

## 【信息安全与法律】

# 网络拍照型猥亵行为之证否与刑法 现代性反思

卢宇<sup>1</sup>, 娄瀚文<sup>2</sup>

(1. 华东交通大学人文社会科学学院, 江西 南昌 330013)  
(2. 重庆市璧山区人民法院, 重庆 402760)

**摘要:** 最高人民检察院近日发布指导案例, 将在网络上强迫儿童自拍并发送裸照的行为认定为猥亵儿童。猥亵儿童罪是即成犯, 猥亵行为与法益侵害结果具有即时性, 指导案例的认定并不可取。产生这种错误的结论并非偶然, 而是现代刑法中家长主义异化的必然结果。在实然层面上, 应当采取以体系解释为主导、行政处罚为补充、及时立法为保障的路径, 改变过度使用刑法进行法益保护的现状。

**关键词:** 猥亵儿童罪; 指导案例; 刑法家长主义; 法益保护过度化

**中图分类号:** D924.34      **文章编号:** 1673-5420(2021)02-0037-15

2018年11月18日, 基于加强对未成年人相关法益保护的目, 最高人民检察院发布了第十一批指导性案例, 对检察机关办理性侵、虐待未成年人违法犯罪案件进行办案指导。骆某猥亵儿童案(检例第43号)便是其中之一<sup>[1]</sup>。

该案基本案情为: 2017年1月, 骆某通过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。在被害人拒绝后, 骆某又通过小羽的校友周某对其施加压力, 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。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10张, 通过QQ软件传送给骆某观看。其后, 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。经过公安机关调查和法院取证,最终一审法院认定,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。但被告人骆某以公开裸照相威胁,要求与被害女童见面,准备对其实施猥亵,因被害人报案未能得逞,该行为构成猥亵儿童罪,系犯罪未遂,判处有期徒刑一年。一审宣判后,检察院抗诉,上诉法院认为,原审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,故判处有期徒刑二年。

最高人民检察院在指导意见中指出,“网络环境下,以满足性刺激为目的,虽未直接与被害儿童进行身体接触,但是通过QQ、微信等网络软件,以诱骗、强迫或者其他方法要求儿童拍摄、传送暴露身体的不雅照片、视频,行为人通过画面看到被害儿童裸体、敏感部位的,是对儿童人格尊严和心理健康的严重侵害,与实际接触儿童身体的猥亵行为具有相同的社会危害性,应当认定构成猥亵儿童罪”。显然,本案一审法院与二审法院的分歧点在于,“强迫他人自拍并发送裸照”的行为是否属于猥亵行为。最高人民检察院肯定了二审法院的做法,即肯定了该行为属于猥亵行为。

拍裸照的行为与实际接触儿童身体的猥亵行为是否真的具有相同的社会危害性,值得商榷。将“强迫他人自拍并发送裸照”认定为猥亵行为,存在诸多不妥。本文将以此指导案例为切入点,分析网络拍照型猥亵行为的特点,阐述该指导案例的不妥之处,并探析此案代表的一种现象,即过度利用刑法进行法益保护的刑法家长主义的立法异化。

## 一、网络拍照型猥亵行为解析:指导案例不妥之处的探析

在骆某猥亵儿童案中,行为人胁迫被害人自拍并发送裸照给行为人观看,达到满足行为人性刺激的目的。二审法院和最高检均认为,该行为属于猥亵行为。然而,若是对该行为进一步分析,就会发现这一结论欠妥。

在本案中,按照时间发展的顺序,行为可简化为胁迫儿童拍摄裸照→儿童自己拍摄裸照→儿童被胁迫发送裸照。除此之外,并无其他有意义的行为。<sup>①</sup>若是将该案件认定为猥亵儿童,那么我们不禁要问,哪个行为是属于猥亵儿童的行为?首先,自己给自己

<sup>①</sup> 以猥亵为目的强迫儿童开房的行为不属于网络拍照型猥亵行为,故不在讨论范畴之内。

拍摄裸照很难说是猥亵行为,因为自拍裸照并没有侵犯性权利。相反,社会中有许多所谓“人体艺术”的拍摄行为就是给自己拍裸照。这和他人拍摄不同,若是被他人拍摄裸照,意味着必须在他人面前赤身裸体,就会产生性羞耻心。而如果自己拍摄裸照,则不存在侵犯性羞耻心的问题。一般情况下,人们不会因为在镜子中看到自己的裸体而害羞。当然,有人可能会认为,这种情况可以将强迫者认定为间接正犯入罪。这种观点认为,自愿的自拍裸照不侵犯性羞耻心,但被他人强迫自拍裸照则会侵犯性羞耻心。这个问题确实值得探讨,后文也会详细分析。在此需要说明的是,不论强迫的程度是否到达了间接正犯对应的支配犯罪事实的标准,被强迫自拍裸照的行为是否会侵犯性羞耻心值得商榷。

其次,发送裸照的行为也不属于猥亵行为。将自己的裸照发送给他人,最多属于猥亵他人,不可能发送者反而成为被猥亵的对象。虽然在本案中,被害人是被迫发送自己的裸照,但是在我国刑法规定的猥亵儿童罪中,并不要求“强制”“强迫”这一构成要件。换言之,在猥亵儿童罪中,只要行为人实施猥亵行为,无论该行为是否达到强制他人的程度,都属于猥亵儿童。因此“强迫”属于酌定的构成要件,并不影响定罪。即如果认为“强迫”儿童发送裸照属于猥亵,那“请求(未强迫)”儿童发送裸照的行为也应该属于猥亵。然而,若是行为人在网上发帖,声称自己想看儿童裸照,希望有裸照的人发给自己观看,恐怕很难认定发这种帖子属于猥亵行为。

