

# 网络空间猥亵儿童行为的入罪化及限度分析

张旻睿

江苏大学法学院, 江苏 镇江

收稿日期: 2023年12月26日; 录用日期: 2024年1月19日; 发布日期: 2024年3月22日

## 摘要

随着未成年人网络普及率的增高, 通过媒体曝光的网络猥亵儿童案件有增加的态势, 这引起了强烈的社会反响。这类案件不仅触犯了法律底线, 更是逾越了人们的道德红线。立足于最大化保护未成年人合法权益的刑事政策, 同时依据指导案例传达出的价值判断, 网络猥亵儿童行为应当认定为猥亵儿童罪的行为方式, 且在实质上属于传统猥亵儿童犯罪的网络化表现, 应认定为猥亵儿童罪。在构成猥亵儿童罪具体的法律适用中, 儿童的“自愿配合”不能阻却违法性; 在一定情形下, 网络猥亵行为也可构成“在公共场所当众猥亵”的加重情形; 网络引诱行为也应认定为猥亵儿童犯罪的实行行为。最后, 本文还对网络猥亵儿童犯罪的出罪理由及出罪路径进行了分析。

## 关键词

网络猥亵, 未成年人, 猥亵儿童罪

# The Criminalization and Limitation Analysis of the Behavior of Pornography against Children in Cyberspace

Minrui Zhang

School of Law, Jiangsu University, Zhenjiang Jiangsu

Received: Dec. 26<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jan. 19<sup>th</sup>, 2024; published: Mar. 22<sup>nd</sup>, 2024

## Abstract

With the increasing popularity of minors on the Internet, there is an increasing trend of online child molestation cases exposed through the media, which has caused strong social reactions. These cases not only violate the legal bottom line, but also exceed people's moral red line. Based on the criminal policy of maximizing the protection of the legitimate rights and interests of minors,

文章引用: 张旻睿. 网络空间猥亵儿童行为的入罪化及限度分析[J]. 法学, 2024, 12(3): 1672-1680.

DOI: 10.12677/ojls.2024.123240

and based on the value judgments conveyed by guiding cases, online child molestation should be recognized as a form of child molestation, and in essence, it belongs to the networked manifestation of traditional child molestation crimes and should be recognized as a child molestation crime. In the specific legal application of the crime of child molestation, the voluntary cooperation of children cannot prevent illegality; Under certain circumstances, online indecent behavior can also constitute an aggravation of public indecency; The act of online seduction should also be recognized as a criminal act of child molestation. Finally, this article also analyzes the reasons and pathways for the crime of online child molestation.

## Keywords

Internet Obscenity, Juveniles, Child Molestation

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

新型网络犯罪是互联网时代的产物，网络为犯罪者实施新型犯罪提供了新的可能。《2021年全国未成年人互联网使用情况研究报告》显示，自2018年起我国未成年网民数量已经连续四年持续增长，至2021年达到1.91亿，未成年人互联网普及率高至96.8% [1]。随着未成年人上网人数的增多，隔空猥亵儿童案件数量飞速增加，网络猥亵儿童态势愈发严峻。根据中国少年儿童文化艺术基金会女童保护基金发布的2021年性侵儿童案例统计报告显示(以下简称女童保护)：2021年媒体公开曝光223起性侵未成年人案件，通过网络发生的性侵害为17起，占案例总数的7.62% [2]。

综上，网络隔空猥亵儿童案件应当得到社会公众和立法者的关注，从立法上切实加强对于未成年儿童身心健康等权益的保护迫在眉睫。本文主要从刑事政策目的论、客观行为方式和实质性三个角度，对于网络猥亵儿童行为的入罪合理性，该行为构成猥亵儿童罪的法律适用争议焦点以及出罪问题进行分析。

