

聚众淫乱罪的保护法益及处罚限定

王 琦*

目 次

- 一、问题的提出
- 二、聚众淫乱罪的保护法益
- 三、聚众淫乱罪的处罚限定
- 四、结语

一、问题的提出

在旧刑法时代,聚众淫乱行为是按照流氓罪的规定予以定罪处罚的,现行刑法将其规定在第 301 条第 1 款中,即“聚众进行淫乱活动的,对首要分子或者多次参加的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制”。自此之后,聚众淫乱罪并不是“沉睡”的罪名,时而出现在司法判决中。^① 早先,学界和司法实践关于本罪的讨论主要围绕何为“淫乱活

* 清华大学法学院博士研究生,通信地址:北京市海淀区清华大学明理楼法学院,邮编:100084,电话:13811134297,邮箱:wangqi200706@126.com。

① 如“刘某某聚众淫乱案”,被告人刘某某和周某等四名男女在夜市摊饮酒至晚上 12 点,随后去周某家楼顶天台进行集体性行为,法院对被告人刘某某判处聚众淫乱罪,参见广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院(1999)钦南刑初字第 181 号刑事判决书。

动”以及如何认定首要分子或者多次参加者,^①而鲜有人从保护法益的角度去质疑处罚聚众淫乱行为的正当性。2009年轰动一时的“南京副教授换妻案”使聚众淫乱罪为公众所熟知,在案件尚未宣判时,公众已在网络上展开了关于是否应当判处马某某有罪的热烈讨论,学者们也纷纷表态。南京市秦淮区人民法院判处被告人马某某等22人构成聚众淫乱罪。^②本案的关键事实是,多次聚众淫乱活动都发生在马某某家中,马某某却从始至终不认为自己有罪。诚然,从字面含义来看,无论在私密场合还是公开场合聚集多人进行集体淫乱活动,形式上都符合条文的规定。此案之所以引起很大风波,除了涉及人数之多、马某某的社会地位较高以外,也说明了近年来中国社会对于性自由和个人隐私的观点更加多元化。自这场喧嚣之后的八年来,聚众淫乱罪反复被法院适用,司法判决中可见到的情况绝大多数实施于私密场合。^③不仅实践做法一再引人注目,学界对此也争论不休。

我国有学者明确主张废除聚众淫乱罪,如著名性社会学家李银河教授认为中国对性观念的变化与全世界的主流趋势相同,是性的多元、平等和自由。^④公民有权按照自己的意愿使用、处置自己的身体,多个

① 参见苏彩霞、时延安主编:《妨害风化犯罪疑难问题司法对策》,吉林人民出版社2001年版,第379页。

② 参见江苏省南京市秦淮区人民法院(2010)秦刑初字第66号刑事判决书。

③ 例如,2013年10月至11月,被告人刘某、黄某数次组织并参与聚众淫乱行为(均发生在登记入住的宾馆房间内),法院判决两被告人犯聚众淫乱罪,分别判处有期徒刑9个月和7个月。参见广东省深圳市福田区人民法院(2014)深福法刑初字第730号刑事判决书。2013年11月至2014年10月,徐某某等三名被告人在不同宾馆所登记入住的房间内数3次实施聚众淫乱行为,法院判决三名被告人犯聚众淫乱罪,分别判处有期徒刑6个月到7个月。参见上海市宝山区人民法院(2015)宝刑初字第505号刑事判决书。2016年6月13日上午,被告人张某某与白某某在张某某甲饮酒时,张某某将王某甲、王某乙二女子约到家中,四人交叉进行手淫、口淫和性交行为,法院判决张某某犯聚众淫乱罪,判处有期徒刑1年2个月。参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2017)辽01刑终157号刑事裁定书。

④ 参见李银河:《性规范在现代的变化》,载李银河博客:http://blog.sina.com.cn/s/blog_473d53360100id7d.html,最后访问日期:2017年6月11日。

成年人自愿地在私人场所进行性行为也是这项权利的体现。^① 还有学者主张,受正常社会交往模式的影响,行为人往往在隐蔽的环境下实施聚众淫乱活动,而不会肆无忌惮的不择场合实施,因此,聚众淫乱行为并不侵犯他人权利,不应纳入刑法的框架之内。^② 这种见解预设了聚众淫乱行为均发生在私人或隐蔽的私密性场所,但是,为什么一概否定了其公然实施的可能性,令人不解,实践当中也曾出现过数人在白天的公园里实施聚众淫乱活动的情况。^③

司法实践却表现出了与上述认为聚众淫乱行为一概不可罚的见解截然对立的立场,其是按照字面含义去理解“聚众进行淫乱活动的”,即只要是多人在同一时间同一地点聚集在一起实施了淫乱活动,首要分子和多次参加者就成立聚众淫乱罪,而不问该行为是否影响到了参与者以外的人。如“南京副教授换妻案”的判决书提到:“刑法所保护的公共秩序不仅仅指公共场所秩序,公共生活也不仅仅指公共场所生活,《中华人民共和国刑法》将聚众淫乱罪归类在扰乱公共秩序罪这一大类中,说明聚众淫乱即侵害了公共秩序”,故“无论聚众淫乱行为发生在私密空间还是在公共场所,不影响对此类行为性质的认定”。^④ 但问题在于,公共秩序是抽象概念,在没有明确其内涵的前提下,就说聚众淫乱行为侵害了公共秩序,似乎论证并不充分。该判决书的逻辑是只要某行为字面上符合规定在扰乱公共秩序类罪名之下的某条文内容,该行为就对公共秩序造成了侵害,这样理解的公共秩序就沦为抽象的规范或国家命令本身,与纯粹的道德、权威仅一纸之隔。

① 参见李银河:《关于在刑法中取消聚众淫乱罪的提案》,载李银河博客:http://blog.sina.com.cn/s/blog_473d53360100id7d.html,最后访问日期:2017年6月11日。

② 参见陈伟:《聚众实施性行为的非犯罪化考量——徘徊于去留之间的聚众淫乱罪》,载《中国人民公安大学学报》(社科版)2012年第6期。

③ 如1997年9月至1998年3月,赵某某等五被告人多次在家中或某市公园内共同进行淫乱活动,最后一次白天在公园东北角树林中进行集体性交时,被游客举报,随即被抓获。参见余剑主编:《妨害社会管理秩序罪》,法律出版社2000年版,第177~178页。

④ 江苏省南京市秦淮区人民法院(2010)秦刑初字第66号刑事判决书。

我国《刑法》第2条和第13条都说明了刑法的任务是保护法益,具体到某一犯罪时,应当首先明确其保护法益是什么,司法适用即对该犯罪构成要件的解释必须以本罪的保护法益为指导,形式上符合刑法的这项条文文字内容但没有侵犯该具体法益的行为并不构成本罪。^① 本文认为,我国刑法体现了“法益侵害原理”的立场,即应从对他人利益的侵害当中寻求刑法的干预根据。^② 公开场合下实施的聚众淫乱行为因对自愿参与者以外的人造成了冒犯,侵害了他们健康、平稳的心理情感状态,才具备成立聚众淫乱罪的前提条件;私密的场合没有对他人的利益造成任何侵害,所以刑法不得干预。

