

强奸罪的法律问题

张光宇 著

厦门大学出版社

QIANGJIANZUI DE FAJUEWENTI

强奸罪的法律问题

张光宇 著

厦门大学出版社

强奸罪的法律问题

张光宇 著

*

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

福建省公安蓝盾印刷厂印刷

(地址:福州市东浦路 121 号 邮编:350013)

*

开本 850×1168 1/32 6.75 印张 170 千字

1999 年 5 月第 1 版 1999 年 5 月第 1 次印刷

印数:1-2600 册

ISBN 7-5615-1473-5/D·137

定价:15.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

前 言

80年代,我国法学理论研究最引人注目的非刑法专业莫属,当时的法校园地里不断盛开出一枝又一枝的新葩,从编写刑法教材到注释法律条文,从研究刑法理论到分析犯罪个案,从精研刑法哲学到健全刑法体系,经老一辈法学家的精心培育,刑法理论界的新星一颗比一颗明亮,研究成果更加丰硕。相形之下,理论界对个罪的系统分析明显“投入不足”,欧阳涛等人编著的《经济领域严重犯罪问题研究》(1984年)算是在中国开了头炮,紧跟其后的是金子桐的《罪与罚》系列和宁汉林的《杀人罪》(1986年)、郑伟的《刑法个罪比较研究》(1990年),以独特的研究视角让人耳目一新。研究个罪,当以细微处见长,一方面要及时反映理论界的最新成果,汲取精华,另一方面要能深入挖掘个罪中的特色文化,推陈出新。著者正是循着这样的思路撰写《强奸罪的法律问题》一书的。本书虽以法律问题为题,但内容涉猎犯罪学、心理学、伦理学、文化学、性医学和精神病学等学科,许多方面也仅是点到为止,细心读者可以从中体会一二。

一九九九年三月

目 录

前言

一、强奸罪概述	1
(一)人性与强奸罪	1
(二)性文化与强奸罪	9
(三)性欲与强奸罪	18
二、强奸罪的法律特征	29
(一)危害性	29
(二)违法性	36
(三)可罚性	40
(四)强奸罪与其它相关罪行的界限	43
三、强奸罪的名称	53
(一)确定的根据	53
(二)立法形式	56
(三)归属	65
(四)种类	68
四、强奸罪行	76
(一)罪过特征	76
(二)行为特征	91
五、强奸罪人	101
(一)主体的人格学概念	101
(二)主体的刑法学概念	107

(三)主体的精神病学概念·····	116
六、强奸犯罪对象 ·····	123
(一)对象的性质·····	123
(二)对象的特征·····	127
(三)对象的分类·····	130
七、强奸犯罪的几种状态 ·····	142
(一)强奸犯罪过程中的既遂状态·····	143
(二)强奸犯罪过程中的预备状态·····	147
(三)强奸犯罪过程中的未遂状态·····	153
(四)强奸犯罪过程中的中止状态·····	161
附录：强奸罪的法条与判例 ·····	166

一、强奸罪概述

“强奸”是一种违反人性的犯罪行为，它的产生与出现，自有其特定的社会背景。性，与人性相关，它是驱使行为人实施强奸的最原始动因。要研究强奸罪，仅满足于法律上的分析与解释当然是不够的。如果能将其置于“人性”、“性文化”、“性欲”中作一番检讨，相信是会有所收获的。

(一) 人性与强奸罪

强奸罪是人类历史上最古老的，也是最原始的一种犯罪类型。说它古老，是因为它同杀人、盗窃一样，有着悠久的犯罪历史；说它原始，则是因为该罪行在实质上是男性基于生物的本能而对女性所采取的一种非法的性侵害，其行为动机多数是属于罪犯为满足自身卑劣的、粗俗的性欲而发端的。正因为这样，强奸罪才具有了特殊的犯罪性质、内容，特殊的行为特征。毫无疑问，在未来的社会里，这一罪行还会存在，这是因为，所有强奸罪与人的本性（其中尤以性本能为主）最有密切联系。说到底，“强奸”就是一种违反人性的不规范的性行为，只要不规范的人性存在一天，强奸行为也就不会失去其存在的可能。

