

域外婚内强奸法之发展及其启示

冀祥德

内容提要:古代西方在传统夫制社会下的男强女弱、男主女从的模式之下,刑法理论中的婚内强奸能否占得一席之地,无疑由于以“妻子承诺论”和“促使女方报复论”为理论支撑的“丈夫豁免”,而使婚内强奸毫无立锥之地。20世纪中后期以来,在工业革命的背景下,西方各国开始了一场规模空前、势不可挡的以追求政治、经济、性权利平等为目的的女权运动,人们开始逐步反思检讨“丈夫豁免”的正当性与否。英国、美国、德国、法国、意大利等国家先后废除“丈夫除外”原则,规定丈夫可以成为强奸罪的主体。中国刑法学界及司法部门对婚内是否有奸见仁见智。笔者提出的“耦合权利义务说”阐释了婚内强奸犯罪化立论的理论原点。

关键词:婚内强奸 比较分析 犯罪化 理论基础

冀祥德,北京大学法学博士,中国社会科学院法学所博士后。

从古至今,“婚内强制性行为”作为家庭暴力的一个事实状态,无疑是长期而普遍存在的客观实在。但是,将“婚内强制性行为”以“婚内强奸”冠之,乃至取代之,即承认婚内强奸的法律事实,理论聚讼于犯罪学、刑法学和社会学界,却是近几十年之事。婚内强奸作为家庭暴力的主要表现之一^[1],是在20世纪70年代随着女权主义的再度兴起,而首先为西方人所关注。随着在世界范围内人们日益加强对人权、平等、发展与和平的重视,以及中国的再度走向开放,中国人自己和外国人(特别是西方人)都对中国是否存在婚内强奸以及中国如果有婚内强奸则究竟在多大程度上存在开始关注。然而,儒家文化的思想毕竟根植于国人数千年之恒久,一脉传承的法律学者抑或司法官员,面对国外、境外蓬勃崛起的女权运动,尤其是承认婚内强奸、修改强奸立法的潮流涌动,其传统法律观念和现代法治理念的交织与碰撞,尽显于学术争鸣的思想与司法实践的个案之中。如果说学术界百花齐放的理论聚讼尚有情可原,但是,司法实践中相同个案的不同裁决却不能不引起人们尤其是法律人的高度警觉。1997年的“白俊峰婚内强奸妻子”案被辽宁省义县人民法院判决无罪,而1999年的“王卫明强奸妻子”案则被上海市青浦县人民法院判决强奸罪成立。问题是:同样是丈夫以暴力手段违背妻子意志强行与之发生性关系的行为,中国两个法院的判决结果却截然不同。尽管最高人民法院刑事审判第一庭在其主编的《刑事审判参考》1999年第3期和2000年第2期,由其法官和庭长编写了这两个案例,同时刊登了述评,但其中所谈及理由却无法令人信服。我国虽然不是判例法国家,但随着两大法系的日益融合,个案判决不仅直接左右着司法人员的审判理念,而且对国民的法律心理有着越来越重要的影响。婚内究竟有无强奸——司法实践裁决不一,立法规定模糊不明,国民认识众说纷纭。当公民对自己行为的法律后果无法产生应有的预期时,必然没有了司法的权威和权威的司法,

[1] 笔者认为,对于这一命题的研究,应当从应然与实然的不同视角来探讨:对于发生于夫妻之间的这种强制性性行为,从应然的角度,可以称之为“婚内强奸”;但是从实然的角度,笔者主张不能简单地以“婚内强奸”概之,只有对于那些婚内强制性行为构成强奸罪的,方可称之为“婚内强奸”。但是为了研究问题的便利,考虑到“婚内强奸”这一称谓由来已久,且在近年对该问题的探讨与论争中,专家、学者、实务界以及普通国民均习惯以“婚内强奸”称之,故笔者对本问题的研究亦以“婚内强奸”论称。

当然也就丧失了法律的权威和权威的法律。婚内无奸,是否会导致漠视妇女人权?婚内有奸,是否必然影响家庭和社会稳定?这是每一个刑法学人所面临的必须回答的问题。

一 域外婚内强奸法之发展

婚内强奸是一个全球性问题,持久而广泛地存在于古今中外形形色色的家庭之中。为进一步论证完善我国对婚内强奸行为的法律适用,有必要从比较法之视角对婚内强奸之域外状况进行评析研究。

