

聚众淫乱行为定性及侦查取证问题

文◎周 明*

内容摘要:在司法实践中,聚众淫乱罪的定罪处罚应当注重对“聚众”的认定,只有那些参与人数众多,在社会上或者一定范围内有很恶劣影响的,才可以被认定是聚众淫乱罪中的“聚众”。私下的,偷偷摸摸进行的,或者小范围进行的,即使人数超过了3人,也不宜认为是“聚众”。这样就解决了聚众淫乱罪侦查取证困难的问题,刑法只处罚那些暴露在公众视野中的案件,既降低了侦查取证的难度,也有利于实现聚众淫乱罪的立法初衷。

关键词:聚众 侦查取证 组织卖淫

一、聚众淫乱行为的认定

聚众淫乱罪是一个颇受冷落,也颇有争议的罪名,之所以说它受冷落是因为到目前为止适用这个罪名判决的案件寥寥无几,说它有争议则是这个罪名涉及道德与法律、自由与秩序、公权力与私权利等诸多法哲学层面的问题,站在不同的角度看待这个罪名,会得出截然不同的结论,而且往往没有非此即彼、非常有说服力的答案。

刑法对这一罪名的规定却非常简单,根据第301条的规定,构成聚众淫乱罪至少要符合以下要件:实施了聚众淫乱行为,而且还应当是首要分子或者多次参加者。

(一)学界对于此罪名的争议

本案与2010年“马尧海等聚众淫乱案”有很多相似之处,也是继“马尧海案”之后的又一进入审判程序的聚众淫乱案。“马尧海等聚众淫乱案”在当时也是引发了公众的热议,大家看法不一,褒贬皆有。“马尧海等聚众淫乱案”曝光之后,学界开始反思刑法中的聚众淫乱罪,围绕该罪的存废问题形成了几种鲜明的观点:一是认为聚众淫乱罪有很重要的意义,应当保留这个罪名;一种认为聚众淫乱罪过于干涉公民私生活,应当废除;还有的学者认为应当渐进式的废除。总之有各种观点,而且彼此都难以说服对方,对这个问题的争议从公开发表的诸位学者的论文题目就可以看出来,观点针锋相对,如:欧

爱民的《聚众淫乱罪的合宪性分析——以制度性保障理论为视角》;杨春磊的《聚众淫乱罪的违宪性分析——兼与欧爱民教授商榷》;庄旭龙的《聚众淫乱罪不宜废除的解释性论证》;何柏松的《论聚众淫乱行为不应纳入犯罪圈》;刘芳等的《质疑聚众淫乱罪罪名》;姜涛的《刑法中的聚众淫乱罪该向何处去》等。

主张保留聚众淫乱罪一方的论据可以归纳为以下几点:(1)聚众淫乱是违法社会道德的行为,应当受到法律的约束;(2)聚众淫乱破坏家庭幸福,违反了一夫一妻制的家庭制度,不利于社会的稳定;(3)这条罪名已经在刑法中确定了,短时间内不可能改变,“在法律界和法学界,对‘聚众淫乱罪’这条罪名并没有引起过多地讨论,因为真正进入司法程序、判刑阶段的很少;而在目前的情况下,到底有多少民众要求取消该条规定,也不是很清楚。作为立法的规律来说,现阶段全国人大做出决策,取消该条规定的可能性不大。”^[1]

主张废除聚众淫乱罪一方的论据可以归纳为下面几点:(1)处罚聚众淫乱是公权力对公民权利的过分干涉,聚众淫乱充其量是个人道德问题,不应当科处刑罚;(2)聚众淫乱罪的取证困难,应用此罪名的案例少之又少,司法实践中存在选择性执法的问题,容易造成司法不公;(3)其他诸如通奸、婚外情、骗奸、同性恋等破坏婚姻家庭、违反社会道德的行为都没有入刑,为何偏偏将聚众淫乱入刑?(4)聚众淫乱行为并没有明确的

* 中国人民公安大学讲师,法学博士[100038]

被害人,属于无受害者的行为,且双方都是自愿的,不带有商业性,并没有侵犯刑法所保护的法益。

有学者认为现阶段可以保留聚众淫乱罪,逐渐废除这一罪名,走一条“先淡出,再退出”的路线。^[2]

还有的学者认为“应废除聚众淫乱罪,改为公然猥亵罪。公然猥亵罪的行为类型包括公开聚众淫乱,也包括二人公然猥亵,还包括一人性暴露、情节严重的行为。”^[3]

