

硕士学位
论文

聚众淫乱罪的存废论

谢永泽

廣西大學

二〇一六年六月

分类号 D914

密级 公 开

UDC

硕士学位论文

聚众淫乱罪的存废论

谢永泽

学科专业 刑法学

指导老师 张鸿巍 教授

论文答辩日期 2016 年 5 月 20 日 学位授予日期

答辩委员会主席 余延满

广西大学学位论文原创性和使用授权声明

本人声明所呈交的论文，是本人在导师的指导下独立进行研究所取得的科研成果。除已特别加以标注和致谢的地方外，论文不包含任何其他个人或集体已经发表或撰写的研究成果，也不包含本人或他人为获得广西大学或其它单位的学位而使用过的材料。与我一同工作的同事对本论文的研究工作所做的贡献均已在论文中作了明确说明。

本人在导师指导下所完成的学位论文及相关的职务作品，知识产权归属广西大学。本人授权广西大学拥有学位论文的部分使用权，即：学校有权保存并向国家有关部门或机构送交学位论文的复印件和电子版，允许论文被查阅和借阅，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和传播，可以采用影印、缩印或其它复制手段保存、汇编学位论文。

本学位论文属于：

☐ 保密，在 年解密后适用授权。

☒ 不保密。

(请在以上相应方框内打“√”)

论文作者签名：谢永峰

日期：2016年6月26日

指导教师签名：张诗颖

日期

作者联系电话：

电子邮箱：

聚众淫乱罪的存废论

摘 要

1997 年刑法将聚众淫乱罪单独罗列出来，因其科学的立法，实践中很少人违反该规定。直到 2010 年 5 月 20 日，江苏南京市秦淮区法院对马尧海聚众淫乱案进行公开宣判，马尧海等成为因犯聚众淫乱罪被科以刑罚处罚的首批人员。一石激起千层浪，聚众淫乱罪“肯定说”、“否定说”、“折中说”的学者各持己见，争论的十分激烈。一波未平一波又起，近几年，社会在进步，经济在发展，新问题层出不穷，再次引起了学者们对聚众淫乱罪的关注。本文从刑法学原理、犯罪学原理、社会发展现实需要、传统文化等角度进行深入地分析，反驳聚众淫乱罪“否定说”、“折中说”的观点，赞同聚众淫乱罪“肯定说”的观点。首先，本文介绍了聚众淫乱罪的历史由来，罗列出聚众淫乱罪“肯定说”、“否定说”、“折中说”的观点。其次，本文反驳聚众淫乱罪“否定说”的观点，得出“否定说”观点价值缺失的结论。再者，反驳聚众淫乱罪“折中说”的观点，得出“折中说”观点价值缺失的结论。最后，从立法政策、中国传统性文化思想、社会现实需要的角度出发，分析聚众淫乱罪“肯定说”的合理性与必要性，得出“肯定说”观点的正当性。

关键词：聚众淫乱罪 争议分析 入罪因素

RESERVING OR ABOLISHING OF THE GROUP LICENTIOUSNESS

ABSTRACT

1997 of the criminal law listed the group licentiousness alone. Because the group licentiousness is scientific, Few people dare to violate it. However, on May 20th 2010, Jiangsu nanjing qinhuai district people's court sentenced Ma for the group licentiousness , which is a precedent. This case caused scholars' debate , whereas there is no common opinion in the end. In recent years, reserving or abolishing of the group licentiousness has been the focus of the heated debate for a plenty of social problems. This article analyzes reserving or abolishing of the group licentiousness from the Angle of Punishment law principle 、 Principle of criminology 、 the need of traditional culture 、 the need of social reality. This article's point of view is to agree with reserving of the group licentiousness. At the first , this paper introduces the origin of the group licentiousness and the arguments scholars' debate. Secondly , the paper objects to the denial theory of the group licentiousness. Thirdly , the paper objects to the compromise theory of the group licentiousness. Finally , this paper agrees with points of reserving of the group licentiousness.

Key word: the group licentiousness; controversy analysis; incriminating factor

目 录

摘 要.....	I
前 言.....	1
第一章 聚众淫乱罪的由来及存废之争.....	2
1.1 聚众淫乱罪的由来.....	2
1.1.1 聚众淫乱罪的前身.....	2
1.1.2 聚众淫乱罪是立法选择的需要.....	2
1.2 聚众淫乱罪的犯罪构成要件分析.....	3
1.2.1 聚众淫乱罪的犯罪客观方面.....	3
1.2.2 聚众淫乱罪的犯罪客体.....	4
1.2.3 聚众淫乱罪的犯罪主观方面.....	6
1.2.4 聚众淫乱罪的犯罪主体.....	7
1.3 聚众淫乱罪的经典案例与存废之争.....	7
1.3.1 肯定说.....	8
1.3.2 否定说.....	8
1.3.3 折中说.....	9
第二章 “否定说”的价值否定.....	10
2.1 “否定说”的不合理性——从秩序与自由的关系角度.....	10
2.2 “否定说”的不合理性——从无被害人犯罪与社会危害性的角度.....	12
2.3 我国不应盲目学习西方性聚会文化.....	14
2.4 驳“聚众淫乱罪与刑法的紧缩性不符合”的观点.....	15
第三章 “折衷说”的价值否定.....	18
3.1 驳“聚众淫乱罪与刑法的补充性不符合”的观点.....	18
3.2 驳“聚众淫乱罪与刑法的经济性不符合”的观点.....	20
3.3 聚众淫乱行为的形式没有区分公开式与秘密式的必要.....	22
第四章 “肯定说”的合理性分析.....	24
4.1 聚众淫乱罪的立法符合当前的立法政策思想.....	25
4.2 聚众淫乱罪的立法符合我国性文化观念.....	26
4.3 聚众淫乱行为的社会危害性及其延伸.....	29

4.3.1 聚众淫乱行为的社会危害性.....	29
4.3.2 聚众淫乱行为的复杂化发展.....	30
4.3.3 聚众淫乱行为与性病.....	31
4.4 聚众淫乱罪中疑难问题的界定.....	31
4.4.1 网上多人裸聊行为的定性.....	31
4.4.2 污秽表演的定性.....	34
参考文献.....	38
致 谢.....	40
攻读学位期间发表论文情况.....	41

前言

2010年5月20日上午,江苏南京市秦淮区法院对马尧海聚众淫乱案进行公开宣判,二十年来,马尧海等成为因犯聚众淫乱罪被科以刑罚处罚的首批人员。马尧海聚众淫乱案被媒体曝光之后,引起了社会各界的广泛关注,也成为民众惹眼讨论中的焦点问题。一石激起千层浪,学界开始了激烈的争论:

持“否定说”观点的学者认为应当废除聚众淫乱罪,理由如下:第一,聚众淫乱罪已干涉公民行使性权利。第二,认为聚众淫乱行为属于无被害人犯罪,其产生的社会危害性不大,不足以达到行为能入罪的标准。第三,聚众淫乱行为在国外很普遍,我国理应学习。第五,聚众淫乱罪与刑法的紧缩性所提倡的思想不相符合。

持“折中说”观点的学者认为聚众淫乱罪的立法也存在弊端,理由如下:第一,聚众淫乱行为的形式分为公开式的和秘密式的,秘密式的聚众淫乱行为应当无罪。第二,聚众淫乱罪的立法不符合刑法谦抑性中补充性和经济性所提倡的思想,其刑罚应该轻刑化。

持“肯定说”观点的学者认为应当肯定聚众淫乱罪的立法,理由如下:第一,聚众淫乱罪的立法顺应我国立法政策的基本精神。第二,聚众淫乱罪符合我国性文化观念的精神。第三,聚众淫乱罪的立法能是社会现实的需要。

本文根据以上的认识而展开研究的,从刑法基本知识、现代刑法价值、我国现实的国情、犯罪学原理进行深入的理论分析,对持“否定说”观点、“折中说”观点的学者所提出的意见进行逐一反驳,进而得出当下聚众淫乱罪的立法正当性的结论。笔者在研究过程中,密切与导师交流、查阅相关文献、搜集案例资料,结合自身所学知识,力争完成好这篇文章,以期消除对聚众淫乱罪错误理解的声音。

第一章 聚众淫乱罪的由来及存废之争

1.1 聚众淫乱罪的由来

回顾鉴往聚众淫乱罪，不仅有利于我们进一步理解本罪存在的意义，而且有利于我们在理论上与实践上做进一步完善。

1.1.1 聚众淫乱罪的前身

我国刑法第三百零一条规定了聚众淫乱罪¹，本罪来源于1979年刑法第一百六十条规定的“流氓罪”²。后来，全国人大常委会在《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》中增加规定，将危害程度特别严重的流氓类犯罪进行严惩，并且把流氓罪的法定最高刑提高到死刑³。从当时的法条规定中可以看出，“其他流氓活动”成为本罪的兜底范围，在当时环境下，这使得流氓罪变成一个典型的口袋罪。同时，由于法定的刑罚幅度从管制涵盖到死刑，刑罚幅度过宽易造成司法判案误差大。现行刑法取消了原有的流氓罪，增设了强制猥亵、侮辱妇女罪，聚众淫乱罪，引诱未成年人聚众淫乱罪等数十条罪名。从流氓罪到聚众淫乱罪是一种进步，因为这有利于司法机关对相关犯罪的打击：制裁犯罪更具明确性与更具针对性，

1.1.2 聚众淫乱罪是立法选择的需要

聚众淫乱罪从流氓罪中细化出来并不是一触而就的，而是有其社会原因，严格来讲将聚众淫乱罪在刑法典中细化出来的是我国立法政策的需要以及保护我国当时性文化观念的需要。首先，聚众淫乱罪是我国立法政策的需要。新中国成立以来，一方面，国家的法律及制度不健全，有较大的完善空间；另一方面，公民道德水平普遍不高，因而社会秩序处于不稳定状态。在这样的前提下，我国的立法政策提倡以社会本位思想为基础，倡导立法必须符合维护社会秩序稳定的中心思想。我国于上个世纪七十年代末迎来了改革开放，紧闭的国门得以重开，人们不断吸收新思想、新理念的精华，但与此同时

1 我国刑法第三百零一条规定：“聚众进行淫乱行为的，对首要分子或者对参加的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

2 1979年刑法规定的流氓罪：“聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节恶劣的，处七以下有期徒刑、拘役或者管制。流氓集团的首要分子，处七年以上有期徒刑。”

3 1983年9月2日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第1条第1项对刑法第160条的补充规定，即流氓集团的首要分子或者携带凶器进行流氓犯罪活动，情节严重的，或者进行流氓犯罪活动危害特别严重的，可以在刑法规定的最高刑以上处刑，直至判处死刑。

也在受到这把“双刃剑”的伤害。对于西方的性文化的糟粕部分，由于许多人对西方文化认识不深，认为洋文化都是正面的，不少人便对其盲目地膜拜与跟风，部分公民不慎受到了糟粕文化的不良影响，其中的不良影响便是使得性泛滥的现象一触即发。国家为了抑制这类坏势头的滋生，用聚众淫乱罪对聚众淫乱行为进行严厉地打击，一定程度上维护了社会秩序的稳定，这是我国立法政策的需要。

其次，聚众淫乱罪是保护我国性文化观念的需要。我国性文化观念认为，性道德是对个人道德好坏评价的决定性因素之一。而关于我国当时的性道德标准，有两大要点：第一，将个人和社会相联系；第二，将人格和个人的性行为想联系。若个人实施了不被主流社会所认可的性行为，就是人格品质恶劣，那么就必然会危害社会。在当时的立法环境下，聚众淫乱行为是不被主流社会所认可的性行为之一，若有人实施聚众淫乱行为，必然对社会造成严重危害，刑法理应对其进行规制，这也是立法者所期待的结果。

聚众淫乱罪在刑法典中细化出来不仅符合我国立法政策的需要，而且符合保护我国当时性文化观念的需要。

1.2 聚众淫乱罪的犯罪构成要件分析

对于聚众淫乱罪犯罪构成要件，本文将采用传统刑法理论的观点，用犯罪客观方面、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪主体组成的犯罪构成要件进行解析。

1.2.1 聚众淫乱罪的犯罪客观方面

关于聚众淫乱罪的犯罪客观方面，刑法学通说认为是“行为人实施了聚众淫乱行为⁴。”张明楷教授认为是“组织或聚集三人及以上群奸群宿（聚众奸宿）或进行其他淫乱活动。”⁵亦有学者将聚众淫乱行为表述为“公然藐视国家法纪和社会公德，聚集男女多人集体进行淫乱动作的行为。”⁶还有学者的观点是聚集、召集众多的人，进行性交、奸宿等淫秽动作的行为。⁷

细读上述定义，可将本罪的犯罪客观方面的特征归纳为四点——“聚众性”、“时间同一性”、“空间相对同一性”、“淫乱性”。首先在本罪中，“聚众”指人数必须在三人及以上，我国历来就有“三人成众”的说法，其形式多数以男女混合为主，但不排除以单

4 高铭喧，马克昌主编；赵秉志执行主编.刑法学（第五版）[M].北京：北京大学出版社，2011年：第549页。

5 张明楷.刑法学（第四版）[M]北京：法律出版社，2011年：第947页。

6 赵秉志.扰乱公共秩序罪[M].北京：中国人民公安大学出版社，1999年：第451页。

7 张穹.修订刑法条文实用解说[M].北京：中国检察出版社，1997年：389页。

性别的形式出现的情况⁸；“聚”取聚集、纠集之意，指行为人进行了策划、组织、指挥等召集的行为。其次，“时间同一”指行为人相互实施的行为必须处于某个同一的时间内，且该时间未被意义上地中断。若在此时行为人与甲发生了性行为，而在彼时行为人与乙发生了性行为，由于在时间被意义上地发生中断，那么将难以在人数上形成“众人”的特性，不符合“聚众”之意便不能认定为本罪的特征。再次，“空间相对同一”指行为人相互实施的行为必须发生在相对同一的空间内，使用“相对”的是因为，空间大小不阻碍行为的发生，只要行为人有意识的在此范围内实施该行为且符合其内心要求的，即是符合“空间相对同一性”。现实中出现了群体性聚会的行为，行为发生的场地绝不是一个密闭的小房间，还有第二个、第三个房间，按照司法实践该行为也触犯本罪，不能因该行为不发生在同一房间而否定其在特定空间的同一性。最后，行为具有“淫乱性”的特征。张明楷教授认为“淫乱行为除了指自然性交以外，还包括其他刺激、兴奋、满足性欲的行为……如从事手淫、口交、鸡奸等行为”。⁹高铭喧教授指出，淫乱行为还包括猥亵、鸡奸、兽奸等刺激和满足性欲的行为。¹⁰综上所述，本罪的犯罪客观方面是行为人藐视社会善良风俗，在同一时空内、相对同一空间内谋划、组织、纠集或参与三人及以上的淫乱行为。

