

负有照护职责人员性侵罪的法益 追问与适用边界

——“不被诱骗的性自决权说”之提倡

姜 瀛

(大连海事大学法学院,辽宁 大连 116023)

摘 要:负有照护职责人员性侵罪的增设并未提高性同意年龄,该罪所保护的法益仍然是性自决权。具体而言,由于《刑法》第236条之一未体现出任何强制性色彩,应将之解释为“行为人利用非强制性的言辞劝诱使14至16周岁女性与之发生性关系”,本罪保护法益应被定位为不被诱骗的性自决权,其理论基础在于主体间的信息差异与信任风险。基于“不被诱骗性自决权说”,本罪的非强制性行为方式不具有危险性,可以合理诠释本罪轻缓的法定刑配置。同时,基于该说,本罪在定罪与出罪的判断上均可遵循递进式进路,由此既可以避免将本罪与强奸罪相混同,不会影响重罪的正当适用,也为出罪保留了合理空间。从体系化层面来讲,本罪作为一种相对轻缓化、不具有强制性因素的罪名,在性犯罪中确立了强制型(不同意型)与非强制型(非真实同意型)并存的二元格局,由此彰显出本罪的独立意义。

关键词:负有照护职责人员;法益;性自决权;诱骗

中图分类号:DF624 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2022.03.06 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



一、问题的提出

近年来,以“鲍某某涉性侵养女”^①为代表的性侵未成年人事件引发社会的广泛关注。有研究统

收稿日期:2022-01-20

基金项目:2019年度国家社科基金青年项目“刑法立法模式与修改方式研究”(19CFX038)

作者简介:姜瀛(1984),男,辽宁鞍山人,大连海事大学法学院副教授,法学博士。

① 何勇:《“鲍某某涉性侵案”盖棺定论 背后问题仍需破解》,载《民主与法制时报》2020年9月19日,第002版。

计,在性侵未成年人案件中,具有抚养、照护等特定关系的“熟人”占据了很高的比例。^①正是基于上述社会背景,2020年12月26日通过的《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)》)专门增设“负有照护职责人员性侵罪”,也即《刑法》第236条之一规定,“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”。应当看到,《刑法修正案(十一)》对我国性犯罪立法做出全面修改,表明立法机关回应性犯罪司法实践中定罪争议以及罪刑均衡难题的积极意愿;通过对负有照护职责人员性侵未成年人行为的专门规制,可以在织密刑事法网的同时加大对性犯罪惩治力度,促使我国性犯罪的罪名构造更为丰富,总体上值得肯定。

在《刑法修正案(十一)》颁布之前,学界与实务部门通常认为,《刑法》第236条第2款所规定的“奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚”,表明在我国女性可自主决定发生性关系的年龄(即“性同意年龄”)为14周岁;与14周岁以下幼女发生性关系无论其是否同意均成立强奸罪,以实现一种绝对化的权益保护。而在《刑法修正案(十一)》增设负有照护职责人员性侵罪之后,犯罪对象被限定为“已满14周岁不满16周岁的未成年女性”,这是否意味着我国刑法已经(即便是针对特定犯罪主体而言)提高了性同意年龄呢?事实上,在2020年年初“全国两会”期间,曾有全国人大代表提交议案建议修改刑法将性同意年龄线从14岁提高至16岁^②,以此来弥补法律漏洞、应对诸如“鲍某某涉嫌性侵养女事件”等侵害未成年人性权利(身心健康)的现实问题。此次修法增设负有照护职责人员性侵罪,是否说明立法机关已积极回应了上述立法诉求呢?应当承认,本罪确实具备严密刑事法网的效果,这源于本罪有助于缓解司法机关处理性犯罪案件时纠缠于“恪守疑罪从无原则”与“社会舆论压力”之间的紧张状态,进而对特定人员之间实施性侵行为之证明难题作出立法补救。不过,本罪也可以被解读为是在典型案例裹挟和舆论牵引之下的应激式解决方式,未必是经过充分论证后的体系化处理。^③由此而言,本罪的增设虽能够充分体现出刑事政策上的回应性,却也存在适用范围扩张与法治边界模糊的风险。

直观来看,本罪在保护对象上——14至16周岁女性——的限定,可能会给人留下一种概括的法律形象,即本罪是处于《刑法》第236条第1款的“一般强奸行为”与该条第2款“奸淫幼女型强奸行为”中间位置的制度设计^④,然而,关于本罪保护法益以及构成要件之解释,却无法通过仅取二者的中间值以求完满诠释。事实上,本罪保护法益的学理纷争与我国强奸罪保护法益的二元结构存在直接关联。强奸罪保护法益因对象不同而有所差异,在被害人是妇女的场合,保护法益被定位为妇女的性自决权;而在被害人为未满14周岁幼女的场合,因其不具有性同意能力——因缺乏有效

① 根据中国少年儿童文化艺术基金会女童保护基金与北京众一公益基金会女童保护基金联合发布《2020年性侵儿童案例统计及儿童防性侵教育调查报告》统计,2020年全年媒体公开报道的性侵儿童(18岁以下)案例332起。在231起熟人作案的案例中,教师作案71起,占比30.74%;亲人亲属(父亲、继父、兄长、叔伯等)作案48起,占比20.78%;网友作案42起,占比18.18%;邻居朋友作案37起,占比16.02%;其他人员作案33起,占比14.29%。载搜狐网2021年3月3日, https://www.sohu.com/a/453820258_115563。

② 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002版。

③ 付立庆:《负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型》,载《清华法学》2021年第4期,第76页。

④ 张梓弦:《积极预防性刑法观于性犯罪中的体现——我国〈刑法〉第236条之一的法教义学解读》,载《政治与法律》2021年第7期,第50页。

同意而无法阻却强奸罪的成立,此时强奸罪所要保护的法益为幼女的身心健康。^① 本罪保护法益之争,表现为以“性同意年龄是否提高”为分水岭所形成的“身心健康说”“性自决权说”以及“复合法益说”之间的观点纷争(具体观点后文将详细展开)。

从立法技术层面来看,本罪在身份与被害对象上均有所限定、在手段上并未附加强制性要件、在法定刑上相对轻缓化,上述规范性特征将是我们在解读本罪保护法益时所要回应的现实问题。进而言之,在本罪内部,主体身份、非强制性特征与法定刑之间的体系逻辑如何建构?同时,从规范适用效果层面来看,对本罪保护法益的诠释实际上是为理性把握本罪适用的边界确立理论基础,力求做到不枉不纵。反之,如果对本罪保护的法益把握不当,一方面可能存在将并未对特定未成年女性性权利造成实质侵害的行为作为犯罪处理的风险,另一方面也可能出现司法机关出于减轻证明负担的办案需要而将负有照护职责人员实施的可能构成强奸罪的犯罪行为不当地降格为本罪的情形。总之,本罪对固有的理论认知与未来的司法实践带来了挑战,应当运用法教义学智识予以正面回应。

