

强奸罪的本质特征与立法模式之反思^{*}

魏汉涛

内容提要:受女权运动的影响,绝大多数英美法系国家将以“暴力为基础”的强奸罪立法模式转变为以“不同意为基础”的强奸罪立法模式。在这一背景下,我国刑法理论中有关强奸罪本质特征的强制手段说、违背妇女意志说、强制手段加违背妇女意志说等几种观点都不合时宜,我国《刑法》保留以“暴力为基础”的传统强奸罪立法模式正面临着挑战。采纳以“不同意为基础”的强奸罪立法模式是世界的潮流,将“未经被害人同意”作为强奸罪的本质特征是时代的要求。关于强奸罪中同意的认定方式,西方存在肯定模式、否定模式和协商模式,但只有肯定模式反映了权利行使的特点,体现了对性自主权的充分尊重,应为我国所借鉴。

关键词:强奸 暴力 不同意为基础 被害人同意 协商模式

魏汉涛,昆明理工大学法学院讲师。

关于强奸罪的本质特征,我国刑法理论界存在强制手段说、违背妇女意志说、强制手段加违背妇女意志说等几种观点。晚近以来,受女权运动的影响,世界范围内都在对强奸罪进行改革,绝大多数英美法系国家将以“暴力为基础”的传统强奸罪立法模式转变为以“不同意为基础”的强奸罪立法模式,不再要求行为人使用暴力、胁迫,也不要求被害人尽其所能地抵抗。在这种背景下,我国学者有关于强奸罪本质特征的各种观点都值得商榷,我国《刑法》仍然沿袭以“暴力为基础”的传统强奸罪立法模式也值得反思。在笔者看来,我国应采纳以“不同意为基础”的强奸罪立法模式,将“未经被害人同意”作为强奸罪的本质特征,强奸罪的成立不再要求使用“暴力、胁迫或其他方法”为必要条件,这不仅是顺应国际发展趋势的需要,而且是使同意理论在所有有关私人法益的犯罪中保持统一的需要,更是充分尊重性自主权的需要。

一 关于强奸罪本质特征之学说

(一)我国学者关于强奸罪本质特征的主要观点

强奸罪是最古老的犯罪之一,美国学者埃斯蒂奇(Estrich)将传统强奸罪的特征概括为,

^{*} 基金项目:本文系本人主持的教育部人文社会科学基金青年项目“刑法从宽制度研究”(12XJC820001)的阶段性成果。

“从犯罪人看来,他以突然袭击的方式侵害毫无防备的被害女性;他和被害人互不相识;他经常会在被害人毫无防备的情况下携带器械从暗处攻击。从被害人来讲,她完全是无辜的,没有任何理由责备她;这类被害女性不是年纪太轻就是年纪太大,要不就是欠缺这方面的经验,为此,她在吸引加害人注意和引发其欲望上没有任何责任;在施害过程中,被害女性作出一些绝不会被指责的‘有益’行为,即便面对生命危险,她也敢于尽其所能反抗,结果在无效的反抗中遭受更严重的身体伤害;目击证人会目睹到部分反抗过程并听到被害女性的呼救声,这也会在一定程度上证实上述说法;被害女性一旦逃离魔爪,她会在第一时间向警方报告。”〔1〕可能正是基于对强奸罪的这种传统认识,加之我国刑法的明确规定,我国学者对强奸罪的本质特征提出了以下几种观点。

1. “强制手段”说。这种观点是我国刑法理论的传统观点。持该观点的学者主张,手段的强制性是强奸罪的本质特征,因为我国《刑法》第236条只规定了“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女”,没有规定“违背妇女意志”这一要件。另外,我国有少数学者表面上赞成“违背妇女意志”是强奸罪的本质特征,但实质上是持强制手段论。有论者认为:行为是否违反妇女意愿,要结合客观事实进行判断,行为人在强奸被害人以前必须展现其暴力、胁迫、其他方法,迫使被害人就范,才能认定行为人违反妇女的意志实施奸淫。如果不以暴力、胁迫为前提,即使“违背妇女意志”也不构成本罪。不仅如此,对“违背妇女意志”的判断一般要以妇女反抗为根据,妇女可以反抗,且反抗能够起到一定作用,但不反抗,甚至为行为人实施性行为提供各种方便的,则不“违背妇女意志”,不构成强奸罪。〔2〕不难发现,在有些论者看来,不是“违背妇女意志”,而是“强制手段”是强奸罪的本质特征,因为他们主张,如果不以暴力、胁迫为前提,以及妇女没有反抗,就不构成“违背妇女意志”,也就不构成本罪。

2. “违背妇女意志”说。这种观点是我国刑法界多年流行的观点。持这种观点的学者认为:“不论行为人采用暴力、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,就应认定为强奸罪。”〔3〕还有人认为,“性交行为是否‘违背妇女意志’,成为是否侵犯妇女的性的自己决定权或性自主权的表征,从而成为认定强奸罪成立与否的关键。”〔4〕

3. “违背妇女意志加强制手段”说。这种观点是我国刑法界当前的主流观点。持该观点的学者认为,“违背妇女意志”和“采取暴力、胁迫”等手段,是强奸罪本质特征的两个不可分割的组成部分。“违背妇女意志”是强奸罪的实质,对被害妇女人身、精神的强制性行为,是其实质的外部表现。认定强奸罪必须将两者有机地结合起来。〔5〕

(二)三种观点之评析

在笔者看来,上述三种观点都存在问题,强奸罪的本质特征既不是“强制手段”,也不是“违背妇女意志”,更不是“强制手段加违背妇女意志”。具体理由如下:

“强制手段”不宜作为强奸罪的本质特征。首先,不使用强制手段也可以构成强奸罪。实践中发生的冒充她人丈夫或情人骗奸的行为,行为人没有使用暴力,被害人也没有反抗,

〔1〕 [美]安德鲁·卡曼:《犯罪被害人学导论》(第6版),李伟等译,北京大学出版社2010年版,第296-297页。

〔2〕 周光权:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第20-21页。

〔3〕 转引自王文生:《强奸罪判解研究》,人民法院出版社2005年版,第151页。

〔4〕 胡东飞、秦红:《违背妇女意志是强奸罪的本质特征》,《政治与法律》2008年第3期。

〔5〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第4版),北京大学出版社2010年版,第522页。

