

论性侵害未成年人的刑事责任类型及适用研究

左倩玉

(聊城大学 法学院, 山东 聊城 252000)

摘要: 严格责任与过错推定责任是在不同法系的犯罪构成理论下发展出的不同形式, 在理念和适用规则方面并无本质不同。在传统大陆法系理论背景下, 过错推定责任是责任主义与证明责任再分配的结合, 能够兼顾司法效率和司法公正, 满足政策和社会需求。从这一视角出发, 宜将《关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见》第 17 条理解为对过错推定责任的规定, 即控方无须对实施性侵害者是否明知女方年龄承担举证责任。第 17 条第 2 款规定的“未满 12 周岁”这一年龄段的幼女, 行为人不得以确实不知女方年龄作为辩护事由, 可以就客观方面和其他主观因素提出辩护事由; 第 3 款规定的“已满 12 周岁未满 14 周岁”这一年龄段的幼女, 行为人可以就女方年龄事项提出“确实不知”的辩护事由, 并承担提出和说服责任。在《刑法修正案(十一)》新增的负有照护职责人员性侵犯罪中, 对被害未成年女性负有特殊职责的人员不得以年龄认识错误作为辩护事由。

关键词: 严格责任; 过错推定责任; 性侵害幼女; 明知; 举证责任

中图分类号: D914

文献标识码: A

文章编号: 1672-1217 (2024) 04-0064-11

收稿日期: 2024-04-29

作者简介: 左倩玉 (1994-), 女, 山东聊城人, 聊城大学法学院讲师。

DOI:10.16284/j.cnki.cn37-1401/c.2024.04.017

针对性侵害未成年人犯罪案件广受社会关注的现实, 以及我国将未成年人保护工作纳入国民经济和社会发展规划的战略布局, 为切实加强未成年人司法保护, 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于 2023 年 5 月联合发布《关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见》(简称《意见》)。《意见》第 17 条^①对行为人就幼女年龄的主观认知状态提供了司法证明规则, 如何理解司法解释对“行为人‘明知’对方是幼女”的表述, 以及如何在司法实践中具体操作, 是应当明确并予以重视的问题。

一、严格责任与过错推定责任考察

《意见》第 17 条第一款表明“知道或应当知道对方是不满十四周岁幼女”是性侵害未成年人犯罪的构成要件, 第二款和第三款分别规定了对不满 12 周岁和已满 12 周岁未满 14 周岁这两个年龄段幼女的“明知”的判断方式及标准。对于性侵幼女的行为, 有学者主张应采用严格责任, 以实现对接女的特殊保护。^②与之相对, 有学者认为严格责任违反了我国刑法责任主义以及主客观相一致原则, 应当予以否定, 进而主张采过错推定原则。^③此外, 亦有学者主张既不应采纳严格责任, 也不适宜采过错推定责任, 而是探寻第

^①《意见》第 17 条: “知道或者应当知道对方是不满十四周岁的幼女, 而实施奸淫等性侵害行为的, 应当认定行为人‘明知’对方是幼女。对于不满十二周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的, 应当认定行为人‘明知’对方是幼女。对于已满十二周岁不满十四周岁的被害人, 从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女, 而实施奸淫等性侵害行为的, 应当认定行为人‘明知’对方是幼女。”

^②朱苏力: 《一个不公正的司法解释》, 《中国妇女报》2003 年 2 月 27 日, 第 3 版。

^③陈伟: 《“严格责任”抑或“推定责任”——性侵未满 12 周岁幼女的责任类型辨识》, 《刑法解释》2018 年第 2 期, 第 111-125 页。

三条路径。^① 为了对性侵害未成年人的刑事责任类型争议有更加清晰的认识和了解,笔者首先对严格责任和过错推定责任进行理论上的考察。

(一) 严格责任之考察

严格责任一词源于英美法系,在引入国内刑法语境中时不免存在争议。国内有观点称严格责任与责任主义原则相违背,在理论上不能成立,在实践中也是有害的;^② 也有观点称严格责任可分为绝对严格责任和相对严格责任。前者完全不考虑行为人罪过存在与否,完全依照行为或结果而定罪;后者仍然将行为人的主观罪过视为定罪的重要因素,行为人如否认该罪过存在,则由行为人承担无罪过的证明责任,也可以称之为过错推定责任。^③

1. 严格责任包含行为人的犯意要素

将严格责任放在英美法系的框架中去考量,严格责任并非仅仅是绝对严格责任、相对严格责任、过错推定责任的区分,而是控方与辩方在举证责任上的一种分配和博弈。不同于我国现行的耦合式犯罪构成理论,英美法系采用的是双层次犯罪构成理论,分为本体要件和辩护要件。前者包括犯罪行为 and 犯罪意图,后者包括一系列辩护事由,这种犯罪构成理论是一种入罪与出罪的二元对立模式。^④ 在犯罪本体层面,由控方证明犯行与犯意的成立,其中犯行包括身体动作、情节、环境、结果、因果性等要素,犯意包括故意、轻率、疏忽、明知。犯行与犯意两者同时发生,且两类要素之间存在对应关系。严格责任是指犯罪行为的一个或多个要件并不包括犯罪心理要件的犯罪。^⑤ 与我国对于严格责任的定义相比,区别在于是犯行的某一要素不需要主观认知,还是整个犯罪都不需要主观认知。相应地,控方证明犯罪成立时,对犯行的一个或几个要素不要求证明犯意。^⑥ 在犯行方面,控方还是要加以证明的,并且其他犯行要素对应的犯意要素,控方同样需要证明,所以严格责任并非仅仅依据客观行为或结果定罪的情形。比如 1875 年发生在英国的普林斯案,普林斯被控引诱一个不满 16 岁的少女脱离其父亲的监护,但普林斯有合理的理由认为该少女已满 18 岁。尽管如此,法院仍然认为,只要该少女事实上未达到法定年龄,就可以认定普林斯有罪。^⑦ 普林斯案中,控方无需证明与被害少女的年龄(犯行中的情节要素)相对应的犯意——明知被害人年龄,但是控方对于犯行的其他要素所对应的犯意仍然负举证责任,比如意图实施强奸。当然,控方也要对犯行进行证明。英国的一些判例也显示,即使某些案件属于严格责任,也要求具有明知。比如在哈勒姆案中,公诉机关指控被告人明知地持有炸药,法官认为,公诉方必须证明被告知道自己持有的物品是炸药,否则明知就没有意义了。^⑧ 在该案中,“持有”等于行为人知道自己持有某物品,但对于行为人知道自己持有的是毒品而不是洗衣粉或者香料,控方仍然要进行证明。

