



REFERENCE TO CRIMINAL TRIAL

总第98集

刑事审判参考

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办

【指导案例】

赵棋勇、蒋明科嫖宿幼女案〔第990号〕

——如何区分嫖宿幼女罪与强奸罪，以支付金钱的方式与幼女自愿发生性关系的如何定性以及共同犯罪人先后嫖宿同一幼女的如何把握情节

龚绍吴收买被拐卖的妇女、儿童，强迫卖淫案〔第991号〕

——收买被拐卖的妇女、儿童后，又强迫其卖淫的，如何定罪处罚

王道龙等故意杀人案〔第993号〕

——拒不履行扶养义务，将出生不久的女婴遗弃在获救希望渺茫的深山野林的，如何定性

黄志坚故意杀人案〔第994号〕

——逆向情节并存时如何把握量刑的一般原则以及因民间纠纷激化行凶杀人，既具有杀死纠纷一方成年人，杀死、杀伤无辜儿童等从重处罚情节，又具有自首等从轻处罚情节的，如何准确把握量刑尺度

郑明寿拐卖儿童案〔第1000号〕

——如何理解偷盗型拐卖儿童罪中的“以出卖为目的”和“偷盗婴幼儿”中的“偷盗”

组织儿童乞讨案〔第1001号〕

——如何认定组织儿童乞讨罪中的“暴力、胁迫”手段、“组织”行为、乞讨形式以及“情节严重”

【立法、司法规范】

《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》的理解与适用

《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》的理解与适用

【刑事政策】

充分发挥审判职能作用切实加强未成年人权益司法保护

【经验交流】

关于惩治性侵害未成年人犯罪及开展审判指导工作的调研报告



REFERENCE TO CRIMINAL TRIAL

2014年第3集·总第98集

刑事审判参考

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 总第98集/最高人民法院刑事审判
一至五庭主办. —北京:法律出版社,2014.12
(刑事审判参考)
ISBN 978-7-5118-7280-7

I. ①刑… II. ①最… III. ①刑事诉讼—审判—中国
—参考资料 IV. ①D925.218.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第279385号

刑事审判参考(总第98集)

最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭主办

编辑统筹 法律应用出版分社

责任编辑 聂颖

装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 翟国磊

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 23.75

字数 355千

版本 2014年12月第1版

印次 2014年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7280-7

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

2014年第3集·总第98集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任: 沈德咏

副主任: 李少平 南 英 黄尔梅 刘学文 胡云腾

委 员: (以姓氏笔画为序)

马 岩	万永海	王晓东	叶晓颖	吕广伦
朱和庆	李 勇	李睿懿	沈 亮	张 明
周 峰	杨万明	苗有水	罗国良	高贵君
党建军	韩维中	裴显鼎	管应时	颜茂昆
薛淑兰	戴长林			

主 编: 南 英

副主编: 周 峰 裴显鼎 戴长林 杨万明 高贵君

执行编辑: 冉 容 刘晓虎 陈 攀 陆建红 方文军

特邀编辑:

朱 军 (北京)	肖晚祥 (上海)	程庆颐 (天津)
袁胜强 (重庆)	宋殿宝 (黑龙江)	张太范 (吉林)
姜 阳 (辽宁)	范俊峰 (内蒙古)	张忻如 (山西)
陈庆瑞 (河北)	张正智 (山东)	吴远阔 (安徽)
陈增宝 (浙江)	楼建群 (江西)	蔡绍刚 (江苏)
陈建安 (福建)	陈殿福 (河南)	官文生 (湖北)
杨学成 (湖南)	黄建屏 (广东)	段洪彬 (海南)
韦宗昆 (广西)	袁彩君 (四川)	梅 育 (云南)
杨雪梅 (贵州)	李永强 (陕西)	董 颖 (宁夏)
张根虎 (甘肃)	王新林 (青海)	杨庭轶 (西藏)
袁 勤 (新疆)	张艳荣 (兵团分院)	程东方 (军事法院)

