

中国人民大学刑事法律科学研究中心
刑事法律科学文库 (46)

中国法学会刑法学研究会 合作项目
中国人民大学刑事法律科学研究中心

ZHUKEGUAN XIANGTONGYI XINGFA XIANDAIHUA DE ZUOBIAO

主客观相统一： 刑法现代化的坐标

——以奸淫幼女型强奸罪为视角

主编 赵秉志

-53



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑事法律科学研究中心

刑事法律科学文库 (46)

中国法学会刑法学研究会
中国人民大学刑事法律科学研究中心 合作项目

主客观相统一：刑法现代化的坐标

——以奸淫幼女型强奸罪为视角

学术顾问 高铭暄 马克昌
主 编 赵秉志

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

主客观相统一:刑法现代化的坐标——以奸淫幼女型强奸罪为视角/赵秉志主编.—北京:中国人民公安大学出版社,2004.4

(刑事法律科学文库;46)

ISBN 7-81087-714-3

I.主... II.赵... III.强奸—刑事犯罪—研究—中国—文集 IV.D924.344-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 028001 号

主客观相统一:刑法现代化的坐标
——以奸淫幼女型强奸罪为视角

ZHUKEGUAN XIANGTONGYI: XINGFA XIANDAIHUA DE ZUOBIAO

主编 赵秉志

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:北京蓝空印刷厂

版 次:2004 年 4 月第 1 版

印 次:2004 年 4 月第 1 次

印 张:24.5

开 本:787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数:475 千字

印 数:0001~3000 册

ISBN 7-81087-714-3/D·541

定 价:48.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

“刑事法律科学文库”总序

现代化的国家是法治国家。现代文明进步的社会是法治社会。中国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻，对中国社会的发展进步至关重要。毋庸置疑，现代刑事法治在现代化法治国家中仍扮演者重要的角色，因而刑事法律学科也相应地为国家所重视，成为公认的改革开放以来我国发展繁荣最为显著的主要法学学科领域之一，并被首批纳入建设国家重点研究基地之规划。在新世纪建设社会主义法治国家的进程中，刑事法学需要进一步发展完善，以更为充分地发挥其应有的作用。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是以刑事法律学科为研究领域的国家重点学术研究机构，系1999年12月首批建立的15个教育部普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。中国人民大学刑事法律科学研究中心人员以中国人民大学法学院刑事法学学科的部分专家学者为专职研究人员，同时聘请国内外一些知名刑事法专家学者作为兼职研究人员。中心主任为著名中青年刑法学者赵秉志教授，中心执行主任为知名中青年刑事法学者卢建平教授，中心副主任为知名中青年刑事法学者何家弘、甄贞、郑定、黄京平教授，中心顾问为著名刑事法学家高铭喧教授暨中央政法机关几位专家型领导同志。在学术研究范围和布局上，中心以作为国家重点学科的刑法学科为龙头，涵盖古今中外刑事法学之主要学科和研究领域。中心下设四个研究机构，分别从事不同的研究方向：第一研究室以中国刑法为研究方向；第二研究室以刑事诉讼法暨刑事侦查、刑事物证技术为研究方向；第三研究室以中外刑事法律史为研究方向；国际刑法研究所以外国刑法与国际刑法为主要研究方向。刑事法学相关学科的有机结合和研究队伍的合理组合，乃是中心鲜明的优势互补之特色。按照教育部的要求，中心应该具有明显科研优势和特色的国家级刑事法律科学重点研究基地，并努力使整体科研水平和参与重大决策的能力居于国内领先地位，并在国际刑事法学术领域享有较高声誉。为达此目标和地位，中心要以学术研究为核心，深化科研体制改革，实行全面开放，注重高层次人才培养，加强学术交流，引导和促进刑事法律学科的发展与完善，努力建设全国一流的、名副其实的刑事法律科学领域的重点研究基地。

2 主客观相统一：刑法现代化的坐标

“刑事法律科学文库”是中国人民大学刑事法律科学研究中心的主要系列著作项目，计划出版国内外刑事法律与刑事法学方面（包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法、刑事侦查、刑事物证技术、刑事法律史等领域）的有新意、有深度、有分量的著作与译作，著译者以本中心专职、兼职研究人员为主，并向国内外专家学者开放。该文库旨在繁荣、深化和开拓刑事法学领域的学术研究，积累刑事法学法律的学术成果，为提高我国刑事法学的研究水平作出积极的贡献。

