

我国刑法中严格责任之否定 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_88_91_E5_9B_BD_E5_88_91_E6_c122_484786.htm 【摘要】法学作为社会学科，任何法律制度的确立、发展、成熟、衰落都与其所处的社会环境、历史文化、法制传统、法学理论的推动等密切相关。作为英美刑法体系中特有的制度，严格责任立法价值的实现离不开特定的物质条件和人文背景。不进行比较刑法的研究，贸然主张承认严格责任，非但不能推动我国现有刑法体系的进步，反而会成为阻碍其发展、完善的羁绊。本文基于对严格责任概念的分析，首先从严格责任适用的宪法保障、严格责任的适用对象、两大法系犯罪构成三个角度，从比较法角度论述我国刑法中严格责任的否定；然后针对持有型犯罪、巨额财产来源不明罪和奸淫幼女的犯罪这几种主观方面争议较大的犯罪，论述即便是控诉方主观罪过证明责任相对减轻的罪名，也不能用严格责任制度进行解释。 【关键词】严格责任；主客观相统一原则；证明责任；推定一、问题之提出 2003年1月23日，中华人民共和国最高人民法院发布了2003年1月8日最高人民法院审判委员会第1262次会议通过的题名为《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》[1]，这一批复引发了法学界对“在特殊的刑事犯罪中能否采用严格责任”问题的激烈讨论。[2]有的学者认为，在奸淫幼女案件中,应该借鉴英美刑法中的严格责任制度，从而加强对14岁以下幼女的保护，构建“合乎法理人情”的公共政策。而大多数刑法学者认为，严格责任严重违背了我国犯罪构成理论中主客观

相统一的基本原则，行为人强奸罪成立的主观要件是必须“明知”对方是不满14周岁的幼女。在这次讨论中，刑法学界基本上达成一致意见：我国的刑事立法深受以德国为代表的大陆法系国家犯罪构成体系的影响，坚定不移地接受了主客观相统一的原则；严格责任与罪过责任相冲突，坚持主客观相统一原则必然否定严格责任。笔者亦认同此结论，也无意挑战主客观相统一原则，本文拟探究的问题是“在我国刑法中为什么不能例外地适用严格责任，以实现某些利益的特殊保护？”在奸淫幼女案件的讨论中，笔者认为主张采用严格责任的学者错不在于刑法专业知识的欠缺，而在于无视特定国家法律体系中特定制度独有的定义、体系和功能，试图以英美法系刑法中特有的严格责任制度来评价我国犯罪构成中主客观相统一原则。法定的严格责任在美国产生于19世纪后半期，早期只适用于性方面的犯罪和未成年人保护的领域，[3]经过近两个世纪的发展，司法实践中积累了大量适用严格责任的判例。虽然严格责任经常遭到学者的批评，但是至今仍然在司法实践中被采用，在英美刑法教科书中作为单独的一章来讲授。以德国为代表的大陆法系国家的犯罪构成理论坚持的是以主客观相统一为原则的罪过责任，作为主观性要素的过错经历了古典学派、新古典学派、目的行为论三个阶段的发展，在犯罪构成符合性、违法性、有责性中的位置和对行为评价的形式发生了变化。在古典犯罪体系中，故意只作为有责性的组成部分；以麦兹格为代表的新古典学派认为，构成要件(即我们现在所说的犯罪构成要件)中的符合性应当包括客观性要素、规范性要素和主观性要素，把符合性中的故意从有责性的主观过错中分离出来；20世纪初，以威

尔采尔、墨托哈、韦伯等为代表的目的行为论者否定因果行为论，提出目的行为论，主张把符合性中的主观性要素与有责性中的主观性要素完全分开，使传统的犯罪构成理论获得了极大的发展。但是大陆法系犯罪构成在从“形式意义犯罪构成发展到实质意义犯罪构成”[4]的演变与完善过程中始终坚持主客观相统一原则。随着全球经济一体化，各国的法律制度也在相互学习、相互借鉴，大陆法系国家和英美法系国家的某些法律制度越来越相似，甚至在某些领域有走向融合的趋势。并且任何法律制度的设计都不可能尽善尽美，都至多是一种最不坏的制度选择。为了严密法网、考虑到刑事政策的需要、实现起诉的经济与效率或者为了对某种利益进行特殊保护，立法者往往会做出例外性规定。如果从这两个角度来考虑，是否有将严格责任作为罪过责任的例外纳入我国刑法的可能性与合理性呢？笔者的答案是否定的，本文将基于对严格责任概念的分析，从严格责任适用的宪法保障、严格责任的适用对象、两大法系犯罪构成三个角度，首先从比较法角度论述我国刑法中否定严格责任的例外适用；进而针对持有型犯罪、巨额财产来源不明罪和奸淫幼女的强奸罪这几种主观方面争议较大的犯罪，论述即便是主观罪过的证明责任相对减轻的罪名，也同样不能用严格责任制度进行解释。

二、严格责任的概念 语言文字只是指称事物的符号，往往不能完全表现、传达出事物真实的、本质的含义；并且不同的语言由通用它的地区特有的历史、文化、传统、地理、风物决定。所以一个语言体系中的词并不都能在其他语言体系中找到表意完全对应的词，即使找到了完全对应的词，所指称事物的内涵和外延也未必完全一致。这就要求我们研究外

