

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.11.003

欢迎按以下格式引用:郝川,那洪瑞.再谈负有照护职责人员性侵罪的法益界定与司法适用——以保护法益和规范目的的二分为视角[J].重庆大学学报(社会科学版),2025(2):280-291. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.11.003.



Citation Format: HAO Chuan, NA Hongrui. Revisiting legal interests definition and judicial application of the crime of sexual assault by personnel with care responsibilities: From the perspective of legal interests and normative purpose[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2025(2): 280-291. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.11.003.

再谈负有照护职责人员性侵罪的 法益界定与司法适用 ——以保护法益和规范目的的二分为视角

郝川,那洪瑞

(西南大学法学院,重庆 400715)

摘要:近年来,家庭成员性侵未成年女性案件大幅上升,负有特殊职责人员性侵未成年人的问题突显,要求严惩特殊职责人员性侵未成年人的呼声高涨。然而,现行强奸罪的规定对于此类侵权行为往往无能为力。为回应公众的呼唤,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》增设负有照护职责人员性侵罪,填补了处罚漏洞,严密了刑事法网。负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员,与14至16周岁未成年女性发生性关系的,往往未成年女性虽然表面同意但内心并不情愿,这是本罪入刑的理由。违背意志存在程度上的差异,包括部分违背和完全违背意志两种情形。强奸罪是完全违背妇女意志,侵犯了妇女绝对的性自主权;本罪是部分违背未成年女性意志,侵犯了未成年女性相对的性自主权。本罪并非侵犯性自主权的抽象危险犯,而是实害犯。保护法益属于法前的概念,为立法者提供立法的方向与指引;而规范目的则是立法者增设具体条文的目的,是法后的结论。为了充分保护14至16周岁未成年女性相对的性自主权,立法者在此使用的是原则上不可反驳的法律推定。因此,本罪的规范目的和保护法益存在分离,规范目的保护范围大于保护法益的内容。本罪与强奸罪的关系,之所以出现两种截然相反的观点,究其原因,在于理论对违背被害人意志是否为本罪的构成要件存在不同理解。从保护法益的角度看,本罪与强奸罪是排斥关系。然而就本罪的规范目的而言,违背被害人意志不是本罪的构成要件,本罪与强奸罪的构成要件存在竞合。本罪出罪的路径一是以保护法益对构成要件进行实质解释,将不能对女性性自主权产生实质影响的要素排除在构成要件之外,以合理划定构成要件的适用范围;二是从规范目的展开分析。从本罪规定看,在特殊职责人员与14至16周岁的未成年女性发生性关系场合,本

作者简介:郝川,西南大学法学院教授,博士研究生导师,Email:heh6@sina.com。

罪属于不可反驳的法律推定,但在被害人主动与特殊职责人员发生性关系时,本罪应被理解为可反驳的法律推定。这样既保护了14至16周岁未成年女性的性自主权,又不会扩大处罚的范围,有利于实现对被害人与行为人合法权益的双重保护。

关键词:部分违背意志;相对的性自主权;保护法益;规范目的;不可反驳法律推定

中图分类号:D914 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2025)02-0280-12

2020年12月26日,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)增设“负有照护职责人员性侵罪”,作为刑法第236条之一。该条规定:“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;情节恶劣的,处三年以上十年以下有期徒刑。有前款行为,同时又构成本法第二百三十六条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”

刑法规定本罪仅要求特殊职责人员与14至16周岁未成年女性“发生性关系”,并无手段的限制,更未提及行为人利用自己所处优势地位。我们不禁要问,在刑法已有强奸罪的情况下,本罪与强奸罪是何关系?此外,立法为何将犯罪主体、犯罪对象限定为特殊职责人员和14至16周岁的未成年女性?其保护法益是什么?特殊职责人员与该未成年女性发生性关系是否具有出罪的空间?对此,付立庆教授在《清华法学》2021年第4期发表《负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型》一文,主张本罪并未提高性同意年龄,并指出本罪保护法益是14至16周岁未成年女性的性自主权,犯罪类型是抽象危险犯,其与强奸罪是互斥关系。原则上特殊职责人员与被害女性发生性关系构成本罪,只在例外情形下以否定危险存在的方式出罪^[1]。

笔者基本赞成付立庆教授的观点,但认为其存在不妥之处:本罪犯罪类型并非抽象危险犯,其保护法益应为14至16周岁未成年女性相对的性自主权。在此,立法者以行为对象14至16周岁年龄为限,针对特殊职责人员,对以下具有政策性寓意的事实作出判断:只要是特殊职责人员与14至16周岁未成年女性发生性关系均被不可反驳地推定成立本罪。从形式上看,本罪与奸淫幼女型强奸罪的立法设置具有相似性,无怪有学者将本罪法益解读为“身心健康”^[2]以及“身心健康与伦理道德的复合法益”^[3];实际上,该条规定隐藏了部分违背未成年女性意志不法要素,又在构成要件中预留了部分违反意愿的证明方法,从而为相对性自主权说的存在提供了解释空间。

从文义解释的角度,对本罪构成要件并无特别难理解之处。然而,“单纯对刑法条文作出平义解,往往不可能得出妥当结论。在某种意义上说,如果对某个法条或者用语的平义解释结论是合理的,就意味着对该法条或者用语不需要解释”^[4]。如果仅从法条的文字表述还不能对本罪有充分的认识,那么对本罪的合理划定就需要联系本罪的立法目的才有意义。