中国人民大学刑事法律科学研究中心
2000年5月

前 言

2003年1月17日,最高人民法院公布了《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》(以下简称《批复》)。《批复》出台之始,在刑法学界内部并未产生大的波澜。由于《批复》的基本内容坚持了刑法理论关于该问题的通说,因而对其评价总体上是积极的;同时,也有学者指出,《批复》的内容存在一定表述不清的问题。这在刑法学界之外引起的反响却是始料未及的,互联网上对于《批复》的批评一度颇为激烈,一些社会团体也提出强烈质疑,也有法学界知名学者发文批评,认为《批复》是“一个不公正的司法解释”。如果仅仅以“圈内”、“圈外”或者“专业”、“非专业”的角度来诠释这一事件,显然过于简单了。这一事件所呈现的立法、司法、法学界与社会舆论之间的互动与制约关系,对于解构中国现阶段的刑事法治具有深刻意义。

一项制度或者规范能否赢得社会认同,实际上要从三个层面进行考量:一是能否反映社会或者特定人群的整体价值;二是能否准确表达这一价值;三是在实施规范过程中能否体现这一价值。在立法——司法——法的实现这一主线上,社会整体价值的发现、表达以及实现是核心内容;而特定制度或者规范能否得到认同,也恰恰是要看它是否体现了社会的整体价值。《批复》遭到攻讦的一个主要理由,就是其内容违背了保护幼女这一社会弱势群体的公共政策,换言之,要求奸淫幼女犯罪中行为人主观上必须对幼女的年龄存在“明知”这一主观要素,不利于打击奸淫幼女犯罪,不利于保护幼女的基本权利。如果这一质疑能够成立,那么《批复》所坚持的主客观相统一的立场就违背了社会整体价值,进而言之,它就将背上“恶法”之骂名;如此也势必对近代以来刑法理论奉之为圭臬的主客观相统一原则(即德日刑法理论中称之为责任主义原则)形成巨大挑战。

反对客观归罪,坚持主客观相统一,是近代以来刑法为维护公民基本人权、合理约束国家刑罚权的一项基本主张。对于没有任何罪过的人施以刑罚,被认为是不人道且不公平的。罪过是犯罪人反社会性的主要标志之一,而刑罚作为遏制犯罪这种严重反社会行为的重要手段,它必须与犯罪在质和量上保持相适应。如果不考虑行为人的因素,而只以犯罪的实际危害作为施予刑罚的惟一根据,那么对于行为人

2 主客观相统一：刑法现代化的坐标

而言，刑罚是严苛的；对于社会而言，刑罚则是无理的、缺少正当性的。就奸淫幼女犯罪而言，坚持主客观相统一具有同样的意义，这不仅保持了刑罚权的公正，避免无罪责的人不受刑事追究，从而维护了现代刑事法治这一基本价值，而且如此有利于防止公民遭受不当的刑事追究，进而维护了公民的自由价值。正是由于《批复》体现了社会的整体价值，因而对其总体评价应当是积极的。

社会舆论对于《批复》的质疑，引起刑法学理论界的充分重视，也促使刑法学理论界重新审视主客观相统一原则的基本价值和法治意义。理论界与社会舆论之间引导与被引导关系应当予以重视。如何回应社会舆论的质疑，也是理论界应当肩负的一项责任。一项制度或者规范能否被社会认同，必须通过一定的媒介，而理论界必然要肩负主要的指引责任。

《批复》引发社会争论伊始，国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心（以下简称“中心”）即组织研究人员对这一事件进行理论剖析。2003年8月31日，“中心”举办了“最高人民法院关于奸淫幼女犯罪司法解释专题研讨会”，邀请了在京的20余位知名刑法专家学者对《批复》及相关法治话题展开讨论。为了将这场讨论推向深入，中国法学会刑法学研究会与“中心”联合向国内诸多知名刑法专家学者约稿，得到了国内刑法专家学者的积极响应。中国法学会刑法学研究会与“中心”组织编著出版这部专题文集，其宗旨在于荟萃有关成果，深化理论研究，并加强理论界与社会舆论的对话和沟通，增进共识。“中心”还承担了本文集的编辑、联系出版等工作，保证了本文集的顺利面世。

