

· 比较法文化 ·

未婚通奸罪与罚的中西比较研究

——以《量罪记》中对通奸行为的法网调控为切入点*

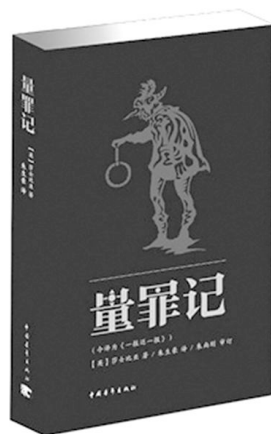
夏婷婷**

摘要:莎士比亚的《量罪记》围绕着未婚通奸行为的罪与罚延展出一系列的故事情节。在喜剧成规背后,我们看到的是宗教律法、世俗法律、自然法则等诸多元素的对立与融合。大团圆的结局恰恰引出法律对人的私密行为可以干预到何种程度这样一个重要的问题。人性具有共同性,中西方关于通奸罪的规定大体也是建立在人性基础之上的。通观历史,奸罪是中国古代法律中的重要罪名,在古代法典中,奸罪分为和奸与强奸两大类,和奸即通奸。像《量罪记》中男女主人公未婚通奸的行为,在中国古代法典中如何适用法律,在司法审判中,法官对于这样特殊的通奸行为又将如何裁定,是本文写作的重点。

关键词:量罪记;未婚;通奸罪;奸罪;和奸

目 次

- 一、《量罪记》简介及本文所要探讨的问题
 - (一) 故事梗概
 - (二) 一宗非比寻常的死罪
 - (三) 本文所要探讨的问题
- 二、《量罪记》中对通奸行为的法网调控
- 三、中国古代法典中奸罪的种类及法律规定的特点
 - (一) “奸”与“姦”二字义
 - (二) 奸罪的种类及在我国古代法典中的发展
 - (三) 中国古代法典中关于奸罪规定的特点
- 四、中国古代法典中对未婚通奸行为的法条适用及司法实践
 - (一) 关于未婚通奸行为的法条适用
 - (二) 犯奸条在未婚通奸案中发生的实际效力



*2014 年国家社科基金重大招标项目“法治文化的传统资源及其创造性转化研究”(项目编号:14ZDC023)成果之一。

**沈阳师范大学法学院副教授,法学博士,硕士研究生导师。

结论:中西方通奸罪比较之同与异

附表:秦汉时期和奸事例表

一、《量罪记》简介及本文所要探讨的问题

(一) 故事梗概

莎士比亚的《量罪记》(《Measure for Measure》)改编自意大利作家辛提欧(Giraldi Cinthio)的悲剧《普洛莫斯和卡桑德拉》,不过,莎士比亚将原故事中男主人公受刑死去的悲惨结局改编成了大团圆的喜剧结局。^① 故事讲的是有位性情非常温和宽厚的公爵文生迪奥治理维也纳城,有人犯了法他也不去惩办。公爵的宽大无边使人们完全不理睬法律条文,甚至连神圣的婚姻制度也不被人们所重视,社会上到处是伤风败俗的景象,公爵因此乔装成贵宗僧侣离开公国,到各地巡回察访,并分派一位摄政安哲鲁代行他的职权治理维也纳。安哲鲁担任新职不久,就遇到了一起案件:维也纳的一个少年绅士克劳迪奥因为与女友未婚先孕,将要被摄政安哲鲁判处死刑。克劳迪奥的姐姐伊莎贝拉向摄政求情,却被摄政要求做其情妇才能赦免克劳迪奥。幸好有外出巡访的公爵暗中调度,让被摄政拒婚的未婚妻玛丽安娜顶替伊莎贝拉去与摄政幽会;又安排处死另一个死囚,替下欲要处决的克劳迪奥。最后,公爵就是僧侣的身份被公开,判决摄政安哲鲁必须与他的未婚妻结婚,克劳迪奥与已经怀孕的未婚妻完婚。在所有的莎翁戏剧中,《量罪记》无疑是法律味道最为浓厚的一部。该剧具有社会公案性质,剧中将对淫欲的谴责、对执法者伪善的鞭挞、对贞洁的赞美交织在一起,抛给观众的是对“贞洁”与“罪恶”、律法与人性的诸多思考。

(二) 一宗非比寻常的死罪

《量罪记》第一幕,克劳迪奥说起这宗案件的原委:“我因为已经和裘丽叶互许终身,和她发生了关系;你是认识她的;她就要成为我的妻子了,不过没有举行表面上的仪式而已,因为她还有一注嫁奁在她亲友的保管之中,我们深恐他们反对我们的相爱;所以暂守秘密,等到那注嫁奁正式到她自己手里的时候,方才举行婚礼。可是不幸我们秘密的交欢,却在裘丽叶身上留下了无法遮掩的痕迹。……现在这个新的摄政,也不知道是因为不熟悉向来的惯例;或是因为初掌大权,为了威慑人民起见,有意来一次下马威;或是因为他的严刑酷治,执法无私,使我误蹈网罗。可是他已经把这十九年来束诸高阁的种种惩罚,重新加在我的身上。”^②克劳迪奥的这番话带给我们一些讯息:克劳迪奥和裘丽叶互许终身,但在没有举行仪式的前提下,裘丽叶未婚先孕。摄政安哲鲁认为,克劳迪奥和裘丽叶构成了通奸罪,并判处克劳迪奥死刑。但在克劳迪奥看来,他俩的行为

