

引诱未成年人聚众淫乱罪中引诱行为的历史考察与本质探析

◇ 李想 李灿

“刁奸”称之，此后明清时期的刑律中也有沿用此类规定，至此引诱型性犯罪在被害人的主观层面上的自愿属性初具雏形。

中华民国建立后，在近代西方的自由性文化对中国的冲击下，中国社会中要求保护妇女和未成年人性权利的呼声也随之日益激烈。在此背景下，长期以来在社会中存在的未成年人参加不正当性活动等违背社会良知和未成年人发展的行为进入了立法者的视野。1928年出台的《中华民国刑法》中，首次在“妨害风化罪”一章中规定了公然猥亵和引诱未成年人与他人实行猥亵等内容，未成年人在聚众淫乱活动中的权利保护自此而始。1927年，南京国民政府开启了对《刑法第二修正案》的修订工作，编成《中华民国刑法草案》(以下简称《刑法草案》)，首次对引诱他人实施聚众性犯罪的行为作出了较为明确的立法规定，在对《刑法草案》进行详细的修改和反复讨论后，时任南京国民政府立法院委员的王世杰在《修正刑法草案意见书》中将《刑法草案》第249条修改为“引诱未满十四岁之男女，与他人为猥亵之行为或奸淫者，处五年以下有期徒刑”。王世杰的修正意见相较于《刑法草案》而言，考虑到了幼年男女存在身体发育尚未充分、意志较成年人更为薄弱等特点，基于当时世界各国的一般保护年龄、我国“和奸”的传统保护及未来法治观念等社会现状，在以养成幼年男女的健全人格的主要目标驱动下，王世杰对《刑法草案》的修改意见不仅提高了被害人的年龄和犯罪人的刑期，还增添了“与他人”的犯罪情节，而此处的“与他人”也可以指代“多人”。王世杰关于引诱性犯罪的法律意见在1928年《中华民国刑法》中被基本采纳，最终1928年《中华民国刑法》第249条被修订为“引诱未满十六岁之男女，与他人为猥亵之行为或奸淫者，处五年以下有期徒刑”。1928年《中华民国刑法》从幼年男女性健康发展和维持社会良好面貌的保护态度出发，将“引诱未成年人与他人性交”的情况列入妨害风化罪章，反映了当时社会对智识尚未成熟、在外界的诱惑容易产生盲从的未成年人特点的把握。尽管新中国成立后将1928年《中华民国刑法》全面废止，但其在我国未成年人参加聚众淫乱犯罪中的研究上仍然具有一定意义。

一、引诱未成年人聚众淫乱罪中引诱行为的历史缘起

“引诱”一词出自晋代葛洪的《抱朴子·诂喻》，有“诱导、劝导”之意，将引诱作为刑事立法中的犯罪行为为古已有之。引诱型犯罪在我国古代立法中最早可以追溯到《唐律疏议》中的《诈伪》律，即“诸诈教诱人使犯法，及和令人犯罪……”我国引诱型犯罪的历史源远流长，其中规制引诱型性犯罪的法律条文也并不罕见，而《元史·刑法志》中首次将即男方采取各种手段引诱女性产生自愿发生关系的意图后进行通奸以

重因素的催化下，通过相关立法使未成年人免受不良社会性活动危害的呼声逐渐走高。加之未成年人接触到性文化的途径越来越多，在青春期荷尔蒙等生理因素的作用下，未成年人参加聚众淫乱活动的比例持续上升等原因，考虑到未成年人身心发育尚不成熟，正确的性道德观尚未形成等因素，在保护未成年人免受因参加聚众淫乱活动而影响健康成长的情形下，特别设定了引诱未成年入参加聚众淫乱构成从重处罚的情节犯罪。由此，在聚众淫乱犯罪中特别保护未成年人的独立罪名——引诱未成年入聚众淫乱罪登上历史舞台，从立法的角度完善了我国性侵未成年人犯罪的保护体系。