什么是人性？人性就是在哲学上被称之为人的本质属性。“人的本质并不是单个人所固有的抽象物。在其现实性上，它是一切社会关系的总和。”（马克思语）这就说明，人是一种复杂的社会主体，他不仅具有自然属性，同时还具有社会属性和思维属性，这些彼此联系、相互渗透的属性构成人的本质，即人性。很多人之所以不承认人的自然属性是人性内涵之一，主要是把人的自然本质简单地看作是一种纯粹的动物性。这显然忽视了人与动物的根本区别：人通过劳动改造了自然，也改造人自身，改造了人与自然界的关系。在人的自然关系与社会关系的统一体中，社会关系处于支配的地位，但又不能因此否认自然关系对人性的制约，这也就是马克思所以要用在其现实上一语对社会关系的总和加以限制说明的用意。这就说明，作为社会性的动物，人既有自然属性中的各种欲求，也有社会属性与其他属性中的需求，而所有这些内容，又是构成人们开展和实施各类活动与行动的原始起因，也就是人的行为动机。在许多场合，我们可以从各式各样的行为背后找出与行为动机相关联的人的本质。由于行为动机常有外在的表现形式，它的性质与内容能够让人们所认识。所以，要想研究人性与强奸罪之间的关系，从行为动机入手未尝不是一个办法。

意大利的尼古洛·马其雅弗利认为，人是一个有情欲的动物，不论任何民族，不论什么时代，支配人的行为的动力就是他自己的情欲。中国的董仲舒也提出：人两有阴阳之施，身亦两有贪仁之性；天有阴阳禁，身有情欲性，与天道一也。这就是说，人是一种高级动物，他具有一切动物所固有的内在本能，如食欲、性欲、求生欲等，这是所有动物发乎内心的本能与情欲，其本质特征在于利己、冲动、无序和不计后果。而在各种激动人心的情欲之中，人类追求异性的那种情欲，是最为炽烈的，也是最为可怕的，因为这种情欲一旦被无限地释放出来，就会像那火山迸发的浓浆，使人不顾一切危险去冲破所有的障碍。如果人们作了这种狂热的、残暴的、不知

羞耻、毫无节制的情欲的俘虏,为了发泄原始情欲而不断寻求破坏对象,人类社会将无异于原始动物园,同样,他们也将会在无节制的情欲中毁灭自己。然而,人类之所以不同于一般动物,就在于他们懂得,人除了性欲之外,还有其他本能也同样需要得到满足。正如保加利亚伦理学家基里尔·瓦西列夫所指出的:人是社会性生物。这一点亚里士多德在大约两千三百年以前就谈到了。马克思从辩证唯物主义的哲学观、历史观和社会观出发,彻底而科学地证明了这一点。这种评价无疑包含着互相联系的各个方面。人是社会的产物,是许多社会条件的产物;人是作为各种社会关系的表现,作为各种社会关系的实际体现而存在的。但是,归根到底,是人自己建立了社会,按照历史的规律改变社会,从而创造了自己的存在。正是由于长期的社会实践与社会的群体生活,使人们在生产、劳动与其他交往过程中学会了在维护社会整体利益的基础上保护自身利益的道理,学会了用人类的灵智与理性来克服或控制原始的性欲,那种“社会整体利益应高于个人利益”的人生哲理理所当然地成为人类的后天本能,它在一定程度上制约了人类的各种先天性本能,使社会朝着有利于人类生存的方向发展。完美的理性与不断发展的灵智,才是人类社会得以生存与发展的重要保障之一。人之所以被称之为高级动物,其高级之处就在于他有理性、有灵智,他不仅懂得如何运用自己在后天形成的理性与良知去控制和调整那些发乎内心的情欲与冲动,而且还懂得把单纯的性冲动上升为有理性的性爱,因为性爱代表着人的精神高尚的一个方面。正因为如此,在社会向前发展的过程中产生的社会文明为性爱提供了肥沃的土壤。但是,我们也要看到,人类虽在后天获得了灵智与理性,但决不可能因此而消灭客观存在的先天性情欲,人们可以运用理性去控制自己的情欲,但决不可能去消灭它。

