

刑法规范与道德边界视角下的聚众淫乱罪法益研究

赵桂玉

(盐城师范学院 法政学院, 江苏 盐城 224007)

摘要: 以特殊的社会环境、时代背景为考量视角,我国刑法第301条规定的聚众淫乱罪及其前身流氓罪,一定程度上体现了刑法的政策性及保护法益所具有的时代性特点。二罪有其存在的价值旨趣,为维护社会风气、稳定社会秩序发挥了应有的作用。聚众淫乱罪存续还是废除的问题,引发了刑法理论界乃至社会学的激烈论争。聚众淫乱罪只是刑法各罪中的一个小角色,却关乎个人权利保障、刑事制裁正当性、刑法的道德界限等一系列大问题。刑法的本质就是一部“法益保护法”,因此,以法益侵害说为视角,聚众淫乱罪的存废问题便依附于对该罪保护法益问题的解释,有正当、合理的保护法益,则聚众淫乱罪理应以存续,反之,聚众淫乱行为应当予以非犯罪化处理。

关键词: 聚众淫乱罪; 法益; 公序良俗

中图分类号: DF626

文献标志码: A

文章编号: 1008-7966(2020)05-0021-06

刑法的核心要义在于保护法益,道德的作用在于劝人向善,二者既有联系又有较大差异。现代刑法学说强调“侵害法益”是成立犯罪的前提,罪刑法定只是创设了罪名和刑罚,并不能揭示犯罪的本质。但是,“法益是一个外在坚实而内在空虚的概念,由于其定义内涵极不明确,具体操作上很难说得出法益/非法益的界限何在。只要透过立法或解释操作,将某些生活利益归属为法益,就取得利用刑法保护的正当性,可以正当、合理地处罚侵害该利益的行为人,搭配法益保护的大纛,刑法强化行为管制与一般预防的机能。在这个视角下,法益担负的真正任务,其实不是限缩刑罚;相反地,法益毋宁是刑罚柔软而正当扩张过程中的关键因子。”^[1]无独有偶,道德准则的内涵和外延同样无法言明,颇具时代性、地域性和个体差异性。因此,何为刑法的规制领域、何为道德的约束空间便成了亘古不解的难题。

自安塞尔提出非犯罪化思想及沃尔芬登发表沃尔芬登报告,西方社会的非犯罪化运动进行的如火如荼,在涉性犯罪领域,域外的问题主要在于同性恋、通奸、乱伦出罪、入罪的博弈;我国的问题主要在于聚众淫乱罪,该罪属于典型的无被害人犯罪,对参与者之外的利益不会产生直接的损害。根据密尔的自由观,人们有趣味和志趣的自由,只要行为人是成年人,所作所为无害于他人,又不是出于暴力、胁迫或欺骗,哪怕在一般人眼中行为人的行为明显愚蠢、悖谬或错误,那也只是行为人自己的选择。“聚众”只是性行为的一种实施方式,对此,伦理道德可以给予否定评价,刑罚却应当保持谦抑。

一、法益的涵义及其时空相对性

法益为限定刑罚边界和限制刑罚发动而存在,核心思想即只有保护法益的刑法规范才具有正当性。但

收稿日期: 2020-05-15

基金项目: 2020年江苏省高校哲学社会科学研究一般项目“刑法修正中的非犯罪化问题研究”

作者简介: 赵桂玉(1982-),男,黑龙江甘南人,讲师,法学博士,从事中国刑法学、比较刑法学研究。

是,何为“法益”,在此问题上仍然聚讼纷纭。上个世纪30年代,有学者试图以法律义务的概念替代法益概念,因此将犯罪视为违反法律义务的行为。韦尔策尔所持观点与此类似,认为刑法首先关注违反规范的态度,即刑法的重心在于关注行为的不法,间接地保护法益。然而,上述理论观点未能获得广泛认可。

“法益是指根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。这是一般性的法益概念,其中由刑法所保护的人的生活利益,则是刑法上的法益。”^[2]一言以蔽之,法益即法所保护的利益。