1.2.2 聚众淫乱罪的犯罪客体

违法构成要件作为成立犯罪的一个要件，是要表明行为具有法益侵害性。¹¹关于聚众淫乱罪的犯罪客体（法益侵害），有如下主要的见解：第一，我国刑法理论通说认为是公共秩序，它囊括了两方面内容，分别是“公民在生活中交往时遵守的基本规则”、“公共场合的秩序”。前者是交往规则之规范，后者是纪律规则之规范。第二，有学者认为聚众淫乱罪的犯罪客体是性行为不应公开化的社会秩序。刑法规制聚众淫乱行为除了其违反了伦理秩序，还由于该行为侵害了社会大众对性的羞耻心，换言之，即是侵害了性行为不应公开化的社会秩序。第三，有学者认为本罪的法益侵害是涉及社会善良风俗的社会管理秩序。本章所讨论的社会管理秩序，是“国家机关对社会日常生活的管理活动而形成的有序状态¹²”，其中涉及了国边境管理、公共生活管理、社会善良风俗的维持等

8 虽然我国法律中并未明文对同性淫乱进行规定,但是,不论是同性淫乱还是异性淫乱,只要是足以引起社会上他人的性羞耻心,破坏了社会善良风尚的话,都是应当以犯罪处理的。

9 张明楷.刑法学（第四版）[M].北京:法律出版社,2011年7月:947页。

10 高铭喧,马克昌主编;赵秉志执行主编.刑法学（第五版）[M].北京:北京大学出版社,2011年8月:549页。

11 根据结果无价值论的基本立场,刑法的目的与任务是保护法益,违法性的根据是法益侵害及其危险。没有造成法益侵害及其危险的行为,即使违法社会伦理秩序,缺乏社会的相当性,或者违法了某种行为规制,也不能成为刑法的处罚对象。

12 周光权.刑法各论（第二版）[M].北京:中国人民大学出版社,2011年9月:第299页。

方面,他们认为聚众淫乱行为正是侵犯社会善良风俗的维持,而社会善良风俗正是社会整体发展和有序化发展的基础部分。¹³第四,还有学者认为是“国家对社会风尚的管理秩序”。¹⁴

对于第一种观点,本文欲提出不足。在学术探讨上,当细致研究到某一具体犯罪的法益侵犯何时,不仅要优先着眼本章罪中各罪的普遍类同性,又要兼顾到本章罪中,各罪之间的差异性。文中的“普遍类同性”体现为某一具体犯罪所侵犯的法益与其在本章节中的其他罪名所侵犯的法益属同一类别,比如以抢夺罪作为参照物,其所侵犯的法益要求与抢劫罪、盗窃罪等同章节的罪名所侵犯的法益属同一类别,均为公私财产所有权。而文中的“差异性”体现为某一具体犯罪所侵犯的法益能区别于同类罪名所侵犯的法益。仍以抢夺罪作为参照物,抢夺罪与抢劫罪的差异之一是后者还多了对他人人身权利的法益侵犯;又如抢夺罪与盗窃罪虽然侵犯的法益均是公私财产所有权,但是在侵犯公私财产所有权的程度上(具体数量上)还是有较大不同。同理,聚众淫乱罪被纳入妨害社会管理秩序罪这一章的扰乱公共秩序罪这一节,若采取第一种观点的说法,简单地将本罪的法益侵犯认定为公共秩序,那么,便忽略了上述的“差异性”,无法突显本罪在此章此节的独立性,不利于区分本罪与本章中其他罪的关系。笔者认为应当在第一种观点的基础上进一步具体化。

对于后三种观点,本文均有认同之处。首先,后三种观点均对通说观点(第一种观点)进行了修饰,更加明确了侵犯公共秩序的具体领域,注重了上文所述的“差异性”。其次,在“修饰”的基础上,达成了一致的认识:社会经过一段时间的发展,会析出为社会大多数人所认可的沉淀,而这种沉淀可理解为千百年流传的民情风俗或社会价值观,人们对不符合价值观要求的行为持摒弃态度——对公开性聚众淫乱的行为,认为是伤风败俗的。

认同之余,本文认为第二种观点的表述与第三、第四种观点的表述相比,说法显得有些偏颇,本罪规制的是“聚众的性行为”,意在强调同一时空、某一相对空间内人数众多的性行为所带来的负面社会影响,其方式是公开或是非公开的并不能阻却本罪的成立。因而,第二种观点虽然对“行为侵犯的社会秩序”进一步具体化,但却未能修饰得准确。

对于第三、第四种观点,应该用“风俗”或是“风尚”,是有待于斟酌的。“风俗”一词最早记录的文献有:《吴越春秋·吴太伯传》:“公刘避夏桀于戎狄,变易风俗,民

13 张明楷. 刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2011年7月:第947页。

14 高铭喧,马克昌主编;赵秉志执行主编.刑法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社,2011年8月:第549页。

化其政。”¹⁵《管子·法法》：“况主据傲易令，错仪画制，变易风俗，诡服殊说犹立。上不行君令，下不合于乡里，变更自为，易国之成俗者命之曰不牧之民。”¹⁶《荀子·正论》：“风俗之美，男女自不取于涂，而百姓羞拾遗。”¹⁷现代而言，又有：凡总括一地域或一时代人民生活的一切现象，而以价值意义评判的，谓之风俗。¹⁸“风俗”指人们作为一个社会群体世代传承、相沿成习的生活模式，它是一个社会群体在心理、语言、行为方面的习惯。¹⁹贯古今，“风俗”一词携带有政治色彩。对于“风尚”一词而言，在《辞海》一书中，对“风尚”的解释如下：“①风格、气节，如《晋书·傅咸传赞》中所言：“长虞（傅咸字）刚简，无亏风尚”；②犹风气。如：时代风尚。《宋书·臧焘传》：“岂可不敷崇坟籍，敦厉风尚。”²⁰“风俗”与“风尚”一对比，前者显得更为贴切，原因是“风俗”有更浓烈的政治意蕴，在古代法律的出台除了要求符合民意，更为重要的是顺应政治风向，法律自古以来与政治息息相关，本罪的法益侵犯用“风俗”一词更耐人寻味。

综上所述，本文认为本罪所侵犯的法益是涉及社会善良风俗的社会管理秩序。

1.2.3 聚众淫乱罪的犯罪主观方面

关于本罪的罪过形式，刑法学通说认为是故意，一般情况下，难以认为间接故意可以构成本罪的罪过形式。因为，犯罪的间接故意在认识特征上表现为“明知自己的行为可能发生危害结果”，而在意志特征上表现为“放任危害结果发生的心态”。就聚众淫乱行为而言，需要意识深入的行为配合，并且行为人对行为的发生要求是“积极追求”的心态，“放任”的形态显然不能促成聚众淫乱行为。因而，更具体的说，本罪的罪过形式是直接故意。行为人明知道自己策划、组织、纠集三人及以上实施的性行为会给社会风俗带来严重的负面影响，并积极追求该危害结果发生的心理态度。

1.2.4 聚众淫乱罪的犯罪主体

聚众淫乱罪的责任年龄必须是十六周岁以上，我国刑法第十六条²¹已经明确规定了刑事责任年龄。可是又有两种例外情形：第一、若行为人甲（男性年满十六周岁；首要分子）与另外两个行为人（女性未年满十六周岁）发生聚众性行为，甲也不应该认定为

15 张觉. 吴月春秋校注[M]. 岳麓书社, 2006 年:第 6 页。

16 戴望. 管子校正·法法, 诸子集成[M]. 中华书局, 1954 年:第 88-89 页。

17 王先谦. 荀子集解, 诸子集成[M]. 中华书局, 1954 年:第 108 页。

18 邓子琴. 中国礼俗学纲要[M]. 中国文化社, 1947 年:第 6 页。

19 钟敬文. 民俗学概论[M]. 上海文艺出版社, 1988 年:第 1 页。

20 辞海编辑委员会. 辞海[M]. 上海:上海辞书出版社, 2003:第 284 页。

21 我国刑法第十六条第一款规定：“已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。”

本罪，按照我国刑法第三百零一条第二款的规定，应该被认定为引诱未成年人聚众淫乱罪。二、若行为人乙（男性年满十六周岁）与另外两个行为人（甲明知女性未年满十四周岁）发生聚众性行为，甲不能认定为本罪，此类情况属于想象竞合犯，甲应当定强奸罪。²²

1.3 聚众淫乱罪的经典案例与存废之争

江苏省南京市秦淮区法院于2010年5月20日对马尧海等聚众淫乱案进行公开宣判，因马尧海始终对行为的社会危害性缺乏正确认识，法院决定对其判处有期徒刑三年零六个月，而其它人则认罪态度较好，被判处缓刑到三年零六个月不等刑罚。马尧海聚众淫乱案被媒体曝光之后，由于他是某大学的教授，加之一直坚持“换偶无罪”而引起了社会各界的广泛关注，也成为民众惹眼讨论中的焦点问题。社会上人们对首例“换妻案”判决的意见结果是：赞成“换妻案”入罪的声音大于反对“换妻案”入罪的。但是，反对“聚众淫乱罪入罪”的学者借此“做文章”，他们认为1997年刑法将聚众淫乱罪单独成罪，二十年来司法机关是首次据此判处犯罪人刑罚处罚，他们提出了不少质疑：“聚众淫乱行为的发生率是否极低”、“聚众淫乱罪是否无立法必要”、“如何使之更能满足当代社会的需要”等等。

近年来，聚众淫乱罪的存废问题逐渐引起公众的关注与学者们的讨论。为了消除质疑聚众淫乱罪立法的声音，不少学者做了大量的功夫，本文列出肯定说的论据，有利于人们对聚众淫乱罪立法的合理性有目共睹。同时，本文也列出了否定说与折中说的论据，以便人们对其观点的不合理性进行反思。

1.3.1 肯定说

该学说肯定聚众淫乱罪的立法。持“肯定说”观点的学者认为聚众淫乱罪应当继续保留沿用，我国现行刑法规定对违反本罪的行为人进行相应的刑罚处罚。持“肯定说”观点的学者认为聚众淫乱罪具有严重的社会危害性（法益侵害性），不仅严重破坏社会管理秩序，而且伤害公众的性羞耻心、有悖于人与人正常的交往方式。刑法对此类行为

²² 一个行为触犯了数个罪名，按照我国刑法理论界通说主张按“从一重处断原则”处理，即依照行为触犯的数个罪名中法定刑较重的犯罪定罪处刑。我国刑法第二百三十六条规定：“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。”我国刑法第三百零一条规定：“聚众进行淫乱行为的，对首要分子或者对参加的，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，依照前款规定从重处罚。乙从重处罚应该认定为强奸罪。

进行规制是为了保证国家对社会日常生活进行管理以及社会秩序的有条不紊。

持“肯定说”观点的学者认为存留聚众淫乱罪的理由如下：第一，聚众淫乱罪的立法符合我国立法政策的基本精神。如今，中国仍处于社会主义初期阶段，社会道德水平普遍不高，理想中有条不紊的社会秩序仍在努力创造，该条法律的存留在相当程度上可以有效打击当今社会影响我国性文化善良风俗的不稳定因素，符合我国立法政策的基本精神——维护社会秩序的稳定。第二，聚众淫乱行为与我国传统伦理道德观念违背的，这类行为会激起公众的厌恶与愤恨，严重伤害性羞耻心。²³第三，聚众淫乱罪的立法能是社会现实的需要。

1.3.2 否定说

该学说认为聚众淫乱罪应当废除，持“否定说”观点的学者认为虽然聚众淫乱行为是一种不符合传统观念的性活动，但是性权利作为人们的基本权利，性权利是可以由权利人随其愿而自由支配，同时聚众淫乱行为的参与者均是出于自愿的，其所造成的社会危害性（法益侵害性）较小，尚未达到刑法所限制的严重程度，因而聚众淫乱行为只能被看做是一种行为人行使性权利的非常态行为，刑法不能处罚这类行为。

2010年李银河教授在两会中指出：“不能用法律尤其是刑法来解决道德问题，也不能用一部分公民的此生活方式作为标准来订立法律进而规制另一部分公民的彼生活方式。同时，取消聚众淫乱罪后对社会风气产生负面影响的担心也是多余的，因为二十几年来，这个法律实际上已经不适用了，我们几乎没有一例按此法判刑的案例了，所以它的取消对社会风气应当是没有影响的。”与此同时，李银河教授还提交了《关于在刑法中取消聚众淫乱罪的提案》，其主张废除聚众淫乱罪的理由有：第一，此类活动下公民是基于自愿而参与的。第二，女性自愿与男性发生性关系的权利应受到法律保护而非惩罚。第三，在西方此类活动属于正常社会生活中的一部分。第四，刑法第三百零一条常常“备而不用”，应当予以取消，以维护法律的权威性²⁴。除此以外，还有一些持否定说观点的学者从法益是否遭到侵害的角度出发提出质疑，“其（聚众淫乱罪）侵犯的法益应为‘公共秩序’，那么多对夫妻在征得对方同意的情况下，在私密的场所进行涉及公民私密的‘换妻行为’是否侵害了公共秩序？”²⁵

持“否定说”观点的学者认为应当废除聚众淫乱罪，理由如下：第一，聚众淫乱行

23 赵秉志主编.扰乱公共秩序罪[M].北京:中国人民公安大学出版社,2003年.第431-432页。

24 李银河.关于取消聚众淫乱罪的提案[J].法制资讯,2010年第4期.第68页。

25 杨成.换妻——制裁还是宽恕[J].检察风云,2010第9期.第57页。

为涉及公民性权利的行使，性权利是宪法赋予公民的一项基本权利，聚众淫乱罪已经干涉公民性权利的行使了。第二，认为聚众淫乱行为属于无被害人犯罪，其产生的社会危害性不大，不足以达到行为能入罪的标准。第三，聚众淫乱行为包括公开式聚众淫乱行为和秘密式聚众淫乱行为，二者的社会危害性（法益侵害性）不可“等量齐观”，即便处以刑罚也要加以轻重区分。第四，聚众淫乱行为在国外很普遍，如今经济全球化给世界各国提供了更多交流的机会，世界各国在政治、经济、文化、社会生活方面互相作用互相影响，对于性文化开放式发展变化的问题属于客观规律，应当尊重这种规律。第五，聚众淫乱罪与刑法的紧缩性所提倡的思想不相符合。²⁶

