

猥亵儿童罪中“猥亵行为”的认定研究

杨 洋 邹 克 王文婷

【摘 要】实践中,“猥亵”行为违法性判断的复杂性使猥亵儿童罪与非罪认定偏差、量刑失衡、轻重不一等现象频发,现有三种评价模式因判断粗疏、精细度缺乏、类型判断供给欠缺等不足,难以发挥明确、统一、有效的判断作用。应采用阶层式强弱模式,以法益侵害为指引,将猥亵行为指向的部位、强制性、次数、人数等要素按照强弱程度划分梯队,区分为“核心因素”“重要因素”“累积因素”“中性因素”等,并进行逐一及类型化讨论,形成相对稳定的判断思路,以因应复杂多变的司法实践。

【关键词】猥亵儿童;违法性;阶层式;治安处罚;刑事处罚

【作者简介】杨洋,广东省佛山市高明区人民检察院检察长;邹克,广东省佛山市高明区人民检察院第一检察部主任;王文婷,广东省佛山市高明区人民检察院第五检察部主任。

【原文出处】《青少年犯罪问题》(沪),2023.4.14~32

【基金项目】本文系国家检察官学院广东分院科研基金资助项目“猥亵儿童罪中‘猥亵行为’的认定研究”(项目编号:GDFY202209)的阶段性研究成果。

一、问题的提出

猥亵行为罪与非罪、罪行轻重把握不一。近年来,屡屡曝光的猥亵儿童案件牵动着社会的敏感神经,部分案件的司法处置,经网络传播后激起公众的强烈关注,更引致争议不断。例如,在“王振华猥亵儿童案”中,许多民众质疑量刑畸轻,应当对行为人适用更高的法定刑;又如2018年,高铁上一男子撩起一位约5岁女童的衣服,并不时抚摸、亲吻其背部,南昌铁路公安局调查后在微博发布情况通报称当事人为父女关系,男子行为不构成猥亵(本案下文简称为“南昌高铁案”)。有意见指出,通报以“父女关系”简单否定行为的违法性,不能令人信服。争议的关键在于“猥亵行为”的认定,即何为猥亵违法行为?何为猥亵犯罪行为?其中罪轻罪重又怎样分辨?具体来说,是围绕猥亵“罪质”与“罪量”的判断。此既为舆论关注的缘由,也是司法实践绕不开的难题。该问题的直接表现是法律适用标准的把握不一致,入罪

争议、重罪轻判、轻罪重判、“同案不同判”等问题比比皆是,影响法律的统一准确适用。

(一)入罪争议

案例1:2020年某日1时许,徐某(女,12岁)和朋友梁某(女,11岁)到某小区寻找喂养的小猫,被告人夏某趁徐某将手机中小猫照片给予其辨认的机会,用右手触摸徐某左胸部,后夏某以猥亵儿童罪被判处有期徒刑一年,夏某以该行为“显著轻微”,仅行政处罚即可为由上诉,但意见未被法院采纳,最终维持原判。^①

该案接触部位非生殖器官,且无强制手段、伸入衣物内抚摸、长时间揉捏等使得违法性上升的情节,由“触摸”一词可知该动作快速且轻微,无论是规范违反程度还是法益侵害程度都相当有限,何以被认定为刑事犯罪?法院对此虽未展开论述,然而,应当明确的是,“虽然刑法的目的与任务是保护法益,但这并不意味着对任何侵犯法益的行为都必须规定或

者认定为犯罪”。^②

(二)重罪轻判

案例2:2020年某日凌晨1时许,51Talk在线英语职员李某到仇某(男,14岁)家中,采用口交、肛交等方式对仇某实施猥亵,于当日被发现并抓获。法院认定李某构成猥亵儿童罪,但因有自首、获得谅解等情节,最终判处其有期徒刑一年四个月,缓刑一年六个月。^③

案例3:2012年某日下午,施某发现有小孩在仓库玩耍,趁机将男孩引出仓库,将女孩及自己的裤子脱下,让谢某某(女,8岁)抚摸施的生殖器,用手指插入女孩阴道。施某强行让被害人摸生殖器导致自己脓疱破裂,被害人阴道、短裤染脓血。经诊断,被害人处女膜裂伤,外阴擦伤。最终法院以猥亵儿童罪判处施某有期徒刑二年。

案例2、3中行为人所采取的猥亵方式是插入、直接指向性器官的行为,与一般的抚摸、裸聊等猥亵行为相比,其法益侵害程度更大,属于较为严重的猥亵行为。^④两案件具有“进入未成年人住所”“对不满12周岁的儿童实施猥亵”的情节,符合最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《性侵意见》)第25条“依法从严惩处”的相关规定,但其判决结果与行为所彰显的法益侵害性并不契合,与立法、司法所倡导的加大性侵犯犯罪处罚力度的鲜明导向也有背离之处,均在“五年以下有期徒刑或者拘役”量刑幅度的中线以下处以刑罚,案例2还适用了缓刑,即使考虑有“自首、取得谅解”等从轻、减轻处罚情节,也不能消解公众对量刑畸轻的质疑。

(三)轻罪重判

案例4:2017年某日14时许,王某在公交车上,两次隔着裙子抚摸戴某某(女,案发时未满12周岁)的臀部,被认定在公共交通工具上当众猥亵儿童,判处有期徒刑五年。^⑤

案例5:2020年某日20时许,刘某在其经营的小餐桌女生宿舍内,借擦头发之机摸董某某(女,12周岁)胸部,随后又借机摸、亲吻董某某胸部。判决认

为,刘某于多名女生在宿舍的情况下实施猥亵犯罪,属于“当众”,该女生宿舍屋门是打开状态,其他人员随时可进,任何人都能看见,封闭性、私密性大大减少,甚至荡然无存,是“准公共场所”。本案审判时《刑法修正案(十一)》已生效,根据“从旧兼从轻”基本原则,适用《刑法》第237条第3款加以处罚,同时刘某具有负有照护职责人员身份、拒不认罪、有前科等情节,最终法院判处其八年有期徒刑,二审维持原判。^⑥

案例4中行为人两次触摸均是隔着裙子,没有产生直接、实际、深入的身体接触,但因被认定为在公共交通工具上当众猥亵,被判处五年有期徒刑的重刑。实践中,这种“咸猪手”事件,如果是针对妇女实施,且没有长时间、暴力等情节加持,通常处以行政处罚,即使判处刑罚,多数也在一年有期徒刑的幅度内量刑,^⑦与之相较,本案侵犯的对象是不满12周岁的未成年人,仅对象的不同,其法益侵害程度是否足以产生如此悬殊的差异?法院认为,在公共汽车上当众猥亵儿童,无论在场人员是否看到,都不影响当众的认定。该结论契合《性侵意见》“当众”的解释精神,但仍须作出回答的是,在公共场所当众实施猥亵儿童行为其违法性大幅度攀升的实质理由是什么?该案是否存在因“公共场所当众”被泛化理解而导致量刑畸重的问题?行为人无所顾忌甚至刻意追求侵害行为被多数人看到的刺激,与不愿暴露自己,仅在相对开放的场所隐蔽进行侵害能否同日而语?是否均能被解释为“当众”?

最高人民法院第十一批指导性案例“齐某某强奸、猥亵儿童案”在原有《性侵意见》的基础上,进一步扩张公共场所的外延,将学生宿舍纳入公共场所范畴,并且认为只要行为容易被他人所感知即符合“当众”的规定,以此为标准对案例5进行检验似乎并无不当之处,但“指导量刑的灵魂,始终是罪刑相适应原则”,^⑧该判决量刑是否失衡,可以通过大致的对比得出。在“齐某某强奸、猥亵儿童案”中,齐某在学生宿舍等地对7名儿童进行猥亵,其中3名是多次猥亵,最终以猥亵儿童罪判处十年有期徒刑,而案例

5刘某仅侵害1人两次,就被判处八年有期徒刑,难逃刑罚过重的质疑,而且与同为侵犯人身权利的普通奸淫幼女一人既遂作比较,奸淫幼女的既遂至少要求双方性器官的接触,“一般在四年至七年有期徒刑幅度内确定量刑起点”,难道在公交车上隔衣服抚摸臀部、在宿舍内对1人两次亲吻、抚摸胸部猥亵,其法益侵害程度能与奸淫幼女相当甚至更重?这显然与一般人朴素的法感情不相一致,两行为对被害女童的身体伤害、心理影响更是难以相提并论。

(四)同案不同判

案例6:2015年一天下午,教师黄某在其学校宿舍内,将杨某1(女,9岁)抱到胸前,用手摸杨某1阴部。2015年一天下午,黄某在教师办公室内,将杨某2(女,11岁)拉到其两腿之间,用手摸杨某2阴部。一审法院以黄某构成猥亵儿童罪,对其判处三年有期徒刑。^⑨

案例7:2013年某日,教师曾某将3名女学生(均6周岁左右)叫到其办公室,将三人的裤子脱下,用毛巾捂住嘴巴,依次抚摸三人的阴部、用手指插入阴道,并威胁不许告诉家人,被法院以猥亵儿童罪判处一年四个月有期徒刑。^⑩

案例6、7中确有许多相似的部分。例如,行为人与被害人皆为师生关系、均发生在校园内、被害人不满12周岁、行为方式是用手抚摸、抠摸或插入阴部。其中,案例7中行为的法益侵害性明显更加严重,不仅具有毛巾捂嘴的强制手段,而且手指实际插入了被害人阴道,同时,被害人共3人,事后还有威胁、恐吓的举动。此外,两案均不存在自首、立功等足以使量刑减轻、从轻处罚的情节,但在裁判结果上,案例7反而得到了更轻的判决,两案量刑结果足足差了一年八个月,无论如何都逃避不了“罪责刑不相适应”的诘问。

