

猥亵儿童行为违法程度评分机制的构建及运用

胡森睿

西南政法大学，重庆

摘要 | 猥亵儿童行为自身的复杂性、差异性，使该行为的入罪标准问题长期困扰着理论与实务界。确定入罪标准的关键在于判断行为的违法程度。现有的四种评价模式，分别是综合评价模式、一律入罪模式、典型类型模式与阶层式强弱模式，均难以精确判断猥亵儿童行为的违法程度。为了解决这一难题，对于进入式猥亵和接触式猥亵等传统猥亵行为违法程度的判断，应采用一种违法程度评分机制。该机制以侵犯部位与被侵犯部位为标准进行分类，枚举不同行为组合所对应的不同违法程度，并按违法程度的高低赋予一定的分数，进而将评分与行为的定性及量刑幅度相对应。最后采用定量研究的方法，对494份判决书进行回归分析，验证了该评分机制运作的可行性与有效性。

关键词 | 猥亵儿童罪；违法程度；评分机制；实证研究

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、引言

对于猥亵儿童行为的定性、定罪、量刑问题，部分法院在司法活动中存在“不

同程度的法条依赖症与机械司法”，^①未能落实立法精神与司法政策导向，“重罪轻判”^②“轻罪重判”^③“同案不同判”^④等问题时有发生，严重损害了当事人的合法权益，也降低了司法的公信力。在《刑法修正案（十一）》及相关司法解释^⑤已对猥亵儿童罪做出修正的前提下，治理猥亵儿童行为的重点应从立法工作转移到司法工作中来，要通过构建科学的理论引导一线实务人员正确适用刑法和司法解释，做到“罪责刑相适应”。此外，还需发扬刑法的谦抑性，确保刑法达成它“惩罚犯罪、保护人民”的立法目的。

二、猥亵儿童行为的法教义学阐释

“‘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。”^⑥学界通常将“猥亵”表述为“使用除性交以外的其他方法所实施的淫秽行为且具有性的含义”^⑦或“具有奸淫特征但并未达到奸淫之实的行为”。^⑧以上表述未能释明猥亵的确切含义，原因在于，前者使用“淫秽行为”来解释“猥亵行为”，是用一个道德判断来替换另一个道德判断，并不能减轻其强烈的主观色彩；后者在实务中容易同未遂的强奸行为相混淆。对于猥亵行为的判断，不妨采用“举轻以明重”的办法。目前，司法部门将“隔屏猥亵行为”作入罪化处理，即在不直接接触儿童、不存在强制性要素的条件下，仅向儿童发送色情照片，就可能构成猥亵儿童罪。^⑨如果将“隔屏猥亵行为”看作猥亵儿

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 (2021)京0113刑初86号。

③ (2017)辽0203刑初324号、(2021)冀01刑终459号。

④ (2016)桂0803刑初10号、(2020)湘04刑再4号。

⑤ 最高法、最高检《关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2023]3号)。

⑥ 王政勋. 论猥亵行为违法性程度的判定[J]. 法治现代化研究, 2018, 2(4): 92-106.

⑦ 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 876.

⑧ 姚建龙. 聚众或在公共场所当众猥亵儿童“情节恶劣”之辩正[J]. 法学, 2022(6): 85-97.

⑨ 张杰. “隔屏猥亵”儿童行为的入罪疑义与理论证成——兼论价值判断在性侵儿童犯罪中的刑法教义学贯彻[J]. 法学评论, 2023, 41(2): 72-80.

童行为认定的边界，那么当面给儿童观看色情照片的行为也要认定成猥亵行为；抚摸女童胸部等具有性暗示意味的行为更要认定成猥亵行为；以此类推，随着某行为具有性暗示意味程度的不断提高，认定该行为构成“猥亵行为”的理由就越充分，这说明认定猥亵儿童行为的重要依据是其性暗示程度。此外，明确猥亵儿童行为侵犯的法益也有助于判断某行为是否构成猥亵儿童行为。目前关于猥亵儿童行为侵犯法益的主流学说为性健康权说。^①该学说认为，猥亵儿童行为侵犯的法益主要在于儿童的身心健康。综上，“猥亵儿童行为”应当定义为：行为人对不满十四周岁之人做出的，具有性暗示意味的，侵害其身心健康的行为。

由于违法程度的不同，单一的猥亵儿童行为在法律视角下可能存在三种定性——悖德（性骚扰）行为、猥亵儿童违法行为、猥亵儿童犯罪，如图1所示。

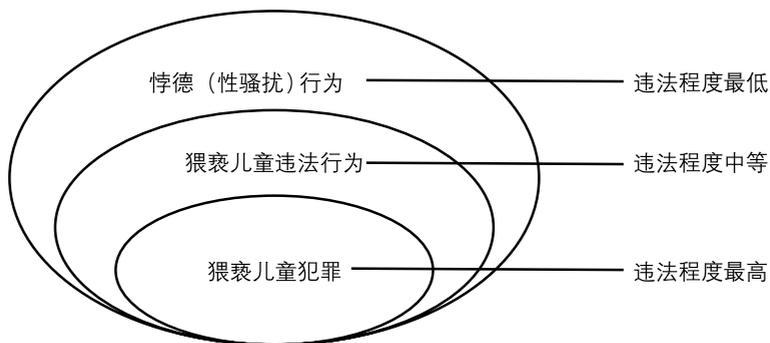


图1 猥亵儿童行为的违法程度与定性的关系

Figure 1 The relationship between the degree of illegality and the qualitative nature of child molestation

猥亵儿童行为违法程度的差异，对应了其社会危害性的差异。在实践中，对猥亵儿童行为违法程度的判断主要取决于一线办案人员的个人经验与法律素养。一些办案人员既不敢轻易对情节恶劣的猥亵儿童犯罪升格法定刑，又不愿将情节显著轻微、危害不大，本应移交治安管理处罚的猥亵儿童违法行为做出罪化处理，导致大量治安案件被当作猥亵儿童罪的基本犯处理，而对应当升格法定刑的严重

^① 刘仁文. 论我国刑法对性侵男童与性侵女童行为的平等规制 [J]. 环球法律评论, 2022, 44 (3): 5-21.

