

负有照护职责人员性侵罪的解释视角与规制边界

陈家林, 吕静

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 负有照护职责人员性侵罪的增设, 有助于填补实务中特定未成年女性未陷入“明显难以反抗”境地时遭受性侵害的处罚漏洞。对性侵害的传统理解立足“性同意”单一视角, 未能把握未成年人性被害与成年人性被害之间的差异。在不对未成年人意愿做法律上的重要评价的情况下, 应从行为人与被害人之间不平等的权力关系出发, 将解释视角转向“性的优劣地位”。“特殊职责”的理解不以“职务”存在为必要, 只有落脚于行为人对未成年人的“责任”, 才能将规制效果坐实。非穷尽式列举的立法设计有利于应对灵活多变的社会现实, 但应保持克制, 避免滥用兜底规定将不具有优势地位的责任样态纳入刑法范畴。行为人满足条文列举的“特殊职责”便天然处于优势地位, 但确实没有利用优势地位形成的影响力与未成年人发生性关系的, 仍存在出罪空间。

关键词: 负有照护职责人员性侵罪; 性的优劣地位; 特殊职责; 影响力; 出罪空间

中图分类号: D924.34

文献标识码: A

开放科学(资源服务)标识码(OSID)

文章编号: 1672-3104(2021)05-0053-12



一、基础阐述: 立法背景与问题意识

“鲍毓明事件”真相已经水落石出, 虽然最终认定鲍毓明的行为不构成性侵, 但该事件暴露出来的问题远不止结论呈现的那样简单。在热议真相戏剧性反转的同时, 那些躲在暗处挑战伦理道德、嘲弄法律的行为为我们反思现状提供了具体指向。

此次事件引起的公众愤怒与担忧, 最终通过立法的形式予以排解, 并集中体现为《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《修十一》)第27条的增设。该条新增“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”行为的刑法规制。随后公布的《最高人

民法院、最高人民检察院关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充规定(七)》将本条罪名确定为“负有照护职责人员性侵罪”^①。

此前, 司法机关早已关注到特殊职责人员性侵未成年人的社会现实。2013年“两高两部”联合发布《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《性侵意见》), 提出“负有特殊职责的人员”的概念并列举其范围, 明确性侵未成年人行为的认定标准, 确立整体从严的惩处理念。但《性侵意见》预设的现实情境十分有限, 针对14周岁以上未成年女性的性侵害仍然受制于行为的强迫性, 要求达到迫使被害人就范的程度, 这完全符合强奸罪的构成要件。在此情况下, 特定未成年女性同意或者难以评价为“明显难以反抗”时, 从构成要件符合性、正当化事由角度均排斥行为入罪。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

收稿日期: 2021-03-09; 修回日期: 2021-07-06

基金项目: 教育部人文社会科学研究规划项目“行为人刑法理论在定罪中的再生与限制研究”(20YJA820002)

作者简介: 陈家林, 湖南郴州人, 法学博士, 武汉大学法学院教授, 主要研究方向: 中国刑法学、比较刑法学; 吕静, 河南鹤壁人, 武汉大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 中国刑法学, 联系邮箱: 18817836891@163.com

性等特征,且部分情况下被害人同意与否难以证明^②。依照“存疑有利于被告”原则,且排除《刑法》第236条第2款适用的情状,修订前的刑法难以发挥惩治、预防的作用,而仅作道德谴责又有违社会公众的朴素法感情。

负有照护职责人员性侵罪的增设,一定程度上弥补了疏于保护受损法益的规范漏洞,细化了性侵未成年人犯罪的规定,将特定群体性侵特定未成年女性的行为独立成罪,顺应世界范围内对未成年人性利益分段、分情况保护的立法动向。立法是政府机关经由审慎思考创制普遍性规范的活动^{[1](432)}。“法律是规则体系”^[2],法规范的价值不仅在于“立”,更在于“行”。依照适切的法哲学理论、刑事政策,以社会现实与具体案例为索引,对刑法规范作出合理解释,是推动规范准确、有效适用的应然之意^{[3](1)}。本罪的增设为理论与实务探讨未成年人性被害提供了全新视角,如何理解本罪的规范意旨以及惩处范围等相关问题,则是亟需关注的方向。

二、解释视角:从性同意到优劣地位的转向

《修十一》第27条的设立意旨在于:规制负有照护职责的人员利用自己被信任、被依赖、具有优势地位的条件或机会,对被照护者进行性剥削的行为。现有争议主要围绕是否应该提升性同意年龄这一话语展开,争议的焦点在于性同意能力的有无。肯定、否定两种主张均以性同意理论为基础并融入实证现状予以强化。

肯定的观点主要认为:①司法实务中确实有不少成年男子处心积虑,通过恋爱、诱骗等手段将刚满14周岁的少女作为性目标;②存在熟人作案居多的侵害现状;③将14周岁作为性同意参数,与生理发育、认知水平不匹配^[4];④不少国家和地区的性同意年龄在16周岁以上^[5]。

否定的观点主要考虑:①提高性同意年龄是一种情绪性立法,其合理性未被证成;②提高性同意年龄是以保护之名行约束甚至抹杀未成年人行使性权利的自由之实;③未成年人性被害的首因在于性教育缺失,解决问题的根本路径应诉之于完善性教育、健全社会机制等基础性工作,

而非断然诉诸刑法^[4];④刑法一方面降低刑事责任年龄,另一方面提高性同意年龄,形成未成年人辨识能力上的悖论。

正反观点均立足传统“性同意”的解释视角,从一定侧面看都具有难以驳斥的理由。但双方都没有从问题的本质出发,阐述法律变更抑或保持的实定依据。以性同意为主轴的年龄论争,如同“为何不满18周岁是未成年人,而非20周岁或其他年龄”一样,不具有科学证成性。法律规范中年龄的规定大多受社会经验、公众认知、文化传统、社会变迁、政策导向等因素的交叠影响,难以从刑法教义学的立场推导出来。因此,有必要打破传统思维定式,接受年龄作为符号特征的价值,并以此为基础发觉不同行为对象背后法益遭受侵害的路径差异。在弱化甚至忽略对特定群体、特定情况下的“性同意”进行规范评价时,作为普通性侵犯罪核心问题的“性同意”面临着冲击,能否继续运用该理论对《修十一》第27条进行解读,有待反思与证成。

