

# 强奸罪与嫖宿幼女罪的关系

车 浩\*

**内容提要：**如何理解奸淫幼女型强奸罪与嫖宿幼女罪的关系，刑法理论存在多种解释方案。在立法论上，可以从两罪法条竞合但刑罚轻重失序的角度展开修法必要性的论证。在解释论上，无论是将两罪解释为法条竞合进而主张“重法优于轻法”或者主张想象竞合犯而“从一重罪处罚”，在法理上都难以自洽。较为妥当的解释方案是，缺乏有效同意是强奸罪的构成要件要素，具备有效同意则是嫖宿幼女罪的构成要件要素，因此两罪是互斥关系。同意效力判断的关键在于幼女是否属于具备性同意能力的卖淫幼女。这不仅能够合理说明类法益对刑法章节设置的指导意义，而且有利于维持保护幼女与保障人权之间的平衡。

**关键词：**强奸罪 嫖宿幼女罪 法条竞合 想象竞合犯 有效同意

## 一、问题及讨论思路

奸淫幼女型强奸罪（以下简称强奸罪）与嫖宿幼女罪的关系究竟为何，在1997年刑法修订之初，曾经有过激烈的争论。当时对于嫖宿幼女的行为单独论罪已有异议。例如，有学者认为，“明知是幼女而嫖宿的，实际上是一种奸淫幼女的行为，以奸淫幼女罪论处并无不可”。〔1〕但是，十多年来，类似意见始终未得到修法的回应，因此，目前绝大多数刑法学教科书基本上都采取承认立法合理性的态度，对该问题不再讨论。

不过，社会焦点案件常常有激活刑法理论的功能。近年来，随着一系列强奸或嫖宿幼女案的曝光，认为嫖宿幼女的罪刑设置会轻纵犯罪从而主张对其取消的观点重新出现，〔2〕强奸罪与嫖宿幼女罪的关系问题再次成为舆论和学界关注的热点。〔3〕但迄今为止，在刑法理论上深入分析二

\* 清华大学法学院博士后研究人员。

本文是国家社科基金项目“被害人视域中的刑法解释学问题研究”（编号09CFX053）的阶段性成果。感谢清华大学博士生李强、张鹏、柏浪涛和天津市河北区人民法院法官高治的批评意见。

〔1〕 陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第583页。

〔2〕 例如，有学者认为，“嫖宿幼女罪完全符合奸淫幼女的犯罪构成。奸淫幼女的行为完全可以包括嫖宿幼女。在行为方式本身已符合奸淫幼女的情况下，将嫖宿幼女行为作单独罪名和相对较轻处罚的规定，既构成了对同一行为定罪处罚的矛盾，又在一定程度上放纵了犯罪人。因此应取消刑法规定的嫖宿幼女罪，对于嫖宿幼女的行为一律以强奸罪从重处罚。”参见《专家建议对嫖宿幼女行为一律以强奸罪从重处罚》，《中国青年报》2009年4月21日。

〔3〕 相关的文章有陈兴良：《从习水嫖宿案看司法逻辑与个案公正》，《贵州日报》2009年7月27日；张明楷：《嫖宿幼女罪与奸淫幼女型强奸罪的关系》，《人民检察》2009年第17期；赵秉志：《略谈贵州习水嫖宿幼女案的定罪量刑》，[http://www.gz.xinhuanet.com/ztpd/2009-07/26/content\\_17205870.htm](http://www.gz.xinhuanet.com/ztpd/2009-07/26/content_17205870.htm)。此外，《法学》编辑部专门就习水嫖宿案组织了专题讨论，刊发了多篇论文，参见叶良芳：《存与废：嫖宿幼女罪罪名设立与审视》；齐文远、周洋：《习水嫖宿幼女案中行为人的犯罪性质》；童德华：《嫖宿幼女行为的法条竞合问题》，《法学》2009年第6期。

者关系的文章仍然不多。本文拟对此问题进行探讨。文章的分析思路将秉承笔者的一贯主张，即个案的结论最终决定于解释者的价值立场，但是从最终结论到所持立场之间，不能直接飞跃，而应该有清楚明确的论证。就强奸罪与嫖宿幼女罪的关系而言，由于立法论或解释论的立场不同，可能会有相反的解释方向；由于保护幼女和保障人权的侧重点不同，也可能会有不同的方案选择。

本文希望形成一套“多元解决机制”的方案。笔者的基本主张是：首先，在解释论上，强奸罪与嫖宿幼女罪是排他互斥的关系。这是由两罪的基本要素不同所决定的，缺乏有效同意是强奸罪的构成要件要素，具备有效同意则是嫖宿幼女罪的构成要件要素。在幼女同意的场合，强奸罪的对象只能是不具备同意能力的幼女，而嫖宿幼女罪的对象则是具备同意能力的卖淫幼女。由于一个同意不可能既有效又无效，因此与不满14周岁的、自愿同意的幼女发生具有“性交易”形式的性关系，要么因该幼女具备对“卖淫”的性同意能力而构成嫖宿幼女罪，要么因该幼女在实质上不具备性同意能力而构成强奸罪，二者只能择一而不可竞合。其次，在立法论上，从两罪法条竞合但刑罚设置轻重无序的角度去论证修法的必要性，也是可以接受的选择方案。笔者难以接受的观点是，基于解释论的立场，主张两罪法条竞合但适用“重法优于轻法”，或者主张两罪是想象竞合犯而适用“从一重罪处罚”。

## 二、立法论中的法条竞合论：刑罚设置轻重无序

从现有的学术文献和社会舆论看，绝大多数主张修改或者取消嫖宿幼女罪的观点，都是从绝对保护幼女的刑事政策角度出发，认为嫖宿幼女罪的设立“降低了对幼女的保护力度”、“违反了立法平等原则”、“公众的认同感不高”等等。<sup>〔4〕</sup>站在立法论的立场上，这些着眼于刑事政策角度的说法都有一定的道理，且形成了一定程度的共识，笔者无意从这个角度赘述。笔者要着力讨论的是，除了政策理由之外，如何从立法技术的角度提出合理的方案，证明嫖宿幼女罪的设立存在问题。

### （一）两罪在构成要件上存在竞合

刑法分则各条文的规定包括两个部分，一是该罪的构成要件，二是以刑罚为主要内容的法律后果。一般所说的竞合，是指构成要件部分的竞合。比较刑法第236条与第360条的规定可知，强奸幼女与嫖宿幼女的犯罪对象都是幼女，行为表现都是与幼女发生性关系，行为人都是男性。更重要的是，与自愿发生性关系的幼女性交，两罪都可能成立。刑法第236条规定，“奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚”。从法律规定的字义来看，“奸淫”本身没有涉及到同意与否的问题。但是，2003年1月24日最高人民法院《关于行为人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》明确规定：“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，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚。”如果承认这个司法解释的效力，就会得出如下结论：在行为成立嫖宿幼女罪的场合，也必然符合强奸罪的构成要件，因此，两罪存在特别法条与普通法条的竞合关系。主张这种观点，有如下的理由：

第一，从文义解释的角度看，两罪竞合符合文义范围。一方面，嫖宿对象是不满14周岁的幼女；另一方面，嫖宿幼女罪中的“嫖宿”，意味着性交对象是以卖淫为目的的自愿行为。按照文义解释，卖淫的幼女也是幼女，自愿卖淫也是一种自愿性交。那么，嫖宿卖淫幼女的行为，就完全符合2003年司法解释中相关用语“不论幼女是否自愿”的涵摄范围。如果将“行为人明知是

〔4〕 参见前引〔3〕，叶良芳文。

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，均应依照强奸罪处罚”作为法律推理的大前提，将行为人与自愿卖淫的幼女发生性关系作为小前提，必然会合乎逻辑地推导出嫖宿幼女的行为构成强奸罪的结论。按照这个推理，强奸罪与嫖宿幼女罪天然地存在着法条上的竞合关系。这种竞合关系是纯正的特别法条与普通法条之间的竞合，〔5〕如同构成金融诈骗罪必然满足诈骗罪的基本要求一样，构成嫖宿幼女罪也必然构成强奸罪（奸淫幼女）。

第二，从历史解释的观点看，得出两罪竞合的结论并不意外。1997年刑法修订前，全国人大常委会曾经于1991年通过《关于严禁卖淫嫖娼的决定》，其中第5条第2款规定“嫖宿不满14周岁的幼女的，依照刑法关于强奸罪的规定处罚。”由此说来，肯定嫖宿幼女罪与强奸罪的竞合关系，将嫖宿幼女视为强奸罪的一种特别类型，这样的看法可以说是对《决定》精神的一个侧面的、曲折的回归。

第三，从体系解释的角度说，将两罪理解为竞合也不无道理。尽管司法解释并不是刑法条文且不断受到学者批判，但是在目前的司法实践中，对办案人员而言，司法解释的效力基本等同于刑法条文。如果把司法解释看作是扩展性的刑法条文，那么追求2003年司法解释与刑法第360条之间在“体系”上的协调性，也应该算是一个理由。

## （二）两罪在刑罚设置上轻重无序

法条竞合是刑法上的正常现象。两罪竞合并不能得出应修改或取消其中一罪的结论。问题在于第二个环节：这种竞合会引出哪些不合理的现象？

笔者认为，承认两罪法条竞合后的最大麻烦，就是在比较刑罚轻重时面临解释难题。对于法条竞合的两罪而言，特别是当乙罪从甲罪中脱胎而来，乙罪被看作是甲罪的特别类型时，比较两者轻重，是一种理所当然的思路。一般而言，甲乙两罪竞合且有如下关系时，两罪的轻重易于比较：（1）无论是最高刑还是起点刑，甲罪都高于乙罪时，说明甲罪重于乙罪。例如，刑法第192条集资诈骗罪的起点刑是拘役，最高刑是死刑；第266条诈骗罪的起点刑是管制，最高刑是无期徒刑。因此，集资诈骗罪重于诈骗罪。（2）甲乙两罪的最高刑相同，但起点刑甲罪高于乙罪时，说明甲罪重于乙罪。例如，刑法第127条抢劫枪支弹药罪与第263条抢劫罪的最高法定刑虽然都是死刑，但是，抢劫枪支弹药罪的起点刑是10年，而抢劫罪的起点刑是3年，因此，抢劫枪支弹药罪重于抢劫罪。

或许有人质疑：比较两罪轻重的意义何在？本来，若是两罪并非竞合，倒也不一定非得比出孰轻孰重；可是，在两罪法条竞合的框架下，轻重之分却有了格外的意义。比较轻重的意义不在于理出顺序便于掌握，而在于证成和体现竞合立法的合理性。正是由于特别行为与普通行为相比，在不法程度上有整体性的改变，基于“罪刑相适应”的基本原理，才有必要从普通法条中将其独立出来，从而形成特别法与普通法的竞合，并遵循“优先适用特别法”的原则。申言之，两罪在惩罚力度上的轻重之别，本来就是两罪竞合立法的根据和推力，理应 from 刑罚轻重的比较中凸显出来。否则，若从刑罚上根本看不出两罪的轻重差别，特别行为也完全可以按照普通法条的刑罚强度处理的话，那么，立法者在普通法条之外，多此一举地另设一个特别法条，又有何意义？！

