



## 对严格责任制度的考察（三）

——兼评最高人民法院[2003]4号司法解释

赵秉志 黄俊平

绝对严格责任与我国刑法性质不相容，这已是我国大多数学者的共识，那么我国刑法是否有必要引入相对严格责任制度？奸淫幼女犯罪是否应适用这一制度呢？对此我们的回答仍是否定的。

（1）从相对严格责任角度看。

第一，基本原则之变化。

前文已述，经过一个世纪的演变，严格责任的理论基础已发生了变化，除了功利主义思想外，刑罚的公正与理性观念对它的影响已日渐明显。这决定了相对严格责任的性质已发生了相应的根本变化。

实体上：从根本不涉及犯罪的主观罪过因素，到承认罪过在这类犯罪成立中占有一席之地；程序上：从一般辩护理由被禁止到辩护理由的法定化，从允许无过失辩护、第三者责任辩护到善意辩护的逐渐推行，严格责任的这些程序特征的变化反映着其实体特征的变化。虽然从诉讼法上看，适应于过错责任的传统的证明模式与相对严格责任的证明模式不同：前者是由控方承担被告人有罪的证明责任，是一种积极的犯罪成立证明模式；后者则是让被告承担自己无罪过的证明责任，是一种消极的阻却犯罪成立的罪过排除证明模式。但证明模式的不同只能说明这两种方式对诉讼效率的重视程度不同：后者对诉讼效率更重视一些。除此以外，在这两种证明模式所代表的刑法制度中，罪过在被告是否承担刑事责任的判断中都是具有决定意义的，也就是说，现代严格责任已演变成为一种以过错责任原则为基础的刑法制度，只不过它是一种推定过错，在这一点上相对严格责任与绝对严格责任有质的不同，后者是在明知罪过重要意义的背景下，刻意剥夺罪过在刑事归责中的重要地位；而相对严格责任却已经越过这一条界限，在一定程度上赋予了罪过在责任判断及定罪中的决定性作用了。

无过错责任与过错责任是两种性质相对的归责原则。作为原则，在刑事司法及理论上根本没有中间路线可走：一种定罪制度要么遵循过错责任，要么是无过错责任，问题只是其是否典型而已。如果将无过错原则与过错原则比喻为一条线段的两端，那么现在英美法系的相对严格责任就是一个从无过错责任这一端出发，向另一端即过错责任不断靠近的运动的点，而现在它已经越过了二者的中点，因此从实质上看，相对严格责任基本上已成为过错责任及主客观相统一原则的体现。虽然对于具体犯罪来说，主客观相统一定罪原则意味着主观方面内容是某种具体的罪过形式，主要是犯罪故意，少数是犯罪过失；而相对严格责任是推定过错，对适用这一制度的犯罪来说，其具体罪过形式并不明确，但我们认为这一差异并不妨碍相对严格责任与普通犯罪在归责及定罪原则上的一致性。

严格责任由无过错责任演变为过错责任的这一变革，不仅说明了高诉讼效率及一般预防刑罚目的对英美法系国家刑事立法及司法的吸引力，使他们在严格责任制度备受指责的情况下，宁愿对其进行重大变革也不愿废弃这一制度；另一方面更证明了过错责任及主客观相统一这两个原则的强大影响力，说明了严格责任

只有在不与这两大原则相悖的情况下才会得以生存，这才是严格责任不断革新的动力所在！

看来相对严格责任既没有为我们提供一种新的归责原则与定罪原则，也不是两大原则的一个例外，它与我们所遵循的两个原则根本不是处于一个层次的范畴，与过错责任及主客观相统一原则相比它是居于下位的一个概念，主要是具有诉讼法上的意义，是过错责任与主客观相统一原则在刑事程序上的特殊体现而已。

因此我们认为，从归责与定罪原则这一层面上看，我国刑法并不存在借鉴或引进相对严格责任的问题，当然奸淫幼女犯罪也不存在这一问题。我国刑法所面临的只不过是有些罪过不易查证的犯罪，为了打击犯罪的需要是否要在诉讼证明程序中实行罪过举证责任倒置的问题，奸淫幼女犯罪面临的“明知”问题其实也是如此。