这部专题文集能够顺利出版，得益于中国人民公安大学出版社的鼎力支持。对此特致以由衷的敬意和谢忱。

中国法学会刑法学研究会会长
中国人民大学刑事法律科学研究中心主任
赵秉志 教授谨识
2004年2月

目 录

论奸淫幼女罪与非罪的界限·····	高铭暄 朱本欣(1)
最高人民法院一项司法解释刍议·····	马克昌(12)
奸淫幼女犯罪的认定与主客观相统一原则·····	王作富(18)
对严格责任制度的考察	
——兼评最高人民法院[2003]4号司法解释·····	赵秉志 黄俊平(28)
与不满14周岁的幼女发生性行为是否一律构成强奸罪·····	周道鸾(65)
奸淫幼女罪是否应以“明知”为条件·····	欧阳涛(70)
我国刑法必须坚持主客观相统一原则	
——从对最高人民法院有关奸淫幼女犯罪《批复》的探讨说起·····	单长宗(78)
论奸淫幼女犯罪与主客观相统一原则·····	樊凤林 莫开勤 李全芳(86)
刑法谦抑性的价值回归	
——以奸淫幼女的“明知”为视角·····	梁华仁 陈清蒲(106)
简论我国的刑事司法解释制度	
——以最高人民法院有关奸淫幼女的司法解释为切入·····	陈兴良(114)
关于奸淫幼女犯罪司法解释的思考·····	李文燕 田宏杰(122)
试论奸淫幼女型强奸罪的“明知”与“自愿”问题	
——《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》 的理解与适用·····	赵秉志 时延安(128)
论奸淫幼女犯罪中的“明知”	
——兼评最高人民法院有关“奸淫幼女”犯罪司法解释·····	顾肖荣 安文录(138)
主客观统一原则在奸淫幼女犯罪中的贯彻·····	张明楷(147)
从主客观相统一原则看最高人民法院有关奸淫幼女犯罪的《批复》 ·····	江礼华 周洪波(157)
奸淫幼女犯罪新司法解释的几点分析·····	刘宪权(165)
一个被误读的司法解释·····	孙国祥(173)

2 主客观相统一：刑法现代化的坐标

关于奸淫幼女中“明知”的辨析

——兼评最高人民法院的《批复》…………… 刘守芬 叶慧娟(180)

奸淫幼女犯罪主观要件析

——兼评最高人民法院的《批复》…………… 马长生(191)

定罪论的根基：主客观相统一原则的贯彻

——兼评最高人民法院的《批复》…………… 黄京平 李翔(198)

主客观相统一原则与《刑法》的司法解释…………… 张旭 单勇(207)

捍卫主客观相统一原则的天空

——奸淫幼女问题的简单展开…………… 李立众(217)

刑法主客观相统一原则地位论要…………… 聂立泽(223)

一个公正的司法解释

——与苏力等先生们的对话…………… 齐文远 周详(251)

奸淫幼女与严格责任

——就最高人民法院司法解释与苏力先生商榷…………… 刘仁文(290)

文本对解释方法的制约

——苏力先生《司法解释、公共政策和最高法院》一文读后…………… 曾粤兴(303)

从严格责任看刑法中奸淫幼女行为的有关规定…………… 胡陆生(320)

一个公正的司法解释

——驳奸淫幼女犯罪中的严格责任论…………… 庄劲(329)

为最高人民法院奸淫幼女罪司法解释之辩护…………… 李立众(341)

《日本刑法》中的奸淫幼女犯罪…………… 刘明祥(351)

附录：

一 《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》…………… (357)

二 《中华人民共和国刑法》及有代表性刑法草案中关于奸淫幼女犯罪的规定…………… (358)

三 部分国家和地区刑法中关于奸淫幼女犯罪的规定…………… (360)

四 主客观相统一原则岂能动摇

——最高人民法院有关“奸淫幼女犯罪”司法解释专题研讨会纪要
…………… 阴建峰(369)

论奸淫幼女罪与非罪的界限

高铭暄* 朱本欣**

2003年1月17日,最高人民法院发布了题为《最高人民法院关于行为人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》的司法解释,其内容为:“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,均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定,以强奸罪定罪处罚;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。”

该司法解释出台后,出现了两种截然相反的看法。一种看法认为,它在奸淫幼女构成犯罪的主观方面必须是“明知”这一点上,体现了主客观相统一的原则和过错责任原理。这是刑法学界的普遍认识。另一种看法则认为,该司法解释在奸淫幼女构成犯罪上要求“明知”,是为罪犯开脱,是不利于幼女保护的“不公正的司法解释”。