强奸罪与嫖宿幼女罪的法条竞合，正是在这一点上陷入了困境。一方面，强奸罪的起点刑是3年有期徒刑，虽然“奸淫幼女，从重处罚”，但是也不能排除在个别案件中有3年或4年有期徒刑的裁量适用；而嫖宿幼女罪的起点刑是5年有期徒刑，明显高于强奸罪。〔6〕从这一点来看，似乎刑法对嫖宿幼女的行为评价要重于强奸。但是另一方面，在“奸淫幼女多人”时，强奸罪的

〔5〕关于法条竞合的种类，参见陈兴良：《规范刑法学》，中国人民大学出版社2009年版，第276页以下。

〔6〕特别是同样存在从轻或减轻情节时，强奸罪（奸淫幼女）最低刑可至3年，而嫖宿幼女罪最低刑是5年。

法定最高刑是死刑，而嫖宿幼女罪的最高刑是15年，这样看来，似乎强奸罪又要远重于嫖宿幼女罪。这种左右为难、不知孰轻孰重的刑罚设置，可能导致明显不合理的局面：强奸一名幼女，量刑可能要低于嫖宿一名幼女；强奸三名幼女，量刑却可能远重于嫖宿三名幼女。从一名幼女到三名幼女，同样幅度地累加侵害对象，但是，惩罚起点高的却累加出低的结果，这在逻辑上和情理上都是荒谬的。由此不能不让人产生困惑：作为强奸罪的一种特别类型，与强奸罪相比，嫖宿幼女究竟是一种危害性更重、可罚性更高的行为，还是一种危害性较轻、可罚性较低的行为？〔7〕难以回答的是：立法者把嫖宿幼女作为强奸罪（奸淫幼女）的特别类型另外立法，究竟是打算重罚还是打算轻罚？这种困惑的无解，说明立法本身存在某种缺陷。

### （三）结论：嫖宿幼女罪需要修改

至此，主张强奸罪与嫖宿幼女罪法条竞合，终于倒向了立法论的批判立场。〔8〕批判的基本逻辑是：一方面，在构成要件上，嫖宿幼女罪与强奸罪法条竞合，嫖宿幼女罪是强奸罪的一种特别类型；另一方面，在刑罚区间设置上，嫖宿幼女罪与强奸罪之间又存在难以比较、轻重无序的问题；而这个问题，本来是一个当两罪竞合时，在法理逻辑上不应该出现的矛盾。从立法论的立场看，以往一些废除嫖宿幼女罪的论证着眼于保护幼女的刑事政策的角度，而本文所提出的方案则是从技术角度展开。通过论证两罪的存在体系性、技术性的缺陷，从而得出至少有一罪需要修改，以与另一罪相协调的结论。若以保留强奸罪作为基准，则必然要修改嫖宿幼女罪。

上面是基于立法论的立场，笔者就修改嫖宿幼女罪所提出的论证方案。如果解释的终点是废除嫖宿幼女罪的条文而将其纳入强奸罪中，那么应该承认，就实现对幼女绝对保护的刑事政策而言，这种理论上的努力有其合理性。但不容乐观的是，这种解释能否达到这个终极目标？对此，不能回避中国的立法现实，那就是学界的影响力微弱，特别是在刑法的基本框架确立之后，对其中一些重要条文提出学术性的修改意见，要想被立法者采纳并引起修法，确实存在一定的困难。更重要的是，立法或修法往往是社会形势、民众关注度、决策者意志、部门利益以及学界呼吁等多方面因素综合作用和推动的产物，甚至即使具备了立法、修法的大气候，时机条件也都已成熟，但从决策层讨论到最终通过也常常需要很长的时间。这也是法律尤其是刑法这样的基本法律的内在稳定性所要求的。除了“时间成本”之外，立法的“直接经济成本”和“机会成本”也都是立法者需要审慎考虑的，〔9〕对此，应该有一定的耐心和理解。所以，尽管从学者的基本使命看，始终不应放弃对立法的批判，但是在呼吁修法的同时，面对未修法状态下的现实问题，也不能搁置不理或者消极等待，而应该同时从解释论的立场灵活和实用地予以解决。

## 三、解释论上的法条竞合论：“重法优于轻法”

### （一）解释论上的法条竞合论

上述两罪法条竞合但轻重无序的阐述，虽然能够从技术角度加强修法必要性的论证力度，但

〔7〕 张明楷教授为嫖宿幼女罪的法定刑重于普通的奸淫幼女型强奸罪提供理由说，“在幼女已经处于卖淫状态时，嫖宿者会更加胆大妄为、肆无忌惮，对幼女实施的性侵犯行为会更恶劣、性侵犯时间会更长，因而导致行为造成的结果会更严重；又由于幼女已经处于卖淫状态，导致对嫖宿行为进行一般预防的必要性增大，为了实现一般预防的效果，因此嫖宿幼女罪的法定刑高于普通的强奸罪的法定刑。”参见前引〔3〕，张明楷文。姑且不论这种理由本身是否适当，问题在于，按照这种理由，如果行为人嫖宿多名幼女，岂不是更加说明“嫖宿者的胆大妄为、肆无忌惮，对幼女实施的性侵犯行为更恶劣、性侵犯时间更长”吗？那为什么在这种情形下，比起奸淫多名幼女来，嫖宿多名幼女的法定刑反而降低了呢？这显然是难以自圆其说的。

〔8〕 所谓立法论的立场，是指从批判的角度，论证嫖宿幼女罪的立法缺陷，主张修改甚至取消。

〔9〕 关于立法成本的详细阐述，参见汪全胜：《制度设计与立法公正》，山东人民出版社2005年版，第169页以下。

是绝大部分修法主张者的原始动力和出发点,其实并不在于修正技术瑕疵,而是考虑到保护幼女的刑事政策,认为嫖宿幼女罪的立法有可能轻纵犯罪。在他们看来,即使行为性质属于嫖娼,但只要对象是幼女,也应该以强奸罪从重论处,才算是“不轻纵犯罪”。这种主张强烈地表达了绝对保护幼女的愿望。

有一些学者认为,要实现这一目的,不必非得持立法论的批判立场,而是可以坚持解释论的立场,<sup>[10]</sup>将两罪解释为法条竞合的关系,再按照“重法优于轻法”的原则进行处理。例如有学者提出,“嫖宿幼女罪的行为一般应当以嫖宿幼女罪定罪处罚,因为当行为人嫖宿幼女时,比较基本法定刑,奸淫幼女型强奸罪为3年以上10年以下,而嫖宿幼女罪为5年以上有期徒刑,嫖宿幼女罪是特别法条规定的罪名,而且刑罚处罚重于强奸罪,所以通常适用嫖宿幼女罪是妥当的。……但是在特殊场合,对有些嫖宿幼女的行为应当以强奸罪论处。依照刑法第236条第3款规定,强奸妇女、奸淫幼女,刑法规定之特定情形的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。当行为人嫖宿幼女的行为符合该款规定时,依照强奸罪处罚的法定刑的上限(死刑)和下限(10年有期徒刑)都比嫖宿幼女罪较重,所以要基于重法优于轻法的原则,以强奸罪论处。”<sup>[11]</sup>

这种主张的实质是将想象竞合犯“从一重罪处断”的处罚原则适用于法条竞合。依这种主张,在出现嫖宿多名幼女等情节时,就不再受嫖宿幼女罪最高刑为15年的限制,而径直以强奸罪中“奸淫幼女多人的”情节,在10年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑的量刑区间内论处,从而实现不轻纵犯罪的效果。这种方案乍看起来很有刑事政策上的优势,通过主张“重法优先”,就有可能对嫖宿幼女者适用死刑,从而满足一般民众的正义感。不过,从另一方面看,这种主张不仅未能解决上文所提到的在法条竞合关系下无法比较两罪轻重的解释难题,而且引出了一个新的困扰:在法条竞合的情况下主张“重法优于轻法”,这一基本前提是否合理?

## (二) 法条竞合时能否“重法优于轻法”

一般而言,两罪法条竞合时,“特别法优先于普通法”。<sup>[12]</sup>但是,十几年前,冯亚东教授就提出在某些情况下“重法优于轻法”的见解。<sup>[13]</sup>近年来,陈兴良教授和张明楷教授也分别以不同术语和范围主张“重法优于轻法”。陈兴良教授认为,在两个法条“交互竞合”(两个罪名概念之间各有一部分外延互相重合<sup>[14]</sup>)时,应适用“重法优于轻法”的原则。“交互竞合的两个法条之间存在择一关系。在这种情况下,重法是优位法,应根据重法优于轻法的原则适用重法,排斥轻法。至于何为重法,何为轻法,应根据案件的具体情况确定。”<sup>[15]</sup>张明楷教授主张,“当一个行为同时触犯同一法律的普通条款与特别条款时,在特殊情况下,应适用重法优于轻法的原则,即按照行为所触犯的法条中法定刑最重的法条定罪量刑。”按照张明楷教授的归纳,所谓“特殊情况”分为两种:第一种是法律有明文规定的,如刑法第149条第2款规定,行为符合第141条到148条所列生产、销售假药罪等条款的同时,也符合第140条生产、销售伪劣产品罪的,若第140条处罚较重,则按第140条处罚。第二种是“法律虽然没有明文规定,但是也没作禁止性规定,而且按特别条款定罪不能做到罪刑相适应时,按照重法优于轻法的原则定罪量刑”。<sup>[16]</sup>根据这种观点,张明楷教授得出结论说,在嫖宿幼女的场合,不具备加重情节的,就按嫖宿幼女罪在5年以上定罪量

[10] 所谓解释论的立场,是指在不修法的前提下,通过解释的方法,尽量达到和修法同样的效果。

[11] 前引〔3〕,童德华文;同样观点参见前引〔3〕,张明楷文。

[12] 这不仅是刑法理论上的通说,也有刑法的明文规定。例如,刑法第266条诈骗罪后段“本法另有规定的,依照规定”。

[13] 参见冯亚东:《论法条竞合的从重选择》,《法学》1984年第4期。

[14] 参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第405页。

[15] 前引〔5〕,陈兴良书,第279页。

[16] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第371页以下。

刑；具备加重情节的，则按强奸罪在10年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑的区间内定罪量刑。<sup>〔17〕</sup>概言之，法条竞合时，哪一个法条的量刑结果重，就适用哪一个法条。

