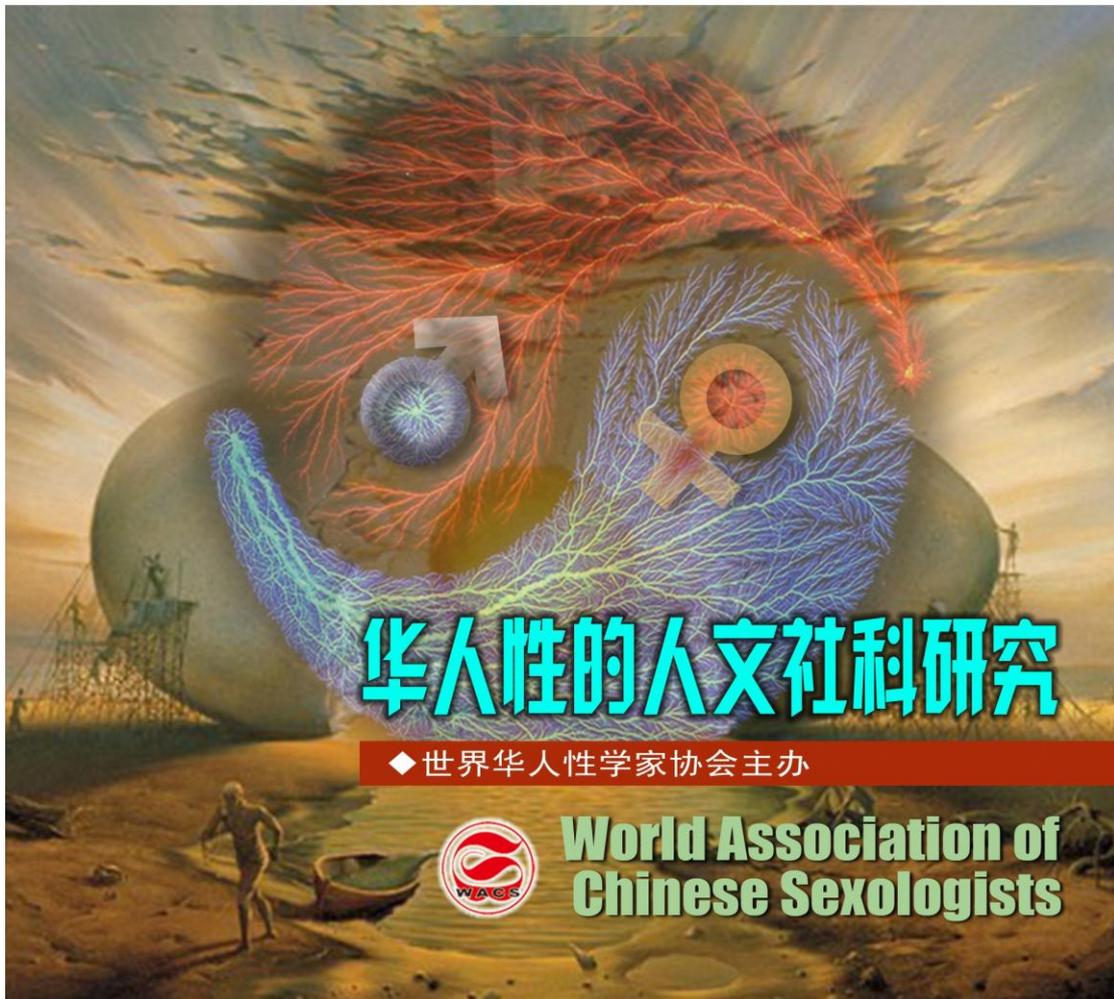


# CHSSRS

**Chinese Humanities and  
Social Science Research of Sexuality**

2011年3月

创刊号



## 目录

傳統性權的批判與性權宣言的發展 .....	3
《性社会学》教材内容介绍 .....	6
性权利存在的人性基础——中国当代性行为立法不能省略的维度 .....	15
中国当代性法律批判 .....	27
“性权利”应率先进入“妇女法”——一种理论的说明 .....	46
性权利的价值意蕴及法律规制 .....	46
当代中国高校学生性权利研究 .....	46
妇女性权利的法律保护 .....	47
论对男子性权利的刑法保护 .....	48
性权利研究 .....	48
性自由权与婚姻自由的冲突与调和 .....	49
性权利的历史演变——以婚姻为轴线 .....	49
性权利若干问题研究 .....	50
试论我国女性性权的法律保护 .....	50
论民法对性权利的保护 .....	50
论夫妻之间的性权利——以家庭和谐为视角 .....	51
对中国当代性法律之再探讨——与李银河先生商榷 .....	51
性自主权的法理思考与现实考量 .....	52

# 傳統性權的批判與性權宣言的發展

## ———代發刊詞

吳敏倫<sup>[1]</sup>

转载自《華人性權研究》创刊号

在人權內有關性方面的權便是性權。

### 傳統性權及其批判

性權這個字眼雖然在上世紀 70 年代美國“性革命”時才開始出現，但人類自有文明以來便很注重性權，最明顯可見在法律上，因為不論在任何時空的社會都幾乎都必有一套性法律，去保證人們的某些性權利，包括：

1. 性安全權：譬如防止人被強姦、非禮、性騷擾或性侵犯的法例。
2. 性接觸權：譬如界定接觸性媒體及性交年齡，以防止未成年者可能受害的法例。
3. 性關係權：譬如規定結婚年齡、模式，禁止通姦、娼妓、亂倫，以防止性剝削的法例……等等。

在法律之外，社會中某些習俗和文化，其實也有不成文的維護或支持性權的作用，譬如一些民族為男丁或女丁而設的成人儀式、服式，有保護未成年者的性健康發展及不受性侵犯的意義，又如各種性禮儀（如“男女授受不親”）、生育（如產後“坐月”）及有關性生活（如某些性交禁忌）的俗例都有維護性權的意思在內。

但傳統性權有其極不足之處，概括有以下幾點：

1. 考慮不夠全面及平衡 它多注重一般“正常”男女關係內的性，對一些少數或弱勢群體如傷殘、老人、兒童、不同性傾向人士的性權甚少顧及。另外，它的內容，多與當時的權力結構掛鉤，造成偏袒，譬如在男權社會，男子的性權比女子為大，在封建社會，帝王貴族的性權比平民為大等。

2. 未能緊貼社會發展變化 傳統性權有長久歷史，若沒有什麼外來積極挑戰，惰性會令它變化甚慢，而近世社會各方面都在急速變化，傳統性權便極難追上，更談不上可以應付。譬如古時社會多數鼓勵生育，以求“百子千孫”和人多好辦事，近代社會則怕人口爆炸，只好鼓勵甚至強迫節育，但現時有發達國家，由於經濟轉型，人口負增長，又苦苦尋求方法去鼓勵人們多生多育，於是，性權應否包括生育權、墮胎權、性別選擇權等等，便成為一個極需解決的問題。

3. 保護(消極)的多、發展(積極)的少 傳統性權大部份只注重賦與民眾權力去保護自己或社會免受傷害，但人和社會都需要成長進步，單是安全而不受傷害並不足夠，人需要一

些起碼的條件或權力，讓他有機會與人平等競爭，包括有良好的知識、身體和精神健康等，在性方面，便是性知識權、性快樂權、性健康權等……，而這些都是傳統性權甚少理會的。

4. 過猶不及 由於以前社會的性知識不發達，加上迷信，很多保護型的性權是保護過度的，以至於更加削弱本來已經缺乏的發展型性權，譬如傳統性權內對男女接觸、性交禁忌、身體暴露、接受性教育年齡等的一些限制。

## 性權宣言的由來及發展

美國“性革命”止于80年代初愛滋病的出現，世界對這場“革命”有毀有譽，但它的確帶動了後來不少對性的新看法和觀念，性權便是其一。鑒於這種新看法觀念對改良社會性教育和性健康行為有適切作用，多個美國的性學或性教育團體都試圖將之充實和系統化，作為其工作的政策指引或目標，重要的藍本有美國人道主義協會（American Humanist Association）的“性權與性責任提案（Bill of Sexual Rights and Responsibilities）”、美國性資訊與教育委員會（SIECUS）的“個人性健康生活行為表”及“社會性健康特徵表”等。到了90年代，世界性學會（現名世界性健康學會，簡稱世性會）開始草擬性權宣言，於1997年在西班牙華倫西亞會議中宣讀初稿，名為“華倫西亞性權宣言（Valencia Declaration on Sexual Rights）”，後再經過兩年由各國會員提供意見和修改，最後定稿為“世性會性權宣言（World Association for Sexology's Declaration of Sexual Rights）”，經會員大會正式通過，於1999年在香港舉行的第14屆性學會議中宣讀，成為該會向全世界發表的正式宣言之一，是現今有關性權定義及內容的最權威檔，被世界上無數的與性健康有關的服務團體所採納、參考或引用。世界衛生組織（泛美區）於2000年為跟進性健康政策，與世性會於瓜地馬拉舉行諮詢會議，會議結論認為：提倡性權是促進性健康之必需，世性會的性權宣言成為該會議的紀錄一部份。此後數年，世性會眾代表多次在日內瓦與世衛開會，就生育健康、愛滋病、性衛生、性教育等事務提出意見，皆指出性權的重要，到了今年（2007年），世性會發表的性權宣言及其內容已登錄在世衛的官方網站中：

<http://www.who.int/reproductive-health/gender/sexualhealth.html>

世界性健康學會性權宣言的詳細中文版，可參閱柏林洪堡大學赫希非爾德性學資料庫（彭曉輝譯、吳敏倫校）：

<http://www2.hu-berlin.de/sexology/CH/PSHC/PSH-CH/05APENDIX01.html>

以下是宣言內的性權種類摘要：

1. 性自由權 即發揮性潛能的自由，但不包括性威迫、剝削和虐待的元素在內。
2. 性自主權 能安全地忠實於個人的性、或自我控制它。
3. 性私隱權 保證個人身體及性行為不被公開。
4. 性公平權 沒有性歧視。
5. 性歡愉權 有享受性歡愉的權利，包括自娛式的性欲滿足。
6. 性表達權 有通過溝通、身體接觸、愛情或情緒來表達性的自由。
7. 性結合權 有選擇婚姻方式、離婚，或建立其他負責任的性關係的自由。

8. 生育決定權 包括決定是否要孩子、要多少個孩子、孩子相隔的歲數、並可自由選用節育方法。

9. 性資訊權 能接觸可獲得性資訊的管道並通行無阻，也能用適當的方法將性資訊傳播各地。

10. 性教育權 享有全面性教育的權利。

11. 性健康權 享有性健康服務的權利，包括預防及治療所有的性問題或失調。

維護及推動性權，是每一個有遠見的社會所必須要做的長期工作。

---

[1] 吳敏倫，MD，香港大學教授、英國皇家精神病學院院士、美國性學委員會頒發性治療學家資格證書。世界性學會第 14 屆大會主席，香港性教育協會創會人，亞洲大洋洲性學聯合會創會人、世界華人性學家協會會長。世界性健康學會 (WAS) 理事 (亞洲部主任)、

# 《性社会学》教材内容介绍

作者：潘绥铭 黄盈盈

中国人民大学出版社 2011 年 4 月即将出版

上篇 基础理论

## 第 1 章 性社会学的发展史

### 第一节 性学小史

来源；脱离生殖学；确立自己的研究对象；生物学意义上的“性”；“性的科学主义思潮”

### 第二节 性社会学的进程

性社会学的准备阶段；理论创立阶段；性社会学的发展时期；性社会学的确立；性社会学的 3 种社会推动力；小结

### 第三节 与其他学科的界定

基本命题；本学科的方法论根基

### 第四节 性社会学的定义与前景

性社会学；我们的学术竞争对手；性社会学对于性学的改善；中国研究者的学术困境；性的前景——“虚拟之性”

## 第 2 章 中国历史中的性

### 第一节 现代之前的历史脉络

#### 一. 从孔孟到宋代

#### 二. 宋明理学

#### 三. 第一性革命

性文学与性描写大量出现；秘戏图与春宫画的涌现；性玩具、性药；对于男女同性恋的表现；“性之爱”与“性之女”的文学形象的出现；“因果报应”成为最后的恐吓武器

#### 四. 性革命的失败与满清王朝的“创新”

#### 五. 小结：中国历史上的“性”

### 第二节 新传统的建立——从“五四”到 1980 年代初

#### 一. “五四”，第 5 个发展阶段的开始

“造词运动”与新话语的建构；引进了“维多利亚时代的性风尚”；“性文明”共识的建构与意义

#### 二. 1950—1980：“性的新社会”

新中国的三把火；“移风易俗，改造中国”；“文化大革命”中的“无性文化”

### 本章小结

## 第3章 当前中国性文化

### 第一节 性革命的发生

#### 一. 性革命发生的时机与基础

单位制度的瓦解+传统信仰的消失=社会控制放松;人口横向与纵向的流动+居住方式变化=“陌生人社会”形成;私人空间的独立与扩大+“文化反哺”=个性再次张扬

#### 二. 催生性革命的三大助力

“文革”把性依附于政治;那么政治一变,性也必变;爱情高于婚姻的理念的确立;社会的年轻化

#### 三. 撼基之变:性与生殖的相对分离

### 第二节 性革命全貌

#### 一. 现象的总结

性的公开化程度;女性之性的变化;性行为的变化;性关系的变化;性的主流价值观

#### 二. 性革命的阶段、对象与结果

#### 三. 性革命的尴尬

#### 四. 小结

### 第三节 21世纪中国的性化

#### 一. 性化概述

定义;性化的表现;性化与消费化的结合;大众传媒的话语霸权与眼球聚焦;性的符号与仪式的流水线生产;性的广泛暗示与认知的简单化;公众中“不反对主义”的盛行;公共权力的“做秀化”

#### 二. 性的新表达及其载体

新的性话语及其意义;“性”在互联网时代中

#### 三. 性化的分析

性化与社会性别;性化与社会阶层分化;性化远远走在“性教育”之前

### 第四节 性化的意义

#### 一. 性化是多元化的开端

#### 二. 性化所带来的认同焦虑

#### 三. 性的“本土化运动”

#### 四. 展望

## 第4章 “性”的基本概念

### 第一节 性的定义:从 sex 到 sexuality

演进;定义;性社会学中,性的性质;翻译;性的概念的中国历史特色

### 第二节 理念与理解:性研究的不同学术流派

性的科学主义;社会文化视角下的性;对于外延的争论;对于内涵的争论

### 第三节 主体建构视角下的性的概念

性,就是被主体标定为“性”的那些情况;这一新定义的意义;这一新定义的价值取向

## 第5章 性与社会性别

## 第一节 gender 的渊源与本土化

gender: 概念的来源与定义; gender 在中国的应用与争议

## 第二节 “性—社会性别”体系

美国女性主义的性价值观<sup>1</sup>; 性—社会性别系统; 性/别理论

### 第三节 阴阳哲学中的性与社会性别

合阴阳: 中国的社会性别的历史特色; “恐阴主义”; 性: 一生中的男女互变

### 第四节 中国式现实问题

什么是中国的“妇女问题”; 性化与社会性别; 性, 需要社会性别的描述

## 第 6 章 国际研究前沿

### 第一节 性研究中的五个学派

性学、性科学; 社会性别派; 公理派; 测定派; 建构派

### 第二节 后现代社会的性研究

理论范式的转变与反思; 后现代主义视角的研究; 艾滋病背景中的性研究

### 第三节 主体建构下的性研究: 视角的革命以及在中国的发展空间

主体的提出; 主体建构视角下的性; 中国情境中的性研究: 一些尝试; 全球与本土: 性研究的另一个讨论热点

## 第 7 章 中国的性研究: 30 年综述

### 第一节 性学在中国的兴起

### 第二节 性的历史文化研究

对于性文化的总体研究; 房中术的复原与介绍; 同性恋、娼妓和缠足的历史研究

### 第三节 性的社会调查研究

中国人的性观念、性关系与性行为的调查; 对于大学生、女性、少数民族、流动人口等的调查; 对于性产业、男女性工作者的调查研究; 同性恋、跨性别的调查研究

### 第四节 性的法律和人权研究

### 第五节 性教育研究

### 第六节 当代中国的性话语: 总结与反思

目前中国与“性”有关的四种研究话语; 基于中国的本土情境, 开展更加积极与多元的性研究

## 第 8 章 初级生活圈理论

---

<sup>1</sup> 女性主义论文集一书

- 第一节 理论来源与结构
  - 一. 性的独立性
  - 二. 初级生活圈
- 第二节 初级生活圈的变化：中国性革命之源
  - 一. 撼基之变：性与生殖的相对分离
  - 二. 性革命的泡沫：爱情超越婚姻
  - 三. 突破与平衡：性与婚姻的关系之变
  - 四. 睡火山：性与爱情的关系之变
  - 五. 小结
- 第三节 新的视角：生活实体与制度设置

## 第 9 章 性的社会化

- 第一节 理论发展
  - 社会学习论；戏剧论；性脚本理论；社会规训
- 第二节 中国的实践
  - 性的社会化的过程；性的社会成熟；性的生命周期
- 第三节 性的社会化的结果
  - 性魅力；性的社会阶层；性的社会阶层；性的阶层规定；性生活的社会常模