一、本罪的立法背景

我国历来重视对未成年女性性权利的保护工作。1991年全国人大常委会批准加入的《儿童权利公约》第19条规定:“缔约国应采取一切适当的立法、行政、社会和教育措施,保护儿童在受父母、法定监护人或其他任何负责照管儿童的人的照料时,不致受到任何形式的身心摧残、伤害或凌辱,忽视或照料不周,虐待或剥削,包括性侵犯。”2013年,最高人民法院等四部门联合发布《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》,这一文件不仅表明实务部门对依法惩治性侵害未成年人犯罪工作

的重视,更在法律制度层面加大了对未成年人合法权益的司法保护。

近年来,以特殊职责人员为代表的熟人性侵未成年女性案件大幅上升。中国少年儿童文化艺术基金会女童保护基金根据媒体公开报道案例的统计:2019年曝光性侵儿童案例301起,其中,熟人作案超过七成,而负有监护、看护等特殊职责的人员又占熟人作案的五成以上^[5]。相较于其他人员,特殊职责人员由于其特殊地位,能够更为直接、省力地对未成年女性实施性侵害。更进一步,由于特殊职责人员性侵未成年女性犯罪隐蔽性较强,难以发现,定罪困难,因此目前未成年女性容易遭受其性侵害的问题突显。

实际上,现行强奸罪的规定对于特殊职责人员性侵未成年女性的行为往往无能为力。刑法规定,以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的成立强奸罪,这被一般性地理解为强奸罪成立要求实施强迫性手段,违背妇女意志和妇女发生性关系。而由于特殊职责人员性侵未成年女性的行为大多发生在隐蔽的空间,行为人是否采用暴力或胁迫手段难以证明,再加上基于监护等特殊关系的权利不平等带来的压制,14周岁以上未成年女性不愿指控性侵者,这导致从客观方面无从判定或者难以证明性行为是否违背妇女意志,因此该类行为难以按强奸罪处理,这实际并不利于女性性自主权的充分保护。

2020年4月,“鲍毓明案”^[6]的发生再一次刺激了社会本已敏感的神经,要求严惩特殊职责人员性侵未成年女性的呼声高涨。实际上,同年6月公布的《刑法修正案十一(草案)》并未规定性侵未成年女性的犯罪。然而,随着9月17日最高人民检察院与公安部联合督导组对“鲍毓明涉嫌性侵韩某某案”调查情况的公布,尽管鲍毓明最终不构成性侵,但这一事件却极大地暴露出我国女性性权保护工作存在的问题。10月13日,《刑法修正案十一(二审稿)》吸收了有关方面的意见,对特殊职责人员性侵未成年女性的犯罪作出规定。12月26日,十三届全国人大常委会第二十四次会议审议通过了《刑法修正案(十一)》,将特殊职责人员与14至16周岁未成年女性发生性关系的行为独立成罪。此次事件引起的公众愤怒与担忧,最终通过立法的形式予以排解^[7]。

质言之,面对特殊职责人员性侵未成年女性案件的高发以及强奸罪规定的应对无力情形,立法者增设负有照护职责人员性侵罪,仅将“与未成年女性发生性关系”作为本罪的行为要件,实际严密了刑事法网,更好地保护了14至16周岁未成年女性的性自主权。

二、本罪的保护法益为未成年女性“相对的性自主权”

刑法的目的是保护法益,刑法增设新罪限制国民的自由的同时,必须保护新的法益。实定法之前的法益为立法者划定了犯罪的界限,因而具有批判立法的功能。刑法之前的法益重点说明刑法应当保护什么样的利益,法定的法益概念重点说明现行刑法保护了什么利益^[8],厘清二者的关系是正确界定保护法益的前提。

对于刑法各个具体条文的理解,依赖于对刑法其他条文含义的把握^[9]。如果某种行为现有刑法规定能够规制,就没有必要增设新罪,反过来说,只有当某种法益侵害行为具有一般预防的必要性,而且根据现行刑法不能以犯罪论处时,才需要增设新罪^[10]。因此,作为刑法规定的强奸罪236条之一的负有照护职责人员性侵罪,应从强奸罪的规定切入理解,并确保与其之间的协调。

在法益层面,性自主权作为我国强奸罪的保护法益受到学界普遍认可,并为论者所运用^[11]。不可否认,性自主权说确实是刑法学界对性权认识不断深入的产物,但是在我国,对性自主权内涵的

理解实际并不统一,也并不精细,难以发挥对强奸罪构成要件的解释作用,尤其是在刑法将负有照护职责人员性侵行为单独成罪的情形下。为了对强奸罪与负有照护职责人员性侵罪进行界定,有必要对二罪的保护法益予以区分,将未成年女性性自主权的内容予以具体化和明确化。

(一) 强奸罪“性自主权”的表现:完全违背女性意志

近年来,尽管强奸罪本质特征“违背妇女意志”受到一定的质疑^①,笔者认为“违背妇女意志说”基本合理,妇女本人的权利,也就是性自主权是为本罪所保护的法益。性自主权,是指人自主决定是否实施性行为 and 以何种方式实施性行为以及性不受他人强迫和干涉的权利,其包括两方面的含义:一是积极行使的权利;二是不受他人强迫和干涉的权利^[12]。密尔提出,一个人的行为只有在有害地影响到他人利益时社会才对他有裁判权^[13]。妇女意志和性自主权密不可分,行为人违背妇女意志发生了性关系,侵害了女性的性自主权,刑法有必要通过设置否定式的禁止规范对干预他人性权利的行为予以禁止,这突出了性自主权的防御权属性,也是刑法设立强奸罪的原因^[14]。虽然我国刑法对于强奸罪没有违背妇女意志的明文规定,但暴力、胁迫或者其他手段的表述暗含了违背妇女意志的要求^[15]。

