

法学研究参考資料

(内部资料、注意保存)

第一輯

云南省法学会编印

一九八四年十二月

法学研究参考資料

(内部资料、注意保存)

第一辑

云南省法学会编印

一九八四年十二月

前 言

今年十月下旬，中国刑法学研究会与中国诉讼法学研究会同时在成都举行了成立大会。

会上，全国各地的法学专家、学者提出了许多有关这两个学科的论文，兹选辑其中的一部分印成这本《法学研究参考资料》，供学习参阅。

云南省法学会

1984年11月

目 录

试谈认定强奸罪的几个问题·····陈嘉宾 单长宗 (1)	
论认定强奸罪问题·····金 凯 (13)	
试论强奸罪的几个问题·····周柏森 (26)	
论奸淫幼女罪·····马克昌 (45)	
试论奸淫妇女罪的几个问题·····杨敦先 (61)	
试论流氓罪的本质特征·····王作富 (75)	
对流氓罪的比较研究·····高 格 (93)	
试论流氓团伙犯罪的两个问题·····邓又天 (113)	
试析流氓罪与非罪的界限·····刑建亭 (122)	
论刑事诉讼中的民主与专政·····陈光中 (128)	
我国刑事证据理论研究的回顾和展望 ·····严端 周国均 (144)	
对基本事实和基本证据概念的探讨·····周士敏 (161)	
论共同诉讼和诉讼中的第三人·····柴发帮 (172)	
实施刑事二审程序的几个问题·····赵定华、范春明 (203)	
论民事诉讼法 ——建立具有中国特色的预防和解决民 事纠纷的法治系统工程·····杨荣新 (224)	
有关司法文书写作的几个问题·····宁致远 (247)	

试谈认定强奸罪的几个问题

陈嘉宾

单长宗

强奸罪是严重侵犯妇女人身权利，摧残妇女身心健康的犯罪，它破坏社会秩序，毒害社会风气，危害性很大，历来是打击重点，依法应予严惩。近年来，强奸犯罪数量较多，往往作案手段恶劣、后果严重，因此，准确及时地打击强奸犯罪分子，对保护妇女人身安全、维护社会治安秩序，更显得必要和迫切。但是，强奸案件的情况复杂，通常没有第三者在场，有些案件除被害人的指控、被告人的口供外，较难搜集旁证，有的时过境迁，有的控供相反，有的供证不一，这为查实案情，正确认定，增加了困难。而查清案件事实，才能正确认定性质，分清犯罪与非罪、此罪与彼罪，对此，必须慎重对候。我们拟就司法实践中遇到的有关认定强奸罪的几个问题，试作探讨，并就教于同志们。

一、什么行为构成强奸罪

根据我国刑法第一百三十九条第一款的规定，一般都认为，以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女意志，强行与其发生性交的行为，构成强奸罪。就是说，既使用强制手段，又违背妇女意志而与其性交的，要同时具备这两个特征，才构成强奸罪。在这里，违背妇女意志，是强奸罪内在的本质