法益的相对性有两重涵义:其一,就部门法内部而言,各部门法所保护的法益不尽相同,部门法之间所保护的法益存在范围上、程度上的差异,大家分工合作、各司其职,共同维护法秩序的统一性,当然,部门法之间的保护法益也存在交叉竞合的情形,比较而言,“刑法必须将严重侵犯法益的行为规定为犯罪,规定的方式是将严重侵犯法益的行为具体化、特征化为犯罪构成”^[3]。其二,就同一时期的不同国家(地区)而言,由于存在社会文化习俗、公民权利意识、政府法治理念、立法者经验技术等方面因素的差异,法益的涵义和内容必然有所不同,甚至截然相反。即使同一国家(地区),处在不同历史时期,其法益的内容也是动态、开放的,并非一成不变的利益集合体。以通奸罪为例,古希腊“雅典的通奸法律并不是针对将通奸规定成性行为不检的形式,反而是将通奸规定成为公共暴力及无秩序的来源,那是因为法律上所聚焦的不是私人的、道德的僭越,而是这种不法性行为所带来的公共结果,所以实际上被视为公诉罪,而且罪行较重”^[4],而现代希腊的修正法案已经废止了刑法典第二十章妨害婚姻与家庭罪中第357条有关通奸罪的规定^①。

二、聚众淫乱罪的法益之争

聚众淫乱罪属于涉性犯罪,是我国刑法分则体系中特有的罪名,包涵两种犯罪行为类型:公然进行的聚众淫乱行为和私密进行的聚众淫乱行为。与强奸罪、强制猥亵、侮辱罪等暴力性犯罪相比,聚众淫乱罪有其自身特点,参与者意志自由,没有直接的受害人,因此,聚众淫乱罪被视为典型的无被害人犯罪,这也就排除了对参与者个人法益保护的可能性。“换句话说,这些犯罪不是因为侵犯到公民的性自由或性权利而被犯罪化,而是基于社会秩序的考虑而进行的‘道德化立法’,这是中国刑法之性管制有别于西方国家的一大特色。”^[5]探讨聚众淫乱罪的保护法益问题,绕不开对法益分类的一元论、二元论和三分法^②的再审视。目前,理论界关于聚众淫乱罪的保护法益问题大概有以下几种认识:第一,公共秩序;第二,善良风俗(道德风尚);第三,性羞耻心;第四,一夫一妻制。以上内容,归根到底都未超出公序良俗的范畴。

(一) 聚众淫乱罪保护法益——公序良俗

公序良俗,是指社会所具备良好的公共秩序和道德风尚。也有观点认为,公共秩序与善良风俗,简称公序良俗,是现代民法的一项基本原则,在现代市场经济社会中,有维护国家社会一般利益及社会一般道德的重要功能。“‘公共秩序’表达的是国家社会的一般利益,它体现于法律的价值体系与一般精神之中,亦可传达宪法之精神,实现公民基本权利的保护;‘善良风俗’表达的是社会一般道德,它存在于社会一般观念之中,系社会存在发展的基本伦理基础。公序良俗原则把这些非法律规范引入民法体系,实现对个人权利及意思自治的一定限制,使民法的权利本位与社会本位相结合,实现民法的现代化。”^[6]由此可见,公序良俗作为一种法益存在,缘起并立足于民事法律领域,并颇具道德色彩。

从我国刑法分则的编排体系来看,聚众淫乱罪被安置于第六章妨害社会管理秩序罪第一节扰乱公共秩序罪当中,从立法意图分析,毫无疑问,该罪的保护法益为公共秩序。正如蔡枢衡先生的论述“最古老的罪名是有关性交的。性交足以刺激他人,因而扰乱秩序……远在杂交时代,就已经出现了限制性交时间和地点的习俗。违反这种习俗。便要受到制裁。”^[7]从词语解释来看,“公共”,属性词,属于社会的;公有公用的。“秩序”,有条理,不混乱的情况。从司法实践来看,当年马尧海等人聚众淫乱案的辩护人提出,马尧海没有

