

非自然性交方式性侵幼女的刑法规制

苏雄华, 刘芳

(江西理工大学法学院, 江西赣州 341000)

摘要: 强奸罪中“奸淫”内涵过于狭隘, 猥亵儿童罪中“猥亵”则外延过于扩充, 将非自然性交方式性侵幼女行为以猥亵儿童罪规制, 有违罪责刑相适应原则, 不利于幼女性权利保护和预防犯罪。非自然性交方式与自然性交方式在对幼女性权利的侵害上具有等价性, 性行为在我国卖淫类犯罪中已做扩大解释, 国际组织、域外和我国港台地区也将非自然性交方式明确规定为性交行为。顺应时代发展趋势, 应将非自然性交方式性侵幼女的行为以强奸罪规制。

关键词: 非自然性交; 幼女; 猥亵; 强奸罪; 刑法规制; 扩张适用

中图分类号: D924.34 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674-5639 (2022) 04-0028-08

DOI: 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2022.04.005

Criminal Regulations Regarding Sexual Assault of Underage Girls by Unnatural Sexual Intercourse

SU Xionghua, LIU Fang

(School of Law, Jiangxi University of Science and Technology, Ganzhou, Jiangxi, China 341000)

Abstract: The connotation of “rape” in the crime of rape is too narrow, and the extension of “indecent” in the crime of child molestation is too expanded. Regulating unnatural sexual intercourse against underage girls as the crime of child molestation violates the principle of suiting responsibility and punishment to crime, and it is not conducive to the protection of the sexual rights of underage girls and the prevention of crimes. Unnatural sexual intercourse methods and natural sexual intercourse methods are equivalent in infringing on the sexual rights of underage girls. Sexual behavior has been explained extensively in prostitution crimes in our country. International organizations, foreign countries, Hong Kong and Taiwan in our country have also clearly defined unnatural sexual intercourse as sexual intercourse. Conforming to the development trend of the times, the act of sexually assaulting underage girls by means of unnatural sexual intercourse should be regulated as the crime of rape.

Key words: unnatural sexual intercourse; underage girl; indecency; rape; criminal regulation; expansion applies

近年来, 我国性侵幼女犯罪案件层出不穷, 如“骆某猥亵儿童案”“高管鲍毓明性侵 14 岁养女案”“上海青浦区一幼儿园男教师猥亵女童案”以及 2019 年较为轰动的“新城控股董事长猥亵儿童案”等。这些幼女被性侵事件一次次挑战大众的心理底线, 社会影响恶劣, 给受害儿童的身心健康造成严重伤害, 成为其成长过程中一道挥之不去的阴影。案件的曝光, 一方面促使全社会高度重视幼

女性权利保护问题, 另一方面也暴露出我国在保护儿童尤其是幼女免受性侵害方面的法律规制不足。当下性侵方式多样化, 除传统的自然性交外, 还有借助网络通信工具实施的非直接身体接触式性侵, 以及以手指、器物等性器官接触以外的非自然性交行为。对于自然性交方式的侵害行为, 刑法规定以强奸罪规制, 对于基于网络而隔空发生的非直接身体接触猥亵, 最高人民检察院也通过指导案例明确

收稿日期: 2021-09-04

基金项目: 国家社科基金项目“幼女性权利的刑法保护研究”(18XFX006); 江西理工大学校级研究生创新专项资金项目“猥亵儿童罪研究”(XS2020-S035)。

作者简介: 苏雄华(1975—), 男, 四川大竹人, 副教授, 硕士生导师, 博士, 主要从事环境犯罪、职务犯罪、风化犯罪研究; 刘芳(1989—), 女, 江西赣州人, 2019 级在读硕士研究生, 主要从事刑法学研究。

此类行为可以认定构成猥亵儿童罪。只有非自然性交方式实施的性侵行为的刑法规制, 刑法、司法解释以及指导案例似乎都未曾给出确定答案。而对于此类性侵幼女行为的定性, 将直接关系到行为人的刑罚惩治, 关系着幼女性权利的有效保护, 因此一直受到理论和实务界的广泛争议。

一、基于司法个案的问题提出

2020年6月17日, 上海市普陀区人民法院就原新城控股董事长王振华猥亵儿童案做出一审宣判, 王振华因犯猥亵儿童罪被判处有期徒刑五年。随后, 王振华方提出上诉, 在历时近一年后的2021年5月19日, 该案迎来了二审宣判, 裁定驳回上诉, 维持原判。此次事件发生于2019年6月29日, 周某某从江苏将两名9岁和12岁女孩骗至上海, 送到王振华所在酒店, 王振华对9岁女童实施性侵, 导致受害女童下体撕裂, 司法鉴定为轻伤^①。