关于奸淫幼女适用严格责任是否可行与必要,以及主客观相统一原则在我国刑法中的地位等问题,已有了十分充分的阐述^①,故我们在此仅讨论奸淫幼女行为罪与非罪的界限,希望对正确认识相关法律及司法解释有所裨益^②。

一 关于《刑法》调控的范围

《刑法》调控范围直接关系到刑法成本与刑法效益的实现程度。作为最后一道防线,刑法本身具有相对性、最后性等特性。这就决定了它不可能把社会上存在和可能存在的一切危害行为都纳入其调整范围。为了保证刑法投入成本的正确合理,

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心(国家重点研究基地)专职顾问,法学院教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会名誉会长。

** 中国人民大学法学院博士研究生。

① 王琪:《论奸淫幼女中的“明知”》,载《国家检察官学院学报》2003年第3期;刘仁文:《奸淫幼女要否负严格责任——兼与苏力先生商榷》,http://www.jcrb.com/zyw/n154/ca84806.htm;李立众:《奸淫幼女严格责任否定论》,http://www.zzhf.com/detail.asp?id=986。

② 根据2002年最高人民法院、最高人民检察院对罪名的补充解释,奸淫幼女罪在我国现行刑法中已不再以独立罪名的形式存在,故本文探讨的是作为现象的奸淫幼女行为其罪与非罪的界限。

减少不必要的代价，国家立法机关在确定罪与非罪时，必须对有关利益及成本与效益予以平衡。

奸淫幼女由于其行为本身对社会公共道德的违反以及对幼女身心健康的严重危害，几乎在各国刑法中都被规定为犯罪。但对于其构成犯罪之标准，各国，甚至在同一国家的不同时期，都有所不同。

在我国理论界，有少数学者主张，无论什么情况下与幼女发生性关系，都应以犯罪论处（以前罪名是奸淫幼女罪，现在则是强奸罪），主张对奸淫幼女实行严格责任，或虽主张过错责任，但认为应追究过失罪过下的与幼女发生性关系的行为人的刑事责任。这种观点侧重于对幼女权利的保护和对社会善良风俗的维护。而刑法学界主流观点则更多地考虑刑罚的必要性，认为对奸淫幼女不能采取严格责任，主张过错责任（一般认为故意方构成犯罪），且基本都认为在一些特殊的场合不宜追究行为人的刑事责任，尤其是在幼女貌似少女，幼女主动或者行为人也是少年的场合。

从刑法调控范围的确定角度来看，这里涉及一个问题：保护幼女权利是否应同时考虑一般公正与刑法效益？

诚然，如有人所说的，保护幼女和少女是任何一个有起码良知的负责任的父母的愿望之一，因此也是当今世界任何国家的基本公共政策之一。问题是不分情况地将一切与幼女发生性关系的行为都纳入刑法的调整范围，对行为人给予刑罚等刑法否定性评价，是否符合社会一般公正理论和刑法的社会效益？

任何一条法律都只能追求整体上的一般公正，不可能做到对于一切个案都获得完全公正的结果。表现在对奸淫幼女行为的刑法调控上，刑法所能做到的是，既注重对幼女的保护，又同时考虑对行为人追究刑事责任的公正性和社会效益，将调控范围限制在行为人具有主观罪过的场合，一定程度地加大行为人的责任（即使采取非暴力手段或经幼女同意，仍对该行为以犯罪认定）。若不分情况地对一切与幼女发生性关系的行为追究刑事责任，完全不考虑主观罪过及社会危害性程度，一方面对行为人有失公正；另一方面超出社会合理期待水平的对本不应纳入刑法调控范围的那种行为追究刑事责任，也会降低刑法的威信，有损刑法的社会效益^①。

二 奸淫幼女罪与非罪的标准

（一）实质标准——社会危害性的有无及程度

严重的社会危害性是一切犯罪行为的本质特征。因而，社会危害性的有无及程

^① 例如：某幼女13岁，身材高大，发育良好，假报年龄在某厂上班，后与某男青年恋爱中自愿发生性关系，在此种场合，追究该男青年刑事责任，其社会效果就很难说好。

度，是一切犯罪罪与非罪的实质标准。奸淫幼女行为也不例外。

社会危害性作为奸淫幼女行为罪与非罪的实质标准，包含两层意思：一是社会危害性之有无。行为具有社会危害性是构成犯罪的前提。否则，该行为至少也是属于适法行为的范畴，不应受到刑法的否定性评价。二是行为所具有的社会危害性的程度。只有当行为具有严重的社会危害性，触犯刑律，才应以犯罪论处。“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”^①。与幼女发生性关系的行为，撇开对幼女身心健康的危害不谈，即使从社会层面上看，至少也破坏了社会基本公共政策和善良风俗，故在社会危害性的有无上是不存在问题的。存在问题的是，如何评价该行为危害性的大小。

