强奸罪：“婚内强奸”犯罪化的立法必然

马荣春,白星星

(扬州大学 法学院 江苏 扬州 225127)

摘要:作为一种隐蔽的性暴力,“婚内强奸”在世界范围内普遍存在。在国内关于“婚内强奸”的诸多学说之中,似乎唯有“有条件肯定说”与“两罪说”能够在惩罚犯罪与保障人权之间求得平衡。而在经历了由“非罪”到“罪”的转变之后,大陆法系和英美法系国家或地区多数将“婚内强奸”以强奸罪论之。在我国法治发展之背景下,“婚内强奸”的确有别于“普通强奸”,但在罪刑法定原则之下,无论是立于形式理性还是实质理性,“婚内强奸”都实难以婚姻关系的存续为由而肯定强奸罪之“丈夫豁免”,故我国刑法第236条当对强奸罪作出完善性表述。

关键词:婚内强奸;性自主权;强奸罪;丈夫豁免;人权

中图分类号: 文献标识码: A 文章编号: 1006-0448(2015)01-0089-08

DOI:10.13764/j.cnki.ncds.2015.01.015

一 引言

从古至今,“婚内强奸”都以一种“理直气壮”的姿态存在于婚姻家庭之中。在夫权思想的“怂恿”之下,男子往往将婚姻关系的缔结作为肆意行使性权利的合法借口,而妻子则成为丈夫发泄淫欲与传宗接代的工具。20世纪70年代,女权运动在西方国家再度兴起。此时的中国正处于“改革开放、放眼世界”的时期,西方“人权”“平等”之思潮随之涌入国门,“婚内强奸”开始被社会关注。由西方传入的现代法治理念与我国传统法律观念于此时发生碰撞,学术界对“婚内强奸”的论争尽显“百家争鸣”之态。然而,学术争鸣并未对社会公众的观念造成实质性的影响,社会依然在数千年形成的观念惯性之中“冷眼旁观”。1999年,中国首例“婚内强奸案”——“王卫明强奸妻子案”被认定为强奸罪既遂。至此,“婚内强奸”终于由单纯的学术论争迈入了公众的视线。以往被当作合法行为的“婚内强奸”被认定为强奸罪,这究竟是司法错案还是司法公正?婚内到底有无“强奸”之说?承认“婚内强奸”是否必定有悖于社会发展的客观规律,影响家庭的稳定、社会的和谐?主张“婚内无奸”是否又会

助力于“夫权”思想的“复辟”从而践踏妇女之人权,进而与现代法治文明所倡导的“人权”“平等”背道而驰?

二 “婚内强奸”是否成立强奸罪的国内学说介评

“婚内强奸”因其加害主体与被害对象关系的特殊性、行为地点的隐蔽性、行为性质的模糊性而使得“婚内强奸”是否成立强奸罪的问题形成了若干争论。

(一) “婚内强奸”是否成立强奸罪的国内学说介绍

其一,“婚内强奸全面肯定说”。该学说全面肯定了婚内强奸的罪过性,并认为婚姻关系存续期间,丈夫违反妻子意愿,强行与妻子发生性关系的行为构成强奸罪,应当按照强奸罪对丈夫进行处罚。在其看来,我国《刑法》第236条对强奸罪的规定并未将丈夫排除在犯罪主体之外,“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女”中的“妇女”一词当然包括妻子。所以“婚内强奸”完全符合我国《刑法》第236条关于强奸罪的罪状表述,将“婚内强奸”作为强奸罪来处理并无不妥^[1]。

收稿日期:2014-12-16

作者简介:马荣春(1968-),男,江苏东海人,教授,法学博士,从事刑法基本理论研究;白星星(1990-),女,山西临县人,2013级刑法学专业硕士研究生。

其二,“婚内强奸全面否定说”。该学说主张,婚姻关系存续期间,丈夫有权利要求妻子满足自己性的需求,而妻子亦有义务满足丈夫的性要求。在此情形下,丈夫对妻子的强奸犯罪并无现实之可能性,因为婚姻关系的缔结即代表妻子对丈夫性生活的承诺。易言之,婚内强行性行为,丈夫享有强奸罪之“豁免权”。另外,强奸犯罪危害性极强,而“婚内强奸”之危害性因夫妻双方关系的特殊性,并未达到应受刑法规制的程度。再者,若将“婚内强奸”作强奸罪处理,会为取证工作带来极大的困难,且此一做法极有可能成为妻子拒绝丈夫性要求的有力借口。因此,“婚内”根本“无奸”^[2]。

其三,“婚内强奸他罪说”。该学说则认为,“婚内强奸”本就是一个自相矛盾的说辞。“强奸”一词中的“奸”所指的是男女之间不正当的性关系,而在合法婚姻关系之下,夫妻间的性关系又何来“不正当”之说?由此,纵然丈夫对妻子实施了强制性行为,其也应当有“强”而无“奸”。若丈夫的强制性行为确已达到犯罪的标准,则该行为需当以其他罪名加以评判。进言之,“婚内强奸”本为道德范畴,刑法不应横加干涉,若丈夫在强行实施性行为的过程中采用暴力或胁迫等手段造成妻子重伤、死亡或其他严重后果的,则应当根据具体情况以故意伤害、故意杀人、虐待或者侮辱等罪名进行定罪量刑^[3]。

