

非典型性强奸罪司法认定之实践考察与理论转向

周光营 胡廷霞 王丽娟

【摘要】以违背妇女意志为核心构建的强奸罪刑事司法规则体系,因其主观判断范畴的局限,在处理非典型性强奸犯罪中,无法提供认定是否存在“违反妇女意志”的客观证据,造成司法处理的困境。根源在于意志违反性要件从立法层面照搬进司法认定规则产生的“水土不服”。应当以“缺乏被害人同意”取代“违背妇女意志”推动强奸罪司法认定规则体系的转向,并确立肯定性同意规则,同时结合刑事司法机制职能完善探求破解路径。

【关键词】非典型性强奸;违背妇女意志;缺乏被害人同意;肯定性同意

【作者简介】周光营,华东政法大学博士研究生,江苏省盐城市中级人民法院法官助理;胡廷霞,江苏省盐城经济技术开发区人民法院法官,法学硕士;王丽娟,江苏省盐城经济技术开发区人民法院法官助理,法学硕士。

【原文出处】《法律适用》(京),2020.12.104~113

通说认为,违背妇女意志是强奸罪的本质特征,我国强奸犯罪理论体系并据此构建。然而,意志的主观范畴属性需要借助客观化的外在表征来体现。在客观表征阙如的情形中,被害人意志违反性的判断就出现模糊地带,呈现游移性与恣意性特征,影响法律统一与司法权威。

一、非典型性强奸案件行为特征及其司法困境

(一)非典型性强奸案件行为特征

案例一:李某某强奸案^①

2019年2月18日晚,被告人李某某(会所会员)至某会所,在包厢内与被害人陈某某(会所公主)喝酒娱乐。次日凌晨,被害人陈某某去包厢卫生间,被告人李某某跟随而至,强行与陈某某发生性关系。2月19日下午,陈某某报警称被李某某强奸。经鉴定,陈某某左右大腿外部有瘀斑,损伤程度为轻微伤。经公安机关物证鉴定,从陈某某的内裤、阴部检见人精子,其DNA与陈某某男友戴某相符。陈某某脖颈右侧、右手腕、左脚踝、右乳房及李某某棉毛裤裆部内

侧检测出陈某某DNA和李某某DNA,其余部位均未检测出被告人李某某的DNA。

公诉机关认为李某某以暴力手段强行与被害人发生性关系,其行为已构成强奸罪。但辩护人认为本案不能排除双方因嫖资未能谈拢而诬告被告人强奸的合理怀疑,应当认定被告人李某某无罪。法院生效判决认定被告人李某某犯强奸罪,判处有期徒刑三年。

案例二:储某强奸案^②

2019年8月1日下午,被告人储某在与认识已有两个月的微信好友施某某微信聊天中,表明想和她发生性关系,施某某称正处于生理期不方便,储某表示可以只在一起睡觉。当晚施某某先至宾馆开好房间,次日凌晨双方在房间内见面。施某某认为储某长相丑陋,在储某要求发生性关系时,予以言辞拒绝。随后储某强行与被害人施某某发生性关系。事后施某某向公安机关报案。

辩护律师提出,根据双方案发前是微信好友、经

常谈论性话题、案发当日系双方约定发生性关系等情况来看,储某并无强奸故意,事后被害人向储某索要开房费用以及要求其租房被拒后再报警,不能排除被害人报复的目的,应当认定储某无罪。法院经审理认为,储某行为已构成强奸罪;被害人在案发前针对被告人的性暗示等行为,不影响犯罪认定,但属于刑法上的被害人过错,可以酌情对被告人从轻处罚,最终判处储某有期徒刑三年。

案例三:张某某强奸案^③

2018年3月2日晚,被告人张某某与被害人王某某等人在酒吧消费。次日凌晨结束后,因王某某严重醉酒,无法说出居住地址,张某某遂将其带至宾馆休息,并与其发生性关系。3月3日上午,王某某醒后,怀疑自己被性侵,于当日18时向公安机关报案。张某某经公安机关电话通知到案并如实供述犯罪事实,自愿认罪认罚。法院认定其构成强奸罪,系自首,判处有期徒刑二年六个月。