早在20世纪初,著名的英国性科学家霭理士就曾说过,婚内的强奸确实远比婚外的强奸多。各国早期的通论是基于丈夫豁免权认为丈夫不能成为强奸犯罪的主体。这种主张有一个并没有经过论证的前提,即妇女一旦结婚,就已经承诺在婚姻关系存续期间服从丈夫的性要求,丈夫不再需要在每一次性生活之前征得妻子的同意。随着对妇女权益保护的日益完善和女权运动的扩大开展,人们开始思考婚内强奸是否构成犯罪的問題,尤其是在近20年,婚内强奸问题之立法与司法变迁,已经进入到了一个实质性阶段,并且已初步形成全球化趋势。笔者仅对一些有代表性的国家和地区之法律规定作简要的比较和分析。

(一) 英国的婚内强奸概况

英国习惯法认为,强奸罪,是一个男人未经不是他的妻子的女人同意,使用暴力强行与她非法性交的行为。因此,英国习惯法认为丈夫是不能构成对妻子的强奸罪的。英国刑法明文规定构成强奸行为的性交是非法的,对婚姻内性行为进行保护。当时在英国法学界颇为流行的是基于丈夫豁免的婚姻承诺论理论,承诺论认为,妇女一旦结婚,就意味着她同意与丈夫性交,而这种同意不能被撤回。从17世纪到Hale时代起,英国在普通法中(除了少数例外的情形)不能判定丈夫强奸妻子;1976年法案第一次以成文法的形式给强奸下了一个定义,该条款禁止的是“非法性交”^[2]。英格兰著名法学家马修·黑尔爵士(Sir Matthew Hale)在1763年“婚内强奸豁免权”一文中说:“丈夫不会因强奸妻子而被定罪,因为根据他们的婚约,妻子已奉献其身给丈夫。此项同意是不可被撤销的。这个观点在“皇室诉卡伦斯”案中得以落实。在该案中,妻子宣称如果她知道丈夫身染性病,她便不会同意和他性交。法官史密斯拒绝裁定丈夫强奸妻子。史密斯说:“在婚姻中,妻子同意丈夫行使婚姻权利。这种同意不只是给予身体健康的丈夫……除非这种在婚姻时给予的同意被撤销,否则怎能说丈夫在运用婚姻权利时是侵犯他的妻子呢?”^[3]此案之后,英格兰法官大都同意这种观点,婚内强奸丈夫豁免的观点被视为金科玉律,除非妻子已经通过法律程序明确表示撤销“婚姻时给予的同意”^[4],否则,丈夫绝对有权令妻子与其性交而不会构成强奸罪。但是,英国的判例法是不断发展的,从1949年“Clarke案”审理后,产生一些例外规定。1991年10月23日,英国上议院在审理“皇室诉R”案中做出一项历史性裁决:妻子不须通过法律程序,而只要表达离开丈夫的企图(如搬离家庭),便已经撤销“婚姻同意”权利,有权控告丈夫强奸。当时,诸多女权主义者认为,这是250年以来妻子混为“性奴”时代的结束。正是由于这个案例,英格兰法律委员会开始研究“婚内强奸”涉及的法律问题,并于1992年1月13日发表报告,赞成落实“皇室诉R”案的判决,完全取消“婚姻同意”权利的理念以及“婚内强奸豁免权”。1994年英国《性罪行(修订)法例》(Sexual Offences (Amendment) Act)中“非法性交”一词被划去,亦即间接删除了“婚内强奸豁免权”。自此以后,任何男人都不可以强奸女子,即使是丈夫与妻子之间亦不能豁免。^[5]1991年“R案”的判决

[2] [英] J. C. 史密斯、B. 霍根:《英国刑法》,马清升等译,法律出版社2000年版,第513页。“非法性交”的意义是指暴力,抑或是婚姻以外的性关系含混不清。如果是指暴力强奸,那么规定女子同意与否则成为多余,所以,将“非法性交”理解为“非婚姻的性关系”尚可圆其说。

[3] 周华山、赵文宗:《整合女性主义与后殖民论述——重新阅读中国婚内强奸法》,载于《法学前沿》1999年第3辑,法律出版社1999年版,第54-55页。

[4] 如夫妻已经分居;法庭颁令丈夫不可骚扰妻子;丈夫承诺法庭不骚扰妻子等。

[5] 周华山、赵文宗:“整合女性主义与后殖民论述——重新阅读中国婚内强奸法”,载于《法学前沿》1999年第3辑,法律出版社1999年版,第55-56页。

认定,没有规则规定丈夫不能被判定强奸其妻子;1976年法案第一条中的“非法”一词是多余的。^[6]在某些情况下,婚姻性行为可能转化为强奸。这些情况包括:(1)法院做出了分居判决;(2)双方自愿达成了分居协议;(3)丈夫向法院单方面承诺过不骚扰自己的妻子;(4)双方同意离婚诉讼中的中期判决(中期判决是指在离婚诉讼中的一种在指定日期前双方不提出反对意见即行生效的离婚判决)等。^[7]

