

强奸迷思的证据法反思

向燕*

摘要 强奸迷思是对强奸行为或被害人通常行为反应所形成的错误或片面的看法,在我国刑事司法实务中亦普遍存在。强奸迷思在事实推论过程中发挥了“概括”的作用,在很大程度上影响了强奸案件能否获得追诉和定罪。对概括正当性的审查应当结合事实和价值两个层面的判断。在刑事司法制度中反对强奸迷思适用的主要理由是:就事实层面而言,现实世界中的强奸行为和被害人的行为反应具有多样性,认为强奸行为及被害人的反应仅存在一种典型模式的观点是错误的。就价值层面而言,强奸迷思的生成和传播是传统社会父权制权力结构的产物,体现了性别不平等的价值。在证据法领域对强奸迷思进行规制,不宜采取证据排除规则的规制方法,而适宜采用推论限制规则和概括解释规则的形式,谨慎地界定所禁止推论的范围,以防止过度损害证据的证明价值。

关键词 强奸迷思 概括 事实认定 性别平等

强奸罪是很特殊的犯罪类型:第一,历史上它仅是针对女性群体的犯罪。尽管越来越多的现代国家已经将强奸罪的对象扩展至男性,但女性仍是强奸犯罪被害人的主体。因此,该类犯罪的立法与司法存在与生俱来的性别平等因素需要加以考虑。第二,强奸罪的刑法规范是以行为人的主客观方面为评价要素,但女性被害人的自身品行及其对强奸的行为反应(如是否呼救、反抗、逃跑)却常常成为司法实践中事实认定的重心。

上述两种现象在我国也同样突出。根据我国《刑法》第236条的规定,强奸罪的行为对象仅包括妇女。在我国司法实践中,存在诸多因被害妇女存在“不合常情常理”行为反应,致使办案人员认定性行为未违背被害人意志的案例。例如,被害人有机会呼救、逃跑而没有呼救、逃跑;被害人身体缺乏明显伤痕;被害人事后没有及时报案等。在我国,被害人性经历或性观念往往不作为严格意义的“证据”使用,但该类证据对强奸案件事实判定者的心证具有重要的影

* 西南政法大学刑事检察研究中心教授。本文系2020年度国家社科基金项目“性侵案件司法证明问题研究”(项目编号:20BFX098)的阶段性研究成果。

响。例如,颜某某涉嫌强奸案中,被害人罗某某起初有激烈的反抗,在其哭泣后双方停止打斗,半小时后犯罪嫌疑人与其发生性关系(被害人称因害怕未予以反抗)。检察官认为,“罗某某认为只要不发生性行为,即使是边缘性行为也可以接受,因此被害人的性开放程度较高,故也有可能在第一次反抗后,由于颜某某的花言巧语,让其放下戒备,发生了性关系”,〔1〕最终作出存疑不起诉的决定。

在我国司法实务中,对强奸罪的追诉和审判还存在一些有趣的现象:一是强奸案件存在典型强奸案件与非典型强奸案件的区分。“典型案件”的称谓表明强奸犯罪似乎存在某种特定的模式,而非典型强奸案件在追诉和定罪方面容易陷入困境。二是在公检法机关内部讨论案件时,女性和男性办案人员在认定性行为是否违背妇女意志,是否构成强奸罪等问题上常出现完全相反的观点。男性办案人员更倾向于认为双方事发前的暧昧行为表明了被害人的性同意,或是更易将被害人缺乏激烈反抗、未能呼救逃跑的情形认定为“半推半就”。女性办案人员则倾向于区分对暧昧行为与性行为作出的同意,也更容易理解被害人在强制情境下的脆弱处境。毫无疑问,强奸案件的司法证明活动受到了一只“看不见的手”的左右,从而导致了案件的事实认定存在因性别导致的差异,并成为该类犯罪难以获得追诉和定罪的原因之一。

本文拟对强奸案件司法证明中的特殊现象即“强奸迷思”展开探讨。在我国,强奸罪保护的法益并非身体权而是“性自主权”的观念已经获得了普遍接受,但强奸罪涉及的性别平等价值和强奸迷思的现象却很少受到关注。然而,笔者以为它们却是正确办理强奸案件的关键所在。本文主要的研究对象是:什么是强奸迷思?它为什么在刑事司法制度中很重要?为何要反对强奸迷思,以及如何进行法律制度的改革?对上述四个问题,下文予以分别阐述。

一、强奸迷思的界定及表现

(一)强奸迷思的理论界定

强奸迷思是 rape myth 的英译,也常被翻译为强奸神话。该概念最早由玛莎·R. 伯特(Martha R. Burt)提出,是指“关于强奸行为、被害人及强奸犯的具有偏见的、刻板化的或错误的信念”。〔2〕金柏莉·A. 朗斯卫(Kimberly A. Lonsway)和路易丝·F. 菲茨杰拉德(Louise F. Fitzgerald)于1994年进行了重新界定,认为强奸迷思通常是错误的观点和信念,但获得了普遍和持续接受,起到否定男性对女性的性侵犯或使其正当化的作用。〔3〕

在域外国家,强奸迷思的现象获得了广泛深入的研究。描述强奸迷思的一种方法是列举代表性的观点或信念。有研究指出,常见的强奸迷思包括:陌生人实施的强奸比熟人实施的强

〔1〕 该案例来源于笔者于2022年8月至10月期间对某市检察院五年来存疑不起诉案例的调研。

〔2〕 Martha R. Burt, “Cultural Myths and Supports for Rape,” *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 38, No. 2, 1980, p. 217.

〔3〕 Kimberly A. Lonsway and Louise F. Fitzgerald, “Rape Myths,” *Psychology of Women Quarterly*, Vol. 18, No. 2, 1994, p. 134.

奸带来更大创伤；真正的强奸被害人会及时地向办案机关报案；强奸被害人在陈述其经历时，能看得见其情绪受到影响；女性经常提出虚假的强奸指控；女性总是会进行反抗，从而导致其身体和生殖器官留下伤痕。^{〔4〕} 另一种具有代表性的方法是采取类型化的方式界定强奸迷思。有研究者将强奸迷思分为四个类型：第一，指责女性被害人的观点。例如，被害人衣着暴露、实施了挑逗或举止轻率，饮酒或吸毒因而导致其受到强奸。第二，为男性被告人进行辩解的观点。例如，被告人喝得太多了；强奸属于激情犯罪；被告人受到挑逗而无法遏制性欲等。第三，对被害人提出指控的怀疑。例如，被害人捏造了事实；她没有反抗因而不是真正的强奸；被害人过去同意过性行为，因此也同意了本次性行为。第四，认为强奸仅发生在社会的某类群体之中。例如，强奸只发生在女性身上；强奸是由陌生人实施的暴力行为；女性不可能被其丈夫强奸；卖淫女不可能被强奸等。^{〔5〕}

（二）强奸迷思的实践表现

强奸迷思在我国刑事司法实务中也普遍存在。为了解我国司法实践中强奸迷思的实际情形，笔者搜集了某市检察机关2017—2021年内作出存疑不起诉的34起强奸案件，并对承办检察官撰写的审查起诉报告进行了分析。34起案件中，仅有4起案件未曾在书面报告中体现强奸迷思的适用，对余下的案件，承办人都不同程度地依据强奸迷思作出存疑不起诉的决定（见表1）。办案人员据以推论得出被害人同意性行为或者被害人作出虚假陈述的证据种类包括：①被害人与犯罪嫌疑人曾经或现在处于恋人或情人的交往关系；②被害人与犯罪嫌疑人之间存在事前暧昧行为；③被害人过去性经历较丰富或性观念开放；④被害人事前主动让犯罪嫌疑人进入家中或跟犯罪嫌疑人去隐蔽场所；⑤被害人在性行为发生期间缺乏反抗，或无明显、激烈反抗；⑥被害人身体没有伤痕或伤痕不严重，或衣服未被扯破；⑦被害人没有呼救、逃跑或抓住任何可能的机会寻求救助；⑧被害人事后没有立即逃离现场，或出现双方拉扯等异常现象；⑨被害人未及时报案；⑩被害人有索要赔偿、私了的行为。

表1 34件存疑不起诉案件强奸迷思分布表

案件	存在 交往 关系	事前 暧昧 行为	被害人性 经历及 性观念	被害人 事前友 好行为	缺乏 反抗	缺乏伤 痕或衣 服破损	没有呼救、 逃跑或 求助	没有立 即逃离 现场	未及时 报案	有索赔、 私了行为
件数	7	3	5	4	11	7	13	4	9	7
比率	20.6%	8.8%	14.7%	11.8%	32.4	20.6%	38.2%	11.8%	26.5%	20.6%

〔4〕 Jennifer Temkin, “‘And Always Keep A-hold of Nurse, for Fear of Finding Something Worse’: Challenging Rape Myths in the Courtroom,” *New Criminal Law Review*, Vol. 13, No. 4, 2010, pp. 715-716.