## 2. 网络猥亵儿童行为应认定为猥亵儿童罪

### 2.1. 从刑事政策目的论考量网络猥亵儿童行为定性

2020年12月，第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》对刑事责任年龄进行了调整，并分别修改和增加了《刑法》第236条、第237条等条款。同年10月，又通过了《中华人民共和国未成年人保护法》的修订案，以上举措为我国未成年人权益保障体系的系统性做出了贡献。2021年9月，国务院又颁布实施了《中国儿童发展纲要(2021~2030年)》(以下简称新儿纲)。新儿纲的制定，是党和政府高度重视儿童保护事业，落实《儿童权利公约》的伟大举措，表明了社会各界对儿童权益特殊重点保护，以及坚决防止和严厉打击侵犯儿童合法权益的违法犯罪行为的政策立场。此外，2023年两高两部发布的《关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见》的通知中也指明了办理性侵害未成年人案件的政策要求：第一，依法从严惩处性侵害未成年人犯罪；第二，坚持最有利于未成年人原则；第三，坚持双向保护原则，保护未成年当事人双方的合法权益。最大化保护未成年人这一刑事政策凝结于当下主流的价值判断，强调司法必须与社会发展变化保持同步，并回应社会在发展变化中形成的需要，具有应时应势性。

尽管网络猥亵儿童行为与传统网络猥亵儿童行为侵犯的法益同样是儿童的人格尊严和身心健康，但是要想将这种跨越时空的网络猥亵儿童行为认定为猥亵儿童罪，单从侵犯的法益方面解释还不够有说服力。只有基于保护未成年儿童的刑事政策立场，才能更合理地解释为何将网络猥亵儿童行为认定为猥亵儿童罪。

首先，网络猥亵儿童行为具有隔空性。从猥亵手段上来看，犯罪人不可能对被害人实现传统意义上的直接身体接触，但是尽管没有直接接触，犯罪人通过观看被害人的裸露照片或视频也已经满足了其对刺激和性欲的追求。这种跨时空的猥亵行为同样会给未成年被害人带来严重的心灵创伤，也会影响其未来人格的健康发展，因此，有必要在刑事政策方面给予与传统猥亵儿童罪相同程度的刑罚保护。

一方面，网络猥亵儿童行为呈现出线上与线下相结合交叉发展的态势。犯罪人一般以网络聊天工具为媒介，先在线上筛选信息加上好友认识儿童，通过欺骗手段骗得被害人私密信息，再利用对方的恐惧心理，胁迫对方发送隐私照片，更甚者还会迫使儿童与其在线下见面并实施直接接触性猥亵行为，如“骆某猥亵儿童案”[3]。在该案中，骆某在QQ软件中使用化名，加童某为好友，并且在得知对方为不满14周岁未成年后仍对该女童实施言语恐吓索要裸照，在女童不从之后又虚构他人身份继续威胁并向其索要裸照。索取照片成功之后竟以公布于网上为由威胁恐吓童某，要求与其宾馆见面实施线下的猥亵行为。在生理层面，网络隔空猥亵儿童行为与传统猥亵儿童对被害儿童遭受的性器官及相关方面的损伤的伤害相当，同样可能出现生殖器官红肿、疼痛等症状。在心理层面，被害未成年人之所以会同意发送裸照或视频，大多数情况下都是因为犯罪人以在网络社交平台传播其裸照或公布被害未成年儿童的隐私信息相威胁。被害儿童年纪很小，还没有足够的安全意识和自我防卫意识，因此，这种猥亵行为很可能持续很久。从心理学角度来说，对于幼小的未成年人，猥亵行为给他们带来的伤害会伴随着他们成长、成人，甚至延续一生，同时也极易让受害儿童形成人际交往障碍，导致性格孤僻脆弱，对其他人丧失信任感。更严重者还会形成偏激性心理和报复性心理，仇视他人和社会。另一方面，网络技术的发展和网络应用的普及，使得网络不仅仅局限于小部分人群。一旦犯罪人将获取的被害儿童的隐私照片及视频公布于网络平台，凭借网络飞速的信息传播速度和扩大效应，网络猥亵儿童行为的危害后果不堪设想。

其次，网络猥亵儿童行为还具有隐蔽性强、隐案率高的特点。一方面，这是由网络的隔空性所决定的。由于犯罪人与被害者不在同一个物理空间，以及部分平台的监管不足，使得犯罪人很容易利用虚假的个人信息进行账号注册，并且在其完成作案后几乎可以轻易擦除一切犯罪痕迹。另一方面，未成年人儿童由于有畏惧心理，即使事后发觉也不会选择向家长求救，还有一部分儿童的心智发育不成熟，防范意识不足导致其根本就没有发现自己被猥亵甚至性侵。简言之，犯罪人的作案线索很难被发现。