二、“身心健康说”的刑事政策迎合与体系解释困境

全国人大常委会刑法室在解读《刑法修正案(十一)》时指出,“立法机关听取各方意见并反复研究,规定了本条犯罪,将年龄界限划定在十六周岁”。^② 这里所说的“划定年龄界限”,实际上表明将性同意年龄提高到十六周岁。如果认为本罪的设立是通过提高性同意年龄的方式实现对14至16周岁女性身心健康的充分保护,这与刑法在保护未满14周岁幼女时所作出的法益(身心健康)定位在总体上是一致的,此类观点可以被概括为“身心健康说”。

(一)“身心健康说”的立场呈现

整体来看,持“身心健康说”的学者往往将论证的重点放在增设本罪的社会治理功能与一般预防效果,试图通过“外部性说明”来自圆其说。如有观点指出,“近年来,性侵未成年人犯罪案件不断增长,特别是负有监护、收养、教育等特殊职责人员利用优势地位性侵未成年人的案件不少。增加特殊职责人员性侵罪,实际上部分提高了性同意年龄,体现了对未成年人身心健康的严格保护”。^③ 此外,一些学者也表达出本罪是通过有限提高性同意年龄以实现保护特定未成年女性身心健康的基本立场。如有学者指出,“本罪保护法益不是少女的性行为自主权,而是少女身心健康不因负有照护职责人员对其实施的性行为而受到妨碍”。^④ 另有学者强调,“立法上是把已满14周岁不满16周岁,但处于特殊境地(被监护、收养、看护、教育、医疗)的未成年女性当作不能对其性自由决定的人看待”。^⑤

此外,还有学者试图在“身心健康说”的基础上建构起一种“层级式性同意理论”。如有观点指

① 陈兴良:《刑法各论精释(上)》,人民法院出版社2015年版,第137-138页。

② 许永安:《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246页。

③ 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,第51页。

④ 张明楷:《张明楷刑法学讲义》,新星出版社2021年版,第301-302页。

⑤ 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,第30页。

出,“《刑法修正案(十一)》规定当加害人与未成年被害人具有特殊职责身份关系时,将被被害人的年龄标准从14周岁提高到16周岁;可以推断出,在立法构造上,刑法已经接受‘分级性同意年龄’这一构造逻辑”。^① 还有观点将之概括为“梯级保护格局”,也即“增设该条文后,我国刑法针对未成年女性性侵犯罪的规定便形成梯级保护的格局,由此一举改变了只要年满十四周岁便一律按成年妇女来对待,只给予一般刑法保护的状况;只要负有照护职责的人员与已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性发生性关系,不论未成年人是否同意,都要追究其刑事责任”。^② 结合奸淫幼女型强奸罪的规定,我们可以将“身心健康说”对我国性同意年龄的层次性构造解释为:14周岁以下属于“无性同意能力”阶段;14周岁至16周岁属于“相对无性同意能力”阶段,也即针对负有照护职责人员仍然不具有性同意能力,但针对其他人员则具有性同意能力;16周岁以上女性则属于“完全有性同意能力”阶段。

整体来看,“身心健康说”的部分倡导者来自立法机关(《刑法修正案(十一)》直接参与者),他们在说明《刑法修正案(十一)》的立法背景时对本罪规范保护目的进行了简要说明,体现出法治实践部门适时回应民众呼声与代表意见的工作成果。另有部分“身心健康说”的倡导者尝试建构起一种“层级式性同意理论”,拓展了性犯罪理论研究的视野。应当看到,“身心健康说”在诠释本罪所保护的“身心健康”之内涵方面仍不够充分。如对本罪保护的14至16周岁女性身心健康之独特性——与奸淫幼女型强奸罪保护的身心健康之间的差异性,既有观点并未充分说明,因而难以反映出持该说的不同学者在法益定位上的细微差别。此外,对于“身心健康说”可能面临的体系解释困境,既有观点也并未作出前瞻式回应。

(二)“身心健康说”在刑事政策上的积极意义

本罪的整体基调与奸淫幼女型强奸犯罪在外观上相类似,二者在基本构造上均呈现出对一定年龄阶段的未成年女性予以“封闭式保护”的立法形象。“身心健康说”显然是注意到上述两类罪行在外观上的相似性,因而主张本罪保护的法益也是未成年女性的身心健康,表达出对14至16周岁女性采取绝对化保护的刑事政策倾向。

一方面,持“身心健康说”的学者强调本罪有利于实现对未成年人身心健康的严格保护,体现出刑法对处于不平等关系中、相对弱势地位的未成年女性之保障功能——一种刑事政策上的倾斜。在该说看来,本罪在适用中以一种绝对化的标准排除了被害人在刑法上的同意能力,限制裁判者结合未成年女性自身条件以及其他具体个案特征进行个别化判断的可能空间。^③ 进而言之,该说的优势在于简单明了地确立本罪的适用导向,降低性侵未成年人案件的证明难度,同时有助于实现立法上的宣誓意义与一般预防效果,表达出积极维护未成年女性身心健康的良好意愿。

另一方面,在解读本罪增设的必要性时,有学者援用“性剥削理论”(Sexual Exploitation)^④,也即

① 江勇:《“性同意年龄”规则的分级再造与体系完善》,载《中国青年社会科学》2021年第3期,第128-129页。

② 劳东燕:《〈刑法修正案(十一)〉条文要义》,中国法制出版社2021年版,第192页。

③ 车浩:《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系》,载《法学研究》2010年第2期,第149页。

④ 虽然以幼女为性对象的自愿性行为并不具有强奸的暴力特征,但主体之间的差异使得该行为具有掠夺性、剥削性等不正义的性质。因此,有研究者将与幼女之间发生的非强制性的性行为称为“性剥削”。参见[美]约翰·盖格农:《性社会学——人类性行为》,李银河译,内蒙古大学出版社2009年版,第285页。

“负有照护职责人员性侵罪的不法本质,在于行为人利用自身所处的支配地位对未成年女性进行性剥削,形式上的‘同意’并无法改变这种状态。立法上增设本罪,正是为了防止性剥削而无法被处罚的漏洞”。^①应当看到,由于年龄差异导致儿童在性问题上的认识缺陷与信息不对称,容易被诱导或心理压制,在发生性行为过程中会可能被不公平地利用,处于被剥削的境遇。^②“性剥削理论”的援用有助于从“主体不对称”的角度揭示出负有照护职责人员与14至16周岁女性发生性关系的问题本质,为本罪的立法证成提供了社科研究领域的支撑。