二、引诱未成年人聚众淫乱罪中引诱行为的本质与区别

李健教授在《刑法精要》与《依据指引》中认为，只要行为人对未成年人实施了聚众淫乱活动的引诱行为，不论被引诱的未成年人是否实际参加聚众淫乱活动，均不影响该罪的成立，由此可知，引诱行为本身对未成年人即具备较强的性侵害性和社会危害。从《唐律疏议》中“诸诈教诱人使犯法”至今，引诱型犯罪的演变体现了我国在犯罪手段和犯罪行为之间的界分不断细化，但是对于性引诱的本质内涵，学界争议不断。早期行为修饰说的学者认为，性引诱是通过修饰增加未来性侵犯可能性的早期不当行为，如Gillespie和Berson所倡导的引诱脱敏说，认为行为人利用一种缓慢且渐进的行为使未成年人对其降低了危险敏感性，从而在未来的某个时刻达到行为入引诱未成年人发生性关系的目的。结合学界对于引诱行为的本质探讨可知，刑法体系中的性引诱行为是一种综合运用物质和精神等各种能使未成年被害人产生性冲动的手段，使未成年被害人出于特殊性刺激而降低性防备心理状态，达成与引诱者发生性活动合意的社会交互行为。

引诱行为通常被认为是教唆行为的一种，或者被认定为是一种对未成年人积极参加聚众淫乱活动的帮助行为，不能排除引诱行为与教唆行为、帮助行为之间存在某些交叉地带，甚至从行为程度和演变过程来看存在一定的耦合性，但是引诱行为与教唆行为、帮助行为在实行行为的方面存在本质差异。在与教唆行为、帮助行为对比时发现，刑法体系中由引诱行为引起的犯罪可以构成独立罪名，如“引诱未成年入聚众淫乱罪”“引诱卖淫罪”“引诱幼女卖淫罪”等；实施者在引诱不完全刑事责任能力人时可以作为引诱型犯罪的行为人而非间接正犯，在共同犯罪中应当被认定是起到相同作

用而非辅助作用的共犯；引诱行为的发生时间应当是被引诱对象作出被引诱行为之前，不能发生在事中和事后；引诱行为实施者的行为目的往往是激发或者坚定被引诱人的行为实施意图，引诱的过程既可以是从无到有，也可以是从意图到实施；引诱行为的实施方式处于教唆和帮助的交叉地带，既包含精神性的鼓励和刺激，也包含物质性的利益诱导；引诱行为的实施内容本身并不一定构成刑事犯罪，多数为一般违法行为，如卖淫、未成年人参与聚众淫乱、吸毒等，行为对象独自实施该行为不构成犯罪；引诱行为的对象并不要求是具有犯意或共同犯罪故意的人，也无须考虑是否是完全刑事责任能力人，被引诱的人所实施的行为也不要求违反刑法。

三、引诱未成年人聚众淫乱罪中引诱行为的阶段性特征

引诱行为往往存在阶段性的特征，这种递进式的特征在性引诱活动中尤为明显，集中体现在对未成年人实施性引诱行为的活动中。根据牛帅帅所援引的性引诱发展演进六阶段表可知，性引诱始于与儿童建立联系，施害人与儿童建立联系的驱动力可能源于对儿童具有“性趣”或者为了获取某种特殊利益，其引起的权益侵害和威胁程度随着引诱行为的程度加深而加重。普遍来看，这种特殊利益既可能包含经济利益，也可能包含特殊利益，如视觉刺激、性刺激、特殊性癖好等。此外，史立梅等学者在“脱敏说”的基础上，确定了性引诱行为往往存在四个阶段，即接触和筛选潜在受害者、培养特殊友谊并增强交往的隔离性、性行为正常化塑造和持续引入身体接触，引诱者根据这四个阶段层层递进，对被引诱者实施了程度较深的引诱行为。但是，在信息网络化迅速发展的当下，特定未成年人群体出于对性的猎奇心理和追寻性刺激心理，通过性引诱使被害人参加聚众淫乱活动的过程已经不要求行为人与特定未成年人具备亲近关系或有长时间的接触行为，引诱过程往往呈现出三阶段模式：

第一阶段为“寻找并筛选潜在的未成年人”，行为人在现实中或者利用虚拟社交工具筛选潜在未成年人，了解他们对于性的兴趣程度，并充分展现其参与聚众淫乱活动的经历，从而获得未成年人的信任。第二阶段为“激发未成年人的聚众淫乱兴趣”，在选定潜在未成年受害者之后，行为入往往会通过给予各种各样的物质诱惑，或者迎合满足未成年人的特殊性要求，通过逐步发送色情文字、视图信息等，以使受害者对行为人为产生接纳、信任甚至依赖，进一步引诱其加入聚众淫乱活动。第三阶段为聚众淫乱行为的持