编辑说明

近年来,随着我国人权保障工作的不断推进,妇女、儿童权益保护工作得到前所未有的重视,保护水平亦得到显著提升。但与此同时,对妇女、儿童进行虐待、遗弃、拐卖、性侵害等违法犯罪活动仍时有发生,严重侵害了妇女、儿童合法权益,引起了社会广泛关注。

为依法惩治侵犯妇女、儿童权益犯罪,加大对妇女、儿童的司法保护力度,最高人民法院先后将惩治拐卖妇女儿童犯罪、性侵害未成年人犯罪以及涉家庭暴力犯罪案件审判作为专项工作大力推进。针对司法实践中遇到的新情况、新问题,最高人民法院刑一庭会同相关部门,对家庭暴力引发的故意杀人、伤害等犯罪案件,以及虐待、遗弃儿童、组织儿童乞讨等犯罪案件审判中的法律适用和政策把握等问题,进行了专项调研。同时,最高人民法院还会同有关部门联合发布了《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》、《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》等规范性文件,为办理相关案件提供了具有实际可操作性的规范指引。

为便于准确理解、适用刑法和相关规范性文件的规定,为司法人员办理侵犯妇女、儿童权益类刑事案件提供有针对性和权威性的业务指导和办案参考,经最高人民法院《刑事审判参考》主编会研究决定,我们编辑了本期办理侵犯妇女、儿童权益犯罪案件专刊。本集专刊共设以下6个栏目:

【指导案例】辑选了近年来各地法院审结的25个侵犯妇女、儿童权益犯罪的典型案例,涵盖强奸、猥亵、拐卖、故意杀人、伤害、虐待、遗弃、组织儿童乞讨等实践中常见、多发犯罪案件以及在定性上存在一定争议的犯罪案件,围绕法律适用和政策把握等问题进行论述,详细分析每个案例的裁判理由,突出其指导、参考意义。

【立法、司法规范】汇编了办理侵犯妇女、儿童权益犯罪案件中相对重要的法律、法规、司法解释、指导意见等规范性文件,并配发了规范性司法文件起草同志撰写的理解与适用文章,以便读者更好地了解相关文件的制定背景与条文含义。

【刑事政策】刊登了最高人民法院黄尔梅副院长2014年1月在未成年人健康成长法治保障研讨会上讲话中的有关内容,对于了解和把握当前我国未成年人司法保护概况以及明确今后一个时期妇女、儿童权益犯罪案件审判工作任务具有重要意义。

【经验交流】刊登了最高人民法院刑一庭、浙江省温州市中级人民法院等部门的课题组撰写的关于涉家庭暴力犯罪、惩治性侵害未成年人犯罪等方面的调研报告5篇,并选编有关资料,介绍了国际上预防应对对儿童的暴力和忽视的经验举措,以期真实、准确反映对妇女、儿童的司法保护现状,推动相关法律制度、工作机制不断创新、完善。

【实务探讨】针对实践中未成年人恃强凌弱、强索财物案件应如何准确适用法律,刊登实务探讨性文章一篇,为相关问题的解决提供参考思路。

【大案传真】刊登了一篇在社会上影响较大的强奸、抢劫、盗窃案件刑事裁定书,以及时传递大案要案、热点案件的审判信息。

本期专刊立足于司法实践,对办理侵犯妇女、儿童权益犯罪案件中涉及的突出法律适用、政策把握等问题作了全面梳理,内容丰富,实用性和指导性很强,适合办案参考使用,对相关理论研究具有较强的参考价值,不失为一本法官、检察官、公安人员、刑事辩护律师等法律工作者和妇女、儿童保护工作者必备的工作手册与教学、研究人员的重要参考书。由于时间仓促,编辑过程中难免存在疏漏,欢迎广大读者提出宝贵意见和建议。

本刊编辑部

2014年10月

目 录

【指导案例】

何某强奸案[第 978 号]

