

嫖宿幼女罪存与废之立法选择

刘 飞,温建辉

(天津科技大学 法政学院,天津 300222)

[摘要]我国刑法中的嫖宿幼女罪在立法上与其他相近罪名存在重叠现象,法定刑设置不甚合理,导致司法适用上存在争议,并引起嫖宿幼女罪存与废的讨论。我国刑法中有必要保留嫖宿幼女罪,在司法适用中存在的争议应当依赖立法完善予以解决。

[关键词]嫖宿幼女罪;猥亵儿童罪;强奸罪;取消论;保留论;法定刑设置

[中图分类号]D924.34 **[文献标识码]**A **[文章编号]**1674-117X(2014)01-0092-06

Legislative Choice of Reserving or Abolishing the Crime of Prostituting Girls under the Age of 14

LIU Fei, WEN Jianhui

(School of Law and Politics, Tianjin University of Science and Technology, Tianjin 300222, China)

Abstract: The crime of prostituting girls under the age of 14 in Chinese Criminal Law are overlapped with other similar crimes in the legislation, and the legal punishment setting is not reasonable, which causes controversy on its judicial application, and raises the discussion about reserving or abolishing the crime of prostituting girls under the age of 14. It is necessary to reserve the crime of prostituting girls under the age of 14 in China's Criminal Law. The existing controversy on the judicial application should be solved by the perfection of legislation.

Key words: crime of prostituting girls under the age of 14; crime of child molestation; crime of rape; abolishing; reserving; legal punishment setting

我国1997年刑法设立嫖宿幼女罪后,由于我国刑法规定的强奸罪与之形成法条竞合关系,且强奸罪的法定最高刑明显高于嫖宿幼女罪的法定刑,具体案件中适用强奸罪还是嫖宿幼女罪,在刑罚处罚上会形成很大差异,这引起刑法适用上的广泛争议。另外,围绕在刑法典中是否保留嫖宿幼女罪,学术界也展开了很多讨论。很多学者强烈建议取消嫖宿幼女罪,还有些学者认为在我国刑法中保留该罪名是必要的。如果保留嫖宿幼女罪,那么设立嫖宿幼女罪的必要性和合理性是必须解决的问题。

一 立法现状分析

(一)立法沿革

我国对嫖宿幼女行为的刑事立法经历了从无到有的立法进程,在我国刑法典、单行刑法和附属刑法中均有体现。

1. 刑法典:我国1979年刑法没有规定嫖宿幼女罪,1997年修订后的刑法才增加了嫖宿幼女罪,规定在1997年刑法第360条第2款中。按此条款规定:“嫖宿不满14周岁的幼女的,处五年以上有期徒刑,并处罚金”。如此,依我国刑法规定,嫖宿

收稿日期:2013-08-28

作者简介:刘飞(1968-),女,吉林磐石人,天津科技大学副教授,博士,主要从事刑法研究;温建辉(1974-),男,河北邯郸人,天津科技大学副教授,博士,主要从事刑法研究。

幼女罪的主刑只有一个刑种,即有期徒刑,且只有一个刑罚幅度:5年以上15年以下有期徒刑;附加刑为罚金刑。

2. 单行刑法:1991年全国人大常委会通过的《关于严禁卖淫嫖娼的决定》中以单行刑法的形式规定了嫖宿幼女的行为,该决定第5条规定:“……嫖宿不满十四岁的幼女的,依照刑法关于强奸罪的规定处罚”。这是所指刑法是1979年刑法,即嫖宿幼女行为按照1979年刑法第139条规定的强奸罪进行定罪处罚。根据该条规定,对嫖宿幼女行为的处罚最低为3年有期徒刑,如果情节特别严重的,致人重伤、死亡的或者二人以上嫖宿幼女的,其最高刑可以被判处死刑。

