

负有照护职责人员性侵罪的教义学研究

李立众

【摘要】《刑法修正案(十一)》没有上调未成年女性的性同意年龄。负有照护职责人员性侵罪的保护法益是已满14周岁不满16周岁的未成年女性的性自主权。性自主权说可以合理解释本罪各个问题。“发生性关系”是我国刑法的固有表述。当前,为照顾强奸罪的相关学说,与未成年女性肛交、口交的行为暂不构成本罪。本罪与强奸罪不是对立关系,成立本罪不要求未成年女性必须自愿发生性关系。行为人是否属于负有特殊职责的人员,应以能否对未成年女性产生一定的影响力或支配力进行实质认定。为与民法典第15条相协调,应以出生证明为中心,而不是以户籍证明为中心审查未成年女性的年龄。行为人对未成年女性出现年龄错误时,应按故意论或错误论处理案件。

【关键词】性自主权说;发生性关系;特殊职责;年龄错误

【作者简介】李立众,法学博士,中国人民大学刑事法律科学研究中心副教授。

【原文出处】《政法论坛》(京),2021.4.18~29

就性犯罪立法的理想版图而言,我国刑法还缺失一些内容。为保护已满14周岁不满16周岁的未成年女性免遭性侵,2020年12月26日《刑法修正案(十一)》第27条第1款规定:“对已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员,与该未成年女性发生性关系的,处三年以下有期徒刑……”这一规定填补了负有照护职责人员性侵罪这一重要拼图,值得肯定。当前,如何让负有照护职责人员性侵罪的刑法规定尽快落地生根,是较为紧迫的任务。因此,本文拟从教义学出发,就负有照护职责人员性侵罪的保护法益、实行行为、主体身份、年龄与认识错误这四个问题发表浅见,以求教于刑法学界同仁。

一、保护法益的界定

刑法第236条之一是否上调了未成年女性的性同意年龄?已满14周岁不满16周岁的未成年女性主动、自愿与负有特殊职责的人员发生性关系时,行为人是否构成本罪?立法者为何将负有照护职责人员性侵罪规定为身份犯?如果离开本罪的保护法益,就

难以解答这些问题。这意味着,不可形式化地界定负有照护职责人员性侵罪的保护法益,界定本罪的保护法益有其目的与方向,应从有利于解答相关问题的角度讨论本罪的保护法益。

对于本罪的保护法益,学界有不同理解。性自主权说认为,本罪保护法益是已满14周岁不满16周岁的未成年女性的性自主权。负有监护、收养等特殊职责的人员容易针对未成年女性实施欺骗、利诱等行为,未成年女性虽非自愿,但也可能考虑到这种关系而忍气吞声、难以反抗或抵制,行为人的犯罪很容易得手,故立法上推定处于特定关系中的未成年女性面对负有特殊职责的人员时,其对性行为难以真正自主地进行决定,故本罪的保护法益是未成年女性的性自主权^①。该说有其优点,如因为本罪的保护法益是未成年女性的性自主权,所以,本罪才能被规定在刑法分则第4章侵犯公民人身权利、民主权利罪之中;本罪是发生性关系的犯罪,故被规定在刑法第236条之后、第237条之前。

身心健康说认为,《刑法修正案(十一)》部分提高

了未成年女性的性同意年龄,本罪的保护法益是已满14周岁不满16周岁的未成年女性的身心健康^[2]。简单而言,面对其他人员,未成年女性的性同意年龄依然是14周岁,但面对负有特殊职责的人员,本次刑法修订将未成年女性的性同意年龄提高到16周岁;^①此时已满14周岁不满16周岁的未成年女性如同幼女一样,其没有性自主权,因而,设立本罪的目的是保护未成年女性的身心健康。^②在《刑法修正案(十一)》之前,早就有人呼吁,我国未成年人性同意年龄偏低,建议将性同意年龄提高到16周岁^[3]。2020年5月,全国人大代表朱列玉表示,很难想象已满14周岁不满16周岁的未成年人能充分了解性行为的后果,为避免无知懵懂的未成年人沦为不法分子的猎物,其将在2020年全国“两会”期间提交议案,建议刑法将性同意年龄线从14周岁提高至16周岁,对有监护、师生、管理等关系的,性同意年龄提高到18周岁。^③这一建议引起媒体关注,获得社会响应。^④如果认为《刑法修正案(十一)》落实了提高性同意年龄的立法建议,本罪的保护法益就不可能是未成年女性的性自主权,而只能是未成年女性的身心健康。

折中说认为,本罪的保护法益是未成年女性的性权利的不可侵犯性和身心健康^{[4](P.247)}。还有观点认为,本罪的保护法益为未成年女性的不完全性自决能力和性的社会风尚^{[5](P.49-50)}。负有照护职责人员性侵罪是侵犯人身法益(个人法益)的犯罪^[6],认为本罪保护法益还包含社会法益在内,在理论上难以自治。可以肯定,对于本罪的保护法益,必将是性自主权说与身心健康说之间的争论。

能否认为《刑法修正案(十一)》上调了未成年女性的性同意年龄,这决定着争论的走向:如果对此的回答是肯定的,则身心健康说胜出;反之,则性自主权说胜出。在能够代表全国人大常委会、体现其意志的全国人民代表大会常务委员会公报所刊载的相关立法说明中,并未言明本次刑法修订部分提高了未成年女性的性同意年龄,所以,是否提高了性同意年龄之争,属于对《刑法修正案(十一)》的不同解读。笔者认为,身心健康说虽然四平八稳,但对于解释负有照护职责人员性侵罪的诸问题并无助益;《刑法修

