

The Consent  
in Criminal Law

罗翔 著

# 刑法中的 同意制度

——从性侵犯罪谈起

# 目录

[扉页](#)

[序言：社会控制与个人自由](#)

[引言](#)

[第一章 同意问题在性侵犯罪中的地位](#)

[一、性侵犯罪的历史沿革](#)

[（一）性侵犯罪的历史](#)

[（二）人权运动与性侵犯罪的革新](#)

[二、性侵犯罪的法益嬗变](#)

[（一）风俗之法益](#)

[（二）性自治权之法益](#)

[（三）性自治权的含义](#)

[（四）风俗与性自治权的关系](#)

[三、刑法基本理论的转化](#)

[四、同意问题是性侵犯罪的核心](#)

[（一）同意问题的历史回顾与发展趋势](#)

[（二）不同意是性侵犯罪的本质特征](#)

[（三）不同意问题的处理模式及我国的选择](#)

[第二章 同意的概念及不同意判断标准](#)

[一、同意的概念](#)

[二、不同意的判断标准](#)

[（一）中国刑法有关不同意标准的争论](#)

[（二）英美法系有关不同意标准的争论](#)

[（三）大陆法系有关不同意标准的争论](#)

[（四）几种最新标准](#)

[三、标准的确认](#)

(一) 主观标准或客观标准

(二) 反抗规则

### 第三章 不同意的表现形式

一、表现形式的分类

二、严重强制手段与同意

(一) 暴力

(二) 胁迫

三、能力瑕疵与同意

(一) 年龄与同意

(二) 心智不全与同意

(三) 身体无助与同意

四、强制不明显与同意

(一) 威胁

(二) 欺骗

(三) 滥用信任关系

五、婚姻关系与同意

### 第四章 同意与犯罪论体系

一、同意在犯罪论中的地位

(一) 大陆法系

(二) 英美法系

(三) 我国的选择

二、同意与主观心态

(一) 从摩根案件谈起

(二) 对策

(三) 不同意的判断标准与主观心态的关系

(四) 本文之立场——规范性构成要件要素的认识错误

(五) 同意年龄的认识错误

三、同意与未完成罪

[\(一\) 求欢未成与未完成罪的区别](#)

[\(二\) 犯罪未遂与犯罪中止的区别](#)

## [第五章 同意与证据规则](#)

### [一、同意的证明责任](#)

[\(一\) 证明责任分配的标准](#)

[\(二\) 标准的冲突](#)

[\(三\) 标准的取舍与应用](#)

### [二、性史与证据](#)

[结论](#)

[后记](#)

[再版后记](#)

[参考文献](#)

[注释](#)

扉页

刑法中的同意制度  
——从性侵犯罪谈起

罗翔 著

 云南出版集团  
 云南人民出版社

## 图书在版编目（CIP）数据

刑法中的同意制度：从性侵犯罪谈起 / 罗翔著. -- 昆明：云南人民出版社，2021.1

ISBN 978-7-222-19846-3

I. ①刑… II. ①罗… III. ①性犯罪—研究—中国 IV. ①D924.344  
中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第220654号

责任编辑：刘娟

责任校对：吴虹

责任印制：马文杰

## 刑法中的同意制度——从性侵犯罪谈起

XINGFAZHONG DE TONGYI ZHIDU-- CONG XINGQIN FANZUI TANQI

罗翔 著

出版 云南出版集团 云南人民出版社

发行 云南人民出版社

社址 昆明市环城西路609号

邮编 650034

网址 [www.ynpph.com.cn](http://www.ynpph.com.cn)

E-mail [ynrms@sina.com](mailto:ynrms@sina.com)

开本 880mm×1230mm 1/32

印张 10

字数 232千字

版次 2021年1月第1版第1次印刷

印刷 北京盛通印刷股份有限公司

书号 ISBN 978-7-222-19846-3

定价 49.00元

版权所有 侵权必究

果麦文化 出品

上帝就照着自己的形象造人，乃是照着祂的形象造男造女。

——《创世纪》1章27节

本书系教育部人文社会科学研究青年项目（09YJC820117）“刑法中的承诺制度”的成果

## 序言：社会控制与个人自由

我们这个时代的人总是充满着对自由的渴望，因为我们时刻觉得自己并不自由。一直以来，我对“自由”这个话题就兴趣盎然，十多年前撰写硕士论文时，我就曾以《自由视野中的罪刑法定原则》为题，进行过初步的探索。但是，诚如奥古斯丁所说：时间是什么，你不问我，我还明白，你一问我，我倒糊涂了。写完该文之后，我对何谓自由更是困惑。

本书所探讨的主题依然与自由有关。个体的同意（consent）能够多大程度影响犯罪的成立与刑罚的适用，这取决于社会控制与个人自由之间的微妙关系。按照最初的设想，我假定社会控制与个人自由是对抗关系，社会控制越强，个人自由也就越弱。为了实现个人的自由，我的预设是刑法应当尽可能地扩大同意这种辩护理由的适用范围，比如人可以支配自己的身体甚至生命，因此与卖淫有关的非暴力犯罪应除罪化，安乐死也应合法化。

