

# 未成年人性权益的保护扩张与现存缺陷

## ——以《刑法修正案(十一)》为视角

许梦瑶

华东政法大学, 刑事法学院, 上海

收稿日期: 2022年9月22日; 录用日期: 2022年11月7日; 发布日期: 2022年11月14日

### 摘要

为严密未成年人性权益保护的法网, 2020年我国通过《刑法修正案(十一)》对奸淫幼女相关条款及猥亵儿童相关条款进行了修订, 同时创立了负有照护职责人员性侵罪。本次刑法修订对于奸淫幼女及猥亵儿童相关条款的修改具有科学性, 有利于加大相关犯罪的打击力度, 但在司法实践中亦应当谨慎适用。同时, 新增的负有照护职责人员性侵罪并没有部分提高性同意年龄, 而是在承认被害未成年女性具有同意能力的基础上, 基于行为人滥用优势地位进行隐性强制等原因, 否认其同意的真实性。最后, 对我国刑法目前对未成年人性权益保护中存在的缺陷之处进行分析, 并给出了自己的解决方案。

### 关键词

《刑法修正案(十一)》, 强奸罪, 负有照护职责人员性侵罪

# Expansion of Protection and Existing Weakness of Minors' Sexual Rights and Interests

## —From the Perspective of Amendment (XI) to the Criminal Law

Mengyao Xu

Criminal Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 22<sup>nd</sup>, 2022; accepted: Nov. 7<sup>th</sup>, 2022; published: Nov. 14<sup>th</sup>, 2022

### Abstract

In order to strictly protect the sexual rights and interests of minors, Amendment (XI) to the Crim-

inal Law had been adopted in 2020 to revise the relevant provisions on rape of minor girls and child molestation. This amendment is scientific in the revision of the relevant provisions on minors' sexual interests, which is conducive to strengthening the punishment of related crimes. However, it should also be applied cautiously in judicial practice. At the same time, the brand new crime of sexual assault by persons with care responsibilities does not partially raise the age of sexual consent, but denies the authenticity of minor girls' consent, based on the criminal's abuse of dominant position for implicit coercion and other reasons. Finally, it analyzes the weaknesses in the protection of minors' sexual rights and interests in criminal law, and gives reasonable solutions.

## Keywords

Amendment (XI) to the Criminal Law, Rape, Sexual Assault by Persons with Care Responsibilities

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

近年来, 奸淫、猥亵未成年人的性侵犯罪不断发生, 触动着社会的敏感神经, 在若干恶性案件所引起的轰动舆论效应的推动下, 关于未成年人性权益保护的立法和司法政策先后作出调整, 呈现出不断严密法网、分层级加大惩罚打击力度的趋势。2020年出台的《刑法修正案(十一)》(以下简称《刑修(十一)》)对奸淫幼女相关条款及猥亵儿童相关条款进行了修改, 同时增设了负有照护职责人员性侵罪, 进一步扩大未成年人性权益保护的范畴与相关犯罪的惩处力度。接下来, 本文将围绕《刑修(十一)》的修改进行阐述, 分析其对我国未成年人性权益的保护扩张以及仍旧存在的缺弱不足之处。

## 2. 对强奸罪奸淫幼女相关条款的修改

《刑修(十一)》在强奸罪的第三款加重条款中增加了第五项, 对幼女年龄和损害结果进行规定, 传递出依法从严惩治性侵儿童犯罪的积极价值, 回应了公众对性侵儿童犯罪的低容忍及严惩重判的要求。

### 2.1. 加大对不满十周岁幼女的保护力度

不满十周岁的低龄幼女在遭受性侵害后, 其身心受到的伤害更大, 同时该种奸淫行为对社会道德以及社会公众的冲击与冒犯更为严重。因此, 修订后的刑法调整法定刑设置, 为其配置更加严厉的刑罚具有合理性, 同时也顺应了加强儿童保护的全球大势。但是我们还应注意, 仅以被害人年龄作为法定刑提高情节存在因条款设置过于硬性导致预期之外的条文适用混乱以及罪刑失衡等问题的可能性。对于该条款的司法适用, 需要我们进一步分析。

