

负有照护职责人员性侵罪中 “特殊职责”的认定

谭琬匀

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年6月8日; 录用日期: 2023年7月21日; 发布日期: 2023年7月31日

摘要

《刑法修正案(十一)》增设第236条之一“负有照护职责人员性侵罪”, 积极回应社会对于未成年女性保护的期望, 并非“情绪性立法”。本罪的设立引发了诸多学界讨论。针对主体要素中“特殊职责”的理解与适用, 现实中存在着实质不清、要素不明、判断不准的问题。对此, 学界通说为实质解释, 但标准不一。法益是主体确定的基础, 应从实质法益论的视角考虑“特殊职责”的认定标准之一。另一方面, 对比“隐性强制”, “性剥削”的理论更符合本罪的立法宗旨, 应将“性剥削”入刑, 从行为人视角提出“特殊职责”认定的标准之二。

关键词

特殊职责, 社会法益, 性剥削, 性侵犯

Recognition of “Special Duties” of Sexual Assault by a Person in a Position of Care

Liuyun Tan

School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jun. 8th, 2023; accepted: Jul. 21st, 2023; published: Jul. 31st, 2023

Abstract

The “Criminal Law Amendment (11)” added one of Article 236 “sexual assault on persons with care responsibilities” and actively responded to society’s expectations for the protection of minor women. The establishment of this crime has also triggered many academic circles. The understanding and application of “special responsibilities” in the subject elements, in reality, there are

issues that are unclear, unclear, and inaccurate judgment. In this regard, the academic circles are explained as a substantial explanation, but the standards are different. Legal benefits are the basis for determined by the subject. From the perspective of the essence of benefit, we should consider one of the identification criteria of “special responsibilities”. On the other hand, the theory of “hidden compulsory” and “sexual exploitation” is more in line with the legislative purpose of this crime. The “sexual exploitation” should be punished, and the second standard of “special responsibilities” identification should be proposed from the perspective of the actor.

Keywords

Special Responsibilities, Social Legal Benefits, Sexual Exploitation, Sexual Assault

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

2020年《刑法修正案(十一)》(下称《刑修(十一)》)第一次草案公布,并向全社会公开征求意见。彼时,典型案例触发了大众对于未成年保护的热切关注,最终在第二次草案中出现了相关条文,亦即现行刑法第236条之一“负有照护职责人员性侵罪”,其中提到概念“负有照护职责人员”。其实,这并非我国刑法规制中首次出现这一概念。早在2013年两高两部发布的《性侵意见》第21条中,就以此种列举形式明确“负有照护职责人员”范围,即“对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等特殊职责的人员”。然而,当时受制于罪刑法定原则,此项规定仅作为强奸罪的一项注意规定而存在。对于本罪的设立,理论界与实务界围绕行为主体等问题一直未有定论。法条要求行为主体具备“监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责”。从表里看,如何认定“等”对划定本罪的行为主体范围至关重要。然而,这一兜底性表述难以独立地为不法提供依据,必须首先对以“监护、收养、看护、教育、医疗”为典型代表的“特殊职责”进行理解,才能明确本罪中“等”的外延。前述五类特殊职责之间从文义解释上难以看出关联,以社会一般观念出发,非常容易得出“只要具有上述各项职责的外观,即可构成适格主体”这一结论,易造成处罚范围的不当扩大,导致利益保护失衡,因此需要考虑其他的解释路径。故而正确理解“特殊职责”才是认定本罪行为主体的关键。为了解决这一问题,应当从解释论视角对“特殊职责”作含义理解,给出恰当的认定标准和范围界定。而从法益出发,只有行为人符合“特殊职责”这一要件,才能对被害人的法益产生切实影响;换言之,欲讨论本罪“特殊职责”的范围,必须结合本罪的法益。

2. “特殊职责”的认定基础:法益定位

(一) 学界争鸣

关于如何认定本罪的法益,学界一直众说纷纭,观点大致分为两派:单一说与复合说。单一说的一层逻辑均为“本罪的法益为单一的个人法益”。具体项下占主流地位的三个学说分别为身心健康说、性自主权说与不受侵扰的性健全发展说。

身心健康说的基本立场是:持“部分提高性同意年龄说”,亦即本罪的增设意义是将已满14周岁不满16周岁的未成年女性的性同意年龄提高到16周岁。这样一来,此类女性与奸淫幼女型强奸中的“幼女”在某种性质认定上是相同的,不具有辨别是非、理解后果的能力;此时的所谓“性自主权”尚未形

