

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

赵冠男

内容提要:我国学者对于负有照护职责人员性侵罪中“照护职责”的现有分析存在实质不清、要素不明、判定不准等问题。根据《德国刑法典》第174条关于照护关系的规定,在具体的照护关系类型中,亲子关系和家庭关系首要考虑的是家庭伦理和性道德,所展开的是抽象的认定与推定,最为严格也最为特殊。参照德国刑法上照护关系的具体内涵以及以教养、照顾关系为主干、以滥用工作关系为补充、以亲子关系为特例的体系结构,应明确照护职责的实质在于,照护人在人身方面对受照护者的生活方式以及精神和心理的成长进行监督和引导,以及受照护者由此对照护人产生上下从属意义上的依附关系。照护人与受照护者之间性关系的发生意味着照护关系的扭曲和依赖关系的异化,实质上是对未成年被害人性自主权的不法侵犯。“人身照护标准”涉及人身而非财产关系,关注精神而非物质关系,注重心理而非经济依赖。我国刑法所规定的照护类型中的监护、收养职责属于法定条件严格的特别类型,看护职责属于照护职责的基底类型,学校教育接近于德国刑法上的教养关系,教育(培训)、医疗职责则可在工作关系框架内进行判定。立足我国法律规定和制度框架,可以对具体照护职责的判定规则加以展开。

关键词:性侵罪 照护职责 法教义学 德国刑法

赵冠男,湖南师范大学法学院讲师。

我国《刑法修正案(十一)》新增《刑法》第236条之一关于“负有照护职责人员性侵罪”之规定。其中,“监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责”的具体认定,当属本罪司法适用的核心问题。域外刑法上虽然存在类似罪名,如《德国刑法典》(Strafgesetzbuch)第174条规定之“性侵受照护人罪”,但就照护职责之规定方式与类型划分而言,与我国刑法规定之间存有显著差异。特别是,我国学界对于照护职责的现有解读过简过浅,适用于刑事司法实践,恐有导致标准混乱与结论错杂之虞。鉴此,本文拟以德国刑法规定和教义为镜鉴,对照护职责展开教义分析,以期对其司法认定有所助益。

一 我国刑法上“照护职责”教义阐释之待决问题

在立法增设负有照护职责人员性侵罪的基础上,针对本罪构成要件的教义分析渐次展开。统观与照护职责相关的观点和学说,在其实质内涵、界定标准和具体判定等方面仍然存在明显问题。

(一)“照护职责”之实质不清

围绕照护职责之实质内涵这一基底问题,理论上存在尚待厘清的观点纷争。依“假性自主说”,负有照护职责人员容易针对受照护者实施欺骗、利诱等行为,受照护者考虑到这种关系而忍气吞声、难以反抗或抵制,故立法上推定受照护者对其性行为难以真正自主决定,也即,照护职责与关系的存在,使得受照护者的性自主呈假性特征;^[1]依“性剥削说”,负有照护职责人员基于与劣势地位的受照护者长期维系的依从关系而生成权力支配地位,进而对弱势方产生剥削效果;^[2]依“控制说”,负有照护职责人员由于优势地位、身份等因素,容易对受照护者形成控制;^[3]依“影响力说”,特殊职责人员因其职责而对低龄未成年女性形成特殊影响力,具体包括在衣食住行等经济方面的影响力以及对其在生活上教育、教养诸方面的指导监督等精神方面的影响力;^[4]依“依赖关系说”,负有照护职责人员对少女的身心健康成长具有实质性的管护、指导等作用,或者行为人对少女的健康成长具有某一方面的职责,使得少女对行为人形成比较稳定的依赖关系。^[5]

上列学说当中,“假性自主说”虽然对于负有照护职责人员性侵犯罪的法益内涵及罪名实质有所揭示,但对于何种类型或程度的照护关系能够认定为足以排斥被害人性自主并证成性侵犯罪,并未有所涉及;类似地,“性剥削说”虽然凸显了负有照护职责人员相对于受照护者的权力支配与剥削效果,但其所指涉的也主要是负有照护职责人员性侵犯罪的危害实质。质言之,“假性自主说”和“性剥削说”的突出问题在于,由于学说内容和界定标准过于抽象和笼统,难以将之有效转化和落实为照护职责的实质内涵。相较而言,虽然“控制说”“影响力说”及“依赖关系说”更为具体和确切,但其所共同面临的问题在于,何种程度或方式的影响、控制或依赖能够为入罪提供切实依据,以及进一步来看,依赖关系在照护职责判定以及各类具体照护职责认定上应当如何展开,尚不明确。

(二)“照护职责”之要素不明

就照护职责有无的判定而言,有论者认为,照护职责之界定标准主要在于照看、教育、医疗等行为所实施和持续的时间。^[6] 这种理解存在非常明显的问题:其一,照护职责的

[1] 参见周光权:《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,第30页。

[2] 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,第56页。

[3] 参见张义健:《〈刑法修正案(十一)〉的主要规定及对刑事立法的发展》,《中国法律评论》2021年第1期,第51页。

[4] 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,第79页。

[5] 参见张明楷著:《刑法学(下)》(第6版),法律出版社2021年版,第1144页。

[6] 参见张明楷著:《刑法学(下)》(第6版),法律出版社2021年版,第1144页。

判别属于定性问题,而照护时间长短属于定量问题。就此,显然无法得出照护时间的长短能够决定照护职责有无的结论。其二,仅以时间因素作为照护关系存在与否的唯一或决定标准,如果缺乏在不同照护职责类型之下的进一步具化和细化,这样的标准存在明显的不足。其三,关于照护时间和期限上的长短判断,我国理论上和实践中目前尚无可供适用或参考的明确标准。与时间因素相关联,有论者主张特殊职责的认定需要满足连续性、持续性的要求。在极其短暂的看护、教育、医疗等场合,不构成此处讨论的照护关系;至于何谓“极其短暂”,应以能否致使女性产生生活、精神上的依赖作为标准。^[7] 此种观点除了存在时间标准的问题外,在特殊职责、时间持续与依赖关系之间所做的联系与勾连,会使得时间长短与依赖产生之间陷入循环论证的逻辑漩涡。而且,在时间持续的长短与具体的照护职责之间,并不存在一般的、必然的、绝对的证成关系。相反,唯有首先厘清具体照护职责的实质内涵,并理清不同的照护职责之间的体系结构,才能进而依据照护时间长短对之进一步予以限缩。还有论者进一步指出,行为人能否对未成年女性产生影响力或支配力,通常与时间因素有关;但与此同时,影响支配与时间长短之间处于互补关系中,也即,影响支配越强烈,则时间要求越松弛。^[8] 其虽然能够正确看待时间因素对于照护职责判定的客观作用,并在可能意义上将时间因素的作用与具体类型的照护职责相联系,但问题仍然存在:其一,照护职责框架下影响与支配强弱的判断,应当考虑哪些因素,其中是否也涵括了时间因素在内,亦不明确;其二,原本微弱的影响或支配,在历经较长时间的累积之后,是否真有可能量变引起质变,值得怀疑。

