

中美强奸罪比较研究

涂龙科,徐秀红

(上海社会科学院 法学所,上海 200025)

摘要 分析了二战之后兴起的个人主义、人权运动、女权主义等思潮对西方国家尤其是美国的强奸罪立法的影响,比较了中国和美国关于强奸罪在立法、司法上的异同,并对于国内争议较大的婚内强奸以及女性能否成为强奸罪的实行犯做了重点阐述,希望对我国的强奸罪的立法完善有所裨益。

关键词 强奸罪 犯罪主体 犯罪对象

中图分类号 :D917.3

文献标识码 :A

文章编号 :1671-4970(2006)01-0040-04

20世纪中期,在西方国家,随着二次世界大战的结束,后现代主义思想开始蔓延。个人主义重新得到张扬,推崇个人独立,个性解放,人权运动一时风起云涌。同时,在性观念上发生了一场深刻革命,提倡性自由,“性解放”运动流行。进入20世纪80年代,女权主义运动兴起,男女平等观念盛行。所有的这些新思潮、新观念全方位渗入社会的方方面面,受这些观念变化的影响,在20世纪后期,世界上许多国家或地区,都对强奸罪进行了修订,美国也是如此。美国的立法变化主要表现在“受女权主义和‘性解放’运动影响导致的强奸罪的主体、对象的立法变化。传统刑法理论认为,强奸罪的实行主体只能是男性,女性可以构成强奸罪的教唆犯或帮助犯,但不能成为强奸罪的实行犯。这种理论是传统社会中男尊女卑、女弱男强的父权制社会的性别观念的反映。随着女权主义运动和‘性解放’运动的兴起,女性的主体意识日益得到强化,女性的性主体意识开始萌动,女性在性行为中不再不仅仅是被动的接受,而且还是主动的性要求者,女性也可以成为强奸罪的实行犯,并得到立法上的承认。并且,随着女权运动的兴起和男女平等观念被人们的日渐接受,传统的基于‘妻子承诺论’的否定成立婚内强奸的立法观念日益受到质疑,立法承认丈夫可以成为针对妻子的强奸罪主体。其次,在传统的立法观念中,强奸罪的社会危害性主要在于破坏了社会的善良风俗,强奸罪一般也是放在‘侵犯公共道德和善良风俗罪’或‘妨害社会风化罪’等类罪中加以规定。随着二次世界大战之后人权思想的突起,个人权利日益受到重视。

强奸罪也由对社会秩序的侵犯犯罪转归为对个人的性自由、性权利的侵犯。这里的‘个人’,也由传统立法中专指女性逐渐演变为既包括女性,也包括男性。我国在特殊的历史条件和传统文化观念的影响下,受人权运动、女权主义等各种观念的影响较小,导致我国在强奸罪的立法、司法上和西方国家尤其是美国有较大的差异。下面就两国强奸罪的立法规定和司法操作做一比较。

一、主体问题

我国规定强奸罪的主体为14周岁以上具有刑事责任能力的自然人。强奸罪主体的刑事责任年龄为14周岁以上。在美国,由于强奸罪是一种性犯罪,同性的成熟与否有密切关系,是否达到性成熟又是由年龄决定的,所以年龄问题是强奸罪中的一个重要问题。年龄问题主要体现在以下几方面。

1. 被告人的年龄

被告人已达到完全刑事责任年龄,当然可以作为强奸罪的主体。但是如果被告人尚未达到完全刑事责任年龄,如何处理各司法区情况不尽相同。有的认为只要达到刑事责任年龄就可能构成强奸罪;有的明确规定在特定年龄以下的不能构成强奸罪,因为没有达到一定年龄就被推定为“生理无能”(即没有发生性行为的能力)。这种年龄界限也各有不同,有的规定为12岁,有的规定为14岁(较多数州),或者16岁,甚至是18岁(如俄克拉何马州)。有的刑法典关于强奸罪的被告人年龄虽有原则规定,但也有一定的灵活性,即可以视被告人的实际情

