

# 论法教义学视角下的负有照护职责人员性侵罪

陈加深

青岛大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2022年7月4日; 录用日期: 2022年8月19日; 发布日期: 2022年8月26日

---

## 摘要

《刑法修正案(十一)》增设负有照护职责人员性侵罪,旨在规制特殊职责人员利用自身优势地位和便利条件性侵未成年女性的行为。本罪的保护法益应为已满14不满16周岁未成年女性的性自主权,而非未成年女性的身心健康。因此,本罪并未部分提高未成年女性的性同意年龄。本罪的行为主体应当存在对特定未成年女性的优势地位和信赖关系,成立本罪要求行为人实质利用该优势与信赖。同时,“发生性关系”应扩大解释为性器官插入体内的性行为;“情节恶劣”的认定可以考察对被害人身心健康发展的影响。此外,本罪与普通类型强奸罪本质上都违背了女性内心真实意愿,两罪应属竞合关系而非排斥关系。

## 关键词

性自主权, 特殊职责人员, 未成年女性, 发生性关系, 情节恶劣

---

## Research on the Crime of Sexual Assault of Care Responsible Personnel from the Perspective of Legal Dogma

Jiashen Chen

School of Law, Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: Jul. 4<sup>th</sup>, 2022; accepted: Aug. 19<sup>th</sup>, 2022; published: Aug. 26<sup>th</sup>, 2022

---

## Abstract

The *criminal law amendment (11)* adds the crime of sexual assault by the personnel responsible for care, which aims to regulate the sexual assault of underage female by persons with special re-

sponsibilities using their own advantageous position and convenience. The legal interest of this crime should be the sexual autonomy of underage female who has reached the age of 14 but not 16, rather than the physical and mental health of underage female. Therefore, this crime does not partially increase the age of sexual consent of underage female. The actor of this crime should have a dominant position and trust relationship with specific underage women. The determination of this crime requires the actor to make substantial use of this advantage and trust. At the same time, *sexual intercourse* should be extended to the sexual behavior of inserting sexual organs into the body; the identification of *wicked circumstances* can examine the impact on the physical and mental health development of victims. In addition, this crime and the ordinary type of rape are essentially against the true will of women, and the two crimes can be consistent at the same time rather than mutually exclusive.

## Keywords

Sexual Autonomy, Personnel with Special Responsibilities, Underage Female, Sexual Intercourse, Wicked Circumstances

Copyright © 2022 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. 引言

此次《刑法修正案(十一)》的出台,在很多重要领域对刑法做出了修改和补充,积极回应了民众对于热点问题的关切。值得一提的是,此次修法在涉及未成年犯罪方面做出重大改变,其中增设的“负有照护职责人员性侵罪”受到社会公众和学界的广泛关注。应当承认,本罪的设立对于完善我国惩罚性犯罪的法网,尤其是惩罚针对未成年女性的性犯罪有着重要的意义。但是,目前学界对于本罪的保护法益和构成要件解释存在争议。多数学者将本罪的保护法益简单粗暴地认定为未成年女性的身心健康,相应的认为本罪部分提高了未成年女性的性同意年龄。与此同时,学者认为负有照护职责人员一旦与未成年女性发生性关系即符合本罪的构成要件。这种观点看似一劳永逸地解决了本罪的理解和适用问题,回应了民众对未成年女性加强保护的呼吁,绝对周全地保护了受照护的特定未成年女性的性权利,但却隐藏着不当侵犯负有照护职责人员的人权和受照护未成年女性的自由与恣意扩张刑事处罚范围之嫌。对此,本文拟从法教义学的视角出发,就本罪的保护法益、构成要件以及与强奸罪的关系发表浅见,希望有助于合理界定和理解适用本罪。

## 2. 保护法益的界定:低龄未成年女性的性自主权

刑法第2条的规定表明,刑法的任务与目的是保护法益,而法益即由法所保护的人的生活利益。从受侵犯的角度而言,法益被称为被害法益,而从受保护的角度而言,法益被称为保护法益[1]。“法益保护目的犯罪论体系将犯罪视为法益侵犯,以法益概念为核心进行犯罪论体系构建,不仅将法益作为目的论解释的标准适用于分则中犯罪构成要件的解释,更是将法益作为犯罪论体系内在的概念。”[2]刑法教义学应当坚持法益保护说的立场,法益保护说既有利于保护法益也有利于保障人权[3]。因此,对本罪的解释应当站在保护法益的立场下考虑。然而,已知本罪的保护对象为已满14周岁不满16周岁未成年女性(根据付立庆教授的观点,简称“低龄未成年女性”),那么何为本罪低龄未成年女性的保护法益,下文将进行讨论。