二、认定困境

猥亵儿童作为性侵未成年人的典型行为之一,由于涉及儿童隐私保护,在中国裁判文书网等线上平台公布的比例并不大,但有限的公开文书已经足够支持“入罪争议”“轻罪重判”“重罪轻判”“同案不

同判”的基本结论,将前述四类情形交叉对比,也不难再次确证“轻重把握不一”的实践现状。需要进一步反思的是,既然问题都指向“猥亵行为”的认定,那么其认定困难的症结为何存在又如何解开?如何进行有效的认定,为实践提供明确、统一、有效的指导?司法实践中,在认定是否构成“猥亵”时,存在规范性要素属性、多种违法性评价因素及二元制裁体系等重重叠加的问题。

(一)“猥亵”是规范的构成要件要素

“‘猥亵’是具有鲜明道德评价色彩的、规范的构成要件要素,对其该当性的判断殊为不易”。^⑪构成要件该当性,是阶层论中判断成立犯罪的首要条件,也是刑法规定的将犯罪予以类型化的具体表现,每个构成要件都是由数个具体的构成要件要素组成,依照不同的标准可以将之分类,记述的构成要件要素和规范的构成要件要素就是公认的一种分类方式。^⑫按照麦茨格尔的观点,所谓记述的构成要件要素,是指从法官的立场来看,只需要进行事实判断、认识的活动即可确定的要素,而规范的构成要件要素需要法官根据具体的事实进一步判断,这既可能基于法官的自由裁量,也可能依赖于道德、文化、礼仪、交易习惯等法以外的规范。简单来说,记述的构成要件要素要求一种感性的表象;规范的构成要件要素要求一种精神上的理解。^⑬因此,规范的构成要件要素与个人的主观认识、知识水平、情感特征、法的价值、文化的尺度、道德的评价、特定的历史时期、一定的社会背景等方面息息相关,且将随着时间、历史等因素的变化而转变,难以纯客观、固定地加以评定。

过去认为构成猥亵的,现在可能不被认定为猥亵,如当众接吻、搂抱、言语挑逗女性等,在20世纪80年代,刑法仍以流氓罪规制“猥亵”行为时,该行为极大概率以流氓罪论处。随着文化、经济、政治等多方面的发展,此类行为可能仅招致“不得体”的道德谴责,至多是“非礼”“性骚扰”等民事侵权或一般违法行为。过去未曾出现或者比较少出现的方式现在出现了,也可能因此扩大猥亵认定的犯罪圈,例如通

过互联网发送裸照、裸聊等,当对象是不满14周岁的未成年人时,可能构成猥亵儿童罪。在此场景下是正常行为,在彼场景下可能构成猥亵,例如,聚会中第一次见面的双方贴脸、亲吻问候,若符合社交礼仪则并无不当;然而,如果陌生人趁乱逾矩刻意触碰身体,则不排除构成一般违法行为甚至犯罪。受不同道德观念、历史传统、社会信仰等因素的影响,不同国家的“猥亵”概念也有所差异,美国早期法律规定的反自然性交行为仅限于兽奸、鸡奸两种猥亵方式,随着社会发展,猥亵行为已经扩大到其他如口交一类的反自然性交行为。^⑭日本刑法规定了公然猥亵罪,当行为人将猥亵行为置于能为不特定或者多数人所认识的状态之下,例如赤裸全身在路上行走,即可处6个月以下惩役或30万日元以下罚金,或者处以拘留或科料。^⑮在我国,如果该行为没有强制性等特殊因素,通常仅认定为行政违法行为。

(二)简明罪状描述与复杂的违法性评价

我国刑法对猥亵儿童罪的规定采取的是简明罪状的立法方式,未对何为“猥亵”做详细、具体的描述,因此,其法律含义不甚明确,这也是导致猥亵认定难的一个缘由。通说认为,刑法上的猥亵,是指除奸淫之外能够满足性欲、性刺激的有伤风化、损害他人心理、性观念,损害其身心健康的性侵犯行为。^⑯不过,该定义对于理清何为猥亵犯罪作用十分有限,一方面,奸淫之外猥亵方式的范围极其广泛,包括但不限于抠摸、亲吻、舌舔生殖器、胸部等,并不能一概而论,另一方面,由于我国刑法规定强奸罪的犯罪对象仅限于妇女,因此,对男童实施奸淫的,也以猥亵儿童罪论处,“除奸淫以外”的表述并不准确。

猥亵涉及复杂多样的违法性评价因素,从猥亵的概念、行为表现来看,有侵犯部位、侵犯方式、侵犯地点、侵犯主体、主观倾向等,此外,如人数、时间、次数、对象、结果等因素也将左右违法性程度的判断。没有争议的是,当侵犯的人数越多、时间越长、次数越多、手段强制性越明显、指向部位的性意味越浓,则违法性程度越高,法益侵害越重,可谴责性更强,而人数越少、时间越短、次数越少、手段越和缓、指向

部位越一般,则违法性程度越低,法益侵害越轻,可谴责性越弱。但疑问在于,不同因素对违法性影响的“占比”和“方向”是一致的吗?每个行为都是不同因素“叠加”的结果,其中,哪些是削弱违法性的部分,哪些可以增强违法性,哪些“组合”又应当适用更高法定刑?事实上,个别违法性因素一旦微变,即可能影响整体的判断结论,牵一发而动全身,不可不谓盘根错节。例如,行为人在公交车上故意用下体擦蹭他人,如果隔着衣服、仅短间接接触,以治安处罚加以处置未尝不可;但如果对象是未成年人,或者行为人迟迟不愿离去,则可以考虑入罪规制。可见,被害对象年龄、犯罪时长的细微变化,即可能颠覆原来的结论。更为复杂的是,影响违法性程度的某些因素,在不同的场景中所起的违法性削弱、增强作用不完全相同,难以一概而论,必须具体问题具体分析。

(三)从严处置的倾向与二元分立制裁体系之间的冲突

近年来,我国性犯罪体系的构建逐步完善,法网更加严密。2013年《性侵意见》,明确从严从重处罚的刑事司法政策以及对未成年人特殊、优先的司法保护原则;2015年《刑法修正案(九)》废除嫖宿幼女罪,同时增设猥亵儿童犯罪“其他恶劣情节”的加重处罚条款;2018年至2019年,最高人民检察院、最高人民法院先后公布了猥亵儿童罪指导性案例、典型案例,扩大了刑法打击范围、加重了刑罚打击力度;2020年《刑法修正案(十一)》补充、明确、完善了猥亵儿童罪加重情节的具体类型,将“猥亵儿童多人或者多次的”“造成儿童伤害或者其他严重后果的”等加重情形纳入其中。^⑰尽管立法和司法对性侵未成年人的刑事犯罪释放了明确的从严惩治信号,但从媒体报道和公众关注的个别性侵案件来看,质疑通常还是聚焦在量刑过轻之中。“人们对性侵害犯罪危害性的评价,并没有随着社会性的观念的相对宽松而变得宽缓,相反,对性侵害犯罪,公众情感日渐憎恶,容忍度越来越低。”^⑱面对同样渐成浩大声势的从严惩治呼声,日本等地区对性犯罪进行了立法修订,合理吸纳、回应公众朴素的正义诉求,普遍表现为对被

害人保护的增强、对犯罪打击范围的扩大及力度的加大等。当多个层面均指向加大猥亵儿童犯罪惩治力度的一致方向时,是否意味着“猥亵”儿童行为一律入罪、一概严惩?在我国猥亵行为遵循治安处罚与刑事处罚二元分立的制裁体系下,不无讨论的余地。

我国治安管理处罚法与刑法均对猥亵行为作出规定,^⑩不同于英美国家大犯罪圈式的规制体系,我国所构建的是猥亵行为治安管理与刑法处罚二元分立制裁的基本思路,这使得严格区分一般猥亵行为、猥亵犯罪行为以及情节严重的猥亵犯罪行为,以实现均衡处置成为必须且必要。猥亵行为表现形式多样,社会危害差别较大,有明显的轻重之分,二元分立制裁体系契合司法实践的需要及行为规制的规律,猥亵行为应当处以行政处罚还是构成刑事犯罪,应当坚持在法秩序统一的背景之下,根据不同法律的规范保护目的及行为的违法程度进行独立判断,以实现妥当处置。然而一方面,公众呼声、司法政策、修法改革等方面持续释放儿童特殊保护、从严惩处性侵犯犯罪的明确信号;另一方面,行刑区分界限模糊,司法人员面对具体案件时难以准确把握、左支右绌。值得关注的是,部分司法人员认为将猥亵行为一律入罪是保障儿童权益的态度彰显。事实上,这是儿童视角的片面理解,导致猥亵儿童违法界线节节败退及猥亵儿童行政处罚的空间被严重压缩,使得“隔着衣物抚摸未成年人臀部”这种明显比较轻微的猥亵行为却被处以五年有期徒刑的重罚,二元分立制裁体系被完全架空。这着实有违背刑法谦抑性的嫌疑,更是打破了罪责刑相适应的刑事原则。显然,问题的关键在于儿童特殊保护原则、从严从重打击性侵未成年人犯罪与猥亵行为二元规制体系之间关系的理性理解,此绝非简单“站队”所能够解决,如何兼顾各方,使得司法适用实现准确、审慎、合理,需要反思。

三、反思与批判

基于猥亵儿童罪的简明规定与司法实践复杂情况之间的紧张关系、猥亵犯罪规范的构成要件要素属性以及猥亵犯罪方法多种多样等多层缘由,提出

猥亵儿童罪统一、精准的“猥亵”行为认定模式实属不易,甚至一度被认为是不可能完成的任务,但刑法理论对此仍进行了大量卓有成效的研究,尝试构建猥亵儿童罪违法性程度判断的具体模式,具体可以归纳为以下三种类型。

