

刑法分则实务(一)

强奸犯罪研究

阮方民

主编

叶俊南



HANGZHOU DAXUE FALUXI

刑法分则实务(一)

强奸犯罪研究

主编 阮方民 叶俊南

撰稿人(以姓氏笔划为序)

田 晔 叶俊南 阮方民

张建业 章立军 蒋元清

说 明

我国刑法颁布十年来，法学界对强奸犯罪的有关问题进行了大量积极有益的理论探索，司法实践部门也积累了丰富的经验和材料。但迄今为止，系统论述强奸犯罪的理论专著，尚付阙如。为了进一步推动对强奸犯罪的研究，经过理论联系实际的调查与思考，我们编著了《强奸犯罪研究》一书。

本书力图以马克思主义刑法科学的基本原理为指导，注意总结、吸收成功的司法实践经验和刑法理论研究成果，本着理论为实践服务的宗旨，对强奸犯罪的有关问题特别是疑难问题作了较为全面、系统、深入的探讨，奢望对司法人员正确认定和处理强奸犯罪案件有所裨益。

本书在编写过程中，得到了有关司法部门和杭州大学法律系资料室在文献资料方面的大力协助。陈柳裕、童建明二同志为本书提供了新中国强奸犯罪研究论文目录。在此一并表示衷心感谢。

由于我们水平有限，其中定有不少粗谬和偏颇之处，诚恳地欢迎读者斧正。

本书编写的具体分工如下（以编写顺序为序）：阮方民，第一、五、七、十一章；叶俊南，第二、三章；蒋元清，第四章；田畴，第六、十章；章立军，第八章；张建飞，第九章。全书由主编统改定稿。

作者

1989年5月于杭州

目 录

第一章	我国惩治强奸犯罪的历史沿革考察·····	(1)
一、	我国封建社会强奸犯罪沿革概况及特点·····	(1)
二、	新中国强奸犯罪立法概况及特点·····	(9)
三、	强奸犯罪沿革的发展线索·····	(15)
第二章	强奸罪的本质特征·····	(16)
一、	强奸罪的本质及其涵义·····	(16)
二、	强奸罪的本质特征·····	(24)
第三章	强奸妇女罪的概念与犯罪构成·····	(36)
一、	强奸妇女罪的概念·····	(36)
二、	强奸妇女罪的直接客体和犯罪对象·····	(38)
三、	强奸妇女罪的手段行为·····	(42)
四、	强奸妇女罪的犯罪主体·····	(56)
五、	强奸妇女罪的主观方面·····	(57)
第四章	强奸罪的特殊形式——奸淫幼女罪·····	(59)
一、	奸淫幼女罪与强奸妇女罪的异同·····	(59)
二、	奸淫幼女罪主观故意的认定·····	(62)
三、	奸淫幼女罪的界限问题·····	(72)
第五章	强奸案件中的犯罪形态·····	(75)
一、	强奸妇女罪的犯罪预备与未遂界限·····	(76)
二、	强奸妇女罪的犯罪未遂与中止界限·····	(87)
三、	强奸妇女罪的犯罪未遂与既遂界限·····	(94)
四、	奸淫幼女罪的犯罪未遂与既遂界限·····	(97)
五、	轮奸犯罪中的犯罪形态认定问题·····	(99)
第六章	强奸案件中的共同犯罪·····	(103)
一、	强奸犯罪集团·····	(103)

二、妇女成为强奸犯罪的主体·····	(106)
三、丈夫成为强奸妻子的主体·····	(110)
四、强奸共同犯罪的最严厉形式——轮奸·····	(113)
第七章 强奸犯罪案件的一罪与数罪·····	(118)
一、在强奸犯罪中非法占有被害人财物的案件·····	(119)
二、强奸案件中的猥亵行为是否要另外定罪·····	(124)
三、连续强奸犯罪的案件·····	(127)
第八章 强奸案件证据的收集和审查判断·····	(132)
一、强奸案件证据的收集·····	(132)
二、强奸案件证据的审查判断·····	(146)
第九章 认定强奸犯罪应当注意的界限·····	(150)
一、强奸犯罪与非罪的界限·····	(159)
二、强奸犯罪与他罪的界限·····	(167)
第十章 强奸犯罪的刑事责任·····	(180)
一、强奸犯罪的量刑情节·····	(180)
二、强奸犯罪的基本构成和加重构成·····	(184)
三、轮奸的刑事责任·····	(190)
第十一章 强奸犯罪的司法与立法完善·····	(194)
一、关于我国惩处强奸犯罪的司法完善·····	(194)
二、关于我国惩处强奸犯罪的立法完善·····	(197)
附录：新中国强奸犯罪研究论文目录(1949—1988)·····	(203)