但中外刑法理论几乎一致认为成立强奸罪。再如与幼女、精神病患者发生性关系,即使未使用强制手段,毫无疑问也应以强奸罪论处。简言之,“强制手段”说不能囊括强奸罪的所有手段行为,采用强制手段实施强奸只是强奸罪的一种类型。其次,即使使用强制手段也不一定构成强奸罪。受虐狂偏爱在被他人虐待状况下发生性关系。如果这种人事先同意对方采取暴力方式与其发生性关系,且对方果真依同意人的意思采用暴力强行性交,自然不能以强奸罪论处,因为这种暴力和性都是事先取得对方同意的。再次,强制手段说容易放纵犯罪。有的妇女由于受作案时间、地点、周围环境等客观条件的限制,或由于被害人当时特殊精神状态的影响,处于不敢反抗或不知反抗的状态,行为人不需使用强制手段就可实现发生性关系的目的。最后,强制手段说仅停留于现象层面,没有透过现象揭示本质。本质比现象深刻、单纯,现象则比本质丰富、生动,透过现象把握其本质是科学的基本任务之一。就强奸罪而言,采取强制手段实施奸淫是强奸罪最主要的表象,但不是强奸罪的本质。要揭示强奸罪的本质,需要对强奸罪的各种现象进行抽象、概括、总结。尽管“暴力、胁迫及其他方法”是强奸行为表现出来的最普遍、最重要的现象之一,但它们毕竟是现象,不是本质,我们不能用最普遍、最重要的现象来代替本质。“强制手段”说由于没有揭示强奸罪的本质,而是将强奸行为的主要手段等同于强奸罪的本质,所以这种学说不是认定强奸罪的关键,不足为取。

“违背妇女意志”也不宜作为强奸罪的本质特征。第一,这种观点混淆了此罪与彼罪的界限。本质特征是一事物区别于另一事物的特征。“违背妇女意志”的性交并非强奸罪所独有,有些犯罪中的性交也“违背妇女意志”。例如,我国《刑法》第 358 条规定的强迫卖淫罪,该条第 1 款第 4 项将“强奸后迫使卖淫的”作为强迫妇女卖淫罪的法定严重情节之一。由此可知,强奸后迫使卖淫的,不构成强奸罪,仍只按强迫卖淫罪处理。很明显,在这种犯罪中行为人的奸淫行为也是“违背妇女意志”的。第二,人们经常不得不做违心的事,如果将“违背妇女意志”作为强奸罪的本质特征,每天就会有很多人构成强奸犯罪,因为每天都有很多人因为这样或那样的原因违心地同意与他人发生性关系。持“违背妇女意志”说的某些学者看到了这一问题,为修正自己的观点,提出“违背妇女意志”要达到一定的程度。^{〔6〕}但是,“违背妇女意志”达到何种程度才成立强奸罪,或者说程度的界限在那里呢?提出这种修正的学者无法给出具体的界限或标准。更言之,这种观点实际上没有可操作性。第三,在认定是否成立强奸时,“违背妇女意志”要以被害人内心的意志是否违背为标准,而不是以表现于外部的行为为标准。当表里不一、内心意志与外部表象相悖时,这种标准将给司法认定造成困难。因此,把“违背妇女意志”作为强奸罪的本质特征,易于混淆此罪与彼罪。

“违背妇女意志加强制手段”说也存在不足。这种观点不仅兼具上述两种观点的缺陷,而且会不当地缩小强奸罪的成立范围,因为这种观点要求同时具备“强制手段”和“违背妇女意志”两个条件,才能成立强奸罪。仅有“强制手段”,没有“违背妇女意志”;或者仅“违背妇女意志”,没有“强制手段”,都不构成强奸罪。于是,诸如冒充她人的丈夫骗奸,因没有使用暴力、胁迫等强制手段,依这种学说也不能以强奸罪论处。

不可否认,“暴力、胁迫及其他方法”的确是强奸行为中出现频率最高的手段,这可能是不少学者误将其作为强奸罪的本质特征的原因,或将其作为强奸罪本质特征中的重要一环的原因。在笔者看来,即使不将“暴力、胁迫或其他方法”作为强奸罪的本质特征或本质特

〔6〕 胡东飞、秦红:《违背妇女意志是强奸罪的本质特征》。

征中的重要一环,也不会因此忽视这些手段的刑法意义。事实上,“暴力、胁迫或其他方式”是反映行为人的危险性和行为社会危害性的重要情节。较之没有使用这些手段实施强奸的案件而言,这些情节说明了行为人的危险性和行为社会危害性明显较大,其行为给被害人及社会的危害也更大。从立法的角度来看,刑法完全可以将这些情节作为法定从重处罚的情节。

二 强奸罪本质特征之流变与比较

长期以来,普通法中的强奸罪由两个因素决定,一个是“强迫”;另一个是“违背妇女意志”。其中,“强迫”意味着使用暴力或以暴力相威胁;“违背妇女意志”意味着妇女不同意与其性交,通常要求被害人尽其所能地反抗,以表达不同意。尽管后来一些法院扩大了暴力的范围,将胁迫也解释为暴力,并不再要求被害人尽其所能地反抗,但强奸作为一种重罪,仍然要求在性交以前必须有犯罪人的暴力行为和被害人的不同意两个条件,并且法院通常将被害人的不同意解释为抵抗。然而,随着时间的流逝,西方不少学者意识到,犯罪人的暴力和被害人的抵抗这两个条件是过时的、不公平的,强奸罪的关键或核心是未经同意的性交。^[7]随着女权运动的发展和“性解放运动”的影响,这种认识上的变化渐渐从理论走向了实践。自上世纪70年代开始的强奸罪改革浪潮,关于强奸罪的本质特征的认识在大陆法系和英美法系开始分化。

在英美法系,各国逐渐放弃以“暴力为基础”的强奸罪立法模式,采取以“不同意为基础”的强奸罪立法模式。在英国,长期以来普通法上的强奸罪要求行为人使用暴力、被害人尽其所能地抵抗。学界也有观点认为,强奸必须采取暴力、胁迫或欺诈等手段,但这种认识已经过时。英国《1976年性犯罪法》(修正案)通过以后,强奸罪的传统立法模式发生了变化。该法第1条规定,倘若一个男子非法和一个妇女发生性交,而性交时该妇女是不同意的,那么,该男子就实施了强奸行为。这里未经妇女同意是强奸行为的本质特征。由于强奸罪的本质特征变更为“未经被害人同意”,检察官的任务就是证明性交时被害人没有同意。只要未取得被害人的同意,无论不同意是基于什么理由,即使没有使用暴力、胁迫或其他手段,也可能构成强奸罪。根据这一新规定,与熟睡中或是处于昏迷状态的妇女进行性交也构成强奸罪。^[8]

2001年以前的苏格兰,普通法中强奸罪要求使用暴力压制被害妇女的意志,并且要有最后抵抗的证据。但暴力的范围比较广,包括对被害妇女实施威胁、药物控制,或因被害妇女瘫痪不能反抗。由于强奸罪的成立要求使用强制,因而与熟睡中的妇女发生性关系不是强奸罪,而是“秘密伤害”罪,是一种不体面的攻击而不是强奸。^[9]2001年高等法院放弃了“违背妇女意志”这一历史观点,支持一种符合现代妇女权利观的强奸标准,即“未经女方同意而发生性交”。

[7] Philip N. S. Rumney, *The Review of Sex Offences and Rape Law Reform: Another False Dawn?* *Modern Law Review*, vol. 6, 2001, p. 898.

