网络猥亵犯罪的理论建构与刑法适用

谢 铠

【摘 要】网络猥亵已成为司法实践中频发的新型犯罪，而对此类犯罪司法实践与刑法理论间存在罅隙亟待弥合。理论上，应当将网络猥亵界定为行为人通过网络媒介猥亵他人的不法行为，涵摄网络隔空猥亵与网络直播猥亵两种类型。通过对“猥亵”文义分析及进行范畴学、类型学检讨，“网络猥亵”并未超越“猥亵”的文义射程，以此贯通以既有罪名规制网络猥亵行为的理论通道。在罪刑法定的框架内规制网络猥亵犯罪主要适用强制猥亵罪、猥亵儿童罪，应当贯彻“最有利于未成年人原则”，坚持对未成年人特殊、优先保护，入罪时注意“被害人年龄层次的刑法差异适用”“‘在公共场所当众’的认定”“行为样态差异化入罪与加重情节作用变更”三个特殊问题实现合法入罪，并建构“年龄差规则”“刑法法定出罪规则”“非犯罪标签化制裁优先规则”三大规则实现合理出罪。

【关 键 词】网络猥亵；刑法适用；强制猥亵罪；猥亵儿童罪；未成年人保护

【作者简介】谢铠，四川大学博士研究生。

【原文出处】《青少年犯罪问题》(沪)，2023.5.95～110

【基金项目】本文系四川省高校人文社会科学重点研究基地基层司法能力研究中心项目“轻罪的立法体系研究”(项目编号：JCSF2023-16)、四川省教育厅人文社科重点研究基地四川网络文化研究中心项目“网络时代知识产权犯罪研究”(项目编号：WLWH22-24)的阶段性研究成果。

一、问题的提出

社会生活与技术革新的浩荡潮流将新的犯罪现象冲刷到刑法面前，如何在现实社会的复杂创设中保持刑法体系自主性与应变性的融贯协调，确证刑法应对新型犯罪具有充足的弹性与张力成为立法者、司法者乃至刑法学者的时代使命。近年来，网络猥亵等新型性侵害犯罪因事涉儿童触及社会敏感神经，成为牵动人心的公共课题。根据2022年10月28日最高人民检察院公布的《关于人民检察院开展未成年人检察工作情况的报告》，2018年至2022年9月，利用网络对未成年人实施“隔空猥亵”和线上联系、线下侵害的犯罪占性侵未成年人犯罪的15.8%，起诉利用网络“隔空猥亵”未成年人犯罪1130人，[①]网络性侵害犯罪形势严峻，已经成为当下社会亟须研究、治理的新课题。对此，司法实务因直面犯罪而有所关注，2023年5月25日最高人民法院、最高人民检察院发布的《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》(以下简称《2023解释》)第9条对此有所涉及，[②]而学界反应迟钝，未予以充分关切。[③]为弥合理论与实践的罅隙，应当对以下四个命题予以明确。

第一，网络猥亵的本体范畴论命题，即对网络猥亵进行概念化、类型化。对网络猥亵的本体范畴进行清晰、明确的界定，是合理治理这一新型犯罪的基本逻辑前提。需要检讨的是：网络猥亵的内涵、外延、性质如何界定？其如何予以类型化？

第二，网络猥亵的解释限度论命题，即网络猥亵是否超越猥亵的文义射程。较之兼具接触性、共时

性的传统猥亵形态，网络猥亵因网络世界的虚拟性、跨地域性而导致猥亵行为人、被害人、行为、结果等要素产生“时空脱嵌”现象，新型猥亵与传统猥亵在形式特征上存在明显差异，那么，二者何以等值适用相同刑法规范？法理何在？

第三，网络猥亵的入罪解释论命题，即以既有刑法规范规制网络猥亵犯罪。需要检讨的是，现有性侵害犯罪的刑法保护体系是否适应网络猥亵的治理需要？既有司法裁判中的刑法适用是否准确？网络猥亵作为一类新型性侵害犯罪形态，针对侵害不同年龄层次、不同性别被害人的行为，如何构造规制网络猥亵犯罪的刑法适用体系？规范供给是否充分？如不充分，如何完善？

第四，网络猥亵的合理出罪论命题。即在积极刑法观的背景下对网络猥亵犯罪进行合理出罪。面对新型性侵害犯罪形式，我国关于性侵害犯罪的刑事立法进入活跃期，《刑法修正案(十一)》对性侵害犯罪修订较多，加大了惩治力度，[④]严密了刑事法网，可谓积极刑法观的立法实践。[⑤]那么，如何在保证现有立法体系基本稳定的前提下实现对网络猥亵等新型性侵害犯罪的合理出罪而不过度犯罪化值得检讨。[⑥]

刑法应当在现实的问题浪潮中保持理论定力。对网络猥亵此类网络时代的犯罪新形态的治理，应当深刻把握此类犯罪的属性、类型、规律，尊重立法论与司法论立场和方法论的差异而不作“一刀切”的论断。[⑦]鉴于此，本文拟秉持从解决以上针对网络猥亵的“问题性思考”出发，在教义学层面进行体系化整合的逻辑行文，建构网络猥亵的本体范畴论、解释限度论、入罪解释论、合理出罪论四个命题，以期摆脱“经验主义的窠臼”，走出“案例判决的丛林”，[⑧]为解决网络猥亵的司法困境与完善我国性侵害犯罪刑法保护体系与规范供给提供具有中国特色、符合中国实际的方案。

二、网络猥亵的本体范畴论：概念界定、性质辨析与类型化

新型犯罪现象由社会创制，对其予以概念化、类型化、范畴化的任务却归于理性主体人。对网络猥亵的解读应当符合立法精神与司法政策的需要，不超出社会一般人的预测可能性。

(一)网络猥亵的概念界定与性质辨析

对于网络猥亵，目前并不存在统一的称谓，“网络猥亵”“网络性侵害”“网络隔空猥亵”“隔屏猥亵”“网络直播猥亵”“强迫虚拟性行为”“线上猥亵”“线上性侵害”等诸多相似或交叉的说法并存。称谓多元不统一并不利于严谨、深刻的学术研究，以上诸多概念应当统一于“网络猥亵”，该称谓已经足以涵盖以上诸多称谓的意涵。

那么，网络猥亵应当如何界定？考察学界针对网络猥亵相关概念的界定，大多数概念的侵害对象是指向儿童。例如，有论者认为，“隔屏猥亵”儿童行为不同于传统的直接接触式猥亵，是指行为人以计算机网络形成的虚拟空间为犯罪场所，通过特定的远程聊天工具对不满14周岁的儿童实行远距离的、非直接身体接触的猥亵行为。[⑨]再如，也有论者指出“隔空猥亵儿童行为是指行为人通过……网络社交工具，针对不满14周岁的儿童进行的远距离、非接触性的猥亵行为”。[⑩]在这一概念基础上，有论者特别强调“网络猥亵是指……严重侵害儿童人格尊严和心理健康的行为”，[⑪]特别指出法益侵害“严重性”的程度要求。此外，还有论者强调网络猥亵的“性刺激目的”；[⑫]更有论者陷入极端，为清晰界定网络猥亵而进行精细化的描述，指出“‘隔空猥亵’是指行为人为满足性刺激目的，以互联网为媒介，打着‘个性交友’‘招募童星’等幌子，诱骗、胁迫未成年人进行‘裸聊’，发送‘裸照’‘裸体视频’等方式而进行猥亵的违法犯罪行为”。相反，也有论者言简意赅地指出“网络时代的儿童性侵害是通过互联网对儿童实施的性侵害”。[⑬]

以上对网络猥亵的界定均存在局限性，通过分析，网络猥亵的界定至少存在以下四个模糊性：一是侵害对象的模糊性。网络猥亵的侵害对象是否限于儿童？目前观点有的限制为未满18周岁的“未成年

