



The Expansion of
Criminal Law

刑法学基本原理 理论展拓

裁决者与被裁决者之间无论是通过棍棒还是通过怀柔的方式，反映出来的都是一种纵向的对立关系。刑法作为这种关系的终结，则其是针对高高在上的权力？还是针对捶楚之下的肉体？刑法是权力头上的达摩克利斯之剑，还是令人苦不堪言的杀威棒？

孙万怀 ◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

上海市重点学科建设成果 (学科编号: s30901)



The Expansion of
Criminal Law

刑法学基本原理① 理论展拓

孙万怀 ①著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法学基本原理的理论展拓/孙万怀著. —北京:北京大学出版社, 2011. 12
ISBN 978-7-301-19585-7

I. ①刑… II. ①孙… III. ①刑法-法的理论-研究 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 200141 号

书 名: 刑法学基本原理的理论展拓

著作责任者: 孙万怀 著

责任编辑: 旷书文 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-19585-7/D·2954

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 43 印张 1090 千字

2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 88.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

代前言

当前,我国刑法教科书和刑法学研究在致用方面存在着下列疏忽:

首先,现在仍然存在若干教条化的倾向,我国刑法学教科书的编写可以说陷入了困境。笔者参与过不少教科书的撰稿,但是囿于教材的体例以及一些理论的普遍适用性,教材往往大同小异,所做的工作总是修修补补,不愿或不敢越雷池一步。其优点在于确立一个大一统的标准,这个标准显然有利于司法实践的思维逻辑和理论解读的统一性要求,但是其缺点也是明显的。这主要表现在三个方面:一是刑法理论的视野被局限在一定范围内,新的理论和思维很难兼容;二是造成思维方式单一,一些理论的合理性质疑被弱化;三是导致与现实脱节,基本理论成为一种教条,不能直接应对现实。学人皆知,法学院里的教科书无论是体例还是内容,都让人感觉似曾相识又无可奈何。这也导致修习刑法者往往不得要领。实际上从事刑法教学工作的人无疑都明白,功夫在书外。课堂上传授的内容只是以教科书为出发点(或者已经脱离了教科书在谈自己的经验和看法)展开论述。教科书枯燥乏味,学生死记硬背;而刑法老师们则将个性化的研究展现在课堂上,妙语连珠,妙趣横生、鞭辟入里。

其次,从刑法学专著或论文而言,因为其往往专注于某一个方面的理论和概念,对于修习者而言又过于理论化和抽象化,或者不具有全局性,不能整体了解刑法的实践和刑法学研究的主要内容,因此一本以刑法基本理论为依托,拓展刑法理论视野同时又进行理论解读的著作无疑具有存在的价值和空间。

对于刑法讲授者来说,无论是自己学习的结果,还是自己研究的结果,都在教科书上难觅踪影,也是憾事。如何使得学生深味刑法的趣味和深度,如何让学习者通过自学去思考刑法学理论和实践问题,如何撰写一本既不游离又不拘泥于传统教科书、不完全理论化又不脱离理论化的范本,如何能够让学习者在掌握基本理论的同时,获得理论启发,成为诸多学者心中长久以来一直挥之不去的问题,本书就是解决这一问题的尝试。

正因为本书只是一种尝试,总感心有余而力不足,文有意而力不逮。

本书或许是一本比较另类的读本,说它另类,主要其依据刑法基本理论但同时又是有针对性地进行研究和解读,在形式上对于传统的理论体系有所增益,在内容上则侧重于学理的自我研究结果。

本书具有以下内容和特点:

1. 本书涵盖了刑法基本理论的主要制度,总体包括两个部分,即“基本概念与理论”、“理论展拓”。主要是表达在对通说予以充分尊重的同时,对在实践和理论中遇到的学者长期关注的主要或重要的问题设置专题,或提出问题进行分析思考,有助于修习者进一步对于规范知识掌握的同时,深入了解理论的实质和强化实践中的运用。

2. 具有较强的可读性。将一些艰涩的理论融入活泼的行文方式和内容中。文中加入了许多插图,大多与刑法中的重大事例、人物有关,增强直观感受,针对图片的内容进行自我解读和思考。笔者一直认为,最为直观的感受往往才会对于一些自己奉若神明的观念产生最有效的冲击。其次,文中还结合理论和法规对许多案例(其中相当一部分是经典案例)进行分析,因而具有较强的实践意义,也有利于学习者进行最为直接、具体的思考、争论和启迪。

