

A Probe
into Criminal Law

刑法求索

主 编：邹江江 杨 阳

副主编：黄 琰



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

刑法求索

主 编 邹江江 杨 阳
副主编 黄 琰

华中科技大学出版社
中国·武汉

图书在版编目(CIP)数据

刑法求索/邹江江 杨 阳 主编. —武汉: 华中科技大学出版社, 2011. 11.
ISBN 978-7-5609-7321-0

I. 刑… II. ①邹… ②杨… III. 刑法-中国-文集 IV. D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 176212 号

刑法求索

邹江江 杨 阳 主编

责任编辑: 殷 茵

封面设计: 潘 群

责任校对: 代晓莺

责任监印: 周治超

出版发行: 华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编: 430074 电话: (027)87557437

录 排: 华中科技大学惠友文印中心

印 刷: 湖北新华印务有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 15

字 数: 310 千字

版 次: 2011 年 11 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 38.00 元



本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

序 言

2011年年初,博士生邹江江同学告诉我,法学院刑事法学科方向的部分博士生正在筹备出版一本刑事法学科方向的在读博士生的学术文集,我由衷地为他们有着这样的视野和思维感到高兴和喜悦,但也有些许担忧。以某一学校某一学科的在读博士生为主体的学术论文集,目前国内不能说没有,但编纂这样一本文集不仅需要庞大的博士生群体的支撑,同时这个群体还应具备良好的学术素养和凝聚力,并非易事。令人欣慰的是,他们克服了诸多困难,最终编定成集。今年4月,当邹江江同学将已统稿定编的文集送我审阅,并邀请我为文集作序时,我欣然应允。

这本文集的作者皆是我院2008至2010级的在读博士生。他们大多是80后的学子,年轻而富有朝气。他们在汲取前人知识的同时也善于接受新鲜事物,思维敏捷,精于研析,刻苦勤奋,乐于治学。这本文集,是他们在科研和学习过程中所思所想的结晶,蕴含了这些学子的心血。

纵览文集,我发现学生们研究涉猎的领域十分广阔,从犯罪论和刑罚论到刑法个罪,从刑法史到犯罪学,从国内刑法到国际刑法,刑事法诸领域均有所涉及。研究方法也多元化:既有历史研究方法,又有现实研究方法;既有理论研究方法,又有实证研究方法;既有对传统理论问题的经院式研究,也有对社会热点问题的前沿追踪讨论;既有对刑法基本问题的宏观研究,也有对司法实践疑难问题的微观探索。文集体例的编排也颇具特点,总体上遵循了总论—各论—刑法史学和犯罪学的模式,但从总论和各论中独立出“共同犯罪”和“体育刑法”两个专题。这两个专题都是若干刑事法学子共同研究的成果,研究相对深入,系列的多篇文章已经或即将在国内外有影响力的期刊上发表,一定程度上代表了这一领域前沿性的研究成果,较为集中地反映了这些博士生的学术素养。

此前,我院刑事法学科方向的部分博士生曾出版过一本文集。我欣喜地看到,将在读学子的论文结集出版逐步成为武汉大学刑事法学科的一个良好学风,我相信它将会一直传承下去。

这本文集作为部分在读博士生偶有所得的思想结晶,在大家们看来,

难免存在一定的瑕疵,一些观点可能不太全面或者过于极端或自我,我以为,这恰好反映了他们正在成长。作为一位教师,我一直以为法律就是人类生活经验的总结,是人类生活经验的抽象化和制度化,教学的责任就是应该将其还原为生活的经历,这样最能体现法律的生命力和魅力。所以,我一直鼓励学生们努力往这个方向去尝试,尽管尝试的过程很艰难、辛苦,收获的果实很青涩,却是令人欣慰的。当下,法律被工具化的现象日益突出,法律经常任意裁剪社会生活,活生生的社会被肢解得支离破碎,在实践中则表现为简单和生硬的程序,生动的法律变得单调而无味。特别是那些有过基层司法单位工作经历的学生,这种感悟可能会更深刻。所以,用一种学生能接受、愿意接受甚至喜欢接受的方式来传达对那些青涩的收获的理解和鼓励,是教师的本分。