在合理厘定该条款的适用范围时, 最突出的问题是如何协调其与奸淫幼女既遂标准之间的关系。域外主要国家大多采取统一的既遂标准, 而我国司法实践及理论通说一直采取二元立场, 奸淫幼女采用“性器官接触说”, 奸淫幼女以外的女性则适用“性器官插入说”。通过降低既遂标准的要求, 将幼女性权益以及身心健康的保护提前, 扩大对奸淫幼女行为的认定范围, 对行为人“从重处罚”, 从而遏制相关行为的发生。以上虽然已成为通说, 部分学者在近些年也开始对此标准提出质疑, 认为“性器官接触说”既遂标准的认定过于提前, 导致性质相对较轻的行为被认定为较重犯罪的既遂, 导致罪刑失衡; 同时也

不利于区分与猥亵儿童罪的关系，易导致法条适用混乱。但是，笔者认为奸淫幼女既遂标准不能轻易调整，若突然将其拔高会严重冲击公众朴素的法感情<sup>[1]</sup>。在没有协调好刑法有关幼女性权益保护的法条间的衔接时，贸然拔高奸淫幼女既遂的标准，会导致放纵犯罪，使得对幼女的保护落空，不符合“保护儿童的最大权利”原则。

与此同时，虽然不能轻易调整奸淫幼女的既遂标准，但这并不意味着我们就只能机械、不加思考地理解、适用相关条款，置其引发的问题于不顾。任何一个具有理性的普通公民都会认为性器官接触或者插入的危害性存在差异，因此我们不能盲目追求性侵儿童犯罪处罚严厉化而忽视其间的差异。在刑法修改之前，司法实践中对仅仅是性器官摩擦的奸淫幼女案件通常以强奸罪在五年有期徒刑幅度以上定罪处罚；甚至有的法官将其认定为猥亵儿童罪而非强奸罪。但是，在修订之后，该类行为一旦认定为强奸罪，起刑点陡升至十年有期徒刑。从我国的刑罚结构来看，十年以上有期徒刑往往对应的是十分严重的罪行。那么，对于仅仅是双方性器官接触的奸淫犯罪，如果没有情节恶劣、暴力、多人、多次、公共场所当众强奸等严重情节的，仅仅因为被害人不满十周岁就立即判处十年以上有期徒刑，量刑畸重，存在罪刑不相当的问题。同时也会反向刺激行为人实施更严重性侵害行为，造成不良影响，反倒不利于对不满十周岁幼女的保护。

在此基础上，若直接将性器官摩擦认定为奸淫不满十周岁的幼女从而适用十年以上有期徒刑，那么对于比其更为严重的加重情节，例如同时奸淫多名幼女、轮奸等，很有可能要判处无期徒刑或者死刑。如此会导致对强奸罪的量刑整体上过于严厉，甚至会冲击我国“少杀、慎杀，从严控制死刑适用”的刑事政策。但，若不考虑量刑均衡，又会导致较重情节行为与较轻情节行为适用类似的刑罚，使得量刑区分度不高<sup>[2]</sup>。

因此，在司法实践中，“奸淫不满十周岁的幼女”这一情节加重犯的适用可能会受到限制，不排除法官适用刑法第十三条以情节显著轻微为由不以犯罪论处的可能。

## 2.2. “造成幼女伤害”加重情节之增设

对于“造成幼女伤害”这一加重情节的理解，需要同奸淫妇女的有关条款进行对比分析。从用词上看，立法者对奸淫幼女导致的结果使用“伤害”一词，而对于强奸妇女导致的结果则用“重伤、死亡”来记述，“伤害”一词的范围明显广于“重伤、死亡”结果，可以包括轻微伤、轻伤在内；从逻辑上看，立法者明显将幼女伤害与妇女伤害相区分，有意放宽对幼女造成伤害的严重程度的限制与要求。但是，鉴于对该情节配置的严重法定刑，即便立法者有意降低加重情节的构成标准，也一定是有限度的。根据刑法的体系解释，轻微伤一般不在我国刑法的规制范围内，因而在理解运用“造成幼女伤害”条款时，必须进行限缩解释，将轻微伤排除在外。

那么，接下来我们需要进一步界定“伤害”的内容，应当包括身体和精神两个层面的伤害。首先，身体伤害除了包括由奸淫行为以及为奸淫而使用暴力致使幼女轻伤外，还应当包括由奸淫行为导致的幼女自杀、自残结果，同时致使幼女感染严重性病也应当包含在内。接着，如何界定精神伤害在司法实践中也是一个棘手的问题。精神伤害的认定仅依靠法官的专业知识不足以支撑，迫切需要有关专业科学的支持。考虑到证据采信等现实因素，可将通常的中度以上抑郁症、创伤后应激障碍(PTSD)等较为严重且可由精神医学专家准确诊断的精神伤害考虑在内。

