

中图分类号：D914

学校代码：10207

学 号：4166070026

密 级：公开



吉林财经大学

硕士学位论文

聚众淫乱罪存废研究

姓 名： 姚洋
指导教师： 周毅 副教授
申请学位： 法律硕士
学科专业： 法律硕士（非法学）
研究方向： 刑法学
培养单位： 法学院

2019 年 5 月

学位论文独创性声明

本人提交学校研究生教育教学管理平台的存档学位论文稿和上交的硕士学位论文纸质版完全一致，系我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。论文中除了特别加以标注和致谢的地方外，不包含其他人或其它机构已经发表或撰写过的研究成果。其他同志对本研究的启发和所做的贡献均已在论文中作了明确的声明并表示了谢意。

作者签名：_____ 日期：_____

学位论文使用授权声明

1、本人完全了解学校有关保留和使用学位论文的规定，即：研究生在校攻读学位期间所完成的论文及相关成果的知识产权属吉林财经大学所有，学校有权保留送交论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文。

2、本人同意将本人提交的存档学位论文稿版权授权给中国学术期刊（光盘版）电子杂志社等进行电子出版、多媒体出版、网络出版以及其他形式出版（涉密学位论文解密后应遵守此协议）。

作者签名：_____ 导师签名：_____ 日期：_____

吉林财经大学
硕士学位论文

聚众淫乱罪存废研究

姓 名： 姚洋

指导教师： 周毅 副教授

吉林财经大学法学院
2019 年 5 月

STUDY ON THE PRESERVATION AND ABOLITION
OF THE CRIME OF GATHERING THE POPULATION TO
OBSCENE

A Dissertation Submitted to
JiLin University of Finance and Economics
For the degree of
Master of laws

Candidate: Yao Yang

Supervisor: Zhou Yi

School of law

May, 2019

摘 要

聚众淫乱罪源于流氓罪。流氓罪是97年刑法之前的罪名，包含聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女以及其他破坏社会秩序的行为，其中也包括通奸行为。然而通奸行为在97年刑法中被删除，不仅不再被认为是犯罪，甚至连行政法也不对其进行干涉。通奸行为与聚众淫乱行为同属于侵犯社会公德，前者已被去罪，后者仍被认为是犯罪，二者的本质区别是什么？随着2009年马尧海案件的出现，关于聚众淫乱罪的争议达到了空前的激烈程度。社会各界对此罪的存废各执一词，有人支持保留此罪，也有人支持废除此罪。通过梳理，不难发现两种看似对立的观点其实并非完全矛盾。支持此罪保留的理论依据更多的是支持此罪公开形态的保留，然而支持此罪废除的理论依据则是更多的支持此罪私密形态的出罪。为了最大程度地满足各界的理论观点，有必要将此罪区分为两种形态——私密与公开。建议对私密形态进行出罪，对公开形态做出保留并进行相应的完善。

首先，在涉嫌违宪方面对该罪进行了论证，从宪法中的人权保障制度来看，德国公法中的制度性保障理论并不能证成聚众淫乱罪的合宪性；相反，聚众淫乱罪违反了人权保障原则以及宪法中关于人格尊严的保护。并且，世界人权宣言规定了公民的私生活不受干扰的权利。这里的私生活包括性权利，那么有必要对性权利的历史进行追溯，并探究出当今世界的性权利界限，是否能包容私密性的聚众淫乱行为。其次，该罪赖以存在的法理基础也值得商榷，无法面对比之社会危害性更严重的卖淫行为不为罪的处境；同时，相对于世界范围内对乱伦行为进行的处罚以及对聚众淫乱行为的宽恕，在我国呈现出背道而驰，显得不合理。再次，聚众淫乱罪违反了刑法中的谦抑性原则；谦抑性原则目的是防止刑法的随意扩张，聚众淫乱行为的严重社会危害性不能证成，显然违反了谦抑性原则。另外，还对聚众淫乱罪旨意保护的法益“公共秩序”进行了探究，通过道德变迁性的论证及相关的调查数据来说明公序良俗的变迁性，这种变迁使得私密性的聚众淫乱行为不再具备相应的法益侵害；同时，世界范围内学者对无被害人犯罪非罪化的研究日益成熟，聚众淫乱罪作为典型的无被害人犯罪有着充足的出罪理由。最后，关于公开性的聚众淫乱行为，通过域外立法例的启示，给出了适合我国国情的立法建议。

关键词：聚众淫乱；私密性；出罪；无被害人犯罪

Abstract

The crime of hooliganism originated as a crime of group fornication. Hooliganism, a charge that predates the 1997 criminal law, included gathering people to fight, picking quarrels and provoking trouble, insulting women and other ACTS that disrupted social order, including adultery. However, adultery was removed from the criminal code in 1997, and not only was it no longer considered a crime, but even administrative law did not interfere with it. Both adultery and licentiousness belong to the violation of social morality. The former has been condemned and the latter is still regarded as a crime. What is the essential difference between the two? With the emergence of ma yaohai's case in 2009, the controversy over the crime of gathering promiscuity reached an unprecedented intensity. People from all walks of life have different opinions on the preservation and abolishment of this crime. Through combing, it is not difficult to find that the two seemingly opposite views are not completely contradictory. The theoretical basis to support the reservation of this crime is more to support the reservation of the open form of this crime, while the theoretical basis to support the abolition of this crime is more to support the emergence of this crime in the private form. In order to satisfy the theoretical views of all circles, it is necessary to distinguish this crime into two forms -- private and public. It is suggested that the crime should be committed in the private form, and the reservation and improvement should be made in the public form.

Firstly, it demonstrates the crime in the aspect of suspected unconstitutional. From the perspective of the human rights guarantee system in the constitution, the institutional guarantee theory in the German public law cannot prove the constitutionality of the crime of promiscuity. On the contrary, it violates the principle of human rights protection and the constitutional protection of human dignity. Moreover, the universal declaration of human rights provides for the right of citizens to privacy. The private life here includes sexual rights, so it is necessary to trace the history of sexual rights, and explore the boundaries of sexual rights in today's world, whether it can tolerate the private sexual behavior of the crowd. Secondly, the legal basis of the crime is also questionable, can not face the more serious than the social harm of prostitution is not a crime situation; At the same time, compared with the punishment of incest in the world and the forgiveness of promiscuous behavior in the group, it seems unreasonable to run in the opposite direction in our country. Thirdly, it

violates the principle of modesty in criminal law. The purpose of modesty principle is to prevent the random expansion of criminal law, and the serious social harm of promiscuous behavior in the crowd cannot be proved, which obviously violates the modesty principle. In addition, this paper also probes into the legal interest "public order" that is protected by the will of the crime of crowd promiscuous, and explains the changes nature of public order and good custom through the argumentation of moral changes and relevant data investigation, which makes the private crowd promiscuous behavior no longer have corresponding legal interest infringement. At the same time, the research on the decriminalization of victimless crimes is becoming more and more mature in the world. Finally, on the topic of public promiscuity, this paper gives some legislative Suggestions suitable for China's national conditions through the enlightenment of foreign legislative cases.

Keywords: Gathering promiscuity; privacy; abolition of crime; victimless crime

目 录

摘 要.....	I
ABSTRACT.....	II
第 1 章 引言.....	1
1.1 研究背景及意义.....	1
1.1.1 研究背景.....	1
1.1.2 研究意义.....	1
1.2 研究方法.....	2
1.3 研究创新点.....	3
1.4 研究框架.....	3
第 2 章 聚众淫乱罪存废的论争——以南京马某案为例.....	4
2.1 由南京马某案引发的聚众淫乱罪论争.....	4
2.2 论争焦点解析——私密与公开形态之区分.....	8
2.3 聚众淫乱罪的渊源追溯——流氓罪.....	8
第 3 章 私密性聚众淫乱行为出罪的论证.....	10
3.1 对人权保障原则及性权利的探究.....	10
3.1.1 违反人权保障原则.....	10
3.1.2 性权利的历史演进.....	13
3.2 对道德以及刑法价值的判断.....	13
3.2.1 法律对道德的过度干预.....	13
3.2.2 刑法价值判断的失衡.....	14
3.3 刑法谦抑性原则及刑法法益之缺失.....	16
3.3.1 对刑法谦抑性原则的违反.....	16
3.3.2 值得保护的刑法法益之缺失.....	17
3.4 无被害人犯罪非罪化理论.....	18
第 4 章 公开性聚众淫乱行为的规制.....	20
4.1 境外立法例的启示.....	20
4.2 对我国立法的建议.....	20
4.2.1 对活动人数的规定.....	21
4.2.2 对活动次数的规定.....	22
4.2.3 对犯罪主观方面的规定.....	22
4.2.4 对犯罪主体的规定.....	22
4.2.5 对“公然”的认定.....	22
4.2.6 对“参与者”的认定.....	23

结语.....	25
参考文献.....	26
作者简介.....	30
后记.....	31

第1章 引言

1.1 研究背景及意义

1.1.1 研究背景

聚众淫乱罪，指的是不顾国家法纪和社会公德，将男女多人聚集起来，进行集体淫乱的行为。凡年满 16 周岁且具备刑事责任能力的自然人均能构成本罪。见《刑法》第六章（妨害社会管理秩序罪）第 301 条。^①本罪遭受侵犯的客体是公共秩序。关于公共秩序的定义，指的是在特定的社会结构中人们需要共同遵守的社会规则，通过维护这种规则使得社会达到一种有序的状态。对这种公共社会规则的违反，会造成有序的社会生活进入到一种破坏的状态。所以，对公共秩序的破坏从根本上讲就是对社会规则的违反。本罪的主观方面表现为直接故意。即明知会发生危害社会的结果，并且希望这种恶性结果发生。

以上是聚众淫乱罪的释义。在学习到此罪时，不免联想到了与其同源于流氓罪的通奸行为。那么为何通奸行为已经被出罪，而此罪仍然存在？二者的本质区别在哪里？经查阅，在理论界此罪确实颇有争议，张明楷教授在著作中倡导此罪的秘密行为非罪化，李银河作为性学家、社会学家也曾向全国两会提交了关于取消聚众淫乱罪的提案。同时也有支持此罪保留的呼声，诸如为了维护我国的传统美德、为了维护良好的公共秩序。于是带着疑问开始了此罪的探究。

1.1.2 研究意义

我国刑法关于聚众淫乱罪的规定是不管公开还是私密一律进行处罚，对聚众淫乱行为进行处罚的法理依据在于侵害了公众对性的道德情感及社会秩序，但问题在于这种规定无法回答秘密进行的聚众淫乱行为与侵害道德情感及公共秩序之间的必然关系。^②公开性的聚众淫乱行为必然对该法益造成了侵害，这在世界范围内均有相似的法律对其进行规制，但私密性的聚众淫乱行为是否对该法益造成了侵害值得怀疑。同时，对性的历史传统进行追溯和探究，发现禁欲主义（即保守主义）是基本的传统立场，无论中国还是世界范围内。但由于近现代性自由主义的蓬勃发展，开始出现了传统保守主义的质疑和动摇，表现在现代性自由主义认为性快感和性罪恶并没有联系，西方国家随之也进行了空前的性解放。基于对当今世界范围处于主导地位的性自由观念，我们不得不重新审视我们的传统性道德，以及由此而规定为犯罪的聚众淫乱行为。因此，性观念的发展与变化以及性权利的确立，使得私密性的聚众淫乱行为具备了出罪的理由和条件。同时，

^① 《刑法》第 301 条规定。

^② 高永明.聚众淫乱罪的历史、现状及未来 [J]. 杭州：法治研究，2013，11.