正案(十一)》并未上调未成年女性的性同意年龄,性自主权说更为可取。

就立法论而言,是否上调未成年女性的性同意年龄,应当根据已满14周岁不满16周岁的未成年女性的生理、心理特点予以判断。这一判断应是基于对有关数据的长期观测与科学分析得出的,而既非靠个人情感与道德判断,也不是靠对某些案件的应激反应而得出。^⑤自宋代以后,直至明、清两代,我国法定婚龄都规定为男16岁、女14岁^[7]。这一史实表明,只要女性年满14周岁,在社会学上就可认为其生理基本成熟。这一结论在今日依然成立。就生理而言,女性初潮(少女第一次来月经)是女性性开始成熟的临床标志。1985-2000年中国学生体质健康调研报告揭示,我国大城市、中小城市、富裕乡村、中下乡村女生的初潮平均年龄分别从13.1岁、13.5岁、14.1岁、14.1岁提前到12.6岁、13.1岁、13.6岁、13.9岁^{[8](P.19)}。与不满14周岁的幼女不同,已满14周岁不满16周岁的女性性发育基本成熟。因此,主张上调未成年女性的性同意年龄,缺乏生理学依据。

进入青春期的未成年女性,在性心理方面,出现性意识的萌芽与发展,表现为产生性的兴趣、有性冲动、性幻想、出现性梦、有可能手淫^{[8](P.20-24)}。2014年,在广东、福建和山东三个省份4所初中、4所高中的调查结果显示:已满14周岁不满16周岁的中学生的性态度较为开放,对婚前性行为持包容态度,其中26.5%的中学女生认为双方以后结婚就可以发生性关系,25.6%的中学女生认为只要双方愿意就可以发生性关系,14.3%的中学女生认为有感情就可以发生性关系^[9]。从当下我国未成年女性的性心理出发,主张上调未成年女性性同意年龄,也缺乏心理学依据。

主张上调未成年女性的性同意年龄,进而认为未成年女性没有性自主权,也缺乏比较法根据。放眼世界,承认已满14周岁的未成年女性享有性自主权的立法例很多。如在我国澳门,与负有照护职责人员性侵罪相似的罪名是澳门刑法典分则第5章“侵犯性自由及性自决罪”第2节“侵犯性自决罪”中第167条规定的对受教育者及依赖者之性侵犯罪,该条第1款规定:“对下列之人作出、或使之作出上条第一

款、第二款或第三款所叙述之行为(指重要性欲行为、性交或肛交——引者注)者,处一年至八年徒刑:

a) 交付于行为人教育或扶助之十四岁至十六岁之未成年人;或 b)……”^{[10](P.64)}在我国台湾,涵盖负有照护职责人员性侵罪(但又限于此)的罪名是台湾“刑法”第16章“妨害性自主权”中第228条第1款规定的利用权势性交罪,该款规定:“对于因亲属、监护、教养、教育、训练、救济、医疗、公务、业务或其他相类关系受自己监督、救助、照护之人,利用权势或机会为性交者,处六月以上五年以下有期徒刑。”^{[11](P.137)}该罪对象包括已满14周岁不满16周岁的人在内。在德国,与我国负有照护职责人员性侵罪相似的罪名是德国刑法典分则第13章“妨碍性自主之犯罪”中第174条规定的对于受保护者之性侵害罪,该条第1款规定:“对于下列之人实施或任其对已实施性行为者,处三月以上五年以下有期徒刑:1.对于未满十六岁,为教育、培训或生活照护而托管于己之人,2.……”^{[12](P.301-302)}在日本,与我国负有照护职责人员性侵罪相似的罪名是日本刑法第179条第2款规定的监护人性交等罪,该款规定:对未满18周岁者,利用现在属于该人之监护人所形成的影响力,实施性交等行为的,按照刑法第177条(强制性交等罪)的规定处罚^{[13](P.111)}。虽有争论,但日本学说均承认,不满18周岁者的性的自我决定权是该罪的保护法益。^⑥由上可见,负有特定职责的人员性侵已满14周岁不满16周岁的未成年女性的行为都构成犯罪,但这并不意味着刑法上调了未成年女性的性同意年龄;从上述刑法典规定或者学理解说可以看出,已满14周岁不满16周岁的未成年女性都享有性自主权。

认为本次刑法修订部分提高了性同意年龄的看法,还存在如下问题:其一,不利于对“特殊职责”作出实质解释。例如,同样是授课,初中的教师、校外培训班中的老师、有偿请到家中的私教、无偿请到家中的私教(如家长有偿或无偿请名校物理专业的大一男生,一周两次到家中辅导15周岁的女儿物理课),这些人员是否都属于负有教育职责的人员,认定行为人负有教育职责的实质根据是什么?部分提高性同意年龄说对此恐怕难以作出解释。从本罪保

护法益性自主权说出发,在知识传授、课堂秩序维持等方面,对未成年女性能够产生一定影响力或支配力的人员,属于负有特殊职责的人员。据此,认定初中的教师属于负有教育职责的人员,通常较为容易,而认定大一男生属于负有教育职责的人员,通常难度较大。就此而言,部分提高性同意年龄说存在不当扩大处罚范围的可能。其二,导致《刑法修正案(十一)》存在内在矛盾。虽然犯罪能力(责任能力)与性防卫能力的性质不同,但本质上都是个人对特定行为的性质、意义与后果的辨认与控制能力。如果一边认为已满14周岁不满16周岁的未成年女性不能理解发生性关系的意义与后果,将性同意年龄上调至16周岁,一边认为未成年女性能够理解杀人、伤害行为的意义与后果,将刑事责任年龄下调到12周岁,就会导致未成年女性在辨认、控制能力问题上,《刑法修正案(十一)》前后自相矛盾^[14]。如果采取性自主权说,未成年女性对大是大非行为都具有辨认、控制能力,则立法者一边将责任年龄下调到12周岁,一边设立负有照护职责人员性侵罪,二者就不存在矛盾之处。

