

ZHONGGUO XINGFANZUI LIFA ZHI
XIANSHI KUNJING JIQI CHULU YANJIU

中国性犯罪立法之 现实困境及其出路研究

刘 芳 著



東北大學出版社
Northeastern University Press

中国性犯罪立法之现实困境 及其出路研究

刘 芳 著

东北大学出版社

· 沈 阳 ·

© 刘 芳 2015

图书在版编目 (CIP) 数据

中国性犯罪立法之现实困境及其出路研究 / 刘芳著. —沈阳: 东北大学出版社, 2015. 2

ISBN 978 - 7 - 5517 - 0934 - 7

I. ①中… II. ①刘… III. ①性犯罪—立法—研究—中国 IV. ①D924. 344

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 058447 号

出 版 者: 东北大学出版社

地址: 沈阳市和平区文化路 3 号巷 11 号

邮编: 110819

电话: 024 - 83687331(市场部) 83680267(社务室)

传真: 024 - 83680180(市场部) 83680265(社务室)

E-mail: neuph@neupress.com

http: //www. neupress. com

印 刷 者: 沈阳市第二市政建设工程公司印刷厂

发 行 者: 东北大学出版社

幅面尺寸: 170mm × 240mm

印 张: 10. 25

字 数: 195 千字

出版时间: 2015 年 2 月第 1 版

印刷时间: 2015 年 2 月第 1 次印刷

责任编辑: 孙 锋 潘佳宁

封面设计: 刘江旻

责任校对: 图 图

责任出版: 唐敏志

ISBN 978 - 7 - 5517 - 0934 - 7

定 价: 39.00 元

绪 论

随着历史的发展，人类社会逐渐形成了以性行为的非公开化、自愿化等为原则的性文化，性文化以其特有的方式约束着人们的性行为，维护着社会正常的性秩序。性犯罪是违反社会主流性文化的性行为，其不仅侵害他人的性权利，还动摇社会健康的性秩序，具有严重的社会危害性，历来是各国刑法惩处的重点，我国也不例外。受传统儒家性文化的影响，至今我国大多数人对性的态度仍然是谈性色变，对与性有关的问题避而不谈，导致性犯罪研究成为人们一般不敢涉足的领域。但是，性与人类的生存、生活息息相关，在某种意义上人的存在就是“性的存在”，性是否和谐，性秩序是否正常，关涉每个人的幸福和社会的安定，因此，理应重视和研究性问题。而且，近年来，我国性文化出现了一些新变化，人们的性观念较以往有了较大改变，快乐主义性思潮在我国有所体现，这使研究性问题有了比较宽松的社会环境，但这也导致原有在保守性文化影响下制定的性犯罪立法不足以应对现实性犯罪的新变化，司法实践中的新型性犯罪现象困扰着性犯罪立法，亟待解决。面对现实困境的挑战，如何完善我国现行性犯罪立法已成为理论界必须肩负起的重大使命。

在性犯罪研究领域，我国刑法学界已经展开了一些有益的研究，但现有成果注重从理论的角度直接对性犯罪立法本身进行研究，缺乏全面、系统的对现实问题的回应。笔者在本书中试图从现实困境出发，围绕现实需要对性犯罪立法予以研究，以便丰富性犯罪立法的研究视角。

从性犯罪立法的性文化背景看，一个国家的性文化在历史的长河

中不断发展、变化，性犯罪立法也随之发生变化。现在，我国性文化发生了重大变化，人们对个人性行为的衡量标准日渐从宽，社会生活中新型的性犯罪形式不断出现，性犯罪立法应当如何协调维护社会秩序，越来越成为公众关注的问题。从其他国家和地区的性犯罪立法演变过程看，为适应性革命以来性文化变化的需要，大多数国家和地区的性犯罪立法都发生了重大变化，将一些危害社会的新型性犯罪纳入刑法调整领域，并注重保护公民的性权利。在我国，性犯罪立法面临同样的现实挑战。面对现实挑战，性犯罪立法应当如何回应，是本书研究的重点。在借鉴其他国家和地区性犯罪立法的基础上，本书结合我国的现实情况，对我国现行性犯罪立法现实困境加以研究，目的是为了构建一个有利于保护公民性权利、维护社会性秩序和适应社会现状的性犯罪立法体系。

