



单位代码: 10166

沈阳师范大学

硕士学位论文

聚众淫乱罪疑难问题研究

论文作者: 周明新

学科专业: 法律硕士

指导教师: 赵 威

培养单位: 法学院

培养类别: 在职攻读

完成时间: 2016 年 10 月 31 日

沈阳师范大学学位评定委员会

学位论文独创性声明

本人所呈交的学位论文是在导师的指导下取得的研究成果。据我所知，除文中已经注明引用的内容外，本论文不包含其他个人已经发表或撰写过的研究成果。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中作了明确说明并表示了谢意。

作者签名：周明新 日期：2016.10.29

学位论文使用授权声明

本人授权沈阳师范大学研究生处，将本人硕士学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索；有权保留学位论文并向国家主管部门或其指定机构送交论文的电子版和纸质版，允许论文被查阅和借阅；有权可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文。保密的学位论文在解密后适用本规定。

作者签名：周明新 日期：2016.10.29

编 号：

类别	全日制研究生	
	专业学位硕士	
	同等学力	

沈阳师范大学

硕士学位论文

题 目：聚众淫乱罪疑难问题研究

所在院系：法学院

专业名称：法律硕士（法学）

指导教师：赵 威 教授

研 究 生：周 明 新

完成时间：二〇一六年七月

沈阳师范大学研究生处制

目录

中文摘要	I
Abstract	III
引 言	1
第一章 无被害人犯罪视角下对聚众淫乱罪的考量	2
一、聚众淫乱罪现有立法的价值失衡	2
二、从私权和公德角度对聚众淫乱罪的分析	3
三、从刑法法益对聚众淫乱罪的分析	6
第二章 解析聚众淫乱罪的司法适用疑难问题	8
一、聚众进行裸聊是否是聚众淫乱罪	8
（一）案例简介	8
（二）争议焦点	8
（三）争议问题的解决	11
二、众人嫖宿行为是否形成聚众淫乱罪	13
（一）案例简介	13
（二）争议焦点	13
（三）争议问题的解决	14
三、群奸群宿行为是否构成聚众淫乱罪	14
（一）案例简介	14
（二）争议焦点	15
（三）争议问题的解决	16
第三章 完善聚众淫乱罪的立法以及司法适用	17
一、聚众淫乱罪的立法缺陷及完善	17
（一）聚众淫乱罪的立法缺陷	17
（二）聚众淫乱罪的立法完善	20
二、聚众淫乱罪的司法适用	21
（一）定罪	21
（二）量刑	23
结 语	25

参考文献	26
个人简历	28
后 记	29

聚众淫乱罪疑难问题研究

中文摘要

聚众淫乱罪,是 97 刑法新加的罪名,这项法律当初就是因为流氓罪被删除而添加的,这项罪名的主要作用就是纠正社会不良之风,随着 2010 年南京马尧海交换妻子性行为案件以及李银河呼吁聚众淫乱罪取消的出现,《刑法》第三百零一条第一款的聚众淫乱罪得到人们的广泛热议,多人性行为活动出现,从法律的角度来看,相关立法机构需要重新认定聚众淫乱罪,笔者指出,聚众淫乱罪作为一种典型的无被害人犯罪,无被害人犯罪在我国规定的数量少,中国法律中并没有将吸毒以及堕胎看做是犯罪行为,但是聚众淫乱罪与上述两种行为有着一些相同,其没有受害人,但是却被当成为犯罪行为,从无被害人犯罪的角度出发,讨论其存废是有一定意义的。

文章首先是从无被害人犯罪为出发点对聚众淫乱罪进行重新的思考,聚众淫乱具有私密性的特点,是个人权利以及人们自由的选择,而采取何种性行为是人们的自由,如果通过法律予以禁止,那么就会违反法律,使得刑法谦抑性受到损害。聚众淫乱罪我们可以看做是侵犯了公共场所秩序,其对象并不是道德,同时也不是社交规则。从上述方面来看,聚众淫乱罪有需要修改的必要,如果是私密的行动,那么就没有必要判罚犯罪,如果是公开进行,那么就触犯了法律,需要区别对待。其次是本罪和其他罪名的区分,第一种是聚众裸聊,困难点:一是聚众式裸聊能不能构成淫乱,二是聚众场所是否涵盖了网络;第二种是聚众嫖宿,法益侵害和秘密性是非常难以认定的。第三种是群宿群奸行为,非常难判定侵害本罪的法益。最后聚众淫乱罪立法情况,结合发达国家的立法及判例,同时考虑中国刑法情况,探讨了聚众淫乱罪的立法缺陷,改变刑法典第 301 条第 1 款规定,将秘密性聚众淫乱排除在法律范围之内,但是只需要做出部分修改,也就是第 2 款引诱未成年人聚众淫乱罪这项不会变动,同时还会实施限制,只有年满 18 周岁才可以。此种改变是为了适应时代发展要求。

关键词：聚众淫乱罪 无被害人 秘密性聚众淫乱行为

Research on the problem of affray crime in judicial practice

Abstract

The crime of assembled pruriency is a newly added accusation in Criminal Law of 1997. The law was added initially due to the deletion of the crime of hooliganism with the major function of correcting the unhealthy social customs. As the sexual case of Ma Yaohai's wife exchange in 2010 in Nanjing and the event that Li Yinhe appealed to cancel the crime of assembled pruriency showed up, the crime of assembled pruriency stated in article 1 of clause 301 in Criminal Law has attracted heated debate among the public. Many multi-people sexual activities have appeared, so from legal perspective, relevant legislative institutions need to criminate the crime of assembled pruriency again. Therefore, it has brought about heated debate among people of all circles. The author points out that the crime of assembled pruriency is a typical no-victim crime which is few in number stated in Chinese laws and regulations. Chinese laws never regard drug-taking and abortion as criminal behaviors. But the crime of assembled pruriency is a little different with two above-mentioned crimes. It is considered as a crime but there is no victims. So it is significant to discuss its existence or abolishment from the perspective of no-victim crime.

With non-victim crime as the starting point, the article firstly reconsiders the crime of assembled pruriency. Assembled pruriency has the characteristic of privacy and is people's selection of individual rights and freedom. And people are free to select what kind of sexual behaviors. If it is forbidden by the law, it is lawbreaking making the modest and restrained principle of Criminal Law get damaged. We can consider the crime of assembled pruriency as disturbing order at public places because the object is not the moral or social rules. Seeing from what we have mentioned above, it is necessary to modify

the crime of assembled pruriency. But it is private behavior, there is no need of crime penalty. If it is conducted publicly, it breaks the law so that it should be treated differentially. Secondly, there is the difference between principal crime and other crimes. The first type is assembled naked chatting. Difficulties: firstly, assembled naked chatting cannot constitute the pruriency; the other question is whether the assemble place is covered with network. The second type is assembled whoring. It is very hard to determine the infringement of legal interest and privacy. The third type is gang lodging and rape. It is difficult to determine the legal interest of crime infringement. At last, the legislation of the crime of assembled pruriency should be conducted through combining legislations and precedents in developed countries with Chinese Criminal Law. The article has discussed the legislative defects of the crime of assembled pruriency. Change the regulation in article 1 of clause 301 in Criminal Code and exclude private assembled pruriency within legal scope. But it only requires partial modification, that is to say, the item of article 2 that the crime of inducing juveniles' assembled pruriency. Meanwhile it requires to implement limitations that adolescents over age 18 are allowed. The modification is to accord with demands for development of times.

Key words: affray ringleader armed transformation violates

引言

聚众淫乱罪是 1997 年修订刑法时，在删除“流氓罪”的基础上新设立的一个罪名，聚众淫乱罪作为中国少有的无被害人犯罪。发达国家在这方面研究已经取得了非常大的成绩，同时中国学者也建议无被害人犯罪排除在违法犯罪的范围之外，我们通过分析这些理论，可以为中国刑罚相关方面的研究提供一些借鉴。现在人人都追求自由，而互联网的出现使得色情文化大量的出现，在这种情况下，聚众淫乱行为成为很多人经常关注的事情，这些案件进入司法程序之后，各个地区法院都进行了不同的判决。从这个方面来看，不同地方对聚众淫乱罪的判罚有着非常大的差异。同时不同学者对聚众淫乱罪的认识也是不同的，存在很大的分歧，依靠对本罪的研究，将推动有伤社会风化犯罪方面的研究，从而更详细的了解聚众淫乱罪，使得人们对刑法三百零一条可以达成统一，尽最大可能减少判决不一的情况的出现，本文重点研究聚众淫乱罪中无被害人理论，从而获得其立法缺陷以及司法完善的路径。一是进行立法完善，将聚众淫乱罪去掉，私人的性行为并没有使得社会利益受到损坏，同时也没有损害其他人的利益，我们将其归类于私人事务，所以法律中我们不能使用聚众淫乱罪予以规制，这是不合常理的。可以将其转变成公然猥亵罪或公然淫乱罪；二是进行司法完善，通过司法解释详细的规定聚众淫乱罪，使得其界限更加明确，只处罚公开性的聚众淫乱行为。笔者指出，第二种方式具有比较高的可行性，实施效率非常高，同时成本比较低，界定聚众淫乱罪的时候主要是依靠司法解释以及判例来进行，包括具体定义和场所，使得聚众淫乱可以得到充分的治理。

