对强奸罪中“违背妇女意志”问题的再认识

江任天

我国刑法理论界和司法工作部门，几乎一致认为：违背妇女意志，是强奸罪的本质特征。这种见解自然是对的。然而，所谓违背妇女意志，毕竟还是一个抽象、笼统的概念，如果不从法律和法理上明确它的实际含义及其具体内容，那么，在应用当中，就不足以发挥其为本质特征的作用，甚至会给司法工作带来某些紊乱。目前对强奸罪构成问题的种种争论，以及司法实践中存在一些定性不准的案件，大体上都与这方面的见解分歧有关。这里试就其中的几个问题，谈谈个人的粗浅认识，同大家商榷。

一

所谓违背妇女意志，具体地说，究竟是指违背妇女的什么意志呢？现在流行的刑法教材和论著，对此说法不一。比如，有的说是违背妇女“发生或不发生性关系的意志自由”，有的说是违背妇女“决定性行为的意志自由”，有的说是违背妇女“拒绝发生性行为的意志自由”等等。归总一句话，就是：凡不是基于妇女自愿而与之发生性关系，就属于违背妇女的意志自由，就具备了强奸罪的本质特征。我以为，这样解释，未免失之过宽。

参照许多国家的立法例，作为妇女基本权利之一而受到保护的发生与不发生性关系的意志自由，都不是没有限度的，而是以法律规定的内容为其相对范围的。通常，对于丈夫不顾妻子的意愿，强行与之发生性关系的行为，都不认为这是侵犯了刑法所保护的妇女的性的意志自由的行为，因而也就不具备强奸罪的成立条件。例如，在英国和美国，强奸罪仅指男方未经不是他的妻子的女方的同意，使用暴力而强行与之发生性关系的行为；西德和瑞士的现行刑法典，都明定强奸罪是指强迫妇女为婚姻外之性交；南斯拉夫联邦的塞尔维亚共和国刑法典，则把强奸罪的对象限定为无夫妻关系的女性。此外，还有更多的国家，尽管法律上没有这方面的明文限制，实际上却从不认为丈夫强行与妻子发生性关系的行为，也是侵犯妇女性的意志自由，从而构成强奸罪。

我国是社会主义国家。在社会主义的家庭关系中，夫妻地位平等。从原则上说，丈夫没有强迫妻子干什么或者不干什么的特权，所以刑法并未明确排除夫妻之间的强奸问题。但是，鉴于封建思想流毒的影响和人们的道德、文化水平还不够高，包办、买卖婚姻和变相的包办、买卖婚姻，以及夫妻在家庭中地位不平等的现象，至今在一些地区还严重存在，以致丈夫不顾妻子的意愿而强行与之发生性关系的行为还是较多的，如果一概以强奸论处，则不仅会扩大刑事制裁的范围，不利于人民内部的安定团结，而且也不符合我国当前的社会情

况。所以在司法实践中，对于这种行为，实际上也不以强奸对待。各地的离婚案件中，都不乏这样的事例：有的妇女与丈夫不睦，拒绝同居，男方则强行实施，甚至为此而使用毒打、虐待手段；有的妇女因生理或疾病原故，不宜与丈夫同居，男方却不予体谅，往往强制进行，使女方感受痛苦；有的男子因生理或心理变态，在夫妻性生活方面，具有虐待狂，使妻子不堪忍受等等。迁有这类情况，司法机关总是教育男方尊重妇女，体贴妻子，改善家庭关系；对其中感情破裂，确实难以继续共同生活的，则调解或判决离婚；个别涉及虐待、伤害，达到犯罪程度的，则依法按虐待罪、伤害罪追究刑事责任，而不认为这类性行为具备强奸罪的本质特征，将男方按强奸犯治罪。

这就说明，无论从许多国家的立法和我国现阶段的实际情况来看，强奸罪并非任何违背妇女意志而与之发生性关系的行为，而只是那些违背非配偶的妇女的意志而与之发生性关系的行为。换句话说，如果双方的性关系是合法的，即使男方不顾妇女的意愿而强行实施，也不发生强奸意义上的违背妇女意志的问题。所以，作为强奸罪本质特征的违背妇女意志，是以强行与妇女发生非法性关系为具体内容的。它只能是指违背妇女的“不愿发生非法性关系的意志”，而不应当是泛指违背妇女的“发生或不发生性关系的意志”、“决定性行为的意志”、“拒绝发生性行为的意志”等等。

