

负有照护职责人员性侵罪的规范目的及其适用

张卫东

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年12月4日；录用日期：2023年12月15日；发布日期：2024年2月27日

摘要

用14~16周岁未成年少女的性自主权来解释《刑法修正案(十一)》增设的“负有照护职责人员性侵罪”的规范目的，会造成本罪与强奸罪难以区分。本罪的设立是解决刑事程序法中的难题，即无法证明行为人违背受害人的真实意志，不存在侵害性自主权的问题。如果认为本罪的设立部分提高了我国的性同意年龄进而用身心健康权来解释本罪的规范目的，将在刑法内部产生难以调节的矛盾。本罪的规范目的是维护负有照护职责人员与14~16周岁未成年女性之间照护关系的纯洁性。特殊职责人员的认定要进行事实上认定，具有连续性和持续性的特点，“发生性关系”应理解为狭义上的性交关系，仅指性交、口交、肛交等插入式性行为。本罪第二款应理解为刑法上的注意性规定，其次判定本罪和强奸罪之间是对立关系具有重要的实务价值。本罪既遂的认定采取的是“插入说”观点，并不会降低对未成年少女的保护。

关键词

性侵，照护关系，特殊职责，未成年

The Normative Purpose and Application of the Crime of Sexual Assault Committed by Individuals with Caregiving Responsibilities

Weidong Zhang

Law School, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Dec. 4th, 2023; accepted: Dec. 15th, 2023; published: Feb. 27th, 2024

Abstract

Using the sexual autonomy of underage girls aged 14~16 to explain the normative purpose of the “sexual assault committed by persons responsible for caregiving” added in the Eleventh Amendment to the Criminal Law will make it difficult to distinguish this crime from the crime of rape. The

文章引用：张卫东. 负有照护职责人员性侵罪的规范目的及其适用[J]. 法学, 2024, 12(2): 1079-1089.

DOI: 10.12677/ojls.2024.122158

establishment of this crime is to solve the problem in criminal procedure law, that is, it cannot prove that the perpetrator violated the victim's true will, and there is no problem of infringing autonomy. If it is believed that the establishment of this crime partially increases the age of sexual consent in China and the right to physical and mental health is used to explain the normative purpose of this crime, it will create difficult to regulate contradictions within the criminal law. The normative purpose of this crime is to maintain the purity of the caregiving relationship between individuals with caregiving responsibilities and underage women aged 14~16. The identification of special duty personnel should be based on factual identification, with the characteristics of continuity and continuity. "Sexual intercourse" should be understood as a narrow definition of sexual intercourse, only referring to inserted sexual behaviors such as sexual intercourse, oral sex, anal sex, etc. The second paragraph of this crime should be understood as a precautionary provision in criminal law, and it has important practical value to determine that there is an antagonistic relationship between this crime and the crime of rape. The determination of the completion of this crime adopts the perspective of "insertion theory" and will not reduce the protection of underage girls.

Keywords

Sexual Assault, Care Relationships, Special Responsibilities, Minors

Copyright © 2024 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

《刑法修正案(十一)》新增了负有照护职责人员性侵罪,列在《刑法》第 236 条之后,即现行《刑法》236 条之一。该条的规定:“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,依照较重的规定定罪处罚。”自从《刑法修正案(十一)》公布以来,围绕本罪的讨论一直在进行,主要集中在准确界定本罪规范目的、特殊职责的内涵、本罪的适用及与强奸罪的关系之上。准确地界定本罪的规范保护目的是展开后续解释的必由之路,本文将在对本罪规范目的的现有理论进行分析的基础之上提出自己的观点,进而对本罪在具体适用上的相关问题进行解释并表达自己的见解。

2. 负有照护职责人员性侵罪的规范目的

刑法分则每一个规定犯罪构成和法定刑的条文,都有其特定的规范目的。《刑法修正案(十一)》新增的负有照护职责人员性侵罪,列在《刑法》第 236 条之后,由此可以看出,设置该罪的目的是保护未成年女性的性权益,同时对保护对象的范围加以限定,即 14~16 周岁未成年女性。规范目的是某种犯罪构成要件行为犯罪归属的关键性要素,因此规范目的不仅是区分罪与非罪的依据,也是澄清此罪与彼罪的标准。规范目的的直接表现形式是法益或是客体,那么本罪的规范目的是什么,也就是说本罪侵犯的法益是什么,理论界也展开了激烈的争论[1]。