再次,与发送裸照对应的是行为人观看裸照。但观看他人裸照的行为能否被定性为猥亵行为恐怕也有争议。如果观看他人裸照属于猥亵,那么打击范围可能过广,如果只要在网上搜索他人裸照并观看就属于猥亵行为,这可能有违一般民众的法感情。再者,如果观看裸照就可以评价为猥亵,那么组织播放未成年人淫秽音像制品的行为人除了构成组织播放未成年人淫秽音像制品罪,还会构成猥亵儿童罪(教唆犯),而观看者则构成猥亵儿童罪(正犯),这明显不合理。

可能有人认为,可以将强迫儿童拍裸照加上强迫儿童发送裸照的行为作为一个整体看待,视为猥亵行为。然而,即使将其视为一个整体,还是会面临着整体行为失去强制时的不合理。一般认为,儿童没有性的承诺能力,即使是儿童自愿和男性发生性行为,对男性而言也属于强奸。猥亵亦同,即使是儿童自愿拍摄裸照,行为人也可能构成猥亵儿童罪。如果将在网络上“请求儿童发送其自愿拍摄的裸照”这个整体行为视为猥亵行为,这显然不合理。

因此,在骆某猥亵儿童案中,似乎找不到一个“猥亵”的行为。可是,在一般人看来,此案骆某确有猥亵之嫌,那么这种一般人的法感情与逻辑分析的矛盾何在?到底是什么

么造成了“在网络上强迫他人自拍并发送裸照”的行为难以评价为猥亵的困境?

## 二、困境形成之关键:行为与法益侵害的即时性

### (一)猥亵罪<sup>①</sup>保护的法益:性权利与社会风化

犯罪的本质是法益侵害,因此在分析各罪时,首先要确定该罪保护的法益。法益不仅能为该罪的理解和适用提供方向,还能指导对该罪的解释。

关于猥亵犯罪所保护的法益,我国刑法学界有着不同的观点。较早时期,我国学者曾认为,猥亵罪保护的法益为性道德、性风俗等社会管理秩序<sup>[2]</sup>。这种思想与我国传统的社会文化观念相契合,例如明清时期,将男男之间的性行为规定为犯罪,便是为了维护社会风化秩序,保护一般民众的社会文化观念<sup>[3]</sup>。挪威刑法典将强奸、猥亵等罪名规定在妨害风化的重罪之中。如其第196条规定,“对未满16周岁的儿童实施有伤风化行为的,处5年以下监禁”<sup>[4]</sup>。在西方,孟德斯鸠也将这种破坏男女之间道德禁例、个人贞操以及两性结合快乐的犯罪行为划分为危害风俗罪<sup>[5]</sup>。

随着自由主义的兴起,社会风化说的地位逐渐下降,越来越多的学者认识到猥亵犯罪侵犯的法益更接近于公民个人法益。中国台湾地区将强奸等罪归入“妨害性自主罪”之中<sup>[6]</sup>。日本学者大谷实教授也认为,“所谓猥亵行为,是指无聊地亢奋或刺激性欲,伤害普通人正常的性羞耻心,违反善良的性道德观念的行为”<sup>[7]</sup>。我国学者亦主张,强制猥亵、侮辱罪保护的法益是“他人的性羞耻心、性自主决定权”<sup>[8]</sup>。

笔者认为,强制猥亵罪所保护的法益是被害人的性自主决定权以及性羞耻心,并不涉及社会风化。首先,本罪在刑法典中所处的位置证明了此观点。其次,如果社会风化是本罪的法益,将无法解释为何对妇女的猥亵必须要强制才侵犯社会风化,若是男女二人自愿在公共场合实施亲密行为,却不构成猥亵妇女罪。同时,也无法解释为何在私人场所强制猥亵他人也构成强制猥亵罪。最后,对于何为猥亵行为,社会一般观念本就在不断变化之中。“良好的社会性风俗、性道德为本罪客体的观点,更多倾向于道德层面的评价”,因此不应纳入本罪的保护法益之中<sup>[9]</sup>。

具体而言,在强制猥亵罪中,“强制”对应着他人“性的自主决定权”被侵犯,而“猥亵”则对应他人“性羞耻心”被侵犯。对于儿童而言,一般认为其不具有性的承诺能力。由于儿童心智发展不够成熟,对猥亵行为的社会意义认识不够,因此即使是在其承诺之

<sup>①</sup> 这里的猥亵罪包括猥亵他人(《刑法修正案(九)》之前仅为猥亵妇女)和猥亵儿童。无论是猥亵他人还是猥亵儿童,所侵犯的法益都大同小异,故统一表述。