二

明确了所谓违背妇女意志，是指违背妇女不愿发生非法性关系的意志，那么，它作为强奸罪的本质特征，在犯罪构成中，具体表现在哪些方面呢？换句话说，强奸罪的成立，只须行为人的主观意图和客观行为符合这一特征就够了呢，或者还须实际上也违背了被奸妇女的意志呢？这也是司法实践中经常遇到的一个关乎罪与非罪的重要问题。请看下例：

男青工陈某，平日听说同车间女工李某的丈夫上晚班。一天深夜，陈偷偷溜进李家，利用李昏睡之机，冒充她的丈夫，同她发生了性关系。当李察觉正要呼喊时，得知对方是陈，便不但不再声张，反而向陈吐露真情，说她早就有意于他，于是继续与陈奸宿，并把一只镀金戒指赠陈留念。不料李的丈夫因工伤事故提前下班回家，发现了此事，当场将陈扭送保卫部门。在审查过程中，陈如实交代了上述经过，并交出了戒指。对于这类事件怎样定性，刑法理论界和司法部门的同志，就往往因为各自对“违背妇女意志”所涉及的方面的看法不同，而得出截然不同的结论。

有些同志认为，刑法是一种禁止性的法律规范，它的对象是行为人。我国刑法第139条把强奸罪描述为“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女”，就是针对行为人而言的。只要行为人之主观上有强行与妇女发生非法性关系的目的，客观上又有以暴力、胁迫或者其他手段实施奸淫的行为，就具备了强奸罪的本质特征，就构成强奸罪；至于实际上违背或不违背被奸妇女的意志，那是被害人的感受问题，只能作为一种情节，在量刑时予以考虑，对本罪的成立并无影响。因此，类似上例陈某那样的行为人，都应当承担强奸罪的刑事责任，否则就不合立法精神。同时，从我们的刑法理论来看，行为的社会危害性是一切犯罪的实质属性，类似上例中的行为人，其主观状态和客观行为都充分显示了对妇女的自由权利和身心健康的现实威胁，至于实际上并未违背被奸妇女的意志，那是意外原因所致，不能排除其主、客观方面固有的危害性质。对这种行为人不以强奸论罪，势必有悖于社会危害性是犯罪的实质属性的基本原理。

另一些同志则持相反的见解。他们认为，作为强奸罪本质特征的“违背妇女意志”，既指行为人的主观状态和客观行为具有违背妇女意志的性质，又指实际上也违背了被奸妇女的意志，刑法第139条的“强奸”二字，也就表明了要求实际违背妇女意志的意思，二者缺一，强奸罪就不能成立。因此，对于类似上例中的行为人，不应以强奸罪论处。

我以为，正确的结论是后者而不是前者。

社会主义的刑法理论认为，犯罪构成是行为人负担刑事责任的唯一根据，犯罪客体则是犯罪构成的必备要件之一。在我国刑法中，强奸罪属于侵犯人身权利性质的犯罪，其直接客体是受犯罪行为侵害、威胁的妇女不愿发生非法性关系的自由权利及其身心健康。可是，强奸罪具有一个不同于其他侵犯人身权利罪的特点，即被奸妇女的自由权利及其身心健康是否受到侵害或威胁，同她本人的意愿是密不可分的。这就是说，当被奸人认为行为人的行为违背其意志时，才意味着她的自由权利和身心健康受到侵害或威胁，才具有犯罪客体；反之，如果被奸人并不认为违背其意志，则不发生其自由权利和身心健康遭受侵害或威胁的问题，也就不存在犯罪客体。如果承认后一种情况也可以构成强奸罪，那就无异于承认并不侵害、威胁妇女自由权利和身心健康的行为也可构成强奸罪，或者说强奸罪的构成也可以没有犯罪客体，这同犯罪构成的理论显然是矛盾的。而且，这样一来，类似上述案例中的妇女，却成了强奸罪的被害人，这在情理上也是说不通的，其社会效果当然就可想而知了。所以，把强奸罪的本质特征——违背妇女意志的具体表现，局限于行为人的主观状态和客观行为的性质方面，而认为强奸罪的成立并不需要实际违背被奸妇女的意志，这种观点无论在理论和实际上都是难以成立的。

