



为最高院奸淫幼女司法解释之辩护

李立众

一、《批复》内容及其社会反响

与幼女性交构成犯罪，是否以明知对方为不满14周岁的幼女作为前提，时有争论。对此，2003年1月17日最高人民法院发布了《关于行为人明知是不满14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》（以下简称《批复》）。《批复》认为：行为人明知不满14周岁的幼女而与其发生性关系的，不论幼女是否自愿，都构成强奸罪；确实不知对方是不满14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。这一解释结论，乃学界肯定论共识之重申，[1]故笔者并不感到意外。

令人未曾料及的是，《批复》很快就被扣上了“鼓励一夜情”、“纵容犯罪”、“为色狼开脱”、“嫖稚从此有理”、“为当官的搞幼女作出的法律保障”等帽子，讨伐之声异常强烈（参见人民网、搜狐网等网站关于《批复》的讨论）。更让人惊讶的是，苏力教授竟也持类似的观点。在《一个不公正的司法解释》一文中，他认为《批复》有悖于法理、人情，违背了保护14岁以下少女这一相对弱势群体的基本公共政策；从实践上看，这一解释有可能带来不可欲的社会后果，有利于某些特殊群体的犯罪非法行为；从中国当代国家机关的分权惯例和制度权能来看，这一解释有越权违法的嫌疑。[2]

虽然苏力教授希望读者不要过分关注文章的具体结论，而是希望读者能更多地注意这些文章的角度、思路、方法或论证方式。[3]诚然，文章的角度、思路、方法或论证方式确实重要，但对于司法实践而言，文章的具体结论更为重要。本文并不赞同苏力教授的结论。笔者认为，以苏力教授的名望，其文结论易给社会公众形成误导，从而有损人们的法治感情，故有必要关注其结论，分析其论证，从而客观地给予《批复》应有的公正评价。[4]

本文将首先显示，根据现行刑法理论与有关司法解释，《批复》的结论有其必然性，不是法学家或者法官们刻意上下其手的结果；其次，本文将说明，在我国刑法中，严格责任没有存身的余地，对奸淫幼女实行严格责任的主张难以成立；最后，本文将表明，《批复》不会造成“不可欲的社会后果”，权势者明知是幼女而与其发生性关系的，难逃法网。

二、《批复》的解释学依据

首先，《批复》符合我国刑法的精神。刑法第16条规定：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”据此，虽然刑法没有明文规定，但是，学界几乎公认，主客观相统一是我国刑法的基本原则。故构成犯罪，不仅要求在客观上存在危害行为，而且要求在主观上行为人具有主观罪过（故意、过失）。刑法分则具体犯罪条文受刑法总则的指导与制约，苏力教授所认为的主观意图并非一切犯罪构成之要件的观点，或者认为只要在客观上与幼女发生性关系即构成犯罪的观点，显然不符合刑法第16条的精神。

刑法上的故意、过失具有特定的内涵（是对危害行为与危害结果的故意与过失），不可与日常意义上的故意、过失相混同。幼女自愿与行为人性交，在行为人确实不知对方是幼女（以为其是已满14周岁的少女或者妇女）的情况下，对于性交行为，行为人确实是“故意”为之的，但这里的“故意”仅仅是日常意义上

的故意，而不是刑法意义上的故意——于行为人而言，其没有认识到对方是幼女，故其主观上就没有与幼女性交的意思，其有的只是同少女或者妇女性交的意思；换言之，此时行为人认识不到自己的行为，是与幼女性交的危害行为，所以其心态不构成刑法上的故意。此刻，仅因行为人客观上与幼女发生了性关系，便追究其刑事责任，这是违背主客观相统一的刑法基本原则的。因此，对于奸淫幼女的行为，学界的基本共识是：只有当行为人明知奸淫的对象是幼女时，行为人才构成强奸罪。[5]可见，《批复》是存在学理依据的，并非最高院恣意解释的结果。

其次，从整个司法解释体系来看，《批复》与其他有关司法解释是协调一致的，具有逻辑上的连贯性。可以认为，《批复》不是“对最高法院大法官们的智力和法律知识的一种羞辱”，恰恰相反，如果不这样解释，那么《批复》便有墙头草之嫌，那才是真正对最高院自身公正合法形象的严重损害。