像本文这样认为《刑法修正案(十一)》并未提高性同意年龄、未成年女性享有性自主权的看法,容易让人生疑:“法律以14岁作为同意年龄线,是不是意味着14岁就可以做爱了?”^[15]对此的回答是否定的。正如法律赋予个人生命权,不等于鼓励个人极端地行使生命权去自杀一样,承认已满14周岁不满16周岁的未成年女性享有性自主权,不等于鼓励其过早发生性关系。刑法不是用来确保个人在性生活中只做有价值的、增强自主性的决定,而是惩罚那些剥夺个人自由决定是否进行性活动的人^{[16](P.388-389)}。换言之,承认已满14周岁不满16周岁的未成年女性享有性自主权,目的是要求他人尊重未成年女性的性自主权,不得侵犯该权利,否则应受刑罚惩罚。从1979年刑法到2020年《刑法修正案(十一)》这40多年里,已满14周岁的未成年女性始终享有性自主权,这从未产生什么重大不测后果。因此,担心性自主权说可能导致未成年女性理直气壮地过早发生性关系,虽然可以理解,却是不必要的,因为未成年女性是否

过早发生性关系,与其性教育情况、个人经历等因素有关,与学说上是否主张未成年女性享有性自主权没有直接关联。

如果认为本次刑法修订并未提高未成年女性的性同意年龄,就必须回答如下问题:既然已满14周岁不满16周岁的未成年女性具有性同意能力,为何即使使其同意,负有特殊职责的人员与其发生性行为,也要构成负有照护职责人员性侵罪?答案在于,已满14周岁不满16周岁的未成年女性与对其负有监护、收养等特殊职责的人员不具有平等关系,这种年龄之差形成的经验碾压,地位之差形成的权威支配,特定身份形成的信任关系,种种不对等关系的作用叠加起来所形成的隐性强制,使得负有特殊职责的人员对未成年女性不必使用显性强制手段,就足以造成程度相当的强制效果,从而压制未成年女性真实意愿的表达,故即使未成年女性同意发生性关系,负有特殊职责的人员也应构成负有照护职责人员性侵罪^[17]。正是从这一视角出发,我国立法机关认为,“这种利用特定身份奸淫未成年女性的行为,即使未使用暴力手段,但由于收养、监护等特定关系,对未成年人而言,往往会由于恐惧、不知所措等而不敢反抗……从保护女性未成年人健康成长出发,有必要对此类行为作为犯罪加以规定。”^{[18](P.246)}日本刑法学同样认为,未成年女性“身心发育大多尚未成熟,经济上、精神上多依存于其监护人,处于很容易受监护人影响的状态。因此,在这种状况之下,负责监护未满18周岁者的监护人利用其作为监护人的影响力,对未满18周岁者实施性方面的行为的,该未满18周岁者的意思决定就不能被评价为其自由的意思决定”^{[13](P.111)}。我国台湾刑法学也认为,立法者着眼于双方当事人制度上的依赖性 or 权力关系,这类关系会形成一方当事人的权威与信赖地位,如果行为人有意利用这一机会促成性接触,即便得到同意,也属不当影响相对人的性自主^[19]。

顺着上述视角,就能理解我国刑法将负有照护职责人员性侵罪规定为身份犯的原因了。在立法过程中曾讨论是否任何主体,只要与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系的,就构成本罪,而

不限于负有特殊职责的人员^{[18](P.246)}。立法者最终并未如此立法,这是有道理的:只有在双方不平等的关系中,已满14周岁不满16周岁的未成年女性才可能对发生性关系产生无奈、屈从心理。如果未成年女性面对的是其他人员,如面对男同学或者隔壁邻居,双方是平等关系,对于是否发生性关系,未成年女性能够自由选择,同意发生性关系的意思决定是其真实意志的体现,对该行为自然不能以犯罪论处,故本罪主体只能是负有特殊职责的人员。

二、发生性关系的理解

本罪行为内容为负有特殊职责的人员与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系。如何理解“发生性关系”,不仅影响行为主体与已满14周岁不满16周岁的未成年女性肛交、口交等行为是否成立负有照护职责人员性侵罪,而且还会影响本罪的主体范围,进而影响本罪直接正犯的范围。这是因为,若与未成年女性口交也属于“发生性关系”,因女性可与女性口交,本罪主体就应包含已满16周岁的女性在内,女性也可成为本罪的直接正犯。此外,成立本罪是否要求未成年女性必须自愿发生性关系,这涉及本罪与强奸罪的关系问题,值得讨论。

(一)发生性关系的含义

“发生性关系”不是《刑法修正案(十一)》新创的表述,而是我国刑法学一贯使用的固有表述。从20世纪80年代初至今,针对强奸妇女的强奸罪,学界常见的定义是,强奸罪是指违背妇女意志,使用暴力、胁迫或者其他手段与妇女发生性关系的行为。^②联系强奸罪的既遂学说(插入说),刑法学界所说的“发生性关系”是指阴茎插入阴道的性交。

在刑事立法方面,最早使用“发生性关系”表述的是1991年全国人大常委会关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定第3条第2款,其规定:“收买被拐卖、绑架的妇女,强行与其发生性关系的,依照刑法关于强奸罪的规定处罚。”立法草案说明指出:“有些收买者往往对被拐卖、绑架的妇女、儿童同时有非法拘禁、强奸、伤害等犯罪行为,因此,决定草案还规定:违背收买被拐卖、绑架的妇女意志,强行与其发生性关系的,以强奸罪处罚。”^[20]据

此,这里“发生性关系”是指强行与被拐卖的妇女性交。在该款规定的基础上,形成了1997年刑法第241条第2款的规定:“收买被拐卖的妇女,强行与其发生性关系的,依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。”该款中“发生性关系”同样是指强行与被拐卖的妇女性交^{[21][P.493]}。

