

【司法与实践】

# 网络隔空猥亵犯罪的规范原理与认定标准

李川

**【摘要】**网络猥亵基于隔空实施的特点在认定猥亵犯罪时存在适用争议。即便司法解释规定了部分对未成年人的网络猥亵犯罪认定标准,但网络隔空猥亵犯罪在行为方式、手段强制性、罪量判断、侵害对象区分、加重情节上仍存在认定困境。造成这些困境的原因在于猥亵犯罪基于身体接触禁忌的传统规范原理无法适用于网络隔空猥亵情形,应根据网络猥亵的特点向隔空防范的规范原理转型,在法益上扩张性自主权范围,在强制属性上转向精神强制,在行为方式上明确隔空操纵式与暴露式猥亵的新形式,并以心理侵害程度确定罪量标准。在规范原理更新的基础上,可以有效解决网络隔空猥亵认定难题,在行为方式上明确隔空实施的特性与类型,明确精神强制的认定标准,以心理侵害程度进行罪量区分判断,同时明晰成年人与未成年人对象的认定标准差异、明确网络聚众与公共场所当众的隔空认定标准。

**【关键词】**网络猥亵;猥亵犯罪;接触禁忌;隔空防范

**【作者简介】**李川(1980-),男,山东潍坊人,法学博士,东南大学法学院教授,主要研究方向:刑法学(江苏南京 211189)。

**【原文出处】**《法学论坛》(济南),2024.1.51~62

**【基金项目】**本文系2019年司法部国家法治与法学理论研究项目“性侵害未成年人犯罪刑事政策体系研究”(19SFB2025)的阶段性成果。

随着数字化时代网络与社会生活的深度融合,网络扩展了传统线下犯罪活动的发生空间与实施手段,也造成了网络场域下犯罪认定的诸多新问题,<sup>①</sup>网络猥亵犯罪的认定就是其典型体现。一方面,猥亵犯罪行为的内涵相对模糊、外延较为宽泛,存在向网络扩展、通过网络实施的可行性,这是形成网络猥亵的犯罪认定问题的前提。猥亵行为作为一种为满足性刺激而实施的损害他人身心健康的性侵害行为,<sup>②</sup>规范价值判断色彩较强,界定范围宽泛且富有弹性,其内涵经常随着社会生活与社会意识的变化而变动。<sup>③</sup>网络环境下诸如网络聊天胁迫发送性意味视频<sup>④</sup>等通过网络实施的新型隔空猥亵行为大量出现,网络猥亵已经成为亟待明确被认定刑事责任以进行有效刑事治理的现实问题。<sup>⑤</sup>另一方面,认定网络猥亵的刑事责任时却无法适用传统的猥亵犯罪

认定标准,导致网络猥亵行为被认定为猥亵犯罪<sup>⑥</sup>时出现困境。前网络时代形成的传统猥亵犯罪认定逻辑认为,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,<sup>⑦</sup>而网络猥亵依赖网络通讯交互手段隔空实施,不再需要进行身体接触或当面进行,隔空猥亵也不会直接产生身体侵害危险,这就导致传统猥亵犯罪的认定标准此时无所适从,究竟是一律不认为网络猥亵构成犯罪还是有条件的承认部分隔空猥亵也可以构成猥亵犯罪有待明确,而且即便承认网络隔空猥亵可以构成猥亵犯罪,构成标准亦不能适用上述传统认定逻辑,也缺乏新的构成标准。考虑到网络猥亵与线下猥亵同样都是严重侵害性自主权的行为,同样侵害受害人的身心健康,故应将网络猥亵同样纳入猥亵犯罪认定范围并追究刑事责任。通过猥亵犯罪的刑法原理的更新以推动

猥亵犯罪的适用完善,<sup>⑧</sup>即根据网络行为的特点扩展传统猥亵的单一认定标准,形成与网络猥亵相适应的认定原理,才能有效认定网络猥亵的刑事责任。

### 一、网络隔空猥亵犯罪的当前认定困境

网络猥亵作为网络环境下实施的猥亵行为,并非所有的情形都存在认定难题。网络猥亵从概念上有广义与狭义之分。广义的网络猥亵泛指一切涉及网络因素的猥亵行为,既包括单纯通过网络隔空实施的猥亵行为,如全程通过网络聊天猥亵的行为,也包括线上线下相结合实施的猥亵行为,如通过网络聊天结识但是在线下实施当面猥亵的行为或既有线下当面猥亵又有线上隔空猥亵的行为。<sup>⑨</sup>对广义网络猥亵中存在线下猥亵实行行为的犯罪,仍然可以根据前述传统的猥亵犯罪适用标准进行认定,相对较少出现因为网络手段的介入而产生的认定争议。真正存在广泛适用困境的是狭义的网络猥亵,即仅在网络空间、通过网络通讯交互手段实施猥亵实行行为的隔空猥亵情形,此时传统猥亵犯罪要求必须接触或当面实施猥亵的认定标准完全无法适用,而新的适用标准又有待形成,因此存在适用争议。

目前司法实践中已有少量指导性案例与司法解释对网络隔空猥亵未成年人的部分情形认定为猥亵犯罪。例如,2018年11月9日最高人民检察院发布的指导性案例(检例第43号)骆某猥亵儿童案中,隔空猥亵儿童被认定为构成猥亵儿童罪。<sup>⑩</sup>虽然这一案例明确的构成猥亵犯罪的网络行为方式较为单一且侵害对象仅限于儿童,但这是首次对网络隔空猥亵行为可以构成猥亵犯罪的权威认定。随后,2023年6月1日实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《性侵未成年人案件解释》)第9条在前述指导性案例的基础上,进一步对网络猥亵未成年人构成猥亵犯罪的范围做了扩张,明确规定“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”。这一规定相对于骆

某猥亵儿童案的认定,将猥亵对象从儿童扩展到未成年人;将行为方式从隔空操纵拍发影像扩展到隔空操纵未成年人暴露身体或者实施淫秽行为;在罪名上则不限于猥亵儿童罪,明确对14周岁以上未成年人的胁迫诱骗型网络猥亵可认定为强制猥亵罪。上述指导性案例与司法解释确认了猥亵隔空犯罪的部分具体形式,也就明确了猥亵犯罪行为并不限于同一时空条件下的接触或当面的方式才能实施,网络空间中非接触式的隔空猥亵行为也可以构成猥亵犯罪。然而,这一规定仅是将侵害未成年人的少部分特定的隔空操纵型猥亵行为规定为犯罪,并未在网络隔空猥亵犯罪的认定上提供普适性的统一标准,仍无法解决网络猥亵犯罪认定上的诸多相关难题。