## 3. 对猥亵儿童罪加重条款的修改

《刑修(十一)》第二十八条对猥亵儿童罪增设了独立的法定刑，并设置了四种应处五年以上有期徒刑的情形，包括“猥亵儿童多人或者多次的”、“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”、“造成儿童伤害或者其他严重后果的”、“猥亵手段恶劣”。可以看出，此次刑法修订对猥亵儿童罪进行了细化，同时也对猥亵儿童罪进行了限制性的规定。

### 3.1. “情节恶劣”限制条件的分析

将“情节恶劣”附在“当众猥亵”之后，对其进行情节严重程度的限缩要求，扭转不区分猥亵情节的轻重与否而简单机械适用当众猥亵加重刑条款的倾向。基于我国对于猥亵行为定性的二元区分，需要达到一定的严重程度才能适用刑法规制，否则就只是行政违法行为。因此，笔者认为该限制具有一定的合理性，能够进一步加强猥亵行为的刑事违法性与行政违法性之间的区分度。

然而，有的学者提出该增设仅限制当众猥亵儿童的成立，而并没有限制当众猥亵成年人的成立，实质上是降低了对幼女性权益的保护力度。私以为这种看法过于片面且局限，其仅仅将考察的目光限于猥亵儿童罪这一款条文，忽视了其隶属于强制猥亵、侮辱罪中的一款，忽略了二者之间的体系性关系与整体性逻辑。当我们将对当众猥亵儿童施加限制条件，要求必须达到情节恶劣这一要件时，其实也变相要求当众猥亵成年人也必须达到情节恶劣的程度。这其中的逻辑为：儿童的性权益是我们予以特殊优先保护的主体，对我们重点保护的权益都要求达到情节恶劣的要求以限制其适用，那么对于保护程度相对较低的成年人性权益的当众侵害更要求达到情节恶劣的要求才能加重处罚，更不会放弃限度性要件而任意适用，否则就会导致条款的滥用。

最后，“情节恶劣”与否需要综合各种客观因素进行综合判断与认定，例如猥亵的手段、猥亵的身体部位、持续的时间、对儿童造成的伤害大小、行为人在猥亵时是否采取了一定的强制措施等等因素。

### 3.2. 对“其他恶劣情节”的列举式规定

正如前所述，《刑修(十一)》通过列举的方法明确了规范性要素“恶劣情节”的程度、形式以及范围，简单来讲就是多人、多次、聚众、公共场所当众、手段恶劣等，只要行为人对儿童的猥亵行为符合其中一项或者多项，就属于“情节恶劣”，应当加重处罚。笔者认为，该明确式列举的方式具有科学性与合理性。一方面，其能为司法工作人员提供一个相对较为明晰、确切的适用规范指引，减少情节恶劣这一模糊性条件的滥用，防止将不应当适用加重条款或者应当认定为治安违法行为的猥亵儿童行为纳入其中进行规制；另一方面，其又能确保应当被认定为情节恶劣的猥亵儿童行为被排除加重条款的适用或者认定为治安违法行为，防止量刑过轻或者认定失当。简言之，列举式的规定能够进一步促进、确保重罪重罚，轻罪轻罚，罚当其罪，保证罪刑均衡。

同时，在适用时仍旧要注意避免对猥亵儿童的加重情节进行形式化的理解和简单化的套用，仍旧要注重猥亵儿童行为定性的实质化判断，关注猥亵儿童行为的量的程度。如上述，我国对猥亵行为采治安处罚与刑事处罚二元分立的制裁体系，但是由于法条语意本就含糊，且猥亵行为的定性判断本就存在较为主观的判断模糊，这二者的界限并非泾渭分明，而是存在难以区分的重合交叉状态。尽管刑法已经尽量作了详细的规定，但是仍旧存在模糊不清的判断边界，这就赋予了法官一定程度的自由裁量权，需要法官在透彻把握刑法精神的前提下合理解释适用条款来求得案件的妥善处理。我认为，在判断猥亵儿童行为究竟是刑事违法行为还是治安处罚行为时，可以先抓住较为好判断的行为的“质”，再去判断包含较多主观色彩、因人而异的行为的“量”。首先，有些猥亵儿童行为很好进行类型化区分，本身就具有刑事违法性，已经达到了刑事制裁的程度，具有明显的“质”，例如用手抠摸儿童的性器官、口交等，那么本身就已经构成了猥亵儿童罪。这时，只要其符合加重情节的一项或者多项，就可以直接适用加重处罚。但是，若行为本身缺乏明确的“质”的区分度，介于刑事违法与治安违法之间，这时需要判断行为的“量”，综合考虑猥亵部位、手段、时间持续长短等进行综合的考量。

