

强奸罪司法认定面临的问题及其对策

田 刚*

摘 要:通过对近 10 年来 507 份判决书样本的分析可以发现,我国对于强奸罪的司法认定长期存在法益保护不足和定罪标准模糊混乱的问题,其症结在于强奸罪的核心特征和司法认定规则已严重滞后。在英美法系国家和大陆法系国家普遍改革强奸罪的法律规定、加强性自主权保护的背景下,修改我国近 40 年未变的关于强奸罪的司法解释,以“缺乏被害人同意”为核心特征,确立“肯定性同意”的认定规则,是我国解决强奸罪司法认定面临的问题的最优选择。

关键词:强奸罪 违背妇女意志 缺乏被害人同意 抗拒 肯定性同意

一、当前强奸罪司法认定面临的问题

20 世纪 70 年代以前,英美法系国家的刑法学界普遍认为强奸犯罪的研究价值不大,甚至不愿在教学中讲授。^①然而,随着女权运动的兴起,强奸犯罪的实证调查揭示了司法实践中定罪困难、标准模糊等严重问题的普遍存在,刑法学界对此大吃一惊,进而引起英美法系国家强奸犯罪理论和法律的全面更新。^②与之类似,强奸罪作为多发的传统犯罪,其在实践中的法益保护效果和认定规则混乱问题,也被我国学界所忽视,长期处于“存而不论”的状态,因而也掩盖了我国关于强奸罪的司法认定已陷入严重困境的现实。

(一)强奸罪司法适用现状的考察:基于 507 份强奸罪刑事判决书样本的分析^③

笔者以从网络数据库中随机抽取的强奸罪刑事判决为样本进行了数据统计(见表 1—表 6)。从

* 中央民族大学法学院讲师、华东政法大学博士后研究人员
基金项目:国家社会科学基金项目(16CFX026)

① See Ronet Bachman, Raymond Paternoster, A Contemporary Look at the Effects of Rape Law Reform: How Far Have We Really Come?, 84 The Journal of Criminal Law and Criminology, 555(1993).

② See Kathryn Carney, Rape: The Paradigmatic Hate Crime, 75 St. John's Law Review, 315(2001).

③ 笔者从“北大法宝”和“中国裁判文书网”的司法裁判文书数据库中随机抽取了近 10 年的强奸罪一审判决书 700 份作为统计样本,为了避免数据干扰,将其中涉及数罪并罚和强奸多名被害人的样本进行了剔除,剩余样本都具有仅构成强奸罪一罪且仅强奸一名被害人的数据特征,共计 507 个。

整体看,样本中的强奸罪多发生在陌生人之间,占比近 70%,^①与此同时,强奸罪的既遂形态在实践中最为常见,占比近 70%,而中止形态则较为少见,占比不到 3%。从样本数据看,强奸罪在司法实践中普遍具有犯罪分子主动供述犯罪事实的情节,犯罪分子未供述犯罪事实而被定罪的仅占约 8%,^②而在作为样本的裁判文书中,普遍有对强奸罪的核心特征系“违背妇女意志”的表述。

表 1:样本基本情况统计表

熟人	陌生人	既遂	中止	未遂	供述 犯罪事实	未供述 犯罪事实	有违背妇女 意志表述的	无违背妇女 意志表述的
168	339	352	15	140	464	43	390	117

表 2:样本犯罪行为手段数量统计表

暴力手段	胁迫	其他	合意奸淫幼女 ^③
309	29	118	51

表 3:基于样本身份关系差异的犯罪行为手段比例统计表^④

	暴力	胁迫	其他	合意奸淫幼女
熟人	52%	4%	21%	22%
陌生人	65%	6%	24%	4%

表 4:基于样本供述差异的犯罪行为手段比例统计表

	暴力	胁迫	其他	合意奸淫幼女
供述犯罪事实的	62%	5%	22%	11%
未供述犯罪事实的	49%	19%	33%	0%

表 5:基于样本判决表述差异的犯罪行为手段比例统计表

	暴力	胁迫	其他	合意奸淫幼女
有违背妇女意志的表述	77%	7%	9%	6%
无违背妇女意志的表述	6%	0%	69%	25%

根据上述样本数据,可以对当前强奸罪的司法实践得出以下初步结论:(1)强奸罪多发生在陌生人之间,且熟人强奸与陌生人强奸之间无行为手段方面的明显差异;(2)强奸罪的犯罪分子普遍能够如实供述自己的犯罪事实,且如实供述犯罪事实的行为人采取“暴力”手段和合意奸淫幼女手段的比

① 样本统计中的“熟人”须满足以下两个条件之一:其一,被告人与被害人长达 3 个月以上的稳定接触,并且对双方的身份和社会关系有基本了解;其二,被告人与被害人稳定接触不到 3 个月,但双方明确了恋爱或情人关系的。不符合上述两个条件之一的为“陌生人”。

② 此处的“供述犯罪事实”指被告人供认性行为是“违背意志”的情形,而未供述犯罪事实指被告人辩解“性行为基于自愿”或“未发生性行为”的情形。

③ 样本中未与幼女达成“合意”而发生性行为的奸淫幼女型强奸罪,根据犯罪分子行为手段的不同,分别列入“暴力”“胁迫”“其他”手段之中。

④ 在样本统计中数据比例计数为小数点后两位,小数点第三位以后采用“四舍五入”计算,因此,可能出现最后比例合计不等于 100% 的情形。

例更高;(3)审判机关普遍明确表述“违背妇女意志”是强奸罪的核心特征,^①未明确表述的多集中在“其他”手段和合意奸淫幼女的情形中。

(二)强奸罪司法认定困境的宏观表现:法益保护功能严重不足

根据上述样本结论做原因分析可以发现,在惩治强奸罪的司法实践中,^②我国对强奸罪的法益保护存在严重不足。

第一,强奸罪中最为常见的熟人实施的强奸行为定罪困难。从上述结论看,其显然同域外强奸犯罪实证研究中强奸罪多发生在熟人之间的普遍性结论不一致。^③虽然我国目前尚没有大量的类似研究样本来对比验证,但是考虑到人类行为模式的共通性,域外实证研究结论仍具有参照价值,并且,从我国强奸案件的立案情况看,熟人强奸所占的比例近50%,与样本统计的比例差异明显。^④因此,存在大量熟人实施的强奸行为未能受到刑事处罚的高度可能性。换言之,在当前惩治强奸罪的司法实践中,陌生人强奸更容易被定罪,而更为常见的熟人实施的强奸行为被定罪则较为困难。

第二,难以有效制裁缺乏有罪供述的强奸罪犯罪分子。从上述结论二看,在司法实践中超过90%的强奸罪犯罪分子都能如实供述自己的罪行,这一比例显然过高。特别是考虑到强奸罪发生场域普遍具有私密性,除了犯罪分子供述和被害人陈述之外,往往无其他证据能够直接证明强制性性行为的发生,^⑤上述结论二就更显突兀。因此,更合理解释是,并非强奸罪犯罪分子更愿意认罪伏法,而是不肯供认犯罪事实的强奸犯罪行为普遍难以被定罪,甚至难以启动立案侦查程序。换言之,当前惩治强奸罪的司法实践高度依赖“口供”。