特征，使用强制手段，是犯罪行为的外部表现，将这两方面结合起来分析，就能够抓住案件本质，正确判断其性质，

对于强奸罪应具备的特征，有两种不同的看法，值得商榷。一种意见认为，我国刑法对强奸罪只规定了“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”，并没有规定违背妇女的意志这一要件，而且，犯罪行为是犯罪分子的行为，应从犯罪分子的主观与客观方面去分析判断，不宜把被害人的主观意愿如何作为侵害者是否犯罪的条件看待。另一种意见认为，强奸罪只有一个最本质的特征，即违背妇女意志，抓住了这一点就足以判明是否构成强奸罪。我们以为，从法律规定与司法实践两方面看，认为强奸罪具有两个基本特征是合适的。因为我国刑法分则对于具体罪的规定，大多数采取了简要概括的写法，对多数罪只规定了罪名，没有说明罪状，对少数易生疑义的罪概要地指出了某些特征，对于这些罪的构成要件，就需要我们具体分析确定。刑法规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”行为，是强奸罪，这里指出犯罪分子使用的强制手段，当然违背被害妇女的意志，因此，它不仅确定了此罪外部表现出来的犯罪手段，而且，也包含了违背妇女意志这一内在特征。再从司法实践方面看，通常情况，强奸案件的强暴手段是明显的，但有些案件其强暴手段则不明显；有的被告人虽使用了某些诱骗、威胁性的语言，但被害人当时的态度不明确；有的被害人事隔很久，出于其他原因告发被告人犯了强奸罪，但其间疑问颇多；也有的本非强奸，一旦揭露出来，为保全名誉，就一口咬定是强奸，对于这些，要查明事实真相，更要着重从是否违背妇女

意志方面去分析判断案件性质。对于许多强奸案件，只有把犯罪分子使用的强制手段，和违背被害妇女的意志，这两方面结合起来，综合分析判断，才能正确地确定案件性质。如果男女双方自愿发生两性关系，并不违背妇女意志，就不构成强奸罪。

判断是否违背妇女意志，不能以被害妇女当时是否有反抗举动为必要根据。有些犯罪分子选择的作案时间、地点、环境与手段，置被害妇女于不敢反抗、不能反抗或不知反抗的境地，违心屈从或不知受害，所以，对于被害妇女没有反抗表示，或者反抗表示不明显的，不能就认为她默许了，应通观全案，考察妇女是否有反抗可能，全面分析判断。否则，苛求于被害妇女，可能会造成轻纵罪犯的结果。

分析是否违背妇女意志，也不能以被害妇女生活作风好不好为条件。有的妇女虽与他人有不正当的两性关系，但她的人身权利仍应受到保护，如果被告人确实违背妇女的意愿，强行与其发生性行为，仍应认定为强奸罪。不分析具体案情，一概认为是乱搞两性关系，就开脱了罪犯，也是不对的。

这里所说的妇女，是指十四岁以上，精神状态健全，能够辨别是非，能够正常表达自己意志的妇女。对于明知妇女是不能真正表达自己意志的精神病患者或者严重的痴呆者，而同其发生性行为的，无论采取什么手段，都应以强奸罪论处。但是，同患间歇性精神病的妇女，在未发病期间，经其同意发生性行为的；或者患青春型精神病的妇女，病态地挑逗、追逐男方，轻微痴呆的妇女，短期接触难以发现其病，

自愿与人发生两性关系的；或者知道女方曾患有某种程度的精神病，但已基本治愈，出于真心交朋友、谈恋爱，在此期间双方实自愿发生两性关系的，这些都不违背妇女意志，或者确实没有发现妇女属于病态反映，行为人没有强奸的故意，也没有采取强制手段，则不构成强奸罪。如：被告人徐××，送一件价值十五元的毛衣给初识的女青年林××，双方同意下发生了两性关系，事前和当时都没有发现女方患精神病未痊愈，对徐的行为，不应以强奸罪论处。

有人以给妇女治病为名，诱骗奸淫，或者装神弄鬼，用迷信方法的“驱邪消灾”，冒充治病，奸淫妇女的，虽然被害妇女当时没有反抗的表示，甚至同意，但她是为了求医治病“消灾”，被愚弄遭奸淫，实质上是违背其意愿的，对被告人应以强奸罪论处。有一妇科男医生，违反妇科检查疾病的操作规定，一人关门以检查治疗妇科疾病为名，将妇女眼部遮住，施用性刺激药物，乘机奸淫女病人，这是以“其他手段”，违背妇女意志，实行强奸，应当治罪。

