

“性同意年龄”规则的分级再造与体系完善

■ 江 勇

(暨南大学 少年及家事法研究中心,广东 珠海 519070)

【摘要】《中华人民共和国刑法》确定的14周岁的“性同意年龄”规则不能最大限度地保障未成年人的性权利,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》新增严厉打击性侵未成年人犯罪的条款或可被视为“性同意年龄”规则的立法松动。本文从“性同意年龄”的概念出发,对“性同意年龄”的立法沿革进行脉络梳理。针对“性同意年龄”规则存在的年龄标准相对较低、性侵既遂标准落后、全面司法保护不足、年龄相近豁免缺失等问题,从设立“分级性同意年龄”体系、提高“基准性同意年龄”标准、精准“浮动性同意年龄”标准及完善年龄相近豁免条款等维度提出“性同意年龄”规则分级再造的建议。

【关键词】性同意年龄 14周岁 16周岁 分级 年龄相近豁免

DOI:10.16034/j.cnki.10-1318/c.2021.03.016

一、问题提出

《儿童权利公约》及其任择议定书均禁止一切针对18周岁以下未成年人的性侵害、性剥削等行为,并敦请各缔约国采取积极措施以保护未成年人的性权利^①。作为该国际公约的缔约国,中国在保护未成年人免受性侵害、性剥削方面不仅有国际法义务,也有国内法责任。2017—2019年,全国检察机关共起诉4.34万性侵害未成年人的犯罪人,其中以性质最为恶劣的强奸罪罪犯为最大宗,占比近7成^②。数据还显示,同期强奸、猥亵、强制猥亵等性侵未成年人犯罪均呈逐年上升趋势^[1]。此外,具有低龄化、隐蔽性、熟人作案等特点的性侵未成年人案件(包含监护人性侵、校园性侵、非学历教育机构性侵、网络性侵等)层出不穷且日益增多^[2],对司法实务特别是性侵未成年人犯罪的打击构成巨大挑战,尤其在犯罪实体认定与证据采信上^[3]。上述义务、责任、数据及挑战均驱动未成年人性侵害预防工作的全面发展与体系健全。

刑罚是遏制犯罪最重要且最有力的手段,在刑法规范中能否有效运用“性同意年龄”规则将

收稿日期:2021-02-14

作者简介:江 勇,暨南大学少年及家事法研究中心讲师,犯罪学博士,主要研究未成年人司法、犯罪学、法律实证。

基金项目:本文系国家社科基金重点项目“《未成年人司法法》立法建议稿”(课题编号:18AFX010)的阶段性研究成果。

①《儿童权利公约》第19条、第34条及《关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》对未成年人性权利保护的要求是全面的。《儿童权利公约》语境下的儿童为18周岁以下之人,本文在行文中若无特别说明,儿童即18周岁以下之人,意同未成年人。

②数据源自最高人民检察院发布的《未成年人检察白皮书(2014—2019)》。2017—2019年,全国检察机关共起诉性侵害未成年人犯罪4.34万人,起诉成年人强奸未成年人犯罪分别为7550人、9267人、12912人,该数据不包括未成年人性侵害未成年人犯罪数据。

关系到性侵害未成年人犯罪的打击力度,涉及强奸、猥亵等犯罪行为与幼女性权利等内容^[4]。域外实证研究表明,过低的“性同意年龄”标准不利于发现性侵未成年人的犯罪行为,例如,英格兰、威尔士和苏格兰于2000年将同性恋同意年龄从18周岁降低到16周岁的做法大大减少了可记录性犯罪的总量^[5]。我国有学者认为,现下14周岁的“性同意年龄”过低,且已成为打击性侵未成年人犯罪的阻碍力量^[6];部分人大代表以提议案的形式建议《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)将“性同意年龄”从当前的14周岁提高到16周岁^[7]。随着《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)》)的实施,关于奸淫未满10周岁幼女的规定及打击具有特殊职责身份人性侵未成年人的规定随之落地,但仍存在只解决部分类型性侵未成年人犯罪,未实现未成年人性权利全面保护等问题,故有必要通过理论联系实践的方式反思“性同意年龄”规则的构造逻辑。

