

## 强制猥亵罪基本犯客观行为的类型化认定

庞子涵

北方工业大学，北京

**摘要** | 在我国规范性文件中，刑法与治安管理处罚法同时使用了猥亵一词，但猥亵一词在两个规范性文件中的含义是否相同存在争议，违法与犯罪行为的界限十分模糊。为明确入罪标准、保持刑法谦抑性，应以法规范为基础，排除在客观行为方式中考虑行为人与被害人的主观因素，厘清强制猥亵罪中猥亵的范围，明确强制手段的具体行为方式。由于强制手段与猥亵行为覆盖面广且轻重差距较大，规定固定的入罪行为不能满足保护法益的需要，应采取类型化的组合方式来认定基本犯的行为方式。

**关键词** | 强制行为；猥亵行为；刑法解释

Copyright © 2024 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、排除行为认定中主观要素的适用

#### (一) 排除客观行为方式中的主观要素的理论与现实依据

根据我国现行《刑法》规定，强制猥亵罪的罪状是以暴力、胁迫或者其他

方法强制猥亵他人。以该法规范为基础，可以看出构成强制猥亵罪仅需具备表现形式为“暴力、胁迫或者其他方法”的强制行为以及“猥亵行为”两项，对行为人的主观目的没有特殊要求，更不必考虑被害人的主观心理。但在行为人主观态度方面，学界中存在强制猥亵罪是否为倾向犯的争论。而在被害人主观态度方面，我国通说认为强奸罪与强制猥亵罪中的强制具有相同的内涵，强奸罪中“强制的本质是违背妇女意志”这一观点已成为通说且为国家所确认，因此强制猥亵罪也采纳这一观点，认为强制行为即是“违背他人意志”的行为。但对人民法院案例库和裁判文书网进行检索，发现强制猥亵罪相关案件中很少提到“违背他人意志”这一点，通常仅叙述强制行为与猥亵行为。虽然理论上将被害人主观要素作为构成要素，但实务中很少适用这一点，且法规范的规定中没有对主观要素的要求。行为是犯罪概念的基础，也是犯罪的本体性要素。<sup>①</sup>只判断客观实行行为与法条的符合程度具有合理性。

## （二）考虑行为人主观要素的缺陷

倾向犯就是要求行为人具有超故意的心理倾向作为构成要件的犯罪。<sup>②</sup>只有当这种内心倾向存在且展现时，才能认为其行为具有构成要件符合性。有些学者认为强制猥亵罪为倾向犯，要求行为人主观上“追求性刺激、满足性需要”，原因在于主客观相统一、主观违法性和区分罪名的需要。<sup>③</sup>该观点的缺陷如下。第一，主客观相统一是对行为人主观上罪过与犯罪危害性认识能力和客观行为的对应的要求，不能苛求犯罪目的与实际侵害法益具有一致性，不能不当扩大主客观相统一的适用范围，不能要求行为的每个部分都在行为人主观世界中找到依据。第二，任何持故意心态的行为人对于犯罪行为的违法性与危害性都应有一定认知，也就是说都具有违法的故意。所有故意心态都具有违法性，不能将“追求性刺激、满足性需要”的动机作为违法性评价的依据。第三，运用犯

① 陈兴良. 行为论的正本清源：一个学术史的考察 [J]. 中国法学, 2009 (5): 172-190.

② 董玉庭. 主观超过因素新论 [J]. 法学研究, 2005 (3): 62-79.

③ 陈家林. 刑法修正案（九）修正后的强制猥亵、侮辱罪解析 [J]. 苏州大学学报（哲学社会科学版）, 2016 (3): 68-75.