3. 附属刑法:对嫖宿幼女行为首次规定在1986年全国人大常委会通过的《治安管理处罚条例》第30条第2款中,即:“嫖宿不满14周岁幼女的,依照刑法(1979年刑法)第139条的规定,以强奸罪论处”。2005年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过,2006年3月1日起施行的《中华人民共和国治安管理处罚法》规定了对嫖娼行为予以行政处罚。该法于2012年10月进行了修订,在第四节妨害社会管理的行为和处罚中第66条规定:“嫖娼的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处五千元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。在公共场所拉客招嫖的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款”。这里所指嫖娼对象,既包括了成年妇女,也包括了14周岁以下幼女。

通过对嫖宿幼女行为的立法过程可以看出,以刑事立法规制嫖宿幼女行为,首先以附属刑法的形式进行了规定,然后发展到以单行刑法的形式进行规制,并且附属刑法和单行刑法均规定对嫖宿幼女的行为以强奸罪来惩处。直到1997年刑法修订后,才以新修订的1997年刑法中新增加的罪名嫖宿幼女罪进行定罪处罚。

(二) 犯罪构成

我国刑法第360条第2款规定的嫖宿幼女罪,包含了罪状和法定刑两部分,其中罪状部分所确定的犯罪构成包含了以下几项内容:

一是行为,即嫖宿幼女行为。嫖宿幼女罪罪状为空白罪状,何为嫖宿幼女行为,需要其他法律来补充才能准确描述嫖宿幼女行为特征。1995年,公

复字[1995]6号《关于对营利为目的的手淫、口淫等行为定性的批复》对“卖淫嫖娼”作了解释,即指“不特定的男女之间以金钱、财物为媒介发生不正当性关系的行为。卖淫嫖娼行为指的是一个过程,在这一过程中卖淫妇女与嫖客之间的相互勾引、结识、讲价、支付、发生手淫、口淫、性交行为及与此有关的行为都是卖淫嫖娼行为的组成部分,应按卖淫嫖娼查处”。但是,2001年,公复字[2001]4号《关于对同性之间以钱财为媒介的性行为定性问题的批复》中,规定“不特定的异性之间或者同性之间以金钱、财物为媒介发生不正当性关系的行为,包括口淫、手淫、鸡奸等行为,都属于卖淫嫖娼行为,对行为人应当依法处理”。自这一批复下发之日起,前述《公安部关于对以营利为目的的手淫、口淫等行为定性处理问题的批复》同时废止。通过这一规定可以看出,卖淫嫖娼行为,不限于异性之间,也不限于奸淫的形式,还包括奸淫之外的其他猥亵行为,如口淫、手淫、鸡奸等行为。

二是行为对象,为不满14周岁的女性。

三是犯罪客体,是国家对社会风尚的管理秩序和幼女的身心健康权利,为复杂客体,其中社会风尚的管理秩序为主要客体,幼女的身心健康权利为次要客体。我国刑法将嫖宿幼女罪设置在刑法分则第六章妨害社会管理秩序中,也就是说嫖宿幼女行为侵犯的同类客体是社会管理秩序。

四是主观心理态度,为故意,且要求明知对象为不满14岁的幼女。根据2001年最高人民检察院发布的《关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要明知要件的解释》规定: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,适用刑法第360条第2款的规定,以嫖宿幼女罪追究刑事责任。

五是犯罪主体,为16周岁以上的具有刑事责任能力的人。

二 嫖宿幼女罪立法存在的主要问题

(一) 立法重叠

1. 与强奸罪重叠。1997年刑法第236条规定了强奸罪。强奸罪属于刑法分则第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪这一类罪中的罪名。该条第1款规定的以成年妇女为犯罪对象的强奸行为要求行为人以暴力、胁迫或者其他手段,违背妇女意志对妇女实施奸淫行为,其前提是成年妇女有决定

