

论婚内丈夫不能构成强奸罪的主体 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E8_AE_BA_E5_A9_9A_E5_86_85_E4_c122_479415.htm

【内容摘要】婚内丈夫能否构成强奸罪的主体?当今法学界争议颇大，概括起来无非是肯定说和否定说两种。笔者认为婚内丈夫不能否构成强奸罪的主体，因为新《刑法》把“罪刑法定”作为一项基本原则，取消了“类推制度”，并未有“强奸妻子罪”这一法律规范，因此对新《刑法》第236条规定的犯罪主体，不能作任意扩大解释，应根据立法原意，依法定罪量刑，既不能感情用事、曲解法律，也不能机械地套用法律、乱定罪名、滥施刑罚，违反“罪刑法定”原则。

【关键词】罪刑法定 机械套用 婚内强奸

1995年1月3日《文汇报》报道:黑龙江省和甘肃省某地方法院分别审判了一起婚内强奸案。2000年3月7日晚，上海电视台“案件聚焦”节目也播放了一个“罕见的婚内强奸案”案例。其中介绍上海市青浦区人民法院1999年12月21日审判一起婚内“强奸案”，以强奸罪判处受害人丈夫王某有期徒刑三年缓刑三年。2002年6月四川省南江县同样以强奸罪判处受害人王某的丈夫吴跃雄有期徒刑。对各地法院的判决，在社会上引起人们的普遍关注。笔者对此类案件判决有不同观点，认为婚内内丈夫不能构成强奸罪的主体。

一、从婚姻法学等角度上讲，婚内强奸虽是违背妻子意志，但不违法，属道德调整范畴。婚姻关系具有两属性即社会属性和自然属性，其自然属性当然包括夫妻间的性生活，婚姻法保护合法的婚姻关系理所当然地保护婚内性行为，这既是夫妻间的权利也是夫妻间的义务。我国《婚姻法》

第7条规定:男女双方亲自到婚姻登记机关进行结婚登记,符合婚姻法的规定,取得结婚证的,即确立夫妻关系。夫妻关系确立后,夫妻间就产生一系列权利与义务关系,夫妻在家庭中的地位平等(第9条),夫妻间有相互扶养的义务(第14条),夫妻间有相互继承遗产的权利(第18条)等等。《婚姻登记办法》规定:自1994年2月1日起,凡未履行婚姻登记而以夫妻名义共同生活的,均属非法同居关系,不受法律保护,所生子女属非婚生子女。但是婚姻法等法律法规唯独没有规定夫妻间有过性生活的权利和义务。这是立法者的疏忽吗?不是!因为男女之间一经登记结婚,即建立了夫妻关系,这种关系受法律保护,反之非法同居的婚姻关系不受法律保护。显然法律保护合法的夫妻间的性行为。夫妻关系是具有夫妻身份而产生的人身关系,夫妻之间相互享有身份权,这一身份权突出体现在互以对方为配偶,并互有相应的权利和义务。丈夫之所以有丈夫的权利,因为他具有丈夫的身份,妻子之所以享有妻子的权利,因为她具有妻子的身份。“人们把第三者同有夫之妇或者有妇之夫之间的性关系称之‘不正当的两性关系’,除因它是不道德的以外,就是因为他(她)们之间不具有法律规定的夫或妻的身份。相反,谁也不把夫妻间的性关系说成是‘不正当的两性关系’”。也就是说,夫妻之间的性关系是“正当的两性关系”。男女双方一旦确立了合法的夫妻婚姻关系,便会随之形成夫妻间特定的权利和义务关系,而双方同居,过性生活,既是夫妻双方享有权利,也是双方所负担的义务。也就是说,夫妻一方都有要求另一方与已过性生活的权利,同时,夫妻任何一方也都有与另一方过性生活的义务。这种特定的权利义务随着夫妻关系的