罪客体、犯罪客观方面等外在的、可客观直观判断的标准足以区分强制猥亵、侮辱罪，以及其相近罪名与违法行为。<sup>①</sup>

在实践中，要求行为人主观具有性倾向给定罪造成了困难。第一，主观倾向难以证明。若采取行为人主观倾向作为犯罪构成要素之一，所有行为人都会有利自己的方向阐述，此时根本无法证明其主观心理，仍需通过客观实际行为来证明主观意志的存在。因此只需客观存在不当行为即视为具有性倾向，即可以直接根据客观行为定罪。第二，导致以羞辱等目的实施的猥亵行为罪刑不相适应。常存在让男性被害人舔、摸男性生殖器或用工具侵犯男性被害人肛门以羞辱对方的情况，此时若认为强制猥亵罪以行为人主观性倾向为要素，则只能考虑侮辱罪或寻衅滋事罪等罪名。将上述明确的与性相关的行为定性为寻衅滋事这一兜底罪名是对于兜底罪的滥用与定罪的模糊敷衍。侮辱罪是自诉犯罪，在性方面被他人侮辱时，由于性羞耻心或担心隐私泄露，且被校园暴力者大多数本身内敛懦弱，被害人通常不好意思或不敢起诉行为人。因此，对强制猥亵要求行为人主观方面会导致罪名与行为不相适应，被害人不能得到应有的保护。

### （三）考量被害人主观要素的缺陷

当今普遍将强制猥亵罪中的强制行为与强奸罪中的强制行为视为同义，在认定时与其同样采取“强制行为的本质是违背他人意志”观点已成通说。<sup>②</sup>强制猥亵被害人是14岁以上自然人，即我国认为14岁是性同意年龄，也就是说学者们认为14岁的自然人应对与性有关的行为有较为清晰的认识。但现实里，由于我国较为保守的性传统，对性行为不了解的人不在少数，更不要说运用其他部位进行的性行为，被害人对行为人是否侵害了自己的权益可能无法认识因此也无法作出同意或拒绝的判断。我国强奸罪中适用违背他人意志的判断方式具有一定合理性，首先是由于在公众普遍认知中，性行为相比其他与性有关行为有更高、更值得珍惜的地位，其次是基于对被害人的保护，跟随世界各国强奸罪认定标准转变为“征得被害人同意”的趋势。强奸罪中适用违背妇女意志要

① 韩康，孙丽娟。“强制猥亵、侮辱罪”倾向犯之否定[J]. 行政与法，2021（12）：89-96.

② 张明楷. 刑法学（第六版）[M]. 法律出版社，2021：1145.

素本就存在争议，理由主要包含难以直接证明、以被害人心理为依据无法解释刑罚之重、通过被害人反抗来证明对被害人要求过高等。<sup>①</sup>在强制猥亵中适用违背他人意志要素还有其独立缺陷。按强奸罪的标准，趁被害人不备也属于强制行为的范畴。强制猥亵罪中猥亵行为范围广泛，从摸胸到插入式性行为均有可能。若行为人趁被害人不备抚摸其胸部，按违背他人意志观点，此情况也属于强制猥亵罪，但这种情况于情于理都无法以犯罪论处。基于每个人对与性有关的行为的认识程度不同、不同的与性相关的行为对被害人侵犯程度不同以及证明存在问题，对被害人主观因素的考量可以舍弃。

## 二、强制猥亵中“猥亵”范围应扩大为与性有关的行为

### （一）文义解释

刑法文义解释具有框定解释限度的功能。“解释限度”既有解释行为本身的限度也有解释结论的限度，同时还有解释对象的限度。刑法文义解释之特殊本质在于强调以文义为刑法解释的起点，从“可能文义”到“否定类型”的意义转向更容易明确解释结论的限度。<sup>②</sup>“猥亵”一词出自《虞初新志》中《口技》一文，“遥闻深巷犬吠声，便有妇人惊觉欠伸，摇其夫语猥亵事。夫呖语，初不甚应，妇摇之不止，则二人语渐间杂，床又从中戛戛。”这里形容的是夫妻间的性生活。而在现代，猥亵一词在作动词即描述某种行为方式时，在中国《现代汉语词典》中的意思为做下流的动作。作为刑事、治安法律层面性质定义时，它的词意表述：指以刺激或满足性欲为目的，用性交以外的方法实施的淫秽行为。可见猥亵一词在文义上具有较大的范围，解释限度可划定至与性有关的所有行为。