## 第 10 章 性交往与性的社会网络

- 第一节 性别交往
  - 定义；性别感应；性别误解；性别偏见；多元性别之间的交往
- 第二节 性的交往
  - 性的人际互动；涉性的人际交往；性的社会交往能力；性交往；性交往信号；多元之性的性交往
- 第三节 性的社会网络
  - 定义；学术意义；“艾滋病时代的性理论”

## 第 11 章 性的社会建构

- 第一节 社会建构理论
  - 本质主义与建构主义；性的社会建构理论
- 第二节 女性之性的建构：中国的应用实例
  - 女性之性的自我建构的差序格局；女性对于性的划分标准；社会性别的意义；女性对于性的不同表达；社会建构理论的认知
- 第三节 社会建构两例：色情与性玩具
  - 色情与淫秽在当今中国的定义；对于定义的社会建构；国际上的三种争论；目前中国的社会建构；性玩具

## 第 12 章 酷儿理论

- 第一节 酷儿理论：概念与缘起

## 第二节 酷儿理论的观点和主张

挑战异性恋与同性恋的两分结构；挑战男性女性的两分结构；对传统的同性恋文化的挑战；边缘群体的联盟；酷儿理论与后现代理论的关系；酷儿理论在中国

# 第 13 章 性研究的伦理准则

## 第一节 问题的提出与意义

## 第二节 研究伦理的具体内容

### 一. 知情同意

首先是尊重和保护对方的隐私；知情同意需要贯彻始终；知情同意需要其他具体措施的配合与强化；方法论的来源

### 二. 尊重和平等

### 三. 无伤害，然后是受益

### 四. 其他方面

报酬的影响；调查者与被调查者的亲密关系的影响；研究者进行伪装的影响

## 第三节 高于伦理准则的道义责任

## 下篇 专题应用

# 第 14 章 性权利

## 第一节 基本构成

性意愿；性权利总论；性的自主权；性对象选择权；性快乐获取权

## 第二节 国际表述

## 第三节 性权利一例：结婚登记

## 第四节 性的人权道德

传统性道德的虚妄；传统性道德的历史来源；性的人权道德；人权道德，来之不易

# 第 15 章 性关系形态的社会建构

## 第一节 性伴侣

性关系建立的基本理论；性伴侣概念的提出与意义；为什么叫做“其他性伴侣”，而不叫非婚性行为？

## 第二节 性、爱、婚的社会结构

三者的内在冲突；三者的相对分离

## 第三节 性生活中的关系

从专偶制走向专一的性；性生活不协调的根本原因

# 第 16 章 性工作

## 第一节 历史脉络

娼妓：古老的职业；“一举禁娼成功”；“扫黄时代”

## 第二节 性工作现状

定义；性工作的界定；小姐的分层；性工作的组织形式；小姐的入行与认同；

职业风险；性产业的最新发展；男性性工作者；男客的初步研究；男客的初步研究

### 第三节 相关理论

国际理论；当前中国特有的理论

### 第四节 女权主义视角下的性工作

分野；妓女形象的反思；“性”与“工作”

## 第 17 章 身体与性

### 第一节 关于身体的理论

身体研究的脉络；个体的身体：现象学思潮；社会的身体：象征主义与结构主义的思潮；政治的身体：后结构主义与女性主义；逾越的身体：一种综合的理论视角

### 第二节 性的身体

### 第三节 中国女性的身体与性

缠足；贞操与处女膜；女性身体表现的革命；女性的性革命；中国女性的身体与性

## 第 18 章 爱情与性

### 第一节 爱情

- 一. 爱和爱情
- 二. 喜欢和爱情
- 三. 亲情和爱情
- 四. 激情之爱和伴侣之爱
- 五. 坠入情网和爱情关系

### 第二节 爱情与性的关系：本质主义视角

- 一. 柏拉图
- 二. 弗洛伊德
- 三. 社会生物学
- 四. 某些社会心理学派

### 第三节 建构主义视角看爱情与性

- 一. 吉登斯
- 二. 中国的总体现状
- 三. 爱情和艾滋病风险性行为

### 第四节 中国的现实问题

- 一. 浪漫爱情和夫妻恩爱的冲突
- 二. 性爱 and 情爱的冲突

## 第 19 章 性的日常培训

### 第一节 性的语汇建构

语汇，建构着我们的性；乱伦禁忌靠“骂娘话”来承袭；“性骂”在维系着婚姻制度；社会性别：“性骂”就是在培训“男子汉”；“性骂”也建构了女人；

“性骂”的效应规律；“无词可用”才是最有效的“不可言传”

## 第二节 行为训练的构建

中国传统的“无性”服装：灵与肉的樊笼；迪斯科与气功：两种行为训练

## 第三节 性的社会环境

定义；性的传媒幻象；性的社会偶像；互联网的革命

# 第 20 章 互联网与性

## 第一节 网上性信息

- 一. 获取性信息
- 二. 网上色情品
- 三. 个人性信息的网上分享

## 第二节 网上人际交往

- 一. 网友
- 二. 网恋
- 三. 社会意义

## 第三节 网上性爱

## 第四节 学术意义

新的现象还是现象的新发展；虚拟的性关系还是不是性关系；虚拟的，还是真实的；最根本的意义：主体的积极加入

# 第 21 章 性与性别认同的多元表达

## 第一节 性的亚文化

## 第二节 “性别”被重新定义

易性的挑战：乔根森的故事；性与性别认同的本质论与建构论的争议；

## 第三节 国际上争取平等权利的社会运动

## 第四节 中国的同性恋历史与 LGBT 运动

中国历史上的同性恋现象；同志小组的活动和 LGBT 社会网络的开始

# 第 22 章 性教育

## 第一节 性教育的概念和历史

性教育中的教育；性教育中的性；性教育简史

## 第二节 性教育与青少年性问题的社会构建

性教育的目的：社会控制与个人权利；禁欲、避孕、安全套；社会的性化远远走在性教育之前；早恋；《未成年人保护法》；“童贞誓约”

## 第三节 性教育的操作分析

“科学的”性教育的社会学辨析；国家控制的一元化性教育并非最佳选择；同伴之间的性教育；社会的性教育

## 第四节 性教育的前景

性教育不是需求，而是权利；性教育必须成为义务教育；性教育者必须改变自己的角色；性教育必须包括社会性别教育；性教育必须适应多元社会的到来；应该跟护，而不是引领

## 第 23 章 性健康与性行为规范

### 第一节 性健康概念的社会文化生产

- 一. 健康
- 二. 性健康
- 三. 性社会学对于性健康的认识<sup>2</sup>

性，不仅仅是生理决定的；性健康的核心概念是性，而不是健康；性健康是社会分层的；性健康是处于人际关系之中的；性健康是生活的一部分；传统中国没有独立的性健康概念，只是养生的内容之一

- 四. 性健康：社会规训的最后思想武器？

谁在判定谁的性健康状况；为什么必须由这样的人来判定别人；判定者的价值目标是什么；为什么会走到这一步？

### 第二节 性行为的规范

- 一. 性障碍：违反规范的社会判定而不是医学诊断
- 二. 性生活不协调的根本原因

### 三. 性知识：自己的领悟自己的路

- 四. 在旋飞的社会中坚持自我

## 第 24 章 艾滋病与性

### 第一节 艾滋病“问题”的学理冲突

行为学视角与人文社会科学视角的争论；经济学霸权与人文社会科学的弱势地位

### 第二节 艾滋病的社会与政治建构

艾滋病“问题”的前两次被国际政治化；艾滋病问题在国内的社会建构

### 第三节 “艾滋病问题”的社会学意义

艾滋病与社会问题之间的关系；艾滋病的生命危害与恐慌危害；艾滋病危害的阶层选择倾向；艾滋病危害的社会性别选择倾向

### 第四节 艾滋病为性社会学带来的机遇与挑战

艾滋病使性少数人群浮出水面；艾滋病创造、引介了新的词汇与社会理念；艾滋病防治给性研究提出了新的问题；艾滋病带来的挑战：性的污名化与规训

## 第 25 章 性侵害

### 第一节 基本认知

定义；本土研究的视角；性侵害并非偶发；精神上的性侵害；性侵害的程度问题；性侵害的法律问题

### 第二节 理论研究

---

<sup>2</sup> 参见潘绥铭等：《当前中国人的性行为与性关系》第十四章

社会学的理论；进化心理学（社会生物学）的观点；女权主义的视角；整合的解释；本教材的简评

### 第三节 中国的性骚扰

性骚扰概念的外来；个人权利：判定性骚扰的根本发点；捍卫个人尊严——反对性骚扰在中国的现实意义

# 性权利存在的人性基础——中国当代性行为立法不能省略的维度

李拥军\*

转自:<http://www.legal-theory.org/?mod=info&act=view&id=11388>

**摘要：**性权利扎根于人性之中。它源于人类的需求，这种需求根植于人作为一种多元性感的动物的自然冲动之中。人是一种有智识、有思想的动物，这决定了它的需要和冲动必然不是动物的那种简单的机械的生理反应，而是一种个性化的需求，是一种对快乐与幸福的更积极、更高级、更主动的追求。因此，我们说，性权利的人性之源是它应该得到法律的承认与保护的合理性基础。

**关键词：**性权利 性行为 性犯罪

性权利是指由人的性行为生发的，与人的性行为相关的，关涉到人的自由、平等、追求幸福、免于侵害等各种权利的总称。在人类的社会中，性（sex）是作为生育、快乐、健康、建立人际关系的手段和途径而存在的，这些方面对于人来说具有基础性的意义和价值，所以，性权利对于人的生存与发展来讲也具有基础性的意义和价值。它是与人的生存与发展息息相关的一种权利，它的获得与确立是人具有自由、平等、独立主体地位的一种反映，正如世界性学大会所通过的《性权宣言》中所称的“它是一种普适性的人权”。[1]就是这么重要的一种权利，在我们的理论和实践中却是陌生的、稀缺的，长期以来受到了各种力量的压制、歧视与排挤。笔者查阅了几乎所用的官方的国际人权文件和我国国内的法律法规，没有一处明示出了性权利的字样，没有一个条文明确使用了性权利的术语。权利是法学的基础性范畴，权利理论是我国法学教育中的重要内容，但在国内正统的法学教科书中——无论是法理学还是部门法学，我们常常见到“人权”、“物权”、“债权”、“诉权”、“知识产权”、“言论自由权”等概念，却唯独见不到“性权”的提法。正如李银河教授所说：“在所有的公民自由权利中，性自由和性权利在中国最脆弱，最容易受到攻击。其他自由权利不管有还是没有，总没有人敢公开说，它是不该有的。但是性自由权利却是人们敢公开宣称‘不该有’的一种权利。”[2]

马克思说：“人作为自然存在物，而且作为有生命的自然存在物，一方面具有自然力、生命力，是能动的自然存在物；这些力量作为天赋和才能、作为欲望存在于人身上”。[3]性权利扎根于人性之中，它源于人类的需求，这种需求根植于人作为一种多元性感的动物的

自然冲动之中。人终究不是一种普通的动物，而是一种有智识、有思想的动物，这决定了它的需要和冲动必然不是动物的那种简单的机械的生理反应，而是一种对快乐与幸福的更积极、更高级、更主动的追求。因此，我们说，性权利的人性之源是它应该得到法律的承认与保护的合理性基础。

## 一、需求是人的本性

与动物一样，人在性方面的需要来源于自身的性欲，受生理特点所决定，随着青春期的到来，身体中的性激素的数量逐渐增加，随之形成了“性冲动”欲望，进而产生了“性宣泄”的需求，这种需求导致了性行为的发生。但人又与动物不同，除人类以外的依靠有性生殖的动物都有发情期，即它们只有在一年中的发情期内才有性欲和性需求，且许多雌性动物的发情期非常短暂。[4]而人类在漫长的进化中发情期逐渐消失，由于没有了发情期的限制，使得成长到性成熟期的人在几乎所有的时间里都有性需求，进而他们随时随地都可以发生性行为。这表明人类无论在对性的需求程度上还是在性行为实际发生量上都比动物大得多，因而从这一侧面也反映出人类比之动物更需要性。和谐的性生活既是性主体的享受快乐的过程，同时又是性能量排放的过程。现代医学表明：不能顺利排放性能量，必然造成人身体各个方面的机能失调，机能失调是疾病的诱因。依据弗洛伊德的理论，性本能如果遭到阻截、受到压抑，它就会另觅出路寻找替代物，而精神神经症就是这种本能得不到满足时的替代物。[5]再依赖希的理论，性压抑也是侵犯型性犯罪发生根源，一个“性饥饿”的人更容易置规则于不顾，铤而走险，实施暴力的性行为。[6]因此，从人性的角度，在性的调整上，不能一味的“堵”、“制”、“罚”、在特定的环境下“疏导”比“堵截”更有利于个人与社会。古今正反的例子都可以说明这一点。欧洲的中世纪是一个极度的禁欲主义社会，不但各种婚前、婚外的性行为、以快乐为目的的所谓的“非自然”的性行为都要受到教会和法律的严惩，就连婚内夫妻间的正常的性行为都要受到干涉。[7]结果，一方面，整个社会几乎变成了一个“疯人院”，由于许多正常的性需求得不到满足，许多人患上了歇斯底里症；[8]另一方面，统治阶级甚至教会内部的违规与淫乱的性行为根本不能杜绝，以至于中世纪的教士在当时或以后相当长的一段时间里成了虚伪的代名词。[9]又比如，对所谓色情物品，传统社会一直认为它们是诱发性犯罪的根源，因此法律一直采取严禁的态度，但是丹麦的社会试验却得出了相反的结论。1967年丹麦先开放了色情文学作品市场，1969年又开放了色情照片市场，规定这些色情物品可以生产和向16岁以上的公民出售。结果，色情市场的开放不但没有造成性犯罪的增加，反而，性犯罪却有了明显的下降。[10]

动物的性行为仅仅是简单的、机械的生理反应，而人类则不然，人可以在生理反应的情况下做出性行为，人还可以将它发展到情感、美学的层面。在人类的进化的过程中，当人可以直立行走以后，生殖器由朝下转为朝前，尤以男性最为明显，人的性交方式也实现了由“后入位”向“前入位”的转变。这一性交方式的变革对人类的进化具有划时代的意义。采用前

入位的性交方式，一方面，男女双方都可以运用目光、动作、声音等手段，更直接更丰富地相互沟通，互相感染，互相依恋。这样，性行为在有意识的人身上就不单纯是一个肉体快乐的过程，它还是一个审美的过程，也就是性行为双方的美感参与到其中，影响着性行为的质量。于是，人类的性交行为已不单纯是一种机械的生理活动，而是肉体、心理、精神三者有机融合的社会行为，并最终有可能发展成为一种特定人之间的专有的性行为。于是，唯有人类才有爱情。另一方面，采用前入位的性交方式，人类的女性腾出了双手，完全可能抵抗和防止违背自己意愿的性交，而不是像采用后入位性交的雌性哺乳动物那样消极被动。因此，唯有人类才有性权利，即按照自己的意愿从事性活动的基本权利，同样，也唯有人类才出现强奸问题。[11]正是因为人类能把生理层面的性提升到精神的层面，所以当违背某人的意志强行与之发生性交的行为对人精神的伤害往往比肉体大得多，因而，法律所设定的强奸罪更侧重从精神侵害的角度惩罚犯罪人进而保护被侵害方的性权利；[12]也正是因为人类能把生理层面的性提升到精神的层面，比之动物，人才会更懂得如何享受性、珍视性，从而会投入大量的时间与精力追求性、经营性，所以，人的性活动比之动物精细且复杂。作为一种生理反应，动物的交媾时间一般都非常短，狒狒只有 8 秒钟，黑猩猩只有 90 秒钟，而作为融生理、心理、精神成分于一体且发生在主体对象特定化后从而包涵着特定情感的人类性活动无论在时间还是质量上都是动物所无法比拟的。正如英国著名的人类行为学家莫里斯所描述的：“我们又有另一项显示我们延展性欲的方式，不像典型狒狒迅速冷淡长达 8 秒的交配过程，人类伴侣从事长时间的性交活动，在这些长时间的性欲活动达到高潮时的性交时间也要长得多。没有错，我们也能像猿类一样迅速的完成性交，但只要健康允许，同时在拥有足够隐私权的情况下，我们宁可在性活动上耗费比大多数猿猴要长至少 100 倍的时间。”[13]正因如此，为了追求这种快乐，千百年来人类才竭力探求延长性生活时间的方法和技术，也正因如此，性功能失调被现代人当成疾病而来治疗，且当这种疾病不能被治愈的时候，夫妻感情、家庭和睦就受到了威胁，由此导致离婚的案件绝不鲜见。

## 二、个性是人的社会属性

人之所以比之动物高级，就在于他是“具有意识的、经过思虑或凭激情行动的、追求某种目的的人；任何事情的发生都不是没有自觉的意图，没有预期的目的的”。[14]“动物是和它的生命活动直接同一的。它没有自己和自己的生命活动之间的区别。它就是这种生命活动。人则把自己的生活活动本身变成自己的意志和意识的对象。他们的生活活动是有意识的……有意识的生活活动直接把人跟动物的生命活动区别开来。”人是能够思维的动物，人的行为是意识支配下的行为。人既能“按照任何物种的尺度进行生产”，即根据被改造的对象的规律来进行生产，又“随时随地都能用内在的固有尺度来衡量对象”，[15]即根据自己的需要、目的从事改造对象的行为。正是这种合目的性与合规律性，“人的尺度”与“物的尺度”的统一才塑造了人的特有的存在，人也正是在这种统一性的实践中才实现了自身的发展和世界的改造。而动物只能按照“物的尺度”一代代地复制自己，因而它没有自己的“历