近年来我国公众对性的道德和情感不知不觉中已经发生了巨大变化,对私密性的聚众淫乱行为的态度已不再是全民皆兵般地反对,从民意的层面来看,私密性的聚众淫乱行为也已经具备了出罪的条件。

1. 理论意义

此罪是刑法中争议颇大的一个罪名。之所以会产生这么大的争议,在于此罪涉及到很多法律要素。首先,此罪涉嫌违宪。自南京副教授案以来,对聚众淫乱罪的出入罪争议达到了空前激烈的程度。其中对聚众淫乱持包容态度的占据了多数,仅少数民众对其无法容忍。德国公法中有着制度性保障理论,欧爱民教授以对婚姻家庭的制度保障作为聚众淫乱罪的合宪依据进行了论证,但作者对其论证的说服力持怀疑态度。同时,纵使是德国公法,人格尊严的位阶也是高于家庭婚姻的,对聚众淫乱行为过度的干预不无侵犯人格尊严的嫌疑。相反,基于对聚众淫乱民意的调查,聚众淫乱罪有着违反人民主权原则的嫌疑。另外,聚众淫乱罪是以强制性的法律干预公民的性权利,有违人权保障原则的嫌疑。法律人必须树立宪法至上的观念,永远要把宪法放在最高地位,一切要以不违宪为前提。其次,此罪还有损害刑法权威的嫌疑。二十几年来,此罪很少实行。此罪是公诉罪名,既然是公诉罪名不应该是必须追诉的吗?然而实践中却是很少追究,这显然有违刑法的公诉罪追究原则。最后,此罪的法益侵害值得商榷。此罪在学理上的法益侵害对象为公共秩序,正如前文所说的,何如公共秩序?值得探究。

2. 现实意义

此罪在实践中是很少实行判决的,甚至很多公民并不知晓此罪。虽然说不知法不是违法的理由,但让所有的公民都知晓一个几乎废置的罪名、一个很少耳闻的罪名、一个从普通人的角度去思考很有可能认为其并不构成犯罪的罪名是一个太高的要求。这就导致了善良群众有可能在无意中就触犯了刑法,这并不利于人权的保护。同时,在知晓此罪的公民中,要么通过学习法律知晓此罪很少实行判决,要么通过日常的所见所闻知晓此罪很少实行判决。这会造成部分人存在侥幸心理去为之的社会现象,然而面对这些现实存在的犯罪黑数,刑法无力回答更无力解决。对私密性的聚众淫乱行为出罪可以化解这种尴尬的局面。

1.2 研究方法

本文重点运用文献分析法、案例分析法及比较分析方法。文献分析法通过对文献的研究,形成对事实科学认识的方法,文献分析方法是法学研究的一个重要的方法;案例分析方法,作者通过研读经典案例,了解关于我国相关审判实践中的认定,以及各界对此问题的看法进行归纳并分析;比较分析方法通过比较分析,有助于深化我们对某种权利和制度的认识,为相关理论的深入研究打下坚实的理

论基础。本文通过比较境外相关罪名，来分析我国聚众淫乱罪的现状，并对相关经验予以借鉴。此外，本文还会综合运用社会分析法、规范解释法、法理分析方法对聚众淫乱罪进行研究。

1.3 研究的创新点

提出区分公开与私密聚众淫乱的不同情形，前者应该入罪，后者应该出罪。并且进一步提出对于公开聚众淫乱情形下的立法建议——行政与刑事相结合。同时借鉴我国“走私普通货物、物品罪”的规定：“走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。”^①创新地转化到聚众淫乱罪则是：“公然聚众淫乱情节严重或者一年内曾因公然裸露身体、聚众淫乱被给予二次以上行政处罚后又实施的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”

1.4 研究框架

本文研究框架如下：

第一部分为引言。介绍了本文的选题背景、研究的理论意义及现实意义、研究方法与创新点。

第二部分为罪名概述及各观点的论争，以一则典型案例引出各种出入罪观点，进一步提出作者支持的观点。

第三部分为对私密性聚众淫乱行为出罪的全面论证，做到论之有据、条理清晰。

第四部分为刑法对公开性聚众淫乱行为规制的立法建议，从境外立法的启示到对我国立法的建议，最后对专业名词“公然”以及“参与者”进行了具体说明与解释。

^① 胡平、王彦.试论一年内三次走私入刑的若干法律问题 [J]. 上海：上海海关学院学报，2014，3.

第2章 聚众淫乱罪存废的论争——以南京马某案为例

2.1 由南京马某案引发的聚众淫乱罪论争

2009 年,秦淮公安局对酒店发动了一次突查。在某家酒店当场抓到了数名网民,通过这几人之后又牵扯出 17 人之多。这些人中就有南京某大学副教授马尧海。他们都以“聚众淫乱”被检察机关起诉。经警方盘问,仅前后一年左右的时间里,马某等人先后在网上认识,曾多次多人共同在酒店以及家中举行聚众淫乱行为,仅马某个人参与过的都达十几起。马某坦言,2007 年通过其建立的一个网络交友群,结识了众多网友并邀请到家中进行“活动”,该群成员最多时人数达近二百人。该群网友以“旅游交友”之名聚集在一起,但实则从事的多是性活动。他们人员较为封闭,人数可多可少,一起进行各种各样的私密性性行为。检方认为,马某等人的行为已触犯了刑法关于聚众淫乱罪的规定,以该罪起诉到了人民法院,并将马某作为第一被告人,认定其为该行为的组织者。马某对此进行了辩解,其认为该行为并不构成犯罪,他参与的聚众淫乱活动是基于夫妻双方自愿,是出于对自己身体支配的权利,不存在任何强迫性质的行为。2010 年 5 月,法院对该案作出了有罪判决,触犯此罪的被告达 22 人之多。马某出于“组织者”身份被作出从重处罚,判处有期徒刑三年零六个月,其余被告人被判处免于刑事处罚到两年多有期徒刑。此案成为了该罪二十年来首批获实刑的案例。

我国的聚众淫乱罪在实际生活中发案数量很少,是一个长期被“束之高阁”的罪名。^①由于当时一度很火的南京马某案再次回到了公众的视野,将该罪推到了风口浪尖。关于该罪存废的讨论,社会各界均参与了进来。关于聚众淫乱罪的去留,概括起来分为保留说和取消说,以及折中说。

第一种观点为取消说,该说认为聚众淫乱仅仅属于道德的范畴,不属于法律应该调整的范围,认为应当将该罪取消。^②该说的代表人士为李银河,作为我国著名的社会学以及性学家,她的观点认为聚众淫乱罪在当前来看已经过时落后,应当取消。公民秘密进行的性活动理应得到保护,法律不应对其进行不当的干涉,这属于公民性权利的范畴。基于自愿进行的私密淫乱行为并没有受害人,是出于公民个人独特的价值观,在这价值多元化的时代我们应该尊重他人不同的价值观。这也是出于公民与众不同的性癖好,属于公民个人的性自由,这种无扰于他人的行为应该得到尊重。法律不应当对该范畴的自由行为加以干涉,尤其是刑法。关于马某案,最大的冤屈在于此案并没有受害人。法律保护的仅仅是社会风俗,

^① 张远惠.从南京“换偶”案看聚众淫乱罪的立法缺陷[D].重庆:重庆大学硕士论文,2011.

^② 李银河.关于取消聚众淫乱罪的提案[J].北京:法制资讯,2010.

但我们不能由于某人的行为对社会风俗造成了违背就将其归罪，这显然是不妥的。由于此活动的行为人均出于自愿，法律就不能将其规定为有罪。李银河还解释到，主张取消该罪不是说提倡这种行为。^①人们很容易犯的错误就是，当有人提出一个观点的时候，会下意识地认为这个人是在提倡该行为。这种狭隘的认知是阻拦人类进步的拦路虎，比如众所周知奴隶制的废除是人类社会的一大进步，然而这一大步总是需要有人站出来主张奴隶制的取消。这个人不可能是奴隶，每个奴隶都想取消但他们没有主张取消的权利；而是奴隶以外的人主张取消奴隶制，是有人提出了和自己利益无关的主张从而促进了人类文明的进步。同样的，主张取消聚众淫乱罪与取消奴隶制一样，和主张者的利益没有必然联系，也和提倡这种行为没有任何必然联系，甚至主张者很可能是极其讨厌这种行为，但出于一个法律人、出于一个现代文明人应持有的最基本的原则“我不同意你的观点，但我誓死捍卫你说话的权利”，在此情形中就是“我不喜欢你的生活方式，但我誓死捍卫你选择该方式的权利。”

当今的社会学界有学者认为，“聚众淫乱”并不能算得上是非正常的性行为。之所以该行为得不到很多人的认可，是由于这种行为是某部分人的行为方式，但从法律上来讲，没有理由以部分人所倾向的行为方式否决掉其他人所倾向的行为方式，甚至将其归于犯罪。详而言之，社会的准则以及法律要以绝大多数人的生活方式来制定。如“盗窃罪”，我们都不想生活在时刻担心被盗窃财产的社会里；如“强奸罪”，我们的性权利不容他人侵犯；又如“故意伤害罪”，我们都想拥有健康的保障。但聚众淫乱罪不同，不是以绝大多数人的生活方式来制定的，而是以一部分人的生活方式来否认其他一部分的生活方式。^②这显然不是一个正确的选择，也不是一个“正义”的选择。有调查称，超过半数的民众对聚众淫乱行为持包容态度，只有不到半数的人持反对态度。这就造成了少数人制定准则来约束多数人，不无“人治”的味道，这是我们社会主义国家坚决要杜绝的。

随着法律的不断进步，权利的张扬越来越被重视，个人权利也不断地得到认可和保护，法律的任务不仅仅是保护社会风俗。况且，社会道德风尚的弘扬更多的应该采取鼓励与引导的方式，这是由道德的本质决定的。道德并非法律那样必须采用强制性手段，如果像法律一样采取镇压和惩罚，便会违背了道德的本质。退一步讲，纵使道德的调整方式不足以产生足够的社会效果，必须采取法律手段进行惩罚，那也要考虑惩罚的方式是否与相应的社会危害程度相匹配，不能轻易动用刑罚。举例言之，卖淫嫖娼行为与聚众淫乱行为同属于不法性行为范畴，但前者并没有被认定为犯罪，后者则被认定为犯罪。显然前者是有一定社会危害性

^① 李银河.对取消聚众淫乱罪提案的解释 [J]. 北京：法制资讯，2010.