猥亵儿童犯罪量刑畸轻，失掉了刑法所构建起来的“犯罪阶梯”。因此，在厘清猥亵儿童行为的概念之后，亟需从理论上探索一种合理的方式来区分不同猥亵行为所对应的不同违法程度，以满足实务界对于厘清猥亵儿童行为违法程度评价标准的迫切需要。学界与实务界在长期的理论争鸣与实践中，逐渐形成了综合评价模式、一律入罪模式、典型类型模式与阶层式强弱模式等四种评价理论。

三、猥亵儿童行为违法程度评价理论之辨析

（一）综合评价模式

赵俊甫提出的综合评价模式通过五个维度界定猥亵儿童违法行为与猥亵儿童犯罪。即：（1）猥亵行为侵害的身体部位所代表的性象征意义明显与否；（2）猥亵行为是否伴随暴力、胁迫等强制手段；（3）猥亵行为持续时间的长短；（4）其他能反映猥亵行为对被害人身心伤害大小，对普通公民性的羞耻心冒犯程度大小的情节；（5）行为人是否具有前科劣迹以及其他反映行为人主观恶性、人身危险性大小的情节。^①该模式为保证其适用范围的广泛性，采取了过于笼统的表述。上述五个维度叠加在一起，看似条理分明，实则每个维度的精细程度都稍显不足。除开极为有限的明确情节应当入罪或导致法定刑升格，其余全部情节的判断均由办案法官发挥主观能动性，结合具体案情做具体分析，对法官的职业素养提出了很高的要求。因此，综合评价模式虽“正确有余”但“有效性不足”，未能解决猥亵儿童行为违法程度判断标准的问题。

（二）一律入罪模式

阮齐林提出的一律入罪模式主张比照奸淫幼女罪处理猥亵儿童罪，而将性骚扰行为纳入治安管理处罚法的规制范围。^②此种做法实际上将猥亵儿童行为的三重结构（即悖德（性骚扰）行为——猥亵儿童违法行为——猥亵儿童犯罪）

^① 赵俊甫，王钰。吴茂东猥亵儿童案——如何认定“猥亵”和界定猥亵犯罪行为与猥亵违法行为以及在教室讲台实施的猥亵是否属于“在公共场所当众猥亵”[C]//刑事审判参考。北京：法律出版社，2014：66-67。该案目前已被人民法院案例库收录，编号为2023-02-1-185-007。

^② 阮齐林。猥亵儿童罪基本问题再研究[J]。人民检察，2015（22）：17-23。

扁平化, 希望将打击猥亵儿童行为的关口前移, 忽视了治安管理处罚法居中缓冲的功能, 无法体现我国宽严相济的刑事政策, 同时也背离了刑法的谦抑性要求。该理论虽有明显的重刑主义倾向, 但在当时猥亵儿童罪量刑普遍畸轻(与奸淫幼女型强奸罪的法定刑落差达到 2.5 档)的背景下具有一定的指导意义。在《刑法修正案(十一)》已经对猥亵儿童罪的量刑幅度做出矫正的情况下, 一律入罪模式回应的主要社会关切已经得到满足, 该模式已经完成了它的历史使命。

(三) 典型类型模式

以上两种评价模式均从高度概括的角度审视猥亵儿童行为的定罪与量刑, 对于猥亵儿童行为的表现形式未作具体分析, 因此难以应对实践中形式多样的猥亵儿童案件。针对上述模式的不足, 彭志娟提出了典型类型模式。^① 该模式将评价猥亵儿童行为的要素分为两类: 一类是行为自身要素, 包括侵犯部位、侵犯方式、侵犯时间等; 另一类是行为外部要素, 包括侵犯主体、侵犯对象、侵犯环境等。该模式创新地使用列表的方法, 将猥亵儿童的不同行为手段按性暗示意味的大小进行分级, 并枚举了不同情况下不同侵害部位与被侵害部位的结合所具有的不同违法程度。此外, 该模式在对猥亵行为的定性过程中, 关注到了猥亵犯罪行为、猥亵违法行为和性骚扰行为的衔接问题, 没有一味地放任刑法扩张其适用范围, 是一种较为公允的评价模式。但是该模式采用“部分列举+部分概括”的表述方式, 涵盖的行为组合比较有限, 一旦实践中发生超过该模式所列举出的侵害行为, 办案人员又将重新陷入凭经验判断的循环中去。

(四) 阶层式强弱模式

杨洋等人^②提出的阶层式强弱模式将判断猥亵犯罪的因素分为“核心因素”“重要因素”“累计因素”“中性因素”“其他因素”, 这五类因素对猥亵儿童行为入罪的影响程度依次递减。满足“核心因素”即完成从猥亵儿童违法行为到猥亵儿童罪的跨越, 其他因素则对犯罪的法定刑是否升格或量刑问题

^① 彭志娟. 猥亵儿童行为违法性评价要素分析[J]. 犯罪研究, 2021(5): 76-85.

