

一个半公正的司法解释

——兼与苏力教授对话

邱兴隆*

内容提要:对幼女的年龄的明知是奸淫幼女成罪的必要要件,此乃刑法关于奸淫幼女的规定之本意。司法解释只有遵循这一本意才具有合法性。最高人民法院关于奸淫幼女的批复要求以对幼女的年龄的明知作为奸淫幼女的入罪条件,符合立法原意,因而具有公正的成分。将奸淫幼女解释为严格责任罪,既不符合立法精神,也有悖法理。但是,最高法院的批复在将对幼女的年龄的明知作为绝对的入罪条件的同时没有将幼女的年龄的不明知作为绝对的出罪条件,因而又不是完全公正的。

关键词:司法解释 奸淫幼女 严格责任 罪过责任

当苏力教授以《一个不公正的司法解释》为题在网上发表其对最高法院关于奸淫幼女的批复的批判时,^[1]我尚无缘拜读全文,因为苏力教授只让我有缘品味了该文的第一、二、五、六部分。但我当时即觉得,仅这四部分,便似乎赋予了我就文中所涉的司法解释的公正性与苏力教授唱反调的资格。当然,这种资格不完全是苏力教授赋予的,而至少部分地是我作为一个刑法学人所应该具有的。当《一个不公正的司法解释》更名为《司法解释、公共政策和最高法院》在千呼万唤中始出来(全文刊载于《法学》2003年第8期),终于有缘拜读苏力教授对有关司法解释的全部批判后,我更产生了一种考问苏力教授的冲动。在我看来,苏力教授所批判的司法解释,的确有不公正的成分,但更重要的是存在公正的因素。而且,我所言的公正的,正是苏力教授所着力批判的不公正的;而我所言的不公正的,则恰好是苏力教授作为辅证所引证的所谓“公正的伏笔”。正是在这个意义上,我认为,被苏力教授所批判的司法解释,因为是一个部分公正、部分不公正的司法解释,而只是一个半公正的司法解释。惟其不是一个完全公正的司法解释,它委实值得批判,同时,因为苏力教授力图使这个半公正的司法解释变为一个完全不公正的司法解释,所以,苏力教授对有关司法解释的批判也就似乎更值得批判。

一、司法解释与立法原意

司法解释乃最高司法机关对立法所做的有权解释。倘若司法解释背离立法原意,则意味着司法权对立法权的侵越。正是为了避免司法者通过背离立法原意的司法解释而导致司法权对立法权的侵

* 湘潭大学法学院教授。

[1] <http://www.china-judge.com/ReadNews.asp?NewsID=2255&BigClassID=16&SmallClassID=15&SpecialID=32>

越,在高扬三权分立理念的近代,“法官不得解释法律”成为思想家们给司法者的一个告诫乃至戒律。^[2] 尽管司法解释对于准确而公正的司法的不可或缺的工具价值注定了这一戒律的破产,但这并不意味着司法者哪怕是最高司法机关由此便具有了任意解释法律的权力。“法官不得解释法律”的戒律之被“法官不得任意解释法律”的规则所取代,在赋予最高司法机关以解释法律的权威的同时,也赋予了最高司法机关忠实地解释法律的义务。由此,司法解释必须符合立法原意亦即通常所谓的立法精神,便成为司法者解释法律时所必须遵循的根本准则。^[3] 正由于此,是否符合立法原意或者说立法精神,也就成为评判一个司法解释是否公正的惟一基准。

那么,苏力教授文中所涉的最高人民法院关于奸淫幼女的司法解释,是否符合刑法第236条第2款的原意?在我看来,仅就司法解释将行为人“明知”是幼女作为构成奸淫幼女的必要要件而言,其符合立法原意是明显的。至少,我们可以就此提出如下多方面的理由:

1. 刑法总则的一般规定应该适用于刑法分则的具体规定,当然也应该适用于刑法第236条第2款的规定。刑法第16条明文规定,“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,我国刑法中的任何犯罪,都只能是要么出于故意要么出于过失,不存在既无故意也无过失的所谓严格责任罪。刑法第236条第2款虽然从字面上无法看出排斥了严格责任,但正由于刑法16条的规定对该款的理解具有制约作用,因此,按照明示排斥默示的解释规则,第236条第2款不包括既无故意也无过失的严格责任,乃该款当然的立法原意。在这一意义上说,应该认为,司法解释强调“明知”,将严格责任排斥在奸淫幼女之外,不但不与立法原意相背离,而且与立法原意不谋而合。

2. 奸淫幼女只能是出于故意,不但不包含严格责任,而且不应包含过失。其理由如下:

其一,刑法第15条第2款的规定决定了过失构成奸淫幼女的不可能性。该款规定,“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”。所谓法律有规定,当然是指刑法或者其他法律规范标明了具体的犯罪可以由过失构成。这样的规定,既可以明示,也可以默示。所谓明示,乃指法条明确规定犯罪可以乃至只能由过失构成。刑法第233条、第235条关于过失致人死亡或者过失致人重伤的规定等,即属明示的范例。所谓默示,即虽然法条没有使用过失字样,但从法条所用文字可以判断,有关犯罪非过失莫属。如:刑法第131条-138条虽然没有在有关罪状中使用“过失”二字,但其中所使用的“事故”一词则显然排斥了故意。那么,刑法第236条第2款是否规定了奸淫幼女可以由过失构成?回答无疑不是肯定的。因为该款不但没有关于奸淫幼女可以由过失构成的明示,即在奸淫幼女的罪状中不包含“过失”字样,而且,从“奸淫”一词我们也得不到关于过失的任何默示。毕竟,在“奸淫”或“奸污”之类蕴涵着极强的道德谴责成分的词语中,我们不可能得出包括过失的任何结论。既然“奸淫”一词与过失无缘,我们当然没有理由认为刑法第236条第2款关于“奸淫不满十四周岁的幼女”的规定,包含有过失犯罪。将过失奸淫幼女作为犯罪,显然违背刑法第15条第2款的规定。

其二,过失犯罪与故意犯罪无论是从主观恶性上还是从社会的道德谴责度上,都不具有可类比性,因此,将过失犯罪以故意犯罪论处,既不合刑法理论,也不合伦理精神。刑法第236条第2款规定,奸淫幼女以强奸论。而强奸罪属于故意犯罪,如果奸淫幼女可以由过失构成,便意味着过失犯罪可以故意犯罪论处,因而有悖不得将过失犯罪以故意犯罪论处的规则。

其三,本着处罚故意为原则,处罚过失为例外的世界通例,同等条件下的故意犯罪与过失犯罪,应该有不同法定刑幅度,即同等条件下的过失犯罪的法定刑应该轻于故意犯罪。如果将刑法第236

[2] 例如:贝卡利亚认为,“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利,因为他们不是立法者”。[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

