

分类号：  
U D C：

密级：  
学号：415315514106

南 昌 大 学 专 业 学 位 硕 士 研 究 生  
学 位 论 文

论聚众淫乱罪之废除

**The Abolishment of the Crime of Assembled Pruriency**

曾 欢

培养单位（院、系）：法学院

指导教师姓名、职称：熊永明 教授

专业学位种类：法律硕士（法学）

专业领域名称：

论文答辩日期： 2016 年 5 月 28 日

答辩委员会主席：\_\_\_\_\_

评阅人：\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

2016 年 5 月 28 日

## 一、学位论文独创性声明

本人声明所呈交的学位论文是本人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。据我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得南昌大学或其他教育机构的学位或证书而使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示谢意。


学位论文作者签名（手写）：曾欢

签字日期：2016 年 6 月 5 日

## 二、学位论文授权使用授权书

本学位论文作者完全了解南昌大学有关保留、使用学位论文的规定，同意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，允许论文被查阅和借阅。本人授权南昌大学可以将学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编本学位论文。同时授权北京万方数据股份有限公司和中国学术期刊（光盘版）电子杂志社将本学位论文收录到《中国学位论文全文数据库》和《中国优秀博硕士学位论文全文数据库》中全文发表，并通过网络向社会公众提供信息服务，同意按“章程”规定享受相关权益。

学位论文作者签名（手写）：曾欢

导师签名（手写）：

签字日期：2016 年 6 月 5 日

签字日期：2016 年 6 月 5 日

论文题目	论聚众淫乱罪之废除				
姓 名	曾欢	学号	415315514106	论文级别	博士 <input type="checkbox"/> 硕士 <input checked="" type="checkbox"/>
院/系/所	法学院		专业	法律硕士（法学）	
E_mail					
备注：					

☒ 公开 ☐ 保密（向校学位办申请获批准为“保密”，\_\_\_\_年\_\_\_\_月后公开）

## 摘 要

聚众淫乱罪是我国在 97 年取消流氓罪的基础上新增设的一个罪名。本罪自设立之初就存在学者们的诸多争议，尤其在最近几年发生几起影响较大的聚众淫乱案件，引起了学界和实务界的激烈讨论，也使得这一罪名是存与废再次成为社会热点话题。聚众淫乱罪作为我国特定时期的产物，其当时设立的主要目的在于维护社会秩序，因此该罪规定在妨害社会管理秩序罪一章当中。在当时该罪名是符合我国国情和法律传统的，但随着社会的发展和公民权利意识的提高，该罪也逐渐突显出许多不合理之处，一方面，法条的设计过于扩大公权力的范围而缩小甚至忽略了个人权利的存在，有违刑法的谦抑性要求，而且与无被害人非犯罪化原则相左，更与我国宽严相济的刑事政策不相协调。另一方面，随着社会的发展，人们观念的变化，公众对性权利的保护要求也越来越高，世界上多数国家法律体系中都没有设置聚众淫乱罪这一罪名，而是把淫乱行为划分为公然型淫乱行为和私密型淫乱行为，并且只对公然进行的淫乱行为进行制裁，对私密进行的淫乱行为则加以保护，因此该罪的存在也与性权利保护有冲突之嫌。这些都为我国废除聚众淫乱罪提供了理论和实践支撑。因此，综合考虑各种因素，应该从立法上废除聚众淫乱罪，对私密型的聚众淫乱行为要实行非犯罪化；对公然型的聚众淫乱行为，应依照《治安管理处罚法》的规定加以处罚，无需刑法介入；对于引诱未成年人参加聚众淫乱的，可以将其归入猥亵儿童罪当中。

**关键词：**聚众淫乱；性权利；废除

## ABSTRACT

The crime of assembled pruriency is a new charge added to China's cancellation in 1997 based on the crime of hooliganism. This crime since the establishment of the there are many disputes of scholars at the beginning, especially in recent years has several affected all the fornication cases, has aroused heated discussion in the academic and practical circles, also makes this one accusation is waste and once again become a hot topic in the community. The mob adultery as a product of a specific time in our country, which was established for the main purpose is to maintain social order. At that time, the charge is in line with China's national conditions and legal traditions, but with the development of society and the improvement of citizen's right consciousness, the crime also gradually highlights a lot of unreasonable. On the one hand, design method of the over expanding the scope of public power and narrowing or even ignore the existence of individual rights, contrary to the requirements of the modesty of criminal law, and with no victim of non-crime against the principle. On the other hand, with the development of society, changes in people's attitudes and public protection of sexual rights requirements are also getting higher and higher, in the legal system of most countries in the world are not set the assembled pruriency sin such a crime, but the immoral behavior is divided into type openly immoral behavior and private licentious, so the existence of the crime also and the protection of sexual rights have conflict too. Therefore, the comprehensive consideration of various factors, should from legislation abolished promiscuous crime, to private promiscuous behavior to implement the decriminalization; to openly type promiscuous behavior should be punished them in accordance with the relevant provisions of the Security Administration Punishment Law, without the intervention of the criminal law; to allure minors to participate in mass promiscuous, can be classed as indecent child crime.

**Keywords:** The crime of assembled pruriency; Sexual right; Abolish

## 目 录

第 1 章 引言 .....	1
第 2 章 聚众淫乱罪的立法依据 .....	5
2.1 聚众淫乱行为严重违反了伦理道德 .....	5
2.2 聚众淫乱行为严重妨害了社会管理秩序 .....	6
2.3 聚众淫乱行为超出了私权利的范畴 .....	7
第 3 章 聚众淫乱罪废除的原因 .....	9
3.1 法律过于干涉道德 .....	9
3.2 公权力与私权利的对垒 .....	11
3.3 是刑法谦抑性的要求 .....	13
3.4 是宽严相济刑事政策的要求 .....	16
3.5 是无被害人非犯罪化思潮的要求 .....	17
3.6 域外立法的合理借鉴 .....	18
第 4 章 聚众淫乱行为出罪后之规制 .....	21
4.1 对私密型聚众淫乱行为法律应不予干涉 .....	21
4.2 对公然型聚众淫乱行为应由《治安管理处罚法》予以规制 .....	22
4.3 将引诱、强迫未成年人参加聚众淫乱行为与猥亵儿童罪合并 .....	23
结 语 .....	24
致 谢 .....	25
参考文献 .....	26
攻读学位期间的研究成果 .....	27

## 第1章 引言

### 1.1 概述

在1997年刑法颁布之前，关于聚众淫乱犯罪的规定主要是规定在1979年刑法中的流氓罪条文之中，作为流氓罪的一种犯罪情形，并不单独成立一个罪名。而在1997年刑法修正后，将聚众淫乱单独作为一个罪名规定在妨害社会管理秩序罪条文之下，这在当时对我国社会公共秩序的整治和维护起到非常大的作用，也顺应了当时时代背景的主流思想意识。聚众淫乱罪从设立之时起至今都一直饱受争议，理论界对该罪的存废问题展开了持续的讨论和研究，各自论证聚众淫乱罪的存与废。

### 1.2 国内学术研究现状

聚众淫乱罪自从增设以来，其在我国刑法体系中历来都是以一个“冷罪名”的形式存在，在司法实务中很少出现犯此罪的案例。自从南京某副教授马某换妻案<sup>①</sup>曝光后，聚众淫乱罪就被摆上公众的视野，由此挑起了刑法理论界和司法实务人士对聚众淫乱行为是否应当定为犯罪行为而加以处罚的激烈议论。另一方面，公众的思想观念也在不断的转变和开化，因而大众对聚众淫乱的行为在道德观念上的接受程度也在改变，这就必然使得大家对聚众淫乱罪成立的合理性产生怀疑，并为此也进行了理论研究讨论。纵观学术界对聚众淫乱罪的存废问题的讨论，目前我国各学者们主要持以下三种观点：

#### （一）肯定说

持肯定说的观点主要以马克昌教授、屈学武研究员、贾宇教授为代表。我国著名法学家马克昌教授对聚众淫乱罪的废除表示反对，他认为从我国目前阶段的基本国情来看，还不具备取消聚众淫乱罪的条件，如果将聚众淫乱罪取消不加以刑法打击的话必定会造成不可想象的后果。屈学武研究员认为，为了让

---

<sup>①</sup>南京某大学副教授马某多次组织他人至酒店开房进行群体性“换妻”活动，他们相互间以对换配偶的形式自愿进行性行为。在这之后，南京市秦淮区检察院以马某等人涉嫌聚众淫乱罪对其提起公诉。