第三,其他相关实证研究结论同样表明,在我国的现实中大量的强奸犯罪无法通过司法审判最终定罪。任何司法体系中都有“犯罪黑数”的存在,^⑥根据国家“七五”社科规划重点项目《中国现阶段犯罪问题研究》公安部课题组的调查结果显示,我国整体犯罪黑数至少是实际发生犯罪数量的2/3。^⑦然而,调查报告显示,我国实际发生的强奸罪与最终被司法制裁的强奸罪之比例,远远低于1/3。联合国人口基金曾资助我国学者对2120名受访者进行了调查,调查结果显示,7%的女性在一生中曾经遭受过来自非伴侣的既遂强迫性行为,14%曾经历过使用暴力或胁迫手段的未遂强迫性行为,合

① 从后文更进一步的样本分析看,在裁判文书有“违背妇女意志”表述的样本中,部分样本实际上并未将“违背妇女意志”作为成立强奸罪的核心特征。

② 尽管笔者采用的抽样调查分析可能与当前强奸罪的司法实践不完全一致,但是由于样本本身已属于“大样本”,并且满足类型化样本的随机性要求,因此样本应当具有一定的代表性。

③ See Lorenzo Di Silvio, Correcting Corrective Rape: Carmichele and Developing South Africa's Affirmative Obligations to Prevent Violence Against Women, 99 The Georgetown Law Journal, 1512(2011).

④ 参见倪晓峰:《熟人强奸:犯罪类型与人际关系的实证研究》,《犯罪研究》2012年第2期。

⑤ 根据笔者对样本的统计,在507份强奸案件的判决中,除被害人陈述和被告人辩解、供述外,有其他证据直接证明行为发生时现场情形的样本仅有12个。

⑥ 参见解晓东:《犯罪黑数及其控制》,《法律科学》2001年第2期。

⑦ 参见小易:《破案率与社会长治久安》, <http://news.163.com/11/1028/17/7HFGSG0M00012Q9L.html>, 2018-07-09。

计近 21%。^① 该研究数据并不是孤立的特例,相关的研究成果也显示出我国强奸犯罪的高发态势。^② 然而,与此形成鲜明对比的是我国近年来强奸案件的立案数量与现实情况明显不匹配:2017 年为 27 664 件、^③2016 年为 27 767 件、^④2015 年为 29 948 件。^⑤ 这也同上述研究中发现的强奸案件被害人向公安机关报案后,公安机关一般轻易不予立案的调研结论相互印证。更进一步而言,即使是立了案的强奸犯罪案件,最终被定案的数量也很少。根据最高人民法院的工作报告,^⑥ 2016 年人民法院审结的全部性犯罪、拐卖妇女、儿童犯罪案件合计仅为 5 335 件,^⑦ 2015 年仅为 5 446 件,^⑧ 依此估算,近年来,人民法院每年宣判的强奸犯罪案件应该不足 5 000 件。由此可见,我国关于强奸罪的法益保护在应然与实然之间存在巨大的落差。

(三)强奸罪司法认定困境的微观分析:行为定性规则模糊混乱

由于我国关于强奸罪的立法仅有手段描述,而没有对强奸的内涵作实质性的规定,因此对我国司法实践中关于强奸罪成立的认定规则需要进行全面的考察。然而,根据笔者所做的样本统计,我国裁判文书的说理不足问题在强奸罪的判决中更为明显,特别是在被告人主动供认犯罪的样本中,审判机关普遍直接援引刑法条文,而未对强奸罪为何成立进行说理。相对而言,在被告人未供认犯罪时,审判机关往往要进行一定的说理,否定被告人的辩解,这也成为笔者考察司法实践中强奸罪认定规则的突破口。

1.被告人未供认犯罪样本的强奸罪成立分析

根据表 6 的统计,可以发现司法实践中强奸罪认定的以下几个特征。

表 6:被告人未供认犯罪样本的犯罪成立要素统计表^⑨

① 参见王向贤、方刚、李洪涛:《中国性别暴力与男性气质研究》,https://wenku.baidu.com/view/dd68ab97856a561252d36fc8.html,2018-07-11。

② 我国社会学与犯罪学类似的调查研究同样得出了女性受性犯罪侵害比例较高的结论。参见刘中一:《鱼在水里哭:我国婚内性暴力的现状调查与分析》,《河北青年管理干部学院学报》2011 年第 1 期;赵凤敏、郭素芳、王临虹等:《中国农村地区已婚妇女家庭暴力发生情况及其相关知识调查》,《中华流行病学杂志》2006 年第 8 期;潘绥铭、杨蕊:《当代中国人的性行为与性关系》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 308 页。虽然上述不同研究结果的抽样以及性犯罪标准存在一定的差异,但是在整体上依然反映出我国实践中强奸犯罪的高发态势。

③ 参见国家统计局:《中国统计年鉴 2018》,http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2018/indexch.htm,2019-01-04。

④ 参见国家统计局:《中国统计年鉴 2017》,http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2017/indexch.htm,2019-01-04。

⑤ 参见国家统计局:《中国统计年鉴 2016》,http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2016/indexch.htm,2019-01-04。

⑥ 由于 2018 年和 2019 年的最高人民法院工作报告将性犯罪同暴力犯罪归为一类,因此难以估算强奸犯罪的数量。参见最高人民法院:《2018 年最高人民法院工作报告》,http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-146142.html,2019-03-15。

⑦ 参见周强:《最高人民法院工作报告——2017 年 3 月 12 日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》,《人民日报》2017 年 3 月 20 日。

⑧ 参见周强:《最高人民法院工作报告——2016 年 3 月 13 日在第十二届全国人民代表大会第四次会议上》,《人民日报》2016 年 3 月 21 日。

⑨ 上述表 6 第 1 栏中,“刑罚”仅统计主刑,单位为月,标 * 的为缓刑;“暴力”统计除被害人陈述外,是否有证据证明被告人使用了暴力及暴力程度,0 为无,1 为衣物破损或轻微伤,2 为轻伤,3 为重伤,4 为死亡;“抵抗”统计除被害人陈述外,是否有证据证明被害人进行了抵抗及抵抗程度,0 为无,1 为轻微抵抗,2 为明显抵抗,3 为全力抵抗;“报案”统计被害人在强奸发生后是否及时报案,0 为 30 天后报案,1 为 24 小时内报案,2 为 24 小时至 10 天内报案,3 为 10 天到 30 天内报案;“否定被告人辩解的依据”统计除被害人陈述和上述要素外,还包括人民法院如何否定被告人关于被害人是自愿的辩解。上述表 6 中的 43 个样本,都有证据证明被告人与被害人发生过性行为。