人在发展过程中始终还是一种生物,是他在其中生活的自然界中最复杂、最有生命力的生物。他完全生活在双重管制之下。

一方面他受决定他的文化发展的社会制度客观规律的制约；另一方面他又受生物规律、自然规律的支配。这就是说，人具有双重特征，一方面，他具有理性，这种理性不是与生俱来的，而是在后天逐步形成和完善起来的；另一方面，人又具有本能属性，因为他毕竟是由动物进化而来的，其各种情欲同一般动物并无太大分别。这两种属性在人的心灵内部此消彼长，都会对外界乃至社会产生利与弊的结果。荷兰哲学家斯宾诺莎认为：心灵具有不正确的观念愈多，则它便愈受情欲的支配，反之，心灵具有正确的观念愈多，则它便愈能自主。就是说，当人的理性占据上风时，他的一切言行就会在正确的观念指导下，作出对社会有利的事，此时，人的自然属性依然存在，只是它已臣服于理性的指挥。据研究，人的情欲升华到理性的高度，这种情欲甚至能够成为推动正义行动的巨大动力；相反的一面，当人的自然属性在心灵内部占据了主导地位，兽性大于理性，他就会在错误的、邪恶的观念指导下，作出对社会整体利益有损害的行为。强奸罪多数就是在这样的情形之下产生的。此时，行为人成了情欲的俘虏，而情欲也就成了兽行的有力助手。许多强奸案的行为人就是在这种兽性的推动下，把他的罪恶双手伸向被害人的。

斯宾诺莎的论述在一定程度上为我们解答了“人性与强奸罪存在着内在的联系”这样一个命题。然而，他的关于兽性与理性的解释，却存在着一定的局限性。因为，如果把人类的犯罪史置于“人性的削弱与兽性的滋长”这样一条单一的推导法则上，而无视隐藏在罪行背后的各种社会原因的话，这一理论最终必将陷入形而上学的泥淖。实际上，任何一种罪行，包括强奸罪在内，既是个人对社会的犯罪，也是社会上某些诱发犯罪的因素对行为人强化作用的结果，这种作用有时甚至具有决定性意义。据研究，产生犯罪的因素主要来自两个方面：一是内在因素，即犯罪人本身所固有的或逐步形成的邪恶的人性观，或者说是因为行为人自身对日益

膨胀的邪恶的人性缺乏自控能力而造成的；二是外在因素，即对犯罪能起各种诱发作用的社会环境和其它社会条件。显然，那种把人性看成是产生犯罪的唯一因素的观点是不能成立的。

接下来，我们需要进一步研究的是：人性中恶的因素是如何作用于强奸行为人的。从上述理论分析，所谓人性并不是抽象的，它同行为人的心理因素、个性心理因素以及个性心理特征和心理状态都有一定的联系。

人固有性欲，但并非所有具有性欲望与性能力的男子都会产生强奸被害人的欲求。其中一些人之所以会走上强奸犯罪的道路，有他的心理变化过程。这种变化既有自然属性的作用，也有社会属性的作用。当社会上消极因素反射到行为人的头脑中，经过多次信息储存，行为人在各种心理因素的作用下，形成了不良的心理品质，进而产生不良的需求欲望，即非法的性行为动机；带着这种不良的心理品质，行为人就把对外界反映的焦点凝聚到一些社会消极现象上，如黄色文化等，从而不断强化了自己不正常的、为社会所不容的需要欲望，使原有正常的性欲染上了粗卑的性质。为了发泄，不择手段，导致了最后的以身殉法。这种心理变化与行为的完成，其中经历了由量变到质变的过程，并自始至终贯穿着人性的作用。

有研究发现，人性对强奸罪的作用方式，主要有两个方面：一是生物方式，即人的性欲对强奸罪的作用；二是心理方式，即人性的产生、形成、发展和变化，它们无不同人的心理因素密切相关。而且，人性只有通过行为人的心理因素交互作用，才能对强奸行为产生必要的影响。现在的问题是，人性中的善行能否对强奸行为人从心理因素方面起制约作用？我们的回答是肯定的。因为只有人类才把道德带进了两性关系，通过对两性关系作道德的评价，使人们在处理两性问题时获得了社会的监督和自我监督（如良心谴责等）。“本能的人，即野蛮人没有把自己同自然界区分开来。