初定的研究计划是庞大的，我试图考察刑法中所有涉及个体同意的问题，并试图构建一个体系化的同意制度。性侵犯罪中同意问题，人身伤害中的同意问题，医疗（手术、医学研究等）中的同意问题，整形美容（如刺青、穿孔）中的同意问题，风化犯罪中的同意问题，体育竞技、杂技、游戏、殴斗等各种危险性活动中的同意问题等，都在我的研究计划之列。然而，随着思考的深入，我不得不承认自己能力的有限，我根本无法驾驭一个如此庞大的话题。而且，我开始怀

疑，对如此繁杂的问题进行体系化是否可能，所有的体系化建构是否只是人类理性搭建的“巴别塔”，出于人类理性狂妄的自负。于是，我只能选择其中的一个问题，也就是性侵犯罪进行讨论，因为其中的同意问题最为丰富。

随着进一步研究，我发现自己必须更新对自由的理解，部分推翻先前的假设。人的思想经常会发生变化，今日之我已完全不同于昨日之我，甚至在我撰写这篇序言时，我也不无遗憾地发现，序言中想表达的观点与本书中的个别部分也有冲突。

以往我对自由的理解始终未能跳出“随心所欲”“个人解放”的视界，这可能也是国人对自由的通常看法。柳宗元诗曰：“破额山前碧玉流，骚人遥驻木兰舟。春风无限潇湘意，欲采蘋花不自由。”诗人在湘江泛舟，见到水中的蘋花，“欲采而不自由”，这曾让我感喟不已。但是，这种自由观却无法让人自由。每一个欲望的满足必然带来新的欲望，人在追求自由的同时无可避免地成为欲望的奴隶，一如卢梭所言“人生而自由，却无往不在枷锁之中”。

我开始欣赏并接受康德对自由的理解：自由不是想做什么，就做什么；自由是叫你不要做什么，就可以不做什么。对于吸毒者而言，真正的自由是可以抵制毒品诱惑的自由，而不是获得无限量毒品的自由。因此，自由的背后一定是自律。但是，人类的悲哀在于我们根本没有自律的能力，“立志为善由得我，只是行出来由不得我。”（《新约·罗马书》）只有通过超越人类存在本身的力量才能培养人自律的能力，洗涤人类败坏的本性。

从这个角度来看，社会控制与个人自由不应是对抗关系，而应是合作关系，社会控制的目的应该培养人类的自律，让人拥有真正的自由。法律是社会控制的一种重要工具，它要教导人行在良善之道。法律的最高目标是将其所倡导的良善价值内化为人们的行为准则，让人

自觉自愿遵守法律。这样说来，自由是法律下的自由，“法律的目的不是取消或限制自由，而是维护和扩大自由”（洛克：《政府论》）。

然而，人们急于摆脱社会控制的一个重要原因是因为人们对社会控制本身的正当性表示怀疑。20世纪，极权主义制造的无数血雨腥风让人们对社会控制不寒而栗，人们急于逃离社会控制，逃离体制下的“古拉格群岛”，寻求所谓的“自由”。

何种力量可以确保社会控制是正当的呢？启蒙运动之后，个人主义和理性主义大行其道，人们将社会控制的正当性依据从天国拉向尘世。用马克斯·韦伯的话来说：“世界已被祛魅”，“只要人们想知道，他任何时候都能够知道，从原则上说，再也没有什么神秘莫测、无法计算的力量在起作用，人们可以通过计算掌握一切，而这就意味着为世界祛魅。人们不必再像相信这种神秘力量存在的野蛮人一样，为了控制或祈求神灵而求助于魔法。技术和计算在发挥着这样的功效，而这比任何其他事情更明确地意味着理智化。”（韦伯：《学术与政治》）

有两种理论企图为社会控制的正当性背书。

一种是社会契约论，代表人物是卢梭。社会契约论认为人们为了保护自己不受他人的伤害，必须让渡一部分权利，达成社会契约，接受社会控制。卢梭要求“每一个体将自己的权利毫无保留地完全转让给共同体”，人们在服从共同体的时候，实质上只是在服从他们自己，并且仍然像以往一样地自由。“主权，即社会，既不能损害社会成员的整体，也不能伤害他们中具体的任何个人。”正是在这种社会契约论的基础上，卢梭建立了他的人民主权理论。

根据这种理论，民众选举的立法者颁布的法律具有天然的正当性，因为这是民众意志或公共意志（public will）的体现。在卢梭看来，主权者是永远不会犯错误的。他无法想象基于公意产生的主权政府也可能践踏先前的契约，走向独裁。不幸的是，这却成了事实，后世几乎所有的极权主义都流淌着卢梭哲学的血液。

