对“卖淫类刑事案件适用法律

若干问题的解释”的理解与适用

  **青川县人民检察院 陈立平**

摘要：我国刑法第三百五十八条至第三百六十二条对卖淫类犯罪进行了规定，包括组织卖淫罪、强迫卖淫罪、协助组织卖淫罪；引诱、容量、介绍卖淫罪；传播性病罪等犯罪，见于我国刑法分则第六章妨害社会管理秩序罪所列条文当中, 笔者主要通过2017年7月21日最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》，以及其相关犯罪构成要件、选择性罪名之间比较的方法,对卖淫相关的几种犯罪进行了一定的探究, 以期助益于司法实践。

关键词：组织 强迫 容留 介绍卖淫罪

当前, 卖淫嫖娼行为普遍存在于我国现代城市及农村的角落,卖淫嫖娼行为严重违反社会公德及伦理道德，败坏社会风气，破坏家庭婚姻关系，传播性病，为社会公众所痛斥。我国现行法律规定中，卖淫嫖娼行为只是违反社会治安管理的行政违法行为，对卖淫嫖娼人员仅处以罚款、拘留等处罚手段，并非犯罪行为。我国法律仅对组织、协助组织及引诱、容量、介绍等促成卖淫嫖娼活动发生的行为规定为犯罪并予以打击。建国以来，我国刑法典对这些犯罪的规定最早见于《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定( 1991 年9 月4 日) 》和《最高人民法院、最高人民检察院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答( 1992 年12 月11 日)》 的相关内容, 我国刑法也对该类行为涉嫌犯罪的情形予以明确认定并规定了量刑档次。1997年刑法对组织卖淫罪和强迫卖淫罪是配置有死刑的犯罪,在保障人权和废除非暴力犯罪死刑的呼声日益高涨的现时代背景下, 2014年《中华人民共和国刑法修正案九》第四十二条对该条进行了修改，废除了关于“有前款所列情形之一，情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产”的规定。并且取消了关于“嫖宿幼女罪”的罪名，将其列入强奸罪从重处罚。

我国刑法第358条至第362条对卖淫类犯罪进行了规定，包括组织卖淫罪、强迫卖淫罪、协助组织卖淫罪；引诱、容量、介绍卖淫罪；传播性病罪等犯罪，见于我国刑法分则第六章妨害社会管理秩序罪所列条文当中, 笔者主要通过其犯罪构成要件、选择性罪名之间比较的方法,对与卖淫相关的几种犯罪进行了一定的探究, 以期助益于司法实践。

一、组织卖淫罪与强迫卖淫罪的区别

（一）我国现行《刑法》及司法解释对组织卖淫罪与强迫卖淫罪的基本规定。

《刑法》第358条对组织卖淫罪与强迫卖淫罪规定了详细的量刑情节，但仍不够明确。如该条第一项规定：组织他人卖淫，情节严重的处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。何为情节严重，没有统一的标准及尺度。为便于实际工作中运用，2017年7月21日最高人民法院、最高人民检察院联合发布了关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释。（以下简称“解释”）该解释第一条规定：以招募、雇佣、纠集等手段，管理或者控制他人卖淫，卖淫人员在三人以上的，应当认定为刑法第三百五十八条规定的“组织他人卖淫”。
 根据该“解释”得出以下结论：一是组织他人卖淫的，卖淫人员在三人以上的才达到立案追诉标准，卖淫人员在三人以下的可能构成容量、介绍卖淫罪。二是“解释”将组织的形式更加全面细化为招募、雇佣、纠集。由于在司法实践中遇到的案件形式多样，纷繁复杂，该解释为办案人员对案情研判及准确适用法律提供了较好的法律依据。三是“解释”第一条第二款规定：组织卖淫者是否设置固定的卖淫场所、组织卖淫者人数多少、规模大小，不影响组织卖淫行为的认定。四是关于卖淫次数是否可以作为“情节严重”的选项问题。司法实践中对次数的取证极其困难，尤其是次数与人数相比，多人比多次危害要大得多。因此，《解释》未将次数作为“情节严重”的情形。当然，《解释》对次数问题也作出充分考虑：一是专门设置第十条，将组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的次数，作为在法定刑幅度内的量刑情节次数作为“情节严重”的量刑情节，量刑幅度为五年以上十年以下。

