

分类号:

密级: 公开

学校代码: 10140

学号: 4031241751



遼寧大學
LIAONING UNIVERSITY

专业学位论文

THESIS FOR PROFESSIONAL MASTER DEGREE

论文题目: 论聚众淫乱罪的立法完善

英文题目: the Improvement of Legislation on the Assembled Pruriency

论文作者: 窦 鑫

指导教师: 唐煜枫 副教授

专 业: 法律硕士(非法学)

完成时间: 二〇一五年五月

遼寧大學

法律硕士（JM）学位论文

题 目：论聚众淫乱罪的立法完善

英文题目：the Improvement of Legislation
on the Assembled Pruriency

作 者： 窦鑫

年 级： 2012 级

专业方向： 刑法

指导教师： 唐煜枫 副教授

时 间： 二〇一五年五月

论聚众淫乱罪的立法完善


作者签字: 宋雄

导师签字: 张炳华

二〇一五年五月·中国沈阳


独创性声明

本人声明所呈交的学位论文是本人在导师指导下进行的研究工作及取得的
研究成果。据我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其
他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得辽宁大学或其他教育机构的
学位或证书而使用过的材料。

作者签名： 

学位论文版权使用授权书

本学位论文作者完全了解辽宁大学有关保留、使用学位论文的规定，有权保
留并向国家有关部门或机构交送论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅。
本人授权辽宁大学可以将学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，
可以采用影印，缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文。

作者签名： 

导师签名： 

签字日期： 2015 年 5 月 28 日

中文摘要

随着中国和世界形势的深刻变革，与个人权利、社会伦理道德紧密相关的聚众淫乱罪的存废问题引起了理论界学者的广泛关注。淫乱行为这一规范性构成要件要素的含义也在不断变化中，但是我国立法和司法上都没有明确的界定，造成了司法实践上认定该罪的困难。虽然换妻行为被大众所不齿，有违现在社会已经形成的主流性道德观念，笔者也不赞同这种行为。但是私密换妻行为具有自愿、人员相对固定、场所相对封闭、私密等特点，自愿表明没有真正意义上的受害人，私密的行为也没有扰乱社会公共秩序，更不会侵害不特定人的性情感和不想听、不想看的自由。因此，笔者虽然不赞同换妻行为，但认为，刑法处罚私密换妻行为确有不妥。本文以最近发生在赤峰地区的换妻案为切入点，通过对案件的分析及其罪刑规范的解读，指出聚众淫乱罪存在的主要缺陷。本文从法益保护的视角、保障人权的原则和法律面前人人平等原则等方面分析了私密性淫乱行为除罪的正当性以期修正刑事立法之规范，促进中国刑事法治之精进。本文主要围绕聚众淫乱罪存在的缺陷，阐明区分私密与公然场所的必要性，笔者建议私密性淫乱行为除罪化，增设“公然淫乱罪”。本文遵循提出问题、分析问题、解决问题的论证框架，分四个部分阐述了笔者的思考。

第一部分，由案件引发的对聚众淫乱罪的思考。文章首先阐述了最近发生的案件，并分析由此引发的社会争议。开篇通过赤峰“换妻案”及引发的社会广泛影响为切入点，反思聚众淫乱罪在立法和司法层面存在的缺陷，针对缺陷展开论文写作。

第二部分，分析下当今理论界对于聚众淫乱罪所持的各方观点。以供笔者参考，如何完善聚众淫乱罪。

第三部分，笔者通过查阅外国书籍，比对中国聚众淫乱罪。发现国外并没有聚众淫乱中的规定，但与公然性聚众淫乱行为相类似的行为规定了公然猥亵罪。中国可以在公然淫乱行为方面借鉴西方立法精神，来推进中国法治建设。

第四部分，聚众淫乱罪完善建议。笔者在前几部分对古今中外充分了解的基础上，最后提出自己的修改建议并重新设计法条：私密性淫乱行为除罪化。公然淫乱行为修改为公然淫乱罪。

关键词：聚众淫乱罪 法益侵害说 无被害人犯罪 除罪化

Abstract

Swinging the term originated from western sexual revolution. Affected by the society, there is the phenomenon in our country, based on the recent events in chifeng area for the first time in his wife as the breakthrough point, Through to the group licentiousness legislation evolution of interpretation of the interpretation and its regulations, points out the disadvantage of group licentiousness, should not be all that easy to cancel group licentiousness. This article mainly around the flaws of the group licentiousness, expounds the necessity of the difference between private and public places, based on this, advances the SINS of the private however sexual promiscuity and to openly sexual immorality legislation perfect suggestion in this paper, This paper follow questions, analyze and solve problems of reasoning framework, part four expounds the author's thinking.

The first part, Begins by case and caused widespread social influence as the breakthrough point, reflection group licentiousness defects in legislative and judicial level, in view of the defects on essay writing.

The second part, Under the analysis of the current theoretical circle for the parties held by the group licentiousness. In order to offer reference to the author, how to improve the group licentiousness

The third part, The author by refer to foreign books, comparing the Chinese group licentiousness. Find the regulation in foreign didn't licentious, but similar behavior to overtly sexual licentious behavior rules for public indecency. China can draw lessons from western legislative spirit in openly sexual behavior, to promote the construction of the rule of law.

The fourth part, group licentiousness perfect proposal. The author in a previous part to fully understand the ancient and modern, Chinese and foreign, on the basis of the proposed own revision

Advice and redesigning the law: the illicit close sex sexual behavior in addition to the sin. , for public indecency overtly sexual behavior modification number do not limit.

Key words:the Crime of Assembled Pruriency the Theory of Legalinterests
Infraction Vietimless Crime Criminalization Decriminalization

目录

序 言	1
一、“换妻”案引发对聚众淫乱罪的反思	2
(一)“换妻”案情回顾及社会影响	2
1. 案情回顾	2
2. 社会影响	3
(二)聚众淫乱罪存在的主要缺陷	4
1. 立法缺陷	4
2. 司法困境	4
二、我国理论界对聚众淫乱罪的存废之争	6
(一)主留派的基本观点	7
1. 保障社会法益的重要性	7
2. 公共秩序与个人自由的对立统一	7
3. 现代刑法道德主义观念的要求	7
(二)主废派的基本观点	8
1. 自由权的确立	8
2. 道德约束无需刑法介入	8
3. 有违刑法谦抑性原则	8
4. 无被害人犯罪应当除罪化	9
5. 注重保护公民个人隐私是世界的潮流	9
三、聚众淫乱罪的域外考察及对我国启示	10
(一)域外类似聚众淫乱罪的立法例	10
(二)对我国完善聚众淫乱罪的启示	12
四、聚众淫乱行为规制的现实路径	13
(一)私密性聚众淫乱行为除罪化	13
(二)增设“公然淫乱罪”	14
1. 取消人数和首要分子限制	14
2. 明确公然和淫乱含义	15
结语	15
参考文献	17
致谢	19