社会安全、稳定、有序的运行，必须要有相应的法律规范来对此加以规范和调整。国家基于管理社会秩序使社会和谐稳定的目的，国家有权力适当干预公民的个人自由和私人生活领域，以此来约束个人行为，实现社会和谐。对于聚众淫乱罪的存废问题，贾宇教授认为聚众淫乱而犯此罪的人少之又少，使得此罪能够进入司法程序走向审判实例的机会很小，并不妨碍其存在，因此没有必要予以废除，从刑事立法的发展趋势来看，我国将在近期内取消聚众淫乱罪的规定是不太现实，据此他们主张保留我国刑法对聚众淫乱罪的规定，继续发挥其维护社会稳定和良好秩序的立法目的和价值。目前我国刑法正是基于此种因素考虑，即认为该行为对我国的社会风化秩序和传统道德风尚造成了极大的负面影响，因此聚众淫乱的行为具有社会危害性，侵犯了刑法所要保护的法益，理应受到刑法处罚。

### （二）否定说

持否定说观点的学者们认为，聚众淫乱罪的规定已经不能适应现代社会的道德伦理和思想观念，因而不应当由刑法来调整聚众淫乱的行为，只须对其用治安管理处罚法来规制。著名社会学家、性学家李银河教授便对此观点持赞同态度，她也曾建议全国人大在修改刑法条文时删除聚众淫乱罪的规定。她认为，行为人聚集他人一起开展淫乱活动只是其个人品德问题，只能通过社会道德对其加以规范，而不能越过道德直接用法律特别是惩罚力度最大的刑法手段来规范公众的道德行为，这是因为任何国家的法律都不是万能的。此外，刑法的保护只是作为法治社会保护公民权利和社会利益的最后一道防线，而聚众淫乱对社会所造成的危害远远不至于需要利用刑法来防御和规制，聚众淫乱还不至于达到犯罪的标准。虽然如此，聚众淫乱毕竟是有伤风化，不能任由此种行为的发展，对此应当充分发挥道德的约束、教育作用，并辅以治安管理处罚法来规范。

### （三）折衷说

赞同折衷说观点的学者主要以姜涛教授为代表，其认为刑法对聚众淫乱行为的规制不能采取一刀切的方法，而是应当根据参与淫乱的行为人所起到的作用和对社会造成的实际恶劣影响的不同来确定须加以处罚的对象，即先只对淫乱活动的组织者、在公开场合为不正当的男女性关系的行为人或者多次聚众淫乱者予以制裁，然后再逐渐减少处罚对象，从而达到对聚众淫乱罪的淡化最后将其废除。大部分学者认为，应当区分行为人的淫乱行为是否公开，如果是公

开进行，则应追究刑事责任。如果是在秘密的场合进行淫乱行为，则按非犯罪化处理。因为在公共场所实施该淫乱行为，侵犯了法律对公共秩序保护的规定，所以在公开场合开展淫乱活动属于刑法打击的对象，必须追究该行为人的刑事责任。

### 1.3 国外学术研究现状

在国外普遍认为性集会 是公民个人权利的表现，不认为是犯罪行为。国外学者将聚众淫乱行为分为公然性的和私然性的聚众淫乱，对实施公然性的聚众淫乱行为，应当追究其刑事责任，而对私然性聚众淫乱则不应划入犯罪圈。美国学者埃德温·舒尔认为，淫乱行为是当事人双方在自愿的情况下实施的，就如卖淫者与嫖娼者之间的自愿的性行为一样，属于个人行使权利的表现，不存在被害人，更没侵害社会公共秩序。

拉默尔在《你在性方面的人权法案》一书中提出，人在本质上是“性”的，“性”是人的一种自然权利，属于人权的重要组成部分；一个人完全有权利根据自己的个人意愿来表达自己的性欲并且寻求满足，只要他不是通过违法犯罪的手段，没有侵犯他人合法权利，没有危害社会秩序，那么他就可以不用有任何的负罪感和羞耻心理，也不用惧怕背负道德舆论的压力。成年人作为一个自由、独立的性主体，对自身行为所产生的后果具有成熟的辨别能力和判断能力，并且基于自身的意愿与他人合意发生的性行为，那么该性行为是具有合理性的，是个人在私权利范围内行使性权利的表现。私密型淫乱行为是公民在极隐秘空间进行的私生活的表现，虽然与传统伦理道德习惯相冲突，但至始至终都没超出私人权利的范畴，法律不应加以干涉。

域外多数国家只把公然的淫乱行为纳入刑法调整的范畴当中，而对于私密性淫乱行为则按非犯罪化予以排除犯罪圈。在公众场合发生的任何个人行为，都应对该场合的人们的权益负责，更不能破坏社会的良好公共秩序，公然的聚众淫乱行为，不但触犯了公众的最低道德情感底线，还对青少年的身心健康有很大的腐蚀性，因此域外多数国家在立法时便予以入罪考虑。



## 1.4 存在的问题

虽然我国在刑法中增加了聚众淫乱的罪名，但是对聚众淫乱行为的规定也仅仅是只言片语，而且针对聚众淫乱罪适用问题的司法解释也不够详尽，非常不利于司法审判人员对此罪的认定。虽然对于此罪的相关理论研究甚少，但是学术界对关于聚众淫乱罪的相关概念问题并没有达成一致意见，众说纷纭。比如对“聚众”的人数把握；“淫乱”的概念和特征的标准；“公共场所”的定义界定；以及聚众淫乱行为侵犯了何种法益。然而，这样的概念恰恰对解决聚众淫乱行为起着至关重要的作用。目前国内学者对不同情形下的聚众淫乱行为的罪与非罪的如何界定并没有形成统一观点。

## 1.5 本文思路

虽然在一定时期内聚众淫乱罪符合我国特有国情和传统法律习惯，但是随着国际上无被害人非犯罪化立法潮流的发展以及人们权利意识提高与性观念的开放而退出历史舞台。之后的聚众淫乱行为将会从道德的角度去加以评价，而不会上升到刑事法律方面去加以调整。本文旨在对聚众淫乱罪的立法依据、不正当性和发展趋势作出一些有益的探讨。由于司法实践中这样的判例甚少，学者们对聚众淫乱罪的研究也甚少，理论研究更是匮乏。虽有部分学者开始探讨这个罪名，但这些探讨焦点大多集中在伦理道德层面的上，但尚未深入到系统的研究层面。国外多数国家对公开的聚众淫乱大多是处罚的，但对私密型的聚众淫乱则按非犯罪化处理。而且无被害人非犯罪化已成为多数国家刑法发展的趋势，无被害人非犯罪化背后所蕴涵的刑法谦抑思想理念也符合现代意义的刑法精神。对于聚众淫乱罪，在我国法学界对本罪名的争议并未形成一致观点，本文希望在梳理学界争议的基础上，对聚众淫乱罪存在的不合理性进一步深入研究，从而提出废除聚众淫乱罪这一罪名的方案。同时对法治社会的建设也有着一定的意义。

## 第2章 聚众淫乱罪的立法依据

一条法律的产生有着其必然的历史原因，聚众淫乱罪的设立也正是在我国社会转型期时应运而生的。社会环境的复杂性和人们观念的不断变化，对聚众淫乱行为用刑罚的手段予以处罚是完全符合特定时期的国情和传统习惯的。法学家贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》中指出：“我们已经看到，什么是衡量犯罪的真正标尺，即犯罪对社会的危害性”。<sup>①</sup>在我国特定时期内聚众淫乱行为严重扰乱了社会良好的公共秩序，具有社会危害性，理应受到刑罚处罚。并且，聚众淫乱行为也触犯了我国的道德底线，伤害了人们对性的道德情感，因此对于这种破坏社会良好秩序的行为要严厉处罚。