——奸淫幼女案件中如何判断行为人“应当知道”被害人
系幼女

赵俊甫 1

卓智成等强奸案[第 979 号]

——行为人明知他人系采取暴力、胁迫手段迫使被害人表
面“同意”与其发生性关系的,如何定性,以及指使他
人物色幼女供其奸淫后给付金钱财物的行为如何
定性

高明黎 黄佶喆 7

谈朝贵强奸案[第 980 号]

——如何界定“共同家庭生活关系”以及与幼女有共同家
庭生活关系的人多次奸淫幼女致其怀孕,是否属于奸
淫幼女“情节恶劣”

贾 伟 14

刘某强奸案[第 981 号]

——对未成年人与幼女正常交往过程中自愿发生性关系
案件的政策把握与缓刑适用

赵俊甫 高明黎 19

王某强奸案[第 982 号]

——因欲实施强奸导致被害人落水,被告人不实施救助,
致使被害人溺水死亡的,被告人是构成故意杀人罪还
是以“强奸致使被害人死亡”论处

周 军 25

李明明强奸案[第 983 号]

——共同犯罪人未经共谋在不同地点先后强奸同一被害

人的是否构成轮奸以及如何认定强奸罪中的“情节恶劣”

李 晖 李丽君 31

王某某强奸案[第984号]

——对既无被害人陈述也未提取到直接指向被告人强奸
的物证,且被告人翻供的性侵智障幼女案件,如何审
查判断证据

余穗军 37

淡某甲强奸、猥亵儿童案[第985号]

——如何准确把握奸幼型强奸罪的死刑适用标准

章 政 42

杜周兵强奸、强制猥亵妇女、猥亵儿童案[第986号]

——行为人因涉嫌强制猥亵妇女到案后如实供述司法机
关尚未掌握的猥亵儿童事实的,不构成自首

袁益波 49

王晓鹏强制猥亵妇女、猥亵儿童案[第987号]

——如何界分正常医疗检查与猥亵犯罪行为以及强制猥
亵对象中既包括已满14周岁女性又包括未满14周
岁女童的,对所犯数罪是否并罚

崔祥莲 53

林求平猥亵儿童案[第988号]

——猥亵儿童犯罪案件的证据审查以及零口供、零直接客
观证据的猥亵儿童案件中犯罪事实的认定

魏 磊 59

吴茂东猥亵儿童案[第989号]

——如何认定“猥亵”和界分猥亵犯罪行为与猥亵违法行
为以及在教室讲台实施的猥亵是否属于“在公共场所
当众猥亵”

赵俊甫 王 钰 66

赵祺勇、蒋明科嫖宿幼女案[第990号]

——如何区分嫖宿幼女罪与强奸罪,以支付金钱的方式与
幼女自愿发生性关系的如何定性以及共同犯罪人先
后嫖宿同一幼女的如何把握情节

肖 风 72

龚绍吴收买被拐卖的妇女、儿童,强迫卖淫案[第991号]

——收买被拐卖的妇女、儿童后,又强迫其卖淫的,如何定
罪处罚

包长拯 80

乐燕故意杀人案[第 992 号]

- 具有抚养义务的人,因防止婴幼儿外出将婴幼儿留置
在与外界完全隔绝的房间,为了满足其他欲求而放任
婴幼儿死亡危险的,如何定罪处罚 周 侃 徐松松 85

万道龙等故意杀人案[第 993 号]

- 拒不履行扶养义务,将出生不久的女婴遗弃在获救希
望渺茫的深山野林的,如何定性 冉 容 何东青 92

黄志坚故意杀人案[第 994 号]

- 逆向情节并存时如何把握量刑的一般原则以及因民
间纠纷激化行凶杀人,既具有杀死纠纷一方成年人,
杀死、杀伤无辜儿童等从重处罚情节,又具有自首等
从轻处罚情节的,如何准确把握量刑尺度 渠 帆 96

