

# 婚内强奸 :从客观事实到法律事实的演进

冀祥德

(中国社会科学院 法学所 ,北京 100720)

关键词 : 婚内强奸 ;客观事实 ;法律事实 ;比较分析

摘要 :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难以占得一席之地 ,主要缘于以“妻子承诺论”和“促使女方报复论”为理论支撑的“丈夫豁免”。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、性权利平等为目标的女权运动 ,人们开始逐步反思检讨“丈夫豁免”的正当性 ,摒弃了强奸罪中的“丈夫除外”原则。婚内强奸在中国作为一个客观事实的存在显而易见 ,而其从客观事实到法律事实的演进 ,反映了当代中国在权利规范从社会本位走向权利本位之后 ,人权保障和提供社会公正将是任何一项法律制度所不可或缺的功能。

中图分类号 :D923.9

文献标识 :A

文章编号 :1004-2563(2005)04-0010-07

## Marital Rape: from Objective Fact to Legal Fact

Ji Xiang-de

(Institute of Jurisprudence of the Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

**Key words:** marital rape; objective fact; legal fact; comparative analysis

**Abstract:** Under the male-supremacy system in ancient western society, the marital rape in the criminal-law theory could undoubtedly have not a leg to stand on with the "male immunity" supported by "wife's commitment" and other arguments. Since the latter half of the 20th century, when a feminist movement for equal political, economic and sexual rights swept across western countries with an irresistible momentum in the on-going industrial revolution, people have begun to cast doubt upon the "male immunity" and write off the principle in the crime of rape. Marital rape is an objective fact in China. Its evolution to legal fact indicates that, in contemporary China, with the transition of the norm of rights from the social standard to the right standard the guarantee of human rights and the provision of social justice will be a function that no legal system can dispense with.

法律社会学者认为,一种现象之所以能被人们所感知,需要具备两个条件:一是它作为一种事实存在,二是它作为一个概念被社会中人(最起码是社会中的部分人)所认知。<sup>[1](P532)</sup>由此,笔者认为,作为任何一种法律现象的社会存在,同样需要具备两个条件:其一是它作为一种客观事实存在;其二是从客观事实转化为法律事实,成为一个法律概念。对于婚内强奸来说,也是如此。婚内强奸作为一种伦理的、社会的、法律的问题显现出来,其背景是后工业社会的形成和女权主义的出现。在中国,由于很长一个时期内不具备这种条件,因此,即使发生在夫妻之间的性

行为中有暴力存在,婚内强奸也没有作为一个法律事实被人们所认知。

### 一、婚内强奸作为一种客观事实的存在

据中国社会科学院人口学研究所对全国6个省市9,033对20岁至54岁夫妻的调查,在20岁至54岁的已婚夫妇中,主张妻子不可以拒绝丈夫的性要求的,在城市男子中占19.84%,在农村男子中占27.39%,而持同样看法的城市女性占18.66%,农村女性占33.59%。潘绥铭1989年对27个省市1,279人的调查结果表明,女性中有17.5%的人经常在自己没有性要求时为满足丈夫而性交。周美容等1990

作者简介:冀祥德(1964—),男,中国社会科学院法学所博士后、副研究员,主要研究方向为刑事法学、诉讼法学、证据法学、律师法学、司法制度与司法改革。

年对上海卢湾区 1,800 名已婚育龄妇女的调查显示,在夫妻间的性行为中,有 8.5%是在妻子不同意的情况下发生的。<sup>[1](P532)</sup>

另据全国“性文明”调查研究课题组<sup>①</sup>1989 年调查数据表明,在夫妻性生活中,当丈夫要过性生活,而妻子因身体不适或其他原因不想过性生活时采取什么态度,回答“勉强应付的”,城市占 19.7%,农村占 17.5%;回答“和对方亲热一下,以作为补偿的”,城市占 16.2%,农村占 14.4%;“拒绝性交但向对方说明情况的”,城市占 52.9%,农村占 58.1%;“严厉拒绝的”,城市占 7.1%,农村占 9.6%。按性别分析,在城市有 5.0%的男性和 8.5%的女性、农村有 10.6%的男性和 9.3%的女性“严厉拒绝”。