人”，有的限制为未满14周岁的“儿童”，成年人能否成为网络猥亵的对象？二是主观目的的模糊性。网络猥亵是否要求行为人主观上存在满足性刺激的目的或满足性欲的内心倾向？出于报复、牟利或其他目的进行猥亵构成网络猥亵吗？三是强制行为的模糊性。网络猥亵的行为定型是否要求诱骗、胁迫等强制或欺骗手段？行为人在儿童等被害人主动裸聊等情形下仅不作为的放任是否构成网络猥亵？四是媒介功能的模糊性。行为人在现实世界中猥亵并通过网络扩大影响的，是否构成网络猥亵？如网络直播猥亵。

针对侵害对象的模糊性，本文认为，网络猥亵的侵害对象不应当限定于儿童或未成年人，任何人均可能成为网络猥亵犯罪行为的被害人。这主要有以下两个方面的理由。其一，如果承认网络猥亵是传统猥亵在网络时代的新型变种，即传统犯罪网络化，那么，网络在猥亵中的属性定位应当是工具或场域，[14]作为工具或场域的网络难以成为限制行为侵害对象的条件。在传统猥亵类犯罪中，《刑法》第237条第1款规定之强制猥亵罪的行为对象是“他人”，该条第3款规定之猥亵儿童罪罪状描述为“猥亵儿童的”，因此，承认网络猥亵的侵害对象包括成年人更符合立法意旨与刑法体系。其二，将网络猥亵的侵害对象限制为未成年人或儿童与现实不符。实际上，网络猥亵成年人已被司法实务承认。例如，“刘成龙强制猥亵案”，法院一审判决认为，被告人刘成龙采用威胁手段，通过网络视频方式对妇女实施猥亵行为，其行为已构成强制猥亵罪，判处有期徒刑1年2个月。[15]由此可见，网络猥亵成年人的情形在现实中并不鲜见，刑法理论在研究网络猥亵时应当予以考量。

针对主观目的的模糊性，本文认为，网络猥亵的认定中行为人主观上是否存在满足性刺激的目的或满足性欲的内心倾向不是必要条件，否则便会枉纵犯罪，不当限制刑法适用。首先，此问题实际上是猥亵类犯罪是否是倾向犯之争在网络猥亵中的延续。所谓倾向犯，是指犯罪的成立需要特定内心倾向，即“行为必须表现出行为人的特定内心倾向的犯罪，只有当这种内心倾向被发现时，才能认为其行为具有构成要件符合性”。[16]对此，传统观点持肯定说，否定说是有力说。[17]从法益的视角分析，一般认为，猥亵犯罪的保护法益是妇女的“人格尊严和人身自由”和儿童的“身心健康”，[18]也有学者持“性羞耻心说”，[19]还有论者认为包括猥亵犯罪在内的所有性侵犯罪侵害的仅是“性自主权”，[20]此外，有学者专门指出猥亵儿童罪的保护法益是“儿童的健康成长不受性行为的妨碍”。[21]然而，不论采取哪种学说，内心倾向的存在与否均不会影响猥亵行为的法益侵害性，猥亵犯罪的法益是否被侵害，应当在客观事实的基础上以被害人为中心判断。其次，进入网络猥亵的领域，若承认网络猥亵的成立需要满足性欲的内心倾向，则势必导致定罪不能、罪刑不均的风险。例如，在当下高利贷、套路贷等案件中，债权人强迫女性债务人发送裸照或私密视频作为“担保”或供其观看的情形屡见不鲜，若严格要求行为人具有满足性欲的内心倾向则会不当限制猥亵犯罪的处罚范围，造成刑法规制的真空地带。再如，甲女与乙女有仇，甲女遂通过网络社交软件接近乙女的8岁女儿，诱使其拍摄、发送私密视频、照片以作把柄报复。应当说，若承认网络猥亵需要满足性欲的内心倾向，则无法实现对乙女的定罪处罚。

针对强制行为的模糊性，本文认为，网络猥亵是否需要胁迫等强制手段应当分情况讨论，胁迫等强制手段不是网络猥亵成立的必要条件。构成要件是违法行为的类型化，对于新型犯罪现象，首先应当考虑的是遵循罪刑法定原则，在刑法解释的限度内将之纳入刑法规制。检讨目前刑法体系中的猥亵犯罪体系，即强制猥亵、侮辱罪与猥亵儿童罪，根据罪刑法定原则的要求，若猥亵对象为不满14周岁儿童的，则成立网络猥亵无须强制性条件，儿童自愿或主动做出裸聊、发送私密照片等行为而行为人放任、容忍的，在主观心态上至少可以视为间接故意，不影响网络猥亵的成立，反之，若猥亵对象为已满14周岁“他

人”的，则网络猥亵的成立需要以“强制”为必要条件。总之，网络猥亵的成立是否需要强制手段，应当根据刑法体系来确立，至于这一体系是否完备，其中的法理问题，下文再详细讨论。

针对媒介功能的模糊性，本文认为，行为人远程通过网络直播的方式实施猥亵行为的，应当无可争议地纳入网络猥亵的范畴且具有更大社会危害性，而行为人在现实世界中猥亵并通过网络扩大影响的，从广义上来说，也应当纳入网络猥亵的范畴。以网络直播猥亵为例分析，所谓网络直播猥亵是指行为人在现实中的私密空间实施猥亵行为的同时，借助直播平台等具有即时观看属性的社交软件，将视频画面同步公布于公共网络空间供人观看的行为。[22]在网络直播猥亵中，借助网络的窗口，猥亵行为在构成基本犯的前提下，完全可能因此构成“在公共场所当众”的情节加重犯，不法性增强，即网络媒介的介入赋予了该行为更恶劣的违法性。笔者认为，既然网络媒介能够增强行为的不法程度，也更彰显行为人的法的反对动机，更能冲击国民对规范有效性的信任，那么，就没有理由将网络直播猥亵等通过网络扩大其影响力的现实猥亵行为排除在网络猥亵的范畴之外。当然，由于此类猥亵行为是发生在现实空间，必须承认其与单纯的网络(隔空)猥亵的差异，对网络猥亵范畴的界定，有必要进行广义与狭义的划分。

综上，网络猥亵是指行为人通过网络媒介猥亵他人的不法行为，其主要包括两类情形，即行为人通过网络媒介“隔空”对他人进行远距离的、非接触性的猥亵的情形(网络隔空猥亵)与行为人通过网络媒介扩大其现实猥亵行为不法性的情形(网络直播猥亵)。其中，前者可称为狭义的网络猥亵，二者可统称为广义的网络猥亵。需要重申的是，满足性欲的内心倾向与胁迫等强制手段不是网络猥亵成立的必要条件。

(二)网络猥亵的基本形态与类型化

概念没有类型是空洞的，类型没有概念是盲目的。[23]在界定网络猥亵的概念后，对其概念涵摄内容予以类型化有助于化解“内含于抽象思考中的意义空洞化趋势”，[24]有利于网络猥亵的准确定性与刑事治理。因为，事实与规范的相遇以构成要件为媒介，构成要件是违法行为的类型化，构成要件该当性的判断实质上是经验事实类型与违法类型的双向演绎、互动阐释与循环展开。

事实上，关于网络猥亵的类型化，学界已有部分学者进行了有益尝试。例如，有观点将网络猥亵儿童的行为类型化为“网络隔空猥亵儿童行为”与“网络直播猥亵儿童行为”，[25]这一见解颇具见地，但侵害对象局限于“儿童”使得该类型化存在未尽之力。再如，以犯罪类型为标准，有观点将所谓“网络儿童性引诱行为”区分为“接触型网络儿童性引诱”与“非接触型网络儿童性引诱”，二者的差异在于最终是否在现实中侵害，并将后者划分为“参与型”与“观看型”。[26]还有观点与前者相似，将“网络时代的儿童性侵害”类型化为“无接触式的线上侵害”与“线上与线下结合的有接触侵害”。[27]与之相似的分类还有“线上猥亵型”“线上认识型”“混合型”。[28]又如，以采取的手段为标准，有观点将网络猥亵儿童分为诱骗型、威胁型以及诱骗加威胁型三类。[29]笔者认为，以上类型化的尝试不仅将侵害对象限制于“儿童”显得局限，而且在类型化时未关照刑法适用体系的需要，对网络猥亵的基本形态阐述存在不足。基于此，为迎合司法准确定性的需要与符合刑法体系的逻辑，本文认为网络猥亵可以类型化为如下三种情形。

