

奸淫幼女与严格责任

——就“高法”司法解释与苏力先生商榷

刘仁文

【内容摘要】 虽然最高人民法院的此次司法解释不无瑕疵,但其对奸淫幼女主观过错的强调从根本上来说是正确的;我国刑法在保护幼女的问题上确实还存在一些不足,但努力的方向不应是严格责任,而是应在坚持过错责任的前提下,朝着对奸淫幼女实行过错推定的思路去进行;最高人民法院的批复虽然从表面看解决了奸淫幼女罪要求行为人对幼女的年龄必须明知的问题,但究竟何为“明知”,何为“确实不知”,这仍然需要司法实际工作者结合自己的法律知识、实务经验乃至良知和勇气来作出最后决断。

【关键词】 奸淫幼女 严格责任 司法解释 刑法

《法学》2003 年第 8 期刊登了苏力撰写的《司法解释、公共政策和最高法院》一文,该文对 2003 年 1 月 23 日我国最高法院发布的最高法院审判委员会第 1262 次会议通过的《关于行为人不明知是不满 14 周岁的幼女,双方自愿发生性关系是否构成强奸问题的批复》提出了强烈的质疑和批评,文章指出:该司法解释违背常理,违背保护 14 岁以下少女这一相对弱势群体的基本公共政策。这一解释有可能带来不可欲的社会后果,有利于某些特殊群体的非法犯罪行为,……这一解释还有越权违法的嫌疑。

苏力先生的文章在《法学》发表后,立即引起了学界的关注。对他的一些观点作进一步的推敲,以便让读者有兼听的机会,我想这应当是一件有意义的事情。由于笔者对跨学科研究一直抱一种欣赏和钦佩的态度,因此本文不准备在一些细枝末节上对苏文吹毛求疵,仅就几个主要问题谈谈自己的看法,兼与苏力先生商榷。

一、是否绝大多数国家都对奸淫幼女实行严格责任

尽管苏力先生在文章中声明,其他国家的做法对我们并不具有决定意义,但他还是用了较大的精力来介绍国外的情况,并得出世界上绝大多数国家都对奸淫幼女实行严格责任的结论,即不论行为人是明知对方是法定意思表示年龄以下的幼女,也不论对方同意与否,只要与其发生了性关系,行为人就构成了“法定强奸罪”。这里,“不论对方同意与否”不成其为问题,因为无论按

苏力:《司法解释、公共政策和最高法院——以最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入》,《法学》2003 年第 8 期。

照我国刑法学界的通说还是此次的司法解释,我国的奸淫幼女罪也都不排除对方同意的情形。关键的问题是,是否绝大多数国家都在追究奸淫幼女罪的刑事责任时不考虑行为人是否明知对方为幼女的因素?根据笔者的初步研究,结论似乎有所不同,论据有三:

首先,在苏文所举的一些法域例子中,有的法域本身就明确规定或显而易见可推断出行为人需要对幼女的年龄有认识。例如,俄罗斯刑法第131条规定:“年满18岁的人与明知未满16岁的人实行性交、同性性交的,处3年以下的限制自由或4年以下的剥夺自由。”这里就明确规定了行为人必须明知对方是未满16岁的人。又如,瑞士刑法第187条第1款规定:“与未满16岁儿童为性行为,诱惑儿童为性行为或让儿童与自己为性行为的,处5年以下重惩役或监禁刑。”第4款规定:“行为人误认为儿童已满16岁,如果行为人慎重行事是能够避免此等错误的,处监禁刑。”从第四款的规定可以看出,第1款显然是指行为人明知的情形,而且还可推断出:如果行为人慎重行事也无法避免“此等错误”的话,将不作为犯罪来处理。

其次,对那些在法条中没有包含“明知”字眼的法域,并不能因此就断定这些法域的国家在司法实践中对于此类犯罪不考虑行为人明知的因素。因为刑法分则不是孤立的,它还要受到刑法总则的约束和指导,如果一个国家的刑法总则坚持主客观相统一、排除客观归罪,则此种精神应自动适用于刑法分则的各条文。事实上,据有的性犯罪研究专家考察,世界上多数国家的刑法理论和实务都主张奸淫幼女的行为人必须在主观上有过错,否则不能构成犯罪。

