非法持有儿童性侵制品罪： 法益证成、规范设计与司法适用

■ 姚建龙 喻雨宸

(上海社会科学院法学研究所,上海 200020)

【摘要】持有儿童性侵制品因构成对儿童的性剥削而具有特殊危害性,将其入罪是刑法对重大法益前置化保护的体现。本研究建议通过修正案形式在《中华人民共和国刑法》第二百三十七条之后增设:非法持有儿童性侵制品,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。本罪应采用抽象危险犯的入罪模式,保护法益系社会风俗与儿童身心健康。罪与非罪的认定应以客观标准认定“儿童”身份,并对“儿童性侵制品”作适应儿童特殊性的解释,同时通过“情节严重”进行规范性限缩。既遂与未遂的判断,应从持有行为的持续时间和法益侵害程度两个方面综合考量。此外,为加强《中华人民共和国刑法》与《中华人民共和国治安管理处罚法》的有效衔接,建议增设相应的行政处罚条款;承认侦查权合理扩张的同时应确保侦查手段适度性和必要性;证明标准的把握应根据儿童的特殊性灵活处理,切实贯彻保护儿童的立法目的。

【关键词】非法持有儿童性侵制品罪 儿童性剥削 抽象危险犯
最有利于未成年人原则

一、问题提出

2024年12月3日,某知名主持人因持有未成年少女不雅视频被判有期徒刑8个月,从而再次引发社会对以儿童为对象的性侵制品(亦称“色情制品”)^①的关注。当前,世界范

收稿日期:2025-03-06

作者简介:姚建龙,上海社会科学院法学研究所研究员,博士生导师,主要研究刑事法学、青少年法学、教育法学;
喻雨宸,上海社会科学院法学研究所刑法学研究生,主要研究刑事法学、青少年法学、教育法学。

① 尽管常用概念是“儿童色情制品”,但“色情”一词通常隐含成年人之间的自愿性内容,不但可能模糊侵害儿童的本质,更有物化其为“色情制品”客体的污名化意义。因此,为尊重儿童作为受害者的主体地位,且体现对最有利于未成年人原则的贯彻,国际立法趋势上均以“儿童性剥削材料”作为犯罪规制的行为对象。但考虑到我国的语言习惯,本文使用“儿童性侵制品”概念,在尊重儿童权利的同时便于文章的理解。另外,本文的“儿童”采用《儿童权利公约》的定义,指18周岁以下的任何人。

围内以儿童为对象的性侵制品泛滥成灾,我国境内涉儿童性侵制品问题同样不容小觑,甚至已经形成一定规模的产业链。例如,2020年被曝光的“芽苗论坛”“萝莉网”等多家色情网站,长期通过诱导用户拉人头的方式散播儿童性侵制品,事发时其中一个网站的注册用户已高达855万余人。如果说制作、传播等行为尚可可通过现行刑法惩处,观看、持有儿童性侵制品者则几乎不受任何法律规制,实践中确有因持有儿童性侵制品,但由于现行法律对此类持有行为缺乏明确的处罚依据,法院最终仅责令其删除并予以训诫和教育的案例^[1]。

在互联网时代下,儿童性侵制品借由网络的隐匿性、快速性、互动性以及跨国性而愈发猖獗,促使各国反思儿童性侵制品的监管模式,试图从源头上禁止儿童性侵制品的持有行为。如果能提前控制儿童性侵制品的持有,是否就可以及时阻断其他更严重的针对儿童的犯罪?例如,某高校教师在浏览色情网站时下载儿童裸体视频,并经比对锁定到具体未成年被害人。随后,该教师在现实中接触并诱骗被害人再次拍摄脱衣裸体视频,还威胁被害人做他的女朋友^[2]。若能在行为人持有性侵制品时就通过刑法干预,对儿童的保护无疑会更加全面。

尽管持有儿童性侵制品的犯罪化存在争议^①,但多数国家和地区基本认可的是,儿童性侵制品相比成人色情制品存在本质不同,每一次浏览或分享均构成对儿童权利的再次侵害^[3]。事实上,当前国际社会已就通过刑事手段严厉打击儿童性侵制品达成普遍共识,2024年12月24日联合国通过的《关于打击为犯罪目的使用信息和通信技术行为的全面国际公约》(以下简称《打击网络犯罪公约》),就包含要求各缔约国采取必要的措施,将获取、拥有“儿童性虐待或性剥削材料”等行为纳入犯罪规制^②。随着儿童保护意识的提升,我国亦不乏相关理论研究与学术探讨。有观点认为,儿童性侵制品仅是淫秽色情物品的亚型,依据相应标准从严处罚即可^[4];但也有学者指出,基于少年司法的理念,儿童性侵制品具有单独规制的必要性^[5-6]。对于是否将持有行为入罪,赞同者认为考虑到性侵儿童信息传播的恶劣影响,即便是持有也应负刑事责任;反驳者则指出,“根本无法证明持有儿童色情制品与性虐待之间的关系……纵使儿童色情制品持有者有特殊癖好,但是只要不付诸行动,都属于公民个人的思想自由”^[7],“将持有儿童色情信息入罪实际上就是泛罪化,且将持有儿童网络色情信息入罪在现实中很难执行”^[8]。

目前,仍有部分观点认为持有只是公民的个人癖好,规制持有是不恰当的、侵犯公民个人自由的。为证成入罪的正当性,理应明确行为的危害性。本文试图横向比较我国刑法中其他持有型犯罪,系统论述持有儿童性侵制品的危害性与设置持有儿童性侵制品罪名的可行性,并进一步讨论具体规范的设计与司法适用问题。

① 例如,有观点指出,在对青少年没有造成暴露或特殊伤害的情况下,立法无权压制以性为取向的物品(儿童性侵制品),参见纽约州诉费伯案(1982年)。也有研究认为,儿童性侵制品提供了一种情绪的宣泄、性冲动的缓解,有利于避免持有者实际对儿童进行性虐待,参见皇平平 高效吉:《儿童色情制品单纯持有行为入罪化之检视》,载《湖北警官学院学报》,2024年第4期。

② 参见联合国《关于打击为犯罪目的使用信息和通信技术行为的全面国际公约》第十四条。

二、持有儿童性侵制品行为入罪的法益证成

(一) 持有型犯罪凸显刑法前置化保护

统观我国持有型犯罪的立法设置^①,其构成要件行为基本可以概括为明知却故意非法持有特定物品的行为,保护法益多为公共法益。例如,非法持有、私藏枪支、弹药罪保护的是公众安全,非法持有毒品罪保护的是公共健康,巨额财产来源不明罪保护的是公共信赖等。要证成持有儿童性侵制品入罪的正当性,理应对我国刑事立法中持有行为犯罪化的正当性依据进行深入讨论。

