



华南理工大学
South China University of Technology

专业学位硕士学位论文

我国刑法风化犯罪体系优化研究

| | |
|--------|------------|
| 作者姓名 | 冯晓盈 |
| 学位类别 | 法律硕士 |
| 指导教师 | 徐松林 教授 |
| 所在学院 | 法学院 |
| 论文提交日期 | 2019年6月26日 |

Research on the Optimization of Moral Crime System in China's Criminal Law

A Dissertation Submitted for the Degree of Master

Candidate: Feng Xiaoying

Supervisor: Prof. Xu Songlin

South China University of Technology

Guangzhou, China

分类号：D9

学校代号：10561

学 号：201721050347

华南理工大学硕士学位论文

我国刑法风化犯罪体系优化研究

作者姓名：冯晓盈

指导教师姓名、职称：徐松林 教授

申请学位级别：法律硕士

学科专业名称：法律（法学）

研究方向：刑法学

论文提交日期：2019 年 6 月 26 日

论文答辩日期：2019 年 5 月 28 日

学位授予单位：华南理工大学

学位授予日期：2019 年 6 月 28 日

答辩委员会成员：

主席：聂立泽教授

委员：胡学相教授、董文蕙副教授

华南理工大学

学位论文原创性声明

本人郑重声明：所呈交的论文是本人在导师的指导下独立进行研究所取得的研究成果。除了文中特别加以标注引用的内容外，本论文不包含任何其他个人或集体已经发表或撰写的成果作品。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本人完全意识到本声明的法律后果由本人承担。

作者签名：冯晓盈

日期：2019年6月26日

学位论文版权使用授权书

本学位论文作者完全了解学校有关保留、使用学位论文的规定，即：研究生在校攻读学位期间论文工作的知识产权单位属华南理工大学。学校有权保留并向国家有关部门或机构送交论文的复印件和电子版，允许学位论文被查阅（除在保密期内的保密论文外）；学校可以公布学位论文的全部或部分内容，可以允许采用影印、缩印或其它复制手段保存、汇编学位论文。本人电子文档的内容和纸质论文的内容相一致。

本学位论文属于：

☐ 保密（校保密委员会审定涉密学位论文时间：____年__月__日），于____年__月__日解密后适用本授权书。

☒ 不保密，同意在校园网上发布，供校内师生和与学校有共享协议的单位浏览；同意将本人学位论文编入有关数据库进行检索，传播学位论文的全部或部分内容。

（请在以上相应方框内打“√”）

作者签名：冯晓盈

指导教师签名：

作者联系电话：

联系地址(含邮编)：

日期：2019年6月26日

日期：2019年6月26日

电子邮箱：

摘要

风化犯罪作为一种败坏社会风尚的行为，为古今中外立法者所禁。许多国家和地区的刑法，都对风化犯罪进行不同程度的打击，并且形成不同的立法模式。我国刑法一直严厉打击风化犯罪，相关罪名多达十几个，并且为此设置了较重的法定刑。近几年来，我国以修正案的形式将风化犯罪的个别罪名进行删改、废除了死刑，在立法层面上对风化犯罪进行了部分完善。但是我国风化犯罪的立法仍然存在诸多问题，例如法律概念不明确、罪名之间存在竞合关系、犯罪客体不明确、法定刑设置不合理等问题。目前，我国风化犯罪立法没有形成统一的法律体系。根据刑法谦抑性思想、无被害人犯罪、道德入刑、性观念变迁的理论基础，有必要对我国风化犯罪的个罪和法定刑进行修正，对风化犯罪进行体系优化。横向比较其他国家或者地区的立法模式，借鉴其他国家和地区的宝贵经验，针对我国目前立法的不足，尝试重新构建我国风化犯罪的体系，取消、合并和增加部分罪名，将不合理的法定刑进行轻缓化修改。

关键词：风化犯罪；刑事立法；体系优化

Abstract

The moral crime, as a kind of behavior that depraved social customs, was forbidden by legislators in ancient and modern times. The criminal laws of many countries and regions strike moral crimes to different degrees and form different legislative models. China's criminal law has been cracking down on moral crimes, related charges up to more than a dozen, and for this set up a heavier statutory punishment. In recent years, in the form of amendment, China has abrogated and abolished the death penalty for some moral crimes, which has been partly improved in the aspect of legislation. However, there are still many problems in the legislation of moral crime in our country, such as unclear legal concept, concurrence and cooperation between charges, unclear object of crime, unreasonable statutory penalty and so on. At present, the legislation of moral crime has not formed a unified legal system. According to the theoretical basis of modesty of criminal law, victimless crime, moral punishment and change of sexual concept, it is necessary to amend the individual crime and statutory punishment of decency crime in China and optimize the system of moral crime. By comparing the legislative models of other countries and regions, learning from the valuable experience of other countries and regions, and aiming at the deficiencies of the current legislation in China, this paper attempts to reconstruct the system of decency crimes in China, cancels, merges and adds some charges, and modifies the unreasonable statutory punishment with a lighter punishment.

Key words: Moral Crime; Criminal Legislation; System Optimization

目 录

| | |
|----------------------------|----|
| 摘要 | I |
| ABSTRACT | II |
| 引言 | 1 |
| 第一章 风化犯罪的概述 | 2 |
| 第一节 风化犯罪的概念梳理 | 2 |
| 一、历史上对风化的态度 | 2 |
| 二、风化犯罪的概念界定 | 3 |
| 三、风化犯罪的具体分类 | 5 |
| 第二节 我国风化犯罪的立法沿革 | 6 |
| 一、79 年刑法风化犯罪入刑 | 6 |
| 二、90 年代罪名增多和细化 | 7 |
| 三、97 年刑法基本保留继承 | 8 |
| 四、21 世纪个罪和死刑废除 | 8 |
| 第三节 风化犯罪立法模式的法域差异 | 9 |
| 一、刑法典单章规定模式 | 9 |
| 二、刑法典分散规定模式 | 10 |
| 三、刑法典和专门法结合模式 | 11 |
| 四、特定法规定模式 | 12 |
| 第二章 我国风化犯罪立法的实然分析 | 13 |
| 第一节 个罪疑难问题辨析 | 13 |
| 一、聚众淫乱罪的去留 | 13 |
| 二、组织卖淫罪与其他卖淫类罪名的竞合 | 15 |
| 三、走私淫秽物品罪客体的争议 | 16 |
| 四、组织播放淫秽音像制品罪实行行为的争议 | 17 |
| 第二节 法定刑配置的分析 | 18 |
| 一、引诱、容留、介绍卖淫罪自由刑偏重 | 18 |
| 二、部分淫秽物品类罪名缺失单处罚金刑 | 20 |

| | |
|--------------------------|----|
| 第三节 风化犯罪立法总结 | 20 |
| 一、 罪名分布散乱 | 21 |
| 二、 罪名相互竞合 | 21 |
| 三、 法定刑不合理 | 21 |
| 第三章 我国风化犯罪立法体系的设想 | 23 |
| 第一节 风化犯罪优化理论基础 | 23 |
| 一、 刑法谦抑主义 | 23 |
| 二、 无被害人犯罪 | 24 |
| 三、 道德入刑理论 | 25 |
| 四、 性观念的变迁 | 25 |
| 第二节 我国风化犯罪体系优化 | 26 |
| 一、 独立设置章节 | 26 |
| 二、 罪名设置优化 | 27 |
| 三、 法定刑轻缓化 | 30 |
| 结论 | 34 |
| 参考文献 | 35 |
| 攻读博士/硕士学位期间取得的研究成果 | 37 |
| 致谢 | 38 |

引言

在古代中国，风化犯罪有悖于社会伦理纲常，与封建统治者为维护统治而提倡的伦理道德不相符。自古以来，刑法就对风化犯罪进行规制。我国 1979 年刑法颁布，关于风化犯罪，设立了包括：强迫妇女卖淫罪，流氓罪，引诱、容留妇女卖淫罪，制作、贩卖淫书、淫画罪四个罪名。随着，风化犯罪案件急剧增加，出现了许多新情况，原有法律无法适应新形势的发展，我国有关部门颁布了一系列有关打击风化犯罪的规范，如《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》和《关于严禁卖淫嫖娼的决定》，增设和修改了许多罪名。1997 年刑法颁布以来，经过刑法修正案（八）和刑法修正案（九）的修改，我国刑法目前关于风化犯罪的罪名多达十几个。然而，在严厉打击风化犯罪的同时，随着社会观念的变化，人们的性价值观念也随之发生变化，对色情淫秽等概念进行判断的标准也会发生变化，我国的性观念早已突破了现行刑法所规制的风化犯罪所依赖的传统性观念。现行刑法关于风化犯罪的立法不足与弊端也随着刑法的施行而不断显现出来，各个罪名在司法实践适用中出现了诸多问题，法定刑配置是否合理也存在争议，这些问题影响了刑法功能的有效发挥。

目前，我国刑法中关于风化犯罪的规定十分零散，罪名分散在不同的章节当中，没有形成一个完整的系统，某些罪名之间相互重叠、相互矛盾，罪状的表述模糊不清，严重影响司法适用，法定刑的配置失衡，违反了罪刑均衡原则。然而，我国大部分学者仅对风化犯罪的个罪进行研究，很少有对风化犯罪进行体系化研究。因此，有必要对我国风化犯罪的体系优化进行研究。通过研究我国风化犯罪的立法，将个罪进行实然分析，探讨目前的争议问题，针对现存的问题提出自己的看法，尝试将我国风化犯罪推倒重建，把分散在各个章节的罪名统一起来，按照个罪保护法益的不同将个罪重新排列并分类，修改不合理的罪名，重新设置不合理的法定刑，以达到将我国风化犯罪立法体系进行优化的目标。

第一章 风化犯罪的概述

世界上不同的历史时期，无论是我国还是发达国家（地区），人们对风化的态度是不断变化的，时而宽容，时而严苛，后来又逐渐宽容。由于各个国家或者地区的文化、风俗有所差异，因此，导致了各个国家和地区关于风化犯罪的概念有不同的理解。各个国家或者地区关于风化犯罪的刑事立法所涵盖的范围大小不一，有的国家（地区）刑法中风化犯罪的范围很大，有的国家（地区）刑法中风化犯罪的范围很小。因此，要想实现我国刑法风化犯罪体系优化的目标，首先就要对风化犯罪的概念进行梳理，归纳历史上人们对风化的态度的变化趋势，结合各个国家或者地区学者的观点对风化犯罪的概念进行界定，再对风化犯罪相关罪名进行分类整理。其次要纵向梳理我国刑法从 1979 年至今关于风化犯罪的立法沿革，总结每个阶段的立法特征。最后要横向对比其他国家或者地区关于风化犯罪的刑法立法模式，分析每种立法模式的优缺点，参考其他国家或者地区的优势之处。

第一节 风化犯罪的概念梳理

人们对风化的态度的不同，决定了妨害风化的行为是否为罪的问题。在提倡婚爱自由的现代，人们对风化的态度是越来越开放的。然而，在古代中国，儒家文化在思想界处于统治地位，人们对风化的严苛程度主要随着儒家观点的变化而变化。同样地，在西方国家或者地区的历史时期，人们对于风化的态度也是随着宗教思想的变化而变化。由于文化差异，各个国家或者地区的学者关于风化犯罪的概念的界定是不同的，没有形成统一的观点。因此，有必要对风化犯罪的概念进行界定。由于风化犯罪涉及的相关罪名比较多，为了方便研究风化犯罪的体系优化问题，有必要根据罪名的特征和犯罪构成不同，对风化犯罪的罪名进行分类总结。

一、历史上对风化的态度

在不同的时代，由于性习俗、性文化、性道德的不同，导致了人们对风化理解的不同。从上古到春秋时期，因为古人的生殖崇拜和渴望生育，所以华夏民族有“仲春之月，令会男女”的习俗，意思就是男女在每年春二月的欢会中可以自由择偶，不受约束地性交。在这个时期，人们对风化的态度是很宽容的，男女性关系也比较随意。然而，到了春秋战国时期，儒家文化提倡“礼教”，强调自律，因此开始了对个人行为的规范和对伦理道德的规制。“礼”把性禁忌的空间无限扩大，甚至将男女对立起来，例如“礼不

亲授”、“男女授受不亲”，意思就是男女之间不能直接接触，即使是传递东西都不能直接送入手中。可见，在这个时代，人们认为男女之间的身体接触都是有违风化的，即使是日常生活的举止也要被禁止。到了宋明时期，程朱理学在思想界处于统治地位，极端推崇“礼教”。程颐提出“饿死事极小，失节事极大”，意思就是妇女宁可因为饥饿而死也不能改嫁失节。朱熹也是提倡“革尽人欲，复尽天理”，意思就是要彻底消灭人的天性欲望。理学还提出“万恶淫为首”的观念，认为性活动是丑事，性只是对传宗接代有积极意义。在这个时期，人们认为风化比妇女的生命还要重要。从此，性渐渐被蒙上了“罪”的色彩，古代中国走向了全面的禁欲主义。^[1]改革开放以来，随着人们权利意识的增强，人们开始逐渐追求性自由、恋爱自由、婚姻自由，对妨害风化的态度也是不断放宽。横向比较西方其他国家和地区，他们对风化的理解也是不断变化发展的。首先是古希腊、古罗马时期，人们对性文化是比较宽容的。然后到了欧洲中世纪时期，基督教认为“一切性交都是罪恶的”，这个时代走向了病态的禁欲主义，被称为“黑暗时代”。^[2]继而文艺复兴时期，人们追求个性发展和意志自由，促进了两性关系的自由，人们对妨害风化的态度开始放宽。现代以来，随着女权运动的开展、男女平等观念的普及，人们开始要求婚爱的自由，因此走向“性解放”的阶段，人们对妨害风化的态度也随之更加宽容。