3. 具有资料性。将资料性的内容贯穿于全书,使得读者不用大海捞针去寻找资料。尤其是在“理论展拓”的部分,有许多是引用和借鉴的结果,具有参考和引用价值,当然也有自己从事教学以来的心得体会。其中许多资料非常具有历史价值和现实意义。

4. 具有一定的思想性。对于作者有心得的内容进行详细介绍,对于力有不逮的问题则侧重于提出问题,以期引起读者思考,以便于进一步拓展。

5. 具有较强的实用性。注重对司法解释的把握和分析,并注重利用司法解释对具体的刑法问题进行分析,同时也罗列了有争议的不同观点,供读者借鉴和批评。

目录

第一部分 刑法的基本价值

一、刑法是什么	(3)
二、中华人民共和国刑法体系的创制	(18)
三、刑事政策的范畴界定	(35)
四、刑法怎样接近现实——解释	(57)
五、刑法的根基——基本原则	(64)
六、刑法基本原则的灵魂——刑罚人道主义	(87)
七、民意在刑法中的作用	(128)
八、刑法溯及力	(152)

第二部分 犯罪论的主要问题

一、什么是犯罪	(163)
二、犯罪行为侵犯的客体是什么	(194)
三、犯罪行为与危害结果的关系	(198)
四、谁可以成为罪犯	(212)
五、犯罪心理与主观恶性	(237)
六、法定正当行为	(253)
七、直接故意犯罪的停顿形态	(275)
八、共同犯罪认定中的相关问题	(292)
九、罪数形态与禁止重复评价	(318)

第三部分 刑罚制度与适用方法

一、刑事责任一般理论	(339)
------------------	-------

二、刑罚是什么	(356)
三、刑罚的种类以及对待死刑的态度	(375)
四、有关量刑的主要制度	(404)
五、有关行刑的主要制度	(474)
六、有关刑罚消灭的主要制度	(489)
七、刑法分则体系的结构与特征	(502)
八、刑法分则的条文设置	(505)
九、分则中的法条竞合问题	(511)
十、分则中的法定刑加重问题	(520)

第四部分 现实热点判例与理论展拓

一、以危险方法危害公共安全罪的判例与理论展拓	(527)
二、醉酒交通肇事的判例与理论展拓	(541)
三、绑架罪的判例与理论展拓	(553)
四、盗窃罪的判例与理论展拓	(572)
五、诈骗罪的判例与理论展拓	(588)
六、敲诈勒索罪的判例与理论展拓	(601)
七、辩护人伪造证据、妨害作证的判例与理论展拓	(611)
八、非法行医罪的判例与理论展拓	(631)
九、交换毒品犯罪的判例与理论展拓	(649)
十、挪用公款罪的判例与理论展拓	(663)
后记	(683)

第一部分 刑法的基本价值

一、刑法是什么

如何界定刑法的概念

【基本概念与理论】

刑法是统治阶级为了维护其阶级利益与统治秩序,根据自己的意志,以国家名义颁布并以国家强制力保证其实施的,规定犯罪、刑事责任以及刑罚的法律规范的总和。

根据不同的标准,刑法可以划分为:

——广义刑法和狭义刑法。广义刑法是关于犯罪及其刑事责任的法律规范的总和,包括刑法典、单行刑法与附属刑法。狭义刑法是指刑法典。“刑法”一词有时在狭义上使用,有时也在广义上使用。

——普通刑法与特别刑法。普通刑法是指具有普遍适用的性质与效力的刑法,刑法典便是普通刑法。特别刑法是仅适用于特别人、特别时、特别地或特别事项(犯罪)的刑法。在我国,单行刑法与附属刑法均属于特别刑法。

【理论展拓】

1. 刑法的概念与法律教科书中关于“法律”的主流概念相比较具有什么样的类似性?这种概念是否与法律工具主义具有联系?