总而言之，在猥亵儿童的行为的定性中，一定的模糊性在所难免，需要司法工作人员保持专业与良善，秉持正义与良心，兼顾法理与情理，说理充分，恰当地适用法律。

#### 4. 增设负有照护职责人员性侵罪

《刑修(十一)》在二百三十六条强奸罪之后增设二百三十六条之一，创立了一个新的罪名——负有照护职责人员性侵罪，其扩大了对已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性性权益的保护范围，填补了我国对滥用信赖关系和优势地位性侵未成年人的立法空白，严密了未成年人性权益保护的刑事法网<sup>[3]</sup>，但同时其设置也面临了部分学者的质疑。为此，笔者在下文中将对负有照护职责人员性侵罪进行一些力所能及的论证与分析。

##### 4.1. 入罪之法理基础

###### 1) 质疑与反驳：性同意年龄

对于该处刑法修订，学者们对其必要性与正当性提出了质疑，主要有两个理由：“第一，从立法的逻辑层面看，本次刑法修正案一方面以儿童早熟为理由将最低刑事责任年龄调低到12周岁，另一方面又以未成年女性不成熟为由将性同意年龄在特定情形下提高到16周岁，这是自相矛盾的立法，缺乏合理的事实基础与理论依据。第二，从可预想的个案司法适用效果看，立法上提高性同意年龄会导致很多负效应，很可能让保护未成年人的制度设计变为对未成年人的伤害和性权利的剥夺。”<sup>[4]</sup>简言之，其质疑的立论根基在于“性同意年龄部分提高说”，其认为增设的负有照护职责人员性侵罪实质上是认定已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性对于性行为的同意不具有同意的效力，因而即便其自愿与负有照护职责的人员发生性关系，仍旧要追究负有照护职责的人员的刑事责任。他们认为这本质上是将我国以十四周岁为界限的性同意年龄提高到了十六岁周岁。

顺着这些学者的基调思考，会自然认可其质疑。但是笔者不赞同此种观点，《刑修(十一)》的修订并未提高我国的性同意年龄，理由如下：

首先，从体系解释上看，此次刑法修订并没有在强奸罪法条中提高性同意年龄，作为二百三十六条之一的负有照护职责人员性侵罪并没有脱离强奸罪的整体框架，其是对强奸罪的补充，其仍旧是在十四岁性同意年龄的基础上进行的，只是附条件地不认可已满十四不满十六周岁的女性在特殊关系中所做出的所谓“性同意”。

其次，十四周岁这一性同意年龄线是我国立法者在对未成年生理、心理发育状况以及域外性同意年龄法进行综合考察后提出的，经过十几年的适用，具有一定的科学性与合理性。贸然认定性同意年龄的提高容易引发刑法适用的混乱，会不当地扩大刑法的处罚范围。

同时，将其理解为性同意年龄的部分提高，实际上误解了立法者的立法意图与立法深意。在强奸罪中，立法者认为由于不满十四周岁的幼女身心发育均不成熟，其对性的认知能力也并不成熟，因而否认其性同意效力。但是负有照护职责人员性侵罪中，立法者实际上是因为负有照护职责人员滥用信赖关系与优势地位使得已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性“被迫”同意，即认为其“同意”非真实的意思表示，而非否认其同意的能力。二者的法理基础不同。

因此，笔者认为将其理解为“同意”的瑕疵更具有妥当性，与责任年龄下调不存在矛盾之处，如此更能体现刑法的体系性。

###### 2) 法理基础之分析

由上述论证可以看出，笔者与质疑者之间的冲突表面上看是对性同意年龄部分提高说的不同见解，但是更本质的其实是为该罪寻求的法理基础的构造不同。质疑者之所以冒着刑法矛盾的风险来通过提高