2.1. 性同意年龄并未提高

谈到本罪的规范目的,绕不开的是性同意年龄是否提高的问题,《刑法修正案(十一)》出台之后,讨

论最多的就是性同意年龄。周光权教授认为,该罪将我国的性同意年龄提升到了16周岁,同时该罪侵犯的法益是14~16周岁未成年女性的性自主权,不过是由于被害人与负有特殊职责人员处于不平等的地位,其性自主权受到了限制[2]。如果认为该罪将性同意年龄提升至16周岁,那么16周岁以下的未成年女性是不具有性同意能力的,在此情况之下,负有照护职责人员与14~16周岁未成年女性发生性关系,应当直接认定为强奸罪。

除此之外,性同意年龄提高说与刑事责任年龄的下调似乎也存在难以解释的矛盾。支持性同意年龄部分提高的学者认为,两者并不矛盾,刑事责任年龄的下调是从规制行为人的角度切入的,目的是保护重要法益不受侵害;而性同意年龄的提高是从保护受害者角度切入的,所以两者并不矛盾。但是,上述观点经不起推敲,例如:已满12周岁的未成年人,如果故意杀人要对自己的杀人行为负责,那已满15周岁的未成年人对自己的性行为就不能负责了?除了搬出“对低龄未成年人性权利的特殊保护”这样的纯粹刑事政策之外,性同意年龄提高说和刑事责任年龄的下调两者之间的矛盾难以解释。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性质、意义与后果的辨认与控制能力。如果一面认为14~16周岁的未成年女性不了解发生性关系的意义和后果,将性同意年龄上调至16周岁,一面认为未成年女性能够对自己的杀人行为承担责任,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[3]。综上所述,笔者认为负有照护职责人员性侵罪并未将我国的性同意年龄提升至16周岁,在解释上是符合逻辑的。

2.2. 负有照护职责人员性侵罪的规范目的之争

关于本罪的规范目的目前主要是存在两种主张:一是性自主权说;二是身心健康说。性自主权说主张本罪的规范目的是保护未成年女性的性自主权,负有监护、收养等特殊职责的人和被害人处于不平等的地位,被害人往往是处于弱势,只能忍气吞声、无法或难以反抗,故推定被害人在面对负有特殊职责人员时,其对是否发生性行为不能进行自我决定,所以本罪的规范目的是保护未成年女性的性自主权。性犯罪的通用法益是性自主权,将负有照护职责人员性侵罪列在236条强奸罪之后、237条强制猥亵罪之前似乎也能证明这一点。如果采取性自主权说的观点,本罪与强奸罪将难以区分,实际上行为人已经达到了优势地位,根据最新《解释》的规定,此种情形属于是强奸。

以上观点将未成年少女的性自主权作为负有照护职责人员性侵罪的规范目的似乎是合理的,但是在解释上仍然存在一些矛盾。根据《刑法》的规定,已满14周岁的未成年少女与非负有照护职责人员发生性关系,只要该少女是真实自愿的,并不构成犯罪。同样是该年龄段的少女(14~16周岁)与负有照护职责人员发生性关系,会有两种结果:一是侵犯了该少女的性自主权而没有侵犯性自主权。有学者用“隐性强制”的概念来解释本罪的法益,其认为未成年少女与对其负有监护、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,压制未成年女性真实意愿的表达[4]。如果认为负有照护职责人员对被照护人员施加的影响达到了隐性强制的程度,此时便符合最新《解释》第六条的规定:“对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员,利用优势地位或者被害人孤立无援的境地,迫使被害人与其发生性关系的,依照刑法第二百三十六条的规定,以强奸罪定罪处罚。”[5]如果承认“隐性强制”的存在,那么是否可以将“隐性强制”理解为优势地位,笔者认为根据以上对隐性强制解释和最新《解释》的规定,可以在两者之间划等号,故本罪与强奸罪将难以区分。

除了上述理由之外,还有一个问题:负有照护职责人员与被照护人员之间的不平等的关系是否会必然导致隐性强制状态?有观点似乎认为只要双方之间的关系不对等必然会导致隐性强制的状态。本文认

为，虽然双方存在各方各面的差异导致双方处于不平等关系，但并不是说必然会导致隐性强制状态。关键在于行为人有没有利用这种不对等的关系对未成年女性施加压力，从而达到隐性强制的状态。

值得讨论的是，有一种观点将本罪的法益理解为性自主权，犯罪类型理解为抽象危险犯[6]。这种观点认为，如果14~16周岁的未成年少女自愿与负有照护职责人员发生性关系，那么就不应当构成犯罪，因为对未成年女性的性自主权未造成侵犯。《刑法修正案(十一)》的相关立法说明：“对已满十四周岁不满十六周岁的未成年少女负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员，与该未成年少女发生性关系的，无论该未成年少女是否同意，都要承担刑事责任。”¹既然未成年少女无论是否同意都要承担刑事责任，恰恰说明本罪的规范目的并非是未成年少女的性自主权，因此认为本罪的规范目的是性自主权且犯罪类型是抽象危险犯的观点存在一定的缺陷。

