

对一起同性卖淫案的法理学解读\*

□ 郭晓飞（中国人民大学法学院）

Abstract: There is no specific law and legislative intent to prohibit homosexual prostitution. Criminal statutes should be read narrowly so as to cover only those areas where it was clear that parliament wanted the law to apply. As for purposive approach, orthodox morals and rules toward homosexual are absence too. Liberal construction has its limitation. The guilty decision made by the basic-level people's court is inadequate when the supreme people's court has no confidence in making a judicial interpretation. Either the unintentional absence or intentional ignorance of power leads to the legal loophole, which no longer deal with confused legal practice. The tolerance toward homosexual in Chinese traditional culture is no longer adaptable to homosexual rights protection too. So relevant legislation or clear legal interpretation is needed.

首先还是要介绍一下这个案例：江苏省首起涉嫌组织同性卖淫案因其特殊性和涉及法律盲点而备受社会关注。据检察机关指控，自2003年1月以来，李宁先后伙同刘某、冷某等人经过预谋，采取张贴广告、登报招聘“男公关”的手段，招募和组织多名男青年在其经营的“金麒麟”、“廊桥”及“正麒”酒吧，与男性消费者从事同性卖淫活动；已查明他7次组织卖淫活动，从中牟取暴利12.47万元。此前，检察机关在警方提请批捕后，对其情节的定性有过一些争议。我国《刑法》第358条规定的“组织他人卖淫活动”对组织同性卖淫行为没有明确的界定，按照“法律无明文规定不为罪”的法律原则，李宁等人应当“无罪释放”。于是，检察院起初作出了不批捕的决定，当时李宁等人的拘留时间已满30天，警方在向检察院申请复议的同时，将李宁等人释放。可是检察院复议的结果仍然维持原有意见。鉴于案件的特殊性，检察院、警方将此案向上级部门汇报，江苏省政法部门召开了案件研讨会。会议决定立即由江苏省高级人民法院向最高人民法院请示，最高法院随即向全国人大常委会作出汇报，最终由人大常委会作出口头答复：组织男青年向同性卖淫，比照组织卖淫罪定罪量刑。法院经审理认为，刑法中“组织他人卖淫行为”中的“他人”既指女性，也包括男性；遂以组织卖淫罪判处李宁有期徒刑8年，罚金人民币6万元。

法律解释学在中国法学界的兴起和职业法律家群体在中国的兴起是同步的，而法律解释活动作为法律实践的核心环节，必然也将随着法律实践活动的深化而得以深化，法律解释学也将在这个过程中得以提升。我们利用法律解释学的工具进入到本案这样一个陌生的领域里，相信会有一些新的发现。本案被披露以后，不管是在传统媒体还是网络上都进行了大量的程序上或者实体上的评论，我们选择其中的核心问题即性别的问题展开讨论。围绕着我国刑法第358条规定的“组织他人卖淫”中“他人”性别的不同看法，大家对一审的有罪判决是否遵守“罪刑法定”原则得出了各自不同的结论。

不支持判罪的一方认为有罪判决是“复活”了类推制度，违反了罪刑法定的原则，理由是：“组织卖淫罪的‘卖淫’一词，我国刑法理论界的权威解释是：以与他人发生不正当性关系，以出卖肉体为代价，换取各种物质或非物质利益的行为，通常表现为妇女向男子卖淫，有时也可以是男子向妇女卖淫。（《刑法学》，高铭暄主编，北京大学出版社1998年版）同时，大众对卖淫一词的通常理解是：妇女出卖肉体。（《现代汉语词典》1985年版）无论是大众的理解，还是权威的解释，都没有把‘同性向同性提供性服务的行为’理解或认可为组织卖淫罪中的‘卖淫’行为。”

支持判罪的一方不同意这样的解释。陈兴良教授在《今日说法》节目中面对主持人类似的提问是这么回答的：“汉语大词典这个语言解释相对来说是比较滞后的，它滞后于社会生活，但是客观事物总是发展的，因此我们语言的含义也会随着社会生活的变化而变化。比如

说我们现在有一种叫法叫‘马路’，那‘马路’这个词怎么来的，指的是过去走马的路，马车走的路。现在我们把走汽车的路也叫马路，也就是这个词它所产生的时候，所指的那种情况现在已经变化了，以前可能是单指，现在是复指，以前可能没有那么宽的外延，但是现在外延丰富了，你就要根据客观事物的发展来理解它。当然任何语言都有个界限，你不能超出这个界限。”显然这里用的是刑法学客观解释的方法，不过在说服力上是有欠缺的，把“公路”理解为“马路”是当然解释，因为时代的变迁已经使得任何一本词典不会在这个问题上有疑义，如果以此来类比“同性卖淫”之于“异性卖淫”，我们只能得出一个结论说“这样的类比也是当然的，不需要查字典我们也知道”，这远没有成为法学界的共识。

张明楷教授在他的教材中虽然认为“他人”包括“男人”，但是也认为卖淫是指“以营利为目的，与不特定的异性性交或从事其他淫乱活动。”在这里我要做一个简单的分析，为这种查字典和教科书式的文理解释做一些辩护，因为法律是权威的，字典也是权威的，虽然法律经常对语词有着不容分说的不同于字典的解释，这常常被称作“法律语言的暴政”，然而当“卖淫”在法律中没有得到明确界定也就是没有处于法律的“暴政”之下的时候，字典的解释未尝不可以是文理解释中比较好的方法之一，当然，字典总是落后于社会生活的，可是法律不是也常常被我们认为落后于社会生活吗？当我们的判决要对一个人的生命或者自由造成影响的时候，我们的刑法为什么就不能保守一些呢？“从旧兼从轻”的时效观念为什么不可以运用在语词的解释上呢？同样的道理，刑法学者的教科书也可以在一定程度上反映职业法律家群体的法律观念，尤其是在中国，教科书更多的体现了法学界的通说，所以当我们没有看到一本教科书在这个问题上明确“同性间的卖淫”属于“组织卖淫罪”的范畴时，当然可以认为刑法第358条规定的“组织卖淫罪”是不明确的。

