



英美刑法中强奸犯罪主观方面研究

梁 剑

纵观世界各国刑法关于强奸犯罪主观方面的规定，有一点是相通的，即强奸犯罪的行为人主观上都必须有强行性交的目的，或称强行奸淫的目的。但是，具体到行为人对被害人是否同意性交的认识、行为人对被害人年龄的明知与否等行为人的主观心态时，各国刑法的规定及司法实践往往不一致。本文试图对英美法系各国强奸犯罪主观方面进行研究，以期对我国强奸犯罪主观方面的研究有所裨益。

一、英美法系国家关于强奸犯罪主观方面的规定

犯罪的主观方面，英美法系国家称之为犯意。普通法没有规定强奸罪的犯意，这引起了很大的问题。构成强奸罪，控方必须证明被告人故意地与明知不是他妻子的妇女（1994年以前）发生性关系，同时还必须证明被告人故意地使用了暴力或以严重人身伤害相威胁。令法庭更为头痛的是如何对犯意中的被害人同意下定义。控方是否必须证明被告人明知妇女不同意性交，或者相反证明被告人应该知道妇女不同意性交？即使在被告人使用暴力下也要如此证明吗？妇女是否必须反抗以表示不同意？对于这些问题，法律都没有明确的规定。

1976年英国上议院决定的摩根案件解决了在英格兰发生的上述强奸案件关于犯意的不确定性，要求控方证明被告人明知被害妇女不同意性交。根据摩根案件的被告人供述，被害人的丈夫邀请他们到他家与他妻子性交。他告诉他们说，因为他妻子有些古怪，如果他妻子性交时反抗也不要奇怪，那是她增强刺激的方法。被告人来到了这位丈夫的家中与他妻子发生了性交，而不管她的反抗。上议院认为，强奸是一种特定的故意犯罪，故意必须符合所有的要素：不同意性交。因此，只要被告人真诚地认为被害妇女是同意性交的，即使这样认为是不合理的，也因缺乏对被害妇女不同意性交的认识而不构成强奸罪。

摩根案与这样的裁判规程相一致：定罪量刑将重点放在惩罚被告人的犯意上，只惩罚被告人明知在对被害妇女进行性侵害的时候。可以想象的是，在一些性侵害案件中，男子真诚地但错误地认为他与被害妇女进行的是双方都渴望的性行为，但被害妇女并不希望这样的性行为并被这样的行为严重伤害。然而，刑法应该更多地保护被害人，将焦点放在对被害人的保护上而不是放在被告人的犯意上，从这样的意义上讲，摩根案件遭到了普遍的批评，被认为对被告人的公正给予过多的照顾而对被害人造成的伤害视而不见。

当然，摩根案件引起了很大的争论，因为在大多数人看来，被告人清楚地明知被害人不同意性交。很多人担心，摩根案件将会鼓励将来的被告人声称他的被害人是同意与其性交的，即使是在被告人使用了暴力并且任何具有理性的人都可以得出被害人是缺乏同意的情况下。随后，议会通过了新的关于强奸罪的法律（1976年性犯罪法案），只要求起诉方证明被告人对被害人的不同意持轻率态度为已足。1994年刑事司法与公共秩序法案取代了1976年法案，对强奸罪作了重新定义，规定强奸罪的犯意由两个因素构成：一个是与他人进行性交的故意；另一个是明知他人不同意性交或对他人是否同意性交持轻率态度。对摩根案件

的决定及20世纪70年代关于强奸罪中轻率的定义一直与Cunningham的主观标准相联系。如果被告人已经认识到被害人不同意性交的可能性而继续进行性交，被告人对被害人不同意性交主观上就是持轻率心态。轻率的主观心态在强奸罪的判例中，不同的历史时期有不同的内容，因此基本事实相同的前后两个判决，结果往往不同。英国上诉法院在1982年的Caldwell案件中Lord Diplock对强奸罪中轻率心态作出的裁决引起了理论上的混乱。紧随该决定的几年，法庭似乎准备采用对强奸罪中被告人对被害人是否同意性交的轻率态度持客观标准。在1982年的Pigg案件中，Lane LJ坚持用Lord Diplock的客观标准。在Pigg案的裁决中认为，如果行为人冷漠并且对妇女不同意性交的可能性根本没有考虑，如果对妇女不同意性交的可能性加以考虑的话，很明显存在妇女不同意性交的风险或者他明知存在妇女不同意性交这样的可能性但忽视妇女是否同意而与妇女进行性交，那么他在主观上就是轻率。Pigg案裁决的措词被认为是模棱两可。“明显”存在被害人不同意性交的风险是对理性人还是被告人来讲不明确。“冷漠”与被告人没有考虑被告人不同意性交的可能性之间很难协调。

后英国上诉法院1983年判决的Satnam & Kewal 案和1984年判决的Breckenridge案最终肯定了1976年的摩根案的判决理由，成为认定强奸罪主观上持轻率心态的依据。因此，轻率是指对妇女是否同意性交不留心这样一种心理态度。而只有当他认识到了妇女不同意的风险才能要求他留心，如果他根本没有考虑到这种风险，就谈不上要他留心。也就是说，轻率对强奸罪来说是一种主观主义的标准，只有当行为人对妇女不同意性交主观上粗心大意才能成立犯罪。所以，1976年《性犯罪法》规定，在审理强奸罪案件时，陪审团必须考虑行为人是否认为妇女同意性交的问题。对是否有合理根据认为妇女同意性交，要联系案件有关情况作出裁决。如果被告人根据当时情况，诚实地认为被害人同意性交，即使这种认识是错误的，也不能定被告人犯强奸罪。例如，摩根案件。该案在上议院辩论时，多数人认为，只要被告人真诚地认为受害人同意性交，不管他们有没有理由这样认为，都不构成强奸罪，因为强奸罪被认为是一种意图与不同意性交的妇女进行性交的犯罪，其错误认识就意味着没有这种意图。

1962年美国模范刑法典第213条对强奸是这样规定的：以暴力或严重威胁强迫妇女进行性交。美国模范刑法典对强奸罪的重新定义对全美关于强奸法律改革起到了指导作用。模范刑法典认为，普通法对强奸罪的定义在语义上及证明上引起了很大的问题，因此关于强奸的法律必须现代化。模范刑法典将重点放在行为人的行为而不是放在行为人的内在想法上。模范刑法典承认，起诉方面对的艰巨的任务是证明行为人明知被害人不同意，尤其是在绝大多数强奸案中并没有目击证人。模范刑法典解决此问题的方法是将焦点集中在客观标准上，特别是集中在行为人的客观侵害证明上，而不是集中在试图解释有关被害人是否同意的行为人的心理状态上。模范刑法典对强奸的基本要素是被告人使用暴力或严重的身体伤害相威胁。被害人不同意或抵抗不是强奸罪的要素。因此，起诉方不必证明被告人明知被害人不同意或被害人已经作了抵抗。从现代趋势看，将不同意作为强奸的法定定义的构成要素已经被排除。不过，在美国的许多州，同意仍然是强奸罪定义的要素或者是明确的辩护理由。依密歇根州修订后的有关强奸的法律，同意没有被写入制定法，而在司法中作为一种抗辩事由。一些州要求起诉方证明被告人明知被害人不同意或对被害人的同意疏忽大意。绝大多数在美国发生的强奸案件，允许将认识错误作为辩护理由，但是只有当行为人能够表明其真诚且合理地相信被害人已经同意。一些州对不同的主观心态规定了不同等级的强奸罪，相反有些州将不同意作为严格责任的要素。在实行严格责任的州，如果被害人不同意，被告人可能构成强奸罪，即使他真诚且合理地相信被害人已经同意。但这是少数州的规则。

