



● 冀祥德/著

婚内强奸问题研究

Study on Issues of Rape during Marriage



人民法院出版社
THE PEOPLE'S COURT PRESS

婚内强奸问题研究

冀祥德 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

婚内强奸问题研究/冀祥德著. - 北京: 人民法院出版社, 2005.1

ISBN 7-80161-936-6

I. 婚… II. 冀… III. 强奸-刑事犯罪-研究-中国 IV. D924.344

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 000130 号

婚内强奸问题研究

冀祥德 著

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010)85250561 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定华鑫印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 213 千字

印 张 8.625

版 次 2005 年 2 月第 1 版 2005 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-936-6/D·936

定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装、请与出版社联系调换)



作者简介

冀祥德，男，汉族，1964年2月14日出生，山东省青州市人。1985年7月毕业于现山东警察学院，当过警察，做过公安学校教师。1995年10月创办山东德扬律师事务所，任该所主任，高级律师，兼任烟台大学法学院副教授，全国律师协会刑事专业委员会委员。2000年考取北京大学法学院硕士研究生，2002年7月提前毕业并获硕士学位。同年考取北京大学法学院博士研究生，2004年7月提前毕业并获博士学位。期间被评为北京大学研究生“学术十杰”并获北京大学“学术创新奖”。现任中国社会科学院研究生院法学系副主任、副教授，中国科学院法学研究所博士后、副研究员。著有《建立中国控辩协商制度研究》，另独著、合著、参编著作、教材7部，发表学术论文80余篇。主要研究方向为刑法学、刑事诉讼法学、犯罪学、证据学、司法制度等。

内容提要

本文运用比较学、法理学和社会学的方法，透过刑法学、民法学和婚姻法学多个视角，对丈夫能否成为强奸罪的主体进行了较全面的理论解析，提出了婚内强奸犯罪化立论的新原点——“耦合权利义务说”。从对权利与义务的本体追问切入，认为夫妻性权利义务关系是民事法律关系中合同关系的一种，虽然一方的权利即另一方的义务，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，权利主体并不当然取得采用违法甚至犯罪手段强制其履行义务的资格。揭示出婚内强奸的起动原因乃性违约，由于性违约从而导致性暴力。但是，从法律意义上，性违约则不一定必然导致性暴力，尤其不必然导致性暴力的合法性。从而找到了婚内强奸犯罪化立论的法理学支点，并从社会学的角度，指出摒除丈夫豁免，承认婚内强奸，乃女权运动发展的使然；摒除丈夫豁免，承认婚内强奸，乃世界妇女人权保障的必然。分析了婚内强奸在中国作为客观事实的普遍存在，以及从客观事实到法律事实的艰难演进。在对婚内强奸进行价值论解读的前提下，论证了婚内无奸，不会导致漠视妇女人权；婚内有奸，也不会必然影响家庭和社会稳定。然后从解释论和立法论两大方向，对婚内强奸公权救济予以学理解释及法律规制。最后，从系统论的视角，阐述了婚内强奸犯罪化立论的权利背景保障：法治国的性权利发展。指出当代中国从

计划经济体制向市场经济体制的转型，正在推动着社会法思想由社会本位走向权利本位的转型。在我国目前市场经济体制逐步完善的背景下，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”的误区，实现“告诉乃论”为前提的婚内强奸犯罪化立论。

序

冀祥德博士的专著《婚内强奸问题研究》即将出版，由于该书是在其硕士论文的基础上扩增而成的。我曾经是他硕士指导教师，对其论文写作的经过比较了解，并且其硕士论文《婚内强奸犯罪化研究——从客观事实到法律事实的演进》收入了北京大学法学院编的《法学的诱惑——法律硕士论文写作优秀范例》一书。我在“导师点评”中，对该文曾经做过点评。现在，冀祥德博士的专著又要出版了，嘱我做序，义不容辞。在“导师点评”的基础上略加扩充，遂有此序。

