

# 同性性行为相关问题公法适用的冲突及评价 ——以性自主权的平衡作为“同性强奸”立法的视角

何东平

(福建漳州师范学院政法系, 福建漳州, 363000)

**摘要:** 在我国, 由于法律规定的缺失, 公权力对同性性行为相关问题的公法适用存有时空上的差异, 并体现出一种冲突的状态。这种冲突让人感觉到面对同样的严重性侵犯行为, 法律适用上却不平等。我们可以以男女性自主权的平衡作为法理依据, 在刑法或司法解释上作出一定的立法调整, 以改变现实中“同性强奸”“同性猥亵”等无法可依的状态。

**关键词:** 同性性行为; 公法适用; 性自主权; 同性强奸

**中图分类号:** D90

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2012)02-0088-06

近几年, 中国法律特别是刑法、行政法等公法对于同性性行为相关法律适用越来越多地进入我们的视野。梳理相关案例法律适用的脉络, 评论法律适用的得失, 探寻法律适用冲突背后的法理, 完善立法“片面深刻”的建议, 为本文所要完成之功课。本文所要论证的同性性行为相关问题不包括随着社会的进步、人们观念的改变, 社会对同性恋者的态度日趋宽容的同性恋现象<sup>①</sup>, 而是特别指一些需要公法介入评价调整的同性性行为。事实上, 有些涉及同性性犯罪或需要其他公法介入审查的同性性行为的案例, 未必就与同性恋相关, 因为有些异性恋者在组织“同性卖淫”, 有些异性恋者会偶然的“强奸同性”。

## 一、同性性行为相关问题公法适用的冲突

1997年生效的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)取消了流氓罪的规定, 同性性行为不再被视为犯罪, 一般的同性恋行为, 任由道德评说, 法律基本无涉。当然, 同性恋者不会因为社会的宽容度提高而拥有法律特权, 其利益的彰显并不能对抗国家利益、社会利益及他人利益。实践中, 同性性行为如果触犯相关的公法规定, 一样要平等地适用相关法条, 接受法律的制裁。只不过, 由于现行公法规定的基调很大一部分是未考虑同性恋相关问题的, 这直接导致

在同性恋相关问题进行公法适用时存在时空的冲突。

其一, 类似于异性间的强奸行为, 男性“强暴”男性, 由于没有刑法上的依据, 只好依《治安管理处罚条例》(现已改为《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》)进行处罚。据1998年10月11日《成都时报》报道: 一名25岁的小伙子于华到成都凤凰饲料有限公司当业务员, 刚上班就遭到经理罗怀福的“性骚扰”。两天后的晚上, 他被罗灌醉后“施暴”。他的5名同事陪他到公安机关报了案, 并为他作证, 不料次日5人竟被公司全部开除。据公安局派出所办案人员介绍, 经各级领导反复讨论, 罗怀福的施暴行为虽然有悖伦理道德和社会正常秩序, 但《刑法》对此没有相关规定, 因此依据《治安管理处罚条例》的有关规定, 按“流氓行为”将其治安拘留10天。<sup>[1]</sup>无独有偶, 2006年12月21日上午, 扬州市区汶河派出所接到一名男子报案, 称自己在当天凌晨1时左右被一名40多岁的男子强暴。由于李某已年满14周岁并且现行法律又未对同性“强奸”作出明确规定, 因此对于朱某的行为, 警方只能以《治安管理处罚法》第44条“猥亵他人”将其行政拘留15天。<sup>[2-5]</sup>(以下简称“扬州案”)

其二, 不固定的同性之间的性交易, 被认定为“卖淫嫖娼行为”, 也以《治安管理处罚法》加以处罚。如据中新网武汉2002年3月26日消息: 两男子因从事性交易发生服务费争执, 最后竟荒唐到向派出所求助,

收稿日期: 2011-09-08; 修回日期: 2011-11-25

基金项目: 福建省教育厅重点科研项目“对同性婚恋的法学研究”(JA11182S)

