

# 对婚内强奸的理性分析与思考

冀祥德,刘科科

(山东德扬律师事务所,山东烟台 264005)

**摘要:**婚内强奸是刑法学术界及司法界长期争论不休的问题。本文首先对各派观点进行了系统的梳理概括,又从比较法的视角考察了国外主要国家有关婚内强奸的法律制度,然后提出了婚内强奸研究的“权利义务说”,进而以该学说为理论依据,对婚内强奸问题进行了法理分析与思考。

**关键词:**犯罪;婚内强奸;理性分析;理性思考

**中图分类号:** D913.9

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1008 - 5246(2001)04 - 0030 - 05

## 一、婚内强奸域内争鸣

婚内强奸是指丈夫违背妻子意志以暴力胁迫或其他方法强行与之发生性关系的行为。婚内强奸是一种并非新型的家庭暴力行为,但是,婚内强奸的特殊性和隐蔽性却决定了其作为一种社会现象的复杂性。所以,长期以来关于该种行为罪与非罪、此罪与彼罪的争论,一直是仁者见仁,智者见智。综观各家之主张,可将其梳理概括为否定说、肯定说、他罪说和两罪说。

(一)否定说。持这种观点的人认为婚姻关系存续期间,不存在丈夫对妻子的强奸犯罪。其又可分为两种。

1. 基于配偶权之否定说。认为配偶权是婚姻家庭法律关系中的一项重要权利,是指基于配偶身份所形成的相互间的一切权利,包括夫妻人身权和夫妻财产权。其中夫妻人身权,又包括冠名权、相互扶养及经济保障权、选择职业的自由权、代理权以及要求对方同居的权利,要求对方忠实权利等。通常情况下使用的配偶权一般是指夫妻同居义务和忠实义务。<sup>[1]</sup>同居是法定义务,非有正当理由,夫妻任何一方不得拒绝履行,因而夫妻之间的任何性行为都

不会构成强奸。这种观点是和传统的道德观念相符的。中国传统观念认为妻子在婚后是附属于丈夫的,同居是其当然的义务。夫妻同居和相互忠实,既是婚姻关系生理和伦理价值的反应,也是婚姻家庭关系的本质要求。持这种观点的学者认为,法律作为一种提供价值判断标准的范本对整个社会有强大的导向功能,我国现在处在旧的价值体系崩溃,而新的价值体系尚未建立起来的交替时期。在社会大变革时期,婚姻家庭关系也会有很多不稳定因素,我国现在有些地方男女关系比较混乱,家庭关系的稳定受到了很大的冲击。在处于各种不同价值观的情况下,法律更加应该强调配偶之间的同居义务和忠实义务。时至今日,虽然我们一再强调妇女的独立地位和权利,依然会有很大一部分国民持这种观点。

2. 基于丈夫豁免权之否定说。这种观点认为丈夫基于其特殊的身份享有与妻子同居的权利,从婚姻关系确定时起,即意味着妻子对丈夫表示性交的终身许可,因此丈夫没有必要在每次性交前都要征得妻子的许可,否则会造成刑法中的婚内强奸与婚姻法上的同居、忠实义务相违背。<sup>[2]</sup>从婚姻法的角度,合法的夫妻关系受法律保护,双方均有与对方性生活的权利和义务,丈夫强奸妻子虽然违背妇女意志,但并不违法,属于道德调整范畴。从刑法的角度来说,强奸罪的本质是非法性关系,而婚内性关系是合法的,丈夫不能成为强奸罪的主体。从法理的角度而言,强奸应排除合法婚姻关系,丈夫强奸妻子不属于刑法调整的范围。<sup>[3]</sup>将婚内强奸视为犯罪的观

收稿日期:2001-06-19

作者简介:冀祥德(1964-),男,山东青州人,山东德扬律师事务所律师,烟台大学法学院副教授(兼),北京大学法学院硕士研究生。研究方向:刑法学、犯罪学。刘科科,北京大学法学院硕士研究生。

点与传统法律文化、现行刑法规定都有诸多不合,不具备现实可能性。我国从习惯到法律都没有认定丈夫强迫妻子与其性交构成强奸罪,而且这种事情发生在家庭的内部,对社会产生的影响并不是很大,我国现阶段刑法对婚内强奸并无明确规定,夫妻关系是一种特殊的社会关系,如果把夫妻生活中偶然发生的、丈夫不顾妻子意愿强行与其性交的行为作为强奸罪处理,是不利于社会生活的稳定的。

