

论性交易的法律治理

□黄小洵 傅 华 商继政 [电子科技大学 成都 610054]

[摘 要] 如何有效地对性交易活动进行法律治理是世界各国的一个难题,我国亦面临同样的问题。我国早期制定的对性交易及相关行为的法律条文随着当时立法的社会背景的变化,已不能适应当前新的情况。本文在比较国外的立法和实施效果并结合我国的实际状况基础上,对性交易行为的法律性质进行客观分析,就我国现行有关性交易的立法方式和内容提出了新的观点,强调应采取购买性交易一方施以处罚的立法模式,并提出了具体措施以实现更好地利用法律手段有效控制性交易活动的目的。

[关键词] 性交易; 违法性; 合法化

[中图分类号] D912.29

[文献标识码] A

[文章编号] 1008-8105(2009)06-0044-05

卖淫业在我国有数千年的历史。中国最早的官营色情业的起源通常认为是春秋战国的齐桓公时代,“管子治齐,置女闾七百,征其夜合之资,以资国用,此即教坊花粉钱之始也”^[1]。此后官营色情业和私营色情业都蓬勃发展,甚至成为文人雅士聚会助兴必要之事。在新中国成立后,我国取缔了色情业,而且在长达数十年的时期内,私营色情业也不存在。但随着改革开放和中国经济的发展,这种古老的行业在我国似乎又死灰复燃,并俨然有向规模化的“地下性产业”发展的趋势。虽然我国政府采取各种措施予以打击,但收效甚微,据中国统计年鉴统计,1998年全国公安机关共受理卖淫嫖娼案件189972件,处理189452件;1999年共受理案件216660件,处理215128件;2000年共受理案件225693件,查处222132件;2001年共受理案件242053件,查处239461件。而有关专家估计,真正受理和查处的案件仅仅占了实际总量的不足1/10,也就是说,近几年每年参与卖淫嫖娼的人员至少在200万以上^[2]。面对这种状况,社会大众开始正视这个社会问题,并就卖淫业的管理方式产生了不同的意见。卖淫嫖娼又可称为性交易,涉及到社会道德、社会秩序、人口问题等诸多方面。性交易包括同性之间的性交易和异性之间的性交易,鉴于我国性交易的数量仍是以女性提供性服务给男性居多,所以本文所谈到

的性交易仅指女性为男性提供的性服务。对性交易行为如何进行法律规制,世界各国的立法态度并不相同。

一、国外对性交易立法的态度

全世界对性交易的立场从立法模式来看,主要有四种:一是承认性交易的合法性如荷兰、德国等国家。二是对性交易中的购买方有罪化认定,如瑞典。三是只对违背妇女意愿而从事性交易的行为实施有罪认定,如日本。四是性交易属于非法行为。在上述四种方式中,第四种方式被大部分国家和地区所采纳。

承认性交易合法的国家对性交易活动有较严格的规定。首先对于性交易的地区范围有限制,一般只能在划属的“红灯区”范围内才可以从事性交易。其次政府往往通过行政管理方式对性交易规模进行控制。以荷兰为例,该国在刑法上对性交易双方和第三方都除罪化,并由地方政府制定规则将娼馆纳入管理,对现存的娼馆发给执照就地合法,但对新设娼馆的规定由地方政府自行制定则趋于严格而保守,其基本目的是要冻结、限制卖淫者之人数或是将其营业地点集中至较偏远地区。因此,娼妓馆家数减少,荷兰的性产业规模并未成长^[3]。但即使如

[收稿日期] 2009-02-20

[基金项目] 四川省教育厅人文社科重点研究基地四川性社会学与性教育研究中心资助项目成果(项目编号:XXYJB0713)

[作者简介] 黄小洵(1977-)女,法学硕士,电子科技大学政治与公共管理学院教师;傅 华(1956-)女,电子科技大学政治与公共管理学院副教授。

此, 由于荷兰的色情行业逐渐被黑社会所控制, 对整个荷兰的经济和社会稳定已造成威胁, 所以近几年荷兰加大了管理力度。在2008年初阿姆斯特丹市政府出台了一项代号“1012项目”的整顿计划(1012为“红灯区”所在地邮编), 大批色情场馆因与黑社会有染将被关闭, 大麻馆将被迁出市中心。已存在荷兰首府市中心六百多年的“红灯区”可能要消失^[4]。