其一，以行为对象的年龄层次与刑法猥亵犯罪体系为标准，网络猥亵可分为“网络强制猥亵型”与“网络猥亵儿童型”。对于前者而言，网络猥亵的构成应当以“强制”为必要条件，对后者则不重要。应当说，针对网络猥亵的类型化，应当在影响其行为不法性的构成要件层面思考方具充足价值。例如，前述观点中以行为手段为标准划分的“威胁型”对于网络猥亵儿童意义有限，因为无论是否采用威胁手段均不影响网络猥亵儿童的成立；相反，“诱骗型”对于

网络强制猥亵则无意义，因为该类型根本不构成网络强制猥亵。譬如，甲男乙女均成年，甲男以利为饵诱骗乙女在视频聊天中“裸聊”并进行自慰以满足性欲，在甲事后不付钱的情况下，因双方行为是其自由意志的体现(就算乙女的自由意志表达有瑕疵，但并不影响其认识其行为的性质)，根本不可能构成强制猥亵罪。

其二，以行为主体与行为对象的性别为标准，网络猥亵可类型化为以下四类。一是男性对女性实施的网络猥亵；二是女性对男性实施的网络猥亵；三是女性对女性实施的网络猥亵；四是男性对男性实施的网络猥亵。性别标准下的类型化之所以有意义，首先是因为在价值多元的当下社会，同性恋现象已经相当普遍，男性猥亵男性等猥亵同性案屡见不鲜。例如，“曹守爱强制猥亵案”中，被告人曹守爱多次到鄱阳县三庙前乡大利村委会程家村、大利村委会柏树下村、渡头村委会渡头村，通过爬窗、托门等方式进入到被害人家中趁被害人熟睡之机强制猥亵男性老人，法院一审判决被告人曹守爱犯强制猥亵罪，判处有期徒刑2年。[30]此案虽非网络猥亵同性案，但是在网络时代已经形成同性恋网络社区(例如Blued)的时代背景下，网络强制猥亵同性或猥亵同性儿童的情形出现是不足为奇的，刑法理论研究应当予以前瞻性的关照。其次，由于男女两性的生理结构与心理表现存在差异，社会观念下的性伦理、性道德等社会风俗会导致男性、女性的区别化认知。例如，裸露上身在一般社会观念中对女性更具性意义。这可能导致网络猥亵成立的范围、不法程度产生变化。

其三，以网络猥亵的行为内容为标准，网络猥亵行为一般可表现为三类基本形态。一是言语猥亵形态。例如，鼓励、要求或胁迫行为对象以文字或语音说、读淫秽语言；以文字或语音对行为对象说淫秽语言、让其听淫秽录音。二是视觉猥亵形态。例如，传输自己或他人裸露身体隐私部位或展示淫秽动作的图片、视频给行为对象观看；通过网络视频通话使行为对象观看自己或他人的隐私部位、淫秽动作。三是动作猥亵形态。例如，鼓励、要求或胁迫行为对象传输裸露自己隐私部位或展示淫秽动作的照片、视频；鼓励、要求或胁迫行为对象通过网络视频通话裸露自己的隐私部位或展示淫秽动作；鼓励、要求或胁迫行为对象对自身实施猥亵；鼓励、要求或胁迫行为对象与他人进行性活动。需要特别指出的是，在网络猥亵犯罪中，上述三类基本形态可能出现几类同时共存的情形。针对不同行为对象，有的行为可能无法达到猥亵的不法程度，需要具体甄别。但可以确定的是，言语猥亵形态、视觉猥亵形态、动作猥亵形态三者的恶劣性、不法程度是递增关系。

三、网络猥亵的解释限度论：“网络猥亵”是否超越“猥亵”文义射程？

对网络猥亵等新型犯罪现象的治理，司法者的首要任务是在罪刑法定的框架内运用刑法解释方法划定规范适用的合理尺度界限，既不刻板僵化以致陷入“机械司法主义”[31]的陷阱，也不漫无边际引发权力滥用的恣意。因此，对于网络猥亵的规范选择，实质是在刑法解释限度(刑法文义解释所不能超越的、刑法文本所限定的文义界限和程度，以确保刑法解释对象和解释结论的合法性限度)内确证网络猥亵的刑法解释结论的合理性与合目的性，[32]实现法、理、情的统一。其中最重要的是网络猥亵是否超越猥亵的文义射程，这是以既有刑法规范规制网络猥亵犯罪行为的逻辑前提、理论通道。

(一)网络猥亵解释限度的论证必要性证成

在实务中，“网络猥亵等同线下犯罪追诉”，[33]而无可否认的是，较之兼具接触性、共时性的传统猥亵形态，网络猥亵因网络世界的虚拟性、跨地域性而导致猥亵行为人、被害人、行为、结果等要素产生“时空脱嵌”现象，新型猥亵与传统猥亵在形式特征上存在明显差异，这势必会导致网络猥亵是不是猥亵的疑问，即网络猥亵是否超越“猥亵”的文义射程而构成法不容许的类推解释？在前文对网络猥亵的概念界定中，笔者在论证中假定网络猥亵就是“猥亵”，这一

点亦为《2023解释》第9条承认。然而,这一结论并非不言自明。应当说,“在网络空间相遇的传统线下法律概念与新的线上案件事实绝不会视而不见,擦肩而过,而是可能会发生矛盾,甚至激烈碰撞。二者的和解需要传统刑法概念的新解释和传统刑法学说的新发展”,[34]从而“使旧法条适应新时代”。[35]

司法实务中对网络猥亵是猥亵的定性主要源自“骆某猥亵儿童案”,该案二审认为,被告人骆某以寻求性刺激为目的,通过网络聊天对不满14周岁的女童进行言语威胁,强迫被害人按照要求自拍裸照供其观看,已构成猥亵儿童罪(既遂),依法应当从重处罚,判处有期徒刑2年,该案改判的核心理由是“……未直接与被害儿童进行身体接触……与实际接触儿童身体的猥亵行为具有相同的社会危害性”。[36]问题是,网络猥亵与传统猥亵行为具有相同的社会危害性,就能等值适用相同的刑法规范吗?刑法理论上,“法律漏洞”依其规范功能属性可分为“不真正的法律漏洞”,即允许司法通过刑法解释予以填补的漏洞,与“真正的法律漏洞”,即禁止司法通过刑法解释予以填补的漏洞。[37]显而易见,相同的社会危害性根本不足以说明猥亵能够涵摄网络猥亵,如果具有相同社会危害性即能超越文义射程而直接适用刑法规范,则这种“片面强调危害结果的实质化犯罪认定思路难免造成构成要件定型性的崩溃”,[38]构成要件的犯罪个别化机能则因此丧失,作为刑法教义学基础的罪刑法定原则失灵,最终将导致刑法教义学理论大厦崩塌之虞。因此,司法机关不能仅凭社会危害性认定犯罪,不能据此规避释法说理,如果“猥亵”的文义射程确能涵摄“网络猥亵”的意蕴,则应当说明论证;反之,则应当正视其为“真正的法律漏洞”,填补之任务应当归于立法机关。

