

儿童免受性侵害的权利

——对我国儿童性法律的审视

赵合俊*

内容提要:在国际法上,性越来越与人权联系在一起,越来越被视为一种基本人权,性法律逐步从主要维护性秩序转向主要保护个人的性人权。《儿童权利公约》就突出体现了性人权的视角。我国已经批准《儿童权利公约》和《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》。在性人权的视角下,我国儿童性法律存在明显的缺陷与不足。儿童性法律的修改,应朝着更加人权化的方向进行,以便从一个侧面推动我国的人权建设。
关键词:性法律 性人权 性政治 性的人权化走向

所谓性法律,乃是指涉性的所有法律条款、相关的法律解释以及司法判例。^[1]所谓儿童性法律,乃是指涉及儿童之性的所有法律条款、相关的法律解释以及司法判例。在我国大陆地区,由于没有专门的性立法,且不实行判例法制度,因此,涉及儿童之性的法律散见于刑法、未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、治安管理处罚条例等法律法规以及相关的法律解释中。2003年1月17日,最高人民法院以法释[2003年]4号发布了一项司法解释,即《最高人民法院关于行为人不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》。这项司法解释甫一出台,即在学界引起激烈的争论,实际上暴露了我国儿童性法律的一些问题。鉴于我国已经批准了联合国《儿童权利公约》与《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》,以及我国已将“人权”首次写入宪法修正案,从性人权的视角^[2]对我国儿童性法律进行一番审视,指出其缺陷,分析其成因,就既有必要,亦复可能。

* 中华女子学院法律系讲师。

[1] 美国法学家波斯纳等编著的《美国性法律指南》,只是分类列举了各州涉性的法律条款。See Richard A. Posner and Katharine B. Silbaugh, *A Guide to America's Sex Law*, Chicago and London: the University of Chicago Press, 1996. 显然,就“性法律”这一概念所涵括的内容而言,这是不完备的。性法律不仅包括涉性的法律条款,也应包括相关的法律解释以及司法判例;特别是在判例法国家,涉性的司法判例是性法律的一种重要渊源。

[2] 性人权,是作者创造的一个概念。所谓性人权(sexual human rights),概括言之,就是人之作为性存在(sexual beings)所有和应当享有的人权,是作为人权的性权利(sexual rights)。一般说来,性权利可以分为作为人权的性权利(即性人权)和其他性权利(并非作为人权的性权利)两大类。前者基于“人是性存在”这种人性之“同”,后者则基于身份、地位、等级、性别、年龄、种族、宗教、社会出身等具体的人之“异”。性人权是人人平等享有的性权利,而其他性权利则体现着人与人之间的差异。在现代特定的人权话语中,所谓“性权利”,其实仅指作为人权的性权利(性人权),即sexual rights中的“rights”其实等同于“human rights”。不过,由于除了性人权之外,性权利一般而言毕竟还包括了其他性权利,由于作为人权的性权利与其他性权利会发生冲突,因此,创造“性人权”这个概念,用来专指作为人权的性权利,确实大有必要。参见赵合俊:《妇女性人权与妇女法的修改》,《环球法律评论》2004年夏季号。

一、国际法上性的人权化走向与儿童免受性侵害的权利

谈论国际上的儿童性人权,应该聚焦于《儿童权利公约》及《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》。在联合国的六大人权公约中,^[3]以1989年的《儿童权利公约》对性人权的保护规定得最明确、最详细。《儿童权利公约》第34条规定:

缔约国承担保护儿童免遭一切形式的色情剥削和性侵犯之害。为此目的,缔约国尤应采取一切适当的国家、双边和多边措施,以防止:

1. 引诱或强迫儿童从事任何非法的性活动;
2. 利用儿童卖淫或从事其他非法的性行为;
3. 利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材。^[4]

从上面的规定来看,在《儿童权利公约》中尽管没有明确出现“性权利”、“性人权”的字眼,但《儿童权利公约》却主要从两个方面着眼,对儿童的性人权进行保护,以防止对儿童的“一切色情剥削与性侵犯之害”:从性虐待方面着眼,禁止引诱和强迫儿童从事非法性活动;从性剥削方面着眼,禁止利用儿童卖淫和其他的非法性行为,禁止利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材。需要特别指出,这里的着眼点不是儿童的非法性活动,不是儿童卖淫,不是儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材,而是引诱、强迫儿童进行非法性活动对儿童人权的侵犯,利用儿童卖淫和进行色情表演以及充当色情题材对儿童的性剥削。换句话说,这里的着眼点不是儿童自身的性犯罪或性违法,而是针对儿童的性犯罪;不是儿童自身的性犯罪或性违法对社会秩序的危害,而是针对儿童的性犯罪对儿童性人权的侵犯。因此,其所保护的实质上乃是“儿童免受性侵害的权利”。