基于此研究目的，笔者拟从界定我国性犯罪的概念、范围和种类着手，在阐述我国性犯罪立法面临的现实困境的基础上，追溯形成我国性犯罪立法现实困境的性文化背景，回顾我国性犯罪的历史。接着，对现存的现实困境从关于“性”的传统理解引发之困境、有关性犯罪罪名设置问题和新型性行为之定性问题三个方面加以详细的分析，在分析问题的基础上，提出解决我国性犯罪立法现实困境之建议。

对性犯罪立法面临的现实困境加以研究，不仅对性犯罪立法的重新构建具有深远意义，相信对司法实践也有重要的指导意义。

目 录

第一章 我国性犯罪立法及其困境	1
第一节 我国性犯罪概述	1
一、性行为解读	1
二、性犯罪的含义	4
三、我国性犯罪的范围	7
四、我国性犯罪的分类	10
第二节 我国性犯罪立法的现实困境	10
一、强奸罪立法面临的现实困境	11
二、强制猥亵、侮辱妇女罪立法面临的现实困境	14
三、聚众淫乱罪立法面临的现实困境	17
四、组织卖淫罪中的组织同性卖淫问题	20
五、传播性病罪中的传播艾滋病问题	21
六、嫖宿幼女罪罪名设置必要性问题	23
七、解决现实困境之路径选择	24
第二章 性文化视野中的性犯罪立法	25
第一节 我国古代性犯罪立法的性文化背景	26
一、我国古代性犯罪立法的性文化背景回顾	26
二、我国古代性犯罪立法的历史演变	32
第二节 我国当代性犯罪立法的性文化背景	37
一、我国当代性文化的演变	37
二、我国当代性犯罪立法的演变	43
第三节 我国当代性犯罪立法困境的性文化渊源	44

一、性犯罪立法与性文化密切相关	44
二、当今性犯罪立法困境的性文化分析	46
第三章 “性”的传统理解引发的立法困境分析	52
第一节 强奸罪立法中隐藏的“性别假定”问题分析	52
一、客观存在的“女性强奸男性”问题	53
二、淡化“性别假定”的必要性分析	54
三、淡化“性别假定”的应然转变	58
第二节 组织同性卖淫对策分析	64
一、扩张“卖淫”含义理解的可行性分析	64
二、组织卖淫罪中“他人”含义的适应性解释	67
第四章 性犯罪个罪罪名设置问题分析	72
第一节 性骚扰行为的刑法规制问题分析	72
一、性骚扰行为的规制方式选择	72
二、强制猥亵、侮辱妇女罪适用的部分可行性	75
三、强制猥亵、侮辱妇女罪适用的局限性	77
四、非强制性性骚扰行为之刑法规制方式选择	79
第二节 聚众淫乱罪罪名设立问题分析	81
一、聚众淫乱行为应受法律规制	81
二、聚众淫乱行为调整的法律途径选择	84
第三节 传播艾滋病行为的罪名选择问题分析	87
一、传播艾滋病行为定性分析	87
二、传播性病罪性病传播途径的局限性分析	92
第四节 嫖宿幼女罪罪名设置必要性分析	94
一、刑法设置嫖宿幼女罪罪名引发的困境	95
二、嫖宿幼女罪纳入强奸罪的可行性分析	98
第五章 新型性行为定性问题分析	102
第一节 婚内强奸行为定性分析	102
一、现行刑法调整局限性分析	103
二、婚内强奸问题解决路径的寻求	108
第二节 网络裸聊规制问题分析	111
一、网络裸聊的现状及其表现形式	111

二、网络裸聊的规制方式选择	112
三、聚众式裸聊和牟利式裸聊之罪名选择	114
第六章 解决我国性犯罪立法现实困境的出路	121
第一节 解决我国性犯罪立法现实困境的宏观思考	121
一、我国性犯罪立法的缺陷分析	121
二、解决我国性犯罪立法现实困境应遵循的原则	123
第二节 解决我国性犯罪立法现实困境的立法设想	126
一、完善奸淫型性犯罪的立法建议	127
二、完善猥亵型性犯罪之立法建议	130
三、完善淫乱型性犯罪的立法建议	132
四、完善卖淫型性犯罪之立法建议	134
第三节 解决我国性犯罪立法现实困境的其他出路	138
一、婚内强奸应由道德调整	138
二、聚众式裸聊应定性为聚众淫乱罪	141
三、组织同性卖淫应定性为组织卖淫罪	142
参考文献	144