由上可见,就照护职责的判定要素而言,学界已有论述大多局限于时间因素的评判,实质区别仅仅在于对于时间因素的正向或反向的评价方式,自然难以起到准确界定与判别照护职责存在与否的实际效果。

(三)“照护职责”之判定不准

对于照护关系或职责实质阐释上的不够清楚以及要素界定上的不够明确,势必导致具体职责判定上的不够准确。不少论者过于简单地认为,我国《刑法》第 236 条之一所明确规定的具体职责只需以法律明文规定为基础做平义解释即可。^[9] 因此,论者指出,对于“监护”,应依我国《民法典》关于监护制度的相关规定,确定监护人的范围;“收养”是指自然人依法领养他人子女为自己子女的民事法律行为,相应地,收养人对其收养的已满十四周岁不满十六周岁的女性未成年人负有特殊的照护职责;“看护”职责通常基于合同、雇佣、服务等关系确定(如雇佣的服务人员、保安等),也可以通过口头约定、志愿性的服务等形式确定(如邻居受托或自愿代人照顾);“教育”“医疗”则分别是指学校、培训机构、医院等机构的工作人员(包括教师、医生、护士等)对已满十四周岁不满十六周岁的女性未成年人所负有的照护职责。^[10] 上述判断标准看似简单明了,但却有过于简化和考虑不周等问题。比如,看护职责应当在规范还是事实的意义上予以理解和界定?或者说,在

[7] 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,第 85 页。

[8] 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,第 25-26 页。

[9] 参见于阳、周玲玲:《特殊职责人员性侵罪司法适用研究》,《湖北警官学院学报》2021 年第 2 期,第 26 页。

[10] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法释义与适用》,中国民主法制出版社 2021 年版,第 911 页。

具名的五种具体照护职责当中,因看护这一概念本身具有相对的描述性与模糊性,其是否本来就具有一定的补充与兜底作用?等等。应当看到,对于法律上明确规定或者实践中通常出现的常规案件,当然有可能得出恰当的结论;但对于争议与疑难案件,则极有可能出现宽严失度、判定失准的问题。

二 德国刑法上“照护职责”之具体类型与判定规则

(一)德国刑法上性侵受照护人罪之罪名结构

在《德国刑法典》第 174 条关于性侵受照护人罪的规定中,第 1 款与我国《刑法》第 236 条之一的规定较为类似,具体涵括三种类型:“由行为人受托教养或在生活上照顾的未满 18 岁之人”(第 1 项);“在教育、职务或工作关系框架内处于从属地位的未满 18 岁之人,行为人滥用与这一教育、职务或工作关系相关联的依附性”(第 2 项)和“与自己有自然或法定血亲关系的未满 18 岁的后代,或与行为人的配偶、生活伴侣或者类似配偶或生活伴侣的共同生活者的未满 18 岁的后代”(第 3 项)。

从该条款修订的演进上看,1871 年《德意志帝国刑法典》(*Reichsstrafgesetzbuch*)即已规定性侵受照护人罪。1973 年《刑法改革第四法案》(*Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts*)^[11]全面调整和重新确立了德国刑法典关于性犯罪的规范体系,并确定了第 174 条关于性侵受照护人罪规定的基本框架。在此后历次的刑法修改过程中,典型如 2015 年《刑法典第四十九修正案——性犯罪法欧洲指标之落实》(*Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht*) (以下简称“《刑法典第四十九修正案》”)^[12],2021 年《惩治儿童性暴力法案》(*Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder*)^[13]等,《德国刑法典》第 174 条第 1 款所具体规定的照护关系类型都属于刑法修改的重点内容。藉由数次修正,该法典所具体规定的照护职责类型的体系结构与层次关系也得以渐次清晰。

(二)德国刑法上“照护职责”之具体类型

1. “教养”之内涵与外延

通说观点认为,《德国刑法典》第 174 条第 1 款第 1 项规定的“教养”是指“为促进未成年人的身体和精神发展,对其生活方式所给予的监督与指导”。^[14]实际上,在各类照护关系与职责中,教养关系的内涵最为丰富,外延最为广泛。具体而言,其一,未成年人的双方或一方父母系教养职责的首要行使者。对于父母照料制度,《德国民法典》(*Bürgerliches Gesetzbuch*)第 4 编第 2 章第 5 节做出了专门性规定。其中,根据该法典第 1626 条的一般性规定,父母有义务和权利,对未成年子女进行照料,父母照料包括对子女人身及财产的

[11] Bundesgesetzblatt Teil I 1973 Nr. 98 23. 09. 1973, S. 1727.

[12] Bundesgesetzblatt Teil I 2015 Nr. 2 26. 01. 2015, S. 10 - 15.

[13] Bundesgesetzblatt Teil I 2021 Nr. 33 22. 06. 2021, S. 1810 - 1818.

[14] Eisele, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 30. Aufl. 2019, § 174 Rn. 6.

照料。其二,家庭内部的看护人员同样负有对未成年人的教养职责。根据《德国民法典》第 1630 条第 1 款的规定,如果由看护人负责处理子女事宜,则排除父母照料的行使;而根据《德国民法典》第 1688 条第 1 款关于看护人员决定权限的规定,对于长期生活在家庭看护之下的未成年人,看护人员有权对其日常生活事务做出决定,并在此类事宜上代替父母照料人行事。可见,对于未成年子女的教养而言,家庭看护与父母照料之间存在着替代和补充关系。其三,监护人亦负有对未成年人的照护职责。根据《德国民法典》第 1773 条的规定,如果未成年人缺失父母照料,父母无权在人身或财产事务上代表未成年子女行事,或者未成年人的家庭状况无法查清,则其应当获得其他监护。另据该法典第 1793 条的规定,监护人对于未成年被监护人的监护职责与内容,准用德国民法典关于父母照料的相关规定。其四,收养人与被收养未成年人之间也存在教养关系。根据《德国民法典》第 1754 条关于收养效力的规定,在收养人与被收养人之间存在法定父母子女关系,收养人对于未成年被收养人具有父母照料的义务与权利。其五,除了上述四类人员,其他即便不负有照料、看护、监护等特定职责的尊亲属(如祖父、继父等),与未成年人之间也可能存在教养关系。需要注意的是,在此种情形下,教养关系的认定不应简单以亲属关系的存续为已足。其六,教师与未成年学生之间也可能存在教养关系。依照德国法院判例中通行的司法规则,在任课教师与未成年学生之间存在人身上的教养关系,即便性行为发生在教学时间和学校范围之外,并不影响教养关系的存续以及性侵犯罪的成立。^[15] 学校管理人员对于全部在校学生均负有监督与照护的职责,故在其与学生之间,也同样存在着人身上的教养关系。^[16] 与之不同的是,对于短期的代课老师、负责毕业舞会舞蹈训练的临时聘请教师、课后辅导老师、学校的医护人员而言,^[17] 则不存在与未成年学生之间的人身教养关系。其七,社会力量也可能对未成年人负有教养职责。^[18] 《德国社会法典(第八卷):儿童与青少年帮助》(*Sozialgesetzbuch VIII - Kinder- und Jugendhilfe*)(以下简称“《德国社会法典(第八卷)》”)第 22 条规定了日托中心负有的教养职责内容;第 30 条规定,教养援助人和照护帮助人应尽可能地在儿童与青少年成长问题应对上为其提供支持,促进其独立;第 32 条对日间小组的教养作出了规定;第 34 条规定了教养院之类的全天候教养。基于德国社会法典上列明确规定,相关的社会教养人员对于未成年被教养人负有教养与照护职责。