李艳勤故意伤害案[第 995 号]

- 对家庭成员长期实施虐待,虐待过程中又实施暴力殴
打直接造成家庭成员重伤、死亡的,如何定罪处罚 张 眉 104

肖某过失致人死亡案[第 996 号]

- 对家长体罚子女致子女死亡的行为如何定罪处罚 渠 帆 110

贾斌非法拘禁案[第 997 号]

- 抱走年幼继女向欲离婚的妻子索要所支出的抚养费、
彩礼费的行为,如何定性 张 眉 赵清库 118

朱朝春虐待案[第 998 号]

- 夫妻离婚后仍然共同生活的,属于虐待罪犯罪主体构
成要件中的“家庭成员” 孔 磊 唐俊杰 125

任福文拐骗儿童案[第 999 号]

- 采取欺骗方式使儿童脱离家庭以供役使的行为如何
定性 曲晶晶 徐立才 余忠洪 131

郑明寿拐卖儿童案[第 1000 号]

- 如何理解偷盗型拐卖儿童罪中的“以出卖为目的”和
“偷盗婴幼儿”中的“偷盗” 耿 磊 137

翟雪峰、魏翠英组织儿童乞讨案[第1001号]

——如何认定组织儿童乞讨罪中的“暴力、胁迫”手段、
“组织”行为、乞讨形式以及“情节严重”

赵俊甫 141

李某甲等寻衅滋事案[第1002号]

——未成年人多次强取其他未成年人少量财物的案件如
何处理

肖 凤 150

【立法、司法规范】

全国人民代表大会及其常务委员会

中华人民共和国未成年人保护法 158

中华人民共和国妇女权益保障法 169

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部

印发《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》的通知 178

《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》的理解与适

用 周 峰 薛淑兰 赵俊甫 肖 凤 185

印发《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》的通知 202

《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》的理解与适用

周 峰 薛淑兰 赵俊甫 211

最高人民法院

关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释(节录) 220

最高人民检察院

人民检察院办理未成年人刑事案件的规定 226

教育部 公安部 共青团中央 全国妇联

关于做好预防少年儿童遭受性侵工作的意见 244

联合国

儿童权利公约(节录) 248

《儿童权利公约》关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制

品问题的任择议定书(节录) 251

欧洲委员会

儿童保护——防止儿童性剥削和性侵害公约(节录) 257

【刑事政策】

- 充分发挥审判职能作用 切实加强未成年人权益司法保护 黄尔梅 272

【经验交流】

- 关于惩治性侵害未成年人犯罪及开展审判指导工作的调
研报告 最高人民法院刑一庭课题组 276
- 关于家庭暴力刑事案件的调研报告 最高人民法院刑一庭课题组 287
- 赴澳大利亚考察家庭暴力司法应对机制的报告
最高人民法院刑一庭课题组 297
- 关于温州地区涉家庭暴力刑事案件的调研报告
浙江省温州市中级人民法院刑二庭课题组 307
- 受虐儿童司法保护的现状、困境与出路 赵彩艳 卢安林 324
- 【实务探讨】**
- 少年抢劫、抢夺、寻衅滋事等罪名之辨析 张 华 339
- 【大案传真】**
- 黄红棒强奸、抢劫、盗窃案
——中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书 350

[第 978 号]

何某强奸案

——奸淫幼女案件中如何判断行为人
“应当知道”被害人系幼女

一、基本案情

被告人何某,男,1993年9月13日出生,无业。2012年3月21日因涉嫌犯强奸罪被逮捕。

湖北省C市X区人民检察院以被告人何某犯强奸罪,向X区人民法院提起公诉。

X区人民法院经不公开审理查明:2012年2月中旬,被告人何某通过网络登录其堂妹的QQ号,结识被害人徐某(女,1998年4月5日出生)。何某分别于同年3月3日、4日在家中、宾馆与徐某发生性关系。同月5日,何某在明知徐某不满14周岁后,仍与徐某再次发生性关系。