<sup>①</sup> 周光营，胡廷霞，王丽娟．非典型性强奸罪司法认定之实践考察与理论转向[J]．法律适用，2020（12）：104-113．

<sup>②</sup> 程荣．刑法文义解释限度的法理阐释[J]．刑法解释，2023（00）：97-113．

## （二）体系解释

目前我国对于与性有关的违法犯罪行为的规制可以分为三个层次。第一，适用民法规制的性骚扰行为；第二，适用治安管理处罚法规制的猥亵行为；第三，作为犯罪进行处罚的强奸罪、强制猥亵罪等罪名。从刑法与其他法律规范的关系来看，治安管理处罚法中的猥亵行为与强制猥亵罪中的猥亵行为含义不同。若认为相同，则强制猥亵罪的构成为强制行为与治安管理处罚法中猥亵行为的结合。但事实上，许多达不到猥亵程度的与性有关的行为与强制行为结合即可构成强制猥亵罪，例如给他人播放黄色视频，但他人可以选择走开或不听不看，这种情况可以构成性骚扰或不属于违法行为，但若强迫他人观看黄色视频且他人无法阻拦黄色信息的接收，可以构成强制猥亵罪。由此可见，两个猥亵含义不同，对于强制猥亵中的与性有关的行为应进行单独解释。在刑法内部，男性对女性实施的生殖器官接触的性行为由强奸罪规制，其他达到犯罪程度的性侵犯行为，如女性对他人实施的生殖器接触的性行为、肛交、口交等，都由强制猥亵罪规制。因此有学者认为强奸罪与强制猥亵罪是特殊罪名与一般罪名的关系。<sup>①</sup>这也证明了强制猥亵罪中猥亵行为的范围极广。

## （三）学理解释

猥亵属于典型的规范性构成要件，该词语本身的内涵与外延十分模糊，常需要法官进行价值性判断，因此对学者观点的参考十分重要。根据认定猥亵行为所需条件数量不同，学界目前存在以下几种观点。第一，猥亵是指为满足行为人或第三者的性欲，针对他人实施的伤害普通人正常的性羞耻心，违反善良性道德观念的行为。<sup>②</sup>第二，猥亵是指除奸淫以外的能够满足性欲和性刺激的有伤风化、损害他人性心理、性观念，有碍其身心健康的性侵犯行为。<sup>③</sup>第三，猥亵他人是指针对他人实施的，具有性的意义，侵害他人的性的决定权的行为。<sup>④</sup>

① 张明楷. 法条竞合与想象竞合的区分 [J]. 法学研究, 2016 (1): 127-147.

② 刘宪权. 刑法学 [M]. 上海人民出版社, 2020: 574.

③ 高铭暄, 马克昌. 刑法学 (第八版) [M]. 北京大学出版社, 2017: 468.

④ 张明楷. 刑法学 (第六版) [M]. 法律出版社, 2021: 1145.

第四，猥亵是指以刺激或满足性欲为动机，用性交以外的方式对被害人实施的淫秽行为。<sup>①</sup>根据本文对主观要素的排除观点，涉及因人而异的笼统的主观性的构成条件都应舍弃。因此，以第四种观点为参考，猥亵行为在学界可以被理解为用性交以外的方式对被害人实施的淫秽行为。