第一章 无被害人犯罪视角下对聚众淫乱罪的考量

一、聚众淫乱罪现有立法的价值失衡

所谓聚众淫乱罪就是聚集多人在一起进行淫乱行为，或者是多人参与的淫乱活动的一种行为，这是一种典型的不存在被害者的犯罪。本罪在司法实践上存在诸多问题，如“淫乱行为”的范围难以确定等，基本上，我国刑法对于本罪的规定严重扩大了打击面，对于公共秩序与个人自由的规范出严重失衡。针对本罪，以李银河为代表的一些社会学者坚决主张废除，而法律界人士则表现出一定的谨慎，本罪的存废虽未达到死刑存废之争那样的热度、范围和影响。但这个问题更能体现出法律与人性的冲突，因而具有一般性的意义。

笔者认为聚众淫乱包括两种，一种是公开性的，一种是私密性的，两者法规在社会影响上以及主观的目的，甚至是所造成的危害上都存在非常大的差别，无差别的、盲目的将两者同等对待必然造成刑法向公民生活的无限延伸，侵害公民权益。笔者指出秘密性聚众淫乱入罪是对刑法谦抑性和包容性的违反，性是公民的基本权利，公民行使性自由权利是其应有的权利，不应该通过法律进行制止。

性观念归根结底是一种个人价值观的体现，在不侵害公共秩序的前提下，法律需要建立在公民自己独特的价值观的基础之上，需要包容公民个人性取向和性生活方式，不应该对其进行干扰。1984年，联合国通过《世界人权宣言》，规定个人自由是法律所保护的，这种权利不需要受到别人的影响干涉。1997年，第14届世界性学大会通过《香港性权宣言》，其指出性属于人格的构成，可以保证社会健康发展，同时保证个人发展。公民的性权利需要得到社会 and 法律的尊重，这同样适用于性自由，性是人类的自由、平等和尊严的展现，作为基本权利存在。包括性私权、表达权、自由权和自由结合权、自治权等多方面都需要得到维护。^[1]性自由权是基础，表现为性行为及活动不受任何限制，可以依据本能去进行行为及活动，涵盖了性行为方法的自由选择，同时还包括性对象、性表达、生育选择等方面的权利。基本人权中是包括性权利的，既然性权利是一种基本的人权，那聚集大众性活动是否属于性权利呢？笔者指出不损害他人的利益，不侵害公共的管理秩序，公民就有权选择性方式。

^[1] 李拥军著：《性权利与法律》，科学出版社 2009 年版，第 74 页。

性自由结合权表示为公民有权选择性伴侣和性行为方式的内容，在这个过程中不能危害他人和社会秩序，同时也需要在法律的范围内进行。性行为拥有选择性对象和性方式的权利，其范围包括多个对象共同性行为，如果是在秘密场合进行的聚众淫乱行为或者是两人之间，其过程并不为人所知晓，那么并不损害公众利益。聚集大众进行的性活动是一些人选择的一种性行为方式，人们可以选择自己的性行为方式，不能武断的对性行为方式进行判断，这和并不能说异性恋作为社会主流而去否定同性恋是一个道理。

但是所有的自由需要法律的范围之内，是一种相对的自由，尤其需要建立在“性学三原则”的基础之上，这是必须需要遵守的。“性学三原则”涵盖了“成人间”、“私密”和“自愿”。这三者缺一不可，如果其中一项不具备，那么都会违反公民的权利：违反“成人之间”原则，会使得未成年人的身心健康受到侵害；违背“自愿”原则，使得他人的性自主权受到侵犯；违反“私密”原则，使得他人的性情感受到影响，社会秩序混乱，如果这种情况普遍存在，是有伤风化的。秘密性的聚集众人淫乱需出罪，并且要保留关于公开聚众淫乱行为的刑法规定。有人指出，秘密性的聚众淫乱行为如果被人了解到对自己身心造成影响，这样的后果就等同于公开聚众淫乱这种做法损害了其他人的正常生活。笔者觉得这样的观点是不全面的，不符合常理的。

二、从私权和公德角度对聚众淫乱罪的分析

聚众淫乱罪本意为八十年代以来聚众性交、群宿群奸、跳裸体舞等淫乱活动而设置的。在思想开放的今天，聚众淫乱罪所保护对象传统伦理道德是否很大可能已经不是主流价值观？是否该罪的存续基础不再？是否有违现代犯罪伦理精神？立法精神是儒家秩序，以及社会的正义观念：“礼”与“理”。现代刑法理论不断完善，性权力意识逐渐普及，人们追求性自由观念，聚众淫乱入刑广受质疑，私权和公德之间的界限和权衡也成为讨论的热点。聚众淫乱罪有一定的价值，使得社会秩序、社会关系得到规范，而现阶段，刑法保障人权以及私权被人广泛接受，成年人之间自愿秘密性行为我们可以理解为性自由权利，聚众淫乱罪已经不再适应现代社会，需要调整聚众淫乱罪。

从性自由主义角度来看，秘密性聚众性行为不应再饱受争议，我们可以将其理解为公民性自由，在私密的场合的条件下，进行多人性行为是可以被允许，立

法将秘密性的聚众性行为定为犯罪是不合适的。秘密性的聚众淫乱行为现在已经不再受到如此大的争议，同时并没有损害其他人的正当权益以及社会秩序，从本质上来讲，是违反了社会公众的性行为习惯，现代社会，性的认识和观念正在发生翻天覆地的变化，各种性行为其中有部分已经开始被公众所慢慢接受，与之相适应的就是刑法方面也正在发生变化，如果不适时转变观念是非常不合适的。

中国现在实行的刑法把秘密性的聚众淫乱这种行为进行入罪，是对当代私权的过度干涉。中国现在的刑法对秘密性的聚众淫乱进行定罪，相当于把大众化的这种道德观点进行刑法化解决，这在一定的程度上让刑法在社会秩序调控中作用变得更大，性权利被法律所限制，让人们忘记其作为基本人权。李银河教授指出，“性派对”作为私人活动在西方社会非常普遍，这种行为并没有使得社会发生动荡。“家长主义”出现在我国立法传统上，依托法律手段规范道德，使得人们价值观得到统一，如果单纯认为社会大众成熟和理性存在问题，依靠刑罚规范，这是强制性的道德选择。中国法律在这方面已经走了弯路，放弃“家长主义”是必然选择，国家需要更加相信公民理性选择和自控权利，从而从法律的层面保护公民自主选择权。成年人有自由选择的权利，其后果由其本人承担，权利享受就代表对后果熟知或认可，法律不能以道德层面来进行规制，使得人的自由权利受到限制。

把秘密性的聚众淫乱这种做法进行入罪，是刑法对私权和公德调整的一种失衡。在我们的社会调控系统中，法律处于最后的防线，在其他的社会调控系统没有效果后对社会进行调控。普遍的违法行为第一要用到民法、行政法以及其他法律和经济法进行规范和调节，而对社会具有重大危害，需要用刑罚进行处罚的犯罪行为才会使用刑法进行规范。就算某种违法行为对社会或者他人的合法权益有威胁或者侵害，倘若在通过其他的法律途径可以禁止，就不需要从刑法的层面进行规范。卢梭指出，刑法作为其他法制裁标准。^[2]同样，对于聚众淫乱这一行为，应当首先考虑用其他法律规范加以规制，而不是采用社会调控的最后一道防线的刑法。中国的《治安管理处罚法》对聚众淫乱这种行为进行了明确的规定，将其定性为侵害社会安定行为，处罚内容为拘留时间为十天以上十五天以下，资金处罚方面为五百元以上一千元以下的金额罚款。可以看出，中国在关于聚众淫乱行

^[2] [法]卢梭著：《社会契约论》，商务印书馆 1962 年版，第 63 页。

为规定在刑法有明确的规定，同时在行政法方面也有明确的处罚。刑法方面进行了无区别入罪，使得行政处罚本来应该发挥的惩罚效果降低。聚众淫乱行为本质是无被害人犯罪，我们可以理解为非暴力行为，是基于自愿的行为，聚众淫乱对社会并没有太大的社会危害性。处于治安管理处罚法的范畴，但司法实践中存在模糊的地方，如果使用刑法定罪处置，情节无法确定，这就是行政处罚与刑事处罚共存的原因，司法实践中过程中，往往会忽视其他法律规范，执法过程中将其直接适用刑法，从而忽略其他法律规范，而刑法是迫不得已情况下才会使用的。聚众淫乱行为不应该从法律层面进行规制，更多的是依靠道德教育和宣传，引导人们正确的性观念和道德观念。另外，《治安管理处罚法》规范了聚众淫乱，刑法需要缩小其规制范围，如果聚众淫乱具有公开性的、危害公共秩序的影响，这种情况下就需要依靠刑法进行处理，如果是秘密性聚众性行为，那么就不属于刑法规制范围，而是依靠道德和行政手段来进行规制。