确立而建立，并随着夫妻关系的解除而消灭。只要夫妻关系存续一天，相互间所发生的性行为即是合法的，任何人都不得干涉。有鉴于此，丈夫与妻子进行性行为，是受法律保护的权利，作为妻子有义务应丈夫的要求与其进行性行为。因此，丈夫虽然采用的手段不当，都不能因此而定其为强奸罪，因为在这种情况下，虽然性行为是“违背”妻子意志的，但却不属违法。

二、从刑法学犯罪构成理论角度上讲，强奸罪的本质特征是非合法性关系，而婚内性关系是合法的。刑法对强奸罪的构成主体，从法理学上理解应当排除具有合法婚姻关系的男子，丈夫强迫妻子不属于刑法调整范畴。强奸罪侵犯的客体是妇女性的权利，即在违背妇女意志情况下进行的。反过来说，只要妇女自愿与男子发生性交行为，男子的行为就不能是强奸行为，因为这时男子已获得与妇女发生性交的权利。男女一旦自愿结为合法夫妻，表明男女双方自愿将性交权利终身授予对方，并经过婚姻登记机关的“注册”、“公证”（履行登记手续并颁发《结婚证》），且得到法律的默示、认可，随之受法律保护，除非依法解除婚姻关系，双方才将这种权利各自收回。婚内丈夫与妻子发生性交，是双方在行使自己权利同时也在履行义务，虽说丈夫有时滥用权利，但不能构成强奸罪的主体。这就如同依法配备枪支、弹药的警察，即使滥用职权，也不能构成非法持有枪支、弹药罪的主体；国家公务员依法行使职权时，即使滥用职权也不能构成冒充国家工作人员招摇撞骗罪。丈夫违背妻子意志强行与妻子性交行为的最大区别，就在于“行为人”与“被害人”之间有一层特殊的夫妻关系。我们不能置夫妻间的婚姻关系于不顾，丈夫即使违背妻子意志，而强行与妻子发生

性行为，只能是说丈夫滥用自己权利。所以说，对新《刑法》第236条即强奸罪的犯罪主体，应认定不包括婚内丈夫，其犯罪对象(妇女)不包括婚内妻子。

三、从心理学和生理学角度上讲，性行为是夫妻间情感的一种需要。情感是人对客观事物的一种态度，反映着客观事物与人的需要之间的关系，这种需要包括积极的需要和消极的需要。人的情感需要既是生理上的需要同时也是感情上的需要。夫妻间性交应该是积极的需要，是“性与爱”有机结合和高度统一的。这也是我国婚姻立法基本精神，原则上要求男女双方“以至爱为前提”，“双方亲自到婚姻登记机关履行结婚登记手续”。“性爱”分离的婚姻关系不是我国婚姻法所倡导的，如买卖婚姻、拉郎配，包办婚姻等，对准予离婚法律也规定“感情确已破裂”为标准；同时法律甚至把“性爱”分离纳入明令禁止之列，如嫖娼、卖淫等行为。我国婚姻法规定婚姻以夫妻间感情为基础，而性关系是夫妻间感情的自然属性，是婚姻家庭赖以形成的自然因素。如男女两性的生理差别，人类固有的性的本能，以及通过自身繁衍而形成的血缘联系等，这种自然属性是婚姻家庭关系区别于其他社会关系的重要特征，如果没有上述种种自然因素，人类社会根本不可能出现婚姻家庭。因此，我们对婚姻家庭的自然属性应当予以足够的重视，其自然规律对婚姻家庭所起的作用，正是以这种自然属性为根据的。

四、从社会学等角度上讲，夫妻之间离不开性生活，性生活是维持沟通增强夫妻感情的桥梁和纽带。“性生活是婚姻关系的重要内容，是保持、沟通和增进夫妻感情的重要手段，是夫妻间感情领域的首要特征”。现实生活中，因丈夫有生理缺陷不能行夫妻之事，而妻子提出离婚的