(一)综合评价模式

综合评价模式认为,对猥亵行为违法性有无、轻重之判断必须结合行为人主体身份、猥亵手段、猥亵时长、被害人人数、猥亵次数、对被害人伤害大小、作案地点、对社会风尚的冒犯程度等因素,予以综合判断,不能不问情节对猥亵行为一概以犯罪论处,使得一些情节显著轻微的性冒犯行为被升格为犯罪行为或者作为严重犯罪行为处理,导致猥亵儿童罪中的“猥亵”行为无所限制,背离刑法所强调的谦抑性原则。^⑪

综合评价模式明确提出对猥亵罪中的“猥亵”进行适度地限制解释,以准确把握该罪的刑事处罚必要性,其从实质的立场出发,切实考虑了刑法的规范保护目的,方向是准确的、优势亦是明显的,能够对“入罪争议”“轻罪重判”“重罪轻判”“同案不同判”等现象起到一定的纠偏作用。但是综合评价模式缺乏进一步的指导价值,精细化程度不足,使得司法判断人员即使充分考虑了上述违法影响因素,也有难以名状的模糊感,并不能有效解决无从下手的难题,更无法避免轻重不一的法律适用现状,因为司法实践面临的困境并不在于不知道猥亵行为所涉及的违法性要素众多,而是在面对众多的违法要素时难以进行具体考量。当违法要素以不同的组合形式出现时,又缺乏判断的方法和重点。众所周知,行政违法行为和刑事犯罪行为都可能在不同程度上涉及这些违法性要素,如何恰当评估违法性要素所起的作用,其强弱是否完全一致,综合评价模式没有给出明确的解答。因此,该模式虽正确但不够有效、实质发挥的作用不强,没有消除问题症结。

(二)一律入罪模式

一律入罪模式指出,现行刑法对猥亵儿童行为的危害性评价明显不足,应当予以改进。猥亵儿童

行为客观危害性、主观反伦理性较为严重,对被害儿童身心健康造成的损害不亚于奸淫幼女罪,二者只是“以奸淫方式性侵”或是“以奸淫以外的方式性侵”的区别,本质上都是性侵未成年人,应将与奸淫幼女行为同等看待,原则上以起诉追究刑事责任。同时,与奸淫幼女行为相比较,猥亵儿童行为往往无法在被害人身体、衣物上留下有价值的物证痕迹,其证据的发现和查证存在相当难度,因此“一旦能够证实猥亵儿童行为,就应当追究刑事责任”。^④该模式体现了对猥亵型性侵未成年人行为从严从重处罚的明确态度,与立法、司法政策的导向和公众之间能够达成基本共识,其指导性十分明确,但是存在以下疑问:

其一,不同的猥亵形式,其违法程度客观上存在差异,并非所有的猥亵儿童犯罪行为均可与奸淫幼女行为等同看待。参考“强制猥亵”中“猥亵”的具体形式,猥亵儿童包括五种类型。第一,直接对儿童实施猥亵行为,或者迫使儿童忍受行为人、第三人对之实施猥亵行为,例如强行抚摸儿童性器官等。第二,欺骗、引诱、要求、迫使儿童对行为人或第三人实施猥亵行为,例如让儿童为行为人手淫、让儿童与行为人裸聊、向行为人发送裸露照片等。第三,任由儿童对行为人、第三人实施猥亵行为不加以阻止。第四,欺骗、引诱、要求、迫使儿童自行实行猥亵行为,如让儿童自行抚摸性器官。第五,欺骗、引诱、要求、迫使儿童观看他人猥亵行为,或者让儿童与行为人、第三人一起观看淫秽物品。^⑤这些行为都可能构成猥亵儿童罪,但是有明显的轻重之别。例如,强迫儿童为行为人口交,与儿童主动抚摸行为人性器官而未加阻止,其主动或被动、有无直接的性器官进入、产生的危害结果均难以相提并论,如何认为其危害程度不亚于奸淫幼女罪?奸淫幼女罪是起刑点三年以上有期徒刑的重罪,猥亵儿童何以能够不加区分就认为“不亚于”奸淫幼女?如果坚持该观点,那将没有理由对猥亵儿童罪作出低于三年以下有期徒刑的处置,这会在无形中压缩猥亵儿童罪的法定刑区间,使得猥亵儿童犯罪仅在三年以上量刑,这样的结论可

以适应猥亵行为多样甚至多变的社会现实吗?不会进一步加剧轻重不一的量刑失衡问题吗?不会使得本该入罪轻判的猥亵行为因为不能符合三年以上的重罪要求而被降格为行政违法吗?在某些情形下,部分猥亵行为其实质与奸淫行为相差无几,例如肛交、口交等生殖器官进入的情形。根据法国刑法典的规定,“以暴力、强制、威胁或趁人无备施以任何性进入行为,无论其为何种性质,均为强奸罪”,在立法修订及量刑裁决时,可以为我国所参考。但是,现实中也广泛存在触摸、裸聊、观看淫秽视频等侵害形式无法与“性进入”行为作同质评价的猥亵方式,必须对不同的情形进行精准界分与全面预估,才能使之罚当其罪。

其二,该观点没有贯彻到底。一方面,一律入罪模式强调猥亵行为的危害性被严重低估,应当在性质上将之视同为奸淫幼女行为,并进一步拉近两罪之间的量刑档次,但是实际上又试图划分出猥亵行为中治安处罚和刑事处罚的界限,指出“以搂抱、亲吻、抚摸等方式猥亵儿童二次以上的”应当定罪处罚,而“对儿童偶尔或者轻微性骚扰行为”可以认为属于情节显著轻微危害不大,仅作行政处罚。但是,搂抱儿童两次与对儿童偶尔的性骚扰行为有无实质差异?如果没有其他情节,搂抱不属于性骚扰的方式?两次不能认定是偶尔?一者入刑一者出罪其理由何在?而且,该观点认为“猥亵与奸淫,在实行方便或随意程度存在巨大差别……猥亵的程度有高有低……”^⑥也即猥亵行为的复杂性决定无法将其一语概之,而奸淫幼女行为无论在既遂标准中采取接触说抑或插入说,至少要求两者性器官的实质接触,相比情节轻微的猥亵行为,自然难以等同,要求两罪等同处置确有不妥。

其三,入罪处置的理由难以获得认同。犯罪的实质是对法益具有侵害性或者威胁性的行为,只有当一个行为不仅违反了刑法规范,而且侵害了刑法保护的实质内容时,才能认定为犯罪。^⑦调取证据的目的是查明事实,进而判断该事实是否被现行刑法规定为犯罪,该事实是否足以证明刑法所保护的实

质内容被侵害或者威胁,是否达到了刑法规制的界限,因为难以查证而认为一旦存在猥亵行为就入罪的观点,将手段等同于目标,混淆了证据的价值与犯罪的本质之间的关系,不足为取。

(三)典型类型模式

该模式将猥亵儿童行为通常应当予以评价的要素划分为行为自身要素和行为外部要素两个层面。前者包括侵犯部位、侵犯方式、侵犯时间等要素;后者包括侵犯主体、侵犯对象、侵犯行为发生的环境等要素,行为自身要素是影响评价结果的主导方面,每种要素对猥亵行为的认定均有不同的影响作用,应分别进行讨论。^⑤

该模式试图在相对共识的基础上,归纳出影响猥亵儿童行为认定的常见因素,并逐一进行检讨,以此建立基本稳定的违法性评价体系。一方面,该模式并不在穷尽所有因素上做过度努力,因为对于林林总总、不胜枚举的违法性影响因素而言,这是不可能实现的;另一方面,集中讨论某几种常见的影响因素,还是可以在一定程度上约束司法的自由裁量空间,消弭明显、突兀的差异性,为实际判断提供相对清晰的指导,所以该模式在指导性、操作性上有一定的优势,但是也存在些许不足。

其一,对个别违法要素的判断难获认同。尽管该模式强调行为自身要素是左右结果的主要方面,应当着重考虑,但是行为自身要素也可能有不同的表现形式,此时,能否得出没有争议或者争议较小的结论,以保障判断的准确性、一致性不无疑问。例如,该观点认为,以性器官针对性器官直接接触实施的侵犯行为毋庸置疑构成猥亵,隔着衣物间接接触的侵犯行为也构成猥亵,次之的,便是以性器官接触儿童其他部位或者以其他部位接触儿童性器官的情形,后者中,如果不是直接而是间接接触,那么以治安处罚即可,在照看邻居小孩时趁机隔衣服触摸儿童性器官便是治安处罚的典型情形。^⑥但是该判断恐怕过于武断,性器官于猥亵儿童行为而言是最能体现性权利、身心健康受到侵害的部位,即使非直接接触,也不应当低估其危害性。如果明知触摸性器

官将侵害未成年人身心健康仍积极追求,丝毫不在乎自身行为对儿童身心健康的损害,即使触碰的时间不长,也应入罪处理。在正常的社会交往中,排除因过分喜爱而行为失当或者案发地区有一定的“传统残余”等情形,玩弄、抚摸儿童性器官完全违背正常的道德伦理要求,其规范违反程度明显,是猥亵行为中较为典型或者核心的方式,不宜以行政处罚一笔带过。可见,该模式在具体、单一的违法要素判断中疑问颇多。

其二,对于违法要素组合和叠加情形判断的供给不足。该观点认为,无接触式的猥亵行为其法益侵害程度轻于接触式猥亵,因此直接接触儿童性器官的构成猥亵儿童罪,仅使儿童裸露性器官或者令儿童观看性器官则进行治安处罚即可。表面上看,这是行为方式对法益侵害程度的影响,其判断指向并无疑问,但是一个违法行为的判断不仅与行为方式有关,还涉及行为对象、行为主体等,并不能必然得出仅作治安处罚的结论。根据最高人民检察院公布的“骆某某猥亵儿童案”,骆某某通过网络方式强迫被害人传输裸照供其观看,虽然没有直接接触被害人,但是已经使得儿童人格尊严和心理健康受到严重侵害,应作犯罪处理,该案并非因为骆某某使用强制手段才入刑处置,裁判要旨明确即使使用诱骗或者其他方式,侵害了相应的法益,也构成猥亵儿童罪。该模式对违法因素逐一讨论,虽明晰了轻重之间的比对,但是不仅无法应对实践中纷繁复杂的猥亵行为形式,而且依然没有切中问题要害,“违法性轻重的大致判断”取代不了罪与非罪的判断,两者不能等同视之。

