

馬堯海聚眾淫亂案件中的法理與民意

郭曉飛

2009年8月17日，南京市秦淮公安分局在一家連鎖酒店內抓獲5名參與「換妻」的線民，隨後又牽連出17人，其中年齡最大者屬53歲的南京某大學副教授馬堯海，因為他是「換妻遊戲」的組織者，所以被列為22名被告之首。這個被告陣容，「創造了1997年修訂刑法13年以來，以『聚眾淫亂』罪名起訴的最高紀錄。」在庭審中，其餘被告均表示認罪，辯護人做了有罪辯護，馬堯海宣稱自己無罪，辯護人做了無罪辯護。2010年5月20日，南京市秦淮區法院進行公開宣判，22名被告被判構成聚眾淫亂罪。「馬堯海對自己行為的社會危害性和違法性始終缺乏清醒的認識，被從重處罰，獲刑3年6個月。其它人由於認罪態度較好，被判緩刑到3年6個月不等刑罰¹。」

這個案件引發了廣泛的爭論，各大媒體廣泛報導，學者網友紛紛表態，喧囂過後，也應該沉澱一些思考。正如「密涅瓦的貓頭鷹黃昏的時候才起飛」（黑格爾語），表面的話語紛擾退場之後，這個案件所涵蓋的法理、民意、道德、社會變遷足以支撐得起更多的深入研究。就像2001年瀘州市中級人民法院所審理的「二奶繼承案」一樣，學者們不厭其煩的從不同角度進行解讀，一貫忽視個案研究的法學期刊也不惜篇幅，出產了大量高品質的論文²。這兩個案件的共同之處在

¹ <http://news.sohu.com/20100520/n272232008.shtml>，最後訪問2012年9月14日。很多媒體報導都有這麼一句話：「據瞭解，他們成為了20年來第一批因為『聚眾淫亂罪』獲實刑的人。」被追究刑事責任人數之多可能開了先例，但是獲實刑判決，這還不是第一次。1999年12月12日，廣西壯族自治區欽州市中級人民法院判決被告人劉劍鋒聚眾淫亂罪成立，有期徒刑兩年。引自國家法官學院、中國人民大學法學院編：《中國審判案例要覽·2000年刑事審判案例卷》，人民法院出版社、中國人民大學出版社2002年版，第255頁。

² 相關的論文可參見蕭瀚：〈被架空的繼承法：張學英訴蔣倫芳繼承案的程式與實體評述〉，載易繼明主編《私法》第2輯第1卷，北京大學出版社2002年版；範倫：〈瀘州

於都和婚姻體制糾結纏鬥。「二奶遺贈案」關係到婚外的情人是否可以憑著經過公證的遺囑獲得繼承權，「聚眾淫亂案」的討論隱隱約約偏離法律的主題而導向對於「換偶」正當性的追問，因為「事關風化體」，因為事關法理學之永恆主題——法律與道德關係，因為「性」學屬於天然的交叉學科，哪怕再「書齋」型的法學家，處在壁壘森嚴的學科劃分的鐵律之下，也覺得自己對這個問題有發言權。所以我預測這個「聚眾淫亂案件」遠遠沒有在庭審結束的時候銷聲匿跡，而是把此類案件「問題化」的開始。

一、法教義學視野下刑法的張揚 —— 「聚眾淫亂」話語的生產

我首先從法教義學的視角來檢視這個案件的判決，法教義學是來自德國的傳統，強調「對現行法進行系統的描述、加工並發展。它將具體的法律問題整合入普遍化的相互關聯中，由此構建免於矛盾的評價體系³。」法教義學特別強調「通說」的作用，就是德國法中的「支配性意見」，「具體指，針對現行法框架中某一具體法律問題——通常是司法適用問題——學術界和司法界人士經過一段時間的討論後，由多數法律人所持有的法律意見（法教義學意見），所以，通說也被稱作『多數意見⁴』。」「通說」可以對審判實踐起到權威性指導的作用，法官援引通說判案不必要重新論證，減輕了論證的負擔，保證了法律規範可以沒有矛盾的適用於個案，實現法律的穩定性、確定性和可預測性。

然而聚眾淫亂案件顯然還太少，法學界的研究也偏少，沒有經過

遺贈案評析：一個法社會學的分析〉，載《判解研究》第2輯，人民法院出版社2002年版；王軼：〈瀘州遺贈案隨想〉，載《判解研究》第2輯，人民法院出版社2002年版；朱慶育：〈法律適用中的概念使用語——以瀘州遺贈案為分析對象〉載鄭永流主編：《法哲學與法社會學論叢》總第11期，北京大學出版社2007年版；鄭永流：〈道德立場與法律技術：中德情婦遺囑案的比較和評析〉載《中國法學》2008年第4期；何海波：〈何以合法——對『二奶繼承案』的追問〉，載《中外法學》2009年第3期。

3 莊加園：〈教義學視角下私法領域的德國通說〉《北大法律評論》2011年第12卷第2輯，第321頁。

4 黃卉：〈論法學通說〉，《北大法律評論》2011年第12卷第2輯，第335頁。

實踐和學術中大量的「如切如磋，如琢如磨」，就難以形成有支配性的「通說」，此類案件的「通說」還正在形成的過程當中。我在接下來的分析中，只能因陋就簡，採用權威刑法學家在《刑法學》教材中對「聚眾淫亂」的概念界定來作為分析的起點，作為對「通說」的一種不完美的替代。不完美的原因是法教義學儘管挪用了神學的「教義學」這個詞，但畢竟聲稱自己的科學性，不像宗教崇拜那樣追隨權威，「通說」憑自身論證的說服力而不是學者的名聲獲得權威性，然而關於聚眾淫亂罪的深入論證辯駁太少了；但是，法學和自然科學的可檢驗、可重複、相對的價值中立不可同日而語，我很難想像一個法學家在解釋什麼行為構成「聚眾淫亂」罪的時候可以做到徹底的「不動聲色」。所以權威法學家的解釋更有可能成為判決中的指導因素，「通說」也起到了法律規範的作用，學者們對「通說」的熱衷也有對司法實踐施加影響的衝動，學者周永坤〈法律方法也是法⁵〉的精闢論斷可能揭示了「通說」、法律方法論研究熱背後的知識社會學邏輯。所以權威學者的觀念成為通說的可能性遠大於一般學者，而教材又被認為是去個性化的通說的集大成，所以對教材中「聚眾淫亂罪」概念的梳理在本案中顯得尤為重要。

中國刑法第三百零一條規定：聚眾進行淫亂活動的，對首要分子或多次參加者，處五年以下有期徒刑、拘役或管制。張明楷在《刑法學》教材中對聚眾淫亂罪的界定是：「聚眾淫亂是指糾集三人以上群姦群宿（聚眾姦宿）或進行其他淫亂活動。淫亂行為除了自然性交以外，還包括其他刺激、興奮、滿足性慾的行為，如聚眾從事手淫、口交、雞姦等行為⁶。」作者特別強調區分罪與非罪的界限，認為雖然刑法理論沒有爭議地把「眾」理解為三人以上，但不能只按照字面含義來理解本罪的罪狀。「不能認為三人以上聚集起來實施淫亂活動的，一律構成本罪。刑法規定本罪並不只是因為該行為違反了倫理秩序，而是因為這種行為侵害了公眾對性的感情，尤其是侵害了性行為非公開化的社會秩序。因此，三個以上的成年人，基於同意所秘密實施的

5 周永坤：〈法律方法也是法〉，2011年5月19日。

6 張明楷：《刑法學》第四版，法律出版社2011年版，第947頁。

性行為，因為沒有侵害本罪所保護的法益，不屬於刑法規定的聚眾淫亂行為。只有當三人以上以不特定人或者多數人可能認識到的方式實施淫亂行為時，才宜以本罪論處⁷。」這個解釋對「公開化」和「秘密實施」的聚眾淫亂進行了區隔，認為前者侵害了公眾性的感情、性的非公開化的社會秩序，而後者秘密實施的聚眾淫亂行為沒有侵害本罪的法益。蔡曦蕾參考各國立法，類似案件的定罪都不在於人數的多少，而在於是否公然實施，而中國1997年刑法「認為任何聚眾淫亂行為都將達到犯罪的『無價值』程度，而單個人或兩人在公共場所的公開淫亂行為則由於多少存在些『價值』，而被排除出犯罪圈之外。筆者對此頗感疑惑⁸。」張明楷的解釋顯然參考了其他國家的刑法，通過解釋技術，把私密狀態下的淫亂行為非罪化了，而立法中並沒有體現這樣的傾向性。所以兩個人在公共場所發生性行為是否要定罪，定什麼罪可能也是讓刑法學者頗費躊躇的問題，而學者的疑惑可能就是司法實踐中的尷尬，2011年，57歲的藝術工作者成力在北京通州宋莊以性愛展示作為其行為藝術展，而後被警方帶走，並因「尋釁滋事」被警方處勞動教養一年⁹。這顯示法律想要懲罰兩個人之間的公然性愛力不從心，只能援用「小口袋罪」的罪名尋釁滋事，給予行政處罰。

曲新久的《刑法學》教材也有類似的思路，強調「除非成百上千人進行淫亂活動（事實上不好想像），雖有3人以上，但是人數不多，秘密進行淫亂活動，不為不特定的他人或者眾多的人所見聞的，不構成犯罪¹⁰。」同張明楷不同的是，曲新久對淫亂的理解是必須是具有性交行為的才構成本罪，僅有猥褻行為不構成本罪。而且不是3人以上共同發生性行為都視為淫亂，而是必須發生的場合和方式「令同時代

7 同上，張明楷在註腳中特別解釋說：「只要性行為是秘密實施的，即使招集、邀約行為為具有公開性，也不應認定為聚眾淫亂罪。」他認為引誘未成年人聚眾淫亂因為侵害的法益是未成年人的身心健康，不要求具有公然性。

8 〈論聚眾淫亂罪的法理缺陷與完善〉，《時代法學》2010年第8卷第四期，第47頁

9 盛大林：〈性愛行為藝術案為何只勞教男方〉《北京晨報》2011年5月9日。一浙江男子默許鄰居家4歲的小女孩看黃片被拘留十天，也不知道是觸犯的是哪條法律。參見 http://news.ifeng.com/society/1/detail_2012_08/19/16911378_0.shtml（2012年9月23日訪問）