主张对强奸罪进行法律改革的人认为，仍将不同意作为强奸罪的要素会不适当地使陪审团的焦点集中在被害人的行为而不是集中在被告人的行为。这也容易让被告人辩称其相信被害人在绝大多数情况下已经同意，使得对强奸犯的定罪非常困难。

英美法系国家，如英国、美国、加拿大等国，对奸淫幼女的行为人的主观心态持严格责任，即也就是说对幼女年龄是否要明知在所不问。美国在犯罪通则一节中设立专条，规定“在任何情况下，当某一行为是否犯罪取决于被害人的年龄是否未满10岁时，不知被害人年龄或有理由相信被害人已经超过10岁，均不得作为无罪依据”。英美法系国家称奸淫幼女为法定强奸罪。

印度刑法典规定的强奸罪成立的主观条件是行为人不但有与妇女性交的故意，而且是未经妇女同意的性交故意。法律规定，妇女在死亡或伤害相威胁情况下所作的同意，在被害人被蒙骗与不是其丈夫的行为人性交而所作的同意，不满16岁的妇女所作的同意，视为违背妇女意志，即未经妇女同意。

新加坡共和国刑法典第375条规定的强奸罪的主观条件与印度刑法典规定的条件基本一致，只是在规定妇女无权作出同意性交的年龄上有所区别，而规定未满14岁的妇女所作的同意在法律上视为未经妇女同意。

加拿大刑法典第143条规定强奸罪的主观方面是发生性关系未经女方同意，或以恐吓或使其畏惧身体

之伤害，或以伪装其丈夫，以虚伪或欺诈之故意。加拿大刑法典对于奸淫未满14岁的幼女的行为，无论行为人为人是否明知对方为幼女，都构成犯罪。加拿大刑法典第146条规定：“男子与下列女子性交，无论其知否为14岁或愈14岁之人，为公诉罪，处无期徒刑：（1）非其妻子；（2）并未满14岁。”

《香港刑事罪行条例》规定强奸罪的成立要求行为人在实施行为时，要知道该女子并不同意性交或对该女子是否同意持轻率态度。

二、关于强奸犯罪主观方面的理论之争

关于强奸犯罪主观方面的理论之争，主要涉及到认识错误及严格责任等问题。有人提出，如果妇女不同意性交，男子真诚地但错误地合理地相信该妇女同意性交，那么合理的错误应该成为对强奸罪辩护的理由。依靠合理性标准的结果是反映并强化了包括相当程度的威胁、利诱妇女进行性交不构成强奸罪的现状（明显地为男子们所接受）。有人主张，与没有表明自己主观上的反对意见的成年妇女进行性交可能超出现代社会能够或应该惩罚的范围。也就是说，我们必须接受这样的观点，当妇女没有以任何切实的方式表明她的主观心态时，男子与其进行性交是不应该受到惩罚的。但是，一旦妇女作了某种形式的主观心态的表示，不论是口头的、身体的或反映情绪的行为，即使男子与该妇女进行性交是合理的，也采用严格责任。

关于强奸罪犯意的争论引起了巨大的复杂的棘手的问题。归根到底，这些问题涉及到刑法的目的，危害结果与可谴责的主观心态在刑法中的相对重要地位以及对造成不同的危害结果和不同的主观心态给予不同的惩罚等一些概念性的问题。一位哲人曾经抱怨：“当我们在谴责人们为他们所做的错事时，我们不能真正理解我们正在做的事情。”

美国模范刑法典的立法反映了或被反映在美国的许多司法区的刑法中。美国模范刑法典第二·二条规定：“无论何人关于犯罪之一切基础要件，依各该条法律之规定如无蓄意、故意、轻率、过失之行为时不构成犯罪”。这是法律规定的犯意条件的要求，或称犯罪心理。根据模范刑法典的规定，任何人承担刑事责任，不但要有法律规定的行为和危害结果，还必须在行为的同时存在犯罪心理。为了讨论的方便，我们将强奸定义为不同意的性交行为，而忽略在不同司法区之间许多术语的差异（违反意志，暴力等等）。缺乏同意是强奸罪的基本要素，象任何其他犯罪的每一个要素一样，起诉方必须排除合理怀疑。根据模范刑法典的规定，对强奸罪的构成，存在四种可能的犯罪心态：

1. 蓄意。被告人与被害人进行未获同意的性交是被告人的目标、意图，并且明知被害人不同意与其进行性交。

2. 故意。被告人明知被害人不同意与其进行性交。

3. 轻率。被告人有意地忽略了实质性的不可辩护的被害人不同意进行性交的风险。

4. 过失。被告人不知道，但应该知道（正常的理性人就能知道），存在着实质性的不可辩护的被害人不同意与其进行性交的风险。

从司法实践看，蓄意的强奸犯罪与故意的强奸犯罪的区别在于，故意的强奸犯希望他的被害人同意与其进行性交，而蓄意的强奸犯，作为他的犯罪计划的一部分——被害人不同意进行性交。故意的强奸犯的态度是“我知道你不同意与我进行性交而我希望你同意，但是无论如何我要与你进行性交”。蓄意的强奸犯罪行为，制定了犯罪计划，被害人不同意进行性交是他的犯罪计划的一部分。故意的强奸犯罪行为人的犯罪计划往往是不完整的，对被害人的同意问题往往没有涉及。应受谴责性的不同在于进行犯罪的计划的性质不同。在其他条件一样的情况下，蓄意地伤害被害人比故意地但非蓄意地伤害被害人要严重。

故意与轻率之间的不同在于，故意的强奸犯罪行为知道被害人不同意进行性交，而轻率的强奸犯罪行为则不知道。轻率的强奸犯罪行为行为时，有被害人不同意性交的充分的表达被害人不同意性交的信号——例如，被害人在进行尖叫、反抗或试图挣脱行为人。轻率存在于面临已知的风险中而不退却。故意与轻率之间应受谴责性的不同在于行为人是否缺乏认识到被害人不同意进行性交的明确性，故意的强奸犯罪行为事实上知道被害人不同意进行性交，而轻率的强奸犯罪行为不确切知道被害人不同意进行性交但是知道存在缺乏被害人同意的实质性风险。故意的强奸犯罪行为人说：“我知道你不同意，但是这没有关系”。轻率的强奸犯罪行为人说：“虽然你作出表示不同意进行性交的信号，但是我知道你并不是不同意，如果我知道你真的不同意，那么我就停止；然而，尽管有这些信号，你还是同意的，因此我要和你性交”。

