

## 论我国刑法对性侵男童与性侵女童行为的平等规制

刘仁文

**内容提要:**我国刑法应对性侵男童与性侵女童的行为进行平等规制,这不仅是保护被性侵男童的需要,也是落实我国宪法、未成年人保护法等国内法和我国加入的《联合国儿童权利公约》等国际条约有关平等保护儿童性健康权的精神的需要。为增强有关未成年人性权利平等保护的立法理念,改进立法技术,弥补处罚漏洞,化解解释难题,我国刑法需要体系化地对性侵男童与性侵女童进行一体规制。首先,应当在刑法中构建年龄分级体系,专设“妨害性自决权和性健康权的犯罪”专章或专节;其次,改变性侵未成年人犯罪的条款附属于性侵成年人犯罪的条款之立法模式,强化性侵未成年人犯罪罪名和刑罚的主体性和独立性;再次,根据刑法平等规制性侵男童与性侵女童的基本思路,对奸淫幼女型强奸犯罪、猥亵罪、组织、强迫和引诱幼女卖淫等犯罪、拐卖妇女儿童罪及其相关犯罪的立法完善提出构想。

**关键词:**性侵未成年人 男童性权利保护 儿童性健康权

刘仁文,中国社会科学院法学研究所研究员。

对性侵男童的行为如何规制是一个长期以来并未引起立法者和社会公众足够关注和重视的沉重话题,一方面,传统性犯罪相关的立法将保护的重点放在女童身上,另一方面,如果遭受性侵的男童得不到充分的救助,可能会出现被持续性侵却迟迟得不到法律和社会回应的情况。我国近年来不断爆出的男童遭受性侵案件,使包括刑法在内的保护男童性健康权的规制手段受到重视。例如,2019年最高人民法院发布的强奸、猥亵儿童典型案例中就有“李某林猥亵男童案”;<sup>[1]</sup>2020年曾有网络爆出中学教师梁某先后强制猥亵多名男学生,经过司法程序调查和审理,这一案件已于近日宣判,梁某强制猥亵罪罪名成立。<sup>[2]</sup>

[1] 被告人李某林(32岁)通过手机同性交友软件结识被害人C某(男,时年13岁),后李某林通过网络聊天得知C某系未成年人。之后李某林到某酒店房间登记入住,并邀约C某到该房间见面与其发生了同性性行为。参见《性侵害儿童犯罪典型案例》,《人民法院报》2019年7月25日第03版。

[2] 被告人梁某于2016年至2018年在成都某中学任教期间,先后将当时正在接受其教导的夏某某,毕业后就读大学的学生龚某某、杨某等六人,分别约至梁某家中或酒店,实施强制猥亵行为。参见董小红、李倩薇:《强制猥亵七名学生 梁某强制猥亵案一审宣判》,《人民法院报》2022年1月8日第1版。

检视我国刑法对儿童<sup>[3]</sup>性健康权的保护,也对男童和女童作了区别对待,例如,刑法中规定“奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论”,但对奸淫不满十四周岁幼男的却缺乏相应的规定;又如,《刑法修正案(十一)》增设了“负有照护职责人员性侵罪”,但保护的对象也限于“已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性”,对于已满十四周岁不满十六周岁的未成年男性则缺乏相应的规定。

本文立足刑法去性别化的基本主张,<sup>[4]</sup>从儿童性健康权切入,论证我国刑法平等保护妇女儿童性健康权的必要性,指出目前立法上不平等保护妇女儿童性健康权所带来的问题,并就如何平等规制性侵妇女儿童行为提出立法完善建议。

## 一 刑法平等保护妇女儿童性健康权的必要性

### (一) 性侵男童发案率高且与性侵女童性质相同

与成年人相比,儿童的身心健康发育尚不成熟,对性的理解和认知能力、控制能力尚不健全,性侵行为会对儿童的身心发展产生不良影响,这是对性侵儿童行为要在刑法上给予区别对待的根本原因。也正是基于此,中外刑法学界在关于性侵儿童罪法益内涵的认识上,性健康权说逐渐取代了性自主权说,<sup>[5]</sup>主张性侵儿童罪的保护法益在于保护儿童免受性行为对其成长所带来的损害,认为基于儿童性生理和心理的不成熟特点,遭受性侵的儿童与成年被害人之间存在本质差异,故应当对儿童实施有异于成年人的特殊保护。<sup>[6]</sup>

但是,相比于社会对性侵女童行为的严重性质和社会危害性较为普遍的认识,性侵男童行为则长期以来被严重忽视。由于性侵男童行为的黑数更大,<sup>[7]</sup>加之犯罪手段隐蔽、被害人缺乏自我防范意识、家庭结构不完整以及熟人作案等原因,使男童作为受害者的数

[3] 我国法律体系中关于“儿童”的概念并不清晰。《联合国儿童权利公约》规定的儿童“系指十八周岁以下的任何人,除非对其适用之法律规定成年年龄少于十八周岁。”我国《民法典》和《未成年人保护法》规定不满十八周岁的人为未成年人,国家网信办发布的《儿童个人信息网络保护规定》指出,本规定中的儿童“是指不满十四周岁的未成年人”,《妇女权益保障法》中则使用了“女性儿童少年”的概念,该法新的修订草案使用的是“适龄女性未成年人”。我国刑法区别使用了“儿童”和“未成年人”,如猥亵儿童罪,组织、强迫未成年人卖淫罪等,虽然刑法并未对其“儿童”的年龄做出界定,但有关司法解释,如《最高人民法院关于审理拐卖妇女儿童犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》中将儿童解释为“不满十四岁的人”。鉴于我国已批准加入了《联合国儿童权利公约》,因此原则上儿童应当是指未满十八周岁的未成年人,当然这并不排除在某些具体语境中所使用的“儿童”概念低于这个年龄,但此时应有年龄的具体说明。基于此,本文在相同意义上使用儿童和未成年人这两个概念。

[4] 参见刘仁文:《刑法应当去性别化》,《南方周末》2015年8月13日第05版;刘仁文、高钰:《关于刑法去性别化的思考》,《人民法院报》2017年7月26日第06版。

[5] 一般认为,性侵成年人犯罪所侵害的法益是受害人的性自主权,但在性侵儿童犯罪中,受害儿童即使是自愿与行为人发生性关系,也要追究行为人的刑事责任,于是传统学说把此时受害人的同意(性自主权)视为法律上的无效。

[6] 参见赵冠男:《论德国刑法对儿童性权益的保护——以〈德国刑法典〉第176条、176a、176b条为视角》,《预防青少年犯罪研究》2021年第3期,第83页;汪润、罗翔:《性侵儿童犯罪的司法认定》,《人民司法》2020年第17期,第16页。

[7] 瑞典隆德大学儿童和青少年精神研究所的一项调查显示,男童遭受性侵后主动披露的概率要比女童低21%,而且不管男童还是女童,他们通常只会选择向同龄的朋友倾诉,却很少向专业人士和司法当局报告。See Gisela Priebe & Carl Göran Svedin, Child Sexual Abuse is Largely Hidden from the Adult Society: An Epidemiological Study of Adolescents' Disclosures, 32 *Child Abuse & Neglect* 1095, 1095-1108 (2008).

量被严重低估。<sup>[8]</sup>事实上,国内外的相关研究都表明,在性侵儿童事件中,性侵男童的行为不仅大量发生,在有的地方甚至超出了性侵女童的数量或比率。例如,联合国儿童权利委员会在2014年发表的一份调查报告中指出:在过去数十年里,许多天主教神父奸淫和性骚扰了上万名儿童,受害者中不少是男童。<sup>[9]</sup>美国学者麦金农(Catharine A. Mackinnon)的研究指出:“有2% - 14%的男孩遭受过性虐待。”<sup>[10]</sup>美国的另一项研究也指出:“越来越多的证据表明,未成年男性遭受法定强奸和更广泛的性侵害的情况比我们想象的要严重得多。”<sup>[11]</sup>一项针对中国儿童性侵的统计分析表明,性侵女童的概率为15.3%,略低于国际平均值,性侵男童的概率为13.8%,高于国际平均值。<sup>[12]</sup>2013年广东省青少年健康危险行为监测报告显示:每100个青少年男性中,就有2-3个有被迫性行为,是女性的2.2-2.3倍。<sup>[13]</sup>虽然这些研究的结论在性侵发生率的数值上存在一定差异,但有一点是共同的,那就是性侵男童与性侵女童一样,在各国都是一个值得高度重视的问题。

