

论负有照护职责人员性侵罪的规范目的

——“年龄提高论”反思

周 详^{*}

摘 要:将负有照护职责人员性侵行为入刑的规范目的,不是“对性同意年龄的部分提高”,而是“对滥用信任地位发生性行为的禁止”。在解释论方面,“年龄提高论”面临各种难以合理解决的刑法教义学问题,“信任地位滥用论”则具有几大理论优势:与我国宪法特别保护未成年女性的精神更加协调,在刑法规范体系内与其他相关条文的解释保持了逻辑一致性,为司法者处理特殊案件留下了合理出罪的解释空间等。考虑到“利用特殊职责关系”这一“不成文的构成要素”的司法证明难度太高,从刑事政策的维度考量,可以退一步将该构成要素的规范性质解释为立法上的推定规范。“立法推定说”完全满足设立“推定规范”所需的实体与程序的正当性评价标准。

关键词:特殊职责 性侵行为 同意年龄 不成文的构成要素 立法推定

《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)》]将负有照护职责人员性侵行为入刑,绝大多数人都将此立法的规范目的理解为对我国法定的性同意年龄的修改,即从原来的14周岁,部分提升到16周岁。^①按照“性同意年龄的部分提高”的解释思路,该条规定似乎也只能被一刀切式地解释为:“特殊职责人员,与已满14周岁不满16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”。^②该解释必然起到用刑罚堵截合意的“不伦之恋”的效果,谈恋爱不能够作为辩护理由。^③但是,这种一刀切式的字面解释思路,既在理论

^{*} 中南财经政法大学刑事司法学院教授、博士生导师

基金项目:中南财经政法大学中央高校教育教学改革项目(31412210709)

① 参见周光权:《刑法修正案(十一)理解与适用》,https://mp.weixin.qq.com/s/Qx8ggJFYIV0qGohzvCZ0iA, 2021-01-14;姚建龙、付立庆、赵军、褚宸舸、冯卫国对谈“预防未成年人犯罪法修订中的重大争议问题”,https://mp.weixin.qq.com/s/H6oYmG5x7uOopUdGiI8gvA, 2020-11-28。

② 周光权:《刑事立法进展与司法展望——〈刑法修正案(十一)〉总置评》,《法学》2021年第1期。

③ 参见罗翔:《性侵犯罪中的同意问题》,https://mp.weixin.qq.com/s/F8tieqRawowD5fasYSWw1g, 2021-01-04。

上存在很多难以合理解决的刑法教义学难题,又在社会效果上存在疑问,有可能过度干预某些特殊的复杂情爱关系,无情剥夺这部分涉案当事人(包括未成年女性)的性自主选择权及利益。因此,如何合理解释该法条的规范目的,考验着我国学者的理论创造力和司法者的解释智慧。为此笔者试图提出一个新的解释观点:该罪的规范目的,不是“对性同意年龄的部分提高”,而是“对滥用信任地位发生性行为的禁止”或者说“对利用特殊职责关系发生性行为的禁止”。为实现该立法目的,在构成要件的解释上,就需要添加一个“利用特殊职责关系”的要素,该要素属于“不成文的构成要件要素”。^① 以下为行文方便,将目前绝大多数学者持的第一种解释思路及观点简称为“年龄提高论”,将笔者提出的新观点简称为“信任地位滥用论”。在解释效果上,“信任地位滥用论”为存在真实恋爱关系(或“被害人”存在真实的同意)的特殊案件留出合理出罪的空间。下文主要从刑法教义学的维度对“年龄提高论”提出质疑,并论证笔者提出的“信任地位滥用论”的合理性。^② 由于规范目的的确定直接制约着犯罪构成要件的解释,因此本文也涉及对负有照护职责人员性侵罪构成要件的相关解释问题。

一、“年龄提高论”面临的刑法教义学难题

刑法教义学(又称刑法解释学)的首要特征是要严格区分“立法论的思考与司法论的思考”,刑法教义学属于司法论的思考。在“立法论的思考”中,法理的应然性标准优先于法条的实然性规定。^③ 其实在“司法论的思考”中,法理的应然标准仍然起着一定的评价作用。在不超出既定法律条文规定的可能语义范围内,凡是符合法理、情理并产生良好社会效果的解释就是好的法律解释;反之就是不好的法律解释。从司法论的角度看,“年龄提高论”将该条的规范目的解释为“性同意年龄的部分提高”,将面临很多法理与情理上难以合理解决的难题。

(一)“性同意年龄的部分提高说”存在语言逻辑问题

1.对于同一部刑法典而言,从语法逻辑看,“性同意年龄”只应是一条确定的标准线,而不是“根据不同罪名情况,确定出无数条线”。“性同意年龄”指刑事立法者拟制的一个人具有自由表达性意志,独立进行性行为能力的最低年龄,它与“幼女的年龄”保持同一。我国刑法规定的“性同意年龄”(幼女年龄)是14周岁,日本刑法规定的是13周岁,丹麦刑法规定的是15周岁,瑞士刑法规定的是16周岁……虽然多数西方国家早就规定了与“负有照护职责人员性侵罪”类似的罪名,且对这些犯罪对象的年龄规定均高于幼女年龄,但是在解释学上鲜见有外国刑法学者提出所谓“部分提高了性同意年龄”的说法。实际上无论立法增减何种涉性的具体罪名,只要幼女的年龄没有提高或者降低,每个国家的性同意年龄就没有变化。诸如性同意年龄“在我国刑法中甲罪是14周岁、乙罪是16周岁、丙罪是18周岁、丁罪没有就上限……”这种“分罪名分情况而定”

^① 在刑法学理论上,我们将那些未在罪状表述中明文出现但被司法者或刑法解释者合理地补充为某罪的构成要件的要素称为“不成文的构成要件”。参见劳东燕:《罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读》,《中国法学》2011年第1期。

^② 目前我国刑法学界也有个别学者提出新的看法,明确反对“年龄提高论”,但在构成要件的解释上,也不要求行为人需要具备“利用特殊职责关系”的构成要件,其解释结论与“年龄提高论”没有实质的差别。参见李立众:《负有照护职责人员性侵罪的教义学研究》,《政法论坛》2021年第4期。