二、“性同意年龄”的概念与沿革

(一)“性同意年龄”的概念

“性同意年龄”(Age of Consent)与未成年人性权利的保护紧密相关。《布莱克法律辞典》(Black's Law Dictionary)将其解释为,“根据法律规定,一个人可以在未得父母同意情形下作出同意结婚和性行为决定的年龄”;辞典继而指出,高于同意年龄的人与低于同意年龄的人发生性关系的行为应被认定为强奸行为,受刑法制裁^①。如此,“性同意年龄”规则在民事与刑事领域中皆有应用。事实上,“性同意年龄”不是固定的年龄,而是可以根据特定原因调整的年龄。以民事领域为例,立陶宛的教会婚姻与世俗婚姻(亦称民事婚姻)均认可18周岁为“性同意年龄”,并在特殊情况下允许降低“性同意年龄”,其中教会婚姻的“性同意年龄”由主教决定是否降低,世俗婚姻的“性同意年龄”由法院决定是否降低^[8]。以刑事领域为例,俄罗斯《刑法》第134条将“与被害人结婚”作为免除行为人与低于“性同意年龄”的未成年人发生性关系的惩罚依据(即有正当理由,结婚年龄可以为16周岁),而法官往往无法判断婚姻缔结的真实目的,即与低于“性同意年龄”的未成年人发生性关系的违法行为很可能被披上“婚姻”这一合法的“外衣”^[9]。我国也曾有类似以婚姻“掩盖”性侵事实的案件,如中华人民共和国成立后关于童养媳被性侵的案例^②。虽然“性同意年龄”规则在民事与刑事领域均有对应内容,大致为民事领域的婚姻制度与刑事领域的性侵未成年人犯罪,但当前对“性同意年龄”的研究仍主要集中在刑事领域。

“同意”是“性同意年龄”规则的核心概念,同意应当是真实的。一方面,发生在成人之间的性侵犯案件只需要检察机关证明性行为的发生是否存在不同意或者基于武力、恐惧、欺诈而来的同意;另一方面,当案件涉及儿童或少女时,检察机关原则上不再需要考虑被害人是否同意的能力,即认为低于“性同意年龄”的儿童没有就性行为的发生做出同意的能力,其应为法定强奸罪的内容^[10]。在“性同意年龄”规则下虽可不考虑被害人是否同意,但这不是绝对的,在年龄相近、恋爱关系等特殊情况下,还是要积极考虑是否真实同意及有无同意能力的问题。以我国台湾地区为例,“性同意年龄”下的“同意”被解释为“性同意能力”,继而认为未满12周岁的儿童,均不具有“性同意能力”;对已满12周岁未满14周岁的儿童,采取强制鉴定制度,以认定其是否具有“性同意能力”^[11]。需要强调的是,在年龄标准确定上,“性同意年龄”的“同意”不仅要考虑女性可以发生性行为(生理)的年龄,还要考虑女性能够对性行为给予有效同意的能力(认知)的年龄。

^① Bryan A.Garner, Black's Law Dictionary (10th edition for iPhone and iPad). Thomson Reuters, 1.4 Version, 2014.

^② 参见1957年最高人民法院发布的《最高人民法院关于与童养媳发生性关系致其怀孕是否已构成事实婚问题的批复》(法研字第5734号)。

（二）“性同意年龄”的沿革

“性同意年龄”主要解决的是与未成年人发生性关系的入罪问题,故其沿革分析应是在刑事法范围内研究与未成年人(涉及幼女、女童等群体)发生性关系(涉及性侵、强奸、奸淫、性交等行为)行为的定罪量刑问题。通过对中华人民共和国成立以来司法文件的查阅与分析,可将我国关于“性同意年龄”的立法沿革大致划分为以下三个时期。

1. 标准探索期(1949 – 1978 年)