从行为性质和社会危害性来看,性侵男童行为的危害同样很大。首先,男童遭受性侵后所带来的心理创伤与女童被性侵后所带来的心理创伤是相同的,即都会有“性侵创伤综合症”,产生恐惧、绝望、耻辱、焦虑等情绪反应,以及冷漠、呆滞、自责感、报复情绪等心理状态。<sup>[14]</sup>其次,被性侵的男童也和被性侵的女童一样,会被污名化、标签化,造成二次伤害甚至终身伤害,使成年后的性观念和婚姻观发生扭曲。最后,男童被性侵还有一些特殊的后果,如肛交等奸淫方式会造成男童生殖器官的损伤等身体伤害,也容易被传染艾滋病等性病,还有可能留下心理疾病等隐患。美国的一项研究表明,男童被性侵后,有较大可能会在成年后沦为罪犯,或攻击他人,并且有较大的自杀欲。<sup>[15]</sup>2017年,美国著名摇滚天团“林肯公园”主唱切斯特·本宁顿(Chester Bennington)以自杀方式结束了年仅41岁的生命,其生前向媒体透露幼年时曾遭受成年男子性侵长达6年之久,这也是他放弃生命的最直接原因。<sup>[16]</sup>

[8] 参见朱沅沅:《论男性未成年人性权利之法律保护》,载严励、岳平主编《犯罪学论坛(第五卷)》,中国法制出版社2019年版,第709-710页。

[9] 参见中国新闻网,“联合国报告就变童案猛烈抨击梵蒂冈 梵方回驳”,<https://www.chinanews.com.cn/gj/2014/02-05/5804722.shtml>,最近访问时间[2022-01-20]。

[10] 参见[美]凯瑟琳·A.麦金农著:《迈向女性主义的国家理论》,曲广娣译,中国政法大学出版社2007年版,第243页。

[11] See Terry Diamanduros, Clare E. Cosentino, P. Dawn Tysinger & Jeffrey A. Tysinger, Theoretical Perspectives of Male Sexual Abuse: Conceptualization of a Case Study, 21 *Journal of Child Sexual Abuse* 131, 131-154 (2012). 引文中的“法定强奸”(statutory rape),是指行为人与法定年龄不足以同意性行为的未成年人之间发生非强迫性(非强制性)的性关系。

[12] See Ji K., Finkelhor D. & Dunne M., Child Sexual Abuse in China: A Meta-Analysis of 27 Studies, 37 *Child Abuse & Neglect* 613, 613-620 (2013).

[13] 参见兰跃军:《性侵未成年被害人的立法与司法保护》,《贵州民族大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期,第120页。

[14] See Ann Wolbert Burgess & Lytle Holmstrom, Rape Trauma Syndrome, 131 *American Psychiatry Journal* 981, 981-985 (1974).

[15] 参见王顺双:《论最大利益原则在儿童性权利保护中的法律运用》,《理论月刊》2014年第2期,第144页。

[16] See Tommy J. Curry, Expendables for Whom: Terry Crews and the Erasure of Black Male Victims of Sexual Assault and Rape, 42 *Women's Studies in Communication* 287, 300-305 (2019).

## (二) 落实宪法等国内法和国际公约相关精神的需要

在强调依法治国首先是依宪治国的时代背景下,包括刑法在内的各部门法规范和学理体系向着宪法的方向进行调整,已成宪法学者和刑法学者的共识。<sup>[17]</sup> 据此,宪法教义学完全可以根据“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”的宪法规定,得出刑法应当对性侵男童行为和性侵女童行为同等规制的结论。

需要说明的是,宪法上的平等原则并不意味着拒绝差别对待,基于合理分类的差别对待并不违反宪法平等原则,甚至有人称差别原则为平等原则的辅题。<sup>[18]</sup> 但是,建立在不合理分类基础上的差别对待,则违背了宪法上的平等原则。刑法对男女儿童性侵的区别对待不属于“矫正正义”,刑法对女性的“过度保护”背后所隐含的“物化”女性而不是为女性赋权的思想,其实也是一种变相的歧视。何况本文关于刑法平等规制性侵男女儿童的主张非但不会造成对女童的刑法保护力度减弱,反而会因平等规制而使得对儿童的保护更加周延。<sup>[19]</sup> 此外,我国《未成年人保护法》第 3 条规定,国家保障未成年人的生存权、发展权、受保护权、参与权等权利。该条衍生出的一项重要要求是平等保护所有未成年人的身心健康,不能因性别上的差异而歧视对待。据此,也能得出对男女儿童性健康平等保护的结论。

有关国际公约也倡导并要求刑法平等规制性侵男女儿童的行为。联合国《世界人权宣言》(*Universal Declaration of Human Rights*)第 7 条明确规定了享受法律平等保护的权力,这表明公民平等享有性权利,儿童也不应例外。及至 1989 年联合国通过的《儿童权利公约》(*Convention on the Rights of the Child*) (下称“《公约》”)第 2 条对儿童权益无差别保护原则进行了规定,更为明确。我国刑法对性侵男童和性侵女童的行为实行区别对待的做法,显然与公约的无差别保护原则相悖。《公约》还规定:“缔约国承担保护儿童免遭一切形式的色情剥削和性侵犯之害。”可见,一切涉及性侵儿童的活动,不论受害人是女童还是男童,都应当为缔约国法律所禁止。我国已于 1991 年正式批准加入该《公约》,所以该公约关于儿童性健康的全面、平等保护应当为我国立法所贯彻。

## (三) 域外立法的共同趋向

考察当今国际社会的刑事立法,尽管在性侵儿童的具体罪名和年龄划界等方面各个法域不尽相同,但有一点却是惊人的相似,那就是各个法域都纷纷用“未成年人”“儿童”“不满××周岁的人”等中性化的术语来代替之前的“女童”等传统术语。<sup>[20]</sup> 我们固然不能说域外立法如何我们就应如何,但这种域外立法的共同趋向却反映了一定的规律性,值得我们借鉴和参考。

以德国为例,虽然第二次世界大战后受自由主义思想的影响,1969 年德国刑法典限制了对成年人之间性行为的处罚,将第 175 条“同性性行为罪”的处罚年龄从二十一岁降

[17] 参见刘仁文等著:《立体刑法学》,中国社会科学出版社 2018 年版,第 356 页。

[18] 参见温辉、阮丹生:《论未成年人受教育权的平等保障》,《预防青少年犯罪研究》2012 年第 10 期,第 30 页。

[19] 法律上性别的二元化来自于最初医学上的二元性别的划分,但目前医学领域已经承认除男、女之外社会上还有双性人(雌雄同体人)存在。有资料显示,世界人口总数的 1% 到 4% 的人是性别模糊或者双性人。如果用儿童取代女童,就不仅包括女童和男童,也包括性别模糊或者属于双性人的所有儿童。

[20] 参见谢俊龙、田然:《我国刑法加强未成年人性权利保护的前度探寻》,《青少年犯罪问题》2016 年第 4 期,第 79 页。

低到十八岁以下,该条最终于1994年删除,<sup>[21]</sup>但对儿童性权益的保护反而不断强化。《德国刑法典》原第175条、原第182条关于性侵少年行为的相关规定中,<sup>[22]</sup>原第175条“男性同性性行为”解释为已满十八周岁的男性与不满十八周岁的男性实施性行为或者让其与自己实施性行为,对比原第182条“引诱女童性交罪”中规定的引诱不满十六周岁的女童实施性交,不仅将男女少年被性侵行为区别规定,而且设置了十八周岁和十六周岁不同的年龄界限。因此,这两个条款因涉嫌对男性同性恋群体的歧视和对男性未成年性权益保障的缺失而饱受指责。1994年6月11日颁行的第二十九次刑法修正法[29. *Strafrechtsänderungsgesetz (1994)*],不仅将男性少年与女性少年同等作为少年权益纳入保护范围,<sup>[23]</sup>而且以“性行为”代替“性交”,扩充了性侵行为方式。1998年第六部刑法改革法[6. *Strafrechtsreformgesetz (1998)*]扩大了性犯罪处罚范围,<sup>[24]</sup>并使用了“不满十四周岁的人”的表述,旨在强化对性侵男女性童行为的一体打击力度。2015年第四十九次刑法修正案[49. *Strafrechtsänderungsgesetz (2015)*]继承了对儿童性权益平等保护的理念,增设的第182条“对少年的性滥用罪”用的是“强奸不满十八岁之人”“十八岁以上者有领地与不满十八岁之人实施性行为”“年满二十一岁之人对不满十六岁之人”等措辞。<sup>[25]</sup>此外,第180条“促使未成年人为性行为罪”用的也是“不满十六岁的人”“不满十八岁的人”。总之,纵观德国刑法典对各种性侵儿童犯罪的规定,都没有去刻意区分性别。