(二)肯定说。认为丈夫对妻子的强制性行为构成强奸罪。主要理由是强奸罪的主体是一般主体,我国刑法在强奸罪立法中并无“丈夫豁免”之规定。在行为认定上又有两种主张。

1. 时间肯定说。认为尽管夫妻之间负有同居义务,但并不是对夫妻性自由权利的完全否认,并不因此就可以认为丈夫可以强迫与妻子发生性关系。结婚并不意味着自己的性的权利一次性地承诺给了对方。性的自由,是每个成年人的基本权利。尤其是夫妻双方在办理离婚期间或者长期分居期间,妻子当然有权利拒绝丈夫强迫的性要求。如果丈夫强迫妻子与之发生性关系,则可以构成强奸罪。如果当事人夫妻双方已分居达到一定的时间,应认定夫妻感情已破裂,已不具备正常的夫妻关系。双方实际上不共同生活,已经不互相履行夫妻间的权利义务,性义务作为其中的一项也不应当再互相履行,如果在此时丈夫违反妻子的意志强迫与其发生性关系,应认定为违法行为。时间肯定说主张中构成婚内强奸的情形主要有三:一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。这种学说主张通过具体情节的判断来认定是否构成婚内强奸。丈夫违背妻子意愿,采用轻微的暴力等手段强行与妻子发生性关系,情节轻微,社会危害性不大的,可不认定为犯罪。例如妻子在月经期或情绪不佳时,丈夫强行进行性行为等。如果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,其对妻子造成的伤害在强奸目的手段后果等方面,与一般意义上之强奸罪相比较,除了披有一层婚姻外衣以外,并无本质区别,所以其行为当然构成强奸罪。<sup>[4]</sup>

(三)他罪说。该学说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)两罪说。持该种观点的学者认为,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,可以按照虐待罪处理,而不能认定为强奸罪。<sup>[5]</sup>

## 二、婚内强奸的域外状况

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。

1. 英国概况。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。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年的R案的判例中认定,没有规则规定丈夫不能被判定强奸其妻子。<sup>[6]</sup>认为在一些情况下,婚姻性行为可能转化为强奸。这些情况包括法院做出了分居判决令,双方自愿达成了分居协议,丈夫向法院单方面承诺过不骚扰自己的妻子,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。<sup>[7]</sup>

2. 美国概况。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。1978年里道特被其妻控告强奸罪,但被法院判决无罪。20世纪70年代,在美国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。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。随后美国的其他州例如加利福尼亚州、俄勒岗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。<sup>[8]</sup>

3. 德国概况。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,但是在德国1998年新刑法典第177条中规定,“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”,明确地放弃了丈夫除外原则。<sup>[9]</sup>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。”

4. 法国概况。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中认可了丈夫豁免。1994年新刑法典第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”。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。<sup>[10]</sup>

5. 瑞士概况。《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。1996年《瑞士联邦刑法典》第190条规定行为人是被害人的丈夫的,也构成强奸罪。<sup>[11]</sup>

6. 意大利、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。<sup>[12]</sup>

### 三、对婚内强奸的理性分析与思考

(一)对婚内强奸诸学说的理性分析。婚姻关系既是重要的法律关系,又是重要的伦理关系。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作出具体明文规定,但是显然妻子必须服从丈夫,丈夫则不可能依从妻子。<sup>[13]</sup>婚内强奸的背后,是我国数千年来的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,真正树立对妇女配偶权,尤其是性权利的制度保障,几近成为全球化人权要求。“婚内强奸肯定说”及“他罪说”、“两罪说”也正是这种女权运动发展情势下的必然法制产物。故用法理学之方法透析诸学说,不难发现尚存在以下缺憾:

1. “基于配偶权之否定说”的缺陷,在于扩大了配偶权的解释适用,认可了非法行为对权利义务履行干预的合法性。婚姻关系是一种民事法律关系,夫妻性权利义务关系是民事法律关系中合同关系的一种,虽然一方之权利即另一方之义务,丈夫行使性权利具有该当性,妻子履行性义务也具有该当性,但是,当义务主体拒绝履行义务时,权利主体亦不当然取得采用违法甚至犯罪手段强制其履行义务之资格。换言之,法律不认可民事权利主体以非法行为实现其权利之合法性。

2. “基于丈夫豁免权之否定说”的缺陷,在于一方面,将婚内强奸视为一个纯粹的伦理道德问题,混淆了道德关系与法律关系应有的区别,忽视了法律对于妇女权利的保护,助长了丈夫的大男子主义行为,支持了婚姻内的暴力性倾向,从而降低了婚姻家庭的生活质量,其产生和存在的基础是陈旧的男尊女卑思想和腐朽的夫权理论。另一方面,我国刑法

第 236 条对强奸罪的规定为“以暴力胁迫或者其他手段强奸妇女的”,这就是说,无论从立法论还是解释论之角度,我国刑法均未将丈夫排除在强奸罪的主体之外。

3.“时间肯定说”的缺陷,在于将婚内强奸犯罪的构成要件增加了一个时间条件,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”等特定期间,把时间当作了婚内强奸犯罪的本体因素,缩小了婚内强奸犯罪之外延。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。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。

4.“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。

5.“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应然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?