二、聚众淫乱罪的保护法益

在条文用语可能的射程范围内,对分则条文的解释的出发点和落脚点都是保护法益,^③因此要明确聚众淫乱罪的处罚界限首先应当确定刑法规定这个罪名到底在保护什么法益。对此,学理上可分为婚姻家庭说、社会性道德观念说以及性非公开化的公共秩序说,以下分别进行检讨。

(一) 婚姻家庭说之否定

“婚姻家庭说”认为,“共同善”对社会的个体成员追求良善生活而言是至关重要的,当不道德行为对“共同善”造成严重破坏时,个体的自我实现和成就就受到阻碍,国家就有必要通过刑法确认并推行真正有价值的行为,使人们追求美德;另外通过刑法惩罚严重破坏“共同善”的行为,对行为人进行威慑,从而使他们远离罪恶。婚姻家庭以及

① 参见张明楷:《刑法学》(上)(第5版),法律出版社2016年版,第65页。

② 参见黎宏:《日本刑法精义》(第2版),法律出版社2008年版,第509页。

③ 参见黎宏、王琦:《刑法解释方法的适用规则——以“冒充军警人员抢劫”的“冒充”之解释为例》,载《人民检察》2016年第21期。

生育使生命在动态上得以延续和保护,是“共同善”最重要的形式,因而国家要确认并鼓励个体履行家庭责任,聚众淫乱行为违反了家庭中夫妻双方的道德义务,贬损、破坏了婚姻家庭和生育的社会价值,国家要用强制的手段对这种行为进行阻碍。^①我国《宪法》第49条第一款规定了“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”。对婚姻家庭的保护符合宪法学“制度性保障理论”的条件,即婚姻家庭是受绝对保护的,是任何立法活动不得废弃和触碰的核心。无论是私密性还是公开性的聚众淫乱行为都颠覆了现行的婚姻家庭观念,对婚姻家庭的核心功能,包括生育、约束、纽带、情感和经济功能,足以造成毁灭性的危害,甚至会危及人类自身的生存,所以国家应采取刑罚手段制裁聚众淫乱行为以履行宪法义务。^②这种见解有以下几方面缺陷:

首先,其自身论据薄弱。虽然为刑法处罚聚众淫乱行为寻找宪法上的根据符合“规范位阶理论”,即一个法规范的有效性来源于另一个处于更高位阶的法规范的授权。^③但是,施密特提出的“制度性保障理论”是为了区分制度和基本权利,以对抗魏玛宪法时代基本权利条款被立法机关任意揉捏的局面。而德国基本法颁布后,基本权利已经取得了直接约束立法的效力。所以,用一个早已因时代的变迁而被弃用的理论支撑自己的论点,并没有说服力。^④事实上,国家对婚姻家庭的保护首要意义在于,让人们在隔绝国家干预的、以自由为基础的自治领域内,实现家庭成员的自由发展。国家的任务只是确保外部条件,让人们能够自由选择是否进入婚姻和家庭生活以及如何具体发展,而不是

① 郑玉双:《法律道德主义的立场与辩护》,载《法制与社会发展》2013年第1期。

② 参见欧爱民:《聚众淫乱罪的合宪性分析——以制度性保障理论为视角》,载《法商研究》2011年第1期。

③ 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第11章。

④ 有公法学者提出,当今制度性保障理论可由基本权利核心领域不得侵犯的原则、比例原则所取代。参见王锴:《婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第49条为中心》,载《法学评论》2013年第2期。

指导个人该过怎样的婚姻家庭生活。^①

其次,结论经不起立法和司法的双重拷问。婚姻家庭的确是人类得以繁衍生存的必要保障,也是社会共同体的纽带,但是性行为方式的选择与婚姻家庭的平稳延续是两个不同问题,说聚众淫乱行为会对婚姻家庭的各项核心功能造成致命性的伤害只能是凭空想象的、缺乏证明力的,在夫妻双方共同参与的、夫妻一方参与另一方同意甚至支持的场合,更加不会“使夫妻之间出现感情隔阂,甚至反目为仇”;^②在未婚者参加的场合,因缺少可侵害的客体,也谈不上破坏婚姻家庭。而刑法立法上并没有根据行为人婚姻状态做区分,司法也是不可操作的,因为另一方是否同意根本无法准确认定。

最后,会造成刑法内部体系的不协调。理论上,如果某罪名规定以一种类型化的行为方式保护 A 法益,那么侵害 A 法益的其他类型的行为方式也应受到刑法的评价。如放火罪保护的法益是公共安全,那么和放火行为对公共安全侵害程度相当的其他行为类型,如决水、爆炸、投放危险物质等行为也应规定在刑法中,这样才符合法益保护的周延性。既然说聚众淫乱行为对婚姻家庭和谐稳定造成了侵害,所以应当纳入刑法规制的范围,那么其他侵害婚姻家庭健康状态的行为如通奸、乱伦、卖淫嫖娼等刑法都应规定为犯罪。但以上这些行为在我国刑法中都没有规定,如果只将聚众淫乱行为规定为犯罪,势必会造成极大的保护漏洞。

或许有人会说,我国刑法规定了重婚罪,重婚罪的保护法益即是一夫一妻的婚姻制度,说明我国刑法对婚姻家庭的健康稳定是有所表态的。但为什么刑法规定了重婚罪,却对通奸甚至姘居视而不见,值得深入思考。虽然在破坏婚姻家庭方面,重婚行为与通奸行为观念上看有一定的相似性,但两者最大的不同在于重婚以“结婚”为要件,是同一

^① 参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,台北,元照出版有限公司 2012 年版,第 211 页。

^② 欧爱民:《聚众淫乱罪的合宪性分析——以制度性保障理论为视角》,载《法商研究》2011 年第 1 期。

时间内的“婚外婚”或“重复婚”,理论上如果后婚姻为“以夫妻名义同居生活”的事实婚姻,也应当认定为重婚罪。^①即使是事实婚姻也是公开以夫妻名义长期共同生活,而通奸是指男女双方没有夫妻关系(一方或双方已有配偶)而发生性行为,相比于事实婚姻最大的特点是具有隐蔽性。重婚状态表面上看是侵犯了一夫一妻婚姻制度,但究其根本还是对个体权利的伤害,正如美国法学会在《模范刑法典》草案的评注中所言,重婚是对原初配偶的公开侮辱和挑衅,也因为婚姻幌子下的同居往往导致遗弃、不抚养,以及离婚,这些都被认为是对个体权利的伤害。^②重婚罪体现了刑法要保护婚姻中各方当事人享受一个有效婚姻的实质内容以及一个有效婚姻的所有表象。完全不同于强制执行性道德的企图。^③所以处罚重婚不是因为它背离道德,而是由于它对个体利益有现实的侵害或潜在的侵害危险,这也是为什么我国将重婚罪规定在刑法分则第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪中。