其四,“耦合权利义务说”。该学说以夫妻双方平等的性权利义务为基点,将婚姻关系的缔结作为性义务与性权利相对应的前提。其认为,婚内性权利不得肆意滥用,性义务亦不得无辜拒绝,否则即构成“性违约”。但“性违约”并不必然导致丈夫强行行使性权利的合法性,因为在平等婚姻关系之中,夫妻双方的平等地位决定了丈夫不能因妻子不履行义务而取得强制妻子履行之权利。故而,婚内性暴力应当具有罪过性,从而能够成立强奸罪^{[3] [P500]}。

其五,“婚内强奸两罪说”。该学说并不否认“婚内强奸”的存在,但是否构成强奸罪则要视具体情况而定。如果夫妻双方因感情淡漠、长期分居,或者处于离婚诉讼阶段,丈夫强行与妻子发生性关系,则当以强奸罪论处。然而,若夫妻双方正常存续之时,丈夫以暴力或其他手段强行与妻子发生性关系的,则当以虐待罪论^[4]。

其六,“婚内强奸有条件肯定说”。该学说在肯定“婚内强奸”构成强奸罪的基础上,为强奸罪的成立设定了条件,即“时间肯定说”与“情节肯定说”。“时间肯定说”将“婚内强奸”构成强奸罪限定在三

种情形之下:(1)男女双方已依法办理了结婚登记手续,但尚未同居或依当地风俗举行婚礼,女方提出离婚后,男方强行与女方发生性关系的;(2)夫妻感情确已破裂,长期分居,丈夫强行与妻子发生性关系的;(4)一审法院判决离婚之后,丈夫强行与妻子发生性关系的。设若婚内强行性行为不符合以上三种情形,则不可构成强奸罪。“情节肯定说”则认为,只有所采用的手段是严重伤害妻子的暴力行为且造成了极其严重的后果,或者虽未造成严重后果,但有其他严重情节,如当众强奸或采用胁迫等手段行奸的,即构成强奸罪。在“有条件肯定说”看来,“婚内强奸”毕竟不同于“普通强奸”,其有婚姻关系所产生的夫妻性权利义务作屏障,所以武断地将一切婚内强行性行为认定为强奸罪有违现代文明刑法之要旨,有违刑法之谦抑性^[5]。

(二)“婚内强奸”是否成立强奸罪的国内学说简评

以上六种学说皆亮明了自己的学说立场,且在表明态度的同时加以分析论证。然而在我们看来,以上六种学说看似有理有据,实则皆待商榷。

学说一全面肯定“婚内强奸”成立强奸罪,其从强奸罪的刑法规定入手,得出“婚内强奸”的加害人丈夫与受害人妻子并未超出强奸罪的规制范围,且基于保障人权的目的,“婚内强奸”也应当以强奸罪论处。从形式理性与实质理性的角度来看,学说一符合现代刑法观之要求,但学说一却因过于“激进”而忽视了“婚内强奸”的“本原”,即“婚内强奸”本是“在非常态化的婚姻关系存续期间,丈夫对妻子实施的强制性行为”。可见,学说一人为扩大了“婚内强奸”存在范围而难至妥适。

学说二以婚姻关系的存续可以阻却强奸罪之成立为由全面否定“婚内强奸”的强奸罪质。然则,性权利作为基本人权的一种,其必须以意志自由为前提,因为婚姻关系的双方是平等的,缔结婚姻是为了相互扶持,而非“卖身”,故而就算是丈夫也不得肆意侵害妻子的性自主权。再者,婚姻仅仅是合法性生活的前提条件,而性生活取得合法性的真正基础在于“性交合意”。正如金斯爵士所言“很清楚,在未征得同意的情形下,与任何女子进行性交都是非法的。”^[6]因而,婚姻关系的存续并不必然使丈夫的强制性行为享有强奸罪之“豁免权”。另外,“婚内强奸”对妻子造成的伤害亦不必然小于“普通强奸”。就社会危害性而言,丈夫强奸妻子同样会伤害社会公众正常的法感情,造成极为恶劣的影响。

再者,学说二以取证困难和妻子可能以构成强奸罪为由肆意拒绝丈夫的性要求而否定“婚内强奸”行为成立强奸罪,实属“因噎废食”,亦是夫权思想作祟的一种借口与托辞。

学说三肯定了婚内强奸行为的社会危害性,却忽视了性权利的特殊性。既然世界各国刑法将强奸罪与故意杀人罪、故意伤害罪、侮辱罪、虐待罪等侵害公民人身权利的犯罪分列开来,就说明性自主权并不能用生命、健康权来替代。纵然有婚姻关系存续,其性质亦不能改变,故学说三亦不可取。

学说四则将“婚内强奸”作为一种民法意义上“性违约”的同时又肯定了其罪过性,但正是其民法思维以及罪过性认定导致了该学说未能对“婚内强奸”的性质做出清晰的鉴别,故学说四仍欠妥适。