#### (一)网络隔空猥亵犯罪的行为方式有待明确

在行为方式层面,究竟何种网络隔空猥亵行为能够被认定为猥亵犯罪尚待明确,《性侵未成年人案件解释》虽然规定了部分构成猥亵犯罪的网络猥亵具体行为方式,但其内涵不够清晰,并且该解释之外的其他通过网络实施的隔空猥亵行为也仍然存在着能否认定为猥亵犯罪的问题:一方面,《性侵未成年人案件解释》明确将通过网络胁迫、诱骗未成年人“暴露身体隐私部位或者实施淫秽行为”的两种方式规定为构成猥亵犯罪。相较之下,“暴露身体隐私部位”规定的行为方式较为明确具体,“隐私部位”也通常有较为明确的共识,不容易形成认识分歧;但“实施淫秽行为”在界定上就相对模糊,“淫秽”一词的内涵本身就有很强的规范评价色彩、边界并不清晰,<sup>⑪</sup>而在网络隔空实施的新情境下对其界定就更加困难。《性侵未成年人案件解释》也并未对“淫秽行为”做进一步的规定,即《刑法》虽然对“淫秽物品”的概念有所规定,但对“淫秽”或“淫秽行为”则并未明确界定,因此“淫秽行为”在无法定内涵时容易产生认定争议。另一方面,除了《性侵未成年人案件解释》明确规定构成猥亵犯罪的隔空猥亵方式之外,行为人还可能通过网络通讯交互手段隔空实施其他可能构成猥亵犯罪的行为,例如通过网络通讯工具向

受害人发送自己裸照、通过视频聊天向受害人做出具有性意义的行为或诱骗受害人网上观看自己或他人实施的具有性意义的行为等。此时,是否也能直接认定为强制猥亵罪或猥亵儿童罪等猥亵犯罪就缺乏明确的认定标准,存在认定难题。

## (二)网络隔空猥亵犯罪的强制性认定困难

作为猥亵犯罪成立重要判断基础的猥亵强制性在网络隔空猥亵的情形下更加难以判断。《性侵未成年人案件解释》并未对网络情形下猥亵的强制性认定明确标准,网络猥亵的强制性认定难题仍然未得到解决。强制猥亵罪中的猥亵行为以强制性为前提,需以暴力、胁迫或其他方法违背受害人意志,使受害人达到不能反抗、不敢反抗、不知反抗的程度。<sup>⑩</sup>猥亵儿童罪虽然不以猥亵的强制性为必要要件,但是在强制猥亵的情形下应加重处罚。可见猥亵强制性的判断对猥亵犯罪认定来说非常重要。

《性侵未成年人案件解释》作为专门针对未成年人受害人的保护性司法解释,虽然明确了构成网络猥亵犯罪以“胁迫、诱骗未成年人”为前提,但是并未进一步明确“胁迫、诱骗”是否直接可以作为认定猥亵强制性的标准:一方面,猥亵未满14周岁的未成年人构成猥亵儿童罪,而这一罪名不需要同强制猥亵罪一样以猥亵手段的强制性为前提,因此该解释规定猥亵儿童罪时,即便提到了“胁迫、诱骗”,也无须认为其为猥亵强制性的认定标准;另一方面,猥亵已满14周岁的未成年人构成强制猥亵罪而需要判断猥亵的强制性,但该解释第9条在规定网络猥亵未成年人犯罪时增加了“符合刑法第二百三十七条规定”的灵活表述,意味着“胁迫、诱骗”是否构成网络猥亵的强制性,“仍需根据在案证据,结合考虑未成年人身心特点,判断所采取的手段是否能达到违背未成年人意志的程度”,<sup>⑪</sup>而非直接将“胁迫、诱骗”视作强制性认定的标准。在线下同一时空条件下的猥亵行为中,强制性手段通常比较明显地体现为压制性的暴力、面对面的胁迫或灌酒投毒等比较明确的行为,强制性程度因具备明确、现实的身体压制相对容易判断,但是网络隔空猥亵中通过网络通讯工具的胁迫、

诱骗等行为无法当面施行,因此不可能体现为线下的身体压制,是否达到了强制猥亵罪的强制性程度就相对难以判断。网络猥亵中认定猥亵强制性,受到网络交往程度、网络通讯的匿名性、受害人的网络认知水平等复杂因素影响,在不能参照线下猥亵的身体压制的明确标准情形下,网络隔空猥亵的强制性认定标准需要进一步明确,实践中通过网络聊天胁迫猥亵、通过网络聊天诱骗实施猥亵等典型情形,都存在猥亵强制性的认定困境。

## (三)网络隔空猥亵犯罪的罪量标准不清

在罪量认定层面,网络猥亵情形下猥亵犯罪与猥亵治安违法行为之间、猥亵犯罪与性骚扰行为之间的区分认定更加困难,而《性侵未成年人案件解释》等司法解释对此也并未加以规定。《刑法》与《治安管理处罚法》分别规定了猥亵犯罪行为与猥亵治安违法行为,但这两部法律都未对猥亵的内涵加以界定,猥亵犯罪行为与猥亵治安违法行为在区分上本就存在一定的困难之处。<sup>⑫</sup>通说认为猥亵犯罪行为与猥亵治安违法行为之间主要存在罪量上的区别,需要根据侵害部位、强制程度、时间长短、受害程度、主观恶行等情节区分判定。<sup>⑬</sup>此外,性骚扰行为泛指违反他人意志对他人进行性滋扰的行为,<sup>⑭</sup>其弹性的行为界定范围远远大于猥亵行为。通常认为性骚扰行为与猥亵行为的区分同前述猥亵犯罪与猥亵治安违法行为的区分一样,主要是基于行为严重程度的量上的区别,违反他人意志实施的性滋扰行为程度上非常轻微,才会被视作未达到猥亵程度的性骚扰行为。由上可见,猥亵犯罪的罪量标准对猥亵犯罪的区分认定非常重要。

对传统线下的接触式或当面式猥亵来说,由于猥亵行为对受害人身体危险程度与侵入程度可以通过观察相对清晰的判断,罪量可根据对身体的侵害危险程度与结果严重性进行比较明确的认定;但是在网络猥亵的情形下,跨越时空的非接触式特点导致猥亵罪量判断问题复杂化,网络猥亵在不造成身体直接侵害的情形下,相较于传统线下猥亵,就难以通过对受害人身体侵害程度比较判断罪量。一方

面,在其他情节相同的情形下,网络非接触式猥亵相较于线下接触式猥亵通常危害程度更低,但也更容易存在猥亵犯罪与猥亵治安违法行为的区分问题。在隔空没有身体侵害的情况下,究竟该如何进行罪量上的区分判断就出现了难题;另一方面,网络的广泛传播性与易交流性又导致网络猥亵相较于线下猥亵更容易出现诸如多次侵害、多名受害人被害的广泛侵害情形。此时网络猥亵的罪量程度又可能重于线下猥亵,<sup>⑩</sup>但网络猥亵由于没有直接身体侵害又无法通过身体侵害标准与线下猥亵进行罪量上的参照比较。在《性侵未成年人案件解释》等司法解释对网络猥亵在罪量判断上的复杂问题并未明确标准的情形下,还需要进一步根据网络猥亵的特点明确罪量问题的判断标准,才能有效区分猥亵犯罪与猥亵治安管理行为、性骚扰行为的区别。

