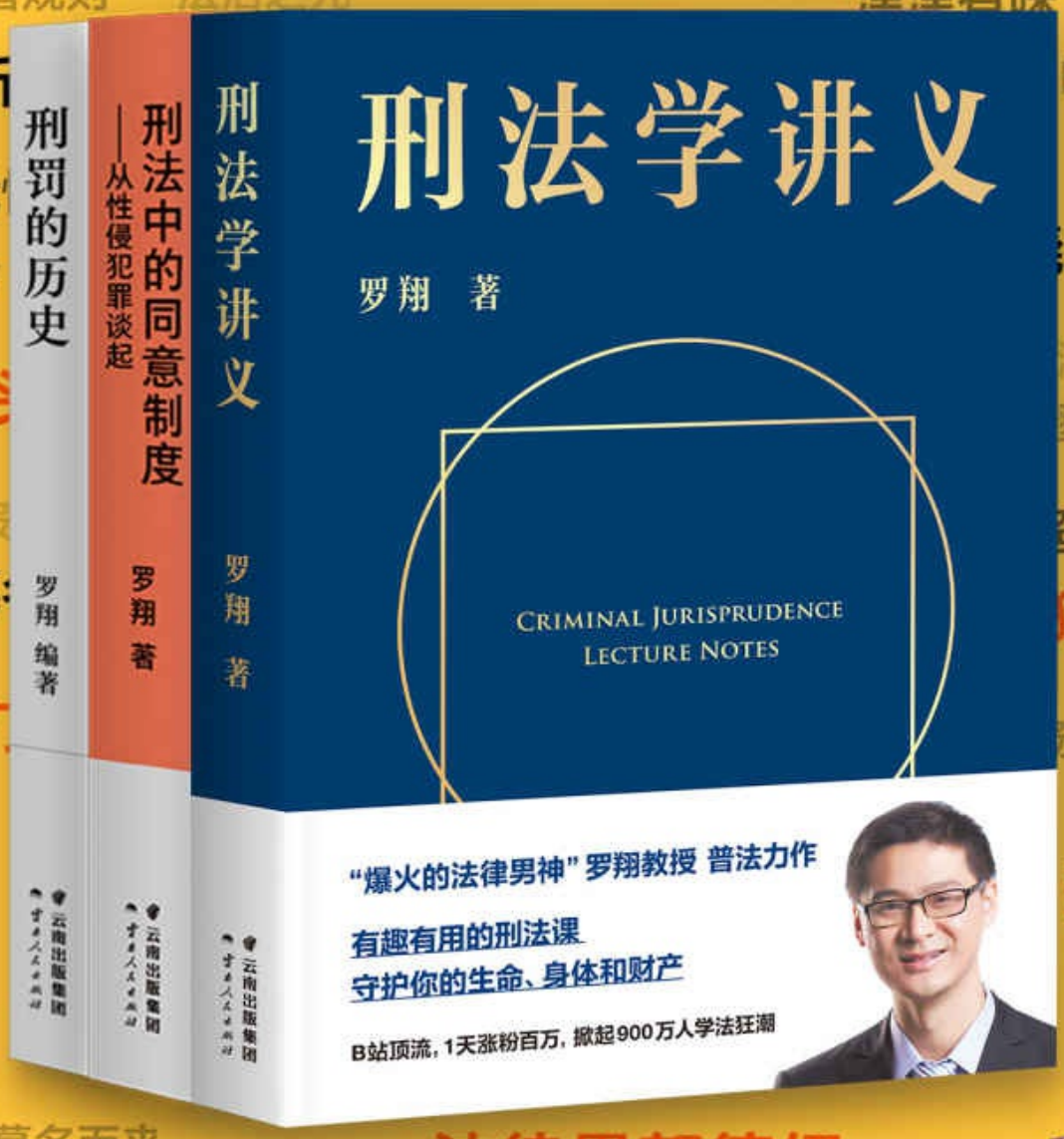
罗翔说刑法系列

（套装共3册）



果麦文化

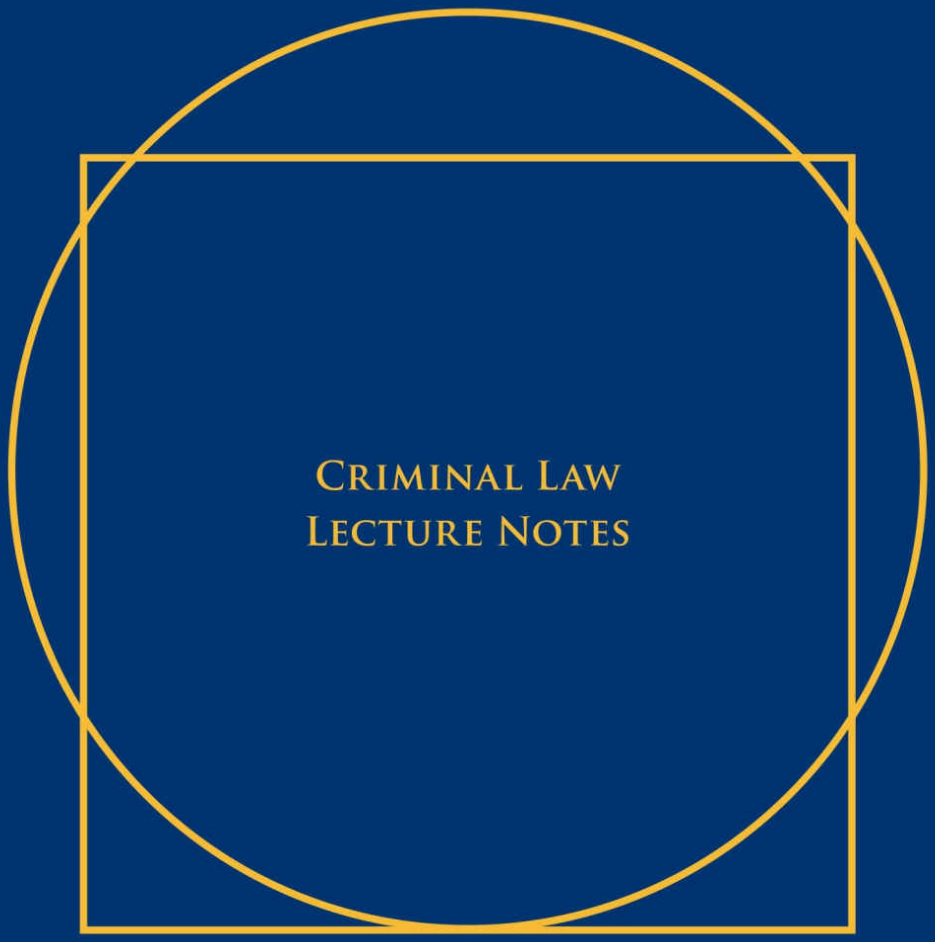
GUOMAI Culture

总目录

刑法学讲义
刑罚的历史
刑法中的同意制度：从性侵犯罪谈起

刑法学讲义

罗翔 著



CRIMINAL LAW
LECTURE NOTES

云南出版集团
云南人民出版社

目录 Contents

1. 扉页
2. 前言 每一次学习都是为了追求智慧
3. 第一章 刑法基础知识
    1. 刑法：犯罪人的大宪章
        1. 001 刑罚的起源
        2. 002 刑法是道德伦理的最低要求
        3. 003 不受约束的刑罚权，比犯罪更可怕
    2. 刑法的基本原则
        1. 004 罪刑法定原则：对权力的严格约束
        2. 005 空白罪状怎么填
        3. 006 罪刑相当原则：罪刑的标尺
        4. 007 刑法面前人人平等原则：并非多余的重复
    3. 刑法的解释
        1. 008 理解法律的关键：解释法律
        2. 009 刑法解释的范围与实质
        3. 010 举轻以明重，举重以明轻
        4. 011 刑法解释，朝着良善进行
    4. 刑法的效力
        1. 012 刑法的空间效力
        2. 013 刑法的时间效力
4. 第二章 犯罪
    1. 犯罪和责任
        1. 014 犯罪的概念和分类
        2. 015 危害行为的作为与不作为
        3. 016 见死不救，是否应该定罪
        4. 017 刑法中的因果关系
        5. 018 不知者无罪
        6. 019 过失犯罪与无罪过事件
        7. 020 目的与动机
    2. 犯罪排除事由
        1. 021 正当防卫
        2. 022 紧急避险

        3. 023 责任排除事由
        4. 024 刑事责任年龄需要下调吗
        5. 025 法律认识错误
    3. 未完成的犯罪
        1. 026 犯罪预备
        2. 027 犯罪未遂
        3. 028 犯罪中止
    4. 共同犯罪
        1. 029 共同犯罪的概念
        2. 030 正犯与共犯
        3. 031 共同犯罪的中止
        4. 032 中立的帮助行为
5. 第三章 刑罚
    1. 刑罚及种类
        1. 033 刑罚体系
        2. 034 主刑
        3. 035 死刑的存与废
        4. 036 附加刑
        5. 037 社区矫正
    2. 刑罚的裁量与消灭
        1. 038 量刑
        2. 039 自首
        3. 040 累犯和缓刑
        4. 041 刑罚的消灭：减刑和假释
6. 第四章 危害公共安全罪
    1. 危险方法类犯罪
        1. 042 危险方法类犯罪
        2. 043 投放危险物质罪
        3. 044 以危险方法危害公共安全罪
    2. 事故犯罪
        1. 045 交通肇事罪
        2. 046 危险驾驶罪
7. 第五章 破坏社会主义市场经济秩序罪
    1. 伪劣商品犯罪
        1. 047 生产、销售伪劣商品罪
        2. 048 食品安全

        3. 049 生产、销售假药罪
    2. 走私与公司犯罪
        1. 050 走私罪
        2. 051 妨害对公司、企业的管理秩序罪
    3. 金融犯罪
        1. 052 贷款诈骗罪和骗取贷款罪
        2. 053 洗钱罪
        3. 054 非法集资犯罪
        4. 055 集资诈骗罪
        5. 056 信用卡诈骗罪
    4. 其他经济犯罪
        1. 057 侵犯著作权罪
        2. 058 合同诈骗罪
        3. 059 非法经营罪
8. 第六章 侵犯公民人身权利、民主权利罪
    1. 生命健康
        1. 060 故意杀人
        2. 061 自杀行为
        3. 062 协助自杀
        4. 063 故意伤害罪
        5. 064 组织出卖人体器官罪
    2. 性自由权
        1. 065 强奸罪
        2. 066 性同意年龄
        3. 067 强奸罪的加重情节
        4. 068 职场中交易与强奸
        5. 069 猥亵与强奸
    3. 侵犯自由
        1. 070 非法拘禁罪
        2. 071 绑架罪
        3. 072 拐卖妇女、儿童罪
        4. 073 收买被拐卖的妇女、儿童罪
    4. 婚姻家庭类
        1. 074 婚姻自由
        2. 075 虐待和遗弃
        3. 076 家庭暴力

        4. 077 侵犯名誉和民主权的犯罪
9. 第七章 侵犯财产罪
    1. 强制占有型的财产犯罪
        1. 078 财产及侵犯财产罪
        2. 079 抢劫罪
        3. 080 加重型抢劫
        4. 081 抢夺罪
        5. 082 敲诈勒索
        6. 083 索赔是正当权利
    2. 平和占有型的财产犯罪
        1. 084 盗窃罪
        2. 085 诈骗罪
        3. 086 特殊的诈骗
        4. 087 侵占罪
10. 第八章 妨害社会管理秩序罪
    1. 扰乱公共秩序罪
        1. 088 妨害公务罪
        2. 089 招摇撞骗罪
        3. 090 考试舞弊犯罪
        4. 091 虚假信息和虚假恐怖信息
        5. 092 寻衅滋事罪
    2. 妨害司法罪及卖淫罪
        1. 093 律师伪证罪
        2. 094 组织卖淫罪
11. 第九章 贪污贿赂罪
    1. 贪污犯罪
        1. 095 贪污犯罪
        2. 096 贪污罪
        3. 097 挪用公款罪
    2. 贿赂犯罪
        1. 098 受贿罪
        2. 099 五种受贿类型
        3. 100 死刑能遏制贪腐吗
        4. 101 行贿罪
        5. 102 利用影响力受贿罪
12. 写在最后

返回总目录

扉页

刑法学讲义

罗翔 著

云南出版集团
云南人民出版社

图书在版编目（**CIP**）数据
刑法学讲义 / 罗翔著. -- 昆明 : 云南人民出版社, 2020.7
ISBN 978-7-222-19372-7
Ⅰ. ①刑… Ⅱ. ①罗… Ⅲ. ①刑法－法的理论－中国 Ⅳ. ① D924.01
中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第111797号

责任编辑：刘娟
责任校对：吴虹
责任印制：马文杰

刑法学讲义
XINGFAXUE JIANGYI
罗翔 著

出版 云南出版集团 云南人民出版社
发行 云南人民出版社
社址 昆明市环城西路609号
邮编 650034
网址 www.ynpph.com.cn
E-mail ynrms@sina.com
开本 710mm×1000mm 1/16
印张 23.5
字数 360千字
版次 2020年7月第1版第1次印刷
印刷 河北鹏润印刷有限公司
书号 ISBN 978-7-222-19372-7
定价 68.00元

版权所有 侵权必究

果麦文化 出品

用良知驾驭我们之所学，
而不因所学蒙蔽了良知。

前言
每一次学习都是为了追求智慧

这是一本写给非专业人士的法律书籍，很感恩能有这样的机会。

有人问我，为什么那么多人愿意学习刑法？是因为凶杀、暴力、色情的内容吸引眼球吗？也许有这个因素，但这绝非关键性的原因。

在我看来，包括刑法在内的每一门学科都可以引发人们严肃的思考，启迪人们对真理的向往，每一个人都有学习看似艰深的专业知识的能力。如果把人类的知识比作一棵大树，刑法不过是这棵大树中一根极小分权中的枝条。但这根枝条依然有对普遍真理的追求，正是这种对真理的追求拨动了人们的心弦。

法律要追求公平和正义，刑法更是如此，如果没有对客观真理的持守，法律必然沦为一种工具，技术主义的法学思维就可以为任何结论提供精致的论证，同时也以所谓的专业意见拒绝民众一切的意见与质疑。

人类的有限性，让我们无法获得对世界的整体性认识。我们对真理每一个面相的把握如同盲人摸象，任何知识都需要接受必要的怀疑，以摆脱知识的独断与傲慢。

但怀疑的目的是为了相信，是为了在追求真理的道路上稳步前行，而不是拒绝甚至虚无真理。我们的有限性决定了法律所追求的正义是有瑕疵的，但并不代表正义是不存在的。

大象是客观存在的，它并非人类的假设，虽然我们只能摸着它的一部分，但无数摸象的人也许能够尽量拼凑出象的整体。因此，永远不要

在自己看重的立场上附着不加边际的价值，要接受对立观点的合理性。专业人士也必须俯下身段，倾听民众朴素的智慧。

作为学者，我们时常生活在一种幻象之中，认为真正的知识一定是高雅的，大众传播都是下里巴人，娱乐至死。但这是一种傲慢与偏见，甚至是另一种形式的不学无术。真正的知识一定要走出书斋，要影响每一个愿意思考的心灵。

每一个人都拥有学习的能力与权利，每一种学习从根本上都是对普遍真理的回应。因此，所有的专业都具有大众性，都可以从不同方面满足人们对真理的追求。

很高兴，我能走上普法的剧场，普及法治的观念。亚里士多德定义法治的基本内涵有二：良法而制、普遍遵守。法律永远要追求共性的良善，去真正满足每个人心灵深处的正义感。唯此，法律才可能获得普遍的遵守。

这种对正义的渴望本身就存在于民众的内心，我们只不过用专业的刑法语言去召唤、去共情、去倾听、去启发人们内心对正义的向往。

我们学习知识，是为了追寻它背后的智慧。在知识爆炸的今天，每个人都有一定的知识焦虑感。可是我们的生命是有限的，不可能追逐无限的知识。

这本书无法让你立刻成为刑法学专家，但能够为你提供相对完整的刑法体系，从犯罪论、刑罚论，再到具体罪名的定罪量刑，学会用法学思维去看待现实事件。我会在你熟悉的实际案例，甚至张三的犯罪故事中运用刑法学进行分析，有些观点很可能会颠覆你对于法律的认知，但这都能让你培养出独立、睿智的思维方式，启发你带着法律的智慧回归到日常生活和工作中去。

有人曾经问智者，智慧是什么？智者给了他三个锦囊，说这里有三种智慧，涵盖了人生中一切智慧的精华。

第一个锦囊中写着谦卑。

第二个锦囊中写着谦卑。

第三个锦囊中还写着谦卑。

苏格拉底说，承认自己的无知乃是开启智慧的大门。

作为一个刑法老师，我时常在与其他专业朋友的交流中发现自己的有限和愚蠢，自己的虚伪与虚荣。

我一直觉得，自己所得一切皆非所配。很多的荣光不过草船借箭，众人将我不该有的荣誉投射于我。既然登上普法的舞台，就希望能够演好给定的剧本，并从容接受下场的命运。

亲爱的朋友，让我们在每一次的学习中追求智慧，寻找人生的使命，对抗虚无与虚荣。

第一章
刑法基础知识

刑法：犯罪人的大宪章

001 刑罚的起源

刑法，是规定犯罪和刑罚的法律规范的总称。换言之，任何一部法要被称为刑法，一定有两个部分：一个是犯罪论，一个是刑罚论。

秦朝末年，刘邦进咸阳后，为了取得民心，将关中父老豪杰招聚一堂，约法三章，不论是谁，都要遵守三条法律：杀人者要处死，伤人者要抵罪，盗窃者也要判罪。约法三章的第一条“杀人者死”，就是一个非常典型的刑法规定，犯罪论的表述是“杀人”，刑罚论的表述是“死”。

神授说

刑法发展的一个重要方面就是刑罚演变的历史。对于刑罚的起源，古今中外，人们提出过无数假说，众说纷纭，仁者见仁，智者见智。

最古老的学说认为，刑罚起源于“天”，也称“神授说”。中国古人将“天”作为万物的起源，君主之权也出自天授，故称“天子”，刑罚权是君主权力的重要体现，自然也来源于天。统治者不过是代天行罚，刑罚源自“圣人因天讨而作五刑”。中国历史最古老的文献之一《尚书·甘誓》记载夏启攻伐有扈氏的檄文，这封檄文相当于战争动员令，在檄文中，夏启说自己奉上天之命令剿灭有扈氏，以“恭行天罚”。

《圣经》记载：“在上有权柄的，人人当顺服他，因为没有权柄不是出于神的。凡掌权的都是神所命的。所以，抗拒掌权的就是抗拒神的

命；抗拒的必自取刑罚。作官的原不是叫行善的惧怕，乃是叫作恶的惧怕。你愿意不惧怕掌权的吗？你只要行善，就可得他的称赞。因为他是神的用人，是与你有益的。你若作恶，却当惧怕，因为他不是空空的佩剑，他是神的用人，是申冤的，刑罚那作恶的。”（《罗马书》13:1-4）此处所说的“佩剑的权力”就是世俗政权对犯罪施加刑罚的权力。在西方世界，启蒙运动之前，刑罚来源于上帝的授予一直都处于通说地位。

战争说

我国传统的观点还认为刑罚起源于战争。古代不少学者认为，刑罚的产生与战争密不可分，《汉书·刑法志》记载：“自黄帝有涿鹿之战以定火灾，颛顼有共工之陈以定水害。……夏有甘扈之誓，殷、周以兵定天下矣”。

刑起于兵、兵刑同一，最初的刑罚就是对在氏族战争中的战败者、叛乱者和违反军纪者的处罚。远古时期，兵刑并未严格区分，奴隶主用甲兵征讨异族，用刑罚来统治已被征服的氏族，兵与刑的区别是“刑外”与“刑内”的关系，如司马迁在《史记·律书》中就说：家庭不能废除教鞭，国家不能取消刑罚，天下也不可能没有战争。刑罚刑内，诛伐刑外。

社会契约理论

启蒙运动之后，人们开始不满足于对刑罚起源神秘性的讨论，纷纷提出了其他一些理论，比较典型的是社会契约理论和正义理论。

社会契约理论认为，国家与法的形成，起源于早期人们为了获得生存的社会保障，自愿转让本属于个人的一些自然权利而缔结的社会契约。为了保障自己的利益，缔约者同意如果自己侵犯了公众的利益，就应当接受惩罚。

意大利法学家贝卡利亚以此说阐明了刑罚权的起源，他说：在人类

历史的某个阶段，为了争夺利益，人们相互残杀，朝不保夕，他们非常需要有种东西来“阻止个人专横的心灵把社会的法律重新沦入古时的混乱之中”，“正是这种需要迫使人们割让自己的一部分自由，而且，无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些，只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权”。[1]

正义理论

康德、黑格尔这两位如雷贯耳的德国哲学巨匠则是正义理论的倡导者。这种学说认为社会对犯罪处以刑罚是正义的当然要求。康德说：“如果你诽谤了别人，你就是诽谤了自己；如果你偷了别人的东西，你就是偷了你自己的东西；如果你打了别人，你就是打了自己；如果你杀了别人，你就是杀了你自己。”因此国家处罚犯罪人，就是满足犯罪人“报复的权利”，而这样做正是对犯罪人人格的尊重。换言之，国家有义务对犯罪人施以刑罚，“如果不这样做，……是对正义的公开违犯”。[2]

黑格尔用否定之否定学说来为刑罚的正义理论背书：犯罪是对法的否定，刑罚是对犯罪的否定，所以刑罚不过是否定之否定，刑罚具有自在自为的正义，加于犯罪人的刑罚不但是自在正义的，因为这种刑罚同时是他自在地存在的意志，是他的自由的定在，是它的法，所以是正义的；不仅如此，而且它是在犯人自身中立定的法，处罚他，正是尊敬他是理性的存在。如果国家不对犯罪人处以刑罚，他就得不到这种尊重。[3]通俗地说，惩罚犯罪人其实只是对他理性的尊重。

也许人类的理性很难准确解开刑罚起源的密码，但是上述关于刑罚起源的讨论至少可以给我们一些启发。尤其是社会契约理论和正义理论这两种近代有关刑罚起源的学说，直观地告诉我们为什么刑事立法应当遵循民主程序，以及刑罚有追求正义的内在要求。

刑法是最严厉的部门法，它打击的犯罪是最严重的社会不轨行为，它所施加的刑罚也是最严厉的惩罚措施。我国法律体系由7大法律部门构成：宪法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法，以及程序法。

它们都被称为部门法。而《治安管理处罚法》虽然也规定了强制方法，但其严厉程度一般都轻于刑罚。所以，它不属于刑法。很多人往往把《治安管理处罚法》规定的处罚措施看成刑罚，这是一种严重的误解，《治安管理处罚法》打击的是没有达到犯罪程度的治安违法行为，其措施也只是罚款、行政拘留等行政处罚措施，而不是刑罚。

刑法如此严厉，不到万不得已不应轻易使用刑法武器。刑法具有补充性，只有当一般部门法不能充分保护某种社会关系时，才由刑法保护。如果其他部门法不认为行为违法，那在刑法上也不应该构成犯罪。刑法是补充法，不可能出现不是违法行为，却是犯罪行为的现象。

一个非常经典的案件是帅某骗保案[4]，帅某虚构母亲年龄，为其母亲张某向某保险公司投保了康宁终身保险，死亡保险金27万元。根据康宁终身保险条款的规定，凡70周岁以下、身体健康者均可作为被保险人，由本人或对其具有保险利益的人作为投保人向保险公司投保本保险。经查，帅某将母亲户口年龄篡改，将当时已经77岁的老母年龄改小为54岁，使其符合投保年龄，并找他人代为体检参保。三年后被保险人因疾病身故，帅某向保险公司申请保险理赔，要求保险公司支付身故保险金27万元。保险公司发现有诈，遂向公安机关报案。这个案件从表面上看，符合刑法有关保险诈骗罪的规定，但当年的《保险法》第54条的规定，“投保人申报的被保险人年龄不真实，并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的，保险人可以解除合同，并在扣除手续费后，向投保人退还保险费，但是自合同成立之日起逾二年的除外。”[5]也就是说，按照《保险法》的规定，虚构事实的保险合同如果履行了2年以上，那就按有效合同对待，也就不是骗保，显然在刑法上也就不宜以犯罪论处。

想一想

神授说、战争说、社会契约理论、正义理论，你赞同哪种刑罚起源学说？

[1][意大利]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9页。

[2][德]康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第165—167页。

[3][德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第103页。

[4]帅某保险诈骗案。参考李兰英：《契约精神与民刑冲突的法律适用》，《政法论坛》2006年第6期。反对意见参考张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，清华大学出版社2006年版，第757页；张明楷：《无权处分与财产犯罪》，《人民检察》2012年第7期。

[5]2015年修正后的《保险法》第16条3款也保留了类似的规定：前款规定的合同解除权，自保险人知道有解除事由之日起，超过三十日不行使而消灭。自合同成立之日起超过二年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。

002 刑法是道德伦理的最低要求

从人类有刑法以来，刑法的目的是什么？刑法为了保护什么而存在？

历来有两种针锋相对的观点：一种认为刑法的目的主要是为了维护一定的伦理秩序，叫做规范违反说，犯罪违反了伦理规范，行为本身就是错误的，所以要对它进行惩罚。

与之争锋相对的观点，认为犯罪是对法律要保护的利益的侵犯，惩罚犯罪只是为了保护结果意义上的一种法律利益，这叫做法益侵犯说。

在绝大多数案件中，两种观点得出的结论是一样的：张三把李四捅死了，张三侵犯了李四的生命利益，因此要受到惩罚，此乃法益侵犯说。规范违反说则认为杀人行为本身就违反了伦理规范，是对禁止杀人这个最根本的铁律的违反，故要受到惩罚。

法律与正义

在哲学上，关于正义一直有道义论和功利论的争论。道义论关注行为正义，功利论则关注结果正义，上述刑法问题的争论不过是哲学观念之争在法律中的延续。

行为正义最骄傲的表达就是即便天塌下来，正义也必须得到践行。其代表人物是康德，他的经典语录是“道德本来就不教导我们如何使自己幸福，而是教导我们如何使自己无愧于幸福”。1940年6月，德军兵临英吉利海峡，英国遭遇了史无前例的至暗时刻。面对强大的德军，抵抗可能导致英伦三岛千年积累的文明成果化为灰烬。但丘吉尔在演讲中鼓励大家战斗到底，玉石俱焚，在所不惜。与纳粹德国的战争，已经远非

军事意义上的征服与被征服，而是文明意义上的存亡。屈服法西斯的代价，不是战败，而是文明社会的毁灭。如果抵抗导致英国灭亡，那就灭亡吧。

至于结果正义，最为人熟知的就是英国法理学家边沁的功利主义，判断行为对错的最终标准是看行为能否增进人的幸福快乐，法律的正义一定要体现最大多数的最大利益。

这两种观点，人类争论了几千年都没有争论清楚。任何一个问题都有正说、反说和折中说。折中说也许是最符合中道的一种观点。在决定是否发动刑罚权的时候，既要考虑结果正义，又要考虑行为正义。犯罪侵犯了法益，在结果上不正当。同时，犯罪行为也违反了伦理规范，在行为上也不正当。

入罪与出罪

首先，在入罪层面上必须考虑行为是否侵犯了法益，如果一种行为没有侵犯法益，那就不构成犯罪。某地曾有桩离奇的伪造货币案，崔某夫妇帮马戏团印制魔术道具货币，伪造的人民币上亿元，美元上千万元，涉嫌伪造的货币与真币有较大差距，纸质粗糙，背面上大多印有“魔术道具”的字样。刑法中何谓伪造货币？伪造货币就是伪造货币。这种直接的规定在理论上被称为简单罪状，因为太过简单，所以不必详细描述。因此，正确理解这些罪名所侵犯的法益就显得尤其必要。

伪造货币罪所侵犯的法益是货币的公共信用，即货币作为一般等价物给人们提供的交易信心。如果市面上假币很多，民众就不敢使用货币，会动摇民众对货币的信心。但如果伪造的货币无法动摇货币的公共信用，那就不能理解为刑法意义上的假币。比如伪造根本不存在的货币，伪造面额250元的假币；又如某村委会为抵销在饭店内的开支，将人民币复印，按其面值盖上村委会公章在该村内部使用假币的行为。假币虽然被制造、发行，甚至在一定范围内进入流通领域，但是民众并不会因为这些假币的存在就不敢使用真币，这种行为显然没有侵犯货币的公共信用，自然不构成伪造货币罪。至于印有“魔术道具”货币字样的货币，当你拿在手上，是觉得可怕还是可笑呢？这不可能侵犯货币的公共

信用，所以检察机关撤销了对这个案件的起诉。

基于法益侵犯说，一种行为被规定为犯罪，是因为它侵害了一定的法益。法益理论是对刑罚权在实质上的限制，它使得一个表面上符合法条的行为并不能理所当然被视为犯罪，司法者必须积极加以证明它侵害了一定的法益，否则行为就不构成犯罪。

其次，在出罪层面上必须考虑伦理道德的需要。一种侵犯法益的行为也不一定是犯罪，除非它是伦理道德所谴责的，对于伦理所容忍所鼓励的行为，没有必要发动刑罚权，这是对刑罚权的第二层限制。某女生遭遇张三的性侵，女生拼命反抗，把张三踹到河里面，张三后溺毙而亡。从表面上看，女生符合故意杀人罪的构成要件，同时，从法益侵犯说的角度，行为也不正当。她为了保护她的性权利牺牲了张三的生命权。生命权显然要大于性权利。因此，单纯从法益侵犯说的结果正义立场，女生的行为构成犯罪。但是，这并不符合我国刑法关于正当防卫的规定。对于正当防卫这个法条能够提供完美解释的就是规范违反说，女生的行为虽然侵犯了张三的生命权，但是这种行为在伦理道德上并不值得谴责，甚至是值得鼓励的。正当防卫制度的一个重要立法价值就是鼓励民众和不法侵害做斗争。

法律只是一种平衡的艺术

伦理道德当然不能作为入罪的直接依据，刑法只是对人最低的道德要求，不能通过刑法来推崇道德完美主义，否则看似善良的愿望往往会把人类带向人间地狱，用道德取代法律的积极道德主义是刑法要拒绝的。但是刑法也不能和道德相抵触，对于伦理道德所容忍和鼓励的行为，自然没有必要处罚，伦理道德可以作为出罪的依据，用道德来减缓法律的刚性的消极道德主义是合理的。

我国刑法其实就是一种折中说，同时用法益侵犯说和规范违法说两种理论来支撑刑法的正当性，法益作为入罪的基础，而伦理作为出罪的依据，一个表面上符合刑法的行为，不能理所当然被认为是犯罪，除非它侵犯了法益，这是对刑罚权的第一道限制；一个侵犯法益的行为也不必然是犯罪，除非这种行为是伦理道德所谴责的，这是对刑罚权的第二

层限制。刑法既考虑法益侵犯说，又考虑规范违反说，在这两者之间寻找一种平衡。法律其实只是一种平衡的艺术，试图在诸多对立观点中，寻找一种折中，但是永远没有最完美的折中，只有一个相对完美的折中。

行为正义和结果正义在人类历史上已经争论了数千年，古希腊哲学家柏拉图就试图调和这两种矛盾。柏拉图认为正义就是行为本身是正当的，而且通常能带来好的结果。比如，人为什么要诚信，因为诚信本身是对的，而且都能带来好的结果。当然，柏拉图把好的结果拉到了永恒的维度。也就是说即便你现在看不到这个好的结果，但是在永恒中必将看到好的结果。但是现代人很多不再相信永恒，以致行为正义和结果正义始终处于冲突之中。

大家都知道数学中的平行线，但是谁能画出真正意义上的平行线呢？无论你用何种仪器画的平行线，最终都会相交于一点。也许行为正义和结果正义就是人类画的两条平行线，只要足够长，我们所画的平行线依然会相交于一点。

想一想

你赞同行为正义，还是结果正义呢？

003 不受约束的刑罚权，比犯罪更可怕

刑法规定了犯罪和刑罚，刑罚是对犯罪的惩罚，而刑法则是对刑罚的约束。

从表面上看，“刑”字从刀，拿人开刀，把开刀的依据合法化就叫刑法，但是如果只是为了惩罚犯罪，真的需要刑法吗？

有一位女士网上发帖，说有两个同村的村民，在她小学7岁的时候就强暴她，现在她才敢出来向公安机关举报。这两个男子在公安机关也承认有过强奸行为，但这个案件已经过了21年，公安机关会处理此案吗？

如果没有刑法，该案能够打击吗？当然可以，法官拍案而起，下令把这种人渣拖出去，犬决。但有了刑法，该案却无法处理，因为现行刑法规定追诉时效最长是20年，只有可能判死刑和无期徒刑的犯罪才可以报最高人民检察院核准追诉。而本案并不属于可以核准追诉的情节，按照刑法规定，它的追诉时效是15年。

可见，如果只想惩罚犯罪的话，根本没必要制定刑法，刑法往往束缚了国家打击犯罪的手脚。

另外一个更经典的案件是1998年深圳的邓某驹案。邓某驹年轻有为，30多岁就当上了深圳沙井农村信用合作社主任，不到3年贪污公款2.3亿，包养了5个情妇。凭借我们朴素的情感，对邓某驹应该判处什么刑？

你可能想到了死刑，不杀不足以平民愤。但是邓某驹是农村信用合作社主任，按照刑法规定，他不属于国家工作人员，不构成贪污罪，只能构成职务侵占罪，而职务侵占罪的最高刑是15年有期徒刑，最终邓某驹也确实被判处了15年有期徒刑。

你觉得，刑法是惩罚了邓某驹，还是保护了邓某驹？

刑法，不仅惩罚罪犯，也保护罪犯

刑法的机能不是一元的，而是二元的。刑法既要实现惩罚犯罪的保护机能，也要恪守保障罪犯人权的保障机能。

古话说，“刑不可知，威不可测，则民畏上也”。如果刑法的使命只是打击犯罪，其实没有必要制定成文刑法。它只需存于统治者的内心深处，一种秘而不宣的刑法较之公开明示的法律，更能打击一切所谓危害社会的行为。刑法理论也是简单明快的：因为你实施了危害社会的行为，所以你犯罪了，那么你就要接受包括死刑在内的一切刑罚，至于具体处何刑罚与你无关，这要看法官的心情。这样的话，一切有关谁应该构成犯罪，谁不应该构成犯罪，也就只能依赖于权力者的个人偏好。正如有学者指出，一个国家对付犯罪并不需要刑事法律，没有刑法并不妨碍国家对犯罪的有效打击和镇压。而且没有立法的犯罪打击可能是更加灵活、有效、及时与便利的。如果从这个角度讲，刑法本身是多余和伪善的，它除了在宣传上有美化国家权力的作用外，反而束缚了国家机器面对犯罪的反应速度与灵敏度。

那么，人类为什么要有刑法？这个问题在300年前，欧洲启蒙思想家们作出了回答：刑事法律要遏制的不是犯罪人，而是国家。也就是说，尽管刑法规范的是犯罪及其刑罚，但它针对的对象却是国家。[6]

刑杀之权是一种由国家垄断的暴力。权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败。无论哪种政治体制下的国家权力，都有滥用的可能，至善至美的权力只存在幻想之国，世俗的任何权力都不可能没有瑕疵。

莫须有的岳飞案

南宋绍兴十一年（1142）除夕，年仅39岁的岳飞被宋高宗赐死，罪名为“谋反”。岳飞被捕时，有人劝他向高宗求情，为岳飞所拒。他

说：“上苍有眼，就不会陷忠臣于不义，否则，又能往哪里逃呢？”同为抗金名将的韩世忠一改往日的圆滑与世故，面诘秦桧，认为谋反一事子虚乌有。秦桧支吾其词：“其事体莫须有。”韩世忠怒斥道：“莫须有三字，何以服天下？”岳飞父子后均被处死，遇害之前，岳飞手书八个大字“天日昭昭，天日昭昭”！

在不受约束的国家权力面前，公道正义多么苍白无力。岳飞父子行刑之日，杭州城凄风苦雨，天下冤之，无数人为之泪下。但有冤，又往何申？

如果刑罚权不受法律约束，极度膨胀如利维坦，虽然某些重犯可被处极刑，满足人们刹那的快意，但从此却埋下了一颗定时炸弹，无数良善公民都有可能遭受刑罚，无端罹祸。

欲加之罪，何患无辞，这是一个民族用血和泪换来的对刑法使命的经验总结。岳飞的冤屈告诉我们，比犯罪更可怕的是不受限制的国家权力。在所有的国家权力中，刑罚最为可怕，它直接针对公民的人身、财产和自由，甚至生命，如果这种权力腐化滥用，后果不堪设想。如培根所言，一次犯罪不过是污染了水流，而一次不公正的司法却是污染的水源。在法治社会，刑法不再是刀把子，而是双刃剑，一刃针对犯罪，一刃针对国家权力。

德国法学家拉德布鲁赫，最初是法律实证主义者，认为法律就是人定的规则，不要讨论虚伪缥缈的正义。但是他后来慢慢抛弃了最初的观点，因为他经历了德国第三帝国，也就是纳粹。他深刻地意识到恶法非法，严重偏离正义的人定的规则不能算是法律。他反思刑法，最后留下一句话：“自从有刑法存在，国家代替受害人施行报复时开始，国家就承担着双重责任：正如国家在采取任何行为时，不仅要为社会利益反对犯罪者，也要保护犯罪人不受被害人的报复。现在刑法同样不只反对犯罪人，也保护犯罪人，它的目的不仅在于设立国家刑罚权力，同时也要限制这一权力，它不只是可罚性的缘由，也是它的界限，因此表现出悖论性：刑法不仅要面对犯罪人保护国家，也要面对国家保护犯罪人，不单面对犯罪人，也要面对检察官保护市民，成为公民反对司法专横和错误的大宪章。”[7]

想一想

罪大恶极就一定要判处死刑吗？

[6]李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第3—4页。

[7][德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第96页。

刑法的基本原则

004 罪刑法定原则：对权力的严格约束

法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚，这是法治国家最重要的刑法原则。

1948年，联合国大会通过的《世界人权宣言》规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”历经不断的进化和试错，罪刑法定原则逐渐发展壮大，并席卷至整个文明世界。

罪刑法定的本质

罪刑法定原则的本质是限制国家的刑罚权，重要的理论来源是权力分立学说。

权力分立学说来源于西方政治哲学对人性幽暗面的洞察。人性中那些天然的良善和道德，时刻面临着各种严酷的试探和特权的侵蚀，并且事实无数次证明，我们的人性最终无法抵制这些致命的诱惑。英国前首相威廉·皮特说：“不被限制的权力倾向于腐化那些拥有它之人的灵魂”。这也印证了阿克顿勋爵的至理名言：“权力导致腐败，绝对权力往往导致绝对腐败。”

孟德斯鸠认为自由只存在于权力不被滥用的国家中。限制权力的最

好办法，就是用权力制约权力。国家的立法权、司法权和行政权这三种权力应当分立以制衡。当立法权与行政权集中在一个人或机构手中，自由就不存在了，因为这个人或机构可能制定暴虐的法律并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分离，自由也会不存在：如果立法权同司法权合而为一，法官就是立法者，他就会对公民的生命和自由实施专断的权力，而如果司法权和行政权合而为一，法官就掌握了压迫的力量。如果三权集中，那一切都完了。[8]

根据权力分立学说，只有立法者才能制定法律，行政机关和司法机关都没有造法权；司法者只能根据法律去判定行为是否构成犯罪，不能超出刑法规范类推定罪。

法家与中国古代法律

一个非常有趣的问题是，中国古代是否有罪刑法定思想？

对此问题，向来不乏争论。在肯定说中，有学者以法家作为罪刑法定原则的集大成者，如法家《慎子》所言的“事断于法，是国之大道也”。

法家是罪刑法定的代表吗？

这必须从罪刑法定的精神说起。罪刑法定反对罪刑擅断，使公民免受任意刑杀的恐惧，它必须体现限制国家权力，保障公民自由的基本精神。而法家，无一不是绝对君权论者，主张专制君主拥有立法、司法、行政等一切权力。既然君主权力不受任何限制，又怎能说是罪刑法定呢？[9]

当然，如果撇开中国古代的政治背景和文化环境，语词上的“罪刑法定”的确是存在的，如韩非所说的“法不阿贵，绳不绕曲，法之所加，智者弗能辞，勇者弗敢争，刑过不避大夫，赏善不遗匹夫”，《唐律》规定的“诸决罚不如法者，笞三十；以故致死者，徒一年”。

然而，语词中的“罪刑法定”并非真正的罪刑法定。罪刑法定所肩负

的限制国家权力，保障公民自由的基本精神在中国古代丝毫没有存在的土壤。

中国古代所谓的“罪刑法定”是扩张君权的体现，它与真正的罪刑法定主义完全背道而驰。君主口含天宪，随意造法毁法，任意突破法典，隋文帝就曾发怒下令将触犯他的人即时“决杖”。大理少卿赵绰进谏：季夏之月，天地成长庶类，不可以此时诛杀。儒家强调“天人感应”，所以法律规定，立春后秋分前不决死刑。但文帝咬牙切齿地说道，六月虽是万物生产，此时必有雷霆，天道既于炎阳之时震其威怒，我择天而行，有何不可？仍坚持将该犯当场处决。明确道出法外用刑缘由的是唐高宗，当时将军权善才因毁昭陵之树，虽依律只是罢官免职，但高宗硬要将其处死，而且毫不隐讳地说：“善才情不可容，法虽不死，朕之恨深矣，须法外杀之。”

至于法家，强调富国强兵，短期之内立竿见影，“法”只是纯粹的工具，没有独立价值。法家好重刑，严刑峻法，残酷寡恩。《史记·商君列传》记载，商鞅变法，十家编成一什，五家编成一伍，互相监视检举，一家犯法，十家连带治罪。鼓励百姓互相告发，不告发者腰斩，告发者有赏。法家的“法”不可能为个体提供庇护，在重刑的阴影下，治下民众无不战战兢兢，即便富贵如太子老师者，也在商鞅变法时因不遵新法而劓鼻、黥墨。

商鞅的个人下场可谓法家的注脚，秦孝公去世，太子即位。曾被割鼻的太子老师公子虔告发商君谋反，派人逮捕商君。商君逃跑到边境关口，欲住客栈。店主不知道他是商君，言：“商君之法，住店之人无证件店主要连带受刑。”商君长叹：“新法之弊竟到这种地步！”商君离开秦国逃往到魏国。魏国人怨恨他曾不讲信用欺骗魏国，大败魏军，拒绝收留，并将商君遣送回秦。[10]后秦惠王对商君行车裂之刑，五马分尸，示众天下，以儆效尤，让人毋学商鞅谋反，商君全家被诛。欲加之罪，何患无辞，法家之“法”何尝能给个体提供免于恐惧的自由，商君变法之初，是否能料想此等下场。

一个是“刻薄少恩”推行专制的法家，一个是保障自由限制权力法治，两者虽一字之差，但却谬之千里。

从“法家”到“法治”

罪刑法定起源于1215年英国《大宪章》。当时，英王约翰横征暴敛、穷兵黩武，侵夺贵族权利，贵族遂联合起来反抗。当贵族联军兵临城下，约翰王内外交困，被逼无奈，签署了《大宪章》。宪章虽然是权力斗争的副产品，但是它体现的“王权有限，法律至上”和保护公民权利的精神却影响深远。该宪章主要内容是贵族和教会的权力不受国王的侵犯。宪章规定：“凡自由民非经依其贵族依法判决或遵照国家法律的规定，不得加以拘留、监禁、没收其财产、剥夺其法律保护权或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”罪刑法定这一伟大思想宣告诞生。

而在古老的神州，1215年，北京城为蒙古铁骑攻破。忽必烈诞生，偏安一隅的南宋王朝覆灭在即，改朝换代，天命更替不可逆转。但皇权至高至上理念并无任何变化，它还将在新的朝代以相似方式继续延续。

600多年后，清末修律，罪刑法定思想才进入中国。光绪三十四年（1908），清廷颁布《宪法大纲》，规定：“臣民非按法律规定，不加以逮捕、监察、处罚。”此后，宣统二年（1911）颁行的《大清新刑律》明确地规定了罪刑法定原则——法律无正条者，不问何种行为，不为罪。[11]虽然《大清新刑律》颁布不久，清朝即土崩瓦解，罪刑法定原则根本没有真正付诸实施，但这毕竟种下了罪刑法定的种子。从此，罪刑法定虽命运多舛，但却顽强地蛰伏于中土大地，期待着春暖花开的那天。

从“法家”到“法治”，这一字之距，我们走了千年，仍然道阻且长，法治伊人，仍在水中央。

想一想

罪刑法定原则，限制了司法权、行政权、立法权中的哪几项权力？

[8][法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1996年版，第153页。

[9]陈兴良：《罪刑法定的当代命运》，《法学研究》1996年第2期。

[10]商鞅曾带兵攻魏，魏国派公子卬领兵迎击。两军对峙，商鞅派人给公子卬送来一封信，写道：“我当初与公子相处很快乐，如今两军对垒，不忍相攻，可与公子当面相见，订立盟

约，乐饮而罢兵，让秦魏两国相安无事。”魏公子卬信以为真。会盟结束，饮酒之时，商鞅埋伏的士兵突然袭击并俘虏魏公子卬，趁机攻打他的军队，彻底打垮魏军后，押着公子卬班师回国。

[11]陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2000年版，第508页。

005 空白罪状怎么填

刑法只能由最高立法机关制定，行政机关不能制定有关犯罪与刑罚的规定，这是对行政权本身的限制。

但是，不可能指望刑法规定出犯罪成立要素的方方面面，刑法不可能明确规定“传染病的范围”，也不可能把需要保护的“濒危野生动植物”的具体种类在法条中写明，所以不可避免地要参照其他法律法规。这就是所谓的空白罪状，也即在刑法中对于某个犯罪要素留白，需要参考其他法律法规。比如刑法规定：“违反国境卫生检疫规定，引起检疫传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”在确定行为人是否构成此罪时，必须要援引有关国境卫生检疫的行政法规。

空白罪状

空白罪状是否符合罪刑法定原则？这存在绝对主义和相对主义的争论。

绝对主义来源于启蒙运动对于权力分立的严格遵从，在贝卡利亚看来，法官如机器一般，只能严格执行立法者的命令，不允许进行任何法律解释[12]。至于行政权更是不能对立法权和司法权有任何染指。但这种教条式的罪刑法定很有可能走向自由保障的反面。

绝对的罪刑法定原则非常害怕罪刑擅断，所以对司法权进行了严格的约束。这导致司法能动性的彻底丧失，司法沦为立法者的仆役，无法对立法者的不足进行任何修正，机械司法无法避免。而当立法权一股独大，自由也就岌岌可危。

因此，罪刑法定原则开始从绝对走向相对。一方面从完全否定司法官员对刑法的解释，到有限地允许解释，司法可以对立法的不足进行填补，司法机械主义应当转变为司法能动主义；另一方面，空白罪状被有限承认，行政也可以对立法的滞后进行补足。

相对主义的立场不仅在理论上可行，也具有现实合理性。在今天这个快速变化的社会，想要通过刑法来明确一切犯罪构成要素是不可能完成的任务。因此，在刑法中留白，允许援引其他法律法规是合理的。但是如果完全放手由其他法律法规规定犯罪构成，那显然也与罪刑法定要求的法律专属性原则相去甚远。

法律永远是一种平衡的艺术，刑法一方面不允许其他法律法规来规定一种全新的犯罪类型，只能对刑法规定的某种犯罪的个别要素进行填补；另一方面也对可以填补空白的行政机关层级有一定的限制。

刑法规定：“本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”换言之，刑法中的空白罪状所援引的其他法律法规，至少也要是国务院制定的行政法规及其他规范性文件，而不包括部门规章和地方性法规。

明确的法律是自由的关键

刑法关于犯罪和刑罚的规定应当尽量明确，否则就无法实现法律的指引功能，让公民形成对未来的合理预期。

孟德斯鸠在《论法的精神》一书中曾对火诺利乌斯的法律进行了批评，该法规定：把一个脱离奴籍的人当作奴隶买回家的人或使这个脱离奴籍的人忧虑不安的人，要被处以死刑。孟德斯鸠指出：此法不应该使用“忧虑不安”这样一种含糊不清的表达方式，因为使一个人忧虑不安，完全取决于这个人的敏感程度。[13]

模糊的法律很难避免司法官员根据自身偏好进行选择性执法，任意出入人罪。在某种意义上，它赋予了执法机关以绝对的权力去任意解

释。从政策角度来看，模糊性条款的价值取向是为了社会稳定，“刑不可知，威不可测”，模糊的法律会让人无所适从，从而规规矩矩，但其代价却是彻底牺牲了公民个人的尊严、权利与自由。

这里最典型的例子就是1979年《刑法》中规定的流氓罪。当时的《刑法》规定：聚众斗殴，寻衅滋事，侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节恶劣的，处七年以下有期徒刑、拘役或者管制。流氓集团的首要分子，处七年以上有期徒刑。随后，又出台了特别刑法，将此罪的最高刑提高到死刑。由于流氓罪包含了太多具有道德色彩的词汇，所以无论最高司法机关的司法解释多么详细，都很难区分它与一般违反道德行为的界限，加上“其他流氓活动”这个包容性极大的“口袋”，导致流氓罪的打击面过宽。当时有种说法“流氓罪是个筐，什么都可以往里装”，几乎一切社会生活的不轨行为都可以论以流氓。

四川泸州纳溪一王姓小伙，与同伴打赌，亲了一过路女孩，结果因流氓罪被判死刑；一位男青年为其女友拍了一些穿着较为暴露的照片，因此男青年被判处死刑，女青年论以共犯，被判有期徒刑；还有一青年因酒醉路边小便，结果也被定为流氓罪，处刑15年，送往新疆劳动改造。[14]

1997年3月14日，新的《刑法》通过，流氓罪这个曾经无所不包的“口袋”终于被取消。原来司法解释中某些仅属道德范畴的生活作风行为被除罪化。相关刑法规定及司法解释有关流氓罪的内容被分解为聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、聚众淫乱罪和引诱未成年人参加聚众淫乱罪、盗窃罪等，新分解出的罪名全部废除了死刑和无期徒刑。

历史的教训告诉我们，只有明确的法律才能保障公民的合理预期，而这是自由的关键，“所谓绝对的奴役，就是一个人根本无从确定所要做的事情；在这种情况中，今晚绝不知道明天早上要做何事，亦即一个人须受制于一切对他下达的命令”（哈耶克语）。当法律模棱两可，人们无法预知行为后果，司法者适用法律，任凭主观好恶随意解释。欲加之罪，何患无辞，也就无法避免。

想一想

你觉得法律中的空白之处，会越来越多，还是越来越少？

[12][意大利]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1996年版，第13页。

[13][法]孟德斯鸠：《论法的精神》（下册），张雁深译，商务印书馆1996年版，第339页。

[14]杨清林：《流氓罪，那只被打击过狠的麻雀》，《辽宁法制报》2008年7月11日。

006 罪刑相当原则：罪刑的标尺

刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。这就是罪刑相当原则，也即重罪重刑，轻罪轻刑，无罪不刑。

相比杀害1人，杀害5人一定罪重吗？

在刑法理论中，曾有过应受惩罚的是行为还是行为人的争论。前者关注客观行为，认为刑罚应当与行为在客观上的危害性相适应，越重的行为应当受到越重的惩罚，杀5个人和杀1个人哪个刑罚重？当然是杀5个人。这种立场被称为刑事古典学派。

但是，随着19世纪工业化的进程导致犯罪率的激增，累犯、少年犯、惯犯等问题层出不穷，人们开始对古典学派的观点产生了质疑，认为惩罚应该主要关注行为人的人身危险性，人身危险性越高的人越是要受到更重的惩罚。同样是盗窃财物5000元，初犯和惯犯在客观行为上是一样的，但是惯犯的人身危险性更高，所以刑罚也应该越重。这种立场被称为刑事社会学派。

显然两种立场关于罪刑标尺看法并不相同，古典学派的罪刑标尺是完全客观的，对于所有人一视同仁，不搞特殊化。但是社会学派则认为千人千面，刑罚应该根据人的不同特点区别对待。

在传统的古典学派看来，人之所以犯罪是由人的自由意志决定的，每个人都有同样的自由意志，因此刑罚无须考虑个性，只需要考虑共性的外在行为。但社会学派却反其道而行之，认为人之所以犯罪根本不是自由意志的决定，很多时候是外在环境、成长背景甚至基因决定的。

耸人听闻的天生犯罪人

沿着社会学派逻辑脉络，出现了一种惊悚的理论——天生犯罪人学说，犯罪人只是基因的奴隶。该学说的首创者是意大利刑法学家龙勃罗梭，他早年曾是军队的一名医生，由于职业关系，经常负责对士兵进行身体检查，于是开始对士兵的体质差异进行研究，他发现好坏士兵的差异往往是后者有文身的癖好，于是推测犯罪与文身有很大关系。

后来，龙勃罗梭又成为监狱的一名医生，他对几千名犯人做了人类学的调查，并进行了大量的尸体解剖。1870年12月，一个阴雨连绵的上午，意大利帕维亚监狱，龙勃罗梭受命对著名的大盗维莱拉的尸体进行解剖。此人70多岁，但行动仍然非常敏捷，身轻如燕，行走如猿。当打开维莱拉的头颅，龙勃罗梭惊奇地发现此人头颅枕骨部位有一个明显的凹陷处，它的位置如同低等动物一样，恰在枕骨中央，属于真正的蚯突（vermis）肥大。

龙勃罗梭望着这奇怪的畸形物，一下醍醐醒脑，豁然开朗。他认为犯罪者与犯罪的神秘帷幕终于被揭开了，他得出一个惊世骇俗的结论：犯罪的原因就在于原始人所具有低等动物的特征必然要在我们当代重新繁衍。

在此基础上，他提出了天生犯罪人理论。为了论证自己的观点，龙勃罗梭做了大量的解剖研究，最后在《犯罪人》一书中，他激动地指出：原始人是天生犯罪人的原型，在原始人类中，犯罪是一种常态，因此犯罪人并非是对法律规范的违反，而只是一种特殊的人种，他们是人类的亚种，犯罪人就是生活在现代社会的原始人。

既然犯罪是遗传或变异所决定的，那么他们实施犯罪就是必然的。犯罪人只是基因的奴隶，犯罪是不可避免的。刑罚不再是对犯罪的惩罚，而只是为了保护社会，这也就是所谓的社会防卫论。龙勃罗梭举了一个通俗的例子，野兽吃人，根本不用管它是生性使然，还是故意为恶，只要人见了，为了自卫就要击毙之。在龙勃罗梭看来，既然犯罪是不可避免的，犯罪人就是无可救药的，刑罚也不可能对天生犯罪人产生任何威吓性的效果，刑罚只能是改造或消灭犯罪人肉体的手段。甚至当他们还没有开始犯罪，只要携带犯罪基因，社会就可以对其进行惩治。

龙勃罗梭的天生犯罪人理论蕴含着巨大的风险，他本人并未意识到，他的理论不仅开创了刑法学研究的新思路，也在某种意义上打开了潘多拉的魔盒。虽然龙勃罗梭晚年并不认为遗传是犯罪的决定性因素，转而认同遗传和环境共同作用，但其所指出的遗传与犯罪人的某种联系还是受到很多人的关注，进而发展成一门独立的学科——犯罪生物学。早期犯罪生物学的研究极为武断，并不严谨，他们恣意将许多未经严格证明的生物遗传特征武断地界定为犯罪特征，一如龙勃罗梭最初所为。不幸的是，这种研究成果与优生学一结合，就为种族优越理论大开方便之门，造成了20世纪最大的人间惨剧。

罪刑相当需要主客观考量

当然，社会学派认为刑罚应当考虑行为人特殊的人身危险性也不能说毫无道理。夜黑风高下杀人跟光天化日下杀人，后者的刑罚当然应该更重。但是，无论如何忽视客观行为，仅仅因为行为人主观上具备人身危险性就可以发动刑罚权，这风险太大，极有可能造成权力的滥用。

我国法律在客观说的基础上采取了折中的立场，刑罚的轻重既要考虑罪行客观上的危害性，又要考虑行为人的特殊情况。如果没有客观行为，一个人无论多么危险都不能施加刑罚。即便某人出生后，数位命相大师认为此人日后必成为大奸大恶，也不能对其施以惩罚。但是如果行为人实施了犯罪行为，则可以根据人身危险性不同增减刑罚。

罪刑相当原则有两点考量，一个是客观相当，二个是主观相当。

客观相当，即在客观方面，刑罚与犯罪行为的社会危害性相适应，社会危害性越大，刑罚也应越重，因此犯罪结果越重，犯罪数额越大，其刑罚也应越重。例如，故意杀死2人一般重于故意杀死1人的刑罚；犯罪既遂一般重于犯罪未遂的刑罚；盗窃1万元一般要重于盗窃5000元的刑罚。

主观相当，即在主观方面，刑罚与犯罪人的人身危险性相适应，人身危险性越大的罪犯，其刑罚也应越重。例如，直接故意一般重于间接故意的刑罚；对未成年人犯罪应当从宽，因为他们的人身危险性较之成

年人要相对更小些。刑法中的自首、立功、假释、减刑、缓刑等制度都是罪刑相当原则的体现。

想一想

蓄意杀人和冲动杀人，哪种行为更恶劣？

007 刑法面前人人平等原则：并非多余的重复

刑法面前人人平等原则，你可能觉得这条有点多余，为什么刑法要特意规定呢？正是因为刑法面前不平等现象在历史上比比皆是，所以要以法律的形式来规定这个原则，希望在立法、司法和刑法执行层面能够尽可能平等。

平等可以分为分配正义和矫正正义。前者是指根据每个人的功绩、价值来分配财富、官职、荣誉等，相同之人给予相同东西，不同的人给予不同东西。后者是指当分配正义遭到破坏时，按照均等的原则予以重建或恢复。比如某人侵害了他人的利益或财产，矫正正义就要求侵害者偿还属于受害者的财产、权利。

刑法的平等是规则的平等

刑法的平等是矫正正义的平等。矫正正义主要是在物品交换过程中形成的一种契约式的正义原则，又称为交换正义。可见，只有在契约文化高度发达的社会，矫正正义才能真正实现。在中国古代，由于长期奉行重农抑商的政策，契约文化极不发达，也就很难孕育法律面前人人平等的观念。19世纪英国法学家梅因指出，进步社会的运动，到现在为止，是一个从身份到契约的运动。

首先，刑法上的平等一定不是结果上的平等。结果平等，在大多数情况下仅仅反映了弱者对强者的嫉妒。这种平等只是为了把强者拉到与弱者同等的程度，而不能真正达到平等。人们越是致力于争取结果平等，就越可能陷入等级和特权的泥沼。

《动物农场》中，最经典的吊诡之处就是动物最初反抗人类统治时，口号是所有动物一律平等，但后来，理想堕落了，猪凌驾于其他动

物之上，新的口号仍然是所有动物一律平等，但有些动物更为“平等”。刑法面前的平等是一种规则的平等，也就是刑法的规则对所有人同等适用，无论富人穷人，尊贵卑弱，每个人都拥有生命权、健康权、财产权等各种为人的基本权利都为法律同等保护。

其次，刑法面前人人平等要反对特权。中国古代虽然有“王子犯法，与庶民同罪”的美丽故事，但这种美丽只如昙花。在漫长的历史过程中，特权思想从来都与刑法如影随形。大家都知道“刑不上大夫”。这个原则最初由西汉的贾谊提出，他认为：大臣有罪，鉴于其身份、地位，不能像百姓一样，实施刺字、割鼻、弃市等当众侮辱人格的刑罚，这样才能维护皇帝的尊严。为了说明这个道理，他还举了一个“投鼠忌器”的例子，“鼠近于器，尚惮不投，恐伤其器，况于贵臣之近主乎”。打老鼠时都怕弄坏旁边的贵重物品，对于皇帝身边的臣子，在处罚时就更要慎重了。

最后，刑法面前人人平等还要反对歧视，这其实是反对特权的另一面。只要一方有特权，另一方就必然被歧视。反之，一方被歧视，另一方也就必然享有特权。特权侧重于权利的不当膨胀，它是处处高人一等，歧视是权利的不当剥夺，处处低人一等。多数人往往只注重对特权的抨击，而不够重视反对歧视。和反对特权一样，反对歧视也来源于人们对自我的尊重，歧视将极大地伤害人们的尊严，妨碍人作为主体性地位的实现，所以美国学者博登海默会说：“当那些认为自己同他人是平等的人在法律上得到了不平等的待遇时，他们就会产生一种卑微感，亦即产生一种他们的人格与共同的人性受到侵损的感觉。”[15]

前提平等，过程平等，结局平等

刑法面前人人平等要贯彻在刑事立法、司法和行刑的全过程。

首先，立法平等是司法和行刑前提，如果立法本身不平等，司法、行刑上的平等只能恶化这种不平等的结果。试想，如果两个正常人同时赛跑，让一人先跑，一人后跑，无论在过程中，跑步的竞赛规则如何平等，其最终结果也必然是不平等的。起点的不平等必然导致结果的不平等。作为矫正正义的刑事立法，在分配刑罚的时候，最起码的就是要做

到起点的尽量公平。

其次是司法上的平等，无论是定罪还是量刑都应反对特权与歧视，行为人职位的高低、权力的大小、财富的多寡都不能影响定罪与量刑。某地曾有一栋公寓楼着火，火灾至少导致58人罹难，熊熊燃烧的大火击碎了这座城市的骄傲，当时有13名犯罪嫌疑人被拘捕，其中包括最早被刑拘的无证电焊工，也有涉嫌贪腐的地方官员。

最后，刑法上的平等还必须体现在刑罚执行上，在减刑、假释、保外就医等诸多执行制度上，都不因权势地位而区别对待。前提平等，过程平等，而最后的结局不平等，这种平等只能是一种走过场。

想一想

“刑不上大夫”是在哪个环节不平等？

[15][美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1998年版，第288页。

刑法的解释

008 理解法律的关键：解释法律

英国法学家梅因说，法律一经制定，就已经滞后。因此，理解法律，最重要的是学会如何解释法律。

首先，需要明确的是，刑法和民法的解释方法是不同的。民法是私法，调整的是平等主体间的财产关系和人身关系。因为当事人双方的法律地位是平等的，当双方出现民事纠纷必须通过法律定纷止争。所以，民法的解释是可以根据法律的精神比照最相类似的条款进行解释。在民法没有明文规定的情况下，也应该寻求民法以外的法理、习惯等作为裁判的依据。但是，作为公法的刑法则不一样，因为刑法是最严厉的法律，轻则剥夺人的财产，重则剥夺人的自由甚至生命，所以，刑法的解释必须遵循严格解释的方法。

主观解释和客观解释

关于刑法的解释原理，存在主观解释论和客观解释论。

主观解释论认为解释法律一定要探究立法者的原意；客观解释论则认为，立法者的原意根本就是子虚乌有的假设，时过境迁，立法者的原意也无法还原，因此没有必要拘泥于立法原意，完全可以根据客观生活的实际需要去进行解释。

法律永远是一种平衡的艺术，刑法解释既要考虑主观解释论，又要

采纳客观解释论。首先，解释法律必须尊重立法者所规定的语言，不能突破语言的极限，因为法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚；其次，在语言的范围之内，当然也要根据社会生活的实际需要进行解释。

1997年立法者在规定“破坏计算机信息系统罪”的时候，可能做梦都想不到有一天会出现智能手机。1997年大家普遍使用的是BP机、大哥大，而且当时人们使用大哥大还需要办证，当时的计算机特指电脑。

如果完全按照主观解释论，智能手机就不能算作计算机。但今天的智能手机跟计算机在功能上其实没有本质的区别。所以，到底什么叫计算机？你可能会发现，每一个法律概念都有模糊的地方，乍看来很清晰，仔细一看又迷雾重重。从人们对计算机的通常理解，计算机是做文字处理、上网的机器，如今的智能手机早就可以实现这些功能了。所以根据社会的实际需要是可以把智能手机解释为计算机的。当然，这其实既符合主观解释论又符合客观解释论。一方面，智能手机没有超越计算机这个词语的极限，这是对立法语言的尊重；另一方面，也没有拘束于立法者当时的想法，按照当前对计算机的理解，把智能手机解释为计算机也并不离谱。

形式解释与实质解释

第二种有关解释的理论之争就是形式解释与实质解释。

所谓形式解释就是探究语言的形式界限进行解释，而实质解释则是探究条文背后的法律精神来解释。当前，主流的立场依然是折中说，在形式基础上追求实质：一方面我们的解释不能突破语言的形式界限，否则就违反了罪刑法定原则；另一方面我们又不能拘泥于法律的形式表达，而要去探究它背后的精神。

比如抢劫罪，基本刑是3至10年有期徒刑，如果有8种加重情节则可以处10年以上有期徒刑、无期徒刑直至死刑，其中有款加重情节叫做“冒充军警人员抢劫”。某地曾发生这样一个案件，某女深夜被抢，次日到警局去报案，结果吓了一跳，因为接待她的民警居然就是昨晚抢劫之人。

那么，问题来了，真警察抢劫属不属于冒充军警人员抢劫？

从实质来看，冒充军警人员抢劫，要判10年以上有期徒刑。那真警察抢劫，是不是更应该处10年以上呢？但从形式上看，“冒充军警人员”这个语言无法包含真警察抢劫，如果把真警察解释为冒充警察，司法机关就不是在适用规则，而是在创造规则。所以真警察抢劫，不属于冒充军警人员抢劫，只属于普通型抢劫，只能认定在3到10年有期徒刑中量刑。

还有一个更为奇怪的例子，登载于最高人民法院《刑事审判参考》。某女遭遇张三性侵，事后女方报警，公安机关发现一个特别的现象，女方是双性人，有两套生殖系统，但染色体是XY，也就是在生物学上是男性。那张三还构不构成强奸罪的既遂呢？

如果把被害人解释为男性，张三主观上想强奸女性，但客观上被害人是男性，那张三就只构成强奸罪的未遂。如何去解释法律，是采取生物学说还是第二性征说？

如何在刑法意义上理解性别，这显然也是丰富多样的社会生活对法律人提出的问题，为了方便大家思考，先看一个相似的案件。张三强奸了李四，后来发现李四是个变性人，他虽然生而为男，但觉得投错了胎，于是做了变性手术，成为一名女性，染色体依然是XY。那这位变性人在法律上属于男性还是女性呢？我想大家应该有了答案，虽然在生物学上他是男性，但在解释的时候，完全可以把她看成为女性。这种解释就是在形式上考虑实质的需要，根据被害人的第二性征和社会属性进行解释，同时也没有超越女性这个词语的极限。

所以，权威判例认为，张三案构成强奸罪的既遂。

想一想

小美想买一部新手机，在学校看到有收购“卵子”广告，于是卖了一颗卵子，获款 2 万元，收购者构成组织出卖人体器官罪吗？

009 刑法解释的范围与实质

在解释刑法时，应当在形式解释的基础上，考虑实质解释的需要，这是罪刑法定原则的要求。首先要考虑刑法条文字面可能具有的含义，然后再去探究法律的精神进行实质解释。

刑法的解释必须遵循严格解释的方法，只能去探究刑法条文规则的内涵，而不能创造新的规则。解释是司法活动，而非立法行为。因此，形式解释论是首要的，它划定了刑罚权的范围。如果突破刑法条文形式上的限制，仅从社会生活需要对刑法进行实质解释，就会破坏刑法的稳定性和明确性，侵害公民的合理预期。但是，在形式解释的基础上，需要考虑实质解释论的要求，否则法律就会太过僵化。

文理解释和论理解释

在刑法中，有两种基本的解释方法，一是文理解释，二是论理解释。

所谓文理解释，就是对法律条文的字义，包括词语、概念、标点符号等从文理上所做的解释。在解释法律的时候，首先要尊重立法者的语言表达，所以文理解释是首选的解释方法。

比如《刑法》对故意杀人罪的规定是“故意杀人的”。从文理上来看，故意杀人的对象可以是他人，也可以是自己，自杀至少在文理上构成故意杀人罪。康德也认为自杀是违法的，因为人只能是目的，不能是纯粹的手段，自杀者是把自己当成了纯粹的手段。与故意杀人罪的法条表述不同，《刑法》对故意伤害罪的规定是“故意伤害他人的”，因此自伤就不符合故意伤害罪的构成要件。

但把自杀解释为故意杀人我们都会隐约觉得不太合理。当文理解释的结论不合理或产生多种结论，就必须进行论理解释。论理解释就是按照立法精神来阐明刑法条文的真实含义。

比如从文理上来说，婚内强奸都可以被认定为强奸，毕竟《刑法》关于强奸罪的规定是“强奸妇女的”，并未特指强奸妻子以外的其他妇女。但是从社会生活的角度，把婚内强奸一律认定为强奸并不合理。比如丈夫和熟睡的妻子发生关系，这种行为都归为强奸就不太合适。所以，在司法实践中，对强奸罪采取了限制解释，认为婚内强奸不能一律构成强奸罪。判例认为只有当婚姻关系不稳定的情况下，婚内强奸才是强奸。比如说夫妻正在离婚诉讼期间，丈夫强行和妻子发生关系就可以认定为强奸。

扩张解释和缩小解释

论理解释是按照法律精神去探究法条的内涵，它有两种效果，一是缩小解释，二是扩张解释。

缩小解释是在语言的核心含义之内再进行缩小，就像故意杀人罪，如果认为自杀不构成故意杀人罪，那么就是把法条上的“人”缩小到本人以外的他人。

扩张解释是将刑法规范可能蕴含的最大含义揭示出来，是在一定限度内的解释极限化。从形式上来看，扩张解释是在语言的核心含义之外，语言的最大射程之内所做的一种解释。从实质上来看，扩张解释是为了正确适用法律，它并不产生新的规则，没有超越公民的合理预期。

最容易和扩张解释相混淆的概念是类推，两者的区别是不容回避的，因为罪刑法定原则禁止不利于行为人的类推，但允许扩张解释。

类推又称比附援引，它是在出现法律漏洞的时候，比照最相似的条文定罪判刑，作为一种技术手段，比附援引在中国古代很常见。类推在本质上不是解释，而是造法，它将刑法规范本身没有包含的内容解释进去，是解释的过限化，产生了新的规则，也就超越了公民的合理预期。

唐武则天长安四年（704）二月，宰相苏味道因父亲去世，回到家乡赵州栾城安葬父亲。武则天下令让地方供给他丧事所需的东西。但苏味道太过张狂，侵毁乡人的墓田为父亲修建陵墓，而且超过标准使用民力。后被监察御史萧至忠弹劾。当时的法律规定：凡盗耕他人墓田者，杖一百。法律并未规定苏味道的行为如何定性。但当时的法官认为，法律虽然没有明文规定此类行为如何处理，但依势侵毁他人墓田而营建其父的陵墓，性质等同盗耕他人墓田。苏味道的行为据此定罪，按律可处杖刑。

在其他部门法中，类推是一种经常使用的司法手段，它可以弥补立法的不足。但是在刑法中，类推是被禁止的。因为刑罚权恣意扩张可能导致灾难性后果。如果允许类推，司法机关就可创造新的规则，也就拥有事实上的立法权。这是司法对立法的僭越，明显违背三权分立的基本理念。故此，罪刑法定最重要的派生原则就是禁止司法类推。

然而，扩张解释是罪刑法定原则允许的。任何语言都有一个核心含义，但同时还有一个发散范围。扩张解释就是在语言的核心含义之外，发散范围之内所做的解释。比如，《刑法》规定的破坏交通工具罪：“破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险”的行为。如果破坏农用手扶拖拉机导致车毁人亡，死伤惨重，能否构成破坏交通工具罪呢？这就涉及能否将拖拉机解释为汽车的问题。从字面来看，汽车与拖拉机不同，但是考虑到“汽车”的这个用语的发散范围，将拖拉机解释为汽车的一种，也不算太离谱。按照《辞海》的说法：“汽车是一种能自行驱动，主要供运输用的无轨车辆。原称‘自动车’，因多装用汽油机，故简称汽车。”可见，这种解释并没有超越语言的极限，它可以看成一种扩张解释。

更为经典的案例是南京的李某组织卖淫案，这一度让法官非常纠结。2003年1月至8月，被告人李某以营利为目的，伙同他人，采取张贴广告、登报的方式招聘“公关先生”，在其经营的酒吧内将“公关先生”介绍给同性嫖客，由同性嫖客带至酒店从事同性卖淫活动。后李某以组织卖淫罪被提起公诉。

此案争议的焦点就是同性之间的性交易是否构成卖淫。在庭审过程中，控辩双方针锋相对。辩护人从罪刑法定出发，认为刑法及相关司法

解释对同性之间的性交易是否构成卖淫无明文规定，故李某的行为不构成犯罪。公诉人同样依据罪刑法定，认为李某的行为构成犯罪。

那么，李某的行为构成组织卖淫罪吗？从语言的核心含义来看，卖淫是女性为了获得财物而向不特定男子出卖肉体的行为，但是从“卖淫”这个词语的最大范围来看，将男性之间的性交易解释为“卖淫”并未超越语言的最大射程。另外，从实质上看，“卖淫”是指性与金钱的交易，同性间的卖淫与异性间的卖淫虽然存在主体性别上的差异，但对法益的侵害没有实质上的区别。其实，现行《刑法》规定的组织卖淫罪，所使用的语言是“组织他人卖淫”，而非“组织妇女卖淫”。可见，将男性性交易解释为“卖淫”并未突破法律规定，没有创造新的法律规则。

相似的一个案例是出租充气娃娃“卖淫”案。据报道，某地繁华地段出现一种新的情色行业，店老板提供各种充气娃娃，有的娃娃仿造当红女明星的体貌特征，并提供房间为顾客服务。此类行为能够构成组织卖淫罪吗？如果将出租充气娃娃解释为“组织卖淫”，就比较离谱了，明显超越了“卖淫”这个词语的极限，无论如何，卖淫都是“人”出卖身体。这种解释就创造了新的规定，是罪刑法定所禁止的类推适用。

当然，扩张解释和类推适用并不是泾渭分明的，有时很难区分。比如，1997年《刑法》曾有一项盗窃、侮辱尸体罪。将尸块解释为尸体你应该不会觉得有问题，但如果把骨灰解释为尸体，可能就有点过界了，这是一种典型的类推适用。但是，你觉得尸骨能否解释为尸体呢？这就见仁见智了。但是，其实无论是盗窃尸体、尸骨还是骨灰，社会危害性都是相同的，所以2015年在刑法修正的时候，立法者干脆把原来的盗窃、侮辱尸体罪修改为盗窃、侮辱尸体、尸骨、骨灰罪，彻底弥补了这个漏洞。也许，英国大法官丹宁勋爵说的一句话可以给予启发：“如果当衣服上出现皱褶，司法机关可以用熨斗把它熨平，而如果当衣服上出现一个大洞，这个织补工作是立法机关的事。”

想一想

缩小解释一定符合罪刑法定原则吗？

010 举轻以明重，举重以明轻

一条路因为修整，禁止牛马通过。张三牵了一头骆驼，是不是也不能通过？从实质上来看，骆驼通过比牛马通过性质更恶劣，但在形式上骆驼能够为牛马这个词语所包容吗？

这就要提到刑法中的当然解释了。从现有法条中自然而然推导出来的解释叫做当然解释，虽然刑法条文没有明确规定，但它其实已经包含于法条的意思之中。

举轻以明重

当然解释表现为入罪和出罪两个方面：入罪时举轻以明重，当轻的行为构成犯罪，那重的行为更应是犯罪；出罪时举重以明轻，当重的行为不构成犯罪，那轻的行为就自然不是犯罪。

对于入罪，标准应当尽可能地严格，但出罪，标准没有必要过于严苛。

因此，举轻以明重的当然解释，必须要同时具备两个条件才符合罪刑法定。一个是形式上的当然，一个是实质上的当然。实质上的当然很简单，就是举轻以明重的意思，当轻的构成犯罪，重的更应该构成犯罪，就像骆驼通行比牛马通行危害性更大，故更应被禁止。但关键是形式上的当然，只有当轻的行为在逻辑上可以包容重的行为，才符合罪刑法定。骆驼显然超越了牛马这个词语的极限，所以把骆驼解释为牛马就是一种类推适用了。

类似的例子不胜枚举。比如危险驾驶罪，刑法规定醉酒驾驶机动车构成危险驾驶罪。那吸毒后驾驶是否也构成危险驾驶罪呢？表面上看，

毒驾比醉驾社会危害性更大，但是毒驾显然不能被醉驾这个概念所包容，因此不构成危险驾驶罪。

那什么情况下的举轻以明重才符合罪刑法定呢，“人肉搜索”是否构成侵犯公民个人信息罪？刑法规定，向他人非法出售或者提供公民个人信息，是侵犯公民个人信息罪的客观行为方式之一。只要向提供个人信息就可能构成侵犯公民个人信息，通过信息网络的人肉搜索方式发布公民个人信息，是一种更为严重的提供行为，自然构成此罪。

举重以明轻

还有一种当然解释是举重以明轻，当重的不构成犯罪，那轻的更不构成犯罪。这是有关出罪的解释，标准就没有必要像入罪那么严格。只要在实质上符合举重以明轻的要求就可以出罪，并不必须同时符合形式上的要求。即便认为这种解释属于突破了语言的形式界限，但这种类推对行为人有利，可以限缩刑罚权，也是符合罪刑法定原则的。

比如自首的法律定义是犯罪后自动投案，如实供述，那在犯罪过程中和警察对峙，经警察劝说，放弃犯罪，缴械投降，这属于自首吗？从形式上看，犯罪中肯定不属于犯罪后，但是从举重以明轻的法律，连犯罪后投案都可以成立自首，那么较之性质更轻的犯罪中投案，也可认为是自首。

想一想

刑法规定了劫持汽车、船支罪，但没有规定劫持火车罪。劫持火车在事理上比劫持汽车、船支的社会危害性更大。可以把劫持火车定为劫持汽车、船支罪吗？

011 刑法解释，朝着良善进行

某省有一个惊悚案件，一位女士上访，手段极端。她的儿子被人杀害，到公安机关报案，公安机关不立案，结果她把儿子的人头剁了下来，提着人头进京上访，你想一想，把人头往信访工作人员面前一摆，多么可怕。

问题在于，她构成侮辱尸体罪吗？

侮辱尸体罪，是指以暴露、猥亵、毁损、涂划、践踏等方式损害尸体的尊严或者伤害有关人员感情的行为。

从形式上来说，她无疑构成了侮辱尸体的构成要件。但要成立犯罪，还需要证明她实质上侵犯了法益。

盗窃尸体罪侵犯的法益是尸体的利益，还是遗属的尊严？当然是后者。

这个母亲把儿子人头给剁下来，是出于对儿子的仇恨还是出于对儿子的爱？是爱，虽然这是一种极端的爱，但这种爱并没有践踏遗属的尊严，所以这种行为是法律应当宽赦的，不构成犯罪。

这个案件提醒我们在进行刑法解释时，一定要朝着刑法的目的去进行，法益作为入罪的基础，伦理作为出罪的依据。一个表面上符合法条的行为不再理所当然被认为是犯罪，除非它侵犯了法益；一个侵犯法益的行为也不是想当然地被视为犯罪，除非它违反了伦理道德，如果一种行为是伦理道德所鼓励的，那它绝对不是犯罪。

法律与道德的冲突

与割头上访案类似，有一个水葬母亲案。28岁的农民工王某，其母猝死于出租房。拮据不堪的他，无力负担上千元的火化费，含泪将遗体装在麻袋，沉尸“水葬”。王某后以涉嫌侮辱尸体被刑拘。[16]

如果你是司法人员，忍心这么定罪吗？法律不是机器，判决要符合法律，更要符合天理人情。法律跟道德的冲突其实没有我们想象的那么严重，因为我们可以通过合理的刑法解释，来弥补法律跟道德良知的矛盾。法律一定要追求公平和正义，所以解释要朝着良善去解释，而不是朝着邪恶去解释。

正义真的存在吗

有一个基本性的问题：这个世界上存在正义吗？正义是人的发明还是人的发现？正义是主观的还是客观的？

有人认为正义是主观的，只是人类的一种设计。如果你持这种观点，或许你就根本性地取消了正义这个概念。

“人类社会有没有正义”这是人类历史上最古老的争论，早在古希腊柏拉图的年代就探讨过，在《理想国》一书中有三派鲜明的立场。

第一派，柏拉图假苏格拉底之口认为正义是客观存在的。

第二派，色拉叙马霍斯认为正义只是相对的。没有绝对的对，也没有绝对的错，强权即真理。

第三派持怀疑论，不知道有没有正义，也许有，也许没有，一直处于怀疑之中。

在《理想国》中柏拉图以非常严谨的逻辑，彻底地驳斥了相对主义。我认为正义一定是客观存在的，至少从逻辑上，从经验上，从类比上。

首先从逻辑上，当你认为一个事情不正义的时候，一定在逻辑上有一个反对面叫正义。如果没有正义，那么你所说的不正义毫无意义。在

逻辑上，相对主义所谓的没有绝对的对，也没有绝对的错，是自相矛盾的，因为它的主张本身就是绝对的。

其次是经验论，我们每个人都会经历一些不正义的事情，我们每个人的内心深处是不是渴望正义概念的存在？大家注意到，人的所有感觉一定有所投射的客观对象，我渴了，所以一定有水的存在；我饿了，所以也有食物的存在；甚至包括我有性欲也一定有欲望所指向的对象。那么人类为什么有对正义的感觉，因为一定存在一个正义所指向的对象，否则这种感觉从何而起？

最后是类比论，如果我们将正义类比为完美的圆。圆这个概念是主观的还是客观的？是客观的。虽然人所画的所有圆都并非完美的圆，用任何仪器也画不出一个完美的圆。但是“圆”这个概念是客观存在的。我们虽然看不到正义，但不代表“正义”这个概念不存在，它依然是我们前进的方向。法律要追求公平和正义，公平和正义是客观存在的，它不断挑动着法律人的心弦，让我们虽不能至，心向往之，这就叫做正义。

抛开逻辑论、经验论、类比论，还有很多立场说明正义的客观存在，比如认识论，很多人陷入了一种怀疑主义，认为这个世界上可能没有正义。

那我想邀请你来思考一个问题，大家的认识论来源于理性还是来源于相信？

怀疑主义当然有理性的成分，任何理论都要接受质疑，但是彻底的怀疑主义则是理性时代的诅咒，我们大多数人没去过南极洲，但自然认为南极洲客观存在。你也无法回到秦朝，但你会认为秦朝是存在的。如果你坚持一种彻底的怀疑主义立场，你所有的认识论都是不稳固的。理性不是唯一的认识论依据，我们人类所有的思考其实都是建立在相信的基础上。人类所有的知识都来源于对权威的相信，我们相信存在正义，而正义一定是客观存在的。看见的不用相信，看不见的才用去相信。

对于怀疑主义，有一个问题值得反思：你用以怀疑的怀疑本身是否也值得怀疑呢？

想一想

携带火柴进入电影院，能不能解释为携带易燃性物品进入公共场所？

[16]盛翔：《水葬母亲令人心酸，怎能让贫穷成为一种罪？》，《新京报》2008年11月30日。

刑法的效力

012 刑法的空间效力

任何法律都有适用的范围，刑法也不例外，刑法的空间效力就是要解决刑法在什么地方对什么人有效力的问题。空间效力和国家主权是联系在一起的，主权的范围有多大，刑法的空间效力也就有多广。

犯强汉者，虽远必诛

在中国传统法律观念中，没有主权概念，普天之下，莫非王土，率土之滨，莫非王臣。传统的国家概念是宇宙之国，宇宙最中央谓之中国。自秦始皇建立统一帝国以来，封建帝王一直以天朝上国自居，皇帝自然也就是天下共主。当乾隆皇帝接见英使马嘎尔尼时，倨傲地说：“大皇帝君临万国，恩被四表，无论内地外夷，均系大皇帝百姓。”当时几乎所有人都认为，大清朝以外的地方都是蛮夷藩属，世界上不可能存在一个和中国平起平坐的国家。在这种世界观念下，刑法在理论上具有普世性，可以适用于普天之下的一切人。这就像西汉元帝时期，陈汤出征攻伐西域，大败郅支单于，将单于一家老小屠杀殆尽，悬首示众，还义正词严地说“犯强汉者，虽远必诛”！

然而当时，在地球的另一端，却诞生了与清朝完全不同的世界观念。1577年，法国人吉恩·布丹出版了《论共和国》，在该书中首次提出主权概念，并把其定义为“国内绝对的和永久的权力”。随后，被誉为国际法奠基者的荷兰法学家格老秀斯也认为主权属于国家，主权是国家的最高统治权，主权国家之间是平等的。在这种世界体系之内，除殖民

地之外，国与国之间也就是一种主权国家之间平等交往关系。作为主权的一种体现，刑事管辖权自然也就只能在主权的范围内发生作用。

外国人犯法，刑法也能管

在现代刑法中，主权的范围有多大，刑法就能鞭及多广。每个国家都有不同的刑法，这些刑法并非放之四海而皆准，它只能适用于一定的地方一定的人，这也就是刑法的空间效力。刑法的空间效力主要有四个原则：属地管辖、属人管辖、保护管辖和普遍管辖。而管辖权的具体实现，有时又必须依赖于引渡制度。

我国刑法在空间效力上以属地原则为主，兼采属人和保护，并有保留地采普遍管辖原则。看起来比较复杂，其实属地管辖又称领土管辖，它是有关刑法空间效力最基本的原则，在领土范围内，无论是本国人，还是外国人犯罪，都应适用主权国的刑法。我国刑法规定，只要发生在中华人民共和国领域内的犯罪，本法都可以管，除法律另有规定的除外。

2007年9月，英国公民阿克毛携带4030克海洛因抵达新疆乌鲁木齐，后被乌市中院判处死刑。阿克毛提出上诉，二审法院驳回上诉。判决引起英国朝野上下抗议，但最高法院依然核准了死刑。2009年12月29日，阿克毛被注射执行死刑，成为过去50年在中国被处死的唯一欧盟公民。

属地管辖原则，有两个派生性的原理，旗国主义与遍在地主义。

旗国主义，就是登记在中国的船舶或航空器也属于中国领土。一个法国人在越南买了一艘船登记在中国，这艘船开到任何海域都算是中国领土。在这艘轮船上犯罪就相当于在中国领土上犯罪。

遍在地主义，只要行为或结果有任何一项发生在中国都属于在中国犯罪。张三在广西境内朝越南开枪，打死了越南境内的一只金丝猴。行为地在中国，自然可以受到我国刑法管辖。一个越南人在越南打死了中国境内的一只金丝猴，中国刑法也可以对该案进行管辖，毕竟结果地发

生在中国。

随着网络技术的发达，领土管辖原则面临新的问题，虚拟空间是否属于领土？想象一下，他国黑客在国外利用网络潜入中国某银行系统，盗走大量的金钱，这是否可以适用领土管辖原则。一种有力的观点认为，领土的范围在一定程度上应当包括虚拟空间，只要这种虚拟空间有任何一个连接点发生在实体的领土之中，比如犯罪人所用的网络设备、服务器在中国、网上作案所侵入的局域网系统、终端设备在中国。[17]关于这个问题，仍未有定论。

国人在外国犯法，刑法也能管

属人管辖是属地管辖原则的补充，它针对在领土以外的本国公民。有一句法谚说“法粘在骨头上”，意思是只要你拥有某国国籍，那么不论你在天涯海角，你的犯罪行为，该国刑法就有管辖权。比如一位中国公民在国外故意伤害致人死亡，由于害怕当地严厉的刑罚以及对当地司法制度的不信任，逃回国内，后被外国相关部门在国外通缉，对此案件，中国就可追究。

舆论反响极大的江歌案，陈世峰杀害江歌，最后日本法律判其20年有期徒刑。当陈世峰在日本服刑结束，回到中国，我国的司法机关还能不能审判他？当然可以。只是从人道主义考虑，因为他在日本已经受过刑了，所以法律规定可以对他免除或减轻处罚。

从实践的角度看，国内的公安机关一般不会主动调查此类案件，毕竟司法资源是有限的。但如果国外的司法机关向我国相关机构请求司法协助，中国自然也应启动刑事追诉程序。否则根据对等原则，如果你不管别国的事情，到时自己遇到同等问题，也很难指望他国会予以配合。

属人管辖显然会和他国的属地管辖原则有冲突，所以要进行一定的限制，即相对重罪管辖，刑法规定，法定最高刑在“3年以下”的犯罪行为，可以不予追究。

强大的国家能够捍卫每个国民的利益

如果外国人在国外侵害了本国或本国国民的利益，本国对此行为也有刑事管辖权，这就是保护管辖原则。保护管辖原则包括两个层次的内容，一种是对国家利益的保护，另一种是对国民个体利益的保护，两者都可以看成是主权观念的体现。对于主权的捍卫，不仅要求国家对抽象的国家利益进行保护，更重要的是，应对主权的真正拥有者——国民——的利益加以维护。

但是，传统中国并没有这种主权在民的观念，护国不护民，虽然对于胆敢冒犯帝国天威的异域他邦，屡兴讨伐，“虽远必诛”，但它所维护的只是抽象的帝国声誉，而对身处外邦的小老百姓，不仅不提供庇护，反而认为他们自弃父母之邦，对其生死概不过问，国人很少能够享受强大帝国带来的荣耀。

1740年10月，爪哇巴达维亚（今雅加达）的荷兰殖民者欲将华人迁往锡兰，被拒后屠杀了上万华人，华人的鲜血将河水染红，史称“红河事件”。次年，荷兰人怕清朝报复，特意派人到北京谢罪，结果乾隆皇帝不仅不生气，反而对此大加赞赏，“天朝弃民，不惜背祖宗庐墓，出洋谋利，朝廷概不闻问”“内地违旨不听召回，甘心久住之辈，在‘天朝’本应正法之人，其在外洋生事被害，孽由自取”。[18]

当时的清朝不可谓不强大，但是如果强大的帝国不尊重每个个体的利益，那这种强大又有什么用处呢？我从来认为，只有捍卫每个国民的利益的国家才是真正强大的。2007年初，5名中国工人在尼日利亚南部的尼日尔河三角洲地区遭到武装分子绑架。此事引起中国政府的极大关注，我国驻尼日利亚大使馆与绑架地点政府部门取得联系，经多方努力，最终使得被绑工人安全获释。获释之后，被解救的工人感言，在劫持期间，他们虽然有过惊恐和失望，但始终坚信国家一定会全力营救他们，营救的成功让他们感到了祖国的强大[19]。

对于境外的本国公民提供必要的保护，是政府的职责所在，因为这是主权在民观念的必然延伸。既然国家的主人是民众，那么无论他身处何方，国家都有义务为他们提供相应的法律保护，只有这样，才能让民众真正为自己的国家感到自豪。

有必要一提的是，保护管辖原则有可能与别国的主权和刑事管辖权发生冲突，因此这种管辖往往要受到更为严格的限制。一方面，必须尊重别国的主权，因此必须是本国和他国法律都认为构成犯罪，才有管辖权。另一方面，只有对重罪才可管辖，轻微的犯罪就可以放他一马，没有必要睚眦必报，我国《刑法》规定，只有当法定最低刑在“三年以上”的犯罪，才可以适用我国刑法。

想一想

美国人在法国拐卖男性去希腊做奴隶，后此美国人到中国旅游，我国能否处理本案？

[17]屈学武：《因特网上的犯罪及其遏制》，《法学研究》2000年第4期。

[18]李长傅：《中国殖民史》，商务印书馆1937年版，第171页。

[19]《获释中国工人感言：感受到祖国的强大》，中国新闻网，2007年1月20日。

013 刑法的时间效力

法律的适用范围，不仅包括空间范围，还包括时间范围。

刑法的时间效力即刑法在何时生效、在何时失效以及对其生效前的行为有无追溯效力。其中最主要的是刑法的溯及力问题。我国现行《刑法》从1997年10月1日生效，对它生效以前的行为采取从旧兼从轻原则。

新法律面对旧案子

新的法律没有溯及力，此乃从旧。如果能用新的法律惩罚之前的行为，那么民众就会丧失合理预期，不知行为合法非法的边界，惶惶不可终日。

合理预期是动物的基本天性。科学家做过一个试验，铁笼中养着一只白鼠，左右各开一小门，左边放着一根通电的棍棒，右边放着一块蛋糕，科学家用木棍驱赶老鼠，经过几次训练，白鼠习惯了右跑，一看到木棍，就会主动往右跑。此时，试验者把食物和棍子对调，白鼠往右跑时，等待它的变成敲打鼻子的痛苦，慢慢地它又学会向左跑，试验者再次对调食物与棍子。几次对调，试验者发现，不论用什么刺激白鼠都不愿再跑——它已经疯了。

老鼠之所以发疯，是因为失去了对未来的合理预期，它不知道世界为什么突然变了。对未来的合理预期，是所有生物存活的基本条件。作为万物之灵的人类更是需要合理预期，法律必须保障人们的这种需要，让人免于恐惧。因此，禁止溯及既往是对权力的基本约束。

如果新法对行为人有利则可以溯及既往，此乃从轻。这是对从旧原

则的微调，有利于行为人的规则可以溯及既往这也符合罪刑法定的限制权力的精神。比如，2019年12月1日正式生效的《药品管理法》对何为假药、劣药，做出重新界定。最令人瞩目的就是进口国内未批的境外合法新药不再按假药论处，这种立法明显回应了民众的呼声和舆情的需要，“我不是药神”式案件的被告人终于迎来了曙光。如果这些被告人销售“假药”的行为发生在2019年12月1日之前，无论是否被抓，只要案件还未审结，二审判决还未生效，法律就可以溯及既往，被告人应当一律释放。

司法的温度

已经定罪量刑的“药神”们还能因为法律的变更申诉改判吗？

从法律的层面的来说，这非常困难。《刑法》规定：“本法实行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。”同时，司法解释也规定：“按照审判监督程序重新审判的案件，适用行为时的法律。”

有些国家认为有利于行为人的法律溯及力高于裁决的既判力。如意大利刑法规定：“行为后法律变更为不处罚者，其行为不为罪；其已判决者，终止其刑之执行及效力。”还有一些国家采取折中的立场，认为新法的除罪化规定高于裁决的既判力，对已生效的裁决有溯及力，但新法的弱化刑罚规定低于裁决的既判力，对于已生效的裁决没有溯及力。如法国刑法规定：“新刑法的即行适用不影响依据旧法完成法律行为的有效性。但是已受到刑罚宣判之行为，依判决后之法律不再具刑事犯罪性质时，刑罚停止执行。”

“折中说”试图在维护法律尊严和保障个人自由之间寻找平衡。新法的除罪化规定表明服刑人的社会危害性和人身危险性已经消除，因此对他们惩罚的依据已经消失。如果继续维持以前的判决，可能不符合惩罚的正义。更重要的是，这种缺乏正当性的惩罚也很难获得服刑人员的认可，他们很难安心“改造”，甚至会激化他们对社会的愤懑和仇恨，导致出狱之后“再次”实施犯罪。法律的一个小小的弯路，毁掉的可能是一个人的一生。有温度的司法应该在法律变更之后，积极补救，而不是铁石心肠。

据载，宋朝欧阳观（欧阳修之父）做判官时，经常独自一人夜里审案。一次，夫人听到他唉声叹气，便问何故。他回答道：这又是一桩被判死刑的案子。我想从案卷中给这个人找一线生机，却总是找不到。夫人问道：为犯死罪的人找生机，这能行吗？欧阳观说：我尽力去找，又实在找不到，做到这步，死者和我就都没有遗憾。我总是想方设法为被判死罪的人寻找生路，而世上的官吏却千方百计要置他们于死地，这实在可叹！他怕夫人不理解，又说：我不是想为那些真正该判死罪的人开脱，我是担心有草菅人命或者误判的情况发生，让一些普通老百姓冤沉海底。

刚性法律也有柔软的一面。它不应是《悲惨世界》中沙威式的非黑即白，执守“黑暗的正直”，而要体会人性的软弱，慰藉被误伤的心灵，带给人们对正义与良善的盼望。

想一想

2013年甲行贿600万，行贿时的司法解释确定行贿情节特别严重的标准为100万，2016年新的司法解释确定行贿情节特别严重的标准为500万，如果行为人2017年被抓，应当适用何时的司法解释？

第二章
犯罪

犯罪和责任

014 犯罪的概念和分类

学习刑法，首先要知道什么是犯罪，我国刑法对犯罪有一个很长的定义。

一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

归纳起来，我们可以发现犯罪有三个特征。

1.犯罪的形式特征，它在形式上违反了法律的规定，一种行为构成犯罪，必须是刑法规定的。法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。形式特征是对刑罚权的第一层约束。

2.在实质上，这个行为具有社会危害性，所以要对它进行惩罚，如果一种行为社会危害性不大，那它就不被认为是犯罪。实质标准是对刑罚权的第二层限制。

在考察实质标准上，既要考虑法益，又要考虑伦理。刑法关于犯罪的定义中有一个但书条款——危害行为情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。可见，社会危害性必须达到比较严重的程度才能以犯罪论处，仅有轻微的社会危害性，是不构成犯罪的。比如性侵犯罪中青梅竹马的辩护理由，一般说来，只要和不满十四岁的幼女发生性行为就构成

犯罪。但是司法解释也规定：“十四岁以上不满十六岁的男少年，同不满十四岁的幼女发生性行为，情节显著轻微，危害不大的……不认为是奸淫幼女罪，责成家长和学校严加管教。”所以，甲男（15周岁）与乙女（13周岁）系同学，两人恋爱后发生过两次性关系。这种情况就属于情节显著轻微危害不大，甲的行为不认为是犯罪。

3.在后果上，它是应当受到刑罚惩罚的行为，这叫应受刑罚惩罚性。应受刑罚惩罚性将犯罪和刑罚联系在一起。犯罪是刑罚的前提，刑罚是犯罪的应然后果。所以，只需受治安管理处罚的行为就不能算是犯罪。

犯罪的理论分类

为了更好地理解不同的犯罪行为，我们会对犯罪进行分类。一种是理论分类，另一种是法定分类。

理论上的分类有以下两种。

1.重罪和轻罪。重罪就是3年以上有期徒刑，轻罪就是3年以下。比如属人管辖原则，中国人在国外犯罪，如果属于轻罪，一般不予追究。

2.自然犯和法定犯。自然犯就是违反伦理道德的犯罪，任何文明国家都会认为构成犯罪的那些行为，杀人、放火、抢劫、强奸，没有一个文明社会不认为是犯罪；但是还有一种犯罪是法定犯，表面上并不违反人类的基本伦理道德，只是由于国家法律的规定而成为犯罪，比如走私罪，某人从美国带东西到中国，偷逃税额数额较大，构成走私罪，这就是法定犯，因为法律的规定才成为了犯罪。

我们都听过“不知者无罪”，区分自然犯和法定犯最重要的意义就是辨识当事人法律认识错误的问题。自然犯不可能出现法律认识错误，即便野人也知道“杀人偿命”这种朴素的道德伦理。但是法定犯就有可能出现法律认识错误，比如一个中国小伙子住在中缅边境，女朋友住在缅甸，两家距离250米，他一天去她家80次，每去1次就构成了1次犯罪，但是他有可能真的不知道偷越国边境是犯罪，这种认识错误导致的犯罪

是有可能豁免罪责的。

犯罪的法定分类

法定分类就是法律本身做出的分类。

1.身份犯和非身份犯。身份犯就是以特定的身份作为定罪量刑的依据。例如，国家工作人员是受贿罪的主体身份，非国家工作人员不能单独构成受贿罪。

关于身份犯的身份认定，刑法采取在形式上考虑实质的方法，不能只进行形式解释。比如，大学老师利用期末考试收钱，每提高一分收费100元，大学老师是事业单位工作人员，改卷评分属于公权力吗？不属于，这只是一种技术性权利，所以老师不构成受贿罪，但可能构成非国家工作人员受贿罪。换一种情况，如果大学老师在研究生入学考试中收受贿赂，就应该认定为受贿罪，因为老师代行的是教育部门招生的行政职权。

2.亲告罪和非亲告罪。从字面上就可以理解，刑法中的亲告罪就是亲自告诉才处理的犯罪，我国刑法中有五种亲告罪，分别是侮辱罪、诽谤罪、暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪、侵占罪。除此以外的犯罪，都是非亲告罪。

除了侵占罪以外，其他四种亲告罪都有例外的规定，在特殊的情况下可以变成非亲告罪，比如侮辱、诽谤严重危害社会秩序和国家利益的，就不再是亲告罪；侮辱诽谤导致被害人自杀或精神失常，就不再遵循告诉才处理，应该由司法机关提起公诉。

当前，一个突出的问题就是网络侮辱、诽谤，一律按照亲告处理，被害人其实很难收集证据。所以，2015年通过的《刑法修正案（九）》就增加了一个条款，认为这类案件虽然还是亲告罪，但可以请求公安机关协助收集证据。通过信息网络实施第1款规定（侮辱、诽谤）的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。

想一想

足协裁判收受财物“吹黑哨”，该当何罪？

015 危害行为的作为与不作为

任何犯罪都必须要有行为，如果没有行为就不是犯罪。一个人的思想再邪恶但只要没有表现出行为，就不应该进行惩罚。在刚过去的一分钟，可能每个人脑海中都会闪现出一些邪恶的念头，但只要这些邪恶的念头没有变成行为，就不值得处罚。

现代刑法理论认为，思想是绝对自由的，如果没有行为，多么异端邪恶的思想都不能进入刑法评价。孟德斯鸠在《论法的精神》中举了个例子：古罗马时期，一个叫马尔西亚斯的臣民梦见自己割断了国王狄欧尼西乌斯的咽喉。国王万分恼火，决定处死他。国王说，日有所思，夜有所梦，白天不这样想夜里就不会做这样的梦[1]。用孟德斯鸠的话来说，这是大暴政，因为即使马尔西亚斯曾经这样想，但并没有实际行动。无行为，无犯罪，这是惩罚的底线。

作为与不作为

在刑法中，危害行为是一个关键性的概念。我打开水杯喝了一杯水，这显然是行为，而不属于危害行为；但是我发现上课有人在睡觉，我打开水杯，直接把开水朝他头上浇过去，这就叫做危害行为。

“危害”是一种价值判断，不包括社会生活中允许的惯常危险行为。比如张三夜观星象，觉得明天飞机可能会掉下来。第二天，张三就帮李四全家购买了头等舱，请他们坐飞机。最后飞机果然坠机，李四全家罹难。张三在主观上有恶意，但是请人乘坐飞机并非危害行为，因为飞行危险是社会生活中允许的危险。

危害行为可以分为两类，一类是作为，一类是不作为。区分作为和不作为的关键就在于违反的是命令规范还是禁止规范。如果违反的是禁

止规范，不当为而为之，这就是作为；如果违反的是命令性规范，当为而不为，那就是不作为。

我看到张三走在路上，他瞅了我一眼，我说“你瞅什么”，他说“我就瞅”，我一刀就把他给捅伤了。显然，我违反了“禁止伤人”的禁令，是一种作为。

一位妻子，刚生完孩子就发现丈夫出轨，十分抑郁。她不给孩子喂奶，想把孩子给饿死。这种行为违反的是命令性规范，母亲应当抚养孩子，拒不抚养显然是一种不作为。

不作为犯可能会受到罪刑法定原则的挑战，因为刑法中规定的绝大多数规范都是禁止规范，而非命令规范。比如故意杀人罪，从法条看来是典型的禁止性规范——禁止杀人。但如果母亲不给幼子喂奶以惩罚出轨的丈夫，这却是通过不作为的方式实施了一种本来应该由作为所构成的犯罪。于是在刑法理论中，就要考虑不作为与作为的等价值性问题，也就是说必须要确立不作为犯的成立条件，避免纯粹的道德治罪。

你可以思考如下问题：张三看到路人倒在血泊之中，但扬长而去，没有救助；李四看到他人在水中呼救，正好他手头有一个救生圈，但他无动于衷，他人溺亡；王五妻子腹痛难忍，让其送医，王五拒绝，妻子身亡。张三、李四、王五的行径都如鼻涕虫一样令人恶心，但是刑法只是对人最低的道德要求，到底哪个鼻涕虫必须受惩罚呢？

这里涉及作为义务的问题，作为义务包括法律法规明确规定的义务、职务或业务行为所导致的义务、法律行为（如合同关系、自愿接受）所引发的义务以及先前行为所导致的义务。丈夫对妻子有扶助义务，这是一种法定义务，因此三人中只有王五的行为构成犯罪。

警察看到路人掉入粪坑，嫌臭不救，警察的职责有救助义务，故构成犯罪；出租车司机发现乘客发病，将其遗弃，导致乘客死亡，司机和乘客有合同关系，也会引发救助义务，故构成犯罪；甲乙两人系恋人关系，分手后，男方怀恨在心，购买硫酸，放在玻璃杯中，准备泼向女方脸部。当双方会面，男方还没泼，女方口渴，将玻璃杯中的“凉水”拿起喝下，男方自始至终没有阻止，女方重伤。在法庭上，男方辩解称是女方自己造成的重伤，与己无关。这种辩解是苍白的，当男方将硫酸拿到女方面前，这种先前行为已经给女方的身体健康权造成了一定的危险。

他有排除危险的义务，却并未履行这种义务，反而放任结果发生，自然构成故意伤害罪。

警察没有制止歹徒，一定是不作为犯罪吗

甲警察接到某人报案，有歹徒正在杀害其妻。甲立即前往现场，但只是站在现场观看，没有采取任何措施。此时，县卫生局副局长刘某路过现场，也未救助被害妇女。结果，歹徒杀害了其妻。甲和刘某都是国家机关工作人员，但警察在工作期间有捉拿歹徒的义务，不能袖手旁观，而其他国家工作人员则无此义务。所以前者成立渎职罪，而后者不构成犯罪。

如果北京的警察到三亚去旅游，穿着便装。路上发现歹徒在行凶，警察本欲制止，妻子制止说“你在休假，别多管闲事”。警察构成犯罪吗？

权利跟义务是对等的。如果警察在休假期间也有制止义务的话，那就意味着警察身着便装也有权搜查民众。从这个意义而言，在休假期间的警察没有制止犯罪的义务。法律不能够对人做过高的道德要求，刑法只是对人最低的道德要求。

同样，医生有救助患者的义务吗？张三被车撞了，满身是血。好心人把他送到医院门口就走了。护士出来问他疼不疼，他疼得直叫。护士又问他带没带钱，张三回答没带。护士安慰张三好好休息，转身离去。结果张三死在医院门口。护士构不构成犯罪？

很多人认为医护人员有救死扶伤的义务，但救死扶伤只是一种道德义务，不是法律义务。医护人员只有在形成医疗合同的情况下才具有法律上的救治义务。

我曾在飞机上碰到这样一幕，觉得很暖心。机长广播说有一位乘客突发疾病，如果有乘客是医生的话，请施以援手。结果坐我旁边的一个女孩，马上站了起来，对患者进行诊治。所幸乘客没什么大事，就是血压稍微升高了一点。

现在我们知道，我身边这名医生乘客履行的是一个道德义务，主动救治是在做好事，不救治也不能进行惩治，最多只能进行舆论谴责。

最后又出现了另一幕，让我感到更温暖。航空公司乘务人员找到这位女孩，要给她酬劳，作为感谢。这个结局就让人很开心，法律不能强人所难，但是法律要创造条件让人积极行善，要免除大家行善的后顾之忧。

后悔捐献骨髓构成犯罪吗

曾经有一个令人悲伤的案件。某女得了白血病，她的两个哥哥都配型成功。哥哥们也同意捐献骨髓，结果在临捐献前，两个哥哥悔捐。妹夫跪在两个哥哥脚下，也无济于事。哥哥说“我也很想救，但是你嫂子她不同意。”这两个哥哥构成犯罪吗？

法律不能强人所难，哥哥救妹妹只是一种道德义务，悔捐不构成犯罪。即使是父母，也没有法律义务把自己的器官捐给生病的子女。

还有另外一起案件。一个善良的女大学生，参加了骨髓捐献计划。有一天医生告诉她骨髓配型成功，有一个6岁的小姑娘等待骨髓移植。这个大学生很开心，终于可以助人为乐了，最后关头她却悔捐了。但她悔捐的时间点比较特殊，6岁女童在接受骨髓捐献之前，首先要进行化疗摧毁她的造血系统，然后才可以接受新的骨髓捐赠。结果女童的造血系统被化疗药品摧毁后，大姐姐悔捐了。

这个时间点的悔捐就不仅仅是一种违反道德的行为，而应该以不作为犯罪论处。在刑法理论中，这属于法律行为中的自愿接受所导致的救助义务。好事要么就不做，要做就做到底。当他人的安危已经为你所支配，你就必须负责到底。

类似的案件如张三捡到弃婴，收养一段时间后又嫌弃婴有残疾，遂将弃婴扔回原处。张三的行为成立遗弃罪。刑法理论对此有两种解释：一种是“情况更糟理论”，行为人在没有救助义务的情况下，对危险状态的他人进行救助，后又中途放弃，放弃的行为使得他人的处境比不救前

更为糟糕。你给了别人一根救命的稻草，又活生生地把这根稻草抢走，让人看到了生的希望，又把希望粉碎，这太过残忍；另一种是“机会剥夺理论”，自愿救助使得他人丧失了接受其他人救助的机会。因此救助者要对这种机会的丧失承担责任。

责任的概念是如此沉重。如果你负不起责任就不要“玩火”，一旦点着了火，你就要负责到底。当然，在你还没有点火之前，比如张三看到弃婴，抱在手上琢磨是否收养，最后还是觉得责任太大，放下了弃婴。这个时候的放弃并不能对张三施加法律上的责任。

想一想

监察委张主任的老婆是财政局局长。有一天，他回到家发现老婆正在收钱，张主任没有制止，请问监察委主任构不构成犯罪？

[1][法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1996年版，第197页。

016 见死不救，是否应该定罪

当看到路人处于危难之中，你只需简单地施以援手就可以救其一命，但是却冷漠地走开了，最后路人死亡。按照现行刑法的规定，路人并无法律上的救助义务，因此不构成犯罪。但是，是否需要在立法上规定“见死不救罪”，以匡扶摇摇欲坠的道德秩序呢？

对此问题，在世界范围内有《好撒玛利亚人法》《坏撒玛利亚人法》两种做法。

这对奇怪的法律名字来自《圣经》的典故。

有一个犹太的律法师想找耶稣的麻烦，假装请教耶稣问题，其中一个问题是“爱邻舍如同自己”中的“邻舍”意指何人。

耶稣回答说：“有一个人从耶路撒冷下到耶利哥去，落在强盗手中。他们剥去他的衣裳，把他打个半死，就丢下他走了。偶然有一个祭司从这条路下来，看见他，就从那边过去了。又有一个利未人来到这地方，看见他，也照样从那边过去了。唯有一个撒玛利亚人行路来到那里，看见他，就动了慈心，上前用油和酒倒在他的伤处，包裹好了，扶他骑上自己的牲口，带到店里去照应他。第二天，拿出二钱银子来交给店主说：‘你且照应他，此外所花费的，我回来必还你。’你想，这三个人哪一个是落在强盗手中的邻舍呢？”他说：“是怜悯他的。”耶稣说：“你去照样行吧！”

撒玛利亚人和犹太人是死对头，祭司是犹太人中的宗教领袖，利未人则是宗教精英，但是最后施以援手却是为他们所极为不齿的外邦“杂种”。想象一下，二战期间，一个中国士兵倒在地上，国军将领从旁边经过，爱国学生也行经此地，但都没有施救，最后救助士兵的是一个日本人。这个故事会不会让你震惊。

《坏撒玛利亚人法》

有人考证，在故事中，从耶路撒冷到耶利哥的路途非常危险，匪徒出没频繁，也有许多“专业碰瓷”。所以，祭司和利未人着急赶路，没有救助同胞其实也情有可原。因为这个典故，出现了《坏撒玛利亚人法》和《好撒玛利亚人法》两种处理“见死不救”的立法风格。

所谓《坏撒玛利亚人法》（Bad Samaritan law），也即要求公民在他人遭遇人身严重危害的时候，如果施以援手对自己没有损害，就应该积极救助，否则要承担相应的法律后果。这种立法最早出现在19世纪的葡萄牙，随后的一百年，至少为包括德国、法国在内的15个欧洲国家的刑法典所采纳。英语国家很少采取类似的立法，在美国50个州，当前只有明尼苏达、威斯康星、佛蒙特少数几个州制定了这种法律。当时，促使美国出现这类立法的一个著名案例是发生在纽约的邱园案。一天深夜，一位名叫科迪·吉洛维斯（Kitty Genovese）的女子被刺伤，躺在路上奄奄一息，拼命地向周围的邻居呼救，呼叫了半个多小时，周边的38个住户，居然无动于衷，甚至连个报警电话也未曾拨打，大家从窗户上看到一切，听到了一切，却眼睁睁地看着邻居惨死街头。

随后，美国有个别州出台了相应的法案，要求公民在类似情况下必须履行一定的救助义务。比如遇到像杀人、强奸等恶性刑事案件，如果无力制止，至少应该报警，如果无动于衷就可能构成犯罪。但对这种犯罪属于轻罪（misdemeanor），处理通常是点到为止，以佛蒙特州为例，其刑罚不过罚金100美元。与此形成鲜明对比的是欧陆的立法，比如法国对此行为的处刑，最高可达5年监禁。

《好撒玛利亚人法》

在英语国家常见的是《好撒玛利亚人法》（Good Samaritan law），或称《志愿者保护法》（Volunteer Protection law），通过法律来鼓励善举。这种法律的主要精神在于免除见义勇为者的后顾之忧，如果一个人本着善意无偿施救他人，在救助过程中，即使出了纰漏（只要不是故意或重大过失），也不应承担责任。这样人们就不用担心行善反

遭恶报，从而见死不救。比如医生偶遇路人心脏病突发，可能会担心救治失败而惹上麻烦，该法就可以消除医生的顾虑，让他放心行善。

从社会效果来看，《好撒玛利亚人法》明显要强于《坏撒玛利亚人法》，鼓励人行善比强迫人行善要容易得多。当前，为什么这么多人见死不救，也许不单单是道德滑坡的问题，而是绝大多数人心存顾虑，害怕惹上麻烦。善遭恶报，以至行善成为例外，冷漠却是常态，在这种背景下，设立见危不救罪，也不一定能起到实际效果。

在我看来，见死不救罪没有设立的必要性和可行性，否则就会混淆法律和道德的界限，使惩罚失去必要的约束。如果规定见死不救罪，谁构成犯罪？岂不是所有看客、所有路人都要受刑事追究，总不能说谁离伤者最近、谁最富有，谁就应该履行救助义务，如果这样，定罪量刑岂不成了抓阄式的司法儿戏。

法律不可能激进地改变社会现实，唤起人们的道德意识也不是一朝一夕之事。在很多制度都不健全的情况下，贸然在法律中设立见死不救罪，它又能有多少作为？

重建道德，要靠各种制度的齐头并进，法律能做的其实非常有限。法律只是对人的最低道德要求，它不可能也不应该强人所难。我们不可能期待每个人都能像康德哲学所提倡的那样，不计利害遵守道德戒律。虽然这伟大的教导时常萦绕我心：道德本来就不教导我们如何使自己幸福，而是教导我们如何使自己无愧于幸福。

在当前的社会背景下，法律所能做的，只能是尽量减少善行人的后顾之忧，鼓励而不是强迫见义勇为，从这个角度来说，美国的《好撒玛利亚人法》值得借鉴。

想一想

你会支持法律要规定“见死不救罪”吗？

017 刑法中的因果关系

危害行为会引起危害结果，刑法中的因果关系就是指两者之间合乎规律的引起与被引起的联系。

条件说和相当说

因果关系，主要就是一种经验性的常识判断。它历来有条件说和相当说两种学说。

条件说认为，没有前者就没有后者，前者就是后者的条件。按照这种推理逻辑，张三杀人，其母也与杀人行为有因果关系。如果她没有生这个儿子，杀人凶手也就不会出现，自然不会为祸人间。在现代刑法理论中，条件说显然处罚太广，必须对其有所限定。

因果关系其实有两个维度，一是事实上的因果关系，二是法律上的因果关系。条件说筛选出的只是事实上的因果，在这个基础上，还要筛选出法律上的因果关系，这就是相当说。只有在经验法则上，行为当然或盖然性地，也就是高概率会导致结果发生的，才能认为具备法律上的因果关系。

可见，相当说就是在条件关系的基础上，对结果的发生有具体重要促进作用的条件，才能认为与结果具有刑法上的因果关系。要说明这个问题，首先就要明白刑罚惩罚的正当性根据。

惩罚的根据是报应，而不是预防，是对已然之罪的报复，而不是对未然之罪的防控。如只以预防作为惩罚的导向，那么为了威慑犯罪，司法机关就可随意抓一个替罪羊顶罪，以树立司法机关凡案必破，法网严密的光辉形象，威慑普罗大众。但是，这显然是错误的，违反了无罪不

罚这个最基本的常识。

因果关系涉及的是已经发生的危害行为与结果之间的关系，因此评判它的依据自然也是报应。只有那些严重伤害人们正义情感的行为，才可认为它与危害结果存在刑法上的因果关系，绝对不能因为预防的需要来设定因果关系。比如劫匪劫持人质，警察出于恶意故意将人质击毙，虽然劫匪的劫持行为与人质之死有一定关系，但人质之死主要与警察有关。如果为了警告将来的劫犯，防止绑架案件的出现，而让劫匪对死亡结果承担责任，这明显是不公平的。

报应是社会公众一种朴素的正义观，当多种原因交织一起，只有那些在人类经验法则上，极有可能引起危害结果的原因才具有刑法上的意义。如果在我们的经验情感中，是一个行为独立地导致结果发生，就应当将结果归责于该行为，而不能追溯至先前条件，这就是所谓的禁止溯及理论。张三请李四来吃饭，结果李四路上遭遇车祸。在经验法则中，李四是被车撞死的，而不是被张三杀害的，因此张三的邀请与李四的死亡充其量只有事实上的因果关系，而不存在法律上的因果关系。事实上，任何如张三一样的人也只会为此事感到愧疚，但不会愧疚到去公安机关投案自首的程度。

因果关系无法假设

张三从悬崖坠落，紧紧拽着藤条。李四从旁经过，张三大呼救命。李四平静地掏出小刀，将藤条割断，张三坠崖身亡。李四构成故意杀人罪吗？

李四的辩解是：经查该藤条2分钟后就会断裂，如果我不割断藤条，张三也必死无疑。

这能作为辩护理由吗？当然不能。按照辩解，任何杀人犯都可以脱罪，毕竟你不杀人，被害人也有一天是会死去的，每一个人都是必死无疑的。两分钟的生命也是生命，再短暂的生命都应该被尊重。

再思考一个逆向案件：张三约李四吃饭，欲毒杀他。平常中午才起

床的李四今早9点出门，12点达到饭店，12点10分喝下张三投毒的饮品死亡。但后来查明李四所居住的住宅楼9点10分倒塌，全楼的人除李四外全部遇难。这种情况中，张三的投毒和李四的死亡存在因果关系吗？如果张三不投毒，李四在9点10分就死亡。正是因为张三投毒，李四还多活了3个小时。张三岂不是歪打正着，做了一件对李四有利的事情？

这种结论是荒谬的，因为因果关系是客观的。没人有能力去假设因果关系，人无法回到过去，已经过去的事情是不可逆的，没有任何力量可以把过去推倒重来，昨天已成历史，明天还是未知，因此我们把今天当成礼物，所以今天才叫present（present有“当前”和“礼物”的意思）。

有人或许会发现一个小问题，在确定事实因果关系的条件说——如果没有前者就没有后者，这不也是假设吗？既然因果关系不能假设，那为何这又要进行假设呢？

如果你能想到这一步，即便没有看过英国哲学家休谟的书，也已经拥有休谟同样的智慧，休谟就认为人类根本没有能力去把握因果关系，他在《人性论》中写道：“我们无从得知因果之间的关系，只能得知某些事物总是会联结在一起，而这些事物在过去的经验里又是从不曾分开过的。我们并不能看透联结这些事物背后的理性为何，我们只能观察到这些事物的本身，并且发现这些事物总是透过一种经常的联结而被我们在想象中归类。”在休谟看来，因与果的联系存在一个信心或盼望的跳跃，比如我们认为明天必定会来到，是基于经验中对昨天、今天与明天的“知识”，不自觉地把明天作为今天的结果，这是盼望和信心，不是知识！

也许把你给弄迷糊了，因果关系不能假设，但它似乎又必须接受假设的推理。很多悖论其实是一种似非而是（paradox），它提醒我们人类的理性是有限的。

张三枪杀王五，王五死亡？王五是被张三杀死的吗？张三如果不开枪，王五会死亡吗？这不好说。因为枪也不一定会把人打死。另外，你怎么知道张三如果不开枪，王五不会因为其他意外而死。

休谟提醒我们，因果关系只是一种经验判断，虽然这种经验判断可能不稳定，但这是我们作为人类的局限，我们要接受这种局限。我们对因果关系的判断只能根据人类的经验，同时这种经验与我们现在认识的

客观规律并不违背。因为客观规律在本质也只是一种升华的经验罢了。

如果张三不投毒，李四就不会在当下死亡，这并不违背现有的科学法则。这样的假设性的推理可看成是符合经验的客观联系，而并非一种思辨性的纯粹假设。换言之，当我们说因果关系不能假设，强调的是它不能无视客观法则地回溯过去，而当我们说因果关系可以进行假设推理时，侧重的则是因果关系要根据当下的经验进行客观归责。

危险转移理论

因果关系是危害行为与结果的客观联系，如果不再属于危害行为，自然也就无须考虑因果关系。在危害行为中有一个非常有趣的理论就是危险转移理论。如果危险属于专业人员负责的范畴，那就不需要考虑因果关系。

张三开车违章，警察把他拦了下来。警察让他把车按指示挪到一边，结果警察指挥张三挪车，李四开车冲了过来，撞上张三正在挪的车，李四车毁人亡。请问张三跟李四的死亡之间有没有因果关系？

在这个案件中，危险是警察造成的，张三只是按照专业人士的指挥去开车，没有实施危害行为，自然也就对结果不承担责任。

类似的状况有很多，警察追小偷，结果路上被车撞死。小偷跟警察的死亡之间没有因果关系；消防队员救火，结果被烧死，放火的人跟消防队员的死亡也没有因果关系。因为警察和消防队员这类职责本身是有危险的，这种职责上的危险不能任意转嫁他人。

香气扑鼻的毒气案

张三配了一杯毒药，香气扑鼻，色泽鲜艳，准备第二天早上9点端给李四。配完之后张三把毒药放在茶几上，出门打牌，但是门没有关紧。当晚李四倍感寂寞来找张三聊天，推门进来，发现茶几上放着一杯

水，香气扑鼻，色泽鲜艳，上面还写着仅限李四饮用。李四当时就感动哭了，觉得还是张三对自己好，一饮即尽当场毙命。

在这个案件中，张三的故意杀人行为和死亡结果有因果关系吗？

张三没有故意杀人的实行行为，只有故意杀人的预备行为。按照因果关系的理论，只有实行行为和结果才存在因果关系，预备行为和结果是没有因果关系的。因此，张三不构成故意杀人罪的既遂，当然可以成立故意杀人罪的犯罪预备和过失致人死亡罪的竞合。

5+5投毒案

张三和李四都和王五有仇。张三向王五杯中投了5毫克毒药，李四知道5毫克毒不死人，于是又投了5毫克毒药，毒药的致死量恰恰是10克，张三和王五的死亡存在因果关系吗？结论是肯定的，5+5等于10，如果没有张三、李四两人的行为，王五就不会死亡。这就是重叠的因果关系，也即两个以上独立的行为，独自不能导致结果的发生，但重叠在一起就会导致结果的发生。

5+5投毒案的对比案件：如果毒药的致死量是5克，张三投了5克毒药，李四在张三不知情的情况下又投了5克毒药，王五喝了10克毒药后死掉。请问张三、李四和死亡结果有因果关系吗？

从表面逻辑看，如果张三不投毒，王五也会死，因为还有李四的5克毒药。当然，如果李四不投毒，王五也会死，因为张三的5克毒药也能致命。在刑法理论中这叫做竞合的因果关系，指两个或两个以上的行为分别都能够导致结果的发生，但行为人在没有犯意联络的情况下，竞合在一起造成了危害结果的发生。所以，张三和李四都分别可以构成故意杀人罪的既遂。

因果关系与介入因素

在因果关系的判断中，经常出现多因一果的现象，也就是出现了所谓的介入因素。介入因素在因果链上的复杂性在于它不仅直接产生了结果，而且使得某些本来不会产生这种结果的先在行为和结果发生了联系。

如甲故意伤害乙，乙在送往医院过程中发生车祸身死。伤害行为（前行为）本来不会直接导致死亡，但由于介入因素（路上的车祸）使得前行为与死亡结果发生了联系。在这种情况下，前行为与危害结果之间是否还存在刑法上的因果关系呢？

这就要从一般人的常识来看介入因素与前行为是否具有伴随关系，如果前行为会高概率导致介入因素，而介入因素又引起了最后的结果，那么前行为就与结果有刑法上的因果关系。

比如甲在张三身上泼油点火，张三为了灭火跳入深井而死，死亡结果自然可以归责于甲的点火行为。但若介入因素的出现与前行为并无伴随关系，那么就不能将结果归责于前行为。比如，张三被甲泼油点火，痛苦万分，李四为免张三之苦，将其击毙，这种介入因素就太过异常，与前面的点火行为没有伴随关系。

因果关系与刑事责任

因果关系是一种客观判断，与刑事责任是不同的概念。因果关系不等于刑事责任。具有因果关系，是否承担刑事责任还要考虑其他许多因素。例如，甲、乙两人为同学，多年未见，久别重逢，欣喜异常，甲像学生时代那样用拳轻击对方，不料，乙当场晕倒在地，后送医院急救，抢救无效死亡。原因是乙肝脾肿大异常，受到甲的外力冲击，脾破裂死亡。甲的行为虽然与乙的死亡结果存在因果关系，但由于甲主观上无法预见结果，不存在故意和过失，因此不承担刑事责任。

同样，即便没有因果关系，也不一定不承担责任。比如甲杀害被害人，以为被害人已死而离开现场。在被害人昏迷期间，路人张三将昏迷的被害人扔进海中，被害人被淹死。甲的杀人行为与死亡结果没有因果关系，但构成故意杀人罪的未遂，也要承担刑事责任。

想一想

甲将乙从屋顶推下，在乙要坠地之前，丙用枪射穿乙的心脏，造成乙死亡。那么，甲的行为与乙的死亡有没有刑法上的因果关系？

018 不知者无罪

明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。

通过这个定义，我们会发现故意有两个要素，认识要素与意志要素。

认识要素

认识要素就是明知行为会发生危害社会的结果。一般说来，犯罪人对行为、行为主体、行为对象、行为状态、危害结果等客观要素都应有明确的认识。例如，奸淫幼女行为，行为人必须对幼女的年龄有明知，否则可能就不构成强奸罪。

2002年除夕之夜，万家团圆，一位年仅13岁的少女走进了网吧。当晚，她以“疯女人”的网名和一个叫“百密一疏”的男性聊了一宿。次日晚上她主动电话“百密一疏”，说自己不想回家，想找地方住。当晚，两人便发生关系。随后几天，她又和浩某、陈某等其他7名男性发生关系。公安机关接到举报后顺利抓获了45天内与“疯女人”发生关系的8人中的6人。直到这时，这些男性才知道，原来一直自称19岁的“疯女人”其实不到13岁。她说伪装年龄的理由是怕他们把她当小孩看待，而在与这些男性发生关系时，她的心态是“愿意居多”。

这是辽宁省鞍山市某区人民法院受理的一桩真实案件。涉案的犯罪嫌疑人最小17岁，最大21岁。他们是否构成犯罪，法官感到非常困惑。此案经层层上报，一直报至最高人民法院。2003年1月23日最高院做出批复，称：行为人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。

司法解释一经发布，立即引起媒体的强烈关注，不少人认为最高院的司法解释不当，很容易为那些色情交易中的人开脱。在声势浩大的异议者中，不乏法学界的知名学者。2003年8月，最高人民法院发布通知，暂缓该司法解释的执行。

其实，最高人民法院的司法解释并无不当，它不过坚持了刑法中的罪过原则。任何人犯罪，都必须有一定的主观罪过，不能单凭客观外在行为就对人施加惩罚。虽然奸淫幼女是一种特殊类型的强奸罪，出于对幼女的保护，不满14周岁的幼女没有性同意能力，只要与之发生性行为就构成强奸罪。但是，如果行为人确实不知对方是幼女，在幼女同意的情况下，追究行为人的罪责，是不公平的。

不知者无罪

罪过原则，也就是我们常说的“不知者无罪”，无罪过不为罪。在古老的拉丁谚语中，有一个类似的表达——Nullum crimen, nulla poena sine culpa，没有罪过就没有任何犯罪，没有任何刑罚。

罪过原则并非刑法与生俱来的原则，它有一个缓慢的发展过程。早期的刑法充满原始复仇的自然正义观念，基本上是根据客观损害结果来决定对行为人的处罚，丝毫不考虑主观罪过。这种客观归罪甚至会迁怒到无生命的物质。

相传公元前480年，波斯王薛西斯（Xerxes）大举进攻希腊，大军行至赫勒斯邦海峡（今称达达尼尔海峡），薛西斯下令架桥。两座索桥很快被架好了。不料桥刚修好，狂风大作，把桥吹断。薛西斯大怒，不但杀掉了造桥工匠，还命令把铁索扔进海里，说是要把大海锁住，同时命人用鞭子痛击海水300下，惩戒大海阻止他前进的罪过。类似举动在人们的婴幼儿时期也常有发生，当蹒跚学步的孩子跌倒在地，他首先认为是地板的错，如果大人也象征性地打一下地板，孩子就会转哭为笑。

随着刑法走出婴儿期，客观归罪原则渐被抛弃，刑法越来越重视人的主观罪过。著名的例子莫如西汉董仲舒所倡导的“春秋决狱”“论心定罪”，所谓“志善而违于法者，免；志恶而合于法者，诛”（《盐铁论·刑

德》）。董仲舒从《春秋》中许止的典故出发，论证了主观心态在定罪量刑中的作用。许止是春秋时许国太子，给病中的父亲进药，父亲吃药后死去，许止因此犯杀人罪。对此，董仲舒认为：太子进药是孝心的表现，并非存心毒害父亲。其行虽恶，其心也善，不应对其定罪。所谓“君子原心，赦而不诛。”董仲舒还说，“《春秋》之听狱也，必本其事而原其志。志邪者不待成，首恶者罪特重，本直者其论轻”。意思是，春秋决狱必须从犯罪事实出发考虑罪犯的心理状态，凡主观为恶的，即使犯罪未遂，也要加以惩罚，共同犯罪中的首恶分子要从重处罚，行为动机、目的合乎道德人情的，可以免于处罚，减轻处罚。

无独有偶，西方中世纪的教会法和董仲舒的“论心定罪”也有异曲同工之妙，所谓“行为无罪，除非内心邪恶”，基督教的这种观点逐渐渗透到世俗的刑法制度。当然，从客观归罪走向主观归罪，有点矫枉过正，这好比刑法步入青春期，有点反常。强调“论心定罪”，虽然可以限制传统刑罚株连的范围，但它却为思想治罪，大兴“文字狱”埋下了祸根。

现代刑法既非客观归罪，也非主观归罪，它试图在两者间寻求平衡，在认定犯罪时，客观行为和主观心态都缺一不可，也即“主客观相统一”，有了客观行为，还必须有主观罪过才能入罪，同样，仅有主观罪过，缺乏客观行为，也无法构成犯罪。在某种意义上，走向成熟期的刑法强调的不是“有罪过必有罪”，而是“无罪过不为罪”。

意志要素

意志要素，就是在认识要素上的心理决议，包括希望和放任。前者是对结果的积极追求，后者是对结果的听之任之。前者是直接故意，后者是间接故意。

直接故意在认识要素上，对结果发生或者是可能性或者是必然性。张三把李四从100楼推下去，张三是直接故意，因为结果发生是必然的；但是如果对结果的发生是可能性的话，那就要看意志要素是希望还是放任，如果是希望，就是直接故意，如果是放任，就是间接故意。

在司法实践中，冲动型犯罪不计后果，不计死活，一般都理解为间

接故意。最经典的案件就是崔英杰案，据说是中国第一例小贩刺城管案。2006年8月11日下午，26岁的退伍军人崔英杰在北京海龙大厦附近摆烧烤摊，当天海淀区城管分队去执法，副队长李志强要没收崔英杰的违法工具。崔英杰跪倒在地，希望能够放他一条生路。但李志强严格执法，崔英杰掏出自己随身携带的切香肠的小刀，直接刺向李志强，致其流血过多而死。8天之后，崔英杰投案自首。这起案件极其轰动，由北京市第一中级人民法院审理。

崔英杰的辩护律师说了这样一番话：“贩夫走卒、引车卖浆，是古已有之的正当职业。我的当事人来到城市，被生活所迫，从事这样一份卑微贫贱的工作，生活窘困，收入微薄。但他始终善良纯朴，无论这个社会怎样伤害他，他没有偷盗没有抢劫，没有以伤害他人的方式生存。我在法庭上庄严地向各位发问，当一个人赖以谋生的饭碗被打碎，被逼上走投无路的绝境，将心比心，你们会不会比我的当事人更加冷静和忍耐？”

也许这番话打动了审判人员，最后崔英杰保住了一条命，被判处死刑缓期2年执行。很明显崔英杰的主观心态是间接故意，间接故意一般是不开杀戒的。

子弹错误与开枪错误

故意犯罪也并非往往都能得逞，有时会出现“误杀”，这就涉及行为人在事实上的认识错误。最典型的例子，想杀人却杀了猪，或想杀猪却杀了人；想偷钱却偷了枪，想偷枪却偷了钱，这都叫事实认识错误。

张三到王五家准备将其射杀，结果在王五卧室看到三个人躺在地上，甲将躺在中间的“王五”射杀。但其实甲射杀的不是王五而是李四。这个错误就属于对象错误。

张三开枪瞄准王五，子弹飞出去不长眼，打死了旁边的李四。这个错误是产生在张三瞄准后出现的，被称为打击错误。

如果把打击错误比喻为“子弹错误”，那对象错误就是“开枪错误”。

当行为人“开枪”之时，如果对“射杀”对象产生错误，就成了对象错误。当行为人“开枪”之后，由于“子弹”发生偏差，则是打击错误。

对于对象错误，张三主观上想剥夺一个人的生命，客观上也剥夺了他的生命，所以构成故意杀人罪的既遂。曾经在一个案件的审理中，犯有对象错误的当事人主张自己是故意杀人罪的未遂，因为他想杀王五，而非李四。法官的驳斥理由是：刑法规定的是故意杀人罪，而不是故意杀王五罪。

对于打击错误，则有观点的分歧。毕竟张三面前站着两个人，一个是王五，一个是李四，李四其实是被误伤的。

这主要存在关注抽象人的法定符合说和关注具体人的具体符合说的争论。

你可以思考打击错误的这三种情况。

1.甲射杀乙，但却误伤丙，致其死亡。

2.甲射杀乙，致乙负伤，但却误致丙死亡。

3.甲射杀乙，导致乙、丙二人死亡。

法定符合说的处理简单粗暴，甲主观上意图杀死“抽象意义上”的人，实际上也有“人”被甲杀死，故上述三种情况都成立故意杀人罪的既遂。

但是具体符合说就比较麻烦，因为它关注具体的人，认为每一个人都应该被尊重，都应该被评价，故此，在1、2中，甲成立针对乙的故意杀人罪未遂和针对丙的过失致人死亡罪的想象竞合，在3中，甲成立针对乙的故意杀人罪既遂和针对丙的过失致人死亡罪的想象竞合。

这两种理论你赞同哪种呢？其实都各有利弊。

我其实采取折中说，财产法益是可以等价的，法定符合说比较合理。甲欲毁坏乙之电脑，但因打击错误砸中丙之电脑，乙和丙的财物可以等价。财物与人身无关，不具有专属性，物与物之间可以等价，甲成

立故意毁坏财物罪的既遂。但是人身法益是不能等价的，具体符合说会更合理。

具体的人和抽象的人

近代以来，人类最悲惨的命运就是用抽象人的概念取代了具体人，人被抽象化的必然后果就是人的价值被贬损。当人被抽象化，他也就不可避免地根据种族、性别、国别、阶层、贫富等各种抽象概念进行归类。在抽象的概念中，个体也就失去了自己存在的独特意义。不免回想前苏联的斯大林时期，统治者高度强调集体的人——社会的人、阶级的人，而具体的个人问题无立足之地，结果公民个人的权利也就被完全漠视，甚至践踏。

倡导抽象人的概念，往往都会忽视对具体人的尊重，这就不难想象为什么那么多宣称热爱人类的人却很少关心具体的人。在西方，卢梭第一个反复宣称自己是“人类的朋友”，但他却丝毫不爱具体的人，他说：“我是人类的朋友，而人是到处都有——我也没有必要走太远。”卢梭的《论人类不平等的起源和基础》《爱弥儿》《社会契约论》，甚至还有《新爱洛伊丝》，都以教育理论作为主要的和基本的主题。但是，在现实生活中他与其倡导的却完全相反，他对孩子毫无兴趣。卢梭的情妇勒瓦塞为他生了5个孩子，但这5个孩子全被卢梭送往孤儿院。或许，热爱人类占据了卢梭太多的时间，以致他根本无暇关注具体的人，即便是他的亲骨肉。卢梭说“当房间里充满了家庭的烦恼和孩子的吵闹时，我的心灵如何能得到我的工作所必需的宁静呢？”

想一想

张三在公园里用气枪打鸟，鸟在树枝上，位置很低。公园人很多，张三全然不顾附近游人，结果打伤游人。张三是直接故意还是间接故意？

019 过失犯罪与无罪过事件

过失犯罪

过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。只要法律没有特别规定，就不处罚过失犯罪。

犯罪过失包括过于自信的过失和疏忽大意的过失。

过于自信的过失，就是行为人明知道行为可能发生危害社会的结果，但轻信可以避免。

最典型的是开车撞人案，张三看到前面有个老太太在穿过人行道，但是没有减速，因为他觉得离得那么远撞不着，结果把老太太撞死了。张三其实预见到可能会撞着她，但是轻信可以避免。当然，所预见的只是一种可能性，而非不可避免性。什么叫不可避免？比如发生海啸，你只能眼睁睁地看着房子被水冲走，这是不可避免的，叫不可抗力。

另外，这种预见性是一种具体的预见性，换言之是一般人可以预见的，而不是抽象的畏惧感和不安感。有些人的安全感比较低，坐飞机只要一颠簸就觉得会掉下来；只要一刮风就觉得是台风；只要打个喷嚏就感觉得大病了，这是一种抽象的畏惧感。而过于自信的过失中的预见可能性必须是一种具体的危险，是一般人能够预见的危险。

在过于自信的过失中，轻信包括以下三种情况。

1.过高地估计了自己的主观能力，觉得自己开车水平高。

2.不当地估计了现实存在的客观条件对避免危害结果的作用，觉得离得那么远，老太太一定能够安全穿过人行道。

3.误认为结果发生可能性很小。

其实过失相当于犯了一个一般人不应该犯的错误，违背了人类生活的共同准则，所以要受到惩罚。

第二种过失是疏忽大意的过失，应当预见而没有预见，这是一种无认识的过失。最典型的疏忽大意是所谓的忘却犯，忘了做应当做的事情。张三是护士，给病人打青霉素忘了做皮试导致病人死亡，这就是疏忽大意。护士应当预见而没有预见，给人做皮试是医疗规章制度所规定的。

你会发现，过失有两种义务，一是过于自信过失中的避免义务，应当避免而没有避免；二是疏忽大意中的预见义务，应当预见而没有预见。这些义务或来源于法律法规、规章制度的规定，或来源于社会习俗。比如高空不能乱抛物，这是社会生活的常识，是我们作为人类共同体应该知道的。换言之，如果你违背了人类共同体应当具备的审慎义务，那就必须要为粗心大意付出代价。

过失和故意

间接故意和过于自信的过失不太容易区分。从逻辑上看，两者的界限泾渭分明。但是在经验上，两者的界限异常模糊。

一般认为，首先，在认识要素上，两者所认识的可能性程度不一样。间接故意的可能性是高概率的，但在过于自信的过失中，结果发生的可能性则要小得多。

其次，在意志要素上，间接故意的行为人对于结果的发生持放任心态，结果发生也可以，不发生也可以。但在过于自信的过失中，行为人对于结果的发生持否定态度，结果的发生违背行为人的意愿。比如张三、李四对阎某进行殴打，阎某为摆脱两人的殴打，趁其不注意跳入湖中。两人劝其上岸，并调转车头用车灯照射水面，见阎仍蹚水前行不肯返回，张三让李四下水拉阎一把，李称其水性也不好，两人为消除阎之顾虑促其上岸，遂开车离开湖堤。后阎的尸体在湖堤附近被发现。[2]

一审法院认定两人构成故意杀人罪，但二审法院改判为过失致人死亡罪。在这个案件中，两人对死亡结果显然是一种否定的态度。

在司法实践中，如果有证据证明行为人不计后果，不计死活，对危害结果不采取任何挽救措施，那通常是间接故意；相反，如果证据反映出行为人有积极挽救危害结果发生的举动，那通常可以判断为过于自信的过失。例如：养花专业户李某为防止偷花，在花房周围私拉电网。一日晚，白某偷花不慎触电，经送医院抢救，不治身亡。在此案中，李某并无任何试图避免危害结果发生的举动，其私拉电网的行为其实就是“电死活该”的心态，因此属于间接故意。相反，如甲、乙二人住在山区，当地野猪危害庄稼的情况严重。为了避免损失，两人在野猪可能出没的山上拉上裸电线，距地面40厘米。在裸线通过的路口上均设置了警告牌，并告知通电的时间。后村民丙某盗伐林木触电死亡。对此行为，就应该视为过于自信的过失。

无罪过事件

无罪过事件，包括意外事件和不可抗力，均不构成犯罪。

司机倒车案是典型的意外事件。司机倒车时，后面有很多小朋友在玩耍。所以司机下车让小朋友都躲开。等小朋友走开后司机继续倒车。结果有个小朋友抱着轮胎不撒手，发生事故。

再比如说北方麦收的时候有麦垛，有小朋友在麦垛里面捉迷藏。有一个农夫拿着叉子叉草，把一个小孩给叉死了。一般人不能预见到草垛里面有人，农夫没有违反一般人应该具备的审慎义务。作为意外事件，自然没有必要追究刑事责任。

还有一种情况叫不可抗力。你已经预见到危险，但是危险不可避免。比如在车辆正常行驶过程中，刹车突然失灵撞伤路人，司机虽然能够预见危害结果的发生，但却无法避免，这就属于不可抗力。

再来看一个对比案件，二手豪车案。张三花6000元买了一辆二手的宾利跑车，之前已经开了100万公里。买完之后张三也没有检查车况，

迫不及待开着宾利，结果开着开着刹车坏了，方向盘也断了，喇叭也坏了，玻璃也摇不下来了，最后撞死多人。这是过失还是无罪过事件呢？

你会发现，两者的界限是行为人的先前行为是否是为社会所禁止的危险。如果是，那么即使采取了避免措施，也应被视为过失。在刹车失灵案中，开车虽然有危险，但这个危险是社会允许的危险。但在二手豪车案中，开破车上路不看车况显然创造了社会禁止的危险，因此这是过失犯罪。

想一想

张某和赵某长期一起赌博。某日两人在工地发生争执，张某大力推了赵某一把，赵某倒地后后脑勺正好碰到石头上，导致颅脑损伤，经抢救无效死亡。张某的行为构成犯罪吗？

[2]李宁、王昌兵过失致人死亡案，《刑事审判参考》第370号。

020 目的与动机

在推理剧里，侦探往往会把罪犯的目的和动机作为案件的线索去追踪。

目的

犯罪目的就是犯罪人希望通过实施犯罪行为达到某种危害社会的心理态度，可以分为普通犯罪目的和特定犯罪目的，前者即直接故意的意志要素，是主观上希望的内容，后者即通过实施直接危害，作为之后进一步追求某种结果或非法利益的心理状态，也就是所谓的目的犯，比如说拐卖妇女、儿童罪，要以出卖为目的；绑架罪要以勒索为目的，这就是特定的目的。

特定的目的在刑法中很有趣，一般被称作主观超过要素。这个词语非常形象，也就是说这种目的，即便没有对应的客观行为，也不影响犯罪既遂的认定。比如拐卖妇女、儿童罪要以出卖为目的，但如果人贩子拐了某女，由于经济形势不景气，人没卖出去，这依然认定为拐卖妇女罪的既遂。再如，受贿罪中收受贿赂，必须要有为他人谋取利益的目的，如果领导收钱不办事，贪赃不枉法，只要他曾经许诺会给人办事，那么即便他没有实际办事，这种行为也可以认定为受贿罪的既遂。

动机

动机是刺激犯罪人实施犯罪以达到某种犯罪目的的内心起因。比如诬告陷害，必须要意图使他人受到错误的刑事追究，必须要有一个特定

的动机，所以动机是一种内在的心理。在著名的小传旺案中，年仅13岁的学徒杜传旺被工人陈某和赵某用充气泵向肛门处喷气，强大的气流瞬间击穿了杜传旺的身体。在这个案件中，动机也具有定性意义，因为两人没有性的动机，所以不构成强制猥亵罪，只构成故意伤害罪。

在绝大多数案件中，动机没有定性意义，动机只有量刑意义。

张三偷了李四的手机，为什么偷手机呢？因为张三想去炫耀，这是一种动机；或者设想另外一种动机，张三认为手机已经严重影响了李四学习，偷手机是为了他好。

后一种行为是盗窃吗？当然也是盗窃，因为动机是不影响定罪的，在绝大多数犯罪中，动机只对量刑可能有影响，卑劣的动机和高尚的动机所反映的人身危险性是不同的，所以量刑也有所不同，但并不绝对，有时基于所谓高尚的动机犯下严重的犯罪，也没有必要从宽。不少恐怖主义分子的恐怖袭击都自认为出于高尚的动机，但这种为达目的不择手段的做法本身就值得谴责，也没有必要在量刑上对他从宽处理。

想一想

目的和动机是一种什么关系？

犯罪排除事由

021 正当防卫

正当防卫是大家很熟悉的法律名词，属于犯罪构成的排除事由。犯罪排除事由有两种，一种是违法排除事由，当一种行为在伦理上是正当的，那它就不是违法行为，而是正当化行为。另一种是责任排除事由，一种行为虽然违法，但如果在伦理道德上可以宽恕，也不必施加惩罚。

在我国刑法中，正当化行为包括法定的正当化事由和超法规的正当化事由，前者是法律明示的两类正当化事由：正当防卫和紧急避险，后者虽然法律没有规定，但属于道德生活普遍认可的出罪事由，如法令行为、正当业务行为等。总之，如果一种行为按照社会伦理是正当的，那就不应以违法行为论处，而应视为正当行为。

正当防卫

正当防卫是为了使国家公共利益、本人或他人的人身财产或其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为。

值得注意的是黑吃黑现象的定性问题。我从张三家偷了一袋毒品，李四要抢我的毒品，我把李四给打伤了，这也属于正当防卫，否则就一定会出现黑吃黑现象，也会导致灰色行业出现丛林法则。

司法实践中存在的最大困惑是互相斗殴，中国有句古话叫“斗殴无曲直”，不管谁先动手谁后动手，打架都是不对的。但在斗殴过程中有

可能在特殊情况下成立正当防卫。比如说两人打着打着，一人服软不想打了，但对方变本加厉进行攻击，这个时候就可以进行正当防卫；或者打着打着武器突然升级，本来是赤手空拳，一方突然掏出三把刀两把枪，另一方自然也能进行正当防卫。事实上，斗殴并非标准的法律概念，有些斗殴属于正当防卫，有些斗殴不属于正当防卫。

20世纪80年代，曾经发生过一起粪坑案。一名妇女回娘家探亲，在路上遇到一个持刀歹徒，歹徒企图强奸。由于歹徒身强体壮，而且此地还是偏僻的山区。该女自知不是歹徒的对手，也无法求救。因此，她假意顺从说找个平坦点的地方。当走到一个化粪池旁，该女示意歹徒脱衣服。歹徒见其非常配合就放松了警惕，在脱套头毛衣的时候，趁歹徒头被毛衣包住，女方用力把歹徒推倒在化粪池里。此时正值寒冬，粪池很深，歹徒挣扎着用手攀住粪池边缘往上爬，女方就用砖头砸歹徒的手，不让歹徒上来，十多分钟后歹徒淹死在粪池中。此案在当时也曾引起争论。有人认为歹徒跌入粪坑，不法侵害已经停止，此时不能再进行不法侵害。还有人认为，根据当时的特定情况，危险并没有排除，是可以实施正当防卫的。[3]

粪坑案的焦点在于，如果你是女方，你是否会用砖头砸向男方？结论是肯定的，所以这是标准的正当防卫。

特殊防卫

对于正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸等严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任，这就是1997年《刑法》规定的特殊防卫制度。

这个制度一改1979年《刑法》对于正当防卫过于苛刻的做法（1979年《刑法》规定：防卫行为超过必要限度造成不应有危害的，是防卫过当），希望能够鼓励民众见义勇为，向不法侵害做斗争。当年在修改刑法时，无论是理论界还是实务界都主张扩大防卫人的防卫权，避免防卫人缩手缩脚，伤害民众见义勇为的积极性。

我们来看几个最经典的案件。

叶永朝故意杀人案

1997年《刑法》通过不久，浙江就发生了叶永朝故意杀人案，该案是对新刑法正当防卫制度的首次回应。

1997年1月上旬，王为友等人在叶永朝开的饭店吃饭后没付钱。数天后，王为友等人路过叶的饭店时，叶向其催讨，王为友认为有损其声誉，于同月20日晚纠集郑国伟等人到该店滋事，叶持刀反抗，王等人即逃离。次日晚6时许，王为友、郑国伟又纠集一伙人到叶的饭店，以言语威胁，要叶请客了事。叶不从，王为友即从郑国伟处取过东洋刀往叶的左臂及头部各砍一刀。叶拔出自备的尖刀还击，在店门口刺中王为友胸部一刀后，冲出门外侧身将王抱住，两人互相扭打砍刺。在旁的郑国伟见状，拿起一张方凳砸向叶的头部，叶转身还击一刀，刺中郑的胸部后又继续与王为友扭打，将王压在地上并夺下东洋刀。[4]

王为友和郑国伟送医抢救无效死亡，叶永朝也多处受伤。经法医鉴定，王为友全身八处刀伤，左肺裂引起血气胸、失血性休克死亡；郑国伟系锐器刺戳前胸致右肺贯穿伤、右心耳创裂，引起心包填塞、血气胸而死亡；叶永朝全身多处伤，其损伤程度属轻伤。

一审法院认为：被告人叶永朝在分别遭到王为友持刀砍、郑国伟用凳砸等不法暴力侵害时，持尖刀还击，刺死王、郑两人，其行为属正当防卫，不负刑事责任。但一审宣判后，检察机关向中级人民法院提起抗诉，其主要理由是：叶永朝主观上存在斗殴的故意，客观上有斗殴的准备，其实施行为时持放任的态度，其行为造成二人死亡的严重后果。叶永朝的犯罪行为在起因、时机、主观、限度等条件上，均不符合刑法相关规定。二审法院裁定驳回抗诉，维持原判，认为叶永朝在遭他人刀砍、凳砸等严重危及自身安全的不法侵害时，奋力自卫还击，虽造成两人死亡，但其行为仍属正当防卫，依法不负刑事责任。[5]

邓玉娇案

另外一件非常经典的案件，是2009年发生在湖北省巴东县的邓玉娇

案。

2009年5月10日晚上8时许，时任巴东县野三关镇招商办主任的邓贵大和副主任黄德智等人酗酒后到镇上的“雄风宾馆梦幻城”玩乐。黄德智进入5号包房，要求正在该房内洗衣的宾馆服务员邓玉娇为其提供异性洗浴服务。邓向黄解释自己不是从事异性洗浴服务的服务员，拒绝了黄的要求，并摆脱黄的拉扯，走出该包房，与服务员唐芹一同进入服务员休息室。

黄德智对此极为不满，紧随邓玉娇进入休息室，辱骂邓玉娇。闻声赶到休息室的邓贵大，与黄德智一起纠缠、辱骂邓玉娇，拿出一沓人民币向邓玉娇炫耀并扇击其面部和肩部。在“梦幻城”服务员罗文建、阮玉凡等人的先后劝解下，邓玉娇两次欲离开休息室，均被邓贵大拦住并被推倒在身后的单人沙发上。倒在沙发上的邓玉娇朝邓贵大乱蹬，将邓贵大蹬开。当邓贵大再次逼近邓玉娇时，邓玉娇起身用随身携带的水果刀朝邓贵大刺击，致邓贵大左颈、左小臂、右胸、右肩受伤。一直在现场的黄德智见状上前阻拦，被刺伤右肘关节内侧。邓贵大因伤势严重，在送往医院抢救途中死亡。经法医鉴定：邓贵大系他人用锐器致颈部大血管断裂、右肺破裂致急性失血休克死亡。黄德智的损伤程度为轻伤。[6]

本案一经媒体报道，民众纷纷站在邓玉娇这一边。法院最后认为邓玉娇成立故意伤害罪，不属于正当防卫。你认同法院的判决吗？

邓玉娇案发生在娱乐城的休息室，旁边有很多人在场。也就是说从一般人的立场来看，邓玉娇并没有遭遇严重危及人身安全的暴力犯罪。邓贵大的行为当然可恶，但他更多是一种调戏妇女的行为，把他打死就有点过了。

法院的判决其实是在各种利益中寻找平衡。法院最后认为邓玉娇构成故意伤害罪，但有三种法定从宽情节；一是防卫过当；二是自首情节，三是抑郁症患者属于限制刑事责任能力人，最后决定免于刑事处罚。

定罪免刑，这个判决就很好地实现了法律效果跟社会效果的统一。从法律层面上邓玉娇的确构成犯罪；但从社会效果来看，邓玉娇没有必要坐牢。

于海明案

2018年8月27日21时30分许，于海明骑自行车在江苏省昆山市震川路正常行驶，刘某醉酒驾驶小轿车（经检测，血液酒精含量87mg/100ml），向右强行闯入非机动车道，与于海明险些碰擦。

刘某的一名同车人员下车与于海明争执，经同行人员劝解返回时，刘某突然下车，上前推搡、踢打于海明。虽经劝解，刘某仍持续追打，并从轿车内取出一把砍刀（系管制刀具），连续用刀面击打于海明颈部、腰部、腿部。刘某在击打过程中将砍刀甩脱，于海明抢到砍刀，刘某上前争夺，在争夺中于海明捅刺刘某的腹部、臀部，砍击其右胸、左肩、左肘。刘某受伤后跑向轿车，于海明继续追砍2刀均未砍中，其中1刀砍中轿车。刘某跑离轿车，于海明返回轿车，将车内刘某的手机取出放入自己口袋。

民警到达现场后，于海明将手机和砍刀交给出警民警（于海明称，拿走刘某的手机是为了防止对方打电话召集人员报复）。刘某逃离后，倒在附近绿化带内，后经送医抢救无效，因腹部大静脉等破裂致失血性休克于当日死亡。于海明经人身检查，见左颈部条形挫伤1处、左胸季肋部条形挫伤1处。

关于本案是否属于正当防卫，曾引起了激烈争论。

在这起“宝马哥案”中，只要从一般人的立场代入来看，就可以得出不法侵害仍未结束，防卫人的防卫具有紧迫性的结论。但是，当时有些法律人过分玩弄技术主义的术语，不断分析“宝马哥”到底身中几刀，到底还剩“几滴血”，这种纯技术主义的分析感觉是在打游戏，令人费解。

同时，在适度性上，“宝马哥案”中防卫人遭遇的是严重危及生命的暴力危险，与叶永朝案具有同类性，应当适用特殊防卫规则。

霍姆斯大法官说：法律的生命是经验而不是逻辑。法律人要有逻辑推导能力，但更重要的是要有常识。法律人要学会谦卑地听取民众的朴素的声音。

我们在看到社会案件时，只要把自己代入一下，把自己想象为防卫

人，看看从你的立场，从一般人的经验出发，判断行为是否适当。千万不要开启圣人视野，不要开启上帝眼光，法律调整的是一般人的行为，这个世界上没有理性人，只有一般人，我们都有一般人的弱点。

于欢案

2016年4月14日，因不堪忍受母亲被多名催债人欺辱，22岁的男子于欢用水果刀刺伤4人，导致其中1人死亡，另外2人重伤，1人轻伤。聊城中院一审以故意伤害罪判处于欢无期徒刑。判决结果一经公布，立即引起轩然大波，舆情汹涌。2017年5月27日，该案二审公开开庭审理，山东省高级人民法院采取微博直播的方式通报庭审相关信息。2017年6月23日，山东省高级人民法院认定于欢属防卫过当，构成故意伤害罪，判处于欢有期徒刑5年。

于欢时年22岁，其母苏银霞因资金周转不便向地产公司老板吴学占高利借贷。苏银霞遭受到暴力催债。催债队伍多次骚扰苏银霞，对其进行辱骂、殴打。案发前一天，吴学占曾指使手下拉屎，然后将苏银霞按进马桶里，要求还钱。次日，苏银霞和儿子于欢被带到公司接待室，连同一名职工，11名催债人员围堵并控制他们三人。其间，催债人员不停地辱骂苏银霞，语言不堪入耳，并脱下于欢的鞋子捂在其母嘴上，故意将烟灰弹到苏银霞的胸口。更有甚者，催债人员杜志浩居然脱下裤子，掏出生殖器，当着她儿子的面往苏银霞脸上蹭，对母亲的公然侮辱猥亵令于欢崩溃。当路过的工人看到这一幕，才让报警人于秀荣报警。警察接警到达现场后，并未采取有效的保护措施，只是告诫说“要账可以，但是不能动手打人”，随即离开。看到警察要走，已经情绪崩溃的于欢站起来试图往外冲唤回警察，被催债人员拦住。混乱中，于欢从接待室的桌子上摸到一把水果刀乱捅，致使杜志浩等四名催债人员被捅伤。其中，杜志浩因失血性休克死亡。[7]

正当防卫的紧迫性

正当防卫是一种私力救济。在法治社会，私力救济被严格限制，紧急状态下才可能行使有限的私力救济，所谓“紧急状态无法律”。正当防卫的本质是“正对不正”，因此该制度对于防卫人不能太过苛求，应当有利于动员和鼓励人民群众见义勇为，积极同犯罪做斗争。

当然，任何暴力都必须适度，否则就可能造成更大之“恶”。因此，法律规定正当防卫必须要具备紧迫性和适度性两个基本要素。

何谓紧迫性？只有对法益存在现实侵害的可能性才具备紧迫性。如果不法侵害还没有开始或者不法侵害已经结束，都不能进行正当防卫。

在司法实践中，不法侵害行为的结束通常可以表现为这样几种形式：不法侵害人已达到了侵害的目的；侵害人失去了侵害能力；侵害人自动中止不法侵害；侵害人向防卫人（或被害人）告饶；侵害人已被抓获。当这些形式之一出现时，就应认为不法侵害已经结束，不应再实行正当防卫行为。

那么，如何判断“法益存在现实侵害的紧迫性”呢？

有人认为，应该采取理性人的科学判断标准；还有人认为，应采取一般人的标准。前者是一种专家标准，认为在判断紧迫性时，应当站在专家的立场，从事后的角度看一个理性的人是否会觉得存在紧迫性；后者则是常人标准，认为应该按照普罗大众的一般立场，从事前的角度看一般人是否觉得有紧迫性。

或许，一审法院正是站在专家的超然立场上，按照理性人的科学标准做出的判断。然而，这个世界上很少有人是完全理性的，我们或多或少都会受到环境、情绪等诸多因素的影响，即便是专家也不可能保证百分之百的理性。法律不是冰冷的理性机器，它要倾听、感受并尊重民众的血泪疾苦。站在事后角度的科学判断只是一种事后诸葛亮的冷漠与傲慢。正因如此，二审法院进行了改判，认为应当按照一般人的立场来对紧迫性进行判断。换言之，我们要代入于欢的角色，设身处地综合考虑他所处的情境来判断他们母子的人身安全是否依然处于紧迫的危险之中。至少从媒体的报道来看，任何人处于类似情境，都会感到巨大的危险，没人知道警察走后，催债者的折磨手段会不会变得更加变态与血腥。

因此，在判断不法侵害是否结束，必须站在一般人立场从普罗大众的角度来看是否具有紧迫性，而不能按照理性人的事后标准。因此，在本案中，如果你是防卫人，你是否会认为攻击者已经丧失反抗能力，自己已经不再处于紧迫的危险之中？有许多法律人喜欢做理性人的假设，站在事后角度开启上帝视角，但是没有人是理性人，人们或多或少都有弱点，也许只有机器人才是真正的理性人。法律必须考虑民众朴素的道德情感，而不能动辄以事后诸葛亮的冷漠与傲慢来忽视民众的声音。

正当防卫的适度性

在于欢案中，一审法院曾经错误地认为于欢的行为不具有防卫属性，因为不法侵害已经结束，于欢没有遭受紧迫的危险。但二审法院改变了这种错误观点，认为于欢依然面临着不法侵害，其行为具有防卫性质。

正当防卫的另外一个基本要素是适度性。刑法明确规定，正当防卫不能明显超过必要限度造成重大损失。这里有两个关键词：一是必要限度，二是重大损失。也就是说，衡量防卫行为是否超越必要限度，主要看这种行为是否是制止不法侵害所必须的，而“是否必须”又可综合考虑防卫行为与侵害行为在结果和行为上是否基本相适应，是否出现了重大损失。

具体到于欢的案件。于欢目睹母亲遭受凌辱，用水果刀刺伤4人，并导致其中1人死亡，另2人重伤，1人轻伤。这种行为与侵害行为明显不相适应，毕竟人的生命权是高于健康权、名誉权等其他权利。虽然加害人人数众多但未使用工具，未进行严重暴力攻击，于欢身上伤情甚至未达到轻微伤程度。从防卫行为使用的工具、致伤部位、捅刺强度及后果综合衡量看，于欢使用的是长26厘米的单刃刀，致伤部位为杜志浩身体的要害部位（肝脏），捅刺强度深达15厘米，造成1死2重伤1轻伤的严重后果，其防卫行为“明显超过必要限度”。

有人认为，于欢的行为属于刑法规定的特殊防卫权。但是在于欢案中，讨债者一方并无实施严重危及人身安全的暴力犯罪，所以不能适用这个条款。

这就是为什么二审法院最后认为于欢构成防卫过当。我国刑法规定，防卫过当应当减轻或免除处罚。法院最后认为于欢构成故意伤害罪，判处于欢有期徒刑5年。

司法要倾听民众朴素的声音，刑事责任的一个重要本质是在道义上值得谴责。因此，犯罪与否不是一个单纯的专业问题，普罗大众都有发声的权利，司法永远不能超越社会良知的约束。法律不是冰冷的条文，它必须兼顾天理人情，不断地在各种利益中寻找一个最佳的平衡点。

2018年2月1日，于欢案入选“2017年推动法治进程十大案件”。同时被最高人民法院列为第九十三号指导案例，用来指导全国司法工作。指导案例认为，于欢是在人身自由受到违法侵害、人身安全面临现实威胁的情况下持刀捅刺，且捅刺的对象都是在其警告后仍向其靠近围逼的人。因此，可以认定其是为了使本人和其母亲的人身权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害行为，具备正当防卫的客观和主观条件，具有防卫性质。

想一想

在看待社会案件时，你是习惯用理性去思考和批判，还是代入当事人的立场？

[3]陈兴良：《口授刑法学》，中国人民大学出版社2007年版，第253—254页。
[4]叶永朝故意杀人案，《刑事审判参考》第40号。
[5]叶永朝故意杀人案，《刑事审判参考》第40号。
[6]湖北省巴东县人民法院刑事判决书（2009）巴刑初字第82号。
[7]山东省高级人民法院刑事附带民事判决书（2017）鲁刑终151号。

022 紧急避险

紧急避险跟正当防卫是比较接近的两个概念。紧急避险的定义，是为了使国家公共利益本人或他人的人身财产或其他权利免受正在进行的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害不负刑事责任。

紧急避险与正当防卫

紧急避险与正当防卫有相似之处，也有不同之处。

1.两者的危险来源不同。正当防卫的危险来源是不法侵害；而紧急避险的危险来源，可以是不法侵害，也可以是自然灾害、动物的侵袭。

2.行为对象不同。正当防卫的行为必须针对不法侵害者本人实施，正对不正，在遭遇到不法侵害时，如果行为人针对不法侵害人进行反击，属于正当防卫的范畴；如果为了躲避不法侵害，而侵害他人合法权益的，正对正属于紧急避险的范畴。甲遭乙追杀，情急之下夺过丙的摩托车骑上就跑，丙被摔骨折。乙开车继续追杀，甲为逃命飞身跳下疾驶的摩托车奔入树林，丙1万元的摩托车被毁。甲属于紧急避险。但若甲遭乙骑摩托车追杀，情急之下夺过乙的摩托车骑上就跑，乙被摔骨折。甲为逃命飞身跳下疾驶的摩托车奔入树林，乙1万元的摩托车被毁。甲造成乙的骨折的行为就属于正当防卫。

3.实施行为的条件不同。紧急避险必须是在迫不得已的情况下实施，而正当防卫则没有这一条件的限制，紧急避险是消极的，正当防卫可以是积极的，为了鼓励民众和不法侵害做斗争，迎难而上都可以是正当防卫。

4.判断“过当”的标准不同。正当防卫是正对不正，因此造成的损害

可以等于甚至大于被保护的合法权益；但紧急避险是正对正，所以造成的损害必须小于所保护的利益，否则即为过当。

无法紧急避险的人

紧急避险不能针对职务或业务上有特定职责的人，消防队员不能因为火太大就不去救，海上发生船难，船长必须让乘客先逃生。

这是对特定职责人员所赋予的法律义务。

人性充满复杂，卑劣之处随处可见，但是人性的高尚也在一些紧要的关头彰显无遗。

20世纪一起著名的船难，宣布了理性主义乐观时代的终结。这艘船就是泰坦尼克号，这艘代表着人类智慧的号称永不沉没的轮船，首航就沉没了。

如果你看过电影，会发现当泰坦尼克号撞上冰山后，小提琴家和乐队在慌乱逃跑的人群中镇定地演奏。这个情节是有历史出处的，并非完全的演绎。当时在泰坦尼克轮船上聚集着大量富商名流，在最危险的时候，他们自觉让妇女和儿童先走。基于历史记载，最终乐队奏响了一首歌，在歌声中他们目送着救生艇离去，在歌声中他们接受着轮船慢慢沉没的命运。

在法律中，最重要的一个概念就是权利和义务。两者孰先孰后？这可不是先有鸡还是先有蛋的问题，而是法律中一个根本性的问题。有一个大学女生在网上抱怨母亲给的生活费太少，1万块根本不够花，她认为自己有权利要2万块的生活费。但是你想一想，这个权利背后一定得有人承担义务。如果没有人承担义务，权利根本无法主张。所以一定是义务在前，权利在后。必然是有人承担了道德义务，你才可能拥有法律上的权利。从这个意义上来讲，责任可能比幸福更重要。只是我们这个时代的人在追求幸福的时候忘记了责任。

电影《无问西东》有段台词很打动我：这个时代缺的不是完美的

人，缺的是从心里给出的真心、正义、无畏和同情。责任比幸福要更重要。对于法律的学习更是如此，一定要注意法律人身上的责任。

人的生命不能比较

1884年7月5日，英国游船米丽雷特号（Mignonette）在公海上失事，水手达德利、斯蒂芬斯、布鲁克斯和客舱侍役佩克爬上一艘无篷船，在船上待了20多天后，他们没有水和食物，奄奄一息，达德利和斯蒂芬斯决定杀死身患重病的佩克（布鲁克斯表示不同意）。三人靠佩克的血肉维持了4天后获救。英国最高法院以谋杀罪判处达德利和斯蒂芬斯死刑，但女王将该判决减为监禁六个月。[8]

如果不考虑伦理，仅从价值量化的比较上看，牺牲1人，挽救3人，收益要大于成本，当然成立紧急避险。还有人甚至认为，根本不是3大于1的问题，而是1大于4，如果不牺牲1个人的话，死的不是3人，而是全部4人。由此观点推导开来，如果米丽雷特号的救生筏上的4人，1人将剩下3人全部吃掉，也可以成立紧急避险，因为3大于4。[9]

你觉得这叫做紧急避险吗？

先思考另外一个例子：医院里有5个病人等待器官移植，1个人心坏了，1个人肺坏了，1个人肝坏了，1个人脾坏了，1个人肾坏了，都奄奄一息，只有一口气。结果你从旁边过，医生说拦下你，想牺牲一个健康的你，换回5个人的健康。这显然是不合适的，为了保全自己的生命，无论如何都不能以牺牲他人生命为代价。

在米丽雷特号的判决中，法官指出：挽救生命通常是一种责任，但是牺牲生命也可能是最朴素和最高贵的责任。比如在战争中就充满着为了他人从容赴死的责任，在海难中，船长、船员对于妇女、儿童有这种崇高的责任。但是这些责任赋予人类的义务，不是为了保全自己的生命，而是为了他人牺牲自己的生命。没有人有权力决定他人的生死，当然，我们必须承认很多时候都会面对试探与诱惑，但是不能将诱惑作为犯罪的借口。作为法官，为了公正审理，我们常常被迫建立自己无法达到的标准，制定难以企及的规则。但是，我们不能因为诱惑的存在就改

变或削弱犯罪的法律定义。

生命是不可比较的，如果这类案件可以成立紧急避险，那么整个道德秩序就会崩溃。如果认为生命可以比较，在资源紧缺的情况下，牺牲精神病人、老人、残疾人似乎总是有道理的。法律不强人所难，但法律至少要坚持底线的道德原则。在上述案件中，吃人的水手们虽然不能视为紧急避险，但可以视作避险过当。按照我国法律规定，避险过当也是应当减轻或免除处罚的。定罪免刑可能是一种合理的处理。

想一想

甲被歹徒追杀，逃进了一条死胡同，无路可走，情急之下，跳上路边张三停放的尚未熄火的摩托车，然后掉头向后面挥刀追杀上来的歹徒冲撞过去，将歹徒撞倒在地，逃过一劫。但由于慌不择路，将摩托车撞到了路边的电线杆上，使车体受损。甲的行为是正当防卫和紧急避险吗？

[8]女王诉达德利和斯蒂芬斯案，*The Queen v. Dudley and Stephens*，L. R. 14Q. B. D.273（1884）。

[9][日]西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第109页。

023 责任排除事由

责任排除事由与违法排除事由不同，后者是一种正当化行为，但责任排除事由并非正当行为，它具有违法性，只是在道义上可以得到宽恕。比如严重的精神病人实施犯罪，当然属于违法行为，可以对其进行正当防卫。但精神病人由于疾病的原因，责任被排除，所以不构成犯罪。

责任排除事由主要包括责任能力的排除、法律认识错误和缺乏期待可能性。

年龄

我国的刑事责任能力总共分为以下四类。

1.无刑事责任能力，未满14周岁不负刑事责任；

2.相对刑事责任年龄阶段，已满14周岁而未满16周岁的人仅对故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒8种犯罪负刑事责任。8种犯罪是指具体犯罪行为而不是具体罪名。比如绑架杀人按照法律规定构成绑架罪，但15岁的孩子绑架杀人的，直接认定为故意杀人罪即可。

多年以前，司法实践中普遍认为强奸罪和奸淫幼女罪是两个不同的罪名。一个15岁的少年人强奸了一位13岁的幼女，送到法院，有法官主张因为奸淫幼女罪不属于相对刑事责任年龄阶段应当负责任的8种犯罪，所以主张不构成犯罪。这位法官的思维就太过僵化，完全忽视了形式逻辑。后来出台了相关司法解释，认为强奸罪和奸淫幼女罪不是两个罪名，应该统一为一个罪名，奸淫幼女是强奸罪的特殊情况，不再独立

看待。司法解释用意虽好，但多此一举，即便认为奸淫幼女罪属于独立罪名，这个问题也很好解决。毕竟奸淫幼女罪较之强奸罪是特别法，15岁的孩子可以构成普通罪，那更可以构成特殊罪。比如抢劫罪和抢劫枪支、弹药罪是两个不同的罪名，15的孩子抢劫枪支、弹药直接以抢劫罪定罪量刑即可。

3.完全刑事责任年龄阶段，已满16周岁的人犯罪，应当负刑事责任，无论是故意犯罪还是过失犯罪，都应当承担刑事责任。

4.减轻刑事责任阶段，已满14周岁而未满18周岁的人应当从轻或减轻处罚，同时不能适用死刑。另外，老人也可以宽宥，已满75周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。而且对于审判时已满75周岁的老人一般不判处死刑。

何谓十四岁

14周岁以上要负刑事责任，这个周岁指的是生日当天，还是次日呢？在刑法中指的是生日次日，而且是按照阳历而非阴历计算生日的。

判断一个人负不负刑事责任，应该根据行为时有无责任能力，而不是看结果时。

张三在14周岁生日当天安放了定时炸弹，炸弹于次日爆炸，导致多人伤亡。张三负不负刑事责任？在安装炸弹的时候张三其实没有责任能力，但是14周岁以后，他就有责任能力了，有拆除义务。他的不作为行为是在14岁之后实施的，故要负刑事责任。

再看一个对比案件：李四在14周岁生日当晚，故意砍杀张某，后心生悔意，将其送往医院，张某仍于次日死亡。李四的行为是一种作为，该行为发生在生日当天而非次日，所以不负刑事责任。

精神病人

我们经常听说，精神病人杀人不负刑事责任。但是，大家一定要注意，我们千万不能认为只要是精神病人就不负刑事责任。法律中说的是精神病人在不能辨认或不能控制自己行为的时候，经法定程序确认的才不负刑事责任。

首先，精神病人可以分为以下三类。

第一类是完全无刑事责任能力的，只有当某种精神病导致行为人完全丧失辨认能力或控制能力时，才不负刑事责任。精神病人由于患病程度不同，他们并不必然缺乏辨认能力或控制能力。精神病人的成因很复杂，一般可以归结为大脑某个部位的器质性损坏或发育不足。由于疾病成因和表现的复杂性，许多精神病人虽然在某些方面存在缺陷，但是在另外一些方面则完全可能是正常的，甚至还有可能优于一般人。

电影《雨人》或《美丽心灵》的主角都患有学者症候群（Savant syndrome），指的是个人存在心理疾病或严重的智能障碍，但却拥有与他的障碍全然相对的，超过一般人的心理运作能力。这又可包括白痴学者（Idiot savant）和自闭学者（Autistic savant）。前者是指个人存在严重的智能障碍，后者是指个人存在主要的心理疾病或性格异常，或情感障碍（如自闭症），但他们都拥有与其障碍全然相对的，惊人的心理运作能力。部分自闭症患者的认知能力，甚至超出常人，具有极强数字记忆能力、美术、音乐等特殊能力，即为自闭学者。每个人都是独特的，人的大脑比人想象中更复杂。因此，不能一律认为精神病人就缺乏理解能力，精神病人是否有责任能力也不是一个单纯的医学问题，还要根据各种情况进行综合判断。

第二类是间歇性精神病人，在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任，而且从法律规定看，属于完全刑事责任能力人。

第三类是限制刑事责任能力人，如果在行为时未完全丧失辨认或控制能力的精神病人犯罪的，属于限制刑事责任能力人，应当负刑事责任能力，但是可以从轻或者减轻处罚。李某与被害人续某因经济纠纷对续某怀恨在心。某日晚李某携带尖刀窜入续某家，向午睡刚起的续某腹部连刺两刀后逃离现场。续某被送往医院抢救，抢救无效而死亡。后来查明，李某先后在两家医院诊断为精神分裂症并住院治疗。经司法精神病鉴定，认定李某实施犯罪行为时为精神分裂症不完全缓解状态，有部分

责任能力。一审法院以故意杀人罪判处李典死刑立即执行，二审法院改判为死缓，死缓的判决就是考虑到他属于限制刑事责任能力人，可以从宽处理。

鲜血陶醉案

德国有一个经典的案件，某人预谋杀害仇人，在杀人的时候，对方鲜血喷出，行为人居然陷入精神病状态。血喷得越多，砍得越疯狂，越疯狂越砍，越砍越疯狂，被害人被砍数十刀后死亡。

这个案件就很值得讨论。因为行为人在杀人的时候精神正常，是有责任能力的，但在杀人过程中精神病发作，丧失责任能力。这到底算是有责任能力，还是没有责任能力呢？这可以按照因果关系中的介入因素理论来分析。行为人在杀人的时候诱发精神病，精神病相当于一种介入因素，在经验法则中具有高度伴随性，无责任能力状态的出现对因果关系没有重大偏离，因此直接以故意杀人罪既遂论处即可。

想一想

张三在实施伤害时，突然陷入无责任能力状态，以为妻子变成了一只大章鱼，遂将“章鱼”杀死。张三是否对死亡结果承担责任？

024 刑事责任年龄需要下调吗

近几年，多起未成年人弒父杀母的极端案件再次让刑事责任年龄成为焦点话题。

在刑法中规定刑事责任年龄，理论依据在于未达责任年龄的孩子缺乏是非对错的辨认能力或控制能力，因此对他们的刑事惩罚没有意义。但是，这种理论是否成立，值得深思。

当然，不负刑事责任不意味着不接受任何处罚，只是不受刑事处罚而已。刑法规定，因不满16周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。

可见在“必要的时候”，政府对这些孩子可以收容教养。只是何谓“必要的时候”，法律并无规定。更为糟糕的是，收容教养制度存在大量空白地带，相应的机构也极不健全，只有省会城市才有相关机构。这也就是为什么只要不负刑事责任，这些孩子几乎不会受到来自司法机关的有效惩罚，所以才会出现杀母的孩子还想回原校继续就读的奇谈。

乐观主义和现实主义

那么，是否要降低刑事责任年龄呢？

在世界范围内，有关刑事责任年龄，大致有乐观主义和现实主义两条道路。

乐观主义崇尚建构理性，对人类理性充满自信，认为法律应当设置一个标准化的责任年龄。标准之下就推定没有辨认能力或控制能力。这种立场认为孩童本性纯良，可塑性很强，因此对待未成年人的刑事政策

应以矫正为主。

现实主义推崇的是经验主义，它认为设置一个标准化的责任年龄太过武断，整齐划一的法律理性并不能适应无穷变化的社会现实。同时，现实主义认为包括孩童在内的一切人内心都有幽暗的成分，刑罚无力改造人性，它的第一要务是对罪行进行惩罚而非对犯罪人进行矫正，对待未成年人也是如此。

大陆法系倾向于乐观主义，代表国家是德国和意大利，这些国家的刑法都和我国一样，认为不满14周岁没有刑事责任能力，对任何犯罪都不负刑事责任。当然，这些国家都规定了完备的少年司法制度，对于14周岁以上的未成年人犯罪适用专门的少年司法审判制度。

普通法系则以现实主义居多。普通法最初有无责任能力的辩护理由（doli　incapax），不满7岁的儿童被推定没有犯罪能力，这个推定不容反驳。但7岁以上不满14周岁则要具体问题具体分析，其无犯罪能力的推定可以反驳，如果公诉机关可以提出足够的证据，证明行为人能够理解自己的行为的意义，知道是非对错，那就要承担刑事责任。

随后，许多普通法系国家抛弃了这种辩护理由，如美国有35个州没有设置任何刑事责任的最低年龄。从理论上来说，在这些地区，任何年龄的人犯罪都要负刑事责任。其他15个州，最低刑事责任年龄从6岁到10岁不等。

英国也放弃了这种辩护理由，在英格兰和威尔士这两个司法区，其最低刑事责任年龄是10岁，不满10岁的儿童不负刑事责任。但是在苏格兰司法区，最低刑事责任年龄则是8岁。[10]

中国的刑事立法自觉向大陆法系靠拢，在许多的立法设计上都有乐观主义的倾向。以14岁作为有无责任年龄的标准，当然整体划一，便于操作。在法律上推定不满14周岁，没有是非对错的辨认能力或控制能力，这种法律逻辑清晰明了。但是，咄咄逼人的逻辑论证自有一种蛊惑人心的力量。人类从未完全居住在逻辑论证之中，尘世中的万物，许多无法为人造的逻辑所涵盖的。在人类历史中，削足适履的逻辑命题曾经给人类带来了灾难性的后果。

法律的生命是经验而非逻辑。如果经验事实不断地证明法律逻辑存

在问题，那么这种逻辑命题就值得修正。从发生过的多起12岁孩子实施杀人等严重犯罪的案件来看，认为他们缺乏是非对错的辨认能力或控制能力的法律逻辑很难服众。

人类本性和刑罚本质

乐观主义和现实主义的道路选择还取决于对人类本性和刑罚本质的看法。

乐观主义对人性的看法也过于乐观，他们相信人类要不断地进化下去，会有无限的可能性，而且有一天能够控制自己的发展。只要积极地改造社会，提升民众的教育水平，消除不平等的社会现实，就能创造一个美好的黄金世界。

因此，他们推崇人道主义的刑罚理论，认为传统的报应主义是一种复仇，是野蛮和不道德的。根据人道主义刑罚理论，罪犯只是一种病态，需要接受治疗与矫正。在他们看来，孩童天性纯良，他们实施犯罪行为没有自由意志，并非出自本性，主要是由于糟糕的社会环境、家庭背景、缺少关爱等因素所致，因此没有必要对其进行过度的惩罚，扼杀天性纯良的幼苗。

乐观主义的代表人物是卢梭，在《爱弥儿》一书中，他特别讨论了个人如何在堕落的社会中保持天性中的善良。该书前言引用了古希腊哲学家塞涅卡的一段话：“我们身患一种可以治好的病；我们生来是向善的，如果我们愿意改正，我们就得到自然的帮助。”全书基本上是这段话的展开。

现实主义对人性的看法没有那么乐观，这种立场认为人性生来有幽暗的成分，孩童也不例外，因此不能放任孩童自由发展，管束是必要的。一如古老的智慧所说的“不忍用杖打儿子的，是恨恶他；疼爱儿子的，随时管教”。

现实主义认为法律无力改造人性，它只能约束人性的幽暗，让其不致泛滥成灾。因此，刑罚的首要目的是报应，是对犯罪的惩罚。即便未

成年人犯罪，也应对其进行必要的惩罚，在惩罚的基础上才能去谈教育改造。

乐观主义虽然容易激动人心，但它却可能导致灾难性的后果，理想主义往往会走向幻灭与绝望。

乐观主义所持的人道主义刑罚理论将惩罚看成改造罪犯的一种手段，但这却为权力的扩张开启了方便之门，权力可以披着科学的外衣我行我素。按照传统的观点，报应是刑罚的根据，一个人是否应当接受惩罚，其核心在于道义上的应受惩罚性，普通民众有权利发表意见，但一个人是否应该接受治疗，则是一个专业问题，普罗大众没有发言权，只有专家才有权决断。如果一种让政府不满的行为，即便与道德罪过无关，政府也可对其“治疗”，而人却无法辩解，因为专家根本不使用应受惩罚性这种概念，而是以疾病和矫正取而代之。如何阻止政府去实施“矫正”呢？虽然这种矫正明显是强制性的，但却披着人道主义的外衣。事实上，在德国和意大利，现代“矫正刑”的诞生之地，法西斯专政就曾经极大地利用了这种所谓的“科学”大行残暴。因此，如果抛弃刑罚的报应观念，保护儿童的改造主义也必将赋予政府没有道义约束的无限权力。历史告诉我们，当权力不受约束，无论多么崇高的理想都会结出邪恶的果实。

人道主义很容易因着对人类的抽象之爱，而放弃对具体之人的责任。主张未达法定责任年龄的孩子不负刑事责任，这看似是对儿童的关爱，但它却放弃了对被害人的保护之责。

相比于经常开出空头支票的乐观主义，现实主义基于对理性万能的警惕，对人性幽暗的洞察，他们立足现实的观点，虽然难以博人眼球，但却更加务实。

有学者提出，普遍性地下调刑事责任年龄可能难度较大，但可以规定一项例外规定，由最高检察机关在特殊情况下对不满14岁的未成年的恶性犯罪进行追诉，这其实是在借鉴普通法系的恶意年龄补足制度，但又避免了地方司法机关灵活的司法裁决权。比如在刑法第17条增加一款，对于12岁以上不满14周岁的未成年人实施故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒8种犯罪，如果有追诉必要的，可以报最高人民检察院核准，这种折中立场有一定

的道理，也更容易实现。[11]

想一想

你觉得刑事责任年龄，是否需要下调？

[10]《最低刑事责任年龄继续引起意见分歧》，《经济学人》，2017年5月20日。*The minimum age of criminal responsibility continues to divide opinion.* The Economist. 2017-05-20.

[11]俞亮、吕点点：《法国罪错未成年人分级处遇制度及其借鉴》，《国家检察官学院学报》2020年第2期。

025 法律认识错误

法律认识错误，历史上早已有之。《晏子春秋》记载：齐景公爱槐树，下令官吏派人严加看护，下达法令，如有犯槐树者，处刑，如果将槐树弄伤，罪当处死。有人不知此令，酒醉后在槐树旁呕吐，“冒犯”槐树被抓。宰相晏子为此事劝谏景公，认为此人不知道法令，是无辜的，“刑杀不辜谓之贼”，是国之大忌。景公接受晏子的意见，将此人释放，并废除伤槐之法。

不知者有罪还是无罪

伤槐一事涉及刑法上的认识错误，行为人在实施某行为，并不知行为构成犯罪，在晏子看来，就不能治罪，这其实也是“不知者无罪”观念的另一种体现。然而，古罗马却有一句古老的法谚“任何人不能以不知法而免责”。

传统的刑法理论大多采取古罗马立场，不知法、不免责。其理由在于：首先，公民有知法守法的义务，既然是一种义务，不知法本身就是不对，没有尽到一个公民应有的责任，岂能豁免其责？其次，如果允许这种免责理由的存在，任何人犯罪，都可能以不知法来狡辩，法盲犯罪层出不穷，会给司法机关认定犯罪带来极大困难。

上述论证有很强的功利主义和实用主义色彩，更直截了当地道出个中原委的是美国大法官霍姆斯：不知法不免责，是为了维护公共政策，因此可以牺牲个体利益。虽然有些犯罪人的确不知自己触犯法律，但如果允许这种免责理由，那将鼓励人们对法律的漠视，而不是对法律的尊重和坚守。[12]

这些辩解看似言之凿凿，但却与人们生活经验相抵触。如果说公民

应当知悉法律，法律一经颁布，就大功告成，任何人都应无条件服从，那为什么国家还要大张旗鼓开展法制教育，普及法律知识？这不就是害怕人们会出现“不知法而误犯”的现象吗？

不要以为只有今天才有《今日说法》《法制频道》等普法节目，历代君主都非常注意法律的宣教。明太祖朱元璋在《大明令》颁布后，唯恐“小民不能周知”，命令每个郡县都要颁行律令直解，后来又鉴于“田野之民，不知禁令，往往误犯刑宪”，于是在各地都设了个申明亭，凡是辖区内有人犯罪的，都要把他的过错，在亭上贴出，以警世人。后来颁行《大明律诰》时，朱元璋甚至给每家免费派送一本，要求臣民熟视为戒。[13]

要求公民知法守法，是一种国家主义的立场，要求治下小民乖乖听话，无论是否知道，只要国家颁布法律，你就有知晓的义务。有观点甚至认为，通过对在道德上无辜的人定罪，就能够促使其他人更好地了解自己所承担的法律义务。[14]显然，这和现代刑法所倡导的个人本位立场格格不入，怎能为了所谓的国家、社会利益，就完全牺牲无辜民众的自由。另外，人们之所以守法，更多是因社会习俗、道德规范的耳濡目染，不杀人、不盗窃、不奸淫，与其说是法律规定，还不如说是一种道德教化。

如果说在法律并不发达的古代社会，要求公民知法守法还有实现的可能性，那么在现代社会，如此繁杂多样、不断变化的法律，要求公民一一知悉，这简直就是不可能实现的任务，即使是法律专业的学生，也不可能知道所有的法律条文。比如，法律所规定的珍贵动物、植物的种类，即便专事刑法研究的学者也不能周知。更何况随着国际交流的增多，一国公民对另一国法律不太熟悉，也是常有之事。

霍普金斯案与龙先生案

对待法律认识错误，英美法系最初基本上遵循古罗马传统，但后来有所松动。

1949年美国马里兰州的霍普金斯案（*Hopkins v. State*）是不知法不

免责的经典案例，该案曾被广泛引证。当时，马里兰州出台法案，禁止牧师在旅馆、车站、码头、法院等地张贴主持婚礼的广告，变相攫取钱财，法律的目的是管束婚姻缔结，防止重婚的泛滥。但该法没有得到很好的实施。几位牧师贴广告之前，觉得不妥，特地咨询了当地司法部部长，部长回复他们说行为并不违法。牧师们于是放心大胆地粘贴广告。后来这几名牧师因违反该法案被捕，在法庭上，他们以事先咨询过司法部部长，不知行为违法为由进行辩解，但初审法院和上诉法院都拒绝这种辩解，认为即便咨询司法部部长对法律的认识错误也不能免责。[15]

同年，美国特拉华州也发生了一起相似的案件，法官却做出完全相反的判决。当时，特拉华州有位龙先生（*Long v. State*）想和妻子离婚，然后与他人结婚，但特拉华州的离婚程序比较烦琐，他特意咨询了当地一位知名的婚姻法律师。律师建议，可以先去其他州离婚，然后再回来结婚。按照这个建议，龙先生迅速赶往阿肯色州办完离婚手续，又返回到特拉华州准备结婚。为了稳妥，结婚之前，他再次向那位律师询问是否妥当，得到答案是肯定的。为其主婚的牧师觉得事有不妥，又一次独自请教那位律师，得到肯定答案后才放心地为龙先生主婚。不幸的是，律师的建议是错误的，特拉华州法律不承认其他州的离婚判决，龙先生被诉重婚。此案经三次审理，前两次龙先生都被认为有罪，理由是“不知法不免责”，但特拉华最高法院却推翻了前两次判决，认为龙先生重婚罪不成立。

上述案件促发了人们对于传统规则的反思，人们开始觉得严格遵循“不知法不免责”的做法并不一定恰当，可能对被告太过严苛。1962年，美国法学会出台的《模范刑法典》对传统规则给出了一些例外，认为有两种情况可以免责。一种是“官方原因所导致的法律误解”（officially induced error of law），行为人不知道法律，是因为听信了像司法判决、行政命令或者其他负有解释、执行法律职责的机关及其官员的意见，霍普金斯案中的司法部部长的意见显然就属此类，但龙先生案中的律师意见并非官员原因所导致的误解；另一种是“法律无从知晓”，如法律尚未公布或者没有合理的生效。[16]当然，《模范刑法典》只是对法律改革的建议，在美国的很多地方，传统的观念仍然占据主流。

在法律认识错误问题方面，大陆法系的德国走得最远，最为彻底。1975年《德国刑法典》明确表明立场：“行为人行为时没有认识到其违

法性，如该错误认识不可避免，则对其行为不负责任。如该错误认识可以避免，则可减轻处罚。”[17]按照德国法律的规定，无论是霍普金斯案，还是龙先生案，都不构成犯罪，因为行为人对于法律的认识错误是不可避免的。

我很欣赏德国的做法。用可避免原则来处理法律认识错误可以最大限度防止情与法的冲突，让人合理安排行为。人们遵纪守法靠的是日积月累的道德教化，而不是空洞的法律说教，法律的指引功能最终要通过人类的日常行为规范来实现。人们不闯红灯，不是因为《道路交通安全法》的规定，而是因为经过多年的教育和实践，红灯停、绿灯走已经成为我们的行为准则，但如从小生长在边远山区，从未见过汽车，也没有见过红绿灯，很难想象此人初来乍到城市会在红灯时停下脚步。

一般人的日常行为规则就是认识错误“可否避免”的判断标准。对于正常的城市人，如果乱闯红灯导致交通事故，然后说自己不知道这个交通规则，这说不过去，因为认识错误是可以避免的，但对从未见过红绿灯的人来说，初犯这种错误，可能是无法避免，没有必要处罚。但是，犯过一次错误，经制止再闯红灯，那就不能原谅。

金门大桥收费案

我在美国访学期间，曾与朋友们驾车出游，途经金门大桥收费站，排队车辆很多，而旁边车道车辆很少，道前收费站立一大牌，上书“速通”。我隐约记得加州交规规定，一车载客三人可免交过桥费（为了节约能源），当时我们环顾四周，发现速通道上行驶的车辆，载客都在三人以上，于是立即将车转入速通道，经过收费站时，无人收费，也无栏杆，车辆飞快通过，我当时还感叹美国人的自觉。

几天后朋友收到罚单，理由是车辆没有安装电子速通卡，擅自闯关，除补交过桥费外，还要缴纳高额罚款。此时，我才恍然大悟，原来速通道上的车辆都装有速通卡，接受电子仪器监控，难怪无人看管。而所谓的三人以上免交过桥费是在上下班高峰期。到了交管部门，我们道明事情经过，经办人员查了车辆违章记录后，发现仅有一次违章，居然认同我们的申辩，罚款免交，补交过桥费即可。我想，这种申辩肯定只

能被采纳一次。

2013年，澳洲有位王教授，因为妻子超速领到一张200元罚单，但王教授舍不得这钱，听人说可以利用他所教中国留学生去伪造文书，说车系学生所开，因为是外国人不懂澳洲交规从而获得“罚款豁免权”。于是，王教授找了一名中国留学生，利用他的身份，伪造了抗辩文件，还真的免除了罚款。但后来东窗事发，王教授不仅丢了工作，还要面临最高4年的牢狱之灾。

教授传播性病案

法律上的认识错误还涉及认识程度的问题，比如认识到行为违法，但却不知是犯罪，这该如何处理？

1990年10月，一位黄姓教授，嫖娼时被抓，此人身患梅毒，当时传播性病只是治安不法，而非犯罪，黄教授后被行政处罚，罚款3000元，行政拘留15天。1991年3月，黄教授出国讲学三月。回国后，仍旧恶习不改，同年10月1日嫖娼时又被公安机关抓获。黄教授始料不及的是，1991年9月4日全国人大常委会出台了《关于严禁卖淫嫖娼的决定》，将传播性病规定为犯罪，后检察机关以此罪起诉黄教授。一审法院依据这个《决定》，判处黄教授4年有期徒刑。黄教授提起了上诉，认为自己并不知道有性病嫖娼构成犯罪，二审法院采纳了他的辩解，撤销一审判决，判其无罪。[18]

在这个案件中，黄教授知道其行为是违法行为，但却不知道它已升格为刑事不法行为。类似案件，学界颇多争议，有人认为行为人只要知道行为违法，就构成犯罪，还有人认为必须达到对刑事违法程度的认识，才可入罪。后一种立场可能比较合理，刑法是最严厉的惩罚措施，不到万不得已，不应轻易使用。在法律体系中，刑法是一种最后的补充法，认识到行为不符合刑法规定，必然也知其不符合民法、行政法等部门法，但反之未必。刑法涉及公民人身、财产、自由，它的规定最为严格，而其他部门法的规定则相对宽松，如果仅仅认识到行为违背其他部门法，就可构成犯罪，无疑使刑罚权脱离了刑法的严格限制。在教授嫖娼案中，黄教授并非刑法学教授，任何人处于他那种场合，嫖娼被抓受

到行政处罚，都不可能知道短短数月，刑法会发生变化，将行政违法上升为犯罪，这种认识错误是无法避免的，不知者无罪。

作为免责理由，法律上的认识错误可能被滥用，导致有人假装不知法律，逃避惩罚。应该说，这种现象无法避免，任何法律注定存在漏洞，但若因此就废除该项规定，这有点因噎废食，因小失大了。沿用传统的“不知法不免责”的确可以防止类似法律漏洞，但却在另一方面造就了更大的法律漏洞，无辜民众可能受到了不应有的刑事处罚。

当然，法律也应尽可能地弥补漏洞。一种可行的办法是，对于法律上的认识错误，举证责任由被告人承担，如果被告人提不出充分的证据来证明自己无法避免出现认识错误，那么他就要承担对其不利的法律后果，这种做法可以在国家追诉犯罪和保障公民自由两个价值中达到平衡。

想一想

你觉得哪些法律上的规定，是一般人不容易知道的？

[12][美]约书亚·杜丝勒：《理解刑法》（第四版），律商联讯2006年版，第181页。Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (4th edition), LexisNexis(2006), P181.

