

doi:10.20270/j.cnki.1674-117X.2025.3013

刑法中“猥亵儿童多人或者多次” 加重情节的规范阐释

张超¹, 朱虹妍²

(1. 东南大学 法学院, 江苏 南京 211189; 2. 桂林学院 工商管理学院, 广西 桂林 541006)

摘要: “猥亵儿童多人或者多次”法定刑升格的形式根据在于类型化行为表征法益遭受严重侵害, 实质根据在于特殊预防的必要性呈绝对值增加, 从形式到实质的研判路径能够准确描摹法益侵害程度。仅从自然意义理解“猥亵儿童多人或者多次”, 会导致具备刑事可罚性的“猥亵儿童两人两次”情形难以适用加重情节。为了弥补处罚漏洞, 应从规范论视角, 根据法益侵害相当性进行解释学重塑。认定“猥亵儿童多人”时, 将犯罪对象模糊化, 行为人对每名犯罪对象实施的猥亵行为均达既遂, 判断标准是法益侵害数量; 当自然意义的被害人为同一人时, 行为人主观上必须基于前后两个犯意。对于“猥亵儿童多次”的认定, 每次行为应当齐备主客观构成要件, 犯罪形态上至少为未遂。

关键词: 猥亵儿童罪; 加重处罚; 猥亵儿童多人; 多次犯; 规范论

中图分类号: D924.34

文献标志码: A

文章编号: 1674-117X(2025)03-0103-09

Normative Interpretation of the Aggravated Circumstances of “Multiple Sexual Assaults on the Same Child Victim and Multiple Sexual Assaults on Multiple Children” in Criminal Law

ZHANG Chao¹, ZHU Hongyan²

(1. School of Law, Southeast University, Nanjing 211189, China;

2. School of Business Administration, Guilin University, Guilin 541006, China)

Abstract: The formal basis for the promotion of the statutory penalty of “multiple sexual assaults on the same child victim and multiple sexual assaults on multiple children” is the typified behaviour that represents a serious infringement of legal interests. The substantive basis lies in the absolute increase in the necessity of special prevention. The assessment path from form to substance accurately describes the degree of legal interest infringement. A purely naturalistic interpretation of “multiple sexual assaults on the same child victim and multiple sexual assaults on multiple children” would exclude criminally punishable scenarios like “molesting two twice” from aggravated sentencing. In order to address the shortcomings of the current legal framework, a hermeneutic reconstruction based on the equivalence of legal interest violation is proposed from a normative

收稿日期: 2025-01-06

基金项目: 国家社科基金项目“网络服务商刑事责任边界及体系构建研究”(18BFX104); 湖南省普通高等学校哲学社会科学重点研究基地项目“新时代青少年法治教育可视化路径创新研究”(JD22ZX12)

作者简介: 张超, 男, 重庆人, 东南大学博士研究生, 研究方向为刑法解释学。

perspective. In determining “multiple sexual assaults on multiple children”, the definition of victims should be generalized. Each act against every victim must constitute a completed offense, the criterion being the quantity of violated legal interests. When the same natural person is victimized multiple times, the perpetrator must have acted under separate criminal intent for each instance. For “multiple sexual assaults on the same child victim”, every instance must satisfy both subjective and objective constitutive elements, with the act reaching at least an attempted stage.

Keywords: crime of molesting children; aggravated punishment; multiple sexual assaults on multiple children; multiple offenses; normative theory

一、问题的提出

《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑修(十一)》)第28条明确将“猥亵儿童多人或者多次”规定为法定加重处罚情节之一,旨在通过细化和重申“其他恶劣情节”纠正司法处罚畸轻的现实状况^[1],从而实现对儿童的特殊、优先保护。表面看来,将“多人”理解为“三人及三人以上”、“多次”理解为“三次及三次以上”,一般不存在解释论上的困惑,在理解和适用上较为明确;但是在某些特殊场合,涉及“人数”同“次数”交织又完全具备刑事处罚必要性,犯罪终局形态既未遂交织,以及基于同一猥亵犯意实施的多个行为等情形,司法实践中究竟如何认定,仍存在争议。例如案例:

案例1:甲带着男童乙、男童丙和女童丁三人到酒店开房,在房内,甲、乙、丙三人轮流抠摸被害人丁的胸部、下体,甲要求丁为甲、乙、丙三人手淫。案例2:A在酒店房间内先后对儿童B、C实施了猥亵行为,次日又对儿童B进行了猥亵。案例3:D在酒店房间内对儿童E、F进行了猥亵,次日又对E、F之外的儿童G实施了猥亵行为。案例4:H在第一天、第二天和第三天分别对儿童I、J、K三人实施了猥亵行为。案例5:L在第一天和第二天分别对儿童M和N实施了猥亵行为,第三天又对M进行了猥亵。(案例1为笔者在司法实务中接触的疑难案例,案例2~5是据此设置的案情相近但在行为性质认定上具有一定争议的案例)