第一章 我国惩治强奸犯罪的历史沿革考察

我国刑事法制史上对强奸行为以犯罪论处由来已久。历代封建立法者在封建的伦理刑法观念支配下，为了维护有利于自己的正常的统治秩序和正统的伦常礼教，都规定了对强奸犯罪严惩不贷的律令；此外，各级封建司法官员在封建的伦理法律意识的影响下，对于强奸犯罪重罚峻刑的案例，也可谓史不绝书。我们回顾惩治强奸犯罪的历史沿革，不仅可以从一个侧面了解我国法律文化的发展衍进过程；更重要的是，可以从中得到某些教益和启迪，推动我们对法学和法律的基本理论研究，从而为完善我国刑事立法与司法，健全社会主义法制提供理论依据。

一、我国封建社会强奸犯罪沿革概况及特点

强奸作为一种非法的性交行为而存在，从客观上说，首先是与对偶婚制的出现不可分开的。在原始的氏族社会，虽然可能存在某个民族的男成员与氏族中另一个女成员强行性交的现象，或者也可能在氏族战争中，存在战胜方的氏族男成员与战败方的氏族女成员强行性交的现象，但这些现象都属于原始氏族社会群婚制下的杂乱性交，仅表现为一种愚昧的性交欲求的满足，不仅根本谈不上是犯罪，还被认为天经地义的事情。到了原始氏族社会后期，人们一方面在长期的性交繁衍后代的实践活动中逐渐认识到群婚制杂乱性交的危害性；另一方面由

于社会生产力的不断发展，人们有了占有剩余劳动产品的可能，客观上要求以家庭作为社会的基本生产单位和生活单位。从而，对偶婚制取代群婚制成为必然。随着对偶婚制的出现，人们也开始形成新的性伦理观念，统治者为了维护这种有利于自己政治和经济统治的新的婚姻制度和新的性伦理观念，也开始以法对违反这种婚姻制度和性伦理的性交行为予以治罪处罚。如《路史·前纪》卷五有巢氏记载：“实有季子，其性喜淫，昼淫于市。帝怒，放之于西南。”即是一个违反性伦理观念，于白昼在街市上人丛中当众性交而被处罚的例子。

我国封建社会对违反对偶制婚姻的性交行为即婚姻外的性交行为，称之为“奸”，亦作“淫”，“奸，犯淫也”。^①段玉裁注曰：“此字为犯淫之罪”。《尚书大传》则曰：“男女不以义交其刑官”。可见，一切违反封建法律和封建的伦常礼教的不正当性交行为，都是犯了奸淫罪，应受到宫刑的处罚。由于强奸行为也属于“男女不以义交”，故而在奸淫罪中包括了强奸在内。

我国古代的刑事立法明确规定惩治强奸犯罪，最早可以追溯到汉代。《汉书·王子侯表》曰：“庸豎候端，永光二年，坐强奸人妻，会赦免”。另据《汉书·洛川王传》记载：“有司案验，因发淫乱事，奏之禽兽行，请诛”。这里所说的“禽兽行”，指的也是强奸行为。唐律在诸多的惩处奸淫罪的律条中，都有对强奸行为加重处罚的具体规定。如《唐律·杂律》规定：“诸奸者，徒一年半；有夫者，徒二年……强者，各加一等。折伤者，各加斗折伤一等。”《唐律疏议》对此律条释之为：“和奸者，男女各徒一年半；有夫者，徒二年。……强奸者，加一等。折伤者，加斗折伤一等，谓从凡斗上加，与强奸为二罪，从重而断”。可见，在律条中所规定的“强者”，是指的“强奸行为者”。对于强奸，应比照和奸加一等处刑；对