学说五将婚内强奸分为两种情形加以认定。在夫妻因感情淡漠长期分居或离婚诉讼过程中,丈夫对妻子的强制性行为成立强奸罪。而在婚姻关系正常存续期间,丈夫若对妻子实施强制性行为,则以虐待罪论。该学说肯定了婚内妇女的性自主权,将婚姻关系非正常存续期间的婚内强制性行为以强奸罪论,在遵循罪刑法定原则的基础上极大地维护了婚内妇女的合法之性权利,很好地实现了罪刑均衡;在正常的夫妻关系存续期间,丈夫以暴力强迫妻子而发生性关系的情形以虐待罪论这一论断体现了“婚内强奸两罪说”论者对不同情形下的婚内强制性行为之区别对待,以突显对合法婚姻关系之维护。此一论断着实具有一定程度之合理性,但并不全面。婚内强制性行为确实应当按照婚姻关系存续的样态予以区别对待,然将婚姻关系正常存续期间的婚内强制性行为一律以虐待罪论则过于笼统。因为我们无法预知婚内强制性行为的具体情形,若在婚姻关系正常存续期间,丈夫以极其残忍之手段对妻子实施强制性行为,并造成被害妻子重伤或死亡,我们是否还能以虐待罪来评价丈夫之行为呢?显然不能,否则只会轻纵犯罪的同时轻视被害妻子之生命健康权。另外,在对“婚姻关系非正常存续”的解读上,“两罪说”仍不够细致。其只强调了夫妻因感情淡漠而处于分居状态以及离婚诉讼阶段这两种情形,而忽视了男女双方已进行结婚登记但尚未按当地风俗举行婚礼,女方提出离婚,男方强制对其实施性行为的情形。此一情形与前两种情形一样同属于婚姻关系的非正常存续,故此一情形下的婚内强制性行为亦当以强奸罪论处。

学说六肯定了在一定时间段和一定情形下的

“婚内强奸”成立强奸罪,似乎显得甚为谨慎,其不但考虑到了对婚内妇女性自主权最大限度之保护,且在特定时间条件下将丈夫置于强奸罪的规制之下,亦实现了罪刑法定之下的罪刑均衡,确有可取之处。但学说六在致力于将特殊时间和条件下的婚内强制性行为认定为强奸罪的同时却忽视了一般情形之下的婚内强制性行为的定性问题,在婚姻关系正常存续期间,丈夫对妻子的强制性行为应当被认定为虐待罪还是故意伤害或故意杀人罪,抑或是无罪?就此,学说六并无正面回应。另外,学说六之中的“情节肯定说”亦值得推敲。“情节肯定说”认为并非所有的婚内强制性行为都可被认定为强奸罪,而只有情节特别严重或造成严重后果的才可以强奸罪论。那么,我们是否可以就此认为在婚姻关系正常存续期间发生的“情节特别严重或造成严重后果的”婚内强制性行为亦可被认定为强奸罪?或者在婚姻关系非正常存续期间发生的“情节不是特别严重或未造成特别严重后果的”婚内强制性行为就不应当被认定为强奸罪?事实上,这两种由“情节肯定说”所作出的推论皆不可取,因为“情节肯定说”当以“时间肯定说”为前提,只有在婚姻关系非正常存续期间,“婚内强奸”之强奸罪才有成立之可能。在此前提之下,情节的轻重或者严重结果的有无也只会成为强奸罪量刑轻重的考量因素,而不会影响强奸罪的认定。

在细致的分析之下,学术界现存的六种学说似乎都无法完满地给“婚内强奸”的定性给出一个科学合理的说法。学说一到学说四皆过于偏激,学说五和学说六看似足够谨慎,实则有欠周详。由此,有关“婚内强奸”的理论有待重新提炼,本文尝试提出如下想法:

“婚内强奸”行为以享受婚姻关系之下的丈夫对妻子的性权利为名,行强制婚内妇女履行性义务之实,极大地挑战着现有法律规范,威胁着婚内妇女之性自主权。怎样在打击犯罪与人权保障之间寻求平衡才是“婚内强奸”理论所要真正解决的问题。畸轻或畸重皆不是刑法理论追求之结果,而唯有审慎科学之理论方能在真正意义上指导实践。学说一到学说四的偏激武断使得“婚内强奸”的认定过于“情绪化”,而学说五和学说六虽然并不十分严密,但皆有可取之处,“取长补短”未尝不可。“婚内强奸”之强奸罪的认定以婚姻关系的非正常存续为前提是本文前述多次强调的,而所谓“非正常存续”即要求夫妻关系符合以下三种情形:一是男女双方已

进行婚姻登记但未按当地风俗举行婚礼,女方提出离婚后,男方对女方实施强制性行为的;二是夫妻因感情淡漠,长期分居,丈夫对妻子实施强制性行为的;三是婚姻诉讼阶段,丈夫对妻子实施强制性行为的。若在婚姻关系正常存续期间,丈夫对妻子实施强制性行为,则在斟酌情节轻重的基础上可考虑以虐待罪论处;若致使妻子重伤或死亡的,则以故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚。本文将前述想法概括为“婚内强奸区别构罪说”。

三 “婚内强奸”强奸罪化的域外立法

作为一种在社会病态,“婚内强奸”并非仅存于我国,域外诸国和地区亦存在此种现象。可以说,“婚内强奸”是“潜伏”于每个家庭的全球性问题。随着人权意识的不断加强,有关法律逐渐将视线转移到“婚内强奸”之上,并作出了较为明确的规定。

(一) 大陆法系“婚内强奸”强奸罪化的立法

在大陆法系国家和地区,婚内强制性行为不在少数,此种行为不仅威胁着家庭的稳定,更对婚内妇女之人权保障造成了极其不利的影响。鉴于此,大陆法系诸多国家和地区摒弃了所谓的“婚内强奸豁免权”,收回了丈夫对妻子实施强制性行为的“免死金牌”。其中,最具代表性的国家和地区有德国、法国、瑞士和我国台湾地区等。