综上所述，无论是中国还是西方其他国家和地区，历史上对妨害风化是否为犯罪的观念是不断变化的，开始是从宽容到严禁，后来又从严禁到放宽。

二、风化犯罪的概念界定

在《现代汉语辞典》中，风化，是指风俗和教化。妨害风化，就是指破坏社会的风俗和教化，对社会风俗、文化产生不良影响的行为。一般认为，风化犯罪，又称“妨害风俗犯罪”、“妨害风化犯罪”或者“对风俗的犯罪”，是指行为人实施的，严重破坏社会伦理秩序与善良风俗，应受刑法处罚的行为。关于风化犯罪的概念界定，各个国家和地区的刑法学界都没有形成统一的观点，主要存在最广义、广义和狭义三种不同的观点。

（一）最广义

中国台湾刑法学者认为：“最广义的风化犯罪，包括性交、猥亵、妨害婚姻、家庭、

^[1] 李书崇：《性文化简史》，群言出版社 2015 年版，第 172 页。

^[2] 余凤高：《西方性观念的变迁》，湖南文艺出版社 2004 年版，第 29-33 页。

亵渎祀典与赌博等罪。”^[3]日本刑法学者认为：“对风俗的犯罪，就是以侵害社会中的善良风俗即国民的伦理、道德、宗教感情为内容的犯罪。其中包括以社会的健康的行风俗为保护法益的猥亵以及重婚犯罪；以经济风俗为保护法益的赌博以及彩票犯罪；以宗教风俗为保护法益的有关礼拜场所以及坟墓的犯罪。”^[4]中国的刑法学者认为：“广义的风化犯罪，除了包括组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫类罪和制作、贩卖、传播淫秽物品罪类罪，还包括强奸罪，强制猥亵罪，赌博罪，盗窃、侮辱尸体罪等。”^[5]由此可见，最广义的风化犯罪，是指除了包括性相关的犯罪，还包括其它一切违反社会风化的犯罪。从这些学者的观点可以看出，最广义的风化犯罪所涵盖的范围非常广，无论是性风俗、宗教风俗、还是经济风俗，只要是涉及社会风俗教化的罪名都在风化犯罪的范围之内。

（二）广义

中国台湾刑法学者认为：“广义的风化犯罪只限于有关性欲的犯罪，亦即因性冲动而侵害他人利益之罪。”^[6]英美刑法学者认为：“风化犯罪是指关于风俗教化的犯罪，具体来说，风化犯罪是性犯罪、卖淫犯罪和淫秽物品犯罪的统称。广义上还可以包括重婚罪在内。”^[7]由此可见，广义的风化犯罪不包括经济风俗和宗教风俗等犯罪，主要是指有关性方面的犯罪。广义的风化犯罪的概念从表面上看有一定的合理之处，但是实际上存在很严重的问题，即没有区分个人法益和社会法益。因为有关性方面的犯罪包括了侵犯个人法益的犯罪和社会法益的犯罪。前者主要侵犯的是个人的性自主决定权，例如强奸罪；后者主要侵犯的是社会的性风俗、性道德，例如传播淫秽物品罪。因此，两者并无同类客体。如果要想使我国刑法立法体系更加科学合理，那么这两类罪名不应当归为同一类罪，侵犯社会法益的性相关犯罪应当与侵犯个人法益的性相关犯罪区分，侵犯个人权利的性相关犯罪应当与其他侵犯个人人身权利的罪名放在一起。

（三）狭义

狭义的风化犯罪不包括侵犯性自主权的犯罪，只包括妨害性道德、性风俗的侵犯社会法益的犯罪。这是因为妨害风化犯罪与妨害性自主犯罪有所区别，主要是两者所强调的法益不同。妨害性自主犯罪侵犯的是个人法益，强调违反个人的性自主决定权，即性自主意识的支配，例如强奸罪、强制猥亵罪等。强制猥亵、侮辱罪是从流氓罪中分解而

^[3] 蔡敦铭：《刑法精义》，翰芦图书出版有限公司 2005 年版，第 538 页。

^[4] 黎宏：《日本刑法精义（第二版）》，法律出版社 2008 年版，第 208 页。

^[5] 时延安：《妨害风化犯罪：立案追诉标准与司法认定实务》，中国人民公安大学出版社 2010 年版，第 277 页。

^[6] 蔡敦铭：《刑法精义》，翰芦图书出版有限公司 2005 年版，第 538 页。

^[7] 赵秉志：《21 世纪法学系列教材：英美刑法学》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 299 页。

来的，原本属于妨害社会管理秩序的犯罪，但是 1997 年之后已将该罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利一章中，这说明该罪所侵犯的法益主要是性的不可侵犯的权利，而不是社会管理秩序。^[8]因为性自主决定权属于个人的人身权利，不属于社会法益的范畴。妨害风化犯罪侵犯的是社会法益，强调败坏社会善良风俗的色情问题，例如聚众淫乱罪等。^[9]中国有的刑法学者在编写有关妨害风化犯罪的书时亦将妨害性自主犯罪排除在外。^[10]因此，狭义的风化犯罪是指破坏社会性风俗的犯罪，具体包括淫乱相关罪、卖淫相关犯罪、淫秽物品相关犯罪。

综上所述，风化犯罪在不同的国家和地区有不同的分类标准，不同的学者也有不同的见解。最广义的风化犯罪包含的罪名范围过于广泛，各个罪名之间的特征差异较大，因此最广义的风化犯罪的概念不够合理科学。广义的风化犯罪有一定的合理之处，但是却模糊了个人法益与社会法益的区别。而狭义的风化犯罪的概念更加科学合理，体现了个人法益和社会法益的区别。本文采用的是狭义的风化犯罪，原因在于妨害公民人身权利的犯罪应当与妨害风化犯罪有所区分。我国《刑法》将重婚罪、强奸罪、猥亵相关犯罪等侵犯公民人身权利的犯罪纳入到“第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪”范围当中。虽然重婚罪、强奸罪、猥亵相关犯罪也是败坏社会风俗的犯罪，但是主要侵犯的是个人的法益，强调对公民人身权利的侵犯。本文研究的“风化犯罪”，是指破坏社会性风俗、性道德的犯罪，即淫乱相关犯罪、卖淫相关犯罪、淫秽物品相关犯罪的总称。

三、风化犯罪的具体分类

我国《刑法》中虽然关于风化犯罪有十几个罪名，但是没有对其进行分门别类。为了使风化犯罪的体系更加科学合理，务必要对这些罪名进行分类整理。结合风化犯罪的概念，根据每个罪名的法律特征和犯罪构成，风化犯罪可以分为三种类型，包括淫乱类、卖淫类和淫秽物品类。

（一）淫乱类

淫乱类犯罪是指违反善良性道德的性交行为。这类罪名一般都是自愿参加的，为了满足性欲进行淫乱行为，但是会侵犯他人的羞耻心。^[11]我国《刑法》中淫乱类犯罪主要包括以下两个罪名：聚众淫乱罪和引诱未成年人聚众淫乱罪。聚众淫乱主要表现为聚集

^[8] 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 227 页。

^[9] 陈郁如：《从妨害风化到妨害性自主-简论台湾强制性交罪条文及其概念发展》，载《政法论丛》，2006 年第 2 期，第 11 页。

^[10] 鲍遂献：《妨害风化犯罪》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

^[11] 豆军峰：《妨害社会管理秩序罪：案例与实务》，清华大学出版社 2017 年版，第 45 页。

多人进行淫乱活动的行为。引诱未成年人聚众淫乱表现为诱使不满 18 周岁的人参加淫乱活动的行为。淫乱类犯罪侵犯了社会的善良风俗，属于风化犯罪的范畴。

（二）卖淫类

卖淫类犯罪属于妨害风化犯罪中的一类。虽然我国刑法并未将卖淫视为犯罪，但是有的国家把卖淫视为犯罪，例如英国、德国、美国等将卖淫定为微罪。我国《刑法》中卖淫类犯罪不包括卖淫行为。但是我国将其他卖淫相关行为入罪。卖淫类犯罪严重扰乱社会风气，侵害社会风尚，违反了正常的性道德和性风俗，毒害了正常的社会伦理和价值。^[12]因此，要对卖淫相关的犯罪进行严厉打击。卖淫类犯罪包括“组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪”这一类罪中的五个罪名。^[13]

（三）淫秽物品类

淫秽物品类犯罪作为妨害风化犯罪的其中一种类型，其所涉及的是与性有关的风尚、道德。^[14]淫秽物品犯罪的行为对象是淫秽物品。淫秽物品犯罪的直接危害表现在对人们道德情操、伦理观念的腐蚀上。因此，为了保持良好的社会风气和文化环境，必须对淫秽物品类犯罪进行打击。^[15]淫秽物品类犯罪包括走私淫秽物品罪和“制作、贩卖、传播淫秽物品罪”这一类罪中的五个罪名。^[16]

第二节 我国风化犯罪的立法沿革

我国严厉打击风化犯罪，从 1979 年便将风化犯罪入刑，并且在刑法实施的过程中不断修改和完善关于风化犯罪的立法。我国《刑法》中关于风化犯罪的立法从 1979 年至今经历了罪名从少到多、罪状由简到繁、法定刑由重变轻的演变过程。

一、79 年刑法风化犯罪入刑

我国将风化犯罪明确规定在刑法中，始于 1979 年《中华人民共和国刑法》（以下简称 1979 年《刑法》）。1979 年《刑法》只规定了强迫妇女卖淫罪，流氓罪，引诱、容留妇女卖淫罪，制作、贩卖淫书、淫画罪。1979 年《刑法》涉及风化犯罪的罪名较少，

^[12] 时延安：《妨害风化犯罪：立案追诉标准与司法认定实务》，中国人民公安大学出版社 2010 年版，第 4 页。

^[13] 《中华人民共和国刑法》第六章第八节组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪：组织卖淫罪，强迫卖淫罪，协助组织卖淫罪，引诱、容留、介绍卖淫罪，引诱幼女卖淫罪，传播性病罪。

^[14] 蒋小燕：《淫秽物品犯罪研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 1 页。

^[15] 高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育及诞生》，法律出版社 1981 年版，第 229 页。

^[16] 《中华人民共和国刑法》第六章第九节制作、贩卖、传播淫秽物品罪：制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，为他人提供书号出版淫秽书刊罪，传播淫秽物品罪，组织播放淫秽音像制品罪，组织淫秽表演罪。

仅有四个相关罪名，许多其他妨害风化犯罪的行为难以通过刑法进行处罚，但是司法部门又不得不打击这些犯罪行为。例如，组织卖淫的行为司法部门根据强迫妇女卖淫罪来定罪量刑。最高法院也对第 170 条进行扩张解释，除了制作、贩卖淫书、淫画之外，对于组织播放录像、影片、电视片、幻灯片等构成犯罪的，直接依据制作、贩卖淫书、淫画罪的规定定罪量刑，不需要适用法律类推。由此可见，虽然 1979 年《刑法》规定的风化犯罪罪名很少，但是司法实践中却出现了许多妨害风化的行为需要通过刑法加以规制，当时的立法难以满足现实需求，为了打击更多的风化犯罪行为，因此需要对风化犯罪的罪名进行扩大解释。

二、90 年代罪名增多和细化

由于 1979 年刑法无法覆盖更多的风化犯罪，为了打击日益猖獗的淫秽物品类犯罪，1990 年我国通过了《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》。该《决定》对 1979 年《刑法》中关于淫秽物品类犯罪作了以下五大修改：（一）将走私与制作、贩卖行为区分，增设了走私淫秽物品罪。（二）将复制、出版淫秽物品的行为从制作行为中分离出来独立成罪，增设了制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪。（三）增设了为他人提供书号出版淫秽书刊罪。（四）将情节严重的非牟利的传播淫秽物品的行为在刑法上规定为犯罪，增设了传播淫秽物品罪。（五）增设了组织播放淫秽音像制品罪。

1979 年《刑法》无法打击司法实践中各式各样的卖淫相关犯罪，因此 1991 年我国通过了《关于严禁卖淫嫖娼的决定》。该《决定》对 1979 年《刑法》中关于卖淫类犯罪作了以下修改：（一）将强迫妇女卖淫罪修改为强迫他人卖淫罪（第 1 条第 1 款）。

（二）将引诱、容留妇女卖淫罪修改为引诱、容留、介绍他人卖淫罪，自此 1979 年《刑法》第 169 条不再适用。（三）增设了组织他人卖淫罪，自此将组织卖淫的行为规定为独立的犯罪。（四）增设了协助组织卖淫罪，但是该《决定》颁布以后，对协助组织卖淫的行为是否为一独立罪种，在理论上是有争议的：肯定说认为协助组织卖淫的行为有独立罪状和法定刑；否定说认为协助组织卖淫的行为是帮助行为，其与组织他人卖淫行为成立共同犯罪，应当适用刑法总则中关于从犯的规定。后来，最高人民法院、最高人民检察院解释，由于协助组织卖淫行为有具体罪状和独立法定刑，应当独立成罪。^[17]

^[17] 最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定〉的若干问题的解释》第 3 条第 2 款：依照《决定》第一条第二款的规定，协助组织他人卖淫的行为，有具体的罪状和单独的法定刑，应当确定为独立的罪名，适用单独的法定刑处罚，不适用刑法总则第二十四条关于从犯的处罚原则。