另一种理论是功利主义哲学观，代表人物是边沁，认为社会要追求“最大多数人的最大幸福”，为了达到这个目标，社会控制是必要的。在刑法理论中，功利主义哲学观遍及方方面面，比如为学界普遍接受的法益理论，犯罪的本质在于侵犯法律所保护的利益（法益），因此要对犯罪进行利益分析，如果没有侵犯利益，或者为了保护较大利益而牺牲较小利益就不是犯罪。然而，如何进行利益权衡？何种利益为大，何种利益为小，功利主义哲学很难得出让人信服的结论。功利主义主张当个人利益与“最大多数人的最大幸福”相抵触，个人利益就应放弃或做出牺牲，但问题在于何谓“最大多数”？何谓“最大幸福”？这种无比抽象的概念就如社会契约论中“主权”“公意”等概念一样，在现实中成为少数人谋取私利的托词，最大多数往往是被少数人所代表的。

只有从超越此岸存在的超验世界寻找社会控制的正当性依据，才能确保人们尊重社会控制的权威，社会控制与个人自由才能从对抗走向合作。包括法律在内的社会控制若要获得人们真正的尊重，必须有一个超越世俗存在的源头。

在世俗社会中，能够无限接近超验世界的就是人们内心神圣的道德良知，这种道德良知绝非进化而来，它是与生俱来的。今天的人们绝不敢夸口自己的道德水平能够超越古人。因此，法律一定要尊重民众的道德良知。无论何种理论，如果与朴素的道德良知相抵触，它都

有修正的必要。理论不过是渺小人类的小小设计，如哈耶克所说的“茫茫暗夜里的天光一泄”，而它的局限和褊狭则是命中注定的。

只有当法律获得了超验世界的神圣源头，法律所承载的公平和正义才有可能，法律才能真正为公众所遵奉，法律所推崇的价值才能内化为人们内心的行为准则。法律要尽可能地去倡导正确的价值，引导人们回归至善之道。有许多人信奉马克斯·韦伯的“价值无涉”的学术研究方法，认为社会科学研究应当与自然科学一样，只进行事实描述，做逻辑判断，而不进行价值判断。究其原因，关键是在这个“祛魅化”的时代，人们的价值观已经完全崩盘，人们已经将无价值作为一种新价值，这是一个诸神横行的年代。然而，我确信无论天变地变，有些价值是永恒不变的，法律必须要倡导这些价值。

在刑法的同意问题中，有大量的疑难问题必须通过价值判断才能解决。比如甲冒充某女丈夫与其发生性关系，甲冒充有钱人与女方发生性关系，甲冒充明星与某女粉丝发生关系，甲冒充某女男友与之发生性关系……上述案件是否都构成强奸罪，这涉及欺骗与同意。何种欺骗能够否定同意的有效性，在刑法中存在大量的理论。大部分的理论都试图说明欺骗与处分的因果关系，如果一种欺骗能够高概率地让女方处分性权利，那这种欺骗就属于实质性欺骗，进而导致同意无效。如果不考虑价值，只做事实判断，上述四种情况其实都可以认定为强奸。但这种判断显然是和不道德的社会现实同流合污。虽然在现实社会中，有钱人、明星与女方发生关系很普遍，未婚同居更是司空见惯，但法律一定要倡导正确的价值观，在法律中必须坚持只有在婚姻关系内的性行为才是正当的，其他一切的性行为都是不道德的，是低概率事件。因此，除了上述第一种情况属于强奸，后三种情况都不能认定为强奸。

这是一个并不完美的世界，但法律可以持守正义，坚守善道，让人心在浊世中有对良善的信心与盼望，真理必让人自由。

## 引言

法益主体的同意是刑法中的一种重要辩护理由。但在中国刑法学界，它却长期处于被忽视的尴尬地位。究其原因，主要是传统理论过分注重刑法对社会的控制，而忽视刑法对个人自由的保障。随着公民权利的勃兴，刑法从国权主义时代向民权主义时代迈进，法益主体的同意也将在刑法中发挥越来越大的作用。在与个人权利有关的大量社会活动中，刑法的介入范围与限度，都必须考虑法益主体的同意。通过对刑法中同意制度的研究，能够很好地勾画出刑法在社会控制与自由保障之间互动关系。

比较而言，在西方国家，同意制度无论在理论研究，还是在立法和司法实践中，都受到高度重视。如英国的法律改革委员会就曾在1994年、1995年和2000年先后出台过三个有关同意问题的研究报告，<sup>[1]</sup>建议立法者对刑法中的同意制度进行改革。但由于同意问题涉及社会控制与个人自由的平衡问题，如何选择合适的平衡点，这并不是一个能够轻易得到解决的问题。

考虑到性侵犯罪中同意问题最为突出，本书以此为切入点，试图综合两大法系<sup>[2]</sup>的经验和教训，对同意问题进行剖析，以探究刑法在协调社会控制与个人自由中的作用。