### 2.1 聚众淫乱行为严重违反了伦理道德

聚众淫乱行为在当时的社会文化环境下是极大地伤害了公众的道德情感，破坏了良好的社会风气，是对社会伦理道德价值观的藐视，是对中国传统公序良俗的触犯，违背了人们之间应该普遍遵守的社会基本伦理道德，所以应当入罪。马克昌教授认为行为人互相调换配偶或者聚集起进行性行为等淫乱活动将有违我国优良的传统和善良风俗习惯，如果将聚众淫乱罪取消不加以刑法打击的话必定会造成不可想象的后果，如此一来中国社会无法稳定更不可能实现和谐社会的目标。聚众淫乱行为在那个特定的环境下是不能被容忍的，但现在看来在当时的犯罪行为不外是有违道德的行为而已。国家为了维护正常的社会生活秩序，就会在立法上确定社会的最低道德底线，哪些行为可为，哪些不可为，一旦触犯就会受到法律的严厉制裁。法律与这些基本的道德是相符的，作为社会道德的最后一道防线予以保护而不受侵犯。从刑法的法益保护角度分析，若是某一行为侵害了社会的基本道德准则，那么就有必要动用刑法的手段加以惩治。但是如果某些行为违背的仅仅是愿望的道德，即人们对善行、美德的理想追求，则不必要动用法律去加以处罚。所以，只有人们普遍履行的义务的道德才是法律规范的对象，即聚众淫乱行为违反的是应当为的义务的道德，因此需

---

<sup>①</sup>[意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国法制出版社2005年版，第82页。

要刑法加以惩处。义务的道德也即法律的义务，其表达方式通常是“你不得做什么”或“应当做什么”。遵守了义务的道德也是合乎法律义务，一个道德失范的社会，将是法律秩序混乱的社会。因此立法机关往往是从义务的道德基础上决定何种行为应由法律所调整，而不是从愿望的道德出发去制定法律。正如我国的某些学者所说：若是动用刑法去加以规制的行为，其主要目的不在于保护法益，而是维护社会公众普遍应遵循的较高的性道德体系。而这种较高的性道德体系则属于“应当为善”的义务道德体系，公民应普遍遵守，一旦触犯就应动用刑法加以制裁。

一夫一妻制是我国基本的婚姻制度，也是人类社会经过不断发展选择的正确结果。聚众淫乱行为在我国社会转型时期由于社会环境的复杂性和人们道德观念的保守性，大家对其基本避讳不谈。尤其是对性的公开更加难以接受，甚至反感、厌恶。更不可能在平常的交流中涉及到性的问题。诸如通奸、卖淫、乱伦等与我国的婚姻制度相违背的性行为都为人们所不齿，而换妻这样的聚众淫乱行为更加是人们所不能容忍的。在一个性观念极保守的特定环境下，聚众淫乱行为是坚决抵制的，而只有夫妻间正常的性行为才是合法的，被人们所容忍。聚众淫乱行为是对极其隐私的性行为进行公开化的体现，将原本是在特定主体之间发生的性行为变为多数人之间纯粹追求性刺激的行为。这与当时社会文化状态下的性隐秘观念相违背，更与当时环境下的伦理道德不相符合。由于聚众淫乱行为极大的伤害了人们的道德情感，冲击了人们的性道德底线，更是违背了我国传统的伦理价值观念。因此，在当时聚众淫乱行为被认为是对社会伦理道德的一种侵犯，对社会造成了极大的负面影响。并且，该行为对家庭的和谐和社会秩序的稳定也造成了很大的危害。这也正是我国在1997年刑法修订时设立聚众淫乱罪的原因之一。

## 2.2 聚众淫乱行为严重妨害了社会管理秩序

1997年我国在修订新刑法之时对流氓罪予以取消，并在此基础上单独分列出聚众淫乱罪，并将其规定在妨害社会管理秩序罪条文之下，这在当时对我国社会公共秩序的整治和维护起到极大的作用。聚众淫乱行为是指群男群女聚集在一起实施淫乱行为，其行为触犯了社会生活秩序的底线，严重地破坏了社会精神文明建设，所以此行为需要“出德而入刑”，以刑法的方式加以规范。这在

当时对我国社会公共秩序的整治和维护起到非常大的作用，也顺应了当时时代背景的主流思想意识。当时刑法在聚众淫乱方面的犯罪规定首要分子或者多次参加的人应当负担刑事责任，其中有一个加重处罚的情形就是诱使十八岁以下的未成年人参与淫乱行为。从刑法在此罪上的规制原意可以看出，当初之所以单独设立聚众淫乱罪是由于其严重破坏了社会秩序，为了实现社会的和谐稳定必须加强对聚众淫乱行为的打击，对其施以刑法上的制裁。正是基于此种因素考虑，立法机关便将这一罪名写进刑法规定为犯罪。

我们都知道，某一行为受到刑法的惩罚是因为该犯罪行为侵犯了法律所要保护的具体法益，聚众淫乱行为之所以被规定为犯罪行为，是因为该行为在当时被认为是侵犯了刑法所保护的社会管理秩序，严重扰乱了社会管理秩序，也是对良好的社会秩序以及社会成员法益的侵害。人们的社会生活有着错综复杂的人际关系，为了让社会安全、稳定、有序的运行，必须要有相应的法律规范来对此加以规范和调整。然而，有的人却无视社会规范、无视法律的规定，男男女女成群的在一起从事淫乱活动，在社会上形成了很不好的影响，也破坏了各自的家庭，造成社会秩序的混乱。国家基于管理社会秩序使社会和谐稳定的目的，国家有权力适当干预公民的个人自由和私人生活领域，以此来约束个人行为，实现社会和谐。因此，在当时该行为被认为是一种具有严重社会危害性并应当受到刑罚处罚的违法犯罪行为。刑法规定聚众淫乱罪不仅是因为该行为触犯了基本的社会道德秩序，而是由于其侵害了性行为非公开化的社会秩序。立法者考虑到聚众淫乱的行为有悖于我国社会主流价值观，不利于构建和谐稳定的社会秩序，更不利于建设文明社会，因而将其予以保留下来，以便其继续发挥维护社会和谐稳定的规制作用。虽然个人有权行使自己的合法权利，而不受非法干涉。但是个人不能以行使权利自由为名去触犯社会公共秩序。在当时的社会环境下，聚众淫乱行为与社会利益相矛盾，尤其是在传统的社会风气影响下，聚众淫乱行为被认为是一种淫秽不堪、生活糜烂的行为。因此对聚众淫乱行为加以刑事处罚是必然的，这也是当时设立聚众淫乱罪的立法依据。

### 2.3 聚众淫乱行为超出了私权利的范畴

聚众淫乱在当时是被看成一种超越私权利边界的行为，因此理应要受到法律的制约。自然权利是人与生俱来的，每一个公民都是独立的自然体，都享有

基本的性权利，但权利的行使应以合法的形式出现。在政治社会形成之前，人们是随意行使自己的各种权利，不受任何约束。因此，在这样的自然状态下，人们为满足自己的利益需要而行使自己的权利，同时又要保护自己的权利不被其他个人的侵害，这时就需要一个公共机构来保护他们权利不被侵犯。启蒙思想家洛克在《政府论》中提到，每个人都有行使和实现权利的自由，但如果每个人的这种权利都得以实现，则整个社会的秩序将会乱成一团，人们的权利反而得不到保障，相反个人权利都会遭受不法侵害。人们于是通过签订“社会契约”，自愿放弃自己一部分的自然权利交由一个机关来管理，这个机关就是政府，由此公权力就产生了。无权力的保障便无从享有权利，人们可以在法律规范的范围内最大限度的行使自己的权利而不被他人非法干涉。聚众淫乱罪之所以设立是由于该行为在当时不被看作是个人权利的行使和实现，而是认为其已经超出了公众内心的最低道德界线，属于公权力调整的范围。如果私人权利滥用并且不受限制的话，那么社会便会乱成一团，何谈权利的正常行使和实现。正如洛克所言：哪里没有法律，哪里就没有自由。

从当时我国刑法设立聚众淫乱罪这一罪名的国情和社会的复杂程度来看，该行为已严重影响了社会公共秩序，对我国传统的伦理道德体系产生了一定的冲击。虽然性权利是人所有权利中的一项基本权利，但其行使仍然受到国家法律的规定。其行使仍然需要公权力的确认，以防止滥用为实现个人权利为名而影响他人权利的行使，那么刑法就会对此种行为给予否定性的评价。聚众淫乱罪的设立正是由于行为主体在实施该行为时超出了个人权利的范围，侵害了社会的秩序和大众的基本道德准则，因此应当入罪。

## 第3章 聚众淫乱罪废除的原因

### 3.1 法律过于干涉道德

就其侵犯的客体而言，社会风化是聚众淫乱罪所侵犯的客体。从严格意义上讲，社会风化应归属于道德范畴，从法律层面来说，违反道德规范可以有很多非刑罚的方式加以解决，该行为的危害性并没有严重到必须要通过刑罚的手段加以解决。法律与道德并非是绝对的相对立而存在，在解决社会问题时，两者是允许同时存在的。在立法过程中应当体现最低限度的道德，尤其对于作为权利最后一道屏障的刑法而言，在很大程度上刑法的作用仅仅是维护最低限度的道德而不是通过刑罚的手段强制公民成为一个道德高尚的人。