冀祥德博士是我在给硕士授课时认识的，课间休息时间，他经常和我探讨问题，从而慢慢熟悉起来。此后，对冀祥德的经历有了进一步的了解，获知他毕业于公安院校。在一家警校任职期间从事兼职律师工作，后来索性当专职律师。尽管从事律师工作，平日十分繁忙，冀祥德对于理论问题仍然十分喜欢钻研。在北京大学法学院脱产攻读硕士学位的期间，他放弃了报酬优厚的律师业务，一门心思钻研理论，收获颇丰：一年期间就在《政法论坛》等杂志上发表学术论文14篇，成为硕士研究生中的佼佼者。冀祥德一直对近年来刑法学界探讨热烈的婚内强奸问题颇有兴趣，并已经发表了一些论文，希望以此为题。我对婚内强奸问题虽有所关注，但并未深入涉足，只不过在个别文字中表明了我“婚内有强无奸”的观点。但对冀祥德以婚内强奸作为硕士论文

的选题，我还是鼓励的，并与他就个别问题进行了讨论。时隔不久，冀祥德写出了洋洋 14 万字的初稿，几乎可以成为一本专著，我审读后认为质量已经达到硕士论文的水平，按照要求将论文删减成 5 万多字。硕士论文顺利通过，并且成为法律硕士论文写作优秀范例出版，这是令人高兴的。硕士论文通过以后，冀祥德趁热打铁，扩充增写，形成本书。我认为，该书具有以下三新：

一是选题新。选题是论文写作的一个重要环节，选题成功是论文写作成功的一半。此言不虚。好的选题，可收事半功倍之效，差的选题则有事倍功半之累。当然，随着硕士和博士人数的逐年增加，目前硕士论文和博士论文的选题可以说是越来越难，尤其是重复选题越来越多。在这种旧题新作的情况下，如果作者没有深厚的理论功底，不能超越现有的学术水平，则很难获得成功。而新题新作又要冒相当的学术风险，难度也是颇大的。应该说，婚内强奸并非刑法理论上的一个传统话题，而是近年才开始探讨的新课题。冀祥德选择婚内强奸作为硕士论文的题目，其学术探索的勇气是可嘉的。当然，他不是一味的追求时髦的题目，而是在深入思索的基础上确定选题，因而避免了盲目性。从本书的内容来看，以婚内强奸这样一个新的话题，能够写成一本 20 万言的专著，内容充实，资料丰富，应该说是难能可贵的。

二是角度新。由于婚内强奸是一个新话题，从什么角度切入进行阐述，是一个十分重要的问题。在硕士论文中，有一个副标题：“从客观事实到法律事实的演进”。我认为，这就是冀祥德对婚内强奸问题研究的角度。从我国目前刑法规定及司法实践情况来看，婚内强奸虽然是客观存在的，但并非法律意义上的犯罪。例如，在白俊峰被控强奸案中，最高人民法院的裁判理由指出：根据婚姻法的规定，合法的婚姻，就产生夫妻之间特定的人身和财产关系。同居和性生活是夫妻之间对等人身权利和义务的基本内容，双方自愿登记结婚，就是对同居和性生活的法律承诺。因

此,从法律上讲,合法的夫妻之间不存在丈夫对妻子性权利自由得侵犯。相反,如果妻子同意与丈夫以外的男子发生性关系却构成对合法婚姻的侵犯。所以,如果在合法婚姻关系存续期间,丈夫不顾妻子反对,甚至采用暴力与妻子强行发生性关系的行为,不属于刑法意义上的违背妇女意志与妇女进行性行为,不能构成强奸罪。^①但现行刑法未将婚内强奸规定为犯罪,不等于婚内强奸不应为罪。冀祥德的本书对婚内强奸应为罪的理由进行了深入阐述,提出了婚内强奸犯罪化的命题,使本书获得了一个全新的理论视角,也为本书创作的成功创造了条件。

三是观点新。观点之新是以理论之深为前提的,任何新观点都不外乎是作者深入研究的结果。在本书中,冀祥德运用比较的方法,伦理学的方法和社会学的方法,透过婚姻法、民法和刑法的视角,对丈夫能否成为强奸罪的主体进行了全面的理论解析,并从解释论和立法论两大方向,对婚内强奸公权救济予以学理解释及法律规制。例如,作者提出耦合权利义务说,为婚内强奸犯罪化提供理论根据。耦合权利义务说认为,性权利作为一种绝对权,是自然人享有的一项人身权利,具有对世性、专属性和排他性的特点。从耦合权利义务说分析性行为,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。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,而不是一元的、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的可能,任何一方不情愿地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。这些观点,对于论证婚内强奸应为罪是很有说服力的。