不过,用违背妇女的意志来表述强奸罪的本质不够精准。因为“违背妇女意志”是一种主观的思想状态,司法实践中存在性交行为违背妇女意志,但不按强奸罪处理的案件。菲利在《实证派犯罪学》中曾言,绝对的意志自由是不存在的^[16]。意志自由实际总是相对的,生活中的各类压力无疑会对意志自由产生各种限制,没有人是完全自由的。因此,现实中,男女双方难免会基于某种压力而发生性关系。苏格兰的一项调查显示,38%的受访女大学生从事过“屈从的性交”,即当她们内心不愿意进行性交时,仍“同意”与对方性交。尽管“屈从的性交”不是理想的性交,但法律不能将瑕疵的性交作为强奸处理^[17]。

违背意志存在程度上的差异,包括部分违背和完全违背意志两种情形。如有些人对发生性关系并不情愿,但由于这样或那样的压力,意志自由受到一定程度的影响,仍然作出让步,这种可能由于某种压力而同意性交,即是部分违背妇女意志;另一种是被害人明显难以反抗,没有意志自由,性交行为完全违背妇女意志。如上所述,如果不对违背意志程度作出限定,则难以将强奸行为区别于与妇女发生性关系,妇女虽内心不情愿但实际同意发生关系的行为,明显不构成强奸罪。更进一步,以违背意志程度为标准,将完全违背妇女意志作为本质特征可为强奸罪证明提供有益指引,从而尽可能避免传统概括审查带来的偏见与不公^[18]。此外,强奸罪法定最低刑为3年有期徒刑,最高刑为死刑,属于重罪;在刑法修订结构性趋重^[19]的当下,以违背意志程度为标准区分完全违背意志与部分违背意志,说明部分违背意志的行为不构成强奸罪,不适用重刑,也是遵循罪刑相适应原则的体现。正是基于上述认识,强奸罪是完全违背妇女意志,侵犯妇女绝对的性自主权的行为。

(二) “相对的性自主权”的表征:部分违背女性意志

强奸罪保护法益为性自主权,可以确证同属同一法条的负有照护职责人员性侵罪的保护法益当然为性自主权。如上所述,如果某种行为完全能够按照现有刑法规定处理,就没有必要增设新罪或者新的条款。因此,从立法的角度而言,两罪是互斥的关系,具体体现为保护法益内容存在差异。

^①参见:田刚《强奸罪司法认定面临的问题及其对策》(《法商研究》,2020年第2期168-182页);周光营、胡廷霞、王丽娟《非典型性强奸罪司法认定之实践考察与理论转向》(《法律适用》,2020年第12期104-113页)。

现行刑法关于奸淫幼女罪的规定表明,法律认为已满14周岁且精神正常的女性具备了性同意能力。然而,14至16周岁未成年人通常没有自己的劳动收入,生活来源主要来源于他人,在经济、精神、知识、安全等领域需要依赖他人提供的条件和帮助,易于受到外界的干扰和影响,这也是《中华人民共和国民法典》第18条2款规定16周岁以上的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为具有完全民事行为能力的缘由。尤其是当14至16周岁未成年女性面对负有监护、收养、看护、教育、医疗人员时,由于对其经济、精神等方面的依赖,容易类型性地产生一种不安感,意志选择受到一定的影响,并非处于绝对意志自由状态,即若是不答应性行为的话,会遭受某种不利,即便是客观上同意发生性关系,但是内心往往并不情愿^[1]。双方自愿的性行为,并未侵犯双方的性自主权,当然合法。但是,若是一方女性内心并不情愿,对方仍然与之发生性关系,这是对对方主体性地位的不尊重,侵害了其性自主权,此时性行为有处罚的必要^[12]。

另外,2023年发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第6条关于“特殊职责人员迫使被害人与其发生性关系的依照强奸罪定罪处罚”的规定,肯定了强奸罪与负有照护职责人员性侵罪在保护法益方面是相斥关系的观点,这一结论在最高人民法院相关人士的论文中也可以得到确证^[20]。据此,如果性交行为并未违背女性意志,则该行为不可能侵犯被害女性性自主权,因此不成立犯罪。强奸罪是使被害妇女明显难以反抗,完全违背其意志,侵犯了其绝对的性自主权。未成年女性面对特殊职责人员,其意志自由虽然受到干扰和影响,但毕竟是自己选择与行为人发生性关系,因此与其发生性关系的行为属于“部分违背意志”,侵犯了其相对的性自主权。

此外,付立庆教授认为,本罪不是侵犯性自主权的实害犯。其指出,本罪并未以明文规定“利用特殊职责”等行为要件,这说明被害女性性自主权实际并未受到完整侵害。相反,立法者在此实际以法律推定的形式推定行为人利用了特殊职责形成的优势地位。根据这一推定,行为便具有了侵犯被害女性性自主权的危险^[1]。应当承认,这种理解不仅划清了本罪和强奸罪的界限,实现对性自主权提前保护,也解释了立法者立法对本罪设置的法定刑低于强奸罪的缘由,而且为14至16周岁未成年女性确实真实自愿地与对方发生性关系提供合理的出罪路径,确实具有一定合理性。