只是些想法。是为序。

康均心

2011年4月19日于珞珈山麓

目 录

刑法总论问题

法律规范的公众认同:动摇与回归——以“习水案”为例	陈金林	(3)
浅析死刑不引渡原则	王 浩	(11)
可罚的违法性理论之借鉴——以“情节严重”为视角	李 婕	(18)
抽象危险犯与行为犯之界限——以“抽象危险”的认定为路径	赵 灿	(26)
医疗正当行为中被允许的危险理论初探	马 骏	(33)
中日未遂犯理论若干问题比较研究	刘莉芬	(42)
牵连犯的死亡与再生——试论牵连犯构成要件之重构	赖正直	(56)
论我国刑罚理论研究中的四大误区——刑罚目的一元论之提出 ..	王 刚	(64)
论《刑法修正案(八)》对缓刑适用条件的修改	吴 凤	(77)

共同犯罪专题

中立帮助行为探微	张 伟	(87)
试论共同犯罪与想象竞合犯的交叉形态	林 铤	(98)
论相异构成要件的共犯认识错误	杨 阳	(112)
试论对向犯之处罚模式——构成要件定型性理论之解析	黄 琰	(125)

各论问题研究

交通肇事后逃逸的性质认定——兼论交通肇事罪的刑罚适用	邱 威	(137)
组织、领导传销活动罪若干问题研究	杨文博	(145)
“借新还旧”骗贷行为刑事责任的认定——由一个现实案例说开		
.....	钱晶晶	(157)
敲诈勒索罪若干疑难问题研究——兼评《刑法修正案(八)》第40条		
.....	谷 箐	(165)
贩卖假毒品和掺杂、掺假毒品行为性质探析	刘 夏	(172)

体育刑法

法律视野下的体育竞技冲突的内涵与特征探析·····	邹江江	(183)
网络赌球犯罪研究·····	夏 婧	(191)
竞技体育犯罪的经济动因与刑法规制·····	黄 石	(202)

刑法史与犯罪学

清代回疆刑法探析·····	陈 靖	(213)
新疆毒品犯罪现状及其防治对策探讨·····	艾尔肯·沙木沙克	(220)
后记·····		(230)

刑法总论问题

法律规范的公众认同:动摇与回归

——以“习水案”为例

陈金林*

摘 要 “习水案”作为典型的公共案件,在很大程度上动摇了公众对刑法规范的认同,他们认为刑法有关嫖宿幼女罪的规定不利于保护幼女,会导致刑罚不公,其用语特征给幼女贴上了“妓女”的标签。但在本质上,公众的质疑对象是刑法运行的结果,即刑法对幼女的保护状况,而不是针对规定嫖宿幼女罪的法条。引导公众规范认同的回归,需要执法者、学者的共同努力。执法者应确保刑法执行的及时、公正、公开,学者则应妥善地解释立法的规定。通过体系性地解释组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪,强奸罪以及嫖宿幼女罪的相关规定,完全能实现对幼女身心健康的充分保护,也能保证刑事责任上的公正。在对法律进行解释的过程中,执法者和解释者应尊重民众的价值立场,但个案的处理不能听任舆论媒体的情感宣泄。

关键词 习水案 法律规范 公众认同 嫖宿幼女罪 体系解释

公众认同表明社会对刑法的接受程度^①,它是规范有效性得以维持的前提^②。犯罪是否定刑法规范的最基本形式,每一犯罪行为都会在某种程度上否定刑法规范的有效性,并以此动摇公众对规范的认同。因此,国家必须采取措施恢复遭受破坏的规范,维护一般公众对于规范的信赖。

刑法的公众认同在很大程度上靠惩罚维持,“包括对惩罚的亲身体验与对惩罚的观察或间接了解”^③。由于公众的高度关注,公共案件是公众观察与了解刑罚最直接的窗口。因此,通过对公共案件的合理处理,能充分地发挥刑罚的学习效果、忠诚效果与安抚效果^④,提升公众对规范的认同程度。相反,对公共案件的处理稍有不当,便会动摇公众对规范的认同。“习水案”是影响法律规范的公众认同的典型案件。

2007年10月,被告人袁某和14岁的辍学女孩刘某及其15岁的男友商量,由袁某负责提供场所并联系嫖客,刘某及其男友负责寻找女学生到袁某家中卖淫。2007年10月至2008年7月期间,刘某及其男友先后多次将10多名中小学女生(其中3