身心健康权说认为负有照护职责人员性侵罪的规范目的是保护未成年人的身心健康。持此观点的学者普遍认为本罪的设立会导致性同意年龄的提高，14~16周岁的未成年少女在面对非负有特殊职责人员时，具有性同意能力；在面对负有照护职责人员时，其没有性自主权，因此本罪的规范目的是保护未成年人的身心健康[7]。

笔者认为，身心健康说存在逻辑上的问题。首先，身心健康法益立场导致以年龄设计性侵犯罪刑罚规范的依据缺失。奸淫幼女法定刑是三年以上十年以下，犯本罪三年以下有期徒刑，情节严重的，处三年以上、十年以下有期徒刑，针对不同年龄段的未成年人实施区别保护的政策，如果将身心健康作为本罪的法益，无法解释这一现象，难道解释为对未成年的身心健康侵犯的程度不一样吗？在实践中，身心健康受影响的程度要根据个体、家庭、社区等因素加以个案判断。

其次，将身心健康作为性侵未成年人犯罪的保护法益，不仅泛化法益内容，使法益保护依赖于一个难以证明受损与否、也难以度量程度的概念，必然面临难以克服的证明难题，比如身心健康的“未知”损害和性侵行为之间是否存在刑法上的因果关系。身心健康并非性侵未成年人犯罪的专属法益，无法推导出成年人遭遇性侵后身心健康无恙的结论[8]。

除此之外，将本罪的规范目的解释为保护未成年少女的身心健康会使针对不满16周岁的未成年女性的性侵犯罪沦为抽象危险犯。主张性侵不满16周岁少女的刑法规范的目的在于保护其身心健康的论者，不关注行为人对于此类被害人实施奸淫、猥亵所造成的现实直接后果——被害人被当作了性行为客体，却特别强调该行为对于被害人未来的身心健康发展所产生的负面影响。由于不利后果是否在日后真实实现难以确定，论者便据此认为为了防止这种可能的不利影响，刑法须提前介入干预。

综上，笔者认为，以上有关负有照护职责人员性侵罪规范目的的解释，均不能准确全面的解释本罪的规范目的，因此，应当从其他方面寻找解释路径。

2.3. 本文立场：规范目的是维护照护关系的纯洁性

负有照护职责人员性侵罪处罚的是负有照护职责的人员，刑法并未将未成年少女与非负有照护职责的人员双方自愿情形之下发生性关系的行为规定为犯罪，因此，本罪名应当理解为身份犯。笔者认为，本罪的规范目的应当立足于行为人和受害人之间特殊关系来找寻。

首先，负有特殊职责人员与被照护人员之间的照护关系具有密切性，这种密切性体现在双方的相处模式上。在监护关系中，监护人和被监护人长期生活在一起，监护人对被监护人负有照护的义务。在校园生活中，老师与学生朝夕相处，学生与老师相处的时间甚至比与家人相处的时间还要久，所以老师与学生之间的亲密关系是普遍存在的。医患关系中，医生对患者的身体进行检查，对患者有医疗和帮助的

¹参见周光权：“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。

义务,并且也存在较长时间的相处,所以医生患者之间的亲密关系也是存在的。在密切关系发展的过程中,信任随之产生,被照护人员对特殊职责人员产生信任,相信特殊职责人员会完成自己的职责,不会对其作出不利之举。以师生关系为例,老师在课上课下与学生相处的过程中,多数学生的想法是老师的所作所为是为了向学生传授知识、解决困难,老师是为了自己“好”,即使有时候老师的行为学生不能够理解,但是潜意识里也愿意相信老师,此时自己便会处于一种弱势地位。在此种密切关系的影响之下,特殊职责人员才能够较为容易的获得未成年女性的同意并与其发生性关系。

其次,负有照护职责人员与被照护人员之间关系的不对等性。在医患关系中,医生具有专业知识和技能,而患者则是需要医生的帮助,因此医患关系存在不对等性。在监管关系中也存在不对等性,如《监狱法》第4条规定:“监狱对罪犯应当依法监管,根据改造罪犯的需要,组织罪犯从事生产劳动,对罪犯进行思想教育、文化教育、技术教育。”同时监狱罪犯的减刑、假释、人身安全等具有重要的支配地位,对未成年罪犯亦是如此。在师生关系中,老师对学生的成绩、身心健康、素质教育都具有重要的引导作用,对学生未来的发展起到至关重要的作用,因此,可以判断出老师与学生之间的关系也具有不对等性。除上述关系外,照护者与未成年被照护者之间的关系均不存在对等性,照护者对被照护者的生命安全、身心健康、未来发展等均处于支配地位。