通过对近代刑法的研究，我们不难发现刑法所规定的内容在某种程度上与道德所禁止的行为存在一定的重合。但是，我们必须清醒地认识到刑法毕竟不同于道德，不能纵容刑法逾越道德的界限干预由道德规范的行为。

学者富勒将道德价值分为“义务道德”和“愿望道德”两个级次，其中“义务道德”是基本道德、是人类保证社会有序运转所必备的道德规范；而“愿望道德”则是一种较高的境界的道德水准，是人类所追求的理想中的高级别的道德要求。<sup>①</sup>行为人聚集他人一起开展淫乱活动只是其个人品德问题，只能通过社会道德对其加以规范，而不能越过道德直接用法律特别是惩罚力度最大的刑法手段来规范公众的道德行为，这是因为任何国家的法律都不是万能的。而且，更不能以某一个群体的道德观念和生活习惯来规范另一个群体的思想和习惯。从刑法的立法角度分析，违反“义务道德”的行为严重扰乱了社会秩序，破坏社会稳定，符合刑法所规制的具有严重社会危害性行为的标准，应当通过制定法律条文的形式运用刑罚的方式规范此类行为。但是，违反所谓的“愿望道德”的行为，则超过了刑法的基本职能，不能也不应当通过刑法来规范矫正，而应当更好地发挥社会道德的约束、教育功能。正如上文提到的，刑法所体现的仅仅是最低限度的道德，公民内心深处对违反“愿望道德”所产生的不满并不能成为将一个行为犯罪化、刑罚化的理由。设立刑法的目的是为了更好地保障人权，在一个自由、民主的社会，任何人都有权利基于自己的意志选择高

---

<sup>①</sup>[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第7页。

尚、平庸、低俗的生活。我们是自由的，但这种自由并非是绝对的、无条件的自由，我们所享受的自由是受到一定限制的。正因如此，我们更加不能根据自己的喜恶要求其他人和你准守相同的道德标准，更不能因此就要求用刑法去规制与“愿望道德”相悖的行为。

在隐秘空间进行的成年人之间的自愿的性行为，不存在法益侵害并没有对其他人或者社会造成直接的影响。具体而言，首先，当事人是在自愿的前提下实行该行为的，不存在被害人之说；其次，发生该行为的场所是在极隐秘空间，不可能扰乱社会秩序、侵害公共利益；再次，实施该行为的当事人并不存在主观恶意，不具备主观恶性。综合以上分析，在私密空间进行的成年人之间的自由性行为属于私人道德范畴的结论呼之欲出。即使有公民对该行为给予强烈的道德谴责，甚至将其定性为对社会伦理道德的公然挑衅，这种间接性的负面影响对社会来说仍然是微乎其微的。既然是由道德可以解决的社会问题，就不应当再通过刑法来规制。时代是在不断变化发展的，即使聚众淫乱罪在过去的某一个时代对维护社会秩序发挥过重要的作用，然而一旦它已经不能适应非罪化、非刑罚化的时代潮流，就应当作出改变以克服其自身的滞后性。这里所强调的聚众淫乱行为仅限于在私密场合、成年人处于自由的前提下进行的性行为，不包括在公众场合实施的淫乱行为。因为，不管是二人或者二人以上，在公众场合实行淫乱行为都会对社会秩序产生严重的危害，极大地挑战公民的道德底线是与建设和谐社会相违背的，严重地侵害了社会公共利益，应当通过法律进行规范，但不应用刑法予以规制，毕竟多数人都有性羞耻心，在公共场所发生淫乱行为都是极少数甚至仅仅是极个别。因此，没必要用刑法的手段予以调整，造成司法资源的浪费，只需用行政手段介入即可。

综合上文的论述，笔者十分赞同以李银河教授为代表的主张废除聚众淫乱罪的观点。我国刑法在设立聚众淫乱罪方面确实存在一定的缺陷，我国刑法并没有严格区分公开性的聚众淫乱行为与私密的聚众淫乱行为，而是将他们混为一谈笼统定罪。这样做的后果混淆了刑法与道德的界限，导致公权力对公民自由不同程度的侵犯后果。在设立聚众淫乱罪之时的时代，人们的思想观念还是处于比较落后的水平，当时的立法者就是在此种落后陈旧的传统观念影响下增加了对聚众淫乱的刑法规制。从现今的时代环境考虑，社会已经不断的向前发展，人类思想也不断的进步与开化，大众对聚众淫乱的行为在道德观念上的接受程度也在改变。聚众淫乱的不良行为与当今的道德观念的冲突也并不像以前

那样那么的尖锐，这就必然使得聚众淫乱罪的继续存在不具有合理性。而且现代社会的法治理念也逐步得到发展变得越来越民主，因而如果再对聚众淫乱的行为加以刑法规制的话将会与当代社会公民性权利保护理念相违背。著名学者哈特曾经说过，我们要防止政府或者多数人以私人道德的名义对人民或者少数人进行压制，或者是实施暴政。社会的发展除了法律、犯罪、刑罚，道德的教育和改造作用也是不容忽视的。尤其是对于社会风气的净化，道德在这一进程中发挥着不可替代的作用。对于质疑私密的聚众淫乱行为没有对他人和社会造成损害，坚持该行为应当受到刑罚处罚的观点，笔者是坚决不赞同的。从我国近年的司法实践历程来看，如何认定某个行为直接或者间接对他人或者社会造成损害并没有具体的操作标准。即使有大概的规定，但因为每个案件所涉及的社会案件复杂多变，这种评估的标准是否合理本身就值得商榷。行为人在社会中实施某一行为，无直接的利害关系时，并且此种行为只影响到自身，假如也影响到他人的话，那也得是他们自愿、非强迫参与的。对于某一行为对社会、公民造成的直接影响尚有许多需要考虑的因素，对于该行为所造成的间接影响的衡量就更需要考虑对其实施刑罚的可行性了。

聚众淫乱应当交由道德或者行政去管辖，没有必要动用有限的刑罚资源对其加以处罚。因为行为人聚集他人一起开展淫乱活动只是其个人品德问题，只能通过社会道德对其加以规范，而不能越过道德直接用法律特别是惩罚力度最大的刑法手段来规范公众的道德行为。立法者应相信道德教化的作用和行政处罚法的所能达到的预期效果。完全可以通过行政处罚、道德教化等手段进行治理，刑法过于介入道德领域，不但起不到维护社会伦理道德的目的，反而会进一步侵犯公民的合法权利。耶林曾警示我们：“刑罚如两刃之剑，用之不得其当则国家与个人两受其害。”<sup>①</sup>因此，笔者认为应当把聚众淫乱行为排除刑法圈，交由行政或道德去调整或评价，正所谓“法律的归法律，道德的归道德”。

## 3.2 公权力与私权利的对垒

刑法的目的之一是保障人权，而自由是人权最直接、最本质的体现。洛克说过：“法律的目的不是废除或限制自由，而是为了保护 and 扩大自由。”<sup>②</sup>在立法

<sup>①</sup>[德]耶林：《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社2007年版，第21页。

<sup>②</sup>[英]洛克：《政府论》（下），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1982年版，第36页。



过程中，是否决定将一个行为纳入刑法体系，通过刑罚的手段对该行为进行规制，其出发点必须是该决定是否侵害到公民的自由。在我国现行刑法体系中，有强奸罪；组织和强迫卖淫罪；引诱、容留和介绍他人卖淫罪；传播性病罪；聚众淫乱罪；引诱未成年人参加聚众淫乱罪这六种与性行为有关的犯罪。在这六种罪中，只有强奸罪被划入了侵犯公民性自由犯罪范畴，其他的五种罪名归属于妨害社会管理秩序罪。由此可以看出，立法者在关于刑法管制的根本精神的认识存在一定误区。刑法在设置聚众淫乱罪之时，并没有在“道德工具论”、“秩序维持论”、“保障个体权利论”中作出一个明确选择，所以才出现刑法条文相互之间体现的立法精神存在自相矛盾的情形。