但是，“重法优于轻法”的观点值得商榷。除了刑法第149条第2款属于法律有明确规定以外，在其他场合适用“重法优于轻法”的理由存在疑问。

第一，“刑法没作禁止性规定”或“没有禁止适用重法”的理由，模糊了刑罚权的性质。现代刑法学的基本共识是，国家的刑罚权只有在刑法条文明确允许的情况下才可以发动。罪刑法定原则意味着对司法者和普通公民有截然相反的要求。对司法者而言，“凡是刑法没有允许的，就是不能做的”；而对公民而言，“凡是刑法没有禁止的，就是可以做的”。现在用所谓“但是也没作禁止性规定”的说法来为司法者适用重刑提供理由，这就完全颠倒了司法者与普通公民在刑法上的地位，将公民的权利转移给了掌握刑罚权的司法者。这种“刑法没作禁止性规定”的论证理由，对刑罚权性质的认识有明显错位，在法理上是难以接受的。

第二，“按特别条款定罪不能做到罪刑相适应”的说法，则是将司法者等同于立法者，是解释权对立法权的僭越。更严厉地说，是类推思维的一种变身。这里不妨回想一下类推的基本逻辑。简单说就是，虽然法律没有规定针对某行为的条款，但是如果不类推适用某条款去惩罚某行为，就没法实现刑法正义，“不能做到罪刑相适应”。再反过来看“重法优于轻法”的逻辑，那就是，虽然法律已经明确了针对某行为的特别条款，但是如果不适用处罚更为严重的普通条款，就“不能做到罪刑相适应”。二者的共同点在于，在一行为明显不为罪或明显符合轻罪的情况下，根据解释者心目中“罪刑是否相适应”的价值观，将行为入罪或入重罪。这就把本属于立法者的判断权转移到了司法者和解释者手中，在本质上是对罪刑法定原则的破坏。

罪刑是否相适应，本来就是一种仁智互见的价值性判断，因此现代法治国家才禁止不明确的罪状和不定期刑，将准确描述罪状和决定法定刑的权力交给立法者，只有法定刑区间之内的自由裁量权才留给法官。在刑法已经明确规定了特别条款，而行为又没有疑义地符合特别条款的时候，司法者能做的就是按照特别条款的规定对行为定罪量刑；只有在行为不符合特别条款但符合普通条款时，才可以适用普通条款。这不是一个法条适用技巧的问题，而是罪刑法定的题中应有之义。概言之，罪刑是否相适应，是立法者说了算而不能任由司法者个人判断。立法者本来就是基于罪刑相适应的考虑，认为普通条款的惩罚尺度不合适，才专门设立特别条款，在这种情况下，如果说司法者可以故意搁置和架空某一个他自己认为“罪刑不相适应”的特别条款并转而适用普通条款，那么立法权与司法权之间的权限划分以及立法对司法的限制就荡然无存了。这显然是与现代法治的基本共识完全背离的，除非重新定位司法权，否则在法无明文规定的情形下主张“按特别条款定罪不能做到罪刑相适应”，难以在现代法治理念的基础性框架中获得认同。

第三，如果一定要坚持法条竞合时“重法优于轻法”的表述，这种表述最多只能适用于两个构成要件之间存在补充关系的情形，而对于像强奸罪与嫖宿幼女罪这种存在特别关系的两罪而言，并不适用。

国外的刑法理论一般认为，法条竞合有三种情形：特别关系、补充关系和吸收关系。<sup>〔18〕</sup>所谓特别关系，是指甲乙两个条文之间，甲法条必然包含了乙法条的所有构成要件要素，因此，成立乙罪必然也成立甲罪，此时，按照刑法理论上的通说，仅成立乙罪（特别法条）并排斥甲罪

〔17〕 参见前引〔3〕，张明楷文。

〔18〕 关于法条竞合的分类存在很大争议，但是德国的刑法理论一般都承认，特别关系、吸收关系和补充关系是法条竞合最基本的三种形式。Vgl. Frister, Strafrecht AT, 2007, § 31, Rn. 6ff; [德] 韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第477页以下；[德] 施特拉腾韦特、库伦：《刑法总论》，杨萌译，法律出版社2006年版，第435页以下。

(普通法条), 否则会造成重复评价。显然, 若主张强奸罪与嫖宿幼女罪法条竞合, 二者只能是一种特别关系的竞合。与之相对, 在补充关系的情况下, 或许可以总结出“重法优于轻法”的说法。所谓补充关系, 是指甲乙两个刑法条文之间, 仅在不适用甲法条时, 才有适用乙法条的余地。补充关系表现为多种形式, 如既遂犯规定优先适用于未遂犯和预备犯,<sup>[19]</sup> 正犯优先适用于教唆犯和帮助犯, 作为犯优先适用于不纯正的不作为犯, 以及实害犯优先适用于具体危险犯等。<sup>[20]</sup> 当两个条文表现为补充关系时, 优先适用的条文在法定刑上的确表现为“重法优于轻法”(显然, 既遂要重于未遂, 正犯要重于帮助犯, 实害犯要重于具体危险犯)。但是, 这种法律适用是根据侵害阶段、参与型态和行为型态等法条自身的性质来选择的, 并不是根据适用哪一个条文会更“重”来选择的。换言之, 补充关系下的“重法优于轻法”, 只是法条适用的一个逻辑结果, 而不是选择哪一个法条的根据和出发点。对于属于特别关系的强奸罪与嫖宿幼女罪而言, “重法优于轻法”就更不适用了。

总之, 法条竞合时必须遵循“特别法优于普通法”的原则,<sup>[21]</sup> 至于“重法优于轻法”, 仅限于刑法中个别条款(实际上只有第149条第2款)的明文规定, 或者可以看作在学理上作为对补充竞合的刑罚适用后果的一种事后描述。如果仅仅根据司法者或者解释者个人对于“罪刑是否相适应”的感受, 就将这一例外性的法律规定不受约束地扩展适用至其他条文, 则明显是在重刑思维下把公民个人的自由权和立法者的决定权一股脑地给了司法者。以解释论之名行立法之实, 这一步走得如此之远, 是比类推更隐蔽也更严重的对罪刑法定原则的破坏, 对此应该拒绝。

#### 四、解释论上的想象竞合犯

##### (一) 成立想象竞合犯的观点及其逻辑缺陷

与上述法条竞合的论证思路不同, 但是在最终结论上完全相同的, 是认为嫖宿幼女的行为成立想象竞合犯的观点。一些学者提出, 嫖宿幼女的一个行为, 同时触犯了嫖宿幼女罪与强奸罪, 属于想象竞合犯, 应从一重罪论处。<sup>[22]</sup> 此外, 在非正式的讨论中, 这种想象竞合犯的观点也有很大的市场。<sup>[23]</sup> 这种主张的优势在于: 第一, 避开了法条竞合关系下, 必须比较两罪轻重的解释难题; 第二, 回避了在无法解决罪轻罪重的比较问题时, 必然倒向立法论的立场; 第三, 避开了法条竞合关系下适用“特别法优先”的原则, 而是借助想象竞合犯“从一重罪论处”的原则满足了一般民众的正义感, 在如此严密的竞合关系下, 似乎不会再出现具备加重情节时行为人通过嫖宿幼女罪来减轻惩罚的情形。

但是, 笔者也不能赞同想象竞合犯的观点。原因在于, 只要承认强奸罪与嫖宿幼女罪有竞合关系, 那么这种竞合就不可能是想象竞合, 而只能是法条竞合。学说上公认的想象竞合犯(一行

[19] 德国刑法理论探讨既遂犯优先适用于未遂犯, 是因为德国刑法不像我国刑法将未遂犯统一规定在总则部分, 而是在分则部分对处罚未遂的一些罪名分别做出明确规定。

[20] 例如, 我国刑法第114条与第115条之间, 就是具体危险犯与实害犯的对应, 二者存在补充竞合的关系, 当放火、决水、爆炸等行为出现严重后果时, 应直接适用第115条而不再适用第114条, 只有当上述行为尚未造成严重后果时, 才轮到第114条的适用。

[21] 一些学者认为, 特别法优先于普通法的说法会引起误导(参见黄荣坚:《刑法问题与利益思考》, 中国人民大学出版社2009年版, 第226页)。不过, 批评者的意见, 其前提是以刑法定典与附属刑法分别对应于“普通法”与“特别法”; 而本文在这里所说的特别法和普通法, 则是指同一刑法定典之内的特别法条与普通法条。

[22] 参见前引[3], 张明楷文, 齐文远等文。

[23] 网络上出现很多主张想象竞合犯的观点, 参见 <http://attorneybj.blog.sohu.com/124626561.html>; <http://www.tianya.cn/publicforum/content/law/1/162658.shtml>; <http://lawangxiangjun.blog.163.com/blog/static/5154036920093111610232>。

为触犯数罪名)的竞合关系,是“不必然”和“不恒定”的。所谓想象竞合犯,是指一行为既满足甲罪又满足乙罪的情形,但是也完全可能存在大量的某一行为虽然满足甲罪,但是并不满足乙罪的情形。一行为是否同时触犯两罪名而构成想象竞合犯,要视具体个案中的行为性质具体认定;两罪之间的竞合关系,仅仅是可能而非必然。<sup>[24]</sup>例如,在A对B造成身体伤害的情况下,可以构成寻衅滋事罪与故意伤害罪的想象竞合犯;A在B心脏病发作时故意盗走B的救心丸而导致B无药救治而死,可以构成盗窃罪与故意杀人罪的想象竞合犯。但是,这些竞合情形并不是必然的,寻衅滋事完全可能不构成身体伤害,而盗窃更可能与杀人毫无关系。与此相反,在强奸罪与嫖宿幼女罪发生竞合关系的场合,由于竞合点是在犯罪对象(幼女)和犯罪行为(发生性关系)部分,<sup>[25]</sup>而这两个部分正是两罪构成要件的核心内容,因此两罪竞合的局面是恒定和必然的:只要一个犯罪行为符合了嫖宿幼女罪的构成要件,就必然同时符合强奸罪的构成要件。当行为满足甲罪就必然满足乙罪时,说明两罪之间具有先天的、恒定的、必然的竞合关系,这种竞合关系在理论上只能解释为法条竞合。<sup>[26]</sup>

由此可见,所谓想象竞合犯的解释方案,乍看起来,在“从一重罪论处”的处罚原则上比法条竞合更有说服力,但是,仔细推敲,根本就无法成立:一方面,嫖宿幼女罪与强奸罪的核心要件都是与幼女性交,如果强调竞合,那么只要行为符合嫖宿幼女罪的条件,则其必然符合强奸罪的条件,两罪的竞合就是恒定的,这样一来,就不是想象竞合而是法条竞合;另一方面,如果否认两罪恒定竞合,而主张只在一些特殊场合(如嫖宿多名幼女)运用想象竞合犯的法理,又无法说明为什么嫖宿多名幼女时,就与“奸淫多名幼女”构成想象竞合(从而适用“从一重罪论处”),而当嫖宿一名幼女时,则与“奸淫一名幼女”没有竞合。这种两面来回撞墙的困境,说明想象竞合犯的解释方案仅仅是一种为了达到重罚的效果而任意地解释刑法的做法,由此导致的法律适用缺乏明确标准的后果,是令人难以接受的。

## (二) 想象竞合犯理论在中国语境下易被滥用的风险

想象竞合犯的方案不仅在逻辑上难以自洽,而且暴露出某种在刑事政策上值得警惕的倾向。近年来,张明楷教授主张“充分运用想象竞合犯的法理”,因为“刑法所规定的犯罪之间不可能都具有绝对明确的界限。大部分犯罪之间并不是非此即彼的关系,一个案件事实完全可能亦此亦彼。换言之,由于用语具有多义性、边缘模糊性等特征,使得一个案件事实符合多个构成要件的现象极为普遍。”<sup>[27]</sup>因此,“硬性划分此罪与彼罪之间的界限的做法,并不可取”。<sup>[28]</sup>这样一种“与其重视界限,莫如注重竞合”的主张,直接挑战构成要件之间的区别问题,具有很高的理论意义。不过值得注意的是,这种看法在实践中却很可能被严重误解甚至滥用。事实上,很多场合对想象竞合犯的运用,并非基于构成要件本身的特性出发所得出的结论,而是在严密刑事法网、避免处罚漏洞的刑事政策思想驱动下,追求达到填补各个构成要件之间缝隙的效果。换言之,之

[24] 同样从这个角度区分两者的,参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第285页。

[25] 那种认为嫖宿行为也包括性交行为之外的其他猥亵行为的观点,不应该被接受。因为无论如何也难以理解:为什么一个轻度的猥亵行为的起点刑(5年)却高于一个重度的性交行为(3年)?

