

# 从南京“换偶”案分析“聚众淫乱”行为的规制界限

韩富饶

**摘要** 南京某大学原副教授马某因“换偶”涉嫌“聚众淫乱罪”被南京检方起诉,经法院审理被判处3年零六个月的有期徒刑。此事件在社会上引起广泛探讨,很多人认为,聚众淫乱的最大特点就是参与人都出于自愿且无受害人,所以,刑法不应该惩罚这种行为。著名社会学家、性学家李银河曾发文为马某申辩,她表示“公民在隐私的场所自愿施行性活动的权利应当受到宪法的保护”。本文观点是本案马某等人在被办案人员发现时,有五人在同一时间地点从事性活动,符合现行刑法规定的聚众淫乱罪的构成要件。然而,我们想进一步讨论分析,在社会逐渐开放、性自由越来越被提倡的情况下,聚众性行为一直只被刑法确定为聚众淫乱罪是否合适,或者说如何调整这种行为更符合社会的发展与进步。

**关键词** 换偶 聚众淫乱 行政规制 性自由

**作者简介** 韩富饶,吉林大学法学院本科生,研究方向:法学。

**中图分类号** D920.5

**文献标识码** A

**文章编号** :1009-0592(2015)07-077-02

## 一、背景

备受各界关注的南京一副教授组织“换妻案”于2010年4月7日上午9时在秦淮区法院开庭审理。检方指控22名多次参与换偶活动的男女犯有“聚众淫乱罪”。这也是近10年来该罪名首次出现在公开报道中,且是被追究法律责任的参与者人数空前最多的一例。据秦淮区检察院指控,53岁的马尧海研究生文化,网上化名“阳火旺”、“阳光旅行”,与网名叫“宝宝”、“天狼”的等22人,在2007年夏天到2009年8月期间,通过网络认识后,分别结伙先后在多处“聚集多人进行淫乱活动”。记者查询检方的起诉书得知,其中,马尧海组织或者参与的聚众淫乱活动有18起,其中有10次左右是在马尧海的家中举行。5月20日上午在南京秦淮区法院进行了公开宣判。马尧海等22人以聚众淫乱罪被追究刑事责任。马尧海对自己行为的社会危害性和违法性始终缺乏清醒的认识,被从重处罚,获刑3年6个月。其他人由于认罪态度较好,有18名被告人分别被判处1年到2年6个月不等的有期徒刑,其中有14人适用缓刑,其余3名被告人因犯罪情节较轻且有自首情节被判处免于刑事处罚。

针对此案我们是在肯定刑法聚众淫乱罪的基础上去分析如何逐步调整法律对聚众淫乱行为的规范,才能使性自由与法律强制的矛盾逐渐弱化。达到既不过度干涉私人自由,也不使社会公共利益受到严重损害的目的。笔者提出一个初步的构想,首先保留刑法上的聚众淫乱罪但是对其适用进行一定程度的限缩;其次,利用行政处罚规制社会影响较小的聚众淫乱行为;最后,其余对社会影响极小的行为,法律并不干涉,但是一定要在道德和法律上进行谴责。

反观“换偶”现象本身,我们比较支持换偶本身无罪,换偶本身并不属于聚众淫乱行为;另外,根据“换偶”的特殊性,即夫妻双方都事先同意这一特点,可以推断出换偶并不一定导致离婚率急剧上升,也就并未对他人和社会秩序造成严重的后果,因此我们更倾向于视情况而通过行政手段来规制这种现象。所以,我们需

要进一步探讨上述三种构想的具体内容和界限。

## 二、刑法的规制与聚众淫乱罪的限缩适用

《中华人民共和国刑法》第301条规定:聚众进行淫乱活动的,对首要分子或者多次参加的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。引诱未成年人参加聚众淫乱活动的,依照前款的规定从重处罚。聚众淫乱罪是1997年刑法取消流氓罪之后遗留下来的一个罪名。聚众淫乱罪惩罚的是三人以上的性行为。换言之,刑法修改之后,婚姻之外的性行为只要发生在两人之间可以不必入罪了,但是三人以上还须入罪。