国法律制度时首先要慎重讨论该制度的概念，严格确定其内涵和外延。对严格责任大致有以下五种理解：观点一，严格责任就是法律许可对某些缺乏犯罪心态（即大陆法系中的罪过）的行为追究刑事责任。[5]检察官在起诉这种罪时不必证明被告的心理状态，被告也不能以自己不知道、不是故意为理由，要求法庭认定自己无罪。[6]观点二，刑法中的严格责任，是指在行为人主观罪过具体形式不明确时，仍然对其危害社会并触犯刑律的行为承担刑事责任的制度。严格责任是罪过责任的一种，只是罪过的具体形式究竟是故意还是过失不明确。[7]观点三，法律在定义某些犯罪时，对行为的一个或者多个行为要素不要求故意、轻率、甚至疏忽，这些法定的犯罪称为严格责任犯罪。[8]这种观点强调对某一行为要素或某些行为要素不要求罪过，但是并不意味着对构成犯罪行为的其他行为要素也不要求罪过。观点四，严格责任定义的两分法：实体的严格责任和程序的严格责任。实体的严格责任与观点一相同；程序的严格责任是指不要求起诉方证明被告人的主观罪过，但被告人可以在刑事审判中以自己已尽到必要注意义务作为“善意辩护”理由的刑事责任追究方式。[9]观点五，严格责任之所谓严格，并非责任的严格，而在于在严格责任的案件中不承认某一特定的辩护有效。也就是说当一种或多种被认为有效的辩护不能排除定罪时，可以说行为人承担了严格责任。[10]持这种观点的学者认为可以修改对严格责任的解释，发展一种以其“严格程度”[11]，即以辩护是否被承认的有效程度，为标准的犯罪分类。除了观点五是从辩护是否被接受的程度角度定义严格责任外，其他四种定义之间的细微差别实际上是对主观罪过和控辩双方对主观

罪过的证明责任有不同的理解。观点一完全否定罪过的存在，这里的严格责任与侵权法中的无过错责任基本等同，即出于公平正义、公共政策和社会福利等因素的考量，对主观完全没有过错的行为人追究责任；这种严格责任必须由法律明文规定。观点二认为罪过是存在的，但是难以确定，根据已经证明的事实推定罪过存在。被告只有证明无罪过，推翻推定，才能免于承担刑事责任；这里罪过推定也必须由法律明文规定。观点三是大多数英美刑法学者对严格责任的定义，特点是详细地区分了不同行为要素的犯罪心态。他们认为虽然行为人对行为有概括的罪过，但是对各个行为要素（行为、结果及附随情节）的犯罪心理是不同的，或者对某些行为要素无刑法可责难的心理。对严格责任的解释，英美学者的主流看法是，虽然对行为的某一要素不要求罪过，但是“在通常情况下，对犯罪行为的其他情况或后果来说，犯罪意图仍然是必需的”[12]，免去了公诉方对某一行为要素的罪过证明责任，不免除对其他行为要素的罪过证明责任。观点四的二分法观点对严格责任进行了实体法和程序法上的区分，表面看是对观点一和观点二的简单相加，却引导我们从发展的角度分析严格责任制度从绝对严格责任向相对严格责任（有的学者称之为推定责任）的转变。严格责任起源于19世纪中期英国侵权行为法对特殊侵权行为实行的绝对责任，即对某些特殊侵权行为，无论行为人是否故意或有无过失，都要负赔偿责任。侵权行为法上的绝对责任是工业社会的产物，故严格责任多见于英美制定法，鲜见于普通法。19世纪后期至20世纪初期，严格责任在英美刑事司法中的适用达到巅峰。但1846年英国法院在伍得罗案中适用严格责任始，刑法学

界开始争辩严格责任的必要性和公正性。当今国际普遍的趋势是抛弃绝对严格责任，采纳相对严格责任，即推定责任。例如，英国《刑事审判法（1976）》第8条规定：“在认定行为人是否实施了犯罪时，法庭或者陪审团（a）不能仅因为行为人的行为可能自然产生某结果，而推定行为人必然有此犯罪意图或者预见到结果；但是（b）可能根据全部证据判断行为人是否有犯罪意图或者预见到该结果，在这种情况下，就要根据证据进行恰当地推理。”再如，第55届联合国大会通过的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》在第5条第1款中规定了若干参加有组织犯罪集团的故意行为，第2款规定：“本条第1款所指出的明知、故意、目标、目的或约定可以从客观实际情况推定”。[13]持有观点五的学者认为以正统的模式来解释严格责任必然碰壁，主张从刑事辩护的角度来解释严格责任。他们认为严格责任中对罪过的推定是绝对的、不可反驳的，但是“除了缺乏故意、轻率或疏忽的辩护之外，所有通常的辩护都是有效的。”[14]面对如何确定某种辩护对某一犯罪是否有效的质疑，学者提出“控制能力”理论，并以联邦最高法院帕克案的判决进行说明。该案件中，受指控的公司提出对公司高级职员出售掺假食品这种“不道德的行为无法注意”，所以公司无罪过，不应承担责任。但是法院不认为公司可以以“对不道德行为的无法注意”进行有效抗辩。法院定罪依据的关键事实是，被告“有能力来防止违法行为”，但是被告没有运用他对行为的控制能力，所以存在着罪过，同时明确允许被告以“无力阻止违法行为”为理由抗辩。[15]通过对严格责任不同概念的分析，笔者以期得出如下结论：观点一是绝对严格责任概念，与普通法传统中“