(二)猥亵文义射程涵摄网络猥亵的合理性检讨

本文认为,网络猥亵的内涵完全可以被“猥亵”所涵摄,此结论不会影响刑法安定性,无损一般国民预测可能性,亦能与民众的法感情、法规范意识协调一致。

首先,应当认识到“猥亵”一词具有鲜明的道德评价色彩,其内涵与外延是在历史长期的社会性观念、性道德中形成,并会随社会变化而变化。例如,《刑法修正案(九)》将强制猥亵的对象由“妇女”修改为“他人”正是反映了猥亵内涵随社会变化的性质。这意味着,作为罪状描述中的“猥亵”是规范的构成要件要素,其外延是灵活的、历史的,具有相当的弹性。考察“猥亵”词义发现包括两个层面,“1.淫乱;下流的(言语或行为):言语猥亵;2.做下流的动作:猥亵妇女。”[39]在这基本词义的基础上,多数学者对“猥亵”的文义做了相似界定。例如,“所谓猥亵,是指实施伤害普通人的正常的性的羞耻心,违反善良的性道德观念的淫秽行为”;[40]猥亵应当具有质的规定性,具有性的意义,侵害他人的性的决定权;[41]猥亵是以刺激或满足性欲为目的,采取性交以外淫秽、下流的言语或具体行为对特定人性心理的侵犯;[42]等等。分析学界现有对“猥亵”文义边界的限定,可以发现,学者所用之表述均相当“含蓄”,深刻展现了我国性道德、性观念、性文化、性禁忌的保守性特质,所划定之文义边缘具有变异性、游移性、模糊性、抽象性。因此,“猥亵”的文义射程的判定,是浓厚价值判断与强烈道德评价的综合,在这个意义上,网络猥亵与传统猥亵形态之间接触与非接触的“时空脱嵌”则不再重要。比如,甲乙共居一室,甲强迫乙裸体抚摸自己的身体并自慰供自己观看,双方无实质身体接触。在这种情形下,认定甲构成传统意义上的猥亵是不存在疑义的。倘若换一场景,甲通过网络视频通话实行这一行为,则没有理由将之排除在“猥亵”的文义射程之外,因为在二者均无实质接触的情况下,通过网络媒介这一工具观看与通过肉眼观看在性侵害这一核心视角并不存在任何差别。故此,如果非要说网络猥亵与“猥亵”存在一定差异,那么,这种差异也只是形式的而非实质的。在文义的刑法解释限度层面,网络猥亵的内涵完全能被猥亵所涵摄,传统猥亵的“接触性”[43]与网络猥亵的“非接触性”应当说是刑法规定给刑法解释学的留白,并不具有定型意义,站

在实质解释论、客观解释论的立场，对此完全能通过刑法解释予以补正。但某些网络猥亵的法益侵害性可能难以与传统猥亵相当，无法入罪。

其次，除从文义的尺度论证“猥亵”能涵摄“网络猥亵”外，对“猥亵”进行范畴学、类型学的考察亦足以说明网络猥亵应当归于猥亵的范畴、类型。正如学者指出，猥亵是原型范畴而非特征范畴。所谓特征范畴源自亚里士多德，是指范畴是通过一组充分必要特征/条件来下定义的，特征范畴间界限分明，范畴内成员地位平等，即事物范畴化的基础是共同性。而所谓原型范畴以事物的相似性为基础建立，但范畴内的相似性未必为所有成员共享，范畴内成员存在重叠、交叉关系，原型范畴之间不存在明确的界限，范畴围绕范畴内的典型原型、核心事实建立，范畴内存在好的样本与差的样本，前者与典型原型相似度高，后者相似度低。[44]显然，对于猥亵这样的日常概念，用原型范畴说明更为妥当。回归网络猥亵与猥亵的界分，如果以“甲强制脱乙衣物并触摸乙隐私部位”或“共处一室的甲强迫乙裸体、自慰供其观看”作为猥亵的典型原型、核心事实，那么，应当说网络猥亵的“动作猥亵形态”与该典型原型高度相似，是好的样本，“视觉猥亵形态”次之，“言语猥亵形态”则是差的样本。如此，至少将部分最恶劣的网络猥亵归于猥亵的原型范畴不存在疑问，因为即使网络猥亵中行为人无法实质接触被害人，也可通过间接正犯之法理将被害人自身或他人视为行为人实施猥亵行为的工具。而在类型学上，依笔者见解，所谓概念就是特征范畴，是高度抽象的确定性描述，而类型则是原型范畴，是中度抽象的相似性描述。类型学研究者指出，类型与类型之间是开放的、弹性的，不存在明确边界，是流动式过渡、比较级陈述，类型与类型呈现一种具有连续性的序列状态，只要类型内部的要素组成的、具有决定性的“整体图像”相似，就可归于同一类型。[45]而从前文所述学界对“猥亵”的界定来看，猥亵的显而易见不足以形成“高度抽象的概念”，顶多是一种“类型”或“类型性概念”，因此，将网络猥亵归于猥亵的范畴并不存在理论上的罅隙。

四、网络猥亵的入罪解释论：刑法适用规范分析

网络猥亵未超越“猥亵”的文义射程的证成，贯通了以既有刑法规范规制网络猥亵行为的理论通道。事实上，网络猥亵的刑事治理涉及多个罪名，这一点亦被司法实务承认。总体来看，网络猥亵主要适用的刑法规范是《刑法》第237条强制猥亵、侮辱罪与猥亵儿童罪；如果认为《刑法》第236条之一负有照护职责人员性侵罪的罪状表述的“与该未成年女性发生性关系的”包摄猥亵行为，那么，理论上网络猥亵的刑法适用也可能涉及这一罪名。此外，网络猥亵的行为还可能同时涉及传播淫秽物品类的部分罪名。一般来说，网络猥亵的刑法规制中适用这些罪名基本不存在疑问，但是，针对不同罪名，会产生一些值得注意的情况与特殊适用原则，为实现合法入罪，本文认为有以下三种特殊情形需要予以特别注意。

(一)网络猥亵中被害人年龄层次的刑法差异适用

网络猥亵犯罪中依照被害人不同年龄层次适用不同罪名规制。网络猥亵儿童的，适用猥亵儿童罪；网络强制猥亵他人(已满14周岁)的，适用强制猥亵罪；负有照护职责人员网络猥亵其照护的已满14周岁不满16周岁的未成年女性的，如果在承认《刑法》第236条之一规制的“发生性关系”包摄猥亵行为，则有可能适用负有照护职责人员性侵罪。依照不同年龄层次适用不同罪名规制网络猥亵犯罪，必然面临的问题是各罪名的构成要件差异导致的司法认定差异及法理阐释。总体来看，有一项情形需要特别说明，即网络猥亵适用不同罪名中的被害人承诺的问题。适用强制猥亵罪的“网络强制猥亵型”以违背被害人意志的“强制性”为必要，而适用猥亵儿童罪的“网络猥亵儿童型”则无须这一要件。一般而言，法益概念体现深刻的个人自治理念，基于权利人承诺(同意)的行为造成损害体现的是权利人对自身法益

进行支配和使用，行为人的行为因不违背权利人的自由意志、符合权利人自我决定而不具有法益侵害性。因此，行为人依承诺而实施之行为即便造成法益损害后果也应当是刑法上的正当行为，一般阻却构成要件的该当性[46]或阻却行为违法性。[47]问题是，网络猥亵犯罪中被害人的同意是否排除网络猥亵的违法性因被害人年龄层次的不同存在差异，其中法理何在？应当说，人是随着年龄的增长而不断发展成熟的，心智尚未成熟的儿童对猥亵行为的性质、后果不具有充分的认识、控制能力，达不到社会一般人水平，难以具备完全的承诺能力，无法真正表达其自由意思，是故其性同意或承诺不能构成有效承诺，进而网络猥亵儿童的成立猥亵儿童罪无须考察被害人是否同意。[48]此外，如果说刑法是作为一种促进人类文明有秩序地长远发展的社会控制手段，那么，刑法便应当秉持一种文明的理性、一种把人类力量扩展到尽可能最高程度的思想、一种为了人类的目的对外在自然界和内在本性进行最大限度控制的理想。[49]基于此，对于代表人类未来发展的儿童即有特别保护的必要，在立法上宽缓猥亵儿童罪的构成要件具有正当性。