^③ 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第3页。

的说法,在逻辑上是不严谨的。

2.可能会有人拿1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第17条关于“刑事责任年龄”的复杂阶梯式规定作为类比例子进行反驳,但这是想当然的错误类比。因为他们只看到了两处规定中“年龄”一词的相同性,而没有看到“刑事责任”与“性同意”两个限定用语的差别。二者在犯罪论体系中的结构性或阶层性关系上存在的差别,决定了二者必然采用不同的法律规定形式。刑事责任年龄属于犯罪主体的范畴,其立法规定所要解决的问题是多层面的:既要解决不同年龄人的行为要不要负刑事责任的问题,也要解决对哪部分犯罪负刑事责任的范围划界问题,还要解决负刑事责任的程度问题。因此“刑事责任年龄”的立法,在逻辑上必须进行复杂阶梯式的分类规定。而性同意年龄则属于“犯罪行为对象”或者“被害人”的范畴。性同意年龄的立法要解决的问题是如何合理地保护被害人(幼女)的性自主权或性利益的分配正义问题。在某些犯罪的行为主体与行为对象的结构关系中,被害人的身份、年龄特征、心理特征可能是影响该犯罪成立的要素之一,但在这些犯罪的构成条件中,以被害人的年龄来确定性自主权或性利益的存在与否时,只存在“有”与“无”的判断,其标准必须是唯一的。如果像刑事责任年龄那样,在同一犯罪中存在“对部分犯罪行为有,对部分犯罪行为无”或者还要判断“有多少程度”,这在犯罪成立的维度,从逻辑上讲难以自治。

3.在语言逻辑上,“部分”副词与“提高”动词无法搭配使用。例如,在“部分负刑事责任年龄阶段”中,“部分”一词的本意并非修饰“年龄(阶段)”,而是修饰该年龄阶段中负刑事责任的“犯罪行为之范围”。假定立法者对1997年《刑法》第17条第2款进行修改,增加一项“绑架罪”,那么对该立法动态的准确描述,就不是“该刑事责任年龄阶段的部分提高”,而是“该年龄阶段中负刑事责任的犯罪行为范围的扩大”。从语言逻辑上讲,“范围”有二维平面视角上的“部分大小”之别,却绝无三维立体视角上的“上下高低”之分。因此名词“范围”或副词“部分”就只能与“扩大”“缩小”等动词搭配使用,而不能与“提高”“降低”等动词搭配使用。诸如“刑事责任年龄阶段的部分提高”“性同意年龄的部分提高”的表述,都属搭配上的语法错误,在讲究精确性的法学学术话语体系中,都是不合逻辑的表述。

(二)“年龄提高论”缺乏合理的实体依据

虽然某法典或修正案通过后,对某某法条为何如此规定,立法者通常不会给出明确的答案,但是解释者必须为自己的法律解释结论给出详细的论证理由。这大概就是“解释者比立法者聪明”命题的真实含义:即使立法者在制定刑法时没有想到的问题,法官(或解释者)在遇到该问题时也大多能够在制定法上找到可以得出正义结论的根据,并且符合罪刑法定原则。^①

当持“年龄提高论”的解释者假定立法者的意图是“性同意年龄的部分提高”时,就很难解释清楚一个实质问题:为什么该女性碰到其他人都一切正常,而一碰到特殊职责人员,其智商或性认知能力就突然消失了,性同意就完全无效呢?有学者在解释“部分提高性同意年龄”的观点时,对这个问题做了一个解释说明:“此处立法上的主要考虑是:具有监护、收养等特殊职责的行为人容易针对被害人实施欺骗、利诱等行为,被害人虽非自愿,但也可能考虑到这种关系而忍气吞声、难以反抗或抵制,行为人的犯罪很容易得手,这对于未成年人的成长不利。因此,立法上推定处于特定监护等关系中的女性面对监护人或其他有特殊职责的人员时,对其性行为难以真正自主

^① 参见张明楷:《立法解释的疑问——以刑法立法解释为中心》,《清华法学》2007年第1期。

地进行决定。如果对方利用了监护等特殊关系,即便没有强迫、诱惑该未成年女性,该原本被法律保护的自主决定权也受到了侵害”。^①

虽然这个解释说明的几点理由很充分,但是在逻辑关系上却难以论证“部分提高性同意年龄说”的合理性。(1)某身份者“容易”实施某行为,不等于“必然会”实施某行为;“如果对方利用监护等特殊关系……”是个假设,那么不等于“真利用了……”例如,有学者举了两个例子:初中老师甲以辅导作业为名单独留女生乙在办公室,甲提出发生关系,乙未表示反对,这属于利用了特殊职责关系的性侵,构成负有照护职责人员性侵罪。但若甲下班后,受乙邀请参加生日集会,乙主动提出与甲建立恋爱关系,两人开房发生关系。在此种情况下,甲与乙之间虽然存在师生之间的照护关系,但是该关系对发生性行为未产生促进或加力作用,不属于“利用特殊职责关系的性侵行为”,不构成负有照护职责人员性侵罪。^②这正好说明“利用监护等特殊关系”是一个行为上的独立要素,而不是特殊主体身份上的依附要素。不可否认,二者在事实层面具有强关联性,但二者原本是两个不同阶层或不同范畴的要素,如同贪污罪中“国家工作人员”与“利用职务之便”两个要素一样,二者之间的关联性再强也需要分别进行判断,不能直接等同。(2)在该解释说明中,上述学者不小心直接使用了“立法上推定”一词,而立法上的推定是允许辩护方提出反证的。如果辩护方有确实充分的证据证明“虽然具有特殊职责身份的人员与14—16周岁的女性发生了性关系,但是该特殊身份者并未实际利用特殊职责关系”,那么该反证成立,就应该合理地出罪。而这恰好是笔者所主张的“信任地位滥用论”前提下的“立法推定说”的基本观点。^③从学术逻辑看推理,如果真要坚持“年龄提高论”,那么就没有允许反证的“立法推定说”存在的空间。因此,笔者认为上述学者的解释说明,是使用“信任地位滥用论”与“立法推定说”的合理性去试图解释“部分提高性同意年龄说”的不合理之处,在逻辑上自然无法起到正面的论证作用,而是起到反证作用。总之,立法者若决定修改女性的性同意年龄,则其考量的决定因素是一般女性的平均性认知能力,而不可能是该年龄阶段女性偶然遇上的性爱对象的特殊身份。这个特定的立法逻辑,决定了“年龄提高论”缺乏合理的实质依据。