(一) 作为传统性侵犯罪核心之性同意

同意理论作为排除犯罪性事由已被国内外广泛认可与接受,一般认为经被害人同意的侵害因法益阙如而排除违法性,具有使行为正当化的合理根据^{[6](154)}。性同意是行为对象认同性行为的表示。刑法是禁止性规范,其禁止的是行为人侵害他人“不同意与之发生性行为”的权利自由,因而“不同意”作为“同意”的对立面,更契合侵害行为指向的语言规范^[7],但两者在提示行为违法性、表明法益侵害程度上均具有证明效能,属于一体两面的关系。在我国性侵犯罪体系中,并未明确将“不同意”或类似表述规定为构成要件要素,而是通过行为人实施侵害的手段行为延展出“违背意志”(即不同意)的概念。

性同意能力本是一种自然的能力^[8],刑法将其作为衡量行为过度性的要素,旨在从规范层面强调认可性行为的主体条件。现有刑法在应对性侵犯罪时,根据行为对象的差异,采取不同的同意认定标准。性侵对象为成年女性时,以行为对象是否实质同意作为判断标准。而性侵对象为幼女时,有效同意则成为违法性判断的核心^[9],并以否定幼女具有有效同意能力为原则,肯定特定

行为主体、特定双方关系、特定结果要求情况下幼女的性同意有效为例外^③。

在判断成年女性性同意的问题上,尚且存在因“半推半就”等犹豫性或含蓄性表达方式,针对特定场景预设,不同人得出不同结论的局面。在涉及未成年人的场合,其心路往往更难窥探。因此,为避免实务认定出现巨大偏差,立法层面直接划定性自愿年龄线,即年龄是判断性同意有效性的首要标准。个人发育状况、伪装年龄等在特定情况下可以成为否定行为人“明知”的补充性事由,也即可以作为出罪理由,而与入罪无涉^④,并以此为基础形成事实同意与规范同意的双层逻辑判断体系。也就是说,在幼女自愿同意与行为人发生性关系的场合,其认可性行为的语言或行为表达至少属于事实层面的同意,归属存在论范畴。但是基于法律家长主义的立场,法规范认为该同意是脆弱、瑕疵且经不起推敲的,幼女的心理尚且无法承受性行为之热烈情绪,不能意识到过早性行为对其未来发展埋下的风险^[10],因此必须加以干涉以保全幼女的性利益。这是从规范层面对事实同意的二次评价,属于价值论范畴。如果立足性同意理论,《修十一》第27条同样需要依赖于前述双层逻辑判断体系。

(二) 讨论前提之保护法益的再确认

在刑法规范弱化特定群体之性同意或对性同意不作法律上重要评价的立法动向下,性同意理论对合理阐释负有照护职责人员性侵罪力有不逮。性同意理论的解释视角植根于法益保护的具体内核,在阐述其现实困境之前,有必要梳理与重申性侵未成年人犯罪的保护法益,进而探求教义学解释的指向。

“奸淫幼女型强奸罪”与“负有照护职责人员性侵罪”在构成要件方面具有共通性:两者均不以行为对象不同意为要件,且均未对行为手段提出要求。因此,两者可以贯通解释。一般认为,奸淫幼女型犯罪的保护法益为幼女的身心健康^[11]。我国台湾地区卢映洁教授指出,在未采取明显压制被害人意愿的情况下与幼年人性交,根本无需将客体意愿作为要件,难以认为规定该类犯罪是对性自主权的维护,而是基于国家保全幼年人身心健康的考量^[12]。也有不少学者主张,强

奸罪的保护法益不因行为对象的差异有所不同,均为性的自主决定权^{[3](867-868)[6](229)}。

通过“事实同意—规范同意”双层逻辑判断体系,可以形式上化解经已满14周岁不满16周岁的未成年女性同意而为性行为的违法性认定困难。即凭借规范上对同意效力的否定,为认定行为人侵害前述主体的性利益开辟道路。但是性同意年龄的设定只是法律拟制,当同意理论碰壁而难以突破时,常借助于“保护身心健康”这一空泛并且非未成年女性独享的权益,以维持刑法惩处的合理性。

身心健康是指身体健康、精神愉悦的状态。主张保护法益为未成年人身心健康观点立足于发展理论,认为以性侵为典型代表的严重侵略型行为介入未成年人人格、价值观等形成的关键时期,将对未成年人包含性发展、性价值等在内的个性结构产生难以逆转的负面影响。但是前述身心健康的负面影响是否仅作用于未成年人,尚且存疑。

性侵害能否对个人整体发展产生障碍以及障碍程度,受个人心理承受能力、社会疏导与救济体系、社会环境等多种因素的影响。心理学、医学领域均围绕性被害者的内心创伤、行为模式、情感疾患等展开过研究,如精神医学家Burgess和社会学家Holmstrom提出的“性侵害创伤症候群”(Rape Trauma Syndrome, RTS)理论^[13]。虽然不乏观点基于未成年人生理、心理发育尚不完全等群体特征,论证其遭遇性侵后身心健康的整体发展将受到比成年人更严重的阻碍,但从RST^⑤理论对性被害者创伤的总结来看,恐慌、闯入性再经验、认知及情绪的负向变化等显著性创伤反应的判断,是以遭受侵害的严重程度(侵害方式、侵害时间、侵害次数等)作为主要考量因素,而非侵害对象成年与否^[14]。

因此,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。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,即身心健康的“未知”损害与性侵行为之间是否存在刑

法上的因果关系。身心健康并非静止不动的状态,遭受性侵后的负面情绪、社交能力减损等是否由侵害经历招致,多大程度上归因于此,皆有待证明。同时,身心健康说也难以说明在性侵对象为成年人时,忽视其身心健康未来走向的合理性。总而言之,将身心健康作为性侵未成年人犯罪的保护法益不具有妥当性。

我们认为,《修十一》第27条仍是以“性的自主决定权”为保护法益。否认性侵未成年人犯罪的保护法益为性的自主决定权的主张,以被害人意愿属于性自主决定权的必要条件为理据,但是两者之间是否具备如此关系,尚存疑问。性的自主决定权具有两方面特殊含义:其一是个人在性领域自主支配的积极行使面,即自己决定何时何地、以何种方式、与何人发生性关系的自由;其二是免遭他人非法干预而成为性行为客体或他人性欲发泄工具的消极防卫面^[15]。刑法作为禁止性规范,一般情况下对行为的规制仅立足后一向度。行为对象的意愿只是性自主决定权的选择要素而非必备要素,性侵已满14周岁不满16周岁的未成年女性,仍然涵盖在非法干预他人性决定或将他人当作性欲发泄工具,使他人沦为性客体的行为范围内。