## 第二，举证责任倒置不适用于我国刑法。

民事法上的举证责任倒置，指基于法律规定，将通常情形下本应由提出主张的一方当事人（一般是原告）就某种事由不承担举证责任，而由他方当事人（一般是被告）就某种事实存在或不存在承担举证责任，如果该方当事人不能就此举证证明，则推定原告的事实主张成立的一种举证责任分配制度。<sup>①</sup>它是与严格责任相连的一种证明责任分配方式。根据民事法上举证责任倒置的概念、特点及国外刑事程序中举证责任倒置的实践状况，刑事诉讼法中的举证责任倒置一般具有如下几个特点：

其一，控方对被告犯罪的罪过不承担举证责任，而由被告方负担这一举证责任。它是传统刑事诉讼证明责任分配方式的例外。

其二，在举证责任倒置中，被告方应当负担罪过不存在或第三者责任等的举证责任。

其三，在举证责任倒置的情况下，如果被告无法证明其无罪过，则被推定存在主观罪过，难免要面临刑罚惩罚的结果。在民事诉讼中，举证责任倒置不仅仅是对事实证明责任的分配，更重要的是，对这种举证责任的分配常常直接影响到诉讼结果，即“举证责任分配之所在，乃胜诉败诉之所在”。因为一旦倒置以后，举证责任被倒置的一方负担了较重的证明义务，如果其不能够就法定事由进行举证，便推定提出主张的一方就该事实的主张成立，这就会从整体上影响到诉讼的结果。<sup>①</sup>在刑事诉讼中，控辩双方的强弱形势同样如此。

其四，在实行举证责任倒置的案件中，控方仍承担大部分举证责任。

实行举证责任倒置，只是将无罪过证明这一事项倒置给被告一方承担，而并不是说将所有的诉讼证明事项都交给被告承担。

其五，实行举证责任倒置的犯罪主要集中于违反管理法规的过失行政犯罪。

对相对严格责任持肯定观点的学者一般认为，举证责任倒置这种特殊的证明责任分配原则的便利之处在于：被告经历了案件的过程，相对控方举证来说更能节省诉讼资源。

从社会防卫目的考虑，对于侵犯公共福利及贪贿犯罪，理论上讲我国刑法中承认举证责任倒置的可能性不是没有，对其持赞同意见的学者更是以我国刑法典第395条规定的巨额财产来源不明罪为例来证明我国刑法已事实上承认了举证责任倒置的证明方式。但在我们看来，无论巨额财产来源不明罪是否是举证责任倒置或有罪推定，<sup>②</sup>就我国刑法来说，对犯罪证明中的举证责任倒置程序应当持非常慎重的态度，而不能轻率地将这种制度扩大化。毕竟，在这种特殊的证明责任分配方式中，对被告来说要证明自己的无罪过通常是非常困难的，真正无过错的被告面临有罪判决的危险仍远远大于普通程序中的被告人。

一些学者认为对我国新时期大量出现的侵犯公共福利犯罪，只对其运用行政责任的威慑力不能与刑事责任相比，认为采用举证责任倒置程序对社会公众会有利得多。我们不否认刑事责任与其他法律责任在严厉程度上的重大差别，但正如有的西方学者所说，因为“刑罚比其他制裁措施更深地涉及个人自由之价值的问题，所以在以个人价值为本位的西方社会里，无罪的人被宣布为无罪，比有罪的人被宣布为有罪对社会来说更为重要。”<sup>③</sup>那么，在正义被奉为刑法终极价值目标的当代，上述理念难道不应该被更坚定地坚持吗？