[8] [英]鲁伯特·克罗斯、菲利普·A.琼斯著、理查德·卡德修订:《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。

[9] Sharon Cowan, *All Change or Business as Usual?* In Clare McGlynn and Vanessa E. Munro (eds.), *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*, New York: Routledge, 2009, p. 155.

在南非,历史上的强奸罪的范围很窄,强奸行为限定为行为人必须使用身体强制或暴力压制被害妇女的抵抗,并且“未经被害人同意”必须有身体反抗的证据来证明。后来强制的范围有所扩大,将欺骗也视为强制。2007 年实施的性犯罪法对强奸罪进行了实质性修改,将强奸罪定义为,未经女方同意,非法地、故意地与其进行性交。^[10] 新法强调“性自治权”,明确要求性交必须取得对方“自愿的同意”。并且要求同意必须以行为或语言肯定地表示出来。这些规定表明,南非对强奸罪的观念发生了实质性的变化,体现了对性自治的充分尊重。

在美国,自 1776 年独立以来的相当长时期内,强奸立法一直遵循英国有关强奸罪的传统,要求行为人使用暴力,并且被害人应尽其所能地抵抗。但自 20 世纪 60 年代制定《模范刑法典》开始,美国对强奸罪的认识有所改变。从美国纽约州审判强奸案的情况来看,其执行的标准前后经历过“合理反抗”、“尽力反抗”、“认真反抗”、“不反抗”的变迁。^[11] 《模范刑法典》第 213-1 条规定,强奸罪的实施可以表现为以下几种手段:暴力;对与被害人有利关系人的施加诸如杀害、严重的身体伤害、极端的痛苦或绑架等胁迫;乘对方没有知觉时,或使用致醉药品、物品及其他消除抵抗之手段,明显减轻女子对自己行为的理解能力或控制能力;利用对方丧失意识时;与未满 10 周岁女性为性对象时,不对手段做任何限定。这一规定表明,《模范刑法典》已经放弃了被害人反抗这一要件。当前,美国各州关于强奸的立法大致可以归为三类:第一类是一些州仍然保留了传统的以“暴力为基础”的强奸立法模式。第二类是有些州采纳了《模范刑法典》的立法模式,不再要求被害人尽其所能地反抗。第三类是有些州放弃了以“暴力为基础”的强奸立法模式,采用以“不同意为基础”的强奸立法模式,不再要求使用暴力,只要未获被害人同意即可成立强奸罪。

在大陆法系国家,强奸罪也在发生变化,只不过这种变化没有英美法系那么明显。大陆法系国家不再将强奸罪的保护法益视为社会法益,而是视为私人法益,因而不少国家将强奸罪从侵犯社会风化的犯罪调整到侵犯个人人身权利的犯罪当中。但就强奸罪的本质特征而言,相对于英美法系国家,大陆法系国家的改革显得比较缓慢,许多国家仍保留了以“暴力为基础”的立法模式,要求行为人使用暴力、胁迫或其他手段。例如,《日本刑法典》第 177 条规定:“以暴行或者胁迫手段奸淫十三岁以上的女子的,是强奸罪,处二年以上有期徒刑。奸淫未满十三岁的女子的,亦同。”^[12] 再如,《法国新刑法典》第 222-223 条规定:“以暴力、强制、威胁或趁人无备,对他人施以任何性进入行为,无论其为何种性质,均为强奸罪。”^[13] 又如,《德国刑法典》第 177 条关于性的恐吓、强奸中规定的手段为:(1)使用暴力;(2)通过对身体或生命具有现实危险的威胁;(3)利用被害人被无保护地交给行为人的状况,恐吓他忍受行为人或第三人对其进行的性行为。^[14]

尽管这些立法表明,大陆法系大多数国家刑法对强奸罪基本上仍保留了以“暴力为基础”的立法模式,“强制手段”仍然是成立强奸罪必不可少的条件,但在两个方面也有所发

[10] Charnelle Van der Nijl & Philip N. S. Rumney, Attitudes, Rape and Law Reform in South Africa, *The Journal of Criminal Law*, vol. 73, 2009, p. 417.

[11] 陈如春:《论美国刑法中的强奸罪》,《刑事法学要论——跨世纪的回顾与前瞻》,法律出版社 1998 年版,第 642-643 页。

[12] [日]西田典之:《日本刑法典各论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 74 页。

[13] 《法国新刑法典》,罗结珍译,中国法制出版社 2003 年版,第 65 页。

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

展:一是20世纪80年代以后,将妇女必须对强奸行为进行抵抗才构成强奸罪的要件删除。二是对“暴力、胁迫”基本不再要求达到被害人无法抗拒的程度。大陆法系学者的认识也在发生变化,一些学者认为,强奸罪中的暴力、胁迫只要达到使被害人明显难以抗拒的程度即可。对难以抗拒的判断,应依据被害人的年龄、精神状况、健康状况、行为的时间、地点等进行综合判断,因为这样理解,既可以把强奸与通奸区别开来,又有利于保护妇女性的自主决定权。这些事实告诉我们,尽管大陆法系强奸罪的变化步子小于英美法系,但向“未经被害人同意”的方向转变是明确的。

上述比较表明,强奸罪的本质特征不是一成不变的,而是随着女权主义运动的兴起、性开放程度的发展变化、人们对强奸罪保护法益的认识的变化而发展变化。强奸罪的成立条件从最初要求使用暴力压制被害人的反抗,且被害人应尽其所能地反抗,发展到只以一定程度的暴力为必要,并将胁迫也纳入暴力的范畴,且不再要求被害人反抗,再到英美法系大多数国家采纳以“不同意为基础”的强奸成立模式,强奸罪的成立不再要求使用暴力,更不要求被害人反抗,只要在未取得被害人同意的情况下与其发生性关系,就可构成强奸罪。这些变化的动力是女权运动,实质是对性自治权的觉醒。从强奸罪本质特征的这一发展脉络我们可以得出一个基本的结论:“未经被害人同意”成为强奸罪的本质特征是一种历史的趋势。

三 “未经被害人同意”应成为强奸罪的本质特征

“被害人同意”的历史源远流长,自古就有“对自愿者,不构成侵害”的格言。“被害人同意”在英美法系和大陆法系大多情况下都是一种正当化事由。如英国刑法认为,经被害人同意的强奸、威胁、殴打和损害财产等行为不构成犯罪。在美国,对某些以“未经被害人同意”为构成要件的犯罪而言,被害人同意可以成为辩护理由。基于“被害人同意”在刑法中的意义,以及前述有关强奸罪的本质特征的流变与比较,笔者认为,中国应顺应强奸罪的发展趋势,改革现行以“暴力为基础”的立法模式,采纳以“不同意为基础”的立法模式,将“未经被害人同意”作为强奸罪的本质特征。本人之所以主张这种观点,除了前述理由外,还有以下根据。