第一章 我国性犯罪立法及其困境

第一节 我国性犯罪概述

一、性行为解读

（一）性行为的含义

性是人和动物的基本属性，孟子曰：“食、色，性也。”这说明性的需求不以人的意志为转移，它像吃饭、睡觉一样自然、永恒。人类的性欲本能是人类的内在生理需求，是人自然属性的表现，而生理需求的满足通常是两个人之间的事，涉及人与之间的关系，是社会关系的一个方面，自然属性的性要求只有靠社会伦理道德调整才能变得文明，性自然属性和社会属性紧密结合，二者共同构成性的全部内涵。其中，生物基础是性的自然起源，社会基础体现性的本质。因此，人类性行为不同于动物的性行为，其不仅是纯生物本能的表现，而且是生理、性欲和精神渴求的有机结合，是爱情与性欲的统一，是人类文明的表现。性的社会属性所占的比重越大，人脱离动物属性就越远，人类在性问题上的文明程度就越高，可见，性社会关系是人类文明的重要尺度。

与性的自然属性和社会属性相适应，性的存在方式包括生物、心理存在和社会存在。从性社会存在的角度看，性是维护人类正常的生育和种族繁衍的必要途径，没有性便没有人类自身的再生产，没有性也就没有人类历史。为维护人类的正常繁衍，性必须受到一定的限制，由道德、法律等社会规范调整，构成社会性文化的组成部分。社会通过文化对人类性行为施加影响，调整人们的性活动，使社会性秩序在健康、稳定和有序的状态下进行。

与性的社会属性相适应，最开始人类实施性行为的目的是为了繁衍生息。在人类社会早期，生存条件非常恶劣，人类的生存能力较低，只能满足最基本的生存需要，那时对于人类而言，性交最重要的功能和目的就是繁衍后代，

即通过性交获得种族的延续,以达到生存的目的。正如奥古斯特·倍倍尔所说:人类所有的欲望之内,生存欲和食欲之外,性欲最为强烈,要繁殖种族的欲望是“生存意志”的最强烈的表现^①。性的繁衍功能在人类社会的进化中始终占据主导地位,从来不曾改变,不容动摇。为达到生殖目的,男女之间必须发生生殖器交合,即阴茎插入阴道进行性交。因此传统性观念认为,所谓性行为,是指男女之间以阴茎和阴道相交接为主体的行为,即通常所说的“性交”^②。

但是,后来随着经济的发展和社会的不断进步,种族的繁衍不再是困扰人类的主要问题,在人们的性观念中性的目的不再单纯为了生殖。尤其是资本主义社会以来,随着人口过剩和自然资源的减少,人们开始限制性的生育功能,转而重视性带给人类的愉悦。而且,随着科学技术的高速发展,试管婴儿和人工授精等技术的出现,使人类的繁衍不一定非要通过男女双方性器官的交合才能达到,因此,生殖不再是性的唯一目的。男女之间发生性行为,更多的可能是为了得到性的愉悦,满足人们精神和肉体的快乐。人们对性行为目的的认识发生了转变,逐渐从单纯的生殖目的转向了生殖与快乐并存。

与人类进行性行为目的不同相适应,人们进行性行为的方式也发生了变化。在传统以生殖为目的的性观念中,性行为专指为了达到生殖目的的性交,即阴茎插入阴道。而在认可性的快乐目的的性观念中,性行为的方式不仅包括传统的性交行为,还包括口交、肛交、手淫、通过性代用品交接等行为,性行为的方式变得多样化,甚至有人为了追求极端的性快乐将人与动物之间的性行为、人与尸体之间的性行为等都纳入到性行为的表现方式中,认为性行为的目的就是为了发泄自己的性欲,最终得到愉悦和满足,包括生殖器在内,而不问其发泄、满足性欲的途径和方式如何^③。

看来,人类实施性行为目的不同,会导致对性行为含义的理解不同。具体而言,性行为的含义可分为三个不同的层次,第一层次是狭义的性行为,其仅指男女之间阴茎和阴道的交接行为;第二层次是广义的性行为,其指在人类之间进行的以人的性敏感器官为主的性接触行为,包括口交、肛交、手淫等性行为;第三个层次是最广义的性行为,其指一切能够使人类性欲得到满足的行为,不仅包括人类之间进行的性行为,还包括人类与非人类之间进行的性行为。由于本文欲研究人类实施的性犯罪行为,不涉及非人类的性行为,因此,不采纳最广义的性行为概念。但是,最狭义的性行为概念不足以涵盖现有社会生活中

