



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1829

## 透视刑法思维强奸何以为罪

代旭辉

内容摘要:

强奸之所以被法律确定为一种严重的性犯罪,按照一般刑法教科书的观点,是因为强奸侵犯了妇女性的自由意志,并损及妇女的人身健康和人格名誉。但这种常识性解释不能消除我们的所有疑惑,人们仍然可以继续追问,为什么刑法对妇女性的自由意志关怀备至,而对男子的性权利保护却无动于衷?妇女强奸男子。(下文称“逆强奸”)何以会被排除在性犯罪的条款之外,难道仅仅因为这种情况非常罕见?或者立法者真的认为妇女的性权利比男子的性权利更有保护的价值?此外,人们一般都会承认,单纯的强奸(指不对身体的其他部位造成任何伤害的强奸)对妇女身体充其量只造成轻微的生理伤害(如果排除受孕和传染疾病的风险的话)。正如米歇尔·福柯所认为的,在用拳头打一个人的脸与用阴茎插入一个人的阴道之间没有原则性区别。但法律对后者的惩罚却远重于前者,这是否意味着与其他器官(比如头或手)相比,性器官在法律上占有更重要的地位?如果说强奸对妇女造成的伤害主要是精神上的,即强奸侵犯了妇女的人格和名誉,那么还有一个至关重要的问题,即为什么强奸会对妇女的人格和名誉造成足以与10年有期徒刑相称的严重伤害?进一步的追问则是,为什么人们在观念上会确认这种伤害?对这些问题的探究将会揭示强奸犯罪背后深刻的社会制度背景和社会心理根源,反过来说,如果我们对这些背景性和根源性知识缺乏了解,我们就不会真正弄清楚对强奸的处罚为何如此严厉,甚至我们也不清楚--看起来是一个更加简单的问题--强奸何以会被各国刑法普遍确定为犯罪,而“逆强奸”何以会被各国立法者统统忽略了。借助于生物学和社会心理学的分析视角,本文企图在一个远比刑事法律更加宽泛的知识背景中去探讨这些看起来是众所周知的问题,由此获得的结论将会挑战我们久已形成的一些常识性观念。

关键词: 刑法 婚姻法 婚姻制度 产权

### 一、强奸与婚姻制度

据说动物世界中的强奸非常罕见,而在最接近人类的灵长类动物中,强奸几乎更是闻所未闻,尽管这种说法的可信度很难获得确认--因为即便一头雄师和一头雌狮自然交配,观察者也难以断定交配是否已经获得了身体相对弱小的雌狮的有效同意--但我们至少可以断定,即便强奸存在于动物世界之中,也只能被看作是完成物种繁衍的正常生理活动,已经遭受强奸的雌性动物不可能获得某种根据对强奸表示不满(假设动物能够表示),而承受强奸风险的雌性动物也不会产生免遭强奸的心理预期(假设动物也有心理)。总之,动物世界中的强奸只要不违反自然规则就不会被视为反常。我们的假设看起来很荒诞,但它在一定意义上可以表明,在人类结成社会之前,确切地说,是在规范人类性行为的社会规则产生之前,强奸不会成为一个社会问题,换言之,只有在强奸被某种社会规则明确禁止之后,强奸才会被视为一种罪过并因此受到某种惩罚。

人类社会的性秩序是以限制性竞争为主旨的,与动物相比,人类更加需要一种限制性竞争的社会规则。尽管动物世界里的性竞争也很普遍,有时还很残酷,但却没有造成严重后果,这是因为动物的性竞争大多受自然律的限制。一头雄狮大概只在发情期内才会把一次交配的机会看得远比一顿大餐更加重要,在这段时间之外,它还是把主要精力用来觅食找穴或抚育幼仔。适度的性竞争不仅不会威胁到物种的生存,相反,因性竞争造成的优胜劣汰的选种机制还能促进物种的健康繁衍。人类的性竞争却没有被自然律限定