对于上述五个案例,详加对比案件事实不难发现,各个案例之间最大的差别在于行为人的主观犯意与被害人数量上存在差异。案例1中行为人

基于一个犯意(以作为与不作为方式)猥亵了三名儿童,案例2中行为人基于两个犯意猥亵了两名儿童,案例3中行为人基于两个犯意猥亵了三名儿童,案例4中行为人基于三个犯意猥亵了三名儿童,案例5中行为人基于三个犯意猥亵了两名儿童。据此所产生的疑问是,案例1、案例2以及案例3中的行为能否认定为“猥亵儿童多人”?案例4、案例5中的行为是否构成“猥亵儿童多次”?显然,仅根据“猥亵儿童多人或者多次”的条文规范,很难作出合理回应。再进一步思考,不免对“猥亵儿童多人或者多次”这一法定加重情节萌生诸多疑问:其一,该加重情节的正当性何在?其二,猥亵儿童行为的“人数”和“次数”如何认定?其三,“猥亵儿童多人”和“猥亵儿童多次”犯罪形态交织时如何处理?这些都是十分值得探讨的问题。

二、“猥亵儿童多人或者多次”法定刑升格的理据

只有明确了法定刑升格的根据,才能理解刑法分则条文关于法定刑升格条件的实质,从而合理确定法定刑升格的范围,正确判断案件事实是否符合法定刑升格的条件^{[2][176]}。法定刑升格的正当性根据能够揭示刑法条文的规范意旨,对于深入理解和把握规范的实质内容具有极为重要的意义。

(一)法定刑升格的形式根据是类型化行为

按照实质的违法性论,刑法条文之所以将某种行为规定为犯罪,是因为这种行为具有侵害法益的通常性或者较大可能性,从而具备构成要件的符合性^[3]。例如,非法拘禁他人的行为,通常会使人丧失人身自由;醉驾行为极可能会危害交通

运输安全; 猥亵儿童的行为必然会使得儿童的性的不可侵犯性受损。同理, 刑法将“多人”和“多次”设置为入刑的条件, 一方面表明单人或者单次并不足以科处刑罚, 也不要求项下的单一行为构成犯罪, 可见就整体而言, 人数、次数之间具有法益侵害程度的补足功能; 另一方面, 其暗含着触犯刑律的推定: 只要涉及“多人”或者“多次”就具备了刑事处罚必要性, 在刑事司法适用中, 这种推定以明文方式固定在刑事实体法之中, 属于形式规范的推定, 但并非不可反驳。再进一步分析, 当刑法将“多人”和“多次”规定为加重处罚的情节时, 一方面表明单人或者单次只能科处法定基准刑, 考虑到数个犯罪行为的终局形态存在差异, 通过数罪并罚的路径可能违背罪刑均衡原则导致量刑畸轻或畸重, 难以充分发挥刑法的行为规范功能, 达到良好的社会效果, 因此转而直接规定法定刑升格; 另一方面, 其同样暗含着加重处罚的推定: 只要涉及“多次”或者“多人”就具备了加重处罚的必要性。

运用这种归纳法, 刑法将某些严重侵犯法益的行为予以类型化处理, 这种类型化处理具有三方面的功能和作用: 其一, 警示和指引作用。类型化行为能表征刑法禁止何种行为, 为人们行事提供规范指引。其二, 控制刑事处罚范围, 防止在司法层面人为地扩张犯罪圈。其三, 法益保护功能。自然犯大多属于重罪, 因而既注重一般预防也并未忽视特殊预防; 对于法定犯, 则更强调一般预防。值得注意的是, 类型化行为居于抽象化和具体化、一般性和个别性之间的中间状态, 同生活行为大相径庭。刑法分则中每一个罪名都对应着相应的犯罪行为类型^[4], 一旦符合刑法规定的类型化行为就必然触犯刑律, 兼具事实判断和价值评价; 而生活行为一般只具有事实判断的意义, 属于认定案件客观事实的资料。

类型化行为是归纳总结的产物, 属于内在层面的共性价值^[5]。刑法只是去发现严重侵害法益行为的类型规律, 并未人为地创造类型化行为。将这种类型化行为所包含的诸要素以成文形式固定下来, 进而形塑为构成要件类型^[6], 其目的在于昭告世人, 盗窃、强迫交易、高空抛物、袭警等类型化行为被刑法明令禁止。相应地, 刑法中规定的加重、从重、减轻、从轻等加减情节, 也同

样是类型化的产物。这表明, 一个行为不是因为被认定为法定刑升格情节才成为类型化行为, 而是因为属于类型化行为方被固定化为法定刑升格条件。从这一意义上讲, 类型化行为是法定刑升格形式方面的根据。之所以称之为“形式根据”, 是因为在没有被具体适用到个案之前, 这种类型化行为是纸面上的、预先规定好的, 只有经过司法适用, 才具有实质效果。

(二) 法定刑升格的实质根据是特殊预防必要性增大

“事物的本质不是一种规范判断与形式判断, 它是一种实质判断。”^[7]对于“猥亵儿童多人或者多次”法定刑升格的实质根据, 理论界存在争议, 主要有两种观点: 预防必要性说和责任加重说。

