

TRIAL

2004年 第五辑

(总第六辑)

审判研究

STUDY

《审判研究》编辑委员会 编

高铭暄 梁 剑 / 论强奸犯罪之罪与非罪的界线

刘宪权 / 证券、期货犯罪刑事立法比较研究

谭世贵 潘 霓 / 我国刑事二审程序的反思与重构

陶广峰 李培才 / 从知识产权保护的价值取向看我国知识产权保护政策的现实选择

田 幸 / 论量刑均衡与公正的实现

车 浩 樊百乐 / 中国刑法学研究会2004年学术研讨会综述

宋建立 / 英国司法制度与我国司法改革

冉 昊 / 论所有权含义、对象和地位的演变



法律出版社
LAW PRESS

2004年 第五辑

(总第六辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究·2004年第5辑/《审判研究》编辑委员会编.
—北京:法律出版社,2004.11
ISBN 7-5036-5178-4

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国
IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 107591 号

©法律出版社·中国

责任编辑/柯恒

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/15.5 字数/240千

版本/2004年11月第1版

印次/2004年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法规出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/law@lawpress.com.cn

rpc8841@sina.com

读者热线/010-63939631

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5178-4/D·4896

定价:20.00元

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：丁巧仁

委 员：公丕祥 丁巧仁 田 幸 周晖国
叶兆伟 曹立久 屈建国 蔡则民
马汝庆 李克军 徐立新 马志相
帅巧芳 刘 华 李飞坤 张 屹
张年庚 张培成 陆洪生 陆国甫
胡道才 鲁国强 褚红军 刁海峰
李后龙 刘亚平 刘媛珍 何 方
陆鸣苏 沈 莹 周茸萌 范 群
谢国伟 薛剑祥

副 主 编： 蔡绍刚 朱建新

编辑部主任： 朱建新（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 孙晋琪 丁 浩

《审判研究》稿件技术规范

为统一《审判研究》来稿格式,遵循严谨务实的学术研究之风,保证刊物和稿件质量,特制定本技术规范。

1. 来稿应在 4000 字以上,除本刊特约稿件外,以不超过 8000 字为宜。
2. 来稿请用 A4 或 B5 纸打印,稿件正文应不小于小 4 号字,行间距为 1.5 倍。并尽量附软盘或发稿件至本刊电子信箱:trialstudy@sina.com
spyj2004@sina.com
3. 来稿主题名不得超过 20 个汉字,必要时可以加附标题。题名应简要贴切,能概括文章的主要内容,表达文章的中心思想,不使用非公认的外来语、缩略语和字符、代号等。
4. 作者署名在题名下,多个作者之间用逗号隔开。
5. 稿件正文前请附不超过 300 字的内容摘要。摘要应客观反映文章的主要内容:主题范围、主要观点、主要创意等,不包含对文章的评价性用语和常识性用词。
6. 稿件摘要请附 3—8 个能概括文稿主题的关键词。关键词应直接从文章的各层标题和文中抽取,并应保持其在文章中的字面形式。
7. 稿件首页地脚请附作者简介,包括:姓名、单位及职务、职称、学位等。
8. 稿件正文的标题序号:一级标题采用“一、”,二级标题采用“(一)”,三级标题采“1.”,四级标题采用“(1)”。
9. 注释是作者对题名、标题或正文中某一特定内容的进一步解释或补充说明,其序号用方括号并在其中依序加阿位伯数字,标在须注释的文字标点右后上角,注释的内容置于当页地脚,全文依序号连续编排。
10. 注释引征应能体现所援用文献、资料等的信息特点,能与其他文献、资料等相区别;能说明该文献、资料等的相关来源,方便读者查找。