[26] 陈兴良教授认为,想象竞合与法条竞合的根本区分,不在于是否必然触犯两个法条,而在于想象竞合是事实意义上的竞合,而法条竞合则是法律意义上的竞合。当行为触犯的两个法条之间存在从属或交叉的逻辑关系时,则为法条竞合;若不存在这种逻辑关系,则为想象竞合。参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第383页。不过,若考虑到“存在逻辑关系”,实质上就是指无法回避的、恒定的竞合;而“不存在逻辑关系”,实质上就是指或然性的竞合,那么,这种区分标准与本文主张并无差异。依照这种竞合标准,同样会得出强奸罪与嫖宿幼女罪之间是法条竞合而非想象竞合的关系。

[27] 张明楷:《犯罪之间的界限与竞合》,《中国法学》2008年第4期。

[28] 前引[3],张明楷文。

所以对各个构成要件做更倾向于竞合而非互斥的解释，常常是由于“当把任何的两罪设计或解释成排他互斥时，将无法避免地会造成许多刑事政策上所不能容忍的刑罚性漏洞。”<sup>[29]</sup>但是，因为不能容忍惩罚漏洞而使用想象竞合犯的态度，从打击犯罪的方面来看或许是对的，但却隐藏着将罪刑法定原则与保障人权的理念打入冷宫的巨大风险。

首先，试图用想象竞合犯来弥补惩罚缝隙，掩饰立法缺陷，可能会使刑罚权的发动缺乏正当性。

刑法解释的目的是要实现刑法功能，而刑法功能既包括有效地惩罚犯罪，也包括保障人权。保障人权的功能实现，要求司法者只能对一部人所共知的刑法进行解释和适用。“从刑法法理学的意义上说，法律不可能是永远正确的，立法缺陷是客观存在的，善意地解释法律的前提是要承认立法上的这种缺陷，更应该弥补这种缺陷，而不是掩饰这种缺陷。”<sup>[30]</sup>刑法本来就不是一部对所有利益进行面面俱到保护的律法，刑法保护的残缺性、选择性和碎片性是刑法区别于其他法律的重要特征。因此，在刑法公布之后，司法者就必须接受刑法保护的不完整性和不全面性，对所谓的漏洞应该采取容忍的姿态，遏制住“造法”的冲动。对解释者来说，如果承认刑法不仅是裁判规范也是行为规范，那么，面对各个构成要件之间的缝隙采取揭示和澄清的态度，就不是一种解释能力的匮乏，而是一种“有所为有所不为”的自律。当刑法确实存在惩罚缝隙而一般民众对此缝隙也已经有模糊感受时，基于澄清行为规范以保障人权的立场，应该通过解释更为清楚准确地将此缝隙呈现在公众面前，让公众知晓：处于此缝隙中的行为，既不符合甲罪，也不符合乙罪，因此应属无罪；至于接下来是否有必要弥补这一缝隙，则应该经由民主商讨的方式由立法者决定。在这种情况下，即使解释者不情愿，也“只能向立法者呼吁”；<sup>[31]</sup>解释者不应该在公众已经感觉到此一惩罚漏洞时，反而试图通过事后的解释技巧弥补此漏洞，这会使罪刑法定主义所要求的明确性、公开性和不溯及既往变得名存实亡，使公民对自己的行为后果缺乏预期，使构成要件的呼吁功能和一般预防作用形同虚设。当法律共同体（特别是司法者和学者）的解释能力和解释权力本来就高于一般民众的时候，再进行此种“事后补漏”的解释，就必然使得刑法在公众心中成为一部无所不能也无法预期的法律。此时，解释者已经僭越了立法者的权力，民主立法的至上性也在不应该让步的领域让步给精英化和专业化的解释者，刑法的公正不再有明确的保证，而只能寄托于解释者的良心。

其次，司法实践中存在滥用想象竞合犯的需求和动力。这种做法既消解了罪刑法定原则对司法者定罪量刑的明确性要求，也缺乏正当性地降低了控方的证明困难，容易成为司法者掩饰定罪疑点的借口。

这种担忧并非危言耸听，而是由于从检察官的角度出发，想象竞合犯的解释方案在各种情形下都具有明显的吸引力。例如，虽然甲的行为本来就符合A罪的构成要件，但控方可能由于自身的能力和水平而难以确定其究竟符合A罪还是B罪，此时，若非要以某一罪名起诉甲，可能会因定性错误而造成公诉失败。又如，甲的行为本来就处于A罪与B罪的缝隙之间而无罪，但控方若真认定为无罪，又可能担心会被怀疑是“法律适用有偏差、解释能力低下”。相反，有了“与其区分界限，不如定为竞合”的理由，就可以把这些棘手的问题都说成是竞合问题，如此一来，就能够轻易避开界分A罪还是B罪的困难，也可以放弃澄清缝隙的任务，减轻控方的证明责任，大大降低定罪错误或因判决无罪而被贬低的风险。其次，对被告定罪并从重处罚是检察机关天然和潜在的追求。将行为定性为想象竞合，择一重罪论处，这也大大增加了公诉的成功效

[29] 蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，台湾元照出版公司2008年版，第249页以下。

[30] 陈兴良：《定罪之研究》，《河南省政法管理干部学院学报》2000年第1期。

[31] [德]罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第138页。

果。因此，从制度激励和人性趋利的角度看，公诉者没有理由不去选择竞合论的方案，甚至在根本就不存在任何竞合关系的时候，也极易将想象竞合犯当作一种“万金油”似是而非地滥用。本文中所讨论的强奸罪与嫖宿幼女罪的关系，主张想象竞合的观点颇有市场，也许就是自觉或不自觉地受到上述思想的影响。

当然，上述关于滥用想象竞合犯危险性的论述，主要是一种“可能性”的担忧。但任何可能性的实现，都会受到周遭条件的影响——如果具体的司法语境使得担忧现实化的可能性非常高，那么，对想象竞合犯适用范围不宜夸大而是严格限制就是具有现实合理性的主张。

笔者认为，在学术层面上，想象竞合犯的挖掘和推广是一项重要的理论贡献，对于理论研究者中立、科学地思考构成要件之间的关系意义深远。但是，由于在打击犯罪与保障人权之间，想象竞合犯的适用效果天然地倒向弥补惩罚漏洞、从重打击犯罪的一边，因此，它特别适用于罪刑法定原则比较牢固、人权保障观念比较普及、法治水平（特别是定罪水平）和司法者素质都比较高的司法环境。只有在这种语境下，才既能最大程度地发挥想象竞合犯的功效，又能保证其受到有效的限制和约束而不至于被滥用。换言之，从对症下药的角度看，它最能发挥功效之处，本来是针对德日等现代法治国家在罪刑法定原则上过于严格甚至僵化的做法，是为了修正过于强调保障被告人权的西方主流司法意识形态而提出的堵截惩罚漏洞的主张，即在司法天平整体上倒向保障人权一边时，在打击犯罪的另一边所加上的砝码。

然而，在中国目前的司法环境下，滥用想象竞合犯的风险非常高。一方面，保障人权的法治理念尚未在司法实践中稳固地扎根，从重从快打击犯罪的观念仍然是司法意识形态的主流，由此产生的诸如刑讯逼供等流弊始终存在。另一方面，在大多数起诉书和判决书中，说理部分的精确化程度很低，真正有定罪疑点、需要准确解释的地方往往都被绕了开去，或者用一些似是而非、“辩证统一”的玄虚之词徘徊在“法律规定”的表面，既深入不下去也经不住推敲；一些判决书的实质，甚至不是在用专业知识而是在用司法权力去定罪。这种司法领域的基本国情决定了，目前最重要的问题是培养司法者坚守罪刑法定原则的意识，尽快建立起保障人权的理念，防止打击犯罪的强势话语一边倒的局面，努力维持司法天平的平衡。具体而言，应该像德日等法治先进国家那样，在认定犯罪构成的第一步，就是审查“构成要件该当性”。这种审查工作，要求司法者提高对单个构成要件进行精确解释的能力，必须逐次审查每一个可能与案件事实相符的分则条文的构成要件，而不能一上来就含糊其辞地在多个构成要件之间穿插缝合。

就我国目前的司法水平而言，若有了“充分运用想象竞合犯”这种不必区分此罪与彼罪之界限、不必非得为某一行为明确性的“理论支持”，可以想象，这会受到某些本来就搞不清楚定罪依据的司法工作者欢迎，他们可以堂而皇之作为司法者难以说清楚的定性难点找到根据——“两罪之间本来就没有明确界限，本来就是可以竞合的”；就可以满足公诉方打击犯罪的冲动和愿望——“两罪竞合，从一重罪论处”。这种解释方法及其结论对控方和裁判者都有益处，再加上司法者的专业素质大众化，很难期待这种滥用会得到有效的制约和限制，借想象竞合犯之名掩盖“葫芦僧乱判葫芦案”之实的危险非常高。乍看起来，国外有些学者与我国学者都主张充分运用想象竞合犯，<sup>[32]</sup>二者似乎是同步的，但实际上，一个是在罪刑法定精神已经成为主流意识形态、甚至被过分僵硬地强调的司法环境中所提出的纠偏性意见，另一个则是在罪刑法定精神还立足未稳甚至水土不服的局面下，继续在打击犯罪的一边增添理论武器。<sup>[33]</sup>这种情况，好比前几年盛

[32] 国外有些学者从上个世纪70年代末开始主张充分运用想象竞合犯的法理来堵截惩罚漏洞。Vgl. Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979.