关系	手段	刑罚	暴力	抵抗	报案	否定被告人辩解的依据
陌生人	暴力	24	1	1	1	被告人辩解记不清案发事实
陌生人	胁迫	54	0	0	0	被告人曾供述使用暴力后翻供
陌生人	其他	39	0	0	1	被告人供述被害人处于醉酒状态
陌生人	暴力	36 *	0	1	1	被告人辩解记不清案发事实
陌生人	胁迫	51	1	1	1	被告人供述以自杀胁迫被害人
熟人	暴力	42	0	0	1	被告人供述被害人有言语拒绝和轻微抵抗
熟人	暴力	36	1	1	1	被告人曾供述使用暴力后翻供
熟人	暴力	48	1	1	1	被告人曾供述使用暴力后翻供
陌生人	胁迫	36 *	0	0	1	被告人供述未征求并获得被害人同意
熟人	其他	42	0	0	1	有证据证明被害人处于醉酒状态
熟人	胁迫	42	0	0	0	被告人曾供述使用隐私胁迫后翻供
陌生人	胁迫	120	0	0	1	同案犯证明被告人使用暴力胁迫
熟人	胁迫	60	0	0	1	被害人案发后及时声称自己被强奸
熟人	胁迫	45	0	0	1	被告人曾供述使用暴力后翻供
陌生人	暴力	48	0	0	1	被告人辩解前后冲突
陌生人	暴力	54	1	0	1	被告人曾供述使用暴力后翻供
陌生人	暴力	123	0	0	1	被告人供述未征求并获得被害人同意
陌生人	其他	123	0	0	1	被告人供述被害人处于醉酒状态
陌生人	暴力	43	1	1	1	被害人案发后及时声称自己被强奸
熟人	暴力	72	0	0	1	被害人案发后及时声称自己被强奸
陌生人	其他	42	0	1	1	有证据证明被害人处于醉酒状态
陌生人	暴力	36	1	0	1	被害人案发后及时声称自己被强奸
熟人	其他	120	0	0	3	被告人供述被害人有言语拒绝
熟人	暴力	120	1	0	1	被告人曾供述使用暴力后翻供
熟人	暴力	42	1	0	1	被害人案发后及时声称自己被强奸
熟人	其他	36	0	0	1	被告人在被害人报警后逃跑
熟人	其他	36	0	0	0	被告人曾供述使用暴力后翻供
熟人	其他	42	0	0	1	医学证明被害人系精神智力低下
陌生人	暴力	72	1	0	1	被害人案发后及时声称自己被强奸
陌生人	暴力	54	1	1	1	无
熟人	暴力	36	0	0	2	证人证明听见案发现场的争吵哭喊声
熟人	暴力	36	0	0	2	被告人辩解不合常理
熟人	暴力	48	0	0	1	被害人案发后及时声称自己被强奸
陌生人	其他	42	0	0	1	有证据证明被害人处于醉酒状态
陌生人	其他	48	0	0	1	医学证明被害人系精神智力低下
陌生人	其他	42	0	0	1	有证据证明被害人处于醉酒状态
陌生人	其他	42	0	1	1	无
陌生人	暴力	48	1	0	1	无

陌生人	暴力	42	0	1	1	无
陌生人	胁迫	50	0	0	1	被害人案发后及时声称自己被强奸
陌生人	暴力	54	1	0	1	证人证明听见案发现场的争吵哭喊声
陌生人	其他	36	0	0	1	被告人供述被害人处于醉酒状态
陌生人	其他	42	0	0	1	医学证明被害人系精神智力低下

第一,暴力和抵抗因素并非核心要素,且二者之间在证据上亦无必然联系。统计样本中有暴力因素的共13个,仅占表6样本总数的约30%,其中同时具有抵抗要素的为6个;而统计样本中有抵抗因素的共10个,仅占统计样本总数的约23%,而其中同时具有暴力要素的为6个;即便是在人民法院认定强奸手段属于“暴力”的样本中,也有约43%和67%的样本除了被害人的陈述外,无任何证据能证明暴力和抵抗的存在。

第二,及时报案成为核心要素,特别是在24小时内报案。样本中未及时报案的仅为3个,约93%的样本都在一个月内及时报案,并且86%的样本系在24小时内报案,及时报案成为样本裁判文书中认定强奸罪成立的重要依据。

第三,对被告人关于“被害人系自愿”的辩解,否定依据较为杂乱。在表6中,有8个样本属于直接认定被告人曾做出的有罪供述,被告人改变供述未被认可;有4个样本是由于被告人辩解模糊或前后矛盾而未被认可;有7个样本中的被告人辩称被害人处于意识正常状态,但是有证据证明被害人处于醉酒状态或属于智力低下;还有1个样本中同案犯的证明与被害人陈述相一致,有20个样本中的依据是其他犯罪中亦常见的否定被告人辩解依据,较为合理。而剩余样本中对被告人辩解的否定依据则较为杂乱,甚至冲突,大体上可以分为以下几类:(1)以暴力、抵抗为否定依据。在4个样本中,对被告人辩解否定的核心依据,是客观上有暴力或抵抗的痕迹。(2)以及时报案、公开犯罪事实为否定依据。在8个样本中,人民法院否定被告人辩解的依据是被害人在案发后及时告知亲友、邻居自己被强奸的事实,并且第一时间报案,尽管其中有一半样本无暴力和胁迫的客观证明。(3)以认识错误不成立为否定依据。在8个样本中,人民法院将被告人认识错误的辩解事实直接认定为成立强奸罪的依据,仅在1个样本中,人民法院对被告人为什么不成立认识错误进行了解释。(4)以现场冲突为否定依据。在2个样本中,人民法院认为有证人证明听见案发时犯罪现场有争吵、哭喊声,就可以否定被告人的辩解。(5)以被告人躲避公安机关为否定依据。在1个样本中,人民法院认为被告人在被害人报警后逃走的事实可以否定被告人的辩解。

2.强奸罪司法认定的核心特征模糊和具体规则混乱

从上述样本数据分析看,目前强奸罪在具体司法认定过程中存在以下两个方面的问题。

一方面,对强奸罪核心特征认识模糊。最明显的表现是对被告人辩解否定依据的杂乱和冲突,审判机关对强奸罪核心特征的认定可以分为以下几种类型:其一,以“手段非法性”为核心特征。在以暴力、抵抗为否定依据的4个样本中,审判机关显然认为“手段的非法性”是强奸罪的核心特征,因此,能够证明性行为伴随暴力、胁迫或其他手段,就可以满足1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第236条的罪状描述,而无须进一步证明被告人和被害人的主观态度。而暴力或抵抗是认定强奸罪手段的关键证据,甚至可以作为成立“以其他手段强奸妇女”的依据。^①其二,以“被害人主观上的否定”为核心特征。在以及时报案、公开犯罪事实为否定依据的8个样本中,审判机关显然是以被