预防必要性说倾向于将法定刑升格归因于预防必要性增加。预防包含特殊预防和一般预防两类, 特殊预防表征行为人的的人身危险性, 一般预防则反映行为的社会危害性^[8]。倘若特殊预防与一般预防之间出现矛盾, 则应让特殊预防获得优先^[9]。在多次行为中, 后行为的出现, 说明前行为惩罚的预防功能落空, 未完全消除行为人的的人身危险性^[10]。当人身危险性和社会危害性增大到一定程度时, 就必然导致适用基本法定刑难以实现罪责刑相适应, 刑法为了避免这类情形的发生, 设置了不同梯度的法定刑。不难发现, 预防必要性说建立在人身危险性和社会危害性是刑罚根据的基础之上。由于预防必要性说将一般预防和特殊预防纳入考察范围, 因此影响预防刑的情节可以成为法定刑升格条件, 便会出现不可思议的现象: 有责性轻的行为可能因为预防需要而适用较高档的法定刑, 那么预防刑就是对责任刑的扩张; 同时, 有责性重的行为也可能受到预防需要的影响, 而适用基本法定刑。这样看来, 预防必要性说是否恪守了罪刑均衡原则, 还有待商榷。

责任加重说认为, 根据并合主义与责任主义原理, 法定刑升格的根据只能是责任加重(这里的“责任加重”并不意味着不法被排除在加重根据之外, 相反, 责任是对不法的责任, 在行为人具备法定责任要素且责任形式相同的前提下, 责任的轻重主要取决于不法的轻重)^{[11][757]}, 即影响责任刑的情节加重, 而不是预防的必要性增大^[12]; 责任不仅是成立犯罪的条件, 而且是刑罚的基础, 基本法

定刑的首要根据就是责任^{[2]177}。例如,背叛国家罪的法定刑重,就是因为责任重;侵犯通信自由罪的法定刑轻,就是因为责任轻。

责任轻重影响量刑的确定自不待言,但在多大程度上影响量刑则存在较大争议。倘若认为责任轻重程度直接决定了法定刑幅度,那么就会认为责任轻重是法定刑加重的唯一根据;如果秉持责任有限影响刑罚的观点,就会主张责任轻重仅仅影响幅度刑内的量刑,不影响量刑档次的确定。显然,从表述来看,责任加重说属于前者。这样的观点实则不能适用于所有法定刑升格情形,例如多次抢劫、多次聚众斗殴、纠集他人寻衅滋事多次、强奸多人以及猥亵儿童多人或者多次等场合。持责任加重说的学者或许也考虑到了这一点,因而又特别指出“刑法条文有特别规定的除外”,可究竟哪些情形属于“特别规定”,“特别规定”是否一律除外,持论者对此没有进一步说明。

“多人”和“多次”类型升格法定刑的前提是符合基本的犯罪构成,从行政违法直接跃升至量刑加重档的做法欠缺学理支撑,也难以获得普遍认同。显然,责任加重并非法定刑升格的唯一根据,甚至在有些特殊场合,其无法成为法定刑升格的根据。行为人实施一次符合构成要件的行为,原本应以基本法定刑科处刑罚,如果同时出现刑法特别规定的犯罪情节、危害结果等导致法定刑升格,毋庸置疑,此时责任加重几乎占据主导地位。但事实上,“多人”和“多次”型加重情节是对行为人反复实施侵害相同法益行为的苛责,强调的是行为的反复性与行为的整体性,而非单一行为本身的内容,体现的是行为人主观恶性深和人身危险性大,此时在客观危害性和主观危险性中,后者处于不可撼动的主导地位^[13-14]。基于多次实施违法犯罪行为所彰显的行为人危险而受到从重处罚,并没有挑战行为刑法的理论根基,仍然保持在行为刑法信条和教义范围之内^[15]。有学者也表达了类似的观点:“多次犯立法主要以行为人的身危险性为依据,体现为为维护法规范的权威性而对行为人所作出的更为强有力的规制。”^[16]侵害法益一次和多次的本质区别不在于责任大幅度增加,而在于特殊预防的必要性呈绝对值增长,否则无论罪刑规范是否规定“多人”和“多次”,都能因为

责任加重而成为一种非由刑法总则规定却能普遍适用的刑罚扩张事由,这显然是不可思议的。因此,笔者主张在涉及“猥亵儿童多人”和“猥亵儿童多次”的场合,法定刑升格的实质根据应当是特殊预防必要性增大。

