



奸淫幼女犯罪立法比较研究

黄俊平

奸淫幼女犯罪是一种严重的性犯罪，各国刑法中都有规定，我国也不例外。但由于我国刑法典对奸淫幼女犯罪的规定过于简略，致使在刑法理论及司法实践上对该罪的认定存在诸多分歧。本文拟以各国、各地区刑法的相关规定为基础，对奸淫幼女犯罪的立法概况、构成特征、起诉方式及处罚等方面进行比较分析，以期更准确地把握该罪的构成特征，从而完善相关刑事立法。

一、奸淫幼女犯罪的立法概况

对于奸淫幼女犯罪的立法概况可以从两个方面进行考察：

（一）本罪之归属

某种犯罪在刑法典中的归类，反映着立法者对该行为所侵害法益的认定。就奸淫幼女犯罪来说，世界各国、各地区主要有三种归类情形：第一种，将奸淫幼女犯罪作为侵害社会法益的行为，置于妨害风化等类罪中。日本、瑞士、奥地利等国刑法即是这种情形。] 第二种，将其视为侵犯公民个人法益的犯罪。这是现行各国刑法的主要作法，俄罗斯、德国、朝鲜、英国、美国各州及我国香港地区刑法都属这种情况。第三种，也有少数国家刑法按危害程度的不同将性犯罪分列在侵犯人身类罪与危害公共道德类罪中，例如《加拿大刑事法典》。

法国、意大利及我国台湾地区刑法 则是由第一种归类情形改为第二种的。另外，《日本改正刑法草案》（1974年）也将包括奸淫幼女在内的奸淫犯罪与猥亵犯罪单独规定为“奸淫罪”章，将以社会法益为主要法益的其他性犯罪另规定为“妨害风俗罪”章，但这一修改因该《草案》没有通过而未能付诸实施。对性犯罪的侵害法益重新加以认定，是近现代各国刑法进行相关修订的主要趋势，这一潮流与人们对婚姻、家庭及性的观念的变化及对个体权利的逐渐重视是分不开的。

从人权保障的角度看，将奸淫幼女犯罪首先视为侵犯个人法益而不是社会法益的犯罪具有其进步意义。我国1979年刑法典诞生时期，已是世界范围内反思国家本位、重视个体权利观念日盛的时期，加之我国刚走过动乱的年代，人们痛定思痛，意识到保护公民个人权利的必要性的重要性，这些都对我国刑事立法产生着积极的影响。我国新旧刑法典均将奸淫幼女等主要性犯罪规定为侵犯公民人身权利的犯罪正说明了这一点。

（二）关于奸淫幼女犯罪的罪名

各国各地区刑法在本罪罪名的规定上主要有以下几种情况：

1. 独立罪名、独立罪状式

不少国家将奸淫幼女行为单设一个罪名，用独立的罪状描述并配以法定刑，例如英国《1956年性犯罪法》第5条规定的“与13岁以下的少女性交罪”。采用这一法例的还有奥地利及美国有些州刑法典。

2. 与强奸罪合一式

日本等不少国家刑法采用了这种规定方式。这种规定方式又存在三种具体情况：第一，纽约州式。美国纽约州刑法典把普通强奸（即以法定年龄以上的人为对象的强奸）和法定强奸（即奸淫幼女犯罪）规定在一起，按被告人和被害人的年龄及使用暴力的程度等情节，把奸淫幼女犯罪列为三级强奸罪的法定情形；第二，法国式。《法国刑法典》及我国台湾刑法将奸淫幼女规定为强奸罪的法定从重处罚情节之一，并未像前一种那样分等级；第三，印度式。《印度刑法典》中，奸淫幼女也是强奸罪的一种法定情形，但并不是从重处罚情节，这一点与法国刑法的规定又有所不同。