四、阶层式强弱模式之提倡

从问题意识出发,判断偏差与量刑失衡现象频发凸显出“猥亵行为”认定这一课题的极端重要性,结合猥亵儿童犯罪的高发态势,则更加显现出该难题的解决迫在眉睫。据统计,2019年,与同期相比较,猥亵儿童犯罪人数大幅上升,居侵害未成年人犯罪人数的第三位;2020年,全国检察机关起诉猥亵儿童犯罪5880人,同比上升14.75%;2021年,全国检察

机关起诉猥亵儿童犯罪 7767 人,同比上升 32.09%。^④而且,猥亵儿童历来是社会关注、媒体追踪的重点,其特殊性足以轻易导致舆论轰动,使得司法认定直面社会拷问。有学者指出,实践中“量刑与危害性不符合”的重大司法漏洞是司法人员受传统文化影响较深,存在“强奸是大事,猥亵是小事”的观念、过分容忍“猥亵”犯罪所引致的。^⑤也有学者认为,该问题关涉司法技艺的短板,司法人员不敢、不善运用正确的解释方法,不同程度地依赖法条,统筹多项冲突情节时人权保障意识不足,以致在犯罪的具体认定中游移不定。^⑥从理论研究的视角,多数学者关注到了量刑失衡中刑罚过轻的问题,并深入剖析其中缘由,然而这并非司法实践的全貌,同样存在于实践中且值得关注的还有“同案不同判”“轻罪重判”等现象,这些问题隐藏在司法人员对法律形式化规定的遵循、从严从重处罚的刑事政策导向、儿童特殊保护的基本原则、世界各国性犯罪改革潮流、公众日益明显的性侵零容忍呼声等多重客观事实的夹缝之中,其处置结果不仅与我国现行性侵行为二元治理模式不相符合,与刑法罪刑法定、罪责刑相适应的原则要求也相去甚远。猥亵儿童罪中“猥亵儿童”行为的认定无视猥亵行为的严重危害性或者一味强调重刑、过度扩张解释、无限制地拓宽刑事打击范围均不是办理此类案件的最佳方案,面对复杂的司法实践和多层合理诉求,用好用足法律的规定、契合刑事政策要求、因应客观社会现实,做到重罪重判、轻罪轻判、罪刑相当、罚当其罪才是最佳选择。

因此,本文提倡阶层式强弱模式,所谓的阶层或强弱,有两层基本含义:其一,强调行为的认定必须结合猥亵儿童罪的性质亦即该罪的法益侵害来加以考虑,“法益侵害作为犯罪的本质,不仅是定罪的依据,也是刑罚裁量最为重要的依据”。^⑦一般认为,猥亵儿童罪保护的法益是儿童的身心健康,儿童处于身心发育均不成熟的特殊阶段,以猥亵方式对儿童进行欺骗、引诱、挑逗、强制以满足自身的性欲望,对儿童的成长伤害很大。^⑧而且,猥亵儿童犯罪对儿童心理的伤害远远大于其身体的伤害,不仅容易产生

严重的创伤后应激性障碍、焦虑障碍、抑郁症,甚至会出现滥用药物及自杀等长期的负面影响,即使从表面上看与常人无异,也不能忽视其内心里的焦虑、羞耻、痛苦。^⑨据此,对违法性因素的评价不能剥离其实际可能产生的以及已经产生的法益侵害,法益侵害轻重、深浅的判断是最为根本的牵引。法益侵害轻微、规范违反程度低、多种违法因素均明显较轻,没有造成严重结果的,不作犯罪处理;有一定的法益侵害性,但是情节相对轻微,未达入罪标准的,处以治安处罚;反之,如果法益侵害明显,甚至造成严重的身心损害结果的,应予入罪规制甚至处以重刑。其二,法益侵害的判断依赖于违法性因素的价值认识,该模式认为不同违法性因素在“猥亵行为”认定中所起的作用并不一致,不同违法因素组合、叠加下法益侵害程度的判断也应当有相对稳定的、类型化的思路。对于猥亵概念的外延而言,有核心情形与边缘情形之分,居于猥亵概念核心的情形与居于边缘地带的情形,其法益侵害性存在量上的差异,^⑩而所谓的猥亵行为,无不包含了对法益实施侵害的行为事实的基本因素的总和,其中既有核心、边缘之分,也有介于核心与边缘之间的其他区分。因此,根据因素影响值从强到弱,将之分为“核心因素”“重要因素”“累积因素”“中性因素”“其他因素”进行逐一讨论,具体如下。

(一)核心因素

核心因素包括行为运用、作用或者指向的身体部位。由于“猥亵行为属于性行为”,^⑪猥亵儿童是与性内容有关的犯罪,因此,对于判断是否为“猥亵行为”的决定性因素有且仅有行为运用、作用或者指向的身体部位,包括但不限于使儿童裸露性器官、抚摸儿童性器官、让儿童抚摸自己的性器官、在儿童面前暴露自己的性器官、与儿童一同观看淫秽视频等。性,指的是为生殖或者欲望的满足而进行的有生殖器参与的身体活动,^⑫可见性器官(或生殖器官)是性象征意义最为强烈的身体部位,“使用性器官或者针对性器官实施的侵犯行为毋庸置疑属于猥亵”。^⑬在具体界定时原则上考虑入罪处置,无论是高度模拟

性交行为的口交、指奸,还是“隔空猥亵式”的裸聊,均是猥亵犯罪的具体体现。原因在于,儿童的自我保护意识和能力有明显欠缺,对猥亵行为的性质也缺乏充分、明确的认知,针对性器官实施的侵害行为所造成的负面影响尤其是心理损伤不容忽视。世界卫生组织的一项研究显示,性虐待的影响可能伴随一生:6%的人有酒精及药物滥用的状况、8%的人有自杀未遂的行为、10%的人有惊恐障碍、27%的人有创伤后应激障碍。^⑥而且,除了极为亲密的监护人等为儿童洗浴或者出于医疗救助等正当目的,并不存在合理接触儿童性器官的情形或者理由,一旦实施与性器官相关的行为,其规范的违反性已然十分明显,属于严重侵害法益的行为,不能降格为普通性骚扰或者违法行为处置。

1. 次于生殖器,但明显有性象征意义的依次有女性胸部、肛门、大腿内侧区域、唇舌、臀部等。针对这些部位实施的行为当属猥亵无疑,但是不能一概纳入刑法范畴,究竟入罪处置还是归入治安违法行为,应当结合行为作用的方式等进行整体考虑。其中,性意味相对而言最高的是女性胸部,例如,用手触摸女童胸部,如果仅是间接接触,且时间较短,没有后续其他因素增加违法性的,则作为行政违法行为处理也并无不当;如果是亲吻或者直接触摸、用力揉捏胸部,即使时间短暂,也应当入罪处置。随着世界各国、地区对性交概念内涵与外延的扩张,“肛交”逐渐被纳入“性交”概念之中,典型的肛交属于“行为运用、指向的部位是性器官”的情形,本就属于应当入罪甚至重罚的情形。此处讨论的是,模拟“肛交”用手指等身体部位或者外在物品侵入肛门的情形,前者是直接深度侵入,性意味强烈,入罪甚至加重处置当无异议;若是后者,则应当考虑在一般的社会认识中该物品作为“性器具”使用的可能性,进行综合判断。如果是专门购买的“性器具”或者自制、常用的“性器具”,结合其作用的方式,应认为构成猥亵儿童类犯罪,如果是其他不寻常的器具,则要关注器具特征、使用方式上的性象征意义、行为人主观意图判断构成猥亵犯罪还是其他犯罪。行为人使用异常的

物品插入儿童肛门,如果其主观上不具有猥亵的故意,行为方式与所谓的性行为有明显差异,不应认定为猥亵犯罪,倘若该行为造成一定的伤害结果,可能成立故意伤害罪。

2. 颈部、腰腹、腿部等身体部位。其虽有一定的性象征性,但是相对微弱,除非在手段上有明显的强制性或者长时间侵害等违法性累积因素加持,否则原则上不作犯罪处理,以“性骚扰”或者违法行为处置即可。例如,间接触摸、磨蹭腿部的,可认为属于悖德行为,快速、体表式接触颈部、腰腹,其规范违反性不强,所侵犯的法益较轻,可以考虑作为轻微的违法行为处理。若有亲吻、揉捏等举止,行为非瞬间可完成,应考虑作为严重的违法行为处置。行为人故意用强制手段搂抱儿童,亲吻颈部、腿部,持续一定时长的,不仅严重违反了日常生活规则,还可能造成儿童惊恐,造成“性恐惧”“性羞耻”等心理损伤的可能性极高,行为整体的性象征意味明显,可以入罪处理。首先,在日常生活中,若非故意为之或者特定场合,鲜少有直接接触上述身体部位的机会,因此一旦有明显异常的接触,就可能产生违法性。其次,这些部位所能彰显的性意味毕竟相当有限,无法轻易突破刑法界限入罪处理,这也决定了其构成一般治安违法行为的概率更高。最后,有部分场合仍存在“合理接触”的可能,因此,须仔细辨析行为人是否有合理理由接触。例如,在拥挤的地铁上,邻座乘客用手触碰女生大腿,此举便属于“有合理理由接触”,但如果乘客故意靠近、多次触摸的,则是“明显异常”,可处以治安处罚。