《尚书》“舜典”中说:“象以典刑。流宥五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑。眚灾肆赦,怙终贼刑,钦哉,钦哉,惟刑之恤哉。”明代丘俊认为,“舜典”此章,乃万世论刑之祖,“‘象以典刑’以下七句,凡二十八字,万世圣人制刑之常典。‘钦哉钦哉,惟刑之恤哉’二句,凡九字,万世圣人恤刑之常心。圣贤之圣典,其论刑者千言万语,不出乎此。帝王之治法,其治行者千条万贯,也不外乎此。”^①虽然时代已经发生了巨大的变迁,但是考量人类发展的足迹可以发现,这种变迁更多的表现为一种形式上的翻新,而面对横亘在人类面前本质问题的时候,人类的智力却总是裹足不

^① 鲁嵩岳:《慎刑宪点评》,法律出版社1998年版,第19—20页。

前,从这个意义上说,丘俊对“舜典”字字珠玑般的论述作为万世不变的黄钟大吕,真的似乎具有现实意义。刑罚的沉重性在于:作为人类历史上最为古老的惩罚方式,在人类几千年的历史长河中尽管被赋予了不同的名称,但是没有实质的不同,作为伴随着人类历史的古老现象,作为极端的惩罚方式,一直被人们所争论、所探究。但是对比《尚书》的论述,我们似乎应当感到一丝无奈和遗憾——祖先们已经悲天悯人地提出了质疑和控诉,无论是对于仁义的刑罚实质还是对于人道的刑罚适用,先哲们都已经进行了深刻的论述,这种论述的深入程度丝毫不逊于后人们的成果。如果说人类文明在这里获得了什么进步的话,那就是法治文明于此获得了长足的发展,刑法不再是一种统治的手段或者工具,刑法的意义不再是针对权力之下战战兢兢的芸芸众生,而是规范、约束、抗衡国家刑权力的宪章。作为实定刑法中的刑罚制度,不再以宣示国家威权的面孔出现,而是作为国家刑权力的准绳和规矩。但是,只要国家刑法一天不与人道主义结缘,则刑罚的实质就不会因为法治的意义发生位移而位移。



说明:裁决者与被裁决者之间无论是通过棍棒还是通过怀柔的方式,反映出来的都是一种纵向的对立关系,刑法作为这种关系的终结,则其是针对高高在上的权力?还是针对捶楚之下的肉体?刑法是权力头上的达摩克利斯之剑,还是令人苦不堪言的杀威棒?(图片来源:http://cn.news.yahoo.com/050811/1307/2ec2h_6.html, 2008年7月29日访问。)

通过以上分析可以发现,在传统社会中,即使统治者讲求宽容和体恤,刑法仍然不过是统治者通过立法的方式散布的恩泽,法律不过是统治者对于现实的一种态度。传统社会如此,现代社会又当如何看待呢?

2. 概念中使用“法律实质+刑法的内容”的表述方法是否对于法律的理解存在一定偏差? 如何理解马克思关于法律的认识?

马克思在博士论文中指出:^①

法律不是压制自由的手段,正如重力定律不是阻止运动的手段一样……恰恰相反,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、不取决于别人的任性的性质。法典就是人民的圣经。

法典作为现代国家和公民行动的规则,反映的应该是人民的意志,庇护的应该是人民的自由,保障的应该是社会的和谐运转。从法律的成长史来看,法典的价值越来越得到肯定,法典的规范越来越明确,法典的内容越来越普遍,法典的实施越来越文明。这些都是建立在权利与权力、国家与社会、秩序与道德关系的重新评估基础上的。国家刑权力在其更替过程中,愈发注重人道主义对于刑事权力的约束,愈发注重对权利的维护,愈发注重秩序伦理,愈发注重与社会的整合,逐渐剥离权力的人格化内容。国家权力以法典作为一种承诺,必须严格地遵循这些承诺,保护这些法益实现。国家刑权力只有脱离了个性化并且排除了任意的性质才可能获得合理性。

刑法具有什么特征

【基本概念与理论】

所谓基本特征,实际上就是刑法与其他法律的主要区别,也就是说刑法属于部门法,与其他部门法相比具有其特有的属性。这些属性不是一些具体的不同,而是整体方面的不同,也正是由于整体的不同引申了具体制度的差异。

刑法相对于其他法律,主要具有以下几个特征:

1. 调整社会关系的广泛性。包括民法、行政法等在内的部门法一般只是调整和保护某一方面的社会关系。例如民法只是调整和保护财产关系以及部分与财产有关的人身关系;婚姻法只是调整和保护婚姻家庭关系。但是,刑法对于其他部门法所调整的社会关系均要进行调整,大量的社会关系均纳入刑法调整的范围之中。我们通常将刑法作为最后一道防线或最后一道关口,主要就是针对刑法所调整和保护社会关系的广泛性而言的。