至于说对于类似上例的行为人不以强奸论罪，就会有悖于社会危害性是犯罪的实质属性的基本原理，我以为这种认识是由于误解了犯罪的实质属性所致。诚然，行为的社会危害性是犯罪的实质属性，某种行为所以被认为是犯罪行为，从实质上说，就是因为它具有社会危害性。可是，任何达到犯罪程度的社会危害性，都只能是法律规定的构成各该具体犯罪的全部要件的综合表现，而不能是其中某一方面或某几方面的局部反映。如上所述，我国刑法既然以实际违背妇女意志为构成强奸罪的要件之一，那就意味着只有行为人的主观状态和客观行为具有违背妇女意志的性质，又在实际上违背了妇女意志时，法律才认为其社会危害性达到了构成强奸罪的程度，应当受到刑罚处罚；反过来说，如果行为人仅有违背妇女意志性质的主观状态和客观行为，实际上却未违背妇女意志，则表明缺少一个构成要件，意味着行为的社会危害性尚未达到法律所要求的程度，也就不应以强奸罪论处。所以，坚持以法律为准绳，对那些仅有违背妇女意志的主观状态和客观行为，实际上并不违背妇女意志的奸淫不以强奸罪论处，不但不违反行为的社会危害性是犯罪的实质属性的基本原理，而正是遵循、维护了这个原理。

当然，我们说这类行为人不构成强奸罪，却不排除其可能构成其他犯罪（如流氓罪）或者应当受行政处罚。至于是否构成其他犯罪，应当受什么行政处罚，则须根据案件的全面情况，分别具体认定。

三

违背妇女意志是强奸罪的本质特征，可是，这种“违背妇女意志”，不是一般的心理学概念，而是一个法学概念。它并非漫无边际的广义的违背妇女意志，而只是受法律特定条件制

的的，或者说是以法律特定条件为前提的违背妇女意志。刑法第139条对此有明确的规定，即，这种违背妇女意志，是由于行为人使用暴力、胁迫等使妇女不能抗拒的手段造成的，两者之间存在着因果联系。这就是说，在确认某一非法性关系行为是否构成强奸罪的时候，所应判明的不只是一个单纯的心理上的违背或不违背妇女意志的问题，还有一个“怎样违背”的问题。明确这一点，对司法工作是有实际意义的。试举两例：

〔例一〕青年妇女赵某，一向品行良好，作风正派，因夫妻感情不洽，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，对赵颇表同情，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，与邻居邹某同宿一宵。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，向所在单位作了揭发。

〔例二〕某山区妇女廖某的丈夫患有痼疾，多年不愈，家境十分困难。公社医生施某，不辞劳累，经常翻山越岭，为她送医送药，终于把病治好了。从此，廖对施感激不尽，常以家境贫寒，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！可是你对我家实在有恩，我也难以扫你的脸皮，只好任你糟塌一次。以后一了百了，你再也不要到我家来”，结果与施发生了性关系。后因施又来纠缠，廖才把此事告诉了丈夫，向公社作了揭发。类似上例中邹、施那样的行为人，其行为是否违背妇女意志，是否构成强奸罪呢？在司法实践中，往往有人持否定见解，也有人持肯定见解。我以为，笼统地否认这类行为违背妇女意志是难以令人折服的。因为，意志属于人们的主观心理状态，本身有着多层次的内容和复杂的表现形式。妇女对于不符合自己意愿的非法性行为所持的态度，除表现为断然拒绝或强烈抗击而外，还可能表现为一种矛盾的形式，比如违心的允诺，委屈的许可，无奈的顺从，被迫的同意等等。像上例中赵、廖那样的被奸妇女，对于与行为人发生非法性关系，虽有允诺、许可、顺从、同意的一面，但从事件发生的背景和她们当场的实际表现来看，其基本的心理倾向却是有违心、委屈、无奈、被迫的一面，硬说并不违背她们的意志，则不仅被奸人于心未甘，同时也不易为社会舆论所认可。那么，可否就因此而认定行为人构成了强奸罪呢？那也不能。其所以不能，就在于这种“违背妇女意志”不是行为人用暴力、胁迫等使妇女不能抗拒的手段造成的，不具有法律特定的前提条件。而这一点，却正是划分一般心理学意义上的“违背妇女意志”与法学意义上的作为强奸罪本质特征的“违背妇女意志”的重要标志，对于这类案件的定性，具有主要作用。