^② 杨洋, 邹克, 王文婷. 猥亵儿童罪中“猥亵行为”的认定研究[J]. 青少年犯罪问题, 2023(4): 14-32.

产生影响。该模式虽然不及典型类型模式详尽，但评价犯罪的维度更加全面。但是，其过度强调对猥亵儿童行为“质”的评价而忽略了对“量”的评价，放弃了列举猥亵儿童行为的具体类型，又回归到纯粹的理论思辨当中。实际上，列举猥亵儿童行为的具体类型，特别有助于在定量上精确判断不同类型猥亵行为的违法程度高低，具有直观性、准确性，是理论思辨所无法代替的。

综合分析以上四种评价模式可以看出，猥亵儿童行为违法程度的评价理论经历了从概括到具体，从定性到定量的发展路径。综合评价模式对司法人员的综合素质要求较高，未能很好地引领实务界提升审判质效；一律入罪模式的诞生有其特殊历史背景，在当下的司法实践中发挥的作用有限；典型类型模式率先对猥亵儿童的行为组合开展了量化探索，但仅将行为自身要素纳入列表分析，其他影响要素仍未能纳入量化讨论；阶层式强弱模式是对综合评价模式的具体化，其对不同因素划分阶层的实践，实质上具有定量分析的特征，但研究者未能给予定量研究足够的重视。有必要在以上四种评价模式的基础上，提出一种量化的评分机制，以期更加客观准确地研究猥亵儿童行为的违法程度。

四、猥亵儿童行为违法程度评分机制之构建

(一) 猥亵儿童行为违法性要素分析

按照行为人与被害人的时空关系进行分类，猥亵儿童行为在实践中主要表现为三类，即“进入式猥亵行为”“接触式猥亵行为”“隔空猥亵行为”。按照猥亵儿童行为纳入刑法规制的时间先后，又可分为“传统猥亵行为”和“新形态猥亵行为”，如图2所示。

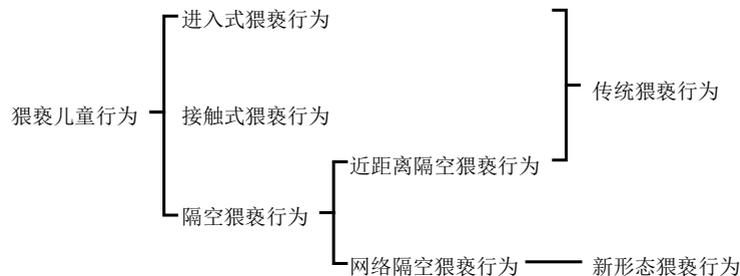


图2 猥亵儿童行为的分类

Figure 2 Classification of child molestation

从猥亵儿童行为的定义出发,评价其违法程度,主要依据“性暗示意味是否强烈”与“侵害儿童身心健康的程度高低”两个指标。下面将逐一分析“进入式猥亵行为”“接触式猥亵行为”“隔空猥亵行为”等三类猥亵儿童行为的违法程度。

1. 进入式猥亵行为

在对被害人身体健康的侵害程度上,进入式猥亵行为对被害人的损伤显然大于其他两类猥亵行为;在对被害人心理健康的侵害程度上,由于该类行为最大限度地模拟了性交的动作,相较于其他两类猥亵行为,被害人更能直观地感受到“被侵犯”,这对其心灵的冲击更加严重。“侵入性猥亵经常导致幼女阴部出血,如果发生处女膜破裂、染上性病等情形,对幼女的心理创伤并不比普通强奸罪轻。”^①一项较早的医学调查研究也显示,“……在有儿童性虐待经历的女生中,一些危险行为的发生率明显偏高……如曾认真地考虑过自杀、做过如何自杀的计划、在校园内被武器威胁或伤害、参与或卷入斗殴;可导致意外妊娠、感染性病/艾滋病的性交行为和和在调查的近30天里吸烟、饮酒行为。”^②可见,进入式猥亵行为不论是其性暗示意味,还是对儿童身心健康的侵害程度,都是所有猥亵行为中最高的。因此,对于进入式猥亵行为的定性,应以“入罪为原则,入罪为例外”为基本原则从严把握。

由于进入式猥亵行为通常意味着犯罪嫌疑人与被害人身体部位的结合,为了细分这类行为的表现形式,还需要对侵犯部位和被侵犯部位的具体情况分别进行讨论。常见的侵犯部位包括阴茎、口舌、手指或身体其他部位、工具等四种,如表1所示。

^① 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):126-137.

^② 陈晶琦,韩萍,Michael P Dunne.892名卫校女生儿童期性虐待经历及其对心理健康的影响[J].中华儿科杂志,2004(1):41-45.文中所指的性虐待主要为猥亵儿童行为,但对儿童年龄的界定放宽至16周岁。

表1 进入式猥亵行为中侵犯部位与被侵犯部位的组合

Table 1 Combination of offending and violated parts in penetrative indecent acts

	1. 阴茎	2. 口舌	3. 手指或身体其他部位	4. 工具
A 阴道	强奸罪	猥亵儿童罪	猥亵儿童罪	猥亵儿童罪（升格）
B 肛门	猥亵儿童罪（升格）	猥亵儿童罪	猥亵儿童罪	猥亵儿童罪（升格）
D 口腔	猥亵儿童罪（升格）	猥亵儿童罪	猥亵儿童违法行为	猥亵儿童违法行为