第三,即使在对此类犯罪实行“严格责任”的英美等国,实践中也正在由原来的绝对严格责任转向相对严格责任。所谓绝对严格责任,是指不允许被告人以欠缺主观过错为辩护理由,只要起诉方证明被告人实施了法定的行为或者造成法定的结果,法院就可以对其定罪量刑的一种刑事责任追究方式,它又叫实体的或纯粹的严格责任;所谓相对严格责任,是指不要求起诉方证明被告人的主观过错,但被告人可以在刑事审判中以自己已尽到必要注意义务来作为一种“善意辩护”理由的刑事责任追究方式,它又叫程序的或修正的严格责任。后者其实并没有脱离主观责任的轨道,只不过是將一般刑事诉讼中本应由起诉方证明的主观过错转移给被告方而已,属于过错推定。由于相对严格责任在降低绝对严格责任的“不公正”程度方面具有积极作用,因此它在司法实践中正受到越来越多的国家的青睐。英国是其中之一,“虽然现在英国并不是每一个法官

事实上,在对奸淫幼女罪不以被害人同意为免罪事由这一点上,世界各国倒是确实持一致的意见(不一致的是各国对幼女的年龄划定,如有的国家规定13岁或14岁以下为幼女,有的国家则规定12岁甚至10岁以下为幼女,也有国家规定16岁甚至17岁以下为幼女),这其中的法理依据主要是基于幼女尚不能正确认识自己行为的性质和后果,因而被法律推定为无决定自己行为的能力。当然,也有学者对这一“法理”提出过质疑,认为这是成人世界对青少年性权利的蔑视,是一种“强烈的成人眼光和价值判断”,但这种声音至少在目前来看,还太弱。

对于奸淫幼女的犯罪,有的国家如奥地利叫奸淫幼女罪,有的国家如日本叫强奸罪,有的国家如前苏联叫与未达到性成熟的人性交罪,还有的国家如英美等国则叫法定强奸罪。(参见欧阳涛主编:《当代中外性犯罪研究》,社会科学文献出版社1993年版,第143页。)我国最高人民法院1997年《关于执行中华人民共和国刑法确定罪名的规定》曾将“奸淫幼女罪”规定为一个独立的罪名,但在2002年最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于执行中华人民共和国刑法确定罪名的补充规定》中,取消了“奸淫幼女罪”的罪名,将其纳入“强奸罪”的内容之中。本文为行文方便,仍将这一类犯罪称为“奸淫幼女罪”。

《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀等译,中国法制出版社1996年版,第66页。

《瑞士联邦刑法典》,徐久生译,中国法制出版社1999年版,第68页。

参见前引欧阳涛:《当代中外性犯罪研究》,第149页。当然,对于此种过错要达到何种程度,各国法律在设定的高低和详略程度上有所不同。

刘仁文:《严格责任论》,中国政法大学出版社2000年版,第31页。本文除非特别说明,否则均在绝对严格责任的意义上使用严格责任这一术语。

都已接受了‘善意辩护’，也不是在每一个严格责任的案件中都采用‘善意辩护’，但他们正在尝试性地推广，而且经验已经表明，‘善意辩护’为把严格责任与刑罚的可责性原则调和到一起起到了有效的作用，它为严格责任的恼人适用找到了一个切实可行的替代办法。”特别值得一提的是，英国上院（最高法院）2000年在审理一个猥亵不满14周岁的幼女案件中，否决了过去法院一直在幼女年龄上持严格责任的做法，指出：“除非国会通过的法律明示对某种犯罪实行严格责任，否则普通法将适当的主观要件视为每一种犯罪所必须具备的内容。”