10 曲新久：《刑法學》中國政法大學出版社2009年版，第463頁。

的普通人感到羞恥，難以容忍的才能視為淫亂¹¹」。這樣的解釋進一步縮小了處罰的範圍，公然的，互相同意的，多人之間的非性交的性行為，也不構成聚眾淫亂罪，但是對「同時代普通人」性道德觀念的強調可能會使得性的弱勢群體在這樣的視角下更可能被治罪，如同性戀的多人性行為更可能被解讀為「令同時代的普通人感到羞恥」，更加容易被定罪。同樣是在南京，同性戀之間的聚眾淫亂案件也開始出現。而關於兩種聚眾淫亂案件的差別還基本上缺乏認識¹²。法學家坦率的承認自己對於某些聚眾淫亂行為「事實上不好想像」，而為什麼要在刑法學教材裡被逼著去想像這樣的具體情節？而且努力的結果仍然是互相之間不能融洽，關於聚眾淫亂的具體界定仍然處在模糊混沌的狀態。其他部門法的學者大概不用遭受這樣的折磨，這是為什麼？

在我看來，根源在於罪刑法定原則的實質層面所要求的明確性。這種明確性要求「規定犯罪的法律條文必須清楚明確，使人能夠確切瞭解違法行為的內容，準確地確定犯罪行為與非犯罪行為的範圍，以保障該規範沒有明文規定的行為不會成為該規範適用的對象¹³。」「不明確即無效」是源自美國的憲法原理，不明確的刑法無法保證法律的可預測性，公民不能預測自己行為的後果，為隨意入人罪的司法擅斷大開方便之門。刑法明確性的要求主旨，在於約束國家刑罰權的濫用，保障人權。沒有任何一個部門法理論對明確性有這麼高的要求。可是這種明確性的要求和刑法中性犯罪的模糊性始終保持了一定的張力，這也就是近年來大量的引起爭議的案件發生在這個領域，如最高法院姦淫幼女的司法解釋、組織賣淫罪是否可以涵括同性之間的「賣淫」？裸體視頻聊天情節嚴重是否構成傳播淫穢物品罪？

正如阮齊林所觀察到的：「財務、人、槍支、毒品這樣的法律概念表述的基本是一個客觀事實，具有確定性。但是對於淫亂、淫穢之類的概念，則不同的時代，不同的人看法差別很大。因為它們含有道

11 同上。

12 〈聚眾淫亂，四名『同志』被判刑〉，《現代快報》，2010年10月14日。我無法確定是否同性戀的聚眾淫亂是否更容易入罪，只是從邏輯上判斷對同時代普通人性道德標準的強調可能會造成這樣的後果。

13 【意】杜立奧·帕多瓦尼：《義大利刑法學原理》，陳忠林譯，法律出版社1998年版，第24頁。

德、價值評斷的因素，具有不客觀不明確的特性。罪刑法定原則要求明確性，故排斥過多使用這類要素¹⁴。」關於淫穢物品的立法也面臨一樣的問題，什麼可以構成淫穢物品，美國聯邦最高法院斯圖爾特曾宣稱：「我看了才知道¹⁵」。所以我們也可以理解罪刑法定在刑法中不斷得到確立和鞏固的過程，同時就是大量涉及性的犯罪非罪化的過程，像英美法系長時間以來囊括在「sodomy」條目下的所謂口交、肛交、獸姦等「非自然性行為」的非罪化當然跟民眾性道德觀念的變遷有關係，但是從技術上而言也因為這些法律中模糊的性道德詞彙不能滿足明確性的要求，造成「刑不可知，則威不可測」的專斷效應。

馬堯海的辯護律師在辯護詞中也是引用張明楷的觀點，認為多人的秘密實施的性行為，沒有擾亂公共秩序，沒有侵犯公眾的性的情感，當然這個性的情感主要指的是性生活不能夠公開進行。南京市秦淮區人民法院顯然不認同這樣的理解，認為「刑法所保護的公共秩序不僅指公共場所秩序，公共生活也不僅僅指公共場所生活，《中華人民共和國刑法》將聚眾淫亂罪歸類在擾亂公共秩序罪這一大類中，說明聚眾淫亂侵害了公共秩序，此種行為的故意已經包含在行為當中；無論聚眾淫亂發生在私密空間還是在公共場所，不影響對此類行為性質的認定，當達到刑法所規定的程度時，即構成犯罪¹⁶。」這樣的理解讓人很費解，法官認識到聚眾淫亂罪歸屬於擾亂公共秩序罪，然而卻沒有很好的用體系解釋的方法和其他的聚眾犯罪進行比較，正如學者姜濤指出的，刑法中聚眾犯罪有聚眾擾亂公共秩序罪、聚眾衝擊國家秩序罪、聚眾鬥毆罪、聚眾持械劫獄罪、聚眾衝擊軍事禁區罪、聚眾擾亂軍事管理區秩序罪和聚眾淫亂罪7個罪名，這些聚眾型犯罪都具有公開化的特點，聚眾淫亂罪也不能例外¹⁷。法院在這個地方沒有很好的解釋，為什麼這個罪名是聚眾犯罪中唯一不需要公開化要件的，對

14 阮齊林：《刑法學》第三版，中國政法大學出版社2011年版，第595頁。阮齊林也認為要參考「同時代普通人」的羞恥感，而且聚眾淫亂罪不包括猥褻，「應以性交未必要」。

15 Paul Gewirtz：On 'I know it when I see it', *The Yale Law Journal*, Vol.105, pp1023-1047 (1996)

16 《南京市秦淮區人民法院刑事判決書》（2010）秦刑初字第66號。

17 姜濤：〈刑法中的聚眾淫亂罪該向何處去〉，《法學》2010年第6期，第14頁。

於公共秩序應該做怎麼樣的解釋，何以秘密實施的性行為侵犯了公共秩序？法院所理解的公共秩序其實就等於社會風化，公共道德，正如趙秉志為了幫助讀者理解暗地裡的聚眾淫亂也侵犯了公共秩序，區分了兩種公共秩序，一種是公共場所的秩序，相對具體的規則調整，另一種是日常生活交往中共同的生活規則，是相對抽象的¹⁸。所以在蘇惠漁主編的《刑法》教材中，聚眾淫亂罪侵犯的客體是社會風尚，客觀方面的行為表現在：「3人以上，男女混雜，但也可能全是男性或女性……主要表現為群姦群宿，跳全裸體舞或進行性交以外的其他性變態活動，如雞姦、獸姦¹⁹。」在高銘暄、馬克昌主編的《刑法學》教材中，對淫亂的界定是：「指不符合道德準則的性行為。除了自然性交之外，還包括猥褻、雞姦、獸姦等刺激和滿足性慾的行為²⁰」這些描述很粗糙，但是又在另一個層次上顯得細緻，展開了刑法學家對於所謂性變態活動的想像，雞姦常常被用作男同性戀者之間的肛交行為，並成為污名化這一群人的貶斥話語，在這裡毫無反思的得到了運用，完全無視同性戀權利在中國以及全球範圍內的發展。「跳全裸體舞」這樣的行為也被認為是性變態活動遭到刑法的制裁，讓人感覺流氓罪並沒有走遠。大量道德污名話語的氾濫，顯示性刑法的懲罰邊界仍然模糊不清。傳統上，刑法對性犯罪的懲罰是基於社會風化，無論是婚外相互同意的「和姦」，還是「強姦」都是對性的社會風尚的侵犯，現代社會強調性自主權，刑法禁止對法益的侵犯。這樣的兩分法可能都有點老生常談了，可是在聚眾淫亂罪的框架下，兩種力量還在拉鋸。

通過以上對一些《刑法》教材的分析，讓我想到了福柯對於精神分析學派「性壓抑假說」的分析，他認為性並非一直是處在被文明壓抑的狀態，而是在16世紀、17世紀不斷的被各種力量所激發和生產出來。基督教的懺悔告白機制反而使得性話語到處彌散：「大家必須服從一種命令，不僅懺悔違反法律的行為，而且還要以坦白自己的全部慾望為目標……基督教的教士守則明文規定，其基本職守是讓任何帶

18 趙秉志：《擾亂公共秩序罪》，中國人民公安大學出版社1999年版，第451頁。

19 蘇惠漁主編：《刑法學》第五版，中國政法大學出版社2012年版，第472頁。

20 高銘暄、馬克昌主編：《刑法學》，北京大學出版社，高等教育出版社2011年版，第549頁

有性特徵的東西進入沒有終止的話語磨坊之中²¹。」基督教在性道德上的嚴苛似乎產生了一種奇妙的機制，這種機制是一種產生了更多性話語的機制。不僅僅是性實踐，連淫穢的眼光，猥褻的念頭，事無巨細，一一呈現。這是一種對性的話語煽動。福柯分析精神病學等學科為了驅趕性反常的力量，就必須讓這些性反常成為可以分析的類型，於是，同性戀、戀物癖、戀老人癖者、性感倒錯者、獸姦者等類型就出現了，這些昆蟲學式的類型在得到命名的同時，也得到了鞏固。所以我們才能理解他所說的：「權力是作為一種召喚的機制在發揮作用的，它吸引、取出它所關注的那些稀奇古怪的東西。快感隨著控制它的權力擴散開去，而權力則僅僅抓住剛才逼問出來的快感不放²²。」作為國家公權力的刑罰權，作為刑法學學科意義上的法學家的權威，都被捲進到性快感的揭發和逃避的遊戲中了。刑法學家對淫亂的抽象界定，具體列舉，那些「魑魅魍魎」在教科書裡煙視媚行。罪刑法定所要求的「明確性」就像一個「照妖鏡」，甄別鑒定的工作讓打擊淫亂犯罪的刑法也多多少少變得性感起來了。刑法學家對聚眾淫亂話語的生產就是對這個照妖鏡打磨的過程，可惜追求明確性和穩定性的刑法學在這個問題上力不能逮，一系列疑問在回答後更是混亂：聚眾淫亂是否要以「公然發生」為要件？僅僅有所謂的「猥褻」行為而無性交行為是否構成此罪？什麼是公眾的性感情，性學家驚世駭俗地對性解放的理性論證和聚眾淫亂行為哪一個更加「侵害」了公眾對性的情感？什麼行為讓同時代普通人感到羞恥，這種描述是否缺乏了對同時代主流道德觀的反思，像同性戀、跨性別，SM的性實踐是否更應該被視為「淫亂」？這些問題，用上述一個教材括弧裡的話來描述正好合適，那就是：「事實上不好想像」。

