强奸罪 解构与应用

Rape Deconstruction and Application

何洋 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

强奸罪 解构与应用

Rape Deconstruction and Application

何洋 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

强奸罪:解构与应用 / 何洋著. —北京:法律出版社,2014.7

ISBN 978-7-5118-6546-5

Ⅰ.①强… Ⅱ.①何… Ⅲ.①强奸—刑事犯罪—研究—中国 Ⅳ.①D924.344

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 125414 号

安徽大学图书馆
藏书
www.lib.ahu.edu.cn

ⓒ法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉　　**装帧设计**/凌点工作室

出版/法律出版社　　**编辑统筹**/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司　　**经销**/新华书店
印刷/北京泰山兴业印务有限责任公司　　**责任印制**/沙 磊

开本/A5　　**印张**/11.75　　**字数**/355 千
版本/2014 年 8 月第 1 版　　**印次**/2014 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn　　**销售热线**/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn　　**咨询电话**/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782　**西安分公司**/029-85388843　**重庆公司**/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636　**北京分公司**/010-62534456　**深圳公司**/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6546-5　　**定价**:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

光阴似箭、日月如梭，斗转星移间，我在大学从事教职已近十五年了。十五年来，我时常感慨于自己能有这份幸运有机会以读书会或其他方式与一群志趣相投、生机勃发的年轻人聚在一起，讨论各种学术、非学术的话题，观察人世间的沧桑巨变，感受生活中的点点滴滴。教书之于我，并不仅仅是一种谋生的手段，而是个人兴趣与维持生计的完美结合。与学生们在一起，看着他们迅速成长、学有所成，并且开始著书立说，作为老师，在为他们欣喜之余，个人的成就感也得到极大的满足。天下最好的工作莫过于此！这是何洋博士在邀请我作为导师给她即将付梓的大作《强奸罪：解构与应用》写几句希望或者勉励的话时，内心所生发出的第一个感慨。

翻着何洋同学在花费四年（其中一年在日本东北大学）心血写就的博士学位论文基础上加工而成的三十多万字的书稿，内心久久不能平静，眼前不断浮现出她于清华园内刻苦修读、终成正果的往事，欣慰之情油然而生。本书，正如各位评委在她答辩时所指出的那样，还可以进一步完善，如上篇对下篇的指导作用可再具体些，作为本书原创性贡献的强奸罪的三种基本属性对我国强奸罪立法的导向作用亦可论述得再详细些，但瑕不掩瑜。本书采用跨领域的动态研究方法，突破时间、空间以及学术领域的局限，从浩瀚纷杂的具体社会现象中提炼出强奸罪的基本属性这个概念，并在它们之间的纵横关系的基础上，对刑法中的强奸罪的设置与认定规律进行挖掘与探索，将有关强奸罪的具体问题置于其产生与发展的历史背景与趋势中去观察与解读，立意高远、论证周密。与当代同样主题的著作相比，本书明显胜出一筹。

同时，本书也显示了作者宽广的知识背景与娴熟的写作技巧。本书所述内容虽横跨社会学、心理学、法学以及女性主义理论等不同领域，涉猎甚广，但难得的是，作者在谈古论今、旁征博引的同时却始终能紧扣主题、收放自如，分析丝丝入扣，论证周匝严密。更难能可贵的是，此书虽立足于对强奸罪的设置与认定进行学术探讨，但其语言却并不呆板晦涩，而是如行云流水一般，娓娓道来，在满足学术表达的严谨性与准确性的同时，也符合我一再跟学生们强调的，在学术研究与表达上务必要努力做到深入浅出、言简意赅的要求。

俗话说，良好的开端是成功的一半。何洋同学作为从我这里毕业的第一位女博士，第一位出版博士学位论文的学生，相信本书的问世会为她的学术生涯打下一个良好的基础，奠定一个高的起点。学术之路漫长而艰辛，衷心希望何洋同学能够不忘初衷、至纯至坚，在新的工作岗位上，再接再厉，不断有新的作品和大家分享！