再以日本为例,与其他西方国家相比,2017年《日本刑法典》修改前,日本关于性侵儿童犯罪甚至整个性犯罪立法在国际上都是相对落后的。关于强奸罪的受害人局限于妇女是否违背日本宪法第14条男女平等原则的争议,日本最高裁判所曾在1953年的判决中给出过否定答案,理由是将强奸罪的犯罪主体限定为男性与受害人局限于女性是基于双方体质、构造、机能等生理、肉体上的事实差异,并不违背社会观念或道德观念。<sup>[26]</sup>然而,在2017年刑法修改前的“有关性犯罪罚则的研讨会”中,多数意见认为现在整个社会的性观念与上世纪明显不同,无论是男性还是女性,在遭受强奸后的被害程度上是相同的,因此,强奸罪的行为人和被害人也不应存在性别上的差异。因此,可以认为2017年日本刑法的修改顺应了国内社会民众理念和社会现实。<sup>[27]</sup>修法后将原第176条中的行为对象“女子”改为“人”,将“奸淫”改为“实施性交、肛交或者口交”,将法定最低刑由3年惩

[21] 参见王钢:《德国近五十年刑事立法述评》,《政治与法律》2020年第3期,第98页。

[22] 参见赵冠男:《论德国刑法对少年性权益的保护——以〈德国刑法典〉第182条为视角》,《青少年学刊》2021年第1期,第57-58页。

[23] 参见[德]汉斯—约格·阿尔布莱希特:《德国性犯罪刑法的改革与成果》,周子实译,载赵秉志主编《刑法论丛》(第35卷),法律出版社2013年版,第347页。

[24] 对照我国《刑法修正案(十一)》增设的“负有照护职责人员性侵罪”,可以发现:一方面,我国对该罪的罪状描述相对简单,年龄上限也只简单规定为不满十六周岁,而德国对该罪罪状的描述则要详细得多,相应也就在不同情形下将被保护的儿童年龄上限区分为十六岁和十八岁;另一方面,德国不仅对此罪的刑罚设置比我国要轻很多,而且还在最后一款设立了“考虑受保护人的行为后,若认为其行为的不法情节轻微的,可免除其刑罚”。可见,德国对该罪的设置属“严而不厉”,而我国对该罪的设置则属“厉而不严”。下述德国其他性侵儿童罪的设置也能给我们这类印象和启发。

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

[26] 参见[日]佐伯仁志:《日本的性犯罪——最近修改的动向》,曾文科译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第39卷),北京大学出版社2017年版,第305页。

[27] 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。

役提高到 5 年惩役。原第 178 条规定了准强制猥亵罪与准强奸罪,修法后该条中的准强奸罪被修改为准强制性交等罪,即将原准强奸罪“乘女子心神丧失或不能抗拒之机,或者使其心神丧失或不能抗拒而实施奸淫”中的“女子”修改为“人”,使准强制性交等罪的行为对象包含男性。<sup>[28]</sup>

其他国家,如英国,1956 年《性犯罪法》(*Sexual Offences Act*)中的猥亵罪也局限于男性对女性的行为,1960 年《猥亵儿童罪法》(*Indecency with Children Act 1960*)则将猥亵儿童罪的犯罪主体扩大到任何性别的人,保护客体包括不满十四周岁的男童,及至 1994 年的《刑事司法与治安法》(*Criminal Justice and Public Order Act 1994*),对性犯罪予以进一步大刀阔斧的改革,彻底打破了传统的性观念,将男性纳入强奸罪的被害对象。<sup>[29]</sup> 尔后,2003 年新修订的《性犯罪法》,再将之前规定的与未满十三周岁的幼女发生性行为构成犯罪的行为对象修改为“未满十三周岁的儿童”。<sup>[30]</sup> 1810 年法国刑法典未对强奸罪明确定义,传统的刑法判例与刑法理论认为强奸罪的施害者必须是男性,受害者必须是女性,但 1994 年修订的刑法典开始体现性别中立的立场,及至 2015 年最新施行的刑法不仅将受害人明确规定为“他人”和“未成年人”,而且在侵害人的身份上也不再限于男性。又如挪威现行的刑法典第 192 条规定,以对生命、健康使用暴力、猥亵方法强迫他人实施有伤风化的行为是强奸罪,不再强调性别,这一规定同样适用于性侵害未成年人的犯罪。<sup>[31]</sup> 总之,性犯罪领域的去性别化立法趋势可以说席卷了当今世界上绝大多数国家和地区,刑法对性侵男童与性侵女童进行一体规制,<sup>[32]</sup> 也已经成为国际通行做法。<sup>[33]</sup>

## 二 我国刑法在平等保护男童性健康权上的不足

### (一) 立法理念和立法技术滞后

1997 年刑法虽然在猥亵儿童罪等个别罪名上初步实现了对被性侵男女儿童的平等保护,但在奸淫幼女罪<sup>[34]</sup> 引诱幼女卖淫罪等更多的罪名上却仍然实行性别化区隔,将立

[28] 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 8-9 页。

[29] 参见《英国刑事制定法精要(1351-1997)》,谢望原主译,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 205 页以下,第 239 页。

[30] See David Ormerod, *Smith and Hogan Criminal Law* (12<sup>th</sup> edition), Oxford University Press, 2008, p. 708.

[31] 参见《挪威一般公民刑法典》,马松建译,北京大学出版社 2005 年版,第 41 页。

[32] 有所不同的是,有的法域用“男女”来指称被害人,有的法域则用“他人”来指称被害人,如前所述,后者要更为科学。

[33] 与刑法在性犯罪方面的规制去性别化相伴而生的另一个变化是,域外法律日趋承认性侵方式的多样化,如将口交、肛交等行为也当作性侵权行为来对待。这两个变化其实有内在的联系,因为性犯罪的去性别化必然会改变传统性侵方式的单一定义,这一点倒是无论在成年人领域还是未成年人领域都相同。

[34] 1997 年刑法实施之初,人们习惯性地将刑法第 17 条第 2 款相对负刑事责任年龄段的犯罪行为理解为罪名(该款中只有“强奸”没有“奸淫”的字眼),为了确保追究已满十四周岁不满十六周岁的人奸淫幼女的刑事责任,2002 年《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》将刑法第 236 条的罪名统一确定为强奸罪,自此取消了奸淫幼女罪的独立罪名。但“奸淫幼女与普通强奸构成要素明显不同,历史上一直以独立的‘奸淫幼女罪’的罪名表明对这种严重犯罪的强烈谴责”,所以,有学者认为,取消这一罪名并不妥当,这一罪名有必要加以恢复(参见曲新久著:《刑法学》(第四版),中国政法大学出版社 2017 年版,第 416 页)。因此,本文视语境需要有时仍然使用奸淫幼女罪这一表述。

法的重点放在对女童的保护上,对性犯罪的理解过于狭隘,具体而言,表现在以下三个方面。

一是对性别的认识还停留在“性别刻板印象”阶段。<sup>[35]</sup> 在传统的认知中,女性一直被认为比男性的体力更差、性格更柔弱、更易受侵害,而男性则被描述为体魄强健、更富有攻击性,这种刻板印象对男性与女性之间的性行为规制也产生了影响。<sup>[36]</sup> 相应地,这种影响也波及到性侵男女性童行为的法律规制上。正如有学者所指出,“关于女性侵害十几岁男孩的文献相对较少,也欠缺足够的研究去探讨如何建构青少年男孩受害的保护机制,这在很大程度上是因为对受害者和施暴者的性别假设。”<sup>[37]</sup> 二是受传统社会女性贞操权的影响,认为未婚女性的贞洁至关重要,事关家族荣誉和财产。相比而言,未婚男性的贞洁与否,则不会影响到这些。三是以生育为本位的观念也在很大程度上影响着我国包括未成年人保护在内的性侵犯立法。例如我国刑法理论与实务都将“奸淫”解释为“阴道性交”,<sup>[38]</sup> 这种解释是生育本位观的思路,会被不恰当地限缩为只适用于奸淫幼女。实际上,随着社会的发展,不只是女性在社会分工中的角色发生了转变,女性贞操权观念和以生育为本位的观念也都发生了巨大的变化。在儿童领域,前述观念更是不利于对被性侵男童的保护,也严重落后于今天以人为中心的时代价值观。因为儿童的身心健康权才是性侵儿童犯罪侵害的法益本质,它不仅应当超越性别刻板印象,也应当超越贞操权和生育权。