然而,将通奸规定为犯罪则体现了刑法对道德规范的强制推行。在2015年韩国宪法法院宣布通奸罪违宪之前,《韩国刑法》第241条规定了通奸罪,通奸罪是亲告罪,通奸一方的配偶若纵容(事前承诺)或者宥恕(事后宽恕)通奸行为,则不得进行追诉,但这只是在诉讼法层面上阻止告诉权,并不阻却通奸行为本身的违法性。韩国学者认为韩国社会十分重视婚姻关系的维系以及男女的贞操观念,夫妻之间的忠诚伦理根深蒂固,通奸罪是“介于法和道德之间的道德规范”。^④日本废除通奸罪的理由是只处罚与他人通奸的女性而不处罚男性,违反了宪法中的男女平等原则。然而,如果认为这样的规定仅仅是违反了平等原则,完全可以通过修改刑法或者刑事诉讼法的方式达到平等处罚,

① 参见张光君:《重婚罪的司法衰微及理论回应》,载《中国刑事法杂志》2010年第11期。

② 参见[英]哈特:《法律、自由与道德》,支振锋译,法律出版社2006年版,第41页。

③ 同上书,第43页。

④ [韩]吴昌值:《韩国刑法上的通奸罪考察》,载《中国刑事法杂志》2003年第6期。

而无须废除该罪名,所以实质理由正如韩国宪法法院所言,国家用刑法来处罚通奸行为侵犯了公民的基本权利。^①

(二) 社会性道德观念说之否定

聚众淫乱罪规定在我国《刑法》分则第六章第一节扰乱公共秩序罪中,理论上往往将本罪的保护法益概括为与社会风尚有关的公共秩序。^②然而,什么是良好的社会风尚,对其理解却聚讼不已,甚至南辕北辙,这是因为良好的性风尚之类的表述是极为抽象的概念。既可以说只要是三人以上共同实施性行为就是良好的性风尚所反对的,而无论在什么场合下实施,无论是否对参与者以外的他人造成现实的影响;^③也可以说社会性风尚的具体指向是“性行为非公开性”,因此只有多人共同实施的淫乱活动发生在公开场合才是对社会性风尚的侵害。^④在聚众淫乱罪中把社会风尚的公共秩序具体化为社会性道德观念,意味着任何聚众淫乱行为都违反了社会性道德观念因而刑法具有干预的正当性。其论证思路是,国家先预设了健康良善的性道德是维系社会所必不可少的公共道德,就像连接单个个体的凝合剂,道德的松弛总是社会瓦解的第一步,所以就像镇压叛国行为一样,禁止恶行同样是法律的任务。“说法律与不道德本身无关,或试图为法律禁止恶行的功能划定严格界限,都是错误的。”^⑤共同体瓦解了,“皮之不存毛将

① 参见单士磊:《废除“通奸罪”引发韩国社会大讨论》,载《法制日报》2015年3月3日,第9版。

② 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第550页。

③ 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法:法条说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版,第620页。

④ 参见俞小海:《聚众淫乱罪客观行为之界定》,载《福建警察学院学报》2010年第4期。

⑤ [英]帕特里克·德富林:《道德的法律强制》,马腾译,中国法制出版社2016年版,第19页。

焉附”,其成员利益也会受损,所以要通过法律强制公民改善、变好。聚众淫乱罪的设置最佳地体现了刑法道德化的基本面向。^① 德日早期的行为无价值一元论(“旧规范违反说”)也持相同态度,其认为刑法处罚的是偏离社会伦理秩序的行为,刑法的根本任务是维护社会道德的有效性。^② 但是这种立场经不起推敲。

首先,围绕道德讨论刑法的任务和目的,会造成刑法处罚的恣意性。道德的范围无法限定,什么才是维系社会必不可少的道德更是模糊不定。比如英国1967年《性犯罪法》、德国1973年《第四次刑法改革法》废除了成年人之间私下进行的同性性交罪,有人可能会说是因为公众的观念发生了转变,^③所以现在国家并不认为同性性交违反道德,禁止同性性交对于共同体的维系也并非必不可少。可为什么道德观念会出现转变,为什么共同体的稳定存续面对同性性交的免疫力提高,似乎也是无法说清的事。具体到聚众淫乱罪,支持处罚者当然可以说,社会观念还不能认可三人以上一起性交或实施与性有关的行为,刑法不允许冲击社会普遍认可的风俗,处罚这种违反一般人性观念的行为的刑法规范当然具有合理性;相反,支持不处罚者会说,社会观念已经对这类行为有了宽容态度,如我国社会学家潘绥铭教授就以其做过的《中国人的性行为与性关系:历史发展2000~2006》调查报告为根据,认为聚众淫乱罪不合民意。^④ 从历史上看,具有干涉型、恣意性和身份性的封建刑法就是将法律观念与道德观念捆绑在一起,使意识形态凭借政治权能消灭异己,也容易使刑法干涉人们的内心思想,走向主观主

① 参见郑玉双:《法律道德主义的立场与辩护》,载《法制与社会发展》2013年第1期。

② 参见周光权:《新行为无价值论的中国展开》,载《中国法学》2012年第1期。

③ 参见[德]罗克辛:《对批判立法之法益概念的检视》,陈璇译,载《法学评论》2015年第1期。

④ 参见潘绥铭:《聚众淫乱罪不合民意》,载潘绥铭博客:http://blog.sina.com.cn/s/blog_4dd47e5a0100hjpm.html,最后访问日期:2017年6月11日。

义,这几乎是现代所有刑法学者所反对的。^①因此,“伦理的恰当对象并非都是立法的恰当对象”^②已成为近代以来刑法的最基本理念。

其次,违背了个人自治的宪法精神。该说认为,虽然参与聚众淫乱活动能够满足参与者的性需求,但有违健康常态的性道德,会对参与者身心造成不利影响(如感染艾滋病概率大大提高),所以刑法为了矫正其偏离常态的性行为方式,引导其回归健康的性道德观念,规定了聚众淫乱罪以强化或维持社会性道德观念,也就一概否定了行为人实施聚众淫乱活动的自由。其基本立场是,个人是否理性或是否真正意义上的自治,由国家或社会根据公共道德标准来判断。详言之,真正的个人自治要能经得住批判性审查,个体进行选择时必须具备相当的知识 and 能力,选择一种价值的前提是对其他反对价值有充分的认识。^③有必要以家长之名干涉任何缺乏自治能力的人从而保留了其未来自我发展的机会。^④个人只有在共同体中才能发挥自主性,个人的信念、追求和行动不能脱离共同体的信念和追求,个体价值来自于共同道德的实践。^⑤在此意义上,参与聚众淫乱虽然是个人意愿,但这种意愿与良善不符,是未经反省的个人自治,并非真正的个人幸福观的体现。^⑥

但是,这种对个人自治的理解和实质法治国的宪法精神和宪政理念是相背离的。例如,德国宪法法院就表示,国家必须预设人民是成熟

① 参见黎宏:《刑法总论问题思考》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第23页。

② [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第351页。

③ See Danny Scoccia, “Paternalism and Respect for Autonomy”, *Ethics*, Vol. 100 (2), 1990, p. 328.