第一，根据1984年4月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《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》，明知妇女是精神病患者或者痴呆者（程度严重的）而与其发生性行为的，不管犯罪分子采取什么手段，都应以强奸罪论处。换言之，如果行为人确实不知妇女是精神病患者和痴呆者，也未采用暴力、胁迫手段，经妇女本人同意与之性交的，不构成强奸罪。[6]在对性行为的性质、意义与后果方面，幼女同女精神病患者、痴呆者一样，都缺乏成人那样的深刻认识与应有理解。在没有承诺性交能力方面，幼女同女精神病患者和痴呆者，也并无区别。在此意义上，就强奸罪的对象而言，可以认为幼女同女精神病患者和痴呆者属于刑法上的一类人，并无本质区别。因此，既然行为人不明知妇女是精神病患者或痴呆者，经妇女本人同意与之性交的不构成强奸罪，那么，同样的道理，不明知是幼女，经幼女本人同意与之性交的，自然也不应构成强奸罪。

第二，根据2001年6月4日最高人民检察院《关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要具备明知要件的解释》，行为人知道被害人是或者可能是不满14周岁幼女而嫖宿的，以嫖宿幼女罪追究刑事责任。这一解释表明：嫖宿幼女构成犯罪，需以“明知”为前提。由此，其一，在自愿性交的情况下，除了多出一层有伤社会风化的危害之外，嫖宿幼女与奸淫幼女并无本质不同；[7]既然与奸淫幼女同质的嫖宿幼女行为，构成犯罪以明知为前提，那么，奸淫幼女构成犯罪，理当也应以明知为前提。其二，嫖宿幼女的法定刑重于（幼女自愿型）奸淫幼女的法定刑，根据当然解释，既然对重行为（嫖宿幼女）没有实行严格责任，那么，对于轻行为（奸淫幼女）当然就没有理由实行严格责任；换言之，奸淫幼女构成犯罪，当然地以明知为前提。

第三，根据2000年2月13日最高人民法院《关于审理强奸案件有关问题的解释》，对于已满14周岁不满16周岁的人，与幼女发生性关系构成犯罪的，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。自1955年以来，基于对未成年人教育挽救为主、惩罚为辅的刑事政策，为避免犯罪标签给犯行较轻的未成年人日后所产生的不良影响，对于已满14周岁不满16周岁的人与幼女发生性关系，如果情节轻微、危害不大的，司法部门都没有追究刑事责任。[8]可见，保护14周岁以下少女这一相对弱势群体的基本公共政策，不是绝对的，有时，会向其他公共政策作适当让步。既然行为人（这里限于已满14周岁不满16周岁的人）明知是幼女而与其发生性关系，仍有不构成犯罪的可能，那么，在确实不知对方是幼女且幼女自愿的情况下，行为人就更有不构成犯罪的余地，因为后者的危害明显轻于前者。由上可见，《批复》的解释结论绝非空穴来风。其实，在最高院大法官的一些书籍中，他们早就表明了自己的意见：“如果受到欺骗，误认为对方已满14周岁，而客观上女方也确实发育早熟，使人根本无法判断其可能是幼女，而女方主动要求与之发生性关系的，对行为人可不以奸淫幼女罪论。”[9]

因此，从解释论的立场看，《批复》应当是没有什么问题的。反对笔者观点的人，可能批评笔者在思维方式和方法论上有教条主义之嫌：行为人只要与幼女发生了性关系，就应构成强奸罪，刑法学界的共识是错误的，上述三个司法解释都是不合理的；以不合理的共识与司法解释来论证《批复》的正确性，理论之基是错误的，其结论自然就是不正确的。看来，是反思、剖析严格责任的时候了。

三、奸淫幼女严格责任之否定

对于严格责任，可以从两种意义上来理解。对此的第一种解释是，所谓严格责任，是指在某些特殊的犯罪中，即使被告的行为不具有对被控犯罪必要后果的故意、放任或者过失，即使被告的行为是基于合理的认识错误即认为自己具有犯罪定义所规定的某个特殊的辩护理由，行为人也要承担刑事责任。[10]这种观点实际上是认为，罪过与定罪完全没有关系。有论者正是在这种意义上，认为奸淫幼女案件中存在严格责任：不论行为人是否知道对方是幼女，只要客观上与不满14周岁的幼女发生了性关系，行为人就构成强奸罪，因为刑法第236条第2款并没有明文规定行为人必须明知对方是幼女；在行为人确实不知对方是幼女或者相信对方不是幼女的情况下追究行为人奸淫幼女的刑事责任，这显然是严格责任。[11]苏力教授提供了关于严格责任犯罪中年龄错误不构成辩解的全部美国联邦案例，并提供了美国目前各州制定法中关于法定