(一)“未经被害人同意”与“违背妇女意志”是有不同内涵的概念

一般而言,被害人同意发生性关系,自然不违背其意志。反之,如果与被害人的意志相符,那么,被害人也是会同意的。正因如此,在讨论强奸罪时,不少学者将“未经被害人同意”与“违背妇女意志”进行互换使用。有学者指出,未经妇女同意即“违背妇女意志”,而未经妇女同意是强奸罪的本质特征。^[15]事实上,“未经被害人同意”与“违背妇女意志”是不同范畴的两个概念,有重大的区别,两者不能互换使用。

首先,“违背妇女意志”完全是一种思想状态,是主观的;而“被害人同意”至少要表现为行为,具有客观性。被害人完全可以在违背其意志的状态下作出同意的表示,且看一个具体案例。某山区妇女廖某的丈夫患有痼疾多年不愈,家境十分贫寒,无力就医。乡村医生施某不辞劳苦,经常翻山越岭,为廖的丈夫治病送药,终于将她的丈夫治好,夫妻双双皆大欢喜。

[15] 王文生:《强奸罪判解研究》,人民法院出版社2005年版,第156-157页。

从此,廖家夫妻对施医生感恩不尽,常因家境贫寒无物可谢而心怀不安。一日,施乘廖的丈夫不在家,提出与廖发生性关系的要求。廖本想拒绝,但又觉得有恩未报、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?可是你对我家实在有恩,我也难以一扫你的情面,愿与你共宿一次,一了百了,你再也不要到我家来了。”结果同意与施发生了性关系。^[16] 在这一案例中,廖某与施某发生性关系是违背廖某意志的,但她基于有恩未报、情面难却,还是违心地作出了同意的决定。如果以“违背被害人意志”作为强奸罪的本质特征,则施某成立强奸罪;如果以被害人同意作为强奸罪的本质特征,则施某不成立强奸罪。不难发现,如果以“违背妇女意志”作为强奸罪的本质特征,不仅司法认定比较困难,而且往往会得出错误的结论。如果以“未经被害人同意”作为强奸罪的本质特征,在没有受到暴力、胁迫的情况下,只要被害人同意性交,即使违背被害人意志,也不成立强奸罪,司法认定简单便捷。

其次,同意是一种处置权利的行为,权利只有经权利人以某种方式处置后才不存在侵犯的问题。“违背妇女意志”是一种思想状态,思想状态不能处置权利。如果被害人没有采取同意的方式处置自己的权利,即使行为人的性交行为没有违背被害人的意志,也是对被害人权利的一种侵害。例如,赵某为他的朋友王某买了一个珍贵的圣诞礼物,为给赵某一个惊喜,赵某没有将这一事实告诉王某。圣诞节前,王某到赵某宿舍串门,赵某正好不在宿舍。王某在赵某宿舍无意发现了那个礼物,并对那个礼物产生了浓厚的兴趣,爱不释手。于是,他乘机将那个礼物偷走了。在这个案例中,王某偷走赵某准备送给他的那个礼物,并没有违背赵某的意志,但王某的行为仍然侵害了赵某的所有权,因为尽管赵某本意是要将那个礼物送给王某,但他尚未将这种思想状态转化为行为,即他还没有处置该礼物,所有权仍然属于赵某。同样地,强奸罪的保护法益是性的自主决定权,当被害人没有同意性交,即没有处置她的性自主决定权时,如果行为人与其发生性关系,即使不违背她的意志,也是对被害人性自主权益的侵害。由此可知,“违背妇女意志”不能成为强奸罪的本质特征,因为思想状态没有改变权利的状态,因而不能改变对方行为的性质,只有被害人同意才彻底改变了行为人的行为的性质。

再次,将“违背妇女意志”作为强奸罪的本质特征,有性别歧视之嫌。由于男女性别特征不同,传统观念认为,女性不能独立或共同成为强奸罪的实行犯,只能成立强奸罪的教唆犯或帮助犯。但随着同性恋的出现,男性强奸男性,女性强奸女性已并不鲜见。不仅如此,随着科技的发展和性交方式的多样化,原来被认为不可能的事情正在发生变化。现在女性并非在所有场合都充当性被害者的角色,男子也并非总是扮演性侵害者的角色,女性强暴男性的事例时有发生。正因为如此,有些国家和地区放弃了传统强奸罪的概念,承认性交方式的多样性,甚至将强奸罪更改为性侵害罪。例如,美国不少州“采取性别中立,允许出现女性被告人,男性被害人”。^[17] 1998年《德国刑法典》将1975年刑法典中的“强迫妇女”修改为“强迫他人”,意味着女性可能强迫男子进行性交。^[18] 强奸罪法律规制的发展变化反映了社会关于性别角色的认识在改变,也告诫我们应摒弃“违背妇女意志”这一具有性别歧视的

[16] 陈兴良:《刑事疑案研究》,中国检察出版社1992年版,第328页。

[17] [美]阿诺德·H.洛伊:《刑法原理》(第4版),影印本,法律出版社2004年版,第63页。

[18] 梁健:《强奸犯罪比较研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第119页。

落后观念。

(二)将“未经被害人同意”作为强奸罪的本质特征,可以保持同意理论的一致性

在大陆法系,被害人同意是一种超法规的合法化事由;在英美法系,被害人同意是一种正当化的辩护事由。在侵犯财产、人身、性等个人法益的犯罪中,在法律允许的范围内,只要被害人同意了,就可以进行正当化辩护。与此相应,只有将强奸罪的本质特征解释为“未经被害人同意”,才能将同意理论贯穿于所有个人法益的犯罪。如上所述,由于“违背妇女意志”与“未经被害人同意”不是同一内涵的概念,不违背被害人的意志或符合被害人的意志并不意味着被害人同意,如果将强奸罪的本质特征解释为“违背妇女意志”,把不违背(符合)被害人的意志也作为一种正当化事由,于是就出现了不违背(符合)被害人意志和被害人同意两种正当化事由,那么这两种正当化事由是什么关系呢?事实上,学者经常将“违背妇女意志”与“未经被害人同意”进行互换,表明他们所谓的“违背妇女意志”实质上就是“未经被害人同意”,但他们实际上没有认识到“违背妇女意志”与“被害人同意”之间是有区别的。