#### (四)网络隔空猥亵犯罪的侵害对象有待区分认定

《性侵未成年人案件解释》仅限于保护未成年受害人,因此其仅将网络猥亵犯罪对象限定于未成年人,而对成年人的网络猥亵犯罪则规定阙如。考虑到猥亵未成年人与成年人的原理差异,亦不能直接将《性侵未成年人案件解释》规定的侵害未成年人的网络猥亵入罪标准视为认定侵害成年人的网络猥亵犯罪标准。未成年人与成年人的性自主能力成熟状况存在明显差异,猥亵犯罪作为侵害性自主权的犯罪在针对未成年人与成年人时必须考虑到这种性自主能力的差异而不能采用完全一致的认定标准:由于未成年人的性自主能力尚未成熟,其性自主权更容易受到猥亵行为侵害,且其因猥亵导致的身心伤害也更大,因此需对侵害未成年人的猥亵犯罪采用比侵害成年人更为严格的认定标准。例如,猥亵儿童罪相较于强制猥亵罪就不需要以强制为条件,而是推定针对儿童的猥亵行为本身就是违背儿童意志的,以有效降低入罪门槛。由此可见,对成年人的网络隔空猥亵入罪标准应设置比《性侵未成年人案件解释》更低。而该相对较低的入罪标准究竟该如何设置,还需要根据猥亵犯罪的规定与网络隔空猥亵

的特点进一步明确。

#### (五)网络隔空猥亵犯罪的加重情节认定

在加重情节认定层面,网络隔空猥亵的非接触特点导致聚众、公共场所当众等猥亵犯罪加重情节的认定出现了新的难题,从而影响对网络隔空猥亵的有效惩处。一方面,传统聚众是指同一时空条件下聚集3人或3人以上当面实施猥亵犯罪的情形,因为猥亵实施的当面性,受害人能够感知实施猥亵行为的众人而受到更强烈的压制,聚众实施猥亵行为的众人彼此也具有共同犯意而实施更严重的共同猥亵。但在网络隔空猥亵的情形下,聚集3人或3人以上实施猥亵是通过网络通讯工具或平台来隔空实施,由于网络通讯设置单向传输或有限权限等原因,受害人可能并不知晓隔空猥亵者存在聚众情形,也不知道聚众猥亵者的身份与人数,甚至共同实施猥亵行为者也并不知道其他参与猥亵行为者的具体身份与人数,此时是否可以认定聚众就有待进一步明确。<sup>⑪</sup>另一方面,传统公共场所通常是指不特定公众可以身体自由出入的现实物理性场所,在公共场所的猥亵以行为人与受害人均处于同一物理场所的时空条件下当面实施为前提。<sup>⑫</sup>而在网络隔空猥亵情形下,在可以随意进出的直播平台等公共网络空间实施猥亵行为具有隔空非接触的特点,行为人与受害人并不处于同一物理空间之中,此时能否将公共网络空间认定为公共场所就存在认定争议。<sup>⑬</sup>

通过以上分析可见,即便《性侵未成年人案件解释》明确了特定对象与情形下网络隔空猥亵构成犯罪的部分标准,但网络隔空猥亵在认定猥亵犯罪时仍然存在诸多有待解决的问题。这些问题本质上体现出网络隔空猥亵作为网络时代新出现的猥亵行为形式,对传统猥亵犯罪认定原理产生了前所未有的冲击。因此要解决网络隔空猥亵犯罪的认定问题,就需要从教义学意义上厘清基于网络特征的猥亵行为对猥亵犯罪的认定原理产生了何种影响,并在此基础上明确符合网络隔空猥亵特点的猥亵犯罪的新认定标准。

## 二、网络隔空猥亵的规范原理嬗变：从接触禁忌到隔空防范

### (一)传统猥亵犯罪的接触禁忌规范原理

猥亵犯罪属于侵害性自主权的人身犯罪,其规范保护目的与认定原理都体现出人身犯罪的典型特征。人身犯罪保护的法益是与人身不可分割的特定个人权利,其设置的法理基础是社会传统上形成的未经允许不得侵入身体及其贴身空间的人身不可侵犯性理念。<sup>④</sup>因此,为有效保护人身权利,除侮辱诽谤罪等少量侵害抽象的名誉隐私权的犯罪之外,人身犯罪总体上需要以防范人身及其周边受到不当接触侵害为规范保护目的,在规范根据上就形成对人身接触禁忌的规范原理,即人身犯罪本质上是对人身及其周边的接触侵害行为,犯罪的侵害程度与责任程度均取决于非法接触所导致的侵害危险或实害程度。<sup>⑤</sup>由此人身犯罪在保护方式上以惩治侵犯人身或人身周边的行为为主,在保护程度上以对人身侵犯的危险程度为衡量标准。当然这一对人身犯罪有决定作用的接触禁忌原理有其内涵的嬗变过程:首先在原初意义上,这一原理是指通过刑法防范具有侵犯性的身体直接接触行为,特别是可能对人身带来具体伤害的身体接触,如暴力攻击或强制奸淫等侵害性接触;而随着危险防范理念的进一步引入与刑法保护范围的前置化扩张,接触禁忌的原理要求提前对可能造成身体接触的危险性行为加以制止防范。由此接触禁忌原理要求刑事保护的主体从身体本身扩展到人身所处的周边环境,扩展到诸如人身所处的住所或人身自由的范围。人身犯罪的规范保护边界就从防范直接侵害性身体接触行为,扩张至同一时空条件下间接的可能存在接触侵害危险的当面行为,如侵入住宅安全与侵犯人身自由的情形,人身犯罪从而可以将同一时空条件下以受害人人身目标的当面危险性行为包括在内。所以不管是以直接的身体侵害接触行为作为可罚性行为,还是以同一时空条件下间接的当面危险性行为为可罚性行为,都是人身犯罪的接触禁忌原理的体现。

猥亵犯罪作为典型的人身犯罪同样受接触禁忌

原理所决定,其行为方式通常限定为直接接触实施或同一时空条件下当面实施的侵害性自主权的的行为:一方面猥亵犯罪以具有性意义的人身接触式猥亵为典型形式,<sup>⑥</sup>包括直接对受害人人身实施接触猥亵行为或迫使受害人对行为人或第三人实施接触式的猥亵行为;另一方面为前置防范侵害风险,猥亵犯罪也包括同一时空条件下当面非接触式猥亵,即当面对受害人所做出的违反其意志的性意义的支配行为,<sup>⑦</sup>包括当面迫使受害人对自身实施猥亵行为或迫使受害人当面观看行为人或他人的猥亵行为。

### (二)基于网络猥亵特点的隔空防范规范原理

根据以上接触禁忌的规范保护原理,在通讯方式相对较为简单的前网络时代,单纯利用通讯工具实施的未经同意的隔空性骚扰行为,如通过电话或短信的性骚扰行为,既未与受害人有直接身体接触,也没有在同一时空条件下当面实施猥亵,对受害人人身难以形成即时的、迫切的侵害危险,就没有违反猥亵犯罪的接触禁忌,因此难以认定为猥亵犯罪行为。然而,随着社会发展即时通讯丰富发达的网络时代,一方面随着网络图片与音视频传输等网络通讯技术与硬件的发展,网络在线交流能够做到音视频的即时传输,几乎可以实现与面对面交流一样的交互体验;<sup>⑧</sup>另一方面,社会人际交互从线下向线上大量转移,当下利用网络即时通讯的在线交互已经与线下交流一样成为日常主要的交流方式,传统面对面交流场景大量被网络隔空交互取代。受此影响,许多传统当面实施的犯罪都具备了网络隔空实施的可能性,网络犯罪数量大增,甚至已经成为当前犯罪的主要形态。<sup>⑨</sup>在这样的背景下,猥亵行为中传统基于接触或当面实施的主要猥亵形式也大量向隔空网络猥亵形式转变,能够达到当面交流效果的音视频网络通讯使得行为人既能够利用网络通讯工具隔空迫使受害人实施对自身的性意味行为,也能够通过网络隔空迫使受害人观看行为人或其他人做出的色情行为,从而使得网络猥亵能够达到与当面猥亵相当的对性自主权的侵害程度,因此对网络猥亵有纳入猥亵犯罪进行刑事归责的必要性。