刑法的任务与目的是保护法益。“刑法之所以以刑罚禁止某种行为,是因为它侵害或者威胁了法益。”^[9]尽管“持有状态”本身无法体现行为的危害性,但这并非代表持有型犯罪缺乏法益侵害性。

第一,若持有行为具有明显危险性,则具备入罪的正当性。危险性一般源于所持有的特定物品本身。比如非法持有枪支弹药的,枪支弹药属于具有极强的杀伤力和破坏性的武器,在持有期间很可能给周围群众的生命带来威胁,具有致人伤亡的危险性。再如,非法持有国家机密文件实质上已将国家核心秘密置于高度泄露的风险,构成对国家安全的严重威胁。将此类持有行为犯罪化的目的在于实现危险的前置化阻断,预防更严重危害结果的发生。

第二,若持有行为与其他犯罪之间存在高度关联性,可以认为对法益具有抽象的危险。可能的情况是持有物本身是违法犯罪的产物,或者是能够被利用造成其他侵害结果。前者如持有“与合法收入差额巨大的财产”且不能说明来源的,通常包含两种情况:行为人违法持有但未达到犯罪的程度,或行为人违法持有且已经构成犯罪^[10]。已知行为人持有的财物与贪污贿赂、挪用公款等违法行为存在关联,但其上游行为尚未达到刑事追诉标准,或受客观证据限制而难以证实上游犯罪成立,即以巨额财产来源不明罪“兜底”防止其逃避刑事处罚。而后者以持有假币罪为例,假币被使用、被流通将严重扰乱市场经济秩序,影响货币的公共信用。又如伪造的增值税专用发票,行为人可能利用伪造的发票实施出售、虚开等发票类犯罪行为,对税收征管秩序具有抽象的危险。同理,毒品因其成瘾性与危害性本身就已成为法律禁止的对象,而行为人持有足够数量的毒品往往是为实施贩卖、运输等后续犯罪创造条件,对公众的身体健康造成威胁。此类持有通常是为实施后续相关犯罪作准备,具有明显的预备性质。禁止持有的目的是惩罚预备行为来预防更严重的犯罪,以体现刑法对重大法益的提前保护。与此相对应,不会造成重大法益侵害的持有

^①《中华人民共和国刑法》中持有型犯罪包括九个罪名,分别是:第一百二十条之六的非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪;第一百二十八条的非法持有、私藏枪支、弹药罪;第一百七十二条的持有、使用假币罪;第一百七十七条第二款的妨害信用卡管理罪;第二百一十条之一的持有伪造的发票罪;第二百八十二条的非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪;第三百四十八条的非法持有毒品罪;第三百五十二条的非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪;第三百九十五条巨额财产来源不明罪。

就不应规定为犯罪,例如淫秽物品的持有被认为纯粹是个人规制的问题^[11],尽管存在传播的风险,但传播所侵犯的并非值得动用刑法保护的公共法益。此类持有的危险性源于与其密切相关的其他犯罪,可能导致对法益的侵害由抽象危险向具体危险抑或是实害过渡,从而为刑法所禁止。

总之,持有型犯罪处罚依据在于法益保护的前置化与抽象危险犯理论,刑法提前介入以避免与国家、社会、公民相关的重大法益被实际侵害。基于预防的立场,持有行为犯罪化的立法定位或可从特殊预防与一般预防的双重维度予以阐释:在特殊预防层面,通过将特定危险状态犯罪化填补规制的空白,避免已然犯罪人逃脱应受的惩罚与报应;在一般预防层面,通过前置化处罚,防止行为人对法益或法益主体实施进一步的侵害。

(二)持有儿童性侵制品构成对儿童的性剥削

目前我国有关儿童的性侵制品在刑事法律层面并未予以差别待遇,而将其视作一般淫秽物品进行处理。但是,儿童性侵制品的持有不同于淫秽物品的持有,具有特殊的危害性。

从持有物的性质而言,首先,多数儿童性侵制品的产生过程本就充满欺骗性、强迫性,甚至是性犯罪的衍生产物,其存在本身就是对儿童人格尊严与身心健康的持续性践踏。其次,儿童性侵制品严重侵犯了儿童的权益。一方面,儿童性侵制品将儿童作为性商品而忽视其作为人的基本权利,并通过强迫、虐待等方式压榨其作为性商品的价值,以满足自身欲望或取得实际利益,构成对儿童的性剥削^①。另一方面,儿童的面容相貌、身体特征被直接展示于制品之中,严重侵犯未成年人包括肖像权、名誉权、隐私权在内的人格权。最后,儿童性侵制品阻碍儿童的身心健康成长。儿童性侵制品记录了性剥削儿童的瞬间,并以载体的形式保存,不但会使受害儿童因被识别而贴上“色情标签”,面临社交排斥、就业歧视等隐性暴力,也会使其被永久捆绑在这段经历中,承受着精神层面的反复折磨。

除去儿童性侵制品本身的危害性,持有儿童性侵制品也并非孤立行为,与一系列严重犯罪紧密联系,进一步刺激了对儿童的性剥削。一方面,持有儿童性侵制品具有一种抽象危险,即很可能引发对儿童的性犯罪。持有者在反复观看这些影像的过程中逐渐将儿童性化,甚至将其视为一种“可接受”的行为模式。当阈值不断被突破,持有者就可能因无法满足其欲望而加入“制作者”的行列,对儿童进行实际的性侵犯。每个持有者也是潜在的传播者,若通过持有者导致儿童性剥削的“载体”被扩散,无疑会对儿童权益造成更严重的侵害。被持有的制品也常被利用作为诱骗、胁迫儿童的工具。例如,行为人以其掌握的裸照敲诈勒索未成年被害人及其父母^②;或以未成年人的裸体视频为威胁,强迫其满足自身要求,包括进行裸聊、发生性行为,甚至逼迫被害人卖淫为其赚取利益^③。另一方面,持有行为直接刺激了儿童性侵制品的

