

我所關注的大陸涉性法律改革

李銀河

大家好，非常感謝中央大學性／別研究室和何春蕤教授邀請我來參加這次的會議。事實上，再過幾個月我就要退休了，所以這應當算是我最後一次來台灣，算是做告別講演吧。

本來我沒有想多談個人，我也不太習慣談個人的經歷，但是既然吳敏倫和潘綏銘都講了，那我也講幾句。在大陸我經歷了很多圍攻謾罵，每當我提出一個觀點，總是有很多網上的「板磚」¹。有記者問我怎麼看待這些反對意見，我的回答是這樣的。

這些謾罵其中有一類根本就不是我的觀點，只是以訛傳訛，大家在那兒宣洩。比較典型的例子是二〇一〇年，我在南京做一個報告，那個場子是有關七夕的，好像是想把七夕弄成中國的情人節，就邀我講愛情，地點好像是在一個電影院，聽眾有三、四百人。然後問答時間有人

1 參見百度百科：板磚原是北方土話，指一種體形碩大、質地較糙的牆磚。網路興起後，有擅用者引入論壇。因其形象生動的展現出了論壇互掐之間殘酷與精彩，由此風行於論壇之上，成為行走於論壇者必備之常規武器。凡網友之間互掐、對罵，均美其名曰「拍磚」。

就問到多邊戀和亂倫的問題，我的觀點比較開放一點，我就講到最早形成亂倫禁忌的時候是因為造成了人種退化，而且這種婚制會引起群體強烈忌妒，導致關係混亂，使得氏族解體，但是後代根本就不記得甚至不知道最初亂倫形成的原因，只記得聽到亂倫就覺得很害怕很害怕太恐怖太恐怖了。後來我舉了一個真實的例子，有一對表兄妹從小相愛，男的非她不娶，女的非他不嫁，並且兩個人也去計生委那裡說，我們保證不會生孩子，最後也沒有批准。我就問，像這樣的情況，是不是能網開一面？聽眾反應也挺好的。後來有一兩個老先生站起來提意見，說咱們是不是現在年輕人性太開放了？咱們是不是還是保守一點好？也沒怎麼樣，講演順利結束以後大家還拍照合影，還有多人要求我的簽名。但是後來南京的一個晚報就刊登報導：〈李銀河在南京講演惹眾怒〉，我就不知道那個眾怒指的是什麼？小報就會這樣弄。前不久，在網路的搜索引擎百度百科上搜尋我的名字，就會看到一篇文章標題是「李銀河，放過你的兒子吧」，就是有一個人以我的名義、署我的名，在網上寫了一篇文章教兒子怎麼跟母親做愛，然後網友就跟著炒作謾罵。對這件事情我就特別氣憤，我就寫信給百度說，要是不刪掉這個帖子，我就準備起訴百度，這樣他們才刪除。所以說，有一類反對的謾罵的聲音是屬於這種，完全不是我的觀點。

但是確實有一批人反對的是我的觀點。我會收到恐嚇信，署名都是馬丁啊，保羅啊，一看就覺得是信徒，信裡說同性戀是犯罪，是要下地獄的，你要是為他們說話，你也要小心你也會

下地獄。還有人傳來一整本據說是一位美國女士寫的書，說她去過地獄，地獄裡有各式各樣的酷刑，他們就恐嚇我，你要是這樣繼續下去，你也會下地獄。然後他們老到社科院去投訴我，也有用明信片，讓別人都看，我的那些同事有時候就好心不讓我看，怕傷了我的感情。我們所長也說收到短訊，說你們所的李銀河是個魔鬼，問我怎麼回事。這些都是經常會有的事情。

我現在基本上就不理這種事情，我確實有那種感覺，就是魯迅曾經寫過一篇小說，我覺得他寫的是秋瑾，因為秋瑾是他的同鄉，當初二〇年代秋瑾是被砍頭的，小說裡就描述有個革命者被砍頭，圍觀的群眾傳說砍頭的血沾饅頭吃可以治肺病，然後就都圍著，一砍完頭就趕快撲過去沾那個血，拿回家給孩子治肺病。我有時候的感覺就是好像說，我在為你們爭權利，然後你們跑這兒來沾血饅頭，來謾罵。所以我同意吳敏倫說的，不做烈士，也用不著做烈士，也沒有到那個程度，他們也就只是罵一下而已。

好，接下來我就轉入我的正題，就是這幾年我關心的大陸幾個涉「性」的法律改革。我的第一個提案就是有關同性婚姻的，這個提案已經提了幾次，最早是二〇〇二年，當時我並不是人大代表，也不是政協，人家以為我提案，我就是，其實我不是，我是找到一個人大代表，是個朋友，我說我有個提案，我起草好了，讓他拿去提案。會議結束以後他說，人大凡是涉及法律的提案要有三十個人附議，他說找不到三十個人附議，所以沒辦法。後來我就改去政協提，因為政協只要一個人提案就可以，最終得到的回應是，政協發言人在會後記者會的時候有記者

問，中國同性婚姻的法案怎樣呢？發言人說，「有點超前」。當時他這樣說，我覺得還算有進步的，因為他沒說是錯誤的，只說超前，沒說不可能，以後時機成熟了或許還是可能的。

一、關於同性婚姻的提案

我向中國人民政治協商會議提出建議，建議我國設立批准同性婚姻的法案。理由如下：

第一、據現行法律，同性戀不違反中國法律，同性戀者是具有各項權利的中華人民共和國公民。同性戀者當中有人有結婚的要求，他們的要求與他們作為公民的權利沒有衝突，應該得到承認。

第二、鑒於同性戀者屬於少數族群，許多國家已設立反歧視的保護性法律。應當說中國在保護少數民族還是很經驗的，漢族占百分之九十三而少數民族只占百分之七，所以有漢族只能生一個孩子，但少數民族能生兩個三個之類的，都有一些特別的保護方法，所以中國的民族衝突還不像美國黑人和白人那樣的激烈。我覺得這也是一種成功的經驗，在這方面應該也應用到同性戀的少數族群身上。目前西方許多國家已陸續承認了同性婚姻或家庭伴侶關係，較早的有澳大利亞及北歐國家，較晚的有加拿大、法國、德國、美國的一些州（如麻塞諸塞州）和一些城市（如三藩市）。如果我國能夠允許同性婚姻，將屬於保護少數族群利益、反對歧視的立法，在人權方

面使我國躋身於世界先進行列，也可以此證明我們的黨和政府是代表了先進文化的，取得與西方一些國家在人權方面鬥爭的優勢。某些西方國家，特別是天主教國家，在關於同性戀的立法上受到宗教方面的壓力，要想通過保護此類少數族群利益的立法十分艱難；而中國傳統文化對於同性戀並不太歧視，這是我們在人權方面可以得分的一個有利背景，應善加利用。一旦中國立法保護同性婚姻，將成為我國保障人權的一個有利證據，使僅僅允許同性戀進入軍隊服役的美國聯邦法律相形見绌。

第三、由於同性戀者的關係沒有婚姻形式加以束縛和保障，容易造成一部分同性戀者交友隨意，增加性病傳播的可能性。以愛滋病舉例，過去剛傳入中國時百分之七十是由靜脈吸毒，然後約百分之十到二十是由性傳播途徑，但從一九八五年發現第一例到現在性傳播途徑的比例已經超過百分之五十，而且在二〇〇八或二〇〇九年新發現的感染病例裡同性戀途徑已經占到三分之一了。而承認同性婚姻則可以使相當一部分同性戀者建立和保持長期關係，減少短期關係，從而減少性病傳播的可能性。

第四、從歷史和跨文化的研究看，凡是人口增長壓力較大的國家，對同性戀一般都採取比較寬容的政策；而人口稀少的國家對同性戀則比較嚴厲。這是因為人口中有這樣大的一個人群不生育，將對國家的人口狀況產生直接影響。據統計，男女同性戀人口在人群中會占到百分之三到四，在中國就是三千九百萬到五千二百萬人。由於沒有

同性婚姻法，這些同性戀者大多數會同異性結婚生育。如果他們可以與同性結為生活伴侶，將有這樣大的一個人群不生育，有利於我國的人口控制。

第五、我國有保護少數族群和弱勢群體利益方面的成功經驗，如在保護少數民族利益、保護婦女兒童利益方面都屬於世界領先地位。對於同性戀這個處於弱勢地位的少數族群的保護將使我國的形象更為開明、進步，造成一種各社會群體之間更為寬容、和諧的氣氛，有利於國家的形象和社會的穩定，免於出現西方社會中同性戀不斷遊行示威、與主流社會文化發生激烈衝突的局面，而和諧、寬容的做法也與中國文化中崇尚和平、和諧的精神合拍。

總之，中國允許同性婚姻有百利而無一害。為了國家的利益、人民的利益以及同性戀這個少數族群的利益，特提出此提案，希望能夠予以批准。

附：具體修改方案有兩種：一是設立同性婚姻法案；二是在現行婚姻法中略做改動：將婚姻法中的「夫妻」二字改為「配偶」，在第一次出現「配偶」字樣的地方加「（性別不限）」四字。