因此，目前有些提法，是值得商榷的。比如，有的同志认为，对于确定是否构成强奸罪来说，“被告人采取的是什么手段不是关键问题，而关键问题是看是否违背妇女意志”、“不论犯罪者采取何种手段，凡性交时违背妇女意志的，即构成强奸罪”等等。这些提法都显得过于笼统。刑法学是一门法律学，它是以刑法规范为其研究对象的。我们在阐述某一犯罪构成时，虽然可以发表学理上的见解，但原则上不应脱离法律上的规定性。我国刑法既已明文规定了强奸罪客观方面的特定手段，则不应超越这个规定，解释为任何手段，否则就有混淆两种“违背妇女意志”的界线、扩大刑法打击面的危险。司法实践中，有时把类似上例的案件作强奸案处理，其主要原因之一，就是由于某些同志强调了一般心理学意义上的“违背妇女意志”，而忽略了法律所要求的特定“手段”，或者任意扩大解释了这种“手段”所致。当然，某些同志之所以有所谓不论“被告人采取的是什么手段”、不论“犯罪者采取何种手段”之类的

提法，可能是考虑到对刑法所举的“其他手段”难以解释周全，为避免挂一漏万而说的。如果真是这样，我以为可考虑冠以“不能抗拒”为限制成分，以便杜绝误解。

此外，刑法理论界还有这样一些提法：“违背妇女意志是构成强奸罪的本质特征，采用暴力、胁迫或其他手段是构成强奸罪的基本特征”、“违背妇女意志是构成强奸罪的本质特征，以暴力、胁迫或者其他手段强行与妇女性交的行为，是构成强奸罪的客观事实基础”等等。姑不论这里所谓“基本特征”、“客观事实基础”的涵义如何，这些提法的共同之处，都是把“违背妇女意志”同法律规定的罪状并列起来，我以为这也是值得推敲的。因为，所谓“违背妇女意志”，无非是也只能是对法律规定的罪状的内在属性的理论解释，它既不是独立于法律规定的罪状之外的补充或附加因素，更不应居于法定罪状之上。

四

违背妇女意志是强奸罪的本质特征，那么，在司法实践中，以什么为标准来认定行为人具有违背妇女意志而与之发生性关系的主观意图和客观行为，又以什么为标准来认定其实际上违背了妇女意志呢？对前者，由于刑法第139条有具体的描述，标准是清楚的，所以基本上不存在什么争论；对后者，则颇有争论，而争论的焦点又集中在怎样看待妇女的抗拒表现这个问题上面。

近年来，理论界和司法部门的同志，就这个问题发表了不少富于启示性的见解，提供了很多实际资料，对于丰富刑法科学理论，帮助大家正确理解和运用法律，有效地同强奸犯作斗争，无疑都是有价值的。可是，有的同志认为，妇女有无抗拒表现，仅仅是司法人员分析案情的参考情节，似乎对于判断被奸妇女的意愿、认定行为人的行为实际上已否违背妇女意志，也只起参考作用，我以为这种见解有再商榷的必要。