大有人在。因为丈夫的“不能”，无法满足妻子生理上的需要，同时也无法沟通夫妻间的感情。国外有的国家法律明确规定夫妻有同居的义务，我国法律虽然没有明示夫妻间双方必须过性生活，不规定性生活的时间、地点、方式、次数。但是司法解释说：“一方患有法定禁止结婚疾病的，或一方有生理缺陷，或其它原因不能发生性行为，且难以治愈的”是认定“夫妻感情确已破裂”标准之一。我国法律没有明确规定夫妻间有同居的义务，是受我国国情和传统习惯的影响，是法律的默示。这也说明立法机关深受封建传统观念的束缚。但是，农村八十岁老太太都知道：结婚是为了过日子、生孩子。但是，认为性生活同等于债权债务关系的观点，也是于法不符的，于情不合的，正因为如此，法律对于夫妻婚内性行为，不加任何干涉，即使丈夫不经妻子同意，强迫妻子过性生活，也不构成违法，更不构成犯罪。几年前笔者有个邻居，婚后丈夫一直不愿与妻子过性生活，为此妻子精神上感到十分痛苦。这样持续一年后，丈夫回心转意，主动要与妻子过性生活，某日妻子与其要好的姐妹讲：“臭男人(丈夫)真孬种，以前没眼睬我，那晚上他要‘那个’，我不让他‘那个’，他硬要‘那个’，把我衣服都撕破了，身上也给抓破了”。后来人们没见到妻子向哪个部门控告丈夫，却看到他们夫妻二人恩恩爱爱、形影不离，还生个活泼可爱的小100test”。所以，生活告诉我们，这种行为有时倒能沟通甚至增强夫妻间的感情。五、从立法和司法践实上看，确立婚内强奸不是方向。在国外，一些国家和刑事立法明确规定，丈夫强迫妻子的不构成强奸罪。例如，德国、瑞士刑法典就把强奸罪的对象限制为无夫妻关系的女性。在美国某些州

，强奸罪仅仅是指男方未经除自己妻子以外的女方同意，使用暴力与其发生性关系的行为。我国的现行刑法以及1979年的刑法，对丈夫能否构成强奸罪的主体，都没有排除或者规定。最近，倍受社会广泛关注的婚姻家庭法已形成专家建议稿。已在《民主与法制》杂志上刊登。稿中首次正式提出了‘配偶权’的概念。专家提出配偶权、夫妻忠实的依据是：第一、男女之间有互相忠实、互相扶助、互相继承遗产、相互间有同居等权利。从理论上讲，结婚是一种承诺，是男女双方许可对方有在遵守道德的情况下有目的地同配偶性交的权利，同时也有满足对方性交的义务，对承诺应该实现。第二，从制度上说，我们国家实行的是一夫一妻制，姘居、通奸等行为违背了一夫一妻制的规定。第三，从国外的立法来看，许多国家都规定夫妻有互相忠实的义务。故保护公民的配偶权很有意义。所以，确定配偶权自然也就无所谓“婚内强奸”了。由于丈夫与妻子身份关系的特殊性和家庭生活环境的特殊性，在司法实践中，司法机关对婚内强奸的界定非常困难，惟一标准是看丈夫有无违背妻子的意愿并且是否使用暴力或威胁手段来达到目的，可这家庭婚姻内部的隐私问题，法律怎能分得清哪次是妻子同意的，哪次是违背妻子意愿的？哪些是情节属暴力或威胁，哪些情节不属于暴力或威胁？总之，将这种本应由道德调整的关系，硬要升用法律来调整，我认为弊大于利，不是立法的方向和本意。六、丈夫违背妻子的意志发生性行为是否就不构成违法和犯罪 回答是否定的。民间有句俗语：锅碗瓢勺没有不相碰的，家家都有本难念的经。夫妻间闹点矛盾，以致发生“不愉快的事情”也是常有的，不可小题大作。据《中国社会报》2000年3月29日报