是为序。

黎　宏

2014 年 4 月于清华园

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

目　录

绪　论　1

上篇　强奸罪的基本属性:从财产到权利

第1章　强奸罪的财产属性　7
1.1　引论　7
1.2　财产属性产生的根源　8
1.2.1　概述　8
1.2.2　女性地位的转变　10
1.2.3　性意愿的产生与变相实现　13
1.2.4　小结　17
1.3　财产属性产生的影响　20
1.3.1　强奸罪的规制范围　21
1.3.2　强奸罪的性别设定　25
1.3.3　强奸罪的认定规则　27
1.3.4　婚内无奸的历史　29
1.4　财产属性发展的规律　34
1.4.1　立法变革与财产属性发展的趋势　35
1.4.2　独占意识与财产属性发展的规律　69

第 2 章 强奸罪的道德属性 81
2.1 引论 81
2.2 道德属性产生的根源 83
2.2.1 概述 83
2.2.2 性道德的作用原理 84
2.2.3 性道德的存在根据 87
2.2.4 性道德的评价标准 99
2.2.5 小结 115
2.3 道德审判的理性审视 116
2.3.1 当事人之间的关系对于强奸罪的影响 117
2.3.2 反抗规则的产生与发展历程 127
2.4 道德属性与重刑倾向 139
2.4.1 强奸罪的重刑倾向的根源 139
2.4.2 贞操观的发展规律及影响 144

第 3 章 强奸罪的权利属性 146
3.1 引论 146
3.2 权利属性产生的根源 149
3.2.1 概述 149
3.2.2 性自主机制的形成 150
3.2.3 性自主机制的确立 159
3.2.4 性自主权存在的根据 163
3.3 权利属性产生的影响 168
3.3.1 概述 168
3.3.2 第一次重心转移 170
3.3.3 第二次重心转移 181
3.3.4 强奸罪的本质特征 200
3.4 权利属性与追诉模式 206
3.4.1 问题提出 206
3.4.2 观点综述与评析 207
3.4.3 婚内强奸应否设置为亲告 212

下篇　强奸罪的司法认定:从一般到特殊

第4章　强奸罪的犯罪手段　217
4.1　强奸罪中暴力的认定　217
4.1.1　问题提出　217
4.1.2　半推半就的认定　218
4.1.3　暴力相关性的认定　225
4.1.4　对暴力的承诺的认定　229
4.2　强奸罪中胁迫的认定　232
4.2.1　问题提出　232
4.2.2　立法趋势与启示　233
4.2.3　非暴力胁迫的认定　235
4.3　强奸罪中欺诈的认定　246
4.3.1　问题提出　246
4.3.2　被告人自我答责说　247
4.3.3　事实错误与动机错误说　249
4.3.4　法益错误说　259

第5章　强奸罪的特殊对象　263
5.1　婚内强奸问题研究　263
5.1.1　问题提出　263
5.1.2　婚内免责规则的历史沿革　263
5.1.3　对婚内免责规则之新解读　265
5.2　奸淫幼女问题研究　277
5.2.1　争议的本质　277
5.2.2　严格责任的存在根据　280
5.2.3　严格责任在法定强奸罪中的发展　283
5.2.4　奸淫幼女与嫖宿幼女的关系　294

5.2.5 已满14周岁未满16周岁的男子与幼女发生性交行为的认定 301
5.3 与精神病人性交问题研究 304
5.3.1 问题提出 304
5.3.2 性防卫能力的认定 305
5.3.3 “明知”的认定 310
5.3.4 司法实践中的特殊问题 312

第6章 强奸罪的刑罚适用 314
6.1 “二人以上轮奸”情节的认定 314
6.1.1 问题提出 314
6.1.2 加重处罚轮奸的根据 315
6.1.3 “二人以上轮奸”情节的认定 316
6.2 “致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果”的认定 328
6.2.1 问题提出 328
6.2.2 结果加重犯的认定 329
6.2.3 强奸罪与故意杀人罪的关系 330
6.2.4 “其他严重后果”的范围 333
6.3 其他加重情节的认定 335
6.3.1 “情节恶劣”的认定 336
6.3.2 “强奸妇女、奸淫幼女多人”的认定 337
6.3.3 “公共场所当众强奸妇女”的认定 337

结 论 339
参考文献 356
跋 366

绪　论

强奸罪是一种古老而又常见的犯罪。纵观历史，强奸罪的含义与使命是随着时代背景的更迭而逐渐发生变化的，但是，无论怎样变化，它都是与人们，尤其是女性的人身安全、人身自由以及人格尊严联系最为密切的犯罪之一，都是最为普通百姓、最为古今中外刑事立法与刑事司法关注的焦点之一。结合不同时代的特定背景，对强奸罪的产生与发展的内在规律以及设置与认定中的问题进行探讨，对于进一步完善与强奸罪有关的理论与立法以及在司法实践中更为合理地认定强奸罪来说意义重大。