史”和“发展”。正因为人是有意识、有思想的动物，人才具有个性，在个性的范畴内，每一个人都有各自的需要，在各自的需要指引下都有不同的行为。有关研究表明：蚂蚁在 3000 万年以前已经形成了一个高度等级化、秩序化、组织化的群体，所有这个群体的蚂蚁统一步伐、统一行动，去相同的地方，吃相同的食物，作相同的事情，对相同的刺激做出相同的反应，可谓“千篇一律，万众雷同”。然而，蚂蚁社会的模式只能是蚂蚁本性的产物，因为它没有不同需要，没有各自的个性，因此，3000 万年以来蚂蚁的历史没有前进一步。“人作为一种和蚂蚁完全不同的动物，若要按蚂蚁的模式来建立自己的关系结构，那就不能不压制自己的个性、人格和尊严以及权利。和一切被封闭在大自然界线以内没有出路的动物相反，人之所以为人，就是他解放了而不是压制了自己的个性。可以有一万只相同的蚂蚁，却没有两个完全相同的人。要把无数个活生生的人纳入一个像蚂蚁群体那样的社会，历史就停止了。”[16]由此看来，个性是人与动物相区别的一个根本特征，是人作为一种社会动物的本质规定性。

既然人是有个性的，那么人表现在性领域内的需求也应是多元的。这表现为：其一，性行为的对象是特定化的，即实现性吸引的摹本和素材的品质是独立的，美丑是主观的，可谓“情人眼里出西施”；其二，性行为的形式是多元的，它不只两性生殖器的媾合一种形式，除此之外的口交、肛交、兽交、运用工具交合、手淫等等所有出于性的目的和性欲的要求而从事的任何活动都属于性行为的范畴，而且哪一种形式都可以达到性高潮；其三，实现性快乐的方式也是特定的，不同的性行为方式，姿势、手段、不同的性行为发生的时间、地点、环境都会对性快乐实现的效果构成不同的影响。这也就是说性需求是特定主体针对特定对象提出的、只有以特定的方式才能满足的需求。因此，在这个意义上说，性关系的缔结，必须建立在双方自愿的基础上，即合意的基础上，不能搞“拉郎配”，可谓“强扭的瓜不甜”，所以，现代法律保护人的性选择权、自由权，禁止强奸、猥亵、性骚扰等违背一方意愿的性行为，保护婚姻自由，反对“父母之命、媒妁之言”式的包办婚姻，严惩以暴力的方式强迫婚姻的行为；也是从这个意义上说，在性需求的满足上，在性快乐的实现上，不应有统一的摹本、方式、标准、规范，不应该以某些人的性行为为标准来评判另一些人的性行为的优劣，既然如此，性结合的方式就不能只局限于异性之间，性行为的方式也不能只局限于男女生殖器的媾和这一种形式。还是从这个意义上说，对于一个人来讲，只要能够实现自己的性快乐且又不妨碍他人，一切性行为都应在允许之列，正如金西所说：“唯一不符合本性的性行为，就是不能完成的性行为。”[17]，也就是说，只要在成人间、私密状态下、自愿的基础上，在生理上能够完成的性行为，都应该被认为是合理、合法的性行为。正因如此，对待私人的性行为应该更多地尊重当事人的选择，更多地强调性行为的多样化。传统社会之所以是对性压抑的社会就是因为它排斥了当事人的性选择、扼杀性行为的多样化。对此美国学者葛尔·罗宾精辟地指出：“差异是所有生命的基本性质，从最简单的基本生物有机体到最复杂的人类社会建构。然而，性却被假定为应当遵循一个惟一的标准。一个与性有关的最顽固不化的观

念就是，性这件事有一种最佳方式，而每一个人都应当按照这一方式行事。”“大多数人错误地以为，他们自己所拥有的性倾向属于一个将会或应当适用于一切人的普遍的体系。”[18]这正是千百年来性统治暴政的思想根源。

### 三、多元性感是人的生物学特征

社会学家称人类为“多元性感”的动物。说他“性感”，是因为据行为学、生物学的研究表明：在灵长类动物中，人类是性欲最旺盛的物种，用英国著名行为学家莫里斯的话说：“人类是最性感的灵长类动物”。[19]

首先，人类有着发达的信息处理系统，能够广泛地接受性信息，这些信息刺激下人类有可能有更多的性欲望和性行为。动物的性刺激系统则是简单的，它们的性刺激主要来源于异性的直接刺激，至多还有形成条件反射后的第一信号系统，即将直接作用于各种感官的具体刺激作为信号刺激，如声、光、气、电等。因为人是有智识的动物，所以人的性刺激系统、性信息处理功能比之动物复杂得多。人的性刺激渠道除异性的直接刺激和第一信号系统外，还有第二信息系统——语言、图像。因此，人类不但对直接的、真实的性器官、性行为会引发性兴奋，而且对间接的、虚拟的、复制的性行为，如语言描绘出的、文字表述出的、图画绘制出的性器官和性行为也能引发性兴奋。即使没有上述的事物刺激和信号刺激，人还可以通过自己大脑对性行为场面的想象引起性兴奋。[20]其次，动物的性行为只是出于本能意义上的、限于生殖层面的性行为，而且它还要受漫长的发情期的限制，而人类的性行为是有意识的自主自觉的性行为。他可以根据自己的喜好、爱憎取舍性对象和性行为方式，因此，人类的性行为是有情感的性行为；他可以根据自己的目的从事、实施、追求性行为，因此，性行为的功能就不止生殖一种，除此之外，快乐、健康、表达感情、建立和维持某种人际关系、谋生等等都有可能成为性的功能。[21]这样，目的多元、方式多样、情感丰富的人类性行为非是动物的性行为可比拟的。从这种“性感”的生物学特征出发，法律对人性的关怀至少应该体现在两个方面：一方面要对人类善良的性需求、性选择努力地尊重，另一方面就是对违背他人意志的侵犯型的性行为的严格地禁止。这正是性权利的生成路径。

说他“多元”，是因为人身上有喜新厌旧的习性和性爱对象不固定的特征。这个习性或特征是灵长类动物祖先遗传给人类的结果。据莫里斯的研究，裸猿（人类）具有超强的探究欲，幼猴虽然也有探求欲，但这种探求欲随着它们的长大会逐渐减弱。而裸猿这种探求欲从幼年时期不仅会延续到成年期，而且还会有所增强。“我们从不停止探究，永远不会满足于已知事物。我们每解决一个问题都会引出另一个问题，这已成了我们最重要的生存手段”。这种对新鲜事物感兴趣的倾向被称为“喜新倾向”。[22]这种喜新的习性和倾向表现在性领域就是对性对象的“求新冲动”。对一切熟悉的异性冲动减弱，而新的异性出现则冲动增加。这种“求新冲动”就是人类性爱不持久的生物学基础。[23]人类高度性感的生理特征，加之

这种“求新冲动”，使得他一生中有可能与多个性对象发生性关系。虽然人类在进化的过程中也形成了结偶的习惯，但这种结偶常常因“四年之痒”、“七年之痒”等现象而被打断。[24]诚然，为保证基本的社会结构和秩序，性不是不需要规制和管理，即使是今天，婚姻也是世界各国对性进行管理的主要形式，但是如果过分强调了婚姻的强制性、神圣性，割裂了人的感情，试图用一次婚姻全部垄断一个人的毕生的性行为肯定是不人道的，做这样规定的法律便极易沦为压抑人性的恶法。

#### 四、追求幸福是人的天性

趋利避害、避苦求乐是人作为生灵的一种本能，它是人类的自然之性。人是有智识的动物，他既生活在肉体层面，又生活在精神层面。因此，他求乐的本性就有了更高级的形式，即追求幸福。所谓的幸福，就是快乐、舒服和不痛苦，它分为感官快乐和精神快乐两个层次，前者是幸福的低级层次，后者是幸福的高级层次。任何感官快乐都可以提升到精神快乐的层面，任何精神快乐都以感官快乐为基础。对人来说，虽然感官快乐必不可少，但精神快乐更不可或缺，后者更能体现人的特性，表征人的品位，是幸福的主要组成部分。早在古希腊时期许多思想家就把追求快乐和幸福看作人的本性，视为人的权利。德谟克里特认为，尽可能地追求快乐而避免痛苦，是实现人生幸福的基本途径，在他看来一个真正幸福的人既不是单纯追求物质感官快乐，也不是片面追求精神快乐的人，因为单纯追求感官快乐与动物无异。伊壁鸠鲁认为，人生的幸福就是追求和获得快乐，快乐是人间最高的善。精神快乐比感官快乐更优越，真正的快乐是精神上的平静，心灵上的安宁，但这是以必要的物质条件为基础的。[25]但在漫长的中世纪，基督教对人性构成了极大的压抑，反对人们追求现世的幸福。面对这样的历史和现实，文艺复兴时代的思想家们举起了人文主义的大旗，呼唤人性，反对神性，主张享受现世，蔑视天堂和来世，强调“我思故我在”、“我欲故我在”、“我生而为人”。从此人文主义和自由主义成为了西方的主流话语，在这些话语下，追求幸福被当成人的基本人权，被视为人之所以为人的权利。

回到性的领域，众所周知，性行为能给人带来巨大的快乐，人类确实会在一种和谐的性爱生活中获得由一种身心愉悦、情感升华和美感传递而带来的无穷乐趣。人类的性行为不但是生命之源，更是幸福之源，这种幸福应是肉体快乐和精神快乐的统一，和谐的性生活是在性欲的基础上产生的一种蕴涵着丰富情感的灵与肉的结合。夫妻生活的美满是以和谐的性生活为基础的，和谐的性生活是男女生理的天然需求，获得充分的性满足是夫妻双方的共同愿望和天赋的权利。无论男女，一旦在性功能上出现了障碍，人的性生活将遭到破坏，承受这种痛苦就不只是一个人而是一家人，限度也绝不限于肉体，而还包括心理的、精神的。[26]因此“追求幸福是人的天性”的这样的元命题中当然包含了“人有权追求‘性’福”这样的子命题。但在传统社会中追求性领域的幸福被视为最寡廉鲜耻的、最大逆不道的行为，受到极大的压制。因为，一方面，由于传统社会的基本的社会关系是围绕着性建立的，如果以快

乐主义作为指引来运作的性行为将对既定社会关系带来致命的冲击；另一方面，由于性快乐在整个快乐体系中的基础性作用，强调性的快乐主义是对专制社会下强调牺牲“小我”保全“大我”、先国家后个人、弃今世待来世等意识形态的彻底颠覆。这都是统治者绝对不允许的。统治者也深知：如果在性方面控制住了人的自由，人们就将被权力网络彻底俘虏。统治者还深知：如果人们肯将性的快乐贡献出来，才真正代表他们对权力体系及其官方意识形态的无尚的敬意和虔诚。所以，在专制社会中，追求性的幸福的权利是人们最不敢提、统治者最不愿给的权利。从文艺复兴以来兴起的人文主义思潮强调以人为本，强调对人自身的价值的尊重，其中一个很重要的方面就是在性的领域恢复人的主体地位，肯定人的追求幸福的权利。无论从文艺复兴时期的诸如《十日谈》等文学作品还是从“性革命”中所谓的激进的性实践，无论是从彼得拉克的“我是凡人，我只要求凡人的幸福”的口号还是从罗素倡导的婚姻革命，无论从霭理士、弗洛伊德等倡导的对同性恋的宽容还是从福柯等对虐恋的肯定都从中可以看出这一点。人文主义与女权运动相结合，在性领域还了女性的自由之身，为女性追求幸福正了名，鼓了气。人文主义与性科学相结合，拨开了性神秘的面纱，除去了性身上的耻辱与罪恶，恢复了性的自然本色，倡导了“有机体快乐的原则”，摧毁了长期统治性领域的义务本位、责任本位的观念，使追求性的幸福权具有了坚实的科学基础。

如前所述，人和动物的一个本质区别在于人有意识、有智识、有思想，因此人在性领域的幸福就不单单是肉体的快乐，它应是肉体的快乐和精神的幸福的统一体。在自然面前，随着人的自主能力的提升，人的精神世界的丰满和完善，无论是人的“性福”观还是追求“性福”的实践都必然会从低级肉体快乐向高级的精神幸福迈进。依马斯洛的需要层次论来看，每个人都有生理、安全、归属与爱、尊重、美、自我实现的需要，这些需要由低向高逐级实现，它的实现是一个由肉体需要向精神需要的递进的过程。这些需要也贯穿在性的领域中，人的性从满足生理需要到自我实现的过程中，肉体的成分逐渐减少，精神的成分逐渐增加。人追求“性福”的过程实际上就是不断地满足这些需要的过程，那么既然如此，在性领域追求幸福的过程就是感情不断升华的过程，是由性欲向爱欲不断递进的过程。[27]因此人类高级的性爱实际是一个充满着自爱与爱他的丰富情感的人类活动，难怪马斯洛说：“能享受性是自我实现者的一大特征”。[28]爱情以性行为为基础和指向，性行为以爱情作为和谐的保障，当这种肉体和精神达到了高度的融合和统一的时候人便会感到莫大的幸福。[29]对此恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中对此作了精辟地论述：“现代的性爱，同古代人的单纯的性要求，同厄洛斯（情欲）是根本不同的。第一，性爱是以所爱者的对应的爱为前提的；在这方面，妇女处于同男子平等的地位，而在古代的厄洛斯时代，决不是一向都争求妇女同意的。第二，性爱常常达到这样强烈和持久的程度，如果不能结合和彼此分离，对双方来说即使不是一个最大的不幸，也是一个大不幸”。[30]

五、性权利的人性基础——中国当代性行为立法不能省略的维度[31]

英国生物学家赫胥黎在人性与社会的关系问题上有这样的论述：“如果没有从被宇宙过程操纵的我们的祖先那里遗传下来的天性，我们将束手无策；一个否定这种天性的社会，必然要从外部遭到毁灭。如果这种天性过多，我们将更是束手无策；一个被这种天性统治的社会，必然要从内部遭到毁灭。”[32]这一论述为我们在现代性行为立法中如何处理人性与法律的关系问题提供了启示。

以人文主义的精神作为指导是现代立法的基本特点与趋势。以人文主义作为指导，就是在立法中努力地尊重人性，最大限度地实现对人的关怀，以充分地满足人的各种需求为旨归。正是在这个意义上马克思说：“法典就是人们自由的圣经”。[33]诚然，人性有许多负面的价值，完全基于人性而行事，必然会带来社会的无序，因此法律主要是作为约束人的感性的理性形式而存在的。但我们必须知道，对人来说，法无非是一种工具或手段，法治也不过是人的一种生活方式，因此，法律是为人产生并为人服务的，法律不应该异化为人的枷锁。所以，任何法律的制度设计与安排都应该从人性出发，与人性相结合，只有建立在善良人性基础上的法律，才有可能获得本质上的合理性；否则，违背人性、不近人情的法律，虽可强行一时，但终将因得不到人们的认可而失去生命力。诚然，作为一种人类行为的规范形式，法律在实然层面必然更多地表现为对人类行为的规制与约束，但我们必须清楚这些规制与约束只是作为手段而存在的，其目的是为了更好的满足人的需求，实现人的自由，因此，那些在实然层面规制人性的内容，恰恰在应然层面是符合人性的。传统社会的法律之所以是野蛮的，正是因为实然和应然两个层面都是反人性的，所以法律被异化为了人的枷锁。

人是社会的人，人要受到各种社会条件的制约，人的需求和自由虽然作为天性存在于每个人身上，但它们的满足与实现的程度还要有赖于该社会为它们开放出多大的空间。在传统的农业社会，在自然经济条件下，落后的生产力水平、封闭的生产、生活方式使人们的许多正当的性需求不能满足，基本的性自由不能实现。现代市场经济条件根本性地改变了自然经济条件下的人的生存方式，大大增加了人的自由度、独立性，为人类的性自由开放出巨大的空间，在这样的空间中性应该成为人的一种权利。现代社会的性行为立法必须充分重视这种社会经济条件的变迁以及由此带来的人们的这种权利需求。正是为了适应这样的一种社会需求，在现代西方社会，法律对性行为的调整历程正沿着“宽容”与“不容”两条路径展开，即日益宽容合意的性、多元的性、不妨碍他人的性，日益不容暴力的性、违背他人意志的性，这种“宽容”与“不容”的路径正好是性权利成长的路径。[34]

当今的中国，社会长治久安，市场经济深入发展，人民生活水平有了很大的提高，社会变得日益平等和多元，人们开始关注性并有能力、有精力追求性、享受性，性在人民生活所占的比重日益凸现，性需求与性行为多元化的趋势正在形成。实践也正按着这样的逻辑运转。据我国性社会学家的调查研究表明：从改革开放以来，中国的“性革命”也在悄然兴起。