^① 参见广西壮族自治区南宁市青秀区人民法院(2016)桂0103刑初464号刑事判决书。

害人在性行为发生后的行为来推断被害人对性行为持否定态度。因此,“被害人主观上的否定”就可以成立强奸罪,不需要满足特定的手段要求,其理由在于1997年《刑法》第236条中规定了“其他”手段作为兜底性条款,亦不需要进一步考察被告人对被害人主观态度的认知。而在以认识错误不成立为否定依据的7个样本中,审判机关显然也认同以“被害人主观上的否定”为核心特征,因此,也就解释了审判机关为何无需对被告人“误认为被害人系自愿”的辩解进行否定。其三,以“犯罪分子主观认知”为核心特征。在以被告人躲避公安机关为否定依据的样本中,审判机关通过被告人的行为推论出被告人主观上应当知道性行为是违背被害人意志的,因此否定了被告人的辩解,^①换言之,强奸罪的核心特征应是“犯罪分子的主观认知”,而在唯一对认识错误不成立进行解释的1个样本中,审判机关亦提出被告人应该认识到其行为会对被害人形成精神强制,但依然同被害人进行了性行为,因此成立强奸罪。^②

司法实践中出现了上述3种不同的强奸罪核心特征认知,而3种认知之间存在明显的冲突已说明司法机关对强奸罪理解的模糊。而这种认知模糊也导致强奸罪的审判实践往往列举证据,却不对证据所证明的事实进行分析,以回避对强奸罪核心特征的认定。例如,在以现场冲突为否定依据的2个样本中,就难以把握审判机关对强奸罪核心特征所持的态度。^③

另一方面,强奸罪具体认定规则混乱。罪名的核心特征普遍较为抽象,往往难以直接运用到司法实践中,需要以核心特征为基础进一步外化为具体的认定规则。例如,对盗窃罪核心特征“平和占有”和“秘密窃取”的两种解读,就会衍生出不同的盗窃罪成立具体认定规则。^④而当前司法机关对强奸罪核心特征的认知存在模糊和冲突,必然会导致强奸罪的认定规则混乱。例如,“手段非法性”外化为对暴力、胁迫等被告人行为的认定;“被害人主观上的否定”外化为对抵抗、报案等被害人行为的认定;而“犯罪分子的主观认知”外化为结合被告人和被害人的关系、被告人对被害人行为的反应等因素进行综合考量。

值得注意的是,即便是在核心特征认知基本一致的情况下,对具体规则的认知依然会出现严重冲突。例如,以样本中最为常见的“被害人主观上的否定”核心特征为例,在有的样本中审判机关认定,存在轻微抵抗就足以认定被害人主观上对性行为的否定,^⑤而在有的样本中审判机关主张,被害人没有抵抗但有言语拒绝就可以成立强奸罪,^⑥而在有的样本中审判机关则提出,被害人没有抵抗也没有言语拒绝,但被告人未征询被害人同意进行性行为的,亦可以认定成立强奸罪。^⑦在上述3个样本中,成立强奸罪的具体认定规则显然具有明显的差异,对强奸罪中被害人行为的要求依次递减。然而,在笔者统计的样本中,有的审判机关却明确提出,被害人的轻微抵抗不足以体现被害人主观上的否定性行为,因此,仅有轻微抵抗不能成立强奸罪。^⑧由此可见,当前关于强奸罪的司法认定规则混

① 参见河南省南召县人民法院(2017)豫1321刑初249号刑事判决书。

② 参见福建省厦门市翔安区人民法院(2016)闽0213刑初548号刑事判决书。

③ 参见湖南省永顺县人民法院(2017)湘3127刑初97号刑事判决书、江苏省苏州市吴中区人民法院(2017)苏0506刑初169号刑事判决书。

④ 参见吴林生:《平和窃取说之批判——兼与张明楷教授商榷》,《法学》2010年第1期。

⑤ 参见广东省东莞市第三人民法院(2017)粤1973刑初1170号刑事判决书。

⑥ 参见吉林省前郭尔罗斯蒙古族自治县人民法院(2017)吉0721刑初371号刑事判决书。

⑦ 参见广东省中山市第一人民法院(2017)粤2071刑初2498号刑事判决书。

⑧ 参见上海市松江区人民法院(2017)沪0117刑初1912号刑事判决书。

乱,已严重影响到司法的统一和公正。

二、强奸罪司法认定面临问题的症结

自1979年《刑法》颁布以来,除对嫖宿幼女行为的定性进行过两次调整外,我国对于强奸罪的规定基本上没有任何变化。理论界对强奸罪的认识,长期以来都是参照1984年4月26日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发的《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》(以下简称《强奸问题的解答》)。在我国社会结构和性观念已发生巨大转变的背景下,刑法学界的主流对强奸罪核心特征和认定规则的认知仍“40年如一日”,最高司法机关亦迟迟不出台新的司法解释,基层司法机关只能自行解释强奸罪的核心特征并创制自认为合理的认定规则。然而,这却导致强奸罪的司法出现乱象。

(一)“违背妇女意志”核心特征理论通说僵化

根据1997年《刑法》第236条的规定,强奸罪是以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的行为。立法对强奸罪成立的客观要件规定得极为抽象和概括,从体系解释看,此处的“其他”手段应当是同“暴力”“胁迫”方式类似或危害性近似的行为,然而从字面上仍可以将强奸罪理解为“用各种手段强奸妇女的行为”。因此,1997年《刑法》第236条对“强奸”的含义几乎没有进行界定。而从语义学的角度看,“暴力的性行为”似乎是强奸罪的核心特征,如“强奸是男子使用暴力手段与女子性交”,^①“强奸是用暴力迫使妇女与其性交”。^②在表6统计的4个样本中,审判机关认为有证据证明性行为的发生伴有暴力或抵抗就可以成立强奸罪,显然就是采用了一般文意解释,将“手段的非法性”作为强奸罪的核心特征。因此,如果从文意看,无法从立法中推导出我国刑法学界目前所持的通说——强奸罪的本质特征是“违背妇女意志”。^③《强奸问题的解答》将1997年《刑法》第236条中的“强奸”一词解释为“违背妇女的意志,强行与其发生性交的行为”,因此“违背妇女意志”才正式进入我国刑法学界的视野并逐步被视为强奸罪的核心特征。^④

然而,《强奸问题的解答》所提出的这一强奸罪核心特征,是在缺乏足够实践经验积累和理论建构的背景下提出的,其本身的内涵、法益基础、构成要件都不明晰,并且,近40年来一直没能进一步完善,已成为“僵化的理论”。而从上文的样本统计分析看,在惩治强奸罪的司法实践中,许多司法机关实际上已不再认可这一核心特征,开始自行对1997年《刑法》第236条进行解释。

其一,“违背妇女意志”的内涵模糊。“违背妇女意志”存在两种解读,在犯罪分子的视阈下,是指犯罪分子认识到同被害人进行性行为违背被害人意志,即上文样本统计中的“犯罪人的主观认知”;而在被害人的视阈下,则是指犯罪分子同自己进行性行为是违背自身意志的,即上文样本统计中的“被害人主观上的否定”。上述两种解读都有一定的实践基础,那么究竟应当作何种取舍?如果是前者,即行为人误认为同被害人进行性行为符合被害人的意志,亦即行为人出现认识错误时,那么就不应当成立强奸罪,而这显然同我国司法实务部门的认知不符。如果是后者,那么更为复杂:一方面,行为人