11. 注释引征可不使用引导词或加引导词,支持性或背景性引用根据可使用“参见”、“例如”、“例见”、“又见”、“参照”、“一般参见”、“一般参照”等;对立性引征的引导词为“相反”、“不同的见解,参见”、“但见”等。
12. 注释中重复引用文献、资料时,若为注释中次第紧连援用同一文献、资料等情形,可使用“上引书”。若两个注释编号次第紧连,但引征的同一文献不在同一页码,则使用“上引书,第 M 页”。若重复援用同一文献、资料等注释编号中间有其他注释的情形,体例如:“前引 N”。若与前注间有多项引征不同文献、资料等的情形,则应在后注中标明作者,可使用“前引 N, W 书,第 M 页”(即在引征同一文献、资料等的不同页时),以示区分。
13. 图书或成册作品援用的一般结构次序为:作者,标题,出版者,出版时间,版次,页码。定期出版物援用的结构次序为:作者,标题,出版物名称,出版时间,卷期号。
14. 网上文献资料引征以“参见”开始,此后结构次序为:作者,标题,访问日期,网址。
15. 引用众所周知的著作,一般结构次序为:著作,出版者,出版时间,页码。
16. 引用翻译作品,一般结构次序为:国度,作者,著作,译者,出版者,出版时间,页码。
17. 引用外文类著作,从该文本种的注释习惯。
18. 所引著作作者为三人以上时,可仅列出第一人,其他用“等”字予以省略。
19. 正文后请附作者的详细联系方法,包括详细地址、邮政编码、电话号码、电子信箱等。
20. 由于编辑部人力有限,来稿一律不退,请作者自留底稿。自收稿之日三个月之内未接到用稿通知的,作者可将稿件另作他用。本书拒绝一稿两投或多投。本书对决定采用稿件,有权在尊重原作基本观点的前提下做适当修改或删节。作者如不同意修改,请在来稿中注明。来稿一经采用,即寄附稿酬及样刊。

《审判研究》稿约

《审判研究》是江苏省高级人民法院与法律出版社合作编辑的法学专业连续出版物。旨在通过对审判实践中有关法律适用的重大、疑难问题展开分析,以独特的视角、翔实的内容研究法学理论,总结审判经验,探求法的精神,倡导现代司法理念,弘扬先进司法文化,注重熔思想性、理论性、权威性、应用性与时代特色于一炉,努力实现法律理论与审判实务的良性互动。热忱欢迎广大法官、学者、律师等各界法学人员惠赐佳作。来稿要求:

1. 稿件应为未公开发表的作品,即指在同一语言下事先未在任何纸质或电子媒介上发表。
2. 稿件字数应在 4000 字以上,除本书特约稿件外,一般不宜超过 8000 字。
3. 稿件应严格遵守学术规范要求,引用文献务必标明出处,注释格式体例请遵照《审判研究》来稿技术规范或参照《审判研究》最新版本。
4. 来稿请务必注明作者姓名、单位、职务及联系方式。(电话、电子信箱、邮编、成稿时间等)
5. 来稿应用 A4 或 B5 纸张打印件,附软盘并以 WORD 文件或文本文件存盘为佳。
6. 来稿一律不退,请作者自留底稿,三个月内未接到用稿通知,作者可另作他用。
7. 本书辑录的所有文章,任何转载、摘登、翻译或结集出版事宜,均须得到本书编辑部及法律出版社的书面许可。

来稿请寄:江苏省高级人民法院《审判研究》编辑部

邮 编:210024

联系电话:025-83785236

电子信箱:trialstudy@sina.com

spyj2004@sina.com

目

录

Trial Study

2004年第5辑(总第6辑)

专家论坛

- 1 高铭暄 梁 剑/论强奸犯罪之罪与非罪的界线
12 刘宪权/证券、期货犯罪刑事立法比较研究
23 谭世贵 潘 霓/我国刑事二审程序的反思与重构
30 陶广峰 李培才/从知识产权保护的价值取向看我国知识产权
保护政策的现实选择

特 稿

- 42 田 幸/论量刑均衡与公正的实现
51 车 浩 樊百乐/中国刑法学研究会 2004 年学术研讨会综述

司法改革

- 78 宋建立/英国司法制度与我国司法改革

专题研究

- 90 冉 昊/论所有权含义、对象和地位的演变
109 卢小毛/罚金刑适用中存在的问题、原因及对策
122 杜开林/共同保证人之间追偿权的规制
——由法释[2002]37号批复引发的思考
135 姚旭斌/论司法裁判的社会认同
145 李传松/严格责任犯罪研究
158 王伟男/民事判决确定性研究