四 强奸罪中“同意”的认定模式

(一)“同意”的内涵

关于何为“同意”,理论上存在不同的认识。一些学者认为,同意是一种精神状态。^[19]根据这种同意观,表现于外部的行为(传递同意)可能与行为人真实的思想状态不一致。一个人可以在不作出任何同意表示的情况下同意,也可以在实际不同意的情况下通过某种行为表示同意。另一些学者认为,同意是一种行为。英国兰开斯特大学教授阿奇德(Archard)指出:“同意是一种行为而不是一种思想状态,同意是我的行为而不是我的想法或感觉”^[20]。依据这种同意观,除非一个人作出了同意的表示(语言或行为),他就是不同意,这是因为同意只能以客观行为方式表现出来。很明显,纯粹的精神状态的同意观与纯粹的客观行为的同意观是相互排斥的。但哈萨克和汤姆斯认为,同意不可能单纯是一种行为,也不可能纯粹是一种精神状态,恰当地理解是,同意既包含精神因素又包含行为因素。没有同意的意思表示,或缺乏精神状态上的同意,就不成立同意。^[21]在笔者看来,同意首先必须是一种行为,只有表现于外部的客观行为才能为他人所感知,才具有确定性。同时,同意还必须伴有相应的思想状态。否则,因受胁迫、欺骗作出的同意,以及没有刑事责任能力者作出的同意就都是有效的同意了。至于违心的同意是否是有效的同意,要区分违心的原因是基于压力还是胁迫而定。如果是由于压力作出违心的同意,则同意仍是同意人的真实意思表示,同意是有效的;如果是由于胁迫作出的同意,则同意不是同意人的真实意思表示,同意是无效的。

被害人同意作为一种辩护事由,保护的核心价值是西方社会个人自治的自由理念。这种价值在性犯罪中表现为性自治,在财产犯罪中表现为个人对自己财产的自治,在伤害罪中

[19] Heidi Hurd, *The Moral magic Of Consent*, *Legal Theory*, vol.2, 1996, p. 121.

[20] David Archard, *Sexual Consent*, Boulder: West view Press, 1998, p. 4.

[21] Douglas N. Husak & George C. Thomas III, *Rapes Without Rapists: Consent and Reasonable Mistake*. *Social, Political and Legal Philosophy*, vol. 11, 2001, pp. 91 - 92.

表现为身体自治。自治有积极和消极两个方面的含义,自治的积极方面是指在与他人的关系中自由地处置自己可以支配的权利或法益;自治的消极方面是指行为人有权拒绝。在性自治中如何平衡自治的积极方面与消极方面特别重要,因而在设定同意标准时应特别谨慎,因为如果同意的标准设定得过窄或过高,可能会牺牲积极的自治;反之亦然。^[22] 性自治与财产自治明显是两种不同性质的自治,同意的标准应有所差别。在英国《2003 年性犯罪法》通过以前,在财产犯罪、性犯罪和针对身体的非致命伤害犯罪中,同意具有相同的含义或适用同样的标准,只要行为人诚实地相信对方是同意的,即使这种相信是不合理的,也应免除行为人的责任。但《2003 年性犯罪法》第 74 条对性犯罪中的同意给出了明确的定义,“只有一个有判断能力的人自由地选择同意,才是真实有效的同意。”至此,在非致命的人身伤害犯罪、财产犯罪和性犯罪中,适用不同的同意标准,或者说同意在这三类犯罪中具有不同的含义。

被害人同意与被害人承诺不是同一概念。在我国刑法理论中,这两个概念在绝大多数论著中经常被互换使用。事实上,这两个概念存在细微的差别,有时不能互换使用。被害人同意是英美法中的一种合法辩护事由,其理论根基是个人权利的自治观念,一个人可以自由地处分自己可以支配的法益。被害人承诺是大陆法系普遍适用的一个概念,我国刑法中的被害人承诺也是从大陆法系移植过来的。以前,在大陆法系被害人承诺一直是一种超法规的违法阻却事由。至于与构成要件相关的承诺,并不是纯正意义上的承诺。“真正的”承诺仅限于违法层面。至上世纪 80 年代,德国学者格尔茨提出的区分阻却构成要件该当性的“E inverstaendnis”与阻却违法性的“E inw illigung”的“二元论”成为通说后,被害人同意在不同犯罪中所起的作用不同。在强奸罪、侮辱罪、非法侵入住宅罪等大多数犯罪中,由于违背被害人的意思是这些犯罪的构成要件要素,被害人没有同意,行为人的行为就不符合构成要件,被害人同意就阻却构成要件的该当性;在故意伤害罪和毁坏财物罪等少数犯罪中,被害人同意是阻却违法性。台湾和日本学者接受“二元论”的时候,对阻却违法的“E inw illigung”仍然保留“被害人承诺”的译法,而对阻却构成要件该当性的“E inverstaendnis”则译为“被害人同意”。^[23] 简言之,当前,在大陆法系被害人同意是指阻却构成要件该当性的事由,被害人承诺是阻却违法性的事由。由于英美法系的犯罪构成体系与大陆法系的犯罪构成体系不同,英美法系未做这样的区分,一概称为被害人同意。

(二)英美法系认定被害人同意的三种模式

既然强奸罪的本质特征是“未经被害人同意”,要认定强奸罪必须证明被害人对性交不同意或未获被害人同意,那么如何认定“未经被害人同意”呢? 由于对同意很难下一个确切的定义,尤其是当被害人对性交处于矛盾心理时,如何认定就更加困难。西方学者对强奸罪中同意的认定提出了三种模式:一是否定模式;二是肯定模式;三是协商模式。

1. 否定模式

否定模式由埃斯蒂奇教授倡导。否定模式先假定被害人同意性交,如果被害人没有说“不”,也没有其他证据表明被害人不同意,那么被害人就是同意性交。埃斯蒂奇教授指出,如果被害人对性交说“不”,行为人就应对性交行为承担刑事责任。当妇女说“不”时,刑事

[22] V. Tadros, *The System of the Criminal Law*, *Legal Studies*, vol. 3, 2002, pp. 448, 449.

[23] 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。

责任的起点应当至少包括非传统观念的强奸行为。^[24] 美国圣迭戈大学椎普斯(Dripps)教授也是这种模式的支持者。他认为,应将强奸罪定义为与没有意识、精神缺陷者发生性关系,以及行为人在知道对方拒绝的情况下与其发生性关系,或随后没有明确取消这种拒绝的人发生性关系。^[25] 椎普斯教授这样定义的目的在于强调,与一个说“不”的人发生性关系就是强奸。否定模式关注于被害人拒绝性交的语言,除非行为人使用暴力,或被害人没有意识、精神缺陷,在发生性关系以前被害人必须表示拒绝,否则就不是强奸罪。因此,在否定模式下,性交是合法的,除非妇女有身体上或语言上的抵抗。^[26] 在澳大利亚的强奸法改革中,有一种改革方向就是采纳否定模式。