(三)“年龄提高论”存在法律体系解释矛盾的问题

持“年龄提高论”者将立法目的确定为“性同意年龄的部分提高”,还会面临法律体系解释矛盾的问题。

1.导致对该条中“未成年女性”与其他法条中“妇女”“幼女”的解释相矛盾。在该条中已满14周岁不满16周岁的“未成年女性”,到底是刑法意义的“妇女”还是“幼女”?这个问题绝对不是毫无意义的词语称谓之争,而是直接关系到对负有照护职责人员性侵罪构成要件的解释与法定刑适用条款的选择问题。首先,涉及对“发生性关系”行为要件以及既遂未遂标准该如何理解的问题。按照我国刑法罪名关系下的特定语境与汉语习惯,“发生性关系”通常不包含“不以插入为目

① 周光权:《刑事立法进展与司法展望——〈刑法修正案(十一)〉总置评》,《法学》2021年第1期。

② 参见张勇:《负有照护职责人员性侵罪的司法适用》,《青少年犯罪问题》2021年第4期。

③ 付立庆教授也反对“性同意年龄提高说”,主张用“可反驳的抽象危险犯”这个概念来解释本罪。参见付立庆:《负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型》,《清华法学》2021年第4期。另外,付立庆教授主张的“可反驳的抽象危险犯”,其实也是一种“立法者的推定”。参见付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013年第6期。当然我国也有学者在该罪是否允许反证的问题上持不同的意见。参见张梓弦:《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》,《政治与法律》2021年第7期。

的猥亵行为”。因此,如果不明确 14—16 周岁的未成年女性到底是妇女还是幼女,那么就无法准确界定负有照护职责人员性侵罪中“发生性行为”的具体内容。按“性同意年龄的部分提高说”的逻辑,似乎该条中的“未成年女性”属于“部分特殊情况下的幼女”,但这明显是个模棱两可的说法,无助于确定该罪中“发生性关系”的内涵;随之而来的是该罪的既遂与未遂区分标准问题。如果只是性器官的接触而尚未结合(插入),那么到底是“发生了性关系”因而属于该罪的既遂,还是“尚未发生性关系”因而属于该罪的未遂?其次,涉及对该罪与强奸罪法定刑的协调解释与合理适用的问题。根据该条的规定,犯该罪的,“处 3 年以下有期徒刑;情节恶劣的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。有前款行为,同时又构成本法第 236 条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。如果按照“年龄提高论”的逻辑,该条中“未成年女性”也是“部分(特殊情形下的)幼女”,但为什么该条规定的性侵“(部分)幼女”的法定刑起点(6 个月)反而比普通强奸罪的规定(3 年以上)要轻得多?另外,“有前款行为,同时又构成本法第 236 条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”指的是什么情况?按持“年龄提高论”者之观点,该如何处理这两条规定的适用关系?立法者单独设立该罪的法定刑且法定刑较低的意义到底何在?“年龄提高论”难以合理地解决或解释这些适用难题。总之,“性同意年龄的部分提高说”隐含的“部分(特殊情况下的)幼女”之说,因模棱两可、逻辑不清,而必然导致定性与量刑的双重混乱。

2. 导致在同类情况下与其他罪名的解释在逻辑上发生冲突。“性同意年龄的部分提高说”还会遭遇在同类情况下与其他罪名在解释逻辑上发生冲突的问题。例如,我国刑法中规定的破坏军婚罪、重婚罪、聚众淫乱罪、传播性病罪以及组织、引诱、容留、介绍卖淫罪等,实际上包含处罚部分特殊情形下的合意性行为,或者以双方合意性行为的存在为前提。当行为人或参与人为 14 周岁以上任何年龄的女性,哪怕女方自愿同意发生性行为,对男方或其中的部分女方,也要按相关罪名定罪处理。但学界从来没有人解释说:这些罪名的存在使得 14 周岁的性同意年龄变得“部分特殊情况下无限提高了”。另外,在奸淫幼女犯罪问题上,2013 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《意见》)第 27 条是一个“两小无猜法则”的出罪规定,即“已满 14 周岁不满 16 周岁的人偶尔与幼女发生性关系,情节轻微,未造成严重后果的,不认为是犯罪”。显然没有学者解释说:这是对立法规定的 14 周岁性同意年龄(幼女年龄)“在特殊情况下的部分降低”。大家都认为这只是在承认法定年龄的前提下,司法者基于其他刑事政策或情理的考虑而作出的个案出罪处理。无视其他罪名同类情况的解释逻辑,单单把负有照护职责人员性侵罪的入刑解释为“性同意年龄的部分提高”在刑法解释学上显然是不妥的。

(四)“年龄提高论”导致合理出罪的路径被全面堵塞

特殊职责人员与已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年女性产生不伦之恋,当然可以在道德上予以谴责,还可以给予开除公职等行政处分。但如果当事人双方都承认是恋爱关系,甚至双方家长也都知道并认可,此时司法机关对男方要不要做无罪化处理?很多学者认为对于上述行为以作出罪处理为佳。^①这符合刑法的谦抑精神以及“刑法与道德相对区分”的现代刑事法治精神。但持“年龄提高论”者将该条理解为“对性自愿年龄线的部分提高”之后,就几乎全面堵死了想在

^① 参见陈家林、吕静:《负有照护职责人员性侵罪的解释视角与规制边界》,《中南大学学报》(社会科学版)2021 年第 5 期;张勇:《负有照护职责人员性侵罪的司法适用》,《青少年犯罪问题》2021 年第 4 期。