(三) 性同意理论的现实困境

一直以来,在涉性侵未成年人犯罪的场合,刑法基于法律家长主义理论的影响拒绝与“同意理论”调和,禁止幼女自愿与他人发生性关系,认为幼女尚不能理解性行为的实际意义与未来风险^[16]。现在又将禁令扩充至已满14周岁不满16周岁未成年女性与特殊职责人员发生性关系的场合。

从性同意的解释视角出发,已满14周岁不满16周岁的未成年女性受制于双方的不对等关系,其同意性行为的表示并非真正的性自主,但否定其性自主的解释尚显理据不足。是否具有成熟理性的性自主能力并不是一个单纯的涉法问题,准确判定其能力往往需要生理学、心理学、社会学等理论的证成,甚至在前述理论的加持下都难以得出精准的结论。刑法条文未将“不同意”和“强制性行为方式”纳入构成要件,立足性同意理论进行解释,有片面理解文本语义且不

符合规范意旨之嫌。

在主体适格的前提下,如果采取压制意愿表达的身体强制力与心理强制力、利用意愿不能表达的状态,强行与任何女性性交,均满足《刑法》第236条第1款普通强奸罪的构成要件。又因为负有照护职责人员性侵罪的规定脱离《刑法》第236条的整体框架,并非其从重情节,而是被独立规定为第236条之一。因此,从教义学体系化的角度出发,本罪的行为方式天然排斥明显压制被害人意愿的情况,《修十一》第27条第2款同时构成强奸罪的定罪处罚规定即是最好的佐证。简言之,负有照护职责人员性侵罪适用于“无法评价为被害人明显难以反抗”或者“取得被害人同意”的场合。

如前所述,在不以他人或社会合法利益为代价的情况下,积极行使性权利并非刑法的保护范围。但在行为对象为未成年人的类型中,刑法规范明显采取不同于常规的态度,转向积极插手未成年人行使性权利的自由,这显然受到法律家长主义观念与未成年人群体特质的影响。有鉴于此,刑法在应对未成年人性被害时,为保全其性利益,弱化甚至忽略未成年人性同意在法律上的价值与意义,从而使性同意理论面临难以解决的困境。

第一,难以解释法规范不考虑被害人同意的作用时,仍以被害人的同意不具有自主性进行论证的逻辑。毕竟,被害人同意的不自主性仍然是依附于同意效用的法律评价。

性同意作为形式表征,受主体认知能力和控制能力的支配。由于控制一般建立在认知的基础上,因此,未成年人与成年人“性同意”的主要区别在于认知的有无与程度,即是否存在认知以及能否认知所处分利益的性质、意义与后果^[17]。认知能力与程度立足被害人视角,而刑法惩罚的是犯罪人,单纯从被害人视角难以完整传达处罚行为侵害行为的规范意旨,也难以衡量法益侵害的程度,不能言明成年人“不同意”的性行为与未成年人“同意”的性行为存在何种差异。

第二,动摇甚至推翻自愿年龄线的存在价值。《刑法》第236条第2款一般被学界称为“准强奸罪”,并由此得出未满14周岁的幼女不具

有性同意能力的共识。但随着“两小无猜条款”的出现,其推定幼女绝对不具有性同意能力的效力出现缺口,即特定情况下仍然认可幼女的性同意能力与性同意效力。同样,《修十一》第27条否定已满14周岁不满16周岁的未成年女性在具备照护职责的人员面前具有性同意能力,反向推导出其在不具备照护职责的人员面前仍具有性同意能力的结论。“把能力作为抑制权利的理由,无论多么善意,都具有潜在的危险性。”^[18]既然以年龄作为同意能力的判断标准,何以同样年龄段的人时而具有、时而又丧失性同意能力?性同意理论难以给出逻辑自洽的解释。

第三,未能充分考虑未成年群体的特质,无法体现对其性利益作特殊保护的刑法立场。未成年阶段是价值塑造、自我认同、辨别是非与人际交往的关键时期,未成年群体可塑性较强,其行为与价值倾向往往受内外两方面因素影响。由于未成年人单向度接收信息较多,外在因素的影响力占据重要地位。基于个人内在因素的同意理论没有立足未成年群体的特质,与此相对,从行为人与未成年人之间的不对等关系这一外部因素出发,更能揭示侵害发生的实质。

第四,未能克服简单切割的粗糙分类弊端。“同意理论”的解释视角仍沿袭以成年人模式来建构性侵害类罪体系,仅在一定程度上顾及未成年人的特点,老瓶装新酒,难免左支右绌。由于成年行为对象具有成熟的性认知与性承诺能力,侵害其性利益的行为必然违背其性同意意志,因而被害人的不同意是肯定性侵犯罪成立的核心要素。反观未成年人,其与成年人在认知水平、判断能力、社会经验、身心发育等方面存在巨大差异,倘若对未成年人采取与成年人无异的性保护策略,将削弱刑法规范效能,难以起到保护特殊群体合法权益的作用。

(四) 优劣地位理论的提倡

《修十一》第27条的规制起点,无论如何不可能是对特定未成年女性表达性拒绝权利的侵犯。如若以此为起点,《刑法》第236条第1款即可规制此类行为,大可不必动用立法权另行设立罪名。该条关注的是行为人与行为对象之间不对等的地位关系,这也正好可以解释为何负有

照护职责人员性侵罪要将行为主体限定在“特殊职责”的范围内。

对性自主利益的保护不同于对其他人类意思决定与意思活动自由的保护,性自主在发展的过程中逐渐脱离秩序与道德维护的轨道,驶向凸显个人支配的方向^[19]。但也不得不承认,新增设的负有照护职责人员性侵罪一定程度上吸收了国民一般道德理念,具有维护国民道德情感的伴随效果。