注：侵犯部位与被侵犯部位前的字母和数字系笔者为表述简洁而人为添加，无实际意义，下同。

其中，使用阴茎、口舌、手指或身体其他部位等三种侵犯部位对儿童实施猥亵的，其性暗示程度逐渐降低，违法程度依次递减；对于使用工具进行侵犯的，其违法程度需要结合工具本身的属性和与被侵犯部位结合的具体形式进行考虑。例如，使用工具插入阴道与肛门的行爲已经构成了司法解释中导致法定刑升格的情形，量刑直接跃升至五年以上的幅度；^① 而将工具插入口腔的行爲，其性暗示程度一般较低，实务中一般不作为犯罪处理，除非造成轻伤及以上的伤害后果，才可能按照故意伤害罪等罪名处罚。常见的被侵犯部位包括阴道、肛门、口腔三种，其性暗示意味逐渐递减，因此针对这些部位进行侵害的违法程度也依次递减。值得注意的是，对于口舌伸入口腔的行爲（即舌吻），一般应当认定为犯罪。实践中对该行爲定罪处罚所面临的主要困难在于，“性侵害未成年人案件中的罪犯与被害人有 62.37% 系熟人关系”，^② 舌吻在外观上比较隐蔽，取证相对困难，实践中很难区分熟人出于爱惜孩子的心态亲吻孩子与罪犯意欲攫取快感而实施猥亵之间的区别。但是比较明确的是，出于爱惜进行的亲吻，其时间一般较短、其深度一般较浅、次数一般为单次；对于频繁的、长时间的舌吻，其正当性大大降低，构成犯罪的可能性较大。

① 参见法释〔2023〕3号第八条。猥亵儿童，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百三十七条第三款第四项规定的“猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节”：（一）以生殖器侵入肛门、口腔或者以生殖器以外的身体部位、物品侵入被害人生殖器、肛门等方式实施猥亵的。

② 张华，沙兆华，祝丽娟，等。性侵害未成年人犯罪法律适用研究——上海市第二中级人民法院及辖区法院2012—2015年性侵害未成年人案件实证调查〔J〕. 预防青少年犯罪研究，2017（1）：73-98.

2. 接触式猥亵行为

“就猥亵儿童罪的司法实践来说，常见的猥亵儿童的犯罪行为大多是直接身体接触型的猥亵行为。”^①与进入式猥亵行为不同的是，接触式猥亵行为中的侵犯部位和被侵犯部位之组合的数量大大增加，如表2所示。

表2 接触式猥亵行为中侵犯部位与被侵犯部位的组合

Table 2 Combination of offending and violated parts in contact indecent acts

	1. 阴茎	2. 口舌	3. 手指或身体其他部位	4. 工具
	强奸罪			
A 阴道	猥亵儿童罪 (隔着衣物)	猥亵儿童罪	猥亵儿童罪	猥亵儿童罪
B 肛门/阴茎	猥亵儿童罪	猥亵儿童罪	猥亵儿童罪 猥亵儿童罪	猥亵儿童罪 猥亵儿童违法行为
C 性敏感部位	猥亵儿童罪	猥亵儿童罪	猥亵儿童违法行为(隔着衣物) 猥亵儿童违法行为	性骚扰行为 (隔着衣物) 猥亵儿童违法行为
D 口腔	猥亵儿童罪	猥亵儿童违法行为 猥亵儿童违法行为	性骚扰行为 (隔着衣物) 猥亵儿童违法行为	性骚扰行为 (隔着衣物) 性骚扰行为
E 性争议部位	猥亵儿童罪	性骚扰行为 (隔着衣物) 性骚扰行为	性骚扰行为 (隔着衣物)	性骚扰行为 无(隔着衣物)
F 性中立部位	猥亵儿童罪	无(隔着衣物)	无	无

注：性敏感部位是指女性的乳房、臀部、大腿内侧形成的三角区等部位，这些部位的性象征意义虽弱于性器官，但触摸这些部位仍具有强烈的性暗示意味。性争议部位是指脖颈、大腿外侧、后背、腹部、男童的前胸等部位，大多位于性敏感部位的周边并被衣物遮盖。性中立部位是指手、足、胳膊、小腿这类生活中经常暴露在外、容易接触、无法使一般人产生性联想的部位，只有少数具有特殊性癖的人能够从接触这些部位的行为中获得快感。

实践中对于接触性争议部位、性中立部位这类“亲昵行为”是否应当认定为具有性暗示意味，接触这些部位又能在多大程度上侵害儿童的身心健康有很大分歧。笔者认为，对“亲昵行为”违法程度的判断，应当从被害人对这些部

① 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[J]. 法律适用, 2020(16): 118-130.

位进行保护的主观愿望和行为人进行猥亵时的主观方面进行综合考虑。行为人突破衣物所形成的屏障，直接接触被衣物遮蔽的部位实施猥亵的违法程度最深、主观恶意最大，因衣服的遮盖彰显了被害人对维护性权益的决心；隔着衣服进行接触从而实施猥亵的违法程度其次；对裸露在外的部位实施猥亵的违法程度最轻，原因在于被害人主动选择裸露的部位基本是性中立部位，且无强烈的保卫意愿。此外，还有学者提出“在认定熟人之间的亲昵行为是否具有社会相当性、是否属于猥亵行为并进而考察其违法性程度时，一般应考虑以下因素：（1）双方的亲密程度；（2）双方的性别；（3）双方的年龄；（4）行为发生的时空环境；（5）对方的态度和行为人的主观心理；（6）典型的猥亵行为不属于亲昵行为。”^①