作者简介: 何东平(1971-), 男, 福建东山人, 漳州师范学院政法系副教授, 主要研究方向: 法理学。

青山警方以卖淫嫖娼行为对两人作出经济处罚。早在2001年1月28日《公安部关于对同性之间以钱财为媒介的性行为定性问题的批复》里规定：“不特定的异性之间或同性之间以金钱、财物为媒介发生不正当性关系的行为，包括口淫、手淫、鸡奸等行为，都属于卖淫嫖娼行为，对行为人应当依法处理。”有些省市的公安机关对此进行了细化，对同性之间的性交易明文规定加以处罚。如2007年4月11日《湖南省公安机关办理卖淫嫖娼类行政案件规定》第3条：“不特定的异性之间或者同性之间以金钱、财物为媒介发生不正当性关系的行为，包括口淫、手淫、鸡奸等，均为卖淫嫖娼行为，应予行政处罚。”

其三，介绍同性卖淫的“皮条客”，以“介绍卖淫罪”定罪处罚。2004年1月13日，上海黄浦区人民法院审理首例介绍男性卖淫案。“皮条客”邵某向男性同性恋者介绍20岁左右的男青年“出台”卖淫从中抽头，被一审判处1年有期徒刑。另据中国法院网报道，2008年5月初，蔡某通过江苏同志网，照搬了常州龙趣阁网站上网页的一些内容，注册成立了“无锡名流男子”网站，主要内容是为男性客人提供包括性服务内容的按摩等服务。江苏省无锡市北塘区人民法院审理认为，蔡某以营利为目的，通过互联网公开发布信息，多次介绍他人卖淫，严重破坏社会秩序及道德风尚，有较大的主观恶性及社会危害性。据此，判决其有期徒刑3年，并处罚金人民币4000元。<sup>[6]</sup>

其四，对于组织同性卖淫是否构成犯罪，由于时间、地点及对法律的理解不同，产生了两种不同的做法。一是不以犯罪论处。据《中华工商时报》报道：1998年11月26日深夜，成都市公安机关突击检查了“红蝙蝠茶屋”，当场抓获了正在交易的男性同性淫乱者数人，主要当事人被刑事拘留，并以“涉嫌组织、容留卖淫罪”将茶屋老板批准逮捕。以什么罪起诉却令检察机关很伤脑筋。尽管对于“红蝙蝠茶屋”所发生的同性间性交易的事实、证据没有异议，但在适用法律条款方面分歧很大。金牛区检察院内部多次讨论，并专门向上级机关请示，对同性间的性交易是否构成卖淫难作定论。最后，本着“不枉不纵”的司法原则，将此案退回公安机关。公安机关也解除了对主要当事人“取保候审”的强制措施。<sup>[7]</sup>二是以犯罪论处。如2004年轰动全国的两起案件。一起是“惊动全国人大”的江苏南京秦淮区李宁组织同性卖淫案。被告人李宁组织男青年向同性卖淫，2004年2月17日一审被秦淮区人民法院判处有期徒刑8年，并处罚金人民币6万元。一起是广州市越秀区法院在2004年6月11日判决被告人刘先志犯组织卖淫罪，判处有期徒刑5年，

罚金1000元，判处被告人周德明有期徒刑6年，并处罚金1000元。对于以上的两种不同解决方案，法学界虽然仍存有分歧，但近几年发生的类似案件大都以犯罪论处。如据中国法院网讯，2009年2月，被告人姚福友、林凡以开设的保健会所为掩护，组织10余名男青年多次为同性恋者提供性服务，在短短不到2个月的时间内，获取不法收入6万余元，被重庆市渝中区人民法院以组织卖淫罪分别判处有期徒刑8年和7年。<sup>[7]</sup>

## 二、同性性行为相关问题 公法适用的评价

从以上公法对同性性行为的法律适用上看，由于我国尚未对同性性行为的公法规制有一个明确的立法，且有些如“卖淫”“他人”等涉及性犯罪的重要词语的涵义始终徘徊在模糊的边界中，致使在部门法与司法解释之间始终出现对同性性行为法律规制的含糊其辞，从而导致在全国范围内法律适用的冲突。对此，我们应该如何评价呢？