综上所述,照护者与被照护者之间的关系具有亲密性、信任度高、不对等性的特点。

负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员与被照护的未成年女性之间的关系应当是纯洁的,符合公众的合理期待的。这种期待是社会公众寄予在特殊职责人员身上的,是对特殊职责人员的一种特别要求与期待,是一种社会的道德要求,是公众对此种关系的最低限度的期待。“伦理道德认识建立在公众价值共识和行为标准上,刑法同样以此为根据,换言之,刑法不可能具有与伦理道德不同的价值基础。”^[9]一旦公众对某种事件达成共识,那么这种共识会演变成一种道德规范,道德规范对社会中每一个成员均具有约束力,通过法律将道德规范转变为法律要求,约束负有特殊职责的人员与未成年女性之间的照护关系,从而禁止负有特殊职责人员与未成年女性发生性关系。负有特殊职责人员于未成年少女之间照护关系的纯洁性是社会公众所期待的,然而负有特殊职责人员突破伦理道德底线破坏照护关系的纯洁性,是公众所不能接受的,同时也突破了法律的底线,进而需要通过法律手段来维护这种关系的纯洁性。例如在现实生活中,发生类似养父性侵养女的事件,社会公众均认为此种行为违背了伦理道德,对此种行为强烈的表达自己的不满,同时在两会期间多位人大代表也呼吁加强对未成年女性的保护,均反映出社会公众对照护关系纯洁性的期待。

此处有一个疑问,既然认为本罪的规范目的是维护照护关系的纯洁性,为什么是将本罪置于《刑法》分则第四章而不是第六章。从整个刑法规定上来看,立法上对与性有关犯罪的实行行为的表述可以分为两类,一类是诸如“强奸”“奸淫”“猥亵”等违背意志的实行行为,另一类是诸如“卖淫”“淫乱”等虽不违背意志但有悖于社会“道德风尚”“公序良俗”的词语。而在妨害社会管理秩序罪一章当中,采用的是“卖淫”“淫乱”等具有“淫”性质的词语,且实行行为内容明确。“卖淫”“淫乱”类的犯罪与第四章中规定的性犯罪是有明显的区别的,所以将本罪置于第四章第236条强奸罪之后。

3. 负有照护职责人员性侵罪的具体适用

3.1. 增设本罪以解决刑事程序法中的难题

有观点认为,若特殊职责人员利用其影响力实施的行为致使未成年女性达到“不能抗拒”的状态,就应直接适用强奸罪处理。因此,如果将行为的程度等同于强奸行为,本罪似乎就没有存在的必要了。其实并非如此,笔者认为,本罪的立法目的在于解决强奸罪在适用上的难题。众所周知,性侵类犯罪和受贿类犯罪是司法实践中最难证明的两类犯罪,尤其是负有照护职责人员与被照护人员之间存在亲密的

照护关系，无法准确无误的适用强奸罪。

首先，作案手段呈现非暴力特征。以监护关系为例，一般情况之下，嫌疑人利用监护关系及共同居住的便利，主要采取非暴力的手段诱骗、哄骗被害人，然后对其实施性侵行为，与常见的性侵犯罪存在显著区别。其次，在亲密的照护关系中实施性侵行为还具有隐蔽性强、潜伏期长、性侵次数频繁的特点。14~16 周岁的未成年女性由于年龄偏低、性防护意识缺失，受害人在遭受性侵时不知也不能进行强有力的反抗，在受害之后出于羞耻心或其他原因未及时报案或告知他人，致使多次受害。最后，由于以上特点造成此类案件在侦查取证、司法处断方面难度极大。

除此之外，有学者认为本罪的行为人既没有采取像普通强奸犯罪行为一样的暴力、胁迫等强制手段，也没有像奸淫幼女型拟制强奸罪一样，对犯罪行为手段没有任何要求。受照护的未成年女性在非强制状态下与照护人员发生了性关系，其内心也往往是认识模糊、态度犹豫或不自愿的。《刑法修正案(十一)》增设本罪的目的是解决已满 14 周岁不满 16 周岁未成年少女性同意的判断难题^[10]。根据以上说法，增设本罪的目的是解决性在程序法中的判断难题。