2. 肯定模式

肯定模式由美国芝加哥大学舒尔霍弗(Schulhofer)教授倡导。肯定模式先假定被害人不同意,除非被害人说“同意”,或用身体语言表示同意,被害人就是不同意性交。舒尔霍弗主张对性滥用进行犯罪化,他将强奸罪定义为,“当行为人知道自己没有取得对方同意而与其发生性关系。”他进一步指出,“同意是指以语言或行为的方式肯定性的、自由地许可性交。”^[27] 因而,在肯定模式下,性交是非法的,除非妇女采用语言或行为的方式许可性交。舒尔霍弗解释说:“刑事责任的标准必须从要求明确反对(否定模式)转移,替代为男人必须取得另一方愿意参与性交的肯定性表示。只有一个人能以语言或行为清楚地表达他的选择,她控制自己性的权利才能得到尊重。”^[28] 如果另一方没有明确表示不愿意,但她的沉默伴有情意缠绵的吻、拥抱和性接触,就可以合情合理地推断为事实上愿意。

加拿大刑法基本采纳了肯定模式。《加拿大刑法典》第 273 - 1 条规定,有下列行为即为未获同意:是他人而非原告以语言或行为表示同意;原告无行为能力同意该活动;被告人利用信任、权利引诱原告从事该活动;已同意从事性活动的原告以语言或行为表示不同意继续该活动。^[29] 在一个重要的判决中,加拿大最高法院详述了性同意的标准,表示只有明确表示“同意”才意味着同意。“暗示的同意”不能视为同意,并将性攻击的犯罪定义为未经同意的性接触。加拿大最高法院强调,同意必须是积极的,并认为:“不仅被告人知道对方本质上不同意时,性侵害的犯意成立,而且当被告人知道对方没有表示同意时,性侵害的犯意也能成立。”^[30] 沉默和模糊的行为不构成同意。这些表明,加拿大的法律已经从假定妇女存在同意转移到假定妇女不同意,仅在取得被害人明确同意的情况下,同意才存在。

3. 协商模式

协商模式由美国安德森(Anderson)教授倡导。安德森认为,应该消除同意这一条件,将

[24] Susan Estrich, *Real Rape*, Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 103.

[25] Donald A. Dripps, *Beyond rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent*, *Colum. L. Rev.*, vol. 92, 1992, pp. 1780, 1807.

[26] Michelle J. Anderson, *Rape Law Reform Based on Negotiation Beyond the No and Yes Model*. In Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey and Kimberly Kessler Ferzan(eds.), *Criminal Law Conversations*, York New: Oxford University, 2009, p. 296.

[27] Stephen J. Schulhofer, *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998, p. 283.

[28] Stephen J. Schulhofer, *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998, pp. 272 - 273.

[29] 《加拿大刑法典》,卞建林译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 388 页。

[30] S. Ruparella, *Does “No” Mean Reasonable Doubt: Assessing the Impact of Ewanchuk on Determination of Consent*, *Canadian Woman Studies*, vol. 25, 2006, pp. 45, 167.

协商作为强奸罪的重心,要求在进行性交以前,行为人必须与他/她的伙伴进行商讨。^[31] 有关性交的协商强调双方相互磋商,涉及到双方交换性交的观念。这种模式寻求使性伙伴之间性交的意图、渴望、界限的共同性最大化。与肯定模式不同的是,协商模式对性伙伴之间就是否取得了对方的同意科以平等的责任,不管性伙伴的性别与性倾向如何。有关性交的商讨必须是具体的,且绝大多数必须以语言的形式,但并不要求是正式的。如果双方就渴望的行为已经形成了一种习惯的协商方式,那么这种方式也可以成立协商。但无论如何,沉默不能算是充分的协商。在性关系发生以前,双方必须有一个交流的过程——用语言讨论他们想要做什么。双方之间的协商是动态的和积极的,协议可以随时根据变化了的情况修改。在达成协议并从事性交过程中,如果一方改变主意不同意性交,另一方必须立即停止。这样,协商模式吸收了否定模式和肯定模式的重要部分——语言拒绝的重要性。

根据协商模式,法律可以把强奸定义为,如果行为人未能与对方进行协商并达成一致,就从事性交行为。其中的协商应限定为开放式的讨论,在此过程中双方自由的、自愿地达成性交的协议。并且,协商必须以语言的形式,除非双方已经建立了一种习惯性的非语言方式,且通过这种方式一方可以确定无疑地理解另一方的非语言行为是否表达她自由的、自愿的同意。暴力、胁迫、欺骗通常是未协商的证据。^[32]

苏格兰 2009 年通过的强奸罪新法案在如何界定同意的问题上,基本采纳了协商模式。该法案对强奸罪进行了重大修改,在第 12 条将同意定义为“自由的协议”,要求双方在意志自由,且有能力作出选择的情况下达成协议,并列出了没有达成自由协议的情况,如使用暴力、威胁、被害人遭到非法扣押等。该法案第 14 条第 2 款还规定,当一个人因睡眠或没有意识不能同意时,不能成立有效的同意。美国华盛顿州刑法也采纳了协商模式,该州刑法将同意定义为:“在发生性关系时或性接触时,有语言或行为确实表明,同意性交或性接触的协议已经达成。”^[33]

(三) 同意认定模式之评析

否定模式是存在一定问题的。

首先,否定模式没有考虑被害人的特殊心理、生理反应。心理学研究表明,在伤害事件中,个体易于出现两种反应:一种是精神瘫痪,另一种是精神超脱。当遭受严重侵害时,一部分人的心理或生理反应是精神瘫痪。面对极度紧张的性攻击,不少受害人表现出“鹿见头灯”效应,精神陷入瘫痪状态,不知所措,任由犯罪人摆布。一项研究发现,88% 的孩子和 75% 的成年人在遭受性攻击时经历过从轻度到高度不等的精神瘫痪。^[34] 精神超脱是指当遭受极度危难时,被害人的神经系统可能受到完全压制。在这一过程中,一个人的精神可能从他的身体中分离出来,作为逃避伤害感的一种适应方式。“一个人可能感到,这一事件好像不是发生在她身上,好像她正从自己的身体之外观察自己。这个经历就如同夜晚突然惊醒时记得的一场噩梦,这些知觉上的变化包含了情感冷漠、精神超脱、放弃所有主动权、反抗

[31] Michelle J. Anderson, Rape Law Reform Based on Negotiation Beyond the No and Yes Model, p. 299.

[32] Michelle J. Anderson, Rape Law Reform Based on Negotiation Beyond the No and Yes Model, p. 301.

[33] Philip N. S. Rumney, The Review of Sex Offences and Rape Law Reform: Another False Dawn? p. 899.

[34] Michelle J. Anderson, Rape Law Reform Based on Negotiation Beyond the No and Yes Model, p. 297.