[3] 司法解释必须忠实于立法原意,是派生于法律解释的合法性原则的必然结论。关于法律解释的合法性原则,可参见陈金钊:《法律解释的哲学》,山东人民出版社1999年版,第115页以下;李希慧:《刑法解释论》,中国人民公安大学出版社1995年版,第82页以下。

条第2款理解为既包括故意也包括过失,其结果必然是,无论故意的奸淫幼女还是过失的奸淫幼女,都应按强奸罪从重处罚。基于强奸罪本来就是一种可处死刑的重罪,而奸淫幼女又应从重处罚,相应地,过失奸淫幼女的行为被以强奸罪处以死刑便不但成为可能,而且,具有不可避免性。这样荒唐的结论,显然不应该是从立法的本意得出的,而只可能是对立法的误解所致。因为且不说自古罗马时代区分故意与过失以来,过失犯罪不得处死刑便是责任主义刑法的一个重要标志,仅从中国刑法关于过失致人死亡最高法定刑为7年有期徒刑的规定来看,非故意的奸淫幼女不得处死刑也应该是一个必然的结论。很难想象,对过失致死人命最高只处7年有期徒刑的同一部刑法典,会允许对过失奸淫幼女者处以死刑。因此,我们完全可以说,刑法对奸淫幼女以强奸罪从重处罚的规定本身便排除了奸淫幼女可以由过失构成的可能性。

3. 大凡以特殊对象为目标的故意犯罪,都应该以对特殊的对象的明知为故意的内容。通观刑法的规定,以特殊对象为目标的故意犯罪,可以分为有明文规定与未明文规定以对对象的特殊性的明知为构罪前提两种情况。有明文规定者,如刑法第148条规定的“销售明知是不符合卫生标准的化妆品”,第259条规定的“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的”,等等。未明文规定者,如刑法第236条第2款规定的“奸淫不满十四周岁的幼女的”,第314条规定的“隐藏、转移、变卖、故意损害已被司法机关查封、扣押、冻结的财产”,第347条规定的“走私、贩卖、运输、制造毒品”以及第360条第2款规定的“嫖宿不满十四周岁的幼女的”,等等。与刑法有明文规定与未明文规定“明知”之别相适应,极有可能引发这样的判断:法条规定以明知对象的特殊性的前提的故意犯罪,其当然以明知为必要构成要件。然而,在法条没有规定以明知对象的特殊性为前提的情况下,要求以特殊对象为目标的故意犯罪必须具备明知的构成要件,则似乎没有法律根据。关于奸淫幼女不以对幼女的明知为必要构成要件的论点,归根到底,便源于此。倘若刑法第236条第2款的规定改写为“明知是不满十四周岁的幼女而奸淫的”或者“奸淫明知不满十四岁的幼女的”,那么,有关奸淫幼女是否以明知为必要构成要件的论争便无从产生,甚至于就此进行的司法解释也是不必要的。在我看来,有明知字样,是对明知乃必要的构罪条件的明示,而无明知字样也可以理解为是对明知乃构罪条件的默示。换言之,在有明知的明示的情况下,明知是构罪必要条件,自不待言。而在没有明知的明示的情况下,不等于否定明知是构罪的必要条件。重要的不是法条是否有明知二字,而在于立法精神中是否包含有明知。而只要我们稍加分析,凡以特殊对象为目标的故意犯罪,不以对对象的特殊性的明知为前提,便难以成立。尽管在通常情况下,故意的认识因素以对危害结果发生的可能性的明知为已足,但在以特殊对象为目标的情况下,认识的内容则不应仅以对危害结果发生的可能性的明知为限,而是应该延伸到对对象的特殊性的认识。原因在于,刑法之所以就以特殊对象为目标的故意行为单独成罪,是因为对象的特殊性决定着以特殊对象为目标的犯罪具有大于以普通对象为目标的犯罪的危害性。如果对对象的特殊性没有明知,也就谈不上对以特殊目标的犯罪的特殊的危害结果发生的可能性的认识。因此,对对象的特殊性的明知,应该是以特殊对象为目标的故意犯罪的主观必要构成要件,是一种当然之理。如果奸淫幼女可不以明知为构罪条件,依此类推,我们便可以同样得出如此荒谬的结论:即使不明知是已被司法机关查封、扣押、冻结的财产,而予以隐藏、转移、变卖、故意损害者,也可以构成非法处置查封、扣押、冻结的财产罪;即使不明知是毒品,而予以走私、贩卖、运输、制造者,也可以构成走私、贩卖、运输、制造毒品罪;即使不明知是幼女,而与之嫖宿者,也可以构成嫖宿幼女罪。因为与如前所述的奸淫幼女的罪状一样,诸如此类犯罪的罪状中,也没有明知的明示。

以上足以表明,奸淫幼女不是严格责任犯罪,不能由过失构成,而是一种以对幼女的明知为构罪的必要的主观要件的故意犯罪,乃刑法第236条第2款的立法本意所在。最高人民法院关于奸淫幼女必须以明知是幼女为构罪前提的解释,不但不违背而且完全吻合立法原意。这种忠实于立法精神的司法解释,不但符合司法解释所必须遵循的基本准则,而且,至少在“恶法亦法”的意义上,体现了法律解释所应有的公正性。

二、批判的批判

现在,让我们转向苏力教授对最高法院关于奸淫幼女的司法解释的批判。

本文的上一部分对刑法第236条第2款立法原意的求证,已经证明了奸淫幼女的成立必须以明知是幼女为前提,当然也就构成对苏力教授关于奸淫幼女乃不需以明知为前提的严格责任犯罪的理解的一种否定。因此,在这里,我没有必要重复上文的论证来就该款的立法原意是什么这一已经清楚的问题与苏力教授交锋,而只想进一步就奸淫幼女规定罪过责任的合理性做一番论证。鉴于苏力教授所论证的是就奸淫幼女规定严格责任的合理性,而我要论证的是就此规定罪过责任的合理性,因此,我的论证将主要表现为对苏力教授的论证的一种辩驳。

苏力教授关于奸淫幼女是一种严格责任犯罪的合理性的论证,路径大概如此:其一,列举国外普遍存在的法定强奸为严格责任的立法例;其二,分析这些立法例背后的立法精神及其合理性;其三,从这些立法例的立法精神及合理性中推论中国刑法第236条第2款作为一种严格责任犯罪的合理性。

应该肯定的是,苏力教授所列举的立法例是存在的,而且,我们甚至可以对苏力教授关于这些立法例的立法精神与合理性不持任何异议。但同样不得不指出的是,这些论证存在如下明显的问题:

1. 如所周知,基于不同的法律传统,不同国家的刑法规定存在众多差异。其中最明显的表现之一便是,在英美国家,刑法普遍承认有限的严格责任的存在,即就特定犯罪规定严格责任。而在大陆法系国家,至少是就主要的与典型的大陆法系国家而言,刑法不但不承认而且甚至完全排斥严格责任犯罪。如:法国、德国、奥地利、日本等。^[4]作为这种标志性差异的具体体现,在英美刑法中,法定强奸属于不以罪过因而更不以明知为必要的构罪条件的严格责任犯罪。而在大陆法系国家的刑法中,法定强奸与普通强奸的区别并不在于是否以有罪过为构罪的前提,而仅在于是否因被害人的同意而出罪。苏力教授所引证与列举的立法例,主要属于英美法系国家的立法例,而只有意大利刑法与格陵兰刑法是大陆法系国家的立法例。^[5]我不敢妄自判断,苏力教授如此只顾英美无视大陆^[6]的取材,是有意还是无意所为,但不得不指出的是,苏力教授关于奸淫幼女属于严格责任犯罪的理解,也许在英美与个别大陆法系国家刑法语境中无懈可击,但一旦适用于作为大陆法系刑法之亲代的刑法

[4] 如:法国刑法典第121-3条第1款规定“无犯重罪或轻罪之故意,即无重罪或轻罪”,表明犯罪原则上必须出于故意。第2款规定,“但是,在法律有规定时,轻率不慎、疏忽大意或蓄意置他人于危险之场合,得为轻罪”,表明过失在例外情况下可以构成轻罪。而没有给既非出于故意也非出于过失的严格责任罪留有任何余地。见罗结珍译:《法国刑法典》,中国人民公安大学出版社1995年版,第7页。

[5] 苏力教授所引证的是《意大利刑法典》第539条关于对受害人的年龄的不知不得成为免责理由的规定,以及格陵兰刑法典第53条甲款因疏忽幼儿的年龄与十五岁以下的幼儿性交或发生其他性关系者,定同幼儿发生性交罪的规定。苏力教授的本意是想说明对奸淫幼女采用严格责任的不仅是英美法系国家刑法,而且也包括部分大陆法系国家刑法。然而,不得不指出的是,苏力教授所引证的这两个大陆法系国家的刑法条款,难以支撑他的论点。意大利刑法第593条确曾存在,而且,该条也似乎确实表明奸淫幼女的成立不需以对幼儿的年龄的明知为前提。但苏力教授所引证的是1968年修订的意大利刑法典。而此后意大利刑法典经由1996年2月15日第66号法律进行了再修订,被苏力教授所引证的第539条被该号法律所明文废除(黄风译:《意大利刑法典》,中国政法大学出版社1998年版,第154页)。因此,如果说苏力教授所引证的原第539条的规定是对以明知幼儿的年龄作为故意的内容的否定,那么,意大利刑法对该条的废弃,也就意味着对此的态度转变,即肯定了奸淫幼女必须以明知幼儿的年龄为前提。至于说苏力教授对格陵兰刑法典第53条甲款的引证,至少存在两方面的问题。首先,该款原文本为:“明知或行为时疏忽幼儿的年龄与十五岁以下的幼儿性交或发生其他性关系者,定同幼儿发生性交罪”(《外国刑法研究资料》(第六辑),中国政法大学1983年版,第325页)。而苏力教授在引证时,有意无意地省引了“明知”二字,给人以该款不要求对幼儿的年龄的明知为要件的误导。其次,按该款的本意,构成同幼儿发生性交罪必须要么是明知要么是在行为时疏忽幼儿的年龄。“明知”所标识的当然是故意,“疏忽”则非过失莫属。而无论是明知的故意还是疏忽的过失,都表明此罪是一种罪过责任,而不属于苏力教授所认为的严格责任。

[6] 如:《俄罗斯刑法典》以明示的方式将“明知”幼女的年龄作为奸淫幼女的必要要件。该法典第134条规定,“年满18岁的人与明知未满16岁的人实行性交的”(黄道秀等译:《俄罗斯联邦刑法典》,中国法制出版社1996年版,第66页)。

的语境中,则可能根本没有说服力。因为既然英美刑法与大陆法系刑法在严格责任问题上采取的是完全不同的立场,以英美刑法中规定严格责任的合理性来推论排斥严格责任的大陆法系刑法以及作为其亲代的中国刑法中的所谓严格责任的合理性,显然缺乏推论的前提。

2. 正如苏力教授所言,在其所引证的域外刑法的相关规定或者判例中,大都申明了年龄认知错误不构成法定辩解,即不构成排罪理由。而这也正是我们认定,在这样的语境下,奸淫幼女或曰法定强奸之所以成其为严格责任罪的原因所在。然而,在中国刑法中,并无对幼女的年龄的不知或认知错误不构成排罪理由的规定。因此,苏力教授所引证的域外刑法的相关规定或者判例与中国刑法中关于奸淫幼女的规定完全不具有可比的前提。也就是说,域外刑法的相关规定或者判例只能说明域外刑法就法定强奸所确定的是严格责任罪,而不能说明中国刑法中的奸淫幼女罪也属于严格责任罪。换言之,正如域外刑法的相关规定或者判例因申明了对幼女的年龄的不知不得作为辩解,而确认了法定强奸属于严格责任罪一样,中国刑法因没有申明对幼女的年龄的不知不得作为排罪理由,而没有确认奸淫幼女属于严格责任罪。苏力教授从域外刑法的相关规定或者判例推论中国刑法中的奸淫幼女属于严格责任罪,是一种没有前提的结论,有违逻辑。

3. 按照苏力教授的观点,域外刑法之所以对法定强奸采纳严格责任,主要是为了突出对幼女这一弱势群体的特殊保护,而最高人民法院的司法解释将明知作为奸淫幼女的必要要件,在排除严格责任的同时,也就与保护幼女的公共政策相冲突。事实上,无论是域外还是域内,奸淫幼女之作为一种特殊的犯罪的存在,都是为了突出对幼女这一弱势群体的特殊保护。问题在于,是否如苏力教授所言,只有就奸淫幼女确立严格责任,才足以显示这样的特殊保护。在我看来,就奸淫幼女确立严格责任,当然是强调对幼女的特殊保护,但不就此确立严格责任,并不意味着没有强调对幼女的特殊保护。也许,要弄清这一问题,可能还应该从为什么对幼女应予以特殊保护这一本源性的问题上来。