其實從全世界的情況看，中國歷史上的同性戀處境並不是特別糟糕。像美國有很強的宗教右派反對勢力，去年緬因州州政府已經通過同性婚姻法案，但在公投時所有的教堂都叫他們的教眾去投反對票，堅持婚姻必須是一男一女的，法案也就被推翻了。在中國，基本上沒有基督

教信仰的問題，有零散的宗教信仰，但基本上是無神論、泛神論的，這方面沒有太大的阻力。

從中國的情況來看，整個政府對同性戀也是處在一個慢慢改變的拉鋸過程裡。例如二〇〇六年在湖南，我可以說是中國第一個公開的男同性戀者和一個女同性戀一塊作了一個叫《走近同性戀》的節目，首播出來後，複播就被取締了，而且節目組被解散，有點被懲罰的意味。二〇〇一年的女同志文化節一切準備就緒，資金也籌備好了，然後在舉辦的前夕就被取締了。二〇〇五年準備舉行第一屆北京同性戀文化節，當時我被請去做開幕式講演，到了現場一看，警察比來賓還多，結果又被取締了，取締的理由是說他們在咖啡廳舉辦活動，電力設施有問題，防火設備不好，現在不公開的說，是因為你是同性戀所以取締你。二〇一〇年有個彩虹先生的同性戀選美，當時北美的彩虹先生也應邀來參加，是個有點類似娛樂性質的活動，就在開始前十五分鐘接到取締的通知，不給任何理由。

政府基本上還是一個打壓的態度，但是也有一些苗頭，顯示接受程度越來越高。二〇一〇年上海同性戀自豪日的遊行被《中國日報》正面報導了，大概因為那是個英文報紙，一般市民看不懂，所以尺度比較寬些。我覺得年輕的傳媒工作者也想慢慢推這種不能歧視同性戀的理念，我記得有一次中央電視台在《東方之子》人物節目中想談同性戀但又不能直白的問，就繞了個圈問我說，李老師，你是做什麼研究的？就這樣拐彎抹角的帶到同性戀議題。原來的傳媒是很嚴格，不允許登任何有關同性戀的文章，但是現在也慢慢的開放了一些，所以我覺得這是一

個慢慢從歧視到接納的過程，正在慢慢的推動。我在二〇〇七年做了一個公眾調查，就是全國大中城市的電話調查，公眾對同性戀的接納程度是相當高的，好幾個指標高過了美國和香港。我們一共問了十個問題，其中一題問的是你認為同性戀和異性戀應不應當有同等的就業機會，百分之九十一的人說應當，我看美國和香港的數字都是百分之八十六。所以說中國一般公眾的接納態度還蠻高的。我們還問，同性戀和異性戀是不是在人格上平等，百分之八十的人都說是平等的，這都表明了一種公眾的態度，但是對於同性戀婚姻大概就只有百分之二十，可能是因為公眾就包括了各個年齡層和文化層次的人，跟網路上百分之六十的數據就有很大的差距。總的來說，我覺得現在公眾的接納程度超過了政府，大家一般來說，從歷史文化上看，對同性戀都沒有激烈的態度。



李銀河欲遞交同性婚姻合法化提案，無代表幫忙

(圖片來源／中國新聞網)



支持同性婚姻

(圖片來源／李銀河網易微博)

二、用分級制取代淫穢品法

目前，中國《刑法》中淫穢品法。在《刑法》中占一節，罪名是製造、販賣、傳播淫穢物品罪。此類行為包括以下幾種典型案例：

第一類，製作、販賣淫書：

個案一：

被告人張X，女，王X，男，梁X，男，劉X，男，在一九八七年二至三月多次盜賣《龍虎豹》等淫穢書刊、錄影帶。檢察院以販賣淫書、淫畫罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XF，第二三一—二三二頁）

這個個案的處理方式是違憲的。如果我國規定沒有出版自由，那麼境外的一些出版物有可能在進入我國時是違法的。也就是說，在有出版自由的地區出版的一些合法書刊，在進入沒有出版自由的地區時，有可能成為非法的。但是我國《憲法》明文規定，中國是一個有出版自由的國家，那麼境外的合法出版物在進入我國時必然應被視為合法出版物。公民因販賣合法出版物而獲罪，這種判決顯然違憲。違憲判決的發生，又是《刑法》有關係文與《憲法》的矛盾造成的。

第二類，製作、販賣淫畫及其他淫穢物品：

個案二：

被告人尚X盈，男，X X礦山機械廠工人。一九八〇年三月，被告人拍了兩張其女友儲X與人性交的裸體照片。一九八一年二月，又威逼其妻拍了四張與人裸體擁抱的照片。尚將照片交人出售，得款四元八角，其餘被查獲。檢察院以製作、販賣淫畫罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XF，第三三一—三四頁）

對個案二的有罪判決也是違憲的。公民製作照片出售是典型的出版行為，在一個《憲法》保護出版自由的國家，這種行為應當受到《憲法》保護。公民販賣照片、撲克牌的行為屬於一般的商業行為，也應當是受到《憲法》保護的。既然《憲法》保護出版自由，如果出版物不牽涉版權問題，出版就是公民的權利。

第三類，製作、販賣、組織播放淫穢錄影製品：

個案三：

被告人薛X生，X X生產建設兵團治安聯防隊副隊長。一九八六年四月一日，被告人將在執勤中沒收他人的兩盤錄影帶在X職工家放映。共播放四場，看者達三十餘人。被告人傳播淫穢錄影帶的時間持續近半年。檢察院以播放淫穢錄影罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XF，第三二九—三三〇頁）

個案三是非盈利性放映淫穢錄影帶。如果販賣和盈利性放映行為依法納稅，就應屬於一般

商業行為，應當受到《憲法》保護。如果在私人住宅放映淫穢錄影帶這種沒有盈利目的純屬娛樂性質的行為要受到有罪判決，全國就有相當大比例的公民都應受到有罪判決。因為社會調查統計表明，有相當大比例的公民看過淫穢錄影帶。比照案例三的判決，當這些公民在家中觀看淫穢錄影帶時，都犯了傳播淫穢品罪，是應當作有罪判決的。一項法律，如果嚴格執行，則涉及很大比例的公民；如不嚴格執行，則形同虛設，這一法律條文的弊病是非常明顯的。

同西方國家在開放與禁制淫穢品問題上長期爭論不休的情況不同，禁制淫穢品的法律在中國從來是「沒有爭論」的，而且被認為是最「得民心」的。如果說權力對人的禁制在別的問題上不免有點「心虛氣短」，在禁毀淫穢品問題上卻一向是理直氣壯的。這一立論有個證據：掃黃是八九風波過後國家第一個較大的政治動作。李瑞環在關於掃黃的講話中提出了「體察民意，順乎民心」的問題，顯示了掃黃這件事的策略價值：在當時，這件事大概是相比之下最順乎民意民心的事了。

李瑞環還特別提出一些原則：「要特別強調把問題搞準。搞過了不好，當然不及也不好，二者相權，寧可一時不及也不要過，因為我們有不少因過反而不及的教訓。一時『不及』，我們還有時間繼續搞下去；而如果不分青紅皂白橫掃一氣，把不屬於反動的東西當作反動的去取締，把不屬於淫穢的東西當作淫穢的去清除，甚至不適當地干預個人正當的生活愛好和文化興趣，那就會引起人們的不滿和社會的非議……」（轉引自任克，第四八頁）儘管他的講話是如

此溫和，如此通情達理，他卻從來不曾想到，禁制淫穢品這件事本身有什麼問題（違憲問題），有什麼值得爭論的地方。

從前引個案看，我國現行《刑法》中關於製造、販賣、傳播淫穢品的條文與《憲法》中關於出版自由的條文有矛盾。這種情況同西方反淫穢派與言論自由派所面臨的情況有近似之處。言論自由派對主張禁毀淫穢品一派所提出的主要批評就是，他們這樣做是違反《憲法》中關於言論自由的條文的。既然《憲法》給予公民出版自由和言論自由的權利，就應當真正做到保護公民的這一自由權利，如果《憲法》與《刑法》有矛盾，就應當或者修改《刑法》，或者修改《憲法》。如果不加修改，就是把法律當兒戲，讓人可以有法不依。

中國人幾千年來一直習慣於人治，不習慣於法治，在法管人還是人管法的問題上，一向習慣於人管法，不習慣於法管人。因此，在許多人心目中，法律條文是可以說了不算的，事實上也常常是說了不算的。據傳「文化大革命」時，劉少奇在緊急關頭曾手捧《憲法》，希望保護自己的《憲法》權利，但是沒有用。中國法律這種可悲的地位，表現在一個因為在家裡看淫穢錄影被判刑的公民那裡，就是他根本想不到去拿《憲法》來保護一下自己的權利。他不知道按照《憲法》的規定，他原來是有權利做這件事的，他也不相信他引用《憲法》條文就真地能夠保護自己不被違憲判罪。這就是中國《憲法》在涉及淫穢品這個問題上所面臨的尷尬局面。

