




教育部人文社会科学重点研究基地
吉林大学理论法学研究中心学术文库

性权利与法律

Sexual Rights and Law

李拥军 ◎ 著

 科学出版社
www.sciencep.com



教育部人文社会科学重点研究基地
吉林大学理论法学研究中心学术文库

性权利与法律

李拥军 著

科学出版社

北京

内 容 简 介

本书将性权利定位于一种新兴的权利。作者从性权利形成的基础性条件,历史演进与发展脉络,存在的合理性基础,概念、内容、类型及实现的原则,运作的基本路径等方面对性权利的理论进行了系统的阐述。以此为基础,作者以性权利为视角对中国当代性行为立法进行了批判,从法律规则的角度对性权利和性义务进行了解析。书中指出,人的“性化”和性的“权利化”为当代性权利的理论与实践的发展提供了动力与支撑;和谐的性关系是和谐社会的重要内容。

本书适合法学、社会学等学科的研究者以及高年级本科生、研究生阅读。

图书在版编目(CIP)数据

性权利与法律/李拥军著. —北京:科学出版社,2009

ISBN 978-7-03-025124-4

I. 性… II. 李… III. 性-权利-关系-法律-研究 IV. D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 134399 号

责任编辑:徐蕊 周向阳/责任校对:李奕莹

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

双青印刷厂印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2009年8月第一版 开本:B5(720×1000)

2009年8月第一次印刷 印张:10

印数:1—2 000 字数:190 000

定价:36.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

吉林大学理论法学研究中心学术文库 学术委员会

主任：张文显（吉林大学）

副主任：姚建宗（吉林大学）

黄文艺（吉林大学）

委员：（按姓氏笔画为序）

马新福（吉林大学）

邓正来（复旦大学）

王晨光（清华大学）

付子堂（西南政法大学）

朱苏力（北京大学）

朱景文（中国人民大学）

刘作翔（中国社会科学院法学研究所）

齐延平（山东大学）

孙笑侠（浙江大学）

汪习根（武汉大学）

宋方青（厦门大学）

张中秋（中国政法大学）

张恒山（中共中央党校）

何勤华（华东政法大学）

郑成良（上海交通大学）

范忠信（中南财经政法大学）

胡玉鸿（苏州大学）

夏锦文（南京师范大学）

崔卓兰（吉林大学）

黄建武（中山大学）

葛洪义（华南理工大学）

霍存福（吉林大学）

总 序

张文显

时代的伟大实践需要与之相适应的理论，而真正适合时代需求的理论又的确将会引导时代的社会实践。可以说，自 1978 年党的十一届三中全会以来，拥有较为悠久历史的吉林大学法学理论学科，始终是在跟随着中国改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践而不断发展成熟的；可以说，在改革开放的三十年间，吉林大学的法学理论学科积极地发起、推动和参与了一系列对于我国整个法学的基础理论发展和社会主义法治建设实践都具有非常重大指导意义和实践价值的法学的观念变革、方法更新和理论进步的重大活动；可以说，吉林大学法学理论学科的发展本身就是我国改革开放和社会主义现代化建设理论需求和理论发展的一个缩影，也是理论关注实践、参与实践、推动实践、指导实践的一个例证。

在历史进入 21 世纪初的 2000 年，以吉林大学法学理论学科为核心所组建的吉林大学理论法学研究中心经过严格的评审被教育部批准为教育部人文社会科学重点研究基地。随后，吉林大学法学理论学科于 2001 年经教育部批准成为国家重点学科，被纳入“211 工程”重点学科建设计划。在 2004 年，以法学理论学科为依托，吉林大学理论法学研究中心在整合了政治学、国际政治学、国际经济学等学科的基础上组成的吉林大学法律与经济全球化研究所被批准为国家 985 哲学社会科学创新基地。2007 年，在这样的三大平台基础上以吉林大学法学理论学科的教师为主体的教学团队被教育部确定为首批国家级教学团队。所有这一切都是我们的党和国家以及我国法学理论界和法学教育界对于吉林大学法学理论学科在我国新时期的理论创新和对于我国社会主义法治建设所做出的重大贡献的高度认可的体现。