因涉案当事人身份特殊及涉及性侵幼女, 案件一经曝光, 受到社会广泛关注。一审宣判后, 凤凰网财经栏目发起了“新城控股原老总王振华猥亵女童被判五年, 你怎么看?”的调查, 共有184989位网民参与投票^②。尽管五年有期徒刑已经属于猥亵儿童罪第一档法定刑的顶格刑期, 但依然有93.56%的网友认为五年刑期太短, 法律针对儿童性犯罪的打击力度过低了。对于王振华被判处有期徒刑, 有70.62%的网民认为判罚太轻, 19.7%的网民认为应当让其在监狱度过余生。另外, 关于对王振华适用的罪名是猥亵儿童罪而不是强奸罪, 有56.37%的网民认为本案罪名适用是不适当的。由此可见, 普通民众即使并不具备法律专业知识也能基于朴素的法感情和正义感隐约的判断: 被告人对被害幼女的身心造成如此严重的伤害, 应以强奸罪对其从重处罚。一时间网络媒体上要求对王振华重判严惩, 让其牢底坐穿的讨伐声不绝于耳。根据刑法和相关司法解释, 一般将行为人与被害人之间有无性器官的

接触作为强奸罪与猥亵儿童罪的界分标准。常见的男性性器官接触或插入幼女性器官为自然性交方式, 即强奸罪中的奸淫行为, 而其他男女主体非以性器官对幼女进行口交、肛交、指交、器物交等插入式性行为为非自然性交方式, 司法实践中一般将此类非自然性交行为定性为猥亵。在此案中, 相关证据证明被告人王振华对被害人实施了猥亵行为, 但因双方并不存在性器官之间的任何接触, 故其行为系猥亵而非强奸。王振华案一审宣判后, 审判长在解答案件焦点时如此回应^③。

如果单从猥亵儿童罪的量刑规定来看, 王振华案在没有加重情节的情况下顶格判刑, 不能算是轻判, 但就9岁受害幼女所遭受的将伴随其一生的性侵伤害而言, 我们不禁要思考: 民众渴求重判性侵幼女行为人的呼声是否为理性正当的? 对于此类以非自然性交方式侵害幼女性权利的行为, 刑法该如何规制才能真正实现罚当其罪, 从而保证政治效果、法律效果和社会效果的统一。不可否认, 我们的刑事立法在不断进步, 例如《中华人民共和国刑法修正案(十一)》[以下简称《刑法修正案(十一)》]吸收了公众迫切要求从严惩处性侵害儿童犯罪的意见, 积极回应了人民群众对加大儿童性权利保护的热烈关切, 修改完善了强奸罪和猥亵儿童罪。在强奸罪加重处罚情节中突出了对幼女的保护, 新增了三种以幼女为犯罪对象的情形, 分别是: 在公共场所当众奸淫幼女、奸淫不满十周岁幼女、造成幼女伤害的。猥亵儿童罪的修改则主要体现在不但改变了过去简单参照强制猥亵、侮辱罪处罚的规定, 直接以列举的方式对适用加重处罚情形做了独立规定, 而且对加重情形进行了进一步明确和扩充。但此次新修订的《刑法修正案(十一)》仅仅涉及两罪量刑情节, 未触及定罪这一根本问题, 依然未明确非自然性交方式性侵幼女行为的性质判定和刑法规制。

^① 案例简介参见: 网易号刊载文章《涉嫌猥亵9岁女童, 原董事长王振华被撤销“全国劳动模范”称号》, 网址: <https://www.163.com/dy/article/FE9AHCE1053781F5.html>。

^② 具体调查结果参见: 凤凰网·财经所刊文章《18万网民大调查: 超9成认为王振华猥亵女童被判5年量刑太轻》, 网址: <https://finance.ifeng.com/c/7x01eFTzFwm>。

^③ 参见光明时评刊载文章: 《王振华猥亵儿童案为何判五年? 审判长解答案件焦点》, 网址: https://guancha.gmw.cn/2020-06/19/content_33925846.htm。

二、性侵幼女的现象分析

(一) 性侵被害儿童中，女童占比近九成

据“女童保护”微信公众号发布的2014年至2020年儿童性侵害统计报告^①显示，2014年有726名受害儿童，其中女童709人，占比97.66%；2016年有778名受害儿童，其中女童719人，占比92.42%；2017年有606名受害儿童，其中女童548人，占比90.43%；2018年有750名受害儿童，

其中女童718人，占比95.74%；2019年有807名受害儿童，表明性别的人数为758人，其中女童677人，占比89.31%；2020年表明性别的有820名受害儿童，其中女童743人，占比90.61%（见图1）。2015年的统计报告中并未涉及受害儿童人数，仅公布了性侵儿童案件数，男女童被曝光遭受性侵的案件总数分别是21起和319起，性侵女童案件占比94%（见图2）。由此可见，在性侵儿童案件中，女童一直是遭受性侵害的主要群体。

