

浙江透析海宁吕海翔溺水死亡的悲剧根源 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B5_99_E6_B1_9F_E9_80_8F_E6_c122_485647.htm 对性权利行政管制谬误的法理透析?D?D析浙江海宁吕海翔溺水死亡的悲剧根源 在传统管理型法制下，公权力对公民自由施行全面干预，行政管制社会，被认为是“正当的”。在“正当的”行政管制下，负责社会秩序安全保障的警察机构，演变成监督公民性活动的监督机构，公安局变成了“性监局”。此种习以为常的“正当”制度，有悖法理，不断酿造社会悲剧。浙江海宁吕海翔因“淫亵”案由被警察追究，进而跳河反抗而亡，就是在管理型法制的社会场景中，上演的一出悲剧。

一、 教权社会的性管制 性权利是社会个体在社会秩序网络的交往关系中，维护性独立和性选择主观自由的权利。性权利是人类自然权利和法律权利的集合体，是公民人权的组成部分。在施行现代法治的国家，性权利是一种隐含在人身自由权利名义下，具有宪法法源支持的“显形或隐性权利”。显形权利体现在国家法律对性犯罪的制度性惩罚，隐性权利体现在公民性自主的社会共识。在政教合一国家，公民性权利，往往被纳入公权力干涉和管制范围，甚至对于文化表现的性，也实施管制。据《联合早报》报道，性感迷人的芭比娃娃在某中东国家眼中成了问题玩具，政府对其下了“封杀令”。该国促进道德和防止罪恶委员会（社会精神文明管理机构）发表言论说，芭比娃娃对国内的道德风尚已经构成了巨大的威胁，那些犹太人生产的、衣着暴露的娃娃对这个国家的人而言，简直就是一种“不敬和冒犯”。他们甚至认为，芭比娃娃就

是犹太女人的化身。该委员会的官方网站已经直接将芭比娃娃列为“冒犯伊斯兰教的商品”，并组织执法队查抄和处罚了出售芭比娃娃的商店。教权社会不以建设现世为目标，它们在公民生活秩序前端，为社会群体树立追逐的社会模型，这在相当一个程度上，需要消灭个体观照当下的、世俗的事物的能力，从而掩盖自身对现世利益的获取，避免公众发现社会的作弊机制。性纳入公权力管制，是“意志能力”整合工程的一部分。性，本身是个体意志参与的活动，性自由会破坏社会意志统一性，使权力实现出现社会性障碍。从另一个方面讲，教权社会的偶像机制，要求整合社会偶像，打击性偶像。于是，教权性势力总赐予性以灰色、黄色等等形象，促使人群在个体感知环节，对性产生认知上的错觉，从而消减性魅力对教权的竞争。带着教权赐予人们的视觉，性现象、性活动无一不是“丑恶的”。在一些秘而不宣的神教戒律读本那里，性更被描绘得令人十分恶心，被要求观想成极度污秽的形象，龌龊不当。如果人没有成为实现教权的工具，性不会落入如此悲惨的下场。

二、法律学视野下的性权利

在教权社会的特定语境下，人们对性权利的态度，往往会被贴上文化卫士或攻击手的标签。但是，除却文化、道德的解读，性权利在法律上是种什么情况？作为新兴人类的法律家，采一种什么视角呢？在世俗化社会的视界里，性权利是人类人身自由权利的组成部分。世俗化法治国家，除强奸、儿童色情、未许可的性经营行为、有害公序良俗的性招徕行为外，对“私人空间”内性自由交往活动不设置法律代价，法律仅仅制裁不能有效合意的性交往。法治国家法律不干涉公民性自由和性权利，但对破坏性自由的社会行为，如强制他

人交媾、强行猥亵等性侵犯，进行法律干涉；对在公共空间的性交易进行干涉，以维护公序良俗。退一步来说，即使在管制色情严厉的非教权国家，法律惩治色情营利，并不是惩罚基于自愿的性交易人，而是惩罚营业的业主、在公共秩序中的性服务招徕人。在台湾等地区，淫亵不是法律概念，猥亵构成违法？D？D猥亵是一种性交媾以外的、单方意志的性举动，双方同意的类似举动，就不再是法律上的“猥亵”？D？D哪怕洪水滔天，再“淫”不过。在社会交往关系中，性本身不一定是个坏东西，也不一定是个好东西。但是可以确认的是，“强制或暴力+性”一定是种坏东西。这就使性和法律规范性的基点产生了联系。法律，存在两种法律，一是服务强制与暴力的法律，一是服务合意与和平的法律。不同的法律，实现不同社会竞争关系的调节。伟大法学家不会想到用法律去规范性本身，而是对性现象本身持宽怀的态度。著名法学家龚祥瑞教授曾说：谈恋爱，是性欲。沿着伟大法学家的思路，我们将性问题，剥离出性欲的成分，而不置评说：如果谁需要对性欲本身产生异议，这是对对人类发难，人类个体没有资格来谈这个问题：因为人就是性欲活动的产物。法律规范介入性的社会调节，在教权社会是针对性本身，而法治社会关照的是性的社会交往关系的合意属性。“强制或暴力+性”，成为法治社会的法律规范内容，而默许和平的性活动存在。我们看到怀孕上学不稀奇，如果不违背事先明确校规的话；人们通过自由购票，观看展示性魅力影象；我们也看到许多世俗国家的性产业，具有远远高于教权社会国营企业的服务标准而合法存在；人们也看到合意交媾，成为《廊桥遗梦》这种体现人类温柔怜悯的文化作品主题；我们

