

## 性侵未成年人犯罪的刑法规制

**【编者按】** 近年来,一系列性侵未成年人案件频频见诸报端。这些性侵未成年人案件,不仅对未成年人的身心健康造成了严重伤害,也对我国性侵未成年人犯罪的刑法规制现状提出了挑战。正是鉴于此类案件数量之多、发生频率之高、受害人数之众、作案情节之恶劣、危害后果之严重、舆论震荡之剧烈,2013年10月23日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于依法惩治性侵未成年人犯罪的意见》,以严惩性侵未成年人之恶劣行径。该意见中的一些规定引起了学界的热议,同时也引发了人们对我国性侵未成年人犯罪刑法规制现状的深思。鉴此,本刊特邀请几名理论和司法实务界的专家,结合新颁布的司法新规,针对性侵未成年人犯罪的刑法规制问题,分别从不同视角展开分析,以飨读者。

### 性侵幼女构成强奸仍应以“明知”为前提

刘宪权\*

**【内容摘要】** “明知”仍然应当是性侵幼女行为构成强奸罪的前提要件。如果行为人主观上对于犯罪对象“确实不知”,就无法形成强奸的故意进而构成强奸罪。“明知”是存在犯罪对象的故意犯罪之构罪要件。犯罪故意的内在构造决定了行为人成立故意犯罪应以对犯罪对象的明知为前提,司法实践中对对象认识错误案件的处理模式也佐证了对犯罪对象的明知是成立故意犯罪的必要条件。适用严格责任制度违背了主客观相一致原则,也有悖于现代刑法的责任主义原则,来认定性侵幼女行为的性质。根据《意见》第19条第2款的规定,即便被害人是未满十二周岁的幼女,行为人要构成强奸罪,在主观上仍然需要具备“明知”的要件,只不过《意见》对行为人的“明知”采用了推定制度而已。采用推定制度来判定“明知”,不仅可以严厉打击性侵幼女的犯罪行为,也坚守了主客观相一致的原则。当然,司法机关应当允许行为人就其主观上不存在罪过提出反证。

**【关键词】** 强奸罪 性侵幼女 明知 严格责任 推定

近年来,性侵幼女的案件在社会上频频发生,令人触目惊心。由于幼女身心发育尚不成熟,因而幼女历来是我国法律特殊保护的對象。而这些性侵幼女的案件,不仅对幼女的身心健康造成了严重伤害,也一次次挑战着我国对性侵幼女犯罪的刑法规制水平。鉴于这类案件造成了极为严重的后果,也引发了极为恶劣的社会影响,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部近期联合发布了《关于依法惩

\* 刘宪权,华东政法大学教授、博士生导师,荷兰艾柔莫斯大学法学博士,中国刑法学研究会副会长,上海市刑法学研究会会长。本文系上海市高校一流学科(法学)建设计划项目的阶段性研究成果。

治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《意见》),以期能够有力预防和惩治性侵幼女犯罪。

《意见》强调了“依法及时发现和制止性侵害行为”、“严厉惩处性侵害幼女行为”、“加重处罚在教室等场所当众猥亵等行为”等十一项内容,通篇体现了“最高保护限度”、“最低容忍限度”的指导思想,着重从依法严惩性侵害犯罪、加大对被害幼女的保护力度两个方面对严惩性侵害幼女犯罪行为作出规定,并要求政法机关提高保护幼女权益的工作水平。应当看到,《意见》的颁布有着一定的积极意义。特别值得注意的是,《意见》第19条第2款明确规定:对于不满十二周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人“明知”对方是幼女。该规定无疑是《意见》中的一大亮点,其加大了对性侵幼女行为的惩治力度,体现了相关部门坚决保护幼女合法权益的决心。然而,对于这一规定,学界有着不同的理解。有学者认为,《意见》对不满十二周岁的被害人实行绝对保护原则,即只要对其实施奸淫等性侵害行为,无须考虑行为人的主观心理状态,一律认定行为人“明知”对方是幼女。<sup>①</sup>也有学者认为,《意见》第19条第2款的规定是一种扩张解释,其将“明知”的含义由包含确实知道、应当知道扩张到了包含确实不知道。其同时还指出,认为《意见》对不满十二周岁的被害人实行绝对保护原则的观点无非是将《意见》第19条第2款的规定视为严格责任的规定,即只要性侵的对象是未满十二周岁的幼女,无须要求行为人明知对方系未满十二周岁的幼女,即可认定为强奸罪。换言之,在性侵对象是未满十二周岁幼女的情况下,行为人主观上的“明知”不再是构成强奸罪的前提。<sup>②</sup>由此可见,《意见》第19条第2款的规定已经引发了学界的广泛争论。那么,“明知”是否还是性侵幼女行为构成强奸罪的前提?如何从刑法解释学的视角对这一问题进行正确的解读,不仅关系到司法工作人员对相关条文的理解,也关系到司法实务中对相关问题的具体判断。笔者认为,“明知”仍是性侵幼女行为构成强奸罪的前提。这是因为,对犯罪对象的明知是故意犯罪的必要内容,严格责任是有违主客观相一致原则的,《意见》的相关规定只是设定了更为严格的推定规则而并没有动摇“明知”在强奸罪中的应有地位。