^② 李银河.关于取消聚众淫乱罪的提案 [J]. 北京：法制资讯，2010，4.

的行为，卖淫嫖娼会对社会风气产生不良影响，甚至由于其营利性还会产生不法的犯罪集团；然而聚众淫乱行为由于是出于自愿，并且没有牵涉到财产利益，没有理由认为其社会危害性大于卖淫嫖娼，可以考虑采用行政手段调整或是仅仅采用道德方式来调整，而不是一味地动用刑罚。^①这也符合当前的“慎刑”理念。况且，聚众淫乱出于自愿的行为方式，决定了这是一种无被害人的行为，对社会的危害程度也难以证成。刑法将其归为犯罪明显有着侵害公民个人权利的嫌疑，也不符合宪法中对公民人身权利保障的规定。因此，聚众淫乱行为有理由受到法律的保护及他人的尊重。

同时，不必担心去除该罪后对社会风气造成的不良影响。有这样一种观点：虽然聚众淫乱罪很少判刑，但保留下来会对该行为起到威慑作用；一旦取消，该行为会大量滋生甚至泛滥。那么该罪取消后是否会将这种担心兑现？首先，该罪自2010年之前，已被束之高阁二十年，二十年来该罪一直远离大众的视野。这二十年间该罪的打击犯罪为零，打击犯罪的零效益也必然导致了预防犯罪的低效益。如果说将其取消会滋生该行为的泛滥，那么在长达二十年间近乎零打击与零预防状态下的聚众淫乱行为必然会呈现一种滋生与泛滥的姿态，然而这二十年并没有。另外，世界各国鲜有对聚众淫乱行为问罪，对聚众淫乱行为的包容并没有使得这些国家出现聚众淫乱行为滋生的现象，可见取消该罪与对社会产生不良影响之间没有必然的联系，这种担心显然是一种多余。

第二种观点为保留说，认为聚众淫乱行为应该入罪。权利和自由的应有之义包括，公民无碍于他人支配自己的行为是合理的，应当受到法律保护，以及社会群体的尊重。当某种行为不被视为正当的，没有受到法律保护时，就不属于权利和自由的范围。同时，如果公民在行使自己的权利与自由时，侵犯到了他人所拥有的权利与自由，那么该行为则被定义为侵权行为。在漫长的人类社会中，权利的行使总是会出现相互侵害的现象，权利会出现交叉，如果这种交叉现象得不到有效的解决，就会出现社会问题，权利会被侵犯，自由会被剥夺。人类社会向来不存在绝对的、无限制的自由，绝对的自由会造成他人的不自由。之所以对聚众淫乱行为归罪，是因为行为人想要的绝对的性自由对他人来说是一种侵犯，对这种行为加以规制，目的是解决这种交叉现象，达到良好的社会秩序，这对整体的社会公众而言是一种保护。^②

聚众淫乱罪列于刑法分则第六章，属于扰乱公共秩序的犯罪。从该罪的归类我们不难看出，该罪的设立与保留说的观点似乎是吻合的，即目的是达到良好的社会秩序。秩序，从法理上讲，是法的价值之一，同时也是法的基础价值。社会

^①李萍.我国涉淫类犯罪法律规制研究[D].重庆：西南大学硕士论文，2011.

^②张远惠.从南京“换偶”案看聚众淫乱罪的立法缺陷[D].重庆：重庆大学硕士论文，2011.

的运行需要有良好的秩序为基础，没有良好的秩序就难以保障公民的个人权利。对秩序的保护，即是社会有效运行的必要，也是公民行使权利的保障。所以，对秩序的侵犯也就造成了对法律所保护法益的破坏，不利于社会成员自由和权利的行使，具有一定的危害性，应当受到法律的惩罚。如果某种社会风尚受到了侵害，道德的最低标准受到了挑战，社会中的公众难免会不受其影响。假如男女多人集体进行性行为，聚众淫乱，会造成社会风气的污染，是对社会公德视之不见，道德沦丧，社会的有序运行将难以进行，将会变得不堪想象。之所以社会形成了各种各样的习俗，是有着深厚的渊源和道理，才有了今天的模样，当今的社会习俗也就代表着当今社会的文明。由此，憎恶扬善，尊重良好的社会风尚，而不是对其造成破坏。然而，马某案的聚众淫乱行为却是对良好的社会风尚的挑战，同时也是在挑战最低的道德标准，侵害了公共的性情感，以及造成了对社会秩序的扰乱。由此，我们不能让公民没有限度地行使权利和自由。人类社会不断演进，婚姻制度也是随之不断发生变化，从最初的群婚，到后来的伙婚，乃至发展到今天的一夫一妻制。婚姻制度发展的进程诠释了一夫一妻制的文明性，它是人类社会得以延续和发展的基本条件。从该过程的演进我们也发现了性关系是一个逐渐受限的过程，这也说明了对性自由纵容的不可取性。由此可见，聚众淫乱行为违背社会风尚的背后，是性关系的历史倒退，也是欲望的放纵，这在道德和法律上都是注定要被摒弃的。

第三种观点为折中说，认为聚众淫乱罪将来或许会被出罪，但就目前而言尚未具备成熟的条件。我国法律对聚众淫乱行为的惩罚之所以严厉，是因为我国从古至今有着严厉打击淫乱行为的传统。社会大众对聚众淫乱行为的包容还没有达到普遍的程度，如果本来没有该罪或许不会再设立为犯罪，但一直有着该罪名的存在，想要出罪的话就要考虑社会大众的民意基础。不过，不出罪不代表继续将其束之高阁，可以对其进行相应的完善。法律的性质决定了要时刻保持相对的稳定性，这是法律必须要做的。因此，对聚众淫乱行为的包容也需要一个缓慢的过程，等到有了更多的人对此呈现包容态度的时候再取消或许会更合理一些，也起到了一个缓冲和过度的作用。就我国当前的现状而言，聚众淫乱行为的出罪显得有点操之过急。对聚众一词而言，本身就是一个集体参与活动的行为，这样的集体行为难免会对社会产生各种影响。在当前“法不禁止，即可为”的法律思维下，如果完全纵容聚众淫乱行为，必然会相应地带来一些消极影响。并且，对该行为的出罪，有可能会造成社会公众对该行为出罪理由的错误解读，对其产生不正确的引导。

2.2 论争焦点解析——私密与公开形态之区分

通过以上各观点的论争,取消说的理由主要在于私密的无碍于他人的行为应当得到尊重,而保留说则认为聚众淫乱行为对他人造成了侵犯。我们通过对该罪形态的解析会发现,两种观点并不是完全不相容的。

聚众淫乱罪的表现形式分为两种形态,私密性与公开性。私密性是指参与的行为人都是基于自愿,客观上表现为在私密的场合进行聚众淫乱行为,并且主观上也没有使他人知晓的意愿。该形态满足了“取消说”的观点,即私密的无碍于他人的行为。公开性是指行为人基于自愿,客观上表现为在公开的场合进行聚众淫乱行为,并且有使他人知晓的主观意愿。该形态是“保留说”所反对的行为,即行为人的行为对他人造成了侵犯,是社会所不能容忍的行为。我们不难发现,两种观点的交锋更多地基于各自所强调的形态。对于“取消说”,聚众淫乱行为的私密形态是其观点的理论前提,但其观点无法支持聚众淫乱行为的公开形态;同样的,对于“保留说”,其观点也是仅仅满足对公开形态的反对,而无法回答私密性的聚众淫乱行为对他人造成侵害的因果关系。

因此,对聚众淫乱行为的两种形态区别对待,可以对该行为的定性更加的合理化。作者支持对私密性的聚众淫乱行为出罪化,无碍于他人的行为应该得到尊重,法律不应对道德问题进行过度干预,不能以部分人的道德生活方式制定法律来惩罚另一部分人,并且对该形态的行为进行刑事处罚存在违宪、违反刑法谦抑性等原则。同时,对于公开性的聚众淫乱行为支持保留入罪,并且会在后文给出相应的立法建议。

2.3 聚众淫乱罪的渊源追溯——流氓罪

聚众淫乱罪的渊源来自流氓罪,流氓罪是指公然藐视国家法纪和社会公德、聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女或破坏公共秩序以及其他情节恶劣的行为,是1979年颁布的中国刑法第160条规定的一种罪行。^①随着法律的进步,流氓罪这种“一箩筐”式的罪名在97年刑法中删除了。其中侮辱妇女的行为被单独规定为强制猥亵、侮辱妇女罪,列于侵害公民人身权利罪的章节中;将聚众斗殴、寻衅滋事作为单独的罪名规定在妨害社会公共秩序的章节;聚众淫乱行为也是单独归罪于妨害公共秩序的章节。然而通奸行为则是完全出罪化,不再认定为犯罪。通过以上行为的去留不难发现,有的行为单独归罪,有的则是出罪不再认定为犯罪。那么原本同属于流氓罪的多个行为为何归宿有所不同?关于侮辱妇女的行为以及聚众斗殴、寻衅滋事单独规定是毫无疑问的,这几种行为有着明确的法益侵