统观《德国刑法典》第 174 条第 1 款第 1 项中“教养”范畴的不同形式与内容,其内涵与外延相较于字面意义显然要丰富得多。在多种教养关系中,父母照料、家庭看护、监护、收养、社会教养系基于德国民法典或德国社会法典的专门和明确规定,教养关系认定的规范依据较为具体确切,判定标准也相对清晰明了。与之相较,亲属或教师教养并无直接而明确的规范依据可供遵循与援引,相应地,在实际案件的具体判定中,需要更多地回溯到

[15] Vgl. BGH, NJW 1986, 1053, 1054.

[16] Vgl. BGH, NJW 1960, 443, 444.

[17] Vgl. BGH, NSiZ 2012, 690, 691; OLG Koblenz, NJW 2012, 629, 630; BGH, NSiZ 2003, 661, 661; BGH, BeckRS 2014, 13123, Rn. 15.

[18] Vgl. Renzikowski, in: Münchener Kommentar StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 174 Rn. 22.

教养关系的实质内涵,从而在亲属或教师教养的具体情形和案件中做出规则化的具体判定。可以说,教养所具有的贴近日常的生活含蕴使其外延具有相当范围的延展可能,其既能够包含规范属性显著的照料、看护、监护、收养等类型,也能基于教养的实质内涵,将符合标准的事实意义上的教养关系涵括在内。由此,在照护关系的具体类型当中,首先规定的教养关系既具广泛性,其涵盖了最为多样和多面的照护关系;同时也具基础性,在家庭内、亲属间、师生间发生的照护人对受照护人实施的性侵犯罪当中,应对行为人与被害人之间可能存在的教养关系加以优先考察与认定。

2. “生活照顾”之界定与判别

关于“生活照顾”之基本界定。如前所述,“教养、教育或生活照顾”三种照护关系之间存在着一定的流动性,^[19]也即,在三者之间难以泾渭分明地划定界限,虽然现行《德国刑法典》第174条第1款第1项仅涵括了“教养”和“生活照顾”两种照护方式,但在两种方式之间,仍然存在着界限模糊和范围重叠的情况。^[20]学说上一般将生活照顾界定为行为人在一定的期限内负责未成年人身体和心理的健康成长。^[21]就此,德国联邦法院在判决中指出,“只是行为人为未成年人提供物质上的给养,并不能证成此种照护关系的存在,对此而言,更为重要和核心的,是在上下从属关系意义上看待未成年人对于行为人所形成的涵括一般人身与人性领域的依附关系”。^[22]

关于“生活照顾”之判别。在《德国社会法典(第八卷)》当中,除了前文所列举的与未成年人教养职责相关的条文之外,由社会力量负责的与未成年人生活照顾职责相关的规定主要包括:其一,第27条规定,对儿童或青少年负有教养职责的主体,如果其不能为儿童或青少年健康成长给予相应教养,且对其健康成长而言教养帮助是可行和必要的,则可以请求获得教养帮助。除上文所述第30条、第32条和第34条所规定的教养形式之外,还包括教养咨询(第28条)、社会团体工作(第29条)、社会教育性家庭帮助(第31条)、全职照管(第33条)和深入的社会教育性个人照料(第35条)等各种形式。其二,第35a条规定,如果儿童或青少年的精神健康极有可能在长于六个月的时间内偏离与其年龄相应的正常状态,并由此可能影响其融入社会生活,则其有权获得融入帮助。其三,第41条规定,在年满21周岁之前,如果且只要该青年人生成长欠缺自我决策、自我负责和自我独立的生活方式,则青年人有权获得适当和必要的帮助。故此不难看出,就社会法典的规定而言,关于教养和生活照顾的规定,存在明显的交叉、重合与互补关系。除此之外,就生活照顾意义上照护关系的判定而言,多是通过法院判例的方式在司法实践中渐次生成的。就此而言,可以通过典型判例加以说明。例如,在一起牧师性侵多名未成年少女信徒的案件中,德国联邦法院认为,在牧师以教师身份为被害少女教授宗教课程期间,存在教养和照护关系;而在此之后,牧师利用少女偶尔来访教堂的机会对其实施性行为,

[19] Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl Kommentar StGB, 29. Aufl. 2018, § 174 Rn. 7.

[20] Vgl. Ziegler, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, 52. Ed. 1. 2. 2022, § 174 Rn. 6.

[21] Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 30. Aufl. 2019, § 174 Rn. 9.

[22] BGH, NJW 1995, 2999, 3000.