[13]高铭暄、钱毅：《错误中的正当化与免责问题研究》，《当代法学》1994年第1期。

[14][美]弗莱彻；《刑法的基本概念》，王世洲译，中国政法大学出版社2004年版，第204页。

[15]霍普金斯案，*Hopkins v. State*, 193 Md. 489, 69 A.2d 456（1949）。

[16][美]弗莱彻；《刑法的基本概念》，王世洲译，中国政法大学出版社2004年版，第199页。

[17]《德国刑法典》（1998），徐久生、庄敬华译，中国法制出版社2000年版，第48页。

[18]赵秉志主编：《刑法原理与实务》，高等教育出版社2002年版，第749—750页。

未完成的犯罪

026 犯罪预备

未完成的犯罪

根据犯罪的实现程度，可分为完成形态与未完成形态，前者完全实现了法条规定的构成要件，是既遂；后者没有完全实现构成要件，包括犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止。比如故意杀人，将人杀死，是既遂；为杀人购买刀具，未曾实施即被抓获，是预备；杀人时，因晕血而昏迷，被害人逃走，是未遂；杀人过程中，良心发现，放下屠刀，是中止。

完成形态和未完成形态的惩罚与区分都与法益有关。法益理论的一个派生是危险递增理论，对法益侵害越危险的行为越值得发动刑罚。在故意杀人罪中，既遂的刑罚最重，因为它已经实现对生命法益的完全侵害；预备的刑罚最轻，因为生命权只是面临侵害的可能；未遂的刑罚居中，因为它虽未完全实现对生命权的侵害，但已有现实侵害的可能性。在多数国家，预备犯原则上不罚，只有少数最严重的预备犯罪才可入罪，未遂犯原则上要受处罚，理由就是两者对法益侵害的紧迫性有轻重之别。

如果张三拿着毒药到李四家，投放在他家的水缸，从这一刻起张三的行为就进入实行阶段。预备阶段和实行阶段的临界点叫做着手，其特征就是危害行为已经对法益有紧迫性的现实威胁，一般人都会觉得法益受到侵犯。

张三投完毒鼠强之后，刚走不久，一阵闪电，把水缸击破了。张三

的计划破产了，在实行阶段被迫停了下来，这是犯罪未遂。但如果张三投完毒鼠强之后，打雷闪电，张三顿觉害怕，感觉自己的行为在遭天谴，于是拿石头把水缸给砸了，这属于自愿放弃，属于犯罪中止。

从危害行为到着手，再到完全实现犯罪构成的犯罪既遂，明显有一个危险的升级过程。危害行为是对法益开始有威胁，着手则是对法益有现实性紧迫危险，既遂则彻底实现了对法益的侵犯。通过法益，我们可以把所有的概念串联在一起，毕竟法益是入罪的基础。

犯罪预备

我国刑法中有预备犯的概念，犯罪预备是指为了犯罪，准备工具、制造条件，但由于行为人意志以外的原因而未能着手实行犯罪的情形。对犯罪预备可以比照既遂犯从轻减轻处罚或免除处罚。

犯罪预备主观上具有犯罪的目的。比如张三为了杀人买了一把刀，这属于杀人的预备行为，但如果买刀只是为了做饭，就是一个合法的行为。一个行为之所以成为犯罪的预备行为，取决于支配行为的犯罪意思。

犯罪预备客观上有犯罪预备行为。为了犯罪，准备工具、制造条件的行为都是预备行为，比如为盗窃而配钥匙，为了抢劫踩点、了解被害人作息起居情况，为了盗窃先把看门的狗毒死……

犯罪预备事实上未能着手实行犯罪，行为人由于意志以外的原因而没有能够“着手”。假如行为人已经着手犯罪，由于意志以外的原因没有既遂的，是犯罪未遂，不是犯罪预备。

未能着手实行犯罪是由于行为人意志以外的原因。如果是出于意志以内的原因，则属于预备阶段的犯罪中止。比如张三拿着毒药往李四家走。路上被一只中华田园犬咬了，毒药掉在地上被狗吃了。狗死了，张三也被咬伤躺在地上。张三的犯罪不得已停在预备阶段，但如果张三拿着毒药走在路上，突然刮了一阵寒风。张三顿觉人生毫无意义，杀人也没有意义，于是丢掉毒药，自愿放弃犯罪，这是犯罪中止。

犯罪预备和犯意表示

犯意表示是一种思想流露，还没有表现为行为，不属于刑法打击范围。犯意表示一般是以口头、书面或者其他方法，将真实犯罪意图表现于外部的行为。张三恨李四，一直说想把他给杀了。但是没有任何行动。这种口舌之快不是行为，不是犯罪预备。

犯罪预备与犯意表示的最本质区别在于犯罪预备行为是为犯罪准备工具、制造条件，对实行犯罪起到促进作用，对法益构成了威胁，会让普通公众感到法秩序受到动摇；犯意表示并没有对实行犯罪起到促进作用，只是单纯流露犯意的行为，对法益没有现实的威胁。张三和李四有仇，天天晚上做梦都想着怎么把他给干掉，每天在梦中构想一个杀人计划。天天做梦可谓起意阶段，没有刑法意义，只是一种思想的流露。张三后来实在受不了了，终于决定购买毒鼠强。从购买毒鼠强这一刹那起，张三就进入预备阶段。起意阶段跟预备阶段这个临界点叫做危害行为，危害行为对法益已经有了威胁。

想一想

甲想杀乙，按照计划先买一支枪，但没钱，为挣钱而打工，其打工的行为是杀人的预备行为吗？

027 犯罪未遂

已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。

着手

犯罪预备是在预备阶段，犯罪未遂是在实行阶段。所以两者之间最重要的分水岭是着手，着手犯罪不仅意指形式上实施了刑法规定的构成要件的行为，更重要的是在实质上对法益有现实侵害的紧迫性。翻墙入户，但家徒四壁，窃贼没有发现任何值钱东西，这属于盗窃未遂，因为入户行为对于财产权有现实侵害的紧迫性。但入室强奸，女主人恰好外出，行为人就只构成强奸预备，因为对性自治权这种人身法益并未遭遇现实的侵害危险。

区分着手最重要的标准就是对法益威胁的程度。

张三想对一位女士实施迷奸，他实施了如下行为：首先购买迷奸药品，其次邀请女孩去饭店吃饭；再次趁女生上洗手间时把迷药放在她的饮料里面；最后女孩喝药昏迷，张三把女孩带至车中，准备脱衣行奸。

注意几个时间节点：第一下药，第二女生喝药，第三女生昏迷，第四把女生带到车内，第五开始剥衣服。哪个点叫着手？

一般认为，从女士喝药这个点就可以看成着手，如果女生上完洗手间，没有喝药，虽然对性权利有威胁，但是没有达到紧迫性的威胁。但当她喝下迷药，不省人事，张三可以为所欲为了，从一般人的立场来看，那就达到了紧迫性的程度。

我国的主流观点从形式和实质两个角度判断着手，行为人开始实施了刑法规定的行为，体现他的法敌对意识；此外，法益有现实侵害的危险性，足以动摇民众的法安全感。不同的犯罪，其实行行为是不同的，所以着手的特点也不一样。即使是相同的犯罪，由于方式或场合的不同，着手的表现形式也有所不同。例如，同样是故意杀人罪，枪杀和刀杀的着手标准就不一样。在枪杀的情况下，一般认为举枪瞄准，正要扣动扳机的时候是杀人的着手。在刀杀的场合，一般认为举刀要砍的时候是杀人的着手，因为此时才对法益有现实侵害的危险性。

迷信犯与不能犯

我国刑法通说认为，以犯罪行为实际上能否达到既遂状态为标准可分为能犯未遂与不能犯未遂。能犯的未遂，就是有既遂可能，只是由于遇到了意志以外的原因而没有既遂。张三开枪射杀李四，结果在瞄准的时候被警察夺走了枪，由于枪客观上有可能打死李四，这就是能犯未遂。

不能犯的未遂，是指犯罪在客观上不可能达到既遂的情况。比如张三开枪射杀李四，结果枪里没子弹。既然枪里没子弹，就不可能打死对方，这就叫不能犯未遂。不能犯未遂包括手段不能犯，比如刚才的空枪案，还包括对象不能犯，比如笨贼盗窃手机，结果发现偷的全都是不值钱的手机模型，或者拐卖妙龄女子，后来发现是抠脚大叔。

有一种特殊的不能犯叫做迷信犯。迷信犯一般是行为人出于迷信，对因果法则存在误解，而事实上对法益没有任何危害的行为。比如张三在木偶娃娃上写李四的生辰八字，准备用咒语咒死李四，自然没有结果。张三的手法对法益没有任何威胁，让人感到发笑，而不会感到恐惧，所以不构成犯罪。

不过值得思考的是，如果李四听闻好友张三居然诅咒自己，气急败坏心脏病发作而死。张三是否要承担过失致人死亡罪的责任呢？

这里涉及危害行为的现代标准，巫蛊咒语属于子虚乌有之事，对于法益没有威胁，所以不宜理解为危害行为，李四心脏病发作与张三没有

刑法上的关系。

迷信犯一般都是采用迷信方法实施犯罪，但是采用迷信方法所实施的犯罪不一定都是迷信犯，比如张三砍伤李四，因为张三觉得李四身上有80只鬼，砍了80刀是在帮助李四驱鬼。这也是基于迷信所实施的犯罪，但这不叫迷信犯，直接以故意杀人罪定罪量刑即可。

不如再看一个经典的迷信犯案件——阿司匹林加榆树叶案。张三在网上获得一个奇怪的制毒配方：400克阿司匹林加400克榆树叶，在400度高温下，燃烧400分钟，就可以造出纯度很高的海洛因。张三如法炮制，“毒品”出炉。张三纳闷颜色怎么是绿色的，而不是白色的。这就是迷信犯，阿司匹林加榆树叶不可能做出毒品，不可能威胁法益，因此不构成犯罪。但如果张三购买了大量的制毒物品，由于温度没控制好，毒品没有出炉，那就属于手段不能犯，可以制造毒品罪的未遂论处，毕竟这种行为从一般人的立场来看，还是威胁了法益。

想一想

行为人杀人后想碎尸，正在实施碎尸行为时就被警察抓获，这是未实施终了的未遂吗？

028 犯罪中止

在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。

犯罪中止是指在犯罪过程中出于意志以内的原因自动放弃犯罪，与未遂相比，行为人是自愿而非被迫放弃，主观恶性要小得多，因此其处罚也较未遂要轻。犯罪中止也与法益有关。刑法规定：对于犯罪中止，没有造成损害结果的，应当免予处罚，而造成损害结果的，应当减轻处罚。之所以做这种区分，当然也是因为法益侵害的程度有所不同。

犯罪中止的及时性

犯罪中止必须发生在犯罪过程中，如果犯罪还没有开始或者犯罪已经结束，都不可能成立犯罪中止。

在司法实践中，最容易引起分歧的就是强奸罪的犯罪中止和求欢未成的区别。男方希望与女方发生性关系，女方拒绝，这种情况是以强奸罪的犯罪中止论处，还是根本不构成犯罪，这不无争议。

湖南湘潭就曾发生一起引发各界广泛关注的案件。被告姜某武与黄某系恋人关系，一晚两人在黄某宿舍同宿。姜某武与黄某亲吻、抚摸后，提出与黄性交，黄将双腿夹紧，姜即用双手扳黄的双下肢腘窝处，黄不依，表示等结婚时再行其事，姜便改用较特殊方式骑跨在黄的胸部进行了体外性活动，之后两人入睡。熟睡中黄某吐气、喷唾液、四肢抽搐，姜惊醒便问黄某“哪里不舒服”，黄未作答，姜便又睡。

早上6时许，姜某武起床离开黄某的宿舍。约一小时后，姜某武多次拨打黄某的手机无人接听，后敲黄的宿舍门没有应答，且发现黄某未

在学校上班，姜便将此情况向校领导反映。校方派人从楼顶坠绳由窗户进入黄某的宿舍，9时30分许发现黄某裸体躺在床上，已经死亡。

经最高人民法院人民法院司法鉴定中心法医学鉴定，黄某系在潜在病理改变的基础下，因姜某武采用较特殊方式进行的性活动促发死亡。公诉机关后以强奸罪的犯罪中止提请法院依法判处。一审法院认为：被告人姜某武留宿并提出与黄某发生性关系时，被害人黄某表示要等到结婚时再行其事，姜尊重恋人黄某的意愿，而采用较特殊方式进行性活动。其主观上没有强奸的故意，客观上没有违背妇女的意志强行与之性交的行为，不符合强奸罪构成要件，不构成犯罪[19]。二审法院维持了原判。

强奸罪的未完成罪，无论是犯罪预备、犯罪未遂，还是犯罪中止，其前提必须在男方知道女方不同意的情况下才可能构成。如男方采用暴力手段行奸，女方说其怀孕，希望男方不要施暴，男方放弃，这成立中止。在男方放弃行为之前，他知道女方对性行为持不同意态度。然而，在黄某案中，男女双方系恋人关系，当男方提出性主张，虽有所行为，但此时他并不确定女方的心态，他期待着女方的同意。被告提出性主张后，虽然开始动手动脚，但这种行为本身不是性侵犯罪中的“暴力手段”，它只是性行为本身所伴随的正常举动，当女方表示拒绝，被告放弃了性交的意图，这不构成任何犯罪。如果将此行为认定为强奸罪的中止，这不仅将性行为所伴随之正常举动视为不法，同时还剥夺了女方可能同意性行为的自治权。刑法只是对人最低的道德要求，虽然姜某武的行为不太合适，但是不宜以犯罪论处。毕竟贴上犯罪中止的标签就属于犯罪分子了。

当然，犯罪结束之后也不可能成立中止。例如，某人盗窃之后非常后悔，又把原物返还的，只能算犯罪后的悔罪表现，不能成立犯罪中止。

犯罪中止的有效性

所谓有效性是指行为人成功有效地防止了既遂结果的发生，如果行为人自动放弃犯罪，但最后出现了既遂结果，那就很难成立中止。

大家可以思考下列六个对比案件。

1.张三给老婆投毒，见她万分痛苦，送往医院抢救活了，这是典型的犯罪中止。

2.张三给老婆投毒，见她万分痛苦，送往医院没抢救成功，还是中毒身亡，这是犯罪既遂。

3.张三给老婆投毒，见她万分痛苦，送往医院经抢救成了植物人。这如何评价呢？故意杀人的既遂结果是死亡，现在没有死亡，那就是防止了既遂结果的出现，所以也是故意杀人的犯罪中止。但是需要注意，没有造成损害的中止犯，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。植物人这个案件，张三自然属于造成损害结果的犯罪中止，应当减轻处罚，而不是免除处罚。

4.张三给老婆投毒，见她万分痛苦，把她送往医院，结果路上堵车，妻子死亡。这里的关键在于被害人怎么死的？是毒死的还是堵死的？毒发身亡证明张三没有采取有效措施，成立犯罪既遂。

5.张三给老婆投毒，把她送往医院，路上出车祸，妻子被撞死了。很明显被害人是被撞死的，不是被毒死的。那么，如果张三把老婆送往医院，能否救活呢？这只有救活和不能救活两种可能，但有疑问时要做有利于行为人的推定，因此推定张三采取了有效措施，成立犯罪中止。

6.张三给老婆投毒，见她万分痛苦，不管不问继续出门。但隔壁老王听见了动静，把张三老婆送往医院，结果路上出车祸，张三老婆被撞死了，这怎么处理呢？首先，被害人死于车祸，而非毒药发作，因此投毒和死亡之间没有因果关系，因此张三不构成故意杀人的犯罪既遂，但可以成立犯罪未遂。

犯罪中止的自动性

中止必须是自动放弃犯罪，是行为人在认为能够完成犯罪的情况下，出于本人意志自动停止犯罪。

但是关于中止“自动性”的判断，确实是一个非常复杂的问题。

张三开始实施暴力性侵，因女方正值生理期，行为人放弃奸淫（生理期案）。

又如李四雇佣钟点工，见其年轻貌美，遂将其按倒在床上，意欲奸淫，钟点工与其周旋，让其先去洗澡，不要着急，行为人上当，前去洗澡，钟点工于是逃走并报警（钟点工案）。

再如王五黑夜中欲暴力奸淫某女，发现女方脸部被硫酸泼过，于是放弃（硫酸案）。

上述案件，不一而足，都要求理论界提供认定中止自动性的合适标准。张三、李四、王五属于犯罪中止吗？

关于中止“自动性”的判断标准，比较有代表性的理论有主观心理说和规范回转说。前者的代表人物是德国刑法学家弗兰克，“能达目的而不欲”是中止，“欲达目的而不能”是未遂。行为人在没有心理强迫下放弃犯罪，属于自动中止，而在强大的心理压力下放弃犯罪，则属于被迫放弃，不能认定为犯罪中止。后者则从规范的角度来认定行为人是否属于自愿放弃，代表人物是德国刑法学家罗克辛。这种理论认为，尽管危害行为在客观上还能够实施，但当存在不利状态时，如果从一名普通的理性罪犯的眼光来看，再去行为是不理智的，那么这就属于被迫放弃，而非自动中止。只有行为人的行为表现为从犯罪道路上的回转，体现为“对合法性的回归”时，才能被评判为自动中止。

主观心理说是一种比较古老的标准，但人的心理有时很难判断，很多时候都要取决于犯罪人的口供，比如行为人担心被捕而放弃，这到底是受到强迫性心理的阻碍还是在进行机遇和风险的权衡，这并不好判断。上文中的生理期案、钟点工案和硫酸案，心理学理论也很难做出判断。

规范回转说也有缺点，它最大的问题在于“理性罪犯”这个标准本身也很不确定，很难找到“典型”的罪犯。虽然如此，但它比心理学标准的明确性要更胜一筹。人的心理状态是很难知晓的，就以“生理期案”为例，行为人的放弃出于何种心理状态，是恶心厌恶，还是担心害怕，甚或怜悯，这其实很难认定，在很多时候，还是必须借助司法人员的规范

判断。

另外，中止的一个重要理论根据是刑罚目的，根据刑罚目的理论，在行为人通过中止表现出自己并不具有很强的犯罪意志和自己已经回归到尊重法律的状态之后，特殊预防和一般预防就都失去了意义，因此，法律应该放弃对尚未既遂的行为进行制裁。无论出于阻止行为人将来的犯罪，还是为了对其他人进行威吓，或者为了重新建立被损害的法律秩序，对中止者进行惩罚都没有必要。显然，规范回转说所主张的从犯罪“回转”和对“合法性的回归”正是这种刑罚目的理论的体现。

因此，对于中止的自动性，可以结合主观心理说和规范回转说。换言之，只有当行为人出于自愿的心理放弃犯罪，才可成立中止，而这种自愿的心理不是一种单纯的事实，而是具有规范评价的事实，只有当这种心理实施体现了向合法秩序的回归，才可认定为自愿放弃。这其实是对行为人的主观心理事实进行规范评价，在这种规范评价中，只有从规范上看，行为人具有向“合法性回归”的决心，才能成立中止。

犯罪中止的判断

关于中止自动性的判断可以遵循两个步骤。

第一步，根据主观心理说，只有行为人主观上认为可以继续犯罪，但放弃犯罪的，才可能成立中止。如果行为人主观上认为无法继续犯罪，在客观上还可以继续犯罪，显然不成立中止。比如甲盗窃保险柜，他误认为保险柜中没有钱，所以放弃，但事实上保险柜里有很多钱，这不成立中止。

第二步，在此基础上，从规范的角度来看行为人的放弃是否在向合法秩序回归。也即根据理性犯罪人标准，由司法人员对行为人是否有从犯罪“回转”的“合法性回归”进行规范评价。这其实是对行为人的主观心理事实进行规范评价，在这种规范评价中，只有从规范上看，行为人具有向“合法性回归”的决心，才能成立中止。

在生理期案中，虽然很难判断生理期对于一般的强奸犯罪人是否是

大的客观障碍，但从规范的角度来看，放弃与生理期期间的女性发生性行为在客观上不仅避免女性的性自治权受到进一步的侵犯，而且也保护了女性的生理健康。在医学上，与生理期的女性发生性行为，对于女性的身体是有重大伤害的，而对男性只有心理上的影响，因此从规范的角度，这种案件应当认定为犯罪中止。

在钟点工案，行为人从表面上放弃了暴力行为，但他并没有尊重被害人的性自治权，向合法秩序回归。行为人认识到被害人仍处于不同意中，只是试图采取一种更为便捷的方式来侵犯对方的性自治权，当然不能认定为中止。

在硫酸案中，女方的丑陋的相貌是否会吓阻一般的犯罪分子，这也不太好判断。但规范回转说可以提供很好的解答。规范评价并不完全等同于一般人观念，它必须超越世俗偏见，承载法律所追求的价值。如果将此案判定为犯罪未遂，这势必在暗示，女方的相貌对于行为人是否实施性侵犯行为有着至关重要的作用，这是对相貌丑陋女子的污名化，是对她们的第二次伤害，同时也迎合了某些人所谓的“红颜祸水”的偏见，对相貌秀丽之女子也是一种亵渎。

想一想

甲欲射杀仇人乙，在瞄准“乙”时，突然发现被瞄准的并非“乙”，而是丙，于是放弃。这是犯罪中止，还是犯罪未遂？

[19]湖南省湘潭市雨湖区人民法院刑事附带民事判决书（2004）雨刑初字第6号。

共同犯罪

029 共同犯罪的概念

共同犯罪是指2人以上共同故意犯罪。

共同犯罪的本质

共同犯罪最可怕的点就在于部分行为之整体责任。虽然行为人只参与共同犯罪一部分，但却要对共同犯罪的全部责任承担责任。两人去偷东西，张三望风，李四去偷，李四偷了10万出门却骗张三说运气不好，就偷了2千，各分1千。由于李四实际盗窃了10万，所以张三的盗窃数额也是10万，部分行为承担整体责任。

部分行为之整体责任体现了法律对共同犯罪严厉的惩罚态势，很多时候人都有从众心理，一个人不敢去干的事情，多个人互相鼓气就敢于铤而走险，因此这种刑事责任是完全合适的。

共同的故意和共同的行为

当我们说共同犯罪，首先两个以上的行为人主观上要有共同犯罪的故意，其次，客观上有共同犯罪的行为。但问题是什么是共同的故意，什么是共同的行为？

任何一个问题在理论上一定至少有三种观点，正说、反说，折中说，有关共同犯罪的理论也不例外。犯罪共同说、行为共同说和部分共同说基本上可以对应于上述三种观点。

犯罪共同说认为，两人以上共同实施符合同一构成要件的行为才可成立共同犯罪，同一构成要件行为必须在罪名上完全相同。按照犯罪共同说，一个人想杀人，一个人想伤害，两人一起犯罪，也不叫共同犯罪。

行为共同说认为，只要有共同的行为，一律理解为共同犯罪。如果张三以伤害的故意，李四以强奸的故意，一同殴打某女，两人成立共同犯罪。

这两种学说对大部分的案件的处理结论是相同，但是对某些案件的处理则有不同，比如张三以伤害之意，李四以杀人之意，共同殴打王五，致王五死亡，王五身上只有一处致命伤。

根据犯罪共同说，张三、李四都不成立共同犯罪。那如果判断不出谁造成了王五的致命伤，根据有疑问时要做有利于被告人的推定的原理，那就只能推定两人对死亡结果的发生都没有因果关系，因此两人对死亡结果都无法承担既遂的责任。这显然不太公平。

但是行为人共同说就能解决这个难题，两人有共同的行为，所以成立共同犯罪，而共同犯罪遵循部分行为之整体责任，无须判断谁导致了致命伤。换言之，如果是张三导致的，李四要承担共同犯罪的责任，如果是李四造成的，张三也要承担共同犯罪的责任，因此一个人构成故意杀人罪的既遂，另一个人构成故意伤害罪的既遂。

但是行为共同说也可能走得太远。甲、乙二人上山打猎，甲从望远镜中发现其共同之仇人丙正在草丛中休息，于是告诉乙抓住机会开枪。乙误以为草丛中之物体为猎物，于是开枪射击，导致丙死亡。按照行为人共同说，两人有共同的行为，所以可以成立共同犯罪，但是这和刑法的规定是相矛盾的，刑法明确规定共同犯罪是指两人共同故意犯罪，而在本案中一人是故意，一人是过失，这并不符合刑法有关共同犯罪的定义。

因此，作为折中说的部分犯罪共同说就具有相对的合理性。

部分犯罪共同说认为只要在犯罪构成中有重合部分，就可以肯定共同犯罪的成立。比如甲以盗窃意图，乙以抢劫意图，共同实施犯罪，由于盗窃和抢劫在盗窃的范围内有重合部分，故两人在盗窃的范围内成立共同犯罪。

按照部分犯罪共同说，张三想伤害、李四想杀人，被害人王五身上只有一处致命伤这个案件就可以很容易得到解决，毕竟伤害和杀人在伤害的范围内是重合的，所以两人在故意伤害的范围内是可以成立共同犯罪的。

刑法永远是在寻找一个平衡，在诸多对立观点中寻找一个折中点，现实社会中不可能找到一个最完美的折中点，只能寻找到一个相对完美的折中点，或者说寻找到一个最不坏的折中点，部分犯罪共同说可谓这个折中之点。

想一想

甲欲杀丙，假意与乙商议去丙家“盗窃”，由乙在室外望风，乙照办。甲进入丙家将丙杀害，出来后骗乙说未窃得财物。乙信以为真，悻然离去。甲、乙的行为如何定性？

030 正犯与共犯

共同犯罪，包括正犯和共犯，即实行犯和非实行犯（帮助犯和教唆犯）。

共犯与正犯的区分标准，有许多种学说。多数见解认为，应当以犯罪构成要件为标准来区分共犯与正犯，正犯是实施了符合构成要件行为的人。亲自直接实施构成要件行为的是直接正犯；把他人作为工具加以利用，但在法律上可以被评价为与亲手实施具有相同性质的是间接正犯。

比如张三教唆10岁的孩子去杀人，张三就属于故意杀人罪的间接正犯。间接正犯的本质就是把他人作为工具，而行为人和他人却不成立共同犯罪。又如医生指示护士打毒针，护士有过失。由于故意和过失不成立共同犯罪，而医生也没有真正的实行行为，但护士的过失行为其实是医生故意杀人的工具，因此医生属于故意杀人罪的间接正犯，护士独立构成医疗责任事故罪。再如张三仇恨李四，在李四醉酒之后，激怒李四，让其从25楼跳下。张三把李四当成了杀他自己的工具，也属于故意杀人罪的间接正犯。

共犯则是指没有亲手实施符合构成要件的行为，只是通过教唆或帮助正犯的方式来参与正犯行为的人。根据这种标准，正犯是一种实行犯，而共犯则是通过正犯的实行行为来参与犯罪的非实行犯。

共犯

与真正实行了犯罪行为的正犯对应，共犯包括教唆犯和帮助犯，都被称为非实行犯。

刑法中有一种共犯从属说的理论，只有当实行犯进入到实行领域，对于共犯才可以处罚。皮之不存，毛将焉附。实行犯就是皮，而共犯就是毛。张三去杀人，李四给了他一把刀，张三拿着这把刀走在路上耀武扬威，结果突发疾病昏迷倒地，最后也没有去实施杀人。张三属于犯罪预备，没有着手实施犯罪，所以李四不构成犯罪。

关于共犯的处罚根据，刑法理论的通说是因果共犯论，也即共犯人通过正犯的实行行为，引起了法益的侵害。一般认为，直接引起法益侵害的是正犯，介入正犯行为间接引起法益侵害的是共犯。

帮助犯

帮助犯，就是在共同犯罪过程中对正犯实施帮助。通俗来讲，帮助犯是对共同犯罪的强化，强化犯意就是帮助的本质。

首先一定要存在实行犯，才可能有帮助犯，如果没有实行行为，按照共犯从属说，帮助犯也就成了无源之水，不构成犯罪。其次主观上要有帮助的故意，明知自己的行为在强化他的犯意，依然希望或放任这种结果的发生。最后，客观上要有帮助行为，包括物理性帮助和心理性帮助。物理性帮助比如为杀人者提供凶器。心理性帮助比如为杀人者喝彩，进行精神鼓励。

张三实施强奸，在强奸过程中非常变态地开了网络直播，希望网友打赏，并提出只要有人打赏就会实施更激烈的性侵行为。打赏的网友构成强奸罪的帮助犯吗？当然构成，打赏的网友不仅主观上知道自己在帮助强奸犯，客观上也为强奸犯提供了精神上的鼓励，当然要以强奸罪的共同犯罪论处。

事前通谋，事后窝藏、包庇、窝赃、销赃等行为，成立共同犯罪。如果事前只是单纯知情，仅事后提供帮助的，不能成立共同犯罪。

张三和丈夫阚某关系不睦，2000年外出济南打工，并与李四相识，后二人非法同居。其间，二人商定结婚事宜。张三因离婚不成，便产生使用安眠药杀害丈夫的念头，并将此告知了李四。某日，张三与丈夫阚

某及其儿子和李四一起喝酒、吃饭，待阚某酒醉后，张三乘机将碾碎的安眠药冲兑在水杯中让阚某喝下。因阚某呕吐，张三害怕药物起不到作用，就指使李四将她的儿子带出屋外。张三用毛巾紧勒酒醉后躺在床上的丈夫的脖子，用双手掐其脖子，致其机械性窒息死亡。李四见阚某死亡后，将张三勒丈夫用的毛巾带离现场后扔掉。次日凌晨，二被告人被抓获归案。这个案件中，两人是成立共犯犯罪，还是李四只是单纯的属于事后帮助，其毁灭证据的行为单独构成帮助毁灭证据罪呢？[20]

法院认为，张三构成故意杀人罪，判处死刑立即执行。李四明知张三要杀死其丈夫，不但不加阻止，反而听从张三的指使，将张三的儿子带离现场，以便于张三顺利实施犯罪；在被害人死亡后，又将作案用的毛巾带走，二人共同逃离现场，毁灭罪证。所以，李四成立故意杀人罪的共同犯罪，后被判处有期徒刑10年。

教唆犯

教唆犯，即造意犯，它指以授意、怂恿、劝说、利诱或者其他方法故意唆使他人犯罪的人。如果说帮助犯的本质是强化犯意，那么教唆犯的本质就是创造犯意。唐朝的法律把教唆犯精准地称为造意犯，诸恶以造意为首，因为它是创造犯意者。

教唆犯的成立条件，首先他教唆的对象一定是达到刑事责任能力的人，如果教唆10岁的孩子杀人，这是间接正犯。其次在客观上要有教唆的行为，教唆行为在客观上创造了他人的犯罪意图。最后，在主观上有教唆他人犯罪的故意，这种故意必须认识到自己的教唆行为可能创造他人的犯罪意图。如果行为人没有教唆他人犯罪的故意，仅仅因为说话不注意，客观上引起了他人犯罪的意念，这属于过失教唆，不能认定为教唆犯。

在教唆犯中，最复杂的是关于教唆未遂的认定，刑法规定：如果被教唆人没有犯被教唆之罪的，对于教唆犯可以从轻或者减轻处罚。这种情况属于教唆未遂。

广西南宁市有一桩经典的雇凶杀人转包案。2013年10月，张三指使

李四雇佣杀手去杀害魏某。张三给了李四200万元现金。于是，李四找到王五，让他具体操办雇凶杀害魏某一事，给了王五100万。王五立即转包给王六，先付27万，事成之后再给50万元酬金。王六又转给王七，价格变成了20万。王七最后转给王八，事成之后给钱10万元。想一想，处于“食物链末梢”的王八多么可怜，这真是赤裸裸的杀手剥削啊。

王八拿着魏某的信息决定去杀人，但思来想去，觉得这10万元酬金太少，于是找到魏某，希望他配合伪造现场，把10万元酬金骗到手。据说王八找魏某洽谈此事时，魏某最初觉得遇到了骗子。后来才知道王八所言不假，魏某大惊失色，也非常郁闷，因为自己的命才值10万块，太伤自尊了。后来魏某配合王八演戏，飞赴上海照顾患病的老父亲，“失踪”了十天左右。但从上海回来后，魏某还是有些害怕，到公安机关报案。

王八当然属于故意杀人预备阶段的犯罪中止，但张三、李四、王五、王六、王七的行为是否构成犯罪呢？

在刑法理论中有两种立场，一种侧重结果和逻辑，认为既然帮助犯采取共犯从属说，那么教唆犯也要采取共犯从属说，只有当存在故意杀人的实行行为，教唆者才构成犯罪，而在本案中王八没有着手实施犯罪，所以张三到王七的教唆行为不构成犯罪。

另一种立场侧重行为本身的恶性，认为教唆犯非常邪恶，诸恶以造意为首，只要教唆就构成犯罪，教唆成功属于教唆既遂，教唆失败一律构成教唆未遂，认为教唆犯不需要遵循共犯从属说，而应该采取教唆独立说。按照这种观点，张三到王七的行为都构成教唆未遂。

法院最终对张三等人判处了2年7个月至5年不等的有期徒刑，看来法院采取的还是传统的教唆独立说。

你觉得这两种立场哪种立场更合理呢？

想一想

张三教唆李四到超市盗窃，在李四进入超市后张三立即报警，警察

将正在盗窃的李四抓获，张三这种陷害教唆应当如何处理呢？

[20]于爱银、戴永阳故意杀人案，《刑事审判参考》第388号。

031 共同犯罪的中止

共同犯罪与犯罪形态常常交织在一起，从而导致十分复杂的情况。

一般说来，二人以上已经着手犯罪，但仅有部分人导致结果发生，根据“部分行为之整体责任”，所有人都成立既遂。

但是，共同犯罪与中止之间的关系则非常复杂。比如一名共犯者在犯罪途中后悔想脱离共犯关系，只有当行为人“消灭”或“切断”自己对共犯犯罪的作用或影响，才可能从共同犯罪关系中解套。否则，单独的脱离仍然不能成立中止，根据“部分行为之整体责任”，如若他人成立既遂，脱离人仍应成立既遂。这就是所谓的“一人既遂全体既遂”的原理。

日本有一个非常经典的案件。

二战后的日本，有两个劫匪一起去抢劫。他们找到一位抱着孩子的妇女。他们对妇女说：“把你家值钱的东西拿出来，否则对你不客气。”这个妇女从房间里拿出一个盒子，对劫匪说：“这里有6000日元，是我丈夫任职学校的公款，你们看着办吧。”接着，妇女又从房间里拿出另一个盒子，对劫匪说，“这里有300日元，是我家的全部家当，你们看着办吧。”

结果，其中一个劫匪哭着对这个妇人说：“你家怎么这么穷呢？这个钱我不能要。”接着他又说，“不管生活多么困难，坚持下去总会有办法的。你还有希望，不像我们，我们没希望了。要不这样，你明天到警察局去报案，就说这些钱被我们抢了，然后拿这些钱改善一下生活。”这个劫匪说完，哭着离开了现场。

但另一个劫匪没有走，他拿了300日元，追上了先前那个劫匪，并埋怨说：“你太善良了，不适宜做劫匪。我们可以不要6000日元，但这300日元怎么也不要呢？我现在拿过来了，我们一起分了吧。”最后，两个劫匪大打出手。这个劫匪或许令人感动，但他们依然构成抢劫罪的既

遂，毕竟他没有切断对共犯的影响力，也没有劝说同案犯放弃犯罪。

帮助犯的脱离

在特殊的情况下，行为人如果消除了对共犯的物理性影响和心理性影响，这也可能单独成立犯罪中止，不再受一人既遂全体既遂原理的约束，这主要发生在帮助犯的场合，毕竟帮助犯对共同犯罪的影响力是比较弱的。张三知道孙某想偷车，便将盗车钥匙给孙某，后又在孙某盗车前要回钥匙。但孙某用其他方法盗窃了轿车。在此案中，张三就消除了他对共犯的物理性的影响。同时，张三取回车钥匙不仅对孙某没有正面的心理性促进，反而会有负面的心理影响，故可以单独成立犯罪中止。

如果主观上无脱离之意，但客观上产生脱离效果，可成立犯罪未遂。

甲欲到张三家盗窃，请熟悉张三家的乙绘制一张地形图，乙详细地绘制了一幅图纸，但甲后误入李四家，发现与图纸完全不同，心中大骂乙混蛋。甲只能靠自己行窃，后窃得3万元财产。在此案中，乙主观上希望帮助甲的盗窃行为，但在客观上产生了脱离的效果，没有起到帮助作用，乙的行为属于盗窃罪的未遂。但如果甲虽误入李四家，但没有打开图纸，财物轻松得手，乙的行为又应该如何处理呢？显然乙主观上想帮助，客观上也提供了帮助，对于甲而言，图纸在手，心里不慌。所以乙成立帮助犯的既遂。

想一想

甲和乙合谋盗窃一电器仓库，由乙先配制一把“万能钥匙”，数日后，乙将配制的钥匙交给甲，二人约定当晚实施盗窃。晚上，乙因害怕案发后受惩，未到现场。乙的脱离行为是否成立犯罪中止？

032 中立的帮助行为

刑法上的帮助并不包括日常生活的中立帮助行为，如果一种行为是日常生活或者业务行为中的惯常现象，即便对犯罪行为会起到客观促进效果，但只要这种行为属于社会中的通常行为，就不应以犯罪论处。例如，五金店销售刀具给戴着大金链的文身男，店家售刀前预感顾客可能犯罪，即便顾客最终实施犯罪，店家的行为也不构成犯罪。

刑法是对人最低的道德要求，不能强人所难，更不能用圣人的标准要求被告。很多时候，我们要代入被告的情境，设身处地想一想，如果自己是被告，是否也会去实施类似的行为。刑法中有“期待可能性”的理论，其基本精神就是法律要为软弱的人性提供庇护，体恤民众的常情常感。

德国癖马案

经典的案件是19世纪德国帝国法院的癖马案。被告是一位被雇的马夫，因马有以尾绕缰的恶癖，非常危险，故要求雇主换掉该马，雇主不允，反以解雇相威胁。后被告驾驶马车在行驶过程中，马之恶癖发作，被告无法控制，致马狂奔，将一铁匠撞伤。检察官以过失伤害罪提起公诉，但原审法院宣告被告无罪，德国帝国法院也维持原判，驳回抗诉。其理由是：违反义务的过失责任，不仅在于被告是否认识到危险的存在，而且在于能否期待被告排除这种危险。被告因生计所逼，很难期待其放弃职业拒绝驾驭该马，故被告不负过失伤害罪的刑事责任。

我曾在一个司法机关组织的案件论证会上讲过癖马案，当时论证的案件是一个窝藏案。被告是一位黑车司机，一日两名客人打车去外省，通过乘客的对话，司机知道他们涉案在逃，但司机依然开车前往目的地，在路上被警察拦截，检察机关拟以窝藏罪对司机提起公诉。

司机只有三个选项：一是勇敢型，义正词严地对乘客说，鉴于你们是犯罪分子，我拒绝为你们提供服务，请立即下车；二是机智型，乘人不备，将车开到派出所；三是软弱型，虽然知道在帮助犯罪分子逃跑，但由于懦弱，只能选择继续开车。

如果你是司机，你会做何选择呢？三种选项的人都会有，司法机关最终还是以窝藏罪对司机定罪量刑。

人们习惯于在自己看重的事情上附上不着边际的价值，司法机关往往过分看重打击犯罪的价值，而忽视了其他职业的稳定性。魏徵在弥留之际，用颤抖的手向太宗皇帝做最后的劝谏："天下之事，有善有恶……憎者惟见其恶，爱者止见其善，爱憎之间，所宜详慎……"

爱憎之间，所宜详慎。这个世界存在大量互相冲突的价值，冲突并不意味着善恶对立，很多时候是善与善的冲突，是"好人与好人之间的对抗"。司法机关不宜夸大自己打击犯罪的目标，也应该尊重其他职业的价值。如果为了打击犯罪，而无视其他职业的正常发展，那么整个社会也会动荡不安。

想一想

如果你是黑车司机，怀疑乘客是罪犯，你会怎么做？

第三章
刑罚

刑罚及种类

033 刑罚体系

刑罚是人民法院，也就是审判机关，依法对罪犯适用的限制和剥夺其某种权益的最严厉的强制措施。

刑罚是犯罪行为最主要的法律后果，无罪不罚是刑罚的底线。刑罚作为一种最严厉的惩罚措施，不到万不得已不应该轻易使用。

刑罚为何存在

人类社会，为什么需要刑罚？历来有两种针锋相对的观点，一种观点认为，因为有犯罪所以需要刑罚；而另一种观点认为，为了没有犯罪所以需要刑罚。

前者立足既往，认为罪犯实施犯罪，本身就应受到惩罚，惩罚具有道德上的正当性，即报应主义思想。而后者关注将来，认为惩罚是为了预防犯罪，对社会有积极的作用，此乃功利主义思想。

报应主义的代表人物是德国哲学家康德。他认为人在自由意志的选择下，避善从恶实施犯罪，从道义的立场上必须承担责任。因为理性的人必须接受内心道德法则的自律，自律是理性自己给自己下达的命令，是一种不可违背的绝对命令，违反绝对命令，必须要承担道义上的责任。这位终身未婚的大哲学家，行动如同时钟一样规律。在他墓碑上铭刻着这样一段话：有两种东西，我们愈是时常愈加反复地思索，它们就

愈是给人的心灵灌注了时时翻新，有加无已的赞叹和敬畏——我们头上的无比灿烂星空和心中神圣的道德法则。

对犯罪的惩罚是一种不可违背的绝对命令，为了申明这种报应主义立场，康德举了一个例子。假定在海岛上有一个公民社会，经过所有成员的同意，决定解散，彼此分开，散居世界各地。但如果监狱里还有最后一名谋杀犯，那必须在处死他以后，才能执行解散决定。因为必须让每个人都知道自己言行有应得的报应，也不应把有血债的人留给人民。如果不这样做，所有人将被认为共同参与了谋杀，是对正义的公开违反。

有很多人认为报应主义太野蛮，可能导致刑罚权的滥用，但仔细想一想你会发现，以牙还牙、以眼还眼的这种报应其实是限制了刑罚权，因为你打掉别人一颗牙齿，只能让其打掉一颗牙，你弄瞎他人一只眼，也只用赔上一只眼。在报应主义看来，如果赔上两只眼，刑罚就是过度的。所以，报应主义是限制了刑罚权。

杀人偿命，只有杀人者的生命需要被剥夺，无须株连家人，但是按照预防主义的思路，其实斩草是要除根，以绝后患。

假设某地发生连环杀人案，人心惶惶，领导批示三个月内一定要破案，明天是截止期限，一点线索都没有，怎么办？我们可不可以到死囚库中随便找一个人，让他顶包，换取他家人的荣华富贵。司法机关开出的条件是，让他高考没上线的孩子上名校，让他没工作的老婆当领导。这个死囚难以拒绝这种条件，第二天当着全国民众认罪。这个案件显然起到了震慑民众的效果，很好地预防了犯罪。但这公平吗？不公平，因为它违反了一个基本的铁律，那就是无罪不罚。

刑罚要追求积极的目的

我国刑法的通说历来是折中说，我们既要向后看，又要向前看，一个是根据，一个是目的。

刑罚的根据一定是已然之罪，因为犯了罪所以受惩罚，重罪重刑，

轻罪轻刑，无罪不刑，这是最基本的底线。在一个人没有犯罪的情况下，无论为了达到多美好的目标，都不能惩罚他。

在这个基础上，刑罚追求积极的目的，即犯罪的预防，包括一般预防和特殊预防。一般预防针对普罗大众，要威慑所有人，通俗讲就是杀鸡给猴看；而特殊预防针对犯罪人，剥夺其再犯能力，让他不再犯罪，比如把他关进深牢大狱，这是消极的特殊预防，而积极的特殊预防就是对罪犯进行教育改造，成为守法公民。

刑罚应当在报应基础上追求预防。即便罪犯丧失犯罪能力，他也应该受到最低限度的惩罚。比如张三因为生计抢劫，在被捕前抽中巨奖，又如李四性欲亢奋，实施强奸，后来遭遇车祸，丧失性功能。按照特殊预防的思路，这些人今后可能不会再实施类似犯罪，没有必要浪费刑罚；按照一般预防的思路，完全可以假装宣判，向社会公示这些人已经受到惩罚，而实际上让他们远走高飞，这也可起到威慑作用。[1]但这些做法显然不当，因为它违反了正义的基本要求。

刑罚起源于远古时代的同态复仇，必然带有感性成分。虽说它需要理性的补充，但并不意味着感性就毫无意义。惩罚必须要满足社会公众最基本的正义情感，绝不能让无辜者含冤受屈，让有罪者逍遥法外。民众朴素的正义情感，是刑罚的首要基石。

今天有许多刑法学者，倡导人道主义的刑罚理论，认为报应主义是一种复仇，是野蛮和不道德的。该理论认为，罪犯只是一种病态，需要接受治疗，惩罚变成了治疗。然而，对犯罪人施加的措施，即便称为“治疗”，也和以往称为刑罚的措施具有同样的强制性。在人道主义刑罚理论看来，“应受惩罚性”这个概念应当从刑罚中剥离。我们只需考虑如何矫正罪犯或者制止他人犯罪。

当我们根据应受惩罚性来考量刑罚的正当性，那么刑罚就是一个道德问题，法学也是一种关于权利与义务的科学，法律在原则上不能超越社会良知的约束，每个人都有权利发表看法。但是，当我们以“预防”和“矫正”来替换应受惩罚性的概念，那么，也只有技术专家可以对此做出判断。于是，人道主义刑罚理论将审判从法官转移至技术专家之手。公众朴素的良知有权对法官进行批评，却对这些专家无能为力。专家根本不使用诸如权利或正义这些范畴。他们认为，既然古老的惩罚观

念已被抛弃，那么所有报复性动机也应剔除。

犯罪和疾病被等量齐观，意味着专家冠之以“疾病”的心理情况能以犯罪对待，并对其实施强制性的治疗措施。因此，如果一种让政府不满的行为，即便与道德罪性无关，本不应被剥夺自由，政府也可对其“治疗”，而人却无法辩解。比如，有一些心理学专家将宗教视为精神疾病。当这种特别的精神疾病让政府觉得不爽，如何阻止政府实施“矫正”呢？虽然这种矫正明显是强制性的，却披着人道主义的外衣，并不使用让人胆战心惊的“逮捕”之名，而使用“治疗”这种“优雅”的手段。[2] 事实上，在德国和意大利，这两个“预防刑”和“矫正刑”的诞生之地，法西斯专政曾经极大地利用了这种所谓的“科学”大行残暴。

“预防刑”的后果更为可怕。当惩罚一个人是为了将其作为对其他人进行威慑的范例，你只是把他作为实现他人目的的工具。这本身就是一件非常邪恶的事情。如果刑罚的正当化基础不再是应受惩罚性，而是预防的有效性，那么惩罚罪犯也就不必要求他真的实施犯罪。正如C. S.刘易斯所言：仁慈只有当其生长于正义岩石的缝隙中，才能开花。若将其移植到人道主义的泥沼，它将变成食人草，而其可怕之处更甚，因为它依然顶着可爱绿植的名字。[3]

因此，刑罚的根据只能是报应，否则刑罚的道德基础将完全坍塌。但是，在这个基础之上，刑罚可以追求积极的目的，在报应的基础上，刑罚是可以具有预防和改造的目的。

想一想

因为有犯罪所以需要刑罚，还是为了没有犯罪所以需要刑罚，你更偏向哪种观点呢？

[1][美]约书亚·杜丝勒：《理解刑法》（第四版），律商联讯2006年版，第181页。Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (4th edition), LexisNexis(2006), P181.

[2][英] C. S.刘易斯：《论人道主义刑罚理论》，《暨南学报》2013年第7期。

[3][英] C. S.刘易斯：《论人道主义刑罚理论》，《暨南学报》2013年第7期。

034 主刑

刑罚可以分为主刑和附加刑，主刑是只能独立适用的主要刑罚方法，它不能附加适用，对一种罪行一次只能适用一个主刑。主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑。

服刑期间还有待遇？

管制不需要坐牢，它是对罪犯不予关押，但限制其一定自由，依法实行社区矫正的刑罚方法。它是一种限制自由刑，只能针对罪行较轻的犯罪。犯罪分子的自由被限制，包括：遵守法律、行政法规，服从监督；未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；按照执行机关规定报告自己的活动情况；遵守执行机关关于会客的规定；离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准；同时，法院在对犯罪分子判处管制时，可以根据犯罪情况，禁止他在此期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定人。

管制的期限为3个月以上2年以下，数罪并罚时不得超过3年。但是管制期间，劳动中应当同工同酬。

拘役是短期剥夺犯罪分子人身自由，就近实行关押改造的刑罚方法，也是针对罪行较轻的人，由公安机关在拘役所执行。拘役的期限为1个月以上6个月以下，数罪并罚时不得超过1年。参加劳动的，酌量发给报酬，每个月可以回家1到2天。

有期徒刑是剥夺犯罪人一定期限的人身自由，并在监狱内执行刑罚，强制进行教育改造的刑罚方法。罪行轻重都适用，因为它的刑罚跨度很长，最短是6个月，最长是15年，数罪并罚最长可达25年。服刑期间，强制劳动改造，所以有期徒刑也被称为劳改犯。

无期徒刑是剥夺犯罪分子终身自由，并在监狱内执行刑罚，强制进行教育改造的刑罚方法。它是剥夺自由刑中最严厉的刑罚方法，在所有刑罚方法中，其严厉性仅次于死刑。适用于罪行严重，需要与社会永久隔离，又不必判处死刑的罪犯。

我国对死刑的限制

2002年6月，湖南衡阳的87岁老人韦某德，酒后把同事杀死，一审被判处死刑，成为“中国司法史上年龄最大的死刑犯”，韦某德二审被改判死缓。这个案件使得法律界开始讨论死刑是否需要设置年龄上限。2011年，在讨论多年之后，《刑法修正案（八）》增加了一个条款，就是审判时已满75周岁的老人一般不判处死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。2019年5月12日22时许，98岁的许某盛怀疑妻子用毒药害自己，遂持尖刀将妻子杀害。这创造了杀人犯的最高年龄纪录，许某盛被判处有期徒刑15年。

我国对死刑的基本政策是限制死刑，少杀、慎杀。有三类对象不能判处死刑：犯罪时不满18周岁的人、审判时怀孕的妇女、审判时已满75周岁的老人（但以特别残忍手段致人死亡的除外）。

同时在执行方式上，死刑有一种特殊的执行方法——死缓。这其实是中国古代法律思想的体现，古代的死刑包括斩立决和斩监候，死缓相当于斩监候。死缓不是延迟执行死刑，而是指死缓期间没有故意犯罪的，两年期满后减为无期徒刑，如果在死缓执行期间确有重大立功表现，两年期满后减为25年有期徒刑。比如张三在死缓期间揭发王五杀过10个人，这就属于重大立功，两年后就可以减为25年。

想一想

为什么管制期间，劳动中应当同工同酬？

035 死刑的存与废

死刑，是世界上最古老的刑罚之一。关于死刑，现代国家最大的争议就是存与废。

贝卡利亚是人类历史上第一位提出废除死刑的学者，他写了一本小书《论犯罪与刑罚》，拉开了废除死刑运动的序幕。直到今天，主张废除死刑的人士所使用的论点依然没有超越贝卡利亚200多年前提出的思想。

贝卡利亚否定死刑的原因

《论犯罪与刑罚》首次出版于1764年，意大利托斯卡尼公国在1786年废除了死刑，成为全世界第一个死刑废除国。贝卡利亚为什么要呼吁废除死刑呢？这里有四点原因。

首先，受到当时盛行的社会契约理论影响，贝卡利亚认为国家没有权力适用死刑。按照这种理论，国家不是从天上掉下来的，它来源于民众所放弃的权利。单个人不安全，所以大家为了共同的生活放弃了一部分权利，形成了国家。但是人们所放弃的权利是有限的，不可能把处分自己生命的权利交出去。生命是一种特殊的权利，在当时的人们看来，甚至生命的拥有者都无权自我了断，国家就更不可能有剥夺生命的大权。所以，死刑的存在是对社会契约的违反，是一种典型的滥用权力。

其次，贝卡利亚说死刑没有效果，毫无意义。按理来说，死刑是为了威吓民众，预防犯罪，杀鸡给猴看，杀一儆百。但是，死刑起不了这种作用，根本无法预防犯罪。能够对人心产生作用的不是刑罚的强烈性，而是刑罚的延续性，最容易触动人们感觉的不是一种强烈但暂时的运动，而是反复且长久的印象。死刑的影响是暂时的，它看起来很残

酷，但执行时间很短，头一下被砍断，“表演”也就随之结束。死刑给人们留下的印象很快就被淡忘。如果真的要用死刑来显示法律的力量，那就得月月杀天天斩。这就陷入了悖论，本来死刑是为了预防犯罪，杀一儆百。但现在为了保证死刑有足够的威慑力，还得确保经常有犯罪分子被斩。所以，贝卡利亚认为，终身苦役的效果要比死刑好得多，终身苦役给老百姓提供一种长期现实的警戒作用，但是用死刑作为警戒需要一次次新的犯罪。通俗来讲，终身苦役的警戒作用是可以重复利用的，但死刑则是一次性的。同时，终身苦役更令人望而生畏，能够更有效地预防犯罪，人们往往能够承受极端而短暂的痛苦，但却很难忍受长期持续的煎熬。

再次，死刑不仅起不到积极作用，反而可能产生反作用。死刑会引起人们对受刑人的怜悯，使得死刑的威吓作用大打折扣。国家公开执行死刑，本想唤醒民众对法律的敬畏，预防犯罪。但人的天性同情弱者，刑场上，国家非常强势，受刑人非常弱小，两者力量对比悬殊。人们会产生一种愤愤不平的怜悯感，违背了国家适用死刑的初衷。所以，贝卡利亚说，在很多人看来，死刑就相当于一场表演，刑场与其说是为罪犯开设的，不如说是为观众开设的，如果观众心中的怜悯心超过了其他情感，那么这个表演就根本没有达到预期的效果。

最后更为可怕的是，死刑可能会让人们越来越残忍，以暴易暴容易导致暴行的恶性循环。死刑给人们提供了一个残暴的榜样，会毒化人们的心灵。法律禁止谋杀，但自己却在公开地谋杀，它阻止公民去做杀人犯，却安排一个公共的杀人犯。死刑可能摧毁人们千百年培养的温和良善的性格，激发人性深处残暴的成分。死刑告诉人们，只要有正当理由，杀人就是被允许的。用法律来作为施加暴力的借口，法律公正性也就会彻底丧失。当残暴的精神操纵了法律，法律就会成为教唆人们实施更加残暴行为的教官。

当然，贝卡利亚对于死刑的废除还留了一个小尾巴，他认为在极为特殊的情况下可以保留死刑：比如某人的存在会影响一个国家的安全，有引起动乱的危险，或者当一个国家陷入无政府状态，混乱取代了法律，死刑就变得必要了。这也是为什么后来有许多死刑废除论者批评他们的先驱立场不太彻底。

关于死刑的思考

我们发现，贝卡利亚的第一个论证是社会契约论，但社会契约论的提出者卢梭认为，死刑是合理的，认为人为了组织社会，会同意在必要时允许国家处分自己的生命。另外，贝卡利亚的其他三点理由其实都是功利主义的论证，只考虑死刑的效果，但并没有考虑死刑本身的道义价值，也就是说他从根本上否定了报应主义。

传统的观念认为，刑罚的根据在于一个人曾经犯下的罪，但贝卡利亚反对报应主义，认为它是一种复仇，是感性和野蛮的。他认为刑罚的根本目的在于预防。顺着这种逻辑，潘多拉的魔盒被打开了，这点我们之前已经有所讨论。忽视报应的预防很有可能导致刑罚权的滥用。

任何一个问题，道德主义和功利主义都会有一定的张力，在刑罚论中也是一样，主流的观点依然是在报应基础上考虑预防，因此既要考虑刑罚的效果，又要考虑刑罚本身的意义。

人类所有的思考都是在这两者之间寻找一个折中。我个人觉得对于谋杀这类危害他人生命的犯罪还是应该保留死刑。如果对谋杀不保留死刑的话，会导致整个社会正义感的丧失，也难以安慰受害人的家属。当受害人的家属得不到安慰的时候，他们很有可能会复仇，同时它也会伤害民众朴素的正义感。

报应主义可以满足人们的复仇情感。任何人受到侵害，都会希望罪犯受到惩罚，这种愤怒的情感是人性使然，具有道德上的正当性。如果不通过刑罚抚慰这种受到伤害的情感，那么人们就会采用私力救济来追寻正义。多年前，我曾反对死刑，但现在我的观点发生了变化。那种忽视公义，滥施恩情的人道主义有着太多的伪善。他们经常为了假想的将来，而忽视现在的利益。为了抽象的人类无视具体人的悲苦。对于那些极度邪恶的杀人重案，如果不处以极刑，如何能够抚慰仍存于世之人的泪水。

其次，死刑也体现了对犯罪人的尊重。犯罪人出于自由意志，选择犯罪，自然也就预见了行为的后果，对他的惩罚是对他理性选择的尊重。黑格尔把这叫做“自为的正义”，由于犯罪是犯罪人选择的结果，因而刑法也可以合乎逻辑地从犯罪人的行为中引申出来，获得合理性。关

于犯罪的自我选择性，黑格尔也有一段名言：“刑罚既被包含着犯人自己的法，所以处罚他，正是尊敬他是理性的存在。如果不从犯人行为中去寻求刑罚的概念和尺度，他就得不到这种尊重。”[4]换句话说，既然犯罪人在实施犯罪前已经预知犯罪的后果，如果不惩罚他，不是对他们的侮辱吗：我和另外两个人杀人，他们都判死刑了，凭什么不判我死刑，这不是看不起我吗？

最后，死刑也体现了对生命的尊重，当你剥夺了他人的生命，唯一可以补偿的就是你自己的生命，没有任何其他代价可以补偿他人的生命。从这个意义上来讲，对谋杀者判处死刑正是对生命的尊重。这有点像黑格尔的否定之否定原则：“犯罪行为不是最初的东西、肯定的东西，刑罚是作为否定加于它的，相反的，它是否定的东西，所以刑罚不过是否定的否定”[5]。黑格尔的意思是说，犯罪是对法的否定，所以犯罪又叫不法行为，而法是不允许被否定的，所以要通过刑罚来对犯罪（不法）进行否定，否定之否定，从而使法得以在更高层次上升华。用黑格尔的话来说，这叫做“自在的正义”，通过死刑来进行否定之否定，生命被尊重这个信条就获得了自我实现。

法律只能约束邪恶

法治的根本的前提是对人类内心幽暗势力的预设。拥有权力越大，破坏能力越强，因此权力要受到法律严格的约束。人类的历史再三告诫我们，权力与德行绝非正相关。历史学家布鲁斯·雪莱告诉我们：时间是一种细察和检验人类成就的方式，人们设计的社会制度和政治制度，多少世纪以来，人们认为他们自己的秩序是所能想象出来的最好的秩序。他们为之奋战，因为他们深信这个世俗的特定组织一旦崩溃，他们今生、来世的生命都没有意义了。但是时间之河，漂满了社会和政治的废弃物：城邦帝国，专制统治和君主——最初看似非常有价值的制度最终坍塌为废墟，因为时间自身使瑕疵显现——归根结底，因为在时间过程中，这是人类的本性将美善的事物转为弊端，所以正是人类本性中的瑕疵受到了审判。

启蒙思想家曾经乐观地预想，随着人类知识水平的提高，科学技术的发展，社会制度的革新，人类的前景一片美好。但是，20世纪无数的

浩劫让这种乐观情绪进入了冰河。在奔向灿烂蓝图的过程中，总有一股下坠的力量让方向出现了负斜率。

法律中的乐观主义曾经相信邪恶是可以改造的，罪大恶极之人只是暂时生病的病人，既然疾病可以治疗，那么犯罪的人同样也可以医治。但是，再犯率的不断升高，恶性案件的层出不穷，让改造主义成了一种幻梦。

法律无法消灭邪恶，也很难改造邪恶，它只能有限地约束邪恶，避免邪恶的泛滥。如果在法律中依然要保留改造罪犯的美好设想，那也必须让罪犯受到应得的严厉惩罚。

想一想

关于死刑，你更赞同哪种观点？

[4][德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第103页。

[5][德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第100页。

036 附加刑

附加刑是指补充主刑适用的刑罚方法，又称从刑，它既可作为主刑的附加刑适用，又可独立适用，包括罚金、没收财产、剥夺政治权利和驱逐出境。

罚金

罚金其实就是交钱，是人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。罚金刑可以作为主刑的附加刑，也可以做为单独的处罚。

罚金的数额有以下三种情况。

1.没有规定确定的数额，意味着它只有下限没有上限，下限最少是1000元，未成年人最少是500元，但是上不封顶。

2.规定了相当确定的数额，比如信用卡诈骗罪，基本刑5年以下有期徒刑或拘役，并处2万以上20万以下的罚金。

3.倍比罚金制，就是以违法所得或犯罪涉及的数额为基准，处以一定比例或者倍数的罚金。常见于经济犯罪中，比如生产销售伪劣产品罪，如果销售金额在200万元以上，处15年有期徒刑或无期徒刑并处销售金额50％以上和两倍以下的罚金，这就是根据销售金额来作为一个基准来确定倍数。

罚金数额，需要考虑犯罪情节、犯罪人的经济状况综合决定，不然，判处罚金无法执行。但是罚金可以一次或分期缴纳，随时缴纳，延期或减免缴纳，这意味着罚金能够以将来的钱作为执行对象。

剥夺政治权利

剥夺政治权利是指剥夺犯罪分子参加国家管理和政治活动权利的刑罚方法，实质上是一种资格刑，由公安机关执行。

它剥夺的权限有四种。

1.选举权和被选举权。一般情况，选举权和被选举权只限于选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员，但是根据《村民委员会组织法》规定，被剥夺政治权利的人没有村民委员会主任、副主任和委员的选举权和被选举权。因此，被剥夺政治权利的人，既不能选举村民委员会成员，也不能当选村民委员会成员。

2.六大政治自由，即言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利。需要注意的是，尽管出版自由被剥夺，但并非没有著作权，出版权只是著作权中的一个内容，著作权中很多权利可以由他的继承人来主张。

3.担任国家机关职务的权利，即不能担任公务员。

4.担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

这四项权限是同时被剥夺的，死刑和无期徒刑应当剥夺政治权利，对危害国家安全的罪犯也应当剥夺政治权利。故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子可以附加剥夺政治权利。

如果张三被判处10年有期徒刑，没有附加剥夺政治权利，那在这10年内有没有政治权利？千万注意，张三在主刑执行期间是有政治权利的，每次选人大代表都要推流动票箱到监狱去，供那些没有被剥夺政治权的犯人行使民主权利。

没收财产

没收财产是把犯罪分子个人所有财产的部分或全部强制无偿收归国有的刑罚方法，执行机关是人民法院。

没收财产可以没收犯罪分子个人所有财产的全部或部分。但是不能株连，只准没收犯罪分子个人所有的财产，不得没收归其家属所有的财产。同时从人道主义考虑，应当为犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。如果张三受贿400万，被判没收财产400万，其实从张三的个人财产中一共收缴800万。因为有400万叫追缴犯罪所得，还有400万属于没收。

罚金和没收财产都是财产刑，只针对贪利性犯罪，对于非贪利性犯罪，一般不能适用财产刑，放火罪、交通肇事等就不能判处财产刑。但是有例外，比如对于危害国家安全罪可以没收财产。

驱逐出境

驱逐出境是指强迫犯罪的外国人或无国籍人离开中国国境的刑罚方法。

驱逐出境，由公安机关执行。它仅对外国人、无国籍人适用。另外，驱逐出境既可独立适用，也可以附加适用。附加适用时须待主刑执行完毕，才能执行驱逐出境。

数年前缅甸有位杨姓女子，在安徽因拐卖妇女被捕，后被判处10年有期徒刑。刑满释放后要执行驱逐出境。鉴于其国籍、身份等因素，警察奔波3000公里，跨越5省，将其送至云南瑞丽边防口岸将该名女子驱逐出境，估计驱逐出境的费用还是由国家承担的。

想一想

丈夫犯罪被判处没收财产，夫妻共同财产应该如何处理？

037 社区矫正

社区矫正，是一种不使罪犯与社会隔离，并利用社区资源教育改造罪犯的方法。国外较常见的包括缓刑、假释、社区服务、暂时释放、中途之家、工作释放、学习释放等。

社区矫正是与监禁矫正相对的行刑方式，是指将符合条件的罪犯置于社区内，由专门的国家机关、社会团体、民间组织、社会志愿者的协助下，在一定期限内，矫正其犯罪心理和行为恶习，促使其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动。

社区矫正是积极利用各种社会资源、整合各方力量，对罪行较轻、主观恶性较小、社会危害性不大的罪犯或者经过监管改造、确有悔改表现、不致再危害社会的罪犯在社区中进行有针对性管理、教育和改造的工作，是当今世界各国刑罚制度发展的趋势。

肖申克的启示

“有些鸟儿是永远关不住的，因为它们的每一片羽翼上都沾满了自由的光辉”，这是影片《肖申克的救赎》中的一句经典对白。在这部影片中，监禁刑的弊端暴露得淋漓尽致。

肖申克（Shawshank），一座阴森恐怖的监狱，无数犯人关押在这里。有人把这座监狱翻译成“鲨堡”，指出这座监狱的冷血和残酷。被诬杀妻的银行家安迪，花了近20年时间，用一把小小的铁锤，开凿出一个秘密通道，在一个雷雨交加的夜晚，钻过500多码的污水管道，终于获得自由。在电闪雷鸣中，满身污秽的安迪张开双臂，大口呼吸着自由的空气，沐浴着自由的甘霖，这种重获自由的激动让人为之动容。

影片令人思考，监狱本是通过剥夺自由来让人体会到自由的价值，而不是让人放弃对自由的向往。但长期的监禁生活，却让人慢慢麻木，最终习惯了被奴役被剥夺的现状，残存在心中的自由之火渐次熄灭，于是监狱成了一座吞噬自由价值的“鲨鱼之堡”。

首先，监狱中体制化的生活，让犯人习惯奴役。肖申克里的瑞德说：“监狱里的高墙实在是很有趣。刚入狱的时候，你痛恨周围的高墙；慢慢地，你习惯了生活在其中；最终你会发现自己不得不依靠它而生存。”

其次，监狱具有封闭性。高墙之内的封闭生活会让犯人与社会严重脱节，他们对社会的变化一无所知或者知之甚少，即使出狱之后，也很难适应外在的环境。这些被释放的犯人，甚至希望重回监狱。就如影片中的老布（监狱的图书管理员），在监狱生活了50年，在耄耋之年被释放，当这位无依无靠的垂暮老者被投置于一个完全陌生的环境，他无法获得生存的希望。于是他想到了重新犯罪，以期重返多少有点“温暖”的肖申克，但奈何体力不支，最终他选择了死亡。

再次，监狱要求犯人绝对服从，而不能有任何个性。“监狱生活充满了一段又一段的例行公事”，犯人所要做的就是绝对服从监狱管理人员，耍个性，闹脾气，只会自讨苦吃。影片中的瑞德在假释之后，被分派到一个商店帮工，每次上厕所，都习惯性地向经理请示，最后经理对他说：“瑞，今后上厕所，你就自己去吧，不用向我汇报。”

最后，监狱还具有感染性，可能造成交叉感染和深度感染：因诈骗入狱，却从狱友那学到杀人的技巧，这叫交叉感染；入狱时是小偷，出来却由别的狱友调教成神偷，这是深度感染。年轻人托米来到肖申克，无意中透露杀死安迪妻子的真凶。托米曾因盗车在另外一个监狱服刑，出狱前几个月，一个叫埃尔默·布赖奇的新狱友，为了炫耀，他向托米绘声绘色地描述了自己所有的风流韵事以及犯下的所有罪行，其中就包括杀害安迪的妻子。

社区矫正制度的实践

监狱这些弊端使得矫正功能大打折扣，监狱生活泯灭了犯人为人的尊严，甚至有可能感染恶习，出狱之后，相当多的犯人因为无法真正融入社会，稍有不慎，他们又可能重新犯罪。这就像有人所说的：“将一个人数年之久关押在高度警戒的监狱里，告诉他每天睡觉、起床的时间和每日每分钟应做的事，然后再将其抛向街头并指望他成为一名模范公民，这是不可思议的！”[6]对此，刑法理论中有个非常形象的说法，叫做监狱之鸟（prison　bird），出狱之后的犯人就像小鸟一样，在监狱这个鸟巢中反复出入。

当前，许多国家都意识到监禁刑的弊端，采取了更为开放、更为人道的行刑模式。2011年施行的《刑法修正案（八）》设立了社区矫正制度，也正是这种思潮的体现。我国刑法规定，对于判处管制和缓刑的犯罪分子，可以同时适用禁止令，禁止犯罪分子在管制执行期间、缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。对于这些罪行不重的人，没有必要把他们放进监狱这个大染缸。

不少国家都采用了非监禁刑，让犯人在社会中，而不是在监狱中服刑。主要有几种表现形式：一是“监放中心”，即有监有放，监放结合。该工作学习的时候工作学习，业余时间来监狱服刑，如果是女性犯人还有机会回家照顾家务。如“周末监禁”，平常正常上班，周末到监狱服刑；又如夜间监禁，白天上班，晚上坐牢；二是“狱外服刑”，比如家内服刑，要求犯人在家里服刑，不准随意外出，监管人员会定时通过电话、来访，或者要求犯人手戴着电子监控设备对其进行监督；三是“中间监狱”，也就是大型监狱和社会之间的“中途岛”。这主要是针对重刑犯人在快刑满释放之时，让他们有机会和社会接触，逐渐适应将来的社会生活。中途岛的工作人员不仅组织犯人学习工作技能，还要积极帮助犯人寻找工作，以便他们出狱之后有固定的工作，以免重新犯罪。[7]

想一想

电影《肖申克的救赎》有带给你什么启发吗？

[6][美]克莱门斯·巴特勒斯：《矫正导论》，孙晓雳、张述元、吴培栋译，中国人民公安大学出版社1991年版，第130页。

[7]储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年版，第350页。

刑罚的裁量与消灭

038 量刑

刑罚的裁量，也就是所谓的量刑。我国《刑法》第61条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”根据这一规定，我国刑法的量刑的法定原则可以概括为：以事实为根据，以法律为准绳。

刑法中的量刑情节有法定情节和酌定情节。

法定情节是指刑法明文规定的、量刑时必须要考虑的各种事实情况。比如刑法规定已满14周岁不满18周岁的人犯罪的应当从轻或减轻处罚。残障人士犯罪可以从轻、减轻或免除处罚。这里要提醒的是，刑法中的“应当”是必须的意思，至于“可以”从宽则是可从宽，也可不从宽。

酌定情节则是在刑法明文规定之外，人民法院从审判经验中总结出来，在刑罚裁量时可以依据犯罪动机、手段、时间、地点灵活掌握酌情适用的情况。比如夜黑风高下杀人跟光天化日下杀人，后者情节更恶劣，刑罚也要更重一点。

量刑情节

刑法总则中量刑情节有从重处罚、从轻处罚、减轻处罚和免除处罚。笼统性地加重处罚的表述是违反罪刑法定原则的，如果要加重处罚

必须在刑法分则中有明确的规定，比如抢劫罪的基本刑是3到10年徒刑，但如果有八种加重情节，如入户抢劫，就可以处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

总则中没有罪加一等的加重处罚规定，却有罪减一等的减轻处罚的规定，因为减轻处罚限缩了国家的刑罚权，是罪刑法定原则所允许的。

减轻处罚是在法定刑以下判处刑罚，比如强奸罪的基本刑是3年到10年有期徒刑，如果对强奸罪减轻处罚，就可以判处2年有期徒刑。减轻处罚有两种情况，一种是法定减轻处罚情节。比如刑法规定，犯罪中止造成损害的应当减轻处罚；另一种是破格减轻处罚。犯罪分子虽然不具有法定的减轻处罚情节，但根据案件特殊情况，经最高人民法院核准也可以在法定刑以下判处刑罚。

许霆恶意取款案

2006年4月21日晚10时，时任广东省广州市某物业有限公司保安员的许霆，在广州天河区一家商业银行的ATM取款机取款。他发现银行的ATM机坏了，每取出1000元，银行卡只扣1元。许霆没有抵制住金钱的诱惑，连续取款5.4万元。当晚许霆将此事告诉友人郭安山，两人再次前往提款。许先后取款171笔，合计17.5万元；郭则取款1.8万元，事后二人各携款潜逃。同年11月7日郭向公安机关投案自首，并退还1.8万元。

按照当时的法律规定，许霆的盗窃数额特别巨大，且属于盗窃金融机构，法定刑的量刑幅度只有两档：无期徒刑和死刑。一审法院遂认为许霆构成盗窃金融机构，数额特别巨大，判处其无期徒刑。

判决做出，舆论反响强烈。

当我们处于许霆当时的情景，是否能抵制住这种诱惑？刑法不是推行道德的卫道士，它必须兼顾人性。无论是大陆法系，还是英美法系，对于类似许霆的案件，法官都可根据法律精神提供相应的救济，以弱化成文刑法可能出现的暴戾与残苛。在大陆法系，有期待可能性理论，如

果没有期待当事人实施合法行为的可能性，即使行为形式上违背法律，也可减轻或免除刑罚，因为这种惩罚是没有太大意义的。比如某人两天没有进食，偷吃了邻居家用来喂狗的野参汤（设若数额特别巨大），从形式上看，他完全符合盗窃罪的构成要件，但由于完全缺乏期待实施合法行为的可能性，故不得以犯罪论处。在英美法系，有可得宽恕的辩护理由，对于一种形式上的不法行为，如果它是多数人都可能犯下的错误，即使行为违法，也是法律可以从宽或恕免的，这最典型的例子就是警察设套，诱人犯罪，所谓官诱民犯。

法律一经制定，就已经滞后，它不可能与时俱进地涵盖社会生活的方方面面，机械地、教条地适用法律，或者导致法律过于宽松，或者过于严苛。法官是人，而不是“机器人”，他必须运用正义之心，主动弥补法律的漏洞，以满足公众对于正义的期待。

最后，法院听取了舆情的声音，适用了《刑法》第63条的破格减轻制度。二审将许霆减为5年有期徒刑。

正是许霆案，促使了盗窃罪和破格减轻制度的修正。首先，2011年《刑法修正案（八）》取消了盗窃罪的死刑条款，同时也不再规定盗窃金融机构这种特殊情节；其次，对于破格减轻条款进行限制。在许霆案中，有人批评对许霆减轻过多，当时的盗窃罪基本上涵盖所有主刑：管制、拘役、3年以下有期徒刑、3年到10年有期徒刑、10年以上（到15年）有期徒刑、无期徒刑、死刑，许霆从无期徒刑直接减到5年有期徒刑，显然中间跳过了10年以上（到15年）有期徒刑这一档，属于跨档减轻。所以，2011年《刑法修正案（八）》对此进行了修改。认为如果有数个量刑幅度的，只能在下一个量刑幅度内判处刑罚，而不能再跨档处罚。所以如果许霆案发生在今天，那只能把他减为10年以上有期徒刑。

想一想

夜黑风高下杀人与光天化日下杀人，为什么说后者情节更恶劣？

039 自首

自首就是犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行，分为一般自首和特别自首。

一般自首有两个特征，自动投案和如实供述。

自动投案顾名思义就是自愿主动接受司法处置，行为人主观上一定是自愿而不是被迫的。张三在去派出所自首的路上，被警察逮捕，只要有证据证明张三确实是自愿主动前往派出所，也叫做自首。当然，自首有一个最后的时间节点，如果有关机关采取了讯问或强制措施后再交待的，就不再成立自首。

一个值得思考的问题是，张三在犯罪过程中，和警察对峙，后经警察规劝，放下武器投降，这是自首吗？法条规定自首是在犯罪以后投案，但这是在犯罪过程中。根据当然解释的举重以明轻理论，我们可以做出对行为人有利的类推，认为犯罪中的自动投案也是自首。

亲友报案是自首吗

自首有多种情形，包括本人主动自首，亲友规劝后陪同自首，还有代首和送首。代首就是亲友代替报案，送首是亲友送着去归案，代首和送首的关键在于是要符合自愿主动，否则就不叫自首，比如父母让孩子投案，孩子不同意，父亲把孩子灌醉，五花大绑送到公安机关，这种“送首”就不属于自首行为。

曾经有一个案件，某女生在宾馆跟男朋友闹分手，非常郁闷，一气之下就捅死了男生。事后女生给父母打电话，说“女儿不孝，只有来生再报答你们的养育之恩，我杀人了。”父母吓坏了，挂了电话立即报

警，同时驱车赶往案发现场。母亲在路上一直给女儿打电话，好不容易打通了。母亲对女儿说“千万别做傻事，你还年轻，路还长着呢，我们已经报警了，一切等我们到了再说。”女儿还是准备寻死。正当她犹豫采取哪种方法自杀的时候，警察破门而入，把她给抓了。

这个案件能否成立自首呢？

女孩知道父母报警后，没有逃跑，这意味着她还是自愿主动接受司法处置，所以可以认定是自首。司法解释也规定了这种现场候捕型自首，指犯罪后主动报案虽然没有表明自己是作案人，但没有逃离现场，在司法机关讯问时交待罪行，或者明知道他人报案，而在现场等候，抓捕时无拒捕行为，供认犯罪事实。所以也叫“能逃而不逃型”自首。

形迹可疑型自首

还有一种形迹可疑型自首，罪行未被有关部门司法机关发觉，因形迹可疑被盘问后，主动交待犯罪事实的应当理解为自首。

比如张三杀妻后，非常害怕，到火车站准备跑路。警察看到其鬼鬼祟祟，借查身份证之机随口一问：“你有什么要交待的吗？”张三吓坏了，一五一十全都说了。警察其实没有掌握他任何犯罪线索，但张三主动交待了罪行，这就是形迹可疑型自首。

但有关部门或司法机关在行为人身上发现与犯罪有关的物品后，行为人再坦白的，就不能认定为自动投案。所以判断的关键在于是否发现足以认定犯罪的证据，应当区分形迹可疑和犯罪可疑，犯罪可疑不能认定为自首，形迹可疑才能认定为自首的。

比如公安机关设卡例行检查时发现张三神色慌张，遂对其进行盘问，张三立即交待了运输毒品的犯罪事实，公安人员随后在其随身携带的行李箱内查获毒品，这类情形就不能认定为自动投案。因为警察本来就要查看行李，很容易搜出张三携带毒品的事实，属犯罪可疑，不成立自首。类似的情况就像查酒驾时，张三没有吹气前就主动交待自己喝了酒，请求宽大处理，这也不可能是自首。

一个对比案件是，张三运输毒品时，发现前方500米处有检查站，立即将毒品埋在路边。张三在检查站因神色慌张而被盘问，立即交待了犯罪事实，并带公安人员找到了埋藏的毒品。这时的主动交待就可以认定为自首。因为与犯罪有关的物品是难以正常工作方法发现的。[8]

自首一律从宽处理吗

在运输毒品案件中，经常还有体内带毒的犯罪分子向公安人员交待的事情，通常的情况都是带毒者非常难受，害怕毒品在体内破裂会有生命危险，遂向公安人员交待，请求帮助。这种情况也应该认定为自首，毕竟如果他不交待，是很难发现这些毒品的。

体内带毒案让我们发现，认定自首是不考虑行为人动机的。

有一种自首叫做示威型自首。曾经发生过这样一个案件，一对夫妻闹离婚。丈夫经常家暴妻子，妻子实在受不了了，决定离婚。在民政局门口，丈夫残忍地杀害了妻子，还提着妻子的人头在街上大摇大摆地走，直接走到了派出所，交待了情况。这完全符合自首的两个特征，自动投案、如实供述。

但是如此恶劣的罪行，难道因为是自首就可以从宽处罚吗？法律对于自首，规定的是可减主义，而非必减主义。对于自首的犯罪分子，可以从轻或减轻处罚，犯罪情节较轻的，可以免除处罚。既然法律的表述是“可以”，那么对于上述示威型自首也就可以不从宽处理。

想一想

赵某（杀人后）觉得罪行迟早会败露，后向公安机关投案，如实交待了全部犯罪事实，公安人员李某听了赵某的交待后随口说了一句“你罪行不轻啊”，赵某担心被判死刑，逃跑至外地。在被通缉的过程中，赵某身患重病无钱治疗，向当地公安机关投案，再次如实交待了自己的全部罪行。这个案件成立自首吗？

[8]周峰、薛淑兰、孟伟：《〈关于处理自首和立功若干具体问题的意见〉的理解与适

用》，《人民司法（应用）》2011年第3期。

040 累犯和缓刑

累犯

累犯，顾名思义就是重复犯罪的人，包括一般累犯和特别累犯。

一般累犯是指被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在5年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪和不满18周岁的除外。

根据这个定义，我们会发现一般累犯，前后罪一定要故意犯罪，而且前后罪都必须判处有期徒刑以上的刑罚，后罪发生在前罪刑罚执行完毕或赦免后的5年以内。如果张三交通肇事，刑满释放后的5年内又犯新罪，这就不存在累犯的前提性条件，因为交通肇事罪是过失犯罪。再如张三醉酒驾车构成危险驾驶罪，刑罚执行完毕后的5年内再犯新罪，这也不成立累犯，因为危险驾驶罪只能判处拘役，而拘役不是有期徒刑。

特别累犯是指危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯上述任一类罪的，都以累犯论处。特别累犯是不考虑刑罚的，比如张三因为间谍罪被判管制，50年后又犯恐怖活动罪，这也属于累犯。

对累犯应当从重处罚，并且不能适用缓刑和假释。

缓刑

缓刑是对原判刑罚附条件暂不执行，但在一定期限内仍保持执行可能性的刑罚制度。

缓刑的前提条件必须是判处拘役或3年以下有期徒刑的刑罚。比如，张三同时犯盗窃罪和侮辱罪，数罪并罚判处3年有期徒刑，这也是可以适用缓刑的。

执行缓刑需同时符合以下四项法定条件：犯罪情节较轻；有悔罪表现；没有再犯罪的危险；宣告缓刑对所居住的社区没有重大不良影响。

“没有再犯罪的危险”这一项引发了一个很有趣的问题。

张三判有期徒刑2年，缓刑3年。缓刑考验期间，又实施了一个新的犯罪，应当判处1年有期徒刑，假定数罪并罚判处3年有期徒刑，应当撤销缓刑，且不能再次适用缓刑，因为犯新罪就证明张三有再犯罪的危险。

但是，如果张三判有期徒刑2年，缓刑3年。缓刑考验期间发现之前有一个漏罪应当判处1年有期徒刑，数罪并罚判处3年，这种情况仍然适用缓刑，因为漏罪并不能证明其有再犯罪的危险。

有三类人员只要符合条件，就应当适用缓刑，不满18周岁的人、怀孕的妇女和已满75周岁的老人。但是，如果80岁的老人是黑社会性质集团的首要分子，也不能适用缓刑。因为还有禁止缓刑的规定，对于累犯和犯罪集团的首要分子，不适用缓刑。

一般缓刑，有对应的考验期，拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上1年以下，不少于2个月；有期徒刑为原判刑以上5年以下，不少于1年。比如通常说的判三缓五，也就是判处3年有期徒刑，缓期5年执行，考验期就是5年，如果在这5年中没有发现漏罪、新罪，也没有违反缓刑考验期应当遵循的规定，那么5年之后，原判刑罚就不再执行。

还有一种特殊缓刑叫做战时缓刑，这是在战争期间，允许犯罪军人戴罪立功。如果确有立功表现，撤销原判刑罚，不以犯罪论处。

与一般缓刑相比，战时缓刑的特点在于：第一它没有考验期；第二它撤销原判后，不再以犯罪论处，而一般缓刑会在档案上留下污点，属于受过刑事处罚的人。

想一想

丙犯为境外非法提供情报罪，被单处剥夺政治权利，执行完毕后又犯帮助恐怖活动罪，被判处拘役6个月。对丙可以宣告缓刑吗？

041 刑罚的消灭：减刑和假释

我们可能经常听说，被判刑的人提前释放，事实上减刑或假释真的那么容易吗？

减刑很简单吗

减刑，是指司法机关依法对服刑人员通过变更原判刑罚，减轻其刑罚的行刑制度。

对被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人，在刑罚执行期间有悔改或立功表现，就可以适当减轻其原判刑罚的行刑制度。

减刑首先要考虑到报应主义的需要，不能减得太多，如果判处10年有期徒刑，最后仅服刑1年，刑罚的公正性就会大打折扣。所以，《刑法修正案（八）》特别规定了减刑的限度，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的1/2；判处无期徒刑的，不能少于13年（司法解释还规定对特别严重的犯罪，判处无期徒刑的，不得少于20年有期徒刑）；未被限制减刑的死缓罪犯，最少不得少于15年，且不包括缓期执行的2年。

此外，减刑也必须考虑到预防的需要，主要是考虑特殊预防的需要。法律规定只要犯罪分子在执行期间，认真遵守监管法规，接受教育改造，确有悔改表现的，就可以申请减刑。“确有悔改表现”主要考虑的是特殊预防，犯罪分子改恶从善，不至于再危害社会。

假释，提前释放

假释，是指对被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行一定刑罚后，因认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险，因而附条件地将其提前释放的制度。

出于报应主义的需要，有期徒刑必须执行了原判刑期1/2以上，无期徒刑必须执行了13年以上，才可以适用假释刑期。但如果有国家政治、国防、外交等方面特殊需要的情况时，报最高人民法院核准，即便不符合时间条件也可以进行法外假释。

在我国假释比减刑难得多，在减刑和假释的服刑人员中，绝大部分属于减刑，只有极少数服刑人员获得了假释。为了激活假释制度，司法解释规定：罪犯既符合法定减刑条件，又符合法定假释条件的，可以优先适用假释。

假释的条件也是在执行期间认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪危险，同时对所居住社区没有不利影响的。判断“没有再犯罪的危险”，应根据犯罪的具体情节、原判刑罚情况，在刑罚执行中的一贯表现，罪犯的年龄、身体状况、性格特征、假释后的生活来源以及监管条件等因素综合考虑。

假释最复杂的地方是“没有再犯罪危险”很难判断。2013年北京的假释犯摔婴案引人深思。2013年7月23日晚，韩某乘坐朋友的轿车，在公交站台附近因停车问题与李某发生争执。韩某对李某进行殴打，后将李某2岁的孩子从婴儿车内抓起举过头顶摔在地上，孩子当场死亡。后来查明，韩某1996年因犯盗窃罪被判处无期徒刑，2012年韩某假释出狱，不到一年又犯惨案。按照法律规定，在假释考验期限内犯新罪，应当撤销假释，实行数罪并罚。韩某在受检方讯问时，曾向检察官哭诉“特别痛苦，不想活了，一定判我死刑”。但在庭审时，韩某声称自己当时喝多了酒，一共喝了一斤多白酒和几瓶啤酒，并称其“喝七八两以后就容易狂躁、癫狂”。韩某在生的渴望和以死赎罪之间徘徊纠结，他写了一封求死书：“我良心上受不了，承认孩子的死亡是我造成的，我愿意给孩子抵命。”最后一审法院判处他死刑立即执行，韩某不服提出上诉，二审法院维持了原判。

追诉时效

时效，是指刑法规定的对犯罪分子追究刑事责任和执行刑罚的有效期限。它分为追诉时效和行刑时效。我国仅规定了追诉时效，而没有规定行刑时效。

我国《刑法》第87、88、89条，对追诉时效进行了详细的规定，主要原则是综合考虑报应主义与功利主义。从报应主义的角度来看，罪行越重，追诉时效越长。法定最高刑为不满5年有期徒刑的，经过5年，不再追诉；法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑的，追诉期为10年；法定最高刑为10年以上有期徒刑的，追诉期15年；法定最高刑为无期徒刑、死刑的，追诉期20年。

但是，追诉时效可中断，在追诉期限内犯了新罪，要重新计算时效，从犯后罪之日起计算，甚至可以连续计算。这背后的法理是特殊预防，如果犯罪之后，再犯新罪，就说明根本没有自我改造好，良心的折磨对其微乎其微。

有一个经典案件，一个玉镯引发的血案。1980年，某女在烈日下赶路，口干舌燥，看到张三对她似笑非笑，于是向他讨杯水喝。张三请她进门喝水，却心怀不轨，强暴并杀害了某女，杀害后就埋在自己家的院墙脚下。2002年，张三的女儿张姑娘，跟隔壁村的王姑娘关系很好，经常串门玩耍，有一天借宿在王姑娘家。睡前，王姑娘的姥姥发现张姑娘手上戴着一个玉镯，觉得眼熟但是想不起来了。第二天，姥姥突然想起这个玉镯是她失踪多年女儿的玉镯，立即向公安机关报警。张三被抓后供认不讳，且在院墙脚下挖出了那具已成白骨的尸骸。时隔22年，张三还能受到法律的制裁吗？

强奸行为的追诉时效是15年，杀人行为的追诉时效一般是20年，两项罪名均无法对张三进行追诉。最后，当事人查到张三在1995年犯交通肇事罪，案件也没有处理，交通肇事法定刑是3年以下，追诉时效是5年。从1995年计算5年，交通肇事罪不予追究，但是可以从1995年开始重新计算强奸的15年追诉时效和杀人的20年追诉时效。这就是追诉时效的中断。

另外，追诉时效也可延长，在具备法定条件时，时效可以一直延续下去，对犯罪人追诉至死。包括以下两种情况：一是立案侦查或者法院受理案件以后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。也就是

说，只要司法机关启动了侦查或审判程序，犯罪人故意逃避的，无论过了过久都可以追诉。二是被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。这个条款是为了防止司法机关互相推诿，民众告状无门，以至案件过了追诉时效。

此外，虽然刑法规定追诉时效最长为20年，但法律中还保留了一个例外规则——如果20年以后认为必须追诉的，可以报请最高人民检察院，核准追诉。

1995年，安徽南陵人刘某彪伙同他人，在湖州织里的闵记宾馆抢劫，连杀四人造成灭门惨案。22年后归案时，刘某彪已洗白人生，功成名就，加入中国作协，成为当地一名颇有名气的作家。最高检对此案核准追诉，并经过一审、二审判决，因此案属于社会危害极大的严重犯罪，刘某彪被判处死刑。

这个例外的规定，显然是报应主义的体现。对于谋杀等最严重的犯罪，无论过多久，都留了一个可能性，保留无限追责的可能。与此类似的是德国刑法的相关规定，采取“特别手段杀人”无追诉时效，其中包括连环杀人、满足特殊性癖好以及基于种族原因杀人等情况，这也是为什么在德国可以对纳粹罪犯进行无限期追责的法理依据之一。

想一想

张某1998年犯甲罪，法定刑为7年以上有期徒刑（该犯罪事实一直未被发现），2004年犯乙罪，该罪法定刑为5年以下有期徒刑。在哪年之前，可以追究其甲罪与乙罪？

第四章
危害公共安全罪

危险方法类犯罪

042 危险方法类犯罪

危害公共安全罪，顾名思义，危害行为必须危及公共安全，而非个体安全。这种公共安全是指不特定多数人的生命健康或者重大财产的安全。其判断标准不是主观标准，而是客观一般人标准，根据一般人的生活经验判断，不特定多数人的生命健康或重大财产是否遭遇威胁。

张三被偷了一只藏满金子的宝箱，非常生气。当天晚上他在河边散步，被石头绊倒，头正好撞在箱子上。原来小偷因为箱子太重，暂埋此处，准备日后来取。张三遂将箱子中的财物转移，往空箱里填满石块，并安装了一个拉式炸弹。当晚，小偷来取箱子时，被当场炸死。

这应该构成爆炸罪还是构成故意杀人罪？爆炸罪属于危害公共安全的犯罪，但故意杀人罪则属于侵害特定个体的犯罪。关键就要看箱子埋在哪，如果埋在繁华地段，那就应该定爆炸罪，但如果埋在非常偏僻的地方，就应该定故意杀人罪。

危险方法类犯罪

危险方法类犯罪包括五种故意犯罪（放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪），以及五种相应的过失犯罪。

五种故意犯罪的基本刑都是3年以上10年以下有期徒刑，如果出现

了致人重伤、死亡等严重后果，就可以判处10年以上有期徒刑、无期徒刑甚至死刑。五种过失犯罪，基本刑处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

五种故意犯罪都是具体危险犯，只要对公共安全有具体的危险就构成既遂，这里的具体危险必须是司法上有证据证明，否则不构成犯罪。

张三对拆迁不满，在高速公路中间车道用树枝点燃一个焰高约20厘米的小火苗，将其分成两堆后离开。火堆很快就被通行车辆轧灭。张三的行为显然不会危及公共安全，不构成放火罪。

过失的危险方法类犯罪

五种过失的危险方法类犯罪都必须危及公共安全，而且要出现致人重伤、死亡或重大财产损失的实际损害结果，如果没有出现实害结果，就不构成犯罪。

这里的过失指一般过失而不是业务过失，这是它和责任事故类犯罪的区别所在。一般过失违反的是日常生活准则，业务过失违反的是业务规则。

例如，甲到本村乙家买柴油时，因屋内光线昏暗，甲欲点燃打火机看油量。乙担心引起火灾，上前阻止。但甲坚持说柴油见火不会燃烧，仍然点燃了打火机，结果引起油桶燃烧，造成火灾，导致甲、乙及一旁观看的丙被火烧伤，乙、丙经抢救无效死亡。柴油不易挥发，闪点高于汽油，不属于易燃品。但经检测发现，乙储存的柴油闪点不符合标准。所以，甲的行为违反了日常生活准则，只是一种一般过失，构成失火罪。日常生活准则就是我们人类共同体共同的生活法则，比如说高空不能乱扔东西，在加油站不能点打火机等。

如果违反的是老百姓的生活准则，这叫一般过失，若侵害特定人构成过失致人死亡罪、过失致人重伤罪；如果侵犯公共安全，构成过失的危险方法类犯罪；如果违反的是业务规则，那就是业务过失，诸如重大责任事故罪、危险物品肇事罪、医疗事故罪。一般说来，看到有事故、

肇事之类的罪，都是业务过失。

高空抛物是比较常见的危害公共安全行为，2019年10月21日，最高人民法院特意出台了《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》。根据这个意见，如果故意从高空抛物，危及公共安全，构成以危险方法危害公共安全罪；如果造成重伤、死亡等严重后果，属于以危险方法危害公共安全罪的结果加重犯；但如果只是针对特定对象进行抛物，则构成故意伤害罪或故意杀人罪，比如朝楼下扔了一个哑铃，砸死一路人。由于哑铃只能砸死一个人，所以这构成故意杀人罪。但如果朝楼下跳广场舞的人群扔了一个暖水瓶，弄伤多人，这就构成以危险方法危害公共安全罪。

同时，该意见还指出：过失导致物品从高空坠落，致人死亡、重伤，依照过失致人死亡罪、过失致人重伤罪定罪处罚。在生产、作业中违反有关安全管理规定，从高空坠落物品，发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，以重大责任事故罪定罪处罚。

杭州蓝色钱江纵火案

莫焕晶因长期沉迷赌博而身负高额债务，为躲债于2015年外出打工。2016年9月，莫焕晶经中介应聘到朱某、林某于杭州市上城区蓝色钱江公寓的家中从事住家保姆工作。2017年3月至6月间，莫焕晶多次窃取朱某家中的金器、手表等贵重物品进行典当、抵押，得款18万余元。同时，莫焕晶又编造老家买房等虚假理由向朱某借款11.4万元。上述款项全部被其用于赌博挥霍一空。

2017年6月21日晚，莫焕晶又用手机上网赌博，输光了连同当晚用朱某家中一块手表典当所得款项在内的6万余元钱款。为继续筹措赌资，莫焕晶决意采取放火再灭火的方式博取朱某的感激以便再次开口借钱。

6月22日凌晨5时许，莫焕晶用打火机点燃书本引燃客厅沙发、窗帘等易燃物品，火势迅速蔓延导致屋内的朱某及其子女四人困在火场中吸入一氧化碳中毒死亡。火灾造成该室及邻近房屋部分设施损毁，损失价

值257万余元。火灾发生后，被告人莫焕晶从室内逃至公寓楼下，后被公安机关抓获。

故意放火还是过失

保姆纵火案，相信大家不会陌生。但是在这个案件中，有两个细节值得注意：

第一是莫某辩解自己只是想放一把小火再灭火以便向朱某邀功借钱，不想伤害朱某和三个孩子，本意不希望发生如此严重的危害后果，其以为书本没有被点燃，为了去找更容易燃烧的报纸而将该书本随手扔在沙发上，并非故意引燃窗帘和沙发。通俗一点来说，她认为自己对四人的死亡结果只是一种过失。

这能作为辩护理由吗？

严格说来，故意和过失其实是很难区分的，但是对放火罪的加重结果而言，其实没有必要区分故意和过失。

《刑法》第114条规定，放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑。第115条第1款规定，上述行为致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

可见，《刑法》第114条的放火罪是基本犯，不需要出现实际损害结果，只要有危害公共安全的具体危险即可入罪。比如张三和李四等六人住在地下室的宿舍，张三和李四有仇，深夜在李四被子上投放烟头，被子被点燃，后来被扑灭，虽然没有出现实害结果，但由于地下室不通风，人很容易被熏死，所以可以直接认定为放火罪的基本犯。

但是《刑法》第115条规定放火罪的结果加重犯，需要出现重伤、死亡等实际损害结果，对于这些损害结果，行为人的心态可以是故意，也可以过失，这都不影响结果加重犯的成立。因此，莫某的这种辩护理

由其实无法否定放火致人死亡的成立。

消防只是介入因素

第二是消防队员是否耽误救助。在莫某放火案中，有人认为消防队员可能耽误了救助，如果救助及时，被害人就不会死亡，所以主张莫某和死亡结果没有因果关系。这种论证表面上看是有道理的。但这其实涉及的是刑法中的因果关系，消防队员的救火其实是一个介入因素，这个介入因素是否能够切断莫某纵火和死亡结果之间的因果关系呢？

为了帮助你思考这个案件，不妨参考一个类似的案件，张三重伤幼童离去，幼童母亲李四发现重伤的孩子，感觉治疗花费太多，正好腹中还有一个二宝，不如养好二宝，放弃大宝，遂决定不予救助，导致孩子死亡。

母亲应当救助孩子，但却没有救助，这种不作为可以切断张三的伤害行为和死亡结果的因果关系吗？自然是不可以的，因为母亲的不作为并没有创造独立危险，她其实是利用了张三伤害他人的危险，并没有创造独立的因果流程，因此死亡结果可以看成是张三的伤害行为与母亲的不作为共同导致的。这提醒我们，如果介入因素只是一种单纯的不作为，是无法切断因果关系的。在莫某放火案中，也是一样，即便认为消防队员耽误了救助，这也无法切断莫某和死亡结果的因果关系。

法院最后认为莫某构成放火致人死亡，根据刑法规定，莫某被判处死刑立即执行。

想一想

你如何看待莫某的辩护理由？

043 投放危险物质罪

投放危险物质罪必须是故意投害毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。成立本罪当然要危及公共安全，而非个体安全。

白条鸡案和毒丝瓜案

一个经典的案例是白条鸡案。张三欠李四一笔钱不想还，于是拿了一只白条鸡，涂上毒鼠强，挂在李四家门口。李四打开门一看，居然把鸡直接扔了。张三又把鸡捡了起来，扔在李四家米缸。当天晚上李四一家三口喝稀饭，全都中毒而死。本案不构成危险方法类犯罪，而构成故意杀人罪，因为侵犯的对象是特定的人。

一个对比案件是毒丝瓜案。陈某与陆某因琐事多次发生口角，陈某怀恨在心，决意报复。某日晚陈某找来一支一次性注射器，抽取半针筒农药，潜行至陆某门前丝瓜棚处，将农药注入瓜藤上所结的多条丝瓜中。次日晚，陆某及其外孙女食用丝瓜后，出现上吐下泻等中毒症状，后陆某被抢救存活，而陆某外孙女抢救无效死亡。法院认为陈某构成投放危险物质罪，理由是农民种植的蔬菜、瓜果不排除被其左邻右舍摘食，或被用于被害人招待来客，从社会一般人的角度可能危及公共安全。

这个案件还有一个小细节，就是陆某和外孙女送往卫生所时，血压升高，医生是按照高血压来治疗的，根本没有想到会是农药中毒。医生其实出现了一定的工作疏忽，那么陈某对死亡结果承担责任吗？

法院认为，医生的工作疏忽并没有切断因果关系，因为农药中毒的确会导致血压升高，所以医生也算不上重大疏忽，并未创造独立的危

险，被害人的确死于农药中毒，陈某被判处死刑立即执行。

领导体内有矿吗

有一个真实案例。古某采矿专业毕业后，在广州一个整形美容手术医院工作，后来赚了很多钱，但跟老板刘某分配不均，怀恨在心。他利用专业途径从辽宁进口了一批工业探伤机。工业探伤机具有放射性铱元素，一般用于探矿。古某就把这个探伤机安装在刘某办公室的天花板上，天天对着刘某照，要看看领导体内有没有矿，结果把刘某彻底照趴下了。最后发现医院的70位工作人员都受到了不同程度的辐射，其中还有两名护士多次流产，都怀疑跟辐射有关。

经鉴定，刘某为重伤，有13人为轻伤，古某的行为就不再只是单纯侵害身体健康，而是危及了公共安全，故构成投放危险物质罪。[1]

投放虚假危险物质罪

刑法中还有一类投放虚假危险物质罪，是2001年12月《刑法修正案（三）》增加的新罪。这项法条的诞生源起于一起真实案件——肖永林案。

2001年10月，上海市市民肖永林被单位处理，怀恨在心，于是给单位领导寄了一包石灰粉，谎称是炭疽粉。同时还给上海市当时的主要领导、东方电视台都寄了石灰粉。当时美国接连发生了9·11袭击事件和炭疽攻击事件，有人把含有炭疽杆菌的信件寄给数个新闻媒体办公室以及两名民主党参议员。这个生物恐怖袭击事件导致5人死亡，17人被感染。

可想而知，当时整个上海陷入恐慌之中，以为也遭受了恐怖袭击。最后发现是虚惊一场，因为只是一包石灰粉。当时还没有投放虚假危险物质罪，法院就定了一个兜底罪，以危险方法危害公共安全罪，判处肖永林4年有期徒刑。

考虑到这种现象常见，当年底全国人大后来通过了新的修正案，增加了一个新罪，叫投放虚假危险物质罪。但是显然，这个条款对于肖永林是没有溯及力的，毕竟从旧兼从轻。

想一想

在2001年，你觉得法院对肖永林案的判决合理吗？

[1]古计明、方振华投放危险物质案，《刑事审判参考》第358号。

044 以危险方法危害公共安全罪

作为兜底罪名，以危险方法危害公共安全罪中的“危险方法”必须和放火、爆炸、投放危险物质、决水具有等价值性。成立本罪并不需要出现死亡、重伤等实害结果，只要存在足以危及公共安全的具体危险就构成犯罪，可以判处3年以上10年以下有期徒刑。如果出现了致人重伤、死亡的实害结果，则可判处10年以上有期徒刑、无期徒刑，甚至死刑。

何谓等价值性呢？比如开车乱撞人，又如朝楼下跳广场舞的大妈扔暖水瓶。肖永林案符合这种等价值性标准吗？

让一个放火的人、爆炸的人、投毒的人都站在台上，旁边再站一个开车乱撞人的人，四个人站在一起还是很和谐的。但是角落里站着一个投石灰粉的人，你会不会觉得破坏了这种和谐的“美感”呢？显然，认定肖永林的行为构成以危险方法危害公共安全罪，并不符合等价值性的解释方法，这也是为什么法律后来会修改。

传播新冠肺炎

2013年，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定：如果故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的，可以按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

2019年末2020年初全面爆发的新冠肺炎，属于突发性传染病，具有高度传染性，故意传播这种疾病当然达到了足以危及公共安全的程度。

但是，在关于本罪的适用上，一个最突出的问题就是如何区分故意和过失？

按照刑法理论，故意包括直接故意和间接故意。直接故意比较好认定，行为人对结果的发生持的是一种希望的态度，比如知道自己感染疾病，故意在他人食物中散播病毒，希望他人被传染。从目前披露的案件来看，这种案例很少。

比较复杂的是区分间接故意和过于自信的过失。在刑法理论中，这本来就是老大难问题。从逻辑上来说，两者的界限非常清晰。然而在经验上，两者的界限其实非常模糊。

江某中案

典型案件的如新冠疫情期间，马鞍山市中心医院心胸外科医生江某中案。据公安机关的通报，1月23日，江某中携妻女回安庆老家，其间三次与其大哥、大嫂一家聚餐。1月27日返回马鞍山市，第二天到医院上班。1月30日晚，江某中出现低热、感冒症状。2月4日，他再次到马鞍山市中心医院上班。2月6日，江某中的大哥、大嫂被安庆市确诊为新型冠状病毒肺炎感染者。当日，江某中和妻子（马鞍山市中心医院消化科医生）停止上班。

经检查，江某中系疑似新型冠状病毒肺炎感染者。马鞍山公安机关成立专案组，对江某中涉嫌以危险方法危害公共安全罪立案侦查。在抗击疫情的关键时刻，采取严厉的刑事政策完全合理。但是政策不能超越法律，罪刑法定仍然是定罪量刑的基本原则。

一般来说，可以从两个角度来把握故意和过失的界限。首先，在认识要素上，虽然两者都认识到可能发生危及公共安全的结果，但是在可能性的概率上是不一样的。间接故意的可能性是高概率的，但在过于自信的过失中，结果发生的可能性则相对要小得多。比如行为人开车看到路上有人但没有减速，因为他认为距离很远，危险不大，但由于路人边走路边看手机，没有注意到疾驶而来的车辆，行为人刹车不及，路人被撞身亡。在这个案件中，行为人显然预见到了行为可能发生车祸的危险，但这种可能性并未达到高概率的程度，因此行为人的主观心态是过失，而非故意。需要说明的是，可能性的高低是要根据行为当时所处的

情境进行综合判断，而不能采取事后诸葛亮的事后标准来判断，因为按照事后标准，既然结果已经发生，那根本就是必然，而非可能性。

其次，在意志要素上，间接故意的行为人对于结果的发生持放任心态，结果发生也可以，不发生也可以，无所谓。但在过于自信的过失中，行为人对于结果的发生持否定态度，结果的发生违背行为人的意愿。当然，大部分嫌疑人被抓其实都会主张结果的发生违背了自己的意愿。所以很多时候，放任心态和否定心态的区别还是要从经验上来进行推定，看危害结果的发生可能性是高概率，还是低概率的。如果结果的发生具有极高的概率，那么就足以推定行为人对结果发生持有放任心态。当然，如果没有充分证据证明行为人具有放任的心态，那只能推定行为人的心态是过失的。

具体到江某中案等类似案件，如果行为人已被确诊为新冠肺炎的感染者或者经医疗机构认定为高度疑似病人，仍然拒绝接受隔离，故意前往公共场所，足以导致疾病传播的，才可以认定为故意型的以危险方法危害公共安全罪。但是像江某中案的当事人只是出现低热、感冒症状，并未经医疗机构认定为疑似病人，在当时的情境下，有这种症状并不能高概率地得出行为人可能罹患新冠肺炎，因此，其主观心态不宜认定为故意。否则，所有出现感冒发烧症状的人士都不能出门，甚至不能前往医院，因为前往医院的途中都可能构成以危险方法危害公共安全罪，这种打击面实在太宽。

必须说明的是，以危险方法危害公共安全罪除了故意型的，刑法还规定了过失型犯罪。但是这个罪名是一种实害结果犯，必须要出现致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的实际后果才构成犯罪，如果只是存在一种危及公共安全的具体危险，并未达到犯罪标准。比如，在江某中案等类似案件，如果有证据证明，他们的轻率或疏忽导致多人感染疾病，就可以过失型犯罪论处。

瘟疫与法治

大量涉及传播新冠肺炎的案件涌入司法机关，所以2020年2月11

日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部出台《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》，明确了这个兜底犯罪的适用标准，避免打击的扩大化。

根据这个意见，只有确诊病人和疑似病人才可能构成以危险方法危害公共安全罪。一是已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者，拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具的；二是新型冠状病毒感染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具，造成新型冠状病毒传播的。

这个标准其实非常严格，对于疑似病人拒绝隔离，不仅要进入公共场所或者公共交通工具，还要造成病毒传播才可以本罪论处。

瘟疫在人类历史此起彼伏，人类从来没有真正制服瘟疫。瘟疫打断了人们习以为常的安排，但是人类社会从来没有按部就班的生活方式，异常也许就是常态。瘟疫让人恐惧，但人类最应该恐惧的是恐惧本身。法治的一个重要功能就在于尽可能给人们提供一种相对确定感，让人不至于陷入无序的恐慌之中。因此，不能因为对于疾病的恐惧就突破法治的基本原则，否则就将陷入另一场更大的瘟疫。

想一想

甲从50楼往楼下跳广场舞的人群投掷自制的土炸弹，致多人被炸伤。乙在高速路上撒满钉子，过路车辆车胎多被扎破。两人该当何罪呢？

事故犯罪

045 交通肇事罪

交通肇事罪，是日常生活中常见的罪名。违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，即构成交通肇事罪。法条规定了三种级别。

第一档是基本型的，违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第二档是交通运输肇事后逃逸，或者有其他特别恶劣情节的，处3年以上7年以下有期徒刑。

最严重的是第三档，逃逸致人死亡的，处7年以上有期徒刑。

常见的交通肇事案

交通肇事罪，它必须发生在交通运输过程中，违反了交通法规且发生重大事故。违反交通法规和发生事故之间必须要存在因果关系，否则就不构成交通肇事罪。张三喝酒喝多了，在路边车位停车睡觉，结果外卖小哥骑车太着急，撞上车后身亡。张三酒后驾车违反了交规，事实上也发生了事故，但酒后驾车跟事故之间没有因果关系，只要张三停在划定的车位里，就不构成交通肇事罪。

另外一种常见的案件是超速撞人案。张三在限速80公里的路上开到

了每小时120公里，超速驾驶，然后又回归到正常速度。突然从草丛中钻出来一个小孩，张三来不及刹车，就把他给撞死了。张三之前一段路的超速驾驶肯定违反了交规，如果不超速，他就不会在这个特殊的时间点到达这个特殊的地方，也就不会撞死小孩。

从表面看，张三的超速和死亡是有因果关系，但你隐隐约约是不是觉得有点不对劲？交通法规中禁止超速的内在目的，是为了保持驾驶者的控制能力，能够在出现突发情况时做出刹车、避让或者停车等反应，而不是防止有人在特殊的时间点到达特殊的地方。在本案件中，张三控制能力并没有降低，他是在正常驾驶，因此从实质看超速和车祸没有因果关系。

除了驾驶人员，非交通运输人员也可以构成交通肇事罪。如果骑自行车把人撞死也是可以构成交通肇事罪的，甚至行人乱闯红灯，导致后车连环追尾发生严重事故，也可以构成交通肇事罪。

交通肇事并不一定构成犯罪

不是所有的交通肇事都构成犯罪，只有下列的情况才构成犯罪。

1.死亡1人或者重伤3人以上，负事故全部或者主要责任的。如果肇事者只需负事故的次要责任或者同等责任，很多时候甚至是三方责任，就不一定构成交通肇事罪。比如张三开车把人碾了，最后发现原因是路上施工的井口盖没有盖严。张三碾到井口盖，车子失衡，把一个逆向行驶的骑三轮车的人给撞了。显然，施工方、被害人和张三都有责任，最后认为三人负同等责任，也就是说张三只负三分之一的责任，没有达到主要责任，所以不构成交通肇事罪。

2.死亡3人以上，负事故同等责任的。

3.造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在30万元以上的。财产损失不包括行为人自己的财产。

4.交通肇事致1人以上重伤本身是不构成犯罪的，除非负事故全部或者主要责任，并具有六种情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚。这六种情形是：酒驾、毒驾、无证驾驶、明知安全装置不全或失灵、没有牌照或者严重超载，以及为逃避法律追究逃离事故现场。

撞人后逃逸，罪加一等

交通肇事罪有两种加重情节，其刑罚也加重。

第一种加重情节，其刑罚幅度是3年以上7年以下有期徒刑，即交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的。

“交通运输肇事后逃逸”是指在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为，此处的交通事故必须达到犯罪程度。

这种加重情节相当于我们一步一步走台阶，第一级台阶是3年以下，那第二级台阶就3到7年。你如果要走到3到7年这个台阶，先要经过第一级台阶，因此交通运输肇事后逃逸，首先要成立交通肇事罪。

张三在未取得机动车驾驶证的情况下，驾驶越野轿车，在高速公路上超速行驶，导致其驾驶的越野轿车与刘某驾驶的挂车发生碰撞，造成越野车上的乘客郭某受伤并经医院抢救无效而死亡。经鉴定，张三在此事故中负主要责任。事故发生后，张三即被送往医院接受治疗，其在交警询问时，谎称自己的姓名为李四，并编造了虚假的家庭成员情况，且拒不交待肇事经过。当日，张三逃离医院，但昏倒在医院门口。

张三的行为是否构成“交通运输肇事后逃逸”？

法院最后认为成立，理由是张三的前行为已经构成了交通肇事罪的基本构成，同时其在医院治疗时，谎报身份，且拒不向公安机关如实交待肇事经过，说明其具有逃避法律追究的主观目的。张三擅自离开医院的，应认定其在交通肇事后逃逸。可见，只要逃避法律追究就可以理解为逃逸。

逃逸致人死亡

第二种是更为加重的加重情节，其刑罚幅度为7年以上有期徒刑，即逃逸致人死亡。司法解释规定，“因逃逸致人死亡”是指行为人在交通肇事后为逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。如果不是为逃避法律追究而逃跑，如报警、自首或者害怕遭人殴打而离开现场而后又自首的，或者不逃避法律责任的，不属于交通运输肇事后逃逸。

从这个法条文的规定，大家会发现，发生事故之后，行为人会产生两个义务，一个是报告义务，一个是救助义务。

“因逃逸致人死亡”需要遵循主客观相统一学说。首先，在主观上，行为人对死亡结果是过失的，如果是故意，就直接构成故意杀人罪。一般说来，肇事后单纯的不救助只能推定为过失。当然如果有把被害人转移到荒郊野外，或者回轮碾压，或者下车伤害的举动，自然可以推定行为人的主观心态为故意。其次，在客观上，逃逸和死亡之间一定要存在因果关系，逃逸发生在死亡之前，逃逸使得被害人得不到救助而死亡。

张三开着货车，在拐弯的时候“咯噔”一声，以为碾了一块石头，没多想就开走了。回到家发现轮胎上有血，回忆起刚才的咯噔之处，开着车返回，发现那旁边围着许多警察，他很害怕就走了。其实被害人在被撞时就死了，请问在这个案件中张三应怎么定性？

按主客观相统一学说，第一在主观上对死亡结果是过失，客观上张三逃逸且对方死了，但逃逸不是指离开现场，逃逸是逃避法律追究，张三是在受害人死后逃避法律追究的，是死亡致人逃逸，而非逃逸致人死亡，所以只属于交通肇事罪的第二档——交通运输肇事后逃逸。

李四开车把人撞了，误以为被害人已死，下车拨打110报警电话，但是自始至终没有透露自己的个人信息。案发地离警察局有点远，警察花了2小时才赶到案发现场，被害人因在此期间无人救助死亡。在警察赶来之前，李四跑了，第二天下午4点李四投案自首。本案中李四对死亡结果是过失，客观上逃逸行为与死亡有因果关系，所以属于逃逸致人死亡。

另一个经典的案件是“我爸是李刚”的主角李启铭案。当时，李少爷驾驶着他的黑色迈腾去河北大学接女朋友，在校园内加速狂冲，撞倒了路上的两名女生，致一名女生重伤，另外一名女生被撞成轻伤。他撞人后没有停车而是继续飙车，最后李少爷被保安拦下来，还透露给保安一个天大的秘密“我爸是李刚”。五分钟后，受重伤的女生被送往医院，抢救无效死亡。事后证实李刚是当地的公安局副局长。

在这个案件中，李少爷自然有肇事行为，也有逃逸情节，但逃逸和死亡有因果关系吗？逃逸和死亡的因果流程是逃避法律追究使得被害人得不到救助而死亡，但在这个案件中，重伤的女生并没有被耽误救助时间，换言之即便李少爷送她去医院，也无济于事，所以法院认为逃逸与死亡没有因果关系，最后认定李少爷属于交通肇事后逃逸，按照交通肇事罪的第二档刑罚量刑，判处李少爷6年有期徒刑。

连环肇事案

连环肇事案会涉及比较复杂的定性问题，也是日常高发的交通肇事案件。

张三夜晚驾车经过无照明路段时，不小心撞倒李四，后继续前行。数小时后，王五未注意，驾车从李四身上轧过。最后查明是第二辆车把李四碾死了。张三的行为应该如何定性？

首先，张三主观上对死亡结果是过失，客观上有逃逸。逃逸和李四死亡有因果关系，虽然死亡是第二辆车导致的，但是这种介入因素没有切断因果关系。张三自然构成逃逸致人死亡罪。

结果张三找了一个很厉害的辩护律师，律师提出一个新颖的辩护策略，认为尸检结果证明是第二辆车碾压而死，也没有证据证明第一辆车把人碾压到重伤以上的结果。既然无法证明张三碾压到重伤以上的结果，那就意味着第一撞没有达到交通肇事的基本构成要件。既然没有达到交通肇事罪的基本构成要件，那也就不可能升格为交通肇事的加重构成要件！

如果你是检察官，听到律师的辩护，如何回应？

从逻辑上来说，加重构成应该先符合基本构成，就像刚才说的走台阶，要一级一级往上走。但是法律的生命不是逻辑而是经验，如果认为交通肇事中逃逸致人死亡必须符合基本构成要件，那么大部分的逃逸致人死亡都无法认定，因为现有的鉴定技术，很难鉴定出逃逸之前的行为导致了重伤以上结果。因此，这种逻辑会导致法律出现严重的不公平。

所以，最高人民法院在《刑事审判参考》1116号邵大平交通肇事案的指导案例中明确指出：“因逃逸致人死亡”的认定，不以逃逸前的交通肇事行为构成犯罪为前提。

总结一下，刚才我们讲第二档，交通运输肇事后逃逸需要符合基本构成要件，但是逃逸致人死亡的交通肇事罪不需要符合基本构成要件。

三组对比案例

关于连环肇事案还有很多问题值得讨论。

上海有一个真实的案件，张三开车把人给撞了，事发点在外环路，属于快车道，车流量极大。张三没有采取任何措施直接跑了，5分钟后另外一辆车把躺在地上的伤者碾死了。法院认为，因为事故发生在快车道，肇事者把人撞了又没有采取任何保护性措施，被害人被后车碾压是极高概率事件，所以主观心态应当推定为主观故意，最后张三被认定为故意杀人罪。

第二个案件是李四在普通道路上撞人，被害人躺在路上，半小时后王五从此处经过，再次碾压被害人。结果查明王五碾压之前被害人就死了，也就是说被害人死于第一次撞击。因此，李四属于交通运输肇事后逃逸，不属于逃逸致人死亡。

第三个案件更为复杂，王六在普通道路上撞人，被害人躺在路上，半小时后王七从此经过，再次碾压被害人。现在鉴定不出被害人是死于第一撞还是第二撞。如果是第二撞造成死亡，王六可能构成逃逸致人死

亡，如果是第一撞就造成死亡，王六就构成交通运输肇事后逃逸。当区分不了时，从有利于行为人的角度进行推定，只能推定王六构成交通运输肇事后逃逸。

想一想

张三在交通肇事后即将被害人抱送附近诊所求治，但诊所说必须送县医院，张三速送被害人去县医院抢救，后认为被害人已死，遂将被害人抛弃在河滩上。尸检结果无法确定被害人死于抛弃之前，还是抛弃之后。该案如何处理？

046 危险驾驶罪

危险驾驶罪是2011年《刑法修正案（八）》增加的新罪，指在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车等行为。此罪的刑罚不重，仅处拘役和罚金，包括四种行为方式：飙车、醉驾、超速超载和运输危险化学品。

追逐竞驶

情节恶劣的追逐竞驶，也就是所谓的飙车行为。追逐竞驶最核心的点是“竞”，它一定要有竞赛、比拼性质。它可能是多个人竞驶，也可能是一个人竞驶，比如有人专门追警车，还有人专门追救护车，当然还有人专门比计时赛看谁开得快，像最著名的京城二环十三郎案。二环路全程32.7公里，飞车高手在晚上九、十点钟正常车流量的情况下，13分钟能开完，史称二环十三郎。一拨玩车族在比谁开车开得快，这就是典型的追逐竞驶。

有种情况比较有趣，张三开车，李四别了他一下。张三很生气，马上别了回去。两人对着别，就在路上不停地别来别去，互相开斗气车，所幸没有造成什么事故。但是，其实两人的行为都构成危险驾驶罪，而且属于共同犯罪。

醉驾

醉驾即醉酒驾驶机动车，它不包括毒驾，即便毒驾的社会危害性更大，也不能解释为醉驾，这种举轻以明重的当然解释只有实质当然，没

有形式当然，属于对行为人不利的类推。同理，醉驾也不能包括醉酒驾驶轮船、飞机，毕竟机动车无法包容轮船、飞机这些交通工具。

血液中的酒精含量大于或者等于80毫克/100毫升为醉酒驾车。粗略估计，两瓶啤酒或者三两白酒，就能达到醉驾标准，喝酒之后千万别开车！

有人平常车里备瓶酒，等警察来了，当着警察的面把二锅头一口吹掉。他对警察说“不好意思，看到警察就紧张，紧张就喝酒。”这能规避法律吗？很难查出他在见到警察前有没有喝酒。司法解释直面了这个问题，它规定：血液酒精含量是认定是否醉酒的依据。犯罪嫌疑人在公安机关依法检查时，为逃避法律追究，在呼气酒精含量检验或者抽取血样前又饮酒，经检验其血液酒精含量达到醉酒标准的，应当认定为醉酒。

超载超速和运输危险化学品

这两种危险驾驶行为都是《刑法修正案（九）》规定的，超载超速是指从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的。可见，刑法打击的只是客运车的严重超载超速，货运车超载超速并不构成危险驾驶罪。

现在有意见认为应该在危险驾驶罪里面增加货运车超载的情形，也有意见认为这样立法有可能导致处罚范围扩大。对于大货车司机超载行为，当然应当严肃处理，但是一律通过刑罚措施来治理，并不一定能取得良好的效果。最好的社会政策是最好的刑事政策，刑罚只是治理社会矛盾的最后手段。

最后一种危险驾驶罪，是违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危及公共安全的。

你会发现，在前几类危险驾驶罪的行为类型中，都没有出现危及公共安全的表述，但运输危险化学品却有这个限定。所以在理论上，我们认为前三类危险驾驶都是行为犯，并不需要证明危险驾驶行为危及了公共安全，比如张三喝了四两白酒后醉酒驾车，张三被查后辩解说自己平

常的酒量两斤起步，喝这点酒一点都不影响开车，反而更加清醒，这肯定不能作为辩护理由，只要故意达到醉驾程度，自然就可以构成危险驾驶罪。但是在运输危险化学品这类危险驾驶罪重，司法机关必须证明运输行为危及了公共安全，才能构成犯罪。

醉酒驾车一律构成犯罪吗

最高法公布的全国法院审判执行数据显示，在审结的刑事案件中，危险驾驶罪首次超越盗窃罪，排在第一位。醉驾型的危险驾驶罪已经成为当前第一大刑事案件。

有人提出对于醉酒驾车没有必要一律以犯罪论处，毕竟刑罚是最严厉的惩罚措施。

危险驾驶罪的刑罚虽然不重，只有拘役，但它毕竟是故意犯罪，有很多连带的后果，比如《律师法》规定：申请人有下列情形之一的，不予颁发律师执业证书：律师法规定受过刑事处罚的，但过失犯罪的除外。

但是这会出现一个怪异的现象，张三醉酒驾车，没有发生任何事故，其行为构成危险驾驶罪，判处拘役，属于故意犯罪。李四醉酒驾车，发生了致人死亡的严重事故，其行为构成交通肇事罪，判处有期徒刑3年，但却属于过失犯罪。因为交通肇事罪对于违反交通法规（如醉酒驾车）是故意的，只是对死亡结果是过失的，但整体上还是认为是过失犯罪。

所以，张三和李四相比，从刑罚来看，李四判得更重。张三拘役结束后是不能做律师，但是李四徒刑结束后还是可以从事律师职业的。

鉴于危险驾驶罪作为故意犯罪的连带后果，所以有观点认为醉驾没有必要一律以犯罪论处。

这里涉及对刑法体系性的认识，虽然醉酒驾车型危险驾驶罪是一种行为犯，只要醉酒驾车，无论是否存在危及公共安全的具体危险，都可

以构成犯罪。但是《刑法》关于犯罪的定义中有一个但书条款：情节显著轻微、危害不大的，不认为是犯罪。同时也规定对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚。这些总则的原则性规定对于刑法分则中的任何犯罪甚至故意杀人都有约束力。所以，2017年最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见（二）（试行）》规定了“对于醉酒驾驶机动车的被告人，应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况，准确定罪量刑。对于情节显著轻微危害不大的，不予定罪处罚；犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚”。

比如张三凌晨3点收工后喝了3瓶啤酒，车停在夜宵摊门口，张三家住在夜宵摊对面。车位就在夜宵摊5米外，张三怕第二天早上被警察贴条，一看路上没有一人，于是把车开到5米外的车位停好。从形式上看，这符合了危险驾驶罪的构成要件，但这可能就属于情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚。

重庆万州公交车坠江事故

2018年10月28日，公交公司早班车驾驶员冉某正常上班，驾驶22路沿路线正常行驶。当天9点，乘客刘某在A站上车，其目的地为B站。由于道路维修改道，22路公交车不再行经B站。刘某因不知道公交线路已改道且未理会司机的报站提醒，乘车过站后与司机发生争执逾5分钟，行至万州长江二桥时演变成互殴，约2秒后司机冉涌失去对公交车控制，导致越过中心线后撞击对向行驶的红色轿车与护栏后落入长江中。事故导致司机及刘某在内的15人遇难。

这个案件大家不会陌生，对于乘客与驾驶员发生争执互殴导致重大事故，应当如何处理，在司法实践中有一定争议，主要涉及以危险方法危害公共安全罪和交通肇事罪的区分。

在司法实践中，乘客与驾驶员发生争执互殴导致重大事故，存在两种情况。

1.殴打行为足以致驾驶人员失去对车辆的有效控制，从而直接引发

交通事故的。

2.殴打行为不足以致驾驶人员失去对车辆的有效控制，但引发驾驶人员擅离驾驶岗位进行互殴，导致车辆失去控制，进而间接引发交通事故的。

对于第一种情形，刑法理论没有争议地认为，由于乘客殴打行为直接导致了车辆失控，危及了公共安全。对此，乘客的行为应当以危险方法危害公共安全罪的定罪量刑，比如万州事件的乘客。

祝久平以危险方法危害公共安全案

祝在扬州市广陵区湾头镇搭乘12路无人售票公交车，因未及时购票而遭到司机的指责，祝遂生不满，便辱骂司机，并上前扇打司机的耳光。司机停车后予以还击，双方厮打，后被乘客劝止。司机重新启动公交车在行驶过程中，祝久平再生事端，勒令司机立即停车，并殴打正在驾驶的司机，并与司机争夺公交车的变速杆，致使行驶中的公交车失控，猛然撞到路边的通信电线杆后停下。结果通信电线杆被撞断，车上部分乘客因此受伤，公交车受损，直接经济损失近万元。

法院最后认为：祝在行驶的公交车上，无理纠缠并殴打正在驾驶公交车的司机，并与司机争夺公交车的变速杆，导致行驶中的公交车失控，虽然只发生撞断路边通信电线杆、公交车受损、部分乘客受伤、全部直接经济损失近万元的后果，但已足以危及不特定多数人的生命健康及其他重大财产的公共安全，其行为符合以危险方法危害公共安全罪的构成要件，依照《刑法》规定，判决如下：被告人祝久平犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑3年。[2]

司机的责任

在第一种情形中，值得研究的是司机是否应当追究刑事责任。在祝久平案中，司机回击这是人之常情，很难想象被殴却不还手的现象。但

是，在从事高度危险的职业中，人之常情也要受到一定的限制，如果明知回击行为会引发车辆失控的严重后果，但却轻信可以避免，或者疏忽大意根本没有预见会出现如此严重的后果，这应当认为存在刑法意义上的过失。当然，过失犯罪，只有出现严重的实害结果才能追究刑事责任。在祝久平案中只出现了危及公共安全的具体危险，而无实际的严重后果，所以自然无法追究司机的责任。

对于第二种情形，车辆失去控制造成交通事故是由驾驶人员擅离职守直接所致，但乘客的殴打行为又是引发驾驶人员擅离职守与其对殴的唯一原因。对此，乘客和司机的行为应当如何定性，则存在一定的争议。

比较重要的判例如陆某某、张某某以危险方法危害公共安全、交通肇事案。

被告人陆某某当班驾驶无人售票公交车，当车行驶至市区某站时，被告人张某某乘上该车。陆某某遂叫张往车厢内走，但张未予理睬。陆见上车的乘客较多，再次要求张往里走，张某某不仅不听从劝告，反以陆某某出言不逊为由，挥拳殴打正在驾车行驶的陆，击中陆的脸部。陆某某被殴后，置行驶中的车辆于不顾，离开驾驶座位，抬腿踢向张某某，并动手殴打张，被告人张某某则辱骂陆某某并与陆扭打在一起。这时公交车因无人控制偏离行驶路线，公交车接连撞倒一相向行驶的骑自行车者，撞坏一辆出租车，撞毁附近住宅小区的一段围墙，造成骑自行车的被害人龚某某当场死亡，撞毁车辆及围墙造成财物损失人民币超2万元。陆某某后投案自首。

在这个案件中，检察机关认为两人都构成以危险方法危害公共安全罪，向法院起诉，但法院最后认为陆某某构成以危险方法危害公共安全罪，但因有自首等从宽情节，判其有期徒刑8年。对于张某某，法院则认为其构成交通肇事罪，判处其有期徒刑3年。[3]

法院之所以认为张某某构成交通肇事罪，而非以危险方法危害公共安全罪，主要是考虑很难证明张某某对危害公共安全的后果存在主观故意，所以最后以过失的交通肇事罪追究其刑事责任。

具体到重庆万州的同类案件，乘客刘某和驾驶员冉某之间的互殴行

为导致恶性事故，如果两人没有死亡，那就涉嫌犯罪，也一定会涉及危险方法危害公共安全罪与交通肇事罪的适用问题。

紧急情形中的阻却事由

司法解释还规定了两种排除犯罪性事由，一种是正当防卫，一种是紧急避险。

对正在进行的妨碍安全驾驶的违法犯罪行为，乘客等人员有权采取措施予以制止。制止行为造成违法犯罪人损害，符合法定条件，应认定为正当防卫。所以乘客在打司机，张三从旁边气不过，拿着一壶开水从乘客头上浇了过去，乘客吱哇乱叫，这直接认定为正当防卫。

正在驾驶公共交通工具的驾驶人员遭到妨碍安全驾驶行为侵害时，为了避免公共交通工具倾覆，采取紧急制动措施，这是典型的紧急避险。乘客跟司机扭打在一起，司机紧急刹车，导致人员伤亡，甚至后车也发生冲撞，这对司机而言是紧急避险。但是乘客还是可以构成以危险方法危害公共安全罪。

法治的基本要义是要培养民众的规则意识，无论尊贵、卑贱、富裕、贫穷，都要受到规则的约束。如果人们非但不愿意遵守规则，反而视遵规守法为弱者的行径，那么你我是否也会遭遇万州事件，就只能听天由命了。

想一想

如果你乘坐的公交车上，乘客与司机发生了争执，你该怎么做？

[2]祝久平以危险方法危害公共安全案，《刑事审判参考》第319号。

[3]陆某某、张某某以危险方法危害公共安全、交通肇事案，《刑事审判参考》第197号。

第五章
破坏社会主义市场经济秩序罪

伪劣商品犯罪

047 生产、销售伪劣商品罪

破坏社会主义市场经济秩序罪属于经济犯罪，跟普通大众最最相关的就是生产、销售伪劣商品罪。

生产、销售伪劣商品罪包括9种具体罪名：生产、销售伪劣产品罪；生产、销售假药罪；生产、销售劣药罪；生产、销售不符合安全标准的食品罪；生产、销售有毒、有害食品罪；生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪；生产、销售不符合安全标准的产品罪；生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪；生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪。

其中，“生产、销售伪劣产品罪”与其他8种犯罪是普通法与特别法的法条竞合关系。

买假货犯法吗

在这9种犯罪中，大部分犯罪都必须出现了实际损害结果才构成既遂，但是有两种犯罪只需要出现具体危险不需要实害结果就可成立既遂，它们是生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售不符合标准的医用器材罪，成立这两种犯罪，必须达到足以危及人体健康的危险。

还有两种最严厉的犯罪，只需要有行为就可以成立既遂，它们是生

产、销售有毒、有害食品罪和生产、销售假药罪，只要在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为，或明知是假药而生产、销售的，就构成犯罪。这两种犯罪都保留了死刑条款。

虽然有卖就有买，但刑法只打击伪劣产品的销售者，并不惩罚单纯的购买者。知假买假是不构成犯罪的。但是购买者买后明知是伪劣产品又卖给他人的，那就另当别论，可能单独构成销售伪劣商品类犯罪。

生产、销售伪劣产品罪

生产、销售伪劣产品罪是指生产者、销售者故意在产品中掺杂、掺假，以假充真、以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额在5万元以上的行为。销售金额5万元以上不满20万元的，处2年以下有期徒刑或者拘役；销售金额20万元以上不满50万元的，处2年以上7年以下有期徒刑；销售金额50万元以上不满200万元的，处7年以上有期徒刑；销售金额200万元以上的，处15年有期徒刑或者无期徒刑；以上刑期均并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。

我们可能都有买到伪劣产品的经验。比如我买东北大米，仔细一看，发现是湖南大米，这也是伪劣产品，因为名实不符。或者我想买新米，张三卖给我陈米，这是以次充好，以不合格产品冒充合格产品，也属于伪劣产品。

现实中，卖假货的人很多，刑法对本罪的打击力度是有起点的，要求销售金额在5万元以上。这是一个典型的数额结果犯，只有达到数额标准才构成犯罪既遂。销售金额，既非利润也不是违法所得，而是指生产、销售者出售伪劣产品所得和应得的全部违法收入，比如卖出去的东西还没有回款，也属于销售金额。

但是，卖假货的人一般很少有记账的习惯，很难证明其销售金额达到5万元。最高法院通过司法解释解决了这个问题，把5万元的销售金额看成既遂标准，而不是成立标准。换言之，如果行为人的销售金额没有达到5万，虽然不构成既遂，但只要你的货值金额达到了15万，就可以

认定为未遂。

例如，张三卖假的东北大米，卖出了3万，存货有13万，构成犯罪吗？分开来看好像既不是既遂，也不是未遂。但是卖出的3万也算作是存货的一部分，所以货值金额有16万，可以构成生产、销售伪劣产品罪的未遂。

想一想

为什么“生产、销售假药罪”和“生产、销售有毒、有害食品罪”保留了死刑条款？

048 食品安全

民以食为天，食品安全事关民众的生死安危，所以刑法规定了两种犯罪：生产、销售不符合安全标准食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪。

有毒、有害食品在概念上其实也属于不符合安全标准的食品，两者如何区分呢？通俗一点讲，有毒、有害就是绝对不能吃，而不符合安全标准就是相对不能吃，或者说创造条件其实还是可以吃的。

大头娃娃事件

生产、销售不符合安全标准食品罪是指生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的行为。本罪是具体危险犯，一定要证明足以造成后果才定罪。基本刑处3年以下有期徒刑或者拘役；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑；后果特别严重的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑；以上刑期均可并处罚金或者没收财产。

一个令人心酸的案件是“大头娃娃”事件。从2003年开始，安徽阜阳100多名婴儿陆续患上一种怪病，脸大如盘，四肢短小。后来发现，这些婴儿都是因为食用空壳奶粉造成营养不良。国务院调查组证实，不法分子用淀粉、蔗糖等价格低廉的食品原料全部或部分替代乳粉，再用奶香精等添加剂进行调香调味，制造出劣质奶粉，婴儿生长发育所必需的蛋白质、脂肪以及维生素和矿物质含量远低于国家相关标准，但没有发现铅、砷等有毒、有害物质超标，也没有检出激素成分，基本排除受害婴儿受到毒性物质侵害的可能。

当时在认定这个案件的时候就产生了争议，很多销售奶粉的小卖铺

的销售金额很少在5万元以上，难以构成生产、销售伪劣产品罪。同时，生产、销售不符合安全标准食品罪要求足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾病。而营养不良属于食物中毒或食源性疾病吗？

按照世界卫生组织的定义，凡是通过摄食进入人体的各种致病因子引起的，通常具有感染性的或中毒性的一类疾病，都称之为食源性疾患。营养不良似乎既非感染性又非中毒性。

但是法律的定义可能也没有必要拘泥于医学术语，还是可以从民众对该语言的最大理解来进行解释，在普通民众看来，将食源性疾病解释为吃出来的病没有超越这个词语的极限。这就是为什么后来最高司法机关在司法解释中就明确指出：婴幼儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的，也可以构成生产、销售不符合安全标准食品罪。

制毒、售毒可处死刑

生产、销售有毒、有害食品罪是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。本罪是抽象危险犯，只要有发生行为就可定罪。

基本刑处5年以下有期徒刑；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑；致人死亡或者有其他特别严重情节的，处10年有期徒刑、无期徒刑或者死刑。以上刑期均可并处罚金或没收财产。

我们知道，给猪头脱毛是很麻烦的一件事情，张三用工业松香加热给生猪头脱毛，并将加工后的猪头分离出猪头肉、猪耳朵、猪舌头、肥肉等销售给当地菜市场内的熟食店，销售金额达61万余元。李四明知张三所销售的猪头系用工业松香加工脱毛分离得到的仍予以购买，并做成熟食在其经营的熟食店进行销售。经鉴定，被扣押的松香系工业松香，属食品添加剂外的化学物质，内含重金属铅，经反复高温使用后，铅等重金属含量升高，长期食用工业松香脱毛的禽畜类肉可能会对人体造成伤害。张三和李四的行为如何定性？两人成立共同犯罪吗？

两人没有进行犯意沟通和交流，不成立共同犯罪，张三有生产和销售两组行为，所以构成生产、销售有毒、有害食品罪，李四只有销售行为，所以单独构成销售有毒、有害食品罪。

想一想

李四跟张三两家都开鸭脖店，但是李四的生意不如张三好。李四趁张三不备，在他做鸭脖的卤水里投入大量的亚硝酸盐。张三当晚做鸭脖子时，觉得卤水有刺鼻的味道，以为天太热馊了，但舍不得倒掉，依然做了鸭脖子，结果导致客人食用后重伤甚至死亡，请问该案如何处理？

049 生产、销售假药罪

电影《我不是药神》的故事原型是陆勇案，案件的核心就在于其是否构成生产、销售假药罪。

在刑法中，生产、销售假药罪是指明知是假药而生产、销售，危害人体健康的行为。基本刑处3年以下有期徒刑或者拘役；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。以上刑期均并处罚金或者没收财产。

2002年，时年34岁的陆勇罹患慢粒白血病，医生推荐服用“格列卫”这种抗癌药。这是进口药品，一盒售价高达23500元，每个月需要服用一盒，昂贵的医疗费用让陆勇无法承受。陆勇年迈的父亲虽然已经退休，但是为了分担孩子的重担，也开始外出工作，在一次洽谈业务时车祸身亡。

2004年6月，陆勇通过朋友得知印度有一种“格列卫”的仿制药，药效和真药几乎相同，但一盒仅售4000元。陆勇开始服用印度仿制“格列卫”，发现确实有效后，介绍给其他白血病患者，并且到印度购买仿制药。很多病友让其帮忙购买此药，后来因为“团购”人数众多，仿制药每盒仅200元左右。

为方便给印度汇款，陆勇从网上购买了3张信用卡，将一张卡交给印度公司作为收款账户，另外两张因无法激活，被他丢弃。

2014年4月，沅江市公安局以涉嫌妨害信用卡管理罪和销售假药罪，将陆勇向湖南省沅江市人民检察院移送审查起诉。

该案引起民众的强烈关注。陆勇的数百名病友联名写信，请求司法机关对其免于起诉。2015年1月27日，湖南省沅江市检察院向法院请求撤回起诉。陆勇最终获释。

“假药”的界定

按照当时的法律，陆勇所售卖的仿制药的确属于假药。刑法中的假药是根据《药品管理法》有关假药的定义来界定的。陆勇所购买的印度仿制药没有批文、不具备合法渠道，因此被药监部门定性为“假药”。

将未经批准的进口药品视为假药来源于2001年《药品管理法》的修正，1984年的《药品管理法》并无类似规定。

尽管如此，在2001年《药品管理法》修正后的十年间，生产、销售未经批准的进口药品虽然是一种违法行为，但并不构成生产、销售假药罪。因为原刑法规定的生产、销售假药罪必须要达到足以严重危及人体健康的程度才能入罪。如果进口药品有医学上的疗效，虽然未经批准进口在法律上以假药论，但显然无法达到足以严重危及人体健康的程度，也就不构成本罪。

情况在2011年发生了变化。为了加大对生产、销售假药罪的打击力度，2011年2月25日，全国人大常委会通过了《刑法修正案（八）》，删除了原刑法所要求“足以严重危及人体健康”的限定条件。从此，只要生产、销售假药，即便没有危及人体健康，也可以犯罪论处。

刑法的处罚范围被极大地扩张，“我不是药神”式的案件如潮水一般涌至司法机关，这种现象可能是立法者始料未及的，法律与情理发生了严重的冲突，2014年最高司法机关出台司法解释，试图限制立法的过度严厉，该解释规定：“销售少量根据民间传统配方私自加工的药品，或者销售少量未经批准进口的国外、境外药品，没有造成他人伤害后果或者延误诊治，情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”但是，像陆勇这样的案件，显然不属于销售少量药品。

“假药”罗生门

山东聊城肿瘤医院陈宗祥医生因向患者推荐“假药”，也涉嫌销售假药罪，这同样让人反思假药概念的合理性。

据报道，癌症晚期患者王某住院期间，在主治医生陈宗祥的推荐下，通过第三方途径购买了一款名为“卡博替尼”的抗癌药。服药后，王某出现呕吐、厌食等反应，其家属将买来的药送食药监部门鉴定，结果显示为“假药”。陈医生承认推荐“卡博替尼”，但认为法律上的“假药”在医学上未必假，其推荐只是为了延长患者的生命，并未从中牟利。

“卡博替尼”系美国Exelixis公司研制的抗癌药，对治疗多种癌症广泛有效，因而也成为许多癌症患者的福音。不过，由于国内至今没有引进，患者只能出国或通过代购的方式购买。调查发现，网上有多个版本的“卡博替尼”（仿制药，价格相对低廉）的代购途径，王某购买的系印度产的卢修斯，每盒13800元。

是非曲直，众说纷纭。有人将王某的家属斥为“农夫与蛇”里的蛇，还有律师公开表示：生产、销售假药罪不设门槛，都应当追究刑事责任。由于诸多压力，对于陈医生的行为，当地公安后以情节显著轻微不予立案。

法律的进步

在上述案件的合力下，新修订的《药品管理法》对何为假药、劣药，重新做出界定。假药包括：所含成分与国家药品标准规定的成分不符的药品，以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品，变质的药品，所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的药品。其中，最令人瞩目的就是进口国内未批的境外合法新药不再按假药论处。该法于2019年12月1日起施行，法律的一个小小进步，背后的故事是沉重的。

但是，药神案件并不会高枕无忧，虽然进口国内未批的境外合法新药不再按假药论处，但是还可能触犯其他罪名。

在现代社会，刑法的触角涉及社会生活的方方面面，如果只从技术角度来看，我们所有的行为都有构成犯罪的可能。一个精致的法律技术主义者会敏锐地觉察到，以《我不是药神》的主人公程勇从境外偷运仿制药品售卖的行为，触犯刑法上的诸多犯罪：首先偷运入境行为构成走私普通货物物品罪。其次还构成非法经营罪。需要说明的是，非法经营

罪不需要以营利为目的，以亏损为目的以慈善为动机的非法经营也可以构成非法经营罪。

上海版“药神”郭桥案就是典型。郭桥是上海美华丁香妇儿门诊部的法定代表人，在为儿童接种疫苗时，从境外采购未经国家批准进口、检验的疫苗而被捕。这里有两个背景值得注意，一是很多儿童家长希望能够为孩子接种进口疫苗，二是我国在2014年2月到2017年3月期间，因药品审批原因中断了针对2岁以下婴幼儿的7价肺炎疫苗的进口，断供长达3年之久。2015年7月至2016年11月，美华门诊部非法从新加坡的诊所采购了11种儿童用进口疫苗，共1.3万余支，其中80%为13价肺炎球菌疫苗，还包括轮状病毒疫苗、水痘疫苗、五联疫苗和六联疫苗，采购总额近千万元。

一审法院以销售假药罪对此案进行了判决，郭桥被判处有期徒刑7年，罚金200万元，美华门诊部被判处罚金1200万元。郭桥不服，提起上诉，2019年11月27日，也即修订后的《药品管理法》正式实施的前4天，上海高院做出二审裁定，撤销郭桥案一审原判决发回重审。检察机关也做出变更起诉决定书，以走私罪向法院重新提起公诉，郭桥后被判处2年有期徒刑。由于郭桥自2018年1月一直被羁押，判决生效时差不多羁押了2年，所以判决不久郭桥即期满释放。

法律与道德

刑法是最严厉的惩罚手段，这种惩罚必须具备道德上的正当性，虽然一种违反道德的行为不一定是犯罪，但一种道德上被容忍甚至被鼓励的行为一定不是犯罪。在世界各国，消极道德主义也即以道德正当性作为排除犯罪的理由都被普遍认可。无论如何，善行都不能论以犯罪，否则违法就并非不义，反而成为荣耀了。

长期以来，不少司法机关都存在机械司法的问题，将司法活动等同于电脑运算。这种无视民众道德情感的行为，从司法者个人角度而言虽然是“安全的”，但从社会角度看却降低了司法的公信力。

司法人员总是期待最高司法机关出台司法解释，但如果司法解释姗

姗来迟，司法机关是否有勇气径直根据道德上的相当性做出除罪的决定呢？比如有关药品的司法解释规定了免责条款，但仅针对的是生产、销售假药罪，对于走私普通货物物品罪、非法经营罪却没有类似规定，司法人员是否有适用同样法理的担当呢？

刑法的合理性不是来自形而上学的推理，而是来自它所服务的道德观念。如果法律过于刚性，司法的作用不是让它更加刚硬，而是要用道德的润滑剂让法律柔软，满足民众的常情常感。

英国刑法学家詹姆士·斯蒂芬在《自由·平等·博爱》写道：在任何情况下，立法都要适应一国当时的道德水准。如果社会没有毫不含糊地普遍谴责某事，那么你不可能对它进行惩罚，不然必会“引起严重的虚伪和公愤”。公正的法律惩罚必须取得在道德上占压倒优势的多数的支持，因为“法律不可能比它的民族更优秀，尽管它能够随着标准的提升而日趋严谨”。

想一想

你在观看《我不是药神》时，觉得主人公程勇构成犯罪吗？

走私与公司犯罪

050 走私罪

走私罪是违反海关法规，逃避海关监管，进行走私活动，破坏国家海关监管制度，情节严重的行为。除了走私毒品罪以外，其他的走私罪都不再有死刑，毕竟走私跟人命是没关系的。

走私罪可分为以下三类。

1.走私普通货物、物品罪，构成这种走私罪必须有逃避应缴税额。

2.走私特定的货物，比如武器、弹药、核材料、淫秽物品等法律禁止或限制出入境物品，这些犯罪无须有逃避应缴税额的要素，只要违反国家规定，就构成犯罪。

3.走私国家禁止进出口的货物、物品罪，是一种兜底罪，用来填补前两类走私罪之间的空白。比较常见的禁止物品有珍稀植物制品、疫区的肉类、报废车辆等。

小心代购成走私

走私普通货物、物品罪有两种类型，一种是数额较大型，一种是蚂蚁搬家型。

数额较大型走私，只要偷逃应缴税额较大即可构成犯罪，司法解释将其规定为“偷逃应缴税额在10万元以上不满50万元的，应当认定为偷

逃应缴税额较大”，各省、市、自治区在10万至50万区间内根据情况来确定，但是可以肯定的是，如果偷逃税款达到50万就构成犯罪。所以代购也有风险，很有可能涉嫌走私普通货物物品罪。不管代购人是帮一个人还是帮好多人代购，所有的数额会加总计算应缴税额。

比如曾引起民众沸议的空姐代购案。离职空姐李某航多次携带从韩国免税店购买的化妆品入境而未申报，逃税113万余元，北京市二中院一审以走私普通货物罪判处有期徒刑11年，罚金50万元。2013年5月，北京高院二审将此案发回重审，后判决李某航有期徒刑3年，罚金4万元。

还有大量让人心酸的走私案件，比如走私抗癌药品，犯罪分子为自己或亲友从海外购买药品，但却论以走私，不仅药品没收，还要身陷囹圄。多年以前，我有个同学在某地司法机关工作，负责办理海关移送的走私案件，有不少是偷运境外仿制药品的案件，有些还是病患或者家属偷运。依照法律，同学不仅要将这些人的药品没收，甚至还要送他们入罪服刑。面对嫌疑人绝望的表情，他的良心备受煎熬，终于去职。近来我的另外一个朋友也差点铤而走险。当家人罹患重病，他决定去境外购买售价仅国内一半的靶向药品，虽然评估了法律风险，但他仍然决意冒险一搏。幸运的是，他赶上国内药品降价。如果非要以犯罪来测试人伦根本，这只能说是法律的悲哀。

蚂蚁搬家型走私，是指在1年内曾因为走私给予2次行政处罚后又走私的，直接认定为走私罪。前两次给予行政处罚可以是因为走私普通货物，也可以是走私特定物品，但是后一次又走私的，仅限于走私普通货物、物品。比如张三从海外购买多台苹果电脑，入关时没有申报，被查获，这是行政违法，可以进行行政处罚，三个月后再次帮朋友代购苹果电脑也没有申报，再次受到行政处罚，如果第三次再犯就构成走私罪。

走私文物罪

刑法中有走私文物罪。何谓文物，那肯定是和人类文明有关的遗物和遗迹。但是，2005年全国人大常委会发布的立法解释却规定，刑法有关文物的规定，适用于具有科学价值的古脊椎动物化石、古人类化石。

按照这个解释，走私恐龙蛋就有可能构成走私文物罪。

我对这个立法解释一直有困惑，按理来说无论是立法解释还是司法解释，都只是对法律条文的阐释，不能类推创造新的规则，否则就会违反罪刑法定原则。

后来我才发现自己学艺不精，因为立法解释的这个规定根本不是创造规定，它本身就是《文物保护法》的规定，《文物保护法》列举了五种需要国家保护的文物后，在最后一款又规定“具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石同文物一样受国家保护”。可见，立法解释只是对法律条文的再申明，并没有创造新的规则。

但是问题又出现了，具有科学价值的古脊椎动物化石、古人类化石属于文物，那走私无脊椎动物化石该当何罪呢？比如走私三叶虫化石，三叶虫化石可能比恐龙蛋还珍贵。

很明显，三叶虫不属于古脊椎动物化石，所以无法为文物这个概念所包容，同时也不能构成走私普通货物物品罪，因为这个罪需要一定的逃税金额作为构成要素。

走私三叶虫化石这类案件其实是一个明显的法律漏洞，但2009年《刑法修正案（七）》把这个漏洞给补上了，立法机关把原规定的“走私国家禁止进出口的珍稀植物及其制品的”调换了一下字序，同时加了一个等字，变成“走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品的”。也就是说把以前的走私珍稀植物及其制品罪，改成了走私国家禁止进出口的货物、物品罪。这显然是一个兜底的罪名，只要是走私特定物品和普通物品无法打击的罪名，都可能以这个罪名来处理。

后续走私和单向走私

走私一般都有一个从关内到关外，或者从关外到关内的过程。但后续走私发生在中国境内，没有通关过程，包括以下两种情况。

1.保税物品未经许可而内销，也就是通常说的未经批准出口转内

销。中国是全球最大的代工企业国之一，就像苹果手机很多都是富士康生产的，它的原材料由美国公司提供，这批原材料在进入中国时是不交税的，属于保税物品。但是如果你截留了其中一批原材料，在中国境内销售，也就逃避了关税。后续走私的本质，其实就是逃避关税型的犯罪。

2.擅自将特定的减免税货物在境内销售牟利的，这也逃避了关税，构成后续走私。比如张三是香港籍，以向大陆某机关捐赠汽车的名义，办理了7份免税进口的批文。张三后从香港免税进口汽车20辆，车辆价值共200多万，汽车被运到大陆后被卖掉，这就属于典型的后续走私。这里的牟利既包括积极牟利，也包括消极牟利，如洪某系独资企业老板，因欠他人巨额债务，私自将免税购买的，原价100万的两辆进口轿车，以市场价160万元充抵债务，很明显使得国家少收了关税，这也属于后续走私。

大部分走私犯罪既包括出口走私，也包括进口走私。但刑法中有个奇特的规定是单向走私，对于文物和贵重金属，只打击出口不打击进口。1999年发生过一个真实案件，林某从香港携带84公斤黄金入境没有申报，当场被抓。法院觉得很为难，因为走私贵重金属罪禁止出口，不禁止进口。所以一度认为林某的行为不构成犯罪。显然，这种理解就太过于机械，林某虽然不构成走私贵重金属罪，但如果走私贵重金属入境，偷逃税额数额较大，完全可以构成走私普通货物、物品罪。还有一类单项走私正好相反，是禁止进口不禁止出口，大家都知道，这就是走私废物罪了。

想一想

为什么会有单向走私的规定？

051 妨害对公司、企业的管理秩序罪

妨害对公司、企业的管理秩序罪中最重要的罪名就是非国家工作人员的商业贿赂，既包括非国家工作人员受贿罪，也包括对非国家工作人员行贿罪。

非国家工作人员受贿罪是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。根据司法解释，6万元就达到了数额较大的标准。基本刑处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

对非国家工作人员行贿罪是指为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的行为。构成此罪必须为谋取的是不正当利益。基本刑处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

为他人谋取利益

非国家工作人员受贿罪中的索贿和收受贿赂都必须为他人谋取利益，对比国家工作人员构成的受贿罪，只要其有主动索要贿赂的行为，无须为他人谋取利益就可以成立犯罪，显然这也体现了对公职人员犯罪更严厉的打击态势。

当然，为他人谋取利益可以是正当利益也可以是不正当利益，“为他人谋取利益”只是一个主观目的，这种目的并不需要实际实现。换言之，只要有为他人谋取利益的许诺，即便没有实际办事，也成立了目的要素。

在非国家工作人员受贿罪中，还有一种情况是单纯受贿，这是指在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，也可构成此罪。这种受贿并不需要为他人谋取利益。只要在经济往来中违规收受了回扣、手续费放进自己腰包，数额达到6万以上，就可能构成犯罪。

医生收红包

医生可能在三种情况下收受红包，一是做手术时收受患者红包，二是收受药商的回扣，三是医院领导采购药品收受红包。

对于第一种情况，一般不构成犯罪，因为这种现象比较普遍，刑法是一种最后法，不宜轻易使用，而且如果做手术的医生可以构成犯罪，那么塞红包的患者也可以构成行贿，这样打击面未免太宽。当然，医生的这种行为违反职业道德，可以进行纪律处分，但没有必要上升到犯罪高度。

第二种情况就比较复杂，以2006年湖北随州打击医院商业贿赂案为例，当时检察机关发现，有药商为向随州市中心医院销售药品，常年向医生行贿，每支药品回扣8元（医院售价每支28元左右）。涉嫌科室各有一套分配方法。其中一个科室有9名医生，其分钱规则是：药商根据微机管理员提供的开单情况，定期将提成交给科室副主任，由副主任分给每位医生。然后，每位医生从中拿出12.5%送给主任。初步查明，该科室2年接受回扣总额50多万元，主任收受6万多元。这种案件就有必要用刑法打击。但是涉及的问题是，医生属于国家工作人员还是非国家工作人员，如果是前者那就构成受贿罪，如果是后者那就构成非国家工作人员受贿罪。

这里主要涉及对刑法身份犯的解释。对于身份，不要只看表面，而要看实质。比如村官受贿案，如果村官利用村务管理之便受贿，那就是非国家工作人员受贿罪；如果利用公务管理之便，比如张三想当兵，村长负责相应的工作，张三给村长塞钱，这个时候村长所负责的就是公务管理，自然构成受贿罪，张三构成行贿罪。

大部分医生都在公立医院，属于事业单位工作人员，但是医疗工作主要还是一种技术性工作，而非公务管理。利用开处方来收受医药代表的回扣主要涉及对处方权的定性，这种权利只是一种技术性权力，而非公共事务管理的权力，所以应该以非国家工作人员受贿罪论处。

至于第三种情况，比如2010年至2019年7月，谢某利用担任某地卫生院院长期间，在采购药品过程中，交待其药房负责人采购医药代表代理公司的药品，收受药品采购回扣共计100多万归个人所有。医院领导利用药品采购权收受贿赂，这就是典型的利用公共事务管理的便利，应该以受贿罪定罪量刑。法院也的确以受贿罪判处谢某有期徒刑3年2个月。

想一想

家长张三逢年过节，都给老师购买礼品，是否构成对非国家工作人员行贿罪？

金融犯罪

052 贷款诈骗罪和骗取贷款罪

贷款诈骗罪，主观上一定要以非法占有为目的，客观上采取虚构事实、隐瞒真相的方法向银行或其他金融机构骗取贷款。

非法占有的目的一定产生在贷款之前，但是所有的人被抓都会说“我想还”，于是就需要用证据推定，这也是贷款诈骗罪和骗取贷款罪最大的区别，在客观上它们的方法是一模一样的，都是骗取银行的贷款，但关键要看主观上有没有非法占有的目的。

骗取贷款、票据承兑、金融票证罪，是2006年《刑法修正案（六）》规定的新罪，指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。

曲沪平案

2005年，中国的楼市开始高涨，国务院要求各银行自查风险。结果上海浦东发展银行发现有严重的违规放贷行为，有一个叫曲沪平的人，居然向银行办理住房按揭贷款高达数亿。你想一想，个人买房向银行能贷数亿，还是2005年，这多么可怕。

后来越查越觉得触目惊心，与曲沪平有关的住房贷款竟达91笔，包括浦发银行陆家嘴支行89笔、卢湾支行 2 笔，金额估计在 4 亿元左右。

这些贷款被用来购买上海中心城区黄浦、卢湾、浦东等地的高档物业。贷款的代理人全是曲沪平，提供按揭中介服务的均为上海优佳投资管理有限公司，公司的老板是美籍华裔顾某。顾老板假借他人名义向银行办理住房按揭贷款，套取银行的贷款来炒房。等楼价高涨之后，公司再抛售房产。据说后来一个保安惊奇地发现自己居然买了房，而且还是高档楼盘，还有人每个月为其支付月供，所以要求住进去，这才东窗事发。

顾老板构成贷款诈骗罪吗？不妨再思考一个更为经典的案件。

黄光裕案

黄光裕，原国美集团的老板，2004、2005、2008年三度问鼎胡润百富榜之大陆首富，在2006年福布斯中国富豪榜亦排名第一。2010年黄光裕因非法经营罪、内幕交易罪和单位行贿罪被判处有期徒刑14年。

其实，黄光裕在2006年就因为涉嫌骗贷被公安机关调查。黄光裕经营的第一个地产项目是北京鹏润家园项目，离金融街大概6公里。1999年，鹏润家园一期落成后，销售不佳。为了解决资金问题，黄光裕采取了虚假按揭的方式从中国银行北京分行套取资金。据称，黄光裕当时弄了大量的个人身份证向银行办理虚假按揭，得到了约3亿元的资金。此外，黄光裕还被认为利用一家担保公司从银行骗取了约4亿元的汽车贷款，也是利用给职工买车的幌子，当时的车贷一度是零首付，在手法上与骗取房贷类似。

银行贷款要当心

顾老板和黄老板的行为构成贷款诈骗罪吗？

其实不太容易认定，因为认定贷款诈骗罪必须要证明在贷款之前就有非法占有，也就是不想还钱的目的，而这个目的是很难证明的。在上述两个案件中，顾老板和黄老板应该都是想赚了钱再还回去，所以很难推定他们有非法占有的目的。

随着一大批这类案件的出现，《刑法修正案（六）》就规定了一个骗取贷款罪，算是填补了这个法律漏洞，根据从旧兼从轻原则，此罪名对于顾老板和黄老板是没有溯及力的。

骗取贷款这种案件在司法实践中很常见，比如张三买房向银行贷款，用的是假流水，假收入证明，就可能涉嫌此罪。很多人贷款出来的钱是愿意还的，但这不是辩护理由，如果连钱都不想还，那就是更严重的贷款诈骗罪了，骗取贷款罪最高可判7年有期徒刑，但贷款诈骗罪最高可达无期徒刑。

按照司法解释，凡以欺骗手段取得贷款等数额在100万元以上的，或者以欺骗手段取得贷款等给银行或其他金融机构造成直接经济损失数额在20万元以上的就可以骗取贷款罪立案追诉，所以大家向银行贷款一定不要欺骗。

想一想

张某为了买房，通过伪造相关材料，以欺骗手段获取银行贷款300万元，后无法归还银行本息，张某构成哪项罪名？

053 洗钱罪

洗钱罪，是指明知是毒品、黑社会性质的组织、恐怖活动、走私、贪污贿赂、破坏金融管理秩序、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益，掩饰、隐瞒其来源和性质的行为。通俗来讲就是把黑钱变成白钱。

相应刑罚，没收实施犯罪的所得及其产生的收益，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额5%以上20%以下罚金；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处洗钱数额5%以上20%以下罚金。

什么是洗钱

洗钱（Money laundering）这个名词还真和洗衣店（laundry）有关。20世纪初，美国芝加哥有一个犯罪团伙，请了一个高才生做财务总监。他开了一家洗衣店，为顾客洗衣物。然后把洗衣所得与赌博、走私等犯罪所得混在洗衣收入中，最后通过纳税申报，扣除税款后，黑钱就被洗白。

我国1979年刑法没有规定洗钱罪，1997年刑法才规定洗钱罪，但当时洗钱行为的上游犯罪只有毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪和走私犯罪这三种犯罪。

上游犯罪是一个非常形象的说法，洗钱是把上游犯罪流下来的钱洗干净。2001年美国9·11事件后，《刑法修正案（三）》又把恐怖活动犯罪增加了进去，2006年《刑法修正案（六）》又增加了三种上游犯罪：贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪。

构成洗钱罪应当以上游犯罪事实成立为认定前提，但这种事实成立

并不一定需要以犯罪论处，比如张三贩毒，李四洗钱，但李四案发时，张三死亡，或者张三虽然是大毒枭，但居然只有13岁，这些都不影响李四洗钱罪的成立。

洗钱的本质就是用各种方式掩饰黑钱的来源和性质，司法实践中比较常见的洗钱有：赌博式洗钱，黑钱放进赌场，最后回收的钱就相当于被部分漂白了，因为搞不清楚钱是怎么来的；混业经营式洗钱，就是把合法的生意跟非法的生意掺在一起，最后也能把钱漂白；汇款式洗钱，通过银行的方法把钱给转出去，也是典型的洗钱；跨境式洗钱，只要把犯罪收益带出境外都叫洗钱。比如，在深圳湾口岸客运出境车道，一辆前往香港的两地牌小客车，被发现车中央扶手箱位置有一个特制暗格。拆开一看，里面有金砖44块，每块重1千克，合计44千克，初估价值逾1000万元。如果司机将他人受贿所得换成黄金带到香港，这显然可以构成洗钱罪，当然还构成走私贵重金属罪。

制止洗钱

当前，外逃人员经常通过洗钱的手段进行资产转移，以设立各种空壳公司、离岸公司、虚假交易合同来运作，以逃避监管，有时很难发现，比如张三是官员，受贿惊人，准备外逃，找了一个外贸公司和境外某企业签订一份虚假的二手飞机交易合同，通过外贸公司把赃款汇至境外企业，境外企业收到钱后扣除必要费用，把钱存入张三设在瑞士银行的账户。因此，打击洗钱不仅要完善国内的监管，还要依靠国际的司法协助。

2005年12月，联合国的《联合国反腐败公约》为国际司法协作提供了一个广阔的前景，试图断绝腐败官员出逃国外的后路，让其竹篮打水一场空。其中最值得称道的如下。

首先，《公约》对洗钱犯罪规定了特别的域外管辖权。无论对上游犯罪是否有刑事管辖权，只要洗钱行为发生在国内，该缔约国就可以直接依据本国法律进行管辖[1]。如我国某官员受贿后，通过金融机构将贿赂款汇至美国，作为缔约国的美国就可直接依照本国法律对中国官员进行处理。

其次，《公约》建立了赃款剥夺制度，这是对外逃官员的釜底抽薪。《公约》规定了一整套完备的境外追逃、追赃机制。它包括直接追回和间接追回两套机制。直接追回是指缔约国可以在赃款所在地法院提起民事诉讼，取得外逃官员的贪腐所得。间接追回也即缔约国可以径直在本国对腐败官员提起诉讼，根据生效判决请求赃款所在的缔约国对赃款予以没收。为了更具操作性，《公约》甚至还规定，可以采取必要措施，以便在因为犯罪人死亡、潜逃，或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他相关情形下，能够不经过刑事定罪而没收腐败犯罪所得资产，以便进行资产返还[2]。在这个背景下，我国的《刑事诉讼法》也有重要的修改。

想一想

对七种上游犯罪以外的犯罪进行洗钱，应该如何处理呢？

[1]《联合国反腐败公约》第42条“管辖权”第1款。

[2]《联合国反腐败公约》第53、54条。

054 非法集资犯罪

非法集资犯罪不是一个法定概念，在我国刑法中其实没有非法集资犯罪的分类，它是一个学理概念。我国刑法涉及非法集资的罪名共有七个：欺诈发行股票、债券罪；擅自设立金融机构罪；非法吸收公众存款罪；擅自发行股票，公司、企业债券罪；集资诈骗罪；组织、领导传销活动罪；非法经营罪。

司法实践中比较常见的主要是非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪和非法经营罪。

非法吸收公众存款罪

所有的非法集资犯罪，在客观上其实都是非法吸收公众存款，所以这个罪名是非法集资犯罪的基础性罪名。

非法吸收公众存款罪，是指非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。认定此罪有四个标准。

1.非法性。未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金。

2.公开性。通过媒体等手段向社会公开宣传，包括口耳相传。

3.利诱性。所谓利诱性就是明天会更好，你把钱给我，我让你钱生钱。

4.社会性。最关键的特征是它必须是向社会公众，对不特定对象吸收资金。向特定的个体比如说向亲友或单位内部人员吸收资金，那就不

构成非法吸收公众存款。

“亿万富姐”吴英案

2005年5月至2007年2月，吴英以非法占有为目的，用个人或企业名义，采用高额利息为诱饵，以注册公司、投资、借款、资金周转等为名，从林卫平、杨卫陵、杨卫江等11人处非法集资，所得款项用于偿还本金、支付高息、购买房产、汽车及个人挥霍等，涉嫌集资诈骗共计近3.9亿元。

吴英案件中辩论的焦点就是特定性和社会性。吴英的辩护律师指出，吴英的11名借款对象均是其亲朋好友，并非社会公众。但是公诉人指出，吴英的这些亲友下面又有无数个下线，比如说林某有数百个下线，林某一人就提供吴英数亿元的集资款。这毫无疑问是社会性。

为了避免这样的争辩，后来规范性文件对特定性做了一定的限制：在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的；或者以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸收资金的。这两种情况依然符合社会性。

其实大家在生活中会看到，许多小企业非法吸收公众存款，因为很多民营企业在发展过程中需要资金，无法从银行贷款，就只能向公众集资。对这部分的犯罪没有打击的必要，因为它没有动摇金融管理秩序。司法解释也指出，非法吸收或者变相吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金的，可以免予刑事处罚；情节显著轻微的，不作为犯罪处理。

这项司法解释是在回应孙大午案所引发的争论。孙大午是一位著名的民营企业家，1989年，孙大午创立河北大午农牧集团有限公司。他所创办的大午集团有1千多职工，企业有工厂、公园、学校、医院。大午集团很有企业责任，在大午医院里，职工和村民每月只用1元，就能享受合作医疗。1996年开始，大午集团采用“职工入股”的方式融资，后来逐渐扩大到附近的村民，利息都比银行存款高。2003年5月29日，孙大

午被指向3000多户农民借款达1亿8千多万元，被捕入狱。徐水法院以“非法吸收公众存款罪”判处孙大午有期徒刑3年，缓刑4年。这个案件引发了极大的争论，很多人认为孙大午根本不构成犯罪。司法解释在无罪说和有罪说中显然采取了定罪但免刑的折中立场。

想一想

银行有没有可能构成非法吸收公众存款罪？

055 集资诈骗罪

集资诈骗罪跟非法吸收公众存款罪，在客观上是完全一样的，最大的区别就体现在主观上有没有非法占有的目的，就是行为人吸纳资金之前想不想还的问题，这点很像贷款诈骗罪和骗取贷款罪。非法吸收公众存款罪的最高刑是10年，但集资诈骗罪的最高刑是无期徒刑。

养殖蟑螂案

有一个奇怪的案件和养殖美洲大蠊有关，大家可能不知道美洲大蠊，但是蟑螂都不会陌生。南方会飞的大蟑螂叫做美洲大蠊，北方那种小蟑螂叫做德国小蠊，其实这两种蟑螂都原产非洲，后来为什么分别冠名为美洲大蠊和德国小蠊就不得而知了。

蟑螂也有利用价值，比如可以入药。王某、吴某、徐某等人成立了一个公司，宣称公司能够利用美洲大蠊生产预防癌症的食品和药酒，并与养殖户签订回收合同，承诺实行最低价保护制度。大量的农户高价购买他们的美洲大蠊幼虫，并与公司签订了《美洲大蠊养殖回收合同》，承诺4个月后美洲大蠊幼虫长成成虫后高价回收。但其实，该公司不具备履行合同能力，王某等人拿到钱后也根本没有投入生产，只是挥霍浪费，最后还卷款潜逃。养殖户培育的成千上万的美洲大蠊除了毁灭，别无他法，也不可能放蠊归山啊。

这些人的行为是非法吸收公众存款罪，还是集资诈骗罪呢？

你会发现，在客观上非法吸收公众存款的四性都具备了，非法性、公开性、利诱性、社会性，所以关键要看其主观上有无非法占有的目的。

所有的行为人在被抓时都会说自己其实想还钱，只是最后对形势出现误判还不起了，才出此下策走为上策。因此，司法解释对非法占有进行了规定，主要是根据一般人的生活经验进行推定。比如集资后不用于生产经营，或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例的，致使集资款不能返还的，或者携带集资款逃匿的，这都可以推定行为人从一开始就有非法占有的目的。显然，在养殖美洲大鳊养殖案中，是完全可以认定为集资诈骗罪的。

P2P理财案

2018年，大量的P2P平台爆雷，出现了一大批金融难民。

P2P是英文peer to peer lending（或peer-to-peer）的缩写，意即个人对个人的点对点网络借款，是一种将小额资金聚集起来借贷给有资金需求人群的一种民间小额借贷模式。P2P平台就相当于一个在网上把借款人和出借方撮合起来的平台，它并不保证出借方一定能够获得保本保息。在某种意义上，平台就相当于媒婆、红娘，把男女双方介绍成对，并不保证两人就一定能结婚，也不保证婚后就一定幸福美满。

按照规定，平台是不能为自身或具有关联关系的借款人融资，也不能直接或间接接受、聚集出借人的资金，更不能向出借人提供担保或者承诺保本保息。但是，很多P2P平台对这些禁令全都置若罔闻，爆雷也就在所难免。

e租宝事件

最知名的P2P案件之一莫过e租宝事件。该案受害者遍布全国各地，涉及115万人，集资资金共计762亿余元，未兑付款项380亿元。判决书指出：被告单位安徽钰诚控股集团、钰诚国际控股集团有限公司于2014年6月至2015年12月间，在不具有银行业金融机构资质的前提下，通过“e租宝”“芝麻金融”两家互联网金融平台发布虚假的融资租赁债权项目及个人债权项目，包装成若干理财产品进行销售，并以承诺还本付息

为诱饵对社会公开宣传，向社会公众非法吸纳巨额资金。其中，大部分集资款被用于返还集资本息、收购线下销售公司等平台运营支出，或用于违法犯罪活动被挥霍，造成大部分集资款损失。

e租宝发布的投资项目70%都是虚假的，公司高管大肆挥霍集资款项，公司负责人丁宁把集资款中的12亿“赠予”张某、王某、谢某等e租宝高管，最后出现溃烂局面可想而知。

法院以集资诈骗等罪判处丁宁、丁甸兄弟无期徒刑，张某等20多名高管获刑有期徒刑3至15年不等。其中以行业专家的身份加入e租宝，为其站台和背书的学者杨某，也被判有期徒刑4年6个月。

e租宝案中，许多人倾家荡产，跳楼自尽，社会影响极其恶劣。不知还在服刑或者已经出狱的涉案人等良心是否还有不安。当然，在某种意义上，丁宁、丁甸兄弟要感谢2015年《刑法修正案（九）》的修改，因为这次修改取消了集资诈骗罪的死刑条款。

想一想

传销方式集资，是不是一种集资诈骗罪？

056 信用卡诈骗罪

金融诈骗罪，是指在金融活动中，采用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。本罪侵犯的法益是复杂法益，既侵犯了金融管理秩序，又侵犯了财产权利，属于诈骗罪。

金融诈骗罪是特殊的诈骗罪，它与诈骗罪在客观方面是相同的，都是行为人实施欺骗行为，导致被害人陷入认识错误，被害人基于认识错误处分财产，最后行为人因此获得财产。主要有贷款诈骗、集资诈骗、票据诈骗、金融凭证诈骗、信用证诈骗、信用卡诈骗、保险诈骗等，不知是不是因为骗子太多，所以规定了那么多诈骗类的犯罪。

信用卡诈骗罪

现在几乎人人都有信用卡，而且根据立法解释，信用卡是指商业银行或其他金融机构发行的，具有消费、支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或部分功能的电子支付卡，只要具备任何一种功能都叫信用卡，所以借记卡也属于刑法意义的“信用卡”。花呗、白条这类互联网信用支付产品也是信用卡，因为这些平台都具有金融牌照。

信用卡诈骗罪是以非法占有为目的，利用信用卡骗取财物，数额较大的行为。包括如下行为方式，使用伪造或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的；使用作废的信用卡的；冒用他人信用卡的；恶意透支的。

基本刑处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下

罚金或者没收财产。

信用卡逾期与恶意透支

恶意透支则是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次有效催收后超过3个月仍不归还的行为。

信用卡逾期的现象并不少见，那是不是发卡银行只要催收，持卡人没有归还，就可以推定他有非法占有的目的呢？不一定。哪怕催收100次，持卡人客观上一直还不起，也不能直接证明他有非法占有的目的，因为非法占有目的一定要产生在透支前。

司法解释规定了一些推定“以非法占有为目的”的情形：明知没有还款能力而大量透支，无法归还的；使用虚假资信证明申领信用卡后透支，无法归还的；透支后通过逃匿、改变联系方式等手段，逃避银行催收的；抽逃、转移资金，隐匿财产，逃避还款的；使用透支的资金进行犯罪活动的；其他非法占有资金，拒不归还的情形。这六点都是根据生活经验来进行推定的。

非常独特的一个现象是，恶意透支型的信用卡诈骗罪的入罪标准比其他类型的信用卡诈骗罪都要高。2009年的司法解释认为一般的信用卡诈骗，只要数额在5000元以上就达到了犯罪标准，但是恶意透支型却要达到1万元才可入罪，2018年司法解释又修改了标准把恶意透支型信用卡诈骗罪的犯罪标准提高到5万，其他类型则保持不变，还是5000元。这可能是考虑恶意透支型这种信用卡诈骗是最常犯的一种类型，毕竟手上有卡和手上无卡相比，前者更容易激发人的犯罪欲望。

为了鼓励行为人及时还款，新的司法解释还把恶意透支数额的计算时间点推迟到公安机关刑事立案时，立案前还的钱都不再计算为透支数额。而且，在提起公诉前全部归还或者具有其他情节轻微情形的，可以不起诉；在一审判决前全部归还或者具有其他情节轻微情形的，可以免予刑事处罚。但是，曾因信用卡诈骗受过两次以上处罚的除外。

信用卡套现

信用卡套现，就是指使用销售点终端机具（POS机）等方法，以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金，情节严重的，可构成非法经营罪。“套现”其实是银行的业务，如果你没有银行执照却染指这个业务，那就可能构成非法经营罪。

套现者一般不构成犯罪，但如果属于恶意透支的，可以信用卡诈骗罪论处。

比如张三到超市去买花生，张口就要买30万的花生。老板吓坏了，说店里总共两包花生。张三说“我不真要花生，我刷30万，你把30万块钱给我行吗？”老板说：“我疯掉了吗？！”张三承诺给老板1万提成，老板答应了。超市老板就属于提供套现，构成非法经营罪。如果张三从套现之初就不想还钱，构成恶意透支，定信用卡诈骗罪。

现在私下提供信用卡套现的人并不少见，各种街边的小广告都贴着信用卡套现，这其实都可能构成犯罪。现在还有很多年轻人循环套现，以卡养卡，这一般不属于犯罪，但如果哪天资金链条断裂，还循环套现，就有可能逼近恶意透支了。所以一定要有好的用卡习惯，不要过度超前消费。

机器能不能被骗

“机器不能被骗”是法律上的一个基本逻辑，比如张三拿着一张门禁卡插进ATM机，结果吐出1万块钱，这就不算是骗，而是偷，因为这根本都不能算信用卡；或者李四指着ATM机，说：“给我吐钱，不吐钱我打你。”结果ATM机抽风了，真吐钱了，这依然是盗窃，不是抢劫，因为ATM机不能被骗，也不可能被抢。不要认为这是笑话，2018年云南罗平就有三个来取款的女生，发现ATM机自己吐钱4900元。还好她们选择了报警，如果当时她们起了贪心，把钱拿回去，那就麻烦了。因为，这不是骗，而是偷。盗窃罪的成立标准只要3000元就够了。

但法律和司法解释经常突破机器不能被骗这个原理。因为现在的信用卡经常在网上银行、电话银行等机器中使用，法律逻辑必须迁就经验理性。所以，司法解释规定拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM机）上使用的行为，属于“冒用他人信用卡”的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任；盗窃、抢劫信用卡并使用，依照盗窃罪或抢劫罪定罪处罚，无须区分对机器和对人。

刑法规定“盗窃信用卡并使用构成盗窃”，由于盗窃罪的入罪标准是1000—3000元，而一般的信用卡诈骗罪入罪标准是5000元，所以正确区分盗窃罪和信用卡诈骗罪就显得尤为重要。

想一想

甲盗窃了乙的借记卡与身份证，记下了借记卡的卡号后将借记卡偷偷放回原处。随后，甲持乙的身份证并冒充乙向银行挂失，由于甲能向银行工作人员准确提供借记卡的姓名、卡号与密码，使银行工作人员信以为真。但甲并没有要求银行工作人员为其补办新的借记卡，而是让银行工作人员将乙借记卡中的7000余元全部转入自己的另一借记卡。甲是否构成信用卡诈骗罪？

其他经济犯罪

057 侵犯著作权罪

侵犯著作权罪是以营利为目的，侵犯他人著作权，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。基本刑处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

一共有四种情形。

1.未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的。

2.出版他人享有专有出版权的图书的。

3.未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的。

4.制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

司法解释规定，个人违法所得数额在5万元以上，单位违法所得数额在20万元以上的，就属于“违法所得数额较大”，也就达到了犯罪标准，其实这个罪是很容易触犯的。

复制与发行

司法解释认为“复制发行”包括复制、发行或者既复制又发行的行

为。我们都知道复制和发行，也知道只复制不发行，那什么叫做只发行不复制呢？

这其实是为了解决司法实践中的一个困惑。警察在张三家里面发现大量的盗版书籍，但是没有证据证明是张三制造的，刑法中并没有规定非法持有侵权复制品罪，于是就看张三有没有发行行为，如果有推销之类的发行行为，就可以构成只发行不复制的侵权行为。

司法解释对“发行”的描述是：包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。另外，侵权产品的持有人通过广告、征订等方式推销侵权产品的，属于“发行”。

你会发现，按照这个司法解释，所有视频网站都可能面临犯罪的追诉。

要搞懂这个问题，我们先来思考与侵犯著作权罪相关的一个罪名——销售侵权复制品罪。比如张三将盗版光盘予以出售，获利颇丰，这就构成销售侵权复制品罪。司法解释规定的追诉标准是违法所得数额在3万元以上，或者非法经营数额在5万元以上的。

20世纪90年代，租碟非常流行。很多碟片店的碟都是盗版的，但是你不能直接认为是碟片店的老板复制出了盗版，只能认定他持有盗版的碟。他把碟租给你的行为，能够解释为发行吗？“出租”是不是一种发行？

你会发现，出卖行为很容易理解为发行行为，构成销售侵权复制品罪。但是出租是无法解释为销售的，因为它不会导致物品的所有权发生转移。为了解决这个难题，司法解释就把出租行为解释为发行。

有一些不正规的视频网站，网友上传了大量盗版的视频资源，又被其他人点击下载播放，盗版视频可以看成是视频网站所持有的，这种下载播放的行为完全可以解释为发行，因此只要视频网站主观上有营利的目的，就可以认定为侵犯著作权罪。

需要说明的是，主观上的营利目的可以是直接营利也可以是间接营利，以刊登收费广告等方式直接或者间接收取费用的情形，也属于“以营利为目的”。

侵犯著作权的行为与侵犯著作权罪

违法行为跟犯罪行为，一个是大概念一个是小概念，所有的犯罪行为都是违法行为，但并不是所有的违法行为都是犯罪行为。

本罪所惩罚的侵犯著作权的行为仅包括侵犯作品的复制权、发行权、专有图书的出版权、美术作品的署名权。如果所侵犯的是其他的著作权，例如，作品的修改权、非美术作品的署名权等，比如恶搞、鬼畜，只是违反著作权法的行为，但不构成侵犯著作权罪。

想一想

KTV播放盗版歌曲，该行为是否属于“发行”，从而构成侵犯著作权罪？

058 合同诈骗罪

合同诈骗罪是故意犯罪，指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，虚构事实或隐瞒真相，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。基本刑处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

合同诈骗肯定发生在合同过程中，主观上非法占有的目的可以产生在合同签订前，还可以产生在合同履行过程中。

合同诈骗罪跟诈骗罪

合同诈骗罪跟诈骗罪之间最大的区别，就在于合同诈骗罪一定是扰乱市场秩序的犯罪。本罪的合同一定是经济合同，如果这个合同跟市场秩序无关，比如订婚的彩礼合同，通过谈恋爱来骗钱，直接定诈骗罪即可。

在大城市，人们的时间越来越宝贵，很多人连谈恋爱的时间都没有。婚介所就有一些不良的婚介人员，手上有一些婚托。他们号称只为城市少数金领服务，想相亲先交50万，提供优质相亲对象。婚托在跟你相亲之前仔细阅读你的材料，投你所好，谈吐不凡，结果你就迷恋上了。你刚刚迷恋上，婚介人员又说，这个人很抢手，想单独相亲再交50万，享受VIP服务。其实就是个骗局，肯定构成诈骗，那它是普通诈骗还是合同诈骗呢？这里的关键在于婚介合同属不属于经济合同。婚介合同其实相当于中介合同，中介合同是属于经济合同的。而且此类案件也会打击正规的婚介所的形象，动摇正常的婚介市场秩序，因此可以定合同诈骗罪。

合同诈骗罪跟诈骗罪还有个区别，就看这个合同在诈骗时有没有起到关键的作用。

比如，张三是中药材商，号称他家有好多“手拉着手”的人形何首乌。但其实他家的何首乌都是红薯假冒的，把红薯放在模子里面，刷上黑漆，就变成手拉手的何首乌了。结果某公司签订了1吨的何首乌销售合同，收到才发现是1吨刷过漆的红薯。这份何首乌销售合同完全没有实际作用，纯粹是个幌子，所以只定诈骗罪。

合同诈骗罪与金融诈骗罪

行为人实施金融诈骗罪，经常会采取经济合同的形式，例如，保险诈骗罪会采取保险合同，贷款诈骗罪会采取贷款合同，因此，这存在竞合，原则上适用金融诈骗罪，但是在诈骗数额特别巨大的情况下，合同诈骗罪处罚可能会更重，则可以适用合同诈骗罪。

有时表面上进行金融诈骗，但若没有侵犯金融秩序，则只能以合同诈骗罪论处。例如，骗取他人担保申请贷款，由于行为人无法偿付贷款时，银行并无财产损失，只有担保人的财产会遭到损失，因此只能以合同诈骗罪论处。当然，如果行为人提供虚假担保或者重复担保，骗取银行或者其他金融机构贷款的，则构成贷款诈骗罪。

想一想

甲得知乙公司要发展代理商的信息，便找到与乙公司有长期合作的李某，李某信誓旦旦，说没有问题，并让甲对外宣称已与乙公司取得合作，以免错过商机。后甲与丙公司签订合同，丙向甲购买乙公司生产的机器设备，甲在合同文本上亦宣称是乙公司的独家代理商。合同签订后，丙公司向甲支付了300万元货款，但甲后与乙没有达成合作事宜。甲由于经济困难，最后只能归还丙公司200万元，对于甲的行为，是否构成合同诈骗罪？

059 非法经营罪

非法经营罪是指违反国家规定，非法经营，扰乱市场秩序，情节严重的行为。基本刑处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金；情节特别严重的，处5年以上有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金或者没收财产。

非法经营罪是经济领域中的“口袋罪”，包括四种行为方式：一是未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的，比如没有执照卖烟、卖酒、卖盐、卖药；二是买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的，这就是俗称的买卖批文；三是未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的，比如没有执照的私募基金，如果向不特定人募集就可能触犯此款；四是其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

王力军无证收购玉米

王力军2008年开始从事玉米经销商，从农民处收购玉米，但是并未办理粮食收购许可证。而根据《粮食收购资格审核管理暂行办法》，“凡常年收购粮食并以营利为目的，或年收购量达到50吨以上的个体工商户，必须取得粮食收购资格”。