1.3.3 折中说

对于聚众淫乱罪存废的问题，持“折中说”观点的学者认为当下聚众淫乱罪存在一定弊端，虽然应该保留一部分内容，但与此同时同时对另一部分内容要进行修改。持“折中说”观点的学者认为，聚众淫乱行为的形式应该分为秘密式的与公开式的，公开式的聚众淫乱行为对社会的秩序以及善良风俗造成了较大程度的负面影响，具有严重程度的社会危害性（法益侵害性），构成刑法意义上的犯罪；秘密式的聚众淫乱行为由于行为人是自愿的，场所在相对隐蔽的空间，难以为社会公众所察觉，社会危害性（法益侵害性）较小，应当无罪。

持“聚众淫乱罪折中说”观点的学者认为聚众淫乱罪的立法应做变化，理由如下：第一，聚众淫乱行为的形式分为秘密式的与公开式的，秘密式的聚众淫乱行为由于行为人是自愿的，场所在相对隐蔽的空间，难以为社会公众所察觉，社会危害性（法益侵害性）较小，应当无罪。第二，聚众淫乱罪的立法不符合刑法谦抑性中补充性和经济性所提倡的思想，其刑罚应该轻刑化。

26 李银河.关于取消聚众淫乱罪的提案[J].法制资讯, 2010年第4期.第68页。

第二章 “否定说”的价值否定

2.1 “否定说”的不合理性——从秩序与自由的关系角度

将某种违法行为认定为犯罪是一种价值判断,是立法者为了实现某一目的而设定的价值判断,立法者将聚众淫乱行为纳入刑法典,将聚众淫乱罪编排到妨碍社会管理秩序罪的章节,是为了实现维护社会的良好风尚和保护社会的公共秩序的目的。然而,持“否定说”观点的学者却片面地认为,性权利是宪法赋予公民的一项基本权利,公民实施聚众淫乱行为是其行使性权利的一种表现,聚众淫乱罪的立法不能为了维护社会秩序而阻碍公民性权利的正常行使。

对于上述论据,有一个问题是值得深思的,即:维护社会的良好风尚和保护社会的公共秩序是否已经干扰公民的性权利行使。

此问题涉及秩序与自由的关系。关于“秩序”的含义,“秩序”一词由“秩”与“序”组构,在我国古代汉语中,“秩”²⁷具有“常规”、“稳定”之意,“序”²⁸具有“次序”、“连续”之意。具体而言,秩序是指社会组织制度、结构体系和社会关系的稳定性、规则性和连续性。而“自由”²⁹具有“不受约束”之意,自由是人和客观世界互相并存中所争取的一种相对独立的状态。“在社会中,秩序与自由的关系问题事关人类生存与发展的基本问题,若不妥善解决,人类社会的生存和发展就会陷入困境——不是在追求自由中陷于动荡,就是在追求秩序中丧失自由。”³⁰

马克思认为:“法律是肯定的、明确的、普遍的规范,在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于个别人的任意的性质。”提出秩序与自由相冲突的论者显然是没有拜读过或理解错马克思的名言,进而对自由的含义产生了两个误解:误解之一是认为,自由是社会主体一切需求的任意;误解之二是认为,自由是社会主体个性的肆意发挥。显然,对于自由的这两种认识都是片面与偏激的。“认为秩序与自由相互冲突的观点,是割裂了二者的内在相互联系,是将秩序与自由相互对立,是将社会主体选择的自主性与规定性、差别性与统一性、多样性与一致性等等对立起来。”³¹实质上,马克

27 《诗经·小雅》载:“宾之初筵,左右秩秩。”其中的“秩”便是常规之意。

28 根据东汉思想家郑玄在《周礼》的注释:“序,第次其先后大小。”其中的“序”便是次序之意。

29 从哲学层面讲,自由意味着对必然性的把握和对客观规律的认同;就法学意义而言,自由指的是在国家权力允许的范围内活动。

30 麻美英:规范、秩序与自由[J],浙江大学学报(人文社会科学版),2000年第30卷第6期:第119页。

31 龙文懋:“自由与秩序的法律价值冲突”辨析[J],北京大学学报(哲学社会科学版),2000年第4期:第191页—第192页。

思的这句名言精辟地概括了秩序与自由的关系。对于马克思这句名言,本文是这样解读的:既然自由具有“不取决于个别人的任意的性质”,那么即是说自由不是任意的,而是应该受到拘束的。自由的非任意性是在“肯定的、明确的、普遍的规范中(法律秩序中)获得,进一步说明自由的实施须得以法律秩序为前提保障。

秩序是自由的保障。一方面自由的范围不是无限放大的,而是存在相对的空间内,这种相对的概念由秩序所划定,法律允许人们享有充分的自由,但是人们所享有的自由必须在秩序圈定的范围内;另一方面秩序对侵犯他人自由的行为予以制裁,当行为人追求自身自由超出秩序划定的范围,秩序会对自由进行约束,从而保障社会整体自由的实现。

自由必须以秩序为限度。每当人们想享受自由,不应该被“放任”的概念所误导与迷惑,而应首当其冲地产生“限制”的概念。“自由属于全体成员的自由,自由必须源于不侵犯他人权益的行为,只有对不法行为施加限制,社会整体才能在社会和谐的行为中获取自由。”³²“自由”绝不能和“为所欲为”划等号,自由也绝不是放任的自由,自由必须具有一定限度,而这个限度就是秩序。自由不能是绝对的,自由永远是相对意义的自由,行为人的自由必须在法律秩序的允许范围内进行。当下,每个社会主体都过着有组织、有纪律的社会生活,都必须受社会秩序的相应制约与约束,社会主体想要获得正当化的自由,就必须经得社会生活中的相应规则(法律秩序)的认同,彻底摆脱秩序拘束的社会主体是不存在的,每个社会主体欲获取相对的自由生活只能以接受相应的拘束为代价。秩序与自由是相统一的,两者并不相互冲突。因而,秩序的维护与自由的行使相冲突的观点是不能站住脚的。

回归上述的深思问题,诚然不应反对公民自由实施性权利,但是公民性权利的实施不能为所欲为。当公民实施性权利时,应首当其冲地产生“受社会秩序限制”的概念,应该将社会及他人的利益考虑进去,性权利的实施不能侵犯社会及他人的既有利益。只有在不侵犯社会利益及他人利益的前提条件下,公民的自由才得以正当化。但是聚众淫乱行为却是公民肆意行使其性权利的结果,聚众淫乱行为已超出行为人该有的自由限度,理应受到约束,聚众淫乱罪的“干涉”便是理所当然的。因而,本文认为,“维护社会的良好风尚、保护社会的公共秩序”与“公民行使性自由权”并不冲突,维护社会的良好风尚和保护社会的公共秩序并不会干扰公民行使性自由权的实施。本文不能认同“否定说”的该条论据。

32 [英]霍布豪斯著:自由主义[M],朱曾汶译,商务印务馆,1996年:第52页。

2.2 “否定说”的不合理性——从无被害人犯罪与社会危害性的角度

该说认为聚众淫乱行为是一种无被害人犯罪，聚众淫乱行所产生的社会危害性不大，该程度远比一般犯罪的社会危害性程度低，据而认为“聚众淫乱行为入罪”的观点及现状存在有不妥之处。学界对“无被害人犯罪”的理论研究不深，大多数国内学者采用美国学者埃德温·舒尔的观点，1965年埃德温·舒尔在《无被害人犯罪》一书中指出无被害人犯罪是指“成年人之间依自由意志积极交换的行为，如果属于不为社会承认且被法律所禁止买卖的物品或服务，即构成‘无被害人犯罪’。”³³

然而，关于上述的论据，本文认为误点有二：误点一，通过证明聚众淫乱行为属于无被害人犯罪，进而证明其社会危害性不大的证明方法不准确。误点二，认为“聚众淫乱行为社会危害性较小”的观点不正确。

对于上述的误点一，本文认为反驳理由有二。理由之一是，用犯罪学的理论跨学科证明刑法学的概念，这样的证明方法证明力低。查阅数个版本的全国高等学校法学教材，暂无一本《刑法学》在刑法总论里正式编入过“无被害人犯罪”的理论，严格意义上来讲“无被害人犯罪”不属于刑法学的范畴，著名犯罪学教授康树华在《犯罪学——历史、现状、未来》一书中指出“无被害人犯罪是犯罪学学科的一个概念，是未经刑法评价过的具有社会危害性的行为。”³⁴学者肖怡也认为，对于无被害人犯罪，我国刑法一直保持着谨慎的态度，未将犯罪学意义上的无被害人犯罪规定为刑法中的犯罪。³⁵犯罪学与刑法学是两门学科，用无被害人犯罪这个犯罪学的理论来衡量刑法学意义的“社会危害性”的大小，实在是失偏颇。证明某违法行为已经具备刑法不能容忍的社会危害性，必然是刑法学的“专利”，但是，持“否定说”观点的论者却贸然用犯罪学的理论来证明刑法学的问题，实在是不够严谨。理由之二是，用我国尚未研究成熟的理论来证明，得出的结论有失准确性。在我国犯罪学领域内，学者们不仅对于无被害人犯罪的定义、种类等各方面概念问题鲜有论述、研究深度不够，而且对无被害人犯罪概念等综合问题也没有形成相当程度的一致认识，那么注定了无被害人犯罪仍是犯罪学领域的研究死角。持“否定说”观点的论者用我国尚未研究成熟的理论来衡量其违法行为社会危害性的大小，其论证的严谨性实在难以认可。

对于上述的误点二，本文不能认同。高铭喧教授认为，衡量社会危害性轻重大小可

33 大谷实.形势政策学[M].黎宏译.北京:法律出版社,2000年:第345页。

34 康树华.犯罪学——历史、现状、未来[M].北京:群众出版社,1998年.第44页。

35 肖怡.“轻轻重重”刑事立法政策——规制无被害人犯罪的理性选择[J].环球法律评论,2008年第4期:第70—71页。

以通过某些因素进行一定程度的量化,有以下三个衡量因素:第一,违法行为所侵害的犯罪客体;第二,违法行为的手段、后果严重程度、时间条件、空间条件;第三,违法行为人的主观因素及客观现实情况。³⁶结合高铭喧教授的观点分析聚众淫乱行为:第一,聚众淫乱行为已经侵犯了聚众淫乱罪所保护的犯罪客体——涉及社会善良风俗的社会管理秩序。第二,行为人实施聚众淫乱行为,表达出下流、淫秽的思想,且人数往往超过三个人,危害后果严重。第三,对实施聚众淫乱行为后所造成的危害结果,行为人持积极追求的态度,主观因素是表现出反社会的恶劣心态。显然,聚众淫乱行为已经具备犯罪的社会危害性。肖洪教授在《论刑法的调整对象》一书中提到:“犯罪的社会危害性具体包括客观损害、主观恶性和人身危险性,”³⁷判断社会危害性大小可通过上述三个标准衡量。结合肖洪教授的观点分析聚众淫乱行为:首先,从客观损害方面分析,聚众淫乱行为侵犯了涉及社会善良风俗的社会管理秩序,并且这种行为已经造成了客观的、现实的损害。其次,从主观恶性方面分析,行为人实施聚众淫乱行为,其主要的心态是对刑法所保护的基本价值表现出极端冷漠、蔑视的对立态度,认为涉及社会善良风俗的社会管理秩序自己可以肆意打破。最后,从人身危险性方面分析,聚众淫乱行为因参与的人数需三人以上,且按照司法实践经验,一般而言,行为人不只实施一次该行为,其人身危险性大。如此看来,聚众淫乱行为确已具有入罪程度的社会危害性。

本文综合上述的观点,总结出持“否定说”观点的学者此条论据有两个误区,其一是证明方法缺乏严谨性,错误地用犯罪学的理论证明刑法学中的概念,以及错误地用我国尚未研究成熟的理论进行论证。其二是认为“聚众淫乱行为社会危害性较小”的观点错误。因而,本文不能认同持“否定说”观点的学者所提出的“聚众淫乱行为是一种无被害人犯罪,进而其社会危害性不大,刑法不应对其规制”的观点。

2.3 我国不应盲目学习西方性聚会文化

李银河教授在《关于在刑法中取消聚众淫乱罪的提案》中主张了废除聚众淫乱罪的理由,其中理由之一就是:在西方,我国所称的聚众淫乱行为又称“性聚会”,此类行为属于正常社会生活中的一部分。³⁸支持“否定说”观点的学者认为,如今随着政治、经济、文化、社会生活等各方面全球化,世界各国之间相互影响,既然“性聚会”能被

36 高铭喧、马克昌主编;赵秉志执行主编.刑法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社;高等教育出版社,2011年.第45页。