3. 分列式

这是将与幼女非法性交的犯罪行为区分不同情形分别规定在不同的犯罪中。如《意大利刑法典》将行为人采用暴力等强制手段奸淫幼女的情形规定为普通强奸罪的一种加重构成；将非基于强制手段的行为人与幼女性交的行为单独规定为一个罪名，即“与未成年人发生性行为罪”。

4. 与猥亵犯罪合一式

即将奸淫幼女作为猥亵类罪的一种情形。《德国刑法典》就是将对儿童的性侵犯行为合并规定为一个罪名即“对儿童的性行为罪”，《瑞士联邦刑法典》也是将对未成年人不同形式的性犯罪规定在一起。

我国刑法典第236条第1款规定了普通强奸罪，第2款紧接着规定了奸淫幼女犯罪，从“以……论”这种法律拟制立法技术上看，我国刑法典显然采取了“与强奸罪合一式”的罪名规定方式。^①

从违背妇女意志这一本质上讲，奸淫幼女行为与对成年妇女的强奸罪相同，因此合一式规定方式不无道理。然而同是违背妇女意志，却又不完全相同：对成年妇女的强奸是事实上违背女性的意志，而奸淫幼女行为则是法定的违背女性意志，而且，除这一区别外，法定强奸与普通强奸在构成特征上也是差异多多，从这个角度讲，独立罪名、独立罪状式法例也是可行的。再者，从客观特征上看，奸淫幼女行为与普通强奸很容易区分，而往往与猥亵罪容易混淆。从这个角度上讲，将奸淫幼女规定为猥亵罪的一种法定情形也未尝不可。可见，对于奸淫幼女行为罪名的规定方式，关键不在于采取哪种方式，而在于法律规定得是否明确，是否具有可操作性，不致在确定罪名上引起司法及理论理解上的混乱。

二、奸淫幼女犯罪构成特征之比较

与其他的性犯罪相比，对未满一定年龄的“幼女”这一弱势群体的性侵犯行为在构成特征上具有一定的特殊性，加之立法传统及文化观念的差异，各国刑法中的奸淫幼女犯罪的构成特征并不相同。

（一）关于犯罪对象

关于奸淫幼女犯罪的对象，各国各地区刑法规定在两方面存在差异。

第一，“幼女”的法定承诺年龄。

未达法定年龄的幼女，法律推定为没有承诺性交的能力，幼女的同意不能免除行为人的罪责。对于奸淫幼女犯罪的法定承诺年龄，有的国家刑法规定得很低，如智利、墨西哥等国为12岁，有的则规定得相对较高，如美国加利福尼亚州、田纳西州、弗吉尼亚州等刑法规定为18岁。

在法定方式上，有的国家规定得很细，即将性犯罪的未成年对象的年龄分为不同的年龄段并据此配置不同的法定刑。如《意大利刑法典》第609-2条、609-3条规定的“性暴力罪”，若对象不满14岁，其法定刑重于对象为14岁以上的人的行为；若对象不满10岁，其法定刑更重。该法第609-4条的“与未成年人发生性行为罪”在年龄上也是这种规定方式。

还有些国家对未成年女性的保护涉及几个年龄并规定了不同的罪名，奸淫幼女犯罪只是其中的一个。这与意大利刑法在同一个罪名中分年龄段配置法定刑的方式不同。如英国的相关制定法中，将未成年女性按年龄分为两类：以13岁以下的女性为对象的强奸罪涉及的罪名是“与13岁以下的幼女性交罪”；另一罪名则是“与16岁以下的少女性交罪”。《德国刑法典》中除规定了“对儿童的性行为罪”外，还在第182条规定了“（18岁以上的人）诱奸不满16岁之少女罪”。《俄罗斯联邦刑法典》也存在类似的规定情况，涉及的两个年龄为14岁及16岁。