被害人<sup>[3]</sup>对性行为的不同意是性侵犯罪成立的关键，现代刑法关于性侵犯罪的理论都是围绕着同意问题展开的。但是，同意作为性侵

犯罪的核心问题并非古已有之，它经历了一个漫长的历史演进过程，只有在女性获得独立主体地位的今天，同意问题才逐渐成为刑法学上的重要问题。

然而，在性侵犯罪中，同意问题十分复杂，它在全世界范围内仍悬而未决，其复杂性突出地表现为如下方面。

第一，同意与不同意的界限往往非常难以界定。从表面上看，同意只是一个单纯的抽象概念，被害人对性行为或者同意或者不同意，但是在具体案件中，由于人类心理活动的复杂性，交流的含糊性都可能使得同意问题复杂万分。当人们提及性侵犯，通常想象的是这样一种情境：夜黑风高，陌生人手持凶器，以暴力相威胁，强行和被害人发生性关系，此种情境下的不同意一目了然。然而这类典型的性侵犯案件已越来越少，绝大多数性侵犯往往发生在熟人之间，在这些案件中，两人也许因为约会而见面，被告人没有使用暴力或暴力威胁，被害人也没有身体上的反抗，性行为甚至是在卧室发生的，对于这类案件应如何定性，大家存在很大的分歧。

第二，由于性别以及社会地位的巨大差异，男女两性对同意与否可能存在不同理解。这种不同理解本来就是两性不平等的体现，也集中反映出同意问题的复杂性。1983年，女权主义理论家麦金侬（Mackinnon）曾指出，异性间的性交就是强奸。她说：虽然强奸与正常的性交不同，但是对于女性而言，在男性处于支配性地位的当下社会，两者很难区分。<sup>[4]</sup>考虑到女性地位的变化，这种言论可能过于激进，但无论如何，同意问题的复杂性可以窥豹一斑。在同意问题上如何有效地平衡两性的利益之争，并非易事。

第三，性侵犯罪中的同意是被害人的一种反应，而这种反应却可能决定行为人行为的性质，这似乎与刑法的基本理论相悖。人们一般

认为，在刑法中决定行为性质的是行为人的行为，而非被害人的反应，但是性侵犯罪中的同意问题却对这种习惯思维提出了挑战。

同意问题的复杂性决定了它是一个世界性的问题。伴随人权运动的蓬勃发展，许多国家都开展了性侵犯罪的改革运动，试图重新诠释同意问题，并借此鼓励妇女重视自己的权益，在性权利受到侵犯时，敢于报案。这场改革运动肇始于20世纪70年代的美国，并逐渐扩展到其他国家和地区。直到今天，这股改革浪潮仍在继续，我国台湾地区也在1999年对性侵犯罪进行了大幅度修改。在许多国家，性侵犯罪尤其是其中的同意问题一直都是学术界最前沿的课题。

反观中国大陆，性侵犯罪的理论研究却相对滞后。虽然在20世纪80年代，学界对于强奸罪曾有过一场声势浩大的争论，并促使了有关强奸罪司法解释的出台。但随后却很少有人开展过性侵犯罪的系统研究，学界对于性侵犯罪的研究主要散见于婚内强奸、奸淫幼女等方面。这一方面是因为中国文化耻于谈性，大多人不愿意研究性侵犯这种“肮脏”的罪名；另一方面则是因为人们习惯了宏大叙事的“主义”之争，“问题”意识不足，至于性侵犯这类“细枝末节”的刑法问题则更是难登大雅之堂。但是，这种落后的理论研究现状却严重影响了司法实践对于性侵犯案件的准确定性，妨碍了性自治权这种基本人权在实践层面上的切实保障，这种局面亟待改善。

最后，有必要对本文基本概念作简单的交代。性侵犯罪中的“同意”是指被害人对性行为的认可。显然，与“同意”相对的概念是“不同意”（或说“拒绝”）。<sup>[5]</sup>在法律上，被害人只可能“同意”或“不同意”性行为，而不存在界乎二者中间的第三类态度，模棱两可、半推半就都不是法律概念，它们要根据法律或者界定为同意或不同意。因此，“同意”与“不同意”其实是一个问题的两个方面。其次，本书所说的性侵犯罪，它指的是我国刑法第236条、237条分别规

定的强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪和猥亵儿童罪。强奸与猥亵最大的区别在于行为方式不同，前者是与女性发生性交，而后者是与被害人（主要是女性，但也包括未满14周岁的男童）发生性交以外的其他性行为。这里要说明的是，与性行为（sexual conduct）意思相同的概念是性关系（sexual relation），其外延大于性交这个概念，它不仅仅包括性交（sexual intercourse），还包括各种满足性欲的性接触（sexual contact）。在我国刑法中，是通过“奸淫”这个概念来代替“性交”的，它仅指男性生殖器对女性生殖器的插入，而其他形式性关系（性接触），则为“猥亵”（indecent）这个概念所包括。随着性别中立主义立法的发展，许多国家都扩张了对性交（sexual intercourse）概念的理解，认为它不仅包括阴道交，还包括肛交和口交，至于其他性行为则属于性接触（sexual contact）。还有些地方甚至用性插入（sexual penetration）这个概念来取代性交。<sup>[6]</sup>考虑到在我国刑法中，强奸罪中所说的“奸淫”仅仅指的是非常狭义的性交概念，而其他性行为则为“猥亵”概念所包括。但是，“奸淫”和“猥亵”两词本身所具有的放荡淫乱的道德评价，会让被害人非常难堪，因此我们在强奸罪中使用狭义的“性交”概念，而在其他性侵犯罪则使用性关系（或性行为）这个概念。另外，由于强奸在三种性侵犯罪中最为突出，<sup>[7]</sup>为了行文的方便，本书以强奸罪为重点，附带研究其他性侵犯罪。