《儿童权利公约》的这一规定,与国际社会和国际法上性的人权化走向是一致的。

所谓性的人权化走向,就是指性越来越与人权联系在一起,性越来越被视为一种基本人权。在法律上,性的人权化走向表现在:性法律主要从维护性秩序转向主要保护个人的性人权。以往的风化犯罪如通奸罪、鸡奸罪,尽管是对性秩序的一种危害,但由于没有受害人,也就逐渐实现了去罪化,通奸法、鸡奸法逐渐被废除或悬置;而一些新的性犯罪,如婚内强奸,尽管与风化无关,却是对受害人性人权的侵犯,为现代法律所不容。性的人权化走向在国际人权领域中的一个显著的例子,就是联合国1949年《禁止贩卖人口及取缔意图赢利使人卖淫公约》。鉴于联合国已于1948

[3] 联合国的六大人权公约指:《消除一切形式种族歧视公约》(1965)、《公民权利和政治权利国际公约》(1966)、《经济、社会和文化权利国际公约》(1966)、《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979)、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984)、《儿童权利公约》(1989)。

[4] 上述条文引文出自官方中文译本(国际人权法教程项目组:《国际人权法教程》第2卷,中国政法大学出版社2002年版,第83页),但有若干地方似值得商榷。查《儿童权利公约》英文作准文本,这一条是:“States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purpose, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent: (a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity; (b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices; (c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.”将两种文本比照一下不难看出,英文本的sexual exploitation,在中文译本中为“色情剥削”,其实,译为“性剥削”更直接,也更贴切。英文本的sexual abuse,在中文译本中是“性侵犯”,然而,sexual abuse在汉语中一般译为“性虐待”。英文本的the exploitative use,中文译本为“利用”,简单倒是简单,不过却模糊和淡化了“剥削性的”(exploitative)这一要点。此外,英文本的pornographic,中文译本为“淫秽的”,也不确切。在现代法律的视角下,pornographic应译为“色情的”而不是“淫秽的”。在汉语中,“性的”、“色情的”、“淫秽的”这三个词比较起来,“淫秽的”一词带有严重的道德贬义,属于一种“性的污名”;“性的”最具有道德上的中立性;“色情的”则居于两者之间。在1989年新闻出版署公布的《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》中,淫秽出版物指整体上宣扬淫秽行为,挑动人们的情欲,足以导致普通人腐化堕落没有艺术价值或科学价值的出版物;色情出版物则指在整体上并不淫秽,但部分含有淫秽内容,对普通人特别是未成年人的身心健康有害,又缺乏艺术价值或科学价值的出版物。

年发布了《世界人权宣言》,开启了国际人权运动的新时代,因此,《禁止贩卖人口及取缔意图赢利使人卖淫公约》中性的人权化走向,也就完全可以理解。《公约》的历史贡献在于:突出了“性剥削”,将打击的重点从“卖淫”转向“使人卖淫”和“剥削他人卖淫”;^[5]公约采取的是“废除主义”,不是要废除卖淫,而是要废除规制卖淫的法律。^[6]《公约》将贩卖人口与意图赢利使人卖淫规定在一个公约里,这就将性奴役与性剥削联系起来。“淫业以及因此而起之贩人操淫业之罪恶”,“污蔑人格尊严与价值,危害个人、家庭和社会之幸福”,因此,意图赢利使人卖淫,就是对他人的性奴役和性剥削,是对他人人权的侵犯;规制卖淫的法律,事实上支持了性奴役和性剥削,因此必须废除。《公约》给人的最大启示在于:不再主要从风化、道德的角度去评判卖淫本身,而要从人权的角度严厉打击使人卖淫和剥削他人卖淫;卖淫者个人的人格、尊严、价值得到优先考虑,其人权受到最大关注。

性人权在现代人权运动中凸显出来并非偶然,它一方面出于对第二次世界大战中法西斯军队性暴行、性罪恶的反思,同时也是妇女人权与儿童人权发展的必然结果。第二次世界大战中法西斯国家对人权的肆意践踏,从反面刺激了战后国际化的人权运动。当然,不可否认,战争结束后对法西斯战犯进行的国际审判,忽视了对法西斯军队的性暴力、性奴役罪行进行审判,这是人权史上的一个缺憾。二十世纪六十年代,随着两个基本人权公约的发布,人权与女权运动进入了一个新阶段。由于妇女与儿童最容易成为性犯罪的侵害对象,因此,反对针对妇女的性暴力,反对对儿童的性虐待成了女权主义与人权运动的一个关注重点。1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》第6条规定,“缔约国同意采取一切适当措施,包括制定法律,以打击一切形式贩卖妇女和迫使妇女卖淫以进行剥削的行为”。1993年联合国通过《消除对妇女一切暴力宣言》,将性骚扰、婚内强奸、强奸、强迫卖淫等皆视为针对妇女的性暴力,要求政府予以制裁和打击。1998年的联合国《国际刑事法院罗马规约》,从人权和人道主义的视角出发,将强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力,都规定为反人类罪。对这些反人类罪,不论发生在战时或平时,都进行惩治,而且惩罚不受追诉实效的限制。2000年12月,在日本东京进行的被称为“世纪大审判”的民间审判,即针对日本军队在第二次世界大战期间侵犯亚洲女性性人权的性奴役制度——慰安妇制度——的审判,判决当时的日本天皇犯有反人道罪。^[7]这也从一个侧面反映了国际社会性的人权化走向。