在美国，这种思路也正在得到发展。有一个例子可供读者参考：1984年里根总统发起一场“反色情”的战役，在这场战役中，联邦政府对坎托尔及其同伙米尼提起诉讼，因为他们违反了《联邦儿童色情法》，雇佣了未成年人（18岁以下）拍摄露骨的色情电影。在该案中，被告人承认他们雇佣了一名叫罗滋的演员拍摄色情电影，但声称他们不知道、也没有任何理由知道她是未成年人（雇佣成年人拍摄色情电影合法），因为罗滋、她的父亲以及她的经纪人采取了伪造出生证明和驾驶执照等方法来欺骗被告人，并且她看上去也确实不象未成年人，因而被告人确信她已达到了可拍摄此类电影的年龄。但起诉方坚持要起诉，认为此罪是严格责任，与被告人的认识错误无关（此前法院的判例确实表明对此类犯罪不要求有主观过错）。如果从该罪的立法演变来看，也确实可以将其解释为严格责任，因为国会最初起草这一条文时曾明确使用了“明知是未成年人而雇佣、引诱或者强迫其去从事露骨的色情动作”的字眼，但司法部长抗议说：“如果要求‘明知’，那么，被告人就都会以事实错误来作为辩护理由，使立法目的难以达到。”于是，立法者最后删去了“明知”的字眼。尽管如此，在本案中初审法院却下不了手，因为法官相信被告人确实是被骗的。最后，初审法院在本案中运用了“善意辩护”，即认为控方只需要证明被告人雇佣了未成年人制作色情电影这一事实，而不需要证明被告人对罗滋的年龄有明知或者怀疑，但被告人可以证明他们在罗滋的年龄这一点上存在着合理的事实错误，如果他们能够使陪审团相信，则可以免罪。在被告人被免罪后，控方提起上诉，认为一审判决违背了立法原意，法律并没有允许未成年人的欺骗可以成为一个合理错误的辩护理由，在严格责任中被告人的心态如何是一个不需要予以证明的问题。但令人有点惊奇的是，第九巡回法庭并没有象过去那样严格遵守法律文本的原意，而是继续支持本案被告人的“善意辩护”。巡回法庭认为，“善意辩护”与严格责任的本质并不矛盾，因为严格责任并不是要惩罚无辜，“善意辩护”可以在国家对严格责任的一味追求和被告人只因可责性行为而受到惩罚之间找到一种平衡，法院有权利也有责任在这两者发生冲突时设法去平衡。它还“解释”道：国会对此罪施加严格责任只是免去控方证明被告人心态的责任，但并不排除被告人可以对罗滋年龄的诚实而合理的错误认识作为辩护理由。当然，为了证明他们缺乏可责性，被告人必须拿出明确而令人信服的证据来证明他们已尽了力但仍然没能避免对罗滋年龄的错误认识。本案的判决受到了学者的欢迎，有学者指出：“（坎托尔案）说明，严格责任如若不受任何限制，它就会违背刑法的一项基本原则，即刑事责任只施加于有可责性的被告人。可以想见，在现今许多年轻人都想冒充成年人去拍电影以便发财和出名时，如果不分性质地去适用严格责任，那么就象坎托尔一案所表明的，被惩罚的被告人并不是坏人，而罗滋这样的女孩也并不是被害人。……有足够的理由表明，坎托尔案中所开辟的‘善意辩护’路径，比起要么将法律解释为有过错而要求控方举证、要么将法律解释为无过错而实行无过错定罪的传统模式来，可以更好地将控方的

参见 Laurie L. Levenson, *Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes*, *Cornell Law Review*, March, 1993.

参见 Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (fourth edition), Oxford University Press, 2003, p171.

利益与被告人的利益协调起来。”

在加拿大,最高法院曾于1985年作出决定:今后凡可判处被告人监禁的犯罪,都要允许“善意辩护”,那种不允许“善意辩护”的绝对严格责任,应被认为有违加拿大的《权利与自由宪章》。“现在,对严格责任适用‘善意辩护’已经成为加拿大法院的一条规则,而不是例外。”尤其值得注意的是,加拿大刑法对奸淫幼女罪的规定方式:被告人相信被奸淫幼女已满14岁并不能成为辩护理由,除非被告人采取了一切合理步骤确定其年龄。这种立法方式在理论上被称为“严格责任的法定辩护理由”,即原则上实行严格责任,但又允许特定的辩护理由,它与“善意辩护”的区别在于:前者是法定的,后者是由法官自由裁量的。

二、我国刑法对奸淫幼女的规定是否属严格责任

我国刑法第236条第2款规定:“奸淫不满14周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚。”苏文认为,本款规定是“严格责任的规则”,而非“过错责任的标准”。

实际上,从1979年刑法颁布以来,由于法律对奸淫幼女罪的主观方面要否对被害人的年龄有认识没有明确,因此在我国刑法理论界长期以来存在不同看法。一种观点主张,奸淫幼女罪不要求行为人对被害人的年龄有认识,而只需以法定年龄为标准,即只要同不满14岁的幼女发生了性行为,不论行为人主观认识如何,一律以奸淫幼女罪论处;另一种观点主张,在奸淫幼女罪中,同其他犯罪一样,必须贯彻主观和客观相统一的原则,行为人必须认识到对方是不满14周岁的幼女,否则不能构成奸淫幼女罪。在司法实践中,各地做法也不一致,甚至在同一个案件中前后做法也不一致,如上个世纪80年代某地曾发生这样一个案子:一幼女自己讲同100多人发生了两性关系,后经查实的就有80多人,在这80多人中,被司法机关逮捕了60多人,判了30多人以后,公、检、法几家都觉得判不下去了,因为都是这个幼女主动去找他们的,而且她谎报年龄,从其外表来看也不象是幼女。