经过进入新世纪以来的近 10 年建设，吉林大学法学理论学科在科学研究、学科队伍建设、人才培养、国际和国内学术交流、信息与咨询服务、学科发展等方面，均取得了长足进展。在这期间和在这之前，吉林大学法学理论学科专著型学术研究成果展示的基本渠道都是各个老师和研究人员自行联系出版。此种方式当然也可以反映吉林大学法学理论学科科学研究的状况，但无疑只是片段性或片面性的，无法全面而整体性地展示吉林大学法学理论学科科学研究的全貌。随着吉林大学法学理论学科作为国家重点学科、教育部重点研究基地、国家创新基地、国家级教学团队的研究成果的积累，吉林大学法学理论学科的学科建设及其学术研究，都需要一个具有持续能力的成果展示平台，以不断总结和展示本学科

在博士研究生培养方面的成就，激励理论法学研究中心年轻教师积极从事科学研究并使其成果得到有学术影响力地集中展示。为此，吉林大学理论法学研究中心决定把多年来一直在设想之中的出版中心学术文库的工作付诸实施。

吉林大学理论法学研究中心学术文库为连续性的系列出版物。首先以吉林大学法学理论专业通过答辩的优秀博士学位论文为主要选题来源，其次是吉林大学理论法学研究中心各位教师和研究人员的专著及学术文集，此外就是在条件成熟的时候逐步吸收全国法学理论领域年轻学者的学术专著或者各个高校法学理论专业的博士研究生的优秀博士学位论文。

科学出版社给予了我们吉林大学理论法学研究中心法学文库的出版以极大的支持。吉林大学理论法学研究中心将与科学出版社建立长期的合作关系共同推进中心学术文库的出版工作。这套学术文库的出版会以每年5~10本学术著作的规模推进。

借此，我们衷心地感谢我国各个高校和科研机构的法学理论学科对于吉林大学法学理论学科工作的大力支持！我们也希望吉林大学理论法学研究中心学术文库的出版，将为推进我国法学理论学科的学科建设、科学研究、人才培养、学术交流等做出重大贡献！

目 录

总序

导言 性权利——权利曲谱中的新乐章·····	1
第一章 重要与稀缺——性权利形成的基石性条件·····	5
一、性因重要而不可或缺——性对于人的价值和意义·····	5
二、性因压抑而资源稀缺——性在人类社会中的生存状态·····	14
三、重要和稀缺——性权利形成的基石性条件·····	22
第二章 意识与话语——性权利观念的历史演进与发展脉络·····	26
一、性权利观念形成和发展的基本历史脉络·····	26
二、现代性权利观念的理论源泉和发展动力·····	36
三、权利术语和话语的提出与使用：性权利理念的形成·····	49
第三章 自然与社会——性权利存在的合理性基础·····	51
一、性权利存在的人性基础·····	51
二、性权利存在的社会基础·····	60
三、自然与社会——现代性行为立法不能忽略的因素·····	69
第四章 概括与细分——性权利的本体论阐释·····	74
一、性权利的概念和内容·····	74
二、性权利的存在形态和基本类型·····	76
三、性权利取得与实现的基本原则·····	81
第五章 宽容与不容——性权利运作的基本路径·····	86
一、法对性的日益宽容·····	86
二、法对性的日益严厉（不容）·····	96
三、关于性权利运作的基本路径的解析·····	101
第六章 解读与批判——以权利为视角对中国当代性行为立法的反思·····	103
一、强奸罪的建构模式·····	103
二、婚内强奸的认定·····	107
三、性纠纷的解决机制·····	109
四、聚众淫乱罪与聚众淫乱违法行为·····	111
五、对色情作品（淫秽物品）的控制·····	113
六、军婚的特殊保护制度·····	115

第七章 自由与规制——从法律规则的角度对性权利和性义务的解析 ·····	123
一、性资源的分配机制——专偶型的婚姻制度的形成·····	124
二、对性资源产权制的维护机制——对强奸、通奸行为的惩戒·····	128
三、亲属间性行为的阻止机制——乱伦行为的禁忌·····	131
四、从法律规则的角度对性权利和性义务的解析·····	135
结语 性权利——和谐社会不能省略的维度 ·····	139
参考文献 ·····	142
后记 ·····	148