妇女和儿童均为弱势群体,但相对于妇女,儿童处于更弱势的地位,更容易受到伤害,更加无力进行自我保护。随着人权事业的发展,在性的方面,成人之间采用的是“合意”标准,即只要出于双方的同意,成人间的性就被看成一种人权。由于儿童被认为还不具备健全的理性,法律需要为此设置同意年龄线,硬性规定一定年龄线之下的儿童不具有给出有效同意的能力,成人同法定同意年龄线以下的儿童之间的性,即使有儿童的同意,也被当作侵犯儿童权利的行为。鉴于针对儿童的性犯罪日益严重,鉴于买卖儿童、儿童卖淫与儿童色情制品日益对儿童人权构成威胁,2000年

[5] “第二次世界大战结束后,有一种思想占主导地位,人们认为作淫媒,尤其是作跨国淫媒的行为是严重犯罪,而作为受害人的妓女不仅应避免任何刑罚,而且不应受任何规章制度的惩罚。在1949年12月2日关于打击贩卖人口和强迫他人卖淫行为的公约中,就体现了这一思想。”([法]安得烈·伯萨尔德:《国际犯罪》,黄晓玲译,商务印书馆1997年版,第7页。)从《公约》的条文不难看出这一点,如,第1条规定:“本公约缔约国同意:对于意图满足他人情欲而有下列行为之一者,一应处罚:一、凡招雇、引诱或拐带他人使其卖淫,即使得本人之同意者;二、使人卖淫,即使得本人之同意者”;第2条规定:“本公约缔约国并同意对于有下列行为之一者,一应处罚:一、开设或经营妓院,或知情出资或资助者;二、知情而以或租赁房舍或其他场所或其一部供人经营淫业者”。

[6] See Kathleen Barry, *The Prostitution of Sexuality*, New York and London: New York University Press, 1995, pp. 235 - 236. 关于这一点,《公约》第6条规定得很清楚:“本公约缔约国同意采取一切必要措施,对于规定卖淫或有卖淫嫌疑者,须经特别登记,或须领取特别证件,或须遵守监督或通知之特别条件之现行法律、规程或行政规定,一律取消或废止之。”

[7] 参见朱成山:《世纪末东京大审判——女性国际战犯法庭侧记》,载《百年潮》2001年第3期。

联合国通过了《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》,旨在扩大缔约国可能采取的措施,保护儿童免受贩卖、免于卖淫和色情。《议定书》明确规定了儿童卖淫和儿童色情制品的概念。^[8]这就便于缔约国采取各种措施,打击一切形式的针对儿童的性犯罪,保护儿童的性人权。

关于儿童权利的分类问题,一种有影响观点认为,儿童权利大体可分为三大种类:保护权(Protection rights),以法律等手段保护儿童免受剥削和其它伤害;获取供应权(provision rights),需要积极的作为,通常是儿童提供社会服务和社会保障;参与权(participation rights),在社会中,赋予作为公民的儿童一种不断增长的主动性角色。^[9]就性的方面来说,从《儿童权利公约》第34条来看,其内容是保护儿童免受性剥削、性虐待,属于保护权的范畴。

二、我国儿童性法律的缺陷与不足

参照国际社会对儿童免受性侵害的权利的保护,我国的儿童性法律还存在着缺陷和不足。概括起来,主要有以下几方面的问题:

(一)刑法将涉及儿童卖淫方面的犯罪归类为妨害社会管理秩序罪,属于归类不当

我国关于儿童卖淫方面的犯罪规定最初出现在特别刑法中,后来在1997年的《中华人民共和国刑法》中作了比较概括的规定。特别刑法曾规定强迫幼女卖淫为强迫他人卖淫的加重情节之一,引诱幼女卖淫按强迫他人卖淫罪处罚,嫖宿幼女按强奸罪处罚。^[10]显然,如果按照特别刑法,根据我国刑法现有的犯罪体系,关于儿童卖淫方面的犯罪无疑应该归类为“侵犯公民的人身权利、民主权利罪”之中。然而,1997年刑法却将所有有关卖淫方面的犯罪集中在一起,专设了一节“组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪”,归属于“妨害社会管理秩序罪”。这样做可能有着立法技术上的理由,但却属于严重的归类不当,与性的人权化走向是直接背离的。