在司法解释、规范性文件方面,1992年最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈全国人民代表大会常务委关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定〉的若干问题的解释》(已失效)第3条规定:拐卖妇女、儿童罪中“‘奸淫被拐卖的妇女的’,是指拐卖妇女的犯罪分子在拐卖过程中,与被害妇女发生性关系的行为。”这里“发生性关系”无疑是指与被害妇女性交。2000年公安部《关于打击拐卖妇女儿童犯罪适用法律和政策有关问题的意见》、2003年最高人民法院《关于行为人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》(已失效)中也有“发生性关系”的表述。2013年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》规定:“对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员,利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地,迫使未成年被害人就范,而与其发生性关系的,以强奸罪定罪处罚。”在上述司法解释与规范性文件中,与女性发生性关系的行为均构成强奸罪,故各处“发生性关系”均指与女性性交。

可见,“发生性关系”是我国刑法学界、刑事立法与司法解释长期、广泛使用的一个表述,虽然刑事立法与司法解释从未明文界定“发生性关系”的含义,但其含义清晰,是指与女性性交。从体系解释出发,刑法第236条之一中的“发生性关系”当然亦指性交。性交要求男女之间存在肉体的实际接触,故本罪不含网络视频方式的虚拟性交。

不过,将本罪中“发生性关系”界定为“性交”,并不意味着问题的结束。学界至今都将“性交”或“发生性关系”理解为是指男女生殖器的结合,^⑧问题在于,“性交”的含义是固定不变的,还是随着性观念、性文化的改变而变化,值得研究。“性交”并非刑法明

文采用的法定概念,其含义是通过学理解释确定的。在比较法上,中国刑法学对于“性交”的理解明显落后。例如,我国台湾地区“刑法”第10条第5款规定:“称性交者,谓非基于正当目的所为之下列性侵入行为:以性器进入他人之性器、肛门或口腔,或使之结合之行为。以性器以外之其他身体部位或器物进入他人之性器、肛门,或使之结合之行为。”^{[11][P.9]}在德国、日本以及我国台湾、澳门地区,行为人与受其扶养、照料或教育的未成年女性肛交、口交的,都构成类似负有照护职责人员性侵罪的相应犯罪。因此,在我国,负有特殊职责的人员与未成年女性肛交、口交的,能否将此解释为“发生性关系”,从而认定行为人构成本罪,是一个需认真研究的问题。

从充分保护未成年女性出发,对“发生性关系”作扩大解释的理由充足。事实上,公安部规范性文件早已对“发生性关系”作了扩大解释。如2001年公安部《关于对同性之间以钱财为媒介的性行为定性处理问题的批复》规定:“根据《中华人民共和国治安管理处罚条例》和全国人大常委会《关于严禁卖淫嫖娼的决定》的规定,不特定的异性之间或者同性之间以金钱、财物为媒介发生不正当性关系的行为,包括口淫、手淫、鸡奸等行为,都属于卖淫嫖娼行为”。该批复虽然使用的是“发生不正当性关系”的表述,但去掉修饰语“不正当”,批复其实就是对“发生性关系”的范围的解释,其明文承认“发生性关系”包括口交(口淫)、肛交(鸡奸)在内。此外,2020年修订后的未成年人保护法第54条第1款规定:“禁止对未成年人实施性侵害、性骚扰。”从落实相关法律出发,也应对“发生性关系”作出扩大解释,使之包含肛交、口交行为在内。

但是,负有照护职责人员性侵罪并非孤岛,其与强奸、强制猥亵等犯罪构成了我国性犯罪体系,是性犯罪体系的一员。从性犯罪体系出发,如何解释本罪的“发生性关系”,需与强奸罪、强制猥亵罪等犯罪保持协调,不能单兵突进,否则可能出现顾此失彼现象。例如,行为人使用暴力强行与邻家女孩(15周岁)肛交的,不属于“发生性关系”,不构成强奸罪,仅构成强制猥亵罪;行为人在养女(15周岁)同意下与其肛

交的,反而属于“发生性关系”,构成负有照护职责人员性侵罪,二者明显不协调。在维持通说不变的前提下,为照顾强奸罪的学说现状,当下就只能认为,负有照护职责人员性侵罪中“发生性关系”仅指阴茎插入阴道。当然,如果未来学界能够与时俱进,适时将“强奸”解释为包括肛交、口交在内^{[22](P.869)},则对本罪“发生性关系”即可作出包含肛交、口交在内的解释。

如将本罪中“发生性关系”理解为阴茎插入阴道,则对未成年女性负有特殊职责的男性将阴茎插入阴道时,为本罪的既遂。仅有性器官的接触,由于意志以外的行为尚未插入的,为本罪的未遂。考虑到本罪基本犯的法定刑属于轻罪的法定刑,如不能认定存在“情节恶劣”的情形,对本罪未遂行为通常可不追究刑事责任。

(二)发生性关系是否必须自愿

《刑法修正案(十一)》立法草案说明指出:“对负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责人员,与已满十四周岁不满十六周岁未成年女性发生性关系的,不论未成年人是否同意,都应追究刑事责任。”^[23]问题是,对于未成年女性不同意发生性关系的情形,能否以负有照护职责人员性侵罪追究刑事责任,还是只能以强奸罪追究刑事责任?草案说明对此并未明确,由此产生争论:成立本罪是否要求未成年女性必须是自愿发生性关系?