案例四:朱某强奸案^④

2016年8月11日晚,被告人朱某与被害人张某(系KTV妈咪)等人在KTV唱歌喝酒。至次日凌晨结束,张某醉酒没有意识,朱某将张某带至自己家中,与其发生性关系。8月12日下午,张某电话联系朱某要求赔偿私了遭拒后报警。法院认定被告人朱某犯强奸罪,判处有期徒刑三年六个月。

上述案例虽然案情各异,但背后均呈现相对稳定的共性特征和规律,带有与传统强奸犯罪案件截然不同的“非典型性”特征。具体而言,“非典型性”主要表现在以下几个方面:一是强奸对象熟人化。从上述案例来看,被害人与被告人均非陌生人,既有通过微信交友等方式相识,也有在KTV、酒吧等娱乐场所熟络,强奸犯罪熟人化特征明显。二是事发时间特定化。此类案件往往发生在深夜、凌晨,或是相约深夜开房,或是唱歌喝酒至凌晨,在特定的时空环境刺激下与被害人发生性关系。三是暴力手段弱化。与传统暴力强奸犯罪不同,此类案件反抗轻缓甚至不存在,缺乏伤痕等客观证据。四是“被害人过错”因素明显。部分被害人案发前曾大

量饮酒,甚至处于醉酒状态,期间与行为人存在搂抱、抚摸等暧昧行为;也存在网友之间聊天“一起开房”等带有性暗示的内容并自愿前往酒店,半推半就发生性关系。甚至有部分性工作者通过“场所内搭识客人再约出去”的方式隐蔽卖淫。五是事后报警迟延化与骑墙化。被害人事后当即报警的比例不高,有的行为人会先寻求与被害人私下和解,和解不成后被害人再去报案;也有部分被害人主动要求行为人提供金钱赔偿或其他好处,索财目的落空后再报案。

与传统强奸犯罪不同,上述几则案例所反映的以双方关系特殊、过程对抗迹象甚微、事后寻求钱财私了等为特征的非典型性强奸犯罪,无法提供认定是否存在“违反妇女意志”的客观证据,严重影响此类案件的司法认定。有统计研究发现,从我国强奸案件的立案情况看,熟人强奸所占的比例近50%。^⑤与发生在陌生人之间的强奸犯罪相比。熟人犯罪呈明显上升趋势。更使得该问题日益严峻。

(二)非典型性强奸案件之司法认定困境

我国司法实务界将违背妇女意志作为强奸罪的核心特征。意志违反性的判断是强奸罪司法认定无法回避的问题,直接关乎罪与非罪的认定。非典型性强奸案件中反常行为的存在以及客观证据的匮乏,使得此类案件的司法认定与处理陷入困境。

1.“定放”两难

当下理论与实践均将强奸罪认定的核心聚焦于被害人意志违反性的判断层面,但在缺乏反抗特征的情况下,对于意志违反性的判断常常引发巨大争议,这在非典型性强奸案件中表现更为显著。越来越多的辩护人作无罪辩护,主张无法排除被害人事前同意事后反悔的合理怀疑,但控方只能以被害人陈述、报警情况进行回应,明显乏力。法院内部也存在罪与非罪观点的对立,尤其在人民陪审员参审的情况更为明显,甚至有人民陪审员直接提出此类案件“不太符合强奸的情形,更像是卖淫嫖娼价钱没谈拢”。违背意志判断的模糊,使得罪与非罪的界限不易把握,导致司法裁判处于定罪与无罪释放两难

的境地。

2. 量刑难以实现罪刑相适应

罪刑相适应是刑法的基本原则。从社会发展角度来看,随着社会生产力发展与社会文明程度的提高,整个社会的性观念日趋开放,强奸行为的实质危害性相对降低。反观强奸罪刑事立法,自1997年刑法典以来,法定刑的设置就未再作过调整,社会性观念的发展并未传导至刑事立法层面。从横向比较分析,较之陌生人强奸犯罪,非典型性强奸案件在作案手段、作案地点、引发的社会恐慌等方面所呈现出来的社会危害性明显较小,且此类案件中被害人往往还存在一定程度的过错。因此,量刑应当与传统的陌生人之间以暴力等手段强奸的犯罪有所区别,尤其在被害人暧昧行为导致行为人产生认识错误的情形下,这种罪刑不相称的感觉更加强烈,而强奸罪刑事立法及法定刑设置的刚性,使得这种情绪无法得到法律层面的表达。