## 第一章

# 同意问题在性侵犯罪中的地位

### 一、性侵犯罪的历史沿革

性侵犯罪的历史就是一个从财产到权利的演变过程。最初，法律并不认为女性具有主体性的人格地位，她们是男性的财产，法律对性侵犯的惩罚只是为了保护女性背后对她拥有支配性权利的男性的财产利益。只有当女性摆脱了附属于男性的财产地位，性侵犯罪才逐渐演化为侵犯女性自身权利的犯罪。

#### （一）性侵犯罪的历史

在中国刑法史上，性侵犯罪属于奸罪。由于女性相对于男性的附属地位，从一开始，刑法对奸罪的设计就不认为女性具有支配其身体的权利。《辞海》对“奸”的解释，其一义项为“犯”，如作奸犯科；其二义项为“不正当的男女关系”。无论女性是否同意这些“不正当的男女关系”，它都属于奸罪所打击的范围。“不和谓之强”，女性的不同意只是区别强奸与和奸的标准之一。在不同意情况下，性交可能构成强奸，而在同意情况下，性交则可能构成和奸。和奸男女同罪，强奸则女性无罪。中国古代的和奸概念非常广泛，它包括通奸（有夫奸）、亲属相奸、无夫奸等各种强奸以外的不正当男女关

系。无论是强奸还是和奸，法律都把女性看成了一个纯粹的客体，它所保护的只是男性的财产权利，这突出体现为如下几个方面。

第一，男性的杀奸权。《唐律》规定：因奸罪而名誉受损的家庭成员均可捉捕奸夫淫妇，其拒捕而杀之者可免刑或减刑。<sup>[1]</sup>《元律》则规定：诸妻妾与人奸，本夫于奸所杀其奸夫及其妻妾，并不坐。<sup>[2]</sup>清朝承袭了《元律》的规定，认为“凡妻、妾与人奸通，而（本夫）于奸所亲获奸夫、奸妇，登时杀死者，勿论。”<sup>[3]</sup>显然，在这种法律看来，因为妻子的不贞，玷污了丈夫有价值的财产，丈夫可以杀之而后快，以解决自己的财产受损问题。但是，妻子却没有权利杀死行奸之夫，否则还可能视为故杀或斗杀，罪至绞斩。<sup>[4]</sup>

第二，结婚可以作为无夫奸的豁免理由。对于未婚男女所发生的性交，在中国古代被称为无夫奸，男女双方都要受到刑事处罚。但是，如果男方愿意与女方结婚，那么双方都可以免于处罚，女方家人也不再拥有告诉权。如宋朝马光祖为县令时，有书生夜里翻过墙与邻家处女幽会被抓，他不但不处双方刑罚，反而公堂做媒，成全此婚姻。清朝郑板桥为县令时审理过一对和尚尼姑犯奸案，也判令二人结为夫妇。这种判决在中国古代很多，甚至被传为佳话。<sup>[5]</sup>在我国少数民族地区也有类似规定，如在突厥，“奸人女者，重责财物，即以女妻之”。<sup>[6]</sup>从财产的角度，我们很容易理解这种做法的用意。既然犯罪者双方同意结婚，那么也就解决了家庭受损的财产，因此也就没有处罚的必要。另外，无夫奸之告诉权为女方家长。《唐律》规定：无夫妇女和奸者，有权向官府告诉者为“被奸家人及所亲”。直到《大清新刑律》仍规定，此罪只有直系尊亲属告诉乃论，“若尊亲属事前纵容或事后得利私行和解者，虽告诉不为审理”。<sup>[7]</sup>这些规定显然是赋予对女性拥有财产权利的家长以自己的方式先行解决财产争议。

第三，通奸之刑重于无夫奸。《唐律·杂律》规定：“诸奸者，徒一年半；有夫者，徒二年”，<sup>[8]</sup>《元律》也规定：“强奸有夫之妇者，死；无夫者，杖一百七”。<sup>[9]</sup>犯罪人在有夫奸与无夫奸中量刑殊然不同，这不仅仅说明丈夫对妻子的支配地位，而且也更充分地说明了女性的财产地位。在无夫奸的情况下，犯罪者可以通过与女方结婚来解决财产受损问题，因此其刑罚相对较低。但是当女性已婚，那么就不可能有补救办法弥补财产损失了，因此对此行为必须予以重惩。