性行为的能力,在妇女同意的情况下实施的性行为不构成犯罪;第2款规定“奸淫不满14岁的幼女的以强奸论,从重处罚”。该款规定强奸行为对象为14周岁以下幼女,以幼女为对象实施的强奸行为,不管对方是否自愿,不要求暴力、胁迫或者其他手段,行为人明知或应当明知被害人为幼女而实施奸淫行为,均构成强奸罪,并且从重处罚。这实际上说明我国刑法不承认14周岁以下的幼女有性行为的决定能力。奸淫幼女所侵犯的是幼女的身心健康权利。如前所述,嫖宿幼女罪属于刑法分则第六章妨害社会管理秩序这一类罪中的罪名,行为人出于嫖宿的目的,以金钱、财物为对价,与卖淫幼女发生性关系,侵犯社会风尚的管理秩序和幼女的身心健康权利。嫖宿幼女罪的犯罪对象是卖淫幼女,即自愿用自己的肉体去交换金钱的14周岁以下的幼女。嫖宿行为包括奸淫及其他猥亵行为。因此,以上两个罪名在以幼女为犯罪对象的情况下,犯罪客体在刑法保护幼女的身心健康上发生重合;在行为方式上都不要有暴力、胁迫和其他手段;在行为内容上都包括了对不满14周岁幼女发生奸淫行为。

2. 与猥亵儿童罪重叠。刑法第237条第3款规定,猥亵儿童的,依照前两款规定从重处罚。本罪侵犯的客体是儿童的身心健康权利,对象是不满14周岁幼男和幼女。有学者认为猥亵是能够刺激、兴奋、满足行为人或第三人性欲,损害善良风俗,违反良好性道德观念,且不属于奸淫的行为^[1]。由于嫖宿幼女的行为不仅包括奸淫行为,而且包括其他猥亵行为,猥亵儿童罪的犯罪对象包括14周岁以下的幼女,因而两罪在猥亵行为和犯罪对象上均存在重合关系。

立法重叠会造成以下司法认定问题:一是如果立法者不对“嫖宿”做出限制解释的话,非奸淫方式的嫖宿幼女行为是否构成嫖宿幼女罪?二是因为“嫖宿”不仅有奸淫的方式,还有猥亵的方式,非奸淫方式嫖宿幼女的行为与猥亵儿童罪中猥亵儿童的行为如何认定。以金钱、财物为媒介与卖淫幼女发生猥亵行为,是定嫖宿幼女罪,还是定猥亵儿童罪?三是以奸淫方式嫖宿幼女行为定强奸罪还是嫖宿幼女罪?

(二)法定刑设置不合理

根据刑法第360条第2款规定,嫖宿幼女罪的

量刑幅度是5年至15年有期徒刑,并处罚金;刑法第236条第2款规定,奸淫不满14岁幼女的以强奸论,从重处罚,而强奸罪的法定刑基本刑罚幅度是3年以上10年以下有期徒刑,若强奸对象为幼女则从重处罚;如果具备刑法第236条第3款规定的情形,奸淫幼女情节恶劣的、奸淫幼女多人的、在公共场所强奸的、二人以上轮奸的、致使被害人重伤、死亡的或者造成其他严重后果的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑;猥亵儿童罪的基本法定刑幅度是5年以下有期徒刑或者拘役;聚众或者在公共场所当众猥亵儿童的处5年以上有期徒刑。

观察嫖宿幼女罪和强奸罪、猥亵儿童罪的法定刑,嫖宿幼女罪的起步刑为有期徒刑5年,高于强奸罪的起步刑有期徒刑3年;由于嫖宿幼女罪的行为方式不要求暴力手段,因此嫖宿幼女罪的法定最高刑为有期徒刑15年,明显低于强奸罪的最高刑死刑。而猥亵儿童罪的法定刑相较于前两罪明显减轻。