总之，笔者认为，在网络猥亵犯罪的司法认定中，基于儿童生理、心理不成熟的现实与儿童保护的特殊需要，应当奉行家长主义的理念，坚持“儿童利益最大化原则”“最有利于未成年人原则”，将之作为网络猥亵案件办理中的权衡标准、解释猥亵犯罪刑法规范的重要依据，[50]力求实现对儿童“最高限度的保护”与对儿童犯罪“最低限度的容忍”。对于网络猥亵儿童的，应当排除被害人同意的违法性阻却功能，贯彻“对侵害未成年人犯罪零容忍”的从严刑事政策。但是，刑法立法与司法必须尊重人类理性随着年龄增长不断发展成熟的现实，对于不同年龄层次的保护对象，刑法的法益保护机能与自由保障机能之间的平衡应当随着主体年龄的增长适当倾向后者，刑法是保障法，具有最后手段性，严格约束刑法对国民自由的不当限制是罪刑法定原则的应有之义。对于被害人同意的认定应当恪守其司法界限与立法界限，在司法中社会伦理规范与法益的重要性均不能成为限制国民自由意志的理由，若确实需要限制，则任务应当归于立法且只能在刑法明文规定的范围内适用。[51]因此，对于非侵害儿童的网络猥亵，刑事司法应当保持审慎态度，严格入罪，遵循宽严相济的刑事政策。在被害人已满14周岁的网络猥亵中，对于被害人受欺骗后所作承诺的效力的认定，除非被害人承诺是由于行为人的欺骗导致其对猥亵行为的性质(性意义)产生错误认识，否则应当肯定被害人承诺的有效性，否认“强制”要件的存在，不构成强制猥亵罪。例如，前述之甲男以利为饵诱骗乙女在视频聊天中“裸聊”并进行自慰以满足性欲，甲事后不付钱的情况，就算乙女的同意有瑕疵(如果乙知道甲是欺骗就不会同意裸聊)，但乙对裸聊行为的性意义认识并不存在错误，其同意有效。再如，如果甲谎称自己是网络妇科医生，乙信以为真，遂通过网络寻医问诊，向甲发送私密部位图片的乙对自己行为的性质产生了认识错误，因甲的欺骗而陷入不知反抗的境地，则应当否认其承诺的有效性，甲有以“其他方法”构成强制猥亵罪的可能。

(二)网络猥亵中“在公共场所当众”的认定问题

如前所述，以行为对象的年龄层次与刑法猥亵犯罪体系为标准，网络猥亵犯罪可类型化为“网络强制猥亵型”与“网络猥亵儿童型”，分别适用强制猥亵罪与猥亵儿童罪规制，而这两个罪名均以“在公共场所当众”作为情节加重犯。网络猥亵因发生于虚拟网络空间引发其能否构成“在公共场所当众”的争议。若持肯定立场，则行为人可适用5年以上有期徒刑的加重刑罚；反之，则只能适用5年以下有期徒刑的基本刑，这对网络猥亵犯罪的刑法规制能否实现罚当其罪具有重要现实意义。对此，应当回应两个问题：一是网络空间能否归属于公共场所的范畴；二是若持肯定回答，则网络猥亵在何种情形下构成“当众”。针对前者，在普遍承认猥亵不以身体接触为必要的前提下，否定论者认为“网络强制猥亵、侮辱妇

女的行为，不可能适用《刑法》第237条第2款的规定”，因为“空间”是具有长度、宽度、高度的物质存在的一种客观形式，公共场所只能是公众身体可以自由出入的场所。即便承认网络空间是公共空间，亦不能将作为上位概念的“公共空间”与作为下位概念的“公共场所”等量齐观、相互替换。[52]在此基础上，否定论者甚至否定网络直播强奸行为属于“在公共场所当众强奸妇女”，[53]忽视网络媒介对现实空间私密性的破坏。事实上，“当下互联网的发展以及高清视频设备的普及，使得视频的播放往往让观众有身临其境之感”。[54]互联网已经开始向第三代互联网形态“元宇宙”探索，网络空间日渐成为“一种具有现实性的数字虚拟社会”，[55]现实与虚拟的交融不断将人的视觉、听觉乃至触觉迁移至网络空间，虚拟与现实的交涉、互动完全能实现对现实的“强干涉”，网络中“发生的行为方式或行为后果直接影响现实世界社会关系”。[56]猥亵此类不以身体接触为必要条件的行为，与网络空间是“没有重量的生存”并无冲突，“社会成员的身体缺席，种种围绕身体相关的事务不再迫切”[57]所导致的网络空间中故意杀人等犯罪的缺席绝不至于涉及猥亵，当下互联网已经现实性地具有猥亵的“公共场所”的属性。本文认为，能否构成公众场所的关键不在于空间是否是有形的、现实的纬度，公共场所的本质也不在于“公众的身体可以自由出入”，而在于能否公开地、共时地、互动地“为不特定人或者多数人所使用”，[58]将网络空间解释为公共场所不会超越刑法文本文义射程与公众的基本生活经验。根据语言学原理，词汇的核心意义较为固定，但词义的具体内容会随社会发展变迁，“网络空间”的普遍使用已经彰显“空间”词义的变化与社会观念的普遍接受，承认“有的事项在现实空间和网络空间均能完成”并不超越一般认知。[59]至于有论者认为若将网络空间视为公众场所，则一本杂志、一份报纸、一个留言牌因不特定的人可以在其上发表言论而成为公共场所的论调难以成立，因为其不可能同时具备公开性、共时性、互动性等特征。

针对后者，对网络猥亵犯罪刑法规制中“当众”的理解，应当在刑法解释限度论的指导下坚守“当着众人面”的文义，严格限制扩大解释的限度。[60]笔者认为，较之发生于现实物理空间中的在公共场所当众隐蔽地实施猥亵行为是否构成“在公共场所当众”的争议，发生于网络空间的“当众”猥亵在承认网络空间构成公共场所的前提下，理应更容易认定。因为，如果说行为人在现实公共场所隐蔽地实施猥亵行为具有“行为私密性”的部分特征，行为人不完全具备“公然实施”的主观恶性，那么，网络空间中的“当众”则直接反映行为人对“当着众人面”公然实施犯罪行为的主动追求，直接、现实地反映其对刑法规范的蔑视。需要特别强调，一是网络猥亵犯罪中“在公共场合当众”的认定，应当兼具公开性与共时性，要具有一定的严重性、持续性。例如，前文所述之“刘成龙强制猥亵案”与“骆某猥亵儿童案”中，行为人与被害人之间是“点对点”的私密交互，不具有公开性，只能构成基本犯而非情节加重犯。二是“在场人员是否看到”对“在公共场所当众”认定的影响。基于“最有利于未成年人原则”，笔者认为网络猥亵未成年人只要具有公开性与共时性，网络空间中在场人员是否看到不具有决定性意义，只要具有看到的可能性即可予以认定；而对网络猥亵成年人则应当更为审慎，若在场人员确实没有看到的，则应当否定构成“当众”。概言之，狭义的网络(隔空)猥亵一般是不构成“在公共场所当众”的，只有在微信群聊、QQ群聊等具有公开性的网络空间方有构成的余地。例如，甲在社交软件群聊中强迫乙发布自己的裸体照片、视频，应当构成强制猥亵罪的“在公共场所当众”的情节加重犯。而广义的网络(直播)猥亵一般构成“在公共场所当众”实施，因为直播平台等具有即时观看属性的媒介的介入，现实的物理空间的私密性被打破，猥亵具有公开性与共时性，构成该情节加重犯是当然解释。问题是，如果行为人通过网络进行“点对点”的隔空猥亵，事后将被害人裸体照片、私密视频发布至网络，这是否构成“在公共场所

当众”？本文的基本立场是，事后发布行为已经超越“当众”之文义射程，不具有共时性，基于刑法解释限度论应当否定构成“在公共场所当众”，但应当认识到事后发布行为的严重危害、社会恶劣影响与在公共场所当众实施相当，可以考虑构成强制猥亵罪或猥亵儿童罪情节加重犯之“有其他恶劣情节的”，如果达到传播淫秽物品罪入罪标准的，则数罪并罚。