当一方的性要求遭到另一方拒绝后,城市有 64.1%、农村有 70.0%的被调查对象都能给予谅解,这种态度当然是正确的。但是,采取争吵打架、强迫进行等不恰当行为的还分别占 31.0%和 29.2%;其中,在城市和农村各有 2.6%、2.8%的被调查对象,对不愿意过性生活的另一方采取强迫进行的态度。

从上述数据中可以看出,婚姻关系内的强制性行为虽然比例很低,仅占总数的近 3%,<sup>②</sup>但仍是值得重视的社会现象。同时,也说明婚内强奸在中国作为一个客观事实存在。在中国当今的社会生活中,虽然妇女地位日益提高,男女平等观念日益向各个领域渗透,可是,男权主义、大丈夫主义的思想仍然很深,特别是在偏僻落后的地区更为严重。正所谓“娶来的

老婆买来的马,任我骑来任我打”。女子在夫妻性生活中是谈不上什么性权利的,而只能沦为丈夫发泄性欲的工具或奴隶。<sup>③</sup>

在李楠搜集的 15 个丈夫强奸妻子的案例中,法院一般只对未婚同居者之间的强制性行为和在因具有抢亲或者包办、买卖婚姻情节而认定婚姻无效时,才做有罪判决。如果法院认定婚姻有效,即使是在离婚诉讼之中,丈夫强制妻子发生性行为,也不认为丈夫有罪——甚至这种强制行为已经达到了极为严重的程度,或者是已经引起了极为严重的后果。例如,劳与蒙婚后感情不好,蒙长期拒绝与劳同居,某日,劳邀同厂工作的二人协助,将蒙捆绑起来脱去衣裤,强行性交,法院对劳做无罪判决,陈与邹在镇司法办已经达成离婚协议,陈在尚未领离婚证前,强制与邹性交,邹在挣扎逃出后当即服毒自杀,法院也认定陈不构成强奸罪。并且,以上这种判决都得到了负有司法监督职权的中央检察机关的认可。<sup>[1](P533-534)</sup>

英国心理学家霍理士认为,婚姻内的强暴,比我们所见的婚外强奸案多得多,而鲁迅先生早就认定,受丈夫欺侮的女子,社会地位根本比不上妓女,上床前连讨价还价的资格都没有,婚姻中的性爱,原本应该是发自内心的情爱,才能获得和谐和温馨。然而,现实生活中的一些遇上诸如上述情况的女性们,在支配自己身体、情感反应、爱意感受和性欲方面,缺少或没有更多的权益,尤其在性生活方面,很难有自主权。几千年男权社会的遗毒,在社会表面上已逐渐

①此课题组是由上海性社会学研究中心(1988 年 12 月成立的隶属于上海社会学学会的二级单位)牵头成立的民间学术组织。调查范围包括全国 15 个省、24 个地区,调查对象包括中学生、大学生、城乡已婚夫妻和性犯罪分子,调查时间自 1989 年 2 月开始试点调查,历时 1 年零 3 个月。发出问卷 21,500 份,回收 20,712 份,回收率为 96.3%;其中有效问卷 19,559 份,合格率为 94.4%。参见刘达临编著《中国历代房内考》(中卷),北京:中医古籍出版社,1998 年 12 月版,第 805-810 页。