正如波斯納所言，在對性的公共規制問題上，無知扮演了很重要的角色²³。性的問題不被鼓勵公開討論，有關性和法律的研究，要麼付

21 蜜雪兒·福柯：《性經驗史》（增訂版），余碧平譯，上海人民出版社2002年版，第15頁。

22 同上注，第33頁。

23 【美】理查·A·波斯納著，蘇力譯：《性與理性》，中國政法大學出版社2002年版，第290頁。

諸闕如，要麼難登大雅之堂，在對罪和非罪的區分標準上沒有論證，在列舉式的描述中我們看到的也是有限想像力下的勉為其難，處處可見的隨意與武斷，刑法的法教義學視角沒有對這個問題的緩解有任何貢獻。張明楷在解釋同性組織賣淫案件中賣淫含義的時候說：「賣淫，是以營利為目的，滿足不特定對方的性慾的行為，包括與不特定的對方發生性交和實施類似性交行為（如口交、肛交等。或者說，賣淫包括實施性交行為與某些猥褻行為。）」²⁴但是在解釋中又說：「為了限制處罰範圍，在刑法上，組織他人單純為異性手淫的，或者組織女性用乳房摩擦男性生殖器的，不應認定為組織賣淫罪。」²⁵ 為什麼賣淫包含了「某些」猥褻行為，而排斥其他，這裡的標準是什麼？2001年1月28日公安部下發了《公安部關於對同性之間以錢財為媒介的性行為定性處理問題的批復》裡規定：「不特定的異性之間或者同性之間以金錢、財務為媒介發生不正當性關係的行為，包括口淫、手淫、雞姦等行為，都屬於賣淫嫖娼行為，對行為人應當依法處理。」這個批復顯然和張明楷教授的觀點不同，似乎不同解釋者個人對各種「猥褻」行為的價值排序就是標準，而法教義學對這種標準的確定無能為力。刑法所承擔的性秩序的維護，對敗德之「性」的壓制，是以不斷的對各種性活動進行甄別，對性話語進行言說為代價的，曾經，「非禮勿視、非禮勿聽」的立法者和研究者不願意參與到這種言說當中，曾經的「流氓罪」就既發揮了刑法維護性道德秩序的作用，又不需要事無巨細的性話語分析。在強調「罪刑法定」原則的「後流氓罪」時代，法治所要求的明確性在客觀上使得不同種類的「流氓」也開始被具體界定。沒有任何一個部門法如此強調明確性，所以那潛滋暗長的、不斷演化的，永無止境的性實踐就這樣看起來正經的刑法學家筆下悄然現身，在國家的政法機關規範當中左沖右突，在被壓制的痛苦中也發出一些不和諧的「呻吟」。

對各種性實踐的命名產生了一個「未意圖的後果」（unintended

²⁴ 張明楷：《罪刑法定與刑法解釋》，北京大學出版社2009年版，第220頁。

²⁵ 同上，第220頁。在對方某「裸聊」案件的分析上，作者認定淫穢的音訊檔屬於淫穢物品，但是方某（女性）如果裸聊時只裸露了上身就不能認定為「淫穢」。第229頁。

consequence)，另類的性權利話語也開始嘟嘟囔囔的並不那麼閃亮的登場了。曾經被視為流氓的同性戀者開始爭取這個人群的權利，與「雞姦」有關的法律話語都被反歧視的眼光重新審視；反淫穢物品的立法也在言論表達自由的憲法規範下面臨正當性追問；性交易的非罪化一直以來也是非罪化課題中非常主流的一大塊內容，並且在一些國家中得以實現。而這次聚眾淫亂的審判中，馬堯海喊出了「換偶無罪」的口號。那些沒有具體受害人的，只是因為違反道德倫理的無直接被害人犯罪，都在蠢蠢欲動的想要鹹魚翻身，學者姜濤就認為對於吸毒、重婚、傳播淫穢物品、組織賣淫、賭博、聚眾淫亂這些沒有直接受害人的犯罪應該採取漸進主義的路線：「先淡出，再退出²⁶」。犯罪學中的非犯罪化視角相對於刑法教義學而言，有了更多的社會學視角，需要這些研究的增進來對涉性犯罪有更深入的認識，而非罪化的實現也將免去刑法學家對另類性實踐混亂的、隨意的、力不從心的界定任務。

刑法應該具有謙抑性的特徵，在「性法」上也是如此。刑法謙抑性「乃刑法應基於謙讓抑制之本旨，在必要及合理之最小限度範圍內，始予以適用之思想。此項思想，係將刑法作為保護個人生活利益之最後手段，又稱為刑法之最後手段或補充性，又因其蘊含有刑罰動用愈少愈好之思想在內，故又稱之為刑罰經濟之思想²⁷。」刑法在各種社會調整手段中應該具有補充性，是保護法益的最後手段，刑法對社會生活的調整也不具有完整性，不能充斥於人們生活的各個角落，同時刑法也應該具有一種寬容性，應該在一定程度上容忍某些行為對社會的冒犯。即使支持法律可以強制執行道德的斯蒂芬，也認為法律和輿論介入一些私密領域，「就好比試圖用鉗子夾出落入眼中的睫毛，也許眼珠子會被拔出來，但永遠夾不住那睫毛²⁸。」22名被告被判聚

26 姜濤：〈無直接被害人犯罪非罪化研究〉，《法商研究》2011年第1期，第77頁。具體針對聚眾淫亂罪的非罪化，姜濤的淡出路線是，處罰組織者，不處罰參加者；處罰公開者而不處罰隱秘者；像偷稅罪一樣處罰再犯者，而不處罰初犯者。參見姜濤：〈刑法中的聚眾淫亂罪該向何處去〉，《法學》2010年第6期，第13-14頁。

27 甘添貴：〈犯罪除罪化與刑事政策〉，《罪與刑——林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，臺灣五南圖書出版公司1998年版，623-624頁。

28 【美】理查·A·波斯納著，蘇力譯：《超越法律》，中國政法大學出版社2001年

眾淫亂罪，馬堯海因不認罪而被從重處罰，這並不能證明「那睫毛」被清除了，大量發生在私密狀態下的沒有受害人的「聚眾淫亂」行為「逍遙法外」，法律的嚴肅性和普遍性被大打折扣，警方和檢方是否起訴的自由裁量權也很大可能會增加腐敗的機會。警方對私密性為的調查也很容易侵犯公民的其他更加重要的權利。在這個案件中，我們沒有看到刑法的謙抑形象，張揚的刑法缺少限制，而憲法的缺席可能是其中一個極其重要的原因，值得我們詳細分析。

二、法教義學視野下憲法的缺席——隱私權的沉默

聚眾淫亂罪的設立，達不到立法者所希望達到的維護社會風尚的目的，在司法上也很沒有效益，支持性權利的一方也在質疑這樣道德立法的正當性，這些都要求刑法謙抑性的實現。刑法的罪刑法定原則、法不溯及既往原則都體現了刑法謙抑性的內容，但是僅僅靠刑法規範和刑法學對謙抑性原理的闡釋，還只是體現了自我設限，但是中國的刑事立法和司法缺乏憲法的制約。正如德國法學家魯道夫·馮·耶林說過：「刑法如兩刃之劍，用之不得其當，則國家與個人兩受其害」²⁹儘管刑法一方面打擊犯罪，另一方面保障人權，不僅是保護善良人的大憲章，同時又是犯罪人的大憲章，但是不可否認，保護權利最有利工具的刑法也可能是侵害權利最厲害的手段。缺乏憲法對刑事立法和刑事司法的限制，刑法的謙抑性必然轉化為擴張性。由於中國缺乏完善的違憲審查制度，並且刑事司法實務排斥憲法的直接適用，所以刑法和憲法的關係很少得到關注³⁰。儘管兩個學科的對話和相關的研究已經有了初步的進展³¹，但無論在學術上還是司法實務中，刑法的憲法制約還遠遠沒有成為我們的思維習慣，更缺少精緻深入的宏觀分析

版，第310頁。

29 陳興良：《本體刑法論》，商務印書館2001年版，第75頁。

30 儲槐植、李莎莎：〈中美刑法憲法化比較研究〉，《刑法論叢》趙秉志主編，法律出版社2010年版，2010年第3卷，417頁。

31 參見黃京平、韓大元主編：《刑法學與憲法學的對話》，中國人民大學出版社2007年版。劉樹德：《憲政維度的刑法新思考》，北京大學出版社2005年版。

和個案探討，也很難期待司法者以憲法的基本原則，指導刑法解釋來彌補刑事立法缺陷。

對馬堯海等被告聚眾淫亂罪判決的學術評論當中，憲法分析佔有一定的比重，關於聚眾淫亂罪是否合憲，不同學者給出了不同的解讀。學者歐愛民引用了《中華人民共和國憲法》第24條的規定：國家普及道德教育，反對資本主義的、封建主義的和其他的腐朽思想。並且引用憲法第53條公民必須遵守公共秩序，尊重社會公德之規定，做出了這樣的結論：「因此，在中國性自由不能成為一項法定權利，有關機關也才從未將性自由納入憲法保障的範圍。……相反，《憲法》第49條規定：『婚姻、家庭、母親和兒童受國家的保護。禁止破壞婚姻自由，禁止虐待老人、婦女和兒童。』因此，我們應該從『保障婚姻、家庭』的角度來探討聚眾淫亂罪的存廢問題。」³²作者所引用的大而無當的反對腐朽思想，尊重公德的條款來論證聚眾淫亂罪的合憲性，是否表明一切違反公德的行為入罪都可以是合憲的，缺乏對憲法上比例原則的省察。而且當年的流氓罪的立法基礎就是所謂的「資本主義、封建主義」腐朽思想，曾經的投機倒把、如今被稱作「小口袋罪」的非法經營罪，都可能在這樣意識形態的僵化思路中隨意的出入人罪。作者說性自由不是法定權利，而張翔和田偉批駁說刑法236條強姦罪保護的法益是什麼呢？不就是對婦女性自主權的保護嗎？他們運用功法上的比例原則得出這樣的結論：「將公然實施的聚眾淫亂活動規定為犯罪，是為了追求正當的目的，也是適當的侵害最小的手段，符合狹義比例原則，這種限制具有憲法上的正當性；而對於純粹私密的三人以上自願實施性行為等活動進行刑罰制裁，不具有正當目的，是違憲的³³。」歐愛軍教授對性自由的排斥，對公德的維護，讓人產生一種感覺，強姦罪不是建立在對性自主權保護的基礎上，而是建立在維護道德風化，避免腐朽思想侵蝕的基礎上。中國刑法中的強姦罪規定在侵犯公民人身權利、民主權利這一章，但是受害人的性別只能是