“无罪过无犯罪”的基本要求相悖，在自身发展过程中受到了严厉的批评。英美的立法者或者通过修改早期规定对某些犯罪适用严格责任的法律[16]，或者规定严格责任的替代形式[17]，来逐渐抛弃绝对严格责任。观点二是推定责任的概念，也经常受到质疑。质疑的主要理由是，对罪过的推定加重了被告的证明责任；也有学者直接指出推定责任无异“有罪推定”，立法者冒着“有罪推定”的风险来调和严格责任与“无罪过无犯罪”之间的紧张关系更有悖于正义要求。观点四虽然更全面地考察严格责任在实体上和程序上的不同含义，但是这种区分还不足以说明为什么我国刑法中不能例外地适用严格责任。世界万物有普遍就必然存在着例外，如果法律制度的进步是经验的而不是逻辑的，那么新制度在发展之初也极少是压倒性的大多数。事物发展的规律就是由弱小到强大、从例外到普通、从特殊到普遍。并且一个发展的、成熟的法律体系不是封闭的、而是开放的。因此以反对例外来拒绝尝试某种新制度，不足以服人。观点三和观点五是英美刑法学者对严格责任的解释，或许能够给我们以启发。但是这种解释是以英美刑法及其他同体系的法律制度为背景，未必能普遍适用，“橘在淮南则为橘，橘在淮北则为枳”。虽然我们承认严格责任在英美国家存在至今、并且解决了很多问题，有其存在的价值，但如果因此就试图把它纳入中国的刑法体系，笔者认为尚欠考虑。综合以上分析，不难看出严格责任是英美刑法中特有的制度，为其下一个通用于两大法系的定义超出笔者能力所及。但笔者甚慰对几种典型的定义进行了详细的梳理和比较，自感可以将严格责任的面貌清晰地呈现于读者面前，以期有助于对该问题的进一步探讨。

然考虑本文研究的方便，有必要把严格责任限定为一种理解。鉴于刑法中的严格责任产生于英美、发展于英美，英美学者对其有更深入的了解和更透彻的论证，以及考虑到下文主要围绕两大法系犯罪构成分析问题，所以笔者采用观点三，即严格责任是指英美刑法中规定的在某些特殊情况下，对行为人追究刑事责任不以其对该行为的一个或者多个行为要素具有罪过为必要条件，只要行为造成刑法禁止的危害结果，行为人即承担刑事责任。在刑事诉讼中，公诉方免去对某一或某些行为要素的罪过证明责任，不免除对其他行为要素的罪过证明责任。

三、严格责任之否定的比较法分析

在我们的社会中，存在着许多相互对立的价值取向以及对其提供保障的相互矛盾的法律制度，他们之间的相互协调、彼此制衡有助于更合理地设计法律制度、更公平地保护公民权益。但是在某些案件中，这种对立与矛盾会变得不可调和，我们不得不在两种冲撞的价值与利益中间做出选择。选择的合理性也许在于放弃较小的利益，保护更大的利益不受侵害，这里的“大与小”不是质上的比较，而更多的是出于刑事政策的需要，从保护的迫切性上进行比较。利益之大小是相对的，保护的迫切性取决于选择时的制度环境，制度环境改变了，选择的倾向也会随之改变，这就是为什么“遵循先例”原则下，新判例仍然可以推翻旧判例。这部分从严格责任适用的宪法保障、严格责任的适用对象、两大法系的犯罪构成三方面论述我国刑法中否定严格责任的例外适用。

（一）严格责任适用的宪法保障

在美国，尽管联邦最高法院经常会在审查的刑事案件中论及严格责任，但鲜有就严格责任的合宪性作出判例，主要原因是这些案例的判决是对联邦法律的解释，不涉

及宪法限制。迄今为止联邦最高法院唯一关于转移主观罪过证明责任是违宪的判决是1957年在拉姆博特诉洛杉矶州案[18]中做出的。判决指出，因为公诉方没有证明被告已经知道、或应该知道在洛杉矶州有登记的义务，所以对被告未登记的行为定罪违反了美国联邦宪法第5修正案和第14修正案[19]。但是严格责任并没有因为这个判例而被普遍否定，原因有两个：一是规定登记义务的是行政条例而非法律。联邦最高法院认为不能要求每个人都能清楚地了解各州所有的法律条例；二是登记义务是强制性规定，而不是禁止性规定。鉴于强制性规定的效果是施加义务，更容易侵犯公民的权利，所以在美国普通法传统中，法院对强制性规定总是保持着防止其违宪的警惕。在另一个著名的判例中，联邦最高法院并认为俄勒冈州把精神正常的证明责任转移给被告是合宪的，指出如果精神不正常成为案件的争点，那么公诉方不必承担对该主观要素的证明责任。[20]美国联邦最高法院在司法实践中一般认为严格责任符合美国宪法的原则，但是严格责任的立法始终要受到宪法的限制，尤其是“正当程序”条款的限制。如果某法律对犯罪的定义免除了对该犯罪罪过的证明责任，违反了宪法原则，则这部法律就会被宣布因违宪而无效。1960年，美国联邦最高法院的法官布莱克曼在判决中提出了判断严格责任是否违宪的三个标准：（a）考察该法所要求的心理状态和责任是否符合合理标准，是否符合社会的正常需要；（b）根据该法而进行的定罪，不应该粗暴地破坏一个人的名誉，所适用的刑罚不应当过分严厉；（c）该法具有明确的立法目的，严格责任犯罪只能是制定法规定的犯罪，不能是普通法中的犯罪。[21]由于美国存在着发达而完善的