〔5〕 Kristen McCowan, Henry F. Fradella and Tess M. S. Neal, “A Rape Myth in Court: The Impact of Victim-Defendant Relationship on Sexual Assault Case Outcomes,” *Berkeley Journal of Criminal Law*, Vol. 26, No. 2, 2021, p. 167.

从上述案例来看,强奸迷思主要分布在强奸行为发生前,发生时以及发生后的三个时间阶段,现将其适用情形概括如下:

第一,事发前,检察官将“当事人的约会交往关系”“事前暧昧互动”“被害人的性经历及性观念”“被害人主动让犯罪嫌疑人进入家中或自愿去隐蔽场所”作为推论被害人是否同意的考量因素。在7起案件(20.6%)中,双方当事人系前男女朋友、情人或是约会交往关系。在3起案件中,(8.8%)双方存在事前暧昧行为,如“保持了两个月左右的暧昧聊天”“双方在包间内有喝交杯酒的暧昧行为”,检察官结合其他证据推论被害人同意了性行为。有5起案件(14.7%)检察官审查分析了被害人的性经历和性观念。熊某涉嫌强奸案中,检察官认为,“被害人系KTV酒水推销员身份特殊,也有证人证言证实在与男性交往中比较主动开放。另有证人证言证实其有欠账,故无法排除是主动发生性关系后故意保留所谓强奸的证据进行索赔。承办人倾向认为现有证据不足”。李某某涉嫌强奸案中,检察官认为,“被害人王某某有过两段婚姻,在第二段婚姻关系存续期间,被害人与他人同居生活。在认定本案是否构成强奸时,被害人的作风问题应予以考虑”。此外,“被害人主动让犯罪嫌疑人进入家中或受邀自愿去隐蔽场所(如加害人家中、小树林)”的案件有4件(11.8%),该情形也是检察官用以推论被害人同意性行为的依据。

第二,事发时,“被害人缺乏反抗”“缺乏伤痕或衣服破损”“性侵过程中没有呼救、逃跑或求助”是检察官判定案件不成立强奸罪的重要依据。检察官认为“被害人缺乏反抗或反抗不明显、不激烈”的案件有11件(32.4%)。其中,少数案件的被害人称“当时被吓到了,喊不出来,只能用手不断推他”“身体僵硬,但一直喊不要、痛、救命”。大多数案件被害人陈述称有反抗或拒绝行为,但缺乏充分证据证明。例如,黄某涉嫌强奸案中,“被害人在后几次陈述中均称一直在哭、呼救和反抗,但现场勘验检查笔录显示现场无明显对抗痕迹,亦无凌乱的手掌触划痕迹”。检察官似乎没有考虑男性与女性之间天然的体力悬殊,认为只有极其激烈从而能留下物证的反抗才能算作反抗。“缺乏伤痕或衣服破损”的案件有7件(20.6%)。被害人没有伤情、紧身的裙子没有被拉破,或者虽有伤情但伤痕并不严重,都会导致检察官对其是否作出激烈反抗,是否如实陈述持有怀疑。如谭某某涉嫌强奸案中,检察官认为,“从被害人的人身检查记录和伤情照片来看,被害人的左颈部除了有1.5cm的表皮红肿外,颈部、双手及手腕没有红肿的痕迹……其陈述显然有夸大的嫌疑”。“性侵过程中没有呼救、逃跑或求助”而存疑的案件有13件(38.2%)。例如,杨某某涉嫌强奸案中,检察官认为,“从监控视频来看,犯罪嫌疑人虽存在对被害人进行跟随、拦截、拉拽情况,但其强制程度较低,被害人在有多次呼救、脱逃机会下,并未实施自救行为,存在疑点。虽有小区居民证实在案发时听到有女子喊救命,但喊救命并不能推断为被强奸”。

第三,事发后,被害人“没有立即逃离现场或出现异常”“未及时报案或披露”“提出索赔或私了要求”也会影响检察官对被害人指控真实性的认定。被害人“没有立即逃离现场或出现异常”的案件有4件(11.7%)。如杨某某强奸案中,检察官认为,“从监控视频看,被害人的表情不像是从心灵上和肉体上受到伤害应具有的表情”。“未及时报案或披露”的案件有9件(26.5%)。检察官似乎期待被害人在离开案发现场后第一时间报警。崔某某涉嫌强奸案中,

检察官认为,“事发以后,被害人过了三天时间才告诉家人,难以理解”。吴某某涉嫌强奸案中,被害人与犯罪嫌疑人系前男女朋友关系,检察官认为,“被害人在吴某某强奸未遂时并没有及时报案,而是在吴某某再次破门而入纠缠时才报案”,据此作出不利于被害人的事实推论。被害人曾向犯罪嫌疑人提出索赔或私了要求也往往会使承办检察官怀疑其指控的动机。“提出索赔或私了要求”的案件有7件(20.6%)。这些案件中被害人或是因为双方协商未果,或是对方没有履行谈好的赔偿,最后选择了报案。

可见,强奸迷思勾勒出司法办案人员心目中“真正”的强奸案件应当具备的特征:双方没有交往关系,被害人人性经历及性观念保守,事前双方没有暧昧的互动行为;加害人采取了暴力等强制手段,被害人对此进行了激烈的反抗、呼救、逃跑,抓住任何可能的机会进行求助,并留下了明显的身体伤痕、衣物损坏、现场痕迹等物证;被害人在事后立即逃离现场,在案发后第一时间报案,没有尝试过与加害人联系索赔或私了。对于不符合上述特征的案件,办案人员可能倾向于认为被害人同意了性行为或者撒了谎,从而作出强奸罪不成立的事实结论。

二、强奸迷思的本质及影响

(一)司法证明中强奸迷思的本质

强奸迷思的本质是事实推论中的“概括”(generalization)。司法证明是从证据推论出证据事实、次待证事实,并逐步推论出待证事实的过程。“概括”是对人类行为和客观事理的粗略评估,在事实推论中发挥了作为三段论推理之大前提的作用。例如,故意杀人案中,在犯罪现场发现的被告人指纹就是通过如下推论链条发挥证明作用的:①犯罪现场有被告人的指纹→②被告人去过犯罪现场→③被告人“可能”实施了犯罪。每一个推论都会依据一个概括作出,如从②推到③的三段论即为:

1. 去过犯罪现场的人可能实施犯罪
2. 被告人去过犯罪现场
3. 被告人可能实施了犯罪

“去过犯罪现场的人可能实施犯罪”就是作为上述三段论大前提的概括。从①推论出②同样也依赖于一个概括,即“犯罪现场留下指纹的人必然/有极大可能去过犯罪现场”。

概括在司法实务中常被称为经验常识、经验法则,但其实际范围比经验法则更为宽泛。人们对事实的判断往往依据“植根于某一特定时代的某一特定社会(或更小的组织)当中被认为常识或知识的东西”,〔6〕这个知识库中的信念绝大多数都不是由经过实证验证的、具有普遍适用性的经验法则构成,而是由可靠性程度高低不同、来源复杂的命题组成。一些学者认为,概括是由“科学证据、一般性知识、纯粹推测或者偏见”〔7〕等信念组成的知识库。从前述例子

〔6〕(英)威廉·特文宁:《反思证据:开拓性论著》(第2版),吴洪淇等译,中国人民大学出版社2015年版,第339页。

〔7〕同上注。

也可以看出,概括通常具有一定的盖然性或不确定性,具体表现为“必然/很可能/可能”等不同程度的频率。

强奸迷思的构成混合了经验常识、猜测和偏见。例如,“女性总是会进行激烈反抗,从而导致身体形成伤痕”,这是一条不具有普遍有效性的经验常识。“性经历较多的女性很容易同意性行为”,这样的概括与其说是经验常识,不如说是社会结构和文化传统的产物。它体现了父权社会加之于女性的贞操观念,是以道德谴责的形式对女性的性行为进行规制,在性质上更接近于一种性别偏见。