(二)美国的婚内强奸概况

在美国,虽然家庭法宣称其核心是将宪法的平等保护应用于夫妇双方,但强奸罪的丈夫豁免却始终顽强地存在于各州的法律中。美国传统的普通法中承认丈夫豁免,一直到1970年,丈夫仍不能被控告强奸,如果丈夫以暴力方法对妻子实施性行为,至多可适用暴力和人身攻击罪名。20世纪70年代,在美国,一些人认为婚内强奸是比陌生人的强奸更为严重的一种犯罪,呼吁法律认可婚内强奸的呼声越来越高。1980年美国《模范刑法典》最终认可在夫妻分居前提下的丈夫强奸罪。同年,一妻子状告丈夫强奸成立。1981年新泽西州最高法院做出裁决,史密斯同妻子分居半年但并未离婚而强行与妻子发生性关系,构成强奸罪。反映在美国的立法上,美国新泽西州规定,任何人都不得因年老或者性无能或者同被害人具有婚姻关系而被推定为不能犯强奸罪。这一规定的含义是丈夫也能成为强奸罪的主体。1984年纽约州上诉法院6名法官一致决议:凡强迫妻子发生性关系的丈夫,可控告其犯强奸罪。随后在美国的其他州例如加利福尼亚州、俄勒冈州等也出现了类似的相关规定。到1993年,北卡罗来纳州成为美国最后一个废除丈夫除外的州。^[8]

(三)德国的婚内强奸概况

大陆法系的德国,在1975年《刑法》第177条中规定,“以暴力或胁迫手段,强迫妇女与自己或者他人实施婚姻外性交的为强奸”^[9],该条明确否定婚内强奸的法律事实。但是德国1998年新《刑法典》第177条规定,“恐吓他人忍受行为人或者第三者对其进行的性行为或者对行为人或者第三者实施性行为的为强奸罪”^[10]该条明确放弃了丈夫除外原则,认可了婚内强奸的存在。德国《民法典》第1353条第二款规定:“在建立共同的婚姻生活之后,一方如果滥用其权利提出要求或者婚姻已经破裂,则婚姻另一方无义务满足其要求。”

(四)法国的婚内强奸概况

法国1810年《刑法典》第331条没有给强奸罪下定义,但是刑法理论及判例认可了丈夫豁免。1980年,法国对刑法作了重大修改。1994年重新修订刑法典。对强奸罪从立法理念到该罪的定义都有了积极的进步。新刑法将强奸罪由“妨害风化罪”一节转入第二章“伤害人之身体或精神罪”表明立法者的价值取向从维护道德转向保障人权。新《刑法》第222-223条中规定:“以暴力、强制或者威胁、趁人无备,对他人施以任何性进入行为,无论其为何种性质,均为强奸罪。”^[11]从这一法律规定可以看出,法国法律也明确地排除了丈夫豁免。

(五)瑞士的婚内强奸概况

瑞士在1996年刑法修订以前,其刑法也明文规定丈夫不能成为强奸罪的主体。1996年修订的《瑞士联邦刑法典》第190条之(2)规定,行为人是被害人的丈夫的,且两人共同生活的,也构成强奸罪,只不过告诉乃论。^[12]《瑞士民法典》第170条规定,配偶一方,在其健康、名誉或者经济情况因夫妻双方共同生活而受到严重威胁时,在威胁存续期间有权停止共同生活。提出离婚或分居的诉讼后,配偶双方均有停止共同生活的权利。

[6] [英] J. C. 史密斯、B. 霍根:《英国刑法》,马清升等译,法律出版社2000年版,第513页。

[7] 叶氩:“关于新刑法典强奸犯罪的立法缺陷及立法建议”,载于《政法学刊》1998年第4期,第67页。

[8] [美] 哈里·D. 格劳斯:《家庭法》,法律出版社1999年英文版,第147-148页。

[9] 《德意志联邦共和国刑法典》,徐久生译,中国政法大学出版社1991年版,第119页。

[10] 《德国刑法典》,冯军译,中国政法大学出版社2000年版,第115页。

[11] 《法国刑法典》,《刑事诉讼法典》,罗结珍译,国际文化出版公司1997年版,第64页。

[12] 《瑞士联邦刑法典》,徐久生译,中国法制出版社1999年版,第69页。

(六) 意大利的婚内强奸概况

在意大利《刑法典》中,强奸罪曾经不是被列为“侵犯人身罪”,而是被列入“侵犯公共道德和善良风俗罪”中的“侵犯性自由的犯罪”一节。1996年2月15日颁布的第66号法律实施了一项重要改革,将性暴力犯罪从“侵犯公共道德和善良风俗罪”一章移至第十二章“侵犯人身罪”中。这标志着立法者对此种犯罪的侵犯客体做出新的认定。现行《刑法典》第609条-2第1款规定:“采用暴力或胁迫手段或者通过滥用权力,强迫他人实施或者接受性行为的,处以5年至10年有期徒刑。值得注意的是,这一条款没有列举犯罪主体和犯罪对象的性别,表明强奸罪的主体和对象,即可以是男性,也可以是女性。而且,从其最近的判例看,配偶一方对另一方强迫实施的性交行为,也可以构成强奸罪;在分居期间的强迫性交,更不言而喻。^[13]”