成，因而无从论及本罪的法益是性自主权，继而认定本罪侵害的法益为已满 14 周岁不满 16 周岁未成年女性的身心健康。具言之，张明楷教授认为刑法增设本条的目的是为保护已满 14 周岁不满 16 周岁未成年女性的身心健康成长免受具有特殊职责人员性侵的风险，且从中难以认定法益是性自主权[1]。许永安认为，本罪的立法目的是为保护未成年女性的健康成长[2]。张义健也指出，此项新增属于部分提高性同意年龄，体现的是国家对未成年女性身心健康的严格保护[3]。

相较之下，性自主权说的支持群体更为庞大。正如张馨文指出的，身心健康说更关注本罪与强奸罪在行为对象与行为方式上的差别[4]，性自主权说更关注本罪与强奸罪的相似之处。周光权教授从立法角度进行解读，行为人易对被害人作出欺骗或利诱的原因就是因为享有特殊职责。此种情形下被害人即使并非自愿发生性关系，但常可能会忍气吞声、放弃抵抗，这种侵害反而容易得手，极大不利于未成年人的成长；因此，立法上推定，被害人此时实质上难以真正地、自主地决定其性行为的选择。此种观点是从缓和的刑法家长主义出发，在一定范围内用公权力对其自主决定权进行某种有限度的干涉[5]。陈波也在文章中点明观点，本罪的法益应是法律规定的性自主权，法律应对其进行系统性的保护[6]。付立庆教授也赞成性自主权说，并对“性同意年龄部分提高说”进行驳斥。他提出性自主权 = 维护权(拒绝权 + 自卫权) + 支配权(选择权 + 承诺权)。他认为，本罪的行为因职责而对被害人形成了特殊的影响力，这种影响力并不限于在某一种特定的场景下发生所谓性关系时才直接地对被害人是否同意的意思决定产生影响；更是包括在被害人有意思决定之前的人格、价值观、伦理观的塑造之中，继而相对应的意思决定产生一般性的、持续性的作用[7]。立法者正是考虑到被害人的性自主权受到此类影响的现实性，才以刑罚的方式以期遏制这种权利受到影响的危险性。持相同观点的学者还有陈家林、吕静，他们认为性自主权包括积极行使面与消极防卫面[8]；田淼在文中也对“性自主权具体是指支配权与维护权”进行了论证[9]。

单一说里的第三种具体观点是本罪的法益是性健康发展权。持此观点的学者有王海桥教授，他首先从本罪与强奸罪存在本质差异的角度出发排除了性自主权的合理性，其次指出身心健康说在个罪的认定上太过于模糊；相比于前者，“性的健康发展”这一角度显然更为具体，符合法益的要素[10]。而张梓弦的观点与之类似并不完全相同。他提出将“性剥削”理论入刑，而对应的本罪法益应当界定为“不受侵犯的性的健康和全面发展的权利”[11]。

复合法益说的观点亦是众说纷纭。例如，杨万明认为，本罪维护的是受照护的未成年女性的“性权利的不容损害性以及身体、心理健康”[12]。张欣瑞、陈洪兵则提出了独特的观点，即性自主权与身心健康并非一定是非此即彼，二者在对未成年人的保护上并非对立关系，故而身心健康或可视为对性自主权的一种兜底[13]。

(二) 比较法镜鉴

比较法的镜鉴在研究法益时尤为重要。可以看到，德国在《刑法典》第 174 条中细分了 3 款 6 项，对性侵受保护人罪进行了细致分类。学界对本条与我国刑法第 236 条之一的对照关系没有争议。而关于该项犯罪的法益内涵，在德国学界，性自主权说与性成长说分庭抗礼。前者认为，这种特定的依附关系与性行为无关，而究之规范保护目的，亦即法益应当为儿童和少年的性自主，以及不受侵扰的性成长。也有学者认为，法益仅包含未成年人的性自主。后者则持相反观点，认为本罪的保护法益应是不受侵扰的性成长，辅之以性自主；这种性成长是指与行为人处于从属亦或是家庭关系中，具有某种从属性和依附性。此外，德国学界关于此问题亦不乏对于集体法益的支持。此类观点认为，本罪的设立目的在于防止在照护关系之中，“特定优势”这一功能由于行为人的道德选择问题发生扭曲[14]。

而在参考日本学说时，在本罪的规范定位之处却发生了不同的理解。许永安指出，我国刑法第 236 条之一的负有照护职责人员性侵罪在日本法上对应的法条为 2017 年修正后的《刑法典》增设的第 179 条