社会危害性是否达到了严重的程度，既是客观的，也是主观的。说它是客观的，是因为行为给社会（包括对被害人权益的损害）造成的危害是客观存在的；说它又是主观的，是因为刑法是否认为一个行为的危害性达到“严重”的程度，一定意义上取决于立法者的综合评价（在裁判过程中还涉及司法人员对该行为危害性的综合评价）。奸淫幼女行为所侵犯的客体为幼女的身心健康。因此，评价奸淫幼女行为社会危害性程度大小，主要应综合评价该行为对幼女生理健康和心理健康两方面的损害。即不仅要考虑该行为对幼女生理上造成性器官等方面的伤害，还要考虑该行为对幼女心理上所造成的创伤，应将二者综合起来考虑该行为所具有的社会危害性大小。如此，则既坚持了犯罪的实质标准，不放纵犯罪，同时也能有效地将一部分社会危害性较小的与幼女发生性关系的行为排除在犯罪行为的范畴之外。如在幼女貌似成人或者少女，且主动与14周岁以上男子发生性关系的场合，情节轻微的，可根据该幼女在生理和心理上受到的伤害轻微程度而认为社会危害性较小进而不认为是犯罪。具体些说，在具体案件中可根据以下几个方面评价奸淫行为对幼女身心伤害的程度：

1. 奸淫手段

一般说来，行为人采用暴力、胁迫或者其他强制手段与幼女发生性关系的，往往不仅可能给被害幼女造成性器官的严重伤害，还可能由于强制手段的采用造成幼女身体其他方面的损伤。以强制手段与幼女发生性关系，对其精神上造成的巨大刺激以及给其心理上造成的创伤远大于经幼女“同意”采用平和方式奸淫幼女的行为。因此，一般认为，该行为具有严重的社会危害性是不证自明的。

2. 幼女的反应

这里不仅包括幼女事后生理上出现的器官性损伤，还包括幼女心理上受到的伤害。如学界常举的例子：幼女甲与不知其年龄的男青年乙恋爱中自愿发生性关系，

^① 《中华人民共和国刑法》第13条。

后进入司法程序后，幼女甲四处奔走表明该性行为符合自己的意愿，请求不要追究乙的刑事责任，甚至在乙服刑期间还常去探望，并愿等待乙出狱后与之结婚。在这种案件中，便很难说该性行为对幼女心理上产生了严重的伤害。在生理上、心理上均无多大的损伤，综合评价可认为该行为的社会危害性显著轻微。

3. 其他相关情况

如双方的关系，性行为发生的场合、人次等因素的不同，在一定程度上也能反映出行为对幼女身心所造成伤害大小的差异。

此外，评价该行为的社会危害性大小，还应当适当考虑行为人的反社会性以及该行为造成的社会影响等因素。

（二）法律标准——犯罪构成

1. 奸淫幼女行为中“幼女”年龄在定罪量刑中的地位

我国现行《刑法》第236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。”对于该款所规定的罪名，理论界曾有争议，但随着2002年最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》的发布，该争议已经平息，学界对于触犯该款应以强奸罪追究犯罪人刑事责任已无异议。现在争议较大的主要是，依该款构成强奸罪，行为人主观上是否要求“明知”以及对于司法解释中所规定出罪条件的认识。而正确认识这两个问题，首先需要厘清作为“幼女”被害人的年龄要素在强奸罪定罪量刑中的地位。