（五）增设了传播性病罪，但是该《决定》并未对第5条第1款中“明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的”明确归纳为“传播性病罪”。为了消除在罪名上的混乱状态，两高又将该《决定》第5条第1款罪名解释为“传播性病罪”。

90年代时期，由于1979年《刑法》关于风化犯罪的规定较少，为了解决司法实践中的问题，我国通过了两个《决定》，增设了许多风化犯罪的相关罪名和规定，并且两高也对两个《决定》中未明确的内容进行了解释。

三、97年刑法基本保留继承

1997年《中华人民共和国刑法》（以下简称1997年《刑法》）基本保留了1979年《刑法》中风化犯罪的相关规定，但是仍然对部分罪名进行了增加和删改，并且对同类型的罪名进行了系统化：（一）增设了聚众淫乱罪和引诱未成年人聚众淫乱罪。将这两个罪名归入第六章“妨害社会管理秩序罪”第一节“扰乱公共秩序罪”中。自此流氓罪被取消，并将其分解为强制猥亵侮辱妇女罪、猥亵儿童罪、聚众淫乱罪、聚众斗殴罪、寻衅滋事罪五个罪名。（二）将走私淫秽物品罪纳入到第二章“危害公共安全罪”第二节“走私罪”中。（三）第六章第八节“组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪”规定了组织卖淫罪，协助组织卖淫罪，强迫卖淫罪，引诱、容留、介绍卖淫罪，引诱幼女卖淫罪，传播性病罪，嫖宿幼女罪。（四）第六章第九节“制作、贩卖、传播淫秽物品罪”规定了制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，为他人提供书号出版淫秽书刊罪，传播淫秽物品罪，组织播放淫秽音像制品罪，组织淫秽表演罪。

1997年《刑法》基本保留了1979年《刑法》和两个《决定》的内容，卖淫类犯罪和淫秽物品类犯罪分别规定为两个类罪，将相关罪名归纳到相应类罪当中，并且将大部分风化犯罪的罪名归入到妨害社会管理秩序罪一章当中。

四、21世纪个罪和死刑废除

近年来，风化犯罪个别罪名的罪状经历了由简到繁的变化。协助组织卖淫的行为实际上是组织卖淫行为的组成部分，1997年《刑法》中有关协助组织卖淫罪的罪状是简单罪状，只是规定为“协助组织他人卖淫的”。也就是说刑法条文中没有明确描述该罪的客观方面，不利于司法实践中适用该罪名。2011年我国通过了刑法修正案（八）。其中对该罪的罪状进行了明确化，即“为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织他人卖淫行为的”。自此协助组织卖淫罪的罪状变为叙明罪状，明确规定了该罪的客观

方面表现为帮助组织卖淫的人招募、运送人员等行为。

1997年《刑法》第358条第2款规定，组织卖淫罪和强迫卖淫罪的法定刑最高为死刑。近年来，我国刑法朝着严格控制死刑、逐步减少死刑的方向发展，从刑法修正案（八）开始减少了13个罪名的死刑，到了2015年我国通过刑法修正案（九），废除了9个罪名的死刑。刑法修正案（九）将刑法第358条进行了修改，即废除了组织卖淫罪和强迫卖淫罪的死刑，并且新增了组织、强迫未成年人卖淫从重处罚的规定。自此我国刑法中风化犯罪的法定刑最高为无期徒刑。另外，嫖宿幼女罪的存废一直以来都引起很大争议，从保护儿童性权利的角度出发，我国刑法应当取消嫖宿幼女罪。刑法修正案（九）废除了嫖宿幼女罪。自此嫖宿幼女的行为回归为强奸罪，直接视为奸淫幼女型强奸。

第三节 风化犯罪立法模式的法域差异

由于不同的国家或者地区有着各自的风俗教化，对性风俗的理解也有所不同，因此各国（地区）的风化犯罪在立法层面上有所差异。不同国家或者地区的风化犯罪在立法模式、罪名设定、法定刑等方面也存在诸多差异。我国刑法关于“风化犯罪”的立法模式是分散式，即关于风化犯罪的罪名分布于不同章节之中，没有统一于独立的章节当中。要想对我国风化犯罪立法进行体系优化研究，就要考察其他国家或者地区有关风化犯罪的立法，借鉴域外的优秀经验。其他国家或者地区关于风化犯罪的立法模式可以概括为以下四种类型：刑法典单章规定模式、具刑法典分散规定模式、刑法典和专门法结合模式、特定法规定模式。

一、刑法典单章规定模式

有的国家或者地区会在刑法典中对风化犯罪设定单独的章节，并且将风化犯罪的相关罪名归纳到该章节当中，例如韩国和我国台湾地区。

（一）韩国

《韩国刑法典》^[18]有针对风化犯罪设立独立的一章，即第二十二章“败坏风俗的犯罪”包括以下罪名：1、通奸罪。依据第241条之规定，有配偶的人与人通奸，处2年以下惩役。与之相奸的人，处以相同的刑罚。前款的罪有配偶告诉的，才能处罚。但是配偶怂恿或宽恕通奸的，不得告诉。但是，随着韩国民众社会价值观念的变化，对个人权利意识尤其是性权利意识的强化，通奸罪的存废引起了争议。2015年韩国宪法法院宣

^[18] 金昌俊：《韩国刑法总论》，社会科学文献出版社2016年版，第346-347页。

布废除刑法中一项涉及处罚通奸者的法条，认定实行了六十二年的通奸罪违反宪法，侵犯公民个人权利。2、中介淫行罪。依据第 242 条之规定，以盈利为目的中介他人实施奸淫的人，处 3 年以下的惩役或 1500 万元以下的罚金。3、传播淫秽书画罪。依据第 243 条之规定，传播、贩卖、租赁或者公开展示、放映淫乱的文书、图画、胶卷或其他物品的人，处 1 年以下惩役或 500 万元以下的罚金。4、制造淫秽书画罪。依据第 244 条之规定，以向第 243 条的行为提供为目的，制造、持有、进口或出口淫乱物品的人，处 1 年以下惩役或 500 万元以下的罚金。5、公然淫乱罪。依据第 245 条之规定，公然实施淫乱行为的人，处 1 年以下惩役、500 万元以下的罚金、拘留或科料。《韩国刑法典》中风化犯罪的相关罪名很少，只有四个罪名，并且每个罪名的法定刑较轻，个别罪名的最高刑为三年，其他罪名的最高刑为一年，并且所有罪名都是自由刑和财产刑择一适用。由此可见，在韩国，风化犯罪属于轻罪。从废除通奸罪来看，现代人们对有伤风化行为的态度是越来越宽容和开放的，越来越多人提倡性的自由和解放。

（二）我国台湾地区

我国台湾地区的刑法典明确设定了“妨害风化罪”一章。《中华民国刑法》在 1999 年修改时，将原来的“妨害风化罪”中的“妨害性自主罪”独立出来，成立新的第十六章，将剩余的原第十六章中的“妨害风化罪”规定为第十六章之一。如今我国台湾地区刑法的“妨害风化罪”包括以下罪名：1、血亲性交罪，最高刑为五年。2、图利使人为性交或猥亵罪，最高刑为五年。3、图利强制使人为性交猥亵罪，法定刑为七年以上。4、使未满十六岁之男女为性交或猥亵罪，最高刑为七年。5、公然猥亵罪，最高刑为两年。6、散布、贩卖猥亵物品及制造持有罪，最高刑为两年。由此可见，我国台湾地区刑法中风化犯罪的罪名也不多，只有六个罪名。其中淫乱类犯罪和淫秽物品类犯罪的法定刑较轻，最高刑都只有两年。而卖淫类犯罪的法定刑较重，但最高也只是有期徒刑，没有规定无期徒刑和死刑。自此，我国台湾地区的刑法将妨害风化和妨害性自主区分开来，分别设立不同的章节，将侵犯个人法益和社会法益的罪行分开，刑法越来越体系化、合理化。

二、刑法典分散规定模式

刑法典分散规定的立法模式是指刑法典没有针对风化犯罪设立独立的章节，风化犯罪相关罪名则是分布于刑法典的多个不同的章节当中，例如新加坡。

《新加坡刑法典》^[19]中没有对风化犯罪设立独立的一章。关于淫秽物品类犯罪是规定在第十四章“危害公共卫生、安全、便利、礼仪和道德的犯罪”中，具体包括以下犯罪：出售、租借、发放、展览、传播、制作、生产、拥有、输入、输出、运输、购买、保存淫秽物品或介绍获取淫秽物品来源罪；向 20 岁以下的人出售、租借、发放、展览、传播淫秽物品罪；在公共场所实施淫秽、猥亵行为或哼唱、背诵、说出淫秽歌曲、民谣、词语滋扰他人罪。关于违反性风俗的犯罪规定则是在第十六章“侵犯人身权利的犯罪”中，具体包括以下罪名：以被雇佣或从事卖淫、通奸为目的出卖、出租或以其他方式处置 21 岁以下的人；以被雇佣或从事卖淫、通奸为目的购买、租用或以其他方式获得 21 岁以下的人；出于使其被雇佣或用作妓女的目的以欺诈或欺骗的手段将妇女带进协助带进新加坡；为卖淫目的买卖任何妇女；强奸；乱伦；鸡奸。《新加坡刑法典》中关于风化犯罪的立法模式是分散式，规定较为散乱，没有形成统一的章节。

三、刑法典和专门法结合模式

有的国家虽然通过刑法典对风化犯罪进行了规定，但是为了打击更多的风化犯罪，因此还会颁布专门法，以此弥补刑法典的不足。这种立法模式就是刑法典和专门法结合的立法模式，例如日本。

日本关于风化犯罪的立法模式是刑法典和专门法结合的模式，即《日本刑法典》和《日本卖淫防止法》中都对风化犯罪进行了规定。《日本刑法典》^[20]有对风化犯罪设立独立的章节，即第二篇第二十一章“妨害风俗罪”，包括以下罪名：（一）公然猥亵罪。依据第 245 条之规定，公然实施猥亵行为的，处一年以下惩役、十万元以下罚金、拘留或者科料。（二）营利目的的猥亵罪。依据第 246 条之规定，以营利为目的，使人观览猥亵行为的，处二年以下惩役或者五十万元以下罚金。（三）散步猥亵文书罪。依据第 247 条之规定，散步、贩卖猥亵的文书、图画或者其他物品，或者以出借为业，或者公然展示的，处二年以下惩役或者五十万元以下罚金。（四）劝诱性交罪。依据第 248 条之规定，以营利为目的，劝诱没有淫行习癖的女子使其性交的，处三年以下惩役或者三十万元以下罚金。（五）重婚罪。依据第 250 条之规定，有配偶而重婚的处二年以下惩役；与之相婚的，亦同。另外，由于卖淫活动严重损害人的尊严，违背性道德，败坏良好的社会风气，日本刑法典对卖淫相关犯罪的规定不足，因此必须通过专门法加以规制，

^[19] 赵秉志：《英美刑法学（第二版）》，科学出版社 2016 年版，第 314 页。

^[20] 张明楷：《日本刑法典（第 2 版）》，法律出版社 2006 年版，第 184-185 页。

即颁布了《日本卖淫防止法》。《日本卖淫防止法》中虽然未对卖淫行为本身进行处罚，但是除此之外与卖淫活动相关的行为均给予刑事处罚，包括介绍卖淫罪、提供卖淫场所罪、经营淫业罪、资助淫业罪等。

四、特定法规定模式

采用特定法规定立法模式的主要是没有刑法典的国家或者地区，这些国家或者地区通过颁布特定法的方式来对风化犯罪加以规制，例如英国。特定法规定模式主要适合没有刑法典的英美法系的国家或者地区。

虽然英国是以普通法和判例法为特征的英美法系国家，但是其关于风化犯罪的立法成文化程度很高。在英国，有关风化犯罪的法律包括《性犯罪法》、《淫秽物出版法》和《侵犯人身罪法》^[21]，具体包括以下罪名：强奸罪，与性交有关的其他犯罪（通过胁迫或欺诈妇女的手段而达到目的、利用药物获得或促成性交；与 13 岁以下的少女性交；与 16 岁以下的少女性交；诱使 21 岁以下的少女；与精神有缺陷者性交；诱使精神有缺陷者卖淫；与精神错乱患者性交；乱伦）；猥亵性攻击；猥亵暴露；违背自然罪（鸡奸；介绍他人进行合法的同性性行为；有实施鸡奸意图的侵犯罪；男人之间的猥亵罪）；出版淫秽物品罪；淫秽诽谤罪；邮寄下流或淫秽物品罪；演出或导演淫秽节目罪；公开陈列淫秽物品罪；伤害公众正当心里罪等。

综上所述，虽然其他国家或者地区的文化风俗有所差异，但是其他国家或者地区刑法中风化犯罪都属于轻罪。特别是淫乱类犯罪和淫秽物品类犯罪，法定刑一般不超过两年。关于风化犯罪的立法模式，刑法典单章规定模式有利于对风化犯罪的罪名进行统一整合，能够在刑法体系中体现风化犯罪这一类罪的特征，将风化犯罪区别于其他类罪，使得刑法体系更加科学合理。

^[21] 赵秉志：《英美刑法学（第二版）》，科学出版社 2016 年版，第 312 页。

第二章 我国风化犯罪立法的实然分析

研究我国风化犯罪的体系优化，就是为了探索出一个更加科学合理的风化犯罪体系。在进行应然探讨之前，我们必须先对现行我国风化犯罪立法进行实然分析，从罪名的设置和法定刑的配置两个方面出发，思考现行立法的合理性，发现并且总结出目前我国风化犯罪立法所存在的诸多问题，再针对现有的不足解决相应的难题，才能优化我国刑法的体系。