^①《Measure for Measure》直译为《一报还一报》,朱生豪先生译本将其取名为《量罪记》,本文选用的是中国青年出版社为纪念朱生豪100周年诞辰发行的单行本,故尊取《量罪记》名。

^②[英]莎士比亚:《量罪记》,朱生豪译,中国青年出版社2013年版,第一幕,第13页。

虽是恶的,但罪不至死。^①

(三) 本文所要探讨的问题

通奸是一种具有隐秘性涉及隐私的非正常性行为,但法律可以对人的品行、私密行为为干预到什么程度,更是值得思考的。性行为本身并不违法,只有在特定条件下才能构成犯罪,法律的作用就是要确定这些构成性犯罪的特定条件。如果并不满足这些条件,男女之间的性行为并不构成犯罪。据此,像克劳迪奥案中的“未婚”是否构成通奸罪的条件之一,在中世纪欧洲,未婚通奸是否会得到《量罪记》中摄政那样的判决?同样,在中国古代,奸罪是否涵盖了双方未婚的情形,如果涵盖,是从何时开始的,在司法实践中,未婚通奸是否与其他通奸行为一样会真正受到处罚?

二、《量罪记》中对通奸行为的法网调控

事实上,莎士比亚在《量罪记》中为我们设计了这样一个法网结构,公爵离开维也纳乔装成僧侣微服私访,后回到维也纳对克劳迪奥案进行宣判,其中寓意着神的裁判。15、16世纪的欧洲,神权法的影响尚未消亡,而宗教信仰首先是对人欲望的控制,所以在《旧约·出埃及记》“十诫”的第七诫就是“不可奸淫”。奸淫罪是十恶大罪之一。按照《旧约·申命记》中的说法,被发现犯有奸淫罪的,要“将女子带到她父家门口,本城的人要用石头将她打死。因为她在父家行了淫乱,在以色列这是作了丑事,这样,就把恶从你们中间除掉。”如果是与有夫之妇通奸,同样要将二人用乱石打死。《旧约·利未记》中还说:“与邻舍之妻行淫,奸夫淫妇都必治死。”可见,在神权法层面,对奸罪一概采用极刑处罚。不过,值得注意的是,在《旧约·出埃及记》中对未婚女子的性行为,规定的并不是那般严厉。“人若引诱没有受聘的处女,与她行淫,他总要交出聘礼,娶她为妻。”没有直接说明要施以何种惩罚。^②公爵最后也确实是没有对克劳迪奥和裘丽叶施以刑罚。

《量罪记》中除了暗示着神权法的力量之外,维也纳也不是一个没有法度的世界。就连公爵自己也这样说过:“我们这有的是严峻的法律,对于放肆不驯的野马,这是少不来的羁勒,可是在这几十年来,我们却把它当作具文,就像一头蛰居山洞久不觅食的狮子,它的爪牙全然失去了锋利。……我们的法律也是一样,因为从不施行的缘故,变成了毫无效力的东西。”^③事实上,早期外国古代法律中,对通奸不仅规定了严酷的刑罚,而且公然维护夫权。古巴比伦刑法中已经有了通奸的概念,法律规定:如果男子不知道对方已婚而与之发生两性关系,则不以通奸论罪。古希伯来《汉谟拉比法典》规

^①安哲鲁命令将克劳迪奥和裘丽叶游街。克劳迪奥感叹道:“威权就像是一尊天神,使我们在犯了过失之后必须受到重罚;它的命令是天上的纶音,临到谁身上就没法反抗。可是我这次的确是咎由应得。”[英]莎士比亚:《量罪记》,朱生豪译,中国青年出版社2013年版,第一幕,第12页。

^②事实上,基督教到了《新约》,对于第七诫的态度是趋于宽缓的。《约翰福音》中,文士和法利赛人带着一个行淫时被捉拿的妇人来见耶稣,说:“夫子,这妇人是正行淫时被拿的。摩西在律法上吩咐我们,把这样的妇人用石头打死。你说该把她怎样?”夫子对他们说:“你们中有谁是没有罪的,谁就可以先拿石头打她。”这些人讨个没趣走掉了,耶稣对妇人说:“我也不定你的罪,去吧。从此不要再犯罪了。”

^③[英]莎士比亚:《量罪记》,朱生豪译,中国青年出版社2013年版,第一幕,第17页。

定,和奸罪处绞刑,而与已订婚的少女通奸及亲属相奸者,则要受到更重的石击刑或火刑惩罚。罗马法规定,如果妻子通奸乱宗,由夫或妻的家长审判,处以死刑或流刑,或者由丈夫当场把妻杀死。

从该剧众多人物的话语中我们可知,在15、16世纪的欧洲,确实存在未婚先孕作为死罪处罚的法律规定,只不过在大部分情况下,不会被严格的执行。所以,突然将久未使用的刑罚施加在克劳迪奥身上,包括克劳迪奥本人在内的维也纳公民都觉得这种做法不公平,连公爵自己也觉得“既然准许他们这样做了,现在再重新责罚他们,那就是暴政了。”