在这一过程中“惟生殖目的论”哲学彻底破产，离婚率增加，性“家教”开始松弛，性知识可以公开宣讲，色情物品剧增、性用品商店在城市普及，性生活在婚姻中占有的比重明显增加，婚前性行为普遍，多伴侣性行为及其宽容度增加，妇女的性自主意识增强，等等。[35]在这样一个过程中，在这样一个性需求多样化的环境中，传统的性观念逐渐式微，性作为一种独立的权利的观念开始形成。这具体表现为：司法实践中，近年来因性器官或性功能受到伤害而以性权利或“性福权”受损来要求赔偿的案件、[36]因性生活不和谐而导致离婚的案件呈日益增加的趋势；[37]性权利的维权意识正在强化，一些发生在职场中的、在传统社会中只是被认定为不道德的、一些轻微的性侵权行为也被列入了“性骚扰”的行列从而以性权利被侵害为由被追究法律责任；[38]随着社会的日益多元，特殊群体的性权利的吁求也初露端倪，如民工的性权利、犯人的性权利、同性恋者的性权利等等。[39]

受传统社会中的以性“为耻”、“为罪”的文化惯性和计划经济条件下禁欲主义的革命观余波的影响，中国当前的性行为立法与实践在某种程度上还受着一种对性的极权控制主义的思维的支配，它以人的性责任、性义务为中心建立各种规则，对性“防”大于“护”，压制多于疏导，结果，法律与现实出现了严重的脱节和矛盾。比如，在印刷、音像、网络、信息技术日益发达的今天，对色情物品的需求日益普遍化，我国法律对色情物品不分等级、不分年龄、完全禁止传播的做法既不可能也不可行，而且侵犯了公民性欣赏权、性信息获取权；又如，我国刑法和治安管理处罚法把多人间的在私密状态下进行的性行为仍以聚众淫乱罪和聚众淫乱违法行为来对待，侵犯了人的自由权、隐私权，[40]等等。马克思说：“立法者应该把自己看做一个自然科学家。他们不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律，他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。如果一个立法者用自己的臆想来代替事情的本质，那么我们就应该责备他极端任性。”[41]当代中国的性行为立法应该将这种权利需求反映出来，并将它作为性行为立法的目标和价值取向。诚然，由于性的特殊性，加之法律作为规范的自身特点，性法律在实然层面必然更多地表现为对人类性行为进行规制与约束，但立法者必须清楚这些规制与约束只是作为手段而存在的，其目的是为了更好地了解人的需求，实现人的权利。因此，中国当代的性行为立法应该以性权利为中心安排各种制度和规范，因为唯有如此，我们的立法才能更贴近民众、更符合民情、更适应社会、更尊重人性，只有贴近民众、符合民情、适应社会、尊重人性的法律才具有永久的生命力。这也是以人为本的法律思想的核心所在。

（本文发表于《华东政法大学学报》2008年第3期）

---

\* 李拥军，1973年生，天津宁河人，吉林大学理论法学研究中心、法学院讲师，法学博士。

本文为李拥军主持的国家哲学社会科学基金青年项目（批准号：06CFX003）——“性权利与法律”和姚建宗教授主持的教育人文社科部重点研究基地重大项目（批准号：05JJD820001）——“新兴权利研究”的阶段性成果。

[1] Pérez-Conchillo M and Coleman E. (ed), *Sexuality in the New Millennium: Proceedings of the 14th World Congress of Sexology, Hong Kong SAR, China-August 23-27, 1999*, Editrice Compositori, Italy, 2000, “Preface”

pxii.

[2] 李银河：《性的问题·福柯与性》，文化艺术出版社 2003 年版，第 76 页。

[3] 《马克思恩格斯全集》第 42 卷，人民出版社 1979 年版，第 167 页。

[4] 科学家考察了与人类最相近的灵长类的动物的性行为，发现所有的雌性灵长类动物都有发情期。这些动物只有在发情期内才有从事性行为的需求。参见[美]海伦·费什：《人类的浪漫之旅——迷恋、婚姻、婚外情、离婚的本质透析》，刘建伟等译，海天出版社 1998 年版，第 124-125 页。

[5] 何仲生、余凤高编著：《弗洛伊德：文明的代价》，辽海出版社 1999 年版，第 65 页。

[6] 参见陈学明：《性革命》，台湾扬智文化事业股份有限公司 1995 年版，第 96 页。

[7] 中世纪教规和法律对夫妻之间的性交的姿势都做了规定，除男上女下的姿势以外，其他姿势都在禁止之列，否则一经告发，需受 7 年劳役之罚。参见[美]坦娜希尔：《历史中的性》，童仁译，光明日报出版社 1989 年版，第 150-175 页。

[8] 当时流行着一种歇斯底里性的痉挛，患者大多是女性，发病时突然全身抽搐，有时身体僵硬，平躺床上，两眼紧闭，腹部弓起，如性交动作。参见余凤高：《西方性观念的变迁》，湖南文艺出版社 2004 年版，第 56 页。

[9] 当时许多教会组织都成了秘密的淫乱场所。参见[德]爱德华·傅克斯：《欧洲风化史——文艺复兴时代》，侯焕闳译，辽宁教育出版社 2000 年版，第 357-377 页。

[10] 参见[美]约翰·盖格农《性社会学——人类性行为》，李银河译，河南人民出版社 1994 年版，第 320-322 页。

[11] 参见潘绥铭：《性的社会史》，河南人民出版社 1998 年版，第 52、48-49 页。

[12] 强奸本质上是一种在违背一方当事人意志的情况下发生的性行为，如果一方违背另一方的意志与之发生了性行为，即使没有给对方造成明显的肉体伤害，强奸罪也依然成立。由此可以看出，法律设定强奸罪更侧重惩罚强奸行为对被害人精神的侵害。

[13] [英]莫里斯：《人这种动物》，杨丽琼译，华龄出版社 2002 年版，第 181 页。

[14] 《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1995 年版，第 247 页。

[15] 马克思：《1844 年经济学——哲学手稿》，人民出版社 1979 年版，第 50-51 页。

[16] 程燎原、王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社 1998 年版，第 66 页。

- [17] [美]阿尔弗雷德·金西：《金西报告——男性性行为》，潘绥铭编译，光明日报出版社 1989 年版，编译者序第 14 页。
- [18] [美] 葛尔·罗宾：《关于性的思考：性政治学激进理论的笔记》，载李银河译：《酷儿理论》，文化艺术出版社 2003 年版，第 22 页。
- [19] 参见[英]莫里斯：《人这种动物》，杨丽琼译，华龄出版社 2002 年版，第 181-182 页。
- [20] 参见谈大正：《性文化与法》，上海人民出版社 1998 年版，第 46 页。
- [21] 参见李银河：《性的问题·福柯与性》，文化艺术出版社 2003 年版，第 9 页。
- [22] [英]莫里斯：《裸猿》，刘文荣译，文汇出版社 2003 年版，第 111-112 页。
- [23] 参见谈大正：《性文化与法》，上海人民出版社 1998 年版，第 49-50 页。
- [24] 社会学家认为人类的离婚是有规律的，有的学者认为离婚的高峰发生在婚后四年附近，有的学者认为离婚发生在婚后七年附近，故称“四年之痒”、“七年之痒”。参见[美]海伦·费什：《人类的浪漫之旅——迷恋、婚姻、婚外情、离婚的本质透析》，刘建伟等译，海天出版社 1998 年版，第 112 页。
- [25] 参见唐代兴：《利益伦理》，北京大学出版社 2002 年版，第 14-15、29-30 页。
- [26] 参见陈学明：《性革命》，台湾扬智文化事业股份有限公司 1995 年版，第 150-151 页。
- [27] 一般都认为，爱欲是性欲的高级形态。马尔库塞认为，性欲仅仅是两性关系的欲望，而爱欲则蕴含着丰富的内容，性欲对个人来说只是局部的、短暂的快乐，而爱欲则使个人获得一种全面、持久的快乐，并使社会建立一种新的关系。参见王伟、高玉兰：《性伦理学》，人民出版社 1992 年版，第 86 页；[美]马尔库塞：《爱欲与文明》，黄勇等译，上海译文出版社 2005 年版，译者序第 4 页。
- [28] 永毅、晓华：《世界名家情爱论》，湖南文艺出版社 1988 年版，第 227 页。
- [29] 在 1999 年 8 月至 2000 年 8 月间由潘绥铭教授等主持的一项社会调查显示：爱影响着性交的频率和数量。如果夫妻双方谁也不爱谁了，他们之间的性生活就会减少到 18 分之多，到达谷底（44 分）。如果双方仍然相爱，那么它们的性生活就会多许多，达到 59 分；而且无论谁爱谁，他们的性生活频率都差不多，只不过如果有一方更加爱对方的话，性生活还会多一点，达到 62 分左右。参见潘绥铭、[美]白威廉、王爱丽、[美]劳曼：《当代中国人的性行为与性关系》，社会科学文献出版社 2004 年版，第 191 页。
- [30] 《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1995 年版，第 75 页。
- [31] 这里所说“性行为立法”是学科意义上的概念，没有一个完整的法典与之对应，它是指所有调整性行为的法律的总称。就目前我国的情况来看，它主要存在于刑法、婚姻法、治安管理处罚法等法律当中。
- [32] [英]赫胥黎：《进化论与伦理学》，关德锋等译，科学出版社 1971 年版，第 4 页。
- [33] 《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 1956 年版，第 71 页。

[34] 参见李拥军：《宽容与不容：现代社会法对性调整的特点与趋势》，《法制与社会发展》2006年第6期。

[35] 参见潘绥铭、[美]白维廉、王爱丽、[美]劳曼：《当代中国人的性行为与性关系》，社会科学文献出版社2004年版，第9-22页。

[36] 参见曹峰峻：《我国首例“性权利”官司审理始末》，载《法治与社会》2003年第8期；伍洲奇：《妻子诉求“性福权”引发性权利讨论》，载《法制周报》2007年9月3日—9日第7版；《夫妻讨要“性福权”背后的法律缺位》，

[http://news3.xinhuanet.com/comments/2004-11/13/content\\_2209253.htm](http://news3.xinhuanet.com/comments/2004-11/13/content_2209253.htm)。

[37] 据零点调查公司的一项调查显示，无“性”福等于无幸福。根据国内的一项报告显示，有30%左右的离婚夫妇承认，他们的离异是性生活不和谐造成的。参见周运清：《性与社会》，武汉大学出版社2005年版，第173页。

[38] 近年来由于性骚扰侵权案件日益增多，所以2005年修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》和2006年施行的《中华人民共和国治安管理处罚法》都对性骚扰作了禁止性规定。

[39] 参见《深圳外来工讨要夫妻生活权》，载《南方都市报》2005年6月29日；《话说监狱设置“鸳鸯房”》，<http://www.csonline.com.cn> 2005年02月14日11时13分 星辰在线；《李银河对话志愿者：中国同性婚姻合法化为时不远》，载《南方都市报》2005年11月7日。

[40] 参见李银河：《性的问题·福柯与性》，文化艺术出版社2003年版，第77-81页。

[41] 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956年版，第183页。

# 中国当代性法律批判

李银河

转自 <http://read.anhuinews.com/system/2007/05/30/001752625.shtml>

在不同的文化和社会中，关于性的法律有同有异，比如，强奸在各国的法律中都是受到严厉惩罚的犯罪行为，可是卖淫或者堕胎在某些国家合法，在另一些国家非法。在同一个国家，性的法律也会有变化，比如在美国，堕胎从非法变为合法；在英国，卖淫和同性恋从非法变为合法。

在中国，刑法中被规定为违法的性行为随着刑法的变动有些改变，但变动不大。在 1997 年 3 月 14 日第八届全国人民代表大会第五次会议修定的新版刑法通过和颁布之前，刑法中与性有关的条文有三大类，第一类是强奸罪和奸淫幼女罪，第二类是流氓罪（其中涉及性的有侮辱妇女罪和其他流氓活动罪），第三类是妨害社会风尚的犯罪（包括强迫、引诱、容留妇女卖淫罪和制作、贩卖淫书、淫画罪）。

本文所采用的案例资料来自 90 年代初出版的一套刑事犯罪案例丛书，这套丛书由最高人民检察院《刑事犯罪案例丛书》编委会编纂，由中国检察出版社出版。这套丛书与性有关的犯罪被收入三本，第一本是《流氓罪》，1990 年出版（下文简称为 XL）；第二本是《妨害社会风尚的犯罪》，1991 年出版（下文简称为 XF）；第三本是《强奸罪、奸淫幼女罪》，1992 年出版（下文简称为 XQ）。

在 1997 年重新修订公布的刑法中，与性有关的刑法条文改动最大的一处是取消了“流氓罪”而将其内容分散到其他条文中，例如，原流氓罪中“强制猥亵、侮辱妇女罪”被收入“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章中；“聚众淫乱罪”被收入“妨害社会管理秩序罪”一章中。有关卖淫和淫秽品的条文仍保留为单独的两节。

如果按照有无受害人来划分，强奸、奸淫少女和侮辱妇女这三项罪名是有受害者的性犯罪，聚众淫乱、卖淫和淫秽品三项是无受害者的性犯罪。在我看来，我国有关性犯罪的法律中，关于有受害者的犯罪的法律条文问题较小，而关于无受害者的犯罪的条文问题较大。下面分别就这两大类与性有关的法律做些观察和分析。

在分析开始之前，我想引用福柯阐述的一个关于性立法思想的极其重要的原则，他指出：“我想原则上可以这样说：性在任何一种情况下都不应当成为任何立法的对象。这样说应当没什么大问题。但有两个领域对我来说有一点问题。一个是强奸，另一个是涉及儿童时。”这两个有问题的领域正好是我国性法律中三类有受害者的性犯罪的前两类。有关福柯的性立法原则，后文还有详细讨论。

## •有受害者的违法性行为

按照我国刑法，有受害者的违法性行为一共有三项，第一项是强奸罪；第二项是奸淫幼女罪，第三项是猥亵、侮辱妇女罪。这三项罪行同一些西方国家关于有受害者的性行为的认定大同小异。例如在美国，一般把有受害者的性犯罪概括为三类：强奸罪、儿童性虐待罪和性骚扰罪。

下面就分析一下按我国现行刑法的规定属于有受害者的三项性犯罪的案例：

## 1、强奸罪

案例集列举了若干反映强奸犯罪特点的案例。

第一类强奸罪的特点是采用暴力手段：

个案 1：被告人陈 X 洲于 1984 年 7 月 22 日下午将本乡少女张芝 X 用暴力强奸。检察院以强奸罪起诉，法院以同罪判处死刑。（XQ，第 20-21 页）

第二类强奸罪的特点是采用胁迫手段：

个案 2：被告人胡 X 忠于 1983 年 7 月和 1986 年 12 月先后以枪和剑相威胁，强奸汪氏姐妹。检察院以强奸罪起诉，法院以同罪判处死刑。（XQ，第 62-63 页）

还有采用其他手段的强奸犯罪：

个案 3：被告人赵 X 于 1987 年 3 月 5 日上午谎称专治妇女不育症，以让不孕妇女试精子为名骗奸妇女任 XX。检察院以强奸罪起诉，法院以同罪作了有罪判决。（XQ，第 96 页）

案例集里还有区分罪与非罪界限的案例，在强奸罪案例中，下列两例分别被判为有罪和无罪。

个案 4：被告人陈 X 威于 1986 年 4 月 13 日与潘 X 相遇，发生了性关系。陈给了潘 15 元。随后潘要回家，陈要求与潘再次发生性关系，潘不同意，陈即强行索回 15 元钱，并用砖头胁迫潘发生多次性关系。潘报警，公安人员接到报告后，将被告人抓获。检察院以强奸罪起诉，法院以同罪作了有罪判决。（XQ，第 121-123 页）

个案 5：被告人劳 X 强于 1986 年 1 月 23 日请人帮助把长期拒绝与之过性生活的妻子捆住，强行发生了性关系。检察院未予批捕。（XQ，第 151-152 页）

从个案 4 和个案 5 这两个案例的判决我们可以看出，有无婚姻关系是一个主要因素。没有婚姻关系的强奸行为被判有罪，有婚姻关系的强奸行为被认为无罪。近年来，西方国家有人提出了“婚内强奸”的概念，这一点在我国还处于讨论中。反对设婚内强奸罪的意见认为，既然结为夫妻，就有与对方发生性关系的权利和义务，按照这一逻辑，婚内强奸者有权利，婚内被奸者有义务，婚内强奸罪因此不成立。赞成设立婚内强奸这一罪名的观点则认为：婚姻关系中的个人仍是有人身权利的个人，婚姻关系不能改变强奸行为的犯罪性质。

对强奸犯罪的重判可以说是中国妇女地位提高的一个标志，在 1949 年革命胜利以前，下层妇女受到性侵犯的情况极为严重，这一状况在革命成功后已有了根本的改变。

根据霍尼格的调查，在 30 年代，上海纱厂的女包身工经常受到性侵犯，她访问的一位女工被工头强奸多次。调查对象说，这种事非常普遍，有些女工因为拒绝了工头的性要求遭到打骂。如果女工屈从了工头的要求，就可以得到好活、轻活；如果不从，就会得到重活、脏活，还会丢掉工作。