①《集韵·删韵》

于强奸致人伤害的，应比照一般伤害加一等处刑，再按其所触犯的奸淫罪与伤害罪二罪中的重罪从一重罪论处。这一规定实际上已具有了现代刑法中重罪吸收轻罪的判刑原则雏型。至元代，惩处强奸犯罪的刑事立法较之唐律有很大发展，如《元律》规定：“强奸有夫妇人者，死。无夫者，杖一百七，未成者减一等，妇人不坐”。“诸强奸幼女者处死，虽和同强，女不坐。凡指幼女，止十岁以下”。“诸三男强奸一妇者，皆处死，妇人不坐”。^①在元律中，不仅规定有强奸妇女犯罪的律条，而且还规定有奸淫幼女和轮奸犯罪的律条，甚至还规定了强奸未遂的处罚原则。元律的这些律条确实是集前朝各代惩治强奸犯罪律令之大成，对强奸犯罪的各种形式及处罚作了相当完备的规定。后朝的明、清两代法律基本承袭了元律的这些规定。如《明律》规定：“强奸者绞，未成者杖一百流三千里”。^②即是承袭了元律中关于强奸未遂的处罚原则的规定，这种区分强奸已成未成的不同情况而予以分别处刑的律条规定，与宋代以前的各朝法律不分强奸已成未成的不同情况而一律处以相同刑罚的规定相比，无疑有其较大的合理性和科学性。又如，《明律》还规定：“奸幼女十二岁以下者，虽和，同强论。”^③《清律》中也有类似规定：“凡强奸十二岁以下幼女幼童未成，审有确据者，民人改发云贵、两广烟瘴地方充军。旗人发黑龙江当差”。^④这些显然也是承袭了元律关于奸淫幼女犯罪的律条规定。当然，明、清律的规定也有一定发展，如，将幼女的年龄上限由十岁提高到十二岁，较之元律的规定更为符合幼女生理、心理发育成熟的实际情况；而将犯奸淫幼女罪者发配边疆地区充军或者当差，较之元律对奸淫幼女的犯罪一律处死，在处刑上有所轻缓，也具有一定的积极意义。

①转摘自《中国法律发达史》，第719—720页。

②《大明律例·刑律·犯奸门》。

③同②。

④《大清律例·刑律·犯奸门》。

从我国古代封建法律对惩处强奸犯罪规定的发展演变过程中，我们可以看到这样四个主要特点：

一、强奸不是一种法定的独立罪名，而是奸淫罪中相对于和奸行为加重处罚的一种犯罪形式。我们在上面已经提到，凡是违反封建法律和封建的伦常礼教的不正当性交行为，都是犯了奸淫罪，“男女不以义交谓之淫”。^①既然奸淫罪是一切不正当性交行为的总称，所以封建法学家们根据奸者和被奸者不同的心理状态，把奸淫罪主要分为强奸与和奸二种形式。什么是“和奸？”长孙无忌等释之为：“和奸，谓彼此和同者。”^②也就是指犯奸的男女双方自愿发生的性交行为，其含义基本等同于现代人所说的“通奸”。什么是强奸？张斐曾解释道：

“不和谓之强”。^③也就是说，强奸不是男女双方自愿发生的性交行为，而是男方采取暴力或者其他威胁手段逼迫女方与自己发生性交的行为。总之，不论是强奸还是和奸，都属于犯了奸淫罪，在犯罪这一性质上没有什么根本的区别，二者只是处刑上的差异，即强奸的处刑要重于和奸的处刑。如《唐律》规定：和奸者男女各徒一年半，强奸者，则加一等处刑，徒二年。《元律》规定：和奸者，男女各杖七十七，有夫者各杖八十七；强奸者，奸有夫之妇者处死刑，奸无夫妇人者杖一百七。^④其他朝代的法律皆有类似规定。这种对强奸应比照和奸加重处罚的立法规定，表明强奸只是奸淫罪的一种形式而不是一个独立罪名。

二、对强奸的构成条件判定过于严苛，致使被奸女性往往不是无辜沦为罪犯，便是殉为封建礼教的牺牲品。我国封建社会妇女一辈子没有独立的人格，更无权利可言，有的只是无尽义务，其中，保守贞操便是最为重要的义务之一。为了促使