《量罪记》中的维也纳城有国家制定法,只不过被束之高阁,法律条文流于形式。但是,在这十几年当中,虽然淫欲横行,私生子频现,社会的基本秩序还是存在的,并未发生大的动荡和混乱。也就是说,在国家法律没有发生作用的同时,自然法则在起着作用。面对人性所同有的缺失,人类往往持宽容的态度。以至于当克罗迪奥的朋友探监时还存在“官府把奸淫罪看得如此顶真吗”这样的质疑,当公爵微服私访时也有人说:“其实他(指摄政)对犯奸淫的人稍微放松一点,也是不碍什么的,像他这样子,未免太辣手了。”^①

安哲鲁摄政后锐意改革的大方向是正确的,但他没有看到克劳迪奥案中的特殊情由,裘丽叶实质上已经是克劳迪奥的未婚妻,裘丽叶虽未婚先孕,但无论从行为人的主观恶意还是对他人的伤害程度上,都是最轻的,而安哲鲁则单纯地把它视为邪恶的性犯罪,这显然有悖于自然法则的精神。

《量罪记》以15、16世纪欧洲社会为背景,这个故事本身具有一定的真实性,能够反映当时欧洲社会对通奸行为的态度和法律制裁的程度。性欲来自于人的动物性一面,是最难驯服的部分,人类的性行为是依靠人类的情感与理性进行选择 and 控制的,而性行为会直接导致生育后代的结果。在人类最早期的行为规则中,将性行为严格控制在婚姻规则之内,这对于种族血统的纯正具有重要意义,性行为的古老禁忌成为习惯法的一个直接来源,这在东西文明的起始点上保持着高度的一致,在后世的明文法律中,禁止婚外性行为都是重要的内容。

三、中国古代法典中奸罪的种类及法律规定的特点

(一)“奸”与“姦”二字义

“奸”字具有多重含义。在《史记》、《汉书》等史料中,“奸”字的出现主要表示罪行或罪人,奸字常常是阴险、狡诈、虚伪的代名词。诸葛亮《出师表》有说:“若有作奸犯科及为忠善者,宜付有司论其刑赏。”此外,对于不能忠于国家或自己一方的人,习惯上称之为奸细或内奸。奸若与性犯罪相联系,《说文解字》载,“奸,犯姦也”“姦,△逸也”“姦,△也”,段玉裁解释为“△音私,姦衰也。逸者,失也。失者,纵逸也。姦之字,今多

^①[英]莎士比亚:《量罪记》,朱生豪译,中国青年出版社2013年版,第三幕,第72页。

以淫代之,淫行而姪废矣”。^①

“奸”与“姦”趋于同义,只不过,“奸”字侧重于解释为放纵之过,而“姦”字作为名词,表示某种罪恶。事实上,从汉代开始的一些文献中,这两个字也被释为同义,如《释名·言语》载:“姦,奸也,言奸正法也”,意指违反正当性的规则,即违法、犯罪、罪行等。^②

(二) 奸罪的种类及在我国古代法典中的发展

奸罪是我国最古老的罪名之一。奸罪泛指一切不正当性行为,但依据不同的标准,可以划分成不同的种类。

一是根据奸者的心理状态,可将奸罪分为强奸与和奸。《晋书·刑法志》载:“不谓之强。”中国封建社会强奸的含义与现代刑法上强奸的含义大致相同,即男性采取暴力或其他恐吓威胁手段,违背妇女意愿而强行与其发生性关系的行为。强奸又因手段方式的不同,在中国刑法史的不同阶段亦有所发展。元代法律首次规定了诱奸妇逃罪:“诱奸妇逃者,加一等,男女同罪,妇人去衣受刑。”^③《大明律》将“诱奸妇逃罪”改为“刁奸罪”。“犯奸”条载:“凡和奸,杖八十。有夫,杖九十。刁奸,杖一百……”^④刁奸即诱奸。此外,南宋《庆元条法事类·杂门》中增加了“女十岁以下虽和同强”的规定,元代法律中增加了轮奸罪,这些对强奸罪的发展,都被清律所继承。^⑤

和奸是双方自愿发生性行为,和奸即是现代的通奸(本文涉及中国古代关于通奸的论述统一使用和奸一词)。《左传》将男女通奸行为一般称之为“通”。秦朝法律已经有和奸罪,秦简《封诊式·奸》:“爰书:某里士五(伍)甲诣男子乙、女子丙,告曰:‘乙、丙相与奸,自昼见某所,捕校上来诣之。’”^⑥男子乙与女子丙相与奸,即和奸。西汉初年《二年律令》开始将奸罪正式区分为和奸与强奸两种罪名,“诸与人妻和奸,及其所与皆完为城旦舂。其吏也,以强奸论之。强与人奸者,府(腐)以为宫隶臣。”^⑦强奸罪处以宫刑,被强奸者无罪。《唐律》首次对和奸的概念做了明确的解释:“和奸,谓彼此和同者。”^⑧依唐律规定,和奸男女同罪,已婚妇女与他人通奸量刑加重一等。但《唐律》中没有规定和奸罪的认定条件,元代法律进一步规定了通奸罪的认定条件,当场抓获奸夫奸妇同时认罪,但妇女单方面指控他人与自己通奸的被称为指奸,指奸无罪。可见,到了元代,在奸罪的证据取得上趋于完备,“抓奸捉双”或同时认罪作为固有证据,可以防止诬告通奸的发生,这一原则被明清法律所沿用。从元代开始,法条中还出现了对和奸再犯的处罚规定:“外据犯奸经断再犯,既于扎鲁忽赤照勘得不曾刺配,今后拟于本犯上