②据美国旧金山关于婚内强奸的普遍程度的一项调查表明,12%的已婚妇女报告自己曾经历过婚姻关系中被强迫性交。在加拿大有 27%的妇女被告说曾经受过亲密伴侣的人身攻击。挪威有 25%的妇女受过男性伴侣的人身虐待或性虐待。印度有 75%的“贱民”等级中的男子承认强迫过他的妻子,22%的高等级男子承认对妻子有过暴力。日本有 58.7%的妇女声称受过伴侣的人身攻击,65.7%的妇女受过情感虐待,59.4%的妇女受过性虐待。参见郭爱妹著《家庭暴力》,北京:中国工人出版社,2000 年 12 月第 1 版,第 16-17 页。笔者认为,我国“性文明”调查课题组的这一统计数字有保守之嫌,这与“家丑不可外扬”、“打掉牙往肚子里咽”的传统观念是有直接关系的。据一个“中加妇女法律实证研究项目”组在 1999 年至 2001 年 2 月 2,600 份问卷调查和个案访谈的结果表明:在调查是否赞同“家丑不可外扬”的观点时,持赞同者的比例依次为,内蒙 43.14%;吉林 27.38%;深圳 28.21%。传统观念对家庭暴力的掩饰,由此可见一斑。参见李秀华:“转型期中国妇女婚姻家庭价值定位的社会调查与法律研究”,载于《河北法学》2001 年第 5 期。另据有关文章显示:“据日本、美国等国家的调查,有 20%以上的妇女有被丈夫强奸的经历,考虑到性问题的隐秘性,实际的数字可能更大。我国上海、北京等城市的调查结果与国外大致接近”。参阅《新华日报》2000 年 3 月 5 日“日本家庭暴力盛行”《法学》,1995 年第 5 期张贤钰文等。转引自周永坤:“婚内强奸罪的法理学分析”,载于《刑事法学》2001 年第 1 期。

③对于这种现象,目前妇女表现为不满或反抗也越来越多,在离婚案件中也屡有反映,遗憾的是全国“性文明”调查课题组的本次问卷调查,没有把这一内容列入调查范围之中。

消失,但在婚姻家庭里,特别是夫妻性行为上,却是变化不大。丈夫的强迫性行为,极大地损害着妇女的心身健康。那种自甘忍受的女性,其心理损害程度更为严重。医学专家认为,丈夫强迫过性生活是造成女性性冷淡的重要原因,也是女性心理障碍、人性障碍、神经及精神疾患的重要原因。

## 二、从客观事实走向法律事实

以上数据以及个案说明,在我国,婚内强奸已经是一种客观事实,然而,传统观念对家庭婚姻关系中性暴力的掩饰,社会对夫妻性暴力的淡视态度,无不反映了不同区域人们对婚内强奸事实存在的无奈以及法律的缺陷,使得婚内强制性性行为难以从客观事实转化为法律事实。90年代,经社会新闻媒体公开披露的、进入司法程序并有判决结果的两个最典型案例,即充分说明了这一点: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。

该个案的裁判要旨集中体现为丈夫能否成为强奸罪的犯罪主体。仅从王卫明强奸妻子案裁判结果看来,似乎宣告了丈夫豁免时代的终结,表达了婚内强奸从客观事实到法律事实的成功演进。实则不然,只要简单分析审判机关的裁判理由,就不难发现,在肯定丈夫也能成为强奸罪主体的背后,裁判者“丈夫豁免”的传统理念依然存在。审判机关针对辩护人提出的“被告人作为丈夫不能成为强奸罪的主体”的辩护意见,以辩护人“未能提供有关丈夫不能成为强奸罪主体的法律依据”而未予采纳。但是,审判机关接着强调事实上被告人与被害人的夫妻关系已经处于感情确已破裂、一审已判决离婚、只是判决尚未生效的“非正常阶段”,并以此作为定罪之理由,无疑包含了对“丈夫豁免”的承认,因为如果不承认“丈夫豁免”,则不需要证明“婚姻的非正常阶段”,而仅需证明违背钱某意志、采用暴力手段与钱某发生了性行为即可。可见,在裁判者的法律观念中,以“婚姻的非正常阶段”作为定罪的理由,是以婚姻关系中的“丈夫豁免”为前提的;“婚姻的非正常阶段”是“丈夫豁免”的例外。再从另外一个方面来看,以本案的暴力强奸情节与判处有期徒刑3年缓刑3年的处罚结果相对比,也是明显失衡的,失衡裁判的背后无疑也是