最后，将网络猥亵儿童行为认定为猥亵儿童罪，出于我国刑事政策角度的考虑，不仅有利于打击儿童色情业，抑制类似恋童癖这种违背社会性伦理道德的变态心理的扩散，而且有利于打击网络犯罪，更好地保障未成年儿童合法权益的不受侵犯[4]。

## 2.2. 网络猥亵儿童行为应认定为猥亵儿童罪的行为方式

我国刑法对于猥亵儿童罪的规定属于简单罪状，没有对“猥亵”一词进行明确地解释。然而，“猥亵”一词又富含强烈的道德评价色彩，很难将犯罪、违法以及不道德明确的区分[5]。因此，有必要对猥亵儿童罪的刑法构成要件进行解释。笔者认为，应当从符合立法目的、符合猥亵儿童罪法条的客观意义以及没有超出国民可预测范围这三个方面来分析利用网络猥亵儿童的行为方式是否符合猥亵儿童罪的构成要件。

首先，对利用网络猥亵儿童的行为认定为猥亵儿童罪，符合猥亵儿童罪的立法目的。猥亵儿童罪的立法目的与我国历史上保护未成年儿童合法权益的立法背景有关。在《未成年人保护法》中，明文禁止

了对未成年人实施家庭暴力,虐待、和遗弃等违背公序良俗的侵权行为。《民法典》中明确了未成年人遭受性侵害的,在年满十八周岁后仍然享有损害赔偿请求权;明确了在监护人不履行职责的情况下可以撤销其监护人资格等。《治安管理处罚法》第44条第2款规定对于猥亵不满十四周岁的未成年人或者有其他严重情节的,处以十日以上、十五日以下的拘留<sup>1</sup>。在刑事立法上,猥亵儿童罪的立法沿革可以追溯到1979年《刑法》规定的“流氓罪”等罪名,当今刑法中已经明文规定了猥亵儿童罪的罪名以及惩治措施。此外,不仅要从立法层面考虑猥亵儿童罪的立法目的,也要结合刑事政策以及实际状况,从司法层面进行考量。为了依法惩治性侵害未成年人犯罪,更好地保护未成年人合法权益,国家陆续颁布了司法解释。例如,2017年的最高检的发布的《关于依法惩治侵害幼儿园儿童犯罪全面维护儿童权益的通知》,提出要以零容忍的态度,从严打击侵害儿童权益的犯罪分子。2020年最高检出台的《最高人民法院关于加强新时代未成年人检察工作的意见》,也明确提出了从严从快批捕、起诉侵害未成年人犯罪,同时对犯罪分子积极适用从禁止的工作要求。

以上这些都体现了党中央及政府高度重视未成年儿童的权益保护及犯罪预防问题的态度。因此,基于最大化保护未成年人合法权益以及严格化处罚侵犯儿童合法权益的刑事政策立场,利用网络实施的隔空猥亵儿童行为应当认定为猥亵儿童罪的行为方式,因其行为实质是为了满足私欲而严重践踏了儿童的人格尊严,危害了儿童的身心健康,按照猥亵儿童罪来定罪处罚,体现了对于被害儿童合法权益的保护和重视,符合立法者的立法目的。

其次,网络猥亵儿童行为符合猥亵儿童罪条文的客观意义。有学者将猥亵儿童的行为分作两种类型:其一是直接接触性猥亵行为,其中又分为两种情形:一种是儿童作为直接被猥亵对象。犯罪人自己猥亵儿童或让儿童容许第三人对其实施猥亵。一种是儿童作为间接被猥亵对象。犯罪人强迫儿童对其或第三人实施猥亵行为。其二是无直接接触性猥亵行为。其中也可以分为两种情形。一种让儿童实施自我猥亵行为,一种是强迫儿童观看他人猥亵行为[6]。网络猥亵儿童行为与传统猥亵儿童行为的区别在于是否跨越时空,然而,随着科学技术的发展与网络应用的不断升级,即便是跨越时空,图片、音频、视频等数字化文件也可以通过网络接收并高保真地还原并感知,犯罪人通过网络社交软件就可以引诱或强迫被害儿童与其进行高清晰度的裸聊,或拍摄私密照片等,这些行为的实施与在现实生活中实施猥亵行为达到的效果并无不同,同样都可以满足犯罪人达到性刺激的目的。因此,利用网络实施的猥亵儿童行为与传统猥亵儿童行为在行为方式上部分重合,符合猥亵儿童罪法条的客观意义。