①(汉)许慎撰,(清)段玉裁注:《说文解字注》卷第十二下,上海古籍出版社1981年影印,第625~626页。

②[日]富谷至:“奸罪的观念——从汉律到唐律”,赵晶译,载《中国古代法律文献研究》(第八辑),社会科学文献出版社2014年版,第143页。

③《元史·刑法志三》“奸非”。

④见怀效锋点校:《大明律》刑律八“犯奸”条,辽沈书社1990年版,第195页。

⑤本文关注的重点是通奸罪,故对强奸罪的探讨止于奸罪分类。

⑥李均明:《秦汉简牍文书分类辑解》,文物出版社2009年版,第233页。

⑦彭浩等主编:《二年律令与奏谏书》,上海古籍出版社2007年版,第166~167页。

⑧《唐律疏议》卷二十六《杂律》“和奸无妇女罪名”条疏议。

加二等断罪相应。”^①同样是在元代的刑律中还增加了“杀死奸夫”条,该条规定:“诸妻妾与人奸,夫于奸所杀其奸夫及其妻妾,及为人妻杀其强奸之夫,并不坐。”^②明清律均有关于“杀死奸夫条”之规定^③。可见,元明清法律放宽了个人对通奸行为的处置权,只要满足在奸所、登时杀死两个要件,杀人行为并不坐罪。此外,和奸因手段不同,又有媒奸、纵容妻妾犯奸、容奸、鸡奸等不同的划分。

二是根据奸者身份和地位的不同,奸罪还可分为良人相奸、主奴相奸、良贱相奸、亲属相奸、官民相奸、僧侣相奸等。^④这些罪名的含义都很明确,根据字面意思即可得。惟有良人相奸是指一般平民之间的不正当性行为,唐宋律称之为“凡奸”或“常人相奸”。从《唐律》开始,根据奸者身份地位来确定奸罪轻重的做法,为后世诸朝法律所继承延续。

因罪而设刑是我国封建刑法的特征之一,根据身份地位所犯奸罪其所处刑罚也会有相应的原则遵循,如有夫奸重于无夫奸;亲属相奸重于良人相奸;奴奸主处重刑,主奸奴不处罚;贱奸良重于良奸贱,良贱相奸重于凡奸;官民、僧俗相奸重于凡奸。^⑤

(三) 中国古代法典中关于奸罪规定的特点

第一,中国古代关于奸罪的立法逻辑是在同一法条中着重规定和奸罪,而强奸是和奸的加重情节。以《唐律》为例:“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。即奸官私婢者,杖九十;奴奸婢,亦同。……强者,各加一等。”^⑥可见,和为通,不和谓之强,法律按照行为人双方意愿的程度来对奸罪加以调控,这样,在不和的情况下即构成强奸,罪刑各加一等。

第二,事实上,按照犯罪性质的划分,奸罪分为强奸与和奸即可,但中国传统社会是一个重宗法礼教、讲差序等级的社会,所以在法律上特别注重以人的身份地位来归罪,这一点与西方古代法典上的规定有区别。

^①陈高华等点校:《元典章》刑部卷之七“犯奸再犯”,中华书局、天津古籍出版社2011年版,第1537页。

^②《元史·刑法志三》“奸非”。也可参见《元典章》刑部卷之四“杀死奸夫”,中华书局、天津古籍出版社2011年版,第1466页。

^③《大明律》规定为:“凡妻、妾与人奸通,而于奸所,亲获奸夫奸妇,登时杀死者,勿论。若止杀死奸夫者,奸妇依律断罪,从夫嫁卖。其妻、妾因奸同谋,杀死亲夫者,凌迟处死,奸夫处斩。若奸夫自杀其夫者,奸妇虽不知情,绞。”见怀效锋点校:《大明律》刑律二“杀死奸夫”条,辽沈书社1990年版,第150页;《大清律》规定为:“凡妻妾与人通奸,而(本夫)于奸所亲获奸夫、奸妇,登时杀死者,勿论。若止杀死奸夫者,奸妇依(和奸)律断罪,当官嫁卖,身价入官。其妻妾因奸同谋杀死亲夫者,凌迟处死。奸夫处斩(监候)。若奸夫自杀其夫者,奸妇虽不知情,绞(监候)。”见马建石、杨育棠主编:《大清律例通考校注》卷二十六刑律人命“杀死奸夫”律文,中国政法大学出版社1992年版,第780页。

^④以《唐律疏议》为例,《杂律》中关于奸罪的普通条款和特别条款之规定有第410条“奸徒一年半”、第411条“奸缌麻亲及妻”、第412条“奸从祖祖母姑”、第413条“奸父祖妾”、第414条“奴奸良人”、第415条“和奸无妇女罪名”、第416条“监主于监守内奸”。