特殊个案中通过司法解释技术予以合理出罪的路径。(1)几乎不可能采用“不知年龄”的出罪事由。《刑法修正案(十一)》规定的“负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员”基于职责关系,通常直接掌控着未成年女性的基本身份信息,很难像奸淫幼女案件中的陌生被告人那样,以“主观上确实不知对方的年龄”为由来出罪。(2)几乎不可能采用“两小无猜”的法则出罪。从以往“两小无猜”的司法法则中可以看出:男方作为未成年人的年龄最大不超过16周岁。在司法实践中二者的年龄差通常还会控制在3—4岁的范围。“两小无猜”法则背后的情理,可用一句俗语来总结:“小孩不懂事,还可以原谅;大人不懂事,就不可原谅了”。然而《刑法修正案(十一)》涵摄的对象基本上是成年的特殊职责人员和未成年女性,本身就失去“两小无猜”法则适用的条件。(3)也不可能采用笔者主张的“不成文的构成要件”或“立法推定”的概念予以出罪。

二、“信任地位滥用论”的刑法教义学建构

笔者将《刑法修正案(十一)》规范的目的确立为“对滥用信任地位发生性行为的禁止”,或者“对利用特殊职责关系发生性行为的禁止”。下面主要从刑法教义学的维度,对该观点的合理性进行论证。

(一)“信任地位滥用论”与我国宪法保护未成年女性的精神更加协调

我国宪法特别强调对未成年人尤其是对未成年女性的特别保护,如《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第46条第2款、第48条、第49条第1款对此就作了特别规定。《宪法》在确立“人人平等”原则的同时又强调对未成年女性的特别保护,二者并不矛盾。有宪法学者指出:“关注平等就是关注弱势群体问题。”^①马克思、恩格斯正是从现实条件出发,批评当时资产阶级法制以虚伪的形式“平等”掩盖事实上的不平等。恩格斯在《英国工人阶级状况》一书中还特别提到在现实中处于弱势地位的群体被“性剥削”的严重社会问题。他考察了工人阶级的实际居住空间条件等状况后,尖锐地指出:“我们看到过兄弟姊妹及男男女女的寄宿者和一家的父亲母亲同宿在一个房间里,由此就发生了许多使人一想到就会发抖的恶果”。^②显然,此处“发生了许多使人一想到就会发抖的恶果”包含工人阶级(低阶层人群)内部的“身边人”对处于相对弱势的人,尤其是未成年女性的“性剥削”。恩格斯的上述社会批判性结论,虽然针对的是当时英国资本主义社会的弊端,但因现实权力不平等关系而滋生的性剥削现象,在每个不完美的社会制度中都或多或少存在,带有一定的普遍性或规律性。当初马克思、恩格斯的深刻批判,也促使资本主义国家作出制度上的反思与改良。当今的资本主义国家为了规制各种类型的“性剥削”现象,近些年在立法层面也作出了相应的调整,类型化规定了一些性剥削型的具体罪名。《刑法修正案(十一)》增设“负有照护职责人员性侵罪”,不只是学习所谓西方发达国家的立法经验,也不是针对“鲍某某性侵养女案”^③个案而进行的所谓“情绪性立法”。该刑事立法在根本上是我国宪法强调的“对未成年女性的特别保护”以及“国家尊重并保障人权”宪法精神的制度落实。对未成年女性的特

① 张晓玲:《宪法与弱势群体的权利保障》,《山东警察学院学报》2005年第3期。

② 《马克思恩格斯全集》(第2卷),人民出版社1957年版,第321页。

③ 参见《最高人民法院、公安部联合督导组通报鲍某某涉嫌性侵案调查情况》, https://www.spp.gov.cn/spp/qwfb/202009/t20200917_480227.shtml, 2021-01-30。

别保护,应该体现两个方面的内容:(1)负有照护责任的人员利用特殊职责关系对未成年女性性侵犯的,必须严惩不贷。“信任地位滥用论”与“年龄提高论”在这一点上没有争议。(2)在特殊情况下,未成年女性也有自己的性选择自由与性利益需要保护。^①这一特殊保护内容,正是“年龄提高论”的盲点。持“年龄提高论”者采用一刀切式的字面解释,反而可能会对未成年女性的性权益造成实质的伤害。“信任地位滥用论”则采取“原则上推定罪名的成立,但允许反证”的论理解释方式,更好地兼顾了对未成年女性进行特殊保护的两个方面。

(二)“信任地位滥用论”与刑法规范体系内的解释具有逻辑一致性

前文指出“年龄提高论”面临语言逻辑矛盾以及刑法体系解释的冲突等问题。按照笔者提出的“信任地位滥用论”,这些问题都可以在刑法规范内得到具有逻辑一致性或体系性的解释。

1.《刑法修正案(十一)》中的“未成年女性”属于刑法上的“妇女”而不是“幼女”。我国刑法规范中的“幼女”特指 14 周岁以下的女性。“妇女”则特指 14 周岁以上的女性。“妇女”包括部分未成年女性,即“妇女”可以再细分为“18 周岁以下的未成年妇女”(“14—16 周岁的未成年女性”“16—18 周岁的未成年女性”)与“18 周岁以上的成年女性”。这一严格按照语言逻辑进行的分类与解释,既保持了刑法规范用语的统一性,在解释效果上也具有妥当性。

2.能合理地解决“发生性关系”要件内涵的理解难题。笔者认为,既然 14—16 周岁的“未成年女性”属于“妇女”,那么按照刑法学界的通说,与妇女“发生性行为”,特指双方生殖器的结合(插入),通常并不包含“不以插入为目的的猥亵行为”,因此不采纳奸淫幼女的“性器官接触说”。如果只是性器官的接触而没有插入,那么原则上只能认定为狭义性关系行为之外的猥亵行为的既遂。若有特别可靠的证据证明“行为人就是明确以发生性行为为目的,只是由于行为人意志以外的原因而未能插入”,则可以例外地认定为负有照护职责人员性侵罪的未遂。

