

中国人民大学

Renmin University
of China



性社会学研究所

Institute for Research on
Sexuality and Gender

<http://www.sexstudy.org>

[首页](#) | [学科建设](#) | [基础研究](#) | [应用研究](#) | [著作发布](#) | [图书检索](#) | [通俗文章](#) | [文献介绍](#) | [讨论地带](#) | [通讯文档](#)

您的位置: [首页](#) -> 论文集《性, 是本能吗?》

《性, 是本能吗?》09: 强奸, 侵犯了什么?

作者: 赵合俊 来源: 《性, 是本能吗?》 类别: 论文集《性, 是本能吗?》 日期: 2007. 03. 24 今日/总浏览: 1/493

强奸, 侵犯了什么?

赵合俊

英国法律史学家梅因曾认为, 古代社会的刑法不是“犯罪法”, 而是“不法行为法”, 用英国的术语来说, 就是“侵权行为法”。^①在人类文明史的很常一段时间内, 由于女性没有独立的人身人格权, 隶属于父亲或丈夫, 故强奸妇女往往被视为对女性的父亲或丈夫的财产权的侵犯, 主要属于“私”的领域, 由“私法”来制裁, 制裁的方式除对等的私人报复外, 主要是由强奸者(或其亲属)对受害女性的父亲或丈夫给予一定的财产上的补偿。随着“公法”(国家法)对私领域的渗透, 强奸被逐渐归类于“妨害风化”、“妨害公共道德及善良风俗”的犯罪, 被视为对公众(道德)的冒犯, 属于一种“社会性”的犯罪。在这样的情况下, 出于社会防卫的理念, 往往由国家作为公诉人, 对强奸提出犯罪指控, 并最终由国家审判机关给罪犯一定的刑事制裁。权利观念的兴起与人权运动的高涨, 使得法律从重点维护社会秩序逐渐转化到重点维护个人权利。这样的转化从一些国家的刑法典上仍能清楚地反映出来: 如,

1940年12月7日颁布后来又作了若干修改补充的《巴西联邦共和国刑法典》, 其第六篇为《败坏风俗罪》, 而强奸被归类为第六篇第一章的《违反性的自由罪》;

1871年的《德国刑法典》将强奸归类为第十三章《妨害风化的重罪及轻罪》, 而1976年5月18日修订通过的《德意志联邦共和国刑法典》则将强奸归类为第十三章《妨害性自由之罪》;

1968年10月颁布的《意大利刑法》第九章为《对于公共道德及善良风俗之犯罪》, 强奸罪属于第九章第一节的《对于性自由之犯罪》;

1971年3月18日修正公布的《瑞士刑法》第五章为《对于风俗之犯罪》, 强奸属于其第一节《侵害性自由及名誉》。

从上面所举的例子也能清楚地看出, 强奸被视为对个人性自由的侵犯, 强奸犯罪的直接客体, 是人的性自由。为说明这一点, 再举几个例子: 如,

1961年1月31日通过的《蒙古人民共和国刑法典》，将强奸归类为第三章《侵犯个人生命、健康、自由和人格罪》；

1996年1月1日开始生效的现行《澳门刑法典》，其第五章为《侵犯性自由及性自决罪》，强奸罪隶属该章；

1997年1月1日生效的《俄罗斯刑法典》，其第十八章为《侵害性不受侵犯权和个人性自由的犯罪》，强奸罪隶属于该章。

自由与权利，在权利学的意义上可作为同义语使用。而刑法中的所谓侵犯性自由，也即侵犯性自由权。

需要指出的是，这里所谓强奸是对受害人性自由权的侵犯，与传统的将强奸视为对受害人父亲和丈夫的财产权的侵犯，具有本质的不同。受害人在现在已经具有了独立的人身人格权。所以强奸被看作对“个人权利”的侵犯，而不再是对“他人权利”的侵犯。