3. 不能排除刑事司法保护被滥用的可能

刑法乃公器,以其强制性特质对其规范法益提供平等保护,刑法的公法气质决定了其权威性、严厉性、最后保障性,对滥用刑法保护的否定性立场不言而喻。

非典型性强奸犯罪中,相当一部分被害人本身就是性工作者或娱乐场所的有偿陪侍,以提供与“性”相关服务赚取钱财是其工作目的,如本文案例一、三、四中,事前与被告人之间存在明显超出一般关系的搂抱、触摸隐私部位等行为;案例二中,被害人虽非娱乐场所服务人员,但在案发前长达两个月的时间里与行为人网聊“尺度大开”的性话题,在行为人明确表示想与之发生性关系的情况下仍同意与其深夜开房见面,明显有不合常理的挑逗、引诱性质。四则案例均存在被告人反映事后未同意被害人索要钱财的请求,被害人才报警的情况。总体来看,虽然被告人未能提供证据证实,办案机关也以其系借口脱罪为由予以回应,但客观上确实无法排除被害人假意与行为人发生性关系,事后再以报警强奸为要挟索要财物的可能。

二、司法困境产生的理论根源与实践追问

(一) 违背妇女意志认定规则混乱

我国刑法中所指强奸罪之概念,通说认为源自两高一部于1984年颁布的《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》,是指以暴力、胁迫或者其他手段,违背妇女意志,强行与其发生性交的行为。自此,我国刑法学界与理论界将违背妇女意志作为强奸罪的核心特征。虽然该解答早已失效,但其观点作为主流通说的地位仍呈无可撼动之势。

就立法层面来看,强奸罪罪状采简单罪状模式,以行为外部特征作为限定条件,包括“意志”和“手段”两个必备要素。与盗窃、抢劫等行为本身即是违法的犯罪不同,性行为不存在先天违法性的基因,意志违反性是强奸被评价为犯罪的根源性依据,手段行为则是对被害人生理、心理上的强制,是意志违反性特征的外化。因此,理论研究将目光聚焦在被害人意志违反性层面,司法实务界则围绕“违背妇女意志”构建刑事司法判断规则。然而,意志的主观范畴属性,使得司法认定规则依然存在模糊的问题。

有学者对当前强奸案件进行统计研究,发现主要存在三种判断标准:^⑥一是“手段非法性”特征标准。这一观点认为只要证明性行为伴随暴力、胁迫或其他手段,就视为符合刑法关于强奸罪状的描述,无须再对被害人主观态度进行证明,而暴力手段或反抗情节则被认为是认定强奸罪手段的关键证据,甚至可以作为成立“以其他手段强奸”的依据。二是“被害人主观上的否定”特征标准。部分案件存在以被害人在发生性行为后的行为来推断其主观态度的做法。及时报案、公开犯罪事实往往被视为被害人主观否定的依据,据此认定强奸罪成立,理由在于刑法罪状中关于手段的兜底线规定“其他手段”。三是“犯罪分子主观意志”特征标准。此观点以被告人躲避公安机关的行为推定其主观上应当知道发生性行为“违背被害人意志”。另一说认为被告人应当认识到其行为会对被害人形成精神强制,但依然同被害人发生性关系,因此成立强奸罪。上述标准分歧的

背后,正是强奸犯罪核心特征的不明确与模糊性,导致司法认定规则的混乱。

(二)意志违反性要件不当限缩法益范围

在一般社会观念中,不同程度的性表达与人际关系的密切程度基本呈正相关。^⑦恋爱、婚姻等特殊关系中,一般观念倾向于推定双方处于同意的状态,也即未反对视为同意。而普通异性之间一般是不会随意发生性关系的,除非他们之间存在特殊关系,或者达成合意。在本文论述的非典型性强奸案件中,法官对当事人之间存在的特殊关系的强奸案件的认定正是受到上述思维定式的影响,使得非典型性强奸案件的司法认定并不如陌生人场合之间那般直接与肯定。