第一节 个罪疑难问题辨析

风化犯罪的个罪存在诸多问题。有的罪名的存废在理论界存在争议；有的罪名相互竞合使得司法适用的混乱；有的罪名由于刑法的滞后性导致该罪法定刑过重，违反了罪刑法定原则。分析现行刑法中风化犯罪的个罪的疑难问题，为我国风化犯罪立法的优化提供解决路径。

一、聚众淫乱罪的去留

聚众淫乱罪是从流氓罪分解出来的，是指三人以上聚众实施淫乱行为。聚众淫乱活动，其行为侵犯了社会公共秩序和社会风化。我国现行刑法中的聚众淫乱罪规定在“妨害社会管理秩序罪”中，其保护的根本法益是社会公共秩序，即在一定的社会结构中人们必须共同遵守的生活规则和有条不紊的状态。聚众淫乱罪刑法规制主要考虑到了保护公共秩序因素，其中内涵了保护未成年人的健康成长、社会的良好风气以及传统的伦理道德。

聚众淫乱罪自入刑以来在司法实践中很少被适用，该罪在刑法学届和社会舆论层面引起广泛关注是由于2009年的“南京换妻案”。该案马某等22人由于多次参加交换配偶的活动，即男女在聚会后，交换性伴侣、发生性关系等淫秽行为，因此被法院以聚众淫乱罪追究刑事责任。此案一出，聚众淫乱罪的去留问题形成了两种对立的观点——废除派和保留派。支持废除聚众淫乱罪的学者认为，本罪是由于维持秩序而被扣上了妨害风化的帽子，所以要被刑法规制，但是随着越来越多人提倡保障个人权利，本罪必将走向消亡。^[22]聚众淫乱罪的非犯罪化不能一蹴而就，当前应对私密聚众淫乱行为去犯罪化，因为私密场所实施的成年人之间的聚众淫乱行为侵害的是社会主义的善良风俗，是不为

^[22] 姜涛：《刑法中的聚众淫乱罪该向何处去》，载《法学》，2010年第6期第3页。

外界所知晓的,是不会对他人造成影响的,是成年人之间的自愿行为,没有产生被害人,没有侵犯刑法所保护的法益,不会造成严重的社会危害性。支持保留聚众淫乱罪的学者认为,从宪法的角度来看,不应当废除聚众淫乱罪。我国宪法规定“婚姻、家庭受国家保护”,根据制度性保障理论,国家负有宪法义务确保我国现行婚姻家庭制度的核心部分不受侵犯。聚众淫乱严重损害我国婚姻家庭的核心功能,国家运用刑法对其进行严厉处罚,是履行宪法义务。^[23]

分析聚众淫乱罪的存废问题,主要可以从以下几个方面进行探讨:

首先,聚众淫乱罪的存废实际上是公共秩序与个人自由之间的博弈问题。也可以说是维持秩序与保障个体权利冲突时应当如何取舍的问题。从立法层面上看,聚众淫乱罪规定在“妨害社会管理秩序罪”这一章的“扰乱公共秩序罪”这一节之中,可见聚众淫乱罪并没有侵犯公民的人身权利,而是违反了社会管理秩序。有的学者认为,聚众淫乱罪所侵害的客体是社会公共秩序和良好的社会公共道德风尚,是对社会公德的蔑视。^[24]然而聚众淫乱行为破坏了社会管理秩序这一说法值得商榷。聚众淫乱罪败坏了社会善良风俗,但是这是道德层面的问题,没有必要通过刑法对其加以管制。聚众淫乱行为实际上是个人的性自由,并且是各方自愿参与的,并没有产生被害人,更没有涉及营利问题。聚众淫乱罪虽然可以在一定程度上维护社会的风俗教化,但是却限制了个人的性自由,侵犯了人权。因此,为了维持公共秩序而保留聚众淫乱罪的观点是错误的。

其次,聚众淫乱行为应否入罪,还要考虑其社会危害性和民众的容忍程度。也就是说,这样的性自由行为是否能被社会大众所容忍,是否应当受到刑法的限制。聚众淫乱行为违反了性道德,但是从“南京换妻案”可以看出,法院的判决超出了大众的预期。随着社会大众对性观念的转化,聚众淫乱罪的社会危害程度不断弱化,聚众淫乱行为非犯罪化更加符合民意。但是这并不代表支持这种行为,而是说聚众淫乱行为应当受到道德的谴责而非法律的制裁。而且,从我国刑法没有通奸罪、乱伦罪可以看出,诸如此类行为自愿参与并且无产生被害人的败坏风俗行为不认为是犯罪,无须动用刑法。

最后,聚众淫乱罪的存废与保护婚姻家庭制度是否有必要联系。有的学者认为,聚众淫乱罪的正当性来源于宪法中对婚姻家庭制度的保护。这种观点是不正确的,他们夸大了聚众淫乱罪的作用。因为参与聚众淫乱活动的行为人不一定是已婚者,还有可能是未婚者。未婚者聚众淫乱,并不会对婚姻家庭造成破坏。性自由行为与维持婚姻家庭没

^[23] 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,第36页。

^[24] 李宇先:《聚众犯罪研究》,湖南人民出版社2004年版,第270页。

有必然的联系。否则，例如通奸、乱伦等破坏婚姻家庭的行为都应当入刑。因此，聚众淫乱罪的去留问题与能否维护婚姻家庭制度问题两者并无关联。

综上所述，聚众淫乱罪不能起到维护秩序的作用反而侵犯了个人的自由。随着社会大众得性观念越来越开放，人们对聚众淫乱行为的容忍程度提高，聚众淫乱罪的社会危害程度变小。从犯罪主体来看，聚众淫乱罪的保留无法保护婚姻家庭制度。因此，聚众淫乱罪应当被废除。

二、组织卖淫罪与其他卖淫类罪名的竞合

我国刑法从 1991 年才开始将组织卖淫的行为规定为独立的犯罪，在此之前司法部门都是根据强迫妇女卖淫罪和引诱、容留妇女卖淫罪这两个罪名来定罪量刑的。对比韩国、日本、我国台湾地区等刑法，其他国家和地区并没有单独设定组织卖淫罪这一罪名。组织卖淫罪属于我国刑法独有的罪名，本罪有无独立成罪之必要值得商榷。

首先，何为组织卖淫罪中的“组织”。根据最高人民法院、最高人民检察院的解释，“组织卖淫的手段包括招募、雇佣、强迫、引诱、容留等。在组织他人卖淫的犯罪活动中，对被组织卖淫的人有强迫、引诱、容留、介绍卖淫行为的，应当按照组织卖淫罪的量刑情节予以考虑，不实行数罪并罚。”我国刑法第 358 条和第 359 条规定了强迫、引诱、容留、介绍卖淫的行为单独成罪。由此可见，组织卖淫罪与强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪存在法条竞合。组织卖淫罪实际上是强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪的统称。按照语义解释，组织卖淫行为应当主要体现为组织行为。但是，组织卖淫罪中的“组织”具有特殊性，其与黑社会性质组织罪中“组织”的含义有所不同。组织卖淫罪中的“组织”往往是一个人就可以实施的，并且其组织的人员大部分都是自愿的，甚至大部分人员本身就具有从事卖淫活动的意愿，其行为主要表现为召集他人卖淫，为他人提供媒介服务。所以组织卖淫罪的手段与其他卖淫类犯罪的手段完全竞合。黑社会性质组织罪中的“组织”往往是形成一个上下级领导、层级分明、分工明确的组织机构或者集团。加入黑社会性质组织的行为本身就是一种“自身犯罪”，具有可罚性。^[25]因此，组织卖淫罪中的“组织”社会危害性远低于黑社会性质组织罪中的“组织”。横向对比其他国家或者地区的刑法，只有我国刑法将卖淫类犯罪中的组织行为单独设定罪名。

其次，何为组织卖淫罪中的“卖淫”。我国刑法和司法解释并未对“卖淫”作出明确的界定。无论是何种解释方法，都不能明确解释“卖淫”的范围，从现行有效的规范

^[25] 赵秉志：《刑法分则问题专论》，法律出版社 2004 年版，第 544 页。

性文件中同样不能知晓“卖淫”概念的范围。随着文化观念的转变和生活方式的变化，人们对性的追求越来越多样化，“卖淫”概念的内容也在不断发展变化。“卖淫”的主体不仅包括异性之间，还包括同性之间。“卖淫”的方式也从最狭义的性交行为扩展到各种各样广义的性服务。^[26]由于“卖淫”的概念不明确，对司法部门在实践中造成了很大的困扰，导致出现了同案不同判的情况出现。

再次，组织卖淫罪的法定刑过重。虽然刑法修正案（九）废除了本罪的死刑。但是本罪的法定刑设定仍然偏重，最低刑为五年有期徒刑，最高刑为无期徒刑。由此可见，本罪的最低法定刑高于故意杀人罪、强奸罪、抢劫罪、放火罪、爆炸罪、投放危险物质罪等重罪的最低法定刑。我国的立法者将组织卖淫罪视为比这些严重危害人身安全和公共安全的暴力性犯罪还更加严重，这明显是不合理的。诸如前文所述，“卖淫”的方式不断多元化发展，其社会危害程度也不断弱化，对于一些轻微的“卖淫”行为配置如此严苛的法定刑，违反了罪刑法定原则。另外，组织卖淫罪的社会危害性远远低于组织、领导、参加恐怖组织罪和组织、领导、参加黑社会性质组织罪。因为组织卖淫的行为侵犯的主要是社会的善良风俗，可能并没有涉及暴力行为，没有产生被害人，没有侵犯他人的人身权利，也没有危及国家和公共安全。因此，按照罪刑法定原则，组织卖淫罪的法定刑应当远低于组织、领导、参加恐怖组织罪和组织、领导、参加黑社会性质组织罪。然而，现行刑法关于组织卖淫罪的法定刑严重失衡。

综上所述，组织卖淫罪与强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪的竞合，“卖淫”的概念不明确，其社会危害性远低于其它组织类犯罪，罪刑严重失衡，违反了罪刑法定原则，因此，组织卖淫罪没有独立成罪之必要。

三、走私淫秽物品罪客体的争议

走私淫秽物品罪在客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，走私淫秽物品的行为。关于走私淫秽物品罪的客体，理论界存在争议。有的学者认为，走私淫秽物品罪的客体是简单客体，即国家对外贸易管理制度中禁止淫秽物品进出口的制度。有的学者认为，走私淫秽物品罪的客体是国家的善良风俗。有的学者认为，走私淫秽物品罪的客体是复杂客体，即国家对外贸易管制中对淫秽物品禁止进出口的制度和社会治安管理秩序。^[27]这三种观点都是不准确的。第一种观点认为走私淫秽物品罪的客体是国家对外贸

^[26] 徐松林：《我国刑法应取消组织卖淫罪》，载《政法论坛》，2014年第6期，第92-102页。

^[27] 苏彩霞、时延安：《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349页。

易管理制度，忽视了本罪还侵犯了社会善良风俗。第二种观点认为走私淫秽物品罪的客体是国家的善良风俗，也忽视了本罪侵犯了国家的进出口管理制度。第三种观点认为走私淫秽物品罪侵犯了国家进出口制度和社会秩序，也是忽视了本罪侵犯了社会的善良风俗。

走私淫秽物品罪的客体应当是复杂客体，是国家对外贸易管制中禁止淫秽物品进出口制度和善良的社会风尚。一方面，从现行刑法来看，走私淫秽物品罪被放在刑法第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第二节“走私罪”当中，那么走私淫秽物品罪的客体应当是社会主义市场经济秩序，并且侵犯的法益是国家的进出口管理和关税征收制度。另一方面，走私淫秽物品罪的犯罪对象为淫秽物品，具有特殊性，因此本罪的客体还应当包括社会的善良风俗。然而，在复杂客体中，根据罪名所侧重保护的法益，两个客体具有主要客体和次要客体之分。就走私淫秽物品罪而言，其主要客体是社会善良的风尚、性道德，其次要客体是国家对外贸易管制中禁止淫秽物品进出口制度。因为与其他走私禁止流通物犯罪不同，淫秽物品无论如何都不可能成为合法买卖的物品，所以走私淫秽物品的行为对社会主义市场经济秩序的影响较小，反而是严重毒害了社会风气、污染社会文化。社会主义市场经济秩序只是走私淫秽物品罪的次要客体。罪名的主要客体的不同，决定了该罪名应当归属的类罪的不同。由于走私淫秽物品罪的主要客体是社会善良风俗，所以走私淫秽物品罪应当与其他淫秽类犯罪并列，而不是与其他走私类犯罪并列。因此，现行刑法将走私淫秽物品罪纳入到“走私罪”当中是不妥当的。正如走私毒品罪应当纳入到“走私、贩卖、运输、制造毒品罪”中，从立法体系优化的角度来看，走私淫秽物品罪也应当从“走私罪”中抽离出来，纳入到“制作、贩卖、传播淫秽物品罪”当中。走私淫秽物品罪与其他淫秽物品类罪名具有同类客体，都是侵犯了社会善良的性风俗。

四、组织播放淫秽音像制品罪实行行为的争议

组织播放淫秽音像制品罪，是指非牟利地将他人组织起来播放淫秽的电影、录像等音像制品的行为。按照语义解释的方法，本罪的实行行为是组织行为。但是，播放行为是否为本罪的实行行为，存在两种截然不同观点。持肯定论的学者认为，构成本罪除了有组织行为以外，还必须有播放行为，没有实施播放行为的，不能成立本罪。^[28]持否定论的学者则认为，刑法条文中规定的是组织播放淫秽音像制品罪，而不是播放淫秽音像

