

一个不公正的司法解释 PDF转换可能丢失图片或格式，建议  
阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E4\\_B8\\_80\\_E4\\_B8\\_AA\\_E4\\_B8\\_8D\\_E5\\_c122\\_485463.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_B8_80_E4_B8_AA_E4_B8_8D_E5_c122_485463.htm) 本文分析了最高人民法院关于法定强奸之司法解释的法理和潜在实践后果。论文论证了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。论文的另一部分从这一司法解释的问题切入提出了中司法解释中的公共政策、理论背景及其限度的问题，并对通行的犯罪构成理论提出某种适度的质疑。— 2003年元月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》，此解释自2003年1月24日起施行。[1] 这个解释的要点很简单，但正如所有的媒体都关注的，要点在于后半句；因此照录如下：“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。”据最高人民法院研究室负责人介绍说，这个批复能够使刑法的相关规定在审判实践中得到更加准确、有力的贯彻执行。据他说，此前我国刑法第二百三十六条第二款规定，“奸淫不满十四周岁的幼女的，以强

奸论，从重处罚。”该负责人说，这一规定体现了对这类主观性强、社会影响恶劣的犯罪行为给予从重处罚的原则。“长期以来，只要行为人和不满十四周岁的幼女发生性关系，就一律以强奸罪从重处罚。”该负责人指出，刑法的这一规定缺乏“是否明知不满十四周岁”的主观要件，这种“客观归罪”的做法，不符合刑法刑罚适用主客观相一致的原则。该负责人说，新的司法解释体现了刑罚适用主客观相一致的原则，同时还体现了“区别对待”的刑事政策。该负责人同时强调，要有足够的证据证明“确实不知”。对于批复中的“明知”，他解释为“知道或应当知道。”本文将对这一问题予以分析。我将首先论证，这一解释错误的，不仅这一解释理论违背法理，而且违背保护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，这一解释事实上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；考虑到《中华人民共和国宪法》、《青少年保护法》以及国家机关的分权惯例和制度权能，这一解释有越权违法的嫌疑。但是本文的另一部分重点则对支持这一解释的公认的刑法理论的犯罪构成理论提出某种适度的质疑。所谓适度，我是说，目前公认的犯罪构成理论只是在司法审理中分析判断特定的主要犯罪行为的一种便利的工具，是非常有用的；但是它并不是普遍正确的因此放之四海而皆准的理论。一类行为是否犯罪是一个立法的判断，是基于多重考虑因素的一个判断，因此在司法审判中更重要的是要对事实和政策因素敏感，而不能把人们创造出来的理论本身当作事实本身，因而陷入理论的桎梏。因此，在这个意义上，本文是对法学界的教条主义理论思维方式和方法论的一种批判。也是鉴于这

一思路，本文还对如何处理这一解释的问题提出一些也许是建设性的意见。二 保护幼女和少女是任何一个有起码良知的负责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。我国宪法关于保护儿童的规定以及根据宪法精神制定的《未成年人保护法》[2]也同样体现了这一公共政策。中华人民共和国《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”，以及刑法的358至360条规定中有关幼女的一些规定都大致可以视为这一公共政策在刑法中的具体体现。但“奸淫”是什么意思。无论是从上下文，从明示排斥默示的解释原则以及相关的法学著作的通常解释来看，奸淫的意思都是排除了“强迫”或“违背妇女意志”这一构成强奸罪必要条件，“以强奸论”更明确了这一点。换言之，“以……论”这种说法说的就是按照强奸论罪和处罚，尽管它本身未必是本来意义上的强奸。用学术的话来说，这是一种“法定强奸”。因此问题不是法律是如何规定的，而是这样的规定是否合理？特别是在行为男子不知道女子年龄是否已经14岁的情况下，这样认定犯罪是否合理？或者说在确实不知道的情况下，法律推定其意思表达为非自愿，因此仍然惩罚行为男子是否合理呢？也许我们首先可以看看其他社会的做法，尽管这并不具有决定意义。我的研究发现，世界上绝大多数国家都规定了只要是同法定意思表示年龄以下的非其配偶的女性（或男性）发生性关系，即构成法定强奸，[3]但实践上都注意到或规定了，仅凭受害人一人的言词不得定罪。[4]在这里所谓受害人的自愿与否其实没有法律意义。[5]1950年美国佐治亚州的一个判例就明确指出法定强奸“在适用于女性实际同意或默许下的性