然而网络隔空猥亵对作为传统猥亵犯罪规范保护基础的接触禁忌原理产生了直接挑战。根据接触禁忌的原理,猥亵犯罪行为即便不一定是直接接触的性侵害行为,至少应该是同一时空条件下当面实施的猥亵行为。<sup>②</sup>然而网络隔空猥亵由于通过网络通讯工具实施,因此具有明显的非当面行为的特征,无论是作为猥亵的强制手段行为还是侵害性自主权的操纵或暴露行为,都通过网络通讯工具或直播平台跨越时空实施,行为人与受害人之间无须线下接触或当面交互,从而不会存在任何身体接触危险,从接触禁忌的规范原理上也就失去了刑事归责与处罚的基础,这显然难以满足网络时代性自主权保护的现实需求。因此,如果要解决网络猥亵的犯罪认定问题,就必须对猥亵犯罪传统的接触禁忌原理进行修正,根据网络环境的特点将对非当面猥亵的隔空防范作为网络情形下猥亵犯罪的新规范保护原理,并研究在这一新的隔空防范规范保护原理中,猥亵犯罪的法益、强制手段、行为方式与罪量标准的具体变化,以实现网络隔空猥亵犯罪的有效认定。

1. 网络隔空猥亵影响下的法益内涵演化。就猥亵犯罪的法益而言,虽然网络隔空猥亵行为同其他猥亵行为一样都违反了受害人的意志,侵害了性自主权法益,但是网络隔空猥亵相较于线下猥亵侵害的性自主权内涵有所不同,可以说网络隔空猥亵引发了作为猥亵犯罪法益的性自主权的内涵之变化。性自主权作为一种人身权利,以对具有性意义的行为的自主决定与同意为其核心内涵。<sup>③</sup>在前网络时代,根据人身犯罪的接触禁忌原理,性自主同意的范围围绕人身及其所处的时空环境展开,因此作为同意对象的性意义的行为局限于能作用于人身的接触或当面行为,即传统猥亵犯罪的性自主权法益仅限于同一时空条件下对具有性意义的接触行为或当面行为的自主决定。按照这一传统观点,前网络时代超越受害人人身所处时空范围的具有性意义的行为,例如多次拨打性骚扰电话等行为,即便未取得受害人同意,但由于其违反的并非是对同一时空条件下的接触行为与当面行为的自主同意,因此其侵害

的并不属于猥亵犯罪所保护的传统性自主权法益的范围,从而不构成猥亵犯罪,仅能以其他民事侵权等方式解决责任问题。而前网络时代之所以对通讯联络的性意义行为的同意未纳入刑法性自主权法益的范围,是因为前网络时代涉身体的人身权利行使仍然与身体所处的时空环境不能分割,当时基于语音与文字图片的简单通讯方式还不足以使得通讯联络能达到当面交互的效果,也就不足以改变围绕身体展开的包括性自主权在内的人身权利的内涵与行使方式。

进入到网络时代,随着网络通讯技术的迅猛发展,人身权利的范围与行使方式随着网络得到扩展,尽管相对于财产权法益而言,基于人身权利的法益受到网络影响相对较小,但是这种网络发展而带来的法益变化仍然对犯罪认定有重要的影响:一方面,诸如个人信息权益等网络环境催生的新型人身法益形成,并具备了法律保护的必要性,刑法上设置侵犯公民个人信息罪就是为了满足个人信息法益的保护需求;<sup>④</sup>另一方面,即便传统的人身法益也基于网络环境的影响产生了新的内涵与保护需求。如前所述,猥亵犯罪的性自主权法益以对具有性意义的行为的同意为核心内涵,如果网络环境下性意义的行为的范围与方式发生了变化,就会影响到性自主权的内涵发生变化。而随着网络音视频即时传输技术的发展,与前网络时代语音短信的简单传输方式不同,通过网络通讯工具的隔空即时通讯已经能够达到与当面交互相同或接近的感受效果,甚至以往被认为网络环境下不可能达成的身体接触感受在当下VR体感技术与元宇宙环境下也部分能够通过网络体感互动工具达成。<sup>⑤</sup>由此,以往只能当面实施的性意义的行为在网络环境下可以通过即时通讯手段隔空实施,各方均能得到如同当面实施的感受效果。因此,随着性意义的行为从当面行为方式向网络隔空行为方式扩展,性自主权的范围也应扩张至对这种网络隔空实施的性意义的行为之自主同意。当然,考虑到刑法保护的谦抑性与体系性,并非所有通过网络手段隔空实施的性意义的行为都是需扩张的

性自主同意对象,而是应限于那些通过网络即时通讯实施的、能达到当面行为的感受效果的性意义的行为,这种性意义的行为对性自主决定的重要意义与当面行为相当,只有违反了对其的自主同意才能使得网络隔空猥亵存在构成猥亵犯罪的可能。

2. 基于网络隔空猥亵的强制手段新内涵。猥亵犯罪中的强制猥亵罪以猥亵行为的强制实施为必要要件,猥亵儿童罪虽然不以猥亵行为具有强制性为必要,但是强制实施猥亵的情形要比非强制实施的情形更加常见也更加恶劣,对应的刑事处罚也应更加严厉。由此可见,猥亵犯罪行为中强制性手段的认定对猥亵犯罪的刑事归责非常重要。在前网络时代,根据接触禁忌原理,猥亵犯罪围绕受害人身体及其所处的环境展开,双方当事人处于同一时空条件下,因此猥亵犯罪的强制必须是当面施加的,无论是直接的具备身体接触属性的暴力强制,还是非身体接触的当面胁迫或投毒灌酒等其他强制方法,都是在当事人双方当面交互的情况下展开的,强制实施的效果也体现为造成同一时空条件下的受害人当面不能反抗、不敢反抗、不知反抗的状态。<sup>④</sup>而在网络隔空猥亵情形下不存在当面行为的可能性,不仅直接接触式的暴力强制不可能施加,那些以当面实施为前提的强制手段如当面言语威胁、投毒灌酒等也无法施行,猥亵犯罪的强制手段是否在隔空情形下还能实施需要进一步明确。要回答这一问题,首先就必须明确猥亵犯罪的强制性的内涵。并非所有的具有一定强迫性的行为都能达到猥亵犯罪的强制性要求,强制猥亵罪的强制需要通过受害人身心施加压力使得受害人陷入不能反抗、不敢反抗、不知反抗的状态。<sup>⑤</sup>当面实施的强制行为相对于隔空手段而言,能够使得受害人身体感受到直接危险或物理压制,比隔空实施的行为更容易让受害人陷入上述状态。但是作为猥亵犯罪手段的强制并没有排除作用于受害人身体之外的其他实施形式,除了直接对受害人身体进行压制或当面胁迫之外,对受害人心理施加压力的胁迫或诱骗行为也可以使其陷入不能反抗、不敢反抗、不知反抗的状态,达到精神上强制