^[28] 苏彩霞、时延安：《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 307 页。

制品罪。播放只是组织行为的内容和目的。只要行为人实施了组织行为，且组织行为的目的和内容是播放淫秽音像制品，即使淫秽音像制品最终未能实现播放，行为人仍成立本罪。^[29] 否定论的观点认为只要有组织行为，无论最终有无播放行为都要构成组织播放淫秽音像制品罪，这种观点是不合理的。肯定论的观点更为合理，因为如果组织者虽然组织播放了淫秽音像制品，但是却没有观看，此时并没有侵害任何法益，不会产生社会危害性，也就不具有可罚性，所以不应该成立本罪。因为组织播放淫秽音像制品罪是风化犯罪的一种，其客体是社会的风俗教化，如果行为人没有达到播放的效果，就不会产生危害结果，也就没有妨害到社会的善良风俗，不构成犯罪。

由此看来，组织播放淫秽音像制品罪是否成立要看行为人是否有达到播放的效果。如果行为人实施了组织播放的行为，并且有人观看了其播放的内容，那么就成立犯罪。反之，如果行为人仅实施了组织播放的行为，而没有人观看，那么不成立犯罪。播放实际上就是传播的一种方式。传播就是指在一定范围内扩散；播放就是将音像制品以特定的设备展示出来。组织播放淫秽音像制品罪的实行行为是组织行为，如果行为人没有实施组织、召集等行为，只是单纯向他人播放淫秽音像制品，那么无法按照组织播放淫秽音像制品罪处罚，此时应当按照传播淫秽物品罪进行处罚。组织播放淫秽音像制品罪虽然表面上的实行行为是组织行为，但是判断罪与非罪取决于其有无播放效果。而没有组织行为只有播放行为时，成立传播淫秽物品罪。因此，组织播放淫秽音像制品罪有无独立成罪之必要值得商榷。传播淫秽物品罪的实行行为也包括了播放行为。既然单纯的组织行为无法成立组织播放淫秽音像制品罪，而要取决于其播放效果，那么组织播放淫秽音像制品罪实际上与传播淫秽物品罪相互竞合。单纯的组织行为不具有可罚性，而传播行为包括了播放行为，因此，组织播放淫秽音像制品罪没有单独成罪的必要。

第二节 法定刑配置的分析

我国风化犯罪立法的实然分析，除了研究罪名问题之外，还要分析法定刑问题。横向对比境外其他国家和地区的立法状况，我国风化犯罪的法定刑配置无论是自由刑还是财产刑都存在不合理之处。

一、引诱、容留、介绍卖淫罪自由刑偏重

引诱、容留、介绍卖淫罪虽然是一种淫媒犯罪，但是本罪的社会危害程度不大。首

^[29] 于志刚：《热点犯罪法律疑难问题解析》，中国人民公安大学出版社 2001 年版，第 495 页。

先，引诱、容留、介绍卖淫罪只侵犯社会风尚并没有侵犯个人的人身权利。其次，引诱、容留、介绍卖淫罪表现为引诱、容留、介绍他人卖淫，其行为方式是温和的，不会使用暴力、胁迫等手段，不具有强制性。再次，引诱、容留、介绍卖淫罪没有被害人，因为本罪中的“他人”从事卖淫活动是自愿的，行为人并没有违背其意志。最后，引诱、容留、介绍卖淫罪不以具有营利目的为必要。实践中许多行为人仅仅是为他人卖淫提供方便、撮合。我国学者一般认为，卖淫关联罪侵害的客体是社会风尚，社会风尚是人类社会通过长期发展演变，逐渐形成的为全社会主流文化所公认的道德习惯与社会风气，是一种健康向上的、能促进人类社会走向完美的社会规范。^[30]我国大多数学者将卖淫类犯罪的客体解释为“社会风尚”这一社会法益。但是，任何社会法益都只有在能还原成保护国民乃至居民的利益时，才应当受到刑法的保护。^[31]从法益侵害说立场来看，如果某种行为没有侵犯法益，就没有社会危害性，即没有犯罪化的正当性。引诱、容留、介绍卖淫罪的可罚性主要在于卖淫活动对社会造成的危害。因为立法者认为卖淫活动会破坏婚姻家庭制度、传播性病、引起社会动荡等。因此，引诱、容留、介绍卖淫行为的社会危害性很大，形成了与社会正常治安管理秩序相对抗的态势，因此必须通过刑法加以规制。^[32]然而，有的学者通过实证研究发现，卖淫关联行为在破坏家庭、传播性病方面的危害是十分有限的，其对这些法益的危险甚至还不如那些非犯罪、非违法行为的威胁大。^[33]例如，包二奶的行为对婚姻的破坏力更强，但不构成重婚罪，不受刑法规制。因此，根据罪责刑相适应原则，本罪的法定刑不宜过高。

我国《刑法》为引诱、容留、介绍卖淫罪设置了两档自由刑：第一档是五年以下有期徒刑、拘役或者管制；第二档是五年以上有期徒刑。我国引诱、容留、介绍卖淫罪在“情节严重”的情况下最高可到十五年有期徒刑。例如，德国刑法中介绍娼妓罪的最高刑为五年；日本刑法中介绍卖淫罪的最高刑为两年；韩国刑法中中介淫行罪的最高刑为三年；我国台湾地区刑法中图利使人为性交或猥亵罪的最高刑为五年。可见，其他国家或者地区相似罪名最高刑一般为五年、三年或者两年。然而，对比其他国家或者地区相类似的淫媒犯罪，我国引诱、容留、介绍卖淫罪的自由刑设置明显偏高。

经过分析引诱、容留、介绍卖淫罪的构成要件以及对比其他国家和地区的立法可知，我国刑法中本罪的自由刑规定过重，本罪的罪刑配置严重失衡，难以体现罪责刑相适应

^[30] 鲍遂献：《妨害风化罪》，中国人民公安大学出版社2003年版，第34页。

^[31] [日]西原春夫著，顾肖容等译：《刑法的根基与哲学》，法律出版社2004年版，第59页。

^[32] 苏彩霞、时延安：《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13页。

^[33] 赵军：《惩罚的边界：卖淫刑事政策实证研究》，中国法制出版社2007年版，第275页。

原则。

二、部分淫秽物品类罪名缺失单处罚金刑

淫秽物品类犯罪是无被害人犯罪，侵犯的是社会的善良风俗，没有侵犯个人利益。行为人实施淫秽物品类犯罪时，不会采用暴力、胁迫等手段，其社会危害程度不高。淫秽物品类罪名属于轻罪。但是淫秽物品类犯罪严重破坏社会风尚、性道德，大多数国家或者地区还未能接受将淫秽物品类犯罪进行非犯罪化处理，都在立法上对淫秽物品类犯罪进行规制。许多国家或者地区的刑法中关于淫秽物品类罪名的法定刑设定都是比较轻的，一般都是自由刑和财产刑择一适用，自由刑一般为三年以下，财产刑一般都规定了单处罚金。例如，德国刑法的散发淫秽文书罪有单处罚金刑；日本刑法的传播淫秽物品罪有单处罚金刑；韩国刑法的传播淫秽书画罪和制造淫秽书画罪都有单处罚金刑；我国台湾地区刑法的散布、贩卖猥亵物品及制造持有罪有单处罚金刑。从法定刑设置来看，在大部分国家或者地区，淫秽物品类犯罪都被认为是轻罪。然而，我国刑法中淫秽物品类罪名中只有“为他人提供书号出版淫秽书刊罪”规定了单处罚金，其他淫秽物品类罪名都缺失了单处罚金刑的规定。由此可见，在我国，大部分淫秽物品类犯罪要么适用自由刑，要么适用自由刑并处罚金刑，即无论如何都必须适用自由刑，没有选择的余地。这样的规定明显是不合理的，导致罪刑失衡。与自由刑和罚金刑的并科制相比，罚金刑的选科制更为合理。另外，传播淫秽物品罪和组织播放淫秽音像制品罪是不具有牟利的目的。因此这两个罪名的社会危害程度低于传播淫秽物品牟利罪。但是，在法定刑上尤其是财产刑的设置方面没有体现出差别，传播淫秽物品罪、组织播放淫秽音像制品罪的法定刑配置不合理。

第三节 风化犯罪立法总结

经过对我国现行风化犯罪立法的考察，分析个罪的疑难问题和法定刑配置问题，对比境外其他国家或者地区的立法状况之后，为了实现对我国风化犯罪体系优化的目标，还必须要对我国风化犯罪的立法体系进行全面检视，从总体上归纳出我国风化犯罪立法的不足之处。我国风化犯罪立法主要存在罪名分布散乱、罪名相互竞合、法定刑不合理三大特征。

一、罪名分布散乱

我国《刑法》关于风化犯罪的立法采用的是刑法典分散规定模式，没有针对风化犯罪在刑法典中单独设定一章。我国风化犯罪的相关罪名偏多且分散，有的罪名分布在刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中。其他罪名分布在第六章“妨害社会管理秩序罪”中，其中淫乱类罪名分布在第一节“扰乱公共秩序罪”中；卖淫类罪名分布在第八节“组织、强迫、引诱容留、介绍卖淫罪”中；大部分淫秽物品类罪名分布在第九节“制作、贩卖、传播淫秽物品罪”中。都规定了风化犯罪的相关罪名。现行的立法模式使得风化犯罪的罪名分布散乱，没有形成一个成熟完整的体系。风化犯罪的相关罪名具有同类客体，即社会善良的性风俗、性道德，刑法典分散规定模式不利于刑法体系优化。目前我国刑法中风化犯罪罪名的分布不合理，模糊了风化犯罪的主要客体，将妨害社会风俗教化与扰乱社会主义市场经济秩序、妨害社会管理秩序混同。因此，应当对我国刑法中风化犯罪的罪名分布散乱问题进行整改。

二、罪名相互竞合

我国风化犯罪的多个罪名相互竞合，犯罪行为相互交叉重叠，导致了司法适用的混乱，出现了同案不同判的情况。组织卖淫罪与强迫卖淫罪以及引诱、容留、介绍卖淫罪完全竞合，组织卖淫的手段就是表现为强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫。无论从立法层面还是司法层面来看，组织卖淫罪都没有单独成罪之必要。组织播放淫秽音像制品罪与传播淫秽物品罪相互竞合，播放实际上就是传播的一种方式。还有，传播淫秽物品罪与传播淫秽物品牟利罪相互竞合。两罪的区别在于行为人主观目的不同，行为人是否“以牟利为目的”区分两罪。在立法上对两罪进行区分是完全没有必要的，浪费刑法资源。传播淫秽物品罪完全可以包容传播淫秽物品牟利罪。其他国家或者地区的刑法都没有根据行为人有无牟利目的而区分传播淫秽物品罪和传播淫秽物品牟利罪。我国关于风化犯罪的罪名设置过于细化和复杂化，这导致了风化犯罪的罪名数量太多且罪名之间相互竞合。其他国家或者地区的风化犯罪相关罪名基本上都是很少的，很多都是只有几个罪名。为了罪名的优化，目前我国刑法中风化犯罪的部分罪名应当取消或者合并。

三、法定刑不合理

风化犯罪是无被害人犯罪，属于轻罪，大部分其他国家或者地区风化犯罪的法定刑都是偏轻，而且大多采用短期自由刑或者财产刑择一适用的立法例。通过比较研究法可

以看出，我国刑法风化犯罪的法定刑呈现出刑法整体偏重、刑期跨度较大、罚金刑的规定不明确等特点。其中最明显的就是引诱、容留、介绍卖淫罪的自由刑过高，与犯罪情节不相符，最高刑是十五年有期徒刑，远高于其他国家或者地区相似罪名的最高刑。从法定刑来看，引诱、容留、介绍卖淫罪在我国刑法属于重罪，这是不合理的。我国风化犯罪中有的罪名最高刑是无期徒刑。还有大部分淫秽物品类罪名都缺少了单处罚金刑的规定，而世界上其他国家或者地区相似罪名都规定了单处罚金刑。也就是说在大部分淫秽物品类犯罪中，行为人都必须受到自由刑的处罚，无法单处财产刑，违反了罪责刑相适应原则。法定刑配置过重的立法现状也不符合刑罚轻缓化的趋势。我国刑法修正案（八）和（九）都取消了许多罪名的死刑，这说明了我国刑法也是紧跟着世界轻刑化的潮流。而且，现代社会越来越注重个人权利的保障和个人自由的追求，提倡性自由和性解放，我国刑法中对风化犯罪过于严苛的法定刑已经不符合社会的需求。

第三章 我国风化犯罪立法体系的设想

我国刑法风化犯罪的体系优化,旨在从宏观上重新构建一个科学的、合理的法律体系,从微观上修正部分罪名和调整法定刑。结合刑法谦抑主义、无被害人犯罪、道德入刑和性观念变迁的理论基础,针对前文总结归纳出我国风化犯罪立法的三大问题,本文对我国风化犯罪体系的设想包括独立设置章节、罪名设置优化、法定刑轻缓化三个方面。

第一节 风化犯罪优化理论基础

我国风化犯罪立法体系优化,要具有一定的理论基础,其中包括刑法谦抑主义、无被害人犯罪、道德入刑理论以及性观念变迁。根据刑法谦抑主义,如果某种有伤风化行为可以通过其他法律调整那就没有必要动用刑法,如果某种风化犯罪用较轻的刑罚足以对其进行规制那就没有必要用较重的刑罚。风化犯罪属于无被害人犯罪,部分罪名可以进行非犯罪化。风化犯罪本质上就是道德入刑,如果某种妨害风化的行为已经脱离了刑法调整的范畴,就不再是犯罪。性观念的变迁影响着妨害风化行为是否为罪的问题。