被告人何某及其辩护人提出,何某与被害人徐某发生三次性关系均得到了被害人的同意,在第二次发生性关系后才知道被害人不满14周岁。

X区人民法院认为,被告人何某明知被害人系幼女,仍与其发生性关系,其行为构成强奸罪。公诉机关指控的罪名成立。但公诉机关指控何某第一、二次与被害人发生性关系时已明知被害人系幼女的证据不足,对该部分指控事实不予认定。何某当庭自愿认罪,可以酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第一款、第二款之规定,X区人民法院以被告人何某犯强奸罪,判处有期徒刑三年。

一审宣判后,检察机关提出抗诉,认为指控被告人何某强奸幼女三次的

证据确实、充分,但原判仅认定强奸一次,属于事实认定错误,提请二审予以改判。

C市中级人民法院经不公开审理认为,二审中控辩双方均未提出新的证据,检察机关抗诉认为原审被告人何某与被害人发生三次性关系时,均系明知被害人不满14周岁的证据不足,故不予采纳。原判根据本案的事实情节,适用法律正确,定罪量刑并无不当。检察机关的抗诉理由不能成立。据此,C市中级人民法院裁定驳回抗诉,维持原判。

二、主要问题

奸淫幼女案件中如何判断行为人“应当知道”被害人系幼女?

三、裁判理由

根据我国刑法第二百三十六条的规定,强奸罪分两种类型,即以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女和奸淫不满14周岁的幼女。后一种情形构成强奸罪,不要求采取强制手段实施。对于使用强制手段的,无论是否“明知”被害人系幼女,都应当以强奸论。对于采取非强制手段与幼女发生性关系构成强奸罪,是否以行为人“明知”被害人系幼女为构成犯罪的必要要件,以及如何认定“明知”,司法实践和理论中一直存在较大争议。本案中,被告人何某与幼女被害人徐某双方出于自愿发生性关系,审理过程中,检察机关与法院对何某与徐某三次发生性关系时是否均明知徐某不满14周岁,存在不同认识。由于该问题严重影响到犯罪事实的认定以及对何某的量刑,故有必要分析讨论。

(一)采取非强制手段与幼女发生性关系构成强奸罪,要求行为人“明知”被害人是不满14周岁的幼女

有观点认为,刑法第二百三十六条第二款仅规定,“奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论”,并未要求行为人应当“明知”对方系幼女。我们认为,对此不能局限于刑法分则条文的字面规定作简单文义理解,而应当结合刑法总则关于犯罪故意的规定进行分析。

首先,刑法总则第十四条规定,犯罪故意是指“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发生”的主观心理态度。犯罪故意是认识因素与意志因素的统一。在刑法分则中,针对故意犯罪,有些条款明文规定了“明知”,如窝藏、包庇罪;而大部分条文未明文规定“明知”,如猥亵儿童罪、引诱幼女卖淫罪、拐骗儿童罪等。分则条文明文规定“明知”,主要是为了特别突出和强调,而不是分则没有明文规定“明知”的,构成犯罪就不要求具备“明知”。强奸罪系故意犯罪,因此,刑法总则关于故意犯罪“明知”的规定也必然适用于强奸罪。

其次,关于“明知”的内容,应当结合刑法分则罪名的具体罪状来判断。普通强奸罪中,行为人认识到自己的行为是违背妇女意志的,即符合主观要件,不需要特别认识对方年龄;强行与幼女发生性关系构成强奸罪,自然也不要求明知被害人系幼女。出于对幼女的特殊保护,即使幼女自愿与其发生性关系,也可能构成强奸罪,而此种情况下要构成强奸罪,“不满14周岁的幼女”这一客观要件就成为行为人必须认识的主观内容。如果行为人确系与幼女自愿发生性关系,且行为人确实根本不可能知道对方系幼女,那么行为人主观上就缺乏可谴责性,即不具备犯罪故意所要求的“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生”的主观心理态度,从主客观相统一原则出发,对行为人不应以强奸罪论处。