3. 隔空猥亵行为

（1）近距离隔空猥亵行为

“猥亵犯罪行为通常需要在同一时空条件下通过身体接触或当面实施。”^②传统的隔空猥亵行为一般包括行为人让儿童展示性器官或手淫、使儿童观看行为人的性器官或观看其手淫、行为人与儿童一起观看淫秽视频等行为，这些行为均难以使用一个统一的标准判断其违法程度。对于行为人与被害人处于同一时空条件下的、近距离的隔空猥亵行为，如存在对被害人身体部位的侵犯（如命令儿童手淫或抚摸性敏感部位），可比照接触式猥亵行为的不同类型降格处理；如不存在对被害人身体部位的侵犯（如观看色情淫秽图片或行为人当着儿童的面裸露身体或手淫），说明该行为不可能侵犯儿童的身心健康，对该行为违法程度的判断主要以对儿童心理健康的侵犯程度为标准，此时应当极为慎重地适用刑法，“猥亵行为不局限于犯罪嫌疑人实际接触被害人身体，但必须达到与实际接触被害人身体具有等同的社会危害性的程度方能入罪。”^③另外需要注意的是，我国刑法中并无对“公然猥亵罪”的规定，对于行为人在同一时空条件

① 王政勋. 论猥亵行为违法性程度的判定 [J]. 法治现代化研究, 2018, 2(4): 92-106.

② 唐大森. 猥亵罪之比较研究 [C] // 陈兴良. 刑事法评论. 北京: 中国政法大学出版社, 2002 (10): 571.

③ 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 [J]. 中国检察官, 2021 (10): 80.

下对不特定多数人（其中包含儿童）实施的猥亵，例如个别具有露阴癖的人“经常在学校附近对师生露阴，有害风俗，有损师生身心健康”，^①不宜贸然动用刑法加以打击。

（2）网络隔空猥亵行为

有学者认为网络隔空猥亵行为的性质是“将现实空间的猥亵行为转换到网络空间实施”。^②对网络隔空猥亵行为违法程度的判断，应当首先忽略网络空间的存在，将案情抽象到假想的现实空间内做思维实验：如果在假想的现实空间内符合猥亵儿童罪的构成要件，再考虑网络空间的特殊性，对违法程度做降格处理；如果降格后的违法程度达到了猥亵儿童罪的标准，则可以认定为犯罪；如果降格后的违法程度仅属于一般违法行为，则应给予治安管理处罚。由于网络隔空猥亵行为种类多样，其形式正随着互联网技术的更新而不断发展变化，对该类行为的讨论方兴未艾，因此本文未将网络隔空猥亵行为纳入猥亵儿童违法程度评分机制当中。

（二）猥亵儿童行为违法程度评分设计

1. 评分梯度的确定及理论依据

以上讨论分别在进入式猥亵行为、接触式猥亵行为、近距离隔空猥亵行为等传统猥亵行为内部比较了不同行为组合的违法程度差异，但未能在不同类型的猥亵行为之间实现违法程度的横向比较。想要解决这一问题，首先要做的就是赋予每种猥亵行为一个可计算的评分，将三类猥亵行为纳入同一个评价体系，实现对猥亵行为违法程度的量化。量化的主要目的在于：第一，在性骚扰行为、猥亵儿童违法行为、猥亵儿童罪这三者之间划下明确的界限；第二，在猥亵儿童罪内部，利用分数的高低直观地揭示不同猥亵儿童行为之间违法程度的差异；第三，利用评分作为桥梁，将违法程度与量刑幅度联系起来，实现从猥亵行为到量刑幅度的“无缝衔接”。

^① 兰跃军，孙丽娟. 性侵害未成年人犯罪防范体系的实践困境与改革进路——以上海市为中心[J]. 北华大学学报(社会科学版), 2023, 24(1): 87-97, 153-154.

^② 陈兴良. 刑法教义学中的缩小解释与扩大解释[J]. 法学论坛, 2024, 39(2): 5-17.

在设计评分梯度的过程中，笔者主要参考了以下三个方面的资料：第一类资料是由一线法官、检察官撰写并发表的论文；第二类资料是“两高”发布的司法解释与规范性文件；第三类资料是其他部门法中有参考价值的文件，如《道路交通安全违法行为记分管理办法》^①等。结合上述三类资料，笔者将猥亵儿童行为的违法程度分成1~10共10个梯度。在定性方面，评为10分的行为构成奸淫幼女型强奸罪，这一评分的设置主要考虑了猥亵儿童罪在整个未成年人刑法保护体系中的地位 and 该罪与其他罪名的衔接问题；评为9分的行为属于构成猥亵儿童罪但应判处五年以上有期徒刑的行为；评分在4~8分的行为属于猥亵儿童罪的基本犯；评分在2~3分的行为属于猥亵儿童违法行为；评分为1分的行为属于性骚扰行为；评为0分的行为是合乎道德的行为。在量刑方面，猥亵儿童罪的基本犯应当处以五年以下有期徒刑（即6~60个月有期徒刑），将刑期以6~12个月作为一个梯度，对应到4~8分这五个评分中，基本可以做到罪责刑相适应。接着对进入式猥亵行为与接触式猥亵行为的违法程度进行排序并评分，如表3所示。评分的标准如下。

评分的高低由侵犯部位与被侵犯部位之结合所代表的性暗示意味与对儿童身心健康的侵害程度决定；猥亵行为涉及性器官的，其评分将显著高于其他不涉及性器官的猥亵行为；进入式猥亵行为的评分高于接触式猥亵行为的评分；在接触式猥亵行为内部，直接接触身体部位的猥亵行为评分高于隔着衣物接触身体部位的猥亵行为；评分的高低决定猥亵儿童行为的定罪与量刑；隔空猥亵行为的评分参照接触式猥亵行为的评分递减适用。