最后,将网络猥亵儿童行为解释为猥亵儿童罪的行为方式,在公众的可预测范围内。语言学理论表明,语言是一种社会现象,具有社会性,它的产生、存在、发展和灭亡都与社会紧密相关。社会的变革,政治和经济政策的改变,以及科技的进步都会导致语言随之改变,出现一些新词汇和新用法。随着网络社交应用的普及,国民整体文化水平不断提高,国民对于新语言、新文化概念的获取方式变多,接受程度和创造能力也相应的提高。将猥亵行为扩张解释为包括网络隔空猥亵在内的猥亵行为,符合时代发展进步的要求。一方面,网络猥亵儿童行为侵犯的法益属于猥亵儿童罪的保护范围。通常情况下,犯罪人利用网络平台隐蔽自己的身份,引诱或威胁被害儿童向其发送裸照或裸露视频,此行为虽然与传统猥亵儿童行为的载体不同,但是对儿童的身心健康和对社会的危害在实质上是一样的,都具有同样严重的社会危害性。另一方面,利用网络实施猥亵儿童行为具有现实可操作性。由于互联网技术的飞速发展,网络应用的更新升级,犯罪人通过网络社交平台就可以实施猥亵儿童行为中的隔空猥亵行为,如引诱或迫使儿童自行实施猥亵行为并将拍摄的隐私图片或视频通过互联网传输给犯罪人,从而达到犯罪目的。因

<sup>1</sup>《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十四条: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,处十日以上十五日以下拘留。

此，将利用网络实施猥亵儿童行为解释为猥亵儿童罪的行为方式，在国民可预测范围之内。

### 2.3. 网络猥亵儿童行为实质是传统猥亵儿童犯罪的网络化表现

随着网络技术和互联网普及率的上升，越来越多的网络类犯罪曝光于公众视野中，猥亵儿童犯罪的行为方式的外延也在不断扩张。网络隔空猥亵儿童行为作为互联网时代的新型犯罪行为，在侵害的法益和犯罪主客体方面都与传统猥亵儿童行为相同，只是在表现方式上有所不同。网络猥亵儿童犯罪充分利用了互联网时代的优势，借助网络社交平台隔空对未成年儿童实施猥亵。实际上，网络猥亵儿童行为是在传统猥亵儿童行为的基础上，结合了新时代互联网技术，衍生出来的新型猥亵儿童犯罪，本质上是传统的非隔空式猥亵儿童行为的网络化表现。

尽管犯罪人实施的网络猥亵儿童行为主要发生在网络社交平台，但是与线下实施的传统猥亵儿童等犯罪行为并无实质差异。此类犯罪只是将互联网作为犯罪的工具，借助网络社交软件这一渠道，结识未成年儿童并骗取其私密照片，或者利用网络直播软件与未成年儿童进行裸聊等方式实施猥亵行为。在人身危害性上，网络隔空猥亵儿童行为与传统直接接触型猥亵儿童行为相当：一方面，犯罪人往往会对受害儿童进行精神控制或压迫，受害儿童在遭受性羞耻心和身心健康权益侵犯的同时，也遭受着极大的精神压力；另一方面，相比于传统猥亵犯罪，网络犯罪具有更快的传播能力和更广的传播范围，一旦犯罪人将骗取的私密照片在网络上传播，很容易致使受害儿童遭受二次身心伤害。因此，网络隔空式猥亵儿童的行为本质上是与传统猥亵儿童行为没有差别的网络化犯罪。