轻率与过失的不同在于对不同意进行性交的风险是否有认识，轻率的强奸犯罪行为认识到了被害人不同意进行性交的风险，而过失的强奸犯罪行为则没有认识到这种风险。不论哪一种情况，不同意进行

性交的风险是实质性的、不可辩护的，即存在诸如被害人的尖叫、哭喊、反抗（说“不”）及试图逃跑等情由。轻率的强奸犯罪行为知道这些行为可能表示被害人不同意进行性交，但还是选择了进行性交；过失的强奸犯罪行为忽略了这些信号或者误将被害人的这些行为看成是对男性性交的正常抵抗。轻率的强奸犯罪行为比过失的强奸犯罪行为更具有可谴责性，因为在前者的心中还认识到不同意性交的风险；而在后者的心中不知道存在这样的风险，从而谈不上进行选择。

有许许多多的强奸案件，从细微之处展现了案件的不同。强奸罪更是这样。基于上述强奸犯罪主观心态的差别，与强奸罪相关的四种主观心态的应受谴责性也可概括如下：

1. 蓄意的强奸犯罪人。这些强奸犯罪人，与其说喜欢双方自愿的性交，还不如说更喜欢被害人不同意情况下的性交。作为计划的一部分，这些强奸犯罪人侵犯妇女身体的完整和人身权利，目的是贬低妇女的人格。因此，如果遇到问题的妇女表示同意与其进行性交，这些犯罪人就会停止强奸行为，因为被害人的同意破坏了他的计划。这些强奸犯罪人的态度是“我知道你不同意，但这真是我所要的”。

2. 故意的强奸犯罪人。这一类又可以分为两小类：

(1) 冷漠的强奸犯罪人。这些强奸犯罪人对被害人是否同意漠不关心，即他们在对方同意的性交与对方不同意的性交之间没有什么区别。他们进行性交时明知妇女不同意进行性交。主观心态：“我知道你不同意，但是我不在意；我的目的是进行性交。”

(2) 有偏好的强奸犯罪人。这些强奸犯罪人对不同意的性交而言，更喜欢进行同意的性交，但是即使被害人不同意进行性交也不愿停止下来。他们愿意与不愿与其进行性交的妇女进行性交。主观心态：“我希望你同意与我进行性交，但我知道你不同意；但无论如何我要与你进行性交。”

3. 轻率的强奸犯罪人。这一类又可以分为两小类。

(1) 冷漠的强奸犯罪人。这些人对妇女是否同意进行性交漠不关心。他们明知存在被害人不同意进行性交的实质性风险而仍然进行性交。其主观心态：“基于你的行为（包括口头语言），存有一个好机会，虽然你不同意进行性交，但是或许你的反抗和抵制并不是认真的，或许这是你性游戏的一部分，因此无论如何我要与你进行性交。”

(2) 有偏好的强奸犯罪人。这些强奸犯罪人与其说喜欢不同意的性交，倒不如说更喜欢同意的性交，但是即使存在缺乏同意的实质性风险，他们也不愿意停止下来。他们愿意在认识到被害妇女有不同意进行性交的实质性风险的情况下进行性交。主观心态：“我希望你同意，如果我知道你不同意，我会停止；但是我不能确定你的反抗与抵制是认真的，也许这是你性游戏的一部分，因此我要与你进行性交。”

4. 过失的强奸犯罪人。这些强奸犯罪人（我们假定）更喜欢同意的性交而不是不同意的性交，如果他们相信对方不同意性交，他们就不会进行性交。尽管有相反的证据，诸如妇女哭喊、静躺、或说“不”，显示妇女不同意进行性交，但是他们相信妇女是同意进行性交的。主观心态：“象你这样的妇女保持沉默或进行抵抗，因为你不想让我得到太容易。你说“不”、“也许”或什么都不说，事实上就是同意；因此即使你进行抵抗、保持沉默或躺着不动，我认为你是同意进行性交的，这是你性游戏的一部分，我要与你进行性交”。

对强奸罪的犯意的争论，在普通法系国家，开始主要集中在对主观上持轻率心态的人承担刑事责任的依据是否充分上。有些人认为，主观上持轻率心态足以让其承担刑事责任，而有些人则持否定态度。在有广泛讨论的摩根案件中，英国上议院作出裁定，认为只要被告人真诚错信被害人是同意性交的，即使是不合理的，也是强奸罪的辩护理由。此案表达了这样一种理念，即强奸要求有未获同意进行性交的特定意图；但是这种意图可以被相信被害人是同意进行性交的辩护理由所否定。因此没有必要对这样的相信是否合理过多的关注。摩根案件确立了这样的关于强奸犯罪的犯意：只要被告人相信妇女是同意进行性交就不应谴责，不存在刑事可罚性，就是无罪。当然摩根案件所阐明的理由和作出的决定受到了一部分人的批评。随后，上议院通过了新的关于强奸罪的法律，规定主观上持轻率心态也可以构成强奸罪。

后来，对过失的强奸行为人是否有罪的问题，也进行了探讨。在上面的分析中，从理论上存在过失的强奸行为人，对于主观心态上持过失的强奸行为人是否具有刑事可罚性？

近年来，关于强奸罪的犯意的争论已从英国扩大到其他国家，如美国、加拿大及其他说英语的国家的司法实务界及理论界。争议的焦点从主观上持轻率态度能否成立强奸罪发展到主观上持过失能否成立强奸罪。争论的结果是，大多数人已经承认轻率的强奸行为人是明知但无视了客观存在的被害人不同意性交的实质性风险，这符合刑法规定的应受谴责性的要求。对主观上持轻率态度能成立强奸罪基本已经达成共识。1953年，Norval Morris and A.L Turner提出，强奸罪的主观心态是实施法律规定的危害结果的故意或对是否发生法律规定的危害结果持放任态度。