2. 严格责任存在辩护事由

严格责任并非铁板一块,通常都存在诸多辩护事由。以英国严格责任为例,根据不同分类依据,严格责任的辩护事由可分为法定辩护事由和善意辩护事由,前者是在某些犯罪中专门规定的可以用来辩护的事由,后者是允许被告以合理而诚实的理由证明他没有主观过错。^⑨ 也有学者将其分为普通法上的辩护理由和制定法上的辩护理由,前者可适用于所有的严格责任犯罪,后者适用于某一特定犯罪,例如,英国 1990 年的《食品安全法》第 21 条第 1 款规定:“如果行为人能够证明他已经采取了合理的预防措施并且行使了

^{①③} 李永升、张平寿:《严格责任与推定责任之争下的第三条路径——亦论性侵未满 12 周岁幼女的责任类型》,《河北法学》2016 年第 9 期,第 38-45 页。

^② 李立众:《奸淫幼女的处罚:在法益保护与权保障之间的抉择》,《政治与法律》2004 年第 2 期,第 88 页。

^④ 罗翔:《刑法学总论》,北京:中国政法大学出版社,2017 年,第 47 页。

^⑤ 刘士心:《美国刑法中的犯罪论原理》,北京:人民出版社,2010 年,第 118 页。

^⑥ 周新:《英国刑法严格责任的构造与借鉴》,《政治与法律》2011 年第 2 期,第 125 页。

^{⑦⑧⑨} 郭自力:《英美刑法》,北京:北京大学出版社,2018 年,第 402-406 页。

一切适当的谨慎以避免自己和自己控制下的他人实施该法所规定的犯罪，则不构成相应犯罪。”^①就强奸和猥亵儿童案件来说，对被害儿童年龄的认识错误并不是一个辩护事由，比如美国模范刑法典在强奸罪中规定，当受害人不满10周岁，行为人不得以不知道儿童的年龄或合理相信该儿童已满10周岁作为辩护事由。^②但严格责任也仅仅限定在被害人的年龄这一要素上，被告方仍然可以就其他方面进行辩护。比如，美国一些州法规定，行为人以允诺结婚为手段，诱使贞洁女子同他发生性关系，构成诱奸罪，但如果两人事后宣布结婚，则可以免于追究行为人的刑事责任。行为人自身的年龄可以成为罪轻的辩护事由，比如加利福尼亚州刑法典对于强奸罪的规定：“如果受害人的年龄比行为人的年龄未大于3岁，或者比行为人小3岁，行为人构成一个轻罪。”^③

3. 严格责任的实际作用通过举证责任的分配体现

整体上看，英美法系的双层次犯罪构成理论程序性特征十分浓厚。不同于平面式、耦合式的犯罪构成理论，双层次犯罪构成理论侧重体现了以程序正义为主导的价值取向，犯罪本体要件从一般层面框定了犯罪的基础，辩护要件从个体层面限定了犯罪成立的范围，这种控辩双方对抗的模式实则体现出在证明责任上的分配和博弈。所以在程序事项上，严格责任是对于控辩双方在证明责任上的再分配。控方对于某项犯行要素对应的犯意不承担举证责任，由辩方对此承担说服责任。如果辩方不承担说服责任或者达不到相应的证明标准，则承担不利后果；如果辩方做出了具有合理怀疑的反驳，由控方对辩方的反驳承担超出合理怀疑的说服责任。所以严格责任是程序事项中对控辩双方举证责任的再分配，并非是对犯罪本体要件的冲击，更遑论是对犯罪主观要件的摒弃了。

（二）过错推定责任之考察

1. 过错推定责任以主观构成要件为前提

过错推定责任是实体法上的责任主义与程序法上的证明责任分配的结合。一方面，过错推定责任在实体法入罪层面上承认主观构成要件的必要性，行为人在其主观认识到的事实范围内承担相应责任；另一方面，过错推定责任在程序事项上将某一主观构成要件要素的证明责任强制性地转移给被告方，由被告方就该事项承担提出和说服责任。有学者提出，过错推定责任实则是相对严格责任，只是名称不同。^④也有学者认为，过错推定责任可视为程序性严格责任，将其看作证明责任的分配问题。^⑤可见，严格责任与过错推定责任在理念和适用规则方面并无本质不同，而是在不同法系的犯罪构成理论下发展出的不同形式，其本质都是在承认行为人主观构成要件的基础上通过证明责任向被告一方的转移，加重被告举证负担，以达到在坚守责任主义的前提下加强刑法的保护和预防功能。