(三)“身心健康说”面临的体系解释障碍

客观而言,“身心健康说”对于本罪在构成要件与法定刑上的独特性并非完全缺乏认知,该说与强调“一般性地提高未成年人性同意年龄”^③的观点仍存在显著差别,因而才会主张本罪仅仅是“有限”或“部分”地提高性同意年龄。不过,该说对于本罪保护法益及其实践适用后果的分析结论暴露出一些体系困境,有必要加以反思。

首先,任何人与不满14周岁幼女——因其不具有性同意能力——发生性关系均被视为侵犯幼女的身心健康,构成强奸罪;从一般逻辑出发,如果认为负有照护职责人员与欠缺性同意能力的14至16周岁女性发生性关系所侵犯的也是身心健康法益,理应成立强奸罪。显然,“身心健康说”无法解释在犯罪行为所侵犯的法益均为未成年女性身心健康的情况下,为何针对不满14周岁幼女时即成立强奸罪,而针对14至16周岁女性则成立相对轻缓的本罪。这是该说直接暴露出的逻辑破绽,前述观点尚无法自圆其说。同时,如果认为本罪的增设标志着相对地提高了性同意年龄,那么立法者为何要配置更为轻缓的法定刑呢?身份犯的设置并不足以说明负有照护职责人员与不具备性自决权的未成年女性“自愿”发生性关系具有更轻的危害性以及刑法上的谴责性,法定刑上的“让步”难以获得合理解释。

此外,“身心健康说”的基本立场与《刑法修正案(十一)》下调刑事责任年龄的立法选择之间可能存在着观念上的矛盾,已有学者基于该视角进行反驳。^④事实上,下调刑事责任年龄所呈现的是相关年龄段的未成年人更易早熟、其理解能力已有所提高的立法评价,如果同时又认为相关年龄段的未成年人因在性认知方面尚不成熟,因而有必要部分地提升性同意年龄,上述论断对于未成年人这一类特定主体的立法评价便呈现出差异。当然,在本文看来,《刑法修正案(十一)》中涉未成年人的相关条文之间所表现出来的逻辑困惑也可能仅仅是表面现象,并非是一个不可以被解释进而自圆其说的绝对问题;只不过,“身心健康说”并未对这一较为明显的逻辑困惑进行有效化解,现有观点所引发的“双标”局面确实会令人质疑。

(四)“身心健康说”的深层风险

在反思“身心健康说”存在的体系解释困境的基础上,对于该说在本罪实践适用中可能引发的风险,我们也有必要作深层思考。客观而言,“身心健康说”对于本罪保护法益的诠释相对简化,并

① 劳东燕:《〈刑法修正案(十一)〉条文要义》,中国法制出版社2021年版,第192页。

② 杜治晗:《两小无猜非儿戏——一条司法解释的法教义学解释》,载《清华法学》2020年第4期,第61-62页。

③ 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002版。

④ 付立庆:《负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型》,载《清华法学》2021年第5期,第78页;汪润:《保护未成年人免于性侵不必提高性同意年龄》,载《少年儿童研究》2021年第1期,第35页。

没有深入分析提高性同意年龄背景下本罪所保护的未成年女性身心健康之独特性;学者要么简单地将本罪法益描述为身心健康,要么将中心放在说明本罪增设的社会治理需求,亦或是寻求以其他社科研究成果作为本罪立法正当性的证成,在法益描述上不够细致深入。而对于法益的阐释不能停留在“观念上大体说得通”的程度,过于空泛、模糊地叙述法益,将会导致法益对构成要件解释所应具有约束机能落空,无法以法益作为确定刑法处罚范围的价值判断标准^①;仅仅以“对 14 至 16 周岁女性的性权利给予特殊保护”的含糊说法或许可以在刑事政策层面回应公众的立法期待,但却无法满足法教义学上的体系化诉求。

本质而言,任何一条年龄线被勾勒出来,都隐含着一种法律推定,即推定达到年龄线的人一般性地取得了相应的知识和能力;但由于人类在思维认知、生活经验以及社会阅历等多个方面存在差异,每个人又必然是不同的。事实上,年龄、童年、未成年人等概念均是社会建构的结果。随着新媒体与互联网技术的普及,以往通过大量纸媒阅读方能获得的知识与信息现在已经毫无门槛地呈现在孩子们面前,信息获取方式的革新与获取效率的提高使得成年与童年之间、高龄与低龄之间的智识差异日渐模糊。年龄界限的构建基于立法者对未成年人决策能力的一般想象,而决策能力却是一种“形成偏好、选择与执行行动以及评估后果”的综合能力,并不是完全符合一般想象。^② 不可否认,以有限提高性同意年龄为基础的“身心健康说”在防止未成年女性遭受性侵害时确实可以快速起效,但这种“一刀切”的方式不可避免地会掩盖人类活动的复杂性与诉求的多样性,可能过度地塑造出主体间极度不平衡的印象,加入无尽的道德关切,带来无边的交往禁忌,这些均是刑法解释过程中所要控制的负面效应。

三、“性自决权说”的法益诠释:合理性与既有观点的局限性

如果认为本罪的增设并不意味着提到未成年女性的性同意年龄,自然会得出本罪保护的法益仍然是性自决权的结论(以下简称“性自决权说”)。由于持“性自决权说”的学者在分析本罪保护性自决权之独特性时着眼点与论证思路呈现出多样性,基于“由浅入深”的梳理进路,下文将各观点分别概括为“立法技术论”“隐形强制说”以及“抽象危险犯说”。

(一)“立法技术论”及其问题所在

“立法技术论”实际上是对以“法律拟制或注意规定”等立法技术来诠释本罪保护性自决权的解释方法的概括。其中,“法律拟制说”主张,“只要行为人具有照护职责身份,与受照护的未成年女性之间形成优越地位和被依附信赖的人身关系,并与其发生性关系,法律拟制为其侵犯了对方的性自主权”。^③ “注意规定说”认为,“增设这一犯罪类型只是针对《刑法》第 236 条第 1 款所做的注意规

① [德]克劳斯·罗克辛:《刑法的任务不是法益保护吗?》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第 19 卷),北京大学出版社 2007 年版,第 147 页。

② See Monique Ernst, Martin P. Paulus. Neurobiology of Decision Making: A Selective Review from a Neurocognitive and Clinical Perspective. *Biological Psychiatry*, 2005, pp. 597-600. 转引自汪润:《保护未成年人免于性侵不必提高性同意年龄》,载《少年儿童研究》2021 年第 1 期,第 34 页。