自觉的人则区分开来了。”(列宁语)事实上,人们在现实生活中学会了道德上的自制力,学会了进行自我认识。自我认识主要是指对自我的社会地位、社会归属、社会本质、社会权利和社会义务,以及自我的思想意识、道德风貌、能力和价值的认识。认识愈加深刻,自制力就愈增强,从而自由化倾向、无政府行为就会减少。良好的道德习尚,不仅能够提高人们的自我认识能力与行为自制力,同时也引导着人们的两性关系步入符合社会规范的轨道。可见,人性中善的一面是能够对强奸罪等一类越轨的性行为起抑制作用的。

有关人性与强奸罪之间的辩证关系问题,在理论研究与司法实践中,尚有三种倾向值得注意:

1. 把人的自然属性错误地看作是产生强奸罪的唯一根据。中国汉朝以前,历代君主都奉行着一条千古不变的法律遗训:“男女不以义交者,其刑宫。”虽然当时的理论并没有指出人的自然属性与犯罪之间有什么内在的关系,但人们普遍相信,“饱暖思淫欲,饥寒起盗心”,并开始注意把人性中的情欲、物欲同犯罪动机联系起来,在他们看来,情欲与物欲才是导致犯罪的唯一根源。或许正是基于这样的逻辑推理,于是就出现了把宫刑(亦称腐刑)当作是彻底解决强奸罪重新发生的“高招”。追根溯源的结果,就是这样斩草除根。在意大利,犯罪学家龙勃罗梭(1836-1906)也认为,现代社会存在着犯罪天性的人,这种人是隔代遗传所造成的,为了保护社会安全,必须对“犯人”采取预防措施,并从自然属性的角度提出了制裁犯罪的种种设想。龙氏的这种观点同中国古代有关“宫刑”的想法如出一辙,其研究的局限性是显而易见的,甚至他的学生都不愿意承认。菲利后来创立了刑事社会学派,提出:犯罪的原因除了生理因素以外尚有经济、政治、文化和社会环境等因素。我们认为,人的自然属性是与生俱来的,在某些类型的犯罪上确实能起到特殊的作用,如强奸行为本身所具备的性欲求与性能力就

是一种自然属性,舍此,该行为人是向被害人施加强奸形式的性侵害的,这一点不言自明。但是,人之具有自然属性,同犯罪之间并不存在着必然的联系,因为诱发犯罪的原因是多方面的。现代犯罪学的研究成果认为,造成犯罪的主要原因还在于社会方面,而自然属性是不可能单独对犯罪起任何作用的。即使是恶的人性,它也是以其整体性去作用于犯罪的。例如,1940年5月下旬,日寇在中国龙华镇扫荡,从天主堂内拉走20多个妇女,关在一个屋子里,晚间由日寇军官们任意轮奸。偏城姚门口有一个13岁的女孩,被几个敌人轮奸后,连刺两刀,丢在半山草丛中,经过长时间的呻吟,终于死去。这是当时日本鬼子在中国犯下的一桩滔天罪行。入侵别国领土,奴役他国公民,任意奸杀他国妇女,这一系列的罪恶行径,绝不可能仅仅是由一些人的自然属性——兽欲的指使下造成的,它同当时日本国的“侵略”的社会意识是密切相关的。上述的这一事例,足以说明那些认为自然属性是行为人产生强奸罪的唯一根据的说法是不能成立的。

2. 把人的自然属性看作是同强奸罪毫无关系的因素。持这种观点的人企图用犯罪社会原因来掩盖犯罪人的个体原因。事实上,如前所述,人的性欲属于自然属性的一部分,而它的实现方式却要受到其它属性的制约。自然界的动物从来就没有类似的自觉的限制,动物在主观上是不能调节本能的,动物的性接触只受生理上的限制。动物没有道义上的制裁,更谈不到制定法律细则。而人类却不同,人们需要创造出各种各样的防范措施来制约自己的性行为,使人类的自然属性最终能够符合社会属性的要求,如道德规范、法律规范、宗教规范等等。但是,所有这些措施,对人类的自然属性也只能起到“制约”作用,它不可能消灭或根绝人的自然属性,在强奸罪上,行为人的性欲始终是诱发和推动实施强奸行为的最原始的动机。那种否定自然属性与强奸罪之间的内在联系的观点是没有根据的,也是没有意义的。