下实施猥亵行为,也应当被视为犯罪,即猥亵儿童罪所保护的法益主要是儿童的性羞耻心<sup>[10]</sup>。

## (二)即时犯:网络拍照与猥亵的根本矛盾

在明确了猥亵儿童罪所要保护的法益的情况下,再来审视猥亵行为,便会得出不一样的结论。以犯罪行为与犯罪结果之间是否有空间或时间上的间隔为标准,可以将犯罪分为隔离犯和非隔离犯。前者还可以进一步分为隔时犯(行为与结果之间有时间差)和隔地犯(行为地与结果地不同)<sup>[11]</sup>。当犯罪行为和犯罪结果同时发生时,就被称为即时犯或即成犯。应当说刑法中的隔离犯较为常见,像故意杀人这种行为,可能不是当场导致被害人死亡。但是,强奸罪无疑应当属于即时犯。强奸的行为与强奸罪的结果一定是同时发生的。强奸罪保护的法益是妇女狭义的性自主决定权,因此,强奸行为一定伴随着妇女狭义的性自主决定权被侵犯。不可能存在强奸行为实施完毕而妇女的性权利未受到侵害,一段时间以后,妇女的性权利才受到侵害的情况。正因如此,强奸不可能在网络上实施。

猥亵和强奸具有相似性。猥亵和强奸都是侵犯性权利的犯罪,一般认为,强奸仅指性交的行为,而猥亵则指性交以外的侵犯他人性权利的行为。由于我国强奸罪的对象只包括女性,所以当对象是男性时,猥亵也包括狭义性交行为。因此猥亵和性交并非对立关系<sup>[12]</sup>。当猥亵的外延缩小,强奸的外延则会扩大,反之亦然。在法国,强奸与猥亵都属于性侵犯罪,其刑法典第222-27条就规制了强奸以外的其他性侵犯罪。芬兰刑法典规定了强奸罪、强制性交和强制性行为,并且明确了“性交”与“性行为”的定义,将性交完全包含在性行为的定义之中<sup>[13]</sup>。因此,猥亵和强奸本质上是相同的。

既然猥亵与强奸属于“同根生”,那么强奸罪只能是即时犯,也就意味着,猥亵犯罪也只能是即时犯。即猥亵行为一定同时侵犯了他人的性自主决定权和性羞耻心。直接强吻他人、触碰他人敏感部位等行为都伴随着他人性自主决定权和性羞耻心受到侵害。在给对方拍裸照和与对方视频裸聊的场合,被害人知道自己的身体正被他人观看,其性羞耻心也会被同时侵犯。同理,行为人要求被害人自己猥亵自己,当然也侵犯了被害人的性自主决定权和性羞耻心。

反观骆某猥亵案,在该案中骆某让儿童自拍裸照,一般不会侵犯儿童的性羞耻心。因为儿童在脱衣、拍照的过程中,行为人并不在场。儿童自己在房间里脱光了衣服拍照,在没有被他人看见的情况下,是不会侵犯到猥亵儿童罪的法益的。本案中,会导致儿童产生性羞耻心的行为是被害人看裸照的行为,虽然事后行为人看了儿童的裸照,但不能将事后看裸照的行为认定为猥亵行为。否则,在一些不良网站上,观看儿童裸体照

片的行为属于猥亵儿童,这显然不合适。因此,本案中性羞耻心受到侵害的行为是行为人观看被害人发来的裸照,而无论是发照片的行为还是看照片的行为都很难评价为猥亵行为。而在近似猥亵行为的“拍裸照”之时,因为行为人不在场,故未侵犯到儿童的性羞耻心。行为与法益侵害的结果在猥亵儿童罪这一即时犯中出现了时间差,这才是本案的矛盾所在,也是被二审法院和最高检忽视的关键所在。相反,最高检在指导意见中强调,“虽未直接与被害儿童进行身体接触,但与实际接触儿童身体的猥亵行为具有相同的社会危害性”,以“是否有身体接触”为本案的关键,显然是隔靴搔痒,未能洞见症结。

需要注意的是,笔者并非否认网络拍照型猥亵行为对儿童身心健康带来的损害,亦非认为此类行为不具有社会危害性。诚然,从心理学角度看,裸照被曝光会对儿童的身心健康带来严重影响;从社会学角度看,这种行为会给社会带来不良风气;从法学角度看,这种行为侵犯了儿童隐私权,等等。但即使具有社会危害性的行为,也不能天然满足刑事违法性的形式要求。上述论证表明,网络拍照型猥亵行为并不符合我国猥亵儿童罪的构成要件。德国刑法的修改也从侧面证明了这种强迫他人拍裸照并发送的行为和猥亵行为有所不同。德国刑法第176条规定了对儿童的性滥用罪,其中包括了向儿童展示、播放含有淫秽内容的资料;第177条规定了强制猥亵和强奸的行为<sup>[14]</sup>。德国2015年对刑法进行了修正,在刑法第201条后新增了201a,将制作、提供未成年人裸体照片的获利行为规定为犯罪<sup>[15]</sup>。很明显,之所以要立法新增该内容——以拍照方式侵害私人生活领域——就是因为将该行为纳入修订前刑法中的猥亵行为是有疑问的。

综上,在骆某猥亵儿童案中,骆某要求儿童自拍裸照并发送给骆某的行为不应属于猥亵儿童。综合全案来看,之后基于猥亵的目的强迫女生开房的行为属于猥亵儿童罪的预备。因此,一审法院的判决结果相对而言更加妥当。