## 2.1. 身心健康说与性自主权说

关于本罪的保护法益学界争议良久，其中身心健康说和性自主权说之争最为突出。身心健康说认为，本罪的保护法益为低龄未成年女性的身心健康，这也是目前学界的多数说。因此，本罪实际上部分提高了性同意年龄，体现了对低龄未成年女性身心健康的严格保护<sup>[4]</sup>。此说认为，低龄未成年女性在面对负有照护职责人员时，并不具备性承诺能力，在双方发生性关系的场合，无论女性是否同意，对特殊职责人员都应当追究刑事责任。此说观点解释到，负有特殊职责的人员在与低龄未成年女性长期生活或者接触的过程中，不可避免地对她们的身心产生作用和影响，使她们对其产生信赖，从而在面对负有照护职责人员时处于劣势地位，很难成熟、理性地行使自身的性权利。因此，立法推定低龄未成年女性在面对照护职责人员时与幼女一样，没有性承诺能力，也就没有性自主决定权。

与此相对，性自主权说认为本罪的保护法益是低龄未成年女性的性自主权。“性自主权是指自主表达自己的性意愿和自主决定是否实施性行为 and 以何种方式实施性行为，实现性欲望而不受他人强迫和干涉的权利。”<sup>[5]</sup>性自主权属于人身权的内容之一，可以说享有性自主权的自然人既有表达性意愿、接受性邀请的权利，也有拒绝发生性关系的权利。根据此说的观点，凡已满 14 周岁的女性都具有性自主权，具有行使性权利的自由，已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年女性当然也不例外。赞成此说的学者认为，由于行为人具有照护未成年女性的职责，很容易使得女性对其产生信任和依赖，双方的地位是不平等的。基于这种不平等的身份关系，低龄未成年女性在与特殊职责人员发生性关系时，处于对方的影响力支配之下，并不具有完全的意思自由，即便其表示同意发生性关系，这种同意也是不充分的，法律仍认定特殊职责人员侵犯未成年女性的性自主权<sup>[6]</sup>。因此，立法者为了保护低龄未成年女性的性自主权免受身边特殊职责人员的不当侵害，设立了本罪。

## 2.2. 本罪的保护法益：性自主权

本文认为，本罪的保护法益应为低龄未成年女性的性自主权。但是，本文反对即使未成年女性实质上同意与特殊职责人员发生性关系，仍认为行为人侵犯其性自主权的观点。换言之，本文主张从缓和的家长主义立场出发，认为本罪并未部分提高未成年女性的性同意年龄，未成年女性即使在面对特殊职责人员时，同样具有性自主决定权，只不过该权利可能会受到影响而已。如若低龄未成年女性与负有照护职责人员发生性关系是出于其内心的真实意愿，并没有受到特殊职责人员的利用和诱导，对于特殊职责人员的行为就应当予以出罪。

首先，采用身心健康说难以指导和约束本罪的构成要件。身心健康，即健康的身体和愉快、正常的心态。主张本罪保护法益为未成年女性的身心健康，是立足于发展理论，认为特殊职责人员与其发生性关系会对其身心健康发展产生负面影响。但是，“身心健康”本是一个抽象的概念，在司法实践的个案中难以证明行为人的行为是否阻碍了未成年女性的身心健康发展，进而难以认定行为人是否实质侵害了本罪的保护法益。再者，并非只有特殊职责人员的性侵权行为才会对未成年女性的身心健康发展造成妨害。实际上，任何违背女性意愿与其发生性关系的行为都可能影响或者损害其身心健康发展。因此，使用“身心健康”这一宽泛、抽象的概念来界定本罪的保护法益，难以发挥对构成要件的指导和约束功能，甚至有不当扩大刑事处罚范围之嫌。