## 一、“明知”是存在犯罪对象的故意犯罪之构罪要件

我国《刑法》第14条已经对“故意犯罪”进行了较为明确的定义:明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果的发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。这是我国刑法关于故意犯罪的一般概念,我们往往将该条文中的“明知”称为总则中的“明知”。然而,在规定具体罪名的刑法分则条文中,也存在着大量有关“明知”的规定,即在很多规定故意犯罪的刑法条文中,往往明确规定要求行为人必须对犯罪对象存在明知。对犯罪对象的明知可能会对犯罪结果的明知状况有影响,但是明知的实际内容是不一样的,故而我们一般将这类“明知”称为刑法分则中的“明知”。笔者认为,在存在犯罪对象的故意犯罪中,行为人对犯罪对象的明知应当是成立犯罪的必要条件,在不“明知”对方是幼女的情况下,行为人是不能构成强奸罪的。

首先,犯罪故意的内在构造决定了行为人成立故意犯罪应以对犯罪对象的明知为前提。人的心理活动过程包含了“知”和“欲”两部分,在“知”和“欲”共同作用的支配下,行为人才实施相关的行为。具体而言,“知”体现了人的认识活动,而“欲”体现了意志活动,具体表现为行为人实施具体行为的决意。行为人主观上的“决意”直接决定了行为人是否实施某种行为,并且引导了行为的方向和归宿。然而,决意不可能凭空产生,其必须以一定的“认识”作为前提。很难想象行为人在没有“知”的情况下,就能产生“欲”,进而在“欲”的支配下实施相关行为。因此,犯罪故意就由两方面的要素构成,即认识因素和意志因素。其中,认识因素是指行为人认识到了自己的行为的性质、犯罪对象、危害结果与行为意义。根据认识对象的不同,我们可以将认识因素中的“认识”分为两类:一类是行为人对犯罪对象的认识;另

<sup>①</sup> 宪涯《严厉打击性侵害,让法治彰显威力》,载《人民公安报》2013年10月31日第3版。

<sup>②</sup> 王克先《奸淫幼女犯罪主观要件探究——兼评〈关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见〉第19条》,http://www.scxsls.com/a/20131113/98309.html,2013年11月29日访问。

一类是行为人对危害结果、行为性质以及行为意义的认识。可以认为,前一类认识就是刑法分则中的“明知”,而后一类认识则属于刑法总则中的“明知”。分则中的“明知”与总则中的“明知”共同构成了犯罪故意中的认识因素。意志因素是指行为人在明知的状态下,对自己行为导致的危害结果持希望或者放任的心理态度。犯罪故意的意志因素是以其认识因素为前提的,没有认识也就没有意志。<sup>①</sup>故而在犯罪故意体系中,认识因素是意志因素的基础。同时,在认识因素内部,分则中的“明知”又是刑法总则中的“明知”的前提。因为在存在犯罪对象的故意犯罪中,行为人是通过犯罪对象实施具体的行为,从而产生一定的危害结果。如果行为人对犯罪对象缺乏认知,就不可能对犯罪的危害结果存在认知。而在认识因素都不具备的情况下,意志因素也就无从谈起,更不可能形成犯罪故意。因此,在存在犯罪对象的故意犯罪中,犯罪故意的形成具有一定的阶梯性。行为人首先须对犯罪对象存在认知,也就是在主观上要对犯罪对象存在明知,继而行为人才可能对行为可能产生的危害结果存在认知。而在认识因素具备的基础上,行为人才可能形成意志因素,并最终生成犯罪故意。由此可见,行为人对犯罪对象的明知无疑是故意犯罪成立的起点,行为人在对犯罪对象没有认知的情况下,就直接产生意志因素,进而在相关意志因素的支配下实施具体的犯罪行为。

其次,司法实践对对象认识错误案件的处理模式,佐证了对犯罪对象的明知是成立故意犯罪的必要条件。在司法实务中,对于对象认识错误的犯罪案件,我们基本上是以人的主观方面的内容作为认定行为性质依据的。行为人如果对犯罪对象存在认识错误,完全有可能影响其主观上犯罪故意的形成,从而对其行为以过失犯罪认定或作无罪处理。例如,行为人虽然在客观上实施了持有毒品的行为,但是如果行为人在对象认识错误的情况下实施这一行为,司法实务中一般作无罪处理。这种处理模式的理论依据就在于,如果行为人在主观上对犯罪对象不存在“明知”,那么相关犯罪故意就无法形成。由此可见,在有些故意犯罪的认定中,行为人主观上对犯罪对象的是否“明知”,可能还会影响到我们对其行为性质的判断。