2. 过错推定责任的推定基础和推定依据

过错推定的基础来源于已认定的基础事实，推定的依据为法律规范和一般经验逻辑，认定事实和推定事实之间具有经验逻辑上的高度盖然性，并且以法律、法规、司法解释等明文固定下来。此处需要说明一点，过错推定责任仅指法律推定，即由法规规范性文件明文规定，方才属于刑事推定范畴。例如在持有型犯罪中，事实上的占有和规范上的“持有”在经验逻辑上密切相关，司法实践中只要查证行为人事实上占有了某物，即推定“持有”成立，无须证明行为人明确知道自己持有某物，行为人需就物品来源进行证明，否

^①周新：《英国刑法严格责任的构造与借鉴》，《政治与法律》2011年第2期，第125页。

^②Model Penal Code, § 213.1(1), American Law Institute, 1962. 比如美国模范刑法典在强奸罪中规定，当受害人不满十周岁，行为人不得以不知道儿童的年龄或合理相信该儿童已满10周岁作为辩护事由。

^③郭自力：《英美刑法》，北京：北京大学出版社，2018年，第402-406页。

^④李永升、张平寿：《严格责任与推定责任之争下的第三条路径——亦论性侵未满12周岁幼女的责任类型》，《河北法学》2016年第9期，第38-45页。

^⑤王彪：《犯罪主观要件证明问题研究——以证明困难的产生与克服为视角》，学位论文，西南政法大学，2014年，第80-89页。

则将承担不利后果。目前我国刑法中明文规定适用过错推定责任的罪名有巨额财产来源不明罪和非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪，两罪的基础事实均由控方证明，行为人需要说明巨额财产和国家绝密、机密文件、资料、物品的来源，否则承担入罪结果。此外，过错推定责任还散见于各类司法解释中，基本以“应当知道”、“明知”和认定“非法占有目的”的形式表现出来。例如“两高”于2007年联合发布的“机动车解释”第6条对行为人“明知”的规定。^①

3. 过错推定责任存在辩护事由并影响举证责任分配

过错推定责任一般情况下被认为允许反驳，考虑到某些犯罪基础事实和推定事实之间并非全然百分之百的联系，理应为被告留出可为自己辩驳的空间，以确保推定适用的正确性。但是有原则就有例外，笔者并不认为所有的过错推定责任都存在有效辩驳的空间，在某些按照经验逻辑存在明显关联且为法律、法规、司法解释明确固定下来的推定责任中，无论从形式上还是从实践经验中，均没有留下可供辩驳的空间。例如上文提到的“机动车解释”中，行为人如果对发动机号进行更改，则推定行为人对车辆来历存在明知。此款解释中既没有设定特定的辩护事由，又与一般逻辑和大量司法实践经验总结相符，即便允许反驳，事实上也极难实现有效辩护。又如最高人民法院于1998年发布的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第6条的规定，^②将携带挪用的公款潜逃的行为直接视为贪污。需要指出的是，过错推定责任仅仅是对于行为人某一主观构成要件要素的推定，并不妨碍行为人就其他方面提出相应的辩护事由。

过错推定责任的适用必然在程序法上引起证明责任的再分配。按照阶层论，控方对构成要件该当性承担提出责任和超出合理怀疑的说服责任，但对主观构成要件中的某一主观构成要件要素不承担证明责任，直接推定存在主观认识，例如走私毒品罪中行为人对毒品的“明知”。行为人需就不具备这一主观构成要件要素进行辩护，承担提出辩护事由责任和说服责任。行为人这一辩护事由的性质宜认定为责任阻却事由。在阶层理论中，不法和有责处于核心地位，违法阻却事由是法律所鼓励的行为，责任阻却事由是法律所能宽宥、容忍的行为。在这一区分层面上，过错推定责任中行为人不具备某一主观构成要件要素显然并非刑法所鼓励，只能在某种程度上被法律所容忍。此外，违法性的判断是一种客观的一般人的判断，而有责性的判断则需要探究行为人内心做个别化判断。^③在这一区分层面上，行为人对某一客观要素的知与不知必然归属于内心深意，宜将不具备某一主观构成要件要素归属于责任阻却事由。

综上所述，严格责任和过错推定责任在理论和程序适用方面并无本质不同，只是在不同法系的分析模式下存在差别。英美法系的严格责任带有十分明显的程序性特征，通过证明责任的分配和特定辩护事由的设置来实现司法效用和司法公正的平衡。传统大陆法系的犯罪构成理论并不区分本体要件和辩护要件，而且在实体法层面鲜少讨论证明责任的分配和证明程度，故而严格责任这一概念的引进必然会“水土不服”。以责任主义为基础的过错推定责任在传统大陆法系理论中能够实现理论和实践的协调，尤其是在程序事项上控辩双方证明责任的分配以及合理辩护事由的设置，有利于在追溯犯罪、降低成本、保障人权等各类价值中取得平衡。

二、性侵害幼女犯罪责任类型属过错推定责任

严格责任与过错推定责任在本质上并无太大区别，鉴于严格责任这一概念在引入时可能存在的误读，

^①《最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条 行为人实施本解释第一条、第三条第三款规定的行为，涉及的机动车有下列情形之一的，应当认定行为人主观上属于上述条款所称“明知”：（一）没有合法有效的来历凭证；（二）发动机号、车辆识别代号有明显更改痕迹，没有合法证明的。