（2）从奸淫幼女犯罪的角度看，不存在适用相对严格责任及举证责任倒置程序的必要性。

对于奸淫幼女犯罪来说，许多赞成严格责任的学者认为本罪应实行举证责任倒置的证明

方式，以达到对这种犯罪更强的一般预防功能。我们认为并无此必要。

第一，从上述关于举证责任倒置的特征看，它的适用具有补充性，只有从社会政策角度看确实有适用的不可避免性时才将其作为一种选择。但是奸淫幼女犯罪不存在这种必要性。首先，根据各部门法适用举证责任倒置的案件类型看，主要是那些特定法定事实如果遵循普通的证明责任分配方式即由控方（或原告）证明存在很大困难，导致对被害人权益极为不利的情况中，为了对被害人利益给以更多的保护才采用这一例外的证明责任分配方式。在刑法学中，如果说适用绝对举证责任倒置的大量的侵犯公共福利的犯罪是由于技术含量高，专业性强，对被告一般都存在的过失罪过不易证明，还有些让人可以理解的话，那么奸淫幼女犯罪与这类犯罪在这一点上就存在明显的不同。对犯罪事实的证明是对犯罪过程的再现，这一过程总是有困难的，不可能与已发生的案件事实没有出入，这是任何一种犯罪的诉讼证明都不可避免的普遍特征，奸淫幼女犯罪也不例外。但是与强奸罪及侵害幼女其他合法权益的犯罪相比，本罪的证明难度很难说已经大到像英美法系中的侵犯公益犯罪那样需要放弃普通的证明责任分配原则、转而适用严格责任的程度。

其次，运用普通的举证责任分配原则，不会放纵犯罪。

在举证责任倒置的证明模式中，被告人具有无罪过的举证义务，如果其提出的证据不充分，则就不能否定其构成犯罪。这种程序最大的优点就是能在很大程度上保证有罪必罚，不放纵犯罪。但是无罪过者在举证不力的情况下——这种令人担忧的情况并不乏见，就会刑及无辜。

在普通证明程序中，被告人也可以为自己的无罪过进行举证，当然在这里是被告人的一种辩护权利。司法机关会对其提出的证据进行审查。其主观罪过必然会通过行为人的各种客观情节反映出来，犯罪人企图通过无罪过辩护来逃避刑事责任的可能性是很小的。

对奸淫幼女犯罪这种性质的犯罪行为来说，普通证明原则在保证有罪必罚这一刑罚目标上，其效果不会比举证责任倒置差，不存在有些学者所担忧的放纵犯罪的弊端。相反，这种普通程序在同样能达到追究犯罪目的的前提上，还在更大程度上保证了无辜者不受罚，而这一点正是与举证责任倒置相适应的相对严格责任制度无法避免的缺陷所在。因此，对奸淫幼女犯罪来说，运用普通证明程序远比适用严格责任的举证责任倒置合理而且更现实。

第二，英美法系国家对奸淫幼女犯罪适用严格责任（包括绝对与相对严格责任）、举证责任倒置制度的刑罚效果并不明显。

对于大量违反管理法规的过失侵犯公益的犯罪适用举证责任倒置的证明模式，能促使其他更多的从业人员提高注意程度，减少责任事故的发生，从而对工商业及整个社会秩序具有一定的一般预防效果，无论对被告人合理与否，其一般预防效果应是可以想象的。但是对于奸淫幼女这种悖德犯罪来说，有些英美法系国家适用严格责任与举证责任倒置制度的一般预防效果似乎并不明显。我们所看到的是这些国家性解放观念影响广泛，越来越多的青少年在性行为方面的轻率与随意程度远远超过没有对奸淫幼女犯罪采取严格责任的国家。这似乎在提醒我们，对保护幼女身心健康这一刑事政策来说，在刑事法中适用严格责任及举证责任倒置证明方式从而否定被告对幼女年龄的认知构成特征，并非是一剂对症下药。

第三，从各国的立法例来看，在奸淫幼女犯罪构成要件中否定行为人对幼女年龄的认知特征，使用举证责任倒置的只是一部分国家。

在这一点上，各国各地区刑法对奸淫幼女犯罪的规定不同。从法条上看，大致分为两种情况：第一是“严格责任型”。这又有两种类型：绝对严格责任与相对严格责任。美国性犯罪通则一节中专条规定：“在任何情况下，当某一行为是否犯罪取决于被害人的年龄是否未满10岁时，不知被害人年龄或有理由相信被害人已超过10岁，均不得作为无罪依据。”<sup>①</sup>但是司法操作中各州的做法并不一致，有些州采用“年龄错误不免责”的普通法原则，这是绝对严格责任的运用。另外也有些州——主要是法定性承诺年龄定得较高的州，则有所变通，即如果被告能证明他的对幼女年龄的认识错误是真实的和合理的，也可以作为合法辩护的理由。这是相对严格责任制度的体现。<sup>②</sup>