因此，笔者认为增设本罪是无论是因为照护关系的隐秘性，以至于难以发现、查证照护关系中被照护人员被侵害的客观事实，难以认定为强奸罪，还是在解决实践中被害人人性同意的判断难题，都是在解决司法认定中的一些难题。所以从惩罚犯罪考虑，降低证明标准，减少待证事实，进而法定刑也较强奸罪更轻，即本罪的增设是以刑法实体法的方式破解刑事程序法中的难题，实现对照护关系中被受害人的保护。

3.2. 负有照护职责人员性侵罪第一款的适用

关于负有照护职责人员性侵罪的成立要件和法定刑，《刑法》第 236 条之一规定“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，与该未成年女性发生性关系，处三年以下有期徒刑。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。”由此可见，本罪是典型的身份犯，主体是负有特殊之护职责的人员。

从四要件犯罪理论来把握负有照护职责人员性侵罪的成立要件是比较合理。上文已经对本罪的法益展开论述，此处不再过多叙述。

1) 负有照护职责人员性侵罪犯罪主体。根据《刑法》第 236 条之一的规定，本罪的犯罪主体是负有特殊职责的人员，那么此时就有一个问题，如何判断和认定“特殊职责人员”？根据《解释》第十五条的规定“本解释规定的‘负有特殊职责的人员’，是指对未成年人负有监护、收养、看护、教育、医疗等职责的人员，包括与未成年人具有共同生活关系且事实上负有照顾、保护等职责的人员。”该法条对负有照护职责的人的解释比较抽象，在具体适用上应当如何细化呢？关于对特殊职责人员的认定在理论界存在多种观点，但大体上相似。特殊职责并不局限于上述法条列举的上述领域，也包括其他领域的特殊职责，如狱警对被收监的少女就具有看护、教育等特殊职责^[11]。但并不是说只要具备这些关系就是负有特殊职责的人，应从本罪的保护法益出发，对“特殊职责”进行实质解释。首先，从法律本意来看，特殊职责人员系与未成年人具有强烈人身依赖、信任关系的人员。例如在校园生活中老师与学生之间的关系，老师对学生的学习成绩、人身安全都肩负着责任，学生的学习也依赖于老师的教导，那么，依赖、信任关系随即产生。第二，被害人系未成年女学生，身心发育尚未完全成熟，在日常生活、学习和物质条件方面对监护人、教师等负有特殊职责的人员存在一定的服从、依赖关系，容易在非自愿状态下受到侵害，未成年人迫于这种关系不敢反抗或者不能反抗。第三，负有特殊职责的人员对未成年人实施性侵害，既违背了其本身肩负的职责，也严重挑战了社会基本伦理道德。但是日本刑法中本罪的主体仅限于监护人，不包括教育、医疗等机构人员。其理由是，对于教师、体育教练等，不能认定涉及全部生活的

依赖被依赖、保护被保护的关系。笔者认为将本罪的主体仅限于监护人对未成年女性的保护力度是不足的，例如，未成年女性在一两次就医之后自愿与医务人员发生性关系自然不能认定为构成本罪，如果未成年女性所患疾病需要长期依赖于特定医务人员的治疗，则该医务人员与未成年少女之间形成了依赖关系，是可以成为本罪的主体的。

2) 构成负有照护职责人员性侵罪的主观方面。本罪主观上要求存在故意，行为人主观上必须认识到对方是未满 16 周岁的少女。在行为人认识错误的场合，可能影响是否构成本罪故意的认定，从而影响是否成立本罪。

首先，对象的认识错误。本罪的行为对象是已满 14 周岁不满 16 周岁的少女，如果行为人将自己所照护的人误认为其他人实施性侵，其行为可能构成强奸罪，但是不能成立本罪上的故意，因此不构成本罪^[12]。

其次，年龄的认识错误。在实践中，对某个行为认定是犯罪，最基本是要符合主客观相一致的原则，即主观认识和客观事实相一致才能认定构成本罪。如果误认为被害人年龄超过 16 周岁实施性侵，实际上并未超过 16 周岁，根据主客观相一致的原则，便不构成本罪。有观点认为负有照护职责的人员与与被照护人员存在依赖关系，又彼此互为熟悉，此时对未超过 16 周岁但误以为超过 16 周岁的未成年少女实施性侵行为，应当推定其“明知”对方未满十六周岁而构成本罪，但是有确切证据能证明其确实不知其未满足十六周岁除外。此观点与主客观相一致原则似乎存在一定的矛盾，误认为超过 16 周岁而与之发生性关系，在未成年少女同意的情形之下，是不构成犯罪的。如果按照以上观点，可能会扩大本罪的适用范围。