①第1272/1982号法案修正。

②一元论观点认为法益仅有个人法益,代表学者为德国的M. Marx;二元论观点认为法益可以分为个人法益与超个人法益两种类型;三分法,即将法益分为国家法益、社会法益与个人法益三种类型。

扰乱公共秩序的主观故意,客观上其行为具有私密性,不涉及公共秩序和公共生活,因此其行为并不构成聚众淫乱罪。对此,南京市秦淮区人民法院认为,刑法所保护的公共秩序不仅仅指公共场所秩序,公共生活也不仅仅指公共场所生活,我国刑法将聚众淫乱罪归类在扰乱公共秩序罪这一类型当中,就意味着聚众淫乱即侵害了公共秩序,故意的主观方面已经被行为所包含;聚众淫乱行为的实施场所不影响行为的定性,即无须区分公共场所还是私密空间^①。由此可见,司法实践中“公共秩序”的涵义更为宽泛,即它包括人们共同遵守的生活准则。

(二) 聚众淫乱罪保护法益——善良风俗

我国刑法学界通常将良风美俗或者良好的社会风尚视为聚众淫乱罪的客体。然而,什么是刑法意义上要保护的良风美俗或者良好的社会风尚,学界对其内涵及外延并没有明确的共识,甚至没有一篇以刑法学为视角论述良风美俗的文献。杨宗丽教授在其文《从布依族的良风美俗看其伦理道德观》中,分别从盛情好客、言行文明、团结互助、尊老抚幼、热心公益、议榔^②、“上门”婚俗等方面,对布依族“以客为重的待客礼仪”、“谈吐举止的谦恭风尚”、“无私相助的协作精神”、“长幼皆宜的伦常规范”、“先公后私的集体观念”、“共同遵守的乡规民约”、“男女平等的婚姻观念”等“良风美俗”加以论述,这些内容与当前我国倡导的社会主义核心价值观的内容颇为相似,都是从伦理道德的角度指引着民众的行事方向,而这当然不具有刑法意义上的行为约束力。聚众淫乱行为属于涉性行为,因此,将性秩序、性道德视为良风美俗的内容之一,并将良风美俗升格为一种值得刑法保护的社会规范,才能为刑罚介入道德提供有力的支援。有学者指出,“社会善良性风尚是人类社会通过长期的发展、演变而逐渐形成的为全社会主流文化所公认的性道德习惯和风俗,是一种健康向上的、能促进人类社会走向完美的社会规范^[8]。”而聚众淫乱行为侵害了前述社会规范,势必对公众的性感情及公序良俗造成影响、损害。

(三) 聚众淫乱罪保护法益——性羞耻心(性道德情感)

性羞耻心始于人类文明之初。自古以来,性就带有私密性和隐蔽性,给人一种神秘感。从生物学角度来看,性承担着人类繁衍和社会发展的重大意义,从远古时代人类对性器官的图腾崇拜就可见性的意义非同寻常,这也是人类社会对性保持尊重并伴有伦理要求的原因之一。从血缘群婚到亚血缘群婚再到当今社会的一夫一妻的婚姻制度,都或多或少地体现了对性的禁锢,其中不乏生物学意义的因素,更主要的因素在于风俗伦理的要求^[9]。在一般人的道德观念里,性行为应当是私密而非公开的,公开实施的性行为存在“涉他性”,当然会损害其他信守性道德情感的人,让他们感到羞耻并难以容忍。“聚众淫乱罪的受害人可能不是具体的个人,但它都侵害了社会公众的正常性心理和性道德,具有严重的社会危害性,其危害已经超出了私人领域的范围”^[10],同样有观点认为聚众淫乱行为侵害的法益或直接客体是公众的性道德情感这一社会性风俗,尤其公开实施的聚众淫乱行为,公然地羞辱了信仰性“义务道德”的公众的情感;相比之下,私密进行的聚众淫乱行为,其对社会秩序的危害性及对社会良好风尚的破坏力都有所降低^[11]。