早在《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》出台以前，就有人主张，强奸成年妇女与奸淫幼女之所以可被统一在强奸罪这一罪名之下，就在于尽管被害人的年龄或犯罪行为方式上存在差异，但其在本质上，都是违背女性的意志，侵犯其性权利^①。我们赞成这一看法。从实质上看，强奸妇女与奸淫幼女都是对女性性权利的侵犯。差异仅在于，被害人为幼女时，行为人的行为对被害人意志的违背需要排除表面上幼女的同意，从法律拟定一定年龄以下的人不具有同意性交能力的角度去认定该行为，实质上违背了幼女的意志。因此，我们认为，《刑法》第236条第2款所规定的“奸淫不满十四周岁的幼女”包括两种情况，一种是采取“暴力、胁迫或者其他手段”强行与幼女发生性关系；另一种则是采取平和的手段与幼女发生性关系。

行为人采取暴力、胁迫或者其他排除被害人反抗的方法与幼女发生性关系，与采用非强制手段与幼女性交的场合，客观上对幼女身心所造成的损害程度存在差

^① 苏彩霞：《“奸淫幼女”行为罪名之再确定——以现行相关司法解释的尴尬为视角》，载《上海政法管理干部学院学报》2002年第3期。

异,主观上所体现出的行为人的恶性也是不同的。显然在前一种场合下,行为人的行为更加具有可责性。因而在两种不同的情况下,被害人的年龄以及行为人对年龄的认识程度在定罪量刑中的意义也应有所不同。

具体说来,我们认为,在行为人采取暴力、胁迫或者其他排除被害人反抗的方法与幼女发生性关系的场合,被害人年龄不满14周岁这一情节为量刑情节而非定罪情节;而在行为人在幼女“同意”下与之性交的场合,情况则恰恰相反。

2. 奸淫幼女行为构成犯罪的法律标准

(1) 与幼女强行性交的场合。学术界在谈论奸淫幼女行为罪与非罪时,常常笼统地讨论主观上是否要求行为人对被害人的年龄低于14周岁具有认识。我们认为笼统讨论难以得出一个逻辑严密的结论。如学界多数人观点都认为,行为人主观上对被害人为幼女应为“明知”。概括而言,我们赞成这种主张。但细究起来,这样说却不甚严谨。正如20世纪80年代有学者提出,在行为人强暴幼女的场合,严格要求“明知”并不合适。如:青年农民张某,一日在山上砍柴时遇见幼女吴某路过(吴某虽然尚不足14周岁,但身高体大),见山上无人,天色渐晚,于是心起歹意,手持砍刀,以杀害相威胁,将吴某强奸。在该案中,张某确实无法得知吴某为未满14周岁的幼女。若认为奸淫幼女必须一律要求“明知”,则该案难以认定^①。

实际上无论在对奸淫幼女是否构成犯罪以“明知”为要件问题上采取否定论或是肯定论的学者,一般都认为采用暴力、胁迫或者其他手段强行与幼女性交的行为毫无疑问是构成犯罪的(罪名上以前是奸淫幼女罪,现在则是强奸罪)^②。问题是,这种见解如何在其整体主张中求得和谐。目前学界基本上对《刑法》第236条普遍的共识认为,第1款规定的是强奸妇女,第2款规定的则是奸淫幼女。两款适用的重要界限在于对象上的差异,既遂标准和手段以及被害人表示同意意义的不同,而这几者中尤以适用对象上的差异为首。故只要被害人为幼女,无论行为人采取何种方法与之性交的,都应属于第2款规制的范畴。在这种认识的前提下,主张奸淫幼女主观上要求“明知”,合乎逻辑的结论就是在暴力、胁迫或者其他手段强行与幼女性交的场合,也要求行为人主观上必须“明知”被害人为幼女,而这显然是不合理的。

我们认为,如将采取暴力、胁迫或者其他手段强行与幼女性交的行为与幼女“同意”下的性交区分开来分别讨论,这种尴尬局面将会得以解决。

^① 李文燕著:《如何正确认定奸淫幼女罪》,《刑法学论文集》,中国法学会刑法学研究会编印1984年,第174页。

^② 杨敦先著:《论奸淫幼女罪的几个问题》,《刑法学论文集》,中国法学会刑法学研究会编印1984年,第167页;同注^①,第174页。

正如前面所言，强奸与奸淫幼女的本质区别在于行为对女性性权利的侵犯中，对被害人意志的违反前者是直接可认识的，而后者在幼女表示“同意”的场合，需从法律拟制的角度排除被害人的“同意”而认为该行为实质上违反了其意志。采取暴力、胁迫或者其他方法强行与幼女发生性关系的行为，和采取该手段与14周岁以上女子性交的行为，在本质上对被害人意志的违反程度毫无差异，因而该行为为完全可以直接适用《刑法》第236条第1款关于强奸的规定，无须根据该条第2款去认定行为人的刑事责任。即在该场合下，行为直接适用强奸罪的犯罪构成，在主观上仅要求行为人明知该性行为违反被害人的意志，而决意强行奸淫，而不要求对被害人的年龄具有认识。换句话说，此时被害人未满14周岁并非行为构成强奸罪的构成要件要素，而只是一个从重的量刑情节。