按照我国现行法律,卖淫嫖娼本身并非犯罪行为,只是违法行为,由《治安管理处罚条例》进行规制;组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫,才是犯罪行为,由刑法进行惩罚。这样看来,卖淫嫖娼自身确实也只是妨害了“社会管理秩序”,根本谈不到什么侵犯权利的问题;另一方面,组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫之所以为犯罪,则首要地和主要地是由于对他人权利的侵犯,而非因为妨害了“社会管理秩序”。因此,无论如何,在我国当前的犯罪体系中,关于卖淫方面的犯罪,应该归类到侵犯“公民的人身权利、民主权利”的犯罪中,而不能归类到“妨害社会管理秩序罪”中。

(二)儿童性法律带有明显的性别歧视倾向

刑法第232条第2款规定:“奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚。”显然,这里排除了“幼男”作为强奸犯罪受害人的法律可能。^[11]从历史来看,中国清代的法律已经出现了关于强行鸡

[8] 《儿童权利公约 关于买卖儿童、儿童卖淫和色情制品问题的任择议定书》第2条规定:“为本议定书的目的,...(b)儿童卖淫系指为了报酬或出于任何其他形式的考虑而在性活动中利用儿童;(c)儿童色情制品系指以任何方式表现儿童正在进行真实或模拟的直露性活动或主要为取得性满足而以任何方式表现儿童身体的一部分的制品。”见中国人权发展基金会编:《中国签署批准的国际人权公约》,新世界出版社2003年版,第101页。

[9] See Beverly C. Edmonds and Lillian R. Fernekes, *Children's Rights: A Reference Handbook*, Santa Barbara, California: ABC-CLIO, Inc. 1996, p. 2.

[10] 1991年9月4日第七届全国人民代表大会常务委员会第21次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》规定:“强迫不满十四岁的幼女卖淫的”,属于强迫他人卖淫的加重情节之一;“引诱不满十四岁的幼女卖淫的”,按照该《决定》关于强迫不满十四岁的幼女卖淫的规定处罚;“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。在这一《决定》中,1979年刑法中的“强迫妇女卖淫罪”被扩展为“强迫他人卖淫罪”。

[11] 与此类似,我国刑法明文规定了强迫幼女卖淫、引诱幼女卖淫、嫖宿幼女卖淫方面的犯罪与刑罚,但对相应的“幼男卖淫”方面的犯罪与刑罚,却没有任何明文规定。

奸的禁止性规定,^[12]1951年中央人民政府法制委员会的《中华人民共和国刑法大纲草案》,也曾将鸡奸幼童与奸淫幼女并列;^[13]从其他国家的情况看,许多国家和地区的刑法禁止成年人与儿童和未成年人发生性关系;^[14]从国际法上看,联合国《儿童权利公约》禁止强迫、引诱儿童从事任何非法性行为,也并没有做男童、女童的区分。

“不歧视原则”是国际人权法最基本的原则。被称为“国际人权法案”的《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》,都明确规定反对包括性别歧视在内的一切歧视。联合国《儿童权利公约》将未满十八周岁者,一概称谓“儿童”,不分性别地给予同等保护。早在1991年,我国就已经批准了《儿童权利公约》,而1997年修订后的刑法在儿童性人权的保护方面竟然还有如此严重的性别歧视。

(三) 儿童性法律对儿童性人权的保护相对不足

《儿童权利公约》专门规定,禁止“利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材”。《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》第2条对儿童色情制品进行了界定:“以任何方式表现儿童正在进行真实或模拟的直露性活动或主要为取得性满足而以任何方式表现儿童身体的一部分的制品”。在我国,关于上述几方面的内容,1991年《中华人民共和国未成年人保护法》没做任何规定,1997年《中华人民共和国刑法》和1999年《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》对此类内容也没有任何涉及。

此外,我国刑法在很多情况下将儿童保护简单地列在妇女保护之后,似乎保护儿童变成了保护妇女的附庸;而且,在很多情况下,缺乏对儿童保护的明确条款。例如,刑法第236条第1款规定了强奸妇女的犯罪与处罚,第2款只简单地规定了“奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚”;刑法第237条在规定了强制猥亵、侮辱妇女的犯罪与处罚以及在公共场所犯此罪加重处罚之后,仅简单地规定“猥亵儿童的,以前两款的规定加重处罚”。再如,刑法在关于拐卖妇女、儿童的犯罪中,将“奸淫被拐卖的妇女的”以及“诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的”,都作为加重处罚的情节;在收买被拐卖的妇女、儿童的犯罪中,规定“收买被拐卖的妇女,强行与被拐卖妇女发生性关系的”,按照强奸罪定罪处罚;然而,对于针对儿童的类似犯罪,却没有任何规定。

值得注意的是,在1951年的《中华人民共和国刑法大纲草案》中,奸淫幼女、鸡奸幼童是排在强奸妇女之前的,^[15]这体现了法律对儿童的特殊保护,与联合国《儿童权利宣言》、《儿童权利公约》规定的对儿童进行特殊保护的 principle 是颇为暗合的。