二者间只存在通常的牧师与信众关系,而不存在生活照顾意义上的照护关系。^[23]但是,在另外一起认定照护关系存在与否的同类案件中,有牧师身份的被告人在所属教区组织成立了一个青少年圈子,利用晚上时间为青少年讲授基督教的礼仪和思想。在半年多的时间里,被告人与三名十四五岁的男孩发生了性关系。在该案审理中,法院认为,被告人与被害人之间已经超出了通常意义上的牧师和信徒关系,而是在精神和道德上对未成年信众产生了影响,并在二者之间建立了从属和威权关系,所以被告人对被害人负有生活照顾或照护职责。^[24]通过案例可以发现:其一,虽然存在类似的“牧师—信徒”或共同居住关系,但对于照护关系存在与否的判定,需要在具体案件中结合案件事实和情节进行个案判断,而无法仅基于抽象的关系类型直接得出生活照顾关系有无的结论。其二,虽然生活照顾这一用语具有宽泛的日常涵义,但在性侵受照护人罪的认定框架内,应当从规范意义上对生活照顾进行限缩和框定。由此可见,生活照顾并非是指通常所理解的共同居住生活以及衣食起居上的照顾。其三,立基于照护职责和照护关系的实质内涵,生活照顾关系的认定主要取决于照顾人对未成年被照顾人在人身人性和精神道德层面的关照与指导,由此形成的被照顾人与照顾人之间的上下从属关系,以及被照顾人对于照顾人所存在的心理依附关系。

3. “教育、职务、工作关系”之理解与适用

2021 年《惩治儿童性暴力法案》的颁行改变了《德国刑法典》第 174 条第 1 款第 1 项与第 2 项之间的关系。修法之后,第 1 项和第 2 项规定的年龄界限均为未满 18 岁,犯罪对象上的同一必然导向了适用条件上的趋同,第 2 项的适用范围也被相应地予以压缩。首先,关于教育关系,内涵相对清晰,具体是指“为实现特定的教育目标而进行的知识与技能的传授”。^[25]而与此同时,根据《德国职业教育法》(Berufsbildungsgesetz)第 14 条第 1 款第 5 项之规定,除传授职业技能外,职业教育者亦负有促进受教育者性格养成以及避免其道德和身体受创的职责。可见,在教养与教育关系之间存在着一定的交叉与重合。而相较于教养关系,教育关系侧重于照护关系的实践导向与职业目标,因而与职务和工作关系存在类似性和同质性。在实际判例中,比如厨师师傅利用未成年女学徒在其家中留宿的机会,对学徒实施性侵;^[26]服装店店主利用尚未与其确立正式师徒关系的 14 岁女售货学徒在其店内半工半读的机会,对学徒实施性侵;^[27]职业医生利用 14 岁女学生在其诊所进行为期 3 周的学生实习期间,乘演示教学的机会对女学生实施性侵。^[28]以上案件中,法院均认定被告人与被害人之间存在教育关系,并进而判定其成立性侵受照护人罪。此外,对于驾校教练与未成年学员之间是否存在教育关系,则存在争议。在一般情况下,法院往往会否定此种关系的存在,原因在于,驾校教练只负责教授学员驾驶车辆所必要的法

[23] Vgl. BGH, NSiZ 1986, 215, 216.

[24] Vgl. BGH, NJW 1953, 1311, 1311.

[25] Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 30. Aufl. 2019, § 174 Rn. 8.

[26] Vgl. BGH, NSiZ 1982, 329, 329.

[27] Vgl. BGH, NJW 1958, 2123, 2124.

[28] Vgl. BGH, BeckRS 2020, 10184, Rn. 23.

律、技术和操作知识与技能,并养成其良好的驾驶行为与习惯,但却谈不上对于未成年学员人身成长的照护以及二者间从属与依附关系的形成。^[29] 但德国联邦法院在一例案件中则肯定了驾校教练与学员之间存在教育关系的可能,该案的特殊之处在于,驾校教练与未成年学员的家庭之间存在着长时间的密切交往,其家庭成员(如被害人的姐姐)之前曾多次在其驾校学习驾驶,法院由此认为,在通常的驾驶技术传授之外,特定情境下的驾校教练对于熟识的未成年学员可能负有教育职责。^[30] 可见,教育关系的认定仍然主要取决于二者间的人身依附与从属关系。其次,职务、工作关系。《德国刑法典》第174条第1款第2项规定中的职务与工作关系的外延较为宽泛,涵括了公法或私法层面建立的所有类似关系,而无需考虑工作的获得途径、职务的行使方式等等。乃至工作关系在法律意义上有效与否,也不影响工作关系的实际存在,即事实上存在的工作关系也应归属其中。^[31] 而宽泛的职务与工作关系所实质要求的,系成年上司与未成年下属之间存在的上下级从属结构。具言之,下属听命于上司指令,完成特定职务所要求的工作任务,并受到比如单位领导、部门负责人、师傅、带头的徒工、小组组长、流水线工头等指挥和差遣。^[32] 最后,依附关系滥用。与职务、工作关系的宽泛认定形成对冲和平衡的是,《德国刑法典》第174条第1款第2项附加规定了行为人滥用依附关系这一要件。^[33] 滥用教育、职务、工作关系中上下级从属以及与之关联的依附关系是指,行为人利用上下级依附关系,不论是通过明示或暗示的方式,也不管是通过威胁施以恶害还是剥夺利益,利用其相对于受照护人的优势地位和权力,使得性侵犯成为可能或容易得手。^[34] 在一起典型案件中,被告人多次与其已满16岁未满18岁的继女实施性行为,^[35] 法院认为,通过对案件事实和情节的整体评价,被告人作为暴躁易怒的继父形象,在整个家庭内部处于支配和掌控地位。而当继女尝试通过周日不回家的方式躲避性侵时,被告人在家人面前大发雷霆,以致于继女不再敢忤逆他的意愿和要求。继父利用其所制造的家庭关系和畏惧氛围,与未成年继女发生关系,系对于上下级依附关系的滥用。^[36]

4. “亲子关系”之范围与认定

关于“亲子关系”之范围扩张。对于《德国刑法典》第174条第1款第3项规定的“性侵后代”这一行为类型,2015年《刑法典第四十九修正案》将第176条第3款原“血缘或收养的子女”的表述,修改为“与自己有自然或法定血亲关系未满18岁的后代,或与行为人的配偶、生活伴侣或者类似配偶或生活伴侣的共同生活者的未满18岁的后代”,从而扩展了该罪类型的对象与主体范围。藉由此次修法在四个方面做了进一步明确:

[29] Vgl. OLG Stuttgart, NJW 1961, 2171, 2171.

[30] Vgl. BGH, NJW 1967, 988, 990.

[31] Vgl. Renzikowski, in: Münchener Kommentar StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 174 Rn. 32.

[32] Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl Kommentar StGB, 29. Aufl. 2018, § 174 Rn. 8.

[33] Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 30. Aufl. 2019, § 174 Rn. 11.

[34] Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl Kommentar StGB, 29. Aufl. 2018, § 174 Rn. 9.

[35] 需要说明的是,在判决当时(2017年),由于《德国刑法典》第174条第1款第1项设定的年龄界限为未满16岁,所以第1项规定无法适用,而只能考虑适用第2项规定。

[36] Vgl. BGH, NSZ-RR 2017, 276, 277.