有观点认为,违背妇女意志要件实质上确立了“同意推定规则”。^⑧违背妇女意志的表达,使得其在证据法层面具备了证明责任及诉讼利益归属的效果。要认定强奸罪成立,须证明性行为系违背妇女意志,当该证明责任无法完成,或者事实不清时,则按照证据规则认定无罪。这种思维的背后,是默认定推定同意,仅在相关意志违反性证据充足时,认定违背妇女意志从而成立强奸罪。其中的模糊地带所带来的不利后果,由被害人负担。这种观点明显脱离了强奸罪的立法目的,不自觉对刑法法益进行不当限缩。尽管立法中采用了“违背妇女意志”的说法,但从保护妇女性权利的角度出发,强奸罪立法中违背妇女意志的司法表达应为缺少被害人承诺,即双方之间未达成发生性关系的合意。这种解读,并非文义上的咬文嚼字,而是具备证据法意义的证明责任转移,将“意志违反性”事实不明的不利后果交由被告人负担,更符合立法目的,也与人伦常理相通。

(三)意志违反性要件过分强调被害人反抗因素

因为意志属于主观范畴,意志违反性的司法判断需结合手段等外在特征认定,手段行为则是对强奸被害人生理、心理上的强制,是意志违反性特征的外化。据此,往往将反抗情节作为违背妇女意志的外化特征,以反抗的有无认定是否存在违背意志。这样看来,法律规则隐含着要求强奸被害人承担反

抗的义务,但这明显是荒谬的。^⑨通常,手段行为对被害人造成的强制分为“不能反抗”“不敢反抗”“不知反抗”三种情形。反抗,尤其是针对暴力、胁迫等手段进行的反抗,虽然会留下伤痕等客观证据,可以较为直观地证实发生性关系系违背妇女意志,但这种反抗可能会导致对妇女人身更为严重的侵害,甚至危及生命。并且,在不敢反抗、不知反抗情形中,依然呈现混沌状态,意志违反性评判的模糊依然无法解决。就证据法角度来分析,被害人的反抗只要能够达到表明其不愿发生性关系的程度,即告完成。过分强调以客观层面的反抗因素作为意志违反性的认定标准,仍难免存在以偏概全的嫌疑,不具备说服力。

(四)司法实践中违背意志证明难

从司法实践来看,意志违反性要件的设定亦饱受正当化与合理化质疑。

1. 证据收集的时序结构倒置。当下,无论出于何种动机与目的,事后当即报警的占比很低,反而非第一时间、第一现场报案占据多数。侦查机关在收到此类报案时,首先收集的证据就是被害人陈述,在此基础上进行其他证据收集,如此,证据搜集从时间脉络上就呈现出由言辞证据到客观证据的时序结构。就司法审判而言,此种时序结构与“先供后证”几乎雷同,人的趋利性使得人们无条件的不由自主的选择于己有利的方面进行陈述。基于这种陈述进行客观证据的搜集,会导致证据之间相互吻合的“涌现”效应^⑩大打折扣,证据效力天然存在疑问。

2. 客观证据边缘化甚至缺失。非典型性强奸案件直接冲击藉由客观证据认定主观意志的司法办案思维。对抗的轻缓化,最直接表现在与案件构成要件事实直接相关的客观证据无法得到体现。部分被害人声称进行了反抗,但在侦查机关人身检查过程中并未发现有价值的证据;还有的被害人声称在意识不清醒的被侵犯,而其意志是否清醒并无危险驾驶那般有明确客观的评判标准。另外,对部分发生在宾馆KTV等经营场所的性行为,因场所经营和管理的特殊性,需要即时清洁,加之报警时间迟延,侦