对“丈夫豁免”的赞赏。最高国家审判机关高级法官张军“只要夫妻正常婚姻关系存续,即足以阻却婚内强奸行为成立犯罪”的述评,其“丈夫豁免”的观点,更是凸现无遗。同时,我们还必须看到,所谓婚姻关系的“非正常阶段”,是一个极不规范的法律用语。在法律规范关系中,夫妻关系要么“存续”,要么“解除”,没有一个“非正常阶段”。另外,审判机关关于“夫妻关系处于非正常阶段,妻子的性义务不复存在”的论说,同样缺乏法律依据。

纵然如此,我们毕竟看到了婚内强奸在中国几千年中,从客观事实到法律事实的艰难演进的第一步,其在中国法制历史上的进步意义当值首肯。

## 三、从社会本位走向权利本位

有婚内强奸犯罪化缓行论者认为,“无秩序胜于不公正”。主张婚内强奸不按强奸罪处理,有利于维护作为社会存在细胞的家庭的稳定,从而有利于维护整个法秩序的统一与和谐。其理由是,社会是由单个的家庭组成的,社会的井然有序取决于每个家庭的祥和安宁,只有每个家庭都处在稳定之中,整个社会秩序的维持才是可以预期的。而丈夫和妻子又是一个常态家庭的最基本成员,将婚内强奸不以强奸罪论,可以使婚姻因其固有的生物学基础得以肯定而获得稳固,可以有效地防止妻子假借未经本人同意、违背本人意志为由来要挟丈夫,从而使基本的家庭生活得以维系,也可以使司法机关免受婚内强奸取证之难的困扰而节约司法资源,提高司法效率。主张婚内强奸不按强奸罪处理,是为了追求“秩序”这样一个最基本的价值目标。此论者还危言耸听地预言,若将婚内强奸按强奸罪处理,“我们可能面临的实际上是一种无序的状态:夫妻关系的稳定性消失了,家庭结构的有序性混淆不清了,生活的连续性被打断了,行为后果的可预期性被抹杀了。偶然的不可预测的因素不断地干扰夫妻之间的正常生活,从而使他们之间的信任减少,不安全感增加,家庭生活的稳定与和谐遭到破坏,生活秩序的维系当然无从谈起”。此论者还认为,惩罚丈夫而不顾妻子日后之处境,则法律即失去了正义;即便是惩罚丈夫真的是维护了妻子的人身权利,但事实上却践踏了法律秩序。此论者认为,否定论与肯定论之争,是秩序与公正——社会秩序与个别公正——现实的社会秩序与可能的个别公正之争。“如果不损害社会秩序,法律对个人自由的保护当然是应该的”;而为保护社会

秩序,则必然会对个人自由的范围加以限制”。“这种限制,从个人角度出发来考察,未必是合理的,但从社会意义上考察,又是必要的,是一种不得已的丧失。”法律对社会秩序的保护往往以破坏个别公正(即个人自由)为代价”;<sup>[2](P425-428)</sup>笔者认为,所谓婚内强奸犯罪化缓行论,综观其论说过程尤其是对司法解释之建议,<sup>④</sup>其实质上也是婚内强奸否定论者,只不过是是否定婚内强奸犯罪化找寻了一条似乎更充足但已并不新颖的理由。其论题的中心即所谓的“无秩序胜于不公正”,其立论的根基还是传统的男性中心主义,其为求“秩序”而不惜牺牲“公正”的论点,无异于因噎废食。笔者认为,婚内强奸肯定论与否定论之争,并非“秩序”与“公正”之冲突,而是“社会本位”与“权利本位”的思想观念之争。对婚内强奸价值论的解读,应当放在公民与国家、权利本位与社会本位、人权保障与国家法治协调发展的大框架下来考察,更应当放在社会经济体制转型推动权利规范转型的社会大背景下来考察。