(二) 本文的认定思路

之前的讨论大多集中于“淫乱行为”应否处罚的问题,属于应然的范畴。当前这个罪名已经确定了,根据刑法规定,“聚众淫乱”的首要分子和积极参加者就应当定罪处刑,在实然的范畴中防止这个罪名被滥用和泛化才有意义。就像有的学者所说的那样,“为了避免无根据的道德审判,应该理性定位刑法的范围;处罚组织者而不处罚参加者;处罚公开者而不处罚秘密者;处罚再犯者而不处罚初犯者。”^[4]

本文认为,对聚众淫乱这个罪名进行“理性定位”就要在“聚众”上面做文章,聚众淫乱罪的重点在于对“聚众”的理解和解读上。根据刑法理论,3人以上就属于“众”,比如最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定〉的若干问题的解释》第9条就规定,“多人”、“多次”的“多”,是指“3”以上的数(含本数)。但是,就聚众淫乱罪而言,凑足3个人或者3个以上的人尚不足以认定“聚众”。只有那些参与人数众多,在社会上或者一定人群范围中有很恶劣的影响,才可以被认为是聚众淫乱罪中的“聚众”。私下的,偷偷摸摸进行的,或者小范围进行的淫乱活动,即使超过了3个人,也不认为是“聚众”。“众”只是构成本罪的基本条件,人多不一定构成“聚众”,进行违反伦理道德的宣扬才是构成“聚众”的根本。

如果当事人在公共场所“聚众淫乱”,或者虽然在私密场所,但是,在“淫乱”的时候或者进行“淫乱”之后,通过网络或者其他途径进行直播或者广泛的宣传,则可以认定是在一定范围内形成影响力,可以认定是“聚众”。因此,“聚众”分为两种类型:一是公共场所型聚众淫乱,即3人以上在公园、车站、广场等公共场所进行淫乱活动;二是宣扬型聚众淫乱,即在私密场所进行,但是将现场的照片或者视频通过网络、媒体进行直播或者宣传的,也可以在一定的范围内吸引公众的注意,形成恶劣影响的,可以认定是“聚众”。

性行为具有私密性,已经形成了性行为非公开化的社会秩序。当事人进行性行为的方式和方法有违伦理道德,只要私下进行,不影响其他人的生活和社会秩序,刑法也不应当干涉,属于个人道德问题。聚众淫乱罪的立法目的是维护良好的社会道德秩序,防止有伤风化的聚众淫乱行为冲击人们的道德底线。对公开进行的,或者大肆宣传的淫乱行为进行打击,范围比较明确,也能够对这两类淫乱行为形成震慑。高调地在公共场所进行聚众淫乱行为以及通过媒介大肆宣扬,的确会对社会道德秩序造成一定的冲击,对这种行为进行处罚,也就大大降低了公众的质疑度。

在本案中,“淫乱”行为是在3个人之间多次进行,人数上符合“众”,场所虽然不是公共场所,但是,犯罪嫌疑人甲在组织、实施聚众淫乱过程中,拍摄淫秽照片百余张并上传至网络平台,造成了比较恶劣的社会影响,符合“聚”的构成,属于第二种类型的“聚众”。其行为构成聚众淫乱罪是没有问题的。

二、聚众淫乱行为的侦查取证问题

刑事案件定罪最终都要以证据为准,在案件的侦查过程中,聚众淫乱行为证据获取将会是一个很棘手的问题。“在司法实践中,由于聚众淫乱具有隐蔽性,调查取证困难,现行《刑法》第301条经常‘备而不用’。”^[5]

在本案中,当事人涉嫌的犯罪行为是在其家中等私密环境下进行的,这就给侦查取证工作制造了很大的麻烦。有关性的话题是公众比较感兴趣的,关注度比较高,稍有不慎,就会给侦查机关造成恶劣的社会影响。2002年,陕西延安发生了著名的“黄碟案”,警察破门而入,取得犯罪嫌疑人看黄碟的证据。但是这种做法事后受到很多民众以及学者的批评和质疑,认为这是公权力对于私权利的严重干涉和侵犯。在本案的侦查过程中,要想获取有效证据材料,就要在当事人个人权利与公共权力之间进行权衡。“侦查机关干预公民的宪法基本权利,必须事先取得法律的明确授权,并遵循比例原则的限制。”^[6]这里的比例原则就是对个人权利与公共权力的一种权衡。

这种权衡往往是难以把握的,即使公安机关侦查部门提前获取了当事人聚众淫乱的情报,但是,具体何时“破门而入”还会是一个问题。警察破门而入的时候,如果当事人正好在“聚众淫乱”,那么,基本上不存在什么问题。但是,如果当事人并没有在“淫乱”,那应该怎么办?侦查机关就面临被诉侵犯公民个人权利的尴尬

局面。

在本案中,认定犯罪的证据是犯罪嫌疑人的供述以及流传于网络的一些照片,根据案情,“犯罪嫌疑人甲在组织、实施聚众淫乱过程中,拍摄淫秽照片百余张并上传至网络平台”,这些照片加上当事人的供述,可以认定此案的性质。但是,问题是,如果本案的当事人没有拍摄任何照片或者视频,那应当如何认定?仅凭当事人的口供以及网络上的聊天记录就给本案定性定罪是不可行的。在聚众淫乱中,当事人所拍摄的照片或者视频会成为定案的重要证据,如果当事人不拍这些照片或者视频呢?或者当事人所拍摄的照片或者视频并未被侦查机关获取,是不是就无法定罪?