3. 人固有性欲,行为入能否籍此来为自己的强奸行为作免责上的辩解呢?答案是否定的。健全的人性是社会进步的象征,也是推动社会文明的重要力量。强奸罪的发生,是一种违反人性的行为,它向健全的人性提出了挑战,并危及了社会的整体利益,由此而遭到社会的反击(如刑事制裁或道义上的谴责)也就可想而知了。根据康德的伦理原则,人本来就具有一种内在的指挥力量,它决定着他自己的实际行为,并使之具有道德性质。人违反绝对命令而犯罪,就应受到道义上的非难与谴责。人在社会上生活,其一切活动同社会密切相关,当他的行为侵害了他人利益,而这种利益又受到了某种社会规范(主要是指法律规范)保护的时候,人们就会以这种侵害已经给社会带来了不安定的因素为由,运用各种办法来消除这种不安定的因素。更何况,在许多人看来,人的性欲并不呈泛滥性质,也不是不可自我抑制或疏导的。因为,只有社会属性才是人性中的主导力量,这是人类社会进化的结果,也是人类区别于动物的重要标志。当然,对于那些有某种病态性欲的强奸犯的法律制裁或法律评价,相信在科学日益昌盛的将来是会得到合理解决的。

现代社会讲求男女平等,乃至人人平等。正当的、健康的性行为应当是建立在“两情相悦”的基础上,为男女双方的共同需要,且又不影响他人的任何权益。只有这样的性行为,才是纯洁的、高尚的,能够为现代社会所接受,也才是符合人性标准的。诚如托马斯·莫尔所言:德行引导我们的本性朝向正直高尚的快乐,如同朝向最高的善一样。那种违背他人意愿、把性快感建立在别人痛苦之上的性行为,则是粗卑的、污浊的,是对人性的背叛。强奸罪就是这样一种违背人性法则、理应受到全社会谴责和国家法律制裁的一种犯罪行为。

(二)性文化与强奸罪

路易斯·亨利·摩尔根先生曾对人类古代社会的研究作出巨大的贡献。根据他的研究报告,当人类社会还处在蒙昧时代,受自然法则的约束时,人们的性关系同一般动物并没有什么分别,还处于一种原始的、紊乱不堪的状态,性事不讳亲伦,父女、母子、兄妹相通都是天经地义的。在远古时代,人们对一个人的性要求看得比较坦率、单纯而自然,甚至存在过对生殖器的崇拜,把它看成是永世长存的神赐,有些庙宇里供奉着阳性生殖器的图像。古代人在膜拜时并不羞得面红耳赤,也没有那种下流的感情。在这样的状态下,所谓强奸或通奸一说当然是不曾有的。随着人类社会的进步和发展,野蛮社会代替了蒙昧社会,人们的血亲关系在很大程度上得到了确认,血婚制家族也逐渐过渡到伙婚制家族,上下辈之间的血亲关系得到了认可,他们的性事也就为伙婚制家族所禁绝,到这时候,动物般的性关系在一定程度上被限制住了,只是兄妹间的性关系在家族内部仍然受到保护。当野蛮社会又进一步被历史车轮带进了文明社会之后,尤其是专偶制家族的确立,所有群婚制、乱婚制之下的性关系才缓慢地被推进了坟墓,代之而来的是由社会礼俗、伦理道德甚至是法律规范所制约的文明的性关系,随意的性行为已经为整个社会与家族所不容。到这一阶段,人们学会了用文明社会所有的礼经、风俗、习尚、习惯或法律来调整各种性关系,尤其是在专偶制家族建立以后,那种超越婚姻制度的、越轨的行为,就被看作是对社会法益的侵害,是对婚姻家庭制度的破坏。于是,确认与制裁各种越轨的性行为的道德规范与法律规范就在这样的历史演变中诞生了。经过杂乱性交关系的社会阶段,两性关系逐渐出现某种习俗规定的社会禁例,这种禁例一经确立,就说明两性关系须按照一定的社会规范建立。这种按照一定的社会规

