

论《关于严禁卖淫嫖娼的决定》的法律适用

周道鸾

为了严禁卖淫嫖娼,严惩组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的犯罪分子,1991年9月全国人大常委会通过了《关于严禁卖淫嫖娼的决定》(以下简称《决定》)。最高人民法院和最高人民检察院针对《决定》实施一年多来司法实践中存在的问题,在广泛调查研究、总结经验的基础上,于1992年12月作出了《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》(以下简称《解答》)。这是“两高”就执行《决定》作出的具有法律效力的司法解释。本文拟结合学习《决定》和《解答》,就司法实践和刑法理论界提出的适用法律方面的一些问题,谈谈自己的粗浅看法。

一、关于组织他人卖淫罪

组织他人卖淫罪,是指以招募、雇用、强迫、引诱、容留等手段,控制多人从事卖淫的行为。

本罪的主要特征是:(一)犯罪主体必须是卖淫的组织者。这些组织者,有的开设地下卖淫场所,有的没有固定场所;有的组成卖淫集团或者结伙组织他人卖淫;也有的个人组织他人卖淫。这种人实际上类似旧社会开设妓院的“老鸨”。至于卖淫的组织者是1人还是几个人,目前有争论。从司法实践看,可以是几个人,也可以是1个人,关键要看其在卖淫活动中是否起组织者的作用。(二)犯罪对象是“他人”。“他人”,是仅指妇女,还是也包括男人?在刑法学界有不同看法。有的认为,“本罪对象包括妇女和幼女,而这并不意味着也包括男性卖淫”。这种观点值得商榷。在我国,传统意义上的卖淫是指妇女(包括幼女)卖淫。但近年来在大城市也发现有“男妓”,即古时所谓的“面首”。这种人目前虽为数极少,但毕竟已经出现。为了打击各种组织他人卖淫的犯罪活动,法律将传统意义上的卖淫主体(即妇女)扩大为男性是必要的。(三)客观方面表现为实施了组织他人卖淫的行为。“组织”,是指行为人以招募、雇用、强迫、引诱、容留等手段,纠集多人在其控制下进行卖淫。“多人”是指3人以上(含本数)。至于本人是否参与了卖淫、嫖娼,不影响本罪的成立。(四)主观方面是故意。犯罪的目的,实践中绝大多数是为了牟取暴利,也有的是为了招揽生意或者满足腐朽生活方式的需要。但不论出于何种目的,只要行为人组织他人卖淫主观上是故意的,即构成本罪。

二、关于协助组织他人卖淫罪

协助组织他人卖淫罪,是指在组织他人卖淫的共同犯罪中起帮助作用的行为。

本罪的主要特征是:(一)侵犯的客体是他人的人身权利和社会管理秩序。(二)客观方面表现为实施了帮助卖淫的组织者组织他人卖淫的行为。如有的以招工等名义,协助组织者诱骗他人卖淫;有的充当“皮条客”,四处勾引嫖客;有的充当组织者的打手、保镖;有的充当帐房先生,等等。(三)主观方面是故意,即明知行为人是卖淫的组织者而以各种方式帮助其组织他人卖淫;过失不构成本罪。

对于《决定》第1条第2款规定的协助组织他人卖淫的行为,是否构成独立罪名的问题,在刑法理论界和司法实践中有不同看法。有一种观点认为,协助组织他人卖淫的行为,是协助犯,属于共同犯罪中的从犯;《决定》突破了刑法总则关于共犯处罚原则的规定,对协助组织他人卖淫的行为单独规定了刑罚,因而《决定》第1条第2款是对协助组织他人卖淫的特别规定,不是一个独立的罪名;协助组织他人卖淫的社会危害性较大,如果都按组织他人卖淫罪的从犯的一般原则处罚,不利于打击这类犯罪活动。因此,对于协助组织他人卖淫的行为,仍应定为组织他人卖淫罪。笔者认为,这种观点值得探讨。从《决定》第1条第2款的规定看,协助组织他人卖淫的行为,应当是一个独立的罪名,不适用刑法总则关于从犯处罚原则的规定。理由是:第一,有具体的罪状和单独的法定刑。这是确定罪名的一般原则。第二,在我国刑法中,对于共同犯罪中从犯处罚的规定方式有两种:一种是不具体规定从犯的法定刑,而是根据刑法总则第24条第2款的规定,比照主犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。另一种是对某种犯罪的从犯的法定刑作出专门规定,排斥适用刑法第24条第2款的规定。刑法第95条、第96条、第98条的规定即是。这两种处罚规定的方式是一般与特殊的方式。协助组织他人卖淫罪在立法上采用的就是后一种方式,体现了对协助组织他人卖淫的行为从严惩处罚的精神。第四,按照法律规定,组织他人卖淫罪的起刑点是10年,最高刑是死刑;而协助组织他人卖淫罪的起刑点是3年,最高刑是15年有期徒刑。因此,即使按组织他人卖淫罪的从犯,比照主犯从轻、减轻处罚,也要比协助组织他人卖淫罪的法定刑要重,因而也不产生不利于打击这类犯罪活动、轻纵犯罪分子的问题。第五,如上所述,行为人在参与组织他人卖淫的过程中,一般充当拉客、打手、保镖、管帐等角色,或者为组织者出谋划策、提供卖淫场所,从而为组织他人卖淫创造有利条件,在共同犯罪活动中起了帮助的作用。从这个意义上讲,可以认为他们是组织他人卖淫罪的从犯。但由于《决定》将这种共同犯罪行为另立了罪名,且相应规定了单独的法定刑,因而不适用刑法总则关于从犯的处罚原则的规定。