④ id., p. 330.

⑤ 参见郑玉双:《法律道德主义的立场与辩护》,载《法制与社会发展》2013年第1期。

⑥ 参见郑玉双:《不道德行为的惩罚及其限度——对南京换偶案的法哲学分析》,载《西部法学评论》2014年第3期。

理性的,在没有对他人造成危险的情况下,只要人民没有因为精神衰弱而丧失理智,以至于对自己的人身或经济造成重大损害,国家就不得为了“改善”他而限制他的人身自由。^①我国《宪法》没有直接规定国家目的为何,^②但可以从诸多表述中推导出国家目的。序言第5自然段提到“中国人民掌握了国家的权力,成为国家的主人”,其规范内涵应解释为“人民应当掌握国家的权力,人民应当成为国家的主人”;^③第2条规定的“中华人民共和国的一切权力属于人民”,第33条第3款规定的“国家尊重和保障人权”,都可以解读出国家之所以存在就是为了保障公民基本权利。不仅如此,我国《宪法》第38条规定“公民的人格尊严不受侵犯”,有学者认为,“人格尊严”这一用语在语义脉络上同德国基本法第一条的“人的尊严”可相互比拟,也具有基础性价值原理,统领着整个基本权利体系。^④宪法上的“尊严”是个高度抽象的概念,其最低共识就是强调人在道德理性上的平等,人反思和选择自己的生活最终都是为了成为自己希望的样子,故尊严的核心意思是“不受支配的自由”,又包括自我选择、自我决定于表现以及隐私权等。^⑤

刑法的一切活动都是宪法的演绎,故刑法应以尊重和保护公民的

① BVerfGE 22,180. 转引自钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,台北,元照出版有限公司2012年版,第217页。

② 我国《宪法》序言第7自然段指出,“国家的根本任务是,沿着中国特色社会主义道路,集中力量进行社会主义现代化建设。中国各族人民将继续在中国共产党领导下,在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和‘三个代表’重要思想指引下,坚持人民民主专政,坚持社会主义道路,坚持改革开放,不断完善社会主义的各项制度,发展社会主义市场经济,发展社会主义民主,健全社会主义法制,自力更生,艰苦奋斗,逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化,推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展,把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家”。但这个表述应当视为实现国家目的的方式或途径,国家目的才是国家之所以存在的最根本理由,也是管理国家公权力的合法性基础。参见陈玉山:《论国家根本任务的宪法地位》,载《清华法学》2012年第5期。

③ 陈玉山:《论国家根本任务的宪法地位》,载《清华法学》2012年第5期。

④ 参见林来梵:《人的尊严与人格尊严——兼论我国宪法第38条之解释方案》,载《浙江社会科学》2008年第3期。

⑤ 参见王旭:《宪法上的尊严理论及其体系化》,载《法学研究》2016年第1期。

自我选择和自我决定为安身立命之源,把什么是良善、什么是道德交给理性个体,刑法的存在只是为了保障个体充分行使自我决定权。在这种意义下,个人自治具有王牌效力,有自我管理能力强的人在其个人事务领域内,就像政治国家一样有独立主权。^① 只要没有影响到他人的利益,多人在一起的淫乱活动就和行为人与配偶性交、自我猥亵一样是行动自由的表现,完全属于其自治范围内。而对公民向“善”的引导应以扶助、辅导或以制裁手段轻微的行政管理等手段呈现。综上,认为强化或推行道德规范在我国刑法中能够找到一席之地的观点是没有充分把握和贯彻宪法精神的。

最后,不符合我国刑法立法的自身特性。正如前文所述,处罚通奸行为就是刑法推行道德规范的体现,德国刑法典曾把风化犯作为独立的一章,2008年宪法法院审查“兄妹和奸案”时也没有认定《刑法》第173条亲属间的性交罪违宪,^②可以说,以刑法强化或指引性道德观念一直是德国立法者不愿放弃的。而通奸、乱伦等仅仅违反性道德观念而没有侵害他人利益的行为在我国都不是犯罪。日本学者平野龙一认为相比于德国,日本刑法在家庭以及性道德领域表现得非常克制,其中原因之一在于法律根基当中的伦理是儒教以及佛教,总体来讲是讲求实际,而不像基督教那样关心人的内心。^③ 这一猜测在我国更具现实性。

传播淫秽物品罪与聚众淫乱罪在保护客体上有很大相似性,都与性秩序有关。在日本,从法益侵害原理中寻求散布淫秽物品罪的处罚根据是日本的有力说,即只有从该行为侵害了不愿目睹的人的性方面自己决定自由,以及对性发育尚未健全的青少年给予特殊保护的角度出发,才成立散布淫秽物品罪。但这种观点作为对日本现行法的解释,

① See Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 3: Harm to self*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 28.

② BVerfGE 120, 224 (2008), See, Markus D. Dubber and Tatjana Hörnle, *Criminal Law A Comparative Approach*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 124.

③ 参见[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,法律出版社2016年版,第142页。

难免牵强。^① 因为日本《刑法》第175条对罪状的规定是“散布、贩卖以及公然陈列淫秽文书、图画以及其他物品的”,即散布淫秽物品罪是行为犯,一旦实施了这一行为就成立该罪。与日本不同的是,这种观点在我国刑法语境下不存在障碍,甚至得到了完美的印证。我国《刑法》第364条规定的传播淫秽物品罪,其罪状为“传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品,情节严重的”,除行为方式以外还有情节的要求。相关司法解释规定“向他人传播淫秽的书刊、影片、音响、图片等出版物达300~600人次”属于“情节严重”。^② 其蕴含了法益侵害原理的思路:散布对象达到广泛的程度,受众便不可控,很可能会落入到“自律不能充分表达”的青少年和不想看的人手中,基于软家长主义^③的立场,即只有当行为人伤害自己的行为非出于自愿(包括判断能力不充分的人)且防止该种行为得到的利益高于由于丧失自律性所伴随的不利时刑法才可以干涉,^④刑法就应当制止淫秽物品传播至规范意义上的“非自愿者”手中。

德国、日本刑法仅以“行为方式”作为犯罪构成要件的描述,而我国刑法分则在犯罪的规定方式上往往要求“情节或结果”要件,这是与我国刑法和治安管理处罚法交叉的二元处罚模式相协调的,治安管理处罚法和刑法规定的行为形态很大程度上相一致,司法解释和实践中往往通过结果的严重程度区别适用。^⑤ 行政法与刑法的规范目的不

① 参见[日]西田典之:《日本刑法各论》(第6版),王昭武译,法律出版社2013年版,第406页。

② 最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条。

③ 与软家长主义相对的是硬家长主义,其认为行为人的利益优先于自愿性,只要能给行为人带来好处,刑法可以违背具备完全判断能力的人之意愿,干涉仅与行为人自己有关的行为。See Richard J. Arneson, “Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism”, *Legal Theory*, Vol. 11(3), 2005, p. 259.