其次，性同意年龄部分提高的观点在体系上难以自洽。如果认为本罪的保护法益为低龄未成年女性的身心健康，等于赞同本罪部分提高了未成年女性性同意年龄的观点，但此观点在体系上难以做出合理解释。“刑法上的能力作为一个概括性的上位概念，必然包括责任能力和同意能力，而性同意能力又是同意能力的下位概念，故性同意能力应当随着刑法上能力的提升而提升。”<sup>[7]</sup>“一方面认定已满 12 周岁不满 16 周岁的人具有了‘同意’能力，一方面又认定已满 14 周岁不满 16 周岁不具有‘同意’能力，在

体系上自相矛盾。”<sup>[8]</sup>此外，随着人民生活水平的提高，未成年人的身心发育提前。已满 14 周岁的未成年女性生理和心理都相对成熟，性观念基本已经树立，性意识也得到了发展，主张提高性同意年龄并无充分依据。因此，在立法未对幼年年龄做出修改的前提下，女性的性同意年龄应当保持在 14 周岁。因此，凡已满 14 周岁的女性便已具备性承诺能力，其真实有效的性承诺应当具有法律效力<sup>[9]</sup>。

此外，身心健康说有不当地侵犯低龄未成年女性甚至负有照护职责人员的人权和自由之嫌，而性自主权说便可以处理好保护法益与保障人权之间的关系。周光权教授曾指出，今后在刑法适用上绕不开的问题是，当特殊职责人员并未主动提出和低龄未成年女性发生性行为，而是后者主动、自愿地与其发生性关系时，行为人是否还构成本罪？<sup>[10]</sup>本文的答案明显是否定的。当然，不可否认的是现实生活中多数特殊职责人员与低龄未成年女性发生性关系的案件都是违背未成年女性内心真实意愿的。此外，依据社会一般人的看法，特殊职责人员一旦与低龄未成年女性发生性关系，通常是其利用信赖优势与权威影响违背女性内心意愿。但是，立法和司法工作者也应当注意到并没有侵犯未成年女性的性权利的例外情况，并为此设立一定的出罪空间，因为这才是刑法自由保障功能的价值所在。“在双方确实自愿真诚恋爱，男性一方的特殊身份对于女性来说无足轻重，发生性关系是情投意合、水到渠成的结果，对此也应该动用刑罚手段去惩罚这种爱意的表达或快乐的享用吗？”<sup>[11]</sup>此种情形下，可以说双方的行为仅违背社会伦理，并没有侵害到相应未成年女性的权利。因此，认为本罪的保护法益为低龄未成年女性的身心健康，以至于无论女性是否同意都要追究行为人的刑事责任，否定真实有效的同意对犯罪认定的作用，等于是将未成年女性不分情形地被害化和客体化<sup>[12]</sup>。

### 3. 构成要件的实质解释

我国刑法分则拥有数百个罪名，每个罪名的成立都有其特定的条件，而这些成立犯罪所必备的条件就形成了构成要件。构成要件的设立是对罪刑法定原则的坚守，具有指引和评价行为的重要作用，也有利于充分保障行为人的权利。此次将负有照护职责人员利用自身便利条件性侵害未成年人的行为创设为独立的不法类型，是对现实问题的必要回应。接下来，如何在保护法益目的指导下，恰当地理解本罪的构成要件，显得至关重要。

#### 3.1. “特殊职责人员”的范围

根据刑法第 236 条之一的规定，本罪的行为主体为“负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员”。对此，是否可以理解为行为人仅形式上具备照护身份就符合本罪的行为主体要件？本文的答案是否定的。本文认为，在本罪保护法益的指导与约束下，对本罪的行为主体“特殊职责人员”应当作实质解释。换言之，是否属于“特殊职责人员”不应仅看形式上的照护身份，而要看行为人是否具有实质上的照护责任。因此，本罪的行为主体应当对低龄未成年女性具有照护的义务和责任，存在影响、支配未成年女性行为的优势地位，能够使未成年女性对其产生信任和依赖。立法设立本罪的初衷是为了防止低龄未成年女性身边负有照护职责的人员利用自身优势地位及信赖关系实施性侵行为。倘若行为人实际并没有建立对受照护未成年女性的信赖优势，不能在发生性关系的抉择上对其产生干扰和压迫，难以说得上行为人仅仅依靠照护身份就可以使得特定的未成年女性在内心不情愿的情况下接受发生性行为的邀请。