6.“两罪说”的缺陷,在于对于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。

(二)对婚内强奸的理性思考。从国外的相关规定,我们可以看到符合世界法制趋势的是肯定说。笔者以为,肯定说的基本理念是对妇女权利的保护。婚内强奸的实质是婚内性暴力,性暴力不仅侵犯了妻子的性权利,同时破坏了文明和睦的婚姻家庭关系,从而导致夫妻权利义务关系失衡。由此,笔者进一步提出婚内强奸肯定说之“权利义务说”,从社会契约论的观念出发,对婚内强奸现象作如下理性思

考。

1.“权利义务说”的基本理念。性权利作为一种绝对权,是自然人享有的一项人身权利,具有专属性和排他性的特点。“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”。<sup>[14]</sup>性权利一旦与婚姻相联系,则立即与性义务相对应。婚姻是性主体缔结的一项契约,是“依据人性法则产生其必要性的一种契约”,夫妻双方是平等的缔约主体。在婚姻关系合法存续期间,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,要求婚姻外所有社会个体成员均承担不作为之性义务,不得与夫或妻任何一方发生性行为。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。性生活是夫妻生活的重要内容,是婚姻的本质义务和自然属性,也是夫妻关系区别于其他两性关系的重要标志。用“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,又要求性义务之履行不得无辜拒绝。例如香港婚姻家庭法律制度规定,夫妻性生活应以合理、正常为限度,不能违背对方的意愿和损害对方的健康。性要求不能过分、过度,不能要求不正常的性行为。一方无正当理由,也不得拒绝对方的性要求。<sup>[15]</sup>

2.“权利义务说”对性违约的理性思考。“婚姻的契约只有夫妻同居才算完成。两个不同性别的人的契约,如果附有秘密谅解,彼此避免同居,或者知道一方或双方没有性功能,这项婚姻契约就是冒充的契约,它不能构成婚姻,可以由任何一方决定解除”。<sup>[16]</sup>婚姻是夫妻双方同意进行性生活的承诺,“权利义务说”告诉我们,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?“权利义务说”的答案是否定的,因为,性权利义务关系属于婚姻关系之中,婚姻关系属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。<sup>[17]</sup>法国法律规定,违反同居义务,主要是申请扣押收入或精神损害赔偿。英国法律规定,一方违反同居义务,他方享有恢复同居的诉讼请求权。关于恢复同居的判决虽然不能强制执行,但不服从这种判决可视为遗弃行为,是构成司法别居的法定理由之一,权利人对过错方可请求赔偿。<sup>[18]</sup>香港婚姻家庭法律制度也规定,如果婚后没有性行为,任何一方均可推翻婚姻。夫妻一方不合理性行为的要求和性行为的拒绝,可以成为离婚之条件。

3.“权利义务说”对性暴力的理性思考。“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。”<sup>[19]</sup>“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”。婚姻自由原则在现代婚姻制度中的立法精神展示,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“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。前已述及,性违约可导致另一方提起同居之诉或精神赔偿,但性违约并不一定导致性暴力,尤其不导致性暴力之合法性。如果丈夫在违背妻子意志的情况下使用性暴力强行与之发生性关系,即成立婚内强奸无疑。这就是“权利义务说”对婚姻性暴力理性思考的结论。

### 参考文献

- [1] [13][17]邵世星. 夫妻同居义务与忠实义务析[J]. 法学评论, 2001, (1): 110. 111. 112 - 113.
- [2] [7]叶氩. 关于新刑法典强奸犯罪的立法缺陷及立法建议[J]. 政法学刊, 1998, (4): 67.
- [3] [4]陈为民. 离婚判决生效前丈夫强奸妻子有罪吗[J]. 政治与法律, 2000, (2): 56.
- [5] 王利明. 婚姻法修改中的若干问题[J]. 法学, 2001, (3): 59.
- [6] [8](美)哈里·D·格劳斯. 家庭法[M]. 北京: 法律出版社, 1999(英文版). 147 - 148.
- [9] 徐久生, 庄敬华(译). 德国刑法典[M]. 北京: 法制出版社, 2000.
- [10] 罗结珍(译). 法国刑法典、刑事诉讼法典[M]. 北京: 国际文化出版公司, 1997. 64.
- [11] 苏彩霞. 域外强奸罪立法的新发展[M].
- [12] 周永坤. 婚内强奸罪的法理学分析[J]. 刑事法学, 2001, (1): 41.
- [14] [16][19]沈叔平(译), 康德(德). 法的形而上学原理[M]. 北京: 商务印书馆, 1991. 96. 98. 96.
- [15] 黄立林. 夫妻同居与忠实权利义务探析[J]. 法律适用, 2001, (4): 51.
- [18] 杨立新. 人身权法论[M]. 北京: 检察出版社, 1996. 736.

[责任编辑 贺曙敏]

## Rational Thinking of Rape in a Marriage

JI Xiang - de , LIU Ke - ke

(Deyang Law Office of Shandong , Yantai , Shandong , 264005 , China)

**Abstract:** Rape in a marriage has long been the argument both in the fields of criminal code and judicature. The author first briefly summarizes the existing viewpoints of this problem and then compares different laws in some major countries. Finally, he analyses the rape in a marriage, putting forwards the theory of privileges and obligations.

**Key Words:** crime; rape in a marriage; rational thinking