我认为,本文对婚内强奸问题的思考在我国刑法学界处于前

^① 参见最高人民法院刑一庭、刑二庭编:《刑事审判案例》,法律出版社2002年版,第360页。

沿地位。

在完成硕士学习之后，冀祥德经过努力，又考上了博士研究生，师从北大法学院汪建成教授，研习刑事诉讼法理论。我预祝冀祥德博士继续在学术之路上前行，并且走得更远。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2003年12月24日

目 录

第一章 导言：从客观事实到	
法律事实	(1)
第二章 婚内强奸概说	(7)
第一节 婚内强奸的概念和特征	(7)
一、婚内强奸概念的界定	(7)
二、婚内强奸的构成特征	(9)
第二节 婚内强奸的表现形式	(18)
一、男女双方已经登记结婚，但尚未按	
当地风俗习惯举行婚礼，女方提出	
离婚后，男方强行与之发生性关系	
的行为	(18)
二、一审法院已经判决离婚，在判决书	
生效前，丈夫强行与妻子发生性关	
系的行为	(19)
三、夫妻因感情不合而分居期间，丈夫	
强行与妻子发生性关系的行为	(20)
四、妻子因患病或者其他身体状况不佳	
时，拒绝丈夫的性要求，丈夫采取	
暴力、胁迫或者其他手段，强行与	
妻子发生性关系的行为	(21)

第三章 婚内强奸成因探析 (23)

第一节 婚内强奸的危害性评价 (23)

- 一、婚内强奸侵害了妻子性自由和性自主的权利 (24)
- 二、婚内强奸侵害了家庭秩序的稳定，破坏了和谐的婚姻家庭关系 (26)
- 三、婚内强奸侵害了妻子的人格尊严，侵犯了妻子的婚姻平等权 (27)
- 四、婚内强奸是引发其他家庭犯罪的根由 (29)

第二节 婚内强奸的成因探析 (31)

- 一、传统的性别架构是婚内强奸产生的本体因素 (31)
- 二、亘古的男权文化是婚内强奸产生的动力因素 (32)
- 三、性教育的匮乏是婚内强奸产生的潜在因素 (36)
- 四、妻子对丈夫的经济依附是婚内强奸产生的激发因素 (39)
- 五、女性的过于软弱与忍让是婚内强奸产生的助长因素 (41)
- 六、婚姻观念的不良裂变是婚内强奸产生的思想因素 (45)
- 七、婚内强制性行为的隐秘性是婚内强奸产生的滋长因素 (49)
- 八、社会对家庭暴力过于宽容是婚内强奸产生的支持因素 (49)
- 九、立法滞后、惩罚不力是婚内强

奸产生的法律因素	(52)
第四章 婚内强奸域内诸说评述	(54)
第一节 婚内强奸否定说	(54)
一、基于配偶权的否定说	(55)
二、基于丈夫豁免权的否定说	(57)
三、基于危害性未达到承担刑事责 任程度的否定说	(58)
四、基于取证难、缺乏可操作性的否 定说	(60)
五、基于“强奸”辞义的否定说	(62)
第二节 婚内强奸肯定说	(64)
一、婚内强奸时间肯定说	(64)
二、婚内强奸情节肯定说	(65)
第三节 婚内强奸其他说	(66)
一、婚内强奸他罪说	(66)
二、婚内强奸两罪说	(67)
第五章 婚内强奸域外状况透析	(69)
第一节 英国、美国的婚内强奸概况	(70)
一、英国的婚内强奸概况	(70)
二、美国的婚内强奸概况	(72)
第二节 德国、法国、瑞士的婚内 强奸概况	(73)
一、德国的婚内强奸概况	(73)
二、法国的婚内强奸概况	(73)
三、瑞士的婚内强奸概况	(74)
第三节 其他国家和地区的婚内 强奸概况	(74)
一、意大利的婚内强奸概况	(74)