32 歐愛民：〈聚眾淫亂罪的合憲性分析——以制度性保障理論為視角〉，《法商研究》2011年第1期，第37-38頁。

33 張翔、田偉：〈「副教授聚眾淫亂案」判決的合憲性分析〉，《判解研究》2011年第2輯，<http://lawinnovation.com/html/cxwx/97905827447071.shtml>（2012年9月11日）。

女性，甚至被一些學者解讀為侵犯了女性的貞操權，多多少少殘留了道德風化主導的流風餘韻。

從保護婚姻家庭的角度來論證聚眾淫亂罪的合憲性也不能做到邏輯上的融洽，因為聚眾淫亂罪和婚姻體制沒有必然的聯繫。作者的分析可能受到媒體的誤導，媒體大張旗鼓渲染本案中的「換偶」的因素，事實上在本案中真正的配偶並不多，而且換偶並不必然構成聚眾淫亂罪。如果一對夫妻和另一對夫妻互相交換配偶，分別在兩個房間內進行性愛活動，不構成任何犯罪。而哪怕全部都是單身人士參加的多人性愛聚會，也可能構成現行刑法中的聚眾淫亂罪。歐愛軍以婚姻家庭的維護作為本罪合憲的理由，那立法者就應該考慮參加多人性聚會者的婚姻狀況，如果有婚外性行為的，才構成聚眾淫亂，而單身者參加的此類活動，不是明知對方有配偶的，又該如何處罰？這樣的分析已經把聚眾淫亂罪類比為通姦罪了，既然如此熱衷婚姻家庭的保護，那莫不如把通姦犯罪化好了，完全以婚姻作為標準，而不是發生性行為的人數的多少。歐愛軍教授並沒有進入到聚眾淫亂罪具體的脈絡當中，不分析多少人構成聚眾，是否發生在同一場合，是否以發生性交為要件，公然和秘密發生是否都構成此罪，僅僅是一個保護婚姻家庭的大帽子劈頭蓋臉砸下來就認定合憲，就大功告成了，對一個刑法罪名合憲性的分析竟然可以完全忽視刑法自身的脈絡，何其粗糙乃爾。

而臺灣地區確實還保留了通姦罪，並且也遇到是否合憲的問題。2000年，臺灣高雄地方法院法官葉啟洲在審理通姦案時認為通姦罪的存在是對性自主權的不當限制，也達不到維護幸福婚姻的目的，違反了比例原則之適當性和必要性，所以應屬違憲，聲請「司法院」大法官釋憲。2003年，大法官會議公佈通姦罪不違憲的釋字第五五四號解釋，主要原因是：「婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與任何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提

下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約³⁴。」臺灣學者多認為通姦罪的設置難以達到預防通姦的目的，在司法實踐中取證困難，事實難以認定，為了捉姦可能又會導致妨害秘密罪，浪費訴訟資源並嚴重侵犯未成年子女的權益³⁵。通姦罪是親告罪，通姦的配偶應當在知道通姦行為的6個月內提出告訴，而且配偶必須沒有縱容或宥恕的行為才能告訴。夫妻雙方互相達成一致，同意對方參加，或者一起參加多人性派對的，在臺灣並不構成通姦罪，在大陸卻可能構成聚眾淫亂罪。也就是說，中國的刑法雖然已經對通姦除罪，但是仍然有可能在嚴厲程度上重於通姦罪。一對合法夫妻互相同意一起參加一個多人秘密性派對被判聚眾淫亂罪，如果你告訴他們這個罪的真正目的是要保護婚姻家庭，他們可能會覺得大惑不解，完全不顧當事人感受的保護是一種父母式的關懷嗎？有脫離開偶之間意願的所謂保護嗎？國家真的有資格告訴當事人怎麼樣才能保護婚姻家庭的穩定嗎？

歐愛民教授認為聚眾淫亂衝擊家庭生育功能，約束功能蕩然無存，家庭的紐帶功能斷裂，情感功能名存實亡，弱化了家庭的經濟功能。³⁶作者的分析充滿了想當然，聚眾淫亂一定會使得夫妻反目為仇，雞犬不寧，破壞血統的純淨，甚至巴比倫文明也是毀於縱欲。這些長期以來的迷思很難說有什麼根據。避孕技術的完善也使得婚外性和血統不純正沒有必然的聯繫。在換偶者當中，夫妻之間可以商量的婚外性行為也不必然對夫妻感情造成衝擊，甚至我們可以理解為人家都好到了連這麼私密的事情都好說好商量，還有什麼過不去的糾葛呢？一個基本的問題是，性、愛、婚姻的三位一體，在今天已經不再是所有人奉為圭臬的生活方式，法律是否要強制所有的人都裝在這一個刻板模式當中？以婚姻壟斷「性」的思路來論證聚眾淫亂罪的正當性，那是否一切婚外的性行為都可以被入罪，婚前性行為、通姦、賣淫嫖

34 <http://www.docin.com/p-91421595.html>（2012年9月18日）。

35 林貴文：〈中國臺灣地區「刑法」上的通姦罪考察〉，趙秉志主編《刑法論叢》第29卷2012年版本，第507頁。

36 〈聚眾淫亂罪的合憲性分析——以制度性保障理論為視角〉，《法商研究》2011年第1期，第40頁。

娼、一切同性戀行為等等，我沒法想像那時候的刑法是如何的臃腫，性法是如何的膨脹。所以，即使保護婚姻家庭具有正當性，也應該從比例原則的角度論證手段的正當性。事實上在涉性刑法上的無受害人犯罪，法治國家都逐漸呈現出非罪化的狀態，即使沒有在條文中非罪化，在實踐中也很少執行了。想像前述用鉗子夾眼睫毛的比喻吧。

我願意用一種新的憲法進路來論證對私密狀態下的聚眾淫亂行為定罪是違憲的，因為它侵犯了公民在憲法上的隱私權。隱私權是公民享有的保持私生活不受監視、干涉的安寧權利以及保持私人資訊不受他人非法知悉、利用的權利。憲法上的隱私權是公民對抗國家干擾侵犯私人生活的一種防禦權，里程碑式的案件是1965年Griswold v. Connecticut案件。美國最高法院在這個案件中作出一項重要判決，認為對於合法的婚姻關係來說，州無權立法懲罰醫療上提供避孕藥具的行為，因為這樣的立法侵犯了婚姻關係的隱私，這個案件是憲法隱私權得以形成的開端。但是憲法並沒有明文列舉保護隱私權，William O. Douglas法官在多數意見中引用了美國憲法第九修正案：「憲法對特定權利的列舉，不能被解釋為對人民所保留其他權利的拒絕或蔑視。」³⁷美國最高法院在1969年的Stanley v. Georgia案³⁸中，判決公民在家裡擁有色情材料的隱私權，在1972年的Eisenstadt v. Baird案³⁹中，判決單身人士有使用避孕藥具的隱私權，在1973年的Roe v. Wade案⁴⁰中，判決女性擁有一定條件下墮胎的隱私權。在1977年的Carey v. Population Services Int'l案⁴¹中，判決紐約州禁止對16歲以下的人士買賣傳播避孕材料的法律侵犯隱私權。

從類比的角度而言，美國最高法院針對同性之間「非自然性行為」的兩個判決和聚眾淫亂是否合憲的判斷有著更緊密的關聯。在1986的Bowers v. Hardwick案⁴²中，針對喬治亞州禁止非自然性行為的

³⁷ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

³⁸ Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969)

³⁹ Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972)

⁴⁰ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

⁴¹ Carey v. Population Services Int'l, 431 U.S. 678 (1977)

⁴² Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)

sodomy law（也譯作雞姦法，包括成人間互相同意的肛交和口交），聯邦最高法院做出了合憲的判決。同性戀權利遭遇了挫折。類似的案件在很很多年後又一次發生。1998年9月，德克薩斯州哈裡斯郡警察局得到舉報，去調查一個持有武器侵入住宅的案件，進到屋裡之後發現Lawrence和另外一個男人正在進行肛交，被控違反了禁止「不自然性交罪」。美國最高法院在2003年對此案作出判決，認為州立法侵犯了第十四修正案正當程序條款中的自由權，政府權力不能無處不在，德克薩斯州沒有正當的政府利益可以正當化對個人私密生活的侵犯。甘迺迪法官在判決中引用了在Bowers案件中發表反對意見的Stevens法官的主張：

我們的先例案件使得這兩項命題闡釋的非常清楚。首先，一個國家統治性的多數傳統上視一項特定的實踐非道德這個事實，並不能成為法律禁止此項實踐的充分理據。無論是歷史還是傳統都不能挽救禁止異族通婚的法律免予憲法的責難。第二，結了婚的人的個人選擇，關於身體關係的親昵行為，甚至跟生育無關，都是被第十四條修正案當成是保護自由的一種形式。而且，這種保護把私密關係從已婚擴展到未婚⁴³。

美國著名憲法學家勞倫斯·卻伯（Laurence Tribe）教授在1986年的Bowers v. Hardwick案件中是挑戰州法的同性戀男子的辯護律師，敗訴後全心全意的期待著翻案，在2003年的Lawrence v. Texas案件中以法庭之友的身分挑戰州法。卻伯教授評論說：「最高法院指出，正如格裡斯沃德（Griswold）判決保護的是婚姻關係內的性隱私，而不是戴著安全套進行異性性交的機械行為，正如格裡斯沃德案的判決保護的是個人自治的關係權利，而不應該被降格為其中的體位或生理因素，因此，勞倫斯案的判決也應理解為既保護同性戀者，也保護異性戀者的性隱私，而且這樣做並不只是出於個人自由的利益，同樣是基於平等的關係和尊重⁴⁴。」私密狀態下的所謂「聚眾淫亂行為」和曾經

⁴³ Lawrence v. Texas, 539 US 558 (2003)