我国刑法对强迫卖淫罪与组织卖淫罪归属在《刑法》第358条。这两类犯罪的社会危害性明显大于引诱、容留、介绍卖淫罪。尤其是强迫卖淫行为具有限制他人人身自由、侵犯她人性自由权的行为特点，社会危害性较大，该两类犯罪起点刑均为5年以上，10年以下有期徒刑，并处罚金。

( 二) 笔者对组织卖淫罪与强迫卖淫罪的分析及理解。

我国刑法典对组织卖淫罪与强迫卖淫罪规定了相同的法定刑, 只要构成组织卖淫罪或强迫卖淫罪的, 就要被判处5 年以下有期徒刑, 并处罚金。对具有加重情节的情形所规定的法定刑也是相同的, 只是具体的情节不同, 当情节特别严重时, 二罪应处的法定刑也是相同的。

笔者认为强迫卖淫罪与组织卖淫罪是性质完全不同的两种犯罪, 规定相同的法定刑是不符合罪责刑相适应原则的,两罪罪质的不同主要体现在侵犯客体的差异上。相同的法定刑无法体现二罪罪质的不同, 与罪责刑相适应原则相悖。众所周知, 在我国, 犯罪所侵犯的客体反映着犯罪的社会危害性大小, 强迫卖淫罪与组织卖淫罪所侵犯的客体是不同的。

笔者在这里所比较的组织卖淫罪不包含强迫的行为或手段, 只是将强迫卖淫罪与出于自愿而被组织的组织卖淫罪进行比较。根据笔者了解，在实践中，自愿卖淫的人员占大多数, 卖淫人员主观目的都是想通过卖淫的手段在较短的时间内挣取较多的金钱, 因强迫而被逼无奈卖淫或因生活艰辛而卖淫的只是较少一部分。强迫卖淫罪所侵犯的客体是他人的性自由权利和良好的社会风尚。在强迫卖淫罪中, 犯罪行为的社会危害性具体表现为对他人性自由权的侵犯, 人身权利或人身自由权利的被侵犯通过性的自由权利被侵犯体现出来, 将该罪的客体界定为他人的性自由权利更能体现该罪的具体特点及现实危害。将不同层面的概念并列在一起也不符合逻辑学的要求, 正如特殊法条和一般法条的关系, 特殊法条是优先选用的对象, 当特殊法条被适用时, 一般法条的适用就会被排斥, 将人身权利或人身自由权利与性自由权利相并列, 也正是逻辑规律所不允许的。因此, 笔者认为, 强迫卖淫罪的客体应是性的自由权利和良好的社会风尚, 在侵害被强迫人性的自由权方面, 该罪与强奸罪极为相似。在组织卖淫罪中, 由于卖淫人是自愿卖淫, 他们性的自由权利并没有被侵犯, 组织者的组织行为和卖淫者的卖淫行为侵犯的只是社会的良好风尚, 强迫卖淫罪与之相比, 侵害的客体更为重要, 对社会的危害性更大。因此, 对强迫卖淫罪规定比组织卖淫罪更重的刑罚, 或者为组织卖淫罪配置较强迫卖淫罪为轻的刑罚才更符合罪责刑相适应的原则。

笔者认为组织卖淫罪与强迫卖淫罪应分别立法, 将组织卖淫罪的原定法定刑降低一个档次，并与引诱、容量、介绍卖淫罪相区别，以实现罪责刑相适应原则。

二、协助组织卖淫罪

协助组织卖淫罪系《刑法修正案（八）》规定的新罪名。1997年《刑法》将协助组织卖淫的行为作为组织卖淫罪的从犯予以打击处理，量刑幅度均低于组织卖淫罪。2011年《刑法修正案（八）》将协助组织卖淫的行为从组织卖淫罪中单列出来，作为一个独立的罪名予以打击处理。彰显了我国立法工作的严谨与务实，更加方便了司法实践中对卖淫类犯罪分类予以打击。