[33] 例如，张明楷教授之所以主张嫖宿幼女罪与强奸罪成立竞合关系，正是因为“承认此罪与彼罪之间的包容关系，更利于认定犯罪”。参见前引[3]，张明楷文。

行的各种反法治或解构法治的后现代理论，本来是针对西方的法治现代性问题而发，却在很大程度上符合了中国“前现代”的某些特征，与主张法治理念的各种应然性观点相比，反而对中国的现实合理性具有更大的解释力，更符合当政者维护现实的需要。这种理论建构上的“时空错位”在各个知识领域中普遍存在，实在不可不察。

## 五、解释论上的妥当选择：两罪互斥

笔者认为，从解释论的立场出发，需要追求的目标是：如何在既定的法律规定下，既能最大程度地达到保护幼女的刑事政策效果，又不会完全虚置和架空嫖宿幼女罪的现有立法？要想实现这一目标，比较妥当的选择是将两罪解释为互斥关系。<sup>[34]</sup> 缺乏有效同意（包括不同意和虽有同意的表面形式但实质无效两种情形）是强奸罪的构成要件要素；相反，具备有效同意则是嫖宿幼女罪的构成要件要素。两罪的构成要件（犯罪成立的条件），并不是竞合的关系，恰恰相反，根本就是“A”与“非A”的互斥关系。

没有争议的是，无论幼女身份为何（是否从事卖淫），在其不同意性交时，行为人当然构成强奸罪。存在疑问的是，在幼女作出同意表示时，凭什么认为强奸罪场合的同意是无效的而嫖宿幼女罪场合的同意就是有效的？本文认为，问题的关键在于两罪中的“幼女”涵义并不相同。嫖宿幼女罪的“幼女”专指自愿进行性交易的“卖淫幼女”，而强奸罪中的“幼女”则指其他情形下的幼女。将嫖宿幼女罪的对象限制为“卖淫幼女”，这是由刑法第360条第2款中的“嫖宿”的明确规定所决定的。按照《现代汉语词典》的解释，嫖宿就是“嫖妓”。因此，嫖客与妓女之间、嫖宿行为与卖淫行为之间，如行贿与受贿之间的对向犯关系一样，是相互对应、彼此依存、缺一不可的。要想认定行为人构成嫖宿幼女罪，就必须认定其性交对象是否为卖淫幼女；如果幼女不属于卖淫女，则行为也不可能构成嫖宿幼女罪。从生活习性和社会观念上去评价，长期专门从事卖淫活动的幼女已具备与他人进行性交易的同意能力，因而其同意表示是有效的；一般而言，其他情形下的幼女对性行为的性质、意义和后果往往并不具备完全理解的能力，应当认为其并不具备性同意能力，因而其同意表示是无效的。因此，在形式上都得到同意的场合，应当从犯罪对象的角度去区分强奸罪和嫖宿幼女罪，强奸罪的对象是无性同意能力的幼女，也只有具备性同意能力的幼女才有可能被认定为真正的“卖淫幼女”，成为嫖宿幼女罪的对象。当两罪因犯罪对象不同而呈现互斥关系时，就没有必要非在刑罚上比较两罪轻重，<sup>[35]</sup> 所以这里也不存在像法条竞合论那样，必须比较两罪轻重但又难以比较的难题。

### （一）刑法典的章节设置为两罪互斥论提供立法支持

在解释论上，以性交对象是否为“卖淫幼女”来区分两罪，才能合理说明刑法典的体例结构和法益的指导功能。

第一，嫖宿幼女罪的保护法益不是单一法益，而是复数法益，其中，社会管理秩序是首要保

[34] 这也是国内学界的多数意见。例如，曲新久教授明确指出，“嫖宿幼女罪发生于卖淫嫖宿过程中，排斥强奸罪法条的适用”（曲新久：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第514页）。但是究竟为什么排斥，大多数教科书语焉不详。

[35] 这种情况下，两罪的刑罚轻重与两罪侵害法益的重要性之间，没有必然关系。例如，刑法第238条非法拘禁罪属于侵犯人身权利罪，刑法第295条传授犯罪方法罪属于妨害社会管理秩序罪，按照刑法理论和刑法的排列顺序，前者的法益重要性高于后者，但是非法拘禁罪的法定刑设置是3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，而传授犯罪方法罪的法定刑则是5年以下有期徒刑、拘役或者管制，若比较法定刑，则后者重于前者。其他如强制猥亵妇女罪（5年以下）与暴动越狱罪（10年以上）的比较也是如此。这充分说明，在没有法条竞合关系的两罪之间比较刑罚轻重，既不可能有规律性，也与“法益质”的位阶高低没有必然关系。

护的优势法益。一方面，该罪既然被设置在妨害社会管理秩序罪的类罪名之下，根据法益的指导功能，该罪当然是侵犯了社会法益；另一方面，如果认为该罪仅仅侵犯了“禁止卖淫嫖宿”的社会管理秩序，就无法解释为什么嫖宿 14 周岁以上的妇女却不构成犯罪。因此，该罪也必然保护某种与幼女相关的法益。在一个构成要件保护复数法益的情况下，就存在一个确定“优势法益”的问题，即哪一种法益是占主导地位的、需要优先保护的法益。要确立这一点，不应该着眼于对两种法益本身的“法益质”的比较，<sup>[36]</sup>而应该着眼于各国立法者通过刑法所表明的态度。由于各国情况不同，所采取的刑事政策不同，其在立法上的保护重点当然有所不同。一个犯罪行为既侵犯了甲法益又侵犯了乙法益，但是有的国家侧重保护甲法益，有的国家可能侧重保护乙法益。侧重保护的形式主要体现在将这一罪名安排在刑法典的哪个章节中，放在哪个类法益之下。从嫖宿幼女罪的章节设置来看，立法者将其置于“妨害社会管理秩序罪”一章下，显然表明社会管理秩序是该罪所要保护的优势法益。

第二，接下来的问题是，嫖宿幼女罪中的次要法益即“某种与幼女相关的法益”，其具体内涵究竟是什么？如果认为嫖宿幼女的行为与强奸的行为一样，侵犯的法益是“性的自我决定权”，那么，从刑法各章类法益的排列顺序看，性的自我决定权（人身法益）向来要高于一般的社会管理秩序，嫖宿幼女罪的首选位置本应该处于“侵犯公民人身权利罪”一章中，为什么立法者反将社会管理秩序视为优势法益，将嫖宿幼女罪置于“妨害社会管理秩序罪”之下？这只能说明，立法者设置嫖宿幼女罪，虽然也保护与幼女相关的法益，但这种法益与“性的自我决定权”并无直接关系。对这种法益可能合理的描述，应该是一种“保护幼女”的社会观念。正是这种观念与“禁止卖淫嫖娼”的社会管理秩序结合在一起，共同组成了嫖宿幼女罪的保护对象，才能在嫖宿幼女的行为与嫖宿其他卖淫妇女的行为之间划出罪与非罪的界限；也正是这种观念，由于其在“法益质”上并不属于人身法益，在法益位阶上也低于“性的自我决定权”，因而才在与社会管理秩序的组合中成为次要法益，才使得嫖宿幼女罪被安置在“妨害社会管理秩序罪”一章中。

第三，若承认以上推理，就会进一步逼出这样的问题：既然同样都是自愿性交的幼女，为什么奸淫幼女的场合，侵犯的法益是性的自我决定权，而嫖宿幼女的场合，侵犯的法益却是保护幼女的社会观念？合理的解释是，立法者认为从事卖淫的幼女虽然不满 14 周岁，但是已经具备了性同意能力，从而不能再像其他场合下的幼女一样否定其同意的效力；既然同意有效，当然就没有侵犯性的自我决定权，当然也不宜以此为由将嫖宿幼女罪放在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”之下。对上述论证加以整理，就会得出立法者的思路：由于具备同意能力，因此卖淫幼女的性交同意是有效的，嫖宿幼女的行为并没有侵犯性的自我决定权（人身法益），而是在违反社会管理秩序（禁止卖淫嫖娼）的同时，又冒犯了保护幼女的社会观念，从而突破了社会道德风俗对卖淫嫖宿现象的容忍底线。要想在司法实践中实现这一立法目的，就必须严格把握同意能力这一概念，以此来界定卖淫幼女的范围，只有那些具备同意能力的幼女才可能成为嫖宿幼女罪的犯罪对象，而不具备同意能力的幼女则只能成为强奸罪的犯罪对象。

## （二）被害人同意能力为两罪互斥论提供理论支持

只有具备性同意能力的幼女才可能成为嫖宿幼女罪的对象，才能被界定为该罪中的“卖淫幼女”，这并非道德性的随意论断，而是以同意能力的概念为出发点逐步推导出来的。

[36] 如果从单一法益的“法益质”的角度去考虑，会把问题的讨论引向混乱，将更加难以形成一致的意见。以诬告陷害罪为例，关于该罪“法益质”为何一直存在争议，有人认为是人身权利，有人认为是司法（审判）作用，可是，如果承认法益是一种被确认和被发现的“前实定法”的利益，那么这些观点就都难以说明：为什么诬告陷害行为在有的国家属于侵犯国家法益的犯罪，在有的国家则属于侵犯个人法益的犯罪？为什么同样的行为在不同的国家会被“确认”或者“发现”为侵害了不同的法益？这显然是单一法益论者难以解释的。

刑法上的同意能力是被害人同意生效的要件之一。即使公民是在处分自己有权利支配的法益,既没有意思决定瑕疵,也没有违背善良风俗,但是如果不具备同意能力,也一样可能会导致同意无效。刑法上的同意能力既不同于刑事责任能力,也不同于民事责任能力。对被害人同意能力的要求没有统一的标准,而应该在具体的案件类型中具体确定。被害人同意的出罪根据,是对公民个人自我决定权的尊重。基于这个角度,一个有效的同意并不需要对同意能力做全面、固定和僵化的要求,只要足以自治就可以了。所谓足以自治,是指同意本身不需要在客观上非常合情合理,但是它必须来自于一个在主观上具有充分理性能力的头脑。<sup>[37]</sup>同意者必须能够判断和理解同意的后果、影响和意义。对此,显然不存在一个一般性的标准和尺度。按照鲍曼(Baumann)的说法,“对同意能力进行一般化的归纳,固定在某个年龄上,这看起来并不可行……在某些案件中,可能7岁的孩子就已经具有了同意能力,而在另一些案件中,即使年过60,可能也没有同意能力。”<sup>[38]</sup>谨慎和保险的做法是在特定时间、特定事情上评估同意者的同意能力。就未成年人的同意而言,只要这个未成年人在做出决定的时候,是站在他自己的立场上,根据他自己的认识和判断,充分理解了侵害的意义、后果和影响,那么就应当认可他的同意能力,也就没有理由否定这种同意的效力。<sup>[39]</sup>