① 从这个角度而言,“儿童性剥削材料”更符合对行为本质的界定,即突出强调对儿童权益的侵犯。

② 参见施某通过裸贷敲诈勒索案,该案为2018年最高人民法院公布的利用互联网侵犯未成年人权益十大案例之一。

③ 在司法实践中这种情况并非个案,行为人通常利用其掌握受害儿童的裸露照片、视频强迫、威胁受害儿童,使其产生畏惧心理从而同意行为人的任何请求。如河南省洛阳市中级人民法院(2021)豫03刑终495号刑事裁定书,被告人以与被害未成年人发生性关系的视频为威胁,强奸被害未成年人并禁止其报警;又如朱某某强奸、猥亵儿童、强制猥亵案(最高检发布的检察机关加强未成年人网络保护综合履职典型案例之一),被告人骗得被害未成年人裸露照片后,以散布裸照、不雅视频相威胁,强迫被害人线下见面并发生性关系等。

市场需求,为制作、传播者提供了经济动力,助长了针对儿童的性剥削产业链的扩张。有观点认为,打击儿童性侵制品的重点应放在制造并从中牟利者,以及直接参与性剥削儿童者,聚焦于责任链末端的持有者对于实现防止儿童性剥削的目标并无实质帮助^[12]。但是,对儿童性侵制品的打击并非仅对持有者予以关注,持有仅占据其中一部分,且这部分又是不可或缺的。与其认为是儿童性侵制品产业的发展催生了大批量的持有者,不如说市场上持有者的需求才是推动前端的制作、传播行为的根源,且需求的增长直接促使市场规模的进一步扩大。当需求不断增加,不法分子见有利可图便会搜寻更多儿童性侵制品,甚至自行制作。例如,在2016年一起利用网络传播儿童性侵制品的案件中,犯罪分子为牟取利益,“专门拍摄和制作儿童淫秽视频并在群内售卖”,甚至出现“以拍摄一部视频数千元的价格雇人强奸猥亵幼童并录制视频”的“悬赏”^[13]。持有行为通过助长上游犯罪,从而助长上游犯罪对保护法益的侵害。“儿童色情不像大众产品,它的传播属于小批量私人视频。由此,每一种获得和持有儿童色情都促进了相应的制作。”^[14]

此外,允许持有儿童性侵制品也会腐蚀社会整体道德观念,不利于给儿童健康成长提供良好的氛围环境。儿童性侵制品以儿童作为性对象,宣扬“儿童性化”的道德风气,这种观念的扩散会削弱公众对未成年人性权利的尊重,动摇社会对儿童权益保护的共识。不明确禁止持有儿童性侵制品的行为,无异于默许甚至纵容这种价值观的蔓延。而对于儿童个体而言,扭曲的社会风气会导致其在心理与认知发展的关键阶段形成错误的性观念与自我认同,严重影响其心理健康、人际交往等能力的正常发展。未成年人的健康成长关乎国家未来和民族命运,持有儿童性侵制品的危害性不言而喻。

(三)持有儿童性侵制品行为入罪具有可行性

首先,现行刑法在规制儿童性侵制品的持有方面存在漏洞,尽管实践中通常将其纳入淫秽物品犯罪体系规制,但既有法律规定难以涵盖持有儿童性侵制品的行为。一方面,儿童性侵制品具有区别于传统淫秽物品的特殊属性,即本质是性侵害儿童的犯罪证据与持续危害源,放任持有不但构成对儿童的性剥削,更是通过维持市场需求反向刺激了儿童性剥削产业链的存续,成为侵犯儿童权益的“帮凶”。另一方面,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)对于淫秽物品犯罪的规定仅集中于制作、贩卖、传播等上游行为,对持有行为的规制存在空白,而其他涉及儿童性侵害的罪名,如第二百三十六条强奸罪、第二百三十七条猥亵儿童罪、第三百五十九条引诱幼女卖淫罪等,均以直接实施或促成实施对儿童的身体接触式性侵害为要件,仅有2023年司法解释以“隔空猥亵”对网络性侵害儿童的行为进行干预。不谈非身体接触式猥亵本身在刑法解释上存在诸多质疑^①，“隔空通过网络传递裸照或隔屏裸聊”以及“隔屏触碰儿童身体”的行为类型^[15]与实践中的持有儿童性侵制

^① 通常意义上的“猥亵”要求行为人与被害人之间存在直接身体接触,因此“隔空猥亵”是否构成猥亵儿童罪中的“猥亵”在刑法理论上仍存在分歧。有观点认为,难以通过被害人自己拍摄私密照片或录制私密视频的行为认定行为人间接对被害人施加了具有性意义的身体影响,将其解释为“猥亵行为”有违反罪刑法定原则之虞;也有观点认为,通过网络欺骗、胁迫幼女发送淫秽图像影片的并不符合猥亵儿童罪的构成要件类型。参见王 钢:《论刑法对意志自由的保护》,载《政法论丛》,2020年第6期;朱星光:《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。

品的典型行为模式也存在显著差别。“持有”更多来源于行为人从互联网上主动下载或被动接受他人的分享,既无直接侵害行为,亦未对特定儿童施加强制,从而无法以“隔空猥亵”解释持有行为。

其次,持有行为的入罪具有法理与实践基础。如前所述,处罚持有型犯罪的正当性在于特定物品因其本身性质而具有危险性,以及因其危险性而导致相应持有状态也对法益存在抽象危险。抽象危险本质上是一种根据人们的一般生活经验得出的、类型化的、由立法推定的危险^[16],等待风险转变为对法益的现实侵害结果往往为时已晚,基于防患于未然的考量,立法者在侵害法益的风险达到某种程度时提前将其评定为“法益侵害的结果”以期实现对重大法益的预防性保护^[17]。在此基础上,我国将持有毒品、假币等行为皆作为犯罪处理,长期的立法实践已经形成一套成熟完善的规制路径。为保护儿童权益,将持有儿童性侵制品的行为犯罪化具有逻辑自洽性。

再次,为维护法秩序统一性,刑法应协同保护儿童权利。其一,现代法治国家已经普遍将保护儿童利益写入宪法,《中华人民共和国宪法》第四十九条亦明确规定儿童受到国家的保护,有必要遵循宪法精神将实质构成对儿童性剥削、侵犯儿童权益的持有儿童性侵制品的行为规定为犯罪。其二,《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未成年人保护法》)规定禁止持有涉未成年人的淫秽色情物品和网络信息,并要求违反本法的承担相应的民事责任、行政责任与刑事责任。而《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)与《刑法》中均未涉及持有行为的相应罚则,甚至难以适用淫秽物品的规定,导致出现了一定程度上的处罚“真空”,将持有行为入罪有助于解决刑法与行政法之间的内在衔接问题。其三,基于以往刑事规制本身,司法解释明确规定涉儿童性侵制品从重处罚^①,并降低入罪门槛及“情节严重”的标准^②以打击儿童性侵制品产业。一方面,持有行为同样是产业链上的一环,为何不能“一步到位”?另一方面,禁止制作、传播却容忍持有行为不免会产生逻辑上的矛盾。持有行为本质上维持了违法制品的存续,亦激化了产业链的再扩大,允许持有无疑会与刑事规制的目的背道而驰。

