

强奸罪中对“明知幼女”的认定及未成年人强奸幼女的量刑等

——刘某某强奸案

天津一中院·路诚

关键词 强奸罪 明知 幼女 量刑

裁判要点

- 1、在性侵幼女案件中，在认定行为人是否明知对方年龄上，应贯彻对幼女的“最高限度保护”和对性侵幼女的“最低限度容忍”原则。除非辩方有确凿的证据能证明行为人不明知，可以推定行为人明知对方系幼女。
- 2、对具有恋爱关系的未成年人之间的性侵行为应该贯彻宽严相济的刑事政策中“宽”的一面，在对被告人量刑上要与成年人性侵幼女相区别。

相关法条

《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第二款、第十七条第三款

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第19条

案件索引

一审：天津市静海县人民法院(2014)静刑少初字第8号(2014年4月10日)

二审：天津市第一中级人民法院（2014）一中刑少终字第 26 号（2014 年 7 月 28 日）

基本案情

天津市静海县人民检察院指控：

2013 年 8 月上旬，被告人刘某某与被害人姜某某（女，2000 年 3 月 29 日出生）经网上聊天相识。2013 年 8 月中旬的一天下午，刘某某将姜某某带至本市静海县子牙镇天元宾（旅）馆，强行与其发生了性关系。此后，至同年 10 月 17 日，又多次与姜某某在天元宾（旅）馆等处所发生性关系，致使姜某某怀孕并流产。同年 10 月 24 日，被害人报案。同年 10 月 28 日刘某某被抓获归案。经鉴定，刘某某、姜某某为该流产胎儿组织所属个体的生物学父母的几率大于 99.9999%。

被告人刘某某辩称：其不明知被害人未年满 14 周岁；其与被害人是恋爱关系，并没有强迫对方发生性关系；已得到被害人谅解，并且其未满 18 周。请求法院从轻处罚。

被告人刘某某的辩护人认为：被害人亲属的证言证明，户口本上登记被害人的年龄并非实际年龄，所以不能以被害人亲属的口述年龄为准，不能认定被害人为幼女；被害人陈述第一次与刘某某发生性关系时被强迫，但刘某某供述六次性关系都是被害人自愿的，且双方第一次发生性关系是一起去的宾馆，所以不能认定为强迫；被害人在饭店工作，由于

饭店不会招聘幼女作为服务员，所以被害人应当已经年满十四周岁；被害人在子牙镇卫生院做彩超检查时，称自己是16岁；且被害人一直对刘某某说自己是十六七岁。综上，刘某某不明知被害人为幼女，不存在强奸的主观故意，所以根据我国刑法中主客观相统一的原则，应当认定刘某某无罪。

法院经审理查明：2013年8月上旬，被告人刘某某多次到本市静海县子牙商业街的川香食府吃饭，与女服务员姜某某（2000年3月29日出生）相识。同年8月中旬一天，被告人刘某某带姜某某至本市静海县子牙镇天元旅馆客房内，强行与姜某某发生两性关系。此后，至同年10月17日间，被告人刘某某与姜某某又先后在静海县子牙镇天元旅馆、子牙镇红绿灯路口北东侧旅馆、子牙镇小邀铺村刘某某家中和子牙镇东兴泰洗浴住宿等处所多次发生两性关系，并致姜某某怀孕后堕胎。同年10月24日，被害人姜某某报案。同年10月28日，公安机关将刘某某抓获归案。

在一审审理期间，被害人姜某某提起了附带民事诉讼，经调解，双方达成协议，被告人刘某某及其家属一次性赔偿被害人经济损失人民币15000元，被害人对其表示谅解。

裁判结果

天津市静海县人民法院于2014年4月10日作出(2014)静刑少初字第8号刑事判决：被告人刘某某犯强奸罪，判处有期徒刑六年。

宣判后，被告人刘某某提起上诉，天津市第一中级人民法院于2014年7月28日作出（2014）一中刑少终字第26号刑事判决：一、维持天津市静海县人民法院（2014）静刑少初字第8号刑事判决定罪部分，即上诉人刘某某犯强奸罪；二、撤销天津市静海县人民法院（2014）静刑少初字第8号刑事判决量刑部分，即对上诉人刘某某判处有期徒刑六年；三、上诉人刘某某犯强奸罪，判处有期徒刑四年。