(三)加重情节的作用变更否定论

有学者指出,“多次”只是一种对行为次数的统计结论,其本身没有为行为的违法性提供实质根据^[17]。如前所述,需要区分作为入罪条件的“多次”与作为加重处罚情节的“多次”,就处罚程度而言,前者是跃迁式的变化(从0到1,强调质的变化),后者是递进式的发展(从1到2,强调量的累计)。对此,传统理论采取的是加重构成说,即主张法定刑升格条件均属于加重的犯罪构成而存在未遂^[18]。新近比较有力的学说是区分说,主张应当区分加重构成与量刑规则^[19]。典型的量刑规则,不是违法性、法益侵害的表征,亦非主观罪过的认知内容,只有具备或达到这些条件,才能引起法定刑升格、适用加重法定刑^[20]。量刑规则或许可以为递进式处罚提供一种解释路径,但在法益侵害程度的跃迁方面缺乏解释力,况且对刑罚跃迁式变化而言,量刑规则究竟属于解释的理由还是解释的技巧尚存疑虑。持区分说的学者普遍认为,刑法解释方法分为解释技巧和解释理由,解释技巧只能使用一个,解释理由可以无穷无尽,意即解释技巧具有唯一性,而解释理由具有兼容性。因而,区分说面临两个方面的拷问:其一,缘何加重处罚的行为本身没有为其违法性提供实质根据?其二,“多次”作为入罪条件的根据在于不法程度重,这便难以解释“多次”作为加重情节时,为何就演变为为了量刑规则?此外,按照区分说的观点,对“多次”实行加重处罚是一种量刑根据,“多次”行为中的前行为没有导致不法加重,那么前行为就成为刑事处罚的必要条件,在此前提之下对行为人第二次之后的行为实施加重处罚,不仅违反了罪刑均衡原则,而且有违“一罪一刑”的罪刑关系。事实上,倘若采取加重构成说,也将面临同区分说同样的问题。并且,由于单次行为的犯罪终局形态可以为既遂、未遂、中止和预备,加重构成说难以协调三次行为之间在犯罪终局形态上纵横交错的关系^[21]。

不妨将视野回归到刑法条文对“多人”和“多次”的设置。首先, 纵览刑法分则的全部条文, 既没有将“多人”和“多次”均设置为入罪条件, 也没有仅规定为加重处罚条件, 更没有对某个罪名既设置入罪条件又设置加重处罚条件, 而是在充分考虑法益侵害性和刑事(加重)处罚必要性之后所进行的理性安排。其次, 刑法条文没有将其放置到总则中规定为一般性条文, 而是有选择性地规定为刑法分则个别罪名的入罪条件或者加重处罚条件, 根据罪刑法定原则, “多次犯”这一概念不能在刑法分则中推而广之, 只能适用于刑法有明文规定的罪名。换言之, 刑法没有明文规定为“多次犯”的, 不能对其入罪或者加重处罚。例如, 刑法将“猥亵儿童多人或者多次(单一行为成立猥亵儿童罪)”规定为加重处罚的情形之一, 但是没有规定“猥亵儿童多人或者多次(单一行为仅触犯《治安管理处罚法》)”构成猥亵儿童罪, 那么就不能将后者类推为犯罪行为。

可能有观点会认为, 条文的表述“猥亵儿童多人或者多次”并不要求单一行为构成犯罪, 意即猥亵儿童三次且每次仅违反《治安管理处罚法》的情形也应当适用猥亵儿童罪加重处罚的规定。这种解释存在两个方面的问题: 第一, 在没有符合猥亵儿童罪构成要件的情况下, 直接适用加重处罚情节, 越过了法定基准刑档次, 不仅缺乏解释论上的支撑, 也将面临正当性拷问。第二, 刑罚与罪行的相当性既属于犯罪论范畴, 也是刑罚论重点研究的问题, 对相当性进行实质考察具有控制处罚范围的作用。将原本只属于行政违法的行为直接认定为加重处罚情节, 可能严重背离罪刑均衡原则, 不当扩大了刑事处罚的范围、加大了其力度。例如, 隔着衣服对三名儿童的隐私部位实施摸一把的行为, 不管是从行为性质上讲还是从法益侵害性来说, 都难以认为应当科处五年以上有期徒刑。能否因为行为人针对多人实施或者多次实施, 而以猥亵儿童罪的基本犯处罚? 对此, 张明楷教授持肯定说, 并指出多次实施猥亵行为或者对多人实施猥亵行为, 明显增加了行为的不法程度^[22]。但是如前所述, 肯定说不仅无法得到实体法的支持, 而且难以解释应当增加到何种不法程度才能满足刑事可罚性要求, 既然如此, 就应当贯彻否定说的立场。

三、“猥亵儿童多人或者多次”加重情节的解释学分析

根据平义解释和体系解释, 通常将“多人”理解为“三人及三人以上”, “多次”理解为“三次及三次以上”^[23], 但现实生活中的案情往往多样复杂, 这样的表述无法为规范论层面“人数”和“次数”的认定提供实质性判断标准。