序 言

“换妻”一词源于西方性解放思潮。受其影响，我国社会也出现了该现象。由于在法律上并没有严格界定该种行为，在司法审判中多被定为聚众淫乱罪。虽然换妻行为被大众所不齿，有违现在社会已经形成的主流性道德观念，笔者也不赞同这种行为。但是私密换妻行为具有自愿、人员相对固定、场所相对封闭、私密等特点，自愿表明没有真正意义上的受害人，私密的行为也没有扰乱社会公共秩序，更不会侵害不特定人的性情感和不想听、不想看的自由。因此，笔者虽然不赞同换妻行为，但也认为，刑法处罚私密换妻行为确有不妥。经过学习与本罪相关的文章，笔者发现学界和社会对此研究和关注并不是很多，特别是单独以聚众淫乱罪为主题的文章，可以说是凤毛麟角。即便查阅到一些与聚众淫乱罪相关的文章，研究的并不够细致和深入。国外方面基本没有将聚众淫乱定罪处罚的，都将聚众淫乱罪加以区分为私密性和公然性，仅处罚公然性淫乱行为。这与中国的聚众淫乱罪还是有很大区别的。

1997 年刑法之前，对于聚众淫乱行为以流氓罪定罪处罚。随着我国社会政策形势的变化以及流氓罪这一大口袋罪缺乏严格的规范性等原因，聚众淫乱行为脱离“流氓罪”，形成了聚众淫乱罪这一新罪名。然而随着中国和世界形势的深刻变革，与个人权利、社会伦理道德紧密相关的聚众淫乱罪的存废问题引起了理论界学者的广泛关注。淫乱行为这一规范性构成要件要素的含义也在不断变化中，而且我国立法和司法上都没有明确的界定，造成了司法实践上认定该罪的困难。因此本文以最近发生在赤峰地区的首次换妻案为切入点，通过对案件的回顾和引发的社会影响的阐释，反思聚众淫乱罪存在的缺陷，并在借鉴外国立法的基础上，从法益保护的角度，人权保障的角度，人人平等原则方面，阐释笔者观点，私密性淫乱行为除罪的合法性和增设“公然淫乱罪”的必要性。以期对司法实践中如何更好的界定聚众淫乱罪提供有建设性的理论支持，使得刑法的社会保护功能得到最大化的扩充和加强，最终对刑法理论研究有所裨益。

论聚众淫乱罪的立法完善

一、“换妻”案引发对聚众淫乱罪的反思

（一）“换妻”案情回顾及社会影响

1. 案情回顾

2013 年，赤峰红山区法院对一起“换妻”案进行了审理，经过庭审，案情浮出水面。被告人刘伟（化名）现年 44 岁，系某县个体商人，一次与其妻（其妻 40 岁）旅游过程中结识了家住赤峰市的张东（化名）夫妇（张东 40 岁，教师；其妻 38 岁）和王刚（化名）夫妇（王刚 50 岁，其妻 47 岁）。后刘伟建了 QQ 群加入了张东和王刚，经过一段时间的接触之后，张东某天提议：“换妻”玩玩，大家欣然同意。随后一段时间他们在刘伟家里进行了几次换妻，2013 年 10 月 28 日他们又相约某宾馆，锁好房门、拉好窗帘，开始了他们的“换妻游戏”。“游戏”过程中，被警察现场抓获。

法院经审理后判决被告人刘伟、张东公然藐视国家法纪和社会公德，召集男女多人聚众实施淫乱活动，因为刘伟建群、张东提议，二人在聚众淫乱活动中均为首要分子，构成聚众淫乱罪。公诉机关指控罪名成立。依据《中华人民共和国刑法》第 301 条有关规定，判处刘伟、张东各有期徒刑一年。

本案并没有随着案件的判决而结束，反而在社会上引起广泛争议，一时间人们就“换妻”能否构成聚众淫乱罪各抒己见，争论不休。“换妻”一词真正进入到公众面前，是在 2007 年。当时一部《换妻》的长篇小说掀起了“换妻”这个话题。《换妻》这部风靡天涯社区的长篇小说以三个家庭换妻行为为主线，以其产生的后果来告诫那些蠢蠢欲动的人，换妻最终换来的是挥之不去的噩梦而不是异想天开的美好。这部小说引起了人们对于伦理道德的热议。

这种“换妻”俱乐部很久以前在欧美就已经大量存在，传到中国内地，这种“游戏”最开始由一些“海归”参加，目前已发展成为涉及了社会各阶层人员的淫乱活动，参加人员通常自愿决定，聚会地点具有很大随意性。

然而，由小说转换到现实，是 2010 年一起副教授换妻案。几名犯罪嫌疑人被检察机关以涉嫌聚众淫乱罪提起公诉，最终法院认定几名犯罪嫌疑人触犯了刑法第三百零一条有关聚众淫乱罪的规定，应当追究其刑事责任。¹这起引起社会广泛关注的换妻案最终以犯罪嫌疑人伏法落下帷幕，理论上应该会对那些在心里蠢蠢

¹ 张明楷著：《刑法学》，法律出版社 2007 年版，第 45 页。

欲动或私下进行换妻行为而未被查处的人起到很大的威慑力，使他们不敢再轻易试法。

然而事与愿违，近几年各地又频频曝出检察机关以聚众淫乱罪起诉的案件。各犯罪嫌疑人均打着性自由权利的护盾与公权力相互较量。

2. 社会影响

随着本案被媒体的大肆曝光，在社会上引起了一阵法律与道德、公权力与私权利探讨的热潮。有人认为刘伟、张东构成聚众淫乱罪。聚众淫乱罪所保护的客体是社会的善良风俗，刘伟等人的行为严重败坏了社会风气，侵害了社会善良风俗，触犯了刑法，应当追究刑事责任。

有人认为成年人之间彼此自愿的性行为并未对他人的利益造成损害和影响，属于道德范畴，不应当追究刑事责任。而且根据犯罪构成要件分析，也不成立聚众淫乱罪。首先不具备侵犯公共秩序的主观要件。根据犯罪嫌疑人供述：几次换妻行为都是在家中或宾馆房间内进行的，而且每次都是分开进入房间，拉好窗帘，说明嫌疑人主观上并没有想让他他人知晓的意愿，并且做足了保密工作，也没有放任结果放生的间接故意，因此刘伟等人并没有扰乱公共秩序的故意。客观上，刘伟等人的换妻行为不具有社会危害性，因为他们没有侵犯《刑法》所保护的任何法益。《刑法》第三百零一条规定“聚众进行淫乱活动的，对首要分子或者多次参加的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。”根据我国刑法罪名的编排体系，按照侵害的法益不同，编排在不同的章节。聚众淫乱罪编排在《刑法》第六章第一节，即保护的法益是“社会公共秩序”。本案刘伟、张东等人都是自己家中或宾馆房间内，具有相对封闭性和私密性的场所进行的换妻活动，并未被他人所知晓。参加人均具有完全刑事责任能力的成年人，每次换妻活动都是自愿参加、共同协商且不涉及金钱交易。因此，这种私密的聚众淫乱行为并没有涉入到公共领域，也就不会侵害到社会公共秩序。犯罪嫌疑人还声称并没有实施“聚众淫乱行为”，“聚众”和“淫乱”是本罪在客观方面的两大特征，即至少三人以上包含三人于同一时间、同一地方共同实施淫乱活动。本案中的犯罪嫌疑人每次都是相互交换，一对一进行的正常性交行为，因此并不符合聚众淫乱罪的犯罪构成要件。