道：“上海性社会研究所中心对全国14个地区7786人的调查，丈夫要求性交，妻子不愿意而丈夫有强迫行为的，城市居民占20.56%，农村居民中占17.6%”。那么说全中国则有20.56%至17.6%个丈夫因机械套用刑法第236条规定，均得进监狱里“走一回”，这样一来，按目前各地监狱规模还得扩大几十倍，才能够装得下这些犯有“强奸妻子罪”的丈夫。而且强奸罪为重罪，并非“不告不理”，如果机械套用刑法第236条，那么只要司法机关掌握婚内“线索”和“事实情况”，就得依职权行使立案、侦查、拘留、逮捕、公诉、审判、执行权。其后果将是造成家庭不稳定、社会不稳定。家庭不再是夫妻间“避风港”“温馨的安乐窝”，而是“娶妻如取虎”，丈夫们整日提心吊胆过日子，生怕哪天妻子不高兴，自己就进了监狱。笔者认为，丈夫不经妻子同意，违背妻子意志，采取暴力或威胁手段，强行与其发生性行为，原则上不能作为犯罪来对待，情节特别严重的，可按虐待家庭成员罪来处理，但不应列入强奸罪。如果夫妻因感情确已破裂，诉讼离婚的，法院调解同意离婚的，只要一方拒收《民事调解书》或者调解不成判决离婚的，在判决书尚未生效期间，或者一方提出上诉至二审法院未作出维持离婚判决之前，他们的合法婚姻关系仍然存在，此时丈夫强迫与妻子发生性行为，仍不能构成强奸罪，如后果严重的，可按侮辱妇女罪处理；对于已领取结婚证明，尚未同居也未曾发生性行为的，或者夫妻因感情破裂长期分居，而丈夫采取强迫手段与妻子发生性交，仍不能构成强奸罪。当今有的法学者设想：为了保护夫妻在离婚诉讼中相互间的人身权利不受伤害，在民事诉讼法中，应设立人身权诉讼保全的法律规范。笔者认为也是不

妥的。因为，离婚诉讼中，法院调解是必经程序，只要双方尚存一线和好希望，法院就尽力调解双方和好，只有“感情确已破裂”非离不可的，才调解不成判决准予离婚。此时双方或一方主动与对方发生性交，或虽然丈夫方法不当，有时确能挽回即将死亡的婚姻。如果这时采取人身权保全措施，如将夫妻二人隔离“保护起来”，既不符合婚姻法、民诉法立法原意，也不利于法院做好双方和好的调解工作。当然，妻子如果离婚决心已定，根本无和好的余地，为避免遭受丈夫的人身侵犯，应采取自我保护措施，如回娘家居住以便求得娘家人的保护等等。综上所述，在夫妻婚姻关系存续期间，他们的婚姻关系还没有被解除，他们仍然是夫妻关系，仍然互为家庭成员，不管是正常的夫妻生活中，还是在离婚诉讼期间，只要法院的裁判文书还没有发生法律效力，他们的婚姻关系还没有解除，丈夫采取暴力手段强行与妻子发生性交行为，都不能构成强奸犯犯罪的主体，情节严重的，应按虐待家庭成员、伤害、侮辱妇女等罪定罪判刑。参考资料：《民法学》王作堂主编，北京大学出版社，1997年4月重版，P 521。《婚姻法教程》扬大文主编，北京大学出版社，1996年3月出版，P 34。《法官的上司》作者：叶娅，刊于《审判研究》杂志，1999年5月。《新刑法教程》南京大学出版社，孙国祥主编，1999年6月出版，P 430。《婚姻法要不要确定“配偶权”》作者“法制视点”，刊于《扬子晚报》2000年1月21日。《中国社会报》2000年3月29日三版刊登《上海判决我国首例“丈夫强奸妻子罪”》作者：胡喜盈；《“婚内强奸”在我国为数甚多》作者：金瑛；《能否将婚姻分成正常和不正常两个阶段》作者：上海天宏律师事务所吴

平；《判决会给今后的司法实践带来困惑》作者:江苏省镇江市京口区法院钱小兵；《婚内妇女有权拒绝丈夫性要求》作者:西安市中级人民法院沙运萍；《强奸罪的关键就是违背了妇女(包括妻子)的意志》作者:最高人民法院吴晓芳。《心理学》伍棠棣主编，人民教育出版社，1982年1月出版。

P 135136 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com