^① 1979年《刑法》第160的规定。

害。问题在于通奸行为的出罪以及聚众淫乱行为的保留值得深思。很显然，通奸行为的出罪是随着社会的发展与进步，传统封建思想不再牢固，人们的性观念受西方人权与自由的影响也逐渐开放起来，所以对通奸行为也开始渐渐地有了一定程度的容忍。但是，通奸行为终究是有法益侵害的行为，其侵害的公序良俗、以及对家庭稳定的打击我们有目共睹。之所以出罪不是因为其不再有法益侵害，而是有了更值得保护的法益——人权。那么同理，聚众淫乱罪也是有违人权的罪名，为何不能拥有和通奸行为共同的宿命？这种同性不同归的罪名值得我们进一步探讨。

第3章 私密性聚众淫乱行为出罪的论证

3.1 对人权保障原则及性权利的探究

3.1.1 违反人权保障原则

有学者认为聚众淫乱行为对宪法中的家庭功能造成了冲击,这是其入罪的理由。诚然,家是组成社会的基本元素,常言道家和万事兴,婚姻家庭的重要性不言而喻。但是,聚众淫乱行为真的与婚姻家庭的破裂有着某种必然的联系吗?作者认为答案是否定的,基于男女双方自愿的聚众淫乱行为更多的是一种自身价值的取舍。如果说通奸行为会对不知情的另一半造成伤害,那么基于合意的聚众淫乱对于双方来说是不存在欺骗、背叛等不良情感的。我们可以想象有自私自利的人存在,却难以想象有自我毁灭的人存在。双方基于自愿的聚众淫乱显然并不是一种自我毁灭的行为,也就谈不上对情感的破坏。即使真的由于该行为给情感带来了不利影响,也应由当事人自己承担该不利后果而不是由法律提前干涉,毕竟对身体自残的行为法律尚且不宜干涉,举重以明轻,更何况聚众淫乱行为。退一步讲,假使聚众淫乱行为真的对婚姻家庭造成了一定影响,于是立法者选择了刑事手段对其施以制裁,那么就存在违背价值位阶的嫌疑。如同法律的价值存在位阶一样,宪法中的权利保障同样存在价值的位阶。比如《德国基本法》第一条就规定了人的尊严不可侵犯,并且规定了平等原则。^①我国《宪法》也在第三十八条做出了相似规定。婚姻家庭的保护位列于我国《宪法》的第四十九条:“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”通过文本、比较、结构等分析方法,我们不难发现人格尊严的价值位阶是很高的,甚至高于婚姻家庭之前。

聚众淫乱罪的设立不仅没有对宪法起到保障作用反而涉嫌违宪。《世界人权宣言》规定了公民私生活不受干扰的权利,第十二条:“任何人的私生活、家庭、住宅以及通讯不受随意干涉……”根据文义解释,这里的私生活必然包括性权利。我国是该条约的缔约国,有义务履行该条约。同时我国宪法也规定了:“国家尊重和保障人权。”但我国却存在聚众淫乱罪的设立,显然违背了该条约,不但没有对公民的私生活加以法律保护,反而对其进行限制甚至以刑罚相加。宪法的目标包括防止普通立法的肆意行为,该罪的立法存在违反人权保障原则的嫌疑。^②

3.1.2 性权利的历史演进

聚众淫乱罪作为性犯罪的一种,有必要对性权利进行讨论。性权利的发展经历了三个阶段,从保守主义到温和主义,再到自由主义。性保守主义的特征在于

^①陈新民. 德国公法理论学基础理论(增订新版下卷)[M]. 北京:法律出版社, 2010, 388.

^② [德]卡尔·施密特. 宪法学说(刘峰译)[M]. 上海:上海人民出版社, 2005: 182.

只有婚内的性是合理的，离开了婚姻的性是站不住脚的、是要受批判的。性保守主义是古时社会里世界共同奉行的，该主义旨意保护的是男性利益——血统纯正性的保障。在漫长的岁月中，男权社会的男性为了保障自己的权利甚至是特权，想尽办法来尽可能保障血统的纯正性。如传统社会给女性强加的贞操观，使得女性在性面前感到羞耻从而最大程度减少她们与男性进行性行为的可能，继而通过婚姻这种“正规”的渠道将其娶回，再通过法律及道德的双重威慑对婚后的妇女进行“束缚”，从而实现自己的性专属权，也就最大程度上保证了血统的纯正。我们不难发现，这背后隐含着价值的冲突，即为了保证男性对某一女性的性专属权从而剥夺了该女性的性自由权。当然，没有人不希望自己的血统纯正，这显然是一种莫大的正义。但是，这仅仅是古时男权社会里男性想要的正义，因为无论如何女性的孩子总是血统纯正的。随着近代以来男女平等思想的不断进步，随着女性权利的宣扬，男性的这种“利己主义的特权”似乎被渐渐抹杀了。他们渐渐失去了对女性性权利的束缚，比如体现在女性的婚前性自由以及婚后的通奸不再视为犯罪。这种女性权利的取得以及男性特权的消逝，放在古代毫无疑问是统治阶级的男性无法接受的，因为侵犯了他们最根本的利益——无法保证血统的纯正性。男女似乎成了一对矛盾体，男性的特权与女性的权利无法并存。这是否意味着其中一方必须做出让步来达到和解？答案是否定的，男女都不需让步，在这个文明的社会里，男女应该是共赢的！是避孕工具的进步带来了女性权利的进步，并且是不剥夺男性特权的前提下赢来的男女共赢。避孕工具使得女性获得了婚前性自由的权利，即使进行性行为也并不会对婚后的生育带来影响也就不会侵犯到男性想要的血统纯正的权利。同时，也是科学的进步促进了人文的进步，当代的DNA鉴定技术可以完全保障男性最根本的利益，可以比古时通过束缚得到的保障更彻底同时也更文明。放眼于全世界我们不难发现，越是发达的国家对于性权利越是包容的，西方的性革命并没有像某些反对性自由的人恐惧的那样对人类社会带来毁灭性的打击。相反，性革命恰恰促进了西方文明的进步，同时也促进了世界文明的进步。性自由是当代文明的应有之义，是自由、平等、人权的应有之义。

因此，性保守主义已与现代文明的价值观严重违背，现代文明强调婚姻自由、性自由，公民有选择结婚或选择不结婚的权利。对于那些选择了不结婚的公民，按照性保守主义的观点他们是毫无性权利可言的，性保守主义对他们的性权利是一种彻底的剥夺。同时，在现在的城市生活中，出于学习工作的考虑更多的人选择晚婚晚育，三十岁结婚属于正常现象。那么按照性保守主义，这些人在婚前、三十岁前也是毫无性权利可言的。这种古时候的性观念毫无疑问是愚昧的、落后的，无论从学术上来看，还是从民意来看，没有人想在性权利被严重剥夺的观念里生存。

性保守主义之后迎来的是性温和主义，该主义强调的是与爱有关的性都是合理的，没有爱的性则是不道德的。性温和主义的进步在于将性从婚姻的捆绑中解脱出来，这是前进了一大步。但该主义的步子仍然没有迈进现代文明的正轨，从一种束缚跳进了另一种束缚。首先，最基本的关于爱的定义都没有一个普世的标准。有人认为看了一眼心跳加速就是爱，有人认为日久生情才是爱，还有人认为自己 and 对方母亲同时掉水里先救自己才是爱。关于爱的定义有很多的标准，按照性温和主义的观点，有爱的性才是合理的，那么会造成爱情观的严重冲突，这种男女不和谐的冲突也是导致我国目前诸多社会问题的根源。并且，性温和主义极其明显的缺陷在于，爱的可遇而不可求强行捆绑了性，强加给性同样的可遇而不可求。这明显违背了马斯洛需求理论，该理论中将性归为最基础的首要需求，爱则是高其两个位阶的第三需求。两个不同位阶的需求强行捆绑带来的只会是与文明的背道而驰。

在性温和主义之后迎来的是性自由主义，性自由源于上世纪 60 年代西方的性革命。其主旨在于将性从束缚中解脱出来，与婚姻无关与爱无关，成为一种自由的存在。^①这也是李银河主张的性观点，一切基于合意的性都是合理的。这种极致的性自由受到了传统观点的质疑和反对，有观点认为西方的性自由带来了性病的蔓延，这是对人类健康的一大威胁，也是性自由无法面对的一个问题。于是传统观点就主张势必要对性加以约束，包括法律的惩罚以及道德的谴责，但作者认为强调这种约束的观点显然是对他人权利的自作主张。正如马斯洛需求理论的生理需求中与性并列的食物需求，我们不妨将两者对比来看。纵观世界，没有哪一个国家对公民的食欲加以道德谴责或是法律制裁，但却有很多对性加以约束。两者的本质区别在哪里？提倡对性约束的主要理由还是出于性病的考虑，但是，人类本能中对食物的贪婪同样会造成严重的健康问题——肥胖。众所周知，肥胖是人类的头号杀手之一，那么我们是否可以为了避免肥胖带来的健康问题要对肥胖的人嗤之以鼻，对其进行道德的谴责？甚至施加以刑罚？显然这种想法是可笑的，几乎向从来没有关于肥胖定罪的讨论，因为人们内心深处都明白这是最基本的人权。哪怕这种人权有时候的不当行使会给自己带来不利后果，但也容不得他人以及法律的干涉。与食欲处于同一需求位阶的性需求却受到了各种干涉，这是没有理由的。纵使行为人的性放纵给自己带来了艾滋病或是其他性疾病的不利后果，那也远不及食欲放纵者因肥胖带来的致命危害更为严重，对于人类的健康而言，肥胖的威胁是高于艾滋病的。既然对人类威胁更严重的贪食行为都不可以介入法律的干涉，那么对性权利的干涉依据何在？

^① [日]桥爪大三郎:性爱论 [M]. 天津:百花文艺出版社, 2000, 124-125.