的程度。而在网络隔空猥亵的情形下,通过网络交互通讯方式的精神强制是完全可以实现的,通过隔空语言威胁、隐私曝光等方式足以达到让受害人不能反抗、不敢反抗、不知反抗的程度。因此在网络猥亵的情形下,猥亵犯罪的强制手段就从传统的当面强制转变为隔空强制,从作用于身体的身心强制转变为作用于心理的精神强制。

3. 基于网络隔空猥亵的行为方式变化。并非所有的犯罪行为都有网络扩展的可能性,犯罪行为是否能够向网络扩展取决于行为的具体内涵与网络手段的兼容程度。与猥亵同样作为性侵害犯罪的强奸行为的内涵相对确定,以直接的强制身体接触为前提,而不具备网络隔空实施的可能性,以实施强奸为目的的线上诱骗或约见行为仅能作为实行强奸的预备行为。而相对于内涵明确的强奸行为而言,猥亵行为通常泛化地作为强奸行为之外的其他具有性意义的侵害行为,<sup>⑥</sup>其内涵更加不易确定,外延也更加广泛,受到社会环境变化与理念变迁的较大影响,但因此也具备了网络环境下行为方式扩展的可能性。根据前述接触禁忌原理,传统的猥亵犯罪行为针对受害人身体及其所处的时空环境展开,因此通常限于直接接触实施性意义的行为的接触式猥亵与虽然不直接接触但当面实施性意义的行为的当面式猥亵。而无论是接触式猥亵还是当面式猥亵,受害人都面临着被违背其意志的猥亵行为侵害的身体危险或后果,从而有对猥亵行为进行刑事归责的必要性。然而在网络隔空猥亵的情形下,行为人通过网络通讯的方式也可以隔空对他人做出具有性意义的行为,在违背他人意志的情况下同样可以构成猥亵行为。但这种行为借助网络跨越了时空环境,从而并不属于传统的接触式猥亵与当面式猥亵两种猥亵形式,不会对受害人造成身体侵害危险或后果,因此难以符合传统的接触禁忌原理。但网络隔空猥亵仍然是侵害了受害人性自主权的加害行为,即便无法对受害人造成直接的身体侵害后果与危险,但因为对受害人施加了精神强制或压力而违背了受害人的自主同意,对受害人心理造成了直接侵害,这是其不

同于前网络时代传统猥亵犯罪的归责基础。

在网络隔空猥亵的情形下,猥亵行为不再围绕被害人身体及其所处的环境展开,而是通过能带来直观感官感受的网络交互机制如音视频聊天、网络直播等来对受害人的精神或心理施加侵害,是非当面施行的隔空感受型猥亵。这种猥亵主要通过符合网络交互特点的两种方式来实现:一种行为方式是隔空操纵型猥亵,即行为人通过网络通讯交互的方式来强制受害人实施特定性意义的行为供行为人或他人观看。这里的操纵实施性意义的行为既包括操纵受害人对其自身实施的性意义的行为,也包括操纵受害人对他人实施的性意义的行为;而观看即包括行为人自己观看,也包括行为人录制后传播给他人观看或者通过直播平台现场供他人观看。例如,通过网络聊天工具胁迫受害人抚摸自己的隐私部位并通过直播平台让他人观看。这种直播行为除了猥亵犯罪之外,也可能在行为人符合组织者身份要求的情形下构成组织淫秽表演罪。另一种行为方式是隔空暴露型猥亵,即通过网络通讯交互的方式强制受害人观看行为人实施的性意义的暴露行为,既包括行为人对自身或他人实施的性意义的行为,也包括非行为人的其他人实施的性意义的行为,例如行为人通过网络视频聊天强迫受害人反复观看行为人或其他人暴露自身隐私部位的行为。

4. 网络隔空猥亵情形下的罪量判断新标准。就罪量判断而言,网络隔空猥亵也使得传统基于身体危险或实害后果来确定侵害程度的猥亵犯罪罪量逻辑发生改变,从而引起罪量标准进行更新的需求。传统猥亵犯罪基于接触禁忌的原理,主要围绕被害人身体及其所处的时空环境展开,无论是接触式猥亵还是当面式猥亵,都以对身体的危险或实害结果为归责基础。因此在刑事责任意义上是否构成猥亵犯罪以及猥亵犯罪的轻重也取决于猥亵行为造成的对被害人身体的危险或实害程度。<sup>⑧</sup>一方面,在确定是否构成猥亵犯罪的罪量标准时,符合构成要件的猥亵行为应以至少造成对被害人身体的具体危险为入罪前提。没有造成对被害人身体危险的行为即便

具有猥亵行为的属性也不构成猥亵犯罪,例如前述单纯的拨打性骚扰电话的行为,即便可能构成诸如侮辱罪等其他相关罪名,但因不会造成对受害人的身体危险,按照接触禁忌原理难以构成猥亵犯罪。另一方面,在确定猥亵犯罪的刑事责任时,猥亵行为的严重程度也根据其对受害人人身所造成的危险程度来决定。如在其他条件相同的情况下,接触式猥亵行为相对于当面非接触的猥亵行为所带来的人身实害的程度更加严重,因此就应该承担更重的刑事责任,受到更严厉的刑罚。

而在网络隔空猥亵情形下,猥亵行为因为通过网络交互的方式实施,从而不会造成对被害人身体的直接侵害危险,如果仍然坚持以身体的危险程度为罪量标准,网络隔空猥亵就无法构成猥亵犯罪。然而如前所述,网络隔空猥亵虽然无法对身体直接造成危险,却可能通过网络交互方式违反受害人同意实施猥亵行为而对受害人心理造成侵害,如可能造成受害人精神障碍或精神疾病。因此在隔空猥亵的情形下,猥亵犯罪就不能再坚持单一的身体侵害的入罪逻辑,而是应从心理侵害的角度,基于网络猥亵行为对受害人心理所造成的伤害程度确定入罪标准。同理,判断网络隔空猥亵犯罪的责任程度也可以根据对受害人造成的心理伤害程度来进行认定,在其他相同条件下,造成心理伤害更重的网络隔空猥亵行为在性质上也是危害更加严重的侵害行为,应承担更大的刑事责任。

在对网络隔空猥亵与当面猥亵的行为严重性进行比较时,如果纯粹基于身体危险程度的罪量逻辑,会认为当面猥亵存在对身体的直接侵害威胁,比仅造成心理侵害的网络猥亵在行为性质上更加严重。但就侵害后果相比较,同等条件下的当面猥亵并不一定重于网络隔空猥亵:其一,身体侵害的后果并不当然重于心理侵害的后果,网络隔空猥亵所带来的心理侵害甚至可能造成长期严重的精神疾病。而当面猥亵可能仅造成轻微的身体伤害或无损伤,网络隔空猥亵造成的精神疾病比当面猥亵带来的身体伤害后果可能严重的多。其二,由于网络视频传输技