* 陈金林,武汉大学法学院2008级刑法学博士研究生。

①③ 周光权:《公众认同、诱导观念与确立忠诚——现代法治国家刑法基础观念的批判性重塑》,载《法学研究》1998年第3期。

② 周光权:《论刑法的公众认同》,载《中国法学》2003年第1期。

④ [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第42页。

名是幼女)挟持、哄骗到偏僻处,以要打毒针、拍裸照、殴打等威胁手段胁迫其卖淫。2008年8月,习水县公安局侦破此案,抓获嫖宿者冯支洋等7人,其中多人为公务员,还有1名教师。2009年2月27日,习水县检察院以涉嫌容留介绍他人卖淫罪和嫖宿幼女罪,对袁某和冯支洋等人提起公诉。4月8日,习水县人民法院对此案不公开开庭审理。庭审中因案件证据和事实发生变化,习水县人民检察院于4月21日依法将全案撤回补充侦查。2009年5月17日,贵州遵义市人民检察院以被告人袁某构成强迫卖淫罪、被告人冯支洋等构成嫖宿幼女罪,向遵义市中级人民法院提起公诉。

该案中,公务员和教师(这一身份尤其重要)嫖宿幼女的行为极大地刺激了一般公众的道德神经,这样的行为对刑法规范的破坏程度无疑是严重的;但司法机关的追诉行为在最初阶段并没有恢复公众对法律规范的信赖,反倒将受到犯罪行为破坏的刑法规范(《刑法》第360条第2款)推到了舆论的风口浪尖,一时间声讨之声不绝于耳,甚至有人直接呼吁取消该刑法规范规定的罪名^①,公众对法律规范的认同降至谷底。后来,检察机关撤回起诉进行补充侦查,公众的愤怒开始平息,对法律规范的认同开始回归。法律被违反的事实没有带来公众对法律的维护与信仰,反倒引发了公众对相关规范的认同危机,是什么导致了这种有悖于法治基本精神的现象?又是什么引导了法律规范公众认同的回归?

一、法律规范公众认同的动摇

在犯罪行为刚被发现之时,公众的情绪显然是针对行为的实施者的。“习水案”中,该阶段的公众舆论表现为对嫖宿者的谴责与愤慨。但随着国家权力的介入,公众逐渐发现法律执行的效果无法满足他们的期待,于是开始对法律规范产生怀疑,甚至建议“消灭”法律规范(取消嫖宿幼女罪),法律规范的公众认同受到了挑战。

首先,公众认为嫖宿幼女罪的法定刑过低。嫖宿幼女罪的法定刑是5年以上有期徒刑,而奸淫幼女型强奸罪在五种情形之下可以判处10年以上有期徒刑、无期徒刑直至死刑。根据普通公众的观念,嫖宿幼女的行为完全符合奸淫幼女的构成要件,因此嫖宿幼女罪可能放纵嫖宿者,导致对那些“丧尽天良”的嫖宿者无法“顶格处理”,甚至有人认为嫖宿幼女罪是“专门为嫖客设定的罪名”。

其次,公众认为嫖宿幼女罪的规定对幼女的保护力度太弱。如果不将嫖宿幼女的行为作为强奸罪处理,就会使行为人以“经济交往”和色情场所作为掩护而行奸淫幼女之实。在公众看来,行为人奸淫了幼女之后,“扔几张钞票”就能把最高刑为死刑的强奸幼女行为魔术般地变为至多只能判处15年有期徒刑的嫖宿幼女行为。而且,

^① 叶良芳:《存与废:嫖宿幼女罪罪名设立与审视》,载《法学》2009年第6期。

把幼女分为一般幼女和色情行业中的幼女并予以轻重不同的保护,这无疑是鼓励犯罪人去组织、强迫、引诱、容留、介绍幼女卖淫。因为既然在一般场所与幼女发生性关系很危险,犯罪人就会选择把幼女强迫或引诱到色情场所进行奸淫,这样会严重恶化幼女权利的保护状况。

最后,公众认为,设定嫖宿幼女罪会对被害幼女的声誉造成恶劣的影响。如果最终按嫖宿幼女罪论处,便意味着被奸淫的幼女是在“卖淫”,就会将幼女认定为“妓女”。这会让作为受害人的幼女无颜面对社会,也很难被社会接受。在公众的观念里,不满14周岁的幼女不具有性理解的能力,沦为“卖淫女”不是她们的过错,因此不能将其视为“妓女”。而嫖宿幼女罪的规定,恰恰给她们打上了“妓女”的烙印。

因此,公众一致认为《刑法》第360条第2款的规定不合理,甚至有“专业人士”在经过分析后,也认为嫖宿幼女罪是一个“让人绝望”的罪名,因而提议人大废止此罪名的呼声也愈来愈强烈。及至最后,公众对《刑法》第360条第2款的鞭挞甚至超过了对罪犯的愤慨。就这样,对罪犯(法律规范破坏者)的谴责最终转化成了公众对法律规范的集体谴责。是什么导致了这种现象?