论述到此，我们可以明确地认识到，聚众淫乱罪是否废除的主要焦点就在与对该行为的定性是个人的自由行为还是违反公共秩序的行为。笔者赞成将聚众淫乱行为定性为公民的个人自由行为，俗话说：“食色，性也。”性行为既然能放在与衣食住行同样重要的地位，其中重要性自然不言而喻。性行为作为一种公民的个人自由行为，就不应该再受到刑罚的规制，应当将其从刑法条文中废除，只有这样才能更好地实现刑法保障人权的目的，才能更好地保障公民的自由权利。刑法是维护阶级统治的工具，设立刑法最主要的目的是为了统治阶级的利益，维护社会秩序。结合我国刑法的发展历史，我们不难发现，在传统的思想观念上我国对于性有关的话题向来是忌讳提及，偶尔提及也总是和道德沦丧、作风不正相联系。统治阶级更是将其视为威胁其阶级利益的潜在威胁，出与维持统治秩序的需要，时至今日我国刑法体系仍然包括了聚众淫乱罪。至此，我们不难理解设立聚众淫乱罪的目的是为了保护社会秩序不被破坏，这也是该罪名至今没有废除的主要原因。将公权力与私权利相对立，这并不是立法者的初衷，笔者认为完全可以采取废除不合理的聚众淫乱罪这一个两全的办法来解决公权力与私权利对垒所带来的弊端。

当然能被法律所保护的，只能是正当的隐私和自由。成年人作为一个自由、独立的性主体，对自身行为所产生的后果具有成熟的辨别能力和判断能力，并且基于自身的意愿与他人合意发生的性行为，不存在对他人权利侵犯的现实可能性。在聚众淫乱罪的定性上，我们可以认定其为个人自由的行为，但并不是所有情况下的聚众淫乱行为都完全等同于绝对的个人自由，我们所定性的个人自由行为是不与社会公共利益发生冲突的自由行为。通过犯罪化、刑罚化的行为过分干预公民的性权利是与国际社会的发展潮流相悖是毋庸置疑的，在《巴

伦西亚性权宣言》、《香港性权宣言》中，早就明确性权利是一项基本人权。“一切发生在成年人之间自愿的、在私密场所的性行为，不应受到惩处，这类行为属于应受保护的人权。”这是我国著名的社会学家李银河女士提出的观点。我国刑法之所以也将私密性的聚众淫乱行为作为犯罪行为加以管制，就是过分坚持“秩序维持论”的结果。这直接导致了忽视性权利作为一项基本人权存在的事实、将性道德政治化、放大刑法在干预道德的作用等结果的出现。

相比较而言，西方国家的社会秩序并没有因为未将聚众淫乱罪纳入刑法体系而产生混乱。不得不承认，我国立法者在某些程度上并没有摆脱家长制的观念，一味地强调通过刑罚的手段来要求公民达到高标准的道德要求。刑法作为公民权利的最后保障，在将一个行为犯罪化的过程中，必须要经过反复的衡量和考虑，尤其是该行为在道德和法律之间界限比较模糊的情况。在能够用道德、民事诉讼、行政等方法可以解决的情况下就绝对不应该通过刑法进行干预、规制。

因此，从自由主义的立场来看，公民聚众进行性行为是其一项性自由，人们有权在私密的空间进行性活动，法律不能随意侵犯。秘密进行的聚众淫乱并没有侵害他人的合法权益，只是违背了善良的风俗习惯，并且社会在不断的发展变化，人们的道德观念也在不断变化，对以往深恶痛绝的性行为已经开始慢慢接受，刑法也应跟随时代的发展做出相应的调整，逐渐改变传统的制定法律的观念，而不是用法律的权威尤其是刑法的威慑去维护已经“过时”的道德观念。

### 3.3 是刑法谦抑性的要求

英国的哲学家边沁认为：温和的法律能使一个民族的日常生活变得更具人性化；公民也会在生活中体会和尊重政府所要表达的精神。这也是现代刑法一直追求的“谦抑性”的价值目标。张明楷教授认为：“刑法的谦抑性，是指如果某种违法的行为可以通过其他法律加以规制的话，那就无需再按照刑法的规定对其定罪；如果某种违法的行为可以通过其他更轻的制裁措施加以抑制的话，那就不用刑法中规定更重的处罚。”<sup>①</sup>而陈兴良教授则认为，刑法的谦抑性，

<sup>①</sup>张明楷：《论刑法的谦抑性》，载《法商研究》1995年第4期。

是指要尽量经过慎重考量之后再决定是否设置某种刑罚，从而达到抑止犯罪的社会效果。<sup>①</sup>由此可知，虽然各学者对刑法的谦抑性内涵理解有所不同，但都认为刑法作为最严厉的手段，只有在其必要时才能动用，即如果能通过用其他部门法的规定加以调整的话就应尽量不用刑法来制裁。刑法学者贝卡里亚提出：“公民是为了能安全的保障自己的自由，而与刑罚权进行自然权利方面的转让，刑罚权的设置也因此需要更多考虑公民的个人自由问题。”<sup>②</sup>随着人类社会的文明进步和法治发展，公民的自由权利会逐渐增多，转让的权利会趋于减少。即刑法的紧缩性，这也是公权力与私权利之间博弈的必然结果。其次，刑法的补充性。这是刑法谦抑性的所必须体现特点。如果某一行为妨碍或影响到了他人的合法权利的行使，也不必然是需要通过刑法的措施加以处置。对这一行为可以采取其他社会统制手段予以替代。因此，只有在其他部门法律规定的手段不能更好地实现社会功能时，才可使用刑法的制裁措施去加以规制。刑法是保障公民合法权益的最后一层防线，应当是法益在遇到非常严重的侵犯，而其他法律规定的制度又不足以去制止这种犯罪行为时，才可以使用刑罚措施加以抗制。

应该指出的是，我国刑法目前仍是抑止犯罪的主要手段。刑法的补充性主要是与其他部门法相对而言的，即在整个法律体系中，还是优先使用民法、行政法等部门法的规定，而不是刑法。刑法是打击犯罪的最严厉的手段，也是最后使用的手段，因为它的使用代价实在是高昂，一般不会轻易使用。再次，刑法的宽容性。就是刑法在制定时要严格的考虑人性问题，要充分与人性相契合，罪刑设定上尽量的宽容和舒缓。当今社会是一个法治社会，不论是刑法还是其他法律都要有宽容性。刑法的宽容性实际上就是关于处罚轻重的问题，当刑法在处理个人与社会的关系时，应当慎重考虑刑罚的设置问题。刑法在对某一行为进行考察时，要充分尊重行为人的人格和尊严，给其以人文关怀，如能不使用刑法就尽量不要使用，能用轻的刑罚就不用重的刑罚。陈兴良教授认为：“力求刑法节俭就是坚持刑法的经济性的体现，这也是刑法谦抑性所要求的，经济性在这里主要是要求刑法用最少的成本来获取最大的利益。”<sup>③</sup>这是刑法对打击违法犯罪的经济性要求。可见，对于刑法来说，减少整个规制犯罪行为的成本和刑事司法阶段的运转成本是其所奉行的宗旨。此外，刑法的经济性还应考虑

<sup>①</sup>陈兴良：《刑法谦抑的价值蕴含》，载《现代法学》1996年第3期。

<sup>②</sup>[意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国法制出版社2005年版，第11页。

<sup>③</sup>陈兴良：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社2006年版，第315页。

社会效率，应与社会关系的恢复程度相一致。

显然，我国刑法对聚众淫乱罪的规制违背了刑法谦抑性的要求。在打击违法犯罪的刑事政策层面上，刑法和行政处罚法以及与其他部门法律共同构筑打击犯罪的堤坝。在这一堤坝中，刑法是最后一道防线。在惩治不法行为时，不能纯粹地只靠刑法，而是要与其他部门法尤其是与行政法相互协调，充分发挥作用，以达到惩治犯罪和保障人权的目的。而聚众淫乱罪的规定显然与刑法紧缩性的价值和要求不相符合。聚众淫乱行为的实施完全属于个人私权利的范畴，并不存在严重侵犯具体法益的情况。而刑法作为处罚犯罪的主要手段，只要出现危及社会秩序的情况，一律予以严惩，聚众淫乱行为也不例外。因为在立法者看来，聚众淫乱行为不属于在个人权利范围内的表现，而是超出了个人权利的范畴，并且触犯了社会基本的道德底线，应入刑。笔者不予苟同，这显然是刑法在维护社会秩序时忽视个人法益、个人的权利和自由。是对公民及个人进行的一种不法侵害。从刑法的精神来看，聚众淫乱罪应排除出犯罪圈。