然而,在本文看来,上述观点实际上是对本罪保护法益的误解。

第一,本罪的构成要件暗含了实害的结果。对保护法益造成实害抑或危险是区分实害犯和危险犯的标准。所以,刑法规定犯罪的构成要件包含实害结果的,不是抽象危险犯^[21]。负有照护职责人员性侵罪是实害犯,因为成立本罪要求特殊职责人员与14至16周岁的未成年女性发生性关系的,该未成年女性内心并不情愿,行为部分违背其意志。这一行为造成了侵犯女性相对性自主权的结果,从而不同于侵犯女性绝对性自主权的强奸行为,这也为本罪的法定刑低于强奸罪给出了理论说明。

第二,由于缺乏立法的调研,本罪规定的行为与女性绝对性自主权的实害结果之间的关联度不无疑问。从逻辑论的角度看,抽象危险应当是具体危险之前的对法益可能造成的损害^[22]。然而,单纯地负有照护职责人员性侵罪的行为,既不可能在个案中对女性绝对性自主权法益造成现实的危险,也无法被认定为一般情况下具有使女性绝对性自主权遭受损害的典型危险性,也就是说,本罪构成要件行为与对女性绝对性自主权侵害结果之间不存在抽象危险犯所要求的关联性。

第三,付立庆教授的观点,会导致自相矛盾的结论。其一方面主张,基于双方之间特殊关系,14

至16周岁未成年女性性自主权之行使受到类型性影响;另一方面又认为,当该类未成年女性确实真实自愿地与对方发生性关系时,可以以否定危险存在的方式出罪,但这样的主张中却蕴含矛盾。既然认为女性性自主权之行使受双方之间特殊关系的影响,以下结论的得出便理所当然:在与特殊职责人员的相对关系中,该类未成年女性内心的意愿对于侵犯女性性自主权的危险不具有实质意义。因此,以真实意愿否定危险存在的出罪理由实际并不成立。

三、本罪保护法益与规范目的并不一致

明确本罪的保护法益以后,以此为指导,解释本罪构成要件、区分本罪与强奸罪关系是学界一贯思路。从本罪仅要求特殊职责人员与14至16周岁未成年女性发生性关系的规定来看,凡存在有特殊职责的人员与该未成年女性发生性关系的事实,便无一例外地认定为本罪。然而,从保护法益的视角出发,14至16周岁未成年女性受制于双方的不对等关系,往往内心并不情愿,部分违背其意志。可以发现,本罪刑法条文并未有手段的要求,立足于法益理论的解释似有违规范目的之嫌。

(一) 保护法益和规范目的的关系

刑法的目的是保护法益,因此,对犯罪构成要件的解释,应当以犯罪的保护法益为指导。目前,我国不乏这种将规范保护目的等同于法益的理解。然而,法益并非是决定犯罪化与否的唯一根据,因为,犯罪化不仅是保护法益,也要通达成一定的秩序。也就是说,在犯罪化的过程中,立法者不仅要考虑保护对象的重要性,也要考虑行为的有用性及一般人的行动自由,以免提出过于苛刻的要求^[23]。事实上,保护法益并不总是等同于规范目的。随着社会的发展,立法者可能会适当扩大规范保护目的范围,以期达到更好的效果与满足不同的需要^[24]。

第一,两者产生的时间不同。保护法益属于法前的概念,规范目的是法后的结论。保护法益为立法者提供立法方向,合理和准确地确定刑事处罚范围。刑法规范目的是立法者增设具体条文的目的,本身涉及价值选择、刑事政策等多方面内容,并非简单的保护法益就能概括,简单以法益保护为内容界定规范目的,会使法益概念丧失确保个人自由的功能,模糊司法与立法的界限^[25]。

第二,规范目的与保护法益的主要功能不同。保护法益用以划定刑法的处罚范围,规范目的则发挥构成要件的解释功能。具体犯罪的独立性则由规范目的予以明确。例如,财产犯罪均以财产法益为其保护对象,但盗窃罪、抢劫罪、抢夺罪等犯罪在理论与适用上却各有区别,仅凭保护法益明显无法对这些罪名进行区分,规范目的的把握则可以对它们进行全面理解。

第三,规范目的与保护法益的范围不同。刑法规范并非禁止所有的侵害法益的行为,仅是处罚特定类型的行为^[23]。生活利益要上升为法益,一方面得为刑法规范本身所不允许,另一方面也依托于立法者以一定的政策导向,而保护法益本身实难发挥这一作用。因此,在这个角度,法益是刑法保护的对象,规范目的则决定保护法益的范围与程度,二者是被评价与评价的关系^[26]。

实际上,保护法益构成要件解释机能在我国刑法中已呈两种样态:在规范目的范围与保护法益基本一致的场合,保护法益能够独立发挥构成要件解释机能;在规范目的范围与保护法益并不一致的场合,保护法益则不能独立发挥构成要件解释机能。

(二) 本罪的保护法益和规范目的存在分离

一般而言,保护法益与规范目的范围基本一致。在刑法谦抑性的框架下,尽管法益保护不可能是全方位的,只是限制性和辅助性的^[23],但在具体犯罪并未蕴含独特的价值选择、立法技术的场合,