从以上三罪的行为性质来看,强奸罪比单纯的性交易的嫖宿幼女罪和单纯的猥亵儿童罪要严重得多。强奸罪的行为性质,包括了暴力、胁迫等手段,客观表现上行为人侵害幼女的身体健康的程度要大得多,其社会危害性要严重得多。观察我国法定刑的设置,一般嫖宿行为人在交付一定的金钱和财物以后与一幼女发生性关系,将要受到5年至15年的刑事处罚;强奸行为人不论是否采取暴力、胁迫和其他方法与一名幼女发生性关系,在不存在法定加重情节的前提下,才承担3到10年的刑事责任。即法定刑的设置上社会危害性小的嫖宿幼女罪的法定刑,比危害程度相对严重的以幼女为对象的强奸罪还要高,处罚的还要重,这严重违背了我国罪刑相适应的刑罚原则,反映出法律规范体系的不周密、不科学。社会危害性严重程度与法定刑的设置应当成正比。社会危害性大,法定刑设置要高,反之,法定刑设置相对要低。法定刑的立法设置应当科学合理,做到罪刑相适应,和刑法中的其他类似犯罪行为的刑罚相平衡,做到重罪重罚,轻罪轻罚,才能更有效地打击嫖宿幼女的犯罪行为,发挥刑法功能,更好地保护幼女的身心健康权利。

三 存与废的争论

在刑法中是否应当设立嫖宿幼女罪,一直存在

争议。总体上看,嫖宿幼女罪相较于强奸罪是一个较轻的罪名。近年来,取消和保留该罪名的争论不断。在嫖宿幼女罪的立法设置上,一部分学者持取消该罪名的立法态度,且对于废除该罪名的呼声越来越高;还有一部分学者认为这一罪名的立法设置有其必要性和合理性。

(一)取消论的观点

第一种观点认为:“我国现行刑法嫖宿幼女罪是对幼女身心健康及作为社会风尚内容的幼女的性纯洁性两种法益的保护。其所保护的法益同强奸罪中奸淫幼女行为保护的法益完全相同。”^[2]第二种观点认为:因为嫖宿幼女罪的行为特征与奸淫幼女罪的十分相似,而且法学理论上对奸淫幼女的行为特征归纳为不论行为人采取什么手段,与不满14周岁的幼女发生性关系的都构成犯罪。这里面当然也应包括利用金钱或财物相交换的内容,两者应属于种属关系,不应并列。^[3]第三种观点认为:嫖宿幼女同样是对法律保护的幼女的身心健康的侵害,不能因为该幼女卖淫而另当别论,嫖宿幼女这种行为完全符合强奸罪(奸淫幼女)的犯罪构成,而且该行为还有伤社会风化,因此侵害的是复杂客体,与强奸罪的危害性相当。由于二罪均由同一犯罪行为造成,具有共同的犯罪对象,都侵害了幼女的身心健康,建议将嫖宿幼女作为强奸罪奸淫幼女的一种情形,取消嫖宿幼女罪。^[4]第四种观点认为:废止嫖宿幼女罪,将其中的自然性交行为归入奸淫幼女罪;将其中的猥亵行为归入猥亵儿童罪。^[5]对于嫖宿幼女的行为,陈兴良教授认为:“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。”^[6]

司法实践中,由于嫖宿幼女罪被害对象为卖淫幼女,被害人是否为卖淫幼女这一特殊身份,将直接导致司法实践中适用罪名的不同,适用强奸罪,还是嫖宿幼女罪抑或是猥亵儿童罪?三个罪名具有不同的法定刑设置,有可能由于适用罪名的不同,导致量刑倚轻和倚重的刑罚结果,废除嫖宿幼女罪罪名是目前很多专家学者的主张,也为社会公众广泛认同。废除论者认为,法律面前人人平等是刑法的基本原则,被害人的身份不同,不应成为罪名选择上的依据,对行为人施以不同的刑罚。