不可否认,我国目前正处于剧烈的社会转型时期,社会的权利规范也正在悄悄地发生着变化。权利规范是社会系统中由所有的权利构成的权利体系,以及这种权利体系的构成规则。<sup>[3](P33)</sup>权利规范作为社会规范主体间交往的最基本的准则,它的变化是较为缓慢的,但却是更为深刻的。一方面,社会经济体制变化的难点,主要并不在于重新选择一种效率更高的经济体制,而在于新的经济体制所要求的新的权利规范及其正义原则是否能够被社会所接受。另一方面,一旦社会的权利规范发生了变化,那么整个社会生活所发生的各种变化将难以逆转。

笔者认为,中国当代从计划经济体制向市场经济体制的转型,正在推动着社会的权利规范发生相应的转型,这种转型的总体趋势是:个人将成为自由权利的基本主体,在各个领域日益获得更多的自由权利与保障,并最终实现社会的法思想由社会本位走向权利本位的转型;与此同时,个人也必将更多地承担起与所享有的自由权利相应的义务和责任。

笔者认为,权利规范转型对社会法制生活最根本的影响,就是要求尊重作为权利主体的个人,尊重

个人的自由,尊重个人的利益,尊重个体的平等。

从社会本位到权利本位的权利规范转型,要求人们的法律意识尤其是权利意识相应转变。这种转变对有些人而言是顺畅的,轻松的,而对相当多数人来说,却是艰难的,甚至是痛苦的。因为它迫使人们不得不放弃千百年来遵循已久、约定俗成并倍加珍视的价值观念和伦理原则,而面对陌生的制度环境和崭新的法律理念。就像中国的大多数人仍在坚守“婚内无奸”的古老阵地,中国法律界的主流观点仍是对婚内强奸持全面否定或基本否定态度一般。

公正是法律的生命。亚里士多德认为:公正的基准是某种利益配置;公正的基本公式是成比例平等。公正和平等在一定范围内含义是相同的。<sup>[4](P99-100)</sup>在我国目前市场经济体制逐步完善的背景下,社会结构已经开始从一元的政治国家向政治国家和市民社会二元分野转型,个体权利意识逐渐深入人心,特别是在权利规范从社会本位走向权利本位之后,人权保障功能和提供社会公正功能将是任何一项法律制度所不可或缺的功能。这种理念反映在对婚内强奸问题的认识上,即是冲破婚姻关系对妇女性权利保护的羁绊,走出“只要夫妻正常婚姻关系存续,即足以阻却婚内强奸行为成立犯罪”以及“无秩序胜于不公正”的误区,实现从社会本位到权利本位的深刻而根本的转变,确立“告诉乃论”为前提之婚内强奸犯罪化立论。<sup>[5]</sup>

#### 四、比较法视角中的婚内强奸以及启示

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问题,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。

在英国法学界颇为流行的是基于丈夫豁免的婚姻承诺理论,认为妇女一旦结婚,就意味着她同意

<sup>④</sup>此论者建议最高人民法院作出司法解释规定:“1.对犯罪主体作限制解释,即丈夫原则上不能成为强奸罪的主体。2.以暴力手段强行与妻子性交,情节严重的,一般视其后果情况分别按虐待家庭成员罪、故意伤害罪或侮辱罪处理。3.在特殊情况下,丈夫可以成为强奸罪的主体被追究刑事责任(特殊情况的范围应从严掌握,不能一般地认为凡在离婚诉讼期间双方的夫妻关系就是不正常,从而就可以任意以强奸罪论)。”

与丈夫性交,而这种同意不能被撤回。英格兰著名法学家马菲·黑奥爵士(Sir Matthew Hale)在1763年“婚内强奸豁免权(marital exemption of rape)”一文中说:“丈夫不会因强奸妻子而被定罪,因为根据她/他们的婚约,妻子已奉献其身给丈夫。是项同意是不可被撤销的”。1991年10月23日,英国上议院(House of Lords)在审理皇室诉R一案中做出一项历史性裁决:认为妻子不须透过法律程序,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。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。<sup>[6](P55-56)</sup>