由于在司法实践中发现组织卖淫罪的犯罪人数往往是一个人数较多的共同犯罪或者犯罪集团，甚至是黑社会性质的组织犯罪，犯罪分工较为明确，管理者与被管理者人数众多，有组织者、招募、运送人员或者充当保镖、打手、管账人员。还有从事一般服务性、劳务性工作的人员。这些人是否构成共同犯罪？对于协助从事卖淫的人员有些是明知的，有些并不知情，是否作为犯罪予以打击，区别起来较为棘手。

《刑法》对协助组织卖淫的手段规定为“招募、运送或者其他协助组织行为”。那么其他协助组织行为是哪些行为呢？“解释”对此做了较为明确的规定。“解释”第四条规定：明知他人实施组织卖淫犯罪活动而为其招募、运送人员或者充当保镖、打手、管账人等的，依照刑法第三百五十八条第四款的规定，以协助组织卖淫罪定罪处罚，不以组织卖淫罪的从犯论处。在具有营业执照的会所、洗浴中心等经营场所担任保洁员、收银员、保安员等，从事一般服务性、劳务性工作，仅领取正常薪酬，且无前款所列协助组织卖淫行为的，不认定为协助组织卖淫罪。

另外，“解释”对协助卖淫罪情节严重的情形做了规定。　即招募、运送卖淫人员累计达十人以上的；招募、运送的卖淫人员中未成年人、孕妇、智障人员、患有严重性病的人累计达五人以上的；协助组织境外人员在境内卖淫或者协助组织境内人员出境卖淫的；非法获利人民币五十万元以上的；造成被招募、运送或者被组织卖淫的人自残、自杀或者其他严重后果的；

三、对引诱、容留、介绍卖淫罪的解释的理解与适用

《刑法》第三百五十九条规定：引诱、容量、介绍他人卖淫的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。 “解释” 第八条规定：引诱、容留、介绍他人卖淫，具有下列情形之一的，应当依照刑法第三百五十九条第一款的规定定罪处罚：　（一）引诱他人卖淫的；（二）容留、介绍二人以上卖淫的；（三）容留、介绍未成年人、孕妇、智障人员、患有严重性病的人卖淫的；（四）一年内曾因引诱、容留、介绍卖淫行为被行政处罚，又实施容留、介绍卖淫行为的；（五）非法获利人民币一万元以上的。

（1）关于引诱他人卖淫问题。引诱他人卖淫是使一个没有卖淫意愿的人从事卖淫行为，相比较容留、介绍卖淫行为，使没有卖淫意愿的人改变主观意愿从事卖淫，主观恶性更大，社会危害性更大，立法者通过立法予以更加严厉的打击。因此，《解释》对引诱他人卖淫不作人数的限定，即只要引诱

一人卖淫即构成犯罪。对于引诱未成年人卖淫的，从重处罚。

（2）关于容留、介绍卖淫的入罪标准。对此法律明确不再以次数计算，而将容留、介绍二人以上卖淫作为入罪标准。主要理由是以容留、介绍的人数作为入罪标准更具可操作性。司法实践表明，确定引诱、容留、介绍人数相对容易，但卖淫者卖淫的次数则较难取证，也难统计。但需要注意的是办案人员对卖淫次数仍应该侦查清楚，因为次数多少也是衡量其社会危险性大小的重要参考因素，是作为本案的量刑情节在量刑时予以充分考虑的，而不是作为入罪情节。

（3）关于容留、介绍特殊人员卖淫的入罪标准问题。特殊人员指未成年人、孕妇、智障人员、患有严重性病的人。这类人员要么是法律特别保护的对象，要么其卖淫对社会会造成更大危害，如患有严重性病的人。因此，容留、介绍上述特殊人员卖淫的，不受“二人以上”标准的限制，即容留、介绍上述人员一人卖淫即构成容留、介绍卖淫罪。因此，这就提醒我们办案人员在办理此类案件的时候，不能仅仅着眼于组织、强迫、引诱、容留、介绍的卖淫者的人数，更要注重于对卖淫者自身情况的甄别和了解。如卖淫者的主观意愿、年龄大小、智力状况、是否怀孕、是否有性病，从而准确把握案情，正确运用法律武器，实现对罪犯的精准打击。