换妻行为之所以引发广泛关注，一则在于该行为就目前来看是被大众所不齿的一种性行为。再者则是由于它指向了社会某种发展趋势。随着性观念的开放，权利意识的高涨，“权利自由”似乎成了更多人的向往和追求。国家应如何平衡好“私权利”和“公权力”的关系，成了全社会所关注的问题。

那么人们不禁要问聚众淫乱罪到底是一个什么样的犯罪？该罪到底侵害的法益是什么？应如何定罪？这都值得我们深思。

（二）聚众淫乱罪存在的主要缺陷

法律总是随着社会的发展而发展，一经制定就必然落后于现实，只有尽可能地完善、尽可能地符合社会现代化形势和价值观念，才能使法律真正成为“善良公正之技艺”，刑法当然也不例外。²赤峰换妻案引发广泛争议的最大因素，就是很多学者认为聚众淫乱罪已经严重过时，应当取消。

随着社会的发展变化，人们的思想观念和接受能力都发生了改变，“流氓”、“淫乱”这种具有主观性很强的词语，含义也在不断发生变化。但就此取消聚众淫乱罪是否可行，还有待进一步论证。

下面笔者以现代法律精神的视角来分析现行法律中聚众淫乱罪规定存在的缺陷。

1. 立法缺陷

首先，没有区分公然和私密情况。根据现行《中华人民共和国刑法》第 301 条对于聚众淫乱罪的规定和对司法实践中的案例分析得出，构成聚众淫乱罪的情况为：无论是发生在私密场所还是公然场所，只要是聚集三人以上（包含三人）发生了淫乱行为，就可以构成本罪。鉴于此，笔者认为聚众淫乱罪最大的缺陷便是缺乏对于公然和私密情况的区分。根据学者观点，聚众淫乱罪侵害的客体是公共秩序和善良风俗，那么发生在私密场合的聚众淫乱行为并没有影响到社会公共秩序，因此不能以聚众淫乱罪来定罪。根据我国刑法第五条的相关规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”³我国现行刑法中没有对公然性聚众淫乱行为和私密性聚众淫乱行为加以区别，都以犯罪论处，显然有违罪责刑相适应的基本原则。因此不加区分的把公然聚众淫乱行为和私密聚众淫乱行为都按犯罪来论处，实在是有很严重的缺陷。

其次，法网存在漏洞。从法条来看，立法者处置的仅为三人以上淫乱行为。但如果两人在公然场所进行淫乱活动，如光天化日之下，在人群密集的公园、游乐场或者不特定第三人能看到、听到的场所，其对社会公共秩序和社会善良风俗的侵害更大。根据法益侵害说，两人公然场合淫乱行为对社会公共秩序和善良风俗的侵害比三人以上私密场所更严重。

2. 司法困境

首先，在司法实践中由于理论界对客体和客观方面都存在诸多争议，并且司

² 曲新久著：《刑法学》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 105 页。

³ 《中华人民共和国刑法》第 5 条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”。

法解释缺位，导致定罪困难。要想成立聚众淫乱罪，在客观方面必须要符合两大特征即“聚众”和“淫乱”。但是，对于何为“聚众”、“淫乱”刑法没有明确的规定，理论界通说认为：聚众的“众”应至少为三人，如果仅有两人，不能构成本罪。淫乱，主要是指除了正常的性交行为之外，还包括其他有违既有道德规范的能够引起兴奋、刺激和满足性欲的行为。因此，成立聚众淫乱罪即客观方面实施了“群奸群宿”行为。然而，实践中很可能为两人进行淫乱活动，一人观看或拍摄。也有可能众人参加，但分别为一对一的正常性行为。因此，聚众淫乱究竟是一种什么样的犯罪行为？是三人以上参加？还是三人以上淫乱？何为“淫乱”？要是不能够准确清楚的界定某种犯罪行为的特点，那么就肯定不会对该种犯罪有一个正确的认识，司法实践中就会遭遇困境。鉴于此，笔者建议司法机关出台明确的司法解释，来明确何为“聚众淫乱”。

从更深层次看，聚众淫乱行为分为两种情况：一种公然聚众淫乱行为、一种私密聚众淫乱行为。两种不同情况侵害的犯罪客体也是不同的，正因此，学界对聚众淫乱罪的犯罪客体有不同的观点，对于公然聚众淫乱行为学界通说认为侵害的客体是社会公共秩序。秩序不仅是人类生存的基本条件，也是人类发展的必然要求。有关人类的任何发展都离不开社会秩序的正常与稳定。公共生活对社会和他人的影响具有直接性和不特定性，相比于公共生活，私人生活具有其特殊性，即人群和数量相对特定、场所相对封闭和私密。本案被告人刘伟、张东是在自己家中或宾馆房间内进行换妻游戏的，每次参与人员就是三对夫妻，自愿决定，从来没有外人加入也没涉及过金钱。因此，根据聚众淫乱罪侵害公共秩序说来讲，这种私下固定人员的换妻行为并没有侵害到社会公共秩序，不符合聚众淫乱罪的客体构成要件，不应入罪。针对私密性聚众淫乱行为有学者认为，社会的善良风俗和社会风尚是本罪侵犯的客体。自古以来，人们谈性色变，性的话题一般不能在公众场合讨论。然而，随着“性解放”运动的高涨，社会大众对性行为的认识和观念发生了巨大的改变。笔者认为，这种笼统的社会风尚不应作为聚众淫乱罪侵害的客体。可以借鉴日本学者对我国聚众淫乱罪相类似的猥亵罪的看法。日本通说认为，“猥亵罪的保护法益是维持健康的性风俗、性道德、性秩序”，判例将猥亵的含义定义为“完全是为了兴奋或刺激性欲，有违善良的社会性风俗且有害于善良人的性羞耻心的行为。”⁴大谷实教授则认为，“公然猥亵罪”不是为了预防社会道德观点下滑、不是为了维持性的道义理念，最重要的是为了保护在人们的社会生活中已经形成的善良的性风俗。⁵因此，笔者认为，聚众淫乱罪侵害的客体

⁴ [日]西田典之著，刘明祥，王昭武译：《日本刑法各论》，武汉大学出版社 2005 年版，第 271 页。

⁵ [日]大谷实著，黎宏译：《刑事政策学》，法律出版社 2000 年版，等级 154 页。

为“根据即成的性风俗，侵害不特定之人的不想看、不想听之自由”和社会公共秩序。

可见，以不同的观点认定聚众淫乱罪侵犯的客体就会得出不同的定罪标准。对于以简单罪状为立法模式的聚众淫乱罪来说，其客观方面必然存在一些不明确的地方，这使该罪在司法实践中没有明确的定罪标准，造成司法实践中定罪困难。根据笔者观点，聚众淫乱罪侵害的客体为“根据即成的性风俗，侵害不特定之人的不想看、不想听之自由”和社会公共秩序。那么就必须明确，何种情况会侵害不特定指人的不想看、不想听之自由，何种情况会侵害公共秩序。这就要求司法机关出台更具法定性、权威性的司法解释，来明确聚众淫乱行为在何种情况下构成犯罪，使学界对聚众淫乱罪侵害的客体有更清晰的认识，使司法机关对聚众淫乱犯罪进行认定时有更准确的、有效的法律依据。