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

在一段短暂的发情期内，人类的性行为或多或少是不分时刻的，这会导致人类的性竞争远比其他物种更为频繁地发生。并且考虑到人类所拥有的非凡智慧和富足资源，不难想象，人类性竞争的潜在破坏力更是远非其他物种所能比拟，倘若不加限制，整个社会必将难以继。婚姻--作为规范人类性行为的一种最重要的社会秩序--就是起始于限制性竞争的需要，这一需要或许能够解释为什么婚姻在我们已知的社会中普遍存在。也有学者认为，婚姻普遍存在的原因是它能满足抚育幼儿或根据性别进行劳动分工的需要，但这些需要与限制性竞争相比就显得不那么迫切。更何况，抚育幼儿或根据性别进行劳动分工除婚姻之外并非别无选择，但把性竞争降到最低限度大概只有婚姻才能做得到。为了避免同性（主要是男性与男性）之间因争夺性资源而酿成的冲突，就必须为性资源确定归属并划分界限，从而终结性资源既无归属又无界限的混沌状态。发生学意义上的婚姻就是一种关于性资源的“产权制度”，或者说，是性资源的“私有制”，至于抚育幼儿或根据性别进行劳动分工都是添附于婚姻的一些额外功能。因而在我看来，与其将婚姻视为一种生物学意义上的“再生产策略”（男女两性相互引诱对方以达到复制自己的目的），倒不如把婚姻理解为社会学意义上的维护性秩序限制性竞争的策略。

分析婚姻制度的起源可以使我们看到，婚姻最基本的目的不是为了实现两性间的合作（这种合作不通过婚姻也能实现），而是为了阻止同性间的相互侵犯，正如财产私有制是为了阻止人与人之间相互、争夺其各自拥有的财产，婚姻也是为了阻止同性之间相互侵犯其各自拥有的性资源。说到底，婚姻首先不是男人与女人之间的一种制度，而是男人与男人之间关于女人的一种制度，在较弱的意义上或许也是女人与女人之间关于男人的一种制度。因此可以推定，最早固定生活在一起的一对男女并不是婚姻制度的真正创始人，而最早约定互不侵犯各自占有的性资源的两个男人才是婚姻制度的真正奠基者。这种对婚姻的理解自然不同于康德在其《法的形而上学原理》中对婚姻做出的经典阐释。在康德看来，婚姻只是性资源在两性之间互易其主的一种长期的垄断性交易，是两个不同性别的人“为了终身互相占有对方的性器官而产生的结合体”。康德对婚姻的理解只是表面上的，之所以需要婚姻形成一个两性“结合体”，就是为了让谁也难以插足到别人的领地之中，如果世界上所有的男女都能在各自的婚姻中恪守夫道或妇道，那么性竞争就可以被降低到社会可以承受的限度。

不难想象，倘若人类社会没有婚姻制度，换言之，倘若关于互不侵犯性资源的排他产权尚未确立，那么单纯的强奸充其量被视为对女性身体的一种轻微伤害。并且，在没有婚姻制度的社会里，女性也不可能承担婚前贞操和婚后贞洁的道德义务，因而单纯的强奸不会（或基本不会）对女性造成心理压力和精神伤害。但上文对于婚姻制度的重新解读却要求我们重新界定强奸的受害者，对应于性资源的产权制度，强奸就是一种“性盗窃”，强奸的第一受害者是性资源被盗窃的那个男子。（由于强奸大都包含着暴力的成分，所以强奸看上去似乎更像“抢劫”，但之所以把强奸说成是“盗窃”，是因为强奸者并未对性资源的所有者--也即强奸的第一受害者--使用暴力。）将强奸理解为“性盗窃”非常契合于早期社会对待强奸的态度，早期社会的特点之一就是，强奸首先是对丈夫的侵犯。因为妻子在婚姻中的权利主体地位被彻底蔑视，丈夫是妻子的所有者，妻子的地位只相当于丈夫的财产。