如前所述，意志属于人们的主观心理状态。按照辩证唯物主义的观点，一个人的心理状态，“除了行为的内容和形式外”，是无法衡量的。①因此，要判断一个精神正常的妇女，在面临行为人企图与之发生非法性关系的态势的时候，其心理状态是愿意或不愿意，归根结蒂，都只能以她本人表达这种心理状态的行为的内容和形式为根据。而这种行为的内容和形式，尽管因各该妇女特有的个性和所处的环境等具体情况的不同而有所不同，但从实质上说，都不外乎两种，即抗拒或不抗拒。所谓具体情况具体分析，其实都只能是参照各该妇女特有的个性和所处的环境等具体情况，判断其外在表现属于抗拒或不抗拒，从而揭示实际上违背或不违背其意志，而决不能是在该妇女本人根本没有任何外在表现的情况下，去分析出违背或不违背其意志。所以，我以为，把有无抗拒表现作为判断妇女意愿，从而认定行为人的行为实际上是否违背妇女意志的客观标准，是符合马克思主义的认识论的。那么，为什么一涉及这个问题，又会引起一些异议，认为这样一来，就可能使那些“没有抗拒表现”或者“抗拒表现不明显”而内心实非情愿的妇女含冤受屈，不利于打击犯罪，有效地保障妇女的人身权利呢？这主要是因为有些同志对“抗拒表现”理解得比较窄狭，而另一些同志又对“要求妇女有抗拒表现”解释得偏于绝对化所致。为了解除这种疑虑，统一认识，我以为进一步明确下列两个问题，是很重要的。

〈一〉什么是抗拒表现？

目前，理论界和司法部门的某些同志，往往把抗拒解释或理解为单纯的体力上的拼搏、

① 参见《马克思恩格斯全集》，第一卷，第138页。

扭斗、挣扎或高声呼救；妇女面临犯罪侵害时，有这类举动的，才认为有抗拒表现，否则就是没有抗拒表现。用这样狭小的标准来判断是否实际上违背妇女意志，自然是不符合实际的，因而也是不公平的。事实上，“抗拒”作为一种仇视、排斥犯罪侵害的心理状态的外在表现，其具体形式是多种多样的。它可以是体力上的拼搏、扭斗与挣扎，也可以是语言上的拒绝、斥责与呼救，还可以是怨恨的表情或姿态，以及意图避免侵害而使用的劝说、哀求等等。只要确有这类情状之一，就应视为有抗拒表现。还有一些妇女，基于“留得青山在，来日报深仇”的动机，佯装同意，麻痹对方，暗中记下行为人的特征或者留下证据，事后即检举揭发，这种策略性的行径，也未尝不是一种抗拒表现。所以，用这种标准来考察，绝大多数真正不愿与他人发生非法性关系的妇女，即使个性特别怯懦，身体非常羸弱，都不会是没有抗拒表现的。只要调查研究工作做得深入细致，所谓实际上违背妇女意志，客观上却“没有抗拒表现”或“抗拒表现不明显”的现象，一般都能排除。这样，按照妇女本身有无抗拒表现来判断其主观上愿意或不愿意，从而认定行为人实际上是否违背了妇女意志，以之作为区分罪与非罪的根据之一，基本上也就不会发生使被害妇女含冤受屈和放纵犯罪的弊害。如果经过周密、细致的调查分析，被奸妇女连上述任何一种反抗形式都没有，那么，这种案件是否属于违背妇女意志而实施奸淫的犯罪案件，就值得慎重考虑了。

〈二〉抗拒表现的前提是什么？

所谓有抗拒表现，不是绝对的，而是相对的。它是以具有能够抗拒的条件为前提的。如果客观条件使妇女不能抗拒，也就理所当然地不发生考究妇女有无抗拒表现的问题。对于这种情况，应当根据行为人的行为和事件发生的具体环境等因素，推定行为人实际上违背了妇女意志。

(1)因不堪抗拒而没有抗拒表现。这主要是指被害人受到突然袭击，在尚未觉察行为人的奸淫意图的时候，即被击昏而失去知觉，或者被打成重伤，以致力不从心，碍难以任何形式表达自己的心理状态。在造成被害人死亡的情况下，当然就更属不堪抗拒了。