(二)强奸迷思对事实认定的影响

强奸案件的低起诉率和低有罪判决率是各国普遍存在的现象。这不仅仅和强奸案件通常存在证据短缺的状况有关,还与强奸迷思的适用存在密切联系。强奸迷思在很大程度上影响了强奸案件能否获得追诉和定罪,这主要是因为:

第一,强奸案件的司法证明需要根据被害人的行为反应作出事实推论,而被害人“应该”呈现的行为反应往往是强奸迷思所涵盖的内容。依据我国刑法规定及理论通说,强奸案件的证明对象为行为人是否采取暴力、胁迫或者其他手段致使被害人不知、不能、不敢反抗,从而违背被害人意志与其强行性交。由于强奸犯罪的隐蔽性很强,判断性行为是否违背被害人意愿往往需要结合被害人的言行状态作出事实推论。强奸迷思对被害人的行为反应进行了界定,如“被害人应当作出激烈或明显的反抗”以至于会“留下明显的伤痕”。一旦被害人的言行和状态不符合上述界定,就会得出性行为未违背被害人意愿的结论。被害人与加害人之间事前存在暧昧互动,被害人没有呼救、逃跑或求助,事后没有立即逃离现场,办案人员都可能据此推论出性行为并未违背被害人意愿,从而否定了该行为的不法性。

第二,强奸迷思影响对被害人陈述可信性的判定。强奸案件中,双方当事人往往对性行为是否违背被害人意愿各执一词,“一对一”言词证据的证据构造决定了事实认定常常聚焦于双方言词证据可信性的判断。被害人陈述的可信性主要取决于两个方面的考量:一是被害人自身的可信性,即被害人是否诚实可信、是否存在诬告陷害的动机。对此判断所依据的概括往往是强奸迷思所涵盖的内容。例如,一个常见的强奸迷思是“真正的被害人应当及时报案”。倘若被害人没有及时报案,相信该强奸迷思的人就会认为其指控是虚假的。二是陈述内容的可信性,即被害人陈述内容是似真的。该判断主要取决于事实判定者的信念体系。事实判定者可能基于社会普遍的观念或个人经验,形成了对强奸行为及被害人反应的特定认识,如“遭受强奸行为的被害人应当积极呼救或反抗”。倘若被害人陈述称,当时自己受到惊吓不能动弹,因而未做反抗,事实判定者就会认为其陈述不符合常情常理,得出被害人作出虚假陈述的结论。

然而,值得追问的是,这类概括究竟是否属于“常情常理”?它能否获得相关实证数据的支持,从而证明其的确是具有较大可能性的经验常识?当然,还有一种可能性是,概括的盖然性在事实层面难以作出判断,此时就需要进一步追问,它是否具有价值层面的正当性?可见,通过在“事实—价值”层面顺次考察强奸迷思的正当性,我们可以对是否应当反对强奸迷思并驱逐它在刑事司法制度中的适用作出进一步探讨。

三、反对强奸迷思的主要理由

(一) 错误或片面的强奸迷思：实证数据的检验

域外诸多实证研究表明,强奸行为和被害人的反应均具有多样性。认为强奸行为及被害人的反应仅存在一种典型模式的观点在事实上是错误的或者片面的。下文选择两个具有代表性的强奸迷思为例予以说明。

1. “真正的强奸”

强奸迷思界定的强奸行为常常是,侵害行为主要发生在陌生人之间,行为人使用了高强度的暴力,被害人应当存在呼救、逃跑、反抗等行为并留有伤痕。然而,实证研究表明,符合这些特征的强奸事件仅属于少数。在现实世界中,被害人应对强奸行为存在多种反应和策略。

大量文献揭示,性侵害犯罪的加害人与被害人常常是相互认识的熟人关系。根据英国内政部委托的2005年对强奸犯罪的研究,超过70%的被害人之前就认识犯罪者。^{〔8〕}美国司法部报告揭示,根据2005年至2010年的调查,78%的性暴力案件是由被害人认识的犯罪者实施的。^{〔9〕}从我国司法实务来看,陌生人的强奸犯罪日渐减少,强奸案件的当事人大多处于邻居、朋友、同事、网友等熟人关系。研究表明,熟人强奸中犯罪者的暴力程度较陌生人强奸低。据澳大利亚学者对100件强奸案件的研究,陌生人强奸中,犯罪者的行为方式具有敌意、暴力的特点,而熟人强奸中,犯罪者更多地采取了不那么暴力、更个人化,获取被害人顺从的行为方式。^{〔10〕}

强奸案件的被害人并不总是会留下身体伤痕。一项具有高引用率的研究文献发现,在受调查的819名受到性侵害的女性中,52%的被害人存在普通的身体伤痕,20%的被害人的生殖器或肛门发生创伤,41%的被害人没有留下任何伤痕。被害人身体留下伤痕是与以下原因联系在一起:被打或脚踢、被掐住脖子、口交或肛交、陌生人发起的侵害。^{〔11〕}很多研究表明,性侵害案件往往对被害人的精神和心理产生深远的影响,但未必带来实际的身体

〔8〕 See Liz Kelly, Jo Lovett and Linda Regan, “A Gap or a Chasm? Attrition in Reported Rape Cases,” 2005, p. 20, <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/gap-or-chasm-attrition-reported-rape-cases>, last visited on 2 March 2024.

〔9〕 Michael G. Planty, Lynn Langton, Christopher Krebs, Marcus Berzofsky and Hope Smiley-McDonald, “Female Victims of Sexual Violence, 1994-2010,” 2013, p. 4, <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/fvsv9410.pdf>, last visited on 2 March 2024.

〔10〕 Laura Woods and Louise Porter, “Examining the Relationship Between Sexual Offenders and Their Victims: Interpersonal Differences Between Stranger and Non-stranger Sexual Offences,” *Journal of Sexual Aggression*, Vol. 14, No. 1, 2008, pp. 61-75.

〔11〕 Naomi F. Sugar, David N. Fine and Linda O. Eckert, “Physical Injury After Sexual Assault: Findings of a Large Case Series,” *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Vol. 190, No. 2, 2004, pp. 71-76.

伤害。

反抗、呼救或逃跑仅是被害人面临强奸作出的一种行为反应,而不是唯一的反应。科学研究表明,在受到威胁时,人类的大脑会选择并执行最有利于生存的行为反应,这样的反应对其他人甚至被害人而言都不合乎逻辑,但大脑却可能基于本能作出反应:不是抵抗或逃跑,而是与其为友、吓呆或全身瘫软。^[12]后三种的行为反应在强奸等侵害案件中很常见,因为它们能够使被害人面临的紧迫危险最小化。英国与荷兰对强奸的研究发现,被害人在遭遇强奸时存在多样化的反应:口头抗议、挣扎和反抗、回答加害人的问题、向加害人提问、尖叫和呼喊、逃跑、运用策略、吓呆。^[13]研究者曾对92名受到性侵的女性进行了访谈,发现在性侵行为发生时,仅有15%的被害人呼喊或尖叫,15%的被害人采取了挣扎或反抗的方式。多数被害人称自己全身瘫软或者采取了拖延时间、讨好加害人、进行言语攻击等应对策略。在性侵发生后,被害人称自己试图与加害人协商获取自由,保证其不会披露犯罪等。^[14]相较于加害人是陌生人的情形,熟人关系中的被害人更少进行呼救,也更少逃跑。^[15]

可见,和人们想象中的“真正的被害人应当作出呼救、逃跑、激烈反抗”等直接对抗型的行为反应不同,很多被害人呈现出被动消极型的行为反应(如身体僵硬、全身瘫软、吓呆)或者间接拒绝型的应对策略(间接、委婉的拒绝表达)。在理解被害人在应对强奸事件的行为反应时,需要认识到权力关系也内在于性关系之中。在强奸发起之后,居于弱势地位的被害人只能在有限的自由度内抵制或配合,以防止进一步被害。被害人的顺从行为或间接的拒绝举动,是希望在避免直接刺激加害人的情形下,提供机会促使加害人改变其行为,但并不意味着被害人同意了性行为。例如,被害人可能会告诉加害人自己在月经周期,家人很快会到家,或者提到加害人的女朋友等。在强制程度不高的情形下,被害人也可能采取既不拒绝但也不执行加害人要求的方式,例如,加害人要求其脱掉衣服而她站着不动。^[16]间接的表达也是弱者的策略,^[17]这种间接的拒绝方式既能保全加害人的面子,也能尽力维护自己的人身安全。但是,在司法实务中,这些言行举止可能会使办案人员认为被害人没有明确地表达拒绝和反抗,而是

[12] The Crown Prosecution Service, “Rape and Sexual Offences-Annex A: Tackling Rape Myths and Stereotypes,” <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-annex-tackling-rape-myths-and-stereotypes>, last visited on 1 April 2024.