综上,奸淫幼女行为是强奸罪的一种特殊形式,行为人在这种情况下构成强奸罪无须实施暴力、胁迫或者其他手段,但是犯罪行为对象则必须是幼女。在奸淫幼女行为构成强奸罪的情况下,行为人犯罪故意的形成也需要经过“知”和“欲”的过程。其中,“知”体现了犯罪故意中认识因素的形成,即行为人只有认识到自己和幼女发生性关系,他才能认识到自己的行为所产生的危害结果。而“欲”则体现为犯罪故意中的意志因素,即行为人只有在认识到自己是在和幼女发生性关系,并且在认识到了该行为可能产生的危害结果的基础上,才能对这种危害结果产生希望或者追求的态度。只有在认识因素和意志因素都具备前提下,奸淫幼女构成强奸的犯罪故意才能形成,而行为人在这种犯罪故意的支配下实施相关奸淫行为,才能被认定为构成强奸罪。由此分析,我们可以清楚地看到,行为人对于幼女存在“明知”是奸淫幼女行为构成强奸罪的必要条件,如果行为人确实不知道自己在和幼女发生性关系,就应当属于“对象认识错误”,奸淫幼女的犯罪故意就无法形成,因而也就不可能构成强奸罪。

## 二、严格责任制度不适用于认定性侵幼女行为的性质

前述学者所认为的《意见》第19条第2款的规定是类似于英美刑法中严格责任的规定,体现了我国对幼女倾斜保护的观点也是值得商榷的。严格责任制度固然有利于打击性侵幼女的行为和保护幼女的相关权益。然而,在刑法适用过程中,我们必须对严格责任制度采取审慎的态度。

严格责任制度是英美刑法中的一种法律制度,起源于19世纪末20世纪初。该制度的出现突破了主客观相一致的传统原则,因而受到了刑法学界的广泛关注。关于严格责任的概念,学者的理解莫衷一是。其中,较为通俗的一种解读认为严格责任是一种不问主观过错的刑事责任,即对某些犯罪的构成不要求一般犯罪构成的主观要件,只要行为人的行为符合法律规定,或者导致了法律规定的某种结果,就

<sup>①</sup> 刘宪权主编《刑法学》(第三版),上海人民出版社2012年版,第151页。

可以对其起诉或者定罪处罚。<sup>①</sup> 由于当时英美法系国家的工业飞速发展,造成工业灾害、环境污染等危害公共利益的现象急剧增多,很多侵害到社会法益的危害行为因难以证明行为人的主观意图而不作犯罪处理,因而使得这类危害行为难以遏制。为了有效弥补这一缺失,英美法系国家在公共福利犯罪和道德犯罪两个领域设立了严格责任制度。其中,道德犯罪就包括了法定强奸(与未成年少女发生性关系)。英美法系国家对“道德犯罪”之所以要适用严格责任制度,一方面是因为此类行为侵犯的是国家所要重点保护的特别法益,另一方面还因为它具有较大的事先可责性。<sup>②</sup>

笔者认为,尽管英美法系国家通过设立严格责任制度对未成年少女进行特殊保护,同时这一作法的确也有利于保护幼女的相关权益,但是严格责任制度不能适用于认定性侵幼女行为的性质。

首先,在认定性侵幼女行为的性质时设立严格责任制度有违刑法主客观相一致原则。主客观相一致原则是我国刑法的基础性原则。它的基本含义是,对犯罪嫌疑人、被告人追究刑事责任,必须同时具备主客观两方面的条件。根据主客观相一致原则,在认定犯罪时,不仅要求行为人的行为对刑法所保护的社会关系造成相当严重的危害或威胁,而且要求行为人具有刑事责任能力和存在主观罪过。<sup>③</sup> 主客观相一致原则强调行为人的主观因素和客观因素的内在一致性,以防止司法实务中出现主观归罪或客观归罪现象,使刑事责任的追究趋于合理,实现罪刑之均衡。同时,在司法实务中坚持主客观相一致原则,也在我国刑法学界达成了共识。例如,王作富教授就指出,主客观相统一是社会主义刑法学通过几十年的研究所总结出来的基本原则。这一原则既符合实践的要求,也符合刑法的精神。<sup>④</sup> 然而,在适用严格责任制度过程中,可不问行为人的主观过错,不要求行为人具备犯罪构成的主观要件,只要行为人的行为符合法律规定或者导致了法律规定的某种结果,即可对其进行定罪处罚。这种忽略行为人主观因素的作法存在违背主客观相一致原则要求之嫌。而严格责任制度的这种弊端,在我们认定奸淫幼女行为构成强奸罪的环节中显得尤为突出。具体而言,如果我们在认定奸淫幼女行为的性质时适用严格责任制度,将会使有些主观上确实不知道被害人是幼女的行为人,因其客观上与幼女发生了性关系而均构成强奸罪。然而,在这种情况下,由于行为人主观上确实不知道与自己发生性关系的是幼女,因而当然就不具有奸淫幼女的故意,如果我们对此仍然认定行为人构成强奸罪,就必然会导致主观与客观不一致的结果发生,这无疑有悖于刑法中主客观相一致的原则。可见,如果对奸淫幼女行为性质认定适用严格责任制度,必然会陷入客观归罪的泥潭,最终将会导致犯罪圈的不当扩大。

