

论聚众淫乱罪的刑事立法

——以无被害人犯罪为视角

邹凌云

摘要 无被害人犯罪一直是法学界备受关注的热点问题。其中包括聚众淫乱罪。本文将立足于无被害人犯罪的相关理论,从聚众淫乱罪的刑事立法规定与司法现状出发,从法益保护、自由主义以及刑法谦抑性角度进行聚众淫乱罪的刑事立法分析。

关键词 聚众淫乱罪 刑事 立法

作者简介 邹凌云 江西师范大学。

中图分类号 D924.3

文献标识码 A

DOI :10.19387/j.cnki.1009-0592.2017.08.307

一、无被害人犯罪的相关理论

(一)无被害人犯罪的概念与特征

1965年美国学者舒尔首次提出无被害人犯罪的概念,但是却没有明确定义。故关于无被害人犯罪的概念在学术界一直众说纷纭。早期关于无被害人犯罪概念的学说主要有“法益说”与“无被害人说”。“法益说”认为该行为的法律定性是没有给法益造成实质性损害或是受损害的危险,或是无法明确其是否侵犯法益。“无被害人说”的主要观点则认为在此种情形下,只有违法者没有直接受害人。这两种学说都存在明显的缺陷。前者忽视了该类犯罪中的行为人的主观意识,后者遗漏了行为人造成的客观结果。综上所述,笔者在该文章中无被害人犯罪概念的定义为行为人无明显受害或是加害意识,自愿参与,在客观上侵犯法律保护的法益或违反社会道德或造成自损结果的行为。

无被害人犯罪具有如下主要特征:

首先,无被害人犯罪的行为人之间没有明显互相加害或是权益被他人侵害的意识,自愿做出侵犯了法律保护的法益、社会道德、自身权益或某种管理秩序的行为。

其次,无被害人犯罪具有较强隐蔽性。由于行为人基于自愿做出该行为且该行为没有侵犯第三人,故尽管发生某种损害结果,也不大可能诉诸法律,该类犯罪被发现的可能性相对于其他犯罪更低。

再次,无被害人犯罪的具体范围难以界定。譬如说我国《刑法》中规定的传播淫秽物品犯罪中关于“淫秽”的解释一直存在争议。又如在1979年《刑法》颁布之前,通奸被认为是犯罪,而依现在的社会观念,通奸虽然依旧被认为有损善良风俗,但是不再认为是犯罪。

最后,该类犯罪的诉讼结构与一般犯罪明显不同。该类犯罪没有一般意义上的受害人,主要依靠公安机关积极主动追究犯罪。加之该类犯罪具有一定隐蔽性,追究犯罪的成本较高。

(二)无被害人犯罪非犯罪化的主要理论基础

1. 法益保护主义

理论界关于犯罪的本质存在不同学说,例如规范违反说、权利侵害说、综合说、义务违反说与法益侵犯说等等。其中法益侵犯说是主流观点。大塚仁教授认为,犯罪的本质,基本上是对法

益的侵害和威胁,同时,也必须认为是对一定法义务的违反。^①这里的法益是指法律所保护的利益。应与社会道德相区分。法益保护主义观点认为,无被害人犯罪中有些犯罪只是一般违反道德义务,并不会对道德体系构成威胁,故不应纳入刑法。对于严重违反道德的行为,由于其损害了社会秩序的稳定,可能间接损害他人利益,故应当受到法律约束。

2. 自由主义

自由主义强调自由对于人的重要性。自由主义的内涵十分广泛,主要内容在于个人的选择不受干涉。由于法律是保障个人权益和社会稳定的主要手段,故法律对于自由的保护更是起至关重要的作用。洛克曾说,不管会引起人们怎样的误解,法律的目的不是限制或废除自由,而是为了保护 and 扩大自由。^②在无被害人犯罪中,自由主义观点主张,除严重损害他人或是社会公共利益的行为外,对于自损行为,由于行为人自愿放弃该部分利益,故不应再强行由法律保护。