违宪审查制度，所以限制了立法者规定适用严格责任的犯罪的自由，也限制了法院对缺少罪过表述词语的法律进行解释的裁量权，从而在被告利益保护和社会利益保护不能兼济时，恪守严格责任制度的立法旨意，避免严格责任的滥用。反观我国，如果承认严格责任的合法性，那么严格责任之于我国法律体制中存在的诸多问题，就好比肉体之于游荡的灵魂，各种问题开始依附于严格责任这种合法形式得到罪恶的生命。现列举几种可能发生的情况和读者讨论：（1）我国的违宪审查制度尚未建立，宪法不具有可诉性，因此刑法成为对被告人权利的最后保障。如果在刑法中承认严格责任的合法性，那么谁来审查严格责任的合法性，谁又能确保立法者不会受到一时政策、民意、舆论等因素的左右而制定出损害被告人利益的法律？（2）我国刑法的犯罪构成理论尚不成熟，刑事立法技术有待精致，刑法条文的规定并非无懈可击。在英美司法实践中，法官选择适用严格责任往往依赖以下几个方面：一是法官对制定法中除了“明知”以外其他可能推断出罪过的词语的司法解释；二是法官对行为需要造成何种程度的社会危害性才必须通过刑法进行打击的判断；三是法官对刑法严厉性的把握。[22]因此如果刑法犯罪构成理论尚难通过司法的检验、刑事立法不够缜密，法官的自由裁量权又比较大，那么就不能保障法官对法条进行规范性解释，结果很可能是对严格责任的任意解释、严格责任的滥用。（3）我国司法独立举步维艰，司法体制的行政化问题多多，法官中立的地位经常受到质疑。以减轻或者免除公诉方罪过证明责任为特征的严格责任一旦合法，是否又给法官提供了一个帮助公诉方审查被告的理直气壮的理由？！所以，对严格责任

的违宪审查制度不建立，承认严格责任的合法性就可能导致严格责任的滥用，被告的正当程序利益难以保障。（二）严格责任适用对象的比较 在美国，严格责任是19世纪后半期的产物，早期只适用于性行为有关的案件（如通奸、私通和法定强奸）或者未成年人的保护（如向未成年人卖酒、允许未成年人出现在赌博、台球或者其他类似的场所）的领域。严格责任适用的前提：一是法律实证主义认为立法机关可以自由地规定犯罪构成要件，并且可以免除罪过的要求；二是某种行为对社会造成了危害，但是行为人的主观罪过难以证明，则出于保护社会免受不法侵害的强烈愿望，可以适用严格责任。[23]20世纪上半叶，严格责任被适用于与“社会福利”有关的法律领域，主要包括持有或销售酒精饮料、销售伪劣商品、销售乳制品。到20世纪下半叶，公诉方为了减轻自己的证明责任，主张如果法律中没有清楚规定罪过，就可以解释为适用严格责任，证明罪过不存在的责任由被告承担。但是法院仍然坚持一般情况下公诉方对所有的犯罪都要证明主观罪过。[24] 在英国，严格责任一般都来自制定法。普通法中只有两种犯罪不要求罪过：蔑视法庭罪和渎圣罪[23]。有的论述中认为普通法中的公共妨害和刑事诽谤[26]也是严格责任，但他们更符合现代代理责任的概念。现代司法实践中，公共妨害一般当作民事案件来处理。《诽谤法（1843）》对刑事诽谤罪的规则进行了修改，修改后的规则规定如果被告没有疏于合理注意或采取了预防措施，并且对雇员发表、出版行为没有授权、同意或者毫不知情，则允许被告以此进行抗辩。英国制定法上严格责任第一案是伍得罗案。帕克法官支持在此案中适用严格责任的理由是：公诉方很难证明“

明知”，并且要求明知给公众带来的危害远远大于不要求明知而给被告带来的不公正。在霍布斯诉温切斯特公司案中，根据《公共健康法（1875）》，判定由变质肉的销售商承担赔偿责任，而不要求证明肉商是否有罪过，理由是刑事政策的考虑，即假如一个人为了获利选择从事可能给人类健康带来死亡或伤害危险的出售业务，他就必须承担与此有关的一切风险。在坎迪诉李考克案中，被告因为向一个醉酒人出售酒精饮料违反《执照法（1872）》被定罪。《交通法》中规定的超速行驶也适用严格责任。[27]通过对英美严格责任适用的犯罪类型的介绍，可以得出两点结论：其一，对某一案件，特别是制定法中规定的犯罪，适用严格责任几乎都有一个共同的理由，即法律处罚无辜被告的风险远远小于因无法证明被告罪过而放纵犯罪危害社会的危险。法官倾向于认为被告对所从事的特定行业应该有更高的注意义务，以及被告从事行业的盈利性决定了要承担盈利所带来的一切风险，包括违法的风险。这类似于我国民事侵权案件中无过错责任合理性的解释。其二，现代英美刑法中规定的严格责任犯罪，情节并不是很严重，量刑也比较轻微，如超速行驶、销售酒精饮料、违反执照法等。这些行为在我国一般按照民事侵权案件或行政案件来处理。英美刑法中规定的犯罪比我国刑法规定的犯罪范围要大得多，犯罪有重罪轻罪之分，包括了我国刑法规定的犯罪和部分行政违法行为，换言之英美刑法中当成犯罪起诉的一部分案件，在我国作为行政违法行为或侵权行为处罚。现在英美许多学者认为“法律惩罚，至少是许可惩罚无罪过行为是不公正的，……，建议把刑法中的绝对责任罪该称为民事过错，或者建立行政刑法。《模范刑法典》