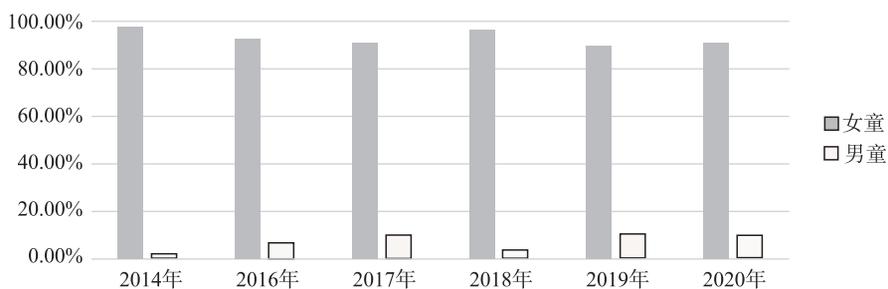


图1 受害人中男女童占比

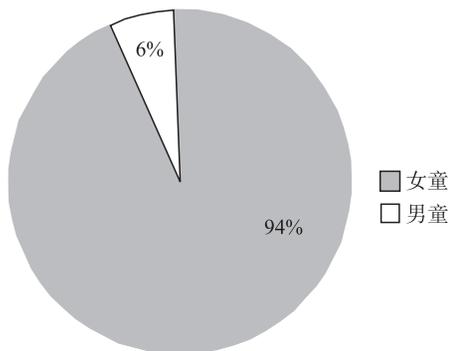


图2 2015年性侵案件数中男女童占比

(二) 自然性交方式与非自然性交方式的比例及入罪路径

笔者通过在Alpha案例库中以“幼女”“猥亵儿童”为关键词对2020年的一审判决书进行检索，共检索出153个案例，其中涉及单一的猥亵儿童罪86起，涉及单一的强奸罪39起，另外有16起是强奸罪和猥亵儿童罪数罪并罚，剩下的为其他罪名。在这153个案例中有6起案例的被告人是采用非自然性交方式对儿童实施性行为（2起肛交、

3起指交、1起口交）。而这6起案例的此类行为最后无一例外的均被定性为猥亵行为，其中3起案件的被告人构成单一的猥亵儿童罪，另外3起因被告人还存在其他侵害行为，故判决的是数罪并罚。可见，实践中出现的非自然性交方式侵害行为几乎大都被判定为猥亵行为。

(三) 猥亵儿童案件的刑罚普遍轻缓

虽然随着犯罪预防和惩治体系的日益完善，刑罚在世界范围内呈现出明显的无罪化和轻刑化趋势，但对于性侵儿童的犯罪案件，各国基本都仍采用严厉刑罚予以规制。这一点在我国性侵儿童类案件的司法处理上却未得到应有体现。有学者曾对猥亵儿童犯罪刑法适用进行研究，认为我国猥亵儿童罪整体判处偏轻，例如在389例一审判决中最轻的拘役3个月，有期徒刑3年以下的判决占72.3%，5年有期徒刑以上的判决24例，仅占6.2%。^[1]该数据表明，因对儿童实施性侵被认定为猥亵儿童罪的绝大部分被告人最后仅仅受到3年以下有期徒刑的惩治，可见猥亵儿童犯罪刑罚轻缓化明显，并未