对于“婚内强奸”,《德国刑法典》已表现出相当之理性,然此种理性并非一蹴而就。受“婚内无奸论”的影响,1975年《德国刑法典》第177条规定:“以暴力或者胁迫手段,强迫妇女与自己或他人实施婚姻外性交所谓为强奸”^[7]。该条文中的“婚姻外性交”可谓丈夫对妻子合法行奸的“有力武器”,而婚姻登记则异化为丈夫对妻子行奸的“法定许可证”。此种畸形的制度加剧了社会的动荡,丈夫在“法律武器”的保护下愈加有恃无恐,婚内妇女性自主权保护之路则愈发“荆棘丛生”。“恶相”的漫延似乎引起了刑法正义的警觉,1998年新《德国刑法典》第177条就强奸罪作出了全新的规定“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”^[8]。该条文将1975年《德国刑法典》第177条中的“婚姻外性交”予以剔除,从立法上承认了“婚内强奸”的存在。《德国刑法典》对“婚内强奸”的态度得到《德国民法典》的佐证。《德国民法典》第1353条第二款规定“在建立共同的婚姻生活后,一方如果滥用其

权利提出性要求或者婚姻已经破裂,则婚姻另一方无义务满足其要求”。易言之,婚姻关系的成立并不必然导致妻子一方性自主权的丧失。那么,所谓的“婚内无奸”便丧失了立足之本,而“婚内强奸”的罪过性也由此具有了可能性。1998年新《德国刑法典》从根本上保障了婚内妇女之性自主权,更为各国婚内妇女性自主权的保护提供了范本。

与德国相同,法国刑法在“婚内强奸”问题上亦经历了从“非罪”到“罪”的转变。1810年《法国刑法典》并未对强奸罪的定义有过多“着墨”,但在法国刑法理论界,“婚内强奸豁免权”被极大认可。另外,在众多判例之中,“丈夫豁免”亦被承认。1980年,法国大范围修改1810年《法国刑法典》,并在1994年重新修订。新《法国刑法典》第222-223条规定“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。”^[9]可见,在法国刑法之中,婚姻关系的存续并不能为丈夫的“婚内强奸”开脱。从刑法理论与判例对“丈夫豁免”的认可到新刑法典对丈夫作为“婚内强奸”主体的默认,法国刑法在婚内妇女性自主权的保护方面表现出了变革的理性。另外,新《法国刑法典》将强奸罪从原来的“妨害风化罪”归入“伤害人之身体或精神罪”,此一改变直接表明了法国立法者法价值取向的转变,即由道德伦常的维护转向基本人权之保障。

《瑞士刑法典》在“婚内强奸”的问题上同样表现出由“非罪”到“罪”的转变。1996年之前的瑞士刑法明确将丈夫排除在强奸罪的犯罪主体之外,然而1996年修订的《瑞士联邦刑法典》第190条之(2)却将丈夫规定为强奸罪的犯罪主体,即“行为人是被害人的丈夫的,而且两人共同生活的,也构成强奸罪,只不过告诉乃论”^[10]。该条文在“婚内强奸”问题上可谓“直截了当”,其较德国和法国刑法的笼统性规定更能体现立法者对“婚内强奸”的厌憎情绪,并对实施婚内强制性行为的丈夫成为强奸罪主体无丝毫之犹豫。相应地,《瑞士民法典》第170条亦规定“配偶一方,在其健康、名誉或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。提出离婚或分居诉讼后,配偶双方均有停止共同生活的权利”^{[3][P496]}。既然在特定情形下,配偶有权停止“共同生活”,那么该“共同生活”自然包含夫妻“性生活”。基于此,另一方则无权要求其配偶满足自己的性需求。若在此期间,丈夫强行对妻子实施性行为,则违背了《瑞士民

法典》中的权利义务关系,属于民法上的违法行为。此一态度“声援”了《瑞士刑法典》对“婚内强奸”的有罪规定。“告诉乃论”的规定所体现的是刑事程序上的谨慎,而并不影响刑事立法对“婚内强奸”的根本态度。

我国台湾地区在 1999 年之前亦主张“婚内无奸”,但在 1999 年 3 月 30 日台湾地区“立法院”通过的《妨害性自主罪章》第 229 条之一中却明确规定“对配偶犯第 221 条之罪者,或未满十八岁之人犯第 227 条之罪者,须告诉乃论。”此处之“第 221 条”即强奸罪的规定。该规定明确将“配偶”列入强奸罪之犯罪主体之中,亦打破了理论界与实务界对婚姻关系之下妻子性自主权的歧视,以立法的方式谋求夫妻双方性权利之平等,此种先进的刑事立法观念与超强的人权保障意识着实值得诸多徘徊在先进文明刑法边缘的国家和地区借鉴。

除上述国家和地区外,大陆法系国家中还有许多其他国家将“婚内强奸”纳入强奸罪的规制范围,如意大利、奥地利、丹麦、西班牙、瑞典等。可见,“婚内强奸”的犯罪化并非立法个案,而是一个经历反复考量的普遍趋势,并体现着人权特别是女性人权呼声的不断高涨。

(二) 英美法系“婚内强奸”强奸罪化的立法

英美法系国家和地区在“婚内强奸”问题上也多数经历了由“非罪”到“罪”的转变。受宗教文化的影响,英美法系诸多国家和地区皆认为“女人不过是男人的一根肋骨做成的”^[11]。在此种“女性附属主义”的宗教文化中,婚内妇女的性自主权得不到有效保护自有源可寻。然而资产阶级革命后,英美法系国家(地区)法律便不再以维护男尊女卑和夫权统治为神圣使命,而是逐渐转移到保障人权,维护权利平等之上。相应地,在“婚内强奸”问题上亦实现了由“丈夫豁免”到“犯罪化”的转变。其中颇具代表性的如英国、美国、墨西哥和我国香港特别行政区等。