关于强奸是对个人性自由权的侵犯这一点，从现代关于强奸的定义也不难看出。现代关于强奸的定义大多特别强调“违背妇女的意志”：如，《辞海》将强奸定义为：“以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女意志，强行与之性交的行为。是否违背妇女的意志，是区别强奸与通奸的界限”。^①《牛津法律大辞典》对强奸的定义是：“一男子未经不是其妻子（除非他们已分居）的女子的同意或不顾其是否同意而通过阴道与之进行性交的犯罪。…在苏格兰，强奸是指违背妇女意志而同其发生性关系的犯罪。”^②《布莱克法律辞典》则如此定义强奸：“未经妇女的同意而与之非法性交。男性违背妇女的意志强行与之非法性交……”^③从这些定义看，尽管它们仍然存在着这样那样的缺陷，^④但有一点是共同的，那就是：“是否有妇女的同意”，亦即“是否违背妇女的意志”，是区别强奸与否的最关键因素。

在人权的意义上，人被视为人格独立、意志自由的个体。没有妇女的同意或说违背妇女的意志而强行与之发生性行为，就是违背了妇女的“自由意志”，因而也就侵犯了妇女的性自由权。也正是在这样的意义上，“婚姻内的强奸”才具有了法理的基础。

古代女性由于没有独立人格与自由意志，她的性并不属于她自己，就是说，她不是“性自有”的主体，而只是“性他有”的对象。贞操，不过是女性对他人所负的一种性义务。因而，强奸只是对受害女性贞操的“破坏”（不是“侵犯”，因为只有对权利主体才能使用“侵犯”），却是对受害女性丈夫或父亲财产权的侵犯。也正因为女性没有独立的人格与自由意志，所以在传统法律文化中，“婚姻内的强奸”是荒谬可笑的。

强奸罪并非唯一的侵犯性自由的犯罪，其它如强制猥亵也系对人的性自由的侵犯。性自由权也不仅指消极地免于性强暴的权利，还包括在不违法的情况下不受干涉积极行事的权利。按照世界性学会（World Association for Sexuality）第14次世界性学会议（14th World Congress of Sexology）通过的《性权宣言》（Declaration of Sexual Rights）的解释，所谓性自由权，有两方面的内容：其一是“个人表达其全部性潜力的可能性”；其二是“排除生活中所有形式之性强迫、性剥削与性虐待”。

如果说，现代对强奸犯罪的惩治是从消极的方面维护人的性自由权的话，那么，非婚姻的“私通”的去罪化以及“通奸”的逐渐去罪化，则是从积极的方面维护人的性自由权。当然，主张性自由权，并不是鼓吹什么“通奸权”，但是按照现代的性权利观念，在不危害他人的前提下，成人之间的性属于个人的私事，他人、国家、社会无权对个人的性私事刺探、宣扬、传播与干涉；否则，就构成侵权。这也就在事实上维护了、促进了个人的性自由。

性自由权是一项基本人权。人权意义上的人，是人格独立、意志自由的人。自由是一项基本人权。由于人是一种性的存在（sexual beings），性权利就是人之作为性存在的人权。性自由权是最基本的性权利。

二

由上面的例子可以看出，关于强奸，一般来说，现代比较公认为是对人的性自由权的侵犯。但在中国刑法中，强奸被归类为侵犯公民的人身权利的犯罪。中国法律文本中不但没有出现“性自由”，甚至连“性”的字眼都难得一见。

之所以出现这样的情况，有着复杂的社会、历史、文化原因。中国传统意义上的“性”，在英文中的对应词为nature，与现代意义上的“性”（其英文的对应词为sex, sexuality）有着完全不同的含义。现代意义上的“性”传入中国大抵是二十世纪早期的事情。十九世纪中后期与二十世纪早期，西方的性学研究有了相当的进步。同时，与女权运动与人权运动相关，有人认为在1830年到1930年之间，西方世界发生了一次“性革命”，或将之称为“性革命”的第一阶段。性革命的目标就是“性自由”。^⑤英语世界在十九世纪构建了一个词sexuality。这个词的构建与性的权利化有着密切的关系。据说，sexuality的构建，至少有三方面的意义：（1）将性与生殖分离开来，非生殖的性快乐自身也被看作目的；（2）性被看成个人的事情，人们更关注的是决定个体人格的潜隐的快乐和幻想而非生殖；（3）性的话语促进了这样的观念：个人既是需要加以规制的欲望主体，又是具有自我表达权的主体。^①