看到了比基尼，甚至在不影响公序良俗的情况下，抛弃比基尼的人类天体运动；还有自由世界中，各类形式的性聚会。这类场景，总是被教权型社会主导力量认为大逆不道。世俗化法治社会的法律规范，体现出维护人类自由合意规则的品质：法律规则的建构，本质上是维护合意性的人类行为。维护合意行为，是法律规范的道德原点，目的在于有效制裁暴力和强制的社会交易方式。在法律意义上的“暴力”，既是指武力，也是之其他人类不情愿认可的支配性力量。同时，反强制与暴力的法律，将最弱者的保护，作为合意法律规范补丁。这就是指，对于行为能力受自然限制的人群，通过法律给予特殊保护。这从各国打击儿童色情活动中，可以看出对于规范中的合意性，进行了完善性的建构。当“一般性竞争模式”，也成为部分社会群体的压迫性生存模式，这种压迫感受的产生，来源于个体的自然属性，实行法律特殊保护，成为了完善法律伦理的必要。法律对于生活的规范性的基点，落脚于：a、维护合意；b、惩罚社会性强制和暴力；c、对极弱者保护。这种法律规范性基点的设置，增加了社会行为的合意成分，形成了对自由交易的制度性许可，使人成为了支配自身的自由意志主体。这种设置法律规范性基点的思路，对于法律制度建设，尤其是自由交易社会法律制度的建设，不无启迪。不仅政府对性活动的行政管制，需要进行调整，国家法制对公民经济交易的行为，同样需要反思规范性的基点。法律规范的合意基点，是法律规则体系确保合意品质的条件，它不是对法律规范性的否定，而是规范性的出发点，是基本规范，是具体规范的还原点。没有一个恰当的法律规范性的基点，法律规则将可能偏离法律维护合意行为

的品质要求。那些干预合意性的社会规则，必然会演化为暴力主义法制。“差之毫厘，失之千里”，这是对法律规范性基点意义何其智慧的描述。

三、中国法规范中对性权利的政府管制

性权利即性主体主观自由的维护，是保障公民人身自由的重要法律事务。鉴于性权利的人身权利属性，性侵犯和性风化的法律问题，不是行政性权力干涉的对象，而是司法性权力干涉的对象。中国的公安机关除履行刑事司法职能惩治犯罪活动以外，同时根据《中华人民共和国警察法》、《中华人民共和国治安管理处罚条例》，行使治安管理权力。根据“权力法定”原则，警察干涉性权利的权力，即干涉公民人身自由，法理上应当是司法性权力，权力合法性的依据应在“法律”这一层面的规范中去寻找。事实上，警察对于性犯罪、营利性性交媾以外的公民的一般性权利管制，缺乏干预的“法律”依据。但是，中国的低位阶立法中，如不少地方性法规中，设定了有关制裁“淫亵色情”的规范。一些省级立法机关，还对“淫亵色情”作出了解释和界定。如营利性“搂抱、抚摸异性身体、观看裸体”等性的社会交往活动，被界定为“淫亵色情活动”。地方立法和部门立法，是一种行政性立法，并不是规范司法权的立法。由行政性立法设定行政性权力干涉人身自由权利，法理上并不适当。同时，根据《立法法》第八条规定，限制公民人身自由的处罚，须由全国人民代表大会及其常委会制定。行政性立法禁止“淫亵色情”，导用警察司法权力运用程序，不符合《立法法》对立法权限规定；据《立法法》第八条规定推论“法律”以下层级立法不得作出“自由罚”，行政性立法中对公民采取强制措施和自由罚，是不合国家立法精神的。早期颁行的