很多人认为，主观上持过失心态的强奸行为人不能满足刑法上的应受谴责性的要求。例如，许多人认

为，通过惩罚那些仅有过失，即惩罚那些因为这个或那个原因没有注意到他们行为的风险而作为正常理性的人或谨慎的人应该注意到的风险的人，既不能发挥刑法的威慑功能，也不能发挥刑法的报应功能。但是，H. L. A. Hart不同意上述观点，他认为，过失引起危害结果也应该受到刑法的惩罚。Hart认为，我们没有理由这样讲，惩罚过失不能威慑其他人。惩罚过失可以使男人们在行动之前更加小心，吸取经验。Hart对惩罚过失的强奸行为人不能发挥刑法的报应功能的观点持批评态度。这个观点的一个翻版，反映在文学作品中，即刑法的目的是惩罚邪恶，而不是愚蠢、无知、粗心、不注意或疏忽的行为人，因为那些人不知道他们行为产生的风险或某种风险，他们不是邪恶的人，故不值得惩罚。让这样的人承担侵权责任是合适的，但让他们承担刑事责任就不合适。争论还在继续。Stephen Schulhofer明确表达了这样的观点：从强奸罪犯意由主观明知到过失的过度，可以看成是将强奸罪的犯意带入法律规定的自控能力的标准的努力。但这存在着很大的不同，如果一个人知道自己是错误的，给他很重的惩罚是适当的，即使这样的行为难以避免；从心理机制上讲，当我们使用很重的刑罚来威胁那些根本就没有注意到他们的行为可能错误时，威慑的可能性与道德谴责的适当性就成为问题。Hart认为，从心理机制上讲，过失并不缺乏应受惩罚的主观因素。主观上持过失心态的人没有认真思考，对他人的利益与需要不够注意，缺乏关心与照顾，过失的行为人具有过失的心理要素。如果预防危害结果发生的措施很简单，而引起的危害结果很大，这样的不注意与粗心就应予以谴责，具有刑事可罚性。因为，这样的不注意与粗心包含了邪恶的种子。从论证上看，Hart也并没有说对所有的过失的行为人都具有刑事可罚性。主张对过失的行为人予以刑事处罚的大多数人认为只能对重大过失进行刑事处罚，即对只要采取简单的预防措施就能阻止潜在的重大危害结果而没有采取的过失行为人予以处罚。但是，在那些认为（重大）过失可以满足刑事责任的可谴责性要求的人中，对注意适用标准存在争论。一个人必须付出多少注意才能避免承担刑事责任呢？如果采用严格的注意标准，那么就有更多的人被定罪，这其中就会有一定数量的不具刑事可罚性的人被定罪。如果关于注意的标准比较宽松，那么只对其中引起严重后果的一小部分人进行处罚，但这样不会冒对无辜的人定罪的风险。关于这样的讨论，事实上牵涉到一个古老的刑法问题，即刑法的目的是通过威慑来阻止危害结果的发生还是惩罚可受谴责的主观心态（邪恶）？关于这个问题，留待本章后面讨论。

在强奸案件中，持过失心态的强奸行为人不知道被害人不同意与其进行性交；他是相信被害人是同意进行性交的；如果他相信她不同意进行性交，他就会停止他的行为；但是由于缺乏注意，不注意，主观臆断，对其自身魅力的过分自信，错觉或愚蠢而与被害人进行了性交。特别地，他可能相信，许多妇女，甚至绝大多数妇女或所有的妇女当她们需要时还对性交作出象征性的抵抗——以此来照顾自己的面子，因为她们认为在某种情况下的性交或所有的性交是害羞的或不当的。他认为当妇女有性交念头时会感到或多或少的罪恶感。女人是惺惺作态的，她们爱玩性交游戏。当被害人说“不”、“也许”、“不确定”时，他会理解成同意与其性交的表示，理解成是鼓励他与其进行性交。他或许会认为，妇女心理上是无力表达自己渴望性交的愿望的，即使在她非常想与其进行性交的场合。因为所有的这些原因从心理上或逻辑上讲，一个男人在当女人事实上不同意进行性交时会相信该女人同意与其进行性交。他的这种相信，我们可以称之为“认真的”，“真挚的”或“真诚的”，因为他确实相信她是同意的。他的认知背景导致了他有这种结论性认识。但是这种假说是不正确的，事实上她不同意。事实是他对对方是否同意进行性交作出了错误判断。假说持过失心态的强奸行为人要承担刑事责任，这种真挚的错认是否具有过失？这主要取决于在当时的情况下这样的错认是否合理，换句话说取决于对合理性概念的理解。在什么情况下，相信被害人同意性交虽然是不真实的但仍然是合理的，并由此否定过失的存在，进而不承担刑事责任？对这个问题的不同回答，就是近年来对强奸罪及其犯意的争论的焦点所在。

有一种论点认为：只有当被告人的错误是应受谴责或值得谴责时，刑事处罚（或许仅限于严重的刑事处罚）在道德上才是被允许的；如果被告人（真诚地，真挚地，事实上）相信被害人同意与其进行性交，即使被告人是错误的，被告人的错误不应受谴责或不值得谴责；因此，如果被告人（真诚地，真挚地，事实上）相信被害人同意与其进行性交，即使被告人是错误的，对被告人的刑事处罚在道德上是不允许的。这种三段论式的观点也许是正确的，但与被告人相信被害人同意进行性交是否合理并无关联。这种观点在英国上议院讨论摩根案件时起到了作用，有人提出即使被告人相信被害人同意进行性交不具有不合理性也可以构成强奸罪的辩护理由。

与此相应，Douglas Husak（哲学家）与 George Thomas（法学教授）提出，只有当被告人的错误是应受谴责或值得谴责时，刑事处罚（或许仅限于严重的刑事处罚）在道德上才是被允许的；如果被告人合理地相信被害人同意与其进行性交，即使这种相信是错误的，被告人的错误不应受谴责或不值得谴责；因此，如果被告人合理地相信被害人同意与其进行性交，即使被告人的相信是错误的，对被告人的刑事处罚

在道德上也是不允许的。Douglas Husak与 George Thomas都主张关于同意性交的错误认识可以成为强奸罪的辩护理由当且仅当该错误是合理时。

以上关于错误是否必须合理才是强奸罪的辩护理由的争论，也是英国自由主义理论家与激进主义理论家关于强奸罪要求的犯意上的争议所在。之所以产生这些不同的理解，归根到底是基于以下两个因素：对刑法目的与刑事处罚的不同观点及对刑法中立性与客观性的不同观点。

激进主义理论家对合理相信被害人同意性交作为强奸罪辩护理由提出了自己的看法。激进主义者对Husak - Thomas 的批评可以分成两类。第一类的并且是绝大多数激进主义的批评者认为Husak-Thomas提出的大前提是虚假的。认为这是对刑法规定的应受谴责性要求的挑战，是对严格责任或绝对责任的辩护。第二类并且是较少的激进主义的批评者接受Husak-Thomas提出的两个前提及得出的结论，但是对Husak-Thomas提出的合理性理论进行挑战。这种类型的批评者同意这样的观点，即合理的相信被害人同意进行性交可以成为强奸罪的辩护理由，但不同意Husak-Thomas关于何谓合理的相信的标准。

拒绝接受第一个大前提的批评者又可以分成两类，即那些主张对所有犯罪都实行严格责任与只主张对强奸案件实行严格责任。前者明显比后者激进。但两者都主张对强奸罪实行严格责任。这些批评者拒绝接受这样的结论——惩罚那些有合理理由错信被害人同意性交的强奸行为人是公平的，不是因为合理错信不是辩护理由，而是因为基于缺乏应受谴责性不存在所谓的辩护理由。批评者们主张，刑罚是通过它的威慑作用来体现公正，而不是通过报复邪恶来体现公正。

关于强奸罪是否应该实行严格责任的问题，存在争论。在所有的犯罪中，强奸罪是否特别？让强奸行为人承担严格责任是否适当？Catharine MacKinnon提出了一个有趣的论点，认为强奸罪应实行严格责任，即只要被害人不同意进行性交就构成强奸罪，不能辩护。我们来分析一下她的论点：