3) 负有照护职责人员性侵罪的客观方面。客观方面主要有两个问题要进行分析，一是犯罪对象；二是对发生性关系的解释，下面将展开论述。

① 本罪的犯罪对象。根据《刑法修正案(十一)》的规定，本罪的犯罪对象是已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年女性。有学者提出本罪的犯罪对象也应当包含已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年男性，实现平等保护。尽管在性侵害领域中，绝大部分案件都是男性对女性实施的性侵，但不能因此忽视对男性的性权利的保护，尤其是身心尚未发育完全的未成年男性。根据统计，男性未成年人被性侵害状况同样不容忽视，对不同性别的未成年人进行无差别的保护也是《儿童权利公约》的内在要求^[13]。但是持这一观点目前还是少数派，目前本罪的犯罪对象仍是已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年女性。

② 对于“发生性关系”的讨论。在我国，“发生性关系”在刑法有明确的表述。在刑法中，第一次“发生性关系”的表述，是 1991 年全国人民代表大会常务委员会关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定第 3 条第 2 款，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。”在司法解释中，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》第六条规定：“对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员，利用优势地位或者被害人孤立无援的境地，迫使被害人与其发生性关系的，依照刑法第二百三十六条的规定，以强奸罪定罪处罚。”这里“发生性关系”是指与女性性交。争议焦点是：是性交之外的其他手段是否也应当认为是发生性关系的表现，学界存在多种观点。所谓“发生性关系”有狭义和广义之分，张明楷教授认为本罪的发生性关系实施狭义性交行为，是根据本罪在《刑法》中所处的位置和社会一般观念来进行解释的。我国台湾地区“刑法”第 10 条第 5 款规定：“称性交者，谓非基于正当目的为下列性侵入行为：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。”此处实施的就是广义的性交行为，以期对未成年女性性权益实现更周延的保护。有学者主张比较折中的观点，认为此处的发生性关系不应当包括猥亵行为，但是应当包括口交、肛交等行为。

笔者的立场是，本罪中所谓的发生性关系应采用折中说，即除了实施狭义性交行为阴茎插入阴道

的行为以外,还应包括口交、肛交等插入式行为。首先,在我国刑法之中,此前只有一处明确出现了“发生性关系”一词,第241条收买被拐卖妇女罪第二款的规定:“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。”既然是按照强奸罪进行处罚,就可以说明此处的“发生性关系”的内容与强奸罪相同,不包含猥亵行为。其次,本罪保护法益是照护关系的纯洁性,口交、肛交等插入式性行为虽不是两者性器官的结合,但是根据社会一般人的观念,口交、肛交等插入式性行为是对照护关系纯洁性的一种破坏。最后,经过对以上体系解释、法益立场的理解,此处的“发生性关系”除狭义的性关系之外,还应包括口交、肛交等插入式性行为。

4) 除以上的犯罪构成要件构成之外,刑罚的适用也是值得讨论的地方。本罪的法定刑规定为三年以下有期徒刑;情节恶劣的,处三年以上十年以下有期徒刑。上文也讲述到本罪的增设是解决刑事程序法中的难题,其法定刑自然比强奸罪轻。那么,为了保护未成年人性权益,是否可以对被告人适用驱逐出境和从业禁止呢?依照《刑法》第三十七条之一的规定,教职员工利用职业便利实施犯罪,或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的,人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要,禁止其在一定期限内从事相关职业。其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的,从其规定。再根据最新的《关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见》第19条和第20条就驱逐出境、减刑、假释、暂予监外执行等刑罚适用作出明确规定,《意见》扩大了驱逐出境的适用情形,规定“有性侵害未成年人犯罪记录不适宜在境内继续停留居留的,公安机关可以依法适用限期出境或者驱逐出境”。上述调整,一方面考虑了近年来频繁出现的外籍教师性侵未成年学生的情况;另一方面也与未成年人保护法关于从业禁止等规定衔接呼应,旨在强化对未成年人的特殊、优先保护。其他法律中也存在相应的规定,例如《未成年人保护法》和《教师法》对从业禁止也有相应的规定,以实现了对犯罪分子更加严厉的处罚,体现保护未成人人性权益的决心。

3.3. 负有照护职责人员性侵罪第二款的适用

3.3.1. 本罪两款之间的关系

《刑法》第236条之一的规定:“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,依照较重的规定定罪处罚。”虽然法条中使用了“同时”一词,但是不能在构成负有照护职责人员性侵罪的同时又构成其他罪,所以这一款并不是关于竞合犯的规定,两款之间的关系是对立关系。《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”,此处“都应追究刑事责任”并不是说依照本罪追究刑事责任,第二款应当理解为刑法上的注意性规定,旨在提醒司法人员注意负有照护职责人员强行与未成年少女发生性关系,应当直接认定为强奸罪,不能认定为本罪。最新《解释》第六条规定,负有照护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。相关的负责人员也明确表示此规定属于是提示性条款,便于司法人员准确适用法律,从此规定也能证实本罪第二款是刑法上的注意性规定。