英国《1956年性犯罪法》第5条规定的“男性与不满13岁幼女发生不合法之性关系”的奸淫幼女犯罪也采用的是绝对严格责任。但该法第6条规定的“与（不满16岁）少女性交罪”则有所不同，该罪存在一定的可辩护理由，根据该法第6条第3款的规定，如果男性不满24岁且过去不曾因相似罪行而受到过指控，并且他有理由相信此女子已达16岁或已超过16岁的，则不认定为犯罪。当然这一辩护理由的证明责任在被告一方。①大陆法系国家中也有个别国家对本罪采用了近似绝对严格责任的规定，如意大利刑法典第609条-6明确规定，奸淫幼女罪人不得以不知晓被害人的年龄作为开脱罪责的理由。②

对奸淫幼女犯罪适用绝对严格责任的法例是不承认罪过在犯罪成立中的作用，故也不存在罪过证明责任的问题，因而也相应不存在倒置与否的问题。因此在适用绝对严格责任情况下，其证明模式仍可以说是普通的证明责任分配方式。

《加拿大刑事法典》对奸淫幼女犯罪的规定则适用了相对严格责任。该法第150·1条规定，被告相信被诉犯罪时控诉人已满14岁并不能成为对犯强奸、奸淫及猥亵幼女犯罪的辩护，除非被告采取了一切合理步骤确定控诉人的年龄。③也就是说，被告对幼女年龄认知的错误既非故意也不存在过失的情况下，可以免除被告的罪责。

对奸淫幼女犯罪规定的另一类型是“过错型”（相对严格责任的推定过错除外），即奸淫幼女犯罪的成立要求被告对幼女年龄已知或应知为必要。在这种情况下，控方对被告构成奸淫幼女犯罪的指控必须包括对罪过的证明。过错型又可分为两种情形：一是“明知”型。规定被告对幼女年龄的“明知”为奸淫幼女犯罪的主观要件。如俄罗斯1996年刑法典第134条规定“年满18岁的人与明知未满16岁的人实施性交、同性性交的，处3年以下的限制自由或处4年以下的剥夺自由。”对性交对象年龄的“明知”，决定了该罪主观罪过是直接故意，不存在其他罪过类型。④另一种是故意加过失型。如瑞士1996年修订刑法典第187条第4款规定，“行为人误认为儿童已满16岁，如果行为人慎重行事是能够避免此等错误的，处监禁刑。”从这一规定可知，除了明知的情况下，被告人没有认识到对方为法定年龄以下的未成年人是出于疏忽大意的过失的，也构成该罪。过错型法例对罪过的证明是采取普通的证明责任分配方式。

从各国刑法对奸淫幼女犯罪适用证明原则的规定上看，实行举证责任倒置的国家十分有限。大部分大陆法系国家和部分英美法系国家均未实行相对严格责任及举证责任倒置原则。由此可见，实行举证责任倒置证明模式远没有成为各国奸淫幼女犯罪的诉讼程序上的通行制度，要求行为人对幼女年龄明知或应知的国家仍占相当一部分。

第四，从我国奸淫幼女犯罪的发案状况来看。

近年来，奸淫幼女等性犯罪在我国日益增多，令人忧虑。在对幼女进行性侵犯的罪案中，除了以暴力、胁迫及其他方式强奸甚至残害幼女的案件外，双方自愿发生性关系的奸淫幼女犯罪的发案状况，从不同的角度观察具有相应的特征：

从被告人年龄看，根据某市检察院两年的统计调查，奸淫幼女案中，青少年占75.8%，其中18岁以下的未成年犯占青少年犯的50.5%。①

从对幼女年龄的认知情况看，大多数奸淫幼女案件是在行为人对幼女年龄确知或根据幼女的体貌特征、言谈举止及其他相关情况推断出对方应该不满14周岁的情况下双方自愿（甚至是幼女主动）发生的。而真正是在行为人确实无法明知幼女年龄情况下发生的疑难案件在整个奸淫幼女案件中只占极少一部分。对“明知”要件的肯定与否定其实只对这类极少数案件的被告人至关重要。

从刑罚效果看，除强奸幼女的案件外，在大量的双方自愿尤其是被告为未成年人的奸淫幼女案件中，处罚了罪犯，却得不到涉案双方当事人及其家属的理解与支持的情况很常见，被害幼女及其家属为罪犯说情的案件也常见有报道。