在我看来,对幼女予以特殊保护的必要性渊源于幼女的特殊的心身状态。就心智状态而言,幼女不具有常人所具有的认识与判断能力,其对自身行为的性质往往缺乏正确的判断,因此,其自以为有利于或者无害于自身的意思表示,实际上往往有可能是有害于其自身的。就身体状态而言,幼女身体发育不成熟,以致形成不利于她的两个因素,即一方面,幼女体力有限,易于受到性攻击,而一遇攻击,其抵抗能力弱;另一方面,作为幼女身体发育不成熟的表现,幼女的性器官等发育不成熟,在粗暴的性攻击之下,幼女容易遭受性器官损伤乃至更大损害的危险。幼女的不健全的心智状态,决定了从保护幼女利益出发,法律不能象对待成人一样,将其意思表示视为真实,并以此阻却加害人的责任。其理如同未满十四岁的人不成其为犯罪主体一般,不需赘述。幼女的不成熟的身体发育状态,决定了刑法需要有大于对成人的保护力度来保护幼女。而刑法的保护力度的大小,无外乎表现为扩大调控面与加重刑罚以制裁相应的危害行为。

那么,我国刑法第236条第2款的规定以及最高法院就此所做的司法解释,是否体现了对幼女的特殊保护?回答显然是肯定的。这至少可以从两个方面得到论证:其一是,奸淫幼女尽管以强奸论处,但其不需完全符合强奸罪的必要构成要件。强奸罪需以违背妇女意志为前提,妇女的同意构成阻却性行为的对方的犯罪与责任的理由,但以强奸论处的奸淫幼女,则不论被害幼女是否同意,均可构成,幼女的同意并不必然阻却性行为的对方的犯罪与责任。这一方面反映了前述关于幼女的心智状态所决定的幼女的意思表示不能被视为真实的意思表示的要求,另一方面也体现出刑法在奸淫幼女问题上相对宽于强奸的调控范围,因而显示出对幼女相对于普通妇女的特殊保护。其二,以强奸论的奸淫幼女不是简单的按强奸罪处罚,而是应该从重处罚。换言之,同样的性行为,如果对象是普通妇女,其罪该当无期徒刑,如果对象是幼女,则其罪该当死刑。对奸淫幼女之处罚重于普通强奸,最明显而直接地体现了对幼女之不同于对普通妇女的特殊保护。

需要说明的是,将奸淫幼女确定为严格责任,当然比不将其作为严格责任犯罪体现出对幼女更特殊的保护。但前文的分析已经告诉我们,我们的结论也只应仅限于此,而不能象苏力教授一般,演绎

出不将奸淫幼女作为严格责任犯罪就违背保护幼女的公共政策的结论。因为对幼女的特殊保护,应该体现的是刑法有相对于对普通妇女的更大的保护力度,而不是一种绝对的保护力度。

4. 也许,苏力教授的本意是,不将奸淫幼女作为严格责任犯罪,便不足以突出对幼女的特殊保护。异言之,仅仅是不以幼女的同意阻却犯罪与责任以及对奸淫幼女按强奸从重处罚,还不符合保护幼女的特殊要求。如果是这样,便涉及到苏力教授是否找准了批判的对象的问题。正如本文第一部分所论证的一样,要说存在问题,问题也不在于最高法院的司法解释将刑法第236条第2款解释为非严格责任,而在于该款立法本身没有就奸淫幼女确立严格责任。因此,要说不就奸淫幼女确立严格责任便不足以突出对幼女的特殊保护,那么,错也是错在刑法第236条第2款的规定,而不是错在最高法院的司法解释。相应地,苏力教授的批判对象便不应该是最高法院对刑法第236条第2款所做的司法解释,而应该是该款本身,苏力教授文章的最后一部分关于完善司法解释的建议,也相应地应该是完善奸淫幼女立法的建议。因为司法解释必须真实于立法原意,即使立法本身不符合公共政策,其惟一的补救措施只有修订立法,而不在于以违背立法原意的司法解释来使其符合公共政策。^[7]

5. 在苏力教授关于司法解释违背保护幼女的公共政策的责难背后,实际上暗含着这样一个判断,即如果或者只有将奸淫幼女作为严格责任犯罪,就可以或者才能有效地实现对幼女的特殊保护。然而,苏力教授忽视了罪过之所以被作为行为人承担责任的主观根据,原因不但在于,无罪过的行为缺乏道德非难的基础,而且在于,没有罪过的行为,因为行为人缺乏对行为的性质的预知与判断而往往

[7] 正如我在本文的结语中将指出的一样,我惟恐没有读懂苏力教授,而且,我也惟恐刑法学界中的批判苏力教授者没有读懂苏力教授。促成我产生这样的担心的一个重要的因素是,包括我在内的苏力教授的批判者所持的都是法律解释的原旨主义标准,或者说严格解释的标准。而苏力教授从公共政策的要求的角度来解释刑法关于奸淫幼女的规定,则似乎持的是时代精神主义的标准,或者说灵活解释的标准。原旨主义与时代精神主义,是解释学问世以来便一直存在的两种针锋相对的解釋标准。在原旨主义或者严格解释主义看来,法律是静止的或者说死的,其真义只有从立法者当时的本意即立法当时的精神中去寻找,违背立法者的本意的解释,不具有合法性。而在时代精神主义或者灵活解释主义看来,法律是动态的或者活的,其只有随着社会的发展而注入新的时代精神,才有其生命力,拘泥于立法当时的原意来解释法律,只会导致法律落后于时代的要求而老化与失用。正由于原旨主义与时代精神主义的立意完全不同,所以,对同一法律规定可能出现两种针锋相对的解釋。美国学界对美国宪法第8修正案关于禁止残忍与异常的刑罚的规定存在两种截然相反的解釋,并就死刑是否违反宪法的该条禁令得出了两种完全对立的结论。死刑保留论者认为,该修正案形成于200年以前,而在当时乃至以后相当长的时间内,美国还大量适用死刑,这足以说明该修正案所禁止的残忍与异常的刑罚不包括死刑,因此,死刑并不违宪。在这里,保留论者所持的就是原旨主义的立场(参见 Ernest van den Haag and John P. Conrad, *The Death Penalty: A Debate*, New York and London: Plenum Press, 1983, pp. 157 - 158)。而死刑废止论者认为,宪法第8修正案产生时,其对残忍与异常的刑罚的禁止固然不涉及死刑,但经由两个世纪的发展,人们对残忍与异常的刑罚的理解发生了变化,在200年以前不认为是残忍与异常的刑罚,在200年以后完全可以被认为是残忍与异常的。死刑在200年以前是常见的,所以不是异常的;而在200年以后的今天,死刑已成为罕见的,因而演变成了异常的。在200年以前,生命权作为不可剥夺的基本人权的普适性尚未得到充分认识与认同,死刑不被视为残忍的刑罚,是可以理解的;而在200年以后的今天,生命权作为最基本人权的普适性已成为共识,将死刑视为残忍的刑罚,则尽在情理之中。因此,死刑因是既残忍又异常的刑罚,而属于违宪之刑。显然,死刑废止论者所持的是时代精神标准(参见 Hugo Adam Bedau, *Death Is Different: Studies in the Morality, Law and Politics of Capital Punishment*, Boston: Northeastern University Press, 1987, p. 92)。原旨主义的解釋标准与时代精神主义的解釋标准所导致的法律解释的不同结论由此可见一斑。因此,假若苏力教授立足于公共政策的需要而将奸淫幼女的规定解释为严格责任,所持的果真是时代精神的标准,那么,包括本文在内对苏力教授的批判便都是苍白的。因为在批判者与被批判者所持的解釋标准不同的前提下,交锋的焦点本应集中在对法律的解釋所持的应该是何种标准上才可使批判富有力度,否则,任何争论都是在双方没有共许前提下的争论,再激烈的批判都是无力的。正由于我所见到的包括本文在内的所有批判,都未切中要害地就解釋的标准问题与苏力教授交锋,所以,苏力教授完全可以认为我们的批判是“不够档次”的。然而,苏力教授通篇所论证的是刑法关于奸淫幼女的规定之本意就是严格责任罪,而没有申明尽管刑法的规定之本意是罪过责任,但基于社会形势的发展,保护幼女的公共政策要求对刑法的规定予以符合时代精神的解釋,即有必要将该规定解释为严格责任罪,因此,我的判断是,苏力教授并非持的时代精神主义的解釋标准,而是与作为批判者的我们同样持的原旨主义的标准。正由于作为批判者的我们与苏力教授持的都是原旨主义的标准,所以,才有必要就刑法关于奸淫幼女的规定之本意是罪过责任还是严格责任进行辩论,也才产生了这里所提出的苏力教授可以根据保护幼女的公共政策要求把刑法的相关规定修正为严格责任,但不能要求把这一规定解释为严格责任的问题。

