

比较法视野下负有照护职责人员性侵行为主体的研究

吴润中

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年6月25日; 录用日期: 2023年7月6日; 发布日期: 2023年9月6日

摘要

研究负有照护职责人员性侵行为主体可以借鉴大陆法系地区、国家近似罪名的立法例。我国澳门地区的“对受教育者及信赖者之性侵犯罪”规定的行为主体情形虽然比较简单,但是在要求行为主体是否“滥用职务或职位”上有独特的规定。我国台湾地区的“利用权势机会性交罪”规定的行为主体情形非常详尽,涉及了“训练”、“公务、职务”等未被我国《刑法》所确定的特殊职责。德国的“性侵受照护人罪”规定的行为主体自成一套围绕实质特征的核心突出、外延明晰的认定体系,全面规制了性侵受照护人行为主体的各种情形。日本的“监护人性交罪”突出实质特征“负有监护职责”、“利用影响力”,能够以单一简洁的罪状规制复杂多样的情形。解释我国《刑法》中的负有照护职责人员性侵行为主体,应当运用实质解释论的立场,基于加强未成年人司法保护的理念进行扩大解释。

关键词

负有照护职责人员性侵罪, 行为主体, 特殊职责, 实质解释

Research on Subject of the Crime for Sexual Assault by Person with Care Responsibilities from the Perspective of Comparative Law

Runzhong Wu

School of Law and Politics, Shiliangcai School of Journalism and Communications, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Jun. 25th, 2023; accepted: Jul. 6th, 2023; published: Sep. 6th, 2023

Abstract

The research on the subject of sexual assault by persons with care responsibilities can learn from the legislative examples of similar crimes in civil law regions and countries. Although the situation of the subject of the “crime of sexual assault against educated and trustees” in the Macau region of my country is relatively simple, there are unique regulations on whether the subject of the action is “abuse of position or position”. The “crime of taking advantage of power and opportunity for sexual intercourse” in the Taiwan region of our country stipulates very detailed behavior subjects, involving special duties such as “training”, “official duties, and duties” that have not been determined by the “Criminal Law” of our country. Germany’s “Sexual Assault on Caretakers” stipulates that the subject of the act has its own set of identification system with a prominent core and clear extension around the essential characteristics, which comprehensively regulates various situations of the subject of sexual assault on the caretaker. Japan’s “guardian sexual intercourse crime” highlights the substantive features of “carrying guardianship duties” and “using influence”, and can regulate complex and diverse situations with a single and concise crime. To interpret the subject of sexual assault by persons with care duties in my country’s “Criminal Law”, we should use the standpoint of substantive interpretation theory and expand the interpretation based on the concept of strengthening the judicial protection of minors.

Keywords

The Crime for Sexual Assault by Person with Care Responsibilities, Behavior Subject, Special Duty, Substantial Interpretation

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

为了增强对未成年女性的保护，以及严密我国性犯罪的法网，《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)》)新增第二百三十六条之一，罪名为“负有照护职责人员性侵罪”，就“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”的行为作出了规制。2023年5月25日，两高发布了《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》，对负有照护职责人员性侵罪的“情节恶劣”认定、罪名竞合关系等问题理解作出了指导。设立负有照护职责人员性侵罪的积极意义已毋庸置疑，但如何让其规定尽快落地生根，是较为紧迫的任务。无行为则无犯罪，而行为主体又是研究犯罪成立的首个构成要件，可以说是考察入罪的“第一道大门”[1]。本罪是真正身份犯，其内在要求是：行为主体只有具备了特殊身份，才能成立犯罪。由此，对负有照护职责人员性侵行为主体展开研究，无疑具有重要意义。

早在我国《刑法修正案(十一)》新增负有照护职责人员性侵罪之前，大陆法系的地区、国家已存在许多与本罪相近的立法例。例如，我国澳门规定了“对受教育者及信赖者之性侵犯罪”，我国台湾则规定了“利用权势性交罪”。德国规定了“性侵受照护人罪”，日本也规定了“监护人性交罪”。我国的司法土壤与我国澳门地区、我国台湾地区以及德国、日本不尽相同，故直接照搬必然引起水土不服。然而，