性同意年龄的方式否认同意效力，就是因为其不能解释：为何刑法在承认了已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性具有性同意能力前提下，却在没有强制性行为的时候认定性行为违背了其意志而认定为性侵犯刑事犯罪？因而，质疑者们只能后退一步，否定掉性同意年龄这一前提。而笔者认为不需如此便可解释该问题，其最核心法理基础是被害人同意(承诺)之非真实，同时还有社会伦理道德以及司法实践等方面的考量。具体如下：

第一，特殊关系中的隐性强制迫使被害人同意。已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性虽然身心较幼女更为成熟，但是仍旧是家庭、教育机构、社会中的弱势群体。“负有照护职责人员”是对未成年人负有监护、收养、教育、看护、医疗等特殊职责的人员[5]。从其共性来看，这些特殊职责人员为未成年人提供了必要且必须的经济物质基础以及身心健康发展的保障与支持。可以说，未成年人的生存发展必须依靠这些人，这使得负有照护职责的人员具有了相当程度的权威。同时，由于特定关系的存在，未成年人对具有他们也充满信任。因而，负有照护职责人员在权威、生活经验以及信赖关系上都对未成年女性产生了碾压性的优势，而当他们滥用这种优势地位欲图与未成年女性发生性行为时，未成年女性往往由于害怕、无助、信任等原因而处于被迫同意、被迫服从的状态，很难认为她们在此时具有反抗说的经验与能力。种种这些都构成了“隐性强制”，其不表现为显性的暴力、胁迫等方式，因此很容易被认定为“两情相悦”，被害女性所谓的“同意”也不能被认为是真实有效的同意。

第二，特殊关系人员对被害未成年女性之间的性行为因为违背社会伦理而“弱化了社会相当性”。所谓“社会相当性”，可以简化理解为社会公众的容忍度，公众对某行为的容忍度越低，某行为就越可能被法律所规制。特殊关系人员与未成年女性之间发生性关系往往不能为社会大众所认可，父女恋、师生恋等等往往被认为是乱伦以及社会的禁忌。即便是随着性文明以及思想的开化与开放，大众对此类行为的容忍程度不仅没有变高，甚至更为唾弃和痛恶。从更高更宏观的层面来讲，特殊关系下的性关系“会破坏父母的权威，而父母在家庭内的权威正是维系整个社会秩序和传播文化所必需的条件。一个完全抛弃了权威的社会，也就完全抛弃了已经取得的一切智慧成果，长序倒置，复归空无。我们不能想象这样的社会会是一个稳定的、前进的社会”[6]。简言之，对禁忌的破除可能会毁掉整个社会秩序。因而，需要刑法对此加以规制，表明态度，维护最底线的社会伦理。

第三，设置该罪名，有利于扩大对未成年女性性权益的保护范围，降低司法实践中的证明难度，更易于定罪。由于性侵未成人案件的案发时间与揭露之间的时间间隔长、很多时候采用引诱、欺骗等较为隐性的手段等原因，导致性侵未成年犯罪的隐蔽性强，客观证据较少[7]，在司法实践中很难认定。在特殊关系下的案件更是如此，并且由于其通常为熟人作案，更难以认定“强”；同时，由于优势地位的存在，未成年人不敢揭露，甚至屈从、习惯于类似性侵行为。这些都使得性侵未成年的案件很难进入刑事司法的视野，在《刑修(十一)》之前即便进入刑事司法视野也往往很难定罪。因此，在特定关系下，我国刑法推定已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性为不同意，更有利于保护其合法权益。

## 4.2. 犯罪构成之分析

对于本罪的客体，即保护法益，学者们存在不同的观点，有性自主权说、身心健康说以及折中说，笔者更支持性自主权说。身心健康说的学者认为此处由于提高了已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性的性同意年龄，不存在性自主权，因而应当认为是对其身心健康的侵害。而笔者认为该罪并没有提高性同意年龄，而是通过隐性强制的方式侵犯其性自主权。所谓性自主权，按照自己的真实意志决定是否发生性关系、性关系的对象、时间、地点等的权利。

本罪的实行行为为负有特殊职责的人员与已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性发生性关系。那么，从条文表述中可以看出，不考虑被害未成年女性同意与否。其次，“发生性关系”应当如何界定？