第一，《治安管理处罚法》比《治安管理处罚条例》更能具体有效地对同性恋有关问题进行法律适用。《治安管理处罚法》摈弃了原有的《治安管理处罚条例》有关流氓行为的规定，在第44条规定：“猥亵他人的，或者在公共场所故意裸露身体，情节恶劣的，处五日以上十日以下拘留；猥亵智力残疾人、精神病人、不满十四周岁的人或者有其他严重情节的，处十日以上十五日以下拘留。”这种规定比原来有所进步。因为从立法的技术上看，“猥亵”比流氓行为更加规范明确，“他人”既包括男性，也包括女性，这使同性之间的猥亵处罚有了可以适用的法律规定。当然，法条规定的“他人”极具艺术性，它既把猥亵同性的处罚概括其中，又回避了比较敏感的同性恋问题。<sup>②</sup>

第二，《刑法》既有对同性恋有关问题法律适用的“光芒”，也有照射不到的“盲区”。在现行的刑法体系中，针对以性为基础的犯罪，我们可以找出许多相关罪名，如聚众淫乱罪(第301条)，组织卖淫罪、强迫卖淫罪(第358条第一款)，协助组织卖淫罪(第358条第三款)，引诱、容留、介绍卖淫罪(第359条)，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪(第363条)，传播淫秽物品罪(第364条)等。以上罪名既适用于异性之间的性犯罪，也适用于同性之间的性犯罪，这种认识应该是符合立法精神的。其一，从法概念的诠释角度，“卖淫”不仅包括异性之间的卖淫，也包括同性之间的卖淫，因为同性卖淫与异性卖淫本质上都

破坏了社会主义道德风尚。其二,早在1988年,国家新闻出版署《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》第二条就明确规定,淫秽出版物除了包括异性之间的“淫褻性地具体描写性行为、性交及其心理感受”等内容外,也包括“淫褻性地具体描写同性恋的性行为或者其他性变态行为,或者具体描写与性变态有关的暴力、虐待、侮辱行为”,刑法规定的相关“淫秽物品”的犯罪很显然应该涵盖异性与同性两部分内容。上述内容是现行刑法对部分同性性犯罪行为适用的“光芒”。但是,当发生在同性之间,其中一方以暴力、胁迫或其他手段对另一方进行比较严重的性侵害时,由于《刑法》规定的“盲区”,使得发生在异性之间的性侵害和发生在同性之间的性侵害的法律“待遇”不同,典型的是涉及“同性强奸”及“同性猥亵”问题。在实践中,如果同性之间的性侵害达到一些罪名的定罪标准,我们自然可以依据《刑法》加以适用,如在公共场合公然“强奸”同性,或许可用侮辱罪定性;在侵害同性的过程中,如果达到轻伤状态,或许可用故意伤害罪定性;<sup>⑤</sup>猥亵不满14周岁男性儿童的,或许可适用猥亵儿童罪等。但当只发生在同性之间的强制性行为,没有上述的特殊构成条件时,我们就会发现刑法适用的“盲区”。如在前述“扬州案”中,我们看到男性遭遇同性“强奸”而引发法律适用的困境,在《刑法》没有明确规定的时候,警方用《治安管理处罚法》来适用“同性强奸”行为也是无奈之举,而这明显有违法犯罪成本过低之嫌。相同的困惑来自于强奸幼男行为:强奸幼女可被认定为强奸罪,强奸幼男却最多被认定为猥亵儿童罪。同样,在猥亵方面的犯罪,由于犯罪对象只针对妇女、儿童,就法律规定的內容分析,我们可以看出,如果是男性对女性,或女性对女性、男性对男性儿童都可能构成强制猥亵、侮辱妇女罪、强制猥亵儿童罪等。但是,如果是男性对非儿童男性进行“猥亵”,依据罪刑法定原则,不会构成猥亵儿童罪或猥亵妇女罪。所以,实践中,如果发生一名男性猥亵多名成年男性,或以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵男性时,囿于法律之空白,公权力机关恐怕也只能像处理“扬州案”一样,以治安管理处罚草草了事。