“性盗窃”的说法似乎已与现代社会的情形颇不相符，女性的权利主体地位已经获得法律的保障和社会的普遍认可，这一事实大概是反对将强奸理解为“性盗窃”的最重要的理由。既然妻子已经不再是丈夫的财产，所以强奸就首先是对妻子本人的侵犯，而“性盗窃”的说法却似乎是在坚持对女性的某种歧视。然而事实并非如此，男性特权在现代社会的婚姻中的确已经大大弱化甚至不复存在，但这一事实并不意味着妻子已经成为其自身性资源的所有者，因为即便是现代婚姻也不承认妻子拥有不受限制的性自由，妻子仍然需要对丈夫保持性行为的忠诚。而男性特权的弱化或消失也仅仅表明现代婚姻中的丈夫与妻子一样失去了自由支配其自身性资源的权利，即丈夫也不能随意到婚外去寻找肉体的快感。现代婚姻已经演变为一种性资源的“双向私有制”，即男女两性互为所有者互为被所有者，它为配偶双方设定了相互占有对方性资源的权利，这种“双向占有的权利”在法律文本上通常被表述为“相互忠诚的义务”，而婚内的权利义务在婚外则可被置换为“所有性资源不受他人侵犯的权利”以及“不得侵犯他人所有性资源的义务”。所以，现代婚姻中的男女平等并不意味着妻子与丈夫一样自由了，而只意味着丈夫与妻子一样不自由了；现代婚姻中的妻子并没有收回她自身的性资源，但她丈夫的性资源却归她所有了。由此看来，将强奸视为“性盗窃”并不相悖于现代社会的婚姻制度和婚姻观念，只要承认强奸的受害者首先是性资源的所有者，那就必须承认，在现代社会中强奸的第一受害者也是拥有受侵性资源的某个男子。“性盗窃”的说法与歧视女性毫不相干，因为“逆强奸”同样可以被看作是针对某个女性的“性盗窃”。然而，把“逆强奸”排除在性犯罪的条款之外却似乎包含着对女性的歧视，因为这种做法意味着，女性拥有的性资源（它来自某个男性）并未获得与男性拥有的性资源同等程度的法律保护。

被强奸的女性当然也是强奸的受害者，在很多情况下；作为强奸侵犯对象的女性甚至远比作为强奸第一受害者的那个男子会受到更大的伤害。但从理论上说，被强奸女性所受到的伤害主要不是来自于强奸行为本身，而是来自于一种强调婚前贞操和婚后贞洁的社会观念，根据这种观念，女性所提供的性资源会因遭受强奸而产生瑕疵，被强奸女性所产生的巨大心理压力正是来自于这种观念所包含的某种歧视。然而，极具讽刺意味的是，强调婚前贞操和婚后贞洁的观念恰恰是与婚姻制度相伴而生的，甚至可以说，这种观念正是广义上婚姻制度的一个必不可少的组成部分。绝大多数有理性的人们都会承认，被强奸的女性是无辜的，既然如此，社会为什么还要坚持那种给无辜女性施加巨大心理压力的贞操观念呢？苏力曾经指出：“强调贞操在历史上从功能上对防止对妇女的性犯罪从而保护妇女身心是有一定作用的。正是由于对贞操的强调，作为一种意识形态和社会舆论，就会对可能的性犯罪者构成某种程度的心理和舆论制约，也



必然会影响到社会对性犯罪者惩罚的严厉程度。"苏力进一步暗示,这正是贞操观念在历史上长期存在的合理性。我同意苏力的结论,但不同意他的推理。贞操观念从其功能上看更重要的不是保护女性,而是通过对女性施加影响来保护男性所有的性资源不受侵犯,对于女性而言,这种观念既可以有效地阻止通奸,又能给女性在遭受强奸时奋力反抗提供强大的激励。

的确,如苏力所认为的,如果没有贞操观念,社会对强奸的惩罚不会如此严厉,但是另外一种假设同样成立,如果没有贞操观念,强奸也不会对受害女性造成如此大的危害后果。贞操观念的确会提高社会惩罚强奸的严厉程度,但前提却是贞操观念首先强化了强奸的危害后果。此外,贞操观念还从另一个方面影响法律对强奸的定罪量刑。为尽可能避免

贞操观念给受害女性带来的不利后果,受害女性在遭受强奸之后通常不会报案,这就导致强奸的报案率以及被惩罚的概率都大大低于其他案件,这也是法律严惩强奸一个非常重要的原因。对于一个违法者来说,由于预期惩罚成本是惩罚概率与惩罚严厉程度之乘积,因此,对于一种惩罚概率很低的犯罪,法律只有通过提高惩罚严厉程度来保证一种威慑效果。

如果说强奸已婚女性是针对某个男子的"性盗窃",那么显然,强奸未婚女性就是对被强奸女性的"性抢劫",由于未婚女性的性资源尚未转让给某个男子,所以可以认为,未婚女性是其自身性资源的所有者。但还必须看到,由于婚姻的普遍性,未婚女性的性资源通常总要转到某个男子那里,因而,强奸未婚女性也可以被视为是盗窃了某个男子的"潜在"性资源。强奸未婚女性(尤其是未婚处女)--即便不在法律上,也至少在人们的观念中--是一种比强奸已婚女性更为严重的犯罪,因为前者除了会给未婚被强奸者造成至少与已婚被强奸者同样严重的精神伤害之外,还会造成一种物质性伤害,即未婚被强奸者在婚姻市场的价格实际上面临被降低的风险,这种物质性伤害通常要比已婚被强奸者所承受的物质性伤害--即夫妻感情遭到破坏的风险--更为严重。并且,在人们的观念中,同样是遭受强奸,未婚女性失去的是"贞操",而已婚女性则失去的是"贞洁",后者受到的伤害是边际递减的。