3.能较好地处理该罪与强奸罪法定刑的选择适用难题。根据 1997 年《刑法》第 236 条之一的规定,犯负有照护职责人员性侵罪“同时又构成本法第 236 条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。笔者认为该规定的立法意义,其实是将有确凿证据证明特殊职责人员采取了暴力、胁迫或其他手段的性侵行为,按照普通强奸罪(重罪)处理。只有那些没有采取暴力、胁迫或其他手段的性侵行为,^②以及虽然可能采取了这些显性手段,但是因证据消失或其他原因而证明力不足的行为,才可以按负有照护职责人员性侵罪(轻罪)来定罪量刑。

4.能与其他类似罪名规范的解释保持逻辑一致性。笔者的观点坚持了“性同意年龄”与“幼女年龄”(14 周岁)的同一性,符合体系解释的统一逻辑。首先,刑法上“性同意年龄”与“幼女年龄”本是共存的一条标准线。其次,在法律效果上意味着:在此线之下,女性的性同意表示在法律上绝对无效。但在特殊个案中行为人并不因此丧失出罪的其他合理理由,如《意见》中“两小无猜”的出罪法则与性同意年龄的法定标准线之间并不矛盾;同理,在此线之上,女性的性同意表示在法律上有效,但这不代表双方合意性行为在任何情况下都无罪,仍然可能因符合刑法明文规定的具体罪名而入罪,如重婚罪、破坏军婚罪、聚众淫乱罪等。这与性同意年龄的法定标准线之间

^① 参见赵军:《“自愿年龄线”与儿童性权利的冲突及协调》,载赵秉志主编:《刑法论丛》第 39 卷,法律出版社 2014 年版,第 571 页。

^② 日本刑法学者大体上也是这么理解二罪之间的关系的。参见[日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 88 页。

也不存在矛盾。总之,如果不是直接对幼女年龄的立法修改,那么立法对具体罪名的修改,就不是针对性同意年龄线作出的修改,而是基于各种理由对罪名的某些构成要素的取舍。

5.能合理地解释对该罪设置较轻法定刑的原因。如前所述,特殊职责人员性侵罪的危害性并不比典型的强奸罪的危害性轻,甚至在一定程度上其给被害人的心理伤害更重。按照《意见》第21条、第25条的规定,利用特殊职责关系性侵的,要按强奸罪从重从严处罚。但为什么立法者在将该罪入刑时,反而独立规定了较轻的法定刑?笔者认为,将特殊职责人员性侵行为入刑,与巨额财产来源不明罪一样,都是推定的规范,在程序意义上,的确在某些行为要素上存在转移原本由国家司法机关担负的证明责任,这种推定规范与非推定规范相比,显然在程序上对被告人不利。为了保障被告人的人权,该罪的法定刑比照普通强奸罪的法定刑适当降低,在实体上作出妥协是恰当的。

6.对《刑法修正案(十一)》的学理解释与部分外国刑法学者对相关问题的理解相同。各国立法对负有照护职责人员性侵罪是否需要规定“利用、滥用职责关系”这个要素,差异性不小,有的国家对此作出了明文规定,有的国家则没有作出明文规定。《德国刑法典》第174条对那些负有教育培训、看管、监护职责的医生、司法人员、心理咨询人员性侵罪的成立,特别规定了“利用、滥用职权”的要素,而“对被保护人的性行为”罪名中则未规定该要素。这与我国的“负有照护职责人员性侵罪”的规定一模一样。但这种省略是否意味着《德国刑法典》第174条规定的犯罪根本不需要“利用、滥用职责关系”要素,从而堵截任何以此为由的出罪可能性?德国刑法学者通常都只解释“什么是教育、什么是培养,什么是从属关系”,并没有论及该条立法是否存在违法性阻却事由。不过,德国最重要的刑法注释书特别提到了这一点,即“这些构成要件(第174条、第174条a、第174条b、第180条第3款)以‘对被保护人的性侵害’为对象,其中,个人的性自主决定权十分重要……在这些条文所涉及的案例中,行为人是通过这样的方式来妨碍被保护人的性自我决定自由的,即他在与被保护人的关系中占据着突出的权威或者权力地位。一个问题是,尽管存在这种权威关系,但是双方仍然可能发生性关系,可以肯定他们存在自由的性自主决定(‘真正的爱情关系’)。在立法程序中,该问题被赋予了广阔的空间。如果人们考虑到,政府的草案在使权威关系不受性影响这一方面,没有看到该条的保护目的,那么这一辩论是可以理解的。其实,本条的任务应当是,预防被保护人在依赖性的压迫下决定他的性行为。在有些构成要件中,滥用与依赖性绑定在一起的权威或者权力关系是其构成要件要素(第174条第1款第2项、第174条b、第180条第3款),立法文本已经将它们的目的说得很清楚了”。^① 仔细研读这一段话,不难发现该德国刑法学者的学理解释与笔者主张的基本观点几乎完全一致。(1)该学者认为以上规定不是所谓的“性自愿年龄的部分提高”,相反认可这些被害人仍然存在“性自我决定权的自由”。(2)该学者特别指出这些法条的立法目的,是保护被害人的自我决定自由,不是要否定而是要肯定“真正的爱情关系”。(3)该解释者特别指出,即使《德国刑法典》第174条没有特别写明“滥用或利用”要素,其实根据规范保护目的来解释,也应该理解该条规定的行为构成要件隐含该行为要件要素,即“在有些构成要件中,滥用与依赖性绑定在一起的权威或者权力关系是其构成要件要素”。(4)该学者也把所有类型的特殊职责人员性侵行为的构成要件解释为“被保护人在依赖性的压迫下决定他的性行为”“滥用与依赖性绑定在一起的权威或者权力关系”。这与笔者主张的

^① Vgl. Heinrich Laufhütte, in: StrafgesetzbuchLeipzigerKommentar, 11.Aufl., 2005, Vor § 174, Rn. 5.