查机关即便到报案后及时进行现场勘验,也基本得不到有价值的证据。

3. 非构成要件事实干扰。此类非典型性强奸案件在时间、场合、人员、特定关系、特定的事后处理方式方面存在高度雷同性,难免给人一种被“下套”“钓鱼”的感觉。尤其是部分被害人本身即为性工作者,案发前与被告人之间存在超乎正常限度的肢体接触等过密行为,案例一更是存在案发当晚被害人同事向被告人的同行人员卖淫的情况。而事后,被害人在报案之前均存在通过不同方式向被告索财物的情况。虽然因种种原因,事后索财的事实并未得到查证,但客观上确实形成对案件事实的干扰,令法官对案件性质产生怀疑。

可见,意志违反性司法判断规则在司法理论的周延性与司法实践的可操作性方面均存在问题和不足。在非典型性强奸案件愈加高发的态势下,这种不足被迅速放大从而造成司法处理的困境,亟需破解之道。

三、司法困境破解之犯罪理论转向与刑事司法出路

庞德在《法律史解释》中说道,法律必须稳定,但又不能一成不变。^⑩法的稳定性与变动性之间的博弈促进了“法的成长”。司法反过来推动法律发展,正是司法研究的价值与意义所在。面对非典型性强奸犯罪引发的司法处理困境,刑事理论与刑事司法是一体两面,不可偏废。

(一) 司法困境破解之强奸犯罪理论转向

目前,世界多数国家将强奸作为一项严重侵犯公民人身权利的罪行。有观点认为,现代刑法中强奸罪的本质是对他人“性自决权”^⑪的侵害,因此,性行为不是强奸罪的核心,身体只是强奸行为侵害“性自决权”的媒介,所有性行为都伴随着对当事人身体的侵犯,不同的是,强奸缺少被害人的承诺,这才是强奸罪的本质。^⑫更有学者进一步提出,刑法中被害人同意的本质,在于被害人对自己有处分权之法益的放弃,而妇女对自己的性自主权属于妇女可以完全自由放弃的法益,放弃法益意味着解除刑法保护

性,在我国四要件犯罪构成体系下,不构成对刑法保护客体的侵犯,故而不成立犯罪。^⑬

立法与司法是法律调整体系的两个重要组成部分,立法规范调整社会生活,必须经由司法活动来实现;将立法目的和意图原原本本贯穿社会生活始终,是司法的终极目的。虽然违背妇女意志作为强奸罪的本质特征在学界与实务界久成共识,但立法目的与司法实现存在位阶差异,将立法术语照搬到司法层面,极有可能水土不服,发生异化。未经妇女同意而发生性关系之行为显属强奸立法规范目的范畴,将违背妇女意志作为确立司法规则的具体遵循,则会出现实践偏向,这也是当前非典型性强奸案件司法困境出现的理论根源。笔者认为,应当以“缺乏被害人同意”取代“违背妇女意志”作为强奸罪司法认定的核心规则,并据此进一步确定“肯定性同意”的具体标准。

1. 确立“缺乏被害人同意”的核心司法规则地位

有学者认为“缺乏被害人同意”和“违背妇女意志”两个概念无实质差别,^⑭这实际上是误读。从语义上看,“缺乏同意”与“违背意志”区别不大,但在司法规则层面的意义迥然不同。其一,分属主客观范畴。违背妇女意志是主观心理范畴,必须借助一定的客观实在外化方能得以认定,而缺乏被害人同意则是一种客观状态,判断标准更为客观明晰。其二,涵盖范围不同。实践意义中的正面肯定与反面否定并非事物对立统一的两面,中间还存有灰色的模糊地带。同意是一种授权处置行为,是对性权利的支配。“缺乏同意”所涵盖的范围明显要超过“违背意志”的范围。其三,“缺乏同意”更符合犯罪构成理论。性自主权包括处分权,是妇女与生俱来的权利。妇女对于性自主权利的放弃,具有阻却违法性的效果,犯罪构成理论称之为“被害人承诺”。强奸罪侵害的是妇女的“性自主权”,由于性自主权的合法行使行为与侵害性自主权的行为之间,除了是否达成“合意”之外,在外部客观表现上可以无任何差别。因此,较违背意志论而言,“缺乏被害人同意”更加契合犯罪构成要件的地位。

