

《刑法修正案(十一)》后我国的性同意年龄制度反思

——以中国与欧洲之比较为视角

朱光星

内容提要:欧洲各国家和地区的性同意年龄在过去的几十年中处于不断变革的状态,通过对欧洲 59 个司法管辖区在 2004 年和 2016 年的性同意年龄立法进行纵向比较,发现近些年欧洲在性同意年龄立法方面有三个明显的趋势:第一,年龄界限设置上的去低龄化和趋同化趋势;第二,采用性别中立化的立法语言,使性同意年龄制度对未成年人性权益的保护不会因为性别、性取向的不同而有所区分;第三,越来越多的国家和地区开始对权威关系(或依赖关系)下与未成年人之间的性行为增设较高的性同意年龄,以实现处于弱势地位的未成年人的全方位保护。我国《刑法修正案(十一)》新增的“负有照护职责人员性侵罪”,增设了十六周岁为我国特殊关系下的性同意年龄。通过对比欧洲与中国的立法,发现我国性同意年龄立法仍存在以下问题:普通性同意年龄偏低,为外国恋童癖利用差异化立法性侵我国未成年人留下了犯罪空间;新增设的“负有照护职责人员性侵罪”缺少对特殊关系中已满十六周岁不满十八周岁未成年人的保护;对已满十四周岁不满十八周岁未成年男性的性权益保护缺位。欧洲立法者在这些方面探索出来的立法经验对我国问题的解决具有镜鉴意义。

关键词:负有照护职责人员性侵罪 性同意年龄 性侵未成年人犯罪 性自主权

朱光星,中国政法大学刑事司法学院讲师。

一 引言

性同意年龄是指由立法所规定的,公民对与他人发生性行为做出法律上有效同意的年龄。^[1]其本质是通过在立法层面认定某年龄以下的未成年人对某性行为不具有同意

[1] 参见[美]乔尔·范伯格著:《刑法的道德界限(第三卷):对自己的损害》,方泉译,商务印书馆 2015 年版,第 359 页。

能力来禁止年长者与其发生性行为,否则即构成犯罪,以此强制性手段来保护未成年人免遭年长者的性剥削和性利用。近年来多发的各种性侵未成年人案件引起了舆论和学界对我国性同意年龄立法的广泛关注,作为回应,《刑法修正案(十一)》增设了“负有照护职责人员性侵罪”。该罪名的设立使得我国在已有的十四周岁同意年龄之外,又新增了特殊关系下十六周岁的性同意年龄,即如果行为人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,即便其获得了该未成年女性的同意而与其发生性行为,也依然构成犯罪。该规定弥补了我国之前性同意年龄立法的缺陷,加大了对性侵未成年人犯罪的打击力度,但并不能由此断言我国的性同意年龄立法已经实现了对性侵未成年人犯罪全方位无死角的打击和威慑。

目前国内尚未有学者对刑法中的性同意年龄进行系统的比较研究,虽有部分学者介绍过域外立法,但或因年代久远而对当下无参考性,或因仅对特定国家或地区做比较而缺乏系统性,甚至出现由于对英文文献的选择性阅读而导致对国外立法和学者观点的误解。欧洲大陆涵括了大陆法系、普通法系以及曾深受苏联社会主义法系影响的国家和地区,其立法体例的多样性为世界各国法学研究人员提供了丰富的比较法研究素材。就性同意年龄的研究而言,对整个欧洲性同意年龄立法的梳理和比较有助于我们了解当今国际上性同意年龄立法的最新动态和趋势。基于此,本文首先对我国的性同意年龄立法进行整理,然后将搜集的欧洲所有国家和地区的最新性同意年龄立法与其历史上的相关法律条文做纵向比较,总结出新近的立法趋势并探究其背后的原因。在此基础上,本文试图以欧洲经验为镜鉴,对进一步完善我国的性同意年龄立法、加强对未成年人性权益的保护提供可资借鉴的思路。

二 中国性同意年龄立法的变化

(一) 中国性同意年龄制度的历史流变

我国性同意年龄的立法规制历史悠久,南宋时期的《庆元条法事类》规定:“诸强奸者(女十岁以下,虽和亦同),流三千里,配远恶州。未成配五百里,折伤者绞。先强后和者,男从强法,妇女减和等,即因盗而强奸者绞,会恩及未成配千里”,即行为人与不满十周岁的幼女之间的性行为,即便是和奸,也按强奸论。^[2] 元朝时期,《元史·刑法志》规定:“诸强奸人幼女者处死,虽和同强,女不坐。凡称幼女,止十岁以下。诸年老奸人幼女,杖一百七,不听赎。诸十五岁未成丁男,和奸十岁以下女,虽和同强,减死,杖一百七,女不坐”。即元朝沿袭了南宋“虽和同强”的立法原则。随后的《大明律》与《大清律例·刑律》犯奸条也都有明文规定:“奸幼女十二岁以下者,虽和,同强论。”^[3]

民国初期的性同意年龄也规定为十二周岁,但考虑到这个年龄界限过低,为了保育民族健康,并迎合西方国家的立法趋势,1928年出台的《中华民国刑法》将此年龄界限提高

[2] 转引自李凤鸣:《清代强奸幼女罪溯源及其成立要件研究》,《社会科学家》2017年第10期,第135页。

[3] 转引自王文生著:《强奸罪判解研究》,人民法院出版社2005年版,第25、26、30页。

到十六岁,规定“奸淫未满十六周岁之女子以强奸论”。〔4〕在后来修改刑法的过程中,多数人认为十六岁太高,“根据通常女子之发育程度,及表示同意之能力而言,似觉太严”,该年龄界限只适合乡村但不符合都市的实际情况,于是 1933 年颁布的《中华民国新刑法》又把年龄界线降至十四岁。〔5〕

(二) 中国性同意年龄制度的最新立法变化

我国 1979 年刑法及 1997 年刑法均在强奸罪中特别规定了奸淫幼女的特殊情形,此规定隐含着我国的性同意年龄,也就是延续至今的十四周岁。欧洲学者格劳普纳(Helmut Graupner)将世界各国有关性同意年龄的规定分为两种立法体系:单级体系(single-stage system)和多级体系(multi-stage system)。〔6〕“单级体系”即只设置一个最低的年龄限制,而“多级体系”的一个重要特征即为在最低年龄限制之外还会特别关注特殊关系下与未成年人发生的性行为。格劳普纳在其研究中提到了“权威关系(authority relationship)下的性同意年龄”的概念,指出虽然有的国家只规定一个性同意年龄以适用于所有的情形,但也有国家会对老师与学生、监护人与被监护人等这种明显存在权力不平等的权威关系规定一个较高的性同意年龄,以达到对处于该关系中的未成年人进行特殊保护之目的。其原理在于,对不同性行为的同意需要有不同种类或水平的能力,立法中应规定与每种能力相适应的或高或低的同意年龄,〔7〕而权威关系中的未成年人明显处于弱势地位,其正确理解或抵抗自己与处于优势地位的权威关系人的性行为,需要比理解或抵抗普通性行为具备更高的能力,与此相对应,立法应当对此设置一较高的同意年龄界限。