其次，在司法实践中由于取证难，造成司法资源浪费和选择性执法，有损司法权威。司法实践中大多数聚众淫乱行为都是私密进行的，因此很难被发现。即使被发现，参与者也都是自愿进行的，很多情况是一拍即合，大家共同协商决定的，很难认定首要分子。例如本案中，每次换妻活动，均是刘伟、张东、王刚三对夫妻互相通知，自愿前往，从不涉及金钱交易，也都是在暗地、私密情况下进行。没有刑法意义上的首要分子组织、策划和指挥的概念。不仅取证困难，案件认定也存在很多疑惑。基于此，执法部门在实践中很可能进行选择性的执法。这会导致犯罪嫌疑人不服法，认为只是自己倒霉，起不到法律的惩罚意义。在2010年的副教授换妻案中，控方曾说：“涉案人员太多，抓不过来了。”由此可见，这种私密的聚众淫乱由于涉案人数多以及很难被发现，司法人员会根据嫌疑人的社会地位、财富、身份背景等因素的不同，而决定哪部分人要被调查处理。这种基于偏见的选择性执法会极大降低司法的公正性和权威性。

二、我国理论界对聚众淫乱罪的存废之争

媒体曝光赤峰换妻案之后，社会上引发了广泛讨论，有学者认为：“性是一种人类本能，性需求是人的权利，在不妨碍社会秩序的情况下，只要当事者自愿，就有权利进行他们想要的性活动。”“人拥有性的权利，可以自主支配，这只是关乎道德的问题，不应当上升于法律甚至刑法—聚众淫乱罪应当废除。”还有的学者认为：“多个男女间发生不伦的性关系，是属于不正当的隐私，是对其他公民私权和性羞耻的伤害，有悖作为人的基本价值和权利，这是任何一个国家和任何一条

法律都不会允许的事情。”⁶笔者将其归纳为为主留派和主废派两种观点。

（一）主留派的基本观点

1. 保障社会法益的重要性

主留派从社会利益的角度出发，提出刑法应该保留聚众淫乱罪，。主留派注重社会法益的保护，主张将个人法益中的一小部分让渡而保持社会的和谐和稳定。

对于法益的存在范围，国家法益和社会法益等超个人法益早已被刑法承认。无论是在理论还是实践中，刑法保护法益的范围早已超出个体法益范围。从实质上来讲，虽然社会利益区别于个人利益而独立存在，但其本质上就是每个社会成员的个人利益的结合体。所以，包括刑法在内的所有法律部门都必须重视对社会公共利益的保护。

2. 公共秩序与个人自由的对立统一

针对主废派的自由论观点，主留派学者认为聚众淫乱罪的刑法规定是在用刑罚保障人们社会生活中最为重要的隐私部分，并没有全部剥夺人们性的自由权利。因为，虽然自由是绝对存在的，但在行使和实现的过程中，自由必然要受到限制和约束。人们自由生存的空间是社会性的，自由必然要在社会关系网络中行事，因为自由是人的本性，人与人之间、人与社会之间必然要互相依赖、互相制约。即使性自由是一项法定权利，但也应受到合理的限制，因为任何权利都不能绝对的存在。⁷根据个体的特征差异、思想观念及价值追求的不同，每个个体在行使自身自由的时候通常涉及到与他人的社会关系，极有可能侵害到他人自由，最终危害整个社会的利益。因此，个体在行使自由的时候不能随心所欲，必然要受到限制和约束，以便个体更好的行使自由，也是个体自由与社会利益的相互协调。

因此，我们要对个体行使自由加以限制和约束，否则每一个人都极有可能成为他人滥用自由权利之下的受害者。人们出于多方面缘由考虑，大部分情况下都非常愿意交出他们的部分自由，使其得到某些对社会整体有益的约束和限制。他们愿意接受社会的约束，这同争取自由权利一样都是自然的。⁸自由与秩序是互相依赖、互相制约的，这种协调和限制，才是最大限度的保障自由。

3. 现代刑法道德主义观念的要求

现代刑法道德主义认为，刑法的基本功能在于维护社会道德，即便行为对他人或自己没有伤害，行为仍然可以因为其不道德而被刑法禁止。社会道德观念是社会结构不可或缺的组成部分，允许不具有伤害性的严重不道德行为存在将会侵

⁶ 赤峰新闻网：《赤峰首例换妻案宣判》，<http://www.haosou.com/s?ie=utf-8&src=hao-search&shb=1&q>，2015年2月3日访问。

⁷ 何荣功著：《自由秩序与自由刑法理论》，北京大学出版社2013年版，第84页。

⁸ [英]约翰·密尔著，程崇华译：《论自由》，商务印书馆1959年版，第39页。

蚀社会有机体，消解支撑社会的道德共识，最终会导致社会的崩溃。在行为引起了社会正常人的“不可容忍、愤怒、深度厌恶”情绪的场合，值得动用刑罚惩罚。之所以刑法的基础迄今为止仍为人们所接受，唯一的解释就是，对于行为不仅仅是对受害者个人的侵犯，还是对整个社会的侵害，社会崩溃往往内因多于外在压力。社会通常会采取与其维护政府或者其他根本性制度类似的手段来保持其道德的法典的正当性。因为，道德联结的松弛是人类社会走向分崩瓦解的第一步，不存在一般性道德的社会往往会溃散。如果废除聚众淫乱罪，极有可能扩大淫乱行为的传播规模和速度，毁坏已经形成的和谐的生活氛围，给社会生活带来巨大的负面影响。而且在当今中国社会改革开放的关键时期，社会矛盾错综复杂，价值追求日益多变、多元、多样，暂时不宜废除本罪。

（二）主废派的基本观点

对于聚众淫乱行为除罪化的观点，有学者从不同的视角进行分析，认为该行是无被害人犯罪行为，没有侵害实际的法益，不应入罪。

1. 自由权的确立

《世界人权宣言》第12条明确写明任何人不得任意干预他人的私生活。⁹《世界人权宣言》标志着性权利得到了国际社会尊重和认可，成年人有权自主决定如何行使性权利，他人不得随意干预性权力行使的自由。支持废除本罪观点的代表是著名的性学家李银河教授，她坚持认为，宪法保障公民的性自由权利，每个公民都有按自己方式随意处置性权利的自由。而聚众淫乱罪违反了宪法的这一基本理念，侵害了公民的性自由权。李银河教授认为，由人类自由本性衍生出来的社会规则，目的是为了保障和实现人们的自由。因此，只有为了保障自由才能设制法律规范，只有为了实现自由才能存在法律义务，只有以自由为出发点和落脚点的法律规则才能被公众认可和遵守。