① 任超奇:《新华汉语词典》,崇文书局2006年版,第426页。

② 阮智富、郭忠新编著:《现代汉语大词典》(下册),上海辞书出版社2009年版,第1818页。

③ 参见胡东飞、秦红:《违背妇女意志是强奸罪的本质特征——兼与谢慧教授商榷》,《政治与法律》2008年第3期。

④ 尽管我国学界还存在诸如强奸罪的核心特征是采用“强行手段”等其他观点,但从整体看,“违背妇女意志”依然是我国学界最具影响力的观点。参见魏汉涛:《强奸罪的本质特征与立法模式之反思》,《环球法律评论》2012年第4期。

要如何去确定被害人的内心意志?另一方面,当被害人认同性行为,而行为人认为违背被害人意志,此时行为的性质该如何认定?显然,无论做哪一种解读,都会使司法机关在特定案件的审理中都难以应对。

其二,“违背妇女意志”同设立强奸罪保护的法益基础相冲突。我国刑法学通说的持有者认为,强奸罪侵犯的法益是性自主权,具体是指妇女在法律范围内对自身是否性交、与谁性交、以何种方式性交的自由处分权,是人身权利的重要内容。^①部分学者对设立强奸罪保护的法益进行了限缩,强调其核心特征是对性交的否定权利。^②然而,作为强奸罪核心特征的“违背妇女意志”与作为设立强奸罪保护的法益基础的性自主权之间却存在明显的冲突。性自主权在本质上是一种处分权能,是法益主体根据综合考量对自身性行为的自由处分;而“违背妇女意志”却仅关注法益主体的主观心理活动,从而忽略了权利处分的复杂性。例如,甲男对乙女有恩,甲男对乙女提出发生性行为的要求,乙女主观上本不愿同甲男发生性行为,但碍于恩情,又与甲男发生了性行为。此时,性行为的发生违背乙女的意志,但并未侵害其性自主权。因此,从设立强奸罪保护的法益基础看,“违背妇女意志”不宜作为强奸罪的核心特征。

其三,“违背妇女意志”的定位存在争议。首先需要明确的是,“违背妇女意志”是否强奸罪的构成要件?如果是构成要件,那么它属于哪一类犯罪构成要件?有学者指出其并不属于强奸罪成立的构成要件,“违背妇女意志既不是强奸罪的客观要件,也不是强奸罪的主观要件。刑法理论界和司法实践中之所以把违背妇女意志作为强奸罪的客观要件,是因为人们对强奸罪认识的偏差”。^③然而,否定“违背妇女意志”是强奸罪犯罪构成要件的观点,并不是我国刑法理论界主流的观点,大部分学者仍然认为,虽然刑法中没有作出明文规定,但是“违背妇女意志”实际上是对1997年《刑法》第236条中“强奸”一词的解读,因此其属于强奸罪犯罪客观方面的要素。然而,这样又无法解释“意志”这一典型的主观心理活动是如何成为外在的客观行为的问题。因此,“违背妇女意志”在构成要件中的地位问题一直难以进行准确的界定。

(二)强奸罪核心特征外化的认定规则严重滞后

基于强奸罪“违背妇女意志”的核心特征,无论是从被害人还是从犯罪分子的视阈进行解读,被害人进行了反抗都明显有助于强奸罪的认定。《强奸问题的解答》实质上在“违背妇女意志”核心特征的指导下,对强奸罪的客观行为手段进行了界定:暴力手段,是指犯罪分子直接危害被害人人身安全或者人身自由,使妇女不能抗拒。胁迫手段,是指犯罪分子对被害人进行精神上的强制,迫使妇女忍辱屈从,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。上述3种行为方式都体现了一个关键概念——“抗拒”。暴力手段是“不能抗拒”、胁迫手段是“不敢抗拒”、其他手段是“无法抗拒”。换言之,强奸罪客观的行为方式是使被害人不能抗拒、不敢抗拒或无法抗拒。如果行为人的暴力尚未达到压制被害人抗拒的程度,而被害人放弃了抗拒,那么不能成立强奸罪。《强奸问题的解答》实际上创制了根据“被害人的差异化抗拒表现”来认定强奸罪的规则。

这种以“抗拒”为核心的规则,在犯罪分子进行无罪辩解时,犯罪的成立高度依赖暴力因素,甚至是严重暴力因素的存在,这一弊端又进一步导致现实中大量的强奸行为难以通过司法程序定罪。上

① 参见贾健:《强奸究竟侵犯了什么?——作为通说的“性的自主决定权”法益之检讨》,《法律科学》2018年第5期。

② 参见张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2016年版,第868页。

③ 谢慧:《违背妇女意志不应该作为强奸罪的构成要件》,《政治与法律》2007年第4期。

文的样本显示,“被害人的差异化抗拒表现”规则已严重滞后,而我国刑法学界又疏于提供理论指导,于是司法机关不得不开始自行进行“补救”。一方面,开始自行增设“佐证规则”。诸如陌生人关系、^①被告人的前科、^②被害人及时报案、向亲友公开等开始作为强奸罪成立的重要辅助证据,其中最为常见的就是“被害人及时报案、向亲友公开”。然而,“被害人及时报案、向亲友公开”实际上同传统普通法强奸罪中的“及时控诉规则”近似,^③而后者由于饱受批评而被英美法系国家所弃用。因为强奸行为给被害人带来的不仅仅是身体上的损害,还有巨大的精神创伤,如震惊、害怕、羞愧等,大量被害人往往难以在第一时间报案,而将其作为佐证规则,显然会使司法机关对不及时报案的被害人持不信任的态度。^④另一方面,开始自行对“被害人的差异化抗拒表现”规则进行“改造”。例如,将“抗拒”扩大解释为有任何轻微的肢体抵抗或单纯的言语拒绝,^⑤甚至开始放弃“抗拒”,直接从缺乏被害人的明确授权来认定强奸罪。^⑥然而,上述规则“改造”都是在基层司法机关“各行其是”的环境下进行的,新旧认定规则掺杂必然造成强奸罪司法认定的混乱。

三、解决强奸罪司法认定面临问题的对策

(一)将“缺乏被害人同意”确定为强奸罪的核心特征

1. 以“缺乏被害人同意”取代“违背妇女意志”的优势分析

国内有部分学者认为“缺乏被害人同意”和“违背妇女意志”两个概念无实质差别,因此经常互换使用,^⑦但这实际上是对二者关系的误读。与“违背妇女意志”相比,将“缺乏被害人同意”作为强奸罪的核心特征具有明显的优势。

第一,存在形态的优势。“缺乏被害人同意”是一种客观状态,有明确的客观外化表现——未经被害人同意的性行为。而“违背妇女意志”是一种主观心理,必须通过进一步的主观考察才能确定。因此,一个在客观上未经被害人同意的性行为,无法被直接认定属于违背被害人意志的行为,甚至被害人的言语拒绝和轻微抵抗亦不足以证明违背被害人的意志。第二,法益结合性的优势。“缺乏被害人同意”与设立强奸罪保护的法益的结合更为紧密。同意是一种授权行为,是对性自主权的处置;而“违背妇女意志”无法与保护法益直接联系。因为意志是一种思想状态,思想状态必须先外化为客观行为才能处置权利。第三,构成要件地位优势。我国多数学者将强奸罪中被害人的同意作为一种违法阻

① 参见福建省厦门市集美区人民法院(2017)闽0211刑初835号刑事判决书、山西省大同县人民法院(2017)晋0227刑初21号刑事判决书。

② 参见江苏省苏州市虎丘区人民法院(2017)苏0505刑初499号刑事判决书、浙江省瑞安市人民法院(2017)浙0381刑初1532号刑事判决书。

③ See Kathryn M. Stanchi, The Paradox of the Fresh Complaint Rule, 37 Boston College Law Review, 442(1996).