保护法益实际等同于规范目的。从本罪的刑法规定看,其规范目的保护范围大于保护法益的范围。

本罪不要求行为人使用暴力、胁迫等手段,只要其与14至16周岁未成年女性发生性关系,即使被害女性“自愿”,也构成本罪。这意味着,面对特殊职责人员时,即便该类未成年女性是“自愿”的,在刑法上也被视为部分违背意志。就刑法理论而言,14至16周岁未成年女性的自愿被法律视为无效的原因,并非是因为其性同意能力的欠缺:既然现行刑法规定女性的性同意年龄为14周岁,承认14周岁以上女性有性同意能力,那么就没有理由将14至16周岁的女性排除在具备性同意能力的范围之外。相反,应将负有照护职责人员与该类未成年女性发生性关系的行为视为与部分违背被害女性意志之间存在常态的经验关联。这意味着,刑法上的“部分违背意志”指涉的并非客观意义上的存在物本身,二者之间不是认识论意义上的反映与被反映的真理关系,其中隐含的是一系列特定的社会公共政策判断或价值判断^[27]。

然而,不可否认,这样的标准也存在反客观的一面:14至16周岁未成年女性与特殊职责人员发生性关系时,个别情况下出于自愿。本条语境下,其虽然呈现出对14至16周岁未成年女性消极性自主权的保护,但也侵犯了其积极性自主权。毋庸置疑,立法者在制定本条时,应当是考虑到了这一反面事实的存在,并作出相应的权衡。因此,合理的逻辑应当是:两种利益冲突时,立法者选择了对14至16周岁未成年女性消极性自主权,即相对性自主权优先保护。因此,在这个角度,立法者在增设本罪时毫无疑问对“特殊职责人员与14至16周岁未成年女性发生性关系”之事实进行了价值判断与取舍,并适用了特定立法技术以达到这一效果,因此本罪规范目的范围明显大于保护法益,二者在本罪中呈现分离态势。

(三)“保护法益与规范目的区分”立场下分析本罪与强奸罪关系

在“本罪规范目的范围大于保护法益”的立场下分析本罪与强奸罪关系,能为厘清二者关系提供裨益。对于本罪和强奸罪的关系,学界存在两种不同的观点。付立庆教授认为,本罪与强奸罪是相互排斥的关系。至于刑法规定的“有前款行为,同时又构成本法第二百三十六条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”,不过是提示要注意考察被害人的主观心态,正确定性^[1]。另有学者认为,强奸罪与负有照护职责人员性侵罪存在交叉竞合关系,本罪构成要件为负有特殊职责的人员与14至16周岁未成年女性发生性关系,由于“奸淫行为”可以被评价为“发生性关系”,那么两罪存在交叉部分^[28]。

对于本罪与强奸罪的关系,之所以出现两种截然相反的观点,究其原因,在于理论对违背被害人意志是否为本罪的构成要件存在不同理解。从保护法益的角度看,本罪是部分违背14至16周岁未成年女性的意志,侵犯了其相对性自主权,当然与完全违背妇女意志,侵犯妇女绝对性自主权的强奸罪是排斥关系。然而就本罪的规范目的而言,基于家长主义,认定本罪仅从行为人违反了禁止规范,负有特殊职责人员与14至16周岁未成年女性发生性关系即可,无须考察是否违背被害女性的意志。违背被害人意志不是本罪的构成要件,这便导致但凡存在二者发生性关系的事实,便无一例外地肯定本罪的成立^[29]。即使完全违背被害女性意志,只要不使用暴力、胁迫或其他手段,行为人同样难免本罪的处罚,因此本罪与强奸罪的构成要件存在竞合。

四、本罪的出罪路径

本罪成立并无手段的要求,但也不意味着只要特殊职责人员与14至16周岁的未成年女性发生

了性关系,行为人就必然构成本罪。本罪出罪的路径一是以保护法益对本罪构成要件罪进行实质解释,以合理划定构成要件的适用范围;二是从规范目的展开分析。

(一) 保护法益出罪路径

结合现有法律规定,普遍认可的出罪路径大致有:一是行为要件方面,行为人与14至16周岁未成年女性未发生性关系;二是认识错误方面,行为人对14至16周岁未成年女性年龄缺乏认识^[30]。然而,在行为主体方面,由于法律缺乏对“特殊职责”这一概念的解释,而这一要素无疑会直接影响本罪出罪,因此本文将着重结合“相对性自主权”的保护法益,对“特殊职责”概念进行分析并用以出罪。

刑法第236条之一对特殊职责的范围作出了规定,即“监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责”。毋庸置疑,在本文所主张的“相对性自主权”保护法益解释下,上述特殊职责即属于行为主体的构成要件,不符合特殊职责的人员可从构成要件符合性阶段出罪。对此,理应对“特殊职责”范围进行实质解释,否则难以对14至16周岁未成年女性性自主权产生实质影响的人员认定为“特殊职责人员”。详言之,应要求该类人员与被害女性形成物质、精神层面的依赖关系,以使被害女性不能自主决定是否发生性行为,从而部分违背其意志,其中,持续时间不宜作为决定要素^[31]。

一方面,“依赖关系的形成”是被害女性受特殊职责人员影响,不能自主决定性行为的应然之义。我国刑法规定的性同意年龄是14周岁,与14周岁以下的幼女相比,14至16周岁未成年女性毕竟年长2岁,对性行为已经有了判断与认识能力;然而,相较于16周岁以上的女性,14至16周岁女性依然尚未完全成熟,容易基于自身地位对某些人员存在物质、精神层面依赖性,而一旦这些人员借这一优势地位对其提出性要求,该类未成年女性实际就会受到影响,难以自主决定其性行为。