地方立法就应当依据《立法法》修改。值得警惕的是，行政立法建立规则，“导入司法权的惩罚程序”，是违宪审查制度不彰、公权泛滥的一个重要的“非法治程式”。性的分散存在特征，导致性比“物”的实存状态，更灵活多样。在社会主义社会无数的白日和黑夜，亿万人民之间互相搂抱、抚摸等等活动十分频繁。公安机关警力在对付“严重暴力犯罪活动”尚且“警力紧张”的情况下，如何成功监视和判断出互相搂抱和抚摸等等公民交往活动，是“营利性”还是“友谊性”、“爱情性”、“礼貌性”？在林林总总的娱乐场所，在中华人民共和国的森林、河流、滩涂、草原、学校、机关、企事业单位、社会组织，国家能否普遍派出“淫褻色情鉴定师”、“色情活动侦察员”、“探索暧昧关系的福尔摩斯”？全面的性监督本无可能，强行实施性监督，必然会导致“执法不严”、“选择性执法”、“偶然性执法”？D?D这就让国家法律的代价体系无法均衡。在合意法学的概念里，法律代价失衡，是制度的“悲剧”，因为这样的“制度”导致随意性扩张的“人治状态”，不是“法治状态”。随意性扩张的“人治状态”，败坏国家名声，导致警察公权力失去限制？D?D警察也是人，长期的“性监工作”，同样会败坏警察人性。当警察的“性监习惯”一旦养成，“免费观看人类性活动”同样会令警察这些常人乐此不疲？D?D这会不会导致警察“打击刑事犯罪”激励疲软，而“性监督”激励高涨？考虑到理性人假设，即社会人在“代价原理”下趋利的活动规律，警察一定会去积极从事“性监”的安全工作，而相对怠于“冒枪林弹雨逮坏人”的危险工作。性监督不仅在于免费寻求到性刺激，还在于行政处罚的“经济利益”。既然“

“淫亵色情”是可以“依法罚款”，不论是“收支两条线”还是“收支一条线”，警察总是不会“白干”的。虽然有中国警察高官痛斥这样的获利方式是享用“尿泡饭”，但是在一个秃鹫、痈蛆与人类共存的世界里，分享“淫亵色情”红利，总也不是稀奇的事情。政府管制“淫亵”的法律代价魔杖，会产生如下社会效应：1、“色情罚款市场”扩容。罚款数量和“违法规模”成正比，这是“罚款定理”。“淫亵色情”等“违法活动”存在，提供了一个罚款市场。政府管制下的“社会秩序”，在罚款定理的作用下，不会走向“合法化”，通常要走向“违法行为大量存在”，即罚款市场是“膨胀”的。2、权力演化为“市场”资源，法律代价发生转化。在一个具有获利性的随意管制市场，警察的随意性干预权力，会导致法律代价下的社会自组织？D？D基于代价评估，形成制度外的利益共同体。行政罚款在社会自组织的机制下，法律代价变化为协商性价格，在利益共同的情形下，法律代价逐渐为零代价（促使警察介入色情经营和色情经营者和警察利益结合）；而在利益不共同的情况下，法律代价的兑换趋于“利益最大”，逼近自由裁量权的极限价格。四、浙江海宁吕海翔案反思 一个趋于世俗化的社会，必然要求政府放松对社会自由的行政管制，这既包括通过《行政许可法》这样的立法，减少政府对经济生活的管制和干预，也需要在公民生活的事务方面，取消不当管制措施。公安机关正当职能在于确立和依据司法性权力，保障社会安全，不应是从事对人类性自由的监督。浙江海宁吕海翔，这位普通中国公民在娱乐场所的行为，并无暴力与强制等社会秩序的危害因素，无碍他者合法利益，在包房的“私人空间”？D？D通过付

费获得的租赁场所，并未侵害女当事人的性自由。但是，他不幸遇见了本时代的性监队员，这些穿戴国家制服、掌握国家暴力的人，依据法理不通的行政性立法，采取了“限制公民人身自由”的“强制措施”，即“传唤”。共和国公民吕海翔反抗蛮力，被迫跳水，溺水而亡。他寻找到的快乐和付出的代价，极不对称。政府滥行管制，逼出人命，是后教权社会、前小康社会中国公民的悲剧。形成对比的是，经营“色情”的业主们，却在警察的眼皮底下，甚至共谋共利中，无碍地发展着“第三产业”？D？D这与法治国家的管理方式，刚刚相反。邓小平先生结束了高谈阔论教权治理的鼎盛时代，将中国引入世俗化社会。翻天覆地的社会变化证明，合法自由即不妨他者自由的自由促进社会发展，自由是个硬道理。市场经济是合约经济，现代政治是同意政治，市民社会是协商生活，现代法律维护合意。合意主义是建设公平社会的新伦理，是法治社会规范的基点。一切干涉社会自由的行政管制，应当在合意社会的进程中，通过违宪审查机制，完成自身的历史终结。作为一名法律人，愿我的同胞更多欢乐，而不是生活在恐惧之中。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