就其先进理念及制度价值展开参照适用，并结合我国法治实情予以考察与借鉴，无疑存在研究价值。由此，本文将立足于比较法的视野，对域外刑法中与本罪相似罪名的行为主体进行研究，在此之上对我国《刑法》中“负有照护职责人员性侵行为主体”作出更为深入的理解。

2. 我国大陆法系地区近似罪名行为主体的研究

2.1. 我国澳门地区的“对受教育者及信赖者之性侵犯罪”

我国澳门特别行政区《刑法典》第一百六十七条规定了“对受教育者及信赖者的性侵犯罪”，其罪状所描述的行为类型包括两种：一是对受托于行为人教育或扶助之十四岁至十六岁的未成年人实施性行为；二是对受托于行为人教育或扶助之十六岁至十八岁的未成年人实施性行为，且行为人系滥用其执行之职务或担任之职位者[2]。相较于我国《刑法》规定的负有照护职责人员性侵罪之行为主体，澳门刑法的“对受教育者及信赖者之性侵犯罪”行为主体主要存在以下区别：1) 行为主体类型较少，仅包括负有教育职责人员与负有扶助职责人员；2) 行为主体是否“利用特殊职责”，根据行为对象的年龄作出两分要求。

第一个区别是行为主体类型的不同。我国《刑法》的负有照护职责人员性侵罪对行为主体类型作出了详尽式的列举，涵盖范围远多于澳门刑法所描述的“教育、扶助”。从文义上看，比较大的出入是有关“医疗”职责的规定。即一般而言，澳门刑法并不规制负有医疗职责人员实施“对信赖者之性侵犯罪”。但是，当负有医疗职责人员与未成年女性之间的关系达到“扶助”而不止是简单的挂号问诊程度时，从实质解释论角度出发，似乎也可以将负有医疗职责人员予以入罪。

第二个区别是行为主体是否“滥用职务或职位”要求的不同。关于我国《刑法》规定的负有照护职责人员性侵行为主体成立犯罪是否需要“利用特殊职责”，当前仍未形成统一的通说。不同的是，澳门刑法“对受教育者及信赖者之性侵犯罪”明确规定，以行为对象年龄为标准，对行为人是否“滥用职务或职位”作出不同要求，即以已满十四周岁不满十六周岁未成年女性为行为对象的，勿论行为人对特殊职责的利用与否；以已满十六周岁不满十八周岁未成年女性为行为对象的，则以行为人滥用职务或职位为必要条件。可以认为，对于负有特殊职责人员“不违背未成年女性意志而实施性行为”的惩治，我国澳门特别行政区《刑法典》的规定在入罪范围上是更大的。

2.2. 我国台湾地区的“利用权势机会性交罪”

我国台湾地区“刑法”第二百二十八条规定了“利用权势机会性交罪”，其罪状描述为“对于因亲属、监护、教养、教育、训练、救济、医疗、公务、业务或其他类似关系受自己监督、扶助、照护之人，利用权势或机会性交”。与我国《刑法》的“负有照护职责人员性侵罪”相似，“利用权势机会性交罪”采用了叙明罪状的形式详细列举了行为主体的类型[3]。不同的是，台湾“刑法”所列举的种类，比之我国《刑法》要详尽得多。从形式上看，台湾“刑法”规定的利用权势机会性交罪，主要就负有因训练、公务与业务产生特殊职责的主体情形，与我国《刑法》对于负有照护职责人员性侵行为主体的规定存在不同。

第一是负有训练职责人员的理解。在台湾地区“刑法”规定的“利用权势机会性交罪”中，“教育”与“训练”是并列的。这意味着，在理解台湾“刑法”语境的负有训练职责人员时，与负有教育职责人员是不同的。笔者认为，负有训练职责人员中的训练，指的是“教育”一词核心语义射程之外的情形。依据《现代汉语词典》给出的解释，“教育”是指“培养新一代准备从事社会生活的整个过程，主要是指学校对儿童、少年、青年进行培养的过程”，而“训练”是指“有计划有步骤地通过学习和辅导掌握某种技能”。因此，不同于“负有教育职责人员”一般是指学校、教育辅导机构的老师，“负有训练