近年来,德、日等国以及我国台湾地区均围绕性自主犯罪进行了立法变革,虽表述不尽相同,但都增加特定关系人与特定未成年群体发生性关系行为的刑法规制。德国刑法第174条规定“对受保护者之性侵犯罪”,强调以行为人与受害人存在保护关系为必备要件,并于第1项第2款内明确提出“滥用……关系相结合的依赖性”的说法^[20]。日本于2017年修法时增设监护人猥亵罪、监护人性交罪,并提出“利用监护关系所形成的影响力”的要求^[21]。我国台湾地区“刑法”第228条规定利用权势机会性交罪,将利用监督、扶助、照顾被害人的身份并凭借该特殊权势关系侵害被害人性利益的行为纳入刑法规制范畴^[8]。

上述立法变动体现出刑法禁止行为人基于优势地位,利用因照护关系所形成的人格依赖性、信任感以及未成年人容易被操控的特征,侵害未成年人性利益的共性价值。采用优劣地位的解释视角,不仅可以揭露负有照护职责人员性侵罪的本质,也有助于消解性同意理论招致的难题,凸显特殊保护未成年人性利益的立法倾向。

首先,负有照护职责人员性侵罪是根据对象规则标准设立的规范^[22],对行为双方范围均有所限制。即禁止负有照护职责的人员与被照护的特定未成年女性发生性行为,并且排斥明显使对方陷入难以反抗境地的行为方式。言下之意,该罪的成立以形式上不违背被害人意愿,甚至取得被害人同意为标志。由于行为规则仅适用于特定对象范围内,其落脚点必定是在特定对象的特征或与特定对象的关系之间二者择一。“奸淫幼女型强奸罪”因不强调行为主体范围,而偏向于前者;“负有照护职责人员性侵罪”明确强调行为

主体范围,而隶属于后者。

其次,优劣地位理论可以揭示负有照护职责人员性侵罪的本质——性剥削。刑法原则上不对已满14周岁不满16周岁的未成年女性与他人自愿发生性关系的行为进行评价,但将“负有特殊职责的人员”排除在该“他人”之外。其中“负有特殊职责的人员”与“特定未成年女性”之间的关系,是确定规范取向需要考虑的核心要素。

“性剥削”在未成年人性被害案件中越来越受关注。作为第一个保护儿童免受性剥削且具有法律约束力的国际协议,《联合国儿童权利公约》第19条要求各国制定防止对儿童性剥削的法律,并于第34条、第39条主要强调了商业性剥削,即将未成年人作为性交易客体的行为^[23]。未成年人性行为的风险很大程度上来自经验感知,缺乏有力的佐证。因而,我们基于某种非理论化的文化缘由否定未成年人具有有效同意性行为的能力,并且认为与之发生性关系的行为属于成年人对未成年人的剥削^[10]。约翰·盖格农认为基于血缘规则的性行为(如父母对子女)与基于接近方式规则的特定关系人之间的性行为常伴有性剥削的危险^[22]。Janine Benedet教授指出青少年与其年龄大很多的人发生性行为,其中隐含性剥削问题^[24]。杜治晗博士同样认为,行为人利用未成年人满足个人性欲或性嗜好的任何情色行为,都是性剥削的表现,不以有偿无偿、同意与否为要件^[16]。

具体到《修十一》第27条,负有照护职责的人员较未成年女性处于智识、能力、经验上的优势地位。生命周期具有复杂性,但是根据现代社会对年龄的分层,我们又可以发觉各个年龄层具有一定的共性规则与社会定位。未成年时期因普遍缺乏基本的劳动生存能力以及受社会结构变迁导致的社会作用定位的局限性影响(14-16周岁大多处于接受初中、高中教育阶段,一般不肩负获取生存资料等任务),属于生命周期中的相对脆弱阶段,在经济、精神、知识、安全等领域需要依赖于他人提供的条件和帮助。负有监护、收养、看护、教育、医疗等职责的人员或与特定未成年女性共同生活,持续性监督、照料、保障

其生活起居、精神世界、个人安危,提供物质基础;或居于知识优位,作为知识获取的重要来源,天然备受未成年人仰望;或具有保护未成年人身体健康的权势地位……加之“尊师敬长”等文化观念加持等外源性因素,与未成年正值稚幼之年、心智尚未成熟、性知识获取尚不足备、易被影响和支配等内源性因素一道,将未成年女性置于劣势地位。这种不对等的双方关系,是体现性行为具有剥削性的关键。

最后,优劣地位理论有利于化解未成年人时而具有、时而丧失性同意能力的解释障碍。优劣地位理论为解释性侵未成年人的行为提供了崭新的视角,其契合刑法不对特定未成年人的性同意作重要评价的规范设计,将规制的合理化根据从辨别同意程度及性质的泥沼中解救出来,凸显特殊保护未成年人性利益的价值理念。因此,满足规范限定的主体条件,便天然具备影响未成年人包含性发展在内的人格结构的优势地位,借由该地位与未成年人相结合的依赖性或影响力,而与其发生性关系的行为,实属对未成年人性利益的剥削。

三、规制边界:行为主体的范围厘定与出罪空间

概念是人类社会的语言产物,其承担着划分行为种类进而确立规范标准的任务^{[1](503)}。《修十一》第27条使用了“特殊职责”的表述,这一客观构成要件要素的有无直接影响到主体适格性与犯罪成立。因此,特殊职责的本质与范围是理解本罪规制边界不可回避的问题。

(一)“特殊职责”的沿革

性侵犯罪中被害人与施害人之间的关系,属于人与人之间某种性质的联系^[25]，“特殊职责”中的关系也必定以“人”为落脚点。我国刑法在性侵犯罪领域中对“特殊职责”的规定大致在两方面有所变化。

其一,由部分犯罪中的附加要素转向特定犯罪中的必备要素。一直以来,我国刑法未对特殊职责人员滥用优势地位性侵未成年人的行为作出专门规定,而是以各类普遍适用的性侵犯罪为

主干。在此基础上“特殊职责”并不属于基本犯罪类型的构成要件要素,不参与定罪过程,其仅属于影响量刑的身份,即为了强化维护特定法益的效能,而将该身份作为从严处罚的依据。