⁴⁴ 【美】勞倫斯·卻伯著。田雷譯：法律出版社2011年版，第126-127頁。

在西方法律傳統中遭到嚴厲打擊的「非自然性行為」都被多數人視為敗德的行為，但多數人的排斥有可能造成「多數人的暴政」，在性權利宣導者的眼中，這樣的暴政罄竹難書，而憲法恰恰就是要保證少數人的權利不被暴政打壓。在聚眾淫亂案件的討論中，不斷有人訴諸於流氓罪的類比，在1984年民法院和最高人民檢察院《關於當前辦理流氓案件中具體應用若干問題的解答》中關於「其他流氓活動情節惡劣構成流氓罪」的列舉式規定中，「勾引男性青少年多人，或者勾引外國人，與之搞兩性關係，在社會上影響很壞或造成嚴重後果的」都構成流氓罪。今天被認為的生活作風問題可能被定罪，輕微的違法也可能被判重刑，在嚴打當中偷看女生廁所被當成流氓罪判了死緩⁴⁵。這些剛剛過去的歷史沒有得到很好的研究，馬堯海的「淫亂形象」很可能在歷史中轉化為「道德法律強制」的犧牲品形象，一如王爾德因同性戀行為而被判刑的歷史悲劇。而刑法學領域大量出現的「國民預測可能性」、「同時代普通人感到羞恥，難以容忍」、「公眾對性的感情」，法律所強調的一般中等人的標準等等，都無視性少數人群的被污名、被打壓、被歧視的歷史和現實，而這些部門法領域的盲區，恰恰離不開憲法保障人權，尤其是弱勢群體人權之光的燭照。

接下來的問題是，中國的憲法是否明文列舉了隱私權作為基本權利？中國憲法第38條規定了公民人格尊嚴，第39條規定了公民住宅不受侵犯，第40條規定了公民的通信自由通信秘密受法律保護，這些都隱含了保護隱私權的內容。如果說人格尊嚴條款來自於對於文革肆意凌辱人格無法無天的撥亂反正，那麼曾經國家吞噬市民社會，對公民的性自由進行無孔不入的限制、打壓，這個記憶也應該使得人格尊嚴包含性隱私不被打擾侵犯的自由。公民的住宅也和性隱私緊密關聯，馬堯海在自己家中進行的多人性聚會被認為是犯罪的證據之一，當年在延安發生的夫妻倆在家看黃碟而遭公權力干擾的案子，都證明了對住宅中性事的窺探和干涉是如何的侵犯隱私，房子和「房事」的關係在語言中也得到了充分的顯現，茲事體大。而通信自由、通信秘密也和本案緊密相關，馬堯海的罪行常常和夫妻交友網站、換偶的QQ群

45 遲志強：〈無法刪除的情感痕跡〉，《青年週末》2010年8月17日。

有關，而這些網上通訊聯絡的資訊是否應該受到通信自由條款的保護呢？我認為這些「性息」也應該內在的屬於通信秘密和隱私權的範圍。

無可否認，中國憲法中沒有明文列舉隱私權作為基本權利，但是通過憲法解釋的方法，可以認為，隱私權屬於中國憲法的未列舉權利。美國聯邦最高法院從憲法第九修正案中解讀出憲法隱私權的存在⁴⁶，儘管在學術界和司法實務界都還有爭議，但是通過一系列的判例，隱私權越來越難以被抹殺，已經嵌在「活的憲法」當中了。從源頭來看，美國的制憲者擔憂在憲法中列舉基本權利會使得沒有列舉的基本權利落入政府的範圍，人民的權利岌岌可危，所以一些聯邦黨人反對在憲法中列舉基本權利，正是因為這一擔憂，才有了美國憲法第九修正案來承認基本權利，所以「確認對未列舉基本權利的保護，是憲法列舉基本權利的前提和條件，它消除了憲法列舉基本權利可能帶來的消極影響⁴⁷。」在Griswold案之前，美國第九修正案並沒有在實踐中得到富有實效的運用，而這個案件也是美國第一次用憲法的未列舉條款提煉出新型權利——隱私權。隱私權和未列舉權利的緊密關係可能是偶然的，但是偶然中又有著內在的邏輯關聯。隱私權所保護的權利都有點「說不出口」，不像生命權、人身自由、言論自由、結社自由那樣理直氣壯，避孕、墮胎、同性性行為，都只能在隱私的大帽子底下存在，性自由權很難獲得自身在憲法權利體系中的一席之地，所以隱私權多多少少有一些「道德迴避」的意味。已經有支持同性戀權利的學者揭示了隱私權的局限，認為隱私權作為同性戀權利正當性的基礎是有限度的，因為它的理論基礎是自由主義的國家不干預理論，對公共和私人兩個領域截然兩分，忽視了公領域和私領域可能是一個統一體。隱私權把同性戀看成是只能在臥室裡發生的一種行為，而不是橫跨公共、私人領域的、需要表達的持續人格特徵，這種進路把同性戀群體和整個社會互動隔離開來，好像同性戀就是淫穢作品，只有

46 卻伯認為第九修正案是「美國憲法文本中關於『看不見憲法』的最可見證據」，見【美】勞倫斯·卻伯著：《看不見的憲法》。田雷譯，法律出版社2011年版，第130頁。

47 屠振宇：〈未列舉基本權利的憲法保護〉，《中外法學》2007年第1期，第50頁。

隔離了才是可以被容忍的。如果歧視是普遍的，那國家從臥室的撤出就沒有減輕，反而默許了對私行為的污名化，國家表面上的中立和節制，沒有辦法制止對同性戀的大量歧視⁴⁸。

這種有局限的權利對我們沒有憲法隱私權司法實踐的國度來說，已是奢侈，所以我仍然會從中國的憲法脈絡中推導對聚眾淫亂罪的憲法約束。韓大元教授對憲法文本中「人權條款」的規範分析可以提供借鑒，他認為2004年載入憲法修正案的「國家尊重和保障人權」條款主要是概括基本權利的條款，為基本權利提供了廣泛的價值基礎，但也有對未列舉權利的保護方面起到補充作用：「如為擴大基本權利保護範圍，可以依照人權條款提煉現有條款中隱含的新的權利類型，當基本權利有規定，而沒有具體法律規定時提供具體的救濟途徑，對基本權利條款作出憲法解釋時為解釋的合理性提供價值基礎與標準，當出現憲法和法律上沒有規定的新的權利要求時，可依照人權條款作出必要的判斷等。」⁴⁹ 學者屠振宇也認為人權條款宣示：「對憲法所列舉的基本權利之外的人權，國家仍有尊重和保障的義務。從而，它為肯定像隱私權這樣的未列舉權利的存在和擴大基本權利的保護範圍，提供了規範依據。」⁵⁰

1983年《現代漢語詞典》對隱私的定義是「不可告人的壞事」。隱私一度被認為等同於「陰私」，指「涉及不正當性行為，有關強姦、侮辱、猥褻婦女或其他有傷風化的事情，是陰暗、醜陋的……」。1989年版的《辭海》中相關的詞條只有「隱私案件」：「亦稱『陰私案件』，涉及男女私生活、姦情或其他淫穢內容的案件。」⁵¹隱私和「陰私」的等同，主要被等同於性的「不可告人的壞事」，這樣的社會建構使得隱私權和性有著緊密的關聯，這樣我們也可以理解美國一系列有關隱私權的憲法判例都跟「性」有著緊密的關聯，在憲法中說

48 See Note: The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a Suspect Classification, 98 HARV. L. REV. (1985).PP.1289-1291

49 韓大元：〈憲法文本中「人權條款」的規範分析〉，《法學家》2004年第4期，第11-12頁。

50 屠振宇：《憲法隱私權研究：一項未列舉基本權利的理論論證》，法律出版社2008年版，第229頁

51 同上，第2頁。

不出口的性權利在隱私權的籠罩下獲得除罪化的可能，然而也可能把有關性權利在法律中的討論一直關在不能討論的「櫃子」（同性戀被迫隱身的隱喻）當中，隱私權的能與不能都在這樣的邏輯下得以顯現。公眾的性感情成為立法的基礎看起來很難避免，憲法學也不能完全無視這些，事實上在美國聯邦最高法院為「非自然性行為」除罪的 *Lawrence v. Texas* 案中也強調了「這個案子不包括未成年人。也不包括可能被傷害、被強制者，或者處在一個關係當中很難拒絕同意的人，也不包括公開的行為或者賣淫。」⁵²這些區分強調性行為中是否具有傷害的標準，有傷害的行為不適用隱私權，儘管傷害的概念也有爭議；在當前的很多西方國家，未成年人的同意也很難具有法律意義；兩個人公開的性行為在當下中國很難有合適的罪名，但是很多國家都有刑罰制裁，但是對於如何理解公共場所又是一個不同力量纏鬥的場域。⁵³賣淫是否應該除罪不同的國家有很大的區別，這些道德風化、公眾性感情都在一定程度上成為立法的基礎，只是這些道德情感不能免於憲法平等原則和基本權利的審查，無論是這些道德情感還是制度建構，都處在不斷的歷史變遷當中，我們應該反對本質主義的來看待附著在「性」之上的帶有意識形態建構的主流觀念和情感。

但是缺乏憲法學視角的刑法論述會把公眾的性感情看得天經地義，普通人的羞恥感天然地成為刑事立法和司法實踐中對刑法進行解釋的基礎，而無視這些情感基礎對於性別和性的污名歧視。缺乏憲法的制約，刑法在這個領域的謙抑性難移得到保證。隱私權進路當然是有局限的，比如它對於同性性行為的除罪沒有挑戰同性戀不道德的社會主流建構而是採取了道德迴避的進路；聚眾淫亂罪除罪的隱私權進路也有一樣的問題，讓性權利話語沒有在憲法中顯現的機會，可是法律人必然是在這樣循著現行規範解釋的保守進路中，守護那哪怕是一點點的進步，所以我們看到很多學者採取了在刑法解釋中為私密狀態多人性行為除罪的進路，但依然對公眾普通人的性情感壓制性的一面

⁵² *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003)

⁵³ 甯應斌教授認為「共同在場者的同意構成隱私」，例如兩個人在公共場所的隱蔽處裸露，彼此同意，又沒有其他人在場，可以享有如在私人家中的隱私權。可參見甯應斌：《性無須道德：性倫理與性批判》，中央大學性／別研究室2007年版。