2. 道德约束无需刑法介入

聚众淫乱这种行为属于个人的生活作风问题，虽然与社会中已经形成的主流社会性道德观念不符，但应当由道德加以规制。刑法发展的前几个重要阶段，无论是西方还是中国在道德方面的干预都过于宽泛。人们的思想观念随着世界的深刻发展变革，也发生了深刻的改变，产生了一种新的思想趋势即纯属于道德方面的行为刑法尽量不干预。

3. 有违刑法谦抑性原则

刑法谦抑性原则包含三方面的内容：其一是刑法的有限性；其二是刑法的宽

⁹ 蔡淮涛：《聚众淫乱罪不应规制为犯罪》，载《安阳工学院学报》2011年第10期。

容性；其三是刑法的迫不得已性。¹⁰谦抑本身的意思就是谦卑退让而又温文宽厚。简而言之就是刑法不得过度干预，无需动用刑法的，不得纳入刑事制裁范围。陈兴良教授编著的《刑法的价值构造》一书，较为细致深入的阐述了刑法的谦抑性问题，其主张刑法谦抑精神应该贯穿刑法的始终，可以用其他手段而舍弃刑罚手段也一样能够达到保护社会与个人法益、维持社会公共生活秩序的目的时，就必须摒弃刑罚手段，因为刑罚手段务必是政府为了能够实现其保障法益与维持秩序的目的的“最后手段”。¹¹陈兴良教授还主张刑罚的界限不是外张的、而应是内缩的。对有违伦理风尚或不同情感者的聚众淫乱行为加以规制，有违刑法谦抑性原则。因为有违伦理风尚的私密性聚众淫乱行为，没有侵害社会公共秩序和他人的合法权益，完全可以用道德教化来解决，也可用行政法规来规范，不应用刑法来规制和处罚。

4. 无被害人犯罪应当除罪化

在非犯罪化理论的发展过程中，无被害人犯罪的概念最早是由美国学者埃德温·舒尔提出的，他认为，无被害人犯罪行为是在双方当事人达成合意自愿的情况下进行的，没有受害者，不存在被害方一说，而且社会危害性不大，不需要法律进行管制。¹²无被害人犯罪相对于传统重罪而言，例如侵害他人健康、生命权的犯罪，无被害人犯罪的社会危害性并不显著。而且，私密性聚众淫乱行为具有人员相对固定、场所相对封闭和隐秘，在司法实践中取证困难，大大增加了司法成本。无被害人犯罪除罪化，可以将有限司法资源发挥出最大功效，集中国家力量打击重犯。因此，聚众淫乱罪应当除罪化。

5. 注重保护公民个人隐私是世界的潮流

世界发展的大趋势为越来越尊重公民的个人隐私。如果将成年人之间自愿参加且在私密情况下进行的聚众淫乱行为规制为犯罪的话，将有悖世界发展趋势，因为性权利已被公认为是公民隐私权的最重要组成部分。“陕西黄碟案件”曾经在社会上引起一时轰动，成为社会各界广泛关注的焦点话题，最终行政执法机关赔礼道歉并给予赔偿使得该事件落下帷幕，这为我国将成年人之间自愿私密情况下的聚众淫乱行为除罪化提供了现实的社会基础。因为该事件充分说明社会观念越来越重视保护公民个人隐私权。不得随意动用公共权力，对没有侵害他人合法权益和自由的公民个人行为进行处罚和干预。

笔者认为，这两种观点都有其合理之处，但也都不尽然。主留派的观点有其合理性，但保留不应该是终点。本罪的规定不仅是保护社会公共秩序还维护社会

¹⁰ 李宇先著：《聚众淫乱罪研究》，湖南人民出版社2004年版，第269页。

¹¹ 陈兴良著：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社2015年版，第145页。

¹² 徐永强著：《刑事法治视野中的被害人》，中国检察出版社2003年版，第186页。

的善良风俗，转化为具体法益为他人“不想看、不想听之自由”，但是随着世界的发展、时代的变迁人们观念和接受程度也在不断变化，当然他人的这种“不想看、不想听”的内容也是随着社会的发展而变化的，因此聚众淫乱罪的判断标准也应当随此而改变。但是在目前我国已经形成的社会善良风俗、主流的道德判断标准没有改变的情况下主留派的观点具有现实意义。但是绝对地将聚众淫乱行为视为犯罪是不符合刑法的价值标准的，也是不符合当今世界大发展趋势的。唯有进行域外考察，合理借鉴外国立法，来完善我国法治。

三、聚众淫乱罪的域外考察及对我国启示

选择法治之路，对于中国这个发展中国家来说，应该借鉴经验吸取教训，从现代西方法治的历程中，使本国法治少走弯路。随着世界文化的交融，法律移植是法律文化冲突、融合的必然结果。总而言之，奠定中国法治的文化基础需要中西法律文化的合璧。因此，有必要借鉴境外立法，吸取其经验教训，来完善聚众淫乱罪。

（一）域外类似聚众淫乱罪的立法例

纵观境外各国（地区）刑法，将聚众淫乱行为按照空间限制做了区分，一种情况为私密淫乱行为，各国（地区）对于私密淫乱行为未列入到刑法规制范围。另一种情况为公然淫乱行为，各国（地区）刑法将其规定为犯罪。

《荷兰刑法典》将公然淫乱行为规制在了损害公共道德罪一章，第 239 条规定：“在以下场所（1）在表明是公共活动场所的地方；（2）在第（1）项规定的公共场所之外的其他场所、16 岁以下的人能够随意进出的公共场所；（3）在有他人 在场、且该人不愿意见到该行为的非公共场所，实施有伤风化的行为的，处 3 个月以下监禁或处二级罚金。”荷兰刑法典明确规定了在以下几个场所不能实施有伤风化的行为。在公共场所、不特定人可见的非公共场所和未成年人可以随意出入的地方。因为，在这些场所下实施有违已经形成的性道德观念的淫乱行为，笼统的讲侵害了社会公共秩序，具体说来侵害不特定人的道德情感，还会腐蚀青少年。我国把聚众淫乱罪规定在违反社会秩序这一章，与荷兰立法者的立法目的有所相似，但是荷兰刑法典明确界定了公然场所，值得我国借鉴。

《意大利刑法典》把公然淫秽罪规定在了第九章第二节“侵犯贞操或性名誉的犯罪”中。法典第 527 条规定：存在供人观赏的意图，在以下场所（1）明确是公共场所（2）向公众开放或展示的不特定之人能随意进出的场所，实施淫秽行为的，处以 3 个月至 3 年有期徒刑。如果行为人是因主观过失而实施淫乱的，处以