^②携带挪用的公款潜逃的，依照刑法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

^③罗翔：《犯罪构成与证明责任》，《证据科学》2016年第4期，第485-493页。

以及在具体应用中可能存在的不适应,同时鉴于目前我国刑法理论及司法实践中已然存在对过错推定的承认及应用。因此宜将《意见》第17条解读为对过错推定责任的规定,既能够在坚持主客观统一原则和保护未成年人之间取得利益平衡,也能够 在报应公正与预防功利之间取得平衡。具体原因如下:

(一) 过错推定责任与我国刑法责任主义立场相契合

任何法规范文件及刑事政策考量均不能突破我国刑法的基本立场与原则。我国刑法坚持责任主义,行为之所以被刑法予以否定性评价,不仅其行为具有违反规范的无价值性,还因其意志具有违反规范的可非难性。当行为人依其自由意志选择了实施违法行为,其主观心理因表现出的法敌对意识具有规范上可谴责性,因而才具有承担刑事责任的正当性。同时责任主义也体现出对人的尊重,即责任的承担意味着承认人是具有自由意志的主体。过错推定责任要求行为人主观上具有罪过要素,并且只能在自己认识到的范围内承担相应责任。采过错推定责任既符合我国刑法责任主义立场,符合主客观相一致原则、人权保障原则,又能够避免实践中仅仅依据客观不法行为存在而肆意扩大刑事打击范围。

(二) 过错推定责任符合《意见》制定的初衷

《意见》的制定和颁布,均体现出对幼女这一群体的特殊保护。在相关负责人就性侵害未成年人犯罪司法文件答记者问中,通篇体现出对性侵害未成年人“零容忍”的态度,体现出“最高限度保护、最低限度容忍”的指导思想,着重从依法严惩性侵害犯罪、加大对未成年被害人的保护力度两个主要方面做了规定,并特别强调要严厉惩处性侵害幼女行为。^①在这一刑事政策背景下,如果由检方证明行为人确实知道对方为幼女、放缓行为人就年龄事项进行辩护的标准,易引发检察机关选择执法、实施性侵者逃脱刑事制裁的风险,这与该《意见》决意达到的对幼女这一弱势群体提供特殊保护的目 的向左。并且从形式上看,《意见》将幼女年龄设定为两个档次,应理解为是司法解释制定者对不同年龄阶段分别规定不同的过错推定方式,并且在幼女群体中对于不满12周岁的幼女给予了更特殊的保护。

(三) 过错推定责任体现在《意见》的表述和结构之中

首先,从《意见》的表述中可知第17条规定是过错推定责任而非严格责任。“知道或应道知道”的表述即意味着在认定行为人是否构成奸淫幼女型强奸时需考察行为人对特定对象“幼女”是否存在认识,否则该条款完全可以表述为“行为人对不满14周岁幼女实施奸淫等性侵害行为的,成立相应犯罪”。此处的“知道”既包括确切的知道,也包括可能的知道,“应当知道”则是综合考量诸客观因素后对行为人主观内心作出的推定,两者均属于刑法上“明知”的范畴。因此《意见》第17条的内容表述体现出对行为人主观心态的考察不可或缺。其次,从《意见》第17条的结构上只能得出该条是对于过错推定责任的规定。该条第一款针对不满14周岁幼女这一对象进行总括式规定,要求行为人对幼女这一特殊对象“知道或应当知道”,第二款及第三款对幼女群体再次进行了年龄上的划分,但均应当在第一款总括式规定的指导之下,因此无论是对不满12周岁的幼女,还是对已满12周岁不满14周岁的幼女,均应当考察行为人主观态度。同时,第三款规定可以通过对各类事实进行综合考量推定行为人主观明知,第二款与第三款的并列关系,意味着第二款的“应当认定行为人‘明知’”同样是一种过错推定。此外,第二款与第三款规定的两种不同年龄阶段的幼女群体,在法规范上处于同等保护地位,因此不应对两类幼女群体作差别对待,从而规定不同的刑事责任类型。因此,第二款和第三款是对第一款中的主观明知内容规定了不同的推定方式,均属于过错推定责任。

(四) 过错推定原则符合常情常理

实施性侵者主观上对于对方是否是幼女的知晓,因其系行为的实施者而具有天然信息优势。现实中诸多实例也表明,性侵害幼女事件经常发生在熟人或相识关系中,鲜少发生在完全陌生且无任何交流的成年

^①《相关负责人就惩处性侵害未成年人犯罪司法文件答记者问》,人民法院新闻传媒总社,<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/401042.html>,2024年2月25日访问。

男性和幼女之间。

根据中国少年儿童文化艺术基金会女童保护基金和北京众一公益基金会共同发布的 2021 年性侵儿童案例统计及儿童防性侵教育调查报告, 2021 年全年媒体公开报道的性侵儿童(18 岁以下)的 223 案例中, 表明人际关系的有 198 起。在 198 起案例中, 熟人作案 160 起, 占比 80.80%; 陌生人作案 38 起, 占比 19.2%。从近几年来发布的“女童保护”报告纵向对比来看, 熟人作案比例一直居高, 最高比例达 87.87% (2014 年)。在 160 起熟人作案的案例中, 教师、教职工(含培训老师)作案 44 起, 占比 27.50%; 亲人亲属(父亲、继父、兄长、叔伯等)作案 28 起, 占比 17.50%; 网友作案 20 起, 占比 12.50%; 邻居朋友(含同村人)作案 15 起, 占比 9.38%; 其他生活学习接触人员作案 33 起, 占比 33.12%。^① 并且, 在对于性侵幼女犯罪的实证研究中, 有调查显示在全国范围所收集研究的自 2014 年 10 月至 2015 年 10 月的 104 份奸淫幼女的案件判决书中, 有 16 起为特殊主体, 包括教师、与幼女共同生活的人、国家公职人员。其余 88 起以农村邻里、熟人作案居多。^② 由此观之, 在性侵害幼女犯罪案件中, 行为人多与被害幼女之间存在熟识关系, 在此基础上, 行为人对于对方是否为幼女具有社会一般经验上的认知, 即便不是确知, 至少也存在概括的认识。因此, 对性侵害幼女犯罪采过错推定责任符合现实情况、符合常识常理。