其次,在认定性侵幼女行为的性质时设立严格责任制度有违现代刑法的责任主义。责任主义强调,将犯罪行为或者犯罪结果事实归责于行为人,必须以行为人对此等犯罪行为或结果主观上具有故意或者过失等值得非难的罪过为条件。<sup>⑤</sup> 近代以来,责任主义被刑法学界奉为圭臬,大陆法系国家在刑法领域之所以没有像英美法系国家那样设立严格责任制度,就是因为受到了责任主义的影响。责任主义以国民的自由意志为逻辑起点,主张刑法评价的对象是行为人主观罪过支配下的行为。这不仅体现了近代的启蒙主义思想,也符合了现代法治国的基本要求。在大陆法系的犯罪论体系中,责任主义的精神在犯罪构成有责性中得到了诠释。有责性是指,原本可以期待实施其他合法行为,行为人却实施了违法行为,因而对此所进行的法律谴责。<sup>⑥</sup> 从有责性的角度分析,罪犯之所以要受到谴责,是因为其在可以期待实施其他合法行为的情况下,却在故意或者过失的罪过支配下,实施了相应的犯罪行为。尽管大陆法系在犯罪论体系的构造方面形成了百花齐放的态势,然而有责性作为认定犯罪的重要因素,在犯罪论体系中的地位从来没有动摇过。同时,责任主义的思想也与当代的刑罚观相呼应。“刑罚以责任为基础,

① 刘仁文《刑法中的严格责任研究》,载《比较法研究》2001年第1期。

② 董文慧、余小松《英美刑法严格责任探析》,载《河南师范大学学报》2008年第1期。

③ 阴建峰《主客观相一致原则岂能动摇——有关“奸淫幼女犯罪”司法解释专题研讨会纪要》,载《法学》2003年第10期。

④ 同上。

⑤ 梁根林《责任主义原则及其例外——立足于客观处罚条件的例外》,载《清华法学》2009年第2期。

⑥ [日]西田典之《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第158页。

没有责任也就没有刑罚”是一句古老的法谚,至今还深刻影响着我们的刑法理念。当今刑法学界普遍认为,刑罚的目的不仅在于惩罚犯罪,还在于预防犯罪。如果我们在认定犯罪的时候违背责任主义,无视行为人在主观上是否存在故意或者过失,那么行为人最终受到处罚并非是由于其主观上存在罪过,而完全可能是其在偶然情况下运气不佳的原因造成的。在这种情况下,对行为人科处刑罚,就会导致刑罚预防犯罪的作用荡然无存。西田典之教授就曾指出,这种处罚甚至会降低国民的守法意识。<sup>①</sup>应当认为,责任主义使刑法的归责走向理性,避免了客观归罪,我国的主客观相一致原则也是从责任主义中衍生而来的,其在当代刑法中的地位不容忽视。严格责任制度忽略行为人在主观上是否存在故意或者过失的作法,无疑违背了责任主义的基本要求。如果我们在认定性侵幼女行为的性质时采用严格责任制度,势必会对我们奉行数百年的责任主义产生很大的冲击。具体而言,行为人完全可能在没有主观故意的情况下就构成强奸罪,这无疑动摇了犯罪主观要件在犯罪构成中的地位,也打破了我们在司法实务中认定犯罪的一贯规则,即只有在犯罪构成四要件全部具备的情况下,行为人的行为才能构成犯罪。而在适用严格责任的情况下,行为人的行为却可能在不具备主观要件的情况下就构成犯罪。同时,如果我们认定那些主观上不存在罪过的行为人构成强奸罪,进而对其量刑事处罚,那么此时的刑罚所起到的预防犯罪的作用是极其有限的。因为在这种情况下,奸淫幼女的行为是否构成强奸罪,并不受行为人主观意志的控制。行为人完全可能在没有主观罪过且极为偶然的情况下,再次构成强奸罪,而其他民众也有可能在不了解自己的行为对象是幼女的情况下就构成强奸罪。