主张我国刑法中的奸淫幼女罪属严格责任的主要理由是:1. 在我国刑法中,对什么样的犯罪必须以“明知”为条件,是有明确规定的,如刑法对“破坏军婚罪”的规定就使用了“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的”规定方式,奸淫幼女罪并未规定“明知”,可见要求奸淫幼女罪以“明知”为条件,没有法律依据,不符合立法原意。2. 如果将刑法中的奸淫幼女罪解释为包含过错的主观责任,则被告方(包括律师)就可以在“确实不知”和“明知”等法律概念之证明或反驳上大做文章,从而大大增加控方的指控责任,不利于对幼女这一特殊群体进行严格保护。不仅如此,该规则的变动还可能滋生司法腐败,为某些检察官选择性地不提起指控、某些法官选择性地作出无罪判决提供根据。

但上述观点笔者难以苟同,笔者坚持认为,我国刑法中的奸淫幼女罪应以行为人对被害人的

参见前引Laurie L. Levenson文。

Reference Re section 94(2) of the Motor Vehicle Act, (1985) 2 S. C. R.

参见前引Laurie L. Levenson文。

参见《加拿大刑事法典》,卞建林译,中国政法大学出版社1999年版,第109页。

参见前引刘仁文书,第67页以下。

参见欧阳涛:《性犯罪》,河南人民出版社1990年版,第89~90页。

参见前引欧阳涛:《性犯罪》,第88页。

转引自前引欧阳涛:《性犯罪》,第89页。

参见前引苏力文。

年龄有认识为条件。当然,这里的“有认识”,并不要求行为人必须确知对方是幼女,而是只要知道其可能是幼女,或者可能知道其是幼女,就可以构成刑法上的“故意”。具体分析如下:

首先,根据我国刑法总则的规定,我国刑法只处罚故意犯罪和过失犯罪,且过失犯罪的处罚以法律有明确规定为前提。“行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不是犯罪。”据此,不问主观过错的严格责任在我国刑法中无生存空间。

其次,如何解释刑法分则中有的条文使用了“明知”,有的条文却没有使用?对此,有的参加过1979年刑法制订的学者是这样解释的:刑法总则对故意犯罪的定义要求行为人要“明知自己的行为会发生危害社会的结果”,这对刑法分则规定的各种故意犯罪都是适用的,因此没有必要在刑法分则条文中再逐条规定“明知”。刑法分则规定有“明知”二字的,一般是两种情形:一是某种危害社会的结果,既可以由故意造成,也可以由过失造成,而刑法只规定处罚故意犯罪,才使用“明知”,如刑法中的“窝赃销赃罪”,行为人必须是“明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏或代为销售的”才构成犯罪,如果行为人不知道是赃物而予以窝藏或代为销售,就不构成犯罪。此时,为了区分罪与非罪的界限,必须在条文上规定“明知”二字。二是为了区分此罪与彼罪的界限,需要在条文上规定“明知”二字。如刑法中的“破坏军婚罪”,要求行为人“明知对方是现役军人的配偶,而与之同居或者结婚的,才构成此罪。如果行为人确实不知道对方是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的,就不构成此罪,但有可能构成重婚罪。另有的刑法学者补充指出:刑法中的“明知”是注意性规定和特别性规定,是为提醒法官注意,并不是刑法中没有“明知”的规定就不需要行为人认识故意犯罪的内容。笔者认为,这样的理解是比较有道理的。

再次,关于立法原意。迄今为止,尚没有看到有人专门从奸淫幼女罪的立法原意上来阐述该

高铭喧、马克昌:《刑法学》(下),中国法制出版社1999年版,第829页。从此意义上来说,“批复”作为一个面向大众的司法性文件,使用“明知”这样一个容易使人误以为不包括“可能知道”的词汇,是有检讨的余地的。

刑法总则第15条第2款规定:“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。”根据该款的规定,刑法分则以处罚故意犯罪为原则,过失犯罪为例外。凡没有标明过失犯罪的,应理解为故意犯罪。当然,我国刑法分则是否完全贯穿了这一要求,还有待检讨。苏力先生认为:“依据明示排除默示规则和法理,凡没有规定‘明知’的(条款)应当推定是可能有过失犯罪或严格责任犯罪的”(参见前引苏力《法学》2003年第8期文),笔者认为此种见解是不妥当的,它割裂了总则与分则的关系,也不符合“罪刑法定”原则的要求。