王力军在收粮时与一名卖粮农民发生纠纷，后被举报。

2016年4月15日，临河区人民法院判决王力军构成非法经营罪。法院认为，王力军违反国家法律、行政法规规定，未经粮食主管部门许可，非法收购玉米，非法经营数额21万余元，数量较大。符合非法经营罪中第四款“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”规定，判处其有期

徒刑1年，缓刑2年，并处罚金2万元。

该案引起广泛关注，2016年12月16日，最高人民法院就此案做出再审决定，指令巴彦淖尔市中级人民法院对本案进行再审。法院认为，在本案中，王力军从粮农处收购玉米卖予粮库，没有严重扰乱市场秩序，且不具有与刑法规定的非法经营罪前三项行为相当的社会危害性，不具有刑事处罚的必要性。2017年2月17日，巴彦淖尔中院再审改判王力军无罪。此案后来入选2017年推动法治进程十大案件。

出版个人志案

曾有网络文学写手，因私自印刷并发售自己的小说（亦称“个人志”），以“非法经营罪”被法院判处有期徒刑。案件在网络文学圈中引起热议。

从形式的角度，定罪不成问题。国务院公布的《出版管理条例》明确规定，“对于擅自从事出版物的出版、印刷或者复制、进口、发行业务……依照刑法关于非法经营罪的规定，依法追究刑事责任……”同时，《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》也对此行为有过详细的界定，入罪门槛很低，只要“（1）经营数额在5万元至10万元以上的；（2）违法所得数额在2万元至3万元以上的；（3）经营报纸5千份或者期刊5千本或者图书2千册或者音像制品、电子出版物5百张（盒）以上的”，就可以非法经营罪论处。

但在实质层面上，值得研究的是出版个人志的行为是否会严重扰乱市场秩序。

非法经营罪属于破坏社会主义市场经济秩序罪中的一种犯罪，立法的本意在于对社会主义市场经济秩序进行保障。市场经济不能是完全自由放任的，必要的管理是合理的。但是管理的本质是为了促进市场繁荣有序，而非遏制市场的蓬勃发展。

因此，我们必须审视当前法律的出版管理是否促进了出版市场的繁荣，是否拓展了人类思想与知识的成就。

按照《出版管理条例》的规定，许多社会生活中司空见惯的行为可能都涉嫌违法甚至犯罪。比如现在流行的制作个人微博书、微信书，或者将个人公众号的文章印刷集结，严格按照条例的规定，只要达到相应的数额标准，似乎都有构成犯罪的可能。

然而，当一种行为呈现普遍性的违法，我们可能需要反思这种法律是否已经滞后，是否已经成为市场发展的阻碍。变化无穷的市场往往比人类理性更能够实现资源的有效配置。在很多时候，市场往往会走在法律之前，一如王力军无证收购玉米被宣告无罪案所提醒人们的，相比于粮食市场的发展，原有的粮食审批等法律制度是滞后的。

如果不考虑社会的现实，机械地维护既定的法律，可能会导致法律尊严的丧失。首先，当违法成为普遍现象，选择性执法就会成为一种常态。执法人员甚至可能基于偏见而有选择地查处案件。这不仅会极大降低法律的公正性，也会导致权力的滥用。

另外，这也一定会造成举报制度的滥用，人们会将公权力机关作为打击报复的工具，以致法律无限放大人性的幽暗，不仅没有促进正义，反而制造了更多的罪恶。

美国大法官路易斯·布兰代斯提醒人们：“对人们自由思想、未来希望及想象力的吓阻是危险的；因为恐惧会导致自由的压抑；长期之压抑将导致怨愤；而怨愤则将威胁稳定。”在很多时候，疏导可能更能促进社会的稳定。

水军删帖案

2013年9月9日，最高司法机关发布了一个司法解释，认为：违反国家规定，以营利为目的，通过信息网络有偿提供删除信息服务，或者明知是虚假信息，通过信息网络有偿提供发布信息等服务，扰乱市场秩序，个人非法经营数额在5万元以上，或者违法所得数额在2万元以上的，或者单位非法经营数额在15万元以上，或者违法所得数额在5万元以上的，属于非法经营行为“情节严重”，以非法经营罪定罪处罚。

最著名的案件就算是网络推手“立二拆四”非法经营案了。被告公司与某旅游公司签订推广合同，约定被告公司对旅游公司“888万元包机去伦敦看奥运会开幕式”旅游项目进行炒作。后被告人负责策划，并选择女模特巫某假扮炫富女，被告人拍摄相关图片，利用昵称为“杨×”的个人微博账号在互联网上发布“干爹888万带我包机看伦敦奥运”等虚假信息，引发网民关注，以达到炒作旅游公司奥运奢华游项目的目的，这种行为无疑已经构成非法经营罪。[3]

但是，如果水军行为只是损害个人的名誉，而与商业信誉和商品声誉无关，那么网络水军这种行为就并未侵犯市场秩序，也就不构成非法经营罪。绝对不能因为只要网络水军以营利目的删帖、发帖达到相应数额，就一律以非法经营罪论处。比如网络水军受雇为某奖项候选人进行投票，或者为宣传造势删除候选人的负面报道以及发帖粉饰该候选人，就不宜以非法经营罪论处。

疯狂的口罩

2020年新冠肺炎疫情期间，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部通过了一个司法意见，又增加了两类非法经营犯罪。一个是“在疫情防控期间，违反国家有关市场经营、价格管理等规定，囤积居奇，哄抬疫情防控急需的口罩、护目镜、防护服、消毒液等防护用品、药品或者其他涉及民生的物品价格，牟取暴利，违法所得数额较大或者有其他严重情节，严重扰乱市场秩序的”，另一个是“违反国家规定，非法经营非国家重点保护野生动物及其制品（包括开办交易场所、进行网络销售、加工食品出售等），扰乱市场秩序，情节严重的，依照刑法规定，以非法经营罪定罪处罚”。

第一类非法经营行为其实也不算新规定，因为2003年非典期间发布的司法解释也有类似规定，但第二类非法经营行为显然针对的是野生动物交易可能引发疾病传播的新情况。

根据司法解释，口罩生产、销售商坐地涨价，牟取暴利个人非法经营数额在5万元以上，或者违法所得数额在1万元以上的；单位非法经营数额在50万元以上，或者违法所得数额在10万元以上的，就可以立案追

诉。

反对意见主要站在自由放任的立场，认为如果将此类行为规定为犯罪，会极大地打击口罩生产、销售商的积极性，反而会导致口罩供不应求，不利于防控疫情。因此，稳妥的办法是通过市场手段进行调整，必要的时候应当由国家加大口罩的投放，来平抑物价，而没有必要用刑法手段来进行打击。

这种观点当然有合理之处，我们必须接受对立观点对我们立场的调整和修正，永远不要在自己看重的立场上附加不着边际的价值。人类事务复杂万分，很多时候不是非此即彼，非黑即白的。正如任何问题都有正说、反说、折中说三种主要的立场，相对合理的观点往往是合乎中道的。

然而，没有哪个国家对于重要物质采取彻底的自由放任主义，也很少有国家采取彻底的管制主义，大部分地方都是在两者之间寻找折中。政府要尊重市场隐藏的奥秘，对于市场看不见的手要充满敬畏，永远不要傲慢到可以调控一切市场资源。但是，政府也不能无所作为，在特殊情况下政府当然应该依法进行合理的价格管制。

如果完全采取自由放任，一定会导致强者对弱者赤裸裸的剥削。想一想卖淫和吸毒的例子就很容易明白。一般说来，只有在经济上处于不利地位的人士才会选择卖淫，如果卖淫能够被合法化，这就把人当成了商品，人的尊严也就荡然无存。吸毒虽然是你的自由，但是如果这个自由不被限制，也会导致他人利用了你的弱点去谋取私利。一如雨果的《悲惨世界》，芳汀为了养活自己的女儿，出卖自己头发、牙齿、身体，这种自由真的不应该被限制吗？人是目的，人不是纯粹的手段，我们既不能把他人，也不能把自己当成纯粹的手段，人不仅要尊重他人，也要尊重自己。

口罩的权利

经济学上的自由放任主义在哲学上依然是功利主义的补充，经济学上的效用只是一种结果正义的体现，但是以后果来证明行为的合理性充

满着大量的变数，无论何种模型都很难穷尽人类社会的一切变量。认为政府对口罩进行管制会挫伤生产、销售商的积极性，最终导致一罩难求。但是，这种观点可能忽视了有很多民众因为经济原因而根本没有购买口罩的能力和意愿，最终只有富人能够享有口罩，而穷人根本买不到口罩，这不也会导致疫情的扩展吗？

当然，没有哪个社会能够彻底地禁止剥削，法律要区分可容忍的剥削和不能容忍的剥削，自由放任主义必须要接受道德主义的调整，对于严重违反道德的剥削是不能容忍的，法律对其进行制裁也是合理的，这不是对自由的干涉，这反而是对自由的补充。一如高利借贷，国家不能将信用卡、银行放贷等所有存在高额利息现象予以禁绝，否则会极大地影响金融市场的发展，也会导致高利贷从明处走向地下。但是，对于特别严重的高利放贷，这种赤裸裸的剥削显然是法律无法容忍的，司法解释认为它构成非法经营罪的规定也是合理的。

因此，口罩涨价一倍两倍也许可以接受，但是有些商家一个口罩平常卖20块钱，而疫情期间居然高达数百上千，这种发国难财的商家具有严重的悖德性，对其进行惩治不仅在实然上合法合规，也在应然上合情合理。

在抗击疫病的斗争中，许多医疗工作者自愿把自己置于危险之中，这种高贵的精神令人感动。一位医生在请愿书中写道：“此事我没有告诉××（其丈夫）。个人觉得不需要告诉，本来处处都是战场。”人生何处无战场，在利弊权衡与德行生活之间经常存在冲突与争斗。法律虽然无力劝人向善，但至少要对严重违背道德的剥削行为进行打击，否则不法行为就会如没有防控的疫病一样蔓延，最终导致社会的瓦解崩溃。

想一想

2020年疫情期间，你如何看待口罩涨价现象？

[3]杨秀宇作为×1公司直接负责的主管人员非法经营案，（2014）朝刑初字第1300号。

第六章
侵犯公民人身权利、民主权利罪

生命健康

060 故意杀人

人身犯罪主要侵犯的是人身权利和民主权利，包括生命、健康、性自治权、人身自由、名誉、民主权利等。这些权利表面上属于个人利益，但在抽象上与公共利益有很大关系。例如，故意杀人不仅侵犯了生命权，还侵犯了作为人类整体的利益。

因此，个人能否自由处分这些权利，在法律上就有很大争议。例如，授权他人杀害自己，授权丈夫重婚，授权他人侮辱自己，是否构成犯罪？一般认为，比较重要的个人利益（如生命权、重大的身体健康权），以及明显带有公共利益属性的个人利益（如民主权利、婚姻权利），个人是不能自由处分的，但相对次要的个人利益（如名誉权），一般可以自由处分。

故意杀人罪

生命权是行使一切权利的基础。故意杀人的行为在所有国家中都是最严重的刑事罪行，其法定刑通常是该国刑法规定的最高刑罚。

在我国，故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑。

刑法中，几乎所有犯罪的刑罚安排都是从轻往重排，但故意杀人罪却是一个例外，其刑罚从重往轻排，首选刑是死刑，这也体现了杀人偿

命这种朴素的道德观念。

故意杀人肯定是非法剥夺他人生命的行为，犯罪对象应当限制解释为“他人”，自杀行为不构成犯罪。胎儿和尸体不是故意杀人罪的对象。本人堕胎不是犯罪，故意造成妇女堕胎，损害妇女身体健康的，可以构成故意伤害罪。

法律意义上的人

某地发生一桩疑难案件，甲驾驶小型汽车不慎撞击孕妇乙，致使离预产期还有20余日的乙受伤并剖宫产，婴儿经过五天治疗后死亡。法医鉴定意见为：因其母交通事故致羊水早破，胎盘早剥，引起其宫内窒息及新生儿呼吸窘迫综合征，继发肺泡内透明膜形成，终因呼吸循环衰竭死亡。甲负事故的全部责任。

甲是否构成交通肇事罪呢？这里的关键在于甲的肇事行为属于致人死亡还是致人重伤呢？不同的结论得出罪与非罪的两种答案。根据交通肇事罪的规定，在一般情况下，肇事致一人重伤，除非有无证驾驶、醉驾、毒驾、严重超载、逃逸等情形外，并未达到入罪标准，但如果肇事致一人死亡，只要负事故的主要责任，就可构成犯罪。

争议的焦点在于甲所伤害的对象是胎儿、母体，还是婴儿。如果是前者，由于胎儿不属于法律意义上的人，因此对胎儿的伤害只能评价为对母体的伤害，根据《人体重伤鉴定标准》，损伤致早产或者死胎属于对孕妇的重伤。但是如果伤害的对象是婴儿，那就属于致人死亡。

如果采取第一种观点，那么甲就不构成犯罪，这明显抵触人的常识，而且也会导致许多荒谬的结果。比如张三故意使用药物伤害胎儿，想让孩子出生后成为严重的残疾，最后也出现了这种严重的后果。如果认为伤害的对象是胎儿，由于伤害行为发生在孩子出生之前，因此不能视为对婴儿的伤害，而且由于孕妇正常生产，对于孕妇没有伤害，所以甚至不构成犯罪。

尊重生命

无论是故意伤害罪，还是故意杀人罪，犯罪对象都是人。但什么是“人”，这个概念并无精准的定义。人从出生时开始，死亡时结束，但何谓出生、何谓死亡并无一致意见。在学理上，围绕着出生的标准，至少有独立呼吸说、脱离母体说、阵痛说、全部露出说、部分露出说等诸多学说。从表面上看，将未出生的“人”解释为已经出生的“人”似乎超越了语言的极限，属于罪刑法定原则所禁止的类推解释。

但是，这种表面上的矛盾其实是错误地割裂了行为与结果的关系，很多时候犯罪行为与结果并不需要同时同地发生。

张三在A地发射导弹，击中千里之外的李四，如果李四在张三发射导弹时还没有出生，但在导弹坠落时正好出生，这难道不能认为是对李四的攻击吗？再如张三开枪瞄准李四，不料误中王五，虽然他意欲攻击李四，但最终导致王五死亡，这不也属于对王五的侵害吗？因此，只要结果是对人的伤害，那就不再属于对胎儿的侵害。这无论在法理上，还是在常理上都可以理解。

对于疑难案件中的甲，应当以交通肇事罪追究刑事责任。类似的案件还有很多，比如一位快临产的孕妇因邻里纠纷被张三杀害，送医抢救过程中，胎儿被剖宫产生出，出生时是活体，后因抢救无效死亡。张三对孕妇构成故意杀人罪，对孩子也可以间接故意的杀人罪追究刑事责任。

我们要尊重生命，法律要保护我们的生命权，包括胎儿的权利。

想一想

20世纪以来，随着女性地位的崛起，堕胎日益成为一个极具争议的问题。赞同者与反对者各执一词。赞同者认为堕胎是女性的个人生育选择权，而反对者则认为胎儿的生命比选择权更为重要。

你觉得哪种立场更合理呢？

061 自杀行为

杀人与自杀

在一些特殊情况下，自杀行为是由他人引起的。一般来说，张三跟我吵架，吵不赢就想不开自杀了，我不需要为此负刑事责任，因为吵架算不上是违法行为，或者即便违法，也是轻微的违法行为。

但是如果行为人实施了某种犯罪行为而导致他人自杀的，关键要看犯罪行为跟自杀在经验法则上有没有因果关系。例如，非法拘禁、侮辱或诽谤等，引起被害人自杀的，应当承担刑事责任，但是不能够以故意杀人罪来定罪，只能在量刑上予以考虑。

胁迫、欺骗他人自杀的，如果自杀属于经验法则上的高概率，属于借刀杀人的形式，是间接正犯，可以构成故意杀人罪。例如，张三学习非常刻苦，考了全校第十名。结果他还不知道成绩，来问老师考得怎么样。老师说很遗憾就差1分进前十，结果他跳楼自杀了。根据生活经验，考试成绩与自杀不属于高概率事件，没有因果关系，老师对张三的跳楼不负刑事责任。

又如张三找医生看病，医生发现张三是多年前的情敌，就骗张三说其得了绝症，只剩一周的寿命，而且死相很惨，实际上张三非常健康。张三受不了打击就跳楼自杀了。在这种情况下存在因果关系，医生把张三当成了杀他自己的工具，属于故意杀人罪的间接正犯。

相约自杀

恋人殉情，两人相约跳崖自杀。男生让女生先跳，说自己随后就

到，结果女生跳崖身亡。其实这是男生设下的圈套，真实意图在于剥夺对方生命。这就是相约自杀中的欺骗性自杀，在本案中，男生是否构成故意杀人罪，取决于人们对于女方理性能力的评价。

有人认为，本案中，女方自杀是真实意思表示，危险是自己造成的，所以男生不构成犯罪。这种观点过于理性，世界上并不存在冰冷的理性人，只存在有着诸多弱点的一般人。为爱痴狂的女子在这种情况下不可能拥有完全的理性决定能力，男生设套让女士跳崖就像让疯子和醉鬼从楼上跳下来是一样的，都是把对方当成了杀她自己的工具，所以主流刑法理论都认为男方构成故意杀人罪的间接正犯。

恋人殉情，两人相约跳崖自杀，结果女生香消玉殒，男生自杀未遂。这并不存在欺骗行为，就没必要再处罚男生了。

恋人殉情，两人相约跳崖自杀，女生临阵不敢跳，让男生帮她一把。男生一脚把女生踹下去，自己接着跳，掉在女生尸体上没摔死。在这个案例中，男生不是在帮人自杀，而是在实行杀人行为，可以构成故意杀人罪，当然这属于得到被害人承诺的杀人，和安乐死一样，是可以从宽处理的。

安乐死

一般说来，安乐死可以分为积极安乐死和消极安乐死，前者是采用积极的措施加速患者的死亡进程，如给患者注射或服用剧毒药品、麻醉药物让其迅速死亡，而后者则是通过停止、放弃治疗，让患者自然死亡。

我国的立场与大多数国家相同，消极安乐死不构成犯罪，但对积极安乐死，主流的刑法理论及司法实践从来都认为这属于故意杀人，只是在量刑时可以从轻。

率先对法律提出挑战的是王某成及医生蒲某升。

1986年6月23日，陕西汉中市的夏素文因肝硬化腹水病情恶化，神

志不清，被儿子王某成送到汉中市传染病医院救治。因不忍看到母亲生不如死的痛苦，王某成跪地向蒲某升求情，希望对母亲实施安乐死，蒲某升最终开具了处方，并让王某成在处方上签字。随后，他同另一位医生分别给患者用了若干毫克的“冬眠灵”注射药。1986年6月29日凌晨，患者夏素文死亡。

后王某成和蒲某升被检察机关以故意杀人罪起诉。1991年5月6日，一审法院判决两人无罪，但检察机关提起抗诉，1992年6月25日，二审法院维持了原判。法院虽然判处两人无罪，但巧妙地回避了安乐死这个问题。因为“冬眠灵”是慎用品，而非忌用品，其致死量是800毫克，但蒲医生给患者只用了87.5毫克。法院最后认为，医生的行为不是导致患者死亡的直接原因，夏素文的直接死因是肝性脑病、严重肝肾功能衰竭，不排除褥疮感染等原因，也就是说蒲医生对夏文素实施的并非真正的安乐死。如果药物是患者致死的直接原因，法院就无法回避了。王某成被释放之后，患上了胃癌，他多次希望能有人对他实施安乐死，但均遭拒绝。2003年8月3日凌晨，王某成在极度的病痛中停止了呼吸。

生存，还是死亡？这个哈姆雷特式的诘问，在安乐死中被追问到了极致。

关于安乐死的法律性质，关键的问题在于人是否有权处分自己的生命？如果这个问题的答案是肯定的，那么无论是帮助自杀，还是安乐死，不说是助人为乐，也绝非犯罪。但如果答案是否定的，那么把它们视为犯罪的传统观点就具有合理性。

想一想

你会赞同安乐死吗？为什么？

062 协助自杀

教唆和帮助正常的成年人自杀，是否构成犯罪，有一定的争议。但是如果教唆和帮助的对象是不能够正常理解自己行为能力的人，比如说精神上受到了刺激或者是喝醉的人，就属于典型的故意杀人罪的间接正犯。

北京有一桩令人唏嘘不已的案件，刘某的丈夫秦某长年卧病在床，因病痛折磨，时常在深夜大声叫喊，从而影响家人和周围邻居的休息，房东为此要求刘某一家搬家，刘某因而也对丈夫秦某诸多抱怨。一日凌晨 3 时左右，刘某在其暂住地内与秦某发生口角，刘某说：“你怎么不去死啊！”丈夫说早有此念，但苦于连死的能力都没有。刘某遂将屋内的“敌敌畏”主动提供给秦某服用，造成秦某“敌敌畏”中毒死亡。[1]

在这个案件中，其实并不属于标准的帮助自杀，法官也回避了帮助自杀的问题。因为，在标准的帮助自杀情况下，行为人并不实施故意杀人的实行行为，只是为自杀者提供便利条件；但在得到被害人承诺的杀人中，行为人则实施了故意杀人的实行行为，只是这种行为是当事人所同意的。在本案中，为丈夫提供毒药是帮助自杀行为，但是当丈夫中毒，负有救助义务的亲人不予救助，在法律上则是故意杀人罪的实行行为（不作为），只是这种实行行为是被害人所承诺的。所以，这个案件相当于相约自杀的第三种情况，只是行为人的实行行为是不作为，而非作为。

协助自杀是犯罪吗

一位少女觉得人生灰暗，在网上发帖准备自杀，当她在楼顶犹豫是否要跳，围观的张三不停地怂恿“快跳啊，你到底跳不跳啊，不要耽误大家时间了，要死就赶快”。女孩感到人世间已经没有任何温情，飞身

一跃，自杀身亡。

你觉得张三构成犯罪吗？

我国司法实践和刑法理论界的主流观点，都认为帮助自杀应当以故意杀人罪论处。只是这种观点现在受到了很多新潮学者的批评。

现行刑法对故意杀人罪的规定只有寥寥数语，“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑”。

从法条上看，故意杀“人”的对象并未限定为“他人”，这不同于故意伤害罪（故意伤害他人身体的……）的规定。之所以这么规定，就是为了打击帮助自杀等自杀关联行为。

帮助不仅包括物质上的帮助，还包括精神上的教唆或鼓励。当准备跳楼的女孩犹豫不决，冷血看客的喝彩与怂恿是一种典型的精神帮助，客观上对自杀者的死亡结果具有原因力。只要有证据证明，看客们主观上希望或放任女孩死亡，就可以认定为故意杀人罪。

值得注意的是，帮助自杀者并未直接实施杀人行为，杀人是自杀者亲力亲为。这不同于得到被害人承诺的杀人，如医生对患者实施积极安乐死，又如应自杀者之托将其勒死，在这些行为中，自杀者以外的他人直接实施了故意杀人行为。在刑法理论中，这构成故意杀人罪没有障碍，虽然杀人得到了被害人的承诺，但是包括我国在内的大部分国家都认为生命权不能被承诺放弃。

生命神圣观念

也许有人会问，自杀不是犯罪，帮助自杀何罪之有？

诚然，现代刑法不再将自杀视为犯罪，但为自杀提供帮助的行为仍应为法律所禁止。自杀不是法律推崇的行为，为自杀者提供帮助，无视生命之价值，是对他人生命的变相剥夺。

基于生命神圣的观念，自杀虽然不是犯罪，但它亦是一种违法行为。在康德看来，人是目的，不是纯粹的手段。谋杀和自杀都把人当成纯粹的手段，没有把人的人性当作目的来尊重，都违反了“禁止杀人”这个绝对命令。

许多国家都直接规定了帮助自杀罪，如《意大利刑法典》第580条：“致使他人自杀的，鼓励他人的自杀意愿的，或者以任何方式为自杀的实施提供便利的，如果自杀发生，处以5至12年有期徒刑。如果自杀没有发生，只要因自杀未遂而导致严重的或者极为严重的人身伤害，处以1年至5年有期徒刑”。甚至在安乐死合法化的荷兰，其刑法第294条也规定：“故意鼓动他人自杀，协助他人自杀或替他人找到自杀方法，且该自杀行为随后发生了的，对犯罪人，处3年以下监禁，或处四级罚金。”

我国刑法虽然没有帮助自杀罪的规定，但是刑法第300条规定了组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人重伤、死亡罪，其刑罚最高可达无期徒刑。该罪涉及的也是一种典型的帮助自杀行为。

至于其他的帮助自杀，我国刑法虽然没有明确规定，但依然可以通过合理的刑法解释学予以规制。

不法是连带的，责任是个别的。这是大陆法系有关共同犯罪的一般理论。13岁的未成年少年与18岁的男子一起实施性侵，两人具备共同的强奸不法行为，属于强奸罪的共同犯罪，成立轮奸这种加重型的强奸罪。只是由于13岁的少年没有达到责任年龄，不构成犯罪。但此责任排除事由只能由未成年人个别享有，无法连带排除18岁男子轮奸的罪责。

同理，在刑法理论中，一般可以把帮助自杀者视为和自杀者共同实施了故意杀害自己的杀人不法行为。对自杀者本人在道德情感可以宽宥，没有处罚必要，应排除其责任。但责任排除只能针对自杀者本人，无法连带至帮助者。因此帮助自杀者应以故意杀人罪追究其刑事责任。在司法实践中，这属于情节较轻的故意杀人罪，可处3年以上10年以下有期徒刑。

自由与奴役

当然，有个别学者反对这种立场。他们认为，自杀根本就不是违法行为，或者认为自杀是合法的，或者是既不违法又不合法的中立行为。根据这种立场，帮助自杀不应该以犯罪论处。

但是，这种观点不仅在理论上是错误的，在实践上也可能导致极其可怕的后果。

无论是将自杀视为合法行为还是中立行为都是对“生命神圣”这个观念的消解。其哲学依据是极端自由主义，在代表人物约翰·穆勒看来，只要行为不妨害他人，法律就不得干涉。但这种理论完全是真空中的假想理论，人的任何行为都不可能与他人完全无关。社会是一个有机的整体，人与人之间有着千丝万缕的联系。自杀虽说是个人的选择，但是它所产生的后果不可能不妨碍他人。

事实上，即便穆勒也反对自杀。在穆勒的自由观念中，自由并不允许一个人有放弃自由的自由。这就是为什么即便按照穆勒的观念，得到他人承诺的杀人（如安乐死）依然要以故意杀人罪论处。因为人没有放弃自己生命的自由，这种放弃已经根本上妨碍了人的自由，因此是错误的。

更为可怕的是，一旦消解“生命神圣”这个基本的观念，看似无拘无束的自由必然带来绝对的奴役。那些竭力宣扬自由的斗士往往成为自由最危险的敌人。在历史上，强调人之自由的安乐死与臭名昭著的纳粹有着紧密的联系，将残疾人、精神病人视为没有生存价值的人群，予以毁灭。名曰人道关怀，实为国家谋杀。一旦生命神圣的观念被忽视，一切罪恶也就有了合理性。历史不是单纯的故事，它总是不断重复。人类的悲哀在于从历史上唯一得到教训就是从来不吸取教训。

网络自杀

当前，随着互联网发展，许多国家出现网络自杀这种新现象。在互联网上有专门的自杀网站，为有自杀想法的人提供交流的空间，寻找自杀伴侣，共同策划自杀方案。更有甚者，在这些自杀网站上，还有专门为自杀者提供的《完全自杀手册》，详细列举了各种可行自杀方法及其

痛苦程度。更令人咋舌的是，还有人在网上发帖，为他人自杀提供技术服务。

如果自杀是合法的，或者中立的，那么类似的网站就无法取缔。

《刑法修正案（九）》规定了非法利用信息网络罪，对于自杀网站完全可以用这个罪名进行规制。法条文的规定是“设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的……”，显然，适用这个罪名的前提是将自杀视为“违法犯罪活动”。

想一想

生命是神圣的，自杀是错误的，帮助自杀则构成故意杀人罪。你赞同这种观点吗？

[1]刘祖枝故意杀人案，《刑事审判参考》第746号。

063 故意伤害罪

故意伤害是非法损害他人身体健康的行为，以伤害后果为标准，伤害可分为轻伤、重伤、伤害致人死亡3种情形。

重伤是指使人肢体残疾或者毁人容貌的；使人丧失听觉、视觉或者其他器官机能的；其他有重大伤害的。特别残忍手段，是指采取朝人面部泼镪水、用刀划伤面部等方法毁人容貌，挖人眼睛，砍掉双脚等。

故意伤害他人身体的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

重伤不能承诺

值得注意的是，重伤是不能承诺的。

福建有一个真实案件，曾某无力偿还炒股时向黄某借的10万元，遂产生保险诈骗的念头，并在中国人寿、太平洋、平安保险三家保险公司以自己为被保险人，投保了保险金额为41.8万元的意外伤害保险。曾某找到黄某，劝说黄某砍掉他的双脚，用以向保险公司诈骗，并承诺将所得高额保险金中的16万元用于偿还黄某的10万元本金及红利。[2]

黄某最初不答应，感觉这太吓人，但最后不经劝，勉强答应。后来黄某用随身携带的砍刀将曾某双下肢膝盖以下脚踝以上的部位砍断。之后，黄某将砍下的双脚装入塑料袋，骑着摩托车跑了。留下曾某一个人在“演戏”。曾某谎称被抢，让老婆去保险公司理赔，结果被保险公司揭穿。曾某不仅赔了一条腿，一分钱也没要着，而且还要因为保险诈骗罪（未遂）坐牢。在这个案件中，黄某也构成保险诈骗罪的共同犯罪，同

时还构成故意伤害罪（重伤），因为重伤是不能承诺的。

帮助、教唆自伤和帮助、教唆自杀不同，毕竟刑法规定的是“故意伤害他人的”，而不是像故意杀人罪那样规定的是“故意杀人的”，所以自伤本身就不符合故意伤害的构成要件，帮助、教唆自伤者自然也就不构成犯罪。

自伤与伤害

自伤行为一般不构成犯罪，但是有一个例外，战争期间，军人自残逃避军事义务的，构成战时自残罪。同时，如果利用他人的自伤来达到伤害的目的，也可能成立故意伤害罪的间接正犯。

比如张三和李四一起爬山，李四被无毒的菜花蛇咬了一口，张三骗李四说蛇有剧毒，如果不把手掌砍掉必然毒发身亡。李四吓坏了，赶紧把手剁掉。张三就属于故意伤害的间接正犯。

再如，王五在杯子里面灌了一杯水，这杯水下了泻药，一喝就要连拉四天，拉成重伤。王五耍了一个小聪明，他知道王六喜欢贪小便宜，于是在王六面前打开杯子闻了一下，说这个水好，一杯五千块，一天喝一杯，学习效果特别好。王六把杯子放在桌上，故意走开去上厕所，王六看到这杯五千块钱的水，心里痒痒的，喝了一口，立刻跑去上厕所，连拉五天，拉成重伤。在这个案件中，王五同样是把王六当成了伤害他自己的工具，属于故意伤害的间接正犯。当然，王五如果端给王六喝，王六喝后，拉成重伤，这属于故意伤害的直接正犯。

故意伤害致人死亡跟过失致人死亡

故意伤害致人死亡和过失致人死亡，对死亡结果都是过失的，那两者应该如何区分呢？

区分的关键在于对轻伤的结果是故意还是过失，前者有伤害的故

意，而后者没有伤害的故意。例如，张三在小区挥舞羽毛球拍，击中骑自行车的妇女，致其死亡，这就属于过失致人死亡。

再如张三和李四爬梯子，争着上房揭瓦。一楼爬到三楼，一直在吵架。张三爬到了四楼那么高的时候，李四忍无可忍，拿起一块石头就砸他。结果张三躲避时，从三楼摔下去摔死了。李四对死亡结果也许是过失的，但是拿着石头砸张三，有伤害的故意。李四构成故意伤害致人死亡。

想一想

甲、乙共谋伤害丙，在甲、乙二人下手之机，乙却拔出短刀猛地向丙的心脏部位刺去，丙躲闪，但仍受重伤。甲和乙分别构成什么罪？

[2]曾劲青、黄剑新保险诈骗、故意伤害案，《刑事审判参考》第296号。

064 组织出卖人体器官罪

组织出卖人体器官罪打击的是器官的中间商，一般处5年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处5年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

未经本人同意摘取其器官，或者摘取不满18周岁的人的器官，或者强迫、欺骗他人捐献器官的，依照故意伤害罪、故意杀人罪的规定定罪处罚。

违背本人生前意愿摘取其尸体器官，或者本人生前未表示同意，违反国家规定，违背其近亲属意愿摘取其尸体器官的，依照盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪定罪，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

组织是指行为人实施领导、策划、控制他人出卖人体器官的行为。组织者往往以给器官捐献者支付报酬为诱饵，拉拢他人进行器官出卖，这种出卖行为得到了受害人的同意。

因而在这类案件的审理中，很多被告人很生气，觉得自己没有做坏事，反而在做好事。让穷人有钱，病人有供体，医生做手术拿钱，医院还赚钱了，甚至国家还可以收税，这简直是多方共赢。但是你会发现被告人的这种想法，是一种纯粹后果论的功利主义，但是这种功利主义无法解释这个罪名的正当性。这里最关键问题还是道德主义的禁止剥削原理。

如果没有道德规则的约束，纯粹的功利主义必然导致强制对弱者的剥削，这本身也提醒我们没有什么自由是真正无关他人的。如果（成人之间的）器官捐赠、卖淫等行为遵循不受约束的自由主义，那么一定会导致权贵阶层对弱势民众毫不掩饰的剥削。1930年，意大利的一个富翁向一个年轻人购买了一只睾丸，并请外科医生为他做了移植手术，愤怒

的民意导致器官移植法律的出台[3]。

17岁少年卖肾案

如果违背他人意愿，摘取他人器官的，或者摘取不满18周岁的人的器官，或者强迫、欺骗他人捐献器官的，不构成组织他人出卖人体器官罪，而应按照故意伤害罪或故意杀人罪处理。所以，只有完全行为能力人才能自主决定，无行为能力人和限制行为能力人无权决定，甚至包括其监护人和法定代理人也无权代理决定。

2011年，为买苹果手机，17岁安徽少年王某上网找到黑中介，远赴千里之外的湖南省郴州市卖了一只肾，得到2.2万元，而他的肾脏实际上卖出约22万元，剩下的全部由中介等人瓜分。

回家后，家人察觉到王某身体的异样，检查结果显示为肾功能不全，经鉴定其伤情构成重伤。王某母亲立即报案。

据法院审理查明，何某因债务缠身，企图通过做非法买卖人体活体肾脏的中介谋取利益，通过他人联系肾源和摘取肾脏的医院。手术当晚，涉案人员也未对“供体”王某的年龄等基本身份信息情况进行核实，便切除了王某的右肾。后来，何某等人以故意伤害罪判处3至5年不等的有期徒刑，协助手术医生也构成故意伤害罪，属于故意伤害罪的帮助犯。

收肾不办事案

组织出卖人体器官罪和故意伤害罪的一个重要区别在于，器官的提供者有无同意摘除器官。如果王某已经18岁，得到他同意的器官摘除就不构成故意伤害罪，但依然可以构成组织出卖人体器官罪。

在本案中，有一个小问题，何某欺骗王某肾脏卖了2.2万，其实卖了22万，这属于欺骗吗？

我们知道欺骗导致同意无效，但这种对价格的欺骗属于刑法意义上的欺骗吗？

如果一种欺骗按照社会一般人的生活经验能够高概率地让他人处分利益，这种欺骗一般就属于实质性欺骗，进而导致同意无效。但是，是否属于实质性欺骗还必须同时考虑伦理规范的需要。

张三想当处长，找了一个老领导，给领导送了50万，领导把钱扔了，说：“我还缺钱吗？如果你真的想感谢我，可以送一个肾给我。”张三无奈把肾送给了领导，但领导收了肾之后，并没有帮张三解决职务。领导欺骗了张三，构成故意伤害罪吗？

本案关键在于，从社会一般人的生活经验，如果领导说送肾就给你提拔，你会同意吗？估计很少会有人同意，所以这种欺骗就不属于实质性欺骗，张三的同意有效，领导不构成故意伤害罪。

同理，在商品交易过程中，价格的欺骗也并非实质性欺骗。同样的商品，张三卖给李四1万，卖给王五10万，这也并不属于对王五的欺骗，而是商业交往中一种可以允许的行为。所以，何某欺骗王某肾脏卖了2.2万并非刑法意义上的欺骗，不构成故意伤害罪。

自律的自由

多年之后，记者采访王某，王某追悔莫及，但是世上并没有后悔药，他已经成了重度残疾。

很多时候，你以为你有自由，其实你并不一定有自由。自由一定要受到伦理的约束，如果自由不受到伦理的约束，一定会导致放纵，一定会导致强者对弱者的剥削。

真正的自由是什么？真正的自由是自律的自由，而不是放纵的自由。

不过中国人更欣赏的是放纵的自由，据说严复在翻译穆勒的*On Liberty*这本书的时候，他怎么找也找不到一个词语跟Liberty对应，后来

他想到了柳宗元的一首诗“破额山前碧玉流，骚人遥驻木兰舟。春风无限潇湘意，欲采蘋花不自由”。

试想这种意境：在湘江放舟，春风无限，想采一朵花送给远方的朋友，却因官事缠身不得自由。严复觉得真是贴切，遂将“liberty”译为“自由”。

这种自由其实是一种无拘无束的自由。阿Q想跟吴妈睡觉，吴妈不同意，他觉得不自由。如果人人都采这种自由观，社会秩序可能会大乱。

自由一直都有积极自由和消极自由之分，积极自由也即Free to do something，而消极自由则是Free from something。张三看到李四的杯子觉得好，想拿来用，这是积极自由。法律不可能保障这种自由，法律保障的是消极自由，李四的杯子可以免于被他人拿走的自由。同理，在性犯罪中，法律显然并不保障你想和他人发生性关系的自由，法律所保障的只是他人可以拒绝和任何人发生性关系的自由。

卵子属于器官吗

当前除了有器官黑市，还出现了卵子黑市。涉案者非法组织从事人体卵子商业化赠卵和供卵行为，瞄准高校女生，据说名校在读的女生，出售一颗卵子可获得数万元。但这种私下售卖卵子的行为对女性身体伤害极大，有很多女生因为卖卵导致卵巢破裂无法生育。

有一名17岁少女卖卵甚至差点丧命。为了促进排卵，该女生打了7天左右的激素，手术一次性共取出21颗卵子，获得1万元的报酬。但由于过度的注射激素，结果使得该少女的卵巢从鸡蛋般大小增大到猪心那么大，受到身体内部的压迫不断出血。

但是收购者能够构成组织出卖人体器官罪吗？这涉及对器官的解释，卵巢属于器官无疑，但卵子只是卵巢所分泌的产物，将其解释为器官，就属于罪刑法定原则所禁止的类推了。如果收购卵子的行为导致他人重伤，可以构成故意伤害罪。

想一想

在同意无效的情况下，行为人主观上需要明知他人不满18岁吗？如果他人自愿出卖器官，行为人误认为他人已满18岁，但客观上他人不满18岁，这应该如何定性呢？

[3][美]乔尔·范伯格：《刑法的道德界限》（第四卷），方泉译，商务印书馆2013年版，第182页。

性自由权

065 强奸罪

强奸罪是以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女意志，强行与其性交或奸淫幼女的行为。一般处3年以上10年以下有期徒刑；情节恶劣的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

强制手段与反抗

强奸罪中的暴力、胁迫或其他手段都必须足以压制一般妇女的反抗，使其不能反抗、不敢反抗或不知反抗。

刑法在抢劫罪中也使用了“暴力、胁迫或其他手段”的表述，但是相同的术语，含义并不一定相同。抢劫罪既可以针对男性，又可以针对女性，但强奸罪针对的只能是女性，所以一定要从女性的角度来理解“不能反抗、不知反抗或不敢反抗”。

美国纽约有个经典的案件叫电梯案。在纽约的一栋公寓楼，一名49岁的女子在晚上9点搭乘电梯，一个15岁的少年也走进电梯。少年身高1米8多，女子身高1米58。电梯运行后，少年直接对女子说：“把衣服脱了。”女子没说什么就把衣服脱了。两人发生关系后，女方立即报警。请问在这个案件中属不属于强奸？

请你设身处地想一想，两者身高相差那么悬殊，而且在电梯里面，女方孤立无援，如果你是这个女的，你敢不敢反抗，你可能是不敢反抗

的。所以，法院最后认为少年构成强奸。

No means No 规则

当人们提及强奸，通常想象的是这样一种情境：夜黑风高，陌生人手持凶器，以暴力相威胁，强行和被害人发生性关系，此种情境下的不同意一目了然。然而这类典型的性侵犯案件已越来越少，绝大多数性侵犯往往发生在熟人之间，在这些案件中，两人也许因为约会而见面，被告人没有使用暴力或暴力威胁，被害人也没有身体上的反抗，性行为甚至是在卧室发生的，对于这类案件应如何定性，大家存在很大的分歧。

在世界范围内，很多国家开始采取No means No规则，就是“不等于不”规则，女方语言上拒绝和哭泣应该视为一种拒绝的意思表示。

对迈克·泰森（Mike Tyson）这位著名的拳击运动员的审判就是“不等于不”标准的经典实践。泰森被指控于1991年7月强奸德斯雷·华盛顿（Desiree Washington）。当日，华盛顿受泰森之请，与其共同驾车游玩，途中曾与泰森亲吻。次日凌晨她与泰森一起进入泰森在旅馆的套房。他们看了会电视，然后华盛顿起身去了洗手间。当她从洗手间出来的时候，泰森已脱光了衣服，并把华盛顿按倒在床上。当时，华盛顿在语言上对性行为表示拒绝，但泰森没有理会，于是在对方的哀求声中与她发生了性行为。

出事25小时后，女方到当地一家医院的急诊室做了检查。检查结果表明，女方的子宫颈口上有两处被磨损的伤痕。几天后，华盛顿正式向当地警察局报案：控诉泰森强奸。在审理过程中，初审法院的12名陪审员一致裁定，泰森罪名成立。上诉法院也维持了原判。对此案件，采取的就是“不等于不”标准。在泰森看来，一位年轻女子接受其邀请驾车游玩，同意亲吻，并于凌晨回到旅馆与其独处本身就是对性行为表示同意的意思表示，因此在性行为发生过程中，语言上的拒绝其实只是一种象征性的反抗。但是，根据“不等于不”标准，女性在语言上的拒绝应当受到尊重，泰森的这种错误认识，即使是真诚的，也是不可原谅的。[4]

“不等于不”标准其实是对行为人施加的一种特殊义务，要求行为人

尊重对方语言上的拒绝权。如果行为人没有履行这种义务，比如错误地认为被害人语言上的拒绝是半推半就，那么他必须为这种错误认识付出代价。行为人应当把对方视为有理性的人，在进行性行为之前，应当有义务睁开自己的眼睛和使用自己的大脑，不要试图读懂对方的心，而是要给她说出自己意愿的权利。和一个没有意图表示的人发生性行为完全是把对方当成了客体，如果还无视对方语言上的拒绝，那行为人显然是在已有的伤害上又添侮蔑。这种非人性的行为加深了对对方人格和自治权的否定，因此必须承担刑事责任。

总之，交往中最重要的就是尊重，在法律上，没有半推半就这个概念，要么是同意，要么是拒绝。女性语言上的拒绝应当获得法律的尊重。如果一个男性出于花花公子式的哲学，认为女生说不就是半推半就，这是他的评价误认，必须要为错误的价值观付出代价。

欺骗与强奸

欺骗会导致同意无效，但是只有在规范上具有实质意义的欺骗才可以否定承诺的效力。不妨看三个案件：1.甲冒充某女的丈夫与其发生性关系；2.甲冒充有钱人与女方发生性关系；3.甲冒充明星与某女粉丝发生性关系。

上述案件，行为人是否构成强奸罪，这就涉及欺骗与同意。何种欺骗能够否定同意的有效性？如果一种欺骗按照社会一般人的生活经验能够高概率地让他人处分利益，这种欺骗一般就属于实质性欺骗，进而导致同意无效。但是，是否属于实质性欺骗还必须同时考虑伦理规范的需要。法律要推行良善的价值观，不能和不道德的社会现实同流合污。在法律中必须坚持只有在婚姻关系内的性行为才是正当的，其他一切的性行为都不正当，都应推定为低概率事件。夫妻之间发生性关系是高概率事件，所以冒充别人丈夫发生性关系，属于强奸，同意是无效的；但是如果冒充有钱人或者明星，去跟女方发生关系，在规范上被认为是低概率事件，因此同意是有效的，不构成犯罪。因此，例1属于强奸，例2、例3都不能认定为强奸。

在司法实践中，除了冒充妇女的丈夫进行强奸属于欺骗型强奸，还

有两种情况：以治病名义强奸妇女；组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女。

想一想

以自杀相威胁要求与女方发生关系，是否构成强奸罪？
[4]泰森案，*Tyson v. State*, 619 N.E.2d 276, 292, 300 (Ind. Ct. App. 1993)。

066 性同意年龄

刑法规定，奸淫幼女的以强奸罪从重处罚。司法实践中，幼女的标准是不满14周岁，也就是说，只要故意和幼女发生性关系，无论幼女同意还是拒绝，都构成强奸罪。

这里就涉及一个同意年龄的概念。法律在此处采取家长主义，通过限制不满14周岁的幼女的性自由来对幼女进行保护，以防止强者对弱者的剥削。

明知与奸淫幼女

在奸淫幼女的案件中，行为人最常见的辩护理由就是不知道对方是幼女。奸淫幼女属于强奸罪的一种特殊情况，作为故意犯罪，司法机关必须要证明行为人对年龄存在明知。

明知是可以按照经验进行推定的，2013年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》：知道或者应当知道对方是不满14周岁的幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。对于不满12周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。

按照意见，我国的司法实践中，幼女可以分为两段，一段是不满12周岁，一段是12至14周岁。不满12周岁的女孩属于小学生，很容易推定出行为人存在“明知”，没有任何辩护理由；存在困惑的案件主要集中在12至14周岁的区间段，司法意见认为应当根据一般人的生活经验来判断：对于已满12周岁不满14周岁的被害人，从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。行为人需要证明自己确实

不知道对方是幼女。

有一个真实的案件，张三（23岁）在公园见到一戴红领巾的女生乙（13岁半，164厘米），即上前调戏，并将乙骗到偏僻处，以交朋友为名奸淫了乙。在审理时，张三辩解说，乙长得高，不知是幼女，而且发生两性关系时没有采取暴力，不应以奸淫幼女定罪。而法院认为，红领巾是少年儿童佩戴的，这是基本常识。因此，可以推定存在故意。

同意年龄有无调高的必要

当前世界各国在同意年龄问题上有一个明显的趋势，那就是提高性同意年龄，主要是考虑到人的性生理发育与性心理发育是不一致的。人类的性成熟更多表现在性心理的成熟。个体在性生理发育成熟的过程中，与之伴随的是性心理的形成和发展。

研究表明，性心理的初步形成期是在15至17岁，其表现就在于早恋现象的出现。到18岁以后，性心理才逐渐发育成熟。人们才能正确认识男女两性的关系，形成正常的性情感和性意志，能够自觉按照社会道德规范和法律要求，主动控制自己的性冲动和性行为，这才是个人性成熟的基本标志[5]。考虑到性成熟并不单纯依赖于生理上的成熟，而那些生理刚刚发育成熟的女性往往更容易成为男性的性欲对象，因此许多国家都提高了性同意年龄，把保护对象扩大到少女。

需要说明的是，大部分国家很少会规定单一的同意年龄，通常都会根据刑事政策的需要规定数个不同幅度的同意年龄。比如美国《模范刑法典》规定了三个年龄，10岁、16岁和21岁。与不满10岁的女性发生性行为是二级重罪，与10岁至16岁之间的女性发生性行为则是三级重罪，但同时如果男方对于女性存在信任地位，比如是对方的监护人或对其福利负有通常的监督职责之人，则年龄是21岁。比如说监护人和被监护人，医生和患者，教师和学生等，这是利用信任地位形成的性剥削。美国50个州在修改刑法时都参照《模范刑法典》，即使绝大多数州觉得21岁偏高，大部分州的规定也至少是18岁。

我国其实也借鉴了这种做法，比如把不满14周岁区分为12岁和14岁

两个年龄段。同时，司法意见指出：“对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员，利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地，迫使未成年被害人就范，而与其发生性关系的，以强奸罪定罪处罚。”该意见也明确了负有特殊职责人员的范围，也即对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等特殊职责的人员。

但是，司法意见毕竟不是法律，其权威性有限，而且司法意见认为特殊职责人员与未成年人发生性行为构成强奸罪仍然限定为“利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地，迫使”就范。也就是说必须在被害人不同意的情况下，性行为才构成犯罪。因此，很容易被人钻法律漏洞。

因此，有必要在刑法中增设滥用信任地位型强奸罪。当双方存在特定关系，未成年人对特殊职责人员有关性的同意在法律中应视为无效，只要与未成年人发生性关系，特殊职责人员就应该以强奸罪论处。

许多国家都有类似的立法，当行为人与被害人存在信任关系，由于双方地位不平等，未成年人对性行为的同意是无效的，信任关系的存在也导致被害人无从反抗，这种滥用信任关系的行为明显侵犯未成年的性自治权。特殊职责人员对未成年人具有优势地位，滥用优势地位与未成年发生性行为是一种赤裸裸的剥削，必须予以严惩。换言之，法律对未成年人要起到家长的作用，限制未成年的性自由正是为了防止强者假借自由之名欺凌弱者。

滥用信任地位型强奸的立法是为了防止行为人滥用优势地位剥削弱者的性利益，但如果被害人是正常的成年人，法律则没有必要对其自由进行过多的干涉。因此，世界各国通常都把此类犯罪行为的被害人限定为未成年人，当然这里的未成年人并不限于普通的未达性同意年龄的人，它要高于一般的同意年龄。

因此，为了维护未成年的合法权益，有必要在刑法中规定滥用信任地位型的强奸罪。被害人的年龄可以限制为不满18周岁的未成年人，这也可以和《未成年人保护法》相一致，避免过分干涉公民的私人生活。因此，在条件成熟的时候，法律可以明确规定：如果行为人与不满18周岁的未成年人负有特殊职责，与之发生性关系就构成犯罪。此处的特殊职责可以采纳司法意见的规定，也即对未成年人负有监护、教育、训

练、救助、看护、医疗等特殊职责的人员。

自由不能成为放纵私欲的借口，也不能成为强者剥削弱者的说辞，否则人与兽就没有区别。人是目的，不是纯粹的手段，在任何时候，避免人的物化，重申对人的尊重都是法律要极力倡导的价值。

青梅竹马的辩护理由

郎骑竹马来，绕床弄青梅。两小无猜是人们对少年男女感情的一种浪漫写照。随着生理的发育成熟，有些孩子会尝试早恋，这在当前的中学生中并不罕见。如果双方发生性行为，刑法是否要进行干涉呢？

必须认识到，之所以规定一定年龄以下的人没有性同意能力，主要是为了防止大人利用孩子的无知来满足自己的欲望。然而很少有孩子会利用未成年人的无知，他们往往是在好奇心的驱使下发生性行为的。性行为的发生一般经过双方同意，有时甚至是未成年人主动诱惑。双方对性行为的发生都有责任，由一方承担这种责任显失公平。因此司法解释认为，“14岁以上不满16岁的男少年，同不满14岁的幼女发生性行为，情节显著轻微，危害不大的……不认为是奸淫幼女罪，责成家长和学校严加管教”。

如何理解此处的“情节显著轻微”呢？首先，其前提必须是双方自愿。当少年采取暴力、胁迫等手段实行性侵犯，这当然是犯罪，比如15岁的小孩，把幼女灌醉了，实施迷奸，这当然构成强奸。只不过考虑行为人年幼，对其应当从轻或减轻处罚。其次，双方年龄应当相差不多。如上文所述，对于你情我愿之事，法律所要打击的仅仅是行为人利用未成年人的无知。而在相似年龄的男女之间发生的性行为却一般不属于法律所关涉的对象。因为这很少会有利用对方未成年的情况。在双方自愿的情况下，只对一方施加刑事责任是不公正的。美国《模范刑法典》规定，对于不满16岁的未成年人实施的法定强奸，其处罚条件是至少比被害人大4岁。[6]我们或许可以借鉴年龄差来理解“情节显著轻微”，把这称为两小无猜的辩护理由。

想一想

广东云浮一数学教师多次奸污班上女生，并以不再给孩子上课做威胁，不让孩子声张。受害女孩上了初中后，才在老师的鼓励下报案。在法庭上，教师声称女孩身材高大，不知道她未满14周岁。你觉得可信吗？

[5]彭晓辉：《性科学概论》，科学出版社2002版，第326页。

[6]美国法律学会，《模范刑法典》（第二部分特定罪刑的定义，220.1至230.5），费城，宾夕法尼亚州，第376页。The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P376.

067 强奸罪的加重情节

强奸罪有五种加重情节，可以处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，分别如下。

1.强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的。情节恶劣，是指强奸手段残酷、强奸一人多次或者强奸孕妇等。比如新闻曝光亲生父亲强奸生女，这就可以认定为情节恶劣。

2.强奸妇女、奸淫幼女多人的。多人，一般指3人以上。

3.在公共场所当众强奸妇女的。这里的当众强奸是指在公众场所以使不特定人可以看到、听到的方式强奸妇女。

当前还有一种特殊的方式，就是在强奸的时候开直播，网络空间可以扩张解释为公共场所，适用加重情形。如果有人在直播时点赞打赏，自然可以理解为帮助犯。但是，如果行为人拍了性侵视频，然后把视频发在网上，就不能理解为在公共场所当众强奸妇女，因为犯罪地点依然是私密场所，发视频的行为构成传播淫秽物品和侮辱罪，从一重罪。

4.两人以上轮奸的。轮奸必须有两人以上实施了强奸罪的奸淫行为。只要数人在客观上有轮奸行为，即便其中的参与人未达刑事责任能力，这仍然属于轮奸，达到刑事责任能力的人要承担轮奸的罪责。甲、乙、丙三人试图迷奸李四，甲、乙实施奸淫时，丙望风。甲、乙奸淫后，丙开始实施，发现李四是自己的同学，遂放弃，并送李四回家。丙成立轮奸的既遂，不过系从犯。

5.致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。这必须是性行为本身导致对方重伤、死亡或造成其他严重后果。甲将某女强暴后，女方害怕再次被强暴，跳入河中逃生。由于水性不好，大呼救命，甲任由女方淹死。死亡结果并非性行为本身导致的，所以甲的行为构成强奸罪和（不作为）故意杀人罪，应当数罪并罚。

强奸儿媳案

有一个极为怪异的案件就是强奸儿媳案。

滕某长期以来想勾引儿媳妇，一直勾引未果，他就找了好朋友董某，说：“麻烦你一个事，要不你去勾引我儿媳妇，因为我儿媳妇只要是外人都同意，我再去抓奸，然后她就会和我发生关系的”。

董某答应了，于是勾引滕某儿媳，果然勾引成功。结果滕某捉奸在床，对儿媳妇说：“你不答应自己人，外人倒同意。你如果不和我发生关系，我就告诉我儿子”。他儿媳妇没办法，就跟公公发生了关系。

这个案件非常经典，滕某构成强奸罪没有问题，但董某是否构成呢？董某跟女方发生关系，得到了女方的同意，表面上不构成强奸，但他通过这种方法来帮助滕某强奸，所以还是构成强奸罪的帮助犯。需要注意的是，在这个案件中两人都和女方发生了关系，但不构成轮奸，因为轮奸必须是两个人都在违背妇女的意愿下和女方发生关系。[7]

我们经常说人禽兽不如，有时这是在侮辱禽兽，因为禽兽是做不出这样的事情的。

杀人强奸案

张三得知同村女青年李某独自在家，遂产生强奸念头。当日19时许，张三打开李某家的大门后进入，将李某摔倒，并用石块、手电筒、拳头击打其头部，后掐其颈部，致李某昏迷。随即，张三将李某抱至堂屋床上强奸。后张三发现李某已死亡，遂将其尸体藏于现场地窖内。也就是说，他完全是通过杀人的方法实施强奸，或者对女方的死活是不管不顾的。

经鉴定，李某系被他人用质地较硬的钝器打击头部致严重颅脑损伤而死亡。权威判例认为，采取足以致人伤亡的暴力手段实施强奸，并最终导致被害人死亡的，属于强奸致人死亡，以强奸罪一罪论处。张三后

被判处死缓，限制减刑。

如果张三的辩护律师提出了一个奇怪的辩护意见，认为没有证据显示李某的具体死亡时间，很有可能张三在实施强奸的时候，是在侮辱尸体。

面对这种辩解，如果你是法官，你如何应对？

其实很好解决，即便按照律师的辩解，张三的行为也可以分拆为两段：第一段实施了故意杀人构成故意杀人罪；第二段主观上想强奸，客观上侮辱尸体，构成强奸罪的未遂，最后数罪并罚，也完全可以判处死刑。

自杀与强奸有因果关系吗

曹某遇到前来找工作的赵女，遂以自己的饲料厂正需雇佣职工推销饲料为名，答应雇佣赵某某。

一日，曹某以带赵某某回自己的饲料厂为由，将赵某某骗至城镇的一旅店内，租住了一间房，使用暴力两次强行奸淫了赵某某。赵某某在遭强奸后，一直精神抑郁，医院诊断为神经反应症，于2001年5月21日服毒自杀身亡。

现在的问题在于，强奸与自杀有因果关系吗？

如果有，就属于强奸造成严重后果，可处10年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑；如果没有因果关系，就只能在3至10年有期徒刑这个幅度量刑。

这里涉及了经验主义和理性主义的争论，在理性主义看来，自杀是被害人自由意志的决定，危险是被害人自招的，因此不具备法律上的因果关系。但是从经验主义看来，在这种情况下，自杀在经验上具有高概率，所以存在因果关系。

法院最后认为曹某属于强奸“造成其他严重后果”，判处曹某有期徒

刑15年，剥夺政治权利3年，并赔偿经济损失。[8]这其实也是司法实践中的通常做法，在司法实践中，所谓因强奸“造成其他严重后果”，除包括因强奸引起被害人自杀或者精神失常外，还包括造成被害人怀孕分娩或者堕胎等其他严重危害被害人身心健康的后果。

想一想

自杀与强奸案中，你如何看待最终的判决呢？

[7]滕开林、董洪元强奸案，《刑事审判参考》第395号。

[8]曹占宝强奸案，《刑事审判参考》第228号。

068 职场中交易与强奸

张三是某公司老板，以让女员工下岗为要挟发生性关系，女员工一想到年幼的孩子，迫于无奈答应了，张三的行为构成强奸吗？

这种案件在职场中并不罕见，类似的案件还有张三以提拔为条件，要求女员工和自己发生关系，张三构成强奸吗？

强迫与交易

此类案件的关键是区分强迫与交易，理论上似乎很好区别，但在事实上，两者却非常难以区分。因为正常的交易行为中也会伴随着某种压力，而这种压力在一定条件下很有可能转化为强制。

交易和强迫的区分依据还是应该从选择自由的角度说起。在现实社会中，由于资源分配的不均等，人们并没有绝对意义上的选择自由，人生而自由，却无往不在枷锁之中。一个无家可归的少女，面对男性的性要求，她有没有更多选择的机会呢。如果把这种行为以犯罪论处，未免反应过度。大同社会的黄金美梦只能高山仰止，心向往之。如果幻想用法律，尤其是刑法来激进地改变社会现实，那将会是人类的灾难。选择自由只能相对而言，它并非是指没有任何压力，无拘无束的自由。

权利虽可以自由处分，但不能侵害他人的权利，己所不欲，勿施于人。为了某种利益，自愿放弃行使权利，应该理解为交易。从相对方而言，如果她必须在行为人提供的两种她都享有权利的事情做出选择，那么她就丧失了选择自由。比如某职高体育老师刘某以让女生成绩不及格为由威胁，17岁女孩被迫和刘某发生了关系，这就构成强奸。老师没有权利任意让学生不及格，他必须公正地对待学生，这不仅是道德义务，也是法律义务。至于张三作为老板以开除为由进行威胁，这也构成强

奸，因为雇主也并不拥有滥用权力辞退他人的权利，员工获得公正对待的权利是受到劳动法保护的。但是，张三以提拔为由和女方发生关系则更多是一种交易。至于少女无家可归案，行为人当然拥有让少女离开住宅的权利，解人危难，善待弱者不过是对人们的道德要求，而非法律义务，少女并没有赖在别人家不走的法律权利，因此这种行为更多是交易而非强制。

法律保护的范围

滥用信任地位型强奸的立法是为了防止行为人滥用优势地位剥削弱者的性利益，但如果被害人是正常的成年人，法律则没有必要对其自由进行过多的干涉。因此，世界各国通常都把此类犯罪行为的被害人限定为未成年人，当然这里的未成年人并不限于普通的未达性同意年龄的人，它要高于一般的同意年龄。

现实社会并不是绝对完美的社会，男性在总体上具有绝对的优势，因此女权主义者会激愤地指出，人类中一切异性之间的性行为都是强奸。虽然这种言语过于偏激，但是在现实生活中，为了生计而出卖肉体的现象却屡见不鲜。那些幻想着出人头地、平步青云的女子甘愿放弃操守的行径，亦是层出不穷。虽然她们在内心深处可能认为自己没有选择的机会，但这一切在法律上，只能被冷冰冰地定性为交易。

那些利用对方贫穷、虚荣的行为人在道德层面上可能有罪，但用刑法来惩罚这一切不道德的性交易，就反应过度了。在强制不明显的情况下，判断行为人的行为是否属于威胁，首先要遵循合理反抗规则，判断这种威胁是否足以造成一般人无从反抗，同时再从选择自由的角度来判断这种威胁的实质是交易还是强制。只有强制之下的性行为才具有惩罚的正当性。

自由不能成为放纵私欲的借口，也不能成为强者剥削弱者的说辞，否则人与兽就没有区别。人是目的，不是纯粹的手段，在任何时候，避免人的物化，重申对人的尊重都是法律要极力倡导的价值。

想一想

职场性骚扰新闻频发，你会如何看待这些案件？

069 猥亵与强奸

猥亵犯罪包括强制猥亵、侮辱罪和猥亵儿童罪。

强制猥亵、侮辱罪以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的，可以处5年以下有期徒刑或者拘役。如果聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，或者有其他恶劣情节的，则可处5年以上有期徒刑。

这个罪名以前是强制猥亵、侮辱妇女罪，被害人只能是妇女，但是2015年《刑法修正案（九）》认为男性也可以成为强制猥亵的被害人，所以罪名随之调整。

猥亵儿童的，依照强制猥亵、侮辱罪从重处罚。

性别中立主义立法

比较域外立法，一个明显的特点就是不少国家都采取性别中立主义立法。

在传统的强奸罪中，被害人仅限于女性。在女权主义者看来，这种做法是对传统的男尊女卑观点的肯定。传统的观点认为在性行为中男性积极进取，女性消极被动，因此实施性侵犯的只可能是男性而非女性。女权主义者认为应当抛弃这种偏见，女性在性行为中并不必然处于消极的态度，因此她们倡导性别中立主义的立法，以期达到符号意义上的男女平等。

这种性别中立主义的立法主要表现如下。

1.罪名的修改。由于强奸（rape）这个罪名本身就预设了女性的被害地位，因此许多地方都试图用其他中性的词语进行替代。如美国有些州将强奸罪修改为性侵犯罪（sexual assault）、性攻击罪（sexual battery）或犯罪性性行为罪（criminal sexual conduct）。

2.承认女性对男性，甚至同性之间的性侵犯，法律不再认为性侵犯的被害人只能由女性构成。如德国1998年新刑法典将“强迫妇女”修改为“强迫他人”；意大利新刑法中关于性暴力的规定也以中性的“他人”取代以往的规定。

3.扩大对性交的理解。传统的性交仅指男女生殖器的结合，这反映的是一种生殖目的的性交观，它起源于对贞操观念的强调，女性失贞的标志就是生殖器相结合。无疑，这种性交观同样强调男性在性交中的支配性作用。许多地方开始扩大对性交的理解。如美国《模范刑法典》规定，性交包括肛交和口交。又如法国1994年新刑法典规定，“任何性进入行为”均为强奸罪，包括肛交、口交以及异物进入等性侵害行为。

猥亵与侮辱

《刑法修正案（九）》把强制猥亵、侮辱妇女罪修改为强制猥亵、侮辱罪也是性别中立主义立法的一种体现。当然，性别中立主义立法更多具有符号意义，性侵犯罪的被害人主要是女性，调查显示，即使在采取性别中立主义立法的美国，90%—99.4%的强奸被害人都是女性。[9]

猥亵是指以刺激、满足性欲为目的，使用性交以外的方法对他人实施的性侵犯行为。但是强制猥亵、侮辱罪还必须采取强制手段，这种强制手段包括暴力、胁迫或者其他足以压制一般人反抗的方式。如果只有猥亵没有侮辱，比如在地铁上的咸猪手之类性骚扰行为，由于没有采取强制手段，只能进行行政处罚，但不构成犯罪。

侮辱的被害人只能是女性，它是直接损害女性性自治权的具有猥亵性质的行为，如强迫女性观看他人的猥亵行为，或者强迫妇女自己实施猥亵行为的情形。

猥亵儿童

强制猥亵、侮辱罪的犯罪对象是14周岁以上，必须采取强制手段违背对方意愿的情况下实施的，如果猥亵的是不满14周岁的儿童，无论对方是男童还是与女童，无论对方形式上是否同意，也无论采取强制手段还是平和手段，都应以猥亵儿童罪定罪。比如借助网络通信手段，诱使女童暴露身体隐私部位或做出淫秽动作，就可以猥亵儿童罪论处。

猥亵儿童案件常见报端，比如江西省婺源县法院审理的江某猥亵案，年近七旬的教师江某被控猥亵十几名未满14周岁的女学生。根据检察机关的指控，江某在教室讲台上和办公室，多次对该校十余名幼女进行猥亵，经妇科检查，其中6人身体多个部位有不同程度的损伤。

因此，在司法实践中，如何区分猥亵儿童罪与强奸罪，一直是一个老大难问题。由于儿童特殊的生理结构，刑法理论普遍认为，只要行为人和女童有过性器官的接触就可以成立强奸，且是强奸既遂。1984年，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中具体应用法律若干问题的解答》明确指出：只要双方生殖器接触，即应视为奸淫既遂。虽然这份解答在2013年被废止，但对于强奸幼女应当采取性器接触说的理论不应有丝毫松动。

在涉及性侵儿童的案件中，只要有足够的证据证明行为人与儿童有过性器官的接触，那就应该以强奸罪论处。如果有强奸罪的五种加重情节，就可适用最高达死刑的加重情节。

想一想

儿童性侵案件中，认定强奸罪的难点是什么？

[9]布兰德·斯特林斯，《私人暴力的公共危害：强奸、性别歧视和公民身份》，《哈佛民权-公民自由法评论》第28期。Brande Stellings, Note, *The Public Harm of Private Violence: Rape, Sex Discrimination, and Citizenship*, 28 Harv. C.R.-C.L. L. Rev.P185, 186 n.3 (1993).

侵犯自由

070 非法拘禁罪

非法拘禁罪，是以拘押、禁闭或者其他强制方法，非法剥夺他人人身自由的行为。一般处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡的，处10年以上有期徒刑。

本罪所侵犯的法益是他人人身活动的自由，所以行为对象一定是他人，不可能拘禁自己。这种自由的剥夺必须以被害人认识到为必要。例如，我每天晚上，趁张三睡觉的时候，把他房门给锁上。次日在他快醒来前1个小时，又把锁打开，张三一直不知道自己被关了起来，虽然这可能干涉了张三梦游的自由，但不构成非法拘禁罪。

剥夺人身自由

非法拘禁罪有两个最基本的特征，非法性和剥夺性。

首先，通过合法方法剥夺他人人身自由不构成犯罪，比如警察依法执行公务拘留他人。但如果没有法律依据，非法逮捕拘留自然构成犯罪。

其次，非法拘禁必须剥夺人身自由，而非限制人身自由。刑法对于剥夺和限制人身自由有明确的区分，比如刑法中强迫劳动罪就使用了限制人身自由的表述：以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳

动的。

剥夺人身自由既包括直接剥夺，也包括间接剥夺，前者如捆绑他人，后者如将他人关在房间中。但无论如何，都必须拘束他人的人身自由。

对于人身自由剥夺可以是有形剥夺，也可以是无形剥夺，比如在妇女洗澡时将其衣服拿走，又如在他人家门口放置毒蛇猛兽。这种无形剥夺的判断必须根据被害人所属的一般人的标准来衡量其活动自由是否完全受限。若某人戏弄智障人士，在其站立部位画了一个圈，告知其不能走出圈外，否则就会被雷电劈死。智障人士信以为真，足足站立一天之久。从智障人士所属的群体出发，他不敢走出圈外合情合理，所以也可以理解为无形剥夺。又如采取威胁方法，让人不敢出门，担心出门会被泼粪殴打，这也能认定为非法拘禁。但如果仅仅是贴身跟随的方式，是无法认定为剥夺人身自由的。

软暴力

司法实践中有一种软暴力，指行为人为谋取不法利益或形成非法影响，对他人或者在有关场所进行滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等，足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制，或者足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全，影响正常生活、工作、生产、经营的违法犯罪手段。

软暴力的本质就是“软”，采取软暴力非法剥夺人身自由，就可以构成非法拘禁。但如果没有剥夺人身自由，比如贴身型讨债，债务人走到哪跟到哪，你可以去想去的任何地方，但行为人像苍蝇一样跟着你，像粘在衣服上的口香糖一样粘着你。你走到哪儿我跟到哪儿，你出门我也出门；你上厕所我蹲你旁边，我还给你递一张纸；你跟你女朋友看电影，我买一张票坐你旁边。我也不打你，我也不骂你，我就让你恶心。你吃饭我坐你旁边，我一直对你笑脸相迎，但就是让你不爽。这种限制人身自由的方法就不具备剥夺性，不能认定为非法拘禁罪。

索债拘禁

以索债（不论是合法债务，还是非法债务）为目的非法扣押、拘禁他人的，定非法拘禁罪，而不是绑架罪。此处的他人不限于债务人，还包括与债务人有利害关系的人，如债务人的近亲属。

索债型的非法拘禁与索财型的绑架的区别主要体现在是否存在债务关系。前者存在特定的债务关系，被害人有过错，属于“事出有因”。后者一般没有债务关系，被害人一般无过错。如果债务只是一个幌子，而以此为名绑架他人，仍以绑架罪论处。

索债拘禁的债务可以是合法的债务，也可以是非法的债务。既可以是赌债，也可以是高利贷，因为这都不认为构成有非法占有的目的，不能够认定为财物犯罪。但是它的手段行为是不合法的，手段行为直接可以认定为非法拘禁罪。

换言之，这个债必须是有缘由的债，“债”字本身就体现了人的一种责任，这种责任可以是法定责任，也可以是道德责任，甚至可以是自然责任，愿赌服输，赌债也是要还的。高利贷者主张债权，把人关了起来，只能够认定为非法拘禁，而不能够认定为绑架，因为没有非法债务的目的。

但如果没有任何缘由的“债”，当然不用还。张三早上在晨练，李四走了过来，问张三欠钱什么时候还。张三说“都不认识你，什么时候欠你钱了”。李四掏出刀在张三头上拍了一拍，要他想想清楚。张三只好说有印象。李四让张三写了一张5万的欠条。过了几天，李四拿这个欠条把张三绑了索赔。这个债就跟赌债、高利贷都不一样，是没有任何缘由的债，李四构成索财型绑架罪。

想一想

精神病人和能够行动的幼儿可以成为非法拘禁罪的对象吗？

071 绑架罪

绑架罪是指以勒索财物以及其他非法要求为目的，采取暴力、胁迫或其他方法，绑架他人为人质的行为。处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

索财型绑架和人质型绑架

索财型绑架，就是中国古代的绑肉票，即行为人利用被绑架者的近亲属等人对被绑架者的安危担忧，迫使其在一定时间内交付赎金。这种绑架具有索财的目的。该行为的基本步骤是：第一步，绑架被害人；第二步，向被绑架人的近亲属等人要求其支付财物；第三步，被绑架人的近亲属等人因被害人被绑架而被动交付财物。

因此，如果行为人直接向被绑架人索取财物，应该以抢劫罪，而非绑架罪定性。

人质型绑架，通过绑架人质要求某种非法利益或者提出非法要求，非法利益是财物以外的其他利益。例如，恐怖组织要求释放同伙。这种绑架不需要以索财为目的，行为人可能具有财物以外的其他目的，比如政治目的等。行为人既可以向被绑架人，也可以向其他组织或个人提出这种非法利益或要求。

事出有因，一般都非绑架

绑架是一种非常严重的犯罪，刑罚很重，在适用的时候应当非常慎重。在司法实践中，如果事出有因，一般都不宜认定为绑架罪。

陈某经老乡大洪介绍加入传销组织，大洪是他的上线，大洪的上线是其姐夫郑某，传销都是靠熟人拉熟人。陈某在传销过程中投入7万余元，后来妻子患病无钱医治，于是产生绑架郑某儿子的念头，以逼郑某退回他投入传销的钱。某日，陈某骑摩托车来到小学，以带孩子去玩为由，将其带走，并打电话给郑某逼其退回他投入传销的钱。

在这个案件中，检察机关是以绑架罪提起公诉的，如果罪名成立，刑罚至少在5年以上。但法院认为，虽然在非法传销活动中形成的债务是非法的，不受法律保护，但是不能以此否定陈某挟持被害人的目的还是为了索要债务，所以最后以非法拘禁罪对陈某判处3年有期徒刑，缓刑4年执行。

另外一起案件和感情纠纷有关。

张三和李四同居生活。张三旧爱王五非常生气，遂购得刀具三把，跑到张三朋友王六的出租房。出租房里有王六和另外两个男子，王五用左手箍住女子王六的脖子，要王六在一小时内将李四找来，并将刀戳在桌面上。其实出租房的两个男子之一就是李四，但王五不认识李四，李四见势头不对拨打110报警，民警赶到现场后，通过劝说，王五将王六释放。表面上看，这很像是人质型绑架，但本案的起因是为了解决“三角恋爱”纠纷，事出有因。王五也没有实施伤害王六的暴力行为，和索债型的非法拘禁具有等价值性，认定为非法拘禁罪会更加合适。

实际控制即绑架既遂

绑架罪是一种故意犯罪，都具备“勒索”的目的，或者是勒索财物，或者是勒索财物以外的其他非法利益。目的是否实现不影响本罪的成立，只要实际控制了被绑架人，就构成绑架既遂。张三绑架了李四，结果发现李四爹不疼妈不爱，穷得叮当响。张三郁闷万分，只能把李四放了，还倒贴了李四回家的车票。这个案件就构成绑架罪的既遂，因为已经实际控制了被绑架人。

绑架罪是典型的继续犯，在绑架既遂之后，不法行为与不法状态还在继续中，行为人中途加入的，属于共同犯罪。例如，甲实施绑架行为，将被绑架人置于自己控制之下，乙发现有利可图，于是提出加入，并帮助甲向被害人家属打电话索要财物，甲、乙就成立绑架罪的共同犯罪，部分行为之整体责任，刑罚肯定不轻。

绑架中的情节加重犯

绑架罪的刑罚非常严厉，最早是有绝对死刑条款的，“致使被绑架人死亡或故意杀害被绑架人，处死刑”，同时绑架罪的起点刑就是10年以上。后来发现，严厉的刑罚不一定会遏制犯罪，有时反而会造成更严重的犯罪，如果一旦实施绑架，就判10年以上，有可能会逼得绑架人铤而走险，直接撕票灭口。而且也没有考虑到有些特殊的情况，比如主动放人等。所以，2009年《刑法修正案（七）》增加了一种情节较轻的条款，“情节较轻的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金”，试图降低本罪的刑罚。

多年以前，四个小伙子实施绑架，将被绑架人架上面包车，被绑架人坐在后排，旁边分别坐着两个小伙子，结果在路上被绑架人乘人不备从车上跳了下去，当场摔死。法院认定为在绑架过程中“致使被绑架人死亡”，四个小伙子都属于主犯，都被判处死刑。

你会不会觉得这个判决太严厉了？但是从法律来看，司法机关的判决也挑不出太大的问题。2015年，《刑法修正案（九）》取消了这种绝对性的死刑条款，试图与罪刑相当原则相匹配，绑架的情节加重犯不再包括“致使被绑架人死亡”这种结果加重犯，只限于“杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的”这种情况。

想一想

绑架和非法拘禁有什么区别？

072 拐卖妇女、儿童罪

司法实践和社会新闻中非常常见的犯罪，就是拐卖妇女、儿童罪了。

拐卖妇女、儿童罪是以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。行为人只要具有上述行为之一，就构成此罪。儿童，是指不满14周岁的人。其中，不满1周岁的为婴儿，1周岁以上不满6周岁的为幼儿。

基本刑是5至10年有期徒刑，加重刑10年以上有期徒刑、无期徒刑，甚至可以判处死刑。

拐卖男性构成犯罪吗

拐卖成年男子当然构成犯罪，只是不构成拐卖妇女、儿童罪，可能构成其他犯罪，比如非法拘禁罪，再如强迫劳动罪。

一般来说，犯罪人拐卖成年男子都是把他们当作劳工去强迫劳动，比如2007年的山西黑砖窑事件中，该案的主犯衡某就拐卖多名已满14周岁的男子到山西黑砖窑做苦力。

1997年刑法当时规定了“强迫职工劳动罪”，用人单位违反规定采取限制人身自由的方式强迫他人劳动，最高可以处3年有期徒刑。但随着黑砖窑这类案件的发生，很多人觉得刑罚太低，所以在2011年《刑法修正案（八）》增加了一种情节严重的情况，可以处3年以上10年以下有期徒刑。同时，犯罪主体也不限于用人单位，任何人以限制人身自由的方法来强迫他人劳动都可以构成犯罪，所以罪名也就变成了强迫劳动罪。

强迫劳动罪采取的是限制人身自由的方式，如果采取剥夺人身自由的方式来强迫劳动，那就既构成非法拘禁罪，又构成强迫劳动罪，应当从一重罪论处。

拐卖罪不必完成卖出

本罪主观上具有出卖的目的，如果没有出卖目的，只是拐骗儿童脱离家庭的，是拐骗儿童罪，比如张三看到一个孩子觉得很可爱，带回家做童养媳，这就构成拐骗儿童罪。后来张三又觉得养着太贵，不如卖掉，就构成拐卖儿童罪。

只要以出卖为目的，实施了拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童行为之一的，就属于拐卖妇女、儿童罪的既遂。例如，李某以出卖为目的偷盗一名男童，得手后因未找到买主，就产生了自己抚养的想法。在抚养过程中，因男童日夜啼哭，李某便将男童送回家中。由于李某偷盗儿童已经得手，犯罪行为已经完成，构成犯罪既遂，其将男童送回家的行为不能再成立犯罪中止。

八大加重情节

拐卖妇女、儿童罪有八种加重情节，其刑罚从10年以上有期徒刑、无期徒刑，直至死刑。

1.拐卖妇女、儿童集团的首要分子。

2.拐卖妇女、儿童3人以上的。

3.奸淫被拐卖妇女的，此种情况无须再定强奸罪，此处的奸淫不包括猥亵行为，因为奸淫是小概念，猥亵是大概念，在拐卖过程中猥亵妇女应该数罪并罚。

这里的妇女应该包括幼女，否则会导致严重的不公平。如果认为此

处的妇女不包括幼女，那在拐卖过程中奸淫幼女，就构成拐卖和奸淫幼女型强奸两个罪。奸淫幼女型强奸罪，一般是3至10年的量刑幅度，拐卖儿童罪是5到10年量刑幅度，假定各判6年，数罪并罚，在6至12年中酌定，比如最后判处8年。但如果强奸的是成年妇女的话，起点刑就是10年。所以这里的妇女肯定是幼女的，否则就会在判刑上显失公平。

4.诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的，此种情况无须再定强迫卖淫罪，同理此处的妇女显然也包括幼女。

5.以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的，比如给小孩吃安眠药。

6.以出卖为目的，偷盗婴幼儿的。这是指秘密偷盗不满1周岁的婴儿或不满6岁的幼儿。法律之所以规定这个条款，是因为偷盗婴幼儿是秘密的，监护人都不知道从哪去寻找线索，所以如果从孩子家长手上把孩子骗走，或者直接把孩子抢走，都不能适用这个条款。当然，如果抢走孩子其实可以解释为第5款中的绑架。

7.造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的。这是指拐卖行为直接或间接地造成严重后果。例如，采取捆绑、虐待手段导致严重结果，比如说把小孩放在后备厢致其窒息死亡，或者给小孩注射安眠药，剂量太大致其死亡；拐卖行为导致被害人或亲属自杀或精神失常。

8.将妇女、儿童卖往境外的。

自产自销

出卖自己子女或亲属，俗称自产自销。四川资中，一位付姓老者先后卖掉四个亲女，还自诩“生娃儿卖比养猪强多了”[10]。

这种行为是否构成拐卖妇女、儿童罪，关键看是否有营利的目的。这一般可以根据生活经验进行综合判断。比如通过审查将子女“送”人的

背景和原因、有无收取钱财及收取钱财的多少、对方是否具有抚养目的及有无抚养能力等事实，综合判断行为人是否具有非法获利的目的。如果直接把孩子卖给人贩子，或者像付老头那样即生即卖，或者收取高昂的营养费，这都是典型的以营利为目的，应该以拐卖儿童罪论处。

但是，如果不是出于非法获利目的，而是迫于生活困难，或者受重男轻女思想影响，私自将没有独立生活能力的子女送给他人抚养，包括收取少量“营养费”“感谢费”的，属于民间送养行为，不能以拐卖妇女、儿童罪论处。对私自送养导致子女身心健康受到严重损害，或者具有其他恶劣情节，符合遗弃罪特征的，可以遗弃罪论处；情节显著轻微危害不大的，可由公安机关依法予以行政处罚。

想一想

为什么没有拐卖男人罪呢？

[10]《父亲为钱卖掉四个亲生子女，称卖孩子比养猪强》，《华西都市报》2009年8月30日。

073 收买被拐卖的妇女、儿童罪

本罪是指明知是被拐卖的妇女、儿童而予以收买的行为。基本刑处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，如果有强奸、非法拘禁、故意伤害等行为的，可以数罪并罚。

对向犯

拐卖与收买属于刑法理论中的“对向犯”，是一种广义上的共同犯罪。

所谓“对向犯”，指存在两人以上相互对向的行为为要件的犯罪，如受贿罪与行贿罪。没有受贿就没有行贿，没有行贿也不可能有受贿。对向犯有两种：一是共同对向犯，二是片面对向犯。前者所对向的双方都被刑法规定为犯罪，而后者是只有一方被规定为犯罪。

拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪就属于共同对向犯，因为所对向的双方都被规定为犯罪。但销售伪劣产品罪则是片面对向犯，只有销售者一方构成犯罪，而购买者不构成犯罪。一般认为，购买伪劣产品者并非销售假药方的共犯。

从刑事政策的角度来看，立法者对共同对向犯的处罚要明显重于片面对向犯。比如增值税专用发票，无论是卖方还是买方都构成犯罪；但是对于普通发票，刑法只惩罚卖方，不惩罚买方。这主要是考虑到买方的社会危害性较小，毕竟购买增值税专用发票的人不多，但购买普通发票的人却大有人在，法不责众。

在刑法中，共同对向犯的刑罚基本相当。罪名相同的共同对向犯，如非法买卖枪支罪，买卖双方自然同罪同罚。罪名不同的共同对向犯，

刑罚也相差无几，比如购买假币罪和出售假币罪，刑罚完全一样。受贿罪与行贿罪的刑罚也相差不大，受贿罪最高可以判处死刑，行贿罪最高刑也可达无期徒刑。

不甚匹配的对向犯刑罚

只有拐卖妇女、儿童罪与收买妇女、儿童罪这一对共同对向犯很特殊，对向双方的刑罚相差悬殊，买方和卖方刑罚明显不匹配——刑法对前者的打击力度要弱得多。

如果不考虑强奸、非法拘禁等暴行，单纯的收买妇女、儿童罪的最高刑只3年有期徒刑。但是卖方的基本刑却是5年以上10年以下，有八种加重情节可以判处10年以上、无期徒刑甚至死刑。

有人大代表曾经提出，要把拐卖的法定刑一律提升为死刑。这个提议可能不符合罪刑相当原则，如果拐卖一律提升到死刑，那人贩子可能就不会在乎被害妇女、儿童的安危了，对被害人反而不利。但是收买方的刑罚仍有提高的空间。

法律的修缮

立法者或许是考虑到人口买卖的历史问题，才如此确立收买妇女、儿童罪的法定刑。但法律的要义在于保护人的基本权利，而非其偏见和陋俗。

当然，相关法律一直在改进。《刑法修正案（九）》的一个重要举措，就是取消刑法中的免责条款。

原法条规定，“收买被拐卖的妇女、儿童，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，可以不追究刑事责任”。最高人民法院的司法解释则将其解释为，如果收买被拐卖的妇女，业已形成稳定的婚姻家庭关系，解救时被

买妇女自愿继续留在当地共同生活的，可以视为“按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地”。

这样一来，拐卖犯罪几乎成了片面对向犯，买方可以不用承担任何刑事责任。由于过于迁就陈腐陋习，漠视妇女、儿童的基本权利，这一法条及解释在法学界一直备受诟病。

2015年，《刑法修正案（九）》试图提高对买方打击力度，将免责条款修改成“从宽条款”——“收买被拐卖的妇女、儿童，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以从轻处罚；按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，可以从轻或者减轻处罚。”

法律的微光

2007年，有部叫做《盲山》的电影，讲述女大学生白雪梅被拐卖到山区，给老光棍黄德贵做老婆的故事。其间，白雪梅被虐待、被强暴、被殴打，多次逃跑，却终于走投无路。电影有两个结尾：一个是基于真实案例（郑秀丽被拐案）的，女主角拿刀砍向“买”她的人，丈夫黄德贵；另一个是虚构的，白雪梅在司法者、警察的帮助下，逃出深山。

十多年过去，真实和虚构之间是否发生了转换？影片的导演李杨是这样解释“盲山”两个字的——大山深处，人心已盲，黑暗无法穿透。

也许，要求法律来改变人心，是不现实也不恰当的。但法律至少要有所作为，如果不能成为照进黑暗的灯塔，那起码也要发出守护人权的微光，给白雪梅们一个公正的盼望。

想一想

你觉得收买被拐卖的妇女、儿童，应该受到怎样的刑罚？

婚姻家庭类

074 婚姻自由

暴力干涉婚姻自由

婚姻自由既包括结婚自由，也包括离婚自由。

暴力干涉婚姻自由罪是指以暴力干涉他人婚姻自由的行为，处2年以下有期徒刑或者拘役；致使被害人死亡的，处2年以上7年以下有期徒刑。

如果妻子想跟丈夫离婚，丈夫就是不肯。每次妻子提离婚，丈夫就对妻子实施家暴，那请问丈夫构不构成暴力干涉婚姻自由罪？这是不构成的，因为想保持婚姻的稳定是社会规范所鼓励的，当然丈夫的家暴行为可以构成虐待罪或故意伤害罪。

暴力干涉婚姻自由罪主体一般是夫妻以外的其他人，比如长辈家属。本罪是亲告罪，不告不理。但是，本罪的结果加重犯是致使被害人死亡，出现了这种加重结果就不再是亲告罪了。结果加重犯包括致使被害人自杀。父亲长期暴力干涉女儿的恋爱，结果女儿和男朋友一起跳楼殉情。父亲对于女儿的死是有因果关系的，但对其男友的死是没有因果关系的。

重婚

重婚罪包括两类人，一类是重婚者，一类是相婚者。所谓重婚者就是有配偶，依然和别人结婚的；所谓相婚者就是自己没有配偶，但明知他人有配偶而与之结婚的。所以，重婚罪是典型的对向犯，双方都构成重婚罪。犯本罪，处2年以下有期徒刑或者拘役。

根据司法解释，在法律婚之后又有法律婚或事实婚的，应以重婚罪处罚。从这个意义上讲，包二奶有可能就构成重婚罪，前提是形成了事实婚姻关系。事实婚姻就是公开以夫妻名义长期生活在一起，而且周边群众都认为属于夫妻关系。

张三结婚没办证，但是办了一场酒，老婆给他生了两个孩子，一直没领证。后来张三到北京打工，公司的董事长看上他了，把女儿嫁给张三。张三为了前途和董事长的女儿结婚，抛弃了糟糠之妻，成为现代版的陈世美。结果原来的老婆带着两个孩子来找他，要求他再跟自己领结婚证。张三于是又跟原配领了一个证。

在这个现代版陈世美的案件中，董事长的女儿不构成重婚罪，因为她可能都不知道张三结过婚，自己也是被害人；张三构成重婚罪，因为他跟董事长的女儿先有法律婚，又跟原来的妻子有了法律婚。

但是张三的原配构成重婚罪吗？从形式上看，她知道张三和他人领了结婚证，还要和张三领证，就似乎构成重婚罪。但请注意，法益作为入罪的基础，伦理作为出罪的依据，毕竟他们之间的事实婚姻在前，在道德生活上，原配的行为不值得谴责，可以不构成犯罪。

破坏军婚罪

破坏军婚罪是一种特殊的重婚，被独立成罪，它指明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的行为。这个打击面比重婚罪要更宽，因为只要与现役军人的配偶同居就可以构成本罪。同居不是事实婚姻，它是以两性关系为基础，同时还有经济上或其他生活上的特殊关系，包括公开同居与秘密同居两种。

破坏军婚与重婚罪是法条竞合关系，如果与现役军人配偶重婚，应

以特别法破坏军婚罪论处。如果利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，应以强奸罪定罪处罚。

重婚罪的追诉时效

重婚罪的追诉时效是5年，但由于重婚是典型的继续犯，所以追诉时效从行为终了之日起计算。但哪个时间点是行为终了之日呢？

北京曾有一个非常经典的案件。张三在2000年结婚，2005年找了小三，跟小三买房生活在一起，还生了个孩子。2010年，他觉得太烦，又想一个人过，只身去了大连。小三一直在找他，他不想回去。2013年，张三觉得一个人太孤独，又回原配处。2014年，张三一不做二不休把和小三的房子给卖了。2018年，小三把张三给告了，请问张三的重婚还在不在追诉时效之内呢？[11]

这里面有几个时间点，2005年是他的重婚时间点，2010年他离开小三，2013年回到原配处，2014年卖房子，哪个时间点叫做重婚行为终了之日？人的感情是很难说的，藕断丝连是人之常情，除非你做出毅然决然的举动才能认为重婚结束，所以法院最后以2014年卖房子作为重婚行为终了之日，认定张三构成重婚罪，其实你会发现，小三虽然是在告状，但其实也相当于自首，因为她自己也构成重婚罪。

想一想

刑法为什么特别规定了破坏军婚罪？

[11]田某某重婚案，《刑事审判参考》第1062号。

075 虐待和遗弃

虐待罪

虐待罪是对共同生活的家庭成员经常以打骂、捆绑、冻饿、强迫过度劳动、有病不给治病或者其他方法进行摧残折磨，情节恶劣的行为。基本刑处2年以下有期徒刑、拘役或者管制；致使被害人重伤、死亡的，处2年以上7年以下有期徒刑。

虐待行为必须具有经常性，而且情节恶劣。“致人重伤”是指因经常受虐待或有病得不到及时有效的治疗而逐渐形成的重伤。“致人死亡”是指因被害人经常受虐待逐渐导致不正常死亡或引起被害人自杀死亡。如果行为人在虐待过程中，出于故意，一次暴力行为而造成被害人重伤或死亡的，应当区别情况，分别以故意伤害罪或故意杀人罪论处，如果前面的虐待行为已经构成犯罪，还应数罪并罚。

本罪的犯罪对象是共同生活的家庭成员，是典型的亲告罪，但是有两个例外，一是造成重伤、死亡的除外；二是被害人没有能力告诉，或者因为受到强制、威吓无法告诉的除外。

曾经有一个非常可怕的虐童案叫苏丽案。苏丽的妈妈燕某，非常重男轻女，就觉得生了一个赔钱货。小苏丽3岁时因抓吃鸡食，被她母亲用针和膨体纱线将嘴缝住，并罚跪搓板，后来这个线还是邻居给拆下来的。有一次，燕某给宝贝儿子做红烧肉吃，苏丽也想吃红烧肉，燕某把女儿揪到厨房，直接把一勺滚烫的油从苏丽的嘴巴里面浇了下去。七天之后，小苏丽痛苦地死去。在这个案件中，燕某的行为就不是单纯的虐待，而是构成故意伤害致人死亡，应当和虐待罪数罪并罚。

幼儿园虐童

发生大量幼儿园老师的虐童事件后，刑法学界面临的突出问题就是能不能把老师和学生的关系解释为“共同生活的家庭成员”，有人开玩笑说整个中国是一个大家庭，老师虐童构成虐待罪也没有问题。但是，我们在解释法律的时候必须遵照语言通常的理解，这种玩笑式的解释显然是一种类推。

所以，《刑法修正案（九）》增加了虐待被监护、看护人罪。它是指对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人，情节恶劣的行为，处3年以下有期徒刑或者拘役。这个新罪名就把漏洞给补上了。

《刑法修正案（九）》对此罪还特别规定了单位犯罪条款：“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚”。

当然，根据刑法规定，单位犯罪体现的是一种单位意志，它是经由单位决策机构决定，由直接责任人员实施的犯罪。在绝大多数虐童案件中，似乎很难证明虐童行为出于单位意志。涉案单位可以很容易地将相关行为说成是个别员工的行为，从而撇清单位的责任。

然而，如果学校领导知道有员工曾虐待儿童，但却对该员工不做任何处理，听任其在工作岗位上继续对儿童施暴，这种不作为的行为与学校领导积极指示员工虐待儿童的作为行为，在社会危害性上并无本质的不同。

因此，如果学校负责人知道幼师的虐童行为，但却害怕学校声誉受损或者出于其他动机，没有及时处理老师的不当行为，反而大事化小，小事化了，导致虐童行为愈演愈烈，那么这种行为就不再只是个人行为，而可以视为体现单位意志的单位不作为犯罪，追究相应的刑事责任。

对于单位犯罪，可以既处罚单位罚金，又对直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑责。值得注意的是，对于虐待被监护人、看护人罪的单位犯罪，刑法规定的是无限额罚金制，也即罚金没有上限。

前埃塞俄比亚皇帝海尔·塞拉西说：“纵观人类历史，有能力行动者却袖手旁观；知情者却无动于衷；正义之声在最迫切需要时保持沉默；

于是邪恶方能伺机横行。”

相比于积极的施暴者，那些本有责任、有能力去制止罪恶之人的姑息放任，与邪恶并无本质的不同。

遗弃罪

遗弃罪是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。

所以，这显然是纯正的不作为犯，其行为主体是有扶养义务且有扶养能力的人，比如老师对学生只有教育义务，没有扶养义务，不会构成遗弃罪。单位不构成本罪，但孤儿院、养老院、精神病医院的管理人员，由于对所收留的孤儿、老人、患者等具有法定的扶养义务，故可以自然人身份构成本罪。

如果行为人对被遗弃对象有放任或希望其死亡的心态，则属于与遗弃罪的想象竞合，一般应以故意杀人罪论处。

行为人的主观心态可以根据遗弃行为是否盖然性导致被遗弃人死亡进行判断，如果遗弃行为在经验法则上极易导致他人死亡，一般属于故意杀人罪，否则为遗弃罪。前者如将幼儿遗弃在荒野，后者如遗弃在民政局门口。

2013年南京的女童饿死案就是一个经典案例。一对小姐妹被人发现饿死在家中，一个1岁，一个2岁。而她们的妈妈乐某已经2个多月下落不明。经查其母乐某1991年生，有吸毒史，明知将两名年幼的孩子留置在封闭房间内，在缺乏食物和饮水且无外援的情况下会饿死，仍离家1个多月，不回家照料女儿。在案件审理时乐某本人，已经怀孕3个多月。最后法院认为乐燕故意杀人罪名成立，鉴于其已再次怀孕，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。[12]

组织残疾人、儿童乞讨罪

组织残疾人、儿童乞讨罪是指以暴力、胁迫手段组织残疾人或者不满14周岁的未成年人乞讨的行为。这是《刑法修正案（六）》规定的新罪。

有些犯罪分子非常残忍，通常都是把孩子拐来，断其四肢，弄瞎眼睛，致儿童残疾之后再组织行乞，这种行为就应该以拐骗儿童罪、故意伤害罪与此罪数罪并罚。

有时我们会很纠结，在路上看到小孩乞讨给钱不给钱。假如不给钱，孩子可能会挨打，但如果给钱，也可能“鼓励”了这种犯罪行为。

我一般碰到了还是会给钱，因为我觉得自己能做的事情很少。我非常欣赏特蕾莎修女曾经说过的一段话：我们无法成为伟大的人，只能心怀伟大的爱做细微的事情。

这个世界有太多让人感到寒冷的事情，但如果你能够成为一场光，你就能照亮周边的人，而周边的人被照亮，你自己也能被照亮。很多时候，大家不必强迫自己去做出伟大的事业，我们只要心怀伟大的爱，在每天的小事中让这个世界感到温暖。

如果你确定这个乞讨的孩子是被控制的，我建议大家要智慧地报警，不一定要在当时就报警，可以拍下证据再去报警。

想一想

你在路上遇到乞丐，会给钱吗？

[12]乐燕故意杀人案，《刑事审判参考》第990号。

076 家庭暴力

据全国妇联及国家统计局发布的“第三次妇女地位社会调查”，我国有24.7%的女性曾遭受家庭暴力，相当于全国约有1亿女性曾遭受家暴。每年有9.4万女性因家暴自杀，家暴致死占妇女他杀原因的40%以上。家暴与年龄、财富、知识水平无关，不少高级知识分子也是家暴的施害方。

“家”本应是最安全的栖所，但对许多女性来说，却成了最危险的地方。尽管所有人都可能成为家暴的对象，但多数家暴是丈夫针对妻子的虐待，登记离婚的案件中60%和家庭暴力有关。

如何防止家暴，拿什么来拯救“家”？对此，社会学和心理学上的探讨已经不少，那么法律能做什么呢？

法律的保护伞

简单说，家庭暴力可能涉及民事、行政和刑事三方面的责任。

家庭暴力是离婚的法定理由，无过错方有权请求损害赔偿。同时，如果当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，可以向人民法院申请人身安全保护令。另外，根据《治安管理处罚法》的规定，殴打他人的，或者故意伤害他人身体的，可以进行行政拘留。

家庭暴力最为严重的法律后果是刑罚处罚，也就是虐待罪。

虐待既包括肉体折磨，又包括精神摧残。鉴于刑罚是最严厉的惩罚措施，因此仅当虐待达到情节恶劣的程度才构成犯罪。而情节恶劣，一般可以从持续时间、虐待手段、对象、结果等综合考虑。

从行为结果看，虐待只要造成被害人轻微伤，即可能符合犯罪标准。许多人认为只有造成“轻伤结果”才构成虐待，这是一种误解。如果造成轻伤的结果，那就已经构成故意伤害罪。换句话说，如果只是轻微伤，那不构成故意伤害，但可能构成虐待罪。

调查显示，面对家暴，女性平均被虐待35次才选择报警。如果存在如此频繁的虐待情节，那么认定为虐待罪应无障碍。

如果虐待造成了重伤、死亡的严重后果，这属于结果加重犯，最高可以处7年有期徒刑。死亡可以包括被害人自杀、自残，因为在经验法则上，虐待导致妇女自杀、自残具有极高的概率联系，因此具备法律上的因果关系。

需要说明的是，结果加重犯中的重伤、死亡结果在主观心态上必须限定为过失，如果故意导致妇女重伤、死亡，那自然应该以故意伤害罪、故意杀人罪追究刑事责任，最高可以判处死刑。

2009年，董珊珊家暴案中，受害人持续遭受家暴，最后一次肾脏都被打裂了，数日后逃出就医，最终不治，死因为“被他人打伤后继发感染，致多脏器功能衰竭死亡”。2010年7月，法院对此案一审宣判，丈夫王某以虐待罪被判处有期徒刑6年6个月。

家暴中的正当防卫

在家暴案件中，最大的争议点在于家暴中的防卫问题。司法实践中存在大量因家暴而引发的杀夫案件。

妇女在极度痛苦折磨的情况下将丈夫杀害，是否属于正当防卫？

这种现象在理论上一般被称为受虐妇女症候群。此类症候由家庭暴力所致，妇女长期受到伴侣恐吓、虐待，倍感绝望，认为除非通过暴力无法摆脱困境，故铤而走险将伴侣杀害。

司法实践中，此类案件与正当防卫的关系，必须慎重对待。

受虐妇女症候群导致的杀人行为可分为三类：其一，对抗性杀人，受虐妇女在争吵中将伴侣杀害，这在实践中最为常见；其二，非对抗性杀人，受虐妇女在伴侣熟睡等平和场合将其杀害；其三，雇凶杀人，受虐妇女雇佣他人杀害伴侣。

在这些案件中，受虐妇女通常会以正当防卫为由进行辩护。对于第三类案件没有争论，法官不会采纳正当防卫的辩解，而在前两类案件中，则存在很大争议。

按照美国学者沃克的解释，伴侣对妇女的虐待是循序渐进的。最初是因一些很小的事情而导致轻微的虐待，随后会慢慢升级为真正的身体虐待，在此期间会伴随着施虐者反复向女方忏悔，表达爱意，请求原谅。而原谅对方的女性不久又会再次遭受殴打。沃克认为，因为无力制止虐待行为，女方会完全丧失自信，陷入对伴侣的依赖（获得性依赖，Learned helplessness），因此她们往往选择保持与伴侣的关系，而不是离开。[13]

在对抗性杀人案件中，受虐妇女症候群可以说明，先前的虐待行为会让被告人感到自己受到致命的紧迫威胁。在与伴侣的争吵过程中，与此妇女地位相同的一般人都会因受虐历史而如此联想，因此将对方杀死的行为符合一般人的常情常感，可以解释为正当防卫。如果男方在施暴过程中还强行与女方发生性关系，亦即构成强奸，在此情况下，女方当然可以进行正当防卫，造成男方死亡的，属于特殊正当防卫，不负刑事责任。

非对抗性杀人

但是在非对抗性杀人案件中，情况则比较复杂。

不少观点主张此类杀人也不应成立犯罪。比如有人从功利主义论证，认为施虐者长期虐待，既给被告带来危险，也可能给其他人带来危险，其死亡对社会是有利的。而社会应当为妇女提供一个庇护所，让她们免遭虐待。

还有人从报应主义出发，认为施虐者因为长期施虐，即便暂时不具有紧迫的危险性，但在道德上他已放弃了生命权利。如果不赋予妇女防卫的权利，那就是让公民成为强者的奴隶。

然而，在非对抗性杀人案件中，行为人在施虐者昏睡的时候将其杀害，按一般人常理来推断，施虐者此时并不构成紧急的危险，因而将行为人的行为视为正当防卫，并不妥当。

当然，正当防卫不成立，也并不意味着此类案件中的被告必须要承担刑事责任。如果医学上承认受虐妇女症候群的存在，那么把它看成一种导致责任能力减弱或缺失的精神疾病可能更为合理。正如科孚林（Anne　Coughlin）教授所言，罹患此症之人缺乏心理能力进行理性选择，因此患有此病的证据可以证明被告人因精神疾病而行为异常。

想一想

董珊珊家暴案曾引发巨大争议，认为判刑过轻，你觉得呢？

[13][美]约书亚·杜丝勒：《理解刑法》（第四版），律商联讯2006年版，第181页。Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (4th edition), LexisNexis(2006), P181.

077 侵犯名誉和民主权的犯罪

侮辱罪与诽谤罪

侮辱罪与诽谤罪，是指以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

侮辱罪是指使用暴力或者其他方法公然贬低、损害他人人格、名誉的行为。诽谤罪是指捏造并散布虚构的事实，以损害他人人格、名誉的行为。这两项罪都是告诉才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。

诽谤罪只能采取口头或者文字的方法，不可能是暴力；而侮辱罪既可以采取口头、文字的方法，也可以采用暴力方法。比如张三牵着李四，让李四在人多的地方学狗叫，这就可以构成侮辱罪。

诽谤罪必须有捏造并散布有损他人名誉的虚假事实的行为；而侮辱罪既可以不用具体事实，也可以用真实事实损害他人名誉，只要公然侮辱即可。比如张三是性工作者，李四在朋友圈把张三的隐私泄露，这虽然没有捏造事实，但是也损害了张三的名誉，情节严重也可以构成侮辱罪。

当前司法实践中最常见的行为是发他人的裸照，属于典型的侮辱罪。如果张三发李四裸照，加了一段文字描述“电话×××，包夜500”，结果李四的电话被打爆。张三的行为就触犯了多个罪名：首先散布裸照本身是侮辱；然后又造谣说张三是性工作者，构成诽谤；公布张三的电话，还侵犯了公民个人信息，一行为触犯三个罪名，想象竞合从一重罪。

名誉与社会评价

侮辱、诽谤所侵害的是名誉权，导致他人社会评价降低。社会评价降低显然是一种具有价值性的规范判断，它可以理解为一种具有道德评价的信息。对他人名誉的侵犯，也就是在减损社会一般人对他人的道德评价。为了避免法律传达出错误的信息，应该根据社会主流价值观念对“名誉”进行规范评价，排除那些与主流道德无关的信息，避免法律的泛道德化。

比如李四在网上发帖，说张三是一个穷人，别看张三现在天天开着豪车跟8个网红谈恋爱，但其实张三是个穷人，他的车是在网上租的，他许许多多炫富的图片全都是PS的。张三非常生气，到法院去告李四，还出具了足够的证据证明他是一个有钱人。但是李四却虚构事实说他是一个穷人，而且李四其实也知道张三蛮有钱的，所以主观上李四是有恶意的。那么这种情况是否构成诽谤罪呢？这显然就要去思考，李四有没有侵犯他的名誉权。

问题来了，你觉得身为一个穷人，算不算降低了张三的社会评价呢？有的人说，现在的这个社会是笑贫不笑娼的社会吗？身为穷人，社会评价会降低吗？但是无论如何，法律一定要倡导良善的价值观，所以在法律上，我们认为贫穷跟人的社会评价没有关系。

网络诽谤

在著名的“艾滋女事件”中，被告人杨某猛因与女友闫某分手，对其怀恨在心，遂将两人同居期间给闫某拍摄的裸照和性爱视频，传至网络上，并编造闫某被其继父强奸、在北京当“小姐”卖淫、患有艾滋病等内容在互联网上进行散布。杨某猛同时还公布了多个手机号码，捏造其号码持有人为闫某的嫖客等信息，在互联网上进行传播，此事极大地吸引了公众的眼球。

后杨某猛被河北省容城县人民法院以侮辱罪判处有期徒刑2年，以诽谤罪判处有期徒刑2年，数罪并罚决定执行有期徒刑3年。法院在判决

中认为，被告人杨某猛利用散发、传播他人裸照、性爱视频照片等方式公然泄漏他人隐私，故意捏造被害人被强奸、当“小姐”和患有艾滋病等虚假事实，在互联网上迅速传播，引发了网民的广泛关注，各类新闻媒体争相报道，各大门户网站纷纷转载，严重损毁了闫的人格和名誉，严重危害了社会秩序，其行为已构成侮辱罪、诽谤罪[14]。

在此判决中，杨某猛编造被害人当“小姐”卖淫的行为贬损了被害人的名誉，但捏造的被害人被强奸和患有艾滋病的虚假事实与道德无关，不宜看成是对名誉权的侵犯。在某种意义上，法院的判决理由正是在强化社会对强奸受害人以及艾滋病患者的歧视。事实上，在此事曝光不久，闫某的家乡河北容城的县委县政府为了不“损害容城的形象”，让警方和疾控部门多次联系闫某，希望她回家接受检测并配合调查。政府和公众舆论要求闫某“自证清白”，无奈之下，闫某在不同的地方连续检测三次，以证实自己的“清白”，这才让政府长舒一口气，决定追查幕后的黑手。有关部门要求被害人“自证清白”的要求虽然荒谬，但却反映出社会对艾滋病患者的偏见。

侮辱、诽谤必须达到情节严重才构成犯罪，那么什么才是情节严重呢？2013年9月9日，最高人民法院、最高人民检察院公布《关于办理信息网络实施诽谤等刑事案件的司法解释》。司法解释规定，利用信息网络诽谤他人，同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到5000次以上，或者被转发次数达到500次以上的，或者造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的，都应当认定为“情节严重”。

侵犯公民个人信息罪

侵犯公民个人信息罪，是指违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的行为；窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的行为。一般处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

这个罪名在1997年刑法中是没有的，2009年《刑法修正案（七）》才增加了“出售、非法提供公民个人信息罪”，但其主体限定为从事特定职业的人士，如国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的

工作人员。2015年，《刑法修正案（九）》对此罪再次修改扩张，主体不再限定为特定职业，所有的人都有可能构成侵犯公民个人信息罪。

2017年6月1日实施的《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《信息解释》）认为此处的“公民”可以解释为自然人，包括外国人和无国籍人，但不包括单位和死者。

“公民个人信息”不是单纯的隐私信息，而是与特定自然人相关联的可识别性信息。司法解释规定，包括身份识别信息和活动情况信息，即以电子或者其他方式记录的，能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份，或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。

一个男同学拿着个高倍望远镜偷窥对面的女生宿舍，结果发现对面有个女同学也拿着高倍望远镜在看他。你正在看风景，看风景的也在看你。这侵犯了对方的隐私权，但这不属于可识别的信息，不构成侵犯公民个人信息罪。

人肉搜索和购买个人信息

向特定人提供公民个人信息的行为属于“提供”，而人肉搜索是通过信息网络或者其他途径发布信息，实际是向不特定多数人提供公民个人信息。基于“举轻以明重”的法理，人肉搜索更应当认定为“提供”。

对于“购买公民个人信息”是否属于“以其他方法非法获取公民个人信息”，以前存在不同认识。有意见认为，法条中所述的“其他方法”应当限于与“窃取”危害性相当的方式（如抢夺），不宜将“购买”包括在内。但《信息解释》没有过分拘泥于逻辑，而采取了经验主义的做法，认为从实践来看，当前非法获取公民个人信息的方式主要表现为非法购买，如排除此种方式，则会大幅限缩侵犯公民个人信息罪的适用范围，而且不少侵犯公民个人信息犯罪案件，购买往往是后续出售、提供的前端环节，没有购买就没有后续的出售、提供。所以，司法解释认为购买公民个人信息，也可能构成此罪。

想一想

网上经常有原配人肉“小三”，原配构成犯罪吗？

[14]《河北“艾滋女事件”制造者因侮辱诽谤一审获刑3年》，《京华时报》2010年4月10日。

第七章
侵犯财产罪

强制占有型的财产犯罪

078 财产及侵犯财产罪

侵犯财产罪是司法实践中最多发的犯罪，占全国法院立案数40%以上。侵犯财产罪所侵犯的法益是财产权利，财产权既包括所有权，也包括占有权。如甲将摩托车借给乙，晚上甲又潜入乙家将摩托车偷回，甲侵犯了乙的占有权，故也成立盗窃罪。

财产的概念

刑法中所有的概念，都不仅是纯粹的事实概念，且有价值内涵，侵犯财产中的财产就必须按照法律倡导的价值观进行理解。

张三有一袋毒品，李四把这袋毒品偷了过来，毒品是不是财产，李四是否构成盗窃？

你会发现，对于任何一个法律问题，至少都会有三种观点：正说、反说、折中说。正说认为只有法律保护的才叫财产，而毒品不受法律保护，所以不叫财产，如果给这种观点贴上一个学术标签的话，可以称之为法律财产说，按照这种观点李四不构成盗窃罪。

与此针锋相对的观点，也即反说认为只要有经济价值的东西就属于财产，毒品自然是有价值的，这个观点可以称之为经济财产说，按照这种观点，李四构成盗窃罪。

正说和反说，你觉得哪种观点更合理呢？

似乎经济财产说更合理吧，如果认为李四不构成盗窃罪，那就一定会出现黑吃黑的现象，滋生更多的犯罪。

但是也不要急着下结论，再来思考一个案例——嫖娼使用冥币案。

张三嫖娼，约好一次3000元，完事之后性工作者发现张三坏透了，居然用的是冥币。张三真够坏的，你想到了哪几个罪名治他，强奸罪、使用假币罪、诈骗罪？

在强奸罪中，我们提到过骗奸，如冒充女方丈夫和女方发生关系。骗奸如果构成强奸的话，其中的欺骗必须是实质性欺骗，张三用冥币嫖娼案相当于装成有钱人和女方发生关系的案件，有钱和发生性行为在法律中不能认为是高概率事件，所以女方对性行为是同意的，张三不构成强奸罪。

那么张三构成使用假币罪吗？使用假币罪必须要侵犯货币的公共信用，也就是说这种钱会导致人们对人民币的交易信心产生动摇，但是冥币会动摇人民币的交易信心吗？不可能，用这种钱就相当于用面额250元的钱一样，除了让人感到可笑，不可能侵犯货币的公共信用。

于是就必须思考张三是否构成诈骗罪呢？按照法律财产说，法律不保护性交易，所以这不构成诈骗；按照经济财产说，性交易也具有经济属性，所以张三构成诈骗罪。

在我国，多数学者认为性交易虽然有经济属性，但是无论在法律中还是在伦理规范中这种利益都不应该受保护，否则就是在纵容不道德的性产业，所以认为这不应该算是财产。

你会发现这种立场就是一种折中的态度，财产犯罪中的“财产”并不限于法律所保护的财产，但也不能包括所有具有经济价值的“财产”，而应该是一种伦理规范所认可的“财产”，我们把这称为规范财产说。

在盗窃毒品案中，毒品当然是有价值的，而且最终要收归国家，李四相当于在偷国家的东西，所以构成盗窃罪。但是张三使用冥币嫖娼，总不能认为性工作者要收归国有吧，而且性交易不受规范认可，所以这种经济价值不受规范保护，张三不构成诈骗罪。

法律永远是一种平衡的艺术，规范财产说相当于折中说。

财产包括动产与不动产。盗窃、抢劫等夺取型犯罪，显然其对象不包括不动产，但不动产上可分离的附着物，比如房子上的窗户，可以成为这些犯罪的对象。有体物和无体物，水、电、煤都可以成为侵犯财产罪的对象。债权凭证如果一旦丧失，就会失去凭证所记载的财产，这也可属于财产犯罪的对象。例如，将自己的借条强行抢回，可成立抢劫罪。

占有型和破坏型财产犯罪

按照行为人是否在乎财物的使用价值，财产犯罪可以分为占有型和破坏型。占有型行为人尊重财物的使用价值，破坏型则不尊重财物的使用价值。比如盗窃、诈骗、抢夺，这些都是标准的占有型的犯罪，而破坏型的犯罪主要是故意毁坏财物和破坏生产经营。在财产犯罪中，主要都是一些占有型的犯罪。

财产犯罪中占有，包括两重含义：一是排除意识，二是利用意识。

所谓排除意识，就是永久性地排除权利人的占有。这就可以把盗窃和盗用，诈骗和诈用区分开来。李四把张三的摩托车骑走了，三天后又骑回来还给他，这就是盗用而不是盗窃，因为没有永久性地排除张三对摩托车的占有；但是如果李四看到张三的车不错，骑了一圈扔到了沙漠，这就直接构成盗窃罪。

所谓利用意识，就必须要遵循财物的使用价值进行利用，即便非常规的使用价值也可能是利用。比如恋物癖，有人专门偷别人的内衣、内裤，就可能构成盗窃；张三是个乞丐，冬天很冷，跑到李四家偷了一把红木椅，劈柴烤火，这也是一种利用，构成盗窃；曾经发生一个更为奇葩的神偷案，张三在仓库里发现价值27万的罐装饮料，把饮料给倒掉了，饮料罐当废品卖，卖了200块钱，这也是一种利用，构成盗窃，同时还可能构成故意毁坏财物罪，从一重罪论。

王五看到邻居王六有条名犬，把狗抓走吃掉了，这显然是一种利

用，当然构成盗窃罪，但如果他讨厌狗，以杀狗为乐，杀完即扔，那就构成故意毁坏财物。

数额认识错误

在刚才的吃狗打狗案中，如果狗是名犬，价值百万，但王五却认为狗不值钱，王五构成犯罪吗？

我们知道，大部分财产犯罪都必须达到一定的数额才构成犯罪，比如一般的盗窃，要数额较大才构成犯罪，司法解释规定达到1000元至3000元以上才叫数额较大，故意毁坏财物一般要造成公私财物损失5000元以上的，才可立案侦查。

财产性犯罪中的“数额较大”并非单纯的事实，它要根据社会价值观进行判断，不同的人对一个物品的价值看法并不一致，因此它属于具有社会评价的规范性构成要件要素，要根据一般人的标准来看行为人是否存在这种认识。比如天价兰花案：两个酒店服务员收拾客房时，发现墙角有几棵小草，就拿回家种在了花盆里。岂知这几棵“小草”是被称为“西光蜀道”的名贵兰花，市值4000到6000元。显然，按照“行为人所属一般人立场”来判断，作为宾馆服务员，不具备专业知识，无法断定兰花的价值，因此这种认识错误可以否定盗窃的故意。

另外一个经典的案件是韩某盗窃案。韩某在给客户送家具时，偷拿了客户放在桌子上的一块手表，经鉴定该手表价值人民币50万余元。韩某后以盗窃罪被起诉，检察机关认为其属于盗窃数额特别巨大，起刑点为10年以上有期徒刑。韩某虽然承认了盗窃行为，但却辩称自己误认为手表价值不过千元左右，存在重大认识错误，不能完全按照被盗物品的实际价值对其量刑，只应当认定为盗窃数额较大。在本案中，韩某虽然知道或应当知道财物达到数额较大，但实际上，该手表已达“数额特别巨大”，对于韩某能否认定为盗窃罪的结果加重犯，从而判处10年以上有期徒刑呢？

无论是数额较大，还是数额特别巨大，都是具有价值判断的内容，都应该按照行为人所属群体进行一般化的判断，如果和行为人身份、地

位、学识相似的一般人没有对加重数额的认识可能性，对于行为人也就不得追究其结果加重犯的责任。在韩某案中，由于韩某出生于农村，只读过初中，年龄也不大，从老家到北京来也才不到两年的时间，在一家普通家具公司当搬运工，没有机会接触到此类名贵手表。他所接触到的人，一般都是普通农民、工人。从社会一般观念来看，他并不具备对加重数额的认识可能性，因此只能按照盗窃数额较大追究其刑事责任。

想一想

在吃狗打狗案中，如果你是王五，你能认识到邻居家的狗居然值百万吗？

079 抢劫罪

抢劫罪是指以非法占有为目的，当场使用暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取财物的行为。基本刑处3年以上10年以下有期徒刑，有8种加重情节可以处10年以上有期徒刑、无期徒刑，直至死刑，并处罚金或者没收财产。

抢劫的对象

抢劫罪侵害的法益是复杂法益，既有人身权利又有财产权利。通说采取或然说而不是并合说，抢劫行为只要出现劫取财物或造成轻伤结果之一的，就可成立抢劫罪的既遂。张三抢劫李四，一分钱都没抢着，但是把李四打成了轻伤，依然成立抢劫罪的既遂。

抢劫罪的犯罪对象是他人所有的、保管的或占有的财物。不管他人对财物的拥有是否合法，也不论这种财物是否是违禁物品，都可以成为抢劫罪的对象。

以毒品、假币、淫秽物品等违禁品为对象，实施抢劫的，以抢劫罪定罪；抢劫的违禁品数量作为量刑情节予以考虑。抢劫违禁品后又以违禁品实施其他犯罪的，由于又侵害了新的法益，应以抢劫罪与具体实施的其他犯罪实行数罪并罚。抢劫毒品构成抢劫罪，如果抢劫毒品之后又销售的，就侵犯了一个新的严重法益，构成抢劫罪和贩卖毒品罪，数罪并罚。

非法占有

抢劫罪是故意犯罪，并且具有非法占有的目的。如果是为了索取合法债务而使用暴力的，主观没有非法占有的目的，按照司法解释，一般不成立抢劫罪，根据情况可成立故意伤害罪、非法拘禁罪、非法侵入住宅罪。

司法解释还进一步指出，抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物的，以抢劫罪定罪，但行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象，一般不以抢劫罪定罪处罚。构成其他犯罪的，依照刑法的相关规定处罚。

为什么自己把所输赌资或所赢赌债抢走，不构成抢劫罪呢？对于所输的钱，在法律上还是归赌徒占有的；对于所赢的钱，在社会规范上也归赌徒占有。所以，一个在法律上，一个在规范上，都没有非法占有的目的，不构成抢劫罪。

但是，手段和目的要统一，为达目的不择手段是错误的。没有非法占有目的，虽然不构成财产犯罪，但如果手段违法，比如采取了非法拘禁、故意伤害等行为，手段行为还是可能单独构成非法拘禁罪、故意伤害罪的。

抢劫罪的行为方式

抢劫罪必须当场使用暴力等强制手段，当场获得财物，强制手段与获得财产必须存在因果关系，而且处于同一个时空场合。

1.强制手段。即暴力、胁迫或者其他方法，这些方法都足以压制一般人反抗，使被害人不能反抗、不知反抗或不敢反抗。

“胁迫方法”是指以当场立即使用暴力相威胁，足以使被害人产生恐惧心理而不敢反抗。这种胁迫必须具有当场可实施性，如果胁迫在当场无法实施，例如，“不给钱，3天之后杀你全家”，就不属于抢劫，而是敲诈勒索。

张三到李四店里去吃饭，结果发现李四店里没其他店员了，只有他在。张三让李四给来个蛋炒饭，李四说自己做的不好吃，张三再三要

求，李四无奈地到厨房去做菜。张三立刻关上厨房门，李四只能从递菜窗口眼看着他打开柜台抽屉拿走1000余元离去。这其实是相当于非法拘禁的方式获取财物，还是构成抢劫罪。

再思考一个疑难案件。某乡村，一名13岁的女孩在偏僻的半山腰放羊，张三走过去，对着小姑娘把裤子脱了，女孩吓坏了，跑走了。张三顺手把羊牵走了。

在顺手牵羊案中，张三对女孩脱裤子可以构成猥亵儿童罪，他把羊牵走的行为构成抢劫罪吗？

有人说，如果我是这个女孩，就飞起一脚，非得把那个人渣踢成残疾。但是，请你代入到这个小姑娘的情境，你觉得她的害怕逃跑是一般人的正常反应吗？如果是的话，那么张三的行为就足以压制一般人反抗，从而构成抢劫罪。

当我们说足以压制一般人反抗，这里的一般人一定是和被害人境遇相似的一般人，在顺手牵羊案中，一定是和乡下女孩一样的一般人，而不是生活在大城市练过泰拳的一般人。

2.获得财产。强制手段是获得财产的原因，强制手段压制被害人的反抗，被害人于是交付财物，强制手段与获得财产必须存在因果关系。获得财产包括积极财产的增加，也包括消极财产的减少。例如，勒住出租车驾驶员的脖子而免交车费，也成立抢劫罪。

甲暴力威胁乙，让乙交出财物，乙并不害怕，但出于对甲的怜悯，把钱给了甲。在此案中，强制手段与获得财产并无因果关系，只能以抢劫罪的未遂论处。又如甲为抢劫而殴打章某，章某逃跑，甲随后追赶。章某在逃跑时钱包不慎从身上掉下，甲拾得钱包后离开。显然，甲获得财物并非出于对方的反抗能力被压制，因此甲的行为成立抢劫罪的未遂[1]。

3.时间和空间。抢劫罪必须当场施加强制行为，同时还要当场获得财物，强制手段与获得财物都必须发生在同一个时空场合。如果是事后取财，则不成立抢劫。

这里需要注意的是对于“当场”的理解不能过于狭窄，即使强制行为

与取得财物的行为之间虽然不属于同一场所，但只要从整体上看行为并无间断，也属于当场取财。例如，甲、乙二人于某日晚将私营业主丙从工厂绑架至市郊的一空房内，将丙的双手铐在窗户铁栏杆上，强迫丙答应交付3万元的要求。约2小时后，甲、乙强行将丙带回工厂，丙从保险柜取出仅有的1.7万元交给甲、乙。在这个案件中，取财行为与强制行为并未割裂，在整体上没有间断，因此属于抢劫罪。

想一想

一男一女系网友，见面后，男方邀请女方去开房，女方欣然前往。开好房后，男方让女方去洗澡，乘女方洗澡之机，把女方的钱包、手机，包括内衣内裤在内的所有的衣服都拿走了。男方是盗窃，还是抢劫？

[1][日]西田典之：《日本刑法各论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第134页。

080 加重型抢劫

抢劫有8种加重情节，有以下情节之一的，应处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。

1.入户抢劫的；

2.在公共交通工具上抢劫的；

3.抢劫银行或者其他金融机构的；

4.多次抢劫或者抢劫数额巨大的；

5.抢劫致人重伤、死亡的；

6.冒充军警人员抢劫的；

7.持枪抢劫的；

8.抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。

入户抢劫

入户抢劫侵害的是他人的住宅安宁权。

在主观上，“入户”目的具有非法性，要与“在户内抢劫”区别开来。以侵害户内人员的人身、财产为目的，入户后实施抢劫，包括入户实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的，应当认定为“入户抢劫”。因访友办事等原因经户内人员允许入户后，临时起意实施抢劫或者临时起意实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的，不应认定为“入户抢劫”。

在客观上，要同时具备形式特征和实质特征。

首先，在形式上“户”是指住所，其特征表现为供他人家庭生活和与外界相对隔离两个方面，前者为功能特征，后者为场所特征。一般情况下，集体宿舍、旅店宾馆、临时搭建工棚等不应认定为“户”，因为在集体生活中，人的隐私权受限，所以没有住宅安宁权，但在特定情况下，如果确实具有上述两个特征的，也可以认定为“户”。

其次，入户抢劫实质上侵犯了住宅安宁权，金窝银窝比不上自己的狗窝，住宅安宁是一种高度的隐私感。故“户”还包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等，即便这些人没有固定的住宅，但“风能进，雨能进，国王不能进”，房子再简陋，也是他人的居所，私人住宅神圣不可侵犯，进入上述场所抢劫显然也侵犯了他人的住宅安宁权。

现在，最容易成为抢劫对象的就是性工作者，他们一旦被抢也不敢报案。

那在性工作者家里抢劫是不是入户抢劫呢？

这至少包括以下两种情况。

第一种情况，张三跟性工作者李四谈好价格，约在李四家发生关系，之后张三不想给钱，还把李四给抢了。

第二种情况，张三从一开始就想抢劫，假意跟李四讲好价格，在李四家发生关系之后，不仅不给钱还把李四的财物给抢了。

案件的关键就在于张三是否侵犯了性工作者的住宅安宁权。在第一个案件，张三被允许进李四家，张三嫖完之才后产生抢劫的意图，没有侵犯住宅安宁权，所以只能认定为普通型抢劫。但在第二个案件中，张三进入李四家的目的就是想抢劫，李四是被欺骗了才同意张三进屋，欺骗下的同意是无效的，因此侵犯了李四的住宅安宁权，可以认定为入户抢劫。

有人也许会说，如果张三懂法，一律都说自己是嫖完后再产生抢劫之意，这样不就可以规避法律了吗？你会发现，刑法只是一种实体法，

它的很多要素都是要靠证据来证明的，毕竟一方面有疑问时要做有利于行为人的推定，打击不足总比打击过度强；另一方面，证据并不只有口供一种，如果有其他证据，比如张三有过多次类似嫖完后抢劫的现象，那自然可以推定抢劫的意图产生在白嫖之前。

公共交通工具上抢劫

公共交通工具乘载的旅客具有不特定多数人的特点，在公共交通工具上抢劫，显然行为人在主观上具有公然性，在客观上也影响了公众的出行安全，自然要受到更为严厉的惩罚。

司法解释规定，“在公共交通工具上抢劫”主要是指在从事旅客运输的各种公共汽车、大中型出租车、火车、船只、飞机等正在运营中的机动公共交通工具上对旅客、司售、乘务人员实施的抢劫。

在未运营中的公共交通工具上抢劫，或者在小型出租车上抢劫的，由于不具备公然性，所以不属于“在公共交通工具上抢劫”。

张三乘坐火车，凌晨1点一位女士到火车的车厢连接处去上厕所。张三尾随进去，对这位女士实施了性侵，还把她的手表给摘走了，这是强奸，但不属于在公共场所当众强奸，因为他还是害怕被人看到；同时也不属于在公共交通工具上抢劫，因为没有公然性，所以只能理解为一般型抢劫。

大部分刑法学的知识，其实都是解释学的问题，如何用有限的法律条文去适应无限丰富的社会生活，条文是有限的，而案例是无限的，正确地解释法律，是最重要的法律思维。

试想这两个案例：一个是在公共交通工具下抢劫。张三学了法律，知道在公共交通工具上抢劫要判10年以上，所以他不上车，而是拦车抢劫，让乘客全部下车，每人交100元才让车通行。这是在车下抢劫，而非在车上抢劫，属于“在公共交通工具上”抢劫吗？

所谓在公共交通工具上抢劫可以理解为针对公共交通工具上的人进

行抢劫。那么无论在车上，还是车下，自然都属于在公共交通工具上抢劫。在实质上，这种行为不仅具有公然性，也影响了民众出行，所以可以将其解释为在公共交通工具上抢劫。事实上，司法解释也是如此理解的，拦截运行途中的机动公共交通工具，对公共交通工具上的人员实施的抢劫也属于“在公共交通工具上抢劫”。

另一个案件是在假公车上抢劫案，张三弄了一辆大巴，弄成公交车的样式，拉了一车人到偏僻处，然后进行抢劫，这算“在公共交通工具上抢劫”吗？

问题的关键能否把假公交车解释为“公共交通工具”。

公共交通工具就是公众出行的交通工具，比如没有营业执照的“黑大巴”，也可以算是公共交通工具。张三把车装扮成公交车的样式，在一个特定的时候充当了民众的出行工具，而且这种行为具备公然性，也会严重影响民众的出行安全，毕竟这类案件一旦出现，会导致人心惶惶，以至大家以后坐公交车，上车前都会问司机：“师傅，这车是真的还是假的啊？”

想一想

若行为人想去某女家实施性侵，但进入户内，发现某女非常富有，遂放弃性侵，实施了抢劫，对此也可认定为入户抢劫吗？

081 抢夺罪

抢夺罪是以非法占有为目的，公然夺取数额较大的公私财物或者多次抢夺的行为。基本刑处3年以下有期徒刑；数额巨大或者情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑；数额特别巨大或者情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

抢夺与抢劫

抢夺罪的本质是“公然夺取”。张三尾随一个女生，这个女生感觉有人尾随很害怕，包越攥越紧，张三越跟越紧。最后，张三助跑冲过去把包抢走了，这属于趁人有备，公然夺取，还是应该定抢夺罪。

抢夺是一种对物的暴力，在间接上有可能造成他人的伤亡；而抢劫是一种对人的暴力，本身就一定有致人伤亡的危险。抢夺行为只是直接对物使用强制，并不是直接对被害人行使强制，而抢劫罪必须是实施了足以压制对方反抗的强制手段。行为人实施抢夺行为时，被害人来不及抗拒，而不是被强制压制不能抗拒，也不是受胁迫不敢抗拒。

一男一女在天桥上散步，张三冲过去把男的举了起来，直接从天桥上扔了下去，男生当场被摔死，他的女朋友吓坏了，张三一把扯走她的包，这是对人的暴力，定抢劫罪；但如果一个女生戴着耳环，张三冲过去把耳环给扯下来，这主要是对物的暴力，定抢夺罪。有人会纳闷，耳朵被扯烂不也是对人的暴力吗？但你会发现，抢劫罪中的对人之暴力一定要达到足以压制一般人反抗的程度，耳朵被扯烂会导致反抗能力减弱吗？没有，可能还强化了反抗力，所以只能认定为抢夺。但是，如果为了取走耳环把女方的耳朵直接用刀割下来，自然构成抢劫罪。

抢夺在性质上是要轻于抢劫的，这就是为什么抢夺一般要达到数额

较大才构成犯罪，而抢劫罪是无须数额较大即可构成犯罪，根据司法解释，抢夺公私财物价值1000至3000元以上才属于数额较大。当然如果有特别恶劣的情节，比如抢夺老人、儿童、孕妇的财物，数额较大的标准可以减半。

2015年《刑法修正案（九）》还增加了一种抢夺行为，就是多次抢夺，这种抢夺无须数额较大即可入罪，多次即3次以上。

抢夺与盗窃

传统的观点认为盗窃罪与抢夺罪的区别在于，前者是秘密窃取，后者是公然夺取。因此，当张三见李四摔伤在地，当其面将财物取走，此行为构成抢夺罪，而非盗窃罪。但现在有一种有力的见解认为，盗窃罪与抢夺罪的区别并非秘密性对公然性，而是平和性对暴力性，盗窃罪是平和性犯罪，但抢夺罪是一种对物的暴力性犯罪，在间接上有致人伤亡的危险，按照这种观点，前案则应以盗窃罪论处。

在绝大多数案件中，两者的处理结论是一样的。张三看到李四的耳环掉在地上，立刻拿脚踩住，李四走后，张三把耳环捡起来放进口袋。这个案件既秘密又平和，两种观点都认为是盗窃罪。

但是有些案件可能引起分歧：张三到李四家去偷东西。李四是个老太太，瘫痪在床，看到张三在偷，说：“小伙子别偷了。”张三听到了，置之不理，说：“我听不见，我戴着耳机听不见。”最后张三偷了250块钱。

你觉得张三的行为构成犯罪吗？

如果认为抢夺和盗窃的区别是公然对秘密，那就属于抢夺行为。但250块钱没有达到抢夺罪的入罪标准，所以无法以犯罪论处。

但是采取平和暴力说，那就是盗窃，刑法规定了入户盗窃，无须数额较大即可入罪，该案可以盗窃罪定罪量刑。

在这个案件中，似乎平和暴力说的观点更合理，你觉得呢？

每种理论都有合理之处，千万不要在自己看重的观点上，附着不加边界的价值。你可以坚持你的观点，但一定要接受对立观点也有其合理之处。以赛亚·伯林说“人类有两类思想家，一类是一元论，像刺猬，非此即彼，非黑即白；还有一类是狐狸式的，圆滑，坚持自己的观点，但也承认对立观点具有一定的合理性”。在人类历史上，给人类带来浩劫的往往是一元论的刺猬型思想家，学习法律，很多时候我们要像狐狸，要有承认对立观点有合理的成分。当然人需要有原则，你可以坚持原则，但也一定要注意原则有模糊地带，很多时候妥协不是牺牲原则，很多时候妥协正是为了坚持原则而有所让步。

有些人觉得折中说没有鲜明的特点，但是法律不是智力游戏，也不是逻辑推导。法律要考虑到我们丰富的社会生活的实际需要。刚接触一种学说，你可能觉得很厉害，结果又出现几个现实变量，让你觉得这个学说好像有问题，观点总在不断地变化。正说、反说、折中说、折中说的修正说、折中折中说，理论就是这样不断前进。

人类所有的天才都是在前一个天才基础上稍微迈了一步，从这个角度而言，我们几乎没有原创性的观点，所有的原创性观点都是在前人的基础上往前面迈了一步。这就是为什么我们一定要阅读，阅读人类伟大的经典，你可能会发现现在绝大多数观点都是“剽窃”，剽窃的是人类伟大的观点，我们只不过在品尝人类伟大观点的残羹冷炙。我们的时间是如此的有限，在某种意义上，我们每分每秒都在接近我们生命的终点。爱惜光阴，在有限的时间要做有意义的事情，要去阅读人类伟大的经典，用阅读去延长有限的时间。

想一想

关于盗窃罪与抢夺罪的区别，你支持公然秘密说，还是平和暴力说？

082 敲诈勒索

敲诈勒索罪是以非法占有为目的，对被害人实施威胁或者要挟的方法，强行索取财物，数额较大或者多次敲诈勒索的行为。数额较大或者多次敲诈勒索的，处3年以下有期徒刑，并处罚金；数额巨大、特别巨大，或者有其他严重情节的，处3至10年或10年以上有期徒刑，并处罚金。

根据《刑法修正案（八）》的修改，本罪不再是单纯的数额犯。有两种情况可以构成本罪，一种是敲诈勒索，数额较大，按照司法解释的规定，其标准是2000到5000元以上。另一种是多次敲诈勒索，多次是指2年内敲诈3次以上。

让人产生恐惧

敲诈勒索罪中的“威胁”，一般是以施加杀害、伤害等暴力相威胁使对方产生恐惧而交付财物。不过与抢劫罪不同的是，这里的威胁内容如果是暴力的话，它不具有当场的可实施性。

“要挟”是指以揭发隐私、告发犯罪、毁坏名誉等非暴力方法使对方产生恐惧而交付财物。被害人交付财物可以在威胁或要挟的当场交付，也可在事后交付。

例如，张三将裸女和某领导PS在一起，并给领导寄去，告知领导若不支付5000元，就要把照片交给纪委。领导一看，记不清了，遂给张三如数付款，这就构成敲诈勒索罪（和诈骗罪的想象竞合）。

敲诈政府

政府能否成为敲诈的对象？有不少上访户以越级上访相要挟，向地方政府索要经济补偿。这类案件如何处理，各地法院判决不一，有罪判决和无罪判决并存。无罪判决有的认为以上访进行“威胁或者要挟”，不足以使政府因恐惧而被迫交出财物，检方指控访民犯敲诈勒索罪的证据不足或不充分。更有判决明确指出，“政府不能成为被要挟、被勒索财物的对象”。

需要说明的是，这类案件一般又可分为两类，一是针对官员个人，一是针对地方政府。对于前者，可以认定为敲诈勒索罪，官员也是公民，他也有自己的合法权利。如果上访户对某乡长说，不给钱就去上访，抹黑乡长。官员无奈，自掏腰包花钱买平安。这当然构成敲诈勒索罪。

但是对于第二种情况，行为人所针对的是地方政府。所要“敲诈勒索”的是集体而非个人。如果成立敲诈勒索罪，那么政府就将成为“被害人”，这会导致整个法秩序的错乱。

公共权力是法律所赋予的，凡是法律没有授权的，公共权力就不得妄为。公权力没有讨价还价的空间，如果上访者的要求合法合理，就应当按照法律规定满足，如果不合理，就应当按照法律法规予以拒绝——如果超越法律规定，碍于上访压力予以同意，那这种行权方式本身就是滥用职权，涉嫌渎职犯罪。

而如果政府也能“被要挟”，公权力也能拿出来“做交易”，那么公权和私权的界限就不复存在了。试想行为人向政府索要补偿，不是直接依法处理，而是先“私了”，如果谈不拢，则行为人可构成敲诈勒索的未遂；如果谈拢了，而政府又觉得受到了要挟，那么行为人构成敲诈勒索的既遂，政府相关主管人员则构成滥用职权罪，总之结局不是抓人就是被抓。

可见，政府不能成为敲诈勒索罪的对象，否则公权沦为私权，私权不复存在。公私不明，国之大忌。

正当维权不应沦为犯罪，刑法应当考虑伦理道德的需要。愿这句法

治的启蒙信条依然能够为所有的法律人所牢记：对公权力而言，凡是没有允许的，都是不可为的；对私权力而言，凡是没有禁止的，都是可以做的。

捡到东西的感谢费

张三在地上捡了一个钱包，钱包里有李四的身份证和驾照。张三打电话给李四，让他给3000元才还身份证。张三的行为构成敲诈勒索吗？

这里关键问题还是，张三有无权利向李四主张报酬。从法律上来看，没有这种权利，拾得他人遗失物应当归还原主。但在道德上呢？捡到他人的东西，要点钱合理吗？

张三的主张在道德生活中虽说不值得鼓励，但至少是可以容忍的，因此张三的行为不构成犯罪。

孔子有两个学生，子路和子贡。子贡特别有钱，子路以前“混黑社会”的。有一次，子贡对孔子说了一件事，当时鲁国跟齐国属于交战状态，很多鲁国人被齐国抓去做了奴隶。鲁国就出台了一个政策，只要有人从齐国赎出奴隶，国家会给补偿和奖励。结果，子贡到齐国出差，赎了好几个人，他不差钱，没拿国家的奖励。孔子训斥子贡虚伪，因为国家如果因此取消了奖赏制度，以后大家可能就不想做好事了。

子路也跟老师说了一件事情，他救了一个落水的人，那个人用一头牛来答谢他，子路接受了。孔子说：“鲁人以后都会勇于搭救落水者了。”孔子认为子路要钱很合适。

法律的一个重要目的，不是强迫人行善，而是鼓励人行善，私人之间的协商和自治，法律没有必要过多干涉，相反对于公权力，却始终要保持警惕与限制。

我非常欣赏英国作家切斯特顿的一句话：“一个开放的社会像一张张开的嘴，在合下来的时候，一定要咬住某种坚实的东西。”一个社会一定要有核心价值，天变地变，道义不变。人类不是财富的聚集体，人

类是精神的聚集体，能够把人聚合在一起的永远是精神。

想一想

你捡到别人的东西，会怎么处理？

083 索赔是正当权利

敲诈勒索罪一定是以非法占有为目的。如果行为人索取债权有正当的权利基础，或者行使权利并不违背社会的通常观念，就不属于敲诈勒索，反之，如果没有正当的权利基础而借故要挟，或者行使权利明显违背社会通常观念，则为敲诈勒索。

郭利案

一个典型的案件是“结石宝宝”父亲郭利案。郭利，一名同声传译的自由职业者，38岁那年迎来了他的宝贝女儿。2006年9月，经过慎重的选择，他将“美国施恩婴幼儿奶粉”作为女儿唯一的奶粉食品。

三聚氰胺“毒奶粉”事件曝光后，2008年9月23日，郭利带着两岁半的女儿去医院检查，结果显示孩子的肾脏功能已受损。2009年4月，郭利将女儿吃剩的奶粉送检，发现其中部分奶粉的三聚氰胺含量严重超标。郭利后向施恩公司提出索赔，索赔金额为300万人民币。2009年7月，郭利因涉嫌敲诈勒索罪被广东省潮安县警方刑拘。2010年1月8日，潮安县人民法院做出一审判决，认定郭利构成敲诈勒索罪，处有期徒刑5年。二审法院潮州中院随即维持原判。

郭利一案被媒体广泛报道。2010年7月，广东高院做出再审决定，认为案件“在程序上存在不符合刑事诉讼法规定的情形，确有错误”，指令二审法院再审。2010年底，潮州中院再审认为原审裁判“审判程序合法，量刑并无不当”，裁定维持原判。郭利服刑期间拒不认罪，无法减刑，2014年刑满释放。郭利继续申诉，2015年3月，广东高院对案件做出再审决定，认为“原判事实不清、证据不足”，并同时决定提审此案。2017年4月7日，广东省高级人民法院对郭利敲诈勒索一案进行公开宣判，再审改判郭利无罪。

值得一提的是，最高人民法院2016年9月19日通过、2018年1月1日实施的《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》对减刑的条件“认罪悔改”有一个非常特别的规定，“罪犯在刑罚执行期间的申诉权利应当依法保护，对其正当申诉不能不加分析地认为是不认罪悔罪”。也许郭利案对这个条款有着重要的贡献。

索赔的界限

在与郭利案同类的案件中，一个突出的问题是：如果索赔金额超越了法律的规定，那就应以敲诈勒索罪论处吗？

在敲诈勒索罪中，最重要的辩护理由就是权利行使。如果行为人拥有正当的权利基础，那么行使权利的行为就不成立敲诈勒索罪。当然，如果行权方式不合理，用不正当的手段去追逐正当的目的，手段行为可以评价为其他犯罪。比如以非法拘禁或故意伤害的手段去行使权利，无论是否有正当的权利基础，这些不正当的手段都可能单独构成非法拘禁或故意伤害罪。

对于有些司法人员而言，只有法律规定的权利才是权利。因此，索赔必须严格根据法律规定来确定数额，如果肾脏功能受损，那就应该按照医疗单据上所显示的花费来进行赔偿。至于食品存在安全问题，根据《食品安全法》的规定，最多也只能赔偿食品价格的十倍。如果超出了这些数额，就没有法律依据，强行索赔就有可能以敲诈勒索罪论处。

这种见解忽视了起码的法治观。法治的基本原理告诉我们：对公权力而言，凡是没有允许的，都是不可为的；对私权力而言，凡是没有禁止的，都是可以做的。

私人权利不是法律所赋予的，只要法律没有禁止，就是民众的权利之所在。相反，公共权力才是法律所赋予的，只要法律没有授权，公共权力就不能轻举妄动。

因此，权利的行使是一种私人自治的行为，法律没有必要太多干涉。只要一种权利具有道德上的正当性，即便在法律上没有明确的规

定，这种行使权利的行为也不应该以敲诈勒索罪论处。

超法规的排除违法性事由

如果按照法定权利说，只要法律没有规定的行权行为就一律不能视为正当，那么大量的正当化行为都会以犯罪论处。

我国刑法只规定了两种法定的排除违法性的正当化事由，一是正当防卫，二是紧急避险。但是，除此以外还有大量的超法规的排除违法性事由，如义务冲突、推定承诺、医疗行为、自救行为等。比如，某人发现自己被偷的摩托车，于是将其骑回，表面上符合盗窃罪的犯罪构成，但是违法吗？当然不违法，这种自救行为是道德生活所许可的。

“超法规的排除违法性事由”这个概念是德国刑法学家汉斯·韦尔策尔（Hans Welzel）对刑法理论的重要补充。韦尔策尔认为，只要行为符合历史所形成的社会伦理秩序，就具有社会相当性，而非违法行为。他将道德规范作为排除违法的实质根据，以限制刑罚权的过分扩张，“让刑法学从死气沉沉的博物馆回到富有活力的社会生活中来”。将道德规范作为违法排除事由的实质根据，必然会使司法机关考虑社会生活的实际需要，顾念普罗大众的常情常感，走出法律人自以为是的傲慢，避免司法的机械与僵化。

一段时间以来，人们过分地强调法律与道德的区分，害怕以模糊的道德作为发动刑罚的根据会与罪刑法定原则严重抵触。这种认识只具有片面的合理性，因为它忽视了消极的道德主义。道德主义可以区分为作为入罪的积极道德主义和作为出罪的消极道德主义，积极道德主义是应当反对的，但消极道德主义在世界各国都被普遍接受。总之，一种违反道德的行为不一定是犯罪，但一种道德所许可甚或鼓励的行为一定不是犯罪。

因此，只要行为人的权利请求是道德上所认可的，这种行为就属于违法排除事由，不构成敲诈勒索罪。

想一想

食品安全事件屡见不鲜，你觉得天价索赔，对社会是有积极作用，还是消极作用？

平和占有型的财产犯罪

084 盗窃罪

盗窃罪是以非法占有为目的，窃取数额较大的公私财物或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃公私财物的行为。数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

梁丽案与“占有”

2008年12月9日上午8时许，在深圳宝安机场王某在19号柜台前办理行李托运手续时，因贵重物品不能托运，于是向不远处的机场工作人员咨询。他将装有14公斤黄金首饰的封闭纸箱放在行李车上，10分钟返回后不见纸箱便急忙报警。当时，清洁女工梁丽正在打扫卫生。现场监控视频显示，王某离开33秒后，机场清洁工梁丽出现在手推车旁。大约半分钟后，梁丽将纸箱搬进机场一间厕所。王某约4分钟后返回，发现纸箱不见了，随即向公安机关报警。当天9时40分许，梁丽吃早餐时告诉同事，捡到一个比较重的纸箱。随后，两位同事经梁丽同意，将纸箱打开并取走其中两小包。梁丽从同事那里得知纸箱内是黄金首饰后，将纸箱放到自己的清洁手推车底层后离开。经评估首饰价值约300万元。

此案是偷还是捡？如果是前者，属于盗窃数额特别巨大，其量刑幅

度为10年以上有期徒刑、无期徒刑，并处罚金或者没收财产；如果是后者，行为构成侵占，最高刑是5年，由于此罪为亲告罪，不告不理，如果首饰所有人没有主动向人民法院提出控告，梁丽就不构成任何犯罪。

盗窃是以非法占有为目的窃取他人财物的行为，侵占则是将代为保管的他人财物占为己有的行为。盗窃是一种最古老的犯罪，而侵占罪在刑法中出现的历史很晚。直到18世纪，普通法国家才增设侵占罪以弥补盗窃罪的不足。我国1979年刑法也没有规定侵占罪，1997年刑法才规定此罪。

盗窃必须是窃取他人占有的财物，如果行为人替人保管财物，后生贪欲，将此物占为己有，将占有权变为所有权，这不可能构成盗窃。随着商品经济的发展，所有权与占有权经常处于分离之中，单纯的盗窃罪很难适应对财产权的全面保护，于是侵占罪应运而生。

成立侵占的一个重要前提是已经占有财产，进而产生了侵夺意图。如果在占有财产之前，产生侵夺意图，取财行为就不可能构成侵占，只能以盗窃等罪论处。可见，盗窃与侵占的核心区别就在于正确理解“占有”这个概念，盗窃所窃取的是他人占有的财产，而侵占是在占有他人财物的前提下，将“占有”变成“所有”。

事实占有与推定占有

占有包括事实上的占有和推定性的占有。前者即他人物理支配范围内的财物，如他人住宅内的财物。后者即按社会一般人观念上可以推知他人对财物有支配状态，如停留在公共场所他人没有锁的自行车。

事实上的占有比较好理解，复杂的是推定性占有。一般认为，下列情况可推定具有占有。

1.处于他人的事实性支配领域之内的财物，即便并未被持有或守护，也属于该人占有。例如，张三的奶奶埋在他家院子里的财物，即使张三不知道该财物的存在，也仍然归房主张三所有。

2.主人在场，他人对财物只是暂时有限的使用，财物归主人占有。比如在商店购买珠宝，客人试戴珠宝，但占有权仍归商店。再如下火车时，甲雇乙提包，而乙却乘主人不备，将包夺走。

3.即便处于某人的支配领域之外，但在社会观念上可以推定他人的事实性支配，也可以认定存在占有。如在家门口马路上未锁的汽车。再如张三上厕所，让厕所外的李四帮着保管一下手机，结果李四把手机拿走了，就构成盗窃罪。

4.无因保管的占有。他人即便失去对财物的占有，但如该财物转移至管理者或第三人无因保管，可认为属于管理者或第三人占有，也存在占有。如旅客遗忘在宾馆房间的钱包，此时如有人将包拿走，由于侵犯了宾馆的占有权，故也可构成盗窃。但是，如果遗忘在流动性强的公共场所，如地铁、公车上，由于这种遗忘发生在一般人可以自由出入的地方，管理者的事实性支配在社会观念上难以延伸至此，则可以否定占有。

5.包装物的区分占有。一般认为，行为人受委托保管包装物，并不同时占有包装物内的财物。如果将包装物打开，将里面的财物占为己有，成立盗窃。这种区分起源于英国15世纪的搬运工判例。当时正值英国从农业社会向工业社会转变，国际贸易盛行，运输业空前发展，欧洲的商人不得不信任运输工人，将货物打包委托他们远距离运输。不少运输者往往打开包装，将里面的东西部分或全部取走，然后再将包装封好运给收货人。类似案件遭遇法律难题，因为英国早期法律没有侵占罪的规定。而成立盗窃必须要侵犯他人的占有权，但运输工人实际上却占有着货物。1473年，王座法庭在著名的安隆案件（也称搬运工案，*Anon. v. The Sheriff of London*）创造了一个包装物区分占有理论（Breaking bulk），从而扩张了盗窃罪的适用。根据这种理论，当委托人将包装物委托给他人运输，运输者只对包装物整体具有占有权，但对其内容没有占有权，因此，如果他将包装拆开，取走内在物，就侵犯了占有权，故构成盗窃。[2]

推定性占有由于涉及社会评价，存在一定的模糊地带，梁丽案就是典型。此案争议的焦点在于对首饰权属的认定，它是遗忘物还是王某占有之物，如果是前者，梁丽的行为就是侵占，不告不理；如果是后者，那梁丽就构成盗窃，系公诉案件，刑罚远重于侵占。

梁丽的行为属于盗窃，而非侵占。首先，纸箱放置在行李车上，而行李车就在登机柜台旁，从社会一般观念来看，纸箱应该是办理登机手续的乘客的财物。作为机场的清洁工，梁丽应该知道行李车是客人使用的，封闭的箱子不可能作为垃圾抛弃。在发现纸箱旁无人时，机场的工作人员首先应该呼喊客人，若无人应对，才可上交或报告。事实上，王某当时就在不远处的咨询柜台。这些事实都足以推定王某仍然拥有“占有权”，纸箱不属于遗忘物。其次，即便将王某的纸箱理解为遗忘物，那么梁丽在保管纸箱之后，也无权任意拆开封闭的纸箱。根据包装物的区分占有学说，梁丽的行为同样要以盗窃罪论处。当然，考虑到此案的特殊情况，梁丽的行为在刑罚上可以从宽处理。[3]

盗窃罪的修改

在2011年之前，盗窃罪只有两种行为方式，一是盗窃数额较大，二是多次盗窃。同时，有两类盗窃行为可以判处死刑：盗窃金融机构，数额特别巨大的；盗窃珍贵文物，情节严重的。

法律如此规定可能导致打击不足，也可能导致打击过度。

一方面，很多小偷小摸行为不构成犯罪，比如公交车上的扒手，扒了几百几十元，没有达到数额较大的标准。另一方面，对盗窃罪判处死刑，也违背了“人的生命神圣”这个起码的道理。

所以，2011年《刑法修正案（八）》取消了盗窃罪的死刑条款，同时增加了3种无须数额较大即可构成犯罪的盗窃：入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃。

2013年的司法解释对数额较大也不再采取单纯的唯数额论，而是采取数额加情节的做法，比如“数额较大”的标准是人民币1000至3000元以上，各省、市、自治区在这个幅度内确定一个具体标准，如北京是2000元，但数额并不是唯一根据，如果情节特别严重的话，可以减半认定，比如在医院盗窃别人救命的钱，或者盗窃孤寡老人、残障人士等。以北京为例，只要偷1000元，就构成盗窃。另外，“多次盗窃”的标准也有所降低，以前的司法解释规定的是1年内盗窃3次叫做多次盗窃，但2013年

的司法解释调整为2年内盗窃3次以上的行为属于多次盗窃。可见，如果在2013年前，每年偷两次，每次50块，总共偷了3年6次，这是不构成犯罪的。但在2013年之后，这属于2年偷了4次，自然就达到了多次盗窃的入罪标准。

现在有些人为了贪小便宜，经常小偷小摸，在超市盗窃大米、饮料、面包等食品，窃取的物品总价值不过数十元，但因多次盗窃，经常被论以犯罪。随着超市自助结账的推广，这类盗窃行为更为常见。

扒窃是指在公共场所或者公共交通工具上盗窃他人随身携带的财物的行为。扒窃需具备两个特征：公然性和随身性。一般认为，“随身携带”应该理解为一种实际的支配或者控制的占有状态，不必处于贴身状态，只要置于被害人身边，随时可支配的财物即可。如餐厅顾客放在座位上的包袋内财物，放置在火车车厢连接处的行李，或是挂在座位椅背上的衣服口袋内的财物。

想一想

甲坐出租车回家，下车拿行李时，手机无意中从口袋中滑落，司机乙从反光镜中看见甲的手机掉在汽车后座上，但并未声张。甲取下行李后关上车门，刚往前走了1米，突然想起手机可能忘在车上了，转身回去找，发现司机乙飞快地开着汽车驶离现场。司机乙成立盗窃罪吗？

[2][美]约书亚·杜丝勒：《理解刑法》（第四版），律商联讯2006年版，第181页。Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (4th edition), LexisNexis(2006), P181.

[3]2009年9月，深圳市检察院25日案检察终结，将此案定性为“侵占罪”，因侵占罪不是公诉案件，检察机关遂不予起诉。

085 诈骗罪

司法实践中最常遇见的案件就是诈骗。诈骗罪是以非法占有为目的，使用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗公私财物，数额较大的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

司法实践中，个人诈骗3000至10000元以上，属于数额较大（北京市的立案标准是5000元），数额特别巨大的标准为50万元以上，也就是说只要诈骗50万以上，就可以判处10年以上甚至无期徒刑。

一个完整的诈骗行为有五个阶段：欺骗行为、陷入认识错误、做出处分、取得财产和造成财产损失。上述五个阶段都有因果关系。如果缺乏任何一个环节，都可能导致不构成诈骗罪或诈骗既遂。

1.欺骗行为

这也就是所谓的虚构事实，隐瞒真相。如果交易方知道真实情况便不会做出处分行为。虚构事实是一种作为，比如说抠脚大汉冒充妙龄女郎，在网上以恋爱为名让网友打钱，就是典型的虚构事实；隐瞒真相是一种不作为，比如说张三是开书画店卖画的，三岁的儿子画了一幅涂鸦，张三也挂在店里。结果李四兴冲冲地走过来，看到这幅涂鸦，以为是毕加索早期作品，开价50万要买。张三说也行啊，交个朋友。这也构成诈骗，因为张三明知道对方上当，有告知义务，但隐瞒真相没有告知。

不过需要注意的是，欺骗应当是一种实质性欺骗，即欺骗行为会高概率地导致处分财产。如果欺骗是社会生活所允许的，比如在一般的商品交易中一定程度的夸张和讨价还价，这不成立诈骗，很多广告都有吹嘘的成分，但不构成诈骗。

欺骗包括以现在发生的事实相欺骗，也包括以将来发生的事实相欺骗，算命诈骗就是一种典型的以将来事实进行的欺骗。

张三和丈夫不睦，找来大师一算，大师认为其夫被“狐狸精”勾引了，需要造一座塔把“狐狸精”镇压，大概需要200万。张三说能够用钱解决的都不是问题。大师造好塔后，请张三参观，对张三保证他们夫妻一定恩恩爱爱，白头偕老，这个塔多坚固，“狐狸精”一定没法勾引她老公了。正说此话时，塔身剧烈摇动，大师说不好，此“狐”系千年“白狐”，还要追加250万，要建得比雷峰塔还坚固，张三又给大师250万。不幸的是，张三的丈夫最后还是被“狐狸精”勾引了。这个案件就是一个典型的诈骗。

2.陷入认识错误

欺骗行为必须使被害人陷入认识错误。机器不能被骗，无处分能力之人也不能被骗。因此在自动售货机中投入铁片获得财物，以及用糖果诱惑孩子把家里的戒指拿来都应以盗窃定罪。但是，在信用卡诈骗罪中，由于司法解释有特别规定，则有时不适用机器不能被骗这个原理。

3.做出处分

首先，这里的处分必须和认识错误有因果关系，如果不存在这种因果关系，则不构成诈骗罪的既遂。例如，张三装乞丐行骗，路人明知是谎言，但并未揭穿，出于同情交付财物，这就只能以诈骗罪的未遂论处。

其次，处分必须是有处分权人的行为，所有权人和占有权人都有处

分权。张三把摩托车借给李四，王五从张三那里把摩托车给骗走了，张三作为占有权人也有处分权，王五依然构成诈骗罪。

最后，被骗人在主观上应当有交付占有的意思，如果没有这种意思也不成立诈骗，比如常见的调包案，由于被害人并没有交付占有的意思，因此不构成诈骗，而是成立盗窃。

交付占有必须是占有权的彻底转移，而不是单纯的控制。乙听说甲能将10元变成100元，便将家里的2000元现金交给甲，让甲当场将2000元变成2万元，甲用红纸包着2000元钱，随后“变”来“变”去，趁机调换了红纸包，然后将调换过的红纸包交给乙，让乙2小时后再打开看，乙2小时后打开，发现红纸包的是餐巾纸。乙并没有转移占有的意图，毕竟主人在场，必须推定归主人占有，在乙将2000元交给甲时，甲不过是单纯地控制了财物，而在社会观念上，这2000元仍然归乙所占有，故甲构成盗窃罪。但如果乙听说甲能将10元变成100元，便将家里的2000元现金交给甲，让甲变成2万元，甲说着急回家，乙同意甲拿回家去变，次日去取钱时，甲不知所踪。在这个案件中，乙具有转移占有的意图，当甲将钱拿回家，在社会观念上，钱已经归甲占有，故甲成立诈骗罪。

4.取得财产

取得财物的主体可以是行为人或行为人指派的第三人，如果没有取得财物，就不能成立诈骗既遂。例如，甲冒充警察，骗乙说文物是赃物，要没收。乙信以为真。甲对乙说次日安排他人去取。次日，甲指示不知情的丙从乙处获得了文物。虽然丙不知情，但他其实属于甲实施诈骗的工具，因此从丙获得财物起，甲就成立犯罪既遂。

取得的财物不仅有积极财产的增加，还有消极财产的减少，例如伪造军牌，骗免养路费、通行费等数额较大的。

5.造成财产损失

诈骗罪是一种财产犯罪，如果被害人没有遭受财产损失，自然也就不构成诈骗罪。但是，财产损失应该是社会规范所认可的损失。

张三店里卖的羊毛衫是混纺的，市场价格300元。但张三谎称其羊毛衫由纯羊毛制造，仍以每件300元的价格销售，不构成诈骗罪。

某市几家医院的几名医生打着肝病专家免费义诊的旗号，私自到某乡为肝病患者义诊，在不到2天的时间里该乡先后有100名群众接受了义诊。结果有80人被查出患有乙肝。其中绝大多数人根据医生的意见购买了医生带来的价值500多元一盒的“肝得治”。后经调查，只有3人患有肝病，构成诈骗罪。

想一想

张三将房屋卖给李四后，收受购房款200万元，办理过户手续后，又将该房卖给王五，收取首付款50万元。张三对王五构成诈骗罪吗？

086 特殊的诈骗

三角诈骗

一般的诈骗只有行为人与被害人，但如果被害人与被骗人不一致，则可能出现三角诈骗的情况。

某人谎称是洗衣店的员工，敲开甲家门，对其保姆说来取要洗的西装，保姆信以为真，将西装交给某人。被骗人是保姆，但被害人却是西装的所有者。行为人也可构成诈骗罪。这里需要说明的是，在诈骗罪中，虽然被骗人与被害人可以不同，但是被骗人与处分权人必须是同一人，当然这里的处分权人只要是在社会观念上具有处分权即可，不要求一定是所有权人，如保姆在社会观念上就可以将西装交付给洗衣店员工。

但在让人取衣案中，甲欺骗乙，称院子里晒的衣服是自己的，让乙帮忙取来。在此案中，乙在社会观念上并不具有衣服的处分权，因此该案件只能成立盗窃罪，甲是间接正犯。

再如，甲用乙购物网站的账号和密码购物，用自己的银行卡付款，填上自己的地址，但是购物网站为确认地址把电话打给了乙，乙改成了自己的地址。在本案中，乙在获得财物之前并没有占有该财物，购物网站被骗，甲遭受财物损失，乙因此成立诈骗罪。

徐玉玉电信诈骗案

2016年8月19日，徐玉玉的母亲接到了骗子的电话，对方声称有2600元助学金，并说这是发放助学金的最后一天，但需要将其原有的

9900元通过ATM机取出，以此来激活银行卡，再将原有的钱汇入一个指定账号，到时候将助学金和原有的钱一起取出。徐玉玉照做了，骗子随后关机，9900元学费被全部骗走。当晚，徐玉玉报警后在派出所回来的路上，心脏骤停，最终于2016年8月21日晚上9点30分左右抢救无效去世。

警方后来查实，六名犯罪嫌疑人从2016年8月开始的一个月时间内，以助学金为名累计诈骗3万多元，最大的一笔就是徐玉玉案中的9900元。2017年7月19日，山东临沂中级人民法院一审宣判，主犯陈文辉一审因诈骗罪、非法获取公民个人信息罪被判无期徒刑，没收个人全部财产，其他被告人被判3年到15年不等的有期徒刑并处罚金。

为依法惩治电信网络诈骗等犯罪活动，2016年12月19日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部通过了《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》。

这个司法解释对电信诈骗的入罪标准采取全国统一数额标准和数额幅度，只要诈骗3000元就构成犯罪，这主要考虑到电信诈骗属于跨区域犯罪，没有必要由各地自行确定具体数额标准。很多时候，诈骗数额难以查证，但如果查明发送诈骗信息5000条以上、拨打诈骗电话500人次以上的，司法解释认为可以诈骗罪（未遂）定罪处罚。

同时，司法解释还规定了一些从重处罚的情节，诸如徐玉玉类似的案件，诈骗致人自杀、死亡或者精神失常都可以从重处罚。

二维码案

当前，使用二维码进行电子支付已经成为一种新的交易习惯，于是大量的案件也应运而生。

张三在食堂吃饭，他发现只要出示付款截图，老板就以为付过钱了。所以他每天都用这个截图来吃一碗30元的红烧肉盖饭，其实老板根本不会仔细看付款截图，因为人太多了。总共吃了30顿，共值900元。

这个案件如何定性？

如果属于诈骗行为，则没有达到数额标准，不构成犯罪；如果属于盗窃，则系多次盗窃，构成犯罪。

盗窃和诈骗的区别，主要体现在被害人有无处分财产的能力和意图，如果有则成立诈骗，否则可能成立盗窃。在这个案件中显然是老板遭受财物损失，他看了截图，自愿给了张三红烧肉盖饭，所以这是一种资源处分，因此属于诈骗行为，但由于没有达到数额标准，所以不构成犯罪。

另外一种与二维码有关的是退款案。张三到某网站购物，结果被骗子盯上了。骗子冒充店家的客服，跟他说没货了，要他申请退款。骗子还说店家正好推出秒退服务，扫描二维码秒速退款。张三扫码后，开始填各种信息：用户名、银行卡号、密码。其实扫码后手机就中了病毒，骗子可以看到张三输入的一切信息。骗子有了账号和密码后就开始取钱，张三的手机收到银行取款的验证码。但骗子让张三提供退款验证码，张三于是把银行的交易验证码给了骗子，导致卡上的钱全被取光。

在这个案件中，一共有三方当事人：张三、银行、骗子，这相当于骗取他人信用卡信息在网上消费，按照司法解释构成信用卡诈骗罪。

想一想

生活中常见的二维码案还有超市调包案。张三把超市的收款二维码给调包了，顾客以为在向超市付款，其实是在向骗子付款。

这种案件一直有争议，有人认为是顾客遭受财物损失，定诈骗；有人认为是超市遭受财物损失，定盗窃或者三角诈骗。你觉得这种行为属于盗窃，还是诈骗呢？

087 侵占罪

侵占罪指将代为保管的他人财物或他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，拒不交还，数额较大的行为。本罪是亲告罪。数额较大，拒不退还的，处2年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处2年以上5年以下有期徒刑，并处罚金。

“拒不退还”只是“占为己有”的证明要件，并非实体条件，它只是说明“占为己有”的客观存在，因此，只要行为人非法将他人财物占为己有，就可以成立侵占。

保管物的侵占

侵占罪可以分为两种，一种是保管物侵占，一种是脱离物侵占。

保管物侵占是指将代为保管的物品占为己有的行为。这里需要注意以下几点。

第一，包装物的区分说。一般认为，行为人受委托保管包装物，并不同时占有包装物内的财物。如果将包装物打开，将里面的财物占为己有，成立盗窃。

例如，李四让张三帮忙保管一个箱子，张三是不能把箱子打开的。结果他好奇，打开箱子，发现里面有个箱子上了锁，张三又把锁撬开了，结果发现里面还有个箱子上了锁，他又撬开了，结果里面还有个箱子上了锁，他又撬开了，里面最后有条蛇，把张三咬死了，真是好奇害死猫。本案中，如果张三把包作为整体物占为己有，构成侵占罪；但把包内的财物占为己有，应该直接定盗窃罪，就像邮政工作人员私拆他人邮包，定盗窃罪。

第二，辅助占有人将财物据为己有，不成立侵占。辅助占有人即表面上控制财物，但在社会观念上并不具备财物的占有权，当占有人将财物交由辅助占有人“占有”，在社会观念上，财物并非为辅助占有人占有，因此辅助占有人将财物占为己有的行为应该成立盗窃。

例如，甲下火车时，雇佣乙提包，而乙乘甲不注意，将财物拿走。在此案中，虽然乙辅助占有财物，但在社会观念上，财物仍然是甲所占有，因此不能成立侵占，而应以盗窃罪处罚；甲与乙骑乙的摩托车出去玩，路不好，乙说推过去，甲说自己来骑，然后甲骑着车跑了。甲是辅助占有权人，构成盗窃罪。

脱离物的侵占

脱离物包括遗忘物和埋藏物。在刑法中，遗忘物还包括遗失物。这里需要注意的是，如果某物在社会观念上仍然为他人所占有，就不能属于遗忘物，对这种物品的非法占有，就不能成立侵占。也就是说，只有掉在流动性很强的领域才叫做遗忘物，如果掉在流动性不强的领域，其实都属于他人占有之物。

例如，甲在宾馆掉的钱包，对于甲而言，似乎是遗忘物，但对于宾馆而言，该物已经属于无因保管之物，归其占有，因此将此物窃走，成立盗窃；如将此物骗走，则成立诈骗，而不能构成侵占罪。

埋藏物是指埋藏于地下，所有人不明或应由国家所有的财物，如果是他人有意埋藏于某地的财物，或者在社会观念上推定归他人占有之物，都属于他人占有之物，非埋藏物。

例如，甲家墙内藏有祖上遗留的3根金条，但甲毫不知情，后甲雇乙为其装空调时，乙穿墙打洞时发现金条并将其秘密拿走。甲家墙内的财物在社会观念中属于甲占有，故乙的行为属于盗窃。

侵占罪的构成要件之一是数额较大，但是司法解释对于数额较大的标准没有规定，有些地方做出了规定，但只在当地具有一定的约束力，比如2008年上海市高院、市检察院、公安局、司法局《关于本市办理部

分刑事犯罪案件标准的意见》就认为，侵占罪侵占数额2万元以上属于“数额较大”的起点标准。侵占数额20万元以上，属于“数额巨大”的起点标准。

职务侵占罪

职务侵占罪，是指行为人利用职务上的便利，侵占本单位财物，数额较大的行为。公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

职务侵占罪，在当前的适用非常广泛，有许许多多的人因为本罪被抓，而且他们还不知道自己的行为构成犯罪。很多企业家认为自己的企业就是自己的钱袋子，混淆个人财产和公司财产的界限，很容易锒铛入狱。按照司法解释的规定，一般6万元以上就可以认定为数额较大，从而构成犯罪。

在某种意义上，职务侵占罪的本质就是利用职务之便的盗窃、诈骗和侵占，将本公司的财务占为己有。

利用职务便利是利用自己主管、经手、负责单位财物的便利条件，将财物据为己有。职务便利通常是具有对财物的管理权限，如厂长、经理、会计、出纳、保管员等，不包括“纯劳务性”工作便利。例如，邮政快递员把传送带上不属于自己配送范围的快递件从快递站点取走后，打开该快递，拿走里面的东西，这构成盗窃罪，而不是职务侵占罪。

职务侵占罪必须是单位有财物损失。如果单位并没有财物损失，也不能构成此罪，如银行工作人员在检查ATM机时发现他人没有取出的信用卡，然后从中取钱，由于银行的财产并未受损，故不能认定为职务侵占罪，侵害的只是储户的财产，构成盗窃罪。

想一想

甲进入地铁车厢后，发现自己的座位边上有一个钱包（价值3万元），于是问身边的乙：“这是您的钱包吗？”尽管钱包不是乙的，但乙却说：“是的，谢谢！”于是甲将钱包递给乙。乙的行为如何定性？

第八章
妨害社会管理秩序罪

扰乱公共秩序罪

088 妨害公务罪

妨害公务罪是指以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

除了国家机关工作人员，有两类人员也按照国家机关工作人员对待，一个是阻碍全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表依法执行代表职务的，一个是在自然灾害和突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责的。

暴力袭警

在中国裁判文书网中，妨害公务罪的案例有八万多个，属于最高频多发的犯罪之一。最值得研究的问题就是如何理解妨害公务罪中的暴力与威胁，比如警察推搡行为，比如把警犬踢死，再如把警车砸毁。

针对警察的暴力袭警案件常有发生，有人建议在刑法中增设袭警罪，2015年《刑法修正案（九）》部分采纳了这种观点，在妨害公务罪中增加了一款，暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，依照妨害公务罪从重处罚。

暴力袭警不是独立罪名，只是妨害公务罪的一种表述方式，所以是从重情节。

暴力与威胁

“暴力、威胁”的程度和对象应当如何把握？至今仍无统一的司法解释，各地的处理意见也不尽相同。

一如任何问题至少都有正说、反说、折中说三种立场，上述问题也有三种不同的意见。对于“暴力、威胁”的程度，学界一直存在行为说、危险说和实害说三种观点。

“行为说”认为只要实施了暴力威胁行为，就可构成妨害公务罪，不需要达到足以妨害公务执行的程度；与此对立的是“实害说”，认为暴力、威胁需达到使公务人员无法执行公务或放弃执行公务；介于两者之间的是“危险说”，这种立场认为要根据暴力、威胁的具体手段、程度、对象、性质以及职务执行的样态等进行具体判断，看是否足以妨害公务人员的职务执行，比如向警察投掷粪便阻碍执法。

三种立场对于证据的要求显然不同，按照“行为说”，只要有暴力威胁行为就一律推定为扰乱公共秩序，可以妨害公务罪论处；按“危险说”，除了有暴力威胁行为，还需证明此行为可能危及正当公务执行，方才构成犯罪；但按照“实害说”，除非可以证明实际阻止了正当的公务行使，否则就不能以犯罪论处。

“行为说”打击面太大，而且导致治安处罚和犯罪的界限无法区分，比如拍打警车，诅咒、辱骂警察、拉扯警服等，有些地方都认为属于犯罪，这种处理忽视了刑法只是补充性的最后惩罚手段，也很容易导致选择性执法。“实害说”的范围又过于逼仄，无法体现对公务行为有效保障。

因此，“危险说”可能更合乎中道。2019年12月27日《最高人民法院、最高人民检察、公安部关于依法惩治袭警违法犯罪行为的指导意见》规定，对正在依法执行职务的民警实施下列行为的，属于“暴力袭击正在依法执行职务的人民警察”，应当以妨害公务罪定罪从重处罚：（1）实施撕咬、踢打、抱摔、投掷等，对民警人身进行攻击的；（2）实施打砸、毁坏、抢夺民警正在使用的警用车辆、警械等警用装备，对民警人身进行攻击的。这可以看成是“危险说”的一种体现。

暴力、威胁的对象

至于暴力、威胁的对象，也存在三种观点：“限制说”认为对象仅限于公务人员；“扩张说”则认为可以包括任何人，甚至可以包括行为人本人。比如行为人以自杀、自残相威胁阻止公务，或者躺在警车前不让车辆经过。但“折中说”认为可以包括公务人员和有关的第三人，但不包括行为人本人。

“扩张说”咄咄逼人，太过强调国家本位，不仅忽略了刑法对暴力、威胁的限制，也无视刑法的人权保障机能。与很多犯罪不同，刑法有关妨害公务罪的规定并未使用“其他方法”作为兜底，这就意味着立法机关对暴力、威胁的限制，防止权力的过度扩张。法律从未将自杀、自残、自伤作为一种违法行为，自然也不宜将其理解为妨害公务罪的手段行为。

妨害公务罪的本质是通过对公务人员的利益损害来阻止公务，不应扩张至以损害自身权益来阻止公务。许多的自杀、自残、自伤只是一种言语的过激表示，不一定有实际行动。即便有实际行动，民不畏死又奈何以刑惧之。更何况，公务行为的本意是为了保障民众的人身财产安全，而将他人逼至绝路，甚至还用刑法武器予以打击，这也与公务行为的正当目的相去甚远。

“折中说”依然是比较恰当的做法，无论是对公务人员，还是公务辅助人员，或者相关第三人实施暴力、威胁，都可能妨害公务行为的合理开展。

合法的职务行为

当然，对于妨害公务罪，另外一个更为重要的限制就是妨害的必须是依法进行的职务行为，阻止非法的职务行为不能构成本罪。非法的职务行为既包括实体非法，也包括程序违法。在推进法治建设的今天，程序合法的理念也许更为重要。在江苏常州三圣寺僧人妨害公务案中，辩论的焦点正是警察的传唤行为是否符合程序。如果有证据证明警察没有

按照正当程序传唤，那么就不宜追究僧人妨害公务罪的罪责。

法治社会当然要尊重执法机关的权威，但更要对执法机关的权力进行合理的限制。当执法机关尊重规则，民众自然也会对执法机关保持足够的敬意。如果执法机关无视规则擅权专断，那么民众也很难遵规守法，敬重权力。不当执法与执法受阻就会形成一个死循环。

打破死循环的主动权在强势的执法机关，而非弱势的普通百姓。几年以前，我入住酒店，正好遇到警察查房。出于职业习惯，我让警察出示工作证，他十分诧异，说未带证件，但警服警号就等同于证件。我说，根据《居民身份证法》第十五条的规定，出示执法证件是查验居民身份证的必要条件。警察愣了一下，还是下楼去取证件了，半小时后，再次查房。警察出示证件后，我自然非常配合地让其查验身份证件，而这位警察的“克制”也让我对“法治”二字多了一分信心。

想一想

在警察执行公务期间，张三一气之下，踹了好几脚警车，属于暴力袭警的范围吗？

089 招摇撞骗罪

本罪是指冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗活动，损害国家机关的形象、威信和正常活动，扰乱社会公共秩序的行为，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

冒充人民警察招摇撞骗的，从重处罚；冒充军人招摇撞骗的，定冒充军人招摇撞骗罪，刑罚同本罪。

一定是国家机关

成立本罪必须是冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为，包括冒充立法机关、司法机关、行政机关、中国共产党的各级机关、中国人民政治协商会议各级机关中从事公务的人员。“冒充”可以是非国家机关工作人员冒充国家机关工作人员，也可以是下级国家机关工作人员冒充上级国家机关工作人员，如果冒充的不是国家机关工作人员，比如冒充省长的儿子，不构成此罪。

有人冒充根本不存在的国家机关，比如张三冒充内务府总管行骗，估计他清宫戏看多了，内务府是清朝专门处理皇帝的家事部门，这种冒充行为不可能损害国家机关的形象，但是大千世界，无奇不有，如果张三真的骗到了财物，那就直接以诈骗罪论处，但如果骗取的是财物以外的其他利益，比如骗色不骗财，那自然不构成犯罪。

如果冒充的国家机关是存在的，但是内设机构不存在，这不影响招摇撞骗罪的成立，比如有人冒充中纪委第888号巡视组，经查中纪委没有这个巡视组，但对一般老百姓而言，很难知道某个国家机构的内设机构组成，所以这种冒充行为还是损害了国家机关的形象，自然构成犯

罪。曾经还有人冒充中央某部门的调研局局长，但是该机构没有调研局这个机构，行为人平常都用自行印制的该部门的信笺纸，很是唬人，到了各地都被奉为上宾，很多地方领导都相信他的关系很厉害，但后来才发现上当。法院就认为行为人的行为属于典型的招摇撞骗罪。

本罪的目的在于获取各种非法利益，不限于财产，比如冒充省长骗色。如果冒充省长的儿子骗色那就不构成犯罪。由于本罪刑罚可能低于诈骗罪，因此当冒充国家机关工作人员的身份骗取数额较大财物时，就以诈骗罪从一重罪处罚。

想一想

冒充人民警察招摇撞骗的，为什么要从重处罚？

090 考试舞弊犯罪

为了打击考试作弊现象，2015年《刑法修正案（九）》增设了三个考试舞弊犯罪，分别是组织考试作弊罪，非法出售、提供试题、答案罪和代替考试罪。

组织考试作弊罪和非法出售、提供试题、答案罪的刑罚一样，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。代替考试罪包括枪手和雇佣枪手者，它的刑罚较轻，处拘役或者管制，并处或者单处罚金。

法律规定的国家考试

当然，并非所有的考试作弊行为都构成犯罪，毕竟刑法是最严厉的部门法，不到万不得已，不应轻易使用。

首先，考试舞弊犯罪必须限定为“法律规定的国家考试”，许多领域都存在国家考试，且分属不同部门主管，大致可分为教育类考试、资格类考试、职称类考试、录用任用考试四大类，共计200多种，比如高考、研究生招生考试、高等教育自学考试、成人高等学校招生考试等国家教育考试；再如中央和地方公务员录用考试；又如国家统一法律职业资格考试、国家教师资格考试。

现在高考的体育特长生加分考试，如果在上述考试中，教练组织他人替考，这可以构成组织考试作弊罪吗？司法解释给出了答案，认为在高考涉及的特殊类型招生、特殊技能测试、面试等考试，属于“法律规定的国家考试”。

四、六级英语考试中作弊

当前，大学四、六级英语考试中的组织作弊经常见诸报端，那么这种考试是否属于“法律规定的国家考试”呢？

《教育法》规定：“国家实行国家教育考试制度”，“国家教育考试由国务院教育行政部门确定种类，并由国家批准的实施教育考试的机构承办。”

但是这个规定太过于笼统，不能认为只要是教育部组织的考试都属于“法律规定的国家考试”，而必须有法律明确的具体的规定。大学四、六级英语考试虽然由教育部组织实施，但是并没有明确的法律规定，类似的情况还有中考。

教育部《国家教育考试违规处理办法》第2条规定：本办法所称国家教育考试是指普通和成人高等学校招生考试、全国硕士研究生招生考试、高等教育自学考试等，由国务院教育行政部门确定实施，由经批准的实施教育考试的机构承办，面向社会公开，统一举行，其结果作为招收学历教育学生或者取得国家承认学历、学位证书依据的测试活动。

可见，在这个规定中，并不认为大学四、六级英语考试和中考属于国家教育考试。有人也许会问，那自考呢？上述办法不也没有规定自考吗？难道自考也不属于国家教育考试吗？其实《高等教育法》第21条给出了结论，该条文规定：“国家实行高等教育自学考试制度，经考试合格的，发给相应的学历证书或者其他学业证书”，可见高等教育自学考试属于“法律规定的国家考试”。

考生和枪手同罪

另外，在考试舞弊中，只有组织者、非法出售、提供试题、答案以及代替考试者构成犯罪，单纯的抄袭等考试违纪行为是不构成犯罪的。

这里要特别提醒大家注意代替考试罪，它既惩罚替考者，又惩罚雇佣替考者，换言之枪手和雇佣枪手者同罪。

所以现在很多大学，在高考期间禁止大一的学生请假，就是害怕这些学生为了蝇头小利为他人替考，从而断送自己的大好前途。如果在高考中做枪手，那是构成犯罪的，虽然刑罚不重，最高是拘役，但一旦有了犯罪记录，以后的路就很难走了。所以为了防止这些人犯罪，干脆一律禁止请假。至于大二的学生，估计是没有人请去替考的，高中的知识可能都忘光了。

想一想

驾照考试中的作弊行为，属于犯罪行为吗？

091 虚假信息和虚假恐怖信息

广州白云机场客服热线接到一男子电话举报，称其女友为新冠肺炎确诊患者，准备搭航班飞外地。警方迅速在酒店内找到该女子，并对该女子及酒店内相关人员采取了隔离观察与新冠病毒取样全套检测措施。经检测，该女子及酒店内相关人员新冠病毒检测结果均为阴性。

经审查，男子刘某供述因女友闹分手要回老家，其为了拖延时间挽留女友，便编造虚假举报信息。警方已依法对涉嫌编造、故意传播恐怖信息的嫌疑人刘某采取刑事拘留强制措施。

无独有偶，内蒙古也有类似案件，靳某某因咳嗽就诊时谎称新冠疫情爆发初期从武汉归来，致多名就医人员及家属因害怕而离开。在医护人员带其前往发热门诊的路上，靳某某逃离医院，最终确认其未感染新冠肺炎。后靳某某也以涉嫌编造虚假恐怖信息罪提起公诉。

上述案件的关键在于编造自己或他人感染新冠肺炎是否属于刑法上的恐怖信息。

编造虚假恐怖信息罪

编造虚假恐怖信息罪，是2001年美国9·11事件后《刑法修正案（三）》所规定的罪名。“编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处5年以上有期徒刑。”

何谓恐怖信息，最高人民法院2013年出台过司法解释（《关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》），

该解释认为“虚假恐怖信息”，是指以发生爆炸威胁、生化威胁、放射威胁、劫持航空器威胁、重大灾情、重大疫情等严重威胁公共安全的事件为内容，可能引起社会恐慌或者公共安全危机的不真实信息。

按照这个司法解释，如果把感染新冠肺炎理解为重大疫情，上述案件构成编造虚假恐怖信息罪似乎没有问题。

编造虚假信息罪

然而，2015年《刑法修正案（九）》在编造虚假恐怖信息罪的条款后增加了编造、故意传播虚假信息罪这个新罪——“编造虚假的险情、疫情、灾情、警情，在信息网络或者其他媒体上传播，或者明知是上述虚假信息，故意在信息网络或者其他媒体上传播，严重扰乱社会秩序的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑。”将险情、疫情、灾情、警情这四类虚假信息从虚假恐怖信息中单列出来。编造虚假信息罪无论是基本刑还是加重刑，都比编造虚假的恐怖信息罪要轻。

那么，2013年司法解释的相关规定是否就因为立法机关所增设的罪名而自动失效呢？

在这个问题上，理论界和实务界存在一定的分歧。仔细审读这两个罪名，你会发现编造虚假恐怖信息罪对于传播途径没有限定，编造的恐怖信息也在“爆炸威胁、生化威胁、放射威胁”之后用了一个“等”来进行兜底，但是编造虚假信息罪的传播途径仅限于信息网络或者其他媒体，所编造的信息也严格限定为险情、疫情、灾情、警情四类，其后无兜底条款。

因此，不少司法机关认为，如果在信息网络或者其他媒体上传播虚假疫情自然按照《刑法修正案（九）》的规定，以编造虚假信息罪论处，但是如果采取在信息网络或者其他媒体上以外的其他方式，比如直接致电机场客服电话或采取口耳相传的方式来传递信息，则依然要适用司法解释的规定，以编造虚假恐怖信息罪论处。广东与内蒙古两地的司法机关显然也采取了这种立场。

你觉得上述司法机关的处理合理吗？

刑法中的恐怖信息

在刑法中，恐怖信息并非单纯让人感到恐怖的信息，否则它的范围就没有边界，学校传闻有厉鬼出没，宿舍风闻满是蟑螂，双黄连传说脱销，这些事情似乎都会让人感到恐怖，但这能属于刑法中的恐怖信息吗？

人类唯一应该恐惧的是恐惧本身。疾病让人恐惧，但司法不能迎合民意的偏狭，必须有所超越，有所引导，否则司法就会成为一种情绪化的表达，不仅无法帮助人们摆脱恐慌，反而会放大这种恐慌。

因此，刑法中的恐怖信息并不等同于日常生活用语中的恐怖信息。司法虽然要尊重民意的表达，但又需要超越民众的偏见。感染新冠肺炎不是一种罪恶，也并非人群中的异类，不能在病患或疑似病患身上任意贴上恐怖信息的标志，否则也是对病患的污名化。这其实也是《刑法修正案（九）》之所以将虚假疫情从虚假恐怖信息中单列出来的一个重要理由。

法治的一个不变命题在于对权力的限制，越是紧要关头，越是要坚守法治精神，避免权力因着对民意恐慌的迁就任意而为，从而酿成更大的恐慌。在建设法治社会的过程中，充满着各种诱惑和试探，无数条岔路、小径和交叉路口，每一个小的动摇都可能误入歧途。人生充满着突如其来的变故，这本是人生常态。法治建设也是一样，不可能一帆风顺。不能因为一场突发的疫病就偏离法治的轨道，让权力打着紧急状态的名义便宜行事，率性而为。当疫病蔓延，民众身处恐慌之中，人与人的疏离与敌意达到前所未有的程度，有权机关不能任由这种恐慌情绪泛滥成灾，必须严格按照法治的精神节制权力，超越恐慌。这样才能避免医学上的瘟疫转变为社会性瘟疫的巨大劫难。

想一想

你有没有在网络上不小心传播了虚假信息呢？

092 寻衅滋事罪

寻衅滋事罪估计大家经常听说，这是一个非常模糊的犯罪，几乎无所不包。

不得不说的流氓罪

寻衅滋事的前身是1979年《刑法》的流氓罪，最高刑是死刑。流氓罪的入罪标准非常模糊，所以在司法实践中经常被扩大化，司法实务部门在执法过程中极大发挥了流氓罪的“口袋”功能，大量的道德违规行为被贴上了流氓罪的标签。20世纪80年代严打期间，有的地方提出“凡与三人以上搞两性关系的即是流氓犯罪”；有的因请妇女当“模特”进行绘画、雕塑等艺术创作，并无淫乱活动而被定为流氓行为；还有人看不惯青年男女在一起跳舞，把跳交谊舞、迪斯科舞与跳两步舞混为一谈，把跳两步舞和跳舞中的淫乱活动混为一谈，称之为“两步流氓贴面舞”，几乎将青年男女跳两步舞都看成流氓行为；也有不少地方对男女数人偶尔因故同宿，不问有无淫乱活动，一律加以“同宿同好”或“同宿鬼混”之罪状定为流氓集团予以打击，等等。[1]

由于流氓罪包含了太多具有道德色彩的词汇，所以无论最高司法机关的司法解释多么详细，都很难区分它与一般违反道德行为的界限，加上“其他流氓活动”这个包容性极大的“口袋”，导致流氓罪的打击面过宽。当时有种说法“流氓罪是个筐，什么都可以往里装”，在某种程度上，它成为“欲加之罪，何患无辞”的代名词。

流氓罪的取消

1997年3月14日，新刑法通过，流氓罪这个曾经无所不包的“口袋”被取消。原来司法解释中某些仅属道德范畴的生活作风行为被除罪化。相关刑法规定及司法解释有关流氓罪的内容被分解为聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、聚众淫乱罪和引诱未成年人参加聚众淫乱罪、盗窃、侮辱尸体罪、强制猥亵、侮辱妇女罪以及猥亵儿童罪等，新分解出的罪名全部废除了死刑和无期徒刑。

寻衅滋事罪正是从流氓罪中分解而来，1997年《刑法》规定：“有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制：

1.随意殴打他人，情节恶劣的；

2.追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；

3.强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；

4.在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。

这四种罪状基本源于1984年11月2日“两高”有关流氓罪的司法解释。以往流氓罪的缺陷，改头换面转移到寻衅滋事罪中来。

此罪内容比较宽泛且大量使用了诸如“随意”“任意”“情节恶劣”“情节严重”“严重混乱”等模糊性词语，司法机关对本罪的认定产生了许多困难，成为司法实践中一个新的口袋罪。与流氓罪这个大“口袋罪”相比，很多人将寻衅滋事罪戏称为“小口袋罪”。

本罪后在立法上又被扩张。2011年2月25日通过的《刑法修正案（八）》提高了此罪的法定刑，最高刑由5年提高到10年，“纠集他人多次实施寻衅滋事行为，严重破坏社会秩序的，处5年以上10年以下有期徒刑，可以并处罚金”。

三种立场

一种观点认为应该废除寻衅滋事罪，将其适当地分解到其他犯罪

中。有学者指出，寻衅滋事罪欠缺必要性和正当性，其构成要件不具有独特性，司法适用也缺乏可操作性。要消除这些矛盾须从立法上废止寻衅滋事罪。[2]

另一种观点则认为应该保留寻衅滋事罪，这也是学界的多数见解。有学者指出，刑法中寻衅滋事的规定具有明显的补充性质，其所补充的不是某一个罪，而是相关的多个罪。没有必要过分注重寻衅滋事罪与其他犯罪的区别，而应善于运用想象竞合犯的原理，从一重罪处理即可。[3]