最后,从英美法系国家设立严格责任制度的原因以及该制度的发展进程来看,我们也没有必要在认定性侵幼女行为的性质方面采用严格责任制度。其一,英美法系国家对严格责任的态度不一。虽然英美法系国家在公共福利犯罪以及道德犯罪两个领域均设立了严格责任制度,但美国《模范刑法典》对严格责任制度却在犯罪领域适用该制度持否定态度,该法典把严格责任制度限定在“违法”领域,并不主张在犯罪领域适用严格责任制度。其二,严格责任制度也在向责任主义的方向靠拢。从几十年的判例来看,严格责任经历了从完全排斥被告犯意的证明到要求被告证明缺乏与行为相关的犯意,从免除控方的举证到要求被告承担举证的发展过程,即严格责任已经由绝对严格责任向相对严格责任发展和转变。<sup>②</sup>换言之,在如今的严格责任制度下,如果被告人能够证明自己主观上不存在过错,那么法庭就无法判决被告人构成犯罪。由此可见,严格责任制度也在向责任主义的方向靠拢,现在的严格责任制度并非完全无视行为人的主观罪过,而仅仅是暂且推定被告人存在主观罪过,进而要求被告人就其自身不存在主观罪过进行举证。其三,我国尚没有对社会危害性更大的危害公共福利的犯罪设立严格责任制度。英美法系国家仅在公共福利犯罪和道德犯罪这两个领域设立了严格责任制度。性侵幼女的行为理应属于道德犯罪的范畴。应当认为,尽管幼女的权益与公共福利一样,都属于国家特殊保护的法益,但是从行为的社会危害程度的角度分析,性侵幼女行为尚不能与危害公共福利行为相提并论,其社会危害性远远小于后者。而在我国,对于社会危害性较大的危害到公共福利的犯罪,我们都尚且没有采用严格责任制度,那么对于性侵幼女的行为采用严格责任制度合理性和必要性又从何体现?其四,既有的定罪模式并不会放纵犯罪。2003年1月17日最高人民法院《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》(以下简称《批复》)规定:“行为人明知是不满十四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;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,未造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪。”根据学界的主流观点,该条文中的“明知”既包括行为人“确实知道”,也包括推定行为人“应当知道”。可以看到,《批复》通过推定行为人存在“明知”的方式对幼女进行了倾斜保护。从多年的司法实践状况来看,尽管性侵幼女的案件时有发生,但是司法机关并没有因为这种推定主观罪

① [日]西田典之《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第158页。

② 齐晓伶《理性视角下的严格责任探析》,载《贵州民族学院学报》2007年第5期。

过的定罪模式而出现无法或难以追究行为人刑事责任而放纵犯罪的情况。因此,我们完全可以继续沿用这种推定主观罪过的方式,而无需采用严格责任制度。

### 三、《意见》实际上对“明知”采用了推定制度

事实上,《意见》第19条第2款的规定并不是说明在被害幼女不满十二周岁时,行为人构成强奸罪并不要求其主观上对特定对象存在明知。恰恰相反,该条款是对“明知”的重申。换言之,根据《意见》的规定,即便被害人是十二周岁的幼女,行为人构成强奸罪,在主观上仍然需要具备“明知”的要件,只不过《意见》对行为人的“明知”采用了推定制度而已。

首先,对象明知是奸淫幼女行为构成强奸罪中“犯罪故意”的重要内容。在奸淫幼女行为构成强奸罪的情况下,犯罪故意所要求的“明知自己的行为会发生危害社会的结果”这一认识因素,集中地表现在行为人明知被害人系幼女而故意奸淫这一点上。刑法对奸淫幼女行为构成强奸罪之所以不要求以使用暴力、胁迫或其他强制手段为要件,而只要求有奸淫不满十四周岁幼女的行为,就是因为这种行为的社会危害性主要取决于对方是没有责任能力,或者说是身心发育尚未成熟的幼女。幼女自身的特殊性决定了奸淫幼女的行为本身具有严重的社会危害性。因此对这种行为的危害结果的认识主要是通过对奸淫对象是幼女这一客观事实的认识表现出来的。如果行为人不知对方是幼女,他就不可能认识到在对方同意的情况下与之发生性行为也会具有严重的社会危害性。因此,“明知自己的行为会发生危害社会的结果”在奸淫幼女行为所构成的强奸罪中,是与奸淫对象不满十四周岁这一客观事实的认识紧密联系在一起,缺乏这一认识,就不能说行为人明知自己的行为会发生侵犯幼女的性权利的结果。