這個世界上有很多人和很多事是令人厭惡的，比如說照裸體像，還要去賣給別人；比如說

那些淫穢的錄影帶和淫穢的撲克牌，這些事很不體面，層次很低，為稍微趣味高尚一點的人們所不齒。但是厭惡不可以成為法律的依據。趣味和道德不關法律的事。有人願意過趣味高尚的生活，聽高雅的音樂，看高雅的繪畫，讀高雅的書，他們當然有權利這樣做；但是有人願意過趣味低下的生活，聽淫穢的音樂，看淫穢的圖畫，讀淫穢的書，他們也有權利這樣做。所謂自由就是選擇的自由。人有選擇高雅的權利，也有選擇淫穢的權利。如果不給人選擇的權利，就沒有自由可言。

事實上，如果你來到中國的某個小城小鎮，淫穢品隨處可見，淫穢書刊錄影比比皆是，這證明了兩件事：第一，選擇不高雅、不體面的生活的人很多；第二，關於禁止製造、傳播淫穢品的《刑法》條例在那裡並沒有實行。但是，淫穢品的氾濫並不能證明《憲法》關於出版自由的條款起了作用，因為每當「掃黃」一來，這些淫穢品還是要被藏起來，等到風聲一過，再偷偷摸摸地擺在櫃檯底下賣。中國人不知道自己按照《憲法》的條文，也像丹麥公民一樣，可以在一家書店光明正大地買一本淫穢雜誌，買一盤淫穢錄影帶。他們只是在提起當年劉少奇捧《憲法》的往事時露出善意的微笑：他是多麼天真呵，他以為那個東西能管用呢！維護《憲法》的嚴肅性，難道不是每個公民的責任？我們應該讓誰來幫助我們做這件事呢？

我建議淫穢品法應該改為分級制，也就是分級管理，而不是所有淫穢品都禁絕。淫穢品涉及的問題是它和言論自由條款是互相矛盾的，《憲法》裡有言論自由和出版自由，這些是屬於

上位法，而《淫穢品法》是《刑法》裡的一節，是屬於下位法，所以兩者發生衝突時下位法應服從上位法。但是在中國並沒有人以這個角度來提出問題。淫穢品的處置是相當厲害的，一九八〇、九〇年代，淫穢品的營業額超過百萬千萬就要判無期徒刑或死刑。二〇一〇年有個「九九情色論壇」是太原的一個網站，總站設在國外，在國內用會員制的辦法來登錄觀看色情，後來主犯被判無期徒刑，這是非常非常嚴重的。因為互聯網出來了，二〇〇幾年就出了一個司法解釋，就是有關怎麼量刑的，例如點擊量過萬、註冊會員多少，警察就可以抓了。北京有一位二十四歲的年輕母親，她自己寫了（或者拷貝）七篇淫穢小說傳到網上，結果被抓了，理由就是因為她的點擊量過萬，最後我沒追蹤這個案子的結果，要是這個案子被判刑，問題就實在很大。一個人傳送一個創作的作品到網路上，這完全是人類的想像的產物，是典型的言論，應該是言論自由權利保護的範圍。實際上在西方有關淫穢品法的討論也是用和言論自由之間的矛盾來呈現的。美國沒有淫穢品法，但是有個別的女權主義者主張淫穢品是對女性的暴力，並且爭取到某些州的地方立法，有這麼一個案件是一位美國淫穢品書商因為這個法令被判有罪，最後上訴到聯邦法院（就像大陸的高級法院）就被駁回了，理由就是因為美國《憲法》對於言論自由的保障，淫穢品完全是出於人類想像的產物，是屬於言論，不是行動，應當受到言論自由法律的保護。

為什麼我會提倡用分級制來取代《淫穢品法》？因為這是成人合法的需求，現行的《淫穢

品法》根本是用管兒童及青少年的辦法在管成年人。這裡面有一個最基本的道理，就是性從根本而言並不是有害的，如同古人云：「食色性也」。如果你要徹底打擊性，那當然可以打擊淫穢品，因為它是性的影像；但是如果你不能完全徹底的打擊性，那你就不能打擊淫穢品。好比你去餐館吃飯，菜單上有各種菜色的圖像，如果你不打擊吃飯的話，那就不應該打擊菜單，沒有專門打擊菜單的道理。打擊淫穢品就像打擊菜單一樣，你並不能直接禁止成年人的性，成年人有各種選擇，有的喜歡直接行動，有的喜歡看影像，但是你沒有道理打擊淫穢品。而且動輒被槍斃的淫穢品書商都是幾千萬營利，證明需求十分強勁，這樣打擊根本就是有問題，一定要解決，不能像管理青少年般管理所有成年人。

三、賣淫非罪化

中國在解放初期把賣淫給徹底消滅掉，這被稱為「中國奇蹟」，它是跟社會主義優越性連在一起的，好像說共產黨來了，賣淫就滅了。據說有個故事，一九四九年秋天，毛澤東剛進北京城就微服查訪，正好看到老鴿在街上追打妓女，他就說，這種醜惡的東西一定要掃掉，於是就開始了軍事行動，由大將軍羅日清直接指揮，在七十二小時內把北京所有的妓院通通關閉，把妓女放到教養所治病、訓練和教她們技能，之後這些妓女有的進了工廠，有的回鄉結婚，這也被當作社會主義的一個新氣象。當時有好多民主黨派都在報紙上說，這是幾千年都沒有的新

氣象。

大家知道，在英文裡上海（Shanghai）這個詞實際上可以當動詞用。它說的是解放前上海的十里洋場，當時常有外國水手被帶到妓院裡玩，然後就被打了一悶棍，醒來後，人在自己的船上，但錢全都被搶了，人們就稱這種情況叫做你被「上海」了一番。共產黨掃黃以後，《紐約時報》的記者就說，中國真的不一樣了，上海現在是全世界最乾淨的港口。

一九六四年，中國號稱基本上消滅了性病，事實上好像也是。但是這裡面的關鍵是，中國從一九四九年後實施「高就業，低工資」的政策，大家都拿幾十塊錢的工資，那是剛好夠過生活用的，沒有任何一點閒錢去嫖妓，這也是中國可以把娼妓掃除的一個根本客觀原因。改革開放之前，中國的經濟係數是零點二幾，也就是全世界最平等的——大家普遍貧困，但是最平等，沒有社會分化；但是現在經濟係數到了零點五了，成了全世界貧富分化最厲害的國家，而人有了閒錢，供給就來了。有需求就有供給，這是經濟學所謂「看不見的手」。現在的打黃政策就拼命地懷念以前的中國奇蹟，但他們也不想現在的情況是不是可以用像以前一樣做法，是不是還有效。

我認為現在《刑法》掃黃所造成的問題，比能解決的問題還多，因為它造成警察腐敗，官員腐敗。從社會治安的角度來看也造成嚴重問題，我在開會的時候看到一個公安部門的調查報告，北京有一百六十幾起未破謀殺案，如果我沒記錯的話，其中有百分之三十八是妓女，因為

這些妓女的身分證是假的，出來做也不告訴家裡，一旦死了，完全沒有線索查。如果一個社會有這麼多未破的妓女謀殺案，這個社會的徹底掃黃政策是有問題的。我還看過一個統計，有一年在東北的一個省，死的妓女是七百倍，如果這七百多位是女教授的話，那得引起多大的社會震盪！但是這些人是妓女，她們就這樣死去了，大家沒有一點關心，也不覺得這是甚麼問題，這是很嚴重的。而且這已經形成了一種利益鏈，和我們一起開會的一個老公安部退休官員就說，現在大陸抓到賣淫就是罰五千或勞教²，一般來說是男的罰五千，女的勞教半年到兩年。這老幹部就說，有一批他們中央退休的老幹部要到地方去開會，也看看地方情況如何，然後就要找地方接待，但是地方沒有錢怎麼辦，有人就說，這好辦啊，就去抓嫖客，把錢罰出來就能去開他們的會了。這是我聽公安部退休的老官員說的，它已經成了一種利益鏈。

從八〇年代在廣東出現妓女以來，賣淫一直在增加，怎麼掃都還是一直在增加。掃黃掃到淫媒判死刑的有很多起，全世界我都沒看過判老鴇或媽咪死刑的。北京有一個案子，一個女的組織一批小姐在畫眉山莊賣淫，被破獲後這個女的就被判死刑，緩期執行。你都已经用這麼重的刑，還是禁不住的話，是不是應該用別的辦法了？它根本不解決問題，還造成更多的問題，因為賣淫的非法狀態，就會造成需要黑社會保護，那黑社會也就出現了，這都是現在政策造成的問題。

2 編按：「勞教」就是透過司法行政部門進行「勞動教養」及「教育改造」，以去除好逸惡勞的習性。

根據潘綏銘的調查，賣淫已經有新的形式出現，它不依賴場所了，不在妓院、夜總會，變成越來越私下的行動。例如說有人登在網上說要交男朋友，那你能怎麼辦？你不能禁止人家交男朋友啊！事實上我認為整個賣淫的非法化是不合邏輯的，像二奶跟賣淫有甚麼區別呢？零售和批發嗎？但你又不能去抓二奶，難道要把所有二奶抓來勞教兩年，罰款五千？這不可能的。那憑甚麼打擊小姐呢？而且要是按恩格斯最早的說法，資產階級的妻子在家裡不工作，生活來源完全靠先生，這種婚姻本身就是通姦加賣淫。要是按照這個理由，你總不能把所有不工作的妻子抓起來吧，根據這個觀點來看，《賣淫法》本身就是沒有邏輯的。