[13] See Jessica Woodhams, Clive R. Hollin, Ray Bull and Claire Cooke, “Behavior Displayed by Female Victims During Rapes Committed by Lone and Multiple Perpetrators,” *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 18, No. 3, 2012, p. 424.

[14] Ann Wolbert Burgess and Lynda Lytle Holmstorm, “The Coping Behavior of the Rape Victim,” *American Journal of Psychiatry*, Vol. 133, No. 4, 1976, pp. 413-417.

[15] Mary P. Koss, Thomas E. Dinero, Cynthia A. Seibel and Susan L. Cox, “Stranger and Acquaintance Rape: Are There Differences in the Victim’s Experience?” *Psychology of Women Quarterly*, Vol. 12, No. 1, 1988, pp. 1-24.

[16] See Woodhams et al., supra note 13, p. 443.

[17] (美)玛丽·克劳福德、罗达·昂格尔:《妇女与性别——一本女性主义心理学著作(下册)》,许敏敏、宋婧、李岩译,中华书局2009年版,第510页。

在半推半就或者作出相反的暗示。

2. 被害人未及时报案或披露事件

强奸案件的被害人没有报案是常态而非例外。根据2014年加拿大普遍社会调查(General Social Survey)对加拿大民众安全情况进行的调查,超过83%的性侵害事件并没有向警察提出报案。与其他类型的犯罪相比(如故意伤害案件的报案率是38%,其他犯罪类型大致是34%),强奸案件的报案率尤其低。^[18]根据美国司法部2020年的统计,大约仅有34%的强奸或性侵害案件被正式提出控告。^[19]

根据域外相关实证研究,被害人没有选择报案的主要原因包括:①没有将该事件界定为强奸(或“犯罪”);②不认为警察或其他人会该事件界定为强奸;③害怕不被相信;④害怕受到责备或评判;⑤不信任警察、法院或法律程序;⑥担心家庭及朋友知道或者公众知道;⑦害怕受到再次的攻击或威胁;⑧对现任或前任存有感情;⑨被害女性有身体残疾、精神疾病或者不能讲当地语言,致使其语言或交流存在障碍。^[20]对很多女性来说,选择不报案往往是由上述多种原因导致的。加拿大普遍社会调查机构的调查表明,被害人没有向警局报案的最常见原因是认为犯罪轻微且不值得花时间报案(71%);其次是认为该犯罪是非常私密和个人化的性质,可以以非正式的方式处理(67%);再次是在该侵害中没有人受伤(63%)。此外,大约43%的被害人称其不向警方报案是因为证据不充分;30%的被害人称是因为自己不想让其他人知道自己被害;12%的被害人担心报案会为其家庭的声誉带来耻辱。^[21]强奸迷思对被害人报案也会产生影响。相信强奸迷思的被害人可能不会将她们的经历视为性侵害或者向他人披露,因为加害人没有使用暴力手段,或者她们感觉自己未能有效地进行反抗。

从上述研究可以发现,强奸迷思的存在、担心不被司法办案人员信任、害怕名誉受损及其他社会压力是被害人不愿意报案的主要原因。国内目前较为缺乏类似的实证研究,但毫无疑问,被强奸的女性不愿意报案或迟延披露案件的心理是共通的。在邓某某涉嫌强奸案中,被害人的陈述能够生动地体现影响其不报案决定的诸多考虑。被害人对最初没有报案的原因解释称:“(由于强奸是)我们一起吃饭、喝酒后发生的,虽然我当时也反抗了,但因为喝酒了没有力气,反抗力度不大,还怕对我名誉有影响,也怕对他有影响,我冷静想了一下还是算了。”在这些因素的影响下,被害人寻求与加害人私了或索赔是可以理解的选择。

最初不愿意报案的被害人可能会因具体事由的触动而进行报案。在笔者调研的存疑不起诉案件中,被害人最终选择报案的原因包括:①双方就索赔协商未果或者加害人未能履行赔

[18] Shana Conroy and Adam Cotter, “Self-reported Sexual Assault in Canada, 2014,” Canadian Center for Justice Statistics, <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2017001/article/14842-eng.htm>, last visited on 20 April 2024.

[19] Rachel E. Morgan and Jennifer L. Truman, “Criminal Victimization 2019,” The Bureau of Justice Statistics of the U. S. Department of Justice, 2020, p. 8, <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/cv19.pdf>, last visited on 20 April 2024.

[20] See Kelly et al., *supra* note 8, pp. 31-32.

[21] See Conroy and Cotter, *supra* note 18.

偿；②被害人受到了再次侵犯或骚扰；③被害人在朋友的劝说/支持下进行报警。强奸对被害人带来的心理创伤往往也会导致被害人迟延报案。被害人在事发后，可能因为羞愧感、罪恶感、焦虑、恐惧而孤立自己，同时，被害人也会尽量避免自己再回忆起被性侵的经历。^{〔22〕} 这些内因也促使被害人延迟报案或披露性侵事件。

总之，对强奸迷思的更为准确的称谓是“刻板印象”，现实中的性侵害事件可能符合也可能不符合强奸迷思。问题在于，符合强奸迷思的个别性侵事件受到了广泛的传播，与强奸迷思存在矛盾或偏离的大多数性侵事件，反而被认为是不真实的。强奸迷思在各国刑事司法实践中普遍存在，它能够成为一种跨越地域和文化差异的普遍社会现象，表明其产生和盛行具有更深层次的社会结构原因。

（二）非正当化的强奸迷思：父权制的产物

性行为的实质是亲密的人际关系互动。它不仅是人类生理本能的驱动，还是社会建构的结果。强奸迷思是人们对性行为相关经验的“概括”，植根于传统父权社会的历史和文化。父权制体系强调男性在价值上的优越性，并将男性特质作为衡量标准，从社会结构安排到社会角色期待形成一整套男尊女卑的价值系统。^{〔23〕} 父权制通过贞节观的道德约束对女性身体进行控制，塑造了女性“应当”如何行为举止的特定模式，这是强奸迷思生成的主要观念基础。具体体现为：

第一，女性应该为其丈夫（包括未来的丈夫）捍卫贞洁。妇女应当对强奸犯进行最大程度的反抗，甚至不惜以生命和健康为代价。在此观念影响下，英美国家的普通法中曾经对强奸罪确立了苛刻的“极力反抗标准”（utmost resistance），否则无法证明强奸罪的成立。^{〔24〕} 我国刑法至今保留了强奸罪的强制手段要件并要求达到被害人“不知、不敢、不能反抗”的程度，在司法实践中往往会使控方陷入需要证明被害人极力反抗的不利处境。

第二，女性应当以消极、被动的方式展现自己的性欲，说“不”往往意味着说“要”，其目的是保持矜持或挑起男性征服的欲望。此种象征性拒绝被用来描述女性面对男性主动追求时的行为模式，也成为很多男性面对女性的明确拒绝仍然强行进行性行为的免责理由。在美国一项早期调查中，查伦·米伦哈德（Charlene Muehlenhard）和莉萨·霍拉堡（Lisa Hollabaugh）发现调查的女性中大约三分之一表示当她们真正想要性的时候她们说了至少一次的“不”。然而在进一步的调查中，卡丽·罗杰斯·米伦哈德（Carrie Rogers Muehlenhard）发现说“不”的女性尽管渴望性，但那真的意味着“不”；她们不是在操纵或者在开玩笑。相反，尽管她们对性行为感兴趣，但她们因为种种原因决定节制，原因包括道德观念、害怕传播性疾病或者害怕怀孕。^{〔25〕} “女性说不要即是要”的观点不仅未能获得实证数据的支持，更是侵犯了女性自由表

〔22〕 参见林志洁、金孟华：“‘合理’的怀疑？——以女性主义法学观点检视性侵害审判之偏见”，《政大法学评论》第127期（2012年），第157—158页。

〔23〕 参见周同：“女性主义的平等观及其证成进路变迁”，《伦理学研究》2020年第1期，第124页。

〔24〕 See Roger B. Dworkin, “The Resistance Standard in Rape Legislation,” *Stanford Law Review*, Vol. 18, No. 4, 1996, pp. 680-689.