审判实务

- 167 花玉军 马 燕/“江苏省法院案件质量监督评查理论与实践
研讨会”综述

目

录

2004年第5辑(总第6辑)

Trial Study

- | | |
|----------------------------|-----|
| 合同保证保险的法律属性与法律适用新探/徐 坚 邹国华 | 179 |
| 审理案件解释适用法律的规则研究/崔 杰 | 189 |

争 鸣

- | | |
|---------------------------|-----|
| 对“王海现象”的再思考/沈幼伦 | 200 |
| ——评某地法院知假买假不适用《消法》第49条的决定 | |

各抒己见

- | | |
|------------------------|-----|
| 卡拉OK音乐著作权纠纷解析/方 明 | 206 |
| 试论第三人侵害租赁权的法律救济/唐 静 | 211 |
| ——以租赁权性质探究为中心 | |
| 论人寿保险合同中的同意主义、“法条提醒义务” | |
| 及信赖利益赔偿/季秀平 滕 威 | 218 |

裁判文书

- | | |
|---------------------------|-----|
| 姚德军、姚运前、谢立飞盗窃,郝家好、高雷收购赃物案 | 229 |
| ——江苏省高级人民法院(2003)苏刑二终字 | |
| 第075号刑事判决书及评析 | |

审判参考

- | | |
|-------------------------|-----|
| 江苏省高级人民法院关于审理事业单位人事争议案件 | |
| 若干问题的意见 | 237 |

专家论坛

论强奸犯罪之罪与非罪的界线

高铭喧 梁 剑*

强奸犯罪,看似简单,实则不然。在涉及有关该罪的罪与非罪问题上常常使人混淆不清,尤其是在有关认识错误及行为人或行为对象是特定的某类人时更加如此。笔者结合司法实践中经常遇到的一些问题,并参考国外的有关强奸犯罪的立法及其理论,对强奸犯罪中容易混淆的罪与非罪问题,发表若干看法,以期对司法实践有所启示。

一、关于对象错误问题

(一)被害人对行为人的身份发生误认

1. 行为人冒充特定对象,使被害人对行为人的身份发生认识错误。关于通过欺诈手段获得同意性交的承诺是否使承诺无效的问题非常复杂。最早在法律上对之有明文规定的国家是英国。1885年刑事法修正案,以及后来1956年性犯罪法案均规定,如果行为人冒充已婚妇女的丈夫引诱该妇女与之性交,构成强奸罪。1994年刑事司法和公共秩序法案第142条第三款又重申了上述规定。^[1]从英国刑法中的规定看,仅解决了冒充丈夫与妇女进行性交的情形,而对通过其他欺诈手段获得性交的行为没有规定。对于冒充男朋友、情人等性质类似丈夫的特定对象是否构成强奸罪的问题也没有明文规定。从英国的判例来看,在

* 高铭喧,中国人民大学教授、博士生导师,国际刑法学会副主席暨中国分会主席;梁剑,浙江省高级人民法院法官、法学博士。

[1] See David W Selfe, Vincert Burke, *Perspectives on Sex, Crime and Society*, Caverndish Publishing Limited 2001, British, p. 85.

1995年的Elbekkay案中,对冒充女孩的男朋友进行性交的行为认定构成强奸罪。从英国的情况看,判例与立法存在一定的矛盾。如果立法的本意并不排除冒充男朋友、情人进行性交可以构成强奸罪,那么,立法为何不直接将男朋友、情人规定在法律上呢?从我国历史上看,对于冒充丈夫进行性交的行为,在清朝时就已经按照强奸罪办理。^{〔2〕}从我国现阶段的司法实践中看,冒充丈夫、男友、情人均可以认定构成强奸罪。