## 3. 网络猥亵儿童刑法适用中疑难和争议问题分析

为了统一界定网络猥亵儿童行为，2018年11月18日，最高检发布了第十一批指导性案例，其中十大未成年人保护案例之八——骆某猥亵儿童案，已经明确了利用网络隔空实施猥亵行为按照猥亵儿童罪处罚的该当性，并且表明利用网络实施的隔空猥亵行为具有与传统的直接接触型猥亵儿童行为相同的危害后果。指导性案例的发布，对检察机关及其他部门办理类似侵害未成年人合法权益的案件提供了方向，具有重要的指导意义。此外，全国妇联发布的妇女儿童维权十大典型案例，最高院发布的性侵害儿童犯罪典型案例，都是为了规制利用网络实施的非直接接触型猥亵儿童的行为。虽然此类犯罪已经得到了多方关注，且有指导性案例和典型案例作为指导，但是在立法层面，对非直接接触型网络猥亵儿童行为仍没有明确的定性，因此，在司法实践中对于此类案件的处理不可避免的会存在很多争议。

### 3.1. 网络猥亵行为中儿童“自愿配合”的认定

关于被害人承诺的理论依据，各国刑法学术界存在三种学说，即法律行为说、利益放弃说和法律保护放弃说。然而，这三种观点都有不合理之处。张明楷教授认为应当将利益放弃说和法律保护放弃说结合，以此解释被害人承诺的正当化问题。他认为刑法的目的是保护法益，被害人有权在不侵害公共利益的前提下支配和处分自身的权益，被害人承诺或自愿不仅代表其放弃了自己利益，同时也表明其放弃了法律的保护，如果刑法在此时仍然强加干预，则违背了刑法的目的。但是，并非所有被害人承诺的行为都可以阻却违法性，法律对于被害人承诺有着严格的限制，超限度的承诺并不必然阻却违法性。一般而言，性犯罪侵害的是被害人的性的自主决定权，如果被害人是基于犯罪人的胁迫或引诱而作出了非自愿承诺则不阻却违法性，相反，即便是被害人主动自愿配合或承诺也未必一定阻却违法性，此时应当分为两种情况。其一，当被害人年龄已满14周岁时，如果犯罪人是在被害人非自愿，被强迫的情况下实施的猥亵行为，则无法阻却其违法性，应构成犯罪。其二，当被害人年龄不满14周岁时，其自愿与否不影响猥亵行为的认定。对此，我国刑法第236条对奸淫幼女罪的规定以及2013年两高两部发布的《关于依

法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》，二者都是站在利益最大化保护未成年合法权益的立场，表达了对儿童具有性自主权的否定态度<sup>2</sup>。因此，不满 14 周岁的儿童即使出于自愿配合的态度，同意被其实施猥亵行为的，也不能阻却猥亵行为的违法性。即便是情侣之间，不满 14 周岁的未成年儿童自愿发生性行为的，也不能排除行为的违法性。考虑到不满 14 周岁的儿童的身心发育还不成熟，不具备性意识，缺乏辨别是非的能力，因此，从功能主义的刑法解释论的角度，基于全社会严厉打击侵害儿童合法权益违法犯罪行为的政策立场，可以认定只要侵害了被害儿童的身心健康及性的自主决定权，无论是引诱被害儿童自愿配合，还是被害儿童主动自愿向犯罪人发送隐私照片或视频的，都不影响猥亵儿童罪的成立。

### 3.2. 网络猥亵行为中“公共场所当众”的认定

在理论和司法实践中，刑法学界一直在对“公共场所当众”实施猥亵行为中的“公共场所”的认定存在颇多争议。反对者认为，将网络空间认定为公共场所属于类推解释，因为网络空间不同于现实空间，在现实空间中公众的身体可以自由进出，他们要求身体的有形性和真实存在性<sup>[7]</sup>。然而网络空间不具有身体的自由进出性，比如在网络直播猥亵行为的活动中，进入直播间的人们可以随意的发表言论，具有言论层面上的自由，人们也可以在虚拟的网络空间里随意进出直播间，但是不同于现实空间里的公众身体的有形性。肯定者认为，当下互联网普及率高，人们的生活早已离不开网络，网络成为了人们学习、娱乐和社交的重要平台，同时信息技术的发展使得照片及视频的分辨率越来越高，其中 VR 技术更是让人有身临其境的感觉，人们对于网络世界和现实世界的体验感已经没有什么大不同，因此认为网络空间和现实空间没有区别，在一定情况下可以将网络空间认定为公共场所。对此，笔者同意第二种观点。当前我国互联网产业的迅猛发展，正在以惊人的速度逐步颠覆人们的生活方式，信息的查找与发布，在线的沟通与交流等都可以通过网络高效的完成，因此，网络空间与现实空间在语言交流与视听方面都没有差别。