〔25〕 克劳福德等，见前注〔17〕，第834页。

达意愿的个人自主权。如果说男女双方肢体语言的表达往往是暧昧模糊的,个人明确的言语表达却不应被忽视。“女人说不要即是要”,这是一种明显为强奸行为正当化的措辞。一旦承认该观点是正确的,面对性侵害,女性通过言语拒绝是不够的,而必须通过身体反抗等可能进一步增加自身被害风险的形式表达拒绝的意思。这样的要求,一则超越了部分被害人的能力(如内心恐惧、性格软弱的妇女,未成年人,醉酒妇女等脆弱被害人),二则否认了女性享有与男性平等的、通过语言表达拒绝的性自主权。

第三,贞节观对女性的性观念、性经历及男女之间的私下交往作出了严格的约束,即无辜的被害人应当呈现出“无欲”“贞洁”“高度谨慎”的形象。依据对两性之间情欲的描述,男性的情欲常常无法控制,女性应当承担起守门人的角色。她们应当具有保守的性观念,不应该搭陌生人的车,不应该说黄色笑话,不应该穿着暴露,不应与非恋人的男性有暧昧或亲昵的举动,也不应该喝醉酒——因为她应当知道这会带来被侵犯的风险。男性往往不会因为性经历丰富而受到负面评价,风流倜傥反而会增添个人魅力。与此相反,女性的性态度和性经历往往与其良好品行联系在一起。性经历较多的女性被认为是道德堕落的女性,常常被认为会随意作出性同意,而其所作的陈述也不具有可信性。

第四,女性的身体是在男性的视角下被呈现,在男性的标准下受到审视。在日常行为领域,特定的身体尺寸、姿势、动作、举止和装饰性的外表成为女性身体训练的目标,同时这种训练无需特定的监督机构却暗示了“一个全景化的男性权威”,即女性永远站在男性权威的凝视和判断之下。^[26] 女性对外界展现的身体仪态被认为是对其男性的性暗示,据此形成的强奸迷思是,女性在约会时衣着性感,与男性存在亲吻、拥抱等身体接触,就往往代表了她有性交意愿或者同意发生性关系。应当指出的是,亲密身体接触常常释放了可能发展进一步性行为的信号,因而可以据此作出女性同意的或然性推论。但是,亲密身体接触与性行为之间存在本质的差别。愿意接受亲密身体接触的女性未必愿意发生性行为:一则很多女性受到贞节观的影响,认为二者蕴含了不同的道德评价。贞节观念最为核心的要求是保持童贞,身体接触并不损害该核心利益。二则身体接触与性行为所带来的后果不可同日而语。后者可能导致女性遭受感染性疾病、怀孕等风险,因而是一个更为慎重的决定。因此,一旦接受亲密身体接触的女性在对方发起性行为时做出明确拒绝的表示,不能依据“不要即是要”,以及“亲密身体接触即表达同意”的强奸迷思认为其同意了性行为。

总之,女性的身体在父权体制下被约束、被限制、被客体化和被呈现,从而使这些具有强烈性别偏见的观念成为了社会经验的一部分,成为了对女性进行道德和法律评价的经验基础。尽管在现代法治国家,贞节观念已被抛弃,女性不再被视为是性客体而是具有自决权的性主体,但性别不平等的思想残余仍然存在,强奸迷思在大多数社会都有不同程度的应用,我国也不例外。现将常见的强奸迷思及反对理由总结如下(见表2)。

[26] 参见周同,见前注[23],第125页。

表 2 我国司法实务中常见的强奸迷思及反对理由

	强奸迷思	反对理由〔27〕
1	强奸行为通常是由陌生人实施的,大多使用了暴力,对被害人的身体造成了明显的伤害或导致衣物破损。	大多数强奸都是由被害人认识的人实施的,约会强奸或熟人强奸越来越普遍。 行为人可能采取了胁迫、威胁等精神强制性手段;强奸并非总是会给被害人身体留下可见的伤痕或导致衣物破损。
2	被害人过去性经历较为丰富或性观念开放,因此她很可能同意了与被告人的性行为。	个人在过去的某个场合同意与某人发生性关系,不能据此合理地推论其同意与该人或其他人在其他场合发生性关系。性同意取决于具体情境(人、场合、条件等),因而需要置于每个情境中加以评估。 女性享有的性自主权意味着她想要和多少人,在什么时间发生性关系都可以,这并不会因此导致她对之后的性行为丧失了拒绝的能力。
3	被害人曾经与被告入发生过自愿性行为,因此她自愿同意了被指控的性行为。	被害人在过去曾自主选择与某人发生性关系,并不能视为她据此就同意了以后所有与该人发生的性行为。
4	被害人穿着性感或事前与被告入调情,有发送情色短信、图片等事前暧昧行为,则表明了其同意性行为。	女性有权按照自己喜欢的方式进行穿着,穿着性感并不能推论出她有性交意愿。与男性有暧昧交流,或者愿意进行亲密的身体接触的女性未必愿意发生性行为。性行为涉及贞洁的道德评价,可能导致女性遭受感染性疾病、怀孕等风险,是一个更为慎重的决定。
5	男性一旦被挑起性欲,则不可能再遏制住。	男性能够控制自己的性冲动并抑制自己不去强暴妇女。
6	被害人事前主动让被告人进入家中、自愿喝酒,或自愿跟犯罪嫌疑人去隐蔽场所(住所、小树林等),则表明其同意了性行为。	仅仅依据被害人到被告人住所、隐蔽场所等举动,不能推断出被害人同意性行为。 即使被害人最初对性行为有兴趣,但她可能改变了想法。对性行为的同意总是取决于具体情境及条件并可能完全被撤回。不能因为被害人未能谨慎地保持与男性的距离,而认为其受到强奸是应得的。
7	真正的被害人在发生性侵害时会进行反抗。	现实中被害人对强奸行为的反应多种多样。部分被害人可能因为恐惧或震惊而全身瘫软、吓呆,导致不能动弹、反抗或逃跑。被害人可能因为害怕受到进一步伤害,因而对被告人采取了合作的策略。
8	真正的被害人会呼救、逃跑或在抓住任何可能的机会救助。	
9	真正的被害人事后会立即逃离现场或者出现异常现象(例如,神情异常,双方发生拉扯等)。	很多被害人在强奸行为发生过程中或之后会因震惊而致使情绪麻木或平缓,因而看上去很平静。
10	被害人未及时报案,则表明实际并没有发生强奸。	很多被害人不会及时向警方报案。一些人会告诉自己的朋友、亲人。一些人可能因羞耻、自责、害怕行为人或担心不会被办案人员相信而不告诉任何人。强奸对被害人带来的心理创伤往往也会导致被害人延迟报案。

〔27〕“反对理由”参考了英国皇家检控署关于《强奸及性侵害犯罪指南》附件 A 的内容。See The Crown Prosecution Service, supra note 12.

(续表)

	强奸迷思	反对理由
11	强奸案件中的虚假指控非常常见,女性一旦对双方的性行为感到后悔或想寻求报复、获得经济赔偿,就会控告强奸。	强奸案件中的虚假指控其实不多。 ^[28] 被害人可能认为该犯罪极其私密和个人化的性质,可以以非正式方式处理,也可能因为羞耻感、担心不被办案人员信任、害怕名誉受损、害怕事情公开等原因,希望通过赔偿私了的方式处理。
12	如果被害人在性侵犯中出现了性兴奋的症状,这只能表明其愿意发生性行为。	人们对性刺激都能够作出反应,即使这样的刺激是非自愿、伴随着痛苦或精神创伤的。

就其本质而言,强奸迷思的现象反映了权力关系下知识生产和传播的不平等。权力影响了社会中的不同群体参与社会共同经验建构的能力,从而形成了“认知的不正义”。米兰达·弗里克(Miranda Fricker)指出,社会的共同经验可以视为是反映了不同社会群体的观点,不平等的权力关系可能扭曲共同的解释学资源。强者往往能够适当地解释其社会经验,从而在他们需要阐明该社会经验时能够随时可用,而无权无势的人更有可能发现自己的社会经验不易清晰呈现。^[29] 享有较少权力的社会群体(女性)面临着知识生产和传播的不平等:处于权力弱势地位的“她”的社会经验无法获得准确地表述,更难以使之成为社会的共同经验。相反,报纸、影视等媒体、教育机构、学术团体、家庭等都持续传播和强化以男性标准界定的关于性经验的主流话语,从而造成了强奸迷思的盛行及持续生产。日本 2023 年修订前的旧刑法处罚“使用暴力或者胁迫”的性交行为,而在理论和实践中发展起来的“程度论”设定了一个很高的门槛,即暴力、胁迫手段应达到使被害人极难反抗的程度。日本学者指出,对刑法的这种理解假定了被害人总是会反抗,而这不切实际的反抗要求是由男性制定的,妇女在当时无法参与相关的讨论。^[30] 概言之,强奸迷思是认知不正义的产物。若要承认女性的主体地位,保障其思想和行为的自由,促进两性之间的平等地位,就应当在刑事司法制度中抵制和驱逐这些不具正当性的社会经验的运用,在法律领域实现性别平等。

四、应对强奸迷思的制度改革

诸多丰富的研究成果已经揭示了强奸迷思的片面性和歧视性,从而在弥合两性之间理解的鸿沟方面迈出了第一步。结合我国司法实践中强奸迷思的适用情形,还有必要进一步总结

[28] 2011 年 1 月至 2012 年 5 月,英国皇家检控署将在此期间被指称涉及虚假指控的强奸案件进行了分析,发现共有 5651 件案件起诉到检察机关,但仅有 35 件案件是虚假指控。See The Crown Prosecution Service, *supra* note 12, footnote 1.