参见《中华人民共和国刑法》第16条。但苏力先生指出:“刑法第16条根本与这类案件无关”,其理由有二:第一,第16条对罪过的强调只是一个原则,但坚持这一原则并不必定要求在每一点上都必须证明行为有过错,可以通过法律设置来减免某一方在某一点上的举证责任;第二,更重要的是,我们无论如何都不能将一位男子在年龄认知错误的情况下同一位不满14周岁的幼女发生性关系视为第16条所说的“不可抗力”或“意外事故”。(参见前引苏力《法学》2003年第8期文)这一见解同样欠妥当:首先,虽然在罪过原则的前提下,允许法律在设置时减免某一方在某一点上的举证责任,但举证责任的转移仍然是在罪过原则的篱笆内活动,这与不问过错定罪有本质的不同;其次,一位男子在年龄认知错误的情况下同一位不满14周岁的幼女发生性关系,确实不好解释为“不可抗力”或“意外事故”,但不知苏力先生是无意还是有意,他在这里将刑法学界通称的“意外事件”换成了“意外事故”,因此容易让读者同意他的“无论如何”的结论。其实,第16条强调的是“行为……不是出于故意或者过失……不是犯罪”,因而不能说“与这类案件无关”。

在国外,虽然严格责任(绝对)的适用在很大程度上依赖于法官对法条的理解和解释,但在刑法典总则里却是有关法律依据的,如美国的《模范刑法典》在总则中就规定:“当本法典以外的其他法规规定某种犯罪为绝对责任时,这种犯罪构成本法典中的‘违法行为’,与本法典规定的要求被告具有主观可责性的条款不相抵触。”美国伊利诺州刑法典在总则中也规定:“绝对责任:如果这个犯罪是不受监禁或者不超过500美元罚金的轻罪,或者规定此种犯罪的法律明显地表示立法机关对该行为施加绝对责任之目的者,在缺乏本法关于犯罪心态规定的任何一种犯罪心理状态时,行为人可以被判定为犯罪。”

参见前引欧阳涛:《性犯罪》,第92-93页。

参见《检察日报》2003年9月5日“观点”版综述:《司法解释符合主客观相统一原则》。

问题,不过,从笔者接触到的一些参与我国1979年刑法制订的老一辈刑法学者的介绍来看,得不出立法者要对奸淫幼女实行严格责任的立法意图。进一步的论据还可以包括:1.我国刑法起草时参考外国的刑法典以前苏联为主,而前苏联刑法在这个问题上坚持了罪过原则的。2.我国最初的《刑法指导原则草案》,对奸淫幼女罪的规定采用的是“无论用何种方法奸淫不满14岁幼女的”方式,从中可以看出,刑法保护幼女这一弱势群体的重点是强调此罪不要求象强奸罪那样须采取“暴力、胁迫”的方法(即使采取诱使对方同意的方法也构成犯罪),而不是要对幼女的年龄认识实行严格责任。

最后,将奸淫幼女罪解释为包含过错的主观责任会不会导致一些消极后果,甚至出现苏文中所描述的严重后果?对于这个问题,笔者试图从以下两个角度作出回答:1、强调主观过错与增加控方的指控责任和有可能滋生司法腐败是两个不同方面的问题,不可混为一谈。如果我们承认刑法从古代的客观责任到现代的主客观相统一责任是一种司法文明和进步的表现,那么就应当认同,适当增加控方在这个问题上的指控责任,这种为不冤枉无辜而投入的司法成本是值得的。至于司法腐败,那实在是需要从其他的制度层面来反思和预防。简单一点说,我们是否可以反问:如果只图控方省时省力,如果司法腐败的症结在于强调主观过错,那么我们是否需要将刑法中其他的罪名也都规定为不问过错的严格责任呢?保护幼女重要,保护人的生命重不重要?是否也要将杀人罪、伤害罪等都作为不问主观过错的严格责任来对待?2、苏文对此次司法解释的适用后果表示出强烈的担忧,认为这将极不利于对幼女的保护,特别是将使得社会上那些有钱有势或者有名的人在与幼女的性关系中得到豁免,对此,笔者并不以为然。