在私权利和公权力关系逐渐演变的过程中，要想建立法治国家，需要更注重保护私权利，在其他法律更加完善的时候，刑法的运用在整体的法律比重中越来越低。若某个国家有非常强的公权力的意识，和刑事相关的立法就会不断增加，这个时候，公民的私权利也会随之减少，国家过分地把公民的权益加入到国家的权益中，这种侵犯个人利益的行为很自然会被上升到刑法的高度进行处罚。在这种趋势下，国家的刑法会在法律系统中占有主导的位置。在民主法治私权意识不断普及和深入的时候，公民会对自身的私权利思想更加看重，刑法就不用处于社会秩序规范的首要选择，很多违法行为并不需要依靠刑法来进行裁决，刑法规制的行为会变得更少，刑法作为社会秩序调节的最后的防线要有更多的宽容性，给公民的私权利更多的宽容的空间。对于不是在公开场合进行的秘密性的成人之间的，而且是自愿参与的不为外界所知的淫乱行为，若对其他人或者社会公众并没有侵害，性行为方式选择以及规模等都不应该受到规制，这是人们选择的权利。1973 年，《德国刑法典》中所修改出来的提案中就强调：“刑罚的作用是对社会的外部秩序规制，但是婚姻、性以及家庭价值观已经不断发展，变得更加多元化，个人思想行为都会有很大的差异性，很难对这些行为做一个准确的判别，刑事立法在这些领域中应该体现出谦抑的思想。刑法说到底只是对重大的以及危害青少年性健康或者侵害自主决定权等行为进行保护，此外刑法都不应该进行干预。”

三、从刑法法益对聚众淫乱罪的分析

对于聚众淫乱的行为对法益损害，很多学者在这个方面有着不同意见。聚众淫乱是有伤风化的行为，同时也违背伦理道德，使得人们道德观念所不能接受的，造成社会风气受到严重的败坏。面对这种情况，有些人认为受到损害的就是社会风化。从本质上来讲，社会风化就是男女关系的传统观念，并没有明确的界定，就像前文所叙述，我们不能将伦理道德看做是法益，同样这也适用于社会风化，如果单纯怀有这种观念，那么通奸、同性恋等这种行为也是需要被列入违法犯罪之中，但是现实情况来看，显然是不合适的。

有些学者虽然同意上述观点，但是聚众淫乱罪也是侵犯法益的，使得社会公共秩序受到严重的破坏，社会公共秩序为公共场所的秩序和生活秩序两种，聚众淫乱违反后者。^[4]虽然聚众淫乱行为很多时候是秘密举行的，然而这种破坏人们的交往秩序的聚众交往的做法是对公共秩序的损害。^[5]笔者指出公共秩序如果依照上述方式进行划分，那么就是为了划分而划分，起到本末倒置的作用，使得其他罪名入罪理由缺乏严谨性，现阶段很多犯罪都是触犯交往规则，但是如果单纯以这个理由判定犯罪就忽略他其他犯罪行为，我们可以理解为只要违反“日常交往规则”，那么就是违法的。如果采取上述的定罪方式，刑法范围就会扩大，很多一般行为就是处于犯罪的范畴，比如婚外情，欠钱不还等，这些行为都违法交往规则，但是将这些行为列入犯罪范畴显然是不合适的。同时有些专家认为定罪处罚除了法益侵犯外，还需要考虑行为人的主观思想以及社会危害等，如果采取这种观点，欠钱不还是触犯法律的，只要符合标准即可：借款人如果有能力返还借款，但是在实际中却各种理由不还，欠款金额只要达到一定的金额就可以入刑。从交往规则的角度来看，此种行为触犯了规则，那么量刑也是合情合理的。所以，聚众淫乱罪如果因为违反社会交往规则就入刑，很显然是不合理的。

还有一个观点是得到一部分的学者认同，聚众淫乱罪所损害是别人的性感情，一些人并不接受这种行为，但是因为各种原因却有所了解，从而侵犯了其性

^[3] 陈兴良著：《法治的言说》，法律出版社 2004 年版，第 64 页。

^[4] 赵秉志著：《扰乱公共秩序罪》，中国人民公安大学出版社 1999 年版，第 4 页。

^[5] 希慧著：《妨害社会管理秩序罪新论》，武汉大学出版社 2001 年版，第 167 页。

羞耻和性自由。^[6]公开聚众淫乱行为侵犯法益不是社会风化，其他人因为这种行为而出现思想混乱，生活受影响情况，这是其应有的权利。^[7]张明楷教授指出聚众淫乱不仅是违背了伦理道德才会被刑法入罪，而因为这种做法对公众性感情造成了伤害。^[8]笔者并不认同，在人类社会，道德感情或者性感情是很难量化的，也是很难表述的，其边界模糊，所以我们无法判断其为刑法的保护对象，所以笔者对这种观点持有保留意见。

笔者指出，聚众淫乱所侵害法益不是交往规则和性情感，这些内容过于抽象，同时难以量化，我们可以理解为聚众淫乱侵犯了公共秩序。公共场所聚众淫乱活动和平时的交往规则是不符合的，也可能会在一定的情况下影响了人们的性感情，但不是由于聚众淫乱侵犯交往规则和性情感入罪，而是因聚众淫乱行为对社会的公共秩序有直接的影响。刑法要维护的法益就是这种公开的淫乱行为对周围的人们产生了影响，也伤害了这些人的情感，对健康的社会秩序也有破坏，使得正常的社会秩序不能进行。我们可以理解为，聚众淫乱是损害人的性感情，同时也扰乱了公共秩序，道德损害是秩序侵害一种附加伤害，人们精神上的伤害也会更大，公共场所的秩序在一定的程度变得非常混乱，刑法虽然将聚众淫乱行为判定为有罪，但是不能将侵犯性感情作为入罪理由，而是为了控制这种行为避免公共秩序出现混乱，给公民制造出更加良性的社会环境，从而保障公民生活的有序进行。

^[6] 董玉庭、黄大威：《论聚众淫乱罪的刑事立法——以无被害人犯罪为研究视角》，载《北方论丛》，2012年第3期。

^[7] 张茂鑫：《论聚众淫乱罪的存废》，中国政法大学硕士论文，2011年。

^[8] 张明楷著：《刑法学（第三版）》，法律出版社2007年版，第776页。

第二章 解析聚众淫乱罪的司法适用疑难问题

一、聚众进行裸聊是否是聚众淫乱罪

（一）案例简介

2005年8月某天，被告人李某宽带上网，登录视频聊天室。其作为临时管理员开展活动，主导他人行为，李某与多人进行色情行为，并进行性交，并通过聊天室直播，该活动期间，参加活动的人数为19人，构成聚众淫乱。检察院对李某提起公诉，罪名是聚众淫乱罪，后因为各种原因撤诉。^[9]

2005年5月，北京市张女士宽带上网，与多人“裸聊”，被公安依法逮捕，北京某区检察院对张某提起公诉，罪名是聚众淫乱罪，后因为各种原因撤诉。

盈利性案例：2006年11月到2007年5月，方女士通过网络渠道“裸聊”，同时收取一定的费用，涉案对象涉及全国很多省市，通过聊天记录可以确定的对象有很多，通过查阅银行账单发现，方女士通过“裸聊”的方式获利超过一万块。

公诉机关指出，聚众淫乱罪需要满足聚集性，同时还需要时间上的吻合，而聊天室就是起到这个作用，可看作是多人在共同的虚拟的范围的行为，因此和聚众淫乱罪的客观条件是符合的。而被告人李某的辩护人指出，网络聊天室与现实地点是不同的，这些没有真的聚集在一起，只是通过视频聊天方式进行，在现实中并没有发生性行为，所以不属于聚众淫乱的范畴。

（二）争议焦点

本案关键点在于，一是聚集点包括网络聊天室与否，二是裸聊是否属于淫乱。对于互动型的聚众式裸聊，实务界和理论界主流观点如下。第一种不构成犯罪，对社会并没有造成什么危害。^[10]第二种传播淫秽物品罪，裸聊是一种视频影像形式传播淫秽内容。^[11]第三种组织淫秽表演罪，聚众裸聊很多是以营利为目的，基于这种原因提供各种淫秽色情表演，所以触犯了本罪。^[12]第四种聚众淫乱罪。