在这两种观点之间，还有一种保留但限制的折中立场。这种立场主要是从历史解释的角度，希望用流氓动机来限制寻衅滋事罪的适用，认为构成此罪必须事出无因，出于“精神空虚、内心无聊、好恶斗勇”的动机实施寻衅滋事行为。这种立场在客观上部分限制了寻衅滋事罪的扩张适用。

一点思考

寻衅滋事罪作为补充性罪名，可以最大效率地实现刑法的惩罚功能，但是由于其模糊性与罪刑法定原则存在冲突，需要避免在司法实践中被滥用。

口袋罪很容易成为学界研究的焦点，主要是因为它与法治所追求的对公权力的约束有冲突。对民众而言，“法无禁止即自由”；对公权力来说，“法无授权即禁止”。如果法律规定模糊不清，那么公权力就会成为脱缰的野马。

人们很容易在自己所看重的事情上附加不着边际的价值，将自己幻化为正义的代表。但正如尼采所说：与恶龙缠斗过久，自身亦成为恶龙；凝视深渊过久，深渊将回以凝视。所以法治从不对权力抱有良善的假设，因为权力导致腐败，绝对权力倾向于绝对腐败。相比于犯罪，不受约束的公权力可能会带来更大的危害。

想一想

张三到西湖旅游，在景区刻有“杭州西湖”四个字的石碑上刻字留念，是否构成寻衅滋事罪？

[1]徐汉亭：《关于流氓罪定性的几个问题》，《西北政法学院学报》1985年第1期。
[2]王良顺：《寻衅滋事罪废止论》，《法商研究》2005年第4期。
[3]张明楷：《寻衅滋事罪探究》，《政治与法律》2008年第1、2期。

妨害司法罪及卖淫罪

093 律师伪证罪

在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

律师伪证罪

这个罪名的全称是辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪，但由于刑事辩护大多由律师介入，故实务界俗称此罪为律师伪证罪。

律师伪证罪是1997年刑法修改时增加的罪名，它来源于1996年《刑事诉讼法》第38条的规定，“辩护律师和其他辩护人，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为”。

为了避免本罪给刑事辩护带来不利影响，在律师伪证罪法条中增加了一个提示性条款——辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实，不是有意伪造的，不属于伪造证据——试图弱化此罪的严厉程度。

鉴于这个罪名有扩大化的趋势，立法部门在2012年通过刑事诉讼法

的修改限制了此罪的适用，主要是删除了《刑事诉讼法》原条文中的“改变证言”一词。以前的“引诱证人违背事实改变证言”的规定，在司法实践中给律师办理刑事案件带来很大的执业风险，很容易成为司法机关打击报复律师的私器。有些犯罪嫌疑人、被告人、证人在办案机关的强大压力下说了些与事实不符的违心之言，但辩护律师向其调查取证时才将真相和盘托出，某些办案机关和办案人员却以此作为追究律师伪证罪的有力证据。证言的改变是否属于“违背事实”则又取决于办案机关或办案人员的主观认定，这极易引发对律师的职业报复行为[4]。因此，2012年《刑事诉讼法》对此罪进行了限缩。

据统计，我国刑事辩护率偏低，尽管最近几年律师辩护率有所上升，但仍然只有30%的被告人能够获得律师辩护。其中一个重要原因是，从事刑事辩护的律师害怕在职业生涯中难以预料的风险。在这样一个大背景下，对于律师伪证罪进行合理的限缩解释应该成为法律界的共识。

引诱

在律师伪证罪中，存在最大的问题就是“引诱”。

刑法中的引诱型犯罪有很多，如引诱卖淫罪、引诱吸毒罪等。多数学者认为，引诱必须利用物质利益或非物质利益进行诱惑，诱使他人从事某种违法行为。这种解释从文理上无懈可击，但置于律师调查取证的特殊背景下却会带来灾难性的后果。

运用纯粹技术性的解释方法，引诱可以包括明示引诱，也可以包括默示引诱；可以包括物质引诱，也可以包括精神引诱；可以包括作为引诱，也可以包括不作为引诱；可以包括直接引诱，也可以包括间接引诱（引诱他人引诱证人）；可以包括庭前引诱，还可以包括庭审引诱……引诱一词几乎可以将律师调查取证方方面面收入囊中，就如李庄案中荒唐的“眨眼引诱说”与“欲加之罪，何患无辞”几乎就是同义语。

李庄案证人吴家友的证言证明，“2009年11月24日晚，李庄说在会见龚刚模时示意龚刚模翻供，说被刑讯逼供，龚刚模看了李庄的眼神和

动作后明白了，龚刚模就说在警察讯问时遭到了刑讯逼供。”[5]

在律师的调查取证中，引诱的正当性与非正当性很难区分。比如辩护律师找被害人做工作，希望他能宽恕被告人，于是被害人出具相应的情况说明，这是否属于引诱？如果属于伪证，不仅律师要锒铛入狱，被害人也将身陷囹圄。

不应有的偏见

宽恕本是一种美德，如果法律将其视之为犯罪，这是在鼓励良善，还是在制造罪恶呢？如果司法机关能够晓之以理，动之以情，让一个不愿意作证的证人改变心态，作证指控罪犯，那为什么律师的同样行为就应该被视之为犯罪呢？可能之间唯一的区别就是司法机关的目的是打击犯罪，而律师的目的则是在为“坏人”说话。长期以来，有一定根深蒂固的偏见，那就是打击犯罪好过保护罪犯。但是，如果没有辩护权对司法权的质疑，谁能保证司法权不会腐败变质。

如果偏见不改变，无论法律如何解释与修改，都不可能真正保证辩护律师的合法权利。司法机关与律师同属法律职业，任何一个法律人都应该清楚地意识到，辩护律师与司法机关的目标是一致的，他们都是为了维护法律的尊严，辩护不仅是为保护无辜公民，也是为确保司法的公正。

哈佛大学教授德肖微茨曾说：“一个国家是否有真正的自由，试金石之一是它对那些为有罪之人、为世人不耻之徒辩护的人的态度”。[6]

律师制度是法治建设的重要一环，在电影《阿凡达》中，潘多拉星球上不同生命体之间的相互依存，形成了一个非常完美的统一体，任何一个生命体的损毁都会导致整个星球受到亏损。同样，律师制度和其他司法制度共同构建了法治的有机整体，任何一个环节的亏缺都会伤及法治的根本。

想一想

律师为什么为“坏人”做辩护？

[4]黄太云：《刑事诉讼法修改释义》，《人民检察》2012年第8期。
[5]重庆市江北区人民法院刑事判决书（2009）江法刑初字第711号。
[6][美]艾伦·德肖微茨：《最好的辩护》，唐交东译，法律出版社1994年版，第482页。

094 组织卖淫罪

组织、强迫他人卖淫的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。组织、强迫未成年人卖淫的，依照前款的规定从重处罚。

犯前两款罪，并有杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织他人卖淫行为的，处5年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

这个罪名以前有死刑条款，但2015年《刑法修正案（九）》本着限制死刑的精神，取消了这个罪的死刑。

自愿也是剥削

如果说强迫卖淫是对他人的强迫，但组织卖淫很少有强迫，性工作者很多是自愿的。如果完全从功利主义，是很难解释这个罪名的。对性工作者而言，在组织中比“单打独斗”不仅获利会更多，而且也能获得更多的保护。似乎无论是卖淫者、组织者、嫖娼者甚至卫生防疫等各方面，都能实现多方共赢。

但是，对组织卖淫的惩罚主要还是基于道德主义的禁止剥削原则。人虽然生而自由，但其实无往不在枷锁之中，自由如果不受限制，一定会导致强者对弱者的剥削。组织卖淫就是一种赤裸裸的对卖淫者和道德不良者的双重剥削，对其进行惩罚在道德上具有正当性。

何谓卖淫

我国《刑法》在第358条到362条分别规定了组织卖淫罪，强迫卖淫罪，协助组织卖淫罪，引诱、容留、介绍卖淫罪，引诱幼女卖淫罪，传播性病罪等，其刑罚从管制到无期徒刑不等。

然而，何为“卖淫”，这个关键性的概念并没有明确的法律定义。刑法和司法解释对此都没有规定，只是公安部对卖淫嫖娼有过行政答复。公安部1995年8月10日《关于对以营利为目的的手淫、口淫等行为定性处理问题的批复》规定：卖淫嫖娼是指不特定的男女之间以金钱、财物为媒介发生不正当性关系的行为。卖淫嫖娼行为指的是一个过程，在这一过程中卖淫妇女与嫖客之间的相互勾引、结识、讲价、支付、发生手淫、口淫、性交行为及与此有关的行为都是卖淫嫖娼行为的组成部分，应按卖淫嫖娼查处，处罚轻重可根据情节不同而有所区别。对在歌舞等娱乐场所、桑拿按摩等服务场所查获的，以营利为目的发生手淫、口淫行为，应按卖淫嫖娼对行为人双方予以处罚。

这个批复为2001年2月18日公安部《关于对同性之间以钱财为媒介的性行为定性处理问题的批复》所废止，后一批复认为“不特定的异性之间或者同性之间以金钱、财物为媒介发生不正当性关系的行为，包括口淫、手淫、鸡奸等行为，都属于卖淫嫖娼行为，对行为人应当依法处理”。两个批复最大的不同在于，后一个批复认可了同性之间可以成立卖淫。

虽然行政答复对司法机关没有法律上的约束力，但是在现实中却有重要的参考作用。司法实践中，提供手淫是否属于刑法中的卖淫也长期存在争论。组织他人手淫、容留他人手淫、介绍他人手淫等是否构成犯罪，都取决于对卖淫这个关键性概念的认识。2017年，最高人民法院、最高人民检察院颁布了《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》，但是对卖淫这个概念依然没有界定。从当前司法实践的经验出发，一般认为，所有的进入式性活动属于卖淫，但是非进入式的则不宜认定为卖淫，以避免刑法打击过度。

想一想

你觉得，组织卖淫罪为何取消死刑？

第九章
贪污贿赂罪

贪污犯罪

095 贪污犯罪

贪污贿赂罪是一种与公务活动有密切关系的犯罪，这类犯罪侵犯了公务活动的廉洁性，还危害了国有单位的正常活动，它主要包括贪污和贿赂两类犯罪，贪污贿赂罪都是故意犯罪，犯罪主体一般具有国家工作人员的身份，离退休的国家工作人员、特定关系人也可构成相应的贿赂犯罪，少数犯罪可以由无国家工作人员身份的一般人构成，如行贿罪。

国家工作人员

具体而言，国家工作人员包括以下四类人。

1.国家机关工作人员，也就是我们熟悉的公务员。

2.国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员。国有公司、企业是指国家独资的公司、企业，并不包括国有控股公司。

3.国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员。

4.其他依照法律从事公务的人员。

是否属于刑法中的国家工作人员应当看此人在实质上是否从事公务，具备公务活动所赋予的职权。如果具备这种职权，即便在形式上不具备国家工作人员的资格，在实质上也应解释为国家工作人员。例如，

村主任表面上不是国家工作人员，但如果代行公务，也可解释为国家工作人员；国家机关非正式在编的人员，比如合同制民警由于可行使公务，他们也属于国家工作人员。最高人民检察院曾经发布过一个关于佛教协会工作人员能否构成受贿罪的批复，认为佛教协会属于社会团体，其工作人员如果符合受委托从事公务的人员，是可以构成受贿罪的。

公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。例如，国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，例如，售货员、售票员等所从事的工作，一般不认为是公务。

私分国有资产罪

除了国家工作人员外，国有机构也可能构成“贪污”，这就是私分国有资产罪，是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大的行为。最典型的私分就是国有单位年终违反规定乱发奖金。

所以，私分国有资产罪是一个纯正的单位犯罪，只能由单位构成。其实私分就是贪污，只不过私分是单位的贪污，是经单位集体研究决定，将财物分配给单位的所有成员或者多数人。

当前，私分国有资产经常发生在国有企业改制的过程中。某国有企业要改成管理层持股的新企业，由管理层15人共同占公司100%的股权。在改制过程中，公司领导发现原公司有100万的应收款，于是他们找到会计师事务所核账的会计，想把这100万转到新公司，这样他们就可以按股权分配了。他们还从新单位账上暗中转给会计5万。会计收钱后做了假账，但是在案发时，这笔100万的应收款还没有实际分配，只是躺在新公司的账户上，这个案件怎么处理？

首先，15个管理层人员只是国有企业中很少的一部分人，为特定少数人谋利当然是构成贪污罪，但是贪污的数额不是100万，而是105万，因为拿公款去行贿，既是贪污，又是行贿。

当如果企业改制为全员持股，管理层占一半股份，职工占一半股份，那么上述案件就构成私分国有资产罪。

有人为规避法律红线，虽然让职工参股，但职工仅占很少比例，毕竟贪污最高可以判处死刑，但私分国有资产最高只能判处7年有期徒刑。比如在上述案件中，管理层15个人占99%的股份，但1万名职工只占1%的股份，表面上这也是全员持股，那这该当何罪呢？

司法解释的规定是：国有公司、企业违反国家规定，在改制过程中隐匿公司、企业财产，转为职工集体持股的改制后公司、企业所有的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照刑法规定，以私分国有资产罪定罪处罚。但在这个案件中是形式上的职工集体持股，实质上的少数领导个别持股，自然是应该以贪污罪追究刑事责任。

想一想

公立小学教师借排座为名收受财物，数额较大，该当何罪？

096 贪污罪

贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。根据情节轻重，分别依照下列规定处罚。

贪污数额较大或者有其他较重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。贪污数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。

司法解释规定，贪污数额在3万元以上不满20万元的，应当认定为“数额较大”；贪污数额在1万元以上不满3万元，具有严重情形，也构成犯罪。

犯本罪，在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生，可以从轻、减轻或者免除处罚。罪行特别严重，被判处死刑缓期执行的，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行2年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。

终身监禁

终身监禁是2015年《刑法修正案（九）》增加的制度，当年讨论刑法修正案的时候，曾有人主张废除贪污罪和受贿罪的死刑条款，毕竟贪

污受贿并非凶杀犯罪，保留死刑与尊重生命的理念不相符合，但是考虑到这种观点很难为民众接受，所以意见没有被采纳，但是增加了终身监禁制度，试图减少贪腐犯罪死刑立即执行的适用。

终身监禁不是独立的刑种，它是对罪该处死的贪腐罪犯的一种不执行死刑的刑罚执行措施，是死刑的一种替代性措施。它不同于无期徒刑，因为无期徒刑符合条件是可以减刑和假释的，而终身监禁是不得减刑和假释的。

另外，按照《刑事诉讼法》的规定，死缓犯是不得暂予监外执行的，被判处无期徒刑的犯罪分子，如果是怀孕或者哺乳婴儿的妇女，或者在减刑为有期徒刑后，患有严重疾病或者生活不能自理才可暂予监外执行。因此终身监禁的罪犯，既不得减刑、假释，也不得暂予监外执行，通俗来说，终身监禁就是把牢底坐穿。

公共财产

贪污罪所侵犯的客体是职务行为廉洁性以及公共财产的所有权。

公共财产包括：国有财产；劳动群众集体所有的财产；用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。比如张三醉驾，他的车被警察扣了，这虽然是张三的车，但是在警察扣下管理时的车就属于公共财产。如果警察把这个车卖了，就定贪污罪。

贪污罪还必须致使本单位财物受到损失，如果本单位没有遭受财产损失，那就不构成贪污罪，但可能构成其他财产犯罪。例如，土地管理部门的工作人员乙，为农民多报青苗数，使其从房地产开发商处多领取20万元补偿款，自己分得10万元。由于土地管理部门没有遭受财物损失，乙的行为构成诈骗罪；政府主持拆迁工作时，由镇里的领导负责拆迁事宜，结果有人跟镇里的领导勾结，虚报拆迁面积，多骗政府的补偿款。这就构成贪污罪，因为是政府遭受财物损失，而不是外单位遭受财务损失。

监守自盗

贪污罪必须要利用职权的便利，也就是要利用职务权力与地位形成的主管、管理、经营、经手公共财物的便利条件。它不仅仅是一种职业的便利，还必须是一种管理性的便利。

例如，某国有公司出纳甲意图非法占有本人保管的公共财物，但不使用自己手中的钥匙和所知道的密码，而是使用铁棍将自己保管的保险柜撬开并取走现金3万元。之后，甲伪造作案现场，声称失窃。这是典型的监守自盗，在此案中，甲虽然表面上使用了窃取行为，但出纳对公司财物有占有控制的便利，因此其职务行为与取得财物存在因果关系，故甲的行为构成贪污罪。甲撬保险柜只是一个假象，一定要做实质解释，只要这个钱是甲管，甲通过任何方法把它拿走，不管是侵吞、窃取、骗取或其他方法，都是监守自盗，构成贪污罪。

贪污罪与职务侵占罪

两罪关键区别是主体不同，前罪的主体是国家工作人员和受委托管理国有财产的人员，而后罪的主体是前罪主体以外的公司、企业或者其他单位人员。

例如，保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，以职务侵占罪定罪处罚。但国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员，利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，以贪污罪论处。

想一想

张三拿了1万元公款送人，构成贪污罪吗？

097 挪用公款罪

挪用公款罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的行为。基本刑处5年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处5年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。

谋求个人利益

本罪的主体是国家工作人员，必须谋求个人利益。

本罪是自然人犯罪，单位不构成犯罪。单位挪用的，既不追究单位挪用公款罪的责任，也不能对自然人以挪用公款罪论处。比如，张三是国家机关工作人员，以个人名义将公款借给原工作过的国有企业使用，这是在谋求个人利益，自然构成挪用公款罪。又如李四是某国有公司总经理，擅自决定以本公司名义将公款借给某国有事业单位使用，以安排其子在该单位就业，这也是在谋求个人利益，构成挪用公款罪。但王五是某县工商局局长，以单位名义将公款借给某公司使用，在这个案件中，王五并没有追逐个人利益，不构成挪用公款罪。

物美张文中案

2009年，民营企业物美集团的创始人张文中，因为挪用资金罪、行

贿罪和诈骗罪，被判处有期徒刑12年。他以物美集团的名义，将单位资金借贷给其他单位的行为，被认定为挪用资金罪。

刑法中有一个挪用资金罪，它指利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或借贷给他人使用的行为。这个罪的行为主体不是国家工作人员，而是公司、企业或其他单位的人员。

从形式上看，张文中利用职务之便，挪用物美集团的资金，借贷给他人，完全符合构成要件。但是2019年张文中案在最高人民法院再审，推翻原审判决，认定张文中无罪。

最高人民法院经再审认为，张文中不构成挪用资金罪的重要理由就在于涉案资金均系在单位之间流转，反映的是单位之间的资金往来，没有进入个人账户；无证据证实张文中等人占有了申购新股所得赢利，换言之，张文中挪用资金并没有谋取个人利益。

虽然挪用资金罪的法条规定挪用本单位资金借贷给他人使用就可以构成犯罪，但由于挪用公款罪必须限定为追逐个人利益，换言之，挪用公款罪的出罪事由是谋取单位利益。那作为比挪用公款罪更轻的挪用资金罪，如果将单位款项借给他人只是谋取单位利益更应该属于出罪事由，这叫举重以明轻的当然解释。所以，最高人民法院最后认为张文中不构成挪用资金罪。

这个案件释放出一个明显信号，就是民营企业跟国有企业应该获得同等的保护。总之，从刑法解释学的立场来看，为谋取单位利益，不构成挪用公款罪。根据举重以明轻的解释原理，挪用资金罪也应当做同样理解。也就是说，挪用资金罪中的借贷给他人，一定要受“归个人使用”条款的约束。

行为方式

本罪的行为方式有以下三种不同情况。

1.超期未还型。需要满足挪用公款归个人使用、数额较大、超过3

个月未还三个要素。数额较大的起点是5万元。当然，挪用公款所生的利息不能计算在数额之内，但可作为非法所得予以追缴。

2.营利活动型。需满足数额较大、进行营利活动两个要素。进行营利活动是指法律法规允许的牟利活动，例如开公司、炒股、存银行、理财等。

3.非法活动型。只要挪用公款进行非法活动（如贩毒、赌博等），就可构成本罪。从刑法的谦抑性出发，虽然法律并没有数额限制，但在司法实践中，以3万元以上为追究刑事责任的起点。

根据司法解释，挪用资金罪中的“数额较大”以及“进行非法活动”情形的数额起点，按照挪用公款罪“数额较大”以及“进行非法活动”的数额标准规定的两倍执行，也即在非国有企业中，挪用资金10万元归个人使用超过3个月未还就是构成犯罪的。

现在很多人缺乏法律观念，也缺乏道德观念。张三是私企员工，单位的10万元钱临时打进其账户，10天后要给领导用。张三却把钱转到了手机理财账户，想赚取10天的利息。这种行为或许很常见，但也属于挪用资金从事营利活动，数额较大的行为。理财属于营利活动，任何理财都是有风险的，这笔钱属于单位，利息自然也应该归单位所有。张三因为贪图这点小便宜，就可能面临3年以下有期徒刑或者拘役。

想一想

甲以购房自住为由劝乙挪用公款，乙同意，但让甲在3个月内归还，甲并未购房，而是炒股，但在3个月内归还。乙构不构成挪用公款罪？

贿赂犯罪

098 受贿罪

受贿罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。

国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。

国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。

本罪的处罚和贪污罪相同，索贿的从重处罚。

权力寻租

受贿罪所侵犯的法益一定是职务行为的廉洁性。受贿的本质是权力寻租，就是钱权交易，以权力的作为与不作为获得财物对价，即权钱交易。只要存在职务行为与财物的对价关系，均可认定受贿罪成立。

贿赂犯罪中的“财物”，包括有形的可用金钱计量的财物，也包括无形的可用金钱计量的物质性利益，例如，债权的设立、债务的免除等，但不包括提升职务、迁移户口、升学就业、提供女色等非物质性利益。

性贿赂一般不构成受贿罪。性贿赂一般可以归纳为三种类型，第一

种类型是请人嫖娼，因为嫖娼可以直接计算为金钱，所以可以构成受贿罪，例如南方某地的一个领导，法院认定他受贿数额中有一笔是60万，因为别人总共请他嫖娼200次，按每次计3000块，共60万；第二种类型，给领导送会员卡，领导可以持会员卡在会所无限次消费性利益，这也构成受贿罪；第三种最为最常见，直接送人，比如张三把自己老婆“送”给领导，这不构成受贿罪，因为把性解释为贿赂，就把人给物化了，人不是物，人只能是目的，不能是纯粹手段。

索贿和收受贿赂，既可以是自己收也可以是让别人收，还可以是让第三人收，甚至第三人可以不知情。比如张三给我送钱，我让他别给我送钱，把钱给李四。他就直接把钱给李四了，而李四都不知道为什么突然收到一笔意外之财。李四的不知情，并不妨碍受贿罪的成立，因为张三给李四的钱与我的权力已经存在对价关系。

比较典型的如代孕行贿。因受贿1.53亿元被判无期徒刑的国家统计局原局长王某安，被媒体爆出代孕生子的丑闻。山东一老板为感谢其在项目申报过程中提供的帮助，投其所好花340多万元找了两家代孕中介，帮王某安圆了老来得子的梦。

据判决书披露：2013年到2015年期间，时任财政部副部长王某安曾多次到山东潍坊做一件隐秘之事——取精，他想要儿子，有人花了340多万找人帮他人工代孕。

这种案件和请领导嫖娼案类似，都有财物对价关系，相当于王某安利用自己的权力，让商人把钱送给代孕者，而代孕者提供了代孕服务，王某安自然是构成受贿罪的。

收受财物后

受贿罪是故意犯罪，必须存在权钱交易的主观认识，即认识到自己在利用职务上的便利索取他人财物或者收受他人财物为他人谋取利益。

本罪的既未遂标准以收取财物为标准，无论财物是否处分，也无论是否为他人谋利，只要行为人或行为人所指示的第三人收取财物就成立

犯罪既遂。有些贿赂行为是赠送购物卡，逢年过节就送卡，一搜领导的办公室，好几箱购物卡，甚至都过期了，这些购物卡的数额都能计算为受贿数额，过期的数额也属于。

很多行贿人摸准了领导的心理，收了钱也不会用，于是就有送假币的，反正只要看着像真钱就可以。这种情况，行贿人依然构成行贿罪，当然还构成使用假币罪，应当从一重罪论处，领导也构成受贿罪，只是受贿的数额如何认定，存在一定的争议。有人认为应该按照票面数额计算，有人认为应该按照黑市价格来认定，还有人认为应该按照票面数额论以受贿的未遂，你觉得呢？

国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿。国家工作人员受贿后，因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还或者上交的，不影响认定受贿罪。要遵循主客观相统一原则，只有基于受贿的意思收钱才构成受贿罪。如果碍于情面收受财物，事后马上上交，这不构成犯罪。

比如张三给领导送的钱，领导碍于情面收下了，但8天之后上交给纪委，客观上收了钱，但领导主观上不想收钱，因此就不构成受贿罪；当然还有一种情况，张三给领导送钱，领导收下了。但领导后来发现纪委有风声，又把钱退还给了张三，这是自然是受贿的既遂，而不是中止，因为领导主观上有收钱的故意。

想一想

丙为某税务局局长，刘某因企业漏税被查，找丙疏通关系，并交给丙2万元现金，被丙婉拒。两人寒暄一二，丙问刘某是否能帮其安插情妇王女到企业工作，刘某答应。次日刘某聘任并无会计资格的王女为企业财务副总监，王女从未上班，但刘某按月支付万元工资。丙构成受贿罪吗？

099 五种受贿类型

受贿罪在客观方面表现为利用职务上的便利索贿，或非法收受他人财物为他人谋取利益的行为。

利用职务上的便利，既包括利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权，也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。担任单位领导职务国家工作人员通过不属于自己主管的下级部门国家工作人员的职务为他人谋取利益的，应当认定为“利用职务上的便利”为他人谋取利益。

具体而言，受贿罪有如下五种行为方式。

索贿

索贿是利用职务便利，以明示或暗示的方式主动向他人索取财物的行为。索贿无须为他人谋取利益，就可构成受贿罪，很多时候就是利用职务之便敲竹杠。

张三和李四是老同学，李四想承包一个工程，张三刚好是主管领导。李四找张三“行个方便”，张三说：“那当然好了，咱俩同学那么多年，我当然得向着你。但现在有个问题，市委书记的儿子盯上了这个工程，所以我没办法。”李四问有没有回旋余地，张三表示也不是没有，关键看李四愿不愿意出一笔退出费。李四问要多少，张三说可能要500万。李四于是给了张三500万，让其转交给书记的公子。其实根本没有市委书记儿子要工程这回事，张三设了一个套，让李四往里面钻。

这种主动“骗贿”的行为，也是一种索贿，而不是诈骗，因为李四之所以给钱还是因为张三的权力，李四对于张三可能从500万中上下其手

是放任的，在本质上这属于权钱交易，所以构成受贿罪。

收受贿赂

收受贿赂是在行贿人主动行贿的情况下，非法收受他人财物。成立此种受贿，必须要“为他人谋取利益”，这种利益可以是正当利益，也可以是不正当利益。

为他人谋取利益包括承诺、实施和实现三个阶段的行为。承诺包括明示承诺和默示承诺。只要具有其中一个阶段的行为，就属于权钱交易。例如，国家工作人员收受他人财物时，根据他人提出的具体请托事项，承诺为他人谋取利益的，就具备了为他人谋取利益的要件。明知他人有具体请托事项而收受其财物的，是一种默示承诺。这些行为都让行贿者感觉职务行为可以收买，侵犯了职务行为的廉洁性。

你会发现为他人谋取利益属于目的要素，是主观超过要素，这就像我们之前讲过的绑架罪，主观上要以勒索为目的，但这个目的并不需要实际实现。因此，国家工作人员只要有为他人谋取利益的承诺即可认定具备这种目的。

司法解释也是这么规定的，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（下简称《贪污贿赂解释》）规定：“具有下列情形之一的，应当认定为‘为他人谋取利益’，构成犯罪的，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚：1.实际或者承诺为他人谋取利益的；2.明知他人有具体请托事项的；3.履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。”

张三找领导帮忙，领导在看报纸，理都没理他。张三在领导桌子上放了10万块钱，以为领导会见钱眼开。结果领导还是眼皮都没眨一下。张三都快哭了，领导还是没理他。所以张三又放下了10万块钱，哭着请领导看完报纸想一想他的事。领导还是未置可否。最后张三哭着离开领导办公室。第二天早上，领导发现茶几上放着20万，都不记得哪来的了，就把20万放到保险柜。

这构成受贿罪吗？

当然构成，因为承诺包括明示承诺，还包括默示承诺，既然明知他人有请托事项，没有拒绝行贿，就属于承诺，构成受贿罪。

经常有领导称自己是收钱不办事、贪赃不枉法，领导称别人有请求，钱可拿，但事情绝对不办，这能作为受贿罪的辩护理由吗？这是诈骗还是受贿？

受贿和诈骗的核心区别还是看领导是否有办这个事的职权，国家工作人员以为他人谋利为名获取财物，只要请托人所托办之事在其职权范围内，即便他根本不想为请托人办事，也构成受贿罪，而不得以诈骗论处。仅当行为人知道自己根本无法办成托办之事，但仍然收受财物，才可以诈骗罪论处。比如张三高考离重点线差200分，现在某大学招办工作人员说先上车后补票，先上学，到时可以解决正式学籍，这基本就是一种诈骗。因为招办工作人员不可能有这种权力。

单纯受贿

单纯受贿又被称为经济受贿，刑法规定：“国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。”这是一种法律特别规定的受贿，无须为人谋利，但仅限于经济往来中。

但是，在非经济往来中，如果没有为他人谋利，这种单纯受贿是不构成犯罪的。例如，某商人逢年过节给领导送钱，但从没有谋利请求。不过，《贪污贿赂解释》规定：“国家工作人员索取、收受具有上下级关系或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值3万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。”因此，只要双方有上下级关系或者具有行政管理关系，即便在客观上没有为人谋利或者没有为人谋利的意思表示，也可以推定为具有谋利的目的，从而构成受贿罪。可见，如果下级单位逢年过节给领导送钱，即使没有任何请求，按照这个司法解释，领导还是构成受贿罪的，而且司法解释是可以溯及既往的。

斡旋受贿

这是刑法规定的特殊受贿，即国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取或者收受请托人财物的，以受贿论处。

很明显斡旋受贿有三方当事人，A找B办事，B办不了，于是B找C去办。B和C都是国家工作人员，B收受A的财物。

中间人B一定利用的是本人职权或地位形成的便利联系，这跟索贿和收受贿赂利用的职务便利有所不同。职权包括事实上的职权和法律上的职权，而职务则只是一种法律上的职权。比如张三的儿子想上名校，他找教育局局长帮忙，教育局局长利用的就是法律职权；但如果张三找公安局局长帮忙，公安局局长打电话给教育局局长帮忙，公安局局长利用的则是事实职权，也即职权或地位形成的便利联系。

中国是一个人情社会，法律认为像斡旋受贿这种利用事实职权的行为无论是索贿还是收受财物，都必须谋取不正当利益才构成犯罪，如果谋取的是正当利益，自然不属于斡旋受贿。但是，如果利用的是法律职权，无论谋取正当利益，还是不正当利益，都构成受贿罪。

比如张三承包一个学校的工程，结果学校欠张三100万的工程款，张三找校领导多次，都没有拿到钱。年末，农民工等着张三结算工资。张三无奈，找到某地担任公安局局长的远房亲戚。局长听完非常生气，收了张三5万元钱，同意帮张三讨薪。公安局局长给教育局局长打了个电话，教育局局长找校长把这个事情给解决了。

在这个案件中，公安局局长利用的是事实职权，且谋取的是正当利益，所以不构成受贿罪。但如果张三找的是教育局局长，那收钱的教育局局长构成受贿，因为他利用的是法律职权，而非事实职权。

事后受贿

事后贿赂其实就是先办事后收钱。在职人员只要有权钱交易的事

实，即便履行职务时没有收受贿赂的想法，只要办事之后基于该履职行为收受贿赂，一律以受贿罪论处。但是，有一种例外情形，就是离退休人员在职期间为人谋利，等离退休之后才收受财物，司法解释认为必须要在在职期间有事后受贿的约定才能构成犯罪。

想一想

张三对求他在办公楼租售中“行方便”的吴某谎称，自己的外甥准备出国留学。吴某于是将20万元打入张三指定的银行卡账户。张三该当何罪？

100 死刑能遏制贪腐吗

《刑法修正案（九）》废除了多个死刑条款，但依然保留了贪污受贿的死刑条款。究其原因，可能是觉得贪贿与普通的经济、财产犯罪不同，它将使得人们丧失对国家的公信力，腐蚀政权的合法性。

然而，保留死刑就可遏制贪腐吗？现行刑法规定，贪污或者受贿在300万元以上，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产，可谓绝对重刑模式。刑法只是社会的最后一道防线，严刑峻法不可能真正遏制受贿。幻想通过严密法网，提高刑罚来防控受贿，这是刑法的不可承受之重，也是一个不可能完成的任务。

历史上的反腐败

历史上重典治吏，达到登峰造极地步的莫过朱元璋，但最终仍归失败。朱元璋惩治贪腐，发明“剥皮实草”之刑，将活人的皮剥下来，里面塞上草，做成“人皮草袋”以警示贪官。按《明大诰》，贪贿数额在60两银子以上，就可行此刑，为了充分警告继任官员，朱元璋还命令将“人皮草袋”放置在官衙门的办公桌旁。不幸的是，严刑峻法并未遏止官员的腐败，贪墨之官从来就是继往开来，后继有人。仅朱元璋时期的空印、郭桓两案，就有数万官员被连累致死，但贪污腐败之风并未遏止，以至朱元璋都大惑不解，“我效法古人任用官吏，岂料，刚刚提拔他们时，每位官员都忠于职守，奉公守法，但时间一长，一个个全都腐化变质，又奸又贪。我只能严明法纪，予以惩处。结果能够善始善终的很少，大多都家破人亡”。[1]

清朝充分吸取明朝反腐经验，认为明朝官员之所以贪墨成风，很大原因是因为官员薪金太低，不得已才铤而走险，故清朝实施高薪养廉。清朝政府认为，外放之官，权力寻租的可能要高于京官，故外官薪俸，

远高于内官。如一品京官每年官俸合银540两，而作为一品外官的总督，虽然俸银只有180两，但养廉银则高达1.5万两，个别甚至高达3万两，高出京官30倍以上。即使是七品知县的年俸也比七品京官高8倍。[2]但“一年清知府，十万雪花银”“千里为官只为财”，地方官吏并未因薪俸优厚而有所收敛。至于京官，虽然薪俸不高，但其位高权重，消息灵通，外放官员一来京城，自然会千方百计“孝敬”京官，当时的贿赂还有各种雅号，如夏天送财叫“冰敬”，冬天送财叫“炭敬”，离京送叫“别敬”，年节送的叫“年敬”“节敬”，甚至在时令季节，送些水果，比如西瓜，也要安个名号叫“瓜敬”，雅洁的礼品则称为“笔帕敬”等[3]。高薪养廉，养出和珅这种巨蠹，也算是一个莫大的反讽。

腐败如病菌

反腐败是一个综合工程，无论是重典治吏，还是高薪养廉，历朝历代的反腐都只是注重机体内部的革新，而忽视外部力量的推动。一旦内部革新失败，机体的功能就会紊乱，导致越反越腐。这就如人体一般，抵御疾病，虽然主要依赖人体自身的免疫功能，但免疫功能的发展却离不开外部世界的锤炼，无菌状态下成长起来的免疫功能面对病菌几乎无反击之力。同时，即便拥有强大的免疫功能，有时还得要借助打针输液等治疗措施来对抗病魔。

由于忽视外部力量对权力自下而上的监控，历代的反腐斗争就如人体脆弱的免疫功能，面对腐败这种疾病几乎没有反击之力。虽然，让权力体制受到社会公众的监督会导致权力运作的诸多不便，但正如人体免疫能力的培育离不开风吹雨打，偶尔的感冒发烧是确保将来能够抵御更为严重疾病，如果害怕接触病菌而拒绝接触外部世界，这种温室的花朵也就无法长成参天大树。因此，要强化权力机制的免疫功能，必须将权力置于阳光之下，接受普罗大众的监督，才有可能从制度上遏制腐败。

反腐败的国际化

反腐的另一种外部推力是国际合作。这类似于打针吃药等外部治疗措施与人体的免疫机能共同对抗疾病。随着经济的全球化，反腐也开始走向国际化。有两股力量促使了反腐的国际化。

一股力量是美国的《反海外贿赂法》（Foreign Corrupt Practices Act）。该法1977年制定，此后又多次修改。其目的在于限制美国公司在跨国贸易中对国外政府官员的贿赂行为，并对在美国上市公司的财会制度做出了相关规定。该法出台的导火索来源于美国证监会的一份报告，该报告称至少有数百家美国公司在国际贸易中给国外的政府官员行贿，其中多家属于世界500强企业。这极大地打击了美国人引以自傲的公平竞争的市场经济理念。

在这种背景下，国会出台了《反海外贿赂法》，违反法案的公司罚款最高可达100万美元，个人罚款的额度为1万美元的罚款，或最高5年的监禁。当时很多人讨论国会的这种做法是否恰当，因为在海外交易中，给当地官员贿赂几乎成为国际惯例，如果出台此法，是否是自缚手脚，导致美国企业在国际贸易中失去竞争力。但实证研究表明，在通过此法案后，美国的出口继续增加，表现好于德国、法国、意大利甚至日本。

《反海外贿赂法》虽然是美国的国内法，只对美国公司和公民使用，但它却极大了影响了我国反腐的司法实践。美国司法机关在查处案件过程中，如果行贿对象涉及中国官员，自然会给我国提供官员受贿的重大线索。事实上，不少大案要案往往是因美国司法程序的启动，腐败问题才浮出水面。

最著名的是中国建设银行原董事长张恩照案，此人曾收受美国某金融公司巨额贿赂，后该公司的合作伙伴起诉此公司，认为它单方面向中国建设银行高管行贿，不仅违反合同约定，也违反美国《反海外贿赂法》。法官遂向张恩照发出传票，要求其到庭接受询问。就这样一起普通的美国民事诉讼，让张恩照受贿案件进入我国司法机关的视野，[4]张恩照后被北京市第一中级人民法院判处有期徒刑15年。

另一股力量是联合国于2005年12月14日正式生效的《反腐败国际公约》（United Nations Convention against Corruption），标志着反腐在实质意义上的国际化。

想一想

你有印象深刻的贪腐案件吗？

[1]李亚平：《帝国政界往事——大明王朝记事》，北京出版社2005年版，第89—90页。
[2]颜吾芟、张俊：《古代官俸今鉴》，《中国人大》2009年第17期。
[3]李乔：《清代官场如商场》，《决策与信息》2005年11期。
[4]王丰：《张恩照美国被诉》，《财经》2005年第6期。

101 行贿罪

行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的行为。

在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。

因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。

对犯行贿罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

根据司法解释，行贿罪和受贿罪一样，入罪标准一般也是行贿数额在3万元以上，当然如果有通过行贿谋取职务提拔、调整的；或者向司法工作人员行贿，影响司法公正等等恶劣情节，行贿1万也可以构成犯罪。

犯罪构成

行贿对象是国家工作人员，如果是非国有的公司、企业、其他单位的人员，则构成对非国家工作人员行贿罪。行为主体是自然人，如果是单位，构成单位行贿罪。成立本罪主观上必须具有谋取不正当利益的目的。

谋取不正当利益包括以下两种情况。

1.利益本身不正当，也即实体不正当，即行贿人谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益。

2.谋取利益的手段不正当，也即程序不正当，即要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。在招标投标、政府采购等商业活动中，违背公平原则，给予相关人员财物以谋取竞争优势的，属于“谋取不正当利益”。[5]

总之，只要在法律中有操作空间，请求国家工作人员予以方便，这都属于“谋取不正当利益”，但如果在法律中没有任何操作空间，则不属于“谋取不正当利益”。比如，甲向某国有公司负责人米某送8万元，希望能承包该公司正在发包的一项建筑工程。又如乙向某高校招生人员刘某送8万元，希望刘某在招生时对其已经进入该高校投档线的女儿优先录取。在这两个案件中，按照法律规定，都有存在操作空间的，上线不代表一定会被录取，所以属于不正当利益。但如果丙向某法院国家赔偿委员会委员高某送3万元，希望高某按照《国家赔偿法》的规定处理自己的赔偿申请，这就没有任何法律上的操作空间，所以属于正当利益。

免责事由和从宽条款

行贿罪的法条表述中有三种行贿情形。第一款是普通行贿罪，为谋取不正当利益；第二款是经济行贿罪，正好对应单纯受贿（经济受贿），在经济往来中给予回扣、手续费；第三款是消极条款，因被勒索给予财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。

第三款被认为既是行贿罪的提示性规定，也是例外规定。首先，没有获得不正当利益的行为，本身就不构成普通行贿罪；其次，在经济往

来中，给予财物不需要有谋取不正当利益的动机，就可以构成行贿。所以，第三款主要是为了填补经济行贿中的特殊情形，如果在经济往来中被勒索，又没有谋取不正当利益，就不构成行贿罪。

《刑法修正案（九）》对本罪增加了罚金刑。同时对从宽处罚情节规定了严格的标准：“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”

想一想

张三向某高校招生人员刘某送2万元，希望刘某在招生时录取自己的女儿。遭到刘某婉拒后，张三又找到刘某的妻子，其妻子私自把钱收下了。张三是否构成行贿罪？

[5]2008年11月20日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》。

102 利用影响力受贿罪

利用影响力受贿罪，是指国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的行为。

数额较大或者有其他较重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处7年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人，也能构成此罪。

利用影响力受贿罪中所说的数额较大和受贿罪一样，一般都是3万元。

利用影响力

利用影响力受贿罪是2009年《刑法修正案（七）》增加的一个新罪，它是针对受贿罪的一种堵截性罪名，即在无法构成受贿罪共犯的情况下，可以本罪论处。

影响力在本质上也是一种事实职权。如果国家工作人员利用法律职权（职务之便）来收钱，无论是正当利益和不正当利益都构成受贿；如果行为人利用事实职权来收钱，必须要谋取不正当利益方才构成犯罪；如果利用的是职权或地位形成的便利联系，构成斡旋受贿型受贿罪；但

如果利用其他事实职权来收钱，谋取不正当利益，则构成利用影响力受贿罪。

关系密切的人可以作扩张解释，包括各种对国家工作人员有影响力的人。例如，保姆、秘书、情妇等。2015年《刑法修正案（九）》又增加了一项罪名：对有影响力的人行贿罪，这是把利用影响力受贿罪的对合犯规定为犯罪，这样就把法网编织得更为严密。

比如刘某是教育局局长甲的情人，宋某给刘某20万元，希望自己的孩子可以上名校，刘某向甲提及此事，帮助宋某孩子解决了上学问题。如果甲不知道刘某收钱，那么刘某构成利用影响力受贿罪，宋某构成对有影响力的人行贿罪，但如果甲知情的话，则甲和刘某成立受贿罪的共同犯罪。

受贿罪的兜底罪

一般的受贿都存在权钱交易，行为人在主观上有权钱交易的认识，在客观上有权钱交易的事实。利用影响力受贿罪虽然客观上也存在权钱交易，他人利用其他国家工作人员的权力进行获利，但国家工作人员本人缺乏这种权钱交易的主观认识。如果国家工作人员明知他人利用自己的权力谋利，仍然提供便利，那就应以受贿罪的共犯论处。

利用影响力受贿罪是受贿罪的兜底罪，如果他人利用国家工作人员的职权，谋取不正当利益，收受请托人财物，倘若国家工作人员同谋，这都应该成立受贿罪的共犯，如果没有证据证明国家工作人员同谋，则可以此罪兜底。

本罪的立法动机主要打击的是司法实践中“一家两制”型案件，丈夫当官，妻子收钱。一旦被抓，丈夫一口咬定不知情，如果没有证据证明丈夫知情的话，丈夫无法构成受贿罪，妻子也就不构成受贿共犯，但妻子可以兜底适用这个罪，贿赂款还是可以追缴，让其“赔了夫人又折兵”。当然，如果证明丈夫知情，那就是受贿罪的共同犯罪。对此，司法解释也规定，“特定关系人索取、收受他人财物，国家工作人员知道后未退还或者上交的，应当认定国家工作人员具有受贿故意”。这里的

特定关系人指的是国家工作人员的近亲属、情妇（夫），“特定关系人”，是指与国家工作人员有近亲属、情妇（夫）以及其他共同利益关系的人。

想一想

某建筑公司（不具有建设隧道的资质）老板张三是王某的同学，张三找到王某，希望王某向其父（某城建局局长）说说情，把隧道工程发包给自己，并给了王某价值50万元去韩国整容的贵宾卡及往返机票。王某向父亲说了此事，并出示了机票和贵宾卡。其父将工程发包给了张三。王某是否构成利用影响力受贿罪？

写在最后

祝贺你看到了最后，现在你应该知道刑法离每个人的日常生活并不遥远，P2P、性骚扰、交通事故、考试作弊、灰色收入、小偷小摸……我们可能都曾经历过违法事件，却不知道如何处理。

知法才能守法，懂法才能用法。这次重新梳理我在辅导司法考试课程的精华内容，是为了让每个人都能离法律更靠近一点，不管你是不是法律专业，都可以对刑法有基础的认知，可以学法、懂法、用法保护自己。

但更重要的是希望你能够真正地认同法治的理念，追寻法律背后隐藏的智慧。

每个读完这本书的人，希望你都能解决心中的一点点困惑，培育法治的信念，在今后的生活里做到3+3，3件不要做的事和3件坚持做的事。

三件不要做的事。

1.控制自己内心的张三，人心隐藏着整个世界的败坏，你无法避免心动，但千万不要行动。

2.不要有知识的优越感，追逐知识只是让我们承认自己的无知。

3.学习法律不是钻法律的漏洞，而是真正认定法治的信念。

三件坚持做的事。

1.坚持阅读经典，与人类伟大的灵魂对话，走出我们固有的平庸与傲慢。

2.思想与行动并存，我思并不代表我在，我动方能印证我存，在每个个案中坚守法治的精神。

3.从爱抽象的理念转向对具体的人的爱，我们无法做伟大的人，但我们可以心怀伟大的爱，做细微的事情。

最后，我为你准备了“毕业证书”，欢迎扫码分享阅读心得。

罗翔

湖南耒阳人

中国政法大学教授，厚大法考刑法主讲教师

主要研究领域为刑法学、刑法哲学、经济刑法、性犯罪

1999年 获中国青年政治学院法学学士学位

2002年 获中国政法大学刑法学硕士学位

2005年 获北京大学刑法学博士学位

毕业后，任教于中国政法大学，先后前往美国加州伯克利分校、杜克大学交流访问。2008年以来入选法大历届最受本科生欢迎的十位教师，2018年入选法大首届研究生心目中的优秀导师。

2020年初，因其刑法课视频中所举的案例幽默风趣，意外爆红网络，一时形成“千军万马追罗翔法考”之势。其上课视频截图所制作的表情包在网络上疯传，被称为“一米九的法律男神”。3月9日，受邀请正式入驻bilibili视频网站，一天粉丝破百万，创造最速百万粉传说。

刑法学讲义

产品经理 | 张晨　　封面设计 | 董歆昱
监制 | 应凡　　营销经理 | 李慧颖 施明喆
Kindle电子书制作 | 李元沛
策划人 | 路金波

The History of
Punishment and Torture

罗翔 编著

刑罚的历史

云南出版集团
云南人民出版社

目录

1. 扉页
2. 第一章 追本溯源：刑罚的起源与发展
    1. 一、关于刑罚起源的几种学说
    2. 二、回溯与前瞻
3. 第二章 反反复复的肉刑兴废
    1. 一、肉刑纵览
    2. 二、肉刑的存废
4. 第三章 并不轻松的笞杖之刑
    1. 一、用刑的数量
    2. 二、用刑的部位
    3. 三、刑具的规格
    4. 四、赎免规定
    5. 五、作为他刑的附加刑和替代刑
    6. 六、刑讯手段
5. 第四章 刑徒之苦
    1. 一、徒刑概说
    2. 二、徒刑的新发展
    3. 三、徒刑的意义
6. 第五章 生离死别的流放
    1. 一、先秦的流放故事
    2. 二、流刑的萌芽——迁徙刑
    3. 三、流刑的形成
    4. 四、流刑的光大
    5. 五、折杖法和刺配法
    6. 六、南人发北，北人发南
    7. 七、流刑的变异——口外为民和充军
    8. 八、最后的流刑——发遣
7. 第六章 形形色色的死刑
    1. 一、死刑纵览
    2. 二、死刑发展的三大趋势
8. 第七章 以钱赎刑
    1. 一、赎刑的历史

    2. 二、赎刑利弊议
9. 第八章 株连无辜
    1. 一、族诛
    2. 二、连坐
10. 后记
11. 参考文献

返回总目录

扉页

刑罚的历史

罗翔 编著

云南出版集团
云南人民出版社

图书在版编目（**CIP**）数据
刑罚的历史 / 罗翔编著. -- 昆明 : 云南人民出版社, 2021.1
ISBN 978-7-222-19809-8
Ⅰ. ①刑… Ⅱ. ①罗… Ⅲ. ①刑罚－研究－中国－古代 Ⅳ. ①D924.122
中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第215320号

责任编辑：刘娟
责任校对：吴虹
责任印制：马文杰

刑罚的历史
XINGFA DE LISHI
罗翔 编著

出版 云南出版集团 云南人民出版社
发行 云南人民出版社
社址 昆明市环城西路609号
邮编 650034
网址 www.ynpph.com.cn
E-mail ynrms@sina.com
开本 880mm×1230mm 1/32
印张 6.5
字数 151千字
版次 2021年1月第1版第1次印刷
印刷 北京盛通印刷股份有限公司
书号 ISBN 978-7-222-19809-8
定价 45.00元

版权所有 侵权必究

果麦文化 出品

第一章
追本溯源：刑罚的起源与发展

中国古代的法律以刑法为基础，其主要的法律后果就是刑罚，它轻则剥夺人之财产、自由，重则危及生命，是一种以国家强制力为后盾的最严厉的惩罚措施。这种可怕的惩罚措施缘何而生？为何存于人类社会？它经历了怎样一种发展阶段？带着这些疑问，我们试图展开刑罚的历史。

一、关于刑罚起源的几种学说

对于刑罚的起源，古今中外，人们提出过无数假说，至今仍无定论，可谓众说纷纭，仁者见仁，智者见智。择其要者，大体有如下学说：

1．罚源神授：“天”说

刑罚起源于“天”，也称“神授说”。该说是人类历史上最为古老的对刑罚起源的解释。无论是东方还是西方，该说都以君权神授理论为基础。

《圣经》说：“在上有权柄的，人人当顺服他，因为没有权柄不是出于神的。凡掌权的都是神所命的。所以，抗拒掌权的就是抗拒神的命；抗拒的必自取刑罚。作官的原不因为他是神的用人，是与你有益的。你若作恶，却当惧怕；因为他不是空空的佩剑，他是神的用人，是伸冤的，刑罚那作恶的。”（《罗马书》13:1-4）

此处所说的佩剑的权力就是世俗政权对犯罪施加刑罚的权力。在西方世界，启蒙运动之前，罚源神授一直都处于通说的地位。柏拉图也曾指出：“根据哲学和世界的本来意义，习惯上被认为必要的神圣的制度应属于神的规则。刑罚就是这样的制度……犯罪扰乱了宇宙的和谐，而这种和谐必须得到恢复。……在遭受刑罚的过程中，犯罪人还报了被称之为正义的宇宙秩序。”[1]

中国古人将“天”作为万物的起源，认为自然界、社会的一切都起源于“天”，君主之权力也出自天授，故称“天子”，作为君主权力的重要体现——刑罚权，自然也来源于天。古代统治者都试图用此理论将刑罚神秘化、权威化，将统治者对被统治者的刑事镇压，说成是履行“天”的意志，统治者不过是代天行罚，刑罚源自“圣人因天讨而作五刑”。

《尚书·皋陶谟》有云：“天讨有罪，五刑五用哉。”《尚书·甘誓》记载夏启攻伐有扈氏的檄文，这封檄文相当于战争动员令。在檄文中，夏启说自己奉上天之命令剿灭有扈氏，以“恭行天罚”。

2．罚源武力：“兵”说

此说认为，刑罚起源于兵，来源于武力。相传黄帝战蚩尤于涿鹿，“以兵定天下，此刑之大者”[2]。后世将此军事讨伐称为“大刑”，《汉书·刑法志》曰：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；薄刑用鞭扑。大者陈诸原野，小者致之市朝，其所繇来者上矣。”

古代不少学者认为，刑罚的产生与战争密不可分，《汉书·刑法志》记载：“自黄帝有涿鹿之战以定火灾，颛顼有共工之陈以定水害。……夏有甘扈之誓，殷、周以兵定天下矣。”“刑起于兵”“兵刑同一”，最初的刑罚就是对在氏族战争中的战败者、叛乱者和违反军纪者的处罚。远古时期，兵刑并未严格区分，奴隶主用甲兵征讨异族，用刑罚来统治已被征服的氏族，兵与刑的区别是“刑外”与“刑内”的关系，如司马迁在《史记·律书》中就说：“故教笞不可废于家，刑罚不可捐于国，诛伐不可偃于天下。”家庭不能废除教鞭，国家不能取消刑罚，天下也不可能没有战争。刑罚刑内，诛伐（兵）刑外。司马迁在《律书》的前几章讲的就全是有关军事的问题，可以说《律书》就是《兵书》。在《史记·律书》开篇，他即表示：“王者制事、立法、物度、轨则，壹秉于六律，六律为万事根本焉，其于兵械尤所重。”

3．罚源契约：“契约”说

此说认为刑罚起源于人们缔结的契约。该观点最初由希腊哲学家吕科弗隆（Lykophrin，约前4世纪上半叶）首倡，他认为“法律只是一种互相保证正义的协定，它理应成公民为善和正义的工具”，后经伊壁鸠鲁（Epikouros，前341－前270）发展，及至17世纪、18世纪为欧洲自然法

学派发扬光大，其中尤以卢梭、贝卡利亚为此说之集大成者。

社会契约论认为，国家与法的形成，起源于早期人们为了获得生存的社会保障而自愿转让本属于个人的一些自然权利而缔结的社会契约，为了保障自己的利益，缔约者同意如果自己侵犯了公众的利益，就应当接受惩罚，卢梭指出：“正是为了不至于成为凶手的牺牲品，所以人们才同意，假如自己做了凶手的话，自己也得死。”[3]

意大利法学家贝卡利亚则更是明确阐明了刑罚权的起源，他说：在人类历史的某个阶段，为了争夺利益，人们相互残杀，朝不保夕，他们非常需要有种东西来“阻止个人专横的心灵把社会的法律重新沦入古时的混乱之中”，“正是这种需要迫使人们割让自己的一部分自由，而且，无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些，只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权”。[4]

4．罚源目的：“定分止争”说

此说试图从刑罚的目的来阐明其起源。该说认为，规定刑罚的法律是为了定分止争，“定分”指确定名分，即确定所有权；“止争”指禁止争夺。由于中国古代民刑不分，习惯用刑法调整财产权利，因此“定分止争”的唯一方法也就是规定刑罚的刑法。

《荀子·礼论》从人欲出发阐释了法律（主要是刑法）调整的重要性：“礼起于何也？曰：人生而有欲，欲而不得，则不能无求。求而无度量分界，则不能不争。争则乱，乱则穷。先王恶其乱也，故制礼义以分之，以养人之欲，给人之求，使欲不穷乎物，物必不屈于欲，两者相持而长，是礼之起也。故礼者，养也。”“礼”，即礼法，亦习惯法也。正因为人之欲望无限，资源有限，因此必须通过法律定分止争，而法律直接后果就是刑罚。需要说明的是，“定分止争”说的前提是人性本恶，其实也就是“人欲”，每个人都有自己的欲望，因此，也就必须有礼义规范约束人性之恶。所以《荀子·性恶》说：“故古者圣人以人之性恶，以为偏险而不正，悖乱而不治，故无之立君上之势以临之，明礼义以化之，起法正以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治，合于善也。是圣王之治而礼义之化也。”

荀子的学生韩非更是用人口增殖而财富不增的理论，表明了以“刑”“定分止争”的必要性。《韩非子·五蠹》曰：“古者，丈夫不耕，草木之实足食也；妇人不织，禽兽之皮足衣也。不事力而养足，人民少而财有余，故民不争。是以厚赏不行，重罚不用，而民自治。今人有五子不多，子又有五子，大父未死而有二十五孙，是以人民众而财货寡，事力劳而养供薄，故民争；虽倍赏累罚而不免于乱。……是以古之易财，非仁也，财多也；今之争夺，非鄙也，财寡也。轻辞天子，非高也，势薄也；重净土橐，非下也，权重也。故圣人议多少，论厚薄，为之政。故罚薄不为慈，诛严不为戾，称俗而行也。”韩非还举例说：一只兔子在野外奔跑，一群人都会去追赶；而将一百只兔子关在市场的笼子中，或把一头牛拴在路边，却无人去牵动。这是为什么？就是因为野外的兔子名分未定，谁追着就是谁的；而市场上的百兔或牛的名分已定，谁再擅自牵拿，即有可能被定为“盗”，要受到刑罚。

5．罚源正义：“正义”说

这派学说认为：刑罚的产生是因为正义的要求。此说为德国著名哲学家康德、黑格尔所主张。“其要领略谓吾人有正义之观念，要求对不正加以相当之责而赎罪。故社会对犯罪科处刑罚系因此正义之要求。”[5]康德指出：如果你诽谤了别人，你就是诽谤了自己；如果你偷了别人的东西，你就是偷了你自己的东西；如果你打了别人，你就是打了自己；如果你杀了别人，你就是杀了你自己。因此国家处罚犯罪人，就是满足犯罪人“报复的权利”，而这样做正是对犯罪人人格的尊重。换言之，国家有义务对犯罪人施以刑罚，“如果不这样做，……是对正义的公开违犯”。[6]

黑格尔更是认为：犯罪是对法的否定，刑罚是对犯罪的否定，所以刑罚不过是否定之否定，刑罚具有自在自为的正义，加于犯罪人的刑罚不但是自在地正义的，因为这种刑罚同时是他自在地存在的意志，是他的自由的定在，是它的法，所以是正义的；不仅如此，而且它是在犯人自身中立定的法，处罚他，正是尊敬他是理性的存在。如果国家不对犯罪人处以刑罚，他就得不到这种尊重。[7]

6．罚源防卫：“社会防卫”说

此说认为刑罚之所以产生，是为了防卫社会免受犯罪的侵害。这种观点最初由刑事实证学派所倡导。如刑事实证学派创始人龙勃罗梭认为：“野兽食人，不必问其生性使然，抑故尔作恶；吾人遇之，必毙之而已。禁锢疯犯，亦同此自卫原理。……刑罚必从自卫论，方可无反对之地。”他以进化论作为自己理论的依据，认为社会是一种客观存在之物，受着进化理论的支配，因此，为了社会自身进化起见，对于侵害其生存的犯罪人，有打击与抑制的必要，而国家的刑罚权正是从这种必要性中产生的。英国功利主义法学家吉米·边沁也持此说，他认为：社会秩序，完全依靠国家维持，从维持国家秩序的需要来看，国家有行使刑罚权之必要。[8]

7．罚源异族：“苗民”说

这种关于刑罚起源的说法是中国刑罚起源的特有说法。

我国古代的刑罚，产生在文字起源之前。传说周穆王时，命吕侯（也称甫侯）作刑，制定了一部有“五刑之属三千”的《吕刑》。《尚书·吕刑》中说：“苗民弗用灵，制以刑。惟作五虐之刑，曰法，杀戮无辜。爰始淫为劓、刵、椓、黥。”劓即割鼻之刑，刵是割耳之罚，椓即宫刑，黥即墨刑，吕侯把造刑视为一种残暴、犯罪。

吕侯造刑源自何处？《吕刑》认为来源苗民。苗民也称三苗，在尧、舜时代一直臣服于黄帝。在古人看来，三皇五帝皆为仁圣之君，善于教化臣民，平怨息争，天下太平，和平兴旺。这些圣王是不会用残暴手段对待臣民的。但为什么三皇五帝的后人所生活的年代会出现了刑罚呢？为给当时广泛使用的肉刑找到出处，吕侯他们便把这些刑罚归咎于苗民，认为刑罚起源于苗民。由于“今不如古”，禹以后的帝王仁德不如五帝，故援用了苗民的刑罚。但是由于这些帝王较之野蛮的苗民还是要宽仁得多，于是他们不断对苗民的刑罚进行修改，使之由重变轻，最后发展成了周时使用的五刑。而周穆王又定“赎法”，使受刑者得以金赎刑，这当然也就显得更仁义无比了。

为了突出三皇五帝的仁德，先人们还向我们描述了历史上的一个黄金时代。在这个时代，不存在死刑和肉刑。《路史·前纪》说祝诵氏：“刑罚未施而民化”；《路史·后纪》说神农氏：“刑罚不施于人而俗善。”《商君书·画策》也说：“神农之世，刑政不用而治。”桓谭《新论》总结道：“无刑罚谓之皇。”没有刑罚，正是三皇所以被称为皇的缘故。[9]人们又说，当时的华夏大地只有象刑，而无肉刑。象刑者，顾名思义，只是一种象征性的刑罚。《尚书大传》说：“唐虞之象刑，上刑赭衣不纯，中刑杂屨，下刑墨幪，以居州里，而民耻之。”意思是犯轻罪的人蒙上黑色头巾，犯中罪的人穿上特殊的鞋子，犯重罪的人则让其穿上赭色无领的衣服，让犯罪的人感到羞耻。但对这种说法，早在战国时期就有人提出非议。如荀况就认为“象刑殆非生于治古，并起于乱今也”[10]，古无肉刑也就不可能有象刑，只是先人们为了维护三皇五帝仁德圣明的形象，一直不承认历史的真实，久久地沉浸在对实行象刑的治世的仰慕、向往之中[11]。

上述诸多学说，虽然在今人看来，有些不乏荒诞，但它们毕竟是人类在特定时候的一种认识，以大历史的眼光来看，至少具有历史合理性。罚源“天”说与当时君权神授的观念密不可分，在普遍敬畏天道的古代社会，这种学说显然能为刑罚的正当性提供最强有力的辩护，有助于在短时间内统一社会认识，维护社会的秩序，同时它还能够在某种意义上约束统治者行为，让其恪守天道，毋要过分滥施刑罚，否则将遭天谴；罚源“苗民”说虽将当时的残暴刑罚归咎苗民，于实际似有不符，但其正是希望从远古寻找刑罚轻缓的根据，借助“今不如古”的逻辑改革当时残暴的刑罚制度，有意思的是，中国古代、近代的历次改革皆因循此种逻辑；罚源“契约”说更是具有重大的启蒙意义。正是这种理论开启了人类废除酷刑、限制刑罚权的大潮，刑罚人道主义开始深入人心，但是契约论并不符合国家初始状态的实质，它带有理想主义的色彩，是以现代观点解说古代社会，“国家根本不是一个契约，保护和保证作为单个人的生命财产也未必说是国家实体性的本质，反之，国家是比个人更高的东西，它甚至有权对这种生命财产提出要求，并要求其为国牺牲”[12]。

至于其他学说，也并非完全错误，它们至少在表象上解释了刑罚的起源：刑罚与刑罚的产生和战争密不可分，正是因为战争才有最初的军律；刑罚当然要定分止争，否则人类社会无法正常运作；刑罚更要符合

正义的要求，否则它就不可能常行于世；刑罚当然也要防卫社会，保证社会的基本秩序。

然而表象并非实质，透过表象，我们应该窥见更深的本质。刑罚当然不是谁创造的，所谓吕侯作刑，只是古人的一种攀附之说，即使史上存有其事，吕侯也不过是将以前的经验总结提炼。[13]刑罚是一种自生自发的东西，它和道德、宗教、语言、书写、货币、市场以及整个秩序，都是“人之行动而非人之设计的结果”（哈耶克语），刑罚是一种进化的结果，在进化过程中，它渐渐满足了战争的需要，实现了定分止争的目的，符合正义的要求，维护社会的秩序，最后逐渐为统治阶层总结定型。

二、回溯与前瞻

中国的刑罚发展经历了三个阶段，贯穿了两种发展趋势。

第一个阶段是奴隶制旧五刑从形成到衰亡阶段。

旧五刑为：墨、劓、刖、宫、大辟，以肉刑为主，主要存在于奴隶制社会。根据现有的史料记载，五刑在夏朝已初具雏形，《左传·昭公六年》说：“夏有乱政，而作禹刑。”《尚书·大传·吕刑》中有“夏刑三千”的记载。《周礼·秋官·司刑》注曰：“夏刑大辟二百，膑刑三百，宫刑五百，墨、劓各千。”五刑在夏朝已经存在，当是不假。到了商朝，五刑就更通行了。《左传·昭公六年》：“商有乱政，而作汤刑”。“汤刑”是商代法律的总称，它是在禹刑的基础上增删而成，其中有许多关于五刑的记载，今天出土的甲骨文也可资佐证。西周时，五刑制度趋于完善。据《周礼·秋官·掌戮》记载：“掌五刑之法，以丽万民之罪。墨罪五百，劓罪五百，宫罪五百，刖罪五百，杀罪五百。”

旧五刑异常野蛮、残酷。《周礼·秋官·司刑》注曰：“墨，黥也。先刻面，以墨窒之。”“劓，截鼻。”“刖，断足也。周改膑作刖。”“宫者，丈夫割其势，女子闭于宫。”大辟则更是用诸多匪夷所思的方法至人毙命。除此以外，为了维护统治阶层的统治，统治者还发明了无数更为严酷的刑罚，如《汉书·刑法志》记载：“陵夷至于战国，韩任申子，秦用商鞅，连相坐之法，造参夷之诛，增加肉刑，大辟有凿颠、抽胁、镬烹之刑。”

汉初亦沿袭秦制，“汉兴之初，虽有约法三章，纲漏吞舟之鱼，然其大辟，尚有夷三族之令。令曰：当三族者，皆先黥，劓，斩左右止，笞杀之，枭其首，菹其骨肉于市。其诽谤詈诅者，又先断舌。谓之具五刑”[14]。其刑之残酷较之暴秦，毫不逊色。

汉文帝十三年（前167），文帝下诏废除肉刑，历史终于迎来转机。文帝下诏曰：“当黥者，髡钳为城旦舂；当劓者，笞三百；当斩左

止者，笞五百。”这是中国刑罚史上一次划时代的变革，它标志着曾经尘嚣其上的旧五刑制度走向衰亡，虽然这一过程仍是无比漫长。

第二个阶段是封建制新五刑从形成到衰亡阶段。

文帝废肉刑，为封建新五刑的发展奠定了基础，虽然其后不乏肉刑存废之争论，但总体说来，奴隶制的旧肉刑已日暮西山、穷途末路。随着政治、经济的发展，封建五刑逐渐发展成熟。北齐和北周时期出现了新五刑的萌芽，北周五刑曰：杖、鞭、徒、流、死，北齐五刑曰：杖、鞭、刑罪、流、死，肉刑基本被剔除干净。

隋唐时期大一统局面的重新建立为新五刑的完备提供了契机。隋《开皇律》正式确立了笞、杖、徒、流、死这种新的五刑体系，这是一种以身体刑和生命刑为主的刑罚体系。“其刑名有五：一曰死刑二，有绞，有斩。流刑三，有一千里、千五百里、二千里。应配者，一千里居作二年，一千五百里居作二年半，二千里居作三年。应住居作者，三流俱役三年。近流加杖一百，一等加三十。三曰徒刑五，有一年、一年半、二年、二年半、三年。四曰杖刑五，自六十至于百。五曰笞刑五，自十至于五十。”[15]唐承隋制，将此制度发展完备，一直延续至清末。

伴随着封建制度从兴盛走向衰败，封建新五刑制度历时一千多年，也逐渐走向衰亡。唐代以后，宋、元、明、清诸朝皆面临严重内忧外患，阶级矛盾和民族矛盾互相交织，因此中央集权专制更加强化，重刑主义开始抬头，新五刑制度虽被沿用，但一些曾被摒弃的肉刑制度又死灰复燃（如宋朝之刺配法），甚至一些更为严酷的刑杀手段也开始出现，其著例为凌迟刑的广泛应用，宋及以后诸朝，皆将凌迟作为法定刑种，刑罚一度又复归“野蛮”状态。曾经先进的五刑制度越来越僵化落后，逐渐为时代所抛弃。

第三个阶段是近现代新五刑的发展成熟阶段。

近代以降，封建统治摇摇欲坠，封建五刑趋于解体。由于清朝的刑罚制度过于残忍，与西方先进的刑罚理念严重冲突，因此列强要求领事裁判权，公然僭越清朝司法主权。无奈之下，为收回司法主权，清政府不得不变更法律，这就是清末修律。光绪二十六年（1900），八国联军攻陷北京，慈禧携光绪西逃，途中颁布罪己诏，曰：“法令不更，锢习

不破；欲求振作，须议更张”，表露修法之意图。随后，列强皆以放弃领事裁判权为诱，要求清政府修改法律。光绪二十八年（1902），清政府任命刑部左侍郎沈家本和驻美大使伍廷芳为“修订法律大臣”，并下令“将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理，俟修完呈览，候旨领行”（《大清光绪新法令》）。光绪三十一年（1905），沈家本上奏《删除律例内重法析》，请除旧律之凌迟、枭首、戮尸以及缘坐、刺字等野蛮酷法。得到清政府首肯，光绪随即颁发上谕：“嗣后凡死罪，至斩决而止，凌迟及枭首、戮尸三项，著即永远删除。”宣统二年（1910）五月，清政府颁行了《大清现行刑律》，重定刑罚体系，分罚金刑、徒刑、流刑、遣刑、死刑五种，仍部分保留封建五刑体系。宣统二年十二月（1911年1月），清政府又颁布《大清新刑律》，正式废除封建五刑制度，确立近代刑罚体系，将刑罚分主刑和从刑。主刑有罚金刑、拘役刑、有期徒刑、无期徒刑和死刑，从刑有褫夺公权和没收。从此，封建五刑制度被彻底抛弃，以自由刑为中心的近现代新五刑体制开始出现。

清政府覆灭之后，《大清新刑律》所建立的新五刑体系为北洋政府和国民党政府效法。新中国成立后，更是将这种五刑体系发扬光大。1997年通过的《中华人民共和国刑法》规定，刑罚分为主刑和附加刑，主刑有管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑五类；附加刑有罚金、剥夺政治权利、驱逐出境、剥夺财产四类。以自由刑中心的五刑体系发展定型。

从奴隶制五刑到封建制五刑，再从封建五刑到近现代五刑，这一过程漫长而艰难。在这一过程中，有两个趋势体现得尤为明显。

其一是从刑罚泛滥到刑罚法定。自从成文刑法产生以来，人们一直希望用法律手段对刑罚加以约束，因此刑名体系一直为历朝法典所重视。但是人治传统决定了对刑罚权的约束和限制不可能真正实现，中国古代盛行的世轻世重刑罚原则就是著例。《尚书·吕刑》说：“刑罚世轻世重，惟齐非齐，有伦有要。”刑之轻重要根据形势变化，不能固定，否则即为“齐”，无法适应社会生活的变化，“法有限，而情无穷”。正是这种刑罚思想导致刑罚的泛滥。虽然无论是奴隶五刑制度，还是封建五刑制度都试图对刑罚作出限制，但是在实际中，法外之刑五花八门，以宋朝为例，虽然法典载明五刑，但在五刑之外，还有断食、水淹、黥、

掉柴（断薪为杖，抨击手脚）、脑箍（缠绳于首，加以木楔）、夹帮（木索夹犯人脖子）、剖腹、醢、脯、超棍等刑罚。[16]

直到20世纪初，罪刑法定原则的出现才将刑罚权真正限制在法律之下，刑罚法定开始成为现实。1908年颁布的《宪法大纲》规定："臣民非按法律规定，不加以逮捕、监察、处罚。"1911年颁行的《大清新刑律》更是明确了罪刑法定原则——"法律无正条者，不问何种行为，不为罪。"刑罚种类亦被限定，国家只能在法律的限度内施加刑罚，不允许法外施刑，也坚决禁止法外造刑。1997年《中华人民共和国刑法》亦是延续此规定，该法第三条规定："法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。"刑罚权这种曾无限膨胀的利维坦终于被束缚在法律的轨道之下。

其二是刑罚残忍到刑罚人道。古代刑罚异常残酷，仅死刑方式就有数十种，如《明大诰》不仅有"族诛、凌迟、枭首、腰斩、剥皮、弃市、抽肠"等前代使用过的死刑，而且还自创"挑筋去肠""抽肠洗刷"等酷刑，种种不得好死之法，骇人听闻、令人发指。但是，刑罚日臻文明的历史规律不容抗拒。无论是汉文帝除肉刑，废连坐，隋唐定五刑刑名，废除历代沿用之诸多酷刑，还是清末建立新五刑制度，将死刑执行方式简化统一，人类都一直沿着刑罚人道的路径前行，虽然这一过程无比漫长，不乏波折。从汉文帝十三年（前167）始废肉刑，到隋文帝开皇元年正式确立新五刑，共历七百四十余年，从封建五刑建立到清末近现代五刑制度的确立，凡千余年，人类从野蛮到文明的演进过程可谓荆棘遍布，艰辛无比。

[1]Carl Ludwig, Von Bar: A History of Continental Criminal Law, Rothman Reprints Inc . South Hackensack, New Jersy; New York, 1968, p383.

[2]参见《汉书·刑法志》。

[3][法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，1980年，第46页。

[4][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，第8—9页。

[5][日]久礼田益喜：《日本刑法总论》，转引自马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社，1999年，第23页。

[6][德]康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆，1991年，第165—167页。

[7][德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆，1961年，第103页。

[8]参见王觐：《中华刑法观》，中华书局，1933年，第3—4页。

[9]蔡枢衡：《中国刑法史》，中国法制出版社，2005年。

[10]参见《荀子·正论》。

[11]徐进：《古代刑罚与刑具》，山东教育出版社，1989年，第6—7页。

[12][德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆，1961，第103页。

[13]哈耶克：《自由秩序原理（上）》，邓正来译，三联书店，1997年，第19页。

[14]参见《汉书·刑法志》。
[15]参见《隋书·刑法志》。
[16]龙大轩：《论中华民族的罪刑观念及其历史嬗变》，《贵州民族学院学报》2002年第4期。

第二章
反反复复的肉刑兴废

在刑罚的演进过程中，肉刑是一个必须讨论的问题，肉刑的兴废几乎贯穿刑罚发展的始终，一部刑罚的历史在某种意义上就是肉刑从兴起到废除的过程。

中国古代的刑罚可分为奴隶制旧五刑和封建制新五刑。前者是指墨、劓、刖、宫、大辟。后者是指笞、杖、徒、流、死。旧五刑在汉文帝之前通行，新五刑在隋唐之后通行。

从狭义的角度来说，旧五刑中除了大辟即死刑外，其他四种都叫作肉刑，因为这四种刑罚是对肉体的直接摧残，受刑后无法复原。旧五刑转化为新五刑的一个标志性事件就是汉初文帝废肉刑，以笞、徒取代了长期存在的墨、劓、刖三种肉刑，这在刑罚史上具有划时代的意义，是刑罚从野蛮、残酷逐步迈向文明、人道的里程碑。然而文帝废除肉刑后，肉刑又几经反复，直到清末才被彻底废除。从广义的角度来说，笞刑、杖刑也是对身体的折磨和摧残，也可视为肉刑的范畴。这种肉刑在清末刑法改制中才被废除，它是刑罚史上又一个划时代的事件，标志着传统刑罚向近现代刑罚的转变。从更广义的角度来说，死刑，这种剥夺人之生命的刑罚何尝不是更为残忍的肉刑。

一、肉刑纵览

为了讨论的方便，本章只介绍狭义的肉刑，即对身体造成不可恢复的伤害，主要是旧五刑中的墨、劓、刖、宫。

1．墨刑

墨刑又称黥面、黔面，是在人身体上（主要是脸上）刺字，然后涂上墨汁等颜料，待墨汁浸入血肉，皮肤变色，伤口愈合之后所刺之字也就成为永久的耻辱记号，所谓“墨，黥也，先刻其面，以墨窒之。言刻额为疮，以墨窒疮孔，令变色也”[1]。最初，墨刑是在人额头上刺墨，刺在面的上部，所以墨刑又叫天刑，后来才在人的脸面上刺墨，也就是黥，只不过后来人们对墨与黥不再区分，一律统称为墨刑。古有“中刑用刀锯，其次用钻凿”之说，钻是断人足膑的刑具，而凿就是实施墨刑的工具，后世墨刑工具才改为针刺。在人的面部刺字，犯人在受刑时的疼痛可想而知。有时伤口感染，黥面甚至会危及生命。然而在旧五刑中，墨刑仍属于最轻微的刑罚，但是它毁人容颜，给人留下终生无法抹去的耻辱痕迹，其痛苦当是不言而喻。

墨刑自尧舜时开始兴起，到了夏朝时处以墨刑的罪名竟达上千种，所谓“夏墨辟千”[2]。商周时期，墨刑也被广泛适用，当时所谓微小的犯罪都可以被处以墨刑，因此《尚书·吕刑》说：“墨罚之属千”。春秋战国时期，墨刑得到进一步发展，在古籍中有大量留名留姓的受刑之人。如商鞅变法之时，太子触犯新法，为了维护新法的尊严，商鞅将太子的老师公孙贾处以墨刑，让太子之师脸上带着记号行走于朝廷，其威慑效果可想而知，史书说一时之间，“秦人皆趋令”。

秦朝时，墨刑又有新的发展，这主要是作为与劳役刑相结合的附加刑。如黥为城旦，黥为隶妾等，这都是在处以劳役刑的同时施加墨刑。

其实在西周时期，就有将墨刑犯人充当劳力的先例，当时，奴隶主常把墨刑犯人充作守门人，即“墨者使守门”。因为这些人的脸上有记号，没法逃跑，而且四肢健全，不影响劳动。到了秦朝时，这种举措就成为一种固定的惩罚形式。

秦始皇三十四年（前213），丞相李斯奏请焚烧《诗》《书》等儒家书籍，规定说，如果命令下达之后三十天内不烧者，要“黥为城旦”。犯人不仅要承担修护城墙的苦役（城旦），而且还要被刺字羞辱。汉初名将英布就受过这种刑罚，在受黥之后，发配骊山，所以有人讥称其为“故骊山之徒”。据说英布少年时曾有一相士为其算命，说他“当刑而王”，也就是受了肉刑后就可以成王了。英布成年后，果然犯法被罚，并欣然受黥，后来参加秦末起义，还真被封为淮南王。不过功高震主，英布后为刘邦所杀，成了“反革命头领”，因此为其作传的司马迁和班固都称其为“黥布”，而舍其大名“英布”不用。

由于墨刑具有不可逆转性，一旦受刑，终身难以为人，不符合儒家教化为先的原则，公元前167年，汉文帝刘恒下诏废除肉刑，墨刑首当其冲，黥面之刑被改为“髡钳为城旦舂”。受刑之人不再刺字，改为男子剔去头发胡须并以锁束项，去做为期五年的“城旦”苦役，女子则做五年的舂米的苦役。此后直至汉末，墨刑都没再实行。但其中有个小小的插曲，据《匈奴传》记载：西汉王乌出使匈奴之时，匈奴曾有规定，汉朝的使节如果不墨黥其面，不得进入单于所居住的穹庐。王乌从大局出发，只能顺从匈奴的规矩，“黥面入庐”。单于大喜，并欣然许诺让太子到汉朝作人质，求与汉和亲。当然有人认为，史书的记载并不一定准确，匈奴也许没有墨刑之俗，王乌最多不过是以墨涂面，象征性黥面，而非真的用刀刻其脸，这和墨刑有本质的区别。[3]

两晋南北朝时期，一度被废的墨刑又被恢复，而且有非常细琐的讲究。当时的法律规定，奴婢若逃亡，抓回来之后要用墨和铜青色的颜料在两眼上方刺字；如果再逃跑，就要在两颊上刺；第三次逃跑，则黥两眼下方。每次黥脸，都要使黥痕长一寸五分，宽五分。南朝泰始四年（468），宋明帝也下诏恢复墨刑和刖刑，规定对那些犯劫窃官杖、伤害吏人等罪者依律当斩之人，如遇赦令，改为在犯人两颊黥上“劫”字，同时割断两脚筋，发配边远军州。如果说秦汉以前的墨刑或者是作为主刑使用，或者是作为城旦等劳役刑的附加刑，那么南朝的墨刖之刑显然是将墨、刖、流三刑并用，其残忍性大为提升。

隋唐时期，墨刑再次被废，但到五代十国期间，墨刑又被恢复，当时为了防止士兵逃亡，便于捉捕，许多兵卒脸上都被刺字，被称为“黥面天子”的后周皇帝郭威在年轻时就曾受过墨刑。

北宋的刺配之法是对墨刑更大范围的恢复。在汉文帝废除肉刑之后，流刑逐渐发展为生死之间的中刑，但是其惩罚力度随着时代的发展已逐渐降低，很难拉开死刑与徒刑之间的距离，实现降死一等的目的，因此北宋统治者在流刑的基础上附加黥面，从此刺配之刑正式进入新五刑之中，一直延续到清末。[4]刺配法的广泛适用导致黥面的刑具大有改进，当时的墨刑已一律改用针刺，因而又称为黥刺。宋代黥刑适用很广，流、徒、杖刑都可以附加黥刑，特别流刑（加役流）则必须附加黥面，同时还要先行杖决，所以明人邱睿说这是“一人之身一事之犯而兼受三刑”，其残忍性可想而知。

宋朝的黥面非常讲究，有刺面、刺额角和刺耳后的区别。刺墨的花纹也不相同，有的刺字，有的刺其他图形。对犯一般盗罪的，在耳后刺环形；对强盗罪，在额头上刺“强盗”二字；对应当受徒、流刑的刺方形，受杖刑者刺圆。刺墨的深度也有区分，一般是根据所发配地区的远近而定：配本城的刺四分，配牢城的刺五分，配沙门岛和远恶州军的刺七分。[5]

到南宋孝宗时，到处充斥被刺配之人，全国各郡监牢达数十万人。正如“城旦黥”为秦末起义提供了源源不断的生力军，刺配之刑也埋下了大宋王朝覆灭的伏笔，《水浒传》中被逼上梁山的八十万禁军教头豹子头林冲、及时雨宋江、打虎英雄武松岂不都是刺配之人。

受宋法的影响，辽代刑法也有黥刺。起初所黥部位和北宋相似，但后来有人认为这种做法太过严厉的，是犯一罪而具三刑，应予废除。重熙二年（1033）辽兴宗耶律真宗大发慈悲，下诏曰：“犯罪而悔过自新者，亦有可用之人，一黥其面，终身为辱，朕甚悯焉。”于是墨刑有所变化，犯人的脸面不再受黥，而改刺颈项和手臂。对判为徒刑之人，改刺在颈部。奴婢私自逃走被抓回，如果同时盗窃主人财物，主人也不得黥刺其面，只能刺其颈或臂上。犯盗窃罪的，初犯刺右臂，再犯刺左臂，第三次犯刺脖颈的右侧，第四次犯刺脖颈的左侧，如果第五次犯则要被处死。

元代的墨刑更加普遍，在法律中已不是规定什么行为处墨刑，而是反过来规定什么情况可以免刺。由于元代刺刑太多，以至于很多人一刺再刺，还有些人则想方设法要把刺痕抹掉。但是统治者还是有办法刺上加刺，法律规定，犯罪被刺字之人把所刺之字自行除掉又犯新罪的，补刺；已被刺臂之人把整个胳膊都刺上花纹，以掩盖原刺的，如果再犯盗窃，于背部刺之；累犯盗窃，左右项、臂部都已刺字而又犯的，于项下空处刺。但是，为了体现对蒙古人的特殊优待，法律规定蒙古人犯罪，不得刺字，另外由于妇女的容貌对其至关重要，因此妇人犯罪也可免刺。

明代的黥刑和宋元基本相似。对于盗窃犯，初犯者要在右小臂上刺“盗窃”二字，再犯者刺左小臂，第三次犯者要处以绞刑。对于白天抢劫的，要在右小臂上刺“抢夺”二字，如果再犯抢夺，要在右小臂上重刺。刺字之人如果擅除原刺的，还要被补刺。所刺之字必须依照律条的规定，官员不得任意刺字。当时有个笑话，说是有个叫陈东的在苏州做官时，曾命属下对一名处以充军发配的犯人进行墨刑，刺上“特刺配”三字。幕僚见后说：“凡刺‘特’字的犯人，罪行远远重于此犯，‘特’字的使用权在朝廷，我们小小苏州府使不得呐！”陈东随即纠正，命属下改“特刺”为“准条”（即依据律令条文），重新刺刻。后来，有人向朝廷推荐陈东的才干时，朝廷某官问道：“莫非是在人脸上起草稿的那个陈东吗？”

清代的黥刑主要施用于奴婢逃跑，而且常和鞭刑并用，称为鞭刺，后对盗窃犯也可适用黥刑，两者的区别在于前者是在面上刺字，后者是刺在臂上。康熙初年曾有过改革，对于逃亡的奴婢不再面部刺字，只和盗窃罪一样刺小臂。后来又恢复以往的规定，理由是如果逃亡者刺小臂，逃亡者会越来越多，无法稽查，因此仍旧改为刺面。到了清末，黥刑终于走到尽头，被彻底废除。

2．劓刑

《战国策》中有个故事，说的是劓美人郑袖固宠。郑袖是楚怀王的宠妃，生性妒忌多疑。一次魏王给楚王送了一位美人，楚王非常高兴，这当然让郑袖恨得咬牙切齿。但是怀王喜欢美人，郑袖也不能乱来，一

哭二闹三上吊这种没有技术含量的争风吃醋估计会让楚王更加反感，于是郑袖假装逢迎美人，把好吃的，好玩的，好穿的，全都送给了美人，对美人的关心爱护怀王也自叹弗如。不仅是美人，就连楚王也大为感动，说：“妇人所以事夫者，色也；而妒者，其情也。今郑袖知寡人之说新人也，其爱之甚于寡人，此孝子所以事亲、忠臣之所以事君也。”消除了楚王的顾虑和美人的戒心后，郑袖开始像老大姐一样和这位初来乍到的美人交心：“大王可喜欢你啦，只是你的鼻子不太好看，大王不太喜欢。今后你见大王时，应该把鼻子捂住，这样大王就会更喜欢你了。”美人信以为真，就照着郑袖的嘱咐去做。楚王觉着奇怪，就问郑袖：“夫新人见寡人，则掩其鼻，何也？”郑袖回答道：“她嫌弃大王口臭啊。”怀王大怒，于是下令割掉美人的鼻子。[6]

楚王对美人所施用的刑罚就是劓刑了，也就是将人鼻子割掉的一种刑罚。想象一下，美人鼻子被割，从此人不像人，鬼不像鬼，这可比杀了她还残忍。

劓刑是我国古代最早的五刑之一，“五刑，截鼻为劓，故劓为割”[7]。根据《尚书》的记载，远在夏朝初期劓刑就已出现，《周礼·司刑》说“夏劓千”。商周时期，劓刑也曾广泛适用，商王盘庚迁殷时，曾严厉警告他的臣民：“乃有不善不道之人颠陨逾越不恭上命者，及暂时所遇为奸为宄掠行道者，我小则加以劓，大则殄灭之。”（《尚书·盘庚·蔡传》）意思是对那些不服从命令，为奸邪之事的人，过错小的要处割鼻之刑，过错大的则要处死。周初“劓罪五百”，劓刑是作为重于墨刑，轻于宫刑的一种肉刑使用。西周中期，周穆王进行改革，将劓刑的适用范围增至千条。由于法网繁密，人们动辄得咎，许多人都被割鼻受刑。人没了鼻子，面貌自然丑陋不堪，统治者于是“废物利用”，“以其貌丑远之”，将他们派往边关守卫，也就是所谓的“劓者使守关”。当时距京师五百里之外的三关有十二座关门，都是受劓刑的人把守。

春秋战国时期，劓刑仍被沿用。《左传·昭公十三年》记载，春秋末楚灵王荒淫无道，公子比推翻灵王时，大将观从在前线向楚灵王随从人员宣布“先归复所，后者劓”，对于不归顺者处割鼻之刑。秦孝公时，商鞅推行新法，遭到太子驷的师傅公子虔、公孙贾为代表的旧势力的反对，新法颁布不久，他们教唆太子犯法，为此公孙贾被黥面受罚。后来，公子虔再次触犯新法，商鞅一不做，二不休，下令将公子虔处劓刑。[8]

劓刑在当时也曾广泛作为惩罚士兵的刑罚。《商君书·境内》记载，当时秦国规定，凡攻城之战，兵士如“不能死之，千人环，赌谏黥劓于城下”。严厉的军纪造就了秦国的虎狼之师。不过物极必反，劓刑的残酷有时反而会大大加强对手的斗志，搬石头砸自己的脚。《史记·田单列传》就记载了这样一个故事，当时齐国和燕国交战。燕兵进犯齐国，齐国力弱，危如累卵，守将田单于是放出风声：“吾唯惧燕军之劓所得齐卒。”燕人不知是计，果然将齐国俘虏全都处以劓刑。城中的齐兵看到燕军中的齐军俘虏都成了没有鼻子的人，非常愤怒，于是斗志倍增，田单借势大败燕兵。

春秋战国受劓刑的人实在太多，鼻子被割，就和黥面一样，无法恢复，无法掩盖，受刑之人很难在当地生活下去，于是很多人结伙逃到边远夷人居住之地。夷人看到这些脸上刺着字，鼻子也没有的人就感到奇怪了，人怎么会长成这样啊？这些人于是欺骗夷人说“中国之人皆墨劓为俗”，割掉鼻子，脸上刺上花纹是一种风俗，我们那边的人都这样。夷人恍然大悟，由于非常仰慕中原文化，于是竞相效仿，纷纷割去鼻子，脸上刺上花纹，结果在夷人那里还真形成了相对固定的风俗习惯。以至于很久以后，某些地区的少数民族还保留墨劓的习俗[9]，上文提到的王乌黥面觐见匈奴单于，不知是否与这有关。

又据《后汉书·西羌传》，羌族“披发左衽”的披发风俗也与劓刑有关。战国时期，西边的少数民族统称为戎，其中就包括羌族，也即羌戎。为了争夺领土，西边的戎屡受列国侵扰，秦惠王对戎更是赶尽杀绝，将秦国的最后的一部分戎也绞杀殆净，所谓“自是中国无戎寇”。眼看着戎族就要遭受灭顶之灾，一个叫爰剑的羌人从秦国逃跑，在逃亡途中，爰剑碰到了一位少女，少女将其藏在岩洞。秦兵发现后放火焚烧山洞，但火总是烧不进去，秦兵以为有神明相助，于是纷纷逃跑。爰剑很感激这位少女，就和她结为夫妇，一齐逃往三河地区（今青海、甘肃一带湟水、洮河、黄河三河交汇处），纠集残余族人重新聚居在一起。爰剑还将在秦国当奴隶时学会的种田和畜牧的技术教给族人，由此羌族慢慢强盛起来，到西汉时已发展成一个非常强大的民族。与爰剑婚配的少女受过劓刑，对此一直耿耿于怀，总是把头发打散铺在脸上以遮挡丑貌，羌族人为了尊敬她，不论男女老少都将头发打散披在脸上并逐渐形成一种风俗。

黥劓之刑的广泛适用，也在客观上发展了当时的医疗技术。有个叫

作救黥医劓的成语，源自《庄子·大宗师》：“庸讵知夫造物者之不息我黥而补我劓，使我乘成以随先生邪？”意思是医治刺面之伤，补上割掉之鼻，后来延伸为恢复本来面目，不知道这是不是最早的美容技术。

秦灭六国之后，劓刑更是家常便饭，而且还有新的发展。根据考古发现的秦代法律条文，当时的劓刑既可以作为主刑单独使用，也可以作为附加刑和其他刑罚并合使用。最经常的是劓刑、墨刑和劳役刑同时使用。

如《睡虎地秦墓竹简·法律答问》记载：“不盈五人，盗过六百六十钱，黥劓以为城旦。”“当黥城旦而以完城旦诬人，何论？当黥劓。”就是将劓刑和墨刑两种肉刑作为城旦的附加刑并合使用。在《封诊式》中也有一份请求官府对家奴施加劓刑的记录文书，说是“某里公士甲缚诣大女子丙，告曰：某里五大夫乙家吏。丙，乙妾？（也）。乙使甲曰：丙悍，谒黥劓丙”。翻译成今文就是某里公士甲捆送大女子丙，控告说：本人是某里五大夫乙的家吏，丙是乙的婢女，乙派甲来说：丙强悍，请求对丙施加黥劓。仅仅因为女奴强悍，不够温顺，就要割掉她的鼻子，这刑罚也真够残忍的。有秦一朝，被判劓刑之人不计其数，相传，秦始皇曾将俘获的六国军士和百姓都割鼻惩处，一时之间没有鼻子的人比有鼻子的人还多，以至于人们以无为正常，有鼻反而觉得丑了。

鉴于劓刑的残酷，汉文帝十三年（前167），刘恒下诏废除肉刑，改劓刑为笞三百，景帝时又改为笞二百。从此，作为一种正式的刑罚，劓刑被废止。但是后世仍有人从历史的垃圾桶里将其捡起。南朝梁时，曾用劓刑取代某些死刑，后来在天监十四年（515），梁武帝萧衍下诏：“世轻世重，随时约法，前以劓刑，用代重辟，犹念改悔，其路已壅，并可省除。”劓刑再次被废，同时被废的还有墨刑。

此后，在正式的刑罚中，只有一些少数民族治下的地区才存在劓刑，如唐代的吐蕃就曾广泛存在劓刑，两宋年间的金国也规定，对于犯重罪的赎刑者，要割掉鼻子或耳朵，以别于一般平民。[10]元朝时，元顺帝也曾下诏：“盗牛马者劓；盗驴骡者黥额，再犯劓；盗羊豕者墨项，再犯黥，三犯劓；劓后再犯者死。”其他朝代则鲜见劓刑的适用，但是在非正式的刑罚中，劓刑却被一再拾掇。

3．刖刑

刖刑是一种断足的酷刑，有一个叫作“履贱踊贵”的典故就与刖刑有关。

春秋时期的齐国有一位著名的贤臣晏婴，他曾辅佐齐国三位君主，齐灵公、庄公和景公，深知民间疾苦，体恤民众，经常劝谏君主要为政俭约，宽刑减赋，对齐国政局的稳定，经济的发展起到非常重要的作用。景公在位之初，好用严刑苛政，一时受刑之人非常之多，百姓苦不堪言。晏婴看在眼中，急在心里，但是又不好直接向景公谏言。有一次，齐景公看到晏婴的住所离市场很近，十分嘈杂，想要给晏婴换个安静的地方。晏婴婉言谢绝，说：“先人住在这里，我不足以承继祖业，住在这里已经很过分了，而且住在市场附近，早晚能够从市场得到所需要的东西，这非常方便，不敢麻烦君上为我建造新宅。”景公于是问他：“你在市场旁居住，那市场上什么东西贵什么东西贱啊？”晏婴回答说：“履贱踊贵。”[11]履就是鞋子，而踊是“刖足者之履”，是一种假足。晏婴的意思显然是在讥讽景公的严刑政策，造成受刖刑的人太多，人们不得不去买假脚戴上，以致假脚反而比鞋都贵。景公听后，马上醒悟，下令减轻刑罚。

刖刑，又称剕刑，是旧五刑中重于劓刑而轻于宫刑的一种肉刑。尧舜时期，刖刑就曾存在；夏商时，刖刑已被广泛使用。到了周代，刖刑就更普遍了，《周礼》说“刖罪五百”就是明证。

春秋战国时期，刖刑的适用见诸各种史籍文献。《孔子家语》记载：孔子的学生季羔曾经是卫国的士师（法官），曾判人刖足之刑。后来卫国发生蒯聩之乱，季羔欲逃走，到了城门，却狭路相逢，遇上当时的刖足之人。可是奇怪的是，那人居然“以德报怨”，再三帮助季羔逃亡。季羔就纳闷了，问道：“吾不能亏主之法而亲刖子之足矣，今吾在难，此正子之报怨之时，而逃我者三，何故哉？”那人回答道：“断足固我之罪，无可奈何，曩者君治臣以法令，先人后臣，欲臣之免也，臣知狱决罪定，临当论刑，君愀然不乐，见君颜色，臣又知之，君岂私臣哉？天生君子，其道固然，此臣之所以悦君也。”意思是说受刖足之刑，是我罪有应得。可是，当初您审案之时，先判别人后判我，我知道您是想免除我的刑罚。到了判决已定，你的表情很不高兴，我知道您不

是出于私情来袒护我这个毫不相干的人，因为您本来就是仁义君子，在处理案件时总要表现出仁慈的心性。这就是我要救您的原因。季羔与刖者的故事可以作为古人法治观念的一个特例，可见刖者心甘情愿地接受断足之刑，也可从一个侧面印证当时刖刑的普遍。

《韩非子》中和氏璧的故事为国人所熟知，但这更是一个与刖刑有关的悲惨故事。

“楚卞和往荆山，见石中有璞玉，抱献楚历王。王使玉人相之，曰：‘石也。’王怪其诈，刖。历王卒，子武王立，和又献之。王使玉人相之，曰：‘石也。’王又怪其诈，刖其右足。武王卒，子文王立，和欲献之，恐王见害，乃抱其璞哭三日夜，泪尽继之以血。文王知之，使谓之曰：‘天下刖者多，子独泣之悲，何也？’和曰：‘吾非泣足也，宝玉而名之曰石，贞士而名之曰诈，是以泣也。’王取璞，命玉人琢之，果得美玉，厚赏而归。世传和氏璧，以为至宝。”为了巴结君王，卞和献上宝玉，可惜两任楚王都不识货，先是刖左足，后是刖右足，可卞和还是不死心，抱着玉璞大哭三天三夜，涕泪泣血感动了第三任楚王，收下了他的宝贝。

有人说卞和是玉痴，为了玉被人赏识，断胳膊断腿也在所不惜，但在更深的层面上，和氏璧的故事何尝不是将国人千百年来对于权势的极度渴望、媚从，以及把那根深蒂固的奴妾臣仆文化体现得淋漓尽致呢？玉的品质、人的才干又何需权贵认可呢？有意思的是，这块当时让楚王不屑一顾的石头后来竟成为最高权力的象征并见证了政权的迭替兴亡。和氏璧后来成为楚国的镇国之宝，楚国衰落后，和氏璧落到赵惠王手中，而秦国昭襄王也想得到这块玉，诈称“愿以十五座城”换和氏璧，亏是赵将蔺相如“人与玉石俱亡”的坚决态度使得“完璧归赵”，但后来秦灭六国，赵王乖乖地将和氏璧奉上，秦国宰相李斯在和氏璧上刻上“受命于天，既寿永昌”八个篆字，从此和氏璧就成为皇帝的玉玺，成为封建帝王权力的象征。

和墨刑、劓刑一样，刖刑的受刑人也还有一定的利用价值，断足之人虽不能像常人那样行走自如，但是看看门，驱驱兽还是可以的，所谓“刖足使守门”“断足驱卫禽兽，无急行”是也[12]。不过刖刑的受刑人终身拖着残腿，无法掩盖犯罪记录，其社会地位之卑贱可想而知。不过卑贱之人也并非毫无用处，有时看不起他们反而会招致杀身之祸。

《韩非子·内储说下》就记载了这样一个故事：齐国有一位叫夷射的大臣，有一次，赴齐王的酒宴喝醉了，出了庭院，就倚靠在廊门。门房前来跪着请求：大人啊！不是还有剩酒吗？请赐予在下吧！夷射一看，门房是受过刑只剩一条腿的人，于是，夷射说道：走开，受过刑的人，还敢向上讨酒喝！门房等到夷射离开后，他就在门廊下洒水，弄成有人在此小便过的样子。第二天早上，齐王走过庭院的时候，看到这个景象，于是厉声问道：是谁居然在这里小便？门房答道：我没有看见，不过昨天夷射大夫在这里站过。于是齐王将夷射处以死罪。人必自辱之然后人皆辱之，尊重别人也就是尊重自己，夷射的下场值得世人警醒。

与刖刑相似的一种刑罚叫作膑刑，《尚书刑德放》说：“膑者，脱去人之膑也。”膑是人的膝盖骨，将膝盖骨剜掉也就是膑刑了。一般认为，膑刑比刖刑更严苛，因为去掉膝盖骨后，大腿小腿之间失去了保护，小腿虽有如无，只能吊在下面，如秋千一样摇来晃去，无法控制，也就无法行走了。而刖刑的受刑人虽然被断足，但是戴上假肢（踊）后还是可以行走的，要不刖刑之人怎么能守门呢？所以在古代的文献中认为膑刑是四种肉刑中最重的一种刑罚，比去掉生殖器的宫刑还要残酷，但是刖刑则是一种次于宫刑的肉刑。膑刑后来逐渐被刖刑取代，在某种意义上也符合刑罚从野蛮走向文明的趋势。

战国时著名军事家孙膑就曾受过膑刑。孙膑原名孙宾，就像英布受墨刑后被改称黥布一样，孙宾受刑之后才改为孙膑。据《史记》记载，孙膑是孙武后代，受祖先影响，他对兵法非常感兴趣，而且颇有造诣，而他同学庞涓则对兵法一知半解，浅尝辄止，后来庞涓到魏国任职，他自知才学远不如孙膑，生怕孙膑日后会超过自己，便设计陷害孙膑。庞涓先是客客气气把孙膑请到魏国来，然后诬陷孙膑，“以法刑断其两足而黥之”，孙膑虽受此奇耻大辱，但并未消极厌世，暂时不顺反而让他发奋图强，后孙膑被齐威王请去委以重任，齐魏交兵之时，孙膑大败庞涓，终成一代兵法宗师，所谓“孙子膑脚，兵法修列”说的就是此事。

战国秦汉时期，刖刑也称斩止（通“趾”）。当时的斩止分为斩右止和斩左止，就刑罚强度而言，古人以右为上左为下，所以斩右止为重，楚国卞和就是被先刖左足，后刖右足。秦灭六国之后，刖刑的适用更是普遍，它往往和墨刑、劓刑等肉刑结合起来作为劳役刑的附加刑。如秦律规定：五人共同偷盗，得钱一文以上，就要处斩左止，并黥为城旦。汉代人桓宽在《盐铁论·刑德》也指出“秦时劓鼻盈累，断足盈车，举河

以西，不足受天下之徒”。正是如此严酷的刑罚才让秦朝迅速走向灭亡。

公元前167年，西汉文帝刘恒下诏废除肉刑，将原斩左趾，改为“笞五百”，斩右趾改为弃市。景帝时，又将“笞五百”改为“笞三百”，后又减为“笞二百”。武帝时，又创造了一种钛刑，对于某些刖刑之罪，用钛左趾代替斩脚趾的刑罚。钛是一种铁制刑具，重六斤，套在犯人的左趾上。如《史记·平准书》记载：敢私铸铁器煮盐者，钛左趾。这种代替刖刑的钛刑一直沿用到三国曹魏时期。[13]

自文帝废除刖刑以来，断足酷刑就很少在正式的刑罚中出现，不过历史也时有反复，南北朝时期，断足之刑曾一度恢复，而且比传统的刖刑更为残忍，具体施行方法叫作“断脚筋”。《南史·宋明帝记》记载：泰始四年（468），宋明帝刘彧下诏恢复黥刖之刑，“凡劫窃执官仗、拒战逻司、攻剽亭寺院及伤害吏人，并监司将吏自为劫，皆不限人数，悉依旧制斩刑。若遇赦，黥及两颊‘劫’字，断去两脚筋，徙付交、梁、宁州”。断脚筋比一般的刖刑更加残酷，所以有人说它与古之刖名同而实异。明帝死后，此刑就被废除。

唐初刖刑也曾短暂存在，太宗李世民在位之初，长孙无忌、房玄龄等人修订刑法时，曾将应处以绞刑的五十条罪状都免死改为断右趾。后来太宗又觉得此法不妥，对侍臣们说：“肉刑，前代除之久矣，今复断人趾，吾不忍也。”经过反复论证，终于废除断趾之刑，将之改为加役流三千里，附加劳役二年。

4．宫刑

“古者富贵而名磨灭，不可胜记，唯倜傥非常之人称焉。盖文王拘而演《周易》；仲尼厄而作《春秋》，屈原放逐，乃赋《离骚》，左丘失明，厥有《国语》；孙子膑脚，兵法修列；不韦迁蜀，世传《吕览》，韩非囚秦，《说难》《孤愤》，《诗》三百篇，大抵圣贤发愤之所为作也。”这段激人奋发向上的千古名言就是司马迁惨遭宫刑后的自勉之辞。

天汉三年（前98），正当司马迁埋头著述《史记》的工作进入高潮，“草创未就”之时，突遭飞来横祸。当时大将李陵率五千人马长驱大漠与匈奴数万跷骑一战再战，终因寡不敌众，战败被俘。武帝闻李陵被俘震怒不已，群臣也多交口非议李陵卖主求荣以抚慰武帝不快。唯有与李陵并无深交，且在职分上与之毫无关系的司马迁愤于人心的凶险丑恶挺身为之辩护，触犯武帝。武帝认为司马迁讥讽自己指挥无方、调度失策、诽谤贰师（为武帝宠妃李夫人的哥哥李广利），于是将其处以宫刑。

对于司马迁这位将名节看得比性命重得多的高骨之士，宫刑无疑是对他的最大羞辱，“太上不辱先，其次不辱身，其次不辱理色，其次不辱辞令，其次诎体受辱，其次易服受辱，其次关木索被棰楚受辱，其次髡毛发婴金铁受辱，其次毁肌肤断支体受辱，最下腐刑，极矣”。在《报任安书》中，司马迁一气排列了十种耻辱，而最耻辱的就是宫刑。“是以肠一日而九回，居则忽忽若有所亡，出则不知所往。每念斯耻，汗未尝不发背沾衣也。”如此的痛苦，让司马迁不止一次地想到了自杀，“仆虽怯弱，欲苟活，亦颇识去就之分矣，何至自湛溺缧绁之辱哉！且夫臧获婢妾，犹能引决，况若仆之不得已乎？”奴仆婢女面对羞辱尚且赴死，何况司马迁这位堂堂的士大夫呢？但是“人固有一死，或重于泰山，或轻于鸿毛”，如果轻易地选择死亡，“若九牛亡一毛，与蝼蚁何异？”司马迁终于选择了生，从此，司马迁忍受着“刑余之人”的极大痛苦，发奋著书，“述往事，思来者”，终于成就了《史记》这部千古巨著。

宫刑，是破坏人生殖器官的酷刑，是旧五刑中仅次于死刑的一种重刑。古人普遍存在生殖器崇拜，这种崇拜逐渐演化为祖先崇拜和子孙观念，直到今日，这些观念依然为国人所信奉。在古人看来，生殖器的价值仅次于头颅。从近些年的考古发掘中发现，古人在入葬时，往往头上戴面具，阴部有护阴盖片，这是因为古人认为头和生殖器是人体的两个最重要的部位，死后还要加以保护。受过宫刑的人，生殖器被破坏，失去了性交能力和生殖能力，从而断子绝孙，这在重视子嗣和香火延续的古代中国确实是一种异常残酷的刑罚。

宫者，男子割势，妇人幽闭，它是阉割男子生殖器、破坏女子生殖机能的一种肉刑。宫刑又称蚕室、腐刑、阴刑。受宫刑之人由于怕风寒伤口感染，须在严密而温暖的房间待上数月，这种房间和养蚕的房屋和

相似，所以称之为蚕室；宫刑又称腐刑，有两种说法，一说是指受宫刑之后，人若腐木朽株，有杆但不能结实（生育），另一种说法是指受刑之后伤口腐烂恶臭，故曰腐刑；宫刑还称阴刑，这是因为该刑是对人的阴部施加刑罚。男子宫刑为去势，一般理解是将阴茎连根割去，但据古籍记载，也有破坏阴囊与睾丸者。如《韵会》一书云："外肾为势。"宫刑男子割势。外肾是指阴囊和睾丸，破坏了它，人的性腺即不再发育，阴茎不能勃起，从而丧失了性能力。让这些人充当宫廷的仆役，皇家的血统问题显然是有保障的。

古代的宫刑也适用于女性，这称为"幽闭"。关于"幽闭"，有多种理解。一种认为"幽闭"是将女子关起来，不让她和外人接触，如班固《白虎通·五刑》就认为"宫者，女子淫，执宫中不得出也"。但是这种理解很难让人信服，因为它与女子的生殖机能并无关系，只是一种简单的关禁闭。

另一种理解认为是把女子的阴户缝起来，防止与男性发生性关系。清人褚人获《坚瓠集》就有关于这种刑罚的记载："捣蒜纳妾阴中，而以绳缝之"，或"以锥钻其阴而锁之，弃钥匙于井"等。

还有一种理解认为"幽闭"就是椓刑，就是用木棒之类的东西敲打女子下腹部，人为地造成的子宫脱垂，使之不能交接及孕育。持这种观点的代表人物是褚人获，在其《坚瓠集》续集卷四"妇女幽闭条"引明人王朝云《碣石剩谈》说："妇人椓窍，椓字出《吕刑》……男子去势，妇女幽闭是也……椓窍之法，用木槌击妇人胸腹，即有一物坠而掩闭其牝户，止能便溺，而人道永废矣，是幽闭之说也。今妇有患阴颓病者，亦有物闭之，甚则露于外，谓之颓葫芦，终身与夫异榻。"鲁迅也基本赞同这种观点，在《病后杂谈》一文中他就指出："向来不大有人提起那方法，但总之，是决非将她关起来，或者将她缝起来。近时好像被我查出一点大概来了，那办法的凶恶、妥当，而又合乎解剖学，真使我不得不吃惊。"第四种理解认为"幽闭"是挖掉女子生殖器官，王夫之就采此说，认为这种刑罚是"牝剔去其筋，如制马豕之类，使欲心消灭"。第五种理解认为幽闭是将女子阴部打烂，伤愈之后长成粘连板结的一块，防止与男性交接。

宫刑早在尧舜时就已存在，《舜典》曰："五刑有宫。"到夏禹时宫刑成为一种正式刑罚，《汉书·刑法志》曰："禹承尧舜之后，自以德

衰，而制肉刑”，其中就包括宫刑。宫刑开始是惩罚那些有淫乱行为的人，所谓“男女不以义交，其刑宫”（《尚书》孔疏），显然宫刑最初是为了维护一夫一妻这种新的婚姻形式，保证血统继承的纯粹性，这在人类的婚姻制度刚刚跨入文明门槛的当时具有一定的积极意义，但是后来宫刑的适用就与淫乱行为没有关系了，逐渐演化为一种帝王巩固统治，滥施惩罚、镇压民众的一种残酷手段。

宫刑在西周时期有过重大发展。首先是它在旧五刑中地位的变化。周初，宫刑排在五刑的第三位，次于死刑和膑刑。因为膑刑之人，失去膝盖骨后，便不能直立行走，而受宫刑者坐卧行走不受影响，因此宫刑较之膑刑为轻。但周穆王将膑刑废除，代之以刖刑，刖刑虽断人足，但是受刑之人穿上踊甚至不穿踊都还可以行走。同时，西周中期，正值奴隶制度向封建制度过渡之时，人们的宗法观念和家族意识的日益抬头，绝人后代的宫刑自然比无足却能行人道（有性机能）的刖刑要严厉得多，宫刑自然升格为仅次于死刑的重刑。其次是髡刑的出现。西周时期，“宫罚之属三百”，宫刑条文非常之多。但由于“刑不上大夫”观念的影响，髡刑也就应运而生。西周时规定：“公族无宫刑。”意思是说，贵族犯了罪，不能判处宫刑，原因是为了“不翦其类也”，即不让他的家族断绝后代。贵族们犯了罪该处以宫刑者，用髡刑代替，对应受宫刑的贵族或公族给予优待，用剃去头发和胡须的方式来象征性的执行宫刑。[14]因为男子受了宫刑以后，引起生理的变化，不再生胡须，因此剃去发须也就有了特别的意义。[15]

秦朝的宫刑令人瞠目结舌。《列子·说符》载有人曾劝秦王以仁义治国，秦王处以宫刑，罪名是“若用仁义治吾国，是灭亡之道”。又据《史记·秦始皇本纪》记载：秦始皇为了修建阿房宫和骊山陵，用了70万受过宫刑的罪犯。如此登峰造极广泛使用宫刑在历朝历代实属罕见。

汉文帝时废除肉刑，其中就包括废除宫刑。但过了不久，景帝中元四年（前146）又恢复宫刑。《景帝纪》云：“赦徒作阳陵者，死罪欲腐者许之。”宫刑最初是作为死刑的替代刑，后来也成为皇帝临时决定使用的一种独立刑罚。这在汉武帝时最为突出，将军李延年、历史学家司马迁和张贺都是宫刑的牺牲品。汉武帝甚至对来自西域国家的使节或人质也曾使用此刑。据《西域·楼兰传》记载：征和元年（前92）楼兰国王去世，其国派人到汉朝迎接作质子的太子回国继承王位。由于这位太子在长安因触犯法律受过宫刑，汉武帝就没有放他回本国。武帝刘彻的

跋扈与专横可见一斑。东汉时期，宫刑仍被保留，汉光武帝诏曰：“死罪系囚，皆一切募下蚕室，女子宫。”明帝永平八年（65）、章帝建初七年（82）、元和元年（84）、章和元年（87），和帝永元八年（96）也都有过类似诏书，“犯大逆，募下蚕室，女子宫”。[16]因此有学者认为“终汉之世，时以宫刑代死罪，皆沿景帝定制也”。汉安帝永初年间（107—113），大臣陈忠上书请除宫刑，此奏获准，宫刑又一次被废除。

魏晋三国时期，曾有过恢复肉刑的大辩论，陈群、钟繇主张恢复肉刑，其中就涉及宫刑，可知这一时期宫刑是被禁止施行的。南北朝时期，南朝统治者继承了魏晋时期的法律，无宫刑之罚，但在北朝仍有宫刑的存在。《魏书·刑法志》说：“大逆不道腰斩，诛其同籍，年十四以下腐刑，女子没县官。”魏分裂为东魏西魏之后，西魏文帝大统十三年（547）曾下诏：“自今应宫刑者，直没官，勿刑”，宫刑再次被废。但在东魏，宫刑仍被保留，《隋书·樊叔略传》记载，当时的南兖州刺史、河阳侯樊欢因不满高欢父子专权，图谋复兴东魏，被高氏杀害，其子樊叔略正在幼年，被处以宫刑。隋开皇年间，文帝杨坚正式下诏将宫刑废除，《周礼·秋官·司刑》疏曰：“宫刑至隋乃赦”。至此，作为一种正式的刑罚，宫刑走到了历史的尽头。

但是，历史总有反复，宫刑虽不再是五刑中的正式刑罚，但它却不时成为一种法外之刑，先不说皇权不受法典的约束，就是一些朱门大户也是和尚打伞，无法无天，往往将人私自阉割为奴。辽穆宗应历十二年（962），萧延之的家奴海里强奸拽剌秃里的未成年的女儿，就被法外施刑，处以宫刑，交给秃里家做奴隶。据史书记载，辽穆宗更是残暴，此人嗜酒成性，刑罚任意，断手足、烂肩股、折腰胫，无所不用其极，宫刑的适用自然不在话下。

唐代也曾大兴蓄奴之风，不少男孩阉割之后，被贵族官僚收买为家奴，诗人顾况的《囝》所说的“囝生南方，闽吏得之，乃绝其阳”，就是当时情景的真实写照。安禄山也曾私阉一个叫李猪儿的人为奴，而且安禄山对猪儿非常宠爱、信任，但后来被猪儿切腹而死。

将专制推向极致的朱明王朝自然也少不了宫刑的存在。明太祖朱元璋在他的《大诰》规定了许多严刑峻法，其中就有阉割为奴。洪武年间，监察御史张尚礼曾作《宫怨诗》一首：“庭院沉沉昼漏清，闭门春

草共愁生。梦中正得君王宠，却被黄鹂叫一声。”宫中妃嫔的心事被如此生动的描写当然会惹来杀身之祸，朱元璋见此诗后，大怒，下令将他处以宫刑，结果张尚礼死在蚕室。据《万历野获编》记载，明英宗时，靖远伯王媪在征战期间，曾将民间幼童阉割为奴，明英宗知道后并不干预，可见这种做法在当时是被允许的。事实上，明英宗自己也曾干过类似事情，天顺二年（1458），他就曾下令把四十四名监徒处以宫刑。

直到清代，宫刑仍有出现。道光十三年（1833）曾颁发律令：“嗣后逆案律应拟凌迟之犯，其子孙讯明实系不知谋逆情事者，无论已未成丁，均照乾隆五十四年之例，解交内务府阉割”。

古代受肉刑之人一般都要为国家服劳役，宫刑也不例外。先秦文献中的“内小人”“寺人”“宫隶”“宫绞士”“酒人”“阉人”“缝人”等称谓都是受过宫刑之后又在宫廷充当仆役的人。这种人也叫“奄”，后来逐渐演化为宦官或太监。《诗经·小雅·巷伯》所说的“寺人孟子，作为此诗”就记载一位“奄”人的哀鸣和愤懑。孟子也就成为文献上宫刑的最早受刑人，当然此孟子非亚圣孟轲，而是周幽王时的一个姓孟的小官吏，因受人诬陷，而被施宫刑。

秦汉之后，宫廷中的宦官普遍由受宫刑之人充当，这些人生前备受侮辱，死后也不能进入祖坟，生理上的残疾导致很多阉人心理上严重扭曲和变态，掌握权力后可能做出一些十恶不赦、令人发指的事情，秦朝的赵高，汉代的十常侍，明代的刘谨，清代的李莲英等，种种专权误国、祸国殃民之举在历史上不止一次地上演。这些人从受害者转向害人者何尝不是宫刑的恶果。

如果说被迫阉割充当宦官之人尤有可怜之处，那为谋权势甘愿净身的自宫之人就不只是让人觉得可鄙了。春秋战国时期就出现了“自宫以适君”的无耻之尤。《史记·齐太公世家》记载，春秋齐桓公时有位名叫竖刁的人，就自宫而谄桓公，备受重用，齐相管仲病重之时，齐桓公甚至想让竖刁继任宰相，管仲劝桓公不可重用此人，对桓公说：“自宫以适君，非人情，难亲。”连自己的身体都不爱惜的人，能忠君爱国吗？当时的另一个人选是易牙，易牙曾亲自将自己的大儿子蒸熟献给桓公，满足其口腹之欲，管仲也劝桓公此人不可用，“夫人情莫不爱其子，今弗爱其子，安能爱君？”[17]可惜桓公没有接受管仲的建议，后来竖刁率易牙、开方及大臣为乱，可怜春秋五霸之一的桓公活活饿死渴死，“身

死三月不收，虫出于户。”[18]竖刁可谓是自宫的先驱了，此后大凡宦官得势的朝代，自宫现象便格外普遍。《井观琐盐》记载，五代南汉国宦官猖獗，凡群臣有才能者及进士状元皆先下蚕室，然后方可进用，于是也出现了许多自宫以求进者。朝廷内外皆阉人，其数高达20000多人[19]，真是名副其实的太监王国。罗履先《南汉宫词》云：“莫怪宫人夸对食[20]，尚衣多半状元郎”，说的就是此事。据说当时的宋太祖赵匡胤知道此事，非常愤怒，发誓要攻破南汉，救万民于水火之中。

明代宦官势力最盛，自宫之风也最为严重，大太监魏忠贤就是著例。魏忠贤本是一市井无赖，嗜赌成性，最后债台高筑，走投无路，愤而自宫，最后竟成为权势遮天的“九千岁”。当时有“已婚而自阉者”；有“熏腐其子”者；有“兄弟俱阉”者；更有人“尽阉其子孙以图富贵”，自宫之风之烈，可想而知。据《明实录》记载，当时太监操纵皇帝执掌朝政，恩泽惠及九族，愚民便争相让子孙受刑当太监，仅一个村子想充当太监的都有数百人之多，无法禁止。《日知录》说：明末某年招募太监3000人，结果应者达20000余人，没办法，只能增加名额，最后录用了4500人，落选的16000多人在礼部衙门前哭天喊地，闹得沸沸扬扬。

自宫的人数太多也会造成严重的社会问题，因为宦官年老或退休后需要国家养活，无限制安置自宫者显然会让国家的财政无法负担。明初时，自宫而请求录用为太监的人数已相当多，以至于供过于求，超过了宫廷的实际需要，于是皇帝屡下诏书，禁止自宫，对违令者予以严惩。永乐二十二年（1424），明成祖朱棣诏令，凡自宫者，以不孝论。如果军人违犯，连本管头目总小旗一同治罪；如果民间违犯，罪及有司里老。宣德二年（1427），宣宗下诏：凡自净身者，军还原伍，民还原籍。不许投入王府及官员势要之家隐藏，躲避差役。若再犯者，犯及隐藏之家俱处死。该管总小旗、里老、邻人知而不举者，一体治罪。正统十二年（1447）诏令，英宗仍重申禁自宫禁令，自宫而已入宫者，准予自首，之后可送到南海子种菜，隐瞒而不自首者以及新发现的自宫者，全家发配辽东充军。成化九年（1472），宪宗再次下诏：“私自净身希求进用者，本身处死，全家发烟瘴地面充军”。

此后即位的诸多明帝都曾颁布过类似禁令，而且禁令越来越严厉，但自宫之风一直无法遏制。自宫者仍然一拨一拨，涌向宫廷，因为太监的地位、权势对他们的吸引力实在太大了，为了飞黄腾达，他们宁愿阉割自己，又岂会在乎流放甚至杀头呢？更何况朝廷在发布禁令的同时又

大量录用自宫者入宫。禁令成为一纸空文也就可想而知。后人对此评论说：自宫禁例，明代可谓严厉矣。而明代阉竖之祸较之唐、宋为烈，可见徒立一重法而无实意以行之，亦徒法而已[21]。

总之，在宦官制度存在的前提下，禁止自宫是不可能实现的。只有在帝制和太监制度被彻底埋葬之后，自宫才真正绝迹。

二、肉刑的存废

汉文帝十三年（前167），文帝下诏废除肉刑。这是中国刑罚史上最重大的事件之一，也是刑罚从野蛮走向文明的标志性事件，从此，以肉刑为中心的旧五刑制度逐渐向封建新五刑制度演进。然而肉刑废除却充满反复，其间有无数坎坷与波折。

文帝除肉刑与一位少女有关，班固有诗《咏史》赞曰“百男何愦愦，不如一缇萦”，说的就是此人。据《汉书·刑法志》记载：当时，齐国的太仓令淳于意有罪应受刑，被押往长安。他有五个女儿，但却没有儿子，伤心之余不禁骂道“生子不生男，缓急非有益”，没有儿子，碰到急事真是一点办法也没有啊！他最小的女儿缇萦听后非常伤心，就陪同父亲到长安向皇帝上书说：“我父亲当官，临淄城的人都称赞他廉洁公平，现犯法要受刑。人死不能复活，受肉刑后，残缺的身体也无法恢复，就是以后想改过自新也不可能了。为此，我愿意到官府为奴，换得父亲不受刑，使他以后有自新的机会。”

文帝读到这篇上书，“怜悲其意”，非常感动，立即下诏：“现今法令规定了黥、劓、斩左右趾等肉刑，但奸邪之事仍久禁不绝，这是为什么呢？这是因为教育不得法啊！朕非常惭愧……由于教育不得法，导致很多人犯罪，并被施加刑罚，其中有的想改恶为善，但却没有机会了。朕很同情他们。肉刑断肢体，刻肌肤，终身不能再生。这种刑罚使人何等痛苦而违背道德！难道符合为民父母的本意吗？”文帝于是下令废除肉刑。具体的办法是：改黥刑为髡钳（剃光头发胡须、脖子上戴一个铁钳）城旦舂，改劓刑为笞三百，改斩左趾者为笞五百。

文帝废除肉刑之举，无疑具有划时代的意义，它首次将存在了两千多年的肉刑废除，是刑罚从野蛮走向文明的重要标志，符合社会进步的要求。同时，改革还体现了文帝对刑罚的目的的新认识：刑罚不仅仅在于惩罚犯罪，还在于改造罪犯。文帝充分认识到刑罚的教育功用，为罪犯开辟了改过自新、重新做人之路，因而文帝的改革被后世颂为“千古之仁政”。

但是，改革不可避免地存在一些不足。

首先，将斩右趾改为弃市（死刑），这其实扩大了死刑范围，加重了刑罚，不符合除肉刑的初衷。

其次，劓刑用笞三百代替，斩左趾用笞五百代替，许多罪不当死者因笞数太多而出现“率多死”的现象。因此时人指责这次改革“外有轻刑之名，内实杀人”。对此弊端，汉景帝先后两次下令减少笞数。一次是在景帝元年（前156），他下诏说：笞刑与死刑没有什么区别，笞刑之下，即使侥幸不死，也会落下终身残疾。应更改律条：笞五百者笞改为三百，笞三百者改为笞二百。另一次是在景帝中元六年（前144），他再次下诏：受笞刑之人，有的还未受完笞打之数就被打死了，朕甚怜之，现更令，笞三百改为二百，笞二百改为笞一百。同时还规定：笞打犯人的竹板全长五尺，大头宽一寸，小头宽半寸，行刑时必须打屁股，不得胡乱下手，更不许中间换人，以免增强笞打的力量。经过景帝几番更改，才避免犯人死于笞刑之下。[22]

第三，肉刑废除之后造成刑罚体系的严重失衡，导致不同刑种的轻重悬殊，出现“死刑既重，而生刑又轻”的现象。这是文帝废除肉刑后最严重的缺陷，也是日后持恢复肉刑论者最重要的借口。[23]

作为一项重大的改革举措，文帝的除肉刑之举不可避免地会遭到诸多质疑，有关肉刑存废的争论甚至延续到了清末，这种争论也就成为中国刑罚史中最重要的课题之一。首先对废除肉刑提出全面质疑的是班固，他说：“且除肉刑者，欲以全民也，去髡钳一等，而入于大辟。以死罔民，失本惠矣。故死者岁以万数，刑重之所致也。至乎穿窬之盗，忿怒伤人，男女淫佚，吏为奸臧，若此之恶，髡钳之罚又不足以惩也。故刑者岁十万数，民既不畏，又曾不耻，刑轻之所生也。”[24]班固显然认为废除肉刑导致死刑与生刑的距离太大，造成刑罚畸重畸轻。由于缺乏中间刑，罪犯或被处死导致刑罚畸重，而仅服劳役等轻刑则导致刑罚畸轻。刑罚畸重对罪犯不公平，刑罚畸轻又无法有效遏制犯罪。

有关肉刑存废的争论在汉末魏晋时期达到了顶峰，当时的朝廷重臣名将均参与讨论，魏明帝太和年间的那场讨论，参与者竟多达百人，就像今天的领导干部参加的法律专题讨论会。肉刑存废争论主要围绕着两

个方面：

其一，刑罚的目的。

主张恢复肉刑者认为刑罚的目的主要在于惩罚与威吓，用今天的术语来说，也就是通过肉刑剥夺罪犯的再犯能力实现刑罚的特殊预防作用，同时对他人进行威吓实现刑罚一般预防的作用。其代表人物是崔寔、陈群、钟鹞、曹洪、王导、李胜等人。他们的主要依据是：汉文帝废肉刑“内实杀人”，且死刑的功效远远不如肉刑。

如陈群除了重申其父陈纪之论以为废除肉刑是“名轻而实重”外，还强调了刑罚的惩罚功能，以为“杀人偿死，合于古制；至于伤人，或残毁其体而裁翦毛发，非其理也”。[25]曹洪的观点则明显地体现了刑罚的一般预防功能，他认为，“以肉刑代其死，则亦足以惩示凶人，而刑者犹坐役，能有所为，又不绝其生育之道，而终身残毁，百姓见之，莫不寒心，亦足以使未犯者肃，以彰示将来，乃过于杀人。杀人非不重也，然辜之三日，行埋弃之，不知者众，不见者多也”。[26]

反对恢复肉刑之人则大力强调刑罚的教育功能，主张以仁德为宗旨对罪犯实行感化。其代表人物有王充、荀悦、王朗、孔融、曹羲、曹彦、桓彝等人。他们主要基于儒家的“仁学”思想，认为肉刑残酷无道，对犯人的身体和精神伤害极深，不可恢复的刑罚断人生路，让人无法改恶从善。

如孔融指出：“古政古者敦，善否不别，吏端刑清，政无过失。百姓有罪，皆自取之……纣斫朝涉之胫，天下谓为无道。夫九牧之地，千八百君若各刖一人，是下常有千八百纣也。求俗休和，弗可得已。且被刑之人，虑不念生，志在思死，类多趋恶，莫复归正。夙沙乱齐，伊戾祸宋，赵高、英布，为世大患。不能止人遂为非也，适足绝人还为善耳。虽忠如鬻拳，信如卞和，智如孙膑，冤如巷伯，才如史迁，达如子政，一离刀锯，没世不齿。是太甲之思诵，穆公之霸秦，南睢之骨立，卫武之《初筵》，陈汤之都赖，魏尚之守边，无所复施也。汉开改恶之路，凡为此也。故明德之君，远度深惟，弃短就长，不苟革其政者也。”[27]通过对肉刑历史的阐述，孔融坚决反对恢复肉刑，认为肉刑无道，不仅不能阻止坏人为恶，反而会堵塞人从善之路，让罪犯反复犯罪。

其二，生刑与死刑之间的中间刑。

这是肉刑存废之争的焦点。文帝废肉刑后一个重要的弊端就是刑罚体系失衡，造成刑罚畸重畸轻，因此才有后来的复肉刑之议。主张恢复肉刑的人认为，肉刑可以作为生刑与死刑之间的中刑，可以起到减少死刑适用的功能，反而符合儒家的仁德之意。

具体说来，主要是以斩右趾代替弃市。此论最著名的代表人物是钟繇。钟繇认为：“假如孝景之令，其当弃市，欲斩右趾者，许之。……能有奸者，率年二十至四五十，虽斩其足，犹任生育。今天下人少与孝文之世，下计所全，岁生三千人。张苍除肉刑，所杀数以万计。臣欲复肉刑，岁生三千人。”[28]在钟繇看来，废除肉刑实在是徒有轻刑之名，反而将很多罪不至死之人处死，恢复肉刑可以减少死刑的适用，缓解连年征战人口锐减的社会问题。

与钟繇同时代的王朗则针锋相对，认为应该把劳役刑作为生刑和死刑的中间刑，减少死刑的适用。王朗认为钟繇的观点，虽有轻刑之实，却难免酷烈之名，实施起来固然有“起偃为竖，化尸为人”之效，但将导致吴蜀谣言流传，以为魏国刑罚残酷，“前世仁者，不忍肉刑之惨酷，是以废而不用。不用已来，历年数百，今复行之”，恐怕“所减之文未彰于万民之目，而肉刑之问已宣于寇雠之耳，非所以远来人也”，影响其“国际声誉”，妨碍吴蜀民众弃暗投明。因此，王朗主张：“夫五刑之属，著在科律，自有减死一等之法，不死即为减。施行已久，不待远假斧凿于彼肉刑，然后有罪次也……今可按繇所欲轻之死罪，使减死之髡、刖。嫌其轻者，可倍其居作之岁数。内有以生易死不訾之恩，外无以刖易缺骇耳之声。”[29]

王朗的看法显然更具合理性和可行性，一方面它可以解决减少死刑适用，缓解人口不足的社会问题，另一方面也可以避免刑罚过于残苛的指责，因此王朗的主张为统治者所接受。

事实上，王朗的主张也符合刑罚进化的规律，对旧五刑演化为新五刑产生了重大的影响。

肉刑存废的争论直接影响了肉刑实践，虽然统治者并未明确表示接受恢复肉刑的主张，但在事实上，自文帝废肉刑之后，肉刑并未绝迹，

它屡见于后世。景帝之时，一度被废的宫刑又被恢复，到武帝时，宫刑的适用就更为普遍了，直到清末才被废止。至于墨、劓、刖之刑，也并未禁绝，五代宋明帝有黥刖之制，梁武帝也有黥面之法，即使在唐太宗贞观初年，戴胄、魏徵也曾议复肉刑，以断右趾作为死刑的替代刑，北宋神宗熙元年间（1068—1078），大臣韩绛再次奏请神宗“请用肉刑”，南宋的大学者朱熹也重倡复肉刑之论，有宋一朝，刺配之法更是被广泛使用，并为后朝所沿用，直至清末。

肉刑存废之争延续了数百年，直到北朝“流刑”制度的出现，问题才有转机。流刑一般分为三等，分别是流二千里、二千五百里、三千里，往往辅以劳役刑（徒刑），这种惩罚比死罪为轻，但较笞刑为重，同时还能以流放的距离远近实现罪刑的均衡，而且还不会因为流放距离的增加造成受刑者的死亡，造成名轻实重。总之，“流刑”的出现解决了肉刑废除之后，死刑与生刑之间过分悬殊，基本解决了刑罚体系的失衡问题，也就使得肉刑的废除具有了现实性。从此，以肉刑为中心的旧五刑逐渐被新五刑所替代，肉刑也基本就被抛弃。

但是，历史总有反复，新五刑的确立虽然在制度上根除了肉刑，但是在实际层面，肉刑仍时有出现，从更广义的程度上，笞杖之刑，何尝不也是摧残身体的肉刑，而它们更是长久存在于法典之中。因此，在某种意义上，北朝的流刑制度不过是将肉刑在形式上予以剔除，而肉刑的真正废除则是在清末刑法改制中才成为现实。

清末的废除肉刑与以往任何一次肉刑废除运动都有本质的不同。

以往的肉刑存废之争，无论是赞同恢复肉刑之人，还是反对肉刑之人，他们的共同逻辑都是以目的来证明手段的正确性，这个目的或是惩罚，或是威吓，或是教化，为达目的，可以不择手段，只要目的正当，手段也就具有无可置疑的正当性。在这种前提下，作为手段的肉刑，其反复是不可避免的，因为它必然随着当权者的统治目的变化而变化。因此我们不难理解，为什么肉刑的废除会经历如此多的坎坎坷坷。即使是新五刑取代旧五刑，肉刑也并未真正废止，因为新五刑仍然是一种以身体刑和生命刑为主的刑罚体系，新五刑中各个刑种存在的正当性仍然取决于其目的的正当性。

随着时代的发展，西方启蒙思想强调人权，反对酷刑，反对罪刑擅

断思想的渗透，封建五刑制度开始动摇，于是迎来刑罚历史上又一次伟大的改革，一次真正的跃进——清末刑法改制。这次改革废除了刺配刑、宫刑等旧五刑中残余的肉刑，也废除了新五刑中的笞刑、杖刑等摧残身体的实质肉刑，同时还废除了各种残酷的死刑执行方式，极大地限制了死刑的适用，建立了一个以自由刑为中心，由死（绞）刑、无期徒刑、有期徒刑、罚金、拘役等五种刑名组成的新的刑罚体系，封建新五刑被以自由刑为中心的近现代刑罚体系所替代。

这是中国刑罚史上又一次划时代的改革，刑罚体系近代化初具雏形，肉刑也就真正走向了灭亡。

与以往不同的是，清末的废肉刑之举并不单纯考虑刑罚目的，还对刑罚本身的正当性进行了思考，人们开始认识到："手段代表着形成中的正义和正在实现中的理想，人无法通过不正当的手段去实现正当的目的，因为手段是种子，而目的是树。"（马丁·路德·金语）正是因为肉刑本身的残酷性，违反了刑罚人道主义的要求，这种惩罚犯罪手段是不正义的，无论它能够实现何种目的，也应当被抛弃。

[1]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第222页。
[2]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第221页。
[3]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第225页。
[4]参见后文《生离死别的流刑》刺配法和折杖法部分。
[5]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第226页。
[6]参见《战国策》卷十七《楚四》。
[7]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第217页。
[8]参见《史记·商君列传》。
[9]参见《周礼·秋官·司刑》。
[10]参见《金史·刑法志》。
[11]参见《左传·昭公三年》。
[12]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第217页。
[13]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第238页。
[14]参见栗劲：《秦律通论》，山东人民出版社，1985年，第250—252页。
[15]关于髡刑的进一步论述，请参见后文。
[16]沈家本：《历代刑法考》中国检察出版社，2003年，第238页。
[17]参见《韩非子·难一》。
[18]参见《韩非子·十过》。
[19]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第203页。
[20]所谓"对食"，就是宦官和女官结为夫妻的意思，远在汉朝就有"对食"之说。
[21]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第201—203页。
[22]参见薛菁：《汉末魏晋复肉刑之议》，《东南学术》，2004年第3期。
[23]参见《汉书·刑法志》。
[24]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第176—177页。
[25]参见《三国志·魏书·陈群传》。

[26]刘公任：《汉魏晋之肉刑论战》，《人文月刊》，1937年第8卷第2期。
[27]参见《后汉书·孔融传》。
[28]参见《三国志·魏书·钟繇传》。
[29]参见《三国志·魏书·王朗传》。

第三章
并不轻松的笞杖之刑

在封建五刑中，笞刑与杖刑是最轻的刑罚，也是使用最广泛的刑罚。早在尧舜时期，就有笞杖的记载。舜小时候就曾受过父亲的笞杖，《韩诗外传》提及此事称：“舜为人子，小火良则待笞，大杖则逃。”父亲打时，小棍舜则忍着，大杖就逃之夭夭。笞杖最初是一种教育用的惩戒手段，笞与杖并未严格区分。古语有云：刑罚不可废于国，鞭扑不可弛于家。意思是说国家不能没有刑罚，家庭不能没有鞭子荆条之类教育儿孙的工具，鞭扑也就是笞杖的雏形了。《尚书·舜典》中有“鞭作官刑，扑作教刑”一说，按照这种说法，鞭是国家的刑罚，而扑是教育用的惩戒手段，所谓“有扑作师儒教训之刑”。但在事实上，鞭扑并没有严格的区别，它们可作为教育的工具，也可作为国家的一种刑罚，《尚书注疏》云：“惟言作教刑者，官刑鞭、扑俱用，教刑惟扑而已，故属扑于教。其实官刑亦当用扑，盖重者鞭之，轻者挞之。”[1]《春秋左传注》（杨伯峻注）记载襄公十四年（前559），卫献公让师曹教其宠妾弹琴，师曹嫌该宠妾过于鲁笨，曾鞭打她。卫献公知道此事后，非常生气，于是师曹也被鞭三百。如果非要区分的话，那么师曹鞭宠妾可算是一种教育手段，而献公鞭师曹则是一种刑罚了。笞杖之刑在奴隶制社会曾广泛使用，西周青铜铭文上有大量用荆条或木板击打犯人背部和臀部的记载，《周礼·地官·司市》也记载笞杖曾用于管理市场的手段，所谓“掌市之治教、政刑、量度、禁令。……凡市入，则胥执鞭度。”李悝的《法经》也曾规定对太子赌博可先以笞刑教育，不改再废之，“太子博戏则笞；不止，则特笞；不止，则更立。”当然，在奴隶制五刑占主导地位的当时，笞杖显然仅仅是一种刑罚的补充，一般适用于违反礼教等轻微的不轨行为，起警告教育作用。所谓“大刑用甲兵，中刑用斧钺，其次用钻凿，薄刑用鞭扑”，笞杖作为“薄刑”，并未在正式的五刑之列。

秦朝时期，笞刑已逐渐发展成一种法定常刑。当时的笞刑非常普遍，一些非常小的过错往往也要被笞。秦法规定，服劳役之人毁坏了官有的陶器、铁器或木器等，主管者要立即笞打，价值一钱，笞十下，值二十钱以上，则不计数痛打；用牛耕地时，耕牛腰围每减瘦一寸，养牛人就要被笞十下；乡里举行耕牛考核，落后的里典要被笞三十；承担徭役之人不及时报到，也要被笞五十。另外，秦朝时，笞杖还大量作为刑讯的手段。秦朝著名宰相李斯被诬谋反，就曾饱受此刑，据《史记·李斯传》记载：当时秦二世胡亥派赵高审理李斯谋反一案，查问李斯及其子李由谋反之情状，将其宾客和家族成员全部逮捕。赵高惩治李斯，拷打其一千多下，李斯不堪忍受折磨，不得不招供。堂堂宰相，在榜掠之下，也只能屈打成招了。有趣的是，《睡虎地秦墓竹简》中的《封诊式·治狱》规定：“毋笞谅（掠）而得人请（情）为上；笞谅（掠）为下。”意思是说审理案件，能根据记录的口供，进行追查，不用拷打而察得犯人的真情，是最好的，施行拷打是下下之策，恐吓犯人，简直就是失败。

文帝废肉刑之后，劓刑改为笞三百，斩左趾刑改为笞五百。汉景帝认为加笞与重刑无异，行笞数百，率多毙命，侥幸不死，终不可以为人，于是景帝两次减轻笞刑，最终将劓刑改为笞一百，斩左趾改为笞二百。同时颁布著名的“火良令”，规定笞刑刑具规格、刑具材料及执行部位和方法。笞刑的工具（火良），长五尺，粗一寸。如果用竹制成，末梢粗半寸，竹节要削平。笞者笞臀，行刑时，不能更换执行人。[2]从此，笞者的生命得以保全。

东汉时期，杖刑开始与笞刑分开，逐渐发展为一种正式的刑罚。这主要是因为笞刑已成为一种法定常刑，执法者甚至皇帝本人都不能任意使用，因此统治者需要在法律之外存在一种比较轻微的惩罚手段，用来对付那些虽不构成犯罪，但让统治者生气的行为，于是鞭杖就应运而生。《北堂书钞》记载，东汉初年，丁邯被选为郎官，但他以孝廉任郎官为耻，称病不赴任。光武帝刘秀知道后非常生气，喝令武士用杖将其痛打了数十下。最经常鞭杖大臣的是汉明帝，据《后汉书》记载，当时“九卿皆鞭杖”。直到汉顺帝时，大臣左雄上书说：“九卿位亚三等，班在大臣，行有佩玉之节，动有庠序之仪。加以鞭杖，诚非古典。”这才废除了鞭杖大臣之刑。但是到三国时期，由于连年战争，君上需要乾刚独断不受限制的惩罚手段，因此鞭杖又被恢复，曹操就经常对臣僚施以杖刑，《三国志》载：“魏太祖性严，掾属公事，往往加杖。夔常蓄

毒药，誓死无辱，是以终不见及。”鞭杖的滥用，造成许多人因为非常轻微的过错冤死棍下，于是统治者开始对鞭杖法定化。青龙二年春，魏明帝下诏曰：“鞭作官刑，所以纠慢怠也，而顷多以无辜死。其减鞭杖之制，著于令。”蜀国贤相诸葛亮也非常重视对杖刑的约束与限制，据《太平御览》记载：“诸葛武侯杖二十以上亲决，宣王闻之，喜曰：吾无患矣。”从此，本是法外用刑的鞭杖进入法典，成为法定常刑，甚至一度取代了汉之笞刑。如北齐有杖刑三等，从杖十到杖三十，鞭刑有五等，从鞭四十到鞭一百；北周有杖刑五等，从杖十到杖五十；鞭刑也有五等，从六十到一百。在两晋南北朝时期，笞刑基本已不再独立存在，而只是作为徒刑的附加刑使用。西晋年间，法律还对杖刑的行刑部位、刑具尺寸以及减免对象有了明确的规定。根据规定：“应得法杖者以小杖过五寸者稍行之，应杖而髀有疮者，臀也。杖皆用荆，长六尺，制杖大头围一寸，尾三分半”，“轻过误老少女人，当罚金杖罚者皆令半之”[3]。

杖刑与笞刑正式分离，并进入五刑的是在隋朝。隋朝废鞭刑，“以笞代杖，去鞭易杖”，首次将杖、笞并列入五刑，将杖刑由以前的最轻刑变为重于笞刑的处罚，这种改革基本为后世所延续，后世诸朝皆有笞杖之规定，大致有如下内容。

一、用刑的数量

隋后各朝代，笞刑与杖刑一般都有五等之别，笞刑从十下到五十下，每加十下则加一等。杖刑从六十至一百，也是每加十下加一等。比较特别的是辽代和元代。辽代没有笞刑，只有杖刑，其杖刑分六等，从五十至三百，每五十下加一等。元代笞杖的数目则更为独特。其笞刑分六等，杖刑分五等，笞杖数自七到五十七，每十下加一等，杖刑数从六十七到一百零七，十下加一等。为什么减十为七呢？据说是元世祖忽必烈为行宽缓之政，减轻刑罚，对前朝的笞杖数目“天饶他一下，地饶他一下，我饶他一下”，自此每等减了三下。其实，元代笞由五等变为六等，笞刑除最低等外，其余每一等都比宋代增加了七下。因此后来有大臣上奏，认为：“国朝之制，笞杖十减为七。今之杖一百者，宜止九十七，不当又加十也。”但他的意见并未被采[4]。清代的笞、杖均折合为板，在执行时实行折减计算。《清史稿·刑法志》记载：清初，沿袭明制，笞、杖以五折十，注入本刑各条。康熙朝《现行则例》改为四折除零。雍正三年之律，乃依例各于本律注明板数。[5]《大清律例》规定：“杖刑五：杖重于笞，用大竹板。六十除零折二十板，七十除零折二十五板，八十除零折三十板，九十除零折三十五板，一百折四十板。”

法律对笞杖数量的限制是为了防止这种貌似轻微的刑罚变成“内实杀人”的重刑，但不受限制的皇权又岂能受法律的约束，“和尚打伞，无法无天”本是历届帝王的真实写照。武则天时期，法律的数量限定就被突破，当时出现了没有明确次数的“一顿杖”“重杖一顿”等决杖形式。唐玄宗年间，这类决杖更是普遍，这种没有数量限制的笞杖之法，让执行之人得以轻重其手，欲活则活之，欲毙则毙之。有鉴于此，唐代宗宝应元年，下诏：“凡制敕‘与一顿杖’者，其数止四十；‘至到与一顿’及‘重杖一顿’‘痛杖一顿’者，皆止六十。”不幸的是，到了唐德宗年间，这种数量约束很快就被废止。

二、用刑的部位

唐代以前，笞杖部位没有限制，脊背、臀部、腿部都可以用刑，到唐太宗时，才有鞭背之禁。据说太宗皇帝曾经看过针灸图，见人之心、肝、脾、肺、肾五脏都在背部附近，于是太宗感叹道：针灸如果部位不正，还有可能会致人毙命，何况重棒呢！笞杖本是五刑中的轻刑，“安能犯至轻之刑而或致死”。于是下令“罪人无得鞭背”，除本人自愿以背部受刑之外，均以腿部和臀部为受刑之处。[6]这种规定基本为后世效仿，但例外也不少，五代后蜀酷吏李匡远就喜欢杖人脊背，听取“捶挞之声”，还美其名曰：此一部肉鼓吹。五代后汉的刘铢则更为变态，对人用杖时，不仅杖脊，而且每次总以两杖合打，称为“合欢杖”。执行时还问犯人的年龄，施杖的数目一定要与其岁数相同，称为“随年杖”，年龄较大的犯人常被当场打死。

女性的受刑部位也有过变化，最初女性的笞杖部位没有限制，到魏明帝时，才规定妇女受刑不得打臀，只能打背，以免行刑之时出现有碍观瞻之事。但到后世，由于笞杖之刑大多是杖臀，对女性的笞杖又改为臀部。宋、元、明三代甚至还有“去衣受杖”的规定。女性犯奸罪需要笞杖者，必须脱裤裸体受杖。不少民众也乐于观看这种行刑场面。清代大学问家俞樾在《右台仙馆笔记》有过这种看客的记载：“……闻堂上笞一囚，而咴咴呼痛之声，则女子也，诸又趋往观之，拉余俱去。余危坐不起，咸笑曰：‘有是哉，子之迂也！’”后来发现女犯并未“去衣受杖”，而是打嘴巴，看客无奈，只能悻悻而归。[7]对女性而言，这种刑罚不仅是肉体的残酷摧残，也是对其精神的极大侮辱。以致许多受刑之人，在被辱之后，就自尽身亡。

三、刑具的规格

隋后笞刑与杖刑刑具一般用荆作成，但刑具的长度宽度，各代不尽相同。唐代笞刑刑具长三尺五寸，大头径二分，小头径一分半。杖刑刑具称“行杖”或“法杖”，也用荆制成，长度同样是三尺五寸，但头径要宽，其大头径二分七厘，小头径一分七厘。

北宋初年，太祖赵匡胤下诏规定，官杖长三尺五寸，大头径宽不得超过二寸，厚度和小头径宽度不得超过九分。宋仁宗天圣六年（1028），大臣聂冠卿上奏认为：杖的长短宽窄有尺度，但轻重不太统一，导致有些官吏制重杖，加大处罚。仁宗皇帝认为有道理，于是下令官杖的重量不得超过十五两。[8]

与北宋相比，辽代的杖刑刑具则非常野蛮，当时杖刑刑具不仅有杖，还有木剑、大棒、铁骨朵等，皆历代所无者。[9]辽太宗耶律德光时期，就曾广泛使用大棒和木剑击打犯人，数目自十五至三十不等，受刑者罕有不残废的。辽穆宗耶律璟更为残暴，当时杖刑的刑具用沙袋制成，沙袋用牛皮缝制，长六寸，宽二寸，内有一尺多长的木柄，当时规定，凡是杖五十以上者，皆用沙袋行刑。执行时向犯人周身猛打，犯人皮肤没有伤痕但内脏大多破裂出血，受刑之人鲜有不死者。后来又发明了铁骨朵，这是一种复合刑具，似锤非锤，似杖非杖，长柄的前端安装上石质或金属（一般是铁）的头，骨朵的头有圆形、长形、蒜头形等多种。铁骨朵的杀伤力显然比杖要厉害得多，当时规定行刑的次数为五下或七下，但即使只有这么几下，也会轻则致残，重则致命。据说，辽道宗之妻懿德皇后就曾受过此刑。懿德皇后姓萧，又称萧观音，她能歌诗，善琵琶，非常得道宗宠幸，很遭人妒忌。当时的权臣耶律乙辛就想加害萧皇后和太子，乙辛命人写了一首《十香词》的淫诗，让心腹呈送萧皇后，伪称是宋朝皇后所作，请萧皇后“更得御书，便称二绝”。萧观音不知是计，为其手书后，又书写自己所作七言绝句《怀古》一首，诗曰：“宫中只数赵家妆，败雨残云误君王。惟有知情一片月，曾窥飞燕入昭阳。”耶律乙辛于是借题发挥，命人指控皇后书写淫诗，还与伶官赵惟一与私通，称怀古诗中藏有“赵”“惟”“一”三字，证据确凿，罪不可

赦。道宗轻信谗言，当时就以“铁骨朵”猛击萧皇后，几至殒命，并族诛赵惟一，后又敕皇后自尽，道宗仍怒犹未解，命裸后尸，以苇席裹之还其家。可怜萧皇后自尽之前，想见道宗最后一面，也未获准。萧皇后临死前所写《绝命词》一首，让人读后泣泪不止：“嗟薄佑兮多幸，芜作丽兮皇家，承昊穹兮下覆，近日月兮光华。托后钧兮凝位，忽前星兮启耀，虽爨累兮黄床，庶无罪兮宗庙。欲贯鱼兮上进，乘阳德兮天飞；岂祸生兮无朕，蒙秽恶兮宫闱。将剖心兮自陈，翼回照兮白日，宁庶女兮多渐，遏飞霜兮下击。顾子女兮哀顿，对左右兮摧伤。共西曜兮将坠，忽吾去兮椒房。呼天地兮惨悴，恨古今兮安极！知吾生兮必死，又焉爱兮旦夕！”

明代笞杖刑具和唐朝类似，都长三尺五寸。笞刑刑具，大头径二分七厘，小头径一分七厘；杖刑刑具，大头径三分二厘，小头径二分二厘。同时，明代还规定，笞杖刑具不准用兽筋或皮胶等物在杖上装钉子，加大犯人的痛苦。但后来，明朝又出现了“金瓜”之刑，在朝廷由御前校尉执掌，常用来责罚朝臣。清代的笞杖刑具比较特殊，开始是沿袭明代规定，后来笞杖都改为打板子，用竹板作刑具。竹板子长五尺五寸，大竹板大头径二寸，小头径一寸五分，重不得超过二斤。

四、赎免规定

笞杖本是轻刑，统治者为了标榜自己儒学治国，慎刑仁德，在严厉打击严重犯罪的同时，对于判处笞杖等的轻微犯罪，有时也会从轻发落，允许以经济手段赎减，让罪犯改过自新。元人董鼎谈及此事，曾说：“舜既以五流而宥五刑矣，鞭扑之轻者乃许以金赎，所以养其愧耻之心而开以自新之路”。《唐律》就曾按照笞刑的等级配以相应的赎金，从笞十下到笞五十分别赎铜一斤到五斤，杖刑从杖六十到杖一百分别赎铜六斤到十斤。[10]宋代刑法也规定：笞刑十下，赎铜一斤，免打三下；二十下，赎铜二斤，免打十三下；三十下，赎铜三斤，免打二十二下；四十下，赎铜四斤，免打三十二下；五十下，赎铜五斤，免打四十下。杖刑也是如此，应打五十至一百的，分别赎铜五至十斤，免打三十七至八十下。明朝朱元璋时期，《明会典》也有类似规定：各处知府、知州、知县，有犯公罪而笞四十以下者，许令赎铜，每笞一十赎铜半斤，每杖一十赎铜十斤。成化年间，赎铜改用赎马，随后又改用钱赎，如“宣德二年，定笞杖罪囚，每十赎钞二十贯”。景泰以后，赎钱的数目越来越大。景泰元年（1450），“令问拟笞杖罪囚，有力者纳钞：笞十，二百贯，每十以二百贯递加，至笞五十为千贯。杖六十，千八百贯，每十以三百贯递加，至杖百为三千贯”。也许是考虑赎刑的范围太大，明世宗年间，政策又有所变化，只规定笞刑可以赎免，而杖刑不能。[11]

五、作为他刑的附加刑和替代刑

笞杖还曾广泛作为其他刑的附加刑。如隋律规定：近流加杖一百，一等加三十。按流刑有三等来计算，附加的杖刑最高可达一百六十杖。唐律也有大量徒刑和流刑附加杖刑的规定，如《唐律疏议》规定：“诸部曲、奴婢殴主之期亲及外祖父母者绞……过失者减殴罪二等，合徒三年加杖二百；过失伤者又减一等，合徒二年加杖一百八十。”宋代将杖刑作为附加刑就更是普遍了，宋太祖开宝二年（969）诏令：“岭南民犯窃盗，赃满五贯至十贯者，决杖、黥面、配役，十贯以上乃死。”后来的刺配制度甚至规定只要是判处流刑之人，一定要附加脊杖一顿。刺配之人要并用脊杖、刺面、流刑三种刑罚（有时还有徒刑），“使一人之身一事之犯而兼受三刑”，个中残酷，可想而知。元朝的杖刑也可作为徒流刑的附加刑。当时的法律规定：徒一年，附加杖六十七；一年半，杖七十七；二年，杖八十七；二年半，杖九十七；三年，杖一百零七。以徒半年为一等加杖十下。明、清两朝也有类似规定。

笞杖刑还可以作为徒刑、流刑的替代刑，如《唐律疏议》说：“诸犯徒应役而家无兼丁者”，“徒一年，加杖一百二十，不居作；一等加二十。流至配所应役者亦如之。”“诸工、乐、杂户及太常音声人……犯流者，二千里决杖一百，一等加三十，留住，俱役三年”“犯徒者，准无兼丁例加杖，还依本色。”[12]

宋朝的“折杖法”更是将笞杖的替代作用发挥到了极致。据《宋史·刑法志一》载：“太祖受禅，始定折杖之制。凡流刑四：加役流，脊杖二十，配役三年。流三千里，脊杖二十；二千五百里，脊杖十八；二千里，脊杖十七；并配役一年。凡徒刑五：徒三年，脊杖二十；徒二年半，脊杖十八；二年，脊杖十七；一年半，脊杖十五；一年，脊杖十三。凡杖刑五：杖一百，臀杖二十；九十，臀杖十八；八十，臀杖十七；七十，臀杖十五；六十，臀杖十三。凡笞刑五：笞五十，臀杖十下；四十、三十，臀杖八下；二十、十，臀杖七下……徒、流、笞通用常行杖，徒罪决而不役。”折杖法自宋初创立以来，直到南宋都被沿用。[13]废除普遍按照折杖法的规定，笞、杖、徒刑都被折为臀杖或脊

杖，执行后就可释放，流刑和加役流被处脊杖后，其附加的劳役刑就在本地执行，而不必远流。表面看来，折杖法是为了降低刑罚的严酷性，但是其实质效果却是加重了犯人的痛苦。由于折杖法造成刑法典中所规定五刑只剩下了杖刑与死刑，破坏了五刑体系，导致“刑轻不能止恶，故犯法日益众，其终必至于杀戮，是欲轻反重”[14]的后果，为了平衡刑法体系，在生刑与死刑之间寻找出一个合适的中间刑，刺配法也就应运而生。而刺配之人，不仅要受杖刑，还要被刺面流放，甚至还要附加劳役，其残酷性当然较之单纯的徒流之刑要严厉得多。

六、刑讯手段

笞杖本是刑罚方法，但在封建社会，这种刑罚还广泛作为刑讯的手段。前述秦朝李斯之事就是著例。“据温舒所言，考囚之酷，秦为最甚，夏侯婴以受伤人，而笞掠至数百之多，其他之恣意笞掠更可知矣。”[15]隋朝之后，以笞杖作为考掠刑讯之工具一直都被保留，其残酷性较之秦朝有过之而无不及。上文已述，唐笞刑分五等，从十到五十，但讯问考囚却不受此限，当时的法律规定：“诸考囚不得过三度，数总不得过两百”，远超笞刑的最上限，考囚所用的刑具称“讯囚杖”长度和一般的笞杖相同，为三尺五寸，但其大头径三分二厘，小头径二分二厘，比一般的笞杖要大要宽得多。至于司法官员的法外用刑，更是不可胜数，以至唐人牛希在《刑论》中指出：“棰考之下，易以强抑……且桎梏之苦，笞杖之严，轻罪者愿重刑而获出，无辜者畏残害而求死。”宋朝的规定与唐朝如出一辙，按宋刑律，考掠总数不得超过两百，每次不过三十，但是司法官员并不受此限制，“州县不用荆子而用藤条，或用双荆合而为一，或鞭股鞭足至三五百”。[16]元、明、清诸朝，审讯制度均继承唐宋，大量使用笞掠考囚，直到20世纪初的晚清修律，才在制度上将其废除。总之，作为刑讯手段的笞杖，其残忍性远远超过了五刑之中的笞刑和杖刑。

如果说笞掠考囚体现了古代刑罚的不受约束，那么廷杖就更是如此了。所谓廷杖就是由皇帝决定，在殿庭之上对违反旨意的大臣施用的杖刑。此制最初起源于东汉明帝的鞭杖九卿，隋唐时期被“发扬光大”，隋文帝、唐玄宗就非常偏爱“廷杖”。史载隋文帝杨坚“性猜忌”，“每于廷殿打人，一日之中，或至数四”，如果刑吏不用力打，就要处斩，后来有两位大臣劝谏说：“朝堂非杀人之所，殿廷非决罚之地”，但杨坚却拒绝接受，两人只能以辞官相迫。结果反而杨坚感到疑惑，问道：“吾杖重乎？”大臣田元给他形容说：“陛下杖大如指，捶人三十者，比常杖数百，故多致死。”杨坚没法，只有除去廷杖。可是没过多久，楚州行参军李君才上书触怒杨坚，“文帝大怒，命杖之，而殿内无杖，遂以马鞭笞杀之。自是殿内复置杖”。杨坚倒是一点也不避讳，他曾下诏解释为

什么要用廷杖，理由是有些官员不听话，如果按照律法处理，其罪轻，然而以情理而论其罪重，不立即决罚，无以惩肃。那么什么是“情理”呢？估计纯粹只能取决于皇帝个人的喜怒哀乐了。上梁不正下梁歪，地方官吏纷纷效法君上，史载当时“上下相驱，迭行捶楚，以残暴为干能，以守法为懦弱。”[17]和杨坚一样，唐玄宗李隆基也喜欢在朝廷之上，随心所欲，大发淫威。当时监察御史蒋挺触怒玄宗，玄宗以监决杖刑稍轻，敕朝堂杖之。黄门侍郎廷珪奏曰：“御史宪司，清望耳目之官，有犯当杀即杀，当流即流，不可决杖。士可杀，不可辱也。”但是，制命已行，蒋挺还是当廷被辱。[18]

将廷杖推向极致的是明朝。明代自朱元璋开始，就将廷杖制度化，成为常刑，几乎每一代皇帝都曾对大臣施以廷杖。皇帝只要觉得有大臣冒犯自己，不需任何罪名，就可廷杖，许多大臣都被当场杖毙。廷杖的时候，众官员要到午门樨西左边观刑，意在“打一儆百”，廷杖由锦衣卫行刑，东厂太监到场监刑。因此太监的权力很大，简直可以说是生杀予夺，行刑者们通常是根据监杖太监的暗示决定下手的轻重。当监杖太监喊“着实打”，却将两只靴尖摆成外八字形时，便是要行刑人手下留情，别把人打死，犯官虽被打得皮破血流，但骨肉不伤；如果喊“用心打”，并将两只靴尖向里一敛，就是暗示往死里打，犯人但见皮肤红肿，而内里却受伤甚重，被罚者也就很难有生还希望了。为了更好地执行监杖太监的命令，行刑人也需要练习，当时负责施行廷杖的校卒在训练时，一般要用皮革做成两个人体模型，一个里面放砖头，一个里面包上纸，然后给它们穿上衣服。放砖头的模型是来练习“外轻内重”手法的，要求做到看起来打得很轻，衣服都没有破损，但其实里面的砖头都被打碎。包纸的模型是用来练习“外重内轻”手法的，要求做到看起来打得很重，但其实包裹里的纸都不曾毁损。[19]据朱国桢《涌幢小品》卷十二记载：明初（成化以前），凡廷杖者是穿着衣服受刑，到正德初年宦官刘瑾专权时，廷杖的执行方法变了，受杖的大臣必须当众褪去裤子。这样，廷杖就不单纯是肉刑的惩罚了，还是对人精神的巨大摧残。廷杖足以将大臣的清高傲骨彻底打垮，让他们彻底臣服于帝王的淫威之下。

明代施用廷杖最多的是正德、嘉靖两朝，明朝历史上两次最著名的廷杖事件就分别发生于这两朝。据《明史》记载，正德十四年（1519），明武宗打算化名南巡，许多大臣苦苦劝谏，武宗大怒，命令把进谏的146位大臣都拉到午门外罚跪5天。5天后，又分别将这些朝臣处以杖刑，带头的打80或50棍，其余一律杖责30，其中有11人当即死于

杖下。明嘉靖三年（1524）又发生了“大礼议”风潮，明武宗三十而亡，并无子嗣，其堂弟朱厚熜遂由旁系坐上皇位，是为嘉靖皇帝，嘉靖既由藩王身份继承皇位的，按照儒教礼仪算是过继到武宗之父孝宗弘治皇帝这一房，应该尊崇弘治为皇考，对自己的生父只能称“皇伯考”，但这位当时只有18岁的小皇帝硬是要尊崇自己的生父兴献王为“皇考”，并追封为“皇帝”，同时将母亲的尊号“本生圣母章圣皇太后”中的“本生”二字去掉，加封为“皇太后”，于是就出现了“大礼议”事件。嘉靖此举引起轩然大波，众官不断上书阻止，甚至有230位大臣在左顺门集体跪拜哭谏，其中还包括两位相当于内阁总理的大学士，嘉靖非常生气，五品以下大臣134人都遭到“廷杖”，致死者达17人。[20]

廷杖对士大夫人格与肉体的摧残，使得明朝士大夫斯文扫地，整体素质越来越差，廷杖彻底打断了士大夫的脊梁，堵住了他们的嘴巴，在皇帝面前，他们只能像喜鹊一样唱唱赞歌，像小狗一样服服帖帖[21]，明朝的灭亡也就是命中注定的了。

随着时代的发展，笞杖终于走到了尽头。1910年清政府颁行《大清现行刑律》，正式废除了笞杖，但好景不长，袁世凯统治时期（1914）颁布《易笞条例》，笞刑又被恢复。好在，袁世凯政权迅速倒台，《易笞条例》很快就被废止，笞刑终于被彻底抛弃，刑罚向人道主义又迈进了一大步。

[1]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第367页。
[2]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第370页。
[3]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第371页。
[4]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第384页。
[5]高潮、马建石：《中国历代刑法志注释》，吉林人民出版社，1994年。
[6]参见《新唐书·刑法志》。
[7]参见王永宽：《中国古代酷刑》，河南人民出版社2006年版，第185页。
[8]高潮、马建石：《中国历代刑法志注释》，吉林人民出版社，1994年，第389，412页。
[9]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第381页。
[10][唐]长孙无忌等撰：《唐律疏义》，刘俊文点校，中华书局，1983年，第3页。
[11]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第481—483页。
[12][唐]长孙无忌等撰：《唐律疏义》，刘俊文点校，中华书局，1983年，第73页。
[13]《约束州县属官不得违法用刑》，《明公书判清明集》卷1，中华书局1987年版。
[14]参见《宋史·刑法志》。
[15]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第523页。
[16]参见《文献通考·刑考》。
[17]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第374页。
[18]参见《旧唐书·张廷珪传》。
[19]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第388—389页。

[20]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第388页。

[21]在某种意义上，我认为古代的刑不上大夫制度有一定积极意义，它至少在一定程度上能保证古代士人的高骨风气，但自明朝后，士人的这种风气被彻底打压，在很长一段时间，都未曾复苏。

第四章
刑徒之苦

在中国古代有一种强迫罪犯服劳役的刑罚，一般被统称为徒刑。《史记·秦始皇本纪》记载：公元前219年，始皇到了湘山祠（今湖南岳阳县），“逢大风，几不得渡。上问博士：‘湘君何神？’博士对曰：‘闻之，尧女，舜之妻，而葬此。’于是始皇大怒，使刑徒三千人皆伐湘山树，赭其山。”这里的刑徒就是被判处徒刑的犯人了。

一、徒刑概说

徒：使也[1]，意思是供役使；众也[2]，故有徒众之说。刑徒也就是被判处劳役刑之众人了。商周时期，就有徒刑的存在，当时被判处肉刑的人很多都被附加徒刑，如“墨者使守门”“劓者使守关”“刖足使守门”[3]等，这些受刑之人一般都要为国家服劳役，并由司徒加以管理，所以又有“司徒主众徒”之说。当时，刑徒之人一般又被称为“胥靡”。《史记·殷本纪》记载：商武丁帝即位以后，一直希望重振殷朝，但一直苦于无贤人辅佐，一晚，武丁梦见一位圣人，名字叫“说”。武丁醒后，按照梦中所见到的“说”的相貌来看看群臣中有无此人，“皆非也”。于是武丁派人到民间寻找，“使百公营求于野”，终于在一个叫作“傅险”的地方找到了“说”，当时，“说为胥靡，筑于傅险”。官员带着“说”去见武丁，武丁大喜，“得而与之语，果圣人。举以为相，殷国大治”。后来“说”就以“傅险”这个地名作为自己的姓，号曰傅说，傅说也就是傅姓的始祖了。《书传·说命》提及此事，曰：“傅氏之岩在虞、虢之界，通道所经，有涧水坏道，常使胥靡刑人筑护此道。”“胥靡”就是被判处劳役刑的刑徒，《荀子·王霸》也注曰：人徒谓胥徒，给徭役事也。

秦朝是使用徒刑最多的朝代之一，《史记·秦始皇本纪》说秦曾使用“隐宫徒刑者七十余万人，乃分作阿房宫，或作骊山”，“谪治狱吏不直者，筑长城及南越地”，以至于“劓鼻盈累，断足盈车，举河以西，不足以受天下之徒”。[4]这么广泛地使用徒刑也是秦朝迅速灭亡的一个重要原因。当时，刘邦为亭长，就曾为县里遣送刑徒赴骊山服役，但途中逃跑的人太多，刘邦估计到了骊山，人也差不多全逃光，于是就在丰西的大泽中叫队伍停下来饮酒休息，到了夜里刘邦对剩下的刑徒说“公等皆去，吾亦从事逝矣”，一不做，二不休，刘邦干脆把他们全放了，自己也逃之夭夭，据说当时“徒中壮士愿从者十余人”，这也算是刘邦搞革命最初的政治资本。正是这种残酷寡恩，只罚不赦的严刑政策给秦末农民起义提供了源源不断的人力资源。

需要说明的是，徒刑只是劳役刑的总称，根据罪行轻重不同，劳役

刑也有很多种，秦朝的徒刑大致有：城旦、舂、鬼薪、白粲、隶臣、隶妾、司寇、候等，这些种类也基本为汉朝所继承，只是汉朝充分吸取秦朝灭亡的教训，在判人徒刑之时，也频发赦免之令[5]，给人以改过自新的希望，所以刑徒之人远远少于秦朝。

以下，是对这些不同种类的徒刑分别介绍。

1．城旦、舂。男犯为城旦，从事筑城的劳役；女犯为舂，从事舂米的劳役。这是秦朝时最重的劳役刑。《汉旧仪》记载：“秦制，凡有罪，男髡钳[6]为城旦，城旦者，治城也。女为舂，舂者治米也。”据《史记·秦始皇本纪》载，丞相李斯就曾建议用此刑作为不遵令焚书的惩罚，“臣请史官非秦记皆烧之。令下三十日不烧，黥为城旦。”汉时，此刑亦被广泛适用，《汉书·王子侯》记载，当时有一个人采用敲诈勒索的办法将他人的鸡拿走，后被判以原价偿还鸡款，可是该人却作谩骂之状，不服判决，于是被处城旦以重惩之。按照规定，城旦者，一早就要起来筑城，但实践中，城旦者并不仅仅限于筑城之役，秦国的《仓律》有“城旦之垣及它事与垣者等”，意思是城旦者可以从事与筑城同等强度的劳役，另外城旦还可以“守署及为它事”“城旦为安事”“城旦与工从事”等劳动强度低于筑城的劳役。城旦服劳役时不能有行动自由，他们都是在被看押的情况下进行劳动，按照秦律规定，城旦劳动时要身着红色囚服、戴红色毡巾，与旁人区别，还要戴着木械、黑索和胫钳，防止他们逃脱。

舂刑由女犯承担，这种劳役以往由奴隶从事，并非刑罚，《秋官·司厉》说：“其奴，男子入于罪隶，女子入于舂。”后来，这种劳役才变成一种刑罚，“以其所任之事为罪名矣”。这种刑罚是根据女犯的生理特点，认为她们不可能像男性那样从事重体力劳役，因此对她们有所宽宥，“舂者，妇人不豫外徭，但舂作米。”曾被吕后迫害的戚夫人就曾被关在永巷舂米，当时戚夫人悲痛欲绝，舂米时作歌曰：“子为王，母为虏，终日舂薄暮，常与死为伍！相去三千里，当谁使告汝？”正是此歌给戚夫人母子带来杀身之祸，吕后闻此歌后，派人将戚夫人之子赵王如意毒死，并下令斩断戚夫人的手脚，挖眼熏耳，喂以哑药，丢入厕所，称为“人彘”，吕后甚至还带自己儿子汉惠帝前来观看，不料惠帝看后，惊恐万分，指斥吕后：“残害戚夫人致此，实非人类所能为”，并痛哭不已。从此，惠帝一蹶不起，一度精神失常，整日花天酒地，不理朝政，很快便龙驭归天，年仅22岁，吕后也算是搬石头砸自己的脚[7]。

2．鬼薪、白粲。这种刑罚轻于城旦[8]、舂，在秦朝也有男女之别，男犯为鬼薪，女犯为白粲。《汉旧仪》记载，“鬼薪，男当为祠祀鬼神伐山之薪蒸也”，就是让男性犯人去山中砍柴以供宗庙祭祀之用。秦始皇时期，长信侯嫪毐谋反，兵败，其族被夷，门下舍人重者被杀，轻者则判鬼薪之刑。汉武帝元鼎二年（前115），曾推广一种叫作“赤侧钱”的货币，规定一赤侧钱当五个普通五铢钱，向官府缴纳赋税以及其他对官方使用的场合，必须使用赤侧钱，但是老百姓并不愿意使用此钱，当时的汝南太守皋柔，对于民间的抵触情绪放任不管，对百姓不用赤纳赋未予纠正，结果被判鬼薪。后人评及此事，说“民不用赤侧而罪及太守，张汤之法，其苛虐类此……”。

“白粲”是强制女犯择米，“以为祠祀择米也”，“粲为稻米之至精者，择之使正白，故以白粲为名”，其刑期与鬼薪同。白粲与舂并非同一种刑罚，白粲刑期较之舂为短。另外，白粲不是单纯的舂米，它必须选择最精良的白米以供祭祀，“以米之精粗为差别，其工力亦有高下也。”[9]

与“白粲”相似的是“顾山”，这是西汉后期出现的一种刑名，专用来指女徒。一般认为顾山是指被判鬼薪的女犯[10]，可以不去服劳役，每月出钱三百，雇人代为服役。如应劭所释：“旧刑鬼薪，取薪于山以给宗庙，今使女徒出钱顾薪，故曰顾山也。”《汉书·平帝纪》载，“元始元年，天下女徒已论，归家，顾山钱月三百。”如淳对此解释道：“已论者，罪已定也。令甲，女子犯罪，作如徒六月，顾山遣归。说以为当于山伐木，听使入钱顾功直，故谓之顾山。”从如淳对顾山的解释，可以看到，顾山是一种对女性刑徒的特殊照顾。当然，“顾山”只针对论罪以后认真服刑的女徒，如果再犯新罪则不可享受此等优待。从这也可以看出近代缓刑制度的某些影子。

3．隶臣妾。“男子为隶臣，女子为隶妾”，这是将男女罪犯罚作官府奴婢，为国家服各种劳役。隶臣妾所承担的劳役一般要轻于城旦舂，有时他们还可以监视城旦舂服劳役：“城旦司寇不足以将，令隶臣妾将。”在秦朝时，隶臣妾是终身劳役，因犯罪而没入为奴的隶臣妾，在服完了一定期限的劳役之后，不再是刑徒，但又变为国家的奴隶，而非自由人，因此它具有终身奴隶的性质。与城旦、鬼薪不同的是，隶臣妾可以赎免，但是秦律所规定的赎免规定非常苛刻，一般人可望而不可即。秦朝《仓律》规定：“隶臣欲以人丁粼者二人赎，许之。其老当免

老、小高五尺以下及隶妾欲以丁粼者一人赎，许之。”[11]赎隶臣妾必须用两名丁壮年男子替代，如果当隶臣妾年老体衰，或者高不足五尺，利用价值本就不大，那么用一名丁壮年男子替代也是可以的，这种赎免制度其实是变相的敲诈更多的劳动力。另秦朝《军爵律》规定：“欲归爵二级以免亲父母为隶臣妾者一人，及隶臣斩首为公士，谒归公士而免故妻隶妾一人者，许之，免以为庶人。”隶臣斩敌首获得爵位，可以爵赎免，其子有爵也可以二级爵位赎免父或母的隶臣妾身份。汉朝时，隶臣妾就不再是终身劳役，隶臣妾者在刑徒期满后，就可成为自由人。

4．司寇、作如司寇。《汉旧仪》规定：“罪为司寇，司寇男备守，女为作如司寇。”司寇即伺察寇贼，从事这种工作的犯人一般要去边疆服劳役，边防外寇。女犯由于其生理特点，不适合到边疆服役，所以允许其在内地从事相当于司寇的劳役，因此称为“作如司寇”。司寇的主要劳役是“伺察寇贼”，但也可以从事其他劳役，有时甚至还可以用来监督城旦舂劳动。由于此刑相对较轻，因此在汉代对王侯往往适用此刑。如《汉书·王子侯表》载：孝景四年，杨丘侯偃“坐出国界，耐为司寇”；元狩五年，沈猷侯受“坐为宗正听请，不具宗室，耐为司寇”；《汉书·功臣表》：孝景后三年，侯去疾“有罪，耐为司寇”；建元十年，衍简侯翟不疑“坐挟诏书论，耐为司寇”[12]。

5．候。这种刑罚是轻于隶臣妾的劳役刑，其内容是强制犯人到边地充当斥候，伺察敌情。《秦律杂抄》规定：“为（伪）听命书，法（废）弗行，耐为侯（候）；不辟（避）席立……皆耐为侯（候）。”命书即“制书”，是皇帝的诏令，应该受到尊敬和绝对服从。“伪听命书，废弗行”意指对朝廷的命书阳奉阴违，不能切实贯彻执行；“不避席立”即听命令时不下席站立以示尊敬。这些行为都属于“不敬”的行为，其刑罚就是“候”，要发往边境服役。“候”这种劳役刑在汉以后就未再出现。

6．罚作、复作。这是一种轻微的劳役刑，它主要指在官府服劳役的女徒。罚作、复作作为一种刑名也是始于秦代。《汉旧仪》载：“秦制：男为戍罚作，女为复作，皆一岁到三月”。汉承秦制，只不过将秦之“戍罚作”为“罚作”也。被刑的男性要在边境守位一年，但“女子软弱不任守，复令作于官，亦一岁，故谓之复作徒也”[13]。

秦汉时期，劳役刑的发展有两个明显特点，这两个特点也体现了刑

罚发展的基本趋势——从野蛮到文明。

其一，肉刑与劳役刑的关系发生重大变化。商周时期，刑罚体系以肉刑为主，劳役为辅，但随着生产力的发展，人们越来越意识到劳动力对国家的重要性，尤其是战国时期，为了军事和经济目的，国家需要大量的劳动力，因此劳役刑的使用也就越来越广泛，肉刑与劳役刑的关系也不断发生着变化，并最终颠倒过来，劳役刑成为一种主刑，而肉刑反而只是一种附带刑了，当然这一过程经历了很长一段时间，大致是在北周之后，徒刑正式进入五刑才得以真正完成。

在这一变化环节中，秦朝起了一个承上启下的作用。在秦朝之前，肉刑是绝对的主刑，被施肉刑的庶民只是偶尔被判看守一类的劳役刑。秦律则不然，劳役刑开始大量使用，甚至开始与肉刑并列。黥、劓甚至斩左趾（即刖）的刑人都要被判从事“城旦”之类的繁重劳役。在秦律中，大量可见黥为城旦、黥劓以为城旦、黥为隶妾等规定，如《睡虎地秦墓竹简·法律问答》记载：“完城旦以黥城旦诬人，当黥为城旦；当黥城旦而以完城旦诬人，当黥（劓）为城旦”，“五人盗，臧（赃）一钱以上，斩左止，有（又）黥以为城旦；不盈五人，盗过六百六十钱，黥（劓）以为城旦。”张家山汉简《奏谳书》之四还记录了一个斩左趾为城旦案例：解曾因罪被处以黥劓之刑，恢复庶人身份后成为隐官工，后来娶逃亡女子符为妻而触犯了法律——“取（娶）亡人为妻，黥为城旦。”因为解在此前已受黥劓之刑，不可能再次被处黥刑，结果被“斩左止为城旦”。[14]总之，在秦朝，传统的以肉刑为主的五刑体系已被打破，肉刑与徒刑很难区分主次。乍看来，秦律将肉刑和劳役刑复合使用，比单纯的肉刑更为残忍和严苛，但是从刑罚发展的历史来看，这却为今后刑罚体制的变革留下了巨大的发展空间，正是因为秦朝劳役刑的广泛使用，才使得在文帝废肉刑后，劳役刑开始从附加刑种演变为一种正刑，并最终将肉刑取而代之。

其二，劳役刑从无期走向有期。在汉文帝之前，城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇、候都是终身服役的刑徒，与其说他们是刑徒，不如说是国家的奴隶，而汉文帝却在废肉刑的同时，宣布刑徒“有年而免”，从此，刑罚向文明迈了一大步。《汉书·刑法志》记载：文帝十三年，丞相张苍、御史大夫冯敬按照文帝的指示，对刑制作出重大改革：“……罪人狱已决，完为城旦舂，满三岁为鬼薪白粲；鬼薪白粲一岁，为隶臣妾；隶臣妾一岁，免为庶人。隶臣妾满二岁，为司寇；司寇

一岁，及作如司寇二岁，皆免为庶人。其亡逃及有罪耐以上，不用此令。前令之刑城旦舂岁而非禁锢者，如完为城旦舂岁数以免。”被判完城旦舂的刑徒，服本刑三年后，转服鬼薪白粲刑一年，再服隶臣妾刑一年，然后释放，合计刑期为五年；鬼薪白粲，服本刑三年后，转服隶臣妾刑一年，然后释放，合计刑期为四年；隶臣妾，服本刑二年后，转服司寇刑（男女同名）一年，然后释放，合计刑期为三年；作如司寇（男女同名，实际使用时简称司寇），服本刑二年后，释放[15]。从此，“隶臣妾”“城旦”等刑徒已然从秦时的实际奴隶身份真正变为服刑有期的刑徒了。[16]

二、徒刑的新发展

三国曹魏时期，徒刑又有新的发展，这主要是在劳役刑种类、年限的基础上，把“髡钳”作为劳役刑轻重的一种区分标准。按照是否有“髡钳”，劳役刑被分为髡刑、完刑和作刑。

髡钳之刑本是一种耻辱刑，古人认为：“身体发肤，受之父母，不敢毁伤，孝之始也。”在那时，头发毛须不是想剪就剪的，损害身体及鬓发胡须都属不孝行为。在秦代，与人打架，如果把对方的胡须眉毛拔光，甚至要判城旦刑，而国家强制剃除鬓发胡须显然是一种对罪犯的羞辱性处罚。髡刑就是这样一种耻辱刑，在某种意义上，它和墨、劓、刖、宫等一样，都属于损害人身体完整性的肉刑，所以《周礼·司官》将其与其他亏人身体的肉刑并列：“墨者使守门，劓者使守关，宫者使守内，刖者使守囿，髡者使守积。”据《曹瞒别传》记载：曹操在行军中曾颁布命令，士兵不能毁坏百姓庄稼，“犯麦者死”，于是士兵都很小心，路过麦田时都下马牵着马走。一次曹操骑的马受到惊吓跑到麦田，按照自己下达的命令，曹操应被处死。结果主簿以《春秋》经义为曹操开脱，说是“罚不加于尊”。但曹操却说：“制法而自犯之，何以率下？然孤为军帅，不可杀，请自刑。”于是拔剑割发以代刑[17]。虽然沈家本认为“割发抵髡，操之诈”，但割发本身的确是一种刑罚，在那个时代，曹操用法自刑，还是难能可贵的。髡刑还具有区分罪犯身份的作用，一般人是不会剃头的，但罪犯去发，所以身份一眼就能辨别，这也是为什么秦律有髡钳为城旦一说。“钳”是一种刑具，《汉书·楚元王传》颜注曰：“钳，以铁束颈也。”它是一种用一直铁棍穿进一近半环形很难弯曲的铁弓的刑具，可以束缚犯罪的脖颈。因此“髡钳为城旦”也就是带着刑具，剃去头发鬓须从事城旦苦役。与髡刑相近的是耐刑。《说文》曰：“耐，罪不至髡也。”耐与髡的区别在于，前者只去鬓、须，而不剃发，但后者不仅去鬓须，还要剃发。由于耐刑保持头发完好，因此也被后人称为“完”刑。但事实上，完既非“髡”，也非“耐”，所谓“完”是指“不加肉刑髡剃”，也即许慎《说文》说的：“完，全也”，罪人受墨、劓、刖、宫，身体有残缺，当属“不完”，髡耐两刑，身体毛发受损，在古人

观念中，身体亦有亏损，也是“不完”，因此完刑是不受墨、劓、刖、宫、髡、耐诸刑[18]。之所以有完刑的称呼，就是要与“不完”相区别，因此无论是“黥城旦”“髡钳城旦”“耐城旦”都是受徒刑而加“不完”之亏体之刑，而“完城旦”则仅是单纯的徒刑。

按照《魏律》规定：髡刑有四种，大致是沿用以前的城旦、鬼薪等名目及刑期，完刑有三种，分别是四年、三年和两年徒刑，作刑也有三种，分别是一年、半年、百日徒刑，徒刑共有十等之差。完刑和作刑都是不附髡钳的徒刑，只是前者为长徒刑，后者为短徒刑。两晋继承了曹魏的规定，但又稍有改动，据《唐六典·刑部》载，《晋律》规定：“髡刑有四：一曰髡钳，五岁刑，笞二百；二曰四岁刑；三曰三岁刑；四曰二岁刑。”劳役刑基本变成以时间长短为标准的刑罚，刑罚的科学性和可操作性得到很大提升。南北朝时期，这一趋势更为明显，劳役刑开始进入新五刑。《梁律》删去了髡钳之名，将耐罪分为四等，分别为五年、四年、三年、二年，另外在鞭刑之上还有“一岁刑、半岁刑、百日刑”三种劳役之刑[19]。北齐将“耐”列入五刑之第三等，刑期从五年到一年不等。《北魏律》将劳役刑称为“年刑”，因为此时劳役刑大多以年限长短作为轻重区分标准，年刑被列入五刑之中，分为五等，刑期从五年至一年，每等差一岁[20]。

劳役刑正式使用徒刑之名是在北周，《大律》规定：徒刑五，每等一年，从一年到五年共五等。徒刑位五刑（杖、鞭、徒、流、死）第三等，基本奠定了徒刑在五刑中的地位，这种格局为隋唐所沿用，直至清末。隋统一中国以后，定《开皇律》，正式确立封建五刑制度：笞、杖、徒、流、死。徒刑刑期较以往有所缩短，从一年到三年，每等仅差半年，这种规定为唐及后世所效仿。

需要注意的是，除隋唐以外，徒刑一般都要附加鞭刑、笞刑或杖刑。如晋朝的髡钳五岁刑要附加笞二百；北齐的耐刑一律加鞭一百，另外，除一年期耐刑不加笞刑外，其于四种耐刑还外加笞刑，从二十到八十，每等递增二十[21]；北周的徒刑也附加鞭笞：徒一年者鞭六十，笞十；徒二年者鞭七十，笞二十；徒三年者鞭八十，笞三十；徒四年者鞭九十，笞四十；徒五年者鞭一百，笞五十[22]。隋《开皇律》将此一罪数刑废止，徒刑不再附加鞭笞，但到宋朝此例又被恢复。宋初创折杖之法，徒刑之人可以不服劳役，决杖之后即可释放，徒一年者，决脊杖十三下放；徒一年半，决脊杖十五下放；徒二年，决脊杖十七下放；徒二

年半，决脊杖十八下放；徒三年，决脊杖二十下放。虽宋有刺配之法，但徒刑不需要刺面，役满自放。而流刑以决杖折抵之后，一般还需黥面之刑[23]。元、明、清三朝徒刑都必须附加杖刑，如元朝徒刑五等，分别杖六十七到一百零七，每等增加十下；明清两朝，附加杖数较元朝每等少七下，从六十到一百。

三、徒刑的意义

徒刑的出现，在刑罚的历史上有一个重要的功效，那就是不断催生着自由刑这种现代意义的刑种。正是自秦汉以来的劳役刑的不断发展，才为清末刑法改制建立以自由刑为中心的刑名体系铺设了基石。古代的徒刑虽然不同于现代意义剥夺自由的监禁刑（徒刑），但它在强迫罪犯劳役的同时，毕竟含有剥夺自由的成分，因此在自由价值萌发的清末，徒刑也就为嫁接西方刑罚理念提供了土壤。但是，必须注意的是，现代意义的徒刑是自由刑，它是随着自由价值的高涨才应运而生的，而在自由价值基本被忽视的中国古代，强调劳役的徒刑显然与现代的徒刑有着天壤之别，相同的名字所承载的却是完全不同的精神。

[1]参见《广雅·释诂》。

[2]参见《公羊·昭八年传》。

[3]参见前文反反复复的肉刑兴废。

[4]参见《汉书·刑法志》。

[5]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第350—351页。

[6]髡钳是一种耻辱刑，具体参见后文相关论述。

[7]参见《汉书·外戚传》。

[8]《秦律杂抄》："有为故秦人出，削籍，上造以上为鬼薪，公士以下刑为城旦。"秦律中不同爵位的人享有不同的特权，上造爵位高于公士，因此在犯了同样的罪时，上造所受惩罚要轻。由此可知，鬼薪轻于城旦。

[9]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社2003年版，第305—306页。

[10]可能在汉时，女子亦可判鬼薪，这与秦朝有所不同。参见沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第304页。

[11]《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社，1978年，参见《仓律》"隶臣妾"的解释。粼，疑读为龄。丁龄即丁年。

[12]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第308页。

[13]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第313页。

[14]于振波：《秦汉法律与社会》，湖南人民出版社，2000年，第145页。

[15]张建国：《西汉刑制改革新探》，《历史研究》，1996年第6期。

[16]徐鸿修《从古代罪人收孥制的变迁看隶臣妾、城旦舂的身份》，《文史哲》，1984年第5期。

[17]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第310页。

[18]参见韩树峰：《秦汉律令中的"完"刑》，《中国史研究》，2003年第4期。

[19]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第33页。

[20]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第356页。

[21]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第42页。

[22]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第40页。

[23]参见前文刺配法。

第五章
生离死别的流放

黯然销魂者，唯别而已。

在交通极不发达的古代，远离故土，一去不返，这无异于一种莫大的痛苦。小草恋山，野人怀土，对于乡土观念极重的古人，强迫他们到一个语言不通，风俗相异的地方长久居住，甚至终生不允许他们返回旧土，这种所谓流放的刑罚较之死亡甚至有过之而无不及。

流放是中国古代五种主刑之一，所谓笞、杖、徒、流、死。流放在五刑中仅次于死刑。它在刑罚体系中有点类似于我们今天的无期徒刑，处于死刑与有期徒刑之间，有限制死刑滥用的功能。

流刑在中国一直保留到20世纪，这一事实本身也反映出中国社会宗族观念的强大。在中国，人们普遍存在祖宗崇拜的泛宗教意识形态，安土重迁，不愿远离故乡，不愿与自己所属的宗族共同体分离，就算死亡，遗体也应运往故乡，与先世祖宗共葬一地。这种观念直到今天仍然为很多国人所坚信。因此，不难想象，流刑对人宗族依附价值的剥夺所造成的巨大痛苦。

一、先秦的流放故事

流放在我国起源很早，据传原始社会末期尧舜时即有流放之刑。当时这种刑罚主要是针对氏族内部不听话的成员所实施的一种惩戒。《尚书·尧典》中有“流宥五刑”的记载。有人把它解释为：“宥，宽也，以流放之法宽五刑”。用今天的话来说，就是对本族成员犯罪本应处以墨、劓、刖、宫、大辟之刑等酷刑，但为宽大起见，改用流放作为宽宥。

但事实上，在生产力极为低下的原始社会，人的生存环境非常艰难，每个人必须依靠集体的力量才能生存，将人逐出氏族事实上可能和杀了他差不多。此外，和任何刑罚一样，流放也是镇压异己，政治斗争有力武器。在当时，流刑曾广泛应用于部落联盟内的某些斗争失败的氏族首领。