三人以上性行为多为性聚会或换偶活动。近几十年来,由于社会上三人以上性活动越来越多发,几乎造成法不责众的局面,所以聚众淫乱罪的量刑有大幅减轻。在1980年代初的众多案例中,犯罪人多有死刑、无期徒刑和15年以上重刑(例如有一个8人换偶案,主犯死刑,从犯为无期徒刑和15年徒刑);到了21世纪,南京马尧海换偶案,主犯被判三年半徒刑,2014年的上海8人聚众淫乱案,主犯只判了5个月拘役。仅仅从同一个罪名量刑跨度可以从死刑到5个月拘役这一点已经可以看出,此一罪名问题多多。在同一罪名之下,在案件情节大同小异的情况下,有的判了死刑,有的只判5个月拘役,令人对这一罪名的设立本身产生疑惑:它惩罚的究竟是什么?此类行为对社会的危害程度究竟有多大?从最新案例的量刑看,此前的死刑判决显然罚不当罪。

由此可见,随着社会的不断发展,对这种两人以上进行的活动,不仅是社会大众普遍的态度出现了变化,法律的态度也出现了变化。所以,也有人提出了要废除刑法上的聚众淫乱罪,我国社会学家、性学家李银河提出一个观点:而这个法律条文与宪法保护的公民的人身权利(其中包括性权利)有明显的矛盾之处。我们应当尽早改变这一过时法律。其次,很多学者也认为聚众淫乱罪存在法理上的问题,即聚众淫乱并没有受害者,参与者全部出于自愿,而无被害人犯罪去犯罪化也是现在的趋势,所以,对于聚众淫乱这种行为,刑法也不应惩罚。

## 法律经纬

还有些学者认为聚众淫乱罪妨碍了个人的性自由权,成年人自愿的发生性行为,不应被干涉,所以极力主张废除聚众淫乱罪。然而我们认为自由是相对的,在现在我国的具体情况下,过分的性自由会导致很多后果,最典型的就是对《婚姻法》中夫妻忠实义务的挑战。性自由权的过度行使,很容易导致婚姻家庭的不和谐,我们参考了欧美性自由国家的一些数据,过于开放的性自由导致了婚姻家庭关系的不稳定,子女教育等问题。所以,笔者认为现在取消聚众淫乱罪为时过早,如果放弃了对聚众淫乱的限制与惩罚,将会导致一系列的社会问题。另外,结合支持保留聚众淫乱罪的一些学者的观点即“聚众淫乱危害了社会公共秩序”的说法。笔者产生了对“聚众淫乱罪”进行保留的情况下进行限缩的观点。

所谓的限缩,就是要对聚众淫乱罪的惩罚对象进行严格的限制,要惩罚的须是严重损害社会公共利益、扰乱社会公共秩序的聚众淫乱活动。那么,如何判断“严重损害社会公共利益或损害社会公共秩序”就成是否构成聚众淫乱罪的关键。我们认为可以从以下几个方面去判断:

1. 人数和次数:值得注意的是,在现行刑法中人数和次数也是定罪量刑的标准,但是对发起人来讲,现行刑法聚众淫乱罪责不管其参与次数,这一点我们认为值得商榷。例如,在某次3人聚会上a说了一句表达要进行集体性活动意思的话,这也是a第一次参加这样的活动。那么是否a一定就构成聚众淫乱罪?所以,我们认为,对人数和次数的限制应更加清晰,即达到了让普遍大众无法忍受的人数或次数时,才应用刑法去惩罚。

2. 影响范围:我们认为对影响范围特别广,甚至达到广为人知的地步时,刑法应当介入。因为这样的情形在社会上的影响已经没有办法再利用性自由和隐私去阐述其合理性,而且已经达到了社会上普遍大众难以接受的现象。

3. 公开性:我们认为刑法介入的地方还在于进行集体性活动的公开性,原因就是,在现阶段社会公共道德所主张的,社会大众普遍认同的是性行为因该是在隐秘的场合,非公开性的。所以,一旦聚众淫乱出现在公共场合或者以其他方式公开,责应当有刑法去惩罚。