二、如何分清强奸罪与非罪的界限

在处理强奸案件时，经常遇到的问题，是如何分清强奸罪与通奸行为以及恋爱中的越轨行为的界限。从法理上说，通奸行为，一般是指有配偶的一方或双方，背地里互相勾搭，自愿奸宿的行为。它不忠诚于婚姻义务，妨碍婚姻家庭，但通奸的双方是出于自愿，因而属于道德问题，它与强奸的区别是显而易见的。但是，在司法实践中遇到的情况是复杂的，分清这一界限又比较困难。我们试谈一些意见。

（一）男女双方一段时间关系暧昧，由于某种原因，女

方控告男方强奸了她，男方则声称是通奸。对此，应查明双方关系发展情况、发生性行为时的环境与情节、当时和事后双方的态度与表现、告发的过程与原因等等，进行全面分析，弄清他们之间的性行为当时是否确实违背了妇女意志，如果有足够的证据能够证明这点，应当认定为强奸，否则，不宜定为强奸罪。近来，发现有的妇女长期与人通奸，后来关系恶化，意欲摆脱；或者男方交待，女方受到查问；或者奸情败露，为顾全名声；或者感到压力，推卸责任；诸如此类， she就把通奸说成强奸，这就必须慎密查明事实真相，不可轻信女方之说，以致错定强奸性质。如：刘××控告向××强奸一案，刘与向为同地相近两单位的职工，刘指控向一年前在三个月内，使用暴力手段，先后五次强奸了她，以致怀孕。尤其恶劣的是刘堕胎刚七小时，向就不顾她的痛苦与哀求，又强奸了她。照此指控，县法院认为，向的强奸罪行，情节特到严重，拟判其死刑。经中级法院研究，发现一些疑点，如：向、刘二人有半年多交往密切，曾遭议论。单位令刘反省，刘辩解、搪塞。这段时间，正是刘现在控告向强奸她的时间，为何不告？事过一年，刘正准备结婚时，突然告发，是何原因？刘告向在三个月内五次强奸她，向用什么手段控制刘的？经县法院再认真调查核实，查明刘指控向强奸她的时间，他们正在外地通奸，刘开假证明信，冒充向妻罗××姓名，同去省会住旅店奸宿数日，并游玩、合影留念，后又在社员陈××家奸宿多日，他们间还曾几次互赠财物。刘在其恋爱对象追问下，为了挽回名誉，发展恋爱关系，就谎称被向强奸，并向政法机关控告。刘的诬告险些造成

重大冤案，后已将向××无罪释放。

（二）对于半推半就情况下发生的两性关系，需要具体分析判断。事情往往发生在男女双方初识或相交不久。如果男方没有显著的暴力行为，女方虽有顾虑或犹豫，但没有明确的反对表示，甚至抱着无所谓的态度，就要着重查明男方是否采取了胁迫或者其他手段，致使妇女不敢反抗或者不能抗拒，并如前述，全面考察他们间的关系情况，判明是否确实违背了妇女意志。如果没有证据确能证明违背了妇女意志，就不能以强奸罪论处，如果被告人采取了胁迫手段，逼人就犯，或者利用妇女处于孤立无援状态，迫使其忍辱从奸，则应以强奸罪论处。

（三）未婚青年男女，在恋爱过程中，双方自愿发生两性行为的，属于不知检点的越轨行为，可以教育劝止，不要定为犯罪。有的男青年先后分别与几名女青年谈恋爱，都发生了两性关系，后因感情不和或家庭反对，而断绝恋爱关系，这男青年的品德不好，但还不属于犯罪行为。如果有的在恋爱过程中，强行与女方发生两性关系，女方反对，因而告发，一般应按强奸罪论处；个别的告发后又失悔了，亲自出面要求免处，表示愿与其结婚，对此，以不作为犯罪论处为宜。至于有的未婚男青年，以谈恋爱为名，或者谎称将与女方结婚，骗得女方“同意”与其性交，实际上他以玩弄妇女为目的，奸淫多名妇女，情节恶劣，严重破坏公共秩序，影响极坏的，可以流氓罪论处。