其次，是否有必要用刑法对聚众淫乱行为进行制裁还有待商榷，笔者认为聚众淫乱行为是成年人之间基于自由意志处分自身性权利的表现，并且在极隐秘的空间进行，不被第三者所知晓，该行为没有对公众造成性羞耻感，也无伤害公众的道德情感。其行为也没有触犯社会秩序体，更谈不上对基本秩序的严重危害。因此，从刑法谦抑性的价值理念出发，无需动用刑法加以统制。

再次，刑法的宽容性要求刑法在对某一行为进行评判时，要充分的尊重行为人的人格和尊严，对刑法的适用得“慎刑”，不轻易动用，防止刑罚的过度适用。聚众淫乱罪的设立确有干涉个人自由之嫌，没有做到刑法与人性相一致的宽容要求，只有合乎宽容道义的刑法才符合人性。显然聚众淫乱罪是建立在维护社会秩序的基础上予以考虑，而忽视个人的权利。

最后，刑法追求的经济价值特性要求在追究犯罪的情况下应以较少的资源投入，获取最大的刑法效益。在我国司法资源有限的情况下，应克制投入刑法成本去打击对社会秩序危害较小的聚众淫乱行为，否则将导致可预期刑法效益的丧失。以南京某大学副教授马某等人聚众淫乱一案为例表明，该淫乱行为的危害性明显不大，并没有严重危及到社会秩序。马某等人参与聚众淫乱，仅仅只对各自的家庭生活产生了影响，对社会的危害可以说是微乎其微，而且少有知情者了解此事。而当司法机关投入大量的刑罚资源去惩治聚众淫乱行为时，虽然可以产生一定积极的社会效益，但是其产生的刑罚的负面效果更大。

刑罚体系的建立，需要科学合理的设置各种刑罚方式，以此形成一个有机的整体，最终才能发挥刑罚抑制犯罪的作用。又因为国家投入到法律的资源是非常有限的，而刑罚只是其中的一部分，所以就需要我们用更少的刑罚成本来获得最大的效益。司法机关将马某等人予以审判所获得的社会效益显然与刑罚成本相差甚大。由此可见，对聚众淫乱行为无需动用稀缺的刑罚资源予以抑制，完全可以交由行政法去加以调整。这样才能以最少的刑罚资源来获取最大的社会效益。正如贝卡里亚所言：刑罚设置的正确与否，主要是看它的投入和产出是否合理。<sup>①</sup>这样的一种刑罚，不仅正确，而且也是经济的。

### 3.4 是宽严相济刑事政策的要求

刑事政策的宽严相济性不仅要求体现在刑事司法方面，还应体现在刑事立法层面。正如陈兴良教授指出：“刑事政策是刑事立法与刑事司法的指导，刑法理论的发展也在很大程度上取决于科学的刑事政策观的确立。”<sup>②</sup>我国著名学者马克昌先生也认为“从政策的指导功能角度考察，宽严相济首先是刑事立法政策。”<sup>③</sup>具体来说，是指在刑事立法上，对那些轻微犯罪或者对社会危害不大的行为可以非犯罪化处理；在刑事司法方面，对于犯罪情节较轻的可给予非刑罚化处罚。所以聚众淫乱罪的相关规定是与当下的刑事政策相冲突的。聚众淫乱并没有侵害他人人身权利，并且是秘密进行的，虽然在参与者之间存在一定的公开性，但是并没有侵害参与者之外的他人的权利，所以并没有侵害他人及社会管理秩序的法益，所以对其应适用宽松的刑事政策。

现下我国刑事法律依然存有显而易见的立法缺憾，主要表现在重刑的刑罚结构依旧过于显著，界定犯罪的标准不是很明晰，刑罚的幅度很大，不能很好地体现宽严相济的刑事政策所要求的标准。换句话说，就是未能动态且平衡地体现出我国宽严相济的刑事政策，其亦是当下我国刑事司法中比较突出的矛盾焦点。因此，只有处理好刑事政策与刑事法律之间的协调关系，才能缓和并化解宽严相济的刑事政策与刑事法律司法实践之间存在的矛盾。

刑法的基本目的之一就是保障人权，性行为作为公民享有的最基本的隐私

<sup>①</sup>[意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国法制出版社2005年版，第47页。

<sup>②</sup>陈兴良：《刑事法治视野中的刑事政策》，载《江苏社会科学》2004年第5期。

<sup>③</sup>马克昌：《论宽严相济刑事政策的定位》，载《中国法学》2007年第4期。

权的组成部分之一，自然也应受到刑法的保护。在很大程度上行为人是基于内心的自愿来实行聚众淫乱行为的，这是公民在自由行使性自主决定权的体现，也是公民行使自己隐私权的一种方式。既然性自由作为公民权利的一部分，这种自愿行为就不应当纳入刑法体系中，由国家的刑罚权进行过度干涉。拒绝将聚众淫乱罪非罪化、非刑罚化，这是公权利在侵犯公民私权利的体现不仅与尊重公民隐私的价值观念格格不入，而且还违背了刑法保障人权的基本原则，也必将为日益开放包容的社会观念所彻底否定。从社会危害性的角度来看待聚众淫乱罪，可以得出：聚众淫乱罪并无被害人，行为主体的主观恶性也不大，且对社会危险性亦是微乎其微。基于以上结论，我们可以清晰地认识到，只要不存在暴力、胁迫，不在公开场合、公共场所实行，不影响到未成年人，刑法对聚众淫乱的行为主体应当更多的是给予一些宽容，而非只用刑罚手段进行干涉。即在自愿、私密的前提条件下进行的聚众淫乱行为应当顺应时代发展潮流进行非犯罪化、非刑罚化处理。因此在刑事立法中对聚众淫乱予以废除是完全符合宽严相济的刑事政策。

### 3.5 是无被害人非犯罪化思潮的要求

非犯罪化是一种现代刑法理念，与传统刑法观念相比，非犯罪化有其独创性的刑法思想。从刑法的基本理论上讲，非犯罪化就是在立法上减少一些不必要的罪名，即摒除对一些行为需要受到刑罚的规定。非犯罪化的价值理念最先是在欧美等国家兴起并逐渐向其他地区拓展。在欧洲，除奉行普通法系的英国以外，其他大陆法系的主要国家都是通过用各种方法来进行刑法非犯罪化。德国政府直接在新通过的刑法典中，取消了斗殴、流产、通奸、同性之间纯粹的猥亵等刑罚规定；丹麦等北欧国家为了限制卖淫和血亲乱伦等罪的适用范围，对性犯罪方面的法律作了修改；美国虽是实行普通法的国家，但也开始了对刑法的非犯罪化改革，在成文刑法典中取消了一些非犯罪行为的规定，如酗酒、嫖娼、赌博、淫秽书籍等。由此可见，各国在对刑法非犯罪化的认定上，主要是针对一些影响社会道德风化的犯罪，如卖淫嫖娼、乱伦、淫秽书刊、吸食毒品等无危险性但有伤社会道德的行为。此外，还有通奸、自杀、堕胎、决斗等行为。总体上这些行为都有着共通的特点，那就是这些犯罪无行为对象或行为人自愿的，不存在强迫的情形。日本的大谷实教授提出：“非犯罪化就是对于有

些行为是犯罪要对其处罚，不规定为犯罪的就不必处罚。所以，它解决了刑法把所有的违法行为都做处罚的问题，使得某些行为可以通过其他方式来处罚。”<sup>①</sup>

与普通的刑事犯罪一样，无被害人犯罪除了有反社会性外，其行为也都是为社会公众的道德所摒弃的。显然触犯的仅仅是道德关系而非刑法关系。如自杀、通奸、堕胎等行为都属于无被害人的范畴。对于此类行为，舒尔主张将其按非罪化处理。因为这类行为违反的仅仅是道德关系，不存在法益的侵害。与此类似的聚众淫乱行为也属于无被害人的一种，其违反的也仅仅是社会主流价值观念，不存在被害人，也无具体法益的侵害。行为人是在自由意志下选择自己的行为，不存在强迫加害的行为，并且不被公众所知晓，不具有危害性。虽然聚众淫乱行为伤害了人们的道德情感，违反了我国的传统性观念，但并没有对社会秩序带来不良影响，除了行为人自身以外，并没有其他直接受害人。