①安云凤:《论性道德教育的基本理念》,载《伦理学研究》2005年第4期,第60~65页。

②欧阳涛主编:《当代中外性犯罪研究》,社会科学文献出版社1993年版,第1页。

③唐大森:《猥亵罪之比较研究》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第10卷),中国政法大学出版社2002年版,第566~584页。

性行为的全部表现形式,范围过于狭窄,因而也不足取。因此,本书采纳广义的性行为概念,认为性行为是指在人类之间进行的以人的性敏感器官为主的性接触行为。

(二) 性行为的分类

从性行为的概念可以看出,性行为包括的范围比较广泛,人们依据不同的标准可以对性行为做出不同的分类,在众多的分类中,笔者认为以下几种划分与本书的研究目的有关联,值得注意。

(1) 一人性行为、二人性行为和群体性行为。按照参加性行为人数的多少,可以把性行为划分为一人性行为、二人性行为和群体性行为。一人性行为是指单个人自我进行的抚慰行为,比如手淫等;二人性行为是指二人参加的性行为,包括二人同性或异性性行为;群体性行为是指二人以上参加的性行为,又可分为异性群体性行为和同性群体性行为。

(2) 正常性行为和异常性行为。按照社会主流性文化的认可程度不同,可将性行为划分为正常性行为和异常性行为。一般来讲,正常性行为是为社会主流性文化所认可的性行为,被社会主流性文化排斥的性行为则是异常性行为。那么社会主流性文化依据什么来划分性行为正常与否呢?对于什么样的性行为是健康的、合理的、正常的,什么样的性行为是病态的、不当的、异常的,德国汉堡性学研究所提出了一个性行为规范方案,汉堡标准一共有6条,即性别不同、发育成熟、相互赞同、双方渴望达到快乐、不损害健康和损害他人。虽然这6条标准可能不能将所有的性行为进行合理的划分,但大体上是正确的。除此之外,笔者认为正常性行为和异常性行为的划分还应当考虑对人们性行为的实证调查统计结果。

(3) 正当性行为和不正当性行为。按照性行为是否违反社会性规范,可将性行为分为正当性行为和不正当性行为。正当性行为是符合社会性规范的行为,不正当性行为是违反社会性规范的行为。其中,按照违反性规范的内容、范围和程度之不同,不正当性行为又可分为性越轨行为、性违法行为和性犯罪行为。性越轨行为是指社会成员一切偏离或违反现存有关性的社会规范的行为。其不仅包括违反社会伦理道德规范的行为,也包括违反法律法规的违法犯罪行为,比如婚前性行为、同居性行为等。有人也将性越轨称为最广义的性犯罪,性越轨是在犯罪学、社会学等学科中使用的性犯罪概念。性违法行为是指所有违反有关性行为和性关系的法律的行为。这种行为性质较为严重,超出了道德谴责的范围,违反了有关法律规范,包括不构成犯罪的性违法行为及与性行为和性关系有关的犯罪行为。在这一层次上,与性违法相对应的合法性行为不受法律的约束,仅受性道德伦理的调整。在我国性违法行为由治安处罚管理法、婚姻

法等法律调整。性犯罪行为一般是指违反刑法规定并与性行为 and 性关系有关的犯罪行为,是最严重的性违法行为,违反的是刑法这一特殊的部门法。性越轨、性违法和性犯罪都具有一定的社会危害性,都违背了社会规范并受到社会性观念的谴责,但是它们的范围不同,性越轨行为的范围最广,性违法行为的范围比较广泛,性犯罪行为的范围最窄,三者之间是递进包含关系,受到的惩罚程度不同。

二、性犯罪的含义

从前面对性行为的分类看出,违背社会规范的性行为根据违反社会规范程度的不同可分为不同层次:第一层次是违反社会道德规范的性越轨,第二层次是违法的性行为,第三层次是违反刑法的性犯罪。可见,性犯罪是性行为中违反社会规范最严重的一种,历来受到法律的严惩,在各国刑法中都有规定,我国刑法也不例外。但是,在我国刑法中没有使用性犯罪这个概念,在研究中人们经常使用的性犯罪通常是指与性有关的一类犯罪,那么,我国刑法中的性犯罪的含义是什么呢?这需要从性犯罪的本质谈起。