法律解释当然不仅仅是查字典和教科书能够解决的，即使是文理解释也绝非这么简单，否则我们的法官只需要字典、权威教科书、法条就可以完成解释任务。支持有罪判决的一方还列出了1992年12月11日最高人民法院、最高人民检察院印发的《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》的通知中第9条有关规定“组织、协助组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫中的‘他人’，主要是指女人，也包括男人。”既然司法解释明文规定“他人”可以包括“男人”，那么有罪判决当然不违背罪刑法定了。此说法体现了这样一种逻辑：既然明文规定了“他人”也可以是男人，而嫖客主要是男人是不需要法律规定的，以性来换取金钱叫“卖淫”并不违背大众的法律意识，所以当然可以作出有罪判决。但是这样的逻辑链条当中有一个小问题，虽然在传统意识里嫖客主要是男人，可是这是以异性恋为背景的男权社会里的意识，而当法律准备为同性之间性交易定罪的时候，就不能不考虑男人卖身给哪个性别的问题，而考虑这样的问题可能就要超越文理解释上升到论理解释，来探究立法者原意或者进行目的解释了。

梁慧星对法意解释是这么界定的：“是指对一个法律条文作解释时，从法律的起草和制定过程中的有关资料，如立法理由书、草案和审议记录等，分析立法者于制定法律时所作价值判断及所要实现的目的，以推知该法律条文的立法者意思的解释方法。”在1997年的刑法中有“强迫妇女卖淫”，在新刑法中改为“强迫他人卖淫罪”（新增加了组织、引诱、容留、介绍等罪状），从这样一个沿革我们可以看出，立法者确实有意要扩大这样一个罪的犯罪对象的范围，但是我们无从发现任何相关的立法资料或者是建议用刑法去规制同性之间的性交易。更重要的是，我们通过体系解释的方式可以看出，立法者对于同性之间的性行为没有任何调整的意图，因为如果立法者认为同性之间可以有性行为并且需要刑法调整，那么我们刑法中的强奸罪为什么受害者只能是女性呢？而且相比较来说强奸罪比组织卖淫罪更严重，因为后者被很多国家认为是无受害人犯罪，而前者直接侵犯到公民的性的自主权。我们可以用比较解释的方法来证明以上质疑是有道理的，遍查各国的刑法我们可以得出一个明确的结论，就是只要在组织卖淫方面包括了同性，那么强奸罪的犯罪对象也可以是同

性。《法国刑法典》第 222—23 条规定强奸罪的受害者是“他人”，第 225—5 条“淫媒谋利”中的犯罪对象也是“他人”。并且处罚都较轻，5 年监禁是最高刑（而我国 5 年有期徒刑是起刑点——引者注）。其实说立法原意没有囊括同性间性交易并不奇怪，因为同性恋者并不是中国法律的主体，他们是作为一个男人或女人而进入法律视野的，而不是作为同性恋者。同样的，强奸幼女可成立“强奸罪”，而强奸幼男，却只能成立“猥亵儿童罪”，使得同样严重的罪行却承担轻重不同的刑事责任。作为大陆法系制定法为主的国家，法学家对于立法是很重要的，可是我们很少看到有法学者研究过这个问题。所以可以得出结论：立法者没有要惩罚同性间性交易的意思，要想加之于罪只能求助于目的解释，也就是“根据刑法规范的目的，阐明刑法条文真实含义的解释方法。”

“组织卖淫罪”侵犯的客体是“社会风化”，而同性卖淫和异性间卖淫是同样性质的侵犯了社会风化，所以应该以“组织卖淫罪”来定罪。以这样的逻辑来作出有罪判决当然不能说是错案，然而法解释学本来就是“变色龙”（波斯纳语），每一个案件都类似于“橡皮泥”，其实“欲加之罪，何患无词”表达的就是这样的意思，这个谚语本身就提醒我们要谨慎对待解释话语的复杂多样。而即使是这样，还是可以有相反的意见再把“橡皮泥”捏成另外一个样子，那就是当我们谈到社会风化的时候完全忘记了这个社会并没有调整同性性关系的“风化”。我们经常听到用“男盗女娼”来表达一种道德愤恨，这个词本身就说明了往往不同的性别有不同的违反社会规范的模式，我们经常听到“男女授受不亲”，什么时候听到过“男男授受不亲”？说到这里其实我们就很清楚了，法律对于同性恋调整的空白不是没有原因的，主流道德也忽视了这样一些行为的存在，所以如今同性恋者没有权利没有义务的状况是其来有自的。而结束这样的状态，刑法已经准备好了吗？最高法院的司法解释常常超越立法者原意而带有制定规则的特点，即使是这样，这一次也没有把握对此案作出司法解释，而是上报人大常委会，那基层法院有多大的权威来实现这样大的转变呢？

（《开放时代》2004 年第 5 期）

郭晓飞,《开放时代》, 2004年 第5期



<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/2.0/fr/deed.fr>