在特定职责权力关系之下“隐性的强制”概念有异曲同工之妙。(5)根据以上解释还可推论出,如果特殊职责人员并没有实际利用特殊的职责关系,尤其是二者之间存在“真实的爱情关系”时,那么就应该例外地予以出罪。

三、证明难题的解决:“立法推定说”解释视角的引入

由于负有照护职责人员性侵未成年人的行为往往具有长期性、持续性、隐蔽性等特征,且在多数情况下被害人同意与否以及如何利用特殊职责关系等要素难以证明,因此如果严格贯彻“存疑有利于被告人”的原则,那么修正前的刑法肯定难以以强奸罪的规范来发挥惩治、预防的作用,在规范层面存在很大的处罚漏洞,该罪的增设就是为了弥补这个规范上的处罚漏洞。笔者主张的“信任地位滥用论”,在刑法的明文规定之外,增加了“利用特殊职责关系”这个“不成文的构成要素”为出罪打开了方便之门,这可能会遭到广大司法者的反对。因为“利用特殊职责关系”这一构成要素,在司法实践中的证明难度极高。如果将“利用特殊职责关系”解释为司法机关必须以积极证明的构成要素,那么在司法实践中会有很多案件因达不到刑事诉讼法上“证据确实充分”的证明要求而难以处理,就会使得“对滥用信任地位发生性行为的禁止”这一规范目的基本落空。而这种实践效果很差的理论,其可接受性会大大减损。

为了解决这一问题,笔者主张不妨将“利用特殊职责关系”这一不成文的构成要素的规范性质的退一步解释为一个立法上的“推定规范”,^①将该要素的证明责任转移给辩护方。当然,对“推定规范说”的正当性也需要予以证明。因为在刑法中,无论是司法上的事实推定方法,还是立法上的推定规范,在事实上都“改变了客观证明机制,转移了证明责任,也因此降低了证明标准”。^②推定似乎天然具有“事实存疑不利于被告人”的特点,与现代刑事法治中的“无罪推定原则”的确存在一定的冲突,其正当性往往会受到一定程度的怀疑。因此,学者们通常主张对改变证明责任的刑事立法权在理论上进行严格的限制,立法者“只有在满足相应的实体与程序标准时才允许适用将提出证据的责任或说服责任转移给被告人的刑事推定,后者构成排除合理怀疑规则的例外”。^③下文将证明把“利用特殊职责关系”构成要素的规范性质解释为一个立法上的“可反驳的推定规范”^④完全满足上述实体与程序两个基本标准。

(一)在程序标准上,“立法推定说”满足“难以证明的原则”的要求

“难以证明的原则”意味着禁止立法机关将那些控方容易(或并不难)证明的行为要素设定为推定规范的要素。^⑤在所有的犯罪类型中,受贿类犯罪与性侵类犯罪是最难以证明的两类犯罪,

① 最典型的推定规范是“巨额财产来源不明罪”,其保护法益虽然是“职务行为的廉洁性”和“不可收买性”,但是立法者设立该款规定的规范目的是通过刑事推定的方式降低证明负担,从而严密贪污贿赂犯罪的法网。参见于改之:《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》,《中国法学》2021年第2期。

② 陈虎:《制度角色与制度能力:论刑事证明标准的降格适用》,《中国法学》2018年第4期。

③ 劳东燕:《认真对待刑事推定》,《法学研究》2007年第2期。

④ 所谓的“不可反驳的推定”是一个伪概念。它既非事实认定的一种方法,其功能也不是对证明责任的转移,与推定规范的基本构造格格不入,将其直接归入“法律拟制”规范的范畴更准确。参见张家骥:《论推定规则及其适用》,《重庆大学学报》(社会科学版)2014年第6期。

⑤ 参见张曙:《刑事推定的法规范特征与立法设想》,《人民检察》2009年第7期。

且性侵类犯罪比受贿类犯罪更难以证明。这是因为受贿类犯罪至少还有贿赂赃物这个客观证据可查,但性侵类犯罪,除非行为人使用了严重的暴力、造成了身体上的严重伤害,否则几乎没有所谓的客观证据能证明该类行为是强奸还是通奸。很多时候,现场勘查所取得精斑等物证,都只能证明“发生了性行为”,并不能证明“发生了性侵”,更何况在多数强奸案中,连这些物证都很少留下来。但传统的强奸罪、强制猥亵罪,又都要求用证据证明“违反妇女的意志”,采取的标准通常是“妇女不敢反抗,不能反抗,不知反抗”。其实在司法实践中这个标准主要还是依赖于司法机关选择相信并采纳当事人一方的陈述或口供。所以在司法实践中通奸者诬告强奸的得逞率很高,被警方识破的可能性很小。若成功识破一例,则会变成社会大新闻。^① 司法人员如何在排除合理怀疑的刑事诉讼规则内,证明性侵的事实确实发生与如何发生,自古以来就是一个司法难题。^② 非显性暴力性侵案,尤其是带有通奸外观的“特殊职责人员性侵”案,又是所有性侵案中最难证明的。采用轻微暴力手段、威胁手段以及其他温和手段强奸的,已经属于双方各执一词不太容易证明的行为类型。而熟人之间,尤其是关系紧密的特殊职责人员与“被害人”之间发生的从表面看合意的性行为,被害人通常既没有反抗,又没有留下伤痕,甚至在口头上还有性同意的语言表达,行动上有顺从对方性行为的配合行为。这已经很难用一般的司法证据去证明这种性行为属于采用威胁手段以及其他手段的强奸行为。也难以在单个性行为前后,用证据证明实施该行为“利用了特殊职责关系”。因为这种特殊职责关系下的性行为与日常生活中的性行为在外观上没有任何差异,二者之间缺乏刑事司法证据所要求的区分度。但我们又心知肚明,这种性关系事实上通常利用了或滥用了特殊职责关系,只是无法在司法上用证据充分证明二者之间具体的因果关系。^③ 由于在“特殊职责人员性侵案”中行为人通常未采取暴力手段,因此其性侵行为通常不会留下什么证据。即使有证据,也不能证明该行为“违反妇女意志”。因为“强奸所具有的性的程度甚至可能正是其所具有的暴力程度”。^④ 我国司法机关有时候为了套用强奸罪中“以暴力、胁迫或其他手段”的要素,会不得已把发生“性行为”的具体拍打动作,当作强奸罪的“暴力手段”来认定,其实这是极其不当的。^⑤ 虽然从语义及生活常识看,暴力的确可以包含轻微用力,但人类性行为必然包含自然运动力,我们并不能从自然力度较大的物理方面直接认定为法律规范评价意义上的“使用暴力”。正因为在这类案件中发生性关系的“强行”要素的证明难度实在太大,所以若按照传统强奸罪的立法模式与司法证明的严格要求去办案,则必然会不公平地放纵绝大多数特殊职责人员性侵的行为。^⑥ 总之,性侵类犯罪比受贿类犯罪更难以证明,“特殊职责人员性侵”又是所有性侵类犯罪中证明难度最大的。因为证明难度大,所以我国刑法早就设立了巨额财产来源不明罪这个推定规范,如今将“负有照护职责人员性侵罪”中的“利用特殊职责关系”