性犯罪是对社会有危害的反社会行为,其反社会性主要体现在反社会性伦理上,是一种伦理犯罪。在伦理犯罪中,风化犯罪是非常重要的一类。风化是指风俗教化,是在人类社会长期的共同生活中所形成的淳朴、健康的民风民俗和社会共同认可的道德规范。社会的风俗教化包括多方面,比如关于丧葬仪式的风俗、结婚的风俗、不可以赌博、不可以淫乱等,其中包括性方面的风俗教化。风化犯罪损害了社会良好的风化,伤风败俗,破坏社会道德教化。而性犯罪也有这样的特征,即性犯罪一般也对社会良好的风化产生影响,那么,二者是什么关系呢?笔者认为界定性犯罪的含义首先应该理清性犯罪与风化犯罪的关系。

(一) 性犯罪与风化犯罪的关系

对于性犯罪与风化犯罪的关系,笔者认为首先应当弄清楚是在哪个层次上使用风化犯罪一词。风化犯罪的含义有广义和狭义之分。如果在广义上使用风化犯罪一词,其应当包含性犯罪。因为关于性行为方面的道德规范只是社会风化的一部分,性犯罪必然对社会风化有所侵犯。因此,风化犯罪包含性犯罪,是性犯罪的上位概念,其范围远远大于性犯罪。妨害社会风化的犯罪除了包括性犯罪,还包括其他一切违反社会风化的犯罪,比如有人认为广义的风化犯罪除了与性有关的犯罪以外,还包括诸如买卖人口犯罪,妨害宗教信仰与宗教活

动犯罪, 亵渎神灵犯罪, 妨害葬礼犯罪, 损害侮辱坟墓、尸体、尸骨犯罪^①。

如果在狭义上使用风化犯罪一词, 其与性犯罪是什么关系呢? 有人认为狭义的风化犯罪主要是指与性相关的犯罪。之所以未表述为性犯罪主要是考虑性犯罪的表述所突现的是风化犯罪的自然性一面, 即性生理、性心理、性行为等自然事实。而实际上, 某种自然事实或者人类生活中的某种自然属性只有被赋予了一定的社会意义之后, 才可能获得合法或者非法的属性。对性而言, 更是如此。所以, 如果将性犯罪表述为风化犯罪, 将使其文化性的一面得到强调^②。笔者认为这种观点值得商榷。因为将性犯罪表述为风化犯罪, 不能体现出性犯罪不同于其他类型犯罪的特征。性犯罪最根本的特征在于其不仅侵犯了社会风俗, 更重要的是侵犯了个人的性权利, 如果对性犯罪的描述不表述出这一特征, 就不能很好地将性犯罪与其他犯罪区分开来。虽然性犯罪受社会文化的影响比较大, 但笔者认为没有必要将性犯罪的社会性强调到如此高的地步, 因为如前面所述, “性”一词本身就包含了社会性的一面, 社会性是性的本质, 而且社会性程度越高性越文明, 对性的理解和界定不可能离开社会性而空谈其自然属性。另一方面, 将性犯罪表述为风化犯罪, 虽然其社会性得到了强调, 但却湮灭了其自然属性, 而性的自然属性是性的社会属性的基础, 仅仅强调性的某一种属性, 不能体现出性具有生物基础和社会基础的双重属性, 因此, 将此类犯罪表述为风化犯罪不可取, 而将其称之为性犯罪更科学。也就是说, 狭义的风化犯罪与性犯罪是两类不同的犯罪。二者均属于广义的风化犯罪。在广义的风化犯罪中, 可以进一步划分为与性有直接关联的性犯罪和与性没有直接关联的风化犯罪。性犯罪是指与性有直接关联的风化犯罪; 狭义的风化犯罪是指与性没有直接关联的风化犯罪。性犯罪与狭义的风化犯罪不同, 其关涉行为人的性行为, 与性行为有直接的、密切的关系, 侵犯的主要是他人的性权利和社会的性秩序, 而狭义的风化犯罪与性行为没有直接的、必然的联系, 主要侵犯了社会风气。

(二) 性犯罪含义的界定

在明确性犯罪与风化犯罪的关系之后, 应当进一步明确性犯罪本身的含义。笔者认为界定性犯罪的含义应当注意以下几点。

(1) 必须注意性犯罪应当与性行为具有必然的因果关系和直接的联系, 犯罪行为表现为非法性行为本身或由非法性行为直接引起, 否则不能称之为性犯罪。也就是说, 在性犯罪中必然会发生非法性行为, 必然会发生包括已经发生和将要发生, 不管怎样, 非法性行为的发生是犯罪嫌疑人所期望的, 如果没有