苏文的过虑或者说失误在于:第一,他将“法定强奸”等同于“严格责任”。实际上,“法定强奸”的要点在于法律设定一个幼女的“自愿年龄线”,低于这一年龄,幼女即被推定为无自愿的能力,此时即使幼女是“自愿”发生性关系,也因其被法律视为“无自愿的能力”而归于无效。但法定强奸并不必然排斥行为人的主观过错,恰恰相反,正如本文的第一部分所表明的,在行为人确实不知道幼女的实际年龄时,绝大多数国家都因其主观上无“奸淫幼女”的故意而允许成立免责事由。第二,他忽略了司法解释的制约因素。例如,他多次提到那些以各种方式诱使幼女“自愿”发生性关系的男性群体,仿佛只要是幼女“自愿”发生的性关系,就可以豁免了,但实际上司法解释的前半部分已经说得相当明确:“行为人明知是不满14周岁的幼女而与其发生性关系,不论幼女是否自愿,均应依照刑法第236条第2款的规定,以强奸罪定罪处罚”,可见,在行为人明知对方是幼女的情况下,幼女同意与否并不是一个辩护理由。至于司法解释的后半部分,也不是无条件地“不认为是犯罪”的,它同时规定了四个条件:行为人确实不知对方是不满14周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微。当然,这里的四个条件关键是第一个条件,因为如果行为人明知对方是幼女,那么幼女的“自愿”就没有意义,也就谈不上情节显著轻微。对于什么是“明知”,什么是“确实不知”,这不只是奸淫幼女罪独有的问题,刑法上其他三百多种犯罪也同样面临着类似的问题,对此,刑法理论和司法实务完全可以结合具体案情、一般生活常识和司法惯例加以妥当解决,例如,行为人总不能把明眼人一看就是8、9岁的幼女说成自己将其误

参见前引欧阳涛:《当代中外性犯罪研究》,第149~150页。

转引自刘作俊:《死刑罪名通论》,郑州大学出版社2003年版,第278页。

但如果造成了严重后果呢?依“批复”,只有同时具备4个条件才“不认为是犯罪”,这里是存在问题的。正确的表述应是只要行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女、双方自愿发生性关系的,就不构成奸淫幼女罪;至于造成严重后果的,如果构成其他罪,可按相应的罪处理。

认为超过 14 周岁的少女吧。

三、保护幼女是否一定要实行严格责任

如果说前面一部分是从实然层面解读我国刑法的奸淫幼女罪的话,那么本部分将要讨论的是一个应然性问题,即:保护幼女是否一定要实行严格责任?苏文强调:保护幼女是任何国家的基本公共政策,我国宪法关于保护儿童的规定以及根据宪法精神制定的《未成年人保护法》也同样体现了这样一种政策,为在刑法中具体体现这一政策,刑法应对奸淫幼女罪实行严格责任。为此,让我们进一步探讨以下几个问题:第一,保护幼女与其他法益的关系。第二,不实行严格责任是否就保护不了幼女?第三,实行严格责任是否就可以有效减少甚至消除奸淫幼女的犯罪?第四,在保护幼女这个问题上,刑法应该努力的方向是什么?

先看第一个问题。不错,保护幼女是包括我国在内的世界各国的一项基本公共政策,刑法当然也要体现这一政策思想,但不可忘记,在体现这一政策思想时,必须注意与保护其他法益相协调。试想,一个年龄接近 14 周岁、各方面均早熟、外人难以知道其是不满 14 周岁的幼女,如果其为了金钱、或者为了满足某种虚荣心(如与明星发生性关系)、或者为了满足其爱情(如爱慕某英俊少年)、或者干脆就是为了满足自己的性需求,而采取了欺骗的手段,致使对方与其发生性关系,此种情形下却要判处对方最轻也是 3 年以上的有期徒刑(我国刑法规定强奸罪的最低刑是 3 年有期徒刑,而奸淫幼女罪要以强奸罪从重处罚),这不是出现了前面美国学者在评坎托尔一案时所说的被惩罚的并不是坏人、而被保护的也并不是被害人的情况么?就算被惩罚的也不是好人,他的道德上的瑕疵就足以成为其受刑罚处罚的依据么?再如,按照我国刑法的规定,奸淫幼女多人的,被告人将被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑直至死刑。这里的多人,一般解释为 3 人以上(包括 3 人)。那么,我们可以设想以下两种情形:一是有三个无论在生理、心理还是性行为能力上都已成熟的年龄接近 14 周岁的幼女,主动勾引男人,而男方确实不知道其是幼女而发生性关系;二是行为人故意奸淫了两个幼女,但第三个确实属于不明知。在这两种情形下,前者如果实行过错责任,被告人将是无罪,但若实行严格责任,被告人将面临最低 10 年以上的有期徒刑;后者如果实行过错责任,则因只奸淫两个幼女而只能被判处 10 年以下有期徒刑,但若实行严格责任,则因达到奸淫三个幼女的标准,且由于其毕竟有故意奸淫的犯罪事实,因此判处死刑也是完全可能的。可见,是否实行严格责任将对被告人的命运产生极大的影响,甚至是生与死的区别。如果说过去我们曾将女人的贞洁视为与生命同等重要的东西,恐怕今天已经很少有人能赞成这个观点了。因此,保护幼女固然重要,但保护人的生命至少是同样重要。有人可能说,这里的问题不在于严格责任,而在于我国刑罚太重,但笔者认为,即使刑罚的严厉性在将来的某一天能够降下来,比如取消该罪的死刑,也不能对奸淫幼女实行严格责任,因为即使是无期徒刑或者有期徒刑,对于没有主观过错的行为人来说,仍然是不公正的。