(四) 儿童性法律使用“奸淫”、“淫乱”、“卖淫”、“嫖宿”等字眼,实际上是对儿童的最大伤害

哲学家罗素曾指出,象“奸淫”、“通奸”这样的词带有浓重的道德上的罪,因此最好慎用或者不用。^[16]现代语言中用“强暴”、“性攻击”等代替“强奸”,用“性工作”、“卖性”、“性交易”代替“卖淫”,用“色情”代替“淫乱”等等,就显示了这样一种趋向。我国儿童性法律中所使用的“奸淫”、“淫乱”、“卖淫”、“嫖宿”等字眼,^[17]其实是对儿童最大的伤害。

[12] 《大清律例 刑律 犯奸 条例》规定:“恶徒伙众,将良人子弟抢去强行鸡奸者,无论曾否杀人,仍照光棍例,为首者,拟斩立决,……”

[13] 该《草案》第131条规定:“奸淫十四岁以下之幼女或鸡奸十四岁以下之幼童者,处三年以上十五年以下监禁;情节特别严重者,处死刑或终身监禁。”

[14] 例如1996年的《俄罗斯联邦刑法典》和1998年的《德国刑法典》。

[15] 该《草案》第131条为“奸淫幼女和鸡奸幼童”,第132条为“强奸轮奸”。

[16] 参见[英]罗素:《婚姻革命》,靳建国译,东方出版社1988年版,第41页以下。

[17] 如,刑法第236条第2款:“奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚”,第360条:“嫖宿幼女的,处五年以下有期徒刑,并处罚金”;《预防未成年人犯罪法》第34条:“本法所称‘严重不良行为’,是指下列严重危害社会,尚不够刑事处罚的行为:...(五)进行淫乱或者色情、卖淫活动”。

三、“无法解释”的司法解释

2003年1月17日,最高人民法院发布了《关于行为人不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》。《批复》的全文是:“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,均应按照刑法第236条第2款的规定,以强奸罪论处;行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪。”这项司法解释引起学界的强烈争论。其实,在《批复》发布之前,关于奸淫幼女是否以行为人的“明知”为犯罪的构成要件,学界一直存在两种对立的观点。^[18]这里不拟对学界的争论进行评判,主要从人权的视角对这一《批复》进行一番分析和审视。

首先,《批复》与行为人的人权存在着冲突。按照《批复》,行为人只要明知对方是十四周岁以下的幼女而与之发生性关系,就要以强奸罪定罪并从重处罚。显然,这里的行为人包括应对强奸罪负刑事责任的成年人与未成年人。由于在社会实践中,诚如《理解与适用》中所承认的,“与幼女自愿发生性行为的人多为未成年人,往往发生在早恋、交朋友等过程中”,^[19]这些与幼女发生性关系的未成年人更“明知”和“可能知道”对方是不满十四周岁的幼女。如果严格地实施《批复》,法律打击的矛头无疑就主要指向了未成年人。这无论如何与保护未成年人的政策是背道而驰的,也是与未成年人的人权保护相悖的,同时也未必符合司法解释者的本意。实际上,在此《批复》之前的一些司法解释,由于并未将“明知”明确地作为犯罪构成的关键因素,实质上对未成年人是有利的,也是公允的。因为,按照以往的司法解释,未成年人与幼女发生性关系,只要情节显著轻微,危害不大,就不认为是犯罪;至于未成年人是“明知”还是“不明知”,在所不问。^[20]因此,《批复》的“明知”标准,事实上扩大了刑法的打击面,尤其是扩大了刑法对未成年人的打击面。最高人民法院在为自己将“明知”作为奸淫幼女行为的犯罪构成要素辩护时,曾援引了最高人民检察院关于嫖宿幼女的一则司法解释,认为既然嫖宿幼女以行为人的“明知”为犯罪构成要素,那么奸淫幼女自然也可以以行为人的“明知”作为犯罪构成的要素了。这样的援引和类比看似有道理,其实却有点不伦不类,假如实践中与幼女发生性关系的多为未成年人的话,那么嫖宿幼女的,显然多为成年人。

其次,《批复》与幼女的人权也是对立的。《理解与适用》中的一段话颇有意味:“从实际发生的案件情况看,有的幼女隐瞒实际年龄,通过上网聊天联系行为人,并让行为人为其提供住处过夜,为了寻求性刺激,主动或者同意与行为人发生性关系。在这种情形下,对行为人一律以强奸定罪,按照奸淫幼女的行为从重处罚,有失公允。”^[21]这段话貌似公允,其实折射出我国法律暗藏的一贯责难“坏女孩”(“有淫乱恶习的幼女”)的精神,即有“淫乱恶习的幼女”并不值得保护。在以往,一般主张对与有“淫乱恶习的幼女”发生性行为的男青少年,在幼女主动的情况下可以不以犯罪论处。^[22]《批复》既然