我们通过观察性权利的历史演进，来看我国的聚众淫乱行为。聚众淫乱行为在性保守主义的观点里，是绝对不允许存在的。就像李银河提到的“聚众淫乱罪是一项中世纪的法律”，中世纪的黑暗包括对性的极度禁锢与束缚，是典型的性保守主义，在当时聚众淫乱行为被问罪是时代的必然。但随着时代的进步目前各国已找不到关于聚众淫乱的罪名，唯独我国自 97 年刑法以来将其保留至今。那么对聚众淫乱行为的入罪是否满足我国当前的需求？我们不妨先来看下我国目前所处的时代。以性温和主义的观点来看，只要与爱有关的性都是合理的，我们不难通过我国法律对婚前性行为以及通奸行为的包容得出我国处于性温和主义阶段的结论，因前述两行为都可能是与爱有关的性；同时，通过我国对卖淫嫖娼的态度来看，同样可以得出性温和主义的结论，卖淫嫖娼是与爱无关的性，是性温和主义不能包容的。既然已经发展到性温和主义阶段，为何还要对基于性保守主义确立的聚众淫乱罪进行入罪？性保守主义的落后性可以证成聚众淫乱罪的落后性，一个基于性保守主义才站得住脚的罪名随着性保守主义的淘汰也注定会被淘汰，聚众淫乱罪的存在显然已经不符合我国的发展阶段。

3.2 对道德以及刑法价值的判断

3.2.1 法律对道德的过度干预

李银河在《对取消聚众淫乱罪提案的解释》中提到，道德问题不应该由法律甚至刑法来解决。在过去的传统社会里，有时候直接用法律来解决道德问题，但是，现代文明社会不允许这样做，道德的问题需要用说教的途径来解决，而不是用刑罚来制裁。

同时，即便是道德问题，我们也要辨证地来看待。法分为恶法和良法，这是我们众所周知的，但很多人不知道的是道德也分良德与恶德。就像一个法律是应该保留还是废除一样，我们也需要审视我们生活中的道德观。古语有云：仓廪实而知礼节。^①以及还有饱暖思淫欲的说法。这揭示出物质文明作为了精神文明的基础，以及物质文明发达后人们对精神文明追求的必然性。随着信息化时代的来临，全球的文化都在快速地相互渗透和影响。西方的性文化也通过各种途径传播到国人的心中，并在潜移默化中改变着我们的观念。不难发现，我国传统的性道德观正在逐渐地改变着，传统思想的束缚力也逐渐减弱。就社会的现状而言，也呈现出日益开放的趋势。从我国离婚率的持续攀高，以及婚前性行为的日益普遍，都呈现出一种新事物与旧事物抗衡的现象。西方性文化作为新事物，我国传统性道德作为旧事物，二者在时刻博弈着。除此之外，还有诸如马某等人的聚众淫乱

^① 管仲·管子·牧民

行为，也渐渐出现在公众的视野中，以及同性恋等。这些现象都是在对传统道德进行着冲击，就道德规范本身而言，又是随着时代在不断变迁的。诸如婚前性行为，以上个世纪末的道德规范来看，显然是一种不道德的行为；以及同性恋，也是被人们所不耻。但今天看来，人们对婚前性行为以及同性恋这些被过去的道德规范所不耻的行为，开始呈现理解以及支持的态度，这也验证了道德的变化性。

众所周知，我国是儒家文化统治两千年，但随着近代社会民智的开启，越来越多的人对儒家的“道德”持怀疑甚至是否定态度。无独有偶，西方也是被基督教的传统道德统治了两千年，但近代西方的学者敢于直视世俗的眼光，大胆提倡自由以及人权与基督教的束缚进行抗衡。举例而言，婚前性权利是当代文明社会的应有之义，这在全世界都得到了广泛的认可，但在我国与西方的传统观念里却是坚决否认的，认为这种行为并不“道德”。回到初次提倡婚前性行为的年代，很多反对的声音便是“不道德”。时间告诉了我们答案，人权是真理，“不道德”是站不住脚的。回到聚众淫乱的问题，作者认为那些“不道德”的声音同样是站不住脚的，在权利面前站不住脚、在自由面前站不住脚、在现代文明的学术中站不住脚。退一步讲，就算聚众淫乱行为真的“不道德”，那也应如李银河所说的那样，道德问题终究是道德问题，不应由法律甚至刑法来干涉。诚然，法律和道德有着某些密切的联系，甚至有些道德问题需要上升到法律的高度。但是显然聚众淫乱行为在现代社会饱受争议，在全世界范围内也鲜有问罪，远没有达到需要上升到法律尤其是刑法层面的标准，我国聚众淫乱罪的设立便是法律对道德的过度干预。

3.2.2 刑法价值判断的失衡

首先，相对于我国对卖淫行为的行政处罚，对聚众淫乱行为的刑事制裁显得不合逻辑。卖淫行为与聚众淫乱行为有着颇多的相似之处。二者都是行为人基于主观自愿进行的性行为，都违背了社会的性风俗，都没有个人受害者，都体现出一定的社会危害性。同时，二者也有着区别，卖淫行为是一种包含商业因素的性交易，而聚众淫乱行为则不具备商业性，是行为人基于自愿为了满足自己的特殊性癖好而实施的行为。另外，卖淫行为在社会中普遍存在，而聚众淫乱行为相对于卖淫行为为数很少。有数据显示，58%的人认为法律对聚众淫乱行为的处罚过重。值得注意的是，我国民众对该行为的宽容程度远超对于卖淫嫖娼的宽容，对妓女的宽容（26.7%）、对嫖客的宽容（22.7%）。^①由此可见，卖淫行为相对于聚众淫乱行为，其社会危害性更严重，也是民众更不能容忍的。但是，社会危害性更严重、存在更普遍的卖淫行为却仅仅受行政法调整，然而社会危害性相较卖淫行为更小，并且不普遍存在的聚众淫乱行为却受到了刑法的介入，这显然是没有逻

^①杨春磊. 聚众淫乱罪的违宪性分析——兼与欧爱民教授商榷 [J]. 武汉：湖北警官学院学报，2013，2.

辑的。

其次,相对于我国对乱伦行为的态度,我国立法对聚众淫乱行为的刑法制裁同样显得不合理。乱伦,是指男女双方在明知有亲属关系的情形下,在法律规定的亲等关系之内,客观上进行违背伦理的性行为,如父亲与女儿,兄弟与姐妹。乱伦作为淫乱行为,是违背家庭及社会伦理的行为。这种违背伦理的行为,破坏社会基本秩序及社会善良风俗的行为相较于没有亲属关系的聚众淫乱行为,其社会危害性显然更大。但是我国刑法并没有对乱伦行为问罪,反倒是对聚众淫乱行为施以刑法制裁显然是犯了避重就轻的失误。即便是在一些性观念日益开放的国家乱伦也是受到刑法制裁的。比如美国,很多区的法律明确规定血亲关系之间的乱伦为犯罪,同时也有少数州将非血亲关系,如公、婆、婿、继父、继母、继子女之间的乱伦也规定为犯罪。在英国,1977年的《刑法》法案第54条规定,一名男子唆使一名不满16周岁的女孩与其乱伦,并且他明知这个女孩是他的孙女、女儿或者姐妹,可判处6个月至2年的拘禁。^①《意大利刑法典》第564条也规定了乱伦罪,无论是与直系尊、卑亲属、直系姻亲或者是兄弟姐妹,实施乱伦行为,容易造成公共丑闻的,处以1年至5年有期徒刑;如果保持乱伦关系,处以2年至8年的有期徒刑;在前两条规定的情况下,如果乱伦是由成年人与不满18周岁的未成年人实施的,则对成年人的处罚应予以加重;对父母宣告处刑罚意味着丧失父母权。据不完全统计,目前只有日本、俄罗斯、芬兰以及我国等少数的国家没有在刑法典中将乱伦入罪。

再次,相对于两人之间的私下淫乱行为,现行立法对私密性聚众淫乱行为的态度也显得不合理。例如,两个成年人私密进行的一夜情行为与三个成年人之间私密的淫乱行为,都是行为人在私密的情形下,成年人之间,自愿性的三原则前提下实施的与性相关的行为。但法律并不制裁两人之间的私密性淫乱行为,却将与其具有同等“价值”的私密性聚众淫乱行为定性为犯罪。

最后,相对于二人公然的淫乱行为的态度,现行立法对私密性聚众淫乱行为的规制态度不合理。两个行为人在公开场合或者有第三人在场的情形下进行的淫乱行为,公然地侵犯了第三人的性羞耻感,违背了性行为非公开性的原则,我国法律用行政法对其规制。私密性的聚众淫乱行为相对于二人之间的公然淫乱行为的危害性要小的多,相对于二人之间的公然淫乱行为显得更“有价值”,理应同样适用行政法对其进行规制,甚至用更轻的道德规范来调整。但现行法律却将这种危害性较小的行为纳入刑法制裁的范畴。

^①李拥军.“亲属相奸”何以为罪?——对乱伦罪回归中国刑法的深层思考[J].兰州:兰州大学学报(社会科学版),2012,6.

从以上几点分析中，我们不难看出刑事立法者在社会越轨行为中抽取社会危害性最大的，被统治者所厌恶的行为的过程中，存在价值观的失衡，将“有价值”的行为也予以定罪处罚，这一点和刑事立法者的义务是相违背的。

3.3 刑法谦抑性原则及刑法法益之缺失

3.3.1 对刑法谦抑性原则的违反

顾名思义，刑法的谦抑性原则追求刑法的宽容性，同时也包括刑法的局限性。这一原则是对刑法过多干涉的限制，并且反对刑法的残酷性。关于谦抑性的具体概念，学者对此有不同的表达，但万变不离其宗对概念的实质解读却是相同的，即刑法作为最后一道防线，其他法律能够有效调节的行为刑法就尽可能不要干涉；如果轻微的刑法手段可以调整违法行为，那么严重的刑法就要避免适用。^①其宗旨在于尽可能地实现非犯罪化，以及轻刑化。从立法层面，究竟如何才能有效达到此效果，有过很多的讨论。我国著名的陈兴良教授的观点是，首先行为要有足够的社会危害性，这是犯罪的本质，在此基础上还要有刑罚的不可避免性，只有如此才可以动用刑法。然而当行为具备了以下三种情形之一时，便证明行为不具备刑法的不可避免性，便不可以动用刑法。

1、无效果。意思是即使某行为被纳入刑法典，也无法起到刑法的效果——打击和预防。前文在刑法权威性的探讨时有所提及，正如刑法的权威性与谦抑性是相辅相成的，打击和预防犯罪也是，我国对聚众淫乱行为的极少打击直接说明了该罪名的无效果性。聚众淫乱行为的刑事处罚会起到一定的刑法预防目的，一般预防以及特殊预防。但这种预防效果却是微不足道的，实践中的极少判刑导致很多民众并不知晓该行为的不法性，可见刑法的一般预防效果是微不足道的；同时，那些被判刑的犯罪分子也并不必然会受到良好的教育改造，其理由在于哪怕罪犯也可能拥有一颗公平正义的心，该行为的犯罪黑数会使得罪犯产生“倒霉”的心理，而不是违法必有责的服罪，也难以起到很好的特殊预防的效果。

2、可代替性。如果某一行为通过其他手段能够起到足够的调整效果，如道德、行政手段等，便不可动用刑法。世界各国关于聚众淫乱行为鲜有问罪，大多用道德手段对其进行调整。从世界各国长期以来的实践不难看出道德调整的有效性，既然用道德手段便能起到良好的效果，动用刑法手段便违背了谦抑性原则。退一步讲，就算基于国情道德的调整力度有限，还有行政手段可以动用，而不应该直接动用刑法。

3、代价高昂。是说如果动用刑罚手段，成本过于高昂，付出的成本与回报

^①张明楷. 论刑法的谦抑性 [J]. 北京: 法学研究, 1995, 4.