37 肖洪.论刑法的调整对象[M].北京:中国检察出版社,2008年:第168页。

38 李银河.关于取消聚众淫乱罪的提案[J].法制资讯,2010年第4期.第68页。

西方国家接受,那么在我国范围内也要学习西方国家包容的态度,出现“性聚会”不应大惊小怪。

本文不能认同上述的观点。首先,“全球化”³⁹并不能与“西方化”⁴⁰划等号。“全球化”又称“全球现代化”,更倾向于褒义的价值评判;而“西方化”是地域国家的社会进程所表现出来的人文精神特征,会随着时代的发展而或褒或贬,冯友兰教授指出,西洋文化之所以是优越的,并不因为它是西洋领域的,而因为它大部分所呈现的是近、现代的先进思想。⁴¹我国力求向全球现代化看齐,全球现代化既包括西方现代化也包括东方现代化,着重吸收现代化的先进思想,若认为力求全球现代化就是力求西方化,则是片面的观点,因为西方化不是全球现代化的唯一模式。其次,“全球化”也不意味着“完全模仿西方化”。诚然,大部分西洋文化符合现代化先进思想,可是西方文化也尚未完全高度现代化,并不排除其中存在糟粕的成分。若学习西洋文化前不经仔细斟酌,摘取到其糟粕部分,结果是与其初衷背道而驰的。最后,学习先进文化是为了改善旧貌,取西洋文化精华也要“对症下药”。或许某套先进思想对于西方国家是有成效的,但不一定能在我国发挥其先进作用。例如西方推崇“个人主义”,从客观角度出发,“个人主义”并不是腐朽思想,其也有先进的一面,只是放在我国而言,结合我国国情所提倡的“集体优先”、“团结就是力量”的精神,西方所推崇的“个人主义”便不那么适合了。在对待性的基本态度上,中西两方是有所区分的。在西方大多数国家,人们对性的基本态度是偏向注重性行为的过程,通过性行为来获取个人的欢乐;而在中国,国人对性的基本态度是偏向注重性行为的结果,认为以生育为目的、以维系婚姻关系为目的的性行为才是合情合理的。结合西方的性聚会文化来述,对于上述西方人而言,性聚会是娱乐消遣的方式,他们通过性聚会来获取个人的欢乐;但是对于我国人们而言,参与性聚会来纵肆淫欲的行为是与我国主流文化对性的基本态度不符合的。另外,性道德自古以来备受国人的重视,在《礼记·曲礼》中有“男女授受不亲”之说,亦可在《程氏遗书》卷二十二中查到“然饿死事极小,失节事极大”,“内外不共井,不共浴室,不共厕”成为家喻户晓的邻里道德准则。因而,在中国主流社会中,但凡涉及“性”字眼的交流,大多数人都会选择避而不谈或点到即可,在国人的性文化观念里埋藏着“内敛”、“含蓄”、“男女授受不亲”的思想。或许在西方国家“性聚会”是合情合理的,也算不上“糟粕”,但是“性聚会”是与我国社会所倡导的主流文化格格不入的,我国没有必要盲目地学习

39 罗天虹教授在《全球化是西方化吗?》一文中指出:全球化是指世界各个部分之间的相互联系与依赖日益密切、相互渗透与融合不断加强和全球一致性的因素不断增长这一现象、过程和发展趋势。

40 西方化是指一国在社会发展过程中所呈现出来的西方特征。

41 罗荣渠.现代化新论[M].北京:北京大学出版社,1993年,第338页。

某些西方文化,没有必要将“性聚会”移植我国社会当中。

2.4 驳“聚众淫乱罪与刑法的紧缩性不符合”的观点

持“否定说”观点的学者们认为,刑法已经过度干涉公民的生活,刑法的作用应当只是维持社会必要的生存条件,聚众淫乱罪的立法与刑法谦抑性的某个基本内涵——刑法紧缩性的精神不符合,进而认为聚众淫乱罪的立法应当废除。对于上述观点,本文认为是片面的。关于刑法谦抑性的基本内涵⁴²,陈兴良教授在《刑法的价值构造》(第二版)一书中提出了刑法谦抑性的价值蕴涵有三个:刑法的紧缩性、刑法的补充性、刑法的经济性。第一,刑法的紧缩性表现为,在文明的社会里形成一个趋势——刑法在整个法律体系中所占的比重逐渐降低。第二,刑法的补充性是社会出现的纠纷一般由统制手段调和,当现时的统制手段过于强烈或不充分时,才能启动刑罚,寻求刑法的介入。第三,刑法的经济性,陈兴良教授又称其为刑法的节俭性,即以最小的刑法成本⁴³投资换取最大的刑法收益⁴⁴。⁴⁵

本文认同陈兴良教授所提出的刑法的紧缩性价值,但不认同持“否定说”观点的学者所提出“聚众淫乱罪的立法不符合刑法的紧缩性精神”的观点。刑法的紧缩性是刑法追求的一种价值,要求刑法以社会为本、以权利为本,以人为本,它具有贴近人性的特征,以宽和、谦厚的态度处事度人,尊重人的尊严与自由,促进人与社会的稳定发展。刑法的紧缩性所提倡的思想是刑法在整个法律体系中刑法所占的比例应当逐渐减少,达

42 学界中有不同的说法:

张明楷教授在《刑法格言的展开》一书中提出刑法的谦抑性具有两层内涵:一是弄清启动刑法的根据,即要求满足什么具体规则才能够实现刑法的谦抑性。二是实现观念由重刑优于轻刑到轻刑优于重刑的转变,即对犯罪分子追求其刑事责任时,若较轻的刑罚足以达到罚当其罪的结果就不需要启动较重的刑罚。学者王明星在《刑法谦抑精神研究》一书中提出了三方面内容:首先,刑法的有限性。其次,刑法的迫不得已性。最后,刑法的宽容性。莫洪宪教授在《中国刑事法杂志》发表的《刑法谦抑主义论纲》一文中指出,刑法的谦抑性有三个基本内涵:首先,刑法调整范围的不完整性。其次,刑法统制手段的最后性。最后,刑法制裁方式发动的克制性。孙国祥教授在《江海学刊》发表的《WTO 语境下的刑法观念重构》一文中指出,应从特点方面提出刑法谦抑性的四点基本内涵:第一,制定具体的刑法应该体现社会上一般人的要求与意愿。第二,行为构成犯罪的应然性。第三,调整手段的不可替代性。第四,不会过分牺牲公民的自由。

43 引用熊永明、胡祥福教授的观点,所谓刑法成本是指刑法自身成本以及所引起的导致的有关费用的支出或不必要的代价的总和。即一个国家或社会在犯罪问题上的所有损失、浪费、开支、花销的总和,即包括实施犯罪行为的开销和伴随犯罪案件发生而直接出现的财产损失或医疗费用,还包括犯罪导致的各种间接、长期的损失和支出,为预防犯罪在此发生所花费的开销以及刑事司法部门抓捕、审讯和关押罪犯所需要的费用等。

44 引用熊永明、胡祥福教授的观点,所谓刑法收益也称刑法效益,是指从刑法的成本与效益的比例关系出发,尤其是从刑法自身成本与收益之比出发,以最佳的最少的刑法的成本投入,尤其是最少的刑法自身成本的投入,获得最佳的最大的收益。其包含两个基本要素:一是刑法成本投入的最小化,也即在能够取得立法者主观上追求目标的实现所需的各种可供的不同量的刑法成本投入中,选择最有效、罪合理的刑法成本投入,尤其是刑法的自身成本的投入,使刑法成本的投入量不足或过剩。二是立法者主观上锁追求的目标在客观上能够最大限度地实现,即节省刑法成本投入固然重要,但刑法成本的投入必须控制在不妨碍立法者所追求的目标在客观上的实现,而且在能够有效地达成目标前提下节省刑法成本的开支。

45 陈兴良.刑法的价值构造(第二版)[M].北京:中国人民大学出版社,2006年:第292—356页。

到理想状态后,“刑法的作用就限于维持社会必要的生存条件。”⁴⁶“同时刑法紧缩性还传递“以轻刑达到刑罚目的,谨慎使用重刑”、“刑法干涉公民生活必须有度”的思想。

对于“聚众淫乱罪的立法不符合刑法的紧缩性精神”的观点,本文认为是片面的,理由有两个:

第一,当下我国的社会文明程度尚未达到上述的理想标准,使刑法仅仅用来维持社会必要的生存条件还为时过早。社会的文明程度并不是无形的,它反映了社会大众在日常生活中的方面与点滴,社会的文明程度是社会大众精神文化状态的镜面成像。如今,我国的社会文明程度经过代代人的努力已经有了显赫的提高,并且随着时代向前发展,我国的社会文明程度将往上升一个层面。但是,我国正处于社会主义初级阶段,大部分地区的经济仍不发达、国民的素质水平偏低,导致我国大部分地区的社会文明程度未达理想标准,各种犯罪的现象仍时常发生。很明显,持“否定说”观点的学者忽略了我国的这一个缺陷,正是这一条件的缺失,注定了刑法以外的其他部门法不适宜调整矛盾尖锐的社会关系,那么要求刑法仅仅用来维持社会必要的生存条件确实是为时过早。与西方先进发达国家的社会文明程度相互对比,虽然我国的社会文明程度有十分大的潜力对其反超,但在现实中我们仍是略逊一筹。事实上,西方先进发达国家的社会文明程度也未到达理想化标准,也仍需要刑法来调整各种矛盾尖锐的社会关系。在当下,若以强硬的手段将聚众淫乱罪的立法废除,那么涉及社会善良风俗的社会管理秩序将遭到聚众淫乱行为严重的侵犯,因为不能期待每个公民都严格遵守日常行为准则,并且刑法以外的其他部门法暂无能力去规制社会危害性较大的违法犯罪行为。实现刑法的紧缩性是个漫长的过程,需要国家和人们的不懈努力,持“否定说”观点的学者“拔苗助长”的做法是极之不明智的,也是不科学的。

第二,虽然刑法紧缩提倡刑法在整个法律体系中所占的比重应逐渐减少,但这并不意味着这被减少的部分不具有限制,被缩减的部分必须重刑主义的刑法立法。换言之,被缩减的刑法是属于过于严厉、过多干涉社会成员生活的刑法。那么聚众淫乱罪是否属于过于严厉、过多干涉社会成员生活的刑法立法,是否应该被缩减?这是涉及刑法边界的问题。那么,启动刑法调整社会关系的标准是什么,从古至今学界有过不少探讨。边沁基于功利主义的指导思想,归纳了四种不应当适用刑罚的情况:滥用之刑、无效之刑、过分之刑、昂贵之刑。⁴⁷美国学者帕克归纳了值得科处刑罚的六种情况:(1)明显对社

46 陈兴良.刑法的价值构造(第二版)[M].北京:中国人民大学出版社,2006年:第300页。

47 滥用之刑指恶性刚刚超过由扶绥善性所产生的可补偿性时,不应适用刑罚,否则就是滥用之刑。无效之刑指那些对一直毫无效用,因而无法预防相似行为的刑罚。过分之刑指若原来可通过更温和的手段就能获得同样效果,却适用刑罚。昂贵之刑指使得刑罚之恶超过罪行之恶。

会构成威胁,不能被主要的社会阶层容忍的;(2)符合刑罚目的的刑罚;(3)对这种行为进行控制不会导致禁止对社会有利的行为;(4)对这种行为能无差别对待的;(5)在刑事诉讼上处理这种行为,不产生质、量负担的;(6)除了适用刑罚别无他法的。⁴⁸陈兴良教授介绍了不应适用刑法解决冲突的两个条件:第一,不具备严重社会危害性的行为;第二,制裁该危害行为,尚未达到无可避免地适用刑罚处罚的程度时。按照陈兴良教授的说法,反面得出动用刑法解决冲突的条件是:第一,出现具备严重社会危害性的行为;第二,制裁该危害行为,无可避免地达到适用刑罚处罚的程度。回归疑问“聚众淫乱罪是否过多干涉社会成员生活,是否应该被缩减”,本文的回答是否定的:首先,聚众淫乱罪的立法尊重男女双方公民的性自由权利,聚众淫乱罪调整的只是因公民滥用性自由权利而侵害社会善良风俗、扰乱社会秩序的行为,这样的违法行为属于上述美国学者帕克所言的“不能被主要的社会阶层容忍的”、属于上述陈兴良教授所言的“具备严重社会危害性的”行为。其次,聚众淫乱罪对于在聚众淫乱活动中仅起帮助作用的或首次参与聚众淫乱行为未造成严重负面影响的情况,交由治安管理处罚法来调整,只有当治安管理处罚法不能发挥其有效作用时,聚众淫乱罪才启动。最后,聚众淫乱罪规定的刑罚处罚并不属于重刑,根据我国刑法第三百零一条的规定,犯本罪根据犯罪情节严重程度从重到轻处以五年以下有期徒刑、拘役或者管制。该刑罚的轻重适当,是与行为人所犯罪行和承担的刑事责任相适应的,聚众淫乱罪的立法符合罪责刑相适应原则,并未出现重刑主义的错误。因而聚众淫乱罪的立法未过于严厉、未过多干扰社会成员的生活,不应成为刑法紧缩的那一部分。

综合上述的两点理由,本文认为“聚众淫乱罪的立法与刑法的紧缩性不符合”的观点是有失偏颇的。

48 张明楷.刑法的基础观念[M].北京:中国检察出版社,1995年.第145页。

第三章 “折衷说”的价值否定

3.1 驳“聚众淫乱罪与刑法的补充性不符合”的观点

国家为了抵制藐视社会善良风俗的聚众性行为,在我国刑法第三百零一条规定了聚众淫乱罪。⁴⁹持“折中说”观点的学者们提出,《治安管理处罚法》第六十九条也对帮助参与藐视社会善良风俗的多人性行为进行了规制⁵⁰。他们认为,两部法律均对聚众淫乱行为进行规制,进而断言聚众淫乱罪的立法与刑法补充性的精神不符合。

本文认为上述观点是值得商榷的,关于刑法的补充性,是指社会出现的纠纷一般由统制手段调和,当现时的统制手段过于强烈或不充分时,才能启动刑罚,寻求刑法的介入。日本刑法学家平野龙一在《刑法总论 I》一书中提到:“即使行为侵害他人的利益,不是必须直接动用刑法……采取其他社会统治手段才是理想的。”⁵¹无独有偶,高铭喧教授在《刑法学》(第五版)一书中提到刑法的法律性质,它包含有刑法补充性的内容,刑法的法律性质有两层涵义:第一层涵义是刑法所保护的社会关系的范围比其他部门法所保护的社会关系更广泛。当民事或行政规范对某种违法行为的规制不能够抑制该违法行为所带来的负面影响或不能够保护原来固有的社会关系时,这种违法行为就被规定为犯罪,刑法一定程度上会“涉足”其他部门法的领域,这就导致刑法所保护的社会关系更为广泛了。第二层涵义是“刑法是其他部门法的保护法。如果把其他部门法比作‘第一道防线’,刑法则是‘第二道防线’,没有刑法做后盾、做保证,其他部门法往往难以得到彻底贯彻实施。”⁵²刑法与其他部门法不同,刑法所保护的社会关系的范围涉及经济基础与上层建筑,其规制的范围更为宽广⁵³,只有当其他部门法无法调整某社会关系时或发生社会危害性更严重的行为时,刑法才启动并发挥其“第二道防线”的功能,一定程度上刑法保障其他部门法的顺利实施。熊永明教授也认为“人们制定刑法规范的主要原因,是违法行为不可能用民事或行政措施加以制裁,或者采取民事或行政措施不足以