^⑤有关奸罪处罚的原则表述可参见张中秋:“中国封建社会奸罪述论”,载《南京大学学报》(哲学·人文·社会科学)1987年第3期,第177~181页。

^⑥《唐律疏议》卷二十六《杂律》“奸徒一年半”条。

第三,奸罪的定罪经历了从无到有,量刑经历了轻、重交替发展的过程。^①在原始社会,两性关系与动物没有多大的差别,尚处在混乱杂交的状态,在这种行为方式下,两性关系是不固定,也并不存在现代意义上的通奸。即使到了春秋时代,史料所载诸侯贵族之间私通事件层出不穷,甚至有尊卑亲属相奸的乱伦行为。从秦汉始,法律关于奸罪的规定趋于平缓,北魏时期有法律规定:“男女不以义交皆死”^②,即凡是不符合礼的性行为皆要受到死刑的处罚,可见,这一时期,关于奸罪的量刑呈加重趋势。唐律关于奸罪定罪量刑的规定趋于平缓且称体系,宋元以后,法律对通奸行为都从严论处。^③

第四,历代法律对有夫奸,均从重处罚。唐律有“有夫者,徒二年”的规定,亦称为“有夫奸”。^④元代规定:“诸和奸者杖七十七,有夫者杖八十七”,明律规定:“有夫奸,杖九十”。^⑤直到1911年《大清新刑律》中仍有:“和奸有夫之妇者,处四等以下有期徒刑或拘役。”^⑥可见,在婚内通奸行为中,奸夫、奸妇均会受到处罚。但女性更加容易受到法律外的道德谴责,其原因与宗法伦理观念、妇女的贞操道德观念、男尊女卑的社会性质、财产身份的继承等多种原因有关。

唐清律中关于“无夫奸”与“有夫奸”的对比表

罪名		《唐律》	《清律》
和奸	无夫	徒一年半	杖八十
	有夫	徒二年	杖九十

四、中国古代法典中对未婚通奸行为的法条适用及司法实践

(一) 关于未婚通奸行为的法条适用

未婚通奸的行为主体为未婚,正像《量罪记》中的主角克罗迪奥与裘丽叶,本身二人的行为属于双方合意,并且没有损害到第三方利益,暂不会造成对另一家族血缘延续上的混乱,但在《量罪记》中,二人的行为被明确定性为通奸罪,只是最后没有实际执行。相比较,未婚通奸在我国古代法典中能否找到明确的法律规定、在司法实践中又是怎样适用法律的,这是本节所要探讨的重点。

1. 有无法条适用的问题

秦汉律中关于奸罪的规定尚比较模糊,如汉初的《二年律令·杂律》中有规定:“诸与人妻和奸,及其所与皆完为城旦舂。……”^⑦该条规定起始于婚内和奸,并没有对婚

^①张中秋教授认为,中国封建社会对奸罪的实际处罚和法律规定存在着较大的脱节,从案件的实际判决上反映了一个共同的倾向,即偏重。本文此处的讨论重在于说明中国古代法典对奸罪处罚的发展过程。

^②《魏书·刑法志》。

^③具体内容可参见彭炳金:“论元代对《唐律》奸罪立法的继承与发展”,载《河北法学》2013年第9期。

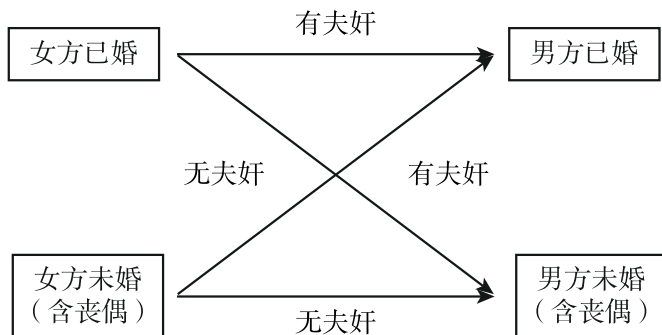
^④《唐律疏议》卷二十六《杂律》“奸徒一年半”条。

^⑤《元史·刑法志三》“奸非”。

^⑥转引自黄源盛:《中国法史导论》,广西师范大学出版社2014年版,第379页。

^⑦彭浩等主编:《二年律令与奏谏书》,上海古籍出版社2007年版,第166页。

前性行为加以规定。^①从唐律开始,“诸奸者,徒一年半;有夫者,徒二年”。从文字表述上,“诸奸者”是涵盖未婚通奸行为的。如图表所示,男女双方是均未婚,属于“无夫奸”范畴。总之,唐代开始,历代法典中“无夫奸”条均将未婚通奸行为归罪。



2. “犯奸”条量刑的发展情况

如果发生《量罪记》中那样的未婚通奸行为,《唐律》规定双方各处徒刑一年半。《宋律》无变化。《元律》量刑有减轻的趋势:“和奸者,杖七十七。”《明律》量刑与《元律》大体相当,《明律》“犯奸”条:“凡和奸,杖八十。”《大清律例》中《刑律·犯奸门》规定:“凡和奸,杖八十;有夫者,各杖九十。”关于奸罪的量刑由重到轻变化,清人薛允升已注意到:“唐律奸事在杂律,明以奸为败伦伤化之事,宜特立禁条,使人知所惩创,将诸奸事为一类,而属之刑律。按此,盖视犯奸为重也,而改唐律之徒罪为杖,则又从轻矣,不知其故。”^②并且,依照《唐律》规定双方不仅要受到刑罚,日后也不能结婚。到了明清律中,已无这样的规定。^③薛允升所处的时代,立法对于奸罪的惩罚已经趋于宽缓,人们在观念上“有伤风化”的固有意识还在,但一种关于自由意识已经萌芽,只是还不为一种共识。所以,薛允升“不知其故”是可以理解的。