虽然聚众淫乱行为与传统的伦理道德相冲突，被社会上大多数人反对，但这种行为并不会影响社会的稳定和发展。而且该罪名原来被列在“流氓罪”当中，流氓罪被取消后，这一罪名却保留下来，规定在妨害社会管理秩序罪之中。目前的司法实践中聚众淫乱的行为已经很少发生，因此几乎无继续存在的必要。刑法规范社会生活的多方面但绝不是社会生活的方方面面都应列入刑法的管辖范围。如果继续对聚众淫乱行为加以规制的话，容易导致刑法的宽泛化，并且会侵犯公民的权利和自由。这与我国法治社会建设是相违背的。从国内外刑事立法的发展历程来看，其实并不用太过必担心取消这一规定会给社会带来什么严重的社会后果，反而会使公民感受到更多的自由和尊重。

### 3.6 域外立法的合理借鉴

对聚众淫乱行为该如何规范，我们可以借鉴国外的立法经验。在世界非犯罪化运动浪潮的影响下，欧洲大部分国家开始进行对刑法的非犯罪化改革，其中以德国的改革最为显著。改革运动下德国的主要成果是于1966年制定的《刑法典草案》，草案的主要目的是为了改变刑法越来越道德化的状况。此外，还有就是德国在1969年制定的《第一部刑法改革法》，这部法律改变了以往的刑罚

<sup>①</sup>[日]大谷实：《刑事政策学》，黎宏译，法律出版社2000年版，第88页。

体系而直接取消了对有伤道德风化的性行为的规定。这一举措，进一步落实了非犯罪化和非刑罚化的目的，将那些一直被刑法规制的非正常的性行为进行了非犯罪化。之后，德国又通过规范立法语言使用、对所使用语言的价值矫正等方式来实现非犯罪化和非刑罚化的目的。最具有代表性的就是把那些具有强烈的伦理色彩的“猥亵行为”、“猥亵文学”等字眼，替换成语义规范的“性行为”、“色情文学”。与此同时，对卖淫、吸毒等以前被定性为违法犯罪的行为也进行去罪化处理。在德国，总体来说，非犯罪化和非刑罚化的理念一直延续到其现行刑法。德国在1973年对刑法修改时便明确指出：“刑法的任务只是维护社会外部秩序。如今公众对于婚姻、家庭和性的思想观念显现出越来越多元化的发展趋势。基于此种情况，当在面对这方面的问题而需要制定法律来规制时，立法者就要用谦抑的理念进行立法。对于那些会严重侵犯性自主决定权和性自由，以及影响青少年的性观念的行为才需要刑法的抑制。”该修改草案，主要是强调法律尊重个人的性自主选择权和决定权，并主张对私密环境下的行为进行非犯罪化。如在《德国刑法典》第十三章“妨害性自决权的犯罪”中第一百八十三条中规定：“公然实施性行为，故意引起公众厌恶的，处一年以下自由刑或罚金。”以及第一百八十四条c项规定：“本法所谓的性行为，仅指对受保护的法益有重大影响的性行为。在他人面前实施性行为，仅指性行为是当观察到行为全过程的他人之面实施的。”<sup>①</sup>由此可以看出，在德国，只要公开的实施能够被他人察觉到的性行为才构成犯罪。

关于该罪名，日本也有相似规定。从日本相关刑事法律规范中可以看出，作为大陆法系较发达的日本，对于该罪的规定就明确指出，在公共场合公开的实施猥亵这一有违社会的道德规范和行为准则的违法行为，对于行为人的处罚，相关司法机关可以对其处六个月以下或者罚金，或者予以一定的刑事、行政拘留。该处的规定表明日本对于这种公然性予以处罚。而对私密环境下进行的多人性行为由于并未侵害本罪保护的法益，不具有刑事违法性，不应该纳入犯罪的评价之内，属于私人行为，被排除在犯罪圈之外。

从德日两国对类似行为的立法情况来看，两国只把公然的淫乱行为纳入刑法调整的范畴当中，而对于私密性淫乱行为则按非犯罪化予以排除犯罪圈。两国刑法均规定该类行为实施的场所或者环境的要求是在公共场合，即在公开场合进行公开的性行为，其中对于私密空间没有具体规定，既然没有具体的规定，

<sup>①</sup>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页。



根据罪刑法定基本原则可知，在私密场所，只要行为人的行为没有被公众知晓的范围扩大的可能性，就不具有刑事违法性。从德日两国的立法历程来看，法律更多的体现公民的权利反而有利于社会的发展和进步。因此，我国也可借鉴国外的立法经验对聚众淫乱行为予以去罪化处理，保障公民的权利和自由。

## 第4章 聚众淫乱行为出罪后之规制

### 4.1 对私密型聚众淫乱行为法律应不予干涉

我国刑法在聚众淫乱方面的犯罪规定首要分子或者多次参加的人应当承担刑事责任，然而我国刑法上对于聚众淫乱罪的犯罪构成要件等规定还比较模糊，在具体认定犯罪的时候缺少详细的认定标准。对此，我国司法机关应当对聚众淫乱的犯罪认定标准出具统一具体的司法解释，为司法审判实务提供法律依据。从刑法条文的字面意思来理解，对此犯罪的规定没有明确区分公然性和私密性，只要是首要分子做出了聚众淫乱的行为或者行为人多次聚众淫乱就能构成犯罪，而不管行为人做出该行为是在公开的场合还是在个人私密空间。根据前述讨论分析可以得知，成年人基于自己意愿而自愿跟他人在秘密空间发生淫乱的性关系，并没有扰乱社会的公共秩序，都是你情我愿的私人作风问题，充其量也是违背了道德伦理，理应由道德去评判，而法律不应对此介入过多，干涉公民自由。

将聚众淫乱行为朝非罪化和非刑罚化方向发展，难免有人会担心取消该罪名之后聚众淫乱行为会在社会上泛滥成灾、造成对伦理道德的巨大冲击、对社会秩序造成严重的破坏。但是，实践表明这种顾虑是多余的。例如当时学术界针对流氓罪的去留、通奸是否应当入罪等问题也展开了一番讨论，在学术界引起了大家的争鸣，学者们都比较担心由此将会导致大量耍流氓、通奸等不良的两性关系行为，从而扰乱社会公共秩序，也将侵蚀人们的思想，偏离社会主流思想文化，不利于建设和谐社会。然而，大量的实践结果最终证实，虽然这些淫乱行为在某些程度上确实有所增加了，但并没有对整个社会公共秩序产生负面的影响。因此，刑法最终取消了流氓罪的规定及没有将通奸行为规定为犯罪等足以证明持反对意见的学者的担忧是多余的。

从行为人实施的行为的内在含义来看，不管是通奸行为还是卖淫嫖娼的行为，都是指行为人在私底下进行的不当男女性关系，都是双方自愿的情况下私下进行的淫乱行为。然而聚众淫乱的行为也是行为人在私底下自愿与多人发生不正当的男女关系，唯一不同的一点就是聚众淫乱行为参与的人数较之通奸和卖淫多一些，但是这也只能是违背了一般的道德人伦，在秘密场合上与前面两

者都是一致的，对刑法所要保护的法益均不构成侵犯，因而聚众淫乱的行为人不应受到刑法的制裁，应当同通奸和卖淫嫖娼一样属于治安管理处罚的对象。聚众淫乱罪的规定已经不能适应现代社会的道德伦理和思想观念，对行为人从事聚众淫乱的行为课以刑法处罚难免有些打击过重，因而不应当由刑法来调整聚众淫乱的行为，只须对其用治安管理处罚法来规制。从这个角度来看，参加聚众淫乱的行为人仅仅是比通奸和卖淫嫖娼的人在人数上多一些甚至就只多那么一个就得受到刑法的惩罚，这很明显违反了刑法确定的平等原则，在适用法律上出现不平等的问题。

因此，笔者认为，个人的性行为等私生活仅仅是与其个人的思想品行有关，如私密型淫乱行为是公民在极隐秘空间进行的私生活的表现，虽然与传统伦理道德习惯相冲突，但至始至终都没超出私人权利的范畴，法律不应加以干涉。所以只要行为人在其他人不知情的情况下秘密发生性关系，并且是在那些行为人自我情愿、隐蔽的，行为人当中不存在未成年人，那么这种非公开的自愿性行为并没侵害相关法益，都不应该规定为犯罪。对于没有侵害他人权利、扰乱社会秩序、基于当事人自己的自由意志和意愿而实施的私密的聚众淫乱行为的定性，这是一个可以通过价值评判解决的问题。根据刑法具有谦抑性原则，能够通过道德、民法、行政法规解决的社会问题则不应再由刑法加以规制。