^{①②}白建军:《第四讲 风化犯罪》, 载 <http://big5.lawyee.com/bjj/criminal4.html>, 2007年4月6日。

其他因素的介入就一定会发生。比如,在强迫卖淫罪中,虽然实施强迫卖淫的犯罪嫌疑人本身不一定进行性行为,性只是作为其利用的手段,但犯罪嫌疑人实施强迫卖淫的目的是迫使被强迫者向他人卖淫,由于犯罪嫌疑人的强迫行为所迫,被强迫者与他人发生性行为是必然的,除非有其他意志以外因素的介入。也就是说被强迫者的卖淫行为即非法性行为是强迫卖淫罪中不可缺少的一部分,所以,其应当属于性犯罪。如果在某些犯罪中,不是必然发生性行为,可能由于性的原因诱发出现了性侵害结果,但性行为根本不是犯罪嫌疑人所追求的,不必然包含在犯罪嫌疑人的犯罪行为中,即使间接引发和刺激了性行为的发生,也不是性犯罪。比如,传播淫秽物品罪,虽然淫秽物品在客观上能够刺激他人的性欲,但由性欲引发的性行为并不必然包含在传播淫秽物品罪当中,犯罪嫌疑人的行为和性行为间接相关,因此,其不是性犯罪。

(2) 应当注意在性犯罪中性行为的含义是广义的,既包括传统的性交行为,也包括除了性交以外的口交、肛交、手淫等性行为方式。因为,如前所述,性行为的含义是广义的,指在人类之间进行的以人的性敏感器官为主的性接触行为。性犯罪与性行为密切相关,与广义性行为的含义相适应,性犯罪中的性行为也应当是广义的,否则,不能打击所有对性行为造成危害的性犯罪行为。也就是说,性交只是性犯罪中性行为的一种方式,除此之外的性猥亵、性淫乱等不以生殖器交媾为目的的人类性行为方式都包含在性犯罪的性行为含义中。

(3) 应当注意性犯罪是侵害社会稳定、健康的性秩序和他人性权利的犯罪。在人类社会延续的过程中,逐渐形成了一些人们默认为性原则和性禁忌,比如性行为秘密进行的原则、自愿原则、性行为一般应当在两个成年异性之间进行的原则、禁止乱伦、禁止淫乱等。这些性原则和性禁忌是人类为保证社会健康、有序的发展而对性行为进行约束的表现,人们只有在遵循这些限制性规定的情况下进行性行为才是社会主流性观念认可的正当的性行为,如果人们的性行为违背这些最基本的道德底线,就会危害社会,动摇社会安定的性秩序,侵害他人的性权利。比如违背他人意志强行实施性行为,对社会性秩序造成了严重的危害,侵犯了他人的性权利,因此,应认定为犯罪行为。

在确定和把握上述原则后,笔者对现阶段我国刑法理论界学者对性犯罪的界定予以分析,以便正确界定性犯罪的定义。有人认为性犯罪通常是指男女两性关系方面的犯罪^①。此种观点的不足之处在于表述笼统,涵盖的范围过于广泛,对刑法中的性犯罪不能通过定义清楚地划定范围,什么是性犯罪依然难以确定。因此不足取。有人认为我国刑法中的性犯罪是指直接涉及男女两性关系

^①欧阳涛主编:《当代中外性犯罪研究》,社会科学文献出版社1993年版,第21页。

的性行为、直接涉及未成年人的性行为及直接展示人的性敏感部位的行为的犯罪^①。此种观点的可取之处在于明确了性犯罪与性行为的直接联系，不足之处在于将“直接展示人的性敏感部位的行为”界定为性犯罪，因为“直接展示人的性敏感部位的行为”在性质上与前两种“直接涉及男女两性关系和未成年人的性行为”不同，前两种行为与性行为有直接的联系，必然会引起性行为的发生，但后一种行为仅仅是展示人的性敏感部位，比如，淫秽表演直接引起的是人的性欲，但并不必然带来性行为的实际发生，只是性行为发生的一个诱因，将行为诱因与行为本身并列规定存在问题，因此，此观点不足取。有人认为性犯罪是指反映在性生活方面的侵犯公民的人身权利、妨害社会秩序、破坏社会主义人际关系的故意犯罪^②。此种观点的优点是明确了性犯罪的主观方面为故意，排除了过失犯罪心理，对主观要件界定得很详细。但同时该观点将性犯罪界定为“反映在性生活方面的”犯罪，却过于笼统，让人难以把握。而且认为“性犯罪侵犯的是人身权利、妨害社会秩序、破坏社会主义人际关系”，此界定不当，因为所有涉及自然人的犯罪都可以说是破坏了社会主义人际关系，将这种笼统的表述用于界定性犯罪的定义，似乎不妥。有人认为性犯罪是指以满足性欲或以营利为目的，实施性行为，强迫、组织、引诱、容留、介绍他人实施性行为，而侵犯他人性权利或妨害社会风化所构成的犯罪^③。此种观点的可取之处在于明确了刑法中不同行为类别的性犯罪，缺点是在定义中强调性犯罪的犯罪目的，因为有些性犯罪是否具有犯罪目的、有什么样的犯罪目的在学者间仍存在争议，尚无定论，因此，不宜用目的来界定性犯罪定义。