（四）男女双方初次发生两性行为，女方是不愿意的，但并未告发，后来双方自愿多次发生性行为，有的已发展成

为恋爱关系，由于妇女的意志或他们的关系发生了变化，不宜再以强奸罪论处。但是，如果被告人强奸妇女之后，以此为把柄挟制被害妇女，或者利用各种手段威胁该妇女，迫使她多次忍辱屈从的，仍应以强奸罪论处。

有的双方原来有通奸的关系，后来女方有所悔悟，坚决与男方断绝不正当的关系，而男方仍纠缠不休，直至采取强暴手段奸淫女方的，就完全违背了女方变化了的意志，应以强奸论处。

（五）有教养关系、从属关系，或者利用职权，同妇女发生两性行为的，是否构成强奸罪，如果在法律上立有专门条款当依规定，现无专条，不可一概而论。利用这些关系或职权，不是构成强奸罪的条件。如果利用招工、调迁、分房等职权相引诱、讲条件，女方为了谋取私利，不惜以肉体相许，而与之发生两性关系，实质上是双方互相利用，各有所图，彼此交换条件，利用职权的国家工作人员当然很坏，而其行为的性质不属于强奸。但是，如果利用教养关系、从属关系，采取强制手段，如：养父对养女打骂、虐待、断绝生活供给等等，迫使其容忍奸淫的；或者利用职权，迫害妇女，乘人之危，逼迫从奸的，如：商店经理对生活困难的临时女工，先逼她干力所不及的重活，后以解雇相威胁，使其被迫从奸的，这都是采取了强暴或胁迫手段，违背妇女意志，强行奸淫的，当然构成了强奸罪。

（六）对于仅限于调戏，猥亵妇女的，或者要求与妇女发生两性关系，并未采取强制手段，遭到斥责，拒绝后，就作罢的，不要视为犯强奸罪。如果调戏猥亵妇女多人，情节

恶劣，严重破坏公共秩序，可以构成流氓罪。如：被告人刘才，在公社开完基干民兵会返家途中，看见女民兵梁××走过来，即拍着梁的肩膀说：“走，我们睡觉去”（指发生两性关系）。梁骂道：“你不要脸，我晓得你是新华大队的，我要告你。”刘即走开，未再纠缠。刘才有奸淫妇女的故意，但提出谴责骂后，未采取强暴手段实施奸淫，构不成强奸罪。

（七）对于生活作风放荡淫乱的妇女，同时与几男自愿轮流奸宿的，或者男女流氓几人自愿轮换行奸的，都不属于轮奸罪行。轮奸是以强奸为前提的，按法律规定轮奸是强奸罪中的严重情况。而上述几人共同奸宿鬼混的行为，是自愿的淫乱行为，其中，多次行奸、情节恶劣，严重破坏公共秩序的，可按流氓罪处治。

三、处理强奸案件遇到的特殊问题

近年来，处理强奸案件时，遇到几个特殊问题，往往看法不一，试作分析探讨。

（一）包办买卖婚姻中的强行同居问题。当前某些农村，包办买卖婚姻仍不少见。一般是女方家长索取大量彩礼，不顾女方同意与否，不经结婚登记，即为双方成婚。有的女方拒绝与男方同居，男方采取暴力手段，强行与女方同居。事后，有些共同生活，有的女方逃婚而走。对强行同居的男方，是否要以强奸罪论处？如：刘××经人介绍与外地女青年王××谈婚，王嫌刘年龄大，不愿意。王兄与介绍人向刘要去二千元，即送去去刘家成婚。王几夜都合衣而眠，拒绝与刘同居。刘先说服王无效，后在嫂、弟唆使下，刘用草帽带捆住王双手，扒王衣裤，王呼叫挣扎，刘强行与王发生