## 二、强奸与性竞争

世界各国的法律,从古至今--除了为数不多的例外--大都把强奸定作重罪量刑,早期社会对强奸的惩罚颇为残酷;西方各国的现行刑法一般把强奸罪的最高刑维持在10年以上,有些国家对强奸罪的处罚还保留了终生监禁。我国刑法第236条对一般的强奸罪确定的量刑幅度为3至10年有期徒刑,但这并不表明我国刑法对强奸罪的处罚较西方各国为轻,因为刑法第236条还允许对符合该条第3款规定的那些情节恶劣、手段残忍和危害后果严重的强奸处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。如果做一个民意调查,我敢断定,没有多少人会认为法律对强奸罪的处罚过于严厉,在人们的观念中,强奸是一种危害后果很严重的犯罪,必须严惩不贷,但法律为何时强奸(确切的说,是男性针对女性的强奸)的处罚如此严厉却是一个非常值得探讨的问题,该问题的另一面是法律为何对"逆强奸"网开一面。

从法律的角度,禁止强奸是为了保护女性的性权利,或者如上文所揭示的,是为了保护男性所有的性资源。但从社会学的角度,禁止强奸则是为了维护以婚姻制度为主的性秩序,而其根本的目的还是为了限制人类社会的性竞争。所谓"限制"性竞争就意味着不是"禁止",法律并不禁止某个男子通过积累财富去赢得性竞争中的优势,如果社会上的大多数男子以这种方式参与性竞争,那么性竞争的激烈程度实际上已经被缓解了,因为达到目的所需要的准备工作就已经消耗了太多的时间和精力。并且,这种性竞争客观上还会导致社会财富总额的增值,因而是一种良性的,甚至是对社会有益的性竞争。但强奸引发的性竞争却显然是恶性的,它不仅包含着男性对女性的暴力,还会激发男性与男性之间的暴力,社会绝不可能容忍一种威胁到和平秩序的恶性性竞争。因此本难理解,强奸引发的恶性性竞争给社会带来的灾难性后果和风险是法律对强奸规定严厉惩罚的直接社会原因。

女性成为性竞争中的参与者也是不足为怪的,这使人类社会的性竞争与动物世界相比呈现出更为复杂的态势。考虑到人群中还有相当数量的同性恋和双性恋,那么可以断定,一个男人和一个女人也可以成为性竞争的对手。但在各种类型的性竞争之中,对社会构成最严重威胁的性竞争通常只发生在男性之间。由于社会中的大多数权力和财富总是被男性控制着,与女性之间的性竞争相比,男性之间的性竞争必然会导致更多的利益内耗,也必然会给社会造成更严重的危害后果。不仅如此,由于男女两性在体力、性欲、攻击性和性器官生理构造方面的差异,男性在实现性行为上更容易对其性对象使用暴力,特别是在吸引性对象以合作态度完成性行为的希望非常渺茫或成本极其高昂的时候。这意味着,与女性之间的性竞争相比,男性之间的性竞争更容易诉诸于强奸。为了将性竞争造成的危害后果降到最低限度,把社会有限的暴力资源用来惩罚那种危害后果最严重的恶性性竞争或许就是整个社会限制性竞争的一个最佳战略。或许由于这个原因--至少部分地与此相关--女性之间的性竞争并没有引起社会的太多重视。在一个男性始终占据支配地位的社会里,女性之间的性竞争还通常会受到鼓励,由于女性参与性竞争的手段通常只是强化自己的魅力,这在绝大多数男性看来是一种建设性活动。

相当数量的学者认为,"逆强奸"之所以没有被刑法确定为犯罪,是因为性行为如果没有获得男性的同意,勃起就很难而不可能发生,或者即便可能发生也非常罕见。如果世界各国的立法者统统忽略了女性对男性的强奸,那么只能说明这种忽略是有意识甚至是有目的的。然而"罕见"从来不是立法者有意忽略一种犯罪的理由,因为许多更加罕见的犯罪在刑法条款上仍然拥有醒目的位置。即便不考虑现实中已经发生的许多"逆强奸"案例,在理论上,"逆强奸"也是完全可行的,因为理智上的同意与生理上的"同意"毕竟不