另一方面,“依赖关系的形成”也是行为主体影响被害女性,部分违背被害女性意志的前提要件。当行为主体处于以依赖关系为核心的优势地位,其当然能够明显感受到由依赖关系带来的种种便利,体会到被害女性在此间的弱势地位。在“依赖关系形成”场合,行为主体对被害女性具有直接影响,往往使其言听计从;借助这一影响,行为主体提出性要求,要求被害女性与其发生性关系,明显更容易部分违背被害女性意志,从而侵害其性自主权。

综上所述,应以“依赖关系是否形成”严格限制“特殊职责”范围,避免对“等”这一表述的扩张解读。对于未导致被害女性产生依赖性的特殊关系,应予以出罪。

(二) 规范目的出罪路径

对于本罪适用了何种立法技术,学界存在两种不同的观点。一种观点认为,本罪就“利用特殊职责”这一不成文构成要件设立了可反驳的法律推定,若有证据证明行为人并未利用特殊职责与被害人发生性关系,行为人不构成本罪^[32];另一种观点认为,本罪属于不可反驳的法律推定,因此特殊职责人员与14至16周岁的未成年女性发生性关系的,一律构成犯罪^[33]。

实际上,对本罪立法技术的分析,应当从具体条文入手。本罪之规定“与该未成年女性发生性关系”包含两种情形:一是特殊职责人员主动与该未成年女性发生性关系,二是特殊职责人员并未主动而与该未成年女性发生性关系;前者指行为人主动提出并发生性关系,后者指被害人主动要求并发生性关系。这是男女双方性行为的应然之义,因此得基于这两个角度综合分析本罪立法技术。学界现有观点要么侧重于行为人角度分析,要么侧重于被害人角度分析,皆不全面,难言合理。

1. 行为人主动:不可反驳法律推定

从行为人角度分析,在特殊职责人员主动提出并与该未成年女性发生性关系的场合,行为人一

律构成犯罪,本罪属于不可反驳的法律推定。

第一,从刑法规定文字表述看,本罪是不可反驳的法律推定。根据第236条之一的规定,特殊职责的人员“与该未成年女性发生性关系的”一律构成犯罪,为此就应该认为,在特殊职责人员主动的情况下,即便14至16周岁未成年女性是自愿与其发生性关系,其也构成本罪。就此而言,它无异于立法上的不可反驳的推定。立法者如此规定的理由在于,一旦行为人主动提出发生性关系,其当然可能基于对未成年女性的影响而干扰其意志自由,使其难以自主决定性行为,从而损害其相对的性自主权。因而,只要特殊职责人员与14至16周岁的未成年女性发生性关系即成立犯罪,根本无需对未成年女性事实上有无性同意进行实质的审查。

第二,从立法者的价值选择看,本罪是不可反驳的法律推定。一般而言,基础事实和推定事实之间的高概率联系是推定成立的基础,由于反面低概率的存在,因此所有推定皆可被反驳。但这一论断仅适用于事实推定,法律推定的创设除概率外还存在其他因素^[34]。刑法对本罪的规定,正是政策导向与价值衡量、取舍的反映,对其解释理应结合具体的刑事政策与价值因素。当立法者将14至16周岁未成年女性从其他女性中独立出来使之成为负有职责人员性侵罪的特殊对象时,就已经对这一具有政策性寓意的事实作出判断。在此,立法者以年龄和特殊关系为限,为未成年女性面对特殊关系时内心是否同意的判断提供了一个形式标准:在特殊职责人员主动提出并与未成年女性发生性关系的场合,不可反驳地推定该未成年女性内心不同意。这区别于奸淫型幼女强奸罪对幼女是否具有性同意能力的推定,也区别于一般型强奸罪直接以完全违背妇女意志作为本质特征的认定模式。

2. 被害人主动:可反驳法律推定

然而,立足于被害人的角度,即当特殊职责人员并未主动,而是被害人主动要求并与其发生性关系时,应当允许行为人出罪,本罪立法技术应当被理解为可反驳的法律推定。可反驳的法律推定是证据法上的一项规则,其成立的前提是与推定事实相反的事实尚未得到证明。在刑事法领域,可反驳的法律推定将证明责任重新进行分配,并由被告人承担反驳的责任;如被告人未能提出相应证据进行反驳,推定事实方能成立。

如果仅将本罪规定理解为不可反驳的法律推定,实际无法实现惩治犯罪与保障人权目的的协调。一方面,不可反驳的法律推定会过分干涉未成年女性的性自由。一般而言,由于特殊关系的存在,14至16周岁未成年女性接受或者拒绝对方发生性关系之请求的意愿表达受到影响和干扰,其自由行使受到威胁,因此,发生性行为很难说是真正基于被害人的同意。同时,这样的标准也存在反客观的一面:也有未成年女性并未受到特殊关系的影响,自愿甚至主动与负有照护职责人员发生关系。由前所述,在增设本罪时,立法者对这一事实也应该予以了充分考虑。对此,可行的推断是,涉及负有照护职责人员与14至16周岁未成年女性发生性关系时,立法者在价值取向上以限制未成年女性性意愿为原则,同时在例外情形下对其意愿予以承认。原因在于,过度限制未成年女性权利的意愿必然损害未成年女性的利益。毕竟14至16周岁的未成年女性生理、智力已基本成熟,具备了认识自己行为的性质、后果以及控制能力。在双方自愿甚至渴望的情况下,如果动用刑罚手段去惩罚这种爱意的表达或快乐的享用,不仅不是对未成年幼女的保护,往往是对其正当性欲的压制^[35]。