从立法技术来看,我国刑法在强化对包括男童在内的儿童性权益保障方面也有待改进。例如,受中国性禁忌和性羞耻的文化影响,国人对于涉及性的表达往往含蓄、朦胧。反映到立法中,就是性犯罪立法的用语过于简单和抽象,如1979年刑法关于性侵男童的行为规定在流氓罪中,但并未予以明确列举,而是以“其他流氓活动”进行兜底规定,主要原因是立法者认为这些字眼过于裸露,不宜在法律中明文出现。<sup>[39]</sup> 1997年刑法废除了流氓罪这一口袋罪,从中分解出强制猥亵、侮辱罪和猥亵儿童罪等罪名。虽然罪名更加具体化了,但罪状的表述却仍很“含蓄”,只笼统地使用“猥亵”这类带有强烈道德评价色彩的刑法规范词汇,却不对罪状做进一步的明确描述,致使实践中对“猥亵”的方式方法与具体内涵争讼不断。<sup>[40]</sup> 再如,为了突出对成年人性自主权的保护和未成年人健康权的保护,越来越多的国家和地区都在刑法典中将性犯罪及与之相关的犯罪独立成章或节,但我国至今没有在刑法中设专章或专节来规定性犯罪及其与之相关的犯罪,而是分散规定在

[35] 根据联合国人权事务高级专员办公室的解释,所谓性别刻板印象,是指关于女性和男性应当具备的属性、特征或角色的一种一般化的观点或认知。参见陆海娜:《从“刻板印象”到“关系型歧视”——美国性少数群体就业歧视诉讼的发展历程及启示》,《中外法学》2019年第6期,第1666页。

[36] See Barbara Stark, State Responsibility for Gender Stereotyping, 17 *Journal of Gender Race & Justice* 333, 363 (2014).

[37] See Kay Levine, When Gender Meets Sex: An Exploratory Study of Women Who Seduce Adolescent Boys, 15 *William and Mary Journal of Women and the Law* 361, 362 (2009).

[38] 参见梁健著:《强奸犯罪比较研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第61页。

[39] 参见赵合俊:《儿童免受性侵害的权利——对我国儿童性法律的审视》,《法学研究》2004年第6期,第135页。

[40] “猥亵”概念本身过于宽泛,行为样态各异,行政违法与刑事犯罪之间存在交叉重合的灰色地带,基本情节与加重情节之间的区分度不高;关于猥亵行为的入罪标准及加重情节界定,必然因判断者之间的主观价值倾向不同而有差异(参见赵俊甫:《猥亵犯罪审判实践中若干争议问题探究——兼论〈刑法修正案(九)〉对猥亵犯罪的修改》,《法律适用》2016年第7期,第85页)。鉴于此,还是应当对猥亵的基本行为样态在法条中进行列举,可以用“等”的行文方式,这样至少也好按同类解释的规则来对猥亵的基本内涵有个理解和预期。

侵犯公民人身权利、民主权利罪和妨害社会管理秩序罪等章节中。这一做法也欠妥当,如将“引诱幼女卖淫罪”等放在妨害社会管理秩序罪一章,即使将这里的“幼女”改为“儿童”,如果所属章的位置不予调整,也会让人觉得立法者将对儿童性健康权的保护让位于对社会秩序和伦理道德的维护,这对于儿童性权益的保障而言,仍然是不够的。

## (二) 现行立法存在明显的处罚漏洞

由于我国刑法对性侵儿童行为的规制男女有别且重在保护女童,使得对有关性侵男童的行为规制规定留下不少处罚漏洞,这不仅表现在奸淫幼女罪对奸淫十四周岁以下男童,负有照护职责人员性侵罪对性侵已满十四周岁不满十六周岁的未成年男性,引诱幼女卖淫罪对引诱十四周岁以下男童卖淫的立法规制空白,而且囿于我国刑法将“儿童”概念界定在十四周岁以下,而不是《公约》规定的十八周岁以下,致使刑法中多处出现对十四至十八周岁之间的男童性权利保护的规制缺失,如刑法中的猥亵儿童罪、拐卖儿童罪、收买被拐卖的儿童罪、聚众阻碍解救被收买的儿童罪等,保护对象的年龄上限都只到十四周岁,这与未成年人保护法将十八周岁以下的未成年人纳入保护范围的立法意旨也是不相符的,特别是在拐卖妇女罪、收买被拐卖的妇女罪、聚众阻碍解救被收买的妇女罪等罪名也存在性别化的情况下,对十四至十八周岁之间的男性未成年人更是留下了保护的漏洞。

例如,对于同样是“奸淫”的性侵行为,当对象为女童时,可以定性为奸淫幼女并按照强奸罪的从重处罚情节定罪处罚;当对象为男童时,则只能以猥亵儿童罪论处。强奸罪的法定刑远远高于猥亵儿童罪,<sup>[41]</sup>将性侵男童行为按照猥亵儿童罪来处理,不仅在罪名上罚不当罪(罪名未能体现出行为人的主观恶性和行为的社会危害性),而且在刑罚上罚不当刑(受到猥亵儿童罪法定最高刑的限制)。

《刑法修正案(十一)》新增负有照护职责人员性侵罪,将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、医疗等特殊职责人员与该未成年女性发生性关系的行为纳入规制范围,进一步体现出对此年龄段未成年女性的周延保护,但由于仍然限于女性,致使对性侵已满十四周岁不满十六周岁未成年男性的行为无法用该罪去规制。实际上,性侵十四周岁以上的未成年男性这个问题早已存在并引起司法机关的重视,如2013年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部在《关于依法惩治性侵未成年人犯罪的意见》(下称“《意见》”)中就指出:“对已满十四周岁的未成年男性实施猥亵,<sup>[42]</sup>造成被害人轻伤以上后果,符合刑法第二百三十四条或者第二百三十二条规定的,以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚”。2015年《刑法修正案(九)》之所以将“强制猥亵罪”的犯罪对象由“妇女”修改为“他人”,立法机关的解释是:“妇女、儿童虽然是猥亵行为的主要受害群体,但在实践中猥亵男性的情况也屡有发生,猥亵十四周岁以上男性的行为如何适用刑法并不明确,对此社会有关方面多次建议和呼吁,要求扩大猥亵罪适用范围,包括

[41] 强奸罪普通刑判处三年以上十年以下有期徒刑,奸淫不满十四周岁的幼女的,从重处罚;具有法定的6种加重情形之一的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。而猥亵儿童罪一般处五年以下有期徒刑,具有法定的4种加重情形之一的,也只能处五年以上有期徒刑。

[42] 由于我国刑法理论和实务不恰当地将我国刑法强奸罪中的“性交”界定为男女生殖器的结合,而将口交、肛交之类的非生殖器结合排除在“性交”之外,所以对包括男童在内的男性的性侵都被纳入“猥亵”之中。

猥亵十四周岁以上男性的行为,以同等保护男性的人身权利。”<sup>[43]</sup>但即便如此,这里仍然存在明显的处罚不当甚至是处罚漏洞:如按前述《意见》,实践中对于男童的猥亵大多数达不到故意伤害罪或故意杀人罪的严重程度,因为即使是故意伤害罪也要达到致人轻伤的后果,故大多只能作无罪处理。<sup>[44]</sup>而《刑法修正案(九)》虽然将“强制猥亵罪”的犯罪对象由“妇女”修改为“他人”,可以包含强制猥亵十四周岁以上男性的行为,但值得注意的是,猥亵儿童罪并不需要以暴力、胁迫或者其他强制方法,而强制猥亵罪则要求这些强制方法,所以对于采用非强制方法来猥亵(奸淫)十四周岁以上未成年男性的行为,不管其情节有多恶劣,都只能作无罪处理。

### (三) 解释论无法消除司法困惑和处罚漏洞

也许有人会站在解释论的立场上,认为对现行立法最好不要去批判,而是去解释。对此,笔者的观点是,解释论和立法论二者同为刑法研究的车之两轮、鸟之两翼,可以并行不悖。有些问题能通过解释来解决固然好,但有些问题是解释所无法解决的;还有些问题即便能在修法前借助解释来加以解决,但如果通过立法来解决能有更好的效果,那就可以一方面立足解释论来解燃眉之急,另一方面加强立法论的研究以便为未来的刑法完善做准备。而我国刑法在平等保护男童性健康权上的缺陷所造成的司法困惑和处罚漏洞,恐怕就属于解释论无法解决的情况。