2. 因被害人的错误,将行为人误认为自己的丈夫、情人等有特定性关系的人。关于被害人认错对象的问题,较一般的行为人认错对象的情况复杂。因被害人认错对象而引发的性交行为是否定罪,在司法实践中时有争论。在我国的司法实践中曾出现这样的案例:一对新婚夫妻,彼此还不太熟悉。一天,他们住在某旅店。深夜,妻子出房门上卫生间。当返回时,因疏忽而走进了隔壁房间(正好没有锁门),于是上床,以为床上睡的是自己的新婚丈夫。男子知道有女子上床,心中窃喜,乘机与该妇女发生了性交。在该案例中,该行为人有无冒充妇女丈夫的行为呢?从内心分析,如果该女子知道床上睡的不是其丈夫,她是不会与行为人发生性交的。从行为人方面看,他明知该妇女错将其当作了特定的人,而他并没有指出,而是将错就错,乘机与该妇女进行了性交。在这种场合,行为人是否有义务告知该妇女她认错人了?行为人是否有冒充行为?笔者认为,行为人有告知的义务,应该告知对方她认错人了。从本质上看,行为人利用了该妇女不知反抗(不知他不是其丈夫)之际,实施了性交。基于该妇女对性交的对象发生了误认,而行为人正是利用了该妇女的这种认识错误,从而,与行为人进行性交是违背该妇女的意志的。因此,行为人的并非主动的行为在实质上也是冒充行为。该行为人乘机冒充了被害人的丈夫。对这种行为可以认定为强奸罪。但因被害人的错误在前,在起因上被害人有过错,在量刑时应该从轻或减轻处罚。

(二)关于行为人认错对象的问题

行为人对行为对象发生认识错误,是否应该否定强奸罪的成立存在争议。

1. 误将他人当作妻子、情人的场合。如在行为人误将他人当作妻子、情人因而发生性交的场合,是否认定为强奸罪有不同的观点。笔者认为,因行为人没

〔2〕“有等贪眠妇人,因夫在近处未归,掩门先睡,被奸徒窥视,冒认入室而偷奸者,或经当时觉察,或被提获,或与过后觉悟者。此等案件最易捏混,须细心体察。再此项情罪,例无明文,临时比照酌议。如冒奸属实,即照强奸办理,向有成案。”参见清朝法学家王又槐:《办案要略》。转引自王文生硕士论文:“论强奸罪的违背妇女意志”,第42页,1995年5月通过答辩。

有强行性交的故意,不具备强奸罪的主观要件,故不能成立强奸罪。在司法实践中曾有这样的案例:甲男与乙女有通奸关系,甲男深夜经常到乙女房间与乙女发生性交。某日,甲男照常去乙女家,进入乙女房间,见床上睡着一人,以为是乙女,遂上床欲与乙女发生性交。但事实上,床上睡的是乙女的女儿。乙女的女儿大喊,将甲男抓获。在此案例中,因甲男没有强行与乙女女儿发生性交的故意,主观上认为床上睡的是乙女,故甲男只有与乙女通奸的故意,而没有强行性交的故意,因而,甲男不构成强奸罪。

2. 误将妻子当作他人的场合。如行为人将自己妻子误认为别的妇女,因而与之强行性交的场合,能否成立强奸罪也有争议。一种观点认为,婚内不能成立强奸罪,当行为人误将妻子作为别的妇女进行强奸的情形,因被奸淫的妇女是自己的妻子,属于对象不能犯,故不构成强奸罪。另一种观点认为,行为人因对强奸对象的认识错误,不能免除其刑事责任。因为行为人主观上有强行性交的故意,客观上有强行性交的行为,符合强奸罪的主客观构成要件,当然成立强奸罪。笔者同意后一种观点,并认为,即使承认婚内不能成立强奸罪,也不能否定上述情形中行为人的刑事责任。是否构成强奸罪,关键是看,发生性交行为时,妇女对性交是否表示了同意,如果妇女不同意,行为人采用暴力等手段强行与妇女发生性交,则成立强奸罪。在行为人不知道被奸淫的妇女是其妻子的场合,就不存在婚内强奸豁免的问题。行为人有强行性交的故意,有采用暴力等手段的行为,行为人当然构成强奸罪。此中道理与杀人罪中,行为人本意开枪想杀甲,但却把站在甲身边的乙误当作甲而射杀的情形下行为人对杀人罪要负刑事责任一样,误将妻子作为她人进行了强奸,照样构成强奸罪。