《性侵意见》是较早明确提出“特殊职责”概念的司法解释,其将负有特殊职责的人员划定在对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等职责范围内。行为对象为未成年人是确立整体从重处罚理念的材料,“特殊职责”的身份仅在强奸类,猥亵类,组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫类性侵犯犯罪成立的前提下,作为从严惩处的依据^⑥。因此,《性侵意见》中的“特殊职责”并非前述犯罪成立的必备要素。当然,《修十一》第27条的增设并不意味着《性侵意见》中的相关规定失效,而是标志着性剥削型性侵从传统违背意志型性侵中分离出来,成为独立的不法类型。换言之,特殊职责的身份要件属于成立负有照护职责人员性侵罪必不可少的要素之一,而在行为人迫使被害人就范而成立强奸罪等犯罪的情况下,该身份则属于从严处罚的要素。

其二,“特殊职责”所涵盖的类别有所更替。《修十一》第27条基本吸纳了《性侵意见》有关特殊职责的规定,实现了司法解释向立法形式的转换。在此基础上增加了“收养”关系的规定,但没有将“训练”“救助”职责明确纳入其中。

借修法之际,将已然发布并实际应用的司法解释纳入刑法条文已有先例。例如,2013年“两高”出台的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条第2款与2015年颁布施行的《刑法修正案(九)》第32条之间便存在前述转化关系。司法解释向刑法条文的转化并非简单的移植与复制,应该在遵守罪刑法定实质精神的基础上,根据规范目的与经验材料积极改进刑法条文的设计^[26]。因此,《修十一》第27条完全可以根据对经验科学的总结更替《性侵意见》所列举的“特殊职责”人员的范围。但增减之具体类别是否因具备行为等值性而纳入(如“收养”),或是否因欠缺行为等值性而予以排除(如“训练”“救助”),则是需要进一

步思考的问题。

(二)“特殊职责”的内涵

“特殊”只是对职责的修饰,具体的职责类型足以凸显职责特征。因此,厘清“特殊职责”涵盖范围的关键在于明晰“职责”的指涉。

职责是指职务上应尽的责任,属于定中结构型偏正词语,其落脚的重点在于责任,而职务是行为主体履行责任需要借助的“渠道”。除《修十一》第27条外,《刑法》中运用“职责”一词进行表述的条款一般需要依托于一定的职务或工作内容,例如资产评估、审计、仲裁、监督管理职责等,即使欠缺组织体内的职位,也需要实质从事相关工作内容。

反观《修十一》第27条,其所强调的“职责”并未严格遵从上述用语逻辑。一般情况下父母是未成年子女的监护人,以血缘、亲属关系为纽带,父母对未成年子女负有抚养、保护等责任,但我们难以将父母身份归为职务的一种。再比如,收养人并非基于职务或工作生成的称谓,而是通过收养程序经由法律拟制的血亲关系中的一方。因此,以监护、收养关系为典型的责任并不依赖于职务或工作内容,真正发挥实质影响力的是身份关系。

法律用语是以日常用语为基础的规范化存在,专业术语的融入一定程度上提升了理解难度,但受制于法律普遍性的要求,绝不会脱离一般人普遍明白的中心含义^[27]。《民法典》有关监护制度的规定明确使用了“监护职责”一词,收养制度的规定则未采用“职责”的表述^⑦。在民法已然于“监护”领域采纳“职责”这一规范表述的情况下,将收养等身份关系纳入其中,并不会造成社会公众的理解负担。但从本条的规范意旨出发,对“职责”的理解必须立足于“责任”^[28],重视行为人与受害人之间的权力关系,弱化对“职务”存在的要求,如此既可以囊括监护、收养、共同家庭生活等不以职务、工作内容为中介的关系双方,又能够将以职责为显著特征的关系纳入其中。言下之意,在是否发生性关系这一问题上,行为人处于支配性的“优势地位”,被照护的未成年人对行为人具有物质、精神等方面的依赖性,行为人怠于履行对该未成年

人的保护责任并实施性侵，才是划定本罪行为主体范围强调的重点。

(三)“特殊职责”的边界

它山之石，可以攻玉。国内外类似规定，为我们理解与把握本罪主体范围提供了反思与借鉴视角。德国刑法第174条将行为主体定义为保护人，行为对象则采用被保护人这一相对概念，其范围涵盖教养、培训、照料、职务、生活共同体等关系^[20]。日本刑法则相对克制，将主体限定为监护人，强调行为人与未成年人整体生活状态之间存在依存与被依存、保护与被保护的关系，间接否定教师、医生等人员能够形成前述关系^[21]。我国台湾地区“刑法”第228条规定“利用权势机会性交罪”，行为主体涵盖亲属、监护、教养、教育、训练、救济、医疗、公务、业务或其他类似关系之人^[29]。目前，国内外法律规范、学术理论关于此类犯罪行为主体的设定范围并不统一，从深层次来看，适格主体范围的宽窄反映出不同国家与地区对此类犯罪成立范围的态度。尽管如此，我们仍然可以从中提取出共同的分母——性的优势地位。

立法进程中，不仅要考虑国民不成熟的处罚感情，还要尽可能合理地、实证地考虑法益保护的合适性、必要性与相当性^[30]。以监护、收养、教育等特殊职责限定行为主体范围的立法设计，一定程度上是从伦理道德角度作出的逻辑推演。一般认为与未成年人之间具有前述关系的人，负有保护该未成年人免受不法侵害的义务与责任。这种义务和责任或来源于法律的直接规定，如监护人、收养人基于亲权关系而生的保护责任；或来源于职务、业务上的要求，如师生关系、医患关系中，教师、医生基于工作、职务要求应对未成年人承担的责任等。负有保护责任的行为人背离保护者身份转而成为施害者，既违背了保护未成年人人身安全的积极义务，也违反了刑法上不得侵害法益的消极禁令。

在未成年人权利自觉意识形成的过程中，我们应该尊重他们的尊严且不随意否认他们的决定能力。但基于个人成长轨迹的科学分析，未成年人自我决断能力具有有限性，其严重折损个人权利的非理性行为必须予以纠正^[18]。行为主体的

范围具有框定刑法打击边界、划定个人自由疆域的效能，因此必须准确把握特殊职责人员范围的认定逻辑。

其一，特殊职责的范围应以刑法明文列举的监护、收养、看护、教育、医疗为原则，其他易形成“性的优势地位”的责任样态，应纳入“等”的范畴，典型的如生活共同体所形成的责任。