(五) 过错推定责任具有适用便利

首先, 实践中适用过错推定责任能够摆脱严格责任面临的质疑、避免严格责任的功利性。如上文所述, 严格责任这一概念面临结果责任、客观归责的批评, 即便是相对严格责任, 也容易因概念界定不清而受到质疑。同时, 严格责任的提出是刑法功利主义的体现, 具有一定的预防犯罪和保护社会利益的效用, 但同时也具有忽视报应主义限制、忽视少数具体权益的风险。过错推定责任可以回避严格责任面临的诸多争议, 因为它仍然是主客观相一致原则的体现, 是通过客观行为对主观要件的推定。其次, 过错推定责任的适用能够通过减轻公诉机关的证明责任以实现对于幼女群体的特殊保护。主观要件相较于客观要件在司法证明中尤为困难, 行为人的主观态度及内心想法鲜能被旁人猜度, 更不用说用证据进行证明。如果强化检方对行为人主观明知对方是幼女这一主观构成要件要素的证明责任, 那么对检方而言, 证明的难度可想而知, 进而可能导致选择性执法现象。过错推定责任的适用, 使得主观明知的证明责任分配到被告一方, 检方仅需就幼女的真实年龄这一客观事实进行证明即可对行为人主观明知进行推定, 从而较好地实现法益保护的目。

三、对不同幼女群体的过错推定责任路径

《意见》第 17 条将性侵害幼女犯罪的对象划分为两个年龄群体, 这并非是依据年龄规定不同的责任类型, 而是按照不同年龄阶段的特征采取不同的过错推定责任路径。具体而言, 笔者主张对未满 12 周岁的幼女, 一律推定行为人“明知”, 且行为人不得以自己确实不知道对方为幼女作为辩护事由; 对已满 12 周岁未满 14 周岁的幼女, 需要综合各方因素, 结合常识进行推定, 且行为人可以提出自己确实不知对方为幼女的辩护事由。

(一) 对未满 12 周岁幼女的明知采不可反驳的推定

1. 以社会一般观念为推定标准

推定行为人“应当明知”以社会一般观念为标准, 也即从常识角度出发, 在具体案件中, 如果按照一般人标准能够知道对方是幼女, 则推定行为人明知, 而非仅仅以行为人主观认知内容、主观态度进行认定。

^①北京众一公益基金会:《“女童保护”2021 年性侵儿童案例统计及儿童防性侵教育调查报告》, <https://all-in-one.org.cn/newsinfo/2475704.html>, 2024 年 3 月 2 日访问。

^②陈伟、杜娟:《奸淫幼女行为的刑事规制及其完善——以 104 件奸淫幼女案为例》,《青少年犯罪问题》2017 年第 1 期, 第 36-38 页。

如果以上海王某某性侵女童案为切入视角,根据基本案情,周某某(另案处理)将两名女童带入王某某房间,王某某让周某某带其中12岁的女童出去逛街,随后在房间内对另一名9岁的女童实施了强制猥亵行为,造成被害女童轻伤二级的严重后果。王某某到案后拒不承认其实施过强制猥亵行为,并且其辩护律师声称“王某某从不碰16岁以下的少女”。换言之王某某及其辩护律师以“确实不知被害女童是幼女”作为辩护理由之一。

实践中如果以行为人主观认知内容作为明知的判断标准,王某某这类人完全能够做到“确实不知”。就本案中王某某的某地产集团创始人兼董事长身份,凭借其地位和财力,完全可以设计出“确实不知”,比如周某作为中间人,以带小孩子去上海迪士尼玩为由,将两名女孩从江苏带到上海,并在事发当天,将两名女孩带至王某某入住的酒店房间。^①可以设想,对于王某某所代表的一类人群,如果有人有求于他并且知道其存在这种不良癖好,完全可以在“王某某”不知情的情况下,将一切安排妥当,不令其知道女孩的年龄、籍贯、受教育程度等等,避免让女孩透漏个人信息,也避免令其在某些能够表征女孩年龄的场所或环境下接触……总之,“王某某”可以被“保护”得尽可能与法网隔离开来,那么“王某某”确实可以主张自己“确实不知对方未满12周岁”。如此一来,证明“王某某”明知对方不满12周岁的责任转移到了检方,检方必须证明“王某某”所提供的证据不足以证明其“确实不知”,并且“王某某”知道或应当知道对方已满12周岁。这不仅增加了检方的工作强度和难度,甚至有可能引发选择性执法,王某某这一类人同幼女之间的性关系有可能被完全“豁免”了。并且,“确实不知”为辩护律师提供了绝好的机会,这并非禁止律师就此进行辩护,而是在“知与不知”这一点上,大多是辞令上的修饰与变化罢了,加之主观层面上的许多模糊地带,细究起来又无法作出明确判断,在对“知与不知”的辩论过程中,对被害幼女给予严格保护这一初衷就渐渐转向保护行为人所谓的合法权益。而且,从长远来看,这种辩护模式还有可能会给潜在的对女童有特殊癖好者提供了更好的如何规避法律制裁的范本。