构成不具有可遏制性的行为。既然是一种不具有可遏制性的行为,那么,即使予以刑罚规制,也是难以收预防之效的。

苏力教授引证法律经济分析学家波斯纳的观点,认为就奸淫幼女确立严格责任,可以促成潜在的奸淫幼女者绕开幼女而不与之发生性关系,达到阻止奸淫幼女的目的。因为按照苏力教授的看法,这样做,无论对于行为人还是有关系的幼女,都不是一种过重的负担。然而,在我看来,通过将奸淫幼女确立为严格责任来实现保护幼女的目的,不但可能的效果难以证明,而且,因为代价过高而构成一种高昂的负担。因为:

其一,在这里,我们遇到了所谓的边际效益的问题,即我们只有证明将奸淫幼女作为严格责任犯罪比不将其作为严格责任犯罪具有更大的阻止与幼女发生性行为的效果,才能主张将奸淫幼女作为严格责任犯罪是正当的。而苏力教授没有提供任何这样的经验证据,事实上,我们至今也从来没有找到过这样的经验证据。相应地,在苏力教授没有完成证明这样的边际效果的责任之前,我们不能不说苏力教授关于将奸淫幼女作为严格责任犯罪可以更好地保护幼女的判断似嫌武断。^[8]

其二,对于试图与人发生性行为的男性来说,要让其基于对刑罚的畏惧而绕过与幼女的性行为,除其必须明知与幼女的性行为有受到刑罚惩罚的必然危险之外,还必须明知自己可能的性对象是幼女。然而,是否幼女,惟一的标准仅在于是否已满十四周岁。虽然如苏力教授所言,通过细致观察幼女的身体发育状况,也许可以判断对象的可能的年龄,而通过询问、查看证件等也许可以确证对象的实际年龄。要求行为人细致观察对象的身体状况,虽然不是难事,因为身体发育状况可以一目了然。但问题在于,现实中存在的大量情况是,年龄接近十四岁的幼女,其身体状况往往如同成年妇女一般成熟,即使再细致的观察,也难免得出其不是幼女的错误结论。在行为人通过观察而内心确信对象不是幼女的情况下,其通常是不会询问对象的年龄的(更何况询问女性的年龄被普遍认为不是绅士所应为),即使询问了,在对象不真实告知实际年龄(更何况为显示自己的成熟而有意夸大自身的年龄是幼女常见的心态)、并通过细致的观察判断对象不是幼女,且通过询问得到对象不是幼女的确认后,行为人没有理由不确信对象不是幼女,当然不会再认为有必要查看证件。退一步说,即使行为人要求查看对象证件,我们还可以假设对象可能谎称没有带证件、出示虚填年龄的假证件或以其他理由搪塞。^[9]因此,即使行为人在如苏力教授所言的穷尽了诸如细致观察身体发育状况、询问年龄与查看证件之类的注意努力以后,其也仍然可能发生把幼女误作非幼女的认知错误,并基于这样的认知错误而自以为可以自外于奸淫幼女的罪责,进而“放心地”与幼女发生性行为。既然如此,我们不得不断言,将奸淫幼女作为严格责任犯罪,即使行为人通过苏力教授所设定的注意努力,也因难以准确认知幼女的年龄而难以收到苏力教授所预期的让行为人绕开与幼女的性行为的效果。刑法增加了将不明知是幼女而与幼女发生性行为的人予以刑罚惩罚的成本,却收不到阻止与幼女发生性行为的效果,如此无益的代价,岂不高昂?^[10]

其三,也许,以上提到的经验证据与无益的代价问题对于苏力教授过于苛求。那么,我们不妨做出一种让步,假定苏力教授的推定可以成立,即将奸淫幼女规定为严格责任犯罪较之不将其作为严格责任犯罪更能使行为人绕开与幼女的性行为。但是,这并不能排除我们对苏力教授的主张的道德正

[8] 鉴于经验根据的缺乏,苏力教授完全可能遭遇这样的反论,即不坚持罪过原则,刑罚便收不到预防效果。例如,意大利刑法学家帕多瓦尼便认为,“只有坚持罪过原则,刑法制度才能够从正面发挥刑罚预防功能的‘积极’作用”,并进一步阐述了坚持罪过原则对于刑罚一般预防与个别预防功能的发挥的意义。[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第181页以下。

[9] 其实,也未必都是搪塞,而是事实。在既存身份登记制度下,有效证件主要为身份证与户口本。而身份证只有年满16岁才办理,已满14岁未满16岁的少女通常是没有身份证的。至于户口本,本非随身携带的证件。因此,是幼女而似少女者,声称没有带证件是容易使人相信的。

[10] 也许,边沁在300多年前就告诫我们的“无效的刑罚”是不应发动的刑罚,在今天,对于我们仍没有失去其启发意义。参见[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第219页以下。