2. 制裁手段的严厉性。在有些部门法中也存在有强制方法,如赔偿损失、警告、行政拘留等。但是与刑法中的刑罚方法相比,其严厉程度则相差甚远。刑罚作为国家最为严厉的强制方法,其内容不仅包括剥夺财产、剥夺权利,还包括限制自由、剥夺自由,甚至包括剥夺生命。

^① 中央编译局译:《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1985年版,第71页。

【理论展拓】

1. 调整社会关系广泛性的特征为我们昭示了在刑罚适用过程中应该注意什么倾向?

调整社会关系的广泛性特征隐含着这样一个命题,即刑法应对诸种社会关系时,如何确定其是否应该介入以及介入的程度。在最初的刑法中,刑法对社会关系调整的广度和深度都是空前的,只是在随后的发展中,逐步开始退却。人类刑事政策发展的历史从整体上看就是一部逐步非犯罪化的历史。古代社会,以刑为主,诸法合体,刑事政策成为最为主要的社会政策,犯罪化的力度处于饱和状态,法网密如凝脂,国家权力成为法制、社会管理、社会道德的裁量者。而当前国家只是一种政治和管理意义上的概念,公民社会的价值观才应是独立的和稳定的,道德权威在民间,而不是国家通过强力来加以贯彻的,多元化成为一种现实。作为一种最强烈的价值评判标准的国家刑罚权也逐渐开始收缩。

运用刑罚威吓公民个人,并将一定的行为模式强加在公民个人身上的倾向,这种做法脱离了以法与道德的分离为前提的近代法的任务,并且与当今容许多种价值观并存的民主主义宽容社会是不相容的。要求抑制这样的刑罚权的主张被称为谦抑主义,此乃当今刑法思想中最基本的观点之一。^①

在20世纪中期以后,非犯罪化的观念逐步被接受,非犯罪化的步伐逐步加快,“非犯罪化进入了刑法的中心领域并引起了显著变化”^②,这在德国、美国、英国、意大利、苏联以及南美洲和非洲一些国家刑法中均有显著体现。此外,一些行政性的制裁方式取代了刑事性的制裁方式。虽然其调整范围仍然十分广泛,但已经轻缓许多。

2. 因为刑法的制裁是国家权力直接针对人来实施,手段的严厉性往往会影响到国家的态度,也往往会因为社会环境的变化而变化,这可以使我们得到怎样的启示?

美国在遭受“9·11”恐怖袭击之后,在强烈的反恐情绪下迅速通过了《爱国者法》(Patriot Act),该法案实际上就是对于恐怖主义的宣战。法案声明其目的在于:

——增加政府的法定权力来侦查、预防和惩罚恐怖活动。

——改善政府的机构和能力来处理恐怖威胁。

——消除执法机构如联邦调查局和情报机构如中央情报局之间的隔阂。用于防止曾在20世纪70年代发生的秘密侦查美国公民和其他的权力的滥用。

① 森本益之、濑川晃等:《刑事政策学》,戴波等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第25页。

② 德国刑法学家耶施克语。转引自黄风:《论意大利的非刑事化立法》,载《外国法学研究》1987年第4期。

该法案长达 130 页,共计 10 章 166 节,对 15 部法律进行了修改。其中第 8 章的主要内容包括:加强反恐刑事立法。将实施恐怖袭击或其他反公共交通系统的暴力行为作为一项联邦管辖的犯罪;将“大规模杀伤”增加到“国内恐怖主义”的概念中;禁止庇护和隐匿恐怖分子;重新界定“资助恐怖主义”的内涵;扩大“恐怖主义”、“网络恐怖主义”和“拥有生物武器”的犯罪的定义;消除一些反恐怖罪行的限制性立法;加重对恐怖罪行的处罚;根据《反敲诈勒索影响和腐败组织法》将“恐怖主义”增加到“敲诈勒索”的定义之中;命令总检察长加强对网络安全的法庭科学的能力。

刑法的任务

【基本概念与理论】

根据《刑法》第 2 条规定,我国刑法的任务有以下四个方面:

1. 保卫国家安全、人民民主专政的政权和社会主义制度。
2. 用刑罚惩罚经济犯罪与财产犯罪,保护社会主义的经济基础。
3. 用刑罚惩罚侵犯公民人身权利、民主权利和其他权利的犯罪。
4. 用刑罚惩罚危害社会治安、破坏经济秩序的犯罪。

可以发现,我国刑法的任务表述分为两部分:一曰惩罚,二曰保护。惩罚是直接任务,保护是终极任务。

刑法的直接任务是惩罚犯罪,就实定刑法的固有属性而言,无论从罪刑关系,还是刑罚的等级方式,其都是一种惩罚性的措施。就实定刑法所依据的基本原则和基本概念与理论而言,尽管有对于犯罪行为发生之后危险性和情节进行考虑的规定,但还是以基本的犯罪事实作为处罚依据,这些都说明了我国刑法的基本任务是惩罚犯罪。只有用刑罚惩罚各种犯罪,才能保护国家利益与公民的合法权益。刑法对国家利益与公民的合法利益保护的方法是通过惩罚犯罪进行的,在很多情况下,不使用惩罚手段就很难抑制犯罪行为,也就根本无法保护国家利益和公民的合法利益。

刑法的终极任务是保护权利。如果对于刑法基本任务由于不同的刑法观从而存在较大的争议,对于保护权利,应该说具有一定的共识性。无论是古典刑法理论,还是社会防卫理论都对此不持异议。从我国刑法规定来看,刑法的终极任务是保护国家利益和公民的合法权益,其中包括国家安全、国家政权与社会制度,经济基础与经济秩序,公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及社会秩序等。具体而言,既包括国家、社会的利益,也包括罪犯的利益,更包括被害人的利益。

两种任务之间的关系表现为手段和目的的关系,惩罚犯罪是手段,保护权利是目的。不能为惩罚而惩罚,必须基于保护的目的是进行有效的惩罚,惩罚必须以保护为宗旨,而在刑法中,惩罚是体现刑法保护优势的一种重要方式。

【理论展拓】

1. 当前人们一般将刑法的意义限定在防卫社会 and 保障人权两个方面,这实际上是对刑法规定的任务的延伸。但不可否认防卫社会与保障人权之间,往往存在着一定的对立或者说是实质上的对立,在罪犯的人权与社会的稳定之间往往并非一团和气,如何进行选择?这一问题实际上不仅是实体刑法的问题,也是刑事程序法的问题。

贝卡里亚认为:

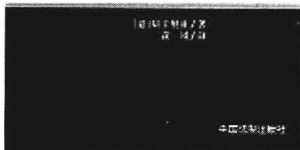
我们向人的心灵作了调查,在那里,发现了君主惩罚犯罪的真正权力的基本起点。



论犯罪与刑罚



论犯罪与刑罚



贝卡里亚(1738—1794),意大利人。1764年写成《论犯罪与刑罚》,该书从契约论角度论证了刑法的生成与制定,根本改变了传统刑法的性质,成为近代刑法思想最经典的读物。法国18世纪启蒙派思想家伏尔泰对该书的评价是:“这样一部著作必定能清除在众多国家的法学理论中依然存在的野蛮内容。”

无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些,只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权。一切额外的东西都是擅权,而不是公正,是杜撰而不是权利。如果刑罚超过了保护集存的公共利益这一需要,它本质上就是不公正的。

由上述原则得出的第一个结论是:一旦有法律才能为犯罪规定刑罚。只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这一权威。任何司法官员(他是社会的一部分)都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚。超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。因此,任何一个司法官员都不得以热忱或公共福利为借口,增加对犯罪公民的既定刑罚。

第二个结论是:代表社会的君主只能制定约束一切成员的普遍性法律,但不能判定某个人是否触犯了社会条约。由于国家可能分成为两方:君主所代表的一方

断定出现了契约的侵犯,而被告一方则予以否认。所以,需要一个判定事实真相的第三者。这就是说,需要一个作出终极判决的司法官员,他的判决是对具体事实作出单纯的肯定或否定。

第三个结论是:即使严酷的刑罚的确不是在直接与公共福利及预防犯罪的宗旨相对抗,而只是徒劳无功而已,在这种情况下,它也不但违背了开明理性所萌发的善良美德——这种理性往往支配着幸福的人们,而不是一群陷于怯懦的残忍循环之中的奴隶——同时,严酷的刑罚也违背了公正和社会契约的本质。^①