续性塑造，行为入引诱的重点是持续性聚众淫乱性行为活动，利用未成年人的性猎奇心理和不成熟的性认知能力，试图引导未成年人相信发生聚众淫乱性行为是为了满足其自身的性癖好，且是正常的性行为活动。

四、引诱未成年人聚众淫乱罪中的特殊引诱情况

根据“引诱行为”的本质、阶段性特征来看，引诱未成年人聚众淫乱罪应当属于行为犯，即成立引诱未成年人聚众淫乱罪不要求发生实质性的危害结果，完成引诱行为即可构成。但是在引诱的过程中，虽然存在部分行为人是通过简单地邀约、询问等方式即可使未成年人参加到聚众淫乱活动中来，但大多数行为入往往通过给被害人发送色情图片、色情视频、色情言语刺激等方式，激发未成年被害人参加聚众淫乱活动的主观意愿。通过发送色情内容达到引诱未成年入参加聚众淫乱性质的活动，这一引诱过程已经使得特定未成年行为入处于传播淫秽物品罪的边缘；而采用该手段引诱不满14周岁的未成年人时，行为入已然构成了猥亵儿童罪，在此情况下，引诱未成年入聚众淫乱罪的“引诱”行为本身产生了与传播淫秽物品罪、猥亵儿童罪的想象竞合。

值得注意的是，并非所有发出引诱的故意行为都应当被归结为引诱未成年入聚众淫乱罪的犯罪故意，应当明确引诱的犯罪故意与日常生活的性挑逗、性玩赏行为的区别。未成年人对同龄人、朋友进行性挑逗、性玩赏的原因在于对性的好奇探索、好奇心、自然发展的性身份认同和同伴互动需求。这种行为通常是在私密而信任的社交环境中发生，具有友好互动和轻松氛围，常常不具有恶意或者违法犯罪目的，也没有严重的危害。引诱未成年入聚众淫乱罪里的犯罪故意指的是犯罪主体以实施犯罪为目的，基于犯罪主体对于被害人的虚弱或易受欺骗状态和自身的犯罪目的而进行地、有意识地诱导、诱发被害人参与违法犯罪罪活动。在引诱未成年入聚众淫乱罪中，犯罪主体可能通过情感上的挑逗、物质利益的引诱或其他手段引诱被害人参与特定的违法行为，其目的是满足自己的欲望、实现个人利益或者获取满足感。这种行为常常伴随着精心设计、虚构的情景和故事，以欺骗或诱导被害人为手段，且犯罪主体通常对其行为的后果有所预见。相比之下，日常生活中的性挑逗和玩笑行为通常是基于友好或亲密的情感关系，目的是增进感情、娱乐或者调节气氛，而非带有明确的犯罪目的和预谋。

【本文系山西省人民检察院检察理论研究基金项目“性侵案件中特殊未成年被害人的检察保护体系研究”(SX2024C16)的阶段性成果】

(作者单位：江西理工大学法学院；上海市人民检察院第一分院)

析疑断案

被羁押罪犯殴打其他

被监管人员的行为定性

◇ 李永超

【案情】

被告人徐某在南京市六合区看守所105监室被羁押期间，因与同监室的被监管人员张某在打扑克过程中发生口角，徐某被他人拉开后趁过程不备，猛踢张某脸部，导致张某鼻梁骨折。经鉴定，张某的损伤程度为轻伤二级。事情发生后，看守所工作人员送张某到医院治疗，张某在医院治疗后被带回看守所休养，此期间，看守所对张某按病号提供营养餐。另查明，此前法院以徐某犯容留他人吸毒罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民币5000元。