^①参见“女童保护”微信公众号·统计报告栏中2014年至2020年连续七次发布的《儿童防性侵教育报告》的相关数据。

明显体现从严从重处罚的刑事政策。

三、非自然性交方式性侵幼女的刑法规制及反思

我国刑法主要依据性侵程度的不同, 设立了奸淫幼女型强奸罪和猥亵儿童罪对侵害幼女性权利的犯罪行为加以规制。而目前对性侵程度的判断则主要依据行为人是否对幼女实施了自然性交行为, 即是否发生了性器官的互相接触或插入。换言之, 采用自然性交方式还是非自然性交方式实施侵害幼女行为的规制路径是有所区别的。以自然性交方式侵害幼女性权利的行为, 定性为奸淫幼女型强奸罪, 根据《刑法修正案(十一)》的最新规定, 若被害幼女不满十周岁或者奸淫造成幼女伤害的, 行为人将面临十年以上有期徒刑、无期徒刑甚至是死刑的加重刑罚惩治; 而对采用诸如指交、器物交、口交、肛交等其他非自然性交方式性侵幼女的, 司法实践基本是认定为猥亵行为, 以猥亵儿童罪论处, 即使存在造成儿童伤害的加重情节下, 行为人受到的刑罚最高也不超过十五年有期徒刑。由此可见, 对非自然性交方式性侵幼女行为的性质判定将直接影响着行为人所要承担刑罚的轻重。在王振华猥亵儿童案中, 法官正是基于其是以非自然性交方式对被害幼女实施侵害行为, 故并未对其定性为奸淫幼女型强奸罪。虽然该案在没有加重情节情形下, 以猥亵儿童罪顶格判处了行为人五年刑期, 但是仍引发了民众认为对行为人轻判的热议声, 其中缘由之一也正是民众对非自然性交方式性侵幼女这一犯罪行为刑法定性的不认可。为探讨将自然与非自然性交方式侵害幼女性权利的行为纳入不同罪名规制是否科学合理, 笔者认为学界有必要对两种侵害方式所涉及的奸淫幼女型强奸罪与猥亵儿童罪的相关规定进行重新检视与反思, 对比自然性交方式的侵害行为、非自然性交方式的侵害行为, 以及其他猥亵行为在社会危害性尤其是对幼女伤害程度上的差异。

(一) 奸淫幼女型强奸罪的检视与反思

对于奸淫幼女的行为, 早在1979年的《中华人民共和国刑法》中就设立了单独的奸淫幼女罪予以规制。2002年, 最高人民法院、最高人民检察院通过的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉

确定罪名的补充规定》将该罪名废除, 把奸淫不满14周岁幼女的行为定性为强奸罪。至此, “奸淫幼女行为统一认定为强奸罪(为与普通强奸罪区分常称为奸淫幼女型强奸罪)”^[2], 但对于强奸的概念和行为方式, 《刑法》未有明确规定。“我国主流观点认为, 强奸罪中的‘奸’仅包括男子将阴茎插入妇女的阴道这一种方式”^[3], 所以从客观方面判定行为人能否构成强奸罪的重要因素之一, 就是看其是否实施了奸淫行为。这里的奸淫行为指的就是传统的自然性交行为, 即“自然意义上的两性性器官的交媾”^[4]。只有当行为人以自然性交方式对幼女实施侵害时, 对其的处理才能按照奸淫幼女型强奸罪定罪量刑。

在此基础上, 奸淫幼女型强奸罪和普通强奸罪还因对象差异设定了不同的既遂标准。鉴于幼女年龄尚小, 性器官一般尚未发育成熟, 与妇女相比, 幼女生理上的特殊性导致男性性器官较难插入, 因此为更好地实现对幼女性权利和身心健康的保护, 刑法对奸淫幼女型强奸罪采用的是双方生殖器“接触说”, 即当行为人与幼女发生性器官之间的接触时就可以对犯罪行为人以强奸罪既遂论处, 适用更为宽松的认定标准以实现幼女性权利的特别保护。而当犯罪对象是妇女的情形下, 要构成普通强奸罪既遂则需严格达到“插入说”的标准, 须在男性生殖器插入妇女阴道后才能认定为既遂。

“通说认为, 强奸罪侵犯的客体是女性(包括幼女)的性的不可侵犯权, 具体内容是指女性按照自我意志决定性行为的权利, 简言之, 即女性的性自主权。”^[5]出于对未满14周岁幼女的特殊保护, 刑法并不认可幼女所做出的性承诺, 因此不论幼女是在何种情形下表达的同意, 客观上只要行为人以性器官接触或插入幼女生殖器就侵犯了幼女的性自主权, 给幼女的身心健康造成不同程度的伤害。非自然性交方式与自然性交方式同属于对幼女实施插入式性行为, 如朱沅沅认为: “非阳具对女性阴道插入, 同样能侵犯被害人的性权利, 使其生理心理都造成严重伤害, 甚至传播疾病, 具有严重的社会危害性。”^[6]甚至在有些情况下, 行为人以指交、器物交等方式强行插入幼女性器官时对被害幼女造成的身体和心理伤害还要高于自然性交行为。以“王振华案”为例, 其造成幼女性器官轻

伤结果的社会危害性及对幼女造成的伤害程度，与仅仅只需要以性器官接触就足以构成强奸罪既遂的自然性交相比，孰轻孰重，答案不言而喻。正如杨辉忠所说：“从‘性权利’的本质来看，这些行为的社会危害性、对于性权利的侵犯以及给被害人带来的生理和精神上的伤害，丝毫不亚于传统的性犯罪。”^[7]换言之，不管行为人采用的是以性器官接触或插入幼女性器官这一自然性交方式，抑或是以手指、器物等非自然的性交方式对幼女实施侵害，其行为都对被害幼女的性权利和身心健康造成了相当大的危害，两者在对幼女的伤害程度上具有同质性。但司法实践中认定强奸罪时却将行为方式仅限于自然性交方式下的两性性器官的交合，把非自然性交方式全然排除在强奸罪的犯罪圈外，这样的规定违背了同质的行为应在刑法罪名上的同一性，将强奸行为限定为自然性交的规定未免过于狭隘，其合理性值得深思。