况(需要鉴定证明)而定。

2. 被害人的年龄

如果被害人的年龄已达到法定承诺年龄(the age of consent),只有在违背被害人意志的条件下才构成强奸罪。这就是通常所说的强奸罪。但是被害人的年龄尚未达到法定承诺年龄,则法律推定为没有自由表达意志的能力,所以只要与之性交的就构成强奸罪。但是这类强奸罪同上述普通的强奸罪有所不同,所以称做“法定强奸罪”(statutory rape),或者叫做强奸幼女罪。关于法定强奸罪的被害人年龄界定的规定各司法区也不统一,有的定为12岁,有的定为14岁(较多数州),有的定为16岁,或者17岁,甚至18岁(如俄克拉何马州)。

在实践中常有这样的事,在和法定承诺年龄以下的女孩发生性关系以后,双方随之同意结婚(在许多州,法律没有规定婚龄),则可以不追究其刑事责任。

3. 女子能否成为强奸罪的主体

学术界一般认为,男性在女性不同意的情况下,要“奸入”还是有可能的。而如果是在男性不同意的情况下,被妇女“奸入”根本就不可能,因此,也就不存在妇女强奸男子的罪名。我国《刑法》早就承认女性可以成为强奸罪的共同犯罪的主体了,但这里所说不是这种情况,而是指女性作为直接实行犯的情况。我国规定强奸的实行犯必须是男子,但女子教唆、帮助具有刑事责任能力的男子实施强奸的,应以共犯论处。如果妇女教唆或帮助无刑事责任能力的男子实施强奸,对妇女单独按强奸罪定罪处罚。但也有人认为,妇女也可构成该罪共同正犯^[1]。我国台湾地区也有类似判例。“甲妇于某乙强奸丙女之时,当场按住丙女之口,使其不得喊救,虽然其意只在帮助强奸,而其按住被奸人之口,即系实施构成强奸要件之强暴行为,自应成立强奸罪之共同正犯”^[1]。在美国传统的强奸定义中,受害人总是女性。然而在事实上,也有男性成为被强奸的对象。在美国,有人认为女子也可以作为强奸罪的主体,如同美国的娼妓一样,有妓女和妓男^[2]。尤其在美国监狱中存在男性强奸男性的现象,男犯成为强奸受害者的人数在增加^[3]。毫无疑问,男性也享有性权利,女性也有可能通过暴力、胁迫或欺骗等其他手段违背男性的意思发生性行为。除了男性奸淫女性以外,也存在着女性强行和男性进行性交、口交等事实,尤其是针对幼女和幼童的犯罪,在保护未成年人方面,保护幼女和幼童应该是同等的重要。因此,得克萨斯州规定了奸淫幼男罪,其犯罪主体是妇女,该法明确规定:“……以及任何妇女同18岁以下不是