④ 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第33~34页。

⑤ 参见黎宏:《结果无价值论之展开》,载《法学研究》2008年第5期。

同,行政法主要强调维持秩序的高效性,在惩罚力度和对公民个人的人权侵害程度上,刑罚与行政处罚不可同日而语,而且我国很多职业要求“无犯罪记录”,社会观念更是对“判过刑”和“受过行政处罚”有本质上的不同态度。所以,特殊的立法模式决定了相对于德日刑法,我国刑法更加强调对他人造成现实具体可视的法益侵害,而非行为一旦违反了规范(包括道德规范)就成立犯罪。

(三)性非公开化的公共秩序说之提倡

通过上文分析可得,如果行为没有影响到实施者以外的其他人的利益,那么该行为就不是犯罪,除此之外,国家不得对国民预设何谓良善,更不得以刑法强制推行所谓的公共道德或良善。在这种意义上讲,“没有法益侵害就没有犯罪”中的“法益”必须是涉及他人的、现实可视的具体利益。在把刑法制裁限定在制造伤害的举动上,法益侵害原理与英美法系的伤害原则(harm principle)有相似性。^①伤害原则最初由约翰·穆勒提出,即“人们若要干涉群体中任何个体的行动自由,无论干涉出自个人还是出自集体,其唯一正当的目的乃是保障自我不受伤害。违背其意志而不失正当地施之于文明社会任何成员的权力,唯一的目的也仅仅是防止其伤害他人”。^②既然给他人造成了伤害是刑法正当化的唯一根据,那么就必须明确什么是伤害,但这一点穆勒本人却未能清楚地阐释。美国当代学者范伯格提出,伤害是“不法侵权且造成损害利益的行为”,其中不法侵权行为是指故意(过失、轻率)以道义上可责的方式(没有正当化事由和宽恕理由)妨害他人法律或道德权

① 参见[德]罗克辛:《对批判立法之法益概念的检视》,陈璇译,载《法学评论》2015年第1期。

② [英]约翰·穆勒:《论自由》,孟凡礼译,广西师范大学出版社2001年版,第10页。

利的作为或不作为;^①利益损害可以视作大陆刑法体系框架内没有违法阻却事由情况下的行为“不法”,利益特指福利性利益,即人类获得并维持最低水平的身心健康、物质来源、经济水平和政治自由。^②英国学者赫尔希将伤害原则中的利益定义为当事人有权请求保持其完整性的“资源”,即在通常情况下,以一般人的标准,对增进人类的非瞬间性的生活质量有某种价值的手段或能力。资源是前实证的概念,确定什么是资源不依存于法律规定,并非因为某种行为被禁止,这种行为所侵犯的才是资源,否则便是循环论证。^③易言之,当今的伤害原则限于给他人造成“利益侵害”,不包括短暂的失望、轻微的身体心理伤害以及令人不愉悦的情感状态。

冒犯行为使处在一定空间里且无法离开的人被控制了注意力,因不快、焦虑、厌烦等情绪而不能愉快地工作或休闲,甚至不得不以影响自己手头上的事情为代价,来应对所发生的状况。这就造成了对他们的骚扰(nuisance),给他们带来社会生活上的不便,从立法者角度说,这些行为需要刑法加以禁止。^④此外,尊重和保护个人隐私内含两种意思,排除他人进入私领域以及不得使他人不情愿地进入私领域。所以冒犯行为侵害了不情愿观看或感知的人的隐私权。^⑤这就是冒犯原则(offense principle)的基本立场。虽然冒犯原则与伤害原则有不同的涉猎范围和各自的管辖领域,但在刑法处罚的是行为给他人造成了现实具体的不利影响这一点上,两者没有本质差别,冒犯原则可以视为伤害原则的变体。

① 参见[美]乔尔·范伯格:《刑法的道德界限》(第1卷),方泉译,商务印书馆2013年版,第116页。

② 同上书,第59~60页。

③ 参见[英]安德鲁·冯·赫尔希:《法益概念与“损害原则”》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第24卷),北京大学出版社2009年版,第192~194页。

④ 参见[美]乔尔·范伯格:《刑法的道德界限》(第2卷),方泉译,商务印书馆2014年版,第24页。

⑤ See Simester A. P. and Von Hirsch, Andrew, “Rethinking the Offense Principle”, *Legal Theory*, Vol. 8(3), 2002, p. 275.

性具有繁衍生息的生理属性,社会存续的基础是人的生命,而生命的孕育和产生又是基于两性关系,但性作为原始的冲动,其无序性会对社会结构的安定和完整造成扰乱,因此性和社会常处于相互冲突的地位。^①且两性关系曾经一度具有相当的危险性,它可能导致疾病、意外怀孕、身体伤害以及威胁婚姻家庭、共有财产等制度规范。所以,性欲虽是人的自然生理需要,与性有关的物品在个人领域总有市场,但社会却对性或色情有天生的抵触心理。世界各地的传统文化都把性奉为神圣,无论是圣经中的上帝造人还是中国古代神话中的女娲造人,都刻意规避人类的出现与性有关。随着避孕技术和医疗卫生水平的提升,人们对性的焦虑情绪已有所缓解,公开谈论性有关话题也广为接受,但性行为的实施是绝对隐私的和封闭的,在公共场合见到性交或与性有关的淫秽行为令人极度焦虑与不安。之所以说这种状态是对观者的冒犯,原因复杂而难以解释,首先,即使毫无诱因,人们都要花费一定的精力在压制性幻想与性欲上,性有关的行为会强烈的吸引人的注意力,无端挑起人们的性欲。为摆脱并抑制这种被激起的欲望,恢复清晰的思考,相当于额外地附加给人们需要耗费时间和精力的事由,这种吸引力和抑制力的内在冲突,让人的心理从激动转向难过和焦虑。其次,集体观看这种人们并不愿承认对其有吸引力和诱惑力的场景,一想到自己也是被众人观看的一部分,唯恐暴露自己的真实感受,也让人不自主地陷入尴尬。^②由此可以得出,让他人看到自己在实施与性有关的行为是对不情愿者的冒犯,也是广义上的侵害他人利益,^③所以聚众淫乱罪的保护法益是性行为非公开化的公共秩序。

① 参见费孝通:《生育制度》,天津人民出版社1981年版,第45页。

② 参见[美]乔尔·范伯格:《刑法的道德界限》(第2卷),方泉译,商务印书馆2014年版,第19~22页。

③ 需要注意的是,这里所指的广义上的侵害他人利益,主要是为了与当今英美刑法上的“伤害原则”中的“利益受阻”相区别。

三、聚众淫乱罪的处罚限定

(一)不成文的构成要件要素:公开性

通过以上对保护法益的分析可得,单纯有人得知某行为正在(或可能在)秘密地私下进行就感到被冒犯并不是真正的“不法冒犯”。^①如果说单纯意识到有人实施了聚众淫乱活动就感到被冒犯,便处罚行为人的话,相当于仅仅有人反对个人的所作所为而对其施以刑罚。这样延展下去,剩下的自由就只能是做没人反对的事情,^②这显然是荒谬的结论。因此,私密场合下的聚众淫乱行为没有侵害性行为非公开化的公共秩序,尽管符合条文字面含义也不能认定为聚众淫乱罪;相反地,公开的聚众淫乱行为因为会冒犯可观察到或感知到的人,让人产生不良心理感受,损害他们的健康、平稳的心理情感状态,即侵害了性行为非公开化的公共秩序,应认定为聚众淫乱罪。也就是说,公开性应当是聚众淫乱罪的不成文的构成要件要素。^③对此结论,可能会面临以下质疑。