对绝对责任罪基本持有否定态度，把绝对责任称为违法行为，即可以判处较轻刑罚（限于罚金）。” [28]在美国法律中，罚金包括了中国作为附加刑的罚金和行政法上的罚款。我国刑法与英美刑法起刑点的差别，说明“我国的司法保障能力不足” [29]，没有充足的司法资源给每一个受到公权力追诉的行为人以程序上的保护。之所以这样说，是因为没有任何一种诉讼程序像刑事诉讼程序设计得这样复杂、与公民的宪法权利联系得这样紧密，在刑事诉讼程序中受到追诉，被告人的权利能够得到最大程度的保障。现在即使在英美两国，严格责任的适用范围也越来越小，并且要受到宪法的限制。对比较严重的犯罪、或量刑较重的犯罪原则是公诉方必须排除一切合理怀疑地证明被告主观罪过的存在。因此，我国刑法现阶段还不宜采纳严格责任，一般对严格责任犯罪的处罚不能过于严厉，大部分原因在于严格责任合理性的基础是在价值选择的过程中，被告权利保护的有节制退让，是严密法网、平衡社会利益的政策性需要。

（三）两大法系犯罪构成的比较

大陆法系犯罪构成理论中不可撼动的主客观相统一原则毫不留情地把严格责任挡在了我国的刑法之外。但是英美普通法中“无罪过无犯罪”的理念至今仍然指导着刑事立法、司法活动，同样表达了认定犯罪时主客观兼顾的立场。笔者认为分析问题的关键并非是否把主观罪过作为归责的必要前提，而是两大法系不同的犯罪构成体系中主观要件不同的作用方式，以下详述之。英美法系的犯罪构成由行为要件和辩护理由两部分组成，其体系设计上体现了刑事实体法和刑事程序法的兼顾，尤其实现了犯罪构成在诉讼法上的可实践性。笔者这里特别强调两点：其一，笔者在讨论严格责任

的定义中有所提及，行为要件包括行为、意图和结果，其中意图并非一个概括的主观罪过，而是渗透在每一个行为要素中，分别评价行为人对每个行为要素的罪过心理。严格责任只是对某一个或某几个行为要素的主观罪过不做要求。例如，在普林斯一案中，普林斯被指控的罪名是引诱一个不满16周岁的女孩脱离其父亲的监护，触犯了《侵犯人身罪法（1861）》。在本案的判决中，法官认为被告是否明知该少女不满18岁不影响罪名的成立。我们以往的分析就此而止，认为此案支持严格责任。但是我们可能疏忽了法院另一个重要观点，即公诉方需要证明被告有引诱该少女脱离她父亲监护的罪过心理。[30]这说明公诉方对主观罪过的证明责任减轻了而非绝对免除了。其二，区分罪过不存在的抗辩和因果关系不存在的抗辩。对因果关系不存在的抗辩被驳回，并不意味着适用严格责任。例如，当被告声明行为是意外事故时，他的辩护是对犯罪行为的否定而不是对罪过心理的否定。[31]由此观之，英美法中的严格责任并不是客观归罪，同样要求主客观兼顾，即“克服和纠正主观主义和客观主义都没有正确理解和把握的主客观因素在刑事责任中的辩证关系，而不是针对所谓的主、客观主义理论的主观归罪与客观归罪的事实”[32]。有人也许会质疑，笔者既然已经论述了严格责任并不是客观归罪，那么是不是可以认为，学者们坚持主客观相统一原则，排斥严格责任是出于理论的偏执？笔者的回答是否定的。正如对英美法系犯罪构成的粗略理解曾带给我们误解一样，对大陆法系的犯罪构成也不能想当然简化视之。笔者在本文第一部分概要说明了大陆法系犯罪构成经历了古典学派、新古典学派、目的行为论三个阶段的发展，

那么与此同时责任论的发展也经历了这样三个阶段，从古典学派的道义责任论、新古典学派的社会责任论，发展到现在主流地位的规范责任论。道义责任论强调对具有自由意志的理性人的非法行为进行责难，被认为是客观主义的立场；社会责任论摒弃了伦理和规范要素，强调对行为人进行责难，关注的是行为人的自身危险性，被认为是主观主义的立场；规范责任论与客观主义道义责任论的发展一脉相承，建立在对抽象的、共相的人及其行为的理论假设基础上。但是与道义责任论不同，规范责任论认为人的意志不是绝对自由，而是相对自由，在此前提下，在分析行为的同时考虑附随情节和行为人的因素。因此规范责任论的内容包含了对主观和客观的兼及考虑，不仅从形式上，而且从实质上实现了主客观的统一。根据规范责任论，犯罪人并非对一系列行为完全没有意图，而是从其他方面的意图可以推定缺失的意图。基于这种规范理性的思考，当今德国刑法认识到把过失的举止行为同样作为行为构成问题加以讨论的必要性，把主观罪过的覆盖面延伸到犯罪构成之外的自然状态下的行为。理由是过失性犯罪的行为不法在于对“客观谨慎义务的损害” [33]，当法律对一种举止性行为加以禁止时，法律不仅仅简单地禁止损害结果的发生，而且是在禁止一种特定的不谨慎的举止行为。这与赞成严格责任的罗斯科•庞德支持严格责任的一个重要理由一致：“法官的良知为个人带来了某些违法犯罪的危险，这种危险表达了社会的需要，这类法律的目的并不是处罚邪恶，而仅仅是对那些粗心者和无效率者施加压力，以使他们尽全力履行维护公共健康、安全、道德利益的义务。”虽然在大陆法系犯罪构成中并没有严格责任的位置