#### （四）与性有关行为的定性

只要涉及性的因素，都可以认为是与性有关的行为。明确的情形例如播放黄色视频、与自愿的他人发生性行为、手淫等。在触碰他人身体时，以大众观念中的与性相关的部位为界限，如胸部、臀部、阴部等。但这并不意味着其他部位的触碰不可能与性相关。此时可以综合其他因素进行判断。时间长度可以作为一个参考因素。比如长时间抚摸被害人大腿、腹部，虽然这些位置通常让人不能联想到性，但长时间抚摸他人身体显然是大众观念中与性相关的表现。还可以参考行为发生的合理性。在某行政处罚案例中，被告人在监控视频中用手摸女生大腿，他辩称其用手拍腿的行为是为了提醒女生让路。<sup>②</sup>但在正常情况下，提醒他人并不会选择摸他人裸露大腿的方式，行为不具有合理性，可以认为是与性有关的行为。行为合理性的判断只是为判断与性有关行为进行参考，不能证明行为法律性质，例如此案中，人民法院认为被告人不构成猥亵，当然更不构成强制猥亵罪。在面对难以界定的行为时，要综合多因素判断其与性的关联性，但与性有关的行为不一定是违法犯罪行为，只有达到一定严重程度或对他人造成不利影响时，才需考虑其法律性质。界定行为的性属性的目的在于契合强制猥亵罪的性犯罪属性。

### 三、类型化的强制猥亵行为方式

前文划定了范围广泛的猥亵行为，目的是与对应的强制行为结合，不同程度的猥亵行为对应不同程度的强制行为，划分出细致明确的类型，从而明确入

① 劳东燕. 功能主义刑法解释的体系性控制 [J]. 清华法学, 2020 (2): 22-49.

② 参见福建省莆田市城厢区人民法院 (2020) 闽0302行初126号行政判决书。

罪条件，处理当今社会多样的强制猥亵行为。不能简单认为强制猥亵罪的行为方式就是强制行为加上与性有关的行为。

## （一）强制行为分类

### 1. 以行为方式分类

以行为方式对强制行为进行分类是法条规定的最基本的行为方式，也就是较为明确的暴力、胁迫行为，以及难以判断、范围广泛的其他手段行为。通说采用强制行为导致被害人不敢反抗、不知反抗或不能反抗的标准来判断，即暴力行为指不法地对被害人行使有形力，使其不敢反抗、不能反抗或不知反抗，胁迫是以恐吓、威胁的手段使被害人产生恐惧心理而不敢反抗。其他手段指的是以暴力、胁迫以外的使被害人不敢反抗、不能反抗或不知反抗的手段，例如用酒灌醉、用药物麻醉、冒充其配偶等。<sup>①</sup>

在强制猥亵罪案件中，猥亵行为通常对被害人伤害程度远小于强奸罪中的性行为，即使遭受了强制猥亵，外界对被害人的评价并不会像对强奸罪被害人一样低劣。为避免反抗而受到更大伤害，许多人会衡量反抗后果与猥亵行为侵害程度间的差距，从而选择假意配合与事后救济。此时以不敢、不知、不能反抗为标准判断忽视了强制猥亵罪与强奸罪在被害人反抗意愿上的差异性，强制猥亵罪中更容易出现没有反抗行为但实质上已压制被害人反抗的情形。检答网解答专家仲宏宸在回答检察官疑问时认为，“强制猥亵罪中其他方法不要求达到类似强奸、抢劫等犯罪中的足以压迫对方反抗的程度，仅需达到心理上的震慑或压迫即可……要结合……所要挟或拟提供的交换条件是否在被害人看来足以使其不得不允诺行为人对她的猥亵”。因此，在强制猥亵中除殴打、下药等明显压制被害人反抗的情形，可以采用实质压制标准，即可能发生的强制行为危害性在被害人看来可能大于猥亵行为危害性，使得被害人不愿反抗。例如大学老师以丧失保研资格威胁学生以抚摸其臀部、胸部，在被害人的价值观中可能已达到了压制反抗的程度，可以认定强制猥亵罪。

<sup>①</sup> 陈家林. 《刑法修正案（九）》修正后的强制猥亵、侮辱罪解析[J]. 苏州大学学报（哲学社会科学版），2016（3）：68-75.