3. 清末礼、法派关于无夫奸存废的争论

清末变法修律中,在沈家本的主持下,继受大陆法系,在日本修律顾问冈田朝太郎的协助下,制定了《钦定大清刑律》(即《大清新刑律》),在该律中,沈家本、杨度、汪荣宝等法理派人士主张“无夫奸”应予除罪化。针对“无夫奸”是否定罪及如何处罚的问题,法理派与礼教派的争论尤为激烈。沈家本在《修正刑律草案》中指陈:“国家立法期于令行禁止,有法而不能行,转使民玩法而肆无忌惮。和奸之事,几于禁之无可禁,诛之不胜诛,即刑章具在,亦只空文,必教育普及、家庭严正、舆论之力盛、廉耻之力生,然后淫靡之风可少衰。……防遏此等丑行,不在法律而在教化,即列为专条,亦无实际。”^④法理派认为和奸不应为罪的论据是法律应与礼教相分离。礼教派则认为法律与礼教相为

^①就此问题,也有学者持相同的观点。可参见[日]富谷至:“奸罪的观念——从汉律到唐律”,赵晶译,载《中国古代法律文献研究》(第八辑),社会科学文献出版社2014年版,第145页。

^②(清)薛允升:《唐明律合编》,法律出版社1991年版,第700页。

^③如《明律·犯奸》条:“……奸妇从夫嫁卖。其夫愿留者,听。”对于发生婚前性行为的救济措施,从明清立法上开始不再加以干涉。

^④沈家本:《沈大臣酌拟办法说帖》,收于劳乃宣《桐乡劳先生(乃宣)遗稿》,沈云龙主编《近代中国史料丛刊》,第877~1060页。转引自黄源盛:《中国法史导论》,广西师范大学出版社2014年版,第371页。

表里,中国风俗与西方国家不同,中国社会传统赖以生存的根基是女德,“无夫奸”的行为,会引起家长的羞愤、家族的悲剧和社会的不安。中国的立法应以国内治安为主旨,不应随外人的指责为转移。

关于“无夫奸”是否为罪的礼法争议,经宪政编查馆的调解未果,最终于宣统二年(1910年)十二月初八,资政院第三十七次院会以投票表决的方式,主张有罪者使用“白票”,主张无罪者使用“蓝票”,以白票七十七对蓝票四十二可决,主有罪者获胜。最后,在《大清新刑律》第289条规定:“和奸有夫之妇者,处四等有期徒刑或拘役。其和奸者,亦同。”《暂行章程》第4条规定:“犯第二百八十九条之罪为无夫妇女者,处五等有期徒刑、拘役或一百圆以下罚金。其和奸者,亦同。前项犯罪须妇女尊亲属告诉乃论,但尊亲属告诉,事前纵容或事后得利而和解,其告诉为无效。”^①此举否定了法理派“无夫奸”不定罪的主张,但从《暂行章程》的该律条来看,对于和奸罪的告诉采取为不告不理(妇女方尊亲属)的原则。

(二) 犯奸条在未婚通奸案中发生的实际效力

有学者认为,“中国封建社会对奸罪的处罚,不同时期,不同的司法官,几乎都遵循着一条习惯法,宁重勿轻。”^②但是,司法官加重处罚的主要是婚内和奸和强奸犯罪,尤其是案件中涉及人命、谋反情节时,奸罪往往被重罪吸收。以秦汉时期的奸罪搜集为例(见附表),在这46个案件中,主罪为奸罪的有9例,严格按照奸罪来论处的只有5例,有些案件如果不是因谋反、不敬等政治原因发案的,奸事可能即被掩盖。

至于未婚通奸的情况,首先是它具有隐秘性,不易被发觉,举证难,只有外力的干扰才会因奸成案。^③如若案中有案,发生人命官司后,司法官会介入案件调查,并且对案件中的主要行为人加重处罚。如明代《野记》中的“误杀”案、清代《拍案惊异》中的“成衣匠设奸计”案、《阅微草堂笔记》中的“闺女”案、《聊斋志异》中著名的“胭脂”案,这些案件中或有未婚男女情投意合或私定终身的情节,但也都有拐卖、人命、诱奸等加重后果。所以,此类案件多依法裁断。

但是,未婚通奸的行为也不排除有大团圆的结局。尤其到了明清,法律允许对通奸的后果进行私力救济,或娶或嫁,司法官往往愿意成人之美而不是强行拆散。《绝妙判牍》里有陆陇其断解元娶妻案。庄生幼时,在私塾里读书,与邻女周小娟相好,青梅竹马,耳鬓厮磨,情意浓浓,塾师亦为之作伐,得女父允许。后来事过境迁,女父慕富豪而嫌庄生贫穷,准备另嫁他人。小娟使乳母告诉庄生,相约黄昏时在闺房相见,庄生如约前来,两相缱绻,遂定终身。不久,庄生高中解元,女也许配朱姓,因此涉讼。陆陇其做了花判:“竹马青梅,早缔儿时之密约;氏小跌石径,莫谓两小之无猜。……金榜有名,便谐百年之好合。……在乃父之背盟,实有贰议之机,愧对爱女;在庄生之相诱,事属守