是一回事，而如果借助于刺激性药物，男性在“逆强奸”中的生理障碍更是可以被轻松克服。当然必须承认，与强奸相比，“逆强奸”的成本的确高昂得多（强迫摄取要比强迫插入更有难度），所以女性的强奸动机远不如男性强烈，甚至可以认为，女性天生就缺少强奸的偏好。此外，“逆强奸”在社会范围内造成的危害后果也似乎不太严重（至少，受害男子没有因遭受“逆强奸”而受孕的顾虑，他的妻子也不会因此担心抚养一个别人的孩子），一个经验性事实可以支持这种推测，即“逆强奸”的报案数大大低于强奸的报案数。不仅如此，强奸很容易引发男性与男性之间的暴力，从而造成恶性性竞争，而“逆强奸”引起同样恶果的概率却低得多。我们还可以推测，由于男女两性的生理差异，一般说来，女性强奸者不可能对被强奸者使用太多的暴力，因为她要完成强奸还需要被强奸者生理意义上的一种最低限度的“同意”，而男性强奸者则几乎不受这种限制。上述这些理由似乎都可以解释“逆强奸”为何会被排除在刑法条款之外，而下文将要提出的理由--这个理由往往被人们忽略了--也同样具有很强的解释力。

一个天性放荡的女子无疑会招致社会的否定评价，但我敢断定，女性对她的敌意肯定大于男性对她的敌意，因为放荡的女性会在性竞争中对其他女性构成威胁，并且她还违反了女性之间关于性竞争的一种不成文约定，即，不在性竞争中使用过激的手段或投入过高的成本。但男性对放荡女性的态度却是相当暧昧的，多数男性不情愿把某个放荡女子娶回家中（因为这会导致婚内监管成本的上升），但这并不表明男性天生就不喜欢放荡的女子。因为毕竟，在许多男性看来，女性的放荡会给男性增加性行为的快感并降低男性搜寻性对象和性机会的成本。尽管我们的主流文化对女性的放荡仍然持否定态度（这是维护婚姻制度和降低婚内监管成本的一种策略），但放荡女子之所以屡见不鲜，很重要的一个原因就是男性的暗中支持会给她们的放荡举止提供某种激励。社会观念在不同性别之间存在着深刻的裂痕，强奸与“逆强奸”在刑法上的不同命运极有可能与此相关。尽管没有充分的证据，但绝大多数男性仍会认为，男性被强奸者其实没有受到太大的伤害，至少没有受到与女性被强奸者同等程度的伤害，甚至极个别男性还可能认为，被强奸的男性因此获得了一次额外的性机会。我们大致可以推测，由于女性强奸者不会成为男性的性竞争对手，所以男性天生对女性强奸者的厌憎程度就弱于女性对女性强奸者的厌憎程度，并且男性对男性被强奸者的同情也会少于女性对男性被强奸者的同情。由于立法者、法官、检察官、警察和法学家都是男性占支配地位的群体，所以法律对待强奸和“逆强奸”的态度实际上是由男性观念主宰的。由此看来，女性强奸者的幸运之处就在于她们所生活的社会仍然是一个男权社会，几乎可以稳妥地打赌说，在一个女权社会中，“逆强奸”肯定会被定罪量刑，但男性强奸者就没这么幸运了。如果说女性时强奸的厌憎主要是由恐惧引起的，那么男性对强奸的厌憎则主要是一种嫉恨。不难理解，几乎所有的女性对强奸深恶痛绝，但不为大多数女性所知的是，几乎所有的男性对强奸更加深恶痛绝。即便法律做出一项非常不恰当的规定--把所有的强奸犯统统处决，估计也不会有太多的男性提出强烈的反对意见。法律对性犯罪的惩罚有一个突出的特点，即立法者除了考虑某种性犯罪的实际危害后果之外，社会对这种性犯罪的厌憎程度也是立法者所不能忽略的。