我国刑法规定14周岁为奸淫幼女与普通强奸罪对象的界限，且刑法典只规定对奸淫幼女的比照强奸罪从重处罚，对奸淫幼女犯罪没有再分年龄段并配以轻重不同的法定刑。不可否认，我国刑法典的这种规定方法也能在一定程度上满足罪刑相应原则的要求。同一法官在量刑时，在其他情节相同的情况下，对被害人为10岁以下幼女的强奸罪犯的量刑肯定会重于被害人是10岁以上幼女的情形，但在“14岁以下”这一范围内，被害人年龄大小只是一个酌定量刑情节而不是法定量刑情节。相比较而言，《意大利刑法典》对年龄的规定方式更能满足罪刑相适应原则的要求，从而能保持法律规范在适用上的统一性。

第二，关于犯罪对象的称谓

奸淫幼女的犯罪对象在各国刑法上的称谓并不相同。除了“幼女”一词外，瑞士、奥地利、德国刑法使用“儿童”，法国、意大利等国则用“未成年人”来作为包括幼女在内的遭受性侵犯的对象。我国台湾地区立法院1999年通过的《妨害性自主罪章》中将强奸罪的对象由“妇女”改为“男女”。很明显，“儿童”、“未成年人”及“男女”这些称谓与“幼女”一词的重大区别在于性别上，前者既包括“幼女”也包括“幼男”。这些立法现象反映了相关国家及地区同性恋现象日益增多的社会现实，也反映了人们已开始认识到对男性性自主权进行保护的必要性与重要性。

我国刑法典中，除了猥亵儿童罪外，其他性犯罪的对象都为女性，不包括男性，这不能不说是残存的封建社会男尊女卑、男强女弱落后观念的反映，与我们所倡导的男女平等思想不协调。

（二）客观特征之比较

奸淫幼女是指与幼女发生性交的行为。在客观特征上，各国各地区刑法规定主要在两方面存在区别：

第一，关于手段或方法。

从手段上看，性犯罪中的性交有两种情形：一是基于暴力、胁迫的性交；二是双方自愿的性交。在这一点上，各国刑法规定有详有略，如我国刑法典就没有涉及，但本罪中的“性交”除了与普通强奸罪相同的暴力、胁迫情况下的性交外，还应包括第二种情形，在这一点上，各国刑法的立法精神应是相通的。

关于本罪的手段，各国各地区刑法中规定的主要有如下几种：

1. 暴力。明文规定这种方法的有日本、俄罗斯、法国及意大利等国刑法。

2. 胁迫。日本、俄罗斯、法国、意大利等国刑法中有规定。《加拿大刑事法典》规定的“性攻击罪”的方法是“携带、使用或恫吓使用凶器或伪造凶器”，这正是对暴力与胁迫方法的规定。

3. 强制，即利用被害人孤立无援的状态强制其实施性交。规定这种方法的有俄罗斯及法国刑法。

4. 趁人不备。法国刑法中还规定了以趁人不备方法对他人施以性进入的情形。

当然，也有的刑法只表述为“不合法之性交”，没规定具体方法。如英国《1956年性犯罪法》及《瑞士刑法典》。

值得注意的是，除以上几种情形外，有些国家还规定了一些行为人利用与被害人之间的特殊关系，滥用权利实施奸淫的方法，主要有以下几种情形：

1. 行为人利用教育、培养或监护关系，对幼女实施奸淫。瑞士、德国、意大利等国刑法规定了这种情形。

2. 与被保护人的性行为。即与医院中之病人、犯人、被告人之性行为。德国、瑞士刑法中有这一规定。

3. 对在职务或工作上与自己有从属关系的幼年人之性行为。瑞士、德国刑法也规定了这种情形。

根据我国刑法典第236条第1款的规定，对强奸罪的方法有“暴力、胁迫及其他手段”，可见我国刑法对强奸罪的方法采取列举与概括相结合的规定方式。对于奸淫幼女的，无论是双方自愿的，还是用暴力、胁迫及其他任何强制手段与幼女性交的都符合奸淫幼女犯罪的客观方面特征。因此，我国刑法的相关规定虽然不如有些国家刑法详尽，但那些方法应该视为都包括在“其他手段”中。