#### 4.2 对公然型聚众淫乱行为应由《治安管理处罚法》予以规制

在现实生活中，绝大部分的聚众淫乱行为都是在非常隐蔽的场合进行，一般人也很难发现有聚众淫乱现象的发生，对公众和社会秩序的影响也非常小。但是，有些聚众淫乱的行为却是在光天化日之下进行，公然挑衅社会的伦理道德和主流价值观，这就必然会引起社会公众的反感，侵害公众的性羞耻心，扰乱社会公共秩序。由此可见，只有在公共场合公开的进行聚众淫乱行为才将扰乱社会公共秩序。基于对社会秩序和社会利益维护的需要，当今世界的许多国家都将公然的聚众淫乱行为规定为犯罪并予以刑罚处罚。就我国而言，在我国刑法条文上对聚众淫乱行为没有明确作出公开性和私密性的区分，而是对此不加区分的一律予以刑法处罚。但是，对于此罪的主体要件方面，我国刑法作出了明确具体的规定，即无论在公共场合还是私密场合，只要达到三人以上（包括三人）的聚众淫乱行为的组织者或者多次参与者，就成立该罪。

然而，刑法的保护只是作为法治社会保护公民权利和社会利益的最后一道防线，而聚众淫乱对社会所造成的危害远远不至于需要利用刑法来防御和规制，聚众淫乱还不至于达到犯罪的标准。虽然如此，聚众淫乱毕竟是有伤风化，不能任由此种行为的发展，笔者认为对此应当充分发挥道德的约束、教育作用，并辅以治安管理处罚法来规范。这是因为，每一个行为主体都有其性羞耻感，并不会在公共场所发生聚众淫乱的行为，即使有也属个别现象或者是情侣之间对情感的表达而已。再者，我国《治安管理处罚法》已有关于聚众淫乱行为的规定，将其作为一种妨害社会管理的行为加以行政处罚。对此，笔者认为只须以法律解释的方法对《治安管理处罚法》关于聚众淫乱行为处罚规定作相应修改，只须处罚在公共场合的聚众淫乱行为，这既符合了刑法上关于宽严相济的刑事政策要求，又可以提高司法效率，保障公民的合法权利。

#### 4.3 将引诱、强迫未成年人参加聚众淫乱行为与猥亵儿童罪合并

现有刑法在第三百零一条第二款中虽然对引诱未成年人聚众淫乱罪给予了特殊的保护，但保护力度明显不够。对于引诱、强迫未成年人参与聚众淫乱行为的定罪和处罚力度不大，不能有效的保护未成年人的权利。未成年人身心成长发育的特殊性使得其辨别能力、控制能力都很弱，人生观、价值观也还未定型，在面对社会生活中的诱惑时很难做出正确的判断。再者，未成年人身心健康的良好直接关系到国家的未来。因此法律有必要加强对未成年人的特殊保护，来预防针对未成年人的各种犯罪。由于引诱未成年人参与聚众淫乱的行为严重损害了未成年人身心健康，这一行为远远要比普通的性行为造成的伤害更大。因此世界各国在立法中都对这一法益给予了一些特殊保护，无论其行为是私密性的还是公然性得都予以犯罪化处理。然而我国刑法却给予同样的处罚，与刑法的罪责刑相适应原则不符，所以笔者认为在废除聚众淫乱罪之后应当独立一款出来专门针对引诱、强迫未成年人参与聚众淫乱行为的，并且参照前款从重处罚。为此，从保护未成年人的角度出发，笔者认为没有必要保留刑法对引诱未成年人参与聚众淫乱的规定，建议将此规定纳入到猥亵儿童罪的相关条款中，作为猥亵儿童罪的一种加重情形予以规制，以便更好地保护未成年人的合法权益和身心健康。

## 结 语

通过本文的论述可知，聚众淫乱罪的设立除了有其法律因素外，还有其道德因素的影响。本文先是介绍了聚众淫乱罪的研究现状和该罪名的现有研究的问题，以及本文的思路。然后在此基础上阐述了聚众淫乱罪罪名的设立是我国在特定时期内的社会文化环境影响下形成的。虽然聚众淫乱罪符合当时的法律传统，但是，随着社会的发展和性的解放以及性的自由，人们对性自主权也越来越重视，而我国刑事立法对聚众淫乱行为不加区分的加以处罚，显然不符刑法的合理性。本文重点以“聚众淫乱废除的原因”为名详细的论述了废除的理由，从而对刑法在聚众淫乱问题上应持废除的立场予以明确表述，并最终在本文中形成了针对本罪废除后如何对该行为的规制进行了探讨。对于私密性的淫乱行为应予以出罪化处理，由道德去评判，而不应由处罚最为严厉的刑法去加以干涉。对公然性淫乱行为则由《治安管理处罚法》予以调整，以及把引诱未成年人聚众淫乱与猥亵儿童罪合并，并作为一项加重处罚的情形予以惩处。以上是笔者对聚众淫乱罪废除的相关主张，但本文仍然存在着许多不足之处。这对笔者而言，还是一次新颖的尝试，因而本文论述略显稚嫩，在文章整体的把握上也欠缺火候，由于笔者自身知识的浅薄，在具体问题的分析上也难谓完美。这些缺憾，只有待今后继续深入研究和探讨相关理论知识去克服和提升。

## 致 谢

又是一个即将毕业的季节，在南昌大学两年的学习生活中，我感受到了法学思想的博大精深，感受到了法学教育的理念，同时也感受到了南大老师们的无私奉献。或许两年的时间不是很长，但法学所倡导的公平、正义等精神已深深印在心中，指引我在未来的道路上时刻不忘作为一名法律人的责任。

首先要感谢的是我的论文指导老师—法学院熊永明老师。从论文选题到论文的撰写无不倾注了熊老师的辛勤汗水，在论文的写作过程中，恩师多次对我予以指导，提出精辟的修改意见，使我的论文能够得到不断的完善。我的一点一滴的进步都离不开熊老师的悉心指导。谢谢熊老师！

同时，我要感谢所有的任课老师，他们在这两年来给我的指导和帮助，不仅教会了我很多的专业知识，也教会了我学习的方法。在此，我向他们表示由衷的谢意，祝所有的老师身体健康，桃李满天下！

曾欢

2016 年 5 月

## 参考文献

- [1] 赵秉志主编：《扰乱公共秩序罪》，中国人民公安大学出版社 2003 年版。
- [2] 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第五版），北京大学出版社、高等教育出版社 2011 年版。
- [3] 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社 2011 年版。
- [4] [美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版。
- [5] 李邦友主编：《性犯罪定罪量刑案例评析》，中国民主法制出版社 2000 年版。
- [6] 陈兴良主编：《法治的言说》，法律出版社 2004 年版。
- [7] 陈兴良：《刑法的价值构造》（第二版），中国人民大学出版社 2006 年版。
- [8] 周贇主编：《法理学》，清华大学出版社 2013 年版。
- [9] 李银河：《福柯与性：解读福柯〈性史〉》，文化艺术出版社 2003 年版。
- [10][美]波斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版。
- [11][日]大谷实：《刑事政策学》，黎宏译，中国人民大学出版社 2009 年版。
- [12] 王恩海：《无被害人犯罪研究》，法律出版社 2009 年版。
- [13] 刘德法：《聚众犯罪理论与实务研究》，中国法制出版社 2011 年版。
- [14] 曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社 2003 年版。
- [15][意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社 2008 年版。
- [16][意]帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版。
- [17][美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版。
- [18] 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社 2005 年版。
- [19] 姜涛：《刑法中的聚众淫乱罪该向何处去》，载《法学》2010 年第 6 期。
- [20] 李银河：《对取消聚众淫乱罪的解释》，载《法制资讯》2010 年第 4 期。
- [21] 何松柏：《论聚众淫乱行为不应纳入犯罪圈》，载《黑龙江省政法管理干部学院报》2009 年第 5 期。
- [22] 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 年第 1 期。
- [23] 彭文华：《性权利的国际保护及我国刑法立法之完善》，载《法学论坛》2002 年第 5 期。
- [24] 李拥军：《性权利研究》，吉林大学博士学位论文，2007 年。
- [25] 刘芳：《中国性犯罪立法之现实困境及其出路研究》，吉林大学博士学位论文，2007 年。
- [26] 梅象华：《刑法不得已原则研究》，西南政法大学博士学位论文，2011 年。

## 攻读学位期间的研究成果

### 已发表论文：

1. 曾欢. 论共犯关系的脱离[J]. 法制博览, 2015, 06:115.
2. 曾欢. 试论我国刑法中自首的本质及内涵[J]. 法制与社会, 2015, 07:285.