^[9] 案例来源：北京市石景山区人民法院刑事裁定书（2006）石刑初字第133号。

^[10] 付举：《裸聊无罪》，《民主法制报》2007年5月12日。

^[11] 佚名：《“裸聊”应等同于传播淫秽信息》，2010年4月2日。

^[12] 陈兴良：《罪名指南》，中国人民大学出版社2007年版，第527页。

对于第一种观点，笔者指出网络世界呈现自由开放的特点，在这种情况下，如果聚众式裸聊发展起来，会在非常大的范围内造成影响，使得社会风化造成严重的损坏，这种危害性要远远比现实中聚众淫乱要严重，对于这种行为，如果判定无罪，将会造成非常大的危害，同时也破坏了罪刑法定的原则，所以十分有必要将其入罪。

对于第二种观点，笔者指出聚众式裸聊如果要判定成传播淫秽物品罪，其核心内容就是判定其传播性和淫秽内容的构成，从法律的角度来看，传播包括多种形式，人为移动、销售、出借等都具有传播行为，使得淫秽内容得以在人与人之间转移。^[13]我们可以理解为，传播淫秽物品主要是通过两种渠道来进行，第一种就是将内容传播，比如播放、展览等，第二种就是载体转移，包括出售，快递等。两种方式都使得淫秽内容在社会的范围内进行传播。聚众式裸聊表现为有会员限制的网络聊天室模式，表现出一定的私密性，很多参加对象需要满足管理员的条件才能参与，不符合要求人员不被进入，从这个角度来看，管理员并不想以向公众扩散为主要的目的，更多是依靠小范围的活动来谋取利益，所以很难在社会中流传。类似聊天室形式的私密传播与法律意义上的传播并不相同，虽然其播放的内容为实时裸聊行为，但是我们不能将其定义为法律意义上的传播。其次，依据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第九条指出，刑法第三百六十四条第一款指出“其他淫秽物品”涵盖了具有色情倾向的各种淫秽载体包括期刊、光碟、音频等网络、手机、声讯台等终端信息形式。裸聊行为与《解释》视频文件是否为同一法律范畴呢？视频文件就是一定格式的视频文件，其可以被人们自由的下载传播复制。但是即时播出的视频流与视频文件的内涵并不相符，网络即时播放的视频流是一种即时传播的信息流，在特定的时间内播放，不具备复制性的特点，单纯作为临时性的信息，所以也无法保存下载，一旦网络断开，这种信息流就不复存在，没有任何存档，所以其传播性只存在于视频播出的过程中，并不具备持久的传播性，与法律意义上的传播不同。所以视频流与《解释》的“其他淫秽物品”是不同的，所以笔者认为此种聚众式裸聊并不处于传播淫秽物品罪的范围。

^[13] 陈兴良：《罪名指南》，中国人民大学出版社2007年版，第527页。

第三种观点“组织淫秽表演罪”，我们可以理解为有目的的，有组织的淫秽表演行为。^[14]从其定义我们认为，如果要想满足组织淫秽表演罪需要满足两个条件，一个是组织行为，一个是淫秽表演行为，只有满足上述两个条件才构成此罪。淫秽表演就是在公开场合，面向众多的观众开展具有挑逗色彩色情动作，包括模仿性行为和裸露性器官等，有些情况则是通过语言来撩拨观众情绪，从而引起其性冲动，但是从伦理的角度来考虑，这种行为使得很多人的道德观念受到冲击和损坏。^[15]淫秽表演特征如下，首先就会满足公开性，所有的色情表演都是在一定的场合面向不特定的人群进行，通过语言或者是具有暗示性动作来撩拨观众的性冲动，这种情况下才是淫秽表演，如果单纯是静态展示的过程，不具备表演的性质，那么就构不成淫秽表演。淫秽性，就是通过语言或者是具有暗示性动作来撩拨观众的性冲动，使得人们的精神世界受到影响，自甘堕落，严重触犯了公众的道德底线。多样性，淫秽表演的形式非常多，包括裸露性器官、各种挑逗行为等。而聚众式裸聊的内容为众多人聚集在网络世界中模仿性动作，裸露性器官，充分撩拨观众的性情绪，从这个角度来看，是完全满足淫秽表演的动态性、淫秽性、多样性特征。但是聚众式裸聊是在限定人数和资格的聊天室内进行，具有一定私密性，很难引起大范围的传播，从这个角度来看，是否表现出公开性还有待商榷，经过上述的分析，笔者对聚众式裸聊的定义就是在限定场合多人共同实施具有表演性质色情行为。而淫秽表演的公开性必须要求表演是面向非特定的人群开展的，在这种情况下聚众式裸聊就不具备公开性，所以笔者判定聚众式裸聊是不属于组织淫秽表演罪的范畴的。

第四种观点，聚众式裸聊是否为聚众淫乱罪的范畴，判定此罪的重要的关键点就是聚众式裸聊是否构成淫乱，同时是否满足特定的地点，聚众式裸聊法发生的空间为网络聊天室，是一种虚拟空间，是否满足法律空间聚集性并没有详细的法律解释细则。

针对第一个问题，有部分人指出，裸聊是一种虚拟空间的色情行为，主要满足的就是感官的刺激，从实际情况来看，并没有发生性行为或者猥亵行为，从这个方面来看并不属于淫乱的范畴，所有不能将两者等同为一种行为，裸聊更多的

^[14] 宣宣宣：《刑法各罪的法理与实用》，中国人民政法大学出版社2002年版，第280-281页。

^[15] 李晓明：《中国刑法罪刑适用》，法律出版社2007年版，第493页。

是满足观众的性幻想，是一种单向输送的色情行为。^[16]不过，笔者指出，刑法犯罪构成要素主要包括记述和规范两种犯罪构成要件要素，记述犯罪构成要件要素只是客观事实的反应，其内容与司法工作者的主观观念或者司法解释并没有太大的关联性，受到的影响甚小。而规范犯罪构成要件要素表现为价值性，其内容与司法工作者的主观观念或者司法解释有着很大的关联性，受到其比较多的影响。对于“淫乱”来讲是适用于规范的犯罪构成要件要素的。“淫乱”的相关解释为使得社会风气遭到破坏，冲击公民的道德底线；二是性行为突破了人们的道德底线，从而引发人们的反感。两个层面都是价值观方面内容，与社会道德有着千丝万缕的关系。中国法律对“淫乱”缺乏司法解释，所以导致其内涵理解存在比较大的差异，不过从主流观点来看，淫乱就是群体性性行为、与动物性交等行为。通过上述分析我们可以获得，淫乱在国内汉语语境方面，还是在西方法律解释层面，均与道德有着密切关系。所以我们在判定互动型裸聊行为是否为淫乱行为的过程中，需要充分考虑道德标准。有些人认为裸聊因为是网络行为，只是精神层面性暗示或者性活动，所以不属于淫乱行为，这种判断方式因为没有考虑道德的范畴，也就是没有联系到规范的构成要件要素这个层面，其判断缺乏可信度。

对第二个问题，聚众淫乱场所是否涵盖了网络场所，有部分学者认为，聚众淫乱是发生在现实生活中的，所以只有在特定的现实场所中发生性行为等才能构成聚众淫乱。从法律层面上来讲，聚众淫乱的场所需要司法解释来进行确定，需要对场所的内容进行详细化。扩大解释，我们可以理解为在原有文字含义的基础之上进行更加细致的解释，包括文字解释范围的边界以及划分等，总体来看其解释依然处在文字内涵的范畴之内，只不过更加具体，所以也处在国民的预测可能性的范围之内。

（三）争议问题的解决

众人关注的主要问题就是司法扩大解释中将网络空间也包括在内，现代互联网发展迅速，通过网络渠道，人们可以完成社交、娱乐、商务等多种行为，同时依靠网络渠道犯罪的行为也越来越多，呈现爆发的趋势。如网络赌博的出现，针对这种情况，我们需要通过司法扩大解释，将网络赌博也纳入到开设赌场罪的范畴之内。所以，无论从现实意义，还是从法律意义上来讲，现有法律解释存在欠

^[16] 刘刘、俞俞俞：《聚众裸聊的刑法规制》，《河北法学》2009年第5期。

缺地方，随着互联网的发展，刑法解释范围需要扩展到互联网方面，这是适应时代发展的要求。判定网上裸聊是否为聚众淫乱，其中最为关键的就是准确的判断淫乱概念。淫乱的概念内容非常宽泛，包括性行为以及猥亵等，同时也包括通过各种渠道观看这种行为，满足自己的性幻想，也就是非接触的色情行为。裸聊行为通过网络渠道来传播色情，包括裸露性器官或者模拟性行为等，这些已经触碰了公众的道德底线，使得人们的精神世界遭到了损害，从而破坏社会风化，我们可以将社会风化看做是一种犯罪客体。所以如果互动型的裸聊行为规模已经涉及很多人的时候，我们有理由将其判定聚众淫乱罪，其表现出客观淫乱行为。