再看第二个问题。从实践看,能够与幼女发生性关系的人主要有以下几类:一是担任任课老师或班主任的中小学教师,二是作为邻居或同村(组)的成年男子,三是继父、养父甚至是自己的亲生父亲,四是同班、校或同一街区的同龄男孩,五是不认识的其他男子(包括成年男子和未成年男子)。前四类不存在不知道对方年龄的问题,也就是说,他们都知道或者至少是可能知道对方的年龄,因此对于这些人的奸淫幼女犯罪行为,不实行严格责任同样能对其予以制裁。即使对第五类人,不实行严格责任也不会导致对幼女保护的不力:其一,在生理和心理等方面都早熟到以假乱真程度的幼女只能是极少数,并且幼女再早熟也只有在靠近 14 周岁时才可能达到难以分辨

的程度;第二,无论是女方主动还是男方主动,幼女谎报年龄的只能是极少数;第三,即使对方谎报年龄,即使对方看似已满14周岁,如果行为人有充分的理由怀疑对方可能是幼女(如看见其从某初级中学出来),却不采取当时当地可能的核对措施(如要求看其学生证、身份证等),而与之发生性关系,仍然构成刑法上的故意犯罪。由此看来,此时刑法保护不了的幼女将只可能是下面的情形:该幼女年近14周岁,且各方面早熟得常人难以识别,而且她采取了欺骗的手段,使对方在确实不知她是幼女的情况下与其发生了性关系。这种情形可谓少之又少,万一出现,我们也不禁要问:女方不但没有受到伤害,甚至还满足了其某种权利欲望,她还是法律上的受害者吗?对于只针对社会上出现较多、或者虽然不多但社会危害性极大的现象才介入的刑法,有必要介入这种既不常见、又不是危害性很大的事情吗?从刑法谦抑、刑罚经济等角度着,答案显然是否定的。

第三个问题。我理解,包括苏文在内的其他一些作者之所以主张对奸淫幼女实行严格责任,可能是基于当前我国这方面的违法犯罪活动比较突出。但是,实行严格责任是否就可以有效地减少甚至消除这类犯罪呢?笔者对此持悲观态度。正如前面所分析的,在奸淫幼女的案件中,真正需要动用严格责任来惩罚的微乎其微,绝大多数奸淫幼女的犯罪分子均可以在过错责任范围内受到追究。但为什么此类犯罪活动仍然得不到有效遏制甚至还有上升的趋势呢?这需要从刑罚作用的有限性、犯罪的社会背景和人的行为与周围环境的关系等角度来考察。在刑罚作用方面,笔者从来主张刑罚的作用是非常有限的,“功夫在诗外”,解决犯罪的根本出路不在刑法自身,而在刑法之外。在人的行为与周围环境的关系上,我可以说我们的大多数法学家都还没有充分认识到环境对人的行为的影响。我们习惯于从抽象的人的自由意志出发,认为某个犯罪分子的行为是他自己的自由意志的结果,可是,若仔细剖析一些个案,就会发现某个犯罪分子在其所处的特定时空环境下,其行为并不一定就是我们外人所想象中的自由。应当看到,当前我国奸淫幼女的违法犯罪活动之所以比较严重,并不在于我国犯罪化范围不够和刑罚力度不够,而是有着更深刻的社会背景和原因,比如整个社会大变动、大转型所带来的对传统性观念的冲击和全社会性道德的某种紊乱,各种黄色文化的泛滥和歌舞厅、夜总会等场所的遍地开花,还有互联网所引发的网恋等新生事物,以及少女发育和在性心理方面的早熟,等等。如果我们抱一种现实的态度,就不得不承认,如同在其他领域内所出现的混乱和无序现象需要经过一段时间的整合一样,在性领域内也必然面临类似的命运。从根本上说,解决这个问题的出路在于整个社会环境的净化、相关制度的健全和人们道德情操的重塑。

最后一个问题。我国刑法在保护幼女的问题上并非尽善尽美,甚至可以说还存在不少缺陷,对此,努力的方向不应是严格责任,而应在坚持过错责任的前提下,朝着下面一些思路去进行:

1. 对奸淫幼女罪实行过错推定,即将主观方面的全部或部分举证责任由控方转移给被告方。从法律客观解释说的立场出发,我们并不必然要拘泥于不确定的立法原意之主观解释,既然奸淫幼女罪的主观过错没有明确规定为“明知”,而过错推定又可以在主观责任的范围内找到生存空间,因此可以考虑在举证责任方面做文章。由于在奸淫幼女的案件中,不存在主观过错的只是例外,因此在理论上可以推定任何一个奸淫幼女案件的被告人都存在过错,但被告方有权举证