权威关系的显著特征为其中年幼一方对成年人一方的信任和依赖,〔8〕英文文献在指代这种特殊关系时,“权威”一词经常与“信任(trust)”一词并列,因此在学术领域,有学者将其称为“信赖关系”或“信任关系”,〔9〕我国台湾地区学者则用“权势关系”一词,〔10〕我国学者在翻译日本 1974 年改正刑法草案时,用的是“威力”一词。在法律规范层面,2013 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(下称“《性侵意见》”)中使用的是“负有特殊职责人员”的表述;2021 年《刑法修正案(十一)》新增的第 236 条之一用的是“负有照护职责人员”以规制该特殊关系下的性行为。笔者认为,虽然表述各不相同,但所表达的意思大抵相同,即特殊关系下的未成年人虽然已达到了普通的性同意年龄,但这种特殊关系的存在使得他们处于相对弱势的从属地位,往往会惧于对方的优势地位而无法做出真实、有效的性同意,双方之间性行为实质上是优势地位一方对未成年一方的性剥削,即便其有表面上的性同意,也难以类型化地说是未成年人一方基于自由的意思决定而实施的,因此需要法律对处于该特

〔4〕 参见谢振民编著:《中华民国立法史(下册)》,张知本校订,中国政法大学出版社 2000 年版,第 911、915 页。

〔5〕 参见谢振民编著:《中华民国立法史(下册)》,张知本校订,中国政法大学出版社 2000 年版,第 926、941 页。

〔6〕 See Helmut Graupner, *Sexual Consent: The Criminal Law in Europe and Overseas*, 29 *Archives of Sexual Behavior* 415, 418 (2000).

〔7〕 See David Archard, *Sexual Consent*, Westview Press, 1998, p. 44.

〔8〕 See David Archard, *Sexual Consent*, Westview Press, 1998, p. 128.

〔9〕 参见罗翔著:《刑法中的同意制度:以性侵犯罪为切入》,法律出版社 2012 年版,第 171 页。

〔10〕 我国台湾地区“刑法”第 16 章“妨害性自主权”中第 228 条第 1 款规定有“利用权势性交罪”。

殊关系中的未成年一方予以特殊保护。

事实上,在我国的官方文件中也曾出现过关于“权威”的表述。1952年12月2日最高人民法院西南分院、西南军政委员会司法部《关于父女兄妹间发生不当的性行为应如何处罚问题的函复》中指出,父女或者兄妹间发生性行为,如果是基于“利用封建家长制权威”,那么该行为就应定性为强奸罪且应较一般强奸行为从重办理。此处的“利用封建家长制权威”发生性行为与格劳普纳表述的“权威关系下的性行为”的性质相同,属于利用“权威关系”攫取性利益的诸多情形之一。因此基于比较研究的方便,本文在分析欧洲性同意年龄时所使用的“权威关系”一词,与我国立法中“负有照护职责人员性侵罪”中双方之关系以及国内学者表述的“信赖关系”等具有同等效力。

欧洲大多数国家和地区采用多级体系的立法模式,对权威关系下的性行为会单独设置性同意年龄,只有少数普通法系国家和苏联加盟国采用的是单级体系,^[11]按照该两分法,我国之前的性同意年龄立法采用的是单级体系。但根据格劳普纳的研究,在采用单级体系立法模式的国家,性同意年龄往往都不会特别低,比如,白俄罗斯、乌克兰、格鲁吉亚、乌兹别克斯坦、摩尔多瓦等国家的性同意年龄均为十六岁。^[12]从比较法的视角,我国之前只规定一个十四周岁的性同意年龄界限,与多数采用单级体系的国家相比年龄界限设置过低,与多数采多级体系的国家相比又缺少对权威关系下性行为的规制,立法的粗疏导致实践中不能满足处理现实生活中多元化的性侵未成年人犯罪的需要。

2013年《性侵意见》开始关注对特殊关系下与未成年人发生性行为的规制,首次提出了“负有特殊职责人员”的概念,并详细列举其指的是“对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等特殊职责的人员”,这些行为主体与未成年人之间的关系实质上即为格劳普纳提出的“权威关系”。但该规定是对强奸罪犯罪构成的重申,要求行为人“利用其优势地位或被害人孤立无援的境地”,行为需要达到“迫使未成年被害人就范”的程度。这就导致当已满十四周岁女性迫于自己与行为人之间的特殊关系而表面上做出了性同意但实际上是持反对、抵触态度时,从实务操作的角度,认定行为人的行为达到了“迫使就范”的程度较为困难,根据“存疑有利于被告”原则,该行为不符合强奸罪的构成要件因而难以入罪,被害未成年女性的合法权益仍难以得到有效保护。

《刑法修正案(十一)》增设的“负有照护职责人员性侵罪”填补了部分漏洞,使得我国对未成年女性性权利保障的法网更加严密,因而总体上得到了学界的肯定。^[13]尽管有学者认为本罪的出台并未提高性同意年龄,^[14]但笔者更赞同“部分提高说”,即负有照护职责人员性侵罪的出台提高了已满十四周岁不满十六周岁未成年女性的部分性同意年

[11] See Helmut Graupner, Sexual Consent: the Criminal Law in Europe and Overseas, 29 *Archives of Sexual Behavior* 415, 418 (2000).

[12] See Helmut Graupner, Sexual Consent: the Criminal Law in Europe and Overseas, 29 *Archives of Sexual Behavior* 415, 424 (2000).