司法实践层面,缺乏同意论较违背意志论,能提供更明晰客观的判断指引。当前困扰实务界的认识错误问题,也即强奸案被告人与被害人对性行为存在完全相反认识所引发的司法难题,在违背意志论的范畴中争论不断,无法得到周延的解决,而引入“缺乏被害人同意”理论,则会发现上述问题可以得到有效解决。同意是授权性行为,被害人同意作为法律认可的授权行为,其阻却强奸犯罪的法律效果具有鲜明的规范化属性。在缺乏被害人同意的境况中,行为人对于性自主权产生认识错误,属于法律认识错误,不影响对行为性质的判断。

2. 以“肯定性同意”进行具体规则重构

以“缺乏被害人同意”取代“违背妇女意志”作为强奸罪司法认定的核心规则,则须对强奸罪外化认定的具体规则进行重构。当前存在否定性同意与肯定性同意两种意见。

否定性同意,是指被害人只要做出表明不同意发生性关系的言语,不需任何反抗,即可认定符合“缺乏被害人同意”。较之反抗因素,否定性同意解决了强奸罪中暴力与抵抗是否“合理对应”的难题,降低了成立强奸罪对被害人行为的要求,但否定性同意说依然存在不足,实质上仍赋予被害人主动作出意思表示的义务。肯定性同意说伴随性自主权保护的进步由否定性同意说进一步发展而来,最先由英美法系国家认可。^⑩具体而言,只要没有被害人自由的肯定的对性行为表示同意,即被认定为“缺乏被害人同意”。肯定性同意是对否定性同意的发展与修正。肯定性同意最初起源于强奸案被害人沉默的认定,尤其在暴力强奸犯罪中,被害人往往陷入恐惧,既不敢言语拒绝也不敢进行抵抗,无法通过积极的行为表达自己的真实意愿。在此种情形下,被害人的沉默实则是不同意的被动表达,应当承认沉默等于不同意,这就是肯定性同意规则。^⑪

在意志违背论到缺乏同意论的理论转向的语境下,肯定性规则是我国当前强奸犯罪外在行为司法认定的最佳选择。肯定性同意规则的本质是发生合法性行为必须有肯定性意识表示存在,这与强奸罪

“缺乏被告人同意”的核心特征最为契合。而否定性同意则不可避免地扩大和模糊了同意的外延,并且无法解决被害人沉默场景下的质疑。肯定性同意也是对妇女性自主权的充分尊重和保障的表现。肯定性同意属授权范畴,系妇女对自身性权利的合法处分。而否定性同意则向被害人施加了必须实施特定行为的义务——如此,刑法才能给予保护。这样的逻辑,实质上是对性自主权的漠视,使性自主权的刑法保护力度明显弱化。

(二)司法困境破解之刑事司法进路

非典型性强奸案件并非单一刑事案件,背后可能夹杂卖淫、自愿性行为、敲诈勒索等情况,不但对社会治理能力提出挑战,更是对我国司法体制的考验。如何实现司法困境破解,实现保障权益与惩罚犯罪的有机统一,成为当前刑事诉讼体制亟待解决的问题。

1. 强化公安机关的“第一道关口”作用

刑事案件立案与否,除了案件前期证据收集,更在于公安机关对案件的初核、初断。

首先,立案标准较一般刑事案件应更严格。近年来非典型性强奸案件比重节节攀升,而在此类案件中,存在根据性关系的有无来决定立案与否的情况,即对于发生性关系的情形,不论是否存疑,先予立案,待进入侦查程序后取得被告人供述再行验证并补正前期判断犯罪事实环节出现的漏洞。笔者认为,对该类型的案件不能仅仅以被害人报案说辞的判断即认定符合刑事案件的立案标准,要结合被害人有无出现体表伤情、报案前的活动轨迹、行为表现等等综合判断,如仍对犯罪事实的发生存疑的,建议暂缓立案或不立案。这样既有利于钝化矛盾,同时也体现了刑法的谦抑性原则,以防司法被动。