(四) 聚众淫乱罪保护法益——一夫一妻制

婚姻制度属于上层建筑的范畴,它要受特定历史时期的经济基础决定,并且不可能超越经济基础的发展水平,只能与其相适应。人类社会和婚姻制度发展到今天,一夫一妻制最为适应当前社会经济基础的发展需要,因此,包括我国在内的绝大多数国家将一夫一妻制的婚姻制度规定到民事法律中被普遍遵守。作为社会制度的组成部分之一,婚姻制度与法律、政策及伦理道德紧密关联,并且婚姻缔造了家庭,而家庭是社会最为基本的组成单元。有观点以此为逻辑起点,认为聚众淫乱行为严重侵害了一夫一妻制这一社会法益,进而导致社会生存的基本条件被严重破坏。即便是得承诺的换妻行为,实质上是一种多夫多妻的行为,同样侵害了一夫一妻的婚姻制度,国家的法律秩序和权威也被破坏殆尽。并且,聚众淫乱行为、换妻行为还可能引发一

^①参见南京市秦淮区人民法院刑事判决书(2010)秦刑初字第66号。

^②在布依族村寨里,群众为了保护自己的劳动成果和生命安全,建立了群众性的社会组织,许多地区把这种社会组织形式称为“议榔”。所谓“议榔”,就是大家共同制定“榔规”——乡规民约,并选出年岁大、威望高、处理事务能力强的人当榔头。“榔规”的内容包括:对山林、河流、田园、鱼塘、房屋财产的保护,对家庭、婚姻等纠纷的处理等。参见杨宗丽著《从布依族的良风美俗看其伦理道德观》,载于《布衣学研究》,贵州民族出版社,1998年版。

系列家庭问题,例如,参与者因情生变,很可能增加离婚、重婚、私生子泛滥、家庭财产流失、遗弃家庭成员等现象发生的概率,聚众淫乱行为及换妻行为的最终受害者便指向了社会本身,因此,聚众淫乱行为应当受到刑事处罚^[12]。

三、聚众淫乱罪保护法益之理论评析

判断聚众淫乱罪是否存在保护法益的问题,以及如何评价当前聚众淫乱罪保护法益的理论观点,首先要解决的是评价体系的标准问题,即以理论为支撑确定法益保护的有无,以何种价值取向为基准划分法益保护的法律、道德界限以及法律内部部门法之间的范围衔接问题,理清这些基本问题之后,才有可能对当前聚众淫乱罪保护法益的各种观点给予客观公正的评价。

(一) 聚众淫乱罪保护法益之公共秩序的评析

公共(社会)秩序的价值体现在以下方面:第一,为社会成员带来安全感。在安定有序的社会里,人们的一切合法权益不受侵犯,诸如生命权、健康权、名誉权、财产权等,或者当这些权益遭受侵害的时候能够得到公权力及时、有效的救助。第二,指引社会成员的行为。人们根据公共秩序的要求而安排自身活动并预知未来行为之结果。第三,行为的高成功率。此意谓着可以达到理想的目的或者期待的结果。社会合理存在和良性发展离不开秩序,民众的幸福生活离不开秩序,秩序的存在符合“中国的问题,压倒一切的是需要稳定”这一政治理念。由此可见,公共秩序极具行为是否符合社会规范的判断价值。