基于上述分析,对于采取非强制手段与幼女发生性关系的,“明知”被害人系幼女是构成强奸罪的主观构成特征。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2013年联合下发的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《性侵意见》)第十九条“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”的规定,再次肯定了“明知”被害人是幼女系构成该类强奸罪的主观要件。

(二)与不满12周岁的被害人发生性关系的,一律认定行为人“应当知道”对方是幼女

根据相关司法解释和刑法理论通说,“明知”分为“知道”和“应当知道”。“知道”是指行为人确然知道,对于这一主观心态,直接通过在案证据予以证实即可,无须参考一般人的意识能力。而是否“应当知道”,一般要参

考一般人的意识能力,通过各种情状一般人均会确然知道,从而认定行为人应当知道。

通常而言,认定行为人是否“应当知道”被害人系不满14周岁的幼女,应当考虑行为人和一般人的认知能力水平,结合行为人作案时存在的各种客观情况,进行综合分析判断。《性侵意见》第十九条第二款规定,对不满12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。可以认为该司法解释性文件根据被害人不满12周岁这一基础事实创设了一项“推定明知”。究其原因,主要是:12周岁以下幼女基本都处在接受小学或者幼儿园教育阶段以及家庭看护中,社会关系简单,外在幼女特征相对较为明显;即使极个别幼女身体发育早于同龄人,但一般人从其言谈举止、生活作息规律等其他方面通常也能够判断出其可能是幼女,而且从对幼女进行特殊保护的立场考虑,也不应存在争议。故推定该情形中行为人知道被害人可能属于不满14周岁的幼女,是合乎经验常识的,也不违背刑法总则对犯罪故意的一般界定。也就是说,凡是对实际不满12周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的,无论行为人提出何种辩解理由,均应当认定行为人“应当知道”对方是幼女。

(三)与已满12周岁不满14周岁的被害人发生性关系案件中,对行为人辩解“不明知”被害人是幼女的例外情况应当从严把握

根据《性侵意见》第十九条第三款的规定,对实际年龄已满12周岁不满14周岁的被害人,如果从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察,该被害人可能是幼女,而实施奸淫等性侵害行为的,也应当认定行为人“明知”对方是幼女。我们认为,从司法解释性文件的条款设置及文字表述来看,该款属于对“明知”认定相对确定的规范指引,对已满12周岁不满14周岁的幼女实施奸淫等性侵害行为,若无极其特殊的例外情况,一般都应当认定行为人“明知”被害人是幼女,具体可以从以下三个方面把握:一是必须确有证据或者合理依据证明行为人根本不可能知道被害人是幼女;二是行为人已经足够谨慎行事,仍然对幼女年龄产生了误认,即使其他一般人处在行为人的场合,也难以避免这种错误判断;三是客观上被害人身体发育状况、言谈举止、衣着、生活作息规律等特征明显更像已满14周岁。例如,

与发育较早、貌似成人、虚报年龄的已满12周岁不满14周岁的幼女在谈恋爱和正常交往过程中,双方自愿发生了性行为,确有证据证实行为人不可能知道对方是幼女的,才可以采纳其不明知的辩解。相反,如果行为人采取引诱、欺骗等方式,或者根本不考虑被害人是否是幼女,而甘冒风险对被害人进行奸淫等性侵害行为的,一般都应当认定行为人明知被害人是幼女,以实现