三、关于强迫他人卖淫罪

强迫他人卖淫罪,是指以暴力、胁迫、虐待或者其他手段,迫使他人卖淫的行为。

本罪的主要特征是:(一)侵犯的客体是他人的人身自由权利和性的不可侵犯。犯罪对象是“他人”。《决定》将刑法第140条“强迫妇女卖淫罪”修改为“强迫他人卖淫罪”,使强迫卖淫的对象不仅指妇女,还包括男人,从而扩大了犯罪对象的适用范围。(二)客观方面表现为实施了以暴力、胁迫、虐待或者其他手段,迫使他人卖淫的行为。“其他手段”,包括以揭发他人隐私相威胁;通过某种行为使他人陷入绝境,迫使他人卖淫等。(三)主观方面只能由直接故意构成,并且一般具有营利的目的。但并非将“以营利为目的”作为构成本罪必须具备的条件。

四、关于引诱、容留、介绍他人卖淫罪

引诱、容留、介绍他人卖淫罪,是指用金钱、物质或者其他利益为手段,诱使他人卖淫,或者

为他人卖淫提供场所,或者为卖淫的人与嫖客牵线搭桥的行为。

刑法第169条只规定有引诱、容留妇女卖淫罪。鉴于近几年来社会上介绍卖淫的“皮条客”日益增加,危害严重,且这种行为的社会危害危害性近于引诱、容留妇女卖淫行为的社会危害性,因而增加规定了介绍他人卖淫罪。

引诱、容留、介绍他人卖淫罪的主要特征是:(一)侵犯的客体,是社会主义社会风尚和社会管理秩序。犯罪对象是引诱、容留、介绍“他人”卖淫。《决定》将刑法规定的引诱、容留妇女卖淫罪,改为引诱、容留、介绍“他人”卖淫罪,从而扩大了犯罪对象的适用范围,即不仅指引诱、容留、介绍妇女卖淫,也包括引诱、容留、介绍男人卖淫在内。(二)客观方面表现为实施了引诱、容留、介绍他人卖淫的行为。“引诱”,是指用金钱、物质或者其他利益等手段,诱使他人卖淫的行为。“容留”,是指为他人卖淫提供场所的行为。“介绍”,是指为卖淫的人与嫖客之间联络介绍他人卖淫的行为。在实践中,有的只引诱他人卖淫,有的只提供场所供他人卖淫,有的只介绍他人卖淫,有的则两种或者三种行为兼而有之。因此,引诱、容留、介绍他人卖淫是一种选择性的罪名。根据《决定》规定,只要行为人实施了其中一种行为,就构成本罪;兼有其中两种或者三种行为的,也只构成一罪,不实行并罚,但量刑时可作为一个具体情节考虑。(三)主观方面必须由故意构成。但《决定》删去了刑法第169条关于引诱、容留妇女卖淫必须“以营利为目的”的规定。这是考虑到目前社会上有些引诱、容留妇女卖淫的行为并非都是以营利为目的。如有的是为了玩弄妇女,有的是为了招揽生意,有的是为了推销商品等。在司法实践中,过去对这类不是以营利为目的的引诱、容留妇女卖淫的行为,构成犯罪的,一般以流氓罪论处。但这种行为又不完全具备流氓罪的特征。《决定》对引诱、容留、介绍他人卖淫的行为未规定“以营利为目的”作为构成本罪的必备要件,从而更有利于打击具有不同目的的引诱、容留、介绍他人卖淫的犯罪行为。