马尧海聚众淫乱案的辩护人否认该案被告人的行为侵犯了公共秩序,对此,南京市秦淮区人民法院认为,刑法所保护的公共秩序不仅仅指公共场所秩序,公共生活也不仅仅指公共场所生活。事实的确如此,例如,个人在家不以走私、贩卖、运输为目的的私密地制造毒品行为,虽然制毒行为完成于私人场所,但是,这已经超出了他私人生活应有的合法权利范围,已经妨害到了社会管理秩序。关于毒品类犯罪,可以从自然法意义上为其找寻入罪的正当性事由,当然,也有观点认为聚众淫乱罪也符合自然犯的特征,自然犯侵犯了人类社会生存所需要的最基本的伦理道德,这些基本的伦理道德不同于世人向往的高尚道德,而是人际交往的底线规则,一旦被破坏将直接危及社会正常的公共秩序。公共秩序,原本专属于民事领域,但是,随着公共秩序从政治、道德、文化到经济、刑事法律方面的扩展,显而易见体现了国家干预领域的扩张。有学者将公共秩序一分为二,其一,主要维护社会整体利益的指导性公共秩序;其二,主要保护弱小群体的保护性公共利益^①。刑法中有关聚众淫乱罪的规定既没有体现维护社会整体利益的实际效果,又没有起到保护弱小群体利益的作用,反而侵害了少数群体私生活的自由权利。有观点认为,人活着不是为了遵守秩序,秩序也不是人们的奋斗目标,但是,离开或者失去秩序,人类社会的一切文明成果将丧失殆尽。秩序,对于信奉自由主义的人来说,并非是一个悦耳的词,甚至有些专制主义的色彩,但是,如果社会生活中失去了秩序,那么我们所追求的自由、平等、公平、正义等一切美好的事物都将被人类无尽的欲望所淹没^[13]。这无非再一次论证了秩序的重要性,对此,本文并无反驳之意,并且同样认同秩序在人类社会进程发挥着不可或缺的作用。但是,就聚众淫乱行为而言,其本质无非是一种形式上不同寻常的涉性行为,与一夜情、婚外情等并没有本质上的差异,甚至婚外情的道德谴责性和应惩罚性理由更加充分。性本身并非违禁品,而是一项基本的人权。对此权利的实现只要不是公然的、暴力的、涉及未成年人的,那么就没有侵害到公共秩序,也没有侵害公共秩序的可能性。当然,如果聚众淫乱行为的确侵害到了公共秩序,刑罚也未必是最为必要和有效的规制手段。在国外,芬兰同样处罚侵害了公共秩序的淫秽行为,不同的是,芬兰刑法典仅规定了“公然实施淫秽行为罪(1998年/563号)”,相比我国聚众淫乱罪高达5年的法定刑,芬兰公然实施淫秽行为罪的最高刑仅为6个月监禁^[14]。

(二) 聚众淫乱罪保护法益之善良风俗、性道德情感的评析

在我国台湾地区,“以善良风俗为目的而管制或禁止性交易的想法,早已受到极大的质疑。特别是性交易是自愿的成年性工作者与嫖客,这种两相情愿的对价交换行为,属于完全的私领域活动,如果想要藉由

^①See Jean Carbonnier. Droit Civil, TOME4, Les Obligation, éd. PUF, 2000, p70.

‘善良风俗’之名介入管制,主张管制者即有义务说明,善良风俗指的是什么样的道德意志,是谁所定义的‘善良’,否则,无异于用一个简单标语而查禁私领域的交换利益行为”^[15]。在大陆,将聚众淫乱罪的保护法益视为善良风俗或性道德情感,同样面临“善良”的标准及其来源难以说明等问题。在当今世界,关于性观念的规范主要有三种:第一,以生殖为主。这种规范的信奉者多为虔诚的宗教信仰者,在他们的意识当中生殖为性的唯一合法理由;第二,以人际关系为主。该种性规范以爱为前提,认为爱与性密不可分,即离开爱的性行为都是违反规范的和道德的;第三,以娱乐为主。该种性规范认为性的目的是娱乐,性是获得快乐的源泉之一。由于文化因素的差异,在我国,也许只有第二种性规范是可以广为接受的,而第三种则极有可能被打上不道德的标签,但是,这种道德评价的基准却是模糊的。诚如这个世界上有很多的人和事是令人厌恶的,而厌恶本身不是立法及实施法律的依据。人分三六九等,生活旨趣必然有所不同,有些人追求趣味高雅的生活,例如,听音乐会,欣赏或收藏高雅的绘画,读高雅的书;当然,也有些人去听淫秽的音频,读淫秽的书,看淫秽的视频和图册,他们都有自我选择的权利,无论选择高雅还是选择低俗,趣味和道德都不关法律的事,那是他们的自由^[16]。“透过法律来管制合乎道德关系的性行为,已经侵犯了个人多元选择可能性;尤其在多元社会中,我们也不再可能过度限制成人无损他人的行为选择,否则我们只是创造一个虚拟的社会道德主体,透过不存在道德主体的拟制意思,谴责一个没有损害他人,但不符合道德期待的性行动。”^[15](德国)在一场有关性犯罪的刑法规则改革的辩论中,得到接受的观点是,强调刑法的任务只是保护法益,而不是保护“纯粹的道德观念”。即便现在,法益概念也在刑事政策领域扮演着重要角色,例如,存在这种情况,“纯粹的道德观念”未达至法益的等级,因而不能作为法益进行保护^[17]。聚众淫乱便是这种仅仅有违道德观念的行为,而“一项法规是否合理和必要,最终仍是一个经验性问题。同样情形也只适用于何种利益对社会共同生活具有重大意义而需要刑法予以保护,立法者因而在此有裁量空间”^[15],对类似的“淫乱型”流氓罪的处罚已经证明相关刑罚是欠妥当的,因此,从经验上来说,聚众淫乱罪本不该出现在刑法分则的罪名当中。