一、刑法谦抑主义

谦抑,就是谦让、抑制的意思。刑法的谦抑性具有三个含义,包括刑法的补充性、刑法的不完整性、刑法的宽容性。^[34]刑法的谦抑性,是指刑法应当合理控制处罚的范围。如果其他法律可以规制某种行为时,就不要动用刑法。^[35]调整社会秩序的方式有道德方式、法律方式等,而法律方式又包括刑法、民法、行政法等。刑法是最严厉的调整方式。刑法作为其他社会规范的补充性规定,正在其他社会规范发挥调整作用之时,一般不会动用刑法来进行规制。刑法是调整人们行为最后的一道防线,也是最严重的一种手段,只能是针对国家和社会足以造成或者已经造成紧迫危险的行为进行处罚。当出现不为人知的群体性为满足各自的性需求的行为,无需动用刑法手段对其进行规制,即使需要调整也可以运用社会道德、善良风俗来调整,无须动用刑法。刑法谦抑主义意味着刑法应当在必要的、合理的最小限度范围内适用。因此,刑法的谦抑性意味着刑法对社会生活的介入应当控制在最低限度内。^[36]因此,刑法应当给个人一定的自由,刑罚的行使必须是有限度的。妨害风化犯罪中的私密聚众淫乱行为没有侵害他人或者社会法益,属于个

^[34] 张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第52页。

^[35] 张明楷:《论刑法的谦抑性》,载《法商研究》,1995年第4期,第55页。

^[36] 游伟、谢溪美:《非犯罪化思想的现实背景和理论基础》,载《犯罪研究》,2003年第3期,第2-7页。

人自由的部分，刑法不应当介入，而是应该给留有个人自由空间。私密聚众淫乱行为可以通过道德来进行调整。如果无法完全非犯罪化，还可以通过行政法进行调整，即私密聚众淫乱行为还可以由《治安管理处罚法》进行规制，无须通过刑法进行处罚。刑法谦抑主义还意味着刑法要控制处罚程度。风化犯罪中大部分卖淫类罪名和淫秽物品类罪名所涉及的当事人都是自愿的，其行为也属于个人自由，对社会的危害程度较低，如果刑法对其作出过于严厉的规制，实际上是侵害了个人的权利，违反了刑法谦抑主义。实际上大部分风化犯罪都是道德方面的犯罪，人身危险性和社会危害性较低。自由刑比财产刑更加严厉，如果财产刑足以规制某种行为时，就无须动用自由刑。我国刑法中淫秽物品类罪名缺少了单处财产刑的规定，不符合刑法谦抑性思想。因此，风化犯罪的法定刑进行轻缓化修改，是刑法谦抑主义的体现。

二、无被害人犯罪

“无被害人的非犯罪化”是流行与欧洲西方国家的说法，缘起于 1957 年英国的沃尔芬登报告——一份针对同性恋无罪论证的阐述。无被害人犯罪是指行为人自愿参与，没有侵犯个人法益，破坏了社会道德和风俗的行为。无被害人犯罪非犯罪化的支持者认为，无直接被害人犯罪是指没有具体的被害人但被立法者拟制为侵害法秩序的行为，这种行为没有侵害法益或侵害法益的危险性，因此应将其非罪化。^[37]只有在认可了某种被害的场合，犯罪和刑罚才能被正当化。大多数风化犯罪都是无被害人犯罪，不具有强制性，不会侵犯个人人身权利。私密聚众淫乱行为就是典型的无被害人犯罪，行为人都是自愿参加淫乱活动的，不存在采用暴力或者强迫的手段，没有侵害他人或者社会法益，没有产生社会危害性，行为人也不具有人身危险性，其行为属于个人追求不同的价值观念和生活方式的范畴。因此，人们对于无被害人犯罪的态度应当是宽容的。无被害人犯罪只是违反了正常的道德和伦理而已，没有侵犯到个人的法益，无被害人犯罪实际上不具有值得保护的法益。没有侵害法益是无被害人犯罪最本质的特征。^[38]虽然卖淫类犯罪和淫秽物品类犯罪有保留的必要性，实际上要想通过严厉的刑法来杜绝这两类罪名的行为是不现实的，因为现实中许多人有相关需求，行为人的犯罪行为没有违背他们的意志。风化犯罪中大部分淫乱类犯罪、卖淫类犯罪以及淫秽物品类犯罪都是无被害人犯罪，没有侵害具体个人的合法权益，其社会危害程度很低，属于轻罪，因此，刑法对风化犯罪

^[37] 姜涛：《无直接被害人犯罪非罪化研究》，载《法商研究》，2011 年 1 月，第 72 页。

^[38] 彭勃：《“无被害人犯罪”研究——以刑法谦抑性为视角》，载《法商研究》，2006 年 1 月，第 52 页。

的法定刑配置也应当偏低。

三、道德入刑理论

我国古代就有道德入刑，将有伤社会道德风尚的行为规定为犯罪，例如秦律中就规定了同母异父者乱伦要给予刑事处罚。古代中国的刑法与道德一直都是息息相关的，西周时期就有“明德慎罚”的立法指导思想，到了汉代时期，儒家学者又将其发展为“德主刑辅”思想。法律和道德都可以调整社会秩序。法律中也调整部分道德规范。随着文化的发展和观念的转变，道德的内容也会发生变化，之前受法律调整的部分随之脱离出法律的范畴，不再视为犯罪，而仅仅属于道德的范畴。按照现代的道德观念来看，私密聚众淫乱行为属于个人性方式的选择，没有损害他人的利益，也没有冒犯他人，是个人自由行为。私密聚众淫乱行为应当脱离刑法规制的范畴，仅属于道德调整的范畴。只有损害原则和冒犯原则可以为犯罪化提供正当性辩护，而法律家长主义和法律道德主义都不能。^[39]如果某种行为没有损害他人的利益也没有冒犯他人，那么这种行为不具有犯罪化的正当性。因此，私密聚众淫乱行为不应当纳入到犯罪圈当中。风化犯罪被认为是破坏社会风尚、性道德的行为。也就是说，风化犯罪入刑本质上就是道德入刑。我国刑法中风化犯罪的规定如此详尽，实际上就是用法律制裁取缔了道德批判。因为社会的伦理道德是模糊不清的，没有明确的标准和概念，如果用刑法来规范道德，那么很可能会扩大犯罪圈的范围。在风化犯罪中，并非所有受到道德谴责的行为都应当被认为是犯罪。我国刑法中关于风化犯罪的部分规定已经不符合现代社会的道德观念，应当对其进行修改。

四、性观念的变迁

妨害风化的行为是否为罪实际上与人们的性观念有很大关系。古代中国人们的性观念最开始是非常开放的。许多妨害风化的行为都是被允许的。后来由于过分推崇“礼教”思想，导致了人们对于性生活的追求仅限于传宗接代的需要，而无限压抑个人的需求和感受。妨害风化的行为被认为是罪恶。性观念和性文化在一定程度上影响着风化犯罪的立法。比如，在九十年代，由于卖淫类犯罪和淫秽物品类犯罪日益猖獗，而我国当时社会民众的性观念较为保守，我国刑法就对风化犯罪进行严厉打击，在立法上规定了严苛的法定刑，甚至规定了最高刑为死刑。立法上的重刑主义是因为当时的社会观念对违反

^[39] 郑玉双：《为犯罪化寻找道德根基——评范伯格的〈刑法的道德界限〉》，载《政法论坛》，2016年3月，第184页。

性道德的行为非常痛恨，认为妨害风化行为的社会危害性较大。性观念的变迁和刑文化的发展影响着风化犯罪的立法。风化犯罪的立法也要适应于当代的性文化的发展。^[40]随着世界人权的不断发展和我国在世界舞台中所占的重要地位，我国公民的追求权利自由的愿望愈加强烈，公民的价值观在与西方思想的碰撞下更加向往自由，特别是道德伦理上的改变可谓是日新月异。现代社会提倡婚姻、恋爱自由，人们对性态度不断发展变化，其中对各种各样的性方式采取比较宽容的立场。我国的性观念早已突破了现行刑法所规制的风化犯罪所依赖的传统性观念，不断追求对性权利的自由。我国社会价值由注重发展经济走向注重人权保障、自由追求、更加注重公民幸福感、满意度。风化犯罪实际上是维护秩序的产物，许多行为被扣上了妨害风化的帽子，随着社会大众对妨害风化行为越来越开放宽容，人们会更加注重保障个人权利，因此，某些妨害风化的行为将不被视为犯罪。随着性观念的变迁和性解放的发展，我国风化犯罪的部分规定已经不合时宜了，存在滞后性。

第二节 我国风化犯罪体系优化

我国刑法中风化犯罪的体系优化包括宏观和微观两个方面。在宏观上，构建风化犯罪的体系，将风化犯罪的相关罪名整合于一个章节当中；在微观上，对风化犯罪的罪名和法定刑进行优化。其中罪名的优化包括罪名的取消，罪名的增加，罪名的合并；法定刑的优化包括卖淫类罪名和淫秽物品类罪名的轻刑化。

一、独立设置章节

正如前文所述，我国风化犯罪的罪名分布散乱，没有单独的章节，这样的立法模式是不合理的，没有形成一个独立的体系。大部分罪名规定在刑法第六章“妨害社会管理秩序罪”中，这也是不合理的。我国现行刑法将妨害风俗教化与妨害社会管理秩序混为一谈，模糊了风化犯罪的客体。妨害社会管理秩序罪的同类客体是国家对社会的管理活动和正常的社会秩序。而风化犯罪的客体是风化，即社会风俗教化。社会风俗教化与社会秩序是完全不同的。风化犯罪并没有违反社会的管理秩序。风化是与道德有关的，妨害风化其实就是违反道德，风化是一个独立的客体。因此，风化犯罪应当从妨害社会管理秩序罪中抽离出来，独立设定一个章节。为了使我国风化犯罪立法体系更加优化，借鉴以韩国和我国台湾地区为代表的刑法典单章规定的立法模式，首先应当在我国《刑法》

^[40] 刘芳：《中国性犯罪立法之现实困境及其出路研究》，东北大学出版社 2015 年版，第 132 页。

中为“妨害风化犯罪”设置单独的章节，再而统筹整合妨害风化犯罪的相关罪名。这样既不会破坏我国《刑法》原本的法律体系，又可以在《刑法》中对妨害风化犯罪进行体系的构建。从此，我国风化犯罪的罪名不再是分散的，而是统一化、体系化的。

具体立法建议为：取消刑法第六章的第八节和第九节。在刑法第九章“渎职罪”后面增设一章为“妨害风化犯罪”，并且将所有风化犯罪的相关罪名归纳到此章之中。

二、罪名设置优化

为了使我国刑法体系更加科学、合理，针对前文所述的风化犯罪个罪疑难问题，应当对我国刑法中风化犯罪的罪名设置进行优化修改。其中包括取消聚众淫乱罪、组织卖淫罪和协助组织卖淫罪，增加公然淫乱罪，将相互竞合的淫秽物品类罪名合并为一个选择性罪名。

（一）罪名的取消

1、取消聚众淫乱罪

我国刑法规定了聚众淫乱罪，但是没有区分私密聚众淫乱行为和公然聚众淫乱行为。私密聚众淫乱行为不是犯罪行为。私密聚众淫乱行为是指参加聚众淫乱的行为人，有意避免在公共场所进行淫乱行为，并意图使其行为不被其他人发现而做出积极努力的行为。例如选取无人问津的空间、少有人迹的时间等刻意去避免聚众淫乱的行为不被他人发现。私密聚众淫乱行为都是各方自愿参加，不会产生被害人，没有侵犯他人人身权利的行为，社会危害程度非常低，无须动用刑法加以规范。一个行为没有侵犯任何法益，还要将其认为是犯罪，这是不合理的。私密聚众淫乱行为没有侵害法益，不应当被认为是犯罪。随着社会的不断发展，人们追求性权利的自由以及社会价值追求的不断权衡，私密的聚众淫乱行为并不符合刑法所要规制的构成要件，无须以犯罪化予以规制。并且，通过比较其他国家和地区的立法，聚众淫乱罪是我国刑法特有的罪名，其他国家和地区没有规定本罪。其他国家和地区的刑法只规定了类似的罪名，例如《德国刑法典》^[41]第 183 条a规定了公开实施性行为罪。淫乱行为只有在公开场合实施，才会侵犯他人的羞耻感。秘密进行的淫乱行为不具有可罚性。根据刑法的谦抑性，私密聚众淫乱的行为可以通过道德谴责或者行政法规进行约束，不必纳入犯罪圈当中。刑法不可过度干预属于个人自由的空间。性活动的私密性，又是公民隐私权的重要内容，我国宪法明确规定保护公民的隐私权，其中就包含了性自由和隐蔽的权利。成年人有选择性活动的权利不

^[41] 冯军译：《德国刑法典》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 120-121 页。

应当被法律所禁止，甚至被科刑。私密聚众淫乱行为虽然不被大众积极认可或接受，但是在当今社会的性文化中属于可以容忍范畴，是个人对性权利的支配，我们应当尊重个人选择的自由，保障人权。我国的刑罚制度在向刑事政策影响逐渐变小的方向发展，刑罚制度更加倾向于保障人权，如减少死刑适用范围、减少刑罚适用范围，逐渐放宽对公民自由的限制。因此，我国聚众淫乱行为的入罪应当只包括公然的聚众淫乱行为，不应该包括私密的聚众淫乱行为，我国刑法应当取消聚众淫乱罪。