表3 猥亵儿童行为违法程度评分表

Table 3 Child molestation offense rating scale

(行标题) 侵犯部位及代码		阴茎		口舌		手指或身体其他部位		工具	
(列标题) 被侵犯部位及代码		1 (J)	1	2 (J)	2	3 (J)	3	4 (J)	4
阴道	A	10	10	8	7	6	5	9	5
	A (G)	—	8	—	6	—	4	—	4

① 中华人民共和国公安部令第163号。

续表

(行标题) 侵犯部位及代码		阴茎		口舌		手指或身体其他部位		工具	
(列标题) 被侵犯部位及代码		1 (J)	1	2 (J)	2	3 (J)	3	4 (J)	4
肛门/阴茎	B	9	8	7	6	5	4	9	4
	B (G)	—	7	—	5	—	3	—	3
性敏感部位	C	—	7	—	5	—	3	—	3
	C (G)	—	6	—	4	—	2	—	2
口腔	D	9	6	5	4	3	2	3	2
	D (G)	—	5	—	3	—	1	—	1
性争议部位	E	—	5	—	3	—	1	—	1
	E (G)	—	4	—	2	—	0	—	0
性中立部位	F	—	4	—	1	—	0	—	0
	F (G)	—	3	—	0	—	0	—	0

注：进入式猥亵行为在表中以(J)标注；隔着衣物进行猥亵的行为在表中以(G)标注。评分=0：合乎道德的行为；评分=1：悖德（性骚扰）行为；评分=2：猥亵儿童违法行为；评分=3：严重的猥亵儿童违法行为；评分=4：较轻的猥亵儿童罪，有期徒刑6~12个月；评分=5：较轻的猥亵儿童罪，有期徒刑13~24个月；评分=6：较轻的猥亵儿童罪，有期徒刑25~36个月；评分=7：严重的猥亵儿童罪，有期徒刑37~48个月；评分=8：严重的猥亵儿童罪，有期徒刑49~60个月；评分=9：严重的猥亵儿童罪，存在法定刑升格情节，有期徒刑5~15年；评分=10：构成强奸罪。表格中画横线的行为组合系逻辑上无法发生的猥亵儿童行为。

2. 其他因素对评分的影响

实务中普遍将猥亵手段的强制性作为导致其违法性质升格的重要影响因素，具体表现为“暴力”“胁迫”两种情形。强制性要素的存在将会使违法程度升格，达到其上一个档次，即原来不构成犯罪的应入罪并被评价为基本犯，已经入罪的应在量刑上从重处罚，达到“情节恶劣”门槛的应当加重处罚。在本机制中，猥亵手段存在强制性将使该行为的违法程度评分加1分。

此外，刑法和司法解释规定了一些使已构成犯罪的猥亵儿童行为法定刑升格的情节，例如“猥亵儿童多人或多次的”等。在司法实践中，这类要素一经出现，办案人员仅需依照法律条文，在法律规定的范围内定罪量刑即可，本文所讨论的入罪标准模糊等问题基本不会出现。但是，实务中对“行为人分别实施了两个均构成犯罪的猥亵儿童行为”该如何定性量刑的问题有较大争议。这

一情节既不构成法定的“多次”要件，尚不能对行为人苛以五年以上的刑罚，又确实会对猥亵儿童罪的量刑产生影响，应当在量刑幅度上予以体现。在本机制中，此种情况的出现将使该行为的违法程度评分加1分。

五、猥亵儿童行为违法程度评分机制之验证

（一）实验思路

裁判文书是法学研究者最权威、易得的资料，通过对裁判文书的研究，可以对司法运行的真实情况产生最直观的了解，因此可以借助裁判文书对猥亵儿童行为违法程度评分机制进行检验。笔者的思路是：第一步，分析裁判文书并提取相关情节。从裁判文书所记载的案情中提取出猥亵行为，并按照表3进行评分，将评分记为自变量X；从裁判文书所记载的判决结果中提取出有期徒刑的刑期，将刑期记为因变量Y（单位为月）。第二步，利用数据统计软件EXCEL进行线性回归分析，检验自变量X与因变量Y是否具有、具有何种代数关系。第三步，对数据统计的结果进行理论分析，利用统计数据不断修正评分机制的设计，并将修正后的评分再次代入数学模型进行检验，直到评分符合实际情况为止。

（二）数据来源与处理方法

笔者在法信网^①中检索近五年（2019—2024）以猥亵儿童罪为案由并判处有期徒刑的一审刑事判决书，共返回结果709篇。将这些判决书逐一打开并按照表3填写违法性评分。在提取相关情节时，需要对裁判文书进行一定的分析与处理。由于实践中并不将判断猥亵儿童行为的违法程度及确定基准刑作为整个审判流程的终点，量刑情节也会对宣告刑造成较大影响。对于量刑情节对基

^① 法信网（www.faxin.cn），最后访问时间为2024年2月16日。

准刑的影响幅度,《量刑指导意见》^①列举了18种量刑情节,对其影响幅度给出了相对明确的参考,笔者挑选出了在审理猥亵儿童案件中可能适用的15种量刑情节,如表4所示,将每种量刑情节的影响幅度取中位数纳入统计。