其次,从《意见》第19条的三款条文之间的逻辑关系来看,行为人构成强奸罪必须在主观上对被害人是幼女这一事实存在明知,这也是《意见》第19条的应有之义。《意见》第19条规定“知道或者应当知道对方是不满十四周岁的幼女,而实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女。对于不满十二周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女。对于已满十二周岁不满十四周岁的被害人,从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女,而实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女。”根据刑法中故意犯罪理论,行为人首先要认识到自身行为所可能产生的危害结果。而由于奸淫幼女型强奸罪具有一定的特殊性,因而行为人对于奸淫幼女行为危害结果的认识是通过“明知”奸淫的对象是幼女这一点表现出来的。那么,如何认定奸淫幼女型强奸罪中对犯罪对象的明知,是我们应当重点考虑的问题。在这种情况下,《意见》第19条第1款对如何认定“明知”作出了原则性规定。根据第1款规定,有且只有两种情况可以认定行为人主观上存在“明知”:其一,行为人确实知道;其二,在无法证实行为人是否知道的情况下,根据相关规则和现有证据推定行为人应当知道。毫无疑问,对于行为人确实知道奸淫对象是幼女的情况,我们应当认定行为人存在“明知”。难点在于我们如何在无法证实行为人是否明确知道奸淫对象是幼女的情况下得出行为人“明知”的结论?显然,《意见》第19条第1款通过推定制度解决了这一问题,即在无法证实行为人是否知道奸淫对象是幼女的情况下,根据当时的具体情况推定行为人存在“明知”。为了统一司法部门办案的标准,《意见》于第19条的后两款分别针对两个年龄段的幼女设定了相应的推定规则。因此,从《意见》第19条第1款和后两款之间的逻辑关系来看,第2款中的“明知”与第3款中的“明知”相同,即均应当属于推定的“明知”。

最后,对于《意见》第19条第2、3款规定中的“明知”,我们需要注意以下五点。

第一,《意见》中的“明知”包括“知道”和“应当知道”,而推定的“明知”属于“应当知道”的范畴。“应当知道”虽然有别于“明确知道”,但是将“应当知道”作为犯罪故意中“明知”的认定标准,并不违背我们的认识规律。从字面意义上分析,“明知”一般是指“明确知道”。但是人的认识程度是存在差别的,既可能是全部知道,也可能是基本知道,既可能是基本不知道,又可能是确实不知道。而司法机关要证明犯罪嫌疑人实施犯罪时的主观认识是具有一定难度的。有的犯罪分子对于主观认识供认不讳,并

经查实;有的犯罪分子对于主观认识并不供认,但司法机关通过其他证据予以查实,从而推定犯罪嫌疑人“应当知道”。“应当知道”虽然已经查证,但毕竟与“明确知道”有程度上的差别。而这种程度上的差别就扩大了“明知”的范围,将“推定知道”行为对象的行为纳入犯罪圈。现今已经有不少相关的司法解释运用这种推定的方式来认定行为人主观上的“明知”。例如,1998年5月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》的第17条就明确规定“本规定所称的‘明知’,是指知道或者应当知道……”。又如2001年6月11日最高人民检察院《关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要具备明知要件的解释》将嫖宿幼女罪中的“明知”解释为“行为人知道被害人是或者可能是不满十四周岁幼女”。

第二,《意见》中的推定制度并不违背刑法基本原理。推定,是指根据两个事实之间的“常态联系”,当某一事实存在时,就可以认定另外一个事实的存在。<sup>①</sup>应当认为,推定是一种从已知事实推导未知事实的逻辑思维,其被广泛应用于司法实务认定案件事实的环节中。在英美法系,法官会对陪审团作出这样的指示,即它有权从被告人实施的违禁行为的实施中,推定出被告人是自觉犯罪或具有犯罪意图,如果被告人未作任何辩解,推断通常成立。<sup>②</sup>推定中往往涉及两个事实:基础事实和推定事实。在《意见》第19条中,已满十二周岁不满十四周岁幼女的身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律以及不满十二周岁幼女本身的年龄就属于基础事实,而行为人主观上存在“明知”就属于推定事实。关于基础事实和推定事实的关系,英美法系称之为“盖然性”,大陆法系称之为“经验法则”。正是由于两者之间存在因果关系上较为确定的关联性,所以我们才会减轻诉方的举证责任,通过基础事实与推定事实之间的联系来认定案件事实。事实上,推定制度也被许多国际公约以及各国(地区)的立法所采用。例如,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第5条第2款规定“本条第一款所指的明知、故意、目标、目的、或约定可以从客观情况推定”。又如,《美国模范刑法典》第251.4(2)条规定“凡在自己的营业过程销售或者持有淫秽物品的,推定其为明知或者轻率。”<sup>③</sup>