③ 张勇:《负有照护职责人员性侵罪的司法适用》,载《青少年犯罪问题》2021 年第 4 期,第 4 页。

定。处于14-16周岁之间的未成年人并非欠缺性同意能力,她们有性同意能力,只不过在被教养、看护等场合,她们的同意被类型性地确定为无效”。^①

整体来看,以“法律拟制或注意规定”等立法技术来说明本罪保护性自决权之独特性是一种相对简化的解释方案,解释过程中缺乏深度的说理论证,难以经得起推敲。一方面,典型的法律拟制是将原本不符合某一刑法规定的行为按照该规定来处理,如将携带凶器抢夺拟制为抢劫,最终适用的是被拟制的罪名及其法定刑,而不同行为在法益侵害上的相似性以及行为之间转化的“大概率”成为法律拟制的基本前提。^②如果认为本罪也是一种“法律拟制”,显然难以说明本罪作为独立罪名的意义,更无法解释本罪如何会转化为被拟制的相关罪名;在未能充分论证这种关联之前,若仅仅是机械套用“法律拟制”一语,确实在理论上强行拼凑之嫌。另一方面,如果认为是注意规定,实际上是将本条文理解为对其他条文(《刑法》第236条第1款)在立法上进一步重申,意在引发重视、避免疏忽,但这一解读显然无法回答本罪的独立意义,也无法回应本罪在法定刑上不同于强奸罪的轻缓化配置。综上,以立法技术来解读本罪保护法益只能得出一种模糊的说法,均无法准确说明本罪保护性自决权的特殊之处。

(二)“隐形强制说”的意义与问题所在

有观点认为,“(本罪)行为人与被害人之间存在着多重不对等权力关系滋生出隐性强制,若行为人利用了该隐性强制,则已经达到了性侵行为违背妇女意志的基本要求。在违法性层面,二者间的性行为因过于接近‘乱伦禁忌’与‘恋童禁忌’而违背伦理规范”。^③直观来看,该说试图以隐性强制(本罪)与显性强制(强奸)为基础的二元构造来展开理论论证,说明针对“看不见的”强制而增设本罪的正当性,并解释本罪所保护的性自决权法益之独特性。

应当看到,“隐性强制说”试图通过“隐性”这一术语描述出一种潜在或弱化的强制效果,以此来契合本罪相对轻缓化的法定刑设置;由于“隐性”难以证明,因而无须在构成要件上明确体现,同时在刑罚上适度予以让步,最终呈现出一种“证明从简”与“刑罚从轻”相照应的立法构造。可以说,在说明本罪保护性自决权的特殊性时,“隐性强制说”确实是一种有力的声音。不过,该说在理论与适用层面仍面临着一定困惑。从理论上讲,“隐性强制说”似乎回归到从道德伦理层面来认知性犯罪的传统立场,而性犯罪的发展趋势本就是一个去伦理道德化的过程。如果将本罪的法益定位为性自决权,同时又以隐性强制基础上的“伦理禁忌”来说明本罪法益的独特性,这与性犯罪立法的发展趋势相背离。从适用层面来讲,该说的现实问题在于,“隐性强制”与部分强奸罪所涉及的强制手段可能在一定范围内发生重叠,导致负有照护职责人员与14至16周岁女性发生性关系的行为可能被过度地诠释为“隐性”强制,忽视了本可能构成强奸罪的情形,使得部分本应构成重罪的行为最终以本罪获得轻缓化处理,不当地侵蚀了强奸罪的适用空间,这也是我们在解读本罪所保护的性自决权之独特性时所要“防范”的风险。

① 汪润:《保护未成年人免于性侵不必提高性同意年龄》,载《少年儿童研究》2021年第1期,第40页。

② 刘宪权、李振林:《刑法中的法律拟制与注意规定区分新论》,载《北京社会科学》2014年第3期,第100-101页。

③ 周洋、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,第97页。

(三)“抽象危险犯说”的贡献及其问题所在

有观点认为,“本罪保护法益是低龄未成年女性的性自主权,犯罪类型是抽象危险犯。将该罪理解为针对性自主权的抽象危险犯,既能够解释其处罚根据,与其法定刑配置相适应,又能够和强奸罪之间划清界限,并且为行为的出罪提供应有空间”。^①该说在强调本罪保护法益仍为性自主权的前提下,通过抽象危险犯原理与预防性刑法观念之理论修饰来说明本罪保护法益之特殊性。进而言之,该说认为,“本罪表明对性自主权刑法保护的早期介入,据此可通过刑罚的一般预防功能,实现对性自主权的类型性、预防性保护”^②,由此体现出积极刑法观的基本立场。

应当看到,“抽象危险说”充分关注到本罪的法定刑设置相对于强奸罪明显轻缓的特征,强调刑罚预设表明了本罪所针对的是性自决权可能遭受侵害的危险状态,而非实害结果;辅之以家长主义亦或是预防性刑法观等外部理论支撑,在说明本罪保护法益的独特性时颇具说服力。更为重要的是,该说从避免将不法行为一概入罪的立场出发,确立了探讨本罪保护法益的基本坐标,值得充分肯定。不过,将本罪解读为抽象危险犯仍然可能面临着如下理论障碍。其一,该说所主张的危险状态可能转化为的实害结果或者说要预防的实害结果究竟是什么?毕竟,即便是抽象的危险状态也是需要由其可能引发的实害结果来认知。该说未能确认一种与危险状态相照应的实害结果,似乎危险状态就是一种最终的结局,但这并不符合危险犯设置的基本构造。事实上,该罪与强奸罪之间并不能表现出一种可以进阶转化的“危险”与“实害”的关系。其二,该说主张基于被害人真实意愿而发生性关系时应被解释为不具备危险状态,进而可将之作为出罪事由。不过,是否具有危险状态受制于被害人的个人感受,这是否过于主观化呢?如何确立危险状态的判断标准,分析仍有待展开。

(四)小结:“性自主权说”的合理性与既有观点之局限性

笔者赞同本罪的增设并不意味着性同意年龄的提高,因而认为本罪保护的法益仍然是14至16周岁女性的性自主权。从“性自主权说”的合理性层面来看,首先,前文对“身心健康说”所面临的体系解释障碍及其适用风险展开了反思,指出该说存在的诸多逻辑困惑,而“性自主权说”至少不会暴露出同样的问题。其次,相较于“身心健康说”将笔墨集中在本罪增设的社会背景、并简单地对待本罪保护的法益而言,多数“性自主权说”在法益诠释上更为细腻,努力呈现出本罪的法教义学图景。再次,通过明确区分本罪与奸淫幼女型强奸犯罪在保护法益上的差异性,多数“性自主权说”能够诠释出本罪的独立意义以及配置相对轻缓法定刑的必要性。最后,以抽象危险犯论为代表的“性自主权说”,表达出反对将本罪理解为对未成年女性进行绝对化、封闭式保护的意愿,主张为出罪保留必要的空间,体现出对刑法介入社会生活的审慎态度。综上,应当充分肯定各类“性自主权说”在阐述本罪保护法益所做出的努力,这为本文探讨本罪保护法益奠定了前期基础。