[13] 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73页。

[14] 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52页;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20页;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74页。

龄:当其性行为对象是负有照护职责人员时,双方之间是不平等关系,前者对后者的高度依赖和信任使得后者更容易滥用自己的地位和职责欺骗、利诱、影响未成年女性与其发生性行为,被害人往往因为该特殊关系的存在而难以拒绝或反抗,因此立法也有必要对该特殊情形下的性行为设置一个较高的同意年龄界限来加以预防或惩治。“负有照护职责人员性侵罪”的增设使得法律拟制认为已满十四不满十六周岁的女性对与负有照护职责人员之间的性行为不具备性同意能力,只有在年满十六周岁时才具有,因此即便是该未成年女性主动提出与负有照护职责人员发生性行为,对方也依然构成犯罪。但当其行为对象是其他一般人时,双方之间是平等关系,二者之间性行为的同意年龄适用一般的十四周岁的规定即可。“部分提高说”与欧洲立法者认为的,对不同性行为之同意需要有不同的能力,因而有必要设置与每种能力相适应的或高或低的同意年龄的原理不谋而合。并且该观点也得到了最高人民法院相关人士的认可,认为本罪的出台“旨在既提高未成年女性的性同意年龄,又不同于奸淫幼女中幼女的性同意一律无效的情形,而是根据犯罪主体的身份情况作出区分,体现其特殊主体身份”。^[15]

“部分提高说”并不影响对该罪的保护法益是未成年女性性自主权的理解。因为“一定的主体对于其权利是否具有自主决定权是一个相对的概念,并不具备绝对性”,^[16]就像不满十四周岁的幼女不具备性同意能力不影响行为人与其发生性行为侵犯其性自主权一样,^[17]法律拟制在特殊关系中已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性不具备对负有照护职责人员做出性同意的能力,同样不影响与之发生性行为侵犯了其性自主权,这里依然体现的是缓和的刑法家长主义的立场——即为了保护已满十四周岁不满 16 周岁女性的利益,对其在特殊关系中的性自主权进行有限的限制。^[18]

三 欧洲性同意年龄立法之探究

(一) 研究设计

20 世纪末奥地利学者格劳普纳搜集了欧洲 59 个司法管辖区的性同意年龄立法进行比较研究,该研究在西方影响颇广,曾被西方学界认为是(当时)“最广泛、最详细、最系统和最新的、国际性的性同意年龄立法比较研究”。^[19]但在此之后欧洲许多国家和地区已经修改了自己的性同意年龄立法,使得格劳普纳的研究成果在今天看来已经过时,无法帮助人们了解欧洲的最新立法状况,世界范围内也没有其他学者从事这一研究。为此,笔者重新搜集了欧洲 59 个司法管辖区的最新性同意年龄立法,并将其与格劳普纳研究中的数据作比较,以总结过去十几年欧洲的性同意年龄立法趋势并探究其背后原理,从而为反思

[15] 参见李静、姜金良:《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)的理解与适用》,《人民司法》2021 年第 10 期,第 34 页。

[16] 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。

[17] 参见张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社 2016 年版,第 868 页。

[18] 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 31 页。

[19] See Matthew Waites, *The Age of Consent: Young People, Sexuality and Citizenship*, Palgrave Macmillan, 2005, p. 44.

我国现有的性同意年龄立法提供镜鉴。

笔者搜集的数据内容沿袭了格劳普纳的分类模式,主要集中于以下三个方面:(1)普通的性同意年龄,考察是否有提高或降低的趋势;(2)同性性行为的同意年龄,考察其与异性性行为的同意年龄之间是否存在差异;(3)权威关系下的性同意年龄,考察其是否得到立法者的额外重视。^[20]

(二) 欧洲性同意年龄立法的最新趋势及原因探究

1. 趋势之一:普通性同意年龄的去低龄化及趋同化

将笔者所搜集的数据与格劳普纳 2004 年的数据对比,结果显示有 12 个司法辖区的普通性同意年龄发生了变化(见表 1),除了北爱尔兰为了与英国其他地区的立法保持一致而将性同意年龄由十七岁降低为十六岁之外,其他 11 个司法辖区均较之前提高了普通性同意年龄。该立法变化一方面使得欧洲的平均性同意年龄由 2004 年的 14.63 岁上升为 15.47 岁;另一方面使得性同意年龄的分布区间也发生了变化,呈现出去低龄化趋势。2004 年的欧洲仍有部分国家和地区的性同意年龄低于十四岁,而到了 2016 年所有司法辖区的性同意年龄均大于或等于十四岁;2004 年,与十四岁的儿童发生自愿的性行为在近一半(48%)的欧洲司法辖区内是合法的,而如今这一行为只在近四分之一(23%)的地区是合法的。

表 1 发生变化的地区性同意年龄立法之对比

司法辖区	2004 年	2016 年
北爱尔兰	17	16
摩尔多瓦	14	16
俄罗斯	14	16
克罗地亚	14	15
塞浦路斯	13	18
冰岛	14	15
立陶宛	14	16
科索沃	14	16
马耳他	12	18
斯洛文尼亚	14	15
西班牙	13	16
梵蒂冈	12	18

[20] 通过咨询各国的法律专家(例如检察官、法学教授、法学博士等),访问 www.legislationonline.org 网站,相关国家和地区的官方网站以及其他二手资料等方式,笔者共搜集到了除法罗群岛和伏伊伏丁那之外欧洲其他 57 个司法辖区截止到 2016 年有关性同意年龄的立法。

在自然科学领域,目前尚无实证研究能够确切地证明某一特定文化背景下的儿童在多少岁时能足够成熟地对性行为做出同意,因此各个国家和地区的立法者在设置性同意年龄时会受其他因素的影响,比如文化背景、宗教传统、政治游说、国际立法和国际政治的发展情况、关于性别的意识形态以及社会对同性恋的态度等。但所有的立法者在性同意年龄立法时都会共同强调一点——保护儿童免受性侵犯和性剥削。^[21] 在设置性同意年龄的界线时,年龄规定得越高,法律对儿童提供的保护就越多,因为它延长了儿童享受法律特殊保护的时间。

欧洲的司法管辖区诸多,若一区的性同意年龄比邻区低则必然会导致邻区的恋童癖流窜至本区实施性侵儿童的行为,鉴于此,趋同化也是普通性同意年龄立法的趋势。例如,西班牙于 2009 年将其性同意年龄由之前的十三岁提高至十六岁,原因是为了保护儿童免受性虐待和性剥削,而且新的更高的性同意年龄能够更好地与欧洲其他国家和地区保持一致。^[22] 同样,因为俄罗斯之前十四岁的性同意年龄较低,其他年龄较高的国家的恋童癖经常会跨越国境进入俄罗斯,与俄罗斯未成年人发生性行为,但俄罗斯的法律却难以为已满十四周岁的未成年人提供保护。所以俄罗斯在 2002 年将其性同意年龄由之前的十四岁提高至十六岁,其最主要原因就是为了防止本国儿童被引诱而从事性活动或性交易,消除本国与其他国家和地区之间的立法差异。^[23]