强奸中、年龄错误的规定，[12]以论证对奸淫幼女实行严格责任的合理性。

但是，关注地方性知识的学者，同样应当关注严格责任的地方性。严格责任是英美法系刑法中较有特色的一项刑法制度，但大陆法系（主要指德、日等国家与地区）对此一般持否定态度。英美法与大陆法的价值取向有所不同：英美法理论的逻辑起点是经验，价值目标是实用；大陆法理论思维的逻辑起点是概念，价值目标是完善。[13]英美刑法实用主义立场的例子之一是其在法律上始终承认法人犯罪。而从法人的概念出发，现行德国刑法始终不承认法人犯罪，没有对法人和社团科处罚金的规定。[14]苏力教授限于英美法学的知识背景，只看到英美刑法对奸淫幼女的规定（即使在英美法系，对严格责任也不是没有争议），而只字不提大陆法系刑法对此的态度，不注意我国刑法的大陆法系背景，因而其论证是不力的。

大陆法系刑法之所以否定严格责任，这是与大陆法系刑法责任主义原则密切相关的。没有责任就没有刑罚，这是大陆法系刑法的一个根本原则。因此，在大陆法系，责任（有责性）成为成立犯罪的重要条件之一。所谓责任，是指对所实施的符合构成要件的违法行为能够对行为人进行的非难，[15]或者说是指在行为人具有责任能力和故意或者过失的情况下，才能对其进行谴责。[16]可见，大陆法系刑法中的责任，大致对应于我国刑法中的罪过。“大陆法系国家的刑法理论普遍认为，主观罪过是构成犯罪、承担刑事责任必备的主观基础，因此不承认所谓的严格责任。对于一些主观无罪过或者罪过不明、客观上造成了严重损害的行为，纳入到行政法范畴，通过行政法加以调整。这样一方面可以不至于与传统责任理论发生冲突，另一方面又可以起到惩戒、遏制这类行为的作用。”[17]因此，对于奸淫幼女的行为，日本刑法要求行为人对幼女的年龄有所认识，否则不构成强奸罪；[18]在我国台湾，也同样要求行为人对被害人的年龄有所认识。[19]无论是就历史还是就现实来看，中国刑法走的都是大陆法系刑法的道路（一种变种）。在这一法系背景之下，在我国刑法中自然就没有严格责任存身的余地，也就谈不上对奸淫幼女实行严格责任的问题。

严格责任为我国刑法所不容，也是由主客观相统一这一刑法基本原则所决定的。主客观相统一原则不是一个简单的技术性原则，而是体现了现代刑法的价值取向：限制国家的刑罚权，防止其过分扩张，以保护人权。实现严格责任，将会导致刑罚之网过于扩张，有侵犯人权的危险。[20]在我国刑法中，如果承认对于奸淫幼女可以实行严格责任，那么对于猥亵儿童、拐卖儿童、引诱幼女卖淫、嫖宿幼女，也应实行严格责任，因为同刑法第236条第2款一样，这些条文也没有写明“明知”，没有理由不对年轻的女孩与男孩给予严格的保护，否则“倒霉的是我们的一些孩子，这些孩子的父母，是我们这个社会。”若此，同样就没有理由否认非法持有枪支、弹药、生产、销售假药、生产、销售不符合卫生标准的食品、走私武器、弹药、非法雇用童工、妨害公务、非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品、盗掘古文化遗址、古墓葬、非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物、非法持有毒品等诸多犯罪，也都是严格责任罪。可见，一旦对奸淫幼女打开严格责任的大门，严格责任罪将会冲破主客观相统一原则的堤坝，从而人们将会时刻面临这股洪水的威胁。比如，某甲保管着朋友的一个箱子，尽管某甲不知道该箱子里有毒品，若是实行严格责任，某甲将构成非法持有毒品罪；如果箱子里装的是1000克海洛因，某甲就有可能被判处无期徒刑，并被处罚金。这决非危言耸听，一旦实行严格责任，这就完全可能成为现实。这恐怕是主张严格责任者未曾料及也不愿面对的。可见，主客观相统一原则于我们是何等的重要。其实，就是在英美法系，人们对严格责任也不是没有微词：“法律惩罚，至少是许可惩罚无罪过行为，是不公正的，同刑法的目的和基本原则不吻合”。