第三,《治安管理处罚法》的无奈适用和《刑法》相关规定的缺失形成了法律适用的不平等状态。在目前的司法实践中,同性间的性交易已如同异性间的性交易,一样被确定为“卖淫嫖娼行为”,一样适用《治安管理处罚法》;在组织同性卖淫性质的认定上,虽几经波折,但近几年在司法部门的法律适用中已统一确认为犯罪。而异性强制性行为为罪,同性强制性行为

却不为罪,面对同一部法律,同样涉及性的犯罪,在卖淫和同性强奸的法律适用上存在逻辑上的矛盾无疑让人感觉到“法律面前人人平等”的精神大打折扣。

“同性强奸”和“同性猥亵”的严重情节在刑法中没有加以评价,也许是立法的时间问题,也许是立法的空间问题。学界有人提出“同性强奸”不一定单独立法,可适用《刑法》关于故意伤害罪的观点并不具有说服力,一是性犯罪本身不能被伤害罪所替代,否则,异性间的强制性行为是否也可以适用伤害罪呢?二是并不是所有的同性间的强制性行为都会达到故意伤害罪轻伤的标准,如不会构成轻伤时,当如何适用?很显然,《刑法》本身并不想出现矛盾,也不想回归到原来类推的老路上去,那《刑法》这种对同性强奸的“失范”是立法者的故意,还是疏漏,还是有什么“难言之隐”?这是下文需要重点解决的问题。

### 三、性自主权的平衡:未来“同性强奸”立法的一个法理视角

由于我国现有公法规定的缺失,导致了法律适用上的冲突与矛盾。而从性自主权的角度,我国立法对男性及女性性自主权规定的不平衡是导致冲突的缘由。鉴于“同性强奸”相对于“同性强制猥亵”更为典型,下文以此为基点,用性自主权的平衡作为法理视角,对“同性强奸”的可能立法进行相应分析。

1999年8月,世界性学会(World Association for Sexuality)在中国香港通过的《性权利宣言》(Declaration of Sexual Rights)明确规定,性权利是基本的人权,是每个人人格之不可分割的部分,其以全人类固有之自由、尊严与平等为基础。《性权利宣言》共发布了以“性自由权”为核心的11项基础的性权利。<sup>[8]</sup>按照赵合俊教授的解读,性自由权包括两重含义,“其一是‘自为的自由’:个人表达其全部性潜力的可能性;其二是‘摆脱的自由’:排除任何时间、任何地点、任何情况下发生的任何性强迫、性剥削与性虐待”。<sup>[9]</sup>按此演绎,本文所要谈的性自主权应包含在性自由权里面。所谓性自主权,是指“自然人对自己的性利益自主进行支配的权利,他人不得非法干涉、不得非法限制、不得非法干预。”<sup>[10][21]</sup>中国的现行法中,不管是民法或刑法,并没有明确用性自主权的字眼来规定,基于此,杨立新教授大声呼吁将来的民法典需明确规定性自主权。“保护性自主权是人格尊严和人格自由的基本要求,而不是限制或者歧视女性、甚至维护封建伦理道德的权利。看看受到强奸、奸淫、鸡奸的受害人所遭受的精神痛苦而得不到民事救济的

惨状，就应当看到不规定这个权利、不保护这个权利的后果。”<sup>[10](21)</sup>一般的刑法教科书对强奸罪的描述是“违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性交的行为。”按照主流刑法学界的解读，“违背妇女意志”就是违背了妇女的性的自主权，体现了强奸罪的客体(法益)是性的自主权。按《性权利宣言》所展现出来的精神，性的自主权应该包括肯定性与否定性内涵，即强奸罪的客体(法益)应该包括“妇女根据自己的意愿发生性行为的权利”<sup>[11]</sup>的肯定性内涵，也有“根据自己意愿不发生性行为的权利”<sup>[12]</sup>的否定性内涵。不过，不管是肯定性或否定性的解读，此时的性自主权特指女性，并未涉及到男性性自主权的问题，亦即《刑法》在规制男女性自主权上是不平衡的。