④ See Rosemary C. Hunter, Gender in Evidence: Masculine Norms vs. Feminist Reforms, 19 Harvard Women's Law Journal, 127(1996).

⑤ 参见广东省东莞市第三人民法院(2017)粤1973刑初1170号刑事判决书、吉林省前郭尔罗斯蒙古族自治县人民法院(2017)吉0721刑初371号刑事判决书。

⑥ 参见广东省中山市第一人民法院(2017)粤2071刑初2498号刑事判决书。

⑦ 参见孙本雄、陆利振:《强奸案件中被害人同意之刑法解读》,《四川警察学院学报》2018年第3期;王文生:《强奸罪判断研究》,人民法院出版社2005年版,第157页。

却事由或正当化事由,^①与此类似,日本学界也普遍将法益主体的同意视为一种违法性阻却事由。^②然而,由于性自主权的合法行使行为与侵害性自主权的行为之间,除了是否达成“合意”之外,在外部客观表现上可以无任何差别,因此,在强奸罪中“缺乏被害人同意”又明显具有构成要件的地位。对此,德国刑法理论界以法益主体的同意是否会改变法益侵害状态,将法益主体的同意分为构成要件阻却事由与违法性阻却事由。^③二者的主要差异在于,后者法益主体的同意不能改变法益侵害状态的存在,此时能否进行除罪化,要进行是否违反社会伦理的二次判断。因此,“缺乏被害人同意”也就成为一种明确的成立强奸罪的客观构成要素,而“违背妇女意志”却无法在强奸罪的构成要件中找到自身的合理定位。

值得注意的是,对德国刑法学理论中的“被害人同意”,我国存在较为混乱的解读。其具体表现为:一方面,概念的内涵杂乱。我国学者创设了各种相关概念,如“承诺”与“同意”、^④“认可”与“同意”、^⑤“合意”与“同意”,等等,^⑥强行套用在我国刑法规定的各类犯罪的“被害人同意”之中,导致概念的内涵混乱;另一方面,概念的外延适用混乱。我国学者不仅借助德国刑法学理论对构成要件要素进行规范的构成要件要素与描述性构成要件要素的区分,而且还进一步细分为法律的评价要素、经验法则的要素、社会评价的要素,即使评价标准过于复杂,又使特定要素如“被害人同意”可以同时多种性质的解读。^⑦对此,笔者认为,只要是构成要件要素,就是刑法规范所内含的要素,也必然具有规范性特征,强行将一部分规范性特征较弱的要素划定为描述性构成要件要素并无现实意义。其实,仅明确强奸罪中“缺乏被害人同意”的构成要件要素地位即可,无须再做进一步的区分。

2. 强奸罪中认识错误司法难题的解决

在惩治强奸罪的司法实践中常常要面临这样的难题:如果强奸案的被告人和被害人对性行为有完全相反的认识应如何处理?我国将强奸罪的实行犯限定为男性,而基于性别不同,男性与女性对待性的表达往往存在差异。因此,性行为发生时误会对方的真实意图并不罕见。这种误会的客观存在,也使强奸罪中的认识错误问题成为我国司法实践中的疑难问题之一。^⑧

在以“违背妇女意志”为强奸罪核心特征的视角下,解决这一难题有两种方式:其一,不承认强奸罪中存在行为人认识错误的问题。因此,对被告人辩解的认识错误无须否定。然而,在这种方式下,却无法解释犯罪分子主观罪过的基础是什么,有客观归罪之嫌。在笔者统计的样本中,甚至存在被告人与被害人达成性交易的合意到达宾馆后,被告人同醉酒但未失去意识的被害人发生了性行为被认

① 参见罗翔:《论对同意的认识错误——以性侵犯罪中的假想同意切入》,《清华法学》2010年第1期。

② 参见杨春然:《论语义学视角下的法律错误——兼论对强奸罪中的被害人不同意认识错误的性质》,《法学论坛》2016年第6期。

③ 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第506页。

④ 参见车浩:《“被害人承诺”还是“被害人同意”?》,《中国刑事法杂志》2009年第11期。

⑤ 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德法刑法学总论——犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第254页。

⑥ 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第506页。

⑦ 参见张明楷:《规范的构成要件要素》,《法学研究》2007年第6期。

⑧ 参见杨春然:《论语义学视角下的法律错误——兼论对强奸罪中的被害人不同意认识错误的性质》,《法学论坛》2016年第6期。

定为成立强奸罪的情形。^①其二,承认强奸罪中存在行为人认识错误的问题。根据我国刑法学理论通说,此时需考察认识错误的性质。^②而在以“违背妇女意志”为核心特征的视阈下,行为人对违背妇女意志的认识错误属于事实认识错误,鉴于强奸罪无过失形态,对该种认识错误只能做无罪处理,而这对于被害人而言显然有失公平,并且容易放纵犯罪分子。

由于上述两种处理方式都有其固有的缺陷,因此,司法实践中出现了将被害人同行为人有亲密举动,进而使行为人产生错误认识视为被害人过错的判例。^③但是,这既是对女性的歧视,也是对强奸罪被害人的二次伤害。若在“缺乏被害人同意”的核心特征下进行审视,则会发现上述认识错误司法难题将得到合理的解决。“被害人同意”是一种法定的授权行为,具有鲜明的规范化属性。正如行为人不能在拿走熟睡被害人的财物后宣称自己未经同意拿走被害人的财物是事实认识错误一样,行为人对性自主权产生认识错误,应当属于法律认识错误,不影响对行为性质的判断。

(二)以“肯定性同意”为认定强奸罪的具体规则

在确立以“缺乏被害人同意”为强奸罪核心特征的基础上,有必要进一步对强奸罪的外化认定规则进行重构。结合强奸罪认定规则的整体发展趋势和我国的现实需要,“肯定性同意”规则应当成为未来我国认定强奸罪的具体规则。