当然,鉴于本罪在构成要件及法定刑方面与强奸罪有着显著差别,而这又显然是基于明确的立法意图所致,因此,想要说明本罪的设置依据并且为其适用确立理性边界,仍然需要基于本罪的独特构造围绕“性自决权”这一宏观的法益定位寻求更为细腻的理论续造。或许,从行为方式上的非

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》,载《清华法学》2021年第5期,第78页。

② 付立庆:《负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型》,载《清华法学》2021年第5期,第79-80页。

强制性特征入手,可以寻求一种妥当的解释方案。

四、融合身心健康与性自决权的“复合法益说”及其问题所在

在本罪增设之前,“身心健康”与“性自决权”被视为两种不同的法益类型,二者之间可谓是楚河汉界,被清晰地区隔开。由于本罪在构成要件与法定刑等方面均具有独特之处,呈现出一种处于“一般强奸行为”与“奸淫幼女型强奸行为”之间的概括形象,因此,一些学者在解读本罪保护法益时寻求突破,将本罪法益解读为兼具性自决权与身心健康型权益的“复合法益”。在肯定“复合法益说”的创造性的同时,有必要将之作为一种独立观点给予专门回应。

(一)“复合法益说”的基本论断

有学者认为,“负有照护职责人员性侵罪保护的法益应为‘少年免受侵扰的性健全发展权’;这样的界定并不构成对已满14岁未满16岁的女性享有性自决权或同意能力这一事实本身的否定。与此相对,应当认为青少年女性的性自决权或意思自治在《刑法》第236条之一的基本构成要件的语境下只是并不发挥独立的机能”。^①另有学者主张,“性自主决定权不能完全涵盖负有照护职责人员性侵罪的保护法益,本罪的法益还应当包括未成年人身心健康发展权。性自主决定权与身心健康发展权并不是对立互斥的关系,对身心健康发展权的保护可以被认为是对性自主决定权进行限制的补偿”。^②

不难发现,上述观点要么是在主张本罪保护法益为“少年免受侵扰的性健全发展权”的同时并不想抛弃“性自决权”,要么是主张本罪保护法益虽为未成年女性性自决权的情况下又要同时融入身心健康发展权益。总之,此类观点在确立本罪保护法益时采取了一种折中主义的解释方案,使得本罪法益定位更为复杂化。考虑到本罪的保护对象在一定程度上也呈现出某种处于幼女与成年女性之间的“过渡”特征,选取刑法在保护两类女性时所确立的不同法益相叠加,便可以生成一种“复合法益”。

(二)“复合法益说”的问题所在

应当看到,“复合法益说”实际上是通过做“加法”的方式体现出本罪保护法益的独特之处,但却有架空法益解释论机能的风险。此类观点所面临的共性问题在于,将本来相互独立的性自决权与未成年人身心健康杂糅在一起,难以实质上说明法益如何发挥着厘定罪名适用边界的机能。

首先,“复合法益说”强调本罪的立法目的着眼于14至16周岁女性身心成长的过程,其法益定位中体现出对未成年女性健全发展的充分考量,这种论断实质上仍然是认为本罪所保护的14至16周岁女性在性行为方面尚未达到足够的认知与辨识能力,刑法需要确保这种性行为方面的认知与辨识能力处于一种健全(健康)发展的过程中,由此也就排除了14至16周岁女性具有性同意能力的可能性。如果说本罪保护的14至16周岁女性尚不具有性同意能力,又如何能够在本罪保护法益

^① 张梓弦:《积极预防性刑法观于性犯罪中的体现——我国〈刑法〉第236条之一的法教义学解读》,载《政治与法律》2021年第7期,第50页。

^② 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》,载《青少年犯罪问题》2021年第4期,第20页。

中融入性自决权呢?

其次,如果认为本罪在保护性自主权这一法益的同时又保护未成年人身心健康类权益,亦或是认为将本罪保护法益定位为未成年人身心健康类权益也并未否定本罪对于性自主权的保护,只要法律适用中稍微侧重于以本罪来直接保护未成年人身心健康,“复合法益说”就会衍生出如下结论:“当其(14至16周岁女性)与特殊职责的人员发生性关系时,即使本人同意也应认为侵犯了性自主决定权”。^①此时,仍主张保留性自决权作为本罪法益,但又不能发挥独立的约束机能——仅仅是名义上的法益,将性自决权保留为本罪法益又有什么现实意义呢?这种观点实质上造成了性自决权在法益机能上的形骸化。

最后,当“复合法益说”由对本罪保护法益的诠释进入到本罪适用分析之后,进一步暴露出法益定位与构成要件解释之间的割裂局面。即便主张本罪保护法益为兼具性自决权与身心健康型权益双重特征,其在解释本罪构成要件时往往只能兼顾一个侧面,要么是仅基于性自决权对某一构成要件进行解释,要么仅基于身心健康对某一构成要件进行解释,该说所提倡的法益的复合性特征实际上处于一种左右摇摆的分裂状态。如此而言,该说对于本罪实践适用的理论贡献仍然是很有限的。

五、本罪保护法益应定位为“不被诱骗的性自决权”

从法律修辞学层面来讲,论证本罪保护法益的过程属于“法学家用以发现友好的支持或者是防止异议之手段”的展现^②,寻求以一种清晰易懂的语言解决规范解释及其应用到具体案件的根本问题。笔者认为,将本罪保护法益定位为未成年女性不被诱骗的性自决权(以下简称“诱骗说”),将有助于清晰呈现本罪的教义学形象。

(一)“性自决”内涵的再诠释

将本罪所保护的法益定位为未成年女性的性自决权,实际上是回归到与强奸罪保护法益大体相当的熟悉范畴,“性自决权”的内涵似乎不言自明;学界往往将之概括为妇女按照自己的意志决定性行为的权利或是妇女拒绝(与合法配偶以外的其他)男子发生性行为的权利。^③然而,这种较为抽象的表述不能满足我们分析本罪保护法益的需要。为了充分挖掘本罪保护法益的内涵,有必要对“性自决”进行更为深入的解读。