第三,《意见》以被害幼女是否年满十二周岁为界限,分别对第2款中的“明知”与第3款中的“明知”制定了不同的推定规则。对于已满十二周岁不满十四周岁的被害人,我们需要从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等方面来推定行为人是否存在明知。而对于不满十二周岁的被害人,司法部门则无须对相关因素进行判断,即可直接推定行为人存在明知。因此,《意见》并没有在被害人系未满十二周岁的幼女的情况下废除行为人在主观上必须存在“明知”的要求,而是通过进一步减轻公诉机关的负担,设定更为宽松的推定规则(无须考虑其他因素而直接推定)的方式,对不满十二周岁的幼女进行特殊保护。应当看到,对于这两档年龄段幼女的保护,司法机关的思路是不同的:对于已满十二周岁不满十四周岁的幼女,司法机关采取的是“具体情况具体分析”的思路;而对于未满十二周岁的幼女,司法机关采取的是“一刀切”的思路。笔者认为,《意见》对不同年龄段的幼女进行区别对待的做法具有一定的合理性。因为处于已满十二周岁未满十四周岁年龄段的幼女,一般都处于生长发育期,而每个人的发育进程则是因人而异,因而处于这一年龄段的幼女,她们在外貌、举止等方面具有一定的差异,我们很难仅从外表来判断其是否为幼女。当无法证明行为人的主观上是否存在明知时,对于已满十二周岁不满十四周岁的幼女,我们应采取具体情况具体分析的思路,对于那些样貌、举止较为成熟的幼女,我们原则上推定行为人主观上“确实不知”,而对于那些样貌、举止较为青涩的幼女,我们则推定行为人主观上“应当知道”。这样不仅不会放纵那些试图逃避罪责而又难以充分证明其主观罪过的行为人的刑事责任,同时也将那些主观上“确实不知”的行为人排除出犯罪圈,不使无罪的人无端受罚。而那些不满十二周岁的幼女大多尚未开始发育,我们并不难从外貌、举止上判断其是否为幼女。因此,

① 李明《诈骗罪中“非法占有目的”的推定规则》,载《法学杂志》2013年第10期。

② [英]鲁珀特·克罗斯、菲利普·A.琼斯《英国刑法导论》,赵秉志等译,中国人民大学出版社1991年版,第55-56页。

③ 刘仁文、王祎等译《美国模范刑法典及其评注》,法律出版社2005年版,第215页。

对于处于这档年龄段的幼女,我们无须采取“具体情况具体分析”的思路,只要被害幼女未满十二周岁,我们就一概推定行为人主观上存在“明知”。这种“一刀切”的思路,不但不会使那些主观上“确实不知”的行为人遭受处罚,而且能够减轻司法机关的负担,节省当下有限的司法资源。

第四,《意见》采用的推定“明知”的方式并不会缩小犯罪圈,其只是排除了主观上“确实不知”的那部分行为人的刑事责任。根据《意见》的相关规定,对于那些试图逃避法律责任而又难以充分证明其主观罪过的行为人,我们完全可以根据相关因素直接推定其主观上存在“明知”,进而对其定罪量刑。而被排除出犯罪圈的,只是那些主观上“确实不知”的行为人。我们不能在行为人主观上没有罪责的情况下追究其刑事责任。事实上,在司法实务中,行为人也很难仅仅因为主观上“确实不知”而获得无罪处理。根据《批复》的规定,对于“确实不知”的行为人,并非都作为无罪处理,而是需要具备两个条件:其一,有证据证明;其二,未造成严重后果,情节显著轻微。应当认为,对于如何处理行为人主观上“确实不知”这种情况,《意见》并没有作具体规定。如此,《批复》的规定仍然适用。应当看到,《批复》中的“有证据证明”是一种举证责任倒置的方式,即由被告人承担举证责任。而提供足够的证据使法官确信其主观上“确实不知”,这对于行为人而言并不容易。同时,行为人的行为还要符合未造成严重后果且情节显著轻微的要求。因此,行为人并不会因主观上“确实不知”而轻易出罪,放纵犯罪的情况在实务中也往往不会发生。

第五,由于《意见》对于如何认定行为人主观上是否存在明知实行的是推定制度,因而无论被害人是不满十二周岁的幼女还是已满十二周岁不满十四周岁的幼女,我们都应当允许行为人提出反证。如果反证成立,我们就应当推翻先前的推定,认定行为人在主观上“确实不知”被害人是幼女。笔者认为,在推定制度下允许行为人提出反证,是完全合理的:其一,推定制度的合理性在于基础事实和推定事实在因果关系上具有较大的确定性。然而,我们必须认识到,这种确定性并不是绝对的。因为这种确定性是建立在我们的经验法则之上,而随着人类社会的飞速发展,传统的经验法则并非是绝对的,例外的情况并非不可能出现。当超出经验法则的例外情况出现时,我们先前设定的因果关系的确定性将被打破。这种情况下,原先的“基础事实——经验法则——推定事实”的链条将被切断,我们根据基础事实来推导出推定事实的制度也将失去合理性的基础。因此,我们应当允许犯罪嫌疑人提出反证。其二,从诉讼法的角度讲,推定制度是一种证明法则,体现为证明责任转移机制。具体而言,根据一般证明规则,司法工作人员要认定犯罪嫌疑人构成奸淫幼女型强奸罪,首先要控方证明行为人主观上对“特定对象”存在“明知”。而在推定制度下,控方无需对主张事实进行举证,即可根据相关因素直接推定行为人存在“明知”,而这时的举证责任就转移到行为人身上,如果其无法证明自己主观上“确实不知”,则控方先前的推定成立。那么,在推定制度下,行为人提出反证是证明责任转移的必然结果。因此,允许行为人提出反证,是推定制度的应有之义。其三,我们设立推定制度的初衷不仅是为了追究那些试图逃避法律责任而又难以充分证明其主观罪过的行为人的刑事责任,同时也是为了排除那些主观上确实不存在罪过的行为人的刑事责任,以避免产生类似于严格责任不问主观罪过进行定罪的弊端。因此,如果我们在实施推定制度的同时,不允许行为人提出反证,那么设立推定制度的意义将荡然无存,推定制度与严格责任也将难以区分。