【分歧】

关于徐某的行为定性存有不同意见。第一种观点认为，徐某故意殴打他人，致人轻伤二级，应以故意伤害罪论处。

第二种观点认为，徐某殴打他人的行为既侵害他人的身体健康，又破坏了监管场所的正常秩序，应当以破坏监管秩序罪论处。

【评析】

笔者同意第二种观点。理由如下：

一、根据行为侵害的法益判断行为的定性

刑法中的法益是犯罪行为侵害的社会利益或个人权益。犯罪行为侵害的法益往往影响甚至决定犯罪行为的定性。本案中，对徐某行为的定性应结合行为侵害的法益进行判断，这主要涉及故意伤害罪与破坏监管秩序罪的分。故意伤害罪是行为入伤害他人身体致人轻伤以上后果的行为，故意伤害罪是结果犯，行为造成轻伤以上的危害后果才构成犯罪，该罪保护法益是单一法益，即他人的身体健康。破坏监管秩序罪有四种具体客观行为，一是殴打监管人员；二是组织其他被监管人员破坏监管秩序；三是聚众闹事，扰乱正常监管秩序；四是殴打、体罚或者指使他人殴打、体罚其他被监管人员。从该罪名的客观行为来看，该罪名保护的法益是复合法益，主法益是监管场所的正常监管秩序，监管人员或被监管人员的身体健康则是该罪名保护的辅法益。当破坏监管秩序罪的客观行为表现为殴打监管人员或其他被监管人员时，则会与故意伤害罪的客观行为产生交叉重合，进而产生定性上的分歧。在此情况下，应结合客观行为及行为侵害的主要法益对行为定性作出判断。

本案中，徐某身为依法被关押的罪犯，在被关押期间殴打其他被监管人员，既造成他人身体轻伤二级的后果，又导致看守所带班某离监就医、为张某开设独立监室、提供病号餐等，扰乱了看守所的正常秩序，其行为同时侵害了监管场所的正常监管秩序和他人的身体健康，构成故意伤害罪和破坏监管秩序罪，因监管秩序是主法益，故以破坏监管秩序罪论处更为妥当。同时，徐某的行为构成想象竞合，按照想象竞合“从一重罪处罚”的处断原则，在损伤程度为轻伤的情况下，两罪的法定刑相同，如以故意伤害罪定罪处罚，则难以对其行为作出全面评价，而以破坏监管秩序罪定罪处罚则可对行为作出全面评价又能实现罪责相当。

二、破坏监管秩序罪情节严重的认定

破坏监管秩序的行为构成情节严重才能定罪处罚，但何种情形属于情节严重以及如何认定情节严重，刑法及司法解释并未作出规定。笔者认为，在相关司法解释明确入罪标准之前，破坏监管秩序罪情节严重的认定可参照适用寻衅滋事罪情节恶劣或情节严重的认定情形。理由如下：一是两罪名保护的法益均为社会管理秩序。寻衅滋事罪属于“扰乱公共秩序罪”中的罪名，破坏监管秩序罪属于“妨害司法罪”中的罪名，两罪名均被置于“妨害社会管理秩序”中，破坏监管秩序罪保护的监管秩序也是一种特殊的社会管理秩序。因此，两罪具有相同的法益基础。二是两罪的部分客观行为具有相似性。寻衅滋事罪中对人实施的滋事行为，如随意殴打他人、追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，与破坏监管秩序罪中“殴打监管人员、殴打、体罚其他被监管人员”的客观行为具有相似性。因此，破坏监管秩序罪情节严重的认定，可参照适用寻衅滋事罪中认定情节恶劣或情节严重的相关规定。

本案中，徐某身为依法被羁押的罪犯，随意殴打其他被监管人员，致人轻伤二级的后果，对于该行为是否构成情节严重，可参照适用《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2013〕18号)第二条第(一)项“致一人以上轻伤或者二人以上轻微伤的”的情形。根据该项的规定，徐某的行为构成情节严重。此外，对于多次殴打、体罚其他被监管人员的行为，也可认定为情节严重。综上，应以破坏监管秩序罪对徐某定罪处罚。

(作者单位：江苏省南京市六合区人民法院)

征收补偿决定部分违法且明显可分，可判决部分撤销

◇ 王川川

据行政诉讼法第七十条规定，通过撤销行政行为的方式进行纠正。

第二种观点认为，行政行为为部分违法，并且该部分内容与其他部分可以分离的，法院可以判决部分撤销。被诉征收补偿决定系货币补偿，补偿金额由多个补偿内容组成，其中部分项目明显不当，可依法撤销并采取补救措施，同时保留其他项目的效力。