[21]美国《模范刑法典》对严格责任亦持否定态度。在我国，实行严格责任完全是弊多利少。为了维护主客观相统一原则，我国刑法自然就不容许严格责任存在。

刑法学界主张对奸淫幼女实行严格责任的重要理由是，刑法对窝赃等犯罪的对象要求特定明知，对奸淫幼女却没有作这样的要求，这就表明了立法精神：只要行为人客观上与幼女发生了性关系，即构成犯罪。

[22]其实，是否规定明知，是一个立法技术问题——对于故意犯罪，除非不规定容易引起争议或者为了区分此罪与彼罪等原因外，刑法对明知一般并不加以规定。在主客观相统一原则之下，对于奸淫幼女的行为，即使刑法没有明文规定明知，也应作出要求明知的解释；这一解释不是对原有法律的改变，而是法律原本就是如此。苏力教授认为《批复》“把严格责任的法定强奸擅自改变为某种程度的过错责任”，但笔者认为，奸淫幼女本身就是过错责任，故不存在《批复》通过解释使之变为过错责任之说。对此的一个重要理由是：抛开“饿死事小，失节事大”的陈腐观点，应当认为幼女的生命法益，远远重于其身心健康（性的不可侵犯性）法益。如果认为我国刑法对于奸淫幼女实行严格责任，那么，对于断绝幼女生命的行为就更应实行严格责任。但事实是，对于断绝生命的行为，刑法实行的是过错责任（即并不是只要行为人致幼女死亡，就要负刑事责任）。由此，举重以明轻，对于奸淫幼女的行为，刑法实行的自然也是过错责任。认为我国刑法对于奸淫幼女实行严格责任的观点，必然使得刑法第236条第2款与刑法第232条、第233条严重不相协调。[23]总之，可以肯定，我国的立法者并没有将奸淫幼女行为设计为严格责任罪；《批

复》以明知作为奸淫幼女构成犯罪的条件，这一解释论并没有侵犯立法权，不存在苏力教授所认为的越权违法解释问题。[24]

否认对奸淫幼女实行严格责任，既不意味着牺牲幼女，也不意味着替罪犯开脱。幼女在任何时候都应当受到法律的保护，这是当然的。但是，保护幼女的方式是多样的，并非只有追究刑事责任一种方式。换言之，并非只有追究刑事责任才是对幼女的保护，不追究刑事责任就是牺牲幼女。行为具有严重的社会危害性，是犯罪的本质特征。在幼女自愿的情况下，由于未造成严重后果，[25]情节显著轻微，危害不大，奸淫幼女行为不具备犯罪的本质特征，自然客观上就不存在犯罪，因而就谈不上牺牲幼女问题，也无为罪犯开脱之说。事实上，在行为人根本没有认识到对方是幼女的情况下，追究行为人奸淫幼女的刑事责任，行为人为人难以服法，达不到特殊预防的效果。为一般预防而牺牲行为人的做法是非正义的。“严格责任试图通过扩大刑罚处罚范围来保护公共利益，虽然重视了对社会利益的保护，但忽视了对公民人权的保障，与刑法的谦抑性思想格格不入。”“对于没有故意、过失的行为也追究刑事责任，无非是为了通过惩罚这种行为以达到防止这种行为的目的，这实际上是将人作为实现目的的手段对待的，背离了尊重人的观点。”