根据刑法以及相关司法解释,可以发现“发生性关系”其实就是“性交”。再根据既遂标准的认定,“发生性关系”指的是性器官插入式的性交,要求性器官存在肉体的实际接触。

本罪为真正身份犯,即对已满14周岁不满16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。同时,特殊职责的判断不可泛化理解,需要实际判断行为人是否对被害未成年女性产生了足够的影响力或者支配力,以至于能够滥用优势地位使得未成年女性不敢、不能表达自己的真实意志以及反抗,构成隐性强制。

本罪的主观方面为故意,需要行为人认识到被害人是已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性,若行为人有证据证明自己没有意识到行为人不满十六周岁,可以阻却该罪故意的成立[8]。

## 5. 现存缺陷不足之处

《刑修(十一)》的修订和尝试值得称赞,它一方面在既有刑法基础之上对强奸罪和猥亵儿童罪都进行了加重刑罚的调整,加大了对性侵、猥亵未成年人刑事案件的打击和处罚力度;另一方面又创设了新罪,完善了刑法对未成年女性性权益保护的缺漏之处,为司法认定相关罪名降低了难度。整体上,也与《未成年人保护法》以及国际加强未成年人保护的大势相协调,体现了我国刑法朝着“儿童利益最大化”这一国际公认原则努力的积极价值。但是,其仍旧存在着些许缺漏之处,距离“最有利与未成年人”的理念还有一定差距。

### 5.1. 非常态奸淫行为的认定问题

我国刑法在强奸罪上坚持“性器官插入说”,即便是对幼女进行特殊保护,也坚持认定“性器官接触说”。这也就是说,构成强奸最起码要求阴茎和阴道的实际触碰,以外的其他性侵方式均按照相关的猥亵罪名来定罪量刑。众所周知,猥亵儿童罪、强制猥亵、侮辱罪的法定刑远低于强奸罪中奸淫幼女的法定刑;同时,在司法实践中,强奸罪被作为严重暴力犯罪施以重刑,但以口交、肛交等侵入方式性侵幼女,并没有被作为严重暴力犯罪,量刑普遍较低。这也引发了我国司法实践中罪刑失衡的问题。根据高艳东教授在相关文献中的数据统计,“强奸罪(奸淫幼女)量刑集中于三年以上七年以下有期徒刑,而猥亵儿童罪被判处三年以下有期徒刑的约占80%”[9]。而在实践中猥亵儿童的常见行为方式就是侵入性猥亵,例如“抠摸生殖器、用手指或异物查无被害人生殖器或肛门、口交、肛交”等,但是量刑也普遍偏低[10]。

实际上,以上侵入性猥亵行为具有严重的危害性以及一定的暴力性,在域外立法中早已将其规定为奸淫行为,定性为强奸。然而我国《刑修(十一)》仍旧固守“奸淫”只能是男性阴茎接触、插入阴道的行为,非常态奸淫行为只能按照猥亵罪来认定。这就引发了一个啼笑皆非的局面:当被害人为幼女时,只是性器官的摩擦接触,就构成强奸罪既遂,且从重论处,若情节恶劣,甚至可以判处死刑;然而,即便是行为人用口交、肛交等方式将阴茎插入幼女体内,又或是将手指、其他异物插入幼女阴道,这种实际的插入行为却只能按照猥亵儿童罪定罪处罚,单罪最高刑有期徒刑十五年。

随着性观念的转变,性行为的目的已经不再是为了生育,而是追求性刺激与性快感,那么性行为的认定也可以渐渐脱离生殖器插入这一保守的认定标准。并且非常态奸淫行为给幼女带来的生理和心理伤害也并不比普通强奸行为轻,会导致幼女外阴出血、性病感染以及严重的心理创伤等。因此,我国应当逐渐改变传统的“性器官插入说”,至少从需要特殊重点保护的幼女开始,将非常态奸淫行为扩张解释为“奸淫幼女”,以更好地保护幼女。

再退一步,即便认为如此解释有违罪刑法定原则,不能认定为强奸罪,那么也可以综合运用体系解释、目的解释等方法,对该类行为适用猥亵儿童罪中“有其他恶劣情节”的加重条款,判处与其罪行相当、同时也与强奸罪的量刑保持大体平衡的刑罚。