中国在二十世纪初现代意义上的“性”传入之际，整个民族与国家正处在生死存亡的多事之秋。出于强国保种的整体需要，性更多地和性规制、性教育联系起来，以提高整个民族的卫生健康水平、生育出强壮的后代为最高目的。个人的性权利、性自由则被无意地忽略和有意地压抑了。

另一方面，二十世纪六、七十年代西方国家又发生了一场“性革命”。由于《世界人权宣言》的发表与《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》的通过，权利、人权话语大量渗入性的领域，性与权利、人权有了进一步密切的联姻。“性革命”的最伟大的功绩与最实质性的贡献，就是促进了性权利的兴盛。与此相反，正当西方的这次“性革命”搞的轰轰烈烈时，处于“文革”时期的中国，一场“性的反革命”也正如火如荼地进行着，对性的禁忌、规制与压抑都达到了空前的强度。^②

由于这样的特殊的历史、社会、文化背景，“性自由”在当代中国被打入十八层地狱的“悲惨”命运也就在预料之中了。一时间，它被中国主流社会和主流价值视为“万恶之源”、资本主义与资产阶级的“腐朽堕落”，受到了最强烈的诅咒与批判。^③这样，中国的法律文本中不出现“性自由”，强奸不被看作对个人性自由的侵犯，也就极其自然了：试想，“性自由”既然如此地“十恶不赦”，如果强奸被看作对人的性自由的侵犯，那不正说明“强奸有理”吗？反之，惩罚强奸就等于保护“性自由”，对强奸的惩罚不也因此而丧失了合法性吗？

需要特别指出的是，由于传统上个人权利观念的匮乏，中国对自由、性自由之类的概念有着相当严重的误解与曲解：不是从权利的意义上去理解自由，而是将之视为一种失控、无序的混乱；性自由也不被当作个人的性自由权来理解，而被曲解为性行为方面的“乱交、烂交与混交”。在中国法学界，并非无人提出强奸犯罪的直接客体是“妇女的性自由权利”、^④“妇女的性的自由权”^⑤之类的看法，但这类看法遭到了强烈反对，其最主要的理由就是：“因为按照我国的民族习惯和国情，不存在性自由问题”，^⑥“因为这种提法，很容易让人与西方性自由联系在一起，而西方的性自由又确实是存在的。由于这种提法容易让人产生误解，所以我们不赞成这种提法。”^⑦

中国法律上没有确立“性自由权”虽然有着可以理解的复杂的历史、社会、文化原因，但毕竟与当今这个“走向权利的时代”的国际大背景不太协调，与将强奸看作对个人性自由的侵犯的世界法律的历史发展趋势不合拍。中国已经签署了《公民权利和政治权利国际公约》，批准了《经济、社会、文化权利国际公约》。尽快地从法律上确立性自由权，应是中国政治上真正“入世”的一个标志。

三

强奸作为对受害人的性自由权的侵犯，这在现代国际社会上已成了一种比较一致的看法。遗憾的是，中国法律中还没有规定性自由权，更遗憾的是，“贞操权”竟然已经进入了中国的司法领域。

2001年，中国深圳的一家法院以“生命健康权”和“贞操权”受侵害为由，判决了一起因强奸引起的精神损害赔偿的案件。由于这是中国大陆第一起因强奸而引起精神损害赔偿的案例，因此受到举国上下的一直关注。“贞操权”的说法也由此流行开来。然而，“贞操权”却是一种荒唐的说法和一个谬误的概念。

按照深圳那家法院的民厅厅长的理解，所谓贞操权是指：公民保持其性纯洁良好的品行、享有所体现的人格利益的人格权，...简而言之，贞操权就是公民处理自己性生活的权利。^①这样的理解本身就是前后矛盾的、逻辑混乱的：因为按照后半句话，“贞操权”实际就是性自由权（公民处理自己性生活的权利），这是人人都享有的权利；而按照前半句话，“贞操权”却是要“保持其性纯洁的良好品行”才享有的人格权，只是部分人（“保持其性纯洁良好品行”的人）享有的权利。这样就出现了一种无法避免的尴尬：公民处理自己的性生活却没有“保持其性纯洁的良好品行”，是否仍是或仍然享有“贞操权”？如果“贞操权”是公民处理自己性生活的权利，那么，公民处理自己的性生活却没能“保持其性纯洁的良好品行”也是“贞操权”；而如果“贞操权”是公民保持性纯洁的良好品行、享有所体现的人格利益的人格权，那么，公民没有“保持性生活的良好品行”而处理自己的性生活，就不享有那种作为人格权的“贞操权”。这样的尴尬是“贞操权”说无法避免也无法解决的。