(三)网络猥亵中的行为样态差异化入罪与加重情节作用变更问题

如前所述，以网络猥亵的行为内容为标准，网络猥亵可类型化为言语猥亵形态、视觉猥亵形态、动作猥亵形态，三者的恶劣性、不法性呈现递增关系。同时，根据行为主体与行为对象性别的差异，因男女两性的生理、心理及社会伦理文化观念的差异，网络猥亵的不法性也存在差异。因此，为实现刑法的法益保护机能与自由保障机能的平衡，贯彻罪刑法定原则的实质侧面，避免处罚不当，应当对网络猥亵的行为样态的不法性进行整体、通盘的判断，实现实质正义，公正入罪。详言之，对于网络猥亵儿童的，为实现儿童的特殊保护，贯彻“最有利于未成年人原则”，应当承认网络猥亵的言语猥亵形态、视觉猥亵形态、动作猥亵形态均具有充足危害性，行为人对儿童(包括男童与女童)实行网络猥亵行为的，即便仅是采取不法性最低的言语猥亵，也应当考虑入罪的可能。而对于网络猥亵他人的，则应当慎重考虑入罪，要对行为人与被害人的性别、行为人所实施之行为的样态进行综合考虑。一般而言，仅仅是言语猥亵被害人的，例如，仅是强迫被害人听自己说淫言秽语，向被害人发送自己或他人淫秽图片而未向被害人附加其他强制的，通常应当慎重入罪，而考虑采用行政法规制。此外，行为形态、行为人与被害人性别差异导致的不法性差异也应当体现在量刑中，对于不法性低的网络猥亵形态，应当适用更低的法定刑。

需要特别指出的是，网络猥亵犯罪具有隐蔽性，对被害人的侵害往往是长期的、多次的，甚至存在多个被害人。那么，司法实务中往往容易存在这样一类特殊情形，行为人实施网络猥亵行为，行为样态轻微(例如仅言语骚扰)，无法达到强制猥亵罪或猥亵儿童罪的基本犯入罪标准，但是，却出现了“多人或者多次”“在公共场所当众”“聚众”等加重情节的情形。例如，甲通过网络对多个儿童实行多次言语性骚扰，但其单个行为形态不法性难以达到猥亵儿童罪的入罪标准。一般而言，行为齐备基本犯的构成要件，在此基础上再具备加重情节方可成立对应的加重犯。依此逻辑，上述情形因不具备基本犯的成立条件，故不应当定罪处罚，但这一结论明显不妥当，未评价加重情节对行为不法性的附加。应当认为，“在某些情形下，加重情节可能变更评价为基本犯的构成事实”。[61]网络猥亵中，加重情节所侵犯之法益与基本犯同一，例如，较之“点对点”的私密言语猥亵，在网络群聊的中“在公共场所当众”言语猥亵更严重地侵害被害人的性自主权、性羞耻心。因此，网络猥亵的行为未达到基本犯成立标准的，如果出现“多人或多次”“在公共场所当众”等加重情节，因加重情节对行为不法性的附加，可以整体上将之评价为基本犯的构成事实，成立基本犯，适用基本犯的法定刑。需要注意的是，既然加重情节已经作为基本犯入罪的评价事实，基于“禁止重复评价原则”之法理，不得对此适用加重犯的法定刑，否则就相当于对一事实进行两次评价，适用两次刑罚，有违罪刑法定原则。

五、网络猥亵的合理出罪论：规范出罪规则建构

不被犯罪化的权利是一项基本人权，个人应当免受国家无理的刑事干涉。[62]对于网络猥亵等新型犯罪的治理，刑法应实现一种符合基本法理的、不背离公众法感觉的、有准则的犯罪化。本文认为，在对网络猥亵犯罪进行合法入罪的基础上，还应当遵循“年龄差规则”“行为差规则”“非犯罪标签化制裁优先规则”做到合理出罪。

(一)年龄差规则

本文认为，在网络猥亵犯罪中，行为人年龄及其与被害人的年龄差在特殊情况下有可能成为行为人

出罪或减(从)轻处罚的实质理由,可称之为“年龄差规则”。根据网络猥亵犯罪适用罪名与刑事责任年龄理论,网络猥亵犯罪的行为主体应当是已满16周岁的人,被害人则无年龄限制。以行为人与被害人年龄为标准划分,笔者认为,已满16周岁不满18周岁的未成年人偶尔通过网络猥亵儿童,情节轻微、未造成严重后果的,不认为是犯罪,必须予以定罪处罚的,行为人与被害人的年龄差距应当成为酌定量刑情节,年龄差距与行为人刑事责任正相关;发生于未成年人之间或未成年人猥亵成年人的网络强制猥亵,可以适当从轻或减轻处罚;已满18周岁的成年人网络强制猥亵已满14周岁的未成年人或网络猥亵儿童的,年龄差越大,可以在法定刑的范围内适当从重处罚。

事实上,在性侵犯罪中,将行为人与被害人的年龄作为是否入罪特殊政策考虑由来已久。最高人民法院在2006年发布的《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下称《解释》)第6条与2013年《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下称《意见》)第27条均规定:“已满十四周岁不满十六周岁的人偶尔与幼女发生性关系,情节轻微、未造成严重后果的,不认为是犯罪。”学界将这一规定形象地称为“两小无猜条款”,这一称谓直观显示了年龄及年龄差作为奸淫幼女型强奸罪出罪、从轻或减轻处罚的实质理由。依笔者见解,“两小无猜条款”的意涵与出罪思路应当延展至猥亵犯罪的领域,《意见》第1条明文规定性侵害未成年人犯罪包括强制猥亵、侮辱罪,猥亵儿童罪,将《意见》第27条“两小无猜条款”意涵与出罪思路延伸至猥亵犯罪的领域不存在逻辑上的障碍。而从该条款的性质上看,学界存在“性剥削说”[63]“特殊政策说”[64]与“有效同意说”[65]等不同观点,但不论哪种学说,均以《意见》第4条规定之“双向保护原则”[66]为价值底色,以《解释》规定之“教育为主,惩罚为辅”为基本原则。另外,未成年人正处于对性的探索时期,在彼此自愿的前提下,身心发育尚不成熟的未成年人偶尔做出超出限度的探索并不具有严重社会危害性,司法对此应当予以特别关照。总之,对于性侵害未成年人的犯罪,应当依法从严惩治;对于未成年被告人,应当考虑特别优待的需要。基于此,构建上述“年龄差规则”是符合立法意旨与规范价值的,是对“两小无猜条款”的发展、延伸、完善。

(二)刑法法定出罪规则

在刑法中,法定的承担出罪功能的条款主要是《刑法》第13条的但书条款与《刑法》第37条规定之非刑罚性处置措施。前者是否定犯罪的成立的“否定犯罪型”出罪;后者是在承认构成犯罪的前提下免予刑事处罚的“定罪免刑型”出罪。[67]为实现网络猥亵等新型犯罪的合理出罪,司法应当准确解读、适用以上法定条款,对于情节显著轻微危害不大与不需要判处刑罚的网络猥亵行为,司法应当善用、敢用以上条款予以出罪,这可以统称为“刑法法定出罪规则”。

且论前者,但书条款已经成为我国刑事司法中出罪的主要理由,较之司法实践对正当防卫与紧急避险等出罪事由的严苛,但书条款的适用可谓要温和、善意得多。笔者认为,为充分发挥《刑法》第13条的出罪功能,应当在当下《刑法》第13条犯罪概念混合入罪与出罪的情况中,虚化混合的犯罪概念的入罪功能,强化其出罪功能,实现犯罪概念由入罪与出罪的混合向单一出罪的转换,这是“推进我国刑事法治化进程中削减负面效应的务实之举”。[68]但必须注意的是,但书条款应当在罪刑法定的框架内运行,追求在合法入罪前提下的合理出罪,应当在网络猥亵犯罪的个案中具体判断行为的危害性,运用但书条款应当受限于“情节显著轻微”“危害不大”两项条件,要审慎划定出罪的适用范围,尽管有学者认为《刑法》第13条的但书的适用具有“可塑性”亦不能改变这一点。[69]换言之,但书条款不应当被滥用,否则其开放性会创造突破罪刑法定原则的风险,不仅不利于入罪与出罪的平衡,合法合理地规制网络猥亵犯罪,反而容易成为真正有罪者脱罪的借口,不利于

法益保护与人权保障的平衡。[70]刑法追求入罪与出罪的平衡,不是为了有罪者脱罪,而仅是为那些没有预防必要性、处罚必要性的行为张目。事实上,但书条款兼具入罪与出罪功能,甚至在其思维侧面,更体现着法教义学逻辑的入罪积极性,即"情节显著轻微、危害不大"实质是对情节及其危害性是否达到值得科处刑罚的程度的积极判断的否定结论。