一，自然血亲关系的表述意味着，即便由于收养关系的成立而丧失父母子女关系，但在生父母与其子女之间发生的性侵犯罪，属于本罪惩处范围。二，法定血亲关系的表述意味着，养父母子女关系、继父母子女关系以及依据《德国民法典》第 1592 条规定^[37]而认定的父亲与子女关系，均属于特殊照护关系的具体类型。三，根据《德国生活伴侣法》(*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*)第 2 条之规定^[38]，生活伴侣具有与配偶相同的法律地位。另依据德国联邦法院在判例中的认定，所谓“类似配偶或生活伴侣的共同生活者”是指，二人之间长期地保持关系，不允许其他类似关系的平行存在，且在内部关系上，双方对彼此承担责任，并超出了纯粹的家务和经济共同体的范畴。在具体案件中，此种关系的认定，并不取决于双方相处时间的多少，哪怕双方只是固定地共度周末，亦可认定共同生活关系。^[39]有基于此，在生活伴侣及类似配偶或生活伴侣的共同生活者与子女之间，也存在认定性侵后代的特定关系。四，以“后代”取代“子女”，则隔代的祖父母与孙子女乃至相隔数代的祖辈子女之间，可能发生的性侵犯罪亦被纳入本罪处罚范围。

关于“亲子关系”之具体认定。区别于教养、照顾和依附关系的判定，在家庭内性侵或曰性侵后代的情形下，重要的并非是在事实上存在社会生活意义上具体的职责与关系，而是抽象的家庭归属关系。^[40]相应地，这一条款的规范目的在于将性与亲子关系“绝缘”。^[41]因此，对于亲子关系的认定是抽象而一般的，家庭后代成员与其尊亲属之间可能存在的依赖关系只需基于立法上的推定与拟制，而实际存在的具体而深入的依存关系只在量刑上具有意义。^[42]在司法实践中，虽然《德国刑法典》第 174 条第 1 款第 3 项规定的家庭关系已经非常宽泛，但仍然存在这一规定本身难以涵括的情形与案件。例如，在继祖父性侵继孙子女的案件中，法院依法最终否决了第 3 项规定适用的可能。^[43]但反对意见则主张，依照立法者修法的动机与目的——拓展和完善亲子关系中对于未成年家庭成员性权益的有效保护，应当将继祖辈对继孙辈的性侵归入亲子关系当中。^[44]这种实质取向的解释方法和结论，与德国联邦法院绝对形式和严格化的法律适用方式之间存在着明显对立，对此，德国司法实践中的解决路径是，如果需要实质化地考察尊亲属与未成年后代之间的照护关系，则只能考虑认定教养关系并适用第 1 项规定。

(三) 德国刑法上“照护职责”之体系结构

在详细阐释《德国刑法典》第 174 条第 1 款所规定的教养、照顾、教育、职务、工作、亲子等具体类型照护职责的内在涵义与认定规则的基础上，鉴于教养、照顾关系(第 1 项)

[37] 《德国民法典》第 1591 条、第 1592 条规定，母亲指的是分娩子女的妇女，而父亲则指子女出生时母亲的配偶。据此，在(法定)父亲与子女之间，并不必然存在血缘关系。

[38] 《德国生活伴侣法》第 2 条规定：“生活伴侣负有相互照护和支持以及共同规划生活的义务。他们对彼此负有责任。”

[39] Vgl. BGH, NJW 2018, 2139, 2140.

[40] Vgl. Frommel, in: Nomos-Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 174 Rn. 18.

[41] Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 30. Aufl. 2019, § 174 Rn. 13.

[42] Vgl. BGH, NJW 1994, 1078, 1078.

[43] Vgl. BGH, NJW 2021, 3798, 3798.

[44] Vgl. Nicolas Böhm, Anmerkung zu BGH Beschl. v. 22. 6. 2021 - 2 StR 131/21, FD-StrafR 2021, 443945, 443945.

与教育关系(第2项)之间可能存在交叉,而在亲属之间和家庭内部的尊亲属和未成年后代之间(第3项),亦有可能存在教养与照顾关系,所以有必要进一步理清第1项、第2项和第3项规定的适用位序,以及各类照护职责的体系结构。

无疑,第3项规定的性侵后代应予优先适用。原因在于,区别于第1项、第2项适用中对于照护关系的具体判断,性侵后代情形中亲子关系的判定实质上系一种立法拟制,也即,只要能够认定行为人与被害人之间存在第3项所规定的亲子关系,则应当推定二者之间当然存在入罪要求的照护关系。此为其一。其二,至于第1项与第2项的适用关系,多数观点认为,第2项应优先于第1项而予以适用。^[45]认为相对于第1项规定,第2项规定系特别规定,其设定了更为严格的认定条件,因而应优先适用。^[46]也有观点指出,第1项和第2项的适用范围并非完全相同,而且符合第2项规定的情形并非必然符合第1项规定,从而否定其特别规定性质。^[47]与之相反,有论者主张第2项相对于第1项处于补充地位。理由是,虽然第1-3项针对三类不同情形逐级规定了愈加严格的适用条件,但第1项与第2项规定并非一般与特别关系,而只是在适用范围上有所重叠。对于重叠情形中照护关系的判定,第2项规定设定了滥用依存关系作为额外的条件,只是为了在一定程度上中和第2项规定所设定的更高年龄阶段。^[48]

笔者认同第2项相对于第1项规定的补充适用地位,但同时认为,应在修正后的法律规定框架内对两项规定的适用关系加以分析。在修法之后,第1项和第2项规定的照护关系类型不再重合;再则,第1项和第2项设定的年龄阶段并无二致,故而有必要重新界定性侵受教养者(第1项)与滥用工作关系性侵(第2项)的适用关系。恰当的观点是,鉴于第1项和第2项涉及的年龄阶段完全相同,但第2项额外规定了相较于第1项而言更为严格的条件——滥用依附关系,应当认为,在照护关系的具体类型上,第1项规定的教养和生活照顾的判定标准,应比第2项规定的教育、职务、工作关系的判定标准更为严格;也正是因为后者的界定更为宽泛,才有必要在认定照护关系存在的基础上,进一步判定滥用要件具备与否。唯有如此,才可能在第1项与第2项规定之间保持体系上的协调及适用上的平衡。具体到两项规定的适用位序关系,应当首先判定是否存在教养、生活照顾等更为严格的照护关系(第1项);若否,则需进而判断教育、职务、工作关系以及滥用依附关系的有无(第2项)。

可见,在三项规定及其所涉及的照护关系类型中,第3项涉及的亲子和家庭关系首要考虑的是家庭伦理和性道德,所展开的是抽象的认定与推定,最为严格也最为特殊。第1项规定的教养和生活照顾关系,在照护关系中处于基础和主干地位,最为广泛也最为多见。二者之间,教养关系更为基础,而生活照顾关系相对处于补充地位。在无法认定存在教养和生活照顾关系的情况下,可以退而考虑第2项规定的教育、职务、工作关系,其标准相对更低,但需同时满足滥用依附关系要件。

[45] Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 30. Aufl. 2019, § 174 Rn. 35.