导言 性权利——权利曲谱中的新乐章

不论是“性”(sex)还是“权利”(right)都无疑是我们所熟知的概念,但是由两者组合而成的“性权利”(sexual right)便没有了这样的效果。作者查阅了几乎所有的官方的国际人权文件和我国国内的法律法规,发现没有一处明示出了性权利的字样,也没有一个条文明确使用了性权利的术语。权利是法学的基础性范畴,权利理论是我国法学教育中的重要内容,但在国内正统的法学教科书中——无论是法理学还是部门法学,我们常常能见到“人权”、“物权”、“债权”、“诉权”、“知识产权”、“言论自由权”等概念,却唯独见不到“性权”的提法。在实践中性权利无疑也是陌生的、脆弱的。正如李银河教授所说:“在所有的公民自由权利中,性自由和性权利在中国最脆弱,最容易受到攻击。其他自由权利不管有还是没有,总没有人敢公开说,它是不该有的。但是性自由权利却是人们敢公开宣称‘不该有’的一种权利。”^①

性权利是指存在于性领域,围绕着人的性行为发生的,与人的性行为相关的,关涉到人的自由、平等、追求幸福、免于侵害等内容和各种权利的总称。这种权利的获得与确立是人具有自由、平等、独立主体地位的一种反映,是与人的生存与发展息息相关的一种权利,正如世界性学大会所通过的《性权宣言》中所称的“它是一种普适性的人权”。这么重要的一种权利,对于我们来说却为什么如此陌生?其根本原因在于长期以来性受到了各种力量的极端压制。

性的欢愉是上帝给予人类的恩赐,性的冲动是人的自然本能,因此对于普通人来说,无论是达官显贵还是平民百姓无不受性的驱使和左右。于是我们说,性表征出来的欲望是社会发展的动力。也正是因为性之于人的力量太大了,人对于性的依赖性太强了,所以性往往又被统治者视为社会失序的“祸根”。人类的社会秩序是以性为中心建立的,因为是由性导致了社会分工,由性产生了婚姻和家庭,由性形成了伦理和道德,由性组成了位序和等级,由性的禁忌和规范衍生出了法律,所以所谓人类社会的秩序,首先应该是性的秩序。因此不以既定规则运作的性,会从根本上颠覆社会秩序,这是权力机制绝对不容的,正因如此不依既定的统治规则运行的性行为在传统社会中必然受到道德的贬谪和法律的严惩。正因为性对于统治者的秩序有着基础性的意义,所以性的自由对于个人的自由才具有本质上的价值。在传统的权力本位的社会中,国家的秩序往往和个人的自由是

^① 李银河:《性的问题·福柯与性》,文化艺术出版社,2003年,第76页。

对立的，统治者塑造的秩序是建立在剥夺民众自由的基础上的，因此国家秩序与性的自由便是最不相容的，统治者欲构建自己的秩序必须先把性行为纳入既定规则的范畴。为了让性俯首称臣，它发动了习惯、道德、宗教、法律，甚至科学等力量对它进行全方位的压制。正因如此，在人类几千年的文明史中，性权利是最不能登上堂面的权利，性自由是民众最不敢提、国家最不敢给的自由。也因如此，即使在近代西方资产阶级革命以后的相当长的一段时期，在许多政治、经济、文化权利都得到确认的时候，而性权利的坚冰还没有解冻。恰恰是由于禁欲主义的文化惯性的作用，在西方民主观念日益深入、市场经济日益发达的19世纪，西方却有了个性禁錮的回流——维多利亚时代。同样，也因为这样的文化惯性，在新中国建立后的相当长的一段时间，对性的压制不但没有减轻，反而变本加厉，这种压抑在“文化大革命”时期达至顶峰。

维多利亚时代持续了一个多世纪以后，人类对传统的反叛开始了。随着性科学的发展，人类开始理性客观地观察自身；随着避孕技术的运用，性的娱乐功能开始与生殖功能分离并成为性的主要功能；随着交通、信息技术的运用，人们的交往渠道正在拓宽，性信息交流日益频繁；随着市场经济的深入，人们的个人主义、功利主义、实用主义、自由主义的观念逐渐强化；随着女权主义运动的兴起，妇女的权利意识日益提高，并为争取自己的性自由展开了多种形式的斗争。特别是兴起于20世纪60年代并席卷整个西方世界的“性革命”更有力地消解了传统性文化的保守性。于是，人类的性文化正在更新。在新的性文化下，性的神秘感和负罪感正在消解，婚姻的束缚力正在减弱，性生活的质量在婚姻家庭中的位置正在提高，人的性行为的方式正在拓展，为快乐而追求性的观念正在被人们普遍接受，于是追求性是人的一项基本权利的观念开始形成。