裁判理由

法院生效判决认为：上诉人刘某某为满足个人私欲，奸淫不满十四周岁幼女，其行为已构成强奸罪，应依法予以处罚。鉴于上诉人刘某某犯罪时不满十八周岁，依法应从轻处罚。对于上诉人提出的其不构成犯罪以及不明知被害人系幼女的上诉理由与事实相悖；上诉人的辩护人提出的无罪以及刘某某不明知对方系幼女的辩护意见，根据不足，不予采纳。上诉人刘某某提出的一审法院对其量刑过重的上诉理由，予以采纳。一审认定的犯罪事实清楚，定罪准确，审判程序合法，但量刑不当，应予纠正。二审法院判决上诉人刘征华犯强奸罪，判处有期徒刑四年。

案例注解

本案有以下几个争议焦点，现评论如下：

一、姜某某受到性侵害时的实际年龄是否系幼女

刘某某的辩护人认为，被害人亲属的证言证实的被害人

年龄和户口本上登记被害人的年龄不一致，所以不能认定被害人是否系幼女。在这种情况下，应该本着有利于被告人的原则不能认定被害人姜某某为幼女。

本文认为，综合全案证据，可以认定姜某某系幼女。原因如下：根据《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》第一百零四条的规定，对证据的真实性，应当综合全案证据进行审查。对证据的证明力，应当根据具体情况，从证据与待证事实的关联程度、证据之间的联系等方面进行审查判断。证据之间具有内在联系，共同指向同一待证事实，不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问的，才能作为定案的根据。本案中，据被害人姜某某的户籍信息记载，其出生于2000年3月29日；其父亲姜明喜的证言证明，其实际出生日期是2000年农历三月二十五，属大龙的；其母亲刘春清的证言证明，其是2000年3月29日出生的，农历生日是三月二十五，属大龙；其祖母姜忠花的证言证明，姜某某今年十四虚岁，属大龙，公历生日是4月23日，农历是三月。由于被害人姜某某出生在农村的卫生所，我国农村户籍登记制度相对并不完善，可能存在按农历出生日期登记、报户口时报错、户籍登记人员工作失误、家长虚报年龄等问题。¹所以户籍登记的信息跟被害人亲属陈述的出生日期并不能完全吻合情有可原。上述证人证言一致证明姜某某于

¹ 参见黄尔梅主编《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部性侵害未成年人犯罪司法政策案例指导与理解适用》，人民法院出版社2014年版，第9—15页。

2000年农历三月一天出生，结合姜某某受到上诉人刘某某性侵害的时间是在2013年8月中旬至同年10月17日之间的事实，应认定刘某某犯罪时被害人姜某某实际年龄未年满14周岁。据此，可以认定被害人姜某某受到性侵时系幼女。

二、刘某某在犯罪过程中是否明知被害人系幼女

关于在奸淫幼女的案件中是否需要行为人明知对方系幼女的问题，理论上一直有争议。一种观点认为，奸淫幼女的案件中不需要行为人认识到对方系幼女，主要理由是刑法第二百三十六条第二款并没有规定行为人主观上的“明知”要件。²另一种观点认为，奸淫幼女的案件也不能突破责任原则，行为人构成犯罪的要件之一就是主观上具备明知对方系幼女。刑法第二百三十六条第二款的规定，并没有否定“明知”要件，其目的是特殊保护幼女。对行为人的主观方面的理解应该是：“只要行为人认识到女方一定或者可能是幼女，或者不管女方是否幼女，而决意实施奸淫行为，被奸淫的女方又确实是幼女的，就成立奸淫幼女类型的强奸罪。”³

近年来，随着河南官员李某强奸、猥亵11名幼女案、海南校长带女生开房等案件被媒体曝光，性侵幼女成了全社会关注的焦点。在法治较为发达的日本，在性侵未成年犯罪问题上“及时反应社会变化，顺应国际化潮流，不断完善法律

² 参见何秉松主编：《刑法教科书》（上卷），中国法制出版社2000年版，第312页。

³ 张明楷：《刑法学》（第三版），法律出版社2007年版，第654—655页。

制度”⁴。我国司法为了及时应对这样的社会形势，同时为了消除歧见，在司法实践中统一对奸淫幼女犯罪的认定标准，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部出台了《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》（简称《性侵意见》）。《性侵意见》第19条实际上明确了以下问题：第一，奸淫幼女犯罪需要行为人主观上“明知”对方系幼女，这里的“明知”包括“明知”和“应当明知”；第二，未满十二周岁的幼女可以推定行为人主观上“明知”；第三，已满十二周岁未满十四周岁的幼女，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可能是幼女，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。

本案中，关于刘某某是否明知姜某某未满十四周岁的问题，存在两种不同意见。一种意见认为上诉人刘某某明知姜某某系幼女的证据不足。理由如下：

首先，被害人姜某某2013年8月5日至同年9月先后到在川香食府当服务员，9月份又到、子牙镇王二庄村红绿灯北边瑞余烤鱼堂当过一个多月的服务员，期间与上诉人刘某某相识，故从被害人饭店做服务员的职业所决定的生活作息规律来看，上诉人刘某某仅凭在饭店与姜某某的接触无从是不能推断被害人出姜某某的年龄的系幼女。