回顾历史，自 1949 年新中国成立至今，我国对于强奸罪的研究大致可以分为三个阶段：第一阶段从新中国成立初至 1979 年刑法典颁布。此一阶段对强奸罪的研究非常薄弱，目前，可以查阅到的相关论文仅有李国祥的“处理奸淫幼女案件的几点体会”等少量的几篇文章；第二阶段从 1979 年刑法典颁布到 1997 年刑法典颁布。此一阶段，关于强奸罪的研究主要集中于司法实践中所发生的一些典型案件的处理，如强奸罪的犯罪客体是什么，强奸罪既遂与未遂的区分标准是什么，强奸罪与流氓罪如何区分，强奸罪的罪名之争等。与 1997 年刑法典颁布之后的研究态势相比，此一时期的研究状态总体来说比较粗疏，多数文章甚至直接就司法实践中的问题提出自己的解决方案，观点通常带有很强的权宜色彩，缺乏周密的论证，缺乏刑法理论的支撑；第三阶段从 1997 年刑法典颁布至今。此一阶段，对于强奸罪的研究，无论是在深度上还是广度上，均取得了突破性的进展。具体表现为：一则与前一阶段的研究状况相比，此一阶段的研究成果可谓蔚为壮观。以“强奸罪”为关键词在期刊网上检索出来的论文数量已达至 2137 篇。有关强奸罪的专著，无论是数量还是质量较之

前都已有了长足进步,主要著作包括:阮方民、叶俊楠的《强奸犯罪研究》(杭州大学出版社 1989 年版),王然冀、张之又、崔进、万春的《强奸罪的认定与防治》(中国华侨出版社 1990 年版),徐杰、侯建军主编的《强奸罪研究》(中国人民公安大学出版社 1991 年版),欧阳涛、刘德法主编的《当代中外性犯罪研究》(社会科学文献出版社 1994 年版),张光宇的《强奸罪的法律问题》(厦门大学出版社 1999 年版),祝铭山主编的《典型案例与法律适用——强奸罪》(中国法制出版社 2004 年版),王文生的《强奸罪判解研究》(人民法院出版社 2005 年版),黎宏主编的《刑事案例诉辩审评——强奸罪、拐卖妇女儿童罪》(人民检察出版社 2005 年版),冀祥德的《婚内强奸问题研究》(人民法院出版社 2005 年版),梁健的《强奸犯罪比较研究》(中国人民公安大学出版社 2010 年版)等。上述论文与专著对于推动我国与强奸罪有关的刑法理论的发展发挥了重要作用。二则与前一阶段相比,此一阶段的研究成果虽然大多面向司法实践,但是不同之处在于围绕着对司法实践中的问题的探讨与论争,隐藏在强奸罪中的深层次问题初见端倪。例如,对强奸罪主体的论争将强奸罪立法所久已隐含的性别设定揭示出来;对婚内强迫性行为的定性与认定的论争引发了对强奸行为的本质危害,强奸罪立法所保护的法益,强奸罪的含义与使命的历史更迭性的关注,权利理念由此更加深入人心;对强奸罪的本质特征究竟是性行为违背妇女意志还是暴力、胁迫或者其他手段达到一定程度的论争使人们对违背妇女意志与暴力、胁迫或者其他手段之间的关系有了更为清晰的认识,这有利于在司法实践中更为准确地认定强奸罪。总体来说,1997 年刑法典对于强奸罪的规定较之 1979 年刑法典更为科学、细致,同时,伴随着几个有关强奸罪的司法解释的出台,学界对于强奸罪的研究也变得更为具体。三则较之前一阶段,此一阶段的研究方法具有两个鲜明特征:即中外比较法以及跨领域研究的方法。20 世纪 70 年代,在女权运动的影响下西方国家相继发生了强奸罪立法变革,客观地说,无论是变革理念还是某些变革的措施均很值得我国借鉴。因此,大约 2000 年前后,伴随着女性主义理论在全世界范围内的传播,一批介绍国外立法变革成果的文章在我国相继发表,比如,苏彩霞的“域外强奸罪立法的新发展”;李立众的“台湾岛强奸罪立法之新发展”;邱如梅、陈如春的“美国刑法强奸罪之比较研究”;钱叶六、朱彤的“域外刑法中强奸罪立