我国从改革开放以来，市场经济深入发展，民主政治稳步推进，社会长治久安，人民生活水平有了很大的提高，社会变得日益平等和多元，人们开始关注性并有能力、有精力追求性、经营性，性在人民生活中所占的比重日益凸现，性需求与性行为多元化的趋势正在形成。实践也正按照这样的逻辑运转。我国性社会学家的调查研究表明：从改革开放以来，中国的“性革命”也在悄然兴起。在这一过程中“唯生殖目的论”哲学彻底破产，离婚率增加，性“家教”开始松弛，性知识可以公开宣讲，色情物品剧增、性用品商店在城市普及，性生活在婚姻中占有的比重明显增加，婚前性行为普遍，多伴侣性行为及其宽容度增加，妇女的性自主意识增强，等等。^①在这样的一个过程中，在这样一个性需求多样化的环境中，传统的性观念逐渐式微，性作为一种独立的权利的观念和实践开始形成。

^① 潘绥铭，〔美〕白维廉，王爱丽，〔美〕劳曼：《当代中国人的性行为与性关系》，社会科学文献出版社，2004年，第9~22页。

这具体表现为：婚姻自由的原则得到了有力的贯彻，过错离婚主义已经废止，破裂离婚主义正在实行，因而性对象的自主选择权正在日益受到保护；司法实践中，近年来因性器官或性功能受到伤害而以性权利或“性福权”受损来要求赔偿的案件、因性生活不和谐而导致离婚的案件呈日益增加的趋势；性权利的维权意识正在强化，受害者把强奸视为对自己权利的侵犯的意识正在提高，同时，一些发生在职场中的、在传统社会中只是被认定为不道德的、一些轻微的性侵犯行为也被列入了“性骚扰”的行列从而以性权利被侵害为由被追究法律责任；随着社会的日益多元，特殊群体的性权利的吁求也初露端倪，如民工的性权利、犯人的性权利、同性恋者的性权利、变性人的性权利等的呼声方兴未艾。

由于受法的强制力的特点所决定，法律是国家对性的调整的最主要也是最常见的手段；一种权利无论它在道义上具有多大的正当性，但最终必须通过法律来确认才具有现实的合理性和可行性。因此，在现代社会法律对性的态度才真正昭示着性的命运和走向，法律对性权利的确认和保护才真正代表着人在性行为上的自由。既然现代社会的法律应以最大限度地实现人的自由为旨归，那么现代社会的性法律规范就应该以性权利为本位，关怀人性，尊重合意，反对暴力，宽容多元，努力实现性的自由、独立和解放，这正是现代社会性法律规范的发展历程和基本走向。

中国的现实和时代的走向对我国当前的性行为立法提出了挑战。受传统的农业社会中的以性“为耻”、“为罪”的文化惯性和计划经济条件下禁欲主义的革命观余波的影响，中国当前的性行为立法与实践在某种程度上还受着一种对性的极权控制主义的思维的支配，它以人的性责任、性义务为中心建立各种规则，对性“防”大于“护”，人们的各种性权利需求不能及时地反映到立法中，实践中各种性权利也很难获得保护。这具体表现在：在当前的所有法律规范中没有一条文明示“性权利”，我们对性权利的理解在某种程度上说还来自于推定；在法律只把性侵害对象定义为女性的情况下，男子的性权利无从保障；在法律把性交只定义为男女生殖器媾合的前提下，在快乐主义指导下的性交方式日益多元化的今天，在违背受害者意志的情况下对其实行除男女生殖器的媾合以外的肛交、口交、利用工具性交等行为却不能认定为强奸或强奸既遂，不利于对受害者的保护；“婚内强奸为罪”的思想还没有在法律和实践中得到及时的确立与贯彻，使许多妇女的性自由没能在婚内得到很好的保护；我国刑法对破坏军婚罪的规定和婚姻法对军婚进行的特殊保护，限制了非军人一方的性选择自由，有悖于平等精神；在对合意的性、不妨碍他人的性日益得到宽容的今天，聚众淫乱罪和聚众淫乱违法行为的适用范围和条件必须进行严格限制，而我国的刑法和治安管理处罚法却没有作应有的限制；在印刷、音像、网络、信息技术日益发达的今天，对色情物品的需求日益普遍化，我国法律对色情物品不分等级、不分年龄、完全禁止