“监护人性交罪”。姚培培在其文章中指出，关于本条规定犯罪的立法目的，相关人员认为，在某些监护人与未满 18 周岁的人持续地、常态化地发生性行为，这种情况很难被刑法规制。那么此时，立法机关考虑到监护人实施性行为的深层原因实则是监护人凭此身份从而产生了上位者对下位者的影响力，这与强制猥亵罪、强制性交罪(第 177 条)类似，均对性自主权有所侵害。如此，另有学者如李立众教授，便在文章中提出，参照日本法对应的第 179 条，本罪的保护法益也应定为性自主权^[15]。然而对此，姚培培持相反观点。他认为前述观点忽视了中日法律差异，应当重新进行规范定位：将本罪对应到日本《儿童福祉法》第 34 条第 1 款的“儿童淫行罪”¹。《儿童福祉法》作为日本刑法典的附属刑法，从目的解释考量，其设立的宗旨应当是保护儿童身心健康成长，处罚的行为应当是对儿童身心健康进行施害的行为，保护的法益应当是儿童的身心健康^[16]。

(三) 本文观点

本文认为，本罪的法益属于单一法益，但并非主流认定的个人法益，而是社会法益。回顾几乎占据主流视线的“性自主权说”，若如此认定，则与强奸罪的通说法益完全重合，那么在适用中如何正确选择本罪与强奸罪，本罪是否还具有适用空间，是否会成为刑法的“虚置”法条？“性自主权说”与“身心健康说”都属于个人法益，在本罪中并非处于优势地位，因为个人法益都是可被被害人承诺放弃的。多数学者将本罪法益排除出社会法益的主要原因是，从体系解释上看，本罪设立的位置是“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章，那么就应当是个人法益。实则，我国刑法上不乏“不协调”的情形，如重婚罪的设定与定位。观之法条规定，重婚罪保护的应当为“我国婚姻法所规定的一夫一妻制度”，此时如果机械地认定为法益是某种权利，又会引出上述的结论：权利是可放弃的。因而，所谓的“同类法益分类法”固然有系统性、合理性的积极意义，但在具体适用时也要考虑具体情形。归之本罪，将法益定位到社会法益便是水到渠成的判断。

而具体属于社会法益中的何种法益，则需要考虑本罪中被害人与行为人的关系，这也是本罪的最特别之处。“身心健康说”认为本罪保护的法益是未成年女性的身心健康，这固然没有疑问，但缺乏独特性。论及刑法为何对“负有照护职责人员”和与之具有互动关系的未成年女性作出特殊强调，究其原因是因为此种“特殊职责”背后，行为人由此产生的权威性、影响力对未成年女性产生了极大的控制，实践中未成年女性也往往是出于这种照护关系，即使事发后也没有勇气发声，酿成自己人生的悲剧。但是这种特殊职责下的照护关系是信赖的强大力量所建立的，应当是纯净的，更是无关性行为的；当行为人无视、打破、利用、滥用此种信赖时，便会在原本信赖的土壤上开出恶之花，触发本罪。因而，提炼出的社会法益可定义为“照护秩序”，即为在行为人与被害人的这段照护与被照护的关系里，形成的一种健康的、纯净、无涉性的秩序。这种秩序本应该被受照护的已满 14 周岁不满 16 周岁未成年女性视为生活的信仰所信赖、所倚靠，被具有特殊职责的人员所遵守；但当这种利益被行为人损害时，未成年女性首当其冲，会受到身体与精神的伤害与打击。

3. “特殊职责”的认定标准

学界通说均认为，不应只对法条作文义解释，而应确立实质解释规则。然而目前学界并未形成统一标准。由此造成了本罪的教义分析上存在实质不清、界定不准、判断不明的弊病亟待解决。

实质不清是指对“特殊职责”的实质解释难作定论。付立庆教授认为要对“特殊职责”作实质解释，具体是须符合同类解释原则与持续性原则；实质是要使得被害人产生现实、精神上的依赖，实质性影响到受害人的法益^[17]。唐攀认为，应从实质性的同类解释的角度出发，以法益保护为中心，进而概括出“特殊职责人员”的核心特征^[18]。李立众指出应当关注行为人能否对未成年女性产生实质的、一定的影响力