1. 认定强奸罪基本规则的域外流变

(1)英美法系国家从“合理抵抗”到“肯定性同意”的快速发展

“合理抵抗”是20世纪70年代英美法系国家为了对抗普通法要求的“全力对抗”规则而提出的新规则。^④“合理抵抗”规则不再要求被害人必须尽其所能进行反抗,而是根据具体犯罪情况,以被害人在不同意心理状态下通常会采取的抵抗程度为标准。然而,同我国的传统认定规则相类似,“合理抵抗”规则依然是围绕“抗拒”而建立的,并未从根本上改变在强奸罪中对被害人的考察多于对犯罪分子的考察的不正常现象,因此,随着英美法系国家强奸犯罪立法改革的深入,新的“否定性同意”规则被提出。

“否定性同意”,是指被害人只需要在言语上表现出对性行为的不同意,不需要做任何抵抗,就可以认定性行为系“缺乏被害人同意”,应当成立强奸罪。相对于早期的“合理抵抗”,“否定性同意”的突破主要体现在两个方面:第一,避免了强奸罪中暴力与抵抗是否“合理对应”的认定难题。强奸犯罪案件中存在较多的暴力因素并不明显,但基于孤立无援的场合、犯罪分子巨大的身体优势、被害人的懦弱等特殊因素,被害人仅有轻微抵抗的情形,此时适用“合理抵抗”难以成立强奸罪。而适用“否定性同意”规则对于此种情形,不再需要判断抵抗的有无和程度,进一步减轻了强奸罪的成立对被害人行为的要求。第二,以“否定性同意”为核心特征更能体现对女性性自主权的尊重和女性话语的信任。强奸罪的认定以女性实施抵抗行为为核心特征,其潜台词是单凭言语不能认定女性的真实意图,女性可能存在“口不对心”“半推半就”的情形。因此,“合理抵抗”被许多学者所批评,认为其依然是源于对于女性话语的不信任和轻视。^⑤而采用“否定性同意”规则坚持了女性的意志不需要通过身体抵抗来实

① 参见浙江省金华市婺城区人民法院(2018)浙0702刑初242号刑事判决书。

② 参见阮齐林:《刑法学》,中国政法大学出版社2010年版,第136页。

③ 参见林霞虹:《女人不同意就是强奸》,《广州日报》2012年4月12日。

④ See Cassia Spohn & Julie Horney, Rape Law Reform, Plenum Press, 1992, p.1231.

⑤ See Susan Estrich, Rape, 95 Yale Law Journal, 1088(1986).

现的观念,体现了对女性的尊重和信任,更符合现代刑法的理念。

随着性自主权法益应受到全面保护的观念日益受到重视,由“否定性同意”规则发展而来的“肯定性同意”规则逐渐被英美法系国家的立法机关和理论界所认可,即在被害人自由的、肯定性的对性行为的同意表示时,同被害人进行的性行为都应当被认定为“缺乏被害人同意”,成立强奸罪。“肯定性同意”规则起源于对强奸罪中关于“被害人沉默”该如何认定问题的回应。在许多强奸犯罪案件中,被告人会使被害人陷入恐惧,既不敢用言语拒绝也不敢进行抵抗,无法通过积极的行为表达自己的真实意愿。一些学者提出,沉默实际上就是一种不同意,鉴于性权利的私密性和重要性,应当承认沉默意味着不同意,由此逐步确立了“肯定性同意”规则。^①美国密歇根州在1974年最早确立了部分强奸犯罪适用“肯定性同意”规则;^②随后,英国的《性犯罪法》亦规定,只要证明性行为客观上缺乏被害人同意,强奸罪即可成立,不再要求行为人利用暴力、胁迫等特定手段,也不要求被害人做出抵抗、言词拒绝等特定回应;^③南非于2007年正式确立了“肯定性同意”规则,规定强奸罪是未经女性同意,故意进行性交的行为,而同意必须以语言或行为表示出来。^④

(2)大陆法系国家从“合理抵抗”规则向“否定性同意”规则的集体转向

在英美法系国家还在坚守“最大抵抗”规则时,大陆法系国家普遍在20世纪初就确立了“合理抵抗”规则,但20世纪70年代英美法系国家进行强奸罪立法变革后,大陆法系国家却没有及时跟进,无论是理论研究还是立法规定都出现了一定的滞后。

不可忽视的是,大陆法系的不少国家近年来也开始向“否定性同意”规则集体转向。例如,长期以来,德国规定强奸罪的成立要求行为人使用暴力,或使用对身体或生命有现实危险的胁迫,或者利用被害人无保护的状态。^⑤然而,2014年德国妇女协会咨询中心调查了107起性侵害案例,在这些案例中被害人都明确向性侵人表示了不同意进行性行为的意思,但仅有10起案例被定罪,其他案件都由于性侵人所实施的暴力或胁迫程度不足而无法定罪。^⑥德国理论界和立法界对强奸罪所持的保守态度,引发了德国民众的极大不满。因此,2016年7月,德国对强奸罪的立法进行了重大修正,成立强奸罪不再需要暴力、胁迫或处于危险状态,只要被害人明确提出否定表示,就可以成立强奸罪。这实质上是全面引入了英美法系国家的“否定性同意”规则。^⑦而法国新的《反性暴力及性歧视法》也对成立强奸罪的暴力、胁迫条件进行了修正,对性行为的否定替代了对行为手段的考查,成为强奸罪认定

① See John Kaplan, Robert Weisberg, Guyora Binder, *Criminal Law: Cases and Materials*, Aspen Publishers Press, 2004, pp.930—934.

② See Charles W. Dean & Mary D. Bruyn—Kops, *The Crime and the Consequences of Rape*, Thomas Press, 1982, p. 23.

③ 参见[英]鲁珀特·克罗斯、[英]菲利普·A·琼斯:《英国刑法导论》,赵秉志等译,中国人民大学出版社1991年版,第184页。

④ See Charnelle Vander Bijl, Philip N. S. Rumney, *Attitudes, Rape and Law Reform in South Africa*, 73 *The Journal of Criminal Law*, 840(2009).

⑤ 参见《德国刑法典》,冯军译,中国政法大学出版社2000年版,第114页。

⑥ See BBC News: *Germany Rape Law: No Means No Law Passed*, <http://www.bbc.com/news/world-europe-36726095>, 2018—10—12.

⑦ See Kate Connolly, *Germany Toughens Rape Laws After New Year's Eve Attacks in Cologne*, <https://www.theguardian.com/world/2016/jul/07/german-mps-back-stricter-rape-laws-after-cologne-attacks>, 2019—03—08.

规则的核心,这显然也借鉴了英美法系国家的“否定性同意”规则。^①近百年来,日本刑法都要求强奸罪的成立必须有暴力或胁迫,^②而2017年日本刑法对强奸罪的成立进行了重大修正,不仅实现了强奸罪的“中性化”,并在一定程度上突破了暴力和胁迫规则,规定在犯罪对象为未成年人时,强奸罪的成立无需暴力和胁迫。^③

2.本土化的“肯定性同意”规则之提倡

随着社会的发展,性权利被不断赋予新的内容,原有的关于强奸罪的理论更新在所难免,这一点是大陆法系国家和英美法系国家的共识,而英美法系国家由于具有实用主义的研究传统,因此其对社会公众的回应更加迅速,强奸罪立法的改革也更为明显。而具体到我国强奸罪立法的完善,在确立以“缺乏被害人同意”为强奸罪的核心特征后,未来我国关于强奸罪的认定规则应当如何选择?