本案中，网络裸聊的人数众多，同时也表现出一定的淫乱行为，但是网络聊天室具有一定的限制，需要通过密码才能进入到聊天室，同时进入聊天室的人需要满足会员的条件，对于不符合条件会员予以剔除，从这个层面，我们可以认为这种淫乱行为并没有具有公开属性，只是在限定私人网络空间开展，其面向的对象为限定的人群。这种情况的出现就是司法解释的难点所在，对于这种淫乱行为，虽然客观上具有淫乱的事实，但是其淫乱的对象为限定的人群，同时是处在具有私密性的网络空间中，从淫乱人的角度来看，他们的这种淫乱行为很显然不希望被更多人所了解，同时因为其私密性，所以在互联网上是很难进行传播的，他们的淫乱行为不会影响外界，更不会危害公共秩序。这种案例值得重视的是，若这个聊天室对不确定的群体开放，那么本案就具备了全部的条件，可以判定为淫秽表演罪或聚众淫乱罪。同时如果淫乱参与方将淫乱视频录制下来，通过一定渠道进行传播，使得其他人看到这些色情视频，如果满足一定的观看数量，那么我们的可以判定这种行为为传播淫秽物品罪。所以，针对此类裸聊案，在性质判定的过程中需要根据案件情节进行判断，只要符合相对应的罪名条件，那么我们就可以相对应判定为对应的罪名。

因此上述三则案例应根据聊天室的人是否特定以及视频信息是否传播等实际情况以相应的罪名处罚。如果仅仅是秘密性的、聊天室的人特定并没有传播等行为则不构成聚众淫乱罪。

二、众人嫖宿行为是否形成聚众淫乱罪

（一）案例简介

2006 年某日，被告人万某涉嫌组织卖淫，其撮合一个卖淫女与胡某和张某在万某家里进行性交易，而万某也参与到其中，三个人与卖淫女进行性交以及口交等行为，并将其录制下来，持续的时间超过一个小时。在交易完成后，万某人将视频录制保存，三个人向卖淫女一共支付了 150 元。后来，万某、胡某又伙同韩某招徕一名卖淫女，胡某驾驶出租车到荒无人烟的郊区，在出租车后排座椅上分别与卖淫女进行了性交、口交等性行为。性交完成后三个人一共向卖淫女支付了 150 元嫖资。法院在审理此案件的过程中，指出万某、胡某、韩某一起与卖淫女进行口交、性交等性行为，在这个过程中，三个人都是主观参与，所以法院判定三个人的行为构成聚众淫乱罪，三名被告人分别被判处有期徒刑一年至六个月不等的有期徒刑。^[17]

（二）争议焦点

聚众嫖宿的认定当前也存在比较大的争议，目前主要有两种主要的观点，其一，聚众淫乱罪本质就是一种性交易，参与方主要是满足自己生理或者心理方面的需求，从而与卖淫者发生性行为，在这个过程中，嫖娼的人是基于自己需求实施性交易，而卖淫者在性交易中主要是为了得到利益，这两者没有进行淫乱的主观想法，只能算是性交易，所以不能将其认定为聚众淫乱罪。^[18]同时有人指出，多人嫖宿与聚众淫乱从客观形式上来看基本相同，没有太大的差别，从其主观的动机来看，没有明显的区别，在主观上嫖娼的人是基于自己需求实施性交易，而卖淫者在性交易中主要是为了得到利益，这种聚众性交易肯定是违法的，所以对于案件的这种情况，有必要按照聚众淫乱罪的罪名进行判罚，同时也包括卖淫者在内，都是法律需要惩处的对象。

^[17] 案例来源：河南省光山县人民法院刑事判决书（2010）光刑初字第 187 号。

^[18] 李邦友著：《性犯罪定罪量刑案例评析》，中国民主法制出版社 2003 年版，第 110 页。

（三）争议问题的解决

笔者指出，判断多人嫖宿是否处在聚众淫乱罪的范畴之内，其中非常重要的一点就是行为人主观动机。通常来讲，多人嫖宿与聚众淫乱存在客观事实相似的特点，但是在分析案件的过程中，我们还需要分析犯罪的主客观特征，这是判定本罪最为重要的一个方面，在主观上嫖娼的人是基于自己需求实施性交易，而卖淫者在性交易中主要是为了得到利益，两者目的是不一样的，卖淫者与多人发生性行为的主要动机就会获得利益，所以不属于聚众淫乱的内涵。从客观角度来看，多人嫖宿行为包含了口交、性交等多人聚集性交行为，表现为非特定性。一名卖淫者向多个对象或者多名卖淫者向一个对象提供性服务，他们所拥有的动机有所差异，但是从整个聚集性行为行为来看处在嫖娼者支配的范畴，但卖淫者的目的不排除聚众淫乱行为的发生，其等同于聚众淫乱行为。这起众人嫖宿行为是有行为能力的成年人之间参与的，聚众淫乱行为时是自愿的，并且聚众淫乱只是参与的人了解，不但没有损害其他人的性情感，也没有对社会公共秩序进行破坏，当然也没有对法益进行侵害，所以不应该对其进行刑事处罚。笔者始终坚持秘密性聚众淫乱行为出罪，秘密性聚众淫乱行为并没有侵害到他人的性情感，没有对社会的公共秩序产生恶劣影响。

三、群奸群宿行为是否构成聚众淫乱罪

（一）案例简介

2007 年到 2009 年间，马某通过网络渠道组织聚众淫乱活动，涉及 21 个人，其主要的联络工具为 QQ 群，名义为换妻等活动，在规定的地点进行聚众淫乱。在这场以换妻为名义的性活动中，其中仅有三对夫妻，其余大部分为冒充的单身男女。本案件涉及人数众多，同时社会影响巨大，是最近几年少有的大规模的聚众淫乱案件，社会公众都非常关心其判决。法院审理认为马某为满足自己的性需求，通过网络途径召集网友开展性活动，人数已经达到三人以上，在这种情况下，在宾馆、马某家中等地点约定时间进行口交、性交等活动，这种行为构成聚众淫乱罪，所以法院判处马某以及另外 21 人三年六个月至免于刑事处罚不

等的处罚。^[19]虽然被告人提起了上诉，但是法院经过审理后依然维持原判。

被告人马某辩护人指出，马某等人的多人性活动并不具备公开性，其场所很多都是在私密的场所进行，基本无外人知晓的可能性，从主观的方面来看，其并没有想要破坏公共秩序，从实际来看，也没有破坏公共秩序，所以马某等人行为并不构成聚众淫乱罪。而法院解释称，客观上形成聚众淫乱的事实，那么我们就可以判定这种行为已经构成聚众淫乱罪，所以与活动所出现的秘密场所或者是公开场所并没有太大的关联性，只要是满足聚众淫乱行为，那么就可以判定为主观故意，也就是处在聚众淫乱罪的范畴之内。

（二）争议焦点

本案的关键点就在于聚众淫乱行为的场所认定，在法律执行过程中是否有必要区分隐私场所和公开场所。现阶段，很多学者在场所认定方面还是存在比较大的争议。而中国学术界观点呈现两极分化的状态，其中一部分认为只要发生聚众淫乱行为那么就构成聚众淫乱罪，另一部分人认为，如果出现群宿群奸的行为，我们不可以将其认定为聚众淫乱罪。对于前一种观点，有些人认为换妻等性活动是对传统伦理纲常的一种破坏，使得家庭生育受到一定程度影响，同时也会影响夫妻二人未来生活，很多换妻家庭中夫妻关系都非常僵硬，濒临破裂，这种行为会加速家庭的分崩离析。^[20]换妻行为是对传统的挑战，使得社会风气遭到严重破坏，针对这种活动，如果不在法律层面予以规制，就会使得家庭破裂问题越来越严重，同时也会使得社会秩序遭到破坏，所以对于此种行为，需要通过聚众淫乱罪予以严格的规制，否则后果将非常严重。

在进行司法实践中，普遍的做法依然是不对公共场合和秘密空间进行区分。中国人对性行为观点不是非常开放，家庭伦理纲常已经深深的扎根中国社会。聚众淫乱罪是对社会风化的破坏，其也作为该项罪名的法益存在，这些观点在很多教材都有所描述。就是在这种社会风气之下，聚众淫乱就等同于触犯聚众淫乱罪，成为一种理所当然，但是在马某等 22 名被告人的案件中，其规模是近年来少见的聚众淫乱案件，所以成为社会公众关注的重点，成为街头热议焦点案件。随着

^[19] 案例来源：南京市南南区人民法院刑事判决书（2010）南刑初字第 66 号。

^[20] 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《法学争鸣》2011年第1期。

经济发展，人们的观念变得越来越开放，民主意识更强烈，价值观也正在发生着巨变，在这种情况下，道德伦理等价值观能够成为法益的组成部分已经得到越来越多人的质疑。在大环境发生改变的情况下，人们的价值观已经开始改变，传统伦理纲常正在受到冲击，是否还是主流价值观存在很多不确定性，而基于公民价值观作为法益的聚众淫乱罪就有必要进行改变。如果聚众淫乱是发生在隐蔽的私人空间之中，不具备公开性，对社会秩序并没有什么影响，同时也不会对其他公民造成损害，因此不需要加入到刑法的内容中。区分私密空间以及公共空间是判定法益损害的关键点，也是本文探讨主要方面。