(一) 猥亵儿童“多人”的规范分析

传统刑法理论认为, 人身法益是专属性法益, 程度的变化、所属主体的更迭会在刑法的评价上产生质级变化^[24]。因此应当以社会一般人对“多人”的理解为基准, “多人”仅指自然意义上的“多人”, 意即客观世界中的多个特定人。例如, 行为人强奸了甲、乙两人, 不论强奸行为次数、时间上是否有间隔, 都只能认定为强奸两人, 不构成“强奸多人”这一加重处罚情节。按照这样的观点, 案例1、案例3和案例4的情形应当构成猥亵多人, 但在案例2和案例5之中, 由于被害人仅有两人, 便无法认定行为人猥亵多名儿童。这种观点的弊端显而易见: 在案例2和案例5的场合, 只对行为人适用基本法定刑, 难以实现罪责刑相适应, 从而不当限缩了刑事处罚范围。当然也有学者认为, 立法者对这样的顾虑实则进行了回应, 规定“多次”的目的就是对漏洞进行填补, 譬如案例5中被害人为M和N两人, 尽管不能认定为“多人”, 但认定为“多次”则无疑问, 这同样能够对行为人施以加重的法定刑。可是, 一方面这样的观点无法合理解释案例2的情形; 另一方面, 从刑法条文来看, “多次”并未时刻伴随着“多人”出现, 某些条文只规定了“多人”, 如强奸罪中的加重处罚情节只规定了“强奸妇女、奸淫幼女多人”, 如果将“多次”也当作加重构成, 则有违罪刑法定原则。

另一种观点主张从规范层面解释何谓“多人”。立法者之所以规定“多人”, 是因为客观来说行为人侵犯法益的行为具有反复性, 其人身危险性和社会危害性呈绝对值增长, 对甲实施三次猥亵行为的效果和对甲、乙、丙三人实施猥亵行为的效果并没有什么本质不同, 因此以客观的构成要件符合性数量(或称法益侵害数量)为判断依据更为妥当。譬如, 在案例3中, D第一次对E和F

实施了猥亵行为,则符合客观构成要件数量为二,第二次猥亵行为不管是对G实施还是对E、F之一实施,都应该当成是单独的一次符合客观构成要件的行为,那么前后两次综合起来进行判断,行为符合客观构成要件的数量为三,此时就应当认定为猥亵儿童多人。

笔者赞同第二种观点,猥亵儿童罪保护的法益系儿童的性的不可侵犯性^{[1][151]},这一法益决定了任何与性有关的猥亵行为,不管是否征得儿童的同意,也不管在什么场所实施,都成立猥亵儿童罪^[25]。由于儿童正处在身体、心理的发育期,相对成年人来说,其辨识和控制能力较弱,刑法也在一定程度上给予其特殊照顾。例如,刑法将完全负刑事责任能力年龄规定为十六周岁;又如刑法规定对追究刑事责任的不满十八周岁的未成年人,应当从轻或者减轻处罚;还如,刑法设置了拐卖儿童罪、组织儿童乞讨罪、引诱未成年人聚众淫乱罪等保护未成年人的罪名。司法实践中,司法机关也应当转换视角,杜绝以成人刑法理论的基础来审视未成年人受侵害的事实这一不良现象^[26]。将犯罪对象模糊化处理后,再从刑法视角考察,便能有效弥补自然意义“人数”认定的缺漏。就此而言,案例2、案例3同案例5在行为性质认定和法益侵害程度上并没有实质性差异。从规制必要性来看,客观事实层面上,行为人A实施了两次猥亵儿童的行为,被害人也仅为B、C两人,不符合猥亵儿童多人、多次,但是最终是否适用法定刑升格条件需从规范论层面考察,A实际上实施了三个符合客观构成要件的行为,这既符合类型化行为的形式根据,同时满足特殊预防必要性的实质要求。

(二)猥亵儿童“多次”的实质判定

对次数的判定不能采用客观的构成要件符合性数量的标准,否则刑法就完全没必要设置被害人为“多人”的加重处罚情节,运用“多次”的表述更能促进刑法条文用语的统一化。试以抢劫罪为例进一步说明,《刑法》第236条第4项规定了多次抢劫型加重情节,如果以客观构成要件符合性次数为标准来确定抢劫行为的次数,那么在行为人同时抢劫被害人甲、乙、丙三人财物或者在一次犯意支配下短时间内抢劫甲、乙、丙三人财物的场合下,就应当认定为多次抢劫,进而

处以十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。但事实上,从条文的立法初衷来看,规制的类型化行为模式应当是:行为人基于三次犯意,在客观上实施了三次不同的抢劫行为。虽然不要求行为人对不同的行为对象实施抢劫,但行为人必须基于不同犯意,犯意未彻底消除而又实施的第二次和第三次抢劫行为,只能整体认定为加重情节中的一次抢劫行为,所劫取财物的数额可以累加计算。最高人民法院也采取这样的立场,2005年《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》在第3点认定“多次抢劫”时指出,对于行为人基于一个犯意实施犯罪的(如在同一地点同时对在场的多人实施抢劫),或基于同一犯意在同一地点实施连续抢劫犯罪的(如在同一地点连续对途经此地的多人进行抢劫),或在一次犯罪中对一栋居民楼房中的几户居民连续实施入户抢劫的,一般应认定为一次犯罪。有学者指出,“一个行为”的判断标准,就是一次“规范意识的突破”^[27],自然意义上的一个行为,意味着行为人只有一次规范意识的突破^[28]。在规范论层面认定行为次数,兼具可行性和合理性。