第一類，強迫婦女賣淫：

個案一：

一九八七年六月，被告鄧X X先後引誘和安排四位女青年賣淫，其間採用了威脅打罵手段，從中獲利二百多元。檢察院以強迫婦女賣淫罪起訴，法院以同罪對被告人鄧X X判處死刑。（XF，第四三—四四頁）

從以上案例的情節看，世界上許多國家會認定被告有罪。如果說賣淫本身是沒有受害者的行為，強迫他人賣淫卻是有受害者的行為，受害者就是那個被強迫的人。但是以上三案被告被判死刑，從跨文化的比較看，應當說是量刑過重了。除了極少數實行偷盜要砍手一類重刑的國家之外，我不知道這個世界上還有哪個國家會對這樣的情節和這樣的人（皮條客、妓院老闆）

判死刑的。

如果說因為被告採用了打罵手段強迫婦女賣淫要判死刑，那麼如果某人採用打罵手段強迫別人偷竊是否也要判死刑？如果後者不判死刑，那麼導致量刑區別的原因就在於被強迫的人所做的事情的性質了：賣淫的要判死刑，偷盜的是自由刑。雖然我國《刑法》沒有規定賣淫行為本身有罪，但是從量刑看，賣淫還是被看作比偷盜等一般刑事罪行更為嚴重的犯罪行為。

第二類，引誘婦女賣淫：

引誘婦女賣淫罪的案犯有兩個特點：一個特點是犯此罪的有女性；另一個特點是有引誘親屬（女兒、外孫女、表妹等）賣淫的；有雇主引誘雇員、師傅引誘學徒賣淫的；有利用開辦學習班、介紹工作機會引誘婦女賣淫的情況。

個案二：

被告人夏XX，女，環衛所退休工人，一九七九年二月至一九八三年八月，引誘兩個女兒先後賣淫一百一十多次，夏從中收得一百七十多元。檢察院以引誘婦女賣淫罪起訴，法院以同罪對被告人夏XX做了有罪判決。（XF，第五九頁）

第三類，容留婦女賣淫：

個案三：

被告人周X，男，五十九歲，日用化工廠車間看守員。一九八六年六月至一九八七年八月

間，利用其看守某車間的便利條件，為何X X等四位婦女賣淫提供場所，並看門放哨。介紹嫖客達十七人，從中非法牟利六十元。檢察院以容留婦女賣淫罪起訴，法院以同罪對被告人周X判處死刑。（XF，第七二頁）

第四類，既引誘又容留婦女賣淫的：

個案四：

被告人李X清，男，三十八歲，X X市中學教師。自一九八六年十二月至一九八七年五月間，由李引誘或容留在其家賣淫的婦女多達二十人，年齡最小的僅十六歲，李從中獲利八百餘元。檢察院以引誘、容留婦女賣淫罪起訴，法院以同罪判處被告人李X清死刑。（XF，第七五—七六頁）

引誘和容留賣淫都是沒有受害者的行為。引誘和容留者、被引誘和被容留者都是自願的行為者。賣淫和嫖娼的雙方就更是自願行為者。由於雙方自願的沒有受害者的行為而被處以死刑，在當今世界是十分罕見的，這是我國法律的恥辱。如果說一個公民的行為沒有侵犯任何他人的人身權利和利益，也就是說，這是一樁沒有「苦主」的行為，法律究竟出於什麼原因要去懲罰它呢？只能是出於道德的原因：他們的行為雖然是雙方自願的，但是違反了社會的道德。那麼法律在這裡又在管道德的事。一個成年人，一個公民難道沒有權利選擇自己的道德準則嗎？如果有人選擇去做不道德的事，社會就有權利判他死刑嗎？這樣的法律只能被認為是野蠻的，

不人道的。它絕對不是一個現代社會應有的法律。它是對每一個有良知的公民的侮辱。

中國現行的關於賣淫活動的法律中最令人震驚的一點是，法律中竟然沒有規定「賣淫行為本身」是非法的。只有賣淫活動當事人雙方之外的第三方，也就是二者的媒介（強迫、引誘、容留他人賣淫者）會受到法律的制裁。但是在《刑法》之外的「規定」中，賣淫行為要依照《治安管理處罰條例》第三十條的規定處罰³。在研究我國有關「性」的法律的過程中，我才意外地發現，原來賣淫在我國是合法的，只能算是一種違反治安管理規定的行為。

當然，賣淫在一些歐洲國家還是合法的，有的是從非法轉變為合法。例如在英國，自一九五七年沃芬頓委員會受政府委託研究了關於賣淫和同性戀的法律之後，英國法律改變為只制裁強行拉客行為，不制裁賣淫行為本身。

到目前為止，由於賣淫不違反我國的法律，對妓女一般不採用判處自由刑的辦法，懲罰辦法只採用了勞動教養、行政拘留和罰款三種。我在浙江溫州調查過「婦女教養所」的情況，其中收容賣淫婦女時間最短半年，最長兩年。各地都有這樣的教養所。

勞動教養制度是中國特色，它收容的是沒有違法、不夠判刑條件的人，它對被教養者的處

3 第三十條：嚴厲禁止賣淫、嫖宿暗娼以及介紹或者容留賣淫、嫖宿暗娼，違者處十五日以下拘留、警告、責令具結悔過或者依照規定實行勞動教養，可以並處五千元以下罰款；構成犯罪的，依法追究刑事責任。嫖宿不滿十四歲幼女的，依照刑法第一百三十九條的規定，以強姦罪論處。

罰也不像對違法判刑者的處罰那麼嚴重。懲罰賣淫者就是勞動教養制度最適合的用場——被教養者沒有觸犯法律，但是又要略加薄懲。如果有人批評說（的確有國外的女權主義者就此提出批評）：不應當逮捕妓女把她們關進監獄，她們是性工作者，她們的行為方式沒有侵犯任何人，她們的行為沒有受害者；官方就可以回答說：我們沒有把她們投入監獄，也沒判刑，那不過是一個教養所，她們不過是受到勞動教養的處罰。

然而，把沒有犯罪、沒有判刑的人拘禁在一個地方，不給他們自由，嚴格地講是違法的，違反了《憲法》關於人身自由權利的規定。在這裡，《治安管理處罰條例》與《憲法》有矛盾，應當或者修改這種治安規定，或者修改《憲法》，這就同前面討論過的當某個具體《刑法》條文與《憲法》發生矛盾時的情形十分相似，分析的邏輯也很相似。

有社會學家設想了解決賣淫問題的五種政策選擇，並研究了其利弊：

- 1、使賣淫非法化，採取法律手段將賣淫活動徹底消滅。這一政策註定失敗，僅僅缺乏警力這一項原因就能使非法化的設想難以有效實施。這一政策所帶來的社會問題（黑社會插手非法行業，員警腐敗等）比它想解決的問題更糟，不僅違反了所有的歷史經驗，而且侵犯了個人隱私權，忽略了男女兩性的生理需求和慾望。

- 2、使部分賣淫活動非法化，如僅使主動拉客的賣淫活動非法化。如英國的法律就是這樣。這種法律會使嫖客及高級應召女郎逍遙法外，會使法律成為有階級偏向的法律，而不是對所

有的人一視同仁的公平的法律。

3、使賣淫合法化並對其加以控制，主要理由是為了防止性病傳播。但是合法化並不能防止性病傳播，還產生了新問題，它使賣淫成為固定職業，使一些本來只是短期從業者變為長期從業者，使員警權力過大，因為他們控制營業執照，會阻止婦女改換職業，在他們想改換職業時訛詐她們。

4、建立「紅燈區」，使員警較易控制賣淫活動。這種作法也有兩個不利因素，一是各個社區的居民們都會提出「不要在我們這個地區建紅燈區」的抗議，那麼紅燈區究竟應當建在哪裡呢？二是如果在這些地區加強員警控制，娼妓會轉移到其他地區，還會造成人們的行為在同一个城市中某些地方違法某些地方不違法的混亂局面。

5、最佳方案是在成年人之間的自願的性活動的非罪化，不論其中有無金錢交易。這一政策最大的好處是可以節省大量警力去對付有受害人的犯罪。娼妓可以在地下刊物中做廣告，可以在按摩房、成人書店或特殊伴侶機構找到顧客，可以建立性俱樂部。這樣就使那些想找娼妓的人能找到他們，同時也使不想找他們的人能夠避開他們。

根據阮芳賦的觀點，中國反對賣淫的原因有三個：其一是為防止性病傳播，其二是意識形態原因，其三是政治原因。性壓抑是控制一般人生活的策略。無論改革派還是保守派都不敢攻擊其他自由權利，但都攻擊性自由和性權利，其中就包括商業性活動。他的觀點十分尖銳，但