[46] Vgl. Ziegler, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, 52. Ed. 1. 2. 2022, § 174 Rn. 23.

[47] Vgl. Renzikowski, in: Münchener Kommentar StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 174 Rn. 58.

[48] Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl Kommentar StGB, 29. Aufl. 2018, § 174 Rn. 19.

三 对我国刑法上“照护职责”之镜鉴

相较于《德国刑法典》第 174 条规定,我国《刑法》第 236 条之一关于负有照护职责人员性侵罪的规定较为简单,对于具体的照护职责种类也未区分层级。就此,德国刑法上性侵受照护人罪框架内照护关系类型的具体内涵、判定标准和体系结构等,对我国刑法上照护职责的教义构建具有一定的参考意义。

(一)“照护职责”之实质内涵与核心要素

在具体的照护职责类型之间,有必要进行类型化的处理与分析。也即,在就不同照护职责展开类型分析之前,首先应在不同类型的照护职责背后,发掘和确立照护关系的实质内涵与核心要素。

第一,“时间标准”之否定。我国学者倾向于将照护关系的持续时间作为职责判定的决定要素,对于这一立场,德国判例和学说表达了明确的否定态度。无可置否的是,如果照护时间过于短暂,往往难以形成真正的照护关系。例如,一名 15 岁少女由其父母送到牙科诊所看医生,在其父母不在场情况下,在拔牙手术过程中,牙科医生对其实施了性侵行为。^[49]在此种情况下,法院否定了照护关系的存在。更为重要的是,一方面,较长的相处时间并非意味着生活照顾关系的必然形成。而另一方面,数小时的相处时间也可以形成生活照顾关系。例如,被告人在驾车运载 15 岁少女去往外地的途中,对少女实施了性行为,法院认定二者之间存在生活照顾与照护关系。理由在于,虽然数小时的车程在时间上较为短暂,但由于被告人在出发前向被害少女的父母承诺,会帮助少女在异乡找到一份工作,并尽自己所能地对少女的生活负责,据此可以判定,被告人对被害人负有生活照顾和照管监督职责。^[50]可见,在照护关系的判定中,时间因素虽然可能属于考察因素之一,但并非决定要素。

第二,“人身照护”实质之揭示。在德国司法判例中,“教练—学员”之间可能涉及教养、生活照顾、教育、训练等多种关系,从而为探析照护关系判定的实质准据提供了鲜活例证。例如,只是属于某家体操俱乐部的成员这一事实,尚不能证明未成年运动员与俱乐部管理人及教练员之间的照护关系。即便被告人曾代理训练过被害人所在的体操小组,曾在被害人参加的比赛中作为比赛裁判执法,被害人曾参加过由其共同指导的训练营,亦不能证明二者间实际存在生活照顾关系。^[51]与之相反,被告人作为青少年足球队的教练,负责青少年球员的生活照料、球队训练和随队指导比赛。在执教期间,对六名未成年队员实施了性侵行为,法院认定了照护关系的存在。^[52]由此,照护人与未成年人之间存在的“人身照护”才是照护职责判定的实质基准。进言之,人身照护关系包括照护人对于未成年受照护者成长的责任关系以及后者在成长过程中对前者的依附关系两个方面。而照护

[49] Vgl. OLG Frankfurt, NJW 1952, 236, 236.

[50] Vgl. BGH, NJW 1955, 1934, 1934.

[51] Vgl. BGH, NSiZ-RR 2020, 210, 210; Wolfgang Pfister, Aus der Rechtsprechung des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts 2019/2020, NSiZ-RR 2021, 1, 1.

[52] Vgl. BGH, NJW 1962, 1450, 1450.

职责的核心在于,照护人在人身方面对于受照护者的生活方式以及精神和心理的成长进行监督和引导,以及受照护者由此对照护人产生上下从属意义上的依附关系。^[53] 负有照护职责人员性侵犯罪的入罪逻辑在于,在照护人与受照护者已经产生人身照护关系的前提下,二者之间性关系的发生意味着照护关系的扭曲和依赖关系的异化,在此情境之下发生的性关系实质上是对未成年被害人性自主权的不法侵犯。

第三,“人身照护标准”之展开。围绕人身照护关系的判定,德国联邦法院在实际案例中具化和细化了司法规则和判定因素。例如,在上文述及的青少年足球队教练利用照护职责性侵未成年球员的案件中,教练与球员之间的照护关系具体体现在:(1)青少年球员需按照教练要求定期参加训练,这有利于促进其自制、自律、自主品性的养成;(2)教练负责安排训练的时间、时长和内容,而球员对此只能遵守和服从;(3)在足球队内部本来就存在上下级的从属关系,作为其成员的个体球员应服从教练的管理;(4)教练负责球队的排兵布阵,这也会促使球员遵循教练的要求和指令;(5)涉案教练陪同球员外出比赛,期间对球员生活进行照料,并监督其言行举止;(6)品性养成、上下从属、监督管理、生活照料等均涉及未成年球员精神和心理的成长,也即,教练对于未成年球员的人身成长负有共同责任,而球员也会对教练产生人身依赖关系。^[54] 对此,应注意的要点有三:一是照护关系主要涉及人身而非财产关系;二是照护关系着重关注精神而非物质关系;三是受照护者的依附关系主要体现为心理而非经济依赖。

(二)“照护职责”之体系结构与具体判定

1.“照护职责”之体系结构

以德国刑法为镜鉴,监护、收养、看护、教育、医疗等照护职责的体系关系(见图1)包括:其一,比照德国刑法对于照护职责的层级划分,考虑到监护、收养两种职责所具有严格的法定条件和规范属性,应当认为,只要行为人符合法定条件并与未成年被害人之间存在监护或收养关系,则应认定二者之间存在犯罪构成要求的照护关系与职责。与之相应,监护、收养职责理应归入照护职责的第一顺位。其二,教育、医疗职责与德国刑法规定的教育、职务、工作关系之间存在类似性。结合上文对《德国刑法典》第174条第1款第2项适用方式的论述,应将此类照护职责的判定作分层化处理:如果教育、医疗职责的行使,意味着在行为人与未成年被害人之间照护关系的实际存在,则可直接判定具有照护职责;反之,倘若在行为人与被害人之间尚不存在密切的照护关系,则应附加滥用依附关系的判定。进言之,虽然我国刑法并未对教育、医疗等工作职责附加滥用依附关系这一要件,但在实际案件的判定中,特别是在教育、医疗人员与未成年被害人之间尚不存在人身照护的情况下,亦可通过滥用依附关系之补强,将其纳入处罚范围。其三,虽然我国刑法上并未明文规定生活照顾关系,但看护职责的生活含蕴最为明显,对之可比附照顾关系的理解和适用;同时,考虑到看护与照护之间的类似性,可将看护视为狭义的照护职责,以是,看护职责在具体照护职责类型中具有基底和兜底作用。

[53] Vgl. BGH, NSZ-RR 2016, 201, 201.