如尧舜时期著名的“四凶”案件。四凶者，共工、讙兜、三苗和鲧，皆为华夏部落首领，四人及其部落都被流放。《山海经》说共工曾与颛顼争帝，没有成功，于是怒触不周山，搞得天柱折，地维绝，弄得是天倾西北，日月星辰移转方向，东南地面出现了大窟窿，一时洪水滔天。可能是当时势力太大，颛顼帝倒也没怎么惩罚共工。可是到了颛顼侄孙尧帝之时，共工势力衰微，于是被打入“四凶”之首，流放幽州，用来改变北方少数民族（北狄）的习俗。这可谓是一箭双雕吧，既惩罚了政敌，又废物利用让其作为防御北狄的第一道防线。讙兜可能与共工关系不错。相传，尧年老的时候，在部落联盟会议上提出后继人问题，讙兜推荐共工，尧当然没有同意。后来舜在协助尧理政时，就把讙兜打入“四凶”之中，流放到了崇山，用以改变南方少数民族（南蛮）的习俗。另两位“四凶”成员就是三苗和治水失败的鲧了。前者被流放到三危，以改变西边少数民族（西戎）的习俗，后者被流放到羽山，用以改变东边少数民族（东夷）的习俗[1]。其中最冤的可能是鲧了。鲧是颛顼帝之子，大禹之父。鲧治水九年，殚精竭虑，勤奋忘我，无论在工程上还是精神上，都建造了比较良好的基础，如果没有鲧打下的治水基础，他儿子禹能否顺利完成治水任务可能就很难说了。所以屈原曾为鲧叫过屈，但有意思的是，屈原后来也被楚王流放。历史上“忠而被逐，情何

以堪”的悲剧曾反复上演。

进入奴隶社会以后，虽然当时的刑罚体系以肉刑和死刑为主，但是流放之刑也有使用，但其主要还是一种政治斗争的工具，并非通常之刑。夏商周三代均有流放的记载，如商朝太甲帝由于不遵祖宗之法，统治暴虐，于是被辅政大臣伊尹流放商汤所葬之处桐宫。当然太甲的运气不错，伊尹并不想取而代之，让太甲流放桐宫，只是让他闭门思过。三年以后，太甲重归善道，伊尹又将政权返还太甲[2]。

春秋战国时期也有流放刑萌芽，其中为国人耳熟能详的莫过于上文提到的屈原了。屈原名平字原，为实现楚国的统一大业，曾辅佐怀王变法图强，坚决主张联合六国共同抵抗秦国。无奈木秀于林，风必摧之。变法伊始，屈原就遭到以怀王庶子子兰为首的楚国贵族集团的仇恨和排挤，他们在楚怀王面前造谣中伤，怀王误信谗言把屈原降职为“三闾大夫”。屈原虽被降职，但仍关心楚国命运。当秦国为了破坏六国联盟，派特使张仪来楚国游说时，屈原冒死进宫劝说怀王不要上当，但怀王却将屈原放逐到汉北，也就是今天的湖北、河南交界一带。待到楚怀王觉察受骗，才想起重新起用屈原。可是，时隔不久，当秦邀请怀王到秦地武关（今陕西商南县西北）会见秦昭王，对于这明显的鸿门之宴，怀王却听信子兰的怂恿亲去武关，对屈原的苦苦哀劝无动于衷，最后咎由自取，一入关即被秦兵生擒，最后客死秦地。可悲的是，怀王之子顷襄王即位后居然让罪魁祸首的子兰担任最高官职令尹，屈原的下场也就可想而知。子兰为打击政敌屈原，在顷襄王面前不断造谣，顷襄王一气之下把屈原赶出朝廷，流放到鄂渚（今湖北武昌县境内），继而更加远逐到溆浦（今湖南中西部）。

“国家不幸诗家幸，赋到沧桑句便工”，正是这种无比悲怆的国恨家仇成就了屈原不朽的文学奇葩。屈原所流放的地方在当时可谓人迹罕至，荒凉异常。屈原的《涉江》对此有过记载：“入溆浦余儃佪兮，迷不知吾所如。深林杳以冥冥兮，乃猿狖之所居。山峻高以蔽日兮，下幽晦以多雨。霰雪纷其无垠兮，云霏霏而承宇。”恶劣的自然环境，悲苦的境遇让屈原这位昔日的贵族“颜色憔悴，形容枯槁”。但更让他难以忍受的是精神上的无比折磨，“信而见疑，忠而被谤，能无怨乎？”虽然屈原“亦余心之所善兮，虽九死其犹未悔”，仍希望有朝一日报效国家，虽“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”！但当国破家亡之际，屈原感伤自己报国无门，在政治理想完全破灭之时，作《怀沙》之赋，抱石沉江

以身殉国，享年63岁。

其时为顷襄王二十一年（前278）夏历五月初五日，后来这一天成了端午节，人们希望用这个节日永远纪念伟大诗人的不朽灵魂。屈原死后不久，楚为秦所灭[3]。但是屈原这位悲剧英雄却永远为世人所铭记，并成为民族精神的象征。

1300多年后，时年22岁的青年才俊苏轼感伤屈原之事，遂作《屈原庙赋》愤然高呼：“自子之逝今千载兮，世愈狭而难存。贤者畏机而改度兮，随俗变化斫方以为圆。”苏轼认为，屈原为士人的万世楷模；但屈原之后大多数士人却成圆滑庸碌的奸诈小人，这是为什么？他指出，罪恶的根源不在士人，而在朝廷。不幸的是，正如屈原哀悼鲧之受罚不公一样，苏轼后来也因政敌攻击，因言获罪，流放黄州。为什么历史老是周而复始！

这里要提醒大家的是，虽然秦朝之前已有流放的萌芽，但它和后世作为五刑之一且仅次于死刑的流刑并不相同。

上古的流放，罪犯或政敌要被驱逐出国门。这就是《礼记·大学》所说的“唯仁人放流之，迸诸四夷，不与同中国。”对于那些犯了错误的人，仁德的君王会将他们流放，不让他在中国居住，让他与蛮夷为伍。想想看，那时的国家概念是宇宙之国，宇宙最中央才配称中国。将你驱逐出中国，与野蛮人生活在一起，这种惩罚可够重的。所以，《庄子·徐无鬼》说：“子不闻夫越之流人乎？去国数日，见其所知而喜；去国旬月，见所尝见于国中者喜；及期年也，见似人者而喜矣；不亦去人滋久，思人滋深乎？”离开中国数日，见到自己的熟人就开心；离开中国数月，见到以前在中国见的东西，就高兴；离开中国数年，见到长得像人的东西就狂喜。总之，那时和现在不一样，出国绝对不是一件好事。

但是后世的流放则是将犯罪者放逐到本国控制范围内的边远地区，而非国门之外，犯罪者还在中国境内，当然流放的地点肯定好不了，通常是极远而无人烟的地方。另外，先秦的流放刑罚主要针对政敌，但是使用并不普遍，尤其是春秋、战国之际，多国并立，楚材晋用，各国非常注重人才，“此处不留爷，自有留爷处”，如果将一能人“流放”出境，不但起不到惩戒的作用，而且等于把人才推向敌国，有百害而无一利，所谓“入楚楚重，出齐齐轻，为赵赵完，叛魏魏伤”。而后世的流放则比

较普遍，这主要是天下一统，普天之下，莫非王土，率土之滨，莫非王臣。

二、流刑的萌芽——迁徙刑

进入秦汉，流放又得到进一步发展。秦始皇在前代流放刑的基础上制定了迁徙刑。《睡虎地秦墓竹简·法律问答》记载了几个关于适用迁徙刑的案例。其一是某盗贼窃取“不盈二百二十以下到一钱，迁之”，小偷偷了不满220钱，就可以被判处迁徙刑。其二是：“啬夫不以官为事，以奸为事，论可（何）也？当（迁）之”，国家的官员不好好干活，徇私舞弊、玩忽职守也可以判迁徙之刑。《睡虎地秦墓竹简·封诊式》还有一个关于不孝的案件：有个因为犯罪被剥夺官爵的人甲（士伍）因为儿子不孝顺，请求官府将其子断足，然后流放到蜀郡边远县份，并叫他终生不得离开流放地点，官府答应了该士伍的请求。该案可算是开对不孝加以治罪的先河。在此后许多朝代，子孙如果不孝，只要不服教诲且有触犯情节，父母都可请求官府将其流放，这些忤逆不孝的子孙常由内地发配到云、贵两省，而且一般不许赦免，除非遇到特旨恩赦，并经父母等亲属同意，才有释放的可能，重返故里。[4]

此外，在秦朝，对于统治有危险性的人物除了斩杀，另一种有效的方法就是将其迁徙到边远地区。当时最著名的被判迁徙的“反革命集团”与长信侯嫪毐有关。相传嫪毐与秦太后有私情，被封为长信侯威权日盛，并与太后私下密谋，拟俟嬴政死后，即将两人的私生子立为嗣王，后来此事被发现。据《史记·秦始皇本纪》记载：始皇九年（前238）长信侯嫪毐作乱而觉，后兵败被抓，嬴政将其以及主要党羽五马分尸，车裂而死，并灭其族。嫪毐的门客，有些罪轻的被判三年劳役（鬼薪），还有些被剥夺爵位并被流放到了蜀地，“及夺爵迁蜀四千余家”。相传是始皇生父的文信侯吕不韦也因嫪毐案被牵连，被罢去相国之职，后被迁往蜀地，于是成就了《吕氏春秋》这部伟大作品的诞生，所谓“不韦迁蜀，世传吕览”，这也算是“艰难困苦，玉汝于成”的一个注脚吧。由于当时的四川过于荒凉偏僻，加上年纪大了，又被亲子驱逐，吕不韦难免急火攻心，两年以后就撒手西去。

吕不韦死后，他的门客偷偷地将他葬了。嬴政得知此事后下令：门客中有临丧哀哭的，如果是三晋地区的人，要被驱逐出境，离开秦国；

如果是秦国人且俸禄在六百石以上的，就要削夺官爵并处迁徙刑；俸禄在五百石以下而没有临丧哭吊的，也要迁徙，但可保留官籍。嬴政为什么对吕不韦如此仇恨，不知是否与其身世有关，也许正是因为害怕自己的秘密为人所知，所以急于与吕不韦划清界限，以示自己血统清白。据说当时嬴政曾咬牙切齿地指出“自今以来，操国事不道如嫪毐、不韦者，籍其门，视此。”至于嬴政生母秦太后，最初也被流放雍城，但后来被人劝说，“秦方以天下为事，而大王有迁母太后之意，恐诸侯闻之，由此倍秦也。”嬴政从政治角度考虑，害怕其他诸侯会因此说三道四，背叛秦国，影响统一大业，于是将母亲接回咸阳，复居甘泉宫[5]。

上述事例说明，迁徙刑在秦代已经成为相对独立的刑种，但它仍与后世作为主刑之一的流刑有一定区别。首先，从《睡虎地秦墓竹简》的记载来看，秦代迁徙刑的适用对象大都属于对轻罪的处罚，如盗窃。其次，秦代迁徙刑的目的及量刑标准并不十分明确，在很大程度上具有移民的性质，因而迁徙地往往是选择国家最需要开发的地区，如四川。

两汉时期，大一统国家的政治局面逐渐趋于稳定，迁徙刑也进一步发育成熟，但它仍然是一种权宜之策，并未纳入正式的刑罚体系。这一时期凡因罪被流放到边远地区的称“徙边”或“流徙”。与秦代相比，此期的流放刑的位置逐渐接近后世的流刑，即已渐次升级为死刑之下的“减死罪一等”，广泛适用于上层官吏及其家属。据《汉书》西汉元、成二帝以后“减死罪一等”屡见史载，如元帝京房、张博案。该案是中国古代非常著名的因官员泄密而被处刑的案件，当然它更多的还是带有政治斗争的特点。

京房是当时的大学者，其主要研究方向为《易经》，一时名满天下，淮阳王的舅父张博对他非常仰慕，于是跟随他学习《易经》，并把女儿许配给京房。京房每次朝见，回家之后，都把跟元帝之间问答的话告诉张博。后被政敌石显得知此事，于是指控京房泄漏朝廷机密（术语叫“漏泄省中语”）跟张博通谋，诽谤治国措施。于是京房跟张博同时下狱，绑赴街市斩首，两人的妻子因为“减死罪一等”而放逐到边塞[6]。

到了东汉时期，封建统治者本着“以全人命”[7]的原则将“减死罪一等”运用于一般的死囚特赦，东汉后期又将迁徙与劳役刑结合起来执行，如东汉桓帝时马融、灵帝时蔡邕及其家属等皆受此刑，这些都表明了迁徙刑向仅次于死刑的重刑过渡。

马融是东汉时期的著名学者和教育家。和今天的很多学者一样，出仕之心太重，涉足官场这趟浑水，却不谙为官之道，得罪了大将军梁冀，梁冀诬陷马融贪污，马融遂被免官并流放朔方，当然他后来得到赦免，还升了官，享年88岁。

另一位遭殃的学者蔡邕，相比马融，运气就差多了。蔡邕是东汉后期著名的文学家和书法家，蔡文姬这位中国历史上少有的奇女子就是他的女儿。蔡邕在灵帝时官拜郎中，负责校勘书籍，却因弹劾宦官而被流放，地点和马融一样，也是朔方。献帝时董卓强迫他出仕为侍御史，官左中郎将。董卓被诛后，蔡邕为王允所捕，死于狱中。

需要注意的是，虽然汉代的迁徙刑时有适用，但它更多的还是保留着《尚书·舜典》中“流宥五刑”的代刑痕迹，它并未列入国家法定的常用刑，常常是依据皇帝的敕令变通适用，因此它还是一种临时性、例外性的措施，并非作为五刑之一的流刑。

三、流刑的形成

流刑正式进入法典是在北朝时期，北朝诸代统治者总结了迁徙刑施用七百余年的经验，将“赦死从流”确定为量刑原则，流刑制度正式形成，成为封建五刑介于死刑和徒刑之间的常刑。这在中国刑罚史上具有里程碑的意义，它标志着肉刑被彻底抛弃，表明刑罚从重到轻的进化规律，也体现了人类从野蛮逐渐走向文明。

为什么流刑制度正式实施于北朝，这里有什么深层次的原因吗？

这就不得不从汉文帝废除肉刑说起。公元前167年汉文帝刘恒废除了在中国历史上延续两千多年的肉刑。这一改革无疑其有划时代的意义，使得奴隶制旧五刑向封建制新五刑进化，标志着刑罚从野蛮逐渐向文明迈进。但是，在改革之初却出现了一些事与愿违的情况。在某种程度上，废除肉刑不仅没有降低刑罚的残忍性，反而使得其残忍性有所加大。

文帝除肉刑的具体内容是：以髡钳城旦舂（重劳役刑）代替黥刑，以笞三百代替劓刑，以笞五百代替斩左趾，以弃市代替斩右趾。然而这种改革存在两个重大的弊病：

其一是废除肉刑后，斩右趾者弃市，生刑入死刑，这显然是徒有轻刑之名，而有重刑之实（外有轻刑之名，内实杀人）。事实上，文帝以笞三百、笞五百分别代替劓刑、斩左趾本是仁慈之举，但在实际执行中又因笞刑数太多，笞刑部位为人体背部要害，而使许多罪不当死者也被打死。一时出现受刑人“率多死”的局面[8]。笞刑于是成为名副其实的死刑。

其二是在徒刑与死刑之间没有过度的中间刑，导致不同刑种之间轻重失衡、罪刑失当。作为一种刑罚体系，它必须由轻重不同的刑罚方法组成一个层次鲜明的有机体，各种刑罚应当具有良好的衔接性。旧五刑虽以肉刑为主，过于残酷，但是生、死刑之间还是能够做到轻重衔接

的。如今肉刑被废除，又缺乏衔接死刑的中间刑，经常会出现轻重失衡的局面，“死刑既重，生刑又轻”的现象屡有发生。面对这种现象，在缺乏限制国家刑罚权法治思想的古代，司法官员也就习惯于“从重、从快”了，结果那些本来不该处死的人都被“严打”了，滥杀、多杀的不良后果也就不可避免，“一时所杀岁以万计”[9]。

针对废除肉刑出现的弊端，汉末魏晋时期围绕肉刑的存废问题有过旷日持久的争论[10]。但是肉刑终究没有在魏晋之际恢复，究其原委，可能是肉刑的名声太不好听了，魏晋的最高统治者都不愿意背上残暴的名声。虽然一些统治者认为恢复肉刑有一定必要性，但一遇到反对意见，最高统治者也不得不斟酌再三，恢复肉刑也就始终是一个建议，而没有成为现实。在肉刑存废之争中，王朗可谓是坚定的反对者，他认为可以劳役刑作为中刑代替肉刑。这种建议为北朝统治者所借鉴，他们正是基于王朗的这一设想，在前代经验上，提出“赦死从流”这一创造性的思想。流刑终于成为正式刑种，刑制轻重不当的问题也就迎刃而解，肉刑基本上被扔进历史的垃圾桶，刑罚向着文明迈进了一大步。

北朝流刑制度对后世的刑罚体系产生了深远的影响，并奠定了后世五刑制度的基础。具体而言，北朝的流刑制度有如下特点：

第一，流刑被正式列为五刑之一，位列死刑和徒刑之间，是仅次于死刑的重刑。而在先前，虽然秦汉已有迁徙刑，但它并未成为法典中的正刑，它主要是针对判死罪人员的恩赦，只是一种“减死罪一等”的临时变通的措施，并不属于正式的刑种。据《魏书·刑罚志》记载，北魏的法定刑有五种，即死、流、徒、鞭、杖。流刑为死刑之下、徒刑之上的固定刑种。北齐、北周和北魏大致相似，北齐刑制为：死、流、刑（徒）、鞭、杖，北周亦为杖、鞭、徒、流、死五等[11]。这显然和隋唐等后世的新五刑基本相似。流刑作为生死之间的中间刑的地位为法律所确定，这也就解决了肉刑废除后刑罚体系的轻重悬殊导致的弊端。

第二，流刑的目的是惩戒与戍边并重，将流人徙边为兵是当时普遍的一种形式。其实在秦汉时期，迁徙刑就已经具备这一目的。秦二世时大赦“徙”者从军抗击陈涉义军，显然就是将罪人充军以抗强敌。西汉时也经常让罪民西征西域匈奴，如汉代的“屯戍法”，就是将罪人发配边疆，从事农业生产，供应军需，同时本人又作为兵士，抵御匈奴。所以沈家本说：“徙民实边之策实创于错（指晁错），不独汉代行之有效，

乃千古至计也……”[12]由于南北朝时期，军阀割据，连年混战，兵源紧张是一个普遍现象，这就不得不重视罪人这一庞大群体的人力资源了。

对于这个问题，北魏高宗与其臣僚曾有过一段精彩的对话。陇西王源贺曾上书高宗：“臣闻人之所宝，莫宝于生命；德之厚者，莫厚于宥死。然犯死之罪，难以尽恕，权其轻重，有可矜恤。今就寇游魂于北，狡贼负险于南，其在疆场，尤须防戍。臣愚以为非大逆、赤手杀人之罪，其坐赃及盗与过误之愆应入死者，皆可原命，谪守边境。是则已断之体，更受全生之恩；徭役之家，渐蒙休息之惠。刑措之化，庶几在兹。《虞书》曰：‘流宥五刑’，此其义也。……高宗纳之。已后入死者，皆恕死徙边。久之，高宗谓群臣曰：‘源贺劝朕宥诸死刑，徙充北番。诸戍自尔至，今一岁所活殊为不少，生济之理既多，边戍之兵有益’。”这一段对话的意思再明显不过了，既然边防压力如此之大，兵源又如此紧张，那为什么不将一部分死刑犯“废物利用”，这既可以换一个君上仁慈的好名声，让犯人感激涕零，拼死效力，同时又可以解决兵力问题，还可以开发西北边区，促进社会经济发展，从而达到“奸邪可息，边陲足备”之目的。一箭三雕之策，何乐不为。然而，如果想想流放戍边之人所处的地点“春风不度”，如此萧瑟荒凉，以及流人遥望故土，今生今世却无法返回的内心悲苦，并且随时遭遇战争，生死悬于一线，那这种刑罚其实也就不那么仁慈了。说穿了，统治者从来就没有把百姓当成人，更何况罪人，百姓的生命不过是实现统治目的的工具，只不过有时披着所谓仁慈的外衣。

四、流刑的光大

将流刑制度发扬光大的是唐朝，这也是中华民族最辉煌的一段时期，它所建立的法律制度也成为中华法系的精髓，这一时期的流刑制度基本成为后世流刑的典范。唐律将流刑定为三等，分别是二千里、二千五百里、三千里，称为三流，以距家乡的远近来确定刑罚的轻重，三流都要强制服劳役一年。此外，又创立了加役流作为部分死刑的替代刑。在唐高祖执政期间，一度被废的肉刑曾有过抬头，武德年间死刑中的一些内容被改为断右趾，但是“断趾”这种残酷肉刑一经恢复就受到人们的责难，因此素有仁爱之风的唐太宗在即位之初就将断趾法废除，“改为加役流”，即“流三千里，役三年。”显然，这种加役流是死刑犯的一种特赦之刑，属于特殊流刑，在五刑体系之外，因为犯人不仅流三千里，而且在一般流刑强制服劳役一年的基础上再加二年。在唐太宗之后，肉刑制度就基本没有在正式的五刑制度中出现。

为了限制死刑的适用，体现儒家“明德慎罚”“恤刑慎杀”“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”的思想，唐代的流刑被广泛适用，以往可被判处死刑的许多犯罪都降为流刑，所谓君王“不忍刑杀”故得以“宥以于远也”。唐代有相当一部分流刑是由死刑改判的。如玄宗朝曾多次下诏，要求“降天下死罪从流”，“制天下死罪降从流”。

又如，太和元年，兴平县有一人名叫上官兴，酒醉杀人后逃跑，于是官府将其父亲关进大牢，上官兴闻讯，为救父亲，自首请罪。有关方面考虑其“自首免父之囚”的行为，奏议“减死配流”，文宗皇帝大笔一挥，下诏“免死，决杖八十，配流灵州”。另外，唐律还有“议贵”的规定，官吏除图谋不轨，叛逆谋反外，也多可改死为流。如唐太宗贞观十六年（642），广州都督党仁弘收受贿赂达百余万之多，律应当处死。太宗哀其年老且有功，宥党仁弘，贬其放庶人，流放于钦州。宪宗元和十四年（819），盐铁福建院官权长孺受贿，起初被判处死刑立即执行，但权长孺的母亲刘氏向皇帝求情，宪宗悯其母耄年于是将权长孺流放康州。

由于流刑毕竟是一种介于死刑和徒刑的中间刑，带有限制死刑的特点，有重罪轻判之意，但是为了和徒刑拉开差距，体现流刑的严厉性，因此在执行过程中往往要先行杖罚。这个口子一开，流刑限制死刑的作用在实际上就大打折扣，因为棍棒之下冤鬼太多，因此后来统治者适当减少了杖罚的适用。《唐会要》卷40《君上慎恤》云：“总章二年五月十一日，上以常法外先决杖一百，各致殒毙。乃下诏曰‘别令于律外决杖一百者，前后总五十九条，决杖既多，或至于死。其五十九条内……今后量留一十二条，自余四十七条并宜停。’”流刑附加杖罚的范围有所缩小。但到唐后期，由于统治权处于风雨飘摇之际，流罪附加决杖的范围又有所扩大，特别是在新颁布的格后敕，也就是所谓的特别法中经常看到决杖后流的规定。其实这也是封建统治者惯用的把戏，治乱世用重典，在对统治能力极度不自信之时，往往会大举突破法律规定，法外施刑。

需要注意的是，决杖后流虽然是唐朝的通例，但是对于某些特殊人群，杖罚则是对这些人的宽大处分，因为杖罚之后，流刑就不再适用。在交通非常不便的古代，打一顿总比被赶到荒凉贫瘠的蛮夷之地要强得多，因此以杖代罚也就应运而生。如《唐律·名律》规定：诸工、杂户及太常音人者，犯流者，二千里决杖一百，一等加三十，留住，俱役三年……其妇人犯留者，亦留住。《唐律疏义》对此解释道：此等不同百姓……故犯流者不同常人例配，合流二千里者，决杖一百，二千五百里者，决杖一百三十；三千里者，决杖一百六十；俱留住，役三年……妇人之法，例不独流，故犯流不配，决杖，留住，居作。诸工、杂户属于为统治者服务的技术人员，而太常音人则是直接为皇帝服务的太监，对于这些人当然与一般百姓不同，可以特殊照顾。至于这些人的女眷，由于性别原因，加上负有照顾这些专业人士的义务，为了让她们的丈夫或男性亲人更好地为统治阶层服务，因此也就可以一并宽大了。总之，刑罚适用的不平等都是服务于统治者的需要，这在古代中国实在是太稀松平常的事情了。

流刑毕竟是重于徒刑的一种重刑，因此其残酷性也是不言而喻的。唐朝的流刑虽然有流二千里、二千五百里、三千里这三流的区别，但是在实际执行中并不一定按照规定的里程发配，其选择的地点通常是发配到地远天荒，贫瘠落后的边远地区，如岭南、安南、黔中、剑南等地。而流人最集中的流放之地则是岭南道。岭南最北部距京城3700多里，最南部的灌州（今越南荣市）距京城6700多里，远远超出三流的最高限

制。

在当时交通如此恶劣的情况下，犯人带着沉重的枷锁长途跋涉，其痛苦可想而知，大诗人李白就曾被流放黔中夜郎，途经三峡写就《上三峡》，曰“巴山夹青天，巴水流若兹。巴水忽可尽，青天无到时。三朝上黄牛，三暮行太迟。三朝又三暮，不觉鬓成丝。”三峡中有一座黄牛山，由于水流曲折加上逆水行舟速度迟缓，因此一连三天都未曾远离黄牛山，山峦始终在视线之内。行路之苦，可见一斑，流人在无限痛苦的行程中心情滞重也就可想而知了，真是所谓“青天无到时”。当然，李白的运气还是不错的，船至白帝城时忽然得到被赦免的消息，心境豁然之际也就有了“朝辞白帝彩云间，千里江陵一日还。两岸猿声啼不住，轻舟已过万重山”的传世名篇。

只不过大多数受刑之人就没有太白的运气了，在他们看来，岭南简直就是鬼门之关。唐代诗人杨炎的《流崖洲至鬼门关作》称：“一去一万里，千之千不还，崖洲在何处？生度鬼门关。”不知今天的人们到了崖洲（今三亚）这所谓的天涯海角，在感叹大好河山如此多娇之时，是否能够体会古代流人的心酸。在当时，岭南是怎样一个地方啊！荒冷偏僻，瘴厉横行，习俗迥异。很多流人都是在长途跋涉中一命呜呼，即使幸运地赶到流放地，也很难逃过疟疾肆虐、水土不服的厄运。因此，就连为流人送行之人也相信，他的朋友永远也不可能回到故土，此去就是永别。唐代诗人王建的《送流人》一诗道出个中悲苦：“见说长沙去，无亲亦共愁。阴云鬼门夜，寒雨瘴江秋。水国山魈引，蛮乡洞主留。渐看归处远，垂白住炎州。”

五、折杖法和刺配法

宋朝的流刑制度延续了唐朝的规定，但是它也有一些明显的变化，这主要是折杖法和刺配法的创设。首先看折杖法，这其实是五刑中各个主刑的转换方法，用杖刑作为标准来代替其他主刑。折杖刑的灵感可能来源于唐朝对于流刑犯人所实施的决杖后流以及部分特殊人士杖而不流的制度，鉴于杖刑与流刑以及其他主刑的可替代性，建隆四年（963），宋太祖赵匡胤下诏创立折杖法，将五刑中的笞、杖、徒、流四种刑罚折成相应的臀杖或脊杖，使“流罪得免远徙，徒罪得免役年，笞杖得减决数”。以改变唐末五代刑罚过于苛重，刑罚种类纷繁芜杂的混乱局面。折杖法作为代用刑，以附敕列于《宋刑统·名例律·五刑门》中，相当于今天的从属于刑法典的附则。原有的流刑，用脊杖、臀杖完后分为两种情况处理：加役流决脊杖二十，配役三年，流三千里至二千里，分别决脊杖二十、十八、十七，配役一年，都不再远流。折杖法是一种“折减”性质的刑制。但其适用范围有限，死刑及反逆、强盗等重罪不适用此法。在一定程度上，折杖法起到“损除烦苛”“新天下耳目”的作用，对轻罪犯人明显有利，也有利于缓和宋初的社会矛盾，体现了刑罚轻缓化的发展趋势。但是，从宋朝刑罚制度的整体发展来看，折杖法并未改变其不断加重的总趋势。

如果说折杖法是一种对犯人从宽发落的制度，那么刺配法则正好相反。刺配法首创于五代的后晋，是对流配犯人附加黥面的做法，它是肉刑之一黥刑的复活。唯一不同的是，黥刑是旧五刑中的一种主刑，而刺配主要是五刑中流刑的附加刑。

宋代刺配刑罚适用很广。宋真宗时关于刺配的法律规定有四十六条，仁宗庆历时有一百七十多条，到南宋孝宗时，刺配法多达五百七十条。《宋史·刑法志》中说：“配法既多，犯者日众，刺配之人，所至充斥。”宋律规定，流、徒、杖刑都可以同时黥刺，但对于流刑一定要附加黥刑。黥刺的方法多种多样。初犯刺于耳后，再犯、三犯刺于面部。流刑，徒刑犯刺方形，杖刑犯刺圆形，直径不过五分，也有刺字的，强盗犯、窃盗犯在额上刺“盗”“劫”等字样，在脸上还往往刺有发配的地

点，一般为“刺配某州牢城”字样。在《水浒传》中，宋江、林冲、武松等人脸上都有“金印”——刺字。因此，武松醉打蒋门神，先要用一块膏药贴住脸上的金印，以防他人识其身份。事实上，当时有些流人为了避免囚犯的身份泄露，都采用“艾炙”或“药取”的方法消除刺字。

起初，刺配不分尊卑贵贱，凡犯必刺。宋神宗熙宁二年（1069），知金州张仲宣坐枉法赃，按例当死，法官从轻发落杖脊后流放海岛。大臣苏颂以“刑不上大夫”为张仲宣说情，认为张乃五品官员，有罪处死还应乘车就刑。如果在脸上刺字，虽不为过，但有损朝廷命官的尊严。神宗皇帝批准了苏颂的奏请。从此以后，凡是宋代命官，犯罪者一律不加杖刑、刺面。这也是为什么苏轼在流放岭南之时，还有心思吃荔枝，并作诗自慰：日啖荔枝三百颗，不妨长做岭南人。如果苏轼被黥面发配，估计就没有这种雅兴了。

到北宋后期，刺配之刑被广泛适用，可能是刺配之人太多，刑罚的打击效果大打折扣，有些人对刺字不以为然，于是造成了民间文身艺术的发展。有些军人或勇武之人也在脸上或身上刺字，以示志向，如为人熟知的岳母刺字与抗金的“八字军”。还有些人在身上刺上各种花纹，甚至诗词图画，甚至还成立了文身爱好者团体“锦体社”，而专门为人文身的工匠“针笔匠”也应运而生。赶上节日狂欢之时，浑身刺满各种花纹的妓女也上街载歌载舞，露出从臀到足刺满花纹的“花腿”，招摇过市。不知刺配法的发明者面对这种揶揄会作何感想？

宋朝的刺配法对后世有重大影响，元明清均沿袭未改直至清末才被废除。刺配法加大了流刑的残酷性。宋代却对流犯实施了“既杖其脊，又配其身，且黥其面，是一人之身一事之犯而兼受三刑”。流刑在执行过程中，不仅要适用主刑流刑，往往附加脊杖、黥面的惩罚。

刺配法的兴起正是以往肉刑存废争论的延续，这个争论是中国刑罚发展的一个基本矛盾，也是“乱世用重典”这一中国封建法律文化的直接写照。流刑具有降死一等的地位，是对犯人的宽宥，但是如何合理地拉开死刑与生刑之间的距离，实现流刑在生死之间的中刑地位是历代统治者思考的关键。

在唐朝，由于政治、经济、文化的充分发展，统治者对自己的执政能力高度自信，尤其是唐初鉴于隋因暴政而亡的历史背景，以唐太宗为

首的统治集团在立法指导思想上始终强调“用法务在宽简”“刑罚所及，则思无以怒而滥刑”（魏征《谏太宗十思疏》）的慎刑思想。因此包括流刑在内的刑罚与任何朝代相比，都是相对轻缓的。流刑只是远流数千里、居作若干年。在某种意义上，它比那些身带枷具而又必须在官吏监督下进行无偿劳动的徒刑犯更为宽宥。

尤其是随着社会生产力的发展、交通条件的改善、人口流动的频繁，人们对乡土的依恋程度大不如前，在这个背景下，流刑存在的根基有所动摇。正如宋大臣曾布所言“近世之民，轻去乡井，转徙四方，固不为患，而居作一年，即听附籍，比于古亦轻矣”[13]。更为重要的是，宋朝是一个奇怪的朝代，它虽经济高度繁荣，但国力始终衰弱，国土面积较之唐代亦大打折扣。“承五季之乱”建立起来的北宋王朝不仅先天不足，而且后天也严重失调。王朝面临的矛盾较之唐朝要多出太多。

北宋王朝成立之初，不仅要集中力量消灭各地的割据势力，还要对付边境少数民族政权的侵扰，饶是开国两位皇帝（宋太祖赵匡胤、宋太宗赵匡义两兄弟）英明神武，将前一个问题基本解决，但后面这个祸患终宋两朝都未能搞定，到后来竟酿成靖康之耻两位皇帝被金国掳走的千秋笑柄；另一方面，建国之后，宋朝的财政问题始终没有解决，冗员充塞，国库空虚，揭竿起义此起彼伏，北宋之初就有王小波起义，到了后期方腊、宋江等造反运动更是将北宋朝廷弄得疲惫不堪。在这个背景下，幻想着统治者延用唐朝的轻刑政策显然不太现实。鉴于此，“用重典，以绳奸”（《宋史·刑法志》）就成为宋朝统治者的主要立法指导思想。此外，鉴于唐代刑罚虽重教化但刑不足以惩恶的事实，宋王朝则依据“禁奸止过，莫若重刑”。其实，出身于乱世之中的宋氏兄弟，在立国之初，也未尝不想援用唐例减免刑罚，但实在是有心无力。据说，宋太宗赵匡义对自己的成就非常自豪，曾向大臣询问，自己较之唐太宗如何？下面当然少不了溜须拍马之人，但有位叫李昉的官员却吟唱白居易的“怨女三千出后宫，死囚四百来归狱”。说的是唐太宗把全国所有的死刑犯共计390人全放回家过年，并要求他们明年秋天回来报到受刑。次年，这些死囚全都回来了，于是李世民把他们全都赦免了。宋太宗听了，遽起座道：“朕不及他，朕不及他！卿说的警醒朕了！”

宋朝刺配法兴起的另外一个原因与其国土面积急剧缩小有重大关系。对于流刑的实施，幅面辽阔是其一个基本前提，但是宋朝的国土与唐朝相比简直小得可怜，它不可能像唐朝那样有如此广袤的国土可供流

放。据《宋史·刑法志》记载中，当时最重的流刑不过是判流沙门岛，《水浒传》里的卢俊义就是被“直配沙门岛”。沙门岛大约即是今山东长岛县西北的大黑山岛，距离汴京（今开封）不过三千多里，这与唐朝的流放地点相比，简直是大巫见小巫了。到了南宋时期，就连沙门岛都成了金国势力范围，宋朝可选择的流放地点就更少了。

在这些背景下，如果还完全照搬唐朝的流刑制度，显然对犯人来说是太过仁慈了，因此在“流不足治”的前提下，宋代立法者又为流刑附加“脊杖”与“黥面”。也就是所谓的“流不足治也，故用加役流；又未足征也，故有刺配；犹未足以待，故又有远近之别。”意思是说，流刑不足以惩罚犯罪时，可以采用加役流，如果还不行时，就可以适用刺配之刑，同时根据罪行的轻重，利用距离远近达到罪刑相当。宋代流刑通过“流放”与“肉刑”的结合，在某种意义上解决了流刑惩治力度不足的问题，拉近了死刑与生刑之间的惩治距离，从而确保了流刑作为生死之间中刑的地位。

总之，中国古代刑罚的基本思路都是将刑罚作为一种治理社会的纯粹工具，它并没有独立价值，因此也就不可能有现代社会通过刑法限制国家刑罚权的法治精神，刑罚人道主义在当时根本就没有滋生的土壤，治乱世用重典的思维逻辑始终为历代统治者所坚信，刑罚轻重的周而复始无非是统治者的权宜之计。他们并没有意识到，刑罚只是各种社会控制政策的最后的无奈选择，它并不能根本改善乱世的局面，因为只有最好的社会政策才是最好的刑事政策。有宋一朝，虽然刑罚呈现出不断加重的趋势，但是乱世的局面始终未曾改变，最后也无法挽救宋王朝的覆灭命运。

六、南人发北，北人发南

元朝的流刑又有新的发展，这主要是“新流刑”的创立，所谓“新流刑”是指流远与出军，它们都是从蒙古族古老的惩治方式中脱胎而来的。出军与流远的主要去所在素为“瘴疠”之地的湖广与北鄙的辽阳。罪犯一般是南人发北，北人发南。所谓“流则南人迁于辽阳迤北之地，北人迁于南方湖广之乡”[14]。出军的罪犯到达配所之后，主要是“从军自效”，在当地屯种增强边方镇戍军伍的实力。原则上，除了大赦，出军与流远的罪犯要终老发配之地，永无回归故土的希望。与传统流刑相比，其惩治力度更为严厉。出军与流远起初并行，至元仁宗、元英宗年间，出军逐渐进入流远刑，使流远刑成为一种新的流刑方式[15]。

元朝流刑的最大的特点就是上文所说的，南人发北，北人发南。这也为明清所仿效。这与元朝的幅员辽阔有很大关系。元朝是中国历史上国土面积最大的朝代，其行政区划历经数度变更，最终将全国划分为中书省直辖的“腹里”地区和10个比较固定的行中书省。《元史·地理志》称：“盖岭北、辽阳与甘肃、四川、云南、湖广之边，唐所谓羁縻之州，往往在是，今皆赋役之，比于内地；而高丽守东，执臣礼惟谨，亦古所未见。”难怪元朝统治者自豪，饶是无比强大富饶的唐朝，这些地方都不过是名义上附属于中央的“羁縻州”，其版籍并不向唐朝呈报，也并不承担一定的贡赋。但是到了元朝，这些地方统统属于元朝行省范围，一律要向中央交税。

这里要解释一下“羁縻”的意思，对于现代的读者，这个词语实在是太过陌生。羁縻，有笼络之意。它是古人为了达到“四海之内莫不为郡县”的效果，在少数民族承认中央王朝统治的前提下，中央王朝允许其进行有限度的自治，保持本民族原有的社会经济制度、宗教信仰及风俗习惯、文化传统等等，“一切政治，悉因其俗”，以达到“不改其本国之俗而属于汉”[16]的成效，所谓“怀柔远人，义在羁縻，无所臣属”。当然，羁縻的最终目的是为了“以华变夷”“华夷一体”，直至实现“大一统”的局面。这个目标看来只是在元朝才得到实现。

以往的羁縻之州如今已经成为“大一统”的一个部分，但是它毕竟仍过于荒凉偏僻，因此它就成了“南人发北，北人发南”的首选之地。当时，蒙古人、色目人主要发配两广、海南，最南甚至到越南北部，而汉人、南人则发配辽阳屯田，最远已到黑龙江以北、乌苏里江以东地区，即今俄罗斯境内。

七、流刑的变异——口外为民和充军

流刑在五刑制中处于降死一等重刑的地位，但是随着人们活动范围的扩大，交通条件的改善，流刑已越来越无法实现降死一等的目标，它与徒刑的惩治力度也过于接近，因此明代基本将流刑存而不用，而另创了两种新的流放形式，即口外为民与充军。

“口外为民”作为一种惩罚模式，大致在明中叶天顺初年，它与明初洪武时期的“家迁化外”、永乐时期的“发北京为民”有明显的渊源关系。对于“口外为民”的“口外”，一般集中在北直隶的隆庆州与保安州，均位于北边内长城之外。个别罪重的，或从隆庆、保安二州逃亡的，也可能发往辽东的安乐、自在二州[17]。对于犯人而言，口外的生活条件异常恶劣，而且环境与内地完全不同。同时，如果罪犯以往是朝廷官员，在处刑之前，还要革除官职。除了朝廷大赦天下，明令可以放回以外，口外为民的罪犯一般都要终老当地，不能返回，因此其惩罚力度还是比较强的。但是，口外为民与传统的流刑并没有本质的不同，它还是将犯人发配到远离乡土的地方，只不过地点比较固定，在解决流刑降死一等的问题上并没有实质的突破，因此，口外为民并没有成为一种普遍实施的惩治方式。

流刑的另一种变异形式是充军，也就是将罪犯发充军役。严格说来，早在秦汉就有充军的先例，但是作为一种普遍的刑罚形式，充军还是在明朝被广泛运用，清代继续采用充军之名，直到清末宣统时才被废止。

在明初，充军主要是针对军人。军人犯罪，若应处普通流刑，一般以充军代替。受刑人终身要在边境附近的军屯服役。但是到了洪武中期，充军开始适用于普通民众。当时的法律规定：对非法盐商、市场囤积居奇者、讼棍、无籍流民等其他一些没有正当职业的非军事人员都可以发配充军。一时充军人数急剧增加，以致“良民多坐微眚隶斥籍”，“故遣戍独多，每一州县无不以千数计”[18]。相当多的老百姓被发配充军，用来增强边境御敌的实力。充军比传统的流刑以及“口外为

民”更为严厉，因此被普遍适用。在洪武初年，还只是偶有充军记载，但到嘉靖、万历两朝，适用充军的罪名条款就分别增为213款和243款。除却法律规定的条款，有相当的犯人还被法外加刑，发配充军。

当时，有一个叫作“不应为”的罪名，也就是法律没有规定，但官府认为不应该去做的事情。所谓“律令无条理，不可为者”。这个条文就厉害啦，世事千变万化，任何法典都不可能穷尽各种可能性，但即使法律没有对此行为治罪，只要官府从情理推断不可为之，就可以判处刑罚。说白了，这不过是给“欲加之罪，何患无辞”贴上了法律的标签。“不应为”罪名首见于《唐律疏议·杂律》，但其刑罚不高，最重不过杖八十，但在朱元璋重典治乱的“严打”期间，许多人因犯“不应为”罪却被发配充军。明朝还有一种法外充军的情况是“为力士事”，一种解释认为力士是指力气特别大的人，统治者认为力气大者好闹事，有碍社会治安，故遣戍之。当然，这种说法是否正确还有待进一步研究。

充军的严厉性体现在哪呢？我们不妨从其适用对象分别说明。对于军官而言，在充军以后，官职被罢免，而且还要南北互调。一般军人充军，先要受杖刑一百，同样也要南北对调，而且还要承担更为艰苦的兵役。如果军官军人没有建立军功，那就要终老驻地。对于非军事人员而言，充军的严厉性就更为明显了。除了“南人发北，北人发南”外，他们的职业也发生改变，无论是官员还是民人，身份都变为军人，而且还要在卫所承担比一般军人更为苛重的军役和劳役，其待遇也更为恶劣。有趣的是，这类充军被称为“恩军”，毕竟是皇帝从轻发落，免死充军嘛！因此他们也应感恩戴德，终身服役“以谢皇恩”。明初的军犯甚至为永远军犯，不仅自己要终身服役，其子孙后代均要世代承担兵役。

明代充军的广泛适用与其屯兵制度有莫大关系。明初为了解决军队的供给问题，实行军事屯田制度，自力更生，自给自足，不给中央造成负担。屯兵制度的初衷是好的，当年朱元璋就曾自豪地宣称“吾养兵百万，要不费百姓一粒米”。但是，军旅生涯却异常悲惨，强制的军事屯田，兵士世代不得脱籍，军饷微薄，战时做炮灰，平时做苦力，逃亡则采取连坐，强制亲戚家人代替。这种职业有几人愿意为之呢？一时之间人们千方百计想出办法逃避从军的厄运。明成化年间，御史王衡曾指出“况人所畏当者莫过于军，千方百计逃避苟免”。当时有人为了逃避兵役，甚至将手指剁掉，以身有残疾之名逃避征召。于是这又为充军增加了一个新的条目——“为剁指事”，类似于今天的战时自残罪。为了逃避

军事征召，自虐自残，就要强迫你从军，而且还要让你承担比一般兵士更为恶劣的军役。为了解决兵源问题，充军也就应运而生。大量的犯人都被发配从军，不仅自身，甚至子孙后代都要永远为大明王朝效力。

充军为明朝灭亡埋下了祸根。如此悲惨的军户生活，导致军队缺乏基本的作战能力和士气。屯兵制度的实施又给皇帝随时以屯田为名克扣军饷大开方便之门，加上明朝重文轻武、文人带军，种种制度上的弊端导致明朝的军队成为中国历史上战斗力最低军队之一。曾让蒙古铁骑望风而逃的大明军队在明朝后期竟然如此不堪一击，最后落得个皇帝自缢煤山，江山拱手他人的悲惨结局。

明亡之后，充军虽然为清律所保留，但清朝充分吸取了明朝覆亡的教训，禁止犯法逃兵混收入伍，影响士兵质量，加上清朝军制与明朝截然不同，因此清朝的充军与明朝已有本质不同，罪犯充军并不编为军户，充军只是一种更重的流刑。按照清律规定，充军分为附近充军（二千里）、近边充军（二千五百里）、边远充军（三千里）、极远充军（四千里）、烟瘴充军（四千里）五等，称为“五军”。充军与传统的流刑并没有太大区别，只是极远充军和烟瘴充军的距离远于流三千里而已[19]。

八、最后的流刑——发遣

清代对传统流刑的最大改变是发遣刑的创立，这也可以看成是流刑最后的回光返照，随着清末修律，流刑这种在中国存在数千年的刑罚制度也就彻底地被扔进历史的垃圾桶。

发遣是将罪犯发配到边疆地区给驻防的八旗官员当差为奴的刑罚，是清朝特别创立的刑罚。发遣有为奴、当差、种地等区别。为奴是发遣中处罚最重的刑罚，犯人或者给边防驻防官兵为奴，或者给“新旧满洲人”和新疆的维吾尔族伯克为奴，其中以给官兵为奴最多。当差是指承担各种艰苦的杂役，如在驿站充当站丁，或充任水手、匠役等，发遣到新疆的犯人还有挖矿、烧窑、拉纤、挖渠、护堤等差役。种地则有拓边垦殖的性质，到新疆的发遣犯人大部分用于种地，主要与当地屯兵合力耕作，或是单独耕种。发遣犯人与边军关系密切，为奴者以给驻屯军为奴为主，所当之差也主要是为驻军及其家属服务，种地者又以附属军屯的耕种为主，但犯人不能直接发充为兵，因为入伍是对犯人的一种奖赏，而非惩罚[20]。

在当前的清宫剧中，经常能够听到皇帝对罪犯“发配宁古塔，赐予披甲人为奴”的惩罚。这其实也是发遣刑在历史上的真实写照。从顺治年间开始，宁古塔就成了清廷发遣人员的主要接收地。披甲人是八旗旗丁的一种，八旗旗丁按照身份地位，分为阿哈、披甲人、和旗丁三种。阿哈即奴隶，多是汉人、朝鲜人；披甲人是降人，民族不一，地位高于阿哈；旗丁是女真人。八旗旗丁平时耕田打猎，战时披甲上阵。

宁古塔在今黑龙江省宁安市，是清代统治东北边疆地区的重镇。满语数之六为宁古，个为塔，相传清皇族先祖兄弟六人曾居此地，故得此名。在清朝，宁古塔是一个让人耸人听闻的地名，它是清朝最著名的流放地。康熙时期的诗人丁介曾有诗写道：“南国佳人多塞北，中原名士半辽阳”，说的就是此地。被发遣至宁古塔的流人有抗清名将郑成功之父郑芝龙、文人金圣叹家属、思想家吕留良家属、著名诗人吴兆骞等，其中相当一部分是因文字狱牵连而来。

发遣宁古塔的流人命运极为悲惨，从内地长途跋涉至冰天雪地的东北对于流人本身就是一个巨大的挑战，清人笔记《研堂见闻杂记》中对此有过细致的描述：“诸流人虽名拟遣，而说者谓至半道为虎狼所食，猿狖所攫，或饥人所啖，无得生者。”许多流人在路途中就被野兽吃掉，甚至被饥民分食，能够走到宁古塔为奴为役终老此生亦是万幸了。宁古塔的生活异常艰辛，清代流放此地的诗人吴兆骞记述：“官庄人皆骨瘦如柴”，“一年到头，不是种田，即是打围、烧石灰、烧炭，并无半刻空闲日子。”

吴兆骞何许人也，他是清初著名诗人，才华横溢，少年时就被誉为“江左三凤凰”之一。可惜文人的清高与执着让他踏上了宁古塔的发遣之路。顺治十四年（1657），吴兆骞乡试中举，本该是件值得庆贺的事，却受人诬陷，牵涉“南闱科场案”。

翌年，兆骞赴京接受检查和复试。在复试中，又发书生意气，当时所有的殿试举子都戴上枷锁答卷，但他不堪受辱，交白卷以示抗议。顺治皇帝亲审吴兆骞的案件，最后虽然查明他没有舞弊，但仍然将其重责四十板，产籍没入官，父母兄弟妻子一并流放宁古塔。他的朋友吴梅村为他的执拗写下一段令人无奈的诗句：“生男聪明慎莫喜，仓颉夜哭良有以。受患只从读书始，君不见，吴季子！”

吴兆骞在宁古塔受尽折磨，在冬天只能用斧子敲凿冰块，粗粮为食。好在他有一群始终关心他的朋友。他的好友顾贞观（字梁汾）在给他送行时就许下诺言，必定全力营救。为了朋友，顾贞观向当时太傅明珠之子纳兰性德求援，纳兰性德开始并未允诺。一年冬天顾贞观寓居北京千佛寺，环顾皑皑冰雪，想起冰天雪地生死未卜的好友以及当初的许诺，不禁潸然泪下，遂写下感人肺腑的千古名篇《金缕曲》两首：“季子平安否？便归来、平生万事，那堪回首！行路悠悠谁慰藉？母老家贫子幼。记不起，从前杯酒。魑魅搏人应见惯，总输他覆雨翻云手。冰与雪，周旋久。泪痕莫滴牛衣透。数天涯、依然骨肉，几家能够？比似红颜多命薄，更不如今还有。只绝塞、苦寒难受。甘载包胥承一诺，盼乌头马角终相救。置此札，兄怀袖”。“我亦飘零久。十年来，深恩负尽，死生师友。宿昔齐名非忝窃，试看杜陵消瘦，曾不减、夜郎潺。薄命长辞知己别，问人生、到此凄凉否？千万恨，为君剖。兄生辛未吾丁丑，共些时，冰霜摧折，早衰蒲柳。词赋从今须少作，留取心魂相守。但愿得、河清人寿。归日急翻行戍稿，把空名料理传身后。言不尽，观顿

首。”

这两首词所体现的人间至情，那种对好友的牵挂、关切让人动容，令人涕泪不止。纳兰性德见到此词，大为感动，说：“何梁生别之诗，山阳死友之传，得此而三。此事三千六百日中，弟当以身任之，不需兄再嘱之。”顾贞观曰：“人寿几何，请以五载为期。”感动万千的纳兰性德终于同意解救吴兆骞，答应在五年之内一定完成此事，并表明自己营救兆骞当义不容辞：“绝塞生还吴季子，算眼前外皆闲事。知我者，梁汾耳！”经过很多人的努力，吴兆骞终于被赎了回来。康熙二十年（1681），在发遣二十三年后，吴兆骞与家人终于启程南归，重还关内，当年的青春少年，如今已是白发苍苍。

吴兆骞是幸运的，因为他有这么多关心他的朋友，而且还能得朝廷权贵相助，甚至因为文章上达天听，受到康熙皇帝的赏识，最后回归故土。而更多的宁古塔的流人就只能终老异乡了，一位宁古塔流人在悼念亡妻的诔文中写道：“及天降灾而人遘祸，家已破，人已亡，流离颠沛，随地悲伤。视黄河之汹涌而目眩，瞻泰山之突兀而心慌。思亲也日洒千行之泪，思女也夜回九折之肠。宿孤庙而踡蹐，投野店而彷徨。氏犹且扶我病躯而肩负幼子，口衔食物而手挟衣囊。虽忍饥而冲夜雾，即葛屐而履晨霜。吁嗟乎！吾得苟延性命以至于今者，皆氏之彻夜看视，寒凉迭进，而使得离床。初则为贤良之内助，后则为患难之糟糠。细思其始末，吾寔（实）心痛恐至瞑目而犹不忍忘。哀哉久离桑梓之地，终焉沙漠之乡。难受者火坑之厄，邀恩者雨露之凉。赁屋于西关之侧，栖身于大路之旁。寒威透体，冻雪堆墙，冷风穿壁，微月当窗。氏则拥衾辗转，吾亦倚枕思量……饮冰茹蘖，以至小康。拮据而寸心尽碎，操劳而食指皆僵。吾嗜醇醪而无端歌泣，挥翰墨而自为短长。卒至萍踪偶合，耕田筑室于东京者为安身立命之场……”，宁古塔流人的无限辛酸又岂是这短短的悼文且能言尽。

[1]参见《史记·五帝本纪》。
[2]参见《史记·殷本纪》。
[3]参见《史记·屈原列传》。
[4]瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局，1981年，第111页。
[5]参见《史记·秦始皇本纪》。
[6]参见《汉书·淮阳宪王钦传》。
[7]参见《后汉书·郭躬传》。
[8]参见《汉书·刑法志》。
[9]参见《三国志·魏志·钟繇传》。
[10]更为详细的论述请参见前述“反反复复的肉刑兴废”。
[11]参见《隋书·刑法志》。

[12]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第286页。
[13]沈家本：《历代刑法分考（中册）》，分考十，台湾商务印刷馆，1976年。
[14]参见《元史·刑法志》。
[15]吴艳红：《明代流刑考》，《历史研究》，2000年第6期。
[16]参见《史记·卫将军骠骑传》。
[17]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第264页。
[18]参见吴艳红：《明代流刑考》，《历史研究》，2000年第6期。
[19][美]D·布迪、C·莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社，2004年，第84—85页。
[20]吴艳红：《试论中国古代的“发罪人为兵”》，《中外法学》，2001年第2期。

第六章
形形色色的死刑

在所有的刑罚中，死刑的历史是最漫长的。一部刑罚的历史在某种意义上，就是死刑从产生到发展，直至受限的全过程。作为一种剥夺生命的刑种，死刑本来并不具有可分割性，但在刑罚史上，统治者为了最大限度地发挥死刑的威慑作用，曾一度变换死刑的执行方式，规定了形形色色、残忍至极的死刑方法，仅仅法定的常见死刑，就有十余种。翻开历史，你会发现，在人类文明演进的历程中，曾经有过那么一段无比血腥，让人触目惊心的时代。

一、死刑纵览

1．绞

绞刑，又称缢刑，是古代死刑中最“人道”的一种，它为罪人保其全尸，在非常注重“身体发肤，受之父母，不敢毁损”的古代，这种刑罚当属最轻之死刑。绞刑最早见于春秋时期，《左传·哀公二年》有“若其有罪，绞缢以戮”的记载，杜预注解说：“绞，所以缢人物。”也即用绳带之类，将人缢死。按照沈家本推测，绞刑应该起源于自缢行为。春秋时，鲁杀公子庆父，郑杀公孙黑，楚杀成得臣、公子侧，皆让罪人自缢[1]。

与绞刑相似的是磬（磬）刑。《礼记·文王世子》云“公族起有死罪则磬于甸人”，郑玄注解说：“县（悬）缢杀之曰磬。”磬的本意原是古代的乐器，用石头或玉作成，演奏时，将磬悬于木架之上。古人联想丰富，人被缢杀之后，尸体高悬于室，类似磬这种乐器，因此把缢死后尸体的悬挂状态称为“磬”。北周规定死刑五种：一磬，二绞，三斩，四枭，五裂。磬与绞分列，说明它们在执行时可能存有区别。绞刑只需用绳索把人勒死，而不一定要悬挂，但磬刑在缢后可能还须悬挂[2]。

绞刑正式进入法典，始于北周、北齐。隋《开皇律》沿用，定死罪为绞、斩二刑。从此以后，绞刑作为正刑，此后除元代有斩无绞，其余各朝均列于正刑内，一直延续至清末。和其他死罪相比，绞刑是最轻的死刑。绞缢能使人保持完整的尸体，因此一般用于罪轻的死囚，或者是对犯死罪的皇亲国戚、高官权贵的一种“恩赐”。如安史之乱时，唐玄宗偕杨贵妃逃至马嵬坡前，将士相逼，玄宗不得不赐杨贵妃自缢，其时杨贵妃才38岁，可怜杨贵妃被赐死时还说：“妾诚负国恩，死无恨矣。”

在中国古代，绞刑并非以西方常见的悬吊方式处死犯人[3]，而是慢慢地把犯人绞勒死，其残忍性可想而知。绞刑的方式一般有三种：一是将犯人跪绑于行刑柱上，然后用绳圈套在犯人颈上，由两名行刑人员各

在绳套上插进一个小棒，然后把绳子绞紧将犯人勒死；另一种则是将犯人立绑于行刑柱，套绳圈于颈，由执刑者在柱后逐渐绞紧，把犯人勒死；第三种是把弓套在受刑人脖子上，弓弦朝前，行刑人在后面旋转弓。弓越转越紧，受刑人的气也就越来越少，直到最后断气。这类刑罚让受刑人在死亡之前，仍要承受巨大的痛苦，因此很多人都事先给刽子手行贿，以避免更大的痛苦。清代著名文学家方苞在《狱中杂记》曾有这种记载：“凡死刑狱上，行刑者先俟于门外，使其党入索财物……其绞缢，曰：‘顺我，始缢即气绝；否则三缢加别械，然后得死’。”

2．斩杀

斩杀之刑，今人俗称杀头，这是古代最常见的死刑执行方法之一。先秦时，“斩”特指斩腰，而非斩首，而“杀”是将人身首分离，因此《周礼·秋官·掌戮》的注解说：“斩以斧钺，若今要（腰）斩也；杀以刀刃，若今弃市也。”斩和杀之间的区别一目了然。汉以后，腰斩、斩首都被统称为斩，刘熙《释名》云：“斫头曰斩，斩腰曰腰斩。”但为了相互区分，汉代改称斩首为“杀”、腰斩为“斩”。隋唐时期，腰斩被废止，因此斩和杀也就合二为一，都指让人身首异处的斩首之刑。由于斩刑让人头颅和身体分离，就像木头断裂分异、殊绝，所以五代时期，常以殊死指代斩刑，或将应受斩刑之罪称为殊死之罪。如北齐大辟四等，其中“斩刑，殊身首”，“绞刑，死而不殊”。从死者的痛苦程度而言，斩杀算是最轻的，一刀毙命。但斩死者不能保留全尸，这对罪人而言，实是一种莫大的侮辱，因此在死刑等级中，斩要严厉于绞刑。自隋定死刑为斩、绞二等，以后历朝皆循此制（除元朝外，有斩无绞），死刑唯此两项，至于凌迟等其他死刑方法，并不入正刑之类[4]。斩首作为一种正刑，在清亡后才被枪毙所取代。

最初，无论腰斩还是斩首，其刑具都是斧头，所以斩字部首从“斤”而非“刀”，这是因为上古时期，刀是用青铜制成，而青铜较软，不够锋利，只有做成斧，才能轻易让人毙命，铁器普及后，刀才渐渐取代斧，成为斩刑的刑具。但刀虽然锋利，却也容易磨损，行刑时还是需要技巧，因此职业刽子手也就应运而生。这种行刑人能将杀人技巧演练得炉火纯青。瞄准犯人颈部的脊椎骨空隙，一刀下去，犯人就能登时毙

命。

较之斩首，腰斩更为残忍，《汉书·张苍传》对此刑执行场面有过描述：“苍坐法当斩，解衣伏质，身长大，肥白如瓠……”，罪人被剥去衣服，趴伏在质（类似于现今菜场砍肉的大木砧）上，然后用斧钺将罪人从腰部斩杀，使人一分为二，因此此刑也被称为一刀两断。腰斩之后，罪人并非马上毙命，受刑之后知觉尚存，必然要经过一番痛苦的抽搐挣扎才能气绝。明成祖杀方孝孺时用的就是腰斩，据说方孝孺被一刀两断之后，仍能能以肘撑地爬行，以手沾血连书十二个“篡”字。清朝雍正年间，福建学政俞鸿图，因其妾收贿，勾结仆人在考场作弊，俞鸿图后被腰斩，俞鸿图被斩为两段后，在地乱滚，以手蘸血，一连在地上写了七个“惨”字方才断气。雍正听闻此事，才下令废除了腰斩之刑。

秦朝开国元勋李斯就曾为赵高陷害，腰斩于咸阳，并夷三族。临刑之时他对儿子说：“我想和你牵着黄狗，驾着苍鹰，出上蔡东门去打野兔子，可惜再也不能够啦。”言罢父子抱头痛哭，双双被害。李白《行路难》曾提及此事，无限感喟，诗曰：“陆机雄才岂自保，李斯税驾苦不早。华亭鹤唳讵可闻，上蔡苍鹰何足道。”如果李斯能早点功成身退，又何至遭此厄运。

南北朝时，腰斩渐被废止，唐以后的法律皆无腰斩规定，虽然后代史书不乏腰斩处死的记载，即使在盛世唐朝，也不乏此刑之适用。如《资治通鉴》记载：贞观二十二年（648），“太宗怒，腰斩辩机，杀奴婢十余人”。辩机因与高阳公主私通，唐太宗下令腰斩辩机。又如唐文宗大和九年（835）宰相王涯卷入“甘露之变”惨遭灭族腰斩，“及涯家被收，沐适在其第，与涯俱腰斩”，其远房表弟王沐更是倒霉，因穷困潦倒王沐从家乡骑着毛驴辗转两年多才见到王涯，本想谋个差事，不料正赶上抄家捉人，和王涯及族人一起被腰斩。北宋年间，腰斩仍然存于世间，如历史上赫赫有名的包青天，那三把铡刀，就是腰斩的行刑工具。当然，此时之腰斩多属法外酷刑，而非常法也。

3．枭首

枭首即将人头悬在木杆上示众的刑罚。枭首其名源自“枭”这种鸟的

死亡方式。《说文解字》说枭是一种不孝之鸟，母枭为幼枭觅食，但待母枭精疲力竭无法喂养幼枭时，幼枭便一起啄食母枭，母枭无力躲避，只能用嘴咬住树枝，任幼枭啄食。母枭之肉被啄食干净之后，树枝上也就只剩母枭之首。

枭首之刑最早出现在商末，《史记·殷本纪》记载：武王灭商，“斩纣头，悬之白旗”。但武王此举，更多的是对商纣的羞辱，而非一种正式的刑罚。真正将枭首作为正刑是在秦朝。《秦会要补订》有：“悬首于木上杆头，以示大罪，秦制也。”秦朝时枭首被普遍适用，《史记·秦始皇本纪》记载：“始皇初，嫪毐作乱，败。其徒二十人皆枭首。车裂以徇，灭其宗。”汉承秦制，对谋反、大逆、不孝、巫蛊者皆用枭首之刑，如汉高祖“枭故塞王欣头于栎阳市”[5]。汉武帝“捕为巫蛊者，皆枭首”。

枭首一般是针对谋反等重罪而言的，其刑较斩首为重。晋时张斐《律序》说：“枭首者恶之长，斩刑者罪之大，弃市者罪之下”，一般的杀人行为最多只能判斩首，判处枭首则属轻罪重判。《汉书·原涉传》载：原涉为家修墓，过于豪奢，违反规定，于是茂陵令尹公派主簿将其家墓捣毁，原涉非常生气，于是派人将主簿杀死。原涉后投案自首，本想换个宽大处理，不料被枭首示众。后人评及此事，认为处死原涉并无不当，但判枭首之刑过重，诚属违法之判决。南北朝时，梁律大罪为枭首；陈朝亦用梁法；北魏、北周也有枭首刑。隋朝除之。后世偶有行之，但都为非常之发，然而到明、清之时，枭首在法典又中再次出现，直到清末才被废止。

枭首之刑，斩头于市，令头上不及天，下不及地，这在相信灵魂不灭的古人看来，其刑罚较之斩首，更为可怕。另外，把人头悬于城门，也是对他人的一种强大威慑。清雍正年间，因为年羹尧案，其秘书汪景祺也被牵连，汪景祺曾著《西征随笔》，在“历代年号论”中谈到明英宗年号“正统”，却有土木堡被俘之狼狈，明武宗年号“正德”，却以玩世不恭，不理朝政而声名狼藉、元顺帝年号“至正”，却被朱元璋推翻。这自然让多疑成性的雍正皇帝想到了自己的年号，于是在汪氏手稿上亲笔朱批：“悖谬狂乱，至于此极！”汪景祺被斩首枭示，人头被悬挂在北京菜市口的闹市区，这一挂就是近10年。直到乾隆即位后，才有大臣上奏说菜市口本是商贾云集之处，长年累月挂着个骷髅，实在有碍观瞻，也妨碍大家经商，骷髅头才被取下。

4．弃市

《礼记·王制》曰“刑人于市，兴众弃之”。弃市就是在街市等人数集中的地方将人处死。据孔颖达考证，弃市最早是殷商之法。但它真正载入法律当是秦朝，秦朝有“偶语《诗》《书》者弃市”“同父异母相与奸，何论？弃市”“士伍甲无子，其弟子以为后，与同居，擅杀之，当弃市”等大量细密周详的法令[6]。弃市的根本目的在于威慑民众，以儆效尤。至于具体的死刑执行方法可能多种多样，如秦二世时期，“公子十二人戮死于咸阳市”、李斯“腰斩于咸阳市”。据沈家本考证，汉代弃市乃斩首之刑，而魏晋以下，弃市为绞刑[7]。南朝宋、齐、梁、陈、北朝魏并有弃市之名，皆谓绞刑[8]。北周及隋唐之后，法律虽无弃市之名，但绞、斩等法在闹市行刑并将犯人暴尸街头的弃市行为却非常普遍。如《资治通鉴》记载唐朝酷吏来俊臣“弃市。时人无不快其死。仇家争啖俊臣之肉，斯须而尽，挟眼、剥面、披腹、出心、腾踏成泥。”明清两朝，弃市亦不绝于世，当时最著名的弃市场所是菜市口，明朝忠臣杨继盛、袁崇焕，清代戊戌六君子谭嗣同，清末权臣肃顺等人均在此处“弃市”。

清代许承尧曾有《过菜市口》一诗：“薄暮过西市，踽踽涕泪归。市人竟言笑，谁知我心悲！此地复何地？头颅古累累。碧血沁入土，腥气生伊戚。愁云泣不散，六严闻霜飞。疑有万怨魂，逐影争啸啼。左侧横短垣，茅茨复离离。此为陈尸所，剥落墙无皮。右侧竖长竿，其下红淋漓。微闻决囚日，两役舁囚驰。高台夹衢道，刑官坐巍巍，囚至匐匍伏，瞑目左右欹。不能辨颜辅，乱发参霉泥。砍刀厚以寸，锋钝断腕迟。一役指囚颈，一役持刀锋。中肩或中颅，刃下难遽知。当囚受刃时，痛极无声噫。其旁有亲属，或是父母妻，泣血不能代，大踊摧心脾。”弃市之残忍，又岂是此诗能够道尽。

5．戮刑

戮刑是一种既剥夺犯罪人生命又对其加以侮辱的刑罚。古时戮刑可以分为两种，生戮和死戮。生戮是先戮后杀，死戮是先杀后戮。对于相信“身体发肤，受之父母”的古人而言，戮刑被人们视为奇耻大辱。早在

夏朝时期，就有“弗用命戮于社”的生戮之刑。秦代此刑更是普遍，《睡虎地秦墓竹简·法律问答》有：“戮者何如？生戮，戮之已乃斩之之谓也。”《史记·秦始皇本纪》载，秦二世上台就将其兄弟全都杀死，其中“六公子戮死于杜”，这些都是先戮后斩的生戮。及至唐代，亦不乏生戮之记载。《旧唐书·酷吏传》载：武则天长寿二年（694）唐侍御史“（万）国俊至广州，遍召流人，置于别所，矫制赐自尽，并号哭称冤不服。国俊乃引出，拥之水曲，以次加戮，三百余人，一时并命”。这三百余人就是被先戮后杀，为生戮也。

与生戮相比，死戮更为常见，其中最普遍的就是戮尸之刑了。戮尸出现于春秋时期，相传管仲相齐时，齐国百姓好厚葬，桓公非常担心，认为长此以往，“布帛尽则无以为币，林木尽则无以为守备”，希望管仲想一个办法制止百姓厚葬废财，管仲于是下令“棺过度者戮其尸”，堵塞百姓逐名利之心。这当是最早的戮尸记载。伍子胥掘楚平王之墓，鞭尸三百，更是为人熟知。

秦朝戮尸之刑亦不少见，《史记·秦始皇本纪》载：“八年（前239）王弟长安君成蟜将军击赵，反，死屯留，军吏皆斩死。迁其民于临洮。将军壁死，卒屯留、蒲鶡反，戮其尸。”东汉末期，农民起义领袖张角死后也被剖棺戮尸[9]。

魏晋南北朝时，戮尸之举也不绝于史，及至盛世唐朝，史书也不乏剖棺戮尸之记载，就连忠心耿耿的谏臣魏征，死后也难逃李世民的掘墓鞭尸之怒。

到了明朝，戮尸甚至成为法律明定的刑罚之一，《明律》规定：谋杀祖父母、父母、杀一家三人等罪都要“剉碎尸体”。

至于清朝，在文字狱方面，更是将戮尸之举推向了一个前所未有的高度，造就了人类思想史上最黑暗的一幕。

康熙初年，因明史案，牵连数百人，主犯庄廷鑨被掘墓开棺焚骨。康熙末年因《南山集》，涉及戴、方两大名门望族，案主之一的方孝标遭戮尸，另一案主戴名世被处极刑，牵连甚重，凡两家亲属朋友，或被杀戮，或遣戍为奴，其中不少都是知名学者文士，如方苞都被牵连入狱。[10]雍正年间，查嗣庭（金庸先祖）在做江西考官时出了一道“维民

所止”。被人密告雍正，说试题有影射陛下断头之意。“维”是去了头的“雍”字，“止”是去了头的“正”字。“维止”也即去头之“雍正”。雍正大怒，立即将查嗣庭下狱问罪。可怜查嗣庭不明就里，反而辩解说，该试题出自《诗经·商颂·玄鸟》：“邦畿千里，维民所止。”本意为国都附近的千里土地，实是百姓安居乐业的场所，实为雍正歌功颂德，何来反逆之意。事后雍正差人找来《诗经》，见果有“维民所止”一语，但为顾全自己颜面，还是强词夺理，硬说查嗣庭“犯上悖逆”，查嗣庭无辜遭祸，含冤死于狱中，死后被戮尸枭示，家人或死或流。随后又发生了曾静案，曾静利用明末清初的思想家吕留良的著作中某些观点从事谋反活动，雍正大怒，把死去几十年的吕留良开棺戮尸示众，吕留良后人、学生甚至为他刻书藏书者连同家属均被牵连处死。

6．磔

磔刑是一种分裂肢体后悬首张尸示众的酷刑。《周礼·秋官·掌戮》：“掌斩杀贼谍而搏之”，“杀王之亲者，辜之”，郑玄注释说：“搏”和“辜”都是磔。“搏”是去衣磔之，“辜”通“枯”也，意思是分裂躯体。[11]今人见之猪被屠宰后在市场悬挂销售之状，大致貌似于古之磔刑。秦时磔又称砘死，《史记·李斯传》载：“十公主砘死于杜。”《史记索引》说：“砘音宅，与磔同，古今字异耳，磔谓其裂其尸体而杀之。”汉初死刑中也有磔。但到景帝中元二年（前148），并磔于弃市，凡非妖逆不得用磔。磔刑为弃市取代，不再张尸悬首。但法虽除而习惯未尽除，此后磔尸现象虽仍存在，但多是法外之刑[12]，非正刑也。

后人多有将磔刑与车裂、凌迟混淆，但三者只是碎人尸体相似，它们在执行方式上相去甚远，另外后两刑也并无“刳其胸腹而张之，令其干枯不收”之意，当然，车裂、凌迟的灵感可能也起源于磔刑，因为它们的残忍性实在比磔刑更甚。

7．车裂

车裂俗称五马分尸，就是把人的头和四肢分别绑在五辆车上，套上马匹或牛车，分别向五个不同的方向拉扯，直到把罪人身体撕成五块。车裂古时称为轘或车轘。《周礼·秋官·条狼氏》说：“凡誓，执鞭以趋于前，且命之。誓仆右曰杀，誓驭曰车轘。”“车轘，谓车裂也。”[13]春秋战国时期，史书中有大量关于车裂之刑的记载，其中最著名的莫过于商鞅了。商鞅因变法得罪太多权贵，又不愿退隐山林，功成身退，结果秦孝公一死，商鞅就被秦惠王车裂处死。此事在《史记·商君列传》《战国策·秦策》《韩非子·和氏》等史籍中多有记述。

车裂既包括生裂，也包括死裂，前者是把活人当场“五马分尸”，而后者则是在人死之后再行车裂。与生裂相比，死裂主要是对罪人的侮辱，同时以儆效尤。吴起、苏秦、嫪毐、赵高等人都在死后受过此刑。这其中，最另类的当属战国著名说客，身佩六国相印的苏秦，他受车裂是其主动要求的。《史记·苏秦列传》载：苏秦相齐时，齐王身边有很多与苏秦争宠的人，非常嫉妒苏秦，于是有人就派刺客趁苏秦不备将其刺成重伤。齐王派人缉拿凶犯，但无功而返，苏秦于是向齐王请求在他死后向天下宣布苏秦是燕国的奸细，然后把尸体车裂示众，这样刺客一定会跳出来讨赏，这样就可以将他们一网打尽了。齐王依计，将苏秦车裂于市，刺客和主谋果然相继邀功，被齐王诛杀。苏秦的才智和谋术可见一斑。

秦朝之后，车裂并不多见，但是史书上也不乏记载，这主要针对的是谋反、忤逆不孝等重罪使用。《吴书·孙奋传》载：三国时吴国末年，民间谣传，吴王孙皓将死，死后孙奋与上虞侯两人中当有一人承继帝位。豫章（今江西南昌）太守张俊怀疑传言事出有因，正好孙奋母亲的墓冢在豫章，于是主动给孙奋的母亲扫墓。孙皓听闻，非常生气，命令逮捕张俊，将他车裂处死，并灭其三族。十六国时，一些严重违反伦理道德的行为也可被车裂处死。崔鸿《前凉录》记载：前凉姑臧（今甘肃武威）有个叫白兴的人以女为妻，以妻为婢女。凉王张骏认为此等恶行令人发指，遂下令将白兴车裂于市。前秦苻坚年间，有人偷窃了母亲的钱财而逃走，后被抓获，本来被判流放，但苻坚的母亲认为不孝是最恶之罪，于是该犯被车裂处死[14]。南北朝时期，车裂甚至进入法典，如北齐，死刑分为四等，最重为车裂，北周死刑分五等，最重也为车裂。

由于车裂过于残酷，因此它屡遭时人诟病。周赧王时，齐王曾定车

裂之刑，群臣纷纷进谏劝阻，但齐王不听。后来子高（孔子的后人）对齐王说：“车裂之刑，无道之刑也，君欲行之，这都是您下属臣僚的过错啊！”齐王倒是直言不讳地承认这是自己的决定，并说明行车裂的理由是因为刑罚太轻，无法遏止严重的犯罪，因此必须严打，加重刑罚。但子高还是一口咬定是齐王臣僚罪过，认为当前天下纷争，有志之士都愿投奔有德之君主，所谓“天下悠悠，士无定处，有德则住，无德则去。”如果滥用酷刑，就会失去声望，“国内之民将叛，四方之士不至，此乃亡国之道。”对于这种关系国之生死存亡的大事，齐王臣僚却因为害怕担责任而不敢坚持正确的意见，怕有“龙逢、比干之祸”，这实在是为了保全自身而不惜使君上同于桀、纣那样的暴虐之君。子高巧妙的劝说方式让齐王自觉理亏，又有台阶可下，于是很快齐王就取消了车裂之刑。

但是遗憾的是，车裂之刑并未在历史上真正废止，它总是废了又复，复了又废。开皇元年（581），隋高祖杨坚更定新律，废除鞭扑、枭首、轘裂之法。诏曰：“帝王作法，沿革不用，所取适于时，故有损益。夫绞以致毙，斩则殊刑，除恶之体，于斯已极。枭首轘身，义无所取，不益惩肃之理……并令除去”。不幸的是，杨坚死后，隋炀帝杨广又将车裂恢复，当时杨玄感谋反，兵败被擒，参与谋反的罪重之人或被车裂，或被枭首，或被磔断躯体并乱箭射死，杨广甚至命令文武百官从死者身上割下肉来食之，手段残忍，令人发指。当然，杨广此举只是历史的一个小小反复，杨坚废除车裂等酷刑毕竟代表了时代发展的趋势，隋覆灭后，唐后罕有车裂记载[15]。

8．醢

醢刑是一种把人剁成肉酱的酷刑。此刑当属商纣首创，《殷本纪》记载：“九侯有好女，入之纣。九侯女不喜淫，纣怒，杀之，而醢九侯。鄂侯争之疆，辨之疾，并脯鄂侯。”仅仅因为九侯之女无法满足商纣的兽欲，就被杀死，其父被剁成肉酱，说了几句公道话的鄂侯也惨遭不幸，商纣的暴虐注定了殷商的覆灭，这也就是《离骚》所说的：“后辛之菹醢兮，殷宗用而不长。”

与醢刑相似的是脯刑，这是将人剁成肉酱后再做熟分给他人食

用，“肉酱为醢，肉熟为脯”，较之醢刑，脯刑更为残忍，上述鄂侯就是此刑的罹难者。

春秋战国时期，醢刑并不鲜见，孔子的得意门徒子路就曾受此刑。《礼记·檀弓》载：子路在卫国内乱中被杀，孔子非常伤心，在中堂痛哭流涕，当听到子路竟然是被醢而死，孔子更是悲痛欲绝，为了避免触景生情，他把自己家里的肉酱也给倒掉了。在《左传》中也有大量关于醢刑的记载，如庄公十二年，宋人南宫万和猛获弒君，相继逃亡，猛获逃到卫国，被卫国遣返，南宫万逃到陈国，卫人向陈国行贿，要缉拿凶犯。于是陈人派美女陪南宫万饮酒作乐，待其酩酊大醉之后，用犀牛皮包裹起来交给宋人，两人都被处以醢刑。

汉朝之初对于谋反等严重犯罪常常使用醢刑。《汉书·刑法志》记载：（汉初）令曰：“当夷三族者，皆先黥、劓、斩左右趾，笞杀之，枭其首，菹其骨肉于市。”菹就是醢刑，按照汉初规定，谋反被判族诛必定要附加醢刑。开诛杀功臣风气之先的刘邦就曾以谋反之名诛彭越，处醢刑，还将彭越之醢遍赐诸侯[16]。如此对待功臣，实在让后人心寒，武帝时投降匈奴的李陵在《答苏武书》中，仍提及彭越之冤，他不无激愤地指出：“足下又云：‘汉与功臣不薄。’子为汉臣，安得不云尔乎！昔萧、樊因絷，韩、彭葅醢，晁错受戮，周、魏见辜；其馀佐命立功之士，贾谊、亚夫之徒，皆信命世之才，抱将相之具，而受小人之谗，并受祸败之辱，卒使怀才受谤，能不得展，彼二子之遐举，谁不为之痛心哉！陵先将军，攻略盖天地，义勇冠三军，徒失贵臣之意，刭身绝域之表。此功臣义士所以负戟而长叹者也！何谓‘不薄’哉？”在极端专制的年代，卸磨杀驴简直太过平常。刘邦死后，汉惠帝除醢刑，但醢刑之名却已深入人心，以至于汉景帝时吴王刘濞以“诛晁错，清君侧”为名，率诸王造反，自称“敢请菹醢之罪。”可见，醢刑已经深深在时人心中打下烙印。晋承汉律，醢刑未见律载，只是对谋反大逆之犯偶有使用，属权宜之法，《晋书·刑法志》曰：“至于谋反大逆，临时捕之，或污潴，或枭菹，夷其三族，不在律令。”较之两汉，晋朝还是有进步的。

晋以后，史书中罕有醢刑记载，但历史却偶有反复，北宋又复行醢刑，而且比以往更为惨烈。先前诸代醢刑仅限于谋反大逆等重罪，但宋朝居然以此镇压盗贼，宋真宗时冀州知府张密学获一“巨盗”，“设架钉于其门，凡三日醢之”[17]。由于醢刑极为残忍，故一般只限于杀一儆

百，每次醢刑之人不过一二人而已，但宋仁宗庆历四年（1044），环州欧希范造反被抓，其同党十数人“剖其腹，绘五脏图，仍醢之以赐诸溪洞中”[18]，此种醢刑估计商纣也自叹弗如。

9．炮烙

炮烙，也称炮格，是在铜格上涂上油，在其下生火，令罪人行走其上，人烂坠火而死。相传，此刑为夏桀所创。据《玉函山房辑佚书·符子》记载：桀观炮烙于瑶台，问大臣关龙逢说：“乐乎？”龙逢回答说快乐。桀于是开始引蛇出洞：“观刑曰乐，何无恻怛之心焉？”龙逢回答道：“天下苦之，而君为乐，臣为君股肱，孰有心悦而股肱不悦乎。”桀继续诱敌深入：“听子谏。谏得，我改之；谏不得，我刑之。”可怜龙逢硬要说真话，回答道：“君王的帽子是摇晃欲坠的危石，君王的鞋履是薄脆欲裂的春冰。头顶危石而不被压死，脚踩春冰而不塌陷，那是不可能的。”桀冷笑道：“我与太阳共存亡的。你认为我要死亡，却不知自己死期不远了，现在就让看看炮烙的厉害。”龙逢从容不迫，唱着歌：“造化劳我以生，息我以炮烙。去故涉新，我乐而人不知。”纵身乃赴火而死[19]。龙逢大概是中国第一位因说真话而被处死的人[20]。

由于关龙逢死于炮烙的说法仅见于《符子》，《史记·夏本纪》和《竹书纪年》都未提此事，因此后人多认为，炮烙之刑可能始于商纣，而非夏桀。大概夏桀、商纣同属荒淫无道亡国之君，所以后人往往将两人混同，将商纣的账算到夏桀身上了，沈家本也持此说。

纣王发明炮烙是为讨妲己欢心，据《史记·殷本纪·索引》说，炮烙的灵感是纣王因为看见蚂蚁爬入烧热的铜斗上被烙伤，不能继续爬行，只是在那里翻滚、挣扎而死，觉得有趣，于是“为炮格，炊炭其下，使罪人步其上。”正是没有任何约束的权力让纣王的“灵感”成为现实，这又为“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败”添加了一个新的注脚。由于炮烙实在恐怖至极，令人发指，许多诸侯皆有异议，但多怕纣王加害，不敢直言。周文王灭商之前，曾被纣王囚禁，想必亲见炮烙之惨烈，所以出狱之后将洛水西边的一块土地献给纣王，请除炮烙之刑，商纣居然同意了。估计当时文王已有反意，此举多是为收买人心。无论商纣是否废炮烙之刑，文王的举措都大得人心。后人评及此事，认

为：“纣因天下怨畔而重刑辟，肆其暴虐，而终于灭亡。文王献地，请去炮烙之刑，而周室以兴。一兴一亡，肇于仁暴，后之议刑者，当知此意。”[21]

由于炮烙之刑实是骇人听闻，又与亡国之君商纣相关，因此后世诸朝罕有此刑记载。只是在少数民族的辽国的法律中载有炮烙。辽穆宗耶律璟也是历史上有名的暴君之一。《辽史·刑法志》说：“穆宗嗜酒好猎，不恤政事，五坊、掌兽、近侍、奉膳、掌酒人等，辄加炮烙或铁梳之刑。”所谓铁梳，即铁齿梳子，用来梳罪人的身体，把肉一条条地刷下来。铁梳和炮烙并用，更是惨烈无比。炮烙之后，身上的皮肉都被烙熟了，再用铁梳，很容易把肉刷掉，只剩下白骨，罪人必死无疑。当时，有人因为丢失一只鹅没有找到，就被处以炮烙和铁梳之刑而死。穆宗的残忍凶暴较之商纣，有过之而无不及。

据后人考证，辽代的炮烙其实更多是一种肉刑，用刑时“人不必遽死，与殷纣之炮格迥不同也。”它与商纣的炮烙本有明显不同，只是对犯人肉体的摧残折磨，一般不至于毙命，但辽穆宗却将此种炮烙与铁梳合用，也算是推陈出新，登峰造极吧。其实，辽代的炮烙更近似于后世酷吏的考讯之法，而非刑罚。早在东汉时期，就有狱官从炮烙之刑中得到灵感，用来讯问人犯，如会稽人戴就就曾身受此刑，据史书记载，戴就关在钱塘县狱时，“幽囚考掠，五毒备至。就慷慨直辞，色不变容。又烧鈇斧，使就夹于肘腋。就语狱卒，可熟烧斧，勿令冷。每上彭考即打，因止饭食不肯下，肉焦毁堕地者，掇而食之……”[22]戴就被烧斧烤炙，居然还从容自如，掇食毁肉，实在令人叹为观止。唐朝酷吏周兴更是首创请君入瓮之刑，不过是搬石头砸自己的脚，好在周兴及时悔罪，否则差点就做了第一个实验品。

真正将周兴的“创举”付诸实践的是明宣宗朱瞻基。明成祖朱棣死后，将皇位传于长子朱高炽（明仁宗），其弟汉王朱高煦一直耿耿于怀，朱高炽当了一年皇帝就龙驭归天，其子朱瞻基即位。朱高煦于是效仿乃父朱棣发动二次“靖难”，造反起事反侄。宣宗御驾亲征，朱高煦兵败。起初，宣宗对叔叔造反一事，表现了超乎想象的忍耐，朱瞻基并未将叔叔处死，只是把他废为庶人，禁锢于紫禁城西内，筑室居之，曰“逍遥城”。无奈朱高煦过于鲁莽，自寻死路，一次，宣宗前往探视，朱高煦为示愤懑，用脚将宣宗绊倒在地。宣宗大怒，“下令用铜缸覆之，缸重三百斤，高煦顶负之，辄动，乃命积炭于其上燃之。逾时，火

炽铜熔，高煦死。诸子皆伏诛。”[23]清初尤侗作《明史乐府》诗，诗云“可怜高煦亦英雄，顷刻烧死铜缸中”，即指此事。朱高煦效仿乃父，造反反侄，可惜画虎不成反类犬！这不知是不是上天对朱棣残暴的惩罚。

10．焚刑

“焚，烧也”，这是一种与炮烙相“媲美”的酷刑。它包括两种情况，一是将人活活烧死；二是将人先处死而后再焚尸扬灰。周朝就有焚刑记载，《周礼·秋官·常戮》曰：“凡杀其亲者，焚之。”杀害亲人，处焚刑，这里的亲属关系当在五服之内。焚刑多是生焚，但也不乏死焚，《左传》载：卫侯掘褚师定子之墓，焚之于平庄之上。燕骑劫围齐即墨，掘人家墓，烧死人，齐人望见涕泣，怒自十倍，由于古代火葬并未行于中国，焚尸在古人看来是对尸体的极大侮辱，如列子所言：“楚之南有炎人之国，其亲戚死，剐其肉而弃之，然后埋其骨；秦之西方有仪渠之国，其亲戚死，聚柴积而焚之，熏则烟上，谓之登遐，然后成为孝子。此上以为政，下以为俗，而未足为异也。”故“列子以仪渠为异，至与朽肉者同言之。”当然，卫侯与燕人焚尸的举措只是对死者的报复和侮辱，而并非刑罚。作为刑罚的死焚应是先斩杀罪人，然后再焚毁尸体。比如《晋书·李特载记》说的“斩特及李辅、李远，皆焚其尸，传首洛阳”，《隋书·炀帝纪》中的“大业九年十二月，车裂玄感弟朝请大夫积善及党与十余人，仍焚而扬之”，都应该是死焚的范例。

据说，最早给焚刑定名之人是王莽，《汉书·匈奴传》说：王莽执政时，遣王昭君哥哥的儿子王歙、王飒出使匈奴，祝贺新单于即位，献上黄金衣被缯帛等贵重礼品，请求将叛逃到匈奴去的陈良等“引渡”回国。单于后将陈良等四十人交还汉朝，王莽于是作“焚如之刑”，将陈良等人烧死。“焚如”来源于《易经》中的“焚如、死如、弃如”之语，据后人解释：“焚如，杀其亲之刑；死如，杀人之刑；弃如，流宥之刑。”所以后世又称焚刑为焚如。曹魏时历史学家如淳认为：“焚如、死如、弃如者，谓不孝子也。不畜于父母，不容于朋友，故烧杀弃之，莽依此作刑名也。”多数学者也都认同此种观点，认为焚刑之名，实为王莽借易经之语首创[24]。王莽之后，生焚并不多见，虽北齐后主高纬、金海陵

王曾有使用，但皆是非常之刑，多属君主率性所为。

11．烹刑

烹刑，顾名思义，是将人煮死煮烂的酷刑。它在中国历史上，亦是源远流长。据载，周文王长子伯邑考在商都作人质，为纣王车夫。纣王将其烹为羹，赐给文王，说：“圣人当不食其子羹”。文王不知是人肉羹，食之。纣王得意地对别人说：“谁谓西伯（文王）圣者？食其子羹尚不知也。”商纣此举，可能是古代烹刑的最早记载。

春秋时，烹刑非常普遍。各种史籍多有记载。如《史记·齐太公世家》载：纪侯在周室进谗言，齐哀公被周夷王烹死。《吕氏春秋·上德编》载：晋公子重耳逃亡郑国时，郑大臣被瞻劝郑文公杀重耳，文公不听。后来重耳归国即位（史称晋文公），重耳兴师攻郑，指名要取被瞻，以报昔日之仇。被瞻对郑文公说：“不若以臣与之。”郑文公不同意。被瞻说：“杀臣以免国，臣愿之。”于是，郑文公派人把被瞻送至晋军。晋文公命令将被瞻烹死，被瞻按着鼎的铜耳，大声叫道：“三军之士，皆听瞻也：自今以来，无有忠于其君。忠于其君者，将烹。”晋文公听闻此语，为被瞻忠诚所感动，于是向被瞻道歉，撤军，把被瞻送回郑国。

被瞻因忠诚免烹，但齐人文挚却因忠诚被烹。《吕氏春秋·至忠》载：齐王病，派人到宋国请文挚。文挚至，对太子说：“大王的病是能够治好的，但是治好之后，他肯定会杀我啊。”太子大惑不解决，问：“何故？”文挚对曰：“必须让大王发怒，否则，疾不可治也。王怒，则挚必死。”太子向他叩首求告说：“只要您能治好父王的病，我和母后一定要在父王面前以求相求，父王一定会看我们的面子上，赦您无罪，请您不要担心。”文挚于是答应治疗，接着，文挚让人禀报齐王，约定治疗时间。结果到了约定的时间文挚却故意不去，而且一连约了三次，皆爽约不至，齐王非常生气。不久后，文挚不期而来，他也不脱鞋子就直接上到了齐王床上，还踩着齐王的衣服，问他病情如何。齐王不理睬他，文挚又故意说气话让齐王气上加气，齐王怒不可遏，起身大叱文挚，结果病就好了。由于文挚的无礼，齐王决定把他活活烹死。虽太子和王后竭力求情，但齐王仍然坚持非烹文挚不可。据说行刑时，武士

把文挚手脚捆住，脸朝上放到大镬中，加柴点火，“爨之三日三夜”，文挚却颜色不变，丝毫未损。齐王非常惊异，亲自到镬边观看。文挚说：“如果一定要杀我，为什么不把我脸朝下？那样就断绝了阴阳之气，才能使我绝命。”齐王遂令人将文挚的身体翻过来，这才把他烹死。

被瞻与文挚，同是忠义之士，而命运却大不相同，后人感及此事，认为：“夫忠于治世易，忠于浊世难。文挚非不知活王之疾而身获死也，为太子行难以成其义也。”其实，在漫长的专制社会中，又有几人因为忠义而有好下场呢？这可能就是伴君如伴虎的来由吧。

战国时，烹人的例子更是不胜枚举。如中山之君烹乐羊之子而遗之羹。商鞅变法时甚至把烹刑作为一种法定常刑，即“镬烹之刑”，“鼎大而无足曰镬，以鬻人也。”秦法之惨，此其一端也，唐人高适曾有诗叹曰：“秦王转无道，谏者鼎镬亲。”

秦汉之间，烹刑的适用就更常见了，这可能是烹刑废止前的最后疯狂。楚汉相争时，刘邦、项羽等交战各方都偏爱烹刑。刘邦的父亲刘太公差点都成了项羽的锅中之鬼，好在项伯竭力劝阻，刘太公才免成人肉羹汤。但此事却暴露出刘邦此人的冷酷，父亲就要被投鼎镬，却仍不为所动，还对项羽说，“当初我俩拥立楚怀王，以兄弟相称，因此我的父亲也就是你的父亲。今天你如果一定要烹你的父亲，就请分一杯肉羹给我吧！”

刘邦的恶毒更体现在郦生事件中，而郦生也是烹刑历史上又一个受害者。当时刘邦采取和平与战争两手，先派郦生劝降齐王，后派韩信大兵压境。而郦生对后者混不知情，向齐王田广保证：“天下后服者先亡矣。王疾先下汉王，齐国社稷可得而保也；不下汉王，危亡可立而待也。”凭其三寸不烂之舌，成功说服田广率七十二城归汉朝。田广当时被郦生说得口服心服，与郦生纵酒行欢，以资庆祝，不料此时韩信兵临城下。齐王田广闻汉兵至，以为郦生出卖自己，乃曰：“汝能止汉军，我活汝；不然，我将烹汝。”可惜郦生临死前还为刘邦辩驳，曰：“举大事不细谨，盛德不辞让。而公不为若更言。”齐王遂烹郦生。郦生无非是中国历史上无数向权力献媚，旋又被权力抛弃的孤魂野鬼。

汉代及其以后，烹刑虽不再是法定常刑，但烹人之事仍史不绝书。

东汉末年，董卓作乱，李旻、张安被抓，后被生烹。二人临鼎前，相谓曰：“不同日生乃同日烹。”平常之语，想想亦是不胜伤感。五代十国时，后唐明宗年间，董彰谋反，姚洪奉命戍守阆州，不幸被董彰所拘，董彰劝他投降，姚洪不从，还大骂董彰：“老贼！尔昔为李七郎奴，扫马粪，得一脔残炙，感恩不已。今天子用尔为节度使，何苦反邪？吾能为国家死，不能从人奴以生”，董彰怒不可遏，叫十名壮士割姚洪的肉放在锅里煮而食之，姚洪至死大骂。这是将人一边凌迟一边烹，还让他看着自己的肉被人吃掉，较之一般烹刑，此法更为惨毒。由于烹刑如此残酷，一直为人所诟病，南燕主慕容超曾下诏提议恢复秦时烹轘之法，但遭到多数大臣坚决反对，最后没有实行，由此也可见烹刑不得人心，不复入法典，但后世此刑在非常之时，却不乏使用的例子，显示封建帝王权力信马游疆，并不受法典约束。

12．笞（杖）杀

笞、杖本是轻刑，在封建五刑体系中处最轻之等，与大辟之刑有生死之悬殊。但在中国古代，笞、杖也常常作为一种死刑的执行方式。在笞、杖未分离之前，笞杖将人打死一般被称为笞杀，笞、杖分离之后，将人杖毙多称杖杀[25]。

唐朝以前，笞杀多是法外酷刑，并非法定常刑。《楚汉春秋》载：刘邦彭城兵败，项羽手下大将丁固将刘邦围住，刘邦披头散发地说：“丁公何相逼之甚？”丁固遂放刘邦一马，后刘邦即位后，丁固前来请功，结果刘邦却让人将其笞杀，理由是“使项氏失天下是子也，为人臣，用两心，非忠也。”隋文帝杨坚更是非常偏好此刑，不时以笞杖荼毒大臣。《隋志》载：帝性格猜忌，经常于廷殿打人，一次，楚州行参军李君才批评文帝宠高颖过甚，文帝大怒，以马鞭笞杀之。《隋志》又说：文帝经常发怒，在六月份也常棒杀大臣。大理少卿赵绰劝谏说：“季夏之月，天地生长庶类，不可以此时诛杀。”文帝却反驳说：“六月虽曰生长，此时必有雷霆。天道既于炎阳之时，震其威怒，我则天而行，有何不可？”仍将大臣棒杀。

真正将杖杀变成法定常刑的是在唐朝。唐德宗建中三年（782），刑部侍郎班宏奏：“其十恶中谋反、大逆、叛、恶逆四等，请准律用

刑；其余犯别罪合处斩者，今后并请重杖一顿处死，以代极法。重杖既是死刑，诸司使不在奏请决重杖限。”德宗准奏，从此一顿重杖处死代替大部分死罪的绞、斩，杖杀从法外酷刑变为正刑。《唐志》认为德宗此法乃仁慈之举，说他“性猜忌少恩，然用刑无大滥”。但其实并非如此，“斩、绞而死与重杖而死，均死也，不足以言仁。且斩、绞而死，其死也速，重杖而死亡，其死也迟，其所受之苦楚，转有甚于斩、绞者，未足为良法也。”[26]杖杀在唐朝运用得最为普遍。《旧唐书·刑法志》记载唐肃宗时期一次就将“达奚挚、张岳、李有孚、刘子英、冉大华二十一人，于京兆府门决重杖死。”又如《旧唐书·桓彦范传》载桓彦范被杖杀处死，“乃令左右执缚，曳于竹槎之上，肉尽至骨，然后杖杀。”

宋承唐律，杖杀虽不列常刑，但在实践中，此法杀人亦不少见。如宋太祖时，“商河县李瑶坐赃，杖死”。宋太宗时，“中书令史李知古坐受赇擅改刑部所定法，杖杀之”，“詹事丞徐选坐赃，杖杀之。”宋真宗时，“杖杀入内高品江守恩于郑州”。辽效宋法，五部长官也皆可杖杀部民，到辽圣宗时，“五院部民有自坏铠甲者，其长佛奴杖杀之”，圣宗“怒其用法太峻，诏夺官”。从此，官员不敢酷挞。

需要注意的是，虽然辽后，杖杀这种死刑执行方法少有运用，但是在考囚讯问过程中，以棍棒至人毙命则多有发生，虽然这种刑讯逼供手段并非刑罚范畴，但它较之刑罚，其实是有过之而无不及。

13．沈河

沈，没也[27]。沈河，又称沉河，是把人投入河中淹死的刑罚。作为刑罚，沉河最早出现于春秋时期，《吕氏春秋·骄恣篇》说：“赵简子沈鸾于河”，指的就使此刑。鸾缴是晋国赵简子之臣，赵简子好声色，鸾缴就立即献来歌女舞姬；赵简子好宫室台榭，鸾缴很快就建好亭台楼阁。但是，当赵简子想延揽人才，鸾缴却六年未曾选中一人。因此赵简子认为鸾缴是“长吾过而绌善也”，于是将其沉河毙之。更为国人所熟知的沉河之例是西门豹智送河伯妇。战国魏文侯时，西门豹为邺（今河北省临漳县一带）令。当地三老、廷掾勾结女巫，谎说为河伯娶亲，每年挑选民家女子沉入河中，骗取百姓钱财，民众苦不堪言，“多持女远逃

亡”，留下者又害怕“不为河伯取妇，水来漂没，溺其人民”，不敢不从。西门豹将计就计，在河伯取妇之日，假称挑选之女不美，令女巫和三老先行通告河伯，将他们全部投入河中。从此，邺吏民不敢复言为河伯娶妇[28]。

战国时期，沉河被广泛用于对待战争的俘虏，如秦昭王三十四年（前273），白起与赵国将领贾偃交战，把赵国两万士兵沉入黄河[29]。秦朝时沈河之刑也称定杀。《睡虎地秦墓竹简·法律答问》有：“定杀如何？生定杀水中之谓也。”“疠者有罪，定杀”，“甲有完城旦罪，未断，今甲疠，问甲当何论？当迁疠所处之，或曰当迁所定杀”的记载。“疠”即麻风病，秦朝的定杀主要是针对有麻风病又犯罪的人，对这种犯人可以投入水中将其淹死。

沉河正式进入法典，是在北魏。《北魏·刑志》曰：“巫蛊者，负羖羊抱犬沈诸渊。”用巫术害人的，要负羊拖犬，沉到深渊。这种刑罚似乎是厌胜之事，即用某种诅咒来对付邪魔鬼怪，用在巫蛊者身上算是恰如其分。后世法典，多未规定沉河之刑，但在实践中，还是屡有使用。如辽太祖时，讨平叛贼奚胡损，将其乱箭射死，并将同党三百余人，沉之狗河[30]。又如明洪武年间，佥事陈养浩，在诗中写道“城南有嫠妇，夜夜哭征夫”，被朱元璋知道后，认为他是讥讽朝政，遂令将其遣送湖广沈河淹死。

沈河更多是作为一种民间的私刑，早在春秋时期，就有此类私刑。《左传》载：鲁成公十一年（前580），晋国的郤犨向鲁国的声伯求婚，声伯强行将施氏的妻子嫁给郤犨。郤氏和施妻生两子，后郤犨亡，晋人将施妻及两子归施氏，施氏就把郤犨的两个儿子沉之于河。不幸的是，在不少偏远地方，即使是在两千多年以后的20世纪，此等私刑仍被保留，名曰：“沉猪笼”，对待偷情者，族人可以将他们捆绑，赤身裸体塞入装猪的竹笼里，然后浸入水里，将其淹死。

沉河之刑多是生投，但也不乏死投，即把人杀死之后，将尸体投入河中，以示侮辱。汉民丧葬风俗强调入土为安，将尸体投入河中，成为鱼虾腹中之餐，显然是对死者的极大亵渎。《史记·伍子胥传》说：伍子胥因被太宰陷害，自刎而死，“吴王乃取子胥尸，盛以鸱夷革，浮之江中。”这种做法在后世也很常见。唐末昭宣帝年间，朱全忠将大臣三十余人诛杀殆尽，然后将他们的尸体全部投入河中。当时投靠朱全忠的

李振曾多次赴试未中，因此特别仇恨那些进士出身的朝臣，他对朱全忠说：“此辈常自谓清流，宜投之黄河，使为浊流。”朱全忠笑而从之[31]。

14．剖心

这是一种剖人胸腹，出其心脏使其死亡的刑罚，最早行此刑的也是暴君商纣。《史记·殷本纪》载：“比干曰：‘为人臣者，不得不以死争。’乃强谏纣。纣怒曰：‘吾闻圣人心有七窍。’剖比干，观其心。”只因比干劝谏，却遭剖心之祸，纣王之酷虐可以窥豹一斑。后世用此刑者，亦不少见。前秦苻洪对待盗贼，就曾用此刑，《晋书·苻洪载记》载：“生推告贼者，杀之，刳而出其心。”及至宋代，仍残留此刑，南宋初建炎二年（1128），高宗赵构下诏“禁军中抉目、剜心之刑”，这足以佐证当时军中以刳心为常，故禁之[32]。

剖心更多是作为一种惩罚仇家，祭奠死难者的私刑。剖心以祭，最早见之于五代，据《五代·吴越世家》载：润州牙将刘浩将统帅周宝赶走，推举薛朗为帅，周宝逃到常州，后病死。当时的越王钱镠派杜棱攻打常州，擒获薛朗，剖其心祭奠周宝。又如《张彦泽传》载：五代后晋时张彦泽残害百姓，曾将张武剖心断手足处死，后来果遭报应，被辽主耶律德光擒获，耶律德光派高勋监刑行刑，高勋以其人之道还治其人之身，剖张彦泽之腹，取其心祭奠死者，而民众也“争破其脑，取其髓，脔其肉而食之”。元末顺帝时，此等私刑仍然存在。至正二十二年（1362）六月，“田丰及王士诚刺杀察罕帖木儿，遂走入益都城。十一月，扩廓铁木儿复益都，田丰等伏诛，取田丰、王士诚之心祭奠察罕帖木儿”。直到清末，这种刑罚仍未绝迹，不少封疆大吏仍超越法律，剖心以惩仇家。以致沈家本感叹：“后世用刑者，每以剖心祭仇为快，得不谓之为酷虐乎？乃当今圣仁之世，明谕中外，废除重刑，而大吏尚有此种行为，殊可怪也。”

15．射杀

这是一种用箭将人射死的刑罚。《汉书·王尊传》记载：美阳有一位妇女告义子不孝，说：“儿常以我为妻，妒笞我。”经审讯，该女所诉属实。王尊于是令人将不孝之子“悬磔于树，使骑吏五人张弓射杀之。”理由是“律无妻母之法，圣人所不忍书，此经所谓造狱者也。”意思是对如此大伤风化之事，圣人不忍在律法中写上这种罪名，但此行为却是罪不容诛，因此可以创造法律，法外施刑。唐朝酷吏王懿宗较王尊更甚。唐人张鷟在《朝野佥载》中说：武则天时期，和亲使杨齐庄入匈奴，被抓，后逃回唐境，但武则天认为他通敌卖国，交由王懿宗审讯，杨齐庄被判死刑。行刑之时，王懿宗令人将其“铺鼓格上，缚磔手足”，先令“段瓒先射。三发皆中，又段瑾射之中，又令诸司百官射，箭如猬毛，仍气喋喋然微动。即以刀当心直下，破至阴，剖取心掷地，仍趿趿跳数十回。懿宗之忍毒也如此。”辽代也曾施射杀之刑。辽穆宗时，有一个叫肖古的女巫给穆宗献了一个延年益寿的药方，该药必须用男子的胆汁调和。穆宗使用此方数年，杀人无数，但却丝毫没有什么效果，于是发觉被骗，遂将女巫射杀。穆宗的残暴，让人不寒而栗。

比射杀刑更残忍的是“射鬼箭”，这主要见之于辽代，该刑是用乱箭把人射死。辽历代君王，皆喜行此刑。如辽太祖七年（913），养子涅里思参与叛乱，太祖下令“鬼箭射杀之”。天赞二年（923），太祖讨平叛贼奚胡损，射以鬼箭。天显十二年（937），辽太宗“射鬼箭于云州北”。乾亨二年（980），辽景宗“次南京（今北京市），获敌，射鬼箭。”统和四年（986），辽圣宗“以所俘宋人射鬼箭”，同年末又“以所获宋卒射鬼箭。”重熙十三年（1044），辽兴宗“获党项侦人，射鬼箭。”不胜枚举。

16．坑刑

坑刑又称生埋，生瘗，其更通俗的说法就是“活埋”。坑刑常见的有两种情形。其一是在古代战争中，一方对另一方的俘虏使用此刑。其二是统治者在镇压敌对势力时，使用此刑。

历史上残忍至极的坑刑当属秦将白起在长平一役活埋赵国俘虏四十万。秦昭王四十七年（前260），武安君白起将赵兵团团围住，“将军赵括出锐卒自搏战，秦军射杀赵括。括军败，卒四十万人降武安君。武安

君计曰：‘前秦已拔上党，上党民不乐为秦而归赵。赵卒反覆，非尽杀之，恐为乱。’乃挟诈而尽阬杀之，遗其小者二百四十人归赵。前后斩首虏四十五万人。赵人大震。”可以想象，四十万人被坑杀，其情其景，多么惨烈。就连白起本人也觉得此举太过残暴，以至于三年之后，他被秦王赐死，白起临死前仍提到长平一役，认为自己作孽太甚，他“引剑将自刭，曰‘我何罪于天而至此哉？’良久，曰：‘我固当死。长平之战，赵卒降者数十万人，我诈而尽阬之，是足以死。’遂自杀。”[33]始皇二十年（前228），秦始皇攻下少年时曾居住过的邯郸，也曾下令将当时欺侮过他的人全部“坑杀”。

然而历史上影响最恶劣的坑杀之事，莫过于秦始皇的坑杀儒生事件。始皇三十四年（前214），秦始皇为了加强思想控制，采纳李斯建议，下令将秦国以外的史书和民间收藏的诗书以及诸子百家书，通通烧毁，次年又将四百六十余方士和儒生，皆坑之咸阳。据说，秦始皇还不止一次坑儒，而且手段越发卑鄙和残忍。东汉卫宏在《古文尚书》中记载，“秦既焚书，恐天下人不从所更法，而诏诸生，到者拜为郎。前后七百人，乃密种瓜于骊山陵谷中温处。瓜实成，诏博士诸生说之，人言不同，乃令就视。为伏机，诸生贤儒皆至焉，方问难不决，因发机，从上填之以土。皆压，终乃无声也。”秦始皇先令人在骊山温谷挖坑种瓜，以冬季瓜熟的奇异现象为由，引蛇出洞，诱惑诸生贤儒于骊山观看。当众儒生争论不休、各抒己见时，秦始皇趁机下令填土而埋之，七百多名儒生全部被活埋在山谷里，这种秘密暗杀的手段如此“巧妙”，如此骇人听闻，被害者在不知不觉中突然死亡，外人也莫名其妙，以为他们人间蒸发，直到东汉光武帝时才被卫宏揭示。秦始皇的“焚书坑儒”是对人类思想的巨大摧残，思想界万马齐喑，愚民政策大行于世，人类的思想曾一度在封建专制的钳制中蹒跚前行。

秦朝之后，坑刑亦是史不绝书。项羽就曾效法白起，坑杀秦降卒二十多万。《史记·项羽本纪》载：秦将章邯向项羽投降，痛斥赵高劣迹，项羽封章邯为雍王，安置在项羽的军中。秦军投降之后，项羽统帅的诸侯官兵对秦军随意侮辱使唤。秦军官兵有诸多议论，认为如果无法入关灭秦，秦朝廷必定会诛杀自己的父母妻儿。诸侯军将领们暗地报告了项羽。项羽认为秦军官兵人数众多，内心并未真正臣服，不如杀之以除后患。于是楚军趁夜把秦军二十余万人击杀坑埋在新安城南。

项羽此举虽效仿秦人，但如此残暴与狭隘也就注定了他覆灭的命

运。就连项羽宠妃虞姬在与项羽生离死别之际，仍在责备项羽当时之举，导致天怒人怨：“妾问道，妾问道：将军不要为人患，坑却秦族二十万。怀王子孙皆被诛，天地人神共成怨。妾问道，妾问道：将军为何不肯听，将军莫把汉王轻。汉王聪明有大度，天下英雄闻驾驭。将军不悟兮如何？将军虽悟兮奈何！”的确，当时项羽的狭隘与刘邦的大度形成鲜明对比，以至于韩信决然离开楚营，投奔刘邦。因此司马迁评价项羽，说他“虐戾灭秦，自项氏。号为霸王，位虽不终，近古以来，未尝有也。项羽自矜功伐，以功勋自诩，将败亡，归于无意，最后身死东城，尚不觉悟而不自责，过矣。乃引‘天灭亡我，非用兵之罪也’，岂不谬哉？”

坑杀俘虏之风延续甚久，几乎每个朝代都有。比如《后汉书·袁绍传》记载，200年曹操与袁绍军在官渡决战，曹操胜后将被迫投降的袁军部队“尽坑之”。《晋书·载记》说十六国时期坑刑更是家常便饭。310年石勒攻晋冠军将军梁巨于武德，“坑降卒万余”。317年前赵刘聪镇压平阳贵族，“坑士众万五千余人，平阳街巷为之空”。320年石虎击败前赵刘曜，“坑士卒一万六千”。321年石勒“坑”晋军曹嶷部的降卒3万人。349年石虎死后，数子争夺帝位，小儿子石冲战败，“坑其士卒三万余人”。甚至到唐宋时期，仍有坑刑存在，史载唐太宗征高丽时，“收靺鞨三千三百，尽坑之”。北宋田况镇压保州反叛士兵，借招降之名“坑其构逆者四百二十九人。”[34]

坑刑多在战争时候使用，一般不属于国家的正式常刑，但在辽代时，却曾一度在法律中规定此刑。当时此刑称“生瘗”。“有年瘗土，无年瘗土。”[35]高诱注：“祭土曰瘗。年，谷也。有谷祭土，报其功也。无谷祭土，禳其神也。”生瘗就是活埋以祭地。《辽志》说：“又为生瘗之刑。”《辽史·太祖记》亦有关于此刑之记载。当时对于谋反之人经常实施这种生埋之刑，“神册三年四月，皇弟迭烈哥谋叛，事觉，知有罪当诛，预为营圹，而诸戚请免。上素恶其弟寅底石妻涅里衮，乃曰：‘涅里衮能代其死，则从。’涅里衮自缢圹中，并以奴女古、叛人曷鲁只生瘗其中。遂赦迭烈哥。”皇弟迭烈哥谋反，辽太祖赦免弟弟的条件是让弟媳自缢代罪，并将弟弟的亲信悉数活埋。

17．剥皮

剥皮之刑虽非官刑，但在历史上却被多次使用，其残忍性令人发指。三国时吴国末帝孙皓就喜剥人之面[36]。前秦苻生也曾剥死囚面皮，令其歌舞，观之以为嬉乐[37]。真正将剥皮之刑普遍化的是在明朝。较之前朝，明朝的剥皮刑不仅使用广泛，而且更为残忍，以往不过是剥人面皮，到了明朝则发展为生剥人全身的皮肤。这其中最著名的莫过于“剥皮实草”了，就是将活人的皮剥下来，里面塞上草，做成“人皮草袋”以儆效尤。朱元璋是历史上对官员最严苛的皇帝，最恨贪官污吏，贪污数额在六十两银子以上，就可行此刑，为了充分警告继任的官员，不要贪赃枉法，他还命令将这“人皮草袋”放置在官衙门的办公桌旁。当时，差不多每一个地方的官衙门前，都有一个剥皮场和挑贪官人头的长竿。更可怕的是，为了充分折磨受刑人，当时的法律甚至规定，“有即毙者，行刑之人坐死”，剥皮时绝对不能让受刑人早死，否则刽子手要被处决。

不幸的是，严刑峻法并未遏止官员的腐败，贪赃枉法的官员从来就是继往开来，后继有人，就像韭菜一样，割一茬，长一茬。仅朱元璋时期的空印、郭桓两案，就有数万官员被连累致死，但贪污腐败之风并未遏止，以至于朱元璋都大惑不解，“我效法古人任用官吏，岂料，刚刚提拔他们时，每位官员都忠于职守，奉公守法，但时间一长，一个个全都腐化变质，又奸又贪。我只能严明法纪，予以惩处。结果能够善始善终的很少，大多都家破人亡。”[38]

朱元璋的后世子孙也不乏喜好剥皮之人，明武宗甚至将死囚人皮制成鞍马，供骑乘之用，其心之冷酷残忍，令人咋舌[39]。天启年间的大太监魏忠贤亦是剥皮高手。据史书记载，一日，某客栈有屋人一起喝酒，其中一人慷慨激昂大谈魏阉割祸国殃民，作恶多端，多行不义必自毙。另外四人有的沉默，有的害怕，有的劝他说话要小心。不料此人仍大声说：“魏阉虽专横，总不至于剥我的皮，我怕什么。”不料一语成谶。夜间，众人熟睡，忽然有人破门而入，将该人逮走。接着又将其余四人一起带到衙门。堂上高坐着魏忠贤，魏忠贤令人将先捕的那人全身剥光，手脚钉在门板上，然后对其余四人说：“这位说我不能剥他的皮，今日不妨一试。”于是令手下取来融化的沥青浇在那人身上，待到沥青冷却凝固，然后用锤子敲打，沥青和人皮一齐脱掉，形成一副完整的人皮。四人被吓得半死，魏忠贤让人赏给他们每人五两银子压惊，将他们放走。

明崇祯帝煤山自缢以后，遗老遗少先后成立了好几个小朝廷，史称南明，其中延续最长的（15年）是在西南边陲苟延残喘的永历朝廷，这个朝廷虽无所作为，但仍延续乃祖朱元璋的剥皮之风。永历六年（即顺治九年，公元1652年），武将孙可望杀陈邦传，将其剥皮传示各地。御史李如月向永历弹劾他，但永历帝不敢开罪孙可望，反而将李如月重打四十大板。后来此事被孙可望知道，孙大怒，命人将李如月剥皮。剥皮之后还将李如月的皮用石灰清干，用线缝好，中间塞上草，悬至北城门上。[40]难怪鲁迅先生总结道："大明一朝，以剥皮始，以剥皮终，可谓始终不变；至今在绍兴戏文里和乡下人的嘴里，还偶然可以听到'剥皮揎草'的话，那皇泽之长也就想而知了。"

18．凌迟

在人类刑罚史上，最骇人听闻，惨绝人寰的刑罚当属凌迟了。凌迟，俗称脔割、剐、寸磔，也就是通常所说的千刀万剐。"凌迟"一词原作"陵迟"，语出《荀子·宥坐》："三尺之岸，而虚车不能登也。百仞之山，任负车登焉，何则？陵迟故。"陵，丘陵也；迟，慢也。凌迟之本义乃指丘陵之势渐慢也，借指刑罚"杀人者欲其死之徐而不速也，故亦取渐次之义。"[41]

凌迟之刑的最大特点就是缓慢将人杀死，千刀万剐，让人在死亡前痛苦不堪，求生不能，求死不能。

凌迟刑起源可以追溯至南北朝。北齐文宣帝常常以"轻刀脔割"杀人，南朝宋后废帝刘昱也曾亲手将人脔割，另据《梁书·侯景传》载："（侯）景长不满七尺，而眉目疏秀。性猜忍，好杀戮，刑人或先斩手足，割舌割鼻，经日方死。"这实际上就是凌迟的雏形。唐中后期，此刑亦时有出现，《新唐书·宦官传》载：唐玄宗时，宦官杨思勖性情残忍，"所得俘，必剥面、皦脑、褫发皮以示人。""缚于格，箠惨不可胜，乃探心，截手足，剔肉以食，肉尽乃得死。"又如《资治通鉴》载：宰相杨国忠在安史之乱时，被乱兵"屠割"，"军士追杀之，屠割支体，以枪揭其首于驿门外。"颜杲卿（书法家颜真卿之兄）兵败，为安禄山所抓，也是被割肉节解，零割而死，"大骂，受剐刑，仍骂不绝口，被钩断舌头，犹含糊而骂，直至气绝。"这种残忍的刑罚与凌迟

已非常接近。

凌迟作为正式的刑罚，一般认为始于五代。陆游在《渭南文集·条对状》认为：“五季多故，以常法为不足，于是始于法外特置凌迟一条。”又据《辽史·列传第四二》记载：辽太祖神册六年“滑哥预诸弟之乱。事平，群臣议其罪，皆谓滑哥不可释，于是与其子痕只俱凌迟而死，敕军士恣取其产。”神册六年也就是公元921年，当是五代之时。《辽史·刑法志》亦有“死刑有绞与斩、凌迟之属”的记载。由于辽初之法主要效仿中原诸国，因此这也可从侧面印证五代时凌迟之刑已正式存在。

北宋开国之初，力纠五代弊政，禁止凌迟之刑。宋太祖时颁行的《刑统》规定重罪应使用斩或绞，并未有凌迟之刑。宋真宗大中祥符四年（1011），内侍杨守珍在京东获贼人后欲行凌迟，七年（1014）御史台亦请脔割杀人贼，八年（1015）陕西督捕贼巡检使杨守珍又请行凌迟，都遭到宋真宗的驳斥，并诏“捕捉盗贼送所属，依法论决，情理切害者奏裁”。这说明直到宋真宗时，凌迟仍然是被禁止的[42]。

凌迟刑正式进入北宋是在宋仁宗时期，天圣九年（1031），因荆湖地方杀人祭鬼，仁宗怒而降诏：“自今首谋若加功者，凌迟斩之。”[43]，这是北宋首次使用凌迟刑，从此，凌迟之刑大行其道。明道元年（1032），淮南西路的庐、寿、光等州，“获累行劫盗者六人，凌迟处死”。景佑元年（1034）宋仁宗又诏：“应灾伤州军捉获强劫贼人内，有曾杀害人命及累行劫盗，情理巨蠹者，即许凌迟处死。”庆历三年（1043）邵兴兵变失败，仁宗又诏：邵兴及其党“并凌迟处斩”。仁宗开风气之先使用凌迟，死后却谥号“仁宗”，真可谓强烈之讽刺。

仁宗之后，凌迟被广泛使用，尤其是宋神宗年间，为推行新法，大肆运用凌迟之刑，较之乃父，更进一步，因此《通考·刑制考》说：“凌迟之法，昭陵（宋仁宗陵号）以前，虽凶强杀人之盗，亦未尝轻用，熙丰间诏狱繁兴，口语狂悖者，皆遭此刑。”因为思想言论就惨遭凌迟，神宗此举令人发指。

到了南宋，《庆元条法事例》更明确地把凌迟和斩、绞同列为死刑名目，从此凌迟作为一种法定刑一直延续到清末。如《元史·刑法志》说：“死刑则有斩而无绞，恶逆之极者，又有凌迟处死之法焉。”《大明

律刑律·盗贼》也说：“谋反大逆：凡谋反谓谋危社稷，大逆谓谋毁宗庙、山陵及宫阙，但共谋者，不分首从，皆凌迟处死。”当然，凌迟在明朝并非正刑，对此《明史·刑法志》说：“二死（绞、斩）之外有凌迟，以处大逆诸罪者，非五刑之正，故图不列。”这其实是典型封建帝王作秀手法，“做了婊子还要立牌坊”。统治者当然知道凌迟太过残忍，为了避免被人斥为暴虐昏君，所以他们采取了在正刑中不标其名，但在具体犯罪中规定凌迟之刑的掩耳盗铃之法。清代法律规定处凌迟之刑的条款更多，它除了继承《明律》对凌迟刑的十三处规定外，还对劫囚、发冢、谋杀人、杀一家三口、威逼人致死、殴打祖父母、殴打业师、狱囚脱监、谋杀本夫等罪，也都规定了凌迟。

凌迟之刑的执行过程惨不忍睹，但多未为正史所载。《宋史·刑法志》只称：“凌迟者，先断其支（肢）体，乃抉其吭，当时之极法也。”但在实际行刑时，其残忍性远超此载。刽子手用刀从活人身上将肉一片片地割下，然后截肢、剖腹、断首，竭力延长受刑者的死亡时间，让其极度痛苦，但又不会轻易毙命。陆游称受刑者“肌肉已尽，而气息未绝，肝心联络，而视听犹存。”《宋文鉴》也说受刑人“身具白骨而口眼之具尤动，四肢分落而呻痛之声未息”。清人王明德在《读律佩》描述得更为详尽：“凌迟者，其法乃寸而磔之，必至体无余脔，然后为之割其势，女则幽其闭，出其脏腑，以毕其命，支分节解，菹其骨而后已。”

据说宋元时期，凌迟所割刀数还相对较少，凌迟有8刀、24刀、36刀、72刀、120刀等区别。如元杂剧《窦娥冤》所反映的凌迟之刑，犯人张驴儿“毒杀亲爷，奸占寡妇，合拟凌迟，押赴市曹中，钉上木驴，剐一百二十刀处死。”又如沈家本在《历代刑法分考》中认为当时“相传有八刀之说，先头面，次手足，次胸腹，次枭首。皆刽子手师徒口授，他人不知也，京师与保定亦微有不同，似此重法，而国家未明定制度，未详其故。”据说24刀凌迟的行刑顺序依次为：一、二刀削去双眉，三、四刀切去双肩，五、六刀割去双乳，七、八刀切去两手至两肘之间的部分，九、十刀切去两肘至两肩的部分，十一、十二刀削去两腿的肉，十三、十四刀削掉腿肚，十五刀刺心脏，十六刀割首级，十七、十八刀切两手，十九、二十刀切两腕，二十一、二十二刀切两足，二十三、二十四刀切断两腿。一般说来，凌迟施刑并无定法，行刑者可以便宜行事，因此刽子手常常借机向犯人家属敲诈。方苞在《狱中杂记》中就说过：“凡死刑，狱上，行刑者先俟于门外，使其党入索财物，名

曰‘斯罗’。富者就其戚属，贫则面语之。其极刑，曰：‘顺我，即先刺心；否则，四肢解尽，心犹不死。’”

明清时期，行刑过程越来越复杂，行刑时间也越来越长，甚至有拖至数日的；所割刀数更是登峰造极，一度达到数千刀，真正算是“千刀万剐”了。明武宗正德年间太监刘瑾受凌迟时，据说凌迟三日，刀数达三千三百五十七刀。“头一日该先剐三百五十七刀，如大指甲片，在胸膛左右起初开刀，则有血流寸许，再动刀则无血矣。人言犯人受惊，血俱入小腹小腿肚，剐毕开膛，则血皆从此出。至晚押瑾顺天府宛平县寄监，释缚数刻，瑾尚能食粥两碗。次日则押至东角头。先日瑾就刑，颇言内事，以麻核桃塞其口，数十刀气绝，时方日升在彼，与同监斩御史具本奏，奉圣旨：刘瑾凌迟数足，锉尸免枭首。锉尸，当胸一大斧，胸去数丈。”

明末进士郑鄤被凌迟处死，被剐三千六百刀。明《瑞严公年谱》一书记下了当时场面，“黎明脔割之旨乃下。行刑之役具提一筐，筐内均藏铁钩利刃，时出刃钩颖以沙石磨利之。崇阳（即郑鄤）坐于南牌楼下，科头跣足，对一童子嘱咐家事絮絮不已。鼎沸之中忽闻宣读圣旨应剐刽子手百人群而和之如雷震然，人皆股栗。炮声响后，人拥挤之极，原无所见，下刀之始不知若何。但见有丫之木指大绳勒其中，一人高距其后伸手取肝肺两事置之丫颠。忽又将绳引下，聚而割之如娟。须臾小红旗向东驰报，风云电走，云以刀数据报大内。”[44]

最悲惨的莫过明末抗清名将袁崇焕了，忠心为国，却因皇太极所设反间计为崇祯所杀。崇祯三年（1630）袁崇焕以通敌卖国之罪被判凌迟处死，行刑前以渔网覆身，让肉从网眼中凸出来，以方便割取（此种行刑方式又称“鱼鳞剐”），袁崇焕共被剐3700多刀，可怜袁崇焕皮肉已被割尽，人还未死。据说袁崇焕皮尽肉蜕之时，虽口中无法出声，但心肺间仍发出哀号。更让人心寒的是，当时许多北京城无知民众居然等候着购买袁崇焕的肉吃，以示愤怒。

清朝时，凌迟之法又有新的发展，清代俞正燮《癸巳类稿》中称：凌迟行刑一般为三日，刀数有4700或3600刀。据说为了防止受刑人在刑罚途中休克死去，在处刑前都被灌以大量鸦片，因此很多受刑者在受刑时都神情恍惚。清嘉庆八年（1803），一位名叫陈德的杂役因行刺嘉庆遭凌迟处死。据说陈德被凌迟时“血尽但流黄水而已。”剐到一半陈德对

刽子手说：“快些”，刽子手回答他“上让你多受些罪”，“遂闭目不复言”。凌迟后陈德还被枭首陈尸示众。清朝同治年间，刽子手还对刑具进行改进，发明了钩子行刑法，当时有人因刺杀两江总督马新贻被判凌迟，为了精确行刑，刽子手先用钩子将犯人肉钩起，再用刀割。

直到19世纪末期，凌迟刑仍然广泛使用，当时太平天国的首领通常都被处此刑。如太平天国北伐军失败，林凤翔、李开芳等将领八人被俘，都被押解北京凌迟示众。翼王石达开也曾罹受此刑，其情景尤为惨烈。石达开在大渡河山穷水尽，不忍全军饿死，只身向清军“请死”，以救全军。不料被清军械送成都凌迟处死。军士两千余人，翼王妻妾子女均被杀害，惨不忍言。最不可思议的是，对石达开五岁的幼子和刚出生的儿子的处罚，按照清律，两人都该“凌迟”，但由于他们身躯太小无法剐三千多刀，于是要被养大成人，才执行此刑[45]。石达开被行刑时异常坚强，始终不发一语，当时他和宰辅曾仕和、中丞黄再忠等绑赴刑场时，石、曾二人面对面绑在两个木椿上。刽子手先对曾仕和割第一刀，曾仕和惨叫不已，石达开大斥说：“为什么不能忍受此须臾时间？”曾仕和才紧咬牙关，不再叫喊。据说石达开受刑时被割数百刀，始终默然无声。这种气势让监斩官员都大为震惊，四川布政使刘蓉事后在呈送道光帝的奏折中说石达开“枭桀坚强之气溢于颜面，而词句不亢不卑，不作摇尾乞怜语。……临刑之际，神色怡然，实丑类之最悍者。”历史记载的最后一次凌迟是在光绪年间的1905年3月25日，对此人凌迟居然还是从轻发落，当时此人因杀害某蒙古亲王，本被判处火刑，但光绪觉得火刑太过残忍，于是改为凌迟以表皇家恩典和慈悲之心。

除上述死刑，在历史中，亦还有不少法外之刑，比如用铁器击人头顶的凿颠之刑，用铁锯将人活活锯死的锯割之刑，用铅或锡灌入人肠的灌铅之刑、用钉子将人钉死的活钉之刑，用铁钩将人肠抽出的抽肠之刑，将人脊柱打断的断脊之刑，将人从悬崖投落的投崖之刑，等等，不胜枚举。总之，只要是让人不得好死，那么无论这种死亡方式多么令人匪夷所思，在漫长的历史中，都能够发现它的踪迹。后世的人们在感叹现代文明给予人类的福祉的时候，也许无法想象，我们的先祖曾经经历过多么漫长的一段野蛮、血腥、残暴、恐怖的岁月。

光绪三十一年（1905），修律大臣沈家本等奏请废除凌迟、枭首、戮尸、刺字等酷刑，清廷表示同意，“凡死罪至斩决而止，凌迟及枭

首、戮尸三项，著即永远删除，所有现行律例内凌迟、斩、枭各条，俱改为斩决。”随后修订的《大清新刑律》更是明确规定：死刑只用绞刑一种，并且要特定场所秘密执行；谋反大逆及谋杀祖父母、父母等罪，另依“专例”，仍用斩刑。

至此，死刑执行方式从多元化向一元化迈进，从野蛮向文明迈进，刑罚终于开始踏上了现代化、文明化的征途。此后的北洋政府和国民党政府更是效仿西方发达国家刑法模式，彻底抛弃残暴的死刑方式，1914年北洋政府的《惩治盗匪法》和1925年广州国民政府的《陆军刑律》均规定死刑采枪决方式，废除绞刑这种清末法制改革保留的唯一的封建死刑执行方式，死刑执行方式向文明又迈了一步。

1949年，新中国成立之后，沿用“枪决”。1996年，新修订的《刑事诉讼法》第212条规定“死刑采用枪决或者注射等方法执行”。1997年11月4日，昆明市中院首次对四名毒犯执行了注射这种行刑方法。此后，“针决”方式在全国推广，死刑执行方式愈加文明[46]。

二、死刑发展的三大趋势

综观死刑的发展历程，三大趋势体现得尤为明显。

其一，死刑执行从多元化向一元化迈进。

从结果角度来说，死刑的后果是唯一的，人的生命只能被剥夺一次，但是为了将死刑的威慑作用发挥到极致，历代统治者无不在死刑的执行方式上大做文章。死刑执行经历了多元化到一元化的转变，其间的过程无限曲折漫长。

自死刑产生开始，其执行方式五花八门，无比残酷，主要的死刑方法就有斩、绞、烹、腰斩、车裂、醢刑、磔等，这种死刑执行多元化一直延续到汉代才稍有变更。西汉时，死刑变为：夷三族、腰斩、弃市、枭首、磔五种，种类有所减少，残酷程度亦大为降低。北魏时期死刑执行方式更是大大缩小，《魏书·刑法志》说："世祖即位，定律令。……分大辟为二科：死、斩。死入绞，大逆不道，腰斩。"死刑执行的二元化趋势开始出现，死刑分为斩、绞两种，并以此作常刑，隋朝时将这种死刑二元化模式规定为法律定式，《隋书·刑法志》"开皇元年，更定新律，其刑名有：'一曰死刑二，有绞，有斩。'"死刑执行二元化的确立是死刑发展史上重大的进步。虽然在这二元化模式以外，还存在一些非法之刑，但死刑执行的主流仍以绞、斩为主。

然而，宋朝在绞、斩之常刑的基础上，又对谋反、谋大逆、恶逆以及不道等重罪，规定了凌迟作为唯一的法定刑。此例为元、明、清三朝所效仿，更有甚者，清代在绞、斩之上，又增加了凌迟、枭首和戮尸三种死刑制度[47]。二元化的死刑执行模式被死刑三元化，甚至五元化所替代，这是历史的严重倒退。然而，刑罚人道化、轻缓化的趋势不容抗拒，清末修律，废除惨无人道的诸多行刑方式，取而代之以较为文明的绞刑，斩刑只在非常特殊的情况下才偶有适用，死刑执行的多元化终于向一元化迈进。随后，北洋政府和国民党又将绞刑、斩刑之刑彻底废除，而以现代性的枪决代替，至此，死刑一元化模式开始确立。

新中国成立以后，很长一段时间，死刑都采枪决方式，但1996年新刑事诉讼法又将死刑执行方式变成枪决和针决两种，看起来这似乎是死刑一元化模式为二元化模式所替代，但其实质是为建立一种更为文明的死刑一元化模式作铺垫。与以往任何一次反复不同的是，此次所增“针决”是一种更为文明的死刑方式，它比枪决更为人道。但是由于各地经济发展不一，不可能在全国普遍采用此法，因此从现实角度考虑，枪决仍要保留一段时间，但它最后必然被针决所取代。因此针决、枪决并列的二元化模式只是将来的针决一元化模式的过渡阶段，它是一种否定之否定。

其二，从法外施刑到法内用刑。

在中国古代，虽然自北魏以来，死刑之常刑只有斩、绞，只是到了宋朝才增加凌迟，但是实际上，除了这些法定常刑外，还有大量的法外用刑，其残忍度较之常刑更甚。

然而，自郑子产铸刑书以来，人类都试图将刑罚权这种最可怕的权力用规范形式予以约束，因此也就有了刑法。虽然这一过程不乏波折，但总体趋势是明确的，那就是不断用法律手段约束无限扩张的刑罚权。历朝历代，有关刑名的法律规定无不是朝着这一方向努力，但是由于封建社会的人治传统，这一努力也就不可避免归于失败。以至在封建社会后期，法外之刑竟然有了专门的名称，叫作“闰刑”。

在漫长的历史进程中，皇权从来高高在上，帝王们拥有无限的权力，“口含天宪”，可以随意造法毁法，法律约束的只是帝王权贵以外的其他人。因此，明武宗剥囚犯皮，“法司奏祖宗有禁，不听。”明确道出法外用刑缘由的是唐高宗，当时将军权善才因毁昭陵之树，虽依律只是罢官免职，但高宗硬要将其处死，而且毫不隐讳地说：“善才情不可容，法虽不死，朕之恨深矣，须法外杀之。”上行下效，法外用刑一度泛滥，法律也就不可能对刑罚权作彻底的约束。

清末修律，明定罪刑法定原则，该原则可以说是中国刑法从野蛮走向文明的标志。据此原则，一切刑罚必须在法律的约束之下，法律没有规定的刑罚，坚决禁止使用。从此，死刑的执行方式在制度上真正实现了从法外施刑到法内用刑。

其三，从死刑滥用到限制死刑。

儒家强调德主刑辅、明德慎罚、恤刑慎杀，在这种观点的影响下，中国古代不乏限制死刑的例证，如李世民的“死囚三百来归狱”。另外，在程序上，古代（北魏、隋、唐等朝代）曾有死刑复奏制度，即判处死刑的案件，在执行前须奏请皇帝批准。明、清两代除十恶不赦的死刑立决案件外，对其他不立即执行死刑的案件，每年秋季要派高级官员会审。这种制度在明代称朝审；在清代，复审京师死刑案件称朝审，复核外省死刑案件称秋审。会审后的死刑案件，最后仍要报皇帝核准[48]。死刑复核的一个重要目标就是层层把关，防止错杀无辜，限制死刑的适用。

但是，在更多的时候，儒家学说不过用来装点门面，统治者骨子深处依然信奉的是法家的霸王之术，即所谓的“内法外儒”。这最经典的莫如汉宣帝父子的对话。《汉书·元帝记》载：汉宣帝的太子刘奭好儒术，当他对父亲说：“陛下持刑太深，宜用儒生”时，汉宣帝立即作色道：“汉家自有制度，本以霸王道杂之，奈何纯任德教，用周政乎！且俗儒不达时宜。好是古非今，使人眩于名实，不知所守，何足委任？”随后，汉宣帝“乃叹曰：乱我家者，太子也！由是疏太子而爱淮阳王。”因此在更多时候，严刑峻法就成了统治者最经常的选择，尤其是在社会治安不好的情况下“治乱世用重典”的重刑主义倾向更是无法避免，即使是在唐太宗年间，任意刑杀之事亦不少见，如因女儿高阳与和尚辩机通奸，他下令腰斩辩机，同时杀戮高阳公主身边知情不报的奴婢十多人，死刑的随意滥用可见一斑。唐太宗尚且如此，遇到更为暴虐的帝王，人命如草芥也就可想而知。

如明朝的朱元璋父子：朱元璋大杀功臣、朝臣，仅仅胡惟庸、李善长、蓝玉三案就杀人十万之多。在位三十年，杀了二十万人，基本上将功臣诛杀殆尽。较之乃父，朱棣也毫不逊色，建文帝兵败之后，朱棣将建文帝宫中的宫人、女官、太监全部杀光，一次性就枉杀一万四千多人，忠于建文帝的旧臣基本上被杀光，一时血雨腥风、尸横遍野。这些滥用死刑之举还多发生在和平年间，如果换在战争期间，杀戮则更是稀松平常！至于程序上的限制，也更多的是一种摆设。如明永乐年间的朝审制度，永乐十七年曾规定京城外的死罪重囚都要解送京师，并将犯人、案卷一并送到，朝审审讯时，原来负责该案的官员应携卷旁听，如果遇有犯人翻供或称冤时，原审官员要照卷陈述原来审问的始末，并将原审判决的理由提供给会审各官参考[49]。看起来，这种朝审制度比今

天的死刑复核还要文明和进步，不仅由最高司法机关统一复核，而且还实行开庭审理。但就是在永乐一朝，却是中国历史上最残暴血腥的年代之一。

真正对死刑适用进行制度性限制始自清末。清末修律，首先对死刑的执行方式大加限制，死刑执行从既往的多元化模式转换为一元化模式。其次是程序上的真正限制，《大清新刑律》明确规定：“死刑非经法部复奏回报，不得执行。”

新中国成立以来，死刑复核制度亦被保留，但是在复核权的归属上却有过诸多反复。虽然两部刑法、两部刑事诉讼法都明确规定死刑立即执行案件的复核权统一归最高人民法院，但在实际执行中，最高人民法院却将此权力下放，各省级法院都享有此生杀予夺之权。直到2007年1月1日，最高人民法院才正式收回死刑复核权，限制死刑的精神终于在程序上走向现实。

我国刑法罪名总数有四百多个，在1997年刑法典中死刑罪名多达69个，占全部罪名的1/6强。虽然经过数次修正，如今死刑罪名仍有46个，其中有相当数量是非暴力性犯罪。

我国现行刑法第48条明文规定死刑只应适用于罪行极其严重的犯罪分子。联合国《公民权利与政治权利国际公约》第6条第2款也规定：在未废除死刑的国家，只能对最严重的犯罪判处死刑。联合国经济及社会理事会关于《保护面对死刑的人的权利的保障措施》进一步规定：“这应理解为最严重的罪行之范围不应超出具有致命的或者其他极其严重之结果的故意犯罪。”至于什么是“其他极其严重的后果”，联合国经济与社会理事会秘书长在关于死刑的第六个五年报告《死刑与贯彻〈保证面对死刑的人的权利的保障措施〉》中对此阐述为：“致命的或其他极其严重的后果的含义倾向于暗示着这样的犯罪应该是危及生命的犯罪。在这个意义上，危及生命是行为的一种极为可能的犯罪。”非暴力犯罪适用死刑与《公民权利和政治权利国际公约》的精神明显背离，在这方面现行刑法仍有改进空间。

因为世上有邪恶，所以法律必须通过惩罚来进行威慑，避免邪恶蔓延如洪水滔天。从这个意义上来讲，死刑具有合理性。杀人偿命欠债还钱，这种民意的情绪表达本身也有其内在的合理价值。

在笔者看来，废除死刑的做法并不合适。那种忽视公义，滥施恩情的人道主义有着太多的伪善。他们经常会是为了假想的将来，而忽视现在的利益。为了抽象的人类无视具体人的悲苦。对于那些极度邪恶的杀人重案，如果不处以极刑，如何能够抚慰仍存于世之人的泪水。

但是，我们必须限制死刑，而不能滥用死刑。死刑只能针对谋杀一类的重罪。对谋杀处以死刑本身就是对生命的尊重，也是对死刑的限制。

启蒙思想家曾经乐观地预想，随着人类知识水平的提高，科学技术的发展，社会制度的革新，人类的前景一片美好。但是，20世纪无数的浩劫让这种乐观情绪进入了冰河。在奔向灿烂蓝图的过程中，总有一股下坠的力量让方向出现了负斜率。

法律中的乐观主义曾经相信邪恶是可以改造的，罪大恶极之人只是暂时生病的病人，既然疾病可以治疗，那么犯罪的人同样也可以医治。但是，再犯率的不断升高，恶性案件的层出不穷，让改造主义成了一种幻梦。

法律无法消灭邪恶，也很难改造邪恶，它只能有限地约束邪恶，避免邪恶的泛滥。如果说在法律中依然要保留改造罪犯的美好设想，那也必须让罪犯受到应得的严厉惩罚。从这个角度而言，死刑仍然应当保留，但必须受到最大限度的限制。

[1]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第143页。

[2]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第146—147页。

[3]古代文献中，磬刑的记载并不常见，这也可以佐证中国古代的绞刑少有采取悬挂方式。一般说来，除了赐死之外，很少有采取悬挂式绞刑的。

[4]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第140页。

[5]参见《汉书·高记》。

[6]曹旅宁：《秦律新探》，中国社会科学出版社，2002年，第188页。

[7]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第147页。

[8]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第143页。

[9]参见《后汉书·灵记》。

[10]具体参见后文相关论述。

[11]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第119页。

[12]如北宋中前期。据史籍记载，宋太祖乾德元年（963），汪端“数千人聚山泽为盗”，败获后“磔汪端于郎州”（《宋史》卷1《太祖本纪》）；五年（967）汉州绵竹县民康祚反，康祚被擒后，“磔于市”（《长编》卷7乾德四年十二月庚辰）；宋太宗淳化五年（994），又“磔李顺党八人于凤翔市”（《宋史》卷5《太宗本纪》）；宋真宗咸平三年（1000）“鲁山县民刘用聚徒造符谶谋作乱，……用等并磔于京城诸门”（《长编》卷47咸平三年夏四月己巳）；宋仁宗庆历八年（1048），贝州妖贼平，“磔王则于都市”（《宋史》卷11《仁宗本纪》）。但在沈家本

看来，这些地方出现的“磔刑”可能是凌迟的别名。沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社2003年版，第121页。

[13]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第109页。

[14]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第112页。

[15]《五代史·李存孝传》记载：存孝泥首请罪，缚载后车，至太原，车裂之以询。据沈家本考证，唐后车裂之刑仅见此事。

[16]参见《史记·黥布列传》。

[17]参见《续湘山野录·张秉知冀州》。

[18]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第97页。

[19]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第98页。

[20]参见魏得胜：《三十个世纪的中西之别》，《书屋》，2003年第2期。

[21]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第100页。

[22]参见《后汉书·独行传·戴就》。

[23]参见《明通鉴》卷二○。

[24]但沈家本不同此说，具体参见沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第102页。

[25]参见前文“并不轻松的笞杖之刑”。

[26]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第149页。

[27]参见《广雅》。

[28]参见《史记·滑稽列传》。

[29]参见《史记·白起王翦列传》。

[30]参见《辽史·太祖记》。

[31]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第114页。

[32]参见《宋史·高记》。

[33]参见《史记·白起王翦列传》。

[34]参见郭建、姚少杰：《“坑”考》，《华东政法学院学报》2001年第3期。作者认为“坑”很难说是一种刑罚，“坑”不见于任何一个朝代的法律条文，绝大多数“坑”的事件都不经过任何的审判程序，所针对的对象也几乎全都是战俘或无辜的百姓，而且并不一定是指活埋杀人。作者认为“坑”通或京观、武军实际是一回事，它是一种交战惯例，战胜的一方将战败一方阵亡者的尸体堆积在大路两侧，覆土夯实，形成一个个大金字塔形的土堆，号为“京观”或“武军”，用以夸耀武功。

[35]参见《吕氏春秋》。

[36]参见《吴志·孙皓传》。

[37]参见《晋书·苻洪载记》。

[38]李亚平：《帝国政界往事——大明王朝记事》，北京出版社，2005年，第89—90页。

[39]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第162页。

[40]《历史小百科》http://www.np2c.edu.hk/~np2-chih/history.htm。

[41]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第117页。

[42]郭东旭：《论北宋“盗贼”重法》，《河北大学学报（哲社版）》，2000年第5期。

[43]参见《续资治通鉴长编》。

[44]陈登闻：《国史旧闻》（第二册），中华书局，2000年，第156—157页。

[45]唐德刚：《晚清七十年》，岳麓书社，1999年，第133—134页。

[46]王仲修：《从野蛮走向文明——中国死刑执行方式的历史演变》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2004年第2期。

[47]徐岱：《中国刑名及刑罚体系近代化论纲》，《吉林大学学报（社会科学版），2001年第6期。

[48]参见杨春洗等主编：《刑事法学大辞书》，南京大学出版社，1990年，第474页。

[49]陈永生：《对我国死刑复核程序之检讨——以中国古代及国外的死刑救济制度为视

角》，《比较法研究》，2004年第4期。

第七章
以钱赎刑

古代五刑之外，有一种刑叫作赎刑，犯人可以缴纳一定数量的金钱，或服一定期限的劳役减免其罪。

赎刑的历史非常久远，早在尧舜时期，就有“金作赎刑”的说法。《尚书·吕刑》序言中有“吕命穆王，训夏赎刑”，这可推知夏朝有赎刑的存在。《尚书大传》也说：“夏后氏不杀不刑，死罪罚二千馔。”一馔相当于铜六两，大致三百七十五斤铜即可抵死罪，后人感叹说：“禹之君民也，罪弗及强而天下治。”[1]

一、赎刑的历史

西周时期，赎刑开始大量适用，《尚书·吕刑》说：“墨辟疑赦，其罚百锾，阅实其罪。劓辟疑赦，其罪惟倍，阅实其罪。荆辟疑赦，其罚倍差，阅实其罪。宫辟疑赦，其罚六百锾，阅实其罪。大辟疑赦，其罚千锾，阅实其罪。墨罚之属千。劓罚之属千，荆罚之属五百，宫罚之属三百，大辟之罚其属二百金作赎刑。”这就是著名的“罪疑惟轻”，五刑皆可用赎刑，罚锾就是罚铜，刑罚越重，赎价越高。但赎刑只限于疑罪，只有那些无确凿证据，很难能定罪判刑的案件，才可以铜赎罪。

春秋时期的赎刑主要是罚甲兵之刑。《国语·齐语》对此有过记载：齐桓公问管仲，齐国的甲兵不足，该如何是好？管仲说：“轻过而移诸甲兵。”意思是用甲兵赎罪，对其过错轻以处之。具体做法是：“制重罪赎以犀甲一戟，轻罪赎以鞼盾一戟，小罪谪以金分，宥间罪。”这里的“间罪”也是指证据不充分的疑罪，对其以赎刑宽宥之，其中重罪是本该判大辟之刑，轻罪是本该判劓、刖之刑，而小罪是不列入五刑的其他犯罪。齐桓公接受了管仲的建议，薄刑罚，厚甲兵，最终成就了一番霸业。

当时，诸侯国连年交战，战争期间被抓的达官贵人有时也可以甲兵或金钱的方式赎回，比如《左传·宣公二年》载：“宋人以兵车百乘，文马百驷以赎华元于郑。”有时，诸侯国还鼓励民间向他国赎人，鲁国当时就有法律规定，“赎人臣妾于诸侯，皆取金于府”。只要能将这些被抓的贵人赎回，政府可以报销赎金，鼓励民众赎人报国。

有一次，孔子的学生子贡到他国经商，响应国家号召，赎了一个同胞回来，但事后却谢绝了国家支付的赎金。按理说这是好事，但孔子却非常生气，批评他说：“赐失之矣。夫圣人之举事也，可以移风易俗，而受教顺可施后世，非独以适身之行也。今国之富者寡而贫者众，赎而受金，则为不廉；不受金，则不复赎人。自今以来，鲁人不复赎人于诸侯矣。”意思是赎人后按照法律接受应得的奖金，会鼓励人向善，向诸侯赎人，但是不接受奖金，这就会导致以后不会再有人替鲁国人赎身了

[2]。

相反孔子对子贡同学子路救人后欣然接受了别人送给他的牛，大加赞赏，认为“子路受而劝德，子贡让而止善”，子路的行为会让“鲁国必好救人于患也”，而子贡的行为恰恰相反[3]。孔子的思路和现代法律的基本精神是相符合的，法律应坚持人性本恶，对人不应有过高的要求，拾金不昧虽然高尚，但却不太现实，反而拾金有酬才能真正劝人向善。

当然，上面所说的赎俘虏的规定，并非常刑，不是通常意义上的赎刑。

秦朝的赎刑制度有新的发展，过去学者们往往认为，“秦严法令，故无赎罪之刑”。但从20世纪70年代发现的《睡虎地秦墓竹简》看，秦朝的赎刑制度非常广泛。从赎耐、赎黥、赎刑、赎鬼薪鋈足、赎迁到赎死，都可赎减。罪人不仅可以用金钱赎刑，还可以用劳役抵赎，也就是“居作”[4]。秦律规定，“日居八钱”，一日的劳役可以折八钱，如果国家供给饭食，则“日居六钱”。

当然，秦朝的赎刑制度有一定限制，并非任何人都可赎减，只有拥有一定的社会身份地位的人才可赎减。秦代定爵二十等，有爵者才可取赎，无爵者必须服刑[5]。

同时，秦律创设了一种新的刑种——罚赀，这应该是最早的罚金制度，它与赎刑的区别在于，赎刑是以金钱或劳役抵罪，而罚赀本身就是一种刑罚，是以罚金或罚徭役作为刑罚本身的内容。秦律的罚赀有好几种：一是赀布。布是秦的货币之一，赀布其实就是罚钱；二是赀财物，它包括赀甲、赀盾；还有一种是赀徭，罚罪人服劳役。

西汉赎刑制度因循秦制，只是范围有所缩小，一般只限于禁锢坐赃二事，主要针对有一定身份地位的官员使用，《汉书·功臣志》载：“民间得买爵及赎禁锢免赃罪”，禁锢是指限制人做官的惩罚，西汉初年曾规定，商人、入赘之人不准做官，犯罪的官吏不准重新做官；坐赃则指官吏利用职权之便非法收受财物的行为。

但在实践中，这种规定屡被突破，赎刑一度成为国家敛财的手段，据《汉书·惠记》记载：“民有罪，得买爵三十级以免死罪”，赎死买爵

三十级即可。应劭注曰：“一级值钱二千钱，凡为六万”，花六万钱就可赎死罪。[6]汉文帝时，为发展农业，劝人务农，大臣晁错提出著名的“贵粟之道”，“以粟为赏罚，今募天下入粟县官，得以拜爵，得以除罪”。也就是说百姓向国家缴纳的粮食多，就可以得到爵位，或可以免除自己应受的刑罚。交粟多者得爵，是为“赏”，交粟多者免刑，是为“罚”[7]。此举虽可富国，但实开卖官鬻爵之先河。

汉武帝时，连年征战，国库空虚，于是大量适用赎刑，浩侯王恢“坐使酒家矫制害当死赎罪免”；延和四年，嗣候多卯“坐与归义赵王将兵进反虏到弘农擅弃兵还，赎罪免。”[8]同时将帅出征失利，按律当斩，也在此时被大量适用赎刑，同时武帝还大幅度提高赎命价格，“募死罪入赎，钱五十万，减死一等”，命价从先前的六万钱涨到了五十万[9]。司马迁正是因为无力交纳高昂的赎命费，“家贫货赂不足以自赎，交游莫救视，左右亲近，不为一言”，只能“伏法就诛”，受宫刑之耻。武帝期间赎刑的泛滥，以至于后人评说“西汉赎罪之法，始于孝武”。

总之，汉朝的赎刑已发展得相当完备，根据罪人不同情况有不同的赎刑方法，并且根据本刑不同，赎金亦有等差，具体有赎钱、入谷、入缣、顾山、居住等形式。汉朝的赎刑另一个特点就是罚金与赎刑完全分开，不再混淆。对于轻微的犯罪可以直接处罚金。

《史记·长释之传》载，有人无意中惊了文帝的马，文帝怒而欲杀之，廷尉张释之引令文说：“此人犯跸，当罚金。”当时的汉令的确规定：“跸先至而犯者，罚金四两。”文帝没有办法，只得按张释之意见办理。又如汉律规定：“诸出入殿门，公车司马门，乘轺传者皆下，不如令，罚金四两”[10]“无故群饮酒罚金四两”，“受所监治送财物罚金二斤”，“诸侯在国名田他县罚金二两”等[11]。

魏晋时期，赎刑仍与罚金并列。魏明帝时《魏律》有赎刑十一等、罚金六等；晋律承继魏律，“定死罪赎金二斤”，五岁刑至二岁刑逐级以四两递减，即五岁刑一斤十二两，四岁一斤八两，三岁一斤四两，二岁一斤。当时的赎刑主要是针对徒刑（年刑）而言，同时，罪人还可以绢赎罪，计算标准是一月一绢，故五岁刑，入绢六十匹，四岁刑四十八匹，三岁刑三十六匹，二岁刑入绢二十四匹。老人小孩和妇女可以减半赎之。晋律称罚金为“杂抵罪”，也为五等：分别是罚十二两、八两、四

两、二两、一两。如民间私自酿酒者，处罚金八两。又《南齐书·徐孝嗣传》记载：“孝嗣登殿不著靴，为治书御史蔡准所奏，罚金二两。”可见，判罚金者所犯皆为小过。

梁、陈律赎刑与晋制相仿，但全用绢代金。北朝齐周，亦用绢代替，到隋朝改用铜赎[12]，这主要是因为金之珍贵量少，在赎刑大量采用的当时，用金赎刑显然不太现实，因此统治者采取了一种现实主义的立场。

较之汉朝，魏晋南北朝时期对赎刑的限制较多，它主要是作为恤刑手段来运用，一般只针对非恶意犯罪，通常死罪不得赎免。如北齐律规定：“合赎者，谓流内官及爵秩比视，老小阉痴并过失之属。”随着赎刑制度的发展，赎刑在一定意义上已经变成一种独立的财产刑，因此赎刑与罚金也就合二为一，罚金不复存在，南北朝时期，北朝诸律皆未规定罚金，有赎无罚，这一变化保留至清末。

到了隋唐时期，赎刑制度发展的更为全面，赎刑制度法律化、制度化，成为后世朝代赎刑制度的典范，具体说来，隋唐的赎刑有以下三大突出特点。

其一，正式将身份特权关系引入赎刑。

法律规定了一系列与身份特权相关的赎减制度。赎刑主要针对有身份者，这在秦汉就有萌芽，两晋南北朝法律也有类似规定，只是在隋唐时期才得以制度化和系统化。

隋《开皇律》规定：九品官“以上犯者，听赎。应赎者，皆以铜代绢。赎铜一斤为一负，负十为殿。笞十者铜一斤，加至杖百则十斤。徒一年，赎铜二十斤，每等则加铜十斤，三年则六十斤矣。流一千里，赎铜八十斤，每等则加铜十斤，二千里则百矣。二死皆赎铜百二十斤。”[13]隋朝五刑皆可赎，从笞刑到死刑共有十九等，但只有九品官（相当于今天的科级干部）以上的罪犯才可赎免。

同时，官品越高，可赎减的额度也越大，《隋律》规定：犯私罪以官当徒者，五品以上，一官当徒二年；九品以上，一官当徒一年。若犯公罪，各加一年当。《唐律》也有同样规定：五刑均可准予收赎，依本刑之轻重，赎铜从一斤至一百二十斤不等，共十九等。《唐律·名例二·

应议请减》规定：“应议、请、减及九品以上之官，若官品得减者之祖父母、父母、妻子、子、孙犯流罪以下，听赎[14]。”其中七品以上官的近亲属（祖父母、父母、妻子、子、孙），五品以上官员的妾室可以用钱赎罪。

其二，赎刑只针对罪行较轻的行为。

隋唐两朝，皆规定“十恶”之罪不得赎免，赎刑一般适用于流罪以下，赎死刑仅适用于疑罪，一般只有过失等轻罪才可适用赎刑。

唐律规定有五种流刑不适用赎刑：一是加役流，这主要是由唐初断趾之刑转化而来的流罪；二是反逆缘坐流，即因谋反而株连的流放者；三是子孙犯过失流，即因为意外杀害祖父母、父母者；四是不孝流，即闻父母丧，匿不举丧，或者参与告发祖父母、父母，或者诅咒祖父母、父母等不孝顺的行为；五是会赦犹流者，即犯死罪被赦死从流者。另外，过失杀伤尊亲属，故意斗殴，男夫犯盗、妇人犯奸等罪行，虽判徒刑，也不能赎免。

其三，恤刑手段制度化。

赎刑恤刑之功用，早已有之。从汉武帝开始，女子犯罪，除伤害罪外，罪人都可放归，出钱雇人服役；《晋律》也规定：“其年老小笃癃及女徒，皆收赎。”这种体恤弱者，慎刑恤罚的原则，在隋唐发展完备，开始制度化。此后历朝，对老、幼、疾、妇女皆有赎刑之规定。

《唐律》在此方面可谓集大成者。《唐律》规定：年纪在七十岁以上，或者十五岁以下的，或者残疾人（废疾：痴哑、腰脊折，一肢废）犯流罪以下都可用赎刑；年纪在八十以上，或者十岁以下的，或者患重病（笃疾：恶病，两肢废、两目盲），犯反、逆、杀人、盗窃、故意伤害等罪本应该判处死刑的，经过皇帝批准也可用赎刑。这些规定直到今天都有借鉴意义。

宋、元、明、清各朝基本延续了隋唐的规定，其中尤以明朝赎刑制度最为发达与烦琐。

明之赎刑不限身份，不限刑级，不限钱财且对同一刑罚有多种赎法

供罪犯选择。

明代的赎刑有两种。一是律赎，即“律行收赎”，这是法典明文规定的赎刑，这种赎刑非常严格，必须严格按照法律，司法官员无敢损益；二是例赎，即“例得收赎”，这是依照成例收赎，这种赎刑没有严格的规定，经常是因时权宜，先后互异，标准不一[15]。

律赎者称“收赎律钞”，例赎者称“赎罪例钞”。

对律赎者，司法官员必须依律行事，只要囚犯具备法律规定的赎刑标准，就必须赎免，《大明律》规定：“应收赎而决配，各依出入人罪，减故失一等。”不按律规，应赎而不赎者，法官要受刑事处罚。

对例赎者，司法官员主要依据各朝成例，自由裁量权相对较大。明代赎刑的方式很多，如纳铜、纳钞、纳银、纳米、纳草、纳豆、纳马、运炭、运砖、运水、做工、输做等，多根据官方需要因事制宜权宜变更，如宣德年间，曾让罪囚发天寿山为皇家种树。

罪犯是否判赎刑以及判何种赎刑的一个重要标准是其经济实力，根据是否具备赎刑的经济能力，明朝将罪囚分为“有力”“稍有力”或“无力”，但这含混的标准让很多法官为了增加赎刑收入，将“无力者”判为“有力”，也有些人为了逃避经济负担，寄希望于在充军或徒刑途中逃跑者，“有力者”也谎称“无力”。

为了约束司法官员权力，明弘治十三年（1500）修订《问刑条例》，对“例赎”加以制度化。正式定“例赎”的方式为“在京”和“在外”。京罪囚“有力者”可纳米、纳草、纳豆、纳马、运炭、运砖、运水，“无力者”可做工，并可折银赎罪。在外罪囚分“有力”“稍有力”或“无力”三种，“有力者”纳米谷，“稍有力者”按照做工的具体数目折合银两赎罪，“无力者”可以摆站、撩哨赎罪[16]。

为了保证赎刑的履行，明朝还创设了“担保”“追比”和“监追”制度。如果罪犯经济困难，一时无法立即交纳赎刑财物，可先采取“担保”的方式催缴，如果罪囚逃走，可以追究保人的责任。如《世宗实录》载：“男子徒罪以上，或赃数太多及妇人重刑、逃脱者许囚禁，其余罪可收赎，听令保外自便。”

明人冯梦龙《醒世恒言》中有一篇《陆五汉强留合色鞋》的故事，中间就有“担保”赎刑的记载：陆五汉在其母陆婆、邻人张荩的协助下，骗奸良家女子潘寿儿，奸情败漏，遂杀潘寿儿父母潘用夫妇。陆五汉所犯罪属“十恶”，不许赎，判斩罪。陆婆说诱良家女子，依律问徒。张荩亦问徒罪，但可召保纳赎[17]。若罪囚在担保期限内不能足额交纳财物，有司可以催逼罪囚交纳，称为“追比”。“追比”一般为三次，负责追比之差役也要承担责任，“追纸赎三限不完者，先令（差役）赔完”，以督促差役严厉“追比”罪囚本人。如果“追比”还是不行，那就有可能采取最严厉的“监追”方式，即将罪囚羁押，催促其完纳[18]。

二、赎刑利弊议

围绕赎刑，历代褒贬不一。

肯定者认为赎刑好处多多。

其一，赎刑乃宽恤之政，符合儒家“明德慎罚”之说。元马端临在《文献通考》中对赎刑之制持肯定态度，他认为赎刑“哀矜恻怛之意”，一贯偏好重刑主义的明太祖朱元璋在晚年也把赎刑看为德政，认为：“善为国者，惟以生道树德，不以刑考立威。”

其二，赎刑可以防止犯罪。赎刑可以利用人的欲利之心而防止犯罪。《吕刑》说赎刑“罚惩非死，人极于病”，虽不执行应罚之刑，但强制交纳财物，也可让人感到惩罚之痛，抑制犯罪。马端临也认为：“盖财者人之所甚欲，故夺其欲以病之，使其不为恶耳，岂利其货乎？”

其三，赎刑可解决国家财力之匮乏。司马迁就对管仲“使以甲兵赎”的制度大加赞赏，认为他“任政于齐，齐桓公以霸，九合诸侯，一匡天下，管仲之谋也。”[19]

反对者针锋相对，他们认为赎刑弊端太多。

其一，赎刑与儒家“重义轻利”思想相背。西汉宣帝时，京兆尹张敞以讨伐羌兵，军费不足，建议入谷赎罪之制。结果遭到诸多大臣的反对，其中最著名的是萧望之的观点，他认为：“民函阴阳之气，有好义欲利之心，在教化之所助。尧在上，不能去民欲利之心，而能令其欲利不胜其好义也；虽桀在上，不能去民好义之心，而能令其好义不胜其欲利也。故尧、桀之分，在于义利而已，道民不可不慎也……”

其二，赎刑导致贫富异刑，“如此则富者得生，贫者独死，是贫富异刑而法不一也。”

其三，赎刑可能导致重新犯罪。犯罪者为了筹集赎刑费用，可能会铤而走险，再次犯罪，所谓“人情，贫穷，父兄囚执，闻出财以得生活，为人子弟者将不顾死亡之患，败乱之行，以赴财利，求救亲戚。一人得生，十人以丧……以死救生，恐未可也。”[20]

在笔者看来，赎刑制度具有历史的合理性，在刑罚异常残酷的古代社会，赎刑的宽恤功能功不可没，它毕竟对刑罚的严苛有所缓和，为肉刑转变为自由刑提供了平台，体现了刑罚从野蛮向文明的进化规律。其次，赎刑造成的贫富异刑虽是事实，但这并非赎刑本身的错误，而是社会阶层的不平等所造成的，这点沈家本的评说可谓公允，他说：“国家立法，但问其当于理否耳，苟当于理，则法一而已，只论罪之当赎不当赎，不能论其人之富与贫。富者之得生，法如是，非辜也；贫者之不能自赎，贫者之不辜，非法使之也，且果为疑赦者，法亦必有以济其穷，何至忍视其受刑哉。”在法理上，赎刑并没有错误，错只在社会现实的不平等，导致了刑罚适用上的实际的不平等，这种不平等在现代的法律中也是存在的。

当然，用当代眼光来看，赎刑的缺点是显而易见的，赎刑对于重罪采罪疑从轻原则，这种做法虽然减缓了刑罚的残暴与任意，但它所暗含的有罪推定色彩还是与现代法律精神相悖；另外，赎刑实际适用的不平等虽在法理上无亏，但它毕竟与不平等的社会现实同流合污，为虎作伥，予人以以钱赎罪的口实，不符合现代社会所倡导的平等理念。因此，延续数千年的赎刑制度也就不可避免地改弦易张。

取而代之的是什么呢？那就是曾经被抛弃的罚金制度。清末修律，颁布《大清新刑律》，仿效西方国家的刑罚体系，定刑罚为主刑与从刑。主刑有死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘留、罚金五种；从刑为褫夺公权、没收两种。

1997年通过的《中华人民共和国刑法》规定，也将罚金刑作为一种正式的附加刑。罚金与赎刑的不同是显而易见的，前者是一种独立的惩罚，而后者只是一种代替刑。罚金主要是针对轻微的犯罪适用，它能够很好地遏止财产类的贪利犯罪，同时罚金本就是一种独立的惩罚措施，无论是单处罚金，还是并科罚金，都不存在以钱赎罪的嫌疑。在单处罚金的情况下，犯罪往往较轻，没有必要判处自由刑，对轻罪因为害怕以

钱赎罪而判处自由刑，反而是违背罪刑均衡原则的；在并处罚金的情况下，更是不会出现以钱赎罪的情况[21]。因此，南北朝时期就被抛弃的罚金重被拾擢，也算是旧瓶装新酒，否定之否定原则的另一个注脚。

[1]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第444页。

[2]参见《家语·致思》。

[3]参见《淮南子·道应训》。

[4]后世有将此刑与流刑并用，一般是对谪迁官员的惩罚手段。

[5]郭嘉：《从睡虎地秦简看秦朝的赎刑制度》，《中州学刊》，2004年第3期。

[6]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第454页。

[7]参见《汉书·食货志上》。

[8]参见《汉书·功臣表》。

[9]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第456—457页。

[10]参见《史记·张释之列传》。

[11]童光正等：《论赎刑制度》，《社会科学家》，1996年第3期。

[12]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第23，464—465页。

[13]参见《隋书·刑法志》。

[14]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第468页。

[15]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第480页。

[16]张光辉：《明代赎刑的运作》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》，2005年第3期。

[17]冯梦龙：《醒世恒言》，卷十六。

[18]张光辉：《明代赎刑的运作》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》，2005年第3期。

[19]参见《史记·管晏列传》。

[20]三点引文皆为肖望之观点，参见沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第457—458页。

[21]陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆，2001年，第715—716页。

第八章
株连无辜

因一人犯罪而牵连无辜他人，这种刑罚制度叫作株连。一般说来，株连又包括族诛与连坐。所谓族诛，是指一人犯罪而夷灭其族，其中包括族灭，夷灭三族，夷灭九族等，它们都属于死罪的一种执行方式。所谓连坐，则是指一人犯罪而株连他人，株连者不限亲人，朋友、同族、邻里和上下级等都可被株连。受株连的除受死刑处，还可包括肉刑、徒刑、笞杖刑等各种刑罚，因此连坐的含义比族诛更加广泛。

一、族诛

族诛是一种残酷的刑罚，它深受宗法伦理思想的影响。中国古代强调家族伦理观念，于是统治者就试图用断子绝孙的手段来警告人们不得轻易触犯法律。

据《尚书》记载，夏启和商汤在出征之前，曾训令威胁部下，要求他们在战争中听从命令，否则就会“罪人以族”，将犯者连同其子一起处死，这可以看成是族诛在文献上的最早记载。但是，正式实施族诛之法的却是春秋时期。据《史记·秦本记》记载，秦国第四代国君秦文公在文公二十年（前746），“法初有三族之罪。”除秦国外，其他诸侯国也不乏族刑之例。

据《春秋》记载，当时有不少贵族在政治斗争失败后都被“灭族”。典型的如晋灵公时期的赵盾事件。文臣赵盾与武臣屠岸贾不和，屠岸贾遂设计陷害赵盾，在灵公面前指责赵盾谋反。赵盾因此被灭族，满门抄斩，其子赵朔当然也未能幸免。但赵朔之妻为晋灵公胞妹庄姬公主，因此并未遇害。赵朔被杀后，晋灵公把庄姬公主接进皇宫。当时，庄姬公主已然有孕，进宫后，生下一子取名赵武。庄姬公主恐婴儿也遭杀害，由门客程婴扮作医生将婴儿装在药箱之内，偷偷带出宫去。十五年后，赵武方知自己是赵家后代，立志报仇雪恨。这就是《赵氏孤儿》——中国十大古典悲剧之一——的历史出处。具有讽刺意味的是，在赵氏满门被株，参与发兵绞杀赵家的晋国主政大臣栾书，死后其家人也遭同样厄运。史书上记载，栾氏随后亦被排挤，后来晋“尽杀栾氏之族党”，栾氏五世为卿，自此覆亡。

战国时期，族诛开始走向制度化，其中尤以秦国商鞅变法为代表。商鞅为法家代表，崇尚“以刑去刑”的重刑主义立场，将株连制度法典化。《前汉书》谓：“秦用商鞅，造参夷之株”。所谓“参夷”，也就是株三族。不过，让人感谓的是，商鞅后来亦遭极刑。秦孝公突然去世，即位的秦惠文王以意欲谋反为名下令逮捕商鞅。商鞅逃至边境，因没有公函证明，被客店拒之门外。店家告诉他，这是“商鞅之法”。商鞅逃往魏

国，被魏国拒绝入境。此前，商鞅曾攻打魏国。商鞅想回封地抵抗，但军队直接归中央指挥，自己无权调动，而这也是“商鞅之法”。最后，商鞅被处以车裂之刑，全家遭到族灭。可谓作茧自缚，自作自受。

商鞅变法之后，秦国的刑法，不仅有诛三族，甚至还发展到诛七族。刺杀秦始皇未遂的荆轲，其七族皆被诛杀，以至后世鲜有荆姓之人。何谓七族？一种解释是：“上至曾祖，下至曾孙。”另一种解释是：“父之姓，姑之子，姐妹之子，女之子，母之族，从子及妻父母，凡七族也。”[1]无论哪种解释，犯罪者的亲属几乎诛杀殆尽，其残忍性简直骇人听闻。

及至秦朝，族诛制度已经系统化。根据罪行的严重性，大致可以分为“夷三族”和“族灭”。前者大都是谋反重罪。如曾经翻云覆雨，一人之下，万人之上的秦宰相李斯，最后就是被赵高诬为谋反，被秦二世夷其三族。这里的“三族”究竟是哪三族，历史上一直众说纷纭，有说是父母、兄弟、妻子；有说是父族、母族、妻族；也有说是父、子、孙；还有说是父亲的兄弟、自己的兄弟、儿子的兄弟[2]。无论如何，这种刑罚都是处死犯罪人一定范围内的全部亲属。后者的罪行则相对较轻。比如秦始皇在下令焚书坑儒时曾谓“以古非今者族”，此“族”正是指“族灭”，被杀之范围大致就是罪人的妻子和子女。至于“夷七族”，则是法外用刑的一个典型，封建皇帝皇权不受约束，生杀予夺，随心所欲，可见一斑。其实，无论是“族灭”“夷三族”甚至“夷七族”本身都是极具任意性的滥刑。它并没有严格的界限和适用标准，“族”“三族”“七族”并没有明确定义，只要最高统治者认为罪大恶极，欲斩草除根，杀之后快，他就可以兴之所发，任意扩大范围。

残酷的刑罚、暴虐的统治使得秦朝自食恶果，二世即灭，第一个封建王朝仅仅15年就迅速土崩瓦解，始皇登基之时幻想着其子子孙孙永享千秋霸业的梦想被现实击得粉碎。他做梦也没想到，辛辛苦苦创立的统一帝国居然会落在亭长出身的刘邦手中。

秦亡以后，西汉统治者吸收前朝教训，曾采取一系列减轻刑罚的措施，但仍然保留族诛之刑。

据《汉书·刑法志》所讲：汉兴之初，虽有约法三章，法网疏漏，但仍保留夷三族之法。被判处“夷三族”之人，首先要“具五刑”，也即要

混合使用肉刑、耻辱刑、死刑等多种刑罚。具体而言，罪人额上先被刻字染墨，割掉鼻子，斩掉左右脚趾，杖毙罪人，悬头示众，并将身体当众剁成肉酱。如果罪人胆敢诅咒辱骂，那么行刑之前还要被割舌，该刑罚之残酷，令人发指，而大兴诛杀功臣风气之先的刘邦将彭越、韩信就是以此刑论株的。

《史记·高祖本纪》还记载了一个经典的“夷三族”案例，即汉初赵相贯高谋反案。此事缘起于汉高祖十一年（前196年）陈豨在代地谋反，高祖前去诛讨，途径赵国。刘邦与赵王张敖有翁婿之亲，于是张敖亲自侍候老丈人刘邦并卑恭有礼，但刘邦的架子太大，傲慢地平伸开两条腿，当面责骂赵王，很不给女婿面子。结果赵相贯高、赵午等人就看不下眼了，他们觉得刘邦简直欺人太甚，认为赵王不能如此太窝囊，于是劝赵王杀掉蛮横无理的刘邦。但赵王却劝止手下，并说自己的一切都是仰赖刘邦才得到的。张敖当时咬破自己的指头，慨然道：“我的父亲失去了国家，没有陛下，我们会死后尸体生蛆无人收尸，你们怎么能说这样的话呢？不要再说了！”贯高等人才意识到赵王并非怯弱，而是一位忠厚长者，不肯背弃皇上的恩德。但他们仍决定瞒着赵王刺杀刘邦。汉八年（前201）刘邦再次经过赵国，贯高等人在一个名叫“柏人”的地方安排了刺客。可是他们运气实在太差，也许老天也在帮助刘邦，刘邦不知怎么就觉得柏人这个地名不吉利，因而没有留宿，于是幸免于难。此事后被告发，于是赵王和贯高等人均被逮捕。

据《史记·田叔列传》记载：事发后，赵午等谋划刺杀之人皆自杀，唯独贯高例外，愿被囚系。刘邦当时下诏，赵国群臣宾客有敢跟从赵王进京的就要被处以株三族之刑。但孟叔、田叔等十余人穿着赤褐色的囚衣，自己剃掉头发，颈上带着刑具，自称赵王的家奴跟随赵王张敖到了长安。贯高之所以不自杀，是说明谋反之事与赵王没有丝毫干系。贯高在长安受到严刑拷打，但仍坚持赵王没有参与。后来刘邦让贯高的知交泄公私下去问实情，贯高回答说：“人情宁不各爱其父母妻子乎？今吾三族皆以论死，岂以王易吾亲哉！顾为王实不反，独吾等为之。”[3]此事因为最终得到证实，赵王得出，贯高自杀，三族被株。

刘邦死后不久，吕后曾一度废除“夷三族”之刑。汉文帝刘恒即位之初，也曾宣布废除此刑[4]。但后来，由于新垣平欺骗文帝，文帝大为光火，于是恢复此刑。新垣平何许人也？他乃一术士，因为刘恒好鬼神之事，于是投其所好，自称善于“望气”。一次他对刘恒说，长安东北有

神，结成五彩之气，好像人戴的帽子。于是，刘恒就下令在渭阳修建五帝庙。建成后，刘恒到五帝庙祭祀五帝，对新垣平倍加宠幸，封为上大夫，赏赐黄金一千斤。后来有人检举新垣平所说都是在欺骗，被查证属实，文帝一怒之下，遂决定将新垣平“夷三族”。[5]这样“夷三族”又得以恢复。后世有人因为新垣平一事，认为乃文帝盛德之玷。

“夷三族”之刑到曹魏时期有一些变化，其突出表现就是已嫁妇女不再缘坐父母之刑。魏正元二年（255）。毋丘俭起兵反对辅政大臣司马师（司马懿之子，其弟为司马昭。后其侄司马炎代魏称帝，建立晋朝，追尊其为景帝），兵败被杀。当时法律规定，谋反要被“夷三族”，毋丘俭的儿媳荀氏也在诛杀之内，但荀氏家族与司马家族有联姻关系。为了救出荀氏，司马师遂要求魏帝下诏，允许荀氏与夫离婚。但是荀氏之女毋丘芝虽然已嫁人，但作为毋丘俭的孙女仍然要被处死，只是因为毋丘芝已经怀孕，被关押在监，等待分娩之后被处死。其母荀氏多方营救，最后向担任司隶校尉的何曾求情。于是何曾授意下属主簿程咸上书朝廷，称：妇女在父母有罪和丈夫有罪时都要缘坐处死，这不太公平，所谓“男不得罪于它族，女独婴戮于二门”，“一人之身，内外受辟”。为此建议朝廷修改法律，未婚女子只缘坐父母之罪，出嫁后只缘坐夫家之罪，朝廷接受了这个建议，于是修改法令，规定株连不及于出嫁之女[6]。

西晋时，此刑又有所改变。惠帝永康元年（300），解结被人诬告，当夷三族，其女恰好次日出嫁。夫家欲援引“嫁女不坐”的法律救她一命，让她提前一天过门。但解女因家事伤心欲绝，说“家既若此，我何活为！”决定与家人同赴刑场，这引起舆论一片同情。于是朝廷又一次修改法令，规定女子无论嫁否，株连一律不再处死，只是没为奴婢[7]。

东晋初年，“夷三族”曾被废止。比如《东海王越传》记载，晋怀帝即位后，司马越执政，当时清河王司马覃势力周穆、诸葛玫试图说服司马越废怀帝，立司马覃，遭拒绝后被杀，但此大逆不道之罪仅仅罪及己身，“及怀帝即位，委政于越。吏部郎周穆，清河王覃舅，越之姑子也，与其妹夫诸葛玫共说越曰：‘主上之为太弟，张方意也。清河王本太子，为群凶所废。先帝暴崩，多疑东宫。公盍思伊、霍之举，以宁社稷乎？’言未卒，越曰：‘此岂宜言邪！’遂叱左右斩之。以玫、穆世家，罪止其身，因此表除三族之法。”其实在此前，对于士族高门来说，也

大多未实行三族之法。更为典型的例子是明帝时大将军王敦谋反，事平后，其家族成员也并未牵连。

在笔者看来，究其实质，主要是因为东晋特殊的政治结构。以王敦谋反为例，当时司马氏皇权不稳，必须依仗门阀士族的支持，而王氏家族在当时实力最强，时人皆称“王与马共天下”。所以晋元帝司马睿对于王敦谋反只能忍气吞声，王敦初次引叛军入都城建康，司马睿甚至有退位让贤之意。[8]待到司马睿驾崩，其子晋明帝即位，王敦再次起兵谋反，虽然王敦兵败病死，但王敦家族成员仍安然无恙。这是因为当时宰相王导（王敦族弟）仍然稳控朝中大权，皇帝也奈何不得，所以只能听之任之、网开一面了。事实上，王敦谋反，王导甚至参与其中。王敦初叛入京，杀朝臣周伯仁、戴渊都曾咨询于王导。王导后来还假惺惺地说“吾不杀伯仁，伯仁由我而死，幽冥之中，负此良友”。后来王导再叛，王导也曾密告军情[9]。因此，东晋初年，“夷三族”刑罚之所以闲置，并非统治者的宽大仁慈，而更多是因政治力量角逐的结果。当明帝站稳脚跟，借助实力强大的将军郗鉴牵制王氏家族，遂于太宁三年（325）又“复三族刑”。当然，此时该刑仍不及妇人，这也算是对前朝律法的一种尊重，间接上缓解了族诛之刑的残忍性。

此后，族诛逐渐走向规范化，仅限于谋反、大逆等反对皇帝的罪名，女性株连只被罚没为奴的司法惯例也被后朝法典所吸收。南朝梁天监二年制定新律令就明确规定：“谋反、降叛、大逆已上皆斩。父子同产男，无少长皆弃市。母妻姐妹、及应从坐弃市者妻子女妾，同补奚官为奴婢。”北魏亦规定：“大逆不道腰斩，株其门籍，年十四已下腐刑，女子没县官。”根据法律规定，仅父子从坐弃市，女子仅被没为奴婢。隋朝定《开皇律》时，也只规定“大逆谋反叛者，父子兄弟皆斩，家口没官。”[10]显然，在法典的正式规定中，“夷三族”的范围已明显缩小，当罪人谋逆，仅父亲、儿子、兄弟被诛杀。

但是，封建帝王“口含天宪，朕即法律”，并不受法律的约束。荒淫无道，残暴至极的隋炀帝杨广甚至发明了“株连九族”之刑！《隋书·刑法志》称：“及杨玄感反，帝株之，罪及九族。”《唐六典》对此亦有记载：炀帝“末年严刻，生杀任情，不复依例。杨玄感反，株九族，复行裂首，磔而射之。”“生杀任情，不复依例”！寥寥八字，杨广的残酷以及皇权的广无边界，被勾画得淋漓尽致。九族者，一说认为上至高祖，下至玄孙。[11]而按王应麟《小学绀珠》的说法，则指“九族者，外祖

父、外祖母、从母子、妻父、妻母、姑之子、姐妹之子、女之子、己之同族也。”总之，一切亲属尽在诛杀之列。株连之广，令人不寒而栗！至杨广始，“株连九族”正式进入汉语词汇。

唐朝统治者吸收隋亡教训，极大地限制了族诛的范围。《唐律》规定，仅“谋反”“大逆”两罪适用族诛。其诛杀范围为“父子年十六以上一同处死，其他亲属均免死刑”。罪人谋逆，兄弟也不再被株。

唐太宗时，房强因弟弟房任谋反而将被处死，死刑判决建议到了太宗手上，他觉得情有不安，命令官员详议此事，“反逆有二：兴师动众一也，恶言犯法二也。轻重固异，而均谓之反，连坐皆死，岂定法耶？”房玄龄等议曰：“礼，孙为父尸，故祖有荫孙令，是祖孙重而兄弟轻。”于是法律出现变化，“……令反逆者，祖孙与兄弟缘坐，皆配没；恶言犯法者，兄弟配流而已。”[12]这表明，谋逆罪人仅父子受死，祖孙兄弟不再从坐被株，只被罚没为奴流放之。

贞观十七年（643年），刑部以这种规定太轻，要求恢复夷族之法。当时的给事中崔仁师驳斥说：“古者父子兄弟罪不相及，奈何以亡秦之酷法变隆周中兴？且诛其父子，足累其心，此而不顾，何爱兄弟？”唐太宗采纳了他的观点[13]。

但是，在实际层面上，法律的规定却被屡屡突破，武则天时期著名的酷吏来俊臣被诛杀时，“国人无少长皆怨之，竞剐其肉，期须尽矣”，尸骨被践踏如泥。则天皇帝又下诏曰：“宜加赤族之诛，以雪苍生之愤。”赤族之诛，就是满门抄斩，一个不留。古时多数代同堂，兄弟同居，赤族之诛显然不止来俊臣父子受死。又据《新唐书·酷吏传》记载“杨慎矜兄弟皆赐死，株连数十族。”杨慎矜、杨慎余、杨慎名兄弟皆为隋帝杨广的嫡系玄孙，也不知道这种族诛是否与杨广有关。

时至明、清，封建王朝已开始衰老，逐渐走向末途，集权专制愈加强化。其族刑株连的范围得以扩大，这更以明朝为甚。明太祖朱元璋毫不掩饰自己对重刑主义的偏好，他所授意制定的《大明律》加重对“谋反”“大逆”等罪的惩罚，罪人不仅本人凌迟处死，其祖父、子、孙、兄弟及同居之人，不分异姓，及伯叔父、兄弟之子，凡年十六以上一律处斩。这种规定，较之前朝，严苛太甚。在朱元璋时期，族诛的最大对象就是有功之臣。飞鸟尽，良弓藏，狐兔尽，走狗烹，朱元璋极尽能事诛

灭功臣，他借“胡（惟庸）狱”和“蓝（玉）狱”，几将开国功臣一网打尽，杀戮功臣之惨烈，千古所未有。胡惟庸为明初丞相，深得朱元璋的宠信，因而恃宠而骄，专权跋扈，朝中有人命生死及官员升降等大事，往往不奏径行。对于不利于自己的奏折，则匿而不奏。很多钻营之徒莫不争相投其门下，奉献金帛财物，不可胜数。

洪武十三年（1380），朱元璋以擅权枉法的罪状诛杀胡惟庸，又杀御史大夫陈宁、御史中丞涂节等数人。十年之后，到洪武二十三年（1390），朱元璋又以胡党为题大开杀戒。太师韩国公李善长被赐死，时年已七十六岁，家属七十余人被杀。同时被杀者，又有陆仲亨等列侯多人。总计先后株连蔓延被杀者共三万余人，可谓前无古人[14]。

此后，朱元璋又兴蓝玉党大狱。蓝玉为朱元璋爱将，骁勇善战，立下无数战功，被封为凉国公。但后来骄奢淫逸，横行无道。洪武二十六年（1393），蓝玉被告谋反，连坐被族诛达一万五千多人。

但即便如此残酷的刑罚，却也无法满足嗜杀成性、心胸狭隘的明成祖朱棣近乎病态的迫害欲。方孝孺案将族诛的残忍推向了极限，朱棣因其所发明的骇人听闻的“株十族”而被永远打入暴君名列。

明惠帝（建文帝）时，燕王朱棣以“清君侧”为借口起兵南下，最终攻入京城，推翻惠帝，自立为帝。朱棣入京后，立即着手诛杀建文帝旧臣，并清宫三日，诛杀宫人、女官以及内官上万人。当时大儒方孝孺因主修《太祖实录》《类要》等重要典籍名高一时。朱棣的谋士姚广孝曾在北平时对他讲，方孝孺是天下“读书种子”，绝不可杀。

朱棣为了向天下正名，欲借方孝孺之名起草自己的继位诏书。但方孝孺宁死不屈，拒不合作。当朱棣说：“诏天下，非先生不可。”方孝孺却夺过诏纸，在上大书“燕贼篡位”数字，掷笔于地，边哭边骂道：“死即死耳，诏不可草！”朱棣怒急，威胁道：“汝独不顾九族乎？”方孝孺大喝：“便十族，奈我何！”朱棣盛怒之下，命卫士用大刀把方孝孺嘴唇割开，一直划裂到耳边。然后，将其九族亲眷外加门生数人，凑成十族，共八百七十三人，依次碎剐残杀于方孝孺面前。

史书记载，当杀到方孝孺之弟孝友时，孝孺看着弟弟，泪流满面。孝友反而安慰哥哥说：“阿兄何必泪潸潸，取义成仁在此间。华表柱头

千载后，旅魂依旧到家山”。方孝孺最后被凌迟，时年四十六岁。孝孺临刑前曾做绝命诗，曰：“天降乱离兮孰知其尤，奸臣得计兮谋国用犹。忠臣发愤兮血泪交流，以此殉君兮抑又何求。呜呼哀哉，庶不我尤！”[15]

对于方孝孺案，《明史》谓：“转相攀染、谓之瓜蔓抄，村里为墟。”这意思是说，杀人就像拉瓜藤，瓜互相牵连，故称瓜蔓抄。后人曾有诗，感慨道：“一个忠成九族殃，全身达害亦天常，夷齐死后君臣薄，力为君王固首阳。”[16]虽说后人都道孝孺迂腐愚忠，书读痴了，以至连累亲朋，但放在当时的历史情境，君臣之义，为人之大道，孝孺可谓杀身成仁，其忠心耿耿，也不失为当时读书人的典范。

《明史纪事本末》记载，惠帝兵部尚书铁铉被逮至京，坚持以背面对朱棣，不屑正面看他，被割掉耳鼻，还是绝不转身。朱棣派人割掉铁铉耳鼻，在热锅中烧熟，然后硬塞入这位忠臣口中，问：“此肉甘甜否？”铁铉厉声回答：“忠臣孝子之肉，有何不甘！”于是凌迟致死，骂声不绝。朱棣随后让架上大锅，油烧熟后将尸骨投入而成焦炭；让尸骨朝上，却始终不能；又让内侍用十几根铁棒夹住，才强翻过来。朱棣笑道，“你今天也朝我耶！”没想话声刚落，锅中油溅起丈余，那些内侍的手都被烫伤而弃棒，“尸仍反背如初”。怨恨之下，朱棣又把铁铉八十多岁的老父老母投放海南做苦役，将其十来岁的两个儿子虐杀。

在建文帝旧臣中朱棣最恨的是太常寺卿黄子澄。朱棣审他时，他鄙视道，“殿下以兵力取富贵，”“况富贵瞬息，何足重轻！”朱棣将他宗族老少65人、妻族外亲380人全部押来，“哀号震天”，让他把自己的罪写在纸上，他写道：“本为先帝文臣，不职谏削藩权不早，以成此凶残。后嗣慎不足法。”朱棣先砍他双手，又砍他双腿，当即凌迟；全家老少斩首[17]。朱棣虐杀建文帝旧臣及家属共一万多人，历朝历代异姓相伐相杀，从未有如此屠戮旧臣的举动。

因此，清人谷应秦叹曰：“嗟乎！暴秦之法，罪止三族；强汉之律，不过五宗……世谓天道好还，而人命至重，遂可灭绝至此乎！”更为恶劣的是，朱棣还将建文帝忠臣之妻女送入教坊司充当妓女，并下令每天由二十个精壮士兵汉子轮奸，生下男子代代为奴，生下女孩代代为娼，死后便“着抬出城门喂狗吃了。”[18]这种狠毒与奸恶真是前所未有，“古者但有刑诛，从无玷染。”朱棣此举，简直非人类所为，难怪谷

应秦说他“此忠臣义士尤所为直发冲冠，椎胸而雪涕者也！”直至二十二年后，明仁宗朱高炽（朱棣之子）继位才下诏：“建文诸臣家属在教坊司、锦衣卫、浣衣局及习匠、功臣家为奴者，悉宥为民。”

清律在族刑上完全照搬明律，在具体执行上甚至更为宽滥。其中尤以大兴文字狱，滥用族刑，为史家所诟病。按清律，凡谋反者和共谋，主犯凌迟处死，三代内父、子、兄弟及同居之叔伯兄弟及子中16岁以上男子全部斩首，不满16岁的男童阉割后罚为奴，母、妻、妾、姐、妹、不论长幼全部罚为奴。而文字狱的犯人无一不是谋反罪。号称盛世的康、雍、乾三朝兴文字大狱竟达七八十起之多，挖空心思、捕风捉影，株连之广泛，处理之残酷，让人匪夷所思。

清朝最著名的文字狱有两起：一起是康熙二年（1663年）的“庄廷鑨明史案”。此事缘起吴兴富户庄廷鑨购得明大学士朱国桢的明史遗稿，邀名士加以编辑，同时增补明天启、崇祯两朝之事，定名为《明书》。书中多有犯忌之处，如称康熙的曾祖努尔哈赤为建州（明朝地名）都督，指斥明将降清为叛逆，不著清朝年号，却用南明永历等朝的年号。同时揭露了清朝入关大肆杀戮，屠城残民的诸多劣迹。书成之后，庄廷鑨死，其父庄允城为之刊行。不料有人告发，庄允城被逮入京死于狱中，庄廷鑨被掘墓开棺焚骨，凡作序者、校阅者及刻书、卖书、藏书者均被处死，先后因此狱牵连被杀者达72人，被充军边疆者达几百人。

另一起是《南山集》案。康熙四十九年（1711），翰林院编修戴名世的《南山集》，由于不用清朝年号，并揭露康熙杀掉明太子的真相，戴名世被凌迟处死，戴平世斩立决，其祖父、父、子孙、兄弟及同居不分异姓及伯叔父、兄弟之子，不限籍之同异，十六岁以上不论是否残疾，斩立决，被诛杀者共计三百多人。戴名世的母女、妻妾、姊妹之子妻妾，以及其十五岁以下子孙，伯叔父，兄、弟之子，发给付功臣之家为奴。清朝残暴的文化专制政策，令人毛骨悚然。曾任大学士，执掌翰林院的梁诗正甚至总结出了这样的经验：“不以字迹与人交往，即偶有无用稿纸，亦必焚毁”。知识分子只能脱离现实、皓首穷经。龚自珍叙及此事，称之“避席畏闻文字狱，著书全为稻粱谋。”意思是说一谈到文章方面的事，我就赶紧走人，别惹祸上身，写书纯粹是为了混口饭吃。

清朝钳制思想、堵塞言路、摧残文化简直空前绝后，而这也为清朝

的覆灭埋下了伏笔。

二、连坐

连坐又称相坐、缘坐、从坐，它与族诛相似，都是一人犯罪牵连他人。遭连坐者可被处以各种刑罚，死刑、肉刑、徒刑、流刑不等，皆因时因事而异，其范围远比族诛广泛。上述明清族诛案件，如果仔细推敲，其实不少当属连坐，因为族诛的杀戮对象大多是亲属，而在这些案件所杀戮之人并不以亲属为限，而且所牵连之罪也不限于死刑，如有被阉割为奴的，有充教坊司为妓的，有流放边疆充军的等等。

连坐在中国历史上由来已久，《周礼》说：“令五家为比，使之相保”，“相保相受，刑罚相共”，这当是最早有关连坐的记载。

将连坐制度化的是秦孝公年间的商鞅变法。《史记·商鞅传》记载：“令民为什伍，而相牧司连坐。不告奸者腰斩，告奸者与斩敌同赏，匿奸者与降敌同罚。”《史记·索引》说：“牧司谓相纠发也。一家有罪而九家连举发，若不纠举，则十家连坐。”[19]一人犯罪，九家同罚，也不论他们是否有亲属关系，这种惩罚显然比族诛的范围宽多了。当时，太子违犯新法，商鞅对太子师傅用刑也是连坐之范例。

战国时期，不仅秦国，其他国家也都实行连坐制度。比如《史记·赵奢传》载：当时赵王欲以赵括代廉颇。赵括母上书，言括不可使。王曰：“何以？”对曰：“始妾事其父，时为将，身所奉饭而进食者以十数，所友者以百数，王及宗室所赏赐者，尽以与军吏士大夫；受命之日，不问家事。今括一旦为将，东乡而朝，军吏无敢仰视之者；王所赐金帛，归藏于家，而日视便利田宅可买者买之。王以为如其父，父子异心，愿王勿遣！”王曰：“母置之，吾已决矣！”母因曰：“即如有不称，妾请无随坐。”赵王许之。从这段记载可以看出，当时各国皆有连坐之刑。

战国时期，还有一种“连坐宫刑”的制度，被判“大逆不道”的灭族重罪，其苟活的男性家属要被连带阉割，其目的显然是为了使罪犯断子绝孙，间接灭其族。

秦朝太监赵高就是“连带宫刑”的受害者，其母原嫁赵王室的远亲，因为丈夫犯罪被处以宫刑，于是改嫁他人，但根据赵国的规定，妻权夫授，即便改嫁，生的儿子亦要承继赵姓，遂所生之子名赵高，不幸的是，根据规定，所生之子也要被处以宫刑，于是赵高自小就被阉割，或许就是这种从小给他的耻辱造就了他今后畸形变态的心理。

“连坐宫刑”在后世影响甚广，直到清代道光十三年（1833）还曾颁发类似规定：“嗣后逆案律应拟凌迟之犯，其子孙讯明实系不知谋逆情事者，无论已未成丁，均照乾隆五十四年之例，解交内务府阉割”；其年在十岁以下暂时监禁，“年届十一岁时，解交内务府照例办理”。

秦始皇时期，连坐更是家常便饭，《史记·秦始皇本纪》记载：“始皇幸梁山宫，从山上见丞相车骑众，弗善也。中人或告丞相，丞相后损车骑。始皇怒曰：‘此中人泄吾语！’案问，莫服，捕时在旁者，尽杀之。自是后，莫知行之所在。”因为有人泄其言行，就将闻者全部诛杀。始皇三十六年（前212）“有坠星下东郡，至地为石。黔首或刻其石曰：‘始皇帝死而地分。’始皇闻之，遣御史逐问，莫服，尽取石旁居人诛之，因燔销其石。”

汉文帝时，“尽除收律，相坐法”，但后世连坐之法并未禁绝，如《汉书·王尊传》说：“东平王以至亲骄奢不奉法度，傅相连坐。”因王犯罪，而牵连臣僚，这种做法显是商鞅遗风。又如王莽新政之时，曾进行货币改革，推行“布钱”，为了限制盗铸，他规定“一家铸钱，五家连坐，没人为奴婢”，以至于没为官奴婢的人“以十万数”。当时，为了强行推广“布钱”，王莽甚至规定此钱为身份证明，官民出入都必须携带，否则旅馆也不接待食宿，关门和渡口可以加以拘留。

后世诸朝，皆有连坐之规定，其中尤以唐代对连坐的范围和限制规定得最为具体。《唐律》规定：“诸谋反及大逆者，皆斩。父子年十六以上，皆绞。十五以下及母女、妻妾、祖孙、兄弟、姐妹、若部曲、资财、田宅，并没官。……伯叔、兄弟之子，并流三千里，不限籍之同异。即虽谋反，词理不能动众，威力不足率人者，亦皆斩。父子、母女、妻妾，并流三千里。”“缘坐非同居者，资财，田宅不在没限。岁同居，非缘坐及缘坐子孙应免流，各准分法应还。若女许嫁已定，归其夫。出养、入道及聘妻未成者，不追坐。道士及妇人，若部曲、奴婢，犯反逆者，止坐其身。”唐律的规定基本为后世所效仿，罪人谋反，只

诛杀父子，其余连坐亲属只受非死之刑。

需要注意的是，在很长一段时间，族诛与连坐往往混在一起，两者往往你中有我，我中有你，难分彼此，但到隋唐之后，两者的区别渐趋明显。前者是死刑，族诛之人必死无疑，而后者则未必，父子以外的其他亲属、女眷、从犯很少有处死刑的，大多是被充军、流放、为奴、或被阉割。另外，族诛之人主要是同姓血亲，殃及朋友门生只是特例，而连坐者主要是因事牵连，而非血缘关系。

今天，族诛与连坐这种株连制度已被抛入历史的垃圾桶，现代刑法理念倡导罪责己身，反对株连。

克罗齐说，一切历史都是当代史。刑罚的历史并不单纯是对旧闻掌故的叙述。我们始终应该铭记黑格尔的黑色警示——历史给人类提供的唯一教训就是人类从来不吸取教训。但愿从刑罚的历史中，我们能够洞悉人类的经验与教训，刑罚从野蛮到文明的发展路程不会有大的翻转。

[1]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第83页。

[2]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第73页。

[3]参见《史记·张耳陈余列传》。

[4]参见《史记·孝文记》。

[5]参见《汉书·郊祀志》。

[6]参见《晋书·刑法志》。至于毋丘芝命运，史书并未交代，但估计按照已嫁之女，从夫之刑估计当时亦难逃一死。

[7]参见[日]西男太一郎著：《中国刑法史研究》，北京大学出版社，1985年，第156－158页。

[8]田余庆：《东晋门阀政治》，北京大学出版社，2005年，第21页。

[9]田余庆：《东晋门阀政治》，北京大学出版社，2005年，第47页。

[10]参见《隋书·刑法志》。

[11]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第74页。

[12]参见《新唐书·刑法志》。

[13]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第89页。

[14]参见《明史·奸臣传·胡惟庸》。

[15]参见《明史纪事本末》卷十八。

[16]王春瑜：《株连九族考》，《古今集》，兰州大学出版社，2003年，第67页。这首诗说的是，孝孺师法古人夷齐，不食周粟，为君赴义，连累他人无数，这实在难得的很。

[17]板儿爷：“说贱民”，《书屋》，2005年第10期。

[18]鲁迅：“病后杂谈之余——关于‘舒愤懑’”，《鲁迅全集》第六卷，人民文学出版社，1995年，第179—181页。

[19]沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社，2003年，第90—91页。

后记

这是一本十多年前编写的法律科普读物，为了向大家讲授刑罚的历史。

历史是过去发生的故事，但所有的故事依然在向今天的人们说话。

有人认为，历史没有规律，因为过去的事情不可能重演。在历史中，充满着偶然事件，复杂的人类行为既不能再现，也不能故意创造。因此，在历史中概括不出普遍命题，发现不了历史规律，从而也不能根据以往预测未来。

但是这种历史相对主义的断言在逻辑上并不能自洽。如果从历史中无法概括出规律，那么又如何概括出历史充满偶然没有规律的规律呢？

人类的经验当然存在局限，每天我们都会面对许多偶发事件，但是从每日不同的经验中，我们依然可以对未来进行一定的预测。

从这本介绍中国刑罚历史的小书，我们可以明显发现刑罚从野蛮到人道的变迁，这种规律并非中国独有，在其他国家的刑罚历史中，这一规律也清晰可见。

当然，历史相对主义的警惕也并非毫无意义。历史上许多自诩掌握历史发展规律的人总有通神之感，喜欢以自己发现的规律来强加于人，所有企图在尘世建立天堂的人都有这种通神的错觉。

因此，对历史规律的怀疑是必要的，但怀疑如果导向彻底的虚无主义，那就有可能适得其反，《一九八四》反而会成为可能。“谁控制了过去，就控制了未来；谁控制了现在，就控制了过去”，如果历史没有

规律，那它就真的成了任人打扮的小姑娘。

因此，虽然在刑罚的历史中可以发现刑罚从野蛮向人道变迁的规律，但是我们依然要承认理性的局限，不要得出刑罚可以达致人道的极限。野蛮的刑罚并非毫无意义，它毕竟告诉我们刑罚是要给人带来痛苦，对犯罪人进行惩罚的。如果人道主义的刑罚让刑罚不再成为痛苦，那么人道主义也可能带来反人道的灾难。

酷刑把人当作纯粹的工具，是对人的物化，刑罚当然要惩罚犯罪人，但是必须把他当作人来惩罚，这种惩罚本身也是对犯罪人的尊重。

在中国历史上，第一次意识到这种观念的是清末修律大臣沈家本。沈家本认为“各法之中，尤以刑法为切要”。鉴于中外刑制“中重而西轻者为多”，遂以刑法“当改重为轻”为首要步骤。为此，他奏请废除凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑。在某种意义上，沈家本是历史上第一位真正具备现代刑罚观念的学者。本书的大量资料参考自沈家本的《历代刑法考》，这本科普读物只是沈老先生著作的残羹冷炙。

以这本小书向沈家本先生致敬。

罗翔
2020年11月

参考文献

一、古籍类

1.沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社2003年版。
2.沈家本：《历代刑法分考（上、中、下）》，台湾商务印书馆1976年版。
3.王先谦：《荀子集解》，中华书局1988年版。
4.陈奇猷：《吕氏春秋校释》，学林出版社1984年版。
5.赵晓耕校：《韩非子》，香港中华书局2000年版。
6.[汉]刘安著、何宁集释《淮南子集释（上中下）》中华书局1998年版。
7.[汉]刘向集录、高诱注：《战国策》，上海古籍出版社1978年版。
8.[宋]司马光：《资治通鉴》，中华书局1987年版。
9.[清]毕沅：《续资治通鉴》，中华书局1979年版。
10.[清]夏燮：《明通鉴》，中华书局1959年版。
11.[清]谷应泰：《明史纪事本末》，中华书局1977年版。
12.[元]马端临：《文献通考》，中华书局1986年版。
13.[唐]杜佑：《通典》，中华书局1988年版。
14.《尚书》《周礼》《左传》《尔雅》，均见中华书局1980年版《十三经注释》。
15.《三国志》，中华书局1959年版。
16.《史记》《汉书》《后汉书》，中华书局1983年版。
17.《隋书》，中华书局1973年版。
18.《旧唐书》《新唐书》，中华书局1975年版。
19.《宋史》，中华书局1985年版。
20.《辽史》，中华书局1974年版。
21.《明史》，中华书局1973年版。
22.《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1984年版。
23.[唐]长孙无忌等：《唐律疏议》，中华书局1983年版。

24.[清]伍廷芳：《大清法规全编》，修订法律馆1907年版。

二、其他书籍

1.蔡枢衡：《中国刑法史》，中国法制出版社2005年版。
2.王觐：《中华刑法观》，中华书局1933年版。
3.高潮、马建石：《中国历代刑法志注释》，吉林人民出版社1994年版。
4.瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版。
5.马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版。
6.张伯元：《出土法律文献研究》，商务印书馆2005年版。
7.朱红林：《张家山汉简<二年律令>集释》，社会科学文献出版社2005年版。
8.曹旅宁：《秦律新探》，中国社会科学出版社2002年版。
9.陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版。
10.杨鸿列：《中国法律思想史》，商务印书馆1939年版。
11.徐进：《古代刑罚与刑具》，山东教育出版社1989版。
12.王永宽：《中国古代酷刑》，河南人民出版社2006年版。
13.黎国智主编：《马克思主义法学论著选读》，中国政法大学出版社1993年版。
14.杨玉奎：《古代刑具史话》，百花文艺出版社2004版。
15.主客：《臀部的尊严——中国答杖刑罚亚文化》，花城出版社2002年版。
16.周密：《宋代刑法史》，法律出版社2002年版。
17.高绍先：《中国刑法史精要》，法律出版社2001年版。
18.张晋藩主编：《中国刑法史稿》，中国政法大学出版社1991年版。
19.谢望远：《刑罚价值论》，中国检察出版社1999年版。
20.周密：《中国刑法史》，群众出版社1985年版。
21.陈登闻：《国史旧闻》，中华书局2000年版。
22.《鲁迅全集》，人民文学出版社1995年版。
23.唐德刚：《晚清七十年》，岳麓书社1999年版。
24.于振波：《秦汉法律与社会》，湖南人民出版社2000年版。
25.王春瑜：《古今集》，兰州大学2003年版。
26.田余庆：《东晋门阀政治》，北京大学出版社2005年版。
27.杨春洗主编：《刑事法学大辞书》，南京大学出版社1990年版。
28.钱大群：《唐律研究》，法律出版社1999年版。
29.李亚平：《帝国政界往事——大明王朝记事》，北京出版社2005年版。

30.[法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1980年版。
31.[意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版。
32.[德]康德：《法的形而上学原理》，商务印书馆1991年版。
33.[德]黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版。
34.[英]哈耶克：《自由秩序原理》，三联书店1997年版。
35.《马克思恩格斯全集》，人民出版社1960年版。
36.[美]D·布迪、C·莫里斯：《中华帝国的法律》，江苏人民出版社2004年版。
37.[日]西田太一郎：《中国刑法史研究》，北京大学出版社1985年版。
38.[英]罗吉尔·胡德：《死刑的全球考察》，中国人民公安大学出版社2005版。

三、论文类

1.刘公任：“汉魏晋之肉刑论战”，载《人文月刊》1937年第8卷第2期。
2.薛管：“汉末魏晋复肉刑之议”，载《东南学术》2004年第3期。
3.吴艳红：“明代流刑考”，载《历史研究》2000年第6期。
4.吴艳红：“试论中国古代的‘发罪人为兵’”，载《中外法学》2001年第2期。
5.徐鸿修：“从古代罪人收孥制的变迁看隶臣妾、城旦舂的身份”，载《文史哲》1984年第5期。
6.张建国：“西汉刑制改革新探”，载《历史研究》1996年第6期。
7.韩树峰：“秦汉律令中的‘完’刑”，载《中国史研究》2003年第4期。
8.郭建、姚少杰：“‘坑’考”，载《华东政法学院学报》2001年第3期。
9.郭东旭：“论北宋‘盗贼’重法”，载《河北大学学报（哲社版）》，2000年第5期。
10.王仲修：“从野蛮走向文明——中国死刑执行方式的历史演变”，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2004年第2期。
11.徐岱：“中国刑名及刑罚体系近代化论纲”，载《吉林大学学报（社会科学版）》2001年第6期。
12.龙大轩：“论中华民族的罪刑观念及其历史嬗变”，数《贵州民族学院学报》2002年第4期。
13.陈永生：“对我国死刑复核程序之检讨——以中国古代及国外的死刑救济制度为视角”，载《比较法研究》2004年第4期。
14.郭嘉：“从睡虎地秦简看秦朝的赎刑制度”，载《中州学刊》2004年第3期。
15.童光正等：“论赎刑制度”，载《社会科学家》1996年第3期。
16.张光辉：“明代赎刑的运作”，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2005年第3期。
17.戴建国：“宋折杖法的再探讨”，载《上海师范大学学报》2000年第6期。
18.李晓明：“耻辱刑与刑罚宽和之历史进步作用”，载《河北法学》2000年第6期。
19.黄晓明：“答刑论考”，载《安徽大学学报》1997年第2期。

20.吕志兴：“宋代配刑制度探析”，载《西南师范大学学报》2004年第1期。

21.王宏治：“清末修刑律的再认识”，载《比较法研究》2005年第4期。

22.曾代伟：“蒙元流刑考辩”，载《内蒙古社会科学》2004年第5期。

23.杨芹：“宋代流刑考——以流沙门岛的情况为主要事例”，载《中山大学学报（社会科学版）》2005年第1期。

24.钱大群：“再谈隶臣妾与秦代的刑罚制度”，载《法学研究》1985年第6期。

25.余秋雨：“流放者的土地”，载《收获》1987年第4期。

26.魏得胜：“三十个世纪的中西之别”，载《书屋》2003年第2期。

四、外文类

1.Carl Ludwig, Von Bar: A History of Continental Criminal Law, Rothman Reprints Inc. South Hackensack, New Jersy; New York, 1968.