接下来需要探讨的问题是以何种标准认定“多次”。从“多次”的行为模式来看,应当以完全的构成要件符合性为标准来判断次数,也就是说,基于一个猥亵犯罪行为的认定方式,来整体考察是否存在三个及以上的行为属于猥亵犯罪行为。添加“完全”二字旨在强调一次行为的认定需要具备主观和客观两方面的犯罪构成,“多次”行为的认定则需要三次具备主观和客观的内容。在一个犯意的支配下实施了犯意对应的行为,以及在一个犯意的支配下对多人实施了犯意对应的行为,都属于一个刑法意义的行为,认定为一次行为;相应地,在多个犯意的支配下实施了犯意对应的行为,应视为多个具有刑法意义的行为,便属于多次行为。当然,猥亵儿童的“人数”和“次数”之间的区分是相对的,二者也可能相互转换^[29]。

(三)猥亵儿童“多人”与“多次”的违法性要求

还有一个值得讨论的问题是,按照前述标准认定“猥亵儿童多人”和“猥亵儿童多次”,只要符合“多次”的标准,受害人的数量就必然符合“多人”的标准,意即只需要规定“猥亵儿童多人”即可,

为何《刑修(十一)》还要多此一举, 规定“猥亵儿童多人或者多次”? 笔者认为, 这是由于二者对行为的法律性质和终局形态的要求存在差异。具体理由详述如下:

我国立法遵循违法与犯罪二元规制体系, 纵观刑法分则条文的规定, 多次行为入罪化对前行为法律性质的要求可归纳为三种类型: 一是行政处罚型, 二是行政处罚或者刑事处罚型, 三是刑事处罚型。这仅仅是多次行为入罪对前行为的要求, 而法定刑升格则表明行为对法益侵害的严重程度已经超越了基本法定刑所保护的法益, 因此多次行为的法定刑升格只能以前行为构成犯罪为前提。具言之, 猥亵行为有不构成违法犯罪的行为、违法行为与犯罪行为之分^[30], 每节事实均要符合猥亵儿童基本犯的事实, 只要不是情节显著轻微的, 就能构成这里的次数^[31]。这意味着, “一个行为只有符合基本犯的成立条件, 才可能因为具备加重情节进而成立对应的加重犯, 适用加重的法定刑”^[32]。问题的关键在于如何理解前述“构成犯罪”。如果认为构成犯罪仅指犯罪既遂, 那么行为人所实施的行为就已经齐备了刑法分则关于某一具体犯罪所要求的全部构成要件, “猥亵儿童多人或者多次”加重情节便不存在未遂, 每节犯罪事实必须构成猥亵儿童罪而且既遂。倘若认为构成犯罪是指犯罪成立, 那么犯罪既遂就只是犯罪成立的其中一种完成形态, 除此以外的犯罪未遂、中止和预备等都属于犯罪成立的范畴。换言之, 加重犯的构成要件相对于基本犯而言具有独立性, 加重基础还包含符合罪质要求的未完成形态^[33]。不得不指出的是, 这种加重犯与基本犯之间犯罪构成的独立性并不是绝对的, 在不同类型的犯罪中存在差异, 有的犯罪中构成加重犯以基本犯成立为必要条件, 有的犯罪中的加重犯则不以基本犯成立为前提。狭义上的犯罪成立与犯罪既遂在同等意义上使用, 而广义上的犯罪成立包括犯罪既遂、未遂、中止和预备等终局形态, 倘若采取广义上的犯罪成立概念, 基本犯与加重犯的构成要件之间的关系便显得纷繁复杂, 此时二者是否具有独立性并不重要, 问题的本质仍应回归到每节犯罪事实究竟是成立何种终局形态才能符合加重情节所要求的法益侵害程度。置于“猥亵儿童多次”这一语境下, 笔者倾向于每次猥亵行为应

当至少达到未遂的程度。将中止与预备排除在外, 主要是因为考虑到刑法的规定“对于中止犯, 没有造成损害的, 应当免除处罚; 造成损害的, 应当减轻处罚”, 这表明中止犯的特殊预防必要性较小, 不再符合法定刑升格的实质条件, 预备犯亦如此。此外, 倘若将“构成犯罪”当作犯罪既遂, “多人”与“多次”在行为性质上就不可能存在差异。基于二者范围上的从属关系, “多人”就完全包含“多次”, 那么《刑修(十一)》将二者并列的做法就显得多此一举; 反过来说, 将二者并列正是因为认定标准上有所差异, 需要通过犯罪形态的不同予以体现。从实然层面上来讲, “多人”的认定门槛原本应当低于“多次”, 因为不管是人身危害性还是法益侵害性, “多次”相较“多人”来讲不可能更为轻微。欲让二者法益保护程度保持相当性, 在犯罪终局形态上就要求“多人”的认定更为严格, 因而针对“多人”的犯罪应当对每一个被害人都既遂, “多次”型加重情节中的每次行为至少为未遂。

综上, 猥亵儿童多人的加重处罚情节, 要求行为人的猥亵行为对规范意义下三名或三名以上的儿童既遂; 对于猥亵儿童多次的认定, 要求行为人的每次行为至少构成犯罪未遂, 而是否既遂只影响最终量刑。