“贞操权”说的致命缺陷就来自于中国大陆学界对“贞操”的那种不明不白的界定。将“贞操”界定为“男女性纯洁的良好品行”，特别强调“性纯洁”，是中国大陆学界关于“贞操”的一种“通说”。^②然而，对最关键的“性纯洁”到底意味着什么，却无人做进一步的界说。尽管有人提出了“性纯洁”包括“性行为的纯洁”和“性器官的纯洁”，却依然于事无补。试问，究竟怎样做才是“性行为纯洁”？究竟什么是“性器官纯洁”？不说清这些，关于“贞操”到底是什么就仍然令人不知所云。关于这一点，只要看看其它的关于“贞操”的定义与解释，便不难理解。

《辞海》对“贞操”的解释是：贞操：（1）坚贞不移的节操；（2）旧指女子不失身或从一而终。^③《布莱克法律词典》关于chastity的解释是：“纯洁，节欲，贞洁的性质或状态，意味着不为非法性交的德行、纯洁状态或戒除非法性结合。”^④《牛津法律大辞典》对chastity的解释是“克制或避免性交”，^⑤中国台湾学者史尚宽先生将贞操界定为遵守不为婚姻外之性交的良好操行。^⑥以上所有对“贞操”的定义和解释，尽管各不相同，但有一点是相同的，那就是都是清楚明白的。看了这样的定义和解释，人们就知道，所谓贞操，无非是戒除、避免性交，不为非法性交，不为婚姻外的性

交。

同时，从上述几种对贞操的界定与解释来看，所谓贞操，总是从“义务”方面着眼的：“不失身或从一而终”也好，“不为非法性交”也好，“不为婚姻外的性交”也好，都是“禁绝性”的要求与规定，都属于义务，与“权利”无关。

“贞操权”是中国大陆学者所“创造”的一个概念。无疑，“贞操权”是以贞操为基础的。但既然连贞操是什么都没解释清楚或解释不清楚，所谓的“贞操权”又怎能不逻辑混乱、前后矛盾、破绽百出呢？采用归谬法，只举一个简单的例子，就可将“贞操权”说驳得体无完肤：如果“贞操权”是公民保持其性纯洁的良好品行所享有的体现人格利益的人格权，而强奸是对“贞操权”的侵犯，那么，显然的是，娼妓并没有“保持其性纯洁的良好品行”，如此以来，是否推导出强奸娼妓不为侵权而为合法？

可以推测的是，主张“贞操权”说者也肯定意识到自身的破绽与毛病，故而不得不将“贞操”与“性自由”、“贞操权”与“性自由权”胡乱联系乃至等同起来：如，“贞操是公民的性自由”，^①认为“贞操权是在法律规定范围内，公民所享有的自由支配性行为，并保持自己不受他人玷污的权利。”^②这虽然显得荒唐可笑，但其实却属无可奈何。不过，既然这样，为什么不抛弃“贞操”、“贞操权”的说法，采用“性自由”、“性自由权”的说法呢！？

在古代中国，“贞操”可谓一个“伟大”的词汇。但自从“五四”新文化运动以来，“贞操”说因受到先贤的声讨和批判，作为“贞操杀人”的封建礼教而臭名昭著。二十世纪末中国大陆围绕婚姻法的修改引起了一场全国性的大讨论，出于反对“婚外恋”、“第三者”的需要，“夫妻忠实义务”或曰“贞操义务”成了讨论的一个焦点，“贞操”的字眼再次时髦起来。但尽管时髦，经过了“五四”先贤的讨伐，“贞操”如今毕竟不再那么光彩。当代中国处于“走向权利的时代”，“权利”一词至少在形式上有着至高无上的地位。于是，不那么光彩的“贞操”便被与炙手可热的“权利”生硬地嫁接起来，创造了“贞操权”这样一个不伦不类的概念，并进入了司法领域。这不能不说是法制建设中的一个败笔。

^① [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第208页。

^① 《辞海》（中），上海辞书出版社1999年版（普及本），第3106页。

^② 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第746页。

^③ *Black's Law Dictionary* (fifth edition), p. 1134.