那为何会出现如此不平衡的规定呢？究其原因，笔者认为，除了立法者认为的“同性强奸”的实践案例太少、法律可不用干预的传统思维外(其实通过本文的介绍，现实中发生类似同性强奸的案例已屡见不鲜)，历史与现实在性权方面的态度双重奏成为解释的脚本。

其一，中国历代以来对女性的性权利是忽视的，在“男尊女卑”“三从四德”的年代，包括性自主权的女性的人身权利基本被“囚禁”起来，与此相对应的是，女性的贞操高洁却被无尚光荣的彪炳史册，这使得女性的性既神秘又重要。时至今日，人们对潘金莲的评价与痛恨重心并非放在其谋杀亲夫武大上，人们更愿意津津乐道潘金莲与西门庆的“红杏出墙”。这除了有“食色，性也”的本性情节，更主要的是有对女性守身如玉行为的期盼与尊崇。因此，可以说，历史对女性性权利的桎梏反而在一定程度上建构出不管是男性还是女性对女性性权利的高度重视，更不用说在女权主义不断深入人心的今天。相反，对于男性的性权利，社会的要求相当宽容，“胡天胡帝”的性行为并不会影响一个男性光辉的形象，金庸小说中的人物“韦小宝”七个老婆的“业绩”在其“讲义气”的形象面前也会显得暗淡无光。哪怕在一夫一妻多妾制的年代，对于严格控制一夫一妻的男性道德“楷模”，人们也不会给其树立“贞节牌”。正是这样的社会价值观与道德航线线造就了男性和女性共同对男性性权利的忽视。强奸罪长期以来被定位为“伤害风化罪”<sup>④</sup>，从古至今被赋予了相当大的道德内涵，而在女性性权利神秘而又被社会高度重视的指挥棒下，强奸罪保护的客体侧重女性的性自主权也就非常容易理解了。“传统道德对于强奸的道德反感以及对女性贞节的强调，促成了在强奸立法和性骚扰立法领域对女性的保护，也就是

说在这个问题上，女性主义对自身性的自主权的强调，在其否定意义上，就是说‘不’的权利，得到了传统守身道德的支持，最起码是一种无意识的支援。而主流意识形态包括男同性恋者对于同性强奸的不敏感再一次说明，传统的社会风化在当代的强奸罪立法中还有着重要的作用，也正是因为如此，男人的性自主权不受到重视是因为传统资源没有提供支持。”<sup>[13](139)</sup>

其二，中国当代主流社会的“恐同”心理(指对同性恋的不认知而产生的恐惧心理)也在一定程度上导致在《刑法》中规定的男女性自主权的不平衡现状。从逻辑上说，强制性的异性间的性行为被界定为犯罪，那非强制性的异性间的性行为就意味着非罪化，且国家公权力有义务对其加以保护，诸如婚姻中的性行为，婚姻外的同居行为等。同理，我们面临着这样的逻辑推论：如果我们在刑法中明确规定同性间强制性行为是一种强奸行为的话，那也同样意味着非强制性同性行为的法律合法评价、公权力介入保护等问题。显然，这又不可避免地会与同性恋问题紧密联系起来，而主流社会对同性恋问题的回应在目前的中国语境下又是骑虎难下的。这样看来，回避似乎成为解决问题的最好方法。所以，学界有人认为：我们的立法受到了男性本位主义观念的影响，男性是天生的强者，富有攻击性，女性是弱者，而对同性恋避而不谈，在法律中能简就简。<sup>[14]</sup>