肯定说认为,成立本罪,必须以未成年女性同意为前提;如果负有特殊职责的人员以暴力、胁迫或者其他手段强奸未成年女性的,应按强奸罪定罪^[24]。否定说则认为,《刑法修正案(十一)》使用的是“发生性关系”的表述,并未对未成年女性是否自愿进行限定;刑法第236条之一第2款犯罪竞合的处理规定也意味着本罪包含未成年女性非自愿发生性关系的情形^{[25](P.51)}。

肯定说与否定说争论的背后,是如何理解本罪与强奸罪的关系:肯定说认为两罪是对立关系,强行与未成年女性发生性关系的行为不可能同时成立负有照护职责人员性侵罪与强奸罪;否定说则认为,二罪是竞合关系,未成年女性不同意发生性关系时,行为主体强行与其发生性关系的行为同时触犯负有照

护职责人员性侵罪与强奸罪,应从一重罪处断。刑法第236条之一第2款的规定为争论的解决提供了明确线索。

刑法第236条之一第2款规定:“有前款行为,同时又构成本法第236条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”该款中“有前款行为”是指第1款行为主体与未成年女性发生性关系的行为。“同时又构成”意味着在特定情形下第1款行为同时构成负有照护职责人员性侵罪与强奸罪,因为只有同时构成数罪,立法者才能作出“依照处罚较重的规定定罪处罚”的规定;如果第1款行为只构成负有照护职责人员性侵罪,不构成强奸罪,立法者就不可能作出第2款规定。无疑,仅在行为主体违背未成年女性的意志与其发生性关系时,该行为才能同时成立本罪与强奸罪。可见,该款的规定要求成立本罪不以未成年女性自愿发生性关系为前提。因此,本罪与强奸罪不是对立关系,而是竞合关系。

否定说具有种种优点。例如,若要求只有得到未成年女性的同意才能成立本罪,否则就构成强奸罪,则因种种原因未成年女性是否同意发生性关系事实不清时,公诉机关因无法证明未成年女性同意发生性关系,故行为主体不构成负有照护职责人员性侵罪;同时,因为没有足够证据证明发生性关系违背未成年女性的意志,行为主体也不构成强奸罪。行为主体明明与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生了性关系,结果却不构成任何犯罪,这一结论并不合适。^⑨承认本罪与强奸罪是竞合关系,不论未成年女性是否同意,行为主体都构成本罪,故对上述情形可按负有照护职责人员性侵罪追究刑事责任。再如,竞合关系也有利于解释本罪为何没有犯罪手段的要求。既然发生性关系的行为不论是否违背未成年女性的意志,行为主体都构成负有照护职责人员性侵罪,这就意味着犯罪手段对本罪的成立并不重要,重要的是行为主体是否与未成年女性发生了性关系。因此,立法者对本罪就没有提出犯罪手段的要求。

三、行为主体的认定

负有照护职责人员性侵罪为身份犯,犯罪主体

为对已满14周岁不满16周岁的未成年女性负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员。之所以对行为主体有特定身份的要求,是考虑到只有监护、收养等特定身份,这类人员才能由于优势地位、身份等容易对该未成年女性形成控制^[2]。行为人是否属于本罪主体,就形式而言在于其对未成年女性是否负有特殊职责。

在“特殊职责”一词中,作为“职责”修饰语的“特殊”一词,并无特殊含义,没有实质内容。前述2013年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》使用了“对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员”的表述,可能是受此影响,《刑法修正案(十一)》也使用了“特殊职责”的表述。但是,就对未成年女性的职责而言,难以区分哪些职责是“一般”职责,哪些职责是“特殊”职责。就立法技术而言,立法者完全可以采用“负有监护、收养、看护、教育、医疗等职责的人员”的表述。可见,“特殊职责”是指行为人负有监护、收养、看护、教育、医疗等“特定”职责。于“职责”而言,“特殊”并无独立内涵。因此,在解释“特殊职责”时,揭示“职责”的含义才是重要的,不必在“特殊”上做文章。

对于刑法第236条之一中的“职责”,应从“责任”这层含义上加以理解,更多的时候是与身份联系在一起的,主要是基于人身关系、身份关系而产生的一种责任,未必需要有“职务”的存在,“职务”并非产生“职责”的必要条件^[25]。“监护、收养、看护、教育、医疗等”与“特殊职责”是有限列举与实质概括的关系,联系“监护、收养、看护、教育、医疗”的精神实质,“特殊职责”是指行为人对已满14周岁不满16周岁的未成年女性负有维护其人身安全、身心发育或者提高知识与技能的特定义务或者责任,^⑨在外形上表现为监护、收养、看护、教育、医疗等特定职责。正因为已满14周岁不满16周岁的未成年女性在人身安全、身心发育或者提高知识与技能方面需要依赖于行为人,所以,行为人才可能对未成年女性产生足够的影响力或支配力,以致在是否发生性关系问题上,未成年女性难以真实表达自己的意志。

行为人负有的“职责”是相对于未成年女性而言的,是具体的而不是抽象的职责。例如,泛泛而论,小区保安负有保证本小区所有人员人身、财产安全的职责,自然对居住在本小区的未成年女性也负有保证其安全的职责。但是,这仅是一种抽象的职责,而不是对本小区的某一未成年女性的具体职责。因此,小区保安与本小区已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系的,不能以本罪追究刑事责任。同样,不能因为学校负有对未成年人的教育职责,就将学校内的所有员工乃至临时工都认定为负有特殊职责的人员,应将主体范围限定在负有教育、管理职责的员工群体之内^[24]。负有照护职责人员性侵罪的行为对象不是任何未成年女性,而是受行为人监护、收养、看护、教育、医疗等影响、支配之下的未成年女性。如此把握本罪的行为对象,可以避免对“职责”的理解泛化问题。

形成本罪职责的原因不限,既可能基于法律的原因,也可能基于事实的原因。前者如行为人被法院指定为已满14周岁不满16周岁的未成年女性的监护人,后者如行为人收买了被拐卖的女性(15周岁)作为女儿,在随后一起生活的过程中,能够凭借事实上的照料关系,认定行为人属于负有特殊职责的人员。

对本罪职责的认定,应以行为时为准。成立本罪,要求在与未成年女性发生性关系之时,行为人负有监护、收养等职责。如与未成年女性发生性关系时,收养、看护等职责尚未建立,或者职责已经不复存在,则因行为人与未成年女性是平等的关系,未成年女性对于行为人提出的性要求可以自由权衡,只要行为人未采取暴力、胁迫或者其他方法,就不能认定发生性关系的行为侵犯了未成年女性的性自主权,故该行为不构成本罪。