首先,有人认为,聚众淫乱行为往往会伴随或导致其他犯罪或治安违法行为,^④亦即从预防犯罪角度,认为聚众淫乱活动可能成为引起其

① 参见[美]乔尔·范伯格:《刑法的道德界限》(第2卷),方泉译,商务印书馆2014年版,第39、103页。

② 参见[英]哈特:《法律、自由与道德》,支振锋译,法律出版社2006年版,第46页。

③ 许多国家或地方的刑法规定了“公然猥亵罪”,如《德国刑法典》第183条和第183条a,日本刑法典第174条,我国台湾地区“刑法”第234条,《意大利刑法典》第527条以及美国的《模范刑法典》第251.1条等,就是基于公然实施的猥亵行为对他人造成了冒犯而具有处罚正当性。但是我国《刑法》并没有类似的规定,对于《刑法》第301条第1款的解释无论如何不能超出字面含义,因此对于两人以下公开实施性行为,在公共场所露阴或实施鸡奸、兽奸等性变态行为,都不构成聚众淫乱罪。

④ 参见苏彩霞、时延安:《妨害风化犯罪疑问题司法对策》,吉林人民出版社2001年版,第372页。

他犯罪(比如强奸罪、强制猥亵罪等)的原因,所以刑法应当处罚。但为了减少其他犯罪的滋生而处罚聚众淫乱行为,犹如处罚预备行为的预备,就好像有人想故意杀人,为了买刀打工挣钱;有人想强奸妇女,为了既遂看黄色录像带学习性交方法。显然,这种理由是荒谬的。况且,如果实施聚众淫乱行为是为了满足性欲,那么禁止这种行为只会让其欲望得不到满足,这样看来,是预防了其他犯罪还是促进了便不得而知。在此,有必要再次强调我国刑法整体的基本立场彻底贯彻了法益侵害原理,没有强制推行道德规范或硬家长主义的存在余地。相反地,诸如像《德国刑法典》第173条规定的血亲和奸罪,我国台湾地区《刑法》239条通奸罪、262条吸用烟毒罪等,若要坚持法益侵害原理,只能说立法上缺乏正当性。

其次,有人认为,只处罚公开场合而不处罚私密场合的聚众淫乱行为,在实践中不无疑问,一方面无法准确判断何为“私密”,另一方面参与人数和范围也缺少认定标准,如二十多人甚至更多人参与,很难认定为“私密性”。^①但这并不是支持私密场合也应当处罚的有力理由,完全可以设立一种实务中可操作的实质认定标准来区分私密和公开,详见本文后述。若说实践上的可操作性,反倒是处罚私密的聚众淫乱行为的致命伤。如果行为人实施的聚众淫乱行为是完全私密性的,即与参与者之外的他人无涉,那么案发只能依靠侦查机关的主动“排查”,即只能通过对公民的通信、住宅及行动等私生活的监控完成,这样一来不仅对公民的个人隐私造成极大的侵犯或危险,还会造成偶然处罚,或者为选择性执法提供机会;因为“排查”的低效性,若想尽量做到处罚公正,就会形成对执法资源的巨大浪费。^②

最后,或许有人认为本文的立场无法处理特殊情形。按照本文思路,之所以处罚公开的聚众淫乱行为,是因为对参与者以外、可观察到或感知到的人造成冒犯。倘若聚众淫乱行为发生在公开场合,但偶然

① 参见庄绪龙:《聚众淫乱罪不宜废除的解释性论证》,载《贵州警官职业学院学报》2013年第3期。

② 参见劳东燕:《刑法中目的解释的方法论反思》,载《政法论坛》2014年第3期。

观看到这一幕的他人并没有产生厌恶、焦虑等不良的心理感受,是不是就意味着该行为并没有冒犯到他人,没有侵害法益,因而不可罚呢?若是认为这种场合下依旧应当处罚,是不是证伪了冒犯原则?如有加拿大学者就提出,那些经常被冒犯原则拿来举例的规范,其实并非为了阻止冒犯行为,比如禁止在公共场所实施性行为的规范,其正当性来源不是因为对他人造成冒犯。一对情侣在公共场所性交,在场的20个旁观者对此津津乐道,如果说该情侣的行为应当处罚,那么其处罚根据就在于行为违反了规范本身,而与在场观众是否感到自己的情感受到了冒犯无关。^①

本文认为,这类行为确实应当处罚,但这并不是对冒犯原则的颠覆和否定。根据罪状的描述,聚众淫乱罪应当被理解为抽象危险犯,即侵害法益的危险不需要司法上的具体判断,只要以一般的社会生活经验为根据,认定行为具有发生侵害结果的抽象危险即可。^②处罚聚众淫乱行为的根据在于可能对参与者以外的人造成冒犯,而不是具体地对某个人造成了冒犯,一方面,公共秩序法益本来就是抽象法益,并不会因为个人的承诺放弃而失去法的要保护性;另一方面,聚众淫乱活动实施在公开场合,参与者以外的第三人随时有看到的可能性,不同的人对此类行为的敏感程度有所不同,既可能是毫无厌恶感,甚至“津津乐道”,也可能是厌恶至极,淫秽景象在脑海中久久挥之不去,甚至严重滋扰正常的生活。换言之,公开实施的淫乱活动对他人的冒犯既可能是紧迫的危险,也可能是缓和的危险,还可能是现实具体的实害结果,立法上难以预测、司法上难以具体判断,故刑法拟制性地保护潜在的“一般人”。抽象危险犯不是行为犯^③,不是一旦实施法所禁止的某行为就立刻构成犯罪,即使是抽象的危险,也绝非毫无危险。私密实施的

① See Larry Alexander, Harm, "Offense and Morality", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 7(2), 1994, pp. 211-212.