是很深刻。在所有的自由權利中，性自由和性權利在中國是最脆弱、最容易受到攻擊的。其他自由權利不管有還是沒有，總沒有人敢公開說，它是不該有的。但是性自由權利卻是人們敢於公開宣稱「不該有」的一種權利。

賣淫問題的確涉及到人的自由權利問題，但是中國人從來不會從這個角度提出問題，人們在「有權利」和「沒權利」這兩種看法中，總是習慣於首先接受「沒權利」的看法。這是因為我們從一出生，就生長在一個很多事都沒有權利的環境中，所以習以為常，不會再按照「有權利」的思路去想問題。不信你問一個人「人有沒有權利按自己的意願處置自己的身體」，大多數中國人的第一反應準是「沒有」。所以在中國才不會有關於妓女權利的討論，才不會有關於賣淫問題的討論。人們甚至都沒有注意到，賣淫行為本身是不違反中國《刑法》的。

四、取消聚眾淫亂罪

在一九九七年之前，大陸有個罪叫「流氓罪」，用來處罰所有的非婚性行為，也就是說，公民所有的性行為都必須在婚姻之內。一九九七年流氓罪就因為太不合情理而取消了。但其中的一項罪名「聚眾淫亂罪」留下來了，它不再處罰婚姻以外的性行為，但只要涉及三人以上（含三人）的性行為即入罪。在實際的社會調查過程中，我們知道有3P習慣的人太多了，譬如說我碰到有個案例：這位先生有個毛病，他每次做愛時需要老婆在旁邊看，不然他沒辦法做下

去，老婆沒辦法，只好配合，那按照法律條例的話，他們這就是聚眾淫亂。另外還有一個案例，丈夫歲數大了，已經沒辦法進行性行為，因為很愛他的妻子，就說要幫妻子找個伴，妻子說不必，她自己找，有時也帶性伴侶回家來，這種情況在民間也是有的，很多啊，都要算聚眾淫亂嗎？可見得這個法律是很有問題的。

另外也有很多案例，像是幾個人一起打撲克牌，輸的人就脫衣服或者親個嘴之類的，這種很常見的事情也會被判刑。最嚴重的一個案件是八〇年代初的換偶案件，四對知識分子工程師經常換偶，案發後為首的後來被槍斃，第二個是無期徒刑，還有一個判十五年，這是非常荒誕的。實際上，大陸換偶情況目前如雨後春筍般，有個陝西的女警察，網名叫「一枝獨秀」，組織了一個換偶網站，註冊的會員多達四十七萬人，像這類的網站還不只一個。有一次我去深圳開會，還有位男士約我談，談的就是他參加深圳換偶活動的感受，經常也有人在網上發個帖子，找幾對夫婦一起玩。像南京教授馬堯海去年被判了三年半也讓大家討論的非常激烈，不管怎麼說，我覺得從死刑到判三年半算是進步了，但是這條法的道理到底在哪？為什麼要懲罰三人以上的性活動？我看到美國七〇年代性革命年代的資料顯示，在所有夫妻裡頭參加過換偶活動的人大概能占到百分之二到四，義大利的統計資料顯示參加率是百分之二十五，我想可能是因為天主教國家禁止離婚所以換偶特別多，它在人口裡面都占有一定比例了，這種東西還用《刑法》去懲罰是非常荒誕的。另外還有統計顯示，工讀學校（類似台灣的特教學校）百分之九十

的女孩有性罪錯的行為，大陸就叫做群姦群宿，就是孩子們的婚前性行為，比如說兩個以上的孩子一起過夜了，這就叫性罪錯。後來我提出三個原則，只要不違反「自願」、「在隱私場所」、「成年人」，只要不涉及青少年，不傷害別人，法律就不應該管。在一個社會裡，人的性行為當然不能完全的自由，比如你沒有性騷擾、強姦的自由，你要是性騷擾或強姦，公權力就要管。但是公權力止步的地方就是我說的那三個原則，自願的、隱私的、成年人做的事情都可以。「法國人權宣言」裡有一句話，「自由就是人可以從事任何不傷害別人的行為的權利」，一個事情你可以不喜歡，但是你要問它有沒有傷害到你，如果沒有，那就是人家的權利。這就是我的基本觀點。

如果說淫穢品和賣淫兩項雖然沒有受害者，但卻屬於商業化的性活動，那麼「聚眾淫亂」就不僅是無受害者的性活動，而且沒有商業性，只不過是一些個人違反社會道德的私下行為。這類行為的處理是現行《刑法》與性有關的法律條文中問題最大的一項。如果我們看看下面的典型案例及其處理情況，就會得出這樣的結論。

這一違法性行為包括以下幾類典型：

第一類，在社會上傳播淫穢物品，或用淫穢物品引誘青少年進行流氓犯罪活動。

個案一：

被告人陳X平自一九七一年來，利用高幹子弟的特殊身分，以吃喝拉攏、小恩小惠、幫助購買緊俏商品、調動工作為誘餌，引誘女青年上鉤後，繼而利用淫穢書畫等腐蝕手段，在洛陽、鄭州、北京等地先後姦污婦女二十五名（其中未婚女青年二十人）；以摟抱、接吻、撫摸等方式猥褻女青年二十四名。陳自一九七七年至一九八一年間，利用工作關係，以向外商索要、偷閱、購買等方法收集外國畫報多冊，將其中淫穢圖片剪下，共計八百一十八幅，收集起來裝訂成四冊，用以引誘挑逗女青年墮落。此外，陳在姦污、玩弄王XX等十三名女青年過程中，拍攝裸體、性交、摟抱、以嘴含其生殖器等淫穢照片五十九張，沖洗後裝訂成二冊，用來腐蝕引誘女青年進行流氓犯罪活動。檢察院以流氓罪起訴，法院以同罪判處死刑。（XL，第一五四頁）

個案一是沒有受害者的行為，屬於道德敗壞。如果法律以整肅道德為目標，公民中有相當大一個比例的人應當被繩之以法。按照個案一的標準，唐璜如果身為中國公民，是應當判死刑的。

此外，值得存疑的是，有些人風流成性，如果他們的行為是當事人雙方自願的，是否可以認為一定是道德問題？如果他以結婚之類的許諾騙取他人的性服務，那應當說他道德不好。如果雙方都不覺得受損害，只能認為是他們所選擇的一種行為方式或生活方式，甚至不一定屬於道德範疇。一個人因為自己選擇的不傷害他人的生活方式而至被判死刑，這在現代世界是十分

罕見的案例。

第二類，聚眾進行淫亂活動，或者淫亂成性，屢教不改：

個案二：

被告人劉XX，女，自一九八一年以來，先後勾引、教唆男青年韋X等二十餘人，分別在這些人的住處跳低級下流的貼身舞、熄燈舞、裸體舞，舞後又主動與之亂搞兩性關係，有時與多名男子進行群姦群宿。檢察院以流氓罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XL，第一五九頁）

個案三：

被告人鄒X等（二女三男）於一九八六年十月二十日晚上到胡X住室玩撲克牌，事先規定輸者讓贏者親嘴。當晚五人同睡一床，互相玩弄，群姦群宿一夜。另一晚，鄒等四人（二男二女）又在一起玩撲克牌，為了助興，四被告人竟先後各自脫光衣服，一男對一女，赤身裸體玩撲克牌一夜。檢察院以流氓罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XL，第一六一頁）

個案四：

有一個中年流氓團夥案經常在一個助理工程師家聚會。以下是其中一位服刑人的供述：「當愛人知道我生活不檢點時，多次勸過我，周圍的同志們也風言風語地刺我，而我全當成了耳旁風。心想，這頂多就是不道德，還不致於蹲監獄。終於，我們這個淫亂團夥的罪惡暴露了，

我們經常在一起聚會的八個中年男女都犯了不可饒恕的流氓罪，有五個人被判了刑，那個助理工程師被槍斃了，他的老婆被判了死緩，我因流氓罪被判處有期徒刑十五年。」（任克，第二六九頁）

個案二至四是我國所有與性有關的犯罪判決中問題最大的一類。所謂「群姦群宿、聚眾淫亂」不過是西方社會正常生活中屢見不鮮的「性聚會」（sex orgy）而已。個案四與西方七〇年代興起的一種換偶活動（swinging）有相似之處。在西方報刊的廣告欄中，經常可以看到希望進行換偶活動的人尋找伴侶的廣告，有時是兩對夫婦相聚換偶娛樂，有時是多對夫婦進行此類活動。如果他們知道在中國，他們這類活動的舉辦者要判死刑，參與者要判死緩和十五年徒刑，一定會大驚失色，如此判決實屬駭人聽聞。

在此類活動的參與者全部是自願參與的這一前提之下，法律絕不應當認定為有罪。因為公民對自己的身體擁有所有權，他擁有按自己的意願使用、處置自己身體的權利。如果有人願意在私人場所穿著衣服打撲克，他有這樣做的權利；如果有人願意在私人場所不穿衣服打撲克，他也有這樣做的權利，不管在場的有幾個人。國家法律干涉這種私人場所的活動，就好像當事人的身體不歸當事人自己所有，而是歸國家所有，而如果當事人脫去衣服，損害的不是當事人自己的尊嚴，而是損害了國家的尊嚴。這種立法思想本身就是錯的，錯誤就出在個人身體的所有權歸屬的問題上。在此類案件的判決中，我們應當檢討有關法律的立法思想的對錯，使法律