综上,判断是否构成强制行为时应对强制手段后果与猥亵行为之间进行价值衡量,并以被害人当时标准进行判断。对于以虚假回报欺骗他人实施猥亵行为、为报恩而进行猥亵行为等具有利益交换的情形,只要行为人明确表明了身份、时间、地点,以及进行与性相关的行为的意思,就应视为并未压制被害人反抗,不属于强制行为。

## 2. 以强制行为是否由行为人实施分类

以强制行为是否是行为人实施的为标准,可将强制行为分为创设状态型与利用状态型。强制猥亵罪可以看作一种复行为犯,行为人只有实施了强制行为与猥亵行为才能视作犯罪既遂。对性法益的保护仅有强制罪名,不能参考财产犯罪中利用其他罪名来规制仅实施了部分行为的复行为犯的方法。虽然被害人的任何状态都不是实施犯罪行为的借口,但利用状态型强制行为只有一个行为,相比自行实施强制行为与猥亵行为的行为人危害程度与主观恶性都较轻。按此方法进行分类,通过对应不同程度的猥亵行为,才能更好实现罪责刑相适应原则。

### (二) 强制猥亵行为类型化

强制猥亵罪的行为应看作强制行为与猥亵行为的结合,非行为人实施的强制行为对应危害程度更高的猥亵行为,行为人主动实施的强制行为仅需危害程度更低的猥亵行为即可入罪。强制猥亵罪刑罚为五年以下有期徒刑或拘役,其中有较大差距,为不同程度的强制猥亵行为提供了定罪量刑空间。根据此观点,可以将强制猥亵罪的行为模式划分为三个层次。

在行为人主动使用暴力、胁迫或其他手段以实施猥亵行为时,其强制行为已具备了较大的主观恶性,客观上可能对被害人造成较大威胁或损伤。此时对猥亵行为的要求仅需达到猥亵行为最大范围,即与性相关的所有行为。

利用状态型强制手段结合猥亵行为。这种类型应将行为人实施猥亵行为的前提限定为对他人造成的压制被害人反抗的情况的利用,并且行为人不应对他人的行为过程有明确认知,否则可以认为其主观恶性与实际实施强制行为的人相同,不能适用较高的对猥亵行为的要求。若满足前述条件,仅对他人造成的状态进行了利用,则可以将猥亵行为范围缩小为,行为人或被害人中至少一方

使用了大众眼中与性有关的器官，且双方应有直接的肢体接触。例如行为人趁被害人熟睡之际，将性器官在被害人身体摩擦，可以认定为强制猥亵罪，但若只是对着被害人自慰而与对方没有肢体接触，则不构成强制猥亵罪。

本身具有强制性的猥亵行为。这种类型的行为本身就是强制行为与猥亵行为的结合，一个行为即可构成犯罪。其判断关键在于通过猥亵行为限制了被害人的行动或猥亵行为侵入了一般情况下被害人保护较为严密、难以抵达的部位，比如用手抚摸或插入被害人的生殖器官或强行搂抱禁锢被害人。

### （三）补充规制

#### 1. 加重情形作为入罪条件

实务中常出现趁被害人不备而“偷袭”其胸部、臀部的情形，按本文观点，该行为以刑法规制使得入罪条件过低。此种行为重复多次则达到了能以刑法规制的危险性，且实务中会将其定罪。<sup>①</sup>但此时存在一个问题，即实施多次强制猥亵行为是强制猥亵罪的加重情节，若将多次实施的未达到入罪标准的单个猥亵行为以多次实施为由进行刑法规制，则可能出现罪刑不相适应的情况。例如多次在路上偷袭女性胸部构成强制猥亵罪加重犯，但男性通过肛门奸淫另一男性则只构成强制猥亵罪基本犯，显然十分不合理。因此，应明确在行为人实施了多次单独未达到入罪标准的猥亵行为时，多次实施可以作为入罪情节但不能作为加重情节，这也符合不重复评价的原理。进一步说，单独符合强制猥亵入罪条件的行为与不符合的行为应分开评价，不能将二者次数叠加计算来判断多次的入罪情节。