范所建立的两性关系与原始状态相比较,具有全新意义。

伴随而来的还有人类社会的性文化、性道德,它们对传统的强奸概念曾经有过重要的影响,其中最有代表性的,要数禁欲主义、寡欲主义和后来出现的享乐主义。

禁欲主义滥觞于古代圣经。根据原罪论的说法,人类的祖先——亚当与夏娃,就是因为偷吃了禁果,才因此被贬到下凡,人类的始祖一开始就是带着沉重的赎罪心灵降临人世的。秉承上帝的旨意,人只有杜绝或克制自己的原始情欲,日夜祈祷,恳求上帝的宽恕,才有可能赎回自己的原始罪孽。早期的基督教认为,性愉快是一种不可饶恕的罪过,一个男人若过于热爱他的太太,是比通奸更糟的罪。英国维多利亚时代的人普遍认为,一个有教养的妇女应该很少有性欲。正是在这样的社会条件下,禁欲主义的产生就成了历史的必然。这种思想首先是在宗教范围内传播开来,接着得到了教徒们的响应,并成为他们以致后来逐步向社会成员推广的一项重要生活准则。禁欲者主张,生理欲望(尤指性欲)是一切罪恶的根源,应视作禁忌。它要求人们放弃个人利益,拒绝尘世的财富和享乐,抑制肉欲的诱惑,以达到某些社会目的或者在道德方面的自我完善。虽然其中有些宗教也承认婚嫁的必要性,因为杜绝人类男女之间的正当性行为,阻止人类种族的繁衍,到最后,教徒与上帝都将不复存在。因此,许多宗教都允许教徒或信徒们在合法婚姻内部的性事,即使这样,这些宗教依然视生理欲望为不甚高洁之事,至于那些婚外性行为,包括强奸行为在内,则不仅犯忌,简直就是罪上加罪。这种禁欲思潮曾风行西方诸国,直到近代和现代尚有一席之地。

与西方禁欲主义有所不同的是中国的寡欲主义,中国性文化心理的形成有个耐人寻味的过程。远古时期是原始的性崇拜时代,到了春秋战国时期,文化昌盛,可说是性开放的时代,并且把性由原始图腾引向理论探索。孟子谈性主要从“不孝有三,无后为

大”的角度,把性简单等同于生育功能,而不是性本身。先秦典籍中公开赞美性、讨论性的文字很多,起源很早的房中术则是专门研究性学的,当时的性事也是老百姓街谈巷议的话题。在那个时代,无论是上层阶级还是下层社会,是理论研究还是生活实践,对于性,都还根本谈不上有什么禁忌之类的,更不用说有什么寡欲了。但是,到了后来,情形有了变化,中国的先哲们从人性角度出发,比较了性善论与性恶论的利弊,随着讨论的深入,以孔孟之道为核心,兼收并蓄了其他学派的观点,提出了养心寡欲的思想。在孔子看来,人的欲望与身俱来,是一种天性,是不能加以禁绝的,而是要学会控制它,使之保持在一定限度内,不得泛滥。孟子也说:养心莫善于寡欲。其为人也多欲,虽有不存焉者,寡矣(《尽心下》)。在他以为,多欲,人的善性和仁义之心就散失了;而寡欲,就能够存心养性。这种寡欲主义虽有它的片面性,然而,较禁欲主义又要进步一些。由于孔孟思想在古代思想文化领域占据着主导地位。它不仅长期支配着皇权立法者的治国与立法思想,甚至对广大民众的性文化与性意识的发展与演变亦具有强烈的感染作用,也在一定程度影响着皇权立法者对强奸案件的定罪量刑。事实上,中国古代与近代社会的性文化与性意识一直对强奸案件的认定与处理起着决定作用。

自从秦汉以后,虽经过董仲舒“罢黜百家、独尊儒术”的渲染,但实际上儒学并没有被定为一尊,影响社会的思潮是多方面的,道教就把房中术和炼丹术巧妙地结合起来,并且把性事和延年益寿直接挂上钩,又非常强调性技巧引发的性体验是迷人的世界。因此,当时研究、实施房中术蔚然成风,禁欲主义或寡欲主义并没有太大的市场。唐代著名医家孙思邈就很重视房中医学效用,他的代表作《千金要方》、《千金翼方》中,多处论及房中术。唐代普遍流行的春画也不仅仅是娱乐性的,而主要是为了指导性事。在这八百多年当中,中国的性研究居世界领先地位。而当时西方社会还