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

法之新趋向及借鉴”等。所谓中外比较法,就是指将我国的强奸罪立法与国外的强奸罪立法进行比较分析,以此挖掘国外强奸罪立法对于我国的借鉴意义。根据强奸罪的属性与规律,与强奸罪有关的所有问题都可以并应该进行跨领域研究,但是,此一时期的跨领域主要局限于对婚内强奸问题的研究上,例如,周永坤写的“婚内强奸罪的法理学分析”;梅辙的“社会观念视域中的中国婚内强奸问题”;陈兴良教授的“婚内强奸犯罪化:能与不能——一种法解释学的分析”;周华山的“‘婚内强奸法’的本土化研究”等。

自1997年刑法典颁布至今,此一阶段关于强奸罪的研究成果总体来说是可喜的,但是,所存在的问题也不容忽视。第一,对强奸罪的研究不够全面。学界有关强奸罪的文章总量虽然可观,但对婚内强奸问题、奸淫幼女问题进行讨论的文章以及对国外立法成果进行介绍的文章占了已发表文章的绝大部分,对与强奸罪有关的其他问题的探讨则相对薄弱。第二,常常是一个案件引发对一个问题的论争,整个学术研究状态比较零散,随机性比较强,缺乏体系性与方向感,基于此,所得出的结论权宜性也相对较强,说服力不足。第三,对强奸罪的研究仍主要局限于刑法领域,研究视野太过狭窄,影响了研究的深度、广度与高度。强奸罪虽然是刑法分则中的一个罪名,但事实上,它是一种容易受到许多社会因素影响的犯罪,确切地说,是许多社会因素依据特定规律结成一股合力推动强奸罪向前发展。因此,决定强奸罪如何发展的各种因素并不在刑法内部,而是分散在广阔的社会空间之中。鉴于强奸罪产生、发展以及存在的特殊性,我们对强奸罪的探讨一定要打破刑法领域的局限,将所有能够对强奸罪的设置与认定产生影响的因素合乎逻辑地纳入理论研究范畴。一言以蔽之,我们需要找出一条线索,一条可以揭示强奸罪产生、发展规律的线索,这样才能打破传统研究方法与思维的局限,打破强奸罪理论研究的“瓶颈”。第四,国内介绍国外强奸罪立法变革成果的文章很多,但普遍存在两个问题:一是对国外立法变革的介绍主要局限于对变革初期所取得的成果的介绍,立法变革之后的司法实践效果如何鲜有文章介绍,这不利于我们对国外立法经验的甄别与借鉴;二是对国外立法变革的介绍主要局限于对变革内容的介绍,对于变革的背景、动机、理念却鲜有文章提及,这不利于我们对国外立法变革形成一种完整而全面的认识,因此,很难作出

准确的评价,更难以谈及有何借鉴意义。应该说,本书的行文布局对上述四个问题均作出了积极的回应。

本书分为上下两篇,上篇的题目叫作“强奸罪的基本属性”,下篇的题目叫作“强奸罪的司法认定”。上篇总共分为三章:分别是强奸罪的财产属性、道德属性与权利属性;下篇也分为三章,分别是强奸罪的犯罪手段、特殊对象以及刑罚适用。上篇基本相当于强奸罪的总则部分,笔者试图通过对强奸罪的财产属性、道德属性以及权利属性产生的根源,对强奸罪的设置与认定所产生的影响以及未来发展的规律的探析与预见解构强奸罪。通过这种解构,我们可以清楚地看到不同时代强奸罪的发展状态,准确地把握强奸罪的发展脉络,同时,深刻洞悉强奸罪之所以在某个特定时代呈现某种特定状态的原因。这对我们的立法与司法均具有导向作用。上篇三章从财产到权利基本遵循的是时间顺序,上篇每一章所辖三节也基本遵循的是时间顺序。下篇相当于强奸罪的分则部分,第四章“强奸罪的犯罪手段”包括三节,分别是暴力的认定、胁迫的认定以及其他手段的认定,其他手段中主要介绍欺诈;第五章“强奸罪的特殊对象”实则论述的是夫妻之间的强迫性行为如何认定,与幼女发生性行为如何认定以及与精神病人等无性防卫能力人发生性行为如何认定的问题;第六章“强奸罪的刑罚适用”指的是《刑法》第 236 条第 3 款所规定的五种法定刑升格情节如何认定的问题。下篇三章的排列顺序是从一般到特殊,从定罪到量刑。