，但规范责任论指导下的刑法制度设计同样可以实现严格责任的立法旨意。我国处于一种非常尴尬的境地，虽然继受了大陆法系的犯罪构成理念，完全采纳了主客观相统一的原则，但是还没有完全确立起同样成熟的规范责任论的归责体系，我们的刑法理论界和实务界正在这条道路上努力前行。在这种情况下，贸然承认严格责任，非但不会推动我国犯罪构成的进步，反而会破坏现有的体系，阻碍我国犯罪构成体系的进一步完善。

四、严格责任之否定的罪名分析

我国刑法研究中对严格责任例外性适用的讨论主要集中于持有型犯罪、巨额财产来源不明罪和奸淫幼女的强奸罪这几种主观罪过规定比较特殊的犯罪。虽然刑法减轻了公诉方对主观罪过的证明责任，但不能用严格责任进行解释，以下详述之。

（一）持有型犯罪

持有型犯罪，是指行为人违反刑法规定，支配或控制刑法禁止的特定物品，根据证据尚不能确认构成其他犯罪的一类犯罪。公诉方必须证明两个主观要素：一是行为人知道自己支配或控制着某物品；二是行为人知道该物品是刑法禁止的特定物品。在某些持有型犯罪中，还要求公诉方无法查明持有人无其他犯罪的故意。例如，在持有毒品罪中，除了以上两个主观要素外，要求公诉方能够查明犯罪嫌疑人持有毒品是为了自己吸毒或者他人吸毒，或者无法查明持有毒品的用途和目的。[34]否则如果查明持有毒品是为了走私、贩卖、运输，则构成走私、贩卖、运输毒品犯罪；如果查明持有毒品的目的是为了窝藏、转移、隐瞒毒品，则构成窝藏、转移、隐瞒毒品犯罪。所以在持有毒品的犯罪中，控辩双方争论的焦点往往是行为人是否有其他犯罪的故意，而不是行为人是否有持有毒品的故意。通常持有型犯罪中，主观

持有的故意通过推定来确定，这就容易与严格责任混淆。例如，在阿尔斯特国家法院诉艾伦案中，法官指示陪审团：在机动车上有火器就可以推定机动车中的人非法持有火器。[35]但是本案中罪过的推定与严格责任中的罪过推定不同。美国证据法把广义的推定分为推定（presumption）和推断（inference）。推定指法律规定，如果某一特定事实已经证明，即可以推出待证事实的存在；推断是指理性人根据已经证明的特定事实可能会得出待证事实存在的结论。推定可以分为不可以反驳的推定（conclusive presumption）和可以反驳的推定（rebuttable presumption），其中不可以反驳的推定实际上是实体法的规则。可以反驳的推定又可以分为影响举证责任分配的许可性推定（permissive presumption）和影响证明责任分配的强制性推定（mandatory presumption）。[36]根据美国联邦最高法院的解释，在刑事案件的审判中，要求公诉方承担犯罪构成要件的证明责任，所以只有许可性推定是合宪的，引起证明责任倒置的强制性推定不合宪。在艾伦案中，法官指示的推定属于推断（inference）。公诉方要排除一切合理怀疑地证明“基础事实和最终推断的事实之间有合理的联系，最终推断事实由基础事实推出的可能性大于不可能性”。[37]严格责任免除了公诉方对罪过的证明责任，引起证明责任倒置，要求被告证明没有罪过。通过以上分析可以清楚看出持有型犯罪并不能用严格责任解释。（二）巨额财产来源不明罪 巨额财产来源不明罪，是指国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，数额巨大，本人不能说明其合法来源的犯罪。公诉方必须证明，从行为人的全部财产或支出中扣除已经证明或者确认的合法财产或者支出后，剩余的差

额巨大，则可以推定该差额为非法所得。巨额财产来源不明罪也涉及到推定，根据上文对推定的分类，这里的推定属于不可反驳的推定，性质上是实体法规定的法律推定，有的学者称其为“推定犯罪”，即实体法中将推定做为犯罪构成要件的情形。法律推定犯罪的意义有两个方面：一是基于某种价值判断，为了保护特定的利益，巨额财产来源不明罪通过规定推定罪过，对国家工作人员保证财产来源的合法性提出了更高的要求，体现了惩治腐败的刑事政策的需要；二是对于某些社会危害性大的犯罪，由于控辩双方信息不对称，公诉方证明行为人主观罪过非常困难。因此这种推定，从概率的角度看具有科学性[38]；从刑事政策的角度看具有价值选择的必要性。巨额财产来源不明罪中对“巨额财产来源”的不法推定与严格责任中的罪过推定不同，前者是具有实体法意义的法律推定，后者是证据法意义上的事实推定。在巨额财产来源不明罪中，行为人有罪的根据是行为人的全部财产或支出中扣除已经证明或者确认的合法财产或者支出后，剩余的差额巨大，而不是行为人不能说明巨额财产来源的合法性。这里的基础事实仍然由公诉方证明；被告说明巨额财产的合法来源是一种反驳，是行使辩护权的体现，并不是承担主观无罪过的证明责任。证明责任与辩护权的区别在于：证明责任是指“不适用特定法律规范其诉讼请求就不可能得到支持的当事人，承担法律规范要素在实际发生的事件中被实现的证明的责任。”[39]证明责任的性质不是证明的义务，也不是证明的权利，而是法官对事实进行判断的规则。当控辩双方对争议的事实进行了充分置证之后，案件事实仍然不足以支持确定的判决时，法官根据证明责任规则判决承担证明