再论后者,《刑法》第37条之"定罪免刑型"出罪不同于但书,该出罪事由因肯定行为符合犯罪构成而经常难以适用,定罪免刑往往被司法者所忽视。必须指出,刑事程序的启动对犯罪人而言本身便意味着一种负担,事实上具有惩罚意义,对于网络猥亵等新型犯罪,《刑法》第37条"定罪免刑型"出罪更有适用价值。因为,对于前文所述之仅有言语猥亵形态的网络猥亵行为或者行为样态轻微但因具有加重情节而被评价为基本犯的行为,其在罪刑法定原则的框架虽应当入罪,但是社会危害性有限,定罪免刑不失为一条实现罪刑均衡的有效路径。在此需要澄清一种误解,学界有观点认为定罪免刑不具有正当性,免刑意味着预防必要性缺失且会带来严重犯罪附随后果,立足于以刑制罪理论,定罪免刑应当走向免刑免罪。[71]依笔者见解,定罪免刑型出罪具有其独有价值,即向社会宣示此类行为为刑法所反对,以刑制罪的思维具有倒果为因的谬误,而因为犯罪附随后果的严重性而超越免刑限度的出罪无疑是"头痛医脚",犯罪附随后果的严重与失当应当在其本体修正,以后果的难治理性限制入罪难言妥当。

综上,对于网络猥亵犯罪的出罪,不应当入罪的应当根据但书条款出罪;应当入罪但不应当处刑的应根据《刑法》第37条免刑,各行其是,有条不紊。

(三)非犯罪标签化制裁优先规则

对于猥亵行为的治理,我国采取行政与刑事的二元制裁手段,即《治安管理处罚法》第44条[72]与《刑法》第237条强制猥亵、侮辱罪与猥亵儿童罪。从文义上看,《治安管理处罚法》第44条的规制范围较之《刑法》第237条要宽泛得多,符合刑法规定的行为一定在《治安管理处罚法》的规制范围内,反之则不一定成立。笔者认为,鉴于刑法的谦抑性,作为保障法的刑法应恪守最后防线的本分,凡是运用《治安管理处罚法》第44条足以规制,实现罚当其罪的网络猥亵行为,均没有动用刑法的余地,应当优先适用非犯罪标签化的制裁治理网络猥亵违法行为,禁止过度的犯罪化,实现合理出罪。这可以称之为"非犯罪标签化制裁优先规则"。应当说,"非犯罪标签化制裁优先规则"与"刑法法定出罪规则"是一体两面,各有侧重。对于根据但书条款免罪免刑或者根据《刑法》第37条定罪免刑的网络猥亵行为,可以据此实现适当处罚。非犯罪标签化制裁优先应当是司法本该恪守的原则,契合罪刑法定原则的基本精神。问题是,如何划定行政制裁与刑事制裁的界限?对此,笔者认为应当以刑法规定的构成要件为标准,结合网络猥亵行为的基本样态、猥亵的方式、行为人与被害人的性别年龄、猥亵次数、持续时间等因素综合评价该行为是否达到需要刑法规制的程度。

六、余论:与时俱进,构建解决网络时代刑法新问题的自主知识体系

屹立于犯罪浪潮中的刑法理论无时无刻不经受新型犯罪现象的冲刷,网络猥亵等新型犯罪现象给刑法理论带来了挑战与发展机遇。针对新型犯罪问题,中国刑法理论不应当只是形而上地坐而论道,也应当是形而下地知行合一,应当兼具科学性与实践性,不做纸面文章,要求真务实,与时俱进,以解决实际问题为导向,以建构体系化、本土化的解决网络时代刑法新问题的自主知识体系为目标。实际上,中国刑法理论的发展一直面临着以下三对内生性的矛盾:刑法知识的移植性突出与本土智识的自创性薄弱的矛盾,刑法理论面向国际的开放性扬弃与面向本土的封闭性发展的矛盾,刑法体系解决新型问题的发展应变性灵活性与刑法教义学的守旧自主性稳定性的矛盾。发展中国自主的刑法学知识体系,学界应当警惕将中国沦为德日刑法、英美刑法论战的新兴阵地,而应当聚焦中国问题,发展中国自主知识

体系，着力解决中国刑法理论发展中的三对矛盾，而不断解决网络猥亵等新型问题为正此提供的机遇。面对网络猥亵等新型问题，刑法学者应当兼顾我国公众观念、社会伦理的变迁，弥合立法精神与司法政策之间的罅隙，提供中国特色方案并将之不断体系化、教义化。如此，在不断解决新型问题的中国方案的体系化中，经过经验总结与理性检讨，我们将实现刑法知识体系的本土化。当然，解决网络猥亵等新型犯罪问题不能仅靠宏大叙事，还应当聚焦于网络猥亵本体，准确界定其范畴，科学划分其类型，在罪刑法定的框架内适用刑法，合法入罪合理出罪，丰富本土智识，发展本土刑法知识体系。

注释：

①参见《最高人民检察院关于人民检察院开展未成年人检察工作情况的报告》，载最高人民检察院网站2022年10月29日，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202210/t20221029_591185.shtml。

②参见《2023解释》第9条规定："胁迫、诱骗未成年人通过网络视频聊天或者发送视频、照片等方式，暴露身体隐私部位或者实施淫秽行为，符合刑法第二百三十七条规定的，以强制猥亵罪或者猥亵儿童罪定罪处罚。胁迫、诱骗未成年人通过网络直播方式实施前款行为，同时符合刑法第二百三十七条、第三百六十五条的规定，构成强制猥亵罪、猥亵儿童罪、组织淫秽表演罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。"

③对网络猥亵问题，相对司法实践的关注，学界关切不足，文献有限且研究视野仅局限于网络隔空猥亵儿童。参见张杰：《"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》，载《法学评论》2023年第2期；朱光星：《网络隔空猥亵儿童的定罪研究——以保护儿童为分析视角》，载《中国政法大学学报》2022年第4期；袁野：《网络隔空猥亵儿童行为的刑法定性》，载《青少年犯罪问题》2019年第4期；操宏均：《网络隔空猥亵儿童犯罪的司法认定》，载《中国检察官》2020年第18期。

④参见周光权：《刑事立法进展与司法展望——〈刑法修正案(十一)〉总置评》，载《法学》2021年第1期。

⑤参见刘艳红：《积极预防性刑法观的中国实践发展——以〈刑法修正案(十一)〉为视角的分析》，载《比较法研究》2021年第1期。

⑥为了实现对性侵儿童犯罪的周延保护，有学者认为应当将猥亵儿童罪中"儿童"界定为不满18周岁的未成年人，这种观点在学界至今仍有相当拥趸，可却未必妥当，若真如此，则新修"负有照护职责人员性侵罪"将虚置，忽视刑法体系逻辑与稳定性，也忽视了不同年龄层次的未成年人现实存在的心智差异。参见张鸿巍、江勇：《猥亵儿童罪中"儿童"概念的界定及展开》，载《中国应用法学》2019年第2期。

⑦参见刘宪权：《网络犯罪的刑法应对新理念》，载《政治与法律》2016年第9期。

⑧参见马寅翔：《抢劫罪中暴力概念的精神化及其限定》，载《法学》2021年第6期。

⑨参见张杰：《"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》，载《法学评论》2023年第2期。

⑩参见袁野：《网络隔空猥亵儿童行为的刑法定性》，载《青少年犯罪问题》2019年第4期。

⑪参见邵守刚：《猥亵儿童犯罪的网络化演变与刑法应对——以2017-2019年间的网络猥亵儿童案例为分析样本》，载《预防青少年犯罪研究》2020年第3期。

⑫参见陈诺：《网络隔空猥亵儿童犯罪行为治理刍议》，载《上海法学研究》2021年第11期。

⑬参见董晓梦、满运玖：《潜藏在屏幕另侧的触手与凝视——防范未成年人网络性侵害呼吁多方共治》，载《信息安全与通信保密》2021年第9期。

⑭参见梁根林：《传统犯罪网络化：归责障碍、刑法应对与教义限缩》，载《法学》2017年第2期。

⑮参见北京市顺义区人民法院(2021)京0113刑初551号刑事判决书。

⑯参见丁友勤、胡月红：《强制猥亵、侮辱妇女罪争议问题研究》，载《中国刑事法杂志》2007年第1期。

⑰参见刘嘉铮、任惠华：《强制猥亵、侮辱罪"去倾向化"研究》，载赵秉志主编：《刑法论丛》2021年第3卷，法律出版社2021年版，第243页。

⑱参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2022年版，第468、472页。

⑲参见[日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第120页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2011年版,第32页。