### 三、一个现代性的反思:刑法家长主义的异化

通过上文分析,我们对网络拍照型的猥亵行为有了较为深刻的认识,然而这并不代表所有问题已被解决。我们不禁要问,为什么最高检会忽视猥亵行为即时性的特征?是疏忽大意还是视而不见?这种会引起极大争议的错误立法<sup>①</sup>的出现是偶然还是必然?是猥亵儿童罪个罪现象还是普遍现象?要看清这一点,必须跳出个案,从更广阔的视角

<sup>①</sup> 此处指最广义的立法,即制定所有规范性文件,包括立法、制定司法解释、发布指导案例等。

对现代刑法进行深刻的审视。

### (一) 法律与道德:道德上的处罚冲动依附于刑法表达

法律与道德的关系,在法理学中是一个备受关注的命题。对于法学研究者而言,法律与道德无疑应当有所区分。托马休斯就提出,法律调整的是人们的外部关系,而道德支配人们的内心动机。即法律不考虑潜在的动机问题,只要求人们按照已有的规则、命令行事即可,人们的良知才是由道德控制的。康德等众多学者对此观点也表示支持<sup>[16]</sup>。然而,对于普通民众而言,道德无疑是规范其日常生活行为必不可少、甚至是最重要的一环。道德所包含的习俗、习惯等内容,在某些民众眼中,地位甚至超过法律。因此,当公众面对他人违反道德的行为时,会产生厌恶、想要制止甚至去惩罚的冲动。然而,道德没有强制力。正如匈牙利法学家所说,道德并不适用外部的强制手段,“有关执行道德规范的外部保证,并无用处。它们能否得到执行,完全在于人的内心”<sup>[16]</sup>。此时,道德上的处罚冲动必须找到一个依托,那就是法律。公民在面对违反道德的行为时,会有动用法律进行处罚的冲动。更有甚者,面对严重破坏道德的行为,公民更倾向于诉诸最严重的法律手段——刑事责任加以处罚。正因如此,平野龙一曾指出现代刑法的适用存在三大危险,其中之一便是一旦发生了引起人心冲动的案件,不论刑法有无规定,都会产生强烈的处罚感情<sup>[17]</sup>。

### (二) 安全与自由:刑法家长主义的传统内涵

家长主义又称父爱主义,英国学者约翰·密尔将其论述为家长为儿童或神经错乱者的自身利益而进行的一种干预<sup>[18]</sup>。哈特对家长主义持肯定态度,并将其纳入到法律的视野之中。“在谋杀案或者伤害案的控制中,排除受害者的同意作为辩护理由的规定,堪谓一种家长主义的极佳典范。”“我们普遍地越来越不相信,个体才是最了解他们自身利益的人,……自由选择或者同意的重要性被明显削弱了。”<sup>[19]</sup>基于此,法律父爱主义的含义被理解为“为了被强制者自己的福利、幸福、需要、利益和价值,而由政府对一个人的自由进行法律干涉,或者说只是强迫一个人促进自我利益或阻止他自我伤害”<sup>[20]</sup>。

家长主义早就渗透在我国传统社会文化观念之中,从家庭到社会,从伦理到法律,无处不在<sup>[21]</sup>。在西方,《圣经·箴言》中也有言,“不忍用杖打儿子的,是恨恶他。疼爱儿子的,随时管教”。法律父爱主义之所以受到欢迎,缘于民众对安全这一基本需求的渴望。政府通过一定的手段,保障自己国民的安全,本就是社会契约的应有之意。社会中的人并非都是“强而智”,总有人“弱而愚”,因此对于这部分处于弱势地位的人,法律应当更加关注其所处困境,而不能借“自治”之名对其置之不理<sup>[22]</sup>。法律家长主义的本质,是通过限制个人自由换取对弱势法益的保护。

家长主义分为温和的家长主义(又称“软家长主义”或“弱家长主义”)与强硬家长主义(又称“强家长主义”)。前者是以保护他人真实、自愿的决定为基础,除非他人有损自身的决定是在非自由意志的情况下做出的,否则不受强制。而后者则无论其决定是否自愿,皆应受到干预<sup>[23]</sup>。虽说是为了维护当事人的权利,但硬家长主义的强制色彩,过于无视人民的自我决定权,因而受到不少批判。具体到刑法之中,家长主义与被害人承诺这一超法规的违法阻却事由相关。目前刑法理论一般认为,基于自愿的被害人承诺,是可以阻却违法的。虽然对于生命权等重大法益能否阻却违法争议不断,但其明显更加倾向于弱家长主义的立场。

### (三)现代刑法中刑法家长主义的异化

在刑法中,这种以弱家长主义为主,特殊情况才考虑强家长主义的做法是妥当的。刑法纵然是公法,但也不应该完全无视人民的自我决定权。佩特瑞克·亨利用“不自由,宁毋死”宣示自由重于生命。匈牙利爱国诗人裴多菲也有“生命诚可贵,爱情价更高,若为自由故,两者皆可抛”的名言。诚如布兰代斯所言,披上“法律家长主义”外衣的权力比赤裸裸的权力对自由更具有伤害性。因此,法律家长主义,特别是强家长主义,必须受到一定的限制。

然而当今社会,公众安全需求的激增,导致自由边界的收缩。风险社会的到来,机会与危险并存。在新型危险层出不穷的今天,除了对新型危险的防范,人们对传统社会不法行为的容忍度也有所降低。加之互联网的兴起,媒体在案件报道中对受害群体的可怜化、弱小化表述,对于明显违反道德或侵害弱者的行为,公众的厌恶感大大增强,处罚冲动也大大增加。面对一些违反道德的行为,公民急于求助政府这位“家长”,希望政府能够管教自己的“不肖子孙”。更进一步,不仅要管教,最好是严惩,正所谓“黄金棍下出好人”,面对这些道德败坏之徒,“家长”应当动用最严厉的家教——刑法对其严惩不贷。