根据上文的样本统计,“合理抵抗”“否定性同意”和“肯定性同意”3种认定规则在我国惩治强奸罪的司法认定实践中都有所体现。笔者认为,“肯定性同意”规则应成为我国的最优选择。首先,“肯定性同意”规则同“缺乏被害人同意”的核心特征最为契合。“肯定性同意”的本质是合法性行为的发生必须有肯定性语言或行为的存在,而这也是“同意”最为直观、明确的表现。相比之下,“否定性同意”规则扩大并且模糊了“同意”的外在表现,并且无法排除被害人沉默背后的实质性“不同意”风险。其次,“肯定性同意”规则是充分尊重和保障性自主权的表现。“肯定性同意”要求与他人发生性行为之前必须获得他人的明确授权;而“否定性同意”则在一定程度上同“合理抵抗”一样,都是他人性自主权被未经许可侵犯后,要求被害人必须实施特定的行为,刑法才能予以保护。相较于刑法对其他权利的保护,在此类规则下性自主权的保护将明显被弱化,实质上依然是对性自主权的忽视。

虽然我国关于强奸罪的认定规则从“被害人差异化抗拒表现”转变到“肯定性同意”是一个巨大的进步,但是在大陆法系国家普遍选择“否定性同意”规则的背景下,我国直接同英美法系国家最新的标准接轨是否可行引发了部分学者的忧虑。^④对此,笔者认为,在个罪领域,大陆法系国家和英美法系国家并不存在明显的理论鸿沟。英美法系国家的刑法学理论在整体上虽没有大陆法系国家的刑法学理论严密,但就强奸罪而言,围绕其进行的理论阐述和争论,在广度和深度上都丝毫不亚于大陆法系国家。因此,我国直接借鉴英美法系国家的刑法学理论并无不可。

进一步而言,“肯定性同意”规则是否会陷入理论上合理但实践起来困难的尴尬?德国学界对“肯定性同意”规则的批判主要基于两点理由:其一,认为“肯定性同意”甚至“否定性同意”规则的引入,都会引发对性自主权的过度保护;其二,认为“肯定性同意”规则的引入,对于摆脱德国强奸罪定罪率低下的司法困境并无现实意义。^⑤

关于第一个批判理由,笔者认为,对特定法益的保护程度取决于法益的重要程度——法益受到侵害后对法益主体的危害程度。由于大陆法系国家长期坚持强奸罪的成立应有暴力和抵抗的传统认知,因此对强奸罪侵害的法益,更多的关注于被害人的身体健康伤害和人身自由侵害,而非被害人性

① See Agence France, French Law in Dock Over Age of Consent, China Daily, 17 Nov. 2017.

② 参见[日]大谷实:《刑法各论》,冯军译,中国人民大学出版社2008年版,第106页。

③ 参见邢晓婧:《日本新刑法:强奸男性入罪》,《环球时报》2017年3月8日。

④ 参见周子实:《强奸罪入罪模式的比较研究——以德国〈刑法典〉第177条最新修正为视角》,《比较法研究》2018年第1期。

⑤ Vgl. Thomas Fischer, Sexuelle Nötigung: Schutzlücken oder Schutzlücken — Fantasien?, StraFo Press, 2014, SS. 485—493.

尊严被侵害导致的心理损害。我国也有学者提出,当今社会对性的态度更为开放,因此强奸行为的实质危害性降低,应当转为亲告罪更为合理。^①然而,正是由于性自主意识的觉醒,才使社会普遍将性自主权视为人格尊严的基本内容。性自主权受到侵犯后,最大的危害不再是体现传统“贞操”观念的被害人名誉外部评价降低,而是被害人的人格尊严受到损害。根据美国研究机构统计,性犯罪被害人自杀倾向是正常水平的4倍、创伤综合征是正常水平的6倍,酗酒及药物滥用是正常水平的22倍。^②而根据我国学者的调查,性侵害犯罪被害人群体自杀倾向和高度抑郁症,是正常水平的3倍以上。^③上述这些严重的心理损害后果,显然是其他普通犯罪难以达到的。因此,随着社会性自主权意识的觉醒,性自主权的人格尊严属性凸显,从实质上提升了设立强奸罪保护法益的重要程度,采用更有利于性自主权保护的认定规则,不能被视为过度刑法保护。

关于第二个批判理由,笔者认为,“肯定性同意”规则可以有效解决司法实践中强奸罪难以定罪的问题。其一,从规则外延看,“肯定性同意”规则并非排斥“合理抵抗”和“否定性同意”,在性行为存在合理抵抗或被害人否定的情形下,根据“肯定性同意”规则同样成立强奸罪。其二,从规则的证据要求看,“肯定性同意”规则使强奸罪被告人在进行“被害人系自愿”的辩解时,必须说明被害人是如何明确表示“同意”的细节。这实质上是强化了对被告人辩解可信性的考查。其三,从规则的实践效果看,最早采用“肯定性同意”规则的美国,在认定规则改革后,对强奸罪的报案率和定罪率进行了长期的跟踪性统计。统计结果显示,经过一段时间的积淀,采用新规则的州,不仅强奸犯罪的定罪率发生了明显改变,而且报案率亦大幅增加,^④而美国理论界之前担忧的新规则下强奸罪诬告增加的现象并未出现。^⑤

综上所述,将“肯定性同意”规则作为我国认定强奸罪的新规则并不会产生“水土不服”的问题。实际上,尽管“肯定性同意”规则未被我国刑法学界普遍认可,更没有司法解释予以明确,但是我国基层司法机关已经开始自行探索适用。^⑥然而,这种“司法能动性”虽值得肯定,但亦会破坏我国的司法统一性。因此,吸收司法机关有益尝试的经验,规定以“缺乏被害人同意”核心特征为基础的“肯定性同意”规则,是解决当前我国关于强奸罪司法认定面临的问题的最优选择。

责任编辑 田国宝

① 参见张蓉:《对强奸罪应否作为亲告罪的思考》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2008年第1期。

② See Rape, Abuse & Incest National Network, Effects of Sexual Violence, <https://www.rainn.org/effects-sexual-violence>, 2018-12-03.

③ 参见王向贤、方刚、李洪涛:《中国性别暴力与男性气质研究》, <https://wenku.baidu.com/view/dd68ab97856a561252d36fe8.html>, 2018-10-12.

④ See Stacy Futter, Walter R. Mebane, Jr., The Effects of Rape Law Reform on Rape Case Processing, 16 Berkeley Women's Law Journal, 72(2001).

⑤ See Lisak, David, Gardinier, Lori, Nicksa, Sarah C. Cote, Ashley M., False Allegations of Sexual Assault: An Analysis of Ten Years of Reported Cases, 16 Violence Against Women, 1320(2010).

⑥ 参见福建省厦门市翔安区人民法院(2016)闽0213刑初548号刑事判决书、广东省中山市第一人民法院(2017)粤2071刑初2498号刑事判决书。