五、关于传播性病罪

传播性病罪,是指明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而进行卖淫嫖娼的行为。

本罪的主要特征是:(一)本罪是特殊主体,即已满16岁、具有刑事责任能力,且患有梅毒、淋病等严重性病的人。由于这种犯罪的法定刑为5年以下有期徒刑,因此,已满14岁不满16岁的男女,明知自己患有严重性病而卖淫、嫖娼的,不构成本罪。(二)客观方面表现为实施了能够引起梅毒、淋病等严重性病传播的卖淫、嫖娼的行为。应当指出的是,《决定》所说的严重性病,是指那些性质严重的性病,即对人体健康危害较大、传染性较强、发病率较高的性病,而不是指行为人所患性病的严重程度。因为性病传染能力的强弱与性病的性质轻重有着直接的关系,而与患者性病发展程度的轻重一般没有直接关系。按照法律规定,传播性病的方式,仅限于卖淫、嫖娼的行为。如果行为人明知自己患有严重性病,而通过其他方式,如通奸、猥亵、在公共浴池洗澡、将病菌涂沫在他人内裤、浴缸、毛巾等物品上,将性病传播给他人的,则不构成本罪。(三)主观方面是故意,即行为人明知(包括明知必然、或者可能)自己患有梅毒、淋病等严重性病仍进行卖淫或者嫖娼活动。行为人确实不知或者没有足够证据证明行为人知道自己患有性病或者严重性病而实施了卖淫、嫖娼行为,虽然卖淫、嫖娼行为本身是我国法律所禁止的违法行为,但根据《决定》规定尚不属犯罪的行为,因而不构成犯罪,应当按照《决定》关于卖淫、嫖娼的有关条款处罚,而不应追究其刑事责任。在司法实践中,确认行为人是否“明知”,不是以卖淫、嫖娼的人员是否供认为依据,而应当根据调查、掌握的证据加以判断。在一般情况下,具有

下列情形之一的,可以认定为“明知”:有证据证明行为人曾到医院就医,被诊断为患有严重性病的;根据本人的知识经验,能够知道自己患有严重性病的;通过其他方法能够证明行为人是“明知”的。

六、关于适用财产附加刑的问题

司法实践表明,犯罪分子从事组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫活动,主观方面的一个重要目的,就是为了牟取暴利。而卖淫、嫖娼活动所以屡禁不止,一个重要原因,就是对他们的非法收入没有严厉查处。因此,《决定》在对这类犯罪分子规定主刑的同时,还增加或者补充了财产附加刑,并对刑法规定的财产附加刑作了较大的补充和修改,司法机关要正确理解和适用。(一)将刑法规定“可以”并处罚金或者没收财产,改为“并处”罚金或者没收财产,从而将原来选择性的并处财产刑,修改为必须并处财产刑。(二)刑法对强迫妇女卖淫罪只规定了主刑,没有规定财产附加刑;《决定》则对强迫他人卖淫罪补充规定了并处罚金或者没收财产。(三)对引诱、容留、介绍他人卖淫罪,则扩大了罚金的适用范围。刑法第169条对引诱、容留妇女卖淫,情节一般的,没有规定财产附加刑;只有“情节严重的”才规定“可以并处罚金或者没收财产”。而《决定》则扩大到只要构成引诱、容留、介绍他人卖淫罪,均应并处罚金。(四)规定了罚金的具体数额。过去,刑法和有关刑事法律只原则规定“单处”或者“并处”罚金,没有具体数额,而《决定》突破了过去立法方式,对罚金刑规定了具体数额,并对上限作了明确规定。如《决定》第1条第2款规定,协助组织他人卖淫的,并处1万元以下罚金。在立法过程中,一些地方和单位曾建议对罚金的下限也作出明确规定。考虑到我国地区辽阔,且经济发展水平不一,规定一个统一的下限反而不利于维护法律的严肃性,因而没有规定下限。至于在上限规定的这个范围内,究竟判处多少罚金,应当由人民法院根据具体案情和被告人的实际情况决定。因此,司法机关要严格执法,重视适用没收财产、罚金附加刑,坚持主刑与财产附加刑相结合。

七、关于适用包庇罪处罚的问题

实践证明,近几年来,卖淫嫖娼活动所以屡禁不止,其中一个重要原因,就是一些单位的负责人和职工,经营思想不端正,见利忘义,在公安机查处卖淫嫖娼活动时,有意隐瞒情况,或者与卖淫嫖娼违法犯罪分子通风报信,致使他们得以逃避法律制裁。这种行为不仅妨碍了司法机关同犯罪作斗争的正常活动,而且为违法犯罪分子继续从事卖淫嫖娼活动创造了条件。必须追究行为人的刑事责任。因此,《决定》第8条规定:“旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的负责人和职工,在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时,隐瞒情况或者为违法犯罪分子通风报信的,依照刑法第162条的规定处罚。”