2. 行为人不得以确实不知幼女年龄作为辩护事由

首先,从控方证成犯罪成立这一角度来看,过错推定责任的适用也严格遵循取证程序,包括取证人员资质、现场保护、及时采样、确保采样不被污染等等。客观证据如果存有矛盾,不能排除合理怀疑,应作无罪推定。这也是过错推定责任的应有之意。所以,在实践层面并非会产生极为不公甚至“草菅人命”的情形,反而在保护幼女这一弱势群体中,能够在保护被害人和保证控辩双方充分对抗之间取得平衡。

其次,从行为人自我辩护这一角度来看,不允许以确实不知幼女年龄作为辩护事由并非不允许行为人提出任何辩护事由,行为人完全可以就幼女年龄以外的其他事项进行合理辩护。如前文所述,过错推定责任仍然坚持责任主义立场,并非不考虑行为人主观,而是控方在证明犯罪成立时,就某项主观构成要件要素不承担举证责任。在这一层面上考量《意见》第17条规定,控方在证明行为人构成性侵幼女犯罪时,需要对行为人客观上实施了性侵害行为、主观犯罪意图、幼女真实年龄承担证明责任,对于行为人知道幼女未满12周岁不承担举证责任,在查清幼女真实年龄基础上直接推定行为人明知被害幼女未满12周岁,行为人不得以年龄认识错误为辩护事由。然而行为人依旧可以提出其他辩护事由,比如提出无作案时间、未发生实质上的性交行为等事由,或提出自己受到以死亡或严重伤害相威胁的胁迫。如果行为人是未成年人,还可以提出减轻处罚的辩解。此外,《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条还规定了如果已满14周岁不满16周岁的人偶尔与幼女发生性行为,且情节轻微、危害不大,不认为是犯罪。不过这些辩护事由需要由被告承担举证责任。所以,即便是推定责任,事实上仍然存在辩护事由,只不过在性侵害未满12周岁幼女这一犯罪中,不能以不知道幼女年龄为辩护事由。

再次,从适用范围来看,对年龄存在明知的不容反驳应仅仅限定在对不满12周岁幼女实施性侵害行

^①《身家超487亿的王振华猥亵女童案判了5年判轻了吗》,新浪新闻网, <http://finance.sina.com.cn/review/jcgc/2020-06-17/doc-iircuyvi9023858.shtml>, 2024年3月17日访问。

为这一情形中,且只存在于行为人对幼女年龄这一要素的主观认知中,不可随意扩展至其他领域。并且,在性侵害幼女这一严重违背自然伦理的犯罪领域内,为保护幼女这一群体,在程序层面适用过错推定责任,对证明责任进行分配,并不会对实体层面上犯罪构成要件及归责原则有所冲击。

最后,从社会共识角度而言,保护幼女是人类自古以来的基本共识。给予幼女群体以绝对严格的保护并非与当下提倡的自由、平等、人权等观念相悖。笔者赞同建立在权利本位、个人本位基础上的理念和原则,也认为应当对被告人的合法权益给予保护,但同时也认为,总有一些绝对领域应当被严格地保护。这种领域并不少见,而且基本都以强制的形式体现出来,比如一国的国体政体、宗教信仰、道德共识等等。^①之所以在某些领域采取强制,是为了取得更好的成果、达到至善的目的。在对幼女的保护上,我们也或多或少秉持了这种理念,比如我们否认幼女的性自由权,因为幼女并不能完全清楚地认识到自主处分性权利的意义和影响,在这一层面,我们采取的正是家长主义立场。在奸淫不满12周岁幼女情境中,不允许行为人以确实不知幼女年龄为辩护事由,正是将个人自由、个人权益置于我们所服务的社会的善的观念之下,相比被告人的主观状态,被害的幼女一方处于更高的待保护的地位,并且奸淫幼女这一行为严重突破了我們共同生活的底线,在此种情形下,入罪层面考虑被告人的主观罪过与保护幼女、维护社会底线和道德共识这一目的,法律应当倾向后者,法律应当在关键领域做出价值引导和价值判断。

(二) 对已满12周岁未满14周岁幼女的明知采可反驳的推定

1. 综合社会一般人认知与行为人特殊认识为推定标准

相较于根据不满12周岁被害幼女年龄一律推定行为人明知,在12至14周岁这一年龄段的被害幼女范围内,对行为人的主观明知认定更为谨慎,除被害人实际年龄外,还要辅以被害人的外在表现要素。首先,已满12周岁未满14周岁的幼女基本上处于初中教育阶段,相对于不满12周岁的幼女,在身心发育和行为举动上都更加成熟,虽然属于幼女年龄阶段,但不排除无法辨别幼女还是少女的特例。其次,法律对社会一般情形进行规制,但也兼顾现实生活中的个例。比如2002年发生在辽宁省鞍山市的“疯女人”案,也是最高人民法院2003年发布有关“奸淫幼女”司法解释^②的缘起案件。在这个案件中,被害幼女真实年龄为13岁,身高1米65,体重60.2公斤,其自称19岁,在网络聊天中以性话题为主,并且主动与8名网友发生性关系。^③从该案被害幼女的外表和行为举止来看,现实中确实存在辨别幼女还是少女的模糊地带。故而《意见》第17条第3款并未规定“一律推定明知”,而是指明了在判断行为人“明知”时需要考虑的因素:身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等。