1949 年中华人民共和国成立到 1978 年首部《刑法》诞生前夕,是“性同意年龄”的标准探索期。在这段时期,由于中华人民共和国未继承民国时期的刑法规范,“性同意年龄”的立法摸索随司法实践的需要而不断深入。1954 年,《最高人民法院关于处理奸淫幼女案件的经验总结和对奸淫幼女罪犯的处刑意见》提及的两起奸淫幼女案的受害人均为 14 周岁幼女,以致司法实务将 14 周岁作为幼女的年龄标准^①。1955 年,《最高人民法院关于处理奸淫幼女案件不得以 14 周岁为幼女年龄标准的通知》在反思这一问题的同时,要求各级法院在审理奸淫幼女案件时不能仅考虑年龄这一判断标准,而应关注被害人的“发育成熟”情况^②。在标准探索期,立法缺失背景下的“性同意年龄”摸索主要围绕以下两个方面进行:一方面,承认 14 周岁为“性同意年龄”的标准;另一方面,结合未成年人的身心发育状况、历史背景、民族文化等情况对 14 周岁的标准进行必要浮动的调整。

2. 标准确立期(1979 – 1996 年)

中华人民共和国第一部《刑法》(1979 年)诞生到第二部《刑法》(1997 年)诞生前夕,是“性同意年龄”的标准确立期。在标准确立期,14 周岁的“性同意年龄”标准从司法走进立法,尽管立法者在标准探索期已经关注到“幼女”认定标准应当考虑被害人的“发育程度”,但仍无法回避“发育程度”在当时无法准确判断的问题。为规避司法实践的差异及实现统一司法裁判规则,1979 年《刑法》直接确立并统一了幼女年龄标准,即第 139 条规定,“奸淫不满 14 周岁幼女的,以强奸论”^[12]。该条规定亦是 1979 年《刑法》唯一一条提及“幼女”的法条,“性同意年龄”规则至此随“幼女”概念的立法确认而确立。

3. 标准扩展期(1997 年至今)

第二部《刑法》(1997 年)诞生至今,是“性同意年龄”的标准扩展期。一方面,“性同意年龄”语境下的未成年人性权利的保护范围逐步扩展。1997 年《刑法》及其后的历次修订,均不遗余力地保护未成年人性权利免受侵害,涉及“强迫不满 14 周岁的幼女卖淫”“引诱不满 14 周岁的幼女卖淫”“嫖宿不满 14 周岁的幼女”等问题^③。另一方面,“性同意年龄”规则也出现立法松动,低龄幼女的性权利受到更为严格的保护,如《刑法修正案(十一)》将奸淫 10 周岁以下幼女的行为的刑罚进行升格,以进一步彰显对未成年人性权利的刑法保护。

三、“性同意年龄”规则的适用困境

“性同意年龄”规则在保护未成年人免受性侵害方面具有不可替代的积极作用。对该规则的反思不是对该制度本身进行颠覆性的否定,而是根据司法实践并结合制度设计进行批判性反思,

① 参见 1954 年《最高人民法院关于处理奸淫幼女案件的经验总结和对奸淫幼女罪犯的处刑意见》全文, <https://www.pkulaw.com/chl/60ebe71d82969efebdfb.html?keyword=《最高人民法院关于处理奸淫幼女案件的经验总结和对奸淫幼女罪犯的处刑意见》>

② 参见 1955 年《最高人民法院关于处理奸淫幼女案件不得以 14 岁为幼女年龄标准的通知》全文, <https://www.pkulaw.com/chl/ca0a684dac671a8dbdfb.html?keyword=《最高人民法院关于处理奸淫幼女案件不得以 14 岁为幼女年龄标准的通知》>

③ 此处“强迫”“引诱”“嫖宿”行为的表述参照 1997 年《刑法》的规定,部分行为模式已经被废止,如“嫖宿幼女罪”的特别规定在 2015 年《中华人民共和国刑法修正案(九)》中被废止,并被强奸罪的一般规定所吸收。