不难看出，本罪的罪名是对本罪条文内容的高度提炼和准确把握。“负有照护职责人员”即为本罪的行为主体，而“照护职责”应是对刑法条文“特殊职责”的实质概括。照护，顾名思义，即照料、护理，也可以说是照顾、看护，但实质都是对“职责”一词的修饰。因此，厘清本罪行为主体的关键在于明晰“职责”的指涉。职责是指职务上应尽的责任，重点在于责任。因此，对于本罪中的“职责”，应

从“责任”这层含义上加以理解，这样才可以将不具有照护职务，但对低龄未成年女性负有照护责任的人员纳入其中，从而合理界定本罪的行为主体[13]。

显然，本罪条文中明文列举的监护、收养、看护、教育、医疗人员原则上具有本罪行为主体地位，其大多处于可以支配未成年女性的优势地位，能够使未成年女性对其产生信任和依赖。但是，当行为人没有对未成年人产生实质的影响力，不能被未成年人所信任和依赖，从而不能左右未成年人的思考和价值判断，便不应属于本罪的行为主体。根据《民法典》的规定，父母通常为未成年人的监护人，且法律赋予其监督、保护未成年人的义务和责任。父母作为未成年人的监护人，一般处于权威或者优势地位，在长期共同生活的过程中能够一般性、持续性地对未成年人的意思决定施加影响。因此，父母等法定监护人通常符合本罪的特殊主体要件。当然，与监护人相同，在与未成年女性接触过程中具有支配性的优势地位，能够使其产生信任和依赖的收养人、看护人、教师、医生、护士也同样符合本罪的行为主体要件。

当然，低龄未成年女性能够对出于优势地位的特殊职责人员产生信任和依赖，通常与时间因素有关[14]。如若行为人并没有通过其照护身份与未成年女性建立稳定、持续的人身依赖、深度信任关系，不能说其符合本罪的特殊主体要件。例如，父母临时外出，委托邻居或者朋友照顾、看管其未成年女儿，由于时间较短，难以认定受委托人对女孩产生支配影响和信赖关系。因此，即使行为人与未成年女性其发生了性关系，也不能简单认为行为人就属于本罪的行为主体。此外，临时治疗未成年女性的医生、护士，或者新上任的班主任教师，也很难即刻认定其属于本罪的“特殊职责人员”。虽然其负有看护、教育特定未成年女性的责任，且出于可以支配未成年女性的优势地位，但短时间内其很难能够对特定的未成年女性产生深度信赖，以至于其足以在未成年女性决定是否发生性关系上施加不利影响。当然，时间只是认定本罪行为主体的参考要素，是否符合特殊职责人员的身份应看行为人能否通过照护责任与优势地位使未成年女性对其产生信任和依赖。

此外，本罪条文中没有提及的特殊职责人员一般不具备行为主体地位。但是，当其确实在低龄未成年女性的生活、成长过程中的各个方面建立优势或者支配地位，使未成年女性对其产生人身信任和依赖，便应纳入“等”的范畴，而非仅限于法律明确规定的监护人。典型的如与未成年女性共同生活的其他成年男性，其很可能对未成年女性负有特定的照护责任。因此，为了周延保护低龄未成年女性的性自主权，应当将其列入“特殊职责人员”的范畴。倘若行为人利用日常照护未成年女性所形成的优势地位及其产生的信赖关系实施性侵行为，便应当承担刑事责任。本罪条文采用了具体列举加抽象概括的表达方式，有利于开放式理解本罪主体，应对社会复杂现实，在保证刑法安定性的同时为刑法应变性提供通道[15]。但必须强调，划定适格主体的界限是为了避免无差别打击以至过分干预个人自由，未成年人作为享有权利的独立个体，其性权利应当得到尊重。因此，不能将虽具有一定职责，但该职责不具备性的优势地位的人员纳入其中[16]。

### 3.2. “发生性关系”的理解

张勇教授曾提出疑问，刑法是否要求行为人与低龄未成年女性发生性关系，实际利用了这种人身依附和信赖关系？对此，张勇教授给出了否定的答案，其认为行为人若实际利用职责便利与特定未成年女性发生性关系，应以强奸罪论处，只有当行为人没有利用这种便利和优势时才构成本罪。但本文并不赞同此观点。行为人若要符合本罪的行为主体要件，形式上的照护身份无足轻重，实质上具有照护特定未成年女性的责任和优势，从而使特定未成年女性对其产生信任和依赖才是关键。从本罪保护法益的约束和指导功能出发，侵犯特定未成年女性的性自主权行为应当是违背其内心真实意愿的。因此，如果发生性关系是双方情投意合、两情相悦的结果，甚至是出于特定未成年女性的主动邀请，那么刑法作为惩治