[26]所谓行为人是“一小片不负责任的命运”之言，是对他人人格尊严的极端不尊重。

对于严格责任的第二种理解是，严格责任是指起诉时不要求有犯罪意图的证据，有关犯罪意图的举证责任由被告承担的情形。[27]这种观点实际上是认为严格责任的本质在于免除起诉方证明被告人主观罪过的举证责任，除非被告人有特定的辩护理由，否则将被定罪。我国也有学者从这种意义上，认为奸淫幼女罪中存在严格责任：只要行为人客观上与幼女进行了非法性交，即可以对行为人定罪量刑，但行为人确系真实、合理地对幼女年龄有误解的情况下，可以阻却故意的成立。[28]这样来理解严格责任，似乎也并无不可，因为这种严格责任其实并不严格，如果被告能成功地证明其缺乏罪过，其将被宣布无罪。然而，这毕竟已偏离了英美刑法对奸淫幼女罪实行严格责任的本来含义：在英美刑法中，对奸淫在14岁以下的女子的控告几乎是不能辩护的，这是一种有严格禁止规定的犯罪，不允许以错误为辩护理由；[29]构成此罪并无要求被告人必须具有明知或轻率的犯罪意图。[30]笔者认为，在我国，在法治建设正在进行，在无罪推定尚未真正在司法生活中深入人心，控辩双方力量对比严重不均衡的情况下，由被告人来承担其缺乏主观罪过的举证责任，从而洗刷其犯罪的耻辱，在理论上难逃有罪推定的指责，在实践中不利于现代刑事诉讼制度的建构。因此，即使在第二种意义上，笔者也不赞同对奸淫幼女实行严格责任。

综上，不经过仔细、慎重的考虑，贸然主张对奸淫幼女实行严格责任，在理论上是欠妥的，在实践中是危险的。“明眼人一看就知道，这个司法解释对犯罪有利，对不满14周岁的幼女有害，对整个社会有弊无利。……这一司法解释却在替罪犯开脱”。[31]显然，类似这样的评议，是欠缺理性而过分情绪性的。

四、其他疑问之澄清

“一个14岁以下的女孩子竟然自愿的与不知道自己年龄的人发生关系，这样的情况除了卖淫和强奸外，还会有什么情况？”[32]对于这样的疑问，应当以下面的案例说话。

某女，1989年5月2日生，网名“疯女人”。该女4岁时父母离异，一直跟奶奶过。2002年除夕之夜，她进了网吧，与一个叫“百密一疏”的男孩在网上聊了一宿，第二天晚上她打电话给“百密一疏”，说自己不想回家，想找地方住。当晚，二人便发生了关系。次日，她又在网上遇到了“热血燃烧”，见面后也发生了关系。2月18日晚，流连在网上的她遇见了17岁的浩天（男），话题很快转到了性上，她主动提出去找他。晚上10点多，浩天和两个表兄弟在鞍山市超级饭店见到了她：长发，大眼睛，身高1米65以上，微胖。凡人酒足饭饱后，来到浩天父亲的办公室，两个表兄弟先和她发生了性关系，之后是浩天。此后，她又与两个网友先后发生了性关系。最后，她遇到了鞍山市某高校学生陈冬，在他的宿舍住了十天后被学校发现。由此而案发。直到这时，浩天等才知道，原来一直自称19岁的“疯女人”其实还不到13岁。她说伪装年龄的理由是怕他们把她当小孩待。[33]

在目前的中国社会中，那些“确实不知对方是不满14周岁的幼女，双方自愿发生性关系”的男性都可能或更可能是些什么人？这是苏力教授关心并忧心的问题。他的答案是：他们很可能是这个社会中具有特殊权势的少数人。确实，我们无法排除权势者奸淫幼女的情形，但是，“疯女人”案例足以表明：相当数量的不明知幼女年龄的奸淫幼女案件，并非由特殊权势者所为，而是那些普普通通的平民百姓所为。

苏力教授的下述断言，是不符合事实的：“对一个萍水相逢转瞬即逝乃至连自己的年龄都不关心却即刻愿意同自己发生性关系的陌生男子……，这样的男子决不会是14岁以下的女孩的性欲对象。”“如果是完全的非有钱有势有地位的陌生人，我们无法想象一个14以下的幼女会与之一见钟情，当即自愿发生性关系”。但是，“疯女人”案例足以表明：在卖淫和强奸之外，幼女自愿与不知道自己年龄的人——普普通通的平民百姓，发生关系是完全可能的。

可以肯定地说,《批复》之所以将社会所无法容忍的同幼女的性关系进行豁免(严格来说,是刑法本身将这种关系豁免了),并不是因为某些男性在这个社会中具有的特殊权势,而是因为刑法应当在保护幼女与保护不明真相的无辜者之间寻求适当的平衡,后者也是刑法同样值得保护的一种利益。