实务中,法院对于行为人主观“明知”的认定不能完全建立在行为人主观认识的内容的基础上,而是要从社会一般人角度进行考量、做出判断,在极端情况下需要结合行为人的特殊认识内容。在辽宁省张岩强奸案中,兴城市人民法院认定被告人张岩无法判断被害人周某某未满14周岁,原因有四:一是两人见面时间为冬日的晚间,天色较黑,且二人接触时间较短。二是被害人周某某身体发育程度接近14周岁少女。三是周某某当天打扮比较成熟,妆容较浓,鞋跟较高。四是被告人张岩对周某某的年龄问题进行了询问,根据张岩供述,周某某在询问中分别称自己20岁、17岁。最终一审判决张岩无罪,兴城市检察院抗诉,二审法院裁定驳回抗诉,维持原判。对于该案,笔者认为并不能仅仅从周某某的穿着打扮、见面时间、接触时长等就断定张岩无法判断周某某的年龄,并且周某某多次对于自己年龄的前后不一的回答,按照常识判断,并不能让正常成年人产生确信。从检察院抗诉理由来看,周某某“身高143厘米,体重70多斤,非常瘦弱,胸部发育不成熟”,从身体发育程度尤其是第二性征,周某某与其所谎称的17岁、20岁的女性身体

①[英]詹姆斯·斯蒂芬:《自由·平等·博爱》,冯克利、杨日鹏译,江西:江西人民出版社,2016年,第12-22页。

②2003年1月23日,最高人民法院发布了《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》,该解释自2003年1月24日起施行,现已失效。

③《高法“强奸犯罪”司法解释源自辽宁一件离奇案例》,新浪新闻网, <http://news.sina.com.cn/c/2003-03-11/131369331s.shtml>, 2024年3月11日访问。

特征有较大区别。其次,张岩开房时曾被张海军提醒被害人年龄小,而张岩未对被害人年龄进一步核实,并且检察院提出张岩与被害人系非正常交往。^①站在一般人立场,综合周某某的外形、对年龄前后矛盾的表述,以及张岩对被害人尚为幼女的潜在认识、未采取有效确认方式等等,难以确证张岩确实不知周某某未满十四周岁。

故法院对于“明知”的判断不宜单纯依照行为人的主观认识,在不存在极端特殊情况下应当从一般人角度考察,而非因人而异。一般情况下,如果按照一般人标准能够认识到对方为幼女,行为人也能够认识,则认定明知。如果按照一般人标准不能确认对方为幼女,但以行为人掌握到的信息能够认识到,则认定明知。在极端特例中,如上文所提“疯女人”案,如果经查证确实难以认识到是幼女,且一般人处于行为人当时的境况中也难以辨认是否为幼女,则以行为人的具体认知为标准。

2. 允许行为人就年龄事项提出辩护事由并且承担举证责任

根据社会一般人认知与行为人特殊认识标准,在考虑各因素后能够认识到被害人是幼女,则推定行为人对幼女存在主观认识,但行为人可以就此提出辩护事由。如果确实存在极其特殊情况且行为人主张并证明自己在具体案发场景下、在尽到一切努力试图获知幼女真实年龄后仍然无法查明,则由控方就行为人“明知”承担超出合理怀疑的证明责任。

依据过错推定责任在举证责任上的再分配,行为人需要就自己对幼女年龄的主观认知承担举证责任,包括提出责任和说服责任^②。行为人须就自己“确实不知幼女年龄”主动提出证据,如果行为人在被告知辩护权利后仍然拒绝提出辩护事由,则认定行为人主观存在明知;如果行为人进行抗辩,则应当对其主张承担说服责任,即行为人必须以充足的证据证明自己对幼女年龄的认知确实有误。行为人需证明的事项包括但不限于:(1)客观上,从一般人角度来看被害人身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等特征确实明显更像已满14周岁;(2)行为人必须确有证据证明自己合乎情理地相信了被害幼女年龄已满14周岁;(3)行为人必须确有证据证明自己采取了合乎情理的措施验证被害幼女的年龄,比如查看学生证等能够证明身份的证件;(4)即使其他具有一般认识的正常人处在与行为人相同的场合,在尽到谨慎义务后,也难以避免这种错误判断。^③

四、负有照护职责人员性侵罪亦应当适用不可反驳的过错推定责任

《刑法修正案(十一)》在刑法第236条后增加了针对已满14周岁不满16周岁未成年女性滥用地位型性侵罪作为第236条之一。^④在认定负有照护职责人员对未成年女性的主观明知时,也应当适用过错推定责任,并且在控方证实被侵害未成年女性真实年龄和与特殊职责人员的特定关系后,宜一律推定该特殊职责人员明知被害人为未成年女性且不允许行为人以年龄认识错误为辩护事由。理由如下:

1. 负有照护职责人员所处地位对获取被害未成年女性身份信息具有绝对优势

根据刑法第236条之一所列照护职责人员可知,首先,“照护”一词表明该人员与未成年女性之间是一

^①张岩强奸案二审刑事裁定书(2018)辽14刑终140号,裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=930s85qhV2OIM98ANcLiWbP2cAMjW+Opmhr8RIGjuwghxcZ8oAJKE5O3qNaL-MqsJHBGwPzv9BKKXoV3Lw8QHAX5IyQ4qr0fTfNRd5IeHdZbQ690f72k2KqvABpce4Hc>, 2024年4月4日访问。

^②按照英美法系对证明责任的划分,提出责任也称“推进责任”,即提出足够证据使一主张成为案件争点;说服责任即说服法庭有罪或无罪的责任。

^③陈邦达:《性侵害未成年人案件之证明难点与破解方法》,《青少年犯罪问题》2020年第4期,第15-20页。

^④《刑法修正案(十一)》在刑法第二百三十六条后增加一条,作为第二百三十六条之一:“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。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。”