[29] See Miranda Fricker, *Epistemic Injustice: Power and The Ethics of Knowing*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 148.

[30] 角田由紀子「性犯罪法の改正——改正の意義と課題」論究ジュリスト 23 号(2017 年)124 頁参照。

其生成的原因,探讨适宜的应对路径。

(一)我国强奸迷思生成的主要原因及应对路径

1. 我国强奸迷思生成的主要原因

从司法实务来看,办案人员对强奸迷思的应用主要受到两个因素的影响:一是男女在性互动中角色定位的传统观念;二是我国强奸罪的刑法规范及相关解释。鉴于前文已对前者展开详述,在此仅对后者加以说明。

被害人应当对强奸行为进行反抗,是我国司法实务中最为常见的一种强奸迷思。但是,我国《刑法》第236条从未要求强奸案件的被害人负有反抗义务。司法实务中对被害人反抗的强调可以部分地归咎于刑法规范对“强制手段”要件的要求及相关司法解释和学理解释。

就司法解释而言,1984年《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》(以下简称《解答》)第2条用“反抗”的概念界定强制手段,即使被害妇女不知反抗、不敢反抗或者不能反抗的手段。《解答》虽已废止,但其对强奸罪构成要件的解释仍为我国理论界和司法界所广泛接受。

就学理解释而言,被害人的反抗及反抗能力成为了判定侵害行为“是否符合强制手段要件”或者“是否违背了妇女意志”的重要依据。刑法通说认为,“违背妇女意志”是强奸罪的本质。^[31]从我国刑法学界对该罪的学理阐释来看,强制手段的要求和对被害人反抗的审查,归根结底都是为了确定性行为是否“违背妇女意志”。一方面,被害人能否反抗成为判定侵害行为是否符合强制手段要件的依据。对强制手段的界定,部分学者明确地主张采取高强制程度的标准,认为手段必须达到使妇女明显难以反抗的程度,^[32]否则不能区分强奸与通奸的界限。另一方面,被害人反抗及反抗能力成为了判定“违背妇女意志”的标准。学者指出,如果妇女对发生性关系进行了反抗,这表明性关系是违背妇女意志的。在妇女没有反抗的情况下,考量违背妇女意志的三种标准,即采用暴力手段时的不能抗拒、采取胁迫手段时的不敢抗拒和采取欺骗手段时的不知抗拒。^[33]可见,反抗是强制的前提,即被害人的反抗使得强制手段的采取成为必要;暴力、胁迫或其他手段的运用,是被害人不知、不敢、不能反抗的原因。强制手段与反抗在解释脉络上的逻辑联系,实际上预设了被害人应当(本该)采取反抗行为,行为人通过强制来压制被害人的反抗意思。因此,尽管《解答》和刑法理论均承认被害妇女有无反抗表示不是强奸罪成立的必要条件,但以“反抗”界定“强制”及“违背妇女意志”的解释方式,导致我国司法实务中往往形成了对被害人反抗的要求。

2. 应对强奸迷思的基本路径

针对强奸迷思生成的原因,有两个基本的应对路径:其一,修改刑法规范及司法解释,不再

[31] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第465页;何荣功:《性权利的刑法规制研究》,中国法制出版社2017年版,第27页。

[32] 参见张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2016年版,第871页。

[33] 参见陈兴良:“准强奸罪的定性研究”,《政治与法律》2022年第6期,第23—24页。

以强制手段与反抗界定强奸罪。违背妇女意志是强奸罪的本质,但对违背妇女意志的认定不应以强制手段的采取,被害人是否反抗或能否反抗作为依据。在妇女内心不愿意的时候,行为人与其性交即侵犯了其性自主权,不论其采取什么样的手段,是否侵犯被害人身体的自由和完整。大量社会科学研究也表明,反抗不是被害人应对强奸行为的唯一方式。被害人可能因恐惧而无法动弹,或者因权衡双方体力认为反抗无果,而采取了口头抗议、劝告说服、转移注意力等应对方式。诚然,对“反抗”可以宽泛地解释为“抗拒”,从而能够包含被害人言语抗议等积极拒绝表示,但仍无法涵盖被害人全身瘫软、劝告、哭泣、吓呆等消极行为表现。此外,要求被害人反抗,会使法庭审判的重点从被告人的行为转向了被害人的行为,对其言行提出较高要求,形成强奸犯罪中特有的“谴责被害人”文化。考虑到被害人行为反应的真实现状与法律应当追求的性别平等的价值取向,笔者认为,应当修改刑法及司法解释,对强奸罪不宜再以“强制手段”与“反抗”作为判定违背妇女意志的标准。只要行为人违反了妇女可被辨识的意愿实施性行为,就足以构成强奸罪。^[34]

其二,改变司法实务人员在认识上的误区,促进正确的社会科学知识的传播。对此,有几种主要的途径:一是在诉讼中引入专家辅助人的意见,让事实裁判者了解相关社会科学知识;二是通过常规的教育或培训实现对裁判者背景知识的补充;三是通过司法解释或其他规范性文件的形式确立相关证据规则予以规范。此三种途径,笔者认为可以前两种为补充,着力推动证据规则的确立。引入专家辅助人意见的方式适用案件范围过于狭窄,裁判者对专家意见的遵从程度也较弱,而对全国相关业务部门的检察官、法官进行全覆盖培训无疑是一个耗资巨大的工程。证据规则虽然主要地面向审判,但基于审判对诉讼结局起着决定性的作用,它对侦查、检察人员的办案也会产生普遍的辐射效力。对于有充分科学或价值依据予以反对的强奸迷思,更适宜采取制定证据规则的形式,排除其在刑事司法制度中的运用。以下详述之。

(二)证据规则的类型及选择

在女权主义者与被害人保护团体的推动下,域外许多法治国家的证据法改革主要围绕限定强奸迷思在司法证明中的适用展开,涉及以下四种证据规则:一是证据相关性规则,二是基于价值权衡的证据排除规则,三是推论限制规则,四是概括解释规则。在我国,《刑事诉讼法》及司法解释有类似于证据相关性规则、可采性规则的规定,但未曾出现过推论限制规则和概括解释规则。事实上,对于强奸迷思的适用而言,后者是引导裁判者正确认识特定证据之证明价值的重要工具,适宜为我国所借鉴。下文将就证据规则的合理适用作具体阐述。

1. 规制强奸迷思的证据规则

(1) 相关性规则

既然强奸迷思是错误或片面的,那么能不能认为,需要依据强奸迷思作出事实推论的证据

[34] 详细论证参见向燕:“强制、同意与性别平等:强奸罪入罪模式及其改革”,《政治与法律》2024年第6期,第113—127页。

就不具有相关性呢？

相关性,也称关联性,是证据具有可采性或具有证据资格的前提。通常认为,相关性规则是指与没有该证据相比,使事实(指对于诉讼具有重要意义的事实)的存在更有可能或更无可能的证据具有相关性。不具有相关性的证据不具有可采性。^[35]但是,相关性是一个非常低的证据门槛要求,其目的是尽可能使所有具有潜在证明价值的证据纳入到诉讼证明中,促进裁判者进行理性的决策。至于证据对待证事实的证明作用的大小及证明程度,则是由证据的“证明力”或“充分性”的概念予以解决。