最后,国际立法趋势与公约义务促使形成趋同保护机制。美国、德国、日本等域外大多数国家均已将持有儿童性侵制品的行为犯罪化。根据国际失踪和受剥削儿童中心发布的报告,截至2019年,在196个国家和地区中已有21个国家和地区的立法满足儿童性虐待

① 参见《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(一)》第六条:“实施本解释前五条规定的犯罪,具有下列情形之一的,依照刑法第三百六十三条第一款、第三百六十四条第一款的规定从重处罚:(一)制作、复制、出版、贩卖、传播具体描绘不满十八周岁未成年人性行为的淫秽电子信息的……”

② 参见《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(二)》第二条:“……利用互联网、移动通讯终端传播内容含有不满十四周岁未成年人的淫秽电子信息,具有下列情形之一的,依照刑法第三百六十四条第一款的规定,以传播淫秽物品罪定罪处罚:(一)数量达到第一条第二款第(一)项至第(五)项规定标准二倍以上的;(二)数量分别达到第一条第二款第(一)项至第(五)项两项以上标准的;(三)造成严重后果的。”

制品模范立法的5项标准,另有95个满足其中4项^①。我国目前仍然欠缺对“儿童性侵制品”的专门界定,以及将持有行为作为犯罪处理的2项标准,需要立法以实现刑事规范空白的填补。虽然我国于1990年、2002年先后签署批准《儿童权利公约》及其议定书,但至今还未将持有儿童性侵制品等行为纳入刑事处罚范围。与此同时,我国作为2024年12月通过的《打击网络犯罪公约》最终达成的主导国之一,应当积极回应公约要求,将持有儿童性侵制品入罪正是顺应国际立法趋势的必要举措。

三、“非法持有儿童性侵制品罪”的罪刑规范阐释

充分考虑到我国实际情况及立法模式,可以通过修正案形式在《刑法》第二百三十七条之后增设非法持有儿童性侵制品罪,对罪状及刑罚的表述如下:

【非法持有儿童性侵制品罪】非法持有儿童性侵制品,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

(一)本罪应为抽象危险犯

为了贯彻最有利于未成年人原则,实现对儿童权益的最大保护,本罪应当以抽象危险犯为中心进行构建。

首先,尽管对具体法益内容存在争议,但涉及儿童保护问题,本罪所侵害的法益无疑属于重大法益。儿童作为社会中最脆弱、最需要保护的群体之一,其权益具有高度敏感性;且持有儿童性侵制品状态的保持本质上是持续性的侵权,很可能给制作对象带来不可逆转的、难以修复的身心损害。法益的重要性决定了刑法必须采取更为严格的保护措施。

其次,儿童权益极易受损且损害后难以修复,需要刑法的前置化保护。如果以持有行为具有具体危险或产生实害结果作为处罚依据,持有行为很有可能已经转化为其他贩卖、传播行为,甚至演变成对儿童的性侵犯。因此,有必要在犯罪链条的初始环节提前介入,避免实际的或更严重的法益侵害结果发生。抽象危险犯的立法技术与刑法保护前置化的需求具有高度契合性,满足当前社会风险下对儿童权益保护的特殊要求。

最后,从犯罪类型而言,持有型犯罪大多数属于抽象危险犯。相较于传统犯罪,持有行为往往是目的犯罪的预备形态、现行犯罪的结果形态抑或是续接犯罪的过渡状态^[18],因而持有型犯罪的构成要件通常具有堵塞、拦截犯罪逃脱法网功能^[19]。这种特殊的构成要件决定了大多数持有型犯罪的处罚依据系其对法益具有的抽象危险性。例如非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪就是典型的抽象危险犯,其立法逻辑在于通过禁止持有恐怖主义音视频,提前阻断发生暴力犯罪、恐怖犯罪的潜在危险。本罪同样符合这一特征:推定持有

^① 评估国家针对儿童性侵制品有效立法的核心标准由国际失踪和受剥削儿童中心提出,具体包括:(1)有专门针对儿童性侵制品的规定;(2)提供关于儿童性侵制品的定义;(3)将利用信息技术实施儿童性侵制品有关行为定为刑事犯罪;(4)将故意持有儿童性侵制品作为犯罪处理(不论是否有意进行传播);(5)要求网络服务提供商承担向执法部门或其他机关报告儿童性侵制品的义务。参见国际失踪和受剥削儿童中心:《儿童性虐待材料:立法模型与全球观察》(Child Sexual Abuse Material: Model Legislation & Global Review), <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2019/02/One-Pager-9th-Edition.pdf>

行为具有对儿童权益的抽象危险,允许持有极有可能催生其他犯罪行为。从司法适用的角度来说,作为抽象危险犯亦简化了司法证明难度,有利于对儿童的保护。

(二)本罪构成要件分析

相较于舶来品的“三阶层”,“四要件”作为我国传统犯罪论体系,与我国的政治制度、司法体制、文化传统等高度契合,在中国语境下显然更具有有效性与合理性^[20]。且在普遍接纳“四要件”犯罪论体系的中国司法实践中,以“四要件”分析本罪的构成要件更具适用优势。因此,本文遵循从客观到主观的思维逻辑,运用“四要件”理论解构非法持有儿童性侵制品罪。

1. 犯罪客体

有观点认为,持有儿童性侵制品的行为违背社会管理秩序,侵犯的是当前社会普遍的伦理道德观念,因此应当将本罪置于分则第六章第九节淫秽物品犯罪之中。但是,将持有行为入罪更应强调的是对儿童本身的保护,即本罪的犯罪客体系复杂客体,包含社会风俗与儿童身心健康。

“儿童性侵制品”与“淫秽色情物品”在行为表征上具有相似性,二者皆涉及制品主体的性暴露内容,侵犯的法益在一定程度上应当类似。“淫秽物品的实质属性是无端挑起人们的性欲和损害普通人的正常的性行为观念。”^[21]禁止公开传播、散布淫秽物品的目的在于防止对性风俗和秩序造成侵害^[22]。“儿童性侵制品”的存在也是对社会风俗的侵犯,即违背了不应当将儿童作为性对象、不应当通过剥削儿童牟利的社会伦理道德观念。值得注意的是,由于持有淫秽物品自用处于个人私下状态,不会侵害外界的风俗,所以刑法并未禁止持有淫秽物品。但理应更严格地对待持有儿童性侵制品的行为——儿童本身的特性使得本罪与持有淫秽物品犯罪侵害的法益存在本质区别。