### 三、强奸与性嫉妒

把强奸说成是“性盗窃”，至少有一点不要，因为盗窃财产会导致受害人财产数量的减少，但强奸却不会造成受侵性资源的实质性减少，并且有理性的人们一般也会承认，强奸也不会使受侵性资源产生品质上的瑕疵。仅从客观上衡量，由于强奸者从受害人那里拿走的是一种“可更新资源”，所以受害人并没有因此失去什么。不难理解，如果所有人的思维都遵循这种“客观逻辑”，大概世界上就不会有性竞争，也不会有婚姻制度以及关于破坏婚姻制度的防范和惩罚措施。既然一个男人和一个女人性交不会对另一个男人和这个女人性交造成任何不便，那么设定关于性资源的排他产权就没有实质性意义。然而，几乎所有人的思维都不会真正遵循这种“客观逻辑”。当强奸真的发生，没有哪个丈夫或父亲会无动于衷。几乎所有人（包括立法者、法官、检察官、警察和法学家）都会认为，受害人的确因强奸而遭受了损失--并且是十分严重的损失。这种情形看起来的确令人惊异，在对待性的问题上，人类表面上的理性和骨子里的情感竟然会发生如此尖锐的对立，明明知道女性所提供的性资源不会因遭受强奸而产生瑕疵，但在心理深处却难以摆脱这种观念的纠缠。说到这里，我已经无法回避一个听起来令人生厌但又绝对真实地描述人类性心理状态的词汇--嫉妒。完全可以断定，同性之间的相互嫉妒是引发性竞争和建立婚姻制度的共同心理根源，并且在一定意义上，性嫉妒大大强化了社会对强奸的厌憎情绪，因而它又必然影响到法律对强奸的定罪量刑。

性嫉妒表现为一种心理伤痛，这种心理伤痛产生于排他使用或占有某一性资源的心理预期遭受挫折之后，因而性嫉妒产生的前提是人们对性资源排他使用或排他占有的心理预期。人类男性拥有巨大的生育潜能，在最理想的情况下，单个男子一生可以生育几千个子女。但女性的生育潜能与男性相比却大受限制，单个女子一生生育20个孩子在试管婴儿出现之前是一个现实的最大值，这种情况导致了对于男性而言女性生育资源的相对稀缺。男性在进化过程中逐渐形成的一种最佳性战略是最大程度地实现其全部生育潜能，为此男性必须尽可能多地寻找性伙伴，以便尽可能多地占有有限的生育资源。但男性最大的忧虑是他的性伙伴在生育上弄虚作假，为了保证他的性伙伴所生育的子女真正传递他的基因，作为一种技术措施，他必须在一段时期内（至少一个月）使他的性伙伴与其他男性彻底隔离，这必然诱发他产生一种排他心理。显而易见，追求生育的真实性对于男性性嫉妒心理的逐渐形成是一个强大的刺激因素。

人类性嫉妒心理也会因性资源的相对稀缺而得到强化。如果男性的全部性机会在全部女性那里能够均衡分布的话，那么在全社会范围内，女性的全部性潜能大概足以满足男性的性欲总和；毕竟，男性的性行



为是不能持续进行的，在两次性行为之间有一段或长或短的不应期，但一般说来，女性对性行为却大致可以持续接受。然而，由于人类在性选择上的偏好和挑剔，性机会无论在男性那里还是在女性那里都不可能是均衡分布的。某个女子对男性拥有较强的性吸引力因而会获得较多的性机会，当该女子所获得的性机会超过了她的生理或心理负荷能力的时候，作为许多男性共同追逐的一种性资源，她就会显得相对稀缺。如果某个细心的男子发现，过分频繁的性行为至少会在一段时间内减少这个女子对性行为的兴趣，因而也会影响到自己同这个女子发生性行为的机会和快感，那么这个男子就会自然而然地产生排他心理。如果这个男子企图保持他在性竞争中的绝对优势，那么他最终会发现一种更加稳妥的办法是对这个女子的性选择和性偏好施加影响，这需要他在她身上花费较多的时间和精力。如果该女子在性选择上非常倾向于他或者--一种更理想情况--他是她唯一的性偏好，那么他必然会把其他男子与该女子的性接触看作是一种威胁，作为保持这种状况的一种不可缺少的措施，他必然企图减少或杜绝这种威胁，排他心理由此得到进一步强化。