(二)保留论的主张

法学家大多都是主张设立嫖宿幼女罪的。他

们认为嫖宿幼女与强奸有所不同,且认为嫖宿幼女的处罚比强奸重。中国政法大学刑法学教授阮齐林认为“刑罚重不重,不能光看纸面。司法实践中,99%的嫖宿幼女罪判得比强奸罪重。”阮齐林教授强调,一般公众并不了解,判定某种罪在立法者眼里“性质严不严重”,主要看的是“起步刑”。而“最高刑”,则更多考虑的是“是否使用了暴力”,这就是为什么嫖宿幼女罪“起步高而顶格低”。“强奸重于嫖宿是人们的错觉”。“刑法第360条第2款规定,嫖宿幼女的处5年以上15年以下,相当重,强奸案一般也就3至10年,所以,与幼女发生性交,定嫖宿幼女罪处罚一般还要重一些。说定嫖宿幼女罪便宜罪犯,是错觉。”中国人民大学法学院教授高铭暄认为嫖宿幼女在1997年刑法修改前一概都按强奸罪论处。但当1997年《刑法》修订时,社会上确实出现了幼女较早熟、嫖客不知情的性交易现象。既然它客观存在,就不得不考虑,不宜再笼统地概之。”^[7]

四 设立嫖宿幼女罪的合理性

上述嫖宿幼女罪存与废的争论,归根结蒂是立法论的问题。“一切法律均是为了人的缘故而制定的。制定法律的宗旨就是为了保护人们的生存利益。保护人们的利益是法的本质特征;这一主导思想是制定法律的动力”。^[8]如果我国没有另外单独规定嫖宿幼女罪,那么对贵州习水案等嫖宿幼女的案件直接认定为强奸罪定罪处罚即可,亦不会产生很多争议。但笔者认为,贵州习水嫖宿幼女案及相近案例引发的适用罪名的纷争和困境并非概括了嫖宿幼女罪立法需要的全貌,我国刑法对幼女性承诺能力的立法态度、设立嫖宿幼女罪的立法目的、嫖宿幼女罪有无独立存在的价值等等,这些问题的圆满回答决定嫖宿幼女罪在我国刑法中是否有保留必要,决定该罪的存与废的立法选择。如果保留嫖宿幼女罪,应通过立法完善使嫖宿幼女罪的立法规定更加科学合理,在刑法中起到其应有的规制作用,实现保护法益的目的。

(一)我国刑法对幼女性承诺能力的立法态度

我国刑法规定的嫖宿幼女罪,是否承认卖淫幼女的性承诺能力,这是一个不可回避的问题。我国刑法增加嫖宿幼女罪名后,争议最强烈的就是幼女的性承诺能力问题,即幼女对性的承诺是否有法律

效力。嫖宿幼女罪的立法前提是卖淫幼女的特殊性,同样是同幼女发生性行为,与强奸罪中的犯罪对象不同的是嫖宿幼女罪的犯罪对象是卖淫幼女。承诺的有效性,是经承诺处分刑法所保护利益的行为合法性的重要条件。其中承诺人必须有处分自己权利的行为能力。关于承诺人处理自己权利的能力,在承诺人的年龄上有多种对立的观点。通说认为:“对承诺主体的资格,必须根据法律的特殊规定来具体决定”。^[9]¹⁸³根据我国刑法规定,14周岁以下幼女没有性承诺能力,体现在我国刑法第236条第2款规定,奸淫不满14周岁幼女的,以强奸论,从重处罚。即与不满14岁幼女发生性行为,无论幼女是否同意,都以强奸罪论处。

存在与上述相反的观点,认为我国规定了嫖宿幼女罪,实际上等同于承认14周岁以下幼女具有性的决定权。即,嫖宿幼女罪的立法前提是幼女对金钱、财物为条件的承诺是有效的,幼女有处分性权利的决定能力。例如,“虽然法律为了保护幼女而一般性地拟制不满十四周岁的幼女不具有性的自己决定意思能力,但这只是法律意义上的拟制,而作为嫖宿幼女罪犯罪对象的具体幼女而言,在事实上还是具有一定程度的认识、辨认和表达能力的。^[10]幼女对性行为的承诺能力这一立法前提所导致的问题是:如果幼女没有承诺能力,那么所谓取得幼女承诺后支付对价与幼女发生性关系的行为在法律上定性就要重新考量。