3. 误将男人以为妇女的场合。对于行为人错将男子作为妇女意图强奸的场合,在刑法理论上称为因对象不能犯而成立强奸犯罪的未遂。在这种场合,强奸罪可以成立。

二、对性交行为的性质与品质的认识错误

(一)对行为的性质有误认的场合

当行为人的欺诈行为使被害人对性交行为的性质发生错认时,如果被害人认识到行为人的性交行为的真实性质,则被害人不会同意发生性交。虽然被害人对性交有形式上的同意,但这种同意因被害人对性交行为的性质认识错误而无效。对此在英美法系国家已经达成共识。如外科医生告诉妇女要放入仪器进

行阴道检查,而乘机将自己生殖器插入妇女阴道的场合;医生为了与妇女性交而欺骗病人讲性交是治疗疾病的最有效办法的场合;或教师为了与女学生发生性交而告诉学生说性交是提高唱歌音质的好办法等场合。行为人对被害人进行了欺骗,而被害人以为进行性交是为了治疗疾病、提高唱歌音质的好办法。笔者认为,因被害人对行为的性质发生错认而同意性交的场合,这种同意是建立在欺诈的基础上,并且被害人对性交行为的性质有误认,足以使被害人形式上作出的同意失去效力,从而,行为人的行为可以构成强奸罪。

(二)对行为的品质有误认的场合

当被害人对行为的性质没有发生误认,但行为的品质有瑕疵,即行为的品质中含有欺诈的因素时,行为人的行为是否构成犯罪就存在争议。如行为人认识一位妓女,欺骗妓女说,若与其发生性交,则付款 500 元人民币。但当发生性交后,行为人拒绝付钱。显然,行为人不打算付钱,只是以付钱为借口乘机与妓女发生性交。但是,妓女之所以同意发生性交,是因为相信行为人会付钱给她。事实上,妓女受到了欺骗。^[3]笔者认为,一个行为是否构成强奸罪,主要看发生性交行为时,对方是否同意。在前述场合,妓女对性交行为的本身是同意的,并且,该妓女对性交的性质有清楚的认识。妓女并非不同意进行性交,而是因为性交是附条件的,对行为人不付钱的行为出乎其意料,违背其本意,而性交行为并不违背其本意。故在嫖客不付钱的场合,嫖客不构成强奸罪。在另外的场合:假设行为人甲男想与乙女发生性交,乙女因害怕怀孕而拒绝。但甲男欺骗乙女说其已经做了输精管割断手术,不会致乙女怀孕。乙女因而与甲男发生了性交。在这种场合,乙女对性交行为的性质没有错认,而是对性交行为的品质有误认。如果乙女知道甲男没有做输精管割断手术,她就不会同意与甲男性交。在这种场合,因妇女对性交行为的性质没有发生错认,其对性交行为并不排斥,故行为

[3] 对这种类似情形的案例,如 1995 年英国的 Linekar 案件,对行为人以答应付钱给妓女为手段与妓女发生性交的行为,初审法院认定行为人构成强奸罪,但上诉法院推翻了强奸罪的定罪。初审法院认为,通过欺诈获得的同意无效。上诉法院认为,强奸罪的基本要素是证明妇女对与特定的人发生性交行为不同意。在此案中,妇女同意发生性交,但以回报为条件。行为人在回报部分的欺诈不能推翻其对性交部分的同意。See David W Selfe, Vincert Burke, *Perspectives on Sex, Crime and Society*, Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 79.