例如,刑法的明确性是罪刑法定原则的基本要求。我国刑法在性侵儿童犯罪的规定方面,除了前述因立法语言过于“含蓄”导致构成要件不明外,还存在相关概念缺乏界定导致语义含混、<sup>[45]</sup>相关罪名因分散于不同章节或附属于成年人刑法条款之后<sup>[46]</sup>而影响其内在逻辑性和明确性等问题,这其中最突出的还是由于立法上不适当地对性侵儿童进行了性别化的区分,使得有些本来应当很明了的问题变得不明、本来应当很简单的问题变得复杂化,徒增司法实践中的困惑和争议,结果不仅不利于实现刑法规范的行为指引功能,也不利于实现刑法规范的裁判指引功能。例如,如果直接用“奸淫儿童罪”而不是“奸淫幼女罪”,就不会导致围绕对奸淫“幼男”(男童)的行为如何适用刑法出现的许多争议。

又如,对于罪名适用的限制导致量刑失衡的问题,有观点从“其他恶劣情节”这一猥亵儿童罪的加重处罚情节兜底条款入手,认为在性交和猥亵之间文义关系不改变的情况下,将非传统性交侵入儿童身体手段视为猥亵儿童罪的法定刑升格情节,可以更好地实现罪刑均衡。<sup>[47]</sup>这一解释虽然用心良苦,但它本身可能属于一种超越确定性的做法,过于

[43] 参见郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2015年版,第389-390页。

[44] 参见刘箭:《缺失与完善:男性性权利刑法保护之尴尬境地》,《河北法学》2008年第6期,第139页。

[45] 在一起强制侮辱妇女的案件中,受害人是一位13岁的女童,辩方律师引用薛海中的解释,主张对“妇女”是指成年女性,而受害人属于“儿童”,因此本案不应适用强制侮辱妇女罪(参见韩康、裴长利、吴承栩主编:《刑法案例研习》,人民法院出版社2021年版,第8页)。联想到《妇女权益保障法》及其修订草案分别使用的“女性儿童少年”和“适龄女性未成年人”等表述,不能说“强制侮辱妇女罪”中的妇女就当然包含了“女童”,但如果将前述案例排除适用强制侮辱妇女罪而改为使用刑罚更轻的侮辱罪,则又与加大对儿童的保护力度这样一个立法常识相违背,可见我国刑法立法对该领域的相关概念进行明确界定之必要。

[46] 如将奸淫不满十四周岁的幼女放在强奸罪的第2款,引发奸淫幼女是独立成罪还是包含在强奸罪之中的争议。该条第3款更是将强奸妇女和奸淫幼女的法定刑升格情节混合规定在一起,明显不利于突出对儿童的保护。

[47] 参见李琳:《〈刑法修正案(十一)〉中猥亵儿童罪加重情节的理解与适用》,《现代法学》2021年第4期,第206页。

灵活。奸淫男童本就属于我国刑法规制的一处空白,勉强套用猥亵儿童罪来处理,已属突破猥亵儿童罪构成要件的无奈之举,但在司法实践中基本约定俗成,也算是具备了一定的确定性。现在要再把这种行为升格解释为“其他恶劣情节”而归入加重处理的情形,就显得过于牵强。试想,如果立法者的立法本意是要将所有口交、肛交等性侵男童的行为纳入猥亵儿童罪的法定刑升格处理范围,那么在其列举的四项升格情节中,就应当把它和前面的三项具体情节并列明示出来,完全没有必要将此等在现实中早已存在的内容放到立法者因立法当时预见不了而不得已设置的兜底条款中,何况这也难以从根本上解决性侵男女性童行为量刑不均衡的问题。

如前所述,《刑法修正案(十一)》对猥亵儿童罪列举了四项法定刑升格情节(五年以上有期徒刑),但同时也在强奸罪的法定刑升格情节中新增了第五项“奸淫不满十周岁的幼女或者造成幼女伤害的”、并在第三项“在公共场所当众强奸妇女”后面增加了“奸淫幼女”的情形(处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑)。对比《刑法修正案(十一)》对于两者的量刑修改,显然立法者依然将幼女置于特殊的保护地位,认为阴道性交的社会危害性大于肛交、口交等的社会危害性。<sup>[48]</sup>可见,新增猥亵儿童罪的加重情节,非但不能达到在量刑上平等规制性侵男女性童行为的目的,反而无形中进一步拉大了二者的量刑差距。因此,试图以猥亵儿童罪中的“其他恶劣情节”这一兜底条款来解决性侵男女性童行为的量刑不均衡,不仅在解释学上存在困境,其结果也难以令人满意,只能算是权宜之计。

### 三 平等保护男童性健康权的刑法完善

我国刑法在保护被性侵男童方面存在的前述结构性缺陷,决定了必须走通过立法完善来加以弥补的路径。未来我国应在刑法典中增设“妨害性自决权和性健康权的犯罪”专章(或者至少在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章下设专节),其中妨害性自决权的犯罪针对性侵成年人,妨害性健康权的犯罪针对性侵未成年人。应当改变性侵未成年人犯罪的条款附属于性侵成年人犯罪的条款之立法模式,强化性侵未成年人犯罪罪名和刑罚的主体性和独立性,细化各种性侵儿童犯罪的罪状描述和不同情形下的年龄分级体系,原则上将儿童和未成年人的年龄统一,以符合《公约》的要求,除非在某些具体条款中标明该条款所指儿童的实际年龄。以下重点就几个罪的立法完善提出建议。

#### (一) 奸淫幼女型强奸犯罪的立法完善

我国《刑法》第236条强奸罪第2款规定:“奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚。”由于这一规定将不满十四周岁的幼男(男童)排除在奸淫对象之外,故在实践中对奸淫十四周岁以下的男童只能以猥亵儿童罪来定罪处罚。如前所述,无论是基本刑还是升格刑,猥亵儿童罪都要远低于强奸罪。<sup>[49]</sup>鉴于性侵男童行为的社会危害性和主观

[48] 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132页。

[49] 此处并不是指猥亵儿童罪的刑罚设置太轻,而是从平等规制的角度,这种因性别不同而彼此刑罚差异悬殊的立法不科学。下文讨论其他个罪时亦同。

恶性较其它猥亵行为更为严重,其法益侵害性与奸淫幼女性质相当,因此,刑法中的这一奸淫幼女条款亟需去性别化修改。

虽然我国强奸罪也面临去性别化修改的必要(所有人都可以成为强奸罪的对象,而不只是妇女),但基于本文的主题,这里只聚焦于奸淫幼女这部分的立法完善。根据笔者此前的一贯主张,奸淫幼女应当从强奸罪中独立出来成罪,这不仅因为“强奸”和“奸淫”在客观方面表现不同,而且也是突出对幼女特殊保护的需要。<sup>[50]</sup> 延伸到男女儿童平等保护的语境,为了突出对性侵儿童的特别关注和重视,应当将奸淫幼女条款从现有的强奸罪中脱离出来,与奸淫幼男一起,共同组成奸淫儿童罪,即凡是与不满十四周岁的儿童发生性关系的,不论儿童本人是否愿意,<sup>[51]</sup> 均构成犯罪。

关于本罪的几点说明:其一,这里的“发生性关系”,不能局限于男性阴茎插入阴道这种狭义上的理解,而应将口交、肛交、异物插入肛门或阴道等侵入儿童身体的行为都纳入。<sup>[52]</sup> 由于我国刑法没有明文规定“性交”或“发生性关系”的含义,因此目前对何为“性交”或“发生性关系”在司法实践中有不同看法:强奸罪认为“性交”或“发生性关系”就是男性将阴茎插入女性阴道的行为,至于男性将阴茎插入女性肛门或口中等行为则被认为是猥亵行为;但由于卖淫嫖娼被认为是“不特定的异性之间或同性之间以金钱、财物为媒介发生性关系的行为”,<sup>[53]</sup> 因此这里的同性之间发生性关系的行为应包括口交、肛交等行为。尽管有学者认为:“男子强行将阴茎插入妇女肛门或者口中的行为,已被许多国家和地区的刑法明文规定为强奸行为。在我国,将这样的行为认定为强奸罪,并不存在刑法上的障碍,只是存在观念上的障碍。”<sup>[54]</sup> 但由于其他国家和地区毕竟也是通过刑法来明文规定,因此个人认为我国最好也通过刑法来明文规定,或至少通过立法解释来予以明确。<sup>[55]</sup>