两性关系，王哭闹，一夜没睡。以后，王认为事已至此，即与王共同生活，没再反抗，刘对王不软禁、没虐待。我们反对包办买卖婚姻，认为不经结婚登记、强行同居，都属非法。他们的婚姻关系虽然非法，但是，以夫妻关系为前提，而强行与女方发生关系，这种强暴行为，是想使王从此与他实心过日子，这同社会上的强奸犯以一时满足性欲为目的不同。后来，他们互以夫妻身份相对待，共同生活，已成事实婚姻，对刘当初的强暴行为应予以教育，但不能认为是犯罪。对女方坚决反对包办婚姻，逃婚而走，男方不断使用暴力逼迫，情节恶劣，造成一定后果的，也可以定暴力干涉婚姻自由罪。

（二）买妻后的强行同居问题。这通常是农村大龄未婚男青年，从人贩子手里买来外地女青年为妻。女方不肯与其同居，男方以暴力手段强行同居。对这男方是否应按强奸罪法办？如：白××用二千二百元，从人贩子手中买一外省姑娘张××为妻，张嫌白年龄大，不同意嫁他。三宿没同居。张逃走，又被找回，仍拒绝与白同居。白与其弟将张抬上床，扒张衣裤，用裤带捆住张脚，其弟走后，白强行与张发生两性关系。以后五十多天里，白家都有人看着张，白与张又发生两性关系，张又逃跑两次，婚姻关系告吹。白向人贩子追回部分现款。我们认为，花钱买妻是非法的，但目的是成亲过日子，最初虽以暴力手段，强行发生两性关系，但不同于社会上的强奸犯，一般不宜作为犯罪对待，应拯救被拐卖的妇女，严厉惩处人贩子。如果女方一直反对这桩婚事，而男方的行为情节恶劣，后果严重，确实构成犯罪的，可以考虑定为暴力干涉婚姻自由罪。

(三)抢婚问题。目的虽在成婚，而情况各不相同，对其性质，应具体分析，区别论定。对于男方求婚遭拒，或双方谈婚未成，男方动手抢婚，而未强行奸淫，情节较轻的，一般可以不视为犯罪；情节恶劣，或引起相当后果，女方告发的，可以按暴力干涉婚姻自由罪论处；强行与妇女发生两性关系的，意图“生米煮成熟饭”，但妇女强烈抗拒或事后逃走，完全违背妇女意志，又触犯了两个罪名，可以按重罪吸收轻罪的原则，以强奸罪处治。

对于男女双方自愿进行结婚登记后，在婚期上没达成一致，或者女方心里反悔有所推拖，男方抢入强行同居的，其粗野行为，显然非法，应予教育制止。但他们间已自愿进行结婚登记，在法律上夫妻关系即已确立，他们间的性行为，一般不宜视为犯罪。如果男方手段过于粗暴，甚至公然侮辱、拘禁等，确实构成犯罪的，可按实际情况定为侮辱罪、非法拘禁罪，但不好定为强奸罪；如果男方是以欺骗手段骗得结婚登记证的，这种登记是不合法的，婚姻关系是无效的，才可以定强奸罪。还有已婚妇女，提出要求离婚期间，回娘家了，丈夫不愿离婚，找人帮助抢回妻子，强行同居的，一般应着重于教育，不宜定罪判刑；如果确实情况恶劣，后果严重的，可定为暴力干涉婚姻自由罪。至于极少数地方，沿袭旧习而抢婚的，应进行教育劝止，一般不宜看成犯罪行为。

(四)强迫妇女卖淫中的“嫖客”问题。强迫妇女卖淫的，严重地侵犯了妇女人身权利，伤风败俗，应依法治罪。

“嫖客”虽然品德败坏，行为违法，但目前法未明定为罪，按照中共中央办公厅批转公安部、全国妇联两党组《关于坚

《取缔淫秽活动的报告》的规定，应予坚决取缔，给予治安处罚。

四、怎样认定奸淫幼女罪

根据我国刑法第一百三十九条第二款的规定，与不满十四周岁的幼女发生性交行为的，就构成奸淫幼女罪。实践中，一般认为，只要被害幼女不满十四周岁，不论行为人采取什么手段，也不问幼女是否同意，只要有生殖器接触，就视为奸淫幼女行为。因为一般说来，幼女身体发育尚未成熟，智力也很幼稚，不懂得性行为是怎么回事及其后果如何，也缺乏抗拒能力，运用法律手段给予特殊保护是很必要的。对于奸淫幼女犯，依法应予从重处罚。