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。20世纪70年代,越来越多的美国人认识到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。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。随后在美国的其他州例如加利福尼亚州、俄勒冈等也出现了类似的相关规定。到1993年,北卡罗纳州成为美国最后一个废除丈夫除外的州。<sup>[7](P147-148)</sup>

德国在1975年刑法第一百七十七条中规定,“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”,<sup>[8](P119)</sup>明确否定了婚内强奸的法律事实。但是在德国1998年新刑法典第一百七十七条规定,“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”,<sup>[9](P115)</sup>明确地放弃了丈夫除外原则,认可了婚内强奸的存在。

法国1810年刑法典第三百三十一条没有给强奸罪下定义,但是刑法理论及判例中认可了丈夫豁免。新刑法第二百二十二、二百二十三条中规定:“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”。<sup>[10](P64)</sup>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。

瑞士在1996年刑法典修订以前,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》第一百九十条之(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。<sup>[11](P69)</sup>

意大利现行《刑法典》第六百零九条-2第一款规定:“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,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,也可构成强奸罪,在分居期间的强迫性交更是如此。<sup>[12](P40)</sup>

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承认了婚内强奸,实现了历史性的转换。<sup>[13](P532)</sup>

香港《刑事罪行条例》第一百一十八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。<sup>[14](P135)</sup><sup>⑤</sup>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。<sup>[15](P268)</sup>

我国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》第二百二十九条中规定,对配偶也可以犯强奸罪,但是要“告诉乃论”,<sup>[16](P400)</sup>从而彻底废除了丈夫豁免。

从比较法的视角中,我们已经清楚地看到,自从

<sup>⑤</sup>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(House of Lords)和枢密院(Privy Council)。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。但这次裁决的上议院只是英格兰的法院,是英格兰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’(Highly Persuasive)。所以就算香港和英格兰同是普通法国家,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年英格兰虽然在《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。

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——丈夫法律上的性暴力特权。这是人类文明的一大胜利。”<sup>[17]</sup>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“悄悄地革命”,至少可以启发我们进行如下几点思考:

思考之一: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。传统夫权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难以占得一席之地,主要缘于以“妻子承诺论”和“促使女方报复论”为理论支撑的“丈夫豁免”。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成为可能。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、性权利平等为目标的女权运动,强烈地冲击了长期以来人们习以为常的父权制度,其所倡导的男女平等也引起了人们深切的关注。反映在刑法中强奸罪的立法与司法实践便是人们开始逐步反思检讨“丈夫豁免”的正当性。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。<sup>[16]</sup>  
<sup>(P400)</sup>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。反映在夫妻性关系中,就是妻子不应是丈夫性要求的被动接受者,而也可以是主动的性要求者,同时妻子并不一定对丈夫的每一次性要求都予以性应答,妻子有权拒绝丈夫不合情理、不合时宜的性要求。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,惟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。故言之,摒除丈夫豁免,承认婚内强奸,乃女权运动发展之使然

思考之二: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”,妇女人权的发展是历史发展的必然。“妇女人权”已经在1993年维也纳世界人权大会正式提出。从表面看,“妇女人权”一词有点同语反复的意味,因为妇女也是人,这似乎是不言而喻的。而事实又是怎样的呢?那些旨在维护人的尊严和价值的人权宣言,包含维护人权思想的宪法并没有真实地改变妇女在社会中处于最底层的生活状况和不平等的地位;妇女这一特殊的脆弱群体,始终遭受着来自于阶级的(或种族的)和男性的双重压迫、剥削和奴役。最初的人权的英文是rights of man——男人的权利。不仅在美国建国所颁布的《独立宣言》中公然将妇女排除在人权概念之外,而且在被誉为“人权的古典正文”<sup>[18](P369)</sup>的法国《人权宣言》中所用的“人”也是homme——“男人,有财产的白人男子”。<sup>[19](P36)</sup>即使后来,人权主体被扩大了,它亦不包括妇女在内,可见妇女遭受不平等待遇的社会问题是由来已久的,歧视妇女的思想亦是根深蒂固的,难怪法国著名的平民妇女领导人奥兰普·德·古日如此严厉地批判《人权宣言》,认为它与其说是“人权宣言”,不如说是“男权宣言”,她们是男性文化、男性价值观的产物,它使男女之间的不平等合法化、合理化了。<sup>[20](P216)</sup>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关注,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。<sup>[21](P457-458)</sup>