术的发展,通过网络交互的音视频感受体验在效果上能够达到当面交互的感受体验,因此无论是隔空操纵式猥亵还是隔空暴露式猥亵,都能够通过网络交互手段使得受害人受到如当面猥亵般的心理伤害,可能造成比当面猥亵带来的身体侵害风险相同或更为严重的心理伤害后果。<sup>⑧</sup>可见无法得出同等条件下当面猥亵一定重于网络隔空猥亵的结论,而应根据猥亵行为的方式与属性、受害人的受侵害状况等综合衡量侵害结果,确定猥亵犯罪的行为严重程度。

由上分析可见,网络隔空猥亵带来的不仅是猥亵犯罪行为的扩张,还在根本上导致传统猥亵犯罪的接触禁忌原理不再有效。需要结合网络交互的特点,明确网络隔空猥亵犯罪新的隔空防范的原理,在猥亵犯罪法益上进行扩张,纳入对隔空性意义的行为的性自主权,在强制手段上明确从身体强制向心理强制、在行为方式上从接触式或当面式猥亵向隔空操纵式或暴露式猥亵的转变,进而在刑事责任上以对受害人心理侵害程度来作为罪量与行为轻重的判断标准。

### 三、隔空防范原理基础上网络隔空猥亵的认定明晰

当前网络隔空猥亵犯罪认定难题在本质上是因为网络猥亵作为一种新型猥亵行为对传统猥亵犯罪的接触禁忌原理产生冲击所造成的。如果不能明确这种猥亵犯罪认定原理上的转变需求,继续适用前网络时代的传统猥亵犯罪的认定标准,就必然产生猥亵犯罪的适用困境。在前述对网络隔空猥亵犯罪规范原理进行更新的基础上,结合与网络交互特点相适应的猥亵犯罪新的法益内涵、行为方式与入罪标准,可以明确有针对性的网络隔空猥亵犯罪认定标准,对前述认定难题给予相应的回应解决。

#### (一)对网络隔空猥亵犯罪行为方式的认定完善

虽然在网络隔空猥亵情形下,猥亵行为的基本属性仍然是违反受害人意志实施性意义的行为,但是就行为方式而言,根据前述隔空防范原理,传统的接触式猥亵与当面式猥亵被隔空操纵式猥亵与隔空

暴露型猥亵所取代,网络猥亵通过网络交互的形式对受害人性自主权隔空侵害。根据这一原理,对前述网络猥亵在司法实践中的认定争议可以予以相应的明确。

一方面是针对《性侵未成年人案件解释》中规定的网络猥亵犯罪行为内涵予以明确的问题。该解释明确规定了可以认定为猥亵犯罪的两种具体网络猥亵方式,即通过网络通讯或直播手段胁迫、诱骗未成年人“暴露身体隐私部位或者实施淫秽行为”的方式。其中前者胁迫、诱骗未成年人暴露身体隐私的行为明确属于前述隔空操纵式猥亵的行为方式,而后者胁迫、诱骗未成年人实施淫秽行为则因为“淫秽”的含义不清而需要进一步明确其具体内涵。确定网络猥亵环境下“淫秽行为”的含义需结合网络猥亵的原理展开。首先,虽然《刑法》并未直接规定“淫秽行为”,但其第367条规定了淫秽物品为“具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的”的物品。比照该条对“淫秽”的界定,可以将“淫秽行为”理解为具有露骨性意味的色情行为。而进一步结合网络猥亵隔空实施而排除接触或当面行为的特性,可以明确这里的“淫秽行为”并不包括带有身体接触的色情行为或同一时空条件下当场实施的色情行为。其次,对照前述网络猥亵行为可分为隔空操纵或隔空暴露两种行为模式,能够明确网络猥亵情形下的胁迫、诱骗未成年人实施“淫秽行为”不属于行为人向受害人隔空暴露的行为,而属于隔空操纵未成年人实施带有色情意义的行为并供行为人自己或他人观看的行为,即隔空操纵式猥亵行为。根据隔空操纵式行为的具体内涵,可以明确胁迫、诱骗未成年人实施“淫秽行为”既可以是操纵未成年人对自身实施的行为,也可以是操纵未成年人对他人实施的性意义的行为,如操纵未成年人对自己或其他未成年人实施的有色情意味的行为。

另一方面,《性侵未成年人案件解释》规定的针对未成年人的网络猥亵犯罪行为,无论是通过网络胁迫、诱骗未成年人暴露身体隐私的行为或者实施淫秽行为,都未超出隔空操纵式猥亵的行为类型的

范围。而网络猥亵包括隔空操纵式猥亵与隔空暴露式猥亵两种类型,可见《性侵未成年人案件解释》规定构成网络猥亵犯罪的范围而言相对较窄,对另外一类可能针对未成年人实施的、在网络环境下也可能大量实施的隔空暴露式猥亵行为则缺乏明确规定。与隔空操纵式猥亵不同,隔空暴露式猥亵以通过网络强制受害人观看具有性意义的内容为行为模式,例如通过网络聊天工具强制向未成年人暴露自己或他人的具有性意义的身体状态或行为,这样的行为同样侵害了包括未成年人在内的一般主体的性自主权,也损害了受害人的心理健康。因此,司法实践应在网络猥亵类型化原理的基础上明确将隔空暴露式猥亵也纳入网络猥亵犯罪的范围加以认定。当然《性侵未成年人案件解释》仅针对未成年人网络猥亵犯罪做的局部规定并不意味着对该解释规定之外的网络猥亵行为就不作为犯罪加以认定,在司法实践中仍然可以根据网络猥亵犯罪的教义学原理对隔空暴露式猥亵以猥亵犯罪追究刑事责任。

### (二)对网络隔空猥亵犯罪的强制性的明确界定

对网络猥亵犯罪强制性认定的困难主要是将传统猥亵强制性认定的标准运用在网络猥亵的认定上造成的:以传统猥亵情形下身体或当面受到胁迫的强制标准来审视网络猥亵行为,就会发现网络猥亵的隔空实施特征导致无法实现对受害人的当面强制,受害人身体也不会感受到直接侵犯,因此就难以认定强制性的存在。这一观点忽视了网络猥亵主要隔空作用于受害人心理而非身体实施的具体机制,因此应根据网络猥亵的心理强制原理予以纠正,采用直接考察对受害人心理的压制程度来判断猥亵行为的强制性,即结合网络施加行为的性质、网络通讯的手段、通讯的匿名性、被害人的心理认知状况来综合判断是否违背了受害人的意志导致其不能反抗、不敢反抗、不知反抗。就判断的标准来说,应将主客观标准结合起来认定网络猥亵行为的强制性,一方面,从客观标准基于一般人的立场出发判断通过网络猥亵行为是否客观上达到了能够产生心理强制的程度;另一方面,从主观标准基于行为人自身的认