2、取消组织卖淫罪和协助组织卖淫罪

世界上许多国家和地区都对卖淫类犯罪进行严厉打击，我国也不例外。我国刑法关于卖淫类犯罪的罪名设置十分精细，分别对组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫的行为规定了独立的罪名。强迫卖淫罪是采用暴力、胁迫手段，违背他人意愿，迫使他人从事卖淫活动的行为。强迫卖淫罪在侵犯社会管理秩序的基础上还侵犯了他人的性自主权和人身自由权，因此强迫卖淫罪是卖淫类犯罪中最严重的。引诱、容留、介绍卖淫罪则是没有违背他人意志，没有限制他人人身自由的行为，在卖淫类犯罪中属于较轻的罪名。引诱幼女卖淫罪既侵犯了社会管理秩序和善良的社会风尚，还损害了幼女的身心健康。为了对幼女的特殊保护，有必要将引诱幼女卖淫罪从引诱卖淫罪中分解出来，独立成罪。由此可见，刑法所禁止的卖淫类犯罪行为均可以被这三个罪名所包括。组织卖淫罪与其他卖淫类罪名相互竞合。组织卖淫的行为完全可以按照刑法总则关于主犯的规定和强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪的规定定罪量刑，没有单独成罪之必要。而且，与纪律性较强、等级森严的有组织犯罪不同，组织卖淫罪的“组织”较为松散，其社会危害性远低于有组织犯罪。

根据我国刑法现行规定，无暴力强迫情节的纯组织卖淫行为和侵犯他人人身权利的强迫卖淫行为的可罚性相当。这与普通民众的可罚观念相背离。有学者对某组织卖淫案件做了实证研究，该案案情为：行为人在大陆联系了 19 名愿意卖淫的妇女，帮她们与 19 名台湾男子办理假结婚，罪种骗取了 13 份台湾通行证并将其中 13 名妇女送到台湾从事卖淫活动。终审法院判定行为人构成组织卖淫罪并判处死刑。400 名受访者中有 52 人认为不处罚；9 人认为应处 7 日以下拘留；24 人认为应处 15 日以下拘留；41 人认为应处 6 个月以下拘役；54 人认为应处 1 年以下有期徒刑；62 人认为应处 3 年以下有期徒刑；56 人认为应处 5 年以下有期徒刑；34 人认为应处 7 年以下有期徒刑；36 人认为应处 10 年以下有期徒刑；29 人认为应处 15 年以下有期徒刑；3 人认为应处无期徒刑；无人认为应处死刑。这表明现行刑法对非强迫的组织卖淫行为处罚过重。在当今中国普

通民众的伦理道德中，当事人之间自愿私下发生的、不关乎第三人利害的卖淫关联行为的悖德性远低于法律的预想。^[42]

另外，协助组织卖淫的行为是指在组织他人卖淫的共同犯罪中其帮助作用的行为。协助组织卖淫行为是组织卖淫行为的帮助行为，如果组织卖淫罪应该被取消，那么协助组织卖淫罪也应该被取消。

（二）罪名的增加

我国刑法应当增加“公然淫乱罪”。正如前文所述，我国刑法中聚众淫乱罪设置不合理，私密淫乱行为应当非犯罪化，而公然的淫乱行为由于侵犯了他人的羞耻心、破坏了社会风尚，在现阶段不能被大众所接受，有必要将公然淫乱的行为入罪。公然淫乱罪与聚众淫乱罪不同。聚众淫乱罪要求三人以上，而公然淫乱罪则没有此要求。因为即使是两人实施公然淫乱行为，依然侵犯了他人性行为应当秘密进行的羞耻感。与三人实施私密聚众淫乱行为相比，两人实施公然淫乱行为的社会危害性更大，更具有可罚性。世界上许多国家或者地区的刑法都规定了与公然淫乱罪相类似的罪名，并且设定了较低的法定刑，自由刑一般为一年以下，例如德国刑法中公开实施性行为罪的最高刑为一年；日本刑法中公然猥褻罪的最高刑为六个月；韩国刑法中公然淫乱罪的最高刑为一年；我国台湾地区刑法中公然猥褻罪的最高刑为一年。因此，在取消聚众淫乱罪的同时，应当新增公然淫乱罪。借鉴其他国家或者地区的刑法，我国刑法中公然淫乱罪的法定刑也不宜过高，应当设置较轻的法定刑。聚众淫乱罪的行为人必须为三人以上，但是公然淫乱罪的社会危害性大于聚众淫乱罪，即使只有两个行为人公然进行淫乱活动，也应当成立公然淫乱罪。私密聚众淫乱行为虽然被认为是个人自由的范畴，属于无被害人犯罪，因此应当非犯罪化。然而引诱未成年人淫乱行为涉及到青少年保护问题，未成年人身心未发育成熟，而引诱未成年人淫乱行为除了有伤社会风化之外，还侵害到了未成年人的身心健康，因此在刑法立法中加大对青少年的保护力度，规定引诱未成年人淫乱的行为应当从重处罚。

具体立法建议为：将刑法第 301 条修改为：“公然进行淫乱活动的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。引诱未成年人参加淫乱活动的，依照前款规定从重处罚。”

（三）罪名的合并

我国风化犯罪中淫秽物品类罪名偏多，包括六个罪名，而许多其他国家或地区的刑

^[42] 赵军：《惩罚的边界：卖淫刑事政策实证研究》，中国法制出版社 2007 年版，第 199-200 页。

法中淫秽物品类罪名只有一个。从刑法体系优化的角度来看,我国刑法中相互竞合的淫秽物品类罪名应当合并为一个罪名。走私淫秽物品罪的客体是复杂客体,即国家对外贸易管制中禁止淫秽物品进出口的制度和善良的社会风俗,而善良的社会风俗这一客体是主要的,国家的进出口管理制度为次要客体,走私淫秽物品罪与其他走私罪并列规定是不妥的。走私淫秽物品罪与其他淫秽物品类罪名具有同类客体。当走私淫秽物品行为应当独立成罪时,我国刑法应将走私淫秽物品罪与刑法分则第六章第九节中的其他淫秽物品类犯罪合并在一起规定。我国刑法中以是否牟利为区分,分别设立了传播淫秽物品罪和传播淫秽物品牟利罪。既然有无牟利都为罪,那么设立两个罪名其实就是浪费刑法资源,给刑法条文徒增累赘。传播淫秽物品牟利罪和传播淫秽物品罪相互竞合,没有必要区分,应当将两罪进行合并。组织播放淫秽音像制品罪的实行行为是组织播放,由于单纯的组织行为没有达到播放效果就不具有可罚性,因此组织播放实际上就是一种传播行为。淫秽音像制品本质上就是淫秽物品中的一种特殊类型。组织播放音像制品罪被传播淫秽物品罪所完全包容,没有单独成罪之必要,组织播放音像制品行为可以通过传播淫秽物品罪的规定进行定罪量刑。因此,组织播放音像制品罪应当与传播淫秽物品罪合并,只规定一罪即可。

从罪名优化的角度出发,应当将前述罪名合并为同一个选择性罪名,这样可以避免司法上出现罪名适用混乱的情况,更有利于刑法功能的有效发挥。因此,我国刑法应当将“走私淫秽物品罪”、“传播淫秽物品罪”、“组织播放淫秽音像制品罪”与“制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪”四个罪名合并为“走私、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪”一个罪名。

三、法定刑轻缓化

重罪重罚、轻罪轻罚,罪刑相适应是公平正义的体现。实践证明,重刑主义并不能有效预防犯罪。刑罚的轻缓化标志着人类社会的文明进步、经济的发展和人的价值的实现。^[43]从历史进程来看,刑罚朝着轻缓化方向发展。刑罚轻缓化既是刑法谦抑性的要求也是人道主义的要求。近几年来,我国刑法修正案取消了很多罪名的死刑,我国刑法的修改呈现出刑法轻缓化的趋势。虽然我国刑法已经废除了组织卖淫罪和强迫卖淫罪的死刑,但是我国风化犯罪部分罪名的法定刑仍然偏重,需要对其中不适宜的部分进行缓和化修改。

^[43] 包雯、李玉华:《21世纪刑罚价值取向研究》,知识产权出版社2005年版,第32-33页。

（一）引诱、容留、介绍卖淫罪轻刑化

引诱、容留、介绍卖淫罪虽然是种违背社会伦理道德、败坏正常社会风气的风化犯罪，但是并没有违背他人的意志，没有产生被害人，没有侵害他人的人身权利、国家安全和公共安全，没有使用暴力、胁迫等手段，其社会危害性明显弱于强迫卖淫罪。引诱、容留、介绍卖淫罪的法定刑设置是否合理存在争议。我国刑法中引诱、容留、介绍卖淫罪有两个量刑档次，自由刑从管制到五年以上有期徒刑，且上不封顶，最高为十五年有期徒刑。对比韩国、日本等国家有关本罪的法定刑，我国引诱、容留、介绍卖淫罪存在刑期跨度过大、罚金刑的设置不明确、刑罚整体偏重的问题。我国有学者做了实证研究，以介绍卖淫罪的案例对 400 位受访者进行问卷调查。该案例的案情为：行为人请三个外地朋友吃饭，饭后，三位外地朋友想“找几个小姐放松一下”，行为人就在发廊叫了三名小姐介绍给这三个朋友。这三位朋友分别和行为人叫来的小姐发生关系后各自支付了费用。行为人的行为被判处五年有期徒刑。针对行为人介绍卖淫的行为，76 人认为不处罚；57 人认为应处 7 日以下拘留；112 人认为应处 15 日以下拘留；78 人认为应处 6 月以下拘役；42 人认为应处 1 年以下有期徒刑；10 人认为应处 5 年以下有期徒刑；2 人认为应处 15 年以下有期徒刑。从调查结果来看，介绍卖淫行为的悖德性远不如法律预想的那样高，普通大众对介绍卖淫行为具有很高的容忍度，他们认为我国刑法对介绍卖淫行为的处罚过于严厉。^[44]由此调查可知，许多民众都认为极少卖淫罪是轻罪，甚至许多人认为介绍卖淫的行为只须行政拘留甚至不处罚。虽然引诱、容留、介绍卖淫罪有存在之必要，不能将其完全非犯罪化交由道德或者其他法律进行规制，但是无论是从社会危害性还是社会的宽容度来看，引诱、容留、介绍卖淫罪应当属于轻罪。现行刑法中关于引诱、容留、介绍卖淫的法定刑过重，不适合当代社会伦理观念的变迁。因此，有必要对引诱、容留、介绍卖淫罪进行刑罚轻缓化。

具体立法建议为：将第三百五十九条修改为“引诱、容留、介绍他人卖淫的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

（二）淫秽物品类犯罪轻刑化

刑法的轻重，要依据犯罪行为的社会危害性和犯罪人的人身危险性去确定。^[45]淫秽物品类犯罪，侵害了人们的性羞耻心，违反了社会善良的性道德、性风俗。但是，正如

^[44] 赵军：《惩罚的边界：卖淫刑事政策实证研究》，中国法制出版社 2007 年版，第 178-187 页。

^[45] 赵志华：《论刑罚轻缓化的实现途径》，人民法院出版社 2012 年版，第 7 页。

前文所述,虽然风化犯罪侵犯的是社会风尚,属于社会法益,但是如果没有侵害任何利益也要进行处罚是不合理的。关于散发淫秽物品罪,日本刑法学的传统观点认为,国家或者刑法具有防止社会的性道德混乱或者退化的任务,国家或者法律具有防止社会道德败坏的责任。但是,也有学者认为,性道德混乱不是国家或者法律方面的问题,因为指望通过法律的力量除尽社会上的淫秽物品,纯粹是一种幻想。因此,在向同意购买淫秽物品的成人贩卖淫秽物品的时候,由于没有利益侵害,应当是不可罚的。相反,向不愿意购买淫秽物品的成人强行推销该类物品的行为,或者对少年贩卖淫秽物品的行为,不管少年是否同意,都构成本罪。^[46]淫秽物品类犯罪会影响人们的思想、道德观念,产生社会危害。然而,淫秽物品是否对人具有危害,存在不同观点。第一种为模仿论,就是人们会模仿淫秽物品中的行为。淫秽物品会诱发人们实施犯罪行为,尤其会对未成年人产生不良影响。第二种为宣泄论,就是淫秽物品可以宣泄性欲,降低性冲动,减少反社会行为。比如,丹麦在试验区尝试解禁淫秽物品后,当地犯罪率反而下降了。第三种为无关论,就是淫秽物品不会产生刺激或降低性行为的效果。^[47]由此可见,淫秽物品对成年人的影响是十分有限的,目前没有实证研究表明淫秽物品会引发犯罪。淫秽物品与犯罪率没有必然联系或者明显关系。但是,从各国立法来看,打击淫秽物品是世界的趋势,尤其是保护青少年免受淫秽物品的毒害。因此将淫秽物品类犯罪进行非犯罪化是不可能的。但是淫秽物品类犯罪对成年人的危害性不大,没有必要对淫秽物品类犯罪规定过高的法定刑。从其他国家或者地区的风化犯罪立法来看,大部分国家或者地区关于淫秽物品类犯罪的法定刑设置一般都是自由刑和财产刑择一选择,并且设置了较低的法定刑,一般为一年、两年以下。而我国刑法中许多淫秽物品类罪名的起刑点为三年,比其他国家的最高刑还要高,这明显是不合理的。并且,我国淫秽物品类罪名的最高刑为无期徒刑,这完全不符合淫秽物品类犯罪的社会危害性。因此,“走私、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪”的法定刑设置要轻缓化。另外,淫秽物品类罪名属于轻罪,但是我国现行刑法中许多淫秽物品类罪名缺少单处罚金的规定,必须判处自由刑,这样的规定不符合罪责刑相适应原则,因此应当对走私、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪增加单处罚金的规定。