成為保護公民權利的工具，而不是傷害公民權利的工具。

另外，在個案四裡，那位敘述者說，他以為他們的活動「頂多就是不道德，還不致於蹲監獄」，而實際判決卻不僅有「蹲監獄」，還有死刑，這種後果一定是當事人始料不及的。他的這種想法說明兩個問題：第一，他對這類活動的性質的判斷是從「常識」出發的，而後果卻大出他的所料，實在不近人情，證明「聚眾淫亂罪」的設立和量刑離人們對這類活動的嚴重性的估計相差太遠。第二，在一個法制健全的社會，公民應當清楚自己的每一個行為的後果，不當在不知不覺之間犯的要判死刑的罪。一個要殺人的人，他事先是知道自己的行為後果是死刑的，這樣他對自己還要不要殺人會考慮清楚。如果一個人的行為的後果是死刑，他自己竟然不知道，這至少說明對法律宣傳不夠，如果他知道後果是死刑，很可能會重新考慮值不值得去做這種事。在行動之前預先瞭解自己行為的後果是公民的權利。

第三類，不以營利為目的，引誘、容留婦女賣淫：

個案五：

被告人文XX，女，自一九八〇年十一月以來，先後以金錢作誘餌，引誘腐蝕介紹多名女青年賣淫。檢察院以流氓罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XL，第一六一——一六二頁）

個案五甚至都沒有商業性目的，被告人的行為只是他人不道德行為（不是違法行為，因為

賣淫不違反《刑法》的媒介。在社會中，不道德的行為還有很多，引導他人進行不道德行為的人和事就更多。如果都作有罪判決，中國的大部分建築物都要改為監獄才夠用。

第四類，以玩弄婦女為目的，誘騙姦淫婦女多人：

個案六：

被告人尹XX等十九人自一九八一年以來，借舉辦舞會之名，大肆進行侮辱、玩弄、姦淫婦女的流氓活動。他們先後在多人住處跳低級下流的「貼身舞」、「熄燈舞」，在跳舞中，上述流氓分子對女舞伴強行摟抱、摸乳房、摳陰部、用生殖器頂擦女方陰部等流氓動作，猥褻、玩弄女青年三十餘人，姦污女青年十三名，其中一名婦女被強姦。檢察院以流氓罪起訴，法院以同罪對十九名被告人作了有罪判決（其中判處一人死刑）。（XL，第一七四—一七五頁）

案例六與有受害者的第三類犯罪（侮辱婦女罪）有界線不清之處。案例中使用了諸如「侮辱」、「玩弄」、「姦淫」、「姦污」、「猥褻」之類的用語，不知法律是如何區分「侮辱婦女罪」和「流氓罪」的。按邏輯推理，兩罪的主要區別應當在於前者有一方不自願，因此是「侮辱」；後者是雙方自願，因此是「流氓」。前者是有受害者的，後者是無受害者的。對於前者，法律只追究犯罪者，不追究受害者；對於後者，法律要追究所有的參與者。實際上，在聚眾淫亂的案件中，往往女性也要判罪，因為她們不是受害者，而是流氓活動的參與者。從這個案件的情節看，也像是聚眾淫亂的性質。聚眾淫亂罪中，多次提到貼身舞、熄燈舞、裸體舞等

，如果有一方不自願，舞是沒法跳的。這類案件的最大問題在於，法律有沒有必要去管束公民在私人場所進行的娛樂活動；法律有沒有權利去管轄、懲罰「聚眾淫亂」這類活動。如果其中有強姦，就應當按強姦罪辦；如果沒有強姦一類的強迫性暴力行為，法律不應干涉。

值得特別提出討論的一個問題是：「淫亂」這樣的道德用語根本不應當出現在一個法制國家的《刑法》之中。「謀殺」、「盜竊」一類罪名都是對行為本身的確切描述，法律罪名並沒有使用「兇狠地」謀殺或「不顧廉恥地」盜竊這樣的字眼，因為這就是對某種行為的道德評判了。「淫亂」一詞帶有強烈的道德評判色彩，「淫」的含義是淫蕩，「亂」是不正經，亂搞亂來之意。如此含混不清的詞語怎麼能用作法律罪名呢？而且還是一個能導致死刑判決的罪名！看來我們國家的法制要健全起來，還要從一些基本功做起，首先要檢討我們的立法思想，把其中過於原始的東西去掉，換上比較現代的觀念。其中在我看來最重要的是從道德論改變為因果論，即以行為有關人的最大利益為立法的出發點，而不是以維護某種道德為立法的出發點。（關於立法思想的道德論和因果論之爭，後文還有詳述。）

第五類，勾引男性多人，與之搞兩性關係：

個案七：

被告人王XX，女，先後勾引多名男子與其亂搞兩性關係。檢察院以流氓罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XL，第一七六—一七七頁）

案例七的判決有明顯的荒唐之處。法律在這個案件中懲罰的是婚姻關係之外的性行為。正如法國思想家福柯（Michel Foucault）所言，我們生活於其中的社會，人際關係的形式少得可憐。為什麼只有一夫一妻制才是合法的？為什麼只有在婚姻關係之內發生的性活動才是准許的？按照這兩個案例的邏輯，只要性行為發生在沒有婚姻關係的人們之間就要受到刑事懲罰。如果嚴格執行這一法律，大多數公民都應受懲罰——根據不同國家、不同時代的調查統計，婚外性行為一般約為百分之四十，加上不在婚而有性活動（婚前性活動和單身人群的性活動）的人群當超過人口半數。目前，在我們的社會中，婚前性活動和同居者越來越多，任何嚴格執行只要不結婚就不能有性關係的原則的企圖都是極為不現實的。在北歐一些國家，婚前性行為能夠達到人口的百分之九十五，中國雖然沒有這麼高的比例，這一比例越來越高，已成不可阻擋之勢。因此，用《刑法》來懲治婚姻關係之外的性行為的做法會顯得越來越荒唐。而如果設立了某種法律又不嚴格執行，那是法制的健全。因此，唯一的出路是改變這一不可能嚴格執行的法律，這不是很明顯的結論嗎？

此類法律不僅從個人有權利處置自己身體的人權角度看是錯誤的，而且從女權角度也是不可容忍的。個案七的罪名是「勾引多名男性與其亂搞兩性關係」。首先，怎麼能夠確切知道是女性勾引了男性，而不是男性勾引了女性？在兩性的非婚性行為中，雙方負有同等的責任，為什麼要單方面判女方的罪？如果說這樣判決的理由在於這個女人是一個人同多個男性發生性關

係，從而獲罪，那麼又有什麼證據證明和她發生性關係的那些男性全都是只有她一個性伴？如果其中的男性有除她之外的性伴，是否也應當按同罪處理？其次，一個女性有沒有權利同「多名男子」發生兩性關係？這是一個女性的基本權利問題。女性自願與男性發生性關係的權利應當受到法律的保護，而不是懲罰。

第六類，雞姦幼童，以暴力、脅迫手段雞姦或者多次雞姦他人：

個案八：

被告人李X利用其掌握辛X與女人亂搞兩性關係的事實，用暴力多次雞姦了辛。經查，李X從一九七七年起，先後以交朋友為手段，還對青年郝X等四人多次實施雞姦行為。檢察院以流氓罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XL，第二七九頁）

案例八有含混不清之處，沒有區分有受害者和徵得當事人同意的行為。「雞姦」一詞容易引起「強姦」意義上的誤解。從案件情節看，使用「肛交」一詞似更為貼切。「用暴力雞姦某人」與下一句的「以交朋友為手段……實行雞姦行為」就有本質的不同，前者是有受害者的強迫行為，後者則屬於自願的同性性行為。肛交是男同性戀性活動中常常採用的方式，而中國法律並無懲罰成年人自願同性性行為的條文。現行《刑法》的混亂程度由此可見一斑。

這個案例最大的問題在於，肛交行為本身似乎成為懲罰的對象，這是很危險的。根據我對同性戀和女性性行為的調查，在我國的同性伴侶和異性戀婚姻當中，都有大量的肛交行為存在

。無論是按照中國的法律還是中國的傳統性規範，肛交都只不過是眾多性行為方式中的一種，不屬於犯罪，西方有些國家，如美國（某些州）有肛交非法的規定，但是在中國卻從來沒有過這種規定，這是中國性法律比西方一些國家先進的地方。中國現行法律對肛交行為的處置方法與西方的區別，源於中國與西方宗教傳統、文化傳統的區別，如果法律處罰的是強姦，那是有道理的，如果法律懲罰的是肛交行為本身，就大有問題。它不但違反中國的傳統文化對肛交的規範，而且存在著使我國成為懲罰肛交行為的國家的潛在危險——雖然這兩個案例是以流氓罪判決的，但是它已經很接近設立雞姦罪，只是在判決時沒有用這個罪名而已。