其二,鉴于本罪的前身,即奸淫幼女型的强奸罪在行为人的主观方面存在重大争议,<sup>[56]</sup>

[50] 参见刘仁文:《奸淫幼女与严格责任——兼与苏力先生商榷》,《法学》2003年第10期,第43页。

[51] 因为儿童尚不能正确认识自己行为的性质和后果,因而被法律推定为无决定自己性行为的能力,此种法律家长主义(或曰父爱主义)为中外法理所认可。当然,在具体年龄的划定上,各个国家和地区并不完全相同。

[52] 无论从国际社会的立法趋势还是从我国保护儿童性健康权的需要来看,立法都应当扩大性交行为的方式,即凡是出于性的目的,以生殖器进入儿童生殖器、肛门或口腔之行为或者以生殖器以外的其他身体部位或器物进入儿童的生殖器、肛门或口腔的行为都应当被认定为性交行为。参见邢红枚:《强奸罪的立法完善——以儿童保护为视角》,《中华女子学院学报》2020年第6期,第45-47页。

[53] 参见公安部2003年9月24日《关于以钱财为媒介尚未发生性行为或发生性行为尚未给付金钱如何定性问题的批复》(公复字[2003]5号)。

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

[55] 刑法立法和刑法立法解释的边界有时并不清楚。如2015年《刑法修正案(九)》将原来的“盗窃、侮辱尸体罪”修改为“盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪”,最初立法机关是准备在立法解释中将尸体解释为包括尸骨和骨灰的,而且在专家论证时也得到了多数专家的支持,但后来由于启动了《刑法修正案(九)》的制定工作,就把该条款从当时的立法解释中拿出来放入了《刑法修正案(九)》。

[56] 如有的学者认为,本罪主观上对女方是否是幼女至少要有间接故意(参见张明楷著:《刑法学》(下),法律出版社2016年版,第872页);有的学者认为,本罪的成立不要求行为人认识到对方是不满十四周岁的幼女(参见何秉松主编:《刑法教科书》(上卷),中国法制出版社2000年版,第312页);更有学者认为,本罪属于严格责任意义上的法定强奸,不要求行为人在对幼女的年龄认识上有过错(参见苏力:《司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入》,《法学》2003年第8期,第14页)。

笔者主张,由于我国刑法总则对犯罪的主观方面有过错责任的要求,因此不问过错的严格责任在我国刑法体系中不存在空间,但可以考虑将本罪设置成故意和过失两种形态,<sup>[57]</sup>并允许对主观过错的举证责任实行一定形式的转移,即控方基于客观行为推定行为人主观上存在过错后,被告人可以通过自己的举证说服法庭采信他主观上不存在过错的证据。对于故意形态可作如下规定:“不以行为人明知被害人未满十四周岁为必要,具有奸淫未满十四周岁儿童之间接故意者,亦应成立本罪。”对于过失形态,则可作如下规定:“行为人应当预见到对方可能未满十四周岁,但因为疏忽大意或过于自信而没有预见到,以致错将对方当作已满十四周岁的人而与其发生性关系的,构成本罪的过失犯罪。”毫无疑问,本罪的过失犯罪应当设置更轻的刑罚。

其三,尽管法律推定儿童无决定自己性行为的能力,但在量刑情节的设定上还是应区分同意与不同意,毕竟不同意的情形下对受害人造成的身心伤害会更大。

其四,对已满十四周岁不满十六周岁的人与不满十四周岁的儿童之间自愿发生性关系,且双方年龄差不超过三周岁的,或者虽然年龄差超过三周岁但情节轻微的(如偶尔自愿发生性关系且未造成严重后果),可做出罪化处理。<sup>[58]</sup>

此外,对于 2020 年《刑法修正案(十一)》新增的负有照护职责人员性侵罪,该罪设立的目的在于打击负有特殊职责的人员利用其优势地位性侵十四到十六周岁的女童行为。基于目前我国刑法在性犯罪方面整体上存在的性别化现象,该罪也毫不意外地使用了“对已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性负有监护……的人员,与该未成年女性发生性关系”这样的措辞,按本文的逻辑,这里也相应地应改为“对已满十四周岁不满十六周岁的未成年人负有监护……的人员,与该未成年人发生性关系”。

如前所述,根据《公约》对儿童年龄的界定(十八周岁以下),我国刑法关于十四周岁性同意年龄的规定以及将“儿童”年龄界定为十四周岁以下,也值得检讨和反思。<sup>[59]</sup>就我国性侵儿童案例的年龄分布而言,十四至十七周岁的儿童遭受性侵案件依然占据相当的比例,<sup>[60]</sup>因此可以考虑适当提高性同意年龄,如从十四周岁提高到十六周岁,并对奸淫儿童罪分两个年龄段来设计:一是十四周岁以下,此时原则上被告人不能以对被害人的年龄认识错误为辩护理由,除非其采取了一切合理措施来确定对方的年龄;二是十四周岁到十六周岁,此时只要被告人合理地相信对方已满十六周岁,那么在双方自愿发生性关系的情形下就可以减免刑事责任。<sup>[61]</sup>显然,第一种情形下被告人需要尽更多的注意义务。与此相对应,对于负有照护职责人员性侵罪,其性侵对象的年龄也就应作相应调整,即从已满十四周岁不满十六周岁的未成年人提升至已满十六周岁不满十八周岁的未成年人,并针

[57] 增设过失奸淫儿童罪,既是加强对儿童性健康保护的需要,也可以使奸淫儿童罪在对儿童年龄是否明知的长期争议和困惑中找到一个相对折中的方案,即相比故意,加大了对这方面的规制力度,但相比不问过错的严格责任,又对行为人相对公平一些。

[58] 毕竟本罪的重点在于打击成年人对儿童的奸淫。

[59] 参见江勇:《“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。

[60] 参见张鸿巍、江勇:《猥亵儿童罪中“儿童”概念的界定与展开》,《中国应用法学》2019 年第 2 期,第 93 页。

[61] 相应地,对于前述儿童之间自愿发生性关系且双方年龄差不超过 3 岁等出罪情形的设计,其年龄也顺延。

对不同的照护职责人员对被保护的未成年人(儿童)做进一步的年龄分级。<sup>[62]</sup>

## (二)猥亵罪的立法完善

我国涉及性侵儿童的猥亵类罪名主要包括猥亵儿童罪和强制猥亵罪两个罪名。前者针对的是对十四周岁以下的儿童实施猥亵的行为,后者则针对采取暴力、胁迫或者其他方法强制对他人实施猥亵的行为。可见,对于十四至十八周岁的儿童未使用强制手段实施的猥亵行为留下了处罚漏洞。虽然《意见》规定了对已满十四周岁的未成年男性实施猥亵、造成被害人轻伤以上后果的,可以按故意伤害罪甚至故意杀人罪来定罪处罚,但该意见仍然无法实现对已满十四周岁的未成年男性实施猥亵行为的全面规制(如未使用强制手段也没有造成轻伤以上后果的就不能处罚),而且对于已满十四周岁未成年女性实施猥亵行为也同样存在疏漏。此外,该意见对于十四至十八周岁未成年人男性的保护只着眼于对身体的伤害,却忽视了对心理和精神的伤害。事实上,实践中遭受猥亵并且造成严重心理和精神伤害的,更多的恰恰是十四至十八周岁年龄段的未成年人。<sup>[63]</sup>

因此,有必要将对十四至十八周岁的未成年人使用非强制手段实施的猥亵行为也纳入猥亵儿童罪的规制范围,即将我国刑法中“猥亵儿童罪”中的儿童年龄扩大到包括十四至十八周岁的未成年人,具体可以将其条文中“猥亵儿童的,处……”的表述修改为“猥亵十八周岁以下儿童的,处……”。这样,强制猥亵罪就自然只适用于十八周岁以上的成年人了。此外,与上述奸淫儿童罪一样,猥亵儿童罪也应在罪刑设置上完全独立出来,<sup>[64]</sup>从而形成强奸罪、奸淫儿童罪、强制猥亵罪、<sup>[65]</sup>猥亵儿童罪等既涵盖普通的性犯罪又体现出对所有儿童特殊保护的规制体系。

由于本罪的成立并不要求违背被害人的意志,<sup>[66]</sup>但对于违背被害人意志的强制猥亵行为加重处罚却无论从对被害人的伤害程度还是被告人的主观恶性来看,都是能证成的,因此,应当把以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵儿童的行为作为本罪的升格量刑情节,可以考虑将原来的“有下列情形之一的,处五年以上有期徒刑”的最后一项“猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节的”,分解为以下两项:“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵的”和“有其他恶劣情节的”。同时,在本罪将保护对象由十四周岁以下的儿童提升为十八周岁以下的儿童之后,为了体现对不满十四周岁以下儿童的重点保护,也应当将猥亵不满十四周岁的儿童作为本罪的升格情节之一来加以规定。