第四，男女双方的身份关系决定了奸罪的成立及其刑罚。在中国古代，男性主人强奸奴婢或与奴婢和奸一般不构成犯罪。《唐律疏义·杂律》规定：“明奸己家部曲妻及客女不坐”。<sup>[10]</sup>宋朝也沿袭了唐朝的规定。至于明朝，法律上也只有奴及雇工人奸家长妻女而无相反规定，主人奸奴婢，并非犯罪。而元律干脆毫不掩饰地规定“诸主奸奴妻者不坐”。<sup>[11]</sup>总之，在中国古代，很长一段时间，法律认可了主人对奴仆妻女的通奸权。直到清朝才附加条例，对于有夫的仆妇和无夫的婢女加以区分，将家长的通奸权缩小，仅限于无夫的婢女。主人奸有夫之仆妇，虽构成犯罪，但其刑罚相当之低（清初为笞27，随后才升为笞40）。<sup>[12]</sup>另外，根据女性所从属的男性的不同身份，犯罪者的刑罚也不相同。如《唐律·杂律》规定：“诸奸者，徒一年半；有夫者，徒二年。部曲、杂户、官户奸良人者，各加一等。奸官私婢者，杖九十（奴奸婢，亦同）。奸他人部曲妻、杂户、官户妇女者，杖一百。强者各加一等。”<sup>[13]</sup>“诸奴奸良人者，徒二年半；强者，流……其部曲及奴，奸主及主之期亲，若期亲之妻者，绞，妇女减一等；强者，斩。奸主缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻者，流；强者，绞。”<sup>[14]</sup>根据女性所从属的男性的地位来决定犯罪者的刑罚，法律显然主要保护的是对女性享有支配性权利的男性的利益。

第五，婚内无奸。在中国古代，婚内不可能存在性侵犯。由于妻子是丈夫的财产，因此她必须对丈夫的性要求言听计从。另外，结婚

被认为是男女双方的家长达成的契约，根本不需要考虑新娘和新郎的意愿，因此也就根本不存在妻子对丈夫性要求同意与否的法律问题。<sup>[15]</sup>当女儿嫁入夫家，家长也就丧失了对女儿的控制权，所谓“嫁出去的女儿，泼出去的水”。对于新人的家务事，女方的家长不得干涉，否则将是一种严重违礼。清朝乾隆年间曾在山西省发生过一起涉及婚内强奸的案件。女方13岁，嫁与任家，婚后经常不愿与丈夫同房。一日，丈夫意欲求欢，再次遭到拒绝。丈夫于是强行施暴，并将女方严重打伤。次日，女方母亲黄氏前来探望小女，得知此事，遂将其女带走。随后告之其侄王某，一起赶到任家。两家先是争吵，随后发生殴斗，王某将女方之夫打死，但黄氏没有动手。县衙经过审问，判定王某构成斗杀罪，并认为黄氏行为严重不当，“虽然其未参与殴斗，但她不应该将此事告诉侄儿，并与任家争吵”，最后她以“违礼”被判杖80。同时，县衙认为任某的行为并无不当。显然婚内强奸根本就不是案件的审理重点，它只是为了交代案件的缘起。在法官看来，任某不过在行使他作为丈夫所应有的权利，相反，黄氏的行为却严重干涉了他人的家事，并间接引起了任某的死亡。<sup>[16]</sup>

将女性视为男性的财产，借助女性来保护其背后男性的权利，这种做法在各国都曾非常普遍。西方关于和奸与强奸的惩罚与中国古代在很多方面有着惊人的相似。对于通奸的惩罚在各国的刑法史中都非常普遍，有的甚至认为它比强奸更为可恶，其刑罚甚至是死刑。至于丈夫的杀奸权也曾普遍存在。在中世纪的欧洲，“法律到处承认（丈夫）有权杀死与人通奸的妻子和当场被抓的奸夫。法律有时强行规定这项义务，否则影响你的声誉；（法律）又将处死女子的权利留给她自己的家族”。直到近代，欧洲很多国家的法律都能看到以往规定的遗风。<sup>[17]</sup>与中国相似，对于无夫奸，许多地方都认为犯罪者可以通过结婚来豁免罪责。如1810年《法国刑法典》第357条规定：“诱拐16岁至21岁女子者处2年到5年拘役，但诱拐人与被诱女子结婚者，只有在依民法应撤销而且已撤销婚姻的情况下才追究刑责，否则不

罚。”<sup>[18]</sup>1871年《德国刑法典》第182条规定：“意欲奸淫或结婚而诱拐未婚之未成年妇女者处轻惩役，但诱拐人与被诱拐人结婚者免刑责。”<sup>[19]</sup>直到非常现代的法典，仍然有保留这种规定的例证。