的精神钝化等。^[35] 当被害妇女遭受精神瘫痪或精神超脱时,她不会表示拒绝,但明显是不同意的。依据否定模式,这种情形则推定被害人同意,因为处于这种反应状态下的被害人太震惊了,以至不能说“不”;或者她已从自己的身体中超脱了,不知道拒绝,因而行为人与其发生性关系不成立强奸罪。由此可知,依据这种模式得出的结论往往与被害人的真实意思不一致。

其次,否定模式脱离社会现实。法律应努力反映社会现实,闭门造车式的思辨往往会超脱现实,不是基于经验调查设定的同意标准,可能使许多实际上同意性交的表示被排除在外,也有可能使实际上不是同意性交的表示被强制视为同意性交,从而使依据法律认定的同意背离被害人的真实意图。更言之,脱离实际提出的理想模式,听起来很悦耳,但可能是中听不中用的花架子,与实际相距甚远。因之,在设定强奸罪的同意标准时,实证调查是必要的。由于受中国传统文化的影响,性问题一直是讨论的禁区,很少有这方面的调查,而西方关于性交方面的调查比较多。西方有很多研究表明,请求性交和同意性交通常都不是以语言的方式来表达的。一项有关婚姻中性的研究发现,60%的受访者使用非语言的方式表达性交的请求。^[36] 澳大利亚的一项研究显示,几乎所有的受访者都使用间接的、非语言的方式鼓励性活动。具体而言,93%的女性采取不阻止对方的方式鼓励性交,只有39%的女性表示,她们一开始就提出了明确的性要求。^[37] 加拿大的一项研究也发现,女性更愿意用间接方式传递同意性交的明确信号,只有26%的女性选择采用“明确语言”的方式传递同意性交的意思。^[38] 更重要的是,用非语言的方式表示拒绝更为普遍。在许多情况下,人们采用阻止或简单地不配合来拒绝性交的请求。加拿大的研究显示,只有48%的妇女采用说“不”的方式作为不同意性交的最重要方式,还有5%的妇女通过哭喊、尖叫、吼叫的方式拒绝性交。^[39] 这些研究表明,现实生活中有很大一部分人在不同意发生性关系时,她们没有说“不”,也没有采用其他方式明确反抗。依据否定模式,却可以得出她们同意性交的结论。

最后,这种模式将阻止性交的负担放在女性一方,不适当地为被害人增加了义务。许多研究表明,当女性没有性交意图时,男人倾向于将女性的身体语言误解为有意发生性关系。而女性对男性的身体语言和性意图的理解更为准确、合理。否定模式忽略了男人易于对女性身体语言产生误解的实际,因为这种模式将阻止性交的负担放在女性一方,这是不恰当的。

协商模式也受到了批判,对这种模式的批判主要集中在四个方面。其一,强奸罪是一等的重罪,将受到极其严厉的处罚。按照协商模式,强奸罪可能由不合理的错误引起,因而行为人主观上可能是过失,而对过失犯施以严厉的刑罚是不适当的。^[40] 协商模式试图弱化或

[35] Judith Lewis Herman, *Trauma and Recovery: the Aftermath of Violence—from Domestic Abuse to Political Terror*, Basic Books, 1992, p. 43.

[36] Mildred Brown & Alfred Auerback, Communication Patterns in Initiation of Marital Sex, *Medical Aspects of Human Sexuality*, vol. 15, 1981, p. 107.

[37] Doreen Rosenthal & Rachel Peart, The Rules of the Game: Teenagers Communicating about Sex, *Journal of Adolescence*, vol. 19, 1996, p. 321.

[38] E. Sandra Byers, Female Communication of Consent and Nonconsent to Sexual Intercourse, *Journal of the New Brunswick Psychological Association*, vol. 5, 1980, pp. 12, 14.

[39] E. Sandra Byers & Kim Lewis, Dating Couples' Disagreements Over the Desired Level of Sexual Intimacy, *Journal of Sex Research*, vol. 24, 1988, p. 23.

[40] Andrew E. Taslitz, Willfully Blinded: on Date Rape and Self-Deception, *Harv. J. L. Gendet*, vol. 28, 2005, p. 381.

消除犯意的意义,与犯罪人的“应受谴责性越重犯罪也越严重”的刑法一般性原则相悖。其二,这种模式将未达成性交的协议视为强奸,但刑法从来不处罚违反协议或未达成协议的行为,而是先定义一种利益,然后要求权利人对这种利益进行处置。例如,我拿走你的笔记本电脑而被处罚不是因为我没有与你协商,而是因为未经你的同意。事实上,这种模式尽管披着合同的外衣,仍然是同意的一种形式。^[41]其三,刑法的最成功之处在于反映社会规范,而不是塑造社会规范。在现实生活中,对非商业性的性交没有、可能也从未以协商的方式进行。熟人之间的性交可能因为没有按照协商模式的要求进行商讨而构成重罪。^[42]其四,一项法律制度仅在法官或陪审团愿意实施它时,它才会有效。如果一项法律所禁止的行为可能是法官、检察官所赞成的行为,甚至是他自己也可能实施的行为,那么这项法律很可能就会被虚置。“如果一项法律太超脱于社会现实,它很可能被法官、检察官、陪审团所忽略,并最终被这项法律所针对的犯罪人所忽略。”^[43]协商模式与现实相距甚远,很难得到遵守和执行。

五 “同意”认定模式之评价

(一)肯定模式之合理性

本文赞成肯定模式,主张只有在权利人明确表示同意时,同意才存在,沉默不是同意。当然,同意的表示方式不限于口头语言,还包括身体语言。许多研究表明,无论是同意性交还是拒绝性交,非语言方式或间接方式都是主要方式。本文之所以主张肯定模式,还有以下理由:

首先,肯定模式反映了权利行使的特点。权利未经处分则不容侵犯,只有经被害人许可,行为人介入他人权利的领空才可能不违法。如前所述,被害人同意是一种处分权利的行为,而且通常只能以作为的方式表现出来,这就要求权利人积极处分权利,肯定模式正好反映了权利行使的这一特征。而否定模式先假定被害人同意,这就意味着权利人没有处分自己的权利,就已经假定她放弃了自己的权利,与法律对权利的保护不一致,不利于维护权利人的权利。

其次,肯定模式体现了对性自主权的充分尊重。在介入他人权利的空间前应事先取得权利人的同意,这是对权利的尊重。而依据否定模式,当男性误解女性的身体语言为同意性交时,他可以在对方未许可的情况下与其发生性关系,直至对方反抗,所以这种模式不利于保护权利人的性自主权。与否定模式相比,肯定模式要求行为人在发生性关系以前必须取得权利人的同意,实际上是要求行为人先履行尊重他人权利的义务,与社会的一般观念一致。

再次,肯定模式更有利于司法机关定罪,保护女性的权利。按照否定模式,要成立强奸

[41] Kimberly Kessler Ferzan, Sex as Contract, in Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey and Kimberly Kessler Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations*, York New: Oxford University, 2009, p. 309

[42] Robin Charlow, Negotiating Sex: Would It Work? In Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey and Kimberly Kessler Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations*, p. 310.

[43] Sherry F. Colb, Conversation before Penetration? In Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey and Kimberly Kessler Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations*, p. 313.