交行为，之所以认定其为强奸就是因为该女性未到法定的意思表示年龄”；[6]并且这些话如今仍然是该州2002年法典的组成部分（官方注释）。而法定年龄的界定是由立法者断然确定的界定一个人可以同意同另一个人自愿发生性关系的法律时间。[7]在美国大多数法域，甚至，即使案件涉及的所有父母和孩子都反对提起诉讼，国家也仍然可以提起法定强奸的指控；事实上起诉与这个孩子是否同意无关。事实上，在一个判例中，法院声明：意思表示的法定年龄是为了“……违背年轻女孩之意志的方式保护年轻女孩”（to protect young girls against themselves）。[8]也许，对于许多法学家或法律人来说，这已经足够了。但是，我从来都不认为，国外如何，我们就应当如何；国外的任何经验都必须经过我们的思考和经验的验证，因为国外的哪怕是最通行的做法也都有可能出错。事实上，一些中国法学家就认为或可能认为，国外的这种做法是“客观归罪”，不符合我们现在流行的犯罪构成理论；而且目前中国主流的犯罪构成理论倾向于拒绝（或根本不讨论）“客观归罪”或刑法上的“严格责任”的。[9]但是检验对错不能是“我们的理论”或是主流理论，而应当是社会实践。坚持我在其他地方表达过的观点，一种做法越是广泛和长期采纳，越有可能有道理；因此重要的是要看看这种做法有没有道理。我认为这是道理的。但是我不想说这是人民的意志的体现之类的大话，说法官和学者不应当把自己的道德观念强加于人民或立法机关之上之类的命题。我要考察的是实质性的道理。从英美国家的法律史上看，支持有关法定强奸之法律有两个基本理由。第一个理由是需要给予年轻女孩严格的保护。第二个理由是被告犯法定强奸的犯罪意图

可以从他有意干这些道德上或法律上不当的行为中推断出来。[10]更进一步看，法定强奸之罪的历史要表明，从古代开始，法律就对于那些被认为是年龄太小而不能理解自己行为的女性予以特别的保护。因此在美国的法律一直都被视为一种严格责任。[11]因此，尽管近代以来各国刑法一般都更多强调犯罪人要有主观的恶意，[12]但主观意图这并非一切犯罪构成之要件。犯罪说到底是一种社会鉴于应保护利益对一些行为的判断，并且这个社会有权力在必要时要求行为人履行一种很高的甚至的严格责任，包括运用刑事惩罚，以便实现这一判断。而所谓法定强奸就是这样的一个例子。事实上，许多国家的刑法中事实上都有这种刑法上严格责任，甚至比这更为严格的责任要求。例如防卫过当，或者某些带来严重后果的错误行为，例如渎职罪，例如重大事故罪，无论他们自己主观意图如何，精神状态如何，只要特殊的行为人的作为或不作为未达到相关法律或其他相关规定的责任要求就必须承担刑事责任，只要是立法者认为这相对说来更为有效保护了其力求保护的社会利益。注意，这里的有效并不是或主要不是执法上的更为省事，更为迅疾；而是如同波斯纳所言，“对严格责任之犯罪，诸如法定强奸，予以惩罚会有所收益；这种惩罚之威胁会促使潜在违法者更好绕开受到保护的那一类人，因此也就更安全地保护了这类人。”[13]在法定强奸案中，国家正是通过提高了对潜在违法者对于这些社会认为应当受特殊保护群体的特别责任要求，提升了他这类活动的价格，因此把保护这类人的责任部分地分配给那些可能同十四岁以下的幼女发生哪怕是幼女主动要求的性关系的人身上。并且，这种责任并不是很大，因为，即使今天的女