（二）猥亵儿童罪的检视与反思

在现行刑法规定下，以非自然性交方式侵害幼女性权利的行为在司法实践中被认定为是猥亵行为，仅以刑罚较轻的猥亵儿童罪制裁。猥亵儿童罪源自1979年《中华人民共和国刑法》中的流氓罪，当时刑法分则条文中并没有“猥亵”字样，对猥亵类行为的规制都是以流氓罪处理，直到1997年对《刑法》进行修改时，才将流氓罪分离为强制猥亵、侮辱妇女罪和猥亵儿童罪。伴随性行为方式的多样化，实践中男性遭受性侵害的事件也时有发生，2015年《刑法修正案（九）》将强制猥亵的犯罪对象扩展至14周岁以上男性，罪名相应变更为强制猥亵、侮辱罪。此后猥亵儿童罪就依附于该罪被规定在刑法第237条第3款，附带式的表述也是极为简单的“猥亵儿童的，依照前两款的规定从重处罚”。直至2020年12月26日通过的《刑法修正案（十一）》对猥亵儿童罪进行修改完善，改变了原先的附随式立法，为该罪设立了独立的法定刑为五年以下有期徒刑，取消了原先参照强制猥亵、侮辱罪设定的拘役刑罚，同时对适用加重刑罚的具体情形也做了进一步的明确。由于“猥亵”一词属于规范的构成要素，需要结合个人的价值判断，加之刑法和司法解释目前也尚未对猥亵

行为做出明确规定，因此，对猥亵的理解可谓仁者见仁，智者见智。我国刑法学教授曲新久的观点认为，“猥亵，是指刺激或满足行为人的性欲或引起第三者性兴奋，伤害普通人正常的性羞耻心，败坏性道德观念的行为。”^[8]也有教材表述“猥亵是指除奸淫以外，反自然的性接触，满足自己性欲或挑逗他人引起性兴奋和满足，有碍身心健康的性侵犯行为。”^[9]“从基本语义上讲，‘猥亵’包括‘性交’在内，两者是包容关系而非对立关系。”^[10]只是因《刑法》单独设立了专门以女性为保护对象的强奸罪，所以猥亵的范围又因被性侵对象的性别不同而有所差异。当性侵对象为男性时，猥亵的范围涵盖了女性与男性强行性交行为，而在以幼女为性侵对象的场合下，猥亵的范围则是除自然性交方式以外的其他所有淫秽行为，包含非自然性交方式在内的猥亵行为与传统自然性交方式的强奸行为共同构成了与侵犯幼女性权利相关的行为集合。

从法益保护的角度出发，虽然非自然性交行为和猥亵行为都侵犯了幼女的性权利，给幼女造成了身心和性羞耻心的伤害，但是两者在对幼女伤害程度和对犯罪行为人性欲满足程度上还是有所不同的。一方面，从造成幼女身心伤害程度而言，幼女正处于生长发育期，其性器官尚未发育完全，若在此期间遭受强行插入侵害，身体受到的直接伤害无疑是巨大的，而非自然性交方式的侵害行为所指向的正是幼女的性器官、肛门。同时，因幼女心理并未成熟，在性方面本就缺乏了解和认识，行为人以非自然性交方式对其实施侵害将更容易导致其产生性认知错误，轻则影响日后婚姻生活，严重的甚至导致轻生。而其他的猥亵行为虽然也带有性含义，但相比之下行为方式显得更为和缓，有些甚至不存在身体接触，因此幼女身心上直接受到伤害的程度相对更低。另一方面，从对犯罪行为人性欲满足程度上看，两者也略有差异。以非自然性交方式侵害幼女的行为实质上也是与幼女发生插入式性交行为，当行为人用性器官以外器物实施侵害时，因身体组织有感觉细胞，所以行为人在身体感受上与通过自然性交方式所获得的身体快乐不完全相同，但在实施性插入过程中所获得的精神上的性愉悦程度与传统自然性交方式是相同的，行为人也因此达到奸淫目的。但就猥亵儿童罪来看，行为人首先主观

上不得有奸淫的性交意图, 客观行为上更多是通过实施具有性含义的搂抱、亲吻等淫秽行为获得性刺激或性兴奋, 性愉悦程度显然不及非自然性交方式和自然性交方式。所以综上所述, 非自然性交方式的侵害行为与猥亵行为实则并不具有等价性, 两者在不法与罪责、对犯罪行为人性欲满足程度上均存在差距, 但司法实践目前却将非自然性交方式性侵幼女的行为纳入猥亵范畴, 以猥亵儿童罪规制。可见, 猥亵的外延过于扩充。