其次,慎用刑事强制措施。强奸罪的法定最低刑为有期徒刑三年,而超过三年的刑罚不能适用缓刑,因此,实践中涉嫌强奸案件一旦刑事立案,其强制措施基本上为“拘留→提请逮捕”,极少适用取保候审、监视居住等强制措施。客观而言,非典型性强奸案件在犯罪事实的认定上确实存在诸多的疑点、

难点,司法人员无法保证作出准确判断。在疑点不能有效解决的情况下,出于刑罚谦抑性的要求,司法更应该保持审慎。即便在存疑的情况下予以刑事立案,在强制措施的适用上亦应慎重。这样既可以有效避免司法惯性的消极影响,同时也为后面的审判环节留足余地。

第三,询问、讯问应当依法、规范。此类案件中,往往存在侦查阶段被告人多次改变供述以及被害人同步修正陈述的情况,这就使得被告人供述与被害人陈述的合法性与效力存疑。客观展现言辞证据取得全过程是对质疑的最好释疑,因此建议在条件允许的情况下,对询问、讯问尽量采取全程录音录像的办法。另外,此类案件办理过程中还存在可能忽视被害人陈述前后矛盾或者逻辑错误的情况,使得被害人通过重复询问进行“修正”。对此,在被害人询问中存在矛盾或逻辑不通的地方,应当仔细询问并进行认真调查,尽可能排除其中的“水分”,揭开事实真相。

2. 充分发挥检察机关“审查过滤”作用

首先,审慎审查批捕。检察机关对于侦查机关提请批准逮捕的案件进行审查后,应当根据情况分别作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。当前强奸犯罪案件批捕率较高,仅有少数行为人犯罪情节较轻,具有犯罪中止或者犯罪未遂,没有产生严重危害后果的情形,才有可能不被批准逮捕。实践中,非典型性强奸案件情况比较复杂,侦查机关囿于思维惯性经验办案,对案件具体情况缺乏直观感受,办案容易“一刀切”,对犯罪发生过程的认识、分析、判断,对证据的收集、固定,其侦查思路、侦查手段、方向与普通强奸犯罪案件无异。对案卷材料、证据审查往往重视“有罪证据与材料”,忽视“矛盾证据”,重点放在查明双方已发生性关系、被害人陈述不自愿的细节上进行是否批捕的审查,极易使司法活动陷入被动境地。在处理非典型性强奸犯罪案件中,建议审慎行使批捕权,加强对犯罪嫌疑人羁押必要性的审查,对不需要继续羁押的,及时建议办案机关变更强制措施,为司法活动留足转圜空间。

其次,强化提审讯问实质化。提审犯罪嫌疑人之前,检察机关已审查案卷证据和材料,对案件是否“事实清楚,证据确实、充分”有了初步判断,而通过提审犯罪嫌疑人,既可以增加内心确信,还可以针对审查中发现的疑点、言词证据间的矛盾漏洞进行突破,以便指导侦查机关进一步补充侦查。但也会产生“负效应”,提前阅卷容易造成先入为主的印象,既有“预判”,后续的讯问环节难免有流于形式之倾向,往往简单制作讯问笔录,重视犯罪嫌疑人的有罪证据,对其翻供、拒不认罪、证据有争议、程序方面有疑问的辩解等问题可能没有深入调查,关键情节没有讯问到位。对此,建议在办理此类案件时,认真听取犯罪嫌疑人的辩解以及辩护律师的意见,重视其中矛盾与不合理之处的调查,最大限度排除争议与质疑。

3. 以审判为中心推进庭审实质化

目前,法院所审理的刑事案件以被告人认罪的占绝大多数,仅有少数案件被告人提出无罪或者罪轻的辩解意见。即便如此,当事人及其辩护人提出申请证人出庭作证、非法证据排除、召开庭前会议等少之又少。不可否认,当前司法机关在推进庭审实质化的主动性与力度上仍有提升空间。一旦当事人不在程序上提出要求,庭审按部就班推进,缺乏实质性对抗,很容易形成庭审走过场的局面,不免背离以审判为中心的刑事诉讼制度改革的初衷。