儿童作为特殊群体,具有“区别于成人的幼弱性、依赖性、不成熟性、易受侵害性、自我保护能力的缺乏性等诸多特点”^[23],在保护理念与思路上应与成年人相区别。正如《未成年人保护法》明确规定,对未成年人的保护应当遵循最有利于未成年人的原则;《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》要求,应当充分考虑未成年人身心发育尚未成熟、易受伤害等特点,切实保障未成年人的合法权益。我国在儿童权利保护方面采取的是特殊、优先的保护理念,本着对未成年人性侵害犯罪“零容忍”的态度,有必要采取成年人“淫秽物品”与未成年人“性剥削制品”(儿童性侵制品)的二元分治模式,这也与国际立法趋势高度契合^①。因此,需进一步探究本罪基于儿童特性而生的另一重保护法益。可能有观点认为,本罪另一客体是儿童的性权利。所谓儿童性权利多指儿童自主决定是否要发生性行为的权利,而作为本罪要件的儿童性侵制品本质是性剥削,只要行为人不适当地为满足性欲或得到其他利益,使得儿童成为工具化的性对象就构成性剥削,而不论儿童是否自愿^[24]。因此,儿童的性权利不包含儿童同意被性剥削的权利,将犯罪客体理解为儿童的性权利是对本罪本质的误读。

本罪的另一客体应当是儿童身心健康。具体而言,儿童性侵制品本身就是儿童身体受侵

^① 域外立法通常将儿童性侵制品独立于一般淫秽物品犯罪,配置单独的判断标准、行为模式及法定刑罚。例如:美国联邦法典专门规定处罚故意持有儿童性侵制品的行为,日本颁布《儿童色情行为禁止法》明确禁止持有儿童性侵制品的行为,德国于2003年以修正案形式增设儿童色情内容罪,将儿童性侵制品从普通色情制品犯罪中独立出来等。

害的衍生产物,且持有行为为此类制品的持续制作提供了动机,从而扩大了制品的市场需求,导致更多儿童面临身体被侵犯的风险;作为固定侵害过程的载体,儿童性侵制品的保存与传播反复提醒着受害者的创伤经历,形成持续性精神压迫,严重影响儿童的心理健康。因为对儿童实施了身体强制与心理摧残的双重伤害,使得本罪区别于妨害风化的淫秽物品犯罪,对于持有行为本身也有必要动用刑罚手段。将儿童身心健康作为本罪客体之一,可以深刻体现本罪的本质属性与保护儿童的立法目的,因此应将法条定位于《刑法》第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”中第二百三十七条猥亵儿童罪之后。

2. 犯罪客观方面

2020年修订的《未成年人保护法》第五十二条为相关立法与司法实践提供了明确的指引。因此,本罪的客观方面应表现为非法持有儿童性侵制品,并通过“情节严重”限缩入罪。

“非法”系对违法性的提示,即行为人对儿童性侵制品的持有必须违反了前置法等有关禁止持有相关制品的规定。同时,在罪状中强调“非法”也是为了提醒本罪客观上存在合法持有的情况,例如因教学、科研、司法等目的而持有的,又如经主管部门与相关机构的批准与许可而持有的,合法持有不构成本罪。

“儿童性侵制品”是指以儿童为对象的,描述儿童受性剥削、性侵犯的制品。为了全面保护未成年人的身心健康成长、维护其合法权益,可以根据《刑法》对淫秽物品的定义,并参考域外国家及地区的立法规定,将“儿童性侵制品”定义为:描绘未满十八周岁未成年人的性行为,或者以强调性特征或未成年人特征的方式展示其裸露身体部位等足以唤起性欲望的制品,其载体包括书刊、影片、录像带、图片、电子出版物、网络信息等。形式上,“儿童性侵制品”是描绘儿童性行为或展示儿童性特征、裸露的身体特征的行为;实质上,其必须足以唤起性欲望,即对一般人而言具有性挑逗性。因此,展示儿童自然活动的制品,例如拍摄儿童在海滩上穿着泳装、因医疗活动裸露身体的照片等,一般不属于适格的儿童性侵制品。

“持有”是指储存、携带、保管等构成行为人对某种物品的事实上的支配的行为^[25]。“持有”的本质在于行为主体与持有物品之间构建的稳定支配关系,要求行为主体实际享有物体的管理权与控制权。因此,判断“持有”应以行为人是否在事实上支配控制该制品本身为准,如果行为人已经对制品具有事实上的支配或使用权限,尽管其与制品之间存在空间距离,亦不能否认持有的成立。比如行为人把儿童性侵制品藏在家中或其他地方的情况,又如委托他人保管的情形。此外,不论持有的原因和目的,只要制品已经处于行为人的支配范围以内,就符合本罪的行为要件。观看或访问同样构成“持有”。美国联邦法典禁止“故意拥有或故意访问”的行为;德国《刑法典》对任何着手检索、获取的行为入罪规制。就数据制品而言,当行为人使用自己的个人计算机浏览网页、观看儿童性侵制品时其就已经自动保存于计算机的系统缓存中,这属于观看者可实际支配、控制的领域,可以认为构成“持有”。而在使用网吧、图书馆等场景的公共计算机的场合,由于处于公共场合的计算机能够定位到特定时间点的个别使用者,因此同样可以认为制品属当时使用者实际“持有”。

“情节严重”属于整体的评价要素,以确保持有儿童性侵制品行为的违法性达到值得科处刑罚的程度。

3. 犯罪主体

对于自然人而言,构成本罪的主体必须是年满16周岁、具有刑事责任能力的人。但持有自身的制品不应以犯罪处理。一方面,持有自己的制品原则上不具有违法性,个体有权处分自己的权益;另一方面,为了控制处罚范围有必要进行限缩解释,防止出现达到刑事责任年龄的行为人因持有自己的制品而被处罚的情形。

单位也可以成为本罪的适格主体。例如,作为网络平台、存储服务提供者等的单位未能依法履行审核与删除义务,持续保存儿童性侵制品,就可能构成本罪;再如,单位大量购入实体儿童性侵影片储存的,若难以查实其具有实际的营利、贩卖、传播等行为,也可以本罪兜底。单位犯本罪的,原则上应采取双罚制,判处单位罚金的同时对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员按照相应的刑罚幅度予以处罚,以彰显对儿童权益的保护。