不成正比。对聚众淫乱罪的打击恰恰是高成本的典型，该罪的无被害人特征决定了立案成本高昂，需要有他人的举报才能促成本罪的立案；该罪的调查取证成本高昂，聚众淫乱行为往往表现为私密形式，这就造成了取证极其困难；对该罪的打击涉嫌对行为人人权的侵犯，以行为人人权的代价来惩治该行为，代价不可谓不高昂。国家对于刑法的投入，要用较小的成本换取较大的收益。司法资源投入过大，会起到杀鸡用牛刀的不良效果，导致本该多投入资源的罪名反而没有得到应有的重视；司法资源投入过少，则会起不到刑法想要的收益，导致该罪名延续这种“束之高阁”的状态。不考虑司法成本，不仅会造成司法资源的浪费，同时也难以收到想要的成效。

综上所述，仅从刑法谦抑性的“不可避免性”来看，聚众淫乱行为便不具备入罪的条件。同时，再从犯罪的本质——严重的社会危害性来看，聚众淫乱行为的严重社会危害性也是无从证成的。可见，聚众淫乱罪明显违反了刑法的谦抑性。

3.3.2 值得保护的刑法法益之缺失

本节将从更根源的法益侵害进行论述。一个行为是否可以被认定为犯罪，其根本在于是否侵害了刑法要保护的法益。那么刑法关于聚众淫乱罪想要保护的法益是什么？通说观点认为该罪对公共秩序造成了侵害，那么我们就去寻找侵害了何种公共秩序。公共秩序包括社会管理、生产、交通、工作以及公共场所等秩序。首先看公共场所秩序，如果是光天化日的公开聚众淫乱行为，对公共场所秩序的侵害是毋庸置疑的，也就侵犯了公共秩序。于是我们从该罪中找到了刑法想要保护的法益——公共场所秩序。但问题在于实践中对该罪处罚大多体现为私密性的聚众淫乱行为，既然是私密性那么对公共场所秩序的侵害便无从谈起。再看工作、交通、生产以及社会管理，这些也都是无关私密性的场所，私密性的聚众淫乱行为和这些秩序没有必然的关联。

有学者指出公共秩序的内涵包括了公序良俗，聚众淫乱行为是对公序良俗的侵害。在对公序良俗探讨之前不妨先看一下法益的定义：法益需以个人的权利作为基础，对法益的保护需要体现出明确性。法益是为了保障公众的共同生活所创立的，对其保护有利于社会共同的利益及生存。而社会生存条件具体体现为：社会的资源及其分配；社会活动主体之间的相互关系；公权力的运行；制约社会主体进行社会活动的其它条件。唯有对公共的生存必不可少的利益才可以上升为刑法中的“法益”，这一上升为法益的过程需要立法者从现实出发，以社会中主流的价值观为主导，同时要综合各种客观的利益，从而将对社会有利的共同需求上升为法益。可见法益的保护是一种价值判断，它是以主流的价值观为主导，被认定为侵害了刑法法益的行为必然违背主流的价值观，同时也是对公序良俗的违背。然而随着社会的发展，公序良俗并不是永恒不变的。几十年前社会的主流价

价值观尚且认为婚前的性行为是不道德的，是对善良风俗的违背，但时至今日这种行为显然已被主流价值观所认可，从对公序良俗的违背转变为合理的社会行为。那么聚众淫乱行为是否违背现今的公序良俗？如前文所述，有调查显示 58% 的人认为法律处罚过重。该调查表明多数民众的价值观并不认可该罪的刑法设定，既然对一项行为上升为法益是以社会的主流价值观为主导，那么社会主流价值观的转变也必然使得对法益保护的转变，聚众淫乱行为对公序良俗的侵害已不复存在。

3.4 无被害人犯罪非罪化理论

上世纪六十年代，西方国家在关于刑罚的理论进程中，提出了鼓励“非犯罪化”，学者对无被害人犯罪的探究不断加深，非犯罪化的呼声也越来越高，我国学界对此也加强了探讨，并且逐渐成为我国的刑罚理论基础。我国刑法中的无被害人犯罪并不多见，聚众淫乱罪是少数的无被害人犯罪之一。上世纪末，资本主义发展迅速，进入垄断资本主义时期。物质文明的发达与封建的宗教观念及道德之间的矛盾日益激化，人们不得不重新审视传统道德，享乐主义开始在西方国家蔓延。同时，经济危机以及世界战争严重冲击了资本主义国家，使得社会矛盾愈发尖锐，犯罪数量大幅上升，包括卖淫、同性恋等与宗教道德完全背道而驰的犯罪不断出现。于是，刑法中的罪名也就越来越多，但是，新兴犯罪立法的效果很不理想，不仅没有遏制犯罪反而越来越多，这就让立法者重新对此进行审视。

此时，发展迅速的民主、自由、人权等思想开始代替传统宗教占据主导地位，非犯罪化思潮也随之来临。非犯罪化主张限制刑法的范围，不对那些人们基于自由而做出的社会危害性很小的行为进行归罪。应将其归为一般违法，甚至合法仅受道德调整。对其最早进行立法的英国当时有报告称：私人的道德问题，不应由法律调整，卖淫和同性恋都是个人道德问题，无刑罚必要。随后英国立法确认了同性恋的合法性。英国的非犯罪化运动对世界刑法产生了重大影响，有学者第一次提出了“无被害人犯罪”的理论。《无被害人理论》一书认为，行为人自愿做出的某行为，虽然法律禁止，但该行为没有侵害其他人的合法权益，被害人只有行为人自己。该理论的提出顺应了当时的大势所趋，获得了广泛的认可。

随后，各国学者对此展开深入研究，现今形成的观点主要有：1、无法益侵害说。是指没有造成对刑法法益的侵害，以及没有明确法益的犯罪。^①2、伦理保护说。无被害人犯罪违法了伦理和道德，无关私人利益。^②3、无直接被害人说。是指这类犯罪没有被害人，以及被害人不明确。4、纯自愿说。该说认为行为人

^①[日]大谷实. 刑事政策学 [M]. 北京：中国人民大学出版社，2009.

^②李贵芳. 西方国家关于无被害人犯罪问题的争论 [J]. 北京：外国法学研究，1989，2.

完全基于自愿，并没有被害的意愿。^①我们通过对各种学说的总结不难发现聚众淫乱行为是一种完全的无被害人犯罪。首先，聚众淫乱行为违反了社会道德。发展中的我国毕竟还没有完全摆脱各种传统观念，封建传统中的“谈性变色”等思想至今仍未根本改变。其次，聚众淫乱的行为人都是基于自愿，每个人都是出于自己的主观意愿而参加的此种行为，为的是满足特殊性癖好或是寻求刺激。最后，行为人虽然违反了我国的传统道德观，但出于该行为的隐秘性，通常没有当事人以外的知情人。既不会给他人带来不舒服的道德冲击，同时也谈不上对社会风气的影响。并且客观上没有受害人，即没有人因此遭受财产损失，也没有人遭受人身损害。

可见，私密性的聚众淫乱行为是典型的无被害人犯罪。随着无被害人理论发展的日益成熟，各国学者几乎都主张无被害人犯罪应当非罪化。我国的刑法也应当像我国的经济一样快速发展，达到世界先进水平，那么对私密性聚众淫乱行为的出罪化就成了大势所趋。

^①[日]森下忠.刑事政策大纲（新版）[M]. 北京：成文堂出版社，1993，27.

第4章 公开性聚众淫乱行为的规制

4.1 境外立法例的启示

上一章对私密性的聚众淫乱行为给出了出罪建议,那么对公开性聚众淫乱行为的刑事处罚是否有必要保留?作者认为有保留的必要,保留的同时借鉴境外公然猥亵罪的立法,做出更适合我国国情的立法。

纵观境外世界范围内,鲜有对聚众淫乱行为设立专门的刑法罪名加以处罚。但有一些相似的罪名,可以对完善我国境内的立法起到借鉴作用。

美国模范刑法典在美国起着示范的重要作用,引导着各州立法的趋向。该法第212-3条规定,在明知可能造成冒犯的情形下,裸露生殖器以挑逗自己以及配偶之外的人的行为构成轻罪。《德国刑法典》中也不乏有相似的规定,该法第183条规定:“男子以暴露自己生殖器干涉他人的,判处一年以下自由刑或罚金刑。”^①以及:“公开进行性行为,明知可能引起他人厌恶的,处一年以下自由刑或罚金刑。”法国刑法典也有相似的规定,在公共场所或者有未成年在场的场所。加拿大的规定:两人以上在公共场所公然猥亵的行为。^②同时,日本以及台湾也有公然猥亵罪的规定。日本规定了要以可能为他人得知的情形,台湾则是主观意图要以使得他人浏览为条件。

总结境外的立法,不难发现是将侵犯公众道德信仰以及社会性风尚的行为视为此类犯罪,多数的国家及地区将其定义为公然猥亵罪,该定义意味着将私密性的淫乱行为进行了非罪化规定。