涉及年龄标准相对较低、性侵既遂标准落后、全面司法保护不足及年龄相近豁免缺失等问题。

（一）年龄标准相对较低

《刑法》确认的14周岁“性同意年龄”标准为单一“性同意年龄”。在单一“性同意年龄”下，该年龄因其与未成年人（18周岁）的标准相差甚远而被认为过低，至少在未成年人视角下未实现最大范围的保护。第一，14周岁的“性同意年龄”标准不符合国际公约要求。根据《儿童权利公约》及其任择议定书的规定，与儿童发生性行为本身就侵害了儿童的性权利，对儿童身心健康造成不可估量的影响^①。换言之，就行为本身的危害性而言，不论儿童是否同意，与儿童发生性关系的行为皆被上述公约所禁止。第二，14周岁的“性同意年龄”标准低于国际平均水平。关于二百多个法域中“性同意年龄”的不完全统计结果显示，154个法域的“性同意年龄”为16周岁，仅12个法域的“性同意年龄”为12周岁或13周岁^[13]。第三，14周岁的“性同意年龄”标准亦不利于对性侵未成年人犯罪的刑事打击。性侵未成年人犯罪往往面临证据不足、犯罪线索无法查证等问题^[14]。故过低的“性同意年龄”会导致被害人年龄高于“性同意年龄”而低于18周岁的性侵案件无法被定罪，继而纵容相关犯罪行为的发生。

（二）性侵既遂标准落后

“性器官插入说”是我国《刑法》关于强奸既遂的通说，《刑法》第236条第2款将奸淫幼女行为视为强奸的立法构造明示奸淫幼女的行为亦采用“性器官插入说”^[15]。从司法实践看，性侵未成年人犯罪若与性侵成人犯罪在既遂标准上一致采用“性器官插入说”，则会出现“性同意年龄”规则下的性交方式过于狭窄的问题，从而不利于未成年人性权利的保护。首先，与未成年人发生性关系并不一定需要暴力、胁迫等手段。在以成年妇女为犯罪对象的强奸犯罪中，考虑到成年妇女具有一定的反抗性，故强奸行为往往存在暴力、胁迫等情节。相比之下，与未成年人发生性关系的行为一般不需要借助暴力手段，对未成年女性生殖器官造成伤害的难度比成年妇女要低。因此，对成年妇女奸淫与对未成年女性奸淫采用相同既遂标准不符合儿童最佳利益原则。其次，“性器官插入说”不符合司法实践经验。司法实践中，存在大量口交、肛交、异物插入等残忍案例，这些行为对未成年人身心健康造成的伤害不亚于性器官插入所造成的影响^[16]。若机械地采用“性器官插入说”，则这些犯罪行为只能适用猥亵罪、强制猥亵罪或故意伤害罪等罪名，继而无法实现从重打击性侵未成年人犯罪的目的。最后，“性器官插入说”不符合儿童身心发育特征。在以未成年人为性关系发生对象的犯罪中，因未成年人生殖器尚未发育完全而存在不能或不易被男性生殖器插入的情形，此时奸淫行为往往以指奸方式实施^[17]。

（三）全面司法保护不足

“性同意年龄”视角下未成年人性权利保护面临着全面司法保护不足的问题，可从被害人与加害人角度进行剖析。在被害人层面，主要是未成年人的性平等权未得到重视，存在未成年人性权利保护欠缺的问题。可以说，刑法在适用“性同意年龄”规则时忽视了对男性未成年人性权利的保护。第一，“性同意年龄”规则下的性侵犯犯罪对象仅为女性，涉及幼女、妇女等^②。进一步讲，“性同意年龄”规则下的刑法规定只关注了幼女的性权利，对少年、男童的性权利保护不足。然而《儿童权利公约》要求缔约国承担保护儿童免遭一切形式的色情剥削和性侵害的职责，这一保护要求不仅涉及女性未成年人，亦包括男性未成年人。第二，男性未成年人无法适用“性同意年龄”规则。“性同意年龄”规则下的行为方式是发生刑法所禁止的性关系，即女性才