孩可能由于种种原因成熟比较早，看上去比较成熟，但是第一，成年女子和十四岁以下的少女一般都还是有区别的，由于基因的因素，我不相信目前某些人们所说的少女的发育期会越来越提前的所谓“预测”（而且即使身体早熟，并不意味着心智已经成熟）。事实上，在我看来，我国刑法之所以规定了“十四岁”而不像大多数国家的“十六岁”甚或“十八岁”，就已经给潜在的违法者留下了一个我们这个社会大致可以接受的回旋余地了。换言之，就这个社会的公共政策而言，甚至是反对成年男子同十六岁甚至十八岁左右少女发生性关系的，但是为了防止对潜在违法者要求了过高乃至可能无法承担，因此为了法律便于遵守这一法治的美德，才把这个承担刑事责任的年龄降到了14岁，这是一种可以法律的必要的保险机制。这个责任不过重的另一方面表现为实际操作也很方便，成本不高，特别是在今天。例如潜在的违法者在发生哪怕是双方自愿的性关系之际，至少应主动询问一下对方的真实年龄，并获得某种确证（例如出示一下某种证件，例如学生证、身份证当然这也许修改《身份证条例》的年龄限制之类的身份证明）。这并不是一个非常重的责任要求。当然，我也不排除幼女也可能有欺骗的动机，但是只要问了、看了证件之后“上当受骗”，那么这一行为至少在法庭上可以作为一个辩护情节提出来，法官可以而且我想一般也会在判刑时予以考虑的因素的。而如果一个男子在同一位陌生的非常年轻的女性发生性这种人类最亲密的关系时，如果连这一点责任都不愿负，那么他就只能如同尼采所说的那样，作为“一小片不负责任的命运”，活该如此了。所有时代的法律都会要求并激励人们负责，因为这是法治能够得以真

正实现的基础；现代个人主义并不鼓励自我中心主义处处耍滑头的小市民，而是强调塑造自我努力和责任自负的现代公民。甚至，我们也可以质疑上述的分析，因为这个法律史有可能是一种“他史”（history），也许我过分强调了这个责任对男性不重，而没有看到这里也许有男权主义的因素。也许我们同样应当把女性的情感、心理和生理要求也考虑进来，看一看这种要求是否对女性是否过重。我并不那么传统，认为在性的问题上，女性没有欲望，没有要求，也不笼统地认为这些欲望是不正当的、下流的。甚至我愿意承认，某些青春期少女甚至可能会很主动，很强烈。因此，当我们的刑法施加这种对男子的要求和潜在制裁时也必须考虑是否会间接地对她们的欲望构成了不正当的过重负担。我认为仍然不是。第一，强烈的欲望本身有可能是但并不必然是正当性的来源，尽管可能是来源之一（这是一些片面强调所谓“自然权利”的理论家的最大问题）。正如一个人有对金钱或地位或异性的强烈欲望，甚至是非同寻常的强烈，就自然而然使得这一欲望有了合法性。“君子爱财，取之有道”，在一种并非仅仅是隐喻的意义上，在这里也是适用的。事实上，我相信，会有一些14岁以下的幼女可能强烈希望得到很多钱，喜欢购物，喜欢化妆，甚至喜欢吸毒，但是我们这个社会甚或任何社会、或者他们的父母即使是有经济能力提供也都会予以某种限制，而不是听之任之。甚至，我想肯定会有一些18岁以下的青年人也希望甚至渴望参加公民投票或是成为公职候选人，而我们的法律也并没有因此就允许他们参加公民选举或成为公职候选人。因此，我们也就必须注意法律的一个特点，它必须以某种一般的方式来处理一个常规性问题