(二)重要因素

重要因素包括行为作用的方式和时间的长短,该因素可以帮助判断猥亵行为是否构成犯罪或者是否升格法定刑处置。其中,行为的作用方式主要讨论行为的强制性、侵入的深度。一般而言,行为的强制性越高,其违法性越强;侵入的程度越深,违法性越强,反之亦然。

1. 强制性。暴力、胁迫、禁闭、致人昏迷等强制手段不仅容易造成肉体上的痛苦、损伤,而且使人遭

受精神压制、心理伤害,严重侵害他人人身权益,历来是刑法从严打击的对象。在我国实定法中,具有强制手段的罪名多数是起刑点为三年以上的重罪,例如抢劫罪,其同时侵犯了他人的财产权利和人身权利,这使得抢劫罪成为侵犯财产犯罪中最严重的犯罪。^③《性侵意见》第25条中也将“采取暴力、胁迫、麻醉等强制手段奸淫幼女、猥亵犯罪的”作为从严惩处的情形加以规定。因此,强制性显著提升违法性程度的功能毋庸置疑,而且,在通常情况下足以使得行为违法性质升级。具体而言,就是实现违法性的“跃升”,使普通的性骚扰行为“跃升”为违法行为,一般违法行为“跃升”为猥亵犯罪行为,暴力程度较高的“跃升”适用猥亵儿童犯罪升格法定刑。例如,轻微搂抱、亲吻儿童的行为一般认为仅作治安处罚即可,如果儿童挣脱后仍强制进行,或者采用殴打、威胁、恫吓等方式,则应入罪处理。又如,以捆绑、卡脖子等方式强迫儿童裸露下体,强制用力抠摸儿童生殖器,暴力程度较高的,可以直接认定为“猥亵手段恶劣”判处五年以上有期徒刑。还须注意的是,一方面,猥亵儿童犯罪的成立本身并不要求手段的强制性。基于儿童特殊的身心特点,其对性内容、性意义、性后果不甚了解,权益脆弱性突出,在没有强制手段,仅是引诱、欺骗时便已经容易使其权益受到威胁或损害,为了周全保护儿童权益,《刑法》认为14周岁以下儿童没有性的自主决定权,即使行为人获得儿童形式上的同意,也不影响犯罪的成立,而一旦对儿童施以强制手段,更令其无法反抗、不敢求救,因此,应格外重视强制手段对违法性评价的影响。另一方面,强制手段的表现方式、暴力程度不一而足,轻微推拉和以药物麻醉、棍棒殴打难以等同,不能不加以区分、甄别,始终应考虑“量”的大小。类比其他罪名中强制手段的刑罚作用可以帮助理解强制性对量刑的影响,一般认为,抢劫罪需达到足以压制对方反抗的程度,该罪侵犯的是复合法益,但包含了对人身权益的保护,相比于没有强制手段要求的盗窃罪而言,起刑点与最高刑均有明显差异。因此,有理由相信,如果行为人猥亵行为已经达到抢劫罪的强制

程度,在已构成一般猥亵犯罪的前提下,理应在三年以上有期徒刑以上量刑,如果手段行为造成轻伤结果、具有导致重伤或死亡的危险的,应升格法定刑。^④

2. 侵入的深度。侵入的对象指儿童的身体,从是否接触身体的角度,猥亵儿童行为可以分为身体接触型和非身体接触型,身体接触型可分为侵入型和体表型,非身体接触型又可以分为近距离非身体接触与隔空非身体接触,^⑤此四种形式的法益侵害程度呈递减状态。如前所述,当行为作用或者指向的对象是性器官、肛门时应当构成猥亵儿童犯罪,而且,如口交、肛交、将手指或者异物插入女童阴道、男童肛门等深入侵入的行为,可能引发传染性疾病、肛门撕裂、直肠脱离等损害后果,从法益侵害和社会评价角度,均不低于对女童的阴道性交,甚至高于对女童的接触性奸淫,^⑥因此,需要警惕低估该类行为的危害性或者因男女差别保护而导致的量刑畸轻问题。同时,不能忽视侵入行为可能带来的伤害结果。例如,使用不寻常的器具插入“肛门”的行为,要结合对象年龄、身体发育程度、造成的损伤等进行判断,有轻伤以上结果的,行为人主观上有猥亵的故意的,可能同时构成猥亵儿童罪、故意伤害罪,属于一行为触犯数个异种罪名的情形,应按照想象竞合择一重罪处置。用手指、器具侵入儿童口腔,即使动作高度复刻“性交”,也不宜认定为猥亵儿童的违法犯罪行为。首先,所指涉的部位、使用的物品性象征意味极小或者几乎没有。其次,该行为难以造成对儿童性权益的侵害。最后,客观上有高度复刻“性交”可能性的表现方式较多,且许多情形在生活中并不罕见,应避免仅从行为外观判断,将正常情形误认为是违法犯罪行为,导致犯罪圈的不当扩大。当然,如果侵入口腔时造成轻伤以上后果的,应当入罪追究。体表式的身体接触如果是针对性器官、女童乳房、肛门实施的,则无论时间长短均应入罪处置,如果是针对如唇舌、臀部、腰腹等性象征意义较弱的部位实施的,还需要考虑时长、次数、人数等才能判断是入罪处置抑或行政处罚。在“隔空猥亵”中,没有展露、使用性器官,仅裸露女童胸部、肛门、大腿根部三角区

等部位的,如有强制性、次数较多、人数较多者,考虑入罪处置,仅单次、诱骗裸露的,仅作为违法行为处理,如果使儿童裸露此外的其他部位,慎重认定为违法行为。

3. 猥亵的时间,指的是单次猥亵行为持续的时间,其是判断违法性“级别”的重要参考因素。实践的情况千差万别,所谓的时长难以确切划出界线,但是,根据目前通常的情况,应当达成共识的是瞬间完成的动作,违法性程度极其有限。如前所述,除所针对的极个别的身體部位如性器官或者直接触摸胸部外,应当尤其慎重将之认定为犯罪。例如,瞬间亲吻、搂抱儿童后逃离的行为,可以仅作治安处罚,而长时间亲吻、搂抱或者使用强制手段者,则应考虑入罪处置。此外,还应当注意,当行为人的侵害时间明显过长,如长达几小时者,应当考虑属于“其他恶劣情节”的加重情节。

(三) 累积因素

累积因素包括猥亵的次数、人数、造成儿童伤害或者其他严重后果、公共场所、当众,它们虽不是猥亵本身的特征,但毋庸置疑可以成为违法性程度评价的判断资料。猥亵的次数、人数越多、儿童伤害程度越重、可能被越多人感知,违法性越高,公共场所发生的行为比非公共场所发生的行为违法性高。

1. 次数、人数。事实上,以次数、人数作为入罪、加重处罚条件的罪名并不鲜见,刑法中“多次抢劫”“多次聚众斗殴”“强奸多人”等是加重情节的具体类型,“多次盗窃”“多次抢夺”“多次敲诈勒索”等是相应罪名的入罪条件。多次、多人均是猥亵行为的重复实施,无疑将增加行为的社会危害性、彰显行为人的身危险性。《刑法修正案(十一)》将猥亵多次、多人增设为加重情节具体类型,既是对猥亵儿童罪加重情节的明确和完善,也肯定了前述因素在违法性判断中的重要价值。但是,仍须讨论的问题是,猥亵儿童多人、多次作为法定刑升格条件,是否以单次行为均构成猥亵儿童罪为前提?对多人或者多次实施本属于行政处罚对象的猥亵行为,能否入罪处置?第一个问题的答案是肯定的,本项规定实际是将同种

数罪作为一罪加重处理的典型,参照同样将“多次”作为升格法定刑条件的罪名来看,最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第3条规定,对于“多次抢劫”的认定,“应以行为人实施的每一次抢劫行为均已构成犯罪为前提”,有学者也认为,多次聚众斗殴罪作为多次犯罪的具体表现,指的是“行为人在追诉期限内,多次实施性质相同的犯罪行为”,^⑩在相同的立法模式下,对猥亵儿童罪升格条件的“多人、多次”作一致理解,是妥当的,而且该罪加重处罚最高可以判处十五年有期徒刑,是基本犯最高法定刑的三倍之多,与刑法理论通说和司法实践将多次理解为三次犯罪行为以上所可能判处的刑罚也基本相当,足以实现量刑均衡。本文对第二个问题同样持肯定回答,当行为人实施多次猥亵违法行为,或者针对多人实施猥亵违法行为,且每次行为单独均不构成犯罪时,虽然其多次行为独立来看,违反的并不是刑法的规定,但是作为一组性质相同的违法行为集合,可以将其整体评价为刑法上的危害行为,进行入罪处置。^⑪事实上,实践中已经不乏支持该观点的判决,2018年某日,许某在路口以帮忙系红领巾为借口,与不满14周岁的吴某某搭讪,几日后的早上,许某再次借口与吴某某搭讪,并趁机摸吴某某胸部两次,后因吴某某哭泣而放弃。另查明,许某在2014年至2015年期间,曾经两次采用手摸胸部的方式对不满14周岁的被害人进行猥亵,分别被公安机关处以行政拘留12日、14日的处罚。^⑫单次隔着衣服简短抚摸儿童胸部,未有其他违法性增加的因素,仅治安处罚即可,该案将两次治安处罚行为视为一个整体进行判断,认定为猥亵犯罪是妥当的。

同时,从性侵犯类行为人的再犯特点以及从周全保护未成年人合法权益的角度出发,本文认为,就入罪而言,将猥亵行政违法行为进行累计、升格为入罪的评价方式,不应以多次、多人为限,仅猥亵二人、两次的,也可考虑入罪处置。原因在于,其一,“以未成年人为性侵害对象的犯罪人,往往由于精神和生理异常而具有难以控制的犯罪成瘾性”,^⑬将其