第二，关于“奸淫”一词。

对于与幼女非法性交的犯罪行为，我国刑法使用了“奸淫”一词，与我国措辞相同的是《日本刑法典》。除此外其他国家刑法中的用词众多：英国刑法使用的是（男性对幼女之）“性交”，俄罗斯刑法使用了“性交”、“同性性交”、“性行为”等词，瑞士刑法使用“性行为”一词，德国刑法的措辞是“性交”、“性交以外之性行为”，法国刑法使用了“性进入行为”；意大利刑法则使用了“与未成年人发生性关系”、“性行为”等，加拿大刑事法中则使用了“性攻击”这一概念。

从上述各国刑法的规定看，很多国家刑法对“性侵入”涵义的理解与使用已经大大突破了它的传统定义（即男性性器对女性性器的插入与接合），这对公民个人性自主权的保护无疑会更加有力。而且传统的观念也漏掉了对男性性权利的保护，基于这些原因，我国台湾地区刑法不久前也将“奸淫”一词改为“性交”，并参考《美国模范刑法典》在第10条第五项增设了性交的定义：“称性交者，谓左列性侵入行为：一、以性器进入他人之性器、肛门或口腔之行为。二、以性器以外之其他身体部位或器物进入他人之性器、肛门或口腔之行为。”

我国刑法理论是在传统意义上理解对幼女的性侵入行为的，相应地，其他的非自然性交及性侵入行为都被理解为猥亵行为，但是这些行为对幼女的侵害程度不一定就低，所造成的精神及肉体上的伤害可能会更大，如果按猥亵儿童罪处罚，根据我国刑法规定的法定刑，显然不利于保护幼女的性自主权。

（三）关于犯罪主体

我国刑法中奸淫幼女犯罪的实行犯只能是男性。台湾地区及多数国家刑法规定的是对“未成年人”而不

仅是对“幼女”的性犯罪，其犯罪主体自然不限于一种性别，况且不少国家还承认了同性恋现象，这在本罪的主体范围上也会反映出来。我国的同性恋比例虽不如西方国家那样高，但作为一种社会现象，我们不能无视它的存在，因此从立法趋势上看，我国刑法典应将女性也规定为本罪实行犯的主体类型。

（四）关于主观认知特征

幼女的“同意”不免除行为人的罪责，这在各国刑法中大都是一致的，但行为人对幼女年龄情况的“明知”是否应为本罪的主观要件，各国各地区刑法规定并不相同。从法条上看，大致分为两种情况：

一是“严格责任型”，即只要客观上实施了奸淫幼女的行为，被告就可能被定罪。在这种类型中又分两种情况：①第一，绝对严格责任型。在这种情形中，对幼女年龄的不明知不能作为被告人的辩护理由，无论被告对于不知知有无过错。这一方式以美国一些州刑法为代表。英国《1956年性犯罪法》规定的与（不满13岁）幼女性交罪也采用了绝对严格责任制度。但该法规定的与（不满16岁）少女性交罪在认知上则有一定的例外情况。《意大利刑法典》第609条-6也明确规定，奸淫幼女犯罪人不得以不知晓被害人的年龄作为开脱罪责的理由。第二，相对严格责任型。在这种情形中，控方无需证明被告对幼女年龄是否明知，无罪过的证明责任是由被告方来承担。被告可以以自己合理的不明知（对方为幼女）为理由进行无罪过辩护。这种情形见诸英美法系一些国家刑法。