51 至 309 欧元行政罚款。¹³

《印度刑法典》第 294 条规定,公共场所实施淫秽行为骚扰他人罪,是指在公共场所进行淫乱行为或者在公共场所唱、诵、说淫秽的歌曲、小调或语言骚扰他人的。¹⁴

《奥地利联合国刑法典》第 218 条规定了公然淫乱罪:“公然实施淫乱行为或者在能够通过感知引起他人正当公愤的情况下实施淫乱行为的,处 6 个月以下的自由刑,或者 360 单位以下日额金的罚金刑。”¹⁵在第 219 条还规定淫乱性交往的告示罪:“公然发布足以引起正当公愤,且以促成淫乱性交往为目的的告示的,处 6 个月以下的自由刑,或罚金刑。”所以不管是发布淫乱性交的告示还是公然实施淫乱行为,只要是在公共场合下都是违法的,最主要的原因也是有损公共道德和社会秩序。

日本对聚众淫乱行为的处罚也是存在的。在日本没有有关聚众淫乱罪的相关规定,但是有《日本刑法典》第 174 条规定的“公然猥褻罪”把所有有关性犯罪的行为都包含在了里面。公然情况下实施猥褻行为的,处六个月以下监禁或三十万日元以下罚金或者处以科刑或拘留。¹⁶所谓“公然”,是指在多数人或不特定的人能够直接感知的场所下实施猥褻行为的。如果是在特定且少数人能够认知的情况下,但结果却能够劝诱不特定的多数人,这种情况也符合公然的特点。日本刑法规定实施猥褻行为时,处于使不特定或多数人的认识的状态就构成公然猥褻罪。以“换偶”这一行为为例,如果夫妻一人在旁观看只有一个人参加,即夫妻二人并没有全部参加的情况下也构成公然猥褻罪。

我国大陆对聚众淫乱罪的处罚,没有区分空间限制,然而在我国香港地区,刑法仅规定了公然的不道德性行为为犯罪,没有对私然的个人淫乱行为加以处罚。根据香港《刑事罪行条例》第 148 条的规定,存有猥褻意图公然向他人暴露身体重要生殖部位,是可处 6 个月的监禁及罚金 1000 港元的;118 条 E、J 还规定同性者公然场所下实施严重地猥褻行为和性行为即为犯罪;第 147 条规定的引人作不道德行为罪。该罪规定:“在公众可见范围之内的场所通过游荡的方式有意引人作不道德行为的即为犯罪”。我国台湾地区刑法也有关于公然猥褻罪的规定。¹⁷台湾刑法第 234 条:“怀有让他人观览的意图在公开场所下实施猥褻行为的,处一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罚金。意图营利犯前项之罪者,处二年以下有

¹³ 《意大利刑法典》第 527 条:“在公共场所或者向公众开放或展示的场所实施淫秽行为的,处以 3 个月至 3 年有期徒刑”。

¹⁴ 《印度刑法典》294 条规定:“在公共场所实施淫秽行为骚扰他人罪”。

¹⁵ 《奥地利联合国刑法典》第 218 条规定:“公然实施淫乱行为的,处 6 个月以下自由刑”。

¹⁶ 《日本刑法典》第 174 条规定:“公然实施猥褻行为的,处 6 个月以下监禁”。

¹⁷ 廖增均:《国际犯罪与我国刑法完善》,载《法学研究》1996 年第 6 期。

期徒刑、拘役或并科一万元以下罚金。”¹⁸

（二）对我国完善聚众淫乱罪的启示

可见，各国（地区）刑法都普遍将公然实施的性行为或猥亵行为与私密状态下的此类行为予以区分，并将公然实施的性行为或猥亵行为认定为犯罪。原本公然猥亵行为规制在 1979 年刑法的“流氓罪”中，但 1997 年刑法修订后取消了“流氓罪”，于是把与猥亵行为有关的罪分别规定到其他条文中，但新的刑法中却唯独没有规定“公然淫乱罪”。¹⁹从文化传统上看，我国与同属一国的台湾地区是同文同种，与近邻日本同属汉文化圈；从社会开放、文明层面来看，我国也不及发达国家（地区）。相比之下，我国刑法没有处罚公然猥亵行为，确有漏网之嫌。

前不久台湾地区发生的一起公然猥亵案，充分阐明域外“公然猥亵罪”所保护的法益及犯罪构成要件，我国可以借鉴此案，来填补“漏网之鱼”。2013 年台湾某女与男友在公园喝酒聊天并发生性行为。当时刘姓男子正巧骑车经过，以为发生强奸案连忙下车上前察看，男子发现有人靠近，先破口大骂后动手打人，刘男遂报警。2 人随后被强制带回警局，检方以公然猥亵罪起诉 2 人。高院审理后认为，2 人发生性行为虽然是在公共场所，但是在地点隐蔽的草地且当时夜色已黑，目击民众也证称当时公园人不多。且被人发现后，他们立即穿好衣裤并驱赶路人，因此法院认定他们主观上并无想要裸露的意图，无意让人观看，不符合公然猥亵罪的构成要件，判处无罪。由此可见，台湾的“公然猥亵罪”主观上要求行为人是故意为之，即有让他人观赏的意图，以此来寻求刺激。台湾把“公然猥亵罪”归类为妨害风化犯罪，但是单纯违反社会善良风俗的行为不能按照犯罪进行处罚，因为刑法是法益保护之法。只有当性风俗转化为刑法具体保护的法益时，才能够借助刑法来保护性风俗，以此获得惩罚的正当性。许多地区和国家都有对于在公共场所发生性行为、暴露性器官行为的处罚规定。从法益理论的视角来看，此类犯罪侵害了具体法益。首先，可见各国（地区）对公然淫乱行为都持反对态度，公然淫乱行为是不被社会大众所接受的，根据现实社会中已经形成的性风俗，它违反了“他人不想看、不想听”的意志，在公共场所发生性行为或暴露性器官侵扰他人，都是对“他人不想看、不想听之自由”的侵害，属于一种视觉强制和听觉强制。

因此，我国应规制公然淫乱行为，取消限制人数，对“公然场合”有明确界定。来填补法律漏洞，完善中国立法。

¹⁸ 《台湾刑法典》第 234 条规定：“公然为猥亵之行为者，处 1 年以下有期徒刑、拘役或罚金”。

¹⁹ 蔡曦蕾：《论聚众淫乱罪》，<http://10.1.35/kns50/detail.aspx?QueryID=17&CurRec=1>，2015 年 1 月 4 日访问。

四、聚众淫乱行为规制的现实路径

在梳理我国理论界的学者对聚众淫乱罪的各种观点和同时考察了域外相关规定的前提下，笔者完全明白，不能仅听取一家之言以弊之，要取其精华去其糟粕。基于权利与秩序的对立统一，有必要找到一个平衡点，即保障权利又维持了秩序。聚众淫乱行为无疑严重违反社会公德和社会善良风俗，对于这种行为，我们誓必要进行道德上的斥责和法律上的处罚，不能任其发展、传播下去，否则将给社会带来极大的负面影响。笔者也不认同聚众淫乱行为，但是，是否对于聚众淫乱行为都要不加区分的一概以法律论处呢？道德伦理与法律虽然都是人们行动的指南，但是也存在很大的不同；道德调整的是人们的内心信念，而法律规制的则是人们的外部行为。刑法的存在虽然不能脱离道德伦理的影响，但是我们也要避免我国传统刑法的道德化倾向。与道德伦理有关的反社会行为，刑法不宜过多的干涉。