瑞典在1999年之前一直允许性交易, 但在1998年瑞典通过《禁止购买性服务法案》对购买性服务的嫖客处以罚款或最长六个月的监禁, 至此瑞典一直对嫖客采取有罪化处理, 但对妓女则适用无罪处理。

日本的现代生活中, 处处充斥着色情文化。包括警察在内的多数日本人都认为性交易为必要之恶。类似援助交易的行为在日本也较常见。正是因此在有关性产业立法和管理措施方面, 日本的处理态度显得模糊。日本于1956年制定《卖春防止法》规定性交易行为或是其他助长或依赖行为, 均为不合法。但在具体相关管理制度中, 对实施性交易行为或其他助长、依赖行为却没有具体的处罚规定。日本对性交易的态度主要是防止强迫妇女卖淫的情形, 对于妇女自愿卖淫的行为则没有限制。另一方面日本还制定《有关影响风俗营业管理与改正法》对从事风俗营业的场所进行管制, 这种管制主要体现在市场准入条件设置方面, 政府采取申报制和许可制并行的方式, 对欲从事色情行业的个体进行审核, 从而间接管理卖淫业。但由于警方未严格执行法律, 所以一些半公开的卖淫所也被列为风俗业而合法存在^[5]。

世界上大多数国家和地区普遍禁止性交易。特别是近几年来, 许多原本允许性交易合法存在的地区或国家也转为禁止的立场。以台湾为例, 台北市在2001年开始废止了存在于该地区几十年的公娼制度, 此后虽然台北有关人士呼吁应该赋予妓女从业权, 但台北市政府仍然坚持禁止公娼。

从世界各国对性交易的立法态度看, 禁止娼妓制度无疑在世界范围占主流观点。即使在承认性交易合法化的国度里, 近几年也不不断加强管理, 减少性交易存在的地域范围。对性交易采取更为严格管理背后的原因是一些国家发现允许性交易合法存在并没有消除性交易活动自身的弊端, 而且其所带来的社会危害更为突出: 一是挑战社会传统道德观念, 不利于社会公序良俗的建立; 二是更多的事实显示色情行业的泛滥会导致相当严重的社会问题, 尤其是对青少年造成了极坏的影响。而且色情业发展的结果, 往往会演变为该行业被操控于黑社会手中, 这反过来又增加了社会的不稳定因素。因此许多国

家和地区由原来对性交易的许可态度变成严格控制甚至直接予以禁止。与世界这股潮流相反, 我国近来却出现了一些主张性交易应合理存在的观点。

二、我国当前存在的对性交易的两种相异观点

性交易是否应合理存在, 如何进行法律规制, 对现行相关法规是否要进行修订, 是现在探讨的一个热点。从相关主流观点来看主要有两派, 一派主张坚持性交易的非法化。另一派则主张应修改禁娼法, 允许妓女业的合理存在^[5]。

主张性交易非法化的一方主要是从社会公共利益出发, 认为用货币购买性服务是不道德的, 它不仅违背公序良俗, 而且也是对女性独立地位的践踏。性交易对社会环境造成不良影响, 尤其是对青少年来讲, 他们的心智尚不成熟, 其人格很容易被误导。性交易如果合法化, 色情业的暴利必然会吸引更多的投资, 随之而来的是性交易的产业化, 而这种产业往往容易被黑社会组织控制甚至变成洗钱的工具, 这无疑增加了社会治安环境的不安定因素。如果任性交易泛滥, 其结果必然是社会风气的下降, 笑贫不笑娼的现象可能成为一种常态。所以从公共利益出发, 为建立良好的公序良俗环境, 就不应当允许性交易合法。虽然性交易可能会对地区经济有一定的刺激作用, 但从长远来看其对整个经济的促进作用是有限的。

主张性交易应合理存在的理由主要有以下几点: 1) 我国最近几年男女比例失调, 出现女少男多的情况, 有部分男子在适婚年龄没有可匹配的女性。而这部分男子又往往是经济条件差, 处于社会底层的人群。性的需求是人的本性, 如果没有办法解决这部分人的需求, 有可能增加性暴力事件, 成为社会不安定因素。性服务的存在无疑是一种较好的解决途径。2) 卖淫业在事实上难以消除, 如果对卖淫业持否定态度的话, 只能使卖淫业地下运作, 其结果可能导致诸如艾滋病等疾病的广泛传播。3) 我国近几年经济虽然发展迅速, 但是部分地区仍然贫穷, 且受教育程度较低, 进城务工比较困难, 许多女子为解决家里生计而选择以出卖自己肉体换取金钱的快捷方式。即使我国禁止性交易, 这部分人仍然会地下从业, 不如通过允许性交易的存在而使这种行业“阳光化”。4) 从地区经济发展来讲, 承认性产业的合法性, 在合理规制的同时可以收取高额的税收, 这不仅有利于国家财政的收入增加, 还可以通过高额税收增加从业成本从而抑制交易规模。