另一类是“过错型”。即奸淫幼女犯罪的成立要求被告人在幼女年龄的认知问题上存在罪过为必要（相对严格责任除外）。在这一类型中，又可分为两种情形：第一种情况是“明知”型，即被告必须“明知”对方为幼女才可能构成奸淫幼女犯罪。如俄罗斯刑法第134条规定：“年满18岁的人与‘明知’未满16岁的人实施性交、同性性交的，处……”，对性交对象年龄的“明知”，决定了该罪主观罪过是直接故意，不存在其他罪过类型。另一种是“过失”型。如《瑞士联邦刑法典》第187条第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。”从这一规定可知，除了“明知”情形之外，被告人由于疏忽大意过失地没有认识到对方为法定年龄以下的未成年人的，也构成该罪。有类似规定的还有《加拿大刑事法典》，该法规定：被告相信被诉犯罪时控诉人已满14岁并不能成为对犯强奸、奸淫及猥亵幼女犯罪的辩护，除非被告采取了一切合理步骤确定控诉人的年龄。也就是说，被告对幼女年龄认知的错误既非故意也不存在过失的情况下，可以免除被告的罪责。

作为行为对象的“幼女”是本罪的构成要件之一，因此被告对幼女年龄的认知程度是否应作为奸淫幼女的构成要件是认定该罪时不能回避的问题，这就是所谓奸淫幼女犯罪的“明知”问题。从上述国外的规定看，无论采用严格责任原则的国家还是采取过错责任原则的国家，都有相关的条文明确规定了行为人对幼女年龄的认知情况是否作为本罪的一个成立要件，如采取“绝对严格责任”原则的国家就专门规定被告对年龄的“不知知”不能免责（无论被告是否采取合理步骤以查证），然而从我国刑法典第236条第2款的规定上，无论怎样都看不出其采取的是哪种原则。

奸淫幼女犯罪的“明知”问题一直是我国刑法理论上的一个争点，笔者认为这一问题存在“应然”与“实然”两个层面。

首先，从应然层面上看，应将被告对幼女年龄的“明知”规定为奸淫幼女犯罪的必要条件之一。这一方面基于我国刑法中犯罪故意事实认识的基本理论；另一方面基于对严格责任制度的考察分析：第一，英美法系中的“绝对严格责任”制度以功利主义与实用主义为理论基础，在定罪时只考虑危害行为及行为造成的危害后果，是典型的结果责任与客观归罪，与作为现代刑法归责与定罪基本原则的过错责任及主客观相统一原则格格不入。第二，现代意义上的严格责任即“相对严格责任”制度已经是过错责任及主客观相统一原则的具体体现，与它相适应的罪过责任倒置的证明责任分配规则也不符合我国的刑事法精神，①因此，关于奸淫幼女犯罪，既不存在适用“绝对严格责任”的可能性，也不存在适用“相对严格责任”的必要性。

其次，在实然层面上，从刑法保障人权的价值追求出发，我国刑法典第236条规定的奸淫幼女犯罪的构成中也应理解为包括“明知”这一主观要件。只不过从法律的确切性上看，这一主观要件应当进行明文规定，否则会给司法实践在适用法律上造成困惑，也给理论上带来不必要的争论，事实证明也正是如此。

三、起诉形式之比较

包括我国刑法在内的大多数国家都将本罪规定为重罪，因此提起诉讼的方式以公诉为主，但也有不同的法例，如意大利刑法规定的多数性侵犯行为都采用“经被害人告诉才处罚”的自诉形式。但是该法同时也规定了自诉程序的例外情形：

1. 针对不满14岁的幼女实施性暴力即强奸幼女的；

2. 与未成年人有监护等照管关系的人对未成年人实施的性侵犯行为；
3. 如果行为与另一人应当实行公诉的犯罪相联系；
4. 与不满10岁的幼女发生性行为的。

可见这几种情况下的奸淫幼女行为都采用公诉程序，只有奸淫（即未施以暴力的）10岁以上不满14岁的幼女的行为才采用自诉程序。

日本与我国一样，对本罪采用公诉形式，不过《日本刑法典》的规定有些特别，具有一些自诉程序的色彩，该法规定“强奸罪（包括奸淫幼女在内）告诉的才提起公诉。”从法条的表述上看，公诉机关只有在被害人及相关人员告诉的情况下，才能提起诉讼，否则公诉机关不能自行决定提起诉讼。但是该条“但书”的规定则赋予了公诉机关在奸淫幼女共同犯罪情况下直接起诉的权利。