二、法律规范公众认同动摇的原因

公众对嫖宿幼女罪产生质疑的思路是:“习水案”的嫖宿者实在是“丧尽天良”,因此必须予以重罚,但嫖宿幼女罪最高刑只有15年有期徒刑,无法达到这一目的。于是公众将视线转向了奸淫幼女型强奸罪,期望以强奸罪从重处罚,“顶格处理”加害人。无疑,公众认为罪与刑之间的对应关系违背了基本的公平观念,而公平观念正是建构刑法认同的基础。刑法“倘若不培育这种起码的刑法公正观念,就切断了刑法认同的最朴素来源”^①。在“习水案”中,罪与刑的不公正关系并非《刑法》第360条第2款所致,多方面的原因导致该规范成了司法整体效果的替罪羊和公众情绪的发泄对象。^②

首先,“习水案”引发了当地多起嫖宿幼女案的集体曝光;而几乎同一时期,浙江丽水也出现了多起幼女遭受性侵犯的犯罪,其他地方的同类案件也先后出现。但由于各种原因,并非所有犯罪行为都能进入刑事司法程序并最终被判处应得的刑罚。尚未查明的喜欢“学生妹”的包工头们以及手头上还有“学生妹”的色情行业的老板们,点燃了公众的怒火。公众将愤慨的情绪宣泄在被抓获的几名犯罪嫌疑人身上,认

① 陈兴良、周光权:《获取公众认同》,载《社会科学报》2002年10月31日,第6版。

② 涂尔干曾经指出,当社会遇到某些人们难以接受的突发事件之时,社会会寻找替罪羊来调整和巩固自身。转引自苏力著:《制度是如何形成的》,北京大学出版社2007年增订版,第28页。

为这些人非判极刑不可。可见,公众重罚的呼吁并非基于特定犯罪行为人的犯罪情节,而是基于威慑效果的需要。由于“一般预防的效果=刑罚的必然性×刑罚的严厉程度×刑罚的可感知程度”,因而刑罚必然性程度越低,对于重刑化的要求也就越强烈。但根据当今的责任主义原理,决不能将其他人应当承担的责任归于已经被抓获的同类型犯罪嫌疑人。因此,寄望于以特定犯罪人刑罚的加重实现一般预防,无疑会鼓励严刑峻法,有违人道主义;另外,若真对嫖宿幼女罪作“顶格处理”,还有什么刑罚能够阻止更恶劣的强奸罪(如用极其恶劣的手段暴力强奸幼女)?要提升一般预防的效果,恢复公众对法律规范的信仰,只能从保证刑罚的必然性与刑罚的可感知程度着手。

其次,由于本案强迫、引诱卖淫行为的实施者刘某及其男友都未达刑事责任年龄,因而无法对其追究刑事责任;且最初的证据没能证实被告人袁某成立强迫卖淫罪的间接正犯。因此,已经被追诉的嫖宿者还得承担强迫幼女卖淫者应当承受的道义谴责。但从程序正义的角度分析,没有通过证据呈现的事实,在法律上就是不存在的事实。因此,对于这一指责,也难以通过刑法规范加以解决。但公众的愤慨情绪依然针对通过证据呈现出来的嫖宿者的犯罪事实,由此追溯至嫖宿幼女罪的刑法规定,将愤慨情绪扩及刑法规范。