另据载,瑞典、丹麦、挪威、澳大利亚南部等国家和地区之法律也先后在不同程度上肯定了婚内强奸,实现了历史性的转变。

(七) 香港特别行政区的婚内强奸概况

香港的婚姻家庭法律制度所设置的夫妻同居的权利义务包括三方面内容,住所决定、满足合理性欲要求和生育。其第二项满足合理的性欲要求,可视为对美国法所言夫妻性交权利义务的进一步解释。它是指夫妻性生活以合理、正常为限度。双方都不能违背对方的意志和损害对方的健康,性要求不应过分、过度,不应坚持不正常的性行为,无正当理由,也不得拒绝对方的性要求。

香港婚姻家庭法律制度还规定,如果结婚后一直没有性行为,任何一方可以推翻婚姻;一方不合理的性行为的要求和性行为的冷淡,均可构成离婚条件。香港刑法原来适用婚姻的配偶双方须给予对方无条件及不可收回的性交同意推定,也认为丈夫对妻子不能构成强奸罪。但后来英国上议院废除了这一推定,认为“在未征得同意的情况下与任何女子发生性行为都是非法的”。香港《刑事罪行条例》第118条规定任何男子强奸一名女子即为犯罪。因此,丈夫也可因强奸妻子构成犯罪。^[14]目前香港特别行政区对婚内强奸实行的是部分排除,规定在三种情况下丈夫可成为强奸罪的主体:(1)在法律上已分居;(2)法庭已经令丈夫不能骚扰妻子;(3)丈夫对法庭承诺不骚扰妻子。^[15]

(八) 台湾地区的婚内强奸概况

台湾地区原来也不承认婚内强奸,1999年3月30日通过的《妨害性自主罪章》第229条中规定,对配偶也可以犯强奸罪,但是要“告诉乃论”,^[16]从而彻底废除了丈夫豁免。^[17]

二 域外婚内强奸法发展之启示

从比较法的视角中,我们已经清楚地看到,自从20世纪70年代以来,尤其是“在20世纪80、90年代,人类刑法史上发生了一场悄悄的革命:革除从野蛮社会带入文明社会的脐带——丈夫法律上的性暴

[13] 《意大利刑法典》,黄凤译,中国政法大学出版社1998年版,第40页。

[14] 赵秉志:《香港刑法》,北京大学出版社1996年版,第135页。香港周华山、赵文宗认为:1991年英国上议院对“皇室诉R案的裁决,对香港法律并无直接影响。“一般人可能会混淆上议院和枢密院。枢密院在1997年7月1日前是香港的终审机关,其判决对香港具有约束力。但这次判决的上议院只是英国的法院,是英国本土司法系统的一部分。虽然上议院和枢密院的法官人选可能重复,但其判决对香港徒有‘高度说服力’。所以就算香港和英国同是普通法国家,但该案例仍由于程序上的问题而不一定适用于香港。要确定香港已经取消婚内强奸的豁免,就必须要有香港的判例。”1994年英国虽然在《性罪行(修订)法例》中删去了强奸罪中的“非法性交”,认可了婚内强奸的法律事实,“但香港却没有同样修法”,所以,“在香港,‘婚内强奸豁免权’依然存在”。参见周华山、赵文宗:“整合女性主义与后殖民论述——重新阅读中国婚内强奸法”,载于《法学前沿》1999年第3辑,法律出版社1999年版,第55-56页。

[15] 高炳昭:《香港刑法导论》,中国法制出版社1997年版,第268页。

[16] 苏彩霞:“我国关于婚内强奸的刑法理论现状之检讨”,载于陈兴良主编《刑事法判解》第4卷,法律出版社2001年版,第400页。

[17] 台湾《立法院公报》,1999年第88卷13期(上),第168页。

力特权。这是人类文明的一大胜利”。^[18] 排除丈夫豁免,承认婚内强奸,已经成为世界性的立法变革趋势。笔者认为,这一场“悄悄的革命”,至少可以启发我们如下几点思考:

(一) 摒除丈夫豁免,承认婚内强奸,乃女权运动发展之使然

与古老的东方一样,古代西方的妇女也长期处于男子的压迫之下。传统夫制社会下的男强女弱、男主女从的模式,向来被人们承认和延续着。在这个社会大背景之下,刑法理论中的婚内强奸能否占得一席之地,无疑由于以“妻子承诺论”和“促使女方报复论”为理论支撑的“丈夫豁免”,而使婚内强奸毫无立锥之地。历史的车轮滚动到20世纪中后期以来,生产力的高速发展和科学技术的迅猛进步,现代化机器逐步替代手工操作,使得妇女走出家庭,承担以前只能由男子承担的工作。在此工业革命的背景下,西方各国开始了一场规模空前、势不可挡的以追求政治、经济、性权利平等为目的的女权运动。女权运动极其强烈地冲击了长期以来人们习以为常的父权制度。反映在刑法中强奸罪的立法与司法实践中,便是人们开始逐步反思检讨“丈夫豁免”的正当性与否。一大批有识之士敏锐地意识到,虽然只有婚姻内的性行为是合法的,但并不能推导出婚姻内所有的性行为都是合法的;虽然法律赋予婚姻关系的合法性,但并不意味着妻子必须随时服从丈夫的性要求。所谓的婚姻承诺论,是对婚姻关系实质的歪曲。而所谓的促使妻子报复论,则为保护丈夫免受妻子故意陷害和司法失误可能造成的伤害,置妻子说遭受到的急迫的、直接的性侵害于不顾,更是传统的大男子主义的表现。^[19] 同时我们还看到,20世纪60年代的性革命和女权主义运动,使广大妇女的性意识、性观念发生了重大转变,性自由意识的产生,性主体观念的形成,对社会古老、封闭、传统的性关系带来了巨大挑战和冲击。英国在1991年“R案件”的审理过程中,最高法院大法官金斯爵士就鲜明地指出:“现代妻子不再是丈夫手下逆来顺受的性奴隶,而是平起平坐的性伙伴。法律禁止丈夫违背妻子意志强行与妻子性交,正是妇女性主体观念在法律上的反映。由此可见,女权运动的蓬勃发展,必然导致男女平等观念的深入人心,性权利的平等权又是男女平等原则不可或缺的重要内涵,而平等的性权利则必然要求在夫妻性关系中,摒除丈夫豁免,承认婚内强奸,唯此方可避免使男女平等这一现代社会的基本法治原则成为空谈。”

(二) 摒除丈夫豁免,承认婚内强奸,乃世界妇女人权保障之必然

妇女占世界人口的一半,妇女是人类自身生产的创造者,她们担负着延续人类的重任,同时她们又是人类走向进步与文明的强大生产力。因此,“妇女解放的程度是衡量普遍解放的天然尺度”^[20],妇女人权的发展是历史发展的必然。进入20世纪后,随着人权斗争的历史进步,妇女的解放问题也逐步得到了世人的关注,逐渐地在各国宪法中,在世界性人权公约中都写进了男女平等原则,自此以后所取得的人权成果,被法律规定为男人和女人共同享有。^[21]

从不少国家刑法中对妇女性权利的保护理念上的变化,我们也可以充分看到这一点。在20世纪70年代以前,大多数国家都把强奸罪规定在妨害社会风化或公共道德罪之中,立法者的法律理念立足于社会法益之维护,妇女只是强奸罪的行为对象,而不是保护客体。把强奸罪排除在婚姻之外,就是考虑到婚内强奸是发生在婚姻关系之内的行为,无伤社会风化,而强奸罪保护的客体是社会风化或者公共道德,因而强奸罪自然就指婚姻之外的性行为。二战以来,人权观念逐渐深入人心,个人权利日益备受重视,尤其是妇女人权地位在不断提升。法学界的有识之士认识到,强奸罪固然有伤风化,但其侵害的最直接的、最主要的法益应当是妇女的性自主权。刑法处罚强奸罪,立足点不应放在维护社会秩序或者社会风化,而应在于保护公民的性自主权。正是基于此,法国、意大利等国家在刑法的修订中,开始将强奸罪设定于侵犯个人法益的犯罪客体范围内。如法国1994年《刑法典》将强奸罪由原“妨害风化罪”一