（三）争议问题的解决

笔者认为，并不是大多数人都认为换妻行为是侵犯社会风化，同样有相当数量人支持将换妻行为排除在聚众淫乱罪的范畴之内，换妻活动没有受害者，这种活动是基于自愿开展的，并没有影响社会秩序，如果将换妻列入聚众淫乱罪的范畴，显然是有违历史发展潮流的，经过严谨的分析，笔者也认为，现阶段非常有必要将换妻活动排除在聚众淫乱犯罪范畴外。

第三章 完善聚众淫乱罪的立法以及司法适用

一、聚众淫乱罪的立法缺陷及完善

（一）聚众淫乱罪的立法缺陷

德国学者耶林指出刑罚需要适量，在实际执行的过程中需要充分的考虑现实情况，如果执行出现问题，那么就会使得个人的利益受到损害，同时在某种程度上也会损害这个国家的利益。刑法在社会秩序起到定海神针的作用，在其他法律规定处理不了的情况下，就需要依靠刑法来解决，我们可以将其看做是一种托底，同时各种处罚为维持社会的正常运行。刑法谦抑性是非常重要的，尤其是在现代社会中，秘密性的聚众淫乱罪是并未对侵害到社会法益，是公民性权利的一种体现。

综上所述，中国的聚众淫乱罪的设置存在很多漏洞，尤其是在场所认定方面，中国法律规定，只要发生聚众淫乱行为，不管其场所如何，都是构成聚众淫乱罪的罪名，需要受到法律的惩罚。聚众淫乱罪的法益为公共秩序，因此发生在秘密场合的淫乱行为理应不属于聚众淫乱罪的范畴。聚众淫乱罪是主观犯罪，我们可以理解为有动机延伸到现实的过程中，也就是认识到自身所进行的这种性行为是多人参与，有一定的淫乱性质。而对于行为人的主观的目的，更加不能作为刑法进行定罪的依据。

聚众淫乱这种行为根据人们理解的不同程度可以分为四个类型：一聚众淫乱是在私密场所进行的，其他人很难知晓，也不会对社会秩序有什么影响；二是聚众淫乱发生过程中，没有人会知道正在发生行为，但是这种行为如果后来被人知道，会冲击听者的心理和精神，影响其情绪；三是在淫乱过程中如果偶然被人看到，那么会对其造成心理阴影；四是公开进行聚众淫乱活动，毫不在意外界看法。第四种行为已经构成聚众淫乱罪。其中第一种完全不会影响社会秩序，同时也不会损害其他人的利益；而第二种属于非直接性接触，在现实生活中很多有伤风化的事情都会被传言，是一种普遍性的行为，只不过对听者心理层面会造成一定的影响，不过这并不是法律所需要规制的范围；第三类行为亲眼看到聚众淫乱，使得这类人心里非常不舒服，感到被冒犯，但是从行为人角度来看，其主观并不希望他人知晓自己的行为，虽然形成客观事实，但是这种情况出现我们可以归类到

个案的情形，不具备普遍性的意义，发生的可能性不大，我们在生活中可能也会碰到类似的事情，这些都处在可以忍耐的范围，所以对于这种行为，我们不能判断其受到伤害。整体来说，这三种行为从主观的角度来看，并没有使得社会利益受到损坏，同时也没有损害其他人的利益，我们将其归类于私人事务，所以法律中我们不能使用聚众淫乱罪予以规制，这是不合常理的。

刑法经济性原则要求在刑法执行过程中需要提高刑法资源的利用率，追求最低的成本，实现比较好的社会效益。在立法、执法、司法等一系列的过程中，需要耗费非常大的资源。刑罚执行时也要用到大量的物资力量，在侦查技术、监狱看守所、执法人员等方面需要耗费巨大的费用。随着各种犯罪行为的出现和规模的扩大，司法资源是有限制的，在这种情况下，如果要想实现比较好的法律效益，首先需要进行的的就是有效控制刑法成本，使得犯罪数量得到有效的控制。而不考虑刑法效益在进行司法实践中肯定是较低效的，有些还会出现很大的负面的社会效应。

侦查秘密性的聚众淫乱活动是比较困难的，要消耗非常多的警力和物力。而中国的刑法对于聚众淫乱行为的处罚刑期最高是五年，从处罚轻重的角度来看是轻罪，体现出侦查效益处在比较低的水平，在执法的过程中，一些社会危害性较小的犯罪最好不要投入过多的资源，这种会使得刑法效益不高。聚众淫乱罪大部分是在个人私密的空间之中发生，不会对其他人造成影响，同时行为人主观不希望自己的行为被其他人所知晓，更不可能去报案。面对这种情况，即使是投入大量侦查资源最终取得的效果也可能不尽如人意，同时此类犯罪的社会危害性小。中国司法资源存在一定的限制，在犯罪活动越来越多样化的情况下，如果将资源过多的投入到聚众淫乱案件之中，刑法效益会非常低，对于追查其他更加重要犯罪造成一定的影响，使得聚众淫乱罪中司法资源过度集中，造成司法资源不可避免浪费，同时因为案件的隐蔽性，所以即使是加大侦查力度，取得的效果也可能微乎其微。聚众淫乱行为所产生的负面影响主要是道德和价值观层面，对于社会秩序的影响可以说是微乎其微。中国改革开放以来，对外交流变得越来越频繁，在这样的情况下，很多新的观念进入，很多人的思想和价值观就会变得更加多样化，可以选择的生活形式也会更多，聚众淫乱行为的出现说到底也和社会性观念发展程度有着密切的关系。中国的刑法将聚众淫乱进行入罪，是希望用最严格的刑法

处罚来控制这种活动的发展。然而对人身自由进行限制的有期限的刑期对犯罪人的性观念影响不大。

笔者觉得,实施聚众淫乱这种做法的人会觉得自身的行为其实只是道德层面的问题,不存在犯罪的行为,很多人认为将聚众淫乱入罪是践踏人权,使得公权力不受监督,被不合理的利用,在思想观念逐渐发生变化的情况下,行为人很难真的从思想上服从相关的改造。若不对犯罪人的心理进行治疗,他们就会有再次犯罪,同时也会引发其他类型的犯罪,所以性犯罪行为最好的处置办法就是实施心理干预,这是最为关键的部分,但是因为中国司法资源有限,针对性犯罪人没有进行相关的心理方面的治疗,只是限制犯罪人的人身自由,这不能改变他们的思想,并且中国的监狱现在没有对不同类型的罪犯分开关押,不同性质的犯罪人在一起关押,而秘密进行聚众淫乱的犯罪人主观是没有危险性和主观的恶意的,同时也不是有非常大的社会危害性的罪犯,把这种社会危害性不大的犯罪人和其他的比较严重的罪犯一起关押,对于避免这些人进行互相影响是难点,如果无法进行有效解决,可能会引发更加严重的犯罪行为。

洛克指出,“法律本质就是保证人们变得越来越自由,而不是对人类的自由加以干预,这才是法律的终极目标,不在什么情况下都需要坚持这个原则”^[21]刑法作为维持社会正常运转的最后一道防线,拥有非常重要地位,其严厉的刑罚使得各种犯罪行为得到惩处,刑法的出现就是建立在追求自由的基础之上出现的,同时也包含对封建罪行的限制,这种原则随着时间的推移,正在逐渐被世人所接受。”^[22]性行为本质上是作为私人行为存在的,虽然在社会层面中其处于道德的范畴,但是如果私人的性行为,并没有使得社会利益受到损坏,同时也没有可以去损害其他人的利益,我们将其归类于私人事务,所以法律中我们不能使用聚众淫乱罪予以规制,这是不合常理的。这种情况下法律就需要保护人们这项基本的权利,这是人们的自由,相反的不是法律层面予以限制,如果在法律层面予以规制,那么我们就可以理解为对人类自由的限制,侵犯了人们自由的权利,这涉及到人权方面的问题。