据说，男性天生就比女性的嫉妒心更强，但很难对这种说法进行验证。有许多社会曾经实行或正在实行多妻制，但多夫制社会却显然少得可怜，这不能当作一个论据，因为某种婚姻制度的形成有多方面的原因，我们很难断定多妻制社会与多夫制社会的数量悬殊与男性比女性更爱嫉妒相关。但男性嫉妒心更强的说法的确有生物学上的依据，由于女性从不担心自己生育的真实性，所以对于形成性嫉妒心理而言，女性天生就比男性缺少一个刺激因素。此外，由于男女两性之间的生理差异，评价男性性行为 and 性能力的优劣有许多明确的数据标准，而评价女性性能力和性行为的数据标准却不那么直观；显然，男性在性行为中的表现更容易被评价和比较，这使性竞争中的男性对性竞争本身更加敏感，因而也就更容易产生性嫉妒心理。

上文的讨论使我们看到了人类性嫉妒心理的生物学意义，我们大致还可以断定，嫉妒心较强的男性会在自然选择中居于优势，他会拥有较多的性机会，因而也会生育更多的子女。或者由于文化的原因，或者由于遗传的因素，他们的子女也会有较强的性嫉妒心理。性嫉妒心理形成之后被反复强化就会逐渐深化到人类的无意识之中，性竞争的威胁因此会在无意识之中逐渐被符号化，尽管符号化的性竞争并不构成实实在在的威胁，但它却会在无意识之中引发一种实实在在的恐惧。正因为如此，当某个妻子被强奸了的时候，即便她的丈夫明明知道强奸者根本不可能成为他的性竞争对手（既不会使他的妻子受孕，也不会对他的妻子产生性吸引力），但强奸--作为符号化了的一种性竞争威胁--依然会引发他无意识之中的一种深深的恐惧。

在特殊情况下--比如被强奸者或多或少有受虐偏好，或者被强奸者的丈夫或多或少有性功能缺陷--强奸所构成的性竞争威胁就可能不仅仅是符号化的，而是实实在在的。尽管将生殖器强迫插入女性身体的其他部位（比如肛门或口）或者将身体其他部位（比如手）强迫插入女性的阴道，可能比强奸造成的伤害更大（肛交比性交更容易传染疾病，而强迫口交看上去也比强奸更具侮辱性），但这种性侵犯就不构成强奸，处罚也比强奸轻得多。很重要的一个原因就是，这种性侵犯构成真实性竞争威胁的可能性几乎为零。但强奸之所以远比其他性侵犯更加令人恐惧，并不仅仅是因为强奸可能构成实实在在的性竞争威胁（这种情况毕竟十分罕见），更重要的原因则是，作为一种符号化了的性竞争威胁，在各种性侵犯之中，强奸无疑是最逼真的，因为强奸至少在形态上最接近于一种能够带来真实性竞争威胁的性侵犯--通奸。

按照上面这种说法，通奸更有理由被视为犯罪，与强奸不同，与妻子通奸的那个男人通常会对妻子拥有强大的性吸引力，因而会对丈夫构成实实在在的性竞争威胁。的确，在早期社会通奸就是犯罪，甚至是比较严重的犯罪。尽管在现代社会，通奸基本摆脱了刑事处罚，但这并不意味着通奸已经畅通无阻，在许多国家，通奸者仍然要承担民法上的侵权责任。现代社会主要不是通过法律而是通过伦理和习俗对通奸进行惩罚，通奸一旦暴露，就会被纳入社会（而不是国家）的惩罚机制之下，社会舆论的强大能量足以让许多通奸男女身败名裂。现代社会不把通奸确定为犯罪是出于多种考虑，其中最重要的一个原因是，将国家有限的暴力资源用来惩罚虽不合法但却是自愿的一种性行为--它们的数量是如此之多，并且监控起来又是如此麻烦--既不划算，也不体面。既然我们为惩罚强奸所找到的理由仅仅是“侵犯了妇女性的自由意志”，那么我们实在找不出很好的理由对通奸定罪量刑。

#### 注释与参考文献

关于强奸所侵犯的客体，刑法学界主要有以下观点：1、妇女性的不可侵犯的权利；2、妇女性的自由权利；3、妇女合法婚姻性行为的不可侵犯的权利；4、妇女的人身权利、身心健康、人格和名誉等。参见李邦友等：《性犯罪的定罪与量刑》，人民法院出版社2001年版，第25—26页。

尽管曾有学者认为妇女强奸男子不可能发生，但越来越多的事例已经表明，“逆强奸”的确是一种客观存在。本文参考文献 [8]，第112—114页。

由于福柯认为，“在任何情况下都不应当以任何理由把性当作惩罚的对象”，所以在他看来，强奸只是一种攻击性行为，而不应被视为性犯罪。参见M. Foucault, *Politics, Philosophy, Culture, Interviews and Other Writings, 1977—1984*, Edited by Kritzman, L. D., Routledge, New York and London, 1988, pp200—202.