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,个人权利日益受到重视,尤其是妇女人权地位的不断f提升,法学界的有识之士认识到,强奸罪固然有伤社会风化,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和妇女人权。正是基于此,法国、意大利、我国台湾等国家和地区在刑法的修订中,开始将强奸罪设定于侵犯个人法益的犯罪客体范围里。如法国1994年刑法典将强奸罪由原“妨害风化罪”一节转入第二章“伤害人之

身体或精神罪”一章,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”一章中移至第十二章“侵犯人身罪”中;台湾地区1999年刑法典的修订也作出类似改革,将侵犯性权利的犯罪归于“妨害性自主罪”章。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。<sup>[22]</sup>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”。<sup>[23]</sup>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。

#### [参考文献]

- [1]李楯.个体权利与整体利益关系——婚内强奸在中国的法社会学分析[A].法律社会学[C].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [2]傅立庆.婚内强奸犯罪化应该缓行[A].陈兴良主编.刑事法判解(第四卷)[C].北京:法律出版社,2001.
- [3]常健.当代中国权利规范的转型[M].天津:天津人民出版社,2000.
- [4]苗力田译.亚里士多德全集(第八卷)[M].北京:中国人民大学出版社,1992.
- [5]冀祥德.耦合权利义务说:婚内强奸立论的理论原点[J].妇女研究论丛,2004,(1).
- [6]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[A].法学前沿,1999,(3),北京:法律出版社,1999.
- [7][美]哈里.D.格劳斯.家庭法[M].北京:法律出版社,1999.
- [8]徐久生译.德意志联邦共和国刑法典[Z].北京:中国政法大学出版社,1991.
- [9]冯军译.德国刑法典[Z].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [10]罗结珍译.法国刑法典,刑事诉讼法典[Z].北京:国际文化出版公司,1997.
- [11]徐久生译.瑞士联邦刑法典[Z].北京:中国法制出版社,1999.
- [12]黄凤译.意大利刑法典[Z].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [13]高格.比较刑法学[M].长春:长春出版社,1991.
- [14]赵秉志.香港刑法[M].北京:北京大学出版社,1996.
- [15]高炳昭.香港刑法导论[M].北京:中国法制出版社,1997.
- [16]苏彩霞.我国关于婚内强奸的刑法理论现状之检讨[A].陈兴良.刑事法判解(第四卷)[C].北京:法律出版社,2001.
- [17]周永坤.婚内强奸罪的法理学分析[J].刑事法学,2001,(1).
- [18]徐显明.法理学教程[M].北京:中国政法大学出版社,1994.
- [19]陆镜生.美国人权政治[M].北京:当代世界出版社,1997.
- [20]奥兰普·德·古日于1793年11月20日在巴黎市议会门前的讲演.转引自阿尔毕丝杜尔.中世纪以来法国女权运动史[M].北京:世界知识出版社,1985.
- [21]孙萌.妇女人权实现障碍研究[A].徐显明.人权研究(第一卷)[C].济南:山东人民出版社,2001.
- [22]冀祥德.论新刑法的价值取向[J].山东公安丛刊,1999,(2).
- [23]陈兴良.法治国的刑法文化[J].人民检察,1999,(11).

责任编辑:迎红