首先,通过阅卷准确预判案情,必要时主动启动庭前会议程序。目前绝大部分庭前会议的召开有赖于辩护人的申请,而一旦被告人未委托辩护人,或者委托的辩护人不提出申请,则很难启动。一方面,限于被告人对程序的认知不到位,另一方面,庭前会议制度自2012年刑事诉讼法修改确立直至2018年才有明确的规程,对该制度的程序价值认识不到位的情况依然存在。作为裁判者,应当摒弃当事人及辩护人不申请即不启动的惰性心理,主动召开庭前会议梳理案件,确保庭审质量与效率,明确传递司法机关同等保护诉讼参与人合法权益的强烈信号。

其次,强化证人出庭作证。根据刑事诉讼法的

规定,被告人或辩护人对证人证言提出异议,且对案件定罪量刑有重大影响的,人民法院认为证人有必要出庭作证的,证人应当出庭作证。鉴于前文分析的非典型性强奸案件中存在的司法认定难的问题,程序上最好的判断方法就是要求对案件定罪量刑有重大影响的证人、被害人出庭作证,必要的情况下可让被害人与被告人进行当庭对质,以进一步增强法官的内心确信。

再次,引导控辩双方实质对抗。司法实践中,对于控辩双方各执一词,公诉人不能针对无罪的辩解、辩护意见给出有针对性的答辩,或者辩护人预设前提,脱离案件本身发表辩护意见时,合议庭或者独任法官应当引导双方围绕争议的证据或者事实进行对抗,以实现去伪存真的目的。

最后,有条件探索法院提前介入工作机制。目前,在涉黑恶案件的司法处理中,以证明标准和侦查方向上的指导为主要内容的提前介入机制的积极现实意义已得到充分证明。笔者认为,可以尝试将该机制引入非典型性强奸案件的办理中,通过证明标准和侦查方向上的指导,引导侦查工作围绕以审判为中心开展,将程序正义、疑罪从无等原则贯彻始终,当出现法定事由时,刑事程序当停则停,避免将错就错、一错到底。

注释:

①参见江苏省盐城经济技术开发区人民法院(2019)苏0991刑初73号刑事判决书。

②参见江苏省盐城经济技术开发区人民法院(2019)苏

0991刑初241号刑事判决书。

③参见江苏省盐城经济技术开发区人民法院(2018)苏0991刑初68号刑事判决书。

④参见江苏省盐城经济技术开发区人民法院(2016)苏0991刑初71号刑事判决书。

⑤田刚:《强奸罪司法认定面临的问题及对策》,载《法商研究》2020年第2期。

⑥同上注。

⑦何洋、喻玫:《论强奸罪的基本属性及其应用》,载《河北法学》2016年第8期。

⑧同上注。

⑨参见杜晓君:《论强奸罪客观要件的重构》,载《法律适用》2015年第9期。

⑩封利强:《事实认定的原子模式与整体模式之比较考察》,载《证据法论坛》2012年辑。

⑪ Pound: Interpretation of Legal History, quoted from Cardozo: The Growth of the Law, Yale University Press, 1924, p. 2. 转引自赵桂玉:《强奸罪正义问题研究——以英美普通法对强奸罪的改革为借鉴视角》,载《甘肃政法学院学报》2016年第4期。

⑫性自决权,即决定与谁、何时、何地、以何种方式发生性关系的权利。参见 Joshua Dressler: Understanding Criminal Law (fifth edition), Matthew Bender & Company, Inc, 2009, p. 582.

⑬赵桂玉:《强奸罪正义问题研究——以英美普通法对强奸罪的改革为借鉴视角》,载《甘肃政法学院学报》2016年第4期。

⑭参见晋涛:《在传统与现代之间——性犯罪的构建与解释》,载《南海法学》2017年第6期。

⑮参见孙本雄、陆利振:《强奸案件中被害人同意之刑法解读》,载《四川警察学院学报》2018年第3期。

⑯参见[英]鲁珀特·克罗斯、菲利普·A.琼斯:《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。

⑰ John Kaplan, Robert Weisberg, Guyora Binder: Criminal Law: Cases and Materials, Aspen Publishers Press, 2004, pp. 930-934.