①《小尔雅·广义》。

②《唐律疏议·杂律》诸和奸条疏。

③《晋书·刑法史》。

④《元史·刑法志·奸非》。

女子保守贞操，封建统治者一方面通过封建礼教大肆宣扬贞操重于生命，将其作为套在广大女性头上的精神枷锁；另一方面则在封建法律中根据强奸与和奸的不同情况对被奸女性作了罪与非罪的区别规定，即：凡是和奸，被奸女性因是自愿发生的性交行为，故与男子同罪，应负法律责任；凡是强奸，被奸女性因系被逼迫而非自愿发生性交行为，无罪不受处罚，但从礼教上看，被奸仍属于一种“失贞”而不免遭舆论的歧视。如《唐律·杂律》规定：“诸和奸，本条无妇女罪名者，与男子同。强者，妇女不坐。”《唐律疏议》注释为：“本条无妇女罪名，与男子同，谓上条奴奸良人者徒二年半，此即和奸，不立妇女罪名，良人妇女，亦徒二年半之类，并与男子同。强者，妇女不坐，谓上条奸主期亲，强者，斩。既无妇女罪名，其妇女不坐。但是强奸者，妇女皆无罪”。应当说，这种立法规定还是有其合理性一面的。但是我们不能不指出，这仅仅是一种立法形式而已，实际上在惩处强奸犯罪的司法实践中，对强奸的构成条件掌握往往过于严苛，结果并没有从根本上划清强奸与和奸的界限。如，高梦麟在其《琐言》中说：“凡问强奸，须观强暴之状，或用刀斧恐吓，或用绳索捆绑，果有不可挣脱之情”。^①这里，高氏强调必须是妇女“果有不可挣脱之情”方属强奸，才不致受处罚；否则，既使有“强暴之状”，但如有“可挣脱之情”而被奸，仍属和奸，应与男子同罪同罚。又如，明、清律注均认为：必须强合强成始为强奸。所谓强合，当指男女双方性器官结合；所谓强成，自即在性器官结合的基础上泄精遂愿。如果强合和成，即不以强奸论、仍属和奸；如果在强合之后，因绝望或无力而放弃抵抗，不属和成范围，可定为强奸。^②这里所说的“强合强成”，实际上就是要求被奸女性在从“合”至“成”的全过程中必须有坚决的抵

①《唐明律合编》卷二六，犯奸。

②《中国刑法史》蔡衡枢著，第139页。

抗行为，如果能抵抗而不抵抗或放弃抵抗，都属和奸，仍应与男子同罪同罚。由于对强奸的条件判定如此严苛，使得许多女子尽管是被强行施奸的，却仍被当作和奸而受到无辜的处罚，同时也使不少强奸罪人得以脱免强奸罪责。既或有的被奸女子幸而被判定为被强奸，但因受封建礼教的蒙惑和社会舆论的歧视，往往不堪继续生存而自绝。这种情况不仅反映了封建法律的残酷性，也暴露了封建礼教的黑暗性。

三、视奸者和被奸者的身分、地位不同而对强奸犯罪异处刑罚。马克思恩格斯曾经指出：“在过去的各个历史时代，我们几乎到处都可以看到社会完全划分为各个不同的等级，看到由各种社会地位构成的多级的阶梯”。^①我国封建社会也正是这样一个等级森严的社会。每一个人都被固定在一定的社会地位中生活，由下到上组成一个多阶梯的金字塔，而每一等级的人在法律上具有不等的权利与义务。愈上等级的人，其权利愈多，义务愈少，甚至根本就不负任何义务，如封建君王；愈下等级的人，其义务愈多，权利愈少，甚至毫无权利可言，如贱妇。这种等级制度反映到封建刑法对强奸犯罪的规定上，便是根据奸者与与被奸者的不同地位、身分而分别实行不同的处罚原则。其主要表现在以下几个方面：

（一）强奸有夫之妇处刑重于强奸无夫之妇

我国封建社会是以男子为中心的社会，夫权神圣至上。妇女出嫁以后，就成为男子的附属物，其地位因夫而确立，其姓氏亦因夫而更改，夫权是绝对的，对有夫之妇强奸，不被认为是对妇女本人的侵犯，而是对神圣的夫权的侵犯，故罪不可赦。妇女未出嫁被强奸，侵犯的仅是被奸妇女本人而不是夫权，由于妇女的地位极为低下，故与强奸有夫之妇相比，强奸无夫之妇的行为要轻得多。如《元律》规定：强奸有夫者死，强奸无夫者只杖一百七。