当性的追问。因为即使将奸淫幼女作为严格责任犯罪可以收到前面所提到的边际效益,如此做的道德正当性也仅仅奠基于功利主义的正当根据之上,因而难免遭受功利主义刑罚根据论所可能遭受的一切责难。因为对前述推定的边际效果的追求的代价是牺牲道德谴责的正当性,而这势必陷入目的正当可以不择手段的误区。更大地保护幼女的利益以及更多地避免与幼女发生的性行为,作为一种目的,其本身的正当性无疑是无懈可击的。然而,问题在于,目的正当不等于一切正当,更不等于可以不择手段。正如性作为人的一种天然欲求,本身并非不正当,但一旦性的满足借助的是不正当的手段,性也就失去了其正当性一样,正当的目的如果不通过正当的手段来实现,目的正当性也就丧失殆尽。无罪过的行为不具有道德上的应受谴责性,而刑罚作为一种内含着极强的道德谴责因素的制裁手段,^[11]无论其可以收到多大的预防犯罪的效果,只要其所适用的对象不是应受道德谴责的行为,便不是正当的。^[12]这也是意外事件之所以不应作为犯罪处罚的道德根据所在。为了追求更大的绕开与幼女发生性行为的效果而将因不明知是幼女而与之发生的性行为作为犯罪惩罚,意味着对以行为的应受谴责性作为定罪道德根据的突破,从而牺牲了定罪的正当根据。这样的牺牲,在一定意义上说,是对刑罚的公正性的牺牲,因而不能不说是一种莫大的代价。^[13]

其四,作为最重要的论据之一,苏力教授援用了法律解释的明示排斥默示规则,认为凡刑法明文规定了明知的,其当然以明知为必要构成要件,凡刑法没有明文规定明知的,则不以明知为必要。既然刑法没有明文规定奸淫幼女以明知是幼女为前提,明知便当然不是奸淫幼女的必要要件。如果苏力教授的这一立论成立,那么,不以明知为必要构成要件的犯罪便远非奸淫幼女一种,而是扩展到了“隐藏、转移、变卖、故意损害已被司法机关查封、扣押、冻结的财产”、“走私、贩卖、运输、制造毒品”与“嫖宿不满十四周岁的幼女”等不下十数种犯罪。这样,作为将奸淫幼女作为严格责任犯罪的一种伴生后果,所带来的代价便不仅仅是扩大了奸淫幼女而是还会扩大其他十数种犯罪的适用范围。相应地,因不明知而无罪过因而无辜的人被追究刑事责任者势必大增。这一派生的代价,也许是苏力教授所没有考虑到的。

三、司法解释与刑法的张力

至此,我已为本文所涉的最高法院的司法解释做了必要的辩护,并就苏力教授对该司法解释的责难做了必要的辩驳。按理,本文似乎到了该停笔的时候了。

然而,我对相关司法解释的辩护建立在不明知是幼女而双方自愿发生性行为不构成犯罪这一绝对的命题之上。而事实上,最高法院的相关司法解释并非如此绝对,而是对排罪的条件做了相当苛刻的限制,即在“行为人确实不知对方是不满十四岁的幼女,双方自愿发生性行为”之外,还增加了“未造成严重后果,情节显著轻微”的前置性规定,因而似乎隐含有这样的意思——即使确实不明知对方是不满十四岁的幼女,双方自愿发生了性行为,但造成了严重后果,情节严重者,也可以构成犯罪。如果这样,最高法院的司法解释实际上也肯定了不明知是幼女构成奸淫幼女罪的可能性。由于这一苛刻的限制与苏力教授的主张有吻合的一面,苏力教授将这一限制性规定称为“公正的伏笔”。

[11] 美国学者赫希认为,刑罚固有着硬、软两件。硬件即“适用严厉的处理”,软件则是“施加谴责”。参见 Adrew von Hirsch, *Past or Future Crime: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick and London Rutgers University Press, 1987, p. 10.

[12] 帕多瓦尼就罪过原则的意义所做的说明可谓一语中的:“如果行为人……主观上没有故意或过失……就没有理由对行为人进行谴责,刑罚也就没有存在的根据”。前引[8],帕多瓦尼书,第180页。

[13] 为追求刑罚的遏制效果而抛弃罪过责任,实际上是将刑罚的预防(功利)根据凌驾于公正(报应)根据之上,违背报应限制功利的原则,并陷于康德所批判的把人当成手段的境地中。参见前引[8],帕多瓦尼书,第181页。又见邱兴隆:《刑罚理性导论——刑则,刑性原论》,中国政法大学出版社1998年版,第五章“刑罚根据统一化”。

正因为我在前文所论证的是将不明知是幼女而与之发生性行为排斥在犯罪之外是公正的,而最高法院的司法解释一方面在总体上排斥了不明知是幼女而与之发生性行为构成犯罪的可能性,因此,我认为最高法院的司法解释是基本公正的,另一方面其又实际上附条件地肯定了不明知是幼女而与之发生性行为构成犯罪的可能性,因此,在我看来,该司法解释又含有不公正的成分。相应地,在为相关司法解释的公正性做过必要的辩护之后,我认为,对其所含的不公正的成分予以相应的评析,也是必要的。

鉴于这里所说的司法解释的不公正的成分与苏力教授的主张在实质上是—致的,即都认为奸淫幼女的成立可以不以对幼女的不明知为前提,因此,在很大程度上,前文对苏力教授所提出的立论与其所为的批判的辩驳,也适用于对司法解释的不公正的成分的批判。但是,在这里我不想简单的重复前文所展示的理由来说明司法解释的不公正的成分,而只想指出几个在前文中没有涉及的问题。

1. 对一个行为是否构成犯罪,在实体意义上的回答要么是绝对肯定的,要么是绝对否定的,而不存在任何中间地带。相应地,刑法关于—行为是否构成犯罪的条件的规定也应该是一致的。也就是说,凡刑法作为入罪必要条件所规定的因素,一旦具备,相应的行为便构成犯罪,相反,一旦不具备,行为便不构成犯罪。当我们说违背妇女意志是强奸罪的必要构成条件,即把违背妇女意志作为强奸罪的入罪条件时,实际上也就是在说,不违背妇女意志便不构成强奸罪,即把不违背妇女意志作为强奸罪的排罪条件。正是在这一意义上,我们才认为是否违背妇女意志是强奸罪之成立与否的绝对标准。相应地,我们在肯定“违背妇女意志,与之发生性行为”构成强奸罪的同时,也就应该绝对否定“不违背妇女意志,与之发生性行为”构成强奸罪,而不能在“不违背妇女意志”之外再附加诸如“情节轻微,后果不严重”之类的限制作为否定强奸罪的成立的条件。最高法院的司法解释的前半句为“行为人明知是不满十四岁的幼女而与其发生性行为,不论幼女是否自愿,均应依照刑法第 236 条的规定,以强奸罪定罪处罚”。在这里,“明知是不满十四岁的幼女”系奸淫幼女的入罪条件。按理,该司法解释的后半句,作为奸淫幼女的排罪条件,应该是“行为人不知对方是不满十四岁的幼女,双方自愿发生性关系,不认为是犯罪”。然而,司法解释的后半句在“行为人确实不知对方是十四岁的幼女,双方自愿发生性关系”之外,还附加了“未造成严重后果,情节显著轻微的”作为排罪的条件。这样,按照该司法解释,在不具备作为入罪条件的“明知是不满十四岁的幼女”的因素的情况下,行为人仍然可能因为“造成了严重后果,情节严重”而构成犯罪。这等于说,明知是幼女,既是又可以不是奸淫幼女的入罪条件。在此,我们姑且不追究在司法解释的排罪标准与入罪标准不一致的深层原因,但不得不指出的是,如此互相矛盾的规定,显然违背起码的逻辑要求。