职责人员”主要是指驾校教练、职业技能辅导老师等传授技能的主体。

第二是负有公务、业务职责人员的理解。在我国《刑法》分则中，公务、业务人员往往是一些经济犯罪或职务犯罪的适格主体，却很少被规定在其他类型的犯罪中。事实上，现实中基于公务、业务行为，利用职务之便而实施性侵的情形从不少见。因此，台湾地区“刑法”将负有公务、业务职责人员规定为利用权势机会性交罪的行为主体，有其合理性。这里的“公务、业务”，应当理解为涉及到未成年女性相关的工作，相关的公务包括易于接触未成年女性的国家机关工作人员，相关的业务则是对应的非国家机关工作人员。

3. 其他大陆法系国家近似罪名行为主体的研究

3.1. 德国的“性侵受照护人罪”

《德国刑法典》第一百七十四条规定了性侵受照护人罪，其罪状中涵盖了三个大类的行为主体类型，即：1) 受托教养或生活上照顾未满 18 周岁未成年人的行为人；2) 教育、职务或工作中与未满 18 周岁未成年人之间存在从属地位的行为人；3) 未满 18 周岁未成年人与自己有自然或法定血亲关系，或是与自己的配偶、生活伴侣、共同生活者系后代关系的行为人。德国刑法中的“性侵受照护人罪”对行为主体作出了核心突出、外延明晰的立法规定，在三个大类的行为主体之下，又包含了围绕行为主体各自实质特征而展开的情形。

第一类行为主体是“受托教养或生活上照顾未满 18 周岁未成年人的行为人”。该类主体的实质特征，在于“教养”与“生活上照顾”。二者在“促进未成年人的身心健康发展”这一性质上是近似的，区别在于“教养”具有长时间、影响大的特征，常见的情形包括亲生父母、继父母等监护人；而“生活上照顾”则仅仅是在一定期限内为未成年人身心健康发展予以帮助支持，如在基督教礼拜日为信徒提供帮助的牧师等^[4]，在德国的司法实践中常作为典型案例而出现。

第二类行为主体是“教育、职务或工作中与未满 18 周岁未成年人之间存在从属地位的行为人”。事实上，由于第一类行为主体中“教养”与“生活上照顾”的内涵之丰富、外延之广阔，一定程度上“挤压”了第二类行为主体的涵摄范围。以“教育关系”的理解为例，其实质特征为“实现单一且特定的教育目标”。在我国《刑法》的负有照护职责人员性侵罪中，“负有教育职责人员”语义的核心范畴就是学校、教育辅导机构的老师；而在德国刑法的“性侵受照护人罪”中，学校老师因具有“教养”的实质特征，故归为第一类行为主体的情形是合适的。

第三类行为主体是“未满 18 周岁未成年人与自己有自然或法定血亲关系，或是与自己的配偶、生活伴侣、共同生活者系后代关系的行为人”。与前述第二类行为主体的情形类似，第三类行为主体也是对第一类行为主体的“补充”。具体而言，第三类行为主体所规制的情形是：实施性侵的行为主体虽为生父、继父或“叔叔”，却已不具有“教养”的实质特征。在这种情形下，行为主体若实施了性侵行为，由于不存在“教养”这一实质特征，故而归由本类行为主体的范围予以规制。

3.2. 日本的“监护人性交罪”

日本在 2017 年修改《刑法》时，新增了第一百七十九条第二款为监护人性交罪，其罪状描述为“对未满 18 岁受害人负有现实监护职责的行为人，利用其影响力实施性交行为的”。可以看出，日本《刑法》对于“监护人性交罪”行为主体的描述采用了简明罪状的形式，以“负有现实监护职责”与“利用影响力”为行为主体的实质特征。

第一个特征是“负有现实监护职责”。日本刑法学界的通说观点认为，这里的“现实监护职责”并不限于法定监护、意定监护等关系，而是强调事实上现实地监护，即对未满 18 岁的人负有保护义务^[5]。

这里的“监护职责”也有一定程度的限定，行为人与未满 18 岁的人之间的关系，应当与前述法定监护、意定监护等关系程度相当。具体而言，就是为未满 18 周岁的人提供居住场所、支付生活费用或促进身心健康等程度相当的关系。

第二个特征是“利用影响力”。这里的“影响力”是指对于未满 18 岁的人，因为监护关系的存在，所以形成了地位与权威。此处的“利用”并不限于积极、明显地施加影响力[6]，利用长期监护中形成的隐性强制，使未满 18 岁的人在发生性行为等方面感情麻木、自我保护意识薄弱。