3.3.2. 本罪与强奸罪之间的关系

成立本罪是否要求未成年女性必须是自愿发生性关系,是两种学说争论的关键所在。如果是自愿,则成立本罪;否则直接成立强奸罪。但对二者的区分不能仅从“低龄未成年女性是否自愿”这一角度,同时也要实质判断是否以强制方式违背未成年女性的性自由意志。有学者认为实施本罪行为,同时构成强奸罪的,属于想象竞合,应当按照强奸罪处罚。若行为人采取暴力手段或者使对方不能反抗的手段如

灌醉、麻醉等，是符合强奸罪的构成要件的，且负有照护职责人员性侵罪并不能对行为人实施的此类强制性行为进行充足评价，应当仅以强奸罪论处。因此，从想象竞合的角度来解释两款之间的关系并不妥当。我国理论和实务通常认为强奸罪的成立要达到足以压制被害人反抗的程度，这表明强奸罪所要求的违反意愿的程度较高。所以，如果负有照护职责者滥用支配力来胁迫被照护者，从其内容和程度看达到了足以压制被照护者反抗的程度，应以重罪强奸罪定罪，《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》第六条也明确规定了这一情形；若滥用支配力的胁迫仅使得被照护者陷于危险的境地但仍有能力选择逃离，即照护者基于支配关系给予被照护者的精神压力程度并未达到较高的程度，对照护者宜以轻罪负有照护职责人员性侵罪论处^[14]。

本文的观点是本罪与强奸罪之间是对立关系。首先，从女性意志角度出发进行分析。本罪相较于强奸罪是轻罪，成立强奸罪要求行为人使用强制手段并且违背少女的真实意志，如果没有确切的证据证明行为人的行为违背了少女的意志，则成立本罪，成立强奸罪便不成立本罪，成立本罪便不成立强奸罪。相关人士也认为负有特殊职责的人员与已满十四周岁未满十六周岁的未成年女性发生性关系的，其构成要件与强奸罪不同，应当单独确定罪名，实际上也表明了本罪和强奸罪属于互斥关系的态度。其次，从法条本身的角度进行分析。第二款规定：“同时又构成本法第二百三十六条规定之罪的，依照较重的规定定罪处罚。”此处是“依照较重的规定定罪处罚”而不是依照强奸罪定罪处罚，同时不能将构成强奸罪的情形认定为本罪的情节恶劣。那么可以得出一个结论：行为人的行为若符合情节恶劣的情形，法定刑是三年以上十年以下有期徒刑，与强奸罪法定刑相同。此时有可能构成本罪的情节恶劣的情形，但不符合强奸罪加重情形的构成要件，那么第二款中规定的“依照较重的规定定罪处罚”便失去了意义。经过以上的论述，基本上可以证实两者之间是对立关系。

3.4. 负有照护职责人员性侵罪的相关问题

负有照护职责人员性侵罪是《刑法修正案(十一)》新增罪名，围绕这个罪名定会展开多数讨论，那么本罪的既遂标准和共犯问题也包含其中，本节在此将对这两个问题展开分析。

3.4.1. 犯罪既遂标准分析

本罪作为我国《刑法》性犯罪体系中的一员，但是既遂标准是存在较大差异的，普通强奸采取的是“插入说”，即双方生殖器官结合则成立既遂，对于奸淫幼女行为的既遂标准是采取“接触说”，即双方生殖器官接触则成立既遂。问题是，本罪的犯罪对象是被照护的14~16周岁未成年少女，既不同于强奸罪的犯罪对象又不属于幼女的范畴，所以本罪既遂的标准是什么？

主张插入说学者指出，负有照护职责人员性侵罪保护的法益是未成年女性的性自主权。只有当行为人的性器官插入受害人的身体时，未成年女性拒绝发生性关系的性自主权才会受到实际侵犯，也只有在这种情况下，认为负有照护职责人员性侵罪既遂才更合理。如果行为人和被害人的性器官只是接触而没有发生插入，说明行为人的行为没有实际侵犯法益，在这种情况下，只存在侵犯法益的危险，该行为应视为未遂。