3. 刑法的谦抑性

刑法是惩罚犯罪,保障人权的实体法。其中,刑事处罚可能会剥夺人的财产、自由甚至生命,是最为严厉的惩罚手段。故凡是适用其他的法律足以抑制某种违法行为、保护合法权益时,不应认定为犯罪;凡是适用较轻的制裁方法就足以抑制某种犯罪行为、足以保护合法权益时,就不要规定较重的制裁方法。^③有些无被害人犯罪适用刑法效果并不显著,例如卖淫与吸毒行为。采取其他措施,譬如强制戒毒、加强教育改变其观念、改善其生活条件等,对于行为人而言更为重要。再则,由于无被害人犯罪具有一定的隐蔽性,一部分犯罪被发现受到法律的追诉,另一部分犯罪没有被发现,逃脱了法律制裁。这容易造成司法不公,既不利于社会公平正义,也不利于司法权威。

二、聚众淫乱罪的刑事立法规定与司法现状

本文主要是从无被害人犯罪的视角,着重分析聚众淫乱罪的刑事立法。故下文针对聚众淫乱罪的刑事立法规定与司法现状展开论述。

(一)刑事立法现状

《中华人民共和国刑法》第三百零一条规定 聚众进行淫乱活动的,对首要分子或者多次参加的,处五年以下有期徒刑、拘役或

(下转第67页)

而容易被征税。比如本文讨论的网络打赏功能的收入形式就没有明确规定在现行法律中的某类中,就让现在的被打赏者钻了法律的空子,而那些不出家门就可以收货几百万粉丝的网络红人一年收入很容易就过万甚至过百万,却不缴纳税款,这未免十分不公平。

另外对于这部分收入的起征点也应该加以规定,如果不设置起征点一律纳税则会加重人民负担,并不能起到公平的作用。同时若建立个人身份证与纳税号码绑定的系统,可以将个人的各类收入累计,一并计算个人所得税的起征点,避免偷税漏税的产生。

另外,需要简化纳税程序,大力推广电子结算方式的应用,简化个人申报纳税手续,降低个人申报纳税人的纳税成本,能够更好的保障税收收入。

最后,需要对网络平台加强监管,对于网络平台签约主播、签约作者所获得的打赏收入,应由网络平台代收代缴,这也是网络公司应当履行的社会责任。而对于网路平台上通过发布微信文章获得打赏实现“卖文救子”等行为加以禁止,让其转移至专业的求助平台。

(上接第55页)

者管制。^④该罪是1997年刑法修订时,由流氓罪拆分而来。流氓罪被取消后,聚众淫乱罪、寻衅滋事罪、强制猥亵、侮辱妇女罪、聚众斗殴罪顶替了流氓罪。该罪主体是具有刑事责任能力的自然人,客体是社会公共秩序,主观方面为故意。具体行为表现是不论男女,三人以上群奸群宿或者进行其他淫乱活动。

聚众淫乱罪可分为两种类型,公然聚众淫乱与秘密聚众淫乱。公然聚众淫乱是指在公共场所、公开场合进行淫乱活动。秘密聚众淫乱是指在不易他人发现的较为隐蔽的场所进行淫乱活动。比如说住所、宾馆房间等。该法条明显没有对聚众淫乱的情况进行区分,所以在司法实践中都是一概定罪。但是从该罪保护的法益分析,在较隐蔽场所进行淫乱活动,并不会被不特定的第三人知晓,故不大可能会损害社会公共秩序和善良风俗。再从个人权益保障的角度分析,所谓的“淫乱”在不侵犯他人利益和公共利益的时候,既属于个人隐私也属于个人自由。国家公权力无需干涉也不应干涉。

(二)司法现状

从历年的司法实践来看,以聚众淫乱罪定罪且引发社会争议的案件大多属于隐蔽型的聚众淫乱活动。例如2009年的南京教授“换妻案”,有二十二名参与者被指控为犯有聚众淫乱罪,被追究刑事责任。该案在社会各界引起了关于权利与自由、公权力与私权利、道德与法律等话题的广泛讨论。