再次实施的侵害行为归入刑法范畴,是对行为人再犯能力的限制与剥夺;^⑧其二,儿童与成人存在本质的区别,相比于成人的性侵害行为有组织、强迫、引诱等方式方法的限制,“儿童具有绝对的不可猥亵性”,^⑨任何形式的性侵害未成年人都是绝对的“禁区”,对那些反复将黑手伸向儿童的人,不予严惩不符合儿童利益保护的“最大保护”原则。

2. 造成儿童伤害或其他严重后果。《刑法修正案(十一)》将“造成儿童伤害或者其他严重后果的”作为加重处罚的具体类型,该规定应与同为新增的强奸罪第3款第5项中“造成幼女伤害的”作相同理解。当行为人的行为在剥离开结果因素后,仍然构成猥亵儿童罪,那么将该情节作为加重处罚的类型自然无太多异议,问题在于,排除该因素后,行为人仅是一般的治安处罚行为时,可否将该情节视为跨入犯罪门槛的条件?而哪些情形属于所谓的损伤结果?对后一问题,有学者认为,此包括轻伤、重伤以及猥亵行为过失导致儿童死亡。^⑩也有学者认为,除轻伤以上的后果外,如造成被害人感染性病、精神抑郁、创伤后应激障碍或者使被害人自杀、自残且具有轻伤以上损伤结果的,也应认定为造成儿童伤害或者其他严重后果。^⑪后一观点没有局限于儿童具体的身体损伤,而是关注行为可能造成的心理创伤并在刑法上积极寻求评价,值得肯定。但是,这几类“损伤结果”彼此之间是否基本相当,能否无差别地认为均属于“损伤结果”则应进一步深究。就感染性病而言,性健康是儿童权益的重要组成部分,“性健康包括性行为不受性病、艾滋病传染的威胁、保护儿童性的正常发育、维护性的社会风尚和健康风俗等内容”,^⑫性病不仅传染性强且对人体健康危害较大,可能导致排尿疼痛、尿道流脓、女性盆腔炎、尿道狭窄等结果,^⑬给儿童带来的痛苦、伤害不言而喻。相比于被《人体损伤程度鉴定标准》^⑭认定为轻伤二级的“轻度排尿障碍”“肢体皮肤一处创口或者瘢痕长度10.0cm以上”“两处以上创口或者瘢痕长度累计15.0cm以上”等情形其严重程度有增无减,理应纳入损伤范围内。对于造成被害人自杀、自残的,常见于

虐待、强奸等侵犯人身权益的犯罪之中,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》第17条规定,“因虐待致使被害人不堪忍受而自残、自杀,导致重伤或者死亡的,属于刑法第二百六十条第二款规定的虐待致使被害人重伤、死亡”。近年来,遭遇性侵后自杀、自残的案件屡见报端,房思琪事件并非极个别的案例,有的未成年人甚至反复出现自杀的念头或行为,^⑮需要极长的治疗周期,同是面对脆弱的儿童法益,没有理由认为因虐待导致的自残、自杀可以升格法定刑,而在猥亵儿童犯罪中又作区别对待。从精神伤害的角度,目前,我国对于诊断、评估性侵行为之精神损害后果的研究尚较薄弱,缺乏统一或者行业公认的标准,专业支持还相当缺乏,囿于现实因素,司法人员难以据此作出准确的刑法评价,而且心理损伤存在轻度、中度、重度等严重程度不同的级别,不能一概认为均属于升格法定刑的损害结果,不同级别的损伤其刑法价值还有继续研究、细化的必要。因此,对于案件中儿童出现抑郁、创伤后应激障碍的,司法人员宜本着能动、审慎的精神,加强证据的审查、及时听取专家意见,进行全面衡量。^⑯

此外,本文并不赞成将自杀、精神刺激、损伤等结果简单否定为“个体差异”,不进一步考量侵害行为与损害结果之间的因果关系就径直排除认定。诚然,是否发生被害人自杀、自残或者出现精神抑郁、创伤后应激障碍的结果,确有一定的个体差异,任何针对个体实施的犯罪行为,即使是基本相同的行为,都可能因为有这样那样的原因而产生不同的结果,但这绝非排除从严从重处罚的有效理由。面对同样的暴力、胁迫强制手段,被侵害妇女有的选择反抗或逃跑,有的全身僵硬、忍受、等待救援,不能以后者的表现反推其意志没有被违反,这不仅是一种危险的固有思维,对于被害人来说也难言公平公正,^⑰甚至可能演化为对被害人的变相苛责和污名化,应当予以避免。最后,包括轻微伤在内,上述所讨论的损伤结果即使没有达到加重法定刑的程度,也毫无疑问是从严从重处罚的情形,即使在某些情况下否定其

加重处罚的价值,也应体现从严从重处罚的倾向。在实践中,司法人员对猥亵行为的危害性重视远远不足,其认识评价滞后于公众的道德共识,^⑤因此,应特别警惕将造成被害人严重心理伤害或者引起被害人自杀的行为认定为一般违法行为的做法,防止案件处理失当。用治安处罚即足够的行为,无论如何也无法容纳被害人轻伤、自杀、自残、严重抑郁等结果,因此,一旦出现该结果,即应入罪处理。

3. 公共场所与当众。一般而言,猥亵行为发生的地点并未有特别的违法性价值,但也有例外,例如未成年人住所、公共场所等。何谓公共场所?刑法并未进行明确的定义,寻衅滋事的司法解释以列举的方式明确“车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、运动场”属于公共场所,这些场所因为具有人多、流动性大的特点而被视为对公共场所的最狭义理解,是最为典型的开放性公共场所;《性侵意见》同样以列举的方式规定了“校园、游泳馆、儿童游乐场所”是公共场所的重要类型,这些场所的空间及可容纳人员虽然较为有限,但是具有不特定人随时进入的“不特定性”和“非排他性”的特点,^⑥属于相对开放的公共场所;最高人民检察院指导性案例、典型案例进一步将“集体宿舍”“公共厕所”等具有一定私密性的场所纳入公共场所范畴,就此实现了公共场所外延的扩张,但其始终没有脱离公共场所允许不特定多数人进入的核心特点,符合社会公众的理解和认知。行为人将作案地点选择在公共场所,说明“其毫不忌惮周围人是否发现甚至故意寻求,显现一种丧心病狂的意志倾向和无法控制的人身危险性,必须动用更重的刑罚才能体现预防功能。”^⑦问题在于如果公共场所暂时无人,或者行为人刻意选择周围人难以发现的隐蔽方式进行,是否还可将之视为违法性上升的因素?这关涉到“公共场所”与“当众”之间的关系理解,《刑法修正案(十一)》之前,“公共场所当众”即为猥亵犯罪加重处罚的情形,《刑法修正案(十一)》将“情节恶劣”作为“公共场所当众”升格法定刑的限定词,以提示司法人员应对“公共场所当众”作实质判断,以其所造成的法益侵害严重程度作

为判断标准。性私密性是不容侵犯的重要法益,在公共场所当众实施性行为,侵犯了性活动的私密性,伤害了儿童的性羞耻心与道德情感,^⑧一旦被侵害的事实公之于众,在极大加剧其受辱心理的同时,还可能使犯罪阴影伴随其一生,^⑨而且,此举也使法益侵害扩张到对社会公共秩序和公序良俗的负面影响,^⑩有从严惩治的必要。从法条描述来看,“公共场所”与“当众”是并列关系,只有同时具备两个条件才能加重处罚,这意味着两者均是使违法性上升的因素,或者只有当两者结合才能达到加重情节的严重程度。而实际上,二者之间,“当众”为核心词,^⑪单纯的公共场所如果空无一人显然难以实现“毫不顾忌周围人”或者“刻意寻求他人发现”的结果,也无法进一步侵害社会风尚或公共秩序,其与未成年人住所的不同之处在于,潜入后一地点本身即破坏了私密性,严重损害未成年人的安全感,而无人在场的公共场所不存在固有的、较大的法益价值,否则将难以解释,为何大量的“咸猪手”事件仅作为治安处罚而非入罪处置。

“当众”通常含义是“当着大家的面”,因此要求多数人要现实地在场、应具有实然性,倘若仅能证实可能在场,则不符合“当众”要求,同时,行为人的行为及采取的方式是可能被多数人感知的,如果距离过于遥远无法感知、有遮挡物而感知有障碍、熟睡以致感知可能性极小,也不符合“当众”严重侵犯性私密性的法益侵害结果,不能动辄升格法定刑。换言之,既然将“公共场所当众”作为加重处罚情节的关键在于侵犯、践踏了性的私密性及公民的道德情感,那么即使无其他多人在场,仅有1、2人,这种性私密性的侵害也已发生,社会危害性也已上升,^⑫应体现从严幅度。与“公共场所”一样,“当众”的理解也经历了从“肆无忌惮公然实施”,到“其他多人在场,不论是否实际看到”,再到“被其他多人感知可能”的扩张性变化,尽管三种解释均没有超出该用语的一般含义,但是其违法性显然是递减,不能不加以区别,也不能将“公共场所多人在场”作为“公共场所当众”的代替判断,是否实际看到、看到的可能性大小,是

衡量能否符合该加重情节含义的判断关键。实践中,有不少案件猥亵方式、结果均较为轻微,本属于治安处罚的对象,但因符合“公共场所当众”的含义,被处以五年以上有期徒刑,案例4就是例证,这违背了罪刑法定和罪责刑相适应的基本原则,应及时纠偏。有观点指出可以将“公共场所当众”变更评价为基本犯的构成事实,因为该加重情节保护的法益与基本犯保护的法益均一致指向儿童身心健康成长不受性行为妨碍,虽然基本犯本身的事实没有达到入罪的严重程度,但是加重情节增加了行为不法程度,如果累积达到刑罚应罚的界限,可以将加重情节变更为基本犯事实。^⑥本文赞成该观点,加重情节的作用变更使得司法实践中在公共场所当众实施的轻微猥亵行为免于陷入要么降格处置要么处以重刑的两难问题,能够实现猥亵儿童罪的量刑均衡。不过,仍需注意的是,这并不表示所有具备“公共场所当众”特征的行为都至少能入罪处罚,在适用中始终应当对“猥亵”进行规范判断,衡量其法益侵害是否达到可罚程度。例如,行为人在公共场所当众用手戳儿童的腰部,该行为的整体并未达到可以入刑的程度,不构成猥亵儿童罪。