根据我国奸淫幼女犯罪的发案状况，我们认为，备受关注的行为人对幼女的年龄是否“明知”的问题不是解决我国社会相关犯罪现状的关键所在。也就是说，承认“明知”为本

罪的构成要件并非奸淫幼女案件多发的主要原因，因此，将“明知”作为本罪的构成要件之一，也不会如有的学者担心的那样就因之导致更多的奸淫幼女罪案发生。

由此可见，贯彻保护幼女合法权益的根本之道不在于刑法立法，而在于引导青少年树立正确的法制观念与道德观念。这是一项艰巨的社会工程，它既依靠刑罚的警戒力量，也依靠社会的综合治理。主要的有两种措施：一种是加强对相关法律尤其是刑法的普法教育。让幼女懂得保护自己的性权利，懂得在任何情况下的性行为都是对其身心健康的侵犯。同时也让青少年懂得即使是双方在恋爱过程中，自愿发生的性行为，也能构成犯罪。不致再发生处罚了被告，却得不到被害人理解的情况发生。另一种措施是大力进行社会文化的正确引导，使未成年人树立健康的道德观与正确的性观念，加强幼女对自身健康的保护意识。

根据犯罪预防理论，刑罚惩罚手段只是一种消极的事后的弥补措施，它所能起到的预防犯罪的作用十分有限，对于奸淫幼女犯罪这种违反伦理道德犯罪来说更是如此。保护幼女的方式多种多样，刑法保护并非最有效的一种，我们不能将保护幼女消除相关犯罪的希望只寄托在刑事立法上，更不能寄托在奸淫幼女犯罪的“明知”问题上。而只有依靠社会综合治理措施，才有望减少并最终消灭这种犯罪，这才是保护未成年人、保护幼女合法权益这一社会目标的根本出路。

我们理解有些学者的忧患意识，但是把对奸淫幼女犯罪的“明知”问题作为贯彻保护幼女刑事政策的关键，并将对“明知”要件的肯定归结为奸淫幼女案件日渐多发的根本原因①，这种认识既不符合我国的社会现实也不符合犯罪预防理论。

总之，我们认为，对于我国刑法中的奸淫幼女犯罪，既不能采用绝对严格责任，也不存在适用相对严格责任的问题，更没有适用举证责任倒置的必要；将行为人对幼女年龄的“明知”作为奸淫幼女犯罪的一个主观要件，既符合我国刑法的性质与精神，也符合我国社会的现实。

#### 四、对奸淫幼女犯罪“明知”问题的实然分析

关于我国刑法典中规定的奸淫幼女犯罪是否包含了行为人对幼女年龄的“明知”要件，理论上同样存在“‘明知’肯定说”与“‘明知’否定说”两种观点。“否定说”认为，根据罪刑法定原则，本罪的成立不应具备“明知”这一要件，本罪是严格责任在我国刑法典中的一个具体体现。而认为奸淫幼女犯罪中应包括“明知”要件的“肯定说”则是我国关于这个问题的通说之观点。②

我们赞成“‘明知’肯定说”的观点，认为我国新旧刑法典对奸淫幼女犯罪的规定虽然过于简略，但不足以据此否认本罪成立上的“明知”要件，也不足以认定我国刑法对本罪适用了严格责任（包括绝对严格责任与相对严格责任），那种将本罪及其他存在相同情况的犯罪解释成严格责任原则体现的做法过于轻率。具体分析理由如下：

##### （一）我国刑法典规定的奸淫幼女犯罪不具备适用严格责任的条件

根据英美国家运用严格责任制度的相关标准进行判断，我国刑法典规定的奸淫幼女犯罪并不具备严格责任的适用条件。且不说主客观相统一原则对我国刑法典分则各罪的制约作用，即使是英美法系国家，也不会轻易将一个未规定“明知”的犯罪随意解释成严格责任。有的国家或州刑法典规定：“除非‘清楚地显示’或者‘一目了然地表明’立法者打算适用严格责任，否则任何法规都不能因其没有过错要求的字样就适用严格责任。”①

法官必须从几个方面进行严格判断后才能得出某罪是否适用严格责任的结论。根据有关论文介绍，判断时所考虑的因素有以下几点：②

1. 从法条的历史演变、主题和前后文来看立法原意。即某一法条在修法过程中，是否删去了原有的“明知”之类的用语，如果有这种情况，则表明立法者有对该罪实施严格责任的意图；或者在同一法条不同款中，有的明文规定要“明知故犯”，而另一款却没有这样的过错要求，则表明后一款可能适用严格责任。