幼女对性行为到底有没有处分能力?纵观世界各国刑法,基本上都规定了法定强奸年龄,这个年龄点从12岁到20岁不等。所谓法定强奸,是指和法定意思表示年龄以下的人发生性行为的一种犯罪行为。法定强奸不以被害人是否同意性交为前提,原因在于在法律上未达到法定意思表示年龄的幼女被认为对于性行为没有相应的认识能力和控制能力,因而其同意性交的“承诺”也是无效的。^[11]

(二)设立嫖宿幼女罪体现了对幼女的特殊保护

高铭暄教授认为,在我国刑法中设立嫖宿幼女罪,并不是和我国刑法中的强奸罪相对应,而是与一般“不认为是犯罪”的嫖娼活动相对应的。考虑到嫖宿幼女一般发生在地下非法性交易场所,并且不使用暴力、胁迫、麻醉、引诱等手段,因此当时认

为定性为‘嫖宿幼女’,比‘强奸罪’更确切一些。”^[7]因此如果从立法者的立法本来意图,实际上是对幼女身心健康给予刑法上的特殊保护,而非承认幼女对性的同意和承诺能力。这一点应当是在司法实践中对嫖宿幼女罪立法上的曲解与误读。

对儿童的特殊保护在我国刑法中多有体现,如我国刑法中规定的拐骗儿童罪、猥亵儿童罪等。实际上设立嫖宿幼女罪后,在刑法适用上确实出现了问题,尤其贵州习水嫖宿幼女案在判决过程中,适用强奸罪罪名还是嫖宿幼女罪罪名,引起了广泛争议。前述对嫖宿幼女行为的刑事立法进程可以看出,一是对嫖宿幼女行为予以行政处罚。这一阶段为1986年全国人大常委会通过《治安管理处罚条例》以前,卖淫、嫖娼行为在我国刑法上不构成犯罪,并不是刑法意义上的犯罪行为,仍属治安管理处罚的范畴,无论嫖宿对象为成年妇女还是14周岁以下幼女,一律按照《治安管理处罚条例》进行行政处罚。二是按强奸罪处罚。这一阶段在1986年全国人大常委会通过《治安管理处罚条例》以后至1997刑法增设嫖宿幼女罪之前,对于嫖宿幼女行为按强奸罪处罚。但司法实践中可能会导致很多嫖宿幼女的行为一律按照行政处罚来处理,根据治安管理处罚条例进行罚款和拘留等行政处罚。虽然我国规定的强奸罪中包括了被害幼女同意的奸淫行为,但如果执法机关不移送刑事案件,那么实际上嫖宿幼女行为也同样会导致以罚款和拘留等行政处罚结案的结局,这将更不利于打击嫖宿幼女行为,出现以罚代刑的结果。三是按嫖宿幼女罪处罚。这一阶段是在1997刑法增设嫖宿幼女罪之后。嫖宿幼女罪起刑点是5年有期徒刑,最高刑是15年有期徒刑。在打击嫖娼活动中,如果嫖宿对象为幼女,那么,应当将案件移送司法机关,以嫖宿幼女罪进行追诉,该罪名的刑事处罚还是比较重的。既然我国对成年妇女的嫖娼行为,仅仅规定为是违反治安管理处罚条例的行为,不构成犯罪,只应受到相应的行政处罚,那么在这种情况下,如果将以幼女为对象的嫖娼行为,上升为刑法规制,设置高于强奸罪的起刑点,实则是加强了对幼女的身心健康的保护。

事实上,由于嫖宿幼女行为在法律适用上形成了强奸罪和嫖宿幼女罪的法规竞合,那么,对于一般的嫖宿幼女行为,应当按照特别规范优先适用的

原则,以嫖宿幼女罪定罪处罚;而在嫖宿幼女犯罪活动中,发生了刑法第二百三十六条第三款规定的五种情况,亦应认为属于法规竞合的情况,也同时符合了强奸罪和嫖宿幼女罪的规定,就应当按照重法优先适用的原则,按照强奸罪的结果加重犯或者情节加重犯定罪处罚。这样就不会放纵犯罪,也使对嫖宿幼女犯罪的处罚不低于强奸一般妇女犯罪的处罚。