刑罚的历史

产品经理 | 张晨　　封面设计 | 董歆昱
监制 | 马伯贤　　营销经理 | 施明喆
Kindle电子书制作 | 李元沛
策划人 | 吴畏

The Consent
in Criminal Law

罗翔 著

刑法中的同意制度

——从性侵犯罪谈起

云南出版集团
云南人民出版社

目录

1. 扉页
2. 序言：社会控制与个人自由
3. 引言
4. 第一章 同意问题在性侵犯罪中的地位
    1. 一、性侵犯罪的历史沿革
        1. （一）性侵犯罪的历史
        2. （二）人权运动与性侵犯罪的革新
    2. 二、性侵犯罪的法益嬗变
        1. （一）风俗之法益
        2. （二）性自治权之法益
        3. （三）性自治权的含义
        4. （四）风俗与性自治权的关系
    3. 三、刑法基本理论的转化
    4. 四、同意问题是性侵犯罪的核心
        1. （一）同意问题的历史回顾与发展趋势
        2. （二）不同意是性侵犯罪的本质特征
        3. （三）不同意问题的处理模式及我国的选择
5. 第二章 同意的概念及不同意判断标准
    1. 一、同意的概念
    2. 二、不同意的判断标准
        1. （一）中国刑法有关不同意标准的争论
        2. （二）英美法系有关不同意标准的争论
        3. （三）大陆法系有关不同意标准的争论
        4. （四）几种最新标准
    3. 三、标准的确认
        1. （一）主观标准或客观标准
        2. （二）反抗规则
6. 第三章 不同意的表现形式
    1. 一、表现形式的分类
    2. 二、严重强制手段与同意
        1. （一）暴力
        2. （二）胁迫

    3. 三、能力瑕疵与同意
        1. （一）年龄与同意
        2. （二）心智不全与同意
        3. （三）身体无助与同意
    4. 四、强制不明显与同意
        1. （一）威胁
        2. （二）欺骗
        3. （三）滥用信任关系
    5. 五、婚姻关系与同意
7. 第四章 同意与犯罪论体系
    1. 一、同意在犯罪论中的地位
        1. （一）大陆法系
        2. （二）英美法系
        3. （三）我国的选择
    2. 二、同意与主观心态
        1. （一）从摩根案件谈起
        2. （二）对策
        3. （三）不同意的判断标准与主观心态的关系
        4. （四）本文之立场——规范性构成要件要素的认识错误
        5. （五）同意年龄的认识错误
    3. 三、同意与未完成罪
        1. （一）求欢未成与未完成罪的区别
        2. （二）犯罪未遂与犯罪中止的区别
8. 第五章 同意与证据规则
    1. 一、同意的证明责任
        1. （一）证明责任分配的标准
        2. （二）标准的冲突
        3. （三）标准的取舍与应用
    2. 二、性史与证据
9. 结论
10. 后记
11. 再版后记
12. 参考文献
13. 注释

返回总目录

扉页

刑法中的同意制度

——从性侵犯罪谈起

罗翔 著

云南出版集团
云南人民出版社

图书在版编目（**CIP**）数据
刑法中的同意制度 : 从性侵犯罪谈起 / 罗翔著. -- 昆明 : 云南人民出版社, 2021.1
ISBN 978-7-222-19846-3
Ⅰ. ①刑… Ⅱ. ①罗… Ⅲ. ①性犯罪－研究－中国 Ⅳ. ①D924.344
中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第220654号

责任编辑：刘娟
责任校对：吴虹
责任印制：马文杰

刑法中的同意制度——从性侵犯罪谈起
XINGFAZHONG DE TONGYI ZHIDU-- CONG XINGQIN FANZUI TANQI
罗翔 著

出版 云南出版集团 云南人民出版社
发行 云南人民出版社
社址 昆明市环城西路609号
邮编 650034
网址 www.ynpph.com.cn
E-mail ynrms@sina.com
开本 880mm×1230mm 1/32
印张 10
字数 232千字
版次 2021年1月第1版第1次印刷
印刷 北京盛通印刷股份有限公司
书号 ISBN 978-7-222-19846-3
定价 49.00元

版权所有 侵权必究

果麦文化 出品

上帝就照着自己的形象造人，乃是照着祂的形象造男造女。

——《创世纪》1章27节

本书系教育部人文社会科学研究青年项目（09YJC820117）“刑法中的承诺制度”的成果

序言：社会控制与个人自由

我们这个时代的人总是充满着对自由的渴望，因为我们时刻觉得自己并不自由。一直以来，我对“自由”这个话题就兴趣盎然，十多年前撰写硕士论文时，我就曾以《自由视野中的罪刑法定原则》为题，进行过初步的探索。但是，诚如奥古斯丁所说：时间是什么，你不问我，我还明白，你一问我，我倒糊涂了。写完该文之后，我对何谓自由更是困惑。

本书所探讨的主题依然与自由有关。个体的同意（consent）能够多大程度影响犯罪的成立与刑罚的适用，这取决于社会控制与个人自由之间的微妙关系。按照最初的设想，我假定社会控制与个人自由是对抗关系，社会控制越强，个人自由也就越弱。为了实现个人的自由，我的预设是刑法应当尽可能地扩大同意这种辩护理由的适用范围，比如人可以支配自己的身体甚至生命，因此与卖淫有关的非暴力犯罪应除罪化，安乐死也应合法化。

初定的研究计划是庞大的，我试图考察刑法中所有涉及个体同意的问题，并试图构建一个体系化的同意制度。性侵犯罪中同意问题，人身伤害中的同意问题，医疗（手术、医学研究等）中的同意问题，整形美容（如刺青、穿孔）中的同意问题，风化犯罪中的同意问题，体育竞技、杂技、游戏、殴斗等各种危险性活动中的同意问题等，都在我的研究计划之列。然而，随着思考的深入，我不得不承认自己能力的有限，我根本无法驾驭一个如此庞大的话题。而且，我开始怀疑，对如此繁杂的问题进行体系化是否可能，所有的体系化建构是否只是人类理性搭建的“巴别塔”，出于人类理性狂妄的自负。于是，我只能选择其中的一个问题，也就是性侵犯罪进行讨论，因为其中的同意问题最为丰富。

随着进一步研究，我发现自己必须更新对自由的理解，部分推翻先

前的假设。人的思想经常会发生变化，今日之我已完全不同于昨日之我，甚至在我撰写这篇序言时，我也不无遗憾地发现，序言中想表达的观点与本书中的个别部分也有冲突。

以往我对自由的理解始终未能跳出“随心所欲”“个人解放”的视界，这可能也是国人对自由的通常看法。柳宗元诗曰：“破额山前碧玉流，骚人遥驻木兰舟。春风无限潇湘意，欲采蘋花不自由。”诗人在湘江泛舟，见到水中的蘋花，“欲采而不自由”，这曾让我感喟不已。但是，这种自由观却无法让人自由。每一个欲望的满足必然带来新的欲望，人在追求自由的同时无可避免地成为欲望的奴隶，一如卢梭所言“人生而自由，却无往不在枷锁之中”。

我开始欣赏并接受康德对自由的理解：自由不是想做什么，就做什么；自由是叫你不想做什么，就可以不做什么。对于吸毒者而言，真正的自由是可以抵制毒品诱惑的自由，而不是获得无限量毒品的自由。因此，自由的背后一定是自律。但是，人类的悲哀在于我们根本没有自律的能力，“立志为善由得我，只是行出来由不得我。”（《新约·罗马书》）只有通过超越人类存在本身的力量才能培养人自律的能力，洗涤人类败坏的本性。

从这个角度来看，社会控制与个人自由不应是对抗关系，而应是合作关系，社会控制的目的应该培养人类的自律，让人拥有真正的自由。法律是社会控制的一种重要工具，它要教导人行在良善之道。法律的最高目标是将其所倡导的良善价值内化为人们的行为准则，让人自觉自愿遵守法律。这样说来，自由是法律下的自由，“法律的目的不是取消或限制自由，而是维护和扩大自由”（洛克：《政府论》）。

然而，人们急于摆脱社会控制的一个重要原因是因为人们对社会控制本身的正当性表示怀疑。20世纪，极权主义制造的无数血雨腥风让人们对社会控制不寒而栗，人们急于逃离社会控制，逃离体制下的“古拉格群岛”，寻求所谓的“自由”。

何种力量可以确保社会控制是正当的呢？启蒙运动之后，个人主义和理性主义大行其道，人们将社会控制的正当性依据从天国拉向尘世。用马克斯·韦伯的话来说：“世界已被祛魅”，“只要人们想知道，他任何时候都能够知道，从原则上说，再也没有什么神秘莫测、无法计算的力

量在起作用，人们可以通过计算掌握一切，而这就意味着为世界祛魅。人们不必再像相信这种神秘力量存在的野蛮人一样，为了控制或祈求神灵而求助于魔法。技术和计算在发挥着这样的功效，而这比任何其他事情更明确地意味着理智化。”（韦伯：《学术与政治》）

有两种理论企图为社会控制的正当性背书。

一种是社会契约论，代表人物是卢梭。社会契约论认为人们为了保护自己不受他人的伤害，必须让渡一部分权利，达成社会契约，接受社会控制。卢梭要求“每一个体将自己的权利毫无保留地完全转让给共同体”，人们在服从共同体的时候，实质上只是在服从他们自己，并且仍然像以往一样地自由。“主权，即社会，既不能损害社会成员的整体，也不能伤害他们中具体的任何个人。”正是在这种社会契约论的基础上，卢梭建立了他的人民主权理论。

根据这种理论，民众选举的立法者颁布的法律具有天然的正当性，因为这是民众意志或公共意志（public will）的体现。在卢梭看来，主权者是永远不会犯错误的。他无法想象基于公意产生的主权政府也可能践踏先前的契约，走向独裁。不幸的是，这却成了事实，后世几乎所有的极权主义都流淌着卢梭哲学的血液。

另一种理论是功利主义哲学观，代表人物是边沁，认为社会要追求“最大多数人的最大幸福”，为了达到这个目标，社会控制是必要的。在刑法理论中，功利主义哲学观遍及方方面面，比如为学界普遍接受的法益理论，犯罪的本质在于侵犯法律所保护的利益（法益），因此要对犯罪进行利益分析，如果没有侵犯利益，或者为了保护较大利益而牺牲较小利益就不是犯罪。然而，如何进行利益权衡？何种利益为大，何种利益为小，功利主义哲学很难得出让人信服的结论。功利主义主张当个人利益与“最大多数人的最大幸福”相抵触，个人利益就应放弃或做出牺牲，但问题在于何谓“最大多数”？何谓“最大幸福”？这种无比抽象的概念就如社会契约论中“主权”“公意”等概念一样，在现实中成为少数人谋取私利的托词，最大多数往往是被少数人所代表的。

只有从超越此岸存在的超验世界寻找社会控制的正当性依据，才能确保人们尊重社会控制的权威，社会控制与个人自由才能从对抗走向合作。包括法律在内的社会控制若要获得人们真正的尊重，必须有一个超

越世俗存在的源头。

在世俗社会中，能够无限接近超验世界的就是人们内心神圣的道德良知，这种道德良知绝非进化而来，它是与生俱来的。今天的人们绝不敢夸口自己的道德水平能够超越古人。因此，法律一定要尊重民众的道德良知。无论何种理论，如果与朴素的道德良知相抵触，它都有修正的必要。理论不过是渺小人类的小小设计，如哈耶克所说的“茫茫暗夜里的天光一泄”，而它的局限和褊狭则是命中注定的。

只有当法律获得了超验世界的神圣源头，法律所承载的公平和正义才有可能，法律才能真正为公众所遵奉，法律所推崇的价值才能内化为人们内心的行为准则。法律要尽可能地去倡导正确的价值，引导人们回归至善之道。有许多人信奉马克斯·韦伯的“价值无涉”的学术研究方法，认为社会科学研究应当与自然科学一样，只进行事实描述，做逻辑判断，而不进行价值判断。究其原因，关键是在这个“祛魅化”的时代，人们的价值观已经完全崩盘，人们已经将无价值作为一种新价值，这是一个诸神横行的年代。然而，我确信无论天变地变，有些价值是永恒不变的，法律必须要倡导这些价值。

在刑法的同意问题中，有大量的疑难问题必须通过价值判断才能解决。比如甲冒充某女丈夫与其发生性关系，甲冒充有钱人与女方发生性关系，甲冒充明星与某女粉丝发生关系，甲冒充某女男友与之发生性关系……上述案件是否都构成强奸罪，这涉及欺骗与同意。何种欺骗能够否定同意的有效性，在刑法中存在大量的理论。大部分的理论都试图说明欺骗与处分的因果关系，如果一种欺骗能够高概率地让女方处分性权利，那这种欺骗就属于实质性欺骗，进而导致同意无效。如果不考虑价值，只做事实判断，上述四种情况其实都可以认定为强奸。但这种判断显然是和不道德的社会现实同流合污。虽然在现实社会中，有钱人、明星与女方发生关系很普遍，未婚同居更是司空见惯，但法律一定要倡导正确的价值观，在法律中必须坚持只有在婚姻关系内的性行为才是正当的，其他一切的性行为都是不道德的，是低概率事件。因此，除了上述第一种情况属于强奸，后三种情况都不能认定为强奸。

这是一个并不完美的世界，但法律可以持守正义，坚守善道，让人心在浊世中有对良善的信心与盼望，真理必让人自由。

引言

法益主体的同意是刑法中的一种重要辩护理由。但在中国刑法学界，它却长期处于被忽视的尴尬地位。究其原因，主要是传统理论过分注重刑法对社会的控制，而忽视刑法对个人自由的保障。随着公民权利的勃兴，刑法从国权主义时代向民权主义时代迈进，法益主体的同意也将在刑法中发挥越来越大的作用。在与个人权利有关的大量社会活动中，刑法的介入范围与限度，都必须考虑法益主体的同意。通过对刑法中同意制度的研究，能够很好地勾画出刑法在社会控制与自由保障之间互动关系。

比较而言，在西方国家，同意制度无论在理论研究，还是在立法和司法实践中，都受到高度重视。如英国的法律改革委员会就曾在1994年、1995年和2000年先后出台过三个有关同意问题的研究报告，[1]建议立法者对刑法中的同意制度进行改革。但由于同意问题涉及社会控制与个人自由的平衡问题，如何选择合适的平衡点，这并不是一个能够轻易得到解决的问题。

考虑到性侵犯罪中同意问题最为突出，本书以此为切入点，试图综合两大法系[2]的经验和教训，对同意问题进行剖析，以探究刑法在协调社会控制与个人自由中的作用。

被害人[3]对性行为的不同意是性侵犯罪成立的关键，现代刑法关于性侵犯罪的理论都是围绕着同意问题展开的。但是，同意作为性侵犯罪的核心问题并非古已有之，它经历了一个漫长的历史演进过程，只有在女性获得独立主体地位的今天，同意问题才逐渐成为刑法学上的重要问题。

然而，在性侵犯罪中，同意问题十分复杂，它在全世界范围内仍悬而未决，其复杂性突出地表现为如下方面。

第一，同意与不同意的界限往往非常难以界定。从表面上看，同意只是一个单纯的抽象概念，被害人对性行为或者同意或者不同意，但是在具体案件中，由于人类心理活动的复杂性，交流的含糊性都可能使得同意问题复杂万分。当人们提及性侵犯，通常想象的是这样一种情境：夜黑风高，陌生人手持凶器，以暴力相威胁，强行和被害人发生性关系，此种情境下的不同意一目了然。然而这类典型的性侵犯案件已越来越少，绝大多数性侵犯往往发生在熟人之间，在这些案件中，两人也许因为约会而见面，被告人没有使用暴力或暴力威胁，被害人也没有身体上的反抗，性行为甚至是在卧室发生的，对于这类案件应如何定性，大家存在很大的分歧。

第二，由于性别以及社会地位的巨大差异，男女两性对同意与否可能存在不同理解。这种不同理解本来就是两性不平等的体现，也集中反映出同意问题的复杂性。1983年，女权主义理论家麦金侬（Mackinnnon）曾指出，异性间的性交就是强奸。她说：虽然强奸与正常的性交不同，但是对于女性而言，在男性处于支配性地位的当下社会，两者很难区分。[4]考虑到女性地位的变化，这种言论可能过于激进，但无论如何，同意问题的复杂性可以窥豹一斑。在同意问题上如何有效地平衡两性的利益之争，并非易事。

第三，性侵犯罪中的同意是被害人的一种反应，而这种反应却可能决定行为人行为的性质，这似乎与刑法的基本理论相悖。人们一般认为，在刑法中决定行为性质的是行为人的行为，而非被害人的反应，但是性侵犯罪中的同意问题却对这种习惯思维提出了挑战。

同意问题的复杂性决定了它是一个世界性的问题。伴随人权运动的蓬勃发展，许多国家都开展了性侵犯罪的改革运动，试图重新诠释同意问题，并借此鼓励妇女重视自己的权益，在性权利受到侵犯时，敢于报案。这场改革运动肇始于20世纪70年代的美国，并逐渐扩展到其他国家和地区。直到今天，这股改革浪潮仍在继续，我国台湾地区也在1999年对性侵犯罪进行了大幅度修改。在许多国家，性侵犯罪尤其是其中的同意问题一直都是学术界最前沿的课题。

反观中国大陆，性侵犯罪的理论研究却相对滞后。虽然在20世纪80年代，学界对于强奸罪曾有过一场声势浩大的争论，并促使了有关强奸罪司法解释的出台。但随后却很少有人开展过性侵犯罪的系统研究，学界对于性侵犯罪的研究主要散见于婚内强奸、奸淫幼女等方面。这一方面是因为中国文化耻于谈性，大多人不愿意研究性侵犯这种“肮脏”的罪名；另一方面则是因为人们习惯了宏大叙事的“主义”之争，“问题”意识不足，至于性侵犯这类“细枝末节”的刑法问题则更是难登大雅之堂。但是，这种落后的理论研究现状却严重影响了司法实践对于性侵犯案件的准确定性，妨碍了性自治权这种基本人权在实践层面上的切实保障，这种局面亟待改善。

最后，有必要对本文基本概念作简单的交代。性侵犯罪中的“同意”是指被害人对性行为的认可。显然，与“同意”相对的概念是“不同意”（或说“拒绝”）。[5]在法律上，被害人只可能“同意”或“不同意”性行为，而不存在界乎二者中间的第三类态度，模棱两可、半推半就都不是法律概念，它们要根据法律或者界定为同意或不同意。因此，“同意”与“不同意”其实是一个问题的两个方面。其次，本书所说的性侵犯罪，它指的是我国刑法第236条、237条分别规定的强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪和猥亵儿童罪。强奸与猥亵最大的区别在于行为方式不同，前者是与女性发生性交，而后者是与被害人（主要是女性，但也包括未满14周岁的男童）发生性交以外的其他性行为。这里要说明的是，与性行为（sexual conduct）意思相同的概念是性关系（sexual relation），其外延大于性交这个概念，它不仅仅包括性交（sexual intercourse），还包括各种满足性欲的性接触（sexual contact）。在我国刑法中，是通过“奸淫”这个概念来代替“性交”的，它仅指男性生殖器对女性生殖器的插入，而其他形式性关系（性接触），则为“猥亵”（indecency）这个概念所包括。随着性别中立主义立法的发展，许多国家都扩张了对性交（sexual intercourse）概念的理解，认为它不仅包括阴道交，还包括肛交和口交，至于其他性行为则属于性接触（sexual contact）。还有些地方甚至用性插入（sexual penetration）这个概念来取代性交。[6]考虑到在我国刑法中，强奸罪中所说的“奸淫”仅仅指的是非常狭义的性交概念，而其他性行为则为“猥亵”概念所包括。但是，“奸淫”和“猥亵”两词本身所具有的放荡淫乱的道德评价，会让被害人非常难堪，因此我们在强奸罪中使用狭义的“性交”概念，而在其他性侵犯罪则使用性关系（或性行为）这个概念。另外，由于强奸在三种性侵犯罪中最为突出，[7]为了行

文的方便，本书以强奸罪为重点，附带研究其他性侵犯罪。

第一章
同意问题在性侵犯罪中的地位

一、性侵犯罪的历史沿革

性侵犯罪的历史就是一个从财产到权利的演变过程。最初，法律并不认为女性具有主体性的人格地位，她们是男性的财产，法律对性侵犯的惩罚只是为了保护女性背后对她拥有支配性权利的男性的财产利益。只有当女性摆脱了附属于男性的财产地位，性侵犯罪才逐渐演化为侵犯女性自身权利的犯罪。

（一）性侵犯罪的历史

在中国刑法史上，性侵犯罪属于奸罪。由于女性相对于男性的附属地位，从一开始，刑法对奸罪的设计就不认为女性具有支配其身体的权利。《辞海》对“奸”的解释，其一义项为“犯”，如作奸犯科；其二义项为“不正当的男女关系”。无论女性是否同意这些“不正当的男女关系”，它都属于奸罪所打击的范围。“不和谓之强”，女性的不同意只是区别强奸与和奸的标准之一。在不同意的情况下，性交可能构成强奸，而在同意情况下，性交则可能构成和奸。和奸男女同罪，强奸则女性无罪。中国古代的和奸概念非常广泛，它包括通奸（有夫奸）、亲属相奸、无夫奸等各种强奸以外的不正当男女关系。无论是强奸还是和奸，法律都把女性看成了一个纯粹的客体，它所保护的只是男性的财产权利，这突出体现为如下几个方面。

第一，男性的杀奸权。《唐律》规定：因奸罪而名誉受损的家庭成员均可捉捕奸夫淫妇，其拒捕而杀之者可免刑或减刑。[1]《元律》则规定：诸妻妾与人奸，本夫于奸所杀其奸夫及其妻妾，并不坐。[2]清朝承袭了《元律》的规定，认为“凡妻、妾与人奸通，而（本夫）于奸所亲获奸夫、奸妇，登时杀死者，勿论。”[3]显然，在这种法律看来，因为妻子的不贞，玷污了丈夫有价值的财产，丈夫可以杀之而后快，以解决自己的财产受损问题。但是，妻子却没有权利杀死行奸之夫，否则还可能视为故杀或斗杀，罪至绞斩。[4]

第二，结婚可以作为无夫奸的豁免理由。对于未婚男女所发生的性交，在中国古代被称为无夫奸，男女双方都要受到刑事处罚。但是，如果男方愿意与女方结婚，那么双方都可以免于处罚，女方家人也不再拥有告诉权。如宋朝马光祖为县令时，有书生夜里翻过墙与邻家处女幽会被抓，他不但不处双方刑罚，反而公堂做媒，成全此婚姻。清朝郑板桥为县令时审理过一对和尚尼姑犯奸案，也判令二人结为夫妇。这种判决在中国古代很多，甚至被传为佳话。[5]在我国少数民族地区也有类似规定，如在突厥，“奸人女者，重责财物，即以女妻之”。[6]从财产的角度，我们很容易理解这种做法的用意。既然犯罪者双方同意结婚，那么也就解决了家庭受损的财产，因此也就没有处罚的必要。另外，无夫奸之告诉权为女方家长。《唐律》规定：无夫妇女和奸者，有权向官府告诉者为“被奸家人及所亲”。直到《大清新刑律》仍规定，此罪只有直系尊亲属告诉乃论，“若尊亲属事前纵容或事后得利私行和解者，虽告诉不为审理”。[7]这些规定显然是赋予对女性拥有财产权利的家长以自己的方式先行解决财产争议。

第三，通奸之刑重于无夫奸。《唐律·杂律》规定：“诸奸者，徒一年半；有夫者，徒二年”，[8]《元律》也规定：“强奸有夫之妇者，死；无夫者，杖一百七”。[9]犯罪人在有夫奸与无夫奸中量刑殊然不同，这不仅仅说明丈夫对妻子的支配地位，而且也更充分地说明了女性的财产地位。在无夫奸的情况下，犯罪者可以通过与女方结婚来解决财产受损问题，因此其刑罚相对较低。但是当女性已婚，那么就不可能有补救办法弥补财产损失了，因此对此行为必须予以重惩。

第四，男女双方的身份关系决定了奸罪的成立及其刑罚。在中国古代，男性主人强奸奴婢或与奴婢和奸一般不构成犯罪。《唐律疏义·杂

律》规定：“明奸己家部曲妻及客女不坐”。[10]宋朝也沿袭了唐朝的规定。至于明朝，法律上也只有奴及雇工人奸家长妻女而无相反规定，主人奸奴婢，并非犯罪。而元律干脆毫不掩饰地规定“诸主奸奴妻者不坐”。[11]总之，在中国古代，很长一段时间，法律认可了主人对奴仆妻女的通奸权。直到清朝才附加条例，对于有夫的仆妇和无夫的婢女加以区分，将家长的通奸权缩小，仅限于无夫的婢女。主人奸有夫之仆妇，虽构成犯罪，但其刑罚相当之低（清初为笞27，随后才升为笞40）。[12]另外，根据女性所从属的男性的不同身份，犯罪者的刑罚也不相同。如《唐律·杂律》规定：“诸奸者，徒一年半；有夫者，徒二年。部曲、杂户、官户奸良人者，各加一等。奸官私婢者，杖九十（奴奸婢，亦同）。奸他人部曲妻、杂户、官户妇女者，杖一百。强者各加一等。”[13]“诸奴奸良人者，徒二年半；强者，流……其部曲及奴，奸主及主之期亲，若期亲之妻者，绞，妇女减一等；强者，斩。奸主缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻者，流；强者，绞。”[14]根据女性所从属的男性的地位来决定犯罪者的刑罚，法律显然主要保护的是对女性享有支配性权利的男性的利益。

第五，婚内无奸。在中国古代，婚内不可能存在性侵犯。由于妻子是丈夫的财产，因此她必须对丈夫的性要求言听计从。另外，结婚被认为是男女双方的家长达成的契约，根本不需要考虑新娘和新郎的意愿，因此也就根本不存在妻子对丈夫性要求同意与否的法律问题。[15]当女儿嫁入夫家，家长也就丧失了对女儿的控制权，所谓“嫁出去的女儿，泼出去的水”。对于新人的家务事，女方的家长不得干涉，否则将是一种严重违礼。清朝乾隆年间曾在山西省发生过一起涉及婚内强奸的案件。女方13岁，嫁与任家，婚后经常不愿与丈夫同房。一日，丈夫意欲求欢，再次遭到拒绝。丈夫于是强行施暴，并将女方严重打伤。次日，女方母亲黄氏前来探望小女，得知此事，遂将其女带走。随后告之其侄王某，一起赶到任家。两家先是争吵，随后发生殴斗，王某将女方之夫打死，但黄氏没有动手。县衙经过审问，判定王某构成斗杀罪，并认为黄氏行为严重不当，“虽然其未参与殴斗，但她不应该将此事告诉侄儿，并与任家争吵”，最后她以“违礼”被判杖80。同时，县衙认为任某的行为并无不当。显然婚内强奸根本就不是案件的审理重点，它只是为了交代案件的缘起。在法官看来，任某不过在行使他作为丈夫所应有的权利，相反，黄氏的行为却严重干涉了他人的家事，并间接引起了任某的死亡。[16]

将女性视为男性的财产，借助女性来保护其背后男性的权利，这种做法在世界各国都曾非常普遍。西方关于和奸与强奸的惩罚与中国古代在很多方面有着惊人的相似。对于通奸的惩罚在各国的刑法史中都非常普遍，有的甚至认为它比强奸更为可恶，其刑罚甚至是死刑。至于丈夫的杀奸权也曾普遍存在。在中世纪的欧洲，“法律到处承认（丈夫）有权杀死与人通奸的妻子和当场被抓的奸夫。法律有时强行规定这项义务，否则影响你的声誉；（法律）又将处死女子的权利留给她自己的家族”。直到近代，欧洲很多国家的法律都能看到以往规定的遗风。[17]与中国相似，对于无夫奸，许多地方都认为犯罪者可以通过结婚来豁免罪责。如1810年《法国刑法典》第357条规定：“诱拐16岁至21岁女子者处2年到5年拘役，但诱拐人与被诱女子结婚者，只有在依民法应撤销而且已撤销婚姻的情况下才追究刑责，否则不罚。”[18]1871年《德国刑法典》第182条规定：“意欲奸淫或结婚而诱拐未婚之未成年妇女者处轻惩役，但诱拐人与被诱拐人结婚者免刑责。”[19]直到非常现代的法典，仍然有保留这种规定的例证。

在性侵犯罪中，女性的财产属性体现得一览无余。罗马法虽然认为强奸是一种犯罪，但是它并不认为这种犯罪是对女性个人的侵犯，对这种犯罪的处罚往往仅是一定的财产赔偿。根据罗马法的理论，强奸只是一种严重的侵权行为，它侵犯了对女性负有保护义务的男性（如父亲、兄弟、丈夫等）的权利，行为人的侵权行为实际上暗示了这些男性无力保护自己的财产。卢克利希亚（Lucretia）是罗马传说中贞节的典范，她在受辱与死亡的抉择中，选择了后者，而这也代表了古罗马人对被强暴女性的希望。[20]在普通法中，英文的强奸（rape）这个词是本来就是从拉丁文中的*raptus*（意思是“绑架”）中演化过来的。强奸这种违法行为被认为剥夺了父亲或丈夫有价值的资财——其妻子的贞洁或其女儿的贞操。[21]因此，普通法特别强调女性的贞洁。在英国的早期法律中，奸污处女要处以阉割刑或乱石砸死，但如果被害人同意和强奸犯结婚，则可免除其责，因为它解决了家庭受损的财产。对于轮奸也是一样，只要被害人同意与犯罪者中的一人结婚，那么所有的犯罪者都无须承担刑事责任。甚至到20世纪90年代，埃及法律仍然保留着这种规定，“如果强奸犯愿意娶被害人为妻或者说服被害人同意与他结婚，就可以免予处罚。”[22]直到20世纪初，普通法仍然认为，女性的贞操价值远高于其生命价值，因此她必须用生命去捍卫自己的贞洁，否则男性被告人就不构成犯罪。[23]至于婚姻无奸的观念则更是在相当一段长的时间内为各国

法律所公认。

（二）人权运动与性侵犯罪的革新

无论中外，传统有关性侵犯罪的立法无不是将女性视为从属于男性的财产，女性的从属地位在人类历史上曾一度被视为天经地义。《礼记·内则》对女性的解释是：“妇人，伏于人也”。《诗经·小雅》则曰：“乃生男子，载寝之床，载衣之裳，载弄之璋。乃生女子，载寝之地，载衣之裼，载弄之瓦”，班昭对此解释道：“卧之床下，明其卑弱人也；弄之瓦砖明其习劳主执勤也。”事实上，汉字甲骨文“女”字正是被描绘成一个人跪在地上的形象，而“妇”则是一个拿着扫帚的女子（妇），这从侧面印证了班超的解释。在中国的传统文化中，女子“未嫁从父，既嫁从夫，夫死从子”，根本就不是独立的人，她们只是男性的财产。在西方，女性同样没有独立的人格，她与奴隶、牲畜和钱物一样，都属于男性家长的私有财产，鲜有政治、经济、身体上的独立权利。[24]亚里士多德认为，妇女只相当于折合成一个肢体不全的男人。柏拉图在感谢众神赐予的八种幸福中，第二种就是生为男人而不是女人。[25]古希腊人认为，妻子除了生育子女，不过是一个婢女的首领而已；丈夫从事竞技运动和公共事业，而妻子不许参加。[26]他们甚至认为，妇女在生育中也没有太大的作用。因为精子才是人类的种子（英文中的精子“sperm”这个词就是从希腊文种子“σπέρμα”这个词中来的），而子宫只是种子生长的土地。[27]在西方国家，很长一段时间，丈夫甚至可以任意出卖妻子，而其价钱低得可怜，有时甚至不足一杯普通啤酒。[28]

随着人权运动的深入，逐渐拉开了女权运动的序幕，漫漫长夜终于迎来希望的曙光。在17—18世纪，随着资本主义生产关系的产生和发展，启蒙思想家喊出了“天赋人权”的口号，他们认为，人权就是自由平等的天赋权利，它包括生命权、自由权、平等权、安全和财产权。这些权利根源于人性和自然法，是与生俱来不可剥夺的，追求自由、平等和幸福是人的本性。这场人权运动直接导致了法国1789年的《人权宣言》和美国《人权法案》的伟大实践。资产阶级人权观念的核心是人生而平等，但是在人权运动之初，妇女却被剥夺了做人的资格，因而被排除在人权概念之外。西方哲学传统认为人是理性的动物，妇女因为感性过多

理性不足，而不属于哲学上的人，她们必须依附于男性。因此即使那些启蒙运动的倡导者也竭力地为女性的非人地位进行辩护。但是，让启蒙思想家始料未及的是，排斥女性的人权概念却激起了西方妇女争取平等权利的雄心。人生而平等的观念启发了妇女，使她们意识到一直以来的不平等地位，她们利用人权观念为自己争权利。1791年，法国著名的女革命家奥兰普·德古热仿照法国《人权宣言》发表了《妇女和女公民权利宣言》，这标志着西方女权主义运动的正式开始。《人权宣言》称："不知人权、忽视人权和轻蔑人权是公众不幸和政府腐败的唯一原因。"[29]《妇女和女公民权利宣言》则针锋相对地指出："对妇女权利的无知、遗忘和忽视是造成公众灾难和政治腐败的唯一原因"，"妇女生而自由，在权利上与男子是平等的"，"在法律面前所有男女公民一律平等。他们能平等地按其能力担任公共职位和各项工作。"[30]然而，正如人权运动一样，女权运动在一开始也并非一帆风顺，德古热很快就被送上了断头台，女权运动陷入低谷。在很长一段时间，女权运动不仅为男性所不耻，也为女性所不理解。但是这并非德古热等人的不幸，而是时代的无奈，因为只有在社会经济条件成熟之时，女权运动才有花开蒂落的那天。

随着社会经济的发展，时代背景的成熟，女权运动终于迎来了迟到的春天。

女权运动有两次高潮。第一次是在19世纪中期至20世纪初期，这是为了争取妇女参政权、受教育权，与男子同等政治法律权利的运动。其背景是工业化大生产的迅猛发展，劳动力的奇缺使得大量女性进入工厂，力量的逐渐强大使得女性越来越不满足自身的非人待遇。19世纪西方各国在进行民主化的过程中，基本实现了成年男子的普选权，于是妇女选举权成为女权运动的重点。经过半个多世纪的不懈努力，1908年英国终于承认男女具有平等的选举权，这具有划时代的意义。随后美国也在1919年承认了女性的选举权和被选举权。在第一次世界大战中，妇女承担起大量原来由男性担当的工作，其地位得到进一步提高。在战后的十余年间，大部分西方国家先后赋予了妇女选举权，女性也慢慢获得了遗嘱、财产、婚姻、监护、诉讼、接受高等教育等方面的权利，在法律上具有了相对的独立人格，这场运动胜利结束。

女权运动的第二次高潮从20世纪六七十年代开始至今，它又被称为"妇女解放运动"。这次运动的目标是全方位的，它涉及政治、经济、

社会、文化、教育等诸多领域。[31]西方妇女获得了选举权后，其政治权利和社会地位并没有明显的好转，于是，女权主义知识分子开始探讨这种症结的根源。正是因为女权主义知识分子的理论研究，才将女权运动提高到前所未有的高度，它使得女权运动的目标集中于各种对女性的奴役与歧视。特别要说明的是，在这个阶段的女权运动中，还出现了国际化的趋势，其标志就是1975年联合国召开的第一次世界妇女大会。[32]大会为各国妇女提供了一个交流学习的平台，并使妇女问题引起了国际社会的关注，让妇女解放运动成了一个全球性的问题。1995年，联合国第四次妇女大会在北京召开，妇女们更是喊出了“妇女权利就是人权”的口号。总之，女权运动经过不断发展，已经成为人权运动的一个重要分支，它已经而且还将继续为人权运动书写新的篇章。

中国的妇女解放运动与西方的女权运动有着千丝万缕的联系。中国的启蒙运动正值西方女权运动第一次高潮，中国的启蒙思想家不仅对西方妇女的斗争表示理解，还将女权的实现视为现代文明的标志，国家富强的前提。[33]梁启超指出，“女性开放则社会开放，女性自由则社会自由，女性强于欧洲则国强于欧洲，女性盛于世界则国盛于世界。”在某种程度上，中国的启蒙运动是从争取妇女的平等权利开始的。高举着男女平等的大旗，五四青年身体力行，开始了妇女解放的伟大运动，这场运动随着中国革命的胜利走向纵深，并最终汇入世界人权运动的大潮。

在妇女解放运动也就是人权运动的冲击下，从20世纪70年代开始，美国率先开展了对性侵犯罪的改革运动，开始抛弃男尊女卑的偏见，认可女性的主体性人格地位，并承认女性具有支配其身体的权利，这场改革运动逐渐波及全球，并随着人权运动的深入而不断发展。归纳起来，各国对性侵犯罪的改革在如下方面有重大突破。

第一，将性侵犯罪规定为侵犯个人权利的犯罪。在传统的性侵犯罪中，法律所要保护的是女性背后的对她具有支配性权利的男性的利益，它借助贞洁观念来维护男性的这种特殊财产，因此性侵犯罪的法益表现为对社会风俗的保护。[34]如法国1810年刑法典就把强奸等性侵犯罪规定在“妨害风化罪”中，意大利1930年刑法典也是在“侵犯公共道德和善良风俗罪”中规定了性侵犯罪。随着女性主体性人格地位的获得，许多国家的法律开始认为性侵犯罪所侵犯的应该是个人自身的权利，如法国1994年刑法典将强奸罪规定为“伤害人之身体或精神罪”，意大利1996年的刑法修正案也将性侵犯罪纳入侵犯人身罪的范畴。[35]我国1997年刑

法也将强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪视为一种侵犯公民人身权利的犯罪。[36]我国台湾地区在1999年的刑法修正案中，也将性侵犯罪从妨碍风化罪中删除，将它们修改为妨害性自主罪。

第二，采取性别中立主义立法。在传统的性侵犯罪中，被害人仅限于女性。在女权主义者看来，这种做法是对传统的男尊女卑观点的肯定。传统的观点认为在性行为中男性积极进取，女性消极被动，因此实施性侵犯的只可能是男性而非女性。[37]女权主义者认为应当抛弃这种偏见，女性在性行为中并不必然处于消极的态度，因此她们倡导性别中立主义的立法，以期达到符号意义上的男女平等。这种性别中立主义的立法主要表现为：①罪名的修改。由于强奸（rape）这个罪名本身就预设了女性的被害地位，因此许多地方都试图用其他中性的词语进行替代。如美国有些州将强奸罪修改为性侵犯罪（sexual assault）、性攻击罪（sexual battery）或犯罪性性行为罪（criminal sexual conduct），我国台湾地区1999年的刑法修正案中，也将强奸罪修改为强制性交罪。②承认女性对男性，甚至同性之间的性侵犯，法律不再认为性侵犯的被害人只能由女性构成。如德国1998年新刑法典将1975年刑法典中的“强迫妇女”修改为“强迫他人”；意大利新刑法第609-2关于性暴力的规定也以中性的“他人”取代以往的规定；台湾地区1999年刑法亦将强制性交罪的对象由“妇女”修改规定为“男女”。我国2015年《刑法修正案（九）》也把强制猥亵妇女罪的对象扩张为男性，罪名调整为强制猥亵、侮辱罪。③扩大对性交的理解。传统的性交仅指男女生殖器的结合，这反映的是一种生殖目的的性交观，它起源于对贞操观念的强调，女性失贞的标志就是生殖器相结合。无疑，这种性交观同样强调男性在性交中的支配性作用，是对男尊女卑文化的认可。考虑上述原因，许多地方开始扩大对性交的理解。如美国《模范刑法典》第213条规定：性交包括肛交和口交……[38]又如法国1994年刑法典第222—223条规定：“以暴力……对他人施以任何性进入行为……均为强奸罪”，这里的“任何性进入行为”包括肛交、口交以及异物进入等性侵害行为；[39]再如我国台湾地区新刑法第10条第5款对性交的定义：“以性器进入他人之性器、肛门或口腔之行为；以性器以外之其他身体部位或器物进入他人之性器、肛门或口腔之行为。”

第三，开始承认婚内性侵犯。自美国开展性侵犯罪改革运动以来，许多国家和地区都逐渐在立法和司法上抛弃“婚内性侵犯豁免”的陈腐规定。联合国1996年人权主题大会上也呼吁各国尽快把婚内性侵犯犯罪

化。[40]1993年7月5日，全美国50个州都将婚内强奸规定为犯罪。截止到1998年，有17个州以及哥伦比亚特区认为婚内强奸成立犯罪没有例外，有33个州只在非常偶然的情况下（如妻子系精神病患者）给出了例外规定；[41]在英国，1991年法院就通过判例确认婚内可以成立性侵犯，随后在1994年《刑事司法和公共秩序法案》中明确抛弃了“婚内性侵犯豁免”的规定；[42]在以色列，1980年最高法院就认为应该抛弃普通法的有关规定，指出婚内性侵犯当然成立犯罪；在澳大利亚，新南威尔士州在1980年率先废除了婚内性侵犯豁免的规定，随后这种做法为该国绝大多数州所效仿；加拿大、新西兰、爱尔兰也在20世纪八九十年代先后废除了婚内性侵犯豁免；而大陆法系的德国，1975年刑法曾规定“以暴力或胁迫手段，强迫妇女与自己或他人实施婚姻外性交行为者”为强奸，显然婚内不存在性侵犯。但是，1998年修改的《德国刑法典》在第177条却明确抛弃“婚姻外性交”的提法，认为婚内存在性侵犯；[43]我国台湾地区1999年修改刑法时，也明确规定了丈夫可能构成对妻子的性侵犯。[44]

第四，通奸罪的停废。与性侵犯罪改革相关的是对通奸的态度，从20世纪以来，许多国家和地区都开始了对通奸的除罪化运动，[45]而那些即使保留这种犯罪的地方，在实践中法律也很少被执行。[46]人们开始认识到，通奸只是一种道德罪过，不应把它上升为刑法问题。妻子不再是丈夫的独有财产，她拥有支配其身体的权利，婚姻只是两个独立人格的感情结合，如果感情确已破裂，那么婚姻也就没有继续维系的必要。如恩格斯所言：“如果说只有以爱情为基础的婚姻才是合乎道德的，那么也只有继续保持爱情的婚姻才会合乎道德”，“如果感情确实已经消失或者已经被新的热烈的爱情所排挤，那就会使离婚无论对于对方或对于社会都成为幸事。”[47]事实上，大多数国家都已对离婚实施无过错原则，即使提出离婚一方与人通奸，存在过错，这对离婚也没有太大影响。[48]

二、性侵犯罪的法益嬗变

随着女性从附属于男性的财产地位逐渐转变为拥有独立人格的主体，性侵犯罪的法益也就开始实现了从风俗到性自治权的转变。

（一）风俗之法益

传统的法律认为性侵犯是一种风俗犯罪，这种风俗将性关系限制在家庭和婚姻关系之内，只有在婚姻家庭内发生的性关系才是正当的。因此，女性只能与丈夫或主人发生性关系，除此以外的一切性关系都是不正当的，它们要受到国家的严厉控制。这种风俗要求女性对男性言听计从：在她们出嫁之前，她们要听从父亲的教诲，绝对不能与人私通；在她们出嫁之后，她们要绝对服从自己的丈夫，不能红杏出墙；至于作为奴婢的女性，则只是主人“会说话的工具”，她们存在的意义就在于为主人提供他所需要的一切服务，在很长一段时间，男性主人甚至拥有她们性的完全处分权。[49]

将性侵犯视为风俗犯罪是女性财产属性的必然表现。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中指出，“（专偶制家庭）是建立在丈夫的统治之上的，其明显的目的就是生育有确凿无疑的生父的子女：而确定这种生父之所以必要，是因为子女将来要以亲生的继承人的资格来继承他们父亲的财产……这时通例只有丈夫可以赶走他的妻子。对婚姻不忠的权利，这时仍有习俗保证丈夫享有；而且随着社会的进一步发展，这种权利的行使也越来越广泛。”[50]从大的背景来说，是因为私有制的出现使得女性成了男性的财产，她们只为丈夫、家庭工作，私有制使男性占有者成了家庭的统治者，作为财产的女性通过家庭劳动和生殖劳动替男性工作并生产继承人，继承家长的财产和社会地位，女性论为物，或为人妻，或为人女，不再是社会意义上的人。[51]

由于女性的财产属性以及其生产继承人的使命，因此这种风俗特别强调女性的贞洁。无论是对通奸还是对强奸的处罚，法律都只是通过对贞洁的保护来维护贞洁的真正拥有者——某个男性的财产利益。在女性尚未结婚之时，对她们贞洁的侵犯，是对她们父亲财产的侵犯。当女性结婚之后，丈夫就成了她们贞洁的拥有者和保护者，因此丈夫之外的其他男性无论是在女性自愿和被迫的情况下与之发生性关系，都是对丈夫财产的一种侵犯。所以，犯罪人在有夫奸与无夫奸中量刑殊然不同，因为后者的财产损失是无法挽回的。至于婚内强奸，直到今天，仍然有很多人认为它根本不应该构成犯罪，因为妻子对于丈夫的从属地位以及妻子的生殖使命决定了她对丈夫的性要求应无条件的服从。[52]至于那些地位更为卑微的奴婢，其身体权利则完全由主人支配，对她们贞洁的侵犯无疑是对主人权威甚至血统的玷污，因此主人对奴婢的性侵犯不是犯罪，而如果其他男性与她们发生性关系则是犯罪。[53]如果侵害人身份卑微，那更是对主人权利的严重亵渎，必须予以重惩。对于那些受到强暴的女性，虽然因为被强奸可以免于和奸的处罚。但是，由于她们没能保护住男性的财产，使其财产价值受到了玷污，因此她们一辈子都是整个家族的耻辱，传统的风俗甚至提倡女性以死亡来洗脱这种耻辱。然而，对男性而言，在很长一段时间，他们并不负有对妻子的忠诚义务，他们在贞洁问题上采取双重标准，他们从来就没有打算放弃群婚制的乐趣，[54]因此作为男权主义婚姻制度的必然产物，卖淫也就不可避免。[55]事实上，在恩格斯看来，在女性被视为财产的年代，卖淫与婚姻并没有本质性的区别，“妻子和普通的娼妓的不同之处，只在于她不像雇佣女工像计件工作那样出租自己的身体，而是把身体一次永远出卖为奴隶。”[56]

可见，女性的财产属性决定了性侵犯是一种违反社会风俗的犯罪，法律所要保护的并非是女性的权利，而是为了维护一定的社会风俗，而正是这种风俗维护着男尊女卑的社会现实，肯定女性相对于男性的财产地位。

（二）性自治权之法益

由于人权观念的普及，人们逐渐认识到：女性不再是受男性保护的

财产，她们有自己的思想和人格，能够支配自己的身体，法律应该抛弃传统的贞洁观念，法律对于性侵犯的禁止不仅是为了维护一定的社会风俗，而更重要的是为了保护女性作为人所拥有的在性问题上的自治权利，性自治权是人的一项基本权利。

一系列重要的人权公约先后赋予女性“人”的尊严，肯定女性相对于男性的平等地位。1945年《联合国宪章》首先将女性纳入人权概念，其庄严申明：“重申基本人权、人格尊严与价值，男女平等以及大小各国之平等。”1952年联合国通过了《妇女政治权利公约》，随后在1956年通过《废止奴隶制补充公约》和《国外抚养费收取公约》，1957年通过《已婚妇女国籍公约》，1962年通过《关于婚姻结婚年龄最低年龄及婚姻登记公约》，1967年通过《消除对妇女歧视宣言》。进入20世纪70年代，联合国为了提高女性地位，进一步完善相关的国际立法，1975年召开了第一次世界妇女大会。1979第34届联合国大会还通过《消除对妇女一切形式歧视公约》，该公约涉及的范围非常广泛，是涉及女性的人权运动的最重要国际文献，被称为《妇女权利宪章》。该公约指出：“歧视妇女的现象仍然普遍存在……对妇女的歧视违反权利平等和尊重人格尊严的原则，阻碍妇女与男子在平等的条件下参加本国的政治、社会、经济和文化生活，妨碍社会和家庭的繁荣发展，并使妇女更难发挥为国家和人类服务的潜力。”[57]

随着人权运动的发展，女性的地位不断提高，她们逐渐拥有了支配自己身体的权利，人们对于性的态度也随之变化，人们越来越重视“同意”在性行为中的地位。在20世纪60—70年代，西方开展了性革命，革命的最大要旨就在于尊重人们在性问题上的自治权利。

在时代的大背景下，从20世纪70年代开始，美国率先开展了对性侵犯罪的改革运动，这场运动几乎波及全球。而改革的主要目的就在于尊重女性的性自治权，在法律中抛弃男尊女卑的偏见。对于过去的法律传统，包括女权主义者在内的许多学者对它都提出了强烈的批评，她们认为这些法律规定体现了一种根深蒂固的男权主义偏见。在某种程度上，它实质上维护的是男性对女性性的攫取，无视女性的性自主权。她们指出，在所有的犯罪中，只有性侵犯罪受到了独特的对待：被害人的同意是犯罪的辩护理由，但在性侵犯案中却要求被害人在身体上反抗才能构成拒绝；在其他犯罪中很少需要考察被害人与被告人的交往状况，但在性侵犯案中，如果侵犯行为发生在熟人之间，司法机关的反应则十分冷

淡；[58]在处理性侵犯案件中，司法官员对于被害人存在普遍的怀疑，他们会考虑大量与案件没有关系的要素，比如被害人的品行、行为以及与被告人的交往状况。这在很大程度上导致了性侵犯案的被害人不愿意报案，以及性侵犯案的低逮捕率、低起诉率以及低有罪判决率。因此，性侵犯是一种很容易逃避处罚的犯罪。[59]为了改变法律中对女性的歧视与偏见，真正保护女性的性自治权，鼓励更多的妇女报案以配合司法机关的工作，法律必须变革并抛弃传统的贞洁观念。到20世纪80年代中期，在美国几乎所有的州都对性侵犯罪进行了或多或少的改革，这种改革的趋势也逐渐蔓延到其他国家。

（三）性自治权的含义

在现代社会，性侵犯罪所侵犯的法益是性的自治权。[60]性自治权是性自由权的重要内容，它包括选择与合适对象发生性行为的积极自由也包括拒绝与他人发生性行为的消极自由。[61]在刑法领域中性自治权应当理解为消极自由，因为刑法是一种禁止性规定，它并不能直接赋予公民以权利，刑法只是为公民性权利的行使划定禁区，即任何人都不得在他人拒绝之下与其发生性行为，只要公民没有违反这个禁律，那其行为就应当与刑法无关。因此我们可以把刑法中的性自治权定义为拒绝与他人发生性行为的自由。

对于刑法中的性自治权，要注意以下两个问题。

第一，不同意包括两种情况：1.法律上推定为不同意，比如被害人由于年龄或精神状况而不能行使性的积极自由，因此即使对性行为表示同意，在法律上也被推定为不同意，与其发生性行为就可能侵犯其性自治权；2.事实上的不同意，当行为人使用暴力等强制手段强暴被害人，显然侵犯了被害人拒绝强制的消极自由，“强制是一种恶，因为它据此把人视作一无力思想和不能评估之人，实际上是把人彻底沦为了实现他人目标的工具”，[62]强制下的同意是无效的，这可以被称为事实上的不同意。刑法应当对各种强制情况做出具体规定，以充分保护个人的性自治权，同时也可以告知公民行使积极自由的限制性条件，从而使得罪刑法定原则在明确性层面上得到实现。

第二，在现实社会中，不存在绝对无限制的性自治权。当行为人通过暴力手段强暴被害人，这种强制是不允许的，因为它完全把被害人当成了满足欲望的客体。在此情况下，行为当然侵犯了被害人的性自治权。但是，处于现实社会中的人们往往面临着许多其他束缚，比如经济压力。当一位富人对一下岗女工说，如果和我发生性关系，那么可保你衣食无忧，于是，该女性由于生活所迫放弃了尊严，这种基于经济压力而发生的性行为至少在当前不认为是犯罪；又如某女虽然倾心于某男，但并不愿意和其发生性关系，于是男方开始疏远女方，最后以分手为要挟提出性要求，女方虽然百般无奈，但为了维系感情，仍然与男方发生了性关系，对此，法律就更无能为力了。面对这些情况，女权主义中的激进派认为，在现实社会中，男女并未实现真正的平等，因此人类社会中一切两性间的性行为都是强奸，[63]只有彻底推翻包括法律在内的男权主义制度，才可能真正保护女性的性自治权。对于这种观点，笔者不敢妄加指责，但是在实践层面上，期待刑法来实现人类社会中两性在经济地位和社会地位等各方面的完全平等，似乎不太现实。因此，女权主义激进派的这些观念除了具有颠覆刑法体系的作用，并不能为司法操作提供规范性的意见。这也是为什么有人批评这种学说：认为它和传统的男权主义观点一样，都没有在性侵犯和被允许的性上划出界限。因此它们虽然在各个方面都针锋相对，但其实践效果都是一样的，并没有扩大我们对性自治权的理解。[64]从现实的角度，我们应该把性自治权理解为一种相对的权利，它并非意指没有任何羁绊的拒绝自由，必须从规范的角度理解性自治权，而不能泛泛而谈。具体而言，就是要在法律中区分强制和交易，在第一个案件中，女性是被强制的，而在后两个案件中，女性从事的只是一种交易行为。

（四）风俗与性自治权的关系

在很长一段时间内，法律对性侵犯行为的惩罚主要是为了维护一定的社会风俗。这种社会风俗将性行为限制在婚姻家庭关系之内，保证继承人血统的纯洁性，维护家庭稳定并促进社会稳定。随着时代的进步，性侵犯罪已经演进为侵犯性自治权的犯罪，那么在这个背景下，我们应如何看待社会风俗呢？

社会风俗是一个非常广泛的内容，我们此处所讨论的仅仅是在性方面的社会风俗，也即性风俗。从字面意义来看，性风俗是指社会上多数人对性的看法。这种风俗为多数人所认同并遵循，在一定时间、空间范围内这种风俗是稳定的，然而，它并非绝对不变，它会随着政治、经济等诸多因素的变化而变化。比如在古代，曾经有过同姓不婚的性风俗，而今天这种风俗已不复存在。[65]又如以往的风俗并不反对男子三妻四妾，而现代的风俗显然有所变化。如果说性风俗仅指公民有拒绝强迫的性行为的自由，那么它与性自治权这个概念就完全吻合，也就没有必要用性风俗这个不好把握的抽象概念来取代性自治权，况且将性侵犯罪视为维护性风俗的社会法益类犯罪也会降低作为被害人（主要是女性）的主体性人格地位。然而，两者的内涵并不相同，在多数人看来，所谓性的风俗是指在一定的婚姻关系之内的异性性行为。虽说多数人认同强制下的性行为违背性风俗，但是他们同时认为，通奸、性放荡、同性恋、兽奸、卖淫等诸多行为同样是不可容忍的。如果要用刑法来维护这些性风俗，那就不可避免要将这些行为认定为犯罪。

从法益理论而言，刑法只保护最重要的法益，超个人的法益必须能够还原为无数个人的法益的集合，才能为刑法所保护。[66]但是，性风俗的多数内容只是在一定范围内为多数人所认同，说到底，它属于道德范畴。多数人所信奉的道德并不能强加于少数人身上，更不能用刑法来推行这种道德。道德往往含糊不清，它与刑法的明确性、规范性不符，法治国家的一个重要任务就是要把纯属道德领域的事务从刑法中剔除出去。一般说来，性行为属于私人事务，与个人以外的多数人利益无关。即使在多数人看来，某人所实施的性行为多么污秽不堪，令人作呕，但只要它没有侵害他人实实在在的利益，刑法就不能干涉。另外，衡量某种法益是否值得刑法保护，还要看在现实上刑法是否能够有效地保护这种法益。文本上的规定，如果不能付诸实践，那就只是一张空白支票，稻草人似的刑法只会降低人们对刑法的尊重。当今社会虽然存在着种种清规戒律，然而现实社会的确是个花花世界，大量的性越轨层出不穷，让刑法来维护这种性的道德，既不现实，也会浪费有限的司法资源。

现代刑法理论普遍认为，刑法是法益保护之法，单纯违反风俗的行为不能以犯罪论处。然而，性风俗在刑法中并非毫无意义。

1．性风俗可以转化为法益

性风俗可以转化为具体的法益，从而获得惩罚的正当性。

（1）侵犯性自治权的犯罪

在当代的性刑法中，保护性自治权是性风俗的首要任务，侵犯性自治权的犯罪至少有如下几类。

第一，强迫下的性侵犯罪。

拒绝强迫下的性行为是性自治权主要内容，也是当代性风俗的重要内容。如上所述，越来越多的地方都将强奸等性侵犯罪规定为侵犯个人权利的犯罪。

第二，剥削未成年人及心神耗弱者性利益的犯罪。

性自治权要求行为人能够做出成熟理性的选择，未成年人及心神耗弱者（如精神病人）由于心智发育不全，无法理解性行为的意义和后果，因此其性同意能力要受到限制。任何民族的性风俗都禁止与不满一定年龄的未成年人发生性关系。[67]对未成年人的特殊保护也是性自治权概念的合理延伸，未成年人没有性同意能力，因此与其发生性关系实质上就是对其性自治权侵犯，当然这是一种法律上的推定拒绝。

在某种意义上，法律对同意能力的限制实际剥夺了这些人在性上的积极自由。父权主义（paternalism）刑法观对此可以提供很好的解释。这种观点认为，在没有侵害他人，而是侵害本人的场合，为了保护本人的利益，国家也要对其进行干涉。父权主义刑法观又分为强烈的父权主义与缓和的父权主义。前者认为，即便是完全具有判断能力的人，对于被干涉者的完全自由的选择、行动，也要进行介入；后者又被称为“基于德行（beneficence）的干预”，它主张，只能对判断能力不充分的人的不完全自由的选择和行为进行干涉。学界普遍接受的是缓和的父权主义理论。这种理论的适用有两个条件：其一，本人的自律判断明显是不充分的；其二，防止该种行为所得到的利益高于由于丧失自律性所伴随的不利。[68]

对于同意能力的限制正是缓和的父权主义刑法观的体现，因为未成年人和心神耗弱者心智发育不成熟，其自律判断不充分。同时未成年人是民族的未来，限制未成年的自律判断有助于保护民族的整体利益。对

心神耗弱者同意能力的限制也是为了保护其最大福利，避免其性利益被剥削。

第三，滥用信任地位的犯罪。

如果行为人与被害人存在信任关系，如存在监护、教育、照顾等关系，由于当事人双方地位不平等，被害人尤其是未成年人无法做出真正成熟理性的选择，他们对性行为的同意是无效的，与之发生性行为可能侵犯其性自治权。对此，许多国家都有滥用信任关系攫取性利益的犯罪。

需要注意的是，法律对此行为的禁止是为了防止行为人滥用信任地位（这也是缓和的父权主义刑法观的体现）。但若被害人是正常的成年人，一律禁止她与对其负有信任地位的行为人发生性行为，是对人们在性上的积极自由做过多的干涉，因此，世界各国通常都把此类犯罪的被害人限定为未成年人。

（2）破坏家庭法益的犯罪

家庭是社会的基本，是社会正常运转的基础，严重侵犯家庭利益的性行为也应受到刑法的规制，这主要表现在以下几点。

第一，重婚罪。

大多数国家和地区都确立了一夫一妻制度，重婚行为是对这种婚姻制度的公然挑战。另外，重婚者组建了新的家庭，它会导致原有家庭财产利益的丧失。重婚者的时间和金钱在两个或两个以上的家庭不停游走，这不利于对后代的抚养。如果允许重婚，原有的家庭会在事实上被抛弃。[69]

值得注意的是，大多数地方并没有将通奸行为规定为犯罪。这主要是因为通奸一般是私下发生的，没有公然挑战一夫一妻制度。通奸者没有抛弃家庭，通过道德自省，有可能幡然悔悟，因此它对婚姻家庭利益的侵害并不严重。其次，通奸只是婚姻破裂的一种征兆，并非它的原因。用极端的刑法手段来保护婚姻关系，也许是对婚姻的致命打击。在现代社会，感情才是婚姻存续的正当理由，如果感情确已破裂，那么婚姻也就没有继续维系的必要。现代的婚姻法大多对离婚实施无过错原

则，只要感情破裂就可以离婚，即便存在过错的通奸者也可主张离婚。如果将通奸视为犯罪，用刑法来维系没有感情的婚姻，这与婚姻法的离婚原则也是背离的。

第二，乱伦罪。

性风俗严格禁止乱伦，因为它可能导致人类血缘的混乱，影响人类繁衍。在高等的灵长目动物如大猩猩、黑猩猩群体中，都存在类似的乱伦禁止。然而，人类社会中存在一些法律上拟制的亲属关系，比如养父母与养子女，双方并不存在血缘关系。加上现代社会避孕、终止妊娠等技术的发展，传统的血缘紊乱问题也可以得到避免。在此背景下，如果以血缘紊乱为由禁止乱伦，理由并不充分。

然而，乱伦行为却可能导致家庭关系的破裂。人类学家和社会学家普遍认为，社会对乱伦的禁止是为了维护核心家庭的稳定性。所谓核心家庭是一男一女在固定的性关系下生育子女，并对子女负有照顾义务，它是人类社会的基本单元。但是，乱伦行为却破坏了这种核心家庭的稳定性。首先，它会导致家庭内部的性竞争和性嫉妒，从而导致家庭的瓦解。其次，它会导致家庭中的成年成员对家庭责任的丧失，不利于对未成年子女的抚养。再次，它也不利于子女长大成人，组建新的核心家庭。[70]

基于上述原因，不少国家在性刑法的改革过程中，都把乱伦行为视为一种侵犯婚姻家庭利益的犯罪。比如美国《模范刑法典》第230条规定了妨碍家庭利益的犯罪，第一款为重婚罪、多偶罪（bigamy and polygamy），第二款则为乱伦罪。另外，许多地方对乱伦罪的规定，其行为人也不限于血亲关系，养父母与养子女之间也可构成乱伦。比如美国《模范刑法典》第230条第2款除了将存在血缘关系的近亲属间的乱伦行为规定为犯罪，还认为基于收养关系而形成的父母子女之间也可构成乱伦罪。英国《2003年性犯罪法》第64、65条规定的乱伦罪，最初仅限于有血缘关系的近亲属，[71]但2008年的《刑事司法与移民法》（Criminal Justice and Immigration Act）对上述法律进行了修改，将养父母和养子女之间的性行为也以乱伦罪论处。[72]

将收养关系纳入乱伦罪中，这清楚地揭示了法律对乱伦的禁止除了避免人类血缘紊乱之外，更为重要的是为了保障核心家庭的稳定性，因

为基于收养而形成家庭关系与自然的家庭关系在法律关系、情感联系、社会功能等方面并无二致。

需要说明的是，性风俗对于乱伦的禁止并不限于血亲和收养关系，姻亲关系、继父母子女等关系之间的性行为也为性风俗所禁止，但这种乱伦行为一般很少以乱伦罪论处，这正是法益保护原则的体现。姻亲关系、继父母子女关系不同于血亲关系，它是一种法律拟制的亲属关系；另外，它们也没有收养关系那么紧密。收养关系是一种拟制的血亲关系，自收养关系成立之日起即发生拟制血亲关系。而姻亲关系既无自然血亲关系，也无拟制血亲关系。至于继父母与继子女之间，只有当双方形成扶养关系才可发生拟制血亲关系，如果不存在扶养关系，也不会发生拟制的血亲关系。有许多发生在姻亲关系和继父母子女亲属关系之间的性行为，并不会紊乱血缘，也不会对核心家庭的稳定造成实质侵害，如继兄妹之间发生关系，又如父母在子女成年之后再婚，继父（母）与继子（女）偶然发生关系，很难说实质性地破坏了家庭法益。[73]因此，如果按照性风俗的要求，将这些行为一律以犯罪论处，并不符合法益保护的原理。

经验事实表明，乱伦行为主要发生在男性与接受抚养的年幼女性之间。有学者对美国1864年到1954年发生的30起乱伦案进行了研究，发现有28起发生在男性被告人与其女儿或继女之间。[74]在28起案件中，女方年龄都没有超过22岁，其中有18起案件女方的年龄都在16岁以下。另外的研究也表明，继父与继女之间发生的乱伦行为，比率要远高于自然的亲属关系之间发生的犯罪。[75]因此，有相当多的乱伦行为可以视为剥削未成年人性利益的犯罪。

（3）侵犯公共利益的犯罪

从法益理论而言，超个人的法益必须能够还原为无数个人法益的集合，才能为刑法所保护。一般说来，性行为属于私人事务，与个人以外的多数人利益无关，但如果性进入公共领域，则可能侵害具体的公共利益。

许多国家和地区都有对露阴、公然发生性行为的处罚规定。以法益理论审视，此类犯罪侵害了具体的法益。首先，它违反了“不想看、不想听的人”的意志，无论是暴露性器侵扰他人，还是在公共场所发生性

行为，这种有碍观瞻的行为都是一种视觉强制和听觉强制，是对“不想看、不想听之人自由”的侵害。其次，它对未成年人有腐蚀作用，妨碍了未成年人的健康成长。

除了上述犯罪，许多地方的性刑法还规定了兽奸行为，这可以解释为是一种侵犯动物福利的犯罪，因为在这些地方虐待动物本身也是一种犯罪。

2．性风俗可以作为弱化刑罚的依据

如果风俗不能转化为一种具体的法益，那么它就不能作为惩罚的依据。但是，它却可以作为弱化刑罚的依据，从消极方面确保惩罚的正当性。换言之，即便一种行为侵犯了法益，但如果没有违背习俗，那么可能会减轻或免除处罚。比如当教师面临义务冲突，孩子和学生同时失足落水，救助孩子是法定义务，救学生是道德义务（假定不存在先行行为）。教师救助孩子，学生溺死，教师当然不构成犯罪。但如果教师先救学生，结果孩子溺水而亡。单纯从法益理论来看，此行为明显侵害了具体法益，因为法定义务高于道德义务，然而此行为却是习俗所鼓励嘉奖的行为，刑法自然没有必要处罚。

因此，如果某种性行为侵害法益，但却为性风俗所认可，对此行为刑法介入要非常慎重。比如某些少数民族地区由于特殊的历史及地理环境等因素的影响，社会经济文化发展水平相对落后，文明进化相对缓慢，与主体民族相比，其风俗在很多方面呈现出一定的落后性，有的甚至仍然保留着原始社会的遗俗。这些传统风俗自古以来就是少数民族群众管理社会、调整人与人之间关系的行为准则，在长期的社会发展中已成为民族心理的一部分，从而影响着人们的价值选择。法律不能忽视这些风俗对人们思想认识的影响，因此在法律的具体执行上应有所变通。对此，我国宪法第116条以及民族区域自治法第19条均承认民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点制定单行条例。刑法第90条也规定，民族自治地方不能全部适用刑法典的，可以由自治区或者省的国家权力机关根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法典规定的基本原则制定变通或者补充规定。比如在云南省屏边苗族自治县，苗族有在每年3月的对歌中有抢婚的习俗；又如有的少数民族地区，男女双方一旦有了婚约，男方有时不管女方是否同意就硬

行抢亲，强行同居；[76]再如我国某些地区的藏族居民仍然存有母系氏族遗俗，女性对性自治权并没有强烈的保护意识。[77]对于这些案件，如果没有造成严重后果，一般可以采取定罪免刑的方式先在观念上倡导性自治权的意识。

总之，当性风俗可以转化为实实在在的法益，那么它就可以获得刑法的保护，而如果风俗不能转化为实际的法益，那么它不能作为入罪的基础，但可以作为弱化刑罚的依据。性自治权的观念本身也是当代性风俗的重要内容。在很大程度上，风俗与法律都是自生自发的，是“人之行动而非人之设计的结果”，性自治权的观念也是一种进化的结果，它是“历经数代人的试验和尝试而达致的成就”。[78]因此，在理解性自治权含义的时候，并不能完全抛开社会风俗，这也是为什么《性权宣言》认为性自治权包括在个人的与社会的伦理脉络中。[79]所以，在司法实践中，我们必须借助风俗才能准确阐释性自治权的确切含义。

三、刑法基本理论的转化

性自治权是个体拒绝性行为的消极自由，因此在性侵犯罪中也就不得不考虑被害人的反应，这对传统的刑法理论是一个重大挑战。

人们习惯认为：刑法调整的是行为人而非被害人的行为，因此被害人的反应并不能决定行为人行为的性质。但是，这种习惯思维至少在性侵犯罪中是不恰当的。即使在女性没有取得独立主体地位的过去，法律也主要是通过女性的反应来区别通奸与和奸。而在今天，法律在认定行为人行为性质时，更是要充分考虑被害人对性行为同意与否。换句话说，在性侵犯罪中，被害人的反应决定着行为人行为的性质。事实上，在其他犯罪中，被害人的不同反应往往也会对罪与非罪、此罪与彼罪的区分发生重要影响。比如，当行为人潜入民宅行窃，被害人由于害怕行为人加害而假装睡着。对此案件，人们会说：被害人的心理状况与行为人无关，因为行为人是在秘密窃取的心态下实施取财行为的，因此此行为构成盗窃，而非抢劫。但是，如果当盗窃之物对被害人至关重要，被害人起来制止，此时如果行为人仍然将财物取走，那么其行为的性质则很有可能转化为其他犯罪，而这种罪质的转化与被害人的反应密不可分。在非法侵入他人住宅罪中，法律也明确规定，只有当被害人要求行为人离开，行为人的拒绝离开才可能构成犯罪，显然，该罪成立与否与被害人的反应有莫大关系。

类似情况还有很多，它们并非偶然的特例，这不能不引起我们足够的重视。为什么被害人的行为能够左右行为人行为的性质呢？对这个问题的正确回答也许将推进我们对行为理论这个刑法基本理论的认识。

直到今日，人们对刑法中的行为理论仍然存在多种多样的解释，但是大家普遍认为，作为犯罪概念根基的行为概念，必须具有三种功能。其一为区别功能，它应当从一开始就排除与刑法评价无关的因素，比如动物导致的损害，单纯的思想和品质、人类无法控制的痉挛等；其二为连接功能，它应当将犯罪评价的各个不同阶段连接起来。在大陆法系的

犯罪论体系中，行为概念必须把构成要件该当性、违法性、有责性这些判断联系在一起。行为应当贯穿整个刑法体系并构成它的支点；其三为分类功能，它必须包括所有刑事可罚形态，可以承受各种特殊评价。行为概念应当包括故意行为、过失行为、作为、不作为等各种行为形态。[80]但是行为概念具体应如何定义，仍是一个悬而未决的重大课题。在各种行为概念中，有代表性的理论大致有自然行为论、社会行为论、目的行为论和人格行为论。以下，我们对它们加以简单评价。[81]

1．自然行为论

这是19世纪刑法学的主流观点，其代表人物为李斯特和贝林格。这一理论认为，行为是可以为意志控制的，导致外部世界某种变动的人的举动。根据这种行为理论，被害人的反应与行为人的行为无关。但是，自然行为论存在重大缺陷，它无法对不作为提供合理的解释，在不作为时，行为人根本没有任何举动。因此自然行为论并不恰当。

2．社会行为论

这种行为理论认为，刑法中的行为是指具有社会意义的身体动静。这种观点最初由李斯特的高足施密特所倡导，并最终成为20世纪中期的通说。这种理论强调从社会意义上评价行为的重要性。较之自然行为论，其优点显而易见，具有社会意义的身体动静可以涵盖各种行为形态。

根据社会行为论，被害人的反应与行为人的行为也并没有太多的关系。但是，社会行为论的缺陷是明显的，比如它将人的意识从行为概念中排除，这就将许多没有刑法意义的行为也作为刑法的评价对象，比如说无意识行为、睡眠中的行为等，因此它并不符合刑法的区别功能。[82]另外，社会评价与法律评价是相关联的，社会评价原则上先于法律评价。但是在有的时候，法律评价却决定着社会评价：比如对超速是否是正常的社会现象就取决于法律的规定，而这并不应该由行为概念加以回答，否则就混淆了行为与构成要件的界限。[83]

3．目的行为论

这种理论的代表人物是威尔策尔，他认为“行为就是人对目的的实现”。目的行为论的理论依据在于，人类可以根据对因果关系的认识预见行为后果，从而设立目的，并有计划为实现这一目的而努力。目的行为概念虽然没有为大多数刑法学家所接受，但是它却给犯罪理论本身带来了巨大的冲击。这一理论导致了大陆法系犯罪论体系的变革，过去人们一般认为，故意是责任论中的问题。而在目的行为论看来，故意并非是责任的内容，它是行为的组成部分并归属于构成要件，这些结论在理论上受到了广泛的支持。[84]

根据目的行为论，在性侵犯罪中，被害人的反应当然可能影响行为人行为的性质。当行为人对被害人的反应有所认识，那么就能够表明行为人的犯罪故意。被害人的反应使行为人认识到其行为的后果，如行为人仍然努力追求侵犯对方性自治权目的的实现，那就构成犯罪。显然，被害人反应对于行为目的的确定具有重要作用。然而目的行为论仍然存在重大缺陷，它很难将过失行为纳入目的行为概念中。以强奸罪为例，如果行为人没有认识到女方的拒绝，但是一般人能够预见，那么行为人的行为很难说具有法律上的目的。[85]为了弥补这个不足，目的行为论认为过失行为与故意行为的目的是不同的。故意行为的目的针对的是构成要件结果本身，而过失行为的目的则针对的是构成要件结果以外的结果。比如在擦枪时走火伤人，虽然伤人不是目的，但是擦枪却是有目的的。而这种说法显然过于牵强，因为擦枪这种目的行为与刑法根本就毫无关系。

4．人格行为论

人格行为论认为行为是人格的外部表现。在这种理论看来，行为具有生物学和社会学的基础，它是在人格和环境的相互作用中根据行为人的主体性态度而实施的。[86]

人格行为论能够最大限度地实现行为的三种功能。第一，它能将不具有刑法意义的行为排除出行为概念之外。人类无法控制的痉挛、反射、意识丧失等行为显然与人格无关，因此不属于行为。另外，人的思

想虽然与人格有关，但是由于没有表现于外部世界，因此也与行为概念无关。第二，人格行为概念是一种最中立的概念，它能最大限度地实现行为的连接功能。与社会行为论不同，它并不包含价值判断。第三，它具有非常强的分类功能，无论是故意、过失还是作为、不作为，各种犯罪形态都可以看成是人格的外部表现。因此，在各种行为理论中，人格行为论是迄今为止最为恰当的一种理论。

在人格行为论的审视下，被害人的反应当然与行为人的行为有关。被害人的不同反应决定了行为人的不同人格，如果行为人认识到被害人的不同意，或者具有这种认识的可能性，但是仍然与被害人发生性行为，那就能够表现出行为人的心理状态和不法人格，因而要接受刑法的评价。

行为概念不能脱离行为人的主观认识而存在，因为这种主观认识表明了行为人的人格。如果一种犯罪的成立直接依赖于被害人的反应，那么这种反应也就必然决定了行为人的主观认识，从而表明其人格。性侵犯罪妨害的是被害人的性自治权，只有在被害人不同意的场合下，这种权利才会受到侵犯，因此只有通过被害人的反应才能认定行为人的人格。当行为人使用的手段具有严重的强制性，手段本身能推定行为人具有对被害人不同意的认识，从而表明其不法人格；当被害人没有同意能力，如果行为人认识到或应当认识到被害人的身份，[87]那与具有这种身份的被害人发生性行为就表明了其不法人格；而当行为人所使用的强制手段不明显，那就更要通过被害人的反应才能让行为人认识到被害人的态度。在被害人拒绝的情况下执意为之，行为人的不法人格也就昭然若揭，其行为也就具备了犯罪性。

以性侵犯罪为视角，让我们对刑法的基本理论有一个重新认识，被害人的反应并非与行为人的行为毫无关系。在女性取得独立主体地位的今天，她对性行为的态度直接决定着行为人的行为是否构成犯罪。对于这种现象，只有人格行为论才能提供最好的解答，这恰恰说明人格行为论的妥当之处，从而实现了刑法基本理论的一种转化。

四、同意问题是性侵犯罪的核心

随着人权运动的发展，女性逐渐从附属于男性的财产转变为拥有权利的独立人格，性侵犯罪也从风俗犯罪演变为侵犯性自治权的犯罪。在这个大背景下，被害人对性行为的不同意也就开始成为性侵犯罪中的核心问题。对于这个论断我们可以从如下几个方面进行展开。

（一）同意问题的历史回顾与发展趋势

在女性附属于男性的年代，同意或不同意并非一个重要问题，它只是区分强奸与和奸的标准之一。在很多时候，即使在女方拒绝的情况下，强迫下的性行为也不构成犯罪：在相当长的一段时间内，男性主人对奴婢的强暴行为根本就不是犯罪，相反女方应该感激主人对她的宠信，如果由此为主人生产出继承人，那么她卑贱的地位反而能得到一定程度的改变。同时，对于主人的侵犯行为，奴婢基本上没有拒绝的权利。乾隆时期有一主人图奸仆妇，被割伤阴茎，拒奸之妇女因此被判流放；[88]另外，在清律中有所谓的“刁奸”条款，法律认为与人通奸的妇女被见者强奸，可以按照“刁奸”处理，不以强奸论处，[89]法律试图调动社会力量来严惩通奸妇女，女性的拒绝也完全为法律所忽视，女性所受压迫，可见一斑；至于婚内无奸的观念，直到现在还没有根除，婚姻中的性行为，即使妻子拒绝也很少被认为是犯罪。

虽然在某种程度上，不同意可以作为强奸与和奸的区分标准之一。女性的不同意可以作为她对和奸罪的豁免理由，但是传统的法律对不同意的认定标准规定得非常苛刻。在清律中，必须要有“强暴之状，妇人不能挣脱之情”，要“有人所闻”，被害人还必须要有“损伤肤体，毁裂衣服之属”才能表明不同意的存在，否则行为就不是强奸，被人强迫的女性要受到严厉惩罚。[90]在普通法国家，直到20世纪上半期，法律中仍

然要求女性通过最大限度的身体反抗来表明自己的不同意。[91]与清朝的规定如出一辙，最大限度的反抗标准要求女性必须通过身体上的伤害或衣服的撕损来表明她的拒绝。这些规定无疑体现了女性的物化本质，女性只是男性的财产，“饿死事小，失节事大”，贞操价值高于生命价值，因此女性必须竭尽全力去捍卫自己的贞洁，即使牺牲生命，也在所不惜。

人权运动的发展终于迎来妇女解放运动的大潮，女性开始拥有了人的尊严，性侵犯罪逐渐实现了从风俗到自治的转变。在这个转变过程中，“拒绝”才真正成了性侵犯罪的核心问题。今天，大多数国家都废止对通奸的处罚，在同意下发生的性行为不再是犯罪。婚内无奸的观念也逐渐被许多国家的立法或司法实践所抛弃。同意与否开始成为性侵犯罪成立的唯一判断标准，许多国家都开始依据同意来重新设计性侵犯罪的构成要件，并不断深化着人们对同意问题的认识。

对于同意问题，我们必须放在人权运动的大背景，以发展的眼光予以看待。女人经历了一个从做人（男人）到做女人的发展过程。以往哲学上人的概念只包括男性，因此女性要求做人不过是向男性的标准靠拢，若要享受男人的特权，女人必须成为男人，女性必须以男性的价值准则来要求自己，同男人一样在社会领域里工作。但是，形式上的男女平等观念会抹杀男女的性别差异，它本身就是男性中心主义在妇女解放过程中的一种表现。[92]一些女权主义者认识到，法律面前的绝对平等并非总对女性有利，她们回想起亚里士多德的著名论述：公正不仅在于同类同等对待之，而且在于不同类不同等对待之。于是，从20世纪70年代下半叶开始，一些女权主义者开始正视男女的性别差异，她们认为追求平等同实际中的区别对待并不矛盾，甚至常常需要以实际上的差别来达到真正意义上的男女平等。她们试图从女性的立场来重新审视自身，开始以女性为中心来看待男女的差异，她们认为差异不是女性的弱点，而应该是可能形成女性力量的源泉。[93]

在新的时代背景下，我们必须从女性而非男性的角度重新审视同意问题。在性侵犯罪中，男女的性别差异体现得尤为明显。虽然在追求男女平等的运动中，许多国家对性侵犯罪采取了性别中立主义的立法，实现了男女的形式平等，但是这并不能否定在实践层面上，性侵犯主要是男性针对女性的犯罪，因此法律必须对处于弱势地位的女性予以特殊保护，从而达到男女的实质平等。在女性附属于男性的时代，女性的同意

完全是根据男性的利益来定义的，因此女性必须通过最大限度的身体反抗来表明自己对性行为的不同意。随着女性主体性地位的取得，这种标准逐渐演化为合理反抗规则，但这依然是以男性的标准来评判女性的反抗是否合理，女性语言上拒绝或者哭泣等消极反抗形式仍然不能认为是对性行为的拒绝。但是，在最近30年来，一些国家和地区开始在同意问题上采纳“不等于不”标准，甚至肯定性同意标准。前者认为只要被害人说不，就应当认为是对性行为的拒绝；而后者则更是认为，只要被害人没有明确地表示同意，那么就要认为她拒绝发生性行为。显然，这些新的规则都充分考虑了男女的性别差异，试图从女性的立场重新阐释同意问题，[94]以落实对性自治权这种基本人权的保障。虽然法律不能激进地改变社会现实，但至少要在最低限度内有所作为。对于同意问题，我们要以历史发展的眼光研究中国问题，对性自治权予以充分的保护。

（二）不同意是性侵犯罪的本质特征

性自治权是性侵犯罪所侵害的法益，因此“拒绝”或说“不同意”也就成了性侵犯罪的本质特征。中国刑法学界曾有过声势浩大有关强奸罪本质的争论，从这些争论中，可以深化我们对上述结论的认识。

强奸罪的本质特征谓何？大致形成了如下观点。

1．强奸罪的本质特征是强制手段以及违背妇女意志。[95]论者认为，强奸罪不仅要求在外部表现出来的犯罪手段，而且也包含了违背妇女意志这一内在特征。

2．强制手段才是强奸罪的唯一特征。[96]论者认为，刑法对强奸罪只规定了“以暴力，胁迫或者其他手段强奸妇女的”，[97]并没有规定违背妇女意志这一要件，而且犯罪行为是犯罪分子的行为，应从犯罪分子的主观和客观方面去分析判断，不宜把被害人的主观意愿作为侵害者是否犯罪的条件看待。

3．强奸罪的主要特征是违背妇女意志。不论行为人采用的暴力、胁迫手段的强度如何，只要根据当时的具体情况，说明是违背妇女意志的，就应定为强奸罪。[98]

4．违背妇女意志和妇女不能抗拒是强奸罪的本质特征。论者指出，虽然违背妇女意志是强奸罪的最基本的特征，是区别强奸和通奸的界限。但是，被害妇女不能抗拒是强奸罪的又一基本特征，也是区别强奸罪和其他各种不正当男女关系的又一重要标志。[99]如果妇女能抗拒而不抗拒，则不构成强奸罪。所谓不能抗拒，是指妇女被害时为免受伤害而在客观上不能对犯罪者实行反抗。不能抗拒包括两种情况：其一是犯罪者以自己的行为造成妇女不能抗拒的状态。其二是犯罪者利用妇女处于不能抗拒的状态。

经过长期的争论，第一种观念取得了通说的地位，这也为司法解释所确认，1984年最高院、最高检，公安部的《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》[100]（以下简称1984年司法解释）把法条的规定解释为“强奸罪是指以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女的意志，强行与其发生性交的行为。”如今，中国刑法理论普遍认为：强奸行为是以违背妇女意志为前提的。由于强奸行为违背妇女意志，所以行为人必须采取暴力、胁迫或者其他手段。如果行为人没有采取这些强制手段，即使其行为客观上违背妇女意志，也不成立强奸罪。[101]通说的立场与英美法系有关强奸的定义非常相似。在普通法中，虽然强奸的定义有很多种表述，但其核心含义都认为强奸是在女性不同意的情况下，与她发生非法性交。“非法”这个术语的功能是把婚内强奸排除在犯罪之外。但是，那些根据普通法而制定的法律往往会增加一个要件，即性交是通过“强制手段”或“暴力”而实施的。[102]于是在法律中，强奸就被表述为“在女方不同意的时候，通过强制和她发生性交”。显然，这种规定与我们的通说基本相同，它也要求从两个方面来考察强奸：一是着眼于男性，要求采用暴力、胁迫或者其他手段，即身体强制或精神强制（force or coerce）；二是着眼于女性，要求有女性的不同意（nonconsent）。

从概念的表述上，“不同意”比“违背妇女意志”这种说法更具准确性和规范性。比如在女方昏睡时与之性交，这种行为俗称“偷奸”，按照1984年司法解释，这也属于强奸。然而，在这种强奸行为中，性交也许没有违背妇女意志，但是至少该行为没有得到女方同意。[103]另外，当被害人是青春型精神病人或者幼女，性行为的发生也许也没有违背其意志，但之所以认为这种行为构成犯罪，还主要是从保护弱势群体的社会利益出发，在法律上推定这类群体没有性同意能力。由于性行为没有得

到女性的有效同意，即使在事实上没有违背女性意志，行为也构成犯罪。再者，“违背意志”一说不符合法学用语的规范性，它更多地带有心理学上的内容。如果纯粹从心理学考究，人类的很多行为都是被迫的，比如老师让学生在规定期限内交作业，父母逼迫孩子吃不喜欢吃的蔬菜，这些情况难道没有违背对方意志吗？所以有人所说，“违背意志”更多是一个心理学上的概念，它缺乏法律所要求的规范性。[104]司法实践中曾有过这样的案件：青年妇女黄某陪同父亲从乡村到城市医院看病，因为经济拮据付不起住院费，被医院一勤杂工发现，将他们容留在家中住宿。一晚勤杂工向黄某提出性要求，黄某开始拒绝，但为了免于流落在外，又碍于收留之情，于是垂泪抱憾与勤杂工发生了性关系。[105]纯粹从心理学的角度考虑，性行为是违背黄某意志的，但是在法律上它确实得到了女性同意。事实上，如果仅从心理学分析，人类中相当比例的性行为都“违背了妇女意志”。比如，女性由于经济压力而卖淫。有些女权主义者就激愤地指出，嫖宿就是强奸，她们甚至认为，人类之间一切异性性行为都是性侵犯，因为在这个男女不平等的社会，由于身份和地位的巨大区别，女方很难有真正的自主权，女方对于性行为的发生往往都是虚与委蛇的。但是这种论断，由于缺乏基本的规范性，所以并不能为刑法所接受。“意志”更多的是人内心中的感受，由于人类行为的复杂性，很多时候，内心的感受与实际的表现可能是不一致的，因而在法律上不加区分的使用“违背意志”一语，经常可能导致概念的混淆。相比较而言，“同意”与“不同意”这种概念则很少存在类似问题，它具有法律用语的规范性，而且也是在法律中被广泛使用的一个重要概念。以黄某案为例，由于经济压力，性行为的发生是违背黄某意志的，但是在客观上，她并没有拒绝性行为。因此，虽然性行为的发生违背了黄某的意志，但是由于客观上它得到了黄某的同意，因此这不是犯罪。有鉴于此，应该以“不同意”取代“违背妇女意志”这种说法。

然而，笔者并不准备接受通说的观点。在笔者看来，第三种观点才比较恰当，只不过应该用“不同意”取代“违背妇女意志”一说。

我们先来看通说的缺陷。

首先，强制手段只是女性不同意的一种外在表现。严格说来，它并没有实体上的意义，它只是证明女性不同意的证据，但是因为刑法在文本上对这种证据的确认，使得它具有了实体意义，但无论如何它只是为了说明不同意的存在。虽然在很多时候，强奸会伴随着强制手段的出

现，尤其是那些公众所想象的典型强奸。但是，把强制手段作为强奸罪的必备要素是不恰当的，因为它并没有独立存在的价值，性行为中的强制本身并非是犯罪，而仅当它使女性屈从时，才是被刑法所禁止的。因此，它只是不同意的外在表现形式之一。[106]这也是为什么普通法最初只把强奸定义为“在女性没有同意的情况下，与她发生非法性交。”只是后来在法典化过程中，为了在客观上更好地把握拒绝，才逐渐加入强制要素。

其次，在不存在强制手段的情况下，并不能必然推定性交就不是强奸。比如当被害人处于昏睡状态，或者由于心智原因而对性行为缺乏正常的理解，如果行为人与这些人发生性交，即使没有使用强制手段，也构成强奸罪。但是，这种行为构成强奸的关键，并非是因为强制手段，而是因为被害人没有同意能力，不能对性行为作出有效同意，因此虽然行为不具有强制性，行为也可能构成强奸。

再次，手段的强制性往往是依据被害人的拒绝来界定的。当某男把某女按倒在地，拨开她的衣服，甚至还掐住她的脖子，然后和她发生性交，行为人所使用的手段是否就是强制手段呢？不一定，如果性交是女性所接受的，那么这种手段就不是强制，而只是性行为所伴随着的强力。只有当性交没有得到女性认可，那么该行为才是一种强制手段。根据1984年司法解释，强奸罪是指以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女的意志，强行与其发生性交的行为。然而，在理解何谓暴力、胁迫和其他方法时，除了那些在典型的强奸案件中存在的严重危及人身安全的暴力、胁迫手段外，手段的强制性几乎都取决于女性的“不能抗拒、不敢抗拒和无法抗拒”，而这恰恰就是为了回答女性同意与否。因此，在确定强奸罪的本质特征时，强制手段和拒绝不能同时出现，否则拒绝实际上就出现了两次，一次是在认定何谓强制手段上，一次在回答自身上，这在逻辑上存在问题。既然一个要素的作用就是为了回答另一个要素是否存在，那么它们怎能并存呢？强制手段并没有独立存在的意义，它只是不同意的一种外在表现形式。

至于第二种观点，认为强制手段才是强奸罪的唯一特征。表面上看，这种说法非常契合法律的规定，在法律中，的确没有出现女性不同意或者违背妇女意志的字样。但是，无论对强制手段如何界定，在事实上它仍是为了对不同意问题进行回答。另外，把强制手段视为强奸罪的本质特征也会导致以下一系列问题。

第一，它可能混淆正常性行为与强奸行为的界限。在那些陌生人手持凶器，使用暴力手段的典型强奸案件中，以强制手段作为定罪的依据一般不会出现问题，因为手段的严重强制性足以推定女性的不同意。然而，在那些非典型的强奸案件中，双方当事人可能是旧识，行为人使用的手段强制性也不明显，如果把强制手段看成强奸罪的本质特征，那么法院就必须煞费心机扩张对强制手段的理解，有时甚至会把性行为本身所伴随的强力行为解释为强制手段，而这显然混淆正常的性行为与强奸的界限。1984年司法解释曾把“殴打、捆绑、卡脖子、按倒等危害人身安全或者人身自由，使妇女不能抗拒的手段”解释为暴力手段。然而“按倒”在大多数时候很可能是性行为中的一种正常举动，只有在它“使妇女不能抗拒”，让女性无法做出有效同意的时候，“按倒”才具有强制性，从而才能区别性行为本身所伴随的行为。在美国有些地方，由于强制手段是强奸罪的必备要素，法院有时为了表明存在强制手段，甚至把抚摩或者性交本身看成是一种强制手段。[107]

第二，这种做法也可能对被害人不公平。为了将性行为本身所伴随的行为与强制手段区别开来，一个可行的办法就是对强制手段作狭义理解，把它理解为严重危及人身安全的暴力或胁迫，也即在典型强奸案件中行为人所使用的手段，而这却不正当地缩小了强奸罪的范围，对被害人严重不公。事实上，在中国刑法学界也有过这种争论：法律所说“其他手段”是否应当和暴力胁迫的强制性相同，还是不限于这些强制手段。[108]如果对强制手段作狭隘理解，那它对被害人就太不公平了，因为行为人完全可以无须实际的暴力、胁迫而在女方不同意的情况下与之发生性交，比如当双方存在教养关系，上下级关系，又如被害人处于昏睡、麻醉状态，在这些情况下行为人很少会使用严重的强制手段。如果把这些强制不明显的非典型强奸排除在犯罪之外，那么女性的性自治权就根本无法得到保护。

第三，把强制手段作为强奸罪的唯一特征，有时会不正当地限制男女双方在性上的积极自由。并非只要存在强制手段，性自治权就受到了侵犯，只有在女性拒绝的情况下，男性使用强制手段与其发生性交，才会侵犯女性的性自治权。如果女性由于某种偏好，自愿放弃自己拒绝的自由，比如，在受虐癖的情况，强制手段就根本没有侵犯女性的性自治权，对这种行为进行惩罚显然是对公民的私人生活的过分干涉。

至于第四种观点，认为强奸罪的本质在于违背妇女意志（不同意）

和妇女不能抗拒。这其实是对通说观点的修正，通过不能抗拒这个概念可以避免强制手段概念的狭隘性。因此，以不能抗拒作为确定强奸行为的依据，在某种意义上可以扩张人们对强奸的理解。这个概念不仅可以包括使用严重强制性手段的典型强奸，也可以包括强制手段不明显的非典型性强奸，甚至还可涵盖与精神病人、未成年人性交的非强制性的强奸行为。[109]但是，与强制手段一样，不能抗拒这个概念的存在意义也是为了回答不同意是否存在，只不过对于这个问题的回答，它比强制手段这个概念更胜一筹。因此，它不过是通说的修正，也无法避免通说的局限，在逻辑上，不能抗拒这个概念也不能和不同意并列，因为它只是为了说明不同意是否存在。

总之，通过对以上四种观点的评析，使我们更加清楚地认识到：只有女性对性交的不同意才是强奸罪的本质特征，无论是行为人的“强制手段”还是被害人的“不能抗拒”都只是为了说明不同意是否存在，在逻辑上，它们都不能和不同意并列存在。由于强奸罪与其他性侵犯罪的主要区别只是性行为方式的不同，因此，可以说，性侵犯罪的本质特征是被害人对性行为的不同意。

（三）不同意问题的处理模式及我国的选择

被害人对性行为的不同意是性侵犯罪的本质特征，它直接描述的是性侵犯罪的法益——被害人的性自治权。在世界范围内有关性侵犯罪的立法中，对于不同意问题基本上表现为两种截然不同的立法模式。

一种是把“不同意”直接作为犯罪客观要素，这在普通法国家比较常见，比如英国2003年《性犯罪法修正案》将强奸定义为“行为人在他人不同意的情况下将生殖器故意插入他人的阴道、肛门或口腔……”该法还规定了另外两种性侵犯，一种是插入性攻击（Assault by penetration，故意利用身体的其他部位及任何物品插入对方的阴道、肛门或口腔），另一种是性攻击（Sexual assault，以满足性欲为目的，故意接触他人），这两种犯罪也必须是在对方拒绝的情况下实施的。

另一种是在法律中只规定行为人的行为，而不涉及被害人[110]的不同意。但在司法适用中，却要广泛借助“不同意”概念来衡量行为的过度

性，这在大陆法系比较普遍，比如德国刑法第177条规定：“以下列方式，强迫他人忍受行为人或第三人的性行为，或让其与行为人或第三人为性行为的，处1年以上自由刑：1.暴力；2.以对他人的身体或生命立即予以加害相威胁；3.利用被害人由行为人任意摆布的无助处境……”[111]我国刑法显然采取的也是这种模式。在这种立法模式下，虽然“被害人的不同意”一般没有在法条中出现，但是在理解暴力、威胁等手段时，都不得不借助“不同意”这个概念。[112]通常是要求这种手段要达到使被害人明显难以反抗的程度，[113]显然这是为了说明被害人对性行为是否有同意。

在笔者看来，根据我国现有的立法规定，后一种立法模式更为可取。我国刑法第236条对强奸罪的定义是“以暴力、胁迫或者其他方法强奸妇女的……”，第237条对强制猥亵、侮辱妇女罪的定义是“以暴力、胁迫或者其他方法猥亵妇女或者侮辱妇女的……”在法条中并没有出现“不同意”的字样（违背妇女意志），而只是在司法解释中，才把强奸罪解释为“以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女的意志，强行与其发生性交的行为。”但正如我们上文所说，“暴力、胁迫或者其他手段”只是为了说明“不同意”（违背妇女意志）的存在，两者在逻辑上不能并列，司法解释对强奸罪的解释是存在问题的。这里可以比较我国台湾地区1999年新刑法的规定，该法第221条第1款把强制性交罪规定为：“对于男女以强暴、胁迫、恐吓、催眠术或其他违反其意志之方法而为性交者”，[114]台湾地区的规定显得就相对科学，“违背其意志”（不同意）并没有和强暴、胁迫等方法并列，而只是作为其他方法的内在尺度。在笔者看来，“不同意”作为强奸罪的本质特征，它虽然要通过一定的外在形式来表现自己的存在，但是只有通过“不同意”概念，我们才能准确地把握性侵犯行为的各种外在表现形式。总之，一方面，本质特征不能和外在形式并列存在，另一方面它也不应取代外在形式而独立存在，本质特征仅仅是外在形式的内在尺度。

如果脱离外在形式，把“不同意”本身看成性侵犯罪客观方面的要素，那就会导致司法操作的混乱。“不同意”看起来是一个单纯的抽象概念，被害人或者同意或者不同意，从抽象的角度来看不会存有疑问。但是在实际案件中，同意可能是含糊的或矛盾的。被害人可能不想发生性行为，但由于害怕而惊魂失措，最后表现出同意，或者为了避免伤害而非常理性地决定“同意”，[115]而那些潜意识想发生性行为的人们却可能

由于害怕，或者出于内心的罪恶感而“不同意”性交。总之，由于人心理活动的复杂性，交流的含糊性都使不同意概念非常复杂。如果脱离外在行为，那么，“不同意”概念就很难把握。这也是为什么越来越多的普通法系国家和地区都逐渐认识到，应该在法律中明确规定不同意的外在表现形式，从而对司法部门提供明确的指导。在其他部门法中，法律中的不同意问题往往也是借助一定的外在形式才能得以说明。比如在民事法律中，合同的缔结必须得到双方当事人的同意，而这种同意必须是出于真实的意思表示，如果合同是在暴力胁迫、重大误解、显失公平的情况下缔结的，或者由于当事人缺乏民事行为能力，那么这些外在形式就可以推定同意无效，从而导致这些合同可被撤销。同样，在性行为中，如果行为人使用了强制手段，那么一般也可推定被害人对性交的不同意，具有受虐倾向的被害人毕竟极为罕见。当被害人处于昏睡状态，或者由于心智原因而无法对性交作出有效的同意，这些情形也可以表明不同意的存在。因此，在许多国家的刑法中，法律都对导致不同意的各种强制手段和被害人缺乏同意能力的情况做出了尽可能详细的规定。

第二章
同意的概念及不同意判断标准

一、同意的概念

同意是一个在很多部门法都使用的概念，但是有关同意的内涵，却存在很大的争议，人们经常在不同的语境下使用“同意”一词。在语言上，同意至少有心理上的同意、事实上的同意、规范上的同意等多种含义。比如女方表面上拒绝性行为，但其内心中却希望与男方发生关系，这是一种心理上的同意；又如13岁的女孩同意与某人发生性关系，但这种同意无效，显然这就混杂了两种含义的同意，前面的“同意”是一种事实上的同意，而后面“同意无效”中的同意则是一种规范上的同意。

从各国的立法和司法实践来看，性侵犯罪中的同意问题大致可分为三种形式：其一，行为人所使用的手段具有严重的强制性，因此导致被害人的同意无效。这是一种典型的性侵犯行为；其二，被害人由于年龄或身体原因缺乏有效的性同意能力，行为人与之发生性行为就构成犯罪；其三，对于成年健康的被害人，行为人所使用的手段不具有明显的强制性，“这种行为一般很少使用暴力或者没有身体伤害，威胁也没有用语言表达出来，当事人双方以前还可能认识，性行为可能在卧室发生，双方起初可能因为约会而见面，女方虽然说不要但是却没有身体反抗……”[1]这类性侵犯的同意问题，最为突出。

在这三类性侵犯行为中，同意与不同意的界限都可能非常模糊。在第一类行为中，同意与否的界限貌似非常清晰，但如伴随一些特殊因素，又可能导致界限模糊。比如1992年美国的威尔森案（Ms.Wilson），该案曾震惊全美。威尔森是位25岁的女艺术家，一天

凌晨被告瓦尔德（Valdez）持刀闯入房间，欲行不轨，威尔森逃到浴室，紧锁房门，并拨打报警电话，但被告破门而入，并将电话线割断，命令威尔森褪去衣物。威尔森害怕反抗会招致伤害，同时也害怕传染艾滋病，于是同意与威尔森发生关系，但前提是请其带上避孕套。被告照办后与威尔森发生性关系。瓦尔德后被诉强奸，在审判过程中，法官先提请陪审团就事实问题进行裁决，孰料陪审团却认为瓦尔德不构成强奸，其理由是威尔森让被告带上安全套，这其实是对性行为的同意。[2]

在第二类性侵犯中，同意与不同意的界限分歧集中体现在被告不知女方真实年龄的情况下，如果女方未达同意年龄，但却状若成年女性，被告往往很难判断对方的真实年龄，此类案件是否存在同意有很大争议。

在第三类案件中，同意与否的界限更是模糊。比如美国的People v. Barnes案。Marsha和被告人Barnes认识了将近4年。她偶然地从他那买了点大麻，1982年5月27日，被告人打电话让女方去他家，Marsha说不确定，但被告随后又打来数次电话，不得已Marsha同意到被告家去，当Marsha来到被告家的前门，遇见了被告。被告邀请她吸大麻，开始她拒绝了，但是随后还是吸了……被告开始拥抱Marsha，她推开了。她证实她把他的行为当成开玩笑。当他继续时，她说她准备买些大麻然后离开。Marsha说了声再见于是准备离开房间。但是，当她走到前门时……被告突然变得很生气，并说：“不，你不能走……”随后被告向她咆哮并和她争吵，说她的行为让他觉得自己像个强奸犯。Marsha让被告把门打开，但被告暴跳起来，这使得Marsha认为被告要打她。接着男方说，他必须穿鞋送她走。于是他走到房间后面，Marsha跟随着他。穿完鞋后，被告站起来，对她说：“我是个男人……”，而且开始展示自己手上的肌肉。随后，他抓住Marsha的运动衣领口，说他可以用一只手把她扔出去。为了离开他的房间，Marsha提议被告到她家去。于是，被告开始拥抱她，并向她道歉，说自己不该为小事发火，对让她惊慌感到抱歉，随后又开始亲密的行为。接着，他让她脱衣服，她拒绝了……被告说这让他感到很心烦。他再次做了一个手势，这使得Marsha认为被告要打她。于是她脱了衣服，两个人发生了一个小时的性关系。Marsha证实，她像一个参与者一样地发生了关系，因为她想离开。后来，两人休息了一两个小时。当Marsha醒来后，她离开了并且向医院报告了这个事故，第二天Marsha报案了。[3]

显然，同意并非单纯的事实，它存在一定的社会评价。同意是一种规范性的构成要件要素。规范性构成要件要素是和描述性构成要件要素相对的一个概念，前者是一种精神上的理解，而后者只是一种感性的表象。对于描述性构成要件要素，司法者不需要借助其他规范评价，而对于规范性构成要件要素，立法者只是提供了评价的导向，或者说只是赋予了价值的形式，具体的评价需要司法者根据一定的标准完成。[4]比如故意杀人罪中的“杀”与“人”就是描述性的构成要件要素，司法者与行为人都不需要借助任何规范，就能认识到开枪射击的行为是“杀人”，但是行为人所贩卖的是否是“淫秽物品”，司法者必须通过一定的社会观念、文化价值进行判断，因此“淫秽物品”就是一种规范性的构成要件要素。

当然，规范性的构成要件要素和描述性的构成要件要素的界限并不是绝对清晰的。严格说来，描述性的构成要件要素也可能存在价值判断，比如故意杀人，无论是“杀”还是“人”，这两个要素都是存在价值评判的。采用不作为方式致人死亡是否属于“杀”人，“人”的终止标准能否采用“脑死亡说”？这都存在价值判断，但是这种价值判断并不是由司法者来完成的，而是在司法者进行评判之前已经由立法者完成了。如果立法者认为不作为杀人与作为杀人具有等价值性，[5]人的生命终止采取脑死亡说，那么司法者就只能遵循立法者确定的价值观念进行裁判。但是关于什么是“淫秽物品”，何种情况属于“同意”，即使立法者已经有过明确的定义，但是它的内涵还是有一定的模糊性，因此司法者必须在立法者的指示下，基于社会习俗、生活经验、文化价值、主流的世界观等进行规范判断。从这个意义上来说，描述性的构成要件要素其实是一种封闭的构成要素，而规范性的构成要件要素则是一种开放的构成要素，有待司法者通过一定的标准进一步填补空白。[6]

规范性的构成要件要素可以分为以下三类。

一是法律的评价要素。司法者必须根据相关的法律、法规作为评价，比如重婚罪中的“婚姻”、泄露国家秘密中的“秘密”、冒充军警人员抢劫中的“军警”，这些要素就必须根据婚姻法、保守国家秘密法、人民警察法、军事法规等进行判断。

二是经验法则的评价要素。司法者需要根据经验法则作出评价，比如破坏交通设施罪中的“足以使交通设施发生倾覆、毁坏危险”，拔掉铁轨上的几根铁钉是否构成此罪，这就需要以一定的事实为基础，根据社

会生活经验作为评价。

三是社会的评价要素。司法者需要根据社会的一般观念或社会意义作为评价，比如抢劫罪中的“暴力”手段、入户抢劫中的“户”、盗窃罪中的“数额较大”的财物[7]就属于此类。这是一种最难判断的规范性构成要件要素。[8]

性侵犯罪中同意至少混合了法律评价与社会评价两种规范性要素，法官在对同意进行认定时，不仅要参考其他法律有关同意的一般理论，而且还要从文化价值、社会观念等方面进行综合判断。本书把同意定义为“主体通过明示或默示方式对正在发生的性行为给予的真实认可”，对于这个定义，要注意以下问题。

1．同意必须是当事人自己做出的，他人不能替代做出。现代社会已经抛弃那种把女性的性利益看成他人财产的陈腐观念，因此从性自治权观念出发，他人显然不能代替当事人对性行为做出同意。比如丈夫邀请别人与妻子发生性关系；又如父母让别人与自己的呆傻儿性交，这些情况显然都不能认为存在有效的同意。

2．同意的可认识性。同意不能仅仅是一种心理举动，它必须能为人所认识，同意的表达方式可以是明示的，也可以是默示的，人们可以通过明确的语言，也可以通过默示的身体举动来表明自己的同意。

3．同意必须针对正在发生的性行为。如果被害人起初对性行为表示同意，但是在性行为发生前，或者在性行为发生中表示拒绝，那么都不能认为存在同意。[9]同理，如果被害人最初进行反抗，而在实际的性行为发生前同意了，那么这不是犯罪。其次，事后给予的同意是没有意义的，因此在性侵犯发生后，当事人双方事后私了的行为并不妨碍犯罪的成立。乘人昏睡与其发生性关系，虽然被害人醒后对先前的行为表示同意，但这种同意也不能排除先前行为的犯罪性。再次，即使男女双方曾经保持过长期的性关系，也不能因此就推定被害人会同意以后的性行为。对此，1984年司法解释指出，“男女双方先是通奸，后来女方不愿继续通奸，而男方纠缠不休，并以暴力或以败坏名誉等进行胁迫，强行与女方发生性行为的，以强奸罪论处”，这种规定是完全正确的。但该司法解释同时指出：“第一次性行为违背妇女的意志，但事后并未告发，后来女方又多次自愿与该男子发生性行为的，一般不宜以强奸罪论

处。”对此，有学者指出，对于先强奸后通奸的案件，对于强奸行为不以犯罪论处，既缺乏充分的理论依据，也没有相应的法律根据，而且在司法实践中还会带来一定的消极影响。在这种案件中，先前的强奸行为作为一个客观现象已经独立存在并被固定。它既不能改变继起的通奸行为，继起的通奸行为也不能消灭先前已存的强奸事实。[10]在笔者看来，同意并不包括对以往性交的事后追认，女性事后意志的改变并不能影响以前行为的犯罪性。被害人的意志不能左右国家的追诉权。只要某次性行为符合强奸罪的犯罪构成，该次性行为就构成强奸罪，而不论双方原先或后来的关系如何。当然，如果女方在男方强奸后，出于某种原因，主动积极与行为人再发生性关系，虽然不能否定先前行为的犯罪性，但是在量刑时可以适当减轻甚至免除处罚。

4．同意者必须对所同意的事项具有理解能力。同意是有同意能力者的同意，由于未成年人和心智不全者不能理解性行为的意义，不能自由支配自己的性利益，故无同意能力，即使性行为得到她们的同意，这种同意也是无效的。

5．同意必须是主体真实的意思表示，在被强制、欺骗或者无意识的情况下，行为主体显然也无法作出有效的同意。

6．经同意所实施的行为不能超越同意的范围，比如对方只是同意猥亵但不同意性交，无视对方拒绝的行为也构成犯罪。[11]这里要特别注意对行为的同意并不必然推定对行为所伴随风险的同意，比如同意约会，而约会可能会有发生性行为的风险，不能因为女方同意与男方约会，就必然推定女方同意与男方发生性行为。当然，行为与行为所伴随风险有时很难区分，人们同意进行某种活动，同时他会知道这种活动存在一定的风险，如任何人参加体育运动中，都会知道有被伤害的风险。[12]这里区分的关键在于风险是否合理，是否为社会生活所允许，如果风险是合理的，为社会生活所允许，那么对行为的同意就可以意味着对其伴随风险的同意，如果这种风险是不合理的，是社会生活所禁止的，对行为的同意也就不能推导出对其伴随风险的同意。

二、不同意的判断标准

同意的反面是不同意，它们是一个问题的两个方面，作为性侵犯罪的本质特征，不同意是行为人行为过度性的内在尺度，这个尺度本身不能含糊不清，它必须是某种可以操作的标准。对于不同意的判断标准，在世界范围内都存在争论。对这些争论进行回顾与总结，将有助于我们寻找出解决问题的最佳方案。

（一）中国刑法有关不同意标准的争论

在中国刑法学界，曾经有过一场如何理解性侵犯罪[13]中“不同意”[14]争论。大致形成了七种不同的学说。

1．违背妇女关于性行为的意志，也就是说妇女不愿发生性行为而强行与之发生。

2．由于犯罪分子的强制行为，迫使被害妇女在发生性行为时，处于不能抗拒，而违背妇女意志所发生的性交行为的心理状态。

3．指犯罪分子使用强制手段与妇女发生关系时，妇女处于违背自己意愿，但又不能反抗，不敢反抗或失去反抗能力的一种状态。

4．凡是违背共产主义道德准则，违背具有责任能力的妇女以自己的愿望、要求、目的，支配、制约自己的性行为的自由权利而强行发生的性行为。

5．违背妇女不愿发生非法性关系的意志。

6．在妇女没有发生性行为的目的，并且不愿意与合法配偶以外的

任何男子实行这一目的的情况下，强行与之发生性关系的行为。

7．强奸罪主体强行的违背妇女不同意与之非法性行为的意志。[15]

为了讨论的方便，我们暂时不考虑婚内性侵犯这一复杂问题，那么能够对不同意问题提供具体判断依据的，也就无非是行为人的“强制手段”或者被害人的“不能反抗”。然而正如上文所言，强制手段虽然在很多时候可以表明不同意的存在，但是在没有强制手段的时候，却不能必然推定被害人对性行为是同意的。如我们曾提过的偷奸行为，行为人虽然没有采用强制手段，但是昏睡之中的被害人对性行为显然没有同意。因此，通过强制手段作为不同意的判断标准存在明显缺陷。那么剩下的就是通过被害人的“不能反抗”[16]来确定不同意了，对此刑法学界曾有过激烈争论。

一派观点认为，应当以被害人是否反抗作为认定不同意的标准。在性交过程中，如果被害人能抗拒而不抗拒，则不构成强奸罪。[17]所谓不能抗拒，是指妇女被害时在客观上不能对犯罪者实行反抗，以免受侵害。不能抗拒包括两种情况：其一是犯罪者以自己的行为造成被害人能抗拒的状态；其二是犯罪者利用被害人处于不能抗拒的状态。论者特别指出，对抗拒必须全面准确地理解。不抗拒是以不能抗拒为前提的，抗拒则是以能抗拒为前提的，如性交时女方能抗拒而不抗拒，或者不做真正的抗拒，则是通奸。在使用暴力和胁迫方法进行强奸的情况下，如果这种情况严重到一般足以制服被害人时，则不能要求该被害人抗拒。因为在这种情况下，客观上是不可能抗拒的。但是如果犯罪者使用的暴力或者胁迫手段不是很激烈，或者威胁不大，例如拖拖拉拉，强解衣服，死抱硬求或者以断绝友谊相威胁等，一般不足以制服被害人时，则该人必须抗拒，否则就是通奸；在强奸处于熟睡、酒醉、患病状态下的被害人时，被害人必须真正处于不能抗拒的状态，才构成强奸罪。如果性交时已苏醒，能抗拒而不抗拒，任其奸淫，则不构成强奸罪；在犯罪者利用权势，奸污处于从属地位的被害人时，要判明被害人能否抗拒，就不仅要分析犯罪者奸淫时的手段，而且要考虑到这种权势本身对被害人意志的影响。因为这种权势容易使被害人不敢反抗。所以往往用同样的威胁方法，对一般人而言，不一定足以使其不能抗拒，但对处于从属地位的被害人，则可能足以使其不能抗拒。因此处理这类强奸案件，不应强求被害人抗拒。实践中认定是否不能抗拒是个复杂的问题，既不能单凭被告人的口供，也不能轻信被害人的陈述，而必须仔细查明案件的全部

情节，如实施犯罪的时间、地点、周围环境、手段、经过、后果、被害人与被告人往常的关系等。[18]

另一派观点则针锋相对，他们认为不能以被害人是否反抗作为认定不同意的标准。他们认为，性侵犯罪的手段有暴力、胁迫和其他方法，强制程度的不同，被害人的反抗表现也会不同。而且有些案件，如被欺骗或者由于存在上下级关系或其他利害关系，被害人很可能不会反抗，如果把这种情况视为双方自愿行为，或者责备被害人抱有个人目的，以并无反抗为由不予认定，是错误的。其次，被害人在性格、体力上的差异，对犯罪行为表现出的反抗形式是不同的，因此也不能简单地以是否有过真正的反抗区别罪与非罪。[19]持此观点的另外一些学者指出：虽然在性侵犯案件中，判断行为人是否违背被害人意志往往要通过行为人的手段和被害人的反抗表现来寻找答案。但被害人是否反抗，以及反抗的程度只是办案人员判断事实的重要情节之一，而非定性的依据。判断行为是否构成了性侵犯，着重点是研究行为人的犯意和用什么手段在违背被害人意志的情况下强行发生了性行为，而不能着重研究被害人是否反抗，更不能把它作为一个必备要件。[20]反抗因人而异，必须具体问题具体分析，如果要求被害人反抗，对被害人过于苛求，不利于打击犯罪分子。[21]

在笔者看来，两派对于一些基本的概念并没有达成共识，因而很难说他们形成了真正的交锋。赞同者通过抗拒表现来判断不同意的论者对于“抗拒”的理解是扩张式的，而反对者对于“抗拒”的理解则比较狭隘，所以反对者会指责赞同者对于被害人过于苛求。如赞同者所言：正是因为人们对于“抗拒表现”理解的比较狭窄，或者是对“要求被害人有抗拒表现”解释得过于绝对化，才会误认为赞同说会使那些“没有抗拒表现”或者“抗拒表现不明显”而内心实非情愿的被害人含冤受屈，不利于打击犯罪。在赞同者看来，抗拒不能被理解为单纯的体力上的拼搏、扭斗、挣扎或高声呼救等过于狭小的表示，而应把“抗拒”理解为一种仇视、排斥犯罪侵害的心理状态的外在表现，这种表现的具体形式很多。可以是体力上的拼搏，也可以是语言上的拒绝、斥责、呼救，还可以是怨恨的表情或姿态，甚至是意图避免侵害而使用的劝说、哀求等。[22]另外，由于两派对概念的理解不同，因而对相同的事例，大家会得出不同的结论。如反对者认为，当双方存在上下级关系时，被害人很有可能不反抗，而性行为的发生被害人实际上是不同意的，因而，以是否反抗

来认定其主观意志对于被害人不公平。而在赞同者看来，在这种情况下被害人可能恰恰无须反抗，因为权势本身影响了被害人意志，而使得被害人不敢反抗。换言之，反对者列举了诸多情况，并指出其中被害人根本无法反抗，因而不能用是否反抗来认定不同意。而在赞同者看来，被害人在这些场合无须抗拒，因为“不抗拒是以不能抗拒为前提的，抗拒则是以能抗拒为前提的。对抗拒必须全面准确地理解”，当存在客观条件使被害人不能抗拒，被害人当然不须抗拒。根据行为人的行为和事件发生的具体环境等因素，推定被害人没有同意。[23]

学术上的争论导致1984年司法解释在这个问题上也颇为矛盾，一方面它原则上认为“认定强奸罪不能以被害妇女有无反抗表示作为必要条件。对妇女未作反抗表示，或者反抗表示不明显的，要具体分析，精心区别”，这似乎表明它采取了反对说的立场。然而，在衡量行为人手段的强制性问题上，它又借助了被害人的反抗，它认为“所谓暴力手段是指犯罪分子直接对被害妇女……使妇女不能抗拒的手段……胁迫手段是指犯罪分子对被害妇女威胁、恫吓，达到精神上的强制的手段。如：扬言行凶报复、揭发隐私、加害亲属等相威胁……不敢抗拒……其他手段是指犯罪分子用暴力、胁迫以外的手段，使被害妇女无法抗拒。”显然，借助被害人是否反抗来界定行为手段的强制性，其实质还是为了认定不同意问题。从这个意义上来说，司法解释似乎认为被害人的反抗对于认定不同意具有至关重要的意义，尤其是在确定“其他手段”的范围上，唯一能够提供操作依据的就是“被害妇女无法抗拒”。因此，在行为手段问题上，司法解释好像又倒向了赞同说的立场。

然而，两派争论却在一个问题上针锋相对，那就是面对相同的情境，被害人的不同反应，其法律意义是否相同。换言之，在相同的环境下，有的被害人会表现出反抗，而有的被害人不会反抗，那么是以被害人自身的主观心态，还是以一般人的反应来判断被害人是否同意呢？如果一般人在该情境下会反抗，而被害人没有反抗，那么在法律上被害人对性行为是同意还是不同意呢？

对此问题，赞同者显然倾向于客观说，即被害人的反应必须达到一般人的要求。如果一般人会反抗，而被害人没有反抗，那么在法律上就是同意发生性行为。但反对者则认为应该以被害人本人主观心态为基准进行判断（主观说），不能因为被害人没有达到一般人的标准就认为她是同意的，因为“反抗因人而异，必须具体问题具体分析。”显然，在这

个问题上，赞同者认为反抗可以作为认定不同意的客观标准，而在反对者看来，反抗充其量是在具体案件中具有个案判断的意义，并不能作为衡量不同意的一般标准。对此问题，1984年司法解释似乎摇摆于客观说与主观说之间。一方面，它认为对于被害人没有反抗的案件，要具体问题具体分析，这似乎是倾向于主观说的观点；另一方面，在衡量何谓强制手段时，它分明又认为必须借助被害人的“不敢抗拒、不能抗拒和无法抗拒”，而对于被害人的反应是否应该符合一般人的反应，司法解释没有给出答案，那么对此是采客观说还是主观说也许就见仁见智了。

从中国学界有关不同意问题的争论，给我们提出了如下问题。

其一，如何看待被害人的抗拒行为，它是否是不同意的唯一判断标准？

其二，应该以客观的立场还是主观的立场来看待被害人的反应？

（二）英美法系有关不同意标准的争论

1．最大限度的反抗标准（utmost resistance）

对于不同意，普通法最初采用最大限度的反抗标准，[24]它甚至要求女性应采取危急其生命安全的反抗措施，尤其是在熟人之间的强奸中，女性更应如此。这种标准来源于普通法对女性深深的不信任，因为这有着16世纪黑尔爵士（Hale）的著名警告：强奸是一种很容易被指控但却很难被证明，而被告也很难抗辩的案件。[25]因此，在性侵犯案中，真正受审判的并非是被告而是被害人，她必须有充分的证据表明其不同意。在最大限度的反抗标准下，必须是她身体上的伤害或者衣服上的撕损才能表明她的不同意。

1906年美国威斯堪星州的布朗案（Brown v. State）就是一个要求女性尽最大限度反抗的经典案例，它所确定的原则在20世纪被广泛适用。被害人16岁，是个处女，在去祖母家的路上遇见了被告布朗（20岁）。被告是她的邻居，意图不轨。他把被害人绊倒在地上，强压在她身上。

被害人当时尽可能地想逃走，努力地时刻想爬起来，尽可能地大叫。被告于是用手捂住被害人，被害人感到了窒息。但只要他一移开手，被害人就重复地大叫。陪审团认定被告人构成强奸罪。在上诉时，法院并没有以构成强奸的强制要素不足为由推翻原判，也没有认为被告人缺乏足够的犯罪心态，而是认为被害人没有足够地表现出她的不同意，因此认为被告无罪。法院认为，女性不仅仅要有不同意的主观心态，而且还必须在其能力之内进行最激烈的身体反抗以抗拒对方的插入，这个反抗一直要到袭击结束。因此，被害人并没有达到这个标准：她仅仅是说让她走；她的尖叫也不能被认为完全表达了自己的意思；她也没有用手和腿反抗被告人的不可抗拒的强制，因此对被告的有罪判决不能成立。事实上，法官对被害人是否反抗感到怀疑，因为如果女方没有衣服的撕破或身体上的伤痕，那么她的话根本不能被相信。[26]这种标准的确定与当时社会对于女性贞操的态度是一致的。当时，女性的贞操被认为是高于其生命价值的，女性并没有独立的人格，对女性贞操的侵犯在很大程度上是对夫权或者父权的侵犯。另外，采取这种苛刻的标准也是因为当时存在通奸罪，法官非常担心女方为了豁免其通奸罪责，而谎称被强奸，因此为了证明不是通奸，女方必须要尽最大可能进行反抗。显然，法律并不保护女性的性自治权，因为行使性自治权本身就可能是一种犯罪。[27]

2．合理反抗标准（reasonable or earnest resistance）

随着女性地位的崛起，女性生命的价值逐渐被认为要高于其贞操价值，通奸罪逐渐被废止，性自治权的观念开始进入法律。最大限度的反抗标准慢慢为合理反抗标准所代替。[28]这种标准可以避免女性牺牲自己的生命或重大的身体健康去防止性侵害。

最著名的案件如美国纽约州的道舍案（People v. Dorsey），1979年8月，41岁的被害人（高5英尺高，重130磅）[29]下午六点下班回家，到达公寓后，她乘电梯上楼，随后被告人道舍（15岁，高5.7英尺，重200磅）[30]也进入电梯。后来电梯停住，被害人发现并非自己所到楼层，而是在两楼层间停住，但电梯报警器没有工作。被告人当时站在电梯按钮旁，操控着电梯。接着被告要求被害人把衣服褪去，被害人没有反应，被告又重复了自己的请求，被害人于是屈从，在随后的15分钟内与

被告人发生了性行为，被告人后离开现场，被害人报警。被害人证实自己在整个事件中都没有企图喊叫，因为她认为电梯外没有人能够听到，同时被告人在事件发生前及其过程中都没有使用明显的身体暴力，除非是性行为本身所固有的强力。唯一的威胁是在完事之后，被告离开电梯时对被害人说，如果发生什么事情，他的朋友会修理她。纽约州当时的刑法对于不同意采取的是“合理反抗规则”，它需要“综合考虑各种因素，来判断拒绝性行为的被害人的反抗是否合理”。换言之，在本案中，焦点问题就是根据所有的情境因素，被害人的不敢反抗是否是合理的（是否因为被告人的暴力或暴力威胁而使其不敢反抗）？法官认为，虽然被告人没有明确使用暴力或暴力威胁，但是考虑到当时的情境，这存在默示的威胁。被害人面对一个高大的年轻人，两人体型相差悬殊，而且被害人困于电梯之中，无处可逃，也无从获得他人的帮助，因此法官认为被告的默示威胁，使被害人因为害怕受到严重身体伤害而不敢反抗。法官同时认为，被告人虽然没有殴打被害人，但其操控电梯，并让它停在两层楼之间的行为就是一种针对被害人的暴力行为，再加上性行为本身的强力，两者合在一起，就是一种排除被害人合理反抗的暴力。[31]

相似的案件再如瓦刃案（People v. Warren），被害人推着自行车上山，遇到被告，被告与其攀谈，并陪其一起上山，当被害人准备骑车时，被告用手抚摸了被害人的肩膀，而被害人对他说“不，我必须要走了”，而被告说“这只要几分钟，我女友满足不了我的需要”，被告还对被害人说自己不会伤害她。被告随后将被害人抱到森林，将其放在地上，并让被害人脱掉裤子，而被害人也照办了。被告然后脱掉自己的衣服，被害人为其实施了口交。被告人证实被害人曾问他“够了吧”，而被告人回答说是。被害人随后报警。一审法院认为被告人构成犯罪，而二审法院推翻了原判，其理由是被害人并没有进行合理的反抗。被害人主张：她没有逃跑是因为在森林中间，害怕逃跑会遭到杀害；她看见旁边有人，但没有呼喊，理由是觉得别人离她太远，呼喊会对其不利。但二审法院认为，被害人有能力反抗，有能力表达出自己意愿，但却没有作为，因此被告人不构成犯罪。[32]

合理反抗标准对最大限度反抗标准的替代是一个进步，然而，它并没有真正保护女性的性自治权，曾经有过一系列运用合理反抗标准的案件引发学术界甚至社会公众的广泛批评。儒斯克案（Rusk v. State）就是其中一个典型：被害人佩蒂（Pat）在酒吧遇见被告人儒斯克，他们

之间聊了会。然后佩蒂要走，而被告请求搭顺风车，于是女方把男方送回家。被告请佩蒂到家坐坐，女方拒绝了。当他再次要求，女方再次拒绝。随后被告走过来一把把车钥匙拿走，佩蒂只能跟着他走到房间。进屋后，被告去了洗手间，但女方没有离开。随后，被告让女的脱掉裤子和衣服，女方照做了……他们都脱掉了衣服，接着发生了性关系。在法庭中，佩蒂诉称，她当时对男方说：“只要你想，你可以把许多其他的姑娘带来，”而男方说：“不。”……女方在法庭中称：“……后来我确实感到恐惧，我问他是否在做了他想要的事后，就能放我走，而不杀我。因为那时我不知道他将要做什么。我开始哭泣，而此时，他把手放在我的脖子上，开始轻轻地掐我。当我又问他，完事后，是否放我走。而他回答道：‘是的。’于是，我和他发生了关系。”这些证词为法庭所确认。发生性关系后，被告人陪着女方走到车前还问她，两人是否可以再见面……

对于该案应当如何认定呢？这并非典型的强奸，其中强制并不明显：眼神、让人感到轻微的窒息（这是女方的认为，而男方却认为这只是抚摸）、把一个成年女子的钥匙拿走能构成强制吗？这个案件在马里兰特别法院和上诉法院都进行了审理。特别法院认为无罪而上诉法院认为有罪。在所有的21名法官中，有10名法官认为被告人有罪，但11名认为无罪。上诉法院的大多数法官认为被害人是一个正常人，因此不能认为真诚地害怕就可以认定被告有罪。他们认为，当女性在一个陌生的地方没有了车钥匙，并面对一个使她惊恐的男人，合理的女性应该用身体进行反抗，而不能仅仅是语言上的拒绝。[33]

总之，合理反抗标准虽然不再要求妇女尽最大限度去反抗，但女方不能仅仅说“我真的是恐惧”来表明自己的不同意。她应当遵循一个自尊的妇女反抗的自然本能，而不仅仅用语言来拒绝他人的性要求，当被告人没有使用身体强制的时候，尤其如此。在那些认为被告无罪的法官看来，佩蒂不是一个合理的被害人，或根本就不是一个被害人。她只是哭而没有还击，她默认了对她的侵犯，而没有保护她的贞洁，她事实上参与了她所抱怨的性行为，她实质上是个奸妇。[34]很多学者对该案提出了强烈的批评，认为法律中所要求的合理反抗标准并非是以女性的立场来看待女性，因为在这种案件中的合理的女人其实根本就不是女人，在这些法官看来，一个合理的女人是不能轻易恐慌、不能有弱点、不能消极被动，必须还击而不是仅仅哭泣的女人，合理的女人，不能像学校的孩子一样胆小，她根本就应该是一个真正的男人。[35]正如苏珊教授所

指责的，法律依然没有从女性的角度来理解“不同意”，它依据的仍是孩童的打架规则：当他打我时，我必须还击。[36]如果女性只是哭泣或者在语言上的拒绝，那么在这种没有其他证人，而女方身体上又无伤痕，衣物也完好无损的情况下，很难想象法官会作出对被告人不利的判决。

类似的案件还有很多，其共性都是行为人所使用的强制不明显，而被害人的反抗也没有达到法官所认为的合理反抗标准。这里要提醒大家注意以下两点。

其一，在发生这些争论的时候，美国大多数州都把强制作为性侵犯罪的构成要素之一，那么大都要求被害人反抗，[37]因为强制和反抗是一个硬币的两面，[38]衡量行为人的强制是否为法律所禁止，只能依据被害人的反抗。具体而言，在过去是最大限度的反抗标准，而现在则是合理女性的反抗标准。但是，法律并没有从女性的角度来理解反抗，它采取的是一种如苏珊所批评的孩童的打架规则，即我打你，你必须还击，而不能仅仅是哭泣和沉默。

其二，美国司法部门对反抗的理解和中国刑法学界有关反抗的争论不太一致，无论是最大限度的反抗标准还是合理女性的反抗标准，它都强调反抗标准的客观性，这种客观性一般要求是身体上的反抗，而语言上的拒绝或者由于害怕而哭泣则一般认为没有达到合理标准，因而不是反抗。但是，我国在反抗问题的争论中，无论是赞同说所强调的以被害人反抗作为认定不同意的唯一标准，还是反对说的具体问题具体分析，都认为反抗并不限于身体上的搏斗，语言上的拒绝、斥责、呼救，怨恨的表情或姿态，甚至意图避免侵害而使用的劝说、哀求等都可以认为是反抗。[39]

3．几种改革的思路

许多学者批评反抗规则是以男性的要求来评价女性，这对女性不公平，要求女性反抗可能会让她们遭到更大的伤害，而且反抗规则也使得审判的重点从行为人的行为完全转移到了对被害人行为、品行甚至性史的审判，[40]这将使得女性在法庭中受到无穷不尽的刁难，让她们在遭受不幸之后又受到第二次伤害，显然无助于提高被害人的报案率这种刑

事政策的实现。作为这些指责的回应，从20世纪70年开始，美国开展了轰轰烈烈的性侵犯罪改革运动，试图对传统的做法加以变革。

一种做法是集中于被告人，不再考察被害人是否反抗，而是通过强制要素完全取代不同意要素。密歇根州就是这种进路的代表者，该州刑法认为，性行为本身不是犯罪，而是强制要素使它成了犯罪。强奸并非性犯罪，而是一种暴力攻击型犯罪。因此，被害人没有必要反抗被告人，强制的存在本来就表明了被害人的不同意。因此，公诉机关也没有必要证明被害人的不同意。[41]该州刑法把性行为区分为性插入和性接触，并根据不同情况规定了四级重罪。该法规定："对于一个正常人而言在下列情况下，非法性插入构成了一级重罪，非法性接触构成了二级重罪：在实施任何其他重罪的时候实行了性插入；行为人被一个或一个以上的人教唆……通过身体强制或精神强制实施了性插入；行为人使用武器或其他的让被害人合理地以为是武器的物品；行为人造成了被害人的身体伤害或使用了强制去实施性插入。"其中强制包括但并不局限于下列情况：行为人通过事实上的身体强制或身体暴力（physical force or physical violence）征服被害人；行为人通过威胁对被害人使用强制或暴力，而被害人有理由认为行为人有此能力而屈从；行为人通过威胁在将来报复被害人或其他人，而使得被害人屈从，而被害人相信行为人有此能力。此处的报复包括身体惩罚、绑架、敲诈等威胁；行为人对被害人进行医学上的治疗或检查，但其目的在医疗上被认为是不合伦理的和不可接受的。行为人造成被害人身体伤害，而行为人知道或者有理由知道被害人有心智缺陷、心智丧失或身体上无助。如果被害人是一个正常的成年人，三级重罪和四级重罪仅仅依赖于上述强制或暴力的展示。对于上述所有的犯罪，被害人的证词不要求确证，被害人也没有必要反抗行为人。[42]在密歇根州的立法模式下，被告人的强制或者暴力成了关键的要素，被害人无论是身体上还是语言上的拒绝都不再需要考虑，这在很大程度上使得审判的重点开始转向于对被告人行为的考察。

乍看来，这种规定与大陆法系的立法十分相似，然而，两者仍然有些本质上的区别，密歇根州式的做法明确排除了对被害人反抗的考察，而大陆法系虽然在法条中避而不谈不同意问题，但是在司法适用时，仍然需要考虑被害人是否抗拒。

在传统的法律中，同意是一种辩护理由。而密歇根州则取消了这种辩护，其根据在于：强制与性行为是不相关的，强制的性是被禁止的，

而不论性行为是否被同意。合法的性行为不应该有强制，否则就是危险的和不道德的，在强制情况下的同意是没有意义的。由于在法律中完全排除了对被害人不同意的考察，因而它对强制的理解非常狭隘，因为如果过于宽泛地理解强制，而被害人的同意又不再是辩护理由的情况下，显然会极大地扩大刑罚的打击范围，对行为人明显不公平。另外，密歇根州保留了传统的与心智不全者发生性关系构成犯罪的规定，但是为了解释这种行为是一种强制，它把性行为本身看成会造成被害人身体伤害的强制，而这显然过于牵强。因为法律对这种行为加以禁止并不是因为性行为本身，而是因为被害人没有性同意能力，从而所发生的性行为才是错误的。

把性侵犯视为一种强制犯罪，可以清楚地认识到法律并不试图禁止所有的性行为，实施强制行为的行为人应当被认为存在性异常，因而要剥夺其危害社会的能力。但是问题在于，在强制不明显的情况下，行为人也可以在被害人不同意的情况下与之发生性关系，比如权力。因此这种做法可能强化了对暴力强制类性行为的处罚，但是其成本却是忽视了那些没有身体强制的被强迫的性行为。因而，有学者所批评道，这种做法所采用的强制概念仍然是传统概念，它并没有扩大我们对强制的理解，在本质上也是对传统的不同意要素的替代，因此它的范围过于狭窄。比如，该法规定的强制包括对被害人使用或威胁使用暴力伤害，但如果威胁杀死被害人的保镖或孩子或其他人则不属于法律规定的强制。另外，报复的威胁，除了身体伤害，绑架、敲诈，还有很多，比如男性以解雇或破坏被害人财产或名誉相威胁这些并没有为强制定义所包括。[43]在无数的非传统型的性侵犯中，如果行为人没有使用传统的强制，而又未经对方同意实施性行为，采取密西根式的做法显然是无能为力的。另外，如果个体对性行为中的暴力持一种欢迎的态度，密歇根州却认为这种暴力也是被禁止的，而这显然是对个体在性上的积极自由做了不恰当地限制。

第二种做法是美国《模范刑法典》的做法，它走的是平衡路线，采取完全的客观规则，试图对合理反抗标准进行拓展。《模范刑法典》[44]对美国的性侵犯立法有重要影响，许多州的法典都受到它的影响，它试图在保护被害人与保障被告人之间取得平衡。

首先，它肯定了被害人的不同意是使性行为成为犯罪的关键，“如果法律认为女性有能力同意，那么在她同意的情况下，性行为就不是犯

罪”，这是法典的前提性规定，无论男方行为是否具有攻击性，只有女方同意，就不构成犯罪。而且，“即使存在一些过于夸张的证据，被害人同意的可能性也不能被忽视。”[45]

其次，它对导致同意无效或者不存在的情况作了具体规定。但是特别之处在于，它根据行为人行为强制性的大小以及女性的身体和年龄状况的不同分别规定了两种犯罪。

一种是强奸，这是传统法律都认为是严重侵犯女性性自治权的罪行。如“通过针对任何人实施的暴力或以立即的死亡、严重的身体伤害、极端的痛苦或者绑架相威胁；在女方不知道的情况下，为了防止女方反抗而使用毒品、麻醉物品或采取其他方式在本质上减弱女方的控制和辨认能力；女性在无意识的情况下；女性不满10岁”。这种罪行一般是二级重罪，但如果造成严重身体伤害，或者双方以前没有社会关系，并且也没有发生过性关系，那么就是一级重罪。[46]在这种罪行中，由于手段的严重强制性或者被害人的特殊情况本来就能推定不同意的存在。而且处于这种情况下的被害人显然也缺乏反抗能力，因而在实践中，对于这种罪行的无须考虑被害人是否反抗。

另一种犯罪是性强制罪（gross sexual imposition），法典规定：“男性在下列情况下与妻子以外的女性发生性交构成三级重罪：通过可阻止具有通常决心女性反抗的威胁；他知道女方有精神疾患而不能辨认自己行为的性质；他知道女方没有意识到性行为正在发生或者他知道女方的屈从是她误认为他是其丈夫。”对于这种罪行，除了女方自身客观原因而不能给予有效同意的情况外，而那些强制不明显的威胁，则完全要根据被害人的反抗来确定，具体而言，要看这种威胁是否能使大多数女性放弃反抗。

这种做法的优点在于：它完全根据客观的立场来考虑不同意问题，从而避免了我们在后文将要谈到的主观标准的随意性。在严重的强奸罪中，行为人强制以及被害人的特殊情况一般就能够推定被害人的不同意。但是，与密歇根州不同的是，《模范刑法典》并不否认在某些特殊情况下，被害人可能对严重的强制手段持同意态度，从而排除行为的犯罪性。其次，在性强制罪中，法律提出了一个“阻止具有通常决心的女性反抗”的概念，要求根据客观标准来评价行为的过度性。再次，对被害人是否需要反抗这个问题，《模范刑法典》也清晰地表明了自己的立

场：在存在严重的强制手段和被害人缺乏同意能力的情况下，被害人客观上无法反抗，因此不再需要考虑被害人反抗；当强制手段不明显，那么被害人则应当通过反抗来表明自己的不同意，而且反抗的程度要符合一般女性的反抗标准。这显然是试图在保护女性性自治权的同时又防止对男性过分苛求，在客观上它把那些过于遥远的或细微的威胁排除在犯罪之外。事实上，《模范刑法典》只不过是把司法判例中的合理反抗规则予以明确化，要求根据一般女性的标准来衡量被害人的反应是否合理。

然而，它仍然存在两个问题：第一，在威胁发生时，可能确实有些女性由于过分胆小而没有到达一般女性的标准，根据《模范刑法典》的规定，行为人不构成犯罪，但这显然可能放纵了那些利用特定女性胆小的犯罪人；第二，具有通常决心的女性反抗标准也并不认为语言上的拒绝或者哭泣是合理反应。因此，《模范刑法典》对反抗的态度并没有比司法判例中的合理反抗规则走得太远，它依然根据男性的标准来要求女性，即遇到攻击，必须进行身体反抗，而不能仅仅是说不和哭泣。[47]

第三种做法走得更远，它完全取消了强制要素和抵抗要素，而直接将不同意作为性侵犯罪的关键性实体要素，这种改革思路在英联邦国家比较普遍。比如英国《2003年性犯罪法》将强奸定义为“行为人在他人不同意的情况将生殖器故意插入他人的阴道、肛门或口腔……”该法还规定了插入性攻击罪和性攻击罪，这两种犯罪也必须是在对方不同意的情况下实施的。

但是在如何理解被害人的不同意问题上，在英联邦国家中仍然存在争论。

一种做法是完全从被害人的立场出发，要求个案分析不同意问题。其中最具代表性的是英国Olugboja裁决所确立的原则：它认为同意与否并非法律问题，而是事实问题，[48]应当由陪审团根据被害人的不同情况进行个案裁决。这其实是以被害人的主观立场来判断其是否同意。该案被告人实施性行为时，被害人没有反抗，因为她害怕被告的朋友会继被告之后强奸她。该案主审法官Dunn指出，同意和屈从的界限非常难以划分，因此其界限应当由陪审团“在该案中综合运用他们的善良意识、经验以及对人性和现代在该案件相关事实情况下举止的认识”进行综合判断。[49]根据这个裁决，被害人是否需要反抗也就要依据其本身

遭遇的情境具体问题具体分析，反抗因人而异，不能根据法律中假设的一般人概念来评价特定个人的反抗或不同意问题，因而在实际层面上也就废除要求被害人反抗的一般性规则。

这种做法可以被称为主观标准，因为它完全根据的是被害人自身的立场来评价她的主观意志，即使被害人对某种情境的反应没有达到一般人的要求也不能武断地认为她对性行为就是同意的。表面上看起来，这似乎有助于充分保护被害人的性自治权，然而事实却并非如此。由于不同意成了事实问题，它由陪审团依据被害人的主观感受进行个案分析，因此当被告人主张对被害人的心态出现了认识错误，在缺乏法律约束的情况下，对于这种辩护理由，陪审团往往很难拒绝，从而导致对被告人过于仁慈，这显然会对被害人不公平。另外，在法律中回避不同意问题，而把它交于司法个案分析，也可能对行为人不公平。失去了法律的确定性和稳定性，相同的案件在不同的司法部门，行为人得到的刑罚待遇可能是不一样的。因此，这种做法在英国招致越来越多的指责，英国刑事法修改委员会就认为，把如此关键的问题作为事实问题让陪审团裁决是不明智的。[50]

另一种做法是在对Olugboja裁决的批判过程中逐渐形成的。它认为同意与否是一个法律问题，而非事实问题，因此有必要对同意加以明确定义，同时还应该在法律中具体规定导致同意无效的各种情况，从而对陪审团提供明确的指导。英联邦的许多地方采取了这种做法。如加拿大法律规定，同意是指自愿同意与被告人发生性行为。澳大利亚的北部领地以及维多利亚州法律也分别对同意进行了定义。同时他们还都规定了一些不存在同意的情况。英国法律委员会最初认为对缺乏同意的各种情况进行定义很难操作，因此法律只应当简单的规定何种威胁和欺诈可以否定同意，而在其他方面应当保持沉默。但是随后在它的政策报告中，其立场却有所改变。它开始认为法律应当定义同意。《2003年性犯罪法》采纳了这种建议，该法第74条对同意进行了定义，“本法所称的同意是指在有选择的自由和能力的情况下，自愿给予的同意”。[51]

（三）大陆法系有关不同意标准的争论

大陆法系的刑法规定与中国刑法相似，“不同意”甚至根本没有在法

条中出现，在法律中性侵犯一般被定义为使用暴力、威胁等手段与被害人发生性关系。[52]因而，司法中主要讨论的问题是如何理解暴力、威胁等手段。

一种做法是在法律中明确规定暴力、威胁等行为必须达到被害人不能抗拒的程度。我国台湾地区1999年以前的刑法把强奸罪规定为：“采取强暴、胁迫、药剂、催眠术或他法，致使不能抗拒”。[53]对于法律中的不能抗拒，理论上仍然存在着主观说和客观说的争论。主观说认为应当以被害人的主观状态为基准，而客观说则认为应当以一般人的主观状态为基准，只有暴力、威胁等手段足以导致一般人不能抗拒，才能构成性侵犯。

另外一种做法比较普遍，它对暴力、威胁等行为的程度没有明文规定，这与我国相同。于是，学术界就不得不探讨暴力、威胁等行为的含义究竟应如何理解。一种观点认为，暴力、威胁等行为应当从狭隘的角度进行理解，它与抢劫罪中的暴力、威胁等行为一样，必须达到压制被害人反抗的程度。这其实与普通法系国家的最大限度反抗规则相似，虽然考虑问题的出发点不同，但结论殊途同归。这种做法从行为人行为的角度出发，要求行为必须达到压制被害人反抗的程度，只有那些具有严重强制性的暴力、威胁才可能压制被害人的反抗，所以这种观点对强制行为的理解非常狭隘，它要求行为的强制性等同于抢劫罪的暴力或威胁行为。而普通法系的最大限度反抗规则则从被害人角度出发，要求被害人必须进行最大限度的反抗，才能认定行为人的行为构成性侵犯罪，其结果也是将行为限制在具有严重强制性的暴力或威胁行为；第二种观点则认为，只要存在暴力、威胁等行为，无须考虑其程度，都构成性侵犯罪中的强制行为。这种观念基本上类似于普通法国家的主观说，因为在司法操作中，要判断性行为中的暴力或威胁是否为法律所禁止，而对暴力、威胁又没有程度上的要求，那实质上就只能根据被害人的主观状态来进行判断了。第三种观点认为，这种暴力、威胁等行为只需要达到使被害人明显难以反抗的程度就可，至于如何判断，应当根据社会一般观念进行客观判断，这种观点是通说，[54]它基本上类似于普通法系的合理反抗规则。

虽然大陆法系对于性侵犯罪的规定并没有像英美法系那么明显地突出不同意问题的重要性，但其对性侵犯行为的具体规定，无一例外都是为了说明不同意问题。无论是通过强制行为本身，还是借助被害人的反

抗，这都是为了对不同意这个复杂问题寻求解决方案。

大陆法系许多国家和地区在性侵犯罪[55]中一般都对不同意的外在表现形式做了非常详细的规定。以德国刑法为例，它把性侵犯行为细分为“对被保护人的性交”“对犯人、官方拘禁之人和医院中病人的性交”“利用职权所为之性交”“利用咨询、治疗或照料关系所为之性交”“对未成年人的性行为”“强奸”。[56]而这里所说的“强奸”必须通过“暴力、对他人的身体或生命立即予以加害的威胁、利用被害人由行为人任意摆布的无助状况”的强制性交行为，显然，这里所说的暴力、威胁是最狭隘的暴力、威胁，它和抢劫罪中的强制行为基本相似，而其他强制不明显的行为则分属其他性侵犯行为。显然，所有的性侵犯行为，其本质都在于被害人没有同意或者同意无效（不同意）。如果和美国《模范刑法典》对比，我们会发现德国刑法中强奸罪与《模范刑法典》的强奸罪的规定非常相似，它指的都是最严重的性侵犯行为，因而其刑罚也是最重的，而德国刑法中的其他性侵犯行为（除对未成年人的性交外）[57]则与《模范刑法典》所规定的性强制罪也有神似之处，即大都都是强制不明显的非传统型的性侵犯行为，其刑罚评价也相对较轻。虽然对于这些性侵犯行为，德国刑法没有像《模范刑法典》一样，在法律中明确规定行为人的行为必须“阻止具有通常决心的女性反抗”，但是在司法中判断这些行为是否属于法律所禁止的强制行为时，都普遍认为应该根据社会一般观念来衡量行为人的行为是否让被害人难以反抗，这其实也就是合理反抗规则的翻版。

根据行为强制程度的不同而将对成年人实施的性侵犯行为分为轻重不等的两种犯罪，这在大陆法系并非特例。比如奥地利刑法第201条性侵犯罪的规定，即那些具有严重强制性的性侵犯行为——“以对其实施严重的暴力或立即严重伤害其身体或生命相威胁，强迫他人实施或容忍性交或与性交相似的性行为的……麻醉视同严重的暴力……”，其基本刑为1年以上10年以下。在第202条中，法律规定了强制性并不明显性侵犯罪行，其刑罚相对较低——“除第201条规定的情形外，以暴力或危险的威胁，强迫他人实施或容忍性行为的，处3年以下自由刑。”当然，奥地利刑法也对与未成年人性交做了专门规定，其基本刑与严重的强奸行为相同。[58]又如瑞士刑法在第187、188、190、191、192、193条也对性侵犯行为做了非常具体的规定，除与未成年人发生性行为的犯罪外，[59]其大致也分为两种情况，一是严重强制性的行为，这包括第190

条规定的“强迫妇女容忍性行为，尤其是行为人对其进行威胁、使用暴力、施加心理压力或使其无反抗能力……”，第191条规定的“明知被害人为无判断能力人或无反抗能力人，而与之为性交行为、与性交相似的性行为或其他性行为的。”这些严重的性侵犯行为，基本刑都为10年以下重惩役；二是强制不明显的其他侵犯行为，这包括第188条规定的与被保护人的性行为，第192条规定的利用职权与病人、犯人、被告人发生性关系，第193条规定的利用他人的困境或工作关系或以其他方式构成的从属性，对其实施性行为或使其容忍性行为的。[60]对于这些行为，其刑罚都比较轻，为监禁刑，即最高不超过3年，最低为3天。[61]

（四）几种最新标准

在最近十几年，伴随着人权运动的进一步发展，西方学术界开始试图从女性的角度来重新思考不同意问题，这就产生了“不等于不”标准以及肯定性同意标准。

1．“不等于不”标准

“不等于不”标准认为，女性语言上的拒绝应当看作是对性行为的不同意。法律应当尊重女性说不的权利，只要女性有过语言上的拒绝，那么在法律上就要认为她对性交持不同意的态度。[62]这种规则最初由女权主义者倡导，她们认为在传统的法律中存在对女性的偏见：这些法律往往认为女性在性行为中并不知道自己想要什么，她们也不理解自己语言的真实含义。很多时候，她们“说不其实就是想要”，因此，法律并不认为单纯语言上的拒绝就是对性行为的不同意。因为，在女性说不的时候，很多男性并不知道对方的真实愿望，他们可能会真诚地认为，女方是同意的，说“不”只是一种半推半就。但是，在女权主义者看来，法律恰恰应该抛弃“不等于是”这种花花公子式的哲学。[63]为了真正的保护女性的性自治权，必须赋予女性说不的权利，法律应当尊重女性语言上的拒绝权。

根据“不等于不”标准，如果行为人发生了认识上的错误，认为被害

人语言上的拒绝实际上只是一种明拒暗迎的举动，那么这种认识错误并不妨碍犯罪的成立，行为人必须为自己的错误认识承担刑事责任。对迈克·泰森（Mike Tyson）这位著名的拳击运动员的审判就是“不等于不”标准的经典实践。泰森被指控于1991年7月强奸了德斯雷·华盛顿（Desiree Washington）。当日，华盛顿受泰森之请，与其共同驾车游玩，途中曾与泰森亲吻。次日凌晨她与泰森一起进入泰森在旅馆的套房。他们看了会电视，然后华盛顿起身去了洗手间。当她从洗手间出来的时候，泰森已脱光了衣服，并把华盛顿按倒在床上。当时，华盛顿在语言上对性行为表示拒绝，但泰森没有理会，于是在对方的哀求声中与她发生了性行为。出事25小时后，女方到当地一家医院的急诊室做了检查。检查结果表明，女方的子宫颈口上有两处被磨损的伤痕。几天之后，华盛顿正式向当地警察局报案：控诉泰森强奸。在审理过程中，初审法院的12名陪审员一致裁定，泰森罪名成立。上诉法院也维持了原判。[64]对此案件，采取的就是“不等于不”标准。在泰森看来，一位年轻女子接受其邀请驾车游玩，同意亲吻，并于凌晨回到旅馆与其独处本身就是对性行为表示同意的意思表示，因此在性行为发生过程中，语言上的拒绝其实只是一种象征性的反抗。但是，根据“不等于不”标准，女性在语言上的拒绝应当受到尊重，泰森的这种错误认识，即使是真诚的，也是不可原谅的。

2．肯定性同意标准

这种标准认为，在没有自由的、肯定性的表达同意的情况下，性行为就是非法的。如美国加利福尼亚州1990年在修改刑法时，就认为同意是指“依照自由意愿而自愿给予的肯定性的合作”，（positive cooperation...pursuant to an exercise of free will...freely and voluntarily given）[65]威斯康星州1998年刑法也把同意定义为对于性行为，“通过语言或行为表现出的自愿赞同”。[66]

美国新泽西州1992年著名的M.T.S.（State in the Interest of M.T.S.）案就适用了这个标准。该案发生在两个未成年之间，被告是位17岁的男孩，被害女子15岁，男方寄居在女方家中。两人曾经有过亲吻等亲昵的举动，一晚男方未经女方同意与其发生了性行为。一审法院认定被告人构成犯罪（性攻击罪，二级重罪），但二审法院推翻了原判，认为男方

并未适用暴力，因此不构成犯罪。该案后被上诉到新州最高法院。新泽西州刑法对性攻击罪（sexual assault）的定义是“使用暴力或强制对他人实施性插入行为”，法律对“性插入”和“暴力或强制”都没有明确的限定，初审法院认为在被害人不同意的情况下，性插入本身就是一种身体暴力，而二审法院却认为除了性插入行为，还需要其他暴力行为才能构成犯罪。新州高院认为，只要没有肯定性、自愿给予的同意，那么就构成犯罪，换言之，如果没有肯定性同意，性行为本身的身体举动就可以解释为暴力。[67]

三、标准的确认

对于各国立法和学说的介绍并非单纯对他史的探讨，而是希望根据人类的总经验，从中找出在不同意问题上的最佳解决方案，为司法部门提供一个处理性侵犯案件的上上之策，并最终希望将来改革性侵犯罪时，我们不至于再走弯路。

从上述介绍我们可以发现，中外各国关于不同意问题无非有以下几种做法。

第一，主观标准，根据被害人的主观感受来判断不同意问题，如英国的Olugboja裁决以及我国学界有关反抗问题争论中的反对说。虽然在学说的讨论中，它是与被害人的反抗是联系在一起的，即根据被害人的主观感受判断她是否应该反抗，但这其实取消了被害人反抗的作用，因为反抗因人而异，需要具体问题具体分析，因此它也就并不属于真正的反抗规则。

第二，客观标准，即以一定的客观依据来判断被害人对性行为是否持不同意态度。大多数国家和地区都具体规定了不同意的各种外在表现形式，以更好地约束司法和指导司法。在各国的立法和司法实践中，在客观标准上又有如下几种做法。

（1）以强制手段替代不同意问题。这如美国密歇根州的做法，它拒绝考虑不同意问题，完全以强制要素取代不同意问题。

（2）反抗规则。这包括最大限度的反抗规则与合理的反抗规则。当今的大多数国家都抛弃了最大限度的反抗规则，转而采取合理反抗规则。它们或者在立法上明确规定，行为人的行为必须达到“阻止具有通常决心的女性反抗”，或者在司法中借助社会一般人的观念来判断行为人的行为是否让被害人难以反抗，从而决定行为是否属于法律中的暴力、威胁等强制行为。1984年司法解释规定的“认定强奸罪不能以被害

妇女有无反抗表示作为必要条件。对妇女未作反抗表示，或者反抗表示不明显的，要具体分析，精心区别”，具体而言，衡量行为人的行为是否属于强奸罪中的“暴力、胁迫或其他手段”，应看行为是否使妇女“不能抗拒、不敢抗拒、不知抗拒”，其实也就是看女方是否有过合理反抗，只是合理反抗的具体标准，司法解释没有规定。

（3）“不等于不”标准。这种标准肯定被害人语言的拒绝是对性行为的不同意，因此只要被害人对性行为说不，那么就要认为存在不同意。

（4）肯定性同意标准。这是一种最激进的客观规则，它完全从女性的角度出发，认为除非性行为得到被害人肯定性的同意，否则就要认为被害人不同意性行为的发生。

总体上说，在世界范围内，有关不同意问题的判断标准，主要存在下列问题：是按照被害人的主观感受还是通过客观标准来判断不同意问题？如果采取客观标准，那是否必须借助被害人的反抗来确定不同意的存在？如果需要，那么对于反抗应当如何认定，语言上的拒绝和哭泣是否是一种合理反抗？

（一）主观标准或客观标准

不同意问题应当采取主观标准还是客观标准？

笔者倾向于以客观标准认定不同意。应该说明的是，采取主观标准的做法是非常具有吸引力的，它可以在法律中回避不同意这个棘手的问题，而留待司法具体问题具体分析。主观标准完全依据被害人的立场来评价她们的意志，似乎能充分保护她们的权利，比如当一位女性在面临男性朋友求欢表示时，没有丝毫包括语言在内的拒绝表现，而男方也没有粗暴的举动，女方在性交时甚至还假装达到了高潮，在绝大多数人看来，该女性同意了性行为的发生，但是如果女方是出于害怕而没有拒绝，这是同意还是不同意呢？根据被害人的主观心态，显然这是不同意。然而，正如在对Olugboja裁决的批评意见所说的，这种做法将导致法律稳定性和确定性的丧失，相同的案件可能在不同的法院受到不同的

对待，不仅对行为人不公，也可能对被害人不公。

对于被害人的主观感受，行为人很有可能出现认识错误。如果完全否认这种认识错误的存在，显然对行为人不公平。但是如果考虑这种认识错误的话，在缺乏法律约束的情况下，难免会有部分司法人员对被告人过于仁慈，而对这种辩护理由不加考虑地全盘接受。[68]然而，在性侵犯罪中这种辩解又是最普遍的，因而主观标准很可能在实践中又会与保护性自治权的初衷相背。

在笔者看来，法律要保护性自治权，但绝不能以完全牺牲被告人的利益来达到这一目标，法律应该兼顾双方当事人的利益。因此，法律应当在合法与非法的性行为间划出一个尽可能清楚的界限，给公民提供合理的警告，也为司法部门提供解决疑难问题的客观标准。所以，法律应当规定不同意存在的各种外在表现形式，其中最主要的就是行为人采取严重危及人身安全的暴力、威胁等强制手段以及被害人由于某种原因而没有同意能力的情况。至于强制手段不明显的情况，同意是否无效（不同意）这个问题则比较复杂。行为人的过度行为导致了同意无效，这种过度行为的强制性只能根据被害人的反应才能得到确认，也即被害人能否反抗，是否反抗？反抗的程度，不能由司法部门任意裁判，而必须有一个可以依据的客观标准。必须承认，这种做法很可能会造成少数女性的性自治权得不到刑法的有效保护，但是它却可能充分保护被告人不受冤枉。应当认识到：司法资源是有限的，刑法是社会防卫的最后防线，刑法不可能对所有侵犯性自治权的行为都进行打击，它只能惩罚那些最严重行为。而主观标准显然不能实现这些目标，因此，客观标准就成了一个最不坏的选择。

（二）反抗规则

既然在不同意问题上采取客观标准是一种不错的做法，那么首先要考虑的就是能否根据被害人的反抗来认定不同意。从上文关于各国在不同意问题上的立法和司法实践，可以看出对待被害人的反抗无非两种态度：一种是完全不考虑被害人的反抗，通过强制手段代替对不同意问题的考察，只要存在强制手段则成立强奸，而无须考虑被害人是否反抗，被害人的同意也不是辩护理由，其突出代表是密歇根州。但是，这种做

法并不可取。强制手段只是不同意的一种外在表现形式，它并不能完全代替被害人的不同意。另外，在被害人同意被告使用暴力强制手段的情况下，对此行为认定为性侵犯，显然过分干涉了公民的私人生活，不正当地侵犯了人们在性上的积极自由。另一种是既考虑行为人的强制手段又考虑被害人的反抗。采取这种做法的有诸多变种，但笔者大致赞同《模范刑法典》对于反抗问题的态度。《模范刑法典》不回避反抗问题，它基本上是通过行为强制程度的不同来表明被害人反抗的作用。当行为人的行为具有严重的强制性或者被害人本身缺乏同意能力，那么就无须考虑反抗问题，因为要求被害人反抗是不现实的，而且也会增加她们受到严重伤害的可能性。但是在强制手段不明显的情况下，被害人的反抗对于认定行为的强制性则至关重要，如果被害人的反抗没有达到一定的客观标准，那么就不能认为她对性行为是不同意的。

1．有关反抗规则的批评

在正式讨论反抗规则之前，笔者想总结一下对反抗规则的批评。这些批评主要集中于以下四点。

其一，反抗规则对于女性不公平，它使得性侵犯罪受到了独特地对待。在其他犯罪中，同意也是辩护理由之一，但是却并不需要被害人的反抗来表明她的不同意，唯独在性侵犯罪中，需要反抗来证明被害人的不同意，这显然是歧视女性，也不足以保护女性的性自治权。[69]女权主义者进而指出，反抗规则是男权主义时代的残余。很长一段时间以来，性侵犯都是针对被害人丈夫或父亲的犯罪，法律并不是为了保护被害人自己，要求女性反抗就是男权主义在现代社会的残余。根据这种观点，法律从表面上看是为了保护女性的，而实际上是服务于男性的利益，[70]反抗规则是为了保护那些受人尊敬的男性的利益（比如说法官），法律害怕男性会受到错误的强奸指控，并且试图确保这些受人尊敬的男性具有攫取女性性利益的特权。因此，为男性所控制的立法和司法体系创造了这个概念以确保通常的有侵略性的男性实施的性行为并非是犯罪，而只惩罚那些陌生人间的性侵犯。[71]

其二，要求女性反抗，将使得审判的重点从被告人的行为转向被害人行为，因此法院会考虑大量与案件没有关系的情况，比如说女性的品

行、性史，这将使得女性在法庭中受到第二次伤害，将无助于报案率的提高。[72]

其三，要求女性反抗还会增加女性受到严重伤害的可能性。[73]

其四，反抗规则不符合当前的法律实际。这种理论对反抗规则的历史进行了回顾，指出在过去之所以要求被害人反抗，是因为通奸和乱伦是犯罪。因此，主张被强奸的女性并不仅仅是控告男性强奸，也是在为自己潜在的犯罪行为提出辩护理由，也就是说，她试图证明她是基于强迫而实施通奸和乱伦行为的，因此反抗规则也就是一种评价这种辩护理由是否可信的严格标准，而这种目的在今天显然是失效了，因为通奸和乱伦已很少被认为是犯罪。另外，还有些学者指出，在历史上，反抗规则的出现是因为那时强奸罪的刑罚很重，往往要处以极刑，因此必须有严格的标准防止被告人被冤枉，而当前的刑罚更为灵活轻缓，因此采用反抗规则不合时宜。[74]

对于这些指责，笔者准备分别进行辩驳。在辩驳之前，笔者想再次重申讨论的前提：反抗是以被害人可以反抗为前提的，因此当行为人使用的手段具有严重的强制性以及当被害人由于身体、年龄等原因而缺乏反抗能力，显然是不需要考虑被害人是否反抗的。只有在行为人所使用的强制手段不明显，被害人也是正常的成年人才可能需要考虑被害人的反抗。只有借助被害人的反抗，才能衡量行为的过度性。其次，此处所说的“可以反抗”，不能完全从被害人主观感受进行判断，而应该有一定的客观标准，否则无异于取消反抗规则，无助于对司法权力的有效约束。

在这个前提下，笔者试图证明，上述的四点指责或多或少存有偏颇。

第一，性侵犯当然是一种独特的犯罪，无论是否采取性别中立主义的立法，它都无法改变性侵犯主要是男性针对女性的犯罪，因此必须平衡处于法律对立面男女双方当事人的利益。反抗规则并非在任何场合下都要求女性反抗，它仅仅是当强制不明显，行为人行为合法与非法的界限模糊不清的情况下才考虑被害人的反抗。在其他犯罪中，虽然被害人的同意也是辩护理由之一，但是它不像性侵犯罪那样，被害人的不同意是犯罪的本质特征，因此性行为得到被害人的同意也就成为被告人最经

常使用辩护理由。所以，对于不同意这个最关键的问题，必须有一系列的规则来指导法官，而在其他犯罪中则没有这种必要。其次，由于性侵犯罪主要涉及男女双方当事人，因此要在被害人的性自治权和保障被告人的权利的两极中寻求平衡，不能为了保护性自治权而完全牺牲被告人的利益。在任何犯罪中，都要坚持疑罪从无的原则，如果没有超出合理怀疑的证据表明犯罪的存在，那么被告人在法律上就是无罪的，这是刑事司法的一个基本理念。在性侵犯罪中当然也要坚持这个原则，当行为人所使用的强制手段并不明显，法律要求被害人通过反抗来表明自己的不同意，就是害怕会出现冤枉无辜的情况。如果说法律对女性不公，存在男权主义的偏见，那也是因为在刑事司法中必须服膺于对存疑案件作有利于被告人推定的铁律，这一铁律并不因被害人的性别而有所不同。

第二，适用反抗规则的前提是行为人强制手段不明显，因此考虑被害人的反抗并不会使得审判的重点从被告人的行为转向被害人行为。当行为人使用了严重的强制手段或者当被害人由于年龄、身体原因无法反抗，显然不需要考虑被害人是否反抗的。有些人认为，在性侵犯罪中主要应该考虑行为人的行为，而不能考虑被害人的行为。因为刑法规范的是行为人的行为而非被害人的行为，不能因为被害人的行为而影响行为人的罪责。然而，正如我们在上文所指出的，这种说法并不完全恰当。在性侵犯罪中，当行为人使用的手段并不具有明显的强制性，只有依据被害人的反应才能正确评价行为人的主观心态，反映出行为人的人格。被害人的反抗可以给行为人提供一个明显的警告，让他注意到其行为已经过界。其次，在强制不明显的情况下，考虑被害人的反抗也并不能否认法律主要关注的仍是行为人的行为。因为反抗和强制手段是一个问题的两个方面，被害人的反抗与行为人的强制手段密不可分。当强制手段并不明显，被害人也是健康的成年人时，那么只能通过被害人的反应才能表明行为人手段的过度性。再次，不同意是性侵犯罪的本质特征，即使不考虑被害人的反抗，司法机关也要通过其他方法判断被害人的不同意是否存在。最后，性侵犯罪涉及男女两性，因此必须平衡双方当事人的利益，决不能为了保护一方当事人而彻底牺牲另一方当事人的利益。所以司法机关对被害人的语言和行为进行审查，这并非是对女性的偏见，因为在任何犯罪中，司法机关都需要对被害人举止进行考察。当然，如果法院考虑大量与案件没有关系的情况，比如说被害人的品行、性史，那的确会使得女性在法庭中受到第二次伤害，无助于报案率的提高。但是这个风险是可以避免的，法律可以做出一般性的规定防止被害人受到不合理刁难，比如排除被害人性史证据的可采性。事实上，如果

缺乏这种规定，即使废除反抗规则，被害人也不可避免地会受到法庭或者辩护律师对其品行和性史的询问。因此，二次伤害问题与是否考虑被害人反抗并没有直接关系。它是在性侵犯罪审理中普遍存在的问题，需要通过其他方法进行解决。

第三，至于反抗可能造成被害人受到更大的伤害的观点，乍一看，似乎很有说服力。但是有关反抗与伤害具有正相关性的结论一般都发生在陌生人所实施的性侵犯中。即使我们不考虑相反的调查结论——认为在陌生人的性侵犯中，反抗也不比不反抗更危险[75]——单就正相关性的说法，我们也能发现，在陌生人所实施的性侵犯中，其实反抗问题一般是无须考虑的，因为被害人的不同意很容易推断出来。在这种情况下，行为人所使用的手段一般都具有严重强制性，反抗可能导致被害人受到更大的伤害。事实上，这正好属于笔者所说的无须反抗的情况。当然，我承认在极其偶然的情况下，陌生人也可能通过不明显的强制手段达到和被害人发生性交的目的，那么在这些情况下是否需要被害人反抗呢？比如在电梯中，只有行为人和被害人，双方并不相识，男方试图和女方发生性行为，女方始终没有反抗，因为害怕在孤立无援的情况下反抗会受到更大的伤害。[76]这种情况当然也符合我们所说的反抗规则。在强制不明显的情况下，被害人应该反抗，这种反抗应该达到一定的客观标准，或者是一般人标准，或者是合理的女性标准。无论根据那种标准，面对陌生人的性要求，女性由于害怕而不敢反抗都是人类的正常举动。因而在陌生人所实施的性侵犯案件中，根本无须考虑被害人的反抗。所谓反抗与伤害的正相关性的结论无论对错，都并不能推翻反抗规则。

问题在于大多数性侵犯发生在熟人之间，[77]如果他们所使用的强制手段并不明显，那么就必须考虑被害人的反抗。在日常交往中，比如说约会，面对男性的性要求，如果女性不加反抗，那么她对性行为的“不同意”很难为男方所知道，因此事后她对男方犯罪的控诉也很难让人信服。对于熟人的求爱举动，如果女方并不愿意，那么她们大多会选择反抗，反抗本身也往往可以打消男方继续侵犯的念头。[78]在熟人性侵犯中，几乎半数以上的被害人不会害怕对方要伤害她们。因为她们清楚地了解对方，认为他们不会伤害自己。[79]另外，还有学者指出，在反抗和伤害的相关性问题上，并非像多数人理解的那样，是因为反抗增加了行为人报复的可能性。事实的真相是因为行为人的暴力行为导致被

害人的身体反抗。如果这个结论——暴力引起了反抗，而非反抗引起了暴力——是正确的，那么即使在陌生人实施的性侵犯中，反抗也并不一定会增加伤害的可能性。[80]所以，在大多数案件中，反抗导致更为严重伤害的结论并不能令人信服。

第四，至于历史主义的观点，即使是合理的，也不能作为取消反抗规则的论据。一项法律制度可能存在多年，而其目的可能经常变化，相同的规定完全可以服务于不同的目的。正如古代对性侵犯的禁止是为了维护男性的财产权利，而在今天，法律的目的则在于捍卫人的性自治权，显然不能因为法律目的的变迁，而认为对性侵犯罪处罚是不合理的。因此，反抗规则在过去也许是作为豁免被害人通奸、乱伦罪责的辩护理由而存在的，但在今天完全可以用来衡量被害人对性行为的态度。另外，当前刑罚的灵活轻缓化的趋势也不能作为取消反抗规则的理由。无论刑罚的惩罚力度有何不同，它都是对犯罪行为的一种最严厉的否定评价，不能因为惩罚的轻微而对人任意治罪。

还想说明的是，虽然在法律中一般不会出现陌生人性侵犯和熟人性侵犯的区分，但是在我们考虑反抗规则作用时，可以引入这种分类。这是因为，性侵犯罪的独特之处就在于它大多数发生在熟人之间，这与人们的惯常思维恰恰相反。一般说来，陌生人实施的性侵犯都会采取暴力或暴力威胁的强制性手段，因此很容易对不同意问题进行回答。但在熟人性侵犯中，尤其是当行为人使用的强制手段不明显，其中的不同意问题则非常麻烦。为了有效地约束和指导司法，必须有一个可以操作的客观检验标准。为此，在这种情况下，应当要求被害人以一定程度的反抗来表明自己的态度，也许这不是解决不同意问题的最佳办法，但至少是一种最不坏的办法。事实上，许多发生在熟人之间的犯罪，如果行为人没有使用严重的强制手段，在认定行为人主观心态的时候，一般都要考虑被害人的反抗，比如说侵犯财产类犯罪：一人当着你的面把财产拿走，如果双方当事人素不相识，取财行为本身就能够推定行为人的主观恶意。但如果此事发生在熟人之间，若行为人也没有采用暴力或暴力威胁手段，那么行为人以对方并未表示拒绝为由提出辩护，则并非不合情理，一个当着熟人面把财产取走，却没有遇到任何阻拦，很难说财产所有者对取财行为持不同意的态度。

2．反抗规则的优点

大体说来，在强制手段不明显的情况下，以被害人的反抗来衡量过度行为的强制性，具有如下好处。

（1）确证功能

和强制手段一样，反抗可以确证被害人不同意的存在，并且表明行为人具有可责的主观心态。当然，这里所说的确证并非是证据法上的确证规则，而是在实体法中约束法官自由裁量权的一种实体规则。

性侵犯是一种在被害人不同意的情况下发生的性行为，对于被害人的不同意，行为人必须有一定的主观认识或认识的可能性。如果行为人使用了危急人身安全的暴力、威胁等强制手段或者被害人由于年龄，身体等原因缺乏同意能力，那么这些客观事实本身就能够推定被害人对性行为的不同意。但是当行为人所使用的强制手段不明显，被害人也是正常的成年人，那么如何区别合法与非法的性行为则十分复杂。性侵犯是一种非常独特的犯罪，在这种犯罪中，犯罪者所实施的暴力行为在其他场合下可能是被害人所欲的，因此，有必要在犯罪行为和亲昵行为中划出界限。然而这种界限的划定是非常困难，因为在性行为发生时，除了当事人双方，一般没有其他证人，而且当事人的情感也会随着时间而改变。由于行为人和被害人的主观心态很难判断，因此必须通过他们所表现出来的客观行为才能予以确定：当行为人使用的手段具有严重的强制性，行为本身就能推定被害人的不同意，以及行为人对这种不同意的主观心态；而当强制手段不明显时，从行为本身很难推断行为人有这种主观认识，那么也就只有借助被害人的反应，才能确证行为人了解或应当了解对方的态度，被害人也只有通过一定的客观表现，才能让司法机关对她的控诉表示信服，否则，在强制不明显的情况下，就很难将强制行为与正常的性行为区别开来。比如当行为人把被害人按倒在地，然后发生了性行为，而“按倒”很可能是正常的性行为中所伴随的一种举动。单从“按倒”本身，司法机关无从确知行为人具有对不同意的主观心态，也不能断定被害人的不同意客观存在。因此，“按倒”是否具有强制性就完全依赖于被害人的反抗。当然，反抗是以能够反抗为前提的，当“按倒”伴随着严重危及人身安全的暴力或威胁时，则无须考虑反抗，因为暴力或威胁表明了行为的强制性和行为人主观上的可谴责性。而当“按倒”并非严重强制手段所伴随的，比如男方威胁说，如果不和他发生关系就分手，随后把女方“按倒”在地发生了性行为，那么这里的“按倒”是强制手段吗？显然，判断的关键只能根据女方的反应，如果女方反抗