其次，根据证人张某、陈某某、东某某的证人证言证实

⁴ 刘建利：《日本性侵未成年人犯罪的法律规制及其对我国的启示》，载《青少年犯罪问题》2014年第1期，第20页。

显示，姜某某一直向他们说自己已年满十四周岁，并且有与姜某某本人其打工都向别人说十六岁的陈述陈述的相关内容相符予以佐证。可以推断姜某某一直在向周围的人宣称自己已满十四周岁，这进一步加大了上诉人刘某某认识到被害人可能系幼女的困难。

最后，且被害人姜某某两次在公安机关所做两次陈述证表明，其向刘某某说过其自己已经十六周岁，并且还向刘某某表示户口本上的岁数登记的出生日期是错误的。这一细节与上诉人刘某某的供述一致。

另一种意见认为，综合本案的证据，可以认定刘某某性侵姜某某时明知对方系幼女。本文认同第二种意见。理由如下：

其一，有证据证明刘某某在性侵姜某某前看过姜某某的户籍信息。

被害人姜某某于2013年8月5日至同年9月先后在川香食府、子牙镇王二庄村瑞余烤鱼堂做服务员期间与上诉人刘某某相识，上诉人刘某某仅凭在饭店与姜某某的接触虽不能了解姜某某的实际年龄，但结合被害人姜某某陈述的刘某某看到过其户口本复印件上是十三周岁。后姜某某告诉刘华户口上的岁数是错的，以及刘某某供述的姜某某说过她十六周岁，也说过她户口本上是十三周岁，她还说户口本上的年龄是错的等情节内容，能够相互印证。总之，被告人供述和

被害人陈述在这个细节上基本一致，可以证明刘某某确实看过姜某某的户籍信息。

本案跟其他一般案件的特殊之处就在于被害人姜某某一直在饭店打工，而不是在学校学习。如果被害人系小学生或者初中生，并且被告人明知这一点，基本上就可以判断被告人明知对方肯定系幼女。⁵本案中，姜某某恰恰不是学生。从一般人的经验推断来看，不会相信一个不满十四周岁的孩子没有接受义务教育，在饭店从事服务员工作，同时也不会相信有哪家的老板会冒着违法风险，雇佣一个幼女作为服务员。所以，上诉人刘某某辩称自己不明知对方系幼女似乎有一定道理。但是，本案的关键事实就是刘某某事前已经看过姜某某的身份证复印件，所以就刘某某的主观心态来看，其肯定知道刘某某可能不满十四周岁。

其二，证人马某某、马某的辨认笔录中姜某某的照片证明，姜某某身体发育并非较为成熟。

本案中，需要寻找双方发生性关系时姜某某的身体发育状况。案发后，侦查机关没有及时固定证据姜某某身体发育情况的证据。但是，侦查机关在组织刘某某和姜某某开房的老板马某某和马某对两人进行辨认时，对姜某某进行了照相，姜某某这时的身体发育情况可以作为认定其年龄的参考。在证人马某某、马某的辨认笔录中存在姜某某的照片，

⁵ 参见黄尔梅主编《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部性侵害未成年人犯罪司法政策案例指导与理解适用》，人民法院出版社 2014 年版，第 26—30 页。

从其中的照片中来看，姜某某身体发育一般，并非较为成熟，一般人通过社会经验会意识到其可能系幼女。

需要说明，姜某某那时的照片只是一项参考资料，法官可以据此进行刘某某是否明知姜某某系幼女的内心确认。但是，姜某某的照片只是辨认笔录证据的一部分，不能单独作为认定刘某某明知姜某某系幼女的证据。

其三，为贯彻特殊保护幼女的刑事政策，司法机关在对被告人是否“明知”女方系幼女认定上应该宽松掌握。

一方面，《性侵意见》并没有借鉴英美刑法中的严格责任，还是恪守大陆刑法中的责任主义原则，要求行为人对幼女主观上需要“明知对方系幼女”。⁶另一方面，幼女身心、智力发育都不成熟，性防卫能力较低，《性侵意见》贯彻的指导思想就是对幼女的“最高限度保护”和对性侵幼女的“最低限度容忍”。

为了平衡责任主义和对幼女的特殊保护，针对性侵未满十二周岁的幼女，《性侵意见》第19条实际上是采取了对行为人明知幼女的推定原则；针对已满十二周岁未满十四周岁的幼女，司法机关在认定被告人是否“明知”女方系幼女认定上应该宽松掌握。即，控方只要能证明被告人可能知道对方系幼女，即可认定被告人主观上“明知对方系幼女”。对辩方提出的“不明知对方系幼女”的辩解理由，除非有确切