概言之,在法律与道德的关系中,民众存在用刑法对反道德行为进行强制的需求;在安全与自由的选择中,民众倾向于政府的父爱主义对自己的保护。因此出现了面对违法行为,甚至一些违反道德的行为,民众都希望政府这位“家长”出面,使用刑法严厉惩治这类行为的现象。关键在于,立法者以及司法机关面对公民这种需求,还真将自己当作了一个无所不能的“慈父”,不断扩大犯罪圈,像父亲一般对他的子孙进行无微不至的照顾。笔者将这种以保护法益为名,积极动用刑事手段来回应公众对反道德行为惩处的需求,不断扩大犯罪圈的现象称为刑法父爱主义的现代异化。

近年来,法益保护的思想在我国刑法学界日益盛行,在这种情况下,刑法为了保护法益,难免扩大它的规制范围。然而我们知道,刑法具有谦抑性,即立法者在能不动用

刑罚的情况下,尽量不动用刑法,而是采取其他有效途径预防和制止犯罪<sup>[24]</sup>。刑罚权作为一种强大的国家权力,应当受到更多的限制。与其他法律相比,保护法益的不全面性、补充性、二次性本就是刑法的特征。大谷实教授就曾指出,“非犯罪化论对迄今为止的国家从国家道义观或家长式统治的立场出发,以刑罚手段强制推行道德等过分犯罪化的倾向进行批判,认为在以法和道德的严格区分为前提的多种价值观共存的宽容社会中,只有在具体侵犯了个人利益的场合,换言之,只有在认可了某种被害的场合,犯罪和刑罚才能被正当化”<sup>[25]</sup>。因此,在立法层面,不能因为民众对某类行为群情激愤,便不加筛选地使用刑法加以回应。在司法层面也是如此,“从刑法法理学的意义上说,法律不可能是永远正确的,立法缺陷是客观存在的,善意地解释法律的前提是要承认立法上的这种缺陷,更应该弥补这种缺陷,而不是掩盖这种缺陷”<sup>[26]</sup>。换言之,刑法一定存在缺陷,刑法对法益的保护就是残缺的。司法者也好,解释者也罢,都应当正视这种残缺性,而不是打着保护法益的旗号,以“解释”之名,行“造法”之实。我国学者甚至进一步指出,家长主义司法观的转变和消解,有利于从源头上防范冤假错案的发生<sup>[27]</sup>。

#### 四、现状与未来:现代刑法的应然出路

##### (一) 骆某猥亵儿童案再审视:现代刑法家长主义异化的扩张

此时我们再审视骆某猥亵儿童案便会发现,二审法院和最高检忽视猥亵行为即时性的特点,恐怕并非偶然,而是在保护儿童法益这种思维的驱动下,又一次变身为“父亲”角色。为了保护脆弱法益,最高检通过颁布指导案例的方式,向自己的“孩子”表达:你们不要怕,任何有损你们性权利、性质恶劣的行为,我都通过刑法禁止。作为“父亲”决不允许自己的“子女”受到一点伤害。通过网络要求对方自拍裸照,即使可能不属于猥亵行为,但也能被“解释”为猥亵行为。更重要的是,这种刑法父爱主义的现代异化不仅出现在颁布的指导案例,即不仅是个案现象,还开始逐渐在立法与司法解释中扩张。

立法层面,《刑法修正案(九)》出台前,媒体报道了大量拐卖妇女、儿童的案件,网络上对这种行为的申讨声越来越大,甚至主张对拐卖儿童者一律适用死刑。于是,《刑法修正案(九)》便修改了《刑法》第241条第六款,删除了收买被拐卖的妇女、儿童“可以不追究刑事责任”的规定。对此,立法者指出,“近年来,打击拐卖妇女、儿童犯罪的形势依然严峻,……强烈呼吁加大对收买妇女、儿童犯罪的惩治”,“买卖人口的行为是现代文明法治社会所不能容许的,……加重对儿童的保护”,因此将收买妇女、儿童的行为一律入刑<sup>[28]</sup>。然而,这种盲目回应社会对买卖人口行为的处罚冲动的做法是不明智的。

有学者尖锐地指出,如此做法使收买者的回头路变窄,不仅对潜在的购买者威慑作用有限,而且会对已购者产生一种反向激励,导致其做出进一步不利于妇女、儿童的行为<sup>[29]</sup>。对于这种情绪化立法的现象,有学者指出应当尽力克制<sup>[30]</sup>。在笔者看来,此种现象之根源,便在于面对社会热点问题,过分强调刑法的法益保护功能,是一种刑法家长主义异化的必然结果。