2. 司法解释的前半句明文规定,明知是幼女,无论幼女是否同意,而与之发生性关系的,应按强奸罪论处,从重处罚;但其后半句所规定的却是不明知是幼女,双方自愿发生性关系,没有造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪。如前所述,这后半句显然含有虽然明知是幼女,双方自愿发生性行为,但造成了严重后果,情节严重的,应认为是犯罪之意。这里,自然而然地引发的问题是,什么样的后果属于严重后果?什么样的情节属于严重情节?在满足了后果严重与情节严重这二项条件的情况下,所构成的是什么犯罪?诸如此类的问题是司法解释所没有解释的问题,同时又是适用司法解释时所必然面临和必须解决的问题。

也许,什么是后果严重与情节严重,不真正成其为问题。因为我们可以援引相关司法解释或者既存的司法惯例,将如下因素视为严重后果:(1) 幼女因事后承受不了心理或者社会压力而自杀;(2) 导致幼女怀孕;(3) 导致幼女性器官受损或大出血等。同样,我们也可以援引相关司法解释或者既存的司法惯例,将下列不能为后果这一概念所包容的因素视为严重情节:(1) 多次与不明知的幼女发生性行为的;(2) 与不明知的多名幼女发生性行为的;(3) 导致幼女辍学、离家出走、浪迹社会乃至出卖色相的;(4) 引起幼女亲属强烈不满的;(5) 社会影响恶劣、民愤极大的。

真正成其为问题的是,在造成了以上严重后果或者具备以上严重情节的情况下,对行为人应该认

定为什么犯罪。显然,无论是按照司法解释的精神还是按照刑法法理,在这样的情况下,都不能认定为奸淫幼女。因为这里所说的严重后果都是以行为人不明知对方是幼女为前提的。既然不明知性行为的对象是幼女,行为也就不存在奸淫幼女的主观故意。既然没有奸淫幼女的主观故意,又何以作为奸淫幼女而按强奸罪定罪量刑?同样,行为人在不明知的前提下与幼女多次或者与多名幼女发生性行为,就行为人的主观心理而言,同与成年妇女多次发生性行为或与多名成年妇女发生性行为并无二致。相应地,正如在成年妇女同意的情况下所发生的性行为,并不因多次或人数多而转化为强奸一样,在不明知是幼女的情况下,幼女同意的性行为也不能因次数或人数多而被认定为奸淫幼女。至于幼女辍学、离家出走、浪迹社会、出卖色相、幼女的亲属强烈不满、社会影响恶劣等等,只是与幼女发生性行为的伴生状态,同样不能改变与幼女所发生的性行为的性质,因而也不能作为定罪的根据。因此,在不明知是幼女的情况下,幼女所同意的性行为,也不因所谓情节严重而应认定为奸淫幼女。

那么,对行为人是否可以按奸淫幼女之外的其他犯罪来定罪量刑?回答是否定的。因为无论行为所造成的结果如何,也无论行为人的情节怎样,在不明知对方是幼女的前提下,行为人都是将幼女作为非幼女对待,其预见能力所及,只是与非幼女发生性行为的结果。相应地,幼女事后自杀或者性器官受损、大出血之类的后果不是行为人所能预料到的,而幼女怀孕虽然是行为人所能预料的,但因为行为人事先并不知对方是幼女,其当然不可能预料到自己的性行为会导致幼女怀孕这一特殊后果,而只能预料到使妇女怀孕这一一般后果。因此,在行为人不明知对方是幼女的前提下,发生性行为所可能产生的后果实际上都不是行为人所能预见到的,不能作为认定任何犯罪的根据。

3. 由上可见,司法解释的后半句实际上是给借口“后果严重,情节严重”而把不具有奸淫幼女的主观故意的行为认定为犯罪大开方便之门。这里所反映的是司法解释所常见的一种现象,套用一句时髦的话,便是所谓保持刑法张力。直言之,便是要通过司法解释,把本不足以入罪的情形纳入刑网之中。不错,在以往的司法解释中,在保持刑法的张力的思想指导下,确有不少本不为刑法所调控的行为被纳入刑网的先例。^[14] 本文所涉的司法解释只不过是这些恶劣的先例的恶性循环。

在我看来,正如苏力教授把与不明知的幼女发生性关系解释为奸淫幼女一样,为保持刑法的张力而通过司法解释把本不为刑法所包容的情形纳入刑网之中,不但是不公正的,而且是相当危险的。因为这样的解释如果能够成立,那么,本不为刑法所禁止的任何行为,都可以通过司法解释而被解释为系刑法所禁止的,并受到刑罚制裁。如此一来,公民在法律允许范围内的自由,必将受到司法的任意践踏,因为作为公民自由的底线的“凡是法律没有禁止的都是我可以做的”,已经崩溃,公民的财产、人身自由乃至生命权都可能受到刑罚的无法预知的剥夺。

在以司法解释赋予刑法以张力的做法的背后,隐含着对一个重要的刑事法理念,即有利被告理念的遗忘或牺牲。在这里,我无意过远地游离本文的主题而过多地论证有利被告理念在实体刑法领域的价值与意义以及我们对这种价值与意义的认识的不足,但不得不着力指出的是,在刑法解释领域,有利被告理念是绝不可以遗忘更不可以牺牲的一种至为重要的理念。我认为,当法条的含义不明确,可能存在两种以上不同理解之时,解释法条的惟一正确标准只能是排斥不利被告的解释,采取有利被告的解释。这里所关涉的不是一个解释者能否说服另一个解释者的问题,而是一个深层的法理问题。

为了说明这一问题,我们不妨借用民法中的格式合同的解释规则:当格式合同的提供者与接受者因为合同的条款不明确而产生争议时,解决争议的准则是应当做出不利于格式合同的提供者的解释。究其原委,是因为格式合同的提供者是格式合同的始作俑者,格式合同的条款不明确的责任当然应该由提供者承担,承担这种责任的方式也就自然是承受不利于自己的后果。