此外，2013 年两高两院联合印发的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第 23 条以及 2023 年两高两部发布的《关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见》的通知第 18 条，都将“校园、游泳馆、儿童游乐场”这类相对开放性的场所扩大解释为“公共场所”，表明只要场所具有相对开放性，且有多人在场，不管在场人员能否实际看到或感知到，只要有被感知到的可能性，就可以认定为在“公共场所当众猥亵”<sup>3</sup>。在网络空间里，如果犯罪人利用网络社交软件将网络猥亵儿童的过程进行在线实时直播，直播视频会被很多人发现或实时观看，此行为符合在公共场所当众的情形。

因此，网络空间在一定情况下可以被认定为“公共场所”，但是在判断时应当把握直播软件的开放性和其他网络用户观看直播视频的同时性。其一，应当具备开放性的特征。犯罪人使用直播软件进行直播时要求具有其他用户进入观看的可能，比如直播间没有设置密码，是对外公开的。如果犯罪人只是私下与被害儿童一对一以裸聊等方式进行猥亵，网络空间的其他人无法获取该私密视频，则其不具有公开性，无法认定为在“公共场所当众实施”；其二，应当具有同时性。在犯罪人实施猥亵儿童行为时，要

<sup>2</sup> 《中华人民共和国刑法》第二百三十六条：以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。

奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：（一）强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；（二）强奸妇女、奸淫幼女多人的；（三）在公共场所当众强奸妇女、奸淫幼女的；（四）二人以上轮奸的；（五）奸淫不满十周岁的幼女或者造成幼女伤害的；（六）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

<sup>3</sup> 《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第二十三条：在校园、游泳馆、儿童游乐场等公共场所对未成年人实施强奸、猥亵犯罪，只要有其他多人在场，不论在场人员是否实际看到，均可以依照刑法第二百三十六条第三款、第二百三十七条的规定，认定为在公共场所“当众”强奸妇女，强制猥亵、侮辱妇女，猥亵儿童。

《〈关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见〉的通知》第十八条：在校园、游泳馆、儿童游乐场、学生集体宿舍等公共场所对未成年人实施强奸、猥亵犯罪，只要有其他多人在场，不论在场人员是否实际看到，均可以依照刑法第二百三十六条第三款、第二百三十七条的规定，认定为在公共场所“当众”强奸、猥亵。

求直播间应当处于开放状态，具有其他用户随时参与并观看直播内容的可能性。如果犯罪人只是将拍摄好的视频或照片发布到网络空间，其他用户无法实时参与观看，看到的只是录制视频，在这种情况下，对犯罪人应当以传播淫秽物品罪定罪处罚。

### 3.3. 网络引诱行为是否构成猥亵儿童罪的实行行为

对于实行行为的认定，应当从形式和实质两个层面考量。在形式层面上，实行行为是指符合刑法犯罪客观构成要件的行为，在实质层面上，实行行为则是指具有侵害法益的紧迫的危险行为。因此，对于网络引诱行为也应当从形式和实质两个层面进行分析。

在形式层面，由于刑法明文规定实施猥亵儿童行为，不管行为是否具有强制性，都构成猥亵儿童罪。因此，猥亵儿童的犯罪行为包括强制性胁迫等方式实施的猥亵和非强制性的通过引诱等方式实施的猥亵。尤其是在网络猥亵儿童行为中，由于网络空间具有跨越时空的属性，引诱行为便成了实施猥亵行为必不可少一部分，因此，应当将网络引诱行为与猥亵儿童行为看作一个整体，即将网络引诱行为也视为构成猥亵儿童罪的实行行为。