2. 趋势之二:同性性行为和异性性行为性同意年龄的平等化

根据格劳普纳的研究,欧洲历史上几乎所有的司法管辖区都曾根据当事人的性取向对性行为设置不同的同意年龄,在这些国家和地区曾经的立法中,法律或是直接区分(男)同性性行为和异性性行为,并分别设置不同的同意年龄;或是通过禁止肛交,或对肛交设置较高的性同意年龄来间接地影响同性恋群体。随着同性恋平权运动的发展,诸多国家和地区陆续进行了立法变革。截至 2004 年,仍有 15 个司法管辖区保留了历史上的传统立法模式,对同性性行为和异性性行为设置不同的性同意年龄,占欧洲司法管辖区总数的约三分之一。^[24] 而笔者所收集的新数据中,除了没有法罗群岛的最新年龄,其他的 14 个司法管辖区都只在本区域内设置一个普通的性同意年龄——即对同性性行为和异性性行为的性同意年龄采取平等化的立法模式。

这表明立法者正在放弃他们之前对同性恋的歧视性规定。对异性性行为和同性性行为设置相同的同意年龄是对 20 世纪 80 年代开始的同性恋平权运动的回应,并且得到了

[21] See Josephine P. Wong, Age of Consent to Sexual Activity in Canada: Background to Proposed New Legislation on “Age of Protection”, 15 *The Canadian Journal of Human Sexuality* 163, 163 - 169 (2006).

[22] See Fiona Govan, Spain to Raise Age of Consent from 13 to 16, *The Telegraph* (30 May 2013), www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/spain/10089339/Spain-to-raise-age-of-consent-from-13-to-16.html, 最近访问时间[2021-03-21]。

[23] See P. Graff, Duma Votes to Raise Age of Consent to 16, *The Moscow Times* (16 June 2002), <http://old.themoscow-times.com/sitemap/free/2002/6/article/duma-votes-to-raise-age-of-consent-to-16/245588.html>, 最近访问时间[2021-03-21]。

[24] 该 15 个国家和地区的差异化立法详情请参见格劳普纳的论文: Helmut Graupner, Sexual Consent: the Criminal Law in Europe and Overseas, 29 *Archives of Sexual Behavior* 415, 415 - 461 (2000)。

国际立法和欧洲犯罪学、社会学专家的一致支持。^[25] 例如,欧洲人权法院分别在 1981 年 10 月 *Dudgeon v. the United Kingdom* 案、1988 年 10 月 *Norris v. Ireland* 案以及 1993 年 4 月 *Modinos v. Cyprus* 案中作出判决,认为禁止同性恋的立法违反了《欧洲人权公约》。^[26] 虽然此后多数国家和地区在立法中废除了同性恋构成犯罪的规定,但却采取了对同性恋设置较高性同意年龄的立法模式。对此,1997 年欧洲人权委员会在 *Sutherland v. the United Kingdom* 案中指出,对同性恋行为设置较高的性同意年龄违反了《欧洲人权公约》,侵犯了行为人根据该公约第 8 条中所规定的“私生活应受尊重权”。^[27] 当时英国异性恋的性同意年龄为十六岁,而同性恋(主要是男同性恋)的性同意年龄则曾被设置为二十一岁,后下调至十八岁。当时的英国医学协会也支持差异化立法,认为男性的生理发育要比女性晚两年,所以将男孩同性性行为的同意年龄定在十八岁而女孩的性同意年龄为十六岁完全符合男性和女性的生理发育规律。然而欧洲人权法院指出,这种所谓的科学依据已经被新的研究所推翻,并不足以成为差异化立法的依据,且没有证据显示有必要对男同性恋和异性恋的同意年龄作出区分。

2003 年,欧洲人权法院在“S. L. 诉奥地利政府”案中进一步指出,奥地利刑法对同性恋的同意年龄设置高于异性恋的门槛的做法,并没有任何客观、合理的理由来支持,其违反了《欧洲人权公约》(*European Convention on Human Rights*)第 8 条和第 14 条,并判决奥地利政府向本案当事人支付 5000 欧元的金钱赔偿。^[28] 这是欧洲历史上第一次一国政府因其对同性恋的差异化立法而被判处向其国民支付金钱赔偿。该判决进一步加速了欧洲各国修改其歧视性立法的步伐,对整个欧洲同性恋和异性恋性同意年龄平等化的趋势做出了重要贡献。

3. 趋势之三:惩罚权威关系下与未成年人性行为的严厉化

本研究发现的第三个趋势是越来越多的国家和地区开始严厉惩罚权威关系下与未成年人发生的性行为。根据格劳普纳的研究,2004 年欧洲有 25 个司法管辖区没有对权威关系下儿童的性同意年龄做出额外规定,而笔者新搜集的数据显示这 25 个国家和地区中,有五个在刑法中增加了对权威关系下未成年人性同意年龄的特殊规定。

虽然欧洲多数国家都曾将乱伦规定为犯罪,但对于近亲关系之外的其他特定成年人与未成年人之间的性行为却鲜有特别规定,因此也谈不上对其中未成年人的特殊保护。相反,近代西方历史上有段时期的主流观点曾将儿童与成年人之间的性行为怪罪于儿童的诱惑。^[29] 从 20 世纪开始,受弗洛伊德思想的影响,西方诸多学科领域的理论(包括法学领域)开始承认儿童也有“性”,西方精神病学领域的文献中曾充斥着大量轻浮、早熟、

[25] See Laurence R. Helfer, Finding a Consensus on Equality: The Homosexual Age of Consent and the European Convention on Human Rights, 65 *New York University Law Review* 1044, 1078 (1990).

[26] 三个判决的具体内容参见 *Dudgeon v. the United Kingdom*, Application No. 7525/76, 22 October 1981; *Norris v. Ireland*, Application No. 10581/83, 26 October 1988; *Modinos v. Cyprus*, Application No. 15070/89, 22 April 1993.

[27] See *Sutherland v. the United Kingdom*, Application No. 25186/94, 1 July 1997.

[28] See *S. L. v. Austria*, Application No. 45330/99, 9 April 2003.

[29] See Kerry H. Robinson, Childhood and Sexuality: Adult Constructions and Silenced Children, in Jan Mason & Toby Fattore ed., *Children Taken Seriously: In Theory, Policy and Practice*, Jessica Kingsley Publishers, 2005, p. 68.