^[21] 洛克:《政政论》(下下),叶叶刘,瞿瞿瞿瞿,商务印书馆 1964 年版,第 36 页。

^[22] 黄京平、陈陈展:《无被害人犯罪非犯罪化研究》,载《江海学刊》,2006 年 4 月。

（二）聚众淫乱罪的立法完善

聚众淫乱罪在很多地方还存在着不合理情况，而在进行立法及司法的相关工作时，改变这种不合理情况的主要方式为两种。一是在立法方面对其进一步的完善，从法律中去除聚众淫乱罪这一概念，而详细给出关于公然淫乱罪或者公然猥亵罪的具体规定，而提出公然猥亵罪以及公然淫乱罪的主要原因包括以下两个：首先，聚众淫乱行为从根本上来说是没有遵循社会上优良的习俗，严重破坏了公共秩序，也就是说当相关行为是在公共场合发生的情况下才会被认定为犯罪，而如果是在非公共场合发生则不被认定为犯罪，所以，对于定罪范围的具体阐述是十分有必要的，后来提出的公然猥亵罪或公然淫乱罪就十分具体的给出了发生地点在公共场合才认定为犯罪，更具实践价值；其次，所谓聚众淫乱其犯罪主体应该超过三个人才能被称为“众”，而不足三人的猥亵或淫乱则不在本罪的定罪范围之内，不同人数的行为对社会造成的不良影响存在着差别，因此，对公然猥亵罪和公然淫乱罪的犯罪人员数量进行规定，能够有效的减少三人以下淫乱或猥亵事件的发生。再次，聚众淫乱主要指的是人数多于三个的群体性性行为事件，而猥亵或淫乱所指的范围会更加的广泛。

由上可知，一来，确定聚众淫乱罪的前提是在公共场合发生的；二来，在立法的时候应该增大该罪的认定范围，对于不满三人所进行的猥亵或淫乱行为也给出相应的惩罚，同时对非性行为的猥亵行为也制定相应的惩罚措施。只是，对于这种方法笔者并不是十分赞同。第一，以立法的形式来去除某个罪名并成立新的相关罪名是一个十分漫长的过程，且需要付出高昂的成本；第二，对于发生场所为公共场合的界定完全能够由司法解释完成，可以大大缩短等待的时间；第三，相对于聚众淫乱罪，公然淫乱罪和公然猥亵罪将犯罪范围加大了，跟我国当前刑法中所提到的谦抑思想是不符合的，并且中国目前的道德思想出现了很多的转变，不会原封不动按照西方的法律条文来。综上所述，我觉得立法完善并不可取。

第二种做法是完善司法，该种做法是运用刑法解释的形式来对本罪进行相应的限制，当判定是否为聚众淫乱行为的时候，由于行为能力完整的成年人在参与时是自愿的，而聚众淫乱只是参与的人知情，不但没有损害其他人的性情感，也没有对社会公共秩序进行破坏，当然也没有对法益进行侵害，所以不属于犯罪的范畴的。但是公开性的聚众淫乱就对他人的正常生活以及正常的公共场合的秩序

进行了侵害，所以有很大的社会危害性，对法益也是有侵害的，有很大的刑事违法性。

所以只对公开淫乱行为进行处罚。

二、聚众淫乱罪的司法适用

（一）定罪

笔者的观点是，为了更好的减少司法成本并提升司法效率，采用第二种方式会更有利。运用司法解释的形式或是某些特殊的判定案例来对本罪的相关判定范围进行限制，进而使其不合理之处得到完善。具体说来，由于在判定聚众淫乱罪时某些要素有着不够明确的地方，而判断的具体依据为，在对于淫乱行为对社会风俗，是不是为了营利，相关场合是否在秘密场合和是不是通过性行为作为必须的条件进行相关的司法解释。

一来，聚众淫乱罪从根本上来看是违背了优良风俗尤其是性道德方面的行为，其在很大程度上会损害普通大众的羞耻观，因而应被惩罚。只是，某些在私密场合发生的聚众淫乱行为，是相关人员自主选择的，且不会很大的损害其他人的生活秩序，再加上社会道德观念也在不断的发生变化，从某种意义上来说，那些发生在秘密场合的聚众淫乱行为并未与社会风俗与秩序背道而行。

二来，从主观目的的角度来看。聚众淫乱罪的行为人都是有意为之，想要体会违背道德伦理的刺激感；还有部分行为人是为了获取收益。而后者是否应该被判定为聚众淫乱罪呢？笔者的观点是，聚众淫乱罪的主观目的应该包含无视或是藐视道德伦理，获得刺激感，而行为能不能带来收益，对于判定本罪没有决定性意义，之所以进行出罪处理并不是由于卖淫者的主观目的，而是因为此类的众人嫖宿行为是秘密性的，并未侵害到该罪的法益。

1.淫乱的界定

运用相关方式来对聚众淫乱罪限时，可以借鉴域外对于公然猥亵罪和公然淫乱罪所做的相关规定。在学术界，应该规定公然猥亵罪还是公然淫乱罪是存在争议的。台湾的相关法律设有公然猥亵罪，指出猥亵行为的范围是所有会满足或是引起性欲的身体动作，例如下体裸露在外、裸体、鸡奸以及性交等，这跟中国

刑法的规定有着明显的区别，中国刑法及治安管理处罚法规制聚众淫乱行为，但是没有对淫乱行为之外的猥亵行为给出具体的规定，德国刑法中设定了公然淫乱罪，但其认定范围为性行为。

从整体来看，当前对于“猥亵”还没有给出明确的判定范围。从抽象层面上来看，猥亵应该包括所有能够满足或引起他人性欲的非性行为，会让正常大众感到羞耻，并与善良性道德背道而驰。其特点主要包括以下两点：（1）时间上的变易性。不同时代背景下，人的性思想和性风俗通常有非常大的不同，而对猥亵行为的判定也会随之发生改变。（2）相对性。对于性质不同的猥亵罪的判定，相关行为的含义也存在着区别^[23]。笔者的观点是，根据刑法的规定以及以往的司法案例可以看出，猥亵行为的范围是能够引起或满足性欲的所有身体行为，例如裸体、暴露下体、鸡奸甚至性交等，但聚众淫乱罪中所提到的淫乱则为性行为。

2. 公共场合的界定

上文中指出，公然淫乱行为才会对公共秩序带来恶劣的影响，但是研究界对于“公然”二字却没有给出具体的规定。中国的刑法中提到公共场合的包括六个法条七处，而阐述的较为具体的为第 291 条：聚众使得展览会、商场、公园、码头或车站或其他公共场合的秩序出现混乱、聚众使交通出现拥堵或秩序混乱的，阻碍或抗拒治安人员的执法行为……，这个法规主要列举了：展览会、商场、公园、码头、运动场、车站等。只是就刑法整体而言，却没有给出公共场所的具体所指范围。

《日本刑法典》的第 174 条强调了公然猥亵罪，其中对“公然”的界定为非特定人群或大多数人可以知道。对于那些只有特定人群或是少数人看到的猥亵行为，但是引起了劝诱多数人的结果，就会被认定为公然性。^[24]日本的刑法所认定的“公然”一般是被多人看见的猥亵行为这个层面上来认定的。也就是当猥亵行为是非特定人或多个人时，就被认定为公然猥亵罪。香港刑法在设定猥亵暴露身体罪时也指出了“公众地方”和“公众可见”等界定。其指出，猥亵暴露身体

^[23] 赵秉志主编：《外国刑法各论（大陆法系）》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 366-368 页。

^[24]

[日]西田典之著，刘明刘、王宣武译：《日本刑法各论》，中国人民大学出版社 2007 年第 3 版，第 305-306 页。

罪为在不合乎法律相关规定的情况下，在公众场合或大众能够了解的场合，猥亵地暴露身体的行为。而这里所指的公众场合，就是在公众或部分公众有进入权限的地方，无论是有条件的进入，还是其他任意场所的功用部分，或是部分公众无法进入但可能会暴露在大众视线之内的场所。比如，楼门口、楼梯等。可能会暴露在大众视线之内的场所包括天台、楼梯等。虽然属于私密的场所，但是可能被公众看到的，比如没有遮挡的汽车内、靠街的窗门等，都有可能被公众看到。^[25]香港刑法对于“公众地方”和“公众可见”给出了具体的阐述。根据这些不同刑法的规定来看，在对聚众淫乱行为发生的公共场所进行界定时主要需要参考两个层面：1、公共场所。当聚众淫乱行为是在公共场所出现的，都被判定为本罪。而公共场所的范围包括大众和部分大众能够进入的场所，无需付款或满足其他要求就能够进入，还包括所有的公用场所。主要是包括码头或者商场等。2、公众可见。指的是聚众淫乱行为发生的过程中可能被非特定的数量众多的人了解。也就是说，当聚众淫乱行为是在秘密场合产生，但是在进行该行为时被非特定的多人碰到，同样被列为该罪。如果从该角度来分析马教授换偶案，可以看到，马教授换妻行为的发生场所为私人寓所或旅馆，私人寓所应当被划定为私密场所，旅馆内的人员流动性虽大，但对于特定时间特定房间内的行为应被划定为在私密场所发生的行为。虽然因为马教授邻居在该行为发生之后知晓事件并使得更多人知道这件事情，但却无法推翻其行为的私密性。而东莞技校门中的李某等人所进行的“聚众淫乱行为”也是在私密场所进行的，虽然在行为被录成了视频，但在保密行为严谨的情况下，是不会对行为的私密性造成影响的。虽然行为发生后部分视频被公之于众，但却无法从刑法的角度对其进行定罪。