^①转引自黄源盛:《中国法史导论》,广西师范大学出版社2014年版,第379页。

^②张中秋:“中国封建社会奸罪述论”,载《南京大学学报》(哲学·人文·社会科学)1987年第3期,第182页。

^③明朝之前,未婚通奸后法律上也不允许双方结婚,此条规定以《唐律·户婚》最具代表。但目前并没有找到完全适用《唐律》第410条之规定的未婚通奸的唐代案例。

一之义,不失人情,女白壁已玷,自难再归他姓。……为断奇情一案,宜酬喜酒三杯,此判。”^①

而且,在中国传统社会,古代婚姻的成立,父母之命是基本前提,未经家长同意而行婚姻之事,不为礼法所容。另外,婚姻的缔结还须经过媒氏的中介,所谓“男女无媒不交”,《诗经·卫风·氓》中就有“匪我愆期,子无良媒”的诗句。《胭脂》中主人公胭脂对(假)鄂生也说:“若言私合,不敢从命。”可见,礼防患于未然的功效确实起到了作用。而且,传统社会的大环境,也没有可能给未婚通奸行为的发生提供足够的空间。

结论:中西方通奸罪比较之同与异

在立法上,对通奸行为从罪到非罪的认定,是中西法律发展中的首要共性。通观通奸罪的历史沿革,不难看出,在人类社会发展的奴隶制和封建制时期,法律对男女通奸行为均采取了严酷的制裁方法,男女在法律地位上的不平等也采用公开规定的方式,旨在维护夫权。但随着人类自由观念对传统婚姻家庭的冲击,在立法上,对通奸行为本身的制裁从过去的刑罚方法变为民事方法,这已经是世界各国立法改革的一个普遍趋势。^②

在司法上,法官严厉惩治的是婚内通奸的犯罪情形。但像本文所探讨的未婚通奸的案件,法官并不一定严格依法裁断,要根据案情具体问题具体分析。像《量罪记》中那种“成人之美”的救济途径,中国古代也有使用,且这种过错补救机制也被社会所认可。一旦案件中出现其他加重情节,那么法官会对于未婚通奸的行为人究责。

西方对通奸罪的严惩源自于宗教的古老禁忌。中国自古虽不是一个宗教社会,但原始宗教信仰中,也有对男女性行为的禁忌,同样,这些思想观念上的束缚,使得在立法上产生了通奸罪。通奸罪的量刑上,西方要比中国古代法典中规定的严重。西方的通奸罪处刑往往都是死刑,中国古代法典中,强奸行为中有加重情节的会处以死刑,普通的通奸行为本身罪不至死。

附表:秦汉时期和奸事例表*

时期	事例材料	处罚	材料来源	备注
秦始皇	秦王年少,太后时时窃私通吕不韦	无	《史记》卷八五《吕不韦列传》	—
	(嫪毐)常与太后私乱,生子二人	夷嫪毐三族,杀太后所生两子,迁太后于雍	《史记》卷八五《吕不韦列传》	主罪是谋反

①(清)曾国藩、李鸿章等:《绝妙判牍》,海南出版社1993年版,第15~16页。

②我国刑事立法的根本任务是打击危害国家、社会秩序的严重犯罪行为,对于这种出于双方自愿,尚未达到一定社会危害程度,不构成对人身权利侵犯的行为,不宜规定为犯罪。但在司法实践中,因通奸引起的虐待、遗弃、重婚、伤害、凶杀等严重危害社会后果时,应依法分别论罪科刑。

*图表来源于贾丽英:“秦汉时期奸罪论考”,载《河北法学》2006年第4期。

续表

时期	事例材料	处罚	材料来源	备注
秦始皇	(赵高)父犯宫刑,妻子没为奴婢妻,后野合所生子皆承赵姓	无	《史记》卷八八《蒙恬列传》转注《索引》	—
	(薄太后父)秦时与故魏王宗家女魏媪通,生薄姬	无	《史记》卷四九《外戚世家》	—
吕太后	辟阳侯幸太后	无	《史记》卷九七《酈生陆贾列传》	—
文帝	袁盎自其为吴相时,尝有从史,从史尝盗爱盎侍儿	无	《史记》卷一一〇《袁盎晁错列传》	—
景帝	(卫青父)郑季,为吏,给事平阳侯家,与侯妾卫媪通,生青	无	《史记》卷一一一《卫将军骠骑列传》	—
	(荒侯)令其夫人与其弟乱而生他广	他广夺侯,国除	《史记》卷九五《樊郿滕灌列传》	纵妻犯奸
武帝	(霍仲孺)以县吏给事平阳侯家,与侍者卫少儿私通而生去病	无	《史记》卷六八《霍光金日磾传》	—
	(卫)少儿故与陈掌通,上召贵掌	无	《史记》卷一一一《卫将军骠骑列传》	—
	康后有淫行,与王不相中,相危以法	无	《史记》卷十二《孝武本纪》	—
	(窦太主)寡居,年五十余矣,近幸董偃	无	《汉书》卷六四下《严朱吾丘主父徐严终王贾传》下	—
	李太后亦私与食宫长及郎中尹霸等士通乱	无	《史记》卷五八《梁孝王世家》	—
	安平侯鄂千秋玄孙伯与淮南王女陵通而中绝,又遗淮南王书称臣尽力	弃市	《史记》卷一一八《淮南衡山列传》徐广注	主罪为谋反
	(衡山王赐女无采)嫁弃归,与奴奸,又与客奸	不详	《史记》卷一一八《淮南衡山列传》	—
	土军式侯生……坐与人妻奸	免侯	《汉书》卷十五上《王子侯表》上	主罪为奸罪
	岸头侯张次公……坐与淮南王女陵奸,受财物	免侯	《汉书》卷十七《景武昭宣元成功臣表》	主罪为奸罪