¹日本《儿童福祉法》第 34 条第 1 款：任何人不得实施下列行为：……六使儿童实施淫行的行为；……

与支配力[15] (p. 19)。段阳伟认为,不是所有“负有照护职责人员”都构成本罪主体,只有那些因为负有照护职责,而在相对人之间产生实质的、具体的不对等的权力关系,并利用了关系滋生的隐形强制时,才能构成适格主体。王海桥、范晨持类似观点,也认为应对“行为人是否因此对未成年女性产生支配力亦或是某种特殊的信赖关系”作实质判断[10] (p. 23)。杨金彪认为,范围的确定不应当拘泥于文义解释,而应当结合实际综合考虑,实质上需要判断行为人是否可影响未成年女性的主观意识与选择判断,并且要看行为人是否保护未成年女性的义务[19]。钱叶六也指出,在实际案例中,需要对“照护身份”进行实质考察,不可仅依凭行为人具备了特定的照护身份就认定其构成适格主体,而是应当考察行为人是否依仗了照护职责形成某种“优势地位”或是获得某种“便利条件”。

贾易臻则明确地从本罪的法益角度出发,指出只有当事人负有“特殊职责”,才可能对未成年女性的法益产生损害;从而指出,对主体的理解须作实质解释,并须结合法益的内涵。实质的具体方法是看行为人与受害人之间是否存在信赖与支配关系[20]。王志祥、李昊天认为,从文义上看,“监护”、“收养”、“看护”、“教育”、“医疗”这五个法条中明确列举的特殊职责之间无法总结出相似之处,这便引导学者在作解释时应当进行实质解释[21]。

耿轶凡从立法宗旨出发,指出所谓特殊职责,需要基于指定的照护关系,形成天然的优势地位或是影响力,使行为人与受害人之间形成上下对下关系,行为人对受害人进行性剥削;并进一步指出,对此应作审慎的、实质的解释,而非形式上简单判断。具体应从以下三个方面进行理解:第一,对行为人是否利用照护关系形成了优势地位作实质审查;第二,只要特殊职责人员与未成年女性存在现实的、实质性的照护,即可构成适格主体,并非必须存在法律上的关系;第三,须具有一定持续性[22]。王雪松和龚珊珊也从两方面对实质判断“特殊职责”提出了佐证,一是五类列举出的特殊职责固然可以基于法律规定而产生的,但若事实上产生亦不排除;二是特殊职责并不限于法条中的五类特殊职责[23]。

张梓弦梳理了立法者的逻辑基础:即处于优势地位的人基于与劣势地位者长期的、非偶然形成的依赖关系,而具有了权力支配地位,并通过此种支配地位对劣势地位者进行剥削。进而从消极层面指出,如果行为人对未成年女性的人格或是生理持续养成或者说是性的健全发展负责时,一时的看护、监管并不足以符合本罪的适格主体。张赞成通过实质解释路径,并指出除法条列举的五种特殊职责外,狱警与被收监的罪犯之间也存在特殊关系[11] (p. 56)。陈捷在文章中指出,特殊职责人员除了包括法条所指部分,还应当涵盖法律上存在特殊关系的人员与事实上存在抚养、保护、照顾等关系的人员[24]。另有部分学者通过引入“隐性强制”对“特殊职责”进行实质解释,如田淼、李阔。

界定不准是因为大多数学者认为界定标准是特殊职责下的行为所实施与持续的时间。然而此种观点过于单薄。因为时间长短是一个定量概念,而特殊职责的认定是一个定性的问题,不可放到同一层面上讨论。判定问题也是同样。对此,本文认为可分别从行为人视角与受害人立场提出两个标准。

(一) 受害人视角:实质法益论

如上文所述,本文认为本罪侵害的法益属于社会法益中的照护秩序。这样的论点也是符合实质法益论的。实质法益论在功能上可对立法进行批判,若是某些刑法条文不符合规范保护目的,那么刑法学将认为其实质上是错误的,则下一步是对其进行限制。另言之,实质法益论一方面具有社会基础,另一方面也符合宪法根据。近年来,未成年女性被性侵的情形屡见不鲜,令人痛心。据最新的女童保护基金统计,2021年性侵儿童案例中,熟人作案愈八成;2014更是达到87.87%。而熟人作案中,教师、教职工、培训机构老师作案占比27.50%;亲人亲属作案占比17.50%;其他生活学习中接触到的人员作案占比33.12%²。与此同时,大众对于此类特殊职责人员性侵犯罪关注也在愈渐增多。由上可知,当受害人所依

² 《“女童保护”2021年性侵儿童案例统计及儿童防性侵教育调查报告》,载北京众一公益基金会网2022年3月2日,<https://www.all-in-one.org.cn/newsinfo/2475704.html>。