主张接触说的学者认为，将插入说作为本罪的既遂标准，忽略了负有照护职责人员猥亵被害人的情况，可能导致犯罪人的行为只能按照犯罪未遂处理，不利于对已满14周岁不满16周岁未成年女性的保护。其次，女性的性自主权并非是一个女人的贞节观念，而是一个女性的精神利益和人格利益。尽管未经允许接触碰女人的生殖器不会对女人的贞操造成伤害，但确实侵犯了未成年女性的身心健康，应被视为既遂^[15]。

法条中“发生性关系”是对本罪既遂状态的描述，本文对“发生性关系”展开解释，认为发生性关系是指包含口交、肛交等插入式性交行为，所以本文主张插入说，认为行为人与受害人的生殖器官的结

合或者行为人实施口交、肛交等插入式性交行为才成立本罪的既遂。首先，负有照护职责人员性侵 14~16 周岁未成年少女，也表现为性交行为，在上文将发生性关系解释插入式性交行为；其次，接触说会使得既遂的标准过于提前，既不利于处理本罪和猥亵儿童罪的关系，也不利于鼓励行为人中止犯罪；最后，本文主张本罪保护的法益是维护照护关系的纯洁性，由于照护关系的亲密性，行为人往往实施一般的性交行为(两者性器官的结合)难以被发现，上文将口交、肛交等插入式性交行为也解释为发生性关系，在一定程度上可以加大打击力度，更加严密的保护未成年女性的性权益，那么行为人实施了口交、肛交等行为，也应该构成本罪既遂。

3.4.2. 共犯形态方面分析

《刑法》第 236 条之一的规定来看，负有照护职责人员性侵罪的行为主体仅限于负有照护职责者，立法的设限规定使其成为典型的身份犯。因而，不具有该项职责者与已满 14 周岁不满 16 周岁的女性发生性关系的，在后者同意的情形下并不构成犯罪；在使用强制手段压制其反抗的情形下，成立强奸罪。在共犯的场所，帮助犯、教唆犯的成立，并不要求其具有正犯身份，因而，当不具有照护职责者帮助、教唆照护者与被照护者发生性关系的，二者构成负有照护职责人员性侵罪的共同犯罪。然而，当照护者基于对被照护者的监督、支配力，要求、促成被照护者与第三人发生性关系的，其行为应如何认定？《德国刑法典》第 180 条对此作出了明确规定。该条在规制负有照护职责者直接对被照护者实施性行为的第 174 条之外，为避免处罚漏洞，将基于该监督、支配关系而促成被照护者与第三人为性行为的情形，作为促成未成年人为性行为罪的处罚对象之一²。目前我国《刑法》对此并未作出明确规定，笔者认为此时可以根据负有照护职责人员的行为性质来判断，例如：负有照护职责的行为人利用自己的优势地位强迫被照护的少女卖淫，其行为应当认定为强迫卖淫罪；如只是采用诱惑、欺骗的手段，未达到强迫的程度，应认定为引诱卖淫罪。

4. 结语

负有照护职责人员性侵罪作为新增罪名，其适用的争议点很多，本文对该罪的保护法益和具体适用进行了归纳和认定。只有将本罪的保护法益认定为照护关系的纯洁性才能使本罪发挥其独特的作用，实现罪责刑相适应。

参考文献

- [1] 朱金阳. 负有照护职责人员性侵罪规范保护目的辨析[J]. 法学论坛, 2023, 38(2): 78-86.
- [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[J]. 清华法学, 2021, 15(4): 72-86.
- [3] 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.
- [4] 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.
- [5] 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.
- [6] 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[J]. 中华人民共和国最高人民检察院公报, 2023(3): 19-21.
- [7] 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.
- [8] 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.
- [9] 时延安. 刑法的伦理道德基础[J]. 中国刑事法杂志, 2019(3): 28-45.

²参见《德国刑法典》第 180 条第 3 项的规定，对于在生活上受行为人教养、教育、照顾或者在职务、工作关系中具有从属关系之不满 18 周岁之人，行为人滥用此教养、教育、照顾或工作关系而唆使其对第三人或在第三人前为性行为或者使第三人对其为性行为的，处 5 年以下自由刑或者罚金。

-
- [10] 张勇, 周辉. 性侵害未成年人犯罪中的刑法拟制问题研究[J]. 青少年犯罪问题, 2023(4): 4-13.
- [11] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 1143-1144.
- [12] 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): 38-51.
- [13] 吴立志, 王琳云. 我国性同意年龄制度的缺陷及完善[J]. 山西省政法管理干部学院学报, 2022, 35(4): 13-18.
- [14] 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]. 中国刑事法杂志, 2022(6): 53-68.
- [15] 姚建龙, 林需需. 性侵未成年人刑法适用若干疑难与争议问题辨析[J]. 中国应用法学, 2019(2): 53-64.