目前有不少国家和地区对同性恋的人权都加以广泛保护。鉴于很多国家有相关的立法例，<sup>⑤</sup>特别是在我国台湾、香港、澳门等地都修订刑法规定同性强奸可以成立的背景下，<sup>⑥</sup>我国内地《刑法》对性自主权的不平衡规定到底能独善其身多久呢？有学者认为，即使不从应然的角度而是从事实判断的角度，中国内地的修法也只是时间问题了。<sup>[13](136)</sup>理想与现实的差距就在于人们对制约事情成功的客观因素认识不足。本文限于篇幅，没有对“同性强奸”立法的必要性及可行性等作出论证，只是以性自主权为法理视角，讨论中国《刑法》没有规定“同性强奸”的遗憾与不足。笔者对未来刑法就相关内容的补正充满期待。当然，本文还需要慎重地解决：抛开同性恋问题来谈“同性强奸”的立法是否可能？如果可能，才能消融主流社会由“同性强奸”立法转向引起保护同性恋合法权利的担心，接纳性自主权平衡论的观点，真正把“同性强奸”纳入立法规划中。笔者认为，刑法未来对强奸罪的修订，并不会全方位地改变主流社会对同性恋权利保护的格局。理由有二：一是中国历来有先刑后民的立法传统。中国的法制史是一部刑法史，改革开放以来，《刑法》比《民法通则》的制定早了近7年。刑

事法律多为禁止性规范,民事法律多为授权性规范,用通俗的话说,刑事法律的出笼往往是满足不同时代条件下集体利益的需求,当同性性行为被社会的道德广泛诟病时,刑法就会为了维护这样的集体情感挺身而出,对此加以定罪。法国思想家涂尔干说:“明确而又强烈的共同意识才是真正刑法的基础所在。”<sup>[15]</sup>而民事法律更多是满足个体的需求,调整平等主体之间的财产关系和人身关系。刑事法律对于维护社会的稳定与安全,控制人们行为的强度要远远高于民事法律,所以,“重刑轻民”的法制传统,先刑后民的立法进路是很好理解的,这也可以很好地诠释这种现象:为什么1997年《刑法》之前的流氓罪可将同性性行为涵盖在内,而当时的同性恋权利呼声却微乎其微。中国社会虽今非昔比,“但直到现在,同性恋问题在中国法中仍然还只是同性性行为问题,仍然只是刑法的调整范围,这也是同性恋开始被法律关注的早期阶段,我们现在还没有走出这样的阶段。”<sup>[13](175)</sup>二是中国人权事业从无到有,从有到荣,至2004年把“国家尊重和保障人权”写入宪法的历程表明,任何权利的发展与演进都需要一个历史过程。逻辑上讲,同性强奸的入刑可能会带来与同性恋相关的民事权利合法保护的诉求,但实践中,却不大可能出现同性恋问题的“多米诺骨牌效应”。1997年修改刑法取消流氓罪后,非强制的同性性行为不被认为是犯罪就显得“润物细无声”,上述所阐释的组织同性卖淫被界定为犯罪也没引起同性恋问题的“换了人间”等就是很好的例证。

总之,“同性强奸”的入刑应秉持男女性自主权平衡的原则,因为这个原则体现了“一种不带棱角的、泛指的中性语言,使人觉得女性如同男性一样已经成为独立的个体,如果发生了性侵犯,首先不再是确定受害人的性别。这意味着‘彻底的性平等’:性暴力冲突的双方是两个平等的人。”<sup>[16]</sup>总的看来,在“同性强奸”将来的立法上,不管是全国人大代表曾建议在《刑法》中增加“同性性侵害罪”,并处以与强奸罪相同的司法量刑,抑或是政协委员建议修订刑法,扩充强奸罪的外延;<sup>①</sup>还是有人主张通过最高人民法院的司法解释,把强奸罪的外延扩大到同性性侵害行为,为制裁和震慑同性性侵害提供法律依据。我们的目的非常明确,从宏观上讲,是彰显人权,促进平等;从微观上讲,是为平衡男女性自主权,解决实践中同性恋问题的法律适用的冲突和矛盾。