在对上述不同观点加以分析后，笔者认为上述性犯罪定义均值得商榷，不可以将其中任何一种观点作为性犯罪的定义。但是，上述观点中关于性犯罪与性行为有直接关联的表述、性犯罪的主观方面应当是直接故意的主观界定和性犯罪保留刑法中不同行为类别的性犯罪的观点都值得借鉴。结合上述笔者提出界定性犯罪应当注意的事项并借鉴上述几种性犯罪定义的可取之处，笔者认为我国刑法中的性犯罪应指直接实施非法性行为，强迫、组织、引诱、容留、介绍他人实施非法性行为的故意犯罪。

三、我国性犯罪的范围

在明确性犯罪的定义后，应当进一步划定我国性犯罪的范围。对于性犯罪

①李邦友、王德育、邓超著：《性犯罪的定罪与量刑》，人民法院出版社2001年版，第7页。

②阴家宝主编：《新中国犯罪学研究综述》（1949—1995），中国民主法制出版社1997年版，第540页。

③欧阳涛主编：《当代中外性犯罪研究》，社会科学文献出版社1993年版，第24页。

范围的圈定,我国刑法理论界主要存在以下几种争议观点:①有人认为性犯罪主要可分为两大类:第一类是侵犯公民人身权利的性犯罪,包括强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪和猥亵儿童罪。第二类是妨害社会管理秩序的性犯罪,其又可分为三类,一是组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪;二是制作、贩卖、传播淫秽物品罪;三是聚众淫乱罪^①。②有人认为我国刑法中的性犯罪具体应当包括以下犯罪:刑法第336条规定的强奸罪、奸淫幼女罪,第237条规定的强制猥亵、侮辱妇女罪,猥亵儿童罪,刑法第301条规定的聚众淫乱罪,第358条规定的组织卖淫罪、强迫卖淫罪、协助组织卖淫罪,第359条规定的引诱、容留、介绍卖淫罪,引诱幼女卖淫罪,第360条规定的传播性病罪,嫖宿幼女罪,第365条规定的组织淫秽表演罪^②。③有人认为根据1997年修订的《中华人民共和国刑法》,可纳入性犯罪的罪名主要有:强奸罪,暴力干涉婚姻自由罪,重婚罪,破坏军婚罪,故意传播性病罪,嫖宿幼女罪,奸淫幼女罪,强迫卖淫罪,引诱、留容、介绍卖淫罪,引诱幼女卖淫罪,组织卖淫罪,协助组织卖淫罪,强制猥亵、侮辱妇女罪,猥亵儿童罪,聚众淫乱罪,走私淫秽物品罪,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪,组织播放淫秽音像制品罪等^③。④有人认为随着最高人民法院和最高人民检察院的司法解释把“奸淫幼女罪”作为一个独立罪名的剔除,刑法在侵犯公民人身权利、民主权利这一章中对于性犯罪的规定只剩下了三个:强奸罪,强制猥亵、侮辱妇女罪和猥亵儿童罪。刑法四百多个条文只规定了三个性犯罪的种类^④。上述观点中,第一种观点确定的性犯罪的范围,除了强奸罪,强制猥亵、侮辱妇女罪,猥亵儿童罪,聚众淫乱罪外,包括刑法中卖淫犯罪与淫秽物品犯罪两节罪名。第二种观点在性犯罪的范围上除了强奸罪,强制猥亵、侮辱妇女罪,猥亵儿童罪,聚众淫乱罪,卖淫一节犯罪外,将制作、贩卖、传播淫秽物品罪一节中的组织淫秽表演罪纳入到性犯罪中,而排除了本节其他的犯罪。第三种观点对性犯罪界定的范围最广,除了包括前三种观点中所有的罪名外,还包括暴力干涉婚姻自由罪、重婚罪和破坏军婚罪。第四种观点认为在我国刑法中性犯罪只包括三种犯罪,对性犯罪范围的界定最窄。