[18] 具体可参见赵秉志主编:《刑法争论问题研究》下,河南人民出版社1996年版。

[19] 最高人民法院研究室编:《最新刑事法律司法解释汇编》上册,中国人民公安大学出版社2003年版,第676页。

[20] 1984年4月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布的《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》中规定:“14岁以上不满16岁的男少年,同不满14岁的幼女发生性的行为,情节显著轻微,危害不大的,依照刑法第十条的规定,不认为是奸淫幼女罪,责成家长和学校严加管教。”最高人民法院1995年5月8日发布的《关于办理未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》中规定:“已满14岁不满16岁的人偶尔与幼女发生性行为,情节轻微,尚未造成严重后果的,可不认为是犯罪。”2000年2月16日最高人民法院公布的《关于审理强奸案有关问题的解释》中规定:“已满十四周岁不满十六周岁的人,与幼女发生性关系构成犯罪的,依刑法第17条、第236条第2款的规定,以强奸罪定罪处罚;对于与幼女发生性关系,情节轻微,尚未造成严重后果的,不认为是犯罪。”

[21] 前引[19]书,第676页。

[22] “男青少年与染有淫乱恶习的幼女发生性交行为,且后者主动,其情节轻微,危害不大的,可不以犯罪论处,建议公安机关作其他处理。”高铭喧主编:《刑法学》,北京大学出版社1989年版,第532页。

没对行为人的年龄作出规定,那么成年人与“为了寻求性刺激且主动的幼女”发生性关系也就可以不认为是犯罪了。令人困惑的是,我国法律一方面假定幼女无知无识,连对性行为及其后果都不能正确认识,另一方面却又认定“有淫乱恶习的幼女”有很大的主观恶性,狡诈无比,能够“欺骗”成年人,主动与其发生性关系。凡此种种,无非是将幼女作了“好”和“坏”的分类并给予区别对待。其实,“好女孩”也好,有“淫乱恶习的女孩”也好,都具有相同的人权,应该受到法律的平等保护。无论奸淫幼女是一个独立的罪名还是作为强奸罪的一种加重处罚情节,^[23]既然认定奸淫幼女侵害的是幼女的身心健康(权),^[24]既然最高法院认定“从刑法立法本意看,对奸淫幼女的行为‘应当以强奸论,从重处罚’,体现了对侵害幼女身心健康的犯罪行为的严惩力度”,^[25]那么,为什么在幼女同意甚至主动与行为人发生性关系时,对行为人“以强奸定罪,按照奸淫幼女的行为从重处罚”就是“有失公允”呢?对这样的幼女,法律就不应该体现“对侵害幼女身心健康的犯罪行为的严惩力度”了?这类幼女的身心健康就不值得法律保护了?最高人民法院“既要维护被害人的权益,也要保护被告人的权益”的观点是正确的,^[26]但还需要加上“对被害人的权益应当不加区别地同等保护”。

四、儿童性法律缺陷之成因分析

法律是文化的结晶、社会的产物、政治的表现。儿童性法律是性法律的一部分。我国儿童性法律的缺陷,有着深刻而复杂的政治、社会、文化成因,大体可归结为反性—非性的性政治,耻感的性文化以及维护性秩序的法律制度。其实,这也是我国整个性法律之缺陷的原因所在。

(一)反性—非性的性政治

在中国政治文化和性文化中,政治与性的紧密关联是一个值得注意的特征。一些常用的词汇,例如“奸”、“淫”、“乱”、“私”,与其反义词“忠”、“贞”、“治”、“公”,既是政治上的常用词,同时也是性方面的常用词。例如,“内乱”,在政治意义上表示为国内的叛乱、动乱、暴乱的状态,在性上则属于“十恶”重罪之一,指一定范围内的家族成员之间的性关系。政治与性的这种紧密关联,就使得“奸”这一传统文化中表示性犯罪的最常用的词汇,在英语中却无法找到恰当的对应词。^[27]

现代中国采取了一种反性—非性的性政治。民主革命时期,出于军事斗争的需要,在很大程度上实行了军事禁欲主义。中华人民共和国建立后,在“政治挂帅”的背景下,性的政治化成了工作的一项重要内容。新中国要宣示同旧中国决裂,性是一个比较好的切入点。中华人民共和国建国初期,政府对卖淫制度的取缔,事实上是作为一项政治任务进行的。卖淫现象的趋于消失,性病的消灭,被作为政府的主要政绩和社会的新形象而广为宣传。另一方面,就我国和外国关系而言,出于严重的敌对意识和受阶级论的强烈影响,我国在性的方面有意识地与西方国家直接对立起来。二十世纪六、七十年代,在西方国家的“性革命”如火如荼地开展之际,我国的“性的反革命”也正搞得轰轰烈烈。“文革”结束后,我国反性—非性的性政治非但没有削弱,反而在一定程度上得到了强化。随着我国对内搞活政策的实施与工作中心从阶级斗争转移到经济建设,一向被视为“社会丑恶现象”的“卖淫嫖娼”和性病又“死灰复燃”、“沉渣泛起”,而且愈演愈烈;另一方面,随着我国的对外开放政策的实施,西方的性