[54] Vgl. BGH, NJW 1962, 1450, 1450.

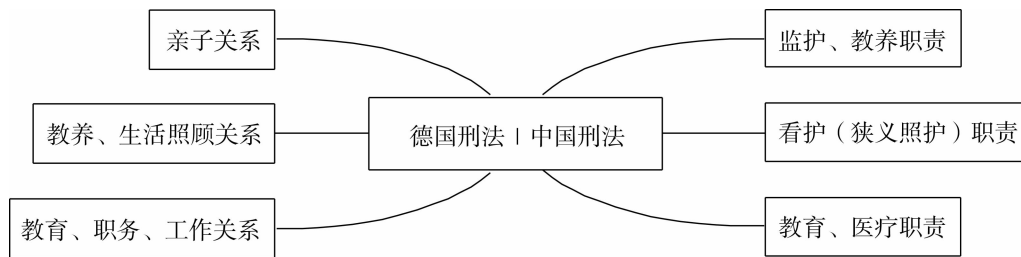


图1 中德刑法照护职责体系图

仍需说明的是,参照德国刑法关于照护关系的类型及其体系,对我国刑法上的照护职责进行的对应解读,一方面,这并非意味着德国刑法中的教义规则对于我国刑法适用具有任何的约束效力,而只是考虑到我国新近增设的负有照护职责人员性侵罪在司法实践中暂时缺乏实际判例和司法经验的积累,因而对于具体要件的理解可以适当借鉴域外经验。另一方面,德国刑法上不同照护关系形成的体系结构体现出照护职责所可能和应当具有的类型化、层级化及体系化特点,这对于我国刑法上照护职责的厘清和认定,具有明确的借鉴意义。但与此同时,笔者所建议的类型划分与体系构建还只是一种理论构思与设想,如果经由我国司法的实践过程,最终形成了适合于我国的但与德国体系有异的照护职责理论框架与教育规则,当然是可能、可取和可喜的。所需强调的是,应特别注意要杜绝和避免对于照护职责做过于简单和扁平的理解。

2. “照护职责”之具体判定

首先,关于监护、收养职责。鉴于监护、收养职责所具有的严格规范属性和明确的法律规定,对之可做一般的形式化判定。就监护职责而言,我国《民法典》总则编第二章“自然人”第二节“监护”中,对未成年人监护制度做了专门规定;《未成年人保护法》第二章“家庭保护”对于未成年人监护职责等亦作出了详尽规定。对于监护职责存在与否的认定,应严格遵循相关的法律规定。对于监护人性侵犯罪的认定,需要具体注意的是:其一,监护职责是否存在的认定,应当以正式的监护关系存在为前提。倘若只是属于可能的监护人范围(如祖父母等),但事实上并非正式的监护人,则并无监护职责。其二,对于监护人以外的其他亲属、家庭成员等,即便可能对未成年人负有照护职责,也只能为看护、照护职责所包含,而不能为监护所涵括。其三,在单位作为未成年人监护者的情形下,虽然监护权归属于单位,但履行监护职责、处理监护事宜的主体肯定系个人。然而,考虑到监护关系所具有的突出的人身和伦理属性,应当进一步具体判定相关人员在此过程中与被监护的未成年少女是否存在照护关系。与收养职责相关,我国《民法典》第五编“婚姻家庭”第五章“收养”对于未成年人收养制度作出了全面规定;此外,《未成年人保护法》对此亦多有涉及。相较于收养法,虽然民法典关于收养条件和程序的规定有所放宽,但从最有利于被收养人原则考虑,仍然需要进一步地放宽收养条件。^[55]而在实践中,并不符合收养的法定条件或者并未履行收养法定程序的“私自收养”现象,在一定范围内大

[55] 参见邓丽:《收养法的社会化:从亲子法转向儿童法》,《法学研究》2020年第6期,第56-57页。

量存在。^[56] 据此提出的问题是,事实上的收养关系是否可被纳入收养职责的范围。依笔者之见,根据与收养相关的法律规定,倘若只是事实上存在收养关系,但并不符合法律规定条件或程序的收养,并不属于法律认可和保护的“合法”收养,从而不应归入收养职责当中。当然,在行为人与未成年女性之间存在事实收养关系的情况下,也可能产生看护职责层面上的照护关系。

其次,看护(狭义照护)职责。相较而言,在照护职责的具体类型中,“看护”并非严格或定型的法律术语。比如,我国《刑法修正案(九)》增设《刑法》第260条之一关于“虐待被监护、看护人罪”的规定,从社会生活的角度,一般将其定义为“具有看管、呵护责任的自然人或单位”。^[57] 《未成年人保护法》多处使用了“看护”一词,例如,第21条第1款规定:“未成年人的父母或者其他监护人不得使未满八周岁或者由于身体、心理原因需要特别照顾的未成年人处于无人看护状态。”第130条第1项规定:“密切接触未成年人的单位,是指……校外托管、临时看护机构。”诸如“无人看护”“临时看护”之类的表述,表明了看护职责的认定更多地具有事实性、经验性和开放性。鉴此,看护实质上具有等同于照护的含蕴,而看护(狭义照护)亦可被视为照护职责认定的基底性概念。与之相应,一则,看护(狭义照护)职责判定的核心问题,在于行为人是否在人身方面对受照护者的生活方式以及精神和心理的成长进行监督和引导,以及受照护者是否由此对照护人产生上下从属意义上的依附关系。如若看护人将其与被看护者之间的人身照护关系转换为男女之间的性关系,则意味着照护关系的异变以及对未成年人性权益的侵犯。二则,无法为监护、收养所涵括的情形,比如,监护人以外的其他亲属或家庭成员对于未成年人的照护、非法的事实收养等,也可能被认定为看护关系。三则,虽然出于立法谨慎考虑,我国《刑法》第236条之一在五种具名的职责类型之外,另加了“等”字兜底,但鉴于看护与照护概念的近义性,实际上已无层层兜底或补充的实质必要。