（一）私密性聚众淫乱行为除罪化

首先，遵循人人平等原则。相比赤峰案被抓获的犯罪嫌疑人，在全国各地还有比之规模影响大得多的换妻换偶群体，如果司法机关均认为其行为触犯刑律，为何不予追究？同在一片蓝天下，实施了同样行为的人，为何有的要追究刑事责任，有的则自得其乐、逍遥法外？我国虽然是号称实施统一法典的成文法国家，甚至提出违法必究、执法必严的法制原则，但是我国还有法律面前人人平等的原则，然而，长期以来，在实施同一法典的情况下，有的人被法律追究，成为有法必依、违法必究的对象；而另一部分人虽然也同样触犯法律，却可以因地域的不同、身份的不同、职务的差异与时间上的差异而不予追究。这样的法制环境与执法现状，怎能让人心服口服。控方曾说，“涉及的人太多了，抓不完，干脆不抓了。”可见，私密型的淫乱行为涉及人数之广，取证之难，造成司法的过度负担。不光是导致司法资源浪费、滥用司法权，还有违在法律面前人人平等的原则，给司法权威造成了极大损害。

其次，从法益保护角度来看，成人间基于自愿、秘密进行的淫乱行为，不宜作为犯罪处理。我们知道刑法是法益保护法，刑罚处罚的依据在于反社会行为侵害或者威胁法益，法益是连接犯罪与刑罚的桥梁。成年人之间进行的淫乱行为多为自愿、私密情况下进行的。自愿，表明没有被强迫之人，没有受害者。私密情况下，也不会侵害他人不想看、不想听之自由，更不会扰乱社会公共秩序和青少年身心健康。无论是学界哪种观点，私密性淫乱行为都没有侵害到法益。

最后，国家应尊重和保障人权。权利即自由，在如何调整自由的问题上，应遵循一个原则，即为，“个人行使自由不得有损他人自由，一个人的自由必须要能

够与他人的自由并存。”²⁰显然，既然私密性淫乱行为并不会干扰和冒犯到其他任何人的自由和权利，法律就应当承认此种自由。

刑法之父贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中声称“任何人都希望自己的自由尽可能多些，交给公权力保管的那份自由尽可能少些。只要足以让公权力保护自己就行，这一份份交给公权力的自由最终形成了国家的惩罚权。”²¹在特定社会中，国家刑罚权与公民权利与自由之间的关系，犹如“蛋糕”之两半。²²法治社会理想状态是：国家刑罚权与公民自由能够处于平衡状态，两者能够合理、平等分的各自份额的“蛋糕”。国家刑罚权一旦扩张，就意味着国家分得的“蛋糕”份额会相应扩大。在国家“蛋糕”总量不变的情况下，公民的“蛋糕”份额就不得不减少。所以，刑罚权扩大，必然意味着公民权利空间会被压缩。

因此，私密情况下的性自由权应该交还给人民群众，国家不应干涉。

（二）增设“公然淫乱罪”

行为人在公公场所丝毫不加以避讳和遮掩的实施性行为，不仅破坏了善良、和谐的社会氛围，干扰了社会公共秩序，还侵害了公众的性情感，侵害了不特定之人的“不想看、不想听的自由”，给社会 and 他人造成了极大的侵害，带来了巨大的负面影响。大部分国家（地区）都将公然淫乱作为犯罪进行处罚。刑法学界也较为一致地认为，对于公然性淫乱行为，由于它在危害社会公共秩序上与现行聚众淫乱罪处罚的行为程度相当，因此，对公然性淫乱行为进行犯罪化处理存在合理性。在此笔者建议，国家立法机关对该罪名作出重新修改，定为：“公然淫乱罪”。

1. 取消人数和首要分子限制

此外，对于公然进行的淫乱行为，以几人为众？笔者认为，即使两人在公开场合下的性行为，其对公众造成的影响都远大于在私密状态下的换妻行为。回顾上述台湾女星案例，如果某女星与男友在光天化日下、在公园内进行淫乱活动，忽视其本身的明星效应，这种公然淫乱也必会带来广泛的社会影响。对社会善良风俗和公共秩序的侵害不亚于三人以上的淫乱行为。因此取消人数限定，来弥补法网的漏洞。同时，“首要分子”的限制在条文中也应该取消，因为，淫乱行为通常是互相协商、自愿参加，并不存在首要分子，司法认定首要分子也很困难。在此笔者建议，国家立法机关对该罪名重新修改为：“公然淫乱罪，是指公然进行淫乱活动的”。最终还应当归类为刑法第六章妨害社会管理秩序罪中。完整表述为，《中华人民共和国刑法》第301条“公然淫乱罪”：是指公然进行淫乱活动的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。

²⁰ 陈正云著：《刑法的精神》，中国方正出版社1999年版，第82页。

²¹ [意]贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国法制出版社2005年版，第96页。

²² 陈兴良著：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社1999年版，第269页。

2. 明确公然和淫乱含义

在私密性淫乱行为处罪化、增设“公然淫乱罪”的情况下，笔者认为公然淫乱罪侵害的客体为“不特定的人不想看、不想听之自由”和社会秩序。那么就必須明确何种情况会侵犯到“不特定的人不想看、不想听之自由”，即明确何种情况成立淫乱行为的“公然性”要件。

所谓“公然”是指行为人无所避忌的公开进行，或者使用不特定之人可以听到或者看到的其他方式进行。公然并不特指公共场，有时候虽然是发生在公共场合但没能影响到任何人也没有被任何不特定之人发现的可能性，例如在夜深人静的公园，也不能视为公然。但并不意味着在私人空间里就可以毫无避讳、为所欲为。对于私密的淫乱行为虽然发生在相对封闭、隐秘的场所，但如果没有尽到足够保密的义务。例如，在宾馆房间内进行淫乱行为，但并未拉好窗帘、锁好房门，又例如，虽然为私密聚众淫乱行为，但众人在淫乱过程中，毫无避讳发出过大的噪音，极有可能影响到周围不特定的人，侵害不特定人的性情感，凡此种种，都可视为公然进行。因为虽然淫乱行为是在私下实施但由于行为人没有尽到保密义务而使其行为公开化，就会侵害到不特定的人不想听、不想看之自由，另外行为人虽没有公开的直接故意，但因为其不负责任的态度可以认定存在放任的间接故意。

所谓“淫乱”不局限于正常的性交行为，还包含违反社会生活中已经形成的道德规范的性交行为，除此之外，还应包括其他能够引起刺激、兴奋和满足性欲的行为。例如，两人淫乱的情况下，一人拍摄，也应当认定成立公然淫乱罪。因为拍摄之人，通过拍摄行为间接满足了自己的性欲。因此，应当出台相应的司法解释来明确“公然”和“淫乱”的含义。