人不构成强奸罪。诸如这样的场合还很多:行为人以许诺结婚而与妇女进行性交;〔4〕行为人以许诺给妇女调动工作、帮助办事等手段欺骗妇女使妇女同意性交等等。因在这些场合,妇女往往是有所图而被欺骗致使发生性交,但妇女对性交行为之性质并没有误认,在发生性交的当时,妇女是自愿的,故行为人不构成强奸罪。

三、对是否违背妇女意志的认定

(一)在行为人不知道对方同意性交而采用暴力等手段强行与妇女发生性交的场合是否成立强奸罪

在司法实践中,对强奸罪中违背妇女意志的理解通常不成问题,只要行为人采取了暴力、威迫或其他手段,强行与妇女发生了性交,就是违背妇女意志。但有时候也会遇到难题。如在司法实践中曾出现这样的案件:行为人甲为了强奸,窜至某地偏僻的小路,见一妇女路过,遂上前采用暴力手段将该妇女拖到路边的菜地,被害人起先反抗,后来当意识到行为人要强奸她时,她没有反抗,因为她对性交行为并不反感。案发后,被害人没有报案。此案的发案是因为行为人还犯下了其他罪行被抓获时,供述了本节犯行。当公安问及被害人为何没有报案时,被害人称,当时因事发突然,在行为人实施性交前有过反抗,但当她知道行为人要与其发生性交时,其生理上对发生性交并不排斥,故事后没有报案。对该节犯行,有人曾提出,因发生性交并不违背妇女意志,认为行为人不构成强奸罪。笔者认为,这种见解是不正确的。是否违背妇女意志,主要应从行为人的犯罪的主观方面与客观行为结合起来理解。在上述案例中,行为人与被害人素不相识,为了实施性交,采用暴力手段将妇女拉到路边菜地,强行与妇女发生性交,其主观上有强行性交的故意,客观上有强行性交的行为,其行为符合强奸罪的主客观要件。对照英国刑法对强奸罪规定的犯意看,只要行为人明知对方不同意或不管对方是否同意进行性交,行为人就有强奸的犯意。如果从英国刑法规定的强奸罪的犯意看,上述案例正好符合了行为人不管对方是否同意性交而强行发生性交的情形。在上述案例中,虽然被害人内心希望与行为人进行性交,但是,这种

〔4〕罗马尼亚刑法典第199条规定,以婚相许,引诱18岁以下妇女与之性交的,处1年至5年监禁。前苏联最高法院认为,如果男子答应结婚是为了欺骗女子进行性交,而且拒绝与女子进行结婚的意图早在进行性交之前就已经产生,行为人可以被控告强奸罪。参见王作富:《刑法论衡》,法律出版社2003年版,第302页。

希望性交的心态并没有传达到行为人,行为人并不知道妇女愿意进行性交,这样,无论是从被告人的角度看,还是从被害人的角度看,行为人都构成强奸。对被告人而言,其采用暴力手段与被害人进行了强行性交;对被害人而言,其遭到了强行的性交,因为其对性交没有表示过明示或暗示的同意。

(二)对妇女醉酒后所作关于同意性交的承诺之效力问题

根据我国法律规定,行为人醉酒后发生危害社会的行为,不因醉酒而免责。即行为人对醉酒后的行为应该负责。那么,如果一名妇女在醉酒后表示愿意与人发生性交,酒醒后表示发生性交非其所愿,认为在醉酒期间所作同意性交的表示不是其真实意思的表示,据此,能否追究行为人强奸罪的刑事责任?我们知道,一般的醉酒,若非病理性醉酒,醉酒人对自己行为还是有认识的,醉酒人当时对事物的认知是清楚的,只是对自己行为的控制能力明显减弱。正因为这样,法律规定,对醉酒的人犯罪,要负刑事责任。同理,对醉酒人所作的意思表示也应该尊重。假如,醉酒妇女在醉酒后与他人签订了一个经济合同,我们能否因为该妇女是在醉酒状态下所签,认定合同无效呢?笔者认为,只要醉酒人对自己的行为的性质没有错认,知道自己在干什么,就应该认定其行为的效力。既然醉酒的妇女对行为人作出了同意性交的意思表示,只要其对性交行为的性质有所认识,行为人按照醉酒妇女的意思与其发生了性交,在发生性交之际,醉酒的妇女有意识并对性交的性质有所认识,就不应认为发生性交是违背妇女意志,不应认为行为人构成强奸罪。