#### 2. 以其他罪名补充规制

在一些特殊情况下，行为与性相关且应使用刑法规制，但其危害性较高或较低，或者不符合强制猥亵罪的行为模式，应采取其他罪名进行规制。

第一，故意伤害罪与故意杀人罪。在判断强制猥亵行为时，应考虑被害人受伤程度。如用力将异物插入被害人阴道内，该行为符合强制猥亵罪行为模式，

<sup>①</sup> 参见云南省楚雄彝族自治州中级人民法院（2020）云23刑终221号刑事判决书。

但若造成被害人严重内脏损伤或被害人死亡的，使用强制猥亵罪不能与其行为危害性相适应。一个行为不能重复评价多次，且造成被害人重伤、死亡并不是强制猥亵罪的法定加重情节，此时可以考虑单独适用故意伤害罪或故意杀人罪进行定性。

第二，强制侮辱罪。对于强制侮辱罪与强制猥亵罪的关系，学界有三种观点，分别为同一说、不同说与实质同一表现不同说。本文采取第三种观点，即强制猥亵罪有行为人与被害人的直接接触而强制侮辱罪没有。在解决一些复杂案例时，行为人对被害人的侵害未达到强制猥亵罪的行为标准，但已对其人身健康产生巨大威胁，例如趁被害人熟睡对其射精的案例，学者根据射精在被被害人身边还是身上来定罪。<sup>①</sup>以射精位置这类不稳定事实作为定罪依据不够严谨。若被害人发现身边或身上存在他人精液，显然说明此时行为人已对被害人人身安全、环境安全造成了不利影响，按照强制侮辱罪来定罪量刑是一种更好的选择。参考案例区某生强制侮辱案<sup>②</sup>中，法院认为猥亵行为必然伤害了妇女在性健康方面的人格尊严，所以必然同时侮辱了妇女，对于行为手段、情节与猥亵相关但略低于强制猥亵的，可认定强制侮辱罪。据此，官方偏向认同实质同一表现不同说。因此可以将强制侮辱罪用作强制猥亵罪的补充，以规制不符合强制猥亵罪行为模式但危害性达到刑法规制范围的与性有关的行为。

## 四、结论

根据法条规定，强制猥亵罪的客观行为有两个方面，即强制行为和与性有关的行为。可以将强制猥亵罪基本犯的行为方式分为三个类型：第一，行为人主动使用暴力、胁迫或其他手段并对被害人实施与性有关的行为。第二，实施本身具有强制性的猥亵行为。第三，利用非行为人造成的压制被害人反抗的状态，要求行为人对该压制行为不知情，且行为人或被被害人中至少一方使用了大众评价中与性有关的器官，且双方有直接的肢体接触。将较重的强制手段对应所有

① 张明楷. 刑法学（第六版）[M]. 法律出版社，2021：1146.

② 参见广东省广州市越秀区人民法院（2019）粤0104刑初500号刑事判决书。

与性有关的行为,将利用他人强制行为的犯罪对应范围更窄、更严重的猥亵行为,分类型地判断强制猥亵罪入罪条件,对区分行政法规与刑法的边界、保持刑法谦抑性有积极意义。

## The Classification of Objective Behavior of the Basic Offender of Compulsory Indecency Crime

Pang Zihan

*North China University of Technology, Beijing*

**Abstract:** In the normative documents of our country, the criminal law and the law of public security administration use the word indecency at the same time. However, whether the meaning of the word indecency is the same in the two normative documents is controversial, which caused the boundary between illegal and criminal acts is very vague. In order to clarify the crime standard and maintain the modesty of the criminal law, we should exclude the subjective factors of the perpetrator and the victim from the objective behavior mode, clarify the scope of indecency in the crime of compulsory indecency, and clarify the specific behavior mode of compulsory means. Because of the wide range and large difference in coercive means and indecent acts, the fixed crime can not meet the needs of the protection of law interests. We should consider classifying behaviors and combine them in different ways to identify the behavior mode of the basic crime.

**Key words:** Coercive means; Indecent acts; Interpretation of criminal law