例如,轰动一时的“禽兽老师课堂强暴女生案”中的案犯程世俊交代:自己经常上网看一些黄色网站和图片,就产生了一种不可抑制的奸淫女学生的冲动,至于是否犯罪、犯罪的法律后果是什么,没有去想。参见“新华网”2003年5月23日文章:“多角度审视嫌犯程世俊”;《北京晚报》2003年5月16日报道了一个百万富翁任明华奸淫8少女和幼女的案件,从表面看,犯罪分子简直不是人,但进一步的阅读却发现,任犯跟自己的妻子曾有着很“铁”的感情,出外从不找“小姐”,是一次偶然的上网经历让他彻底改变了自己,后又在别人的牵线搭桥下陷入不能自拔的泥潭。

来说服检察官和法官,让其相信他确实不知对方是幼女,从而不被起诉或定罪。

2. 完善现有的奸淫幼女罪条款。现有的奸淫幼女罪,仅一句“奸淫不满14周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚”,这不仅过于粗线条,而且没有区分一些应当区分的界限。因此,应作如下完善:第一,将奸淫幼女罪从强奸罪中独立出来,这不仅因为“强奸”与“奸淫”在客观方面表现不同,而且也可突出对幼女的特殊保护。第二,提高幼女的年龄界限,并将奸淫幼女罪分两个年龄段来设计:一个是13岁以下,法律要明确规定此种情况下原则上被告人不能以对被害人的年龄认识错误为辩护理由,除非其采取了一切合理步骤来确定对方的年龄;另一个是13岁到16岁,此种情况下只要被告人合理地相信对方已满16岁,那么在双方自愿发生性关系的情形下就可免责。显然,第一种情形下被告人需要尽更多的注意义务。第三,要区分幼女同意与不同意情形下的刑罚轻重。虽然幼女同意发生性关系不能作为免责的理由,但此种情形下对幼女造成的身心伤害毕竟不象在幼女不同意的情形下对其强奸所造成的严重,因此刑罚应轻于后者。第四,将教师奸淫、长辈奸淫幼女的,单独列举出来,以突出对这些人的警示。第五,对青少年互相之间自愿发生性关系、且双方年龄不超过3岁的,作除罪化处理。

3. 健全相关刑事立法。例如,对于强奸不满18岁少女的,应从重处罚;对组织不满14周岁幼女卖淫的,容留、介绍不满14周岁幼女卖淫的,从重处罚;对在未成年人活动和容易接近的场所如小学、初中等地附近开设卖淫场所,或者在未成年人面前进行淫秽表演、性行为展示和针对未成年人播放淫秽音像制品的,从重处罚。

结语

由于相似的原因,在我国刑法中,还有一些类似奸淫幼女罪的主观方面不明的罪名,如嫖宿幼女罪要否明知对方为幼女,非法持有毒品罪要否明知持有的是毒品,此外,刑法中的结果加重犯要否要求行为人对加重处罚的结果有过错,这都是一些长期以来在司法实践和理论研究中聚讼不止的问题。实践表明,并不是在刑法总则上确立了主客观相统一的原则,就能确保过错责任贯彻到分则的每一条款。笔者要再一次强调的是,过错责任是我国刑法已经确立、并且值得捍卫的一项原则,如果说学者还可以恣意游离于实然性的东西之外而任其思想的野马脱缰奔跑的话,那么司法实际工作者就不能拥有这份潇洒了。无论如何,对被告人定罪量刑,必须建立在法官内心确信其有过错的基础之上。说到内心确信,以此次“高法”关于奸淫幼女的司法解释为例,表面看,最高法院的批复似乎解决了奸淫幼女罪要求行为人对幼女的年龄必须明知的问题,但究竟何为“明知”,何为“确实不知”,这仍然是一个问题,它需要司法实际工作者结合自己的法律知识、实务经验乃至良知和勇气来作出最后决断。从此意义上来说,弗兰克的“基本法律神话”也好,丹宁勋爵的“法官应当把法律的皱折熨平”也好,其实都是寄厚望于司法实际工作者的。

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)

(责任编辑:卢勤忠)

我国刑法第358条、359条分别对强迫不满14周岁的幼女卖淫、引诱不满14周岁的幼女卖淫规定了从重处罚,但没有对组织、容留、介绍不满14周岁的幼女卖淫规定从重处罚。