具有性诱惑力的儿童形象,^[30]在这样的文化建构下,年幼的女孩被描述为主动挑逗、勾引、诱惑成年男子的形象,而成年男子则是无辜的被诱惑者的受害人形象。

女权主义为扭转这一怪罪于儿童(尤其是幼女)的做法作出了不断努力,其最大的贡献在于引入权力(power)话语来对成年人与儿童之间的性行为进行再解释,激进的女权主义者指出,强奸并不仅仅是一种性行为,而是一种暴力以及通过暴力对个人权力的彰显。^[31]女权主义者对成年男人与儿童之间性行为的再解释正是该论述的延伸。著名的女权主义者芬克尔(David Finkelhor)借助人行为学的研究成果,提出了“真正的同意”必须同时满足两个条件:第一,当事人必须知道自己是在对什么作出同意;第二,当事人有自由意志说 yes 或 no。^[32]这就要求有效的同意需要当事人真正理解其所做决定的意义、社会背景及相应后果。

正是基于该原理,西方国家逐渐认识到对不同性行为的同意需要有不同种类或水平的能力,因此在立法中应该规定与每种能力相适应的或高或低的同意年龄。^[33]由此,越来越多的国家开始关注权威关系中未成年人对性行为的同意问题。这也是为什么在过去十几年间越来越多的欧洲国家和地区逐渐摒弃只设置一个同意年龄的做法,开始针对权威关系设置较高的性同意年龄,以延长对未成年人的特殊保护期。

四 欧洲性同意年龄立法对中国之镜鉴

欧洲国家和地区对未成年人性权益的保护相对全面,离不开近二、三百年来性同意年龄制度在欧洲立法中的广泛普及和逐渐完善,对其背后立法原理、趋势的探讨和借鉴,对于完善我国的性同意年龄制度无疑具有参考价值。当然,我们在积极借鉴域外经验时也要立足本国国情,考虑我国特有的历史和传统文化背景。

(一) 平衡“保护未成年人免受性侵犯”和“尊重其性自主权”两种价值

如今儿童在生理发育方面都普遍比以前早熟,但生理上的成熟并不意味着他们在智力和情感上也达到了成熟。^[34]相反,生理发育的早熟与智力、心理、情感等方面的不成熟所形成的落差,增加了那些不能理解性行为意义和后果的儿童沦为成年人性剥削对象的可能性,而成年人与儿童之间的性行为会给儿童的生理、心理、精神情感等方面带来不可逆的负面影响,所以增加对儿童性权益的保护仍然是促进各国修改性同意年龄立法的主要驱动力,性同意年龄制度对儿童性自主权的法益保护蕴含了对其生理、心理和精神情感

[30] See Steven Angelides, *Feminism, Child Sexual Abuse, and the Erasure of Child Sexuality*, 10 *A Journal of Lesbian and Gay Studies* 141, 143 (2004).

[31] See Steven Angelides, *Feminism, Child Sexual Abuse, and the Erasure of Child Sexuality*, 10 *A Journal of Lesbian and Gay Studies* 141, 147 (2004).

[32] See David Finkelhor, *What's Wrong with Sex between Adults and Children? Ethics and the Problems of Sexual Abuse*, 49 *American Journal of Orthopsychiatry* 692, 694 (1979).

[33] See David Archard, *Sexual Consent*, Westview Press, 1998, p. 44.

[34] See Ashwini Tambe, *Climate, Race Science and the Age of Consent in the League of Nations*. 28 *Theory, Culture & Society* 109, 109-130 (2011).

等方面健康发展的保护。

欧洲最近性同意年龄的立法趋势之一为不断提高其普通性同意年龄。本研究所搜集的 57 个欧洲国家和地区中只有 13 个司法管辖区将其普通性同意年龄设置为十四岁,而且随着趋同化趋势的发展,不排除这 13 个国家和地区将来会提高其年龄界限。我国目前十四周岁的年龄设置低于欧洲多数国家和地区。在国际人员流动便捷和频繁的今天,较低的性同意年龄不利于保护本国儿童的性权益,非洲和东南亚一些国家较低的性同意年龄已经使得那里成为了西方恋童癖者的天堂,甚至催生了“性旅游”的灰色产业,^[35]如前所述,西班牙和俄罗斯将其性同意年龄由十四岁提高至十六岁的重要原因之一就是为了保护本国未成年人免受外国恋童癖的性侵犯。曾经令西班牙和俄罗斯立法者深感担忧的现象在其他国家也有发生,有媒体曾曝光过有关国际学校或培训机构的外教与学生发生性行为,而事后查明这些外教曾是其本国登记在册的性侵犯儿童犯罪人,如果案发地国家法律的性同意年龄较低,这些外国恋童癖患者的行为可能就难以定罪。

虽然《刑法修正案(十一)》新增设的“负有照护职责人员性侵罪”部分弥补了这一法律漏洞,但我国过低的性同意年龄仍然给外国恋童癖利用年龄差对我国的未成年人进行性剥削留下了空间。如果这些恋童癖并非负有照护职责人员,其通过网络或其他手段结识我国的未成年人并与其发生性行为,如果该未成年人在十四周岁以上,我国目前的刑法仍难以将该行为入罪。而我国较西方落后的性教育会进一步加剧该问题,而此种性侵害给未成年被害人所带来的身体、心理和精神上的伤害影响深远。^[36]

但性同意年龄也并非一味地越高越好。尽管性同意年龄制度本身蕴含着尊重未成年人性自主权的内涵——达到该年龄的未成年人可自由地在规范框架内行使自己的性自主权——但个人的自主权、尤其是未成年人的性自主权,受同意能力的欠缺、社会阅历的匮乏、自身的大意等各种因素之影响,是一种“被削弱的资质,往往并不能察觉其意志决定中隐藏的风险”。^[37]一方面,性同意年龄的界限设置得越高,意味着刑法对未成年人提供特殊保护的时间越长,越有利于保护未成年人免受性侵害;另一方面,较高的年龄界限意味着尚未达到该年龄的未成年人的性同意在法律上无效,其做出了同意的性行为可能为其性伴侣带来牢狱之灾,从而使得未成年人性自主权的落实有所折扣。因此,刑法应当在充分考虑本国现实国情的基础上,在“尊重未成年人的性自主权”和“保护未成年人免受性侵犯”之间保持微妙的平衡。将我国的性同意年龄提高至与西方大多数国家一致的水平并不会侵犯未成年人的性自主权,相反,会对潜在的犯罪人起到威慑作用,使其谨慎地规范自己的行为,从而减少未成年人遭受性侵害的发生。

(二) 实现对男性性自主权的平等保护

近代欧洲性同意年龄立法的另一个重要趋势是对同性性行为和异性性行为性同意年

[35] See Matthew Waites, *The Age of Consent: Young People, Sexuality and Citizenship*, Palgrave Macmillan, 2005, pp. 53 - 54.