^④ 如，仅仅将妇女作为强奸犯罪的受害人，排除了婚姻内的强奸等等。

^⑤ 如，女权主义的代表人物之一的凯特·米利特就持有这样的观点，认为，“性的革命的目标是一种宽容的、单一标准的性的自由，一种与传统性结合中愚蠢、剥削性质的经济基础中的腐败划清了界限的自由”。凯特·米利特：《性的政治》，钟良明译，社会科学文献出版社1999年版，第92页。

^① see Frank Dikötter, *Sex, Culture and Modernity in China*, Hurst & Company, London, pp. 63-64.

^② 例如，无论如何，传统中国社会对两性的性别特征还是加以强调的。而在“文革”时期，却似乎对两性的性别特征都有意识地加以泯灭，刻意制造“无性”文化。

^③ 如，“人类历史正是在否定之否定中发展的，现在西方社会盛行的‘性自由’和‘性解放’也必将为历史所否定。”（刘达临：《“性自由”批判—人类两性关系反思》，江西人民出版社，1988年版，第65页。）又如，“资产阶级性自由论者所主张的性道德规范，是资产阶级性生活的理论概括，也是资本主义社会婚姻家庭悲剧的诱因之一。性自由论反

映了资产阶级的道德堕落，同我们社会主义社会的婚姻家庭道德背道而驰，也同我们民族的传统美德直接冲突。我们必须对此予以严肃认真的批判，揭露它在理论上的荒谬，肃清它在社会生活中，特别是对少数青年人已经造成的消极影响。”（蒂洛：《伦理学理论与实践》，孟庆时、程立显、刘建等译，北京大学出版社1985年版，“译者的话”）再如，“几年来，国外资产阶级腐朽、没落的婚姻家庭观和生活方式已通过各种渠道渗透进来，影响和正在影响我们中间的某些人。他们抵制不了这种诱惑而堕落了，甚至‘性解放’、‘性自由’等资产阶级思想所造成的性混乱已经侵入到青少年的生活之中，沉渣泛起的丑陋现象成为一种社会问题，…社会风气受到严重的败坏，造成无数家庭的崩溃。”（古丽霞：“试论建立夫妻性权法律制度”，载《广东法学》1998年第3期）

^④ 参见高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版，第592页。

^⑤ 董鑫主编：《中国刑法分论》，四川人民出版社1990年版，第132页。

^⑥ 侯国云：“关于强奸罪直接客体的理论思辩”，载《现代法学》1997年第6期。

^⑦ 同注6。

^① 资料来源：<http://law.westcn.com/jdal/jdal/jdal11004.htm>

^② 如，“贞操是男女性纯洁的良好品行”（王利明、杨立新、姚辉：《人格权法》，法律出版社1997年版，第156页），又如，“贞操是指男女性心理和性行为纯洁的美好品行，属于道德的范畴。人按照性道德的要求保持良好的道德品行是贞操的基本内涵。”（陈丽华：《婚姻、家庭、继承》，中国社会科学出版社1999年版，第71页），再如，“贞操是男女性纯洁的状态，不仅包括性生活的纯洁性，也包括性器官的纯洁性”（马强：“试论贞操权”，《法律科学》2002年第5期）

^③ 《辞海》（上），上海辞书出版社1999年版（普及本），第510页。

^④ *Black's Law Dictionary* (fifth edition), p. 215.

^⑤ 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第154页。

^⑥ 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社1999年版，第149页。

^① 高言、柴春英主编：《人身权法：理解适用与案例评析》，人民法院出版社1996年版，第168页。

^② 同注1。

关闭窗口

文章版权归原作者所有，未经允许请勿转载，如有任何问题请联系我们。