四、“猥亵儿童多人或者多次”加重情节的司法适用

在司法实践中如何准确适用“猥亵儿童多人或者多次”加重情节也是一个绕不开的话题。如前所述, 本文开篇提及的五个案例之间最大的差别在于行为人的主观犯意与被害人数量上的差异, 因此司法适用时就应当聚焦于此, 将主观犯意数量和行为对象数量的认定同加重情节之间搭建起合理的对应关系。

在案例1中, 甲、乙、丙三人轮流抠摸被害人丁的身体属于猥亵儿童罪的直接实行犯, 甲让丁为甲、乙、丙手淫的行为则需要从不同角度来分析: 对丁而言, 甲属于猥亵儿童丁的直接实行犯; 对乙和丙来说, 甲属于猥亵儿童乙、丙的间接正犯。甲构成聚众猥亵儿童自不待言, 但能否构成猥亵儿童多人或多次呢? 由于甲是基于一个犯意实施了一系列行为, 因此不能认定为猥亵儿童多次,

是否构成猥亵儿童多人则存有疑问。倘若认为猥亵儿童多人只能由直接实行犯构成,那么甲的行为就不属于猥亵儿童多人,可是这样的解释和处理难以令人接受。所以,为了在刑事实体法领域践行最有利于未成年人原则,实现对未成年人利益的特殊、优先保护^[34],笔者认为不论是直接实行犯,还是间接实行犯,抑或是教唆犯、帮助犯,均可以构成猥亵儿童多人或者多次。按照这样的观点,甲的行为应当认定为聚众猥亵儿童和猥亵儿童多人,两种加重情节想象竞合,最终适用较重的法定刑处罚,另一加重情节可在量刑时予以酌情考虑。

要承认这种观点的合理性,还需要解决一个无法回避的问题:当直接实行犯和共犯形态的行为对象指向同一人时如何处理?案例1中的甲构成猥亵儿童多人系指:甲对丁是猥亵儿童罪的直接实行犯,甲对乙和丙是猥亵儿童罪的间接实行犯,显然乙、丙、丁是不同的犯罪对象。如果将案件事实修改为:甲让丁为其手淫,随后甲又命令乙、丙二人去抠摸丁的身体,此时甲是否构成猥亵儿童多人?倘若认为甲构成猥亵儿童多人,不论是从国民预测可能性上讲,还是从刑事规制的必要性来说,都难言妥当。笔者主张这种情形不成立猥亵儿童多人这一加重情节,那么规范论层面如何给出合理解释?要认定自然意义的行为对象在规范层面成为不同的受害人,其前提是基于前后两个犯意;如果是基于同一犯意对自然意义的一人实施猥亵行为,则不论行为数量如何,受害人均为一,对自然意义的多人实施,规范意义上的行为对象亦应当认定为多人。这样既合理回应了前述疑问,又对规范论予以适当限制,能够防止司法层面的不当扩张解释和适用。从这一层面而言,笔者所提倡的规范论实质上是一种限制规范论。

遵循规范论的要求,在案例2和案例3中,不论第二次被害儿童是否属于第一次猥亵的行为对象,均应当认定A、D的行为属于猥亵儿童多人,但不构成猥亵儿童多次。在案例4和案例5中,不管第三次猥亵的儿童是前两次的被害人还是其他人,都应认为行为人H和L构成猥亵儿童多次,至于是否可以同时认定为猥亵儿童多人,则还需要进一步判定每次猥亵行为的犯罪终局形态。倘

若行为人H和L所实施的所有猥亵行为均为未遂形态或中止形态,则二者的行为均难以认定为猥亵儿童多人;倘若行为人H和L所实施的所有猥亵行为均为既遂形态,按照传统刑法理论的观点,H构成猥亵儿童多人,L不构成猥亵儿童多人,但沿着笔者所提倡的规范论的思路进行逻辑推理,将犯罪对象模糊化处理,完全能将L的行为认定为猥亵儿童多人,从而充分发挥刑法的评价机能。

经过分析论证,本文得出三个结论:第一,“猥亵儿童多人或者多次”法定刑升格的形式根据在于类型化行为表征法益遭受严重侵害,实质根据在于特殊预防的必要性呈绝对值增加。第二,从规范论角度来判定“多人”和“多次”,有助于解决实务和理论中无法将“猥亵儿童两人两次”的情形纳入加重处罚范围的问题。第三,认定“猥亵儿童多人”时,应将犯罪对象模糊化,行为人对每名犯罪对象实施的猥亵行为均达既遂,判断标准是法益侵害数量,当自然意义的被害人为同一人时,行为人主观上必须基于前后两个犯意;对于“猥亵儿童多次”的认定,每次行为应当具备主客观构成要件,犯罪形态上至少为未遂。纵览整部刑法典,“多人”与“多次”的表述分布在不同罪名之中,对此主要有两种立法模式:一类是存在于基本犯中,一类是存在于加重犯中。当“多人”与“多次”作为入罪情节时,至少要求前行为触犯《治安管理处罚法》的规定,否则将缺乏犯罪构成要件的该当性。然而,当“多人”与“多次”成为加重处罚情节时,前行为至少成立犯罪,此时基本犯数罪并罚与加重犯处罚便会产生竞合,如何处理才能确保罪刑均衡?前行为成立犯罪且已经执行完刑罚,还能否对后行为施以加重的法定刑?毋庸置疑,这已然不仅仅是就“猥亵儿童多人或者多次”加重情节本身所展开的探讨,值得理论界进一步思考和探究。