，而不是所有问题都具体问题具体分析，那样就会事实上没有法律（这一点因此是对最高法院政策研究室负责人的所谓“区别对待”的一种反驳，但在此不展开讨论）。第三，尽管可能不排除有个别的例外，生物学的发现，女性一般来说性欲要比男性弱，在性上更少主动。[14]青春期女孩会有一见钟情，甚至也有性欲，许多研究都表明，他们更多表现为浪漫的性幻想（波斯纳称之为“情色”），而不是赤裸裸的肉体关系，[15]尤其是对一个萍水相逢转瞬即逝乃至连自己的年龄都不关心却愿意即刻愿意同自己发生性关系的陌生男子。我将在下一节再分析这样的男子更可能是什么样的人，但是我可以这样说，如果不是有其他因素，这样的男子绝不会是14岁以下的女孩的性欲对象。因此，我可以结论说，即使由于对男性的潜在刑罚威胁而令一位14岁以下的幼女的一时的性欲望没有满足，对这位女孩并不是一种沉重的不适当的负担。这也并不构成对她的不适当的性压抑（想一想，这辈子又有谁没有过或多或少的性压抑的经验，失恋、单相思、冷漠甚至偶尔的甚或长期的离别等？），因此不构成对她的自由的一种不恰当的限制或侵犯！第五，必须指出，尽管被简单化了，这里所涉及的利益可能还不只是“自愿”发生性关系的两个人，因为还有这位幼女的父母以及其他亲人。尽管也许今天的一些高度个人主义的学者认为14岁以下的幼女也应当算做独立的个体，其意思表示应当成立，但是，至少我国的法律，并且世界绝大多数国家的法律都不是这么规定的，因此，我且不说这个利益有多重，但至少也是司法中应予以认真考虑的利益之一。当然，细心的人可能会指出我前面列举的那些“严格责任”犯罪，都有严重后果，而在假定



为“自愿”的甚至可能会被某些被告或律师描述为“两情相悦”的同十四岁以下幼女的性关系，似乎没有什么严重后果，相反可能是双方都满意的。最高人民法院的批复中也留下了这一伏笔（“未造成严重后果，情节显著轻微的”）。但即使如此，这一批复仍然是有问题的。因为，首先，在这方面是否有严重后果不是法官确定的责任；这一后果已经为立法者在立法时作为一个立法事实确定下来了；而且立法机关这个判断也是有一定根据的。至少有国内外部分研究表明，同幼女发生性关系，哪怕是自愿的，也可能产生长远的心理和生理影响。[16]尽管这些研究的可靠性如何，坦白的说，我自己也有所怀疑，因此我并不轻信；但是，如果说完全没有怀疑，我也很怀疑学者的不轻信应当是前后一致的，而不应是机会主义的。重要的一点是，至少到目前为止的，至少绝大多数作了父母的中国人、包括制定了这一批复的最高法院审委会的所有委员们，我相信都不会有谁真的认为一个14岁的幼女于一位陌生男子发生性关系真的是没有人影响的。注意我的着重号，我说的不是口头上为了表示某种“思想开放”或是为了某种公共关系而做出的姿态，而是准备据此行动的。我承认，这也许只是一种禁忌而已，但是即使是禁忌，我也说过，哪怕是对学者来说，正确的态度也不是不理睬，而是要通过理性的研究来使之转化。[17]而对于法官来说，对这种绝大多数人的信念，即使是错误的、无稽之谈，也必须予以适当的尊重，因为这就是作为法律运作之前提条件之一的一个社会事实。[18]即使假定这方面的证据完全相等，那么从司法上看，法官的选择也应当是另信其有，而不信其无。这可能有两个好处。其一，法官的责任更多不是作为

社会观念改革的尖兵，而是维持社会平衡的平衡轮。其次，即使“过犹不及”，即使坚持或废除严格责任的利弊完全相等，根据2002年诺贝尔经济学奖获得者卡尼曼诺夫的实证研究得出的前瞻理论成果来看，[19]人们也更情愿保持已有的利益，而不要肯定会得到同样的利益，即使我们不考虑这里还可能有现货和期货的差别。更重要的是，在这种有争议的经验问题上，依据一般的法理和国外的司法实践，法官一定要接受（must accept）立法机关的判断，而不是将自己凌驾于立法机关之上。[20]这样做的道理在于法官没有比立法机关更好的途径，也没有更高的合法性去对这种争议的经验问题作出判断，相反立法机关至少有这种政策选择上的合法性。因此，我们的刑法以及各国刑法一直都是将这一危害作为一个立法事实予以认定的（否则为什么要立这个法，要单独列这个罪），而并没有将这一问题留给法院或法官来斟酌决定。就此，我们可以发现，最高人民法院的这一解释，至少改变了在这一刑法条款的两点，一是把严格责任的法定强奸擅自改变为某种程度的过错责任，其次是把“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。这两者都僭越了立法权，并且通过把规则改变为标准，最高法院扩大了司法的裁量权，扩大了法官、律师的发挥作用的范围。尽管最高法院政策研究室的负责人强调了“要有足够的证据证明确实不知”，这一限定可能目前对这一解释的后果有所限制，但也没有改变这一现实，留下了一个很大的缺口，且不说这里的证据是由被告一方提供的，因此证据的获得就一定会与可支配的资金以及律师的能力（这两者有关联关系的）有很大关系。更重要的是，“疑罪从无”原则已经