虽然无论是奸淫幼女型强奸罪还是猥亵儿童罪, 《刑法修正案(十一)》都明确增加了相应的加重处罚情节, 表明了刑法在严惩性侵幼女犯罪行为上正当仁不让的态度。但应该看到, 要想更加精准的打击性侵幼女犯罪, 严厉规制非自然性交方式性侵幼女的犯罪行为, 当务之急是对“奸淫”内涵的扩充和“猥亵”外延的限缩。

四、非自然性交方式性侵幼女构成强奸罪

通过上文对两种性交方式下所涉不同罪名的检视和反思可以看出, 非自然性交方式侵害幼女的行为虽然在行为方式的样态上与传统的自然性交方式不完全相同, 但两种性侵方式在对幼女伤害程度上是具有同质性的。而与其他猥亵行为相比, 非自然性交方式对犯罪行为人性欲满足程度上更高, 并且在实施此类侵害行为过程中给幼女带来的身心伤害要明显重于其他猥亵行为, 此类行为与猥亵儿童罪中的猥亵行为并不具有等价性, 因此对于以非自然性交方式侵害幼女性权利的犯罪行为, 我们不能再将其定性成猥亵儿童罪, 而是应当以奸淫幼女型的强奸罪予以严格规制。

(一) 对其以猥亵儿童罪规制的不合理性

1. 不利于幼女性权利的有效保护

“我国刑法分则以性侵的程度为标准, 通过规定强奸罪和强制猥亵罪对有关侵犯性权利的行为加以规制。”^[5] 奸淫幼女型强奸罪是重罪, 适用的刑罚规定更重, 其基本法定刑为三年以上十年以下有期徒刑, 根据《刑法修正案(十一)》的规定, 若还存在在公共场所当众奸淫幼女、奸淫不满十周岁幼女或者造成幼女伤害的加重处罚情节, 则将被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑甚至是死刑。而王

振华猥亵儿童案中的被性侵女童刚好为九岁, 且造成了被害女童轻伤的结果, 因此若非自然性交方式被定性为奸淫行为, 在不考虑刑法溯及力前提下, 该案件是完全符合适用加重法定刑情节的, 行为人必将受到严厉惩治。较之相比, 猥亵儿童罪相对量刑更轻, 属于轻罪, 《刑法修正案(十一)》规定的基本刑期一般在五年以下有期徒刑, 仅在四种特殊情形下才能在五年以上十五年以下有期徒刑间量刑, 可见两罪在对幼女性权利保护的程度上是不同的。将性侵程度高于猥亵行为, 对幼女伤害程度不亚于强奸的非自然性交方式侵害行为仅以刑罚较轻的猥亵儿童罪加以惩治, 这样的打击力度无法对幼女性权利护佑周全。

2. 有违罪责刑相适应原则

通过上文分析可知, 非自然性交方式侵害行为和猥亵行为二者的根本区别在于, 两者对幼女性权利的侵害程度存在高低之分和社会危害程度不同。两者在对幼女的身心伤害和性羞耻心的伤害上并不具有等价性, 非自然性交方式对幼女造成的伤害在实质上已等同甚至超过了自然性交方式造成的伤害。因为非自然性交方式的侵害行为, 不仅仅存在接触, 更涉及进入式性行为, 所以极可能会造成幼女性器官、肛门撕裂等严重伤害; 除物理损伤外, 非自然性交方式导致幼女阴道感染的风险也比自然性交要大。“研究显示, 手指—阴道交和器具—阴道交可以使女性行为者人群患有加德纳菌的风险分别增加2.0倍和1.8倍, 而加德纳菌便是引起细菌性阴道炎的重要病原菌。”^[11] 因此, 在被害人是幼女情形下, 只需要行为人性器官接触到幼女性器官即可认定构成奸淫幼女型强奸罪的既遂, 其受到的最高刑罚可达到死刑, 面对如此严重的恶行, 对犯罪人的刑罚却只给予轻微的小惩, 这样罪刑失衡的处罚, 显然有违刑法的罪责刑相适应原则。

3. 不利于预防犯罪

刑罚的根本目的在于预防犯罪, 包含一般预防和特殊预防。一般预防的对象是社会其他未犯罪的成员, 主要是通过发挥刑罚的威慑作用间接地教育和警戒社会其他成员, 特别是不稳定分子, 促使其消除犯罪念头, 从而预防犯罪的发生。特殊预防是针对特定的犯罪分子而言, 刑罚作为惩治犯罪的一种重要手段, 同时也对预防犯罪分子重新犯罪发