知与心理状况,并结合受到的行为压力来判断是否产生心理的强制程度。

以这一标准来审视网络猥亵的强制性判断,可以发现:一是在网络猥亵情形下接触身体的暴力强制无法实施,所以常见的猥亵强制手段是通过网络通讯交互而施加的胁迫。这种胁迫既可以以暴力为威胁内容,也可以是其他能够对受害人形成精神强制的胁迫内容,<sup>⑤</sup>例如,以曝光受害人隐私或传播受害人裸照等相威胁。胁迫如果能够达到使受害人不敢反抗从而违反自己的意志接受猥亵的程度,就依然符合猥亵强制性的要求,此时网络猥亵行为可以构成强制猥亵罪。二是单纯的网络诱骗通常难以构成强制猥亵罪所要求的强制性。通过网络聊天以恋爱交友或特定利益的名义诱骗受害人并对其实施猥亵行为是网络猥亵的一种常见形式,<sup>⑥</sup>诱骗是否能认定为强制是这种网络猥亵行为能否构成强制猥亵罪的关键之处。通过网络实施的诱骗由于隔空实施的特性而达不到当面强制所形成的身心压力,也难以形成同网络胁迫一样的精神强制,因此通常难以达到不敢反抗的精神强制的程度;但是在特定情形下,比如受害人是心智尚未成熟的未成年人或智力障碍者时,诱骗手段仍有可能对受害人形成精神上的控制而形成强制,此时需要结合网络诱骗手段强度与受害人的具体心智水平予以专门判断。三是未经他人同意通过网络向他人发送色情图片或视频的行为虽然违反了他人的意志且具有猥亵属性,但这种行为如果没有后续的其他胁迫实施,就难以认定为对他人形成了精神强制,也未达到使得他人不敢反抗的程度,因此难以认定为强制行为,从而难以构成强制猥亵罪。

### (三)对网络隔空猥亵犯罪罪量判断的完善

当网络猥亵作为一种新型猥亵行为在行为严重程度标准还不够清晰时,相对更容易产生猥亵犯罪与猥亵治安违法行为之间的区分认定困境。传统猥亵犯罪以对受害人身体侵害的危险程度为罪量认定标准,但是网络猥亵在隔空实施的情况下不会对受害人身体造成侵害危险,因此如果仍然沿用对身体

侵害的危险程度的旧有标准,就无法解决网络猥亵情形下区分认定猥亵犯罪还是猥亵治安违法行为的问题。就网络猥亵罪量标准而言,传统猥亵犯罪基于身体侵害程度的罪量标准应被更符合网络隔空交互特征的心理侵害程度标准所取代,以此区分网络情形下的猥亵犯罪行为与猥亵治安违法行为:对侵害受害人心理较为严重的网络猥亵行为,如多次通过网络胁迫受害人做出性意味举动供观看而导致受害人遭受严重精神伤害的构成猥亵犯罪;而对受害人心理损害较为轻微的网络猥亵行为,如操纵受害人观看自己裸照造成受害人有屈辱心理压力等心理轻微伤害的,可以作为治安违法行为予以治安处罚。

此外上述罪量标准也可以作为界分网络猥亵与网络性骚扰行为的认定依据。性骚扰行为是已被《妇女权利保障法》作出禁止性规定的一种具有性意味的违法滋扰行为,<sup>③</sup>但在对性自主权利的侵害程度上并没有达到猥亵犯罪行为与猥亵治安违法行为的程度。<sup>④</sup>网络性骚扰行为随着网络交互的广泛性与匿名性比线下性骚扰行为更为高发,网络猥亵行为与网络性骚扰行为的区分也成为更加需要解决的现实问题。由于网络性骚扰行为与网络猥亵行为同样都是通过网络手段违反受害人意志而施加的性意义的行为,因此二者在行为属性上难以做出有效的质的区分,罪量因素就成为界分二者的重要标准:同样是通过网络手段违反受害人意志对受害人实施的性意义的行为,如果对受害人形成较重的心理伤害,则应视为猥亵犯罪行为;如果对受害人形成轻微的精神伤害,可视为猥亵治安违法行为;而如果仅仅是造成受害人心理不适的轻微侮辱感,并未形成精神伤害,可以视为非猥亵的性骚扰行为。

(四)基于侵害对象的网络隔空猥亵区分认定标准完善

《性侵未成年人案件解释》受限于规定对象的范围仅限于未成年人,仅对网络猥亵未成年人的犯罪进行了单独规定,体现出对未成年人倾斜性、专门性保护的原则,但是并未对一般主体的网络猥亵犯罪进行规定。考虑到未成年人与成年人在行为认知与

身心成熟度上的差异,在网络猥亵犯罪中,不应将猥亵成年人与未成年人采取一样的认定标准,需要根据未成年人性自主能力尚未完全成熟的特点,采取更为严格的认定标准。<sup>⑤</sup>一是在网络猥亵的强制性认定上,对未满14周岁的未成年人的网络猥亵可根据猥亵儿童罪的构成要件不需要具体认定强制性,对儿童实施网络猥亵本身就推定违反了其性自主同意。而在认定强制猥亵罪中对已满14周岁未成年人的精神强制时,应考虑到未成年人身心尚不成熟、更容易遭受心理胁迫与诱骗的特殊性,结合未成年人实际上的心智发育情况与网络猥亵的具体手段来确定是否构成行为的强制性,利用未成年人心智尚不成熟的网络骗诱或针对未成年人弱点的恐吓应该都视为强制。二是在明确心理侵害作为网络猥亵的罪量标准时,需考虑到未成年人由于心理还不成熟相对更容易受到网络猥亵的心理侵害,因此在认定猥亵犯罪时,应该对网络猥亵未成年人设定更低的心理侵害入罪标准,只要有可能对未成年人造成心理侵害的网络猥亵行为都应该优先认定为猥亵犯罪。例如,通过网络私信等功能对陌生人发送裸照的行为,对成年人造成的可能心理侵害相对轻微,可不作为猥亵犯罪认定;但如果定向对未成年人特别是儿童发送裸照或色情意味的照片,就可能对涉世未深的未成年人心理造成严重侵害,应以猥亵犯罪加以认定。

(五)对网络隔空猥亵犯罪加重情节的认定完善

前网络时代对“聚众”“公共场所当众”等猥亵犯罪的加重情节在认定时无须考虑网络场景,都以同一时空条件下的物理空间为认定基础,相应的也较少产生认定争议。在网络猥亵的情形下,基于网络空间的虚拟性与隔空性,网络聚集与网络公共平台场景能否分别被认定为聚众与公共场所就出现较大认定争议,需在加重情节设置原理的基础上结合网络特征予以厘清。聚众、公共场所当众之所以作为猥亵犯罪的加重情节,是因为在这些情形之下猥亵犯罪行为属性更加恶劣,对受害人身心所造成的伤害更严重,应当受到严惩。如果在网络情形下,有争

议的网络聚集与网络公共平台能够符合上述加重情节的设置原理,则可以认定为聚众与公共场所当众。

一方面,就聚众而言,通过网络交互平台聚众在技术上完全可以实现,<sup>①</sup>3人以上网络聚集共同施行猥亵时,如果彼此知晓要共同实施猥亵行为,且受害人能够感知该3人以上网络聚集实施猥亵的情况,则即使具体猥亵实行行为仅有一人施行、其他人围观,或受害人并不认识这些人的真实身份,也不确切的知道谁是纠集者、谁是参加者,都不影响受害人被强制的感受增强以及被害人受到更大的身心侵害,此时应认定为聚众的加重情节成立。如果3人以上网络聚集实施猥亵者并不为受害人所知晓,包括对聚集者的身份或人数都不知晓,就不会造成受害人更加严重的受害心理感受,也不会造成更大的身心侵害,从而不符合聚众的原理,不构成聚众的加重情节。