再次,公众感到法律规范对少女权利保护程度不够,因此本能地想到了加重嫖宿者的刑罚。这是对少女权利保护状况的整体担忧,但这种担忧并非来源于对《刑法》第360条第2款的解析,而是来源于对现实生活的观察。公众认为对少女进行性侵犯案件时有发生与嫖宿少女罪的规定有着直接的关联,从而对该规范产生质疑。公众对法律规范的认同,并非着眼于具体的规范如何理解,也非着眼于具体案件如何判处,而是着眼于整体的刑罚判处情况与整体的犯罪状况之间的对应。实际上,公众看到的事实是整体性的,即所有少女遭受性侵犯的事实,包括通过奸淫少女、嫖宿少女、引诱与强迫少女卖淫等方式对少女进行性侵犯;但是公众对法律规范的理解却是单一的,即只联想到了与此联系最密切的嫖宿少女罪的规定,而没有将相应的法律规范进行系统化的整理,也没有综合分析各种法律规范之间的相互关系。这种将整体的事实与单一的法律规范对应起来的方式,无疑是将整个刑事司法的问题归结到了单一的法律规范之上,因此这并非理性分析的结果,而只是通过表层现象得出的感性认识。

最后,公众认为嫖宿少女罪会给被害少女的声誉带来负面影响,这同样是对少女权利整体保护状况作出的一种情绪化反应。少女卖淫是一种事实状态而并非一种价值评判。少女沦为“卖淫女”是一种客观事实,这没有包含任何鄙视或侮辱。少女没有成熟的意思能力,即便少女主动、自愿成为“卖淫女”,也没有价值谴责的余地,应当受谴责的是导致其发生的社会环境。况且,即便以舆论的意志把嫖宿少女罪变为强奸罪,把嫖宿者的标签换成奸淫者,也无法达到道德清洗的目的。只有揪出幕后的强

迫、引诱者并加之以刑罚，才能还妇女们以清白。

其实，公众的本意在于谴责侵犯妇女权益的事实，但由于犯罪黑数^①的存在以及理性引导的欠缺，他们既没有考虑到犯罪黑数遮掩下的其他犯罪人的责任，也没有考虑到色情行业经营者的责任，而是将所有的愤慨都集中发泄到受到审判的几名嫖宿者身上。当嫖宿妇女罪的法定刑不能满足他们对嫖宿者严惩的要求时，就将愤慨转移到《刑法》第360条第2款的规定之上，由此引发了公众对该规范的认同危机。

三、法律规范公众认同的回归之路

法律规范必须获得公众的认同，否则它就丧失了存在与运行的根基。但同时，法律规范也不能为了迎合公众非理性的情绪而丧失自己的品格。究竟应如何在可以容许的范围之内维护法律规范的稳定，同时又能引导公众回归对法律规范的认同呢？关键之处乃是在执法者、学者与公众之间进行合理的角色分配，通过各司其职，在不损害法律规范性质的前提下赢回公众对它的认同。

（一）执法者的任务

为了引导公众对法律规范认同的回归，执法者的首要任务是确保案件得到公正的处理，因为公正是公众认同的基本前提。当然，这里的公正指的是确保具体案件中罪与刑的对应关系；通过一个个具体案例的公正彰显整个执法体系的公正。而罪与刑的公正，不仅体现在量的对应上，还体现在必然的对应上。“刑法应当有助于巩固一种能为大多数人所认同的公正理念，应当有助于确立犯罪与刑罚之间的必然对应关系。”^②这种必然的对应，是公众认同的重要前提。在“习水案”中，社会公众之所以要求对犯罪者施以“顶格”的刑罚，其实是将整个习水县（甚至更大范围内）的妇女遭受性侵犯的危害后果及其引发的愤慨都集中到了特定的几名被告人身上。这种要求重罚以实现威慑效果的呼吁，其实与刑罚必然性没能得到保障有关。后来，补充侦查收集到了被告人袁某利用未成年人刘某及其男友强迫妇女卖淫（间接正犯）的证据，提高了刑罚的必然性。所以，即便遵义市检察院未变更对嫖宿者的起诉罪名，公众的情绪也大有缓和之态。如果由此牵发的其他性侵犯妇女的案件都能得以侦破并判处刑罚，则法律规范的认同危机将可以消解。因此，执法者（尤其是侦查部门）应尽量提高案件的侦破率，以缓解公众对犯罪行为未受重罚的强烈不满。