49 我国刑法第三百零一条规定:“聚众进行淫乱行为的,对首要分子或多次参加的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

50 《治安管理处罚法》第六十九条规定:“有下列行为之一的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上一千元以下罚款:(一)组织播放淫秽音像的;(二)组织或者进行淫秽表演的;(三)参与聚众淫乱活动的。明知他人从事前款活动,为其提供条件的,依照前款的规定处罚。”

51 平野龙一.刑法总论 I[M].东京:有斐阁,1972年.第47页。

52 高铭喧,马克昌主编;赵秉志执行主编.刑法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社,2011年:第8页。

53 刑法所保护的社会关系较其他部门法的更为宽广,是有一定的历史渊源:在我国古代,刑法全面保护各种利益,涉及社会生活的各个方面,后来随着社会的进步,经济基础的日益发展,社会关系也日趋复杂,仅靠刑法已经无法完全有效地调整各种复杂的社会关系了,因而许多法律从刑法中租金脱离出来成为一个独立的法律部门法。

制裁该行为。”⁵⁴正如盗窃行为一样,治安管理处罚法可处罚盗窃数额较低,社会危害性较小的情况;但随着盗窃数额的增加,触及社会危害性较大的情况,其他社会统制手段的调整不起到什么作用时,即达到起刑点,由刑法进行规制。

虽然《治安管理处罚法》第六十九条与《刑法》第三百零一条都对聚众淫乱行为进行了规定,但还是想区别的。一方面,若行为人藐视社会上的善良风俗,谋划、组织、纠集或参与三人及以上的性行为,当该行为人在整个活动中只是起到帮助作用时或该行为的事态没有严重到相当程度时,刑法不发挥其补充的作用,而首先对此行为进行规制的理应是“第一道防线”——行政法。另一方面,在当行为人在聚众淫乱行为中发挥主导作用或多次组织参与聚众淫乱行为时,此情况所造成的社会危害性足以严重,到达行政法无法调控的状态,即启用作为“第二道防线”的刑法进行规制,刑法发挥其补充作用。换言之,当情况是行为人帮助聚众淫乱行为的实施或首次参加聚众淫乱行为,尚未达到严重危害社会的状态,由治安管理处罚法进行调整;当情况是行为人在聚众淫乱行为中扮演首要分子角色的或多次参与聚众淫乱行为,事态已具备严重的社会危害性,则由刑法进行规制。这充分说明,刑法的聚众淫乱罪依旧发挥着“第二道防线”的作用,并未干涉行政法中的治安管理处罚法发挥“第一道防线”的作用,聚众淫乱罪的立法有理有据,并没有如持“折中说”的学者们所述那样“不符合刑法的补充性”。相反,如果当出现行为人在聚众淫乱行为中扮演首要分子角色或多次参与聚众淫乱行为,又或事态已具备严重的社会危害性时,仍以治安管理处罚法的标准对行为人拘留十五日或罚款一千元的话,则不能对该违法行为达到有效制裁,也不能对潜在违法分子造成威慑作用,长期以来便会对社会的善良风俗造成严重的伤害,不利于文明社会的建设。

因而,本文认为“聚众淫乱罪的立法不符合刑法的补充性这个基本精神”的观点是错误的,虽然《治安管理处罚法》与《刑法》都有涉及对聚众淫乱行为的规制,但是这两个部门法有各自规制的范围与条件,持“折中说”观点的学者没有区分好《治安管理处罚法》与《刑法》各自规制的范围,因而造成观点的片面性。

3.2 驳“聚众淫乱罪与刑法的经济性不符合”的观点

持“折中说”观点的学者认为,聚众淫乱罪自立法以来,常常备而不用,这是浪费刑法资源的表现,刑法资源作为一种社会资源是有限的,人们不能无限度地挥霍,进而

54 熊永明,胡祥福.刑法谦抑性研究[M].北京:群众出版社,2007年:第156页.

片面地认为聚众淫乱罪不符合刑法经济性所倡导的精神。

本文不能认同上述的观点,关于刑法的经济性,陈兴良教授在《刑法的价值构造》(第二版)中提到:“刑法的经济性,是指以最小的刑法资源投入,获取最大的刑法效益。”⁵⁵熊永明教授认为:“刑法的经济性,其核心是要求国家投入最佳的刑法成本换取最佳的刑法效益。所谓刑法成本是包括惩罚犯罪开销、预防犯罪开销、修复社会损害开销在内的,犯罪问题上的所有损失、浪费、开支、花销的总和。”⁵⁶而刑法效益,学者陈正云认为应涵盖有三方面:惩罚犯罪的效益、预防犯罪的效益、根本效益(政治、经济、社会效益)。⁵⁷

然而,持“折中说”观点的学者因对刑法的经济性理解不够深入,他们片面地认为动用刑法越少越好。显然这是错误的观点,刑法的适用是要受社会效益目标制约的,无限制地裁减刑法绝非明智之举,刑法的经济性与刑法的紧缩性有相似之处:都不提倡一味地对刑法进行“削减”。实际上,刑法的经济性是倡导,对刑法资源的谨慎使用,是最适量的刑法成本投资产出最优化的刑法成效。边沁认为,刑罚亦要求符合刑法的经济性特征,“刑罚的严厉程度应该只为实现其目标而绝对必需”⁵⁸,“所有超过于此的刑法不仅是过分的恶,而且会制造大量阻碍公正目标实现的坎坷”⁵⁹。刑法的经济性的初衷是对相关刑法资源的谨慎使用,那么问题的矛盾点就在于刑法的支出与收益如何衡量的问题。国家为了抑制犯罪所投入的刑法资源并不能无限制,国家所追求的是使用最适量的刑法成本投资换取最理想化的遏制犯罪的效果。而最理想化的遏制犯罪的效果绝非剔除尽所有的犯罪,因为这样做不仅不现实而且代价太高,甚至会因为情况偏激而陷入刑法重刑主义的道路,造成社会整体效益下降的负面影响。本文认为最优化的遏制犯罪的效果应该是刑法成本的投资与当前犯罪量之间趋于一种动态平衡,这个动态平衡的临界点需要同时满足两个要求,一是当出现一旦减少刑法成本的投资就出现犯罪增加的状态;二是当出现不管再如何加大刑法成本的投资,抑制犯罪的效益不再显著增加的状态。学者口中所述的“某刑法规则不符合刑法的经济性”无非就是未到达这个动态平衡点,导致出现“刑法成本的投资不足,犯罪增加”与“刑法成本的投资太过,抑制犯罪的效益不再显著增加”这两种情况。

我国在1979刑法确定聚众淫乱罪的立法,规定违反本罪相关规定的处以一定的刑罚处罚,不仅给予犯罪分子严厉的处罚,有效地惩治犯罪,实现了惩治犯罪的刑法效益,

55 陈兴良.刑法的价值构造(第二版)[M].北京:中国人民大学出版社,2006年:第315页。

56 熊永明.亲告犯的谦抑价值之解读[J].中国刑事法杂志,2005年第一期:第61页。

57 陈正云.试论刑法成本与刑法效益[J].中国人民大学学报,1996年第六期:第75页。

58 马克昌主编;莫洪宪副主编.近代西方刑法学说史[M].北京:中国人民公安大学出版社2008年版,第84页

59 [英]边沁著,李贵方等译.立法理论——刑法典原理[M]中国人民公安大学出版社1993年版,第78页。

而且也给潜在的不法分子威慑作用,实现预防犯罪的刑法效益。正是刑罚处罚的威慑作用⁶⁰使得潜在犯罪人遵纪守法,不敢肆意做出违反刑法的行为,三十多年以来几乎很少人敢触碰这条“高压线”。比起抢劫、盗窃这类犯罪,聚众淫乱罪的发案率较低,一定程度上说明聚众淫乱罪的立法起到了其惩治犯罪、打击犯罪气焰的作用。聚众淫乱罪的立法能起到如此好的社会成效,一个关键点是它已经到达了上文所述的动态平衡点,满足刑法的经济性的要求。如果轻易的如持“折中说”观点的学者所建议将其轻刑化,则有风险使得犯罪率上升,既然聚众淫乱罪在这三十多年来能持续发挥稳定社会善良风俗的作用,证明其是成功的,没有必要改革“轻刑化”,否则这风险的倒向将是付出更多的经济代价。倘若,贸然将聚众淫乱罪的立法轻刑化,一方面会激起“沉默已久”的潜在不法分子的犯罪欲望,使得聚众淫乱罪的发案率显著增高;另一方面,公民会根据立法的变动而改变自己的生活方式,社会也会因为立法的变动、公民的生活方式改变而变迁,那么当下稳定的涉及社会善良风俗的社会秩序便要动摇,这“轻刑化”的改革就与本罪的立法初衷背道而驰了。另外,在这假设前提下,“轻刑化”的改革又要加重刑罚,不仅得不偿失,而且重塑涉及社会善良风俗的社会秩序的成本更是不菲的社会资源投入,则更不能符合刑法经济性的精神了。

由此,本文认为支持“折中说”观点的学者们所提出的依据不能支撑“聚众淫乱罪与刑法的经济性不符合”的观点,反而维持聚众淫乱罪的立法现状比废除聚众淫乱罪更符合刑法的经济性精神。

3.3 聚众淫乱行为的形式没有区分公开式与秘密式的必要

持“折中说”观点的学者认为,即便行为人实施了聚众淫乱行为,刑法不一定对其规制,要将聚众淫乱行为的形式分为公开式的情况和秘密式的情况分别讨论。公开式的聚众淫乱行为,对社会的秩序以及善良风俗造成了较大程度的负面影响,具有一定的社会危害性(法益侵害性),符合刑法意义上的犯罪;秘密式的聚众性行为由于场所在相对隐蔽的空间,难以被社会公众所察觉,社会危害性(法益侵害性)较小,应当无罪。持“折中说”观点的学者认为秘密式与公开式互为反义,对聚众淫乱行为的“秘密式”⁶¹进行认定,由于参考文献较少,许多学者认为聚众淫乱行为的形式只要不是公开式的

⁶⁰ 刑罚具有威慑功能,包括个别威慑和一般威慑。刑罚的个别威慑功能是通过剥夺或限制犯罪人的权益而得以发挥的,它是指刑罚对犯罪人产生的威吓遏制作用。刑罚的一般威慑功能,则是指刑罚对潜在犯罪人所具有的震慑作用。

⁶¹ 持该观点的学者认为,在判断标准上,“秘密式”主要有“客观说”和“主观说”两种。“客观说”是指根据当时

就是秘密式的。公开式呈现的特征是公然的、易被发觉的。

对于上述的观点,本文认为有个问题值得深思,即对聚众淫乱行为的形式作公开式与秘密式的区分有无必要?本文的回答是否定的,理由有如下五点:

第一,对聚众淫乱行为的形式作公开式与秘密式的区分,不能反映行为对法益造成侵害的差异。从行为侵犯本罪所保护的法益来看,无论聚众淫乱行为的形式是公开式的还是秘密式的,只要行为人主客观相一致地实施三人及以上的聚众淫乱行为,该行为就侵犯了本罪所保护的法益——国家对社会风尚的管理秩序⁶²(刑法通说观点)。行为人的聚众淫乱行为是秘密的还是公开的,并不会使得行为对本罪所保护的法益的侵害有差异。即便是暗地里、秘密式地实施聚众淫乱行为,侵犯国家对社会风尚的管理秩序已经是不容置疑的客观事实,按照刑法学原理,当行为主客观相一致地侵犯了刑法的客体时,即是构成犯罪,而持“折中说”观点的学者却认为秘密式的聚众淫乱行为应该出罪化,这是忽略了秘密式聚众淫乱行为其社会危害性的客观事实,是本文所不能认同的。这便是论证“对聚众淫乱行为的形式作公开式与秘密式的区分”无意义的论据之一。

第二,持“折中说”观点的学者所述的“秘密式的聚众淫乱行为”属于犯罪黑数的一部分。犯罪具有天然的隐蔽性,大部分犯罪份子为了能在犯罪后逃过法律的追究,他们往往暗地里或秘密式地实施违法犯罪行为,犯罪份子实施聚众淫乱行为时也不例外,依然希望逃脱法网。秘密式的聚众淫乱行为一旦被司法机关察觉,瞬间转化为众人皆知的聚众淫乱行为,其存在与尚未被司法机关发现的时间段里,而发生在尚未被司法机关察觉的时间段内的犯罪属于犯罪黑数的一部分,犯罪黑数是指区域内已经发生的,由于各种原因而未纳入官方犯罪统计的犯罪数量。⁶³既然持“折中说”观点的学者所述的“秘密式的聚众淫乱行为”属于犯罪黑数的一部分,那么区分聚众淫乱行为的形式是公开式或秘密式的就没有意义了。因为持“折中说”观点的学者所述的“秘密式的聚众淫乱行为”与“公开式的聚众淫乱行为”不是相同种类的概念,前者是犯罪黑数的一部分,未被司法机关认定为犯罪行为,后者则是实质意义的犯罪行为。

第三、“秘密式”与“公开式”都是行为的手段,不阻碍行为产生危害结果的发生。我国台湾学者林山田认为行为发生危害结果,“不以实际上果已共闻共见之状况为必要”。事实上,持“折中说”观点的学者们所述的“秘密式”与“公开式”,都是行为的手段及方式,不能改变行为真实地产生了危害结果的事实,单纯地以行为的手段及方式

的环境和行为人的行为样态为综合判断标准,站在第三人的角度去审度是否具有秘密性;“主观说”则是以行为人的主观感受为标准,行为人自认为在私人场所或者采取了足够避开无关人员感知的技术手段即可符合秘密性标准。

62 高铭喧,马克昌主编;赵秉志执行主编.刑法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社,2011年:第549页。