她一开始就提出这样的论断，即性是表示关系的，一种性的力量关系。在男人与女人之间力量上存在很大的差异，真象男人与女人在社会上的差异一样。性交，就象所有的男人与女人间其他形式的交往一样，也存在这样或那样的差别。事实上，在不平等条件下发生的性行为是强迫的，这时很难将性与强奸加以区分。力量上的差异及其结果在其他事情上也产生了认知上及交往上的差距。性交的意义（强奸也是性交的一种），根据某人的社会地位的不同而存在差异。对于性交的意义，在占统治地位的男人与处于从属地位的女人间，事实上存在着不同的立场、观点及看法。用Catharine MacKinnon的话说，强奸的伤害在于行为对被害人的意义，但是强奸罪的犯意标准在于行为对侵害人的意义。MacKinnon间接提到了这样的事实，即错误相信被害人同意性交作为强奸罪的辩护理由必需体现行为人为时的观点，因为需要调查行为人为时相信的具体内容。正如Susan Estrich与其他人所指出的，如果一个人男人合理地相信一个妇女同意与其进行性交，那么从事实上讲，该妇女是否同意已经是无关紧要的事。如果她同意，则强奸罪的一个要素（妇女不同意性交）就不存在；如果她不同意，但行为人合理地相信了她同意与其进行性交，那么行为人就会免于定罪。因此在司法实践中，即在现实世界里，行为人所相信的内容，行为人如何理解当时的情形及行为人所赋予的意义决定了是否成立强奸罪。即使情形一样，但行为人对在何种情形下达到合理性要求有不同理解。如果合理的错信可以成为强奸罪的辩护理由，并且合理性反映了男人在当时情形下的观点，那么事实上法律采纳了理性强奸犯的观点。

MacKinnon和其他激进的女权主义者认为，在所有犯罪中，强奸罪是独一无二的犯罪，是在一个男人有不相称的权力的社会中男人对女人的一种犯罪。抢劫、杀人、放火、盗窃一般来讲是中性的，在观点、意义上不存在相同的偏差。MacKinnon认为，对强奸罪而言，法律虽然尽力想保持中立、客观，但无法做到。正如自由主义者易于相信法律能够做到一样，是自欺欺人。问题是有关强奸罪的法律假定了一个单一的客观的状态能够存在，当强奸涉及到诚实的男人与被强奸的妇女时，只要仅仅通过证据就能确定。但现实是割裂的，妇女被强奸了但不是被一个强奸犯？在这些情况下，法律就得出没有发生强奸的结论。Lynne Henderson是这样注释的：对强奸罪的处理情况表明了理性的男人会得出妇女同意性交，但理性的妇女会得出妇女不同意性交的结论。正如MacKinnon所言，法律不能反映和体现这样简单的事实，那么解决的办法在哪里？从MacKinnon所言中，没有发现解决的方法，但她观点的要旨更倾向于关于强奸的法律应体现妇女的观点。强奸的发生，不是当男人认为他的行为构成了强奸，而是当妇女认为男人的行为构成了强奸。她认为，不存在简单的客观事实，如果采纳男人关于在何种情况下为强奸的标准，则不会减轻而是加剧业已存在的男女在力量上的差异。事实上，如果法律采纳男人的观点，正如传统的观点一样，在遭遇性冲突时，不能理解女人的观点，而确实确实给男人以无罪的奖赏。在我们这个男人成体系的社会里根本没有注意到女人的需要。如果平等是法律的目标，正如自由主义者所鼓吹的那样，法律应该采纳女人的观点。

如果妇女不同意性交，不论男人根据当时的情况可以相信她是自愿的及他的相信是多么的合理，都

应该认为她被强奸了。MacKinnon认为强奸罪是一种严格责任。她主张，尽管强奸行为人发生了错误认识而缺乏应受谴责性或不值得谴责，但对其进行刑罚惩罚在道德上是允许的。这并不是说，对强奸行为不能谴责，因为许多妇女被完全知道其行为对被害妇女意义的男人强奸。但是妇女同时也每天被不知道其行为对妇女意义的男人强奸。对这样的男人而言，这是性，而不是强奸。MacKinnon认为，在后者的场合，法律应该采纳妇女的观点并由此得出结论，强奸业已发生。

严格责任的提倡者，不论主张严格责任贯彻刑法的全部还是刑法的特定罪行，诸如强奸，必须面对这样的批评，即实行严格责任是为了追求较大的社会目的，例如威慑犯罪，用 MacKinnon 的话说，为了促进性平等，肯定会惩罚一部分不值得惩罚的个人。法律能否用一部分人作为工具来促进集体的目标一直以来存在争论。

我国著名学者陈兴良教授将追究严格责任的理由归结为两点：一是出于预防某类犯罪的需要；二是出于惩处这些犯罪的诉讼需要。用刑法中威慑与报复的术语来讲，支持实行严格责任的人强调威慑实施危害行为的人，而反对实施严格责任的人强调不惩罚无辜的重要性，以此来促进整个社会的福利。关于强奸罪犯意的争论常常导致刑法目标的争论。后面还将有所论述。下面对 Husak-Thomas 的论点（合理的错信被害人同意性交可以作为强奸罪的辩护理由），结合 MacKinnon 的观点及激进主义者关于强奸罪理论加以分析说明。

正如前面所指出的，激进主义者，与保守主义者和自由主义者相对，将强奸看成是对被害人作为女人应享有的社会地位的贬损、人格的侮辱。激进主义者认为，强奸就是将妇女的同意放于一边，就好像妇女的同意根本就不需要一样。强奸罪的法律体现了男人的观点，关于强奸罪犯意的学说一定程度上体现了对妇女的人格贬损。被强奸的经历，对女人而言，无疑是对其人格的贬损：她的地位被强奸犯所贬损，随后又被法律所强化。事实上她被强奸了两次。一次被强奸犯所强奸，另一次被法律所强奸。因为法律认可了对女人的不平等地位。

MacKinnon 主张严格责任的观点将被奸妇女人格贬损的观念推到了顶点。主张被奸妇女人格贬损的观点与强奸行为人的看法并不一致。贬低妇女的人格并不需要是蓄意的或有意识的。这并不是意味着没有一个强奸行为人将贬损被害人的人格作为他们的目的，相反，有一些或者说有许多强奸行为人，如模范刑法典规定的蓄意的强奸犯罪人就是贬低被害人人格为目的。贬损被害人人格，就是无论男人想做什么或相信什么，都忽视被害人的意志、愿望、要求。

以过失的强奸为例，可以被认为没有对被害人的人格造成贬损的范例。从定义上看，过失的强奸行为人不进行未获同意的性交，他也不知道他的性交伙伴不同意进行性交。但他粗心、不注意，他疏忽了作为一个理性人应能认识到不同意性交的信号。妇女的意愿在他欲行性交时根本没有被考虑。如果他考虑了妇女的意愿，他就会平等对待该妇女并问她是否愿意与其进行性交。没有考虑他的性交伙伴的愿望、利益、需要，就反映了他没有对其性交伙伴作为人的应有的尊重；他没有将她视为平等主体，她没有受到应有的尊重，这就是贬低了她的人格。她被客体化，她反对他的性行为。因此，即使是过失的强奸行为人也贬低了被害人的人格。过失的、轻率的、故意的及蓄意的强奸犯罪人都贬低了被害人的人格。这就是 MacKinnon 的分析结论。