具体立法建议为:取消刑法第 152 条第 1 款和第 364 条,将第 363 条第 1 款修改为“走私、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的,处三年以下有期徒刑,并处或者

^[46] 黎宏:《日本刑法精义(第二版)》,法律出版社 2008 年版,第 509 页。

^[47] 蒋小燕:《淫秽物品犯罪研究》,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 160-161 页。

单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

（三）治安管理处罚法与刑法规制的衔接

非犯罪化包括两种情形，一种是对原来被法律规定为犯罪的行为予以合法化；另一种是对原来被法律规定为犯罪的行为予以行政违法化，改用行政法规来调整。^[48]私密聚众淫乱行为虽不入罪，但并不表示在当下社会并非没有负面影响，也不代表完全没有社会危害性。例如网络裸聊行为、换偶行为等，这些行为虽然不被纳入到犯罪圈当中，但是对社会产生一定的消极影响，甚至可能对社会产生较大的影响，在情节严重的情况下也应当受到规范。根据刑法谦抑性思想，某种行为无需动用刑法来调整的，可以通过其他法律来进行调整，例如行政法。我国刑法虽然没有将卖淫、嫖娼行为规定为犯罪，但是卖淫、嫖娼这样违反社会风尚的行为仍要受到《治安管理处罚法》的规范。因此，针对不构成犯罪但具有一定社会危害性的私密聚众淫乱行为，也需要其他社会规范予以规制，《治安管理处罚法》当仁不让是仅次于刑法治理社会秩序最有效的法律，应当完善对“私密聚众淫乱行为”造成违法层面的处罚条文，实现非犯罪化下仍有法律予以规制的无缝衔接。公正和效率是司法工作追求的主题，维护社会良好的社会秩序的同时也应当顾忌司法资源的合理使用。私密的聚众淫乱行为出罪化处理，使得没有达到罪过要求或者罪过程度较小个人行为通过其他社会规范或者行政处罚手段加以规制，实质更有效的控制危害的同时，又节约了本来就弥足珍贵的司法资源。

^[48] 游伟、谢溪美：《非犯罪化思想的现实背景和理论基础》，载《犯罪研究》，2003年第3期，第2-7页。

结论

风化犯罪与社会伦理道德息息相关，我国风化犯罪立法从1997年以来基本没有很大的变化，现行法律中有关风化犯罪的规定存在许多不足之处，导致了司法适用上的混乱。其中个罪罪名的设定以及法定刑的设置都有诸多问题，从整体来看，我国风化犯罪立法呈现罪名散乱、罪名竞合和法定刑不合理三大问题。因此，很有必要对我国风化犯罪进行体系优化。本文纵向梳理我国风化犯罪的立法沿革，横向比较其他国家或者地区风化犯罪的立法状况，对我国风化犯罪立法进行实然分析，从而提出我国风化犯罪体系优化的构想。

本文的创新点在于：第一，梳理并界定风化犯罪这一类罪的概念，对妨害社会风化和妨害性自主权进行区分；第二，归纳和比较国内外风化犯罪的立法状况，提出单章规定的立法模式更加合理，有利于我国刑法的体系优化；第三，分析我国风化犯罪个罪和法定刑设置的问题，其中个罪问题包括聚众淫乱罪的存废问题、组织卖淫罪与其他罪名的竞合问题、走私淫秽物品牟利罪的客体争议问题、组织播放淫秽音像制品罪的实行行为争议问题。其中法定刑问题包括引诱、容留、介绍卖淫罪的法定刑偏重以及部分淫秽物品类犯罪缺少罚金单科制。并且从宏观上对我国风化犯罪立法进行检讨；第四，针对我国刑法中风化犯罪立法的实然问题，结合理论基础，提出我国刑法风化犯罪体系优化的立法建议。为了使我国刑法体系更加科学合理，应当将“妨害风化犯罪”设立为独立一章；应当取消聚众淫乱罪、组织卖淫罪和协助组织卖淫罪，增加公然淫乱罪，将走私淫秽物品罪、传播淫秽物品罪、组织播放淫秽音像制品罪与制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪合并为走私、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪；应当将风化犯罪的法定刑朝轻刑化方向调整。

参考文献

- [1] 张明楷. 刑法学(第二版)[M]. 北京:法律出版社, 2003.
- [2] 张明楷. 法益初论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000.
- [3] 张明楷. 罪刑法定与刑法解释[M]. 北京:北京大学出版社, 2009.
- [4] 黎宏. 日本刑法精义(第二版)[M]. 北京:法律出版社, 2008.
- [5] 西田典之. 日本刑法各论(第三版)[M]. 刘明祥、王昭武译. 北京:中国人民大学出版社, 2007.
- [6] 赵秉志. 英美刑法学[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2004.
- [7] 赵秉志. 刑法分则问题专论[M]. 北京:法律出版社, 2004.
- [8] 储槐植. 美国刑法(第三版)[M]. 北京:北京大学出版社, 2005.
- [9] 金昌俊. 韩国刑法总论[M]. 北京:社会科学文献出版社, 2016.
- [10] 冯军译. 德国刑法典[M]. 中国政法大学出版社 2000.
- [11] 鲍遂献. 妨害风化犯罪[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2003.
- [12] 时延安. 妨害风化犯罪:立案追诉标准与司法认定实务[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2010.
- [13] 王恩海. 无被害人犯罪研究[M]. 北京:法律出版社, 2009.
- [14] 蒋小燕. 淫秽物品犯罪研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2005.
- [15] 赵军. 惩罚的边界——卖淫刑事政策实证研究[M]. 北京:中国法制出版社, 2007.
- [16] 李永升. 侵犯社会法益的犯罪研究[M]. 北京:法律出版社, 2014.
- [17] 豆军峰. 妨害社会管理秩序罪:案例与实务[M]. 北京:清华大学出版社, 2017.
- [18] 赵志华. 论刑罚轻缓化的实现途径[M]. 北京:人民法院出版社, 2012.
- [19] 包雯, 李玉华. 21 世纪刑罚价值取向研究[M]. 北京:知识产权出版社, 2006.
- [20] 刘芳. 中国性犯罪立法之现实困境及其出路研究[M]. 沈阳:东北大学出版社, 2015.
- [21] 李宇先. 聚众犯罪研究[M]. 长沙:湖南人民出版社, 2004.
- [22] 苏彩霞、时延安. 妨害风化犯罪疑难问题司法对策[M]. 长春:吉林人民出版社, 2001.
- [23] 张明楷. 论刑法的谦抑性[J]. 法商研究(中南政法学院学报), 1995(04):55-62.
- [24] 张明楷. 论淫秽物品的认定[J]. 法学评论, 1995(01):72-76.
- [25] 徐松林. 我国刑法应取消组织卖淫罪[J]. 政法论坛, 2014, 32(06):92-102.
- [26] 徐松林. 以刑释罪:一种可行的刑法实质解释方法——以对“组织卖淫罪”的解释为

- 例[J]. 法商研究,2014,31(06):69-79.
- [27] 陈郁如. 从妨害风化到妨害性自主-简论台湾强制性交罪条文及其概念发展[J]. 政法论丛,2006,(2):11.
- [28] 姜涛. 无直接被害人犯罪非罪化研究[J]. 法商研究,2011,28(01):72-79.
- [29] 姜涛. 刑法中的聚众淫乱罪该向何处去[J]. 法学,2010,(06):3-15.
- [30] 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[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版),2012,28(06):99-105.
- [31] 彭勃. “无被害人犯罪”研究——以刑法谦抑性为视角[J]. 法商研究, 2006(1):51-55.
- [32] 陈国坤. 大陆与台湾地区妨害风化犯罪比较探析[J]. 西部法学评论,2012,(02):75-85.
- [33] 茹士春. 论帮助行为单独定罪——以协助组织卖淫罪与组织卖淫罪的切分为例[J]. 中国刑事法杂志,2011(01):26-31.
- [34] 郑伟. 就这样动摇了共同犯罪的根基——论组织卖淫罪与协助组织卖淫罪的怪异切分[J]. 法学,2009(12):82-91.
- [35] 胡波. 风俗犯罪正当化初论[J]. 河南大学学报(社会科学版),2017,57(03):79-84.
- [36] 郑玉双. 为犯罪化寻找道德根基——评范伯格的《刑法的道德界限》[J]. 政法论坛,2016,34(2):183-191.
- [37] 游伟, 谢锡美. 非犯罪化思想的现实背景和理论基础[J]. 犯罪研究, 2002(3):2-7.
- [38] 李萍. 我国涉淫类犯罪法律规制研究[D]. 西南大学,2013.
- [39] 武晶. 妨害风化犯罪的非犯罪化研究[D]. 华东政法大学,2012.
- [40] 王兆烨. 引诱、容留、介绍卖淫罪研究[D]. 江西理工大学,2018.
- [41] Marianna Muravyeva. Sex, Crime and the Law: Russian and European Early Modern Legal Thought on Sex Crimes[J]. Comparative Legal History,2013,1(1).
- [42] Sharon Hayes,Belinda Carpenter. Out of Time: The Moral Temporality of Sex, Crime and Taboo[J]. Critical Criminology,2012,20(2).

攻读博士/硕士学位期间取得的研究成果

一、已发表（包括已接受待发表）的论文，以及已投稿、或已成文打算投稿、或拟成文投稿的

论文情况（只填写与学位论文内容相关的部分）：

| 序号 | 作者（全体作者，按顺序排列） | 题 目 | 发表或投稿刊物名称、级别 | 发表的卷期、年月、页码 | 相当于学位论文的哪一部分（章、节） | 被索引收录情况 |
|----|----------------|-----|--------------|-------------|-------------------|---------|
| | | | | | | |
| | | | | | | |
| | | | | | | |
| | | | | | | |
| | | | | | | |

注：在“发表的卷期、年月、页码”栏：

1 如果论文已发表，请填写发表的卷期、年月、页码；

2 如果论文已被接受，填写将要发表的卷期、年月；

3 以上都不是，请据实填写“已投稿”，“拟投稿”。

不够请另加页。

二、与学位内容相关的其它成果（包括专利、著作、获奖项目等）

致谢

两年的研究生生涯即将结束，回顾这两年的经历，我感慨万分。还记得当初刚步入校园之时，我对学习法学充满了热情。我很荣幸可以成为徐教授的学生。我要感谢恩师徐教授对我的谆谆教诲，他不仅在学术上教导我知识，带我走进刑法学知识的海洋中；还在生活中教我为人处世，给予我关心和帮助。徐教授对我的每一次教导都让我受益匪浅，他严谨的治学态度、丰富渊博的学术知识、孜孜不倦的工作态度、严于律己的生活作风都对我产生了深刻的影响，将会激励我今后的工作和生活。

在这两年里，在母校良好的学术氛围下，我珍惜每一次学习的机会，不断汲取知识和完善自我，过得十分充实。我由衷地感谢母校对我的培养，母校为我提供了先进的教学设备、雄厚的师资力量、科学的管理方法、优美的学习环境，让我从一个懵懂的学生成长为一个合格的法律人。

我真诚的感谢徐教授悉心指导我完成学位论文。在完成学位论文的过程中，徐教授对我的论文选题和修改都提出了宝贵的意见，不辞辛苦的帮助我解决论文写作过程中遇到的难题，他的指点给了我很大的启发。

最后，我还要感谢我的父母和亲友。当我面临困难时，他们对我的支持和陪伴，对我的有很大的鼓舞作用。父母的养育之恩无以回报，正是有他们做我最坚强的后盾，我才能在学业上无后顾之忧，才能顺利度过两年的学习生活。

3.答辩委员会对论文的评语

(主要包括: 1.对论文的综合评价; 2.对论文主要工作和创造性成果的简要介绍; 3.对作者掌握基础理论、专业知识程度、独立从事科研工作能力以及在答辩中表现的评价; 4.存在的不足之处和建议; 5.答辩委员会结论意见等)

冯晓盈同学的选题具有重要的实践意义,他以风化类犯罪的体系完善为视角,通过研究指出了当前立法中风化类犯罪体系中存在的一些问题,并提出了一系列指导意见。对我国风化类犯罪立法改进具有一定的指导和借鉴意义,在理论上也有一定的突破。

该论文符合硕士生毕业论文的格式要求,结构清晰明朗,参考了一定的国内外文献,表述流畅,重点也较为突出。无论是在实践还是理论中都具有一定的指导意义。

综上所述,冯晓盈同学的论文达到良好硕士毕业论文的水平,同意授予硕士学位。

论文答辩日期: 2019 年 5 月 28 日

答辩委员会委员 3 人

表决票数: 同意毕业及授予学位 (3) 票;

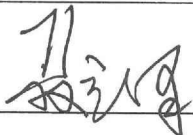
同意毕业,但不同意授予学位 () 票;

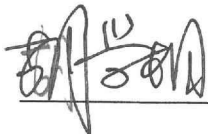
不同意毕业 () 票

表决结果 (打“√”): 通过 (√); 不通过 ()

决议: 同意授予硕士学位 (√) 不同意授予硕士学位 ()

答辩成员
签名

 (主席)





答辩秘书
签名