在实质层面，猥亵儿童行为侵害的法益是儿童的身心健康和人格尊严，因为猥亵儿童罪是行为犯，所以只要求行为人实施了侵害未成年人身心健康和人格尊严的行为，而无需特定结果的发生，就可以构成猥亵儿童罪。对于在网络空间实施的引诱行为，相比在现实空间里实施的引诱行为，儿童更容易受到欺骗，信以为真，从而按照犯罪人的要求向其发送私密照片或视频，如“蒋成飞猥亵儿童案”。蒋某虚构星探身份，以检查发育状况为由诱骗女童发送裸照，后又以面试为由，欺骗被害儿童与其视频聊天并做出淫秽动作。这说明网络引诱行为同样可以达到精神控制未成年儿童的效果，同样具有侵犯被害儿童身心健康紧迫危险，此外，联合国《儿童权利公约》第34条将“引诱或强迫儿童从事任何非法的性生活”的行为纳入保护范围<sup>4</sup>。综上所述，网络引诱行为应当认定为网络猥亵儿童的实行行为。

## 4. 网络猥亵儿童犯罪的出罪分析

虽然功能主义的刑法解释论立场认为网络猥亵儿童行为严重侵害了被害儿童的身心健康，也给社会带来了严重的危害，并将其认定为猥亵儿童罪来定罪处罚，但是如果将成年人与未成年人以及未成年人之间发生的类似情形都入罪的话，将会对被害儿童造成不必要的身心伤害，也不利于对未成年犯罪人的教育改良。拉德布鲁赫曾经说过，刑法不仅惩治犯罪人，也保护犯罪人，刑法的存在不仅是设立国家的刑罚权力，也要限制这一权力，不仅是处罚犯罪者的依据，也是一种界限，具有悖论性特征<sup>[8]</sup>。因此，考虑到刑法的谦抑性，当未成年人作为犯罪嫌疑人或被告人时，应当视情况作出与成年人不同的处理决定。

### 4.1. 网络猥亵儿童犯罪的出罪理由

第一，不归罪并不是不追究法律责任。《治安管理处罚法》第44条对于猥亵儿童的行为作了处罚规定；《民法典》同样作为兜底法律也对未成年人合法权益的保护作了相关的规定。因此，对被害人身心健康及社会危害程度较小的猥亵儿童行为，不应当直接按照猥亵儿童罪来定罪处罚，也可以根据其他的兜底性条款进行处理。

第二，选择性执法有利于节约司法资源，减少司法成本。《上海市妇女儿童权益司法保护工作白皮书》的数据显示，2019年度上海检察机关公审查受理了220起未成年人犯罪案件，其中猥亵儿童罪占58.8%

<sup>4</sup>《儿童权利公约》第三十四条：缔约国承担保护儿童免遭一切形式的色情剥削和性侵犯之害，为此目的，缔约国应采取一切适当的国家、双边和多边措施，以防止：(a) 引诱或强迫儿童从事任何非法的性活动；(b) 利用儿童卖淫或从事其它非法的性行为；(c) 利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材。

[9], 可见猥亵儿童罪的案件数量已远超过其他侵害未成年人权益案件。类似的像危险驾驶罪, 曾一度因为入罪门槛过低导致定罪数量过多从而竟成为了交通类犯罪案件数量的第一名, 之后最高院发布了指导意见, 其中指出对危险驾驶罪的定罪量刑要综合考虑行为人的情节危害程度以及主观态度等方面。因此, 将类案疑一律入刑, 不仅不会降低犯罪数量, 而且还会浪费大量的司法资源, 导致社会上出现大量的犯罪分子, 同时也会导致刑法的打击范围过广, 有违刑法的谦抑性。