监护关系以生理、婚姻、收养等连接性作为支柱^[31]。随着社会家庭观念的变革与瓦解，非传统家庭成员事实上介入家庭日常生活的情况并不罕见。如母亲的同居伴侣与该未成年女性共同生活的场合，由于该同居伴侣与被害人之间尚未形成亲属关系的法律约束，社会观念及法律规范难以将其归类为监护主体，但共同生活的日常样态极可能促使双方建立起生活、经济、情感的依赖性 or 连接性。血缘关系的缺失、法律约束的松懈使我们合理相信该未成年人被置于不安全的环境中。因此，不能否定该伴侣滥用未成年人的信任或利用未来处于管控地位的权威，与该未成年人发生性关系的可能。而且，司法实务中也存在将未成年被害人母亲的同居男友认定为负有“特殊职责”人员的范例^⑧。

与此同时，必须严格限制本罪主体范围的解释张力，避免滥用“等”这一开放式表述，将不具有性的优势地位的责任样态予以纳入。《修十一》第27条在列举5种具体特殊职责后使用了“等”这一堵漏措辞，旨在明确除了有限列举的情况外，不排除其他特殊职责的可能。此范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^[32]。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，未成年人作为拥有权利的独立个体，其主体性地位不可轻易让渡。因此，不能将虽具有一定职责，但该职责与保护未成年人人身安全无关，不具备性的优势地位的人员纳入其中，例如学校食堂的工作人员。

其二，法律上或事实上属于条文中列举的特殊职责人员均可成为本罪主体。根据社会学习理论，性侵行为具有习得性，在施害者为身边亲近

之人时, 被害人耳濡目染或亲身经历会加重对行为的误解, 易形成该侵害行为非违背伦理的偏差认知^[33]。特殊职责只是实现性剥削的渠道之一, 事实上, 处于保护、监督、照料、管理未成年人等样态的优势、信任地位才是实现性剥削的关键。因此, 特殊职责不以法律规定或认可为前提, 事实上处于持续性监督、管理、考核等优势地位即可。

例如, 现实中存在虽已形成实质上的收养关系, 但未履行法律规定的程序性要求或不满足法律规定的收养条件而未予准许的情况。在此情况下, 收养人实质上仍处于优势地位, 具有管理、监督、扶助、照顾未成年人的机会或权限, 可以形成与合法收养人同样的影响力。因此, 事实上的收养人性侵特定未成年女性的场合, 仍因侵害法益而契合刑法目的的诉求。

其三, 一般而言, 属于《修十一》第 27 条列举的特殊主体天然处于可支配未成年人、受未成年人信任、被未成年人依赖的优势地位。但确实没有利用优势地位形成的影响力与特定未成年人发生性关系的, 仍存在出罪空间。

笔者认为, 根据未成年被害人对发生性行为的态度差异, 可以归纳出两种主要行为类型: 被动屈从型与积极参与型。前者以被害人虽不自愿与行为人发生性关系, 但基于特殊职责人员处于优势地位带来的精神压力, 经利益权衡后无奈隐忍服从为主要特征。具体表现为行为人单纯凭借优势、信任地位, 就可以对受其监督、照顾、扶助的未成年人形成精神压力, 使未成年人屈于顺从未至违背意愿的程度^[29]。后者以被害人受异常性价值毒害, 误信与特殊职责人员为性行为属情感、生理发展的常态, 非基于自己爱慕、好感等主动自愿尝试为主要特征。具体表现为行为人通过灌输、渲染异常性观念, 如养父不断向 15 周岁的养女灌输养父养女间发生性行为是社会常态, 属于正常情感需求与生理需求等思想, 影响该未成年人的性价值, 使该未成年人将此类性剥削视为正常, 从而出现自愿甚至主动与行为人发生性关系的情况。该类型中, 行为人利用未成年人性观念尚未定型、性知识浅薄、懵懂不解人事的阶段特征, 动摇与重构其性认知, 同样具有支

配未成年人瑕疵决定进而实施性剥削的效能。

受信息爆炸的社会环境熏染, 未成年人获取性知识、树立性观念的渠道繁多。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^[34]。文化日益多元的现代, 社会对个人决断的尊重、对小众价值的容忍能力越来越强。动用刑法打击特殊职责人员性侵行为的目的, 并不在于禁止跨代恋、师生恋、医患恋等与主流价值观念不尽吻合的婚恋行为, 而是为了打击和预防行为人利用优势地位给劣势地位者造成精神压力, 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^[35]。

例如, 已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年女性受其他渠道性观念的影响, 自愿并积极努力逾越社会伦理道德界限, 行为人未能抵制该未成年人主动或劝诱而道德松弛, 并与之发生性关系。前述示例中对未成年人产生不利影响的因素来自其他渠道, 难以归结为行为人要素, 行为人道德越轨的行为虽应予以抵制, 但无法认为该行为造成法益侵害, 也难以评价为行为人对该未成年人的性剥削, 因而仍属于道德谴责的范畴。这也诠释了德、日刑法中采用“利用……特定关系形成的依赖性影响力”等类似表述的规范逻辑, 其旨在将确实没有利用优势地位的影响, 而与未成年人发生性关系的行为排除出犯罪圈。

《修十一》第 27 条未考虑特殊情况下出罪可能的规范设计值得反思。虽然《刑法》第 13 条“但书”条款的存在可以为特殊情况下的出罪提供依据, 但是“但书”存在伸缩度过大、容易过度扩张自由裁量权的弊端。因此, 最理想的模式是在未来修法之际于本条罪状中增加“利用……关系形成的影响力”等类似表述, 在个罪的解读中直接划定出罪与入罪的界限, 缓解“但书”规定常被诟病“牺牲罪法定原则”的硬伤。但当务之急, 则应通过司法解释对本罪主体范围予以限缩, 将未利用优势地位形成的影响力与已满 14 周岁不满 16 周岁未成年女性发生性关系的行为排除出本罪规制范畴。

四、结语

负有照护职责人员性侵罪的增设,跳脱出强调手段暴力的传统习惯性思维,将目光投向以较平和方式实施的性侵害,能够填补实务规制的空白,有助于建构区别于成年人性被害的未成年人性被害法律保障体系。在肯定《修十一》有关性侵犯罪修正价值与效能的同时,必须基于刑法的规范目的与法益保护的定位,合理划定处罚边界,避免刑法沦为维护单纯道德情感的工具。另外,值得注意的是,本次刑法修正仍延续不将男性纳入狭义性侵犯罪行为对象的立法传统。在不少国家与地区于近年来修正刑法时消除性犯罪行为对象性别差异的背景下,我国性侵犯罪体系如何进一步完善,尤其是如何弥补未成年男性性被害的缺位,有待另文阐述。