参见Donald Symons, *The Evolution of Human Sexuality*, pp277—278. 转引自本文参考文献 [7]，第517页。

关于对这种论点的支持与质疑，可参见本文参考文献 [1]，第284—285页；另参见 [法] 卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，商务印书馆1962年版，第103—106页。

波斯纳认为，强奸在传统上就是被视为一种“性盗窃”，“强奸这种违法行为是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。”参见本文参考文献 [7]，第532页。

1994年司法部预防犯罪与劳动改造研究所的抽样调查表明，性侵犯的报案率只有7.6%，在各类案件的报案率中最低。参见郭建安主编：《犯罪被害人学》，北京大学出版社1993年版，第76页。在对美国的研究中，有学者认为在强奸案中，报案数与未报案数的比例是1/4，又有学者认为这个比例是1/5，而美国联邦调查局的报告则认为这个比例应是1/10。参见本文参考文献 [6]，第393页。

“强奸处女造成的情感或心理损害要比强奸一个已婚和其他性经验丰富的妇女造成的伤害更大。”参见本文参考文献 [7]，第526页注23。2001年，我国的法院在一起强奸案的附带民事诉讼中曾经做出因侵犯贞操权而由被告承担精神损害赔偿的判决。法院对贞操权的承认，实际上意味着对强奸未婚处女与强奸已婚女性的区别对待。关于该案审理过程的叙述，可参见本文参考文献 [8]，第205页。

比如，英国1272年至1307年爱德华一世统治时期，对强奸罪只处两年监禁并处一些罚金。参见本文参考文献 [8]，第110—111页。在瑞典，强奸罪的最高刑期只有六年，只有当强奸者造成了严重伤害或者在其他方面的行为特别残忍，最高刑期才会升至10年。丹麦的情况也大致如此。参见本文参考文献 [7]，第97页。

关于男女两性是否存在性欲上的差异以及究竟谁强谁弱的问题，一直存在着很大的争议。但一般说来，男性比女性性欲更强的说法能够获得较多的统计学证据和生物学证据。参见李银河：《性的问题》，中国青年出版社1999年版，第150—156页；以及本文参考文献 [7]，第119—122页。

关于一个使用刺激性药物完成“逆强奸”的案例记述，参见本文参考文献 [8]，第114页。

我国的司法实践把强迫肛交和强迫口交归入强迫猥亵妇女罪量刑，适用刑法第237条的规定，与强奸罪相比，该罪的处罚较轻。但受基督教影响较深的国家，由于传统上对肛交和口交的厌憎程度较强，法律对强迫肛交和强迫口交的处罚不见得比强奸为轻。

早期社会对通奸的惩罚严厉程度不亚于强奸。参见李楯前引书，第300—308页。有不少法律将强奸和通奸并列或等同，这种情形在中亚述法典、汉穆拉比法典以及日本的《御成败式目》中都有体现。参见《中亚述法典》第12条、第16条第2款；《汉穆拉比法典》第130条；以及《御成败式目》第43条。

[美] C·恩伯，M·恩伯。文化的变异--现代文化人类学通论 [M]。杜杉杉。沈阳：辽宁人民出版社，1988。

[美] 海伦·费什。男人与女人的故事 [M]。杨建伟，等。深圳：海天出版社，1998。

[德] 唐德。法的形而上学原理 [M]。沈叔平。北京：商务印书馆，1991。

苏力。法治及其本土资源 [M]。北京：中国政法大学出版社，1996。

Richard A. Posner, Economic Analysis of Law [M]，Little, Brown and Company, 1992。

李楯。性与法 [M]。开封：河南人民出版社，1993。

[美] 波斯纳。性与理性 [M]。苏力。北京：中国政法大学出版社，2002。

肖建国，等。女性性犯罪与性受害 [M]，上海：华东理工大学出版社，2002。

---

## 相关文章：

---

[旅游立法滞后对旅游市场的影响](#)

[探索我国旅游环境法律制度的结构](#)

[关于不作为犯罪的行为性探讨](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)