严重侵犯法益的手段便应当保持谦抑，不能对没有侵犯低龄未成年女性性自主权的特殊职责人员进行严苛的刑事谴责，从而为本罪设立合理的出罪空间。

“刑法是最低道德的重申与法规化，而非塑造高尚道德情操的法宝，其目的在于保护法益。”<sup>[17]</sup>此外，“刑法增设本罪的目的，并不在于禁止跨代恋、师生恋等与主流价值观不符的恋爱行为，而是为了预防和打击行为人利用优势地位给处于劣势地位的低龄未成年少女造成精神压力，压制其决断空间，并借此发生性关系。因此，有必要将不具备处罚合理性、必要性的行为，尤其是未侵害具体个人法益而仅属于纯粹伦理道德越轨的行为予以出罪。”<sup>[18]</sup>所以，本罪条文应当实质理解为“负有照护职责的人员利用优势地位及信赖关系使得特定未成年女性非实质性自愿地与之发生性关系”。

既然本罪发生性关系的实质是特殊职责人员违背女性意愿，那么接下来的问题是“发生性关系”的范围究竟是什么？有学者指出，从性犯罪体系出发，“发生性关系”应当仅指狭义的性交，即性器官的结合。但是，基于对未成年女性的特殊保护政策和社会公众性观念的变迁，本文认为本罪“发生性关系”的范围应当扩大解释为插入体内的性行为，即不仅包括双方生殖器结合的自然性交，也应当包括口交、肛交等非自然性交。当然，一般的猥亵行为应当排除在外。

不难看出，本罪与普通类型强奸罪的行为要件并不相同，两罪在行为手段上具有强制性与非强制性的区分。因此，对于两罪“发生性关系”的范围也不应刻板地放在一起理解。此外，在未成年女性对其信任与依赖的情况下，行为人违背女性意愿的任何插入其体内的性行为都会对其身心产生强烈的冲击，严重侵犯其性自主权<sup>[19]</sup>。因此，如果对本罪发生性关系的理解仅限定在狭义的性交情形，恐怕会不当限缩本罪的处罚范围，不利于保护本罪法益。其次，随着社会观念的进步，性观念也得到了发展。将口交、肛交等插入式性行为解释为“发生性关系”并没有超过其可能的含义，也符合社会公众的预测可能性的范围<sup>[20]</sup>。在我国台湾地区，性交便不仅包括传统的男女两性之间的交媾，还涵盖了肛交、口交以及以物品进入性器官、肛门的行为<sup>[21]</sup>。因此，基于对未成年女性性权利特殊保护的 policy 以及适应社会观念发展，将本罪“发生性关系”的范围拓展至插入体内的性行为是合理的。但是，在罪刑法定原则下，对于刑法条文虽可进行扩大解释，却禁止不利于被告人的类推解释。因此，不应当将行为人仅猥亵低龄未成年女性的情形解释为“发生性关系”。

### 3.3. “情节恶劣”的认定

“情节恶劣”是本罪法定刑加重情节，立法者将相对宽缓的法定刑进行升格应当具备合理的条件。可以发现，强奸罪中也设有“强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣”的法定刑升格条件，但两罪法定刑的严厉程度并不相同。应当承认，立法者这样设置源于两罪的行为手段、强度的不同以及所造成的法益侵害性和社会危害性的不同。因此，付立庆教授提出，成立本罪的“情节恶劣”，不应包括采用暴力、胁迫等强制手段，而应该是对“发生性关系”本身在持续时间跨度之长、发生次数之多、性侵人数之多、发生场所之公开、对被害人影响之巨大等方面的考虑<sup>[22]</sup>。诚然，综合各个方面对“情节恶劣”加以认定具有积极意义，但也只是说明了认定本罪“情节恶劣”的方式方法，并没有解释清楚为何对“情节恶劣”需要升格法定刑，从而对行为人处以更为严苛的刑罚。