注释:

- ① 《修十一》将行为方式限制为“发生性关系”,一般认为“发生性关系”等于“性交”行为。为方便行文,本文仅立足于“性交”这类狭义性侵害展开,无特殊说明,不涉及侵害人身权利、民主权利章节和妨害社会管理秩序章节中的其他广义性侵害行为。
- ② 参见湖北省罗田县人民法院(2020)鄂1123刑初37号刑事判决书。根据本案被害人证言,在亲生父亲早期性侵被害人时,由于被害人年龄尚小,理解能力不足,并未进行反抗,将其评价为违背意志与事实不符。
- ③ 《性侵意见》第27条规定:“已满十四周岁不满十六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。”本条被称为“两小无猜条款”,旨在将少男少女基于恋爱或懵懂无知而自愿偷食禁果,没有造成严重后果的行为排除出犯罪范畴。
- ④ 如2002年辽宁省鞍山市“疯女人案”。由于该案女孩体形特征与成年人无异,加之其故意隐瞒真实年龄,积极主动与他人发生性关系,8名行为人误信其已成年,法院最终判定行为人无罪。2003年最高人民法院作出“行为人确实不知对方是不满14周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微,一般不宜认为是犯罪”的批复。
- ⑤ RTS属于创伤后压力候群(Post-traumatic Stress

Disorder, PTSD)的一种,用以描述性被害群体心理、生理、行为或人际互动上的反应。

- ⑥ 参见最高人民法院、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》第9、25、26条。
- ⑦ 参见《民法典》监护制度的规定第32-36条,收养制度的规定第1093-1118条。
- ⑧ 参见山西省太原市中级人民法院(2014)并刑终字第454号刑事判决书。

参考文献:

- [1] E.博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2017.
BODENHEIMER E. Jurisprudence: The philosophy and method of the law[M]. Trans. DENG Zhenglai. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2017.
- [2] 哈特.法律的概念[M].许家馨,李冠宜,译.北京:法律出版社,2018:57.
HART. The concept of law[M]. Trans. XU Jiaxin, LI Guanyi. Beijing: Law Press, 2018: 57.
- [3] 张明楷.刑法学[M].5版.北京:法律出版社,2016.
ZHANG Mingkai. Criminal law [M]. 5th edition. Beijing: Law Press, 2016.
- [4] 何焰.圆桌讨论:是否应当提高性同意年龄?[J].南风窗,2020(14):81-85.
HE Yan. Round table discussion: Should the age of sexual consent be raised?[J]. South Reviews, 2020(14): 81-85.
- [5] 陈良贤,徐雪晴,邹熈云,等.未成年人保护与惩戒之间:刑责年龄下调、性同意年龄上调[EB/OL].(2020-10-13)[2021-04-21].https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_9540498.
CHEN Liangxian, XU Xueqing, ZOU Manyun, et al. Between protection and punishment of minors: The age of criminal responsibility is lowered, and the age of sexual consent is raised [EB/OL]. (2020-10-13) [2021-04-21]. https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_9540498.
- [6] 黎宏.刑法学总论[M].2版.北京:法律出版社,2016.
LI Hong. General provisions of criminal law [M]. 2nd edition. Beijing: Law Press, 2016.
- [7] 罗翔.刑法中的同意制度——以性侵犯罪为切入[M].北京:法律出版社,2012:4.
LUO Xiang. The consent in criminal law: In the perspective of sexual assault[M]. Beijing: Law Press, 2012: 4.