贺萧对 1900-1949 年天津女工生活的调查也发现，女工遭受性侵犯的现象十分普遍，对于那些漂亮的女工尤其如此。因此，当时女工存在找婆家难(结婚难)的问题。即使结了婚也会被婆家人看不起，受害者会为其所受之害而受责备。当时有民间俗语说“好男不当兵，好女不做工”，如果哪家的人娶了工厂女工，他们家就会被别人看不起。女工在工厂受到工头的性侵犯，在上下班路上还会受到男工的骚扰。工头有时把性侵犯当作惩罚手段来使用，如果女工在工作中犯错、偷窃或有病歇班，也会受到性侵犯作为惩罚。

工人的遭遇是这样，农民的情形也相似。在农村，有些恶霸地主随意对农民妇女进行性侵犯。地主常侵犯佃户的妻子和女儿。国民党的军队也有强奸民女的事情。此外，农村还有另一类完全被人们忽略的侵犯妇女人身权利的情况：在打土豪分田地运动中，一些富裕农民阶层的女人被贫苦农民强奸。

在当今中国，强奸是一项严重的犯罪行为，它的受害者不再具有以前那样明显的阶层特征。犯罪者和受害者的身份都是个人。关于强奸罪的观念也从将其视为对私人财产的侵犯改变为对人身的侵犯。

目前世界各国都有关于强奸罪的法律规定(但历史上并非全有)，对强奸罪的处罚有轻重的差异。从跨文化的比较看，我国的量刑是比较重的，在西方国家，虽然有的国家有长达 30 年的刑期，但是单纯的强奸罪(没有造成死亡的)，少有判死刑的。中国本来死刑人数就多(每年执行死刑的人数占全世界死刑人数的比例超过中国人口在世界人口中所占比例)，对与性有关的犯罪量刑过重似无绝对必要。

## 2、奸淫幼女罪

反映这一犯罪特点的案例有以下数种。

第一种是以引诱、欺骗、腐蚀手段奸淫幼女：

个案 1：被告人王 X 周自 1979 年至 1983 年 6 月间，以给零钱、扎头绳、苹果等物质引诱和哄骗手段，先后奸淫 6 至 13 岁的幼女 19 名。检察院以奸淫幼女罪起诉，法院以同罪作了有罪判决。(XQ，第 229-230 页)

第二类是利用从属和教养关系奸淫幼女：

个案 2：被告人孙 X 桥自 1984 年至 1985 年间，利用师生关系借辅导、批改作业、解答习题之机，先后奸淫 8 至 11 岁的幼女 3 名。检察院以奸淫幼女罪起诉，法院以同罪作了有罪判决。(XQ，第 240 页)

个案 3：被告人方 X 光自 1983 年 2 月起多次奸淫亲生幼女张芝 X(10 岁)。检察院以奸淫幼女罪起诉，法院以同罪作了有罪判决。(XQ，第 241-242 页)

案例 3 的性质属于乱伦。有些国家将乱伦罪单列，而我国只是把它视为奸淫幼女罪中的一种类型。这似乎反映出，乱伦的案件在我国比较少见，情形也不太严重，因此还不值得为这种行为设立专项罪名。

第三类犯罪的特征是利用暴力、胁迫手段奸淫幼女：

个案 4：被告人刘 X 兴于 1982 年 9 月 19 日和 21 日，手持牛角刀先后两次奸淫 12 岁幼女。检察院以奸淫幼女罪起诉，法院以同罪作了有罪判决。(XQ, 第 250 页)

第四类是利用其他手段奸淫幼女：

个案 5：被告人汪 X 贵于 1981 年 12 月以 500 元买了一名被拐卖来的幼女(11 岁)，多次奸淫。检察院以奸淫幼女罪起诉，法院以同罪作了有罪判决。(XQ, 第 255 页)

近年来，在一些西方国家，儿童受到性虐待的问题越来越引起人们的关注，特别是乱伦的案件，不断被传媒热炒(如美国著名电影导演乌迪·艾伦与养女的关系等)，还被大量搬上影视作品，以致在一些国家出现了这样的情况：人们愿意为杀人犯辩护，却不愿为恋童者辩护，因为他们怕人说：你想和一个孩子发生性关系。此类案件中多数是侵犯女童，但男童受侵犯的情况也占有相当大的一个比例。

在世界各国对奸淫幼女罪的规定中，一个重要的因素是关于“自愿年龄线”(age of consent)的规定，即儿童被法律认为有决定自己行为的能力的年龄，低于这个年龄，即使儿童自己承认是自愿的行为，法律也不认为它是出于儿童的意愿，因为低于这一年龄线的儿童被法律认定为尚无决定自己行为的能力。与低于自愿年龄线的少儿发生的性关系，无论当事人是否自愿，都视为“奸淫”。这个自愿年龄线各国不同，有的 16 岁，有的 21 岁，我国的自愿年龄线是比较低的：14 岁。这也许只是历史和文化因素造成的，但是它似乎也表明，我国的法律更尊重儿童作为性主体的权利，而不是把他们仅仅当作随时会陷入危险境地的潜在受害者。这一点很重要，在立法思想上比许多西方国家更先进，是值得我们骄傲的。

目前在西方，出现了关于是否应当废除自愿年龄线规定的讨论。这一提议的理论依据是：承认儿童是有独立意志的性行为主体，而不仅仅是性行为的客体或受害者。提出这一观点的学者认为，近年来对虐待儿童的恐慌使人们在承认儿童是性行为者而不仅仅是性受害者这一点上有所倒退。如果儿童了解到，他们的身体和性是属于他们自己的，应当由他们自己来控制，性不是受禁止的或肮脏的，那么当他们想要接受他们希望的行为和拒绝他们不希望的行为时就会更加自信。在真正受侵犯和受虐待的情况下，那些没有被告知性是羞耻的儿童会更容易揭发此类行为，以利于此类问题的解决。

根据自愿年龄线的法律，一位少女(或少年)无论是否自愿，都没有自愿与成年人发生性关系的权利。主张废除自愿年龄线的人们认为，关于自愿年龄线的法律不仅不能保护儿童，而且会起到相反的作用。因为尽管设立了这一法律，虐待儿童的事还是在发生，结果自愿年龄法的基本作用反倒成了惩罚那些真正出于儿童自愿的行为。比如，西方某国同性恋性行为的自愿年龄线是 21 岁，根据这一法律，一位 21 岁的男青年因为交了一个还有几个月不到 21 岁的同性情人就应当入狱，而这种作法竟然是借着保护儿童免受虐待的名义加以实施的。

16岁是英国法定的自愿年龄线。在1991年，英国家庭计划协会发现，有35%的女孩和46%的男孩说，他们在16岁前有过性交。这一高比例还不包括同性关系和非性交类性活动。根据这一统计资料，的确不可能再认为，不到16岁的青少年对性必定是无知的和不感兴趣的。因此有的学者提出：自愿年龄法不承认儿童可以成为性行为主体，因而是错误的。儿童的性表达方式诚然可能会与成年人不同，但他们有时确实有性的需要，无论有没有社会的批准，他们还是会发现他们自己的表达方式。法律试图限制这一行为究竟想达到什么目的呢？我们可能会使他们感到有罪，会影响他们有效地避孕和预防性病，却不能服务于他们的需要。

福柯也是主张废除自愿年龄法的，他认为，自愿年龄法的前提是：必须保护儿童不受自身欲望的侵害，甚至当他的欲望是指向成人时也如此。他指出：“在任何情况下，由法律规定年龄界线是无用的。当儿童说他是或不是遭到暴力侵害时，应当相信他所说的话。……确实有10岁的儿童主动投入成人怀抱的情况，确实有些儿童是自愿的，他们喜欢这样做，难道没有这种情况？……我想这样说：从儿童不再拒绝的一刻开始，就没有理由去惩罚任何行为了。”

福柯对于涉及儿童的性行为的观点与他的基本原则相一致，即在任何情况下性都不应当以任何理由成为法律惩罚的对象。如果性以强奸的形式出现，它就不再是性，而是暴力；如果性以违背儿童意愿的形式出现，它也不再是性，而是暴力。它应当以暴力伤害的名义受到惩罚，而不应当以性的名义受惩罚。一切非暴力的、非强迫的、双方自愿的性关系都应当得到理解，都应当被接受。这就是福柯所主张的。

在应不应当废除自愿年龄法的问题上，最重要的原则是要尊重儿童作为性主体的权利。“仅仅废除自愿年龄法还不能保证儿童的安全和自由。为达到这一目标，儿童还需要社会和经济力量，以及在生活的各个领域对他们的需要和欲望的尊重。应当尽早教育儿童，他们的观点是重要的，他们的行为是有效的，他们的身体属于他们自己，因此他们可以在心理、经济和肉体虐待发生时保护他们自己。”与把儿童性行为的自愿年龄线定在16岁、18岁甚至21岁的国家相比，我们国家的法律比较尊重儿童的人身权利和性权利，但是我们的立法思想还远未达到取消自愿年龄法的高度，这是我们的法律有待改良的地方。

### 3、侮辱妇女罪

侮辱妇女这一罪名原被包括在“流氓罪”中，在1997年的新刑法中，“流氓罪”被取消，侮辱妇女罪被改列在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一项中。此类违法性行为包括以下几种类型：

第一类，追逐、堵截妇女，如个案1：

个案1：被告人张X会于1984年7月至11月间多次在路上将女青年截住强行抱吻。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。（XL，第102页）

第二类是在各种场所猥亵妇女，如下面几个案例：

个案 2: 被告人朱 X 宏于 1986 年 5 月 5 日下午 2 时许在看电影时对邻座素不相识的女青年徐 XX 进行调戏, 强行接吻、抚摸, 并打伤女青年。检察院以流氓罪起诉, 法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL, 第 121-122 页)

个案 3: 被告人柏 X 江于 1982 年至 1984 年期间, 先后当着数十名妇女, 露阴 24 次。检察院以流氓罪起诉, 法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL, 第 113 页)

个案 3 其实是露阴癖行为, 据调查, 在我国的法律实践中, 有些此类案例的当事人并未被当作流氓罪处理, 而是被送至精神或心理医疗机构进行治疗。

第三类的犯罪特点是用淫秽行为或暴力、胁迫手段侮辱妇女:

个案 4: 被告人孙 X 自 1986 年 10 月至 1987 年 2 月, 多次到 X 公共厕所偷看妇女解手, 并用玉米秆捅伤妇女达 10 人之多。检察院以流氓罪起诉, 法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL, 第 136 页)

个案 4 含有窥阴(又称观淫)癖的因素, 并不是单纯的流氓行为。对此类做案者应辅心理治疗。

第四类是在公共场所偷剪妇女衣服、发辫, 向妇女身上喷洒腐蚀物, 涂抹污物:  
个案 5: 被告人冯 X 全于 1982 年 11 月至 1983 年 10 月间, 乘夜间看电影人多拥挤之机, 用刀子将女青年张 X 等 9 人衣服割坏, 还用剪刀偷剪女青年张 X 等 3 人发辫和围巾。此外还向女青年聂 XX 等 2 人身上抹机用黄油各 1 次。检察院以流氓罪起诉, 法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL, 第 145-146 页)

个案 5 有恋物癖倾向, 不是单纯的流氓行为。法律在对此类案件量刑时应当区别对待。

上述三类违法性行为都是有受害者的, 如前所述, 此类行为正是福柯在提到原则上所有的性活动均不应当受法律制裁时所遗留的一些顾虑之所在。

强奸犯罪具有明显的性别特征: 受害者绝大多数是女性(也有少量男性, 主要是少年), 犯罪者绝大多数是男性(也有少量女性作为强奸案共犯被判刑), 也正因为如此, 当福柯提出强奸罪应当被视同于伤害罪时, 曾顾虑到女权主义可能不会赞成他的这一看法。他在一次接受采访时说: “人可以制造这样一种理论话语, 即: 在任何情况下性都不应当以任何理由成为惩罚的对象。当我们惩罚强奸时, 一个人应当仅仅因人身暴力受惩罚, 而不是因为其他原因受惩罚。因此可以说, 它仅仅是攻击行为而已。从原则上讲, 在用拳头打一个人的脸或用阴茎插入一个人的生殖器之间没有什么区别……但是这样说时, 我很难相信女性会同意这种说法……”

尽管如此, 福柯还是就这个问题做了深入的探讨, 他在接受采访时说: “昨天我与一位法官讨论过这个问题。他说: 没有理由使强奸成为犯罪。强奸应当被列在犯罪法之外。它可以很容易被列在民法之内, 算作伤害。”福柯提出: “强奸可以被视为暴力行为, 可能在程度上更为严重, 但属同一类型, 就像在某人的脸上打上一拳一样。”他认为把强奸作为一种性犯罪来加以处罚是“有问题的, 因为我们等于在说: 性在身体中占有更重要的地位, 性器官同手、头发或鼻子的重要性不一样。

因此在任何情况下立法都必须对它加以保护，围绕着它，关注着它，不可将它等同于身体的其他部位。”访谈主持人说，强奸是无快感的，它是一种在别人身体上的快速手淫，它不是性，它是伤害。福柯立即赞许地说：“这样就回到了我这里。它与性无关，应当受惩罚的是人身伤害，而不必提出性的问题。”

如果我们把强奸视同于伤害，福柯的想法就可以成立。这个问题的关键在于性器官是否比身体的其他器官具有更重大的意义。如果性器官和头部一样重要，并不比头部更重要，侵犯性器官和侵犯头部就可视为同罪；如果性器官比头部重要，对侵犯性器官行为的处置就应比对头部的处置重。如果说对头部的侵害要判处3年徒刑，我们似乎真的看不出为什么对性器官的侵害要判30年徒刑或者死刑。

认真思索福柯的论点，我们的确拿不出性器官比头部或其他身体器官更重要的证据，对性器官的特殊对待和对侵犯性器官的特殊处罚应当被视为一种文化积淀。在这种文化积淀的影响下，我们在人体的各个器官中特别看重性器官，为它赋予了特殊的重要意义。人们对福柯的思想感到的惊骇和意外，完全是来自这种传统的思维方式，是受传统的性话语影响的结果。

如果将强奸视为与伤害身体其他部位相同的伤害罪，如果将违反儿童意愿的强奸也视为伤害，将不违反儿童意愿的性关系视为正常性行为，也就解除了福柯有关性的立法原则的最后两个顾虑。换言之，福柯关于性在任何情况下都不应当成为任何立法的惩罚对象的立论就可以成立。对于传统法律中所惩罚的有受害者的性犯罪条文尚且可以这样来看，对于没有受害者的所谓“性犯罪”行为就更可以作如是观了。

福柯的观点虽然看上去过于激进，过于惊世骇俗，但仔细想想，是完全可以自圆其说的。它就像萨德(Sade)的小说一样，有一种振聋发聩的力量，使人为其中所包含的自由精神所震惊。它使我们感到惊愕，正是因为我们一向按照传统的规范来看问题，想不到越过这些规范，原来对事情还可以有另一种看法。萨德认为，没有任何一种性行为方式是不可以的，是错误的，或者是病态的。按照福柯的思想，任何一种行为，如果它在性的范畴中，它就不是犯罪，不是伤害；如果它是犯罪，是伤害，是强迫，是暴力，那它就不再属于性的范畴。因此，性的一切方式都是应当允许的，性的一切方式都不应当成为法律惩罚的对象。

长期以来，人们已经习惯于针对性行为的惩罚性法律，认为它是天经地义的。由此，我们可以看到，习俗和话语是在如何塑造人们自以为“自然而然”的观点和看法，它们是如何控制了人们的思维和分辨是非的能力，它们又是如何压抑了人们的自由思想的。这种思维的定势使我们不敢相信历史上还有过不同的做法，更不敢想像在将来对这样事情的处置方法有其他的可能性。

福柯所反复论述的权力在我们每个人身上的运作过程，在如何处置性犯罪的问题上可以看得再清楚不过。我们甚至都不会觉得在这个问题上权力让我们这样想的，而误以为这完全是自己经过独立思考得出的看法。福柯的深刻之处就在于此，是他告诉我们：不是别人剥夺了我们的自由，是我们自愿被剥夺了自由思想的权利，权力就是这样来建构我们的主体的。如果我们要想证明自己还是有独立思考能力的，

就让我们在习俗的思路之外自由地思考一下：福柯关于性在任何情况下都不应当成为任何立法的惩罚对象的观点有没有一点道理？

## •无受害者的违法性行为

没有受害者的违法性行为目前在我国有三大类，第一类是制造、贩卖、传播淫秽物品罪；第二类是组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪；第三类是聚众淫乱罪。在这三类行为中，前两类即淫秽品业和卖淫业在西方社会一般被视为商业化的性活动，或被称为性工业，而其中的从业人员被称为性工作者。

对英国乃至世界立法思想产生了深远影响的沃芬顿报告(1957年)提出了一个基本的立法原则：道德问题不应当属于法律制裁的范畴。他的一个基本思想是：成年人有选择和规范自己的道德的能力。我认为，沃芬顿提出的这一立法原则非常重要，应当成为改良我们的性立法思想的一个原则。按照这一原则，没有受害者的违法性行为就属于个人道德问题，它不应当受到法律的制裁。中国的性犯罪法要想实现现代化并与世界接轨，对于没有受害者的性行为的法律条文是首先应当加以改革的。