但是，在办案中，也遇到了某些特殊情况，似宜依法予以区别对待。

（一）不满十六周岁的男少年，同不满十四周岁的幼女，交友要好，或“过家家玩”装扮夫妻，发生两性关系，没给幼女造成什么实质损伤后果，甚至幼女家长也已谅解了的，由于双方都幼稚无知，新奇好玩心理驱使下的行为，按照刑法第十条、第十四条第二款的规定，不认为是犯罪。

（二）不满十四周岁的幼女，发育早熟，身材高大，虚报年龄，与男青少年谈恋爱，男青少年误信其为青少年妇女，双方自愿发生两性行为的，极似青少年男女谈恋爱中的越轨行为，男青少年没有摧残幼女的犯罪故意，也不宜定为奸淫幼女罪。如：被告人梁××，经同厂工人游××主动介绍其长女与梁谈恋爱，未成，游又介绍其不满十四周岁的次女李××与梁谈恋爱，并虚报李已十六岁，说过两年便可结

婚。梁与李在谈恋爱中，为“试一试性生活”，发生两次两性关系，至李怀孕坠胎。这种情况，不宜定罪判刑。

（三）有的不满十四周岁的幼女，因受坏影响或曾被奸淫而堕落，染有淫乱恶习，先后主动找多名男青少年与其发生两性关系。对这些青少年，应加强教育，一般可以不定为奸淫幼女罪。

（四）个别不满十四周岁的幼女卖淫，有些不明女方年龄、而出钱嫖宿的，一般也可以不定为奸淫幼女罪。例如：未满十四周岁的幼女陈××、谢××、自行到处卖淫。陈已向三十四人卖淫六十七次，谢已向三十一人卖淫五十八次。后来他们又主动卖淫，被发现。实际上她们已沦为暗娼，嫖宿者与她们间成了“嫖客”与暗娼的关系，不好按奸淫幼女论处。对最初奸淫幼女的，或引诱该幼女卖淫的，应依法治罪。对卖淫幼女和嫖宿者要给以治安处罚。

当然，上列情况中，如果有的行为人，以奸淫幼女为目的，手段恶劣，造成严重后果，或者借幼女有劣迹之机而进行强奸的，就应构成什么罪按什么罪惩罚。

一九八四年十月十二日初稿

论认定强奸罪问题

金 凯

强奸罪是一种严重的刑事犯罪，是我国司法工作历来的打击重点之一，然而有力地打击强奸犯罪活动需以准确地认定强奸罪为前提，只有准确地认定强奸罪才能对强奸犯罪活动予以有力地打击。因此，许多同志对认定强奸罪问题，发表了不少很好的见解。我也想就此问题谈点粗浅的看法，望大家多多指教。

一

我国刑法第一百三十九条第一款规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，……”为强奸罪。全面、深刻理解我国刑法这一规定的内容，是准确认定强奸罪的一个重要条件。全面地理解刑法第一百三十九条一款规定的内容，其一，就是不能割裂这一规定内容的完整性，而片面地把强奸罪仅仅理解为是以暴力、胁迫的手段而强行奸淫妇女的行为，或者说不能把强行奸淫妇女仅仅归结为是以暴力、胁迫的手段所实施的性行为。因为这样就将以“其他手段”进行的强行奸淫妇女的行为排除于强奸罪之外，而予以放纵。十分明显，刑法第一百三十九条一款的规定是包括以暴力、胁迫手段强行奸淫妇女的行为或者以其他手段强行奸淫妇女的行为