## 结语

毋庸置疑,《意见》的颁布对于加大幼女保护力度,切实防止性侵幼女犯罪现象的发生有着十分积极的意义。《意见》第19条第2款的规定并没有取消奸淫幼女构成强奸罪所要求的“明知”要件,而仅仅是通过推定制度来判定行为人是否“明知”。这不仅有利于打击性侵未成年人的犯罪行为,也坚守了主客观相一致原则。然而,在《意见》刚刚颁布时,由于没有准确理解《意见》的相关规定,一些学者纷纷对《意见》的部分条文展开了暴风骤雨式的批判。应当看到,司法解释是我国最高司法机关在总结全国各地司法实践经验和深入了解把握法律条文内涵的基础上,根据司法实践中出现的新问题、新情况所进

行的扩大解释,其能够及时依据社会生活的发展变化作出反应,从而能够在一定程度上起到填补“法律空白”、促进法律有效实施的作用。司法实践中,司法解释已然被广大司法工作人员奉为圭臬,成为其不折不扣的圣经,其适用效力在某种程度上与法律相同甚至超越了法律。也正因为如此,司法解释广受司法僭越立法之质疑。不可否认,一些司法解释可能存在解释不当或司法僭越立法之嫌,但我们绝不能从一个极端——将司法解释凌驾于法律之上,走向另一个极端——在没有正确理解司法解释精神内涵的情况下,对司法解释提出质疑并广加批判。因为法律不是嘲笑的对象,司法解释也同样不是嘲笑的对象。如果动辄对司法解释提出质疑并加以批判和贬损,势必会影响司法解释本身的权威性,甚至还会影响据此所作判决的权威性,并最终阻滞我国法治建设的进程。

## 日本性侵未成年人犯罪的法律规制 及其对我国的启示

刘建利\*

**【内容摘要】** 为有效防止性侵未成年人犯罪,日本以刑法和特别刑法中的相关法条相配合,已经建立起了一套相对完整而成熟的规制性侵未成年人犯罪的法律体系。为了进一步完善我国针对性侵未成年人犯罪的法律规制,我国应该借鉴日本的作法,顺应国际化潮流,不仅要注重处罚性侵未成年人的犯罪行为,而且需要加强保护未成年被害人的措施,通过立法加强对性侵未成年人犯罪的周边犯罪行为的处罚,扩大对未成年男性的保护范围。

**【关键词】** 性侵未成年人 买春儿童 儿童色情

随着2013年5月“海南校长带女生开房”案件的曝光,国内一连串的性侵中小學生事件也接连浮出水面,性侵未成年人犯罪亦迅速发展成为社会关注的焦点。<sup>①</sup> 鉴于此类案件数量之多、发生频率之高、受害人数之众、作案情节之恶劣、危害后果之严重、舆论震荡之剧烈,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2013年10月23日联合发布了《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》的通知(以下简称《意见》),以严惩性侵未成年人之恶劣行径,保护未成年人的合法权益。邻国日本针对性侵未成年人行为除刑法规定外,还存在专门制定的规制性侵未成年人犯罪的特别刑法,相对而言已经建立起了一套比较完整、成熟的针对性侵未成年人犯罪的法律规制体系,其中有不少地方值得我国参考与借鉴。本文将从日本针对性侵未成年人犯罪进行的法律规制的具体内容,以及不同法律之间相互关系、运用现状以及最新动向进行探究,并以此为基础探讨对我国的启示作用,以期能够为我国在实践中适用和完善《意见》提供参考,提高我国针对未成年人的性保护水平。

### 一、日本性侵未成年人犯罪的法律规制现状

日本规制性侵未成年人犯罪的刑事法可以分为两大类:一类是刑法和特别刑法上的关于保护所有

\* 刘建利,东南大学法学院副教授,日本早稻田大学法学博士。本文系江苏省社会科学基金重点项目“作为社会治理手段的刑事政策研究”(项目号:12FXA001)的阶段性研究成果。

<sup>①</sup> 如2012年5月,一名受害女童的母亲报案,警方在某中学门口抓获了再次伺机作案的李新功,一起河南官员强奸、猥亵11名幼女的案件浮出水面,引起社会高度关注。最终,李某被判成立强奸罪、猥亵儿童罪,在2013年6月18日被执行死刑。参见 <http://news.sohu.com/s2012/lixingong/>,2013年11月14日访问。