二、香港特别行政区的婚内强奸概况	(75)
三、台湾地区的婚内强奸概况	(76)
第四节 域外婚内强奸状况的 比较分析	(77)
一、摒除丈夫豁免, 承认婚内强奸, 乃女权运动发展使然	(77)
二、摒除丈夫豁免, 承认婚内强奸, 乃世界妇女人权保障的必然	(79)
第六章 婚内强奸在中国的 价值论解读	(82)
第一节 婚内强奸在中国的演进	(82)
一、婚内强奸作为一种客观事实 的存在	(83)
二、婚内强奸从客观事实走向法 律事实	(89)
第二节 婚内强奸犯罪化立论的 价值解读	(96)
第七章 耦合权利义务说: 婚内强奸 立论新原点	(101)
第一节 权利、义务的本体追问	(102)
一、权利的本体追问	(102)
二、义务的本体追问	(105)
第二节 夫妻权利义务检视	(108)
一、夫妻权利义务的产生	(108)
二、夫妻权利义务的嬗变	(119)
三、现代夫妻权利义务产生的 必然性分析	(123)

四、夫妻权利义务的内容·····	(125)
第三节 “耦合权利义务说”的	
基本理念·····	(148)
一、“耦合权利义务说”的基本理念·····	(148)
二、女子性权利、性心理透析·····	(150)
三、“耦合权利义务说”对性违约的	
理性分析·····	(158)
四、“耦合权利义务说”对性暴力的	
理性思考·····	(159)
五、“耦合权利义务说”立论的法律	
意义·····	(160)
第八章 婚内强奸法律救济：	
从解释论到立法论·····	(163)
第一节 从解释论的视角看对婚内强奸的	
法律规定·····	(166)
一、新婚姻法对婚内强奸的法律规定	
·····	(166)
二、刑法对婚内强奸的法律规定·····	(169)
第二节 从立法论的视角看对婚内强奸的	
立法构造·····	(170)
一、对婚姻法的立法变动：规定夫妻同	
居义务及违反同居义务的法律后果	
·····	(170)
二、对刑法的立法变动：规定婚内强奸	
告诉乃论·····	(172)
三、对刑事诉讼法的立法变动：在刑事	
附带民事诉讼范围中增加精神	
损害赔偿·····	(176)

四、在婚内强奸司法救济制度内引入

调解..... (184)

第九章 婚内强奸立论的背景保障:

法治国的性权利观念..... (191)

第一节 性权利观念要素评价..... (192)

一、性权利认知..... (194)

二、性权利主张..... (194)

三、性权利要求..... (194)

第二节 性权利观念特性分析..... (195)

一、本能与克制..... (195)

二、稳定与更新..... (196)

三、独立与滞后..... (196)

第三节 传统中国社会:警察国的

性权利观念..... (197)

第四节 现代中国社会:走向法治

国的性权利观念..... (200)

一、法治国的性权利内涵..... (202)

二、法治国的性权利观念..... (204)

三、法治国的性权利观念与婚姻

家庭制度..... (206)

第十章 婚内强奸的防治策略(一)

——国外防治家庭暴力的实践

..... (209)

第一节 美国防治家庭暴力的情况..... (210)

一、政府反家庭暴力的法律措施..... (210)

二、民间组织对反家庭暴力的支持..... (213)

三、社区介入:美国反家庭暴力

的模式..... (215)

第二节 加拿大、法国、韩国防治家庭 暴力的情况·····	(215)
一、加拿大防治家庭暴力的情况·····	(215)
二、法国防治家庭暴力的情况·····	(216)
三、韩国防治家庭暴力的情况·····	(217)
第三节 其他国家和地区防治家庭 暴力的情况·····	(219)
第十一章 婚内强奸的防治策略 (二) ——我国家庭暴力的防治策略 ·····	(223)
第一节 我国家庭暴力的防治现状·····	(223)
一、中国政府积极参与国际社会对家庭 暴力的关注·····	(224)
二、有关组织不断完善防治家庭暴力的 法律措施和手段·····	(225)
三、非政府组织 (NGO) 主动介入防治 家庭暴力·····	(225)
第二节 我国家庭暴力的防治策略·····	(229)
一、法制防治策略·····	(230)
二、教育防治策略·····	(231)
三、专门机构防治策略·····	(235)
四、非政府组织防治策略·····	(236)
五、社会支持网络防治策略·····	(238)
六、社区介入防治策略·····	(239)
第十二章 成功婚姻的断想 ·····	(242)
主要参考文献 ·····	(247)
后 记 ·····	(253)