在性侵犯罪中，女性的财产属性体现得一览无余。罗马法虽然认为强奸是一种犯罪，但是它并不认为这种犯罪是对女性个人的侵犯，对这种犯罪的处罚往往仅是一定的财产赔偿。根据罗马法的理论，强奸只是一种严重的侵权行为，它侵犯了对女性负有保护义务的男性（如父亲、兄弟、丈夫等）的权利，行为人的侵权行为实际上暗示了这些男性无力保护自己的财产。卢克利希亚（Lucretia）是罗马传说中贞节的典范，她在受辱与死亡的抉择中，选择了后者，而这也代表了古罗马人对被强暴女性的希望。<sup>[20]</sup>在普通法中，英文的强奸（rape）这个词是本来就是从拉丁文中的*raptus*（意思是“绑架”）中演化过来的。强奸这种违法行为被认为剥夺了父亲或丈夫有价值的资财——其妻子的贞洁或其女儿的贞操。<sup>[21]</sup>因此，普通法特别强调女性的贞洁。在英国的早期法律中，奸污处女要处以阉割刑或乱石砸死，但如果被害人同意和强奸犯结婚，则可免除其责，因为它解决了家庭受损的财产。对于轮奸也是一样，只要被害人同意与犯罪者中的一人结婚，那么所有的犯罪者都无须承担刑事责任。甚至到20世纪90年代，埃及法律仍然保留着这种规定，“如果强奸犯愿意娶被害人为妻或者说服被害人同意与他结婚，就可以免于处罚。”<sup>[22]</sup>直到20世纪初，普通法仍然认为，女性的贞操价值远高于其生命价值，因此她必须用生命去捍卫自己的贞洁，否则男性被告人就不构成犯罪。<sup>[23]</sup>至于婚姻无奸的观念则更是在相当一段长的时间内为各国法律所公认。

## （二）人权运动与性侵犯罪的革新

无论中外，传统有关性侵犯罪的立法无不是将女性视为从属于男性的财产，女性的从属地位在人类历史上曾一度被视为天经地义。

《礼记·内则》对女性的解释是：“妇人，伏于人也”。《诗经·小雅》则曰：“乃生男子，载寝之床，载衣之裳，载弄之璋。乃生女子，载寝之地，载衣之裼，载弄之瓦”，班昭对此解释道：“卧之床下，明其卑弱人也；弄之瓦砖明其习劳主执勤也。”事实上，汉字甲骨文“女”字正是被描绘成一个人跪在地上的形象，而“妇”则是一个拿着扫帚的女子（妇），这从侧面印证了班超的解释。在中国传统文化中，女子“未嫁从父，既嫁从夫，夫死从子”，根本就不是独立的人，她们只是男性的财产。在西方，女性同样没有独立的人格，她与奴隶、牲畜和钱物一样，都属于男性家长的私有财产，鲜有政治、经济、身体上的独立权利。<sup>[24]</sup>亚里士多德认为，妇女只相当于折合成一个肢体不全的男人。柏拉图在感谢众神赐予的八种幸福中，第二种就是生为男人而不是女人。<sup>[25]</sup>古希腊人认为，妻子除了生育子女，不过是一个婢女的首领而已；丈夫从事竞技运动和公共事业，而妻子不许参加。<sup>[26]</sup>他们甚至认为，妇女在生育中也没有太大的作用。因为精子才是人类的种子（英文中的精子“sperm”这个词就是从希腊文种子“σπέρμα”这个词中来的），而子宫只是种子生长的土地。<sup>[27]</sup>在西方国家，很长一段时间，丈夫甚至可以任意出卖妻子，而其价钱低得可怜，有时甚至不足一杯普通啤酒。<sup>[28]</sup>

随着人权运动的深入，逐渐拉开了女权运动的序幕，漫漫长夜终于迎来希望的曙光。在17—18世纪，随着资本主义生产关系的产生和发展，启蒙思想家喊出了“天赋人权”的口号，他们认为，人权就是自由平等的天赋权利，它包括生命权、自由权、平等权、安全和财产权。这些权利根源于人性和自然法，是与生俱来不可剥夺的，追求自由、平等和幸福是人的本性。这场人权运动直接导致了法国1789年的《人权宣言》和美国《人权法案》的伟大实践。资产阶级人权观念的

核心是人生而平等，但是在人权运动之初，妇女却被剥夺了做人的资格，因而被排除在人权概念之外。西方哲学传统认为人是理性的动物，妇女因为感性过多理性不足，而不属于哲学上的人，她们必须依附于男性。因此即使那些启蒙运动的倡导者也竭力地为女性的非人地位进行辩护。但是，让启蒙思想家始料未及的是，排斥女性的人权概念却激起了西方妇女争取平等权利的雄心。人生而平等的观念启发了妇女，使她们意识到一直以来的不平等地位，她们利用人权观念为自己争权利。1791年，法国著名的女革命家奥兰普·德古热仿照法国《人权宣言》发表了《妇女和女公民权利宣言》，这标志着西方女权主义运动的正式开始。《人权宣言》称：“不知人权、忽视人权和轻蔑人权是公众不幸和政府腐败的唯一原因。”<sup>[29]</sup>《妇女和女公民权利宣言》则针锋相对地指出：“对妇女权利的无知、遗忘和忽视是造成公众灾难和政治腐败的唯一原因”，“妇女生而自由，在权利上与男子是平等的”，“在法律面前所有男女公民一律平等。他们能平等地按其能力担任公共职位和各项工作。”<sup>[30]</sup>然而，正如人权运动一样，女权运动在一开始也并非一帆风顺，德古热很快就被送上了断头台，女权运动陷入低谷。在很长一段时间，女权运动不仅为男性所不耻，也为女性所不理解。但是这并非德古热等人的不幸，而是时代的无奈，因为只有在社会经济条件成熟之时，女权运动才有花开蒂落的那天。