传播的做法既不可能也不可行，而且侵犯了公民性欣赏权、性信息获取权；在对强奸等性侵害罪的处理中，由国家全部垄断纠纷处理权，它完全排斥当事人之间的和解，侵夺了当事人的性自治权；近年来，我国同性恋者的人数不断增长，据专家估算目前同性恋者的数量在 3900 万~5200 万人，面对这样一个相对数量稀少、绝对数量庞大的群体，我国法律并没有从权利的角度做出应有的回应，从而使他们的权利保护无法可依；等等。

从某种意义上说，人类社会的政治进程是一个权利从不同领域、不同视角逐渐展开、权利话语不断强化的历程。在当今世界，权利已经成为普遍性的、主导性的政治话语和法律术语，各种利益的正当性往往都要诉诸权利的言辞来证明，各种自由的保障常常要通过权利的方式来实现，权利已经成为现代法律和法学的基石范畴和核心价值。当代中国的性行为立法应该将民众的性权利需求反映出来，并将它作为性行为立法的目标和价值取向，因为唯有如此，我们的立法才能更贴近民众、更符合民情、更尊重人性，只有贴近民众、符合民情、尊重人性的法律才具有永久的生命力。这也是以人为本的法律思想的核心所在。但是与此同时，我们也必须要清醒地认识到：性毕竟是个特殊的领域，它身上背负着太多的文化职能，因此性权利不等于性自由，对性权利的理解不能任意泛化，性权利永远都是在一定规则或制度下的权利，永远都是和性义务、性责任相对应的权利，它受制于社会规则，来源于社会合作。即使是今天，它也是通过一系列规则和制度加以制约和保障的。在性的领域只有正确地处理好规则与自由、权利与责任的关系，社会才能实现真正的和谐。

第一章 重要与稀缺——性权利形成的基石性条件

性无论是对人类个体还是人类社会都是至关重要的。对个体来说，性是繁衍后代的手段，是实现快乐的方式，是达致健康的途径；对于社会来说，性是人类两大生产方式的核心要素之一，是联系基本社会关系的纽带，是人类社会秩序衍生的“原生态”元素。正是因为性领域的自由对整个人类的自由具有基础性的意义，性秩序的混乱往往造成整个统治秩序的倾覆，关涉性的利益是人最为重要和根本的利益，所以在人类历史上统治集团发动了各种力量对性进行全方位的压制。因此，性在人类社会中无疑又是稀缺的。“重要”意味着性是人的一种必不可少的利益，“稀缺”标志着人对性的需求程度。二者是性成为人的一种权利的基石性条件。

一、性因重要而不可或缺——性对于人的价值和意义

（一）作为生育的手段

费孝通先生说得好：“种族绵延是指在这世界上继延不断地有该种生物存在，生物个体都有一定的寿命，不管是朝菌、惠姑；或是冥灵、彭祖；寿命的长短尽可以相差很大，但是他们总有一死，那是一定的。因之，种族要在这世界上绵延下去，不能不继延不断地有新个体产生出来代替旧个体的位置，如接力赛跑一般。这样种族绵延不能不靠生殖职能。”^①由此说开去，任何生命既都是阶段性的存在，同时又都是群体性的存在，因此，任何物种必须通过生殖才能保持种族的延续，所以在生物进化史中哪一种生物繁殖能力强盛，哪种生物便更有机会存续下去。根据遗传学的观点，生殖的机理在于细胞的复制，当一个母细胞分裂成两个子细胞，那么原来的母细胞的基因也就分裂成两份。受生存本能的驱使，生命的种种活动表现为基因不断地尽可能多地复制自身，如果这一过程出现故障，那么此物种的延续就要遭受危机。生物的进化是发展与灭亡的统一过程，进化在灭亡的基础上进行，没有灭亡便没有新生，物种代谢是历史的规律。在同等条件下基因复制顺利的物种会在数量上超过基因复制受阻的物种，这样，前者便

^① 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社，1998年，第105页。

会慢慢地挤占后者的空间，后者会越来越稀少，稀少是灭亡的前驱。^①再有，一般来说，繁殖力强、数量大的群体抗外界打击能力比繁殖能力弱、数量小的群体要大得多，在自然状况恶劣的条件下，前者可依靠“广种薄收”、“种海战术”而存续，后者则没有这个优势。