① 参见辽宁省阜新市中级人民法院(2020)辽09刑终129号刑事判决书。

② 参见周详:《有辩论方有信》,《检察日报》2018年7月5日。

③ 参见四川省宣汉县人民法院(2017)川1722刑初7号刑事判决书。

④ [美]博西格诺等:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社2002年版,第260页。

⑤ 参见甘肃省康县人民法院(2018)甘1224刑初31号刑事判决书。

⑥ 笔者通过北大法宝查询司法案例,在297597份强奸罪判例中,涉及“利用教养关系”关键词的有44份有罪判决书,法官都直接认定了特殊职责人员采用了暴力或胁迫手段的事实。其中只有两起案件,法官认定有部分性行为没有明显采用暴力的事实。参见重庆市黔江区人民法院(2006)黔刑初字第2号刑事判决书、山西省太原市中级人民法院(2014)晋刑终字第454号刑事判决书。

的构成要素解释为一个推定规范,按照举轻以明重的推理原则,显然也满足该程序性标准的要求。

(二)在实体标准上,“立法推定说”满足“实质合理性原则”与“相当的可罚性原则”的要求

1.“立法推定说”满足“实质合理性原则”的要求。“实质合理性原则”对立法者的核心要求是:“从基础事实得出推定事实存在的结论要具有逻辑和经验上的强大联系,而不是任意性的推理。”^①该推定规范是从“特殊职责主体”推定出该主体有“利用职责关系”进行性侵(性剥削)的行为。这二者之间的强大关联具有事实基础。对此,恩格斯早就说过:“自古就有的淫游制(杂婚制)现在在资本主义商品生产的影响下变化越大,越适应于资本主义商品生产,越变为露骨的卖淫。”^②女权主义法学家美国学者麦金农曾说:“人类社会一切两性之间的性行为都是强奸。”^③美国政治家汉密尔顿也说:“婚姻之于女人,不只是一种交易,实际上还是一种义务性的交易。”^④他们说出一个普遍存在的社会事实是:在权力极其不平等的现实关系之下,优势主体常常利用各种资源对女性进行性剥削,女性往往无法给出完全自主自由的性同意表示。但刑事立法要类型化一个罪名,就必须对普遍存在的性剥削社会事实材料进行筛选与构建,以满足不同层级的法律规范对行为构成要件的特定要求。^⑤就该罪的人刑而言,立法者特别筛选了“负有特殊职责的人员”这一主体上的关键要素。因为这种特殊职责身份的背后,其实隐含着因不对等地位而可能形成的特殊权力关系。权力从来没有局限在政治领域,而是一种无处不在的宰制与被宰制的社会结构关系现象。当一个主体A借用各种资源,采取暴力、威胁、利诱、奖励、说服等各种方式影响与制约其他主体B的行为,这种不对称的控制力或影响力就是权力。通俗地讲,权力就是一个人所具有的“让别人做自己不想做的事情之能力”。经典的权力相互依赖理论指出:“A对B的权力大小,取决于B对A的依赖程度。”^⑥未成年人与特殊职责人员之间,可能存在4重不对等的权力关系:^⑦(1)生活经验匮乏者与丰富者之间的不对等,(2)权威关系接受者与统治者之间的不对等,(3)信任关系遵守者与破坏者之间的不对等,(4)性侵创伤受害者与利用者之间的不对等。在多重不对等的权力关系之下,如果特殊职责人员与未成年女性发生了性关系,那么就可以推定特殊职责人员“利用了特殊职责关系”。这个推定关系无论是在司法经验层面,还是在立法逻辑层面,都是一种基于普遍人性弱点而得出来的一种极高概率的强联系,而非仅为减少司法机关的证明难度和推卸证明责任而进行的随意关联。正如法国法学家孟德斯鸠所言:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇到有界限的地方才休止。”^⑧总之,该罪以推定规范的方式入刑,完全满足“实质合理性原则”的要求。