那么,上述哪种界定合理呢?笔者认为这有赖于对性犯罪定义的界定和研究目的确定。胡萨克曾言:采取一种分类方式而不是另一种分类方式并没有

①宋海山:《性犯罪的社会伦理研究》,西南政法大学2004年硕士学位论文,第17页。

②李邦友、王德育、邓超著:《性犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2001年版,第7页。

③王雯:《我国青少年的性越轨、性违法与性犯罪问题及其对策》,载《中国性科学》2003年第4期,第34~37页。

④贺洪超:《对我国性犯罪立法若干问题的法律思考》,载《武汉理工大学学报》(社会科学版)2005年第1期,第111~115页。

必然性。而两种独特的犯罪之间是否具有足够的相似性保证其内涵符合共同的标题,有赖于设计这种分类的服务目的^①。笔者的目的是研究那些与性有直接联系的性犯罪,而按照笔者的界定,性犯罪是指直接实施非法性行为,强迫、组织、引诱、容留、介绍他人实施非法性行为的故意犯罪。从定义中可知,性犯罪都与性行为有必然的因果关系和直接的联系,性本身直接引起或表现为犯罪,如果行为人的行为和性活动间接相关,就不应当包含在性犯罪中。

在上面分类中涉及的罪名中,首先,最狭义的第四种观点中的三种犯罪属于性犯罪无疑。因为强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪和猥亵儿童罪都是犯罪嫌疑人直接实施性行为的犯罪,犯罪嫌疑人的性行为本身就表现为犯罪行为,是典型的性犯罪。其次,第一种观点中的卖淫类犯罪应当属于性犯罪的范围。因为,在卖淫类犯罪中,卖淫行为本身就是一种非法性交易行为,与卖淫行为相关联的组织、协助组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫行为、传播性病、嫖宿幼女行为都是通过卖淫行为的实施才对社会性秩序造成危害,如果没有非法卖淫行为的存在,这些关联行为不可能构成犯罪。在这些犯罪中,性行为即卖淫行为必然会发生,因此,卖淫类犯罪应当属于性犯罪。再次,从第一种观点和第二种观点看,将淫秽物品类犯罪或者淫秽物品类犯罪中的组织淫秽表演罪纳入性犯罪中有些不妥。因为淫秽物品类犯罪与性行为没有直接密接性,在淫秽物品类犯罪中不必然发生非法性行为,犯罪中涉及的淫秽物品仅仅是非法性行为和性犯罪发生的诱因,而不是性本身,因此,应将淫秽物品类犯罪排除在性犯罪之外。最后,从最广义的第三种观点界定的性犯罪罪名来看,其中的暴力干涉婚姻自由罪、重婚罪和破坏军婚罪虽然与性有一定关联,但是,在此类犯罪中,性行为不是必然发生,犯罪行为与性之间没有直接的联系,性本身不是刑法直接打击和处罚的对象,刑法处罚的是由犯罪行为带来的对婚姻家庭制度的破坏,此类犯罪侵犯的不是他人的性权利,而是婚姻家庭权,故暴力干涉婚姻自由罪、重婚罪和破坏军婚罪不应当包含在性犯罪中。

综上所述,笔者认为我国刑法中的性犯罪包括:第236条强奸罪^②,第237条强制猥亵、侮辱妇女罪,猥亵儿童罪,第301条聚众淫乱罪,引诱未成年人聚众淫乱罪,第358条强迫卖淫罪,组织卖淫罪,协助组织卖淫罪,第359条引诱、容留、介绍卖淫罪,引诱幼女卖淫罪,第360条传播性病罪和嫖宿幼女罪12个具体罪名。这些罪名散见于刑法第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪

①[美]道格拉斯·N·胡萨克著:《刑法哲学》,中国人民公安大学出版社1994年版,第23页。

②2002年3月26日公布施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》取消奸淫幼女罪罪名,将先前司法解释中的强奸罪和奸淫幼女罪合并为强奸罪。依据合法性原则,书中统一使用“强奸罪”罪名,但引用时例外。