应当认为，日本《刑法》中的“监护人性交罪”在行为主体类型的详细上是远不如前述地区、国家的近似罪名。尤其是与德国的对比，后者对“性侵受照护人罪”的规定，甚至可以追溯到 1871 年的《德意志帝国刑法典》。如今，“性侵受照护人罪”有关行为主体类型的规制，早已形成了核心突出、外延周全的立体结构，可以说是各个大陆法系地区、国家近似罪名中最为详尽的立法例。除此之外，我国澳门特别行政区《刑法典》的“对受教育者及信赖者之性侵犯罪”，以及我国台湾地区“刑法”的“利用权势机会性交罪”，在“利用特殊职责”与行为主体类型规定上各有特色。前者视未成年人女性的具体年龄，就对行为主体的“利用特殊职责”进行了二分规定；后者则突出了对行为主体类型的详尽规定，很大程度上严密了刑事法网。

4. 我国《刑法》中解释负有照护职责人员性侵行为主体的启示

4.1. 行为主体类型的解释启示

相比前述地区、国家近似罪名的规定，我国《刑法》中“负有照护职责人员性侵罪”的行为主体类型数量相对折中。纵然近似罪名行为主体的规定各有区别，在解释我国《刑法》中负有照护职责人员性侵行为主体的类型时，也仅能限于“负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责”的字面文义展开解释吗？答案是否定的。

事实上，无论是行为主体类型规定详尽的立法例，抑或是行为主体类型规定简略的立法例，法律背后的负有照护职责人员性侵行为现象都是相近的，对前述行为主体的处罚必要性也是共同的。因此，应当坚持实质解释论的立场，以处罚必要性为界限确定“负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责”的解释边界。以“负有教育职责”为例，我国《刑法》中没有像我国台湾地区“刑法”规定的“训练”职责，而诸如教育机构老师性侵、驾校教练性侵的情形切实存在，故可以将负有教育职责人员扩大解释为包含教育机构老师、驾校教练等行为主体。

4.2. “利用特殊职责”的解释启示

在比较法视野下，我国台湾地区“刑法”与日本《刑法》分别规定了近似罪名行为主体“利用权势或机会”、“利用其影响力”成立犯罪，显示了行为主体与“利用”之间的对应关系。与此不同的是我国澳门地区《刑法典》与《德国刑法典》的规定，前者以不同年龄段的行为对象为区分，对“滥用职务或职位”是否作出分别要求；后者仅要求“教育、职务或工作中与未满 18 周岁未成年人之间存在从属地位的行为人”即第二类行为主体存在“滥用依附性”。然而，我国《刑法》中的“负有照护职责人员性侵罪”条文没有规定行为人“利用”特殊职责，由此引发了“行为主体成立本罪是否要求利用特殊职责”的讨论。

应当指出，相比要求“利用特殊职责”，不要求显然扩大了惩治力度。即便行为主体自证其没有以言语、动作等方式显示其特殊职责，仅“负有照护职责人员”这一特殊身份本身，即足以否定一个可能的出罪选项，从侧面出发进一步加强对未成年人的司法保护。保护好未成年人，是在做“守心”的工作，守的不仅是亿万家庭的幸福生活，更是红色江山根基永固、党和人民事业薪火相传[7]。要求“利用特殊

职责”从而实现对未成年女性的进一步保护，有其合理性。

参考文献

- [1] 陈兴良. 本体刑法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2017: 185-186.
- [2] 中国政法大学澳门研究中心, 澳门政府法律翻译办公室. 澳门刑法典澳门刑事诉讼法典[M]. 北京: 法律出版社, 1997: 64.
- [3] 陈子平. 刑法各论[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2022: 314.
- [4] 赵冠男. 中德负有照护职责人员性侵罪中“照护职责”之规范比较分析[J]. 环球法律评论, 2022(4): 72-73.
- [5] 井田良. 讲义刑法学·各论[M]. 东京: 有斐阁, 2020: 130-131.
- [6] 関哲夫. 讲义 刑法各论[M]. 东京: 成文堂, 2017: 125.
- [7] 童建明. 最有利于未成年人原则适用的检察路径[J]. 中国刑事法杂志, 2023(1): 3.