罪,公诉机关不仅要证明双方发生了不正当性关系,还必须提供女性不同意或反抗的证据,否则就不成立强奸罪,因为该模式先假定女方同意;按照肯定模式,要成立强奸罪,公诉机关只需要证明双方发生了不正当性关系就可以了,不需要证明女方不同意,因为肯定模式先假定女方不同意。如果男方以女方同意为由进行辩护,按照谁主张谁举证的原则,则由男方提供相关证据证明。由此可知,两种模式对公诉机关的证明要求不同。由于强奸案的特殊性,公诉机关要查找女方反抗或不同意的证据比较困难,因而导致现实中大量强奸犯逍遥法外。而采用肯定模式,则在很大程度上避免了这种情形,更有利于司法机关定罪。

最后,肯定模式操作比较简便。一是对强奸下定义很简便。否定模式在给“同意”下定义时,要附加一系列诸如被害人因精神疾病、特定的生理或心理原因、失去知觉等原因而不能反抗的例外条件。与否定模式不同,肯定模式只需简单地定义,“当行为人知道自己没有取得对方同意而与其发生性关系”,就可以概括所有情况。二是解释比较简便。有些案件按否定模式解释比较困难,而按肯定模式解释就比较简便。例如,与沉睡中的人发生性关系应以强奸罪论。按照否定模式,在这种情形下由于被害人不知反抗,则推定被害人同意,不能得出行为成立强奸的结论。为弥补这一缺陷,否定模式不得不借助例外来解决,特别将这一情形规定为强奸,显得繁琐。如果采用肯定模式,很自然就会导出这一情形成立强奸,因为肯定模式要求被害人作出同意的表示才成立有效同意,而处于睡眠中的人不可能作出这一表示,所以行为人的性交行为是在“未经被害人同意”的情况下实施的,成立强奸。

需要说明的是,同意人可以中途撤回同意。因为性交是一个持续的过程,如果在性交过程中一方撤回同意性交的承诺,而另一方用暴力或暴力相威胁,迫使对方继续进行性交,亦构成强奸罪。国外立法例有《加拿大刑法典》,其第 273 - 1 条第 2 款第 5 项就规定,已同意从事性活动的原告以语言或行为表示不同意继续该活动,视为未获同意。

(二)在同意的认定过程中注意区分压力与胁迫

众所周知,在意志自由的状态下作出的同意才是有效的同意,基于暴力、胁迫作出的同意是无效的同意。但是,正如菲利所言,绝对的意志自由是不存在的。现实生活中不可避免会存在这样或那样的压力,使意志自由受到一定程度的限制,即意志自由总是相对的。当一个人面临某种压力时,她/他会顺从、屈服并作出让步。例如,有些人可能不想去工作,不想挤公共汽车,但每天都有数以亿计的人在从事这些活动。同样地,人们完全可能由于某种压力而同意性交,即所谓“屈从的性交”。^[44]人们可能同意从事某些自己并不渴望或不需要的性活动,由于有时处于某种困难境地,人们不得不接受对方的性请求。苏格兰的一项调查显示,38%的受访女大学生从事过“屈从的性交”,当她们内心不想进行性交时,仍向对方表示“同意”。^[45]尽管“屈从的性交”不是理想的性交,但法律不能将理想的行为模式作为排除刑事责任的最低门槛。通奸、见危不救、欺骗都是道德上所鄙视的行为,但立法者很少对这些行为进行犯罪化。法律是道德的底线,只有那些为社会最基本的道德所无法容忍的行为,才可能成为刑法规制的对象。如果将“屈从的性交”等同于“受胁迫的性交”,则违背了“法不责众”的基本法理。正因为人们经常必须去做他不想做的事,因而没有理由不将“屈从的

[44] R. lance Shotland & Barbara A. Hunter, Women's 'Token Resistance' and Compliant Sexual Behaviors Are Related to Uncertain Sexual Intentions and Rape, *Personality and Social Psychology*, vol. 21, 1995, p. 226.

[45] R. lance Shotland & Barbara A. Hunter, Women's 'Token Resistance' and Compliant Sexual Behaviors Are Related to Uncertain Sexual Intentions and Rape, *Personality and Social Psychology*, vol. 21, 1995, p. 226.

性交”归属于“同意的性交”之列。简言之,基于压力作出的同意仍是有效的同意,只有因胁迫作出的同意才是无效的同意。于是区分压力与胁迫就成为必要。

通常压力与胁迫不难区分。例如,当场以暴力相威胁是胁迫,而不处理好与领导的关系就可能被降级是压力。压力上升到一定的程度就成了胁迫。例如,扣除一天的工资是压力,扣除一年甚至下岗就成为胁迫。然而,在有些情况下,在压力与胁迫之间划出一个明确的界限是困难的。关于这一问题,自由主义者的观点值得借鉴。自由主义者在胁迫与同意问题上的观点可以概括为以下几点:一般来说,有些同意是胁迫所致,有些同意不是胁迫所致。胁迫所致的同意是非自愿的,有效的同意必须在自愿的临界线上面才能成立。当然,设定自愿的临界线必须符合基本社会公正与功利的目的。在外界因素影响下发出的性交要约,必须分清对妇女不利的情势是否为要约人故意制造,并加以利用。只有要约人故意制造某些条件而使对方处于易受伤害的境地,并加以利用,在这种境况下对方作出的同意才是无效的同意(当然,并非全部情况都是同意无效)。无论是婚内还是婚外,女性屈从于男子的性要求,如果是双方本身地位不平等交易的结果,就不是强奸。因为男子没有胁迫的故意,他只是从双方不平等地位中受益,他不是强奸犯。^[46]

一般而言,以解除男女朋友关系相威胁,是压力不是胁迫;以暴力相威胁,是胁迫不是压力;以断绝生活来源、解除工作相威胁,是胁迫不是压力。另外,基于性交易作出的同意也是有效的同意。行为人利用职权上的优势条件,以某种精神或物质利益引诱女方,女方为谋取某种利益或者接受引诱,或者基于互相利用自愿与之发生性行为的,即使行为人对约定的利益做了虚假的陈述,对行为人也不能定强奸罪。

[Abstract] Influenced by feminist movement, the great majority of common law countries have changed their legislative models of rape from “force-based” to “consent-based” approach. Against this background, theories related to essential characters of rape crime such as “coercive means”, “against women’s will” and “coercive means plus against women’s will” maintained in criminal law jurisprudence in China are out of date. It is obvious that our traditional legislative model of rape based on force is facing challenge. To adopt the legislative model of rape crime with a nonconsensual approach has become the trend of the world and it is the demand of the times to highlight the element “without consent of the victim” as the essential character of rape crime. As regards the way to ascertain whether there is consent in rape crime, there are three modes in western countries: “yes”, “no” and “negotiation”. Only “yes” mode can mirror the characteristics of exercise of right while reflect full respect for sexual autonomy. We, therefore, should draw experience from “yes” mode, as it offers a platform for insights for us.

(责任编辑:王雪梅)

[46] 梁健:《强奸犯罪比较研究》,第 48-49 页。