2. 与其他法规结合起来一并考虑，某罪是否存在适用严格责任的立法意图。

3. 刑罚的严厉程度。即“在其他情形相同的情况下，刑罚越重，就越表明有过错要求；反之，刑罚越轻，就越表明立法者打算施加严格责任。”

4. 行为对公众的危害性。在其他情形相同的情况下，某一罪行对公众的危害性越大，适用严格责任的可能性也就越大。

5. 被告人知道事实真相的机率。“越难以知道事实真相，就越可能要求有过错；反之，越容易知道事实真相，就越可能不问过错。”

6. 起诉方证明某一类犯罪的主观心态的难易程度。“证明越难，就越可能适用严格责任，以减轻起诉方的负担。”

7. 某类罪的起诉量。“起诉量越小，立法者就越可能要求起诉方证明被告方的过错；起诉量越大，立法者就越可能不问过错。”

就我国刑法典第236条第2款规定的奸淫幼女犯罪来说：第一，这一犯罪行为在我国新旧刑法典中规定内容变化不大，都没有规定“明知”；第二，第236条第1款规定的强奸罪与第2款规定的奸淫幼女犯罪一样也没有明文规定“明知”要件，但被告对犯罪对象性别的认知无疑是强奸罪行为人主观故意的认识内容之一。第三，刑法典中的奸淫幼女犯罪没有明文规定“明知”要件，也没有其他相关法规显示出立法者欲对奸淫幼女犯罪实施严格责任的立法意图。第四，根据刑法典第236条的规定，本罪的刑罚相当严厉。第五，前文已分析，在诉讼中证明奸淫幼女犯罪被告人的主观心态的难度，并不大于其他侵犯幼女身心健康的犯罪。

从上述立法及司法特征看，我国刑法典规定的奸淫幼女犯罪并不符合英美法系国家适用严格责任的标准。

## （二）关于1875年英国的普林斯案

在该案中，被告在确实不明知少女年龄的情况下，诱拐一名外表比实际年龄大得多，并且亲口对被告声称已满18岁实则未满16岁的少女，法庭最终认定被告的诱拐少女罪成立。本罪成为一个著名的案例，其核心论据是：对于某些在任何情况下都具有不正当性质的行为（如诱拐、奸淫），无须要求被告“明知”与案件有关的每一事实特征，而只需要他“明知”自己行为的不正当性——从事不正当行为必须承担可能存在的法律风险。<sup>①</sup>

很多学者以此为据认为对于奸淫幼女犯罪来说，被告从事不正当的行为即奸淫行为必须承担可能存在的法律风险。只要有奸淫的不正当行为就表现出其行为具有直接故意，过失和意外的心态是不可能完成奸淫行为的。

我们认为这一判例所确立的论据或所依赖的刑法思想并不符合我国刑法关于犯罪构成的理论。

根据我国刑法犯罪构成的基本理论，行为人的主观罪过是犯罪构成中不可缺少的一个要件，主观罪过又是认识因素与意志因素的统一。作为罪过形式之一的犯罪故意也是二者的统一，其主观认识包括事实认识与对事实的评价性认识。

犯罪故意之事实认识中，包括对行为对象、行为特征及危害结果的认识。一般认为，行为人对行为危害结果的明确认识，是犯罪故意的事实认识中最根本的明知内容。这一根本认识必然表现为对与这种结果相关的其他犯罪要件的认识，如行为性质、犯罪客体及作为选择要件的犯罪对象等客观事实情况。对于我国刑法典规定的奸淫幼女犯罪，其犯罪对象——“不满14周岁的幼女”是本罪的构成要件之一，奸淫幼女行为严重的社会危害性主要体现在这一特定对象上，所以这一因素必须成为行为人事实认识内容之一。没有认识到这一事实，行为就不可能认识到犯罪故意的事实认识中最根本的明知内容——危害结果，那么就不能认为行为人具备犯罪故意的认识因素，犯罪故意这一罪过就不存在。

关于犯罪故意中对事实的评价性认识，我国刑法理论上存在三种观点：一种观点认为，犯罪故意的认识内容中应包括社会危害性，不能包括违法性认识<sup>①</sup>；另一种见解认为，犯罪故意的认识内容应包括违法性认识，不包括社会危害性认识<sup>②</sup>；第三种观点则认为：在犯罪故意的认识内容中只要具有二者之一即可。<sup>③</sup>无论上述三种观点有何分歧，但都是以犯罪故意中包括对行为事实的评价认识这一点为前提的。