① 张曙:《刑事推定的法规范特征与立法设想》,《人民检察》2009年第7期。

② [德]恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,人民出版社1999年版,第76页。

③ 转引自罗翔:《刑法中的同意制度》,法律出版社2012年版,第27页。

④ [英]西塞莉·汉密尔顿:《婚姻如交易》,常培丽译,中信出版社2018年版,第18页。

⑤ 各国法律大体上采取了3个筛选与构建原则:婚内无强奸无卖淫嫖娼,卖淫嫖娼违法但不犯罪,恋爱(合意性行为)不违法。

⑥ 韦庆旺:《问责条件下的权力效应研究》,天津科学技术出版社2015年版,第5页。

⑦ 参见周详、孟竹:《隐形强制与伦理禁忌:“负有照护职责人员性侵罪”的理据》,《南通大学学报》(社会科学版)2021年第2期。

⑧ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

2.“立法推定说”满足“相当的可罚性原则”的要求。“相当的可罚性原则”意味着“立法者规定推定制度应当是针对那些对社会公共利益具有重大危险的犯罪”。^①虽然特殊职责人员实施的性侵行为没有太明显的外在暴力特征,但是该类性侵行为造成的危害结果并不亚于甚至要重于典型的暴力型强奸行为造成的危害结果。首先,从发生性行为时的行为样态看,虽然特殊职责人员没有采用有形的暴力手段,但是因为二者之间可能存在上述4重不平等的权力关系,所以特殊职责人员利用特殊职责关系对未成年女性形成的心理辖制效果,可能比单纯的身体暴力更有效。^②如果说传统强奸罪的手段可称为“显性强制手段”的话,那么特殊职责人员利用身份与职责关系的不平等状态,则可称为“隐形强制手段”。^③在强奸罪中,被害人不同意发生关系,但至少还有肉眼可见的有形的对象(肢体暴力)去反抗,但在本罪中被害人却不知道要反抗什么,因为制造出隐形强制状态的似乎正是“父亲”“老师”“医生”“警察”等这种抽象的职责身份符号,看不见也摸不着。正是这种隐形强制的特点,使很多被害人明明内心不愿意,但在具体的环境下却像喝了“迷魂汤”一样,稀里糊涂地上了特殊职责人员的当。其次,特殊职责人员实施性侵行为完毕后,对被害人造成的后续心理健康伤害程度比传统型强奸造成的后续心理健康伤害程度更高。相关的社会学研究成果表明:熟人性侵比陌生人强奸给被害人一生造成的消极影响更大。因为熟人性侵瞬间毁掉的是一个人对身边人的信任。这种信任感的摧毁,其实就是摧毁作为群居社会人的内心精神支柱。“如果没有信任,我们认为理所当然的日常生活必将无法继续。”^④特殊职责人员在社会关系中是最应该保护未成年女性的人,却伪装成光明的天使利用职责与信任关系对她进行性侵犯,她一定会产生被最亲者出卖和谁都不可信的严重心理阴影。这远比看得见的肉体打击更痛苦,足以让人心理崩溃。总之,性侵者与被害人之间的关系越亲密、年龄差距越大,这种心理健康伤害就越重,持续性越强。^⑤最后,特殊职责人员的性侵行为因为严重违反伦理道德而大大减损了该行为的社会相当性。虽然“刑法不是道德的推动器”是刑事法治的共识,但是社会伦理对刑法立法应当具有一定的指引作用。这是没有学者反对的。^⑥反伦理行为并不一定都是犯罪,但公众对于某种反伦理行为的反感程度越高,它被犯罪化的可能性就越大。而在特殊职责人员性侵行为中,有的职责主体(如父亲)部分包含乱伦禁忌,有的主体(如老师)则接近于乱伦禁忌。^⑦另外,“与未成年女性发生性关系”本身,就包含或接近于“恋童禁忌”,引起人们的强烈反感,社会相当性大大减损。还须注意的是,“推定规范是否有利于被告人”的判断也是相对的,要看参照系是什么。与“年龄提高论”相比,“信任地位滥用论”加上“立法推定说”为特殊个案的出罪留下辩护空间,在总体上还是有利于被告人的解释。

① 张曙:《刑事推定的法规范特征与立法设想》,《人民检察》2009年第7期。

② 参见甘肃省康县人民法院(2018)甘1224刑初31号刑事判决书。

③ 在我国首例负有照护职责人员性侵案的审理过程中,法官在释法时就采用了“隐形强制”的概念。参见《首例负有照护职责人员性侵案,判了!》, <https://www.163.com/dy/article/GU3J4I430514HAQ4.html> 2021, 2022-02-21。

④ 胡宝荣:《国外信任研究范式:一个理论述评》,《学术论坛》2013年第12期。

⑤ 参见[美]波斯纳:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第526~534页。

⑥ 参见孙万怀:《刑法修正的道德诉求》,《东方法学》2021年第1期;时延安:《刑法的伦理道德基础》,《中国刑事法杂志》2019年第3期。

⑦ 例如,2018年我国教育部印发的《新时代高校教师职业行为十项准则》《新时代中小学教师职业行为十项准则》都明确规定:教师不得与学生发生任何不正当关系,严禁任何形式的猥亵、性骚扰行为。

四、结 语

总之,笔者在规范目的方面主张“信任地位滥用论”,在“利用特殊职责关系”构成要素的规范性质上主张“立法推定说”。这一弛一张或宽严相济的解释思路,既可保证案件中绝大多数利用特殊职责关系实施性侵权行为的人员无法脱罪,也让极个别特殊案件的处理能尊重女方的真实意愿与决定,双向均衡地达到保护未成年女性真实的性自由权与性利益的规范目的。如果笔者对该罪的规范目的与构成要素没有解释错,那么给“情不自禁的爱情关系留下一丝出口”的该条立法,就是相当合理且科学的良法。^①对有真实爱情成分的不伦之恋,完全可用职业伦理规则去禁止。对该种行为超出比例原则动用严厉的刑罚去禁止,确实过分并且无效。正如恩格斯所言:“对付通奸就像对付死亡一样,是没有任何药物可治的。”^②意大利刑法学家贝卡里亚所提醒的:严惩合意的性行为,只会反向增强异性之间的吸引力,“刑罚变成了一种刺激”,^③实在得不偿失。

Abstract: The normative purpose of punishing “the crime of sexual assault by persons with care responsibilities” is not to “partially raise the age of sexual consent”, but to “prohibit sexual behavior by abusing trust status”. In the aspect of hermeneutics, “the theory of age raising” is faced with various problems of criminal law doctrine. However, “the theory of abusing trust status” has several theoretical advantages: it is more harmonious with the spirit of protecting underage women in our Constitution; it keeps logical consistency with the interpretation of other relevant laws and regulations in the criminal law norm system; and it leaves a reasonable interpretation space for the judiciary to deal with special cases. Considering the difficulty of judicial proof, we can interpret the normative nature of this component as a presumptive norm in legislation. The theory of legislative presumption fully meets the legitimacy evaluation criteria of substantial justice and procedure justice required for the establishment of “presumption norms”.

Key Words: special duty, sexual assault, age of consent, unwritten component, legislative presumption

责任编辑 田国宝

① 付立庆教授也明确主张:若二者之间确实存在情投意合的恋爱关系,则应该从构成要件层面或违法性层面予以出罪。参见付立庆:《负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型》,《清华法学》2021 年第 4 期。

② [德]恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,人民出版社 1999 年版,第 72 页。

③ [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 92~93 页。