## (三)组织、强迫和引诱幼女卖淫等犯罪的立法完善

我国刑法第358条第1款规定了组织卖淫罪和强迫卖淫罪,第4款规定了协助组织

[62] 德国刑法典针对特殊职责人员的性侵,分别设立了对被保护人员的性滥用、利用职务所为的性滥用、利用咨询、治疗或照料关系所为的性滥用等系列罪名,且在受害人年龄上采取了更为细致的区分,如对被保护人员的性滥用罪,第1款第1项规定的为“未满十六岁的人”,第2项规定的为“未满十八岁的人”,第3项规定的是“未满十八岁的亲生子女或养子女。”参见《德国刑法典》,徐久生译,北京大学出版社2019年版,第129页。

[63] 参见张鸿巍、江勇:《猥亵儿童罪中“儿童”概念的界定与展开》,《中国应用法学》2019年第2期,第94页。

[64] 《刑法修正案(十一)》虽然对猥亵儿童罪增设了独立的法定刑,但仍然作为同一个条文的内容附在强制猥亵罪之后。

[65] 刑法中的强制猥亵、侮辱罪在侮辱部分仍然将侵害对象锁定为“妇女”,而刑法第246条又设有“侮辱罪”,后者的侮辱对象为包括男性和女性等所有人在内的“他人”,笔者认为,前述(强制)侮辱妇女罪可以删除。

[66] 其法理依据和奸淫儿童罪一样。鉴于前文建议将奸淫儿童罪的性同意年龄设为十六周岁,因此猥亵儿童罪中不要求违背被害人意志的年龄上限也宜设为十六周岁,也就是说,针对十六至十八周岁儿童的非强制手段猥亵行为要在违背被害人意志的情况下才构成猥亵儿童罪。

卖淫罪,<sup>[67]</sup>其第 2 款则规定“组织、强迫未成年人卖淫的,依照前款的规定从重处罚”,虽然“未成年人”这样的中性词在性别化方面不存在问题,但由于是“依照前款的规定”来“从重处罚”,因而罪名仍然叫组织卖淫罪和强迫卖淫罪,而协助组织卖淫罪则完全将协助组织未成年人卖淫的行为包括在内,根本没再另行提及。正如前文多处所强调的,儿童的性健康权具有独立的刑法保护价值,而这种独立的保护价值不仅体现在刑罚上,也体现在罪名上。据此,未来我国刑法应单独设立“组织未成年人卖淫罪”“强迫未成年人卖淫罪”,同时增设“协助组织未成年人卖淫罪”,并分别设置独立的,甚至可能高出组织卖淫罪、强迫卖淫罪和协助组织卖淫罪的刑罚。<sup>[68]</sup>

刑法第 359 条规定了引诱、容留、介绍卖淫罪和引诱幼女卖淫罪,其中第 1 款引诱、容留、介绍卖淫罪中表述为“引诱、容留、介绍他人卖淫”,体现了性别中立,说明卖淫的既可以是女性,也可以是男性,但第 2 款“引诱幼女卖淫罪”就存在明显的性别化倾向:“引诱不满十四周岁的幼女卖淫的,处五年以上有期徒刑,并处罚金。”这带来的一个矛盾是:引诱不满十四周岁的幼女卖淫的,处五年以上有期徒刑,并处罚金;而引诱不满十四周岁的男童卖淫的,则只能按前面的引诱卖淫罪处理,一般处五年以下有期徒刑、拘役或管制,并处罚金,只有情节严重的,才处五年以上有期徒刑,并处罚金。这种矛盾在刑法教义学上无法自圆其说,因此,引诱幼女卖淫罪也应当去性别化,即将罪状描述中的“幼女”修改为“儿童”。但这还不够,因为对照前面的引诱、容留、介绍卖淫罪,现有的引诱幼女卖淫罪只涵盖了“引诱”幼女的行为,事实上,容留、介绍儿童卖淫的行为同样具有独立于容留、介绍成年人卖淫的刑法规制价值,故除了将原有的引诱幼女卖淫罪中的“幼女”修改为“儿童”之外,该罪名还应扩大涵盖范围,调整为引诱、容留、介绍儿童卖淫,并仿照引诱、容留、介绍卖淫罪的两档法定刑(现在引诱幼女卖淫罪只有一档法定刑),分别设置更高的刑罚。<sup>[69]</sup>

与此相关的一个问题,根据《公约》第 34 条规定,“利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材”也属于“色情剥削和性侵犯”的内容。<sup>[70]</sup>据此,我国刑法中与“利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材”相关的罪名也应加以关注和完善:第一,将第 364 条传播淫秽物

[67] 需要注意的是,虽然组织卖淫罪、强迫卖淫罪和协助组织卖淫罪本身因使用“他人”而不存在性别化的问题,但有关司法解释却又出现了性别化的规定,如 2017 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》第 6 条对于强迫他人卖淫“情节严重”的列举,专门将“强迫不满十四周岁的幼女卖淫”作为一种情形,正确的做法应当是规定为“强迫不满十四周岁的儿童卖淫”,否则,强迫男童卖淫就必须达到一定的人数才能认定为情节严重,而强迫幼女卖淫则没有人数限制直接构成情节严重,容易造成对强迫尚未达到一定数量的男童卖淫行为的处罚失之过轻。

[68] 作为一个可参照的立法经验,我们可以从猥亵儿童罪的立法变迁中得到启发:2020 年刑法修正案(十一)前,猥亵儿童罪的条文是“猥亵儿童的,依照前两款的规定从重处罚”(前两款指“强制猥亵、侮辱罪”及其加重量刑情节)。刑法修正案(十一)删除前述规定,设置了独立的刑罚和加重量刑情节。

[69] 与引诱幼女卖淫罪应当调整为引诱、容留、介绍儿童卖淫相似,刑法第 301 条聚众淫乱罪之后,专款规定了“引诱未成年人聚众淫乱罪”。但不仅引诱未成年人参加聚众淫乱活动会侵害未成年人的身心健康权,组织、强迫未成年人参加聚众淫乱活动的也是如此。因此,为了最大化保障未成年人的合法权益,应当将刑法第 301 条第 2 款的引诱未成年人聚众淫乱罪拓展为引诱、组织、强迫未成年人聚众淫乱罪,并设置相应的独立刑罚。

[70] 虽然性剥削(色情剥削)和性侵犯这两个术语在学者评注层面其含义有一定差异(“性剥削”包含了利用儿童的商业因素,并与卖淫、性旅行、制作色情制品以及在性节目中利用儿童等行为密切相关;“性侵害”则被理解为儿童在违背其自由意志的情况下参与性活动,或者囿于其发育水平,儿童无法提供参与此类活动的真正同意),但《公约》并没有明确区分二者。

品罪中以未成年人色情制品为对象的行为独立出来,专设“传播未成年人色情制品罪”,设置高出一般传播淫秽物品罪的刑罚;第二,在该条“组织播放淫秽音像制品罪”之后,专设“组织播放未成年人相关的淫秽音像制品罪”,设置高出一般组织播放淫秽音像制品罪的刑罚;第三,在第365条“组织淫秽表演罪”之后,专设“组织未成年人淫秽表演罪”,设置高出组织淫秽表演罪的刑罚。

还需要指出的是,刑法条文中的“卖淫”也存在“污名化”之嫌,需要修改为“从事性交易”这类更中性的用词。《刑法修正案(九)》废除嫖宿幼女罪,将原先作为特别构成要件的嫖宿幼女的行为纳入刑法第236条第2款,按照一般构成要件的强奸罪予以统一规制(奸淫幼女情形),既是从立法上否定幼女的性同意有效性、使之回归奸淫幼女的定罪逻辑,也是我国刑法立法语言文明化、去除“嫖宿”这类对幼女有污名化效果的用词的良好范例。<sup>[71]</sup> 依此思路,刑法中所有包含“卖淫”字样的法条,都应将“卖淫”替换成“从事性交易”这类的中性表达。