表4 量刑情节及其影响幅度

Table 4 Sentencing circumstances and their impact

序号	量刑情节	附加条件	影响幅度
1	未成年人犯罪	12 ~ 16 周岁	-30% ~ 60%
		16 ~ 18 周岁	-10% ~ 50%
2	75 周岁以上老年人犯罪	故意犯罪	-0 ~ 40%
		过失犯罪	-20% ~ 50%
3	又聋又哑的人或者盲人犯罪	无	-0 ~ 50%
		罪行较轻	-50% ~ 100%
4	未遂犯	无	-0 ~ 50%
5	从犯	无	-20% ~ 50%
		罪行较轻	-50% ~ 100%
6	自首	无	-0 ~ 40%
		罪行较轻	-40% ~ 100%
7	坦白	无	-0 ~ 20%
		如实供述司法机关尚未掌握的 同种较重罪行	-10% ~ 30%
		重大坦白	-30% ~ 50%
8	当庭自愿认罪	无	-0 ~ 10%
		一般立功	-20%
9	立功	重大立功	-20% ~ 50%
		重大立功 + 罪行较轻	-50% ~ 100%
10	赔偿、谅解	赔偿并取得谅解	-0 ~ 40%
		赔偿未取得谅解	-0 ~ 30%
		仅取得谅解	-0 ~ 20%
11	羁押期间表现好	无	-0 ~ 10%
		无	-0 ~ 30%
12	认罪认罚	自首、重大坦白、退赃退赔、赔偿 谅解、刑事和解	-0 ~ 60%
		自首、重大坦白、退赃退赔、赔偿 谅解、刑事和解 + 罪行较轻	-60% ~ 100%

① 最高人民法院、最高人民检察院《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》（法发〔2021〕21号）。

续表

序号	量刑情节	附加条件	影响幅度
13	累犯	无	+10% ~ 40% 且不少于3个月
14	前科	无	+0 ~ 10%
15	犯罪对象为未成年人、老年人、残疾人、孕妇等弱勢人员	无	+0 ~ 20%

注：1. 无法在猥亵儿童罪中适用的量刑情节，如退赃、退赔；刑事和解协议；在重大自然灾害、预防、控制突发传染病疫情等灾害期间故意犯罪等情节，未纳入表格；2. 认罪认罚与自首、坦白、当庭自愿认罪、退赃退赔、赔偿谅解、刑事和解、羁押期间表现好等量刑情节不作重复评价；3. 前科犯罪为过失犯罪和未成年人犯罪的，量刑幅度不受影响；4. 综合考虑全案情况，独任审判员或合议庭可以在20%的幅度内对调节结果进行调整；5. 对于在同一个案件中存在多种量刑情节的，按照《指导意见》的要求，“采用同向相加、逆向相减的方法调节基准刑”；6. 表中第15项“犯罪对象为未成年人、老年人、残疾人、孕妇等弱勢人员”，这一情节对应的量刑幅度在全部猥亵儿童案件中均应适用。

（三）实证结果分析

在笔者收集的709篇裁判文书中，其中有504篇判处三年以下有期徒刑，占比71.09%；有199篇判处三至十年有期徒刑，占比28.07%；仅6篇判处十年以上有期徒刑，占比1%，如图3所示。

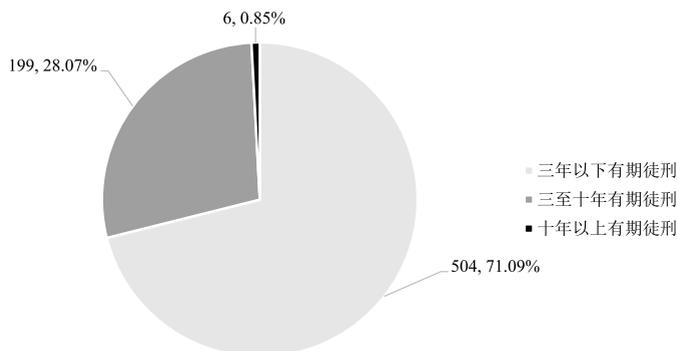


图3 猥亵儿童罪有期徒刑刑期分布示意图

Figure 3 Distribution of fixed-term imprisonment for child molestation

对上述709篇裁判文书进行筛选，共得到494份有效判决书。线性回归分析的结果显示， X 与 Y 基本呈正相关关系，证明违法程度评分能够大致反映现

实个案的违法程度； R^2 的值为 0.8622^①，说明得到的数据有较大的拟合程度，尽管各地法院在量刑幅度的把握上仍存在一些分歧（表现为表中离散的小点），但这些判决书在整体上还是反映了一定的趋势，如图 4 所示。