准备在下一站接力了！三 这一解释还有更大的问题。上面的分析还更多是在理论层面，但是，法律是要适用的，因此，我们可以也必须考察一下，这样一个批复一旦付诸实践，可能的后果是什么？而对这种后果的考察，还必须考虑到中国目前社会的现状，考虑到其中可能隐含的重大社会问题。我们首先必须考虑一下，在中国目前的社会中，那些“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”的男性都可能或更可能是些什么人？我想一旦提出这个问题之后，任何对当前中国社会现状有所了解的人都会指向某些社会群体中的极少数人。如果是有当下的直接或间接的财物或金钱交换涉入的，这些男性很可能一些有钱或有势的人，例如国企或私企老板、外商、富有的国外或境外游客，还可能有腐败的政府官员。如果没有直接的或变相的金钱或财物交换的，这些男性则更可能是一些著名的球星、影星、歌星或其他有社会影响的男子。事实上，只有这样一些人才有可能事实上可能在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，并且大都可能是在一种色情或变相的色情服务的环境下发生。我并不是对这一群体有偏见。我们完全可以设想一下，还有哪些可能的人群是否可能同14岁以下少女发生性关系。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；而如果发生性关系，强奸的可能性更大。第二种情况，则可能是利用父女（包括继父女关系）、师生、邻居成年男子与幼女之间的信任关系发生双方自愿的性关系。由于信任关系之建立总是需要时间，因此不可能不了解少女的年龄。第三种则是，同班或同校或同一街区的大致同龄

的少男幼女的相爱导致自愿发生性关系，但这也不可能存在不了解幼女年龄的问题。于是我们就可以看出这一司法解释一旦付诸实践的严重后果。它事实上将选择性地将这个社会最为唾弃且最无法容忍的一种同幼女的性关系豁免了。而这种豁免客观上主要是因为这些男性的在这个社会中具有的特殊权势，他们可以以各种方式更容易诱使少女“自愿”，而且他们也更可能“确实不知”少女的年龄。而其他与幼女发生自愿性关系的人则由于其他原因无法豁免。特别应当注意到的是，在这里少男幼女之间的相对说来更为纯洁的双方自愿的性冲动，则由于他们肯定了解对方年龄，在这样的解释中，反倒有很大可能受到强奸罪的惩罚。而且我们还应当更现实地看到，前一类人由于有钱有势，实际上更有能力雇佣好的、更多的律师为之辩护，也更可能有效地利用司法程序的保护。于是，我们可以判断，而一定能够看到，这一看似一般性的法则的实际使用结果是有强大的选择性的。而这样的法律的适用效果至少是违反宪法和其他法律规定的法律面前人人平等的原则的。如果我们锁定这个最可能因这一司法解释而豁免法定强奸罪的潜在群体，我们就会发现这一司法解释有更大的危险。并非不可能涉想的是这样一种情况，或采取种种事先的安排有意“确实不知道”与之自愿发生性关系之幼女的年龄。一位要人，无论他是腐败的政府官员还是一位外商老板，如果他的下属，或有求于他的地方官员，或其他什么人，知道他有某种邪恶的喜好（我说邪恶，并没有背离我的学术中立的立场，是因为我只能属于这种信念的群体，正像我只能说希特勒是邪恶一样），就可能替他妥善安排好这种“自愿”的性关系，而有意不告知他这个幼女的