另一方面,不可反驳的法律推定也会不当扩大处罚的范围,不利于保护特殊职责人员的合法权

益。当特殊职责人员主动提出发生性关系时,其对未成年女性的性选择构成了影响与干扰,使未成年女性不能自主决定发生性行为,确实具有刑事可罚性,对其定罪量刑符合罪刑相适应原则;然而,在未成年女性主动的情形下,行为人并未主动要求发生性关系,意味着其没有对未成年女性施加不良影响与干扰,可罚性明显降低,再对其进行刑事处罚可能违背罪刑相适应的基本精神,损害其合法权益。

因此,14至16周岁的未成年女性主动与特殊职责人员发生性关系并不构成本罪。因为这是未成年女性自愿的选择,并不违背其意志,没有侵犯本罪保护的法益。只要被告人能够证明是14至16周岁未成年女性主动发生性关系而行为人并未主动也未利用身份形成的优势地位或者影响力发生性关系的,就可予以出罪^[36]。

综上所述,面对特殊职责人员占据主动,14至16周岁未成年女性自愿可能非其真实自愿的情形,立法者通过不可反驳的法律推定限制了该类未成年女性性意愿,确实能够最大程度实现对其性权益的保护;然而,在未成年女性占据主动,其自愿并未受到特殊职责干扰与影响的个别场合,则应当认为立法者通过可反驳的法律推定预留了特殊职责人员出罪的空间,以保障二者的合法权益。因此,本罪立法技术应当被理解为,以不可反驳的法律推定为原则,以可反驳的法律推定为例外,行为人的出罪受到严格限制。

结语

从规范目的出发,本文界定本罪的保护法益,明确本罪的处罚范围,主要围绕三点展开。第一,本文依托违背妇女意志区分强奸罪与本罪,提出“违背意志”包括完全违背意志与部分违背意志,违背女性意志的程度是强奸罪与本罪保护法益区分标准,从而得出了以部分违背女性意志为侵害形式的“相对性自主权”理论。第二,本文从保护法益与规范目的的关系入手,提出本罪保护法益与规范目的并不一致,本罪规范目的范围大于保护法益,因此不能仅从保护法益的角度解释本罪构成要件。第三,本文立足于保护法益与规范目的两个角度,提出从保护法益角度,应以“依赖关系的形成”认定“特殊职责”范围;从规范目的角度,本罪原则上为不可反驳的法律推定,例外为可反驳的法律推定,但被严格限制,为本罪出罪提供了可行的解释路径。以上三点详细论证了负有照护职责人员性侵罪的理解与适用问题,以期为司法实践统一和准确适用本罪提供积极帮助。

参考文献:

- [1] 付立庆. 负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型[J]. 清华法学, 2021(4): 72-86.
- [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[J]. 中国法律评论, 2021(1): 50-59.
- [3] 姚建龙. 负有照护职责人员性侵罪的法益证立与实质认定[J]. 清华法学, 2024(4): 56-69.
- [4] 张明楷. 催收非法债务罪的另类解释[J]. 政法论坛, 2022(2): 3-17.
- [5] “女童保护”2019-2020年性侵儿童案例统计及儿童防性侵教育调查报告[EB/OL]. (2021-06-27)[2023-07-27]. <https://all-in-one.org.cn/ntbh>.
- [6] 何勇. “鲍某某涉性侵案”盖棺定论背后问题仍需破解[N]. 民主与法制时报, 2020-09-19(02).
- [7] 陈家林, 吕静. 负有照护职责人员性侵罪的解释视角与规制边界[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2021(5): 53-64.
- [8] 张明楷. 论实质的法益概念: 对法益概念的立法批判机能的肯定[J]. 法学家, 2021(1): 80-96, 193-194.
- [9] 郝川, 时晨珂. 高空抛物罪和相关《司法解释》的关系及其问题解决[J]. 西南大学学报(社会科学版), 2022(4): 76-84.