其丈夫的男孩性交的,处罚如下……”,而我国《刑法》第236条却因规定受害人为妇女、幼女而默认其直接犯罪主体均为男性。

4. 丈夫能否成为强奸罪的主体,我国刑法学界对此有争议

有观点认为丈夫强奸妻子不构成强奸罪,因为结婚以后妻子对丈夫的性行为已经表示终身同意,因而丈夫的每次性行为不必都要征得妻子的同意。但未婚妻与无效婚姻不在此限。也有观点认为,为了尊重女方,丈夫也不能强行与妻子性交,否则,也就构成强奸罪。也还有观点认为,丈夫强行与妻子性交,构成伤害罪。丈夫通常不能成为强奸妻子的主体,但教唆、帮助他人强奸妻子以及误认为妻子是其他妇女而强行奸淫时,仍然构成强奸罪^[4]。在人类历史相当长的一个时期里,各国法律都认为夫妻之间互相负有性义务,任何一方不得拒绝另一方的性要求。在男权主义的背景下,这一规则往往允许丈夫为了性目的对妻子使用暴力。在强调“三从四德”的中国封建社会中,丈夫对妻子施暴,不仅不会涉及犯罪问题,反而会成为一种“大男人的光荣”,《醒世姻缘传》中丈夫狄希陈对其妻薛素姐施暴却为士大夫及市井传颂之事即为一例。随着人类社会文明的发展,这种性暴力特权逐渐被法律否定。周永坤教授在对英美法系和大陆法系的多个国家的法律进行考察后,得出结论:“我们可以有把握地说,在20世纪八九十年代,人类刑法史上发生了一场悄悄的革命:革除从野蛮社会带入文明社会的脐带——丈夫法律上的性暴力特权。这是人类文明的一大胜利。”2000年上海的“王卫明婚内强奸案”引发了法学界的一场大讨论,最终无论是司法实践界还是法学理论界都认为应当废除强奸罪上的“丈夫豁免权”,这可以说是中国性权利法律保护历史上的一个标志性进步。在20世纪80年代之前,美国法院是承认丈夫具有婚内强奸的豁免权的。1857年,马萨诸塞州最高法院在一判决中指出:“存在婚姻关系始终是强奸罪的辩护理由。”直到1977年,有29个州的法律明文规定丈夫不应因强奸妻子而被起诉^[5]。在1978年Rideout婚内强奸一案中,其由于多次使用暴力强奸妻子却最终被判决无罪,引起了全美的广泛关注。近年来,一些州已经对婚姻关系这一强奸的例外进行了修订。例如,纽约州就排除了分居的配偶这种情形,这就意味着,丈夫和分居的妻子强行性交构成强奸。为了今后制裁恶劣的婚内强奸行为,新泽西州率先规定了:“任何人都不得因年老或性无能或同被害人有婚姻关系而被推定为不能犯强奸罪。”这一规定意味着丈夫也可能对妻子犯强奸

罪,这在美国乃至世界立法史上并不多见。此外还有加利福尼亚、特拉华、内布拉斯加和俄勒冈等州,也有类似规定。1984年,纽约州在审理 Marib Liberta 婚内强奸一案中判决其有罪,上诉法院 Wachtler 法官指出:“永远同意与丈夫做爱的承诺说是没有理性而又荒谬的。从来都不应当认为婚姻赋予了丈夫根据需要强制妻子性交的权利。因此,不能将结婚证书视为丈夫强奸妻子可以免受惩罚的许可证。已婚妇女和未婚妇女一样享有支配自己身体的权利。”到1993年7月5日,北卡罗来纳州成为废除丈夫婚内强奸豁免权的最后一个州。但是,值得注意的是,在全美50个州中,只有纽约州、北卡罗来纳州等17个州和哥伦比亚特区是完全废除了丈夫的婚内强奸豁免权,特拉华、俄亥俄等33个州仍给予丈夫一定程度的豁免权,甚至有5个州将豁免权扩展到未婚同居者^[6]。这样看来,美国国内目前对于婚内强奸的看法也是比较矛盾的。

二、同性强奸问题

同性强奸,是指以暴力、胁迫或者其他方法违背同性的他人意志,强行与其发生性关系或者进行猥亵。同性性侵犯不仅具有明显的社会危害性,侵害他人人身自由、性自由,给被侵犯人带来巨大的心理与生理痛苦,而且对于社会风气有着很强的腐化作用,对这种行为通过刑罚加以惩治和防范是必要和适当的。