[23] 1997年12月9日最高人民法院审判委员会第951次会议通过的《最高人民法院关于执行中华人民共和国刑法确定罪名的规定》,将《刑法》第236条的内容概括为强奸罪和奸淫幼女罪。2002年3月15日《最高人民法院关于执行中华人民共和国刑法确定罪名的补充规定》,则明确取消了奸淫幼女罪的罪名。

[24] 在我国的法学书籍中,尚未见到其他的观点。认为奸淫幼女侵犯的是幼女的身心健康(权),这种观点很值得商榷,但这里不拟对之进行讨论。

[25][26] 前引[19]书,第674、676页。

[27] See Matthew H. Sommer, *Sex, Law, and Society in Late Imperial China*, Stanford, California: Stanford University Press, 2000, p. 30.

观念、性理论、性思潮乃至性生活方式,又大量传入,被认为对国人特别是青少年造成了严重的腐蚀和毒害。对卖淫嫖娼的“严禁”、“严打”和对西方资产阶级和资本主义的腐朽的性观念和生活方式的“批判”和“抵制”,也都成了政治性的大任务。“文革”结束后的一段时期内,“性”取代“阶级敌人”成了我国政治的敌人之一。总之,“革命”、“解放”、“自由”这类现代中国一度最为时髦的政治词汇,一旦与性联系起来,变成“性革命”、“性解放”、“性自由”,就完全质变,十恶不赦了。^[28]在西方国家和国际社会,自从二十世纪六十年代开始,性革命、人权运动、妇女解放、儿童权利运动等相互结合,使性与人权、权利有了密切的联姻,性越来越来看作权利和人权问题。例如,妓权运动就是人权运动的一个重要组成部分。性工作者组织社团,建立工会,出版刊物,发表演说,举行游行、集会和示威,要求自由从业不受警察骚扰的工作权,要求取消称其为“娼妓”的污名化。反观我国,在反性—非性的性政治背景下,性与人权、权利是难以挂钩的。按照阶级论的政治理念,如果旧社会的娼妓尚“因为社会的逼迫”而可以给予政治同情甚至应该给以政治同情的话,那么,新社会的卖淫者却被视为“自甘堕落”,是在有意识地给政府抹黑,故意跟“禁娼”政策过不去。在这样的理念下,现代“娼妓”受到了严重的政治非难和道德谴责,其人权也就不值一提了。在反性—非性的性政治下,法律对儿童性人权的维护和保护是不可能充分的。

(二) 耻感的性文化

中国传统的性文化是一种耻感文化。这种耻感文化的主要特征是,将性看作一种见不得人的羞耻,但并不是犯罪。这与基督教的罪感文化将性本身看作一种犯罪还是有较大区别的。耻感性文化由于将性看作一种见不得人的羞耻,因此,在性的表达上,一是将性当作公开表达的禁忌,尽量避免性,讳谈性;二是在不得不谈性时,则采取一种否定性的负面态度,予以嘲讽、诅咒、批判,而不是讴歌、褒扬、赞美,以反证自身的“道德”。^[29]前一种情况,使得我国法律对性的规定远比西方为少;后一种情况使得在中国性与伦理而不是与权利密切联系,人们看待性主要是从伦理、犯罪、罪恶的视角,而非从权利、人权的视角。

在我国,至今没有专门的性法律。甚至性的字眼,在我国现代的法律文本中也难得一见。^[30]从法律史的角度看,西方法律中对性的规定远远多于中国的法律。例如,兽奸、同性鸡奸(同性恋)乃至配偶间的肛交和口交,都曾是西方法律规制的对象。中国的传统法律对这些性行为都未加涉及。^[31]我国现代法律未明文涉及一些性现象与性行为——如乱伦、鸡奸幼童、同性恋,但这并不表示我国法律对这类行为如何宽容和宽纵,而是因为这些现象和行为“太丑陋”,不宜在法律上明文出现。例如,对同性恋和鸡奸儿童,中国的司法实践中就曾作为流氓犯罪进行惩治。猥亵儿童与儿童卖淫方面的犯罪在中国1979年的刑法中就没有涉及。尽管中国已经加入了联合国《儿童权利公约》,但关于“利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材”方面的犯罪规定,至今仍属于法律上的空白。

英语中的“right”一词本具有“权利”与“正确的”、“对的”双重意思,因此,“权利”自身就具有正当性、合理性。在这种情况下,性与人权的结合而成性人权,就极其自然而正当。罪感性文化视性本身为罪,无论公开还是私下都为罪,但并不讳言性。一旦性不再被认为是罪,那么,性也就具有正当性、合理性,性也极易与权利、人权结合。我国的耻文化只是在公开的意义上将性当作羞耻,讳言性,

[28] “作为马克思主义革命者而取得政权的共产党人,致力于重新治理其声称的中国封建社会的落后和不公,但是,他们的革命却在卧室门口止步了。相反,在一个(用毛的话来说)‘政治挂帅’的国度里,性和爱都与政治纠结在一起。”Fox Butterfield, *China: Alive in the Bitter Sea*, Bantam books, 1982, p. 131.