^①《马克思恩格斯选集》第1卷，第251页。

（二）亲属间强奸处罚重于良人（常人）间强奸

我国封建社会一直都把亲属相奸的行为视为严重的犯罪。汉代既称之为“禽兽行、乱人伦，逆天道”的大罪，皆处以死刑。^①《唐律》则把奸小功以上亲，父祖妾的行为列为“十恶”大罪之一，称之为“内乱罪”，其理由是：“女有家，男有室，无相渎，易此则乱。若有禽兽行，朋淫于家，紊乱礼经，故曰内乱”。^②故此，对亲属间的强奸行为，各代法律都规定了较常人间强奸远重得多的刑罚，并且多是有死无赦。如《唐律·杂律》规定：良人强奸良人妇女者，处徒刑二年；但如强奸缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻者，或妻的前夫之女及同母异父姊妹者，处流刑二千里，折伤者处绞刑。如强奸从祖祖母姑，从祖伯叔母姑，从父姊妹，从母及兄弟妻及兄弟子妻者，不论有伤无伤，并处以绞刑。

（三）贱民、奴仆强奸良人、主人的处刑重于良人、主人强奸贱民、奴仆

我国封建社会按照儒家关于君子小人的学说和人们在社会上政治、经济地位的不同，在法律上将人分为贵、良、贱三等。贵者包括皇亲国戚、宦官富人，他们在法律上享有种种优待和特权；良民是王朝的顺民，在法律上有独立的人格，并享有相应的权利；而象奴婢、部曲、杂户、农户等贱民，则不享有良民的权利和待遇，法律给予歧视、劣待性的规定。这种主奴、良贱之间的不平等，在强奸犯罪的处罚上有着鲜明的反映。如《清律》规定：“凡奴及雇工人强奸家长之母及妻女，审有损伤肤体，毁裂衣服及邻证见闻确据者，无论已未成奸，将奴及雇工人拟斩立决”。“家长之有服亲属强奸奴仆、雇工人妻未成，致羞忿自尽者，杖一百，发近边充军。”^③这里，奴强奸主未成要处以死刑，而主强奸奴未成致人自尽而死，却只

①《汉书·洛川王传》。

②《唐律疏议·名例律》。

③均见《大清律例·刑律》附例。

杖一百、发近边充军，处罚相差何等悬殊？又如，《唐律》规定：部曲及奴婢强奸主人缌麻以上亲及其妻者，一律处以斩首死刑，而主人强奸自己的奴婢或部曲的妻女，则可以不负任何法律责任：“奸主之缌麻以上亲，及缌麻以上亲之妻者，流；强者，斩。”“奸他人部曲妻，明奸已家部曲妻及客女各不坐。”^①这里，奴婢强奸主人要处以死刑，而主人强奸奴婢却不受任何处罚，哪里有丝毫的法律公平可言？！这种在法律上的赤裸裸的不平等，充分表明封建专制主义的刑法是维护少数剥削阶级特权者利益的法律。

四、封建刑法惩处强奸犯罪，重在维护封建的宗法伦理，而不是女性的人身权利。我国封建社会是一个典型的宗法伦理社会，在社会的意识形态中，占统治地位的是儒家的伦常礼教。尽管封建君臣可以拥有三宫六院，妻妾成群，但却大肆向人民灌输“万恶淫为首”的伦理观。例如，封建法学家沈家本就主张：“奸淫有伤风化，从重惩创，因属扶持世教之心弟。”^②正是在这种宗法伦理刑法思想的指导下，封建立法者不加区别地把强奸与和奸一概视为是有伤风化的淫罪，而加以惩处，而不是把强奸作为是侵犯女性人身权利特别是性的自主权的犯罪而加以惩处。我国封建社会中，女性没有基本的人身权利，更谈不上什么性的自主权利。因此，这种将侵犯女性人身权利特别是性的自主权利的强奸与不侵犯女性人身权利特别是性的自主权利的和奸混为一谈的立法规定，从根本上说是轻视乃至无视对女性人身权利特别是性的自主权利的保护。至于刑律中规定的对良民强奸贱民，贱民强奸良民；奴婢强奸主人，主人强奸奴婢以及亲属间的强奸处以不同的刑罚，就更可以清楚地看出，封建刑法竭力维护的是尊卑有序，长幼有别，父慈子孝妇贤等封建的伦常礼教，而不是女性的人身权利特别是性的自主