4. 犯罪主观方面

构成本罪必须存在故意,即明知是儿童性侵制品且非法持有的,过失不成立本罪。例如行为人在网页上误触链接,转跳后使得制品在不易察觉的情况下被下载至移动设备中,因不具有持有的意愿而不符合本罪主观方面的要求。又如,行为人在群聊中点击他人传播的儿童性侵制品,或误进入存有儿童性侵制品的网站并观看,立即退出并删除记录、缓存的,主观上属于过失而不构成犯罪。但是,误触后发现是儿童性侵制品仍然继续持有或观看的,可构成本罪的故意。

关于持有的“故意”,日本以“出于满足自己性好奇心的目的”定义行为人的主观心理状态^①。但“满足好奇心的目的”因过于主观而缺乏明确性,进而导致难以证明其存在,刑法应当规制实际行为而非人的内心想法,否则将可能造成犯罪圈的扩大与刑事处罚的滥用^[26]。将持有人罪不需要详细表述行为人的主观心态,只要发现行为人客观持有即可推定其存在故意而不论其心态,除非行为人能够以合理依据证明自己是“过失”持有或“正当”持有。

(三)本罪罪刑设计阐释

本罪的量刑规范设置应体现罪责刑相适应原则。考虑到持有相较于其他对儿童的性犯罪危害性程度较小,以及持有型犯罪作为“兜底罪名”的特性,可将本罪的刑罚设置为“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”。

对于刑罚设置的上限,一是,应当与同样构成儿童性剥削的、侵害公民人身权利犯罪中其他针对儿童的性犯罪进行比较。一般而言,强奸罪最低处三年有期徒刑,猥亵儿童罪处五年以下有期徒刑,负有照护职责人员性侵罪处三年以下有期徒刑。尽管持有行为同样构成对儿童性权利的侵犯,但与上述行为相比不具有事实上的身体接触,因此法益侵害性相对较小,最高法定刑不得高于三年有期徒刑。二是,在持有型犯罪中,由于持有儿童性侵制品罪与非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪的规制思路类似,因此可以参照法益侵害的类型设置相应的刑罚。非法持有恐怖物品系为了防止恐怖主义、极端主义被传播、被宣扬,最终严重侵害到公共安全与公民利益;非法持有儿童性侵制品则是为了遏制儿童性侵制品的流通,避免影响儿童身心健康成长。与公共安全的保护法益相比较,非法持有儿童性侵制品罪的保护法益

^① 参见《儿童买春、儿童色情制品等行为的规制与处罚及儿童保护法》第二条。

从《刑法》分则的排列顺序而言更为靠后,因此,其法定刑不应当高于非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪的“处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”。

对于刑罚设置的下限,刑法规定的持有型罪名中法定刑最低的系持有伪造的发票罪,为“二以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金”。与国际立法实践所设定的刑事制裁相比较,美国对故意持有儿童性侵制品的行为“处5年至20年的监禁及罚款”,英国配置最高三年以下的有期徒刑,法国《刑法典》规定持有行为以5年监禁和75 000欧元罚款论处。鉴于当前国际刑事立法对此类犯罪的最高刑普遍在3至5年有期徒刑,为顺应打击儿童性侵制品的全球趋势,我国在刑罚设置上有必要适度提高量刑幅度,与国际标准保持协调。另外,司法解释规定制作、复制、出版、贩卖、传播包含不满十八周岁未成年人内容的淫秽物品犯罪,应依照淫秽物品犯罪的规定从重处罚^①,即最低可处“二以下有期徒刑、拘役或者管制”。“儿童性侵制品”相比“淫秽物品”而言,侵犯了儿童的身心健康,有必要设定更高的处罚以保护儿童的健康成长。因此,应直接以上限为根据,将其法定刑设置为“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”。

四、“非法持有儿童性侵制品罪”的司法适用要点

(一)罪与非罪的区分

除去因教学、科研、司法等正当目的持有不属于“非法持有”而出罪,判断本罪的罪与非罪还可能存在以下情况。

1. “儿童”认定应以客观为标准

本罪的犯罪对象是“儿童”,罪与非罪的判断首先涉及对“儿童”年龄的认定。或许有观点认为,应以我国刑法规定的性同意年龄(14周岁)划定本罪的保护范畴。但是,一方面,性同意年龄通常针对“幼女”,而本罪的犯罪对象不乏男童;另一方面,本罪的立法意图在于保护儿童免受性剥削,儿童同意发生性行为不等于同意自己被性剥削,家长主义下默认未成年人不具有同意自己被剥削的权利。因此,本罪的“儿童”应以十八周岁为标准,且在司法适用中需确保客观判断优先。

在认定“儿童”身份时,应率先观察图像或视频中人物的外貌特征,从一般人的角度判断其是否可能为儿童。若人物明显呈现幼童姿态,如身高较矮、面部稚嫩,则可直接推定其为“儿童”。同时也需考虑到儿童的特殊性,避免因过度苛求而放纵犯罪,判断存在模糊之处的应根据具体情况灵活处理:存在实际未成年被害人的,可通过对未成年人进行检查并结合未成年人的陈述综合判断;不存在实际未成年被害人的,例如通过技术手段生成的儿童性侵制品,则可以具体案件的物证、行为人的供述、相关者的证人证言等证据,结合一般社会认知进

^① 参见《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(一)》第六条:“实施本解释前五条规定的犯罪,具有下列情形之一的,依照刑法第三百六十三条第一款、第三百六十四条第一款的规定从重处罚:(一)制作、复制、出版、贩卖、传播具体描绘不满十八周岁未成年人性行为的淫秽电子信息的……”

行认定。其中,可能会出现两种特殊情形:(1)制品中的人物是未满十八周岁的未成年人,但一般人可能误认为是成年人;(2)制品中的人物是已满十八周岁的成年人,但一般人可能误认为是未成年人。对于情形(1),为了符合保护儿童免受性剥削的立法目的,只要制品内容中的人物实际未满十八周岁,不论其外貌特征,均符合“儿童”的认定标准,但不排除行为人以认识错误而提出抗辩的可能;对于情形(2),为了防止将儿童作为性对象的风气被传播、被宣扬,激化对儿童的其他性犯罪,只要一般人能够基本确认是未成年人,也符合本罪对儿童的要求。但是,遵从存疑时有利于被告人的原则,在确实难以认定的情况下,应根据“疑罪从无”将出现的人物认定为成年人,对被告人予以出罪。