上面两种意见都有各自的支持理由,那么在法律规制上应采取哪种意见呢?这需从争论的本源来探讨。性交易违背社会的公共道德,这是所有人的共识。但是当婚姻不存在或者婚姻内的性生活不能满足个人需求时,不满足者往往会通过其他方式来获取需求。购买性服务是其中一种途径。购买性服务既可以是长期的,也可以是按次数购买。前者成为一种社会现象被俗称为包二奶,后者则通常被俗称为卖淫。从本质上来讲这二者都属于以性服务换取金钱,但由于包养的隐秘性更强,而且对社会影响的范围比较小,所以一般没有将包养行为划归于法律意义上的卖淫。

我国产生性交易需求的原因主要有以下几个:

1) 性别比例失调,男多女少的事实,尤其是贫困单身男性的绝对数量较大,是性服务业产生的重要原因。2) 婚姻内的性生活质量不高,如配偶的性冷淡、自己的特殊性癖好导致个人性需求不能满足等。3) 传统道德观沦丧,社会不良风气弥漫,为求精神刺激而购买性服务。4) 对青少年缺乏科学的性教育,致使很多人基于好奇心驱使而去尝试。大学生购买性服务的情况已屡见不鲜。5) 社会压力的加大,很多人在面对家庭和工作双重压力情况下出现了各种心理疾病,在缺乏家庭交流又没有心理治疗的帮助下,性提供者成为被倾诉者。因为性服务提供者和客人之间彼此的真实情况都不了解,所以对其倾诉不会对客人现实生活产生不良影响。

在这些原因中,除了第一点之外,其他几点都可以通过采取其他措施加以引导和缓解。但男女比例失调的既成事实却无法改变。所以无论法律是否赋予性交易合法地位,这种刚性需求都会导致性交易的产生。需求市场的存在必然会产生利益的驱动,在利润的诱惑下供应方就出现了。在我国从事卖淫业的妇女绝大部分都出于对金钱的需求而投身于该行业,货币是卖淫的动机^[6]。在当前性服务从业人员中占很大比例的人员是来自于家庭负担重,经济条件比较差的农村家庭。这些家庭又以农村家庭为主。主张性交易合法的一方认为,既然社会不可能消除性交易,则不如允许性交易合法存在,以便于政府对该行业更好的管理,消除现在地下性交易的负面影响。这种说法看似有理,但是其认为地下性交易的负面影响会随着性交易合法化而消失的假设是不可能实现的。对这点只要考证一下已经实施性产业合法化国家的性交易现状,就不难发现即使对性交易合法化也并不能消除性服务业带来的负面影响。正是如此一些曾经许可性交易合法的国家或地区近几年纷纷立法禁止性交易,并采取严厉措施打击和

整治与卖淫相关的行业。甚至连荷兰这样已存在几百年性交易历史的国家,最近也采取措施限制性服务行业的不良影响范围。

其次,若政府允许性交易合理存在,必然会采取各种措施对之进行管理,而这些管理费用往往会被记入行业成本,从而使整个行业的服务价格提高。以美国为例,在美国除内华达州允许性交易合法存在外,在其他的州从事性交易都视为犯罪。但是内华达州的合法性交易的价格要远远高于非法私娼进行交易的服务价格。在我国,难以通过婚内性行为获得满足的男性往往是社会低收入者,如果整个服务价格远远高于其承受能力的话,他们也只有放弃接受高价格的服务。但其性需求仍然存在,面对激烈的市场竞争,必然有人会避开政府的管理,实施地下性交易行为,降低服务价格吸引该部分顾客。因此即使性交易合法化依然会存在非法的地下性交易。