第七類，以兇狠、淫穢下流手段，破壞公共秩序：

個案九：

被告人金XX自一九八五年一月起，偷拍婦女洗澡照片數十張。檢察院以流氓罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XL，第一八三——一八四頁）

個案九有觀淫癖傾向，不應視為單純的流氓行為。

個案十：

被告人陳X義等二人自一九八三年七月起多次扒墳姦屍。檢察院以流氓罪起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XL，第一八三——一八四頁）

個案十具有戀屍癖傾向，屬於某種性少數派，也不應視為單純的流氓行為。

個案十一：

被告人馬XX，女，十九歲，夥同三名男女青年（鐘，女，十六歲；李，男，十五歲；賀，女，十四歲）將陳XX（男，十八歲）綁在床上，玩弄其生殖器達兩個多小時。陳走後，三名女青年又用同樣方法玩弄李的陰莖。後來幾位女青年又做過多次類似的事。檢察院以流氓罪對馬XX起訴，法院以同罪對被告人作了有罪判決。（XL，第二四八—二四九頁）

案例十一的判決也十分荒唐。一群少男少女打鬧調情也要判刑，令人不知身處何世，即使是中世紀宗教裁判所的嚴酷判官也不一定會制裁這種天真幼稚的活動。在這一判決背後似乎有陰莖崇拜的底蘊：如果這夥年輕人在一起玩弄的不是生殖器，而是頭部或腳部，大約不至於獲罪，為什麼玩弄一下生殖器官就要獲罪呢？潛臺詞似乎是陰莖神聖不可侵犯。時至二十世紀末年，一項法律還要以生殖器崇拜的邏輯來判人有罪，這不是過於荒唐和駭人聽聞了嗎？

性立法思想

迄今為止，在有關性的立法思想中，最為激進的一種觀點就是福柯關於性在任何情況下都不應當受到任何法律的制裁的觀點。根據福柯的考證，法國拿破崙三世的法典上根本沒有任何關於性犯罪的條文，直到二十世紀六〇年代，法國的法律才開始轉向壓抑的方向。福柯指出，「在一七八七至一七八八年，革命法實際上刪除了所有的性犯罪條文。我確實認為，拿破崙

時期的社會雖然在某些方面相當嚴厲，其實是相當寬容的。」「一八一〇年的《刑法》極少涉及性，好像性不關法律的事。只是在十九世紀，尤其是二十世紀，性立法才變得越來越壓抑。「在提出「性不關法律的事」這一性立法思想時，福柯認為只有兩個方面有些問題，那就是強姦和涉及兒童的性。但是如果把強姦和違背兒童意願的犯罪判定為傷害罪，這些問題就可以解決，任何性行為都不應受法律制裁的立論就可以成立。

與福柯的設想相比，中國的性法律實在是過於嚴厲，道德懲戒的性質也過於明顯了——一群少男少女的遊戲或一群成年男女出於自願的性聚會，既不傷害社會、他人，也不傷害他們自身，社會干涉這類行為的理由顯得極不充分。這種干涉的唯一後果，是使法律變成某種道德的工具，從而傷害法律的形象本身，也傷害社會生活的輕鬆氣氛，特別是傷害這些案件當事人的自由權利：難道在二十一世紀的今天，他們還像中世紀的人那樣沒有處置自己身體的權利？難道作為一個成年人，他們還沒有自主決定自己性行為方式的權利？

福柯在批判當代性立法思想時指出：「新的《刑法》和立法體系的功能不是去懲罰與尊嚴有關的犯罪，而是去保護那種被視為特別脆弱的人口或人口的一部分。換言之，立法者不是以下列說法作為評判的標準，即：人類的普遍尊嚴必須加以保護；而是說：對於一些人來說，另一些人的性成為永存的危險。……我們將擁有一個危險的社會，其中一方是面臨危險的人，另一方是危險的人。……性將成為對所有社會關係的威脅，在所有不同年齡群的關係中，在所有

個人的關係中。」法律的目標應當是保護人類的尊嚴，而不是傷害人的尊嚴，當一些人在強姦行為中成為受害者時，法律以保護受害者的身分出來說話，懲罰強姦者的傷害他人身體罪。強姦是違背他人意願的傷害，它不是性。按照這一邏輯，除了我們過去以為算作性行為的強姦行為之外，人類的一切性活動應當不關法律的事。如果我們的社會能夠接受這樣一種性立法思想，對我們的社會只有好處，沒有壞處。

有西方學者將性道德的變化分為三個階段：第一階段，人類的性活動處於自由散漫的狀態，賣淫、通姦和同性戀都不算不道德行為。第二階段（從紀元到二十世紀中期），只有婚內的性活動才是道德的。第三階段，人享有完全的性自由。第一、三兩階段的區別在於，第一階段只有男性享有自由，第三階段女性也享有自由。

按照這個三階段劃分法，第二階段的代表性人物和性法律是十九世紀下半葉的美國人康斯托克（Comstock）及其所創之法，人稱康斯托克法（Comstock laws）。這是一部對性持嚴厲態度的法律。康斯托克生於一八四四年，在一八七三年竭力促成了美國的反淫穢法案的通過，法律禁止在美國郵寄淫穢色情出版物，禁止淫穢廣告，禁止傳播避孕資訊。康斯托克在美國郵政總局任職，以推行他的康斯托克法，他工作熱情極高，在任期間，共監禁了三千六百個違反公共體面（public decency）的罪犯，他不僅反對淫穢色情品，還反對墮胎，反對公共獎券，反對夜總會，反對藝術家畫裸體模特兒，反對自由戀愛。一言以蔽之，他反對他那個時代所有與眾不同

的觀念。他反對婦女解放運動，迫害女權主義者，曾試圖禁演蕭伯納描寫賣淫的戲劇《華倫夫人的職業》，作為對他的報償，蕭伯納創造了康斯托克主義（Constockery）一詞。康斯托克死於一九一五年，以一個試圖通過法律手段提升人的道德的象徵性人物的形象載入史冊。康斯托克主義在美國一直陰魂不散，直到八〇年代和九〇年代還又有回潮，他是所謂道德大多數（The Moral Majority）的先師聖賢。以康斯托克主義為鑒，我們應當檢討我國的性立法思想，避免落入以法律提升人的道德的陷阱。

在人類的立法思想史上，有道德論者（moralists）和因果論者（causalists）兩種思路：對於道德論者來說，某種活動只要按傳統觀念看是錯誤的、不道德的或邪惡的，就有足夠的理由禁止這一活動，如同性戀活動或墮胎行為。法律的目標，比如關於離婚、墮胎或私生子女的法律的目標，就是為了區分有罪與無罪的行為：懲罰有罪，保護無罪；懲罰邪惡，獎賞美德。因果論者則主張，如果對某種行為的法律禁止，比起允許這種行為，會造成更有利的後果，那麼就應當允許這種行為，即使這種行為是錯誤的或不道德的。道德論者的目標在於根據道德標準獎懲當事人（如在離婚案中）；因果論者的目標則是最大限度地減少當事人所受的傷害，無論他們的道德狀況如何，他們的行為是什麼樣的。從我國與性有關的現行法律來看，道德論的立法思想的味道過重，而較少考慮如何減少當事人所受的損害，較少考慮法律處罰對當事人所造成的後果。

因果論方面的一個典型代表就是英國本世紀五〇年代的沃芬頓報告。在西方近幾十年的法律改革實踐中，英國的沃芬頓報告產生了重大而深遠的影響，它的一個主要思想就是：法律不應當管道德領域的事，相信成年人有自己做出道德選擇的能力。在沃芬頓報告的影響下，許多性行為在世界上許多國家和社會中實現了非罪化。

在當今世界，各國都在探索改革有關性的法律的途徑。在我心目中，這一法律改革的最高境界就是福柯所反復論述過的：任何形式的性行為都不應當受到任何法律的懲罰。強姦和對兒童的性侵犯可以視同於傷害罪加以處置。性不關法律的事，它或者屬於道德的範疇，或者屬於人們可以自由選擇的生活方式的範疇，而法律不應當干涉道德範疇之內的事，更無權干涉人們自由選擇的生活方式。

在他那個時代對於性道德提出過激進批評的哲學大師羅素指出，哲學可以「提出許多開闊我們思想的可能性，使之從風俗習慣的暴君統治下獲得自由。」社會學也是這樣。我希望通過自己對於現行性法律的批評，開闊人們的思想，使人們從一向被當作天經地義「自然而然」的風俗習慣道德法規的統治之下獲得自由。我們要想在現實中獲得自由，首先要讓自己的思想獲得自由。如果我的分析和批評能夠激發人的自由思想，使人們意識到自己的不自由並去積極地創造自由的生存環境，我將感到莫大的欣慰和滿足。

性不關法律的事。道德不關法律的事。這就是我們改革中國現行有關性的法律的最終目標

和最高境界。這個目標關係到我們每個人的自由權利。我們不應當放棄這個權利，我們不可以放棄這個權利。

討論與提問

何春蕤（主持人）：相信大家收穫都很多。我覺得非常受教的是，對於那些習以成規的風俗習慣也好，道德情感也好，法律規範也好，我們都要追問為什麼？如果要懲罰，為什麼要懲罰？為什麼要懲罰到這種程度？我們的追問和反思就可以阻擋歧視的共識形成。好，現在開放討論。