- [10] 张明楷. 增设新罪的原则:对刑法修正案十一(草案)的修改意见[J]. 政法论丛, 2020(6):3-16.
- [11] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 北京:北京大学出版社, 2022:468.
- [12] 王焕婷. 性侵犯罪的不法内涵:以负有照护职责人员性侵罪为中心[J]. 中国刑事法志, 2022(6):53-68.
- [13] 约翰·密尔. 论自由[M]. 顾肃, 译. 南京:译林出版社, 2010:18.
- [14] 杜治晗. “骗奸”的法教义学阐释与强奸罪解释论的深化[J]. 法学家, 2024(5):165-170, 196.
- [15] 胡东飞, 秦红. 违背妇女意志是强奸罪的本质特征:兼与谢慧教授商榷[J]. 政治与法律, 2008(3):133-139.
- [16] 菲利. 实证派犯罪学[M]. 郭建安, 译. 北京:中国政法大学出版社, 1987:9.
- [17] 魏汉涛. 强奸罪的本质特征与立法模式之反思[J]. 环球法律评论, 2012(4):116-130.
- [18] 向燕. 强奸迷思的证据法反思[J]. 中外法学, 2024(5):1282-1302.
- [19] 刘崇亮. 对刑罚修订的效果量化分析与反思[J]. 政法论丛, 2022(5):90-100.
- [20] 何莉, 赵俊甫. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J]. 中国应用法学, 2023(3):33-41.
- [21] 陈兴良. 规范刑法学(上)[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2023:247.
- [22] 梅传强, 胡雅岚. 妨害公共交通工具安全驾驶罪的理解与适用[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2021(1):42-51.
- [23] 李波. 规范保护目的:概念解构与具体适用[J]. 法学, 2018(2):25-41.
- [24] 郝川, 袁瑞. 职务公正性作为受贿罪保护法益的再提倡:以规范目的与保护法益相分离为视角[J]. 河北法学, 2024(9):129-146.
- [25] 马寅翔. 规范保护目的与构成要件解释[J]. 中外法学, 2021(2):425-445.
- [26] 于改之. 法域协调视角下规范保护目的理论之重构[J]. 中国法学, 2021(2):207-227.
- [27] 劳东燕. 强奸罪与嫖宿幼女罪的关系新论[J]. 清华法学, 2011(2):33-47.
- [28] 张欣瑞, 陈洪兵. 负有照护职责人员性侵罪的立法评析与司法适用[J]. 青少年犯罪问题, 2021(4):16-27.
- [29] 李翔. 论负有照护职责人员性侵罪的规范构造与实践逻辑[J]. 华东政法大学学报, 2024(5):105-115.
- [30] 李立众. 负有照护职责人员性侵罪的法教义学研究[J]. 政法论丛, 2021(4):18-29.
- [31] 赵冠男. 中德负有照护职责人员性侵罪中“照护职责”之规范比较分析[J]. 环球法律评论, 2022(4):66-81.
- [32] 周详. 论负有照护职责人员性侵罪的规范目的:“年龄提高论”反思[J]. 法商研究, 2022(4):90-102.
- [33] 周光权. 刑事立法进展与司法展望:《刑法修正案(十一)》总置评[J]. 法学, 2021(1):18-35.
- [34] 张海燕. 论不可反驳的推定[J]. 法学论坛, 2013(5):66-72.
- [35] 赵军. “自愿年龄线”与儿童性权利的冲突及协调[J]. 刑法论丛, 2014(3):570-590.
- [36] 钱叶六, 叶显含. 负有照护职责人员性侵罪的立法意旨与教义学分析:基于软家长主义的视角[J]. 求是学刊, 2024(6):99-109.

Revisiting legal interests definition and judicial application of the crime of sexual assault by personnel with care responsibilities: From the perspective of legal interests and normative purpose

HAO Chuan, NA Hongrui

(Law School, Southwest University, Chongqing 400715, P. R. China)

Abstract: In recent years, the number of cases of sexual assaults against underage females by family members has risen sharply. The problem of sexually assaulting minors by personnel with special responsibilities has become prominent, and the calls for severe punishment have risen. However, the current provisions of the crime of rape are often powerless for such sexual assault. In response to the public's call, Amendment XI to

the Criminal Law added the crime of sexual assault by personnel with care responsibilities, filled the punishment loopholes, and tightened the criminal law network. Persons with special responsibilities such as guardianship, adoption, care, education, medical care, etc., when they have sexual relations with underage females aged 14 to 16, often find that underage females are reluctant despite their superficial consent, which is the reason for the criminalization of this act. There are differences in the degree of violation of will, including partial violation and complete violation of will. The crime of rape is complete violation of will and violates females' absolute sexual autonomy. This crime is partial violation of the will of underage females and violates the relative sexual autonomy of underage females. This crime is not an abstract dangerous crime against sexual autonomy, but a real crime. The legal interest is a pre-legislation concept, which provides the direction and guidance of legislation, while normative purpose is the purpose of legislators to add specific provisions, which is the conclusion after legislation. In order to fully protect the relative sexual autonomy of underage females aged 14 to 16, legislators use legally irrefutable legal presumption in principle. Therefore, the normative purpose of this crime and the protection of legal interests are separated, and the protection scope of normative purposes is greater than the content of protecting legal interests. The reason why there are two diametrically opposite views on the relationship between this crime and the crime of rape is that there are different understandings of whether the violation of will of the victim is the constituent element of this crime. From the perspective of protecting legal interests, this crime and rape are exclusive. However, as far as the normative purpose of this crime is concerned, the violation of will of the victim is not a constituent element of this crime, and there is a competition between this crime and the constituent elements of the crime of rape. The first way to exclude from this crime is to substantively interpret the constituent elements with the protecting legal interests, exclude elements that cannot have a substantial impact on females' sexual autonomy from the constituent elements, and reasonably delineate the scope of application of the constituent elements. The second is to analyze from normative purposes. Judging from the provisions of this crime, in the case of persons with special responsibilities have sexual relations with underage females aged 14 to 16, this crime is an irrefutable legal presumption, but when the victims take the initiative, this crime should be understood as a rebuttable legal presumption. This not only protects the sexual autonomy of underage females aged 14 to 16, but also does not expand the scope of punishment, which is conducive to the dual protection of the legitimate rights and interests of victims and perpetrators.

Key words: partial violation of will; relative sexual autonomy; legal interests; normative purpose; irrefutable legal presumption

(责任编辑 胡志平)