由此可见性交易合理存在并不能解决当前我国已存在的性交易问题,而且也不符合我国传统的社会道德观,坚持性交易非法性仍应当是我国立法的基本立场。

三、我国当前性交易相关的立法概况及其完善建议

(一) 我国有关性交易的立法概况

我国当前对有关性交易的立法规定主要散见在刑法典、行政法规和地方性法规中。《中华人民共和国刑法》第358条和第359条对组织他人卖淫或强迫他人卖淫以及引诱、容留、介绍他人卖淫的情况都予以刑事处罚。但对卖淫者和嫖娼者是否应定罪,我国刑法第360条规定“明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金。”换句话讲,在我国只有故意传播性病的卖淫者和嫖娼者才属于犯罪者。而对一般的卖淫嫖娼行为则视为违法行为。《中华人民共和国治安管理处罚法》以下简称《治安管理处罚法》第66条规定:“卖淫、嫖娼的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处五千元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。”另外,我国对卖淫嫖娼者还可采取收容教育的行政强制措施。《全国人大常委会关于严禁卖淫嫖娼的决定》第4条规定:“对卖淫、嫖娼的,可以由公安机关会同有关部门强制集中进行法律、道德教育和生产劳动,使之改掉恶习。期限为六个月至二年。具体办法由国务院规定。”基于该决定,国务院颁布了《卖淫嫖娼人员收容教育办法》。另外涉及卖淫嫖娼内容规制

的法规主要还有国务院颁布的《娱乐场所管理条例》,旅游局、文化部针对旅游活动和文化娱乐事业中出现的性交易现象发出的一些通知,多个省、市政府出台的对卖淫嫖娼行为予以禁止的地方法规和地方规章等。

总的来讲我国有关性交易的立法从调整方法看,主要分为两个方面:一是刑事立法,针对故意传播性病的卖淫者和嫖娼者;二是行政立法,针对一般卖淫嫖娼者,对卖淫嫖娼行为的行政处罚手段包括三种:罚款、拘留和收容教育。但收容教育不属于治安管理处罚的一种,它立足于教育,是介于刑事处罚和治安管理处罚之间的具有强制性的、独立的公安行政处罚的教育措施^[7]。

伴随着性交易在我国的泛滥,当前有关性交易的立法内容显然已不适应当前情况,有些规定亦引起了极大的社会争议,因此修改和完善相关立法已势在必行。

(二) 我国性交易立法完善的建议

1. 实施单行法,进行专门规制

我国对性交易没有专门立法,就全国人大及人大常委会制定的法律而言,仅仅在《刑法》和《治安管理处罚法》等法规中有所涉及。而专门有关性交易的《全国人大常委会关于严禁卖淫嫖娼的决定》内容却十分简单,决定中确立的收容教育制度更遭到众多反对,引起极大争议。从其他国家立法模式看,对性交易多采取单独立法方式。对我国而言,一部统一的法规也可以避免各地方因适用本地区地方法规,而导致的就同一事实处罚结果却不一致的状况发生。因此我国应该对性交易进行专门立法。

2. 在法律规制内容上,将一些新的问题纳入到法律规范中,废除一些已不符合实际情况的制度

首先,在立法中应对性交易方式手段作更宽泛的解释,一些新形式的行为应被纳入性交易的范畴。如在立法时应明确地将直接通过网络完成性交易的行为归属于性交易范畴。

其次,借鉴瑞典的立法模式,在坚持性交易行为本身非法的前提下,对交易双方中提供性服务一方可免除处罚,但应收缴其所获得的收入;而对购买一方则处以罚款或拘留。主张性交易应合法存在的人认为,如果认定性交易非法,卖淫者一般不愿接受有关卫生机关和组织的帮助,这不利于防范艾滋病等性病传播。而允许性交易合法,性服务提供者则可以通过接受政府部门的管理来防范性病的传播。这似乎有一定道理,但是并不是只有允许性交易合法化才能解决这个问题。事实上瑞典的法律规制方式就很好地解决了这个问题。瑞典从1999年开

始,认定性交易行为本身非法,但在处理时却对嫖娼者和卖淫者施以不同的方式。对从事性交易的嫖娼者给予罚款或拘留的处理,而对卖淫者则免除处罚。由于卖淫者不会因承认自己身份而受到罚款或拘留,基于对健康的保护也乐于接受相关部门的管理和检查。从瑞典《禁止购买性服务法案》的实施效果看,在瑞典采取这种规制方式后,因为客源的减少使非法性交易量在该国急剧下降。鉴于瑞典所取得的良好效果,包括英国在内的许多国家也正意图借鉴这种立法方式。因此我国可借鉴这种模式,同时辅之于其他卫生制度措施,对这些特殊从业者定期进行辅导和教育,加强健康宣传,防范潜在的风险。