同意能力不是一种固定在某一具体年龄上的“硬条件”,而是必须结合具体语境才能得出的个别化判断。所谓具备性同意能力,是指必须清楚理解性行为 and 性交易的性质、意义及后果。基于这种理解,可以认为:虽然都是不满14周岁的幼女,但在成立强奸罪的场合,“幼女”是指没有同意能力的幼女;而若要成立嫖宿幼女罪,则该“幼女”必须是在该特定案情中具备同意能力的卖淫幼女。

一方面,奸淫幼女的司法解释的确在某种程度上排除了14周岁以下幼女的性同意能力。从立法上看,强奸罪被规定在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章中,其规范目的是保护女性对性的自我决定权。即若得到一个有效的性交同意,是绝对不可能构成强奸罪的。而司法解释却认为“不论幼女是否自愿”,都按强奸罪论处,若认可司法解释只能“解释”刑法条文而不能“修改”刑法条文,那么就会承认,这个司法解释中的“自愿”是指虽然具有同意形式,但实质上缺乏同意效力的“自愿”。对于幼女而言,只有从排除同意能力这一点出发,才能得出这个结论。而之所以要排除幼女的同意能力,是考虑到在一般情况下,不满14周岁的幼女身心发育尚不成熟,智能也处于增长时期,对性行为的后果和意义缺乏认识能力。应该承认,这种做法就如智力程度或者健康指数一样,从制度上人为地设定最低限度的参数,有助于在具体的判断中以此作为原则性基准,避免出现大的失误,这是有其合理性的。

但是,另一方面,也不能在所有情形下都绝对地排除幼女的同意能力。如前所述,同意能力本来就没有僵化的、固定不变的标准,刑法也不应该基于强烈的家长主义立场,不考虑具体情形,通过划定统一年龄线的方式,强行地剥夺所有幼女的性同意能力。事实上,例外情形并不罕见。比如,当前社会中大量存在着未成年的少男少女恋爱、同居、发生性关系的现象,对这种情形如果不做具体判断,而是一律以奸淫幼女论处,不仅把未成年的少男认定为强奸犯,而且同时也必然把不满14岁的幼女定性为强奸罪的被害人。这反而会带来不利于幼女成长的后果,走向了保护幼女的反面。因此,关于奸淫幼女的另一个司法解释(2006)指出,“已满14周岁不满16

[37] Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001.

[38] Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 2003, S. 396.

[39] 这是目前德国刑法学界的通说。Vgl. Kuehl, Strafgesetzbuch Kommentar, 2007, vor § 32, S. 223; Roxin, Strafrecht AT, 2006, § 13, Rn. 83; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2005, Rn. 374f.

周岁的人偶尔与幼女发生性关系，情节轻微、未造成严重后果的，不认为是犯罪。”〔40〕这里的“不认为是犯罪”，按照该司法解释的起草者的说法，正是由于“考虑到实践中已满14周岁不满16周岁的人与幼女发生性关系的情形比较复杂，从保护未成年人的角度考虑”，作此规定。〔41〕这种政策考量在强奸罪的语境下只能解释为：上述情形中的幼女被视为具备性同意能力的个体，其同意是有效的；也只有根据这个理由，才能从法理上排除强奸罪的成立。〔42〕有学者提出，幼女的性同意或承诺应该是普遍无效的，如果承认同意有效的話，那么“父母也无权禁止其不足14周岁的幼女同他人发生自愿的性交易行为，否则他们的干预就至少有可能侵犯了这样一位幼女的意思表示自由甚至是人身自由。”〔43〕其实，这种担心是没有必要的。因为无论在民法上还是在刑法上，都承认家长的管教权是一种（超法规的）违法阻却事由，如果家长因为要禁止幼女与他人性交而将其锁在屋内，可依对子女所享有的管教权而使得其行为正当化。因此，不是一味否认幼女的性同意能力而是根据具体情形去判断的做法，并不是什么洪水猛兽，也不会出现假想中的麻烦。

嫖宿幼女罪的立法，正是表明立法者认为相当一部分幼女具备性同意能力。成立嫖宿幼女罪的关键，不在于是否存在给付财物等一些性交易的表面形式，而在于嫖宿对象是否具备性同意能力，是否属于“真正”的卖淫幼女。并非所有接受对方财物、具有性交形式的行为，都意味着是在从事卖淫活动。例如，甲男和乙女（不满14周岁）在网上认识，长期聊天后见面，甲男为博乙女欢心，提出要送乙一部新手机，甲乙发生关系后，甲男果然送给乙女一部手机。若仅仅根据存在送手机这一事实，就认为甲是嫖客，乙是卖淫女，显然是不妥的。在这个意义上，幼女是否属于“卖淫女”与幼女是否具备性同意能力，本质上是同一个判断，前者是后者在生活经验上的一个典型表现，后者为前者提供法理上的解释途径。司法实践中可以参考的标准是，如果幼女的确不是出于一时性的好奇，也不是被欺骗、被胁迫或被诱惑，而是对以身体换取金钱的性交本身有非常清楚的认识，也明白和理解性行为本身的性质、意义和后果，其在夜总会或洗浴中心等色情场所长期从事性交，足以表明她是以卖淫为业〔44〕或具有“卖淫习性”，〔45〕就可以认为其在性交问题上已经具有了同意能力，可将其认定为“卖淫幼女”。这种情况下即使对其抱有同情、教育和挽救的心态，但事实上已经不能由其他人和制度（包括刑法）来强行否定该幼女对自己行为和生活方式的自我选择。行为人以嫖客身份与之进行性交时，要综合案情全面考虑，如果行为人从幼女的言谈举止以及性交的环境（如夜总会等色情场所）能够确认幼女是卖淫者，而卖淫幼女也做出自愿性交的表示，在这种情形下，应该视作同意有效，得到同意而与幼女性交者，应以嫖宿幼女罪论处。相反，如果幼女是出于被行为人欺骗、诱惑或胁迫等情况，在对性交或者“卖淫”的性质并没有清楚的认识的状态下与行为人发生性交，就不能视其为具备性同意能力的幼女，即使之后接受行为人的金钱或其他财物，也不能以“卖淫幼女”定性，不

〔40〕《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条。另一个例子是，我国台湾刑法第227条有所谓的“两小无猜”条款，即当发生性关系双方都是未成年人时，考虑到可能是基于好奇或相爱而尝试禁果，因此“告诉乃论”。

〔41〕参见孙军工：《解读〈关于审理强奸案件有关问题的解释〉》，载张军主编：《解读最高人民法院司法解释》，人民法院出版社2003年版，第195页。

〔42〕也可能会有这样的解释，之所以“不认为是犯罪”，是在社会对于幼女的特殊保护与作为未成年人的犯罪人的利益之间比较和衡量的结果。但是，这样的解释不是在强奸罪构成要件的范围之内展开，而是进入到刑事政策的视野中，使得解释路径和结论都具有很大的任意性，因而并不可取。

〔43〕苏力：《司法解释、公共政策和最高法院》，《法学》2003年第8期。

〔44〕“卖淫”在这里指长期从事性交，即“以卖淫为业”，这符合人们的生活用语和评价习惯。例如，现实中大量存在因个人性生活开放而产生的“一夜情”，即使互相之间有财物往来，一般人也不会将之定性为“卖淫”。

〔45〕周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2007年版，第467页。

能成为嫖宿幼女罪的对象,在这种情况下,行为人构成强奸罪而非嫖宿幼女罪。

### (三) 小结

综上,在幼女同意的场合,强奸罪的对象是无同意能力(同意无效)的幼女,而嫖宿幼女罪的对象必须是具备同意能力(同意有效)的卖淫幼女。“在刑法根据不同对象区分不同犯罪的场合,当不能对同一对象作出双重评价或者对象非此即彼而不能亦此易彼时,对象的区别才成立两罪之间的基本界限。”<sup>[46]</sup>在特定的具体案件中,一个幼女的同意能力不可能既具备又缺乏,或者说一个性交同意不能既有效又无效,行为人的行为也不可能既符合强奸罪(同意无效)又符合嫖宿幼女罪(同意有效)。因此,在两罪的犯罪对象完全不同的情况下,两罪的关系不可能是竞合,只能是互斥(在互斥的关系下,关键的问题就不再是比较两罪刑罚轻重,而是符合哪一个构成要件,即按哪一个罪名论处)。

## 六、两罪互斥论在刑事政策上的优越性

笔者主张将嫖宿幼女罪与强奸罪解释为互斥关系,通过同意能力的有无来区分不同幼女的解释方案,有利于在保护幼女与保障人权之间保持平衡,在刑事政策上具有其他方案难以替代的优越性。

第一,这种解释方案能有效地发挥刑法的社会评价功能。既能避免轻易地将幼女贴上“卖淫女”的标签,也能防止以嫖宿之名行奸淫之实者把嫖宿幼女罪作为逃避重罚的挡箭牌。

一方面,刑法不能以一种看起来保护幼女的形式,反而在实质上对幼女进行“二次伤害”。被轻易地定性为“卖淫女”从而成为嫖宿幼女罪的对象,与作为强奸罪的受害者相比,前者显然具有“污名化”的负面效果,对于女性特别是尚处在身心发育阶段的幼女而言,背负“卖淫女”的标签对其人生的伤害可能更甚于第一次被害。按照本文主张的方案,既然只有具备性同意能力的幼女才能成为嫖宿幼女罪的犯罪对象,那么,不具备同意能力的幼女,即使存在某种性交易的表象,也不能被评价为卖淫幼女。在现实生活中,一些幼女尚不谙世事,因一时的好奇、冲动、偏激等不成熟情绪的驱使,或受引诱、哄骗而与他人发生性关系,虽然意思表示上是自愿的,也得到了金钱回报,看起来具有了性交易的形式,但是由于对自己的行为性质、后果和意义并没有清楚理解,因此实际上并不具备同意能力,所做的性交同意是无效的。此时,性交易行为不构成卖淫,幼女本人也不能被贴上“卖淫幼女”的标签,而应该被排除出“卖淫女”的行列。行为人的“嫖宿”行为实质上是强奸,而幼女实质上是强奸罪的被害人。司法实践中必须借助同意能力的概念,通过对幼女本人情况和所处环境的仔细审查,严格把握“卖淫幼女”的认定,避免将本属于强奸罪被害人的幼女定性为嫖宿幼女罪中的“卖淫幼女”。

另一方面,既然只有以卖淫为业的幼女才能成为嫖宿幼女罪的犯罪对象,那么行为人仅仅认识到对方是幼女是不够的,而必须认识到对方是“卖淫幼女”,此时,与之发生性交易才能构成嫖宿幼女罪;若行为人明知对方不是“卖淫幼女”而与之性交易,对行为人应按照强奸罪论处。<sup>[47]</sup>这种解释能够有效地针对以下现象:一些行为人明知幼女并不是以卖淫为业(特别是一些人专门要找尚是处女的幼女发生性关系,即所谓“买处”),而只是受到了哄骗、胁迫或利诱,但故意不闻不问,事发后以存在金钱给付之由掩盖奸淫之实,对此,可以通过否定幼女同意能力