参考文献:

- [1] 许永安.我国历次刑法修正案总述评[J].中国法律评论,2024(2):189.
- [2] 张明楷.责任刑与预防刑[M].北京:北京大学出版社,2015.
- [3] 山口厚.刑法总论[M].付立庆,译.3版.北京:中国人民大学出版社,2018:103.

- [4] 蔡荣. 以类型思维检视刑法罪名设立的失调及修正[J]. 北方法学, 2022, 16(3): 89.
- [5] 马荣春, 高永明. 刑法类型化的属性结合及其蕴含[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2021, 37(3): 70.
- [6] 陈兴良. 刑法教义学中的类型思维[J]. 中国法律评论, 2022(4): 98.
- [7] 陈兴良. 教义刑法学[M]. 3版. 北京: 中国人民大学出版社, 2017: 22.
- [8] 温建辉. 刑罚根据的逻辑分析[J]. 广西社会科学, 2023(1): 122-123.
- [9] 乌韦·穆尔曼. 德国刑法基础课[M]. 周子实, 译. 北京大学出版社, 2023: 43-44.
- [10] 李怀胜. 多次行为入罪化的立法价值与体系性反思[J]. 政治与法律, 2020(7): 37.
- [11] 张明楷. 刑法学[M]. 6版. 北京: 法律出版社, 2021.
- [12] 张明楷. 论升格法定刑的适用根据[J]. 法律适用, 2015(4): 36.
- [13] 张志勋, 卢建平. 多次犯: 刑法的制度产物及其限制路径[J]. 江西社会科学, 2015, 35(6): 142.
- [14] 陈伟, 赵赤. 多次犯中的行政处罚与刑罚交叉适用问题研究[J]. 西南政法大学学报, 2017, 19(4): 31.
- [15] 刘军. 多次犯中的行为人危险及预防性惩罚[J]. 政治与法律, 2023(9): 46.
- [16] 孙本雄. 多次犯立法中行政法与刑法交叉问题研究[J]. 江西社会科学, 2019, 39(3): 202.
- [17] 柏浪涛. 加重构成与量刑规则的实质区分: 兼与张明楷教授商榷[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(6): 55.
- [18] 陈兴良. 规范刑法学[M]. 2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 109.
- [19] 张明楷. 加重构成与量刑规则的区分[J]. 清华法学, 2011, 5(1): 15.
- [20] 王彦强. 区分加重构成与量刑规则: 罪量加重构成概念之提倡[J]. 现代法学, 2013, 35(3): 119.
- [21] 吴亚安. 论多次加重犯的“次”[J]. 政治与法律, 2015(8): 160-161.
- [22] 张明楷. 加重情节的作用变更[J]. 清华法学, 2021, 15(1): 37.
- [23] 林需需. 性侵未成年人新修订若干争议条款的理解与适用[J]. 预防青少年犯罪研究, 2022(1): 38.
- [24] 吴尚赞. 加重处罚情节的类型化研究[J]. 内蒙古社会科学(汉文版), 2017, 38(4): 126.
- [25] 张超. 论猥亵儿童罪中当众猥亵情节的理解与适用[J]. 湖南警察学院学报, 2022, 34(2): 93.
- [26] 姚建龙. 价值判断在抽象性法律规定中的运用: 以奸淫幼女“情节恶劣”的解释与适用为切入[J]. 法学, 2024(5): 86.
- [27] 陈洪兵. 自然与规范双重视角下行为个数的认定: 兼谈“‘同时’构成其他犯罪”规定的理解适用[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2020, 43(3): 130.
- [28] 陈洪兵. 实体与程序多层次罪数论体系的构建[J]. 国家检察官学院学报, 2016, 24(6): 104.
- [29] 冯军, 梁根林, 黎宏. 中国刑法评注: 第2卷[M]. 北京: 北京大学出版社, 2023: 2137.
- [30] 张超. 规范论视域下猥亵儿童犯罪行为的类型化认定[J]. 预防青少年犯罪研究, 2023(2): 40.
- [31] 刘芸志, 祝丽娟, 张华. 刑法修正案涉儿童条款的理解适用[J]. 法律适用, 2021(7): 109.
- [32] 张明楷. 刑法分则的解释原理[M]. 北京: 高等教育出版社, 2024: 641.
- [33] 龚珊珊, 陈洪兵. 质疑加重情节的作用变更: 兼与张明楷教授商榷[J]. 安徽大学学报(哲社版), 2024, 48(2): 124-125.
- [34] 邓丽. 最有利于未成年人原则的实践基础与制度理性[J]. 政治与法律, 2024(6): 34-35.

责任编辑: 徐海燕