某个证据具有相关性,意味着该证据倾向于证明待证事实的存在或不存在。而证据是否具有该种证明价值,取决于证据与待证事实之间是否存在这样的逻辑关联(即概括)。概括是对客观世界和人类行为等经验现象的一般性归纳,它表明了证据与待证事实之间是否存在联系以及联系的强度。“去过犯罪现场的人可能实施犯罪”的概括,是证据(被告人去过犯罪现场的监控视频)与案件事实(被告人实施了犯罪)逻辑关系的连接点,该概括中“可能”的概率强度也会转移至推论事实,部分地决定证据的证明力。可见,证据与待证事实是否具有逻辑或事理的联系证明了关联性的有无,而联系的强度(概率)则是决定证据证明力高低的重要因素。根据相关性的含义及功能,可以依据概括的强度界定证据的相关性:只有对经验事实的概括具有较高或较低的盖然性,依据该概括进行推论的证据才具有相关性。当概括不能显示经验现象之间较高或较低的趋向性时,依据该概括进行推论的证据就不具有相关性,从而可以排除部分强奸迷思的适用。

(2) 基于价值权衡的证据排除规则

一旦将证据的关联性视为程度问题,那么就应该考虑与使用证据涉及到的政策价值相权衡。在一些情形下,尽管证据与待证事实存在一定的逻辑关联,但提交证据会带来拖延诉讼效率、损害公平价值、混淆争点等严重风险,在权衡证据价值与政策价值之后,可能排除具有相关性的证据。这就是在英美法系国家普遍适用的基于价值权衡的证据排除规则。

适用权衡排除规则的典型例子即证明被害人过去性行为的证据。排除这类证据关涉对证据价值(关联性程度)与政策价值的权衡。被害人过去的性行为常常作为推论被害人同意的依据,实际上隐含了这样一个概括,即“性经验较丰富的被害人会轻易地同意他人的性行为”。然而,没有任何实证数据支持了这样的结论。即便承认人们常常按照自己的行为习惯行事,在性关系领域也不能得出这样的结论,即女性愿意和甲发生性关系,就更倾向于和乙发生性关系。个人的性同意几乎总是个别化的,吸引力在性关系中是重要的因素。当人们被要求对性关系中他们认为重要的因素如生理、个性和背景等进行排序时,男生强调伴侣的生理特征,女生强调个性品质。^[36]可见,人们在选择性伴侣所作的决定主要取决于对方的个体特征和具体情

[35] See Federal Rules of Evidence, 401, 402.

[36] 参见克劳福德等,见前注[17],第478页。

境。尽管被害人过去的性行为通常与案件事实的关联性较低,但并非完全没有关联性。试想,性生活较为随意的女性是不是比性观念保守的女性更容易作出性同意呢?考虑到相关性是一个非常低的要求,以完全不具相关性为由排除该类证据也是不适当的。

之所以排除被害人性经历的证据,是因为有重要的政策价值考虑:第一,保护被害人的隐私并鼓励被害人敢于揭发犯罪和参与诉讼。对辩方律师进行的使人丢脸和羞辱性的盘问所产生的顾虑,会使许多被害人放弃与检察官的合作,乃至放弃在第一时间就性侵犯报案。^[37] 第二,这也是女性享有性自主权的应有之义。性自主权包括积极的性自由(自我控制和决定的权利)和消极的性自由(不受妨碍的权利)。前者意味着她想要和多少人,在什么时间发生性关系都可以,这并不会因此导致她对其后的性行为丧失拒绝的能力。第三,禁止诉讼中采用被害人性经历证据,可以防止裁判者作出具有强烈性别偏见的评判,即性经历丰富的女性品行堕落,可以被人随意凌辱。通过权衡该证据的证明价值与它所涉及的政策价值,一些国家制定了特别的法律条款,禁止某类证据在诉讼中的使用。例如,《美国联邦证据规则》第412条明确规定了对被害人性行为或性倾向证据的排除规则;英国1999年《少年司法与刑事证据法》第41条规定,辩方在未获法庭同意的情形下,不得就被害人的性历史提出证据或进行交叉询问。^[38]

(3) 推论限制规则

运用证据排除规则——不论是基于相关性的排除还是基于价值权衡的排除,都排除了证据在诉讼证明中的运用。但问题的症结并不是证据本身,而是推论时所依据的概括。通过规范证据的资格能力而排除强奸迷思的适用往往会出现禁止范围过宽的问题。一个更为准确的限制强奸迷思适用的方法是,禁止依据错误、片面或不正当的概括作出推论,即推论限制规则。

推论限制规则是用于辅助办案人员对证据进行审查判断的指导性证据规则。立法例的典型代表是《加拿大刑法典》第276条。该条第1款规定,控告人(被害人)与被告人或任何其他参与性行为的证据,不能因该行为的性意味而运用该证据作出如下的推论:①控告人更可能同意被指控的性行为;或者②控告人更不可信。英国皇家检控署《关于强奸与性犯罪的指南》附件A规定了不少推论限制性规则,如:①通过约会软件或社交媒体与他人会面,发送色情图片是越来越平常的现象。不能依据双方见面途径或发送信息推论出被害人同意了性行为。②根据醉酒的人可能被解释为“调情”的行为,或该人的穿着打扮,或仅根据她去某人住所的行为,都不能据此得出该人同意性行为的结论。③被害人在性侵事件发生之前或之后发生性关系的人数,不能用以推论其同意了案件中的性行为,等等。^[39]

[37] 参见(美)罗纳德·J. 艾伦、理查德·B. 库恩斯、埃莉诺·斯威夫特:《证据法:文本、问题和案例》(第3版),张保生、王进喜、赵滢译,高等教育出版社2007年版,第330页。

[38] See Federal Rules of Evidence, 412; Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, Sections 41.

[39] See The Crown Prosecution Service, supra note 12.

(4) 概括解释规则

推论限制规则常与概括解释规则一起加以规定。这是因为,强奸迷思往往被大众所熟知,已经成为人们认为的“经验常识”的一部分,而真正的经验常识或科学知识反而与人们的直觉、信念相抵触。因此,在限定强奸迷思的适用时,有必要对强奸迷思的片面性和不正当性加以解释,使办案人员能够进行识别和理解,避免依据这些概括进行事实认定。概括解释规则也可以独立于推论限制规则存在。在对实践中客观存在的经验现象进行释明之后,裁判者自然能够根据适当的概括作出事实推论。

在英美法系国家,概括解释规则可能是以法官对小陪审团作出指示的方式出现。例如,英国上诉法院在判例中指出,法官可以指示:经验表明,人们对严重性侵犯罪带来的创伤会作出不同的反应,因而没有一种反应可以说是典型反应。有的人会立即提出控告,而另一些人因为感到羞耻或震惊而在一段时间后才报案。迟延的报案并不必然表明这是虚假的控告。^[40] 概括解释规则出现的另一种形式是在规范性文件中加以列举。英国皇家检控署关于《关于强奸与性犯罪的指南》附件 A 指出,在很多案件中,被害人没有可见的伤痕;不存在被害人对强奸行为的典型行为反应;该种犯罪的精神创伤性质意味着被害人可能以一系列不同的方式作出行为反应,而其中的部分行为也许看上去与我们的直觉相违背。^[41]

2. 证据规则的类型选择

我国对强奸迷思的证据法规制,适宜通过司法解释确立推论限制规则和概括解释规则。这主要是因为:

第一,相关性规则的适用具有局限性。首先,相关性规则要求考察证据与待证事实之间在经验或逻辑上的联系强度,而很多强奸迷思尚不能在实证层面获得确证。其次,依据概括的盖然性高低来建构证据相关性规则可能会导致证据的错误排除。在司法证明领域,概括对经验现象的描述通常是以盖然性的形式出现(如很可能、可能、很少发生)。但是,一项概括的盖然性高低往往与案件的具体情境密切相关。即使“没有实施犯罪的人通常不会逃跑”是成立的,但无辜的人逃跑的事情仍然会发生。如果忽视案件的具体情境确立普适性的相关性规则,会导致在具体个案中错误地排除了具有关联性的证据。再次,相关性规则仅是一种事实判断,不涉及价值判断。对案件事实具有一定关联性,但会妨碍个人性自主权的行使、导致法律适用不平等的证据,无法依据相关性规则予以排除。最后,相关性规则与相关性概念的相对性之间存在内在的紧张关系。适用相关性规则需要作出采纳或排除的非此即彼的判断。但是,证据的相关性是一个相对于证明对象而言的概念。某个证据对于证明事实 A 不具有相关性,但对于证明事实 B 则具有相关性。例如,“被害人与他人曾经发生过性关系”对证明“被害人同意与被告人发生性关系”而言不具有相关性,但对于证明“被害人的处女膜破裂是因为与他人发生性关系”的事实而言则是具有相关性的。完全排除该证据在刑事证明活动中的运用就容易导致事实的误判。在证据具有多重证明作用的情形下,应当明确证据与哪些事实不具有相

[40] R v. JD, [2008] EWCA Crim 2557.