种特定的对应关系，而非一种泛指。其次，将该人员与未成年女性连接起来的“职责”是基于一种身份关系产生的，并且是一种由该人员到未成年女性的单向度的责任，而非互负责任。比如监护人对被监护人的职责是基于亲权产生，收养人对被收养人的职责基于法律拟制亲缘关系产生，并且收养人需要对被收养人承担抚养照顾的责任，被收养人无需对收养人承担相同的责任。故而可以得出，特殊职责人员对该未成年女性身份信息尤其是年龄信息有充分了解，并且在某一方面，如教育、医护，对未成年女性处于权威或主导地位。

再次，这种特定关系包含了该特殊职责人员与未成年女性之间存在大量且长期的密切接触。监护关系和收养关系自不必说，建立起特定关系的医疗看护人员、教师，也会因固定的身体检查、定期授课活动与未成年女性建立起长期亲密关系。所以，即便在初次接触时该特殊职责人员不能确认对方是否为未成年女性，但在接下来的长期接触过程中，尤其是这类特殊职责常常意味着信任关系的建立，该特殊职责人员不可能完全不知未成年女性的年龄信息。

2. 负有照护职责人员利用其优势地位对未成年女性实施性侵

刑法第 236 条之一所规定的负有照护职责人员的性侵行为宜理解为“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”。在此种境况下，特殊责任人员处于天然的信息优势地位并且利用根据该优势地位所获取的未成年被害人特殊的身体及心理情况，尤其是利用信任关系，使被害人处于一种不知、不敢、不能或不知所措的境况之中。例如在黄泽学强奸案中，被告人黄泽学以金钱引诱、殴打、威胁等方式，多次对继女进行奸淫。^①又如，在齐某强奸、猥亵儿童案中，被告人齐某利用其小学班主任的身份，乘午休、宿舍查寝等机会对被害女童实施奸淫、猥亵，还利用带学生出去看病的机会，将被害人带回家实施奸淫。^②在这类案件中，特殊职责人员利用了职责和被害人信赖所产生的便利条件，而这些便利则完全建立在特殊职责人员对被害人身份信息的充分了解之上。故此在滥用特殊照护职责地位对未成年女性实施性侵案件中，在证明了被害人年龄和与行为人之间的特定关系后，自然可以推定行为人对被害人系未成年女性的主观明知。

结语

综上，我国《关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见》第 17 条属于过错推定责任，即控方无须对实施性侵害者是否明知被害幼女年龄承担举证责任。其中对第 2 款规定的“未满 12 周岁”这一年龄段的幼女，控方在查明被害幼女真实年龄，即可直接推定行为人知道对方为幼女，并且行为人就被害幼女年龄事项不能提出“确实不知”的辩护事由，但可以就客观方面和其他主观因素提出辩护事由；对第 3 款规定的“已满 12 周岁未满 14 周岁”这一年龄段的幼女，控方需综合被害幼女真实年龄和条款所列其他认定事实，推定行为人主观明知，并且行为人就可以就女方年龄事项提出“确实不知”的辩护事由，并承担说服责任，同时可以就客观方面和其他主观因素提出辩护事由。在《刑法修正案（十一）》新增的负有照护职责人员性侵罪中，控方在查明被害未成年女性真实年龄和行为人系对该女性负有特殊职责人员，即可推定行为人知道被害人系未成年人，并且不允许行为人以年龄认识错误为辩护事由。

^①最高人民法院发布 4 起侵犯妇女儿童权益犯罪典型案例之三：黄泽学强奸案，中华人民共和国最高人民法院网，<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/17512.html>，2024 年 4 月 9 日访问。

^②齐某强奸、猥亵儿童案，《最高人民检察院公报》2019 年第 1 号（总第 168 号），第 14-17 页。

Study on the Types and Application of the Criminal Responsibility of Sexual Assault on Minors

ZUO Qian-yu

(School of Law, Liaocheng University, Liaocheng 252000, China)

Abstract: Strict liability and presumptive liability for fault are different forms under the theory of crime constitution in different legal systems, and there is no essential difference in concept and applicable rules. Under the background of traditional civil law theory, presumed liability for fault is the combination of the principle of statutory guilt in substantive law and the transfer of burden of proof in procedural law, which can take into account judicial efficiency and judicial justice under the premise of accountability, and meet the needs of policies and society. From this perspective, it is appropriate to understand Article 17, paragraphs 2 and 3 of the Opinions on Punishing the Crime of Sexual Assault against Minors according to Law as presumptive liability for fault, that is, the prosecution does not have to bear the burden of proof on whether the perpetrator of sexual assault knows the age of the woman. In respect of a young girl under the age of 12 as provided for in paragraph 2, the perpetrator shall not use ignorance of the age of the woman as a defense, but may raise reasonable defenses based on objective aspects and other subjective factors; In the case of a young girl who has reached the age of 12 but is not 14 years old as provided for in paragraph 3, the perpetrator may raise a rebuttal of “true ignorance” regarding the woman’s age and bear the responsibility of persuasion. In Amendment(XI) to the Criminal Law, the new crime of sexual assault by persons with nursing duties, the person who has special responsibility for the victim of minor female must not be mistaken in age recognition as a defense.

Key words: strict liability; presumptive liability for fault; sexual abuse of young girls; be fully aware of; burden of proof

[责任编辑 治平]