#### (四) 拐卖妇女、儿童罪及其相关犯罪的立法完善

除上述罪名,刑法中还有一些罪名也直接或间接涉及男童性健康权的保护,如第240条的拐卖妇女、儿童罪,第241条的收买被拐卖的妇女、儿童罪,第242条第2款的聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪,第416条第1款的不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪和第2款的不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪等。<sup>[72]</sup> 从保护未成年人的角度来看,所有十八周岁以下的未成年女性都能够被纳入上述罪名的保护之中,但十四周岁至十八周岁的男童则被排除在外。<sup>[73]</sup> 与《公约》将儿童界定为十八周岁以下的任何人相比,由于我国刑法中将拐卖妇女儿童罪中儿童的年龄限制在十四周岁以下,致使拐卖类犯罪中对于拐卖十四周岁至十八周岁未成年男性的行为得不到打击。为改变这一局面,应将这些罪名中的“儿童”年龄提升为十八周岁,并根据前面的思路,将拐卖儿童罪、收买被拐卖的儿童罪、聚众阻碍解救被收买的儿童罪、不解救被拐卖、绑架儿童罪和阻碍解救被拐卖、绑架儿童罪分别独立成罪并设置相应的刑罚。与此同时,还应更多地从预防性侵角度对儿童加以保护,如刑法第240条拐卖妇女、儿童罪中关于“情节特别严重”的第三种情形“奸淫被拐卖的妇女的”、第四种情形“诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的”,这里面都没有考虑到儿童,应当加上;又如,第241条收买被拐卖的妇女、儿童罪中第2款“收买被拐卖的妇女,强行与其发生性关系的,依照本法第236条的规定定罪处罚”,也应加上奸淫儿童的情形。

[71] 参见刘仁文:《〈刑法修正案(九)〉应取消嫖宿幼女罪的规定》,《中国妇女报》2015年7月21日第A2版。

[72] 拐卖妇女罪及其相关罪名均有必要去性别化,即将上述罪名分别修改为拐卖人口罪、收买被拐卖的人口罪、聚众阻碍解救被拐卖的人口罪、不解救被拐卖、绑架人口罪、阻碍解救被拐卖、绑架人口罪。这不仅是我国已经批准的《巴勒莫议定书》的要求(该议定书对拐卖对象的规定是人口,既包括女性也包括男性),也是我国国内的现实需要,如前些年媒体披露出一些拐卖男性人口去“黑砖窑”强迫劳动的案件,就无法对其中的拐卖行为进行定罪评价。但这是更大范围的一个话题,本文暂且不论,而且即使这一去性别化得以实现,也不妨碍下文建议的将拐卖儿童罪及其相关犯罪中的儿童年龄提升为十八周岁。

[73] 然而,拐卖和收买十四周岁至十八周岁未成年男性的犯罪行为却是现实存在的。参见李钢、王莺莺、杨兰、谭然、苟思远:《拐入侧视域下我国拐卖儿童犯罪的时空格局》,《陕西师范大学学报(自然科学版)》2019年第3期,第98页。

## 四 结 语

习近平总书记指出,在出台法律、制定政策、编制规划、部署工作时,要“坚持男女平等基本国策”。<sup>[74]</sup> 本文论证了我国刑法在性侵男女儿童方面区别对待的做法不属于矫正正义的范畴,恰恰相反,从深层次来说,与男女平等的基本国策是不相符的。本文同时指出,虽然刑法的去性别化思路也适用于性侵成年人,但由于对成年人性侵所侵犯的法益是性自主权,而对未成年人(儿童)的性侵所侵犯的法益是未成年人的性健康权,基于两种法益的不同,对性侵儿童问题就有专门研究的必要。在域外国家和我国的立法中,性犯罪的刑法规制在成年人和未成年人之间有着某种不同的进路:一方面,在成年人的性犯罪规制方面不断走向宽缓甚至对某些行为予以除罪,如各个国家和地区都在刑法中或事实上对通奸行为予以除罪化,我国 1997 年刑法将 1979 年刑法中的重罪“流氓罪”也予以分解并部分除罪化;另一方面,正如本文所展示的,各个法域几乎都对性侵未成年人的犯罪加大了刑法规制力度,表现出更为严密和严厉的刑事政策走向。这也说明,对未成年人(儿童)性侵的刑法规制进行去性别化研究有其独立存在的价值。

尽管对性侵女童的刑法规制也还有需要完善之处,<sup>[75]</sup> 同时对性侵男童的刑法规制之完善亦不只是体现在与性侵女童的平等规制上,<sup>[76]</sup> 但抓住性侵男童与性侵女童的平等规制这个“牛鼻子”,就能更好地一体推进对儿童性健康权的刑法保护。例如,从完善刑法规定来看,我国未来还有必要在刑法中明确确立对强奸、奸淫或其他性侵未满十八周岁的未成年人要从重处罚这一原则,但如果不将相关罪名中的“幼女”改为“儿童”,就无法一体推进此类对男女儿童的平等保护。

在本文写作收尾的时候,有关拐卖和收买妇女、儿童的犯罪正因为个案的影响而成为一个全社会关注的话题。之所以因拐卖和收买妇女、儿童造成人间如此多的悲剧和惨剧,长期的“重男轻女”思想在过去的计划生育工作中所造成的男女性别严重失衡也是一个重要的社会原因。表面看,“重男轻女”似乎与本文所主张的强化对性侵男童的刑法规制有所龃龉,其实不然,二者均是性别不平等的体现,均会造成物极必反的结果,从根本上来讲都不利于真正贯彻落实我国男女平等的基本国策。保护儿童就是保护我们民族的未来,刑法作为社会治理和文化塑造的重要参与者,理当体系性地平等保护男女儿童的性健康权。这些理念和构想,在当前民法典引领的法典化时代,刑法学界正热议推动新的刑法典出台,刑法立法论再次受到高度重视的背景下,应当说不只是具有理论意义,更具现实意义。

[本文为作者主持的 2019 年度国家社会科学基金重点项目“刑法的立体分析与关系刑法学研究”(19AFX007)的研究成果。]

[74] 参见习近平著:《论坚持人民当家作主》,中央文献出版社 2021 年版,第 43 页。

[75] 如前面提到的在奸淫儿童罪和负有照护职责人员性侵罪等犯罪中应建立被性侵儿童的年龄分级体系,根据不同的情形设置不同的被害年龄。

[76] 如前述引诱未成年人聚众淫乱罪应当扩展到包括组织、强迫未成年人聚众淫乱罪。

---

---

[ **Abstract** ] In modern society, the sexual abuse of boys has become a recognized high incidence crime in China and abroad, and is considered no different from that of girls in terms of its nature and social harm. To address this issue, the international community has amended relevant laws and adopted a legislative model that regulates the sexual abuse of boys and girls equally. At the same time, against the background of this general trend, the traditional Chinese legislation that focuses on protecting girls from sexual abuse and seriously neglects the protection of boys seems obsolete. Within this context, the de-gendering of criminal law in the field of child sexual abuse discussed in this paper has its own research value since it considers the need of protecting children's right to sexual health and contributes to a stricter and more stringent criminal policy on child sexual abuse. The author argues that Chinese criminal law should regulate the sexual abuse of boys on an equal footing with the sexual abuse of girls, so as to protect boys from sexual abuse and implement the requirements of the Constitution, the Law on the Protection of Minors and other domestic laws, as well as the Convention on the Rights of the Child and other international conventions regarding the equal protection of children's right to sexual health to which China is a party. Moreover, Chinese criminal law needs to regulate the sexual abuse of boys and girls in a systematic manner in order to improve the concept and techniques of the current legislation, close the loopholes in punishment, and solve the difficulties of law interpretation. For this purpose, the author proposes the following concrete measures: (1) to raise the age of a child in Chinese criminal law from the current 14 years or less to 18 years or less as stipulated in the United Nations Convention on the Rights of the Child, and to refine the description of various crimes of sexual assault against children and the age classification system under different circumstances; (2) to add a special chapter or section in the Criminal Law on "crimes against the right to sexual self-determination and sexual health", in which crimes against the right to sexual self-determination are crimes committed against adults and crimes against the right to sexual health are crimes committed against minors; (3) to change the legislative model in which the provisions on sexual offences against minors are subordinate to those on sexual offences against adults, and strengthen the subjectivity and independence of the offences and penalties for sexual offences against minors; (4) at the same time, based on the basic idea that the criminal law regulates the sexual abuse of boys and girls on an equal footing, proposes are also made for the improvement of legislation on the crimes of rape of young girls, indecent assault, organizing, forcing or enticing young girls into prostitution, trafficking in women and children and related crimes. The ideas mentioned above are of great practical significance against the background that the current criminal law academia is pushing the introduction of a new criminal code, and the criminal law legislative theory is once again in the spotlight.

---

---