[18] 周永坤:“婚内强奸罪的法理学分析”,载于《刑事法学》2001年第1期,第41页。

[19] 苏彩霞:“我国关于婚内强奸的刑法理论现状之检讨”,载于陈兴良主编《刑事法判解》第4卷,法律出版社2001年版,第400页。

[20] [法]傅立叶语,转引自:《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第300页。

[21] 孙萌:“妇女人权实现障碍研究”,载于徐显明主编《人权研究》(第一卷),山东人民出版社2001年8月第1版,第457-458页。

节转入第二章“伤害人之身体或精神罪”中；意大利1996年修改刑法典，将性暴力犯罪从“侵犯公共道德和善良风俗罪”一章移至第十二章“侵犯人身罪”中；台湾1999年刑法的修订也做出类似改革，将侵犯性权利的犯罪归于“妨害性自主罪”。对此种犯罪的侵犯客体做出新的认定，充分反映了立法者转向保护妇女人权的价值趋向。我国1997年对刑法的修订中，价值取向发生了重大转变，即由原刑法单纯强调刑法的社会保护功能，转变为既注重刑法的社会保护功能，又注重刑法的人权保障功能，实现了两种价值取向在刑法中的高度统一。^[22]因此我们可以进一步认为，既然强奸罪重在保护被害人的性自主权，则自然可铲除强奸罪仅在婚姻关系之外的羁绊。因为，“人权保障是刑法的最基本的价值之一”，“法治国的刑法文化就是要以人为本，具有人文关怀”。^[23]笔者认为，刑法的这种关怀，不能仅仅只关怀婚姻家庭之外的妇女的性自主权，还应当关怀婚姻家庭之内的已婚妇女的性自主权。

三 婚内强奸法在中国的思考

长期以来，婚内强奸在我国关于该种行为罪与非罪、此罪与彼罪的争论，理论及实务界各执一见，褒贬不一。概括主要有如下诸说：

(一) 婚内强奸否定说

否定说认为婚姻关系存续期间，不存在丈夫对妻子的强奸犯罪。其理由主要有：1. 丈夫豁免权。认为妻子同意与丈夫结婚即意味着性生活的承诺，丈夫不必在每次性生活之前都要征求妻子同意与否的意见。2. 婚内强奸的危害性未达到承担刑事责任之程度。认为婚内强奸不同于一般强奸罪，其社会危害性尚未达到强奸罪中承担刑事责任的程度。3. 如果将婚内强奸作犯罪论，则在司法实践中取证难、缺乏可操作性。4. 如果将婚内强奸作犯罪论，则易使妻子动辄以此“要挟”，从而使得丈夫处于性的恐慌状态。5. “强奸”一词中的“奸”是贬义，在合法的夫妻性关系中不存在“奸”。

(二) 婚内强奸肯定说

肯定说认为丈夫对妻子的强制性行为构成强奸罪。主要有两种主张。1. 时间肯定说。主张只有在三种情形下构成婚内强奸：一是男女双方已登记结婚，但尚未按当地风俗习惯举行婚礼或同居，女方提出离婚的；二是夫妻感情确已破裂，并且长期分居的；三是一审法院已判决离婚的。2. 情节肯定说。主张只有丈夫采用的是严重伤害妻子身体的暴力行为，且造成了严重的危害后果的；或虽未造成严重人身伤害，但有其他严重情节，如采用胁迫手段，当着第三者的面而行奸的，才构成强奸罪。^[24]

(三) 婚内强奸他罪说

他罪说认为婚内“有强无奸”，因而婚内强奸本来就是一个矛盾的概念。对于婚内强行性行为不能以强奸罪论处，若要作为犯罪处理，须另立罪名^[25]。有人还从另外一个角度认为，丈夫强行与自己妻子发生性行为，属于道德范畴问题，丈夫不能成为强奸罪的主体。但是，对于丈夫在妻子拒绝的情况下，仍采取暴力胁迫手段强行与妻子发生性关系的行为，法律不能对此不做任何回应，应从丈夫所采取暴力胁迫等具体行为之实际定性，视情以杀人、伤害、侮辱或虐待等相关罪名定罪处罚。

(四) 婚内强奸两罪说

两罪说认为，对婚内强奸行为应当具体问题具体分析。如果在夫妻长期分居期间，丈夫强行与妻子发生性关系；或者在夫妻离婚诉讼过程中，夫妻已经分居，丈夫强行与妻子发生性关系等，应当认定构成强奸罪。如果夫妻双方在并非处于办理离婚期间或分居期间，丈夫以暴力强迫妻子与其发生性关系，可

[22] 参见冀祥德：“论新刑法的价值取向”，载于《山东公安丛刊》1999年第2期，第61-64页。

[23] 陈兴良：“法治国的刑法文化”，载于《人民检察》1999年第11期，第13页。

[24] 何懿甫：“配偶权与婚内强奸”，载于《法律适用》2001年第4期，第54页。

[25] 陈兴良主编《刑事法判解》（第4卷），法律出版社2001年版，第4页。

以按照虐待罪处理,而不能认定为强奸罪。^[26]