[41] See The Crown Prosecution Service, supra note 12.

关性,而不能笼统地规定该证据不具有相关性。如此一来,此种限定性的相关性规则的适用已经等同于“推论限制规则”。

第二,运用权衡排除规则解决强奸迷思问题,可以较为灵活地处理证据的证明价值与政策价值的平衡问题,但也存在不足之处。其一,将是否采纳该证据的权限诉诸法官的个人裁量,可能导致个案认定情形不一。同时,由于法官群体往往乐于遵循过去的传统,裁量性的排除规则将非常不利于破除强奸迷思的影响,贯彻性别平等的政策价值。其二,就强奸迷思确立专门的权衡排除规则能够解决裁量性排除规则刚性不足的问题,但还应当考虑确立排除规则的例外情形。一些国家的立法例采取了确立排除规则并列举例外情形的规范模式,^[42]但采取此种列举式规定的立法技术未必能够周延地涵盖了实践中的所有情形。

第三,推论限制规则和概括解释规则直接针对“概括”的适用进行规范,能够避免证据禁止范围过宽的问题,从而有效保障辩方的质证权,促进公正审判,宜为我国司法解释所借鉴。首先,推论限制规则能够同时蕴含事实判断和价值判断。它可以基于概括的描述与现实情况不符而禁止其适用,也可以因为概括导致了偏见或不公平而限制其适用。其次,推论限制规则通常以否定性的方式出现,即禁止裁判者就证据作出某一方向的推论,而不禁止作出其他方向的推论,从而避免了设立证据排除规则带来的全有(采纳证据)或全无(排除证据)的问题。在 *R v. Darrach* 判例中,加拿大最高法院明确指出,《加拿大刑法典》第 276 条第 1 款并不是一个“概括的排除”,^[43]而是仅仅禁止对证据作出“两个特定的、不具合法性的推论”。^[44]禁止这些“歧视性的概括”^[45]并不会妨碍依据该条第 2 款规定作出其他的不具歧视性的推论。设立此种具有灵活性的限制性规则,一则契合了复杂多样的司法实践情形,二则尽可能保全了证据的证明价值,为辩方在审判中充分利用现有证据进行防御提供了保障。最后,推论限制规则与概括解释规则的结合适用往往能够产生更好的司法效果。强奸迷思的生成是因为人们对强奸行为及相关现象产生了错误、狭隘的理解。概括解释规则阐明了相关经验事实的真实状况,起到了传播知识、弥合理解鸿沟的作用,而推论限制规则为事实认定主体的推论活动提供了具体的指导。

五、对证据法理论研究的启示

强奸迷思是概括的一种特殊类型。它反映了作为人类庞大“知识库”重要组成部分的概括的复杂性,揭示了司法证明中运用概括的共性问题。理解概括的生成及作用机理,对我国证据法的理论研究具有如下启示。

[42] 《美国联邦证据规则》第 412 条第 2 款规定了禁止使用被害人行为证据的三种例外情形。See *Federal Rules of Evidence*, 412(2).

[43] *R v Darrach*, 2000 SCC 46, para. 32.

[44] *Ibid.*

[45] *Supra* note 43, para. 34.

第一,概括是比“经验法则”更值得证据法学界关注和研究的对象。我国证据法学界长期以来较为重视“经验法则”的研究。学界的主流观点认为,经验法则具有普遍性、规律性、高度盖然性、相对确定性等性质,从而区别于经验常识而符合“法则”的标准。^[46]司法证明中进行事实推理的每一个步骤都需要依据概括作出,但是,这些概括大多都不符合经验法则的定义,通常不具有普遍性或高度盖然性。实践中,事实裁判者所运用的概括范围甚广,包括了偏见、直觉、常识、专家知识、科学真理等确定性程度参差不齐的信念。从强奸迷思的相关研究来看,推测和偏见往往也以“常识”的面目出现。概括本身的盖然性及其运用方法都对事实的准确认定起到举足轻重的作用。认真对待司法证明中的概括,加强相关理论研究对保障事实的准确认定和深化刑事证明基础理论均具有重要意义,也必将成为未来证据法学的一项重要课题。

第二,强奸迷思有力反驳了概括凝聚了社会普遍共识的观点,提出了关注“认知正义”的问题。在讨论概括或经验常识时,学者常常假定存在一个分享“认知共识”的社会共同体,将概括视为一般人均可理解的背景知识,属于“不证自明的公认范畴”。^[47]国内裁判文书对“日常生活经验”“常识常情常理”等语词的表述,已经充分反映了这样的观念。但事实上,多元化的社会往往存在不同的认知共同体。一个众所周知的例子是,专业的科学知识只能由熟悉该领域的专家和技术人员所共享。因而,概括常常被区分为日常生活的知识和专业领域的科学知识两大类。强奸迷思进一步揭示了,日常生活的知识也会因社会群体之间缺乏理解而形成认知的隔阂,此时,符合主流取向的知识可能取代了真实的知识成为事实推论的依据。这样的不公正部分地是由无知造成,例如,一般人都对儿童群体的认知、记忆、表达等能力缺乏了解,从而在诉讼中以成年人的标准对儿童被害人陈述进行审查判断;部分是因为不平等的权力结构下的社会传统价值和文化造成的,例如,强奸迷思对男女性别的行为期望和要求均存在鲜明的反差。因此,在运用概括认定案件事实时,需要关注认知的群体分化,通过引入科学知识弥补不同群体间理解的鸿沟,实现“认知的正义”。

第三,对概括正当性的审查应当结合事实和价值两个层面的判断。由于司法证明中的每一步推论的作出都需要运用概括,且概括的适用往往是直觉的、潜隐的,通常只有在控辩双方对概括产生争议时,才会涉及概括的正当性审查问题。概括是否正确、适当,首先需要判断其是否真实地揭示了经验现象之间的趋向性联系。科学知识是帮助我们客观认识世界和人类行为的重要工具。如果科学知识能够揭示出司法证明中所运用的直觉、偏见或“常识”的谬误,这类概括的适用就应当禁止。然而,绝大多数概括都未能获得科学的验证。况且,科学知识也不全都是确定的知识。除了自然科学与定理这类真理性知识之外,司法证明中更多地是确定性程度不一的专家性知识。当对概括的盖然性无法作出较为准确的判断或者概括的强度较弱

[46] 参见毕玉谦:“经验法则及其实务应用”,《法学》2008年第2期,第31—32页;龙宗智:“刑事证明中经验法则运用的若干问题”,《中国刑事法杂志》2021年第5期,第58—59页。

[47] 参见毕玉谦,见前注[46],第31页;(美)特仑斯·安德森、戴维·舒姆、威廉·特文宁:《证据分析》,张保生、朱婷、张月波译,中国人民大学出版社2012年版,第360页。

时——这意味着概括只能为推论事实的作出提供较弱的支持,此时,评价概括的正当性还应该借助于价值判断,即考察概括的适用是否会因此带来不公正和偏见,或者损坏其他重要的政策价值。

Abstract: Rape myths refer to erroneous or partial views about rape behaviors or victim responses, which are prevalent in China's criminal justice practice. These myths often play a "generalization" role in factual inference processes, significantly affecting whether rape cases are prosecuted and convicted. In evaluating the legitimacy of generalizations, both factual and value judgments are necessary. Factually, rape behaviors and victim responses are diverse in the real world, and the notion that there is a single typical pattern is incorrect. From a value perspective, rape myths stem from traditional patriarchal power structures, reflecting gender inequality. In evidence law, addressing rape myths should not rely on exclusionary rules, which might excessively undermine the evidential value. Instead, inference limitation rules and generalization interpretation rules should be used to carefully define the scope of prohibited inferences, ensuring that the probative value of evidence is not unduly compromised.

Key Words: Rape Myths; Generalization; Factual Determination; Gender Equality

(责任编辑:吴洪淇)