再次,在行政处罚内容方面应更为人性化和具体化。我国现在的行政处罚措施包括罚款、拘留和收容教育。但引起争议最大的是收容教育。这种方式虽然从立法目的看是对卖淫嫖娼者实施的教育手段,但从执行手段、程序和效果来看,却凸现了行政处罚的特点。收容教育是我国从1991年开始实施的、特别针对卖淫嫖娼行为设立的专门处罚措施。它是将卖淫、嫖娼人员置身于特定场所强制劳动,收容教育的期限为六个月至二年,公安机关有决定是否收容教育的权力,并且对教育期限还有自由裁量权。收容教育涉及到对人身自由的限制,从《立法法》规定来看,国务院是无权就人身限制内容制定行政法规的。所以就《卖淫嫖娼人员收容教育办法》本身而言有违宪之嫌。而该办法在内容上,规定过于简单,给警察的自由裁量权过宽过大,从立案、审批到执行基本由公安机关直接处理,没有其他司法机关监督。而在决定是否实施收容教育过程中,被处罚人的无罪推定、自白出于自由意志、获得有效的听证机会、有权辩护和获得法律帮助、决定过程公开等基本程序权利被剥夺了^[8]。虽然对收容教育的决定可以申请行政复议和行政诉讼,但在此过程中,已被实际收容教育的个人损失却很难得到弥补。从实施效果看,收容教育在实践中不仅没有达到教育目的,反而成为个别执法人员的敛财工具。因此收容教育制度确实应该废除。在废除收容教育的同时,可以采取一些更人性化的处罚方式,如要求嫖娼者提供一定数量的社区服务,执行区域以当事人主要住所地为宜。就处罚力度而言,罚款的具体数额可以根据交易的金额和嫖客的个人收入来确定。另外对一些特殊身份的嫖客,还应该作其他的处理。如公务员予以开除公职等。

3. 完善其他相关法规中与性交易有关内容

虽然现在性交易者日趋复杂,出现了同性性交

易和女性向男性购买性服务的情况,但从性交易的主要数量看,还是以女性提供性服务给男性居多。有些组织甚至招募未成年少女从事性服务工作。所以在《妇女儿童保护法》等对特殊群体保护的法律法规中,应加强对妇女和儿童的权利保护。另外还可通过民事救济手段加大对性交易者的责任追究。例如在《婚姻法》中可以将因为配偶购买或提供性服务致使离婚的事由作为无过错一方损害赔偿请求权原因之一。无过错一方还有权向卖淫者主张精神损害赔偿。

参考文献

- [1] 左松涛. 试论清代色情业的发展与政府应对[J], 福建论坛(人文社科版), 2003, (4): 48-52.
- [2] 王刚, 王元新. 论卖淫嫖娼的现状与对策[J], 甘肃政

法成人教育学院学报, 2004, (2): 98-100.

[3] 贾圣行. 台湾色情行业管理政策之研究——以台中市设置色情专区可行性为例[D], 台湾逢甲大学公共政策研究所, 2002.

[4] 刘莉. 荷兰“性都”即将消失[J], 看天下, 2008, (6): 30-31.

[5] 潘绥铭. 修改“禁唱法”已当其时[J], 学习月刊, 2005, (8): 35.

[6] 杨华. 浅谈卖淫问题及其解决对策[J], 广东青年干部学院学报, 2006, (3): 82-84.

[7] 彭泽虎. 收容教育违法性研究[J], 西南民院学报(哲学社会科学版), 2002, (11): 72-74.

[8] 胡人斌. 合法性的危机——对收容教育制度的法理分析[J], 杭州师范学院学报(医学版), 2006, (3): 183-186.

On the Legal Governance of Sex Trade

HUANG Xiao-xun FU Hua SHANG Ji-zheng

(Univ. of Elec. Sci & Tech of China Chengdu 610054 China)

Abstract How to effectively carry out sex trading activities on the law of governance is a problem all over the world. China is also facing the same problem. As the social background of the legislative changes, China's early formulation of the sex trade and related provisions of the law acts can not meet the current new circumstances. Comparing the foreign legislation and implementation effect in combination with the actual situation of our country and based on an objective analysis about the sex trade legal nature, this paper put forward a new viewpoint for our existing legal way and content on sex trade, stressed that the purchase of the sex trade should be taken to punishment, and gave concrete measures to achieve the purpose of effectively controlling of trading activities by better use of legal means.

Key words sex trade; illegal nature; legalization

编辑 范华丽