责任的一方败诉，证明责任规则是由实体法规定的。辩护权是被告享有的对不利于己的指控进行反驳的权利，可以行使也可以放弃。在巨额财产来源不明罪中，公诉方证明的是“巨额财产的存在”，辩护方抗辩的是“巨额财产的合法性”，所以辩护方并不承担“巨额财产不存在”的证明责任。综上所述，可以得出结论巨额财产来源不明罪不能用严格责任进行解释。

（三）奸淫幼女的强奸罪 我国刑法在强奸罪中规定了奸淫幼女的犯罪，奸淫幼女罪不作为单独的罪名规定。学者争论的主要问题包括，强奸罪成立是否以“行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系”为要件；是否刑法第二百三十六条没有明文规定“明知”幼女的年龄，即暗示对奸淫幼女适用严格责任；以及是否有必要采用严格责任加强对幼女的保护。争论的焦点可以归结为行为人是否能以不“明知”幼女的年龄进行抗辩。美国刑法中对奸淫幼女的犯罪采用严格责任，规定奸淫不满10周岁的幼女无抗辩；同时规定奸淫10??14周岁的幼女，行为人与幼女的年龄差在2??4岁之间时，行为人可以提出抗辩。世界各国的刑事立法都倾向于对幼女的生命和健康严格保护，一般认为幼女没有选择性行为的能力，所以即使自愿进行性行为，行为人仍然不能免责。所以美国采用严格责任加强对幼女的保护无可质疑。笔者论证的重点是，在我国的刑法体系中放弃严格责任，坚持主客观相统一原则同样可以达到保护幼女、打击该类犯罪的目的。主客观相统一原则经常面对的批评是，司法实践中行为人主观“明知”难以证明，主客观相统一原则过于严格，容易放纵罪犯，不利于对幼女生命和健康的保护。对犯罪构成各要件的证明，客观方面可以通过证据直接证明，而主

观方面通常根据客观证据进行事实上的推定。根据推定的分类，这里的推定属于可以反驳的推定，是我们经常所指的刑事诉讼中的推定，只影响举证责任的重新分配。在否定严格责任的前提之下，对行为人是否“明知”的证明责任由公诉方承担，不发生转移。在奸淫幼女的犯罪中，笔者把行为人是否“明知”分为客观明知和主观明知。客观明知指一个法律假定的理性人是否能根据受害人的体貌特征等判断出对方的真实年龄。如果证据证明行为人能够根据体貌特征判断出对方是幼女或者可能是幼女，仍然与之发生性关系，则推定主观“明知”存在，强奸罪成立。主观明知是指行为人是否采取积极的行动来确定对方的真实年龄，根据行为人对真实年龄所持的态度，可以分为不想知道对方的年龄和无法知道对方的年龄。如果行为人根本不想知道对方的年龄，证据上表现为行为人没有采取任何积极的行动去确认对方的年龄，如没有查看对方的身份证件、没有询问对方的亲朋好友等。行为人不想知道对方的年龄，推定行为人明知，构成强奸罪。如果有证据证明行为人采取了积极的行为，则可以初步说明行为人想知道对方的年龄，进一步的证明集中在行为人采取的措施是否足以说明其达到了合理的注意和预防。如果行为人尽到了合理的注意和预防义务，仍然没有“明知”对方不满14岁的可能性，则认为行为人只有奸淫的故意，没有奸淫幼女的故意，不构成强奸罪。对犯罪客观方面的证明，可以帮助我们推定主观“明知”是否存在。因此，在奸淫幼女的犯罪中仍然需要坚持主客观相统一原则，“明知不满14周岁的幼女”是构成奸淫幼女的罪过不可或缺的前提。现在奸淫幼女案件的立法和司法实践中亟待解决的问题是“行为人采

取了积极的措施仍然无法“明知”对方真实年龄”的标准如何确定。五、结语 法学作为社会科学，任何法律制度、法律原则的确立、发展、成熟、衰落都与其所处的社会环境、历史文化、法制传统、法学理论的推动等因素密切相关。英美刑法体系中的严格责任制度的存在同样离不开特定的物质条件和人文背景；其立法价值要在与其他法律制度的相互协调与制约中体现；纵然在制度进步过程中受到质疑、被其他制度淘汰，也完成了测试旧体系、孕育新制度的使命。然而，如果没有清楚的认识这一点，不仔细考察我国刑法理论、司法实践、法治发展的现状，不对我国刑法体系与英美进行比较法分析，就主张接受严格责任制度，非但不能推动我国现有刑法体系的进步，反而会成为阻碍其发展、完善的羁绊。

【注释】 [1] 《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》规定“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。” [2] 北京大学法学院朱苏力教授在《一个不公正的司法解释》一文中指出“这一解释有悖于法理、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，有利于纵容对某些特殊群体实施的非法行为”，认为对此种犯罪应该采用严格责任追究加害者的刑事责任。这篇文章一经刊登引起了刑法学界的轩然大波，许多著名的刑法学者纷纷撰文，认为严格责任严重违背了我国犯罪构成中