续表

时期	事例材料	处罚	材料来源	备注
武帝	侯朝嗣……坐为济南太守与城阳王女通	耐为鬼薪	《汉书》卷十五上《王子侯表》上	主罪为奸罪
	郎者顷之与后宫乱(胶西王刘端后宫)	处死	《史记》卷五九《五宗世家》	主罪为奸罪
	(韩嫣)出入永巷不禁,以奸闻皇太后	赐死	《史记》卷一二五《佞幸列传》	主罪为奸罪
	延年弟季与众人乱,出入骄恣	族	《汉书》卷九三《佞幸传》	主罪为奸罪
	平阳侯曹宗……做与中人奸,阑入宫掖门	人财赍,完为城旦	《汉书》卷十六《高惠高后文功臣表》	主罪为奸罪
	(南越国)太后自未为婴齐姬时,尝与霸陵人安国少季通	无	《史记》卷一一三《南越列传》	—
	(公孙)敬声与阳石公主奸	公孙敬声死狱中,家族	《史记》卷一一一《卫将军骠骑列传》	主罪为巫蛊
	彭祖取江都易王宠姬、王建所奸淖姬者,甚爱之	无	《汉书》卷五三《景十三王传》	—
昭帝	(鄂邑盖长公主)内行不修,近幸河间丁外人	无	《汉书》卷六八《霍光金日磾传》	—
宣帝	(霍光夫人)显寡居,与子都乱	无	《汉书》卷六八《霍光金日磾传》	—
	(田广明)以祁连将军将兵击匈奴……受降都尉前死,丧柩在堂,广明召其寡妻与奸	田广明受责,自杀	《汉书》卷九〇《酷吏传》	主罪为坐击匈奴不至期
	女弟为人妻,而(广川王海阳)使与幸臣奸	不详	《汉书》卷五三《景十三王传》	—
	(河间王)元取故广陵厉王,厉王太子及中山怀王故姬廉等以为姬……迫胁凡七人,令自杀	诏削二县	《汉书》卷五三《景十三王传》	数罪并罚
成帝	侯建……坐尚阳邑公主与婢奸主旁,数醉骂主	免侯	《汉书》卷十七《景武昭宣元成功臣表》	主罪为不敬
	(王商)女弟淫乱	不详	《汉书》卷八一《匡张孔马传》	—

续表

时期	事例材料	处罚	材料来源	备注
成帝	长陵大姓尚方禁,少时尝盗人妻	见斫,创著其颊	《汉书》卷八三《薛宣朱博传》	非官府处罚
	皇太后女弟司马君力与杜钦侄子	无	《汉书》卷六〇《杜周传》	—
	(淳于)长与嬖私通	无	《汉书》卷九三《佞幸传》	—
王莽	(任)永妻淫	自杀	《后汉书》卷八一《独行列传》	非官府处罚
	(冯)信侍婢亦对信奸通	自杀	《后汉书》卷八一《独行列传》	非官府处罚
明帝	中山简王薨,政诣中山会葬,私取简王姬徐妃,又盗迎掖庭出女	诏削一县	《后汉书》卷三二《光武十王传》	数罪并罚
和帝	有故掖庭技人哀置,嫁为男子章初妻,(乐成王)党召哀置入宫与通……又取故中山简王傅婢李羽生为小妻	诏削二县	《后汉书》卷五〇《孝明八王列传》	数罪并罚
安帝	(乐成王刘棗)风淫于家,聘娶人妻	贬为侯	《后汉书》卷五〇《孝明八王列传》	数罪并罚
	(刘)瑰与安帝乳母王圣女伯荣私通	无	《后汉书》卷十四《宗室四王三侯列传》	—
顺帝	(孙)寿见宫,辄屏御者,托以言事,因与私焉	无	《后汉书》卷三四《梁统列传》	—
	(阴城公主)贵骄淫乱,与嬖人居帷中	无	《后汉书》卷四七《班梁列传》	—
灵帝	东郡有盗人妻者亡在孝中	伏其事	《后汉书》卷六〇下《蔡邕列传》	主罪为奸罪
东汉	利取侯毕寻玄孙守奸人妻	国除	《东观汉记校注》卷十九	主罪为奸罪
汉	胡谭取周碧为妻,谭阴阳不属,令碧与李方、张少奸通,冀得其子	不详	《风俗通义校释》	纵妻犯奸

[责任编辑:张田田]