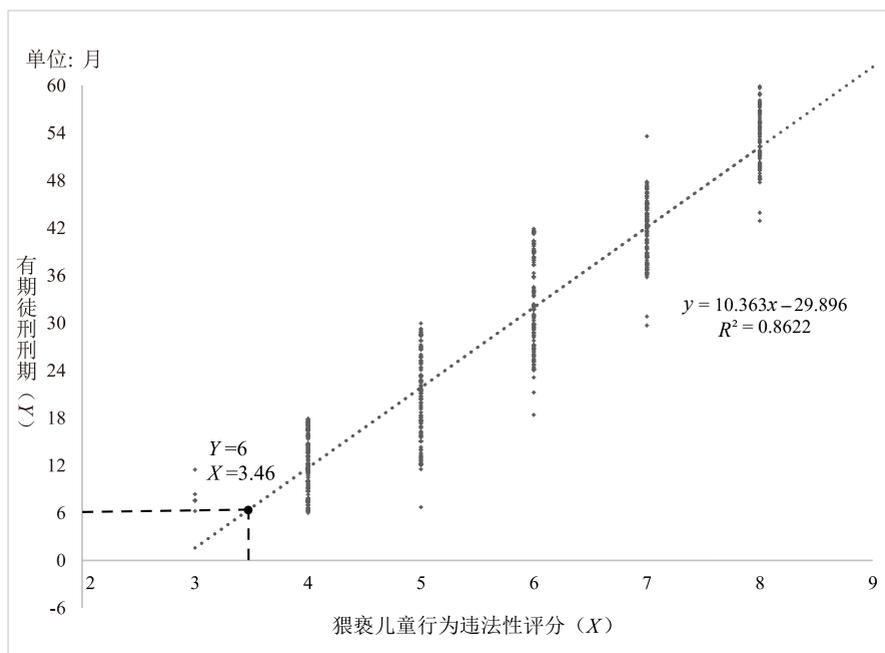


图 4 线性回归分析统计图

Figure 4 Linear regression analysis statistical graph

具体到每个评分所对应的实际量刑区间，笔者发现实际量刑区间较假定的基准刑范围均有所扩大，这可能是充分考虑了法官的自由裁量权所致。将 $Y=6$ 代入公式，可反推 X 的值为 3.46，即猥亵儿童违法行为与猥亵儿童罪的界限位于 3 ~ 4 之间，说明上文提出的入罪标准可供实践参考。对于一个猥亵儿童行为，其违法程度评分 X 与其他影响因素共同确定了其最终的违法程度评分，并对应着特定的基准刑量刑幅度；该幅度受到量刑情节的影响，结合法官的自由裁量权，共同指向有期徒刑刑期 Y 。将上述分析转换成数学模型，可以得到如下公式：

① 该值越趋近1，说明相关性越明显。

$$\text{有期徒刑刑期}(Y) \propto [\text{猥亵儿童行为违法程度评分}(X) \pm \text{其他影响因素}] \times (1 \pm \text{量刑情节影响幅度}) \times (1 \pm 20\%) \quad (1)$$

利用该公式,可方便地计算出任一猥亵儿童行为对应的定性、量刑事,办案人员在办理简单案件时可大大提高效率,减轻讼累;同时能够尽量避免量刑失衡,降低其职业风险。

六、结论

猥亵儿童行为,是行为人对不满十四周岁之人做出的,具有性暗示意味的,侵害其身心健康的行为。对于长期困扰司法实务的猥亵儿童行为违法程度判断标准的问题,现有的综合评价模式、一律入罪模式、典型类型模式、阶层式强弱模式等四种评价模式均未给出准确的答案。本文在上述模式的基础上,构建了一种猥亵儿童行为违法程度评分机制。该机制针对进入式猥亵行为与接触式猥亵行为等常见的传统猥亵行为,将阴茎、口舌、手指或身体其他部位、工具等四种常见的侵犯部位,与阴道、肛门、性敏感部位、口腔、性争议部位、性中立部位等六种常见的被侵犯部位进行组合,按照不同组合对儿童身心健康侵害程度的高低进行评分。评分的高低影响对猥亵儿童行为的定罪、量刑:对于评分在3分以下的行为,一般不构成犯罪,由民法或治安管理处罚法进行规制;对于评分在4分及以上的行为,应按照猥亵儿童罪进行处罚。在构成猥亵儿童罪的基础上,评分每增加一分,基准刑增加6~12个月,直至法定刑上限。此外,猥亵手段的强制性、猥亵行为的次数等其他因素也会对评分产生影响。

为了验证上述评分机制运作的有效性,本文采用控制变量法,剔除了多种量刑情节对法院宣告刑的影响,构建了违法性评分与有期徒刑刑期之间的数学模型。进而将494份裁判文书中记载的量刑情节提取出来代入猥亵儿童违法程度评分机制,将通过该机制计算出的量刑幅度与实践中的真实的量刑幅度进行比较,并做线性回归分析。线性回归分析的结果显示,采用本机制得出的量刑幅度与实践中的量刑幅度基本吻合,本机制设定的入罪门槛与实务中基本一致,说明本文提出的猥亵儿童行为违法程度评分机制在一定程度上能够反映出真实的司法样态,评分的设计相对合理,具有一定的指导意义。

The Construction and Application of the Scoring Mechanism for the Degree of Illegality of Child Molestation

Hu Senrui

Southwest University of Political Science and Law, Chongqing

Abstract: The complexity and diversity of child molestation behavior itself have long troubled the theoretical and practical circles with the standard of conviction of this behavior. The key to determining the standard of conviction lies in judging the degree of illegality of the behavior. The four existing evaluation models, namely the comprehensive evaluation model, the uniform conviction model, the typical type model and the hierarchical strength model, are all difficult to accurately judge the degree of illegality of child molestation. In order to solve this problem, a scoring mechanism for the degree of illegality should be adopted for judging the degree of illegality of traditional indecent behaviors such as penetrative indecent behavior and contact indecent behavior. This mechanism classifies the violation parts and the violated parts as the standard, enumerates the different degrees of illegality corresponding to different combinations of behaviors, and assigns a certain score according to the degree of illegality, and then corresponds the score to the qualitative nature of the behavior and the range of sentencing. Finally, a quantitative research method was used to conduct a regression analysis on 494 verdicts to verify the feasibility and effectiveness of the operation of the scoring mechanism.

Key words: Child molestation crime; Degree of violation; Scoring mechanism; Empirical research