主客观相统一的基本原则，反对在我国刑法中适用严格责任。参见赵秉志主编：《主客观相统一原则》，中国人民公安大学出版社，2004年版。 [3] See Richard G. Singer, John Q. La Fond, Criminal Law(Second Edition), China Fangzheng Press, at 100(2003). [4] 陈立、陈晓鹏主编：《外国刑法专论》，厦门大学法学院刑事法学系列，厦门大学出版社，2004年版，第121页。 [5] 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社，2005年版，第86页。 [6] 王世洲译：《无罪过责任》，《我的一点家当??王世洲刑事法译文集》，中国法制出版社，2006年版，第61页。 [7] 李文燕、邓子滨：《论我国刑法中的严格责任》，<http://www.cass.net.cn/file/2005101947872.html>，2006-04-20。 [8] [英]J.C.史密斯 B. 霍根：《英国刑法》，法律出版社，2000年版,第114页。 [9] 参见刘仁文：《严格责任论》，中国政法大学出版社，2000年版，第31页。 [10] 参见[美]道格拉斯·N·胡萨克：《刑法哲学》，谢望原等译，中国人民公安大学出版社，2003年版，第218页。 [11] 同前引书[9]，第219页。 [12] [英]鲁玻特·克多斯，菲利普·A·琼斯：《英国刑法导论》，中国人民大学出版社，1991年版，第67页。 [13] 参见李恩慈，《刑法中的推定责任制度》，载《法学研究》，200404。 [14] 格兰维尔·威廉姆：《刑法教科书》，第142页。转引自前引书[10]，第218页。 [15] 参见421 U.S. 658(1975),674. 转引自前引书[10]，第221-222页。 [16] 英国修改了《1843年诽谤法》，修改后的规则是，对被告来说，如果能够证明所发表的东西未经授权、同意、或毫不知情，且非被告本人属于适当注意或预防所至，则可以作为辩护。同前引书[8]，第115页。 [17] 疏忽责任代替严格责任的趋势，

首先是澳大利亚，在加拿大狄克森法官所作的著名判决中，认为公益犯罪乍一看起来是介于需要犯意的犯罪和绝对责任的犯罪之间的一种，公诉方只需要证明被告人实施了犯罪行为，被告证明自己为了避免实施犯罪已经尽到了合理注意则可以免除责任。英国也出现了向这个方向转变的趋势，如《1968年商业说明法》、《1971年药物滥用法》创制了许多罪，有一些罪取代了以前的严格责任。同前引书[10]，第113页。 [18] Lambert v. Los Angeles, 355 U.S. 255(1957). [19] 美国宪法第5条修正案规定, 无论何人, 除非根据大陪审团的报告或起诉书, 不受死罪或其他重罪的审判, 但发生在陆、海军中或发生在战时或出现公共危险时服役的民兵中的案件除外。任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受生命或身体的危害; 不得在任何刑事案件中被迫自证其罪; 不经正当法律程序, 不得被剥夺生命、自由或财产。不给予公平赔偿, 私有财产不得充作公用。美国宪法第14修正案规定第1款规定, 所有在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人, 都是合众国的和他们居住州的公民。任何一州, 都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律; 不经正当法律程序, 不得剥夺任何人的生命、自由或财产; 在州管辖范围内, 也不得拒绝给予任何人以平等法律保护。 [20] See Leland v. Oregon, 343 U.S. 790(1952). [21] 霍德里奇诉美国案(第八巡回法院1960年判决), 《美国联邦案例集》, 第2辑, 第282卷, 第302, 310页。 [22] 参见前引书[8], 第118?130页。 [23] 参见前引书[3], 第100页。 [24] 参见前引书[3], 第101页。 [23] 蔑视法庭罪是指在案件审判过程中发表有关证据不准确的文字, 以至于可能影响陪审团的决定, 即使发表这诚实并且合

理地相信所发表的内容是准确的。读圣罪是指当某些文字趋向于激怒和冒犯基督教徒感情时，该问自己被认为是读圣，不必证明被告已经意识到这种趋向，只要他故意使用那些事实上能够激怒和冒犯的语言就足以构成犯罪。参见前引书[8]，第115页。[26] 公共妨害罪是指一个雇主即使不知道所发生的事情也可能被要求对雇员的行为负责任。刑事诽谤罪是指一个报纸所有人对未经其授权或同意，而由雇员发表的诽谤文章负有责任。参见前引书[8]，第115页。[27] 参见前引书[8]，第116-119页。[28] 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社，2005年版，第62页。[29] 陈兴良：《罪刑法定思想的司法实现》，<http://www.sfyj.org/list.asp?unid=2120>, 2006-04-20。[30] 参见前引书[12]，第67-68页。[31] 同前引书[10]，第61页。[32] 聂立泽：《主客观相统一原则的生成与内涵》，《中国刑法学精萃（2004年卷）》，法苑精粹编辑委员会编，高等教育出版社，2004年版，第27页。[33] 参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社，2005年版，第713-714页。[34] 周欣、王若阳主编：《毒品犯罪案件证据实务》，广东人民出版社，2003年版，第34页。[35] Jonr. Waltz, Roger C. Park, Case and Materials on Evidence (Eighth Edition), Westbury, New York, the Foundation Press, Inc, at 718(1995). [36] Id, at 708-709. [37] Id, at 718. [38] 参见陈桂明：《论推定》，《法学研究》，199305。[39] [德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论（第四版）》，庄敬华译，中国法制出版社，2003年版，第12页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com