② 参见张明楷:《刑法学》(上)(第5版),法律出版社2016年版,第167页。

③ 这里采取通说的定义,行为犯“是指法定犯罪行为的完成作为既遂标志的犯罪”,参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第149页。

多人淫乱行为没有任何冒犯参与者以外的第三人的可能性,故而不成立聚众淫乱罪。

以上讨论的前提是参与聚众淫乱活动的人均是成年人,而未成年人心智尚未健全,没有完全的判断能力,意志自由和自主决定不能充分表达,国家应充当家长的角色,指引并推动未成年人建立健康常态的性观念。所以含有未成年人在内的聚众淫乱行为也具有违法性,应受刑法否定评价。因此,《刑法》第301条第2款规定的“引诱未成年人聚众淫乱罪”的保护法益与未成年人的身心健康有关,而不同于聚众淫乱罪的保护法益。有未成年人参与的聚众淫乱行为,无论是私密场合还是公开场合下实施的,均成立引诱未成年人聚众淫乱罪,并不以行为符合聚众淫乱罪的构成要件为前提,即无须“公开性”要件以及“首要分子或多次参加”要件。以下具体讨论定罪量刑时应注意的问题:

首先,有未成年人参与的聚众淫乱行为发生在私密场所,一种情况是参与者全是未成年人,在满足其他构成要件要素的前提下,16~18周岁的参与者成立引诱未成年人聚众淫乱罪。但考虑到同样的行为处罚未成年人反倒不处罚成年人的做法不易被国民接受,根据《刑法》第17条第3款“已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚”的量刑原则,倾向于免于刑事处罚。另一种情况是参与者有未成年人也有成年人,对于16周岁至18周岁的未成年人,仍按照前一种情况处理;对于成年人,若明知参与者中有未成年人,则成立引诱未成年人聚众淫乱罪,如果确实不明知或有合理理由相信参与者均系成年人,虽然该行为依旧具备违法性,但不符合主观要件因而不成立犯罪。其次,有未成年人参与的聚众淫乱行为发生在公开场所,该行为实际上侵犯了两个法益,一是未成年人的身心健康,二是性行为非公开化的公共秩序。对参与者应当认定为引诱未成年人聚众淫乱罪,在其他情节相似的情况下较之于私密实施的场合在量刑上加重处罚。

(二)“公开性”的认定标准

从形式上理解“公开性”,最容易想到的是公共场所,我国《刑法》

第291条对公共场所所有列举性的描述,包括车站、码头、民用航空站、商场、公园、影剧院、展览会、运动场等。一般认为,公共场所即向社会开放,一般社会公民可以自由出入、往来的场所。但是公共场所可以一概评价为“公开”吗?如商场在夜晚闭门不营业的时间内、被人包场一段时间的体育馆等特定时间和特定状态下的上述场所还是公共场所吗?一个只有本楼住户刷卡才能进入的居民住宅楼,不向社会开放,一般社会公民不能自由出入,这个楼的走廊、大厅等公共区域是公共场所吗?既然本罪的保护法益是“性行为的非公开化”,就应当从行为是否侵害了被置于观看到聚众淫乱行为的人的性羞耻心上进行实质判断。

本文认为,公开性意味着聚集多人在一起的淫乱活动发生在有被不愿观看者观看到的现实可能性的地方。被冒犯的人在身处该地方之前,并不知道那里会发生什么,当他按照正常的社会生活方式支配行动时,便无法回避地看到他不愿看到的与性有关的行为。在美国的一个判例中,被告人 Baus 在早晨7点与另一男子在公共公园的矮树林中口交被巡警发现,法院判决认为,行为发生在阳光明媚的早晨7点,这个公园每天都有很多人在此遛狗、散步,其他人有高度的可能性看到矮树林里发生什么,事实上被告人的行为就是被开着巡逻车的巡警不经意间发现的,因此可以认定为公开实施。^① 在另一判例中,被告人 Doe 晚上8点45分与另一男子在公共公园的灌木丛中口交被巡警发现,但这个灌木丛树木丛生,距自行车道有10英尺,距离最近的停车场50英尺,即使是白天,如果不是特意走进灌木丛也不能观察到灌木丛中有什么,而巡警当时正在极力搜索毒品犯罪的证据,他是有特定职责和特殊目的的人,不同于不经意的旁人(casual observers),事实上也是巡警特意从自行车道走进茂密的灌木丛中才看到了被告人。所以法院判决认为,本案并不能认定为公共实施。^② 对比两个很相似的案件,正是以未料想的、不经意的、无辜的他人是否随时可以观看到特定行为来区分该行为是否发生在公共场所的。

① People of the State of Illinois v. Daniel Baus. 16Ill. App. 3d 136(1973).

② United States of America v. John Doe. No.93 CR 948 (RJD)(1995).

以此实质标准,不仅是公共场所,即使是在绝对私人的场所,倘若有非自愿者在场,也可以评价为公开场合,比如公民住宅内,三人或三人以上临时起意实施淫乱活动,而不顾在场的其他人反对,也会冒犯非自愿参与者。只是认定这种情况属于公开需要特别谨慎,如果非参与者容易回避,比如在行为人准备实施淫乱活动时其可以自行离开而选择观看的场合,就缺少被冒犯的被害人,不构成聚众淫乱罪;相反,如果非参与者不能回避则满足“公开性”要素,比如被拘禁或猝不及防地观看到的场合就是其例。美国有判例就肯定了这种情况也属于“公开”,被害人兄妹二人去邻居的房车内做客,同样来主人家做客的其他客人 Wisneski 酒后对被害人说了几句淫秽的话后,突然在被害人面前脱下自己的裤子,露出生殖器,并手握生殖器指向被害人。法院判决认为,虽然猥亵行为发生在私人住所,但只要有任何不想看的人在场,也可以评价为公然猥亵行为。^①

再来看实践中出现的案例就可以清楚地认定是否为公开实施的多人淫乱活动,如 1999 年 12 月某日下午,江苏省仪征市金某与朋友李某、丁某酒足饭饱后,在几名卖淫女的同意下,包下某家浴室三男两女同池洗“鸳鸯浴”,其间,金某与一名卖淫女在浴池蒸房内发生性行为。江苏省仪征市人民法院判处被告人金某聚众淫乱罪,^②但是按照本文观点,包场的洗浴中心应该是私密场所,本案不具备公开性要素,不成立聚众淫乱罪。又如,本文第一部分提到的“刘某某聚众淫乱案”,晚上十二点多在居民楼的楼顶,因为没有被不经意的、无辜的他人观看的可能性,也不应评价为公开。再如,1996 年 7 月 13 日晚 9 时许,被告人郑某甲及蔡某甲带两名卖淫女毛某和董某到温州市瓯海区仙岩街道竹溪村山上一坟地里欲发生性关系,随后郑某甲又召集郑某乙(已被劳动教养)、陈某、蔡某乙、莫某、黄某甲(均已判)至山上。期间,郑某甲及蔡某甲先后同卖淫女毛某发生性关系,黄某甲及陈某、郑某乙、莫某

^① Gerald Wisneski v. State of Maryland. 169 Md. App. 527(2005).