[46] 前引[27],张明楷文。

[47] 最高人民法院《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》(2001年6月11日)认为,“行为人知道被害人是或者可能是不满14周岁幼女而嫖宿的,以嫖宿幼女罪追究刑事责任。”笔者认为,这一解释无法厘清嫖宿幼女与奸淫幼女的区分,合理的做法应该是:在“不满14周岁”和“幼女”之间,加进去“卖淫的”界定。

的解释方法来界定犯罪对象，从而排除嫖宿幼女罪的适用，而直接按照强奸罪追究行为人的责任。<sup>〔48〕</sup>

按照强奸罪对行为人论处，主要在以下两点上体现刑法从重评价的效果。第一，罪名本身就具有谴责性的评价机能，不同罪名的评价效果也有所不同。在一般社会观念中，“强奸犯”的污名化效果显然要重于“嫖客”，在道德非难程度和赋予罪犯耻辱感的压力上，前者也要重于后者。第二，从具体量刑来看，在出现加重情节的场合，强奸罪惩罚强度要大于嫖宿幼女罪。强奸一名（一次）幼女，强奸罪的法定刑是在10年以下；嫖宿一名（一次）幼女，虽然法定刑最高是15年，但是司法实践一般也是控制在10年以下。强奸多名（或多次）幼女，最高刑可判处死刑；嫖宿多名（或多次）幼女，司法实践中一般在10年以上量刑，最高刑不超过15年。<sup>〔49〕</sup>由此可见，对于多次嫖宿（或嫖宿多名）不具备性同意能力的幼女的行为人而言，对其按强奸罪量刑显然是罚当其罪。例如，2009年被曝光的福建安溪“校长参与嫖宿初中女生案”，职校校长许建新与多名初中女生发生关系，其中4名是不满14周岁的幼女，均被许建新“破处”。<sup>〔50〕</sup>该案中虽然存在财物给付等性交易的表面形式，但掩盖不了受害幼女并不属于“卖淫女”的事实，因此对行为人应以强奸罪而非嫖宿幼女罪提起公诉。

第二，这种解释方案可以限制情绪化司法和重刑主义倾向，防止出现过度扩大打击面甚至侵犯人权的局面。

这是与法条竞合和想象竞合犯的主张比较后得出的结论。一些学者采取重法优于轻法的法条竞合论和从一重罪论处的想象竞合犯的方案，其实是因为若按特别法优于普通法处理的原则，难以实现重罚的效果。相反，若按照重法优于轻法或者从一重罪论处的观点，行为人在嫖宿多名幼女时，就无法逃脱强奸犯的定性和从重处罚的后果。

但是，不能因绝对保护幼女、严惩罪犯的正义冲动而无视社会现实和立法现实。卖淫嫖娼现象的普遍存在是难以回避的问题，刑法对这种现象的承认和容忍，也是不可否认的。刑法明确规定，只有组织、强迫、容留卖淫以及嫖宿幼女的行为才是犯罪，而一般的卖淫嫖娼仅以行政处罚规制。换言之，一般的嫖宿行为本来是无罪的，但是当嫖宿的对象是幼女时，则将面临5年以上有期徒刑的刑罚。从无罪到有罪，从行政处罚到自由刑，这已经在立法上鲜明地体现了保护幼女的政策。此外，“司法实践表明，在嫖宿幼女的场合，多是幼女自愿甚至是在幼女主动纠缠的情况下进行的。换言之，犯罪行为的实施，受害幼女本人也有一定的过错。相比而言，行为人的主观恶性也较小”。<sup>〔51〕</sup>因此，对与具备性同意能力的真正的卖淫幼女性交者按嫖宿幼女罪论处，并不是所谓的“司法歧视”，这是因为：其一，毕竟刑法暂时还没有修改或废除嫖宿幼女罪，“法典中的每一个条文在废止之前均应推定有效，司法者均应积极适用而不能将其完全弃置”，<sup>〔52〕</sup>因此必须要留下适用嫖宿幼女罪的可能性空间。如果认为两罪竞合且从重论处，那么“所有的嫖宿幼

〔48〕 行为人可能会辩解，自己对幼女不是卖淫女并不“明知”，或者说，自己以为对方就是卖淫女而与之性交。对此，能否视作有认识错误，即以“嫖宿”的故意犯了“强奸”之罪？本文认为，这种场合下，要以一般人的认识程度为基准，结合幼女本身的个人情况（如言谈举止）以及发生性交易的环境等作综合判断。在一般人眼中，具体个案中的幼女会被看作是长期自愿从事卖淫的妓女，还是会被看作是被骗或被胁迫从事性交易？若是前者，则可以采信行为人的辩解，按嫖宿幼女罪处理；若是后者，则行为人的辩解不足为信，仍应按强奸罪论处。

〔49〕 从贵州习水嫖宿幼女案的判决结果可以清晰地看出这一点。李守明、黄永亮和冯勇分别嫖宿幼女一人一次，均以嫖宿幼女罪被判处有期徒刑7年；母明忠嫖宿幼女两人两次，以嫖宿幼女罪被判处有期徒刑10年；冯支洋嫖宿幼女两人三次，以嫖宿幼女罪被判处有期徒刑14年。

〔50〕 案情来源：[http://news.ifeng.com/society/1/200907/0706\\_343\\_1235205.shtml](http://news.ifeng.com/society/1/200907/0706_343_1235205.shtml)；<http://www.chinanews.com.cn/sh/news/2009/07-08/1766900.shtml>。

〔51〕 陈兴良主编：《罪名指南》（上），中国政法大学出版社2000年版，第660页。

〔52〕 前引〔3〕，叶良芳文。

女的行为都会被以强奸论处,从而事实上导致嫖宿幼女罪的立法过剩”。<sup>[53]</sup>如果在解释方法上完全将嫖宿幼女罪架空,这种解释已经是在“修法”了。其二,如果在已经确定构成嫖宿幼女罪的情况下,一定要将嫖宿幼女的行为归入到强奸罪中以从重处罚,只能说是反映了主张者将正义感和愤怒寄托于重刑的报复心态,而对于一般预防和特殊预防则毫无意义:如果定嫖宿幼女罪不能威吓潜在的嫖宿者,定强奸罪就能威吓住吗?如果最高15年徒刑不足以改造罪犯,处以无期徒刑或者死刑就能够改造了吗?尽管大多数学者都认可限制甚至废除死刑的立场,但是一遇到具体问题,人们的重刑迷信和死刑迷信往往便抑制不住地表现出来,由于个体情感而倒向报复性司法,这是值得深思的。

更重要的是,根据罪刑法定原则,刑法既然公示了对“嫖客”的惩罚条件和惩罚程度,司法者就不能再随意地将“嫖客”转变为“强奸犯”。否则,刑法公之于众的“罪刑价目表”就失去信用,就违背了刑法在行为规范的法定性上对公民的承诺。富勒早就指出,“解释者和法官必须考虑到这一点,即那些根据这部制定法来安排自己行为的人们是如何合乎理性地理解其含义的?因为法律不应当变成那些不可能像法官一样充分了解立法理由的人们设置的陷阱。”<sup>[54]</sup>正是在这一点上,两罪互斥的方案优越于两罪竞合:一方面,当幼女的确以卖淫为业,而行为人也确实清楚是在与一名真正的卖淫幼女发生关系时,对于这名“诚实的”嫖客以嫖宿幼女罪论处,已经足以惩罚这种双方合意且有效的性交易,这样的结果是这名嫖客面对刑法时能够预期到的。相反,如果对嫖客以强奸犯重处,刑法在这里就是以嫖宿幼女罪的幌子为行为人设下了一个强奸罪的陷阱。另一方面,当幼女并非以卖淫为业,仅仅是被引诱、欺骗、胁迫与行为人发生性关系,而行为人在明知对方并非真正的卖淫女仍与之性交时,对这种“狡诈的”或者说“揣着明白装糊涂”的行为定性为“强奸”,正好显示出它与一般意义上的“嫖妓”的区别。否则,刑法就不仅会被这一类狡猾的行为人所愚弄,而且会丧失对前一类真正的“嫖客”的威慑力,起到了反面鼓励作用——既然这种对象广泛(普通幼女的数量当然要远远大于实际存在的卖淫幼女数量)、行为便利(日程生活中接触普通幼女的机会很多,作案场所也无限制,而去卖淫场所寻找到幼女并非易事)的行为,也能被定性为“嫖宿”,那么,那些本来只打算以少数卖淫幼女为猎物的嫖客,可能索性会把目光投向数量庞大的普通幼女群体,这显然是没有人愿意看到的。

## 七、两罪互斥论的方法论基础与解释力

### (一) 两罪互斥论的方法论基础

本文对两罪关系的讨论,没有局限于对行为人的行为及其主观心理的分析,而是采用了一种“被害人视角”。通过“被害人同意能力”的概念,将那些被引诱、欺骗、胁迫或者出于好奇、贪便宜等心理与行为人发生性关系的幼女排除出嫖宿幼女罪的犯罪对象的范围;即使行为人以一种“性交易”的形式与这些幼女发生性关系,但是由于犯罪对象不适格,因此其行为性质并不是嫖宿而是强奸。这样思考的出发点是,这些幼女并不符合社会公众心目中“卖淫女”的典型形象。只有那些在夜总会或洗浴中心等色情场所长期从事性交易,其作为职业的“性工作者”的身份被场所内部环境所公认,而且言谈举止足以表明其以卖淫为业或具有“卖淫习性”,足以表明其对“卖淫”有非常清楚的认识,也明白和理解性行为本身的性质、意义和后果的幼女,才比较符合一般民众对“卖淫女”的想象。

[53] 前引[3],叶良芳文。

[54] [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第98页。

笔者对被害人形象进行类型化解释进而缩减其范围的思路，受到了从相反视角去解释行为人的方法的启发。在刑法理论史上，曾经有学者在解释论的立场上，用类型化的方法对构成要件中的“行为人”进行限缩性解释：即使行为人实施了可以被归入相关条文的行为，但是，除非这些行为足以证明行为人具有典型的“犯罪人”的人格形象，否则，仍然不能适用该条文。这个角度的代表性论著是德国学者达姆（Dahm）在1940年发表的《刑法中的行为人类型》。达姆认为，如果一名医生基于挽救一名妇女的生命而对其实施堕胎手术，即使他忽略了该妇女同意中的瑕疵甚至未得到其同意，也仍然不应按照堕胎罪对其惩罚。因为这种情况下的医生“并不符合公众心目中‘堕胎者’的形象”。<sup>[55]</sup>类似的情况包括，责打他人不听话的孩子，并不符合故意伤害罪中的“伤害者”形象；在亲友范围内传播闲话，并不符合诽谤罪中的“诽谤者”形象等等。这种理论的核心是，解释者心目中先有一个为构成要件所包含的典型的“行为人”形象，只有实施了构成要件行为的行为人符合该典型形象，才能将其归入该构成要件；其他虽然实施了构成要件行为但是并不符合这一典型形象的行为人，则被排除出惩罚范围。这被称作“规范性的行为人类型理论”（Lehre vom normativen Taetertyp）。类型化解释的关键在于看“具体的行为是否符合解释者心中的那种典型的行为人的行为方式”，<sup>[56]</sup>因此它并不是脱逸出构成要件的范围对行为人所做的任意性判断。正如博克尔曼所认为的，这实际上仍处于行为刑法的框架内，是对构成要件进行解释的一种特别方法。<sup>[57]</sup>