由细胞自我繁殖的机理出发，生命的延续方式有两种：无性生殖和有性生殖。无性生殖是指通过子细胞对母体细胞的简单复制，其后代保持亲代性状的生殖方式，低等动物的生殖多采用此种方式。有性生殖比之复杂，其过程在于：先有精子和卵细胞存在，然后由精子和卵细胞结合形成受精卵，由受精卵不断复制最终成为新的个体，这种生殖方式具有更大的优越性，其后代可以继承亲代双方的遗传特征，包括人在内的许多高等动物的生殖大都采用此种方式。^②正是由于人类采用有性的生殖方式，性对于人类的繁衍才有特殊的价值和意义。即使到了今天，虽然随着高科技的应用人类的生殖可以和性行为相分离，如试管婴儿的出现，克隆技术也对有性生殖提出了挑战，但总的来说，通过男女性交行为来实现精子和卵子的结合从而孕育生命还是人类生殖的最主要方式。

与其他物种一样，生育无疑也是保持人类社会存续的基础性条件，正是在这个意义上恩格斯将“种的繁衍”即人类自身的生产与物质生产一同视为人类历史的决定性因素。^③虽然通常条件下男女的性行为是生育的前提性条件，但在人类之初人们并没有认识到性与生育的关系，这时候人的生育还处于一种受本能支配由自然选择的自发状态，它本质上与其他物种繁衍后代的意义没有本质的区别。而当后来人们认识到性行为与生育的因果关系后，性便在个人和社会视野中增加了一份特殊的意义，国家对其进行干预则是顺理成章的事。费孝通先生对其的个中原由解释得生动而透彻，他说：“种族绵延绝不能说是个体所要求的，而是性的满足中不经意的生理结果，这种巧妙的安排在人类中……很有失去效力的可能。绵延种族假如是造物的主意，它还得另用一项法宝来使人类就范。这项法宝，在我看来，是在把人们结成社会，使每个人不但是个生物的个体，而且是一个社会的分子；每个个人的生存不能单独解决，他得依靠社会的完整。社会完整是个人健全生活的条件，而社会的完整必需人口的稳定，稳定人口有赖于社会分

① 周云清：《性与社会》，武汉大学出版社，2005年，第78页；徐纪敏：《性科学》，湖南人民出版社，1988年，第75页。

② 周云清：《性与社会》，武汉大学出版社，2005年，第79页。

③ 恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中这样论述道：“根据唯物主义的观点，历史中的决定性因素，归根结底是直接生活的生产和再生产。但是，生产本身又有两种。一方面是生活资料即食物、衣服、住房，以及为此所必需的工具的生产；另一方面是人的自身的生产，即种的繁衍。”中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社，1995年，第2页。

子的新陈代谢，因之引起了种族绵延的结果。”^①

正是因为通常情况下性行为是导致生育的唯一手段，所以国家对生育的干预过程必然也是对性的干预过程，可谓是“欲管育，先管性；欲管育，必管性”。人口资源是一个社会发展的基础性条件，它的这种基础性的作用在农业生产方式下表现得尤为明显。在农业生产方式下，土地是最基本的财富，但这种财富只有依靠人的劳动才能盘活，而人口的获得只能依靠生育。对于家庭来说，只有通过生育，才能获得子嗣，子嗣既是劳动力的来源又是个人财产的继承者，同时也是自己失去劳动能力时的供养者。^② 对于国家来说，人口既是平时的劳动力资源，又是战时的兵员，因此，一个国家的总的生殖状况决定着它的生产力的发展程度、财富的积累程度、军事力量的强盛程度，即它的综合国力。于是，在农业社会中，家庭往往更重视自己子嗣的兴旺，统治者更重视国家人口的多寡，所以受利益的支配，国家一般都推行鼓励生育的政策和法律，往往越是在战争、经济萧条时期这种政策和法律就推行得越严格。落实到法律对性行为的调控上，在中国的农业社会与西欧的农业社会其表现形式还有所不同。在中国古代多表现为极力降低男女发生合法性行为的时间，禁止男女年龄相差过大者之间的性结合等。例如，春秋战国时期，越国规定“女子十七不嫁，其父母有罪；丈夫二十不娶，其父母有罪”；“令壮者无娶老妇，令老者无娶壮妻。”^③ 齐国规定：“男二十而室，女子十五而嫁。”^④ 西晋的晋武帝在泰始九年下令：“女年十七，父母不嫁者，使长吏配之。”^⑤ 唐朝太宗贞观元年（公元627年）诏令男二十，女十五以上“其庶人男女无室家者，并仰州县官人，以礼聘娶”；“男年二十，女年十五以上及妻丧达制以后，孀居服纪已除，并须中以婚媾，令其好合，若守志贞洁，并任其情，无劳抑以嫁娶。”^⑥ 开元二十二年（公元734年）又改为男十五，女十三以上便可嫁娶。^⑦ 在清朝，早在入关以前，即天聪九年（1635年）三月就以上谕的形式规定：“凡女子十二以上者许嫁，未及十二岁而嫁者，罪之。”^⑧ 在基督教统治下的欧洲，则更多地表现为对非生育的性行为的惩罚。基督教虽然“禁欲”，但不“禁育”，因为如果它倡导“禁育”，一方面，它就会与农业社会的基本价值取向相违背从而受到大多数人的抵制而不能存续；另一方面，它也会因无法得到