笔者认为,“时间肯定说”较前述诸“否定说”而言是有明显而积极之进步意义的。从理论与实践不承认或者基本不承认婚内强奸法律事实的存在,到理论与实践对婚内强奸法律事实的限制性认可,深刻反映了人们人权观念、平等观念和性观念的演进与进步。但是,就如同清朝的改革“可以剪掉辫子但不允许剃成光头”一样,“时间肯定说”又将婚内强奸犯罪的构成要件保留了一个时间条件,片面强调了婚内强奸的发生时间仅限于“一审法院已判决离婚”等特定期限,把时间仍然当作婚内强奸犯罪的本体因素,增加了婚内强奸犯罪之内涵,缩小了婚内强奸犯罪之外延。这在刑法犯罪构成理论上是很不成熟的。再之,时间肯定说主张之“夫妻感情确已破裂并且长期分居”也是一个模糊标准,司法实践中难以把握判断。“情节肯定说”的缺陷,在于将社会危害性的大小作为划分婚内强奸罪与非罪界限的标准,认为具有严重社会危害性的婚内强奸行为是强奸罪,具有轻微社会危害性的婚内强奸行为是一般侵权,在承认婚内强奸与强奸罪是种属关系的前提下,又给婚内强奸的犯罪构成添加了一个强奸罪本来没有的“具有严重社会危害性的”构成要件,无疑使婚内强奸从强奸罪中独立出来,犯了逻辑上的重大错误。

“他罪说”的缺陷,不仅在于使强奸罪的主体无端地排除了丈夫,形成了与《刑法》第236条关于强奸罪主体规定的法律冲突,而且,也使得法律对妇女性权利的公权救济保护失之偏颇,亦即既然丈夫对妻子实施的是独立的性暴力行为,其完全合乎强奸罪之犯罪构成要件,而且无论是在刑事立法领域或者刑法领域均不存有法律适用之障碍,那么,又为何不顾及性暴力行为之目的性,片面以伤害、侮辱或虐待等手段行为定罪而牵强附会呢?

“两罪说”的主张缺陷太大,问题之根本在于把完全属于同一种性质的婚内强奸行为,仅仅由于其发生时间的不同,就分别认定其构成强奸罪和虐待罪两种性质迥然不同的犯罪,缺乏刑法上的犯罪构成基础。我国刑法有把一定时间作为构成某种犯罪要件的规定,例如《刑法》第340条关于“非法捕捞水产品罪”中“禁渔期”的规定。但是,犯罪时间对强奸罪之犯罪构成无任何法律意义。除此之外,“两罪说”的理论缺陷还类似于“时间肯定说”,此不再赘述。

(五)耦合权利义务说:婚内强奸犯罪化立论的新原点

回顾婚姻关系发展的历史,在中世纪以前,男性掌握着社会中的权力,作为社会生活的主宰,在法律关系中具有独立人格的主体,在婚姻中因丈夫的身份享有夫权,将妇女作为夫权的客体进行支配,有要求妇女与其同居并对丈夫忠实的义务。我国奴隶社会、封建社会,在宗法制度和男尊女卑思想的影响下,法律通常都要求妇女随丈夫而居,随丈夫家族而居。在性生活问题上,虽然当时的法律没有做出具体明文规定,但是显然妻子必须服从丈夫,丈夫则不可能依从妻子。婚内强奸的背后,是我国数千年来男女权利的不平等的性别架构。“婚内强奸否定说”的形成是数千年婚姻家庭关系中伦理道德观念与法律文化交织的历史积淀,体现了婚姻家庭法律关系中对夫权特权保护的价值取向。随着社会的发展、进步,妇女已经逐步得以与男子平等地享有愈来愈多的权利,性文化的崛起唤起了妇女对性权利的维护,真正树立对妇女人身自由权,尤其是性权利的制度保障,几近成为全球化人权要求。“婚内强奸他罪说”、“两罪说”以及“肯定说”也正是这种女权运动发展情势下的必然法制产物。尤其是“婚内强奸肯定说”的诞生,体现了社会法思想的进化过程中对妇女性的不可侵犯的权利保护的价值取向。

笔者提出的“耦合权利义务说”认为,夫妻性关系是一种耦合、平等、对应的权利义务关系,性权利作为一种绝对权,是自然人享有的一项人身权利,具有对世性、专属性和排他性的特点。性权利一旦与婚姻相联系,则立即与性义务相对应。“这种自然的性关系——作为两性间互相利用对方的性官能——是一种享受。为此,他们每一方都要委身于对方。”^[27]一方面,夫妻双方均享有对抗婚姻外任何第三人的性权利,负有不与第三人发生性关系的性义务;另一方面,夫妻双方各自既享有性权利,又负有性义务,且一方之权利即为另一方之义务。从“耦合权利义务说”理论分析性行为,既要求性权利之主张不得随意滥用,又要求