另一方面,就公共场所当众的认定而言,网络信息发布共享平台或直播平台符合公共空间的界定,公众可以在平台自由登陆、发布、观看、讨论,形成流动的交互共享空间,网络公共空间与现实公共场所一样,都能够成为犯罪发生的场域。<sup>②</sup>在不特定人员共享的网络自由交互空间中施行猥亵时,如果行为人与受害人都知晓该网络平台的公共性,则在该平台实施的网络猥亵行为就如同线下公共场所实施猥亵一样,对受害人造成更严重的羞辱感等身心冲击,形成更严重的心理侵害。而如果猥亵行为实施于特定小范围的、公众不能自由进出的封闭共享平台与直播平台,则无法形成当众实施的网络环境,就不能认定为公共场所当众实施。

### 结语

人们通常认为网络社会的发展在刑法上主要是对财产法益与财产犯罪行为的认定方式产生冲击,而对人身法益与人身犯罪的影响较小。<sup>③</sup>然而通过以上对隔空猥亵犯罪的分析表明,伴随着社会数字化进程的深入,即使作为典型人身犯罪的猥亵犯罪在法益内涵与行为方式上都应适应网络交互形式而进行更新,以应对认定网络空间新型隔空猥亵行为

刑事责任的现实需求。相较于传统猥亵的行为方式认定比较明确具体,网络猥亵作为新型猥亵方式在司法实践中亟待明确行为边界,确定犯罪行为的认定标准。而刑法中无论是强制猥亵罪还是猥亵儿童罪都未对猥亵做进一步界定,从而赋予了司法实践对猥亵行为充分的认定解释空间。未来司法实践可以根据网络猥亵的隔空防范原理专门明确网络猥亵的适用标准,既可以统一猥亵犯罪的司法认定,也能有效回应网络社会发展带来的犯罪认定新挑战。

### 注释:

①参见刘艳红:《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。

②参见高铭喧、马克昌:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第464页。

③参见王政勋:《强制猥亵、侮辱罪构成要件的法教义学分析》,载《法律科学》2018年第4期。

④典型案例参见《15岁女生被“隔空猥亵”一个月,直到父亲发现……如何斩断网络黑手?》, [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_22108395](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_22108395), 2023年8月30日访问。

⑤参见阮林贻:《双层社会背景下隔空猥亵的客观解释》,载《青少年犯罪问题》2020年第4期。

⑥本文所称猥亵犯罪包括《刑法》第237条第1款与第3款规定的强制猥亵罪与猥亵儿童罪两个猥亵犯罪专门罪名。这两种猥亵犯罪虽然在侵害对象与强制必要性方面有所差异,但在规定的猥亵行为的属性与方式上具有一致性,因此可以在猥亵行为认定原理上保持共通性,共同作为网络猥亵犯罪的研究对象。当然,本文在涉及两种犯罪差异时,也根据需要予以了认定标准的分别研究。

⑦参见唐大森:《猥亵罪之比较研究》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第10卷),中国政法大学出版社2002年版,第571页。

⑧参见张明楷:《刑法理论与刑事立法》,载《法学论坛》2017年第6期。

⑨参见王瑞山:《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。

⑩参见人民法院出版社编:《最高人民法院最高人民检察院指导性案例》(第6版),人民法院出版社2022年版,第797页。

⑪参见董玉庭、黄大威:《论传播淫秽、色情物品犯罪的刑

事立法政策——以无被害人犯罪为视角》，载《北方法学》2014年第8期。

⑫参见张明楷：《刑法学》（第六版），法律出版社2021年版，第879页。

⑬何莉、赵俊甫：《〈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〉的理解与适用》，载《中国应用法学》2023年第3期。

⑭参见高艳东、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》，载《苏州大学学报（法学版）》2021年第2期。

⑮参见最高人民法院刑事审判一至五庭编：《刑事审判参考》（总第98集），法律出版社2014年版，第255页。

⑯参见王政勋：《论猥亵行为违法性》，载《法治现代化研究》2018年第4期。

⑰例如蒋某猥亵儿童案中，蒋某在一年半时间内通过QQ聊天隔空猥亵了31名女童，既有诱骗胁迫受害人拍照发送的猥亵行为，又有胁迫聊天猥亵行为，受害人数量、广度与行为严重程度超过诸多当面猥亵犯罪。参见《蒋成飞猥亵儿童案》，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/07/id/4203745.shtml>，2023年8月30日访问。

⑱参见袁野：《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。

⑲参见张明楷：《简评近年来的刑事司法解释》，载《清华法学》2014年第1期。

⑳参见刘艳红：《Web3.0时代网络犯罪的代际特征及刑法应对》，载《环球法律评论》2020年第5期。

㉑参见车浩：《“扒窃”入刑：贴身禁忌与行为人刑法》，载《中国法学》2013年第1期。

㉒参见卢映洁：《强制猥亵与性骚扰“傻傻分不清”？》，载《月旦法学杂志》2009年第8期。

㉓参见周光权：《刑法各论》（第4版），中国人民大学出版社2021年版，第41页。

㉔参见王钢：《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。

㉕参见周佑勇：《论智能时代的技术逻辑与法律变革》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2019年第5期。

㉖参见喻海松：《立法与司法交互视域下网络犯罪规制路径总置评》，载《政法论坛》2023年第1期。

㉗参见巩海平、李刚：《对强制猥亵妇女罪的思考》，载《甘肃政法学院学报》2004年第6期。

㉘参见郭卫华：《论性自主权的界定及其私法保护》，载《法商研究》2005年第1期。

㉙参见刘仁文：《论非法使用公民个人信息行为的入罪》，载《法学论坛》2019年第6期。

㉚参见刘宪权：《元宇宙空间犯罪刑法规制的新思路》，载《比较法研究》2022年第3期。

㉛参见张明楷：《刑法学》（第六版），法律出版社2021年版，第877页。

㉜参见孔忠愿：《强制猥亵罪中“其他方法”的理解与适用——以上海首例“咸猪手”案为例》，载《中国检察官》2020年第8期。

㉝参见张明楷：《犯罪之间的界限与竞合》，载《中国法学》2008年第4期。

㉞参见赵俊甫：《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。

㉟参见刘艳红：《数字经济背景下元宇宙技术的社会安全风险及法治应对》，载《法学论坛》2023年第3期。

㊱参见柳卫卫：《论被迫行为的刑法规制及其体系性地位的重构》，载《中国法学》2010年第2期。

㊲参见邵守刚：《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。

㊳参见王成：《性骚扰行为的司法及私法规制论纲》，载《政治与法律》2007年第4期。

㊴参见靳文静：《性骚扰法律概念的比较探析》，载《比较法研究》2008年第1期。

㊵参见刘宪权、陆一敏：《猥亵儿童罪司法认定疑难问题分析》，载《青少年犯罪问题》2020年第4期。

㊶参见吴进娥：《性犯罪网络传播行为刑罚裁量的功能主义诠释》，载欧阳本祺主编：《东南法学》（第六辑），东南大学出版社2022年版，第183页。

㊷参见卢勤忠、钟菁：《网络公共场所的教义学分析》，载《法学》2018年第12期。

㊸参见周佑勇：《智能技术驱动下的诉讼服务问题及其应对之策》，载《东方法学》2019年第5期。