司法机关在适用本条规定按包庇罪处罚时,应注意以下几点:(一)本罪的主体是单位负责人和职工。“单位负责人”,是指这些单位的主要领导及其部门负责人,“职工”,是指单位负责人以外的其他工作人员,包括国家工作人员、正式职工、临时工。(二)包庇的对象,不仅指犯罪分子,而且指违法分子;不仅指卖淫嫖娼的人,而且指本《决定》规定的所有违法犯罪分子。这和刑法第162条规定的包庇的对象仅限于犯罪分子,不包括违法分子,是不相同的。在立法过程中,对包庇的对象中是否应当包括违法分子,即对包庇卖淫、嫖娼人员是否也要追究刑事责任,有不同意见。考虑到这种行为性质恶劣,助长了违法犯罪活动,《决定》将包庇违法分子也规定为犯罪,从而扩大了包庇对象的范围。(三)客观方面表现为实施了向公安机关隐瞒情况或者为违

法犯罪分子通风报信的行为。这是对包庇罪具体犯罪行为的补充。按照刑法第 162 条的规定,包庇罪只有作假证明包庇反革命分子或者其他犯罪分子的行为;《决定》则补充了“隐瞒情况或者为违法犯罪分子通风报信”两种具体犯罪行为。(四)刑法第 162 条有 3 款。《决定》所说的“依照刑法第 162 条的规定处罚”,实际上是依照该条第 2 款包庇其他犯罪分子规定处罚,即处 2 年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处 2 年以上 7 年以下有期徒刑。因为该条第 1 款是关于包庇反革命分子的处罚规定。

八、关于适用徇私枉法罪处罚的问题

近几年来,卖淫嫖娼活动屡禁不止的另一个重要原因,是一些国家机关及其工作人员执法不严,对在宾馆、饭店从事组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的犯罪分子和卖淫、嫖娼人员的违法犯罪活动孰视无睹,甚至在有关单位查禁时,为卖淫嫖娼人员通风报信,致使违法犯罪分子得以逃避打击。这种行为严重败坏了国家机关的声誉,损害了司法工作人员的形象,是一种严重的渎职行为,应当追究他们的法律责任。因此,《决定》第 9 条规定:“有查禁卖淫、嫖娼活动职责的国家工作人员,为使违法犯罪分子逃避处罚,向其通风报信,提供便利的,依照刑法第 188 条的规定处罚。犯前款罪,事前与犯罪分子通谋的,以共同犯罪论处。”

司法机关在适用本条规定,按刑法第 188 条徇私枉法罪处罚时,应注意以下几点:(一)本罪是特殊主体,即负有查禁卖淫、嫖娼活动职责的国家工作人员。“国家工作人员”,是指刑法第 83 条规定的一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员。“有查禁卖淫、嫖娼活动职责的国家工作人员。”包括:直接参加查禁工作的国家工作人员;虽未直接参加查禁工作,但对查禁工作负有责任的国家工作人员;受委托从事查禁工作的执行公务的人员。按照刑法第 188 条的规定,徇私枉法罪的主体,仅限于“司法工作人员”,即国家司法机关负责侦查、检察、审判、监管人犯的国家工作人员,因而《决定》扩大了本罪主体的适用范围。(二)本罪的犯罪对象不仅包括已构成犯罪的人,还包括尚未构成犯罪的违法分子。且《决定》所说的违法犯罪分子,是特指本《决定》中规定的组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的犯罪分子和卖淫、嫖娼的违法分子,不是泛指一切违法犯罪分子。而刑法第 188 条规定的犯罪对象,仅限于犯罪分子。因而《决定》扩大了徇私枉法罪的犯罪对象。(三)客观方面表现为实施了向违法犯罪分子通风报信,或者为他们提供藏身处所、交通工具等便利条件,使之逃避处罚的行为。这是对刑法徇私枉法犯罪行为的补充。按照刑法第 188 条的规定,徇私枉法的行为限于:对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇使他不受追诉,或者故意颠倒黑白做枉法裁判。(四)主观方面必须是故意,并且具有“为使违法犯罪分子逃避处罚”的目的;过失不构成本罪。如果行为人在无意中泄露了查禁的消息,或者因不知情而提供了某种便利,则不构成犯罪。(五)行为人在实施为违法犯罪分子通风报信、提供便利使之逃避处罚前,与本《决定》规定的组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的犯罪分子(不包括卖淫、嫖娼的违法分子)通谋的,由于这种行为实际上已成为上述犯罪分子的共犯,则应以共同犯罪论处,不适用徇私枉法罪处罚。

(作者单位:最高人民法院)

责任编辑:王敏远