(三) 聚众淫乱罪保护法益之婚姻制度的评析

我国婚姻法第2条规定:实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。不可否认,某些聚众淫乱行为的确破坏了一夫一妻的婚姻制度,但是并不能因此得出一夫一妻制为聚众淫乱罪保护法益的结论。该法益主张的逻辑前提是:聚众淫乱行为的参与者之一必然为已婚人士,或者将聚众淫乱行为等同于聚众换偶,很显然,此逻辑前提经不起现实的检验,从已然的判决情况来看,某些聚众淫乱行为的参与者完全可能均为未婚人员,而且法律文本并未将“已婚”之身份设定为本罪的成立要件。婚姻的本质是契约,即缔结婚姻的双方为了共同的生活目的而自愿走到一起,履行相互扶助、彼此忠诚的义务。一段婚姻如果亮起红灯,甚至双方感情确已破裂,婚姻法也赋予了他们离婚的权利。如果婚姻中的一方因参与聚众淫乱行为而违背了彼此忠诚的义务,那么另一方完全可以在婚姻法的效力范围内选择调解或是结束这段婚姻,公权力逾越婚姻法的适用范围而直接对参与聚众淫乱的一方施以刑事处罚并不妥当。犹如婚姻中的一方有嫖娼、卖淫、偷情等行为一样,另一方可以选择原谅,可以选择离婚,甚至可以选择视而不见。如果缔结婚姻的双方均参与了聚众淫乱行为,而又彼此不存芥蒂,只要他们的行为是在成人间私密进行的,那是他们的权利范畴内的隐私。外人可以说三道四,那是道德范畴内的事儿,而刑法却无权评价,更不能以“扰乱公共秩序”为由施加刑罚。

四、结语

尽管1997年刑法典取消了流氓罪罪名,但是流氓罪“名亡实存”,“淫乱型”流氓罪演变为“聚众淫乱罪”,为刑法继续逾越道德界限,侵犯个人权利提供了可能。就刑法分则的体系而言,聚众淫乱罪规定在扰乱公共秩序罪这一节当中,而现有案例中的聚众淫乱行为无一不是私下里秘密进行的,因此,很难将此类行为与公共秩序联系在一起;如果说聚众淫乱行为的侵害法益为“良风美俗”或“性道德情感”、“性伦理秩序”,而同样侵犯前述“法益”、甚至某种程度上社会危害性更为明显的乱伦、通奸等行为却不为我国刑法所规制,事实上,私密进行的聚众淫乱行为与上述“法益”相距甚远,只有公然实施的涉性行为才可能侵害上述法益。

总体来说,聚众淫乱罪的规定存在三点问题:第一,“私密型”聚众淫乱行为的法益阙如;第二,“公然型”