#### 注释:

① 在我国,同性恋者人数估计很难准确计算,社会学家李银河分析了许多调查结果,估测有3%~4%的中国人是同性恋者,总数

约3 600~4 800万人。到目前为止,保守估计,中国内地(大陆)的同性恋者至少3 000万人。2001年4月20日,新版的《中国精神障碍分类与诊断标准》把同性恋从精神疾病名单中剔除,实现了同性恋非病理化的转变。2005年8月8日,中央电视台《新闻调查》栏目以题为《以生命的名义》首次公开报道中国社会中的同性恋现象。从2003~2008年,李银河博士共3次在全国人大召开之际向全国人大代表推介自己要求修改婚姻法,确认同性婚姻合法化的观点,力图形成一个人大议案。2009年11月,由云南大理市政府出资建立的男同性恋酒吧在2009年的岁末一时成为社会谈论的热点。2011年“三八”妇女节期间,网易进行了较为广泛的同性恋问题的讨论。就目前的社会现状来看,虽然大家对同性恋还是不能如对待异性恋那样淡定,但对同性恋问题也不再是讳莫如深了。

- ② 学界有人认为,“他人”在公法领域能否理解为包括同性和异性是一个值得研究的问题。因为在民事领域,如《婚姻法》中的“有配偶者与他人同居”的“他人”没用明确性别范畴,但是通过2001年最高人民法院关于婚姻法的司法解释(一)界定“有配偶者与他人同居”是指有配偶者与婚外异性不以夫妻名义,持续地共同居住,也就是说,这里的“他人”特指异性之间,并没有包括同性之间。一般而言,刑事法律相比民事法律应该有更严格的解释限制,当刑事法律没有做出相关的立法解释或司法解释时,能否做出上述理解,值得商榷,而且这样的理解也会直接导致刑事领域与民事领域理解的不吻合。详见郭晓飞:《中国法视野下的同性恋》,知识产权出版社,2007年版第114页。
- ③ 如据人民网报道,2010年5月,42岁的男子张某对18岁的男同事实施“强奸”并导致对方受伤。事后检方以故意伤害罪将张某提起公诉,北京市朝阳区人民法院认定张某的行为构成故意伤害罪,鉴于其积极赔偿受害人经济损失获得对方谅解,并自愿认罪,最终法院判处其有期徒刑1年。见《中国首次对“强奸”男性者追究刑责 罪犯获刑1年》. <http://news.163.com/11/01/04/14/6PIH8GFP00014AED.html>。
- ④ 如直至1999年,我国台湾地区才将原来的“伤害风化罪”一章名称改为“妨害性自主罪”。
- ⑤ 在强奸罪的认定上,如德国刑法典第177条规定的犯罪对象是“他人”而不是单独指“妇女”,详见徐久生、庄敬华译《德国刑法典》,中国法制出版社2000年版第145页。在强制猥亵上,世界上大多数国家的法律对强制猥亵罪的犯罪对象均规定为一般成年人,如奥地利、意大利、瑞士、日本、泰国、韩国、德国以及美国等,巴西刑法则规定强制猥亵罪可以是任何人而没有另外设立猥亵儿童罪。比较它们的规定,强制猥亵罪的犯罪对象既包括女性,也包括男性。
- ⑥ 1999年,台湾地区重新修订了强制性交罪的内涵:一是性器进入他人之性器、肛门或口腔之行为;二是性器以外之其他身体部位或器物进入他人之性器、肛门之行为。见张宏诚,《同性恋权利平等保障之宪法基础》,学林文化事业有限公司2002年版,第256页。《澳门刑法典》第175条强奸罪的第2款规定:以上款所指之方式与他人肛交或强迫他人与第三人肛交者,处相同刑罚。见赵秉志主编:《澳门刑法典 澳门刑事诉讼法典》中国人民大学出版社1999年版,第60页。香港也对同性间强制性的性行为加以详尽的规定,强迫鸡奸罪,促使同性鸡奸罪等。赵秉志主编:《香港刑法》,北京大学出版社1996年版,第154-157页。
- ⑦ 全国人大代表、宁波大学外语学院院长范谊2007年3月4日提交议案,指出“同性性侵害”属于暴力性犯罪,建议在《刑法》中增加相关条款予以制裁。详见:人大代表建议增同性性侵害罪与强奸罪量刑相同. [http://www.qingdaonews.com/content/2007-03/05/content\\_7731565.htm](http://www.qingdaonews.com/content/2007-03/05/content_7731565.htm)。政协委员、中国社科院研究员刘白驹在2005年提出提案,建议把强行与同性发生性行为归入强奸罪,把强制猥亵同性归入强制猥亵罪。见谢炜、申剑丽、廖卫华:同性性侵犯应定猥亵罪——政协委员刘白驹建议修改《刑