⁶ 参见刘宪权：《性侵幼女构成强奸仍应以“明知”为前提》，载《青少年犯罪问题》2014年第1期，第4—12页。

的证据证明行为人确实不知道对方系幼女，才可以采纳其的辩护理由，其余情况对辩方的辩护理由一般应从严掌握。例如，在被告人李某某强奸一案中，被害人李某持捡得的身份证声称自己已满十六周岁，刻意隐瞒自己未满十四周岁的事实，与一家电子公司签订劳务合同。被告人李某某在这家电子公司与李某相识，对其真实年龄无从知晓。⁷只有像这样的特殊情况，才可以认定被告人不明知对方系幼女。

三、一审法院对被告人刘某某的量刑是否过重

本案中上诉人刘某某实施性侵行为时不满十八周岁，如何在未成年人性侵幼女的案件中平衡对未成年被告人“教育、感化、挽救”方针和对幼女特殊保护原则是一个难题。

《性侵意见》第27条规定，已满十四周岁不满十六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。该条规定虽然明确限定为已满十四周岁不满十六周岁的犯罪人，但是实际上确立的是对未成年人与幼女交往过程中发生性行为的处理原则。即，对性侵幼女的案件也应该贯彻宽严相济的刑事政策，对具有恋爱关系的未成年人之间的性侵行为应该从宽掌握。

另外，从域外立法经验来看，发生在未成年之间的性侵行为一般也都采取较为宽松的态度。比如，“根据意大利刑法的规定，除采取暴力、胁迫等强制手段外，未成年人同不

⁷ 参见黄尔梅主编《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部性侵害未成年人犯罪司法政策案例指导与理解适用》，人民法院出版社2014年版，第141—144页。

满 13 周岁的未成年人发生性关系的，如果相互间的年龄差距不超过三年，不予处罚。美国一些司法管辖区将未成年被告人与未成年被害人的年龄差距大小，作为认定被告人构成不同严重等级性侵害犯罪的考量因素。”⁸

上诉人刘某某奸淫不满十四周岁的幼女，依法应判处三年以上十年以下有期徒刑。根据《天津市高级人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见实施细则》（简称《实施细则》）的规定，奸淫幼女一人的，在四年至七年有期徒刑幅度内确定量刑起点。本案系未成年人之间的性侵行为，双方年龄差距不大，可以将量刑起点确定为四年有期徒刑。本案中，上诉人刘某某的从重量刑的因素包括性侵幼女、多次性侵、导致被害人怀孕。根据《实施细则》的规定，对同一幼女实施奸淫多次的，增加基准刑的 30% 以下。本案中，刘某某奸淫姜某某六次之多，增加基准刑的 30%。另外考虑到刘某某奸淫姜某某致其怀孕，可以认定为《实施细则》中规定的“其他可以从重处罚的情形”，本案增加基准刑的 20%。对刘某某从轻量刑的因素包括未成年犯罪、双方一直在交往、除第一次以外姜某某同意与刘某某发生性关系、刘某某家属已经对被害人进行了赔偿、得到了被害人的谅解情节。由于未成年人之间性侵行为中的双方一直在交往、除第一次以外姜某某同意与刘某某发生性关系两个情节在确定量刑起点时，已经作

⁸ 黄尔梅主编《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部性侵害未成年人犯罪司法政策案例指导与理解适用》，人民法院出版社 2014 年版，第 46 页。

为了考量因素，因此在确定被告人宣告刑时不再考虑。根据《实施细则》的规定，刘某某未成年犯罪、赔偿对方并得到对方谅解的情节可以分别减少基准刑的 30%、20%。所以，刘某某从重增加基准刑为 50%，从轻减少基准刑也是 50%，对被告人刘某某的宣告刑应在四年有期徒刑上下。

综上，一审法院在对上诉人刘某某量刑时考虑了多次奸淫幼女、造成被害人怀孕等情节，但未充分考虑上诉人刘某某实施犯罪行为时已满十六周岁未满十八周岁，系未成年人犯罪，上诉人刘某某及其家属对被害人进行了赔偿，被害人姜某某除第一次以外与刘某某发生性关系均系自愿等法定、酌定量刑情节。一审法院判决上诉人刘某某犯强奸罪，判处有期徒刑六年量刑过重，应依法改判。二审法院依法改判上诉人刘某某犯强奸罪有期徒刑四年是适当的。

第一审法院合议庭成员：郭 娜、郑永兰、王明琴

第二审法院合议庭成员：李 强、侯金砖、路 诚

作者单位：天津市第一中级人民法院