《刑法修正案(十一)》并未明文要求行为人必须利用特殊职责与未成年女性发生性关系,才成立本罪。据此,只要行为人负有监护、收养等职责,与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生了性关系,通常就成立本罪。不过,形式化地认定“职责”,有可能扩大处罚范围。例如,女孩(15周岁)首次去牙科医

院进行正畸,其崇拜牙医,中午约牙医吃饭,后二人发生性关系的,认定牙医构成本罪,恐怕并不合适。为防止处罚的扩大化,应从本罪的保护法益性自主权说出发,对“职责”进行实质解释。“重要的是行为主体与客体之间具有监督支配之权势关系。也就是行为主体必须在法律上或者事实上……居于扶助者或者照护者的地位而能支配之,始足当之。因此,并非谓一旦两人之间具有亲属、监护、教养、教育、训练、救济、医疗、公务或者业务等关系,就一定可论以本罪。”^[26](P.401)]可见,应从行为人能够对已满14周岁不满16周岁的未成年女性产生一定的影响力或支配力的角度,认定行为人是否属于负有特殊职责的人员。父女关系紧张,父亲给女儿(15周岁)报了一周一次的英语课外辅导班;女儿为报复父亲,第一次去上辅导班时就诱惑了授课教师,二人发生了性关系。虽然授课教师在外形上属于负有教育职责的人员,但其时尚不能认为授课教师对该女能够形成一定的影响力或支配力,故应否定其属于负有本罪意义上的“教育”职责的人员。

行为人能否对未成年女性产生影响力或支配力,通常与时间因素有关。对于日本刑法中的监护人性交等罪,要求“在本罪的成立上,继续性的经济、精神依赖乃至保护关系即受到要求,单纯一时性的、物质上的影响即无法谓为充分。”^[27](P.254)]那么,对本罪“职责”的认定,是否也要求持续一定的时间,就是需要研究的问题。笔者认为,对此不可一概而论,应当考察行为人对已满14周岁不满16周岁的未成年女性的影响力或支配力的强弱予以判断:如果行为人对未成年女性的影响力或支配力极强,则即使时间不长,也能认定行为人属于负有特殊职责的人员。如行为人与15周岁的未成年女性在法律上建立起养父与养女的收养关系,第二天,养父即与养女发生性关系的,养父构成本罪。这是因为,在收养关系中,养女的衣食住行等一切均依赖于养父的支持,故即使刚刚建立起收养关系,养父也能对养女产生足够的影响力或支配力,故应认定养父属于负有收养职责的人员。如果行为人对未成年女性的影响力或支配力极弱,则需要持续一定的时间,才能认定行为人

属于负有特殊职责的人员。例如,家长紧急出差,委托朋友来家中临时陪15周岁的女儿住一晚的,由于“看护”时间过于短暂,难以认为朋友能对该女产生足够的影响力或支配力,故即使朋友诱惑该女与其发生了性关系,也不能认定其属于负有看护职责的人员。再如,对于商业性的课外培训教师,需视培训的场所与方式(是否住校培训、家长能否陪同、家长可否通过视频观看孩子上课情况等)、培训的强度(一周培训几次)、培训的时间(白天还是晚上)、培训的人数(一对一培训还是一对多培训)等因素,判断授课教师是否足以对未成年女性产生影响力或支配力,从而认定该教师是否负有本罪意义上的教育职责。

本罪职责不限于条文明文列举的“监护、收养、看护、教育、医疗”这些情形,只要行为人能够对已满14周岁不满16周岁的未成年女性产生一定的影响力或支配力,基本就能认定行为人对未成年女性负有特殊职责。例如,在打拐过程中,负有解救被拐卖妇女职责的国家工作人员,在解救被拐卖的妇女(15周岁)的过程中,利用解救、照料机会,与该女发生性关系的,其属于负有“解救”职责的人员,应以本罪追究行为人的刑事责任。

四、年龄与认识错误

本罪行为对象是已满14周岁不满16周岁的未成年女性。当刑法对行为对象有明确的年龄要求时,会产生两方面的问题:一是如何查实行为对象的年龄,二是如何处理行为人对行为对象的年龄错误。

(一)年龄认定

实务上较为重视如何认定行为人的年龄问题,并不研究行为对象(被害人)的年龄认定问题。然而,在我国刑法中,不少条文都对行为对象的年龄有明文要求,如何查明行为对象的年龄,是一个具有相当普遍性的刑法问题,有进行研究的必要。行为人(加害人)与行为对象(被害人)属于不同的角色,但二者在年龄的认定方面并无不同,故可借鉴认定行为人年龄的规则,来认定行为对象的年龄。

1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(已失效)规定:“公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时

间以户籍证明为准;没有户籍证明的,以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的,参照其他有关证明认定。”受此影响,在认定行为人的年龄时,在诸多证据中,司法机关最为重视户籍证明。“户籍证明之所以具有高于其他证据的证明效力,原因在于其是有关机关依据法律授权按照法定程序或方式制作出具的,具有较强的规范性。为此,在司法实践中,户籍证明是认定被告人刑事责任年龄的首要依据。”^{[28](P.54)}基于这一认识,2017年最高人民检察院未成年人刑事检察工作指引(试行)第152条规定:“对于未成年人年龄证据,一般应当以公安机关加盖公章、附有未成年人照片的户籍证明为准。”2021年最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第146条规定:“审查被告人实施被指控的犯罪时或者审判时是否达到相应法定责任年龄,应当根据户籍证明、出生证明文件、学籍卡、人口普查登记、无利害关系人的证言等证据综合判断。”

笔者认为,以户籍证明为中心审查行为人的年龄,是特定历史时期的产物,与当前我国民法典的规定并不相符。民法典第15条规定:“自然人的出生时间和死亡时间,以出生证明、死亡证明记载的时间为准;没有出生证明、死亡证明的,以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的,以该证据证明的时间为准。”这一规定颠覆了出生证明与户籍证明的传统关系。民法典是除宪法之外的最为重要的部门法之一,从法秩序的统一性出发,办理刑事案件时应当尽量落实民法典的相关规定。虽然刑法与民法的目的与任务存在不同,但在年龄认定规则上应当相同。因此,司法机关再次制定年龄认定的司法解释时,应将出生证明作为认定年龄的首要依据。