司法层面,针对网络犯罪的若干司法解释堪谓典型。2010年发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《淫秽电子信息解释(二)》)第四条规定:“以牟利为目的,网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息,允许或者放任他人自己所有、管理的网站或者网页上发布,具有下列情形之一的,依照刑法第363条第一款的规定,以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。”基于此,以牟利为目的,明知他人传播淫秽信息,为其提供发布网站的,构成传播淫秽物品牟利罪。然而,为他人传播淫秽信息提供发布网站的行为明显属于对他人传播淫秽物品牟利的帮助行为。对帮助犯的处罚,应当严格遵守刑法理论中的共犯理论。根据共犯从属性说,共犯要构成犯罪,以正犯构成犯罪为前提。如果正犯都不构成犯罪,帮助犯根本不值得处罚。然而《淫秽电子信息解释(二)》却打破了共犯从属性说,认为无论正犯是否构成犯罪,只要帮助犯实施了上述司法解释规定的行为,就是实施了传播淫秽物品牟利罪的正犯行为。这显然是对传播淫秽物品的行为做了类推解释,违反罪刑法定原则。正如学者所言,“但不管怎样,如此创制司法解释,不仅有僭越罪刑法定原则之嫌,而且在司法实践的过程中,还容易出现定罪上的不可避免的困惑”<sup>[31]</sup>。

之所以会有上述司法解释出台,就是因为网络犯罪日益猖獗,刑法典已经不能很好应对,不利于法益的保护,因此才对网络犯罪行为进行“扩大解释”。这也是站在保护法益的立场,刑法家长主义异化的扩张。利用网络实施的一些帮助行为比正犯行为更值得处罚,但为了及时应对实践中出现的打击犯罪困难的局面,司法机关不惜打破罪刑法定原则、颁布司法解释的做法实非明智之举。或许正因为看到了通过司法解释有违反罪刑法定之嫌,《刑法修正案(九)》新增了帮助信息网络犯罪活动罪,算是为类似司法解释补充了法条依据,平息了对此类司法解释的争议。然而司法机关以保护法益的名义,无视法律规定、肆意入罪的做法应当引起我们的警觉。

## (二)现代刑法家长主义异化的破解之道

当然,笔者并不认为最高法、最高检等司法机关具有恶意、故意无视罪刑法定这个

刑法的基本原则去颁布指导案例或者出台司法解释。立法者也一样,不会故意出台或修改出社会效果不好的法律。立法者和司法者,都是出于好的初衷,去回应社会中对保护法益的需求。然而,政府作为处于强势地位的管理者,难免会有一个“想当家长的冲动”,想拥有制约孩子所有行为的权力。在这种潜意识下,加之“保护法益”这面大旗,就极有可能在不经意间导致家长主义异化的结果,这才是应当警惕和防范的。

作为学者,我们应当对刑法家长主义异化加以重视,抑制通过刑法实现过度的法益保护这一冲动。理论上谨慎使用刑法解决社会矛盾是容易的,司法工作人员也有这种观念。因此只在应然层面提“要警惕刑法家长主义”“防止刑罚权的扩张”是没有用的。如果没有站在实然角度,去理解法官面对现实问题的难处,那么学者在理论上再多合理的论证,也摆脱不了“理论脱离实际”的指责。

那么,司法工作者在具体个案中面临的矛盾为何?是什么导致他们走上了刑法家长主义异化这条错误的道路?苏力教授在《送法下乡》一书中点明了冲突所在。根据苏教授的研究,中国基层法院的法官在处理司法问题时,重点关注的是纠纷的解决,而不是执行已经规定好的法律规则。即法官是以个案的冲突解决为导向,而非原则导向,规则导向<sup>[32]</sup>。因此,在当下的中国社会,解决矛盾才是法官的第一需求,也是人民最迫切的要求。相比于“是否违反罪刑法定”“刑罚权是否得到了限制”,普通群众更关心的是,自己的实际问题有没有得到解决,自己的损失有没有得到弥补,坏人有没有受到惩罚。只要自己的愿望得到了满足,是否触犯了刑法并不是最重要的。如同基层法院的法官面对的是当地群众解决问题的需求,立法者、最高院、最高检的工作人员面对的则是社会群众对不良行为的处罚冲动。学者一味要求立法者、司法者面对这些时要保持理智、克制是没有用的,因为学者是在呼吁一个应然的理想状态,而法官必须面对当下,解决现实问题。面对理论上的疑难问题,学者可以研究个三年五载,也可以等待颁布新的立法来解决争议,但法官面临具体案件时,不可能等待新的立法出现之后再来解决,更不可能花个一年半载进行理论研究。司法的时效性要求法官必须作出反应,而在中国的现实环境下,群众的法治意识还较为薄弱,缺少放纵犯罪的勇气。正因如此,为了解决纠纷,法官只能作出有罪判决,最高法、最高检也只能倾向于肯定有罪判决。

正因如此,在当下中国想要解决刑法家长主义异化、刑法适用扩张、法益保护过量的现状,必须同时考虑中国社会的现实情况,提出一条既能解决纠纷,又不用盲目找一个与行为最像的罪名定罪的路径。笔者认为,可以采用体系性的刑法解释为主导,行政处罚为补充,立法更进为保障的路径。