4.2 对我国立法的建议

关于公开性的聚众淫乱行为的立法修改,刑法修正案的方式是一个很好的途径。将私密性的聚众淫乱行为进行出罪,将公开性的进行保留。由于后者对社会公共秩序的危害符合现行刑法中聚众淫乱罪的法益侵害说,即对正常的社会秩序造成了破坏;同时,公开性的聚众淫乱侵害了他人的羞耻心以及社会道德,对人们的内心世界造成了污染,因此对公开性的聚众淫乱行为进行入罪保留是合情合理的。国家立法机关和司法机关应当尽早对聚众淫乱罪进行解释和界定,并且立法机关应对聚众淫乱罪的罪名进行修改,改为:“公然猥亵罪”。行为表现规定为两人以上在公共场合进行淫乱活动,该公共场合是在正常运行且他人明显能发现行为人的公开淫乱行为,导致现场的全部或较多人产生不安的,构成该罪。在非

^① 《德国刑法典》第176、182条。

^② 《法国刑法典》第222-32条,第227-22条。

公开场所进行的多人性行为，没有造成严重危害结果或对社会秩序、周围民众造成影响、不安的，不构成犯罪。另外，通过对比发现，境外的公然猥亵罪主要处罚的是公开裸露身体的行为，而我国境内对于裸露身体的处罚主要是通过行政手段进行治安处罚，这涉及到刑法与行政法衔接的问题。目前，社会环境变得越来越复杂，国家必须用多种法律手段予以应对，由立法机关、行政机关和司法机关制定规范，行政机关以及司法机关各自运用自身手段携手解决某难题，不失成为一种有效的办法。刑法作为保护社会的最后一道屏障，对社会的保护需要其他法律部门与其共同携手完成，例如侵权行为法对民事法律关系进行保护，行政处罚法对行政法律关系进行保护。

公然地裸露身体的行为便可以借鉴这种理念，该行为一直属于我国行政法调整的范畴，我国暂时没有将裸露身体的行为上升到刑法的保护范畴，但鉴于立法要具有一定前瞻性的考虑，同时又避免对该行为一律入刑的不妥，不妨借鉴刑法中关于“走私普通货物、物品罪”的规定：“走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私给予二次行政处罚后又走私的，处三年以下有期徒刑或者拘役……”之所以该罪名的立法如此特殊，是因为走私行为的严重性可大可小，一律规定为犯罪会造成刑罚的滥用，同时也不符合刑法谦抑性原则；只规定行政处罚则不能对那些严重的走私行为绳之以法，于是有了这个行政与刑事相结合的立法。公开裸露身体的行为亦然，普通的情形下不宜直接判处刑罚；但如果情形严重，或者对其给予过行政处罚不知悔改，这时候便可用刑法对其进行规制；同时，公开的聚众淫乱行为显然属于严重的公开裸露身体的行为，直接对其入刑并无不妥。所以，综合考虑后作者对公然猥亵罪的法定刑给出如下建议：“公然聚众淫乱情节严重或者一年内曾因公然裸露身体、聚众淫乱被给予二次以上行政处罚后又实施的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”另外，还需注意以下条件：

4.2.1 对活动人数的规定

公开性的聚众淫乱行为，主要是违反了公共秩序以及侵害了他人的羞耻心。对于这种淫乱行为，刑法规定只要在客观上满足了相应的人数要求就要受到处罚，通常是要满足三人以上。不过，两个人肆无忌惮地在规定场合实施淫乱行为很明显也是对社会公共秩序以及他人羞耻心的侵害，同时也违背了善良风俗。这是我国当下所不能容忍的，甚至在世界范围内也有很多相关的犯罪规定。但是，我国刑法并没有对此情形进行处罚，算是一种立法上的疏漏。为了弥补这种立法缺陷，并且与世界刑法的脚步达成一致，有必要将两人在公共场合淫乱的情形纳入公然猥亵罪。同时，由于作者对公然裸露身体的行为建议入刑，那么对于公然裸露身体的情形，一人也可以独立构成此罪，并没有人数限制。

4.2.2 对活动次数的规定

关于聚众淫乱行为活动次数的规定，刑法的态度是对首要分子一概处罚，对其他参与者达到三次才进行定罪。本文作者对这种规定持支持态度，由于首要分子是整个行为的组织者，有必要对其持严厉态度；至于其他参与者，刑法不宜一概打击，可以有一定限度的容忍，只有当参与者多次（三次以上）公然参加淫乱活动，或者虽未达到三次但情节恶劣，这时才说明行为人的主观恶意较深，同时也产生了较严重的社会危害。当达到严重的危害程度时，普通的说服教育以及行政处罚已经不能对其产生很好的效果，可以对其定罪进行刑事处罚。刑法介入的程度也是可以循序渐进的，对于公然猥亵行为可以先拘役再到徒刑，或者情节严重直接判处徒刑，具体要视情况而定。对于一般参加者，可以增加和限定在被公安机关行政处罚两次以上又继续犯案的情况作为入罪条件。

4.2.3 对犯罪主观方面的规定

关于该罪的主观方面，刑法中的规定为直接故意。通常的情况，间接故意难以达成聚众淫乱行为，这和其他性犯罪相类似。间接故意体现的是一种放任行为的发生，对结果持无所谓的心态。对聚众淫乱行为来说，表现出的是一种多人互相配合、共同完成的形态，同时参与者对该行为的发生往往要持积极的态度，间接故意中的放任心态不太可能达成聚众淫乱行为。因此，可以说公然猥亵罪的主观方面是直接故意。即参与者明知自己的行为会对公共秩序及他人的羞耻心造成侵害，并积极追求这种危害后果发生的主观态度。

4.2.4 对犯罪主体的规定

刑法中关于聚众淫乱罪主体责任年龄的规定，同一般犯罪一样，即必须满足十六周岁以上，见于刑法第十六条。因此，对于公然猥亵罪亦同。但有两种值得注意的例外情况：第一种，如果行为人甲（已达到公然猥亵罪刑事责任年龄的男性——十六周岁、同时也是首要分子）与另外两名行为人（未年满十六周岁的女性）公然进行淫乱，此时甲不宜认定为本罪，而是应当依据我国刑法中关于引诱未成年人聚众淫乱罪的规定进行定罪；如果只是与一名未满十六周岁的女性公然进行淫乱，由于不满足“聚众”的条件，所以直接按照公然猥亵罪对其进行定罪即可。第二种情形，年满十六周岁的行为人（男），与未满十四周岁的女性公然进行淫乱，此情形属于刑法中的想象竞合犯，不能按公然猥亵罪进行定罪，而是应定性为强奸罪。^①

4.2.5 对“公然”的认定

根据刑法的明确性原则，有必要对“公然”二字进行讨论。“公然”是指当众进行，以及采取其他方式令公众亲眼看到甚至听到的情形，我们可以将其定义

^①谢永泽. 聚众淫乱罪的存废论 [D]. 南宁: 广西大学硕士论文, 2016.

为“公共场所”。那么“公共场所”具体包括哪些情形？聚众淫乱罪中并没有解释，出于其对所有情形的一律处罚。我们不妨通过其他罪名来进行解读，聚众扰乱公共秩序、交通秩序罪中有相关的规定：“车站、码头、商城、影剧院、民用航空器、公园、展览会、运动场或其他公共场所……”刑法将车站等场所规定为公共场所，以及其他相似的场所。但这种列举方式难免会疏漏一些关于特定场所的认定。

出于公然猥亵罪的特点，有时在以上的场所中出现的情形并没有被法官认定为犯罪。比如台湾曾经的一起“公园淫乱案”，由于当时是在午夜，加上公园草丛的私密性，客观上被公众发现的可能性极小，并且行为人也没有想要被发现的主观故意，不满足公然猥亵罪中的公然性。^①所以要根据具体情形具体分析，看当时的特定情况是否满足对“公然性”的认定。同时，我们也不排除有些场合虽然不属于传统意义上的“公开场所”，但在特殊的情形下仍可能满足“公然性”。不妨将一些典型的案件作为指导案例进行对司法活动的指导，同时必要时也可以进行相关的司法解释。值得注意的是，对公共场所的认定，不能一味地以生活中的惯性思维来思考，毕竟这里的公共场所是一个法律术语而不是生活术语。同时，也不能只从客观上来考虑是否满足公共场所的界定，根据主客观相结合原则，还要考量行为人的主观意图，是否有“公然”的主观故意，在认定主观意图时要结合客观情况进行综合考虑。比如行为人深夜在草丛中进行性行为，我们通过深夜以及草丛的客观环境不难认定其主观意图的“私密性”。但如果是在白天，那么行为人的主观意图就有了明显的“公然性”嫌疑。

4.2.6 对“参与者”的认定

关于公然猥亵罪的参与者，有观点认为应当是客观上实施了淫乱行为的人。对于观众身份的人，不能被认定为公然猥亵罪的行为人。^②但这种观点有些过于绝对，一种行为的表现形式可以有多种，只肯定一种而排除其他，难免会有疏漏。比如共同犯罪理论中，有组织者、实施者、以及辅助者等多种共犯形式，哪怕仅仅起到轻微的帮助作用也可能被认定为犯罪。在公然猥亵罪中则是，构成此罪并不一定都是实施淫乱行为的人，还可能表现为“观众”形式。这里的观众不是普通意义上的观众，普通意义上的观众并没有犯罪故意，也没有意思联络，不可能被认定为犯罪；而是参与者中的观众，比如有的行为人出于某些考虑并不对实行淫乱感兴趣，但他不介意甚至积极促成此活动并作为一个观众的身份参与进来，为的是满足其视觉上的欲望、或是心理上的特殊癖好，对于这种情形应以公然猥亵罪论处。但这种观众仅限于案前即积极参与的特定人，不包括案中路过观看的

^①费唯. 聚众淫乱出罪问题研究 [D]. 上海：华东政法大学硕士论文，2016.

^②武婧. 聚众淫乱出罪的刑法思考 [D]. 上海：华东政法大学硕士论文，2011.