在当代,人权概念的普遍性已经得到了包括我国在内的世界各国的承认,这使得我们在刑法任务的冲突性思考中可以确立一个基准。如L.亨金所说,人权已经得到了普遍的同意,但是在不同的国度中,人权的状况还存在着较大的差别。无论是在自诩人权得到重视的国家,还是在人权被遭受攻击的国家,完全意义上的人权实现或多或少都还是人类的一种理想化的模型。也就是说,大家对于人权的同意还表现在形式上,有时甚至对于人权的内容本身,都存在着迥然不同的看法。依照L.亨金的看法,人权的概念已经得到了普遍的、名义上的接受,这本身虽然带有虚伪性,但它仍然具有重大意义;

虚伪是邪恶向美德表示的尊重,人权是当今世界唯一的、至高无上的美德。这就意味着,当今的政府不能无所顾忌地宣扬他们的一贯主张。它的意义还在于,所有的国家和社会都一直在准备着接受人权的规范。承认违反人权是不正常的。而且它还要求政府隐瞒自己侵犯人权的行为,否认自己侵犯人权的行为,或者证明自己侵犯人权的原因,否则他们会遭到谴责。^②

2. 如何看待刑法的目的?

【经典案例】据《南都周刊》、《潇湘晨报》报道,因组织“换妻”涉嫌聚众淫乱罪,53岁的南京某大学原副教授马某遭到南京市某区检察院的公诉。庭审将于4月7日开始,马面临最高5年有期徒刑的指控,如果领刑,他将成为20年来第一个因为“聚众淫乱罪”获实刑的人。22人的被告阵容,亦创造了以“聚众淫乱”罪名起诉的最高纪录。

南京警方闯入“性聚会”

2009年8月17日,南京秦淮区警员发动了一次突袭,闯入了网友的隐秘“性聚会”。在一家连锁酒店的120房间,5名网民被当场抓获。43岁的“月明”交代,是网友“誓言”把她带入换偶圈子。而“誓言”又供出了他人。网友“海狼”则供出这场“聚众淫乱”案主角“阳火旺”——南京一所大学的副教授马某。

“我一直认为,大家都是成人,没有谁强迫谁,都是自愿的。”53岁的马某说。马某被审讯了一周。最终警方决定对马某执行监视居住。

① [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社,第8—11页。

② [美]亨金:《权利的时代》,信春鹰译,知识出版社1997年版,“前言”部分。

副教授称自己被妖魔化

马被媒体塑造成一个精神空虚、追求享乐的淫棍。而马某说,自己完全被妖魔化了,“我不是这个样子”。马某把自己参与性游戏的原因,归咎于逃避两段失败婚姻造成的阴影。第一任妻子带着儿子去了美国。第二段婚姻在10年前结束,只维持了2年,特别在性问题上,他称夫妻存在难以启齿的沟壑。马某家中有4个精神病人。母亲年轻时有精神病,如今老年痴呆。大哥因为精神病自杀,二姐患有精神病。外甥曾因精神问题卧轨被救。2003年,一个网友把他带入了换偶圈子。

“聚众淫乱”定性难

在学生眼中,马某是业务娴熟的教授、研究生导师,去年率学生获得全国比赛一等奖。

检方指控:2007年至2009年,22名被告在南京组织参与了35起聚众淫乱活动。其中,马某组织、参与的达18起。22人中,除了马某,还有保安、营业员、职员、出租司机,另有6人无业,并非外界盛传的“白领换妻部落”。除了3对夫妻,其他人均为单身。

1997年修订《刑法》,流氓罪被删除,聚众淫乱罪被分解保留了下来。它的定义是3人以上从事的违反道德规范的性交行为。对首要分子或者多次参加的,处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。

西安曾有个网名“一枝独秀”的女警官,因参与网上夫妻交换被起诉,后又被撤诉。有专家表示,只要是当事人同意的性,就不应该被社会干涉。北京律师彭剑说,“聚众淫乱”判例少的主要原因是:行为私密,法律确定上有一定难度。^①



被告人马某被法院以聚众淫乱罪判处有期徒刑3年6个月,上图为2010年4月7日被告人进入法庭前接受多家媒体记者采访的情形。(图片来源:中国新闻网,2010年5月20日)

① 《南京“换妻案”22人被公诉》,《武汉晨报》2010年4月3日。