笔者主张借鉴日本学者井田良教授的观点,将性自决权的实体诠释为准许他人进入自己身体私密领域的权利。具体而言,人们所有拥有的、他人不得随意进入的身体领域,可以称为“身体的私密领域”。性行为可以被解释为将身体的私密领域与特定的他人相互开放、相互体验的人类行为,也即一种接触身体私密领域的特殊体验;而性犯罪中被侵害的实质,可以说是被迫与犯罪人共享了

① 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》,载《青少年犯罪问题》2021年第4期,第20页。

② F. Haft, Juristische Rhetorik, 4. Aufl. 1990, S. 14. 转引自[德]埃里克·希尔根多夫:《1965-1985年法理论的复兴》,陈辉译,中国政法大学出版社2021年版,第73页。

③ 张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2016年版,第867页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2011年版,第26页。

这种体验。^① 简言之,性自决权的本质在于对身体私密领域的掌控,表现出一种他人不得随意进入身体私密领域的防御性权利。

将性自决权解读为是否将身体私密领域对他人开放的自我决定权,将有助于我们理解其所具有双面性的特征。一方面,这种权利具有与生命健康权相类似的、不希望被他人暴力侵害的权利属性;另一方面,性自决权实际上又具有开放性,也即通过与他人发生性关系而产生愉悦或快乐,这是人性的一部分,也是人类交往的方式之一。进而言之,一旦将身体私密领域对他人的开放解读为一种人类之间的交往过程,就面临着信息差异、信任风险与被欺骗的可能性,因而需要由法律塑造出一种相对的交往安全。^② 基于对自己身体私密领域的掌控,人们可以自愿向某人开放,自然也可以拒绝向某人开放。他人如果采取某种手段使被害人产生了认识错误——并非是形成反抗不能的状态,也完全可能产生一种表面上或形式上的将自己身体私密领域向他人开放的“意愿”,就如同人们受到欺骗后将自己的秘密告知于他人;这一受害结果可能源于被害人对于身体私密领域(如同对秘密一般)的认知局限或错误理解,也可能是源于基于特殊信任而有所放松。此类行为实际上是对他人身体私密领域的不当闯入与侵犯,具有刑事规制的必要性。

(二)“诱骗说”的基本构造

客观而言,对于本罪中是否包含着某种非强制性行为方式作为发生性关系的前置条件,《刑法》第236条之一的罪状表述并没有做出明确指引;不过,这并不等于说该条规定就必然是排除了某种非强制性的前行为。事实上,本条文可以被视为一个不完全条文,在语言上该法条或许是完全的语句,但在法条意涵上却是不完全的;此类不完全法条仍然分享法律的效力意义,只有结合其它条文以及该条文中已经明确的内容,才能诠释出其法效果。^③ 既然本文肯定本罪所保护的14至16周岁女性已达到性同意年龄、具有性同意能力,并且主张本罪所要保护的法益仍然是性自决权,在缺乏强制性要件的情况下为何又能够达到侵害未成年女性性自决权的效果呢?看似存在的逻辑困境如何能够化解?显然,仅仅通过强调本罪立法背景或规范保护目的上的正当性是难以实现的。

本文认为,《刑法》第236条之一所规定的“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”,应解释为“使特定未成年女性与之发生性关系”的行为;进而言之,本罪所涉性自决权的侵犯不同于通过强制性手段使被害人处于一种反抗不能状态的强奸罪,其本质在于其通过非强制性的不法手段使得被害人产生了发生性关系的意愿。那么,如何利用非强制性的不法手段使得被害人产生了发生性关系的意愿呢?在本文看来,基于非强制性言语诱骗便可以使被害人与之发生性关系。由此而言,本罪属于采取非强要的、以言语诱骗的方式使得未成年女性无法作出正确认识而与之发生性关系的行为,也即“淫行诱骗行为”。^④ 以“诱骗说”来揭示本罪保护性自决权的独特性,其着眼点不在于侵害的状态(危险或实害),而在于侵害的手段方式。因此,本罪在显然排除了“暴力”“胁迫”“抵抗”“不同意”等要件的前提下,暗含着一种以诱骗为手段

① [日]井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣・2016)105頁;[日]井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号(2015年)7頁。

② 张维迎:《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店2003年版,第2-3页。

③ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第138页。

④ [日]岩井宜子『刑事政策』[第6版](尚学社・2014)340頁。

侵犯未成年女性性自决权的行为方式。由此而言,“诱骗说”是将本罪定位为实害犯,这是该说不同于前述“抽象危险犯说”的显著特征。

事实上,负有照护职责人员在很多情况下是利用身份或职业以及由此形成的与14至16周岁女性之间的微妙关系,在表面上获得了被害人的“同意”而与之发生性关系。本罪所面临的问题便是,被害人表面上或形式上的“同意”,在实质上并不能被解读为“真实同意”。对于这种表面上或形式上的“同意”,学界往往将之诠释为“支配、影响力或是隐性强制”,进而对本罪保护法益之独特性进行理论修饰。但在笔者看来,这种表面上或形式上的“同意”本质上是源于诱骗,也即致使被害人产生性权利处分上的错误认识并将自己身体私密领域向他人开放,因而不是真实的“同意”。进而,将本罪所保护的法益定位为14至16周岁女性不被诱骗的性自决权,更是源于与照护职责相照应的信任关系;正是由于照护职责产生了信任,才可能利用这种信任来诱骗14至16周岁女性与之发生性关系。只要被害人因无知或在错误认知的情况下准许他人进入自己身体私密领域,这实质上就是基于“非真实自愿”处分了自己的性权利;而当被害人知道遭受侵害的真相后会予以“精神抗拒”,并带来身心上的痛苦,表现出法益侵害后果。

(三)“诱骗说”与本罪的规范契合性

“诱骗说”的法益定位更加契合本罪构成要件与法定刑特征,有助于揭示出本罪罪刑配置的深层原因。首先,从犯罪主体层面来看,既有的各种“性自主权说”过于强调本罪中各类主体所具备“支配、影响力或是隐性强制”,将本罪情境预设于“养成性性侵”案件中,而忽视了本罪主体类型的多样性与现实的复杂性,忽视了教师、医生等主体可能并不具备如监护人一般的“支配、影响力或是隐性强制”。事实上,本罪中各类主体与14至16周岁女性之间的亲密性、交往方式以及影响程度均存在差异,无论是以亲情伦理亦或是职业道德甚至合同作为诠释主体间关系的纽带,都只是看到了一种表层关联;表层关联背后则是在社会阅历、知识储备以及信息等多方面处于弱势地位的14至16周岁女性对于负有照护职责人员的依附与信任。在解释负有照护职责人员与14至16周岁女性之间的关系时,也只有信任这一社会性因素可以将本罪中各类主体的共性因素提炼出来,进而容贯到本罪所要保护的法益中;“背信”而诱骗14至16周岁女性与会发生性关系,则是立法时将各类主体专门纳入本罪规制范围的依据。