（二）量刑

据上文可知，在香港刑法中，对于公然猥亵行为的处罚只是罚款 1000 港元及监禁 6 个月；^[26]台湾刑法对于普通公然猥亵罪规定的刑罚为一年以下有期徒刑、拘役或 3000 元以下罚金；^[27]德国刑法典对于公然淫乱的刑罚为 1 年以下自由刑或罚金刑；^[28]意大利刑法典对公然淫秽犯罪的刑罚为 3 个月到 3 年有期徒刑；

^[25] 宣宣宣：《香港刑法导论》，陕西人民出版社2008年版，第213页。

^[26] 宣宣宣：《香港刑法导论》，陕西人民出版社2008年版，第213页。

^[27] 蔡墩铭：《刑法各论》，台湾三民书局2006年第5版，第436-437页。

^[28] 徐久生、庄敬华译：《德国刑法典（2002年修订）》，中国方正出版社 2004 年版，第97-100页。

^[29]美国模范刑法典将公然淫乱罪行为成为猥亵罪。^[30]关于猥亵或者公然猥亵的行为，在其他地区和国家给出的刑罚也大都不重，一般都是一年以下自由刑或处罚金，而意大利对公然淫秽犯罪给出的刑罚是比较重的，最高可判处三年有期徒刑。

相比而言，我国当前刑法对于聚众淫乱罪的刑罚则为五年以下有期徒刑，而聚众淫乱行为的当事人或组织最高会判五年有期徒刑。这样的刑罚有些太重。在查看了以往的相关案例可以看到，在 80 年代，我国对参与聚众淫乱的当事人最高会判处死刑；到 21 世纪，河南女干部由于参与聚众淫乱被判处 7 年有期徒刑；^[31]南京马教授因为聚众淫乱行为被判处 3 年零 6 个月有期徒刑。在后来南京发生的首例同性聚众淫乱行为中，三人均被判以处期徒刑并处缓刑，其中还有一个被判拘役并处缓刑。^[32]

同样的行为，却被法院给出了差距如此巨大的判定。而在马教授案发生之后，社会大众有着众多的观点，也有不少大众认为马教授的行为并没有触犯到法律。这可以很好的看出我国社会的道德观念在发生着巨大的变化，为此，法律必须得到进一步的完善以适应时代发展的需要。

^[29] 黄风瞿注：《最新意大利刑法典》，法律出版社2007年版，第180页。

^[30] 美国法学会编、刘仁文等瞿：《美国模范刑法典及其评注》，法律出版社 2005 年版，第 214-215页。

^[31] “河南一女干部多次组织 8 女 4 男集体淫乱
已被判刑”，载新浪。<http://news.sina.com.cn/s/2005-06-22/12066241304s.shtml>。

^[32] “南京首例同性聚众淫乱案宣判
四名‘同志’获刑”，载凤凰。http://news.ifeng.com/society/1/detail_2010_10/14/2776585_0.shtml。

结 语

在几年前，李银河教授就明确指出配偶交换和聚众淫乱之间的关系，她提出配偶交换并不代表聚众淫乱，所以也不能将其定罪为聚众淫乱罪。但由于现在人性越来越开放，所以我国配偶交换案件也越来越多，基于此，国家对配偶交换现象也越来越关注同时也制定了相应的处罚条例。李银河教授因为陕西女警换偶被撤职事件敏感的觉察这种定罪所造成的社会危害，于是在 2010 年三月份的全国人大会议上提出“废止聚众淫乱罪”，这一提议在社会各界都引起了巨大的反响。次月南京某大学马教授因换偶被判处三年有期徒刑，这一事件也让废除聚众淫乱罪的讨论达到峰值。

根据本下论文的阐述，可以了解到聚众淫乱罪在界定是否伤风败俗，是否获得盈利，能不能对在私密场所中进行的淫乱进行处罚等等方面存在一些纰漏。所以在立法方面需要对其进行改善。首先需要完善相关法律法规，废除聚众淫乱罪，确定公开猥亵罪和公开淫乱罪。其次要进行司法完善，对本罪来通过刑法解释的方式定性量刑，一般而言只对公开淫乱进行刑事处罚。本文作者认为不管从哪方面而言，第二种方式都比较符合我国当前现状。这样可以明确淫乱罪的内涵及限制行为的具体场所。同样也可以对聚众淫乱罪进行司法完善。

参考文献

一、著作类

- [1] 高铭暄, 马克昌主编: 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2000.
- [2] 周光权. 刑法各论讲义[M]. 北京: 清华大学出版社, 2003.
- [3] 周道鸾, 张军主编. 刑法罪名精释[M]. 北京: 人民法院出版社, 2007.
- [4] 吴喆, 史明武主编. 犯罪数额与情节[M]. 辽宁: 辽宁人民出版社, 2003.
- [5] 王尚新主编. 最新中华人民共和国刑法解释与适用[M]. 北京: 人民出版社, 2011.
- [6] 李三宝等编著. 罪名适用[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2001.
- [7] 熊选国主编. 刑法罪名疑难问题精析[M]. 北京: 人民法院出版社, 2007.
- [8] 高铭暄主编. 刑法学原理(第二卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1993.
- [9] 王作富主编. 刑法分则实务研究[M]. 北京: 中国方正出版社, 2001.
- [10] 李银河. 《性文化研究报告》. 南京: 江苏人民出版社 2003 年版。
- [11] 张明楷. 刑法学第三版[M]. 上海: 法律出版社, 2007.
- [12] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003.
- [13] 张明楷. 刑法分则的解释原理[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004.
- [14] 张明楷. 法益初论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [15] 董淑君. 刑罚的要义[M]. 北京: 人民出版社, 2004.
- [16] 李宇先. 聚众犯罪研究[M]. 长沙: 湖南人民出版社, 2004.
- [17] 潘绥铭. 《中国性革命纵论》. 台湾: 台湾万有出版社 2006 年版。
- [18] 郭卫华. 《性自主权研究: 兼论对性侵犯之受害人的法律保护》. 北京: 中国政法大学出版社 2006 年版。
- [19] 胡电. 《改革开放以来我国性政策方向分析》. 台湾: 台湾万有出版社 2005 年版。
- [20] 蔡曦蕾. 论聚众淫乱罪[D]. 广州: 中山大学 2008 .
- [21] 张斌. “网络裸聊”行为的定性[D]. 长沙: 湘潭大学 2009 .
- [22] 叶阿忠. 无直接被害人犯罪研究[D]. 上海: 复旦大学 2008 年 12 月硕士学位论文。

二、期刊类

- [1] 黄京平, 陈陈展. 无被害人犯罪非犯罪化研究[J]. 江海学刊, 2006 年(4) 。
- [2] 赵合俊. 性权与人权——从<性权宣言>说起[J]. 环球法律评, 2002 年(2)
- [2] 周安平. 性的公权控制[J]. 法学研究, 2003 年(5)。
- [4] 李银河. 中国当代性法律批判[J]. 南京师大学报, 2004 (1)。
- [5] 方俞. 作为一种生活方式的换偶研究简介[J]. 中国“性”研究, 2008 年 (2)。
- [6] 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 年第 (1)。

[7]邹佳铭. 论刑法对公民性权利的干涉度》[J]. 刑事司法评论, 2008 年 (11)。

三、报刊文章

[1]蓝小林.聚众淫乱罪的立法评价及完善[N].滁州学院学报, 2009 -04-11 (2)。

[2]李秀华. 夫妻忠实义务理论与实务维度之考量[N]. 中华女子学院学报, 2009-07-13 (5)。

[3]杨贵生, 魏新兴.论我国宪法权利体系的内在逻辑及其构成》[N].郑州大学学报 2010-11-03 (2)。

个人简历

周明新，男，1981 年 5 月出生于辽宁省葫芦岛市，本科毕业于辽宁科技大学并获得学士学位，毕业后在兴城市人民检察院工作至今。

在校期间，在《人间》杂志上发表论文《如何认定吸附在薄棉纸上的毒品数量及含量》。

后 记

毕业论文即将定稿，恍然间，脑海中浮现出入学的场景，这一切仿佛就发生在昨日。这两年的时光非常难忘，我不仅学到了非常多的专业化知识，同时还收获了非常多的关心和友谊。我来自一线，工作非常繁杂，但在工作之余，我从不缺席任何一堂课。这其中的艰辛不言而喻，但功夫不负有心人，这两年的求学时光让我学会了太多东西，也让我的视野变得更加开阔。在此，我要对一直以来关心我，支持我的领导，同事，同学和朋友们说声谢谢，谢谢你们一路的陪伴。当然，最要感谢的还是我的导师赵威教授，赵教授不仅教会我专业知识也让我学会更好的做人，借此机会，我要对恩师说句谢谢您，您辛苦了！最后，要感谢一路走来所有陪伴我关心我的各位，谢谢你们，我会再接再厉，相信未来会更好！

周明新

二〇一六年八月十五日