民法典第15条中的“出生证明”,应指“出生医学证明”。1996年,我国启动出生医学证明制度。出生医学证明是母婴保健法第23条明文规定的法定医学证明文书,是户口登记机关进行出生登记的重要依据。1995年卫生部、公安部《关于统一规范〈出生医学证明〉的通知》规定:“新生儿父母或监护人凭《出生医学证明》到新生儿常住地户口登记机关申报出

生登记;户口登记机关凭《出生医学证明》办理出生登记手续,并保留《出生医学证明》副页作为新生儿进行出生登记的原始凭证。”2001年卫生部《关于印发〈出生医学证明〉管理补充规定的通知》规定:“新生儿父亲或母亲或其监护人凭《出生医学证明》,到所在地户口登记机关办理出生人口登记手续。”既然出生医学证明是人生第一证,给新生儿办理户籍登记和将来办理身份证时,均须向公安户籍部门出具出生医学证明,户籍证明与身份证的相关信息均以出生医学证明上所载明的信息为准,故在年龄证明方面,出生医学证明就是第一位的,在所有证据中具有最高的证明力。

当然,出生医学证明也存在造假等问题。此外,并非所有新生儿都能取得出生医学证明,如2013年国家卫生和计划生育委员会、公安部《关于启用和规范管理新版〈出生医学证明〉的通知》规定:“无法核定新生儿母亲信息的新生儿,不能获得《出生医学证明》。”因此,仅在没有出生医学证明、出生医学证明为假、确有证据证明出生医学证明存在年龄错误时,才可调取医院的分娩记录、户口簿、户籍登记底卡、居民身份证、临时居住证、学籍卡、计生台账、防疫证、(家)族谱等证明文件,收集接生人员、邻居、同学等其他无利害关系人的证言,综合审查判断,排除合理怀疑,采纳各证据共同证实的相对一致的年龄。^⑩对于未成年女性是否已满14周岁不满16周岁,如果相关证据相互矛盾,无法印证的,应当作出有利于行为人的认定,认定未成年女性已满16周岁。

(二)年龄错误

女性的实际年龄是多少,与行为人是否认识到该女性的实际年龄,这是两个不同的问题。已满14周岁不满16周岁的未成年女性,其年龄跨度只有2周岁,行为人很有可能对未成年女性出现年龄错误问题。因行为人与未成年女性接触时间短暂等合理原因,导致出现年龄错误时,应区分如下情形分别予以处理:

第一,未成年女性已满14周岁不满16周岁,但负有特殊职责的人员误以为其已满16周岁,诱惑其发生性关系。这一年龄错误不属于认识错误问题,

而是行为人对负有照护职责人员性侵罪的构成要件要素(行为对象“已满14周岁不满16周岁的未成年女性”)没有正确的认识,因而不能认定行为人具有犯本罪的犯罪故意。同时,行为人也没有奸淫幼女的犯罪故意。因此,只要未成年女性同意与其发生性关系,行为人的性侵行为就不构成犯罪。

第二,未成年女性已满16周岁,但负有特殊职责的人员误以为其已满14周岁不满16周岁,诱惑其发生性关系。在这一年龄错误中,行为人主观上有与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系的犯罪故意,但客观上其并未与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系(而是与已满16周岁的未成年女性发生性关系),如果这不属于不可罚的不能犯的情形,该行为就构成负有照护职责人员性侵罪的未遂犯。当然,如无恶劣情节,对本罪(轻罪)的未遂可不追究刑事责任。

第三,未成年女性已满14周岁不满16周岁,但负有特殊职责的人员误以为其不满14周岁,诱惑其发生性关系。在这一年龄错误中,行为人虽有奸淫幼女的故意,但客观上并未奸淫幼女,与其发生性关系的是已满14周岁不满16周岁的未成年女性。就意图奸淫幼女而言,如果这不属于不可罚的不能犯的情形,则发生性关系的行为首先成立(奸淫幼女的)强奸罪的未遂犯。对于行为人客观上与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系的行为,行为人的认识错误跨越了强奸罪与负有照护职责人员性侵罪的构成要件,对于此种抽象事实错误,按照法定符合说,负有照护职责人员性侵罪与强奸罪具有同质性(都是侵犯未成年女性的性自主权的犯罪),针对与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系这一轻罪结果,能够认定行为人存在犯罪故意,因而其行为还成立负有照护职责人员性侵罪。因此,对于上述年龄错误,行为人的行为同时成立强奸罪(未遂犯)与负有照护职责人员性侵罪(既遂犯),按照从一重罪处断原则,对此应以强奸罪(未遂犯)追究刑事责任(为实现罪刑均衡,对行为人不可减轻处罚)。

第四,未成年女性不满14周岁,但负有特殊职责的人员误以为其已满14周岁不满16周岁,诱惑其发

生性关系。在这一年龄错误中,行为人客观上奸淫了幼女,但其主观上并无奸淫幼女的故意,故行为人性侵幼女的行为不构成(奸淫幼女的)强奸罪。不过,这并不意味着行为人无罪,因为行为人性侵幼女的行为可能被评价为其他犯罪。行为人主观上误以为自己与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系,客观上奸淫了不满14周岁的幼女,这一认识错误跨越了(奸淫幼女的)强奸罪与负有照护职责人员性侵罪的构成要件,属于抽象事实错误。对此认识错误,按照法定符合说,因负有照护职责人员性侵罪与强奸罪具有同质性,故可成立轻罪(负有照护职责人员性侵罪)的既遂犯。具体而言,在刑法上,可将重要保护对象(不满14周岁的幼女)降低评价为一般保护对象(已满14周岁不满16周岁的未成年女性),因而,可将行为人与不满14周岁的幼女发生性关系的行为,降低评价为行为人与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系,而行为人主观上也有与已满14周岁不满16周岁的未成年女性发生性关系的故意,行为人的性侵行为完全具备负有照护职责人员性侵罪的主客观要件,故可按负有照护职责人员性侵罪追究刑事责任。