[36] 参见贾健:《强奸究竟侵犯了什么?——作为通说的“性的自主决定权”法益之检讨》,《法律科学》2018 年第 5 期,第 101 页。

[37] 参见车浩:《自我决定权与刑法家长主义》,《中国法学》2012 年第 1 期,第 102 页。

龄的平等化处置,但需要注意的是,这一趋势与欧洲特有的宗教、文化背景有关。早期基督教认为,只有为了延续子孙的性行为可以得到宽容,而作为婚姻制度之外的同性性行为则不被允许。^[38] 受基督教反同性恋传统的影响,同性性行为在 14 至 15 世纪之后的欧洲被视为一种不道德的、罪恶的行为而受到了严厉的压制与反对。^[39] 随着近代科学在欧洲的发展,人们对待性的态度更加自然和世俗,不再像以前那样将性与基督教神学和生育紧密相连。^[40] 但这也并不意味着同性恋立刻得到了平等化的对待,19 世纪晚期的科学认为同性恋是一种疾病,同性恋者被看作是非理性的、难以抵抗越轨性欲望的群体而需要法律加以约束,因此立法者在刑法中或禁止同性恋、或为同性恋设置较高的性同意年龄。^[41] 但随着同性恋平权运动的发展,该立法模式被认为是对同性恋群体的打压和歧视,因而在性同意年龄制度中实现同性恋与异性恋的平等化对待是欧洲近代性同意年龄立法的重要变革内容。

虽然我国的传统性文化比较保守,但我国传统文化中不存在同性恋与异性恋二元对立的模式,相反,我国古代社会对待同性恋比较宽容,^[42] 我国的性同意年龄立法也从未对同性恋和异性恋做出刻意区分,因此就不存在像欧洲国家那样出于回应同性恋平权运动而对性同意年龄制度进行改革的需要。但需要注意的是,欧洲国家是通过在立法技术上采取性别中立的立法语言来消除对同性恋和异性恋的差别化对待,即立法文本不再对性犯罪主体和被害人有特定的性别要求。因此欧洲的性同意年龄制度同等地适用于男性和女性,实现了对未成年男性和女性的同等保护。但我国当前的性同意年龄立法在打击性侵未成年男性方面仍有有待完善的空间。

由于我国的强奸罪指的是男性对女性的性侵,使得体现在强奸罪中的十四周岁的普通性同意年龄仅仅指的是女孩的性同意年龄,且仅适用于男子性侵幼女的情形。这并不意味着在我国与不满十四周岁的男孩发生性行为是合法的,只是该行为会触犯另一个罪名——猥亵儿童罪,因此也可以说男孩的性同意年龄也是十四周岁。但是,强奸罪的法定刑包括无期徒刑和死刑,而猥亵儿童罪则没有,这意味着违反男性性同意年龄比违反女性性同意年龄的法律后果要轻。

究其原因,在于我国刑法中并没有规定“性交”的含义,而目前对于“性交”的理解仍然受传统的以生育为中心的性观念影响,认为只有与生育紧密关联的男性生殖器对女性生殖器的插入是性交,^[43] 如此一来使得其他各种非传统的性侵方式(尤其是针对男性的

[38] 参见张剑源:《性倾向、性别认同、同性恋立法运动回顾及相关问题研究》,《环球法律评论》2008 年第 4 期,第 95 页。

[39] 参见薛英杰:《反同性恋立场:西方明清男风研究中的文化误读》,《文史哲》2020 年第 1 期,第 90 页。

[40] See Brent L. Pickett, *Historical dictionary of Homosexuality*, Scarecrow Press, 2009, p. 39.

[41] See Guangxing Zhu & Suzan van der Aa, A Comparison of the Gender - Specificity of Age of Consent Legislation in Europe and China: Towards a Gender-Neutral Age of Consent in China? 23 *European Journal on Criminal Policy and Research* 523, 523 - 537 (2017).

[42] 参见罗牧原:《再现“中国”的“同性恋”——英文学术界中的中国同性恋研究》,《北京社会科学》2016 年第 9 期,第 119 页。

[43] 参见高艳东、郭培:《未成年人保护视野下强奸罪的扩张:侵入性猥亵儿童的定性》,《苏州大学学报(法学版)》2021 年第 2 期,第 130 页。

性侵)被排除在了强奸罪的规制范围之外。对此,我国已经有学者主张完全可以对我国刑法中的“性交”概念做出不同于传统观念的解释,将肛交、口交等性行为也解释为强奸行为。^[44] 并且,从被害人角度出发,我国越来越多的学者开始认为对未成年人以传统性交以外的方式性侵,对被害未成年人的身心健康所造成的损害与奸淫不相上下,^[45] 因此如果能够像西方国家一样,摒弃传统上对强奸罪的狭义理解,扩大性行为双方的性别和性行为方式的范围,则能够实现未成年女性和男性的平等保护。

遗憾的是,我国《刑法修正案(十一)》新增设的“负有照护职责人员性侵罪”仍然采用性别主义立法模式,根据立法文本,该罪只适用于男性针对已满十四不满十六周岁的未成年女性的性行为,排除了负有照护职责人员与已满十四不满十六周岁的未成年男性的性行为。从法规范解释的角度出发,这意味着法律暗示已满十四周岁的男性具有完全的性同意能力,教师、医生等权威关系人获得其事实上的同意而与之发生性行为是完全合法的,这显然不利于对未成年男性的保护。

在媒体曾报道过的上海某中学老师张某(男)性侵多名男学生案中,那些被张某以检查身体为由而受到性侵的男学生都超过了十四周岁,根据当年的法律,张某的行为无罪,因为当时的法律没有规定对男性的性侵行为构成犯罪。^[46] 《刑法修正案(九)》出台后,张某的行为符合强制猥亵、侮辱罪的构成要件。但如何证明“强制”在司法实践中具有一定的难度,性侵行为的隐蔽性,加之我国性教育的落后、未成年人对性的无知、缺乏证据保留意识等因素更是增加了证明“强制”的难度。而《刑法修正案(十一)》新增的“负有照护职责人员性侵罪”将被害人限定为女性而在此难以适用。这意味着实践中再发生此类案件,如果没有证据证明存在“强制”因素,则对张某只能按照“疑罪从无”原则做无罪处理。如此做法必然不利于打击性侵未成年男性的情况,尤其是为张某这种利用自己的特殊职责和优势地位对未成年男性实施性侵的潜在犯罪人提供了可乘之机。对此,欧洲的立法模式为我们提供了很好的借鉴——对性犯罪采取性别中立主义的立法模式。具体体现为,在刑法条款中不具体列明性行为双方的性别和性行为的方式,从而扩大“性交”的范围,使其能够涵盖所有生殖器插入的性交行为,实现对男性和女性性自主权的平等保护。如此一来性同意年龄制度在打击与未成年人的非法性行为时不会因被害人是男性而出现罪轻或者无罪的结果。该方案目前在我国并不存在刑法技术上的问题,如张明楷教授所言,存在的只是观念上的障碍。^[47] 同为亚洲国家的日本在其新近的刑法修改中采取了西方的性别中立主义模式,把日本刑法中强奸罪的行为对象由之前的“女子”改为了“人”,将“奸淫”改为了“实施性交、肛交或者口交。”^[48]