⑳参见王焕婷:《性侵犯罪的不法内涵——以负有照护职责人员性侵罪为中心》,载《中国刑事法杂志》2022年第6期;赵俊甫:《猥亵犯罪审判实践中若干争议问题探究——兼论〈刑法修正案(九)〉对猥亵犯罪的修改》,载《法律适用》2016年第7期。

㉑参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第1151页。

㉒参见李琳:《〈刑法修正案(十一)〉中猥亵儿童罪加重情节的理解与适用》,载《现代法学》2021年第4期。

㉓参见[德]亚图·考夫曼:《类推与"事务本质"——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第119页。

㉔参见杜宇:《类型思维与刑法方法》,北京大学出版社2021年版,第61页。

㉕参见李琳:《〈刑法修正案(十一)〉中猥亵儿童罪加重情节的理解与适用》,载《现代法学》2021年第4期。

㉖参见陈梦寻:《论猥亵儿童罪在网络儿童性引诱中的适用》,载《预防青少年犯罪研究》2021年第1期。

㉗参见董晓梦、满运玖:《潜藏在屏幕另侧的触手与凝视——防范未成年人网络性侵害呼吁多方共治》,载《信息安全与通信保密》2021年第9期。

㉘参见王瑞山:《网络猥亵儿童行为的犯罪脚本分析及防控策略》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第2期。

㉙参见邵守刚:《猥亵儿童犯罪的网络化演变与刑法应对——以2017-2019年间的网络猥亵儿童案例为分析样本》,载《预防青少年犯罪研究》2020年第3期。

㉚参见江西省鄱阳县人民法院(2018)赣1128刑初424号一审刑事判决书。

㉛参见张建伟:《司法机械主义现象及其原因分析》,载《法治社会》2023年第1期。

㉜参见魏东:《刑法解释限度的理论构建:从价值优化论回归合法限度论》,载《西南政法大学学报》2022年第1期。

㉝《最高人民检察院工作报告》,载新华网2023年3月8日,http://www.news.cn/politics/20231h/2023-03/08/c_1129420083.htm。

㉞参见刘艳红:《网络犯罪的刑法解释空间向度研究》,载《中国法学》2019年第6期。

㉟参见张明楷:《刑法理论与刑事立法》,载《法学论坛》2017年第6期。

㊱本案基本案情是:2017年1月,被告人骆某使用化名,通过QQ软件将13岁女童小羽加为好友。聊天中得知小羽系初二学生后,骆某仍通过言语恐吓,向其索要裸照。在被害人拒绝并在QQ好友中将其删除后,骆某又通过小羽的校友周某对其施加压力,再次将小羽加为好友。同时骆某还虚构"李某"的身份,注册另一QQ号并添加小羽为好友。之后,骆某利用"李某"的身份在QQ聊天中对小羽进行威胁恐吓,同时利用周某继续施压。小羽被迫按照要求自拍裸照十张,通过QQ软件传送给骆某观看。后骆某又以在网络上公布小羽裸照相威胁,要求与其见面并在宾馆开房,企图实施猥亵行为。因小羽向公安机关报案,骆某在依约前往宾馆途中被抓获。一审判决认为,被告人骆某强迫被害女童拍摄裸照,并通过QQ软件获得裸照的行为不构成猥亵儿童罪,检察院抗诉,二审予以改判。最高人民检察院指导性案例检例第43号:骆某猥亵儿童案,参见《最高人民检察院公报》2019年第1号(总第168号),第17-19页。

㊲参见魏东:《从首例"男男强奸案"司法裁判看刑法解释的保守性》,载《当代法学》2014年第2期。

㊳参见王钢:《论刑法对意志自由的保护——增设强制罪的立法建议》,载《政法论丛》2020年第6期。

㊴中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典(汉英双语:2002年增补本)》,外语教学与研究出版社2002年版,第1997页。

㊵参见黎宏:《刑法学各论》(第2版),法律出版社2016年版,第237页。

㊶参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第1143页。

㊷参见林亚刚:《刑法学教义(分论)》,北京大学出版社2020年版,第35页。

㊸有观点认为猥亵需要与被害人有直接身体接触,参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2011年版,第32页。

㊹参见王政勋:《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》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第4期。

㊺参见杜宇:《类型思维与刑法方法》,北京大学出版社2021年版,第19-36页。

㊻参见王钢:《被害人承诺的体系定位》,载《比较法研究》2019年第4期。

㊼参见蔡颖:《被害人同意与被害人自陷风险的统合——以刑法中被害人同意的对象为视角》,载《法学评论》2021年第5期。

㊽有学者总结被害人有效承诺的6个条件,其中两个条件是"被害人必须具有承诺能力;承诺必须出于被害人本人的自由意思",儿童因其心智欠缺而不具有承诺能力,无法完全表达其自由意思。参见林山田:《刑法通论(上)》,北京大学出版社2012年版,第239-240页。

㊾参见[美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2011年版,第69页。

㊿参见童建明:《最有利于未成年人原则适用的检察路径》,载《中国刑事法杂志》2023年第1期。

(51)参见邓毅丞、申敏:《被害人承诺中的法益处分权限研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第4期。

(52)参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期。

(53)参见张明楷:《网络时代的刑事立法》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第3期。

(54)陈家林:《〈刑法修正案(九)〉修正后的强制猥亵、侮辱罪解析》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期。

(55)程金华:《元宇宙治理的法治原则》,载《东方法学》2022年第2期。

(56)参见王奇才:《元宇宙治理法治化的理论定位与基本框架》,载《中国法学》2022年第6期。

(57)参见南帆:《虚拟的意义:社会与文化》,载《东南学术》2009年第1期。

(58)参见武诗敏:《"在公共场所当众强奸"的解释逻辑与未来适用》,载《法学论坛》2014年第3期。

(59)参见王政勋:《论猥亵行为违法性程度的判定》,载《法治现代化研究》2018年第4期。

(60)参见阮齐林:《猥亵儿童罪基本问题再研究》,载《人民检察》2015年第22期。

(61)参见张明楷:《加重情节的作用变更》,载《清华法学》2021年第1期。

(62)参见[英]丹尼斯·J.贝克:《不被犯罪化的权利:刑法规制的界限》,王晓晓译,社会科学文献出版社2023年版,第10页。

(63)参见杜治晗:《两小无猜非儿戏——一条司法解释的法教义学解释》,载《清华法学》2020年第4期。

(64)参见劳东燕:《强奸罪与嫖宿幼女罪关系新论》,载《清华法学》2011年第2期;陈昊明:《〈刑法〉第17条评注(未成年人刑事责任)》,载《法学家》2023年第1期。

(65)参见车浩:《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系》,载《法学研究》2010年第2期。

(66)双向保护原则的内容是:在依法保护未成年被害人的合法权益时,也要依法保护未成年犯罪嫌疑人、未成年被告人的合法权益。

(67)《刑法》第13条但书条款:"但情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。"《刑法》第37条:"对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免予刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。"

(68)参见刘艳红:《入出罪走向出罪:刑法犯罪概念的功能转化》,载《政法论坛》2017年第5期。

(69)参见彭文华:《刑法第13条但书规定的含义、功能及其适用》,载《法治研究》2018年第2期。

(70)参见刘艳红:《形式入罪实质出罪:无罪判决样本的刑事出罪机制研究》,载《政治与法律》2020年第8期。

(71)参见姜涛:《从定罪免刑到免刑免罪:论刑罚对犯罪认定的制约》,载《政治与法律》2019年第4期。

(72)《治安管理处罚法》第44条规定:"猥亵他人的,或者在公共场所故意裸露身体,情节恶劣的,处五日以上十日以下拘留;猥亵智力残疾人、精神病人、不满十四周岁的人或者有其他严重情节的,处十日以下拘留。"