本文对被害人进行类型化解释，关键在于看具体个案中的被害人是否符合解释者对相关构成要件中典型被害人形象的勾勒和理解。这种勾勒和理解，并不是任意的想象，而是在嫖宿幼女罪的构成要件的框架之内，根据“嫖宿”这一法律明确规定的行为方式，建立起“嫖客——卖淫女”之间的对应关系，进而对嫖宿行为所指向的犯罪对象“卖淫幼女”进行严格解释的结果。这种严格解释，以保护幼女不轻易地被“标签化”和“污名化”为指导思想，以一般民众心目中典型的卖淫女形象为比照范本，通过限缩嫖宿幼女罪中的被害人范围，最终达到限缩嫖宿幼女罪定罪范围（同时扩张强奸罪范围）的效果。与本文所使用的这种被害人类型化的方法相似的，还有一些德国学者在诈骗罪中的研究成果。这些研究认为，如果人们去信任那些明显拙劣和虚假的骗术，那么刑法就没有保护这种信任的必要；只有那些复杂、不容易被发现的欺骗行为，才具有可罚性。<sup>[58]</sup>从被害人视角来说，就是对于那些连极其简单和拙劣的骗术也无法识破的被害人，应该排除在诈骗罪的保护范围之外。简言之，这些被害人就不是诈骗罪所要保护的典型化的被害人。<sup>[59]</sup>本文对嫖宿幼女罪中的被害人进行类型化解释的终极目的，是为了更好、更有效地保护幼女，这一点与对诈骗罪中的被害人做限缩解释的目的正好相反，二者可谓是“同途殊归”。

## （二）两罪互斥论的解释力

任何理论方案都不可能是完美的。大到犯罪论体系的建构，小到强奸罪与嫖宿幼女罪的关系解释，都是如此。每一个理论方案都有其最能发挥说服力和解释力的场域，也有其难以自圆其说的角落。人为设计的理论方案与真实的刑法案例群之间的关系，不可能像两个半球那样天衣无缝

[55] Dahm, Der Taetertyp im Strafrecht, 1940, S. 43.

[56] 同上书，第27页。

[57] 转引自前引[31]，罗克辛书，第110页。

[58] 例如，瑙克（Naucke）认为，以往的通说认为诈骗罪保护各种受骗的被害人，并没有把那些交易中的无助者、法律事务往来中的无经验者和容易被骗者排除在外，这样一来，刑法就要承担起全面地培训法律行为交往能力的任务，而这对于刑法而言是一项过于奢侈的工作。刑法不可能提供给愚笨者和缺乏生活经验者任何帮助，而是应该让他们有机会去自我训练自己的决断能力，刑法并不是用来训练智力和弥补安全感的工具。Vgl. Naucke, Der kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, in FS fuer Peters, 1974, S. 117f.

[59] 参见车浩：《从华南虎照案看诈骗罪中的受害者责任》，《法学》2008年第9期。

地合对在一起，面面俱到地覆盖所有的案件。尽管处于同一主题之下，但是这些案件的发生率、重要性、疑难性以及对社会的刺激程度都是不同的，在多种理论方案的竞争中，关键是哪一种理论方案能够最有效地解决那些发案率和社会关注度较高，较为疑难、相对而言也较为重要的“核心案例”。哪一种理论对核心案例群和主要矛盾的解释力越强，哪一种理论就越值得选择；至于在其他案例中的解释力较弱，并不足以成为这种理论的致命缺陷。

本文在立法论立场上提出的两罪法条竞合但刑罚轻重失序的修法主张，以及在解释论立场上提出的两罪互斥论，并不能非常圆满地解释所有类型的案件。但理论设计的初衷，本来就是针对那些社会关注度最高、问题最多的典型案例。两罪互斥论主要是针对那些看起来具备性交易形式但实质上并不属于“卖淫嫖娼”的案件，在这类案件中，既要保护一些涉世不深的幼女不被随意贴上“卖淫女”的标签，又要严惩那些试图以“性交易”的表象来掩盖奸淫幼女之实的行为人。

近年来引起社会广泛关注的数起性侵犯幼女的案件（例如浙江临海市人大代表王宗兴、市气象局副局长池全胜嫖宿幼女案，浙江丽水市数十名中学女生遭村干部强奸案，福建安溪县中学校长和工商所长嫖宿幼女案等），揭示了目前社会中存在的一种丑恶现象，也正是本文的解释方案希望“对话的社会的伤病”<sup>〔60〕</sup>：一些人已经不能满足于普通的声色犬马，要寻找更进一步的“刺激”，就将目光投向了“良家幼女”，“对幼女实施性侵犯，在一些人群中已俨然成了一种罪恶的嗜好和风尚”。<sup>〔61〕</sup>无需回避或粉饰的事实是，在各种声色犬马的娱乐场所中，的确存在着大量的“性工作者”，这些被称作“卖淫女”的社会群体，生活作息上昼伏夜出，以卖淫为业，以性交易所得为主要甚至唯一的生活收入。这个群体是客观存在的，从各种环境和外部特征上也是较容易判断的。但是从被曝光出来的几起案件看，涉案的行为人都不是以“嫖客”身份在这些色情性娱乐场所与在那些被社会观念标签为“性工作者”的卖淫女进行典型意义上的性交易，而是通过各种隐蔽手段，经由中间人的哄骗、诱惑甚至不同程度的强迫，与一些还在上学的懵懂无知的幼女发生关系，最后甩出几张钞票，以一种性交易的表象来掩盖奸淫幼女的真相。这一类案件其法益侵害的严重程度要远大于那些与真正的卖淫女发生性交易的嫖宿案件，也是最令社会公众愤怒的焦点。无论是民间舆论还是学界意见，都难以忍受这些行为人借嫖宿幼女之名规避强奸之实，在最多承受15年有期徒刑的同时，又连累到无辜幼女承受“卖淫”的污名。此时，刑法理论必须提供足够有力的解释框架，以防止这类本属于强奸罪的案件被错误地归入到嫖宿幼女罪之下。这就是本文借助被害人同意能力的概念来建构两罪互斥论的基本用意，也是这种方案最能发挥解释效果的场域。

从另一方面看，用“被害人同意能力”的法理来支撑两罪互斥论，可能会在其他一些类型案件中遭遇解释结论是否妥当的质疑。例如，不满14周岁的甲女长期从事卖淫活动，是典型的“卖淫幼女”，乙男与甲女发生性交易，按照本文的观点，因甲已经具备性同意能力，性交同意有效，因此乙构成嫖宿幼女罪。问题是，当甲与已满18周岁的成年男友丙发生性关系时，丙的行为又如何定性？由于甲和丙的男女朋友关系，丙首先肯定不构成嫖宿幼女罪。按照本文观点，甲因为长期卖淫因此已具备性同意能力，丙也就不构成任何犯罪。不过，这一点有可能遭到非议，批评者会认为这种结果是在出罪化的道路上走得太远，因为按照强奸罪“无论幼女是否同意”的解释，丙应该构成强奸罪。但是如果认为甲具备性同意能力且已做出同意表示，那就意味着同意有效，此时仍然坚持丙构成强奸罪论处的话，就难以一以贯之地坚持强奸罪以缺乏有效同意作为构成要件要素的观点。在此面临两个选择：要么遵循被害人同意能力的解释框架，认为丙是无罪

〔60〕 前引〔54〕，富勒书，第98页。

〔61〕 叶匡政：《嫖宿幼女与社会病态人格》，《中国青年报》2009年7月14日。

的；要么在理论上妥协，认为丙构成强奸罪。笔者坚持前一种结论，但是也承认，在是否追究丙的责任上，这里的确存在着价值选择的困难，并不是理论本身的逻辑完全能够决定的。

在论文末尾指出笔者主张的解释力限度，不是为了表示泄气，恰恰是要说明，任何人都不能奢求建立一个没有漏洞、解释力无边的方案。理论设计总有其局限性，号称能“圆满解释一切”的理论由于其不可证伪性、不可反驳性而丧失了科学的质素，最终必将沦为与神学和占星术同样的东西。<sup>[62]</sup>因此，澄清理论效用的边界，阐明观点发挥解释力的区域及其限度，是法律解释工作必守的一条准则。本文也可看作是对这一哲学理念在刑法解释学领域中的具体实践。

---

---

**Abstract:** With regard to the relationship between the rape offence and whoring with girls under 14, there are several different theoretical viewpoints in criminal law. The basic perspective in this thesis agrees that, from the view of law interpretation, the above-mentioned relationship is mutually exclusive. This is determined by the different basic elements of the two crimes. Lack of valid consent is the constitutive element of rape offence, while provided with valid consent is the key element of the latter one. In case with the consent of the girl under 14, the object of the rape offence is only the young girl who does not have the ability to consent. To the contrary, the object of whoring with young girl is the young girl who has such ability. As a consent cannot be both valid and invalid, only one characterization can be selected between these two crimes which cannot be concurrent. In addition, standing on the point of legal criticism, the second opinion can also be acceptable by demonstrating the necessity of law amendment from the perspectives of articles concurrence and unordered settings of criminal penalty.

It cannot be accepted to interpret these two crimes as articles concurrence and further affirm the principle of “heavier article is superior to lighter one”. According to this view, when the interpreter thinks that the punishment does not suit the crime, this principle should be applied in conviction and sentencing. However, applying the weight article without clear provision by law shows a false cognition in the nature of punishment right and is actually utilizing the legislative power in the name of interpretation.

In addition, this article is also not in favor that the two crimes are imaginative coincidental offence so that the severe punishment should be applied. Even if people acknowledge that the two crimes are concurrent, such concurrence can only be constant and necessary, so it can not be imaginative coincidental at all but articles concurrence only. Furthermore, the allegation of fully utilizing the imaginative coincidental offence is not suitable for current national conditions. It is likely to be abused without limitation in prevailing judicial environments, and works as a foundation for severe cracking down on crime or an excuse to cover up questionable points for conviction.

**Key Words:** rape, whoring with girls under 14, articles concurrence, imaginative coincidental offence, valid consent

---

---

---

[62] 参见 [英] 波普尔：《科学知识进化论》，纪树立编译，三联书店 1987 年版，第 28 页，第 62 页以下。