2. “儿童性侵制品”应作符合儿童特殊性的实质理解

为了实现对儿童身心健康法益的保护,应对“儿童性侵制品”进行实质解释。其中,“儿童性行为”作广义理解,包括通过他人、动物甚至物品向儿童施加的性行为,在儿童面前进行性行为,甚至由儿童自己实施的带有性意义的行为等一系列具有性意涵的行为;而展示“性特征”及“裸露的身体特征”同样作“儿童化”理解,只要内容突出了与性相关的身体特征或未成年人特征就属于本罪规定的“儿童性侵制品”。可能的争议涉及以下两个问题:其一,儿童“软色情”制品;其二,虚拟儿童性侵制品。

“软色情”通常指未直接展示性行为,但通过身体部位、姿势、服装或场景等暗示性内容引发有关的性联想。2017年,网络论坛“西边的风”被爆存在大量涉嫌猥亵女童的照片和视频,其中部分照片仅出现女童的脚部^[27]。但对于特殊癖好者而言,通过对儿童特定身体部位的臆想亦能够达到自身的性满足。儿童软色情本质仍是将儿童性化,构成对儿童的性剥削。日本《儿童色情行为禁止法》将“儿童色情”定义为“刺激性欲的”,正是将软色情也容括在处罚的范畴内。因此,应通过“强调未成年人特征”“足以唤起性欲望的特征”将儿童“软色情”融入儿童性侵制品的定义之中。

虚拟儿童性侵制品,即通过计算机合成或制作儿童性侵的照片或视频等,包含两种情况:利用真实儿童照片合成,例如美国儿童精神病医生大卫·塔图姆利用人工智能软件生成其偷拍的患者的裸体^①;以及完全通过计算机制作儿童性侵图片或视频的。前者涉及现实中儿童的权益,故意持有行为显然构成对儿童的性剥削,比如韩国2024年10月生效的《关于儿童和青少年防性侵的法律》修正案规定,利用未成年人的视频、图片制作“深度伪造”淫秽影像并实施威胁者,可处3年以上有期徒刑;若造成损害后果的,刑期可提升至5年以上。而后者的性质则需要进一步探讨。可能会认为,使用计算机软件完全生成一个描述性侵儿童的图片,并没有在真实世界中产生任何一名受害者,因此对完全虚拟的制品处罚没有现实依据^②。事实上,日本立法就将虚拟儿童性侵制品排除在外^③。然而,虚拟儿童性侵制品本质上与真实儿童性侵制品一致,具有性化儿童的性质,“无论是真实的还是虚拟的,只要儿童看见‘同龄人’的

① 参见 United States v. David Tatum, Criminal Action No. 3:22-CR-00157-KDB-DCK.

② 参见 Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002).

③ 根据日本法律规定,用生成式人工智能合成的儿童色情照片、涉及儿童色情的动漫、绘画、数码图像等完全虚拟的图像、具有儿童色情插图的小说都不构成犯罪。

性行为,其被卷入这类行为的危险性将大幅度提高。”^[28]儿童作为弱势群体,权利应得到绝对保护,对涉嫌性剥削儿童的行为应予以严厉处罚。再者,若将虚拟儿童性侵制品排除在监管之外,可能会导致被告人为逃避处罚而声称涉案的儿童性侵内容是虚拟合成的,这无疑会增加诉讼成本与鉴定成本,造成刑事流程的进展困难。因此,越来越多的国家已经倾向于将虚拟儿童性侵制品视为非法。比如,德国1997年将规制对象扩展到“真实或近似真实事件”的未成年人性侵制品;2001年的《网络犯罪公约》解释报告在公约之上拓展规定:儿童色情材料不仅包括真实儿童,还包括“以真实儿童为原型”的合成图像;联合国议定书及《打击网络犯罪公约》皆将“模拟的”儿童性行为与性裸露纳入儿童性侵制品的范畴。

3. “情节严重”作规范性限缩

本罪的人罪门槛设置需体现抽象危险犯的特点。具体而言,应通过“情节严重”等限制性要件避免过度扩张犯罪圈。可以从以下几个方面认定“情节严重”:持有数量、内容性质、特殊身份及其他关联行为等。不属于“情节严重”的应通过《刑法》第十三条的规定出罪。

与淫秽物品犯罪相似,持有儿童性侵制品的数量是判断“情节严重”的重要标准。数量的积累不仅反映持有者的主观恶性,同时代表其侵犯儿童权益的严重性与持续性。持有超过一定数量的图像、视频或其他形式的儿童性侵制品,可以作为“情节严重”甚至“情节特别严重”的分级标准。2010年曾通过司法解释对以牟利为目的制作、复制、出版、贩卖、传播未满十四周岁未成年人淫秽电子信息,以及传播不满十四周岁未成年人淫秽电子信息的行为“情节严重”的标准作出规定^①,“持有”相比制作、传播等行为对法益造成的危险性较小,可参照相关规定初步确定入罪标准为:持有儿童淫秽电影、表演、动画等视频文件二十个以上的;音频文件一百个以上的;电子刊物、图片、文章等二百件以上的;或者数量或者数额虽未达到前项规定标准,但分别达到其中两项以上标准一半以上的,以及造成严重后果的。

制品内容的性质亦应纳入考量,如涉及未满十四周岁的幼女,甚至涉及不满八周岁的幼童,应考虑到低龄儿童的身心发育相较普通未成年人更不完善,对其造成的伤害更加严重,故将其作为“情节严重”的情形之一;或是制品中包含暴力、虐待或其他极端性行为,严重冲击一般人的道德观念,也可以视作入罪标准之一。持有者的身份及其所实施的其他行为也可以成为判断是否构成“情节严重”的关键因素。参照负有照护职责人员性侵罪的规定,当持有者为监护人、教育工作者、医务人员等对儿童负有特殊职责的人员,持有行为在违背职业道德伦理的同时,行为人与儿童密切联系的特别身份导致其具有更高概率侵害儿童的可