根据上面对于“聚众淫乱”行为的定性,只有那些在公共场所进行的或者虽然在私密场所但是通过网络、传媒等途径进行广为传播的淫乱行为,才认定为“聚众淫乱”,这样一来,就解决了聚众淫乱罪侦查取证难的问题。在公共场所进行的聚众淫乱行为,目击证人多,证据获取的难度不大。在私密场所,但是通过网络、传媒进行传播的,在网络上或者媒体上都会留下证据,侦查工作也比较容易展开。

三、收费的“聚众淫乱”行为认定

本案与“马尧海等聚众淫乱案”的区别在于,本案还涉及“淫乱收费”的问题,“丁在与甲乙夫妇实施3次聚众淫乱行为后均给付红包1000元”。这1000元的红包应当如何认定?是否属于“嫖资”?此案比2010年的“马尧海等聚众淫乱案”要复杂一些。

如果1000元的红包是嫖资的话,甲乙夫妇是涉嫌通过性交易获取金钱利益,将会涉嫌组织卖淫罪。组织卖淫是指通过诸如招募、雇佣、强迫、引诱、容留等手段,控制他人(包括男性和女性)从事卖淫活动的行为。组织卖淫虽然没有明确以营利为目的,但是实施这一罪名行为的出发点肯定是为了获利。而且卖淫是以营利为目的,“卖淫,是指以营利为目的,满足不特定对方(不限于异性)的性欲的行为,包括与不特定的对方发生性交和实施类似性交行为(如口交、肛交等)。”^[7]

在本案中,甲乙夫妇实施的3次聚众淫乱行为出发点并不是为了营利,而是为了满足个人的某些不恰当的性癖好。根据案情,向丁索要红包基于两方面考虑:一是这是圈中不成文规则;二是通过要钱防止丁事后纠缠。因此,甲乙夫妇收取1000元红包的行为不能认定为“卖淫”,也就不存在组织卖淫的问题。

四、本案对聚众淫乱罪的启示

本案是继“马尧海等聚众淫乱案”之后的又一聚众淫乱案,所产生的舆论影响相比“马尧海等聚众淫乱案”要小得多。但是,本案的法学意义或许更大一些。通过本案,可以更清晰地梳理出聚众淫乱罪的认定标准,侦查取证的方向和方式。

聚众淫乱行为的认定关键在“聚众”的标准,不论是公共场所型聚众淫乱,还是媒介宣扬型聚众淫乱,只有“淫乱行为”在社会上、公众间造成恶劣影响,才构成此罪。公安机关立案侦查的聚众淫乱案只限于上面提到的类型,将会大大降低侦查取证工作的难度,最大限度防止侦查过程中出现公权力过分侵犯私权利的现象。

聚众淫乱罪这个罪名会随着社会的开放程度而逐渐消失,在现阶段,可以对这个罪名进行限缩性解释,通过明确“聚众”的范围将此罪的认定限制在一个合理的区间,防止公权力过于干涉公民个人自由,在二者之间进行一个好的平衡。

其实,从聚众淫乱罪确立之后适用案件之少就可以看出来,司法机关对于聚众淫乱行为并不是锱铢必较,进入司法程序的案件屈指可数,而实际中的聚众淫乱行为则要远远多于进入司法程序的案件。备而不用,备而少用,说明这个罪名的意义实际上已经不大了。对于一个没有太大实际意义,而且又存在着诸多争议的罪名,与其留着它,还不如废掉。



注释:

[1]贾宇:《聚众淫乱罪暂不应废除》,载《法制资讯》2010年第4期。

[2]姜涛:《刑法中的聚众淫乱罪该向何处去》,载《法学》2010年第6期。

[3]黄大威、韩冰、李景华:《对聚众淫乱的民众态度调查》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2014年第5期。

[4]同[2]。

[5]欧爱民:《聚众淫乱罪的合宪性分析——以制度性保障理论为视角》,载《法商研究》2011年第1期。

[6]向燕:《刑事侦查中隐私权领域的界定》,载《中国刑事法杂志》2011年第1期。

[7]张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第1020页。