在双方自愿的性行为中，即便行为人认识到这种行为的不正当性，这一不正当性的认识与作为我国刑法中犯罪故意认识内容的“对行为事实的评价认识”在标准上及程度上都是有根本不同的：不正当性是以伦理道德作为评价标准；后者则是以犯罪的严重社会危害性或刑事违法性为标准的评价。因而行为人对自己行为的不正当性的认识不能作为刑法中据以定罪的主观罪过中的事实评价，并以其为罪过根据对被告定罪处罚。

总之，普林斯案中据以对被告定罪的罪过根据——行为人对自己行为不正当性的认识，在我国刑法理论中既不能作为行为人的事实认识，也不是指行为的评价性认识。故在我国不能以其作为奸淫幼女犯罪成立的主观条件。行为人对性行为本身的主观故意与奸淫幼女犯罪的犯罪故意不同，在行为人确实不明知也无法知道对方为不满14周岁幼女，只是具有与女性实施性行为的故意的情况下，不能认为其已具有奸淫幼女犯罪的犯罪故意。

① 参见王利明：“论举证责任倒置的若干问题”，载《广东社会科学》2003年第1期。

① 参见王利明：“论举证责任倒置的若干问题”，载《广东社会科学》2003年第1期。

② 有学者就否认我国刑法中的巨额财产来源不明罪是举证责任倒置的证明方式，不承认本罪是有罪推定。参见孟庆华：《巨额财产来源不明罪研究新动向》，北京大学出版社2002年版，第210-214页。

③ 参见彼得·斯坦、约翰·香德著：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第102页。

① 陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第164页。

② 参见冯亚东、黄维智：“论奸淫幼女犯罪的‘明知’问题——兼论幼女标准的确定”，载《法学评论》，2000年第2期。

① 参见[英]J. C. 史密斯、B. 霍根著：《英国刑法》，马清升等译，法律出版社，2000年版，第518页。

② 参见黄风译：《意大利刑法典》，中国政法大学出版社1998年版，第173页。

③ 参见卞建林等译：《加拿大刑事法典》，中国政法大学出版社1999年版，第108-109页。

④ 参见[俄]斯库拉托夫、列别捷夫主编：《俄罗斯联邦刑法典释义》（上册），黄道秀等译，中国政法大学出版社，2000年版，第362页。

① 参见王宝来：“试论我国刑法对性权利、性健康的保护”，<http://www.x.com.cn/dd/dd-slxf.htm>。

① 参见苏力：“司法解释、公正政策和最高法院——从最高法院有关‘奸淫幼女’的司法解释切入”，载《法学》2003年第8期。

② 参见张明楷著：《刑法学》（下册），法律出版社1997年版，第711页；高铭暄主编：《新编中国刑法学》（下册），中国人民大学出版社1998年版，第701页；王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社1999年版，第369页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社，2000年版，第479页。

① [美]Wayne R.Lafave,Austin W.Scott,Jr.,Criminal Law (second edition),West Publishing Co.1986,at 244.转引自刘仁文：“刑法中的严格责任研究”，载《比较法研究》2001年第1期。

② 参见[美]Wayne R.Lafave,Austin W.Scott,Jr.,Criminal Law (second edition),West Publishing Co.1986,at 244.转引自刘仁文：“刑法中的严格责任研究”，载《比较法研究》2001年第1期。

① 参见冯亚东、黄维智：“论奸淫幼女犯罪的‘明知’问题——兼论幼女标准的确定”，载《法学评论》2000年第2期。

① 参见樊凤林主编：《犯罪构成论》，法律出版社1987年版，第121-122页；赵秉志等编：《全国刑法硕士论文荟萃》，中国人民公安大学出版社1989年版，第223页。

② 参见冯军：“论违法性认识”，载赵秉志主编：《刑法新探索》，群众出版社1993年版，第264页；赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（上卷），河南人民出版社1996年版，第311-312页；贾宇：“论违法性认识应成为犯罪故意的必备条件”，载《法律科学》，1997年第3期。

③ 参见高铭暄主编：《刑法专论》（上编），高等教育出版社2002年版，第265~269页。

（赵秉志系北师大刑科院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会中国分会副主席；黄俊平系最高人民检察院检察理论研究所助理研究员、法学博士）