不可否认，情节恶劣应当是一种对法益侵害程度的综合性评价<sup>[23]</sup>。但是，笔者认为，在本罪的保护法益统领下，可以将低龄未成年女性的身心健康发展要素吸纳进法定刑加重情节的认定之中。诚然，当行为人利用其照护身份所享有的优势地位以及低龄未成年女性对其的信赖关系违背其意愿发生性关系时，即符合本罪基本犯的构成要件。此时，作为被害人的低龄未成年女性若积极寻求司法机关或者社会公众的帮助，有机会及时逃脱行为人的掌控与性剥削。此种情形下，国家公权力介入，行为人将会受到严厉的刑事处罚，此后很难对被害人造成伤害或者构成威胁。在此之外，对被害人辅心理治疗与法律

援助,可以帮助其回归到正常生活之中。此时,可以说行为人的性侵行为侵害了低龄未成年女性的性自主权,但难以认定其严重影响了未成年女性的身心健康成长。然而,在现实发生的性侵未成年人犯罪案件中,往往存在行为人长期、多次性侵未成年人等情节[24]。因为未成年人在面对突如其来的性侵时,基于种种顾虑或者限于个人能力难以脱身,只得接受行为人的性侵行为,而行为人在此之后便无所顾忌,于是变本加厉、无所不用其极地对未成年人进行性剥削,特定低龄未成年人的身体和心理都将受到难以治愈的创伤。此时,不得不承认行为人不仅严重侵害了特定未成年女性的性自主权,而且严重损害了特定未成年女性的身心健康。因此,虽然“情节恶劣”仅仅是本罪的量刑情节,但此时本罪的保护法益可以说是复合型法益,即低龄未成年女性的性自主权和身心健康。实际上,将本罪的法定刑升格条件“情节恶劣”与未成年女性的身心健康联系在一起,不仅回应了社会公众与刑事政策对未成年女性权利特殊保护的呼吁,也有助于司法机关恰当理解和适用本罪。

#### 4. 与强奸罪的关系

根据刑法第 236 条之一第 2 款规定,犯本罪,同时又构成强奸罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。从条文规定来看,本罪与强奸罪应属竞合关系,即行为人的行为构成本罪的同时也可能符合强奸罪的构成要件。此外,从上文探析,两罪的保护法益同为女性的性自主权且两罪“发生性关系”都要求违背女性意愿,两罪在性犯罪体系上具有一致性。当然,两罪应属竞合而非排斥关系还有更深层次的原因。

本罪本质上是一种性剥削行为,区别于普通类型强奸罪的性强制行为[25]。两罪在行为方式上具有强制型与非强制型的区别[26]。从条文表面来看,普通类型强奸罪的行为要件是“以暴力、胁迫或者其他手段”,而本罪是“与该未成年女性发生性关系”,貌似本罪中的行为人对于性关系的发生无需使用任何手段即可构成犯罪。但是,正如上文所述,本罪中行为人与未成年女性发生性关系并非仅符合主体要件即可,而不顾被害人内心的同意与否。成立本罪,行为人应当利用对受照护未成年女性存在的优势地位所产生的权威影响和信赖关系,以至于行为人无需使用暴力、胁迫等强制性的手段,也可以轻而易举实施性侵行为。因此,可以发现,强奸罪与本罪在行为方式上存在明显不同,强奸罪中行为人的行为具有直接强制的压制效果,而本罪中行为人的行为并不具有显而易见的压制效果,而是其利用其优势地位产生的心理影响实施诱导和说教等非强制手段,使得被害人难于拒绝、非实质自愿地接受发生性关系。

其次,对比普通类型的强奸罪,本罪在被害对象和行为主体上都进行了限定。普通类型强奸罪的被害对象为已满 14 周岁女性,而本罪的被害对象为受照护的已满 14 不满 16 周岁的未成年女性。对比不满 14 周岁的幼女,已满 14 不满 16 周岁未成年女性身心相对成熟,对性有了一定的认识和理解。但与此同时,处于此年龄段的女性身心还处于发展阶段,对性的认识和理解并没有成年人成熟、理性。因此,法律为防止其性自主权受到身边不怀好意、居心叵测之人的不当侵害,特别设立本罪对低龄未成年女性进行特殊保护。另外,强奸罪的行为主体除单独正犯必须为男性外,并没有其他特别要求。但是,本罪的行为主体被界定为对特定的低龄未成年女性负有照护职责的人员。因为当行为人负有照护特定未成年女性的责任时,便具有接近特定未成年女性的便利,其很容易通过自身的经验优势或者权威地位使未成年女性对其产生依赖和信任,然后利用这种信赖趁机实施性侵行为。所以,本罪的行为主体较之强奸罪而言更具体、特定。实际上,立法者就是为了限制负有这种特定责任人员性侵身边低龄女性的行为才设立的本罪。此外,根据本条的规定,在特殊职责人员请求与未成年女性发生性行为但被后者严辞拒绝,行为人转而使用强制手段强行与受照护的未成年女性发生性关系的场合,可以直接以强奸罪定罪处罚。