^② 参见赵桂民:《扰乱公共秩序和司法活动犯罪司法适用》(下),法律出版社 2006 年版,第 616 页。

先后与卖淫女董某发生性关系。尚未轮到的人员,均在一旁围观他人发生性关系,后蔡某乙又召集林某等6人加入其中。直至次日凌晨1时许,二名卖淫女同多人发生性关系后未得到嫖资欲离开时,仍被林某、黄某等人纠缠,后逃离现场并报案。案发后,被告人郑某甲和黄某潜逃国外,2011年11月到案。法院判决两被告人郑某甲和黄某犯聚众淫乱罪,分别判处拘役6个月和免于刑事处罚。^①根据判决书中对案情的描述,本案聚众淫乱行为发生在农村山上的坟地里,且时间是晚上9点至凌晨1点,除非是特意相约或对此知情,否则没有人会“误入现场”,即没有被参与者以外的无辜的他人看到的可能性。事实上,本案案发也是因为参与聚众淫乱活动的人没有按约定付嫖资,卖淫女才报的案。单就实施聚众淫乱活动而言,卖淫女和所有参与者都是自愿行为,实施场所不能评价为“公开”,故本案不成立聚众淫乱罪。

信息网络虽然是虚拟的空间,但多人一起实施裸聊行为如果侵犯了性行为非公开化的公共秩序,在符合其他构成要件要素的情况下,也是可以成立聚众淫乱罪的。网络裸聊行为能否评价为“公开性”,同样可以遵循“是否容易地被不经意的、无辜的他人看到”这一实质判断标准。如果三人以上同时在一个开放的网络视频“聊天室”内裸聊,而“聊天室”没有设置任何进入条件,如密码、口令、“管理员”的确认等,不知道该聊天室内正在进行淫乱活动的无辜网络用户可以自由点击进入其中,就可以评价为公开实施;如果“聊天室”并非所有网络用户都可以进入,而是必须经过组织者的直接或间接的确认,前者如网络用户提出申请后需要组织者的“同意”指令,后者如组织者提前设置好密码。在这种场合下,参与者显然是知情的,没有冒犯到无辜第三人的可能性,故不属于公开实施。例如,2005年8月22日,李某某与多名男女通过登录“E话通”建立视频聊天室,在聊天室暴露生殖器,实施手淫等淫乱行为。该聊天室设有密码,李某某还担任管理员,负责将陌生人“踢出去”。北京市石景山区人民检察院以聚众淫乱罪向北京市石景山区人民法院提起公诉,后在案件审理过程中,检察院以事实、证据有

^① 参见浙江省温州市中级人民法院(2013)浙温刑终字第404号刑事判决书。

变化为由撤回了起诉。^① 本案中,聊天室设有密码,进入其中的网络用户都知道该聊天室是供聚众裸聊的平台,所有观看到聚众淫乱活动的人都是自愿的,故没有冒犯可能性,不符合聚众淫乱罪要求的“公开性”要件。

需要说明的是,将聚众淫乱罪的成立限定在公开场合下实施,并不会造成聚众淫乱罪和刑法分则第六章妨害社会管理秩序罪规定的其他聚众型犯罪相矛盾。换言之,除聚众淫乱罪以外,对于刑法分则第六章的其他聚众型犯罪,都应当解释出公开性这一不成文的构成要件要素。具体而言,刑法第六章规定的聚众型犯罪分别是第290条“聚众扰乱社会秩序罪、聚众冲击国家机关罪”、第291条“聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪”、第292条“聚众斗殴罪”以及第317条“聚众持械劫狱罪”。除聚众斗殴罪以外,其他几个罪名顾名思义就可以得出行为一定不是在私密的场所进行的。关于聚众斗殴罪,也并非只要两伙人^②实施了斗殴行为就成立本罪,只有斗殴行为让非参与斗殴的人即无关的他人看到或切身察觉到,让他们感到恐惧才能认定侵害了本罪所保护的公共生活的安宁状态。如果两伙人相约在封闭的空间内(如包下了一个室内篮球场),或者在第三人无法得知或观看到斗殴行为的地方(如深山老林)实施斗殴行为,且行为完毕后“清理了现场”,没有留下打斗痕迹,在没有造成人员重伤或死亡结果的情况下,因为斗殴行为从开始至结束并没有影响到自愿参与人员以外的任何人,就不能成立聚众斗殴罪。在“常熟4·2聚众斗殴案”中,虽然斗殴发生在公司的办公室内,但结合案情当然可以认定为公开实施,根据在办公室打砸的声音巨大,有员工看到对方十来个人来势凶猛,手里都拿着刀冲进了公司大楼,斗殴结束一方撤离后办公室被砸,地上有血迹,路过该公司的路人见到公司门口围了很多,听到了里面有打架的打闹声和玻璃碎

^① 参见于同志:《主持聊天室“裸聊”的行为认定》,载《人民司法》2007年第16期。

^② 至于是否要求斗殴双方都达到三人以上,理论和实务上均有争议,但这并非本文探讨的范围。

的声音等情节,^①足以认定斗殴行为让他人感到恐惧,侵害了公共生活的安宁状态。

四、结 语

聚众淫乱罪的保护法益不是婚姻家庭的健康稳定状态。婚姻家庭说会导致刑法对同一保护法益处罚范围的不协调,也不具备司法上的可操作性。聚众淫乱罪的保护法益也不是社会的性道德观念。社会性道德观念说不仅违背了当代法治国个人自治的宪政理念,更加有悖于我国二元处罚模式下的刑法立法特性。刑法不是强制推行道德规范的手段,应从对他人利益的侵害当中寻求刑法的干预根据。公开实施性有关的行为,会让他人产生不良心理感受,损害他人的健康、平稳的心理情感状态,这种冒犯行为也是对他人的利益的侵害。因此,聚众淫乱罪的保护法益应当是性行为非公开化的公共秩序。

据此理解,聚众淫乱罪的处罚范围限于公开场合下三人以上在一起实施的淫乱活动,即行为发生在容易被未料想的、不经意的参与者以外的他人观看的场所。司法实践不对实施场所加以区分而一律处罚多人淫乱行为的做法显然没有恰当的理解聚众淫乱罪的保护法益。不仅是聚众淫乱罪,所有保护公共秩序的犯罪只有对其保护法益具体化、可视化为与个人利益相关时,才能说明处罚的正当性。

The Legal Good and Limiting Punishment Scope of Crime of Assembled Prurency

Wang Qi

[内容摘要]我国刑法体现了法益侵害原理的立场,刑法不是强制推行道德规范的手段。聚众淫乱罪的保护法益应当是性行为非公开化的公共秩序。只有当聚众淫乱行为以公开的方式实施,才使非自愿参

^① 江苏省常熟市人民法院(2011)熟刑初字第0430号刑事判决书。

加或观看的人产生不良心理感受,侵害了性行为非公开化的公共秩序,才能认定为聚众淫乱罪。“公开性”应当是聚众淫乱罪的不成文的构成要件要素,以多人的淫乱行为“是否容易地被不经意的、无辜的他人看到”作为实质的认定标准。

[关键词]聚众淫乱罪;保护法益;性非公开化;公开性

Abstract: Chinese Criminal Law revealing the principle of infringement of legal good. Criminal Law cannot be a mechanism to enforce or strengthen moral norms. The legal good of the crime of assembled pruriency is sexualized behaviors' non-public character. Only on the occasions when assembled pruriency behaviors conduct in public, can the reluctant participants or observers will suffer from unpleasant psychological receipt and undermine the public requirement of sexualized behaviors' non-public. In turn, only in this way, can the doers be convicted of crime. “Publicly” should be an unwritten offense element of the crime of assembled pruriency. The essential criterion of “publicly” is group pruriency can be seen by casual and reluctant observers easily.

Key words: the Crime of Assembled Pruriency; Legal Good; Sexualized Behaviors Cannot Conduct in Public; Publicly