挥着积极作用。借助刑罚,不管是从犯罪条件还是思想改造上,都能在一定程度上防止犯罪分子再次犯罪。就目前我国对非自然性交方式性侵幼女行为的刑法规制而言,因为未对客观危害性和主观恶性均超出猥亵行为的非自然性交方式侵害行为做出正确评价,而仍然适用与一般猥亵行为相适宜的较为轻缓的刑罚,势必将难以遏制日渐高发的性侵幼女犯罪,当下不断曝光的性侵儿童案例数和受害儿童数就是典型的印证。王振华案一审宣判后,公众普遍要求重判的呼声也在一定程度上反映出以猥亵儿童罪定性处理在社会效果上的不尽如人意。再从个体特殊预防角度来看,行为人以非自然性交方式对幼女实施的诸如肛交、指交、器物交等插入式性行为,其社会危害性已经达到甚至超过了奸淫幼女型强奸罪的危害性,但却以猥亵儿童罪定罪量刑,在不存在其他恶劣情形下,行为人受到的顶格处罚也仅是五年有期徒刑,犯罪成本实在太低,将很难实现严厉惩罚并使其日后不再违法犯罪的特殊预防目的。从学者对2006年1月至2016年1月性犯罪记录人员再犯率统计中我们可以发现,猥亵儿童罪犯罪者的再犯率高达12.67%,再犯本罪的比率则为7.6%。^[12]

(二) 对其以奸淫幼女型强奸罪论处的正当性

1. 两类性交方式具有侵害幼女性权利的等价性
伴随社会的发展和性观念的改变,现如今性侵害犯罪方式也日渐多样化。不管是两性性器官接触的传统自然性交方式,还是非以性器官侵入幼女身体的非自然性交方式,两类行为都是犯罪行为人为了获得更高层次的性欲满足而实施的侵害幼女性权利的行为,行为性质相同。行为方式都属于插入式方式,行为后果也均造成幼女身体和心理上程度相当的双重伤害。因此,非自然性交方式和自然性交方式在对幼女性权利的侵害上具有等价性,甚至非自然性交方式更容易实施。

2. 性交行为已在卖淫类犯罪中扩张适用

现今刑法在处理卖淫类犯罪时,采用的就已经是扩大化的卖淫概念了。为指导司法实践,2017年《关于审理组织、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》的起草者曾就“卖淫”的理解与适用专门发文。起草人员

认为,除了传统意义上的两性性器官交合的性交方式(即本文所称的自然性交)外,“在男男可以卖淫、女女可以卖淫的现实情况及法律规定下,肛交、口交显然是同性卖淫的主要方式,且异性卖淫也可采取肛交、口交的方式,三者的共性都是一方生殖器进入另一方的体内,均属于进入式性活动。”^[13]此后,司法实践中纷纷将非自然性交方式实施的性交易行为认定为卖淫类犯罪中的卖淫行为,可见性交行为的内涵在卖淫类犯罪中达成了扩大化适用的共识,传统自然性交方式与非自然性交方式的肛交、口交等都属于卖淫类犯罪中卖淫行为的客观表现方式。既然性交的核心文义已经随着时代变迁不再局限于两性性器官交合,并已在刑法理论界和司法实务界达成了共识,那又有何理由不对强奸罪中奸淫行为的内涵予以扩张解释呢?

3. 国际组织、域外地区及我国港台地区的扩张规定

20世纪后半叶发生在西方世界的“性革命”深刻地影响着世界各个国家和地区,导致人们的性观念和性行为方式都发生了不同程度的改变,最显著的变化体现在对本国或本地区强奸罪立法的修改上。国际组织、域外地区和我国港台地区对于强奸罪的行为方式均做了相应的扩张规定,由原先特指传统意义的两性性器官交合扩展为包含口交、肛交、指交、器物交等非自然性交方式在内的进入式性侵犯行为。世界卫生组织(WHO)将强奸定义为:“使用性器官或者身体的其他部位,或者使用其他任何器物,用武力的方法逼迫或暴力地进入受害人的阴道或肛门。”^[14]世界卫生组织的这一界定实则已经将非自然性交方式的性侵犯行为纳入了强奸范畴。域外地区的法律中对性交的规定也不仅限于传统的自然性交,如英国2003年《性犯罪法》将性行为指向由受害人的阴道和肛门扩大到受害人的阴道、肛门和口腔;^[6]美国《模范刑法典》将性交宽泛地定义为包括手淫、口淫和男性对女性的肛交;^[15]在美国密歇根州、宾夕法尼亚州、新泽西州等的刑法规定中,性交的范围已经涵盖了以阴茎插入肛门、口腔或者以手指、舌头甚至物体插入肛门或者阴道等非常态性行为。^[15]除此之外,我国港台地区对性行为也做出了类似的扩张规定。如2012年香港法律改革委员会提出,“性行为应当指:无