现存法律及其实践所存在的问题从下列案例中可以看得很清楚，相信有思维能力的人可以从中做出自己的判断。

### 1、制造、贩卖、传播淫秽物品罪

此类行为包括以下几种典型案例：

第一类，制作、贩卖淫书：

个案1：被告人张X，女；王X，男；梁X，男；刘X，男，在1987年2-3月多次倒卖《龙虎豹》等淫秽书刊、录像带。检察院以贩卖淫书、淫画罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XF，第231-232页)

这个个案的处理方式是违宪的。如果我国规定没有出版自由，那么境外的一些出版物有可能在进入我国时是违法的。也就是说，在有出版自由的地区出版的一些合法书刊，在进入没有出版自由的地区时，有可能成为非法的。但是我国宪法明文规定，中国是一个有出版自由的国家，那么境外的合法出版物在进入我国时必然应被视为合法出版物。公民因贩卖合法出版物而获罪，这种判决显然违宪。违宪判决的发生，又是刑法有关条文与宪法的矛盾造成的。

第二类，制作、贩卖淫画及其他淫秽物品：

个案2：被告人尚X盈，男，XX矿山机械厂工人。1980年3月，被告人拍了两张其女友储X与人性交的裸体照片。1981年2月，又威逼其妻拍了4张与人裸体拥抱的照片。尚将照片交人出售，得款4元8角，其余被查获。检察院以制作、贩卖淫画罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XF，第233-234页)

对个案2的有罪判决也是违宪的。公民制作照片出售是典型的出版行为，在一个宪法保护出版自由的国家，这种行为应当受到宪法保护。公民贩卖照片、扑克牌

的行为属于一般的商业行为，也应当是受到宪法保护的。既然宪法保护出版自由，如果出版物不牵涉版权问题，出版就是公民的权利。

第三类，制作、贩卖、组织播放淫秽录像制品：

个案 3：被告人薛 X 生，XX 生产建设兵团治安联防队副队长。1986 年 4 月 1 日，被告人将在执勤中没收他人的两盘录像带在 X 职工家放映。共播放 4 场，看者达 30 余人。被告人传播淫秽录像带的时间持续近半年。检察院以播放淫秽录像罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。（XF，第 329-330 页）

个案 3 是非盈利性放映淫秽录像带。如果贩卖和盈利性放映行为依法纳税，就应属于一般商业行为，应当受到宪法保护。如果在私人住宅放映淫秽录像带这种没有盈利目的纯属娱乐性质的行为要受到有罪判决，全国就有相当大比例的公民都应受到有罪判决。因为社会调查统计表明，有相当大比例的公民看过淫秽录像带。比照案例 3 的判决，当这些公民在家中观看淫秽录像带时，都犯了传播淫秽品罪，是应当作有罪判决的。一项法律，如果严格执行，则涉及很大比例的公民，如不严格执行，则形同虚设，这一法律条文的弊病是非常明显的。

同西方国家在开放与禁制淫秽品问题上长期争论不休的情况不同，禁制淫秽品的法律在中国从来是“没有争论”的，而且被认为是最“得民心”的。如果说权力对人的禁制在别的问题上不免有点“心虚气短”，在禁毁淫秽品问题上却一向是理直气壮的。这一立论有个证据：扫黄是 89 风波过后国家第一个较大的政治动作。李瑞环在关于扫黄的讲话中提出了“体察民意，顺乎民心”的问题，显示了扫黄这件事的策略价值：在当时，这件事大概是相比之下最顺乎民意民心的事了。

李瑞环还特别提出一些原则：“要特别强调把问题搞准。搞过了不好，当然不及也不好，二者相权，宁可一时不及也不要过，因为我们有不少因过反而不及的教训。一时‘不及’，我们还有时间继续搞下去，而如果不分青红皂白横扫一气，把不属于反动的东西当作反动的去取缔，把不属于淫秽的东西当作淫秽的去清除，甚至不适当地干预个人正当的生活爱好和文化兴趣，那就会引起人们的不满和社会的非议……”（转引自任克，第 48 页）尽管他的讲话是如此温和，如此通情达理，他却从来不曾想到，禁制淫秽品这件事本身有什么问题（违宪问题），有什么值得争论的地方。

从前引个案看，我国现行刑法中关于制造、贩卖、传播淫秽品的条文与宪法中关于出版自由的条文有矛盾。这种情况同西方反淫秽派与言论自由派所面临的情况有近似之处。言论自由派对主张禁毁淫秽品一派所提出的主要批评就是，他们这样做是违反宪法中关于言论自由的条文的。既然宪法给予公民出版自由和言论自由的权利，就应当真正做到保护公民的这一自由权利，如果宪法与刑法有矛盾，就应当或者修改刑法，或者修改宪法。如果不加修改，就是把法律当儿戏，让人可以有法不依。

中国人几千年来一直习惯于人治，不习惯于法治，在法管人还是人管法的问题上，一向习惯于人管法，不习惯于法管人。因此，在许多人心目中，法律条文是可以说了不算的，事实上也常常是说了不算的。据传“文化革命”时，刘少奇在紧急

关头曾手捧宪法希望保护自己的宪法权利，但是没有用。中国法律这种可悲的地位表现在一个因为在家里看淫秽录像被判刑的公民那里，就是他根本想不到去拿宪法来保护一下自己的权利。他不知道按照宪法的规定，他原来是有权利做这件事的，他也不相信他引用宪法条文就真的能够保护自己不被违宪判罪。这就是中国宪法在涉及淫秽品这个问题上所面临的尴尬局面。

这个世界上有很多人和很多事是令人厌恶的，比如说照裸体像，还要去卖给别人；比如说那些淫秽的录像带和淫秽的扑克牌。这些事很不体面，层次很低，为稍微趣味高尚一点的人们所不齿。但是厌恶不可以成为法律依据。趣味和道德不关法律的事。有人愿意过趣味高尚的生活，听高雅的音乐，看高雅的绘画，读高雅的书，他们当然有权利这样做；有人愿意过趣味低下的生活，听淫秽的音乐，看淫秽的图画，读淫秽的书，他们也有权利这样做。所谓自由就是选择的自由。人有选择高雅的权利，也有选择淫秽的权利。如果不给人选择的权利，就没有自由可言。

事实上，如果你来到中国的某个小城小镇，淫秽品随处可见，淫秽书刊录像带比比皆是。这证明了两件事：第一，选择不高雅、不体面的生活的人很多。第二，关于禁止制造、传播淫秽品的刑法条例在那里并没有实行。但是，淫秽品的泛滥并不能证明宪法关于出版自由的条款起了作用，因为每当“扫黄”一来，这些淫秽品还是要被藏起来，等到风声一过，再偷偷摸摸地摆在柜台底下卖。中国人不知道自己按照宪法的条文，也像丹麦公民一样，可以在一家书店光明正大地买一本淫秽杂志，买一盘淫秽录像带。他们只是在提起当年刘少奇捧宪法的往事时露出善意的微笑：他是多么天真呵，他以为那个东西能管用呢！维护宪法的严肃性难道不是每个公民的责任？我们应该让谁来帮助我们做这件事呢？

## 2、强迫、引诱、容留妇女卖淫罪

此类违法性行为的特点被概括为以下几类：

第一类，强迫妇女卖淫：

个案 1：1987 年 6 月，被告邓 XX 先后引诱和安排四位女青年卖淫，其间采用了威胁打骂手段，从中获利 200 多元。检察院以强迫妇女卖淫罪起诉，法院以同罪对被告人邓 XX 判处死刑。（XF，第 43-44 页）

从以上案例的情节看，世界上许多国家会认定被告有罪，如果说卖淫本身是没有受害者的行为，强迫他人卖淫却是有受害者的行为，受害者就是那个被强迫的人。但是以上三案被告被判死刑，从跨文化的比较看，应当说是量刑过重了。除了极少数实行偷盗要砍手一类重刑的国家之外，我不知道这个世界上还有哪个国家会对这样的情节和这样的人（皮条客、妓院老板）判死刑的。

如果说因为被告采用了打骂手段强迫妇女卖淫要判死刑，那么如果某人采用打骂手段强迫别人偷窃是否也要判死刑？如果后者不判死刑，那么导致量刑区别的原因就在于被强迫的人所做的事情的性质了：卖淫的要判死刑，偷窃的是自由刑。虽然我国刑法没有规定卖淫行为本身有罪，但是从量刑看，卖淫还是被看作比偷盗等一般刑事罪行更为严重的犯罪行为。

第二类，引诱妇女卖淫：

引诱妇女卖淫罪的案犯有两个特点：一个特点是犯此罪的有女性；另一个特点是有引诱亲属(女儿、外孙女、表妹等)卖淫的，有雇主引诱雇员、师傅引诱学徒卖淫的，有利用开办学习班、介绍工作机会引诱妇女卖淫的情况。个案 2：被告人夏 XX，女，环卫所退休工人，1979 年 2 月至 1983 年 8 月，引诱两个女儿先后卖淫 110 多次，夏从中收得 170 多元。检察院以引诱妇女卖淫罪起诉，法院以同罪对被告人夏 XX 做了有罪判决。(XF，第 59 页)

第三类，容留妇女卖淫：

个案 3：被告人周 X，男，59 岁，日用化工厂车间看守员。1986 年 6 月至 1987 年 8 月间，利用其看守某车间的便利条件，为何 XX 等四位妇女卖淫提供场所，并看门放哨。介绍嫖客达 17 人，从中非法牟利 60 元。检察院以容留妇女卖淫罪起诉，法院以同罪对被告人周 X 判处死刑。(XF，第 72 页)

第四类，既引诱又容留妇女卖淫的：

个案 4：被告人李 X 清，男，38 岁，XX 市中学教师。自 1986 年 12 月至 1987 年 5 月间，由李引诱或容留在其家卖淫的妇女多达 20 人，年龄最小的仅 16 岁，李从中获利 800 余元。检察院以引诱、容留妇女卖淫罪起诉，法院以同罪判处被告人李 X 清死刑。(XF，第 75-76 页)

引诱和容留卖淫都是没有受害者的行为。引诱和容留者、被引诱和被容留者都是自愿的行为者，卖淫和嫖娼的双方就更是自愿行为者了。由于双方自愿的没有受害者的行为而被处以死刑的情况在当今世界是十分罕见的。这是我国法律的耻辱。如果说一个公民的行为没有侵犯任何他人的人身权利和利益，也就是说，这是一桩没有“苦主”的行为，法律究竟出于什么原因要去惩罚它呢？只能是出于道德的原因：他们的行为虽然是双方自愿的，但是违反了社会的道德。法律在这里又在管道德的事。一个成年人，一个公民难道没有权利选择自己的道德准则吗？如果有人选择去做不道德的事，社会就有权利判他死刑吗？这样的法律只能被认为是野蛮的，不人道的。它绝对不是一个现代社会应有的法律。它是对每一个有良知的公民的侮辱。

中国现行的关于卖淫活动的法律中最令人震惊的一点是，法律中竟然没有规定卖淫行为本身是非法的。只有卖淫活动当事人双方之外的第三方，也就是二者的媒介(强迫、引诱、容留他人卖淫者)会受到法律的制裁。但是在刑法之外的“规定”中，卖淫行为要依照治安管理处罚条例第 30 条的规定处罚。在研究我国有关性的法律的过程中，我才意外地发现，原来卖淫在我国是合法的，只能算是一种违反治安管理规定的行为。

当然，卖淫在一些欧洲国家还是合法的，有的是从非法转变为合法。例如在英国，自 1957 年沃芬顿委员会受政府委托研究了关于卖淫和同性恋的法律之后，英国法律改变为只制裁强行拉客行为，不制裁卖淫行为本身。

到目前为止，由于卖淫不违反我国的法律，对妓女一般不采用判处自由刑的办法，惩罚办法只采用了劳动教养、行政拘留和罚款三种。我在浙江温州调查过“妇

女教养所”的情况，其中收容卖淫妇女时间最短半年，最长两年。各地都有这样的教养所。

劳动教养制度是中国特色，它收容的是没有违法、不够判刑条件的人，它对被教养者的处罚也不像对违法判刑者的处罚那么严重。惩罚卖淫者就是劳动教养制度最适合的用场——被教养者没有触犯法律，但是又要略加薄惩。如果有人批评说（的确有国外的女权主义者就此提出批评）：不应当逮捕妓女，把她们关进监狱，因为她们是性工作者，她们的行为方式没有侵犯任何人，她们的行为没有受害者；我们就可以回答说：我们没有把她们投入监狱，也没判刑，那不过是一个教养所，她们不过是受到劳动教养的处罚。

然而，把没有犯罪、没有判刑的人拘禁在一个地方，不给他们自由，严格地讲是违法的，违反了宪法关于人身自由权利的规定。在这里，治安规定（不是刑法）与宪法有矛盾，应当或者修改这种治安规定，或者修改宪法，这就同前面讨论过的当某个具体刑法条文与宪法发生矛盾时的情形十分相似，分析的逻辑也很相似。

有社会学家设想了解决卖淫问题的五种政策选择，并研究了其利弊：

1. 使卖淫非法化，采取法律手段将卖淫活动彻底消灭。这一政策注定失败，仅仅缺乏警力这一项原因就能使非法化的设想难以有效实施。这一政策所带来的社会问题（黑社会插手非法行业，警察腐败等）比它想解决的问题更糟，不仅违反了所有的历史经验，而且侵犯了个人隐私权，忽略了男女两性的生理需求和欲望。

2. 使部分卖淫活动非法化，如仅使主动拉客的卖淫活动非法化。如英国的法律就是这样。这种法律会使嫖客及高级应召女郎逍遥法外，会使法律成为有阶级偏向的法律，而不是对所有的人一视同仁的公平的法律。

3. 使卖淫合法化并对其加以控制，主要理由是为了防止性病传播。但是合法化并不能防止性病传播，还产生了新问题，它使卖淫成为固定职业，使一些本来只是短期从业者变为长期从业者，使警察权力过大，因为他们控制营业执照，会阻止妇女改换职业，在她们想改换职业时讹诈她们。

4. 建立“红灯区”，使警察较易控制卖淫活动。这种作法也有两个不利因素，一是各个社区的居民们都会提出“不要在我们这个地区建红灯区”的抗议，那么红灯区究竟应当建在哪里呢？二是如果在这些地区加强警察控制，娼妓会转移到其他地区，还会造成人们的行为在同一个城市中某些地方违法某些地方不违法的混乱局面。

5. 最佳方案是在成年人之间的自愿的性活动的非罪化，不论其中有无金钱交易。这一政策最大的好处是可以节省大量警力去对付有受害人的犯罪。娼妓可以在地下刊物中做广告，可以在按摩房、成人书店或特殊伴侣机构找到顾客，可以建立性俱乐部。这样就使那些想找娼妓的人能找到他们，同时也使不想找他们的人能够避开他们。

根据阮芳赋的观点，中国反对卖淫的原因有三个：其一是为防止性病传播，其二是意识形态原因，其三是政治原因。性压抑是控制一般人生活的策略。无论改革派还是保守派都不敢攻击其他自由权利，但都攻击性自由和性权利，其中就包括商业性活动。他的观点十分尖锐，但是很深刻。在所有的自由权利中，性自由和性权利在中国是最脆弱、最容易受到攻击的。其他自由权利不管有还是没有，总没有人敢公开说，它是不该有的。但是性自由权利却是人们敢于公开宣称“不该有”的一种权利。

卖淫问题的确涉及到人的自由权利问题，但是中国人从来不会从这个角度提出问题，人们在“有权利”和“没权利”这两种看法中，总是习惯于首先接受“没权利”的看法。这是因为我们从一出生，就生长在一个很多事都没有权利的环境中，所以习以为常，不会再按照“有权利”的思路去想问题。不信你问一个人“人有没有权利按自己的意愿处置自己的身体”，大多数中国人的第一反应准是“没有”。所以在中国才不会有关于妓女权利的讨论，才不会有关于卖淫问题的讨论。人们甚至都没有注意到，卖淫行为本身是不违反中国刑法的。

### 3、聚众淫乱罪

如果说淫秽品和卖淫两项虽然没有受害者，但却属于商业化的性活动，那么“聚众淫乱”就不仅是无受害者的性活动，而且没有商业性，只不过是一些个人违反社会道德的私下行为。这类行为的处理是现行刑法与性有关的法律条文中问题最大的一项。如果我们看看下面的典型案例及其处理情况，就会得出这样的结论。

这一违法性行为包括以下几类典型：

第一类，在社会上传播淫秽物品，或用淫秽物品引诱青少年进行流氓犯罪活动。

个案 1：被告人陈 X 平自 1971 年来，利用高干子弟的特殊身份，以吃喝拉拢、小恩小惠、帮助购买紧俏商品、调动工作为诱饵，引诱女青年上钩后，继而利用淫秽书画等腐蚀手段，在洛阳、郑州、北京等地先后奸污妇女 25 名（其中未婚女青年 20 人）；以搂抱、接吻、抠摸等方式猥亵女青年 24 名。陈自 1977 年至 1981 年间，利用工作关系，以向外商索要、偷阅、购买等方法收集外国画报多册，将其中淫秽图片剪下，共计 818 幅，收集起来装订成 4 册，用以引诱挑逗女青年堕落。此外，陈在奸污、玩弄王 XX 等 13 名女青年过程中，拍摄裸体、性交、搂抱、以嘴含其生殖器等淫秽照片 59 张，冲洗后装订成 2 册，用来腐蚀引诱女青年进行流氓犯罪活动。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪判处死刑。（XL，第 154 页）