[26] 王利明:“婚姻法修改中的若干问题”,载于《法学》2001年第3期,第59页。

[27] [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第96页。

性义务之履行不得无辜拒绝。^[28] 如果一方无正当理由拒绝对方性要求,则构成性违约。

一方性违约能否导致另一方强制其履行性义务之合法性?“耦合权利义务说”的答案是否定的,因为,性权利义务关系寓于婚姻关系之中,婚姻关系寓于民事法律关系之中,民事法律关系主体之间的平等性决定了相对主体之间不因一方不履行义务从而取得强制履行之权利。法治社会之法律原理也不容许权利人以暴力方式“私力救济”。从比较法的角度看,世界各个国家一般都规定,一方违反夫妻同居义务,他方可以提起同居之诉,要求对方实际履行。但是,由于此类判决不可强制执行,故对不履行法院判决的,各国所采取的对策一般有以下三种:一是可以免除对方对其之生活保障义务;二是认定构成对他方之遗弃,从而成为他方提起离婚之理由;三是一方违反夫妻同居义务,无论是否诉请法院解决,他方均可请求侵权精神损害赔偿。^[29]

“尽管可以认为互相利用性官能的欢乐是婚姻的目的,但是,婚姻并不能据此而成为一种专横意志的契约。”^[30]“耦合权利义务说”认为,虽然结婚即意味着性权利主张及性义务履行之该当性,但是性生活是建立在性爱基础之上的一种生理需求,是夫或妻的自愿行为而非强迫行为,即性权利、性义务可导致“性违约”,但“性违约”不一定导致“性暴力”。根据现代婚姻制度中的立法精神,婚姻自由原则已不仅仅指向缔结婚姻自由和离婚自由,还包含了婚姻关系存续期间的各种家庭生活自由,也当然包含婚姻内夫或妻的性自由,试想,如果婚姻自由不包括婚姻关系存续期间的性自由,那么,男女同意结婚,就是同意将自己永远置于不自由、不情愿的婚姻性关系中,自愿戴上性暴力的枷锁。这显然严重背离了婚姻的自然属性和理性价值,导致与婚姻自由基本原则的根本对抗和冲突。婚姻家庭法律制度的另一项基本原则是男女平等原则,用“耦合权利义务说”之理念解释,就是在婚姻关系中,夫妻双方的性权利是平等的,这种平等是二元的、相对的,而不是单元的、绝对的。建立在平等权基础之上的性权利自然排斥另一方以不平等乃至暴力方式实现性权利之可能,任何一方不情愿的屈从自己的意志被迫履行性义务,都违反了性权利平等原则。

当然,夫妻性关系“耦合权利义务说”只是婚内强奸犯罪化立论之理论基础,对于妻子性权利的保护,还必须建立完善的法律救济制度^[31]。

[Abstract] In ancient western societies, because of the principle of “immunity of the husband” supported by notions of “wife’s commitment” and “prevention of retaliation by wife”, the concept of “marital rape” had no place in criminal law theory. Since mid and late 20th century, against the background of industrial revolution, a feminist movement of unprecedented scale and intensity has swept through Europe, taking the equality of political, economic and sexual rights between man and woman as its goal. As a result, people began to question the justification of the principle of “immunity of the husband”. The UK, the US, Germany, France, Italy and many other western countries have abandoned the principle of “exception for the husband” and provided in their criminal laws that husband could be the subject of the crime of rape. In China, scholars and judicial officials are divided among themselves on the issue of marital rape. The author puts forward the doctrine of “coupling between rights and obligations” as a theoretical starting point for the criminalization of marital rape.

[28] 各国法律规定的正当理由是(1)因处理公私事务,需要在较长的时间内合理离家;(2)一方因生理原因对同居义务部分或者全部地不能履行;(3)一方依法被限制人身自由而无法履行同居义务;(4)一方在其健康、名誉或经济状况因夫妻生活而受到严重威胁时,威胁存续期间有权停止共同生活;(5)提起离婚诉讼后,配偶双方在诉讼期间均有权停止共同生活的权利。参见杨立新:《人身权法论》,中国检察出版社1996年版,第134页。

[29] 邵世星:“夫妻同居义务与忠实义务剖析”,载于《法学评论》2001年第1期,第112-113页。

[30] [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第96页。

[31] 关于该问题之专论,详见冀祥德:“论婚内强奸法律救济”,载于《政法论坛》2002年第6期。