上篇　强奸罪的基本属性：从财产到权利

第1章　强奸罪的财产属性

1.1　引　论

强奸罪，作为对性的一种法律规制形态，并非从来就有，也非一成不变，它是人类历史发展到一定阶段的产物，其含义与使命也将随着历史进程的不断推进而相应地发生变化。依照现代法律理念与人权理念，强奸是对被害人人身权利的侵犯，确切地说，是侵害了被害人的性自主权。然而，在强奸罪产生伊始的时代背景下，非但没有性自主权这个概念，就连性自主也是没有的。这是因为，人们对自身自主性的认知以及其他社会成员对这种自主性的认可均需要时间的积淀与其他各方面条件的成熟，这是一个循序渐进的历史过程，并非一朝一夕就能完成。因此，在当时，强奸不可能被视为一种侵害他人性自主权的行为，而是被视为一种扰乱婚姻秩序，侵害男性专属权的行为。也正基于此，强奸罪的财产属性才能得以产生并在一段相当长的历史时期内对强奸罪的设置与认定发挥潜移默化的影响。强奸罪的财产属性之财产，暗示的是女性本身以及女性所提供的性资源已被物化为男性财产的状态，财产属性可以被理解为女性没有独立的法律地位，对女性的性侵害所造成的法律后果表现为对此女性具有专属权的男性的损失。

从刑法学的角度来看，财产属性实则代指强奸行为所造成的法益侵害，但笔者并没有采用“法益”这个概念，这主要是出于以下三点考虑：一则本文穿梭于哲学、社会学、生物学、心理学、性学、法学以及女性主义理论等不同的学术领域之间，“属性”这种表述方法更有利于联系、分析、借鉴、嫁接以及有机融合不同学科与强奸有关的知识点，更有利于从更广阔

的维度、以更独特的视角审视强奸罪产生、发展的内在规律,而法益的专业性太强,兼容性远不及属性。二则上篇分为三章,分别为强奸罪的财产属性、道德属性与权利属性,它们之间的关系虽从表面上来看是递进更迭的,但是,仔细分析就会发现它们之间的关系远非取代与被取代那么简单。一言以蔽之,虽然不同时代以上三种属性在强奸罪中所占据的位置与发挥的作用不同,但是,迄今为止,还没有任何一种属性能够完全取代其他两种,因此,更迭并不足以揭示强奸罪发展的真正规律。之所以不宜采用"法益"的表述方法,就是因为法益是一个纯正的法律概念,只要立法变更,法益就会随之发生变化,但法益的变化并不能准确把握强奸罪的运作规律与实际状态。援用"属性"最大的便利就在于,它既可以体现一种递进更迭的规律,又能够呈现一种此消彼长、并行不悖的状态。三则是出于行文的需要,用属性统辖三章,远比用法益整齐的多,表述起来也相对容易。以上是对笔者何以采用"属性"而不是"法益"统辖本书的原因的简单说明。现在,我们回归对财产属性的探讨,就强奸罪的财产属性来说,需要我们了解三个问题:一是强奸罪的财产属性是如何产生的?二是财产属性究竟对强奸罪产生了哪些影响?三是财产属性的发展趋势与发展规律是什么?本章便是围绕上述三个问题组织并展开论述的。

1.2 财产属性产生的根源

1.2.1 概述

强奸罪的财产属性与强奸罪一同产生,换句话说,强奸罪产生伊始就具有财产属性。我们对财产属性产生的根源的探讨实则对强奸罪产生的历史使命的探讨。强奸罪何以以及如何得以产生?伴随着对于这个问题的最终解决,财产属性的含义会自然而然地显现出来。关于强奸罪产生的历史使命的问题,笔者认为对于男性来说,设定强奸罪的意义在于以国家的力量保证自己所拥有的性资源不被他人侵犯;对于女性来说,设定强奸罪的意义在于以国家的力量保证自己可以委身于某位男性,不被肆意掠夺;对于社会来说,设定强奸罪的意义在于以国家的力量保证性秩序的

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com