结语

本案所涉及的“换偶”行为反映出来的道德与法律之间的冲突是我国日益凸显的社会问题。对于中国而言，正走在探索私权利与公权力平衡的道路上，正处于社会改革发展的关键时期，正面临依法治国的开局之年，依法治国仍待健全。虽然换妻行为被大众所不齿，有违现在社会已经形成的主流性道德观念，笔者也不赞同这种行为。但是私密换妻行为具有自愿、人员相对固定、场所相对封闭、私密等特点，自愿表明没有真正意义上的受害人，私密的行为也没有扰乱社会公共秩序，更不会侵害不特定人的性情感和不想听、不想看的自由。因此，笔者虽然不赞同换妻行为，但也认为，刑法处罚私密换妻行为确有不妥。有违刑法谦抑原则、罪刑法定原则，这种被社会所不接受的行为完全可以用道德谴责的方式加以调整。

随着时代的变迁，人们观念转变，权利意识崛起。人们越来越重视私权利的保障。同时，由于私密换妻行为的难以取证，极易造成司法资源浪费和司法人员选择性执法，给司法权威性造成巨大冲击和负面影响。因此，对于私密换妻行为不应以聚众淫乱罪处罚。然而，根据中国国情和参照域外立法，对于公然淫乱行为，无论几人参与，其社会危害性都远大于私密淫乱行为，且对他人性情感的法益有所侵害，也会影响到青少年的身心健康，应当由刑法所规制。真正实现刑罚的公正和可能。

参考文献

著作部分：

- 1.屈学武.公然犯罪研究[M].北京：中国政法大学出版社,1998.
- 2.陈福胜.法治：自由与秩序的动态平衡[M].北京：法律出版社,2006.
- 3.何荣功.自由秩序与自由刑法理论[M].北京：北京大学出版社,2013.
- 4.张明楷.行为无价值论与结果无价值论[M].北京：北京大学出版社,2012.
- 5.劳东燕.罪刑法定本土化的法治叙事[M].北京：北京大学出版社,2010.
- 6.王明星.刑法谦抑性精神研究[M].北京：中国人民公安大学出版社,2005.
- 7.刘宪权.赵作海冤案反思与聚众淫乱罪研究[M].上海：上海人民出版社,2010.
- 8.陈兴良.罪刑法定主义[M].北京：中国法制出版社,2010.
- 9.张明楷.刑法学[M].北京：法律出版社,2007.
- 10.张明楷.罪刑法定与刑法解释[M].北京：北京大学出版社,2009.
- 11.张明楷.外国刑法纲要[M].北京：清华大学出版社,1999.
- 12.陈兴良.刑法的人性基础[M].北京：中国人民大学出版社,2006.
- 13.冯军.刑法问题的规范理解[M].北京：北京大学出版社,2009.
- 14.梁根林.刑事法网的扩张与限缩[M].北京：法律出版社,2004.
- 15.杨春洗.形式政策论[M].北京：北京大学出版社,1994.
- 16.[英]哈特,支振锋译.法律、自由与道德[M].北京：法律出版社,2006.
- 17.[日]泷川幸辰,王泰译.犯罪论序说[M].北京：法律出版社,2005.
- 18.[法]孟德斯鸠,张雁深译.论法的精神[M].北京：商务印书馆,1961.
- 19.[意]贝卡利亚,黄风译.论犯罪与刑罚[M].北京：中国大百科全书出版社,1993.
- 20.[意]菲利,郭建安译.犯罪社会学[M].北京：中国人民公安大学出版社,1990.

论文部分：

- 1.贾宇.聚众淫乱罪不应废除[J].法制资讯,2010(4).
- 2.李克杰.换偶是否犯罪与聚众淫乱罪存废无关[J].检察日报,2010(4).
- 3.李银河.对取消聚众淫乱罪提案的解释[J].法制资讯,2010(4).
- 4.何柏松.论聚众淫乱行为不应纳入犯罪圈[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2009(5).
- 5.杨成.“换妻”——制裁还是宽恕[J].检察风云,2010(9).

- 6.屈学武.聚众淫乱罪与刑法过剩无关[J].法制资讯,2010(4).
- 7.贾宇.聚众淫乱罪暂不应废除[J].法制资讯,2010(4).
- 8.林来梵,李银河.可能错在哪里——来自法学的四点批判[J].法治研究,2007(3).
- 9.赵和君.性权与人权[J].环球法律评论,2002(2).
- 10.梁根林.非刑罚化——当代刑法改革的主题[J].现代法学,2000(6).
- 11.蔡曦蕾.论聚众淫乱罪[D].广东：中山大学,2008.
- 12.张明楷.论刑法的谦抑性[J].法学研究,1995(4).
- 13.王平.论我国刑法解释的有效性[J].法律科学,1994(2).
- 14.刘志伟.聚众犯罪若干实务问题研讨[J].国家检察官学院学报,2003(6).
- 15.黄京平,陈鹏展.无被害人犯罪非犯罪化研究[J].江海学刊,2006(4).
- 16.李银河.对取消聚众淫乱提案的几点解释[J].法制资讯,2010(4).
- 17.姜涛.刑法中的聚众淫乱罪该向何处去[J].法学,2010(4).
- 18.刘芳,关荣华.质疑聚众淫乱罪罪名[J].辽宁公安司法管理干部学院学报,2006(2).
- 19.徐建峰.刑法谦抑精神视角下的犯罪构成[J].西非政法学院学报,2002(2).
- 20.黎宏,王龙.论非犯罪化[J].中南政法学院学报,1991(2).

致谢

岁月如梭。转眼间，三年的研究生求学生活即将结束。值此毕业之际，我谨向所有帮助、支持、陪伴我的老师同学们表示最真诚的感谢与最美好的祝愿。

本论文是在导师唐煜枫教授的悉心指导下完成的。唐老师为人谦和，平易近人。创作论文写作期间，唐老师以其孜孜不倦，严谨认真的态度，不光授之以“鱼”，还授之以“渔”，使我不仅仅是完成了论文写作，还从中收获了很多做人和求学的道理和领悟。唐老师以高贵的德教会了我如何求“得”。在论文的选题、搜集资料和写作阶段，唐老师都倾注了极大的关怀和鼓励。在论文的写作过程中，每当我有所疑问，唐老师总会放下繁忙的工作，不厌其烦地指点我，在我初稿完成之后，唐老师又在百忙之中抽出空来对我的论文认真的批改，字字句句把关，提出许多中肯的指导意见，使我在研究和写作过程中不致迷失方向。唐老师严谨的治学之风和对事业的孜孜追求将影响和激励我的一生，她对我的关心和教诲我更将永远铭记。借此机会，我谨向唐老师致以深深地谢意。

本论文的完成也离不开其他各位老师、同学和朋友的关心与帮助。在此也要感谢其他各位老师，在论文开题、初稿、预答辩期间所提出的宝贵意见，还要感谢同门的师兄师妹们，在论文完成过程中给我以许多鼓励和帮助。回想整个论文的写作过程，虽有不小，却让我除却浮躁，经历了思考和启示，也更加深切地体会了法学的精髓和意义，因此倍感珍惜。

还要感谢父母在我求学生涯中给与我无微不至的关怀和照顾，一如既往地支持我、鼓励我。路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。

窦鑫

2015 年 5 月



专业学位论文

THESIS FOR PROFESSIONAL MASTER DEGREE