^①《唐律疏议·杂律》。

^②《沈寄蓀先生遗书》甲编卷三。

权利。

应当承认，我国封建社会惩处强奸犯罪的法律规定还是有其一定的积极意义的。因为从客观效果来看，惩处强奸犯罪或多或少都在一定程度上保护了女性的人身权利。但是由于封建的伦理刑法观的影响，使得法律所保护的对象范围相当狭小，即只限于良民以上的妇女、幼女，而占人口很大部分的贱民妇女、幼女却不能得到法律应有的保护。这种封建的伦理刑法随着社会的向前发展，理所当然地会被体现着民主、平等、自由和人权的现代刑法所替代。

二、新中国强奸犯罪立法概况及特点

1949年10月中华人民共和国成立以后，一方面在司法实践中一直把强奸犯罪作为重点打击的犯罪，坚持严惩这种侵犯女性人身权利、摧残女性身心健康的严重刑事犯罪。另一方面，在系统总结长期的刑事立法和司法实践经验、吸取我国历史上和外国在刑事立法上有益成果的基础上，在整个刑事立法过程中积极探索进行惩治强奸犯罪的刑法规范的起草工作。其间，经历了一个相当曲折反复的过程。1950年7月由中央人民政府法制委员会起草的《中华人民共和国刑法大纲(草案)》共分二条规定了强奸犯罪，第131条奸淫幼女幼童罪规定：“奸淫十四岁以下之幼女或鸡奸十四岁以下之幼童者，处三年以上十五年以下监禁。情节特别严重者，处死刑或终身监禁”。第132条强奸轮奸罪规定：“以强暴胁迫或其他方法，使人不能抗拒而奸淫之者（包括鸡奸），为强奸，处三年以上七年以下监禁。”

“强奸致被害人自杀或轮奸者，处五年以上十五年以下监禁。”

“强奸轮奸致人于死或重伤者处死刑，终身监禁或五年以上十五年以下监禁。”^①这个草案中，立法者是把鸡奸行为包括在强奸行为之内的。1957年6月由全国人大常委会草拟的《中华

^①《我国刑事立法资料汇编》，北京政法学院刑法教研室编印，第29页。

人民共和国刑法草案（初稿）》（即第22稿）共分三条六项规定了对强奸犯罪的多种形式予以处罚，第155条强奸罪规定：“强奸妇女的，处五年以上有期徒刑”。“犯前款罪，致人重伤、死亡的，处十年以上有期徒刑，无期徒刑或者死刑。”第156条对轮奸的处罚规定为：“二人以上犯强奸罪而共同轮奸的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑”。“犯前款罪，致人重伤、死亡的，处十年以上有期徒刑，无期徒刑或者死刑。”第157条奸淫幼女罪规定：“奸淫不满十四岁幼女的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑”。“犯前款罪，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑”。^①从上述规定可以看出，立法者已将鸡奸行为排除在强奸行为之外了。1963年10月由全国人大常委会起草的《中华人民共和国刑法草案（修正稿）》（即第33稿）则在第146条中分三款规定了强奸犯罪：“强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。奸淫不满十四岁幼女的，以强奸论，可以从重处罚。”“犯前款罪，情节特别严重的或者致人重伤、死亡的，处十年以上有期徒刑，无期徒刑或者死刑。”“二人以上犯强奸罪而共同轮奸的，从重处罚。”^②第33稿将第22稿中把强奸犯罪分为强奸妇女、轮奸妇女和奸淫幼女三个条文规定合并简化为一个条文，并对加重情节和法定刑作了一些调整。1979年7月1日由第5届全国人民代表大会第二次会议审议通过并颁布的《中华人民共和国刑法》第139条规定的强奸犯罪以第33稿为基础，并作了两处改动：（一）在“强奸妇女”之前增加“以暴力、胁迫或者其他手段”几个字；（二）把“奸淫不满十四岁幼女，以强奸论，可以从重处罚”由第1款后段的位置移为第2款，并删去“可以”二字；相应地将原第2款、第3款挪为第3款、第4款，把“犯前款罪”改为“犯前两款罪”。刑法第139条全文规定：“以暴力，胁迫或者其他