【评析】

笔者同意第二种观点，理由如下：

第一，行政行为为部分违法。行政行为为部分违法是指行政机关作出的具体行政行为为包含多项内容，有一部分或几部分内容在事实或者程序方面违反法律规定，但剩余部分仍符合法律规定。合法性审查中认定行政行为为部分违法，是属于对行政行为为效力的精细化处理，即摒弃简单采取“全有”或者“全无”的效力判断模式，将一个完整的行政行为区分为违法部分和合法部分，对其效力依法区分处理。这种区分可以避免重复行政、保护信赖利益、维护行政行为的存续力，也可以充分保护被部分违法行政行为侵害的权利得到有效弥补，从而实现保护行政相对人合法权益、严格监督行政机关依法行政的目的。本案中，被诉征收补偿决定在补偿项目上包含被征收房屋价值、搬迁费、临时安置费、装饰装修、附属物价值违反法律规定，但剩余部分仍符合法律规定。合法性审查中认定行政行为为部分违法，是属于对行政行为为效力的精细化处理，即摒弃简单采取“全有”或者“全无”的效力判断模式，将一个完整的行政行为区分为违法部分和合法部分，对其效力依法区分处理。这种区分可以避免重复行政、保护信赖利益、维护行政行为的存续力，也可以充分保护被部分违法行政行为侵害的权利得到有效弥补，从而实现保护行政相对人合法权益、严格监督行政机关依法行政的目的。本案中，被诉征收补偿决定在补偿项目上包含被征收房屋价值、搬迁费、临时安置费、装饰装修、附属物价值及各项奖励，其中装饰装修、附属物价值根据案涉征收补偿安置方

案的规定，应当采取协商方式确定，协商不成则由评估机构评估确定。但该市人民政府在协商不成的情况下，未能依照补偿方案规定由评估机构评估该部分补偿价值，而是依照该市人民政府制定的装饰装修、附属物价值参考价格标准，直接确定被征收房屋装饰装修、附属物价值，违反了合法有效的征地补偿安置方案的相关规定，也侵害了被征收人的补偿权益，明显不当，该部分的违法性应当予以确认。

第二，行政行为的内容可分。内容可分，即处理结果可分或权利义务实际影响可分，是指一个行政行为可分离成几个不同的相对独立部分，其中一部分或几部分可能不发生效力、无效或不合法时，其余部分仍可有效存在。具体而言，行政行为本身包含多个内容，将行政行为的一部分或几部分从该行为中分离，这种分离不影响剩余部分仍然具备行政行为性质的性质，则此时该行政行为即属于在内容上可分。在行政诉讼司法实践中，常见的有标的可分、条款可分、对象可分、过程可分等，而以金钱给付为内容的行政行为，同时兼具条款可分和对象可分的属性，属于行政行为内容可分比较典型的一种。回到案件中，被诉征收补偿决定的补偿内容包括被征收房屋价值、搬迁费、临时安置费、装饰装修、附属物及奖励，各项均有对应的价值，彼此相对独立且明显可分。故当被征收房屋的装饰装修、附属物价值确定方法明显不当当时，法院可以将该部分从被诉征收补偿决定中剥离出来。



【案情】

郑某位于某市(县级市)的房屋在该市重点项目征收范围内，该项目征地补偿方案明确规定被征收房屋装饰装修、附属物价值由协商确定，协商不成由评估机构评估确定。因无法在签约期内达成补偿协议，该市人民政府遂作出案涉征收补偿决定方案，载明被征收房屋装饰装修、附属物的补偿价值暂参照该市发布的规范性文件确定。后在补偿方案确定的期限内，郑某未提出意见、未选定补偿方式，亦未与征收部门达成协议。该市人民政府遂作出征收补偿决定(货币补偿)，并在征收补偿决定中直接确定被征收房屋装饰装修、附属物的补偿价值。郑某对该征收补偿决定不服，提起诉讼，请求撤销该补偿决定。

【分歧】

本案中，行政机关违反合法有效的征地补偿安置方案，径行确定被征收房屋装饰装修、附属物补偿价值的行为，构成行政诉讼法第七十条规定的明显不当情形，但能否选择部分撤销的方式判决撤销明显不当部分并责令采取补救措施，存在争议。

第一种观点认为，征收补偿决定是一个独立的、完整的行政行为，其中部分内容存在违法情形，其法律效力应当及于征收补偿决定的全部或整体。基于行政诉讼监督依法行政、保障行政相对人合法权益的目的考量，行政行为存在的瑕疵达到明显不当的程度时，应当依