对幼女的特殊保护,堵塞惩治犯罪的漏洞。

本案中,被告人何某辩称自己在第二次与被害人发生性关系后才知道被害人的生日为1998年4月5日(即不满14周岁)。公诉机关则认为,何某是通过网络登录其堂妹的QQ号结识的被害人,知道被害人系其堂妹的同学,而其堂妹比其小5岁;何某还与被害人通过QQ聊天交流,被害人QQ个人资料显示为13周岁,因此何某与被害人发生三次性关系均应明知被害人不满14周岁。在本案审理过程中,有意见认为,刑事案件的证据不仅要符合客观真实,而且要足以充分证明客观事实,排除一切合理怀疑,结论达到唯一性;公诉机关提供的证据不能达到这个标准,只是一个推断,不能合理解释和排除疑点、矛盾,况且QQ个人资料一般并不完全真实,行为人也未必查看,初二学生也有很多已满14周岁,故公诉机关指控何某作案次数为三次的证据不充分,不能认定何某与被害人发生三次性关系时均明知被害人不满14周岁。

我们认为,刑事诉讼法规定的有罪判决证明标准是案件事实清楚,证据确实、充分,这是对事实认定和证据审查一般,也是最高的要求。但司法实践经验表明,对犯罪构成的不同事实要素,在证明程度上是可以存在差异的。特别是诸如毒品犯罪、奸淫幼女等性侵害犯罪,实务部门对主观构成要素证明标准的把握,相对其他犯罪而言,可能略显宽松,这是由此类犯罪的特殊性决定的,同时也受到从严惩治此类犯罪的刑事政策的导向影响。在此类案件中,案件事实认定并不是一项纯粹的探寻客观事实真相的科学求证活动,而是以追寻客观真相为指引,同时又受价值取向、价值判断影响的事实重构和再现的过程。就奸淫幼女犯罪主观明知要件的立法定位和司法证明标准而言,无论是一些国家采取严格责任标准,还是一些国家对“明知”认定实务操作中一般采取相对比较宽松的证明标准,均体现了在被告人人

权保障与保护少女公共政策之间的权衡,选择的结果通常是向特殊保护少女的公共政策适度倾斜,尽可能堵塞惩治犯罪的漏洞。《性侵意见》对“明知”问题所作的规定,体现了我国最高司法机关对这一主流政策价值取向的认同与坚守。

就本案而言,公诉机关与法院对“明知”的认定显然存在分歧。从现有证据来看,公诉机关提供的证据只能证实被告人何某第三次与被害人发生性关系时,确然知道被害人实际不满14周岁。而最初认识被害人并在第一次、第二次与被害人发生性关系时,何某掌握的信息包括:其一,被害人系其堂妹的初中二年级同学,而其堂妹比其小5岁(即其堂妹13周岁),根据一般人的常识,初二学生可能已满14周岁,也可能不满14周岁,但大体在14周岁左右。其二,何某与被害人通过QQ聊天交流,被害人的QQ个人资料显示为13周岁,根据一般人的常识,网友之间聊天大多会查看对方QQ个人资料信息,但也不排除不查看的可能;另外QQ个人资料填写的年龄可能是真实的,也可能不真实。因此,现有证据的确不能排除所有怀疑,证实何某前两次与被害人发生性关系时确然知道被害人不满14周岁。但是,诸多证据或者信息表明,作为一个已满18周岁、具有正常认知判断能力的男子,何某并非根本不可能知道被害人是14周岁的少女,而只要稍加谨慎、注意,完全可以认识到对方可能是少女;此外,何某在确然知道被害人实际年龄不满14周岁时,仍然继续与被害人发生性关系,反映出何某在整个与被害人交往并发生性关系的过程中,对被害人是否系少女持无所谓放任态度。暂且不论被害人身体发育状况、言谈举止、衣着、生活作息规律等外在特征是否确实更像已满14周岁,仅依现有证据并没有充足理由将何某归属于“根本不可能判断出被害人是少女的极其特殊的例外情形”。一、二审法院以本案不能完全排除被告人前两次与被害人发生性关系时可能不知道被害人系少女,而对相关事实不予认定,似与对奸淫少女“明知”认定应当坚持的政策导向有所偏离。虽然不能据此认定是一个错判,但有必要在今后的司法实践中加以注意。

(撰稿:最高人民法院刑一庭 赵俊甫)

审编:最高人民法院刑一庭 冉 容)