#### 5. 结语

在需要刑法积极回应社会现实的时代,刑法的谦抑性依然应当得到坚守。《刑法修正案(十一)》增立

本罪的目的应当是为了规制负有特殊职责的人员利用自身优势地位及产生的信赖关系侵犯受照护的未成年女性性权利的行为，而不是为了设立高尚的伦理道德标准，不当限制未成年女性的性自由。因此，司法机关对于侵犯受照护的未成年女性性自主权的行为应当合法入罪，但对于没有法益侵害性的行为应当合理出罪。此外，为了恰当保护未成年女性的性自主权，防止不当侵犯负有照护职责人员的人权，对于本罪的构成要件，应当在法益保护目的下进行实质解释。最后，本罪的及时出台对于规制特殊职责人员的性侵权行为以及保护低龄未成年女性的性权利有着重要的意义。但是，继续完备惩罚性犯罪的法网从而充分保护广大女性的性权利，尤其是未成年女性的性权利依然任重道远。

## 参考文献

- [1] 张明楷. 刑法学[M]. 第6版. 北京: 法律出版社, 2021: 78.
- [2] 王莹. 中国刑法教义学: 经验、反思与建构[J]. 法学家, 2020(3): 28-40.
- [3] 张明楷. 也论刑法教义学的立场 与冯军教授商榷[J]. 中外法学, 2014, 26(2): 357-375.
- [4] 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.
- [5] 郭卫华. 论性自主权的界定及其私法保护[J]. 法商研究, 2005, 22(1): 60-66.
- [6] 张勇. 负有照护职责人员性侵罪的司法适用[J]. 青少年犯罪问题, 2021(4): 3-15.
- [7] 付玉明, 李茜. 积极刑法观下“负有照护职责人员性侵罪”的规范适用[J]. 南京社会科学, 2022(3): 73-83.
- [8] 孙万怀. 刑法修正的道德诉求[J]. 东方法学, 2021(1): 102-113.
- [9] 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[J]. 南通大学学报(社会科学版), 2021, 37(2): 97-108.
- [10] 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.
- [11] 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(3): 570-590.
- [12] 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): 72-86.
- [13] 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[J]. 青少年犯罪问题, 2014(1): 21-28.
- [14] 李立众. 负有照护职责人员性侵罪的教义学研究[J]. 政法论坛, 2021, 39(4): 18-29.
- [15] 劳东燕. 转型中的刑法教义学[J]. 法商研究, 2017, 34(6): 15-18.
- [16] 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): 53-64.
- [17] 刘艳红. 人性民法与物性刑法的融合发展[J]. 中国社会科学, 2020(4): 114-137.
- [18] 刘艳红. 形式入罪实质出罪: 无罪判决样本的刑事出罪机制研究[J]. 政治与法律, 2020(8): 120-135.
- [19] 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.
- [20] 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): 18-25.
- [21] 马寅翔, 邹宏建. 非自然型性侵幼女的定性反思[J]. 青少年犯罪问题, 2020(4): 23-32.
- [22] 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): 121-134.
- [23] 史立梅, 孙若尘. “情节恶劣”的适用语境与判断标准之研讨——以《刑法修正案(十一)》经核准负刑事责任条款为例[J]. 青少年犯罪问题, 2022(1): 149-160.
- [24] 邢进生, 刘艳, 梁国武. 强奸妇女、奸淫幼女“情节恶劣”的认定[J]. 中国检察官, 2020(20): 44-46.
- [25] 蔡荣. 负有照护职责人员性侵罪的立法根据及犯罪类型[J]. 青少年犯罪问题, 2022(2): 68-81.
- [26] 姜瀛. 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[J]. 现代法学, 2022, 44(3): 82-97.