

从一起案件谈谈同性卖淫的罪与罚 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/451/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BB\\_8E\\_E4\\_B8\\_80\\_E8\\_B5\\_B7\\_E6\\_c24\\_451981.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/451/2021_2022__E4_BB_8E_E4_B8_80_E8_B5_B7_E6_c24_451981.htm) 2004年2月6日，南京市秦淮区法院不公开审理了一起江苏省首例组织同性卖淫案。秦淮法院以组织卖淫罪判李宁有期徒刑8年，罚金人民币6万元。此类案件在我国尚属首例，在中国的法治进程中可以算得上具有里程碑的意义，对立法及法律的适用提出了新的问题。因为现行法律对于这类案件规定过于笼统，并未对同性卖淫予以细化，仅公安部今年出台的文件明确同性间性交易是为卖淫，因此法院判定被告人李宁有罪，在社会上引起很大的争议。在《刑法》适用上，检察院内部出现了两种不同意见：一种认为根据《刑法》规定，应以“组织、容留他人卖淫”的罪名向法院提起诉讼；一种意见则认为，上述规定中没有明确表明同性之间以金钱交易方式进行性活动属“卖淫”行为，因此不能以该罪名起诉。一些学者认为，如果本案认定当事人有罪，即是对“法无明文规定不为罪”的法治精神的破坏，其在个案上可能维护了一次正义，却有可能在以后打开破坏正义的决口。本案以组织卖淫罪处理，其依据是什么呢？是否又是一种变像的类推？有律师称，在我国立法和司法实践中，卖淫嫖娼惯例上是指异性之间的行为。同性恋之间的这种行为，在我国立法中还是一个真空。根据刑法规定，“组织他人卖淫”中所谓他人可以是男性也可以是女性，但刑法对于“同性之间的卖淫”并没有明确界定，按照通常的理解，卖淫只能发生在男女之间。既然同性之间没有卖淫一说，李宁被指控的罪名就无从谈起。在国际上，

有些国家的法律还明文承认同性恋为合法。那么，同性性行为的法律底线在哪里？同性性行为违不违法？应当明确，个体通过各种方式满足了自己性爱的行为就应视为性行为。所以性行为可以存在于异性之间，也可以发生在同性之间，甚至一个人也能进行。其次，目前我国没有明确的法律条文包括《治安管理处罚条例》和人大常委会发布的决定、国务院发布的行政法规、通知和批复等，均未对同性性行为加以禁止，且我国现行的1997年颁布的刑法，删除了以前常用于惩处同性性行为的“流氓罪”和“鸡奸罪”，成年同性间双方自愿的性行为已不属于法律干预的范畴。所以，同性性行为除对象为同性外，其它方面完全可以等同于异性性行为。由此，非自愿性的同性性行为或与未成年同性发生性行为，同样应构成强奸罪，介绍同性性交易以牟利，也同样应构成组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫的犯罪行为。至于律师所说的同性恋在我国没有明确规定，有些国家还明文规定是合法的，这并不能说明组织卖淫罪的性质不是对社会秩序的破坏，因为此案的判决并不是反对同性恋本身。事实上在任何一个国家，对异性恋都认为是合法的。但如果以此推理，那么因为异性恋是合法的，就不存在组织、强迫、介绍、容留卖淫罪了？就不存在重婚罪了？……在本案中所要惩处的并不是同性恋行为，正如律师指出的，同性恋在我国并没有明文规定为非法，所以不具有可罚性。如果谁愿意去同性恋，除了使反对者感到心里不能接受外，法律并不会对其作出任何评价。但如果以营利为目的而组织他人进行同性性行为，则是破坏了社会秩序，明显违反了刑法的禁止性规定，这与组织异性之间卖淫在本质上是相同的。如果说到罪刑法定的

话，这个罪难道不是早已法定在刑法典里了吗？同时我们要探讨的是，南京“正麒吧”老板的行为是否符合组织卖淫罪的犯罪构成要件？非否适用了中国刑法早已废除的类推定罪的制度，从而违反中国现行刑法确定的罪刑法定原则？刑法中组织他人卖淫的规定并没有把“他人”限定为“妇女”，且“卖淫”并不是特指异性之间的真正“性交”，而应理解为一切“性活动”。另外，最高法院、最高检察院下发的《关于执行〈关于严禁卖淫嫖娼的决定〉的若干问题的解答》规定，组织、协助组织他人卖淫中的“他人”，主要是指女人，也包括男人。该解释虽然不是法律条文，但是对审判具有指导意义。除了上述规定，公安部曾于2001年作出批复，规定不特定的同性之间以金钱、财物为媒介，发生不正当性关系的行为，包括口淫、手淫、鸡奸等，都属于卖淫嫖娼行为，对行为人应当依法处理。尽管公安部的批复不能作为定案依据，但这个批复符合刑法的立法原意。刑法中所谓的“组织他人卖淫”既可以是组织男性卖淫，也可以是组织女性卖淫；既可以是组织异性之间卖淫，也可以组织同性之间卖淫。从犯罪构成的角度而言，只要行为人在客观方面存在组织卖淫的行为，并侵害了社会的善良风俗，在主观方面是出于故意并已达到承担刑事责任的年龄，就应当构成组织他人卖淫罪。至于卖淫的涵义，应当理解为以营利为目的、与不特定的人发生性行为以满足不特定的人的性欲的行为，主要是性交行为，但也包括各种猥亵行为。刑法除了三百五十八条一款二项、三百五十九条二款、三百六十条二款明定保护对象为“幼女”之外，在文义上都只用了“（使）他人卖淫”字样，这就要考虑：法条的目的是不是只要保护妇女而已

？从第六章的章名看来，这些罪名之所以被列为处罚对象，是为了“维护社会管理秩序”。那么在立法者别无明白设限的情况下，对这“卖淫”二字的解释是扩张些或者限缩些比较能达到“维护社会管理”的立法目的呢？任何一条刑事罚则，都有其借着刑罚制裁所要保护的法益。解释刑法时，就文义解释的层面上固然必须遵守罪刑法定原则，若在文义上并不明显与法条发生冲突，则刑法学家通常会根据立法者“原先所要保护的法益范围”尽可能选择可以贯彻此项法益保护目标的解释论(也许是扩张、也许是限缩)，而不会拘泥于立法者当初心目中原有的物理认识印象，即法官释法首应遵循合目的性的解释原则。任何一个法官（或检察官）在判断案件时都在根据他自己的学识、良心、常识、经验等等因素作出自己的判断，然后形成判决。因为法律具有高度的概括性，要求法律事无巨细地对社会万象都进行规定甚至定义的话，既没有可能更没有必要。这就是所谓的“法有限而事无穷”，对于新出现的犯罪行为（指犯罪的手段为新，而非犯罪的类型为新），自然应当根据对法律所保护的法益（或社会关系）进行适当的解释。在本案中我认为组织同性恋卖淫仍可包含在现刑法之内，因为这种行为在中国古以有之，不能算是新类型的犯罪。所以不存在变相类推的刑罚行为。组织他人卖淫仅是一个罪名，高度概括具体犯罪本质特征，同性卖淫也在刑法条文涵盖范围之内。对“鸭吧”案采取司法行为，完全在现有的法律框框内，不能把“有罪论”说成是法外用刑，而“法无明文规定不为罪”是没有随意突破的。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)