三、聚众淫乱罪的刑事立法分析

(一)从法益保护的角度分析

首先是对法益的理解。《刑法》规定,聚众淫乱罪保护的法益是社会公共秩序。社会公共秩序是指人们应遵从的共同生活准则。既不等于社会善良风俗,也不等同于社会风气。以公共秩序的角度理解该罪,该罪虽有损伦理秩序,但是尚不足以完全解释其危害性。笔者认为该罪更多的是侵犯了善良风俗,即人们对于性的认知与情感。其次是对是否侵犯法益的理解。如前所述,

总之,网络打赏是一个新兴产物,但不会转瞬即逝,若不对此问题加以重视,会有更多的人钻法律漏洞。有必要针对网络特点修改完善相关法律法规,及时填补空白,让互联网世界真正做到有法可依,让网络打赏这一新生事物得以规范发展。

注释:

①2016年哪些科技切实地改变了你的生活?本题已收录知乎圆桌:2016年度盘点。https://www.zhihu.com/question/53274390/answer/134936679?utm_campaign=official_account&utm_source=weibo&utm_medium=zhihu&utm_content=answer.2017年6月10日登陆。

②艾希:打赏收入,该不该征税? <http://www.hisanming.com/shyf/1783.html>.2017年6月10日登陆。

③采梧:打赏收入如何交个税? <https://www.zhihu.com/question/28486002/answer/41077535>.2017年6月10日登陆。

④专家:网络打赏和直播所得应缴个人所得税。快科技网。<http://news.mydrivers.com/1/511/511238.htm>.2017年6月10日登陆。

⑤姚君:浅议“互联网+打赏”个人所得税管理问题。中国税务网。http://ctax.org.cn/hyzz/ywyj/201612/20161214_1050879.shtml.2017年6月10日登陆。

⑥朱东超:刍议我国个人所得税现状及改革。理论研究.2005(2)。

参考文献:

[1]梁嘉茵:网络主播的收入的个人所得税的征税问题探讨。现代经济信息.2017(1)。

[2]武辉:当前个人所得税存在的问题与对策研究。中央财经大学学报.2009(1)。

[3]杜涛、石省昌、董瑞强:新个税启航。经济观察报.2016年3月12日。

聚众淫乱可分为公然型与隐蔽型。公然聚众淫乱,扰乱他人正常的社会活动,损害他人对性的认知与理解,已侵犯法益,理应受法律调整。但是隐蔽性较强的聚众淫乱活动并不为他人所知,不会损害不特定第三人对性的认知与情感,没有侵犯法益。

(二)从自由主义角度分析

首先成年人进行秘密的聚众淫乱活动是行使其性自主权利的自由,不具有可罚性。性自主权利属于较为个人享有的属于隐私领域内的权利,个人隐私应当受到尊重与保护,本就不应受到干涉。再则,在不损害他人利益与社会公共利益的情况下,行为人与人之间达成合意应受到尊重,这是个人意思自治的表现。最后聚众淫乱活动更多属于道德领域调整的对象,刑法的保护目的更多不是从公共秩序出发,而是间接地维护了旧的性道德观念体系。不仅不利于社会发展,也限制了公民选择的自由。而且这也不应当由拥有最为严厉的制裁手段的刑法来承担该职能。

(三)从刑法谦抑性角度分析

“刑法维护最低限度的道德”,只能对损害最基本道德的行为进行规制,并且只能在其他规制手段无效的时候才能使用。^⑤对于在公共场合进行聚众淫乱的行为,由于其具有较为严重的社会危害性,侵犯了公共社会秩序,违反社会伦理,损害他人自由,应当受到刑事追究。至于在较隐蔽场所进行的淫乱活动,尽管其的确背离社会道德,但是由于其没有真正侵犯法益,采取行政处罚或是其他严厉性较小的措施即可,无需由处罚力度最强的刑法调整。

注释:

①大塚仁著,冯军译:刑法概说(总论)。中国人民大学出版社.2003.92.497。

②洛克著,叶启芳、瞿菊农译:政府论(下篇)。商务印书馆.1964.36。

③张明楷:刑法的基础观念。检察出版社.1995.143。

④《中华人民共和国刑法》第301条。

⑤董玉庭、黄大威:论聚众淫乱罪的刑事立法——以无被害人犯罪为研究视角。北方丛论.2012(3):146-151。