淫乱行为的规制面过窄;第三,法定刑过高。鉴于此,理论界主张废除或改革聚众淫乱罪的呼声越来越高,非犯罪化改革符合刑法的谦抑性特质,立法者应当予以充分重视。将某个犯罪行为非犯罪化,最简单有效的办法就是立法上直接废除相应的罪名,如此便不再需要讨论司法上是否适用的问题,无形之中节省了大量司法成本。但是,就目前而言,短时间之内通过立法手段废除聚众淫乱罪的可能性不大,因此,在聚众淫乱罪存续的情况下,如何通过司法手段限制该罪名的适用以达到事实上非犯罪化的效应则尤为重要。另外,犯罪记录制度与聚众淫乱罪非犯罪化并没有直接关联性,但是,聚众淫乱罪并没有具体的被害人,聚众淫乱罪的犯罪人即使再重复此类淫乱行为,也不会侵害到某个人的权益,参与者均为自愿,因此,犯罪人没有人身危险性,社会危害性小,刑罚对其改造的目的是使之按照法律和社会伦理秩序的要求重新回归社会,但是,犯罪记录的“污名效应”(或“标签效应”)很难让犯罪人过回正常人的生活。因此,在聚众淫乱罪存续的情况下,既然已经对该罪的行为给予了刑事处罚,不妨对该罪的犯罪记录查询制度进行改革,以消除“犯罪前科”给犯罪人回归社会带来的阻碍。

追求性权利是人类的生物本性,但是,如果走得太远就变成了权利滥用;维护性伦理秩序是我国相关刑罚规范的目的,但是,如果刑罚过度逾越道德边界就变成了禁锢个人权利的枷锁。因此,包括聚众淫乱行为在内的各种性行为方式,即只有侵害他人或严重侵犯他人的行为才是刑罚的规制对象,通过刑事立法、司法实践,最终形成“道德的归于道德、刑罚的归于刑罚”的应然格局。然而,由于各地在历史文化背景、法治文明进程、个体权利意识、刑事政策倾向等方面存在纷繁复杂甚至天壤之别的差异,法律规范又关涉个体权利保障、道德与刑法的界限、刑罚介入的正当性等“私权利”与“公权力”的博弈,因此,对涉性法律规范的研究探索永无止境。

参考文献:

- [1] 许恒达. 法益保护与行为刑法 [M]. 台北: 元照出版有限公司, 2016: 9-10.
- [2] 张明楷. 法益初论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 167.
- [3] 张明楷. 法益初论(2003年修订版) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 216.
- [4] 胡骏. 古希腊刑事立法研究 [M]. 上海: 上海人民出版社, 2013: 68.
- [5] 姜涛. 刑法中的聚众淫乱罪该向何处去 [J]. 法学, 2010, (6).
- [6] 于飞. 公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 1-2.
- [7] 蔡枢衡. 中国刑法史 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2005: 129.
- [8] 蒋小燕. 淫秽物品犯罪研究 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2005: 7.
- [9] 聂慧苹. 刑法中社会危害性理论的应用研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2013: 160.
- [10] 刘德法. 聚众犯罪理论与实务研究 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2011: 226.
- [11] 刘宪权. 赵作海冤案反思与聚众淫乱罪研究 [M] // 刑法学研究(第7卷). 上海: 上海人民出版社, 2010: 78-79.
- [12] 郭浩. 聚众淫乱罪问题新探——由“马尧海换妻案”引发的思考 [J]. 福建师范大学学报(哲学社会科学版), 2011, (1).
- [13] 张武举. 刑法的伦理基础 [M]. 北京: 法律出版社, 2008: 84.
- [14] 芬兰刑法典 [M]. 肖怡, 译. 北京: 北京大学出版社, 2005: 62.
- [15] 许恒达. 善良风俗、国民健康与促成性交易的刑事责任——以释字第666号解释为反思契机 [J]. 月旦法学杂志, 2010, (186).
- [16] 李银河. 李银河自选集——性、爱情、婚姻及其他 [M]. 呼和浩特: 内蒙古大学出版社, 2006: 44.
- [17] [德] 埃里克·希尔根多夫. 德国刑法学: 从传统到现代 [M]. 江湖, 黄笑岩, 等, 译. 北京: 北京大学出版社, 2015: 231-232.

[责任编辑: 范禹宁]