刑法当然不能被简单地等同于格式合同。然而,刑法又确与格式合同有可以类比之处。因为刑

[14] 参见前引[1],李希慧书,第84页;刘艳红:《观念误区与适用障碍:新刑法施行以来司法解释总置评》,《中外法学》2002年第5期。

法是由国家单方面制定并强制公民来遵守的规范,刑法的规定不明确,所引起的某一或某些行为是否属于禁止之列的歧义与纷争当然不能由作为刑法规范的被动接受方的公民承担责任,更不应由公民以牺牲个人财产、人身自由乃至生命的方式来承担立法者的失误的责任。换言之,正如在因格式合同条款不明确引起争议的情况下,做出不利于合同的接受者的解释意味着让无过错者替有过错的责任者承担责任一样,在刑法的规定不明确的情况下,做出不利于行为人的解释,实际上是把立法者的过错强加给作为非过错者的行为人,并通过给行为人以刑罚惩罚而转嫁立法者的过错责任。

苏力教授之所以认为本文所涉的司法解释的前半句是不公正的,实际上是因为该解释没有把刑法所没有禁止的解释为属于刑法所禁止的,而其之所以同时又指出该司法解释的后半句是“公正的伏笔”,则无外乎是因为该解释又把不属于刑法所禁止的解释为属于刑法所禁止的。因此,在通过司法解释扩张刑网或者说保持刑法的张力方面,苏力教授与司法解释不谋而合。相应地,我以上对司法解释的不公正因素的批判,也可以被视为对苏力教授的批判的补充。

四、结 语

关于本文所涉的司法解释,我该说的话也许已经说清楚了:中国现行刑法中的奸淫幼女只能由有明知的故意构成,不存在严格责任的问题。最高人民法院的批复在对奸淫幼女以对幼女的明知为必要方面,遵循了立法原意,无可非议。然而,最高人民法院的这一批复又给与不明知的幼女发生性行为构成奸淫幼女留有余地,因而存在值得推敲与修正之处。

然而,关于对苏力教授的批判,我尚有言犹未尽之感。

苏力教授对最高人民法院的批复以及该批复所涉及的行为乃至该批复所引起的社会反响的关注,无疑本身即是一种贡献。这种贡献也许并不在于引起了法学界尤其是刑法学界的震动,而在于对社会现实的一种真诚而深切的人文关怀。因为正如包括我在内的所有苏力教授的观点的反对者所关心的是可能被误作奸淫幼女犯追究刑事责任的人的权益的保障一样,苏力教授所关心的是对可能成为性行为的受害者的幼女的保护。而无论是可能被误作奸淫幼女犯的人还是作为可能的受害者的幼女,都是人。在这一意义上说,苏力教授与其反对者所表达的都是对人的关爱与对人的权益的关心,只不过双方的立足点不同而已。也正是在这一意义上,我认为,包括我在内的反对者与苏力教授之间的分歧,都是大前提一致下的分歧,因而也可以说不是原则性的分歧。

奸淫幼女是否可以成为严格责任罪乃至刑法中的严格责任是否成立,本属于在世界范围内从历史到现实中均存在剧烈论争的问题,在时下的中国也当然是一个完全可以讨论的问题。我相信,如果这一问题不是由苏力教授而是由某一刑法学者所挑起,也许不会引起如此轩然大波。这里实际上提出了究竟是什么样的人才值得批判,或者说什么样的人真正拥有作为学者所可以拥有的受批判的资格的问题。作为晚近 10 多年来在中国法学界最具影响力的学者之一,苏力教授通过对一个刑事司法解释的关注所引起的中国刑法学界也许是 20 多年来最大的一场论争,^[15] 本身便是对苏力教授的学术地位的认同。在这一意义上,包括我自己在内,刑法学人们之所以纷纷卷入批判苏力教授的行

[15] 新中国现存的三代乃至四代刑法学人均直接卷入了这场论争之中。对苏力教授的批判,既有以专题研讨会方式进行的口诛(参见阴见峰:“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”,载赵秉志主编:《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》,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 369 页以下),也有表现为书面商榷的笔伐。据不完全统计,仅发表在有关报刊杂志、论文集与网站的回应文章便不下百篇。而且,仅以集中批判苏力教授观点为主题的论文集便达两部之多(参见陈兴良主编:《中国刑事司法解释检讨——以奸淫幼女司法解释为视角》,中国检察出版社 2003 年版;赵秉志主编:《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》,中国人民公安大学出版社 2004 年版)。由苏力教授所挑起的这场论争卷入的人数之多,所为批判的基调之一致,以及所造成的影响之大,均是 1979 年刑法典颁布以来所没有过的。

列,其实都在自觉或自发地表达这种认同。因为我们在批判苏力教授的同时,也就从内心确认了苏力教授是值得批判的,我们否定苏力教授的观点的愿望越迫切,对苏力教授接受批判的资格的肯定也就越强烈。由此引发的值得刑法学人深思的问题是,为什么 20 多年来,刑法学界没有从内部爆发过如此大的论争?为什么 20 多年来,刑法学界便无人享受过受到如此批判的殊荣?进一步说,在刑法学界一派平和景象的背后,是不是隐含着某些令刑法学理论窒息的因素?在我们责难苏力教授违反刑法学“常识”的另一面,我们的刑法“常识”本身是否值得反思?

由被批判的资格还必然联想到的是批判的资格问题。^[16]正如本文开头所表明的一样,我认为,我的批判资格部分地是苏力教授所赋予的,因为我觉得苏力教授是值得批判的,同时,也部分地是我作为刑法学人所应该拥有的,因为苏力教授所涉的是刑法领域里的问题。然而,应然拥有的未必是我已然拥有的,因为我不知道我是否读懂了苏力教授,因为我不敢肯定我有能力读懂苏力教授。^[17]因为刑法问题往往不仅仅是刑法理论所能解决的问题,甚至也不只是一个在法学领域足以解决的问题。而不属于刑法理论或者法学领域的问题,可能是我无力解决却恰好是苏力教授致力于解决的问题。毕竟,我不是苏力教授。

Abstract : Full awareness of the age of a young girl is an essential element of the crime of fornication with an underage girl , which is the original idea of the provision of carnal abuse in the criminal law . Only keeping to the original idea can the judicial interpretation have its validity . The official and written reply of the Supreme People 's Court about carnal abuse accords with the original intention of legislation , which requires full awareness of the age of a young girl as a constituting condition of the crime of fornication with an underage girl , and thus has its just element . But if we interpret carnal abuse as a crime of strict liability , it is not only inconsistent with the spirit of legislation but also contrary to the reason of law . However , the official and written reply of SPC is not just entirely since it regards full awareness of the age of a young girl as a constituting condition of the crime without counting full ignorance of the age of a young girl as a non - constituting condition simultaneously .

Key words : judicial interpretation ; carnal abuse ; strict liability ; culpable liability

[16] 关于学术批判者所应该具备的批判的资格,我并非今天才提出来(参见邱兴隆:《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》,“前言:批判的学问”,法律出版社 2000 年版)。

[17] 正由于我对自己是否具有批判苏力教授的资格底气不足,本文才在成稿近一年半以后的今天抛出。