注释:

①参见杨万明 主编:《〈刑法修正案(十一)〉条文及配套〈罪名补充规定(七)〉理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第247页;孙万怀:“刑法修正的道德诉求”,载《东方法学》2021年第1期。

②参见王爱立 主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2021年版,第501页;许永安 主编:《中华人民共和国刑法修正案(十一)解读》,中国法制出版社2021年版,第249页。

③参见罗广彦:“人大代表提议提高‘性同意年龄’值得认真考虑”,载《中国青年报》2020年5月15日第2版。

④参见牛帅帅、赵越:“构建保护未成年人法益的‘性同意年龄’制度”,载《中国妇女报》2020年5月20日第5版。

⑤参见张力:“性同意年龄应一概提高吗”,载《检察日报》2020年4月29日第7版。

⑥参见[日]深町晋也:“家庭内における児童に対する性

的虐待の刑法的規律——監護者性交等・わいせつ罪(刑法179条)を中心に”,载《立教法学》2018年第97号。

⑦参见欧阳涛、张绳祖等:《〈中华人民共和国刑法〉注释》,北京出版社1980年版,第132页;陈兴良:《规范刑法学》(下册),中国人民大学出版社2017年版,第797页。

⑧参见马克昌主编:《百罪通论》(上卷),北京大学出版社2014年版,第536页;陈兴良:《规范刑法学》(下册),中国人民大学出版社2017年版,第799页。

⑨如果成立本罪要求未成年女性必须自愿发生性关系,自愿发生性关系就是本罪的成立要件之一,公诉机关无法证明未成年女性系自愿发生性关系时,不能推定未成年女性系自愿发生性关系,因为这一推定对行为人不利,导致原本可能并不构成负有照护职责人员性侵罪的行为成立该罪。所以,对此不能择一认定,主张行为人成立负有照护职责人员性侵罪。

⑩行为人的监护、收养等职责涉及已满14周岁不满16周岁的未成年女性的核心利益,在此意义上,可以说这是一种“特殊职责”。

⑪参见2017年3月2日最高人民检察院《未成年人刑事检察工作指引(试行)》第152条。

参考文献:

[1]周光权:“刑事立法进展与司法展望——《刑法修正案(十一)》总置评”,载《法学》2021年第1期。

[2]张义健:“《刑法修正案(十一)》的主要规定及对刑事立法的发展”,载《中国法律评论》2021年第1期。

[3]赵合俊:“中国同意年龄法的缺陷与完善——保护儿童特别是女童免于性侵害的视角”,载《妇女研究论丛》2015年第3期。

[4]杨万明主编:《〈刑法修正案(十一)〉条文及配套〈罪名补充规定(七)〉理解与适用》,人民法院出版社2021年版。

[5]赵秉志主编:《〈刑法修正案(十一)〉理解与适用》,中国人民大学出版社2021年版。

[6]刘艳红:“积极预防性刑法观的中国实践发展——以《刑法修正案(十一)》为视角的分析”,载《比较法研究》2021年第1期。

[7]朱少伟:“古今法定婚龄小议”,载《社会》1983年第2期。

[8]王临虹主编:《生殖健康》,中国协和医科大学出版社2005年版。

[9]林柔君、王亚平等:“中学生性行为 and 性态度现状调查分析”,载《中国性科学》2014年第12期。

[10]中国政法大学澳门研究中心、澳门政府法律翻译办公室

编:《澳门刑法典 澳门刑事诉讼法典》,法律出版社1997年版。

[11]高点法商研究中心:《刑事法规(含法律伦理)》,高点文化事业有限公司2019年版。

[12]王士帆等译:《德国刑法典》,元照出版有限公司2019年版。

[13][日]西田典之:《日本刑法各论》,桥爪隆补订,王昭武、刘明祥译,法律出版社2020年版。

[14]孙万怀:“刑法修正的道德诉求”,载《东方法学》2021年第1期。

[15]郭晓飞、黄盈盈:“权力关系的流动:司法实践中的二元对立困境——基于一起热点性侵案件舆论的话语分析”,载《探索与争鸣》2020年第7期。

[16][英]杰瑞米·侯德:《阿什沃斯刑法原理》,时延安、史蔚译,中国法制出版社2019年版。

[17]周详、孟竹:“隐性强制与伦理禁忌:‘负有照护职责人员性侵罪’的理据”,载《南通大学学报(社会科学版)》2021年第2期。

[18]许永安主编:《中华人民共和国刑法修正案(十一)解读》,中国法制出版社2021年版。

[19]蔡圣伟:“滥用诊疗信赖关系促成性交的刑法评价”,载《月旦刑事法评论》2017年第7期。

[20]顾昂然:“关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定(草案)的说明”,载《全国人民代表大会常务委员会公报》1991年第5期。

[21]全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈中华人民共和国刑法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版。

[22]张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版。

[23]周光权:“全国人民代表大会宪法和法律委员会关于《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(草案)修改情况的汇报”,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第1号。

[24]胡云腾、徐文文:“《刑法修正案(十一)》若干问题解读”,载《法治研究》2021年第2期。

[25]康相鹏、孙建保:“性侵未成年人犯罪中‘负有特殊职责的人员’之界定”,载《青少年犯罪问题》2014年第1期。

[26]卢映洁:《刑法分则新论》,新学林出版股份有限公司2015年版。

[27][日]深町晋也:“日本性刑法的过去、现在与未来”,黄士轩译,载《月旦法学杂志》2020年8月号。

[28]最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(总第77集),法律出版社2011年版。