(2)因不敢抗拒而没有抗拒表现。这主要是指妇女受到精神强制，即行为人采取的态势，使妇女感到，如有抗拒表现，其本人或与其本人有关的其他人(如丈夫、子女)的生命、健康、名誉、财产权利就要遭受严重的损害，因而忍辱含垢，没有作出抗拒表现，甚至虚与委蛇等等。如果当时的客观态势表明，显然不存在这种威胁，该妇女竟没有任何抗拒表现，则不应认为违背了妇女意志。

(3)因不及抗拒而没有抗拒表现。这主要是指行为人利用欺骗方法，乘妇女不备，而与之发生非法性关系，及至被奸人察觉，为时已晚，唯恐张扬出去，反而有损自己的名誉和婚姻、家庭关系，于是“哑吧吃黄连”，有苦难言，自忍其辱。

(4)因不知抗拒而没有抗拒表现。这主要是指行为人使用某种手段，使妇女失去知觉，或者利用妇女失去知觉或缺乏正常的辨别能力的状态，而与之发生性关系。被奸妇女由于不了解或者不理解对方行为的性质，因而没有抗拒表现。

以上情况，都是妇女处于缺乏自由表达真实心理状态的客观条件，或者这种条件受到严重障碍的态势下出现的，而这种态势又是行为人所造成的，因此可以推定其违背了妇女意志。应当注意的是，既是“推定”，就毕竟不同于以实际的抗拒表现为依据的“认定”。为了保证这种推定符合妇女的真实心理状态，必须考虑事件发生的全部情况，尤其要充分注意妇女的事后表现。这不仅是因为，属于上述四种情况的妇女，除当场致死和精神失常者外，她们

在事后都是有条件自由表达自己意志的，考虑这种表现，有助于印证确实违背其意志；而且，有些事后表现，也可能证明实际上并不违背其意志，正像本文第二部份案例中的妇女李某那样，就发生性关系当时的情况而言，似乎属于不及抗拒而未抗拒，如果机械地依此推定行为人违背其意志，而不顾她本人的事后表现，那就显然不符合事实了。当然，考虑妇女的事后表现，还须防止虚假现象：当时并不违背其意志，事后却伪称违背其意志；当时本属违背其意志，事后却掩饰事实真相，伪称不违背其意志。这都是司法实践中如何调查研究、去伪存真的工作问题，本文就不赘述了。

论刑事证据的概念及其“客观性”的含义

王　铮

在关于刑事诉讼证据理论问题的讨论中，有很多争议导源于对证据性质中主、客观关系问题的不同认识。这一问题很有必要进一步探明。首先，对刑诉法第三十一条规定应有一个全面理解。刑诉法第三十一条第一款对刑事证据下了一个简明的定义：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据。”这一定义，只是指明了证据的哲学本质，引出了证据客观真实性的特征。证据这种客观事实，是通过一定途径、来源取得，以一定形式表现的，因此第二款规定了证据的六种合法形式。这些“已知的事实”是经过诉讼程序得以检验和认定，从而成为“定案根据”。因此第三款规定，经过查证属实的才成为证据。综合第三十一条全文规定，第一款指明了证据的客观内容；第二款规定了证据的法律形式；第三款强调了证据内容与形式的统一，而达到这种统一必须借助实践证明活动。

法学理论上对证据概念一般表述如下：“刑事证据是公安、司法人员依法定程序收集的，用以确定……有关案件真实情况的一切事实。”这一表述，也是在肯定证据客观真实性的前提下，在“一切事实”前加了定语，对证据客观性质作了限定性说明。

可见，法律规定和学理分析中，对“证据事实”的描述都涉及到客观与主观的关系问题。在对刑事证据的概念与性质的认识上，早在五十年代和六十年代就产生过很多争议和分歧。有的坚持客观说，有的主张主观性，有的提出主、客观结合的论点。虽然多数同志承认证据的客观本质，但各人的理解又有不同之处。为了弄清这些问题，本文拟从三层意思对证据的概念和客观性略抒一管之见。第一，证据事实的客观性的主要含义应是什么？第二，在与案件事实的关系上，证据事实是第一性的事物还是第二性的事物？第三，证据事实与办案人员的主观认识是什么关系？

（一）证据的客观性即指真实性

作为认定案件事实的各证据的内容必须是真实的而不是虚伪的。把证据的“客观性”归