随着社会经济的发展，时代背景的成熟，女权运动终于迎来了迟到的春天。

女权运动有两次高潮。第一次是在19世纪中期至20世纪初期，这是为了争取妇女参政权、受教育权，与男子同等政治法律权利的运动。其背景是工业化大生产的迅猛发展，劳动力的奇缺使得大量女性进入工厂，力量的逐渐强大使得女性越来越不满足自身的非人待遇。19世纪西方各国在进行民主化的过程中，基本实现了成年男子的普选

权，于是妇女选举权成为女权运动的重点。经过半个多世纪的不懈努力，1908年英国终于承认男女具有平等的选举权，这具有划时代的意义。随后美国也在1919年承认了女性的选举权和被选举权。在第一次世界大战中，妇女承担起大量原来由男性担当的工作，其地位得到进一步提高。在战后的十余年间，大部分西方国家先后赋予了妇女选举权，女性也慢慢获得了遗嘱、财产、婚姻、监护、诉讼、接受高等教育等方面的权利，在法律上具有了相对的独立人格，这场运动胜利结束。

女权运动的第二次高潮从20世纪六七十年代开始至今，它又被称为“妇女解放运动”。这次运动的目标是全方位的，它涉及政治、经济、社会、文化、教育等诸多领域。<sup>[31]</sup>西方妇女获得了选举权后，其政治权利和社会地位并没有明显的好转，于是，女权主义知识分子开始探讨这种症结的根源。正是因为女权主义知识分子的理论研究，才将女权运动提高到前所未有的高度，它使得女权运动的目标集中于各种对女性的奴役与歧视。特别要说明的是，在这个阶段的女权运动中，还出现了国际化的趋势，其标志就是1975年联合国召开的第一次世界妇女大会。<sup>[32]</sup>大会为各国妇女提供了一个交流学习的平台，并使妇女问题引起了国际社会的关注，让妇女解放运动成了一个全球性的问题。1995年，联合国第四次妇女大会在北京召开，妇女们更是喊出了“妇女权利就是人权”的口号。总之，女权运动经过不断发展，已经成为人权运动的一个重要分支，它已经而且还将继续为人权运动书写新的篇章。

中国的妇女解放运动与西方的女权运动有着千丝万缕的联系。中国的启蒙运动正值西方女权运动第一次高潮，中国的启蒙思想家不仅对西方妇女的斗争表示理解，还将女权的实现视为现代文明的标志，国家富强的前提。<sup>[33]</sup>梁启超指出，“女性开放则社会开放，女性自由则社会自由，女性强于欧洲则国强于欧洲，女性盛于世界则国盛于

世界。”在某种程度上，中国的启蒙运动是从争取妇女的平等权利开始的。高举着男女平等的大旗，五四青年身体力行，开始了妇女解放的伟大运动，这场运动随着中国革命的胜利走向纵深，并最终汇入世界人权运动的大潮。

在妇女解放运动也就是人权运动的冲击下，从20世纪70年代开始，美国率先开展了对性侵犯罪的改革运动，开始抛弃男尊女卑的偏见，认可女性的主体性人格地位，并承认女性具有支配其身体的权利，这场改革运动逐渐波及全球，并随着人权运动的深入而不断发展。归纳起来，各国对性侵犯罪的改革在如下方面有重大突破。

第一，将性侵犯罪规定为侵犯个人权利的犯罪。在传统的性侵犯罪中，法律所要保护的是女性背后的对她具有支配性权利的男性的利益，它借助贞洁观念来维护男性的这种特殊财产，因此性侵犯罪的法益表现为对社会风俗的保护。<sup>[34]</sup>如法国1810年刑法典就把强奸等性侵犯罪规定在“妨害风化罪”中，意大利1930年刑法典也是在“侵犯公共道德和善良风俗罪”中规定了性侵犯罪。随着女性主体性人格地位的获得，许多国家的法律开始认为性侵犯罪所侵犯的应该是个人自身的权利，如法国1994年刑法典将强奸罪规定为“伤害人之身体或精神罪”，意大利1996年的刑法修正案也将性侵犯罪纳入侵犯人身罪的范畴。<sup>[35]</sup>我国1997年刑法也将强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪视为一种侵犯公民人身权利的犯罪。<sup>[36]</sup>我国台湾地区在1999年的刑法修正案中，也将性侵犯罪从妨碍风化罪中删除，将它们修改为妨害性自主罪。

第二，采取性别中立主义立法。在传统的性侵犯罪中，被害人仅限于女性。在女权主义者看来，这种做法是对传统的男尊女卑观点的肯定。传统的观点认为在性行为中男性积极进取，女性消极被动，因此实施性侵犯的只可能是男性而非女性。<sup>[37]</sup>女权主义者认为应当抛