论男女, 只要是使用阳具进入受害者的阴道、肛门或是口腔, 就属于强奸行为。”^[14] 2005年我国台湾地区的刑法对性行为进行了修正: “称性交者, 谓非基于正当目的所为之下列性侵入行为: 一、以性器进入他人之性器、肛门或口腔, 或使之接合之行为; 二、以性器以外之其他身体部位或器物进入他人之性器、肛门, 或使之接合之行为。”概言之, 在我国台湾地区, 性交不仅包括传统的男女两性之间的交媾, 还涵盖了肛交、口交以及以物品进入性器官、肛门的行爲。^[16]可见, 国际组织、域外国家以及中国香港、台湾地区都已经对实践中出现的新型性交方式在刑法上做出了有效回应。将性交行为进行扩大解释是对性侵幼女犯罪中出现的非自然性交方式的必要回应, 我国强奸罪中奸淫行为的外延也应随着时代变迁得到合理扩大, 将非自然性交方式纳入性交行为范畴已是不可逆转的时代趋势, 也与卖淫类犯罪的司法实践互相呼应。

五、结语

每一个幼女都是家庭的圆心, 是国家的未来和希望, 他们的健康成长直接关系到亿万家庭的幸福和国家的前途命运, 但总有些人却无耻地将魔爪伸向弱小的她们。性侵幼女现已经成为全球性问题, 严厉惩治此类违法犯罪行为, 给予幼女充分的特殊保护早已在世界各国达成普遍共识。此次民众对王振华猥亵儿童案发出的重判呼声虽然是出于朴素的正义感, 但并非全然是情绪的、非理性的。以非自然性交方式侵害幼女量刑畸轻的背后应引起司法部门对该类行为性质判定的反思。为确保幼女性权利得到有效周全的护佑, 精准打击性侵幼女犯罪, 实现罚当其罪, 我国应当与时俱进, 不应只将肛交、指交、器物交等非自然性交方式的侵害行为简单认定为猥亵, 而应及时对强奸罪的性交行为做出扩大理解, 把非自然性交方式也纳入其中, 对于行为人以非自然性交方式实施的侵害幼女性权利行为一律严格按照奸淫幼女型强奸罪论处。

[参考文献]

- [1] 邢红枚. 猥亵儿童犯罪的特点与刑法适用: 基于对389例一审判决的分析[J]. 中华女子学院学报, 2019(3): 28-29.
- [2] 姚建龙, 林需需. 性侵未成年人刑法适用若干疑难与争议问题辨析[J]. 中国应用法学, 2019(2): 53-64.
- [3] 柏浪涛. 中国大陆性刑法立法综览与问题评析[J]. 月旦刑事法评论, 2016(3): 24-33.
- [4] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 462.
- [5] 刘宪权, 陆一敏. 猥亵儿童罪司法认定疑难问题分析[J]. 青少年犯罪问题, 2020(4): 5-14.
- [6] 朱沅沅. 性侵害男性未成年人的法律思考[J]. 青年探索, 2014(5): 25-32.
- [7] 杨辉忠. 论强奸罪的立法完善[J]. 甘肃政法学院学报, 2015(1): 68-76.
- [8] 曲新久. 刑法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011: 409-410.
- [9] 曲伶俐. 刑事案例研究[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 135.
- [10] 王政勋. 强制猥亵、侮辱罪构成要件的法教义学分析: 基于原型范畴理论的研究[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2018(4): 67-69.
- [11] 马路瑶. 法教义学视角下强奸罪之性行为的再讨论: 从罗某某使用假阳具插入被害人性器官案谈起[J]. 山东女子学院学报, 2020(5): 91-97.
- [12] 田刚. 性犯罪人再次犯罪预防机制: 基于性犯罪记录本土化建构的思考[J]. 政法论坛, 2017(3): 57-68.
- [13] 周峰, 党建军, 陆建红, 杨华. 《关于审理组织、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》的理解与适用[J]. 人民司法(应用), 2017(25): 22-30.
- [14] 全威爽. 奸淫儿童行为犯罪化研究[D]. 哈尔滨: 黑龙江大学, 2016.
- [15] 赵桂玉. 强奸罪争议问题研究: 以英美普通法对强奸罪的改革为借鉴视角[J]. 甘肃政法学院学报, 2016(4): 118-127.
- [16] 马寅翔, 邹宏建. 非自然型性侵幼女的定性反思[J]. 青少年犯罪问题, 2020(4): 23-32.