赖的照护秩序被打破时，可认定为法益被侵害，此为对“特殊职责”的认定标准之一。

(二) 行为人视角：“性剥削”理论

实质上规制的是行为人的“性剥削”行为，当行为人构成“性剥削”时，则可认定其符合主体构成要件“特殊职责”。这一认定可以解决上述问题中界定不明的问题，因为此时便不是仅对照护职责的时间长短加以认定。问题的关键转而来到对“性剥削”的定性及定位。需要明确的是，“性剥削”概念的引入，逻辑上法益为“照护秩序”是统一的；因为“性剥削”相较于“性强制”、“隐性强制”，更能突出反映在这段互动关系中彼此的地位。首先，“性剥削”体现的是强烈的、悬殊的不平等性。如果说强奸罪的特征是“强”，是暴力、胁迫；那么本罪的特征是地位的不平等。此外，“性剥削”背后必然不是短暂的、一刻的压迫，这也解决了时间长短的认定问题。

“性剥削”概念入刑亦是具有相当的合理性与合法性。第一，性剥削入刑与我国刑事政策的基本理念相协调。本罪的增设是积极预防性刑法观的回应，本罪的立法初衷是为弥补现行刑法分则无法规制到的某处漏洞，而非激进的、情绪性的。那么将“性剥削”符合这一积极预防性刑法观，并紧密贴合对性侵未成年女性的从严处罚政策导向。第二，性剥削入刑与刑法分则并不突兀。同刑法第 244 条规定的雇佣童工产生的劳动剥削类似，本罪剥削的是未成年女性的性的权利，两者都是利用了未成年的弱势地位。因而，利用自己的职责地位，使受害人产生信赖，进行性的诱骗，行为实质上属于性剥削的人，即属于本罪主体规制的“特殊职责”。

参考文献

- [1] 张明楷. 刑法学(下)[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 1143.
- [2] 许永安. 中华人民共和国刑法修正案(十一)解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2021: 249.
- [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[J]. 中国法律评论, 2021(1): 51.
- [4] 张馨文. 负有照护职责人员性侵罪的解释路径探析——以实质的反面解释为切入[J]. 法律适用, 2023(4): 167.
- [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[J]. 法学, 2021(1): 30-31.
- [6] 陈波. 猥亵行为应纳入负有照护职责人员性侵罪——以师源性侵为例[J]. 青少年犯罪问题, 2021(4): 39.
- [7] 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, 15(4): 79.
- [8] 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, 27(5): 56.
- [9] 田淼. 负有照护职责人员性侵罪的法益厘清和司法认定[J]. 北京警察学院学报, 2022(2): 17-20.
- [10] 王海桥, 范晨. 负有照护职责人员性侵罪的规范诠释[J]. 预防青少年犯罪研究, 2021(6): 19-20.
- [11] 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[J]. 政治与法律, 2021(7): 54-55.
- [12] 杨万明. 《刑法修正案(十一)》条文及配套《罪名补充规定(七)》理解与适用[J]. 北京: 人民法院出版社, 2021: 247.
- [13] 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): 18-20.
- [14] 何坦, 赵冠男. 德国刑法上性侵受照护人罪及其启示[J]. 犯罪研究, 2022(4): 103.
- [15] 李立众. 负有照护职责人员性侵罪的法教义学研究[J]. 政法论坛, 2021(4): 19.
- [16] 姚培培. 论负有照护职责人员性侵罪的规范定位与不法内涵[J]. 师大法学, 2020(2): 58-69.
- [17] 付立庆. 负有照护职责人员性侵罪的法网范围[J]. 国家检察官学院学报, 2022, 30(2): 130.
- [18] 唐攀. 负有照护职责人员性侵罪的规范保护目的与解释适用[J]. 江西警察学院学报, 2021(4): 95.
- [19] 杨金彪. 负有照护职责人员性侵罪构成要素比较分析[J]. 环球法律评论, 2022, 44(3): 42.
- [20] 贾易臻. 截堵罪名与法益扩张: 负有照护职责人员性侵罪的规范定位、保护法益与出罪路径[J]. 甘肃政法大学学报, 2023(1): 59.
- [21] 王志祥, 李昊天. 负有照护职责人员性侵罪的保护法益问题研究[J]. 贵州民族大学学报(哲学社会科学版),

2022(5): 49.

- [22] 耿轶凡. 负有照护职责人员性侵罪的入罪边界与出罪空间[J]. 中国检察官, 2022(17): 62.
- [23] 王雪松, 龚珊珊. 负有照护职责人员性侵罪的法益阐释与司法适用[J]. 山西高等学校社会科学学报, 2022, 34(11): 53.
- [24] 陈捷. 性侵未成年人新修订条款的教义学阐释[J]. 太原理工大学学报(社会科学版), 2023(2): 48.