个案 1 是没有受害者的行为，属于道德败坏。如果法律以整肃道德为目标，公民中有相当大一个比例的人应当被绳之以法。按照个案 1 的标准，唐璜如果身为中国公民，是应当判死刑的。

此外，值得存疑的是，有些人风流成性，如果他们的行为是当事人双方自愿的，是否可以认为一定是道德问题？如果他以结婚之类的许诺骗取他人的性服务，那应当说他道德不好。如果双方都不觉得受损害，只能认为是他们所选择的一种行为方

式或生活方式，甚至不一定属于道德范畴。一个人因为自己选择的不伤害他人的生活方式而致被判死刑，这在现代世界是十分罕见的案例。

第二类，聚众进行淫乱活动，或者淫乱成性，屡教不改：

个案 2：被告人刘 XX，女，自 1981 年以来，先后勾引、教唆男青年韦 X 等 20 余人，分别在这些人的住处跳低级下流的贴身舞、熄灯舞、裸体舞，舞后又主动与之乱搞两性关系，有时与多名男子进行群奸群宿。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL，第 159 页)

个案 3：被告人邹 X 等(2 女 3 男)于 1986 年 10 月 20 日晚上到胡 X 住室玩扑克牌，事先规定输者让赢者亲嘴。当晚 5 人同睡一床，互相玩弄，群奸群宿一夜。另一晚，邹等 4 人(2 男 2 女)又在一起玩扑克牌，为了助兴，4 被告人竟先后各自脱光衣服，一男对一女，赤身裸体玩扑克牌一夜。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL，第 161 页)

个案 4：有一个中年流氓团伙案，经常在一个助理工程师家聚会。以下是其中一位服刑人的供述：“当爱人知道我生活不检点时，多次劝过我，周围的同志们也风言风语地刺我，而我全当成了耳旁风。心想，这顶多就是不道德，还不至于蹲监狱。终于，我们这个淫乱团伙的罪恶暴露了，我们经常在一起聚会的八个中年男女都犯了不可饶恕的流氓罪，有五个人被判了刑，那个助理工程师被枪毙了，他的老婆被判了死缓，我因流氓罪被判处有期徒刑 15 年。”(任克，第 269 页)

个案 2-4 是我国所有与性有关的犯罪判决中问题最大的一类。所谓“群奸群宿、聚众淫乱”不过是西方社会正常生活中屡见不鲜的“性聚会”(sex orgy)而已。个案 4 与西方 70 年代兴起的一种换偶活动(swing)有相似之处。在西方报刊的广告栏中，经常可以看到希望进行换偶活动的人寻找伴侣的广告，有时是两对夫妇相聚换偶娱乐，有时是多对夫妇进行此类活动。如果他们知道在中国，他们这类活动的举办者要判死刑，参与者要判死缓和 15 年徒刑，一定会大惊失色。如此判决实属骇人听闻。

在此类活动的参与者全部是自愿参与的这一前提之下，法律绝不当认定为有罪。因为公民对自己的身体拥有所有权，他拥有按自己的意愿使用、处置自己身体的权利。如果有人愿意在私人场所穿着衣服打扑克，他有这样做的权利；如果有人愿意在私人场所不穿衣服打扑克，他也有这样做的权利。不管在场的有几个人。国家法律干涉这种私人场所的活动，就好像当事人的身体不归当事人自己所有，而是归国家所有。如果当事人脱去衣服，损害的不是当事人自己的尊严，而是损害了国家的尊严。这种立法思想本身就是错的，错误就出在个人身体的所有权归属的问题上。在此类案件的判决中，我们应当检讨有关法律的立法思想的对错，使法律成为保护公民权利的工具，而不是伤害公民权利的工具。

另外，在个案 4 里，那位叙述者说，他以为他们的活动“顶多就是不道德，还不至于蹲监狱”，而实际判决却不仅有“蹲监狱”，还有死刑，这种后果一定是当事人始料不及的。他的这种想法说明两个问题：第一，他对这类活动的性质的判断是从“常识”出发的，而后果却大出他的所料，实在不近人情，证明“聚众淫乱罪”的设立和量刑离人们对这类活动的严重性的估计相差太远。第二，在一个法制健全的社会，公民应当清楚自己的每一个行为的后果，不应当在不知不觉之间犯了要判

死刑的罪。一个要杀人的人，他事先是知道自己的行为后果是死刑的，这样他对自己还要不要杀人会考虑清楚。如果一个人的行为的后果是死刑，他自己竟然不知道，这至少说明对法律宣传不够。如果他知道后果是死刑，很可能会重新考虑值不值得去做这种事。在行动之前预先了解自己行为的后果是公民的权利。

第三类，不以营利为目的，引诱、容留妇女卖淫：

个案 5：被告人文 XX，女，自 1980 年 11 月以来，先后以金钱作诱饵，引诱腐蚀介绍多名女青年卖淫。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL, 第 161-162 页)

个案 5 甚至都没有商业性目的，被告人的行为只是他人不道德行为(不是违法行为，因为卖淫不违反刑法)的媒介。在社会中，不道德的行为还有很多，引导他人进行不道德行为的人和事就更多。如果都作有罪判决，中国的大部分建筑物都要改为监狱才够用。

第四类，以玩弄妇女为目的，诱骗奸淫妇女多人：

个案 6：被告人尹 XX 等 19 人自 1981 年以来，借举办舞会之名，大肆进行侮辱、玩弄、奸淫妇女的流氓活动。他们先后在多人住处跳低级下流的“贴身舞”、“熄灯舞”，在跳舞中，上述流氓分子对女舞伴强行搂抱、摸乳房、抠阴部、用生殖器顶擦女方阴部等流氓动作，猥亵、玩弄女青年 30 余人，奸污女青年 13 名，其中 1 名妇女被强奸。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪对 19 名被告人作了有罪判决(其中判处 1 人死刑)。(XL, 第 174-175 页)

案例 6 与有受害者的第 3 类犯罪(侮辱妇女罪)有界线不清之处。案例中使用了诸如“侮辱”、“玩弄”、“奸淫”、“奸污”、“猥亵”之类的用语，不知法律是如何区分“侮辱妇女罪”和“流氓罪”的。按逻辑推理，两罪的主要区别应当在于前者有一方不自愿，因此是“侮辱”；后者是双方自愿，因此是“流氓”。前者是有受害者的，后者是无受害者的。对于前者，法律只追究犯罪者，不追究受害者；对于后者，法律要追究所有的参与者。实际上，在聚众淫乱的案件中，往往女性也要判罪，因为她们不是受害者，而是流氓活动的参与者。从这个案件的情节看，也像是聚众淫乱的性质。聚众淫乱罪中，多次提到贴身舞、熄灯舞、裸体舞等，如果有一方不自愿，舞是没法跳的。这类案件的最大问题在于，法律有没有必要去管束公民在私人场所进行的娱乐活动；法律有没有权利去管辖、惩罚“聚众淫乱”这类活动。如果其中有强奸，就应当按强奸罪办；如果没有强奸一类的强迫性暴力行为，法律不应干涉。

值得特别提出讨论的一个问题是：“淫乱”这样的道德用语根本不应当出现在一个法制国家的刑法之中。“谋杀”、“盗窃”一类罪名都是对行为本身的确切描述，法律罪名并没有使用“凶狠地”谋杀或“不顾廉耻地”盗窃这样的字眼，因为这就是对某种行为的道德评判了。“淫乱”一词带有强烈的道德评判色彩，“淫”的含义是淫荡，“乱”是不正经、乱搞乱来之意。如此含混不清的词语怎么能用作法律罪名呢？而且还是一个能导致死刑判决的罪名。看来我们国家的法制要健全起来，还要从一些基本功做起，首先要检讨我们的立法思想，把其中过于原始的东西去掉，换上比较现代的观念。其中在我看来最重要的是从道德论改变为因果论，即

以行为有关人的最大利益为立法的出发点，而不是以维护某种道德为立法的出发点。（关于立法思想的道德论和因果论之争，后文还有详述。）

第五类，勾引男性多人，与之搞两性关系：

个案 7：被告人王 XX，女，先后勾引多名男子与其乱搞两性关系。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。（XL，第 176-177 页）

案例 7 的判决有明显的荒唐之处。法律在这个案件中惩罚的是婚姻关系之外的性行为。正如福柯所言，我们生活于其中的社会，人际关系的形式少得可怜。为什么只有一夫一妻制才是合法的？为什么只有在婚姻关系之内发生的性活动才是准许的？按照这两个案例的逻辑，只要性行为发生在没有婚姻关系的人们之间就要受到刑事处罚。如果严格执行这一法律，大多数公民都应受惩罚——根据不同国家、不同时代的调查统计，婚外性行为一般约为 40%。加上不在婚而有性活动（婚前性活动和单身人群的性活动）的人群，当超过人口半数。目前，在我们的社会中，婚前性活动和同居者越来越多，任何严格执行只要不结婚就不能有性关系的原则的企图，都是极为不现实的。在北欧一些国家，婚前性行为能够达到人口的 95%，中国虽然没有这么高的比例，这一比例越来越高已成不可阻挡之势。因此，用刑法来惩治婚姻关系之外的性行为的做法会显得越来越荒唐。而如果设立了某种法律又不严格执行，那是法制的健全。因此，唯一的出路是改变这一不可能严格执行的法律，这不是很明显的结论吗？

此类法律不仅从个人有权利处置自己身体的人权角度看是错误的，而且从女权角度也是不可容忍的。个案 7 的罪名是“勾引多名男性与其乱搞两性关系”。首先，怎么能够确切知道是女性勾引了男性，而不是男性勾引了女性？在两性的非婚性行为中，双方负有同等的责任，为什么要单方面判女方的罪？如果说这样判决的理由在于这个女人是一个人同多个男性发生性关系，从而获罪，那么又有什么证据证明和她发生性关系的那些男性全都是只有她一个性伴？如果其中的男性有除她之外的性伴，是否也应当按同罪处理？其次，一个女性有没有权利同“多名男子”发生两性关系？这是一个女性的基本权利问题。女性自愿与男性发生性关系的权利应当受到法律的保护，而不是惩罚。

第六类，鸡奸幼童，以暴力、胁迫手段鸡奸或者多次鸡奸他人：

个案 8：被告人李 X 利用其掌握辛 X 与女人乱搞两性关系的事实，用暴力多次鸡奸了辛。经查，李 X 从 1977 年起，先后以交朋友为手段，还对青年郝 X 等 4 人多次实施鸡奸行为。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。（XL，第 179 页）案例 8 有含混不清之处，没有区分有受害者和征得当事人同意的行为。“鸡奸”一词容易引起“强奸”意义上的误解。从案件情节看，使用“肛交”一词似更为贴切。“用暴力鸡奸某人”与下一句的“以交朋友为手段……实行鸡奸行为”就有本质的不同。前者是有受害者的强迫行为，后者则属于自愿的同性性行为。肛交是男同性性行为中常常采用的方式，而中国法律并无惩罚成年人自愿同性性行为的条文。现行刑法的混乱程度由此可见一斑。

这个案例最大的问题在于，肛交行为本身似乎成为惩罚的对象，这是很危险的。根据我对同性恋和女性性行为的调查，在我国的两性伴侣和异性恋婚姻当中，都有

大量的肛交行为存在。无论是按照中国的法律还是中国的传统性规范，肛交都只不过是众多性行为方式中的一种，不属于犯罪。西方有些国家，如美国(某些州)，有肛交非法的规定，但是在中国却从来没有过这种规定，这是中国性法律比西方一些国家先进的地方，中国现行法律对肛交行为的处置方法与西方的区别，源于中国与西方宗教传统、文化传统的区别。如果法律处罚的是强奸，那是有道理的；如果法律惩罚的是肛交行为本身，就大有问题。它不但违反中国的传统文化对肛交的规范，而且存在着使我国成为惩罚肛交行为的国家的潜在危险——虽然这两个案例是以流氓罪判决的，但是它已经很接近设立鸡奸罪，只是在判决时没有用这个罪名而已。

第七类，以凶狠、淫秽下流手段，破坏公共秩序：

个案 9：被告人金 XX 自 1985 年 1 月起，偷拍妇女洗澡照片数十张。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL，第 183-184 页)

个案 9 有观淫癖倾向，不应视为单纯的流氓行为。

个案 10：被告人陈 X 义等二人自 1983 年 7 月起多次扒坟奸尸。检察院以流氓罪起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL，第 183-184 页)

个案 10 具有恋尸癖倾向，属于某种性少数派，也不应视为单纯的流氓行为。

个案 11：被告人马 XX，女，19 岁，伙同 3 名男女青年(钟，女，16 岁；李，男，15 岁；贺，女，14 岁)将陈 XX(男，18 岁)绑在床上，玩弄其生殖器达两个多小时。陈走后，3 名女青年又用同样方法玩弄李的阴茎。后来几位女青年又做过多次类似的事。检察院以流氓罪对马 XX 起诉，法院以同罪对被告人作了有罪判决。(XL，第 248-249 页)

案例 11 的判决也十分荒唐。一群少男少女打闹调情也要判刑，令人不知身处何世。即使是中世纪宗教裁判所的严酷判官也不一定会制裁这种天真幼稚的活动。在这一判决背后，似乎有阴茎崇拜的底蕴：如果这伙年轻人在一起玩弄的不是生殖器，而是头部或脚部，大约不至于获罪，为什么玩弄一下生殖器官就要获罪呢？潜台词似乎是阴茎神圣不可侵犯。时至 20 世纪末年，一项法律还要以生殖器崇拜的逻辑来判人有罪，这不是过于荒唐和骇人听闻了吗？

## •性立法思想

迄今为止，在有关性的立法思想中，最为激进的一种观点就是福柯关于性在任何情况下都不应当受到任何法律的制裁的观点。根据福柯的考证，法国拿破仑三世的法典上根本没有任何关于性犯罪的条文，直到 20 世纪的 60 年代，法国的性法律才开始转向压抑的方向。福柯指出，“在 1787-1788 年，革命法实际上删除了所有的性犯罪条文。我确实认为，拿破仑时期的社会虽然在某些方面相当严厉，其实是相当宽容的。”“1810 年的刑法极少涉及性，好像性不关法律的事。只是在 19 世纪，尤其是 20 世纪，性立法才变得越来越压抑。”在提出“性不关法律的事”这一性立法思想时，福柯认为只有两个方面有些问题，那就是强奸和涉及儿童的性。但是如果把强奸和违背儿童意愿的犯罪判定为伤害罪，这些问题就可以解决，任何性行为都不应受法律制裁的立论就可以成立。

与福柯的设想相比，中国的性法律实在是过于严厉，道德惩戒的性质也过于明显了——一群少男少女的游戏或一群成年男女出于自愿的性聚会既不伤害社会、他人，也不伤害他们自身，社会干涉这类行为的理由显得极不充分。这种干涉的唯一后果是使法律变成某种道德的工具，从而伤害法律的形象本身，也伤害社会生活的轻松气氛，特别是伤害这些案件当事人的自由权利：难道在 21 世纪的今天，他们还像中世纪的人那样没有处置自己身体的权利？难道作为一个成年人，他们还没有自主决定自己性行为方式的权利？

福柯在批判当代性立法思想时指出：“新的刑法和立法体系的功能不是去惩罚与尊严有关的犯罪，而是去保护那种被视为特别脆弱的人口或人口的一部分。换言之，立法者不是以下列说法作为评判的标准，即：人类的普遍尊严必须加以保护；而是说：对于一些人来说，另一些人的性成为永存的危险。……我们将拥有一个危险的社会，其中一方是面临危险的人，另一方是危险的人。……性将成为对所有社会关系的威胁，在所有不同年龄群的关系中，在所有个人的关系中。”法律的目标应当是保护人类的尊严，而不是伤害人的尊严。当一些人在强奸行为中成为受害者时，法律以保护受伤害者的身份出来说话，惩罚强奸者的伤害他人身体罪。强奸是违背他人意愿的伤害，它不是性。按照这一逻辑，除了我们过去以为算作性行为的强奸行为之外，人类的一切性活动应当不关法律的事。如果我们的社会能够接受这样一种性立法思想，对我们的社会只有好处，没有坏处。

有西方学者将性道德的变化分为三个阶段：在第一阶段，人类的性活动处于自由散漫的状态，卖淫、通奸和同性恋都不算不道德行为。在第二阶段(从纪元到 20 世纪中期)，只有婚内的性活动才是道德的。在第三阶段，人享有完全的性自由。第一、三两阶段的区别在于，第一阶段只有男性享有自由，第三阶段女性也享有自由。

按照这个三阶段划分法，第二阶段的代表性人物和性法律是 19 世纪下半叶的美国人康斯托克(Comstock)及其所创之法，人称康斯托克法(Comstock laws)。这是一部对性持严厉态度的法律。康斯托克生于 1844 年，在 1873 年竭力促成了美国的反淫秽法案的通过。法律禁止在美国邮寄淫秽色情出版物，禁止淫秽广告，禁止传播避孕信息。他在美国邮政总属任职，以推行他的康斯托克法。他工作热情极高，在任期间，共监禁了 3600 个违反公共体面的罪犯。他不仅反对淫秽色情品，还反对堕胎，反对公共奖券，反对夜总会，反对艺术家画裸体模特儿，反对自由恋爱。一言以蔽之，他反对他那个时代所有与众不同的观念。他反对妇女解放运动，迫害女权主义者，曾试图禁演萧伯纳描写卖淫的戏剧《华伦夫人的职业》，作为对他的报偿，萧伯纳创造了康斯托克主义(Comstockery)一词。康斯托克死于 1915 年，以一个试图通过法律手段提升人的道德的象征性人物的形象载入史册。康斯托克主义在美国一直阴魂不散，直到 80 年代和 90 年代还又有回潮。他是所谓道德大多数(the Moral Majority)的先师圣贤。以康斯托克主义为鉴，我们应当检讨我国的性立法思想，避免落入试图以法律提升人的道德的陷阱。