不特定人。另外，如果是仅仅为他人的公然淫乱提供客观帮助（如明知他人出于公然淫乱的目的仍然将汽车等工具借其使用），由于公然猥亵罪不属于性质恶劣的暴力犯罪，并且没有特定的犯罪时机，因此普通的帮助行为并不能左右犯罪本身，不应是公然猥亵罪的帮助犯。

结语

聚众淫乱罪，自 97 年刑法确立至今已二十年有余，属于刑法中的“冷罪名”。法律作为典型的上层建筑，要做到与快速发展的经济基础相适应就难以避免要进行立法的定期修改。这让我们不得不重新审视这个罪名，是否有基于我国的特殊国情继续将其归罪的理由。

该罪的行为特征主要表现为私密形态，并且是基于行为人的自愿，这符合了李银河提出“性爱三原则”——自愿、成人、私密。同时，该罪明显有违宪法中的人权保障原则，以及刑法中的谦抑性原则，并且私密形态的出罪符合了当今日益成熟的无被害人犯罪非罪化的理念。另外，通过民意调查，对该罪持包容态度的民众人数已经过半。经过多方面论证，私密性的聚众淫乱行为已不再具备入刑的理由，建议将私密性的聚众淫乱行为出罪化，以跟上世界刑法的脚步。同时，对公开性的聚众淫乱行为进行立法修改。法律的进步也必将反作用于经济基础，对我国的发展有百利而无一害。

参考文献

- [1] 高永明. 聚众淫乱罪的历史、现状及未来 [J]. 杭州: 法治研究, 2013, 11.
- [2] 胡平、王彦. 试论一年内三次走私入刑的若干法律问题 [J]. 上海: 上海海关学院学报, 2014, 3.
- [3] 黄京平、陈鹏展. 无被害人犯罪非犯罪化研究 [J]. 南京: 江海学刊, 2006, 4.
- [4] 贾宇. 聚众淫乱罪暂不应废除 [J]. 北京: 法制资讯, 2010, 4.
- [5] 李贵芳. 西方国家关于无被害人犯罪问题的争论 [J]. 北京: 外国法学研究, 1989, 2.
- [6] 李银河. 对取消聚众淫乱提案的几点解释 [J]. 北京: 法制资讯, 2010.
- [7] 李银河. 关于取消聚众淫乱罪的提案 [J]. 北京: 法制资讯, 2010.
- [8] 李拥军. “亲属相奸”何以为罪?——对乱伦罪回归中国刑法的深层思考 [J]. 兰州: 兰州大学学报 (社会科学版), 2012, 6.
- [9] 刘芳、关荣华. 质疑聚众淫乱罪罪名 [J]. 沈阳: 辽宁公安司法管理干部学院学报, 2006, 2.
- [10] 欧爱民. 论聚众淫乱罪的合宪性分析——以制度性保障为视角 [J]. 武汉: 法商研究, 2011, 1.
- [11] 彭文华. 性权利的国际保护及我国刑法立法之完善 [J]. 济南: 法学论坛, 2002, 5.
- [12] 屈学武. 聚众淫乱罪与刑法过剩无关 [J]. 北京: 法制资讯, 2010, 4.
- [13] 沈海平. 聚众淫乱: 罪与非罪的追问 [J]. 北京: 人民检察, 2010, 13.
- [14] 许建. 论聚众淫乱罪的罪与罚——简析换偶行为的法律定性 [J]. 北京: 法学杂志, 2013, 4.
- [15] 杨成. “换妻”——制裁还是宽恕 [J]. 上海: 检察风云, 2010, 9.
- [16] 杨春磊. 聚众淫乱罪的违宪性分析——兼与欧爱民教授商榷 [J]. 武汉: 湖北警官学院学报, 2013, 2.
- [17] 张明楷. 论刑法的谦抑性 [J]. 北京: 法学研究, 1995, 4.
- [18] 赵和君. 性权与人权 [J]. 北京: 环球法律评论, 2002, 1.
- [19] 陈新民. 德国公法理论学基础理论 (增订新版下卷) [M]. 北京: 法律出版社, 2010.

- [20] 陈兴良. 刑法的价值构造(第2版) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006.
- [21] 陈兴良. 刑法方法论研究 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2006.
- [22] [德]卡尔·施密特. 宪法学说(刘峰译) [M]. 上海: 上海人民出版社, 2005.
- [23] [德]耶林. 为权利而斗争(郑永流译) [M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [24] 高铭暄、赵秉志. 新中国刑法立法文献资料总览 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1998.
- [25] [古罗马]西塞罗. 论共和国的法律(王焕生译) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997.
- [26] 高铭. 中华法学大辞典——刑法学卷 [M]. 北京: 中国检察出版社, 1996.
- [27] 郭立新. 刑法立法正当性研究 [M]. 北京: 中国检察出版社, 2005.
- [28] 何勤华. 西方法律思想史 [M]. 上海: 复旦大学出版社, 2005.
- [29] 黄华平、杨忠民. 妨害社会管理秩序罪 [M]. 北京: 群众出版社, 1999.
- [30] 贾宇. 扰乱公共秩序罪办案一本通 [M]. 北京: 中国长安出版社, 2007.
- [31] 李银河. 福柯与性——解读福柯<性史> [M]. 呼和浩特: 内蒙古大学出版社, 2009.
- [32] 李银河. 性文化研究报告 [M]. 南京: 江苏人民出版社, 2003年.
- [33] [美]理查德·A·波斯纳著. 性与理性(苏力译) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [34] [美]约翰·盖格农. 性社会学:人类性行为(李银河译) [M]. 郑州: 河南人民出版社, 1994.
- [35] 皮艺军. 越轨社会学概论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [36] [日]大谷实. 刑事政策学 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [37] [日]牧野英一. 日本刑法通义(陈承泽译) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [38] [日]桥爪大三郎. 性爱论 [M]. 天津: 百花文艺出版社, 2000.
- [39] [日]森下忠. 刑事政策大纲(新版) [M]. 北京: 成文堂出版社, 1993.
- [40] 萧榕. 世界著名法典选编——刑法卷 [M]. 北京: 中国民主法治出版社, 1998.
- [41] [意]贝卡利亚. 论犯罪与刑罚(黄风译) [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993.
- [42] 赵秉志. 扰乱公共秩序罪 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003.

- [43] 赵秉志. 外国刑法各论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006.
- [44] 张明楷. 外国刑法纲要 [M]. 北京: 清华大学出版社, 1999.
- [45] 张明楷. 刑法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [46] 法国刑法典 (罗结珍译) [M]. 北京: 中国法制出版社, 2003.
- [47] 加拿大刑事法典 (罗文波译) [M]. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [48] 美国模范刑法典——各国刑法汇编 (下册) [M]. 台湾: 台湾司法通讯社, 1980.
- [49] 日本刑法典 (张明楷译) [M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [50] David Carl Minneman. What Constitutes 'Public Place' Within Meaning of State Statute of Local Ordinance Prohibiting In: decency or Commission of Sexual Act in Public Place [M]. American Law Reports Sth, 1995.
- [51] James R Alexander. Obscenity, Pornography, and the Law in Japan: Reconsidering Oshawa's in the Realm of the Senses [M]. Asian-Pacific Law & Polity Journal Press, 2011.
- [52] 蔡曦蕾. 论聚众淫乱罪 [D]. 广州: 中山大学硕士论文, 2008:
- [53] 陈冉. 论聚众淫乱罪 [D]. 重庆: 西南大学硕士论文, 2013:
- [54] 费唯. 聚众淫乱出罪问题研究 [D]. 上海: 华东政法大学硕士论文, 2016:
- [55] 李萍. 我国涉淫类犯罪法律规制研究 [D]. 重庆: 西南大学硕士论文, 2011:
- [56] 潘梦芝. 论聚众淫乱罪的存废 [D]. 上海: 华东政法大学硕士论文, 2015:
- [57] 孙静静. 无被害人犯罪视角下的聚众淫乱罪 [D]. 上海: 华东政法大学硕士论文, 2013:
- [58] 王歌雅. 婚姻契约理论研究 [D]. 哈尔滨: 黑龙江大学硕士论文, 2009:
- [59] 武婧. 聚众淫乱罪的刑法思考 [D]. 上海: 华东政法大学硕士论文, 2011:
- [60] 谢向英. 彻查刑法中的“聚众”与“淫乱”这两组词群——以聚众淫乱罪为主线 [D]. 上海: 华东政法大学硕士论文, 2013:
- [61] 谢永泽. 聚众淫乱罪的存废论 [D]. 南宁: 广西大学硕士论文, 2016:
- [62] 肖翠兰. 聚众淫乱罪研究 [D]. 重庆: 西南政法大学硕士论文, 2011:
- [63] 叶阿忠. 无直接被害人犯罪研究 [D]. 上海: 复旦大学硕士论文, 2008:
- [64] 张茂鑫. 论聚众淫乱罪的存废 [D]. 北京: 中国政法大学硕士论文, 2011:

[65] 张远惠. 从南京“换偶”案看聚众淫乱罪的立法缺陷 [D]. 重庆: 重庆大学硕士论文, 2011:

[66] 周晓东. “聚众淫乱罪”存废论 [D]. 北京: 中国政法大学硕士论文, 2011:

作者简历

姚洋，男，共青团员，2016年9月至2019年6月，就读于吉林财经大学法学院，就读专业法律硕士（非法学）。在校期间勤学努力，研一、研二学年均获得奖学金、助学金。研究生一年级通过英语六级考试，二年级通过国家司法考试并获得学院金钱奖励。在校期间积极完成学院的各项教学任务，并积极参加学院组织的各项活动。假期期间坚持去律师事务所实习，充分将理论与实践相结合，立志成为一名优秀的法律人。

后记

本文是在周毅导师的精心指导和悉心教诲下完成的。转眼间，从第一学期跟从导师上课，到如今毕业论文的完成，已经两年有余。两年多以来导师在课程、论文，以及为人处事等方面给予了我很多的帮助和指导，使我在良师的熏陶下日益成长。导师在讲台上的身影依然历历在目，严谨的教学态度令整个教室充满着学术的气息。论文方面，从题目的确定，到论文结构的构造，再到后来论文的写作与修改，导师给了我全面的帮助。感谢在我的研究生阶段遇到了德才兼备的导师，虽然即将毕业，但其光芒仍会继续指引我接下来的人生之路。

同时，在读研期间，还有很多给我关心和帮助的人们，包括各科老师的教诲，同学们日常的交流与关怀，以及远在他乡的亲朋好友们默默地对我读研的支持，我都会铭记在心。感谢这些爱，让我的研究生生涯圆满。