根据 Husak-Thomas 的观点，合理的错信被害人同意性交可以否定刑事责任必需的应受谴责性。但是，什么能使错误相信合理化？Husak-Thomas 提出了一种合理性理论，至少从理论上回答了这个问题。他们的理论将合理性与根据社会常规的行为联系在一起，他们将社会常规定义为一个人应该遵守的某种假定的社会标准。然后，在强奸罪中，他们将社会常规进一步理解为获得求爱的性关系。Husak-Thomas 认为，一个特定的人根据规范性交的社会常规来实施他的行为，相信妇女同意与其进行性交，即使可能是错误的，但也是合理的，因为合理的错误否定了应受谴责性，故他是无罪的。他可能是个蠢人，但他不是强奸犯，根据司法公正原则，不应对他的行为进行惩罚。

Husak-Thomas 承认，怎么样的一个社会常规能有助于建立何种错信是合理的并不清楚。使其变得神秘莫测的部分原因是社会常规由事实所组成，但关于合理性的结论至少有部分是价值判断。他们认为，在如何解决事实问题与价值判断的问题上有一个很深的哲学问题。无疑，他们声称将事实问题与价值判断联系起来是可能的，并举例说，比如招呼出租车和在饭店点菜。他们也承认，普遍化的公式化的社会常规几乎是不存在的，因为不同的情形有不同的社会常规；在有些情况下，社会常规是不清楚的并在不断发展的。不用说，关于这些情况下的合理性的见解是不同的。

尽管存在这些哲学的和实用中的难题，但至少有一些错信是合理的，他们之所以是合理的，就因为与社会常规相一致。这些常规带有历史的文化的偶然性并易于变化，但在特定的时间与特定的地点，特定的社会常规是存在的。例如，当人们说“带我去机场并坐进出租车时就意味着同意付该行程的车费是一种经

验主义的事情，这就是社会常规。确切地说，社会常规存在于特定的时间与特定的地点。

Husak和Thomas关注的问题是男人相信一个特定的妇女同意性交是否具有合理性。他们认为，这要取决于男人的相信是否与规范这种男女性交的事情的社会常规相符——是否存在这样的社会常规是一个事实问题。Husak和Thomas介绍了他们所讲的社会常规：女人表达她们同意性交的社会常规。简言之，他们关于女人同意性交的社会常规的一般主张是“女人对是否愿意被一个特定男人追求总是作出不很明确的同意”。说得更具体一点，关于女人同意性交的社会常规就是当他们需要性交时他们也不明确要求性交。

假说妇女同意性交的社会常规存在，那么是否应该存在就是无关紧要。在强奸罪的审判中，合理的相信被害人同意性交是构成强奸罪的辩护理由。焦点的问题是被告人相信被害人同意性交的合理性。如果被告人对被害人同意性交的相信与普遍的关于妇女同意性交的社会常规相一致，即使社会常规是假定的，该相信也是合理的。即使该社会常规被判定为道德的或不能被接受的，该相信与社会常规也存在明显的联系。事实上，Husak和Thomas想知道是否特定的社会常规不应该存在或者在某种程度上应该变更。他们表示这样的希望，即关于妇女同意性交的常规，应将更多的错误相信被害人同意性交的风险转移到男人身上，确保妇女真实地表达了同意。

Husak和Thomas关于合理错信理论的要点是，即使当一般的妇女渴望性交时，他们也不愿将这种要求表达出来，或者他们假装对男性发动的性交进行抵抗以显示她并不是随意进行性交，或者当她们同意时，口头上却说“不”、“也许”或“不确定”；或者如果她们有时候在渴望的性交过程中哭喊、躺着不动，这对一个男人来说，可以认为是有合理理由相信该妇女对与其进行性交的行为是同意的。假定合理的相信被害人同意进行性交可以成为强奸罪的辩护理由，那么该相信事实上是否错误是无关紧要的。不论该相信是否错误，他都是无罪的。Husak和Thomas认为我们无需为此感到遗憾。如果人们相信刑法应该在特定的案件中追求公正的结果，那么对那些相信妇女同意性交且该相信与社会常规相一致的男人们定重罪未必合适。

激进主义者对Husak和Thomas的论点提出了一些问题。反对Husak和Thomas的论点的第一个策略是对合理相信与社会常规之间的确定联系进行质疑。他们认为，与社会常规相一致不是构成合理相信的唯一方法，从哲学与理论角度看也不是最好的方法。更贴切地说，社会常规，诸如风俗、惯例及制度可能是不公正的，关于妇女同意性交的常规也是可争辩的。第二个策略是接受合理性与社会常规之间的联系，但否定普遍的关于妇女同意性交的社会常规的存在。主张第一种策略的激进主义者能够同意社会常规的存在，但否认与合理性之间的联系。主张第二种策略的人承认合理性与社会常规之间的联系但否认强奸罪中存在着普遍的关于妇女同意性交的社会常规。

主张第二种策略的人提出：到底是否存在关于妇女同意性交的社会常规呢？社会常规是变化的，正如Husak和Thomas所指出的那样，社会常规在文化上也不具有普遍性，因此，我们必须使之更加具体化：在美国20世纪80年代后期到90年代中期存在关于妇女同意性交的社会常规吗？有理由认为这种社会常规并不存在。一个激进的女权主义者Richard Posner认为，在同意性交问题上妇女的观点和行为是多种多样的。Posner列举了一些种类：

在我们社会中，有些妇女相信求爱的程序要求她们对男人的性推进假装进行抵抗，而有些妇女不怕羞但当她们说“不”就意味着“不”，有些妇女怕羞但并不屈从男性的性进攻，另外有些妇女的穿着打扮是挑逗的但事实上很传统。这样，男人们很难对这些不同类型的妇女加以区分，在妇女是否同意性交问题上常犯错误。

Posner在他写的约会强奸的文章中描述了妇女关于同意性交的不同表达方式，对当代美国社会中存在关于妇女同意性交的常规的观点提出了挑战。面对如此多不同的表达同意性交的方式，有可能或从逻辑上讲有可能存在一个简单的关于妇女同意性交的常规吗？当妇女可以分成这么多不同的种类时，一个男性如何能得出其行为是符合妇女同意性交的社会常规呢？Husak和Thomas认识到这个问题，这一点使他们的理论与观点显得困惑，但他们还是忽视这一点。如果他们认为整体性的社会常规的存在与相信的合理性有着概念上的联系，那么这种主张可能是正确的，但这不适合约会强奸的问题。如果他们想超越这一点，那么他们的说法是令人怀疑的。