其次,从被害人层面来看,本罪所保护的14至16周岁女性在心理与生理上虽已有所成长,但尚不完全成熟;该年龄阶段未成年女性恰恰是处于对性知识存在些许了解、对具有私密性的性行为具有一定好奇心、但又缺乏足够认知的年龄阶段,更容易被诱骗。由于我国在未成年人性教育方面存在缺失,性知识因被视为禁忌所具有的神秘色彩又激发着未成年人的好奇心,因而导致未成年女性容易受到诱骗。处于这一年龄阶段的未成年女性,在面对以强制性手段为基础性侵行为时已具有一定的反抗能力,但由于性知识、交友观念甚至情感问题处理上显然无法达到全面认知程度,容易受到“甜言蜜语”的欺骗、产生“糖衣炮弹”效果,故以“诱骗”作为核心要素来确立本罪保护法益更具有合理性。

最后,从法定刑层面来看,相对轻缓化的刑罚配置从根本上表明了本罪尚未达到与强奸罪相当的法益侵害程度。而这种程度上的差异并不是因为本罪致使被害人的性自决权处于一种危险状

态,其本质上是源于本罪在手段方式上与强奸罪的不同之处。进而言之,本罪与强奸罪所形成的关系构造在一定程度上和财产犯罪中诈骗罪与抢劫罪的关系相近似,也即强制性手段具有极大的危险性,可能造成被害人死伤的结果;而诱骗性手段婉约,没有这种危险性。^①因此,立法上应当有所区分,不具有强制性的、以诱骗为基础的犯罪行为之法定刑显然要比具有强制性的犯罪行为更为轻缓。

六、“不被诱骗的性自决说”在本罪实践适用中的界分机能

立足于法益的解释论机能,本罪的适用边界应当被准确限定——不应追求一种规制范围盲目扩大或是泛化的效果。这种限定应包括两个面向,其一是避免因不当的功能定位而影响到无罪情形的准确认定;其二是避免将本罪扩张适用而侵蚀了强奸罪(重罪)的适用空间。应当看到,多数持“性自主权说”的学者表达出“为出罪保留一丝空间”的意愿,“诱骗说”也将延续这一审慎态度。与此同时,相较于其他持“性自决权说”的观点而言,“诱骗说”在避免将可能构成强奸罪(重罪)的不法行为降格为本罪处理方面更具有相对优势。

(一)“诱骗说”的相对优势

负有照护职责人员基于其特定身份地位,确实可能对14至16周岁女性的生活和精神领域产生某种“支配、影响力或是隐性强制”,致使被害人在发生性关系时不得不掩饰住实质上不愿意、不同意;此种情形实际上是产生了一种“反抗不能”的状态,与基于强制而发生性关系的情形更为契合。事实上,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2013年联合发布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《性侵未成年意见》)第21点曾明确指出,“对幼女负有特殊职责的人员与幼女发生性关系的,以强奸罪论处。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”。可以看到,只要利用了被害人的无助、畏惧或者是其他处于不利地位的心理,就构成“迫使”,具有强制性特征。前述“性自决权说”主张以“支配、影响力或隐性强制”作为诠释本罪保护法益的背后因素,这很可能导致本罪与《性侵未成年意见》第21点的规定之间难以甄别,本罪适用过程中存在不当侵蚀强奸罪规制范围的风险。因此,在认可《性侵未成年意见》第21点规定具有正当性的前提下,显然,本罪并不是将《性侵未成年意见》第21点所规定的强奸情形轻缓化处理的替代方案。“诱骗说”对本罪保护法益作出的解读,有助于实现本罪与《性侵未成年意见》第21点规定之间的明确界分。由此而言,如果负有照护职责人员基于“支配、影响力或是隐性强制”迫使被害人处于反抗不能的状态,这种情形应当保留在《刑法》第236条强奸罪所规制范围之内;只有当发生性关系的“非真实同意”源于诱骗,也即14至16周岁女性陷入错误认知并且在发生性关系时处于不知情状态(蒙在鼓里),进而同意让他人进入自己身体私密领域,才能纳入本罪规制范围。

^① 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》(增订三版),中国人民大学出版社2009年版,第94页。

从比较法层面来看,日本在修法过程中(2017年3月7日《刑法部分改正之法律案(法第47号)》)增设了“监护者利用影响力猥亵、性交等罪”,也即《日本刑法典》第179条规定:“对于未满十八周岁者,利用身为监护者的影响力乘机实施猥亵行为的,按照第一百七十六(即强制猥亵罪)条规定处罚。对于未满十八周岁者,利用身为监护者的影响力乘机与之发生性交等行为的,按照第一百七十七条(即强制性交罪)规定处罚”。该罪与负有照护职责人员性侵罪虽具有一定的相似性,但二者的不同之处在于该罪在构成要件层面直接明确了“影响力”这一范畴。由于特殊职责人员因其职责而对低龄未成年女性形成了特殊影响力,并且这些影响力并不限于在某一特定场合,而是一般性地、持续性地作用于相应未成年女性的意思决定^①,可以说,日本的“监护者利用影响力猥亵、性交等罪”在很大程度上体现出与《性侵未成年人意见》第21点相近的规范目的。日本增设新罪之时所确立的“影响力”实际上会使被害人处于不敢反抗的状态,表现出一定的“强制性”色彩。正因如此,日本增设的监护者利用影响力猥亵、性交等罪援用了强制猥亵罪与强制性交罪的法定刑,在刑罚配置上展现出与固有“强制性”性侵犯罪相当的严苛性。有学者在评价日本性犯罪过程时便曾指出,“将利用特定地位与未成年人发生性行为的罪行在刑法典中设置,使得成立条件明确化并确立其刑事犯的性质,实际上表达出一种提高禁止感受力的意思”。^② 易言之,由于日本并不存在最高司法机关颁布的抽象性司法解释,日本刑法修正所增加的监护者利用影响力猥亵、性交等罪更接近于一种提示性规定,将这种司法实践中相对较难判断的不法类型在立法上予以强调,如此更有助于统一司法。

相比之下,以“诱骗说”来诠释负有照护职责人员性侵罪保护法益的优势就在于将这种类似于日本“监护者利用影响力猥亵、性交等罪”的规制对象排除在本罪规制范围之外,保留在强奸罪规制范围之内。本罪是在《性侵未成年人意见》第21点规定的基础上将不具有强制性的侵害性自决权的行为独立入罪,因而法定刑明显轻于强奸罪,这与本罪在构成要件上不设置“强制性”因素相照应。由此而言,本罪在保护对象与规制行为类型上更加具有针对性,彰显出罪名的独立意义。