了，那么“按倒”也就具有了强制性，否则，它就只是性行为中的正常举动。女方的反抗可以让行为人知道对方态度，如果他仍执意冒犯，那么其行为就越过了法律的边界而要受到惩罚。因此，在强制不明显的情况下，由于当事人主观心态的含糊性，事实认定上的复杂性，必须诉诸被害人的反抗，才能尽可能地避免发生错误判决。

在其他犯罪中，为了解决行为人主观心态的含糊性，法律中也可能会出现类似的确证规定。比如在侵占罪中，为了表明行为人具有非法占有的犯罪心态，行为人必须有“拒不退还”的情节。[81]行为人拥有某人的财产本身并非犯罪，而只有当“拒不退还”时，才能表明他具有非法占有的主观心态，从而这种财产的拥有状态才具备违法性。在非法侵入他人住宅罪中，只有当被害人要求行为人离开，行为人的滞留行为才可以表明他具有侵入他人住宅的犯罪故意。又比如最高人民法院、最高人民检察院1992年对传播性病罪的“明知”的解释中，也认为如果行为人曾到医院就医，被诊断为患有严重性病的，那么就可以推定他对自己患有性病存在明知。[82]相似的还有刑法总则对于精神病的规定，它对于行为人责任能力的考察既要求从心理上看他是否缺乏意志能力或控制能力，又要从医学上加以确证，也即有关机关的法定鉴定。

实体法上的确证规定主要是为了防止司法部门自由裁量而可能造成的不公正。在强制不明显的情况下，借助反抗规则可以减少性侵犯案件在事实认定上的困难。在涉及罪责成立的关键问题——被害人是否同意——我们不能完全由法院自由裁量，必须对法院的裁量权加以适当的约束和引导。为了公正地对待行为人，只有当他具备对不同意的主观心态，才能对他进行处罚。而在强制不明显的情况下，如果不考虑被害人是否反抗，那么就很难认定行为人的主观心态，因为这些强制行为与正常的性行为并没有严格的界限，因此当他辩称自己不知对方不同意，那看起来就总是合情合理的。[83]

（2）平等对待的功能

相似的罪行应当受到相似的对待，这是刑法面前人人平等原则在司法适用上的体现。在强制手段不明显的性侵犯案件中，只有通过考虑被害人反抗才能确保相似的被告人受到平等的对待。[84]如果不考虑被害人反抗，那么司法机关就势必要根据被害人的其他具体情况进行个案分析，这也就是我们上文所说的主观标准。而这种做法赋予了法官太大的

权力，在审理案件的过程中，他们往往会考虑大量与案件没有直接关系的要素，比如双方以往的交往状况、双方的职业、地位、受教育状况等，那么很有可能相似的被告人在不同的司法区域会因为法官的立场不同（甚至由于某种偏见）而获得不同的司法待遇。笔者并不否定法官必须拥有一定的自由裁量权，但是这种权力不能太大，尤其是像不同意这种含糊不清但却至关重要的关键问题，法律必须有一个起码的客观标准来对法官进行必要的约束。因而，只有在法律中规定，对不同意问题应该在客观上考虑被害人是否反抗，才能对法官的自由裁量权做必要的约束，从而使得相似的被告人获得平等的对待。

（3）筛选功能

性侵犯罪属于严重的犯罪，严重的刑罚只能施加于那些严重侵犯性自治权的行为，否则就是一种刑罚资源的浪费。刑罚是有代价的，它不能没有节制，刑法的补充性、谦抑性都要求刑罚只能惩罚那些最值得惩罚的行为。在强制不明显的案件中，要求被害人反抗就是因为刑罚并不试图打击所有不当的性行为，它只是对其中最严重的侵犯行为进行打击。在这些案件中，行为人所使用的手段本身并无严重的社会危害性，行为人的人身危险性也不明显，只有当被害人进行反抗才使这些行为具有了危害性，也让行为人具有了可谴责的主观认识。如果被害人没有反抗，行为人将很难认识到其行为的危害性，也缺乏人身危险性，因而没有惩罚的必要。当然，要求被害人反抗确实会造成部分女性的性自治权得不到刑罚的充分保护，但是刑罚并非保护性自治权的唯一工具，对于其他并不严重的侵犯行为，私下协商、民事手段、行政处理都可以用来保护性自治权，而没有必要动辄上升为刑事问题。

（4）界限功能

人们有必要知道合法和不合法行为的界限，对于严重犯罪尤应如此。当行为人使用了严重的强制手段，行为本身就为性侵犯罪和正常的性行为划出了界限。而当强制行为不明显时，如何让行为人知道其行为的过度性，他所冒的风险是否为社会所允许？一个很好的办法就是借助被害人的反抗。被害人的反抗是一种给行为人的警告，告诉他行为具有了强制性，应当立即停止不当行为，否则就可能要受到法律的制裁。在法律的分析中，一个人或者同意或者不同意，模棱两可不是法律上的概念。但是作为法律概念的不同意却并非主观意志的同义词，主观意志经

常是意义含糊的，人们可能在某种意义上想要一些东西，但是在另一种意义上却不想要。比如，女友对于性交的同意，很可能是因为想与男友保持他们的关系，或者为了避免争吵，甚至是厌倦了重复拒绝而带来的麻烦，虽然她在内心深处并不情愿。面对性行为，人类经常会有一些矛盾的感觉，肯定性的和否定性的情感会混杂在一起，犹豫不决、突然决定、改变心态都非常普遍，甚至在决定发生关系时，人的感情也可能是冲突的，它可能伴随着冲动、悔恨等种种矛盾情绪。[85]因此，纯粹把不同意看成是对被害人主观意志的描述（主观标准），显然是过于简单化了，它并没有充分考虑被害人情感的复杂性和变动性。

纯粹从主观上捉摸被害人意志是徒劳无功的，因此必须有一定的外在标准来使不同意这个法律概念摆脱心理学上无穷不尽的纠缠。被害人的反抗就是这样一个客观标准，它可以让不同意具有法律上规范性，而不再是那种无法捉摸的玄学标准。这种外在标准可以让行为人知道自己的行为何时以及为何逾越了界限。在性侵犯案件中，被告人的主观心态通常有三种可能：一种是有意识想要去强迫对方；另一种则有意地避免强迫；而在大多数熟人性侵犯案中——绝大多数性侵犯案件往往发生在熟人之间——行为人的主观心态则界于有意无意之间，他们追求被害人，对于被害人是否同意并未深思熟虑，当被害人反抗，他们中有的会继续不当行为，从而构成犯罪，而有的则会放弃。

在其他法律中，对于同意与否的问题，法律也经常采取类似做法，需要借助一定的外在标准来确定当事人的真实意志。只有当具备这些外在标准，当事人的意志才具有了法律上的意义，也即法律上的同意或不同意。比如在赠与合同中，只有赠与人交付了标的物才是赠与的真实意思表现，交付这种外在标准确保了当事人对赠与是真实的。而在交付之前，无论赠与人如何向受赠人许诺，这种意思表示的真实性也值得怀疑，因而并非法律上的同意。[86]

3．可供选择的其他客观标准

在强制手段不明显的情况下，判断健康的成年人对于性行为是否同意应当依据一定的客观标准，反抗规则就是这样一种客观标准。然而问题在于，是否还存在其他客观标准更能平衡两性的利益，并在最大限度

上捍卫个体的性自治权呢？

在世界范围内，除了用强制手段完全代替不同意问题的办法外，那么有关不同意问题的客观认定标准就主要还有“不等于不”标准和肯定性同意标准，兹分述于下。

（1）“不等于不”标准

“不等于不”标准认为，个体语言上的拒绝是对性行为的不同意，法律应该抛弃“不等于是”这种男权主义的哲学，赋予女性说不的权利。[87]

“不等于不”标准其实是对行为人施加的一种特殊义务，要求行为人尊重对方语言上拒绝权。如果行为人没有履行这种义务，比如错误地认为被害人语言上的拒绝是半推半就，那么他必须为这种错误认识付出代价。主张“不等于不”标准的学者认为：有些男人对性行为有不同理解，他们对特定情境的理解与女性不同。他们认可了“在性行为中，男性积极女性消极的观点”，因此认为“不等于是”。然而，如果在审判中采纳这种男性的观点，那会对女性造成严重的伤害，并将极大地妨碍保护性自治权这一目标的实现。因此有必要在法律上施加要求行为人理性行为的义务。如果违背这种义务，行为人就要受到处罚。行为人应当把对方视为有理性的人，在进行性行为之前，应当有义务睁开自己的眼睛和使用自己的大脑，不要试图读懂对方的心，而是要给她说出自己意愿的权利。和一个没有意图表示的人发生性行为完全是把对方当成了客体，如果还无视对方语言上的拒绝，那行为人显然是在已有的伤害上又添侮蔑。这种非人性的行为加深了对对方人格和自治权的否定，因此必须承担刑事责任。[88]

“不等于不”标准主要是一种学术理想，在司法实践中运用的十分有限。这是因为性本身就是一个充满矛盾和争议的问题，不同的人对于性行为有不同的态度和反应。长期以来，各国的文化似乎都默认了性行为中男性主动女性被动的观点。因此，对于“不等于不”标准，存在激烈争论也就可想而知。

在20世纪五六十年代，普通法国家主流的观点认为：女性并不知道自己想要什么，她们也不理解她所说的。她们往往把身体反抗作为一种性刺激而且感到很享受。作为性伴侣，她们的心态是矛盾的，她们不知

道自己想要什么，她们的语言并不能真正代表自己的意思，在她们渴望性交的时候她们会说不要，她们往往会在事发后撒谎诬告男方。因此对于那些认为女性“说不其实就是想要”的男性而言，惩罚他们是不公正的。

《斯坦福法律评论》的一篇文章认为：对于一位很想性交的女性而言，传统上她们可能会说“不不不”，然而她的真实想法是“要要要”，并会期待男性成为一个攻击者。在强奸案中，确定女性是否真的不愿意总是一件很难的事情，女性的态度是矛盾的……她经常会面对三难选择，故作正经、挑逗或安逸地躺下。而且，女性可能不会排斥男性残忍的性格，并认为这对她有吸引力。为了解决不同意问题，女性必须反抗，这种反抗的标准必须足以保证反抗是真实的，当然这种标准不能太高而出现死亡或严重身体伤害的结果，否则，忽视女性语言表示的代价就太高了。总之，必须通过反抗表现出某种确定性，即女方的态度不是矛盾的或无意识地顺从以及她的控诉不是来自道学的事后控诉。[89]

《耶鲁法律评论》的一篇被广泛引用的文章指出：甚至正常的女性在面临性的时候也会疑惑和矛盾。她的行为并不总是她真实意图的反应，事实上，当女方对身体反抗很享受的时候，她可能表现出反抗……当她的行为看起来像反抗的时候，然而她的态度则是同意的，那么女方随后对男方的指控可能就会出现不公正。许多妇女，都把男性的侵略性的行为看成爱情戏剧的一个前奏。经常要通过伴随着身体上的奋争，她们的性欲才能得到强化和满足。在性行为中，轻微的咬人是很平常的，虽然这也是一种伤害攻击，而这种伤害却能够支持随后的指控……如果女性对性矛盾，那么惩罚那些并未完全违背妇女意愿的男性是不公平的……当这种矛盾的心情存在的时候，女方会有抓打、逃离或象征性的哭泣，而这些却成了司法机关认定女方不同意的证据。这显然对男性不公，因为他并没有违背女性明确表达出来的意愿。[90]

根据这种观点，对于性行为女性根本就不具有正常的理性，她们事实上并不知道自己想要什么，或者不理解自己所说的，至少当她们说“不”的时候，更是如此。因此，女性必须表现出足够的身体反抗才能表明自己的不同意，只有通过身体反抗才能表明女性能够合理地理解自己的行为。虽然男性可以忽视女性的言语，但是足够的身体反抗却明确表明了她的不同意，于是男方的行为也就越过了界限。根据这种逻辑，在普通法国家，法官最初认为女性必须反抗到死以捍卫她的贞洁，否则

就无法让男性知道其行为不当。但是后来，最大限度的反抗标准逐渐为合理反抗标准所取代。法官逐渐认识到，贞洁诚可贵，生命价更高，合理的反抗标准可以避免女性牺牲自己的生命或重大的身体健康去防止性侵害。但是，对于很多法院而言，说不或者哭泣这种消极的反抗，仍然不能被认为是合理的反抗，在法律上也就不足以表明女性的不同意。

对于象征性反抗，虽然实证上调查不完全一致，但总体上，各种调查都显示，尽管性风俗有变化，但有些女性仍然不愿意对性行为表现的过于随便，因此象征性反抗这种现象是存在。[91]美国学者Muehlenhard和 Hollabaugh在1988年做过一项调查，他们让受访者想象这样一个情景：当一位男性想和你发生性关系，而你也有此意。但由于某种原因你表现出不想和他发生关系，虽然事实上你是愿意的。也就是说，你说“不”而实际却意味着“是”。有610名女性完成了调查问卷。调查报告显示：其中32.5%的人有过一次象征性反抗；45.6%的人有过2—5次象征性反抗；11.2%的人有6—10次象征性反抗；7.8%的人有11—20次象征性反抗；2.9%有过20次以上的象征性反抗。在所有受访的女性中，85.2%的人说自己在确实不想发生关系时会说“不”；68.5%的人说自己在矛盾时会说“不”。而在有过性经验的女性中，60.8%的人有过象征性反抗，在没有性经验的女性中，只有11.9%的人有过类似行为。最后的研究结果指出，有39.3%的女性，其中大部分是有性经验的，有时当事实上她需要性时会假装她不想要，其中四分之三的女性至少有过5次象征性反抗，[92]其他的研究也得出了相似的结论。[93]研究表明，造成女性象征性反抗的原因主要有三种：其一是出于对某种禁忌的担心（inhibition-related reasons），比如说感情上、宗教上或道德上的担心；其二是女方自己可控制的原因（manipulative reasons），比如说出于游戏的态度，或者对伴侣恼火，或者为了控制对方等原因；其三是对某种后果的担心（practical reasons），比如害怕说同意会表现的像个荡妇，又如对于对方感情的不确定，再如害怕会被传播上某种疾病。[94]

象征性反抗现象的客观存在再次说明了不同意是一个非常复杂的问题。笔者不禁有甩开这个概念的冲动，就如密歇根州那样，闭口不谈反抗问题，不再理会不同意问题。完全根据行为人的行为来厘定性侵犯罪的构成要件不啻是一个美好的愿望，只要行为人的行为符合法定构成要件，那么这种行为就具有过度性，而在司法中完全无须考虑不同意问题，这该有多好啊。

然而，正如笔者在上文所批评的，这种做法实是饮鸩止渴，它将动摇性侵犯罪存在的根基。性侵犯罪的本质特征是不同意问题，无论它多么复杂，我们也绝对不能逃避。希望根据行为人的行为来界定刑罚界限的想法，不是像大陆法系那样：法条上避而不谈不同意问题，但在司法中却仍然与不同意问题藕断丝连；就是像密歇根州那样，完全打断不同意与行为人行为的联系，把性侵犯罪看成一种暴力犯罪。这虽然有利于处罚暴力强制类的犯罪，但其成本显然是忽略了大量没有身体强制，但却仍然侵犯个体性自治权的犯罪。更何况，它还完全排除了得被害人同意这一在绝大多数犯罪（即使是在暴力强制类的故意伤害罪）中都存在的辩护理由，从而与整个刑法理论不相匹配。或者我们还有一个绝招，那就是具体规定性行为的各种步骤，扩大对暴力强制的理解，甚至把性交本身看成一种强制，而这显然更不恰当，因为现代社会要求法律不要过多的干涉私人生活，法律要确保人类在一定的私人领域内的自由，更何况是性行为这种人类最私密的行为。如果性行为也任由刑法说三道四，那么人类就会失去起码的尊严和自由。笔者不反对法律对使用枪支、武器等暴力手段或暴力威胁甚至通过欺诈等方式攫取性利益的行为进行禁止，对这些行为，由于行为本身具有过度性，因而一般可以推定被害人的同意是无效的，但是对于性行为本身所伴随的咬人、鞭打或者拉扯等行为，如果不考虑被害人是否同意而一律禁止，则显然不太妥当。[95]

总之，不同意这个核心问题是无论如何也不能回避的。因此，“不等于不”标准所引起的争论正好可以深化我们对于不同意问题的理解。严格说来，“不等于不”标准和反抗规则并不存在根本性的矛盾，因为语言上的拒绝或哭泣这些消极的反抗也是一种反抗。然而，由于象征性反抗情况的存在，因此“不等于不”标准所面临的最大问题就在于，它是否是一种合理的反抗？如果可以把它视为一种合理的反抗，那么采用“不等于不”标准不仅没有推翻反抗规则，反而使得该规则得以升华。

消极的反抗是否是一种合理的反抗呢？它能否合理地表明个体的真实意愿？要回答这些问题，我们必须从两个方面来进行讨论。

第一，“不等于不”标准可以给行为人提供一个合理的警告，告诉他们自己行为过界了。它也可厘定可以接受的诱惑行为和被禁止的侵犯行为的界限。笔者不否认确实存在一些男性，他们真诚地相信在性行为中，男性应该积极主动，女性语言上的拒绝、哭泣甚至身体上的反抗都

只是一种假象，是为了掩盖自己急于求欢的真实意愿，那么这种认识错误能否否定行为人的罪责呢？严格说来，这属于下文所要讨论的罪过问题。[96]此处，笔者还想从另一个角度对这种认识错误进行说明。我们知道，在评价行为人的行为时，行为人的动机或曰其潜意识的意愿在定性上是没有太大价值的。动机并不影响犯罪行为的成立，最多只在量刑上有一定的意义。基于满足女方性欲的错误动机而强奸他人同样也是强奸。在评价行为人的行为时，被害人做出某种行为的动机或潜意识就更非法律要考虑的对象。法律所关心的是行为而非导致行为形成的意识流。即使像一些男性所认为的，某些女性可能幻想着被人性侵，但这种潜意识的活动对于犯罪的成立没有任何意义。只要她在语言上对性行为表示拒绝，那么这种语言上的表示就要获得法律的尊重，因为这是一个正常人的理性表示。至于这种理性的表示出于何种动机，被害人的内心过程有过如何复杂的矛盾冲突，法律都不应该理会。无论男人还是女人都会有一些幻想，其中不乏一些邪恶可怕的幻想，但只要这种幻想没有付诸实践，那么它在法律上就没有意义。男人的性梦并不代表男人的性现实，女孩的性幻想也不等于她们真正的愿望。尽管有些男性日复一日地幻想女性希望被性侵，但只要他没有将其幻想转化为实际行为，那么这种想法就不具有可谴责性。然而，当他无视女性语言上的拒绝，在自己错误动机的支配下，用行动来实践自己的幻想，那显然要接受法律的制裁。同样，对于女性而言，即使她们曾经幻想被人性侵，但只要在客观上她们没有将这种想法表露出来，那么他们客观上的拒绝就要获得法律的尊重。

我们不能以男性的幻想和偏见来要求女性，即使所有的男性都认为女性的消极反抗只是装模作样，这种错误认识也不能为法律所纵容。虽然法律不能激进地改变社会习俗，但是法律至少要在最低限度上推进男女平等的理念，实践对基本人权的保障。法律应当倡导男性对女性的尊重，不要把女性视为纯粹泄欲的工具，要把她们看成有理性有尊严的人。要求行为人尊重对方语言上的反抗权并非是对男性施加过多的义务，如果法律的本意真是为了保护女性的性自治权，那么没有理由认为：为什么简单而清楚地说“不”不足以表示女方的不同意；如果认为妇女有性自治权，那么她应当知道自己想要什么和知道自己在说什么。妇女想要性的时刻会说“是”，不想要时会说“不”，这些语言上的表示应当被尊重。女性语言上的拒绝或者哭泣是一个明显的信号，告诫行为人要注意自己的行为有从诱奸变为强奸的危险，而在此时，行为人至少负有询问的义务。这对他来说是十分方便的，因为被害人就在他旁边，他没

有理由仅凭自己的推断就看出对方的心思，而连问都不问。他应该确认自己的想法是否正确，而如果他连这么容易履行的义务都无暇顾及，那么他就必须为自己的错误付出代价，因为他的这种错误会对她人造成了足够大的伤害。因此，法律绝对不能按照“不等于是”的偏见来要求被害人，因为这会对被害人造成严重的伤害，法律应该让行为人谨慎行为，行为人的错误应当受到惩罚。任何人都不应该从自己不当行为中获益，否则就是对法律的污蔑，要求行为人尊重对方的语言并非过分要求，这不过是要求行为人在行为时遵守人类交往的一般规则。

第二，女性能否理解自己消极反抗的意义？笔者的观点是肯定的。从实证调查中，大部分（60.7%）女性从未有过象征性反抗。当然，我们承认象征性反抗客观存在，但是这并不能表明女性不能理解性行为。严格从心理学、精神分析学的角度出发，人类的许多行为的含义都是模糊不清的，有时甚至无法用理性来说明，然而在法律中，我们却会认为这些行为是人类在理性的思考下做出的。正如在合同缔结过程中，当事人一方由于缺衣少食，虽百般不愿但仍将祖上房产出卖，他在合同上签字在法律上就是对交易行为的同意，难道我们还需要从心理上去分析它的意愿吗？法律科学要求规范性，这也正是它区别于心理学等非规范科学的一个重要标志。在刑法学中，笔者赞同古典学派所倡导的意志自由理论，即行为人有选择的自由，他的犯罪是在意志自由的支配下实施的，从而对他施加惩罚是正当的。虽然从犯罪学的角度来思考，由于环境、遗传等各种因素，人有时是没有选择自由的。因此近代学派会反对意志自由理论，倡导决定论的观点。然而今天的刑法理论主要还是建立在意志自由理论基础上的。同样，从法学规范的角度，如果我们认为女性和男性一样都是有理性的生物，那么必然要承认她们能够理性地理解和控制自己的性行为。对于那些有过象征性反抗的女性而言，如果她们的真实愿望是同意与男方发生性关系，那么她们事后很少会去控告男方犯罪。然而，一直以来，司法部门对于性侵犯的被害人都表现出了一种深深的不信任，他们害怕女性撒谎、报复而使男性受到冤枉。虽然没有经验统计表明性侵犯罪的虚假报案率是最高的，但人们还是会担心，女方会诬告被告。许多人认为，性侵犯的报案率至少有50%是虚假的，很多性侵犯案件都是女性出于愤怒而报复，或者是担心未婚先孕受到社会歧视而对男性进行诬告。但是有相当比例的人认为这种担心是多余的。[97]性侵犯案高得离谱的虚假控告率鲜有实证资料予以支持。相反在美国却有研究表明，性侵犯罪的虚假报案率从来就被高估了，只有5%的强奸案是虚假的，而其他案件的虚假报案率则是2%，这并不比其

他案件多多少。而且，如果使用女警察的话，则只有2%，最近的调查也支持2%的虚假报案率的结论。[98]

因此，笔者认同消极反抗也是一种合理的反抗。我们不能以男性的错误想法来要求女性；换句话来说，即使所有的男性都认为女性不理解性行为的意义，我们也不能以这种所谓合理的男性标准来要求女性，而只能根据女性自身的理解来评价她的反应，而这就是一种合理的一般人标准，因为男女平等是法律追求的目标。即使再多的男性认可男尊女卑的社会现实，但是也不能说在就业、劳动、薪酬、升学等社会生活中对女性进行歧视就是正当合理的，合理的一般人标准要求男性平等地对待女性，在性行为中也不例外。既然在法律上我们认为女性能够理性地理解性行为，而且也没有足够的证据说明性侵犯案件的虚假报案率高于一般案件，因此象征性反抗的客观存在也并不能否认消极反抗是女性不同意的一种客观表现，至少对于那些报案的女性，情况更是如此。

然而，存在的另外一个问题是，如果被害人在说不之后又明显改变了意愿，比如女性在傍晚说不，但在深夜与男性发生了性行为，或者在性行为中，对男方的抚摩起初反对，但态度随后又发生改变，这些情况应如何处理呢？[99]苏珊认为，男性不应该试图改变女性的意图，因为重复性要求本身就具有强制性。她以警察审问犯罪嫌疑人的米兰达规则进行类比，认为根据米兰达规则，如果嫌疑人保持沉默，那么他的这种拒绝说话的权利要受到尊重，警察不应该试图去改变嫌疑人的心态，否则随后的坦白将被认为是非自愿的。[100]但是，苏珊的这种类比显然有点不伦不类，因为米兰达规则是在嫌疑人处于监管状态下实施的，而“不等于不”标准主要处理的是熟人犯罪，它一般发生在约会之后。大多数男女之间的约会行为显然与警察的审讯室的情境是不相同的。更何况，即使是嫌疑人也可以放弃自己沉默的权利。因此，我们不能否认女性有可能在拒绝后又改变自己的意愿，正如在民事交易中砍价还价就是一种不断进行拒绝——同意的博弈。在性行为中，女方的态度当然是可能改变的。当然这种改变不能因为男方的强制，这并不是女方的心态没有改变，而是这种强制下的同意在法律上是无效的。

被害人对于性行为的态度有可能改变，“不等于不”标准对此很难进行解释，这恰恰说明了它无法替代反抗规则。相反，反抗规则却可以在包容“不等于不”标准的同时对此现象加以很好的说明：根据反抗规则，通常不意味着不，如同身体反抗，语言上的拒绝可以清楚地对行为人警

告，并在实体上确证不同意的存在。但是如果“说不”和性行为的发生之间还有一段时间差，那么在多数情况下，面对行为人的恳求，主张不同意者应当再次拒绝，或者通过语言或者通过身体形式。这不能被看成是让女性承担过多的法律义务。因为人类经常改变自己的主意，在拒绝之后，面对行为人的再次恳求，合理的反抗规则要求被害人重复自己的拒绝，而不能仅仅是保持沉默。行为人的这种纠缠行为十分粗鲁并令人生厌，但仅仅因此就把他送往监狱也许就过于苛刻了，除非他对于被害人的再三拒绝仍然强力为之。对于被害人而言，面对行为人的恳求，她们除了再次拒绝之外，最好的解决办法是选择离开（前提是有离开的可能），而没有必要将自己陷于危险的境地。

（2）肯定性同意标准

肯定性同意标准认为，在没有自由地、肯定性地表达同意的情况下，性行为就是非法的，这种规则更多的还是一种学术理想，在司法实践中的运用非常有限。

肯定性同意标准的优点是明显的，主要体现如下。

首先，它可以和其他法律相协调。根据肯定性同意标准，如果被害人没有通过语言或行为给予肯定性的同意，那么她的沉默在法律上就要看成是对性行为的拒绝，这显然与民事法律有关意思表示的原则相一致。在民事法律中，如果没有法律的特别规定，那么沉默就是一种拒绝的意思表示。因此，如果采纳肯定性同意标准，那么就可以实现民事法律和刑事法律在不同意问题上的协调一致。

其次，肯定性同意标准具有反抗规则所具有的确证功能、平等对待功能、界限功能：它可以确证不同意的存在，在未得到被害人肯定性同意的情况下，就应该推定被害人对性行为是不同意的；这种客观化的规则可以确保司法操作稳定性和统一性，从而保证被告人在审判时获得平等对待；另外它也对行为人提供了一个清楚的警告，为他们的行为划定了界限，如果缺乏被害人的肯定性同意，其求欢行为就是被法律所禁止的。

再次，这种规则与“不等于不”标准相比，更体现了对女性的尊重。它要求行为人应礼貌地尊重女性的意愿，如果她表示同意，无论是通过语言还是行为，那么他就可以继续。如果没有，那么他或者应该停止自

己的不当行为或者应等待女方改变态度。根据这种规则，当女性在语言上表示拒绝（不等于不），显然也缺乏肯定性的同意，因此认为女性不同意性行为；在女性既没有表示出同意也没有表示出拒绝的情况下，也即对男性的性要求保持沉默，这也要认为她不同意发生性行为。

第四，它能很好地解决司法实践中的迷奸、偷奸案件，当男方利用女方的酒醉、昏迷或熟睡等状态攫取性利益，由于女方没有肯定性意思的表示，按照肯定性同意规则，这些行为都可视为犯罪。

最后，这种规则也可以避免“不等于不”标准无法解决被害人不能改变心态的困窘局面。

然而，与反抗规则和“不等于不”标准相比，肯定性同意标准很难获得社会风俗的支持。毋庸置疑，肯定性同意标准的提出反映了社会性观念的变化，它倡导一种更加开放的性观念：女性在想要性的时候，应该大胆地说出来，而不要犹抱琵琶半遮面。然而，这种性观念或多或少带有超前性。在当下中国，即使是夫妻，女性也很少和丈夫谈论自己的性愿望，公开谈论性事在道德层面上更是不被允许的。虽然中国的性风俗正逐渐从封闭走向开放，[101]但是，多数人仍然认可对于性行为的“许做不许说”的原则。那些敢于公开言说自己性事之人不是被视为异端就是先锋，更不要说那些在性事中处于相对保守地位的女性了。因此，如果采纳肯定性同意标准，至少在很长一段时间会使得刑法与社会风俗严重抵触。

一般说来，刑法与社会风俗相抵触的情况往往出现对行为人有利的场合下，比如说对于卖淫、通奸、乱伦的非犯罪化规定。而在对行为人不利的情况下，刑法则很少与社会风俗矛盾，这是因为刑法的惩罚性直接来源于社会风俗的支持，如果失去了这种支持，不仅会使法律缺乏可执行力，而且也会造成大量不知法而犯罪的情况，而在这种情况下，如果行为人缺乏道德上的可归咎性，对于他们进行惩罚则可能不公平。很少有人通过学习法律来了解自己的法律义务，他们往往是从习惯和道德中获得这种认识的。因此，在刑法的改革中，一种惩罚性的规定不应该过分偏离于社会习俗的规定。而在当前社会，女性的沉默是社会风俗所广泛认可的一种同意的意思表示方式，法律显然不能贸然改变人们的这种认识，尤其是通过最严厉的惩罚方式——刑罚——来改变这种认识。因此，即使在刑法中规定肯定性同意标准，其法律效果也值得怀疑。再

次提醒大家注意的是，不能为了某种公共政策的需要而牺牲了被告人的自由，捍卫个体的性自治权并不比在特定案件中追求正义更为重要。法律不能以完全牺牲男性利益的方法来实现对女性性自治权的保护。如果我们认同刑法的补充性、歉抑性并希望每个被告人获得公正处理，那么试图激进地改变社会风俗而进行的理想主义实践就是不能被接受的。[102]

也许若干年后，社会风俗对于女性会更加开放和宽容。那时，也许大多数女性不仅敢于在大庭广众下公开讨论性事，而且还敢于积极主动向男性求欢，要求在性行为中得到对方肯定性同意的做法会深入人心。肯定性同意标准也就自然而然会被法律所采纳，然而，至少在今天我们不应该做后天的事情。

4．一种新的合理反抗规则

对于不同意，我们必须通过一定的客观规则进行判断。经过比较分析，我们发现反抗规则具有相当的合理性，它可以平衡男女两性的利益。当行为人行为具有严重强制性以及被害人由于年龄、身体等原因缺乏同意能力，很容易推定被害人的不同意，因此无须考虑被害人是否反抗。在本章最初谈及的威尔森案中，被告以严重的身体暴力相威胁，本身就足以压制被害人的反抗，被害人无须进行最大限度的反抗，她在语言上已经明确表示了拒绝。虽然女方为了避免感染性病，让男方采取防护措施，但这并非对性行为的同意。这正如杀人犯百般折磨被害人，被害人只求速死，这也绝非对死亡的同意。事实上，暴力胁迫下的同意本身就是无效的。

但是，当行为人的行为强制性不明显，那么就应该通过被害人的反抗表明这种行为的过度性，风险是否为社会允许。

被害人的反抗当然应该达到一定的客观标准，这种客观标准既不能脱离社会实际又不能对陈腐的社会风俗过于妥协。法律与社会风俗之间不能产生太大的鸿沟，因此虽然肯定性同意标准有种种优点，甚至很有可能是时代发展的趋势，但贸然用法律形式肯定这种过于理想化的规则显然过于激进。但是，对于过于落后的社会风俗，法律不能苟且甚至纵容，法律至少在最低限度上应当有所作为。笔者并不指望，当前法律会

把被害人的沉默看成拒绝，但至少被害人语言上的明确拒绝或者哭泣要获得法律的尊重，法律必须抛弃“不等于是”的偏见。因为这种偏见是对男女平等原则的公然践踏，也越来越为变迁中的社会风俗所不容。因此，语言上的拒绝和哭泣这种消极反抗也应该被视为反抗的一种形式，对于那些无视被害人消极反抗的行为人甘冒社会所不允许之风险，对其惩罚具有道德上的正当性。然而，人类的态度有可能变化，如果消极反抗和性行为的发生之间有一段时间差，那么行为人试图改变对方态度的做法也就合乎情理。面对不断纠缠着的行为人，反抗规则要求曾经不同意的被害人再次拒绝，在可能的情况下选择离开。同时，反抗规则是以被害人存在反抗能力为前提的，因此反抗规则也可以包容肯定性规则的合理部分，当被害人处于酒醉、昏迷或熟睡状态，由于被害人本身缺乏反抗能力，因此它无须反抗，这种状态本身就可推定她对性行为的拒绝。总之，这种客观标准综合考虑了男女两性对性的不同看法，并根据人类经验的总和来确定被害人的反抗标准是否合理，在吸纳“不等于不”标准、肯定性同意标准的同时弥补了它们的不足，我们把这种综合性的反抗规则称为新的合理的反抗规则。[103]

需要说明的问题是，在强制不明显的情况下，被害人之所以放弃反抗是因为害怕，根据合理反抗规则，这种害怕应该是一种合理的害怕，也即一般人会因此而放弃反抗，从而让行为人认识到被害人的不同意。对于绝大多数人而言，面对熟人的索吻、抚摩之举都不至于因为害怕而不敢反抗。然而，特别要指出的是，如果被害人过分胆小而放弃反抗，虽然她没有达到一般人反抗标准，但是如果行为人恰恰就是利用被害人这种胆小的弱点来攫取性利益，那么被害人反应虽然并非合理反应，然而因为行为人对于被害人态度心知肚明，因而对其进行惩罚也是正当的。[104]但是，如果被害人过分胆小，而行为人并不知情，[105]那么因其无法预知被害人的不同意，则没有必要对其进行惩罚。这可以看作是对合理反抗规则的适当补充。事实上，对于不同意问题，除了借助客观上的合理反抗规则外，而且还要结合行为人的主观心态综合考察，对此我们在下文会重点讨论。

第三章
不同意的表现形式

一、表现形式的分类

不同意是性侵犯罪的本质特征，如果不考虑婚内性侵犯这种复杂情况，那么其表现形式大致可分为三种，它们都应该符合合理反抗规则：其一，行为人所使用的手段具有严重的强制性，导致同意无效，行为人行为的严重过度性决定了被害人无须反抗；其二，被害人由于年龄或身体原因不能理解性行为的意义，因而无性同意能力，并且由于欠缺反抗能力而无须反抗，行为人实施性行为就是一种犯罪行为；其三，对于成年健康的被害人，如果行为人所使用的手段不具有明显的强制性，那么在判断其行为是否具有过度性就必须依赖于被害人的反抗，这种反抗应当达到合理反抗标准，否则就不值得刑法保护。

对于这三种不同的犯罪行为，其刑罚不能等量视之。一般说来，前两种犯罪行为纯粹把被害人视为发泄欲望的客体，对被害人会造成严重的伤害，行为人在道德层面上具有极强的可谴责性，一直以来这些行为也是性侵犯罪最主要的惩罚对象，因此其刑罚相对要重。至于第三种情况，虽然也侵犯了被害人的性自治权，但行为人在道德上的可谴责性相对较弱，他对被害人的伤害也相对较轻，在历史上和学说上对于这种行为是否应该惩罚在认识上也不太统一，因此对其规定相对较轻的刑罚是恰当的。

如果不考虑被害人无能力的情况，那么行为人所使用的强制手段就可以分为两类，其中一类具有严重的强制性，而另一类的强制性并不明显，必须通过被害人的反抗表明行为人行为具有过度性。但是1984年司

法解释对强制手段的规定显然没有这种区分，因此司法部门在具体配刑时，也就很少区别这些不同性质行为。如司法解释认为“暴力手段”是指行为人直接对被害妇女采用殴打、捆绑、卡脖子、按倒等危害人身安全或者人身自由，使妇女不能抗拒的手段。而像“按倒”这种行为本身就无法区别于正常的性行为。至于其他的危害人身安全或者人身自由的暴力手段，司法解释也没有在强制程度进行区分。根据这种司法解释，陌生人拳脚相加与亲密朋友之间的拉扯推搡的法律意义是相同的。又如司法解释对“胁迫”的解释，以“扬言行凶报复相威胁”与“利用迷信进行欺骗”“利用职权以及孤立无援的环境条件进行挟制”同属“胁迫”行为，但两者的强制程度显然有质的区别，前者的威胁具有对人身伤害的严重性和紧迫性，因而行为人的行为本身就具有了惩罚上的正当性，而且也不需要考虑被害人是否反抗。而后者的威胁并不具有这种严重性和紧迫性，其强制性并不明显，要根据合理反抗标准来衡量被害人是否需要反抗以及这种反抗是否达到了法律的标准，威胁的过度性取决于被害人的反抗。

虽然在学界很少有人对这些不同的犯罪行为进行细分。然而，在有关“其他手段”是否需要具有和暴力、胁迫相同的强制性质的讨论中，却让人看到了些许曙光。有学者指出其他手段并不限于强制手段，并认为应该修改刑法，用新的罪名来概括那些不具有手段强制性的行为，比如有人指出，奸淫女精神病人……以及利用职权、教养关系奸淫妇女的案件由于不具备强奸的本质特征，手段上的强制性。因此对刑法应当修改，增加专门的犯罪。如奸淫女精神病人罪，利用权势奸淫妇女罪。[1]还有人指出，应当设立诱奸罪，以区别使用强制方法的强奸罪。[2]在罪刑法定原则确立不久，有学者甚至指出，1984年司法解释关于其他手段的解释是违反罪刑法定原则的。乘机奸淫只有奸淫行为而并没有使用暴力、胁迫等方法。普通的强奸罪与乘机奸淫不能为一个罪名所包括。[3]这些看法无疑触摸到了问题的关键，试图区分不同性质的犯罪行为，其学术的努力方向无疑是应该肯定的。

在笔者看来，如果法律真的试图在捍卫性自治权这种基本人权上有所作为，那么对于性自治权就必须达到和财产大致相同的保护力度。性作为一种个体可以控制的利益，虽然不能和财产完全类比，但至少要获得和财产一样的尊重。既然法律禁止使用暴力、胁迫、敲诈、窃取、欺骗等方式侵占他人财产，那么使用类似手段攫取他人性利益的行为同样也要受到法律的惩处。因此，在对三种不同性侵犯行为进行讨论的时

候，我们试图借助法律对财产犯罪的有关规定，并根据合理反抗规则，推进我们对性侵犯罪的理解。当然，为了对当下的司法实践有所帮助，我们应该尽可能地对现有的法律用语加以重新诠释，并促使罪刑法定的明确性原则得以贯彻，在笔者看来，既然刑法把强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪的手段分为暴力、胁迫、其他手段，那么可以将暴力、胁迫理解为最严重的强制手段，而其他两种性侵犯行为则可为“其他手段”所包括。

二、严重强制手段与同意

当行为人使用的手段具有严重的强制性，那么由此而得到的同意是无效的。面对严重强制性的手段，要求被害人反抗可能会增加她们受到伤害的可能，因而在这种情况下也就无须考虑被害人是否反抗。

严重的强制手段包括暴力和胁迫两种形式。

（一）暴力

行为人通过暴力强迫对方同意，这种同意显然是无效的。暴力本身就表明了行为的过度性。为了区别于性行为本身所伴随的行为，此处的暴力应做狭义理解。也就是说，这种暴力必须是当场实施的严重危及人身安全的暴力，足以排除被害人的反抗。因此只要行为人使用了暴力，就无须考虑被害人是否反抗。当然暴力并不一定要造成实际上的严重伤害，只要它具有造成严重人身伤害的危险，从而使得被害人放弃反抗。暴力所针对的对象不仅仅限于被害人，也可以针对第三人，事实上，这里的暴力应当理解为和抢劫罪相同的暴力水平。

（二）胁迫

1984年司法解释对胁迫的理解非常广泛，它既包括严重强制手段下的威胁，也包括强制不明显的威胁。它认为，强奸罪中的胁迫手段“是指犯罪分子对被害妇女威胁、恫吓，达到精神上的强制的手段。如：扬言行凶报复、揭发隐私、加害亲属等相威胁，利用迷信进行恐吓、欺骗，利用教养关系、从属关系、职权以及孤立无援的环境条件，进行挟

制、迫害等，迫使妇女忍辱屈从，不敢抗拒”。显然，这里的胁迫范围十分广泛，它不仅仅包括抢劫罪中的胁迫手段，还包括敲诈勒索罪中的威胁和要挟方法，甚至还有诈骗罪中的诈骗手段。而这所有的手段，如果其侵害对象是财产而非性利益时，其刑罚则有很大区别。以强奸罪为例，其基本刑为三年以上十年以下，这与抢劫罪的基本刑相同，而敲诈勒索罪与诈骗罪的基本刑则为六个月以上三年以下。既然用诈骗手段、敲诈手段获得财产利益与通过暴力、胁迫类的抢劫手段获得财产利益在刑罚上有明显区别，那么为什么诈骗手段、敲诈手段和抢劫手段获得性利益的刑罚评定却大同小异呢？这显然不符合罪刑均衡原则。可见，笼统地理解性侵犯罪的胁迫手段，显然无法公正的分配刑罚，也无法和其他犯罪相协调。因此对胁迫应当作限制性理解，这种胁迫是指行为人以当场使用严重危及人身安全的暴力相威胁，显然这种威胁本身就足以压制被害人的反抗，因此也就无须考虑被害人是否反抗。

三、能力瑕疵与同意

当被害人缺乏同意能力，与其发生性行为显然是要受到谴责的。这是因为性自治权的关键就是保护人们免受非合意的性行为。当被害人由于年龄、疾病、昏睡或者被酒精、毒品等麻醉而无法作有效同意之时，行为人与之发生性行为显然是把对方当成纯粹满足性欲的客体，其行为必须受到法律的严惩。以下，我们对这些情况分别予以讨论。

（一）年龄与同意

未成年人是民族的未来，因此必须对其进行特殊保护。过早的性侵害会对未成年人的生理和心理造成极大的伤害，为了民族的利益，未成年人的性同意能力要受到限制。因此世界各国通常都认为与一定年龄以下的未成年人发生性行为，无论未成年人是否同意，都构成犯罪。

对同意年龄，世界各国并不统一，但通常是划定某个固定年龄界限，在这种界限以下的未成年人在法律上没有性同意能力，在我国，这个年龄界限为14岁。需要注意的是，在确定年龄界限的时候，要综合考虑人的性成熟期、社会的性开放程度和国家的司法控制能力。但是，年龄界限与性成熟期并不完全相同。法律对同意年龄的规定在很大程度上只是一种法律拟制。事实上，在大多数普通法系国家，通常都把与未成年人发生性行为的犯罪称之为法定性侵犯罪。[4]

曾有人认为，对同意年龄标准不能机械理解，而要视其发育是否达到性成熟程度灵活掌握。对此，我国学者指出，未成年人是否发育成熟无科学标准，在目前医疗条件下要科学地做出准确界定很困难。而且这种犯罪有不少是事过较长时间才发觉的，要鉴定未成年人被侵犯时是否性成熟，就更加困难了。所以刑法的法定年龄标准是不可动摇的。[5]这种论断应该说是比较恰当的，法律对于同意年龄的规定，只是一种为了

民族利益的法律拟制。如果以性成熟与否来判定是否有同意能力，这不仅会导致司法上的无所适从，而且还无法实现对民族利益的特殊保护。

对于幼女年龄，[6]明清以及民国初期，法律上都规定为12岁。但考虑这个年龄界限过低，为了保育民族健康，并迎合西方国家的立法趋势，1928年出台的《中华民国刑法》将此年龄界限提高到16岁。[7]随后在修改刑法过程中，多数人认为16岁太高，“根据通常女子发育程度，及表示同意之能力而言，似觉太严”，该年龄界限只适合乡村但不符合都市的实际情况。于是在1933年颁布的《中华民国新刑法》又把年龄界限降至14岁。[8]

在世界范围内，围绕着同意年龄，有自由主义与保守主义两个派别的争论，前者主张降低同意年龄，赋予未成年人更多的选择自由；而后者主张提高同意年龄，加大对未成年人的保护力度。大多数国家都试图在这两种立场中进行平衡，既要保障个体在性上的选择自由，又要满足社会对维护其正常运作而对个体的义务期待。[9]

当前世界各国在同意年龄[10]问题上有一个明显的趋势，那就是提高性同意年龄，之所以如此，主要是考虑到人的性生理发育与性心理发育是不一致的。人类的性成熟更多表现在性心理的成熟。个体在性生理发育成熟的过程中，与之伴随的是性心理的形成和发展。研究表明，性心理的初步形成期是在15—17岁，其表现就在于早恋现象的出现。到18岁以后，性心理才逐渐发育成熟。人们才能正确认识男女两性的关系，形成正常的性情感和性意志，能够自觉按照社会道德规范和法律要求，主动控制自己的性冲动和性行为，这才是个人性成熟的基本标志。[11]考虑到性成熟并不单纯依赖于生理上的成熟，而那些生理刚刚发育成熟的女性往往更容易成为男性的性欲对象，因此许多国家都提高了性同意年龄，把保护对象扩大到少女。这正如Parsons v. Parker一案所指出的，“法律之所以要规定法定强奸罪，是因为当女性进入青春期，法律认为她们没有控制其羞耻心的自由意志，因此要保护她们不受男人的性侵犯。法律认为她们没有同意能力……她们不是性欲满足的对象，因此如果男性用她们来满足一己欲望要受到惩罚。”[12]

在普通法系国家，最初同意年龄为10岁，但是，各地在进行法典化改革中，很少有保留如此低的年龄规定的。从20世纪以来，许多国家和地区的立法机构都把同意年龄提高到16或18岁。如美国，一般是认为16

—18岁以下的女性没有完全的性同意年龄；[13]英国则规定，不满16周岁的人没有完全的性同意年龄；加拿大和澳大利亚的同意年龄与英国相同。印度在19世纪作为英国殖民地时，同意年龄最初也是10岁，1891年提高到12岁。独立之后，又将同意年龄提高到16岁；在东南亚，由于不少地区法律并未禁止卖淫，因此出现大量境外游客规避法律的性旅行现象，[14]不少国家纷纷提高同意年龄，泰国的同意年龄最初是13岁，1987年同意年龄提高到15岁，1996年，以性交易为目的的同意年龄提高到18岁；菲律宾的同意年龄在1992年从12岁提高到18岁。[15]

需要说明的是，大部分国家很少会规定一个单一的同意年龄，通常都会根据刑事政策的需要规定数个不同幅度的同意年龄。这主要有以下三种情况。

第一，将未达同意年龄的未成年人分为非常年幼的未成年人和相对年长的未成年人年两个层次。与前者发生性关系是非常严重的犯罪，而与后者发生性关系刑罚则相对较低。在美国，只有极少数州只规定了一个单独的关键年龄，而大多数州采取两分法，比如缅因州规定，与不满14岁的女性发生性行为最高可以判处终身监禁，但是与14—16岁之间的少女发生性行为则是相对较轻的重罪。还有少数州甚至采用三分法，如纽约州把没有同意年龄的女性分为不满11岁，11—14岁、14—17岁，与这些女性发生性行为都是犯罪，并应处以重轻不等的刑罚。[16]美国《模范刑法典》采取的也是两分法，它规定了10岁和16岁两个关键年龄，与不满10岁的女性发生性行为是二级重罪，而与10岁到16岁之间的女性发生性行为则是三级重罪。[17]英国《1956年性犯罪法》也采取了相似做法，它把与不满13岁的女性发生性行为规定为可以判处终身监禁的犯罪，而与13以上不满16岁的女性发生性行为，最高刑则为两年监禁。[18]采取性别中立主义立法之后，普通法国家同样保留了这种区分，如英国《2003年性犯罪法》规定了对不满13岁的未成年人（男童及女童）实施的强奸、插入性攻击及性攻击罪，同时还专门规定了与未成年人发生性行为罪，其对象是不满16岁的未成年人。[19]

第二，将同意年龄区分为对普通人的性同意年龄与对具有信任关系之人的性同意年龄。不少国家认为，如果行为人与被害人存在教养、监护、教育等特殊的信任关系，性同意年龄应当高于普通的性同意年龄。比如如英国《2003年性犯罪法》规定：滥用信任关系与18岁以下的人发

生性行为要处以5年以下的监禁刑，但是，该国的法定性侵犯罪则包括与不满13岁的未成年人发生性关系和与13岁以上不满16岁的未成年人发生性关系种罪行，普通人的性同意年龄为16岁；[20]又如美国《模范刑法典》规定了10岁和16岁两个同意年龄，与不满10岁的女性发生性行为是二级重罪，与10岁到16岁之间的女性发生性行为则是三级重罪，但同时又在第213条第3款规定："男性与并非自己妻子的女性发生性行为……如果具备下列情况，构成犯罪……被害人不满21岁，而行为人是对方的监护人或对他福利负有通常的监督职责之人……"[21]

第三，根据性行为的不同方式区分不同的性同意年龄。这主要是在英联邦国家，比如，英国《2003年性犯罪法》规定的强奸罪包括三种性交方式（阴道交、口交和肛交），但却认为对前两种性交方式的同意年龄为16岁，但对肛交的同意年龄为18岁。加拿大也采取了类似的立法例。[22]这种立法受到同性恋群体和女权主义者的批评，认为这违背了性别中立主义所彰显的平等保护原则。

上述三种区分，对中国都有着重要的借鉴意义，鉴于中国还未采取性别中立主义立法，所以本书主要考虑前两种区别，暂不涉及第三种区分对我国的借鉴意义。

此处，我们先考虑第一种区分的作用，下文会专门讨论第二种区分的意义。

第一种分类方法最重要的作用就是在刑罚上区别对待，与幼童发生性行为的社会危害性明显高于与相对年长的未成年人发生性行为，因此，其刑罚也要更重。另外，这种分类方法对年龄的认识错误在处理上也有所区别。普通法系的大多数地方一般都认为与非常年幼的未成年人发生性关系，年龄上的认识错误不是辩护理由，对于年龄要素实行严格责任。但是如果被害人是相对年长的未成年人，年龄上的认识错误则可以作为辩护理由，对于这种年龄要素应实行疏忽责任。[23]如《模范刑法典》第213条6款1项规定："在本条所规定的各种犯罪中，如果犯罪所针对的对象是不满10岁的未成年人，那么行为人以不知道对方年龄，或者合理的认为对方已满10岁，都不能作为辩护理由。如果犯罪所针对的对象是10岁以上的未成年人，那么行为人如果能够提供优势证据证明他合理地相信对方在这个关键年龄以上，则可以作为辩护理由。"该法第1.13（16）对"合理地相信"进行了定义，认为它实质上是一种疏忽责

任。[24]

两分法的做法是比较恰当的，它能在保护孩子不受行为人的恶意侵犯与保障被告人的合法权利之间达到平衡。

首先，非常年幼的孩子，她们显然不能对性行为给予任何有意义的同意，她们也不能成为性满足的对象。与她们发生性关系的行为人显然严重触犯了人们普遍遵循的基本道德规范，是一种非常严重的犯罪。

其次，对于相对年长的孩子，她们已进入青春期，对性有基本了解甚至有某种欲求，但是她们对性行为的社会、心理、感情甚至生理后果的了解十分有限。因此，至少当行为人是成年人时，把这些孩子视为性侵犯的被害人是切合实际的。然而，与非常年幼的未成年人相比，和这些孩子发生性关系的社会危害性相对较小。有时，这些孩子有时还会主动诱惑行为人，那这就更应该减轻行为人的责任了。[25]

最后，在与未达同意年龄的人发生性行为的犯罪中，被告人最经常提出的辩护理由就是“我不知道对方的真实年龄”，如果一概否认这种辩护理由的存在，显然对被告人不公平。两分法的区别对待显然考虑到了这个问题，它试图在保护未成年人权利的同时兼顾被告人的权益。与非常年幼的孩子发生性关系，无论被告如何狡辩说自己不知对方年龄，也很难让人相信。因为他们根本不合适性交，对于行为的严重悖德性，行为人心知肚明。因此对年龄要素适用严格责任是恰当的，也很少会出现对被告人的不公平。但是，与相对年长的未成年人发生性关系，由于被害人在生理上可能发育成熟，甚至初通风月，主动引诱行为人，[26]因此行为人有可能出现年龄上的认识错误。十三四岁的女性完全有可能被误认为十七八岁，如果这种认识错误是合理的，是一个一般人可能犯下的错误，那么豁免行为人的罪责也就合情合理。

显然，两分法的立法模式有诸多可取之处，它值得我们学习。虽然我国刑法在奸淫幼女行为、猥亵未成年人中只单独规定了14岁这个关键年龄，但是在司法实践中，有关年龄上的认识错误以及具体的刑罚裁量，都可以借鉴两分法的做法，对此笔者在下文将做进一步的论述。

（二）心智不全与同意

心智不全之人，一般缺乏对性的理解能力，因而不能对性行为作出有效的同意。为了保护弱势群体的特殊利益，并防止有人利用被害人心智缺陷来攫取性利益，因而与这类群体发生性行为，各国刑法一般都将其视为一种严重的犯罪。如日本刑法第178条：“乘人心神丧失或不能抗拒或使之心神丧失或不能抗拒而为猥亵行为或奸淫之者”，按强制猥亵罪或强奸罪处罚。我国刑法典对此情况虽未明文规定，但是1984年司法解释规定，“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。”同时，《中华人民共和国残疾人保障法》第52条第5款也规定：“奸淫因智力残疾或精神残疾而不能辨认自己行为的残疾人的，以强奸论。”残疾人保障法的这种规定可以看作是一种附属刑法。需要说明的是，我国刑法在讨论心智不全这种特殊被害人的时候，往往都习惯于使用“缺乏性防卫能力”这个概念，当然这个概念本身可以反映出被害人反抗概念的重要性。然而，正如反抗规则是为了说明不同意这个本质特征，“缺乏性防卫能力”同样也是为了说明在这种情况下被害人的同意是无效的。也就是说因为被害人心智不全，缺乏性防卫能力，因而无法反抗，从而她对性行为的同意是无效的。因此用“缺乏同意能力”这个概念来取代“缺乏性防卫能力”更为精确。

与心智不全之人发生性行为构成犯罪，并不要求行为人使用暴力、胁迫等强制方法。这再次表明了性侵犯罪的本质特征是不同意而非强制方法。正是因为被害人缺乏做出有效同意的能力，因此与其发生性关系才构成犯罪。非强制的性行为成为犯罪的前提必须是被害人缺乏对性的同意能力，从而无法给予有效的同意。一般说来，法律不应该干涉人们在私生活上的自由，除非某人自由的行使妨碍了别人的自由。法律所保护的性自治权是一种拒绝与他人发生性行为的消极自由，当被害人由于心智不全而不能正确理解性行为的意义，无法有效地对性行为表示同意，那么与之发生性关系显然就侵犯了她们在性问题上的拒绝权。但是，法律在对心智不全者进行特殊保护的同时也干涉了她们在私生活上的积极自由。与心智不全者发生性行为可能受到法律的惩罚，这实际上限制了这些人的性权利，然而法律的目的并不在于干涉或剥夺心智不全者的性权利，而是为了保护弱势群体的利益不受他人的掠夺。因此，如果与心智不全者发生性关系之人没有利用她们的弱势地位，那么就谈不上性自治权受到侵犯一说。法律对这种私人生活也就不应干涉，否则就是对心智不全者正当权利的剥夺。这正如民法认为精神病人无民事权利能力一样，法律也并非剥夺精神病人的权利，而是害怕有人会利用精神

病人的缺陷造成交易的不公平。因此，当交易行为对精神病人有利，那么这种交易行为则可能是有效的。总之，法律不应该完全禁止心智不全者的性权利，否则就是通过保护来剥夺她们的自由。只有那些利用心智不全者缺陷的人才应当受到惩罚，也只有那些确实不能理解性行为意义没有性同意能力的病患才值得法律的特殊保护。

那么如何理解性同意能力呢？心智不全者是否一律没有性同意能力？对此，残疾人保护法把缺乏性同意能力的对象限定为智力残疾或精神残疾，并要求这种残疾要达到不能辨认自己行为的程度。而1984年司法解释则认为，心智不全而缺乏性同意能力的人只限于精神病患者或痴呆者（程度严重的）。另外，间歇性精神病患者在未发病期间有性同意能力，与其发生性行为，如果得到她同意，不构成强奸。这里要说明的是，司法解释在表述上存在明显的歧义。我们既可以把它理解为程度严重的精神病患者或程度严重的痴呆者没有性同意能力，也可以理解为精神病患者或程度严重的痴呆者没有性同意能力。有学者就是根据后一种理解，从医学角度，对程度严重的痴呆者做了进一步细分，认为痴呆者可以分为鲁钝、痴愚、白痴。对于第一种痴呆法律一般没有必要进行特殊保护，但是对于第二和第三种痴呆者，则应该特别保护。[27]显然，残疾人保护法与司法解释存在明显的区别。前者对于性同意能力有两个判断标准，一是医学标准，即要求被害人是智力残疾或精神残疾，当然这也可以用司法解释的痴呆或精神病人的用语所取代；二是心理学标准，即要求被害人由于残疾而不能辨认自己行为。但是1984年司法解释显然只有医学标准，而无心理学标准。另外，司法解释中的医学标准更高一点，因为残疾人保护法并没有“程度严重者”的限定语。这里需要注意的是，虽然残疾人保护法和1984年司法解释对心智不全者的称谓并不相同，但在医学上，无论是精神病人还是痴呆或者说精神残疾和智力残疾，他们都属于精神疾病。根据1994年5月，第一届中华医学会精神科学会通过的《中国精神疾病分类与诊断标准》第2版的规定，痴呆（智力残疾）属于精神发育迟滞，它是一种特殊的精神疾病，[28]因此为了和医学标准相统一，应该使用精神病人这个概念，它既包括司法解释所说的精神病患者（精神残疾）也包括痴呆（智力残疾）。[29]

在笔者看来，精神病人之所以会缺乏性同意能力，主要是不能正确了解性行为的意义。然而，精神病人由于患病程度不同，他们并不必然缺乏对性的理解能力。精神病人的成因很复杂，但一般可以归结为大脑某个部位的器质性损坏或发育不足。但是由于疾病成因和表现的复杂

性，许多精神病人虽然在某些方面存在缺陷，但是在另外一些方面则完全可能是正常的，甚至还有可能优于一般人。[30]另外，有些精神病人虽然在其他方面正常，但很有可能在性问题上缺乏正常的理解能力。因此，不能一律认为精神病人就缺乏性理解能力，更不能纯粹从医学上来看待性同意能力问题。从这个意义上来说，残疾人保护法的做法更为可取。事实上，大多数国家和地区对于心智不全者的性同意能力都采取这种做法。比如美国《模范刑法典》把心智不全理解为“有精神疾患而不能辨认自己行为的性质。”[31]密歇根州刑法把心智不全定义为“由于精神疾患，而暂时或持续性的不能判断其行为的性质。”纽约州则把心智不全定义为“被害人由于患精神病或有心理缺陷而不能理解他行为的性质。”[32]

笔者认为，应当结合医学标准和心理学标准综合判断被害人的性同意能力。这也可以和我国刑法有关刑事责任能力中有关精神病人的判断标准相协调。

首先，从医学上来看，相当一部分精神病人可能缺乏对性问题的正常理解能力，因而把由于心智不全而缺乏性同意能力的被害人限定在医学上的精神病人中具有相当的科学性，并且也方便司法操作。

其次，在医学标准的基础上，还要对被害人附加心理学上的判断。对于心理学上判断的具体标准，各国做法不太相同，但大致形成了如下观点：①被害人是否能够表达出自己对事情的判断；②她是否能理解行为的道德属性；③她是否能理解性行为的性质（性行为这个事实本身以及性行为与其他行为完全不同）以及可能的后果；[33]④她是否能够理解性行为的性质。[34]

显然，第一种标准范围太小，只有当被害人患有非常严重的精神疾病（包括智力发育非常迟钝）才可能在说“是”时不能表达自己的判断，这个标准会导致大量轻度的精神病人无法得到法律的保护，因此它不可取。事实上，这种标准也为大多数国家所抛弃。

第二种标准则与前者完全相反，它的范围过宽。它强调被害人是否能确定性行为的道德属性，这考虑的是被害人是否有正常的价值判断。虽然大多数人在通常情况下会形成正常的价值观，能够知道性行为的道德属性。但如果被害人的成长环境不佳或者曾受到反社会的教育，因而

不能充分理解社会对性行为的道德规范，不能认识到性行为的道德或伦理的意义，那么根据这种标准来确定行为人的罪责则不太合理。设想一下，某人从小就在肉欲的享乐主义环境下耳濡目染，她也许并没有认识到自己的性观念在一般人看来是不道德的，因此以这种标准来惩罚与之发生性关系的男性显然不公正。

第三和第四种标准则采取的是一种中间路线，它缩小了精神病人的范围，但又并不限于最严重的精神病人，同时它还避免了价值判断标准可能导致的不公平。当然这两种标准之间还是有细微的区别。根据第三种标准，没有性同意能力之人不仅不能理解性行为的性质，也缺乏对这种行为后果的认识。而根据第四种标准，只要无法理解性行为的性质，那么就可以认定被害人没有性同意能力。因此如果某人由于精神疾患，不清楚性行为的性质，但是却清楚地知道这种行为会导致她怀孕或感染性病。根据第三种标准，她有性同意能力，而根据第四种标准则无性同意能力。笔者认为，第四种标准更为可取。只要被害人由于精神疾病而不了解性行为的性质，就应该受到法律的特殊保护，如果还要附加对行为后果的认识，要求被害人对即刻行为的遥远后果有进一步的认识，显然无法实现对弱势群体的充分保护。需要注意的是，法律对精神病人的特殊保护是防止有人利用她们的弱势地位攫取性利益，而非完全剥夺她们性的积极自由。因此，如果行为人没有利用被害人的弱势地位，那么这种非强制的性行为就不应该受到法律的干涉。根据这一结论，至少可以形成如下两个推论。

第一，行为人必须在一定的犯罪心态的支配下与精神病人发生性行为，才存在利用对方缺陷的可能，而如果根本无法知道对方是精神病人，那么也就不存在处罚的前提。[35]当然，至于这种主观心态应该界定为故意还是过失，则有待研究。

第二，与精神病人在婚姻内发生的性行为一般不应该看成犯罪。[36]一般说来婚姻内所发生的性行为不存在利用对方缺陷的情况，因而没有侵犯对方的性自治权，所以不具有惩罚的正当性。具体说来，这又可以细分为如下几种情况：被害人婚前患有精神病，而行为人不知，在结婚之后才发现对方有精神病，但仍然与之性交，性交的发生并没有利用对方精神缺陷，因此刑法对这种私人生活不应该干涉；被害人在婚后患上精神疾病，病后夫妻双方仍有性行为的发生，对此情况，也不能以犯罪论处；行为人知道对方是精神病人，但仍然与之结婚，婚后

与之发生性关系。[37]这种情况与前两者不同，婚姻的成立利用了对方缺陷，性行为的发生自然也利用了对方缺陷，因而对精神病人的性自治权有一定的侵犯。但是如果用刑罚手段加以制裁，反而会使精神病人无人照料，对被害人更为不利。另外，性与人的精神疾患往往有很大关系。希波克拉底曾经指出，歇斯底里（这是希腊文Hysteria的音译，而Hysteria意为子宫）是妇女特有疾病，其发病原因与子宫有关，治疗此病的最好办法是结婚。而在中国民间，老百姓也往往用“冲喜”，即让精神病人结婚的办法来治疗精神障碍。[38]因此对于这类行为，虽然可以犯罪论处，但是对行为人应该免于刑事处罚。

（三）身体无助与同意

当被害人由于疾病、昏睡，或者被酒精、毒品等麻醉，处于身体上无助的状态，显然无法作出有效的同意。如果行为人利用了对方这种无助状态，把对方当成满足性欲的客体，那显然严重侵犯了被害人的性自治权，因而行为人的行为应受惩罚。1984年司法解释曾规定，“犯罪分子……利用妇女患重病、熟睡之机，进行奸淫；以醉酒、药物麻醉……对妇女进行奸淫”，都可以强奸罪论处。

一般说来，身体上无助包括两种情况，一种是被害人处于无意识状态，比如说被害人昏睡，或失去知觉；另一种是被害人无法有效地表达自己的拒绝，比如说被害人瘫痪，或者由于药品麻醉而无法正确表达自己的意识。

对于前者，需要注意的是，只要行为人利用了被害人的无意识状态，就具有惩罚的正当性，被害人的无意识状态没有必要是行为人造成的。另外，无意识状态本身就表明了被害人无法对性行为作出有效同意，被害人事前对性行为的同意并不表明她会同意无意识状态下的性交。实践中曾经发生过这种案件，卖淫女同意和行为人发生性交，但行为人在女方不知道的情况使用麻醉药品，将卖淫女迷倒，然后发生性交。[39]对这种情况，女方虽然同意发生性交，但是并没有同意在无意识状态下发生此种行为。人们对性行为的同意，并不等于对任何形态性行为的概括性同意，人们完全还可以在性行为发生前，发生中改变自己

的意愿。将女方迷倒，让其处于无意识状态，显然是剥夺了女方在性行为过程中所拥有的拒绝自由，当然是对性自治权的侵犯。

对于后一种情况，被害人并没有失去意识，但是却缺乏在语言或身体上表示拒绝的能力，而行为人利用其缺陷，显然也剥夺了她们拒绝发生性行为的自由。

利用被害人身体无助，在实践中最常见的是利用毒品或麻醉物品来减损或剥夺对方的辨认能力或控制能力，从而获得性利益。这种情况在我国俗称“迷奸”，随着毒品的泛滥，“迷奸”行为越来越成为一个社会问题，因而有必要专门研究。对于这类案件，要注意如下一些问题。

第一，被害人必须由于毒品或麻醉物品而失去辨认能力或控制能力。这既包括被害人由于毒品或麻醉物品而处于无意识状态，也包括被害人无法有效地表达自己的拒绝，比如被害人在药品的作用下，虽然能够意识到行为人试图不轨，但无法表示出自己的拒绝；再比如行为人使用性兴奋剂使被害人无法控制自己的行为，而无从拒绝。值得注意的是，在被害人由于毒品或麻醉物品而部分丧失辨认能力或控制能力的时候，她并没有完全丧失拒绝能力，没有完全失去辨认能力或控制能力，那么使用毒品或麻醉物品行为本身并不足以推定被害人对性行为的不同意，如果被害人没有达到合理的反抗规则的要求，那么在法律上也并非是对性行为的不同意。

第二，如果被害人自愿服食毒品或麻醉物品，那么一般不应该追究行为人的刑事责任。酒精或麻醉物品会造成人的能力丧失，但是在求爱的时候，这两种东西往往是必不可少的。人们经常借助美酒或大麻来缓解压力，表达感情，这些东西如果滥用，当然很可能使人麻醉而失去意识。但如果服食行为是在双方同意下发生的，那么由行为人对后果承担全部责任显然不公平的。“酒后乱性”，人们在醉酒之后，容易做出乱性之事，自愿陷入醉态可以看成是对这种风险的认可，因此当被害人同意服用毒品，自愿陷于危险境地，对于后果的发生也难辞其咎，因此，不宜追究行为人刑事责任。当然，如果行为人故意利用被害人自愿服用毒品或麻醉物品的无助状况，比如男方劝女方服食，但自己不用，待女方神志不清，于是与之发生性交，这当然构成犯罪。

四、强制不明显与同意

被害人在强制不明显情况下的不同意，要根据合理反抗规则予以判断。为了和财产犯罪相协调，笔者将这些情况分为如下几种。

（一）威胁

这里的威胁是指强制不明显的威胁。如果和财产犯罪相比较，那么它基本上相当于敲诈勒索罪所使用的威胁手段，而有别于抢劫罪中的胁迫。与敲诈勒索罪略有不同的是，这种侵犯行为是通过一定的威胁手段当场获得性利益，而敲诈勒索罪则存在事后取财的情况。在这类犯罪中，行为人所使用的威胁手段即使具有暴力强制性，也无当场实施的可能，比如以将来的伤害相威胁。更多的时候，行为人往往通过非暴力类的威胁，比如说揭发隐私，损害人格、名誉等相威胁，这种威胁更不具有当场实施的可能。因此被害人并非像第一类性侵犯行为那样，完全失去了反抗的可能，所以在判断这种威胁行为是否剥夺了被害人的拒绝自由，要遵循合理反抗规则，诉诸一般人的常识来判断被害人的反应是否合理，从而判断该反应是否可以给予行为人合理的警告，以决定行为人的行为是否过度。

根据这个一般性的判断规则，过于遥远或者过于微小的威胁显然可被排除出去。比如以十年之后的行凶报复相威胁，这种威胁就过于遥远，一般人面对这种威胁，显然是会反抗的。又如警察以开停车罚单相威胁，这可能最多构成轻微的滥用职权罪，而不能构成性侵犯罪。[40]再如，行为人以自杀相威胁。如某人为与儿媳发生性关系，以喝农药自杀相威胁，儿媳无奈，于是双方发生了性交。[41]在这些案件中，并不是说不存在威胁，只是这些威胁都过于遥远或轻微，因此在这些场合下，威胁本身并不足以表现出其强制性，不足以排除被害人反抗的可能

性。如果被害人不反抗，那么就无法给行为人提供合理的警告。行为人很有可能认为，对方并非出于威胁，而且是因为自己的魅力同意性行为的。换句话说，从一般人的角度来说，这种威胁其实与性关系并没有法律上的因果关系，如果行为人的预见能力并不高于一般人，无法认知到对方的不同意，那么对他进行惩罚显然是不公平的。

需要说明的是，如果威胁在一般人看来是过于微小（比如以封建迷信相威胁），但如果被害人过分胆小，或者由于愚昧无知，放弃反抗，虽然她的反应不符合一般人标准，但是如果行为人正是利用被害人的胆小，知道她会因此放弃反抗，那么这种威胁无论在被害人还是行为人看来，都是一种实质性的威胁，被害人虽然放弃反抗，但其不同意性行为的心态，行为人心知肚明，因而行为人的行为具有可罚性。通过威胁获取性利益，这种行为在事实上剥夺了人的选择自由，使得被害人无从拒绝，因而是强制。如果对方仍然有选择自由，只是出于某种利益考虑放弃拒绝自由，那就是交易。比如男方以不再给失业的女友提供经济支持相威胁，要求发生性行为。这种威胁也许让一般人无从反抗，但很难说这种行为构成犯罪。理由并非是威胁的程度不大，而是这是交易的一部分。[42]他给对方提供了两个选择，一个是离开，而另一个是留下来，留下来的代价则是发生性行为。因此男方的行为并非强制，而是一种交易，也就不构成犯罪。所以，1984年司法解释会指出，“有教养关系、从属关系和利用职权与妇女发生性行为的，不能都视为强奸。行为人利用其与被害妇女之间特定的关系，迫使就范，如养（生）父以虐待、克扣生活费迫使养（生）女容忍其奸淫的；或者行为人利用职权，乘人之危，奸淫妇女的，都构成强奸罪。行为人利用职权引诱女方，女方基于互相利用与之发生性行为的，不定为强奸罪。”显然，司法解释试图对交易和强制进行区分。

在理论上区别强制和交易也许一目了然，但在事实上，两者却非常难以区分。因为正常的交易行为中也会伴随着某种压力，而这种压力在一定条件下很有可能转化为强制。让我们来看如下案例。

1.甲强奸了乙，于是乙夫以控告甲为要挟与甲妻性交；[43]

2.某人知道甲曾与人发生过性关系，于是以告诉其未婚夫为要挟与之性交；

3.某公司老板，以让员工下岗为要挟发生性关系；

4.某人从小为继母拉扯大，在父亲去世后，以不履行赡养义务相威胁，与继母性交；[44]

5.甲女丈夫早亡，膝下有一独子，视其子为活下去的唯一理由，现行为人以劝说其子参加爱国战争为由要挟，欲发生性关系，甲女害怕儿子真的会参加战争，于是迫不得已与行为人性交；[45]

6.某女为大龄青年，经人介绍认识一男子，该女很想与其结婚，但该男子的叔叔却利用女方这种心态，威胁说如果不和他发生性关系，就会劝侄儿不再与该女交往，该女无奈，与男子的叔叔性交。[46]

对于上述案件，共性都是行为人实施了某种威胁，女方感受到了一定的压力，但这种压力是正常的交易行为所伴随的，还是已经转化为强制？她们有选择自由吗？这无疑十分复杂。对于这个问题，学者们提出了许多富有启发性的意见，但多多少少不太完美。

最简单的区别办法就是权利理论。这种理论告诉我们，当人们有权利决定是否做某事时，他可以自由地决定是否通过放弃这种权利而得到一定的补偿，这种通过放弃权利而得到补偿的做法就是交易。[47]比如行为人有一只猪，想把它杀死，现在有人希望他不要杀它，并愿意提供给行为人一笔钱让他好好对待这只猪。这就是典型的交易，行为人完全可以行使不杀猪的权利，并因此而获得财物，而如果我们说行为人以杀猪为要挟获得钱财或者性利益，因此构成敲诈勒索罪或强奸罪，这多少有点荒唐可笑。从相对方的角度来说，如果必须在行为人所提供的两个自己都拥有权利的行为中进行选择，那么则是强制，比如行为人以杀死女方为要挟获得性利益，显然女方对于性和生命都拥有权利，因而行为人的行为是强迫而非交易。根据这个理论，上述六个案件中，第二、第三和第四个案例不是交易，行为人的行为构成强奸。在案件二中，行为人没有侵犯他人隐私权的权利，面对行为人的威胁，被害人必须在隐私权和性自治权中进行选择；在案件三中，行为人虽然是公司老板，但没有权利滥用权力任意辞退职工，被害人有在工作中获得公正对待的权利；在案件四中，赡养继母是行为人的法定义务，他没有权利不履行这种义务。但是，根据这种理论，第一、第五、第六种行为则是交易行为，因而行为人不构成犯罪。然而在我们的司法实践中，第一种情况却

是强奸罪的范例，也为人们的常识所认可，至于而第五和第六种情况是否构成强奸则存在争论。看来，权利理论并不完美。

另一种区别方法由著名哲学家罗伯特·诺齐克（Robert Nozick）所提出，他认为：在交易中，人们会因为与另一方交易感到高兴，但是在强制中，人们会因为相对方不存在而感到更高兴。[48]这种观点具有强大的解释功能，根据此观点，上述六种情况都是强制，因为如果行为人没有出现，没有提出这种“交易”请求，那么相对方显然会更高兴。但是问题在于，这种说法会扩大人们对强制的理解。比如甲不小心把别人给撞了，被害人威胁说如果不支付医药费或者不发生性关系就要控告他，这显然不构成敲诈勒索罪或强奸罪，但是按照诺齐克的说法，如果被害人不出现，甲会更高兴，那这且不就成了强制，显然这种结论不能为人们的常识所支持。

还有一种区别是所谓的利用第三方优势理论，这种理论认为强制下的交易实际上是一种三角交易。除了当事人双方外，还存在一个隐藏的第三方，对于被害人而言，真正的交易对象是处于优势地位的第三方，争议事由也是发生在第三方和被害人之间，行为人并没有权利了结第三方与被害人的争议事实，因此他所获得的利益是对第三方权利的侵犯。[49]比如在第一个案件中，行为人以不控告被害人之夫为要挟，看起来是行为人与受害人之间的“交易”，并从受害人处获得了利益，但被害人所真正担心的是处于优势地位的国家对她丈夫的处罚，行为人并没有权利处分应当由国家行使的权利，因此，他的获利实质上侵害了作为第三方的国家的权利；在第二个案件中，表面上“交易”方也只有两人，但被害人的未婚夫其实是隐藏着第三方，被害人与行为人的交易是为了了结她与第三方的争议事实，而行为人的获利行为也损害了第三方知道真相的权利。这种理论看起来很有说服力，但根据这种理论，如果不存在第三方，那么如何理解强制呢？比如在第三、第四、第五和第六个案件中，根据这种理论，就无法说明这些行为是否属于强制。

在笔者看来，交易和强制的区分依据还是应该从选择自由的角度说起，但是在现实社会中，由于资源分配的不均等，人们并没有绝对意义上的选择自由，人生而自由，却无往不在枷锁之中。一个无家可归的少女，面对男性的性要求，她能有太多选择的机会吗？[50]然而，如果把这种行为以犯罪论处，显然反应过度。大同社会的黄金美梦只能高山仰止，心向往之。如果幻想用法律，尤其是刑法来激进地改变社会现实，

那将会是人类的灾难。选择自由只能相对而言，它并非是指没有任何压力，无拘无束的自由。因此，笔者还是大体接受权利理论，并试图以这种理论吸收第三方优势理论，来解决强制和交易的区分问题。

权利虽可以自由处分，但却不能侵害他人的权利，己所不欲，勿施于人。为了某种利益，自愿放弃行使权利，应该理解为交易。从相对方而言，如果她必须在行为人所提供的两种她都享有权利的事情作出选择，那么她就丧失了选择自由。但是在三角交易中，虽然行为人表面上是在行使自己的权利，实质上却侵害了第三方的权利，因此这种权利的行使本身就是不正当的，也就使得交易成了强制。根据这种理论，在上述案例中，除第五、六个案件外，其他都应该理解为强制而非交易。在案例一中，行为人虽然有控告权，但以不行使这种权利为筹码换取性利益，显然对国家追诉罪犯权利的侵犯；在案例二中，行为人并不拥有侵犯他人隐私权的权利，隐私权是一种实实在在的法律权利，行为人对他人隐私的揭露，被害人是可以提出侵权之诉的；在案例三中，雇主也并不拥有滥用权力辞退他人的权利，员工获得公正对待的权利是受到劳动法保护的；在案例四中，行为人更不拥有不赡养继母的权利；但是在案例五和案例六中，行为人拥有自由言论的权利，权利的行使也并没有妨碍任何法律上的权利，因此以放弃行使这种权利为由，获得性利益，只能是交易，而不是强制。至于上文所说的少女无家可归案，行为人当然拥有让少女离开住宅的权利，解人危难，善待弱者不过是对人们的道德要求，而非法律义务，少女并没有赖在别人家不走的法律权利，因此这种行为只能是交易而非强制。

需要说明的时，如果行为人以某种威胁相欺骗，[51]而他无意或无能将威胁内容付诸实际，那么对这种欺骗型的威胁应该如何定性呢？比如在上述六个案件中，即便被害人拒绝性交，行为人也不会实践威胁之内容，那这是否还是强制呢？对此，笔者认为，威胁的强制性取决于被害人的反应，只要被害人认为这种威胁具有强制性，从而放弃反抗，并且行为人也具备对被害人心态的认识，即使威胁不具有实际履行性，它也属于导致同意无效的威胁。

现实社会并不是绝对完美的社会，男性在总体上具有绝对的优势，因此女权主义者会激愤地指出，人类中一切异性之间的性行为都是强奸。虽然这种言语过于偏激，但是在现实生活中，为了生计而出卖肉体的现象却屡见不鲜。至于那些幻想着出人头地，平步青云的女子甘愿放

弃操守的行径，则更是层出不穷。虽然她们在内心深处可能认为自己没有选择的机会，但这一切在法律上，只能被冷冰冰地定性为交易。笔者承认那些利用对方贫穷、虚荣的行为人在道德层面上是有罪的，但试图用刑法来惩罚这一切不道德的性交易，委实反应过度了。因此在强制不明显的情况下，判断行为人的行为是否属于威胁，首先要遵循合理反抗规则，判断这种威胁是否足以造成一般人无从反抗，从而把过于遥远或轻微的威胁排除出去，因为这些威胁实质上与“同意”没有法律上的因果关系。同时再从选择自由的角度来判断这种威胁的实质是交易还是强制。只有强制之下的性行为才具有惩罚的正当性。

（二）欺骗

在民事交易中，基于欺骗而获得的同意是无效的。那么是否应该有个一般性条款来确认基于欺骗而发生的性行为都是犯罪呢？

我国刑法对此没有明确规定，但根据1984年司法解释，只有极少数欺骗手段可以构成强奸，它们分属于法律所规定的胁迫手段和其他手段。前者如利用迷信进行欺骗，以达到精神强制，让女方不敢抗拒。后者如“利用或者假冒治病等等方法对妇女进行奸淫”。另外，如果以冒充国家机关工作人员，骗取性利益，虽不构成强奸，但是可以招摇撞骗罪论处。[52]以假称结婚为由骗取性利益的行为，在刑法修改之前，一般以流氓罪论处，但在1997年刑法废除流氓罪后，就不再以犯罪论处。至于冒充女方丈夫与之发生性交的行为，在司法实践中一般以强奸罪论处。因此，在我国构成性侵犯罪的欺骗手段仅仅限于三种：其一，利用迷信手段骗奸；其二，利用或假冒治病骗奸；其三，冒充丈夫骗奸。至于招摇撞骗罪，由于它保护的并非性自治权，而是国家机关的威信及其正常活动，因此如果所冒充者不是国家机关工作人员，那么这种行为根本就不构成犯罪。

在其他国家，对于骗奸行为的态度虽不完全相同，但一般认为只有少数几种骗奸行为构成犯罪。

在普通法中，只有两类性欺骗构成犯罪：一类是对行为属性的欺骗，这一般发生在医生和患者之间。医生通过欺骗与患者性交，而患者

误认为这种行为不是性交；另一类是对婚姻事实的欺骗，这包括以下三种情况：冒充被害人丈夫；行为人不符合结婚条件，但通过欺骗让女方相信他已具备条件，从而诱使女方和其缔结无效之婚姻关系；行为人举行了一个虚假的结婚仪式而让人相信他与被害人已是夫妻。[53]

美国《模范刑法典》保留了普通法的规定，但认为这两类骗奸行为应当有别一般的强奸行为，它把这两种行为规定在“明显的性强制罪”这个新的罪名中，并认为它的刑罚较之强奸应当相对较轻。[54]大多数美国司法区都认为以行为属性相欺骗和冒充被害人丈夫的情况都构成强奸。但是对于以缔结无效婚姻实施性交的行为，各地的做法则不太一致，有的认为不构成犯罪，而有的认为即使处罚，也应当构成重婚罪，至于以举行结婚仪式相欺骗，很多地方不认为构成犯罪。[55]

在各类欺骗行为中，最为复杂的就是以结婚为名的骗奸行为（包括以举行虚假结婚仪式相欺骗），美国的做法则更不统一。许多美国的司法区在《模范刑法典》制定之前，曾经规定过一种叫诱奸的罪名，主要就是指通过欺骗手段获取婚外性交的行为。但是对这种罪行，美国各州分歧很大。许多州认为构成该罪，必须有婚姻的同意，而有些州并没有这种要求。还有些州甚至认为，即使没有欺骗，只要存在引诱就可以构成诱奸罪。如亚拉巴马州对于诱奸罪曾经这样规定：“诱奸可以被如下定义：对于未婚的贞洁女性，通过劝说或引诱而让她们偏离贞洁之道。行为人所采用的手段包括婚姻同意、某种诱惑、欺骗、诡计或者献媚，以及其他相似的方法或可取得同样效果的方法。借此使女性接受被指控人的性主张，而无论该行为人是否结婚。”[56]另外，在多数地方，法律要求诱奸的被害人必须未婚或者是贞洁的，如果是寡妇或离婚者，那么她们事前应当没有过私通行为。有些州认为女方应当在一定的年龄以内，通常是小于18岁或21岁。还有些地方认为，如果女方知道男方已婚，或者男方事后娶了女方，那么则不构成诱奸罪。[57]《模范刑法典》对诱奸罪采取了限制性的规定，把它规定为轻罪，并认为只有最严重的诱奸行为才构成犯罪。它规定，男性如果以婚约引诱女方性交，而行为人又无意履行婚约，才构成犯罪。因此，这种犯罪仅仅限制在对婚姻的同意上的欺骗。较之以往的法律，它的刑罚很低，而先前的法律对此行为的处罚有时甚至高至10年监禁。[58]在20世纪晚期，美国许多州的制定法虽然仍把以结婚为饵的诱奸行为规定为犯罪，但如果被害人达到同意年龄，许多州则不认为构成犯罪，[59]显然在大多数地方，传统

的诱奸罪已为法定强奸罪所吸收，而少数仍然把此规定为犯罪的州，实践中这种法律也很少执行。

英联邦国家的法律也基本保留了普通法的规定，除了澳大利亚的首都地区，对欺诈做了扩大化的理解，认为任何形式的欺诈都可以构成性侵犯罪外，大多数地方都只把对行为属性和个人身份（冒充丈夫）的欺诈规定为犯罪。对于以许诺结婚相欺骗，则不认为构成强奸。一般是把它看成是一种轻罪，如英国《1956年性犯罪法》，就把这种行为规定为通过虚假表示获得性交罪，其刑罚很低。

至于大陆法系诸国，只有少数国家专门规定了欺诈型性侵犯。如意大利刑法第609条第2款规定："采用暴力、威胁手段或者滥用权力，强迫他人实施或者接受性行为的，处5至10年有期徒刑；在下列情况中诱使他人实施或者接受性行为的，处以同样的刑罚：……诱骗被害人将犯罪人当作其他人的……"[60]澳门地区刑法也有对性欺诈的专门规定："处于欺诈，利用他人对自己个人身份之错误，与之为重要性欲行为者，处最高二年徒刑；如被害人曾忍受性交或肛交，行为人处最高五年徒刑。"[61]大多数国家只是在司法实践中对于冒充丈夫或情人的行为以犯罪论处，而对于以结婚为饵的骗奸行为则很少认为构成犯罪。

归纳而言，大多数国家对于骗奸行为，都只把其中最为严重行为规定为犯罪，这一般是对行为属性的欺骗（通常发生在医疗过程中）和对个人身份的欺骗（通常是冒充丈夫）。至于以结婚相欺骗的骗奸行为，只在普通法国家才被有限地规定为犯罪，但这种犯罪一般是轻罪，其刑罚也非常之低，如果被害人已达法定同意年龄，诱奸行为则一般不构成犯罪。

然而在学术界，有人对于这种立法现状提出了强烈的批评，她们认为法律并没有真正地保护女性的性自治权。她们指出，应该创设一个一般性的规则，规定通过欺诈获取性就是犯罪。比如苏珊教授就指出，既然通过欺诈获得财产构成诈骗罪，那么为什么通过欺诈获取性利益就不能同样认定为犯罪呢？[62]还有人从其他方面对这种观点提供了论据，择其要者，简述如下：①这可以看成是对欺诈型犯罪刑事处罚的自然逻辑发展过程。最初，刑法对于商业欺诈也不处罚，因为在农业社会，人们的交易对象十分有限，交易双方甚至互相熟识，所以欺诈行为十分罕见。但随着经济的发展，社会的流动性和交易的匿名性愈加增强，因此

商业欺骗开始泛滥，人们逐渐认识到，仅凭一己之力保护自己不受欺骗非常困难，因此刑法开始把这种行为规定为犯罪。对于性欺诈也应当遵循相同的发展规律，在过去，法律之所以没有对性欺诈作出一般性的规定，也是因为在农业社会，人与人的熟识程度非常之高，人们的自我保护能力相对较强，性欺诈之事也很少发生。但是由于现代社会流动性和匿名性的增强，性欺诈之事越来越多，人们的自我保护能力也就相对下降，刑法有必要对此作出一般性的惩罚规定。②欺诈损害了人的选择自由。我们知道，在财产交易行为中，所有干扰人们交易选择自由的行为都是犯罪，比如通过暴力、敲诈、欺骗取得财产都构成犯罪，为了和财产犯罪相协调，法律也应该对性欺诈作出一般性规定。[63]

乍看来，这种说法非常有道理，它也切合笔者一直主张的观点，即法律应当像保护财产那样来保护性。然而，在财产犯罪中，也并非所有的欺诈都是犯罪，只有那些最严重的欺诈行为才可能构成犯罪，在我们的社会中，充斥着大量的虚假广告，商业吹嘘，但这些行为一般不构成犯罪。因而即使用财产犯罪类比性欺诈，也只有那些最严重的性欺诈行为才构成犯罪。

事实上，把性欺诈类比为财产欺诈并不恰当。与商业交易不同，即使存在欺诈，性行为本身也是一种男女双方都会感到愉悦的事情，而在商业交易中，很少有人会随意地放弃金钱，基于欺诈的交易会给人带来真正的财产损失。这里必须说明的是，在严重强制型和威胁型性侵犯中，强迫之下性行为很难有快乐可言，这些行为对被害人造成了真实的损害，因此在这两类性侵犯中，我们可以把性与财产类比，而在性欺诈中，却不能做同样的类比。

在浪漫的爱情故事中，欺骗并不鲜见，它甚至是一种爱情宣言的润滑剂，山盟海誓、信誓旦旦，这些爱情永恒的誓言，越来越多的人已经不再把它当真，甚至结婚的许诺也只不过是为了博取对方刹那的好感。因此，在性事中的欺骗并没有像商业交易中的诈骗那样违背社会道德，至少在这个领域，刑法应当尽量不要干涉。温情脉脉之后的始乱终弃，原因也许十分复杂，任何誓言都不可能担保一辈子，人们的心态也许说变就变，即使当时承诺结婚的意愿再如何真切，也难保事过境迁之后的感情突变。而当女方哭诉着要司法机关帮她主持公道，要将那爱情骗子绳之以法，公诉机关又如何证明男方意愿的改变不是真实的呢？当一个已婚男性假装单身骗取女性和他发生关系，这个谎言也许对性行为的发

生至关重要，但是，在这个社会中确实有些人愿意和已婚人士发生性行为，因此，我们又如何推定欺骗和性行为存在法律上的因果关系呢？但是，在严重的财产欺诈中，因果关系则一目了然。与撒谎的已婚人士性交也许不仅仅是因为欺诈，也可能是基于对方的魅力、财富、权势等等，在某种意义上，这根本就是真实的性行为。甚至在被害人知道了事实之后，她仍然充满了复杂的情感，如果这“骗子”决定回到妻子身边而不再保持欺骗关系，也许会让她更加痛苦。因此，除了极少数的欺骗外，大多数的欺骗（比如冒充单身，冒充富商）对于被害人而言，伤害最大的并不是性行为本身，而是后来的感情伤害。当然，感情伤害是痛苦的，它有时会比直接的肉体伤害让人更难以忍受，但是法律一般不会像保护身体和财产那样保护我们的感情安全，[64]刑法的惩罚不是无度的，它只能惩罚那些最值得惩罚的行为，幻想用刑法来禁止一切性欺诈行为，不仅会模糊道德与法律的界限，也会让刑法不堪重负。

因此，笔者认为刑法只应当对最严重的性欺诈行为进行惩罚。那么，那些行为具有惩罚必要性呢？我们遵循人类的经验积累，对各国立法和司法实践中有例可寻的几种严重的性欺诈行为进行研究，并希望提出判断性欺诈构成犯罪的一般性尺度。

1．行为属性的欺骗

这种情况最经常发生在医生和患者之间，医生通过欺骗让患者对行为的属性产生了错误认识，误认为正在发生的性行为不是性事。在这些案件中，被害人由于受到欺骗，误解了行为的属性，根本没有对性行为表示过同意，因此行为人的欺骗行为也就侵害了被害人的性自治权。当然，在这类案件中，很多被害人可能是未成年人或心智不全者，但是确实也有一些成年健康者，她们对性方面的事情并不太了解，由于幼稚或者对于老师或医生过分相信而受到伤害。

这里存在的问题是，如果行为人的欺骗行为并没有导致女方对行为属性的误解，而只是对行为目的产生了误解，那么这是否构成犯罪？对此，美国的大多数州都遵循邓默染案（Don Moran v. People）所确立的原则。[65]该案被告是位医生，他和患者发生了性关系，并让对方相信这是治疗所必需的。被害人误认为这种治疗有医学根据，但是她知道行

为本身的属性，法院认为被告不构成犯罪。这种结论也为《模范刑法典》所赞同。但是，美国密歇根州却认为这种情况也属于严重的罪行，它规定只要“行为人对被害人进行医学上的治疗或检查，但其目的在医学上被认为是不合伦理的和不可接受的，”[66]就构成强奸。显然，根据密歇根州法律的规定，确定责任的实体标准依据的是医疗群体的职业道德。

在英国，主流判例认为只有对行为属性的欺骗才构成性侵犯罪。但是刑法修改委员会却认为，在新的形势下对于行为目的的欺骗也应该构成犯罪，这是因为在具体案件中，有时很难判断行为人是否存在对行为属性的欺骗。比如被告人欺骗被害人，告诉她应该做阴道检查，被害人同意接受这种检查，但是她并没有同意被告人的性插入。这里要说明的是，根据英国1994年的《刑事司法和公共秩序法案》，对于性交概念已经采取性别中立主义，性交不再局限于阴茎对阴道的插入，阴茎插入肛门、口腔或者用物体或身体的某个部位插入他人的阴道或肛门都属于性交。因此在这个案件中，用医疗器械插入阴道也属于性交。[67]由于性交概念的性别中立主义立场，因此行为属性完全依赖于行为目的。如果行为目的是发生性关系，那么这种插入就是性交，如果行为目的是医疗检查，那么行为属性也就是检查。因此，采纳传统的行为属性判断观，显然无法对案件形成正确的结论。这种意见为Tabassum案所确认。该案被告伪造医生证书，检查被害人乳房。如果被害人知道对方没有医疗资格，显然是不会同意这种检查的，[68]在这个案件中，法官认为只能依据行为目的来判断检查行为是否属于猥亵。

然而，在笔者看来，应当坚持行为属性的判断观，否则将极大地扩大性欺诈的犯罪圈，其原因如下。

首先，几乎所有涉及性事的欺骗都存在对行为目的的欺骗。比如以结婚为诱饵的骗奸行为或者假称能实现女性明星梦的欺骗行为；再或某男和卖淫女发生性关系后，不按约定价格付费等等，这些都是对行为目的的欺骗。如果采取行为目的的判断观，其实就是对性欺诈施以普遍性的惩罚，无疑会混淆道德和法律的界限。比如上文所提及的密歇根州的做法，根据医疗群体的伦理道德作为确定责任的实体标准，而这种伦理道德的判断标准是非常不确定的，很容易导致道德与法律的混淆。[69]

其次，在这些欺骗中，被害人并不存在对性行为属性的认识错误，

她只是对性行为的目的发生了误解，这种误解是动机上的认识错误，它并不妨碍个体对性行为本身的同意。在正常的交易行为中，动机上的认识错误不能导致交易行为的撤销。比如某人因为得知自己中奖而买了汽车，而后发现没有中奖，这种动机上的认识错误并不能撤销先前的汽车交易行为。同样，在性欺诈中，对行为目的的误解也是一种动机上的认识错误，它并不因此导致同意无效。

再次，虽然在性别中立主义立法中，由于性插入的范围非常之大，行为属性有时要依赖对行为目的的判断，但并不因此就否定行为属性的决定性作用。因为行为目的是为了说明行为人是否有对行为属性的欺骗，因此，这只是行为属性判断观的深化和发展。并不能因为在某些特殊案件中，只能靠行为目的来说明行为属性就将行为目的的判断作用普遍化。

2．身份欺诈

冒充丈夫与女性发生性关系，在多数国家和地区都是一种典型的欺诈型性侵犯，如我国台湾地区，把这种行为规定为诈术强奸。[70]这种行为之所以构成强奸，是因为被害人同意性交的对象是她丈夫，而非行为人，如果被害人知道行为人并非其夫，是不会同意性交的，因此行为人实质上是利用了对方的认识错误，被害人对行为对象的认识错误导致对性行为的同意是无效的。在因果关系上，婚姻关系会高度盖然地引起性行为的发生，这与冒充富翁或单身汉不同，因为后者并不盖然可以推定性行为的发生。

存在争议的一个问题是，冒充丈夫以外的其他人，如恋人，[71]这是否构成犯罪呢？1994年美国有一个案例（People v. Hough），被告人与女方的情人是孪生兄弟，于是冒充女方男友与之发生性行为，一审判被告人成立强奸，但二审推翻了原判。[72]

这个问题也与因果关系有关，要分析身份的冒充与性行为的发生是否具有实质上的联系。当前社会对于婚外性行为已经越来越宽容，未婚男女在婚前发生性行为并不是一件非常意外的事情。考虑到社会风俗的变化，只要冒充身份的行为会盖然性地导致性行为的发生，这种冒充行

为就可构成性侵犯罪。因此，如果男女双方是恋人关系，而且也常有性关系的发生，冒充女方恋人是可以犯罪论处的。

另一个问题是，当没有欺诈，被害人对于行为属性或身份的错误认识可否导致同意无效。如甲男、乙女、丙男三人共同出游，甲乙为恋人，丙为双方好友，但一直对乙有好感。晚上，三人在旅馆住下，乙女先睡，甲丙在喝酒聊天，后来，丙到乙房间取东西，而乙误认为情人入房，于是朦胧中向其挑逗，而丙亦发生误解，以为女方希望与之性交。于是双方发生关系。事后才明白真相。在这种情况下，被害人其实并不愿意和丙发生关系，但是行为人承担刑事责任的前提必须是，他有可能认识到这种不同意，换句话说他利用了对方的错误认识。而在这个案件中，行为人显然无法预知女方的不同意，因而也就不存在利用对方认识错误的问题，所以不能以犯罪论处。

3．利用宗教、封建迷信进行欺骗

1997刑法第300条第3款明确规定，组织利用会道门、邪教组织或迷信奸淫妇女的，以强奸罪定罪处罚。这种欺骗行为主要是利用女性愚昧无知，用宗教、封建迷信骗取性利益。然而，这种行为并不属于欺骗，它的实质是利用宗教或封建迷信而实施的精神强制。由于女方在精神上完全为行为人所控制，失去了选择自由，表面上看似自愿的行为其实是一种被迫屈从，因此这种行为是一种威胁，而非欺骗，因此，可以根据我们上文提出的标准，来判断这种威胁是否具有犯罪性。在这类案件中，被害人的特点是过于愚昧、轻信、胆小，行为人的威胁手段在一般人看来是荒唐可笑的，但是这种威胁却给被害人造成了强大的精神威胁，她们害怕这种威胁实现的可怕后果，因而无从选择，对于被害人的别无选择，行为人有清楚的认识。因此行为人的主观恶性和其行为的社会危害性较之一般的威胁手段有过之而无不及。

4．以结婚为饵的骗奸行为

这种行为也许是现实社会中最常见的一种欺骗行为，至于它是否构成犯罪，我们在上文已有过泛泛的讨论，这里再做一下总结。

以结婚为饵的诱奸行为只是一种道德罪过，不应该以犯罪论处，原因如下。

第一，这种欺诈行为仅仅是一种对行为目的的欺骗，而并非对行为属性的欺骗，女方在和男方发生性行为时，显然知道性行为本身的属性，因此动机上的认识错误不能妨碍同意的有效性。

第二，对这种行为进行处罚已不符合当前的社会实际。从历史的角度来看，传统法律对诱奸的处罚是基于三点理由：其一是对非婚性行为的禁止，在那时，婚外性行为不仅为道德所不容，甚至还是一种犯罪，因此结婚的承诺对于性行为的发生是至关重要的，这种承诺甚至还是免除女方通奸罪责的重要理由，因此以承诺结婚相欺诈显然与性行为的发生具有法律上直接的因果关系。而在现代社会，人们对非婚性行为越来越宽容，婚姻的承诺在很多时候并非性行为发生的必要条件，因此，司法机关很难证明婚姻承诺与性行为的发生有法律上的因果关系。其二是贞操价值的至上性，在过去，女性的贞操甚至要高于其生命价值，“饿死事小，失节事大”，因此这种欺骗对女性的伤害是致命的。而如今，贞操观念已逐渐淡出，因而也没有必要保留那种古老的规定。其三是女性在性行为中的地位，以往人们认为女性在性行为中的地位只是为了取悦男性，因而她们会为了和男方缔结婚约而给男性提供这种乐趣。然而这种观念在今天看来已过于陈腐，也无法描述当前的社会实践。从本质上来说，性行为是一种男女双方都会感到愉悦的事情。

第三，以结婚为由的欺骗行为是一种非常常见的欺骗手段，有时它仅仅是为了取悦女方的随便说辞，甚或只是为了增添情感的浪漫色彩。对于这种普遍性的危险，防止被骗应当主要依赖女性的自我保护，就如商品交易过程中的过分吹嘘，正常人都不应该过分轻信。

第四，这种骗奸行为给女性的伤害主要在感情上而非身体上，而法律对于人类的情感显然不应该过分干涉。

第五，由法律威胁而维持下来的婚姻缺乏最基本的爱和信任，因此这种婚姻的可靠性值得怀疑。

第六，从现实角度来说，如果把这种情况规定为犯罪，那么很有可能会纵容一些贪婪者利用法律去从富有的男性那攫取钱财。

考虑到这种种理由，在世界范围内，很少有地方再把这种欺骗行为规定为犯罪。而那些保留诱奸罪的地方，大多也仅仅把这种犯罪限制在对没有同意能力的未成年人的性欺诈，显然，它已不再是传统的诱奸罪，而是一种法定强奸罪。至于极少数保留传统规定的地方，在司法中这种法律也已经死亡，因为它根本不再执行。

5．隐瞒疾病

如果行为人患有严重的性病，比如说艾滋病，然而却隐瞒了这种疾病，若被害人知道真实情况，显然是不会愿意和行为人发生性交的。那么这种欺诈是否构成性侵犯罪呢？对此，我国刑法认为如果这种欺诈行为发生在卖淫嫖娼过程中，那么应该构成故意传播性病罪，而在其他情况下，如果造成被害人感染疾病，则只能以故意伤害罪论处。笔者认为这种做法是恰当的，因为这种欺骗并非是对行为属性的欺骗，行为人的行为侵害的是主要是被害人的身体健康，而非性自治权，因此属于故意伤害，而如果在卖淫嫖娼过程中实施这种欺骗，那显然是传播性病罪的一种范例。

现在，我们可以得出构成犯罪的性欺诈的一般性结论，那就是性侵犯罪中的性欺诈只包括对行为属性的欺骗和对身份的欺骗，后者仅仅限于冒充丈夫或情人。

（三）滥用信任关系

如果行为人与被害人存在信任关系，由于当事人双方地位不平等，被害人尤其是未成年人对性行为的同意是无效的，信任关系的存在也导致被害人无从反抗。对此，许多国家都在法律中明确规定，滥用信任关系攫取性利益是一种严重的犯罪。

前文已经说过，这种性侵犯行为有别于普通的未达同意年龄的法定性侵犯，在法定性侵犯中，被害人未达同意年龄，因而不能作出有效的

同意，而在滥用信任关系的性侵犯行为中，被害人则已达同意年龄，只是因为对方的特殊身份，导致同意无效。借助民法中的信任关系理论（confidential relationship）我们能很好理解法律的立法用意。所谓信任关系理论是指当双方具有信任关系，那么在交易时一方当事人（受让人）可能处于优势地位，因而他可能对处于弱势地位的交易方（让与人）施加不正当的影响，利用对方在身体上和心理上的不利地位，由于这种交易并非是对方自由意志的结果，因此交易是无效的。比如在律师和委托人、托管人和受益人，监护人和被监护人等之间，就存在这种信任关系。由于这种关系的存在，让与人事实上会遵照受让人的指示，他会认为对方会根据自己的利益来行为，因此在他们之间所发生的交易行为就有可能是无效的。法律要求处于优势地位的当事人负有按照对方的利益来行为的积极义务。[73]因此如果行为人与被害人存在信任关系，由于双方地位的不平等，被害人无法对性行为作出有效的同意，这种滥用信任关系的行为就侵犯了个体的性自治权。

法律对这种行为的惩罚是为了防止行为人滥用权威攫取处于弱势地位的被害人的性利益，但如果被害人是正常的成年人，那么不分青红皂白一律禁止她与对其负有信任地位的行为人发生性行为，显然是对人们在性上的积极自由做过多的干涉，因此，世界各国通常都把此类犯罪行为的被害人限定为未成年人，当然这里的未成年人并不限于未达性同意年龄的人，它要高于普通的同意年龄。如意大利刑法典第609条第4款第1项规定与不满14岁的人发生性关系，不论被害人是否同意都构成犯罪。同时在第2款中又专门规定了滥用信任关系的犯罪——“……（被害人）不满16岁，如果犯罪人是该未成年人的直系尊亲属、父母、养父母、监护人或者由于照顾、教育、培养、监护或者看管等原因而受托照管未成年或者与其有共同生活关系的其他人。”又如日本刑法第298条规定性同意年龄为14岁，同时在第301条规定了对保护人的奸淫犯罪——“对于基于身份、雇佣、业务或者其他关系由自己所保护或者监督的不满18岁的女子，使用诡计或者威力进行奸淫的……”

比较特别的是德国，该国刑法第174条规定，[74]与被保护人发生性行为构成犯罪，“……滥用基于抚养、教育、监护、雇佣或工作关系形成的依赖地位与未满18岁的人发生性行为；或者与自己的未满18岁的亲生子女或养子女发生性行为……处5年以下自由刑或罚金”。根据该国刑法第176条对法定性侵犯的规定，普通的性同意年龄为14岁。同时，第174条第1款规定，行为人与受其抚养、教育、监护的未满16岁的人发生

性行为，也处5年以下自由刑或罚金，此款没有附加“滥用依赖地位”的限制语。可见，立法者认为，只要与受其抚养、教育、监护的未满16岁的人发生性行为，就推定行为人滥用了依赖地位。但如果被害人16岁以上不满18岁，司法者则需证明行为人滥用了依赖地位。德国的这种立法其实是把滥用信任地位的性侵犯罪又细分为18岁与16岁两个年龄段，对于前者，司法机关有证明行为人滥用信任地位的义务，换言之，行为人可以没有滥用信任地位为由作为辩护理由，而对于后者，行为人没有这种辩护理由，只要与受其抚养、教育、监护的未满16岁的人发生性行为，就构成犯罪。这种细分类似于普通法系国家在法定性侵犯罪中的两分法，即将法定性侵犯罪的对象分为年龄相对较小和年龄相对较大两类群体，与前者发生性关系，适用严格责任，年龄上的认识错误不能作为辩护理由，而与后者发生性关系，年龄上的认识错误可以作为辩护理由。

值得注意的是，不少保留乱伦罪的国家，也将一部分乱伦行为转化为滥用信任地位的犯罪，这主要是为了将性风俗细化为具体的法益。在这种立法中，具有血亲关系和具有收养关系的拟制血亲之间的性行为仍被规定为乱伦罪，而其他的乱伦行为则属于滥用信任地位的犯罪。如果乱伦行为发生在具有信任地位的成年人与未成年人之间，这无须以乱伦罪论处，而可直接认定为滥用信任地位的犯罪。英国《2003年性犯罪法》对“乱伦行为”就不再使用具有风化含义的乱伦（incest）一词，而规定为与成年亲属发生性行为罪（sex with an adult relative）。同时，该法除了在第16条到24条中详细规定了滥用信任地位的犯罪，被害人的年龄标准是不满18周岁的未成年人，[75]还在第25条到29条特别规定了对家庭中未成年人（不满18周岁）的性犯罪（familial child sex offences），相较于普通滥用信任地位罪的最高5年有期徒刑，与成年亲属发生性行为罪的最高2年有期徒刑，这种特别犯罪的最高刑可达14年有期徒刑。

我国对这个问题没有专门的法律规定，但是有关司法解释却有过类似规定。1952年12月2日出台的《最高人民法院西南分院西南军政委员会司法部关于父女兄妹间发生不正当的性行为应如何处罚问题的函复》指出：“关于父女间发生性行为，结合目前社会，封建家长制的权威，在农村中普遍没有摧毁，如此而发生性行为，则这种性行为从实质上说是一种强奸行为……对于这种强奸行为应较一般强奸罪从重办理。兄妹间发生性行为，如亦系以封建家长制权威，也应依上述精神办理；兄妹

间如无利用封建家长制权威，双方又均无配偶，而发生性行为者是违反了婚姻法第五条第一款禁止规定的精神，可按违反婚姻法禁止规定予以制裁；如有配偶而发生性行为，可按一般通奸罪从重处刑。”

虽然在刑法中只规定了不满14岁的幼女没有性同意能力，无论幼女是否同意，与其发生性关系都构成强奸，对于14岁以上不满18岁的未成年人，性同意能力是否受限刑法语焉不详。但是，2013年10月25日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部颁布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》则明确指出：“对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员，利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地，迫使未成年被害人就范，而与其发生性关系的，以强奸罪定罪处罚。”该意见也明确了负有特殊职责人员的范围，也即对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等特殊职责的人员。

但是，司法意见毕竟不是法律，其权威性有限，而且司法意见认为特殊职责人员与未成年人发生性行为构成强奸罪仍然限定为“利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地，迫使未成年被害人就范”。也就是说必须在被害人不同意的情况下，性行为才构成犯罪。因此，很容易被人钻法律漏洞。

在笔者看来，为了维护未成年的合法权益，有必要在刑法中规定滥用信任地位的性侵犯犯罪。[76]为了和《未成年人保护法》相一致，被害人的年龄应该限制在不满18周岁的人中，以避免不正当地扩大刑罚的打击面，过分干涉公民的私人生活。因此，在条件成熟的时候，法律应该明确规定：如果行为人与不满18周岁的未成年具有信任关系，那么与之发生性关系就构成犯罪。此处的具有信任关系之人应当理解基于法律或契约而对未成年负有保护义务的人，如与未成年人有监护关系、教育关系、雇佣关系等。[77]

五、婚姻关系与同意

男女双方存在婚姻关系是否可以排除性侵犯行为的犯罪性，对此问题，刑法学界曾有过激烈的争论，大致形成了三种观点：一是完全否定说，认为婚内性侵犯不构成犯罪；二是有限的否定说，承认有限情况下的婚内性侵犯；三是肯定说，认为只要是在妻子不同意的情况下，强行发生性关系就构成性侵犯。[78]

持第一种观点的人认为，夫妻之间的性行为不具有犯罪性，其理由大致如下：①夫妻之间有同居的权利和义务。而性生活是同居义务的重要内容。夫妻双方自愿登记结婚就是对同居义务所作的肯定性承诺，而且这种肯定性承诺如同夫妻关系的确立一样，只要有一次概括性表示即在婚姻关系存续期间始终有效，非经合法程序不会自动消失。因此在结婚后，无论是合意同居，还是强行同居，均谈不上对妻子性权利的侵犯。[79]②“暴力伤害论，”认为对婚内暴力性行为应惩罚的是丈夫的暴力、胁迫，而非性行为本身。③促使女方报复论，认为允许妻子告丈夫强奸会使妻子的报复手段合法化而丈夫每天处于提心吊胆的境地。④道德调整论，认为合法夫妻双方有性生活的权利和义务，即使丈夫违背妻子意愿进行性行为，也只属于道德调整的范畴，刑法不应介入；[80]如果认为婚内存在性侵犯罪，在实践中也会造成不良后果，会将家庭问题扩大为社会问题，这不利于家庭团结，尤其是考虑中国有很长的封建传统，因此更不宜将婚内性侵犯看成犯罪。[81]⑤如果婚内性侵犯构成犯罪，那么对丈夫也就可以进行正当防卫，这难免给谋杀亲夫者有可乘之机。[82]⑥从语义学和历史传统考察，婚内都不存在“奸”的问题。[83]据《辞源》，“奸”即“犯”的意思，夫妻在性关系上是“合礼”的，不存在“犯”的问题。“奸”的本质特征为夫妻以外的男女关系，“奸”本身即将丈夫排除在外。从立法史的角度看，通过“奸”字将丈夫排除在外，在法律条文里不再排除丈夫，这是几千年立法惯例。因为在中国家族文化环境里，这是不言自明的。[84]⑦清官难断家务事，婚内性侵犯似有“指鹿为马”的毛病，忽视了这种婚内“性”暴力的特殊性，不仅不利于婚姻家

庭关系的调整，甚至会破坏这一原本可由《婚姻法》《民法》以及《刑法》其他规范调整的社会关系。[85]⑧取证很难，在现有的司法资源下，婚内性侵犯成立犯罪不太现实，其取证问题尤为麻烦。[86]

第二种观点则认为，“任何极端的观点都是值得商榷的，我们既不能置夫妻之间的婚姻关系于不顾，认为在任何情况下丈夫违背妻子意愿强行发生性关系都构成犯罪；也不能过分强调夫妻关系，甚至等同于性关系，甚至一般的债权债务关系，遂认为在任何情况下丈夫都不能构成对妻子的强奸。”[87]因此，在婚姻关系正常存续期间，丈夫不能成为性侵犯罪的主体，而在婚姻关系非正常存续期间，丈夫则可以成为性侵犯罪的主体。[88]比如男女登记结婚，但未同居，也未曾发生过性关系，女方坚决要求离婚；夫妻感情确已破裂，长期分居的；[89]用包办、买卖、欺骗胁迫或其他手段强迫结成的婚姻；[90]在夫妻关系非正常期间，如女方以提出离婚，并且长期与丈夫分居；一审判决已下，还在上诉期内，这都可认定为犯罪。[91]应当说明的是，这种观点是刑法学界的主流观点，它也为司法机关的审判实践所认可。[92]

至于肯定说，其理由无非是对否定说的反驳，大致如下：①刑法明确规定强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女是一般主体，并没有把丈夫排除在外。②否定说的契约论、暴力论和报复论都是站不住脚的。③婚姻法规定妇女的合法权益任何人不能侵犯。婚内性侵犯就是一种严重侵犯妇女权益的行为，应当用刑法武器保护。[93]④男女平等。持婚内性侵犯豁免说的观点是一种男权主义的偏见，虽然根植于千百年来要求妻子绝对服从丈夫的文化，但是在当前，这种原始野蛮的文化已不容于新的时代。[94]而且它也直接与宪法第48条规定的男女平等原则相抵触。⑤配偶权、同居权不具有强制履行性，否则会使妻子变为丈夫的奴隶。[95]人身权是一种绝对权，不因结婚而丧失这种人身权。配偶的同居权仅仅是一种请求权，不是一种实施权。[96]⑥婚内性侵犯的社会危害性更大，因为较之普通性侵犯，在婚内，妻子可反复被侵害。另外，对人的心理损伤也是更大的。因此不能仅仅认为这种行为是不道德的。[97]⑦认为婚内性侵犯取证困难而不保护，这只是一种借口，因为其他犯罪也可能出现这种问题。[98]⑧从个体自由和社会秩序的选择中，个体自由更为重要，不能以保护某种所谓的社会秩序而否定婚内性侵犯的存在。[99]

上述观点林林总总，似乎穷尽了理论讨论的极限。从知识的角度来说，笔者显然无法对婚内性侵犯这个问题做过多的拓展。但是，笔者想指出的是，婚内性侵犯问题之所以引起如此多人的关注，引发如此激烈的讨论，这与时代的变迁是密不可分的。在这个不断变化的社会，人们对待性、性别、婚姻、家庭的观念也许正发生着根本性的变化，因此婚内性侵犯问题从一开始就注定不是一个单纯的刑法学问题，而更多的是一个社会问题。对于这个问题，如果仅仅局限于刑法学的视野，显然无法理解它所蕴涵的丰富社会意义。

在时代变迁的大视野中，笔者不能不赞同肯定说的观点。在肯定说的理由上，笔者试图做一下简单的发挥。

在历史上，性侵犯是一种风俗犯罪，只有在婚内的性行为才是正当的，妻子只是丈夫的财产，作为客体的财产显然只能对主人言听计从，因此婚内无奸这种观念千百年来从未受过质疑。只有在女性地位崛起的今天，性侵犯逐渐从风俗犯罪演化为侵犯性自治权的犯罪，婚内性侵犯才会成为一个需要讨论的问题。然而，时至今日，女性在社会中并没有完全取得与男性平等的地位，很多时候，她们在婚姻关系中往往处于从属地位，因此，婚内性侵犯问题仍然需要讨论。笔者从来认为，虽然法律不能激进地改变社会现实，但是绝对不能对落后的社会风俗过于妥协，法律至少要对基本人权提供最低限度的保障。

法律要追求男女平等的理念，捍卫女性的性自治权，因而就应该抛弃陈腐的偏见。婚姻并不是一道束缚自由的枷锁，既然法律逐渐认识到即使妓女也有权利保护自己的性自治权，那么为什么成为人妻，就要合法地忍受丈夫的性侵犯呢？既然妻子可以自由支配婚前的财产，[100]那么为什么她们就不能控制自己的身体呢？“婚姻关系表明了对性行为的概括性同意，仅当婚姻关系解除，这种同意才可被撤回”，[101]这是主张婚内性侵犯豁免的一种古老理由，直到今天，它依然被人们广泛引述。然而，这恰恰是否定论的致命死穴。即使纯粹从法学视野，这种契约观点也并不恰当。夫妻之间具有同居的权利和义务，性行为也是同居义务的重大内容之一。但是，这种权利并不是形成权，而是一种请求权，仅有一方意思表示并不能实现这种权利。当女方不履行同居义务，丈夫并不能强制履行，他只能通过合法的方式寻求救济。[102]这正如英国首席法官阿普尔顿所说，“婚姻中的权利、义务、责任并不是依据契约，而是根据国家法律的一般性规定……其依据是法律，而不是合同。”[103]婚

姻法并不认为妻子应该无条件地接受丈夫的性要求，相反法律规定夫妻双方在婚姻中具有平等地位。而这个平等首先就是法律上的人格平等，婚姻并不导致妻子对丈夫的附属地位，在婚姻关系中仍然存在两个独立的法律主体，这也是为什么夫妻双方婚前的债权债务关系在结婚之后也并不发生民法上的混同。为了体现对一方人格的尊重，丈夫在需要性时，应当得到妻子的同意，如果丈夫认为妻子的拒绝是不合理的，那么他可以依据婚姻法主张救济，但是他不能用自己的方式私立救济。但是，如果把同居权理解为形成权，只要在丈夫想要的时候，妻子就必须履行自己的义务，那无疑是把夫妻中的一方当成了另一方的性奴隶，这显然与法律所倡导的平等理念背道而驰。[104]因此婚姻或其他相应的关系，显然不能在法律上使女性丧失了说“不”的权利。婚姻关系并不能必然推定妻子必须无条件地同意丈夫的性要求。

这里要说明的是，甚至完全从刑法学的角度，也不能得出婚姻关系必然导致对性行为的推定性同意。我们知道，在非常有限的情况下，基于推定性同意的行为是一种排除犯罪性事由。而所谓推定性同意是指虽然实际上并不存在被害人自己作出的承诺，但是可以认为在被害人知道情形时就当然会给予承诺，从而推定其意思所实施的行为。例如，发生火灾时，邻居不在家，为了避免烧毁邻居家中财物，于是破门而入，将其贵重物品搬出。这就是一种典型的基于推定性同意的行为。显然这种行为是为了被害人的利益，并且按照被害人的意愿来行为的。按照通常人的理解，被害人如果在场是会同意行为人行为的。[105]然而婚内性侵犯很难说是一种基于被害人推定性同意的行为。在性行为发生时，妻子就在身边，性行为的发生完全违背了妻子的意愿，妻子明明白白表明了自己的态度，而丈夫却无视妻子的拒绝，这怎么能算是推定性同意呢？应当说明的是，在婚姻关系内，只在非常偶然的情况下，才可能成立对性行为的推定性同意。比如在夫妻关系正常时，妻子熟睡，而丈夫与其发生性行为，这就有可能成立推定性同意。事实上，美国大多数州在总体上认可婚内强奸的同时，又认为丈夫在妻子暂时或永久性缺乏意识、心智不全之时通过非暴力手段与其性交不构成强奸。[106]显然这种做法就是充分考虑了刑法中的推定性同意问题，因为根据社会一般人观念，如果妻子清醒，对于丈夫先前的非暴力性行为并不会加以拒绝。

婚内性侵犯并不单纯是一种道德问题，它具有极强的社会危害性，应当受到刑法的制裁。很多人往往认为婚内性侵犯并不普遍，它仅仅是一种道德罪过，并不值得刑法保护。如果将婚内性侵犯视为犯罪，似嫌

反应过度，也与刑法的补充性、歉抑性等原则相悖。然而现实却无情地驳斥了这种观点，早在20世纪早期，蔼理士就指出，婚内强奸远多于一般强奸，[107]这个结论为随后的调查研究所证实。1978年美国学者儒塞尔（Russell）在洛杉矶的调查显示，婚内强奸现象十分严重，在644名已婚或离异女性中，有14%的女性（87人）曾经被丈夫或前夫强奸（包括强奸未遂）。考虑到很多女性并不愿意将自己的羞辱历史公之于众，而且很多遭受过强奸的女性并不认为丈夫的行径构成强奸，因此儒塞尔认为14%的数字是一个非常保守的数字。儒塞尔发现，遭受过性虐待的妻子之所以没有离开家庭，经济因素起了重要作用。这个结论也为许多学者所确认。[108]在英国，凯特·派恩特（Kate Painter）从1989年起，历时数年对婚内强奸问题作了专门研究，他对1007名有代表性的已婚女性进行了调查，结果表明，14%（1/7）的女性曾被丈夫强奸。派恩特指出，如果把这个结论推而广之，那就意味着，在英国18到54岁的已婚女性中，至少有1370000名女性遭受过婚内强奸。在派恩特的调查中，在被强奸的妻子中，有一半以上丈夫使用了暴力或暴力威胁手段，一半以上的妻子曾经被强奸过6次以上，其中20%的女性因此而被迫怀孕。这个调查表明，婚内强奸是一种最普遍的强奸的形式。[109]它比陌生人实施的强奸多7倍，比熟人或男友所实施的强奸多2倍。如果丈夫的经济地位和社会地位高于妻子，那么妻子遭受强奸的可能性就更大。[110]《澳大利亚妇女周刊》在1980年对30000名妇女的调查也显示，有13%的女性有过婚内强奸的不幸经历。[111]在我国，虽然还未有人做过这方面的系统研究，但考虑到中国女性（尤其是农村女性）的社会地位，对性的避讳和羞耻心态以及数千年的大丈夫主义传统，因此中国的情况也许较之发达国家会更加更严重。[112]因而对婚内性侵犯动用刑法是值得的。但是，千万要注意的是，婚内性侵犯并不仅仅是对女性身体的伤害，它更多是为了满足一己欲望，而把妻子客体化，侵犯妻子的性自治权，因此试图用“暴力伤害论”的观点来解决婚内性侵犯问题，无疑混淆了问题的本质，也降低了刑法作为一门科学的精确性。

然而，婚内性侵犯犯罪化的最大问题在于，它可能造成刑法对家庭生活的过分侵扰，并与社会风俗相抵触。自由的根本就是公民应当有某种私人领域不受国家干涉。家庭生活是公民最重要的私人领域，在一般情况下，国家不应该对个人的家庭生活说三道四。作为公民最私密的性事，国家更是轻易不应干涉。然而自由的行使并非毫无边界，它必须以不妨碍他人自由为界限，因此世界各国都认为家庭内的殴打、虐待行为

具有可罚性。但是，由于家庭生活的私人性质，家庭内部的争议和矛盾应由公民先以自己的方式加以解决，所以这些犯罪一般都是亲告罪，国家不宜主动追诉。对于婚内性侵犯，可以把它规定为亲告罪，[113]同时，其刑罚也应低于普通的强奸罪或强制猥亵、侮辱妇女罪，这样就可以在保护性自治权的同时又防止刑法对公民私人生活的肆意侵扰，也体现了对社会风俗弱化刑罚的需要，实现法律在最低限度上的有所作为。[114]

现在我们试图对婚内性侵犯问题做简单小结：婚姻关系并不导致对性行为的概括性同意，丈夫应当尊重妻子的拒绝，只在极其偶然的情况下才可能存在对性行为的推定性同意。对刑法第236、237条不能进行限制性解释，而把丈夫排除在外，婚内无奸的偏见应该被抛弃。

第四章
同意与犯罪论体系

一、同意在犯罪论中的地位

得到被害人同意的行为，在不同的犯罪论结构中，其地位是不一样的。在大陆法系的三层次犯罪论体系（即犯罪是符合构成要件该当性、违法性、有责性的行为）中，得到被害人同意的行为在一定条件下是一种违法性阻却事由。而在英美法系的本体要件和辩护理由这种二元互动的犯罪论体系中，得到被害人同意的行为可能是一种辩护理由。至于我国，犯罪论体系既不同于大陆法系三层次理论，也异乎于英美法系的二元模式，得到被害人同意的行为一般是在排除犯罪性事由中进行探讨的问题。

（一）大陆法系

在大陆法系某些国家的刑法理论中，得到被害人同意的行为在犯罪论体系中的意义并不完全一样。1954年德国刑法学家格尔茨（Geerds）提出，得到被害人同意的行为在犯罪论中具有不同的性质，一种是违法阻却事由，另一种是构成要件阻却事由。他把前者称为“同意”（Einwillingung），后者称为“合意”（Einverständnis）。他认为，像强奸罪、侵入他人住宅这种以压制被害人意志为前提的犯罪，得到被害人同意的行为是一种“合意”，它是构成要件阻却事由。[1]因为被害人的“合意”使得行为不具有犯罪性。但如果某种行为，即使得到被害人同

意，其犯罪性也不消失，只是这种在对方同意之下实施的行为，按照国家和社会伦理的规范，可以认为是合法的，那么就是违法阻却事由。[2]

根据格尔茨的观点，违法性阻却的同意与构成要件阻却的合意，所起的作用是不同的。

第一，在同意的场合，行为违反善良风俗时，同意不具有违法阻却的效力，由于法律只承认被害人起初意思具有决定意义，因此，基于欺骗或强制的同意也不阻却违法性；与此相反，在合意的场合，不存在违反善良风俗问题，基于欺骗或强制的合意都有效地阻却构成要件符合性。

第二，两者在错误问题上的意义也大不相同。对于同意的认识错误，常常是违法性的认识错误，而对于合意的认识错误则是构成要件的认识错误。

第三，对于同意问题采取意思表示说，即同意必须是被害人在行为之前明示或默示作出的，被害人的意思必须为行为人所知道，而对于合意，则采取意思方向说，即合意只要存在于被害人内心即可，不一定要表示出来。

第四，两者在可罚性未遂的可能性上也存在差异，在同意的场合下，完全不存在可罚未遂的可能性，而在合意的情况下则具有可罚未遂的可能性。[3]

这种分类在德国具有一定的影响力，甚至一度占据通说立场，[4]而在日本，虽然这种学说很早就有介绍，但却基本上没有为学界接受，[5]日本学界的通说仍然将得到法益主体同意的行为视为一种违法阻却事由。

然而，在当前的德国刑法理论中，一种有力的见解认为，没有必要区分“同意”和“认定”，但是也不能将同意理解为“违法阻却事由”，法益主体的同意应当统一视为一种构成要件阻却事由。[6]

（二）英美法系

在英美法系，得到被害人同意的行为可以作为辩护理由提出，如果这种辩护理由被认可，那么就可以否定犯罪的本体要件，自然也就可以排除行为的犯罪性。当然，英美法系的辩护理由与我们的排除犯罪性事由还是有很大区别的。在英美法系，辩护理由分为两类，一类是“正当理由”（justification），另一类是“可得宽恕”（excuse）。前者如正当防卫、紧急避险等，类似于大陆法系的违法阻却事由，而后者如未成年、错误、精神病人等，类似于大陆法系责任阻却事由。[7]显然，我国在排除犯罪性事由中并没有这种区分。另外，英美法系那种充分利用民间司法资源对抗国家刑罚权的二元对抗式犯罪论体系，也是我国甚至大陆法系诸国所欠缺的。在英美法系，得到被害人同意的行为在非常有限的情况下属于正当理由类的辩护理由，而性侵犯罪中得到被害人同意的性行为恰恰就是这样一种辩护理由。由于这种辩护理由在性侵犯罪中是最常见的，因此许多地方不仅具体规定了不同意的各种外在表现形式，而且还对同意作出了明确的定义，以对司法部门提供清晰的指导。如上文所提及的英联邦国家，又如美国伊诺利伊州，该州刑法把同意定义为：自愿的给予性行为的同意。由于被告人的强制或威胁导致被害人不能在语言或身体上表示反抗不能被视为同意，被害人在行为发生时的衣着不能表明同意。

（三）我国的选择

在我国的犯罪论体系中，并没有构成要件阻却和违法阻却事由或者正当理由和可得宽恕事由的区别，得到被害人同意的行为在一定条件下是一种排除犯罪性的事由。在性侵犯罪中，如果性行为得到了被害人的同意，那么显然也就可以排除行为的犯罪性。虽然我们的犯罪论体系和英美法系、大陆法系有很大的区别，但是这并不妨碍我们利用先进国家的有关理论来丰富我们对此问题的认识。[8]

严格说来，我国并不存在违法阻却和构成要件阻却的区分问题，但是这两种区分却对一系列刑法问题有重大影响，尤其是我们在下文将要重点考虑的认识错误问题，因此有必要对这种区分理论做简单地讨论。

从体系性安排来看，将法益主体的同意看成构成要件阻却事由可能更为恰当。对于某些侵害个人法益的犯罪，同意是构成要件的一个消极

要素，它排除的是构成要件本身，而不是构成要件的违法性。如罗克辛所说：在法益为了个人自由展开时，如果一个行为是以法益承担者的处置为基础的，那么就不可能存在对法益的损害，因为这种处置并不损害他的自由展开，相反，这正是这种自由的表现。[9]

首先，如果法益是个人可以完全处分的，那么同意就直接导致行为没有侵害任何法益，根本就不符合构成要件，没有必要在违法阻却阶段重复讨论。比如，侵入他人住宅，如果居住者同意对方的进入，那么住宅的安宁权也就没有被侵犯，自然也就不符合非法侵入他人住宅罪的构成要件。性侵犯罪也是一样，如果个体同意行为人的性行为，这根本就不符合性侵犯罪的构成要件。

其次、如果个人不能完全处置某种超越个人的法益，那么同意本身是没有意义的，它不能否定构成要件，同时对违法性也没有影响。比如得到配偶同意与他人重婚，由于婚姻家庭利益更多是一种公众利益，因此这种同意就不能排除重婚罪的构成要件，也不能排除重婚构成要件的违法性。又如，如果认为生命权和重大的身体健康权是社会中至关重要的利益，个人无权充分处分，那么经人同意的杀害和重伤行为，既不能排除故意杀人罪和故意伤害罪的构成要件，也不能排除行为的违法性。但是，如果认为个人对造成轻微身体损伤有处分权，那么得到法益主体同意的轻伤害行为就可以在根本上否定故意伤害罪的构成要件，而没有必要在违法性阶段重复评价。

二、同意与主观心态

在性侵犯罪中，被告人主观上是否需要认识到对方的不同意，对于同意的认识错误如何定性？这是性侵犯罪中一个非常值得研究的问题。在大部分性侵犯案件中，被告人[10]最经常的辩解就是，“我以为她同意了”“我不知她未满14岁（即我以为她已达同意年龄）”。类似辩解应如何定性，常常让司法机关感到为难。当前，大多数性侵犯罪发生在熟人之间，在这些案件中，两人也许因为约会而见面，男性没有使用暴力或暴力威胁，女方也很少有身体上的反抗。男方于是产生误解，误认为女方是同意的；或者错误地认为女方的拒绝只是半推半就、假装正经；或者认为只要自己坚持，女方终究会同意。对于这些有关同意的认识错误案件应如何处理，是时代发展赋予刑法科学的新命题。

（一）从摩根案件谈起

有关同意的认识错误问题，最经典的案件莫过于1975年英国的摩根案件，正是因为该案，这个问题才进入学界甚至公众视野，摩根案件曾引起人们广泛争论，直到今天这种争论仍未停止。

被告人摩根是一位皇家海军官员，一晚，他与三位同事一起喝酒，酒后摩根邀请三位朋友和自己妻子发生性行为。他告诉三位朋友，如果他的妻子反抗，那是假装的，她的真实想法其实是同意，而且暴力会让她更加兴奋。于是这三位男性不顾摩根妻子的反抗和她发生了性行为。最后这三位男性被控强奸，但他们认为自己当时确实认为女方同意了。在初审法院中，法官告知陪审团，如果被告人对被害人同意的相信不是基于合理的基础，那么它就不能作为辩护理由采纳，于是三位被告的强奸指控成立。随后，他们提起了上诉，上诉法院维持了有罪判决。最后，案件被上诉到最高法院（即上议院），法院虽然在最狭隘的基础上

维持了此案的有罪判决，但是它认为初审法院对于强奸罪犯罪心态的指示是在误导陪审团。同时它作出了一个令人震惊的判决，即对于被害人同意的认识错误，即使是不合理（unreasonable）的，但只要是真实（honest）的，那就可以排除强奸罪的主观心态——故意（intent）的存在。[11]这个判决引起了轩然大波，《伦敦时报》认为，“这个判决极为不公，它明显违背了我们的常识。”然而学术界却有大量的人对上议院的判决表示支持，两位英国刑法学家同时也在《伦敦时报》撰文，认为“只要我们考虑刑法中的故意，那么（这个判决）就是常识的胜利。”[12]随后，英国上议院成立了一个专门的委员会用来对摩根裁决进行复审。这个委员会最终肯定了摩根案的判决，认为在发生性行为时，行为人应当知道或至少意识到被害人有不同意的危险，才能构成强奸罪。[13]随后，依据这个委员会的建议，性犯罪法被修改。强奸罪的定义由1956年的“男性强奸女性或其他男性”修改为“在他人没有同意的情况下，与之性交，其时行为人知道对方不同意性交，或者对于对方是否同意性交持轻率态度。”

摩根案件的核心主要是对同意的认识错误问题：性自治权的观念告诉我们，同意不能由他人替代做出，因此摩根案件的当事人的认识错误是不合理的。问题在于，这种不合理的认识错误，如果是真实的，那么行为人的行为是否构成强奸？对于这个问题，无数刑法学家试图寻找答案，虽然这个案件迄今已有近30年，但是它所引发的争论仍未停止。

（二）对策

对于摩根案件所涉及的有关同意的认识错误问题，在世界范围内主要形成了如下一些观点。

1．严格责任

在普通法中，强奸是一种故意犯罪，其主观心态是行为人对性交所持的心态，而并非是对女方不同意性交的心态。[14]长期以来，普通法国家习惯于认为对同意的认识错误不是辩护理由，它与刑事责任没有关

系，对于有着这种错误认识的行为人应该适用严格责任，[15]这种做法在美国非常普遍。[16]根据这种见解，在摩根案件中，被告人所提出的辩护理由显然不能采纳，他们应当承担强奸罪的刑事责任。顺着这种理论推而广之，有些学者甚至认为在约会强奸中，尤其应该采取严格责任，他们认为可以借助民法中的信任关系理论（confidential relationship）分析约会强奸。[17]根据这种理论，法律要求处于优势地位的当事人负有按照对方的利益来行为的积极义务。在强奸罪中也要考虑男女双方的信任关系。一般说来，在熟人之间尤其是约会的男女间就存在这种信任关系，由于熟人的身份，女性会放松警惕。由于信任关系的存在，男性应该按照女性的利益来行为。在交往过程中，法律应当赋予他们更多的注意义务，让他们对女性是否同意加以准确地判断。因此对于同意的认识错误，无论合理与否，都不能作为辩护理由。[18]

2．排除犯罪之故意

采纳这派主张的人一般是把强奸罪的主观心态理解为一种双层罪过，其一是行为人对性交的主观心态，这显然只能由故意（intent）构成；其二是对女方不同意的主观心态，[19]而这种主观心态到底谓何，则存在争论。

一种观点认为，对于不同意的主观心态，也只能由故意（intent）[20]构成。因此行为人的对同意的认识错误显然可以排除犯罪故意的存在。由于并不存在过失强奸的立法，因此行为人的行为不构成犯罪。根据这种见解，行为人只要出现了这种认识错误，无论多么荒唐，但只要是真实的，那么就可以否定强奸罪的成立。

另一种观点认为，对于不同意的主观心态，可以由轻率构成。显然，这是对摩根裁决进行复审的Heilbron委员会的意见。根据这种意见，英国的性犯罪法也随之修改，法律明确规定：对于女方不同意性交，行为人持轻率心态，也可构成强奸。根据摩根裁决，这种轻率是指行为人认识到女方可能不同意，但仍然冒险为之。[21]套用我国刑法理论，这种轻率介于间接故意和过于自信的过失之间。然而这种观点并没有比第一种观点走得更远，它同样也认为，如果行为人确实出现了对同意的认识错误，即使不合理，也可以排除强奸罪的主观心态。

第三种观点是在对前两种观点的批评中形成的，它认为对于不同意的主观心态，不仅仅可由故意、轻率构成，而且还可以由疏忽构成。因此，如果行为人对同意出现认识错误，但只要这种认识错误不合理，与一般人常识不符，那么这种认识错误就不能作为辩护理由。有些学者干脆提出了疏忽强奸的概念，如苏珊指出，无论是故意强奸还是疏忽强奸（purposeful and negligent rape）都是对女性的人格和性自治权的侵害，应该受到法律的惩处。[22]然而有许多学者对此提出了强烈的批评，他们认为只是在非常特殊的情况下疏忽才能成为犯罪的心态，由疏忽构成的犯罪都是一些非常轻微的犯罪，其刑罚也比较轻，而强奸的刑罚很重，因此对疏忽者进行惩罚是错误。另外，惩罚应当限制在被告人有选择自由的案件中，因为愚蠢而惩罚一个人是不公正的。从威慑的角度来说，这也是无效的。在这些学者看来，行为人只有在故意或至少是意识到有危险的情况下，才构成犯罪。[23]

然而，赞同疏忽责任的论者指出，对疏忽犯罪惩罚的理由在于以下几点。

其一，如果在非故意的心态下实施行为会造成非常危险的结果，那么惩罚的依据更主要的是因为刑罚的威慑或剥夺功能，而非行为的道德责任。

其二，主观标准很可能被滥用，因为陪审团有时很难评估被告人的主观心态。因此，客观标准是防止陪审团过分仁慈的司法策略。

这两个理由在强奸罪中尤为明显。疏忽强奸的损失是无法挽回的，这与盗窃不同，疏忽盗窃不是一个严重的社会问题，因为那些由于疏忽拿了别人东西的人是会把财产还回去的，无论返还是否出于自愿，都不会对财产造成严重的损失。而像那些由于疏忽行为造成重大的无法挽回损失的行为，通常都应该接受刑法的惩处，比如疏忽杀人、疏忽致人重伤。即使行为人发生了认识错误，他的行为也是危险的，而且在多数场合，他们往往是对被害人的权益漠不关心。其次，在对强奸罪的主观心态进行认定的时候，采取客观标准比主观标准强得多：在陌生人实施的强奸中，主观心态是比较容易判断的，但是在熟人强奸中，由于很少有补强证据。因此在审判时，很难准确重现被告人当时的行为，更不用说其意图了。所以对认识错误适用客观标准，以一般人的常识来衡量行为人的主观心态，这就至少可以缓解由于证据匮乏所造成的困难。但是，

如果认为行为人只要对同意有认识错误，即使这种认识错误不合理，也可以作为辩护理由，那么就非常难以确定行为人真实的主观心态，因为他只要以对同意有认识错误作为辩护理由，那么看起来都是可以让人相信的。[24]另外，与反对者所说的恰恰相反，赞同者认为对于疏忽进行惩罚完全可以起到威慑的作用。对疏忽者进行惩罚，是因为法律要试图说服人们养成谨慎细心的习惯，这和惩罚故意犯罪一样，都能起到预防犯罪的作用。[25]在摩根案件中，被告人看到了女性的眼泪，听到了她语言上的拒绝，但却置之不理，这种偏离人类的正常举止的行为当然要受到法律的惩罚，这不仅符合公正原则，也能起到威慑的作用。[26]有些男性对人类行为的理解可能与女性不同，但依据他们的理解会对女性造成严重的伤害，因此有必要在法律上对男性施加理性行为的义务，让他们尊重女性的意志，尊重她们的语言和行为。如果行为人由于一己偏见，无视女性的拒绝，甚至把这种拒绝理解为半推半就，那显然违背了人类正常行为的规则，因此要受到法律的制裁。

3．正当化事实因素上的错误

持此观点的学者认为，在强奸罪中，得到被害人同意的行为是一种正当化行为。因此对同意的认识错误也就是一种假想的正当化，它是关于正当化事由上的错误。正当化事由上的错误不仅仅包括对事实本身的认识错误还包括对正当化事由的界限和范围的认识错误，对同意的认识错误显然是一种对正当化事实本身的认识错误。

对于这种认识错误应当如何处理，大致形成了两种观点，一种观念认为这种正当化的认识错误应当按照对客观构成要件的认识错误进行处理，因而就像上文所说的第二派观点一样，也认为这种认识错误可以排除犯罪故意的成立，如果对该行为没有过失犯罪的规定，那就不构成犯罪；而另一种观点则认为，这种认识错误只有在合理的情况下才与刑事责任有关，这种合理的认识错误可以理解为一种免责事由。如弗莱彻指出，在摩根案件中，被告人的行为并不是一种正当化的行为，因为被害人可以为了保护自己的权利而进行正当防卫，即使被告人错误地认为对方已经同意，但这并不意味着被害人就丧失捍卫自己人身完整性的权利。因此，行为仍然是不正当的，但是如果行为人的认识错误是合理的，那么他就不具有可谴责性。因此把这种认识错误理解为一种免责事

由，才能解决行为违法但行为人不受处罚这个矛盾。也就是说：只有不应受谴责的错误才能作为出罪的基础，一种不合理的或者有毛病的错误本身，则是应受谴责的，因而，它不能否定行为人的应受谴责性。[27]

（三）不同意的判断标准与主观心态的关系

前文讨论过不同意的判断标准，在世界范围内，判断标准大致有四种：①被害人的主观标准；②以强制手段作为判断标准；③新的合理反抗规则（身体反抗和语言反抗）；④肯定性同意规则。

至于性侵犯罪的主观心态，也大致有四种：①故意；②至少是轻率；③至少是疏忽大意；④严格责任。

用表格表示如下。

不同意的标准A	主观心态B
被害人的主观标准A1	故意B1
强制手段A2	至少是轻率B2
新的合理反抗规则A3	至少是疏忽大意B3
肯定性同意规则A4	严格责任B4

显然，不同意的标准语主观心态的组合形式有多种，最有利于被害人的标准是（A1+B4），最有利于被告人的标准是（A2+B1），[28]其余组合对被害人和被告人都各有利弊。对于处于法律天平的两端，法律显然不能过于倾斜于一方，它必须在保护被害人合法权益的同时也兼顾被告人的正当权益。

上文，我们已经分析过新的合理反抗规则（A3）具有相对优越性，那么在主观心态上应当做何选择呢？这取决于我们对“同意”属性的认识。

（四）本文之立场——规范性构成要件要素的认识错误

1．同意与规范性构成要件要素

当法益主体能够完全处分自己的法益，得其同意的行为可以排除构成要件，因此，同意是构成要件中的事实问题，而非违法性评价中的法律问题。

然而，同意并非单纯的事实，它是一种具有社会评价内容的规范性构成要件要素，性侵犯罪中同意至少混合了法律评价与社会评价两种规范性要素，法官在对同意进行认定时，必须结合中国的社会实际，以“新的合理反抗规则”作为规范评价的客观依据。

同意属于规范性构成要件要素，它与描述性构成要件要素一样都属于故意的认识内容，只有当行为人在感官上感觉到了描述性的构成要件要素，在思想上存在对规范性构成要件要素的理解，对他的惩罚才是有意义的。因此，在性侵犯罪中，行为人不仅要认识到性行为的发生，而且还要认识到它是在对方不同意的情况下发生的。

2．规范性构成要件要素认识错误的处理

如果行为人出现认识错误，误认为存在同意，这就属于对于规范性构成要件要素的认识错误。在德国，这又被称为归类性错误（subsumtionsirrtum），即对感官认识到的客观事物在规范评价（归类）上出现了误解。比如将他人汽车轮胎的气放掉，但却不认为这是刑法上所说的“毁损”财物。显然，行为人知道自己在干什么，但却不知道这样做的社会意义。对于归类性错误，应当遵循“在外行领域的平行性判断”，根据社会主流的价值观念，按照一般人的观念进行判断。对于“毁损”这个法律概念，行为人虽然不需要达到法学家的精确理解，但是他必须达到社会一般人的理解程度，也就是说从一个外行的立场，他也应该知道，按照社会主流观念理解，“放气”行为“毁损”了汽车的使用性能。如果行为人的认识不符合社会的主流价值，与一般人认识不符，那么他的认识错误就不能排除犯罪故意的成立。[29]再如某人贩卖色情

图片时，即使他本人认为是艺术品，而非淫秽物品，但一般人认为此图片为淫秽物品，而事实上也是淫秽物品，那就可以认定他具有贩卖淫秽物品的故意。

日本国有过类似判例，虽然法律对某种概念规定得非常明确，但行为人却对事物的概念归属产生了错误，如著名的“狸、貉事件”和“鼹鼠事件”。在日本的《狩猎法》中，狸和鼹鼠都是被禁止捕获的保护动物，但行为人却对某种动物的归属产生了错误认识。在“狸、貉事件”中，行为人误认为当地通称为“貉”的动物与狸不同而加以捕获，但当地人大多都持这种见解。而在“鼹鼠事件”中，行为人不知道当地称为“貘玛”的动物就是“鼹鼠”，而当地人一般都知道“貘玛”就是“鼹鼠”。在第一个案件中，被告被判没有故意，不成立犯罪，而在第二个案件中，法官却认为被告成立故意犯罪。显然，这两个案件中的认识错误都是归类性错误，应当根据社会一般观念进行判断。在第一个案件中，行为人的认识没有偏离社会一般观念，故不成立故意，而在第二个案件中，行为人的认识有违社会一般观念，故不能排除犯罪故意的成立。对于未成年人身份的误解，正与上述两案类似，它也是一种对未成年人身份归类上的错误认识，应当根据社会一般观念判断行为人是否存在故意。

归类性错误不同于单纯的事实认识错误（对描述性构成要件要素的认识错误）。对于后者，行为人的主观认识对于故意的成立具有决定性的作用，无论是采取法定符合说，还是具体符合说，行为人都必须对事实有认识，否则就可以排除故意的存在。但归类性错误却是按照社会一般观念进行客观判断的，而不能只看行为人主观认识，即使行为人没有意识到某种事实的规范属性，但只要一般人具备这种认识，行为人就具有犯罪故意。这正如罗克辛所指出的：对于规范性构成要素的认识，不能仅仅取决于行为人主观性的，在可能的情况下完全不合情理的不法评价本身，否则就将会违背法律作为一种客观制度的性质。[30]

归类性错误也不同于法律上的认识错误。后者是一种禁止性的错误，它是对某种行为是否为法律所禁止出现的误解，而不是对客观事实规范属性的误解。错误地认为“放气”不属于毁损，这不是禁止性错误，而误认为“放气”属于立法者所容忍的恶作剧，这才是法律上的认识错误。同理，对于某种物品是否属于淫秽物品的误认也不是禁止性错误，而对贩卖淫秽物品是否为法律所禁止的误解才属于禁止性错误。

在性侵犯罪中，对于同意的认识错误，当然也只是一种归类性错误，而不是单纯的事实错误，更非禁止性错误。对于这种错误，只有那些符合社会主流价值的合理的认识错误才能否定犯罪故意的成立。此处所说的合理与否，司法者可以根据上文所说的“新的合理反抗规则”进行规范判断。比如在约会强奸中，如果行为人本着“说不还不是半推半就”的哲学无视女性明确的语言拒绝，这种认识错误就不能否定他对女方不同意存在明知。

对于同意，只有那些符合一般人常识的合理错误才能豁免其责。这个观点在许多国家和地区的立法和司法实践中都有体现。比如美国那些承认对同意的认识错误可以作为辩护理由的州，就认为这种认识错误必须是真实合理的。英联邦许多国家也采取了这种做法。如加拿大刑法典第265条第4款规定：当被告人主张其被指控的行为得到了被害人的同意，如果法官认为其主张有充分的证据，并且陪审团也认为证据足以表明这种辩护理由成立，那么法官就应该对陪审团进行这样的指导，即在确定被告人的认识是否真实时，必须考虑这种认识是否有合理的基础。[31]英国《2003年性犯罪法》也规定：在强奸、插入性攻击及性攻击等性侵犯罪中，如果行为人不能合理地相信对方同意，那就构成犯罪。同时法律明确规定，判断行为人的认识是否合理，应该综合考虑各种情境，包括行为人之所以认为对方同意的各种细节（Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.）。

诉诸一般人的常识来判断行为人对同意的认识错误是否合理，这就要求行为人抛弃“不等于是”的偏见。性与人的尊严息息相关，行为人应当对对方有起码的尊重，他应当把对方看成一个有理性的主体，而非纯粹的泄欲对象。在进行性行为之前，行为人有义务了解对方的意愿，不要试图读懂女人的心，而要尊重她们说不的权利。在本质上有此能力合理行事之人如果没有这么做，那就违反了规范的要求，体现了对主流价值漠然的人格，因此要受到法律的责罚。

总之，在性侵犯罪中，对同意的认识错误是一种规范性构成要素的认识错误，只有符合社会一般观念的合理错误才能作为免责事由。显然，这种观点最契合我国的当前的犯罪论体系及性侵犯罪的立法现状，其理论推行成本很低，无须对现有法律进行变革。

3．合理错误的具体判断标准

对于规范性构成要件要素的认识错误要采纳“在外行领域的平行性判断”标准，也就是说，错误是否合理可以采用过失犯罪中的注意义务理论加以判断。当然这并不是说性侵犯罪是过失犯罪，而是在坚持它是故意犯罪的前提下，利用过失犯罪的理论来解决行为人对规范性构成要件要素的认识错误问题，实际上，这种做法可以在故意犯罪的框架内吸收英美法系的疏忽性侵犯理论。用上文表格中的术语来表示，笔者选择的组合其实是（A3+B3）。

对于注意义务一般有三种判断标准：一是客观标准说，即主张以社会上一般人的水平来衡量；二为主观标准说，即在当时的具体条件下以行为人本身的能力和水平来衡量；三是以主观标准为根据，以客观标准做参考。第三种标准是中国学界的通说。它认为，一般理智正常的人能够预见到的危害结果，理智正常的行为人在正常条件下也应能够预见。但是在判断行为人能否预见的决定意义的标准，只能是行为人的实际认识能力和行为时的具体条件。也即要根据行为人本人的年龄状况、智力发育、文化知识水平、工作和生活经验等因素决定其实际认识能力，以及他行为当时的客观环境和条件进行综合判断。因此，当一般人能够预见，而行为人也可能由于自身认识能力较低而不能预见，反之，一般人在普遍条件下不能预见，行为人也可能因为自身认识能力较高而能预见，总之，只能按照行为人的实际认识能力和行为当时的具体客观条件，来分析和判断行为人能否预见。[32]在笔者看来，这种标准只是主观标准说的一个翻版，两者并没有实质的区别，在判断行为人具体预见能力的时候，依据的主要都是行为人自身的认识能力和行为时的具体条件。

在笔者看来，对于合理错误，一般应当坚持客观标准说，即以一般人在当时情况下的认识与判断能力来加以确定。除非行为人的认识与判断能力高于一般人，才可以采纳行为人的主观标准。之所以这么认为，是因为如果以主观标准来判断错误的合理性，这其实会导致以对同意认识错误作为辩护理由这种现象的泛滥。任何人在实施犯罪之后，都可能提出这种辩护理由，而如果缺乏一个客观标准来判断这种辩护理由是否合理，那其后果只可能导致这种辩护理由或者被滥用，或者不分青红皂白被一律否认。

在性侵犯罪中，对于同意认识错误的合理性问题，尤其要坚持客观标准。这首先是因为在性侵犯案件中，通常没有太多的证据清楚地再现行为人的主观心态，尤其在熟人犯罪中，情况更是如此。因此如果以行为人的主观标准来判断他是否存在合理认识，那么他的这种辩护理由看起来似乎总是合情合理的。只有诉诸一般人的常识来衡量行为人的认识合理性，才可能缓解由于证据匮乏所造成任意狡辩。其次，性侵犯罪是一种独特的犯罪，它主要是男性对女性的犯罪。在这个男性占支配性地位的社会，主观标准无疑就是特定的男性标准说，根据这种标准来判定他对特定女性不同意的预见能力，不可避免地会回到我们极力希望避免的男权主义偏见。至少，对于那些有着和摩根案被告人一样偏见的男性，在任何情况下，他们也许都会认为男尊女卑是自然规律，女性只是满足男性欲望的工具，女性根本不明白自己想要什么，她们只能由男性来告知什么是她们所欲的。一切语言上的拒绝、身体上的反抗，在这些有着无可救药偏见的男性眼中，都是急于求欢的意思表示。那么，法律难道还要对他们提供庇护吗？他们必须为自己的错误偏见承担责任，因为这种错误是一个试图改变女性弱势地位，在人类交往中应坚持合理行为的社会所不能容忍的。因此，在性侵犯罪中，判断行为人的认识是否合理，一般只能采取客观标准说，即社会一般人的标准。当然，如果行为人的注意义务高于一般人，则可采行为人的标准。比如对于一位有着青春型精神病（俗称花痴）的妙龄少女，主动向男性求欢，对于一般人而言，可能确实不知女方患有此病，于是在女性的挑逗下和其发生了性行为，对此一般不应以犯罪论处。但是对于知道女方病史的男性，比如她的家人、朋友等，则显然要认为其有此注意义务。

合理错误问题显然与合理反抗规则有着非常紧密的联系。上文已经说过，在合理错误问题上，我们要坚持客观标准，但是，如果行为人的预见能力高于一般人，则可以采纳行为人的主观标准。这与合理反抗规则是相一致的，如果被害人的反应符合合理反抗规则，那么就要认为一般人能够预见到对方的不同意，因此即使行为人出现了对同意的认识错误，这种认识错误也是不合理的，因为它是可以避免的；如果行为人的利用被害人愚昧、胆小，虽然被害人放弃反抗没有达到一般人的反抗标准，但是因为行为人的预见能力高于一般人，能够清楚地预见到被害人的不同意，因此对同意的认识错误显然也是可以避免的，行为人当然应当承担罪责，事实上，这正是对合理反抗规则的补充。

4．约会强奸与不允许的风险

前文已经说过，对行为的同意并不必然推定对行为所伴随风险的同意，只有当这种伴随之风险属于社会所允许的合理风险，对行为的同意才可推定同意这种伴随的风险。男女双方约会，男方可能会意乱情迷，把持不住，女方可能会预见到约会的后果。但是，对未来事件的预见并不代表着对此事的同意，任何人都会预见到自己有一天会离开人世，但是并不意味着对自杀的认可。在约会过程中，如果女方同意与男方发生关系，她会通过行为或语言表示同意，但如果女方用行为或语言表示拒绝，而男方却误认为女方半推半就，这种风险就成为一种不合理的风险，是致力于建立男女平等的社会所不允许的风险，男方的错误自然也是一种不合理的错误。

（五）同意年龄的认识错误

如果被害人未达同意年龄，在法律上就要推定她没有同意能力，只要与其发生性关系就构成犯罪。但是在实践中，被告人却经常以“我不知道对方未达法定年龄”为由提出抗辩。如何认识这种年龄上的认识错误，已经成为长期困扰人们的问题，我们必须对这种特殊的认识错误进行研究。

对于这个问题，1984年司法解释曾采回避态度，称“在办理奸淫幼女案件中出现的特殊问题，要具体分析，并总结经验，求得正确处理。”经过司法机构近10年的经验积累，加上学界的长期争论。2003年1月23日，最高人民法院在《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》中终于表明自己态度，认为：“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。”然而该司法解释却引起学界乃至社会公众的广泛争论，数月之后（2003年8月）最高院又发布暂缓执行的通知。

2003年1月的司法解释是对中国刑法学界通说的肯定，但其之所以招致多方指责，除了有既往争论的延续，也许更为重要的是，支撑该解

释的刑法理论显得过于粗糙，因此我们必须仔细考察解决此问题的各种对策，评价其利弊大小，以求推进理论的发展。

1．对策与评价

行为人在遭到未到同意年龄的未成年人拒绝的情况下与之发生性行为，行为人当然构成性侵犯罪，[33]这毋庸置疑。如果未成年人对性行为表示同意，但行为人知道其年龄，行为人构成犯罪一般也没有疑问。问题在于如果行为人不知未成年人身份，其行为是否构成犯罪？对此，应对之策大体有三：其一，严格责任论，无须知道未成年人的身份，只要与之发生了性行为，就一律构成犯罪而没有辩护理由的存在；其二，疏忽过失论，行为人应当知道对方是未成年人，但由于疏忽大意而没有尽到注意义务，因而要承担过失的刑事责任；其三，故意论，要求明知未成年人身份，否则不构成犯罪。

这三种做法皆有可取之处。然而，为了寻找一种成本最小兼顾各方利益的做法，首先应考虑的是司法适用而不是立法修改。申言之，除非法律已经出现无法弥补的漏洞而实有修改之必要，才能涉及立法问题。如果动辄用立法修改来解决司法争议，那么法律也就很难给人以神圣感。以下我们对这三种对策逐一评价。

第一种解决办法主要来自英美法系的理论及其立法实践。[34]严格责任是解决年龄认识错误[35]问题的万灵丹吗？英美等国在法定性侵犯罪中是否就一律适用严格责任，而无辩护理由的存在？带着这些问题，我们试图对英美等国严格责任及其在法定性侵犯罪中的运用做简单考察。

所谓严格责任是指在考虑犯罪行为的一个或多个要素的时候，无须考虑犯罪心态。[36]严格责任不等于绝对责任，它并非完全不需要过错（fault）要素，只是对某些特定要素不需要考虑主观心态，对于这些特定要素的合理错误不能视为辩护理由，但被告人可凭对其他事实缺乏过错作为辩护理由。严格责任主要都是存在于制定法中，普通法仅有极少数的严格责任的犯罪。[37]对于这个备受指责的原则，英国法学家赫林给出了它存在的一些理由：①保护公共安全。这是它存在的最重要的原

因。立法机关一般是把一些涉及公共健康、安全、道德和秩序的犯罪规定为严格责任。②减轻公诉机关的证明责任。由于没有必要证明被告人对某个特定要素的主观心态，公诉机关的证明责任大大减轻。③严格责任的犯罪并非是真正的犯罪。它一般是法定犯（mala prohibita）而非自然犯（mala in se）。因此，这些犯罪一般都是由行政代理部门（government agency）而非警察或公诉机关行使追诉职责的。[38]

美国《模范刑法典》对严格责任采取了否定和限制的态度，它把此类犯罪称为“违法行为”，以区别于重罪、轻罪和微罪，而且处罚也只限于罚金、罚款、没收或者其他民事惩罚，不能判处监禁。[39]在英国，严格责任更是命运多舛。英国法律委员会在1978年发表的关于犯罪心态的报告指出：凡是对以后的法律涉及的犯罪所要求的条件或结果没有明文规定过错或者严格责任的，都应当不可辩驳的推定，被告人是否应负刑事责任取决于他对犯罪的必要结果、必备条件是否具有主观心态。[40]

虽然严格责任在英美法系受到了诸多限制，但不可否认的是，在法定性侵犯罪中确实存在严格责任的残余。而这恰恰也是国内多数学者主张在奸淫幼女型强奸中嫁接严格责任的理论依据。但是人们在引介严格责任的时候，或多或少存在误读。事实上，英美等国的法定性侵犯罪并非完全的严格责任。而且考虑到严格责任对行为人过分的不公平，在法律中也有一些特殊的制度设计来减低这种风险。

首先看看严格责任的发端地英国对法定性侵犯罪的立法和实践吧！法定强奸罪最早出现于1861年《侵犯人身罪法》，它包括非法性行为重罪与非法性行为轻罪（该法第50条规定：与不满10岁的女孩发生性行为是重罪，应处以终身监禁。第51条规定，与10岁以上的少女发生性行为为轻罪，可判处不超过3年的监禁）。法律中可找不着严格责任的踪影。这种归责原则是在1875年的普林斯案（R v. Prince）才得以确认的。[41]该案被告人普林斯被指控未经女方父亲同意带走一位不满16岁的名叫安妮的少女，这触犯了1861年侵犯人身罪法第55条的规定，即未经女方父亲同意，带走不满16岁的未婚女子。[42]有足够的证据证明普林斯确实不知女方真实年龄。然而，法院还是认为普林斯构成犯罪。在这个案件中，多数意见认为对年龄要素的认识错误不是辩护理由，此罪应适用严格责任，“由于第55条的语言中并没有出现恶意（maliciously）、故意（knowingly）等表示主观心态的字样，因此不能

认为在这些法条中，立法者的意图是在被告人知道少女实际年龄的基础上才能确定其为犯罪的。”[43]

必须说明的是，法院之所以对此案适用严格责任，主要是为了弥补制定法上的缺陷。根据当时的理论，如果对年龄要素不适用严格责任，那么一个男人与一个未满10岁女性发生的性行为，只要他有合理的理由认为对方已满10岁（比如说11岁），则不构成非法性行为重罪，而且他也不构成非法性行为轻罪，因为女方不满10岁。[44]

由于遵循先例原则，严格责任在英国得以推广并为法律所认可。《1956年性犯罪法》第5条保留了非法性行为重罪，[45]仍然把与不满13岁的少女发生性行为规定为犯罪，最高刑仍为终身监禁。在第6条保留了非法性行为轻罪。然而在该条第2款和第3款，法律却规定了两个辩护理由：“……（2）如果是基于……婚姻法而使婚姻无效（女方未满16岁），这个无效的婚姻不能因为女方未满16岁无权给予同意而使丈夫构成对她的犯罪，只要他相信女方为他的妻子而且有合理的理由让他这么认为。（3）……如果此男性不满24岁且过去不曾因为相似罪行而受过指控，并且他有理由相信少女已满16岁，则不能认为他构成犯罪。”由于第5条和第6条两个法条高度相关，且都来源于1861年的《侵犯人身法》，既然第6条明确了年龄上的认识错误可以作为辩护理由，但是在第5条中却缺乏相应的规定，所有这被认为是立法者以必要的暗示手段对非法性行为重罪中的年龄要素适用严格责任。

1969年上议院在斯维特诉帕斯勒案（Sweet v. Parsley）具有风向标的意义，从此严格责任日暮西山。该案的主流意见指出，如果法律对某罪是否需要主观心态保持沉默，那就可以合理地认为该犯罪需要主观心态，除非法律明示或以必要（而不只是合理的）暗示来表明该条文适用严格责任。[46]在最近的两个针对幼童的猥亵案中，在考虑是否对年龄要素适用严格责任时中，英国上议院再次重申了这个原则，而排除了严格责任的适用。[47]《2003年性犯罪法》保留同意年龄两分法的规定，与不满13岁的未成年人发生性行为采取了严格责任，但与13岁以上，不满16岁的未成年人发生性行为，则要看行为人是否存在合理认识。

从英国的做法可以看出，严格责任是在十分狭隘的基础上适用的，即法律必须明示或有必要暗示。在法定性侵犯罪中并非绝对适用严格责任，至少与年龄相对较大的未成年人发生性行为，对年龄的认识错误仍

是一个重要的辩护理由。[48]

美国的立法虽有着深深的英国烙印，但仍极具特色。按照普通法的规定，与不满10岁的幼女发生性行为构成强奸罪。年龄上的认识错误不能作为辩护理由。但是上文我们已经指出，各州在进行法典化运动的时候，对于法定强奸很少有保留普通法关于10岁的规定，一般的趋势是提高同意年龄，从16岁到18岁不等。[49]在20世纪50年代之前，虽然年龄上的认识错误不能作为辩护理由，但是如果能够证明女方行为不检，如曾经有过不贞洁的行为，则可以作为辩护理由。但是考虑到这种辩护理由对女性不公平，而且根植于过时的贞操观念，因此到20世纪80年代，大多数州都取消了这个辩护理由。那么此时的法定性侵犯罪是否就实行绝对的严格责任，对年龄的认识错误能否作为辩护理由呢？1962年美国法学会制定的《模范刑法典》对此问题做了回答。它把法定强奸罪分为两个等级，分属二级重罪和三级重罪。前者保留了普通法规定，即与不满10岁的幼女发生性行为，对于该幼女年龄上的认识错误不能作为辩护理由。而后者则是指行为人与不满16岁的未成年人发生性行为或其他偏离性性行为，但行为人必须大被害人4岁。[50]对于这种法定强奸，法典认为，如果行为人对被害人年龄出现了合理的认识错误，那就可以作为辩护理由而否定其罪责。受该法典影响，所多州都有类似规定。即根据被害人年龄的不同来设计不同的法定性侵犯罪，一般是把它划分为两个或三个不同等级的罪行。[51]对于第一个等级的法定性侵犯罪，在年龄要素实行严格责任，但是对于其他法定性侵犯罪，年龄上的认识错误则是一个重要的辩护理由，对年龄要素实行疏忽责任。同时，有些州对于最严重等级的法定性侵犯也规定了一些辩护理由，比如行为人和被害人相差不大（一般是2到4岁）或者行为人与被害人已经结婚。[52]

上述介绍是想澄清这样一个事实：英美国家在法定性侵犯罪适用的是一种相对的严格责任，被告人并非没有提出抗辩理由的可能。对于并非最严重等级的法定性侵犯罪，年龄上的认识错误仍是法定性侵犯罪重要的辩护理由。

然而，英美对于最严重等级的法定性侵犯罪仍然实行严格责任，年龄上的认识错误不是辩护理由，那么这能否作为我们在同意年龄问题上嫁接严格责任的依据呢？必须承认，引入此原则好处是明显的。至少司法实践中的疑难案件会大大减少，再也不用担心出现幼女发育成熟，甚至初通风情，主动勾引男方，谎报年龄而使男方误解的疑难案件，司法

机关也没有必要左右为难，反正从重打击即可。然而，这个原则的风险也是极大的。首先，它可能动摇传统的罪责原则。有此一个缝隙，主客观相统一原则将摇摇欲坠，客观归罪的指责不可避免。其次，法律必须修改，因为总则与分则是鱼水关系。由于总则没有规定严格责任，分则如果贸然嫁接，至少与罪刑法定原则不符，更何况分则也没有给出第236条第2款（强奸罪）、237条第2款（猥亵儿童罪）应当适用严格责任的明示或必要暗示。再次，对于那些误信谎言的被告，在无法反抗诱惑的情况下所做的冲动之举，却要其负担至少3年以上[53]牢狱之灾也过于严苛。当然我们可以说，这些人的行为是咎由自取，至少他违反了我们的道德禁律，然而用刑法来维系这种道德是否代价过大。当然，法律是可以变更的，前提是法律漏洞非修改而无法弥补；道德也是应当维系的，只是应当经济行事。而在笔者看来，当前的法律并没有糟糕到无法解决这个问题的程度，适当的刑法解释学足以抚平这个皱褶，用刑罚来对付这些常人可能犯下的错误委实过于浪费。

第二种解决之道是过失论。[54]即对未成年人年龄不需要明知，只要证明被告人应当认识但却没有认识则可认定其主观心态的存在。这种过失显然是一种疏忽大意的过失，[55]即在法律上要求行为人负有一定的注意义务，如果没有履行此注意义务，则要承担法律责任。过失论的主张看起来十分可行，因为它可以在坚持罪过原则的基础上有效地实现保护未成年人的社会政策。未成年人属于社会弱势群体，法律应当给予她们更多的保护。为了避免她们受到性侵害，法律一方面否定了她们的性同意权利，另一方面也应当要求社会一般公众在发生性行为时，谨慎注意对方是否未成年人。这种注意义务，对于公民来说，既是一种道德义务，也是一种法律义务。当然，判断行为人是否履行了注意义务主要是看其是否有相应的注意能力，即是否有能力预见对方不满14岁。如果行为人缺乏此注意能力，就不能构成犯罪，只能以意外事件论处。对于注意能力，一般应以行为人所属的社会生活领域中一般谨慎之人的注意能力为标准。比如，对于一般人而言，如果未成年人发育比较成熟，而且也向行为人出示了显示其已满14岁的身份证明，那么就应当认为行为人履行了注意义务，因为在这种情况下，一般人预见不了未成年人不满14岁。如果行为人和未成年人有某种监护、教养关系，如学校的老师与学生发生性行为，那么处于教师这个社会生活领域之人的预见能力要高于一般人，教师对其学生的年龄应当有所认识，因此他也就不能以不知未成年人真实年龄开脱罪责。[56]

事实上，疏忽过失正是英美国家对严格责任的一种改造之法。考虑到严格责任与罪过原则有悖，英美国家往往把严格责任的犯罪转化成疏忽过失的犯罪。当行为人对某罪的客观事实提出认识错误的辩护理由，而该罪状中也没有表明是否对此事实适用严格责任，那么法官就往往需要考察行为人是否对该要素尽到注意义务，如果经充分注意、谨慎行事，仍然无法避免该错误之发生，行为人可得豁免，否则就要承担疏忽过失的刑事责任。[57]

但是，和严格责任一样，采纳疏忽过失的做法如果不经过一定的理论转化，那它也就不是一种司法适用的可取手段，因为对于过失犯罪，分则有规定的才处理。那么采纳其主张的必然步骤是修改刑法，而这成本似乎过高，因为我们并非没有合理的解释手段来弥补漏洞。

第三种做法是故意论。这又可以分为直接故意论和间接故意论。前者认为直接故意中所谓的明知包括明知自己行为必然危害社会也包括明知自己行为可能危害社会。[58]因此只要知道对方可能是未成年人，行为人与之发生性关系的行为就可入罪。而后者认为性侵犯行为的认识要素是明知，但是意志因素则是希望或放任发生损害未成年人身心健康的结果。比如未成年人谎报年龄，但其身体发育并不早熟，行为人完全可以认识到她可能是未成年人，在这种情况下性行为就是一种间接故意的表现，因为行为人对损害未成年人身心健康的结果采取了一种放任的心态。[59]

无论是直接故意论还是间接故意论都来源于当前的理论和立法成果。其努力方向也是一种司法适用之建议，而非立法改革之主张。它们都无须变动现有的刑法设计，因此具有可取之处。从功能上比较，间接故意的主张能够涵盖直接故意的内容，因而更为可取。

然而故意论还是存在问题的：如果行为人因为某种原因而在事实上对未成年人年龄没有认识，但是这种误解却偏离了一般人的常识，但由于他缺乏对年龄的认识，因此按照这种理论，是否就一律可以否定故意，这还值得进一步研究。

2．年龄上认识错误的性质

对年龄的认识错误是对规范性构成要件要素还是对描述性构成要件要素的认识错误，这不无争议。如果是前者，那就是归类性错误，如果是后者，则是事实认识错误。

规范性构成要件要素和描述性构成要件要素的界分是根据司法机关是否要进行价值判断来进行区分的。比如刑法学界习惯认为，故意杀人罪中的“人”，拐卖妇女罪中的“妇女”都是不是需要进行价值判断的描述性构成要件要素，而传播淫秽物品罪中的“淫秽物品”，聚众淫乱罪中的“淫乱”则是需要进行价值判断的规范性构成要件要素。

但是，两者界限是非常模糊的。故意杀人中的“人”也存在价值判断。“人”的始期是采取“独立生存可能说”“阵痛开始说”还是“独立呼吸说”，人的“终期”是采用“心脏停止说”还是“脑死亡说”？这都存在价值判断。如果一位医生对没有办准生证的新生儿注射毒针导致孩子死亡（准生证案），而医生却真诚地认为只有办理准生证的孩子才可以出生，才属于法律上的人，那么这种错误是事实错误还是归类错误呢？再如，行为人拐卖人妖（拐卖人妖案），但却误认为人妖就是女性，那这又是事实错误还是归类错误呢？

同时，在规范性构成要件要素中也有事实问题，比如英语盲帮朋友卖盗版书籍，朋友并未告诉其该书籍是英文版淫秽书籍，被告人一直认为自己贩卖的是四六级辅导材料（四六级辅导材料案）。这又是事实错误还是归类错误呢？

因此，我们无法精准地区分规范性构成要件要素和描述性构成要件要素，因为所有的事实都可能带有规范评价的成分。因此，只要是对评价的错误就是一种归类错误，无论这种评价是在描述性构成要件要素中的评价，还是规范性构成要件要素中的评价。所以，在准生证案和拐卖人妖案中，行为人属于归类错误，而非事实错误，而在四六级辅导材料案中，行为人则是事实错误。

年龄是什么？是事实问题还是评价问题？幼女、未成年人并非单纯的事实本身，它是法律规范创设的一种身份属性。但是，年龄主要则是一种事实问题。如果行为人只是认识到在与对方发生性行为（单纯的事实认识），也知道对方只有13岁但却认为对方有性同意能力，这显然是一种评价错误，但如果根本不知道对方未达同意年龄，那就是事实错

误。

事实错误虽然可以排除故意，但是是否存在故意是应该根据经验法则进行推定的，推定故意在我国的司法实践中普遍存在。司法解释经常把故意解释为“知道或应当知道”。如1998年5月8日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家工商行政管理局《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第十七条：“本规定所称的‘明知’，是指知道或者应当知道。有下列情形之一的，可视为应当知道，但有证据证明确属被蒙骗的除外：在非法的机动车交易场所和销售单位购买的……”；又如2001年4月9日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定：“知道或者应当知道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件……以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处。”

不少学者认为，司法解释中所说的“应当知道”是一种过失责任，把过失解释为故意是违反罪刑法定原则的。[60]这种观点的局限性在于，没有将故意区分为构成要件故意和责任故意，并从证明责任的角度去理解故意。

如果将故意区分为构成要件故意与责任故意，就很容易说明为什么“应当知道”也是一种故意。构成要件故意属于构成要件该当性中的证明内容，应由控方承担提出责任和说服责任。“构成要件性故意”是一种一般人的判断，控诉方只要从理性一般人的角度证明被告人“应当知道”就完成了证明责任。当控诉方证明被告方存在构成要件故意，就可以推定其存在责任故意。“责任故意”是一种个别化的非难判断，如果被告方要提出反驳，主张没有责任故意，这就如精神病辩护事由一样，应由被告方承担提出责任和优势证据的说服责任。如果控诉方不能提出优势证据证明自己缺乏责任故意，就自然就要推定其存在责任故意。比如在销赃案件中，控诉方证明被告方在非法的机动车交易场所购买赃车，一个具有通常理智的人从这个事实可以推定被告方知道车辆可能是赃车。如果被告方要反驳控诉方的推定，比如主张不知道不能在非法的机动车交易场所交易车辆，这种主观化的个别事项属于责任故意的范畴，提出责任和说服责任当然应由被告人承担。

在同意年龄这个问题上，许多国家都存在推定故意的类似立法。如大陆法系的瑞士，该国刑法第187条第4款规定：“行为人误认为未成年

人已满16岁，如果行为人慎重行事是能够避免此等错误的，处监禁刑。”这里的谨慎行事，其实也就是其认识是否符合社会一般观念，如果根据当时的客观情况，行为人未尽充分之注意义务导致发生认识错误，成立故意犯罪。

这种立法思路在英美法系更是常见，英美法系对于同意年龄一般采取双分法，如果美国《模范刑法典》将同意年龄分为10岁和16岁两个，对于前者采取严格责任，对年龄的认识错误不能作为辩护理由，而对后者则采取推定故意，对于年龄的认识错误，按照一般人的生活经验进行推定。与不满10岁的幼女发生性关系，社会一般人不可能不知道对方没有性同意能力，行为人认识错误不能原谅，而对不满16周岁的幼女，对于年龄，一般人也有可能出现误解，如果这种误解符合社会一般观念，则无法推定行为人存在故意，则可免除行为人的罪责。当然，英美法系走的是另一条道路，它在法律上将法定性侵犯明确规定为严格责任或疏忽过失责任，这与我国刑法不相匹配，因为刑法第236、237条所规定的强奸罪和猥亵未成年人罪是一种故意犯罪。但是，通过推定故意的相关理论，我们完全可以在故意犯罪的框架内，吸收英美法系的立法经验。我们应该根据社会一般人观念来判断行为人年龄的认识错误在经验上能否接受。但是对于那些负有特定义务的人，如对未成年人有监护关系、教养关系或其他信任关系，那么他们那个群体注意义务要高，因此他们“应当知道”未成年人的身份。如果行为人要进行反驳，那么应当由他们承担优势证据的说服责任。

3．推定故意的判断标准

对于年龄认识错误是否可以排除故意，应该根据一般人的生活经验进行判断。

在讨论这个一般性的判断标准之前，我们不凡先从法律有关幼女的立法沿革中看一下同意年龄的判断标准。何谓幼女？我们曾在性成熟标准与法定年龄标准两级摇摆不定。1955年11月9日最高人民法院在《关于处理奸淫幼女案件不得以14岁为幼女年龄标准的通知》指出，“在处理奸淫幼女案件时，应就被害幼女是否发育成熟以及被害幼女在身体和精神上所造成的后果等考虑量刑，以免处刑不切实际。”但实施仅两年时间，由于造成执法混乱，最高人民法院在1957年4月30日《1955年以

来奸淫幼女案件检查总结》及同年5月24日会同司法部发出的《关于城市中前几类刑事案件审判工作的指示》中又重新确定了以不满14岁为幼女标准。1979年刑法和1997年刑法也采取了这种做法。然而在随后颁布的几个司法解释中，分明又能看到最高司法机关仍然不愿彻底放弃发育成熟说。[61]以发育成熟与否判断是否幼女，这不啻是一个美好的设想。因人而异，具体问题具体分析在这得到了完美实现。然而“发育成熟”这个概念本来就不明确，在现有的医疗条件下也很难界定。因此要求规范性、确定性的刑法也就不可避免地采用了客观的年龄标准说，这是梦想破灭之后的无奈之举。

法定标准说有它明显的好处，它可以最大限度地保护未成年人的利益。而如把这种学说发挥到极致，其代价则是彻底牺牲行为人的利益。这种不分青红皂白的处理办法似乎过于极端，它不可避免地使得早已走出客观归罪的现代刑法理论残留了原始的印记。如果能把年龄说与发育成熟说结合起来，那倒不失为一种有益的尝试。英美国家法定性侵犯罪的两分法的立法实践给我们提供了一些线索：对于最严重等级的法定性侵犯，年龄上认识错误的辩护理由是不被接受，至于其他的法定性侵犯罪，这种辩护理由则可被接受，除非行为人是负有特定义务的人。能否用推定故意来解释这种不同等级的法定性侵犯罪设计呢？与非常年幼的未成年人（如《模范刑法典》所规定的不满10岁的幼女）发生性行为，行为人提出不知对方是未成年人的辩护理由显然是不能被接受的。如果与年龄相对较大的未成年人发生性关系，由于其中有的发育早熟，那么根据一般人的生活经验是可能出现这种错误的，因而可以否定行为人的罪责。对于那些负有特定义务的人，如对未成年人有监护关系，教养关系或其他信任关系，他们自然应当对未成年人的年龄存在明知。这种解释似乎较好地实现了年龄标准说与发育成熟说的结合，在某种程度上也超越了严格责任与单纯的罪过理论，并且平衡了被害人和行为人的利益。

顺着这个思路，我们尝试着对是否推定故意的标准做一个大致的界定。

在行为人和未成年人发生性关系的情况下，应当根据一般人的生活经验来推定行为人是否存在故意。如果行为人处于特定的地位，与未成年人有监护或教养关系或其他信任关系，那么他们应当存在这种认识。对于一般人而言，与还没有发育成熟的孩子发生性行为，他要负有询问

的义务。如果行为人没有关心过对方的年龄，则违背了注意义务。如果仅从外表形体如身高、体重、第二性征（包括乳房发育、阴毛的浓密、腋毛的有无），一般人能够判断出该人有可能是未成年人，即使未成年人谎报年龄，也可以认定行为人应该有认识，因为这种认识错误是不合理的。另外，如果有其他表明未成年人身份的客观特征，如在上小学，戴红领巾等，[62]也可以作出相应的推断。

问题在于未成年人发育早熟，从外表形体无法判断对方是未成年人，这种案件应如何处理呢？事实上，司法机关绝大多数疑难案件往往集中于此。笔者对1980年以来发表的论文和书籍中涉及奸淫幼女（含嫖宿幼女）的案件做了一下梳理，发现在双方自愿发生性行为的情况下，行为人以不知对方年龄作为辩护理由的案件，绝大多数幼女是13岁，很少有12岁的，基本上没有不满12岁的案件。而在这些案件中，有相当比例的是男女在谈恋爱，甚至准备结婚的情况的下发生的，还有一些是幼女主动诱惑而致，社会危害性相对较小。另外有一部分案件行为人处于特定地位，负有特定义务，如教师、亲属和邻居。[63]以此为依据，我们试图对未成年人作一个区分：不满12岁的未成年人和12岁以上不满14岁的未成年人。对于前者，由于仅从形体和外貌就应当判断出未成年人身份，因此这种年龄上的认识错误是不合理的，可以推定行为人存在故意。至于12—14岁之间的未成年人，如果其发育确实早熟，一般人对其未成年人身份可能发生误解，那么也就无法轻易地推定。事实上，对于13岁左右的孩子，即使是专业的司法人员也很难准确的判断其真实年龄。某市有几位有二三十年司法经验的审判员到一家中学做实地调查，他们目测了几十个14岁左右的女学生，估计是否已满14岁，结果证明百分之八九十是错误的。[64]行为人对处于这一年龄阶段的未成年人在年龄上发生认识错误，很有可能是合理的。但是如果行为人处于特定地位，负有特定义务自然应当知道同意年龄的。

以12岁作为年龄认识错误是否合理的界限是有一定的人类学、医学基础的。人们性生理发育的标志是青春期来临，以女性为例，其性生理发育的基本标志是月经初潮，即第一次来月经的时候。发生年龄大概在13—15岁。女性初潮年龄因种族、遗传、营养、气候、经济、文化等条件而有不同，近年来我国妇女的初潮年龄有不断提前的趋势。我国1980年全国妇女的月经普查结果表明，北京市女性初潮年龄从1963年的14.50岁提前到13.26岁。[65]另据学者1991—1992年在22市对8069名少女的调查显示，中国人初潮年龄明显提前。月经初潮年龄以重庆市最早，

为12.51岁，拉萨市最晚，为13.72岁，较之十年前都有较大提前。[66]另有学者1994—1995年对7市铁路中学2447名女生进行调查。结果显示，20世纪90年代7市女生月经初潮平均年龄为12.47—13.40岁，其中以广州市最早，哈尔滨市最晚。较之10年前两市分别提高了5.6个月和5.8个月，而上海铁路中学女生初潮平均年龄为12.50岁，较之80年代的14.10岁，足足提前了13.71个月。[67]上述研究都表明，生活在水土湿润的亚热带的女孩初潮年龄要早于生活于东北高寒地带的女孩子，农村的女孩的初潮年龄普遍要高于城市女孩的初潮年龄，但绝大多数中国人初潮年龄都在12岁以上。另外，12岁上下的孩子在第二性征上存在区别。中国女性在10—11岁，乳头和乳房开始发育，乳头像芽孢一样慢慢突起和隆起，阴部开始出现短而细的竖直阴毛。在12—13岁，乳房继续发育增大，乳晕明显，阴毛卷曲。到13—14岁出现腋毛和初潮。[68]因此，在绝大多数情况下，对不满12岁的未成年人，一般人是不难判断出其身份的，年龄上的认识错误是不应该出现。无论行为人如何狡辩说自己不知对方年龄，也很难让人相信。就这些孩子而言，她们显然不能对性行为给予任何有意义的同意，她们也不能成为性满足的对象。与这些未成年人发生性关系的行为人显然触犯了基本道德规范。但是，对于12岁以上不满14岁的未成年人，其中有些形体外貌如同成年人，此时如果行为人尽充分注意义务仍无法避免发生年龄认识错误，就应该否定其罪责。对于这些已经进入青春期孩子，她们对性已有朦朦胧胧的欲求并已有基本了解。她们甚至有时还会勾引诱惑行为人。考虑她们对性行为的社会、心理、感情以及生理后果的了解十分有限，因此，至少当行为人是成年人时，把她们视为性侵犯罪的被害人是切合实际的。但是我们不能完全牺牲行为人的利益来保护未成年人的权益。12—14岁的未成年人确实可能被人误认为已满14岁。如果行为人确实出于诚实合理的错误认识，误认为对方年龄足够大了，因而和她发生性关系，对这样的行为人进行处罚，明显偏离了罪责原则。当然，对那些处于特定地位，负有特定义务的行为人，由于他们的注意义务要高于一般人，他们应当认识到对方的年龄，因而不能免责。[69]事实上，明清以及民国初期，法律上对同意年龄都规定为12岁。这虽然不利于对未成年人的保护，但是却反映出了一个问题，即在百年之前的中国，12—14岁的未成年人在形态上也确实有可能发育成熟，让人很难判断其真实年龄。否则，法律是不会做这种规定的。因为任何一个民族，对与根本还未发育的孩子发生性关系，都是严厉禁止的。考虑到时代的变化，当前人的性生理发育程度在总体上早于百年前，因此选择12岁作为认识错误是否合理的界限是比较恰当

的。当行为人与不满12岁的未成年人发生性关系，年龄上的认识错误是不应该的，无论行为人如何狡辩，他都要承担性侵犯罪的刑事责任；当行为人与12岁以上不满14岁的未成年人发生性关系，如果未成年人发育确实早熟，一般人对其身份可能发生误解，那么从一般人的生活经验出发，年龄上的认识错误就可以豁免行为人的罪责。

借助青春期年龄分析认识错误是否合理并不意味着青春期之后的人就应有性同意能力。我们的目的是想探寻，在何种情况下一般人可以辨识未成年人的身份，从而界定这种认识错误是否合理。也许以12岁作为界限还缺乏足够的说服力，甚至有点武断。因为很难准确定义青春期从何时开始，而且不同的人进入青春期的时间也不一定相同。但是，划定年龄界限仅仅是对要保护群体的大概的估计，这个标准也方便操作。而且以现有公布的案件为蓝本，以12岁作为错误认识是否合理的界限也可以在最大限度上平衡行为人利益与保护未成年人的社会利益。当然，我们仍需要更多的实证依据来证明我们的观点，我们期待更多的人开展这项饶有意义的研究。[70]

当然，青春期的到来，身体外形的变化并不能够表明其发育成熟，人类的性成熟更多表现在性意识的成熟。考虑到性成熟并不单纯依赖于生理上的成熟，当前世界各国关于法定性侵犯的立法有个突出的趋势，就是提高性同意年龄，把法定性侵犯要保护的对象扩大到少年。当然如果侵害对象是少年，年龄上的认识错误更可以作为辩护理由，这种立法趋势值得我们学习。

4．两小无猜的免责事由

郎骑竹马来，绕床弄青梅。两小无猜是人们对少年男女感情的一种浪漫写照。随着生理的发育成熟，人类在15—17岁初步形成了性意识。在进入青春期后，大部分男孩也已体验过射精的性快感，他们周身充满了强烈的性欲，希望和女孩交往，接触女孩的肉体，渴求接吻，拥抱甚至性交。由于初次接触到性，因此在处理这些问题时，缺乏经验，往往不能控制自己。男孩只要稍微受到一点性刺激，反应就十分敏感。而大部分女孩在初潮之后也会对男孩产生一种朦胧的爱，并希望博得男孩的欢心。[71]于是，有些孩子会尝试早恋，这在当前的中学生中并不罕

见。如果双方发生性行为，刑法是否要进行干涉呢？

必须认识到，之所以规定一定年龄以下的人没有性同意能力，主要是为了防止大人利用孩子的无知来满足自己的欲望。然而很少有孩子会利用未成年人的无知，他们往往是在好奇心的驱使下发生性行为的。性行为的发生一般经过双方同意，有时甚至未成年人主动诱惑。双方对性行为的发生都有责任，由一方承担这种责任显失公平。另外，在一些少数民族地区往往有早恋的习俗，十三四岁的男女往往在一起“搭小屋”“住公房”“串姑娘”“摇马郎”“串塞”“坐妹”等，在这些活动中，往往伴随着性行为的发生，有的造成未成年女子怀孕的后果。而这在被害人及其家属中一般不告，认为这是历史习俗。[72]对于这些行为人而言，很难说他们利用了对方的无知。总之，防止孩子发生性越轨行为的最佳办法是开展有效的性教育。动用刑罚不仅收效甚微，也过于浪费。因此1984年司法解释认为，“十四岁以上不满十六岁的男少年，同不满十四岁的幼女发生性行为，情节显著轻微，危害不大的……不认为是奸淫幼女罪，责成家长和学校严加管教。”

如何理解此处的“情节显著轻微”呢？首先，其前提必须是双方自愿。当少年采取暴力、胁迫等手段实行性侵犯，这当然是犯罪，只不过考虑行为人年幼，对其应当从轻或减轻处罚。其次，双方年龄应当相差不多。如上文所述，对于你情我愿之事，法律所要打击的仅仅是行为人利用未成年人的无知。而在相似年龄的男女之间发生的性行为却一般不属于法律所关涉的对象。因为这很少会有利用对方未成熟的情况。在双方自愿的情况下，只对一方施加刑事责任是不公正的。美国《模范刑法典》规定，对于不满16岁的未成年人实施的法定强奸，其处罚条件是至少比被害人大4岁。[73]遍考美国各州的规定，年龄差在2—6岁间，主要集中于三四岁。[74]

笔者认为，可以利用年龄差来理解“情节显著轻微”。在我国，把年龄差设计在4岁是比较合理的。这是因为中国女性初潮年龄一般不会低于12岁，且我国相对刑事责任年龄的规定最高不超过16岁。因此，如果行为人与未成年人的年龄差在4岁以内，双方自愿发生性行为，一般可以情节显著轻微论处。但如果年龄差大于4岁，则可认为行为人利用了未成年人的无知，因而要承担刑事责任。我们把这称为两小无猜的辩护理由。

三、同意与未完成罪

在刑法中，由于某种原因，行为人没有完全实现法律所规定的构成要件，这属于未完成罪，未完成罪包括犯罪预备、犯罪中止与犯罪未遂。

传统刑法理论在认定强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪的未完成罪时，往往只注重性侵犯的外在行为，如暴力、胁迫或性行为本身，而忽视了“不同意”这种最重要的客观要素在认定未完成罪中的作用。这突出体现在如下几个方面。

（一）求欢未成与未完成罪的区别

在司法实践中，男方希望与女方发生性关系，女方拒绝，这种情况是以性侵犯罪的未完成罪（中止）论处，还是不构成犯罪，这不无争议。比如曾引起各界广泛关注的黄静案。被告姜俊武与黄静系恋人关系，一晚两人在黄静宿舍同宿。姜俊武与黄静亲吻、抚摸后，提出与黄性交，黄将双腿夹紧，姜即用双手扳黄的双下肢腘窝处，黄不依，表示等结婚时再行其事，姜便改用较特殊方式骑跨在黄的胸部进行了体外性活动，之后两人入睡。熟睡中黄静吐气、喷唾液、四肢抽搐，姜惊醒便问黄静“哪里不舒服”，黄未作答，姜便又睡。早上6时许，姜俊武起床离开黄静的宿舍。约一小时后，姜俊武多次拨打黄静的手机无人接听，后敲黄的宿舍门没有应答，且发现黄静又未在学校上班，姜便将此情况向校领导反映。校方派人从楼顶坠绳由窗户进入黄静的宿舍，9时30分许发现黄静裸体躺在床上，已经死亡。经最高人民法院人民法院司法鉴定中心法医学鉴定，黄静系在潜在病理改变的基础下，因姜俊武采用较特殊方式进行的性活动促发死亡。公诉机关后以强奸罪的犯罪中止提请法院依法判处。但一审法院认为：被告人姜俊武留宿于黄静的宿舍并提出与黄静发生性关系时，被害人黄静表示要等到结婚时再行其事，姜尊