关于Husak和Thomas的主张的更深的问题是，他们首先假定存在一个或可能存在一个普遍的关于妇女同意性交的社会常规。他们认为理解妇女表达同意性交的社会常规是重要的。他们坚持认为妇女应该是一样的，妇女被认为具有相同的信仰、相同的价值观念和相同的行为，应该遵从一定的行为模式，他们的主张令激进主义者很反感。激进主义者提出这样的问题“是否能够存在男人选择食物的社会常规呢”？根据常识，没有人会相信存在这样的社会常规。Husak和Thomas的主张是对很多将自己视为性交中平等伙伴的妇女或能够根据具体情况决定自己是否进行性交的妇女的侮辱。

对于激进主义者对Husak和Thomas观点的批评，Keith Burgess-Jackson是这样分析的：社会常规所描

绘的图景就是男人想进入女人的身体以获取性满足，但是法律规定男人进入女人身体要以妇女同意为条件。如果妇女同意了，男人就可以进入女人身体；如果没有获得同意，则不能。那就意味着男人必须根据女人是否同意，将女人分成两种类型。他必须仔细判断。他的判断是至关重要的，因为对没有合理理由错信妇女同意性交的男人要进行刑事处罚。据猜测，基于个案，通过询问女人，要查明女人是否同意性交的代价很高，因此男人必须基于妇女在一定情形下作出性行为的普遍性而对女人是否同意性交进行猜测。Husak和Thomas将这种在一定情形下作出性行为的普遍性叫做社会常规，这种社会常规描绘了妇女在一定情形下如何行为，以这种社会常规来支持男人行为的合理性。Keith Burgess-Jackson认为，Husak和Thomas关于男人何种情形下可以得出妇女同意性交的逻辑是：

1. 说了某种话和做了某种事的绝大多数妇女是同意性交的；
2. 妇女甲说了某种话和做了某种事；因此
3. 妇女甲是同意性交的。

Keith Burgess-Jackson间接提到的侮辱存在于这样的事实，即妇女甲被视为仅仅是某团体的一员。以这种方式来推理个体，有时候是可以接受的，但这毕竟是性关系，有时候这样推断是值得怀疑的。为什么不问一下妇女甲而愿意承担从社会常规推断妇女同意性交存在错误的风险呢？从特定情形下，包括口头行为，推断妇女同意性交，从某种程度上讲，是贬低了妇女的人格。这样将妇女不是作为人而是作为客体来加以看待。法律允许这样的推断作为强奸罪的辩护理由贬低了所有的妇女。相信与社会常规相一致在某些领域是可以接受的，例如招呼出租车，但关于妇女同意性交不是这样。性是不一样的。

对Husak和Thomas论点，激进主义者的第一个批评是承认存在妇女同意性交的社会常规，但否定社会常规与合理性之间的联系。假设妇女像Husak和Thomas所定义的方式“表达了同意性交”，为什么这种方式应该使男人相信妇女同意性交是合理的，如果这种方式成为强奸罪的辩护理由，那么怎么样才是严重的犯罪？Husak和Thomas也不否认强奸犯罪的严重性。人们可能会问：“社会常规的起源及内容是什么？社会常规是怎样运转的？谁从中受益？谁从中受害？”很可能妇女同意性交是被迫的。

MacKinnon及其他激进的女权主义者坚持提出这些问题并回答了这些问题，因为她们对社会及社会常规的批评很深刻。MacKinnon认为，在我们的社会中男人与女人在体力上存在明显的差异，这些差异在性关系及其他场合表现出来。由于妇女体力上的相对弱小，她们必须答应男人的要求。异性爱是强迫的。妇女被男人强奸是日常发生的。性交变成了强奸。妇女被认为是可以性交的。MacKinnon提出，当异性爱是被迫时，男人相信妇女同意性交的合理性是什么？关于妇女同意性交的社会常规是否反映与体现了这种力量上的不平衡？男人发动性行为女人被动接受的行为模式可能从内在本质上讲是压迫的，因而是这不公正的？MacKinnon相信回答这些问题涉及到妇女是否同意性交，反映了男人超越女人的力量。女人拒绝同意性交的权力被预先假定为没有力量。

如果正如Husak和Thomas所说，社会常规是合理相信的检验标准，那么一个人不仅仅要了解社会常规，而且要了解男人的社会观念。有趣的是，对于形成男人合理相信和行为的的社会常规或社会常规是如何形成，Husak和Thomas几乎没有说什么。哲学家Larry May与Robert Strikwerda描绘了在当代美国，男人是如何普遍忽视女人的需要的。这种气氛助长了男人强奸女人的气焰。男人通过各种各样的方法将女人视为征服的对象。性的社会化使男人对女人的性需求不重视，对女人日常不需要性交的信号或不同意性交的信号视而不见。简言之，男人被授予不当性行为的特权。男人们对女人的需求根本不注意。

如果上述情况是事实，那么关于妇女同意性交的社会常规是值得怀疑的。在一个不公正的社会形成的社会常规反映和体现了那些不公正的东西。对男人来讲什么是可接受的行为取决于女人作出的什么样的行为对男人有利；什么样的行为被认为是女人对男人发动的性交表示同意，取决于男人假定或愿意女人作出什么样的行为。采用男人对女人的观点，将男人的合理相信与男人认为女人表示同意性交的社会常规联系起来是不正常的。Husak和Thomas的观点所存在的问题是不加批判地接受了社会上存在的女人表示同意性交的社会常规。

Husak和Thomas指出，一些激进主义者可能承认存在妇女同意性交的社会常规，但认为不应是现在的常规。这些人认为应该改变现在存在的妇女同意性交的社会常规。他们反对通过刑法强化已经存在的关于妇女同意性交的社会常规，认为需要改革。Husak和Thomas对改革既存的关于妇女同意性交的社会常规持怀疑态度。Husak和Thomas担心，以理想的关于妇女同意性交的社会常规代替既存的常规，会使那些符合既存常规其行为具有合理性的人受到惩罚。更好的办法是促进教育改革，而不冒这样的风险。

基于现实的关于妇女同意性交的社会常规还是理想的关于妇女同意性交的社会常规，其成本是不一样的。基于现实的关于妇女同意性交的社会常规，就会使那些主观上不同意性交但其作出的行为与同意性交

的社会常规相符的妇女遭到强奸，允许男人相信她们是同意性交的。妇女被强奸了，但不是被强奸犯强奸，就会出现妇女被强奸但没有强奸犯的情况。基于理想的关于妇女同意性交的常规，就会出现其行为与现实的关于妇女同意性交的社会常规相符的行为人遭到惩罚。Husak 和Thomas认为，宁可让妇女承担被强奸的风险，而不愿让其行为符合既存的关于妇女同意性交的社会常规的男人受到惩罚。

Husak 和Thomas认为，法律应该是与社会相一致而不是引导社会。他们对引导社会的可能性与必要性表示怀疑。笔者认为，法律能否改变人们的信仰、态度及行为是经验主义的事情。正如John Dwight 所言，性交的惯例已经改变了许多，并将继续改变。法律坚持惯例与过去的态度，或者引导我们走向更加美好的未来。在20世纪50年代时，John Dwight认为，法律不能改变人们的情感。但是事实上法律通过改变人们的行为，足以改变人们的态度，比如种族歧视问题就是明显的例子。当然立法与司法不能单独改变人们长期存在的态度和惯例。但是至少能指明公共政策的方向。