(二)“诱骗说”适用中可能面临的误解及其回应

不可否认,本罪可能是刑事立法时代积极迎合民众诉求的立法产品,体现出刑事政策上的民粹化倾向^③,在一定程度上冲击到我们对性犯罪体系的固有认知。在这种迎合民意的立法导向下,为了避免本罪走向极端化、绝对化,我们应当通过对本罪保护法益的诠释为出罪保留着一丝空间。基于“诱骗说”对本罪保护法益的基本定位,被害人的真实同意可以阻却犯罪成立,显然为出罪保留了理性空间。展开而言,行为人虽然具有形式意义上的特殊身份地位,但并未以此为基础使未成年女性产生错误认知,此种场合下应当肯定双方交往的平等性与性关系上的自愿性,否定行为的刑事违法性;至于道德伦理上是否具有可谴责性,则不在刑法裁判的评价范围之内。

当然,“诱骗说”关于本罪出罪理由的阐释,可能会引发人们的误解,也即使人们产生“处于14至16周岁女性会可能过早地与他人发生性关系”的担忧,进而得出“性自决权说”之法益定位不利

① [日]加藤俊治:《性犯罪に対処するための刑法改正の概要》法律のひろば8号(2017)58頁。

② [日]井田良:《性犯罪処罰規定の改正についての覚書》慶應法学31号(2015)54-55頁。

③ [日]守山正、安部哲夫:《ビギナーズ刑事政策》(第2版)(成文堂,2011)49頁。

于未成年女性健康成长的结论。对此,有必要进行回应。

事实上,包括“诱骗说”在内的各种“性自决权说”对于出罪情形的考虑,并不意味着我们鼓励或者放任14至16周岁女性与他人发生性关系,更不是说在未成年人性教育方面发生了重大的政策转变。一方面,从功能定位而言,刑法没有理由要求发生性行为的双方必须门当户对、社会位置相当;特定主体之间在情投意合、没有认知偏差的情况下谱写恋曲,并有性关系发生,不能被认为侵犯到本罪保护的法益。刑法所要禁止的只是优势主体利用不正当手段进而实现与特定相对人发生性关系的行为。^①事实上,低龄未成年女性的真实境遇、实际诉求、经验感受等等不能在保护未成年女性的性自主、性权利等抽象、宏大的价值面前被掩盖和淹没,尽量让刑法规范适应经验事实的多样化差异理应对《刑法》第236条之一进行解释时的冷静选择。^②另一方面,从区分行为规范与裁判规范的层面来看^③,主张本罪所保护的是14至16周岁女性的性自决权,产生的直接效果仍然是要求负有照护职责人员尊重并不得侵犯女性的性权利,明确了发生性关系后可能遭受刑罚惩罚的预期,这并不会导致被害人滥用法律所赋予的性自决权。从犯罪预防与保护未成年女性性权利的角度来看,本罪对于负有照护职责人员甚至是未成年女性仍然可以起到行为规范的约束效果;只不过对于裁判者而言,其应当基于本罪保护法益之实质判断确立法律适用的理性边界。简言之,基于行为规范与裁判规范的二元构造,“诱骗说”的法益定位只是着眼于约束裁判者尽可能避免机械司法,但并不会在行为引导方面产生负面影响。

七、结语

作为一种相对轻缓化的、不具有强制性因素的罪名,本罪与强奸罪、强制猥亵罪共同构筑起性权利刑法保护的基本体系,从严密刑事法网的角度来讲具有其积极意义。当然,在肯定这种积极意义的同时,我们必须控制本罪可能被不当适用的负面影响。关于本罪保护法益的探讨,意在为本罪适用边界的判断提供实质依据,也即对那些形式上符合了本罪构成要件的行为在侵害法益上进行实质判断,将在实质上不具有法益侵害性的行为排除在本罪规制范围之外。如果研究只是直接进入构成要件解释,脱离的法益分析,在一定程度上就是回避了难点问题;不能以法益作为某种基本立场或是解释线索而一以贯之,结论可能存在矛盾或是显得支离破碎。在上述研究范式的指引下,本文所主张的“诱骗说”以及其他秉持“性自决权说”的诸观点在塑造本罪所保护性自决权之独特性方面所做出的努力,实际上都是希望以一个相对细腻、全面的并且契合人性多样性的判断标准确立起本罪的教义学形象。相比之下,“诱骗说”所展示出的教义学形象,不仅仅在于其与本罪构成要件及法定刑的契合性以及在性犯罪理论体系塑造上的建构性,更在于该说在将日常生活经验与常情常理融入规范解释过程中的教义学方法之运用;以之作为本罪适用的理论依托,更为妥当。■

① 林东茂:《刑法综览》(修订五版),中国人民大学出版社2009年版,第262页。

② 付立庆:《负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型》,载《清华法学》2021年第5期,第79页。

③ [日]高桥则夫:《刑法总则》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第9-10页。

On The Probe into Legal Interest and Applicable Limits of the Crime of Sexual Assault by Personnel with Care Responsibilities: The Advocacy of "The Theory of Sexual Self-determination without being Deceived"

JIANG Ying

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116023, China)

Abstract: The addition of the crime of sexual assault by persons with care responsibilities does not increase the age of sexual consent, and the legal interest protected by the crime is still the right of sexual self-determination. Specifically, since Article 236-1 of the Criminal Law does not reflect any mandatory color, it should be interpreted as "the perpetrator uses non-mandatory words to induce women aged 14 to 16 to have sexual relations with them". The protection of legal interests in this crime should be positioned as the right to self-determination without being lured, and its theoretical basis lies in the information difference and trust risk between subjects. Based on the theory of "the right to self-determination without being deceived", the non-mandatory behavior of this crime is not dangerous, and the allocation of legal punishment with reprieve of this crime can be reasonably interpreted. At the same time, based on the theory of "the right to self-determination without being deceived", this crime follows the progressive judgment approach in the identification and conviction judgment, which can not only avoid mixing this crime with the crime of rape, will not affect the legitimate application of felony, but also reserve a reasonable space for conviction. In terms of systematization, this crime, as a relatively mild and non-mandatory crime, establishes a dual pattern of the coexistence of mandatory (no consent) and non-mandatory (no genuine consent) in sexual crimes, thus highlighting the independent significance of this crime.

Key Words: personnel with care responsibilities; legal interest; the right to sexual self-determination; deception

本文责任编辑:李晓锋

青年学术编辑:张永强