[44] 参见何显兵:《二元制裁体系视角下“卖淫”新解》,《法治研究》2019年第2期,第114-122页。

[45] 参见阮齐林:《猥亵儿童罪基本问题再研究》,《人民检察》2015年第22期,第20页;江勇:《“性同意年龄”规则的分级再造与体系完善》,《中国青年社会科学》2021年第3期,第127页。

[46] 参见《网曝“名师”性侵多名男生:隐蔽的罪恶》,《海峡都市报》,http://sz.sohu.com/20131230/n392658025.shtml,最近访问时间[2022-04-26]。

[47] 参见张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第869页。

[48] 参见张明楷:《日本刑法的修改及其重要问题》,《国外社会科学》2019年第4期,第9页。

(三) 实现对未满十八周岁未成年人的全方位保护

欧洲国家和地区的性同意年龄制度除了规定普通的性同意年龄和权威关系下的性同意年龄之外,还会配套规定相关的出罪事由,较为常见的有年龄相仿(age similarity defense)和年龄认识错误(mistake of age)。性同意年龄的立法目的在于预防和惩治性剥削行为,而当未达到性同意年龄者基于合意与另一个同自己年龄相仿的人发生性行为时,由于双方在心理和情感发育、知识储备和社会阅历等各个方面差别不大,不存在一方对另一方的性剥削。相反,青春期是人生中建立自我身份认同和发展亲密关系的关键时期,^[49]这种合意下的性行为正是青少年时期性探索的重要表现之一,如果法律一刀切地将该行为犯罪化,既不利于青少年的性探索,也会给青少年贴上性犯罪人的污名化标签,不利于其日后的发展,因此有必要对年龄相仿者之间的自愿性行为除罪化。至于行为人与不满性同意年龄的未成年人之间的年龄究竟相差多少岁才能认定为双方年龄相仿,各国规定不一,有的国家明确规定为三岁,也有的国家规定为四岁或五岁。^[50]

我国也有类似的出罪事由,《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条规定:“已满十四周岁不满十六周岁的人偶尔与幼女发生性行为,情节轻微、未造成严重后果的,不认为是犯罪”,有学者将其称为“两小无猜”的出罪事由。^[51]根据权威解读,该规定体现了“我国司法机关在处理青少年之间自愿发生性关系问题上,坚持适度介入、慎重干预的刑事政策,这也是刑法谦抑性的体现”。^[52]但司法实践中该出罪事由的适用比欧洲国家年龄相仿的出罪事由适用起来更为苛刻,尤其是“偶尔与幼女发生性行为”“情节轻微、未造成严重后果”的要求,会使部分已满十四不满十六周岁的未成年男性与恋爱关系中的幼女的性行为被犯罪化。但作为被害人的幼女和作为刑事被告人的未成年男性,其身心发育、认知能力发展均未成熟,均属于法律应予以特殊保护的主体,为了保护幼女而将不符合出罪事由的未成年男性定性为强奸犯不符合我国未成年人保护法“处理涉及未成年人事项,应当……适应未成年人身心健康发展的规律和特点”的要求。若能借鉴欧洲的立法经验,将该出罪事由简化为双方基于自愿且在一定的年龄差范围之内,则能避免对部分未成年的犯罪化处理,对青春期的性探索予以宽容,切实落实“适度介入、慎重干预”的刑事政策。关于年龄认识错误的免罪事由,《性侵意见》规定,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。“明知”作为奸淫幼女型强奸罪的主观构成要件,为行为人确实不知对方真实年龄而与幼女发生的合意性行为留下了出罪空间。《刑法修正案(十一)》新增的“负有照护职责人员性侵罪”是否有年

[49] See Brian Holoyda, Jacqueline Landess, Renee Sorrentino & Susan Hatter Friedman, Trouble at Teens' Fingertips: Youth Sexting and the Law, 36 *Behavioral Sciences & the Law* 170, 170-181 (2018).

[50] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》总第98集,法律出版社2015年版,第22页。

[51] 参见罗翔著:《刑法中的同意制度——以性侵犯罪为切入》,法律出版社2012年版,第226页。

[52] 最高人民法院刑一庭:《〈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》,《人民法院报》2014年1月4日第4版。

龄认识错误的出罪事由尚无司法解释和相关指导案例,但从犯罪构成来看,本罪是故意犯罪,行为人需要对“已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性”这一构成要件要素有所认识,在行为人确实对行为对象的真实年龄欠缺认识的场合,二者间的性行为不成立本罪。

对于权威关系下的性行为,格劳普纳发现欧洲诸多司法管辖区会进一步根据是否滥用权威关系而设置不同的性同意年龄界限(该统计不包括亲属之间的性行为):若没有滥用权威关系,例如老师和学生之间基于恋爱而发生性行为,则未成年一方的性同意年龄通常被设置为十四、十五或者十六周岁;在滥用权威关系获得未成年人的同意与之发生性行为时,未成年人一方的性同意年龄则大多被设置为十六或十八周岁。^[53] 例如,格劳普纳的统计显示,德国规定的性同意年龄在未滥用权威关系时为十六周岁,而滥用权威关系时则为十八周岁。^[54] 德国刑法对于权威关系下的性行为区分了机构(第174条第1款)与非机构(174条第2款)的情形,根据174条第1款第1项,在非机构的情形下,行为人“与受自己教育、培训或监护的未满十六岁的人”发生性行为构成犯罪,即该情形下的性同意年龄为十六周岁;根据174条第1款第2项,当行为人“滥用教养、培训、照料、职务或劳动关系,与受自己教育、培训或监护的未满十八岁的人”发生性行为的仍构成犯罪,^[55] 即在行为人滥用权威关系发生性行为时,需要未成年人一方年满十八周岁才可使二者的行为合法化。

反观我国,《刑法修正案(十一)》新增的十六周岁年龄界限,意味着未成年人一旦达到十六周岁,则理论上任何人只要获得了其事实上的同意,均可与其发生性行为。该规定将已满十六周岁不满十八周岁的未成年人排除在了性同意年龄的保护范围之外。例如,某教师甲滥用权力,要求十六岁的中学生乙与其发生性行为才会给该学生考试打高分,乙为了有好成绩申请出国,只能答应。再如,继父丙滥用自己与继女丁之间的特殊关系,要求十七岁的继女丁与自己发生性行为才会给其生活费,丁为了家庭和睦未告知母亲而顺从了丙的要求。教师甲和继父丙这类权威关系一方的行为在欧洲大多数国家会构成犯罪,但在我国目前的刑法规定下只能认定为学生乙和继女丁的同意在法律上有效,教师甲和继父丙无罪。这样的法律规定无疑会助长权威关系一方利用自己的优势地位和权力,与已满十六周岁不满十八周岁的未成年人发生性行为,而刑法对此行为却无能为力。

对此,借鉴欧洲的不同做法,有两种方案可供我国参考:方案一,采取欧洲多数国家和地区的做法,将权威关系下的性同意年龄直接规定为十八周岁,绝对禁止权威关系人与受其影响的不满十八周岁的未成年人发生性行为;方案二,继续保留《刑法修正案(十一)》新增的十六周岁的性同意年龄,但同时增加规定,将权威关系人滥用其权力与未

[53] See Helmut Graupner, Sexual Consent: the Criminal Law in Europe and Overseas, 29 *Archives of Sexual Behavior* 415, 443 (2000).