综合这几点不难发现,以刑法惩罚聚众淫乱行为,实际上就是对社会基本道德和公共利益的维护,以防社会秩序的紊乱,引起一系列的连锁反应。而刑法的惩罚性也是最强,有这样一个罪名存在,至少在现在社会的普遍认知水平和开放程度上,对社会秩序的稳定和个人行为的规范起到必要的作用。

### 三、行政手段规制的适用情形

我们在考虑了对刑法上的聚众淫乱罪进行限缩后,不再由刑法进行惩罚的聚众淫乱行为该如何规制。我们首先想到了行政手段,主要是治安行政处罚。然而,随之而来的问题就是,什么样的聚众淫乱行为用到治安行政处罚即行政手段进行规制呢?我们的结论是,参照对刑法的聚众淫乱罪限缩的标准,应当利用行政手段进行处罚的,是产生一定的社会影响,对社会公共利益有损害或扰乱社会公共秩序但不足以达到严重程度情况。换

句话说,就是用治安行政处罚等行政手段,把刑法上被限缩的而且需要强制力介入的部分进行规制。

然而,我们的意图并不是对刑法不再惩罚的所有聚众淫乱行为都由行政手段进行制裁,和对刑法聚众淫乱罪的限缩类似,我们也对受行政手段规制的行为的界限做了划分。其中最本质的就是对他人、社会公共秩序、利益,产生了损害但是并未达到可受刑法惩罚的严重程度。我们列举了几种典型的情况来说明,何种现象应受治安行政处罚:

1. 聚众淫乱被他人举报的,妨碍他人正常生活休息的,但达不到刑法聚众淫乱罪的标准。

2. 聚众淫乱行为被有权机关发现的,尤其是在专项整治活动中发现的,达不到聚众淫乱罪的标准。

3. 隐秘性不强,已被发现或易被发现的聚众淫乱行为,达不到刑法规定的犯罪标准的。

4. 涉及到利益交换的行为,达不到刑法规定的犯罪标准的。

值得一提的是第四点,我们参考了卖淫嫖娼的一般行政处罚,所以考虑到聚众淫乱行为也有可能涉及利益交换,但在不构成刑法上组织卖淫罪等罪名的情况下,应当由行政手段进行处罚。

### 四、不应由法律强制力介入的其他情形

这是第三个层次的行为,其实我们把刑法,行政处罚各自惩罚的范围界定之后,把剩余的行为归结到这个层次中。依照前两种惩罚的特点,我们把第三个层次的行为归结为私人的,封闭的,秘密的,对他人、社会秩序和社会公共利益不产生影响的纯私人行为。这种情况下,就更不应该被法律尤其是刑法去惩罚。但这并不意味着对于这种纯私人的集体性行为不应被规范,不由刑法规制也不意味着提倡这种行为,我们可以通过道德和法律去谴责,但并不作出法律惩罚。

另外,对于这些纯私人但却不符合社会公共道德的行为,在受到道德的谴责和法律的评价的同时,也可以将其作为认定其他法律后果的基础。例如,通过将该种行为作为《婚姻法》上夫妻关系确已破裂的参考依据等方式予以规制。

### 五、结论

上述三种方法,是我们认为在现阶段不宜取消聚众淫乱罪的情况下提出的可以缓和性开放性自由与法律强制之间矛盾的观点。换言之,就是最根本的问题(严重影响社会秩序的问题)不能放开,必须有法律强制;中间部分(对社会秩序有一定影响但不严重)适当管制;末节(纯私人)部分法律不去强制干预。

总之,对聚众淫乱行为规制界限的主要依据便是行为对社会公共利益和秩序的影响程度,然而这个程度也是最难判断的,随着社会的不断发展进步,社会法制与道德观念的不断变迁,程度的具体内涵也会不断的发生变化,但无论如何变化,对界限和程度的把握都应该在性自由和法律强制之间找到平衡点,不至于妨害个人的自由,也不至于造成社会秩序紊乱。