① 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社，1998年，第112页。

② 目前计划生育政策在我国农村地区推行困难的原因也在于此，从根本上说，这是受农村的生产方式决定的。

③ 《国语·越语》。

④ 《韩非子·外储》。

⑤ 《晋书·武帝纪》。

⑥ 《通典·礼·男女婚嫁年纪议》。

⑦ 张晋藩：《中国法制史》，群众出版社，1991年，第320页。

⑧ 《清太宗实录》卷二十三。

它所需要的新教徒而最终衰亡。受宗教的影响，中世纪的法律往往将从事手淫、性交中断、体外排精、肛交、口交等不能导致生育的异常性行为都规定为犯罪而受到严惩，并严禁避孕和堕胎。^① 例如，性交中断或体外射精必须苦修赎罪 2~10 年，怀孕后 40 天内的自然流产也是犯罪，处罚比人为避孕稍轻，任何形式的人工流产都等于三倍的谋杀罪；更重一些的罪行是肛交和口交，当时有两例对肛交的判决，一例判 10 年苦修赎罪，另一例判 15 年。^② 受种的繁衍的社会生存法则的支配，在特定时期就连基督教最基本教义也有可能对此做出让步，比如 17 世纪的德国出于增加人口的需要就突破了一夫一妻的教义，允许一夫多妻制，并有限度地宽容婚外性行为。按《欧洲风化史》的记载，1650 年 2 月 14 日，弗兰孔地区大会颁布的法令中称：“在今后的十年内，准许每名男子有两个妻子。”一百多年后，为了增加士兵和纳税人，腓特烈二世在刑法方面也采取了类似措施。^③

随着生产力提高，在现代社会，虽然人口资源在社会发展中的作用有所降低，但它仍然是影响国民经济发展的重要因素。因此现代国家对其发展也要进行干预，当然这种干预已不是像农业社会那样单纯地鼓励生育，而是要视具体情况或是限制或是促进。像中国、巴基斯坦、孟加拉等国要通过计划生育方面的法律和政策来限制人口的发展，而俄罗斯、德国等国家则要通过法律和政策等手段来鼓励生育。^④ 现代社会在注意人口资源的数量的同时，更重视人口的质量，许多国家法律都禁止或限制近亲属或有遗传性疾病的人结婚。但总而言之，无论是限制或增加人口的数量还是提高人口的质量，通常情况下都是通过对人类的性行为

① 《圣经·旧约》的《创世记》中记载了这样的一个故事：犹大的长子死时没有子嗣，犹大令他的另一个儿子欧南与他的嫂子性交，为其兄育种。欧南与他的嫂子交媾时将精液洒在地上，以免给他的哥哥留下子嗣。这件事让上帝非常愤怒，于是杀死了欧南。在中世纪，堕胎也是一种罪，如果因此妇女死亡，那么就犯了三种罪：自杀、背叛她“天上的新郎”——耶稣、谋杀她尚未出生的孩子。同性恋和各种异常性行为要受到苦修、去势、火刑等各种处罚。参见〔美〕坦娜希尔：《历史中的性》，童仁译，光明日报出版社，1989 年，第 165~175 页；谈大正：《性文化与法》，上海人民出版社，1998 年，第 132 页。