在英国习惯法中,一个男人未经不是他妻子的女人同意,使用暴力强行与她非法性交,则该男子构成强奸罪,这便意味着男人与其妻子的性交行为绝对合法。另外,在当时的英国法学界普遍主张“婚姻承诺下的丈夫豁免”^{[3] (P495)}。在习惯法和学术界的双重影响下,婚内妇女的性自主权被“合法地”践踏。1991 年 10 月 23 日,英国上议院对“皇家诉 R 案”的裁决历史性地打破了“婚内强奸丈夫豁免”的金科玉律。该裁决认为“妻子只要表明离开丈夫的企图,便已撤销婚姻时给予的同意”而无需通过

法律程序,故丈夫若强行对妻子实施性行为,妻子则有权控告丈夫强奸。该裁决使得“婚内强奸”相关法律问题研究被英格兰法律委员会正式“提上日程”。当时的女权主义者更将此裁决当作 250 年来“性奴时代”结束的标志。1992 年,英格兰法律委员会发表公告,积极赞成落实“皇家诉 R 案”的裁决,并将“婚姻同意/权利”的理念以及丈夫的“婚内强奸豁免权”彻底取消。随之,于 1994 年《英国性罪刑(修订)法例》将原有的“非法性交”一词删去,该做法亦使得丈夫的“婚内强奸豁免权”再无存在之余地。^[12]自此,“婚内强奸”便不再是强奸罪“无权顾及”之领域,而丈夫亦不能再以“婚内强奸豁免”作为婚内强制性行为的“万能盾牌”而“有恃无恐”。至此,“婚内无奸”之说在英国的刑法理论界与司法实务界便再无立足之“根基”,而婚内强制性行为的罪过性亦有了规范性依据。

美国一直以来都是“人权”呼声最强有力的国家之一,其家庭法的要旨之一即将宪法的人权之平等保护延伸到婚姻关系双方。虽然在各州的法律之中,强奸罪在相当长的一段时间内承认“丈夫豁免”,但随着人权运动的不断深化,“强奸罪丈夫豁免”的合理性开始被社会所质疑,更有人认为“婚内强奸”是比陌生人强奸更严重的一种犯罪。由此,美国立法机构开始反思“婚内强奸丈夫豁免”的合法性。1980 年美国《模范刑法典》对夫妻分居前提下丈夫强奸罪的认可以及同年一妻子状告丈夫强奸罪名的成立,开启了美国“婚内强奸”构罪的时代。随之 1981 年新泽西州规定“任何人都不能因年老或者性无能或同被害人有婚姻关系而被推定为不能犯强奸罪”。1984 年纽约州上诉法院的 6 名法官亦就“婚内强奸”问题作出一致决议:凡强迫妻子发生性关系的丈夫,妻子可控告其丈夫犯强奸罪。类似规定“接踵而至”,而随着北卡罗来纳州在 1993 年对“丈夫豁免”的废除,美国彻底结束了“婚内强奸丈夫豁免”的“权利失衡时代”^[13]。从此,婚内妇女性自主权的保障拥有了坚实的法律屏障。从美国“婚内强奸”定性之“变革史”不难发现,丈夫对妻子的强制性行为之危害已不是“一纸婚书”所能掩盖,而立法与司法机构正是意识到这一点才将丈夫纳入强奸罪的惩治范围。美国法律中“婚内强奸丈夫豁免”从“有”到“无”的变迁是一种立法趋势,其所展现的是一种保障平等人权之法治态度。在“去意识形态化”之下,我们确实有必要就“婚内强奸”之定位作出反思。

墨西哥刑法在“婚内强奸”问题上态度明确。《墨西哥联邦刑法典》第 265 条 A 规定“如果强奸的被害人是其配偶或情人的,处以前条规定的刑罚。这种犯罪依据被害人的告诉提起追诉。”^[14]所谓“前条规定”所指的便是《墨西哥联邦刑法典》第 265 条所规定的强奸罪。然在此前,墨西哥亦承认“丈夫豁免”。墨西哥在该问题上的变革是激进的,其在“婚内强奸”的强奸罪定性上似乎并没有区分婚姻关系的正常与非正常之情形,而是“同等对待”。我们对激进的“变革”并不完全认同,但对其追求权利平等以及维护婚内妇女性自主权的“法治欲求”却甚为欣赏,因为“欲求”是“变革”的前提,而“变革”则是“先进”的根基,而唯有在人权之平等与权利之保障上有所“欲求”,一国法律才会在社会的发展中迈入先进法治文明的行列。

我国香港地区对待“婚内强奸”的态度多受英国的影响,其刑法规定“适用婚姻的配偶双方须给对方无条件及不可收回的性交同意推定”。该规定表明,丈夫对妻子存在“婚内强奸豁免权”。但随着英国上议院废除“丈夫豁免”,香港对“婚内强奸”是否构罪的“高冷姿态”亦有所缓和。香港《刑事罪刑条例》第 118 条规定“任何男子强奸一名女子即为犯罪”^{[6] P135}。那么,丈夫作为男子而去强奸妻子自然可以构成犯罪。但香港特别行政区并非如墨西哥那般激进,而是实行部分排除,即除非夫妻双方在法律上已经分居,或法庭已经下令丈夫不得骚扰妻子,或丈夫对法庭承诺不骚扰妻子,否则丈夫的婚内强制性行为不构成强奸罪^[15]。香港特别行政区“部分排除”之做法明确表露了对婚内强奸的犯罪化态度,其较为严格的条件限制也符合现代法治文明保障人权之要求。