如果行为人用酒将妇女灌醉,乘妇女昏睡之际,与妇女发生性交,该妇女虽未反抗,但因昏睡而不知抗拒,就是违背妇女意志,应认定为强奸罪。俄罗斯刑法规定,利用妇女孤立无援状态进行性交构成强奸罪。在醉酒场合,只有醉酒的程度使受害人不能对犯罪人进行反抗时才能承认是孤立无援。^[5]在司法实践中,笔者曾遇到一则真实的案例:

2003年10月的一天凌晨,被告人刘某、张某在甲娱乐场所门口搭识了在该娱乐场所从事三陪服务的被害人庄某。刘、张遂邀请已经喝过酒的庄某去夜排档继续喝酒。庄某提出要陪酒费100元。庄某喝了一杯啤酒后,遂出现醉意。庄某提出让刘某晚上陪她,她表示愿意付100元小费给刘某。后刘某、张某将庄某带到丙宾馆,由张开好房间后,刘某、张某先后在庄某昏睡之际与庄某发生了

[5] [俄]斯库拉托夫等主编:《俄罗斯联邦刑法典释义》(上),黄道秀译,中国政法大学出版社2000年版,第354页。

性交。庄某醒来发现刘某压在她身上,就将刘某推开,并责问:“你们为何两个男人在一个房间?”而后,庄某给刘某留下了自己的电话号码。刘某、张某送庄某下楼。早上7时,庄某向公安机关报案。半个月后,当刘某给庄某打电话联系时,公安机关乘机将刘某抓获。

对上述案件,一审法院以强奸罪判处刘某、张某各有期徒刑10年。

笔者认为,对上述案件,认定张某犯强奸罪是不成问题的,因为被害人庄某在醉酒后没有表示过要与张某发生性交的意思,当张某与其发生性交时,庄某处于昏睡之际,故张某构成强奸罪。但是,对于刘某的行为是否构成强奸罪,存在不同观点。有人主张对刘某的行为不定强奸罪。因为被害人庄某与刘某、张某喝了一杯啤酒后(因庄某在甲娱乐场所喝过酒)出现醉意,但是,当时其并非处于昏睡状态,其对被告人刘某说要刘某晚上陪她并给100元小费的要约中,当然包含了同意与刘某发生性交的意思。从庄某醒后的第一句问话中,也可以推断出,如果只有刘某一人在房间的话,是不违背其意思的。笔者认为,虽然庄某要约刘某晚上陪她并愿意付给刘某100元小费,但是这种要约是在庄某醉酒后提出,如果庄某没有醉酒,是不会提出此种要约的。因为庄某本来陪酒就是为了小费的,怎么在喝了酒后会倒贴小费呢?从情理上分析,庄某醉酒后所作表示并非其真实意愿。虽然,庄某对要约他人陪夜的行为不可能一点都没有认识,但是,正像醉酒人犯罪要负刑事责任一样,庄某在醉酒后对自己所作的意思表示也应该自己负责。基于此,如果被告人刘某在庄某醉酒并没有完全失去意识时与庄某发生性交,刘某的行为不构成强奸罪。因为醉酒的人对自己并没有完全失去意识之时实施的行为负责。但是,在上述案例中,刘某与庄某的性交行为是在庄某失去意识处于昏睡之际发生的。当庄某酒醒后发现刘某趴在其身上就将刘某推开,反映出其并没有想与刘某性交的意思。即使庄某向刘某表示过愿意与刘某性交,但是,发生性交也应该是在庄某意识清醒之际,而不是处于昏睡之际。构成强奸罪的关键在于,发生性交之际,行为人是否获得了妇女的同意。在发生性交之前所作出的同意可能在随后的时间里,因妇女对同意的撤回而无效。从理论上讲,即使妇女同意与一名男子发生性交,在性交的过程中,该妇女也有权随时提出终止性交,如果该男子不听从妇女停止性交的劝告,而强行继续与妇女进行性交,这是违背妇女意志的,同样可以成立强奸罪。同意性交并非必然同意男子随意进行长时间的性交,随便男子操纵性交的进行。在性交过程中双方都有权利撤回同意。何况,对发生性交以前所作的关于同意性交的承诺,妇女当然有