笔者认为，John Dwight的话是正确的，法律能够改变人们的惯例与态度，这样，也许对妇女同意性交的社会常规也应该改变。美国华盛顿州已将妇女同意性交定义为妇女有愿意进行性交的明确表示。这样，根据华盛顿州的立法，根据以前的关于妇女同意性交的社会常规而行为的一些男人可能被定强奸罪，而一些可能被强奸的妇女可能免遭强奸。这样的立法对既存的关于妇女同意性交的社会常规作出了改变。

笔者认为，法律需要起到指引作用而不仅仅是守旧。关于强奸犯罪犯意的定位，关键涉及到两个问题：一个是保护妇女不受侵犯；另一个是保护无辜的人不受惩罚。如果认为第一个问题更加重要，那么就会认为对男人的行为标准要求更高；如果认为第二个问题更加重要，那么就会得出类似与Husak 和Thomas一样的结论。归根结底，回答这个关于强奸罪犯意的问题涉及到刑法的目的。

三、关于强奸犯罪主观方面的司法认定

强奸罪的主观上表现为具有强行性交的意图，即明知被害人不同意，或不顾其是否同意而与其性交。明知被害人不同意好理解；不顾被害人是否同意也是强奸罪的主观心理之一种表现，是指不管被害人是否同意，而与其进行性交的心理态度。强奸罪主观意图的认定中，最主要的问题就是被害人是否同意性交的认定。被害人的同意是强奸罪的合法辩护事由。在英美刑法中，在以下情况下，应认定被告人具有强奸的犯罪意图：

1. 明知妇女不同意而与其性交。在使用暴力手段实施强奸场合，行为人显然明知被害人不同意与其性交。在使用威胁手段实施强奸罪的场合，被害人由于不敢反抗而与其性交，但没有同意性交的表示，而只是屈服，屈服不是同意，在此种情况下，无疑也应认定为明知妇女不同意而与其性交。

2. 使用威胁手段而迫使被害人同意与其性交。在实践中，一些行为人使用威胁手段（有程度要求）而迫使被害人违心地做出同意性交的意思表示，进而与其实施了性交行为。与上述以威胁手段实施的性交行为不同的是，在这种情况下形式上有被害人同意性交的表示。在英美法系国家和地区，普遍认为性交的同意必须是自由同意，而不是违心的形式上的同意，不真实意思表示不能认为是同意。所以，在由于威胁而使被害人做出同意性交的意思表示的场合，应当认定形式上的同意无效，而认定被告人有强奸的犯罪意图。如印度刑法第375条规定，被害人在死亡或伤害的威胁下所表示的同意不影响被告人强奸罪的成立。

3. 使用欺骗手段使被害人同意与其性交。在英美法系国家和地区，普遍地将欺骗作为强奸罪的行为方式：如英国将“通过对行为性质的欺骗获得妇女的同意”和“伪装成妇女的丈夫获得妇女的同意”等行为规定为强奸罪；在印度刑法中，也有男子冒充妇女丈夫与其性交的行为以强奸罪论处的规定，如其刑法典第375条规定在以下情况下，即使形式上有以下同意性交的表示，也应认为行为人构成强奸罪，即“男子明知自己不是她丈夫，而她却相信或轻信他是与她合法结婚的因而所表示的同意”；根据香港《刑事罪行条例》第118条第（2）款规定“任何男子冒充一名已婚女子的丈夫，诱使该女子与他性交”，也应以强奸罪论处。对于冒充妇女丈夫与其性交的行为，上述各国和地区都普遍地认为，被害人基于行为人的欺骗而做出的同意性交的表示是无效的。但是，有一个问题：对于冒充已婚女子丈夫以外的情人或冒充未婚女子的未婚夫或男友，而与其性交的行为是否应当以强奸罪论处？在英国刑法中，根据艾尔拜克（ElBekay）一案所示，即使是假扮妓女的男友而诱使与其性交也构成强奸罪，因而可见，在此问题上英国刑法持肯定态度。但是，根据香港刑法理论界的主张，却认为不应以强奸罪论处。此外，通过对行为性质的欺骗而获得妇女的同意性交的表示在英国刑法中也不能阻却强奸罪的成立，如威廉斯一案：一个教唱歌的教师欺骗说，性交是训练嗓音的好方法，因而和一个女学生进行了性交。因为这女学生相信了教师的话，因而并未做任何反抗。使用欺骗手段使被害人同意与其性交，不能认为同意有效，推翻同意的事由主要有以上所说的两种情形：一是就行为人的身份认识错误；二是对行为性质的认识错误。

4. 利用使被害人认识或控制能力丧失或减弱的状态而与其性交。具体包括以下情形：

(1) 利用被害人精神上有缺陷的状态。在香港刑法中，利用弱智的无知而与其发生性关系的，可构成强奸罪。

(2) 利用未成年被害人年幼不理解行为性质的状态。在英国刑法中，同一名年龄幼小、不理解行为性质的儿童发生性关系，构成强奸罪，但在法律上没有明确规定无法做出同意的表示的年龄线，因而只能在具体案件中根据事实做出判断。根据《模范刑法典》第213•1条的规定，与未满18岁的女子性交，无论采用何种手段，都构成强奸罪。

(3) 利用被害人睡觉、醉酒、麻醉等认识或控制能力减弱或丧失的状态。这种状态可以是行为人造成的，也可以是他人或被害人自己的原因造成的，如醉酒状态。根据英国的有关判例，被害人自己招致的醉态并非辩护理由，如摩根(Morgan)一案。在英国，对利用被害人睡觉之时与其发生性关系的行为以强奸罪论处，拉特尔(Later)一案就是例子：被告人与一名14岁的少女性交，而此少女自始至终看上去都在沉睡，但被告人的行为仍然被认定为构成强奸罪。根据《模范刑法典》第213•1条的规定，男子在以下两种情形下与妻子以外的女子性交构成强奸罪：一是乘女子不知时，使用药物、致醉之东西、或其他阻止抵抗之手段，显著减损女子对自己行为的理解或控制能力；二是丧失其意识时。

在被害人具有认识控制能力、未受胁迫也未受欺骗发生认识错误的场合下，行为人明知对方不同意是构成强奸罪的主观要件，被害人的同意构成强奸罪的辩护事由。根据香港《刑事罪行条例》第118条第

(4) 款的规定，在强奸罪的审讯中，陪审团如果必须考虑一名男子是否相信一名女子是否同意性交，则在考虑此事时，除了必须顾及其他有关事项外，还必须顾及该名男子是否有合理理由相信该名女子同意性交。

(作者系浙江省高级人民法院法官，法学博士)

更新日期：2006-5-29

阅读次数：556

上篇文章：法国法人犯罪立法的演进

下篇文章：后现代社会的刑事立法原则

 打印 |  关闭

 TOP