“疯女人”案例,是涉及罪与非罪的争议案例。对此,如果不及时作出《批复》,在全国范围内统一对这一类案件进行定性,倒真“可能为某些检察官选择性地在更早阶段不提起公诉,为某些法官选择性地作出无罪判决创造了某些根据;因此有可能成为一个滥用检察和审判中不可避免的裁量权,乃至腐败的一些新的可能。”只有作出这样的司法解释,才不可能使一部分不明知是幼女的“倒霉蛋”被判有罪,而另一部分“幸运儿”被判无罪。只有这样,法律才具有可预期性,才能实现法治所允诺的法律面前人人平等,从而避免极端的社会不公正。

苏力教授担心:一位要人或者一个球星,“只要他有意不了解具体某位幼女的年龄,只要没有人可以拿出超出一个人说有一个人说没有的证据,那么这些邪恶的男子就会屡屡得逞。”应当认为,只要进行科学的调查取证,这样的担心是不会成为现实的。刑事诉讼法第46条规定:对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。据此,行为人是否知道幼女的年龄,不是主观的一口之差问题,相反应从客观方面加以判断,而不以行为人是否供述为转移。笔者以为,对于不明知幼女年龄的案件,可以来一个“年龄猜猜”——即找来若干与本案无关的人,让他们观看与行为人发生性关系的女性的照片、录像,或者直接暗中观察女性本人,然后由他们判断一下该女性的年龄。如果绝大多数人认为该女性已满14周岁,那么,行为人作为带有共性的个体,应当承认他认为该女性已满14周岁是有理由的;换言之,此时可以认定行为人确实不知对方是不满14周岁的幼女,因而无罪。相反,如果绝大多数人认为该女性系不满14周岁的幼女的,除非由于智力、精神等原因使得行为人的见识低于常人之外,应当认定行为人明知(即应当知道)对方是幼女;换言之,此时即使行为人百般辩解,也应认定其构成强奸罪。若此,无论权势者是如何诱使幼女自愿,无论他们是如何有意不了解幼女年龄,也无论以何种方式进行操作,其想逃脱法律的制裁,是相当困难的。若此,再多再好的律师,想在“确实不知”、“自愿”等法律概念之证明或反驳上,作出什么文章,同样也是困难的。因此,认为《批复》的适用效果会违反宪法和其他法律规定的法律面前人人平等原则这一批评,是失当的。

笔者的见解,确实“大大增加检察院的指控责任,当然不仅仅是智力的,更是财政的”。但是,为了保护不知幼女者免受刑罚的不当侵犯,同时确保明知是幼女者不逃脱法网,这自然是必要的。为了节省司法资源而牺牲无辜者在法治社会应当是不允许的。在强奸罪中,证明性交行为违背妇女意志,往往也是比较困难的(尤其是在约会强奸中),但对于强奸妇女案件,检察机关从一开始就放弃起诉的努力是少见的。因此,要求检察机关承担证明行为人明知幼女年龄的责任,“更多的检察院可能会从一开始就放弃起诉的努力”,这一断言似乎是没有现实依据的。

综上所述,最高院的《批复》并无不当,人们基于建设法治社会的高度热情,因而对《批复》产生一些怀疑与忧虑,这是值得称道的,但《一个不公正的司法解释》本身对于《批复》的分析,却是不公正的。

[1] 参见高铭暄主编:《新中国刑法学研究综述》(1949—1985),河南人民出版社1986年版,第603—605页;赖宇、陆德山主编:《中国刑法之争》,吉林大学出版社1990年版,第134页;赵秉志主编:《刑法争议问题研究》(下卷),河南人民出版社1996年版,第282—287页;等等。

[2] 参见朱苏力:《一个不公正的司法解释》,载

http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=22422。该文亦载<http://www.law-thinker.com/detail.asp?id=1551>。本文以下,凡是引文没有标明出处的,皆引自该文。

[3] 参见强世功:《再论法治的本土资源》,载<http://www.law-thinker.com/detail.asp?id=117>。

[4] 创作本文,笔者容易被人们指责为“法律的假道士”、“没有人性的家伙”、“脑袋是否进水了”,或者指责本文在为《批复》唱赞歌。笔者在此希望读者理性地而不是感情用事地对待《批复》以及本文。

[5] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(下编),中国法制出版社1999年版,第829页;赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2001年版,第627页;张明楷:《刑法学》(下册),法律出版社1997年版,第710—711页;等等。