## 5.2. 未成年男性性权益保护的缺陷

除了上述性交认定的过于保守问题外，我国刑法还存在对未成年男性性权益保护过于粗糙的问题，详见表 1。

**Table 1.** Comparison of penal regulation on sexual rights of minor boys and girls

**表 1.** 未成年女性性权利的刑法规制比较

	女性	男性
不满 12 周岁	性器官接触 = 强奸(奸淫幼女) 其他行为 = 猥亵儿童	均为猥亵儿童罪
已满 12 周岁不满 14 周岁	性器官接触 + 明知 = 强奸(奸淫幼女) 其他行为 = 猥亵儿童	
已满 14 周岁不满 16 周岁	性器官插入 + 负有照顾职责人员 + 隐性强制 = 负有照顾职责 人员性侵罪 性器官插入 + 强制手段 = 强奸 其他行为 = 强制猥亵罪	均为强制猥亵罪
已满 16 周岁	强奸、强制猥亵	均为强制猥亵罪

由以上可见，我国刑法对未成年女性分年龄段分情节作出了详细周全的规定，猥亵与强奸这两罪编制了保护女性性权益的轻重相结合的法网，如此罪刑相适宜的规定更能有效震慑潜在犯罪人，进而更进一步加大对女童的保护力度。相对的，我们可以看出其对男童的保护尤为不足，十分粗略概括，无论男童的年龄区间，亦无论情节轻重，一律认定为猥亵类相关罪，完全没有强奸罪的适用空间。

首先，强奸男童的行为也会给男童带来严重的身体和心理问题，甚至更易滋生艾滋病，然而我国刑法却一律将其认定为法定刑轻的猥亵儿童罪，导致了法定刑的巨大悬殊，违反了《儿童权利公约》中的“不歧视”原则的要求<sup>[11]</sup>。同时，根据前文所述，随着社会发展以及大众对于性行为的观念转变，非常态的奸淫行为也具有极大的危害性，应当扩大对性行为的固有理解，如此一来与未成年男性的性器官接触或者用性器官来接触未成年男性的口腔、肛门等非性器官的行为都应当被认定为性行为，而非法定刑较轻的猥亵。最后，这种不分轻重的一概式的刑法规制实际上会导致对未成年男性性犯罪的放纵，反而更不利于未成年男性的性权利保护。

因此，出于对儿童权利的平等与全面的保护，应当将“奸淫幼女”改为“奸淫儿童”，以平等保护男女儿童。

## 6. 结语

未成年人是一个国家的未来，性侵未成年人更是全球关注的大问题，我国刑法在保护未成年问题上与国际世界相比仍旧有较大差距，还没能够实现“最有利于儿童”这一国际公认原则。但是，通过刑法修订、司法解释等方式，我国正在逐步加大对性侵未成年人的打击力度，严密未成年人性权益保护的法网，有重点有顺序地分年龄段进行重点保护。稳步就班固然稳健，但是我国刑法对性侵未成年案件的刑法规制仍旧存在疏漏与不衔接之处，亟需转变立法思路，抛弃传统性观念，大踏步追赶国际。未成年人性权益保护，永远在路上！

## 参考文献

- [1] 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[J]. 政治与法律, 2021(6): 26-38.

- [2] 田刚. 强奸罪司法认定面临的问题及其对策[J]. 法商研究, 2020, 37(2): 168-182.
- [3] 付立庆. 负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型[J]. 清华法学, 2021, 15(4): 72-86.
- [4] 周详, 孟竹. 隐性强制与伦理禁忌: “负有照护职责人员性侵罪”的理据[J]. 南通大学学报(社会科学版), 2021, 37(2): 97-108.
- [5] 曲新久. 《刑法修正案(十一)》罪名拟制与适用研究[J]. 中国刑事法杂志, 2021(3): 18.
- [6] 方刚. “性自愿”与“性禁忌”——关于乱伦禁忌的现代思考[J]. 青年探索, 1996(6): 4.
- [7] 向燕. 性侵未成年人案件证明疑难问题研究——兼论我国刑事证明模式从印证到多元“求真”的制度转型[J]. 法学家, 2019(4): 16.
- [8] 李立众. 负有照护职责人员性侵罪的教义学研究[J]. 政法论坛, 2021, 39(4): 12.
- [9] 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[J]. 苏州大学学报(法学版), 2021, 8(2): 12.
- [10] 卢柳. 我国性侵未成年人犯罪问题研究——以奸淫幼女、猥亵儿童犯罪情节认定为切入点[J]. 河南工程学院学报(社会科学版), 2020, 35(3): 5.
- [11] 何剑. 我国未成年性被害人刑法保护之缺陷及完善[J]. 青少年犯罪问题, 2013(6): 59-66.