積丹尼：你好，有人說，同性戀是不好的基因，我們應該讓同性戀結婚，這樣可以減少同性戀這樣的不好基因遺傳。你有聽說這樣的說法嗎？

李銀河：還真的不太聽到有人這樣說，但是同性戀和異性戀結婚在大陸確實是一個很奇特的現象。如果有人要問中國同性戀和國外有甚麼不同？這就是差異所在了。因為中國的結婚傳統接代壓力太大了。西方是個人本位，自己想怎樣就怎樣，但中國是「家本位」，最主要的價值是「家」，所以一定要結婚生孩子，據說中國百分之九十的同性戀是和異性結婚的，為了家庭責任啦，為了父母啦，或者掩蓋真實的性傾向等，其實是有這個問題存在。

林秉君：我想請問的是，老師主張同志婚姻合法化，但是理由是老師好像相信單一性伴侶

可以等同「性安全」，那這也是一對一專偶的婚姻制度所鞏固的，而同志原本的生存型態和習慣其實和婚姻所鞏固的單一性伴侶很不一樣的，如果同志婚姻通過，那老師對婚姻制度中此種規訓和制度有甚麼看法？換句話說，老師也有提到聚眾淫亂法的荒謬性，那在這種情況下，婚姻制度是不是也應該做出相應的改變？

李銀河：這是個很尖銳的問題。一對一確實不等於性安全，也不會就比一對多好，我同意我們不要認為一對一就是一等而其他亂來的性就是二等的或是壞的，性應該是平等的，也就是說各種各樣的形式獲得的評價都該是一樣的，不應該有好或者壞的說法。不過中國現在有個狀態是，愛滋病傳播得非常的快，據說在同性戀人群裡過去傳播率是百分之零點二，現在已經超過百分之五了，在個別地區像是中國西南這些地方，甚至已經達到超過百分之十、二十、三十，所以還是要注意的。但是並不能說一對一就是好的或者是防止性病傳播所必須的。

王蘋：我也想問類似的問題。如果我們提一個案，要求國家看見同性婚姻的重要性，理由是一對一的某些好處，但李老師同時也提到換偶是很普遍的，又會提男同志愛滋感染率升高，這樣一來，提案理由裡面就會出現某些價值的衝突。我想問的是，在我們希望同志婚姻這種權益能被接納的同時，是不是需要再把一些我們已經不相信的價值觀放進去？我覺得我們在提議一個正向權益的同時，可以不用把我們認為有問題的價值觀並列在一起，那確實會有點衝突。

李銀河：我挺同意這個看法，我覺得這確實是一個瑕疵，我以後再提案的時候應該把這條去掉，我接受你的意見，不應該把有點錯誤的價值觀弄上去。

林純德：李老師剛才提到中國大陸同志社群有個特別現象，就是同性戀會和異性戀結婚，男同志結婚的對象現在也有個名詞叫做「同妻」，同妻的人數多了也組織起來。我看到網路上同妻組織串連起來，表示很大的憤慨，認為被同性戀丈夫所欺騙進入婚姻，也有一些同妻因此染病，講了很多悲慘故事，也有一些婦女組織表示支持。比較激進的甚至要求把進入婚姻的同性戀者都判有罪，因為他們詐欺，說他們專挑高學歷女子為妻，反正就把同妻描述得很純潔。李老師覺得可能會把進入婚姻的同性戀者刑事化嗎？

李銀河：我覺得不可能，這只是一種很極端激憤的言論，絕對不可能的。沒有理由啊，抓他們為什麼？因為他們是同性戀嗎？中國並沒有把同性戀刑事化的法律。但是從道德上講，還真的有點問題，因為明明知道自己同性戀，對方是異性戀，就算出於壓力，不說清楚也是不對的。但是大陸現在也有說清楚然後結婚的，男的講清楚會顧家，會生孩子，但是繼續出去玩。現在還有一種新的對策，就是「形式婚」，男同性戀找女同性戀結婚，雙方都不傷害，只是騙了父母和周邊的人，他們根本不會住在一起，但是別人就不來騷擾了。

吳敏倫：如果在香港，同妻如果覺得丈夫欺騙她結婚，就可以聲請婚姻無效，解除婚約，女的還可以用民事控告丈夫讓她損失了多少多少，要他賠錢。這不需要《刑法》，可以循民事

控告。

李銀河：我覺得同妻的情況在中國想要離婚其實也很容易，雙方同意就可以辦。但是賠償的問題比較難談。怎麼證明被騙呢？異性戀也有騙婚的情況，那怎麼證明被騙呢？很難拿證據出來。

萬延海：關於婚姻和愛滋病的問題，有沒有人研究在不同伴侶的情況下愛滋病感染的相關信息？就是說，伴侶形態不同的狀況下，愛滋感染的狀況是不是有不同的程度？不是說結婚的在感染方面就一定怎樣怎樣，而是說有沒有客觀的數據？好像幾年前一個美國研究人員說過有這類研究，就是說同性結婚的疾病感染的情況，以及不在婚姻裡面的同性戀的感染情況，比較起來到底如何。如果要大眾接受同性婚姻法案，這樣的數據也許是一個很好的說服人的理由。

何春蕤（主持人）：可是不管他的狀態現在是婚內或不在婚內，我們怎麼知道得病是哪時候的事？是在婚內或婚外或婚前得的病呢？

王蘋：基本上我覺得婚姻是個選擇權，選擇進去或不進去的人也許在行為上根本就是不一樣的，所以萬老師要求的那個資訊是做不出來。

潘綏銘：我是中國愛滋病專家委員會的委員，剛剛被開除。目前新發感染都可以測出來，你是三個月之前染病還是十年前，都能測得出來，技術上能做到，但是關鍵是分母做不到。所有參與同性戀調查的都是積極參與社會活動的人，那些不積極參與的人，你一個也見不到，所

以調研結果都是多伴侶的，兩萬多個樣本，都是一個以上的性伴侶，難道同性戀沒有一對一的嗎？再少應該至少有一兩個吧！但是就是沒有。所以不是技術上做不到，而是找不到分母。

甯應斌：我也來提兩個問題，第一個輕鬆一點，聽說毛主席曾說「談戀愛如果不以結婚為目的就是要流氓」，這是真的還是假的？另外一個比較嚴肅，希望您不介意，今天很多人慕名而來，我們希望您也多講點個人的事情，我們知道您被歸類為女權主義者，這些年比較關注性的議題，這裡面有甚麼轉變？台灣人可能不熟悉，不過您已經過世的丈夫是一個有名的作家，在這個過程中，他對您有沒有甚麼影響？

李銀河：毛澤東那個話肯定是假的，沒那個話。但是在五〇年代確實批判過「杯水主義」，杯水主義是蘇聯從二〇年代提出來的，說性就是一杯水，談戀愛是小資階級情調，婚姻更是腐敗的制度，有這種思潮，但是蘇聯後來自己也批判了這樣的立場，而五〇年代中國共產黨上臺就是直接引列寧的話來批判杯水主義，我覺得你說的那個毛澤東的話可能是演繹出來的。

至於我個人，我覺得很奇怪在台灣女權主義都變成一個很保守的東西，而在大陸，多數人不願意說自己是女權主義者，覺得這樣太西方、太自由，好像反男人、仇視男人那樣。如果人家問我是不是女權主義，我肯定會說是，因為女權主義根本不是什麼保守的團體或是單一的觀點而已，而是有很多流派，比方說社會主義女權主義主張保護婦女權益，像婦聯就在提，議會裡婦女代表要占百分之三十啦，還有自由主義女權主義等等。有種種的類型，但是我覺得不管

各種主張差異多大，只要主張男女平等就可以叫女權主義，我就是在這意義上認為自己是女權主義者。要是具體說的話，我是有點偏向自由主義女權主義，它主張一切男女公平競爭，並不需要任何名額的保障。我覺得它和我後來研究「性」一點也不衝突，我並沒有一個轉向的過程。至於你說王小波對我的影響，他被認為是自由主義的知識分子代表，他的觀點和我挺一致的，我沒覺得有什麼影響，就是常常聊天，很和諧一致。最早我研究同性戀的時候，比方說有高中生的同性戀，不願意跟我這個女的講話，那王小波就上了，他也幫助我做了一些研究，就是這樣。

何春蕤（主持人）：我們這一場就到這裡，謝謝大家。

參考資料：

任克（編），《掃黃在一九八九》，中國人民大學出版社，一九八九年。

最高人民檢察院刑事犯罪案例叢書編委會，《刑事犯罪案例叢書（流氓罪）》，中國檢察出版社，一九九〇年。（本文簡寫為XL）

最高人民檢察院刑事犯罪案例叢書編委會，《刑事犯罪案例叢書（妨害社會風尚的犯罪）》，中國檢察出版社，一九九一年。（本文簡寫為XF）