- [8] 林东茂. 刑法综览[M]. 台北: 一品文化出版社, 2016: 下篇 75-80.
LIN Dongmao. Criminal law[M]. Taipei: Yipin Culture Press, 2016: 2nd part 75-80.
- [9] 理查德·A.波斯纳. 性与理性[M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 515.
POSNER R A. Sex and reason[M]. Trans. SU Li. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2002: 515.
- [10] 乔尔·范伯格. 刑法的道德界限: 第三卷[M]. 方泉, 译. 北京: 商务印书馆, 2015: 361-362.
FEINBERG J. The moral limits of the criminal law: Vol.3[M]. Trans. FANG Quan. Beijing: The Commercial Press, 2015: 361-362.
- [11] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 9版. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2019: 461.
GAO Mingxuan, MA Kechang. Criminal law [M]. 9th edition. Beijing: Peking University Press, Higher Education Press, 2019: 461.
- [12] 卢映洁. “意不意愿”很重要吗? ——评高雄地方法院九十九年诉字第四二二号判决暨“最高法院”九十九年第七次刑庭决议[J]. 月旦法学杂志, 2010(186): 164-173.
LU Yingjie. Does the will matter? ——Comment on the Kaohsiung District Court's No. 422 judgment of 2010 and the Supreme Court's resolution of the seventh criminal tribunal of 2010[J]. The Taiwan Law Review, 2010(186): 164-173.
- [13] 李佳玟. 性侵害创伤症候群于刑事审判之应用——评“最高法院”106年度台上字第2009号刑事判决[J]. 月旦裁判时报, 2018(70): 61-69.
LI Jiawen. The application of rape trauma syndrome in criminal trials——Comment on the Supreme Court's No.2009 criminal judgment in 2017[J]. Cout Case Times, 2018(70): 61-69.
- [14] 张博健, 黄政昌. 创伤后压力症“认知历程治疗”之案例分析[J]. 谘商与辅导, 2017(374): 55-60.
ZHANG Bojian, HUANG Zhengchang. A case study of “cognitive processing therapy” for post-traumatic stress[J]. Counseling & Guidance, 2017(374): 55-60.
- [15] 黄惠婷. 从性自主权检视刑法保护儿童及少年之规定与修法建议[J]. 司法新声, 2011(97): 62-77.
HUANG Huiting. To examine the provisions and suggestions on the protection of children and juveniles in criminal law from the perspective of sexual autonomy[J]. New Voice of Justice, 2011(97): 62-77.
- [16] 杜治晗. 两小无猜非儿戏——一条司法解释的法教义学解释[J]. 清华法学, 2020(4): 53-71.
DU Zhihan. Innocent playmates are not a trifling matter——Legal doctrinal interpretation of a judicial interpretation[J]. Tsinghua University Law Journal, 2020(4): 53-71.
- [17] 车浩. 论刑法上的被害人同意能力[J]. 法律科学: 西北政法大学学报, 2008(6): 113-120.
CHE Hao. The victim's ability to consent in criminal law[J]. Science of Law: Journal of Northwest University of Political Science and Law, 2008(6): 113-120.
- [18] 王雪梅. 儿童权利论——一个初步的比较研究[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2018: 32-34.
WANG Xuemei. Children's rights theory: A preliminary comparative study in the context of China[M]. Beijing: Social Sciences Literature Press, 2018: 32-34.
- [19] 李圣杰. 妨害性自主: 第三讲类型阐述[J]. 月旦法学教室, 2004(23): 99-106.
LI Shengjie. Nuisance on sexual autonomy: Lecture Three——Type description[J]. Taiwan Jurist, 2004(23): 99-106.
- [20] 德国刑法典[M]. 何赖杰, 林钰雄, 译. 台北: 元照出版有限公司, 2019: 302.
German Criminal Code[M]. Trans. HE Laijie, LIN Yuxiong. Taipei: Angle Publishing Company Limited, 2019: 302.
- [21] 西田典之. 日本刑法各论[M]. 王昭武, 刘明祥, 译. 北京: 法律出版社, 2020: 111-112.
NISHIDA NORIYUKI. Specific provisions of Japanese criminal law[M]. Trans. WANG Zhaowu, LIU Mingxiang. Beijing: Law Press, 2020: 111-112.
- [22] 约翰·盖格农. 性社会学——人类性行为[M]. 李银河, 译. 呼和浩特: 内蒙古大学出版社, 2009: 279-284.
GAGNON J. Sociology of sex: Human sexual behavior[M]. Trans. LI Yinhe. Hohhot: Inner Mongolia University Press, 2009: 279-284.
- [23] HALL J A. Sex offenders and child sex tourism: The case for passport revocation[J]. Virginia Journal of Social Policy & the Law, 2011(2): 153-202.
- [24] 李心祺. 性交易及两小无猜条款: Janine Benedet 教授谈加拿大经验[J]. 妇研纵横, 2016(105): 75-77.
LI Xinqi. Sexual trade and innocent playmates clause: Professor Janine Benedet talks about Canadian experience[J]. Forum in Women's and Gender Studies, 2016(105): 75-77.
- [25] 现代汉语词典[M]. 北京: 商务印书馆, 2017: 380.
Modern Chinese Dictionary[M]. Beijing: The Commercial Press, 2017: 380.
- [26] 童德华. 司法解释纳入刑法的调整思路——简评《刑法修正案(十一)》条目一与条目二[N]. 上海法治报, 2020-07-22(B06).
TONG Dehua. Thoughts on adjusting judicial

- interpretation into criminal law—A brief comment on articles 1 and 2 of *the Criminal Law Amendment (11)*[N]. *Shanghai Law Journal*, 2020-07-22(B06).
- [27] 彼得·斯坦, 约翰·香德. 西方社会的法律价值[M]. 王献平, 译. 北京: 中国法制出版社, 2004: 81.
STEIN P, SHAND J. Legal values in western society[M]. Trans. WANG Xianping. Beijing: China Legal Publishing House, 2004: 81.
- [28] 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.
KANG Xiangpeng, SUN Jianbao. Definition of “persons with special responsibilities” in crimes of sexual assault of minors[J]. *Issues on Juvenile Crimes and Delinquency*, 2014(1): 21-28.
- [29] 陈子平. 刑法各论[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2019: 306-313.
CHEN Ziping. Specific provisions of criminal law[M]. Taipei: Angle Publishing Company Limited, 2019: 306-313.
- [30] 松原芳博. 被害者保護と「厳罰化」[J]. 法律時報, 2003, 75(2): 20-24.
YOSHIHIRO MATSUBARA. Protection of victims and severe punishment[J]. *Legal Times*, 2003, 75(2): 20-24.
- [31] DUNCAN W C. The legal fiction of de facto parenthood[J]. *Journal of Legislation*, 2010(2): 263-271.
- [32] 劳东燕. 转型中的刑法教义学[J]. 法商研究, 2017(6): 15-18.
LAO Dongyan. The doctrine of criminal law in transition[J]. *Studies in Law and Business*, 2017(6): 15-18.
- [33] 法思齐. 论性侵害犯罪之本质与修正[J]. 月旦法学杂志, 2007(145): 96-112.
FA Siqu. On the nature and amendment of sexual assault crimes[J]. *The Taiwan Law Review*, 2007(145): 96-112.
- [34] 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.
LIU Yanhong. The integration and development of humanistic civil law and object-oriented criminal law[J]. *Social Sciences in China*, 2020(4): 114-137.
- [35] 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.
LIU Yanhong. Criminalization out of formal satisfaction and decriminalization out of substantive reason: Research on the decriminalization mechanism in the not-guilty judgments[J]. *Political Science and Law*, 2020(8): 120-135.

The interpretation perspective and regulatory boundary of the crime of sexual assault by special duties

CHEN Jialin, LV Jing

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The addition of the crime of sexual assault by special duties helps to fill the penalty loopholes in the practice in which under-age females (minors) who do not fall in the situation of being "obviously difficult to resist". The traditional understanding of sexual assault is based on the single perspective of "sexual consent", and fails to grasp the difference between the sexual assault of a minor and the sexual assault of an adult. In the case of not making a legally important evaluation of the minor's wishes, we should start with the unequal relation between the offender and the offended, and the interpretation perspective should turn to "the superior or inferior positions of sex". The understanding of "special duties" does not take the existence of "duty" as necessary, but should be based on the "responsibility" that the offender shoulders for the minor so that the regulation effect can be verified. The legislative design of non-exhaustive enumeration is beneficial to deal with the flexible social reality, but it should be restrained to avoid the abuse, and to bring the liability form which does not have the dominant position into the category of criminal law. If the actor satisfies the "special duty" list, he is naturally in a dominant position. But there is still room for noncrime for one who does not make use of the influence formed by the dominant position to have sexual relations with the minor.

Key Words: the crime of sexual assault by special duties; the superior or inferior positions of sex; special duties; influence; noncrime

[编辑: 苏慧]