### (1) 主要路径:体系性解释

法律的适用需要解释,这在今天已经是一个不争的事实,机械地理解法条的文字含义无法适应社会生活的多变性。“否认刑法规范存在一定程度的弹性,这种僵化的根据文字表面含义去进行规范适用,往往无法实现刑法的社会现实化,根本无法满足规范社会生活的需要。”<sup>[33]</sup>法官当然也会进行解释,但现在法官的解释似乎有如下一种思路:当有案件发生且亟待解决时,法官会对整个案件形成一种预判,感觉它构成A罪,然后再对该行为进行解释,如果能解释为A罪,便认定成立A罪;如果不能,要么突破罪刑法定原则继续认定为A罪,要么认定无罪。在骆某猥亵儿童案中,二审法院和最高检采取的就是第一种方案,而一审法院采取的就是第二种方案。然而,在该行为不满足A罪构成要件的前提下认定A罪,对法律工作者来说肯定是不合适的,因此第一种方案不可取。至于第二种方案则走得太远了。因为不满足A罪的构成要件只意味着A罪不成立,而不一定无罪。法官有可能因为经验不足或对一些罪名不太熟悉,或案件事实与某类犯罪相似而忽略了构成其他犯罪的可能。因此,现阶段我们不光要强调解释,更要强调体系性解释。面对一个行为,要放在整部刑法典的框架下观察,而不是放在个罪的框架下观察<sup>[34]</sup>。

在骆某猥亵儿童案中,如前文分析,“在网络上强迫儿童自拍并发送裸照”的行为难以认定为猥亵行为。然而,这种行为并非无罪。例如,如果行为人将得到的儿童裸照公布在网上或者向他人传播,可以考虑其构成侮辱罪。公然发布他人裸照的行为,完全在侮辱罪的涵摄范围之内。即使未公然发布,也可以考虑构成强制侮辱罪。关于强制猥亵、强制侮辱和侮辱的区分,理论界争议较大,然而根据法条表述,完全可以将强制侮辱与侮辱罪做如下理解:当采取暴力或其他方法公然侮辱他人时构成侮辱罪,若侮辱的对象是妇女,并且采用了强制手段,不需要公然,就可构成强制侮辱罪。而只要承认强制侮辱所侵害的法益可以是性权利,就可以将强制他人发裸照的行为视为强制侮辱的行为。至于犯罪对象,强制侮辱罪的对象是妇女,将女童解释在内也并不违反罪刑法定原则。

即使未公然发送儿童裸照,也没有强制儿童发裸照,只是引诱儿童发裸照,儿童因为对行为的社会意义理解不足而自愿发送裸照的,如果数量较大或者情节严重,可以构成传播淫秽物品罪。《刑法》第364条规定,传播淫秽物品是指“传播淫秽的书刊、影片、音像图片或者其他淫秽物品,情节恶劣”的行为,传播自己裸照当然属于传播淫秽物品行为。此时,引诱者构成传播淫秽物品的间接正犯。

### (2) 补充路径:行政处罚的及时介入

对于一些行为确实找不到对应的刑法条文进行规制时,也不能视为无罪而撒手不管。检察院应当监督行政机关及时做出行政处罚。虽然行政处罚比刑事处罚力度小很

多,但是大多数情况是可以解决冲突的。因为,对于重大的法益侵害行为,我国刑法典已经纳入在内。如果行为人能采取一种刑法典完全无法规制的方法杀人、抢劫,这种可能性也不大。因此,确实没有刑法条文能够规制的行为一般来说不会是重大的法益侵害行为。在这种情况下,被害人更想得到相应的补偿,并给对方“一点颜色瞧瞧”。因此,行政处罚虽然比刑事处罚轻,只要行政机关能够及时做出合适的行政处罚,并协调加害方积极做出赔偿,弥补被害方的损失,社会矛盾也是能够解决的。

### (3)保障路径:及时立法

对于一些新型的、逐步体现出社会危害性的、通过体系解释无法入罪且仅采取行政处罚不足以匹配其法益侵害性的行为,立法机关应当及时立法对其进行规制。对于网络拍照类型的行为也可以采取此种方法规制。目前通过互联网传播淫秽色情内容的行为比较常见,在网上引诱儿童步入歧途的行为,如果情节恶劣,也确实值得动用刑法规制。但是,在目前还未有相关法律的情况下,不能滥用猥亵儿童罪。因此,对这一类行为进行立法就是在前述体系性解释的现状下的一个补充性的选择。其实国外也有这种立法例。例如,前述的德国2015年修改刑法,就将一些特定的拍照行为纳入了刑法调整范围。再如,意大利于1998年新增、并于2006年修改的第600-4条规定,“有意获取或者持有利用不满18周岁未成年人而制作的色情材料的,处以3年以下有期徒刑和1549欧元以上罚款”<sup>[35]</sup>。同时增加了第600-4-1条,当色情材料是利用未成年人图像制作的虚拟画面之时,也构成第600-4条规定之罪。

## 五、结语

本文从最高检颁布的案例出发,通过分析表明网络拍照不应当属于猥亵行为,进而探究这种“不太正确”的规范性文件产生的原因,这样以“法益”之名行“造法”之实并非司法机关“疏忽大意的过失”,而是刑法父爱主义异化这个“危险流现实化”的必然结果。本文分析未必全面透彻,只是希望指出这种异化的现象,对现代刑法进行反思。如果立法机关、司法机关动辄使用刑法来回应民众的处罚感情,将是家长主义的死灰复燃以及自由主义的败退。当然笔者也绝非主张毫不考虑民意,只是说必须理性对待民意,不能让民意动摇刑法学者坚持罪刑法定原则的信念。“司法审判既要开放,又要限制。但是,对民意开放,绝不是说要听命于民意;限制民意,也不是说要对民意置之不理。民意的‘非理性’,恰恰需要司法审判的‘理性’的疏导。”<sup>[36]</sup>无论如何,对法益的过度保护,将是刑法无法承受之重。