缺乏警惕。

三、性政治還是政治性——性越軌的理由和性道德的階序

(一) 性越軌和性壓制——哪個更需要理由？

馬堯海因為不認罪而獲得更嚴重的處罰，在3年6個月的處罰裡面包含了身體和思想的雙重反叛，性學家為情欲解放而展開的論述似乎也要為這樣的重判而「承擔責任」，性學家也在挑戰普通公眾的所謂「性感情」，要為那感情結構下被污名的身分和行為正當化，這種動搖、質疑和顛覆使得「寫性是危險的，像普拉默（Plummer）所說的，它使你在道德上是危險的。」⁵⁴相比較性越軌者的身體力行，寫性的危險在學術自由的框架下獲得了一定的喘息空間，似乎更像是一種「安全的放縱」。當然，這樣的比較一定簡化了，大量的私密的性反叛行為有時候反而有「悶聲發大財」的感覺，而對性解放大聲厲呼的學者卻可能為公開挑戰主流而遭遇謾罵和職業上的打壓。現代法律所聲言的不懲罰思想在此凸顯除了虛偽，馬堯海的3年6個月徒刑裡有多少時間，是性自由思想承擔的責任？

儘管馬堯海以一個不認罪的性權利的維護者形象出現，認為自己擁有對身體的支配權。我同時也看到他在壓力下為自己辯護的哀哀悲鳴。他覺得自己加入性遊戲聚會的最深層原因還是自己兩次不幸的婚姻，以及家族的精神病史。馬堯海和這兩任妻子都各有一個兒子，而她們都帶著兒子離開了馬堯海。馬堯海為此異常苦悶。馬堯海稱，為了避免讓自己變成精神病，他才參與了此類性活動，以轉移自己注意力。馬堯海有家族精神病史。母親年輕時有精神病，現在患老年癡呆，一個哥哥和一個姐姐，以及一個外甥，都有精神病。⁵⁵多熟悉的辯解，就像同志說成為同性戀的原因是單親家庭、母強父弱、異性戀情失敗、先天基因，總之是要辨明造化弄人，「非人之罪也」。這樣

⁵⁴ Jeffrey Weeks (2002) "Sexuality and History Revisited", Kim M. Philips and Barry Reay ed., *Sexualities in History*, Routledge. P27.

⁵⁵ 〈「換妻教授」想當性用品代言人〉，2010年4月7日《揚子晚報》。

對原因的探尋不就是對病根的耿耿於懷嗎？馬堯海以聚眾淫亂來預防精神疾病，好像讓我感受到中國人以結婚來沖喜的傳統，但是更讓我感受到現代性以來，各種力量附著在性之上的不能承受之重。性成為一個判斷你是一個什麼樣的人的秘密，告訴我你的慾望，我就告訴你是一個什麼樣的人，同性戀、變性人、戀物癖、都這麼被建構出來，精神病學等一系列學科對這些「性變態」的病理化使得被壓制者顛顛巍巍、戰戰兢兢的解剖自己以獲諒解。媒體也有強大的好奇來「揭開病苦，以引起療救的注意」（魯迅語）。大陸的同志運動圈子也在爭吵一個問題：同性戀是不是先天的，是不是不可改變的。有很多同志運動的積極分子希望用先天說來換取主流社會對不同性傾向的接納，可是這種「我也無能為力」式的表述怎麼能獲取真正的力量呢？同性戀和這些不同類型的性越軌者都曾經是1997年刑法之前的流氓罪打擊的對象，而今這些昔日的「流氓」一個個都要「靈魂深處鬧革命」，請示彙報自己的流氓原因，不是故意主動的挑釁主流價值觀，只因為防止自己成為精神病，或者先天基因決定，就可以不被「流氓化」了。殊不知，這是一種道德迴避現象，對主流的「流氓」命名閃轉騰挪，不對流氓話語的意識形態進行質疑，以一個「小可憐」的形象換得諒解，而這樣的策略不能收穫對性多元的接納。而正是對「性」的有罪推定，才使得有關性的東西都現在被假定為壞的，除非你能提出理由來免罪。

我在這裡不是要斥責馬堯海，那才真的是「站著說話不腰疼」，儘管他覺得自己將成為「歷史的注腳」，蠻橫性法律的犧牲品，但是沒有誰可以期待他成為性權利的鬥士並且按照某一個學者所認為的運動策略去振臂高呼，事實上他已經為自己性權利話語的張揚付出失去更多自由的代價，而我的隱私權論證在道德迴避上和他的悲情牌沒有本質不同。我要質疑的是這樣一種宏觀的結構，是什麼樣的力量在操作對性越軌者越軌原因的詰問？馬堯海為什麼要強調自己妻離子散、精神病家族的陰影？這和一個人為什麼成為同性戀者、妓女、虐戀者、跨性別的不斷追問也許是一個語境。反叛者被不斷撕開了揉碎了，放在精神病學和刑法的顯微鏡下審視，用科學的、道德的潔癖來

查證是哪些細菌敗壞了「正常」。而這些「正常」心安理得，仿佛天經地義，不容挑戰。而我們要努力的方向，就是反其道而行之，把那些壓制、歧視、心安理得、天經地義，放在批判理論的顯微鏡下審視。這是一種舉證責任的轉移。不是性越軌者自身需要對自己的特徵和原因提供證據才能獲得正當性，而是壓制性越軌者需要提供正當化理由為壓制來進行辯護，壓制的目的是否正當，有沒有受害人，受害人的聲音在哪裡？有沒有可以得到辯護的公共利益，即使目的正當，手段是否和目的成比例。

更重要的是，壓制性越軌者的記錄從來沒有被很好的記載，同性戀者、淫蕩女人、風流男人、聚眾淫亂者曾經在流氓罪下遭受過哪些痛苦，在嚴打中有哪些人因為性越軌而被處死，被重罰，這段歷史並不遙遠，而遠遠沒有被清晰的記錄。沒有記錄就沒有批判，壓制的力量就從來沒有過一絲不安，就永遠的理直氣壯，而舉證責任的轉移，其實首先需要這樣的歷史法庭，站在被告席上的，應該是流氓罪的立法，而不是流氓罪的罪犯。女同性戀、男同性戀、雙性戀、跨性別，因為獲得一定的身分，又有西方LGBT運動的風起雲湧，這樣的舉證責任轉移已經在一些地方潛移默化的發生，可是聚眾淫亂者並沒有在歷史的各種力量中形成一種身分，而身分儘管必然有著僵硬化的局限，卻也有著凝聚力量的可能，聚眾淫亂罪的除罪化在學者的話語之外缺乏社會力量的支援，顯示了「無身分的化外之地」（福柯）在社會運動中的「姥姥不疼，舅舅不愛」。

（二）民意爭論中的性道德階序——誰更不道德？

在對本案件的媒體報導中，聚眾淫亂這個關鍵字屢屢被另外的關鍵字所覆蓋，那就是「換妻教授」、「換偶」。事實上，聚眾淫亂在法理上和換偶沒有必然關係，媒體的報導重心的轉移當然可以理解為對聳動效果的追求，夫妻相互同意一起參與多人的換偶遊戲，牽出眾人對婚姻家庭所謂「神聖性」和「穩定性」的擔憂，甚至法學家對此案的表態都受到影響，處在婚姻中的法學家怎麼可能表態支持換偶活動的正當性呢？回去怎麼向配偶交代呢？而對性問題發表看法總是會

引來眾人的「代入」效應，似乎對別犯罪發表看法都不會使得自己成為民意的懷疑對象，所以我判斷媒體對換偶的強調事實上使得馬堯海的脫罪變得更加艱難，哪怕他是離過兩次婚的妻離子散的男人，也可能被塑造成了「換妻教父」而成為婚姻的敵人。應著媒體的議程設置，2010年4月6日下午，馬堯海在自己家裡做了一個小型的記者發佈會，手舉「換偶無罪」的標語，事實上他挑選了一個比聚眾淫亂無罪更加艱難的任務。我甚至判斷因為這樣的關鍵字的轉換，馬堯海被判的更重了。然而大眾媒體這樣的轉換確實「拔起蘿蔔帶起泥」，使得換偶現象第一次成為大眾媒體重點討論的現象，大量的道聽塗說、真真假假、自以為是的帶有偏見的報導也可能使得反面教材成了正面教材。很多民眾第一次知道，原本只在國外的獵奇新聞中出現的現象也開始在中國大量湧現了，換偶的網站和QQ群為大量有如此愛好的人們提供了平臺，這些新聞報導很有可能起到了為換偶宣傳推廣的效果。馬堯海的重判也不能為此效果降溫，因為大量的報導都說，這個罪名很少適用，性學家為此行為辯護的聲音也借著這個平臺得以更廣泛的傳播。這些報導真的有可能起到了古代色情小說「以淫勸淫」的效果，即使民眾不會「奔相走告、紛紛效尤」，也會使得不少人腦子開竅，重新思考在婚姻這愛情的墳墓裡還能折騰出多少生氣。

因為對換偶的關注也引發了大量性道德階序的比較，馬堯海認為：「我認為，參加我們這個活動比搞第三者要高尚，因為我們這個活動很真實，參加活動的夫妻之間沒有什麼好隱瞞的，很多男人都是為了讓自己的老婆快樂才參加這個活動的，他們自己不能滿足自己的老婆，夫妻感情又好，就讓老婆參加一下這種活動，有什麼不好嘛。搞第三者偷偷摸摸的，見不得人，不如我們。我的一些學生們知道這事後，也比較體諒我，不認為我是犯罪。」⁵⁶換偶行為沒有欺騙，不像第三者偷偷摸摸，而通姦已經除罪化了。在馬堯海的思考中甚至可以讀出女權主義的內容，丈夫為了妻子的性滿足，打破傳統大男子主義的霸佔心態，不再支持男女兩性在性道德上的雙重標準，遠遠的好過大男子主義的「家裡紅旗不倒，家外彩旗飄飄」。然而，我擔心也

56 〈「換妻教授」想當性用品代言人〉，2010年4月7日《揚子晚報》。

正是這一點，觸痛了主流的命門。男人的性放蕩不是多大的道德問題，正是那女人的「紅旗不倒」才使得這種虛偽的秩序得以維繫，而當婚姻內的女人可以不守婦道時，在主流的道德想像裡就是「家將不家」，長此以往，必會「國將不國」。而能夠容忍甚至支持自己老婆跟自己一起出去互相交換淫亂的男人，也和傳統的性別形象有太大的偏離，甘願戴綠帽子還樂此不疲，那簡直就不是個男人了。我相信大眾看到「聚眾淫亂」和「換偶」兩個不同的詞彙會有不同的道德想像，後者除了性道德污名之外一定還有性別污名的基礎。