最后,教育、医疗职责。区别于《德国刑法典》第174条第1款第2项规定的教育关系,我国刑法上规定的教育职责既可能包括学校教育,这与德国刑法规定的学校教养大致相当,也可能包括职业培训在内。根据我国《义务教育法》第11条的规定:“凡年满六周岁的儿童,其父母或者其他法定监护人应当送其入学接受并完成义务教育;条件不具备的地区儿童,可以推迟到七周岁。”另据《义务教育法实施细则》第7条对于义务教育年限(9年)、义务教育等级,以及第6条对于义务教育学校的规定,14-16周岁的未成年人通常处于初高中教育阶段。此外,根据我国《教育法》第35条、第36条规定,学校和教育机构中的相关人员主要包括具备教师资格的聘任教师、实行教育职员制度的管理人员以及实行专业技术职务聘任制度的教学辅助人员和其他专业技术人员。立基于此,对于教育职责的认定而言,初级中学、高级中学、职业学校、特殊学校等学校和教育机构中,教师、管理人员、教辅人员、专业技术人员等,均属于可能对受教育者负有教育职责的人员群体。进而,如果在

[56] 参见雷春红:《欠缺法定要件收养关系的法律规制——以浙江省为样本》,《西部法学评论》2014年第1期,第87页。

[57] 谢望原:《虐待被监护、被看护人罪的客观要素与司法认定》,《法学杂志》2016年第10期,第11页。

教师与学生之间存在着人身层面的教养关系,则可直接认定照护关系的存在,这对于学校授课教师和管理人员来说一般可予认定;倘若在行为人与被害人之间尚不存在人身成长上的监督与指导,则需进一步判断,行为人是否属于滥用工作关系实施性侵这一情形。此外,对于职业培训领域的教育职责,也应当区分为人身照护和工作关系两个层面相继地进行判定。当然,区别于学校教育,负责职业培训的相关人员更多地是在工作框架内负有照护职责,从而需要具备滥用工作关系要件。师生之间照护关系的存在表征了未成年学生对于教师的人身依附与依赖,教师借此与学生发生性关系,当然系对未成年人性自主权的侵犯。

医疗职责认定的特殊性在于,考虑到医患关系中更高程度的专业性和隐私性,医生更为容易利用医疗关系与职责对未成年病患实施性侵。鉴此,《德国刑法典》第 174c 条专设了利用咨询、治疗或照顾关系性侵罪,而此罪并未限制被害人的年龄阶段。之所以如此规定,原因在于,在医护人员与病患之间的咨询、治疗或照顾关系背后,无论病患年龄大小,实质上都是病患对于医护人员所形成的“信任关系”。^[58] 由此,只要未成年被害人在接受医护的过程中遭受了医生实施的性侵,通常即可认定存在滥用医疗关系这一要件,并进而判定成立负有照护人员性侵罪。^[59] 除此之外,在医生与未成年病患的交往过程中,也可能对其人身成长负有照护职责,如此,医生利用对未成年病患的人身照护以及后者由此而生的信赖关系与其发生性关系,可直接认定成立本罪。

此外,对于训练、救助等其他类型的照护职责的认定,亦可分为人身照护和工作关系两个层次相继展开。具言之,如果在训练、救助人员与未成年对象之间已经形成了人身照护上的密切联系,则可直接在看护意义上认定照护职责;而在人身照护难以认定的情况下,还可继而判定是否存在滥用工作与依附关系,从而在工作关系层面上认定照护职责的存在。

四 结 语

《刑法修正案(十一)》新增的负有照护职责人员性侵罪与德国刑法典规定的性侵受照护人罪之间存在着罪名上的对应关系,针对此类犯罪认定中的核心要件——照护职责的法教义学构建,有展开中德刑法比较考察的可能与必要。我国学者对此新增罪名以及照护职责的程式化解读与分析过于简单,此罪的教义分析亟待更加系统和深入地展开。反观德国,立法上《德国刑法典》第 174 条关于性侵受照护人罪之规定不断修正,而以德国联邦法院为主做出的系列判例,实现了司法规则的日臻细化和具化。德国刑法上的照护关系紧密围绕人身照护这一核心范畴展开,重点评价照护人与被照护者之间的生活照料与信赖依附关系,且具体的照护关系呈现了明显的类型化、阶层化和体系化特征。鉴此,我国刑法上的照护职责亦应以人身照护作为基底范畴,区分监护、收养、看护、教育、医疗等照护职责之间不同的类型与层次,并立足照护职责的体系框架,藉由司法实践形成具体照护职责的判定规则。

[58] Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl Kommentar StGB, 29. Aufl. 2018, § 174c Rn. 5.

[59] Vgl. Ziegler, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, 49. Ed. 1. 2. 2021, § 174c Rn. 7.

[**Abstract**] Existing analyses by Chinese scholars of the duty of care in the crime of sexual assault by persons with the duty of care have such prominent problems as inaccuracy in specific judgment and lack of clarity in substantive meaning and core elements. If applied to criminal judicial practice, it may lead to the confusion of standards and wrong conclusions. As a reference, Article 174(1) of the German Criminal Code clearly stipulates that a person with the duty of care that commits the crime of sexual assault on a person under his care is the person who performs sexual acts with “a person who is entrusted to him for upbringing, education or care”, “a person who is his subordinate within a service or employment relationship, by abusing the dependence associated with the educational, care, service or employment relationship”, and “a person who is his biological or adopted descendant or the biological or adopted descendant of his spouse, life partner or a person with whom he lives in a quasi-marital relationship or quasi-life partnership”. In the specific forms of care, family ethics and sexual morality should be given priority in parent-child and family relationships, which have abstract, the most rigorous, and the most specific identification and presumption. The relationships of upbringing and day-to-day care are the most extensive and most common, providing the foundation and backbone of caregiving. If a relationship of upbringing and day-to-day care cannot be identified, an education or employment relationship that has lower standards, but should also contain elements of the abuse of dependent relationship, can be considered. On this basis, the essence of the duty of care is that the caregiver oversees and guides the lifestyle and spiritual and psychological development of the person under care, who is dependent on the caregiver. A sexual relationship between the caregiver and the person under care distorts the relationship of care and alienates the dependent relationship, essentially violating the sexual autonomy of the underage victim. The standards of personal care concern the personal relationship rather than the property relationship, attach importance to the spiritual relationship rather than the material relationship, and focus on psychological dependence rather than financial dependence. As for the specific types of duty of care stipulated in the Chinese Criminal Law, a general formal judgment can be made based on the obvious and strict normative attributes of and distinct legal provisions on the duties of guardianship and adoption. The duties of nursing can be regarded as narrowly defined duties of care, which play a fundamental role in the specific type of duty of care. Education in school is similar to the relationship of education in German Criminal Law. For the duties of education, training, and health care, when it is difficult to identify personal care, a determination can still be made on whether there is an abuse of the relationship of employment and dependence, thereby identifying the existence of the duty of care at the level of employment relationship.

(责任编辑:王雪梅)