如此认识，可能遭到的责难是，《刑法》第236条的规定为以暴力、胁迫或者其他手段强奸“妇女（woman）”，而非以暴力、胁迫或者其他手段强奸“女性（female）”。而所谓妇女，是指成年女性。未满14周岁的幼女显然不属于成年女性的范畴。

我们的认识是，对《刑法》第236条第1款中所规定的“妇女”不能作“成年女性”来理解，而应将其强调的重点放在性别而非年龄上。这样理解既可有效解决以暴力、胁迫或者其他方法强行与幼女发生性关系行为人的刑事责任问题，也不违反法律的精神。况且，将该款中的“妇女”严格解释为成年女性，实际上也不符合现实。以14周岁以上不满18周岁的少女为对象的强奸显然适用《刑法》第236条第1款，而这部分被害人却难以纳入成年女性的范畴。关于这一点，我国台湾地区学者亦有类似认识。他们认为，台湾地区“刑法”第221条第2项奸淫未满14周岁之女子以强奸论之规定，系指犯人所用手段本非强暴胁迫者而言。如被害人年龄虽未满14周岁而犯人既已实施强暴胁迫之手段奸淫者，即属强奸行为，自应依该条第1项处断，无适用第2项之余地^①。

（2）幼女“同意”性交的场合。幼女“同意”性交的场合，行为构成犯罪的标准在主体、客体和客观方面与一般强奸具有一定的差异，对此学界认识基本一致。故在此着重讨论主观方面的问题。

关于奸淫幼女的主观方面，对奸淫行为是出于直接故意这一点上，理论和实践上都没有异议，但对于要不要以明知幼女的年龄为要件，理论界存在不同的看法。概括起来主要有以下两种观点：第一，否定说。该说认为，不论行为人是否知道被害人是幼女，只要在客观上与不满14周岁的幼女发生了性行为，就应以奸淫幼女

^① 陈焕生著：《刑法分则实用》，汉林出版社1979年版，第171页；蔡墩铭著：《刑法各论》，（台湾地区）三民书局1995年版，第354页。

罪定罪。其主要理由是：①刑法对此并无明文规定。在我国《刑法》分则中，有的法条上只规定了犯罪的客观方面，未提及主观方面；有的条文则不仅规定客观方面，同时也明确规定主观方面的要件。在后种情况下，行为人的行为构成犯罪除需具有总则规定的“明知自己的行为会发生危害社会的结果”这一故意内容外，还必须具有分则条文中规定的具体故意。而《刑法》第236条第2款并未规定行为人主观上必须具备“明知对方是幼女”这样的具体故意。因此，该款规定的是一种严格责任，不以“明知是不满14周岁的幼女”为要件①；②出于对幼女特殊保护的需要；③世界上大多数国家对此都规定了严格责任②；④幼女作为奸淫幼女的对象，属于奸淫幼女犯罪在客观上必须具备的。而刑法并没有把这一特定对象作为行为人主观上必须明知的条件，就像刑法对绝大多数故意犯罪并不要求行为人必须对自己所侵犯的对象要具有明知一样③。第二，肯定说。该说认为，在我国《刑法》中不应以严格责任原则为基本论据，而应当坚持主客观相统一的原则，奸淫幼女构成犯罪除了有对幼女的奸淫行为外，行为人还必须具备明知被害人是不满14周岁的幼女的主观要件，否则不能根据《刑法》第236条构成强奸罪。第三，折中说。折中说实际上是对肯定说的一种修正。由于否定论者提出批评，若要求行为人确知被害人为幼女，则会放纵犯罪；故折中说提出坚持主客观相统一的原则，要求行为人在主观上对被害人为幼女具备“明知”，但同时将“明知”解释为确知或应知④。

我们赞成折中说中的见解。肯定说把“明知”理解为“确知”过于狭窄了，“明知”既包括“确知”也包括“不可能不知道”即“推定明知”。但在其他方面该主张却是颇有见地的。下面我们着重对否定论者的几点理由作一分析。