^①同前注，第91页。

^②同前注，第189页。

手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。”“奸淫不满十四岁幼女的，以强奸论，从重处罚。”“犯前两款罪，情节特别严重的或者致人重伤，死亡的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”“二人以上犯强奸罪而共同轮奸的。从重处罚。”刑法第139条是刑法颁行十年来司法实践惩处强奸犯罪的重要法律依据，在与强奸犯罪的斗争中发挥了重要作用。

回顾我国从1950年所起草的第一个刑法草案至1979年正式颁行的刑法典对强奸犯罪规定的立法发展过程，也具有这样四个鲜明的特点：

一、强奸成为刑法明确规定的—个独立的罪名，而通奸行为最终不再被规定为犯罪。从1950年7月中央人民政府法制委员会起草的《中华人民共和国刑法大纲（草案）》开始的历次刑法修改草案直至1979年7月正式通过颁布的《中华人民共和国刑法》，都把强奸犯罪明确规定为独立的罪名，有其特定的罪状和法定刑。但是，对于通奸行内究竟应否规定为犯罪，在立法过程中曾长期存在相当大的争论和分歧。主张把通奸行为规定为犯罪的理由是：第一，通奸影响家庭和睦，影响生产，并容易发生奸杀、堕胎，溺婴等后果，危害很大，应当处刑；第二，有的通奸情节很严重，屡教不改，告来不管，群众接受不了，你不管他自己管，更容易发生严重后果，危害社会；第三，可以在立法上把通奸规定为亲告罪，不告不理，处罚面也不致过宽。主张不把通奸行为规定为犯罪的理由是：第一，通奸是旧婚姻制度和旧思想意识带来的不良影响的社会现象，是道德问题，应靠批评教育和社会舆论逐步加以解决，靠刑罚解决不了；第二，通奸有各种不同原因，有许多复杂情况，处不胜处，会牵制司法机关很大一部分力量；第三，对于因通奸而造成虐待，遗弃或者伤人、杀人等后果的，可以按照所触犯的其他条文规定来定罪量刑。上述二种意见各有一定的道理。第

22稿主要采纳了第二种意见，没有把通奸行为规定为犯罪，但第33稿又采纳了第一种意见，在第169条把通奸行为规定为“破坏他人婚姻家庭罪”。1979年7月正式通过并颁布的刑法中，通奸行为最终未被规定为犯罪，从而使强奸与通奸成为罪与非罪的质的根本区别，强奸亦不再是相对于通奸而加重处罚的奸淫犯罪的一种形式了。应当指出，通奸行为不被规定为犯罪，是民主、自由、平等和人权的现代刑法思想影响的结果。世界上除极少数几个国家的刑法对通奸作了犯罪的规定外，绝大多数国家都没有规定通奸罪。我国自鸦片战争后开始进入半封建半殖民地社会，随着西方法律文化输入的影响，禁止婚姻外的一切合意性交原则首为清《新刑律》所摒弃，从那以后便不再有惩罚一般的和奸的规定。但1935年国民党政府的《刑法》仍然对三种形式的通奸行为予以治罪处罚：（一）有配偶者和奸及其相奸罪；（二）直系或旁系三亲等内血亲相和奸罪；（三）奸淫未满十六岁女子罪。我国刑法将强奸犯罪与一般的通奸行为相分离而作为罪与非罪区别对待，固然是受了现代刑法思想的一定影响，但同时也表明我国革命立法者较之封建的和国民党政府的立法者对强奸犯罪的本质及其社会危害性的认识更为深刻、更为准确。

二、刑法明确规定强奸犯罪的构成要件，力图为司法实践正确认定和处理强奸犯罪案件提供可靠的法律依据，并有效地维护女性的合法权益。例如，根据刑法第139条的规定，强奸妇女罪在客观上必须有以暴力，胁迫或者其他强制手段奸淫妇女的行为；奸淫幼女罪必须是与特定的对象即不满十四周岁的幼女发生性交的行为。在司法实践中，把握奸淫案件中是否采取了暴力、胁迫或者其他强制手段奸淫妇女或者奸淫对象是不是不满十四周岁的幼女，无疑有助于正确认定强奸犯罪案件。值得提出的是，1950年7月起草的《中华人民共和国刑法大纲（草案）》第133条，曾规定了用欺骗方法奸淫妇女的诱奸罪，