男性的同性强奸,也称“鸡奸”,多以男性生殖器插入对方肛门实现,这在中国并非新鲜事物。清朝纪昀在《阅微草堂笔记》中,就记载了塞外边将张鸣凤驻守吉木萨时强奸一园叟的事情。我国近几年来,由于某些原因导致同性恋有增多趋势,据20世纪90年代刘达临教授组织的抽样调查显示,同性恋比例在城市已婚居民中占0.5%,在农村已婚居民中占2.3%^[7]。发生在男性之间的同性强奸也呈上升趋势。由于这种性交行为还极易传染艾滋病,所以这种性侵犯行为不但严重侵犯了男性受害者的性权利,而且还危及了其身体健康。我国台湾地区《妨害性自主罪章》也将强奸罪的对象由“妇女”扩充至“男女”。强奸罪被告人和受害人性别的淡化,意味着人们不仅认为男子对女子可以构成强奸罪,而且认为女子对男子、男子对男子、女子对女子也可以构成强奸罪^[8]。

美国有些州的法律认为男性鸡奸男性,男性强迫男性口淫,男性都可以成为强奸犯罪的受害人。目前,美国监狱关押的犯人大约有200万。人权组织对美国州监狱内同性强奸情况进行了3年的调

查。调查发现,一些囚犯一进入监狱便成为其他囚犯强奸的目标,一些人还成为强奸他们的囚犯的“性奴隶”,并被进行“性出租”。许多囚犯因此感染上艾滋病病毒。

我国除针对同性未成年人实施性行为构成猥亵儿童罪外,如何处理发生于同性成年人之间的强制性行为,在法律上存在空白。我国《刑法》对强奸罪的构成因素方面主要是从保护妇女人身权利的角度着眼,事实上,对同性之间引起的强奸犯罪行为,根本就没有顾及到,或者说对于同性之间产生的不法性行为尚未视为犯罪论处。故笔者认为有必要对现行《刑法》的强奸罪规定进行理念上的更新,以求通过刑法调整达到公平与科学的实际司法效果。

但根据我国《刑法》的基本原则罪刑法定原则,我国刑法只是规定了女性成为被强奸的对象,对于同性之间的强奸没有涉及。鉴于目前的客观情况,定罪的方法有两个,一是修改“强奸罪”和“强制猥亵妇女罪”,把强行与同性发生性行为归入强奸罪,把强制猥亵同性归入“强制猥亵罪”。但由于这样对我国刑法传统改变过大,而且改变了性交概念,有关法律都须作出修改协调,而社会上一时可能也难以理解。另外一种办法是,不修改“强奸罪”条款,只修改“强制猥亵妇女罪”条款,取消该罪对被害人性别的限制。从现阶段看,这种修改更为稳妥。

三、明知因素

在我国,主观方面涉及一个争议问题,就是对奸淫幼女的行为人对幼女的年龄不满14岁是否要求明知的问题。我国《刑法》对奸淫幼女的主观要件只规定故意,而未规定要明知女方的年龄是幼女。理论上有下列几种代表性观点:第一种观点认为,强奸罪属于故意犯罪,故意的内容即要求行为人对行为的性质、行为的客体、行为的危害结果有明确的认识,在与幼女自愿发生性行为中就要求对行为侵犯幼女的身心健康的明确认识,否则根据犯罪“主客观相统一”的原则,就不构成犯罪。因此,对性交对象是不满14周岁的幼女的明知,是与幼女自愿发生性行为构成强奸罪的应有之意。第二种观点认为,对比《刑法》分则中与幼女自愿发生性行为相类似的有特定的犯罪对象的犯罪,例如窝藏赃物罪,就明确规定了对犯罪对象——“赃物”的明知,而本罪中没有这样的规定,则可以理解为不论行为人是否明知被害人是否幼女,只要在客观上与不满14周岁的幼女发生性行为,就应以强奸罪论处。第三种观点认为,与幼女自愿发生性行为构成强奸罪,应当要求行为人明知对方是幼女。但是,并不要求行为人确实知