(三)嫖宿幼女罪犯罪构成的独立性

1. 刑法保护犯罪客体的独立性。对于嫖宿幼女罪,刑法保护的犯罪客体既包括了社会管理秩序,同时也包括被侵犯幼女的身心健康权利。刑法是严格坚持“无必要即无犯罪和刑罚”,刑法只能以最重要的社会利益为保护的对象,社会只有在迫不得已的情况下才能规定并运用刑法。^{[9]7-8}一些学者认为,嫖宿幼女罪中刑法保护的犯罪客体与强奸罪并无不同,不应单独成罪。我国还有学者认为,嫖宿幼女行为所侵害的法益则是幼女的社会健康人格之养成^[10]。笔者认为,强奸罪的犯罪客体仅仅是女性的性自由和幼女的身心健康;猥亵儿童罪的犯罪客体是儿童的身心健康。嫖宿幼女罪中的犯罪客体和强奸罪、猥亵儿童罪的犯罪客体不是完全重合的关系。刑法对嫖宿幼女行为进行规制,不仅保护幼女的性自由和身心健康;而且由于该行为侵犯了社会管理秩序,因此,其保护法益又具有特殊性,不等同于强奸罪中对幼女的性自由和身心健康的保护。由于针对成年妇女的嫖娼行为仅为受行政处罚的行为,而嫖宿幼女罪体现了对幼女的特殊保护,且嫖宿幼女罪相对于强奸罪等罪名来说其犯罪客体有相对独立性,从而有必要单独设立一个独立罪名保护特定的法益。

2. 嫖宿幼女行为的独立性。嫖宿幼女行为既包括奸淫行为,还包括其他猥亵行为。并非任何一个违法行为均应处罚。立法者从几乎不可能一览无余的违法行为方式中,将一些特定的行为筛选出来,并以此方式构成了应受刑法处罚的具体犯罪的犯罪构成^{[8]167}。1997年刑法规定嫖宿幼女罪后,将

纯粹的奸淫幼女的行为和以嫖娼为目的与幼女发生性关系的行为进行了分离。嫖宿幼女的行为要求在支付对价的前提下对幼女实施奸淫和猥亵行为,嫖宿幼女行为并不能完全和强奸行为重合。

由于嫖宿幼女罪有独特的保护法益,嫖宿幼女行为有相对的独立性,其犯罪构成在我国刑法中有独立存在的价值。在立法实践中,可进一步修改和完善嫖宿幼女罪的罪状和法定刑,与刑法分则中的其他相近罪名相协调和衔接,在司法实践中更好地发挥对嫖宿幼女行为的刑法规制作用,充分保护幼女的合法权益。

参考文献:

- [1] 希慧. 刑法各论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2007:259.
- [2] 夏冰. 对嫖宿幼女罪的否定性评价[J]. 铁道警官高等专科学校学报, 2006(3):25-28.
- [3] 吴越千. 对嫖宿幼女罪的立法异议[N]. 法制日报, 2005-02-24.
- [4] 赵衡. 由贵州省习水县公职人员嫖宿幼女案看——奸淫幼女与嫖宿幼女罪之比较[N]. 检察日报, 2009-04-11(3).
- [5] 尹振国. 论嫖宿幼女罪的立法缺陷及完善——以贵州“习水案”为线索的分析[J]. 三明学院学报, 2009(3):310-315.
- [6] 陈兴良. 刑法疏议[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 1997:583.
- [7] 全国妇联妇女研究所. 研究信息简报[N]. 2012(8):3.
- [8] 弗兰茨·冯·李斯特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生, 译. 北京:法律出版社, 2000.
- [9] 陈忠林. 意大利刑法纲要[M]. 北京:中国人民大学出版社, 1999.
- [10] 牛牯, 魏东. 驳嫖宿幼女罪取消论[J]. 国家检察官学院学报, 2009(4):51-57.
- [11] 于怀清. 专家提议:通过刑法修正案取消嫖宿幼女罪[N]. 中国妇女报, 2009-11-3(A04).

责任编辑:黄声波