① 《儿童权利公约》将儿童定义为18周岁以下的人，该年龄标准与我国未成年人的年龄认定标准一致。

② 结合《刑法》规定，在涉及性侵犯犯罪的条文中，以“幼女”“妇女”为对象，不涉及男性，后者具体被包括于“未成年人”之中，《刑法》全文13处提及“未成年人”。

是强奸罪的对象。而男性未成年人为被害人的案例是确实存在的,但却不适用“性同意年龄”规则,无法以强奸罪定罪。第三,以“猥亵罪”保护男性未成年人的性权利不符合儿童最佳利益原则。从域外立法经验看,欧洲国家在运用“性同意年龄”规则时采用性别中立原则,即不论是同性恋还是异性恋,男女性别在性保护方面没有立法差异^[18]。在年龄标准上,亦有学者主张“性同意年龄”应在男男、女女、男女间设立不同的法律标准^[19]。

在加害人层面,主要是未成年人性侵未成年人案件如何实现双向保护的问题。从司法实践看,对已满14周岁不满16周岁未成年人与同龄人发生性行为,在情节轻微的情况下可不认定为犯罪,但对已满16周岁不满18周岁未成年人与未成年人发生性行为的刑法规制,未充分体现双向保护原则下的未成年人利益最大程度的保护。此外,关于全面保护不到位的思考还应关注立法(无精神损害赔偿规定、禁止令的实施效果有限等)、司法(隐私权保护不到位、法律援助不全面等)、社会(社会救助、监护干预等)等层面的问题^[20]。需要特别强调的是,“性同意年龄”的高低还与男性和女性的生殖健康有关,一项来自15个撒哈拉以南非洲国家的样本显示,“性同意年龄”越低,男性和女性越容易患上艾滋病等性病^[21]。

(四)年龄相近豁免缺失

年龄相近豁免指的是在“性同意年龄”规则下,对与未成年人发生性关系的行为规定免受刑法处罚的制度。年龄相近豁免条款属于出罪条款,司法实践确实存在此类案件且有规定该条款的需求^[22]。2013年出台的《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条明确规定,“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”。该条规定可被视为年龄相近豁免条款的雏形,但是该规定的位阶不高,尚未达到法律层面^[23]。就此条规定而言,大致存在以下几个层面的问题:首先,被害人的范围较窄。该年龄相近豁免规定仅以14周岁以下的幼女为刑法保护对象,未包括14周岁以上的未成年人。其次,加害人的范围较窄。从规定看,仅涉及已满14周岁不满16周岁的未成年人,对已满16周岁的未成年人不适用。最后,相近的标准不够明确。《意见》未就年龄相近的最大标准做出限制。操作上,15周岁男性未成年人与9周岁女性未成年人发生性关系的案件可以根据该规定做出不认定为犯罪的判断,但与《刑法》第236条关于奸淫不满10周岁幼女或者造成幼女伤害的判处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的规定相冲突。

四、“性同意年龄”规则的分级再造

《刑法修正案(十一)》在肯定14周岁“性同意年龄”的基础上,还规定要严厉打击特定对象与年满14周岁不满16周岁的未成年人发生性关系的犯罪。理论与实务界虽然关注了这一立法变动,但未曾从“性同意年龄”规则角度进行深入分析。在该立法变动的启示下,结合未成年人性权利保护的客观需要,立法或可进一步推进以实现“性同意年龄”规则的分级再造。

(一)设立“分级性同意年龄”体系

设立“分级性同意年龄”是未成年人性权利保护体系完善的应然路径。《刑法修正案(十一)》规定,当加害人与未成年被害人具有特殊职责身份关系时,将被害者的年龄标准从14周岁提高到16周岁^①,以降低特殊职责身份人性侵未成年人案件的调查取证难度;在处理涉及

^① 参见《刑法修正案(十一)》第27条规定,在《刑法》第236条后增加一条,作为第236条之一,“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。”