63 张鸿巍.刑事被害人保护的理念、议题与趋势[M].武汉:武汉大学出版社,2007年:第132-133页。

隐蔽而认定该行为该聚众淫乱行为没有产生危害结果的观点是无视事物的客观性的。分析马尧海的换妻案件，马尧海所组织的换妻行为发生的地点在私人公寓，毋庸置疑私人公寓属于私密场所，行为人也没有大张旗鼓地对外宣扬自己要实施聚众淫乱行为，但是马尧海等人实施的聚众淫乱行为是不符合涉及社会善良风俗的秩序规则的，行为产生了危害结果是不容争议的事实。本案就不能因为马尧海等人实施的聚众性行为具有隐蔽性，而否认他们的造成危害社会的结果。无独有偶，东莞技校门中的李某等人的聚众性行为也发生在私密场所，虽然当事人采取了必要的保密措施，其行为的方式是秘密式的，但危害社会的结果。在司法实践中，绝大多数犯罪的形式或手段都是隐蔽的，因为行为人实施犯罪后，均希望能逃脱法律的制裁，决不能因为犯罪的形式或手段是秘密式的而认为该犯罪不具有严重的社会危害性或认为该犯罪没有产生危害结果。如：甲在空无人烟的荒郊野外杀人，并不因为其杀人行为隐蔽，而否定其行为具备严重的社会危害性。由此可见，在这个问题上更着重的是结果，尽管在过程中，空间是私密的，行为形式是私密的，可是事后只要行迹败露，司法机关仍然应当依法根据违法行为造成了危害结果，将犯罪分子绳之于法。

第四、对聚众淫乱行为作公开式与秘密式的区分的认定方法缺乏严谨性。若要对聚众淫乱行为的形式作公开式与秘密式的区分，则需要提出划分两种标准界线的方法。持“折中说”观点的学者只是单纯地对行为的方式、手段、以及行为人的主观心态加入生活中所经历的“秘密式”的概念，并未深层次提出划分秘密式与公开式的标准，换言之，他们只是提出“口号”却没有具体可行的实施方案，这样的区分方法缺乏严谨性与实用性。

第五、对聚众淫乱行为作公开式与秘密式的区分不利于维护司法的稳定性与延续性。在我国，但凡涉及性行为的话题，民众大都倾向于用隐晦字词，性犯罪作为一种被国家所禁止的行为更不例外，秘密性是性犯罪基本特征的观念在人们心中已经根深蒂固。今天，如果践行“聚众淫乱行为区分秘密性与公开性”的做法，传统法律观念将会受到极大地冲击，同时也会削弱群众和司法工作人员对刑法固有的认同感。我国刑法通说一直未主张“聚众淫乱行为区分秘密性与公开性”，并且刑法通说指导下的司法实践中并未暴露过明显的问题。坚持我国刑法学通说，不仅有助于维护司法的稳定性与延续性，而且能符合社会大众的期望值。冯军教授认为：“一种规范论的刑法教义学，要重视解释者个人的先见，更要重视解释者群体的经验，要让解释结论符合实践理性的要求，

使解释结论建立在不可辩驳的法律基础之上”。⁶⁴ 那么，我国刑法对聚众淫乱罪的相关解释也不应该存在例外。

综合上述意见，由于将聚众淫乱行为作“秘密式”与“公开式”的区分存在种种弊端，本文认为当前我国聚众淫乱罪的立法没有必要将作“秘密式”与“公开式”的区分。

64 冯军.刑法教义学的立场和方法[J].中外法学, 2014年第1期:第172页。

第四章 “肯定说”的合理性分析

我国刑法第三百零一条规定了聚众淫乱罪⁶⁵，聚众淫乱罪源自于1979年刑法第一百六十条规定的“流氓罪”⁶⁶。1997年新刑法取消了流氓罪，增设了包括聚众淫乱罪在内的数个罪名。

从聚众淫乱行为被刑法所规制到聚众淫乱罪被流氓罪细化出来，均是受到我国立法政策、传统性文化观念、社会现实需要等入罪因素的共同影响。从受立法政策影响的角度出发，新中国成立以来，我国的立法政策受社会本位思想的影响，立法的目的必须具备维护社会秩序的思想。从受我国性文化观念影响的角度出发，性道德是对个人道德好坏评价的决定性因素之一。从受我国当时社会现实需要的角度出发，改革开放让人们有机会接触到西方的性文化，由于对新事物、新观念盲目地膜拜与跟风，性泛滥的现象一触即发。在1997年新刑法中增设聚众淫乱罪不仅符合当时立法必须以维护社会秩序为目的的思想，而且能立法能符合性道德的要求，还能抑制当时群众盲目学习某些西方的腐朽性文化的势头。如今，过去将近二十年，上述的大部分因素仍然是聚众淫乱罪的立法具备合理性的成分。

4.1 聚众淫乱罪的立法符合当前的立法政策思想

当前的立法政策是科学的、先进的，即不仅注重保障社会秩序的稳定，也注重公民基本权利的行使，保证两者的有机统一，促进社会向前发展，聚众淫乱罪的立法是符合当下先进的立法政策精神的。

社会秩序是公民基本权利的前提与保障，公民基本权利的行使必须以社会秩序为限度。按一定意义的分类，公民的基本权利可分为自身的基本权利和他人的基本权利，前者与后者不得相互侵犯，而社会秩序正是保障公民自身基本权利与他人基本权利“和平共处”的利器，前后两者的实施必须以社会秩序为指引。一方面公民基本权利的范围必须是相对的，这种相对的概念由社会秩序所划定，公民合法化地实施基本权利必须在秩序许可的范围内；另一方面社会秩序对肆意侵犯公民基本权利的行为予以制裁，从而保障公民整体基本权利的实现。公民基本权利的行使必须以社会秩序为限度。公民的基本

⁶⁵ 我国刑法第三百零一条规定：“聚众进行淫乱行为的，对首要分子或者对参加的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

⁶⁶ 1979年刑法规定的流氓罪：“聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节恶劣的，处七以下有期徒刑、拘役或者管制。流氓集团的首要分子，处七年以上有期徒刑。”

权利不仅体现的是单独公民个人的基本权利,更要体现全体公民的基本权利。个人基本权利的行使必须基于不侵犯他人基本权利的前提,只有对不法行为施加限制,公民的基本权利才能得以实现。当下,每个社会主体都过着有组织、有纪律的社会生活,都必须受社会秩序的相应制约与约束,社会主体想要获得正当化的基本权利,就必须经得社会生活中的相应规则(法律秩序)的认同,所以每个社会主体不可能彻底摆脱秩序中的拘束,只能以接受一些拘束为代价而获取相对的不受拘束的自由生活。

我国社会风俗崇尚的是善良、淳朴、含蓄的精神,国家虽然允许公民自由地行使性权利,但是对于多人以上有伤风化的聚众淫乱行为必须予以禁止。有伤风化的聚众淫乱行为是与我国社会风俗所倡导的淳朴、含蓄精神背道而驰的,同时对其他社会成员的性羞耻心带来不同程度的侵害,公民个人行使性权利时不得侵犯其他公民的固有权益。良好的社会秩序绝不允许聚众淫乱行为的肆意横行,聚众淫乱罪的设立是为稳定良好的社会秩序做后盾,当行为人为了一己之私肆意行使聚众淫乱行为,破坏良好的社会秩序,侵犯其他公民固有的合法权益,刑法即启动对其进行规制。对聚众淫乱行为的规制、对违法犯罪份子的制裁,是聚众淫乱罪立法的科学体现,一方面维护社会的良好风尚,另一方面保护社会上绝大部分公民的基本权利。

因而,聚众淫乱罪的立法并不会使得“维护社会的良好风尚、保护社会的公共秩序”与“注重公民基本权利的行使”相冲突。只有在不侵犯社会及他人利益的前提条件下,公民的性权利行使才得以正当化。聚众淫乱罪的立法因其科学性,使“对社会秩序的保护”以及“对公民基本权利的注重”两者得以均衡发展,正因如此,本文认为聚众淫乱罪的立法是符合当今立法政策的。

4.2 聚众淫乱罪的立法符合我国性文化观念

本文从个人方面、社会方面分析我国性文化观念。

从个人方面出发,有关性的言论,国人对之往往羞于言表,谈论起来总是点到为止、忌讳莫深。从古至今,我国社会一直受儒家思想的影响,在性文化观念上就提倡“男女双方相互忠诚、矢志不渝”的思想,在《礼记·曲礼》中有“男女授受不亲”之说,亦可在《程氏遗书》卷二十二中查到“然饿死事极小,失节事极大”,在唐宋“内外不共井,不共浴室,不共厕”成为家喻户晓的邻里道德准则。同时也认为两性关系的正确规范是家庭稳定的标准之一,“通奸”、“偷汉子”、“过度亲热”等行为是被人们所鄙夷的,

西周婚姻制度的“七出”⁶⁷是最好的证明,只要妇女不洁身自好做出有违“七出”中“淫”的行为,丈夫有休妻的权利,对于聚众淫乱行为而言更是被主流社会所排斥。到了上世纪六、七十年代,对个人品行、个人行为准则要求更严厉,家庭是组成国家的一个单位,两性关系不正当就会影响家庭的和睦,进而影响国家的稳定。如今,“男女洁身自好”、“私生活含蓄”、“思想纯洁”、“陌生男女授受不亲”等的性文化观念依然成为规范公民个人行为准则的指引。传承下来的性文化观念在人们心中是根深蒂固的,是我国经过数千年历史所沉淀下来的道德观念,是全国上下主流社会的所认可的价值。对我国性文化观念的保护不仅有利于凝聚人们积极思想、维系全社会共同价值追求的思想纽带,而且还有利于感召人们继续建设文明社会。

从社会方面出发,从性观念和性权利的社会类型来看,彭文华教授认为,世界上大致存在三种类型的性阶段:“性保守主义阶段、性温和主义阶段、性自由主义阶段。”⁶⁸

第一、性保守主义阶段性。

保守主义是在国家社会发展到一定阶段而产生的,是封建社会的主流性观念,具体指性行为只能是在合法的夫妻之间进行,即先有婚姻,性行为才被允许,性行为既是一种权利也是一种义务。由于婚姻能将夫妻双方的性行为进行限制,那么婚姻外的性行为理所当然会受到当下社会主流道德观念的谴责。

第二、性温和主义阶段。

性温和主义认为爱情是性行为合理的前提,人们性行为必须建立在爱的情感因素上,重视情感因素的地位。这一思想的转变具有很大的进步意义,情感、行为以及人物关系都可以自行挑选,人们可以自由开始、发展、终结目前的状况,在这样的交往中,人们享有有主动权,可以对不存在感情的婚恋关系进行变更。

第三、性自由主义阶段。

性自由主义的观点主张将性与爱分离,人们可选择在任何时间地点、选择与任何对象发生性关系。性自由主义观念虽然有着很激进的论调,但它的产生也源自女性主义运动这个社会背景。随着资本主义工业化的推进,女性开始从事工作,进而逐渐获得独立的经济地位与社会地位。这些女性要求独立与自主,其中就有对性权利的处分,加上当时避孕药的出现,加大女性的生育选择权,一定程度上推动了性自由主义观念的实施。

毋容赘言,从西方社会在上世纪六七十年代所爆发的性革命运动来看,已充分说明西方社会步入了性自由主义阶段。与西方国家对比,我国社会上的主流文化对“婚外性

67 所谓“七出”,又称“七去”,是指女子若出现下列七项情形之一的,丈夫就可以做出休妻行为。“七出”具体指的是:不顺父母、无子、淫、妒、有恶疾、多言、窃盗。

68 彭文华.性权利的国际保护及我国刑法立法之完善[J].法学论坛,2002年第17卷第5期:第79页。

行为”、“一夜情行为”、“同性恋行为”等均不持认同态度,据此彭文华教授认为,目前中国社会“兼具性保守主义和性温和主义的特点,决然反对性自由主义。”⁶⁹换言之,当前我国社会的性发展阶段是处于性保守主义阶段与性温和主义之间,并没有踏入性自由主义的阶段。翟同祖教授认为:“任何社会的法律都是为了维护并巩固其社会制度和社会秩序而制定的,只有充分了解产生某一法律的社会背景,才能了解这些法律的意义和作用。”⁷⁰那么社会是法律的基础,法律为了保障社会稳定发展,不断规制对社会发展所造成负面影响的行为。法律体现的是由一定物质生产方式所产生的利益和需求,体现的是社会整体的需求希冀,维护的是全社会的共同利益。目前我国社会基本上还处于性保守主义和性温和主义的中间阶段,注定主流文化的字典里绝不能容忍“聚众淫乱行为”的字眼出现。因而,聚众淫乱罪的立法有力地维护目前我国社会的性道德文化,是当前我国社会性发展阶段所必需的工具。或许,不少持相反意见的学者会鼓吹应加快中国性文化进程,但是本文认为将会出现一个严重问题:肆意加快中国性文化进程不符合客观科学。一方面,性文化是社会文化的一部分,而社会的文化应当与社会的政治、经济、教育等领域的概念存在关联。换言之,性文化与当下社会的政治、经济、教育等思想息息相关,也几乎处于同一先进状态,任何一个因素的肆意加快都会给其他因素带来变化。而文化以外的其他因素是否具备条件朝前发展又会牵扯到大大小小的社会关系,不确定因素较大,也不体现其现实意义。另一方面,目前中国的性文化历程处于稳定状态,并没有给社会稳定带来过多负担,若肆意加快中国性文化进程,一旦出现不利的情况,给社会的稳定造成负面影响,国家将动用更大的资金成本去修补漏洞。由此可见,维持当下中国的性文化状况,保留聚众淫乱罪是稳中求胜的策略。

综上所述,聚众淫乱罪的立法符合我国所认可的性文化观念。从微观方面出发,中国主流社会所提倡的性文化观念,具备“内敛含蓄”、“男女洁身自好”等纯洁的思想;从宏观方面出发,当下的社会不处在性自由主义阶段。根据上文的论述,本文认为聚众淫乱罪的立法是符合我国性文化观念的。聚众淫乱行为已经严重违背传统性文化观念,并且不利于传统性文化观念的传承,这样的负面影响必然成为我国迈向下一个文明社会的绊脚石。聚众淫乱罪的立法是保护中国主流社会所认可的性文化观念的“利器”,规制破坏性文化观念的聚众淫乱行为,还给社会大众成员一片净地。