（4）该条第一款第四项是对具有同类行为被行政处罚过的人作出降低入罪门槛的规定。此类人员主观恶性较深，人身危害性较大，因此，其入罪门槛适当降低。系为了体现对有前科劣迹人员从严惩处的精神，该项规定对曾因引诱、容留、介绍卖淫行为被行政处罚，又实施容留、介绍卖淫行为的，不再要求达到二人以上即可定罪。

（5）关于非法获利如何入罪的问题。由于在实践中查处非法收入比查处容留、介绍次数更容易，操作性更强。《解释》将一万元的非法获利作为入罪标准之一。因此，作为办案人员，在实践中查处此类犯罪案件时，对于犯罪嫌疑人拒不交代容量、介绍卖淫行为，收集证据较为困难的，可以通过对其财物经营账目收支情况进行入手，但对于嫌疑人通过合法（除卖淫嫖娼分成）经营获利的应该排除在外，不作为犯罪金额计算在内。

（6）关于利用网络、短信发布招嫖信息、散发小广告等公开介绍卖淫的入罪问题。全国人大常委会法制工作委员会刑法室提出，关于利用网络招嫖问题，在刑法修正案（九）前没有明确规定。但是刑法修正案（九）将利用信息网络发布违法犯罪信息的行为专门规定为犯罪，因此，对于利用网络发布招嫖信息的行为，适用刑法第二百八十七条之一的规定，以非法利用信息网络罪追究刑事责任更为妥当。同时构成介绍卖淫罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。此外，根据2017 年两高《关于办理扰乱无线电通讯管理秩序等刑事案件适用法律若干问题的解释》规定，如果行为人使用“伪基站”发送招嫖信息，数量在五千条以上的，应当认定为刑法第二百八十八条第一款规定的“情节严重”，可以扰乱无线电通讯管理秩序罪定罪处罚，同时构成介绍卖淫罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

（7）关于是否必须以营利为目的，才能构成本罪的问题

1979年刑法将以营利为目的作为引诱、容留卖淫的犯罪构成要件予以规定，1997 年刑法取消了“以营利为目的”的要件规定。为了在实务中更加明确，《解释》专门规定“引诱、容留、介绍他人卖淫是否以营利为目的，不影响本罪的成立。”

（8）关于介绍卖淫罪。对“介绍”的行为如何界定，是不是所有通过“介绍行为”促成卖淫嫖娼的行为都是介绍卖淫罪呢？笔者认为在现实中四种介绍卖淫的行为。一是卖淫场所管理者在卖淫女和嫖客之间的介绍行为。二是其他卖淫场所管理者或者出租车司机（第三人）为卖淫场所管理者介绍嫖客抽成获利的行为。三是在意欲卖淫者和卖淫场所管理者之间的介绍。四是散发招嫖卡片或者网络招嫖信息的行为。