首先，关于《刑法》第236条第2款的规定是否为严格责任。所谓严格责任，是指一种不问主观过错的刑事责任⑤。绝对的严格责任只要起诉方证明被告有法定的行为或者造成了法定的结果，法院就可以定罪处罚。这与我国刑法的基本原则与刑法关于奸淫幼女的具体规定是难以兼容的。主客观相统一是我国刑法的基本原则

① 刘生荣：《论刑法中的严格责任》，载《法学研究》1991年第1期。

② 苏力：《司法解释、公共政策和最高法院——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。

③ 李文燕著：《如何正确认定奸淫幼女罪》，《刑法学论文集》，中国法学会刑法学研究会编印1984年，第173页。

④ 马克昌著：《论奸淫幼女罪》，《刑法学论文集》，中国法学会刑法学研究会编印1984年，第154页；2003年9月1日在中国人民大学刑事法律科学研究中心举办的“最高人民法院有关‘奸淫幼女罪’司法解释专题研讨会”上，包括王作富、曹子丹、梁华仁、丁慕英、张泗汉、赵秉志、陈兴良、张明楷等在内的与会学者基本都持此观点。

⑤ 刘仁文著：《严格责任论》，中国政法大学出版社2000年版，第22页。

则，它从危害行为和行为人主观上的反社会性统一的角度限制刑法的调控范围，限制国家刑罚权，体现了现代刑法的价值取向。从刑罚的功能的实现方面来看，也是合适的。对于不具有主观罪过的行为人适用刑罚，既不能对行为人起到教育改造的效果，也难以对社会一般公民起到威慑和教育的作用。我国现行《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。”该条明显体现了我国《刑法》总则对犯罪主观过错的要求，不问主观过错的严格责任未能跻身于我国刑法。至于《刑法》第236条第2款并没有明文规定行为人在主观方面必须具备“明知”，这根本不能说明该款是严格责任。我国《刑法》分则仅对窝赃罪、破坏军婚罪等少数几种犯罪明确规定了“明知”，这并不意味着对其他诸犯罪都不要求“明知”。我国《刑法》分则对相当一部分犯罪都采取了简单罪状的方式予以规定，在这些犯罪中，主观方面的要件常常并未在条文中明确体现。即使是在采用叙明罪状的场合，主观方面也并不都会在分则相应法条中明确规定。这是因为，《刑法》总则明确规定了故意犯罪与过失犯罪的定义，并明确规定“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”。根据这些规定，完全可以正确认识个罪在主观方面的要件，无须在《刑法》分则中逐条规定。

其次，对幼女特殊保护是否必然意味着严格责任。这一点更是值得推敲。诚然，幼女的身心健康和性权利不容侵犯，社会应对其给予更多的关注。然而，相对于性权利与身心健康而言，侵犯幼女生命权的行为显然是具有更严重社会危害性的行为。而对于以幼女为杀害对象的场合，若是主张严格责任，恐怕也难以为大家所接受。

关于世界各国的做法，姑且不论我们是否必须惟他国马首是瞻，即使是就事论事，否定论者所指出的关于世界上大多数国家在此问题上都采取了严格责任的说法也并非事实。如《俄罗斯刑法》第131条关于强奸的规定中，第2款第5项的规定即为“对明知未成年的人实施的”处4年以上10年以下的剥夺自由；该条第3款第3项又规定，“明知受害人未满14周岁而对其实施的”，处8年以上15年以下的剥夺自由。另外，该法第132条关于性暴力行为和第134条“与未满16周岁的人实行性交和其他性行为”中，也都明确规定关于对未成年人实施的性行为构成该特定条款罪以行为人明知被害人为未成年人或未满14周岁、16周岁为要件。大陆法系刑法，如德国刑法典、法国刑法典、日本刑法典，虽然在刑法分则相应条文中并未规定奸淫幼女构成犯罪的行为人必须对被害人为幼女具有“明知”，但根据大陆法系刑法理论，该行为构成相应犯罪要求行为人对幼女的年龄有所认识。若行为人在不明知被害人为幼女的场合下与幼女发生了性关系，则按照对象认识错误处理。我国台湾地区“刑法”亦采取了这一态度。学界对台湾地区“刑法”准强奸罪（相当于我们的奸淫幼女以强奸论的规定）规定的理解也认为行为人“须有奸淫未满