69 彭文华.性权利的国际保护及我国刑法立法之完善[J].法学论坛,2002年第17卷第5期:第80页。

70 翟同祖:翟同祖法学论著集.北京:中国政法大学出版社.2004年:第8页。

4.3 聚众淫乱行为的社会危害性及其延伸

一般违法行为与犯罪的本质区别是：有无社会危害性。高铭暄认为社会危害性是“行为对刑法所保护的社会关系造成损害的特性，对国家或人民利益造成损害。”⁷¹

4.3.1 聚众淫乱行为的社会危害性

聚众淫乱行为严重藐视社会善良风俗，具有一定的社会危害性，国家为了对其进行抵制，于我国现行刑法规定了聚众淫乱罪⁷²。本罪的犯罪客体是涉及善良风俗的社会管理秩序，社会管理秩序是公民生活在社会中所必须遵守的行为准则，以及国家管理活动所调整的社会模式、结构体系和社会关系的有序性、稳定性的状态。社会善良风俗是需要维持的，因为社会的善良风俗正是社会整体发展和有序化发展的基础部分。而涉及善良风俗的社会管理秩序被聚众淫乱行为侵犯，该行为具备相当程度的社会危害性。

聚众淫乱行为具有一定的社会危害性，该行为的特征有四点：“聚众性”、“时间同一性”、“空间相对同一性”、“淫乱性”。首先“聚众”指人数必须在三人及以上。其次，“时间同一”指行为人相互实施的行为必须处于某个同一的时间内，且该时间未被意义上地中断。再次，“空间相对同一”指行为人相互实施的行为必须发生在相对同一的空间内，使用“相对”的是因为，空间大小不阻碍行为的发生，只要行为人有意识的在此范围内实施该行为且符合其内心要求的，即是符合“空间相对同一性”。最后，行为“淫乱性”指性行为不检点、下流、污秽。高铭暄教授指出，淫乱行为包括猥亵、鸡奸、兽奸等刺激和满足性欲的行为。⁷³根据我国刑法第三百零一条的规定，对首要分子或多次参加聚众淫乱行为的行为人进行规制。第一，关于“首要分子”，我国刑法第九十七条⁷⁴对首要分子下了定义，在聚众犯罪中，组织、策划、指挥的行为均是具体犯罪行为的来源，在具体犯罪行为中起核心作用，挑起犯罪的开端，促使犯罪的进一步恶化，酿成危害后果。在聚众淫乱行为中，行为人若充当首要分子的角色，那么行为人即是在其中组织、策划、指挥聚众淫乱行为的，直接酿成危害结果，具有一定程度的社会危害性。第二，关于“多次参加”，具体指行为人明知道自己的行为是聚众淫乱行为，会严重扰乱涉及社会善良风俗的社会管理秩序，仍多次参与实施聚众淫乱行为的情况。衡量社会危

71 高铭暄,马克昌主编:赵秉志执行主编.刑法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社,2011年:第44页。

72 我国刑法第三百零一条规定:“聚众进行淫乱行为的,对首要分子或多次参加的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

73 高铭暄,马克昌主编:赵秉志执行主编.刑法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社,2011年8月:549页。

74 我国刑法第九十七条规定:“本法所称首要分子,是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。”

害性的轻重,行为人的主观恶性也是衡量标准之一,行为人“多次参加”的行为体现其蔑视法律的规定,在违法犯罪的道路上不知悔改,主观恶性十分大,已具备一定的社会危害性。

综上所述,聚众淫乱行为已经严重扰乱涉及社会善良风俗的社会管理秩序,具备刑法应当规制的社会危害性。

4.3.2 聚众淫乱行为的复杂化发展

关于本罪的犯罪目的,刑法学通说认为是:“寻求感官刺激,满足自己的性需求。”⁷⁵对于以上对本罪犯罪目的的描述,一方面,本文持赞同意见。另一方面,本文赞同之余仍有一些补充,性欲是人类本能的欲望,有需求就会有供应,“性利益交换”一词已是屡见不鲜。那么本罪的犯罪目的是否可以包含“以营利为目的”?本文认为,答案是肯定的。世界各国司法经验教训以及我国近三十年卖淫现象“禁而不绝”的现实证明:卖淫暂时是一种不可根除的社会现象。⁷⁶在众多卖淫案例中肯定包含有卖淫女与嫖客多人的聚众淫乱行为,例如:数个卖淫女为了赚取更高额的收入,同时对嫖客进行卖淫行为。毫无疑问,嫖客的犯罪目的是在不注重社会善良风俗的条件下,肆意满足自身性欲;可是对于数个卖淫女而言,其从事卖淫活动的初衷就是为了赚取收入,若换种方法可以用同等的时间换取更多的收益,她们肯定不会无动于衷,这么看来,在“为了满足性欲”面前,她们对“以营利为目的”应表现得更为迫切需要。既然如此,有必要将“以营利为目的”视为本罪的犯罪目的。

社会向前发展,聚众淫乱行为也较从前更加复杂,社会上不少潜在的犯罪行为企图通过组织、策划、参与聚众淫乱行为获得收益,当聚众淫乱行为成为商业化犯罪后,其社会危害性将大大增加。倘若没有聚众淫乱罪对此类违法犯罪行为的规制,固有的国家善良风俗、社会秩序、公民权益将受到不同程度的侵害。正是聚众淫乱罪立法的科学与先进,减小这类以营利为目的的聚众淫乱行为发生的机率,打击聚众淫乱行为“复杂化”、“恶滋长”的气焰。因而,本文认为这也是肯定聚众淫乱罪立法合理性的重要论据。

4.3.3 聚众淫乱行为与性病

性病蔓延世界各国,严重威胁人们身体健康,甚至能剥夺人们的生命,其传染方式

⁷⁵ 周道鸾、张军主编.刑法罪名精释(第三版)[M].北京:人民法院出版社,2007年:589-590页。

⁷⁶ 梁根林.扩张与限缩[M].北京:法律出版社,2005年:250-257页。

主要是通过性交行为或性接触。世界卫生组织对性病的定义是：“可以通过性行为或性接触传播的一组疾病。”根据世界卫生组织的定义，性病又可称为性传播疾病，因其主要的传播方式是性交行为或性接触。众所周知的梅毒与艾滋病，均属于性病的种类，而目前世界上蔓延的性病多达三十多种，每种性病都不同程度地侵犯人们的身体健康，而且性病的种类还将不断增加。网上新闻报道，“据调医学调研结果所示，在我国性病患病人数已经突破 1000 万年，性病年增长率已经超过 20%。”⁷⁷

聚众淫乱行为不仅属于淫乱行为的一种，而且聚众淫乱行为还具备人数多的特点。聚众淫乱行为除了包含多个人为了满足性欲、刺激的变态性交动作以外，还包括口交、肛交等性接触。以宏观角度观察，这种多人情况下的变态式性交行为、性接触，会增加性病发生的机率、加快性病传播的速度。

聚众淫乱罪规定了刑罚处罚，正是这样发挥了预防犯罪的作用，使得许多潜在的不法分子不敢以身试法，限制了聚众淫乱行为的泛滥，一定程度上减少了性病传播的概率。倘若，废除聚众淫乱罪的立法，聚众淫乱行为的数量增多，必定增大性病在人群中的传播。

4.4 聚众淫乱罪中疑难问题的界定

4.4.1 网上多人裸聊行为的定性

网络的飞速发展，给当代人们生活带来了巨大改观。但科技始终是把双刃剑，带来福利的同时也带来不少社会问题，网络色情就是负面的社会问题之一。网上裸聊行为全国首案在北京“亮相”，引起北京司法机关的高度重视，北京检察机关以聚众淫乱罪提起公诉，却因刑法典没有涉及对网上多人裸聊行为的规制而处在尴尬境地，后来经过多次研究后撤回起诉。在新型违法犯罪行为面前，相关司法解释显示出其法律的滞后性，使得司法机关对此类新型违法犯罪行为无可奈何。网上多人裸聊行为一般是指，行为人通过网络途径伴随性器官部分或全部裸露于多人的淫乱聊天行为。网上多人裸聊行为首案“亮相”后，在社会上引起巨大反响，社会各界纷纷批判其侵犯群众的性羞耻心，人们迫切希望对此行为进行严惩。作为网络科技高速发展的产物，网上裸聊行为作为是网络色情的重要表现形式，继“北京首案”后，网上多人裸聊行为如雨后春笋般泛滥出现，

⁷⁷ 参见网上新闻 <http://hb.qq.com/a/20160111/038130.htm>。

给社会的善良风俗带来严重的破坏,亟待刑法进行调控。本文认为有必要将网上裸聊行为纳入聚众淫乱罪规制的范畴,理由如下所述:

第一、网上多人裸聊行为实质上是聚众淫乱行为。网上多人裸聊行为顾名思义由两部分构成——“裸聊行为”部分、“网上”部分、“多人”部分。“裸聊行为”泛指行为人脱光部分衣服或全部衣服,以显露性器官的方式用淫秽言语勾起聊天对象性欲望的下流行为;“网上”是空间概念,是标的物的载体与媒介,具体指标的物相互传递以满足行为人的需求,这种载体与媒介所联系的对象既可以是单人对多人的,也可以是多人对多人的;“多人”指参与的人数三人及以上。那么网上多人裸聊行为便是多人以上通过互联网的形式,宽衣露体并用淫秽言语互相满足淫欲的下流行为。关于网上多人裸聊行为,“网上”是其传递方式,只起到传播标的物的作用,而“裸聊行为”才是其核心躯干。刑法学通说认为聚众淫乱罪的犯罪客观方面是“行为人实施了聚众淫乱行为”,而本文认为网上多人裸聊行为是符合聚众淫乱行为的四个特征的:“聚众性”、“时间同一性”、“空间相对同一性”、“淫乱性”。毋容赘言,网上裸聊行为因以互联网作为载体与媒介,具有互联网的“时间同一性”、“多人性”(“聚众性”)的特征,裸聊行为也因其污秽和下流而具有“淫乱性”。值得探究的是网上多人裸聊行为是否具备“空间相对同一性”的特征,本文认为是具备的:虽然网上多人裸聊行为人均不在同一实物空间内,但是借助互联网的功能,他们建立了网络相对同一的空间,实现了网络空间同一性,将自己当前的画面、语言传递到其他网上多人裸聊行为人所处的实物空间,从而实现“空间相对同一性”。网上多人裸聊行为具备“空间相对同一性”特征已成事实,所以本文认为网上多人裸聊行为因同时符合聚众淫乱行为的四个特征的:“聚众性”、“时间同一性”、“空间相对同一性”,而应该将其划入聚众淫乱行为的范畴。

第二、网上多人裸聊行为具有一定的社会危害性。本文认为网上裸聊行为具有一定的社会危害性,理由是:一方面,网上多人裸聊行为展现的是污秽、下流、淫乱的思想,严重侵害社会大众的性羞耻心,一定程度上干扰了涉及社会善良风俗的社会管理秩序,因而具有相当程度的社会危害性。另一方面,首例网上裸聊行为出现,检察机关因刑法典没有涉及对网上多人裸聊行为的规制而处在尴尬境地,后来经过多次研究后撤回起诉。这给许多不少潜在犯罪份子萌生了恶念,起初不少人只是为了满足淫欲而小范围内进行网上多人裸聊行为,后来不少涉黄犯罪集团认为其中有利可图,将网上多人裸聊行为组织化、营利化,对涉及社会善良风俗的社会管理秩序侵害越来越大,社会危害性与日俱增。更有甚者,某些犯罪集团以网上多人裸聊行为当作诱饵,进而从事网上诈骗活动,呈现违法犯罪行为交叉化的特征。某种程度而言,网上多人裸聊行为的社会危害性

比一般聚众淫乱行为的更为严重。

第三、治安管理处罚法对网上多人裸聊行为的规制成效不大。在网上多人裸聊行为未被刑法划入管辖范围时,《治安管理处罚法》对网上多人裸聊行为是有规制的。⁷⁸当司法机关接到群众举报的网上多人裸聊行为后,由于无刑法明文规定不能肆意动用刑法,只能保守地选择适用治安管理处罚法。可是治安管理处罚法只适用于制裁一般的社会危害不大的违法行为,对于社会危害性与日俱增的网上多人裸聊行为的规制成效不大。理由是:不少犯罪集团已将网上裸聊行为组织化、营利化,呈现涉案金额大、与其他犯罪行为交叉实施的特征,其社会危害性与日俱增甚至已经超过一般的聚众淫乱行为。按照法理学的一般原理:刑法规制的是具有相当程度社会危害性的违法行为,一般的违法行为由刑法以外的其他部门法进行调整。那么,当一般的违法行为其社会危害性演变得更恶劣时,再用治安管理处罚法进行调整是不符合法理学的一般原理的。结合事例说明,中国法院网于2013年6月19日在互联网报道,江苏省淮安市清河区人民法院审理了一起涉及由王某、李某等八人组织的“网上裸聊”犯罪集团,违法犯罪所得金额达一百余万元,最后法院对犯罪行为人以诈骗罪论处。⁷⁹显然,治安管理处罚法已不能十分有成效地调整社会危害性逐渐增大的网上裸聊行为。

第四、网上多人裸聊行为不宜纳入传播淫乱物品罪的范围。传播淫秽物品罪指行为人传播有关色情、淫秽内容的书籍、音像、图片或其他淫秽物品,情节严重的行为。虽然网上多人裸聊行为与传播淫乱物品罪的行为特征相似,但本文认为网上多人裸聊行为不宜纳入传播淫乱物品罪的范围。首先,刑法学通说认为,在传播淫乱物品罪中,行为人主观上必须没有牟取利益的目的,⁸⁰而网上裸聊行为中,行为人除了以满足自身淫欲以外,还存在牟取利益的犯罪目的。其次,传播淫乱物品罪的犯罪客观方面强调将淫秽物品传播出去的结果,不要求传播行为人“沉浸”其中,而网上多人裸聊行为更强调行为人参与的过程。

第五、网上裸聊多人行为符合聚众淫乱罪的犯罪构成要件。首先,网上多人裸聊行为为满足聚众淫乱行为的核心特征;其次,网上多人裸聊行为侵犯了聚众淫乱罪所保护的法益——涉及社会善良风俗的社会管理秩序;再者,网上多人裸聊行为的行为人群体囊括了聚众淫乱罪的犯罪主体部分——年满十六周岁的人;最后,行为人实施网上裸聊的

78 《治安管理处罚法》第六十八条规定,利用电话以及其他通讯工具传播淫秽信息的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处三千元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。《治安管理处罚法》第六十九条规定,参与聚众淫乱活动的、组织播放淫秽音像的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上一千元以下罚款。