在法治文明不断发展的今天,无论是大陆法系还是英美法系国家和地区,其在“婚内强奸”问题上都表现出较为强烈的权利保障和人权平等意识,而众多国家和地区在同一问题上的一致性做法绝非偶然,这代表着一种权利保护的法治趋向。我国在“婚内强奸”问题上着实有必要借鉴先进国家或地区之立法,从而在基本人权包括平等权的保护中有所作为。

四 我国“婚内强奸”的强奸罪化

从我国学术界对“婚内强奸”的学说论证中可见,“婚内强奸”已不再是一个单纯的道德问题,其所潜藏的社会危害性以及对外女性性自主权的侵害早

已超越了道德所负担的内容。那么,在罪刑法定原则之下,“婚内强奸”的犯罪化是我们的必然选择。

(一) 我国“婚内强奸”强奸罪化的理由

在实质层面上,就“婚内强奸”之行为本身而言,丈夫违背妻子意愿而强行与妻子发生性关系会给妻子带来身体和心理的双重伤害,是一种违背伦理的家庭性暴力。婚姻本身是心意相通的男女双方延续爱情的一种美好选择,而寓于婚姻关系之中的夫妻性生活则是夫妻双方灵肉交融、润泽爱情的一种精神享受,而此种享受是双方的,是建立在平等、和谐、自由之基础上的,其源于人的本性并为法律所保护。“婚内强奸”行为将此种人伦之美“撕得粉碎”,从根本上“忤逆”了婚姻本身之“意愿”,把妻子的性自主权完全“抛诸脑后”。众所周知,性自由权是一种基本人权,其并不会随着婚姻关系的缔结而消失,而在平等的夫妻生活之中,丈夫有义务去维护妻子的性自主权不致他人以及自己的侵犯,这是人性的要求,亦是人权的要求。设若婚姻关系的缔结使得妻子一方丧失性自主权,那么与男子缔结婚姻就会使女子彻底沦为丈夫发泄性欲的工具,而将“婚内强奸”排除在犯罪之外的刑法则会衍化为扼杀“妻子”性自主权的“帮凶”。刑法作为人权保障的最后一道防线,旨在保障公民之合法权益,若其在现实中所表现出来的是对人权的侵犯或者以默许的方式放任侵犯人权的行为,那么刑法的价值何在?刑法之尊严何在?作为公众人权保障的“一纸契约”,其首先应当具有积极的价值导向,并始终与社会公共意志保持一致,而不应当为社会中的一小部分成员的意志所左右进而打破权利的平衡。妇女的性自主权是一种绝对权利,其不会因社会关系的变化而消灭,任何人违背妇女意愿,强行与之发生性关系皆可构成对妇女性自主权的侵犯,而丈夫对妻子的强制性行为自然亦不能例外。因此,从实质理性的层面来看,“婚内强奸”同样是对人权的亵渎,是对妻子性自主权的一种践踏,同样具有严重的社会危害性,无疑当以强奸罪科处刑罚。

在形式层面上,我国刑法第 236 条规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的,处三年以上十年以下有期徒刑。”该条文将强奸罪的犯罪对象限定为“妇女”且在条文表述中未将“丈夫”排除在强奸罪的犯罪主体之外。那么,任何男子以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的,其行为皆可构成强奸罪。观之于“婚内强奸”,该行为表现为丈夫违背妻子意愿,以暴力、胁迫或者其他手段强行与妻子发生性关

系。其行为主体是丈夫,符合强奸罪之犯罪主体;行为对象是妻子,符合强奸罪之犯罪对象“妇女”;客观表现是违背妻子意愿,以暴力、胁迫或者其他手段强行与妻子发生性关系,符合强奸罪之犯罪客观方面;主观方面表现为故意,即明知妻子不愿意与自己发生性关系而强行为之。“婚内强奸”行为所侵犯的是妻子的性自主权,而强奸罪所规制之行为所侵犯的是妇女的性自主权,妇女的性自主权涵盖了妻子的性自主权,故“婚内强奸”所侵犯的恰好是强奸罪所指向的客体。根据罪刑法定原则,“婚内强奸”能够符合强奸罪的犯罪构成。因此,在刑法未作“除斥性规定”情形下,“婚内强奸”自当能够成立强奸罪。

(二) 我国“婚内强奸”强奸罪化的条文设置

由于我国现行刑法第236条未对“婚内强奸”予以特别明示,故造成了“婚内强奸”案件的司法尴尬。对“婚内强奸”问题,我们应该肯定其具有强奸罪的罪质,但武断地将“婚内强奸”抛予强奸罪,同样是不理智的,因为这种做法在保护妻子性自主权的同时又容易侵犯丈夫的合法权益。婚内强制性行为毕竟与婚外强奸有所区别,因为“婚内强奸”毕竟发生在一种性权利义务契约关系之中,再者我国刑法第236条对强奸罪所设置的法定刑严厉程度甚大,故“婚内强奸”的强奸罪认定须慎之又慎。正如前述,“婚内强奸”的成立必须以婚姻关系的非正常存续为前提,因而并非所有的婚内强制性行为都可构成强奸罪。另外,婚姻关系非正常存续期间的婚内强制性行为之危害性亦不可等同于普通强奸。因为婚姻关系的缔结是基于男女双方对婚姻生活的向往以及恋爱情感的“升温”,这其中蕴含着男女双方对感情的倾力经营与尽心呵护。然而,婚姻关系的非正常存续却打破了这种美好情感的发展态势而使得其偏离预想之发展轨道,这不仅仅是婚姻关系的客观“变质”乃至“终结”,更在同时造成了妻子的情感创伤。因此,就一般情节之“婚内强奸”而言,将其置于普通强奸罪的罪刑梯级之内至少是稳妥的。当“婚内强奸”之情节特别严重或者造成特别严重之后果的,以强奸罪的加重情节定罪量刑同样是妥当的。从强制性行为实施的难易程度来说,普通强奸罪中行为人对被害人的了解以及对犯罪时间空间的把握远不如“婚内强奸”之丈夫,丈夫若想对妻子实施强奸,简直“易如反掌”,且空间更为隐蔽、不易察觉;从对被害人造成的伤害来说,普通强奸罪之加害人与被害人可能并不相识,强奸行为对被害人造