[29] 例如,由于公开表达的禁忌,中国传统的性在处于“地下状态”的色情小说中得到了过分的表现。但是,色情小说在表达“性”时,又总是做出“教化”、“劝戒”的架势,或者负面地表达性,或者只表达性的负面。现代中国在公开出版传统的色情小说时,除了宣讲一通“弘扬传统文化”的大道理,总是在性描写的关键之处来一个“此处删去若干字”。

[30] 在中国现行的法律文本中,只有《中华人民共和国人口与计划生育法》中“性”的字眼出现了一次。

[31] 清代法律中规定的鸡奸实际上是强奸的一种,与作为同性恋的自愿鸡奸是完全不同的。

或者只能以否性的态度谈论性。至于私下里,则可能完全是另一回事。这就使得性与权利、人权的结合反而较难。性羞耻文化为性制造了严重的污名,“奸淫”就是一个典型的例子。这种性的污名本身就是对性受害人的伤害,甚至构成对其人权的侵犯。

(三) 维护性秩序为要务的法律制度

现代中国的法律制度是在“文革”结束后创设和建立起来的。“文革”时期的“无法无天”,为现代法制的创设制造了契机,但也为现代法制预设了基本目的:用法律恢复、创立、维护秩序。

但是,从性的方面说,就我国社会而言,以主流的政治眼光看,“文革”结束后,随着新时期的开始,我国却开始了前所未有的“性的混乱”,尤其是青少年的“性的混乱”。这就是被当时一些人所极其担心并极力挞伐的青少年的“性解放”、“性自由”。这种“性解放”、“性自由”,在我国历史上第一次由青少年为主力军打破了传统的性秩序。青少年要求自己的性的主体地位,主张自己的性权利。青少年的性解放、性自由,从某一方面表现了青少年的政治不服从。以传统的政治眼光来看,儿童甚至青少年是不应该有性的。中学乃至大学对发生性行为的学生开除和勒令退学的现象很是普遍,而且一直“理直气壮”。在政治的意义上,儿童被看作共产主义事业的接班人。而共产主义的班是不能交到“性解放”、“性自由”的孩子们的手中的。“万恶淫为首”,只要一涉淫,那么什么人间罪恶都可以制造出来。

儿童是否应该有性呢?自然是不应该。性与政治密不可分。有性的孩子是坏孩子。法律既然要维护秩序,很显然,就可能无视权利。因此,我国法律重视的是儿童的性犯罪和性罪错,但却多少忽视了针对儿童的性犯罪。两者的着重点是不同的:针对儿童的性犯罪,着重的是对儿童人权的侵犯;儿童的性犯罪和性罪错,着重的是对社会性秩序的破坏。中国1979年刑法没有明文规定儿童性虐待,而流氓罪中却包含了青少年的“淫乱”。1999年的《中华人民共和国预防青少年犯罪法》将未成年人“进行淫乱或者色情、卖淫活动”定性为“严重不良行为”。1992年的《中华人民共和国未成年人保护法》,完全没有涉及“利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材”方面的犯罪。

保护儿童与保护儿童的人权,并不是一回事。前者只是将儿童当作被保护的主体,后者才将儿童当作权利的主体。我国法律之所谓保护儿童的合法权益,其实并没有将儿童当作权利主体,而所谓的“合法权益”也是不通的说法,因为,究竟什么是所谓的“合法权益”,是由保护者确定的。^[32]中国儿童性法律的缺陷,从性人权的视角来看,根源在于没有将儿童作为权利主体。

当前,政府在推进人权建设方面作出了积极的努力,将“人权”明确写入宪法就是一个最明显的表征。以往反性—非性的性政治也发生了一定的转向,对爱滋病患者所表示的不歧视与人道主义关怀,就说明了这一点。在这样的背景下,运用性人权的视角,对我国的儿童性法律进行理性的审视与分析,目的在于使法律的改革更加走向人权化,以利于从一个侧面推动我国的人权建设。

Abstract: Gradually, the relationship between sex and human rights becomes closer and sex is deemed as a fundamental human right in international law. Sex law turns from protecting sex order to protecting individual's sexual human rights. The Convention on the Rights of the Child embodied the view of sexual human rights. China has ratified The Convention on the Rights of the Child and Optional Protocol to The Convention on the Rights of the Child on Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, and has stipulated the human rights in China constitution. From the point of view of sexual human rights, there are obvious defects in China sex law of children. The amendment should put more emphasis on the human rights and improve the cause of China human rights.

Key words: sex law of children, human rights, sexual human rights, sexual politics, sexual rights moving towards human rights

[32] 我国的法律语言中善于使用“权益”而不善于使用“权利”的现象很普遍。例如,在《中华人民共和国妇女权益保障法》所规定的六种权利中,只有两种使用了“权利”,其余四种竟然全部使用的是“权益”。