所以我的看法是，在民意調查中，題目設計成對換偶的看法，和對聚眾淫亂的看法，一定會呈現出不同的結果。可惜沒有這樣的比較調查，只有潘綏銘教授的其中一個調查，所提出的問題是：中國現行的《刑法》規定：「聚眾進行淫亂活動的，對首要分子或者多次參加的，處五年以下有期徒刑、拘役或者管制。」這裡的「聚眾淫亂」說的是：超過兩個人以上在一起過性生活。您認為，這種情況應該如何處理才對？前三項回答是：1 根本不應該管。2 應該批評教育。3 應該作為違法，而不是犯罪。4 應該作為犯罪，但是判刑不應該這麼重。前三項合併為不是犯罪，把前四項回答合併為「處罰過重」，那麼在2006年18－61歲的中國總人口中，民意是這樣的：⁵⁷

	認為不是犯罪	認為處罰過重
總人口	38.5%	58.0%
男人	42.9%	64.2%
女人	34.2%	52.0%

法學家顯然也注意到了這樣的民意調查，而大眾對聚眾淫亂案的

⁵⁷ 潘教授調查發現：對於寬容者的社會階層分析發現，在絕大多數方面，各個階層之間都沒有出現顯著的差異。也就是說，在50歲以下的各個年齡組之間，在不同文化程度、不同職業之間，在城市人口流動人口與農村人口之間，在高中低的收入之間，在直轄市、省會、地級市、縣級市、縣城與村鎮之間，在黨員與有無宗教信仰的非黨員之間；人們對於「聚眾淫亂罪」這條法律的態度基本是一致的；都有30%－40%的人認為它不是犯罪，都有50%－60%的人認為法律處罰過重。參見http://blog.sina.com.cn/s/blog_4dd47e5a0100hjpm.html（2012年9月10日）

意見也反映在各種互聯網的調查資料當中，好像這個聚眾淫亂案就像發生在廣州的許霆案一樣，成了法理和民意對抗的典型。（許霆因ATM機出了錯誤而多取走17.5萬人民幣，一審被判無期徒刑，在民意壓力下二審改判為5年有期徒刑。）歐愛民教授認為馬堯海案件中的民意只是短視的民粹，是一時的情緒宣洩，而婚姻家庭納入憲法的保障，具有對抗多數民意的壓力。⁵⁸這樣的分析很讓人錯愕，保衛婚姻家庭的力量竟然成了想像中的弱勢群體，少數人，需要憲法對抗多數人的壓制而得到法理理性的保護。大量民意對聚眾淫亂罪的不支持並不意味著對婚姻家庭的反對，就像通姦罪的廢除也沒有對婚姻家庭制度造成致命的衝擊，如果婚姻家庭的穩定性受到了挑戰，那一定是另有社會結構的原因，就像我從不認為我們貪腐問題的源頭和解決方案的探尋要倚重於刑法。不過本案顯示出來的民意倒提醒我們的立法者，不要對普通國民的性道德進行過於保守的想像。

1954年英國成立了有關同性戀和賣淫問題的特別調查委員會，建議在一定程度上對賣淫和同性戀進行非罪化，由此開啟了法律思想史上有名的「德夫林——哈特之爭」，德夫林勳爵支持「道德的法律強制」，反對對一些性壓制法律的非罪化，他提出應該用一般理性人的標準來發現社會的道德準則，他形象的用「克萊彭姆馬車上的人」（the man on the Clapham omnibus）來指代大街上一般的人。⁵⁹我們上文已經分析過，民眾的道德情感不能免於憲法人權保障原則的審查。退一步說，民意即使真的可以成為立法基礎，我們國家的立法者在性立法上，又進行過幾次民意調研呢？為什麼一貫強調國民預測可能性的刑法學家這麼自信自己的感受就是國民的感受呢？系統的知識學習，文以載道的傳統，靈魂工程師的社會期待，都可能使得對立法產生影響的法學家有一種道德秩序守護者的心態，從而產生對民意的優越感，不在意社會大眾性道德情感的變遷。事實上，街邊的所謂引車賣漿者，早就有著和社會的「中流砥柱」有著不一樣的「小傳

58 〈聚眾淫亂罪的合憲性分析——以制度性保障理論為視角〉，《法商研究》2011年第1期，第41頁。

59 Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965), Oxford University Press, p. 15.

統」，這些觀念不寫在煌煌典章當中，也不可能在學校裡被系統講授，甚至在這篇論文當中都不好引用，但是我依然會固執的寫下那些吉光片羽。受到德夫林的刺激，我經常在計程車上跟師傅談起性的問題，可能是生活的壓力使得他們依賴性去緩解，也可能計程車行業和性產業的共生關係，以至於他們無論從利益上還是和性工作的接觸上，都多於大眾，再加上視窗行業的見多識廣，都使得他們的性觀念平和餘裕，北京的哥一句話曾給我留下深刻印象：「人有抖糠之力，必有操屎之心」。潘綏銘教授也說過老北京一句歇後語：「大姑娘要飯——死心眼」，和民間所謂「笑貧不笑娼」、「勸賭不勸嫖」都構成了另外一道不同於主流諄諄教誨道德風化的另外一道風景。而階、種族、民族、性別、性傾向又在何種程度上塑造了人們不同的價值排序就更不在立法者的視野之內了。有一個黃色段子很精彩：一個婦人拿著一籃子雞蛋在街上行走，被一個歹徒強姦了，完事後，歹徒匆匆逃走，婦人站起身穿好衣服，看看自己籃子裡的雞蛋還在，說：「跑什麼跑，我還以為是要來搶我雞蛋呢。」我就很想知道「餓死事小，失節事大」這樣的價值排序是什麼階層的人做出的？性道德位階的排序和排序者的各種身分等級又有什麼關係？

這樣的不同還體現在「很黃很暴力」的調侃中：2007年12月27日，CCTV新聞聯播播出一段抨擊不良網路視聽節目的報導，一個北京某小學四年級的女同學接受央視記者採訪說：「上次我查資料，突然蹦出一個視窗，很黃很暴力，我趕緊給關了。」於是「很黃很暴力」成為2008年的網路流行語，小女孩也被懷疑是配合電視臺記者採訪說謊而被人肉搜索，被色情漫畫惡搞。這個事件中的語言暴力當然值得反思，可是我也看到了大家對於掃除網路色情道德說教的一種反抗，儘管這個反抗很不幸的由一個小女孩承擔是不應該的。我們的色情品管制也是刑法中涉性立法很重要的一塊內容，民意何曾在這些立法上施加影響，我們完全有理由懷疑那些所謂的民意都是想像出來的，維持一種虛假的道德高尚。互聯網上色情品的充分湧流一定會對青年一代的性觀念造成影響，受益於那些「愛情動作片」的人們一定會動搖傳統情感結構中對色情文藝的排斥，甚至自身還參與其中，而

最近對耽美小說寫作者的刑法圍剿也在這個意義上讓線民們「大驚失色」。

人類學家葛爾·羅賓(Gayle Rubin)對西方社會的性道德金字塔結構有這樣的描述：「婚內的生殖性的異性戀單獨處於性金字塔的頂端。接下去是許多異性戀之間存在非婚的一對一的異性戀伴侶關係。沒有伴侶的個人性活動處於一種曖昧不清的地位……固定的長期的女同性戀和男同性戀伴侶關係行將受到尊重，但是出入單身酒吧的女同性戀者和性方面比較隨意的男同性戀者，卻在比這個金字塔最底層人群高不了多少的地方徘徊。目前最受歧視的性等級是易性者、易裝者、戀物者、虐戀者、性工作者如娼妓和色情模特，最低下的是那些其性慾超越了代際界限的人。」⁶⁰所有這些精神病學的、宗教的、司法的、道德的金字塔結構都和種族主義、性別至上主義有著共通的運作的模式，就是把特權階層的主流道德觀念正當化。在甯應斌教授看來，評估性行為是否道德的標準和評估其他行為是否道德的標準沒有不同，性沒有道德上的特殊意義，性和吃飯、打球一樣都在道德尺度之下，性倫理本身是社會控制的意識形態和知識／權力的產物。在歷史上，性別、階級、種族本身也曾經被認為和道德相關，現代化中平等的意識形態已經將這些範疇去道德化，唯獨「性」還在遭受道德化意識形態的壓迫。認為，並沒有專屬於性的道德。⁶¹歷史遺留的婦德對今天依然有影響，當今把女博士稱呼為「滅絕師太」不就是傳統上「女子無才便是德」的翻版嗎？人大代表柏萬青阿姨說女孩子的貞操是給婆家最好的嫁妝不也是在性別和性兩個領域的雙重污名嗎？即使在馬堯海的性聚會中，也有著不同的性道德位階，他在採訪中說：「都是熟人帶熟人，QQ上很多這樣的群，成員都有交叉的。有時在這個群裡混熟了，會把其他群裡的人帶進來，但太亂也不行，我們堅持淫而不亂，有個銀行的職員，本科畢業，每次來帶的女人都不一樣，

60 李銀河編：【美】葛爾·羅賓（Gayle Rubin）《酷兒理論》，文化藝術出版社2003年版，第16頁。

61 甯應斌：《性無須道德：性倫理與性批判》，中央大學性／別研究室2007年版，第66-67頁。

後來我們就不讓他來了。」⁶²這個根深蒂固的尋求區隔，哪怕再認為淫亂的人群當中，仍然在追求「淫而不亂」的所謂秩序，這就像同性戀圈子裡對CC、跨性別、賣淫、SM的排斥，都曾經是流氓罪的「天涯淪落人」，卻還要在性別和性的領域固執的區分出不同等級，以沾沾自喜於自身的高位階身分，這是受壓迫人群對於壓迫者等級分明的複製。也就是說，性道德的民意成為立法基礎本身就是脆弱的，性道德金字塔本身就是岌岌可危的意識形。退一步說，刑法在性問題上的立法所聲稱的道德風化、民意基礎即使是可靠的，我們的刑法也從來沒有認真對待過它，結果是破綻百出，一塌糊塗。中國當下的刑法真的是在主流民意的性價值階序中決定罪名的設立嗎？答案是肯定避免不了這樣思維的影響，但立法上的選擇更像是隨意的，武斷的。例如，一般亂倫被認為主流的性道德位階中地位極地的，可是在我們的刑法中亂倫並不是犯罪。只要是兩個人互相同意，公開的在大馬路上性交也沒有合適的罪名，而這類行為在性道德金字塔中也是處於很低的位置。而對於馬堯海案件的討論可能會使得立法者意識到對公然的性行為處罰之必要性，也就是說，為馬堯海脫罪的努力，對隱私權的強調這些話語可能又使得公權力擴張自己的調整領域，這就是可怕的邏輯鏈環。沒有對性道德金字塔的反思，沒有對刑法調整性領域局限性的反身性思考，性權利話語的張揚也會帶來權力的擴張，那才真正是福柯所說的，知識是權力的眼睛。