## 参考文献:

- [1] 中华人民共和国最高人民检察院官网.关于印发最高人民检察院第十一批指导性案例的通知[EB/OL].[2019-11-18].[http://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201811/t20181118\\_399386.shtml#2](http://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201811/t20181118_399386.shtml#2).
- [2] 高铭暄.刑法学:新编本[M].北京:北京大学出版社,1998:408.
- [3] 江崎,王焕婷.我国性侵犯罪规制的再审视[J].青少年犯罪问题,2016(1):49-62.
- [4] 马松建.挪威一般公民刑法典[M].北京:北京大学出版社,2005:42.
- [5] 徐爱国.西方刑法思想史[M].北京:中国民主法制出版社,2016:65.
- [6] 林东茂.刑法综览[M].修订5版.北京:中国人民大学出版社,2009:253.
- [7] 大谷实.刑法讲义各论[M].黎宏,译.北京:中国人民大学出版社,2008:103.
- [8] 周光权.刑法各论[M].3版.北京:中国人民大学出版社,2016:36.
- [9] 李永升.侵犯妇女权益的犯罪研究[M].北京:中国法制出版社,2017:69.
- [10] 大塚仁.刑法概说(各论)[M].冯军,译.北京:中国人民大学出版社,2003:123.
- [11] 黎宏.刑法学总论[M].2版.北京:法律出版社,2016:52-53.
- [12] 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[J].法律科学(西北政法大学学报),2018(4):67-79.
- [13] 肖怡译.芬兰刑法典[M].北京:北京大学出版社,2005:67.
- [14] 徐久生,庄敬华.德国刑法典(2002年修正)[M].北京:中国方正出版社,2004:92-94.
- [15] 徐久生.德国刑法典的重大变化及其解读[J].刑事法评论,2017(1):384-401.
- [16] 博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004:388-389.
- [17] 平野龙一.刑法总论I[M].[出版地不详]:有斐阁,1972:90.
- [18] 约翰·密尔.论自由[M].程崇华,译.北京:商务图书馆,1996:115.
- [19] 哈特.法律、自由与道德[M].支振锋,译.北京:法律出版社,2006:30-32.
- [20] 张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究[M].北京:法律出版社,2006:463.
- [21] 黄文艺.作为一种法律干预模式的家长主义[J].法学研究,2010(5):3-17.
- [22] 孙笑侠,郭春镇.法律父爱主义在中国的适用[J].中国社会科学,2006(1):47-58+206.
- [23] 赵杨帆.我国家长主义法律研究[D].南京:南京师范大学,2017.
- [24] 陈兴良.本体刑法学[M].2版.北京:中国人民大学出版社,2011:60-65.
- [25] 大谷实.刑事政策学[M].黎宏,译.北京:中国人民大学出版社,2009:97.
- [26] 陈兴良.定罪之研究[J].河南省政法管理干部学院学报,2000(1):12-22.
- [27] 王东海.家长主义司法观下的冤错案防范[J].福建江夏学院学报,2015(6):53-62+71.
- [28] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室.中华人民共和国刑法修正案(九)解读[M].北京:中国法制出版社,2015:103.
- [29] 车浩.刑事立法的法教义学反思:基于《刑法修正案(九)》的分析[J].法学,2015(10):3-16.

- [30] 刘宪权.刑事立法应力戒情绪:以《刑法修正案(九)》为视角[J].法学评论,2016(1):86-97.
- [31] 刘仁文,杨学文.帮助行为正犯化的网络语境:兼及对犯罪参与理论的省思[J].法律科学(西北政法大学学报),2017(3):123-130.
- [32] 苏力.送法下乡[M].北京:中国政法大学出版社,2000:181-191.
- [33] 王海桥.刑法解释的基本原理:理念、方法及其运作规则[M].北京:法律出版社,2012:118.
- [34] 陈堂发.网络不雅内容治理中搜索引擎法律责任探讨[J].南京邮电大学学报(社会科学版),2020(5):18-29.
- [35] 黄风.最新意大利刑法典[M].北京:法律出版社,2007:205.
- [36] 李奋飞.请不要轻易指责民意干预司法[N].检察日报,2008-02-22(3).

(责任编辑:刘佩丹)

## Negation of internet photo-type obscene behavior and rethink of the modernity of criminal law

LU Yu<sup>1</sup>, LOU Hanwen<sup>2</sup>

(1.Humanities and Social Sciences college, East China Jiaotong University, Jiangxi, 330013, China)  
(2.People's Court of Bishan District, Chongqing, 402760, China)

**Abstract:** The Supreme People's Procuratorate recently issued a guidance case, which identified acts sent after forcing children to take naked photos on the Internet as acts of indecent child abuse. However, it is not noticed that the crime of child molestation is an imminent offence, and it is not advisable to conclude that the consequences of the act of molestation and the infringement of legal interests are immediate. The reason for this wrong conclusion is not accidental, but the inevitable result of the alienation of paternalism in modern criminal law. On the practical level, we should take the system interpretation as the dominant, administrative punishment as the supplement, and timely legislation as the safeguard to solve the current situation of excessive use of criminal law to protect legal interests.

**Key words:** indecent child crime; guidance case; paternalism in criminal law; over-protection of legal interests