## 4.2. 网络猥亵儿童犯罪的出罪路径

第一, 当双方都是未成年人时, 矫正更有利于预防和遏制网络猥亵行为的发生。由于未成年人心智还不成熟, 法律意识淡薄, 在很大程度上意识不到自己的行为会引来牢狱之灾, 因此, 对于罪错未成年人犯罪问题, 最好是通过治安处罚或由家庭、社区专门机构进行教育矫治的方式来解决。在未成年人有实施猥亵行为的倾向之前, 可对其进行前期治疗, 即通过认知教育、行为矫治、心理治疗、精神治疗以及辅导教育达到教育和感化未成年人从而主动放弃实施猥亵行为的效果。在未成年人实施完猥亵行为之后, 如果只是按照刑法规定由公安机关进行收容关押而不进行矫治, 则无法达到降低未成年人再犯可能性的效果。在此种情况下, 可以通过给罪错未成年人注射促黄体激素释放激素激动剂, 以此来调节荷尔蒙水平, 降低其再次发生性冲动的可能性。

第二, “但书”条款是另一条出罪路径。根据刑法第 13 条规定, 一切犯罪, 只要情节显著轻微且危害不大的, 不认为是犯罪<sup>5</sup>。其中, “情节显著轻微危害不大的, 不认为是犯罪”在理论上被称为“但书”。“但书”在一定程度上限制入罪, 但是它限制入罪的功能只能被间接适用, 而不能被司法人员直接援引, 从而对符合构成要件的犯罪行为进行出罪。因此, 笔者认为司法者在处理案件的过程中, 当出现刑法条文没有明文规定的定罪量刑的要素时, “但书”条款可以间接指引司法者根据犯罪人的具体猥亵行为对社会造成的危害性大小来决定网络猥亵行为是否入罪, 从而做到只能处罚值得被处以刑罚的犯罪行为。在司法实践中, 对于一部分网络猥亵儿童犯罪行为, 如果情节显著轻微, 社会危害性不大的, 司法机关可以根据自由裁量作出出罪的决定。

## 5. 结语

将网络猥亵儿童行为认定为猥亵儿童罪, 符合最大利益保护未成年人合法权益的刑事政策立场, 同时也发挥了刑法保护行为人合法权益的功能。对于互联网时代出现的新型网络犯罪, 在立法指示不够明确且在处理方面存有争议时, 可以结合刑事政策的目的性考虑对其行为进行分析界定。加强对未成年人权益的司法保护关乎国家的美好未来, 还需全体社会成员的努力, 为未成年人营造一个健康美好的成长环境。

## 基金项目

司法部法治建设与法学理论研究项目“构建面向临界预防的罪错未成年人保护处分制度研究”(20SFB3012)和江苏高校“青蓝工程”资助的研究成果。

## 参考文献

- [1] 中国互联网络信息中心. 2021 年全国未成年人互联网使用情况研究报告[EB/OL]. <https://www.cnnic.cn/n4/2022/1201/c135-10691.html>, 2022-08-27.

<sup>5</sup>《中华人民共和国刑法》第十三条: 一切危害国家主权、领土完整和安全, 分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度, 破坏社会秩序和经济秩序, 侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产, 侵犯公民私人所有的财产, 侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利, 以及其他危害社会的行为, 依照法律应当受刑罚处罚的, 都是犯罪, 但是情节显著轻微危害不大的, 不认为是犯罪。



- [2] 凤凰网. “女童保护”2021 年性侵儿童案例统计及儿童防性侵教育调查报告[EB/OL]. <https://gongyi.ifeng.com/c/8E3ThpCGrpJ&wd=&eqid=c92396e7000021c70000000664803555>, 2023-12-20.
- [3] 最高人民检察院网. 第十一批指导性案例(检例第 43 号) [EB/OL]. [https://www.spp.gov.cn/jczdal/201811/t20181118\\_399377.shtml](https://www.spp.gov.cn/jczdal/201811/t20181118_399377.shtml), 2023-12-10.
- [4] 劳东燕. 功能主义的刑法解释[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 110.
- [5] 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.
- [6] 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.
- [7] 张明楷. 简评近年来的刑事司法解释[J]. 清华法学, 2014(1): 5-26.
- [8] 人民法院网. 牛克乾: 刑罚的难题与刑事法官的使命——读拉德布鲁赫《法学导论》第六章断想位[EB/OL]. <http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/>, 2022-12-22.
- [9] 人民网. 上海市妇女儿童权益司法保护工作白皮书(2019 年度) [EB/OL]. <http://www.people.com.cn/>, 2022-12-22.