79 参见人民法院网: <http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/06/id/1014853.shtml>。

80 高铭喧,马克昌主编;赵秉志执行主编,《刑法学》(第五版)[M].北京:北京大学出版社,2011年:第606页。

主观意志是直接故意，与聚众淫乱罪的犯罪主观方面相吻合。

综合上述的理由，本文认为网上多人裸聊行为不仅是聚众淫乱行为的一种表现形式，而且还具备了较大的社会危害性，应该被纳入聚众淫乱罪管辖的范围。这样的立法完善不仅能较为灵活地应对法律面临新型违法行为所存在的滞后性，让司法机关再面对此类疑难案件可以有法可依、有理可依，更有效地促进司法实践的精细化；而且能借助刑罚的惩治功能打击网上裸聊行为，借助刑罚的威慑功能警惕潜在犯罪份子不要以身试法，有效地维护涉及社会善良风俗的社会管理秩序以及保护社会大众的性羞耻心。

4.4.2 污秽表演的定性

南海网于2015年4月28日消息报道，三亚海市棠区“月电”酒吧存在低俗色情表演的情况后，三亚市海棠区公安分局和区文体部门展开联合调查。⁸¹中国青年网于2013年10月28日消息报道，某夜总会惊现舞女淫乱表演，亟待有关部门介入调查。⁸²污秽表演在夜店、酒吧等娱乐场所里随处可见，表演者衣着显露，大尺度的展现自身的性器官，也不乏表演者连同观看者在台上做下流污秽的动作情况，也有更有甚者在台上进行多人性交行为。

污秽表演一词由“表演”和“污秽”两词构成，首先“表演”是指歌、舞、剧、杂技等形式的具有观赏性的演出。“污秽”是形容词，起修饰作用，特指附着在表演上的不符合主流文化的下流淫秽涉黄思想，其以淫荡、下流为基调，并且明显超出一般人的容忍度。污秽表演具有四个方面的特点：一是公开性。“公开”的对象既有特定的，也有不特定的，除此之外还表现有观看对象数量多的意思。二是动态性。行为包含语言、动作、表情等动态因素。三是当场性。污秽表演必须是当场的动作演出，当场性不排除网络的直播状态，时间差只要在正常的网络延迟范围内仍然认定具有当场性。第四，污秽性。一方面，表演者的表演行为附着不符合主流文化的下流淫秽涉黄思想，指表演含色情思想；另一方面，观看者通过观看此类表演而满足性欲。

关于污秽表演的定性，本文认为其已经不是普通的艺术表演，已经上升为犯罪。理由如下：

第一，污秽表演符合聚众淫乱罪的犯罪构成要件。首先污秽表演具备聚众淫乱行为的特征，符合聚众淫乱罪的犯罪客观方面要求；其次，污秽表演已经侵犯聚众淫乱罪的

81 参见南海网：<http://www.hinews.cn/news/system/2015/04/28/017521549.shtml>。

82 参见中国青年网：http://pinglun.youth.cn/wywy/wysh/201310/t20131028_4100807.htm。

犯罪客体——涉及社会善良风俗的社会管理秩序；再者，污秽表演中表演者与观看者均是直接故意的主观心态；最后，污秽表演中表演者与观看者归属于聚众淫乱罪的一般主体。

第二，污秽表演具备比一般聚众淫乱行为更为严重的社会危害性。高铭暄教授在《刑法学》（第五版）中指出，行为的社会危害性的轻重大小可以由行为的方式、结果、地点等因素决定。从参与人数角度出发，两人的淫乱行为被聚众淫乱罪所包容，因其社会危害性较小，而聚众淫乱行为被刑法所规制，是因为聚众淫乱行为涉及的人数较前者多（一般三人以上），社会危害性较大。同理，污秽表演常常出现于夜店、酒吧等娱乐场所，表演者与观赏者一般可达几十人或上百人，虽然并不是每个观赏者与表演者有淫秽下流的肢体互动，但是这部分观赏者对此类污秽表演亦起到了推波助澜的作用。从另一个角度出发，污秽表演因具有“公开性”而使得观赏者可以几乎无门槛地随便进出表演场所，这种情况对赞同主流社会文化的公民的性羞耻心将是更大的侵犯，涉及社会善良风俗的社会管理秩序将受到更严重程度的扰乱。因而，本文认为污秽表演具备比一般聚众淫乱行为更为严重的社会危害性。

第三，刑法外的其他部门法对污秽表演的打击力度不足。虽然扫黄一直是政府相关部门的工作重点，不少存有污秽表演的夜店、酒吧等娱乐场所已被政府相关部门科处不同程度惩罚，如行政罚款、吊销营业执照，参与污秽表演者与相当部分观看者也受到治安管理处罚法的拘留、罚款，但是夜店、酒吧等娱乐场所的污秽表演依旧“烧不尽”，只见“春又生”。这表明，刑法外的其他部门法对污秽表演的打击力度不够，污秽表演的负面反响如此巨大，亟待需要刑法进行规制。

第四，不宜将污秽表演划入组织淫秽表演罪的范畴。根据我国刑法第三百六十五条所述，组织他人进行淫秽表演的按组织淫秽表演罪论处。我国刑法第三百六十五条强调的科处对象是淫秽表演的组织者，并未将污秽表演的表演者与积极参加互动的观赏者纳入其中。在整个污秽表演中，表演者与积极参加互动的观赏者也是起到行为的核心作用的，绝不能轻视表演者与观赏者所带来社会危害。

综合上述的理由，本文认为舞会表演不仅是聚众淫乱行为的一种表现形式，而且所具备的社会危害性达到刑法理应进行打击的程度，对在污秽表演中的表演者与积极参加互动的观赏者应当认定为触犯了聚众淫乱罪。

张文显教授曾说，社会是法律的基础，本文认为这一定程度上反应了法律在面对新的社会问题难免存在滞后性。但是这种滞后性并不是永久的，张文显教授还说，法律是社会的发展，新的立法解释出台将当下的社会问题解决，从而消除这种滞后性。关于网

上裸聊行为与污秽表演，第一，上文已论证两者均具有严重的社会危害性；第二，两者符合聚众淫乱罪的犯罪构成要件；第三，当下的法律对两者的打击力度不够；第四，一直是司法机关办案“暂无法可依”的盲区。在这样的背景下，聚众淫乱罪亟待出现新的立法解释。本文认为新的立法解释应为：“行为人实施网上多人裸聊行为、污秽表演的，应认定为聚众淫乱罪。”

结 语

在构思本文的过程中，通过查阅国内学者所著的与本文主旨相关的文章，一方面，笔者发现支持聚众淫乱罪立法观点的文章寥寥无几，大都是认为聚众淫乱罪的立法存在问题，应当废除，这些文章当中多数从无被害人犯罪、刑法谦抑思想等片面研究问题，缺乏全面性与系统性。另一当面，在为数不多支持聚众淫乱罪立法观点的几篇文章中，大都是立足于应然的视角，并没有把关注点投向于实然的视角。避开上述的缺失，本文从刑法基本知识、现代刑法价值、我国现实的国情、犯罪学原理等角度进行深入的理论分析，对持“否定说”观点、“折中说”观点的学者所提出的意见进行逐一反驳，再对支持聚众淫乱罪的立法列出有力的论据，进而得出当下聚众淫乱罪的立法正当性的结论，以期消除对聚众淫乱罪错误理解的声音。未来，在我国聚众淫乱罪的立法理应继续为我国的司法实践做贡献。

参考文献

一、著作类:

- [1]高铭喧,马克昌主编;赵秉志执行主编.刑法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社 2011 年版。
- [2]张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社 2011 年版。
- [3]赵秉志.扰乱公共秩序罪[M].北京:中国人民公安大学出版社 1999 年版。
- [4]张穹.修订刑法条文实用解说[M].北京:中国检察出版社 1997 年版。
- [5]周光权.刑法各论(第二版)[M].北京:中国人民大学出版社 2011 年版。
- [6]张觉.吴月春秋校注[M].岳麓书社 2006 年版。
- [7]戴望.管子校正·法法,诸子集成[M].中华书局 1954 年版。
- [8]王先谦.荀子集解,诸子集成[M].中华书局 1954 年版。
- [9]邓子琴.中国礼俗学纲要[M].中国文化社 1947 年版。
- [10]钟敬文.民俗学概论[M].上海文艺出版社 1988 年版。
- [11]辞海编辑委员会.辞海[M].上海:上海辞书出版社 2003 年版。
- [12][英]霍布豪斯著,朱曾汶译:《自由主义》[M]商务印务馆 1996 年版。
- [13]赵震江,付子堂.现代法理学[M].北京:北京大学出版社 1999 年版。
- [14]张文显.二十一世纪西方法哲学思潮研究[M].北京:法律出版社 1996 年版。
- [15]大谷实.形势政策学[M].黎宏译.北京:法律出版社 2000 年版。
- [16]康树华.犯罪学——历史、现状、未来[M].北京:群众出版社 1998 年版。
- [17]肖洪.论刑法的调整对象[M].北京:中国检察出版社 2008 年版。
- [18]罗荣渠.现代化新论[M].北京:北京大学出版社 1993 年版。
- [19]陈兴良.刑法的价值构造(第二版)[M].北京:中国人民大学出版社 2006 年版。
- [20]张明楷.刑法的基础观念[M].北京:中国检察出版社 1995 年版。
- [21]平野龙一.刑法总论 I[M].东京:有斐阁 1972 年版。
- [22]熊永明,胡祥福.刑法谦抑性研究(第一版)[M].北京:群众出版社 2007 年版。
- [23]马克昌主编;莫洪宪副主编.近代西方刑法学说史[M].北京:中国人民公安大学出版社 2008 年版。
- [24][英]边沁著:《立法理论——刑法典原理》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社 1993 年版。
- [25]张鸿巍.刑事被害人保护的理念、议题与趋势[M].武汉:武汉大学出版社 2007 年版。
- [26]翟同祖:翟同祖法学论著集.北京:中国政法大学出版社 2004 年版。
- [27]周道鸾、张军主编.刑法罪名精释(第三版)[M].北京:人民法院出版社 2007 年版。
- [28]梁根林.扩张与限缩[M].北京:法律出版社 2005 年版。

二、期刊、论文类:

- [1]杨成. 换妻”——制裁还是宽恕[J]. 检察风云, 2010 年第 9 期。
- [2]黄京平, 陈鹏展. 无被害人犯罪非犯罪化研究[J]. 江海学刊, 2006 年第 4 期。
- [3]彭文华. 性权利的国际保护及我国刑法立法之完善[J]. 法学论坛, 2002 年第 17 卷第 5 期。
- [4]麻美英. 规范、秩序与自由[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2000 年第 30 卷第 6 期。
- [5]龙文懋. “自由与秩序的法律价值冲突”辨析[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版)2000 年第 4 期。
- [6]肖怡. “轻轻重重”刑事立法政策——规制无被害人犯罪的理性选择[J]. 环球法律评论 2008 年第 4 期。
- [7]李银河. 关于取消聚众淫乱罪的提案[J]. 法制资讯 2010 年第 4 期。
- [8]熊永明. 亲告犯的谦抑价值之解读[J]. 中国刑事法杂志 2005 年第 1 期。
- [9]陈正云. 试论刑法成本与刑法效益[J]. 中国人民大学学报 1996 年第 6 期。
- [10]冯军. 刑法教义学的立场和方法[J]. 中外法学 2014 年第 1 期。
- [11]彭文华. 性权利的国际保护及我国刑法立法之完善[J]. 法学论坛 2002 年第 17 卷第 5 期。

致 谢

学生在广西大学三年的硕士生活即将结束，学生欲感谢张鸿巍教授，导师他无论在学习上还是生活上都给予了学生无私的帮助和热心的照顾，让学生在诸多方面都有所成长。传授给学生的不仅仅是丰厚的知识，还包括开阔的眼界和为人处世的能力，在导师的督促下发表文章：《未成年人帮派的催生因素》、《香港地区儿童虐待的综合防范机制研究》。感恩之情难以用语言量度，谨以最朴实的话语致以最崇高的敬意。从张老师身上，学生体会到了丰富的学识、严谨的作风和求实的态度，这都成为了学生不断前行的动力和标杆。感谢莫志强老师，学生在学术研究上较以前有了进步，很大程度上源于莫老师教导有方，他时常说：“要用质疑的眼光看待学术问题”，学生很受启发，先后发表了有新观点的文章：《论吸毒行为犯罪化》、《毒驾行为入刑探析》、《反思刑法传统理论下的共同犯罪成立要件之缺》。莫老师也时常教导学生做人应该谦逊，学生的理解是做学术研究也应如此，在硕士生毕业论文上，学生认为对于聚众淫乱罪存废理应取谦逊、保守的态度，更正了自己从前激进、盲目学习西方文化的错误。在生活上，莫老师喜欢饮茶、喜欢读书看报，在老师身上，学生感受到了学者、文人的气息与味道，读研三年间有幸能得到莫老师的指导，在求学的道路上学生不枉此行。感谢简永发老师，最令学生感动的是简老师所上《外国刑法纲要》的课程，也感谢简老师课下时常带领我们专业的同学去体育馆健身健体。感谢陆老师，她让学生明白了一个道理：写文章贵在细水长流。感谢农老师和刘老师平日和呵护与教育。

最后，感谢对我倾囊赐教、鞭策鼓励的广西大学法学院的诸位师长，我的进步离不开各位师长们的认真负责与悉心教导，希望这次毕业论文能够顺利通过。由于本人理论水平比较有限，论文中难免有不足的地方，希望能得到老师们的指正。

致谢人：谢永泽

时间：2016年5月

攻读学位期间发表论文情况

1. 2015 年 9 月，第一作者，《反思刑法传统理论下的共同犯罪成立要件之缺》，载《今日湖北》。
2. 2015 年 7 月，第一作者，《毒驾行为入刑探析》，载《法制与经济》。
3. 2015 年 7 月，第一作者，《未成年人帮派的催生因素》，载《法制与社会》。
4. 2015 年 6 月，第一作者，《以单位名义实施集资诈骗罪的犯罪主体认定》，载《消费导刊》。
5. 2015 年 6 月，第一作者，《香港地区儿童虐待的综合防范机制研究》独著，载《法制博览》。
6. 2014 年 11 月，第一作者，《论吸毒行为犯罪化》，载《楚天法治》。