执法者的另一重要任务，就是保证刑罚的及时性与公开性，这属于刑法可感知性

① 犯罪黑数是指虽已发生但由于种种原因未予记载的犯罪数量。

② 周光权：《公众认同、诱导观念与确立忠诚——现代法治国家刑法基础观念的批判性重塑》，载《法学研究》1998年第3期。

的内容。有学者指出,“刑法应当具有可感性,因为感知是认同的前提”^①。在“习水案”中,部分被告人公务员的身份不仅刺激了公众的道德神经,也增加了公众对于暗箱操作的担忧。随着司法进程的推进,对这种怀疑的减轻,也有助于法律规范公众认同的恢复。需要指出的是,可感知性不局限于刑罚,也应扩及其他法律处遇措施,例如对“习水案”中的未成年行为人刘某及其男友的强制教育等。但这种感知仍然是整体的、概括的感知,是规范违反与法律效果之间关系的感知,而不是对具体信息诸如被告人隐私的窥探。

(二) 学者的使命

“司法现代性问题背后最大的紧张和焦虑并不是法律规则的建构等问题,而是价值认同问题。”^②因此,法律学者最重要的使命就在于合理地解释当前的法律规范,使当前运行的刑法规范获得公众的价值认同。在刑法规范被公众感性地认识误解之时,尤其需要刑法学者站出来系统地、合理地解释规范。在“习水案”中,公众对《刑法》第360条第2款的认识掺杂了非理性的情绪宣泄,且其认识有失偏颇,因此学者需要对该规定进行合理的解释。

刑法学者应引导公众对刑法规范的理性解读,避免孤立、片面的解释。“习水案”中,学者应将侵犯幼女性权利的规范作体系性的解读,结合有关组织、强迫、引诱、容留、介绍(幼女)卖淫的规定和幼女自愿成为“卖淫女”的具体情形,客观、准确地界定被害幼女受到的损害,合理地组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫者和嫖宿者之间分配刑事责任。公众仅以经济对价的支付和行为对象“卖淫女”的身份认定嫖宿幼女罪,这种理解仅仅抓住了形式的一面,而忽略了实质的一面。实质上,嫖宿幼女罪是行为人奸淫处在色情交易状态下的幼女的行为。所谓的色情交易状态,即处于“卖淫女”地位的人以经济对价的支付为条件与不特定的人发生性关系的状态。这种状态可能由于他人强迫或引诱而形成,也可能由于幼女事实上主动、自愿而形成。其中,前者一般会伴随强迫卖淫罪或引诱卖淫罪,而这两种犯罪都将“行为对象为幼女”规定为法定刑升格情节。因此,这种情形下,幼女的权利受到了嫖宿幼女罪与强迫卖淫罪或引诱卖淫罪情节加重规定的双重保护。而在幼女主动、自愿的情况下,可能伴随着组织、容留或介绍卖淫罪,但刑法没有将“行为对象为幼女”作为法定刑加重情节。不过,由于这种情况是幼女主动、自愿而为之,且这种状态针对不特定的人,因此即便犯罪人与幼女发生了性关系,在嫖宿幼女罪的法定刑内也能实现罪责刑相适应。诚然,法律在抽象层面否定了幼女的意思能力,这是出于概括地保护其权利的考虑;但

^① 周光权:《公众认同、诱导观念与确立忠诚——现代法治国家刑法基础观念的批判性重塑》,载《法学研究》1998年第3期。

^② 谢新竹:《论判决的公众认同》,载《法律适用》2007年第1期。

从事实的角度分析奸淫行为是否违反其意志及违反的程度,对决定行为的客观危害程度仍具有重要的意义。因此,在对行为作罪与非的判断时否认幼女的意思能力,并不意味着在定罪量刑时不用考虑行为对其意志的违背^①;幼女主动、自愿时发生的性行为比强制奸淫对幼女的身心损害轻微,这是不容否认的事实;对这种情况,即便在《刑法》第236条中也只能在3到10年有期徒刑的空间内量刑。可见,结合强迫、引诱卖淫罪的规定以及幼女主动、自愿针对不特定人提供性服务的具体情节,嫖宿幼女罪的规定并没有弱化对幼女权利的保护。另外,嫖宿幼女罪与组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪相伴而生的特征,更有利于司法机关顺藤摸瓜摧毁幕后的非法色情市场。相反,如果以奸淫幼女型强奸罪处理这类行为,反倒会从整体上恶化幼女的保护状况:在面临同等的刑罚处罚时,犯罪人更倾向于选择非卖淫的幼女,这样无疑使更多不特定的幼女处在被侵犯的危险之中。可见,嫖宿幼女罪没有弱化对幼女权利的保护,反倒从整体上加强了对幼女的保护状况。