(三) 性政治還是政治性——到底是掃黃還是打非？

百度百寇里是這麼介紹「掃黃打非」這個詞條的：「掃黃打非是文化市場管理的一個專業術語，是一項執法活動。『掃黃』指清理黃色書刊、黃色音像製品及歌舞娛樂場所、服務行業的色情服務，就是指掃除淫穢色情、封建迷信等危害人們身心健康、污染社會文化環境的文化垃圾。『打非』是指打擊非法出版物，即打擊違反《中華人民共和國憲法》規定的破壞社會安定、危害國家安全、煽動民族分裂的出版物，侵權盜版出版物以及其他非法出版物。」一直流傳著一個說

62 〈「換妻教授」想當性用品代言人〉，2010年4月7日《揚子晚報》。

法，就是借掃黃的名義打非，公權力真正關注的是危及政治穩定以及所謂「國家安全」的出版物，掃黃為打非鋪墊了很好的群眾基礎，在馬堯海案件中，這樣的思路也影影綽綽，忽隱忽現的存在。

成年人私下裡互相同意的性派對，沒有人在這個過程裡受害，互相得到想要的快樂，而沒有任何損失，這簡直就是經濟學上所講的「帕累托改進」，就是說在沒有使任何人環境變壞的情況下，使得至少一個人的環境變好。既然沒有人受害，就很難被國家法追訴。這當然分析的是一種理想狀態，也適用於大量的性派對實踐，但是這件事情被暴露總是有原因的。以往的報導中出現的聚眾淫亂被懲罰或者是有經濟上的糾紛，例如在自己家裡開設性派對的場子並且收費，可能被嫉妒的人舉報；或者是有未成年人參加，因為父母得知而舉報；甚至還出現了敲詐勒索不成而公開所拍攝的影像。我們只要想一下「有人的地方就有江湖」這句話就可以知道，有人的地方就有矛盾，可能就會造成私密行為的外洩。但是這些在馬堯海案件中都不存在，那為什麼警方就能夠抓到這些人呢？

媒體報導語焉不詳，我們只能從現有公開的蛛絲馬跡中去探幽著微，我仿佛有一種做了偵探的感覺了，對那員警的偵查進行再偵查。我們可以看下列兩段報導：

2009年8月17日下午一點多，南京秦淮公安分局白鷺洲派出所一家連鎖酒店120房間抓獲5名線民。這五名線民被抓獲時，正在從事一些不足為外人道的活動——現在被司法機關定義為「聚眾淫亂」，他們自己則稱之為「夫妻旅遊交友」。隨後，通過對這5名線民的分頭審訊，秦淮警方又掌握了一長串名單，並驚訝於參加這一活動的人數之多。隨著一個個涉案人員被警方抓獲，證詞的碰撞交織，焦點都指向同一個人——網名「陽火旺」的南京某大學副教授馬堯海。

三天后的深夜，馬堯海被員警從家中帶走。馬承認，2007年，他建了一個QQ群，名為「夫妻旅遊交友」。這個QQ群的群友，平時聚在一起時從事的主要活動，就是相互間自願

進行的性行為，成員相對固定，人數或多或少，性行為的方式也不拘一格，興之所至，無所不可。在馬堯海被警方帶走之前的兩三個月，他已經發公告解散了QQ群，理由是由於自己生理上的原因，他不想再繼續這樣的活動。在學校的時候，他依舊當他的教授，正常地給學生上課，直到被抓。⁶³

「抓獲5名線民」、網名「『陽火旺』」、「QQ群」，報導中大量出現的網路詞彙使得我們對警方的偵查線索可見一斑。網路的出現為性多元的出現提供了一個絕佳的平臺，不同性癖好的人們可以有了一個既私密又公開的空間可以互相取暖，事實上，中國同性戀文化的繁榮在一定程度上拜技術所賜，不能出版的小說、圖片，不能公映的電影都在這個空間內彙聚，而這些不同的表達日積月累又會產生什麼樣的化學反應呢？換偶亞文化的形成也與此類似。公權力在一定程度上也不得不容忍網路上異類文化的存在，防不勝防的虛擬遊擊戰爭使得網路上的「美麗新世界」難以純而又純。不過，「天下沒有免費的午餐」，方便的QQ群聯絡使得線上線下自由互動，可是也留下了日後難以消除的證據，幾乎就是「每一句發言都可以作為呈堂證供來指控你」。而QQ群受到嚴厲監管早已經不是新聞了，2009年度全國政法工作電視電話會議在北京京西賓館召開，會議指出，近年群體事件接連發生，一些新媒體帶來負面作用，公安部提出，將有效整合各種資源，加強網上管控，將網警力量向縣級公安機關延伸，將網上巡控觸角向QQ群、微博客等管理薄弱空間延伸，提高網上發現、偵查、控制和處置能力，嚴防形成隱蔽性犯罪組織。⁶⁴主要為應對「群體性事件」而加大的網路監管幾乎是摟草打兔子式的抓到了「聚眾淫亂」，不過倒也符合「群體『性』事件」的概念。我們早已過了那種對人們下半身嚴防死守，國家不惜代價控制全民私密生活的年代，然而網路年代對政治敏感事件的不惜血本殃及到了池魚，性反叛者的厄運也在這樣的嚴密監視中水落石出。使得客觀上我們有回到過去的感覺。

有識之士的另一番論述給這樣的猜測做了作證，張海斌在博客中

63 <「換妻教授」想當性用品代言人>，2010年4月7日《揚子晚報》。

64 <公安部加強監控微博QQ群 應對社會矛盾>，2010年1月6日《武漢晚報》

發文說，聚眾淫亂罪的本質不在於淫亂，而在於聚眾：

所謂聚眾，乃是聚集大眾之意，進而有發動群眾之衍義。殊不知在某些國家，「聚眾」的資格和權力，並非阿貓阿狗們可以覬覦與染指的，乃是由特定組織或個人所專有的，這大約是另一種「名與器不可假人」吧。馬堯海先生今日的縲絏之災，不僅在於淫亂，更端在聚眾。試想，倘若容忍有人竊取名器，登高一呼而非法聚眾，今日固然是淫而亂之，但明日便不知如何了，可見問題很嚴重，不可不防。漢娜·阿倫特曾經說過，在總體性社會裡，個人之存在狀態乃是原子化的。原子化的人很孤獨，容易被發動起來，集中力量辦大事，這實在是國之大幸。而馬堯海先生的大逆不道，就在於不僅僭取了「聚眾權」之名器，還居然用來搞淫亂，是可忍而孰不可忍也。下場如何，大家自然有目共睹了。⁶⁵

本意是指「家庭聚會」的轟趴（home party）在某些領域已經是「性聚會」的代名詞了，而「party」本身又包含了黨派的含義，這幾乎就是這件事情最好的隱喻，我們固然可以從性政治的道德階序裡分析為什麼聚眾淫亂被如此的污名，以婚姻神聖為主軸的道德觀是如何的排斥異類，而這背後又有哪些社會結構的支撐，我們也可以分析換偶在女權主義的語境下意味著男權社會開始裂開一條縫，或者相當大的裂變，最起碼一些男性開始正視女性性需求，而這又如何難以見容於主流霸權，他們不允許人們對婚姻中的性進行變通協商，等等等等。這些分析都會很有價值，可是另外一種政治性的要素是本案中隱而不彰卻又無處不在的陰影。為什麼許霆案在民意的壓力下會有從無期徒刑到5年有期徒刑的改變，而直到許霆出獄，當年多拿銀行的錢都沒有還上。而馬堯海案件，在性學家的反對聲中，在性學家的民意調研中，甚至在權威刑法學家的教科書中為私密多人性行為除罪的表述，都不能對法官重判馬堯海有絲毫的撼動，這是司法獨立於民意之外的驕傲還是司法對政治穩定的獻媚？

65 張海斌：〈聚眾淫亂罪的本質〉，

<http://club.kdnet.net/disppbbs.asp?boardid=1&id=3344387>，2012年9月21日。

因為網路的存在，作為大學副教授的馬堯海才得以有機會突破象牙塔的限制而接觸到換偶亞文化；而這位計算機系的老師也可以利用自己的專業優勢來主持QQ群，從而可能坐實了組織者的身分；也是因為網路，他得以接觸到不同社會等級的人們來踐行身體的自主權，可是也恰恰是因為網路，那被稱呼為地球村的地方，使得他告別換偶QQ群很久之後又可能被村民供出曾經一起舉行過聚眾淫亂活動，更重要的是這個地球村的「村支書」動用大量先進設備監控可能的騷亂，結果，監控到了「淫亂」，或者也就是「騷亂」，這就是這個發生在新媒體時代的並不那麼新鮮的故事。

我們的情感結構被政治所建構，連SM的遊戲都要玩劉胡蘭「生的偉大，死的光榮」。馬堯海說：「我最大的刺激是什麼？就是我在珠江路上，看到路邊的大螢幕，那神六上了天，感到很刺激。」⁶⁶在本文中，我揭示了那可能讓人覺得很刺激的可以「上天」的力量也可以照出刺激的光，照射在你本不願公開的私密行為中。我們還看到，法律作為一種理性的「系統」已經開始對我們的生活進行「殖民化」，你的身體，你不能做主。我要揭示這所謂專家系統背後的隨意和想當然，沒有研究和精深思考，無論是立法還是執法都顯得「東一榔頭，西一棒槌」。大眾文化對眼球的關注無所不用其極，用「換偶」的聳動代替對「聚眾淫亂罪」本身的思考，無意中把性道德的婚姻軸心暴露出來，以一對一異性婚姻內的「性」為金字塔的頂尖來排斥異己，但是大眾文化本身既反映又挑戰社會裡的權力關係，換偶亞文化得以在更大範圍的傳播，為之正當性的聲音也擴大了很多分貝。民意不能不加反思的成為立法和司法的基礎，性權利的支持者當然要時時警惕「多數人的暴政」。但是我們不能對民意做保守的假設，民意隨著社會而變遷，並不能本質化的斥之為民粹，隨著淫穢品管制的進一步鬆動，民間流氓段子的甚囂塵上，民間小傳統對性的相對平和，這些都需要更加審慎的對待和記錄。

⁶⁶ <http://baike.baidu.com/view/3452657.htm>（2012年9月23日）