奸淫低龄幼女案件时,升格奸淫未满10周岁幼女的法定刑。可以推断出,在立法构造上,刑法已经接受“分级性同意年龄”这一构造逻辑。关于“分级性同意年龄”的构造,应当注意以下两点:第一,在保护对象上,“分级性同意年龄”应以未满18周岁的未成年人为保护对象。换言之,“分级性同意年龄”的刑事立法构造依旧以未成年人性权利保护为中心,规制与未成年人发生性关系的犯罪行为。第二,在分级方式上,包含“基准性同意年龄”与“浮动性同意年龄”。一方面,“基准性同意年龄”的设立为刑事司法裁判提供了参照指引。充分考虑未成年人生理发育、心理认知等情况,当前我国性同意的基准年龄是14周岁。另一方面,“浮动性同意年龄”是指以“基准性同意年龄”为基准,上下单向或者双向设立浮动的“性同意年龄”,如前文所述的10周岁及16周岁。设立“浮动性同意年龄”的目的是因应性侵未成年人犯罪的复杂特征(低龄化、熟人化、隐蔽性等)、现实困境(实体定罪难、调查取证难等)及不同犯罪类型(监护人性侵、留守儿童性侵、校园性侵等)。如,为应对“糖爸”和“恋童癖者”问题,乌干达的妇女维权人士成功游说立法修改,将“性同意年龄”从14周岁提高到18周岁^[24]。

(二)提高“基准性同意年龄”标准

性权利以人权和健康权为基础,不同于强奸罪所保护的法益(女性的性自主权),“性同意年龄”规则下的未成年人性权益保护是全面、深入的^①。提高“性同意年龄”不仅可以保护未成年人的性自主权,亦可保护性隐私权、性平等权、性卫生保健权等其他相关性权利。从司法实践看,提高“性同意年龄”具有如下优势。

首先,提高“性同意年龄”可以降低性侵未成年人案件的举证难度,提高案件打击的准度和效率。具体来说,可以将未成年人“基准性同意年龄”提高到16周岁或更高,则针对已满14周岁未达16周岁的未成年人实施的奸淫行为,就无须受未成年人证言效力不高、性侵证据收集困难等因素影响。譬如,加拿大于2008年将“性同意年龄”从14周岁提高到16周岁,以应对网络性侵未成年人调查取证难度较高,特别是线上诱骗、线下性侵等案件的出现^[25]。就“性同意年龄”的上限而言,各国普遍认为不宜将其提高至结婚年龄,因为这样不仅会限制青少年合法性行为的能力,还会导致行为人因婚前性行为被污名化或遭致刑罚^[26]。

其次,提高“性同意年龄”是有效践行国际公约的基本要求。我国是《儿童权利公约》的缔约国,保护儿童性权利免受性侵害是一项基本的国际义务,符合社会公共政策的要求,提高“性同意年龄”可以有效地将国际法义务进行国内法转化。

最后,提高“性同意年龄”可以提升全社会保护未成年人性权利的意识。以当前14周岁的“性同意年龄”标准看,14周岁的未成年人不仅处于性发展期,亦处于义务教育阶段(大致7、8年级),以学生为保护对象的性侵害犯罪预防符合社会的期待,特别在校园性侵行为频发的今天。同时,可在学校增加未成年人性健康教育、反性侵教育,借此增强保护未成年人性权利的力度。此外,在提高“基准性同意年龄”的同时,“浮动性同意年龄”亦可随之调整,但这并非绝对,应当充分考虑“分级性同意年龄”规则的保护逻辑及性侵未成年人犯罪的现状和司法实践。

(三)精准“浮动性同意年龄”标准

在“基准性同意年龄”的基础上,精准“浮动性同意年龄”标准是完善性侵未成年人违法犯罪行为刑法规制的必然路径,是“性同意年龄”分级再造的保障力量。在实现精准“浮动

^① 张明楷教授在《刑法学》(下)(第5版)第867页指出,强奸罪的法益是妇女(包括幼女)的性的自己决定权(性自主权)。而《世界性权利宣言》关于性权利的分类更广,性权利包括性自由权;性自主、性完整和性系统的安全权;性隐私权;性平等权;性快乐权;自由的性结合权;做出自由和负责任的生育选择权;基于科学探寻需要的性信息权;全面的性教育权;性卫生保健权。