其次,要对嫖宿幼女罪的规定作理性的缩限解释,即只能将嫖宿幼女罪限定为奸淫处在色情交易状态下的幼女的行为。其典型特征在于,行为人实施奸淫行为之前,被害幼女已经基于不可归责于行为人的原因处于色情交易的状态,只要不特定的人支付对价且具体的交易情形在事实上不违背幼女意志,幼女就会与其发生性关系。因此,只要超出此范围,就不能认定为嫖宿幼女罪。而行为人先奸淫了普通的幼女再“扔几张钞票了事”的,卖淫幼女事实上不同意在特定的情况下与特定的行为人发生性关系的,行为人强行与卖淫幼女发生性关系的,嫖宿幼女造成重伤、死亡或者其他严重后果的(应当转化为强奸罪,因为超出了性交易的范围),都不能视为嫖宿幼女罪。至于嫖宿幼女多人的,应当以嫖宿幼女罪施行数罪并罚。通过这种解释,完全能实现罪责刑相适应,也能获得公众的认同。

“习水案”的发生破坏了刑法规范,应然的情形是公众要求以刑罚惩罚犯罪人以消除刑法规范被破坏的状况,但基于前文分析的原因,公众反倒开始质疑已经被违反的刑法规范。这就要求作为法律解读与宣传者的刑法学者合理地解释规范,以赢得公众对刑法规范的信仰。但在“习水案”的争论过程中,法律学者并没有起到这样的作用,倒是有人以专家的身份号召公众对刑法规范发难。急于质疑和否定法律规范的态度,显然不利于法治信仰的培植,也不利于及时地为被侵害的法益寻求救济途径。信仰法律并推广对法律规范的信仰,是法律共同体最神圣的使命。相反,动辄质疑并要求推翻现行的法律规范,则只会让整个法律共同体丧失存在的根基。就如神

^① 对定性不产生影响的因素,可能对定量产生影响。例如,基于生命不得通过承诺放弃的原则,刑法不认为被害人放弃生命的承诺具有出罪的功能。但在刑罚裁量之时,没有人会否认得承诺杀人应当从轻处罚。同样以是否存在“有效承诺”作为区分嫖宿幼女罪与强奸罪的观点,参见车浩《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系》,载《法学研究》2010年第2期。

职人员存在的基础是公众对上帝的信仰一样,对上帝的质疑有可能使整个宗教体系丧失依托。

(三) 公众的地位

显而易见,公众无法参与到具体的法律规范解释与运用中来。法律规范主要是作为一种纯粹的规则和程序技术起作用的,因而法律规范在现实社会中往往被一套复杂的行业语言所笼罩,保持着其专业性特征。但这并不一定会“导致规范丧失可触及性和亲切感”^①,因为这种技术化的体系根植于也必须根植于公众认可的价值体系之中。可见,在一个受规范支配的社会中,公众的地位在于为法律规范设置总体的价值基础,并监督该价值基础在整体上的被维护状况。

因此,公众不应当是个案的主导者,他们在个案中的作用不应当被夸大,否则只会导致司法丧失独立的品性,导致法律的执行为舆论所左右。公众的认同最终通过价值立场表现出来,即法律规范所建立的价值基础以及法律规范总体的运行效果,须与公众的总体期待相符。这种相符是概括的、模糊的,它并不表现为对特定法律规范或者用语的解释上面,也并不表现为特定案件的处理上面,甚至不表现为特定法律规范执行的总体运行效果之上或总体规范的特定运行效果之上,而是表现在总体规范的总体运行效果之上。因此,司法工作人员在具体的案件适用过程中,完全没有必要向公众征求具体问题判断上的意见,相反,他只需要在适用的过程中尊重公众的价值立场,并把结果限定在其可接受的范围之内即可。通过这种方式,公众认同与理性的规范执行之间就能实现互相协调。

通过以上三方面的分工与协调,司法独立的品格得到了维护,法律的信仰能够继续,受到动摇的法律规范认同也能得以复位,这才是法治社会应该呈现的面貌。如果每一公众案件都会带来对法律规范认同的丧失,甚至导致撕毁当前的法治构图而重新开始,则法治只会渐行渐远。

^① 舒国滢著:《在法律的边缘》,中国法制出版社 2000 年版,第 96 页。