年龄。或者一位球星或影星的经纪人也会安排这样的自愿的追星族少女同有这种邪恶偏好的影星或球星发生这种性关系。甚至这些男子会单独对下属或经纪人做出这种口头指示，但只要他有意不了解具体某位少女的年龄，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。分析到这里，我们就可以看出，这个看上去一个纯技术的司法解释一旦使用起来其实隐含了一种极端的社会不公正，不仅是违背了法治所允诺的法律面前人人平等，事实上更可能借助这一解释创造了一种法律上的不平等。如果真正作为法律坚持下去，很容易激发社会矛盾；如果迫于社会矛盾，对不同的人选择性适用这一解释，则可能破坏法治，失去法律的可预期性。事实上，尽管一些法学报刊杂志、一些法学界人士为最高法院的这一司法解释开唱赞歌之际，网上已有少数网友几乎完全是凭直觉指出了这一司法解释的潜在问题，质疑说“人们不禁要问，这是在为什么人立法”；[21]“明眼人一看就知道，这个司法解释对犯罪有利，对不满十四周岁的少女有害，对整个社会有弊无利。……这一司法解释却在替犯罪开脱”。[22]这样的言辞也许有点过分了。因为，尽管我相信导致这一批复之发生的那个案件绝不会是一个普通人的案件，我也相信在这个最终惊动了最高院审委会的案件也一定有许多法律人、法学家甚至法官上下其手，但我相信最高人民法院还不至于有这样的意图。但是，至少就其实际后果或可能的预期而言，我们就不能不承认：假如我上面的分析是有道理的话，这种质疑不是完全没有根据的。这至少是一个严重损害最高法院自身公正合法形象的司法解释；同时，这一解释也是对最高法院大

法官们的智力和法律知识的一种羞辱。这样一个司法解释也不利于我们社会包括最高人民法院所追求的司法制度的建设。因为这个解释还具有这样一个作用，用经济学的话语来说，它具有“造租”的功能。我们知道，相对而言，规则是比较难变动的，而标准则由于允许了裁量权的介入则相对比较灵活。[23]因此，律师一般都更倾向于更能发挥自身作用的标准。因此，这一解释就为某些特定类型刑事辩护律师提供了一个新的富矿，律师可以在“确实不知”或“确知”以及修改后的“自愿”等法律概念之证明或反驳上大做文章。不仅如此，这条规则的变动，也还可能为某些检察官选择性地在更早阶段不提起指控，为某些法官选择性地在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。这对于最高法院近年来的追求的公平与效率两个目标都是不那么吻合的，当然，倘若这两个目标不只是一种口号或公关的话。也许我太不信任我们的法官、检察官了？也许我太低估了律师的良心了？是的。制度的设计常常只是为了防止最坏的结果，因此才有了法律的“恶人”理论。我倒是真诚希望我的这些分析是杞人忧天，希望历史证明我是错误的；并且能向被怀疑的人道歉。但即使没有这些灵魂腐败或唯利是图的人，我也还要指出，这一规则的改变至少也还会在这类案件中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。只要想一想只要是一位法定强奸的犯罪嫌疑人坚持称自己确实不知道幼女的年龄，而检察院要承担起证明犯罪嫌疑人“知道或应当知道”的责任，这必定会比仅仅证明他同一位幼女发生了性关系这一点耗费检察院（实际最终是纳税人）更