[54] See Helmut Graupner, Sexual Consent: the Criminal Law in Europe and Overseas, 29 *Archives of Sexual Behavior* 415, 457 (2000).

[55] 参见《德国刑法典》,徐久生译,北京大学出版社2019年版,第129页。

满十八周岁未成年人发生的性行为也规定为犯罪。方案二与方案一都可以实现对权威关系中未满十八周岁的未成年人提供全面保护,只是应用到具体的司法实践中,方案二需要检察机关证明权威关系方滥用了自己的权威地位或权力,而方案一则不存在此证明问题,这也是为什么在欧洲规定了权威关系下性同意年龄的国家和地区中,绝大多数都采用了方案一。

我国《性侵意见》第 21 条第 2 款规定:“对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员,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,而与其发生性关系的,以强奸罪定罪处罚”,该规定中“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”的表述有很大的解释空间,可以将其理解为是禁止权威关系一方滥用自己的权威地位与不满十八周岁者发生性行为,否则即构成犯罪。但《刑法修正案(十一)》的出台使得该款规定与现行刑法存在冲突,新增的负有照护职责人员性侵罪并不要求认定犯罪时要证明权威关系一方利用了自己的优势地位或者被害人孤立无援的境地,并且这种“利用”与未成年人对性行为的事实同意之间存在因果关系,只要有性行为发生即可,而原《性侵意见》的规定则有此证明要求。因此,《性侵意见》中体现的对未满十八周岁的未成年人进行全方位保护的精神值得保留,只是在规范的细节上与新罪名存在差异,尤其是针对负有照护职责人员与已满十六周岁不满十八周岁的未成年人之间的性行为的定性,需要司法机关出台新的司法解释予以澄清。

五 结语

格劳普纳的研究和笔者的研究均显示,欧洲许多国家和地区的性同意年龄立法并不是一成不变的。相反,随着时代的发展、人们性道德观念的转变以及性侵犯罪所呈现的新特点,欧洲各个司法管辖区在摸索中不断调整其性同意年龄立法,具体表现为:提高其历史上曾经过低(≤ 14)的普通性同意年龄,预防外国恋童癖利用差异化立法、跨越国境对本国未成年人实施性侵;对权威关系下未成年人的性同意年龄做出特殊规定,以加强对处于弱势一方的未成年人的特殊保护,且多数国家和地区将这种特殊保护延长至十八周岁;对性同意年龄采用性别中立化的立法语言,使得刑法对未成年人性权益的保护不会因为性别、性取向的不同而有所区分,最终实现对未成年利益的最大化保护等。

我国《刑法修正案(十一)》新增设的“负有照护职责人员性侵罪”进一步完善了我国刑法在保护未成年人免受性犯罪侵害方面的立法措施,顺应了国际上性同意年龄立法的发展趋势。但我国当前刑法中性同意年龄制度仍无法处罚外国人利用差异化立法性侵我国未成年人的行为和权威关系一方滥用其权力和地位与已满十六周岁不满十八周岁未成年人发生的性行为,此外,“两小无猜”的出罪事由规定过于苛刻,会使部分已满十四周岁的未成年男性与恋爱关系中的幼女的性行为被犯罪化。而我国立法的缺憾和司法实践中所面临的这些问题与欧洲许多国家和地区历史上曾面临的问题非常相似,欧洲诸多国家和地区在此方面所作的探索无疑对我国具有深刻的借鉴意义。

[**Abstract**] During the past several decades, laws on the age of consent for sex in Europe have been amended continuously. This research reveals several trends. The first trend is to raise the minimum age of consent for sex, and there is a harmonious development as well to prevent pedophiles from having sex with children by crossing national borders. The second trend is to use gender-neutral language in legislation to equalize the age of consent for sex for both heterosexuality and homosexuality, and for both males and females. The third trend is to strengthen the regulation of sex under authority relationships in more and more areas. The Amendment (XI) to Chinese Criminal Law has added a new crime - sexual assault by persons with care duties, which sets the age of consent for sex in authority relationships at 16. It provides more protection to children from being sexually exploited by authoritative persons, so in this regard, this new amendment is a tremendous progress in the Chinese legislation on the age of consent for sex. However, it still has room for improvement and the European legislative practice provides a good example for China in this respect. First, the normal age of consent for sex is too low and cannot punish foreign pedophiles who take advantage of this low age to have sex with Chinese children that are at or above the age of 14. Second, male adolescents above the age of 14 are considered competent to have sex with any person, including a person in authority, and this is disadvantageous to the protection of male adolescents under the age of 18. Third, the current age of consent for sex in a relationship of authority is 16. As a result, children above the age of 16 but under the age of 18 are excluded from the special protection. The corresponding solutions include the followings: first, to use gender-neutral language in the legislation on the age of consent for sex, so that the age of consent for sex will be applied with no distinction between boys and girls, or between heterosexuals and homosexuals, and to raise the normal age of consent for sex to 16 and the age of consent for sex in a relationship of authority to 18. Although China has no tradition of discriminating against homosexuals and Chinese legislation has never made a special distinction between heterosexuals and homosexuals, the current gendered language in sexual offense legislation does lead to different legal consequences for heterosexuals and homosexuals, and for males and females. The Chinese academia believes that technically it's not difficult to adopt a gender-neutral language in legislation. All we need is for the legislators to change their mindset. In addition, according to the current legislation, if a boy above the age of 14 but under the age of 16 has consensual sex with a girl under the age of 14 in China, he will be criminalized as a rapist if the sex occurs often, or causes pregnancy. This is disadvantageous to the future development of the boy who is under the age of 18 and still needs special protection. The defense of 'age of similarity' adopted by most European countries is a good solution and it only requires two elements to exculpate the boy: the sex is consensual and their age discrepancy is within a certain limit. Once adopted, the age similarity defense is consistent with the Chinese judicial policy of "moderate and cautious intervention" in dealing with consensual sex between teenagers.