② 潘绥铭：《性的社会史》，河南人民出版社，1998 年，第 321 页。

③ 爱德华·傅克斯：《欧洲风化史——风流世纪》，侯焕阁译，辽宁教育出版社，2000 年，第 252 页。

④ 近年欧美等国以至日本都出现“不婚、不生”的现象，并面临人口老化和负增长的情况，因此各国都各出奇谋提高生育率。全欧洲生育率最低的德国，就计划每年拨出约 400 亿元人民币鼓励生育，措施包括母亲有一年有薪产假，父亲也可享两个月有薪陪产假。出生率急剧下降和人们健康状况日趋恶化，已导致俄罗斯人口急剧减少。联合国预计到 2050 年俄罗斯的人口将从现在的 1.46 亿减少至 8000 万。因此俄罗斯政府正在重新鼓励人们多生孩子。最近，俄罗斯在中断实施奖励生育政策 18 年后，重新实施这项政策，向多子女家庭颁发“光荣父母勋章”，力图扭转人口下滑趋势。“光荣父母勋章”的条件并不高，父母只需供养 4 名子女就可以提出申请，每个家庭可获得 5 万卢布（1 美元约合 33 卢布）的补助金。http://www.popinfo.gov.cn/popinfo/pop_docxgzl.nsf/v_allAtIndex/6970F91E85922207482571680026F273; http://news.163.com/09/0121/07/505RS6GB0001121M.html。

施加影响的方式来实现的。

在现代社会，随着人们生活方式的转变、人自身价值的提高、社会保障体系的健全，对个人来讲生育的传统功能正在丧失，因此人们的生育观念也在日益更新，即生育的动机日益从经济方面转为精神方面。对于现代人来说生育更可能被视为人的一种自我价值和社会价值的体现，具体就是，生育子女更能使人达至一种人生的完满、自我的延续、精神的升华般的境界^①。总之，这些内容通常情况下人只有借助性行为才能实现。

（二）作为快乐的方式

性生活给人带来的欢乐是造物主给予人的恩赐，特别是性高潮的出现能使这种快乐达至顶峰。中国古人曾经用“交欢”来表征性交，用“欲仙欲死”、“如鱼得水”、“男欢女悦”等词来形容性交的快乐。

因为人是有意识的动物，所以它能充分地感受到这种快乐，这种快乐实际是肉体和精神的统一，因此对于还没有认识到性与生育的关系的原始人，追求快乐应该是他们从事性行为的第一目的或最主要的动机，生育只是追求快乐的副产品而已，由此看来，快乐的功能应该是人类性行为的最基本的功能。从某种意义上说，这种性快乐也是支持人类繁衍的动力之一，因为并不是每一次性行为都必然导致受孕，试想如果没有这种快乐，或者从事性行为如上刑般痛苦，人类能否有如此高频的性行为？如不能如此，人类如何能繁衍成世界上最大的灵长类种群？

就性高潮来讲，一直是人类的无法解开的千古之谜。性高潮有三大特征：一是肌肉不由自主地收缩和律动；二是某些生理功能的改变，如出血减少、体能和协调性超限度地发挥等；三是意识和自控能力的短暂丧失^②，会做出种种不可想象的疯狂举动。在性高潮中，人类由于机体潜能的超水平发挥而体验到新生和再生，人能体验到灵魂（意识的我）飘然离去或喷涂而出，甚至脑中一片空白，听觉、视觉、触觉都丧失的感觉，或者说是一种欲仙欲死的感觉。^③所以，当原始人无法解释这种奇特的感觉时，便对性产生了崇拜，因此在人类之初，性并不是罪的、耻的、羞的、丑的、病的。^④但是在人类的历史中，性的快乐功能却长期受到压抑，只是到了现代社会性的快乐功能的主导地位才得以恢复。

① 张纯元，陈胜利：《生育文化学》，中国人口出版社，2004年，第100~103页。

② 人处于性高潮时，防御能力也最差，因此，自古以来人类的性生活往往都选择在安全、安静的地方。

③ 潘绥铭：《中国性现状》，光明日报出版社，1995年，第3页。

④ 据文字学家考证，汉字中的“祖”字，从“示”从“且”，“示”表示神灵之意，“且”是男性生殖器的象形。由此看来“祖”字实际起源于性崇拜文化。参见陈炎：《多维视野中的儒家文化》，中国人民大学出版社，1997年，第23页。