成的伤害仅限于身体层面以及妇女的性权利层面。但丈夫以特别之手段对妻子行奸,给妻子造成的伤害除了有与普通强奸罪相同的伤害之外还有一种伦常上的侮辱,而且此种伦常之侮辱给妻子造成的伤害要远远大于身体伤害和性权利侵害,甚至有可能伴随妻子的一生;从主观恶性来说,普通强奸罪之行为人多为发泄性欲而行奸,对被害妇女少有心理上的仇恨,但婚姻关系非正常存续下,情节特别恶劣或发生特别严重后果的“婚内强奸”,丈夫除了发泄性欲更有可能存在打击报复妻子之心理。因此,以强奸罪之加重法定刑来处置“情节特别严重或造成特别严重后果”的“婚内强奸”,并不会过重处罚行为人(丈夫)。由此,我国现行刑法第236条应当予以重新表述:

“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的,处三年以上十年以下有期徒刑。

奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸罪论,从重处罚。

强奸妇女、奸淫幼女,有下列情形之一的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑:

- (一) 强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的;
- (二) 强奸妇女、幼女多人的;
- (三) 在公共场所当众强奸妇女的;
- (四) 二人以上轮奸的;
- (五) 致使被害人重伤、死亡或者其他严重后果的。

在婚姻关系非正常存续期间,对配偶犯本条第一款和第三款之罪者,从其规定。”

就强奸罪的补充性表述,本文有必要对以下两个可能存在的疑虑作出回应:

其一,或许有人认为,在国外诸多承认“婚内强奸”构成强奸罪的国家立法中,“婚内强奸”之强奸罪的定罪是以被害人妻子的告诉为前提,此一亲告罪即自诉罪的设置不但可以避免司法机关的主动介入对妻子造成“二次伤害”,还可以防止司法机关主动介入之后,妻子当庭否认强奸事实,进而出现公诉机关与被害人截然对立的窘境。另外,亲告罪即自诉罪的设置更易保障人权。本文以为,以避免“二次伤害”为由将“婚内强奸”之强奸罪归入亲告罪即自诉罪的理由并不充分。因为事实上,强奸罪的不公开审理本身就能够避免“二次伤害”。如果说司法机关的主动介入会对被害妻子造成“二次伤害”,那么普通强奸罪的司法介入何尝不会对被害妇女造成“二次伤害”?被害妻子当庭否认“婚内强奸”之

事实亦不是将“婚内强奸”之强奸罪列入亲告罪即自诉罪的理由,因为普通强奸罪同样有被害人当庭否认被害事实之情形,而此时被害人的否认已经不是单纯的“事后承诺”,而是涉嫌伪证罪。另外,某一犯罪是实行“自诉”还是“公诉”,应在根本上取决于该罪的等级轻重与法定刑轻重。虽然改革开放使得我们的文化观念和价值观念发生了前所未有的改变,但我国仍然是一个“性观念”较为“保守”的国度,这便决定了我们这个社会对性侵犯罪包括“婚内强奸罪”的容忍度较低,从而性侵犯罪包括“婚内强奸罪”的社会危害性便显得较高;相比之下,已经规定“婚内强奸罪”的国家,其“性观念”较为“开放”,这便决定了他们的社会对性侵犯罪包括“婚内强奸罪”的容忍度较高,从而性侵犯罪包括“婚内强奸罪”的社会危害性便显得较低。于是在我国,“婚内型强奸罪”便因在观念上被归入重罪而较难将之规定为亲告罪即自诉罪,而有的国家将之规定为亲告罪即自诉罪便因社会容忍度高和社会危害性低而“水到渠成”;再就我国现有的刑罚制度而言,我国刑法对强奸罪仍然保留着死刑规定。既然“婚内型强奸罪”同样是强奸罪,则死刑这一法定刑便将其“吊高”到不至于落入亲告罪即自诉罪的层次上去,或曰强奸罪现行法定刑的严厉性不容许“婚内型强奸罪”到亲告罪即自诉罪那里去寻求一种“庇护”。易言之,如果勉强将“婚内强奸罪”规定为亲告罪即自诉罪,则会造成与现行强奸罪法定刑的错位。因此,对于是否应将“婚内型强奸罪”规定为亲告罪即自诉罪的问题,我们不可盲目效仿国外。

其二,在现实生活中,我国刑法第236条第三款中的五种情形是否都有可能出现在“婚内强奸”之中?不容置疑,丈夫强奸妻子情节恶劣,在公共场合当众强奸妻子,与他人一起轮奸妻子以及在强奸妻子的过程中造成妻子重伤、死亡的情形都有可能出现。然而,惟有“强奸妻子多人的”这种情形似难存在,但此种情形的存在仍有可能,因为在我们的“快节奏”的社会生活中,“闪婚闪离”早已司空见惯。于是,便可形成这样的性侵个案:一男子在2010年结婚,婚后不久便因种种原因而致夫妻感情破裂。该男子便于婚姻关系进入非正常存续状态后对妻子实施强行性行为;2011年,该男子又与另一女子结婚。不久,夫妻感情再次破裂,该男子又在婚姻关系非正常存续状态中对“第二任妻子”实施强行性行为;2012年,“悲剧”在该男子身上“重演”,强行性