重恋人黄静的意愿，而采用较特殊方式进行性活动。其主观上没有强奸的故意，客观上没有违背妇女的意志强行与之性交的行为，不符合强奸罪构成要件，不构成犯罪。[75]二审法院维持了原判。

如果不从同意问题着手，此案的性质就非常难以认定。由于性侵犯罪的本质是同意问题，因此本案是犯罪中止还是不构成犯罪关键要看黄静是否同意性行为。如果女方对性交表示同意，被告既不构成强奸罪的既遂，也不构成中止。

强奸罪的未完成罪，无论是犯罪预备、犯罪未遂，还是犯罪中止，其前提必须在男方知道女方不同意的情况下才可能构成。如男方采用暴力手段行奸，女方说其怀孕，希望男方不要施暴，男方放弃，这成立中止。在男方放弃行为之前，他知道女方对性行为持不同意态度。然而，在黄静案中，男女双方系恋人关系，当男方提出性主张，虽有所行为，但此时他并不确定女方的心态，他期待着女方的同意。根据新的合理反抗规则，语言的拒绝是一种消极反抗，但是女性说“不”之后，还可能改变意图，如果消极反抗与性行为的发生有时间差，男性试图说服女性改变态度的做法也合乎情理，对于不断纠缠着的男性，合理的女性应当再次拒绝，并在可能的情况下选择离开。显然在黄静案中，被告提出性主张后，虽然开始动手动脚，但这种行为本身不是性侵犯罪中的“暴力手段”，它只是性行为本身所伴随的正常举动，当女方表示拒绝，被告放弃了性交的意图，这不构成任何犯罪。如果将此行为认定为强奸罪的中止，这不仅将性行为所伴随之正常举动视为不法，同时还剥夺了女方可能同意性行为的自治权。另外，被告也不构成强制猥亵、侮辱妇女罪，虽然被告在女方拒绝性交之后，对女方实施了体外性行为，由于女方对此没有语言上再次拒绝，也没有其他形式的反抗，因此在法律上应当视为对性行为的同意。即便女方在当时由于身体原因无法再次拒绝，但由于被告无法预见这种特殊情形，这种对同意的误认也是一种可以免责的合理错误。

（二）犯罪未遂与犯罪中止的区别

在刑法理论中，犯罪未遂与犯罪中止的界分，至今仍悬而未决，尤其是关于中止“自动性”的认定，学说林立，各有利弊。在性侵犯罪中，

未遂与中止的区别也是长期困扰司法实务部门的问题。比如行为人开始实施暴力性侵，因女方正值生理期，行为人放弃奸淫（生理期案）；又如行为人雇佣钟点工，见其年轻貌美，遂将其按倒在床上，意欲奸淫，钟点工与其周旋，让其先去洗澡，不要着急，行为人上当，前去洗澡，钟点工于是逃走并报警（钟点工案）；再如行为人黑夜中欲暴力奸淫某女，发现女方脸部被硫酸泼过，于是放弃（硫酸案）。上述案件，不一而足，都要求理论界提供认定中止自动性的合适标准。

关于中止“自动性”的判断标准，比较有代表性的理论有心理学理论和规范性理论。前者的代表人物是德国刑法学家弗兰克，“能达目的而不欲”是中止，“欲达目的而不能”是未遂。行为人在没有心理强迫下放弃犯罪，属于自动中止，而在强大的心理压力下放弃犯罪，则属于被迫放弃，不能认定为犯罪中止。后者则从规范的角度来认定行为人是否属于自愿放弃，代表人物是德国刑法学家罗克辛，这种理论认为，尽管危害行为在客观上还能够实施，但当存在不利状态时，如果从一名普通的理性罪犯的眼光来看，再去行为是不理智的，那么这就属于被迫放弃，而非自动中止。只有行为人的行为表现为从犯罪道路上的回转，体现为“对合法性的回归”时，才能被评判为自动中止。[76]

心理学理论是一种比较古老的标准，它有两个主要的缺点：一是只考虑行为人的心理压力，而不考虑其是否在内心具有“回转”和“向合法性的回归”，与犯罪中止的理论基础不相一致；二是难以在实践中做到前后一致，比如行为人担心被捕而放弃，这到底是受到强迫性心理的阻碍还是在进行机遇和风险的权衡，这并不好判断。上文中的“生理期案”“钟点工案”和“硫酸案”，心理学理论也很难做出判断。

规范性理论也有缺点，它最大的问题在于“理性罪犯”这个标准本身也很不确定，很难找到“典型的”强奸罪犯。[77]

在这两种理论中，笔者更倾向于规范性理论，虽然“理性罪犯”标准不甚明确，但它比心理学标准的明确性要更胜一筹。人的心理状态是很难知晓的，就以“生理期案”为例，行为人的放弃出于何种心理状态，是厌恶恶心，还是担心害怕，甚或怜悯，这其实很难认定，在很多时候，还是必须借助司法人员的规范判断。另外，当前学术界关于中止的理论根据的讨论中，最有影响力的理论是刑罚目的理论，这种理论主张，在行为人通过中止表现出自己并不具有很强的犯罪意志和自己已经回归到

尊重法律的状态之后，特殊预防和一般预防就都失去了意义，因此，法律应该放弃对尚未既遂的行为进行制裁。无论出于阻止行为人将来的犯罪，还是为了对其他人进行威吓，或者为了重新建立被损害的法律秩序，对中止者进行惩罚都没有必要。根据这种理论，犯罪中止是一种“排除罪责的根据”。[78]显然，规范性理论所主张的从犯罪“回转”和对“合法性的回归”正是这种刑罚目的理论的体现。

按照规范性理论，中止的自动性应当根据理性犯罪人标准，由司法人员对行为人是否有从犯罪“回转”的“合法性回归”进行规范评价。在这种规范评价中，往往要通过“（不）同意”这个核心要素进行判断。性侵犯罪侵犯的是女性的性自治权，只有从规范上看，行为人不愿意继续侵犯女性的性自治权，才能彰显其转离犯罪，向“合法性回归”的决心。而这种回归也只有在行为人知道被害人不同意的情况下，在理性犯罪人还可以继续犯罪的情况下，放弃犯罪，其放弃行为体现了对被害人性自治权的尊重。

具体而言，区分性侵犯罪中止与未遂的一个重要区分标准就是在规范上判断不利状态的出现是否防止行为人认识到被害人的不同意仍处于持续状态中。如果行为人认识到被害人仍处于不同意中，只是试图采取一种更为便捷的方式来侵犯对方的性自治权，那当然不能认定为中止。比如钟点工案，行为人从表面上放弃了暴力行为，但他并没有尊重被害人的性自治权，向合法秩序回归。在此案中，行为人与被害人并非熟人，将被害人随己意按倒在床上，他当然应该知道女方的不同意，无论行为人是否使用暴力，封闭式的空间就足以压制女方反抗。当女方让其先洗澡，不要着急，男方虽然放弃了暴力，但其借助先前的强制手段所形成的压制女方反抗的状态依然存在，无论是从客观的新合理反抗规则，还是从主观上的合理错误标准，在规范上，男方都应该认识到女方仍处于不同意的状态，因此行为人没有“合法性回归”的决心，他只是希望采取一个更为便捷的手段来满足其侵犯女方性自治权的目的。

相似的一个案件是张某强奸案。2006年7月16日22时许，被告人张某在北京市某地，酒后使用暴力将回家途中的朋友谯某拽至一10米深的死胡同内，将其压倒在地欲与其发生性关系，在扭打过程中谯某假意对被告人说：“别在这儿，去你家好吗？”此时张某酒醒觉得此事不好，便松开谯某，谯某趁机起身离开，张某跟在后面，从东向西，向被害人家走，在走出胡同口约10米远的大路上，谯某见一路人，大喊救命，遂事

发。

在这个案件中，张某最初知道女方的不同意，但当女方对张某说“去你家”这种语言，由于双方的熟人关系，一个理性的罪犯有可能认为女方的心态已经从不同意转化为同意。一般人都应该知道在前往张某家的路途中，被害人很容易逃脱，因此在规范上，张某的放弃体现了对被害人性自治权的尊重，有“合法性回归”的决心，应当认定为犯罪中止。

规范性理论也能够比较稳妥的处理生理期案与硫酸案。

在生理期案中，虽然很难判断生理期对于一般的强奸犯罪人是否是大的客观障碍，但从规范的角度来看，放弃与生理期期间的女性发生性行为在客观上不仅避免女性的性自治权受到进一步的侵犯，而且也保护了女性的生理健康。在医学上，与生理期的女性发生性行为，对于女性的身体是有重大伤害的，而对男性只有心理上的影响，因此从规范的角度，这种案件应当认定为犯罪中止。

在硫酸案中，女方的丑陋的相貌是否会吓阻一般的犯罪分子，这也不太好判断。但规范性理论可以提供很好的解答。规范评价并不完全等同于一般人观念，它必须超越世俗偏见，承载法律所追求的价值。如果将此案判定为犯罪未遂，这势必在暗示，女方的相貌对于行为人是否实施性侵犯行为有着至关重要的作用，这是对相貌丑陋女子的污名化，是对她们的第二次伤害，同时也迎合了某些人所谓的“红颜祸水”的偏见，对相貌秀丽之女子也是一种亵渎。

值得讨论的一个问题是遭遇熟人而放弃强奸案。2007年12月4日凌晨3时许，被告人刘某在回家的途中，见骑自行车过来两人。被告人刘某顿生歹意，将坐在后面的张某从自行车上拽下，按翻在地，欲行强奸，被害人张某认出刘某后，说“我认识你，你要敢，我就报案”，刘某闻言遂起身逃走，强奸未成。在此案件中，理性犯罪人会如何行为呢？是担心熟人的告发而停止犯罪，还是干脆一不做二不休，干脆杀人灭口，这也许很难判断。但从防止犯罪人铤而走险，实施更为严重的犯罪（杀人灭口）这个角度出发，在法规范上将其评价为存在“合法性回归”是恰当的。

第五章
同意与证据规则

一、同意的证明责任

证明责任一般可以分为说服责任与提出证据责任，前者指在刑事诉讼中由主张一方提出证据说服审判者己方主张为真的责任，而后者指刑事诉讼的当事人提出证据使自己的主张成为争议点的责任。[1]证明责任不仅是一个程序问题，它更是一个实体问题。不少国家学界都是在实体法中对证明责任进行讨论。[2]

（一）证明责任分配的标准

当前，关于证明责任分配的原则主要有以下两种。

1．犯罪构成标准

这是以犯罪构成作为证明责任分配的标准，它主要盛行于普通法系尤其是美国。普通法系的犯罪构成理论是一种双层结构，包括本体要件与辩护要件，前者包括行为和意图，后者包括各种辩护事由，如未成年、错误、精神病、醉态、胁迫、警察圈套、安乐死等。这种犯罪构成理论是一种入罪与出罪的二元对立模式，其最突出的特点就是充分利用民间司法资源对抗国家的刑罚权，发挥被告人及其辩护人的积极性，在

动态中实现国家权力和个人自由的平衡。

学界普遍认为，公诉机关对于本体要件必须承担两种证明责任。首先，公诉机关必须对本体要件的每个要素提出相应的证据；其次，为了达到对被告人的定罪的目的，其证明标准还应达到超出合理怀疑的程度。[3]对于辩护理由，普遍认为应当由被告人承担提出证据责任，他必须先行提出存在辩护理由，并提供相应的证据，如证明自己是精神病人、行为是正当防卫等。如果他不提出相应的证据而仅提出申请，法官就不会将此主张提交陪审团裁决。当然，公诉机关也可提出存在辩护理由的一些证据，在此情况下，辩护理由直接成为一个争讼要点，被告人可以不用提出任何证据，而仅是支持这种辩护理由存在即可。[4]但是对于辩护理由的说服责任，存在较大争论。一种观点认为，被告人要提出优势证据证明这些辩护理由。另一种观点认为，一旦被告人履行了提出责任，他没有必要再承担说服责任。相反，公诉机关必须超出合理怀疑地说服司法者不存在这种辩护理由。当前，美国大部分司法区倾向于第一种立场。[5]

2．无罪推定标准

无罪推定是刑事诉讼中的基本原则原则，其基本含义是指任何人未经法定程序并依实体法被确定有罪以前，都应当被推定为无罪。当前，许多国家都将无罪推定规定为宪法原则，许多近现代的国际公约也规定了该原则，如《欧洲人权公约》第6条第2项的规定，“直到罪责被法定证据证实前，被告将被推定无罪”。

根据无罪推定原则，控方必须承担被告人有罪的证明责任，控方应当证明被告人道德上可谴责性的所有要素。无罪推定原则反对明确区分犯罪构成要素和辩护理由，因为有些辩护理由与犯意和道德上可谴责性的关系十分密切，要求被告人承担说服责任会违反无罪推定原则。[6]

无罪推定标准在欧洲比较普遍。比如德国，其犯罪构成由构成要件该当性、违法性和有责性三个依次递进的结构组成。控方不仅对构成要件的该当性负有提出责任和说服责任，同时如果由该当性推定成立的违法性和有责性出现疑问时，不论这种疑问的产生是因被告人的主张和举

证而引起还是因控诉方提出的证据而引起，都应当由控方承担说服责任，如果控方不能排除这些疑问，法官应做出有利于被告人的判决。

无罪推定标准与犯罪构成标准的主要区别在于由谁来承担辩护理由的说服责任。如果借用普通法系的本体要素和辩护要素二分法的犯罪论体系，两种标准都认为控方必须承担本体要素的提出责任与说服责任。但是，对于辩护理由，无罪推定标准认为，辩方只要承担提出责任即可，说服辩护理由不存在的责任由控方承担，而犯罪构成标准却坚持辩方不仅要承担辩护理由的提出责任，同时还要承担辩护理由的说服责任。

英联邦国家也逐渐从犯罪构成标准走向无罪推定标准。当前，英国的做法是由控方对本体要件负有提出责任（evidential burden）和说服责任（legal burden）。对于辩护理由辩方只负有提出责任，只要提出证据证明辩护理由可能存在，[7]比如辩方提出基于正当防卫而杀人，那么提出责任又转到控方，同时，控方必须超出合理怀疑的证明辩护理由并不存在。[8]加拿大最高法院在1988年的Whyte 案中也指出：无罪推定原则是一个至关重要的原则，不应该将犯罪人为的区分为本体要素和辩护要素，来规避这个原则。[9]

（二）标准的冲突

两种标准孰是孰非，这是一个需要审慎对待的问题。从各国的司法经验来看，两种标准都有缺陷。

首先是犯罪构成标准，它最大的困境来源于本体要件与辩护理由的界分并不清晰，导致证明责任在分配上的困惑。从表面上看，本体要件是肯定性的入罪要件，辩护理由是否定性的出罪要件，黑白之间，泾渭分明。然而，在具体操作时两者往往存在中间地带。

美国联邦最高法院两个互相冲突的判例直接反映了这种争议。

第一个案件是马拉尼诉威尔伯案（Mullaney v.Wilbur）。该案被告被控谋杀，其辩护理由是对方挑衅（provocation）。按照缅因州的法

律，故意预谋非法杀害他人是谋杀，刑罚为终身监禁。而基于对方挑衅的激情杀人可按过失杀人罪处理，其刑罚最高不超过20年。根据这个法律，缅因州的法院对陪审团进行了如下指示：“如果公诉人证明了被告出于故意而非法杀人，那么就足以推定被告人存在预谋的恶意，除非被告人能够提出优势证据证明自己是在挑衅状态下实施的行为”。于是被告被判谋杀罪成立。被告旋即向缅因州最高法院上诉，认为挑衅状态可以否定预谋故意，而预谋故意是犯罪的本体要件，法院让其承担证明犯罪本体要件的责任有违正当程序条款，缅因州最高法院驳回了被告的上诉。此案后被上诉到联邦最高法院。最高法院认为，初审法院的指示在宪法上是存在问题的，根据正当程序规则，在上述案件中，公诉机关必须超出合理怀疑的证明，不存在基于挑衅而导致的激情状态。[10]在最高法院看来，挑衅下的激情状态是否存在，这种事实是构成普通法杀人罪的前提，作为犯罪的本体要件，必须由公诉机关最终承担证明这些事实的责任。

然而，仅在马拉尼案两年后，在帕特森诉纽约案（Patterson v. New York），最高法院却认为极端情感偏差的肯定性辩护理由的证明责任必须由被告人承担。该案与马拉尼案很相似，被告被控谋杀，但其辩护理由为受到极端感情干扰。纽约州刑法对于谋杀的规定只有两个要素：其一，主观上意图导致他人死亡；其二，客观上造成了该人或第三人死亡。在初审法院，陪审团被告知，被告人必须承担证明自己处于极端感情干扰的证明责任，后被告被判有罪。被告后提出上诉，认为初审法院对陪审团关于证明责任的指示违背正当程序条款，案件最终被上诉到联邦最高法院，最高法院维持了原判。[11]

从表面上看，这两个案件的区别在于法律规定本身的不同，在马拉尼案中，缅因州的刑法明确将“预谋”作为犯罪的实体要素，而在后案中，纽约州的刑法并未将“预谋”作为犯罪的实体要素，因此在后案中，法院将“极端情感干扰”视为辩护理由，而在前案中，法院却将其作为实体要素的扩张。

然而，有许多学者认为，上述两个案件存在明显的矛盾，不可能协调一致。事实上，最高法院在后案中之所以如此行为，一个很重要的原因是基于现实的考虑。因为如果公诉机关必须承担证明积极辩护理由不存在的证明责任，而经验事实又表明公诉机关很难履行这种证明责任，那么立法者可能干脆不规定这些辩护理由。这正如法院所说到的，“正

当程序条款不能让国家置于这样的选择：或者抛弃这些辩护理由，或者为了取得有罪判决而反证辩护理由不存在。”[12]

可见，在当前美国的证明责任理论中，其最大困境在于：只要在法律中关于某罪的定义中没有明确排除某个要素，立法者就可任意分配说服责任。比如立法者可以将谋杀简单地定义为造成他人死亡，于是让被告人承担证明他没有主观心态的辩护理由。

美国最高法院这两个无法调和的案件所集中反映的正是美国犯罪构成理论本身的不足。从表面上看，本体要件包括行为和意图，是积极方面的入罪要素，而辩护要件是消极方面的否定要素。但是，本体要件和辩护要件的界限并不清晰，比如被告人不在场，这似乎是对本体要件的否定事由，那它是本体要件，还是辩护要件？又如认识错误，这将导致犯罪故意的排除，这是本体要件，还是辩护要件，这也不无争议。因此，立法者完全有可能将本体要件贴上辩护理由的标签来任意分配证明责任。比如，立法者既可以将强奸罪中“被害人的不同意”作为本体要件，从而由公诉机关承担超出合理怀疑的说服责任，也可以将其视为辩护理由，而由辩方必须提供优势证据对此加以证明。

其次是无罪推定标准。采纳这种标准的国家，往往都有举证责任倒置的大量例外。比如英国的法定强奸罪，有关同意年龄就采取举证责任倒置，辩方必须不仅负有提出责任，还有说服责任，必须提供优势证据说服陪审团他认为女方年龄已经达到同意年龄。欧洲法院在1982年的林根斯诉奥地利案（Lengens v. Austria）中认为，举证责任倒置并不必然违背欧洲人权公约。如果综合考虑所保护的利益与被告人的权利，在合理的限度内，无罪推定原则并不排斥在法律中明确规定由被告人承担说服责任。又如1988年的撒拉巴库诉法国案（Salabiaku v. France）。被告人D携带一个绿色的名牌提包，在巴黎机场被捕，警方发现包内有毒品，被告人被控走私毒品罪，该罪最高刑是终身监禁。按照法国法律规定，如果被告人不能令人满意地向法庭说明他不知道包内的物体，在此情况下，只要在其包内发现毒品，就可推定其构成走私。欧洲法院认为法国法律中明示的举证责任倒置条款并不违背无罪推定原则。[13]

加拿大最高法院在此问题上的判断，更是摇摆不定。在1986年的奥克斯案（Oakes）中，最高法院认为，无罪推定原则是刑事法核心价值中最重要的部分，它是保护个体生命、自由和安全不可或缺的原

则。[14]此案的焦点问题是，根据《加拿大麻醉剂控制法》规定，在贩卖毒品罪中，控方只要证明被告人拥有毒品，被告人就必须证明“他并非基于贩卖的目的拥有毒品”，也就是说，被告人不仅要承担提出责任，还要承担说服责任。最高法院认为，这种举证责任倒置的做法是违反无罪推定原则。如果被告人能够提出一个让人产生合理怀疑的证据（提出责任），但却没有达到优势证据的程度，让被告人承担不利后果是违反宪法的，除非有合理之限制。[15]然而，何谓“合理限制”，最高法院并未说明。正是这个尾巴，导致加拿大最高法院在此问题上不断摇摆。在1988年的霍姆斯案（Holmes）中，该案被告人被控窝赃罪，按照法律规定，被告人必须承担证明有正当理由获得此赃物的说服责任。最高法院以微弱多数（3比2）认为法律的规定并不违反无罪推定原则。然而，就在此案宣判后的两个月后，在怀特案（Whyte）中，该案被告人被控危险驾驶罪。被告人当时处于酒醉状态，坐在驾驶室内，身体靠在汽车的方向盘上。车停在路边，仪表盘的灯亮着，钥匙插在引擎点火器中，但引擎并未发动。根据法律规定，控方只要证明被告人处于机动车驾驶员的座位上，就被认为操控着机动车，除非被告人可以证明他处于该位置没有发动汽车的目的。在此案件中，控方认为，“没有发动汽车之目的”并非危险驾驶罪的本体要素，因此由辩方来承担说服责任并不违反无罪推定原则。但最高法院的法官却一致认为，无罪推定原则是一个至关重要的原则，不应该将犯罪人为地区分为本体要素和辩护要素，来规避这个原则。[16]但是，1991年的克葛斯特案（Keegstra）中，最高法院的立场又有所变化。在一个有关煽动种族仇视的案件中，最高法院认为，让被告人承担辩护理由（言论是真实的）这是对无罪推定原则的合理限制。该案主审法院迪克森认为，考虑到这种言论所造成的实际损害，无论此言论是否真实，它都已经造成实际损害，而且让被告人承担证明其言论真实性，是非常容易的。1991年的乔克案（Chaulk），最高法院认为由被告人承担证明其精神不正常的说服责任是违反无罪推定原则的。但在1994年的戴维尔特案（Daviaut）中，最高法院又认为辩方应当承担自动化、醉态、精神病这些辩护理由的说服责任。[17]

（三）标准的取舍与应用

由上观之，在各国的司法实践中，没有哪个国家采取绝对的犯罪构

成标准，或者绝对的无罪推定标准。

采取犯罪构成标准的国家为了规避无罪推定原则，往往取消某罪的辩护理由。比如在法定强奸罪中，不知幼女未达同意年龄本是一种辩护理由，但有些地方干脆废除了这种辩护理由，将此罪视为严格责任，只要和幼女发生性行为就构成犯罪。再如同意原本是强奸罪的辩护理由，但有些地方却将性侵犯罪视为暴力犯罪，只要采取暴力发生性关系，即便女方同意，也可认定为性侵犯罪。这样就无须在由谁承担同意的说服责任这个问题上大费周章。因此，表面上是为了更好的保护被告人的无罪推定原则反而恶化了被告人的权利。

至于无罪推定原则，由于它经常导致控诉机关打击犯罪的窘境，因此立法机关又往往在原则外增加例外规则，对于控诉机关很难证明，而被告人比较容易证明的事项上，采取举证责任倒置，由被告人承担提出责任和说服责任。大量存在的举证责任倒置也让无罪推定原则无比尴尬。

这两种标准的争论让我们清楚地看到，没有任何一种标准是绝对完美的，任何一种理论都不可能绝对周延。这正如霍姆斯大法官在《普通法》中所说的：法官们修正法律，很少依靠抽象的逻辑推演，更多依靠对“时代需求、主流道德和政治理论的感知，和对公共政策的直觉……”。证明责任的分配说到底是一个立法者的利益权衡问题，法律如果更多地倾向于对被害人利益的保护，它就可以分配给被告人更多的证明责任，反之，则可分配较少的证明责任。既然，这两种标准都不完美，那么为什么我们不可以撇开争议，求同存异。对于“同意要素”的证明责任，如果能够寻找出这两种标准都共同认可的分配方式，那应该是一个不错的选择。

性侵犯罪是一种独特的犯罪，法律在保护被害人权益的同时也不能忽视刑事审判对被告人权利的总体保护，无论如何保护被害人权利，都不能突破“无罪推定”这个基本的宪法原则。因此，不能完全由被告人承担证明被害人同意的证明责任。从法律对性侵犯罪（强奸罪、强制猥亵侮辱妇女罪）的规定来看，不同意是构成要件本身的核心要素（1984司法解释甚至指出强奸罪必须在违背妇女意志的情况下实施的），立法者显然也分配给了检控机关相应的证明责任。上文也已分析，同意是一种构成要件本身的排除事由，而非违法阻却事由，因此它属于本体要件，

而非辩护理由。《刑事诉讼法》第32条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”收集被告人有罪无罪的各种证据，不仅是侦查、检察、审判人员的职权，也是他们的责任。因此，无论是按照犯罪构成标准，还是无罪推定标准，都应该由控方承担被害人同意与否的提出责任与说服责任。

所以，对于性侵犯罪，检控机关首先应该提供“排出合理怀疑的证据”证明下列事项：①性行为的发生；②性行为是被告人所为；③被害人不同意性行为。如果检控机关无法提出相应的证据或者证据未达“排除合理怀疑”的程度，则要承担败诉的责任。被告人无须主动提出证据证明被害人是同意的，更无须承担说服责任。如果检控机关提出了上述证据并达到了“排除合理怀疑”的程度，那么为了避免不利地位，被告人就必须承担提出责任，比如他可以提出被害人没有任何反抗，其证明标准只要达到“合理怀疑”即可。如果他提出了这种证据，审判人员就有义务进行调查，证明责任（提出责任和说服责任）同时再一次转移到检控机关，检控机关必须提出证据来否定被告人的主张，如检控机关必须证明被害人达到了“合理反抗的程度”、行为人的误解缺乏合理性等，当然其证明标准也必须达到“排除合理怀疑”的程度。

以最高人民法院刑事审判业务部门编写的《刑事审判参考》中登载的陈某强奸案[18]为例，我们可以分析一下强奸案件证明责任的分配。

被告人陈某与被害人同为某银行职员。公诉机关指控：2004年11月1日中午，陈某与被害人在本单位举办的宴请活动结束后，随其余同事一道进入某酒店XX号房间收拾礼品准备离去。被害人也打电话让男友接送。陈某闻听被害人男友有事不能即刻前来之后，趁其余同事离去之机，产生与被害人发生性关系的念头，并不顾被害人的哀求与挣扎，强行剥扯其衣服，与其发生性关系。当日13时36分许，被害人男友与服务员进入XX号房间后，陈某逃离了作案现场。被害人男友征得被害人同意后报警，将陈某抓获。

一审法院认为，被告人陈某违背妇女意志，以暴力手段强奸妇女，其行为已构成强奸罪。被害人是否有激烈的反抗行为并非构罪的必要条件。虽然在本案中有多位证人证言及辩护人提供的照片、录像证明陈某与被害人在共同参与的集体活动中，相互之间曾有一些开玩笑及亲热的

举动，但这与是否愿意发生性关系之间并无必然联系。案发当日，被害人与其他同事一起进入XX号房间后随即电话告知并督促其男友马上来接，说明其当时并无与陈某发生性关系的意愿。即使被害人的先行行为使陈某产生了两厢情愿的误解，但当其他同事离去、陈某欲与被害人发生性关系，遭到被害人语言拒绝、行为抗拒的情况下，仍不顾被害人的躲避及哀求，强行与其发生性关系并致性行为成功，主观上具有强奸的故意，其行为应当认定为违背了妇女意志。法院认定陈某构成强奸罪，判处有期徒刑三年。

宣判后，陈某不服，以没有对被害人实施暴力，双方系自愿发生性关系为由提出上诉。

二审法院认为原判事实不清，证据不足，发回重审。原审法院经重新审理后，作出了与原判决相同的事实认定及判决。被告人陈某再次提起上诉，请求二审法院宣告无罪。

二审法院经审理查明：诉人陈某与被害人同系某银行某分行工作人员，分属不同部门。在案发之前，两人之间在本单位组织的几次业务、外出旅游等有关活动中有过几次接触。辩护人提供的书证显示两人行为亲昵。2004年11月1日中午，上诉人和被害人以及其他同事在单位组织的“授信”活动结束以后，与客户一起在某酒店就餐。席间，上诉人陈某与被害人言行、神情亲密。有在场证人证言以及辩护人提供的书证和视听资料证实。在场证人并均证实两人当日均没有喝醉的迹象。至下午12：50时左右就餐结束。上诉人和被害人及其他几位同事即来到本单位订来用于存放礼品的某酒店XX号房间。公安机关提取的视听资料显示，两人于12：54—12：56时手挽手出入电梯。进入房间后，其他同事将多余的礼品搬出房间后先后离开。期间被害人打电话让其男友来接送，电话中并将其所在的房间号码告知了其男友（通话时间显示为13：09时）。在其他同事离去之后，房间内仅留下陈某及被害人两人。陈某即将房门关上。之后，同事周某某因忘了拿衣服，又折回XX号房间并敲门。周某某证实陈某出来开门，面部表情较为尴尬，被害人坐在床上。周说了声“对不起，打搅了”就离去。陈某随即又把房门关上。再之后，上诉人与被害人在房间内发生了性关系。期间，被害人男友到达酒店，并打酒店总机电话。因总机服务员告诉其XX号房间的电话一直是忙音，无法接人，其就到XX号房间门口按门铃并敲门，见里面没有反应，就让酒店服务员开门（开门时间为13：36时）。上诉人和被害人听

到门铃声后，两人即将被子盖在身上并保持安静。被害人男友进去后，发现两人裸体躺在床上，即与上诉人争执并扭打。上诉人逃离现场。后被害人男友责问被害人并欲离开，被害人用手去拉，被害人男友用力将被害人推倒在床上后离去。后由被害人男友打“110”报案。本案遂案发。

在此案件中，公诉机关比较容易证明的是两人之间发生了性行为。但性行为是否得到女方同意就成为证明的关键。显然，女方不同意的提出责任与说服责任应当首先由公诉机关承担。公诉机关的主要证据应该是“被害人陈述”，被害人主张她是出于被迫与陈某发生关系。如果公诉机关提出此种证据，陈某保持沉默，那他可能就要承担对其不利的后果。因此，如果陈某想取得有利的结论判决，他必须提出相应的证据证明女方是同意的（提出责任），其证明标准不需要达到“优势证据”的程度，只要让人产生“合理怀疑”即可。比如陈某可以提出两人关系很亲密，曾手挽手进入电梯，女方没有喝醉，身体上没有伤痕证明她有过合理的反抗。当陈某提出了这些证据，就会产生性行为可能是在女方同意情况下发生的“合理怀疑”。此时，证明责任（提出责任和说服责任）就应转移到控方，控方必须再次组织证据并超越合理怀疑地说服法官女方进行了合理反抗或者基于合理原因无法进行反抗。显然，在此案中，控方的无法达到“超越合理怀疑”的说服责任。相反，还有大量的证据让人怀疑女方是否拒绝了性行为的发生。[19]所以，最后二审法院撤销了一审判决，宣布陈某无罪。

二、性史与证据

在性侵犯案件中，被告人主张对同意有认识错误，往往会以被害人在性生活方面不检点来证明自己的主张。在这些被告人看来，既然被害人平素对待性放荡不羁、非常开放，甚至还曾经和自己发生过关系，那么对所指控的性侵犯行为持同意态度是可想而知的。这也许是很多男性的一种偏见，它甚至构成了文学作品中为男性津津乐道、耳熟能详的“诱奸程式”。[20]然而这种偏见与基本人权保障格格不入，它更多只能被视为某些男性的性幻想。当这种幻想表现为实际行动，那就踏入了法律的禁区。上文已经说过，同意是对当时性行为的同意，被害人先前与被告或他人的性关系并不能推定她会同意后来的性行为，即使性工作者也可能成为性侵犯罪的被害人，即使被害人对性行为表示同意，在其发生过程中她也完全拥有撤销同意的权利，行为人必须尊重对方的自由决定。因此，我们可以说，以先前的性历史为由证明自己对被害人的同意出现了误解，即使是真实的，那也是一种不合理的认识错误，因为这是一个致力于推进男女平等的社会所不能容忍的。这也是为什么1984年司法解释会明确指出，“在认定是否违背妇女意志时，不能以被害妇女作风好坏来划分。强行与作风不好的妇女发生性行为的，也应定强奸罪。”即使与被告人有过通奸历史，也可能成为强奸罪的被害人。因此，由于这种偏见而对被害人作出伤害的人必须承担刑事责任。

然而，一个值得研究的问题是，在审判实践中，当证据匮乏，而被告人与被害人又各执一词，一方辩称是通奸，而另一方又控诉是强奸，那么被害人的性史是否可能作为证据来表明被告人的辩解更为可信，或说被害人的控诉更不可信呢？对此，1984年司法解释虽然认为，妇女的作风好坏并不能表明她对性行为的同意，但是法律并没有绝对禁止这种证据的使用。相反，在司法实践中，在证明女方控诉是否可信的时候，被害人的性史证据被大量使用。[21]由于这种证据具有可采性，一旦性侵犯罪进入司法程序，控诉人往往会受到无穷无尽的诘难，她们不仅要一而再、再而三地在警察、检察官、法官面前痛揭伤疤，而且司法机关和辩护律师为了证明或反驳她们控诉的可信性，还要对她们的隐私加以

详细的调查。为了避免在追诉活动中的二次伤害，很多性侵犯的被害人不愿意报案，因此性侵犯罪可能是报案率最低的犯罪。[22]当然，导致报案率低的原因有很多，但是对性史证据的盘查却可能是其中的一个重要原因，因此我们有必要研究性史证据的可采性问题。

对于这个问题，研究的比较成熟的是普通法系国家，他们的许多研究成果也已在立法和司法实践中得到运用。从20世纪70年代以来，美国开展了性侵犯罪的改革运动，其中一个非常引人注目的成果就是《强奸被害人庇护法》（Rape Shield Law，以下简称《庇护法》），也即在证据法中排除被害人性史证据的可采性，通过这种做法来提高性侵犯案件的报案率。笔者并不认为墙外花开分外香，但是对他国改革成果的来龙去脉、利弊得失做些许回顾，也许能对我们的理论研究起到一些借鉴或者推动作用。

在普通法中，被害人的性史可以作为证据采纳。这种证据能够证明被害人对性行为的同意，并且对其证词的可信性会产生重要影响。由于存在这种证据规则，因此女性在审判时往往受尽辩护律师的刁难。在一次审判时，有位律师甚至叫来35个证人，挨个地向控诉人询问是否和他们发生过性行为，这无疑是对女性人格的侮辱并使她们在法庭上遭受第二次强奸。[23]这种认为被害人先前的性行为与她是否同意有关的做法显然是基于传统的贞操观念，即认为不贞洁的妇女将比那些贞洁的妇女更有可能同意性行为的发生。在艾伯特案（People v. Abbot）中，柯温（Cowen）法官甚至把妇女分为淫荡的、总是投怀送抱的妇女和腼腆、端庄、一想到失贞就会本能的战栗的贞洁妇女。因此，在判断女性证言的可信性上，被害人的失贞可以作为证据采纳，因为不贞洁的妇女更容易撒谎。

考虑到社会对性行为态度的变化以及女性地位的提高，上述观点受到了强烈的批评。人们认识到，贞洁与被害人的可信性没有关系，因此，美国许多州都颁布了《庇护法》，对被害人过去性行为证据的可采性进行限制。到今天，美国联邦政府以及50个州中的49个州都先后出台了类似的规定。[24]

但是在不同的州，法律对性史证据可采性的限制程度是不同的，有些州对此证据的可采性进行了严格限制（除非在被严格限定的条件下，禁止提出这种证据），如最激进的密歇根州就基本上排除了被害人先前

性行为证据的可采性，除非是为了显示出精液，怀孕或疾病的来源而可以把女性与被告人或其他人的先前发生的性行为作为证据采纳，甚至在这种情况下，如果法官认为这些证据与案件不相关，或者它的证据价值较之它可能导致对女性偏见的后果，也可以排除它的可采性。而有些州只做出相对较松的限制，如最保守的得克萨斯州并没有绝对排除任何的性行为证据，相反它规定如果在仅由法官参加的秘密庭审中（in camera hearing），法官认为该事实的证据价值要高于它的可能引起公众愤怒和偏见的本质，则可以作为证据采纳。

在这两种极端做法之间，许多州试图平衡被告人和被害人的利益。他们在原则上认同性史证据不具有可采性的基础上，列举出了一些例外，这主要有：①控诉人先前与被告人有过性行为的证据；②能表明精液、怀孕或疾病的来源的控诉人与第三人的性行为证据；③控诉人拒绝性行为的证据。还有少数州还规定了如下的一些例外情况：如表明控诉人是基于偏见或虚构进行指控的证据；控诉人在过去曾经有过错误的性侵犯指控的证据；被告人是合理的，虽然是错误的相信控诉人同意了；先前与第三人的性行为在本质上与被指控与被告人发生的性行为类似。[25]

在有关性侵犯罪的改革中，《庇护法》引起了最为激烈的争论。支持者认为《庇护法》的出台是改革的最大成果，它的实施意味着被害人在法庭中不再遭受第二次施暴，这有助于对性侵犯被害人的人道待遇。她们不会再面临对她们品行和性史的盘问，从而能保护她们的隐私和尊严，这也能够提高被害人的报案率。然而许多自由主义者和法律学者却对这部法律提出了强烈的批评，尤其是对采取密歇根州进路的严格限制性史可采性的做法。他们认为，这侵犯了被告人提出证据证明自己无罪的宪法权利。

显然，《庇护法》所引发的争论主要是如何在保护被告人权利和被害人隐私间寻求平衡以及如何解决法律的平等保护和为了提高性侵犯案的报案、逮捕、起诉和有罪判决率等功利目的而导致的冲突。[26]

对此争论，在笔者看来，可以从两个方面进行探讨。

（1）它是否与宪法完全不相容？

（2）它是否可以实现其功利目的？

对于第一个问题，答案显然是否定的，其理由如下。

第一，虽然许多人指责《庇护法》限制了被告人提出证据证明自己无罪的宪法权利，然而即使在采取最激进做法的密歇根州也并没有完全排除被害人性史证据的可采性，它至少给出了三种例外的情况。很多州的《庇护法》甚至给出了更多的例外。

第二，随着社会性观念的变化，贞操观念已经淡去，没有理由认为被害人的性史与其证言的可信性有逻辑上的相关性更毋说存在法律上的相关性了。这正如联邦大法官马赫（Maher）在道舍案（People v. Dawsey）中所指出：历史表明，有许多受人尊敬的人，他们的言语很少受到怀疑，但是他们的性生活却可圈可点……还有些人的生活习惯也许不足称道，甚至与法律和伦理标准不符，但这并也不能说明他们的证言就是虚假的。[27]即使被害人品行不端，性生活放荡不羁，但并不能说明她会愿意和任何人发生性行为。即使妓女也可能被人强奸，即使妓女也有权捍卫自己的性自治权。性生活是否检点纯粹属于道德层面的问题，没有必要把它和法律混为一谈，至少这是一个试图严格区分道德和法律问题的自由主义社会所不能容忍的。

第三，考虑到女性在数千年来一直处于孱弱无权的地位，她们在社会生活的诸多方面都饱受偏见、歧视和剥削，而传统的法律却一直依附男权主义的淫威对此视而不见甚至为虎作伥，法律本应给她们更多保护，因为这本身就是宪法平等保护的精神所在。在现代法律体系中，被告人享有的权利很大，他们不仅有宪法的保障，而且辩护律师也能为他们捍卫权利，但公诉人代表的国家并不能完全保护被害人的权利。不仅如此，被告人还可能受到上诉程序的保护，但被害人的权益受到侵犯却无法提出上诉，如果法官认为某个证据不可采而导致有罪判决，被告还能提出上诉，但如果法官采纳了不可采的证据，而导致对被告的无罪判决，被害人却无法主张权利。这在很大程度上，往往导致了法官宁愿以牺牲被害人的利益为代价来保护被告人的权利。[28]因此《庇护法》给予了她们一个特权，去捍卫自己尊严、隐私，去让她们能够丢掉顾虑去告发犯罪，这可以看作是法律对处于弱势地位的女性的特殊保护。

第四，从美国联邦最高法院关于《庇护法》是否违宪的判例中，可

以看出，最高法院并没有认为《庇护法》违背联邦宪法的精神。以最为激进的密歇根州为例，它至少三次成功地抵制了对其《庇护法》是否违宪的挑战。[29]考虑到判决指涉的是在《庇护法》中采取最为严格限制主义的密歇根州的法律，而且尤其是1992年的密歇根州诉卢克斯案（Michigan v. Lucas）讨论的是被告人自己与被害人的性行为证据——在其他州往往是《庇护法》的例外——是否具有可采性。因此，这可以表明美国联邦最高法院对于这种法律的基本立场，即性侵犯的被害人“在审判时应该受到高度的保护，以防止对她们的惊吓，侵扰以及对其隐私不必要的侵犯。”[30]另外，从《庇护法》最近的立法实践来看，很多州都逐渐向密歇根州似的严格限制主义靠拢，如2002年威斯康星州对其《庇护法》进行了重要修改，该州法律以往规定控诉人在过去曾经有过错误的性侵犯指控的证据的可以作为证据采纳，但新的法律删除了这种规定。[31]这也可以作为《庇护法》合理性的一个旁证。

至于第二个问题，《庇护法》是否真的实现了其功利目的，即是否提高了性侵犯案的报案、逮捕、起诉和有罪判决率？考虑到这种法律在各州颁布的时间先后有别，而且力度迥然不同，因此现在还很少有人做过全美范围的统计调查，但是从现有的研究成果可以看出，至少在采取密西根进路的严格限制主义的各州（除密西根外还包括伊利洛伊州，宾夕法尼亚等州），结论是肯定的。[32]

《庇护法》在中国是否具有可行性？笔者的态度是肯定的，这除了上文的论证外，笔者还想附加如下理由。

第一，中国的性侵犯罪报案率较之美国，可能更低。[33]其中很大程度是因为传统的贞洁观念积重难返，[34]中国的女性地位也相对更低，这在农村尤甚。由于贞洁观念，那些受到侵害的女性往往背负着沉重的心理负担，她们害怕社会的污名，因此不愿告诉。如果还对性史证据不加限制，那么这种情况将更加恶劣，这不仅会使得大量女性的权益得不到保护，也会使得陈腐的贞洁观念愈加蔓延，最后造成一种恶性循环。笔者向来认为，虽然法律不能激进地改变社会现实，但至少要在最低限度实现对基本人权的捍卫，对于落后的社会观念，法律不能过于纵容。对性史证据的可采性加以限制，至少可以在某种程度上推进社会风俗的改良，保障个体的性自治权。

第二，当前，女性在性关系方面较之以往更为开放。[35]随着女性

地位的提高，交往范围的扩大，尤其是伴随着网络技术的普及，中国女性的非婚性行为的发生率呈上升趋势，这在经济发达的城市地区体现得尤为明显。[36]在这种大背景下，以性史证据作为控诉可信度的依据与时代发展格格不入。

第三，在性侵犯罪中，把性史作为被害人可信度的证据加以采纳是基于这样一个谬见，即性侵犯是一种虚假控诉率最高的案件。由于性行为一般发生在当事人之间，因此在缺乏证据的情况下，司法机关非常害怕被告人受到诬告，因此也就有“自古奸出妇人口”的著名论断。然而这种结论并没有经验事实可以证明，相反许多研究都已经表明，性侵犯罪的虚假控告率并不比其他犯罪高多少。在其他犯罪中，也可能只发生在双方当事人之间，但我们却没有像性侵犯罪那样担心虚假控告问题，这难道不是对女性的偏见吗？

限制性史证据的可采性并不代表绝对禁止性史证据的提出，不能以完全牺牲被告人的利益来保护女性的权益，像那些足以表明被告人无辜的证据，[37]比如有精液、怀孕或疾病证明是他人和被害人发生的性行为。另外，对性史证据的禁止是为了保护人的尊严和隐私权，如果被害人自愿放弃法律的保护，那么当然是应该允许的，所以如果被害人提出的性史证据对其有利，那当然可以作为证据采纳，比如她曾经拒绝过性行为的证据。

值得注意是，控诉人先前与被告人有过性行为的证据是否可以采纳？这存在重大争议，在美国有些州，它并不属于《庇护法》禁止之列。但在笔者看来，这种证据的价值是值得怀疑的。笔者承认有些人真诚地误解，先前的性关系就可以推定对方同意下一次性行为，对此，我们在上文已经驳斥过这种偏见。性行为关乎人之尊严廉耻，如此重要之事，岂能轻易推定。在其他犯罪中，我们并不因为当事人先前的关系而做出对控诉人不利的推定，那么为什么要对性侵犯罪特殊对待呢？在盗窃罪，如果双方当事人相识，控诉人的财物在被告人手中，但被告人主张这是控诉人赠与的。那么我们能够因为控诉人曾经有过对被告人的赠与行为就推定这不是盗窃吗？在非法侵入他人住宅罪，假设双方也是旧识，我们总不能因为被告人曾多次到控诉人家做客，就认为控诉人的控诉是完全不可相信的吧。因此，考虑到这种性史证据并没有多大的证据价值，而且其可能造成对被害人的人格侮蔑、隐私侵犯和二次伤害，妨碍提高性侵犯罪报案率的功利目的，因此对其可采性做出限制是必要

的。对此，1984年司法解释的相关规定——不能以女方作风好坏为由证明是否违背妇女意志以及既往的通奸事实并不能否定后来的强奸行为——也体现了这种精神。

虽然对性史证据的可采性问题在细节方面仍然有许多可研究之处，但是，此处我们可以得出一个一般性的结论：为了防止被害人在法庭中受到二次伤害，提高性侵犯罪的报案率，法律应该抛弃被害人性史证据的可采性，基于被害人的性史证据而出现的认识错误不具有合理性，因此不能豁免被告人的罪责。

结论

随着人权运动的蓬勃发展，女性逐渐由附属于男性的财产转变为拥有独立人格的主体，性侵犯罪由过去的风俗犯罪演变成侵犯性自治权的犯罪，刑法的基本理论也从以往单纯考虑行为人的行为发展为对被害人行为的适当考虑。在这个背景下，被害人对性行为的不同意就成了性侵犯罪中最重要的问题，它是性侵犯罪的本质特征，性侵犯罪的一系列重要问题都应该围绕着这个本质特征进行展开。

在法律中，同意是一个规范概念，而非心理概念和事实概念，它是主体通过明示或默示方式对正在发生的性行为给予的真实认可。同意的反面是不同意，它是性侵犯罪的本质。对于不同意的判断标准，在世界范围内都存在争论。为了在捍卫性自治权的同时公正地对待被告人，我们必须采取一定的客观标准来评价不同意问题。经过比较分析，我们提出了合理反抗规则。它试图根据人类经验的总和来判定被害人的反抗是否合理，在吸纳“不等于不”标准、肯定性同意标准的同时又弥补了它的不足。合理反抗规则一方面考虑了社会风俗的要求，认为应该以一般人的观念评价被害人是否应该反抗，另外它又抛弃了“不等于是”的偏见，尊重被害人的消极反抗。

不同意有三种情形，它们都是本质特征的外在表现形式，法律应当尽可能详细地对这些情形做出规定，实现罪刑法定原则对明确性的要求。具体而言，这些外在形式分为三种：一种是严重的强制手段，它包括暴力和胁迫。这里的暴力和胁迫应当理解为当场实施的严重危及人身安全的暴力或暴力威胁。另一种是被害人由于身体或年龄等原因而缺乏同意能力，这包括未达法定年龄、心智不全和身体无助这三种情况。第三种是强制不明显情形下的不同意，这包括威胁、欺骗和滥用信任地位三种情况，它们都应该根据合理反抗规则进行判断。另外，婚姻关系并

不能推定同意的存在，法律应该抛弃婚内无奸的观念。但是，为了防止刑法对私人生活的过分干涉，刑法对社会风俗要适当兼顾，可以将婚内性侵犯设计为“亲告罪”。

在犯罪论体系中，得到法益主体同意的行为应当视为构成要件本身的阻却事由。同意是一种规范性构成要件要素，因此对同意的认识错误是一种归类性错误，只有合理的认识错误才能排除犯罪故意的成立。

对于同意年龄的认识错误也是一种事实错误，可以采取推定故意的理论。在当前的法律规定下，我们可以12岁作为一个关键性的年龄：当行为人与不满12岁的未成年人发生性行为，年龄上的认识错误是不应该的，因此行为人必须承担性侵犯罪的罪责；当行为人与12岁以上不满14岁的未成年人发生性行为，如果未成年人发育确实早熟，一般人对其身份可能发生误解，行为人也并没有高于一般人的注意义务，那么年龄上的认识错误就可以排除行为人的故意。另外，如果行为人与未成年人的年龄差在4岁以内，双方自愿发生性行为，这属于两小无猜的辩护理由，行为人无须承担刑事责任。

在证明责任上，检控机关应该提出证据证明被害人的不同意，并要达到“排除合理怀疑”的程度。同时，为了防止被害人在法庭中受到二次伤害，提高性侵犯罪的报案率，法律应该否定被害人性史证据的可采性。

性侵犯罪中同意问题的解决直接关系到性自治权这种基本人权能否落到实处。人权保护不应只是一个句空话，它必须在诸多实际领域得以贯彻。随着公民权利的勃兴，法益主体的同意必将在刑法中发挥越来越大的作用。对性侵犯罪中同意问题的研究仅仅是一个开始，笔者希望越来越多的人关注同意问题，并期待将来在刑法中建立一个体系化的同意制度。

后记

拖了很久的书稿终于可以出版，这无疑是一件让人快乐的事情。

对于“同意问题”的思考已经持续了近十年，但遗憾的是，最终出版的书稿仍是浅尝辄止，宏大的研究计划严重缩水，我必须承认自己学识的有限。

如果将2002年就读博士作为立志以学术为业的开端，今年正好十个年头。最初我对学术的理解，只是把它作为一种“术”，一种建功立业，取得他人认可的工具。很长一段时间，我深陷于成功主义的哲学，以拼凑“学术成果”为己任，希望尽快跻身“成功者”的阵营。但后来我渐渐发现，这种成功之路永远无法带给我真实的满足，因为成功的背后还是新的成功，人永远是成功的奴隶，为了成功，你不得不牺牲许多安身立命的美好价值，成功越多，虚空越多。

学术的重心应该是“学”，而非“术”，学者不应成为术士，真正的学者应该放弃对成功的渴望，应该不为学位、不为抱负、不为职称、不为生计，只为寻求智慧与真理。

一路走来，学问之路中有许多师友值得感谢。我想起了辞世八年的周振想老师，周老师是我的博士生导师，本书的若干内容也曾与周老师探讨。记得在周老师生命中的最后一年，我曾因发表文章请他帮忙推荐，他欣然同意，但同时告诉我不要太纠结于文章的发表，相比于学术的成功，家庭的幸福更为重要。当时，醉心于功名的我根本没有把这些话放在心上。周老师的英年早逝对我有很大触动，我开始思索人生的真正意义。

我还要感谢薛瑞麟和王世洲两位老师。薛老师是我的硕士生导师，

一直以来都对我的工作和生活关怀备至。王老师是我的博士生导师，周老师去世之后，我转入王老师门下，王老师治学的认真与严谨让我动容。本书的不少内容都是在与王老师多次的讨论乃至争论中逐渐形成的。在两位老师身上，我学习到如何去做一个称职的教师。我慢慢认识到职业可以成为一种呼召，可以不求世人之肯定仍在工作中追求完美。

我还要向为本书提供过帮助的其他诸多师友表示感谢，他们鼓励和建议不仅让本书得以顺利完成，而且也让我感受到污浊的世界中仍然充满爱意。

当然，我更要感谢的是我的家人，家庭的关爱始终是我求学问道的动力。

人的一生不过几个十年，其中所矜夸的不过劳苦愁烦，转眼如飞而去。愿我在学问之路中能更深地体悟智慧，一生行走在真理之路。

2012年10月15日于北京亦庄

再版后记

旧作得以再版，有些开心也有些惶恐。开心的是有越来越多的人愿意关注“性侵犯罪”的法律问题，惶恐的是担心书中引用的资料陈旧而不合时宜。所以，这次再版修订时，仔审读了稿件，替换了一些明显过时的资料。

让我深思的是作品的主旨依然没有过时，它讨论的依然是当下非常值得大家关注的话题——人类社会中两性之间的欺凌与剥削，而这种剥削最严重的体现就是性侵。

20世纪八十年代，激进女权主义的代表人物麦金侬振聋发聩地指出：人类社会中，一切两性间的性行为都是强奸。在她看来，现实社会中的男女并未实现真正的平等，女性很难拥有真正自由的性同意权利。当然，这种声音可能过于刺耳，但并不能因为刺耳就全盘否定。我们必须审视，法律中是否隐藏着男权主义的偏见？我们每个人都活在偏见之中，或者说每一个人都有自己与生俱来的偏见，出身的偏见、性别的偏见、地域的偏见……而法律的一个重要功能，正是在诸多偏见中寻找一种平衡之道，在各种利益的权衡中，寻找一种合乎中道的恰如其分。

虽然我们极力倡导一个男女平等的社会，但是在政治、经济等各个方面，当下的社会依然是由男性主导的社会。在这样的背景下，法治天平应当向弱者适当地倾斜，这正是法律的正义之所在。怀疑的目的不是为了解构，也不是导向虚无。所有的批评都是为了让法律制度变得更好，而不是彻底地推翻法律制度。因为怀疑的前提是存在，没有存在也就无所谓怀疑。“我思故我在”的合理结论是“我疑故我存”。所以，怀疑的目的始终是为了确信以及追求完美。

这个世界不可能完美，但并不代表完美就不存在。古希腊作家希罗

多德讲过一个故事：一位国王有一位非常美丽的妻子。国王沉醉于妻子的美丽，于是向自己的侍卫炫耀。侍卫并不相信，国王便邀请侍卫去观看妻子的裸体。然而国王的妻子正好发现了偷窥的侍卫，最后爱上了侍卫，两人合谋杀害了国王。

这个故事对我的提醒是，如果我们只相信眼见的事物，也许会毁灭于自己所恋慕的人与物。所有以可见的形象作为终极的理想一定会给你带来深深的伤害与痛苦。所见的是会朽坏的，所不见的才是永恒的，我们必须以高于生活的原则来指导我们，让我们更好地去生活，去爱我们周边的人。

无论如何，在有关性侵的话题中，“尊重”始终是破局之道。希望这本书能够带给大家更多思考，希望我们能越来越接近理想的社会。

2020年11月于北京亦庄

参考文献

一、中文类

（一）论文

1.李光灿：“略论强奸罪”，载《西南政法学院学报》1981年第2期

2.刘运昌、王庆才：“试论强制不明显的强奸犯罪”，载《北京政法学院学报》1981年第4期

3.周道鸾：“略论强奸罪”，载《民主与法制》1981年第6期

4.刘光显：“试论强奸罪”，载《法学研究》1982年第5期

5.徐海风等：“对强奸案被害人反抗形态的剖析”，载《法学》1983年第2期

6.顾肖荣：“抢劫罪与强奸罪犯罪手段的比较”，载《法学》1983年第3期

7.欧阳涛：“如何正确认定奸淫幼女罪”，载《法学季刊》1983年第3期

8.许言：“奸淫幼女不应以‘明知’为条件”，载《法学》1983年第10期

9.黄文俊、刘杰：《认定奸淫幼女罪只能以法定年龄为标准》，载《法学季刊》1984年第1期

10.王希仁：“关于强奸罪的几个理论问题”，载《宁夏社会科学》1984年第1期

11.高锦明：“论对以‘谈恋爱’为手段的强奸罪认定”，载《中国法制报》1984年1月27日

12.段新安等：“奸淫幼女罪必须以明知为条件”，载《法学》1984年第2期

13.张明楷：“间接故意也可构成奸淫幼女罪”，载《法学季刊》1984年第3期

14.江任天：“对强奸罪中‘违背妇女意志’问题的再认识”，载《法学研究》1984年第5期

15.夏吉先：“奸淫幼女罪是否以明知为要件的剖析”，载《法学》1984年第8期

16.郑大群等：“谈谈强奸案中的半推半就”，载《法学》1984年第11期

17.周柏森：“试论强奸罪的几个问题”，载《西北政法学院学报》1985年第1期

18.郑大群：“强奸罪的基本特征和适用范围”，载《政治与法律》1985年第1期

19.雷雨霆：“如何认定这类强奸案”，载《法学评论》1985年第1期

20.吴文翰等：“试谈强奸案中被害人的心理和表现”，载《政法论坛》1985年第3期

21.许明华等：“先强奸后通奸应以强奸罪论处，”载《法学季刊》1985年第3期

22.周振想：“强奸罪侵害的客体是什么？”，载《河北法学》1985年第3期

23.朱华荣：“认定奸淫幼女罪的关键在哪里”，载《法学》1985年第4期

24.王勇：“奸淫轻微痴呆、‘花痴’问题”，载《政治与法律》1985年第5期

25.汤瀛：“奸淫案件中的半推半就问题”，载《法学评论》1985年第6期

26.万春：“如何处理奸淫痴呆、精神病患妇女的案件”，载1986年1月27日《中国法制报》

27.曾有生：“关于认定强奸罪的几个问题”，载《法学与实践》1986年第1期

28.蔡兴：“谈普通奸淫幼女罪，”载《法学评论》1987年第1期

29.田少明：“谈奸淫幼女罪与非罪的界限”，载《政法论坛》1987年第2期

30.黎洪等：“论强奸罪的外延”，载《法学杂志》1987年第2期

31.杨新培：“丈夫不能成为强奸罪的主体”，载《政法论坛》1987年第4期

32.杨新培：“‘先强后通’不以强奸论处质疑”，载《法学》1988年第2期

33.张明楷：“浅论强奸罪的主体”，载《法学评论》1988年第5期

34.钱应学：“关于青海藏族公民强奸妇女罪的探讨”，载《青海社会科学》1989年第6期

35.郑伟：“奸淫幼女罪中明知比较与分析”，载《法学》1990年6月

36.何泽宏：“奸淫幼女主观要件新探”，载《现代法学》1991年第4期

37.祁建华：“非经济目的卖淫问题初探”，载《青少年犯罪研究》1992年第10期

38.维基·威：“强奸罪与不公正交易”，管应时等译，载《外国法译丛》1993年第1期

39.刘佳燕：“强奸罪中的其他方法的认定”，载《法学杂志》1993年第5期

40.夏诚华：“强奸罪基本问题研究”，载《法学研究》1994年第1期

41.唐若愚等：“‘婚内强奸’区别定性论”，载《法学评论》1994年第3期

42.胡虞志等：“22市少女月经初潮年龄及性心理行为调查分析”，载《中国学校卫生》1995第1期

43.王辉等：“性侵犯案件司法精神医学鉴定中的几个问题”，载《临床精神病学杂志》1995年第

2期

44.陈虹：“现代妇女的法律保护”，载《首都师范大学学报》（社会科学版）1995年第4期

45.叶俊男：“强奸罪的本质及其特征”，载《杭州大学学报》1996年第1期

46.坦纳：“从比较角度看中国的强奸法律”，赵合俊等译，载《现代外国哲学社会科学文摘》1996年第3期

47.张晓玲：“妇女人权——一个来自历史和现实的崭新概念”，载《中共中央党校学报》1997年第1期

48.王政：“‘女性意识’‘社会性别意识’辨异”，载《妇女研究论丛》1997年第1期

49.杨顺修：“强奸案件三难的解决对策”，载《人民公安》1997年第6期

50.侯国云：“关于强奸罪直接客体的理论思辨”，载《现代法学》1997年第6期

51.熊向东等：“内地与香港刑法强奸罪比较研究”，载《政法学刊》1998年第1期

52.周华山：“婚内强奸法的本土化研究”，载《浙江学刊》1999年第2期

53.“白峻峰强奸案”，载《刑事审判参考》1999年第3辑

54.张允平等：“七城市铁路中学女生月经初潮年龄及性心理行为调查”，载《医学与社会》2000第1期

55.陈为民：“离婚判决生效前，丈夫强奸妻子有罪吗？”，载《政治与法律》2000年第2期

56.周崎等：“王卫明强奸案”，载《判例与研究》2000年第2期

57.沈亮：“丈夫可以对妻子构成强奸罪”，载《法学》2000年第3期

58.励进：“离婚诉讼期间，丈夫构成强奸罪的可能性”，载《法学》2000年第3期

59.刘宪权：“婚内定强奸不妥”，载《法学》2000年第3期

60.张贤钰：“评‘婚内无奸’”，载《法学》2000年第3期

61.韩轶：“关于强奸罪中‘胁迫手段’的理论思辨——兼评‘隐性胁迫’提法之缺陷”，载《湖南省政法管理干部学院学报》2000年第5期

62.金卫东：“应设立‘性贿赂罪’”，载《江苏公安专科学校学报》2000年第6期

63.周永坤：“婚内强奸罪的法理学分析”，载《法学》2000年第10期

64.李立众：“台湾岛强奸罪立法之新发展”，载《人民检察》2000年11期

65.李凯：“也谈‘婚内强奸问题’”，载《人民司法》2000年第12期

66.刘仁文：“刑法中的严格责任”，载《比较法研究》2001第1期

67.李立众：“婚内强奸定性研究”，载《中国刑事法杂志》2001第1期

68.蒋兰香：“关于强奸罪对象的思考”，载《湖南省政法管理干部学院学报》2001年第4期

69.金泽刚：“认定嫖宿幼女罪的两个问题——对一起嫖宿幼女案的法律分析”，载《河南公安高等专科学校学报》2001第4期

70.赵合俊：“性权与人权——从《性权宣言》说起”，载《环球法律评论》2002年春季号

71.魏东、倪永红：“强奸罪的文化学分析”，载《国家检察官学院学报》2002年第3期

72.安翱：“强奸罪研究二题”，载《河北法学》2002年第4期

73.安翱：“奸淫幼女罪相关问题探讨”，载《法学评论》2002年第4期

74.莫江平：“强奸罪罪名的过去，现在及未来”，载《当代法学》2002年第9期

75.刘冬梅：“审查强奸案应做到‘八查八看’”，载《人民检察》2003年第3期

76.桑本谦：“强奸何以为罪”，载《法律科学》2003年第3期

77.罗翔：“犯罪构成理论的创造性转化”，载《中国青年政治学院学报》2003年第3期

78.梁根林：“刑事政策视野中的婚内强奸犯罪化”，载《法制与社会发展》2003年第4期

79.王晨曦：“略谈‘婚内强奸’的不科学性及相关解决途径”，载《广西政法管理干部学院学报》2003年第4期

80.冯凡英：“罪刑法定原则视野中的强奸罪司法解释”，载《法治论丛》2003年第5期

81.刘爱华：“欧美女权运动的历史和现状”，载《内蒙古大学学报》（人文社会科学版）2003第5期

82.徐大勇：“个体自由与社会秩序的理性选择——对婚内强奸罪的法哲学分析”，载《政法论从》2003年第5期

83.晏耀斌：“幼女强奸案遭遇司法难题”，载《法律与生活》2003年12月上期

84.江舟：“强奸案私了的幕后”，载《警察天地》2003年第12期

85.冀祥德：“耦合权利义务说：婚内强奸立论的理论原点”，载《妇女研究论丛》2004年第1期

86.薛智仁：“强制性交罪修正之研究”，载《刑事法杂志》44卷第1期

87.黄永：“刑事证明责任的比较法分析”，载《政治与法律》2003年第6期

88.张吉喜：“论美国刑事诉讼中的证明责任分配标准”，载《当代法学》2007年第4期

（二）书籍

89.《历代刑法志》（影印本），北京大学法学院图书馆

90.《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版

91.《苏俄刑法典》，法律出版社1956年版

92.沙尔高罗斯基：《侵犯人身罪的责任》，余叔通译，法律出版社1957年版

93.陈焕生：《刑法分则实用》，台北：汉林出版社1979年版

94.高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社1981年版

95.韩忠谟：《刑法原理》，台湾大学法学院出版社1981年版

96.长孙无忌等撰：《唐律疏义》，中华书局1983年版

97.《刑法学论文集》，中国法学会刑法学研究会1984年编

98.魏国强：《强奸罪研究》，山西省政法管理干部学院资料室1985年版

99.布雷多克：《婚床》，王秋海等译，生活·读书·新知三联书店1986年版

100.金子桐等：《罪与罚——侵犯公民人身权利、民主权利罪的理论与实践》，上海社会科学院出版社1986年版

101.高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版

102.高铭暄、王作富：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社1988年版

103.陈泽广：《性犯罪研究》，武汉出版社1988年版

104.贾谊诚主编：《实用司法精神病学》，安徽人民出版社1988年版

105.高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版

106.欧阳涛：《性犯罪》，河南人民出版社1989年版

107.王作富：《刑法分则要义》，中央广播电视大学出版社1989年版

108.赖宁等：《中国刑法之争》，吉林大学出版社1990年版

109.徐杰：《强奸罪研究》，中国人民公安大学出版社1991年版

110.路安仁主编：《强奸罪、奸淫幼女罪》，中国检察出版社1991年版

111.陈兴良主编：《刑事疑案研究》，中国检察出版社1992年版

112.《大清律例》，天津古籍出版社1993年版

113.欧阳涛：《当今中外性犯罪研究》，北京社会科学文献出版社1993年版

114.董云虎等编：《世界各国人权约法》，四川人民出版社1993年版

115.大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版

116.廖福田编：《刑法分则的理论与司法实践》，法律出版社1993年版

117.杨春洗、杨敦先：《中国刑法论》，北京大学出版社1994年版

118.张晓辉：《中国法律在少数民族地区的实施》，云南大学出版社1994版

119.《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版

120.董云虎等：《中国的妇女人权》，四川人民出版社1995年版

121.中华医学会精神科学会、南京医科大学脑科医院编：《CCMD-2-R•中国精神疾病分类方案与诊断标准》，东南大学出版社1995年版

122.《法国刑法典》（1994），罗结珍译，中国人民公安大学出版社1995年版

123.赵秉志：《刑法各论问题研究》，中国法制出版社1996年版

124.储槐植：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社1996年版

125.刘慧英：《走出男权传统的樊篱——文学中男权意识的批判》，生活·读书·新知三联书店1996年版

126.哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版

127.刘家琛：《新刑法案例解释》，人民法院出版社1997年版

128.周道鸾：《中国刑法分则适用新论》，人民法院出版社1997年版

129.张明楷：《刑法学（下）》，法律出版社1997年版

130.《澳门刑法典》（1996），澳门政府法律翻印办公室译，法律出版社1997年版

131.赵秉志主编：《新刑法教科书》，中国人民大学出版社1997年版

132.中国人民大学法学院刑法专业组织编写：《刑事法专论（下）》中国方正出版社1998年版

133.《意大利刑法典》（1996），黄风译，中国政法大学出版社1998年版

134.李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版

135.王政、杜芳琴主编：《社会性别选择研究选译》，生活·读书·新知三联书店1998年版

136.瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版

137.肖中华：《侵犯公民人身权利罪》，中国人民公安大学出版社1998年版

138.田宏杰：《违法性认识研究》，中国政法大学出版社1998年版

139.帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版

140.卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精译》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998版

141.周振想：《当代中国的罪与罚》，中国人民公安大学出版社1999年版

142.王世洲：《德国经济犯罪与经济刑法研究》，北京大学出版社1999年版

143.张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版

144.薛瑞麟：《俄罗斯刑法研究》，中国政法大学出版社2000年版

145.米歇尔·福柯：《性经验史》，余碧萍译，上海人民出版社2000年版

146.凯特·米利特：《性政治》，宋文伟译，江苏人民出版社2000年版

147.《德国刑法典》（1998），徐久生、庄敬华译，中国法制出版社2000年版

148.谢振民：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版

149.李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版

150.史密斯、霍根：《英国刑法》，李贵芳等译，法律出版社2000版

151.乔治·维加莱洛：《性侵犯的历史》，张森宽译，湖南文艺出版社2000年版

152.林山田：《刑法的革新》，学林文化事业有限公司第2001年版

153.范忠信：《中西法文化的暗合与差异》，中国政法大学出版社2001年版

154.邱国新：《刑法典中性犯罪的犯罪学研究》，上海大学出版社2001年版

155.陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版

156.野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版

157.李邦友、王德育、邓超著：《性犯罪的定罪与量刑》，人民法院出版社2001年版

158.李邦友等：《性犯罪的定罪与量刑》，人民法院出版社2001年版

159.耶赛克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版

160.马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版

161.肖建国、姚建龙：《女性性犯罪与性受害》，华东理工大学出版社2002年版

162.张穹主编：《人民检察院检控案例定性指导》（第一卷），中国检察出版社2002年版

163.理查德·A. 波斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版

164.林山田，《刑法各罪论》（上）（修订第三版），台湾大学法学院图书部2002年版

165.李忠芳：《两性法律的源与流》，群众出版社2002年版

166.王明主编：《侵犯公民人身权利、民主权利犯罪的法律适用》，人民法院出版社2002年版

167.彭晓辉：《性科学概论》，科学出版社2002版

168.王世洲：《从比较刑法到功能刑法》，长安出版社2003年版

169.大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版

170.陈兴良：《中国刑事司法解释检讨》，中国检察出版社2003版

171.大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版

172.潘绥铭等：《当代中国人的性行为与性关系》，社会科学文献出版社2003年版

173.张明楷：《刑法学》（第二版），法律出版社2003年版

174.鲍遂献主编：《妨害风化犯罪》，中国人民公安大学出版社2003年版

175.薛波主编，潘汉典总审定：《元照英美法辞典》，法律出版社2003年版

176.刘明详：《刑法中错误论》，中国检察出版社2004年版

177.弗莱彻：《刑法的基本概念》，王世洲等译，中国政法大学出版社2004年版

178.《奥地利联邦共和国刑法典》（2002），徐久生译，中国方正出版社2004年版

179.《泰国刑法典》（1997），吴光侠译，中国人民公安大学出版社2004年版

180.《瑞士联邦刑法典》（2003），徐久生、庄敬华译，中国方正出版社2004版

181.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2004年版

182.蔡枢衡：《中国刑法史》，中国法制出版社2005年版

183.曾根威：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005版

184.最高人民法院刑事审判庭：《中国刑事审判指导案例》，法律出版社2009年版

二、外文类

（一）论文

185.Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, （1986）

186.Charlene L. Muehlenhard & Lisa C. Hollabaugh, Do Women Sometimes Say No When They Mean Yes? The Prevalence and Correlates of Women's Token Resistance to Sex, 54 J. Personality & Soc. Psychol. (1988)

187.Morrison Torrey, When Will We Be Believed? Rape Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions, Davis L. Rev (1991)

188.Dana Berliner, Rethinking the Reasonable Belief Defense to Rape, 100 Yale Law Journal（1991)

189.Donald A. Dripps, Beyond Rape: An Essay On The Difference Between The Presence Of Force And The Absence Of Consent,. 92 Colum. L. Rev.(1992)

190.Lynne Henderson, Rape and Responsibility, 11 Law & Phil. (1992)

191.Timothy W. Murphy, A Matter of Force: The Redefinition of Rape, 39 A.F. L. Rev. 19 (1996)

192.Anne M. Coughlin, Sex and Guilt, 84 Va. L. Rev. (1998)

193.Craig T. Byrnes, Putting the Focus Where it Belongs: Mens Rea Consent, Force, and the Crime of Rape, Yale J.L. & Feminism (1998)

194.Gavin Last, Trend and Development: Advances Less Criminal than Hormonal: Rape and Consent in R. v. Ewanchuk, Appeal Publishing Society, University of Victoria, Faculty of Law, Canada Appeal: Review of Current Law and Law Reform（1999）

195.David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R (2000)

196.Tracey A. Berry, Comment: Prior Untruthful Allegations Under Wisconsin's Rape Shield Law: Will Those Words Come Back To Haunt You?, Wis. L. Rev(2002)

（二）书籍

197.J.W.C.Turner and A.LL.Armitage, Cases on Criminal Law（third edition）, Cambridge University Press (1964)

198.Stephen Mitchell, Archbold Pleading Evidence&Practice in Criminal Cases（fortieth edition）, Sweet & Maxwell(1979)

199.The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5),Philadelphia:PA (1980)

200.Susan Estrich, Real Rape, Harvard University Press (1987)

201.Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform, Plenum Press (1992)

202.Julie A.Allison, Rape: The misunderstood crime , Sage Publications(1993)

203.Dennis Patterson(ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Blackwell Publishers(1996)

204.Richard A.Ponsner and Katharine B. Silbaugh, A Guide To America’s Sex Laws, The University of Chicago Press(1996)

205.Cf.Stephen J. Schulhofer, Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and The Failure of Law ix, Harvard University Press (1998)

206.The All England Law Reports（2000）

207.Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press(2002)

208.Matthew H. Sommer, Sex, Law, and Society in Late Imperial China, Stanford University Press（2002）

209.Jonathan Herring, Criminal Law（3rd edition）, Palgrave MacMillan(2002)

210.Law Commission.Consultation Paper No.139: Consent and Offences Against the People, HMSO

211.Law Commission.Consultation Paper No.140: Consent in the Criminal Law, HMSO, 1995

212.Law Commission. Consent in Sexual Offenses: A Report to the Home Office Sex Offences Review, Home Office(2000）

213.Joshua Dressler, Understanding Criminal Law(4th edition), Lexisnexis(2006)

214.John Kaplan, Robert Weisberg, Guyora Binder, Criminal Law: Cases and Materials(5th edition), Aspen Publishers(2004)

215.Matthew Waites, The Age of Consent: Young People, Sexuality and Citizenship, Palgrave Macmillan(2005)

216.Don Stuart, Canadian Criminal Law: Treatise(5th ed), Thomson(2007)

217.Wayne R.Lafave, Criminal Law(4th edition), Thomson West(2004)

218.Simester and Sullivan, Criminal Law: Theory and Doctrine(2nd ed), Hart(2003)

注释

引言

[1]这分别是1994年的《同意与侵犯人身权利犯罪》（Law Commission.Consultation Paper No.139: Consent and Offences Against the People, HMSO, 1994）；1995年的《刑法中的同意问题》（Law Commission. Consultation Paper No.140: Consent in the Criminal Law, HMSO, 1995）；2000年的《性犯罪中的同意问题》（Law Commission. Consent in Sexual Offenses: A Report to the Home Office Sex Offences Review, Home Office, 2000）。

[2]即英美法系与大陆法系，两者又一定的区别，如（1）主要法律渊源不同：在英美法系，法律的主要渊源是判例法；而在大陆法系，则是成文法典体系；（2）法律体系和法官的作用不同：英美法系以判例法为基础，法律体系十分庞杂，缺乏系统分类；而大陆法系，不仅法律体系完道整，而且法官的作用十分有限；（3）审判方式不同：英美法系强调程序法的重要性，实行对抗制诉讼；而大陆法系比较注重实体法，一般采用纠问式诉讼程序。

[3]性侵犯罪的被害人主要是女性，调查显示，即使在采取性别中立主义立法的美国，90—99.4%的强奸被害人是女性。Brande Stellings, Note, The Public Harm of Private Violence: Rape, Sex Discrimination, and Citizenship, 28 Harv. C.R.-C.L. L. Rev.P185, 186 n.3 (1993)。

[4]Cf. Stephen J. Schulhofer, Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and The Failure of Law ix, Harvard University Press (1998), P56.

[5]本文在同等意义上使用“不同意”和“拒绝”两词。

[6]如美国密歇根州法典把性插入定义为“性交（sexual intercourse）、舔阴、口交、肛交或者行为人用自己身体的一部分或其他物体侵入另一人的阴部或肛门……”，与其并列的概念是性接触（密歇根州把它定义为故意接触被害人或行为人的私密部位，或者故意接触被害人或行为人衣服覆盖下的私密部位的紧临部分，如果这种故意接触可以被合理地理解为为了性唤起或性满足的意图）。

[7]如果采用广义的性交概念，强奸罪在性侵犯罪中所占比重将更大。

第一章

[1]《唐律疏义·捕亡》，“被殴击奸盗捕法”。

[2]《元史·刑法志》三，“奸非”。

[3]《大清律例卷二十六》，“杀死奸夫”。

[4]范忠信：《中西法文化的暗合与差异》，中国政法大学出版社2001年版，第193页。

[5]范忠信：《中西法文化的暗合与差异》，中国政法大学出版社2001年版，第195页。

[6]《册府元龟》卷九五九，外臣部，转引自范忠信：《中西法文化的暗合与差异》，中国政法大学出版社2001年版，第185页。

[7]《大清新刑律补笺》附录“附则五条”，清宣统三年政友社印行。

[8]《唐律疏义·杂律》上，“奸”。

[9]《元史·刑法志》三，“奸非”。

[10]《唐律疏义·杂律》上，“奸”。

[11]瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第261页，另外还可参见Matthew H. Sommer, Sex, Law, and Society in Late Imperial China, Stanford University Press（2002）, P46。

[12]瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第261页，另外还可参见Matthew H. Sommer, Sex, Law, and Society in Late Imperial China, Stanford University Press（2002）, P48。

[13]《唐律疏义·杂律》上，“奸”。

[14]《唐律疏义·杂律》上，“诸奴奸良人”。

[15]Matthew H. Sommer, Sex, Law, and Society in Late Imperial China, Stanford University Press（2002）, P40.

[16]Matthew H. Sommer, Sex, Law, and Society in Late Imperial China, Stanford University Press（2002）. P40，在中国学界关于婚内强奸的讨论中，很少有人注意过古代的相关案件，这可能是在很长一段时间，婚内强奸根本就不是一个问题，因而未引起人们的足够的注意。

[17]有关此问题的详细论述，请参见范忠信：《中西法文化的暗合与差异》，中国政法大学出版社2001年版，第172—200页。

[18]《法国刑法典》（1810），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第63页。

[19]《德国刑法典》（1871），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第179页。

[20]Cf. Donald A. Dripps, Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent, 92 Colum. L. Rev. P1783 (1992).

[21][美]波斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第532页。

[22]“埃及欲吊销‘强奸执照’”，陈宗伦译，载《青年参考》1999年4月30日。

[23]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1123（1986）.

[24]有关女性财产地位的人类学描述，请参考[美]布雷多克：《婚床》，王秋海等译，生活·读书·新知三联书店1986年版，第199—226页。

[25]刘爱华：“欧美女权运动的历史和现状”，载《内蒙古大学学报》（人文社会科学版）2003第5期。

[26]恩格斯：“家庭、私有制和国家的起源”，载《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第62页。

[27][美]波斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第53页。

[28][美]布雷多克：《婚床》，王秋海等译，生活·读书·新知三联书店1986年版，第218—219页。

[29]董云虎等编：《世界各国人权约法》，四川人民出版社1993年版，第27页。

[30]董云虎等：《中国的妇女人权》，四川人民出版社1995年版，第25—26页。

[31]刘爱华：“欧美女权运动的历史和现状”，载《内蒙古大学学报》（人文社会科学版）2003年第5期。

[32]张晓玲：“妇女人权——一个来自历史和现实的崭新概念，”载《中共中央党校学报》1997年第1期。

[33]王政：“‘女性意识’、‘社会性别意识’辨异”，载《妇女研究论丛》1997年第1期。

[34]对此问题的详细论述请参见下文。

[35]魏东、倪永红：“强奸罪的文化学分析”，载《国家检察官学院学报》2002年第3期。

[36]在1979年刑法中，强奸罪被规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪中，当时法律并未规定强制猥亵、侮辱妇女罪及猥亵儿童罪，类似的犯罪行为按照流氓罪处理，流氓罪当时被规定在妨害社会管理秩序罪中。2015年《刑法修正案（九）》把强制猥亵、侮辱妇女罪修改为强制猥亵、侮辱罪。

[37]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5), Philadelphia:PA, P

334.

[38]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5), Philadelphia:PA, P 273.

[39]《法国刑法典》（1994），罗结珍译，中国人民公安大学出版社1995版，第64—65页。

[40]李立众：“婚内强奸定性研究”，载《中国刑事法杂志》2001年第1期。

[41]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P86.

[42]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P75.

[43]《德国刑法典》（1998），徐久生、庄敬华译，中国法制出版社2000年版，第145页。

[44]林山田：《刑法的革新》，学林文化事业有限公司第2001年版，第267页，有关台湾地区的立法变化，还可参见李立众：“台湾岛强奸罪立法之新发展”，载《人民检察》2000年11期。

[45]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5), Philadelphia:PA, P 430.

[46][美]波斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第347页。

[47][德]恩格斯：“家庭、私有制和国家的起源”，载《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第82页。

[48]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5), Philadelphia:PA, P

434—435.

[49]Matthew H. Sommer, Sex, Law, and Society in Late Imperial China, Stanford University Press 2002, P6.

[50]恩格斯：“家庭、私有制和国家的起源”，载《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第62页。

[51]参见[美]凯琳·萨克斯：“重新解读恩格斯——妇女、生产组织和私有制”，载王政、杜芳琴主编：《社会性别选择研究选译》，生活·读书·新知三联书店1998年版，第6页。

[52]清人所著《醒世姻缘传》中的薛素姐是恶妻的典型，不愿与丈夫性交是其主要罪行。而丈夫狄希陈对薛强行施暴，则为士大夫所称颂，也为市井所传扬。参见周永坤：“婚内强奸罪的法理学分析，”载《法学》2000年第10期。

[53]Matthew H. Sommer, Sex, Law, and Society in Late Imperial China, Stanford University Press 2002, P6—7.

[54]恩格斯：“家庭、私有制和国家的起源”，载《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第73页。

[55]恩格斯：“家庭、私有制和国家的起源”，载《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第73—74页。

[56]恩格斯：“家庭、私有制和国家的起源”，载《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第69页。

[57]陈虹：“现代妇女的法律保护”，载《首都师范大学学报》（社会科学版）1995年第4期。

[58]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1090研究指出，绝大多数性侵犯是发生在熟人之间的，但是这些案件却很难得到处理。[英]乔纳森·赫林：《刑法》（第三版），法律出版社2003年版，第164页。

[59]强奸案的未报案率和报案率的比率，最保守的估计是2比1，还

有人估计为10比1，甚至还有人认为高达20比1，1987年苏珊（Susan Estrich）教授指出，这些统计数字的有效性取决于是否统计过单纯强奸（simple rape）的数量。在她看来，大多数统计都忽略了单纯强奸的存在，而仅仅统计的是传统的强奸。所谓传统的强奸指的是那些在陌生人间发生的，或者是轮奸，或者犯罪人使用了武器；而单纯强奸指的是没有携带武器的熟人单独实施的强奸。她指出，如果把单纯强奸给统计进去，那么未报道的强奸案的数量可能更为惊人。Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1162, 1169（1986）另外，在强奸案中，案件的磨损率是很高的。这种磨损开始于警察机关未发现犯罪人，终止于法院或者陪审团对于被告人的无罪判决。根据美国联邦调查局1975年的报道，19%的强奸案的犯罪人警察无法找到。甚至当警察决定受理强奸案件时，也最多只有50%的犯罪嫌疑人会被逮捕。而即使在这些被逮捕的犯罪嫌疑人中，最终被判有罪的人也是少数。比如，在华盛顿特区，仅仅20%的被逮捕者被判有罪，在纽约州，这个比率是25%，印第安纳州的比率是32%，加州的比率可能高点，但也只有34%。Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform, Plenum Press (1992), P18还有研究指出，只有2%到5%的强奸案件获得了有罪判决。Julie A.Allison, Rape: The misunderstood crime, Sage Publications(1993), P195。

[60]在中国刑法学界，对于强奸罪的法益，主要有如下观点：（1）强奸罪侵犯的是妇女的身心健康（刘光显："试论强奸罪"，载《法学研究》1982年第5期）；（2）强奸罪所侵犯的是妇女之性的不可侵犯性（李光灿："略论强奸罪"，载《西南政法学院学报》1981年第2期）；（3）妇女特有的人身权利，即妇女拒绝与合法配偶以外的任何男子发生性行为的权利。论者的理由在于对于妇女的性自主权，法律并不完全保护，如通奸（王希仁："关于强奸罪的几个理论问题"，载《宁夏社会科学》1984年第1期）；（4）妇女的性自由权利。这种性的自由权利是指妇女有按照自己的意志发生合法的性行为而拒绝非法的性行为的权利（高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版，第592页），对此有人认为这是和西方的性自由理论相联系在一起的，因而不可取（张明楷：《刑法学》，法律出版社1997版，第704页）；（5）其他的还有表述为"妇女按照自己的意志决定正当性行为的权利"（周振想："强奸罪侵害的客体是什么"，载《河北法学》1985年第3期），"妇女的性的权利"或认为强奸罪是复杂客体，即既侵害妇女的身心健康、人格、名誉，也侵犯其性的自由权利（参见侯国云："关于强奸罪直接客体的理论思辨"，载《现代法学》1997年第6期）。对这

种表述的批评是，如果采取这种客体观，那当行为人没有实施奸淫行为，但已实施了暴力等行为，则也可构成既遂（曹子丹、罗瑛：“略论强奸罪的几个问题”，载《刑法学论文集》，中国法学会刑法学研究会1984年编，第72—73页）。1988年以后，绝大多数学者都赞同把强奸罪的直接客体表述为“妇女性的不可侵犯的权利”。但是有学者指出“不可侵犯的”这五个字完全是多余的，因为任何权利都是不可侵犯的（徐杰等主编：《强奸罪研究》，中国人民公安大学出版社1991年版，第43—47页），而且附加“不可侵犯的”限定语，似乎给人一种还有“可以侵犯”的性权利的存在（肖中华：《侵犯公民人身权利罪》，中国人民公安大学出版社1998年版，第130页）。还有学者批评到，删去“不可侵犯的”这五个多余的字之后，强奸罪的直接客体的表述就成了“妇女的性的权利”。而“妇女的性的权利”就是妇女享受性生活的权利。所谓“侵犯性的权利”，其实质含义就是不让妇女过正常的性生活。然而强奸罪是强迫妇女过性生活，而不是不让妇女过正常的性生活（侯国云：“关于强奸罪直接客体的理论思辨”，载《现代法学》1997年第6期）。总的说来，大多数学者认同了强奸罪所侵犯的直接客体是“妇女的性的不可侵犯的权利”，而“性的不可侵犯的权利”其实也就是性自治权的通俗表述。

[61]美国学者斯蒂芬（Cf.Stephen J. Schulhofer）认为，性自治权有三层含义。前两层是精神上的：一是内在的做出成熟理性选择的能力；二是外在的保证自己不受强迫的自由。第三层次则是作为个人的身体完整性和独立性，即便行为人没有通过威胁去限制女方自由选择的权利，但如果他未能确定获得女方有效同意，仍与其发生性行为，这也侵犯了女方的性自治权。Cf.Stephen J. Schulhofer,Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and The Failure of Law ix(1998), Harvard University Press (1998), P111。

[62]参见[英]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第17—18页。

[63]Cf.Stephen J. Schulhofer,Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and The Failure of Law ix(1998), Harvard University Press (1998), P56.

[64]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1094.

[65]薛智仁：“强制性交罪修正之研究”，载《刑事法杂志》44卷第1期。

[66]薛智仁：“强制性交罪修正之研究”，载《刑事法杂志》44卷第1期。

[67]钱应学：“关于青海藏族公民强奸妇女罪的探讨”，载《青海社会科学》1989年第6期。

[68][日]曾根威：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005版，第33—34页。

[69]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P377.

[70]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P406.

[71]Sexual Offences Act 2003.［EB/OL］http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents,2011/10/01.

[72]这类行为其实是一种通奸行为，它对家庭的稳定并未造成实质性侵犯，对于此类行为之所以不宜犯罪化，具体参见上文有关通奸的论述。

[73]当然，如果形成扶养关系的继父母与继子女之间的乱伦行为是应该受到刑法惩罚的。

[74]还有两起案件发生在被告人和其岳母以及被告人和其姨母之间。

[75]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P407.

[76]张晓辉：《中国法律在少数民族地区的实施》，云南大学出版社1994年版，第183页。

[77]钱应学：“关于青海藏族公民强奸妇女罪的探讨”，载《青海社会科学》1989年第6期。

[78][英]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第16页。

[79]1978年，世界性学会成立，自创立伊始，一直致力于在世界范围内保护性权利，推动性学研究与发展。在1997年6月于西班牙的巴伦西亚召开的第13次世界性学会议上，通过了一项性权宣言，称为《巴伦西亚性权宣言》。宣言反对任何时间、任何地点、任何情况下发生的任何性强迫、性剥削与性辱虐。1999年在中国香港第14次世界性学会议以《巴伦西亚性权宣言》为底本通过了新的《性权宣言》。该宣言虽不具备任何实质性的法律效力，但它是世界范围内性权运动的一项伟大成果，必将对各国的法律实践施加重要影响。宣言指出，“性是每个人人格之不可分割的部分，其充分发展端赖于人类基本需要，诸如接触欲、亲密感、情感表达、欢愉快乐、温柔体贴与情恋意爱之满足。性由个人与社会结构之间的互动而构建，其充分发展为个人、人际和社会健康幸福所必需。性的权利乃普世人权，以全人类固有之自由、尊严与平等为基础。鉴于健康乃基本人权，故性健康亦为基本人权。为确保人与社会得以发展健康的性，所有社会必须尽其所能承认、促进、尊重与维护下列性权利。性健康乃为承认、尊重与实施此类性权之环境所产生。”该宣言共列举11项性权利。其核心为性自由权。“性自由包括个人表达其全部性潜力之可能性；然而，它排除生活中所有形式之性强迫、性剥削与性辱虐，无论何时，亦无论出于何种情况。”宣言特别强调性自治权，将它列为第二项性权利，认为它和性完整权与性身体安全权“包括在个人的与社会的伦理脉络中，个人就其性生活自主决定之能力，亦包括掌握与享用我们的身体使之免于任何的虐待、伤残与暴力。”参见赵合俊：“性权与人权——从《性权宣言》说起”，载《环球法律评论》2002年春季号。

[80]李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第24页，以及[日]大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第94—95页。

[81]李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第26—31页以及[日]大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第96—102页。

[82][日]大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第76页，另可参见[日]野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第121—122页。

[83]李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第28页。

[84]李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第27页。

[85]对于这种情况是否构成强奸罪，我们将在下文详细考察。

[86][日]大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第100页。

[87]参见下文的相关论述。

[88]瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第262页。

[89]《大清律例卷三十三·刑律》，“犯奸”。刁奸见于明清律。刁奸实是叼奸。叼是饕的别称。贪财为饕。叼奸即因财而奸，究极就是卖淫（参见蔡枢衡：《中国刑法史》，中国法制出版社2005年版，第130页）。清律认为，“见妇人与人通奸，见者因而用强奸之，已系犯奸之妇，难以强论，依刁奸律”。

[90]《大清律例卷三十三·刑律》，“犯奸”。

[91]对于这个问题的详细论述，请参见下文。

[92]王政：“‘女性意识’‘社会性别意识’辨异”，载《妇女研究论丛》1997年第1期。

[93][美]艾莉森·贾格：《性别差异与男女平等》，载王政、杜芳琴

主编：《社会性别选择研究选译》，第196—203页。

[94]对于这些标准的详细论述请参见后文。

[95]周道鸾：“略论强奸罪”，载《民主与法制》1981年第6期；陈嘉宾，单长宗：“认定强奸罪的几个问题”，载《刑法学论文集》，中国法学会刑法学研究会编1984年版，重刊于《刑法学研究精品集锦》，法律出版社2000年版，第367页；刘运昌、王庆才：“试论强制不明显的强奸犯罪”，载《北京政法学院学报》1981年第4期。

[96]曹奇辰：“试谈强奸案中的妇女抗拒问题”，载《法学研究》1983年第3期。

[97]新刑法第236条保留了旧刑法第139条的规定，仍把强奸罪规定为：“强奸罪是指以暴力、胁迫或者其他方法强奸妇女。”对比新旧两法，新刑法对于强奸罪，只是对其加重情节作了列举规定，在基本罪状描述上，并没有不同。

[98]周柏森：“试论强奸罪的几个问题”，载《西北政法学院学报》1985年第1期。

[99]刘光显：“试论强奸罪”，载《法学研究》1982年第5期。

[100]该司法解释在2013年被《最高人民法院、最高人民检察院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间制发的部分司法解释和司法解释性质文件的决定》废止，但其内容在司法实践中仍被普遍尊重。

[101]张明楷：《刑法学》（第二版），法律出版社2003年版，第691页。

[102]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5), Philadelphia:PA, P301.

[103]参见后文所说的想象强奸。

[104]江任天：“对强奸罪中‘违背妇女意志’问题的再认识”，载《法

学研究》1984年第5期。

[105]曾有生：“关于认定强奸罪的几个问题”，载《法学与实践》1986年第1期。

[106]Craig T. Byrnes , Putting the Focus Where it Belongs: Mens Rea Consent, Force, and the Crime of Rape, 10 Yale J.L. & Feminism , P285（1998）.

[107]In re M.T.S., 609 A.2d 1266, 1277 (N.J. 1992)转引自David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000,n 156. 新泽西州最高法院认为，为了符合法律规定的目的（该州法律把强奸罪规定为性攻击罪，在构成要素上要求具备性交和使用暴力或强制手段），性交本身就具有强制性（forcible）。再如State v. Alston 案。Brown和被告人Alston有了六个月的性关系。他们在一起生活，经常打架，她偶尔在他打人后离开。5月15号她就是这么做的。一个月后，Alston发现Brown在一家技校上课，于是开始和她说话……Alston用手抓着她，两个人走着，他想知道现在她住在哪，而且威胁说，如果不告诉他则把她的脸给修理了。女方对男方说他们俩的关系已经完了。但Alston要求和Brown发生性关系。后来，他们走到一个朋友的家里，在那里他们曾经发生过关系。虽然他们在那里遇见很多人，但是Brown证实她没有和他们说任何话，因为她相信没有人会帮助她。当他们进入朋友家时，男方和朋友一起离开了一会，但Brown没有离开，也没有和任何人联系。当被告独自返回时，他提议发生性关系，但是女方拒绝了。事实上，法院发现，女方说了：“不，我不想和你睡觉。”被告开始爱抚她，当他让她脱衣服时，她脱了，两人于是发生了关系。男方被认为构成二级强奸，上诉时也维持原判，其理由是性行为本身就是一种暴力。但北卡罗来纳州最高法院却推翻了这个判决，法院认为威胁是远离的（即在学校抓手等以及说要修理女方的脸），不足以导致随后的性行为。

[108]肖中华：《侵犯公民人身权利罪》，中国人民公安大学出版社1998年版，第145页。

[109]当然，这取决于我们如何理解“不能抗拒”概念，对此在下文笔者会详细讨论。

[110]由于有些国家采取了性别中立主义的立法，因此我们在此处使用被害人这个概念，但是在其他地方如果没有特别指明，我们所说的被害人都仅指女性。

[111]《德国刑法典》（1998），徐久生、庄敬华译，中国法制出版社2000年版，第145页；相似规定还可参见《意大利刑法》第609条（《意大利刑法典》（1996），黄风译，中国政法大学出版社1998年版，第172—173）《奥地利刑法》第201、202条（《奥地利联邦共和国刑法典》（2002），徐久生译，中国方正出版社2004年版，第81页），泰国刑法第276条（《泰国刑法典》（1997），吴光侠译，中国人民公安大学出版社2004年版，第58页，该国仍把强奸罪视为一种风化犯罪）。

[112]张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第521页。

[113]张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第522页。

[114]为性别中立主义之立法，剔除其中女性对男性，同性之间的强制性交，则其内容基本类似于中国大陆刑法第236条规定的强奸罪。林山田，《刑法各罪论》（上）（修订第三版），台湾大学法学院图书部2002年版，第196页。

[115]如被告人张某，广西人，案发时24岁，在江门打工。2003年10月18日凌晨1点多，他在家闷得无聊，便骑着摩托车到街上乱逛……他看到前面有一个正孤身行走的妇女周某……对其进行挑逗，周某立即向前跑想甩掉张某，同时骂张某是流氓。张某见四周无人，驾驶摩托车追上并截停了周某，下了车二话没说对周某就是一阵拳打脚踢，然后又将周某拉到水沟边，把她的脑袋反复按到水中。周某被这疯狂的阵势给吓坏了，为了活命，她只好跪地求饶，说如果张某需要，可以与他发生性行为。《夜行遭袭　　女路人为保命主动献身》［EB/OL］http://news.sina.com.cn/s/2005-01-14/08244828526s.shtml ,2011/10/01.

第二章

[1]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, p1093（1986）.

[2]Peter Westen, The Logic of Consent, Burlington, VT, : Ashgate Publishing Company, 2004, p1—2.

[3]John Kaplan, Robert Weisberg, Guyora Binder, Criminal Law: Cases and Materials(5th ed), New York, NY: Aspen Publishers(2004), p912.

[4]张明楷：“规范的构成要件要素”，载《法学研究》2007年第6期。

[5]在许多国家，刑法总则中都有不作为犯罪的明确规定，通过立法的形式确定了不作为与作为犯罪的等价值性，而我国刑法并没有这样的明确规定，从而导致对不作为犯之惩罚有违反罪刑法定原则之嫌。

[6]张明楷：《规范的构成要件要素》，载《法学研究》2007年第6期。

[7]在著名的“天价葡萄案”中，几位民工盗窃了几袋葡萄，但这些葡萄是用于科研用途，价值巨大。显然，“数额较大”是一种存在社会评价的规范性构成要件要素，民工是否存在盗窃“数额较大”财物的故意，法官就应该根据社会一般观念进行评价。

[8]张明楷：“规范的构成要件要素”，载《法学研究》2007年第6期。

[9]如新西兰的Kaitamaki v. The Queen案，被告人实施了插入行为后，被害人才加以拒绝，但被告人继续性交，新西兰上诉法院以强奸罪的不作为定性。（Finbar. McAuley &J. Paul. McCutcheon, Criminal Liability, Round Hall Sweet and Max, Dublin, 2000, P180）又如甲、乙、丙等数人某日晚住宿于一宾馆内。甲通过电话叫来卖淫女丁，丁至房内见人数众多，即欲回去，被甲等人阻拦。甲等人不顾丁的反抗，对丁实施了奸淫。随后，丁向甲索要800元，遭拒绝。后案发。被害人丁女事

后提出了索要钱款的要求，虽可视为事后对甲等人与之发生性行为的一种承认，但是甲乙丙等人的强奸性质并不能因此改变，仍应以强奸罪定罪处罚。

[10]杨新培："'先强后通'不以强奸论处质疑"，载《法学》1988年第2期。

[11]2000年12月2日下午，男青年钟某，到某美容厅踩背。服务员梁某给其踩背时，钟某问梁某有无性服务，梁某称还是处女，没有性服务。钟某提出亲吻、抓摸的要求，梁某答应。钟某抱着梁某亲吻并伸手进梁某衣裤内抓摸一阵后，又要求用阴茎接触梁某的阴部，并保证不会破其处女膜，梁某表示同意。二人脱裤后，钟某压在梁某上面，用阴茎摩擦、顶蹭梁某阴部。十几分钟后，钟某用脚分开梁某的双腿，阴茎使劲往梁某阴道内插，梁某感觉情形不对，便大声叫喊，钟某用手紧紧箍住梁某颈部，用头顶住梁某脸部，使其叫喊不出。同时，钟某继续其性行为，梁某用双手拼命推钟某，尽力扭动身体反抗，并开始哭泣，但无济于事，梁某的阴茎还是插入梁某阴道，并导致处女膜破裂。参见张穹主编：《人民检察院检控案例定性指导》（第一卷），中国检察出版社2002年版，第116页。

[12](UK)The law commission. Consent in Criminal Law. HMSO(1995). P33.

[13]主要讨论的是强奸罪的不同意标准。

[14]考虑到当时使用的语言是"违背妇女意志"，因此在介绍各学者观点时，依然采用"违背妇女意志"这一表述。

[15]转自王文生："论强奸罪的违背妇女意志"，载中国人民大学法学院刑法专业组织编写：《刑事法专论（下）》，中国方正出版社1998年版，第1222—1223页。并可参见赖宁等：《中国刑法之争》，吉林大学出版社1990年版，第145—146页。

[16]我们在相同意义上使用"抗拒""反抗"这些词语。

[17]刘光显："试论强奸罪"，载《法学研究》1982年第5期。

[18]刘光显：“试论强奸罪”，载《法学研究》1982年第5期。

[19]徐海风等：“对强奸案被害人反抗形态的剖析”，载《法学》1983年第2期。

[20]曹奇辰：“试谈强奸案中的妇女抗拒问题”，载《法学研究》1983年第3期。

[21]曹奇辰：“试谈强奸案中的妇女抗拒问题”，载《法学研究》1983年第3期。

[22]江任天：“对强奸罪中‘违背妇女意志’问题的再认识”，载《法学研究》1984年第5期。

[23]江任天：“对强奸罪中‘违背妇女意志’问题的再认识”，载《法学研究》1984年第5期。

[24]Cassia Spohn & Julie Horney, Rape Law Reform, Plenum Press (1992), P23.

[25]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1095.

[26]Susan Estrich , Rape, 95 Yale L.J, P1123.

[27]John Kaplan, Robert Weisberg,Guyora Binder, Criminal Law: Cases and Materials(5th edition), Aspen Publishers(2004), P905.

[28]Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform , Plenum Press (1992), P23.

[29]相当于高152厘米，重59公斤。

[30]相当于高174厘米，重90.7公斤。

[31]John Kaplan, Robert Weisberg,Guyora Binder, Criminal Law: Cases and Materials(5th edition), Aspen Publishers(2004), P908-909.

[32]John Kaplan, Robert Weisberg, Guyora Binder, Criminal Law:

Cases and Materials(5th edition), Aspen Publishers(2004), P911-912.

[33]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1114.

[34]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1115。虽然上诉法院的多数最终在最狭隘的基础上认为被告有罪。但法院认为，一般说来，正确的标准是被害人的害怕必须在合理的基础上，这是为了避免需要男人实际的强制证据和女人的身体反抗。被害人的害怕合理吗？上诉法院最后回避这个问题。它认为被告人罪名成立的理由有二，其一，特别法院违背了法院的职责，合理与否应当由陪审团来决定。其二，被告人对被害人脖子使用了强制。因此被告人构成二级强奸罪。然而，轻微地掐脖子是强制吗？它也许只是一种性行为所伴随的暴力。在他们脱衣服和上床之前，是没有这些强制的。因此，这种强制与性行为并没有因果关系，它并非是导致性行为的强制。在笔者看来，被告人是应该构成强奸罪的，但是不能以行为人使用的强制来认定罪名的成立，而要从女性的立场来判断她对性行为是不同意的，而行为人对这种不同意至少是有过失的心态，但是这并不是说强奸罪就是过失犯罪，关于这个问题，笔者在下文将详细论述。

[35]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1115.

[36]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1902.

[37]但如密歇根州那样把强制手段看成强奸罪唯一构成要素的州，由于不再需要考虑不同意问题，则明确的规定，被害人无须反抗，对此下文中会具体谈及。

[38]David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape, Buff.Crim.L.R.2000, P360.

[39]参见上文相关论述。

[40]Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform, Plenum Press (1992), P23.

[41]Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform, Plenum Press (1992), P36-37.

[42]Model Penal Code 213.1 commentary (1980), P291-292.

[43]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1154.

[44]该法典并未采用性别中立主义立法。

[45]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P303.

[46]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P274.

[47]1998年加拿大ALBERTA州上诉法院在R. v. Ewanchuk 案中，这种反抗观的缺陷暴露的一览无余。该案的被害人是一位17岁的单身母亲，她在找工作的时候遇见了被告人，随后进入了被告的房间，被告给了她100美金作为给她和她孩子的礼物。她承认自己是一个开放、友好和温柔的人，而且喜欢抚摸别人。他们于是互相抚摸并拥抱。男方说要按摩，于是她给被告作了按摩，而且也允许被告给她按摩。他们在房中待了2个半小时，被告人做了三件事。首先，他要摸被害人的乳房，被明确拒绝；后来被告摩擦被害人的骨盆地带，也被明确拒绝。最后他脱下短裤，把阴茎放在她骨盆处，这时她也明确拒绝。最后她要求离开，于是他们一起离开了。在法庭调查中，被害人承认，当被告躺在她身上时，她只是躺着，没说什么，也没有移动。当被告问她是否害怕时，她告诉对方，她感到非常恐惧，而且哭了。在整个过程，她一直对被告说：不，请停下。被告人后来以非法性接触为由被起诉。初审法院认为被告人无罪。虽然有法官认为被害人的有合理的基础，而由于害怕使她不能起来并走出房间。被害人后来提起上诉。在上诉时，马克兰法官（MACCLUNG）在其多数意见的裁决书中，认为没有证据表明，被告意图实施强迫行为。他们在一起单独呆了两个半小时。而且没有足够的证据表明是否是被告人的行为导致了被害人的顾虑以及被害人是否因为受到过电视上的影响（被害人声称，电视上曾说反抗会遭受更严重伤害），而没有合理的反抗。而且马克兰法官指出，被害人在被告人面前穿着性感，而且还告诉被告她是一个单身母亲。因此，被告人没有犯罪意图，而且被害人也没有合理的反抗，所以被告人无罪。在这个案件

中，受到裁判的显然是被害人而非被告人，因为她没有合理的反抗，她只是哭泣和说不要，因为她穿着不得体，因为她是单身母亲，所以她没有被侵害。这个案件受到了女权主义者的广泛批评，认为它体现了法律一直是一种男性在性上控制女性，体现男性霸权的工具。它没有把性犯罪作为一种妇女所遭受的犯罪来对待。Gavin Last, Trend and Develpment: Advances Less Criminal than Hormonal: Rape and Consent in R. v. Ewanchuk, Appeal Publishing Society, University of Victoria, Faculty of Law, Canada Appeal: Review of Current Law and Law Reform, P18（1999）并可参见 R. v. Ewanchuk, (1998), 212 Alberta Reports 81 (Court of Appeal)。

[48]当然，虽然把不同意理解为事实问题，但是它仍然要受到英国制定法对于强奸罪主观心态的规定。对此问题，我们在下文还将进一步论述。

[49]Jonathan·Herring，Criminal Law（3rd ed），法律出版社2003年版，第167页，其原文如下： applying their combined good sense, experience and knowledge of human nature and modern behavior to all the relevant facts of that case。

[50]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press 2002, P97.

[51]Consent: For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

[52]张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第521页。

[53]但是在1999年，却将“不可抗拒”修正为“违背其意志”。但这种修改遭到了很多学者的批评。参见薛智仁：“强制性交罪修正之研究”，载《刑事法杂志》44卷第1期。我国台湾地区著名刑法学家林山田指出：旧法将行为人之强制行为界定为与强盗罪同级强制程度之行为，即要求被害人为保护自己之法益，必须严肃地抗拒；否则在刑事司法上就难以区分到底系“强奸”，抑为“和奸”，故明定为“致使不能抗拒”。修正草案认为如此之要件太过严苛，使被害人必须冒着生命之危险去强力反抗，否则不构成本罪，“违反性自主之精神”，故修正为“致使难以抗

拒”，而一读通过。惟至朝野协商时，竟遭删掉，故使本罪章各罪之强制行为，毫无强制程度之限制规定，只要足以迫使被害人违反其意志，即为已足，几至丧失强制行为之本质。林山田指出，草案认为强奸罪之“致使不能抗拒”之规定，违反性自主之精神，诚属思考上之谬误。事实上，为了体现性自主之精神，刑法才须要求被害人对于行为人之强制行为严肃而努力地加以反抗。林山田：《刑法各论》（上）（修订第三版），台湾大学法学院图书部2002年版，第193页。

[54]张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第522页。

[55]大陆法系许多国家和地区在性侵犯罪。

[56]《德国刑法典》（1998），徐久生、庄敬华译，中国法制出版社2000年版，第142—145页。

[57]该行为之基本刑与强奸罪的基本刑一样，都为一年以上自由刑。

[58]《奥地利联邦共和国刑法典》（2002），徐久生译，中国方正出版社2004年版，第81—84页。

[59]第187规定与未满16岁的未成年人发生性行为的，基本刑为5年以下重惩役，根据瑞士刑法第35条的规定，重惩役是最重之自由刑，其刑期最低为1年，最高为20年。法律对之有特别规定的，其刑期为终身。《瑞士联邦刑法典》（2003年），徐久生、庄敬华译，中国方正出版社2004版，第64页。

[60]《瑞士联邦刑法典》（2003年），徐久生、庄敬华译，中国方正出版社2004版，第64—65页。

[61]瑞士刑法第36条的规定，最低之监禁刑为3天。法律未作其他特别规定的，最高之监禁刑为3年。《瑞士联邦刑法典》（2003年），徐久生、庄敬华译，中国方正出版社2004版，第11—12页。

[62]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1105.

[63]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1094.

[64]Tyson v. State, 619 N.E.2d 276, 292, 300 (Ind. Ct. App. 1993).

[65]Cal. Penal Code 261.2 (West Supp. 1990).

[66]Wis. Stat. Ann. 940.225(4) (West 1998).

[67]John Kaplan, Robert Weisberg,Guyora Binder, Criminal Law: Cases and Materials(5th edition), Aspen Publishers(2004), P930—934.

[68]这个问题我们在“同意与犯罪论体系”一章，会重点讨论。

[69]Susan Estrich, Real Rape, Harvard University Press (1987), P 29.

[70]David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape, Buff.Crim.L.R.2000, P363.

[71]Susan Estrich, Real Rape, Harvard University Press (1987), P49.

[72]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1101.

[73]Cf. Stephen J. Schulhofer, Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and The Failure of Law ix, Harvard University Press (1998), P19.

[74]Anne M. Coughlin, Sex and Guilt, 84 Va. L. Rev. P1 (1998).

[75]美国学者Bart 和O'Brien认为，即使在陌生人实施的强奸中，严重的伤害结果也并非是反抗所造成的。他们甚至建议，面对潜在的强奸犯，反抗是一种最佳策略，它会有效地遏止行为人的进一步侵犯之举，用很小的伤害代价来捍卫自己的性自治权是值得的。Pauline Bart & Patricia O'Brien, Stopping Rape: Successful Survival Strategies, P442 (1985). 在1976年，英国高等法院基金会（ the Queen's Bench Foundation）对强奸的被害人以及被监禁的强奸犯作了调查，结果表明：反抗，尤其是尖叫可能导致暴力攻击的增加。Queen's Bench Foundation, Rape Prevention And Resistance, P85—86 (1976). 但是，调查发现，许多其他的变量与暴力的增加有关：比如攻击者的恐惧、害怕被抓、无法勃起、被害人的愤

怒、甚至被害人的冷静、被动等。Queen's Bench Foundation, Rape Prevention And Resistance, P5 (1976)。

[76]见上文道舍案。

[77]全美被害人调查和治疗中心对此问题作过两个全国范围内的调查，调查指出，超过75%的被害人是被熟人强奸的，其中只有4%的被害人受过严重的身体伤害，24%的只由轻微的伤害，而70%的没有伤害。这个结论也为司法部门的人员所认可。National Victim Center and Crime Victims Research and Treatment Center, Rape in America: A Report to the Nation P4 (1992)。

[78]但是，有学者反对这种说法，如苏珊认为，不反抗或消极反抗是女性面对强奸的最通常之举动。（Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J ，P1111）有调查支持这种结论，认为消极反抗是最通常的一种反抗方式。Battelle Memorial Institute Law And Justice Study Center, Forcible Rape: A Manual For Filing And Trial Prosecutors, P4 (1978）但还有人指出，70%的被熟人强奸的被害人会在身体上反抗犯罪者。Robin Warshaw, I Never Called it Rape (1988). 上述论述参见David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape, Buff.Crim.L.R.2000, n189。

[79]但有学者认为，熟人强奸的暴力性反而要强于陌生人实施的强奸。Menachim Amir, Patterns in Forcible Rape, P245 (1971). 还有学者认为，两种强奸在暴力方面没有区别 Barry Ruback & Deborah Ivie, Prior Relationship and Injury in Rapes: An Analysis of Crisis Center Records, 3 Violence & Victims, P 99, 100 (1988). 还有人指出，陌生人所实施的强奸比一般的约会强奸的暴力性要强，但是一般所来，其暴力性和婚内强奸和男朋友所实施的强奸行为相当。上述论述参见David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000, n192. 需要注意的是，认为熟人强奸暴力性很大的人，依据的都是已报案的强奸案件，而大量的低暴力的熟人强奸被害人很少选择报案。参见Susan Estrich, Real Rape, Harvard University Press (1987), P60。

[80]在最近10多年，大量的证据表明，是严重的暴力导致了大多数女性的反抗。美国学者Sarah Ullman借助先进的统计方法对反抗和伤害的因果关系进行跟踪调查和分析。她指出，如果没有额外的身体伤害，

那么被害人反抗可以极大地避免强奸行为的发生。而且有85%的女性会对攻击者进行身体上的反抗。另外，通常人们所认为的女性反抗与伤害的正相关性结论也并不正确，并非是因为女性的身体反抗导致了进一步的伤害，而是伤害导致了女性进一步的反抗。参见David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape, Buff.Crim.L.R.2000, n199。

[81]刑法第270条规定，将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金。

[82]《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定〉的若干问题的解答的通知》（法发［1992］42号高检会［1992］36号）

[83]David P. Bryden, Forum on the Law of Rape: Redefining Rape, Buff.Crim.L.R.2000, P383.

[84]David P. Bryden, Forum on the Law of Rape: Redefining Rape, Buff.Crim.L.R.2000, P374.

[85]David P. Bryden, Forum on the Law of Rape: Redefining Rape , Buff.Crim.L.R.2000, P384.

[86]这种意思表示的真实性也值得怀疑，因而并非法律上的同意。

[87]来看下面这个案件。被告人王某是煤矿工人，被害人李某是煤矿附近的农村女青年。一日，二人在县城偶然相遇，王某听李某说家里缺钱，便说，我帮你借，今天我们一道去玩。李某见王某并非陌生人，有这样热心帮助，便答应了。王有意将李带到山坡的无人处，给李某讲些淫秽的事，李虽反感，但未作声。王说，我帮你借钱，你给我点报酬（指发生关系），李说，不能这样，我来了月经（实际上并未来月经），王说了声不要紧，便扑到李的身上，解其衣服，李推了推王某，推不动，于是躺着不动。发生关系完后，李某爬起来一声不吭地独自走了。案发后，李某一直指控王某强奸她，而对方则辩解说，我没有使用暴力，李某也没有叫喊，反抗，不是强奸，而是通奸。参见雷雨霆：“如何认定这类强奸案”，载《法学评论》1985年第1期，这个案件处理关键就在于如果理解女性语言上的拒绝，虽然行为人王某认为语言上的拒绝并非是不同意，但根据“不等于不”标准，王某则可能要承担刑

事责任。

[88]Susan Estrich. Rape. 95 Yale L.J, P1105—1106.

[89]Susan Estrich. Rape. 95 Yale L.J, P1129.

[90]Susan Estrich. Rape. 95 Yale L.J, P1130.

[91]Cf.Stephen J. Schulhofer, Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and The Failure of Law ix, Harvard University Press (1998), P59.

[92]Charlene L. Muehlenhard & Lisa C. Hollabaugh, Do Women Sometimes Say No When They Mean Yes? The Prevalence and Correlates of Women's Token Resistance to Sex, 54 J. Personality & Soc. Psychol. P.874 (1988).

[93]Schulhofer, Cf.Stephen,Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and The Failure of Law ix, Harvard University Press (1998), P 59—68.

[94]Charlene L. Muehlenhard & Lisa C. Hollabaugh, Do Women Sometimes Say No When They Mean Yes? The Prevalence and Correlates of Women's Token Resistance to Sex, 54 J. Personality & Soc. Psychol. P874-878 (1988).

[95]美国学者Robin West指出的，对于已经表示拒绝的女性，当男性无视这种拒绝，那这种插入行为就是暴力行为。它是一种物理性的闯入另一人的身体，并导致了痛苦。这为什么就不是强制呢？转引自：David P. Bryden: Forum on the Law of Rape : Redefining Rape, Buff.Crim.L.R.2000, P373。

[96]如果把这种认识错误看成一种归类性错误，那么当行为人由于过失而出现了这种认识错误，那么也应当追究行为人的故意犯罪责任。下文将仔细讨论此问题。

[97]Morrison Torrey, When Will We Be Believed? Rape Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions, 24 U.C. Davis L. Rev. P1013, 1018

(1991).

[98]Julie A. Allison & Lawrence S. Wrightsman, Rape: The Misunderstood Crime, Sage Publications(1993), P11.

[99]Julie A. Allison & Lawrence S. Wrightsman, Rape: The Misunderstood Crime, Sage Publications(1993), P11.

[100]Susan Estrich, Real Rape, Harvard University Press (1987), P41.

[101]潘绥铭等：《当代中国人的性行为与性关系》，社会科学文献出版社2003年版，第10—12页。

[102]David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape, Buff.Crim.L.R.2000, P408.

[103]根据这种标准，显然上面所提的郝某强奸案，被告人的强奸罪并不能成立。因为郝某没有使用严重的强制手段，抚摩、索吻本身和正常的性行为很难区别，虽然黄某有过语言上的拒绝，但对于郝某的进一步行为，黄某在有离开可能性的情况下，选择了留下来，并认为自己反正是快要死的人了，也就无所谓了。事后其日记的记载作为证据更能表明她对性行为持同意态度，否则她是不会寄送照片让对方记住自己的。另外，我们再分析一下如下疑案：（1）被告人金某，24岁，于1982年3月，经人介绍，认识了某公司女职员金某（21岁）和杜某（16岁），被告常到金、杜处玩，一起看电影。5月30日晚，被告与杜某一起看完电影，同到山上游玩，两人一起坐在江边的石坡上，被告叫杜躺下，杜不愿意。被告就将杜按倒在石坡上，欲解下杜的裤带及纽扣，杜即拉住皮带和裤子。被告用左手将杜的手抓住，用右手解开杜的皮带和裤子纽扣，将杜的两条裤子脱到膝盖处，在石坡上与杜发生了性行为（距他们五米处另有两人乘凉）。尔后，两人一起回到女方公司。6月初，被告又到杜某处玩，晚间，金某与周某同睡一床，被告与杜某同睡一床（在同一房间内）时，两人又一次发生关系。7月4日晚，这四人一起看完戏，回金、杜处同睡一床时，被某镇纠察队查获。（2）被告人陈某，25岁，印刷厂业务员，于1982年4月24日，从哈尔滨火车站候车室见女青年吴某（17岁）在向别人打听去福州的车次时，于是主动搭讪。从女方口中获悉其系单身去福州探亲，初出远门，随将她带上开往南方的列车。上车后，吴想去补票时，发现钱被窃，被告便以关心为名，主动接

近吴。列车晚上运行期间，被告曾抚弄过吴胸部。列车将到上海时，吴提出到上海拍电报叫福州大爷来接。被告借口吴无车票出不了站，带吴改乘慢车，于4月26日深夜11点左右到达杭州。下车后，被告将吴带到湖滨公园对其进行侮辱，后将吴带到西湖旁的偏僻树丛草地上，要求同吴发生两性关系。吴推说："来月经了，不行"（实际未来月经）。这时被告用力将吴裤子扒下，对其进行了奸淫，后被工人纠察队抓获。（陈兴良主编：《刑事疑案研究》，中国检察出版社1992年版，第324—327页）对于第一个案件，如果撇开证据，单纯从实体上看，杜某虽然在起初有过语言上的拒绝，但在男方执意为之时，却未继续拒绝，并在5米处有他人在场，仍未呼喊，这当然不符合合理反抗规则，因而并非是不同意发生性行为。而在第二个案件中，由于事发地点在偏僻之处，且已值深夜，对于年幼且人生地不熟的吴某来说，她很难有离开的可能，吴某语言上拒绝符合合理的反抗规则，因此在客观上是一种不同意。而被告人显然也能认识到对方的不同意，因此，应该以强奸罪论处。

[104]这一般是出现在利用封建迷信进行欺骗的案件，在下文我们会重点探讨。

[105]比如男女双方约会，随后去男方房间小坐，当男方提出非分之想，女方因为男方身材强壮，害怕语言上的拒绝也会遭来杀身之祸，如果没有证据证明男方有可能知道对方这种担心，那么显然不能对其进行处罚。

第三章

[1]郑大群：“强奸罪的基本特征和适用范围”，载《政治与法律》1985年第1期。

[2]欧阳涛：《性犯罪》，河南人民出版社1989年版，第167—178页以及第182—183页，持相同的观点的还可参见蒋兰香：“关于强奸罪对象的思考”，载《湖南省政法管理干部学院学报》2001年第4期，论者指出：对原按强奸罪定罪的诸如利用封建迷信、邪教、利用给妇女看病之机、冒充国家工作人员、假借体检、科学实验、以被害人或其家属的某些缺点、错误相要挟、欺骗妇女并与之发生关系的，均可按奸淫罪处理。原按强奸罪处理的上述奸淫行为，由于妇女有完全的意志自由，行为人也没有采取强制手段，按强奸罪处理太严厉，故应该将之从强奸罪中剥离出来重新规定为奸淫罪。另外，那些出于玩弄的目的而以谈恋爱为名骗取妇女与其发生关系的，也可纳入该罪的范畴。

[3]冯凡英：“罪刑法定原则视野中的强奸罪司法解释”，载《法治论丛》2003年第5期。

[4]为了讨论的方便，如果没有特别指明，我们在同等意义上使用奸淫幼女和法定强奸这两个概念。

[5]刘光显：“试论强奸罪”，载《法学研究》1982年第5期。

[6]我国有猥亵儿童罪的规定，其年龄界限与强奸罪中的奸淫幼女一样，也是14周岁。但由于我国刑法并未完全采取性别中立主义，性侵犯罪的对象主要是女性，因此本章讨论的重点是幼女的年龄，但其结论同样也适用与男童。

[7]谢振民：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第911、915页。

[8]谢振民：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第926、941页。

[9]See. Matthew Waites.The Age of Consent: Young People, Sexuality and Citizenship, Palgrave Macmillan(2005), P2.

[10]下面关于各国同意年龄的介绍，如无特指，指的都是普通的同意年龄，不包括对具有信任关系群体的同意年龄、也不包括对特殊性行为的同意年龄。具体参见下文相关论述。

[11]彭晓辉：《性科学概论》，科学出版社2002年版，第326页。

[12]Parsons v. Parker, 160 Va. 810, 811, 170 S.E. 1, 2(1933) The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5), Philadelphia:PA, n144.

[13]Richard A.Ponsner and Katharine B. Silbaugh, A Guide To America's Sex Laws, The University of Chicago Press 1996, P44—65.

[14]即行为人所在国性同意年龄较高，前往性同意年龄较低的国家，以性交易为目的之一的旅行。

[15]获取财物对价的性交易同意年龄。

[16]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P325.

[17]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P379.

[18]Stephen Mitchell, Archbold Pleading Evidence&Practice in Criminal Cases（fortieth edition）, Sweet & Maxwell(1979) P1421.

[19]该法第9条规定：18岁以上的行为人基于性的目的触摸他人，只要对方不足16岁，这就是犯罪。这种触摸包括：（1）用其身体的任何部分或者其他器械插入对方的肛门或阴道；（2）用其阴茎插入对方的口腔；（3）让对方用其身体的任何部分或器械插入自己的肛门或阴道；（4）让对方用阴茎插入自己的口腔。Sexual Offences Act 2003.

［EB/OL］http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents, 2011/10/01.

[20]Sexual Offences Act 2003.［EB/OL］http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents, 2011/10/01.

[21]美国绝大多数州的法律对被害人年龄的规定都比《模范刑法典》所推荐的年龄要低，一般是最高不超过16岁或18岁。但怀俄明州则根本没有规定年龄界限，它规定无论被害人年龄多大，只要是监护人或家庭成员与其发生性关系，而被害人因为对方的权威地位受到了强制，那么就构成犯罪。The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P387—388。

[22]Matthew Waites. The Age of Consent: Young People, Sexuality and Citizenship, Palgrave Macmillan(2005), P48.

[23]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P413.

[24]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P416.

[25]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P329.

[26]如陈某，女，1969年4月2日出生，常和他人乱搞两性关系。1982年3月某日晚12时许，从阳台上爬入邻居退休工人林某（男，62岁）住房，主动解衣上床，与林某拥抱。林某因患有阳痿病，又考虑到和女方父母是老邻居，因而竭力拒绝。但陈某仍纠缠不休，无奈，遂与其发生“性关系”。此后，陈某又三次从阳台上，或者从窗户伸手进去打开门闩，进入林某住房，要求发生性关系，但都遭到林的拒绝。后来，林某怕陈再来纠缠，每晚睡前都要用木棍顶上门，扣紧上门。参见周振想：《当代中国的罪与罚》，中国人民公安大学出版社1999年版，第

486页。

[27]万春：“如何处理奸淫痴呆、精神病患妇女的案件”，载1986年1月27日《中国法制报》。

[28]参见中华医学会精神科学会、南京医科大学脑科医院编：《CCMD-2-R•中国精神疾病分类方案与诊断标准》，东南大学出版社1995年版。

[29]在1994年之前，也有司法解释认为精神病人应当包括痴呆者，如最高人民法院在民法通则实施意见的司法解释中，在关于民事行为能力问题上认为精神病人包括痴呆症人，并认为他们如果没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果的，可以认定为不能辨认自己行为的人。

[30]如学者症候群（Savant Syndrome），这个概念由崔佛特（Treffert, 1989）提出，它指是个人存在主要的心理疾病或严重的智能障碍，但却拥有与他的障碍全然相对的，超过一般人的心理运作能力。依照其定义，又可包括白痴学者（Idiot Savant）和自闭学者（Autistic Savant）。前者（“白痴学者”一词系一百多年前由英国医师兰登·道恩（Langdon Down）所创用）是指个人存在严重的智能障碍，但却拥有与他的障碍全然相对的，惊人的心理运作能力。而后者则是指个人存在主要的心理疾病或性格异常，或情感障碍（如自闭症），但却拥有与他的障碍全然相对的，惊人的心理运作能力。部分自闭症患者的认知能力，甚至于超出常人，具有极强数字记忆能力、美术、音乐等特殊能力，即为自闭学者。电影《雨人》（Rainman）的男主角就曾得过失语症（Aphasia），“雨人”是根据实故事改编而成的，真正的雨人名叫金·皮克（Kim Peek）。金是一个典型的白痴学者与自闭学者，他是白痴、天才与自闭症的综合体。他所拥有的特殊能力领域很广，但大多与记忆有关。所有人口数超过八百之美国城市，金都能告诉你该市有几号公路经过、那条铁路或河流穿过市区或市郊、该市的邮政编码，如果要看区域电视，应看第几频道。参见吴永怡：“从真雨人（Real Rainman）谈形形色色的白痴学者与自闭学者”，载《国教之声》第三十卷第一期。

[31]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA,

P275.

[32]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P288.

[33]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P321.

[34]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P113.

[35]如一女性精神病人因发病出走，经过某村一农户窗前，窥见一男青年身着短裤在床上午睡。该女性欲冲动，越窗而入，脱光衣服卧在男青年身旁。男青年突然惊醒，不知所措，企图避开。女患者将其阻拦，并声称：“你若不从，我就喊人。”男青年未觉察到她有精神病，无奈与之发生性交。（王辉等：“性侵犯案件司法精神医学鉴定中的几个问题”，载《临床精神病学杂志》1995年第2期）又如，某女，23岁，未婚，受多方面影响下成为性机能亢奋者。她不恋爱不结婚，总找三个以上的15、16岁童男在偏僻的场所连续与他们性交。这些童男同她进行两次性交后，都觉得支持不住，不愿意继续。这时她就以向公安局告发进行恐吓，强迫他们与之继续发生性交。当最后这些童男被她折磨得实在不行时，她就采取各种方式玩弄，直到心满意足才罢手。参见祁建华：“非经济目的卖淫问题初探”，载《青少年犯罪研究》1992年第10期。

[36]笔者在认同婚内强奸构成犯罪的前提讨论这个问题，如某女，精神发育迟滞。在工厂做简单工作。她看到其他小姐妹都前后结婚生了小孩，心里十分羡慕，曾向母亲、工会小组长提出要找朋友，要结婚生小孩。但大家因她大傻大呆而不能满足她的愿望。一位从郊区乡下来的邻居老保姆很同情她，有一次表示可以在农村给她找一个男朋友，以后又给她带来该男青年的照片。她一见十分欢喜，瞒着厂方与母亲，随老保姆到了乡下，未经登记就与该男青年同居了。其母和厂方因她失踪，十分担心，除登报寻人外，还委托公安部门查找。最后找到了她。当地公安局即按强奸罪将男青年拘留，并委托有关部门对该女进行司法精神

医学鉴定。经鉴定，该女智商只有32，属于重度精神发育迟滞。但是她能明确提出：“为什么人家都能结婚、生孩子而我不能呢？他们都不要我，我只有自己到乡下找男人了。”她还说：“他不嫌我，对我很好，我要跟他一辈子，连厂里也不愿意回去。”她苦苦要求释放她的男人。鉴定者鉴于上述情况，在鉴定书中强调她对性行为有一定程度的认识，是她主动到农村追求该男青年，并与之同居的。当地公安局研究后，释放了男青年，并责令他们进行结婚登记。后来，他们一直生活得较好，生有一子，智能发育正常。参见贾谊诚主编：《实用司法精神病学》，安徽人民出版社1988年版，第86—87页。

[37]被告人周某，年逾40岁，仍未结婚，他人给其介绍了一个流落在外、无家可归的精神病妇女。周某知道女方患有疾患，但仍然把其接回家“成婚”。女方到家后，周母给她洗澡换衣，让她与周某非法同居并发生了性关系。同居期间，周某经常请医生为精神病妇治病，生活上给予照顾，以夫妻相待。后来精神病妇因出走被汽车撞伤，被告人闻讯过来，将她送往医院治疗10余天，并一直在医院护理。病愈后，周又接其回家共同生活达7月之久。不久，公安局知道此事，案发。周某被收审后，群众纷纷反映，对周若以犯罪论处，只好让该精神病人继续流浪社会，过着无人照顾的生活。后司法机关认定被告人周某构成强奸罪，但免予刑事处罚。参见路安仁主编：《强奸罪、奸淫幼女罪》，中国检察出版社1991年版，第113页。

[38]如为治病将生女捆在床上唆使他人强奸案：被告人彭某、王某，有一女17岁（王女），王女在工厂工作，认识了刘某，并生爱恋之意，一日，王女突发精神病，整天口中念着刘某的名字，其父非常着急，听人议论说王女所患是“风流病”，只要请一个男人与她睡觉，病就会好，于是与妻子彭某商量，彭某信以为真，于是请刘某帮忙，但遭拒绝。后来找到禹某，并答应在禹某“性交治好”王女的精神病后，便将王许配给禹为妻。某日晚，彭某将女儿带到亲戚家，让禹某与之性交，但王女不从。于是彭某便用绳子将其女四肢捆在床上，让禹连续三晚与王女性交。后来又转移到其他人家中，让禹连续奸淫王女十余晚，直到王女清醒后，认出禹不是刘某，拒绝与其性交为止。参见路安仁主编：《强奸罪、奸淫幼女罪》，中国检察出版社1991年版，第113—114页。

[39]A、B、C、D、E五个人开五十铃大货车至一理发店，A、C下车到理发店要了甲、乙、丙共3名小姐，并且付给理发店老板450元嫖费

（150元每人），老板给了甲乙丙三人各100元卖淫费（其余150元老板作为台费自己所得）后让这三位小姐出台，这三位小姐收了钱后跟这两名男子出门，并上了他们开来的货车，此时，三位小姐发现对方共有五名男子。后来，D提出吃夜宵，后来一行八人开车至一饭店，进一个包间吃夜宵，不知为何，此时提出吃夜宵的D却先走了，只有七个人吃夜宵。在席间，四名男子在喝啤酒，三位女子没有喝酒，要了椰子汁，可是迟迟未能上来。直到快吃完时，才有服务员将三瓶椰子汁送过来（已经全部打开，并有吸管），A从服务员手中接过来后，递给了三位小姐。然后，这四名男子和这三位女子干杯，当三位女子喝下后，就什么也不知道了。然后，这些男子开车将三位女子带到一货运市场，当车开到此处的门卫时，车上下来两名男子，让值班门卫开门并且不许出来，他们强行开车进了货运市场。值班门卫以为进来的车是盗窃的，于是报了案。后来警察赶到现场，在货运市场的门口抓到了B，在货运市场的二楼办公室，抓到了还未来得及穿衣服的A，其余的人逃跑，并且当时三位女子都光着身体，躺在办公桌上，没有知觉。现场发现有避孕套和卫生纸，未能缴获其他物品。后来警察把人员全部带到派出所。这三名女子到派出所后直到第二天才醒过来，醒来后，三位女子称放在口袋里面的钱、手机都没有了。可警察未能在现场和抓获的A、B身上发现这些物品。法医鉴定三名女子的阴道内有精液。［EB/OL］http://law.anhuinews.com/system/2003/01/20/000224904.shtml，2011/12/30.

[40]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P314.

[41]路安仁主编：《强奸罪、奸淫幼女罪》，中国检察出版社1991年版，第181—182页。相似的案件还有：被告人王某，男，45岁，系劳改犯。王犯在劳改煤矿服刑期间，多次奸污妇女。某日，王犯在劳改煤矿的山路上碰见管教大队长的女儿徐某，王即纠缠不放，表示疯狂地爱她，并要求发生两性关系。徐某不同意，大骂王是臭流氓。王某当即从身上抽出匕首一把，对准自己胸膛扎了一下，流了少许的血。然后威胁徐某说“你不同意，我就在你面前自杀。”徐某只有17岁，年幼，怕事情闹大，遂被迫和王发生两性关系。后王某用同样手段，两次奸污徐某。参见韩轶：“关于强奸罪中‘胁迫手段’的理论思辨——兼评‘隐性胁迫’提法之缺陷”，载《湖南省政法管理干部学院学报》2000年第5期。

[42]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P314.

[43]路安仁主编：《强奸罪、奸淫幼女罪》，中国检察出版社1991年版，第165页。

[44]路安仁主编：《强奸罪、奸淫幼女罪》，中国检察出版社1991年版，第71页。

[45]Dennis Patterson(ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Blackwell Publishers(1996), P92.

[46]路安仁主编：《强奸罪、奸淫幼女罪》，中国检察出版社1991年版，第78页，对该案件略有改动。

[47]Cf. Stephen J. Schulhofer, Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and The Failure of Law ix, Harvard University Press (1998), P119.

[48]Dennis Patterson(ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Blackwell Publishers(1996), P91—92.

[49]Dennis Patterson(ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Blackwell Publishers(1996), P91.

[50][英]乔纳森·赫林：《刑法》（第三版），法律出版社2003年版，第168页。另参见：（1）少女忍辱求路费案：青年妇女赵某，一向品行良好，作风正派，因夫妻关系不合，于1981年冬天只身往新疆投亲，途中倒车时，被人偷去全部衣物、旅费和车票，以至进退两难，陷于困境。车站附近一个卖小食的老太婆郑某，对赵颇多同情，允许暂供食宿，当晚却为她出歪主意，劝她以取得回家旅费30元为条件，与邻居邹某同宿一晚。赵为了免于流落异乡，出于无奈，痛哭了一场，终于抱憾与邹发生了性关系。次日，被邹的同事张某得知，向所在单位做了揭发。（2）报恩案：某山区妇女廖某的丈夫患有痼疾，多年不愈，家境十分贫寒。公社医生施某，不辞辛劳，经常翻山越岭，为她送医送药，终于把病给治好了。从此，廖对施感激不尽，常以家贫，无物可谢，而

心怀不安。一日，施对廖提出发生性关系的要求，廖本想拒绝，但又觉得对他有恩未报，情面难却，于是垂泪相告：“我不是扯烂污的女人，怎能做这种见不得人的事呢？可是你对我家有恩，我也难以扫你的脸皮，只好任你糟蹋一次。以后一了百了，你再也不要到我来”，结果两人发生了性关系。后因施又来纠缠，廖才把此事告诉丈夫，并告之有关机关。参见江任天：“对强奸罪中‘违背妇女意志’问题的再认识”，载《法学研究》1984年第5期。

[51]如冒充公安机关“扫黄组”民警、以将人抓到公安局处理等威胁手段强奸女青年。北京市无业人员段怀斌于2001年12月27日通过一家政服务公司以要求提供性服务为由，找到一姓郭的女青年，在谈好服务价钱后，将事主郭某某、魏某某骗至事先以“刘小刚”假名登记的本市丰台区某宾馆302号房间内。为达到嫖娼不付钱的目的，段怀斌用事先准备的其原工作的城管大队内部机动车辆准驾证及手铐等作案工具，冒充公安局“扫黄组”公安民警，以要带二人到公安局接受处理等语言相威胁先后将郭某某、魏某某强奸。2002年1月至2月间，段怀斌又利用郭某某认为自己是公安民警，不敢反抗的恐惧心理，将郭某某带至本市丰台暂住地室内，先后两次将郭某某强奸。后被北京市第二中级人民法院以强奸罪一审判处有期徒刑十三年，剥夺政治权利三年。[EB/OL]http://law.anhuinews.com/system/2002/07/29/000075130.shtml, 2007/5/6.

[52]如被告人李远根，男，26岁，工人。1982年4、5月间，被告先后在许多地方冒充公检法工作人员，以调查案件、抓赌、追捕罪犯为名，骗奸妇女3名，骗奸未遂3人，其中两人到公安机关告发。如1982年4月，被告在新农公社采石场，对女青年余某谎称自己是法院干部，以帮余某把户口转往城镇等欺骗手段，对余进行了奸淫，并骗取现金170元。同月，被告在新农公社，冒充公安人员，以抓赌为名与妇女王某攀谈，对王进行了奸淫。同年5月，被告身着警服窜至某公社女社员余某家，当得知女方丈夫因犯盗窃罪被公安机关关押后，便谎称自己是办理该案的公安人员，以帮助余的丈夫减刑，对余进行了奸淫。参见陈兴良主编：《刑事疑案研究》，中国检察出版社1992年版，第328页。

[53]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P321—322.

[54]三级重罪，为了讨论的方便，我们把《模范刑法典》的明显性强制罪看成是较轻的强奸罪。

[55]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P333.

[56]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P391.

[57]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P392—393.

[58]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P394.

[59]参见薛波主编，潘汉典总审定：《元照英美法辞典》，法律出版社2003年版，第1238页。

[60]《意大利刑法典》（1996），黄风译，中国政法大学出版社1998年版，第171—172页。

[61]《澳门刑法典》（1996），澳门政府法律翻印办公室译，法律出版社1997年版，第62—63页，而该地区一般的强奸行为，刑罚是3到12年。

[62]Susan Estrich, Real Rape, Harvard University Press (1987), P96.

[63]David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000, P462.

[64]David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000, P466.

[65]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P331.美国另外一个非常著名的案件是Boro v.People案，行为人谎称医生，给被害人打电话，称被害人罹患致命怪病。其治疗方式有两种，一种是手术，费用颇高（9000美元），且不含在医疗保险之中；另一种是和匿名捐赠者发生性关系，因为捐献者曾注射免疫血清，此费用较低（4500美元）。被害人称，即便是第二种治疗方式，自己也无力支付，后行为人说可以低至1000美元，被害人遂同意按此种方式治疗。后行为人与被害人发生了性行为。我国的一个类似案件是“以生殖器带药治病案”：孙某无证行医，在为女青年马某治病（化脓性膝关节炎）之机，产生奸淫之念。一日早饭后，孙借给马上药之机，以上药忌风为由将其他人骗出门外，关上屋门用木棍顶住。然后将马某裤头脱下将青霉素药水抹在马的疮口上，接着又把药倒在马的阴部。马问：“药上到这里干什么？”孙某欺骗说：“消炎，这地方离刀口近，消炎快。”又说，“用镊子往里上药疼，我用这个给你上。”说完，脱下裤子上床。马问：“你要干什么？”孙说：“用我的生殖器给你上药。”于是往自己生殖器上抹上药水，说：“你别害怕，瞒得了爹娘，瞒不住丈夫，保证给你治好。”随后对马进行了奸淫。后来又连续五次以类似方法和马某发生了性关系。参见路安仁主编：《强奸罪、奸淫幼女罪》，中国检察出版社1991年版，第95页。

[66]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P332.

[67]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P60.

[68]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P105.

[69]Model Penal Code 213.1 commentary (1980)，P322. 根据密歇根州刑法构成强奸的许多情况有时往往只是一些违反医疗职业道德的行为，根本没有必要进入刑法的视野。比如，精神病医师可能利用患者对他的依赖性让患者倾心于他，随后发生性行为。毋庸置疑，这种行为是要受到谴责，但是必要动用如此严重的刑罚手段吗。

[70]林山田：《刑法各论（上）》（修订第三版），台湾大学法学院图书部2002年版，第227页。

[71]如下面的案件：“谭某结婚半年后，丈夫便去南方打工了，因耐不住寂寞，她和本村的一男子多次通奸。2002年8月份的一天夜里，邻村的男青年张某冒充谭某的情人，趁谭某半睡之机和她发生了性关系。待谭某发觉不对拉亮灯时已经晚了，情急之下，谭某扯下了张某带有精液的裤头。事后，谭某想告发他，但又害怕因自己的生活作风问题而告不赢。”（《农村百事通》2004年2月）

[72]John Kaplan, Robert Weisberg, Guyora Binder, Criminal Law: Cases and Materials(5th ed), Aspen Publishers(2004), P950.

[73]David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000, P344—345.

[74]德国刑法2019年有所修订，但该条款没有修改。

[75]该法规定的一般性同意年龄为16岁，即明知对方不满16周岁，而与之发生性行为，一律以犯罪论处。

[76]现行法关于强奸罪的规定比较大条，这也就给了司法机关解释的空间，强奸罪的手段是暴力、胁迫或其他手段。至于何谓其他手段，司法人员自然有解释空间。2013年两高两部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》所说的特殊职责可以按照缓和的家长主义进行实质解释，也即只要存在事实上的监护、教养关系就可以认为具备优势地位，未成年人的同意就可以推定为无效，从而解释为强奸罪的“其他手段”。比如，行为人以收养之名实童养媳之实，与14周岁的女孩发生关系，也会形成事实上的教养、监护关系，那么事实上的同意就可以视为法律上的不同意，属于强奸罪的“其他手段”。

[77]如许剑清强奸案：被告人许剑清于1998年9月至1999年8月被建瓯市迪口老区中学聘任为学校寄宿生管理员。1998年10月间的一天，迪口老区中学根据生管人员提出野炊，学生拨款100元作为经费。当晚，被告人许剑清就请叶某某（女生，16岁），练兴旺等校卫队成员及老师八九人在宿舍吃晚饭。饭后，其他人员先走，由叶某某一人留下收拾碗筷，被告人许剑清出去交待完工作后返回宿舍将房门关住，把叶某某按

倒在床上实施奸淫。事后，被告人许剑清还对叶某某讲：“不能将此事说出去。”1999年5月份的一天晚上，被告人许剑清告诉叶显辉通知叶某某一起到其宿舍做寄宿卡至11时许结束，许剑清就煮快食面一道吃完后，许剑清让叶显辉先走，留下叶某某，并拴住房门，将叶某某按倒床上实施奸淫。1999年5月份左右的一天，被告人许剑清多次交待男生练奎华要叫女生陈某某（15岁）到其宿舍。当晚约12时许，练奎华到女生宿舍把陈某某叫到许剑清宿舍后，许剑清请练奎华、陈某某吃点心、喝啤酒。吃完后，练奎华先回宿舍，陈某某坐在许剑清宿舍床上看电视，后醉睡在许剑清的床上，被告人许剑清趁陈某某酒醉实施奸淫。1999年5月份的一天晚上10时许，因女生郑某某（17岁）要毕业送毕业通讯录给被告人许剑清签，被告人许剑清将郑某某留在宿舍，拴住房门，把郑某某抱到床上实施奸淫。事后，被告人许剑清对郑某某讲：“这事不能讲出去，否则对你不好。”1999年6月份的一天晚上9时许，被告人许剑清派女生叶大燕（已亡）去叫郑某某到其宿舍吃夜点。吃完夜点后，被告人许剑清以收拾碗筷为由，将郑某某留下，拴住房门，把郑某某抱到床上实施奸淫。建瓯市人民法院刑事判决书（2000瓯刑初字第70号）。该案被告人与被害人之间存在管理与被管理的特殊关系，因此与未成年人发生性关系即构成强奸。但是，在现有的法律下，由于并没有专门规定滥用信任关系类强奸，因此此类案件，就必须证明被告人采用了强制手段，使得被害人不敢反抗，而这显然增加了司法机关的证明压力，也不利于对未成年人的特殊保护。

[78]另一种归纳可参见梁根林：“刑事政策视野中的婚内强奸犯罪化”，载《法制与社会发展》2003年第4期。

[79]最高人民法院刑事审判庭：《刑事审判参考》2000年第2辑，法律出版社2000版，第28页。

[80]张贤钰：“评‘婚内无奸’”，载《法学》2000年第3期，还可参见石梅堂：“丈夫强奸妻子不能构成强奸罪”，载《法学》2000年第3期。

[81]唐若愚等：“‘婚内强奸’区别定性论”，载《法学评论》1994年第3期。

[82]黎洪等：“论强奸罪的外延”，载《法学杂志》1987年第2期。

[83]刘宪权：“婚内定强奸不妥”，载《法学》2000年第3期。

[84]周永坤：“婚内强奸罪的法理学分析”，载《法学》2000年第10期。

[85]王晨曦：“略谈‘婚内强奸’的不科学性及相关解决途径”，载《广西政法管理干部学院学报》2003年第4期。

[86]李凯：“也谈‘婚内强奸问题’”，载《人民司法》2000年第12期。

[87]刘家琛：《新刑法案例解释》，人民法院出版社1997年版，第755页。

[88]最高人民法院刑事审判庭：《刑事审判参考》2000年第2辑，法律出版社2000年版，第28页。

[89]高铭暄、王作富：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社1988年版，第535页。

[90]秦泽：“强奸罪还是暴力干涉他人婚姻自由罪？”，载《民主与法制》1983年第4期，第20页。

[91]最高人民法院刑事审判庭：《刑事审判参考》2000年第2辑，法律出版社2000年版，第28页。还有人对构成婚内强奸的情况进行了总结，指出在下列情况下妻子拒绝发生性行为，可以看成是有正当理由的，丈夫强迫则可构成强奸罪：女方被强迫成婚的；妻子正处于经期、孕产期、性器官患病期，或患有其他疾病，医学上认为不宜性交的；丈夫患有梅毒、淋病、艾滋病等性传播疾病的；丈夫有严重的性变态行为倾向的；丈夫违反计划生育政策不采取避孕措施的；夫妻因感情问题长期分居，婚姻关系已名存实亡的；正处于离婚诉讼期间或离婚诉讼准备期间的。这其实是一种肯定婚内强奸的观点，论者并不认为婚内强奸仅限于在婚姻关系的非正常存续期间才成立。（杨永华：“论婚内强奸行为”，载《河南公安高等专科学校学报》2003年第5期）还有学者认为在发生认识错误的情况下，丈夫误把妻子当作其他妇女而强行奸淫的，可以构成强奸罪的未遂。另外，丈夫还可以构成强奸罪的教唆或帮助犯（张明楷：“浅论强奸罪的主体”，载《法学评论》1988年第5期）有人对这种情况做了展开，指出丈夫帮助他人强奸自己妻子的，可以强奸罪

共犯论处。其理由是夫妻的合法性关系是不可以转让的。如男性为达营利目的，强迫妻子与他人性交，则可能构成强迫妇女卖淫罪，或引诱妇女卖淫罪。参见曾有生："关于认定强奸罪的几个问题"，载《法学与实践》1986年第1期。

[92]中国第一个肯定婚内强奸的案件是1989年河南省信阳县法院判处的靖志平案，该案被告结婚之后，夫妻不和，妻子刘某离家，并提出离婚诉讼，但因为财产分割问题未达成一致，于是刘某撤回诉讼，但仍未回夫家，并再次提出离婚。在法院开庭审理休庭期间，被告人纠集7、8人将刘某强行带回家中，在别人的帮助下，丈夫公然暴力实施了性行为。并在以后进行了三次类似行为，后法院以强奸罪判处6年有期徒刑，并经二审法院维持原判。（参见唐若愚等："'婚内强奸'区别定性论"，载《法学评论》1994年第3期）最高人民法院刑一庭主办的具有指导性意义的权威刊物《刑事审判参考》在1999年第3辑发表了两个关于婚内强奸的案件，就是采取这种折中的立场。其中在第20号案例中的"裁判理由"中指出：如果是非法婚姻关系或者已经进入离婚诉讼程序，婚姻关系实际已经处于不确定中，丈夫违背妻子的意志，采取暴力手段，强行与其发生性关系，从刑法理论上讲是可以构成强奸罪的。但是实践中认定此类强奸罪，与普通强奸案有很大不同，应当特别慎重。

[93]上述三种观点参见唐若愚等："'婚内强奸'区别定性论"，载《法学评论》1994年第3期。

[94]李立众："婚内强奸定性研究"，载《中国刑事法杂志》2001年第1期。

[95]张芳英："婚内强奸行为性质的理性思考"，载《湖北师范学院学报》（哲学社会科学版）2002年第1期。

[96]周崎等："王卫明强奸案"，载《判例与研究》2000年第2期。

[97]李立众："婚内强奸定性研究"，载《中国刑事法杂志》2001年第1期。

[98]沈亮："丈夫可以对妻子构成强奸罪"，载《法学》2000年第3期。

[99]徐大勇：“个体自由与社会秩序的理性选择——对婚内强奸罪的法哲学分析”，载《政法论从》2003年第2期。

[100]根据新婚姻法规定，夫妻一方在婚前拥有的财产并不因为结婚年限的长短而发生所有权转移问题。

[101]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P342.

[102]世界各个国家一般都规定，一方违反夫妻同居义务，他方可以提起同居之诉，要求对方实际履行。但是，由于此类判决不可强制执行，故对不履行法院判决的，各国所采取的对策一般有以下三种：一是可以免除对方对其之生活保障义务；二是认定构成对他方之遗弃，从而成为他方提起离婚之理由；三是一方违反夫妻同居义务，无论是否诉请法院解决，他方均可请求侵权精神损害赔偿。参见冀祥德：“耦合权利义务说：婚内强奸立论的理论原点”，载《妇女研究论丛》2004年第1期。

[103]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P77.

[104]有人认为，性生活是夫妻生活中的重要组成部分，过性生活不仅是双方的权利也是义务。因此夫妻间的性生活都是合法的。如果一方只行使权利而不履行义务，就不可能有真正的男女平等。如果认为只要违背女方意愿就可以构成强奸，那么也就是意味着夫妻间同居的权利和义务是以一方的意志为转移，这恰好违背了夫妻平等的原则。（杨新培：“丈夫不能成为强奸罪的主体”，载《政法论坛》1987年第4期）这种观点显然是对平等的一个误读，正如在交易过程中，交易双方具有平等地位，但是一方不愿意把东西卖于另一方，那么是否因为交易行为被一方的意志所决定，而否定交易主体的平等地位呢？

[105][日]大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第360页。

[106]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P86.

[107]张贤钰："评'婚内无奸'"，载《法学》2000年第3期。

[108]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P73.

[109]该结论被认为"结束了有关婚内强奸并不常见的争论"，Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P74。

[110]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P74—75.

[111]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press（2002）, P86.

[112]1989年到1990年有人进行的2万例性文明调查显示：在夫妻性生活中丈夫强迫妻子过性生活的占总数的28%，受害女性绝对数有几百万之多（参见周崎、胡志国：《王卫民强奸案》，载《判例与研究》2000年第2期）。据人民网2000年11月7日网载资料称，最新调查显示，七成的中国女性认为生活中的确存在着"婚内强奸"现象，并愿以法律手段解决这一问题。零点调查公司对"婚内强奸"问题进行了调查，北京、上海、广州近千名18到35岁的青年女性对此发表了自己的观点。对"婚内强奸"这一敏感的家庭暴力问题，赞同通过法律手段来解决的达到七成，其中非常赞同者比例为0.1，反对者占一成，余下的二成表示"不好说"。调查进一步发现，越年轻、学历越高、收入越高，越倾向于在指出社会中存在着"婚内强奸"现象的同时，赞同采用法律手段维护自身的权益。但婚内人士对此的态度相对未婚人士则保守一些，他们认为此种现象存在的比例低于旁观者身份的未婚人。从城市对比来看，上海的青年女性认为存在此种现象的比例最高。在是否赞成通过法律手段来解决这一现象的问题上，上海受访者赞成的比例也远远高于北京和广州。[EB/OL]http://www.people.com.cn/GB/channel1/11/20001107/303381.html,2另据潘绥铭等人在《当代中国人的性行为与性关系》调查报告中，指出，在女性不情愿的性行为中，有94.7%是发生在夫妻之间。如果按照20—64岁的女性总人口来计算，那么有多达23.6%的女性有过夫妻之间不情愿的性行为。尤其是，这种不情愿的性行为并不是临时的或者偶然的。然而这种调查并非是专门针对婚内强奸问题的，而且它所使用的概

念是“不情愿的性行为”，其外延显然要广于一般意义上的婚内强奸。

[113]比如在刑法第236、237条中都可各增加一款“对妻子实施上述行为的，可以从轻、减轻或免除处罚。实施此款之行为的，告诉才处理”。

[114]我国台湾地区1999年修订后的刑法就是采取这种做法，《台湾刑法典》第229条删除了刑法典原来对性犯罪告诉乃论的一般规定，但增加了丈夫对妻子的强制性交罪采取告诉乃论的规定。另外，《瑞士联邦刑法典》第190条第2款也规定：“行为人是被害人的丈夫，且二人共同生活的，告诉乃论。告诉权的有效期限为6个月。”

第四章

[1]Geerds, Einwillgung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1954,S.262 ff.（转引自[日]大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第355页）

[2][日]大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第355—356页。

[3]张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第177—178页。

[4][德]汉斯·海因里希·耶赛克等：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第450页。

[5]张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第178—179页。

[6][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357页。

[7]参见储槐植：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社1996年版，第89、90、126页。

[8]事实上，越来越多的学者主张我国采纳大陆法系的三层次犯罪论体系。

[9][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358页。

[10]在这一章节的讨论中，我们在同等意义上使用被告人和行为人这两个概念。

[11]The All England Law Reports, P347 (1975). 根据这个规则，在随后的一个相似的案件中，也是丈夫带着他的三个朋友和他哭泣着的妻子

性交。法院认为，虽然被告人对被害人同意的认识是不合理的，然而却是真实的，被告人最后获得了无罪判决。Regina v. Cogan, 2 All E.R. P1059。

[12]转引自Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, n33。

[13]The Heilbron Report, 1976 CRIM. L. REV. 97, 98-105.

[14]David P. Bryden, Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000, P326.

[15]在弗莱彻看来，根据错误与刑事责任的关系，可以把它分为有关的错误和无关的错误，其中，在刑法中，严格责任这个术语应该被理解为不知错误或者不知意外事件的实践，按照道理错误和意外实践与被告人的刑事责任都是有关系的。换句话说，如果错误应该是对刑事责任有关的但却作为无关的来对待，那么这种责任就是严格的。参见[美]弗莱彻：《刑法的基本概念》，王世洲等译，中国政法大学出版社2004年版，第199页。

[16]Dana Berliner, Rethinking the Reasonable Belief Defense to Rape, 100 Yale Law Journal(1991), P2686. Commonwealth v. Sherry 就是一个对同意的认识错误适用严格责任的经典案例。三个被告人是波士顿医院的医生，而被害人是医院的护士。被害人由于职业关系认识了其中一个被告人Sherry。Sherry在公寓召开了一个舞会，宴请医院的同事，被害人也到场参加，在舞会中被害人第一次遇见了被告人Hussain以及Lefkowitz。她与这两人都跳了好几曲舞。被害人承认在跳舞时，被告人Hussain　就告知被害人想和其发生性关系……当舞会快结束时（已是深夜）Hussain和Sherr把她和被告人Lefkowitz一起推到浴室，并把门和灯都关上了。直到Lefkowitz让他们开门，他们才把门打开。后来，Hussain与Sherry抓住被害人的手把她带出公寓。Lefkowitz说“我们要去我在Rockport（地名）的家”。被害人坚决反对，但并没有身体上的反抗，因为她认为他们不过是为了开玩笑，最终还是会让她回家的。期间被害人有两次机会离开，但她都没有离开，一次是在离开舞会大厅，许多同事都在场，但被害人没有向任何同事求救，另一次是坐上电梯下楼，而电梯间也有人，被害人身体当时并未受制于人，但她也没有向他人求救。……被害人坐在汽车前座，他们四人一起驱车开往Rockport。

在途中，被害人曾经与三被告有过简短的交谈。她承认当时并不害怕。当他们到了Lefkowitz家，被害人说自己想回家，但Hussain把她扯进房间……在房间里，被害人和两名被告一起吸了一些大麻，他们参观了一下Lefkowitz的家，Lefkowitz还让他们到卧室欣赏一下古董。随后被告人脱掉衣服。这把被害人吓坏了，她表示抗议，但被告把被害人的衣服脱去，并想和她发生性关系。被害人让他们不要这样并且质问他们为什么要这样，其中有一个被告人回答道“你不要再演戏了”。期间一个被告离开房间，另外两位被告随后也出去了。但不久，这三人都依次在卧室与被害人发生了性关系。被害人证实自己当时感到麻木而没有反抗。在初审法院，这三名被告被判强奸罪罪名成立。上诉法院也维持了这个判决。在这个案件中，麻萨诸塞州高等法院认为……在考察被告人主观心态时，初审法官是正确的，被告人对被害人不同意的主观认识与案件没有关系。因此，对被害人同意的不合理认识错误不是强奸罪的辩护理由。在随后的裁决中，法院认为即使这种认识是合理的，也不是辩护理由。参见David P. Bryden, Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000, P328。

[17]参见上文的相关论述。

[18]David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000, P344-345.

[19][英]乔纳森·赫林：《刑法》（第三版），法律出版社2003年版，[英]乔纳森·赫林：《刑法》（第三版），法律出版社2003年版，第171—172页。

[20]普通法国家的故意（intent）概念并不完全相同。在英国，故意是和轻率、疏忽并列的犯罪心态，故意含义有很多种，在司法实践中，法官提出了许多判断标准，并没有一个定论。一般说来英国的故意基本类似于我国所说的直接故意和间接故意。英国法律委员会对故意曾有一个修改建议，认为应该把故意定义为：“在下列情况下行为人对结果存在故意：如果他的目的就是造成这种结果；或者虽然这种结果不是他的目的所在，但是他知道为了其他目的而实行的行为在通常时候会导致这种结果的发生。”关于英国刑法中故意的沿革及其各种判断标准，可以参见[英]乔纳森·赫林：《刑法》（第三版），法律出版社2003年版，第60—67页。而在美国《模范刑法典》中，故意（intent）则是和明知

（knowledge）、轻率、疏忽并列的概念，此处的故意基本上类似于我国的直接故意，因此也有人把故意表述成蓄意（参见储怀植：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社1996年版，第77—79页）。

[21]这里需要说明的是，轻率这个概念在英国并没有一个统一的定义，在司法实践中，曾经有过两种判断标准，但在摩根案判决之时以及1976年性犯罪法出台时，司法界采纳的基本上是Cunningham轻率标准；根据这种标准，轻率是指被告人预见到了行为可能造成的危险，而仍然冒险为之。这种危险没有必要是明显的，只要行为人预见到了危险的存在即可。另外，对于行为人而言，危险应当是不合理的。在判断危险是否合理时，应当考察行为的本质和损害的危险程度。因此，如果当行为人看见有人横冲马路，为了避免撞人而转向，虽然行为预见了可能会造成路边车辆损害的危险，但是应当认为这种危险是合理的，因此对财物损毁的后果行为人也就没有亲率的主观心态。另一种判断标准是1982年上议院在Regina v. Caldwell案中所提出的Caldwell标准，即轻率是指在被告人实施的行为具有造成严重损害的危险下：他认识到这种危险可能存在，但他仍然继续行为；或者他并没有注意存在这种危险的可能性，虽然这种危险在事实上非常明显。因而在1982年以后的强奸案件中，对于不同意的轻率不仅仅包括认识到女方不同意，仍然冒险为之（摩根进路或说Cunningham标准），而且还不包括漠不关心女方的不同意以及根本不考虑女方是否同意（Caldwell 标准）。（Jonathan·Herring，Criminal Law（third edition），法律出版社2003年版，第173页）需要说明的是在绝大多数由轻率构成的犯罪中，采纳的都是Cunningham轻率标准，比较这两种轻率标准，凡是构成Cunningham亲率的必然构成Caldwell亲率。然而，对于没有预见到危险发生的被告人而言，如果危险很明显，虽然他不会构成Cunningham亲率，但是却符合Caldwell亲率标准。在这两种标准中，其最重要的区别就在于轻率之范围是否包括对于危险漫不经心，从而没有认识到危险的存在。Cunningham轻率标准并不认为这种情况是轻率，而根据Caldwell标准，这种情况则是轻率。显然，后一种轻率标准很容易和疏忽心态（Negligence）发生混淆，并且导致在司法实践中很难区分轻率和疏忽。因此法律委员会建议抛弃Caldwell标准，它对轻率的定义为：在下列情况下，行为人存在轻率（1）如果他认识到危险存在或将要发生，或者（2）考虑到他所知的情境，他意识到存在不合理的危险，但仍然冒险为之。参见[英]乔纳森·赫林：《刑法》（第三版），法律出版社2003年版，第67—73页。而在美国《模范刑法典》中，轻率是指行为人已经认识到并且自觉漠视法律禁

止的结果可能发生的危险，虽然主观上对此结果持否定态度，但还是冒险地实施了产生此结果的行为，自觉漠视的这种心理状态包括严重偏离守法公民的行为标准的情况。轻率与疏忽的区分则非常明显。（储怀植：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社1996年版，第78页）因此在本文的讨论中，我们所使用的轻率概念应该是指认识到女方不同意，仍冒险为之，而不包括没有认识的过失。

[22]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1098.

[23]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1104.

[24]David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000, P337.

[25]David P. Bryden: Forum on the Law of Rape: Redefining Rape Buff.Crim.L.R.2000, P338.

[26]Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1104.

[27][美]弗莱彻：《刑法的基本概念》，王世洲等译，中国政法大学出版社2004年版，第212—213页。

[28]See John Kaplan, Robert Weisberg, Guyora Binder, Criminal Law: Cases and Materials(5th edition), New York, NY: Aspen Publishers(2004), P902.

[29][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358页。

[30][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318页。

[31]Jennifer Temkin, Rape And The Legal Process, Oxford University Press(2002), P127, 132.

[32]赵秉志主编：《新刑法教科书》，中国人民大学出版社1997年版，第141页。

[33]在我国，对年龄的认识错误主要发生在奸淫幼女的强奸罪中，因此本章主要讨论对幼女年龄的认识错误，当然其结论同样也适用于猥亵儿童罪中对儿童年龄的认识错误。考虑到有些国家采取性别中立主义立法，因此此处主要使用“未成年人”这种中性的概念，但在具体讨论针对女性的同意年龄问题时，也使用“幼女”“少女”等具有性别属性的概念。

[34]需要说明的是，严格责任并非为英美法系所特有，大陆法系有些国家也存在严格责任。如意大利刑法第42条第2款规定的超故意和客观责任。（参见《意大利刑法典》，黄风译，中国政法大学出版社1998年版，第19页）

[35]国外通常把奸淫幼女和猥亵儿童行为规定为法定性侵犯罪，因此在论及国外的立法时，我们以这个概念来代替奸淫幼女和猥亵儿童。另外在英国早期的普通法中，通常把法定性侵犯规定为非法性行为重罪和非法性行为轻罪。为了行文方便，对这些概念我们不加区分。

[36][英]乔纳森·赫林：《刑法》（第三版），法律出版社2003年版，第104页。

[37]一般认为，普通法中的严格责任犯罪仅有四种，即公共妨害罪、刑事诽谤罪、藐视法庭罪和亵圣罪。（参见[英]史密斯、霍根：《英国刑法》，李贵芳等译，法律出版社2000年版，第115页）

[38][英]乔纳森·赫林：《刑法》（第三版），法律出版社2003年版，第106—107页。

[39]刘仁文：“刑法中的严格责任”，载《比较法研究》2001年第1期。

[40]刘仁文：“刑法中的严格责任”，载《比较法研究》2001年第1期。

[41]R v. PRINCE, J.W.C.Turner And A.LL.Armitage, Cases on Criminal Law (third edition), Cambridge University Press 1964, P22.

[42]Stephen Mitchell, Archbold Pleading Evidence&Practice in

Criminal Cases (fortieth edition), Sweet & Maxwell(1979) P3066.

[43]The All England Law Reports（2000）P850.

[44]The All England Law Reports（2000）P850.

[45]根据1967年刑法法案，重罪与轻罪的所有区别都被废除，两者都统称为犯罪，但是为了行文的方便，笔者仍然把与不满13岁的有幼女发生性行为的犯罪称之为非法性行为重罪，把与13—16岁的少女发生性行为的犯罪称之为非法性行为轻罪。另外1956年《性犯罪法》对于这两个犯罪在语言的使用上也不同于1861年的《侵犯人身法》，《侵犯人身法》第50、51条使用的语言是“made unlawful carnal knowledge of a girl”，而《性犯罪法》第5、6条所使用的语言则是“have unlawful sexual intercourse with a girl ”Stephen Mitchell, Archbold Pleading Evidence&Practice in Criminal Cases (fortieth edition), Sweet & Maxwell(1979), P1421。

[46]The All England Law Reports (2000) P833-854.

[47]这两个案件分别是2000年的B诉检察长案(B v. Director of Public Prosecutions)和2001年女王诉k（R v. K）案。

[48]英国《2003年性犯罪法》同样保留了13岁、16岁两个关键年龄，对于13岁以上不满16岁的未成年人，与之发生性行为构成犯罪，对于这种罪行，只有当行为人没有合理认识到对方未达法定年龄时，才构成犯罪。

[49]Richard A.Ponsner and Katharine B. Silbaugh, A Guide To America's Sex Laws, The University of Chicago Press（1996）P44.

[50]离性性行为，但行为人必须大被害人4岁。

[51]参见上文的相关论述，更详细的资料请参考Richard A.Ponsner and Katharine B. Silbaugh, A Guide To America's Sex Laws, The University of Chicago Press（1996）P44—46。

[52]如内华达州规定，与不满16岁的人发生性行为是重罪，但是可

以提出比其年长不到4岁的辩护理由。而佐治亚州规定，与不满14岁的非自己配偶的人发生性行为是重罪。参见Richard A.Ponsner and Katharine B. Silbaugh, A Guide To America's Sex Laws, The University of Chicago Press（1996）P48—49。

[53]事实上，奸淫幼女行为应当以强奸罪从重论处，因此处刑远不只3年。

[54]在笔者看来，这种情况其实属于滥用信任地位的性侵犯罪，但鉴于现行法律还未规定此种犯罪，则只能以强奸罪或强制猥亵侮辱妇女罪论处。

[55]至于过于自信的过失则不可能存在于奸淫幼女行为，因为如果预见到了对方是幼女，都可以推知行为人已经明知对方是幼女，也就是说至少对对方是幼女存在一种不确定的故意。

[56]陈兴良主编：《中国刑事司法解释检讨》，中国检察出版社2003版，第450页。

[57]The All England Law Reports (2000) P833—854.

[58]欧阳涛：“如何正确认定奸淫幼女罪”，载《法学季刊》1983年第3期。

[59]张明楷：“间接故意也可构成奸淫幼女罪”，载《法学季刊》1984年第3期。

[60]张明楷：《刑法分则的解释原理（上）》，中国人民大学出版社2011年版，第159页。

[61]除了2003年1月份最高人民法院《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》外，2001年6月，最高人民检察院以高检发释[2001]3号司法解释也认为，嫖宿幼女罪的行为人主观上必须要具备主观明知要件，即“行为人知道被害人是或者可能是不满十四周岁而嫖宿的——以嫖宿幼女罪追究刑事责任”。但是，2003年8月，由于检察机关的反对，最高人民法院下发通知，暂停2003年1月司法解释的执行。这虽然可以解释成是最高司法机

关为捍卫罪过原则的努力，但也未尝不可以说，最高司法机关仍然认为幼女的身体发育成熟在某种程度上可以作为衡量行为人罪过的标准。

[62]如某甲（23岁）与在公园里见到一戴红领巾的女生（13岁半，164厘米），即上前调戏，并将乙骗到偏僻处，以交朋友为名奸淫了乙。在审理时，甲辩解说，乙长的高，不知是幼女，而且发生两性关系时没有采取暴力，不应以奸淫幼女罪定罪。而法院认为，红领巾是少年儿童佩带的，这是基本常识。因此，这种认识错误是可以避免的。（参见许言："奸淫幼女不应以'明知'为条件"，载《法学》1983年第10期）

[63]陈兴良：《中国刑事司法解释检讨》，中国检察出版社2003版，第451页。事实上，当前奸淫幼女多发生在教师对学生的侵犯案件中。参见《教育部、公安部、司法部关于辽宁等地相继发生教师强奸猥亵学生事件的情况通报》（教师[2003]1号）。

[64]夏吉先："奸淫幼女罪是否以明知为要件的剖析"，载《法学》1984年第8期。

[65]彭晓辉：《性科学概论》，科学出版社2002年版，第158页。

[66]胡虞志等："22市少女月经初潮年龄及性心理行为调查分析"，载《中国学校卫生》1995年第1期。

[67]张允平等："七城市铁路中学女生月经初潮年龄及性心理行为调查"，载《医学与社会》2000年第1期。

[68]彭晓辉：《性科学概论》，科学出版社2002年版，第156页。

[69]比如广东云浮一数学教师竟然多次奸污班上女生，并以不再给孩子上课作威胁，不让孩子声张。受害女孩上了初中后，才在老师的鼓励下勇敢报案。而在法庭上，教师竟声称女孩身材高大，自己不知道她未满14周岁。但未被法庭采纳。这名教师被云浮市中级人民法院认定犯有强奸罪，判处有期徒刑4年。在这个案件中，从处于他地位的一名普通教师的常识来推断，处于这个特殊职业群体的人是不可能不知其学生真实年龄的，退一步讲，他也负有知道学生年纪的注意义务，而且他也有能力知道学生的真实年纪，因此这个错误是可以避免的。参见[EB/OL]http://society.qianlong.com/4431/2003-4-22/177@800494.htm,

2009/9/6.

[70]这个意见已经被司法意见所采纳，2013年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》规定：知道或者应当知道对方是不满十四周岁的幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。对于不满十二周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。对于已满十二周岁不满十四周岁的被害人，从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。

[71]彭晓辉：《性科学概论》，科学出版社2002年版，第179页。

[72]对此问题的详细探讨，可以参见云南省高级人民法院刑事审判第二庭编：《民族地区量刑情节的特点及法律适用》，第17页。

[73]The American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Part II Definition of Specific Crimes §§220.1 to 230.5)[M], Philadelphia:PA, P376.

[74]Richard A. Ponsner and Katharine B. Silbaugh, A Guide To America's Sex Laws, The University of Chicago Press (1996) P45—46.

[75]湖南省湘潭市雨湖区人民法院刑事附带民事判决书（2004）雨刑初字第6号。

[76]王世洲：《现代刑法学》（总论），北京大学出版社2011年版，第232页。

[77]王世洲：《现代刑法学》（总论），北京大学出版社2011年版，第234页。

[78]王世洲：《现代刑法学》（总论），北京大学出版社2011年版，第229页。

第五章

[1]这种分类是英美法系的分类，它基本对应于大陆法系的客观证明责任与主观证明责任。参见黄永：“刑事证明责任的比较法分析”，载《政治与法律》2003年第8期。

[2]See Joshua Dressler, Understanding Criminal Law(4th edition), Lexisnexis(2006), P71-83; Wayne R.Lafave, Criminal Law(4th ed), Thomson West(2004), P55.

[3]Wayne R.Lafave, Criminal Law(4th ed), Thomson West(2004), P56.

[4]Wayne R.Lafave, Criminal Law(4th ed), Thomson West(2004), P59.

[5]Wayne R.Lafave, Criminal Law(4th edition), Thomson West(2004), P60.

[6]张吉喜：“论美国刑事诉讼中的证明责任分配标准”，载《当代法学》2007年第4期。

[7]达到让人产生合理怀疑的程度即可，不需要达到优势证据程度。

[8]Simester and Sullivan, Criminal Law: Theory and Doctrine (2nd ed), Hart(2003), P64.

[9]Don Stuart, Canadian Criminal Law: Treatise(5th ed), Thomson(2007), P47.

[10]Wayne R.Lafave, Criminal Law(4th edition), Thomson West(2004), P58.

[11]相似的案件还有1984年的马丁诉俄亥俄案（Martin v. Ohio）中，被告人马丁被控加重型谋杀，其辩护理由是正当防卫。在审判时，陪审团被告知，检控机关有义务“排除合理怀疑”地证明犯罪的客观要素，但马丁有义务提供优势证据证明正当防卫的存在。马丁后被认定有

罪，但马丁提起了上诉，其理由是加重型谋杀的一个重要客观要素是“事先有预谋”，但这个要素是可以为正当防卫中的“面临紧迫的人身危险”要素所排除（如果行为人遭遇紧迫的人身危险，他不可能有时间进行预谋）。该案最终上诉到联邦最高法院，最高法院在此案中发生了严重分歧，最后仅以微弱多数（5票反对、4票赞同）驳回了马丁的诉讼请求。Joshua Dressler, Understanding Criminal Law(4th ed), Lexisnexis(2006), P79。

[12]Wayne R.Lafave, Criminal Law(4th edition), Thomson West(2004), P60.

[13]Simester and Sullivan, Criminal Law: Theory and Doctrine(2nd ed), Hart(2003), P66.

[14]Don Stuart, Canadian Criminal Law: Treatise(5th ed), Thomson(2007), P42.

[15]Don Stuart, Canadian Criminal Law: Treatise(5th ed), Thomson(2007), P45.

[16]Don Stuart, Canadian Criminal Law: Treatise(5th ed), Thomson(2007), P47.

[17]Don Stuart, Canadian Criminal Law: Treatise(5th ed), Thomson(2007), P49—51.

[18]最高人民法院刑事审判庭：《中国刑事审判指导案例3》，法律出版社2009年版，第415页。

[19]二审法院认为：（1）本案可以排除被害人酒醉导致不知反抗或不能反抗的情形。（2）本案可以排除上诉人采用胁迫手段迫使被害人不敢反抗而强行与之发生性行为的情形。无论上诉人还是被害人均无这方面的供述与陈述。（3）本案现有的直接证据无法证明强奸行为。能够证明上诉人陈某是否使用暴力手段强行与被害人发生性行为的直接证据只有被害人的陈述和上诉人陈某的供述。经查，被害人陈述矛盾之处很多，对一些细节无法说清，甚至对性行为到底有无完成都前后反复。而且事发前后表现反常，可信度令人怀疑；上诉人始终没有供认过在违

背被害人意志的情况下与其发生性行为，坚称被害人自愿与其发生性关系。（4）现有的间接证据不能排除合理怀疑。其一，被害人无反抗迹象。勘验、检查笔录证实被害人的衣物除裙子拉链损坏外，外衣、衬衫、胸罩、连裤袜、内裤均无损坏迹象，被害人佩戴的领结很整齐地放在枕头旁边。如果上诉人确系强行剥去被害人衣裤，只要其稍事反抗就应该会留下损坏的痕迹，特别是连裤袜；床单上也未留下痕迹。裙子拉链（背拉式）脱开不能必然推断出系被害人反抗所致。其二，被害人身上留下的轻微伤痕也不能必然推断出系上诉人暴力所致。被害人在11月1日的第一次陈述中称：“陈某没有暴力动作，身上的伤怎么来的我不清楚”，这与陪同被害人进行身体检查的证人高某证言能相印证；即使在11月2日的第三次陈述中被害人还称：“我肩膀处的伤，可能是陈某扒我衣服时弄出来的。”也没有明确系上诉人所为。在被害人当时上身所穿的西服、衬衫、领花、胸罩等完好无损的情况下，是否上诉人强行剥脱其衣服所造成令人怀疑；而且由于在事发后被害人与其男友有过推拉动作，伤痕是否因此形成的可能性也不能排除。

[20]刘慧英：《走出男权传统的樊篱——文学中男权意识的批判》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第25页。

[21]有司法实务部门同志对强奸案件的证据进行了分析，认为在审查强奸案应做到“八查八看”，其中之一就是对双方关系的考察。刘冬梅，审查强奸案应做到“八查八看”，载《人民检察》2003年第3期，还有人认为，强奸案件属于三难案件，即立案难，取证难，询问难。解决办法之一就是到群众中了解被害人的生活作风问题。杨顺修：“强奸案件三难的解决对策”，载《人民公安》1997年第6期。还可参见“藏彪被控强奸宣告无罪案”，甘肃省张掖市中级人民法院（1998）刑初字第37号。

[22]对这个问题，我国鲜有实证研究，但美国的调查可为我们提供一些参考：巴特勒纪念研究会（the Battelle Memorial Institute）对暴力强奸（forcible rape）经过多年的调查，1978年其调查报告出版，报告认为通过对被害人研究，结果表明，在所有的犯罪中，强奸的未报案率是最高的，实际发生的强奸比报案的大概多4倍。相反，根据1973—1982年联邦犯罪调查的数据，司法部的统计（BJS）则认为，52%的强奸案（既遂和企图）报案了，只有47%没有报案。既遂案件中，58%报案了，40%没有。还有一个较早有关强奸被害人的研究表明，在陌生人所

实施的既遂强奸中，被害人的报案率高达68%（U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, CRIMINAL JUSTICE RESEARCH CENTER, RAPE VICTIMIZATION IN 26 AMERICAN CITIES, table 35,P 44 (1979)。美国学者GALVIN 和POLK认为，在严重犯罪中，低报案率并不是强奸所特有的，因此女权主义的假设是错误的。根据司法部的统计，1976年到1980年，强奸的报案率从1976年的58%降到了1980年的42%，在强奸，绑架，伤害，盗窃四种犯罪中，平均说来，强奸在报案率上仅次于抢劫。但是苏珊认为，对于强奸罪的报案率要注意概念上的区分，如果采取传统的狭隘的强奸概念（只认为通过严重暴力、威胁才能构成强奸），那么它的报案率可能并比其他犯罪低多少，但是如果采取另一种强奸的概念（即她所说的非传统型强奸），那么强奸罪的报案率就低得出奇。苏珊指出，强奸案的报案取决于两个要素，首先，女性对于强奸是否有正确认识，从而认为自己是强奸的被害人。第二，被强奸的女性是否会把自己的遭遇告诉调查者。对比如抢劫、攻击、盗窃其他被害人相比，调查非传统的强奸时，结果尤为可疑。和非传统强奸相比，传统的强奸被害人更多的选择报案。因此，即使有高报案率的资料，其中大多都是陌生人实施的暴力强奸，而鲜有熟人间实施的低暴力强奸。事实上，被害人调查本身也存在问题。问题不仅仅是警察的立案，而是从事被害人调查的人自己如何理解强奸，他们往往还遵循着传统的理解。传统的强奸观念揭示了社会态度，被害人只有在认为自己被强奸了，而且愿意将它告诉调查者的情况下，才可能报案……因此，如果说强奸的报案率高也是因为连被害人自己都对强奸做如此狭隘的理解。在社会学的研究中，人们对传统的强奸没有太多争论——陌生人拿着枪指向被害人喉咙，通过以杀害相威胁而奸淫。但是……这种强奸案越来越少。更多的案件是发生在熟人之间，当女方在遇到一个受尊敬的单身汉，在约会后被强迫性交，或者在酒吧遇见男人，而后在一个偏僻的路上（而不是房间里）发生了关系，或者在加班时，老板强迫，在这些场合下，多数女性认为不是强奸。当然，如果是两个陌生人，最初的接触是不自愿的，或是在停车场搭话，或是破门而入，几乎所有的人都会认为是强奸。调查表明，多数青少年认为约会之后的强迫性性交不是强奸。男女青少年很少把熟人之间的强迫性的性行为（forced sex）看成强奸。这个状况并不限于假想的例子。Diana Russell在1978年对930位成年女性（由受训的女性进行调查）做了一个非常著名的调查，22%的受访者承认曾经是强奸或强奸既遂的被害人，这个数字比每年的被害人调查要高得多。当使用通过威胁或强迫而至的性行为（forced intercourse or intercourse obtained by threat）这个概念时，被害人数字高达56%（24%

既遂，31%未遂），调查中82%的案件发生在熟人之间，只有不足10%去报案了……另外一个调查表明，在熟人或朋友的约会中经常发生强迫性的性行为。在1977年，一半以上的大学女生承认经历过男性性冒犯。1983年的一个全国性的青少年调查表明，保守的估计每年5—16%的男青少年有性攻击行为，这些性攻击往往是约会之后的自发产物。仅仅5%的女性被害人报案了，在1986年的三个独立的针对大学生的调查中，20%的女性承认在约会时有过身体强迫的性交。然而大多数女性仍然认为她们并没有被强奸。正如某报的标题所言："对于有些强奸被害人而言，这不是强奸"……因此，有关报案率的争论主要还是取决于强奸的定义：强奸被定义的越狭隘，报案率就越高。但在熟人之间发生的强迫性的性行为，尤其在社会观念中，很少被认为是强奸，根据所有的指标，都很少被报案。调查者承认，几乎半数的向警察报案了的熟人强奸被害人对调查者保持沉默。（Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J, P1166—1168）

[23]Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform , Plenum Press(1992), P170.

[24]Tracey A. Berry, Comment: Prior Untruthful Allegations Under Wisconsin's Rape Shield Law: Will Those Words Come Back To Haunt You?, Wis. L. Rev. P1248(2002).

[25]Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform , Plenum Press(1992), P27.

[26]Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform , Plenum Press(1992), P28.

[27]People v. Dawsey, 76 MICH. App. 741, 257 N.W.2d 237(1977).

[28]Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform, Plenum Press(1992), P174.

[29]People v. Dawsey, 76 MICH. App. 741, 257 N.W.2d 237(1977); People v. Hackett, 421 Mich. 338; 365 N.W.2d 120(1984); Michigan v. Lucas, 114 L. Ed. 2d 205(1991).

[30]Michigan v. Lucas, 114 L. Ed. 2d 205(1991).

[31]Tracey A. Berry, Comment: Prior Untruthful Allegations Under Wisconsin's Rape Shield Law: Will Those Words Come Back To Haunt You?, Wis. L. Rev. P1241(2002).

[32]Cassia Spohn&Julie Horney, Rape Law Reform, Plenum Press(1992)P170, 171.

[33]这个假设并没有可以依据的经验资料，只能说是一种大胆的假设吧。胡适先生曾经教导我们说，学术研究要“大胆假设，小心求证”，因此对于这个问题，我们有必要做进一步细致的专门研究。

[34]关于中国人的贞操观念，可以参见潘绥铭等：《当代中国人的性行为与性关系》，社会科学文献出版社2003年版，第107页。

[35]潘绥铭等：《当代中国人的性行为与性关系》，社会科学文献出版社2003年版，第262页。

[36]在潘绥铭等人的调查中，女性的婚外性行为虽然比男性要小，但是在城市女性中，随着知识水平和收入水平的提高，其婚外性行为的发生概率也呈上升趋势。在城市女性中，那些收入最低的40%女性中，发生过婚外性行为的占5.3%—8.5%之间；收入居中的55%女性中则是在7.3%—12.0%之间，而在收入最高的5%的女性中，其婚外性行为的发生概率则是21.9%~30.3%，另外女性的文化程度对其婚外性行为的发生概率也具有正相关性。潘绥铭等：《当代中国人的性行为与性关系》，社会科学文献出版社2003年版，第267—273页。

[37]当然，具体那些证据可以采纳，那些证据不可采纳，这还值得专门研究，本文限于篇幅，只做简单讨论。

刑法中的同意制度——从性侵犯罪谈起

产品经理 | 张晨　　封面设计 | 董歆昱
监制 | 马伯贤　　营销经理 | 施明喆
Kindle电子书制作 | 李元沛
策划人 | 吴畏

Table of Contents

刑法学讲义
- 扉页
- 前言 每一次学习都是为了追求智慧
- 第一章 刑法基础知识
  - 刑法：犯罪人的大宪章
    - 001 刑罚的起源
    - 002　刑法是道德伦理的最低要求
    - 003　不受约束的刑罚权，比犯罪更可怕
  - 刑法的基本原则
    - 004　罪刑法定原则：对权力的严格约束
    - 005 空白罪状怎么填
    - 006　罪刑相当原则：罪刑的标尺
    - 007　刑法面前人人平等原则：并非多余的重复
  - 刑法的解释
    - 008　理解法律的关键：解释法律
    - 009　刑法解释的范围与实质
    - 010　举轻以明重，举重以明轻
    - 011　刑法解释，朝着良善进行
  - 刑法的效力
    - 012 刑法的空间效力
    - 013 刑法的时间效力
- 第二章 犯罪
  - 犯罪和责任
    - 014 犯罪的概念和分类

015　危害行为的作为与不作为
016　见死不救，是否应该定罪
017 刑法中的因果关系
018 不知者无罪
019　过失犯罪与无罪过事件
020 目的与动机
犯罪排除事由
021 正当防卫
022 紧急避险
023 责任排除事由
024　刑事责任年龄需要下调吗
025 法律认识错误
未完成的犯罪
026 犯罪预备
027 犯罪未遂
028 犯罪中止
共同犯罪
029 共同犯罪的概念
030 正犯与共犯
031 共同犯罪的中止
032 中立的帮助行为
第三章 刑罚
刑罚及种类
033 刑罚体系
034 主刑
035 死刑的存与废
036 附加刑
037 社区矫正
刑罚的裁量与消灭
038 量刑
039 自首
040 累犯和缓刑

041　刑罚的消灭：减刑和假释
第四章 危害公共安全罪
危险方法类犯罪
042 危险方法类犯罪
043 投放危险物质罪
044　以危险方法危害公共安全罪
事故犯罪
045 交通肇事罪
046 危险驾驶罪
第五章 破坏社会主义市场经济秩序罪
伪劣商品犯罪
047　生产、销售伪劣商品罪
048 食品安全
049 生产、销售假药罪
走私与公司犯罪
050 走私罪
051　妨害对公司、企业的管理秩序罪
金融犯罪
052　贷款诈骗罪和骗取贷款罪
053 洗钱罪
054 非法集资犯罪
055 集资诈骗罪
056 信用卡诈骗罪
其他经济犯罪
057 侵犯著作权罪
058 合同诈骗罪
059 非法经营罪
第六章 侵犯公民人身权利、民主权利罪
生命健康
060 故意杀人
061 自杀行为

062 协助自杀
063 故意伤害罪
064 组织出卖人体器官罪
性自由权
065 强奸罪
066 性同意年龄
067 强奸罪的加重情节
068 职场中交易与强奸
069 猥亵与强奸
侵犯自由
070 非法拘禁罪
071 绑架罪
072 拐卖妇女、儿童罪
073 收买被拐卖的妇女、儿童罪
婚姻家庭类
074 婚姻自由
075 虐待和遗弃
076 家庭暴力
077 侵犯名誉和民主权的犯罪
第七章 侵犯财产罪
强制占有型的财产犯罪
078 财产及侵犯财产罪
079 抢劫罪
080 加重型抢劫
081 抢夺罪
082 敲诈勒索
083 索赔是正当权利
平和占有型的财产犯罪
084 盗窃罪
085 诈骗罪
086 特殊的诈骗
087 侵占罪
第八章 妨害社会管理秩序罪
扰乱公共秩序罪

088 妨害公务罪
089 招摇撞骗罪
090 考试舞弊犯罪
091　虚假信息和虚假恐怖信息
092 寻衅滋事罪
妨害司法罪及卖淫罪
093 律师伪证罪
094 组织卖淫罪
第九章 贪污贿赂罪
贪污犯罪
095 贪污犯罪
096 贪污罪
097 挪用公款罪
贿赂犯罪
098 受贿罪
099 五种受贿类型
100 死刑能遏制贪腐吗
101 行贿罪
102 利用影响力受贿罪
写在最后
刑罚的历史
扉页
第一章 追本溯源：刑罚的起源与发展
一、关于刑罚起源的几种学说
二、回溯与前瞻
第二章 反反复复的肉刑兴废
一、肉刑纵览
二、肉刑的存废
第三章 并不轻松的笞杖之刑
一、用刑的数量
二、用刑的部位
三、刑具的规格
四、赎免规定
五、作为他刑的附加刑和替代刑
六、刑讯手段

第四章 刑徒之苦
一、徒刑概说
二、徒刑的新发展
三、徒刑的意义
第五章 生离死别的流放
一、先秦的流放故事
二、流刑的萌芽——迁徙刑
三、流刑的形成
四、流刑的光大
五、折杖法和刺配法
六、南人发北，北人发南
七、流刑的变异——口外为民和充军
八、最后的流刑——发遣
第六章 形形色色的死刑
一、死刑纵览
二、死刑发展的三大趋势
第七章 以钱赎刑
一、赎刑的历史
二、赎刑利弊议
第八章 株连无辜
一、族诛
二、连坐
后记
参考文献
刑法中的同意制度：从性侵犯罪谈起
扉页
序言：社会控制与个人自由
引言
第一章 同意问题在性侵犯罪中的地位
一、性侵犯罪的历史沿革
（一）性侵犯罪的历史
（二）人权运动与性侵犯罪的革新
二、性侵犯罪的法益嬗变
（一）风俗之法益
（二）性自治权之法益

（三）性自治权的含义
（四）风俗与性自治权的关系
三、刑法基本理论的转化
四、同意问题是性侵犯罪的核心
（一）同意问题的历史回顾与发展趋势
（二）不同意是性侵犯罪的本质特征
（三）不同意问题的处理模式及我国的选择
第二章 同意的概念及不同意判断标准
一、同意的概念
二、不同意的判断标准
（一）中国刑法有关不同意标准的争论
（二）英美法系有关不同意标准的争论
（三）大陆法系有关不同意标准的争论
（四）几种最新标准
三、标准的确认
（一）主观标准或客观标准
（二）反抗规则
第三章 不同意的表现形式
一、表现形式的分类
二、严重强制手段与同意
（一）暴力
（二）胁迫
三、能力瑕疵与同意
（一）年龄与同意
（二）心智不全与同意
（三）身体无助与同意
四、强制不明显与同意
（一）威胁

（二）欺骗
（三）滥用信任关系
五、婚姻关系与同意
第四章 同意与犯罪论体系
一、同意在犯罪论中的地位
（一）大陆法系
（二）英美法系
（三）我国的选择
二、同意与主观心态
（一）从摩根案件谈起
（二）对策
（三）不同意的判断标准与主观心态的关系
（四）本文之立场——规范性构成要件要素的认识错误
（五）同意年龄的认识错误
三、同意与未完成罪
（一）求欢未成与未完成罪的区别
（二）犯罪未遂与犯罪中止的区别
第五章 同意与证据规则
一、同意的证明责任
（一）证明责任分配的标准
（二）标准的冲突
（三）标准的取舍与应用
二、性史与证据
结论
后记
再版后记
参考文献
注释