[6] 参见张明楷著:《刑法学》(下册),法律出版社1997年版,第707页。

[7] 根据1991年9月4日全国人大常委会《关于严禁卖淫嫖娼的决定》第5条第2款,对于嫖宿幼女的行为,在现行刑法之前是按照奸淫幼女来处理的。

[8] 对此,参见最高人民法院《1955年以来奸淫幼女案件检查总结》等有关司法解释。苏力教授说:“在这里少男幼女……肯定了解对方年龄……反倒有很大可能受到强奸罪的惩罚。”这一论断是不成立的。

[9] 刘家琛主编:《刑法(分则)及配套规定新解新释》(中),人民法院出版社2000年版,第1596页。

[10] 参见[英]鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯著:《英国刑法导论》,中国人民大学出版社1991年版,第67页。

[11] 参见刘生荣:“论刑法中的严格责任”,《法学研究》1991年第1期。

[12] 参见苏力：《一个不公正的司法解释（附最新资料）》，<http://www.law-thinker.com/detail.asp?id=1551>。

[13] 参见储槐植著：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社1996年版，第2页。

[14] 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年版，第278页。

[15] 参见[日]大塚仁著：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第168页。

[16] 参见[日]福田平、大塚仁著：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，辽宁人民出版社1986年，第110页。

[17] 王晨著：《刑事责任的一般理论》，武汉大学出版社1998年版，第218页。

[18] 参见[日]前田雅英著：《日本刑法各论》，董璠译，台湾五南图书出版公司2000年版，第103页。

[19] 参见林三田著：《刑法各罪论》（增订二版上册），台大法学院2000年版，第220页。

[20] 附带指出，在英美刑法中，少有这样的疑虑，这是与其长期的判例法传统、相对轻缓的刑罚制度、发达完善的刑事诉讼制度以及由此而形成的刑法文化、公众的可承受度等因素密切相关的。

[21] 储槐植著：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社1996年版，第87页。

[22] 参见陈兴良著：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社1999年版，第148—149页。

[23] 由此也可见，带有较强经验主义色彩的英美刑法，有时可能经不起大陆法系刑法逻辑思辨的推敲。

[24] 苏力教授对《批复》的另一个批评是：《批复》“把‘自愿’这一同法定年龄相联系的立法推定擅自改变为一个司法上的事实判断。”这里，显然是把“当事人的自愿”与作为刑法上正当化事由的“被害人的承诺”相混淆了。《批复》使用“自愿”一词，意在表明性交行为的社会危害性较小，而不是肯定幼女的“自愿”的正当性，或者说并不是对幼女“自愿”的有效性的肯定。网络上认为《批复》是在变相的鼓励性行为的低龄化，纯属无稽之谈。限于篇幅，这里不详细分析。

[25] 按照苏力教授的理解，只要行为人与幼女性交，就存在严重后果；严重后果是一个立法判断，不是一个司法判断。这一观点是否合适，值得研究。

[26] 张明楷著：《刑法格言的展开》，法律出版社1999年版，第193页，第192页。

[27] 参见[美]道格拉斯·N·胡萨克著：《刑法哲学》，谢望原等译，中国人民公安大学出版社1994年版，第137页。

[28] 参见刘守芬、黄丁全主编：《刑事法律问题专题研究》，群众出版社1998年版，第145页。

[29] 参见[加]史蒂文·N·斯帕兹著：《加拿大刑法刑法概论》，武晓岚译，西南政法学院1985年印，第72页。

[30] 参见宣炳昭著：《香港刑法导论》，中国法制出版社1997年版，第274页。

[31] 文志传：《是保护幼女，还是纵容犯罪？》，

<http://www.people.com.cn/GB/guandian/30/20030202/917957.html>。

[32] 参见：一塌糊涂，载BBS <http://yht.net> [FROM: 61.188.20.144]。

[33] 本案由辽宁鞍山市立山区人民法院呈送到鞍山市中级人民法院，又经辽宁省高级人民法院请示到最高人民法院；由此导致最高院于2003年1月17日发布了《关于行为人不明知是不满14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》。

（作者系苏州大学法学院副教授、法学博士）

更新日期：2006-12-9

阅读次数：594

上篇文章：对严格责任制度的考察（一）

下篇文章：罪刑法定与刑法解释

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号