性同意年龄”时,应当从以下几个方面予以完善:第一,“性同意年龄”语境下的奸淫行为或发生性关系行为应当摒弃“性器官插入说”,在“插入说”基础上对插入物不做具体要求,如此可在保护未成年人性卫生健康权的基础上,实现未成年人性权利的最大限度保护。第二,精准浮动应当关注未成年人的基本权益。性犯罪的定义受时空、场域的影响,以受保护权为例,《中华人民共和国未成年人保护法》第40条要求学校、幼儿园履行保护未成年人免受性侵害、提供性知识及性保护教育的义务,第54条要求社会承担禁止任何人对未成年人实施性侵害、性骚扰的职责。第三,精准浮动应当符合打击性侵未成年人犯罪的客观需求。在刑法条文完善上,一方面,可以将年龄作为强奸罪、引诱未成年人聚众淫乱罪、组织卖淫罪、强迫卖淫罪、引诱幼女卖淫罪等罪名加重情节予以刑法打击。另一方面,通过新增条款的方式应对性侵未成年人犯罪的变化及困境,如犯罪方式改变、调查取证困难、赔偿方式选择等。

(四)完善年龄相近豁免条款

年龄相近豁免条款在出罪方面的有效运用积极避免了未成年人因心智尚未成熟、被诱导而走上性犯罪的道路。针对《刑法》未作规定,司法实践又有需要且当前实施细则(《意见》第27条)不够健全等困境,或可从以下几个角度全面完善年龄相近豁免条款。第一,明确奸淫未满10周岁幼女者为不可豁免对象。在刑事责任年龄制度设计上,《刑法》已经明确年满14周岁的未成年人对性犯罪有一定的认知;在未成年人性同意能力上,《刑法》第236条认为,在未满14周岁幼女无性同意能力的前提下应严打性侵未满10周岁幼女的犯罪。第二,年龄相近豁免应以“双向保护”原则为司法实践要求^①。在“双向保护”原则下,未成年被害人与未成年加害人的合法权益均应当受到保护。实际操作中既要放开加害人的年龄限制,即扩展至未满18周岁的未成年人,亦要结合未成年人司法二元化的构造理念,坚持人身危险性评估、办案风险评估,充分考量未成年人的教育矫正需求及对社会关切的回应^[27]。第三,严格限制年龄相近豁免条款的适用。年龄相近豁免条款是把双刃剑,若放开对加害人年龄的限制,则应严格限制该条款的适用,以免沦为恶人逞凶作奸的工具。在具体限制方面,司法人员应从主体、主观方面、对象、行为等维度综合考虑年龄、年龄差、偶犯、伤害程度等诸多因素。

结语:在创新未成年人保护社会治理机制及加强未成年人全面司法保护措施的新时代,积极强调并努力落实未成年人性权利保护工作是全社会的共同责任,是立法者、司法者及执法者无法回避的社会治理问题。在实现未成年人利益最大化特别是性权利保护最大化的诸多努力中,刑事立法迎难而上。《刑法修正案(十一)》修改“强奸罪”条款以从严打击性侵10周岁以下幼女和特殊职责身份人性侵已满14周岁未满16周岁未成年人的犯罪。这一立法调整或可被视为“性同意年龄”规则的立法松动,既肯定了“性同意年龄”规则在保护未成年人性权利方面的突出作用,也暗示了该规则可进行分级再造。

在分级再造及体系完善时,要努力构建“基准性同意年龄”与“浮动性同意年龄”的双轨保护模式。其中,“基准性同意年龄”的确定应积极考虑《刑法》中性侵未成年人犯罪的相关罪名及彼此逻辑,“浮动性同意年龄”的单向或双向浮动应充分关注性侵未成年人犯罪的特点、未成年被害人的需求、加害人与被害人关系等影响年龄标准浮动的因素。如此,中国式

^①《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第4条规定了“双向保护原则”在性侵未成年人案件中的适用要求,即“对于未成年人实施性侵害未成年人犯罪的,应当坚持双向保护原则,在依法保护未成年被害人的合法权益时,也要依法保护未成年犯罪嫌疑人、未成年被告人的合法权益”。

的“性同意年龄”规则的分级再造,不仅可以全面有效地保护未成年人的性权利,亦可为域外儿童性侵害的防治贡献智慧。

[参 考 文 献]