我国台湾地区1999年通过的《妨害性自主罪章》中规定：从2001年1月1日以后，包括奸淫幼女在内的强奸罪由告诉乃论的自诉形式改为一律适用公诉程序（婚内强奸案除外）。

性犯罪是侵犯个人权利的犯罪，除在犯罪发生时及发生后对被害人及其亲属造成的伤害外，诉讼程序的进行本身对被害人及家属而言也无异于二次伤害，因此将本罪规定为自诉罪的善良的立法动机不容怀疑。但这样作的实际效果可能适得其反，因为这样就会使本来已受创伤的被害人受到家人及犯罪人一方的干扰，使其面临更大的压力，结果可能是放弃了告诉，放纵了罪犯，而这样的结果是既使国家放弃了对被害人的救济，又使更多的妇女面临着更大的危险。台湾地区刑法正是基于这种原因进行了相关修改。我国刑法在新旧刑法典中都规定了公诉程序，无论从特殊预防还是一般预防的角度看，都有积极的意义，而且对这类犯罪采取不公开审理的方式，这一保障措施可以尽量减弱对被害人的二次伤害。

四、法定刑之比较

各国各地区刑法对本罪的处罚规定，大致存在如下共同之处：

第一，大都对本罪规定了较普通强奸罪更严厉的法定刑，我国刑法也是如此。但是也有例外，如瑞士刑法中奸淫幼女犯罪的法定刑就轻于普通强奸罪。

第二，采用暴力、胁迫等强制手段奸淫幼女的法定刑重于非基于这类手段的双方自愿的奸淫幼女行为。关于这一点我国刑法第236条并无明确规定，但在罪责刑相适应原则指导下，司法实践中是能够实现这一点的。

第三，不少国家刑法对被害人分年龄阶段规定轻重不同的法定刑。这在前面已有介绍。我国刑法对这一点没有相关规定，司法机关以罪责刑相适应原则为指导，在一定程度上也会具有上述规定的效果，但终不如采取明确规定的方式更准确，更具操作性。

第四，不少国家刑法规定被告人的年龄情况是减免罪责的法定事由。如《加拿大刑事法典》第150.1条规定：已满12岁未满16岁的人或者比控诉人年长2岁以下的人在被控对已满12岁未满14岁的控诉人犯性攻击罪的，得以曾经控诉人同意的事实作为辩护的理由。瑞士及意大利刑法都有类似规定。

对于这一点，我国刑法典的相关内容就是总则第17条第3款规定的“已满14周岁不满18周岁的人犯罪的，应当从轻或者减轻处罚”。这一款内容与上述规定的立法精神是一致的，都体现了对未成年犯罪人从宽处理的刑罚原则，只不过这些国家的这种规定方式比我国的规定更为具体，操作性更强，因此法律效果也会更好一些。

五、结论

从上面所进行的比较分析看，我国关于奸淫幼女犯罪的刑法立法整体上存在两个方面的问题：

第一，立法观念陈旧。刑法典第236条规定的强奸罪的诸要件（无论是否在条文中明确表述出来），如犯罪主体与对象的性别类型，客观行为方式等的内容均已明显落后于社会现实，渐不能满足社会生活的需要。只有立足于社会生活，满足现实需要，适应社会发展的法律才是有生命力的法律，否则无以实现刑法的有效性和可行性。



第二，缺乏明确性。刑事立法必须具有明确性，这是罪刑法定原则的基本要求。刑法规范固然应当避免重复、繁琐，但这必须是在条文具备了明确性的前提下进行，如果规定过于简略，只是简而不明，仍然不符合罪刑法定原则保障人权的精神。可见，我国刑法关于奸淫幼女犯罪的立法无论是从立法观念上还是在条文表述的科学性上都应该有所突破和完善。

更新日期: 2006-6-4

阅读次数: 2741

上篇文章: 非法节育犯罪的比较研究

下篇文章: 资格刑比较研究

 打印 |  关闭

 TOP