我们通常在两种意义上使用介绍这一语词, 第一种意思是指为一般的受众提供信息, 如介绍某一事物的历史、概貌等情况, 第二种意思是沟通, 被沟通的双方必须具有被介绍事项的对向性和行为的互需性, 沟通的内容正是对向性双方共同关注的、相互需要的、彼此直接行为才能完成的事项, 比如介绍买卖, 被介绍的买方和卖方必须是商品的购买者和出售者, 介绍的内容是买卖双方直接需求的商品买卖事项。刑法中的介绍应当在第二种意义上使用。有学者认为介绍卖淫罪中, 被介绍的双方只能是卖淫者和嫖客, 所介绍的内容只能是卖淫一方出卖肉体或色相, 另一方购买他人肉体和色相以满足自己的性欲。笔者对该观点不能认同。因为卖淫女在被组织、强迫、容留卖淫时主观意思表示并不能决定卖淫行为能够促成，交易商谈是在管理者、组织者（以下简称管理者）与嫖客之间进行的，管理者在促进交易完成方面起到较大的推动作用，且管理者本身已经构成了组织、强迫、容留等行为的情况下，必然不可避免地会发生介绍行为，介绍行为已经被上述行为所吸收。在意欲卖淫者和卖淫场所管理者之间的介绍, 其内容是雇佣事项而不是介绍卖淫, 如果认为这种介绍也可以构成介绍卖淫罪, 那就无限制地扩大了介绍卖淫罪的规制范围, 也是对刑法中介绍本质含义的曲解。对于这种介绍行为, 如果达到犯罪的程度, 在管理者构成组织卖淫罪的情况下, 可按组织卖淫罪的共犯或者协助组织卖淫罪处罚, 在管理者不构成组织卖淫罪的情况下, 对介绍行为人可以容留卖淫罪的共犯予以处罚。介绍可以分为当面介绍和分别介绍, 当面介绍行为构成介绍卖淫犯罪是没有疑问的。在分别介绍的情况下, 如果介绍行为人受组织者或卖淫人授意或委托, 到外面招揽嫖客, 明确告知嫖客卖淫场所的位置或卖淫人的姓名、联系方式等情况, 应以介绍卖淫罪论处。因此笔者认为散发招嫖小卡片的行为也构成介绍卖淫罪，应当以介绍卖淫罪予以刑事处罚。由于利用网络工具微信等散发招嫖信息已经另行规定为非法利用网络信息罪予以打击。因此，笔者认为上述第二种和第四种散发招嫖卡片的介绍行为是构成介绍卖淫罪的。

四、组织卖淫罪与引诱、容留、介绍卖淫罪的区别

刑法典第359 条规定了引诱、容留、介绍卖淫罪, 该罪是选择性罪名。由于将组织卖淫过程中的引诱、容留、介绍行为作为组织卖淫罪的量刑情节看待, 使得组织卖淫罪也大面积地侵占了引诱、容留、介绍卖淫罪的地盘, 引诱、容留、介绍卖淫罪所规制的犯罪行为范围也较为狭窄。现实中, 引诱、容留、介绍行为往往和组织行为交织在一起, 特别是几乎所有的组织行为都伴随有容留、介绍行为, 根据相关规定, 构成组织卖淫罪必须是被组织者在3 人以上, 如果被组织者在3人( 不包括本数) 以下并为卖淫人卖淫提供场所, 且卖淫人是自愿被组织卖淫的, 应以容留卖淫罪论处, 如果没有提供场所的, 应以介绍卖淫罪论处。引诱卖淫罪应是指引诱卖淫人直接进行卖淫, 如果以利益诱使他人, 使他人答应卖淫, 然后将卖淫人交给组织者, 由组织者安排卖淫的, 对引诱人应定为协助组织卖淫罪, 因为, 这种情况下行为人的行为是在为组织者招募卖淫人员, 根据笔者在第一部分的分析, 在外围为组织者提供卖淫人员的行为是协助组织卖淫的行为。

五、传播性病罪

该项罪名仅针对卖淫、嫖娼者恶意传播性病，报复社会的犯罪分子，不针对其他组织者或者容留者。由于该类犯罪在现实中发现的很少，在此不再予以赘述。

笔者认为，作为办案人员在办理卖淫类犯罪时，仍需要加强对性病、艾滋病类患者从事卖淫嫖娼活动的甄别及办理。并需要重点注意以下两点法律规定：一是明知自己患有艾滋病或者感染艾滋病病毒而卖淫、嫖娼的以传播性病罪认定。二是如果有证据证明行为人是出于故意伤害、故意杀人的目的而传播艾滋病的，认定为故意伤害致人重伤。即以故意伤害罪对故意传播艾滋病行为进行定罪处罚。

 参考文献：

[1]卖淫相关犯罪探析 中国人民大学法学院 ，周海洋

[2]《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》解读，卢宇蓉 吴飞飞：

[3]浅析散发招嫖卡片行为的定性 金朝 余丽