- [1] 车莲珠 吴 萍:《拓宽性侵未成年人案件的办案思路》,载《检察日报》,2020年12月31日。
- [2] 佟丽华:《预防和处理性侵害未成年人案件的难点与对策》,载《中国青年社会科学》,2019年第2期。
- [3] 汪 润 罗 翔:《性侵儿童犯罪的司法认定》,载《人民司法》,2020年第17期。
- [4] 王世洲:《对幼女性法益的法律保障研究》,载《妇女研究论丛》,2015年第3期。
- [5] McLaugh L., Eugene J. The Sage Dictionary of Criminology (book), British Journal of Criminology, 2013, p. 1888.
- [6][16] 邢红枚:《强奸罪的立法完善——以儿童保护为视角》,载《中华女子学院学报》,2020年第6期。
- [7] 罗广彦:《人大代表提议提高“性同意年龄”值得认真考虑》,载《中国青年报》,2020年5月15日。
- [8] Jurgita Grigienė, Paulius Čerka, et al. The Age of Consent and the Reduction of the Age of Consent in Church and Civil Marriages and their Interaction, Baltic Journal of Law & Politics, 2016, (1).
- [9] Kseniya A. Barysheva, Maria V. Matveeva. The Age of Marriage and Age of Consent: Cross – brunch Legal Conflicts, RUDN Journal of Law, 2018, (4).
- [10] 何 洋:《论法定强奸罪中的严格责任理念》,载《河北学刊》,2012年第3期。
- [11] 陈昱如 周憬娴:《从儿童性侵害案件看儿童性同意权与证述能力》,载《刑事政策与犯罪研究论文集》,2016年。
- [12] 唐化勇:《关于认定强奸罪的初步探讨》,载《人民司法》,1981年第5期。
- [13] 苏 力:《司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入》,载《法学》,2003年第8期。
- [14] 赵合俊:《中国同意年龄法的缺陷与完善——保护儿童特别是女童免于性侵害的视角》,载《妇女研究论丛》,2015年第3期。
- [15] 魏 东 蒋春林:《论奸淫幼女犯罪既遂的认定标准》,载《政法论丛》,2007年第4期。
- [17] 邢红枚:《猥亵儿童犯罪的特点与刑法适用——基于对389例一审判决的分析》,载《中华女子学院学报》,2019年第3期。
- [18] Zhu Guang – Xing, Der A. Suzan. A Comparison of the Gender – specificity of Age of Consent Legislation in Europe and China: Towards a Gender – neutral Age of Consent in China? European Journal on Criminal Policy and Research, 2017, (4).
- [19] Matthew Waites. Inventing a “Lesbian Age of Consent”? The History of the Minimum Age for Sex between Women in the UK, Social & Legal Studies, 2002, (3).
- [20] 林越坚 王 玮:《性侵未成年人犯罪案件被害人保护的实证考察及体系化构建》,载《中国检察官》,2020年第15期。
- [21] McKinnon Britt, Der M. Ashley. National Age – of – Consent Laws and Adolescent HIV Testing in Sub – Saharan Africa: a Propensity – score Matched Study, Bulletin of the World Health Organization, 2019, (1).
- [22] 郑锡龄:《“新时代中国特色妇女权益保障的制度与实践”学术研讨会综述》,载《妇女研究论丛》,2020年第1期。
- [23] 薛淑兰 赵俊甫 等:《〈关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见〉有关问题的解读》,载《人民法院报》,2014年1月4日。
- [24] Shanti A. Parikh. “They Arrested Me for Loving a Schoolgirl”: Ethnography, HIV, and a Feminist Assessment of the Age of Consent Law as a Gender – based Structural Intervention in Uganda, Social Science & Medicine, 2012, (11).
- [25] Janine Benedet. The Age of Innocence: A Cautious Defense of Raising the Age of Consent in Canadian Sexual Assault Law, New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal, 2010, (4).
- [26] Suzanne Petroni, Madhumita Das et al. Protection Versus Rights: Age of Marriage Versus Age of Sexual Consent, The Lancet Child & Adolescent Health, 2019, (4).
- [27] 张鸿巍:《归责与惩戒:未成年人司法二元化建构的逻辑展开》,载《中国青年社会科学》,2020年第5期。

(责任编辑:崔 伟)