



刑法中的同意制度

——以性侵犯罪为切入

The Consent in Criminal Law
In the perspective of sexual assault

罗翔 著



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

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

刑法中的同意制度

——以性侵犯罪为切入

The Consent in Criminal Law
In the perspective of sexual assault

罗翔 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法中的同意制度:以性侵犯罪为切入 / 罗翔著.
—北京:法律出版社,2012.10
ISBN 978-7-5118-3954-1

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(2012)第209310号

刑法中的同意制度
——以性侵犯罪为切入

罗翔著

责任编辑 易明群
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.25 字数 234千

版本 2012年11月第1版

印次 2012年11月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3954-1

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

上帝就照着自己的形像造人，乃是照着他的形像造男造女。

创世纪 1 章 27 节

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有限,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,见到山崖上的蘋花,“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,只是行不出来由不得我”。

(《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。上个世纪,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。用马克思·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,如果朴素的道德良知相抵触,它都有修正的必要。理论不过为渺小有限的人类所设计,它的缺陷是注定的。理论不过为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。法律要尽可能的去倡导正确的价值,引导人们回归至善之道。有许多人信奉马克思·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。

目 录

序言:社会控制与个人自由 1

引言 1

第一章 同意问题在性侵犯罪中的地位 6

一、性侵犯罪的历史沿革 6

(一)性侵犯罪的历史 6

(二)人权运动与性侵犯罪的革新 12

二、性侵犯罪的法益嬗变 20

(一)风俗之法益 20

(二)性自治权之法益 22

(三)性自治权的含义 25

(四)风俗与性自治权的关系 28

三、刑法基本理论的转化 37

四、同意问题是性侵犯罪的核心 42

(一)同意问题的历史回顾与发展趋势 42

(二)不同意是性侵犯罪的本质特征 46

(三)不同意问题的处理模式及我国的选择 54

第二章 同意的概念及不同意判断标准 58

- 一、同意的概念 58
- 二、不同意的判断标准 65
 - (一) 中国刑法有关不同意标准的争论 65
 - (二) 英美法系有关不同意标准的争论 71
 - (三) 大陆法系有关不同意标准的争论 85
 - (四) 几种最新标准 89
- 三、标准的确认 92
 - (一) 主观标准或客观标准 94
 - (二) 反抗规则 95

第三章 不同意表现形式 127

- 一、表现形式的分类 127
- 二、严重强制手段与同意 130
 - (一) 暴力 130
 - (二) 胁迫 131
- 三、能力瑕疵与同意 131
 - (一) 年龄与同意 132
 - (二) 心智不全与同意 139
 - (三) 身体无助与同意 147
- 四、强制不明显与同意 150
 - (一) 威胁 150
 - (二) 欺骗 158
 - (三) 滥用信任关系 171
- 五、婚姻关系与同意 175

第四章 同意与犯罪论体系 186

- 一、同意在犯罪论中的地位 186
 - (一)大陆法系 186
 - (二)英美法系 188
 - (三)我国的选择 189
- 二、同意与主观心态 190
 - (一)从摩根案件谈起 191
 - (二)对策 192
 - (三)不同意的判断标准与主观心态的关系 199
 - (四)本书之立场——规范性构成要件要素的认识错误 200
 - (五)同意年龄的认识错误 206
- 三、同意与未完成罪 227

第五章 同意与证据规则 235

- 一、同意的证明责任 235
 - (一)证明责任分配的标准 235
 - (二)标准的冲突 238
 - (三)标准的取舍与应用 243
- 二、性史与证据 248

结论 260

参考文献 263

后记 279

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的互动关系。

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^[2]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,其复杂性突出表现为如下几个方面:

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,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

[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 Offences: A Report to the Home Office Sex Offences Review, Home Office, 2000)。

[2] 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。See Brande Stellings, Note, The Public Harm of Private Violence: Rape, Sex Discrimination, and Citizenship, 28 Harv. C. R. - C. L. L. Rev. pp. 185, 186, n. 3 (1993)。

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，男女两性对同意与不同意可能存在不同理解。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，女权主义理论家玛金隆（Mackinnon）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。^{〔1〕} 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。伴随着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，并藉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上世纪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的修改。在许多国家，

〔1〕 Cf. Stephen J. Schulhofer, *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law* ix, Harvard University Press (1998), p. 56.

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。虽然在上世纪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,大多数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罪案件的准确性,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做简单交代。其一,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”)。^[1]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。其二,本书所说的性侵犯罪,它指的是我国《刑法》第236条、第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)。

[1] 本书在同等意义上使用“不同意”和“拒绝”两词。