在人类的立法思想史上，有道德论者(moralists)和因果论者(causalists)的两种思路：对于道德论者来说，某种活动只要按传统观念看是错误的、不道德的或邪恶的，就有足够的理由禁止这一活动，如同性恋活动或堕胎行为。法律的目标，比如关于离婚、堕胎或私生子女的法律的目标，就是为了区分有罪与无罪的行为，

惩罚有罪，保护无罪；惩罚邪恶，奖赏美德。因果论者则主张，如果对某种行为的法律禁止比起允许这种行为会造成更有害的后果，那么就应当允许这种行为，即使这种行为是错误的或不道德的。道德论者的目标在于根据道德标准奖惩当事人(如在离婚案中)；因果论者的目标则是最大限度地减少当事人所受的伤害，无论他们的道德状况如何，他们的行为是什么样的。从我国与性有关的现行法律来看，道德论的立法思想的味过重，而较少考虑如何减少当事人所受的伤害，较少考虑法律处罚对当事人所造成的后果。

因果论方面的一个典型代表就是英国 20 世纪 50 年代的沃芬顿报告。在西方近几十年的法律改革实践中，英国的沃芬顿报告产生了重大而深远的影响。沃芬顿报告的一个主要思想就是法律不应当管道德领域的事，相信成年人有自己做出道德选择的能力。在沃芬顿报告的影响下，许多性行为在世界上许多国家和社会中实现了非罪化。

在当今世界，各国都在探索改革有关性的法律的途径。在我心目中，这一法律改革的最高境界就是福柯所反复论述过的：任何形式的性行为都不应当受到任何法律的惩罚。强奸和对儿童的性侵犯可以视同于伤害罪加以处置。性不关法律的事。它或者属于道德的范畴，或者属于人们可以自由选择的生活方式的范畴。而法律不应当干涉道德范畴之内的事，更无权干涉人们自由选择的生活方式。

在他那个时代对于性道德提出过激进批评的哲学大师罗素指出，哲学可以“提出许多开阔我们思想的可能性，使之从风俗习惯的暴君统治下获得自由。”社会学也是这样。我希望通过自己对于现行性法律的批评，开阔人们的思想，使人们从一向被当作天经地义“自然而然”的风俗习惯、道德法规的统治之下获得自由。我们要想在现实中获得自由，首先要让自己的思想获得自由。如果我的分析和批评能够激发人的自由思想，使人们意识到自己的不自由并去积极地创造自由的生存环境，我将感到莫大的欣慰和满足。

性不关法律的事。道德不关法律的事。这就是我们改革中国现行有关性的法律的最终目标和最高境界。这个目标关系到我们每个人的自由权利。我们不应放弃这个权利，我们不可以放弃这个权利。\*选自《性的问题》，中国青年出版社，1999 年版。

## 注释与参考书目：

1. 任克(编)：《“扫黄”在一九八九》，中国人民大学出版社，1989 年。最高人民法院《刑事犯罪案例丛书》编委会：《刑事犯罪案例丛书(流氓罪)》，中国检察出版社，1990 年。
2. 最高人民法院《刑事犯罪案例丛书》编委会：《刑事犯罪案例丛书(妨害社会风尚的犯罪)》，中国检察出版社，1991 年。
3. 最高人民法院《刑事犯罪案例丛书》编委会：《刑事犯罪案例丛书(强奸罪、奸淫幼女罪)》，中国检察出版社，1992 年。

# “性权利”应率先进入“妇女法”——一种理论的说明

赵合俊

载于《中华女子学院学报》2003年10月第15卷第5期

**摘要：**在目前，作为一种基本人权的性权利，已经进入了国际人权文件。由于“妇女法”是中国妇女的人权法。因此，性权利率先进入妇女法就既是必要的，也是可能的，这样做具有重要的社会现实意义。

**关键词：**性权利 妇女法 人权

## 性权利的价值意蕴及法律规制

张望朝

载于《理论研究》2007第1、2期

**摘要：**性权利作为人的一项基本权利始终没有受到立法机构和法学界的足够重视。性权利源于宪法、蕴于民法，包括性快乐权、性自主权、性健康权、性防卫权等多项权能，蕴含着丰富的法理价值、伦理价值和人文价值。当前，我国有关性权利的立法存在诸多缺憾，公权对性权利的无理干涉也十分严重。准确界定性权利，合理张扬性权利的价值意蕴，不仅有利于充分保障性权利，同时也会为对性权利进行合理规制创造必要条件。合理规制性权利的意义在于保护性权利，维护性文明，减少性骚扰一类的性侵权行为。

**关键词：**性权利 价值意蕴 法律规制

## 当代中国高校学生性权利研究

李鹏辉

吉林大学2007年硕士学位论文

**摘要:** 高校与学生间因高校规范学生性行为的规则及处分产生了若干纠纷, 本文以高校的自主管理权及其范围和合法性合理性为基点, 探讨了这一问题。高校的自主管理基于法律授权, 但授权的范围并未明确。高校被视为因国家授权而行使教育权, 依权利本位应对其使用义务推定优先原则, 对学生使用权利推定优先原则, 依此而观, 高校无正当权力干涉学生性行为。然而, 高校作为教育机构, 其承担的教书育人的职责赋予其要求学生具备较高的道德水准之作法以合理性与正当性, 从而具备合法性。因为将自我控制与齐家治国平天下视为具备同一逻辑和品质, 所以这种统治阶级的道德便也成了被统治阶级的道德。但对于不伤害或冒犯他人的行为, 不得仅因个人或部分人的不喜欢而将其作为以法律干涉之的正当理由。我将道德区分为高尚的道德与可普遍推行的道德及法律应予强制保障的维护社会存在的最低限度的道德。高尚的道德未必便是适合强制推行的道德, 将其作为自愿的选择更有道义上的高尚性。高校作为自主管理主体, 其规则如不违反法律的强行性规定和一般人情, 便可推定为有效, 而学生在选择某一高校时, 便可视为默认接受了高校的规则。

**关键词:** 道德 法律 权利

## 妇女性权利的法律保护

衣仁翠

广西师范大学2005年硕士论文

**摘要:** 21世纪也许是女性全面追求性解放的时代, 但妇女的性权利作为基本的人权, 在法律中却若隐若现。本文从四个方面对妇女的性权利进行了法律的、历史的和现实的追寻, 从而揭示了妇女性权利缺失的法律原因、历史原因及社会文化原因。

性别平等是实现妇女性权利的基本前提, 但为什么性别平等在公共领域的法律文本确立后的今天, 因为性别歧视妇女的性权利仍然时常遭到来自公共领域和私人领域的贬损和惩罚? 本文从性别歧视的法律起源入手, 通过对私人领域的性权利、婚外性行为、婚内强迫性行为以及婚姻基础的分析, 得出如果简单赋予女性与男性平等的法律规定, 并不能从根本上消除性别歧视, 保护妇女的性权利。

本文对妇女性权利的法律追寻并没有全面展开, 而选择了一些特殊的侵权方式, 对女性的性屈从进行了独特解构与说理。第一, 从人类学、社会学的角度, 揭示了性权利的起源及这一起源的法律建构。第二, 从性别平等的角度揭示了性权利与国家权力的关系, 从而将妇女性权利的保护与国家公权力介入性的原则及限度联系起来。第三, 本文通过对婚内强奸渊源与基础的分析, 从传统法律文化对婚内强奸的纵容, 厘清了婚内强奸原初之所以为男权法律所遗弃的历史原因, 从国际人权保护的法律视角阐述了对妇女性权利保护的基本原则和方法。第四, 本文从婚姻的性别特征入手, 对传统婚姻的基本结构进行了深入的分析, 揭示了传统婚姻背后所隐藏的对妇女的性压迫和性奴役, 阐述了新的生育革命给妇女性解放带来的曙光。第五, 婚外性行为作为当今社会一种常见的侵权行为, 无论从广度上还是深度上对广大妇女造成的情感伤害比婚内强奸还要深刻, 本文从社会现实到法律现实论证了婚外性行为的危害性, 从而提出了对妇女性权利的法律依据。

本文以辩证唯物主义的认识论为指导, 综合运用了比较的方法、法理学的方法和社会学

的方法，在前人研究成果的基础上，对妇女性权利的缺失进行了结构性的批判和剖析。重点放在传统公权力所忽视的私人领域的妇女的性权利的缺失上，进一步论证了保护妇女性权利必须对男权法律建构的公共领域和私人领域的机构进行彻底的改革，不仅要改变其划分的标准，还必须消除性别歧视的文化观念，这也充分的表明了对妇女性权利保护的研究有待于深入。

**关键词：**性权利 性歧视 性平等 公共领域 私人领域 婚姻

## 论对男子性权利的刑法保护

刘斌

吉林大学2008年硕士学位论文

**摘要：**性权利是人类基本和重要的人身权利，历来法律对与性有关的犯罪都科以非常严厉的处罚，但伴随着最近出现的一些新问题，如女权运动盛行，“性解放”思想风靡，同性恋问题扩大等，现行法律对性权利特别是男子性权利的保护显得有些滞后和捉襟见肘，本文为了完善我国对于性权利的保护的立法，合理保护人们基本的权利和充分打击犯罪，论述了对男子性权利疏于保护的原因和加以保护的必要性，最终结合国际立法经验，深入分析了我国侵害性权利的各种行为，并最终提出完善对男子性权利保护的建議。第一，应平等的保护男性和女性的性权利，女性也可以作为强奸男性的直接正犯。第二，应重新理解强奸中性行为的内涵。第三，增设强制鸡奸等新罪。第四，完善对猥亵、强迫卖淫和故意传播性病的理解。

**关键词：**男性 性权利 侵犯 刑法保护

## 性权利研究

李拥军

吉林大学2007年博士学位论文

**摘要：**本文从“重要”与“稀缺”两个方面对性权利生成的基石性条件进行了论述，认为性对人的重要价值和性利益的稀缺状态决定了性能作为人的一种权利而存在；对性权利观念形成的历史脉络进行了梳理，认为现代性权利观念的形成经历了一个循序渐进、逐渐成熟的过程，这其中女权主义、性科学和性革命的思想与实践是其最为重要的理论源泉和发展动力；从人性和社会两个角度对性权利存在的合理性基础进行了阐释，认为性权利来源于人类的需求，但这种需求受到了社会经济条件的影响和制约；构建了性权利的完整概念和体系，认为性

权利是由性自由权,性自主权、性完整权和性身体安全权,性私权,性公平权,性快乐权,性表达权,性自由结合权,自主负责生育选择的权利,以科学调查为基础的性信息权,全面性教育权,性保健权,性救济权等权利组成的完备的权利体系;对性权利运作的基本路径进行了诠释,认为在现代社会法律对性权利的确认和保护实际是从“宽容”和“不容”两个路径来实现的,即法在对待不妨碍他人的、合意的性行为上日益宽容,在对待侵犯他人的、暴力的性行为上日益不容(严厉);本文最后以性权利为视角对中国当代的性行为立法进行了解读与批判,认为,受传统的农业社会中的以性“为耻”、“为罪”的文化惯性和计划经济条件下禁欲主义的革命观余波的影响,中国当前的性行为立法与实践在某种程度上还受着一种对性的极权控制主义的思维的支配,它以人的性责任、性义务为中心建立各种规则,对性“防”大于“护”,压制多于疏导,结果,法律与现实之间出现了严重的脱节和矛盾。

**关键词:** 性权利 性行为 性犯罪 性革命

## 性自由权与婚姻自由的冲突与调和

阚凯(黑龙江大学法学院, 哈尔滨150080)

载于《学术交流》2010年5月第5期

**摘要:** 婚姻是一种对性的管理制度。性权利是婚姻权利的上位概念, 婚姻自由是性自由在婚姻制度下的要求与状态。长期以来, 性自由的“污名效应”使权利的诉求不得伸展, 同时也导致了对婚姻自由的片面理解。性自由权理论包含了积极自由与消极自由的统一, 而婚姻自由中二者的对立成为性自由权与婚姻自由的主要冲突。“婚姻自由”通常仅在消极自由的意义上被使用, 与之相应的“婚姻不自由”揭示出积极自由缺位时消极自由所处的尴尬境地。积极自由与消极自由的融合是后现代法学发展的趋势, 性自由权与婚姻自由的调和主要通过降低婚姻的进退成本和增加婚姻的输送机制与替代机制两条途径来完成。出于对中国国情的考虑, 放宽离婚的条件与立法规制非婚同居具有尤为重要的现实意义。

**关键词:** 性自由权 婚姻自由 积极自由 消极自由

## 性权利的历史演变——以婚姻为轴线

赵合俊(中华女子学院法律系, 北京100101)

载于《中华女子学院学报》2007年6月第19卷第3期

**摘要:** 以婚姻为标准, 迄今为止的人类历史可划分为前婚姻时代、婚姻时代和后婚姻时代。

与这三种时代相对应,性权利从前婚姻时代的性特权演变为婚姻时代的性权利,再演变为后婚姻时代的性人权。性权利的历史演变反映了人类追求性自由、性尊严的历程。

**关键词:** 性权利 性特权 性人权 婚姻 性自由

## 性权利若干问题研究

魏绪巧(华东交通大学人文社会科学学院,江西南昌330013)

载于《华东交通大学学报》第23卷第6期2006年12月

**摘要:**性权利在我国还是一个比较新的概念,其含义和具体内容都有待于学者的研究,笔者在本文中试图对其作一界定,并从相关的领域以相关的知识去阐明对该概念的一些易于引起争议的问题的个人理解,以引起人们对性权利的重视。

**关键词:** 性权利 主体 客体 配偶权

## 试论我国女性性权的法律保护

郭晶梅(湖南文理学院党政办公室,湖南常德415000)

载于《湖南文理学院学报(社会科学版)》2008年3月第33卷第2期

**摘要:**女性性权是女性公民最基本的人权,也是一项国际社会公认的基本人权。现行有关保护女性性权的法律规定比较笼统,缺乏可操作性,难以起到应有的保护作用。基于我国女性性权法律保护的现状,我们应从完善有关女性性权保护的实体法律制度和法律救济制度这两个方面来加强我国女性性权的保护。

**关键词:** 女性 女性性权 法律保护

## 论民法对性权利的保护

武秀英(山东大学威海分校,山东威海 264209)

载于《山东社会科学》2004年第6期

**摘要：**性权利作为人的基本权利应得到民法确认并保护。《性权宣言》对性权利的解释和性权利内容的确定为民法保护性权利提供了法律借鉴。民法应明确性权利主体的归属，提高保护性权利的力度、增大其保护的范围，尤其是关注女性性权利的保护。

**关键词：**性权利 性行为 性秩序

## 论夫妻之间的性权利——以家庭和谐为视角

田建强（天水师范学院 经济与社会管理学院，甘肃 天水 741000）

载于《社会科学论坛》2010年2月“学界观察”

**摘要：**性权利是自然人根据自己的意志表达性意愿，实施无害于他人的性行为，并免受非法侵害的权利。性权利具有绝对性、排他性的特点，属于人权的范畴。同居权则属于相对权、请求权，不能对抗性权利，但忠实义务对性权利的行使提出了必要的限制，至于婚内强迫性行为，不能以性权利为由，一概界定为强奸罪，应分情况而论。

**关键词：**性权利 同居权 忠实义务 强迫性行为

## 对中国当代性法律之再探讨——与李银河先生商榷

董翔薇<sup>1</sup>，殷晓清<sup>2</sup>（1. 齐齐哈尔大学学报编辑部，黑龙江齐齐哈尔 161006；2. 南京师范大学金陵女子学院，江苏南京 210097）

载于《贵州大学学报（社会科学版）》第22卷第4期2004年7月

**摘要：**法律对性行为的调节不仅仅是刑法中的三条规定，涉性的法律贯穿在《婚姻法》、《继承法》、《民法》等法律中，国家行为与风俗、道德等共同干涉性行为是不会被改变的，改变的只会是干涉的方式。

关键词：涉性法律 性法律 福柯

## 性自主权的法理思考与现实考量

王凤民(福建工程学院法学系, 福建福州 · 350108 )

《福州大学学报(哲学社会科学版)》2008年第4期

**摘要：**通过对性自主权的法理思考，探讨与性自主权有关的现代法律问题。卖淫、嫖娼行为是自然人性自主权的行使方式，因其与公序良俗相违，故禁止。同性恋行为也是自然人性自主权的权利表现，应当得到理解与包容，但因其会引发诸多社会问题，故当进行有效限制。配偶权是一种身份权，其权利主张有时会与性自主权发生冲突，二者间配偶权应优先得到保护。

**关键词：**性自主权 卖淫 嫖娼 同性恋 配偶权