多的人力和物力资源。[24]面对这种可能是禁止性费用，按照价格理论，我相信会有更多的检察院可能会从一开始就放弃起诉的努力。而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。四（省略）五（省略）六我懂得，并且一贯坚持，学术论文不是提具体建议的地方。但是笔下的这个问题实在是迫使我必须违规，尽管还达不到“紧急避险”的程度。鉴于司法解释的错误以及实践起来的潜在不公正，我的建议是如下之一：一．最高检察院对这一司法解释的合法性提起审判监督，要求最高法院再次审理，做出决定，由最高法院自己推翻这一决定，纠正这一错误，重新确立司法的尊严；二．援引有关香港基本法第24和第22条有关居港权的先例，[25]由适当部门（例如检察院）请求全国人大常委会对刑法326条第2款做出效力相当于立法的立法解释；三．在今年三月或下一届全国人大会议上，由全国人大委员针对这一问题制定新的立法提案，并予以辩论通过（包括肯定和否定最高人民法院的这一司法解释）。尽管言词比较犀利，但是上面的分析，特别是对最高法院，我还是有意节制的。节制并不是为了公关，而是我理解最高人民法院包括全国各级法院可能事实上在奸淫幼女案或事实上的“嫖宿幼女案”中都遇到一些非常棘手的案件，而且，我国刑法对这类处罚相当重（最高可达死刑），[26]因此实践起来很难。这些问题都是现实的问题，反映了我国刑事立法上的问题颇多。但即使如此，我认为不能以放弃对幼女的部分法律保护来追求其他也许同样值得追求甚至是保护的利益。因此，我的建议是，在坚持刑法的第236条的法定强奸之司法实践的同时，修改刑法的相关条文，对即使有铁证如山的证据证明是双

方自愿同十四岁以下幼女的性行为也仍以强奸论，但无须从重处罚。注释：[1] 参见《法制日报》2003年1月24日，页2。[2] 由于涉及到公民的基本权利，因此《未成年人保护法》或至少其中的一些条款实际上应当可以视为宪法性的法律；至少在美国这类问题是作为宪法问题的，例如议论多年的关于妇女平权就是以宪法修正案提出的，其他许多例如老人、残疾人、少数族裔以及同性恋的某些案件都属于宪法性案件。当然，我并不认为美国就是标准，而只是以此作为一个参考。[3] 原准备提交一个完全的附录，但由于资料大多，既可能浪费杂志篇幅，而且真正关心的人也不会多。因此，我在此作一简单概括。不很准确但最新的统计是，在有相关资料的200多个法域中，法定强奸的意思表示年龄为16岁以上的有154个法域（包括日本、印度、以色列、俄罗斯、美国的几乎所有的州、英国、瑞士、澳大利亚、南非、越南、卢旺达），14或15岁的有41个（包括中国、新加坡、波兰、罗马尼亚、法国、德国等），意思表示年龄在13-12岁只有12个（布基内法索、智利、韩国、朝鲜、圭亚那、巴纳圭、尼日利亚、墨西哥、西班牙等）。虽然没有进行统计分析，这一年龄看起来与经济文化发展状况似乎没有关联关系，甚至与社会目前的性习俗也没有多大关系，可能与传统习俗有关。有关各国的法定强奸的意思表示年龄的英文资料，可参看

，<http://www.ageofconsent.com/ageofconsent.htm>，最后访问2003-2-9。[4] 例如，Official Code of Georgia Annotated, Copyright c2002 by The State of Georgia, § 16-6-3。又请看，美国The Model Penal Code, § 213.2-3。[5] 美国布莱克法律词典对“法定强奸”的界定为：“同不到意思表示年龄（各州不



同，16、17或18岁)的女性的非法性关系。不要求政府证明这一性关系没有这位女性的同意，因为她是结论性地被假定由于其年幼而没有表示同意的能力。” Black ' s Law Dictionary, abridged fifth ed. West Publishing Co., 1983, 734 ; 《牛津法律挚友》的相关界定是：“同年龄16岁以下的的性关系，即使有她的同意，尽管不是强奸，也是犯罪”。 David M. Walker, The Oxford Companion to Law, Clarendon Press, 1980, 1031. [6] Strickland v. State, 207 Ga. 284, 61 S.E.2d 118 (1950). [7] 可参看，Oxford Dictionary of Law, New ed., Oxford University Press, 2002, p.20 ; 又请看，Black ' s Law Dictionary, p. 33. [8] 转引自，<http://www.ageofconsent.com/definitions.htm>，同前。 [9] “社会主义刑法不存在客观归罪的原则……”。 “只有社会危害行为而缺乏故意或过失，就不能构成犯罪”（曾庆敏：“犯罪构成”、“犯罪主观方面的要件”，《中国大百科全书》法学卷，中国大百科全书出版社，1984，页127）。“这些要件是有内在联系的，缺一不可的”。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，页52）。 [10] 6 Am. Jur. 2d Proof of Facts 2 (1975). [11] United States v. Ransom, 942 F.2d 775, 776 (10th Cir. 1991). 以及8 A.L.R. 3d 1100 and 1 Whartons Crim. Law & Proc. 321。这段编译文字出自，Collins v. State, 691 So. 2d 918 (Miss. 1997)。 [12] 关于古代社会为什么会更多“客观归罪”、强调严格责任而近代发生变化的一种非意识形态解释，请看，波斯纳：《正义 / 司法的经济学》，苏力译，中国政法大学出版社，2002年，特别是第7章。 [13] 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社，2002年，页222。 [14] 参见，波

斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社，2002年，页120及注8；《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社，2001年，页386。[15] 有关女性和男性消费的情色读物，包括文字和图片材料，以及他们之反映的研究就表明男女之间的差别。女性相比而言更爱看一些爱情小说，至少也要带有某种情调的色情作品，而所谓的“硬核”色情作品的消费者基本上是男子。请参看，波斯纳：《性与理性》，页476，以及第4章的注14所引的资料。这一点在我们周围的生活中也可以发现，我们什么时候听说过女性聚在一起看“毛片”或“A级片”的（我们也许更多看到的是她们看琼瑶、三毛）。当然也可能由于文化的原因她们更隐秘一些，但是即使承认这个因素在中国比较强，那也不影响这一论点，因为这个文化因素也一定会表现在她们的其他行动上，例如性行为上。[16] 参看，波斯纳：《性与理性》，页532。[17] 苏力，“从禁忌到理性”，《读书》2002年7期。[18] 波斯纳的一个论证非常有力，“让我们假定，美国士兵已经接受了这个非理性但又无法动摇的信念，十三日星期五发起进攻会带来灾难。那么，这个信念本身就是一个事实，军事统帅在安排进攻日期时就有责任把这一事实考虑在内。如果十三号星期五发起进攻非常重要，那么，他也许就要努力教育士兵摆脱他们的迷信；但如果不是非常重要或者是这一迷信非常顽固，也许他会认为，最好还是接受这一点。”波斯纳：《性与理性》，页425。[19] 前瞻理论地发现之一是，失去一元钱的负效用之绝对值要大于得到一元钱的正效用，人们并不是以财富的最终状态来判断的，而是以获利或损失来感受结果的。关于卡尼曼的研究简介，可参看，“卡尼曼的挑战”，《社

会科学报》, 2002年10月31日, 页7; 其理论法律上的运用, 英文文献, 可参看, Daniel Kahneman, et al., (ed), Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Cambridge University Press, 1982. 以及Cass R. Sunstein, ed., Behavioral Law and Economics, Cambridge University Press, 2000. [20] 参看, American Bookseller Association, Inc. v. Hudnut, 771 F.2d 323, 329 n.2 (7th Cir. 1985). [21] 寇庆民: “荒唐的司法解释” 光明网, 2003年1月26日。 [22] 文志传: “是保护幼女, 还是纵容犯罪,” 人民网, 2003年2月02日。 [23] 关于规则与标准或严格责任与过错责任之相对优劣的法理学讨论很多, 中文材料, 可参看, 波斯纳: 《法理学问题》, 页54以下。 [24] 这就是为什么严格责任相对于过错责任, 尽管对于社会资源的配置未毕最有效率, 但在司法程序上却肯定更有效率的理由。可参看, 波斯纳: 《法律的经济分析》, 蒋兆康译, 大百科全书出版社, 1997, 页730 - 31。 [25] 有关居港权的争议之始末的减少、分析和讨论, 可参看, 陈弘毅: “回归后香港与内地法制的互动: 回顾与前瞻,” 《中国内地、香港法律制度研究与比较》, 香港法律教育信托基金 [编], 北京大学出版社, 2000年, 页2223。 [26] 有关的分析, 可参看, 杨书文: “刑法中的‘嫖宿幼女罪’应予废止”, 《生活时报》, 2000年06月14日。 文章出处: 北大法律信息网作者简介: 朱苏力北京大学法学院教授、博士生导师, 北京大学法学院院长、学术委员会主席。 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](http://www.100test.com)