行为第三次针对“第三任妻子”而在婚姻关系非正常存续状态中实施。那么,该男子的行为便属于“强奸妻子多人的”情形。

我国《刑法》对强奸罪条文之补充表述无疑将会助力于婚内妇女性自主权之维护和预防性侵犯罪。而“婚内强奸”的强奸罪司法同样可以适用被害人过错、刑事和解的相关理论和司法解释,以谋求“婚内强奸”的个案正义。我们相信:一如《刑法修正案(九)》(草案)将在性权利的平等保护上使得强制猥亵犯罪立法走出被害人“性别歧视”的雾霾,“婚内强奸”的有条件的强奸罪化将在性权利的平等保护上使得强奸犯罪立法走出被害人“婚姻状况歧视”的雾霾。

参考文献:

- [1] 欧阳涛. 当代中外性犯罪研究[M]. 北京: 社会科学出版社, 1993: 112.
- [2] 高维俭, 罗江峰. 婚内强奸的“罪”与“罚”[J]. 江西警察学院学报, 2014(1): 90.
- [3] 冀祥德. 域外婚内强奸法之发展及其启示[J]. 环球法律评论, 2005(4): 499.
- [4] 王利明. 婚姻法修改中的若干问题[J]. 法学, 2001(3): 59.
- [5] 何懿浦. 配偶权与婚内强奸[J]. 法律适用, 2001(4): 54.
- [6] 赵秉志, 罗德立. 香港刑法[M]. 北京: 北京大学出版社, 1996: 135.
- [7] 德意志联邦共和国刑法典[K]. 徐久生, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1991: 119.
- [8] 德国刑法典[K]. 冯军, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 115.
- [9] 法国刑法典[K]. 罗结珍, 译. 北京: 国际文化出版公司, 1997: 64.
- [10] 瑞士联邦刑法典[K]. 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 1999: 69.
- [11] 李立众. 婚内强奸定性研究——婚内强奸在我国应构成强奸罪[J]. 中国刑事法杂志, 2001(1): 53.
- [12] 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[J]. 法学前沿, 1999(3): 55-56.
- [13] 哈里·D·格劳斯. 家庭法[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 147-148.
- [14] 墨西哥联邦刑法典[K]. 陈志军, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2010: 146.
- [15] 宣炳昭. 香港刑法导论[M]. 北京: 中国法制出版社, 1997: 268.

(英译下转第118页)

- 1935 - 02 - 07.
- [16]陶希圣 武仙卿. 南北朝经济史鸟瞰[J]. 商务印书馆出版周刊,1937(236).
- [17]武仙卿. 南北朝国家寺院士族的协和与冲突[J]. 文化建设,1936(1).
- [18]武仙卿. 秦汉农民生活与农民暴动[J]. 中国经济,1934(10).
- [19]武仙卿. 西晋末的流民暴动[J]. 食货,1935,1(6).
- [20]武仙卿. “庸”字之一解[N]. 益世报·食货周刊,1937-07-13.
- [21]武仙卿. 隋唐时代扬州的轮廓[J]. 食货,1937,5(1).
- [22]武仙卿. 唐代几首描写农村生活的诗[N]. 益世报·食货周刊,1937-05-04.
- [23]武仙卿. 唐代土地法令叙说——唐代经济史料丛编法令集序[N]. 益世报·食货周刊,1937-02-02,1937-02-09.

On Historical Thought of Wu Xianqing

SU Yong - ming

(School of History and Culture ,Jiangxi Normal University of Science & Technology ,Nanchang 330038 ,China)

Abstract: Under the influence guidance and help of Tao Xisheng ,Wu Xianqing stepped on the road of studying Chinese social economic history and became one of the core members of Shihuo School. His study of history includes theories ,collection of historical materials and special research. Wu Xianqing’s ideas of the history are with unique characters and style. His Chinese social and economic history has a far - reaching impact ,which can not be ignored.

Key words: Wu Xianqing; historical achievement; historial thought

(责任编辑 书华)

(上接第 96 页)

Crime of Rape: Legislative Necessity of Criminalization of “Marital Rape”

MA Rong - chun ,BAI Xing - xing

(School of Law ,Yangzhou University ,Yangzhou ,Jiangsu 225127 ,China)

Abstract: As a hidden sexual violence , “marital rape” exists all over the world. In many domestic theories about “marital rape” ,it seems that only the theory of “condition” and “two offences” can find a balance between the punishment of crime and protection of human rights. After undergoing the transformation from “non - crime” to “crime” ,the majority of civil law and common law countries or regions treat “marital rape” as the crime of rape. Under the background of our county’s development of governed by law , “marital rape” is distinct from the “ordinary rape” exactly. However ,under the principle of a legally prescribed punishment ,whether it is based on the formal reason or substantive rationality , “marital rape” is really hard to admit “husband exemption” of the crime of rape in the name of the duration of relationship of marriage . Thus ,Article 236 of our country’s criminal law should make a perfect description to the crime of rape.

Key words: marital rape; the sexual autonomy; the crime of rape; “husband exemption” ; human rights

(责任编辑 刘雪斌)