法》以弥补法律空白, 载《新京报》2005年3月7日。

### 参考文献:

- [1] 宫国江. 加强我国的同性恋法制建设[EB/OL]. <http://www.boysky.com/2003/06/15>, 2011-08-11.
- [2] 陈庆沛. 同性侵犯遇尴尬 男子“强奸”同性仅被拘 15 天 [EB/OL]. <http://news.qq.com/a/20061228/000770.htm>, 2011-08-19.
- [3] 男子露宿路边遭同性“强奸”[N]. 成都晚报, 2004-09-04, (15).
- [4] 韩俊杰, 等. 男子遭同性性强暴, 施暴者无法被追究刑事责任[N]. 中国青年报, 2005-02-17, (6).
- [5] 李亮, 等. 男性间性暴力十大典型案例背后[N]. 法制早报, 2005-07-26, (3).
- [6] 沈莉波, 庄莉莉. 网聘技师服务“同性恋” 介绍卖淫入狱四年 [EB/OL]. [http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=331481&k\\_title](http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=331481&k_title), 2011-08-16.
- [7] 刘璐璐, 贾秀春. 组织为“同志”提供性服务 “极品男孩”变成狱中组合 [EB/OL]. [http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=380964&k\\_title](http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=380964&k_title), 2011-08-16.
- [8] 赵合俊. 作为人权的性权利[C]//人权研究(第二卷). 济南: 山东人民出版社, 2002: 239-240.
- [9] 赵合俊. 作为人权的性权利[C]//人权研究(第二卷). 山东: 山东人民出版社, 2002: 240.
- [10] 杨立新. 民法草案人格权法编评述[J]. 法学家, 2003(4): 18-22.
- [11] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2000: 476.
- [12] 马克昌. 刑法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2007: 436.
- [13] 郭晓飞. 中国法视野下的同性恋[M]. 北京: 知识产权出版社, 2007.
- [14] 贺洪超. 对我国性犯罪问题立法若干问题的思考[J]. 武汉理工大学学报, 2005(1): 111-114.
- [15] [法]埃米尔·涂尔干. 社会分工论[M]. 渠东译. 北京: 三联书店, 2000: 114.
- [16] [法]乔治·维加莱洛. 性侵犯的历史[M]. 张森宽译. 长沙: 湖南文艺出版社, 2000: 286-287.

## Evaluation and conflict of application of public laws related to homosexuality in China

HE Dongping

(Politics and Law Department, Zhangzhou Normal University, Zhangzhou 363000, China)

**Abstract:** In China, due to the lack of law, there are differences in time and space when public authority applied the law to the issue of homosexuality, which reflects a state of conflict. Such a conflicting state made people feel unequally applicable law when facing equally serious acts of sexual assault. We can take the balance of male and female sexual autonomy as legal basis, adjust the criminal law or judicial interpretation and change the reality that there is no law to rely on when handling “homosexual rape” and “homosexual obscenity”.

**Key Words:** homosexual behavior; application of public laws; sexual autonomy; homosexual rape

[编辑: 苏慧]