(四)中性因素

中性因素意味着,不能简单认为该因素必然对违法性有增强或者减弱作用,其对于违法性的影响应当结合具体的场景进行判断。例如,行为人具有特殊职责。《性侵意见》第25条规定,“对未成年人负有特殊职责的人员、与未成年人有共同家庭生活关系的人员……实施强奸、猥亵犯罪的”应从严惩处,《刑法修正案(十一)》新增“负有照护职责人员性侵罪”,规定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应当入罪处置,德国及日本刑法也分别于2015年、2017年进行修订,形成、增设了一系列负有照护职责人员性侵罪。无论认为该类性侵行为是妨碍了特定对象的性自主决定权、^⑦免受侵扰的性健康发展权,^⑧抑或包括伦理禁忌,^⑨都敏锐地关注到特殊职责人员性侵行为对未成

年人身心健康、人格尊严损害的严重性,以及对社会伦理道德和善良风俗的侵犯,理应毫无异议地坚持此为违法性正增长的“变量”,但是,特殊职责的存在始终伴随着对行为是否有社会相当性的判断,难以一言以蔽之为从严从重。社会的正常交往,特别是关系亲密的家人、朋友、师生,难以避免产生身体接触,也正因为存在这样的亲密关系及相互信任的基础,才使得如亲吻额头、脸颊、牵手、拥抱等行为符合社会经验,不似在陌生关系中被认为是“性骚扰”或违法,此时所谓的“照护”关系并未增加违法性,而是削弱了违法性。例如,文首的“南昌高铁案”中,通报以“父女”关系为行为人脱罪,本文认为并无不妥,出于疼爱,实践中父亲抚摸、亲吻女儿的行为时而有之,动辄将该行为认定为违法犯罪,将大大压缩公民的行动自由。只是随着儿童年龄的增长,纵使为父女关系,也应当考虑“男女有别”的社会通念。本案女儿的年龄为6岁左右,性意识开始萌发,父女之间的亲昵举动在具体的场合中更应有界限意识,该行为确实有不得体之处,但是并未违反社会规范,并非社会通念所不许可的法益侵害行为,没有达到值得科处刑事处罚或者行政处罚的质与量的违法性,不应认定为猥亵。假设“南昌高铁案”发生于两名完全陌生的人之间,则至少构成违法行为。

不过,特殊职责这一因素仅在考虑是否有社会相当性时可能有削弱作用,当行为已经构成相应的违法犯罪时,则是促使违法性上升的因素。例如,2015年4月至2016年8月期间,被告人王某利用抚养关系,在家中对其养女即被害人王某1(2002年1月3日出生)实施抚摸胸部、阴部、用性器官触碰王某1阴部等行为,被以猥亵儿童罪、强奸罪判处有期徒刑7年6个月。王某所实施的每个行为,单一看均是严重违反社会伦理道德的行为,侵犯的是儿童性相关身心健康的重大法益,应当入罪处置,在此基础上,考虑到其对被害人特殊的教养关系,对信任关系、性禁忌的破坏更甚,应当从严从重处罚。

(五)其他因素

1. 主观倾向性。本文并不认同猥亵儿童是倾向

犯的观点,但是行为人出于刺激或者满足性欲望的主观心理,应当作为检视违法性的重要参考因素,更可能认定为猥亵犯罪。猥亵儿童犯罪是侵犯人身权益的犯罪,进一步说,是侵犯儿童身心健康的犯罪,其实行行为围绕性相关内容展开,并非单纯的身体伤害所能比拟。一方面,所谓性相关的内容不以儿童所能感知为必要,仅以社会一般人的标准加以客观判断即可,例如,在医生为病人检查身体的过程中,无须首要考查其主观上是否有满足性欲望的倾向性,因为“当我们具体考察行为人是否具有特定倾向时,一定是该行为已经偏离了社会标准或专业标准而侵犯了他人性的权利”,^⑥这也避免行为人将此作为逃避刑罚的托词,以实现儿童权益保护的周全性。另一方面,行为人具有刺激或满足性欲望的内心倾向时,彰显了其主观恶性,结合反伦理的行为表现,更能准确解释行为人客观行为的含义,表明行为侵犯的法益性质。

2. 性别差异。“根据平等原则,男性性权利与女性性权利具有同等的价值,刑法对它们的保护不应该厚此薄彼”,^⑦因此,强调性别差异并不意味着赞成在性保护层面对不同性别作区别对待,而是“基于生理和社会的因素,男女在性观念上客观存在的差异”,^⑧这是“猥亵”概念作为规范构成要件要素的应有之义。抽象讨论男女同等保护而不从社会相当性的角度进行具体评估、论证无助于行为性质的妥当辨析,在某些情形下,同一行为作用于不同性别之上,其可能招致有明显差异的判断结论,如前所述,直接触摸女童胸部的,纵使时间短暂也应入罪处置,若仅短暂触摸男童胸部,没有进一步的如亲吻、揉捏的举动,可仅视为性骚扰,较为严重的,处以治安处罚。

五、实践运用:非典型猥亵行为的判断与认定

案例8:一成年男子尾随儿童进入电梯,发现有人后即退出,次日,该男子再次尾随孤身一人的儿童走进电梯,随后在独处空间内打开淫秽视频外放声音观看,并手淫后射精,十几秒后被害人到达楼层即离开,案发后,被害人心理受创并出现抑郁症状。^⑨

有观点认为,该案没有达到和身体接触类猥亵相当的社会危害性,手段不具有强制性、持续时间仅有十多秒、对儿童的心理刺激小,所谓的心理伤害后果是个体表现,仅行政处罚即可。^⑩本文不赞成该结论。行为人在第一次尾随儿童时发现有他人同在电梯随即离开,第二次确认儿童仅孤身一人走入电梯才进行后续行为,其针对性地选择儿童为侵害对象,在狭小密闭的空间中当面露阳手淫,即使没有强制手段儿童也无处逃脱,行为人通过视觉、听觉的方式实施的猥亵行为,属于暴露、运用自身性器官的情形,无须身体接触和更进一步的强制性,也应当入罪处置。长期以来,我国对于公然露阳的行为通常归入治安处罚,以至于其他情形的“露阳”也都作被类似处理,但是,侵害对象的特殊性和侵害后果的严重性,理应引起我们对此类司空见惯的处理方式的反思。如前所述,猥亵儿童的行为方式不仅包括使儿童暴露性器官还包括在儿童面前暴露自己的性器官,两者在危害性上仅有量的差异,没有质的不同。“隔空猥亵”中行为人使用诱骗手段令儿童裸露自己的性器官已被指导案例确认为犯罪行为,相比于无身体接触式的隔空猥亵,该案属于近距离但无接触的猥亵行为,前者的违法性轻于后者,举轻以明重,后者理应入罪处置。

案例9:2021年11月中旬的某天,多名学生在班主任杨某办公室玩电脑,身为教师的杨某用右手手指戳了被害学生高某(女,不满12周岁)臀部两次,用手摸高某大腿与臀部之间一次;2021年11月26日上午,杨某在其办公室亲吻了被害学生杨某(女,不满12周岁)的嘴巴。^⑪

本案两次猥亵行为均发生在办公室,该场所不符合不特定人可以随时进入的特征,不应认定为公共场所,但是杨某第一次实施猥亵时有多数人在场,办公室空间相对狭小,虽然尚无确切证据证实是否有他人亲眼见到侵害行为,但仍属于多数他人可能感知到的情形,契合“当众”的核心要义,对于儿童性私密性至少造成了现实的威胁,应考虑该情节导致的违法性上升结果。该案中杨某累计实施多次亲

吻、抚摸学生的行为,指向的部位是不易发生身体接触的嘴部、大腿根部等,属于次于生殖器但具有明显性象征意义的身体敏感部位,针对该部位实施的行为,若仅是单次且瞬间完成,可仅作治安处罚,两次以上即可入罪处置,该案杨某实施了四次,是严重脱逸社会相当性的行为,应当入罪处置。此外,杨某是负有特殊职责的教职人员,其行为不仅侵害未成年人身心健康,而且严重违背教师职业道德操守,应从严从重处罚。若不考虑其他可能影响量刑的因素,该案可在有期徒刑二年六个月至三年六个月之间处罚,法院以杨某构成猥亵儿童罪,判处其三年六个月有期徒刑是妥当的。

案例 10:2020 年某日,孔某带被害人邓某(女,4 岁)出去玩耍时,将邓某带至树林中,用手指抠摸被害人阴部并强迫被害人为其口交。自行手淫射精后带被害人离开现场。^③

该案孔某采取的是用手抠摸阴部、让儿童为其口交、当着儿童的面手淫射精三种猥亵手段,分开来看,三种行为均已达到猥亵儿童的入罪标准。其中,让儿童为其口交的行为属于直接指向性器官的侵入式猥亵,其法益侵害程度和社会危害性不亚于接触式的奸淫幼女行为,应当在三年以上有期徒刑进行量刑,此外孔某还在猥亵过程中使用强制手段,严重侵害儿童人身权益,加重了法益侵害程度。本案发生在树林内,虽是公共场所,但是无人在场,没有进一步侵害儿童性的私密性。该案中,法院未全面评估侵入式方式的特殊危害及强制手段所导致的违法程度上升,仅判处孔某二年六个月有期徒刑,处罚畸轻。

注释:

①参见湖北省孝感市中级人民法院(2021)鄂09刑终121号刑事裁定书。

②张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第87页。

③参见北京市顺义区人民法院(2021)京0113刑初86号刑事判决书。

④参见王政勋:《论猥亵行为违法性程度的判定》,载《法治现代化研究》2018年第4期。

⑤参见辽宁省大连市西岗区人民法院(2017)辽0203刑初324号刑事判决书。

⑥参见河北省石家庄市中级人民法院(2021)冀01刑终459号刑事裁定书。

⑦参见北京市东城区人民法院(2021)京0101刑初89号刑事判决书、上海市浦东新区人民法院(2019)沪0115刑初3534号刑事判决书。

⑧赵俊甫:《刑法修正背景下性侵儿童犯罪的司法规制:理念、技艺与制度适用》,载《政治与法律》2021年第6期。

⑨参见广西壮族自治区贵港市港南区人民法院(2016)桂0803刑初10号刑事判决书。

⑩参见湖南省衡阳市中级人民法院(2020)湘04刑再4号刑事裁定书。

⑪王政勋:《论猥亵行为违法性程度的判定》,载《法治现代化研究》2018年第4期。

⑫参见林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,第107页。

⑬参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世利译,法律出版社2005年版,第201页。

⑭参见张影:《强制猥亵妇女罪的立法比较和特征分析》,载《现代法学》2000年第3期。

⑮参见[日]西田典之:《日本刑法各论》(第6版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第408页。

⑯参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第468页。

⑰参见赵俊甫:《刑法修正背景下性侵儿童犯罪的司法规制:理念、技艺与制度适用》,载《政治与法律》2021年第6期。

⑱赵俊甫:《刑法修正背景下性侵儿童犯罪的司法规制:理念、技艺与制度适用》,载《政治与法律》2021年第6期。

⑲《治安管理处罚法》规定:“猥亵他人的,或者在公共场所故意裸露身体,情节恶劣的,处五日以上十日以下拘留;猥亵智力残疾人、精神病人、不满十四周岁的人或者有其他严重情节的,处十日以上十五日以下拘留。”《刑法》第237条第3款规定:“猥亵儿童的,处五年以下有期徒刑;有下列情形之一的,处五年以上有期徒刑:(一)猥亵儿童多人或者多次的;(二)聚众猥亵儿童的,或者在公共场所当众猥亵儿童,情节恶劣的;(三)造成儿童伤害或者其他严重后果的;(四)猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节的。”

⑳参见赵俊甫:《猥亵犯罪审判实践疑难问题探究》,载齐树洁、张勤主编:《东南司法评论》,厦门大学出版社2016年版。

㉑参见阮齐林:《猥亵儿童罪基本问题再研究》,载《人民检察》2015年第22期。

㉒参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第1145页、第1151-1152页。

㉓阮齐林:《猥亵儿童罪基本问题再研究》,载《人民检察》2015年第22期。

㉔参见周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第4页。

㉕参见彭志娟:《猥亵儿童行为违法性评价要素分析》,载《犯罪研究》2021年第5期。

㉖参见彭志娟:《猥亵儿童行为违法性评价要素分析》,载《犯罪研究》2021年第5期。

㉗参见最高人民检察院《未成年人检察工作白皮书(2014-2019)》《未成年人检察工作白皮书(2020)》《未成年人检察工作白皮书(2021)》。

㉘参见高艳东、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》,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第2期。

㉙参见赵俊甫:《刑法修正背景下性侵儿童犯罪的司法规制:理念、技艺与制度适用》,载《政治与法律》2021年第6期。

㊀李琳:《〈刑法修正案(十一)〉中猥亵儿童罪加重情节的理解与适用》,载《现代法学》2021年第4期。

㊁参见周光权:《刑法各论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第43页。

㊂参见何叶、高隽:《性侵幸存者的污名与心理复原》,载《中国临床心理学杂志》2022年第3期。

㊃参见段卫利:《猥亵儿童罪的扩张解释与量刑均衡》,载《法律适用》2020年第16期。

㊄张明楷:《加重情节的作用变更》,载《清华法学》2021年第1期。

㊅参见莫爱新:《民法中的性权利研究》,中国政法大学2009年博士学位论文。

㊆彭志娟:《猥亵儿童行为违法性评价要素分析》,载《犯罪研究》2021年第5期。

㊇参见董伟:《世卫组织出指南防儿童虐待》,载《中国青年报》2006年11月24日,第5版。

㊈参见黎宏:《刑法学各论》(第2版),法律出版社2016年

版,第294页。

㊉参见彭志娟:《猥亵儿童行为违法性评价要素分析》,载《犯罪研究》2021年第5期。

㊐参见段卫利:《猥亵儿童罪的扩张解释与量刑均衡——以猥亵儿童的典型案例为切入点》,载《法律适用》2020年第16期。

㊑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》,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第2期。

㊒刘德法、孔德琴:《论多次犯》,载《法治研究》2011年第9期。

㊓参见刘德法、孔德琴:《论多次犯》,载《法治研究》2011年第9期。

㊔参见浙江省长兴县人民法院(2018)浙0522刑初447号刑事判决书。

㊕姚建龙:《对性侵儿童犯罪人实施化学阉割的本土化探索》,载《环球法律评论》2022年第3期。

㊖参见姚建龙:《聚众或在公共场所当众猥亵儿童“情节恶劣”之辩证》,载《法学》2022年第6期。

㊗姚建龙:《聚众或在公共场所当众猥亵儿童“情节恶劣”之辩证》,载《法学》2022年第6期。

㊘参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第1152页。

㊙参见刘志芸、祝丽娟、张华:《刑法修正案涉儿童条款的理解适用》,载《法律适用》2021年第7期。

㊚王宝来:《略论我国刑法对未成年人性健康权的保护》,载《青少年犯罪问题》1997年第6期。

㊛参见李振权、王彦:《性病患者卖淫、嫖娼的几个法律问题》,载《法学评论》2000年第2期。

㊜参见由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部于2013年公布的《人体损伤程度鉴定标准》的相关规定。

㊝参见张珍姣:《留守女童防性侵害的个案工作介入研究——以个案G为例》,广西师范大学2019年硕士学位论文。

㊞参见赵俊甫:《刑法修正背景下性侵儿童犯罪的司法规制:理念、技艺与制度适用》,载《政治与法律》2021年第6期。

㊟参见袁瑶映明:《论猥亵行为的罪与非罪》,载《福建警察学院学报》2021年第2期。

㊠参见赵俊甫:《刑法修正背景下性侵儿童犯罪的司法规制:理念、技艺与制度适用》,载《政治与法律》2021年第6期。

⑤7 参见郭芮、李龙跃:《“公共场所当众实施”情节的认定》,载《中国检察官》2015年第11期。

⑤8 王丽枫:《性犯罪行为地系公共场所的认定标准》,载《人民司法》2015年第16期。

⑤9 参见繆树权:《猥亵儿童罪中“公共场所当众”的理解和认定》,载《中国检察官》2015年第11期。

⑥0 参见王丽枫:《性犯罪行为地系公共场所的认定标准》,载《人民司法》2015年第16期。

⑥1 参见王永兴:《在公共场所当众实施性侵犯罪的认定》,载《人民司法》2017年第26期。

⑥2 参见王政勋:《论猥亵行为违法性程度的判定》,载《法治现代化研究》2018年第4期。

⑥3 参见繆树权:《猥亵儿童罪中“公共场所当众”的理解和认定》,载《中国检察官》2015年第11期。

⑥4 参见张明楷:《加重情节的作用变更》,载《清华法学》2021年第1期。

⑥5 参见李立众:《负有照护职责人员性侵罪的教义学研究》,载《政法论坛》2021年第4期。

⑥6 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》,载《政治与法律》2021年第7期。

⑥7 参见周详、孟竹:《隐形强制与伦理禁忌:“负有照护职责人员性侵罪”的据理》,载《南通大学学报(社会科学版)》2021年第2期。

⑥8 陈家林:《〈刑法修正案(九)〉修正后的强制猥亵、侮辱罪解析》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期。

⑥9 李爱君、李勇:《犯罪化与非犯罪化之间:猥亵型犯罪的立法完善》,载《人民检察》2011年第14期。

⑦0 陈家林:《〈刑法修正案(九)〉修正后的强制猥亵、侮辱罪解析》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期。

⑦1 梁康莉:《电梯内以观看淫秽视频并手淫的方式猥亵儿童的行为定性》,载《中国检察官》2021年第10期。

⑦2 参见梁康莉:《电梯内以观看淫秽视频并手淫的方式猥亵儿童的行为定性》,载《中国检察官》,2021年第10期。

⑦3 参见湖南省泸溪县人民法院(2022)湘3122刑初27号刑事判决书。

⑦4 参见四川省古蔺县人民法院(2020)川0525刑初131号刑事判决书。

Research on the Determination of Indecent Behavior in the Crime of Indecent Child Molestation

Yang Yang Zou Ke Wang Wenting

Abstract: In practice, the frequent occurrence of such phenomena as the deviation between the determination of the crime of indecency on children and the non-crime determination, the imbalance of sentencing, and the difference of severity are caused by the complexity of the judgment on the illegality of "indecency" behavior. The lack of rough judgment, lack of precision, and lack of supply of type judgment make the existing three evaluation models difficult to play a clear, unified and effective judgment effect. The hierarchical model of strength and weakness should be adopted, the infringement of legal interests should be taken as the guide, and a echelon of elements such as the position, mandatory, frequency, number of people oriented by indecency behavior should be formed in line with the strength and weakness, the "core factors""important factors""cumulative factors""neutral factors" and so on should be distinguished, and a one-by-one and type discussion should be conducted to form a relatively stable thinking of judgment, so the response to the complex and changeable judicial practice can be realized.

Key words: illegality; hierarchical model; strength or weakness; public security punishment; criminal punishment