道对方是幼女,而是只要他知道可能是幼女而不管女方是否是幼女,决意与之性交,就可以认定行为人明知对方是幼女而故意奸淫,从而构成强奸罪。第四种观点认为,对此问题不能一概而论,应当具体情况具体分析。幼女身体发育早熟,且谎报年龄,致使行为人显然无法知道其为幼女的,一般不构成犯罪;幼女谎报年龄,但其身体发育并不成熟,行为人完全可以认识到她可能是幼女的,构成强奸罪^[9]。司法实践中一般主张以原则性与灵活性相结合,即原则上不要求行为人明知女方是幼女,但某些特殊情况下与幼女发生的性行为除外,如发育早熟体态像少女的幼女,谎报年龄为少女,与男青少年交友恋爱中发生的性行为;“行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪”^[10]。以上情形可以不定强奸罪。

在美国,涉及奸淫幼女案中被告人真诚错误确信女性年龄不构成一个辩解。就美国联邦立法而言,在至今仍然是决定性的判例莫里塞特诉美国案中,美国联邦法院承认在刑事制定法中要有犯罪意图是普通法的一般规则,但明确提出了几种例外,其中包括了“性犯罪,例如强奸,即使被告合乎情理地确信女孩已经到了法定年龄,受害人的年龄也仍然具有决定意义。”这一原则至今一直得到遵循。在州法院这一级,在1964年之前,美国各法域一致接受,在法定强奸案中,被告对受害人的年龄的错误确信不是辩解。1964年,在加州诉赫南德兹案,加州最高法院打破先例认定:一个诚信和合乎情理的确信受害人超过法定的意思表示年龄——该州当时的规定是18岁,该女性“受害人”是17岁9个月——并自愿发生性交,构成了一个法定强奸之辩解。但在此后年月里,绝大多数考察过这一问题的美国法域的最高法院都拒绝接受赫南德兹规则,并且拒绝接受合乎情理之错误作为辩解。因此最新版的《美国法理大全》指出“普遍的司法实践是,在没有立法明确规定的情况下,被告是否了解女方年龄不是构成法定强奸罪的一个关键因素,因此,被告合乎情理地相信受害人超过了法定同意年龄不是辩解。”关于这一点上,中国与美国有着不同的规定:2003年1月23日,最高人民法院出台了《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》,批复规定“行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系,不论幼女是否自愿,均应依照《刑法》第二百三十六条第二款的

规定,以强奸罪定罪处罚。行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪。”不过该司法解释是否合理,还有待实践检验,因为它使得一些对幼女实施了性行为的人将不再被归之为犯罪。这与世界上多数国家保护幼女的公共政策相比,该司法解释将削弱对幼女的保护,与世界文明进步潮流相悖离。^[10]

通过以上的分析,不难看出,美国刑法关于强奸罪主体、婚内强奸、明知等方面的立法规定与司法实践和我国都有较大的差异,而这种差异无论从发生的思想背景还是对调整实践中出现的问题的有效性上,都有值得我们借鉴的地方。

参考文献:

- [1] 林山田.刑法特论[M].台湾:台湾三民书局,1978:645.
- [2] 高格.比较刑法学[M].长春:长春出版社,1991:532.
- [3] 刘强.美国犯罪学研究概要[M].北京:中国人民公安大学出版社,2002:210.
- [4] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,1997:706.
- [5] J·罗斯·埃什尔曼.家庭导论[M].潘允康等译.北京:中国社会科学出版社,1991:407.
- [6] 李立众.婚内强奸定性研究[J].中国刑事法杂志,2001(1):21.
- [7] 庞兴华.性变态犯罪及其对策[M].北京:警官教育出版社,1999:57.
- [8] 苏彩霞.域外强奸罪立法的新发展[J].法学杂志,2001(2):57.
- [9] 高铭喧.中国刑法学研究综述(1949——1985)[M].郑州:河南人民出版社,1986:603-605.
- [10] 唐建光.一个不公正的司法解释[J].新闻周刊,2003(3):3.

① 法释[2003]4号《最高人民法院关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》。