^①《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(二)》第一条:“以牟利为目的,利用互联网、移动通讯终端制作、复制、出版、贩卖、传播内容含有不满十四周岁未成年人的淫秽电子信息,具有下列情形之一的,依照刑法第三百六十三条第一款的规定,以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚:(一)制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电影、表演、动画等视频文件十个以上的;(二)制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽音频文件五十个以上的;(三)制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子刊物、图片、文章等一百件以上的……(七)数量或者数额虽未达到第(一)项至第(六)项规定标准,但分别达到其中两项以上标准一半以上的;(八)造成严重后果的。”;第二条:“利用互联网、移动通讯终端传播内容含有不满十四周岁未成年人的淫秽电子信息,具有下列情形之一的,依照刑法第三百六十四条第一款的规定,以传播淫秽物品罪定罪处罚:(一)数量达到第一条第二款第(一)项至第(五)项规定标准二倍以上的;(二)数量分别达到第一条第二款第(一)项至第(五)项两项以上标准的;(三)造成严重后果的。”

能性。因此,应严厉打击相关人员的持有,避免其利用对儿童的身份地位优势实施猥亵、性侵的行为。部分持有者利用其所持有的儿童性侵制品引诱儿童,如给“受害者”播放未成年人性题材影片以灌输扭曲的性观念^[29];或是以所持有的儿童性侵制品胁迫儿童再次与其发生性关系、敲诈勒索儿童;总之,当持有为实施后续犯罪提供支持,则其社会危害性显著高于一般持有行为,应认定为“情节严重”。

(二)既遂与未遂的认定

有观点认为,因行为与结果同时发生,因此持有型犯罪不存在未遂状态,“在持有犯中,行为人为人实施了持有行为,就同时产生支配特定对象物的状态。”^[30]由此,持有行为一经着手,立刻既遂。但是,一方面,持有具有行为过程性,达成持有状态需要经过前期预备、着手实施、建立控制等阶段;另一方面,持有应当达到稳定的程度,且符合“情节严重”所要求的客观上的数量。因此,持有型犯罪无疑存在未完成形态。以购买行为为例,当行为人与卖家联系购买儿童性侵制品、商讨交易金额时,构成本罪的预备犯;而当行为人已经确保自己可以实际控制支配儿童性侵制品,如支付价款、进入交易场所等具有实现犯罪的现实危险性的行为,可以视为本罪的着手。但本罪既遂需要持有行为达到控制和支配的稳定状态,有必要从持有的时间长短和行为的法益侵害程度两个方面进行判断。

持有需要具备一定的时间长度,正如司法实践中要求当毒品在一定时间内由行为人实际支配时,才能构成非法持有毒品罪的既遂^[31]。本罪既遂需要行为人与所持有的儿童性侵制品之间建立了稳定的持有状态,若在收到制品后立即被抢走显然难以认定为犯罪既遂。因此,当行为人误触链接导致相关制品被下载至计算机、手机等设备中,抑或是在聊天群组中收到他人发来的儿童性侵影像时,就算其认识到是儿童性侵制品也不一定属于本罪的既遂。对于立即删除的,不仅没有形成稳定的支配关系,也表明行为人缺乏故意的主观意图;对于明知但放任制品保存在设备内的则构成既遂,因为已经形成了稳定的持有状态。

持有状态应具有相当程度的法益侵害性,否则难以说明本罪的处罚依据。具体而言,本罪的保护法益是社会风俗与儿童的身心健康,当行为人基于持有意思取得儿童性侵制品后,因其客观支配制品的状态直接侵害上述法益,从而构成犯罪既遂。比如,误认为是儿童性侵影像而下载的,因客观上持有的是一般淫秽物品,但实际并没有危害特定法益,只能认为成立未遂。尚未取得寄递的制品的,一方面难以认为其已经建立了稳定的控制与支配,另一方面也无法满足儿童性侵制品具有被传播危险、实际侵害儿童的犯罪被引发、性剥削儿童的风气被宣扬等危害儿童权益的危险的特点。此时,至多能构成犯罪未遂。

(三)司法适用中的其他问题

1.《刑法》与《治安管理处罚法》有效衔接

受刑法谦抑性原则的约束,本罪通过“情节严重”进行规范性限缩,对情节显著轻微的持有行为应作出罪处理,但此类行为客观上仍具有一定危害性。为回应儿童权利保护的需求,建议在前置行政法中先行予以规定,即通过在《治安管理处罚法》中增设相关行政处罚,形成“行政处罚—刑事制裁”的阶梯式规制体系。

一方面,构建行刑分级惩戒的阶梯式治理框架,将《未成年人保护法》《治安管理处罚法》

《刑法》有效衔接,不仅符合比例原则对行为与惩处相适应的要求,也并未轻易放纵对儿童的侵害;另一方面,通过行政处罚的预防性震慑,提前遏制儿童性侵制品的交易、传播,在挽救部分轻微越轨行为人的同时,也避免儿童受到更严重的伤害。行政处罚的增设还有助于公安机关为涉嫌本罪案件的处理提供证据。在办理行政案件的过程中,若发现行为主体可能构成刑事犯罪,则侦查机关可接受行政执法阶段获取的证据与线索开展侦查,从而有效利用现存的司法资源。由此,或可在《治安管理处罚法》第四十四条之后增设:非法持有儿童性侵制品的,处五日以上十日以下拘留,可以并处三千元以下罚款。立法设计主要考虑以下几个方面:其一,基于前述儿童性侵制品本质“构成对儿童的性剥削”,持有是侵犯儿童身心健康的行为,同时考虑到与刑法的规定保持一致,故将本条设置在第三节侵犯人身权利的违法行为之中;其二,由于持有不具有直接接触性,与猥亵相比所造成的侵害更小,因此处罚需低于猥亵未满十四周岁者的“处十日以上十五日以下拘留”;其三,鉴于持有儿童性侵制品的违法行为通常不以牟利为主要目的,罚款应当作为非强制性处罚措施,参考《治安管理处罚法》第六十八条对淫秽物品的处罚,考虑到严厉打击儿童性侵制品的目的,将其设置为“可以并处三千元以下罚款”。本条的主要适用对象系未达到刑法规定“情节严重”标准的持有者。

2. 侦查权合理扩张与规范限缩并重

可能的质疑是,增设罪名而导致的侦查权扩张将侵犯公民的隐私权,尤其是与公民个人信息相关的权利。在打击持有儿童性侵制品犯罪时,为了发现犯罪、固定证据,侦查机关或许需要采取监控网络、破解加密、搜查电子设备等侦查手段,但上述手段被滥用就有可能侵犯公民的合法权益。罪名的增设必然导致侦查权的扩张,却未必带来不利的影响。《刑法修正案(九)》增设非法持有恐怖主义、极端主义制品罪,所伴随而来的侦查权的扩大是保障公共安全、维护公民利益的必然诉求,实践中也未发现因此而带来的侦查权失控。持有违法制品者归根结底还是社会的少部分人,若不具有可疑之处侦查权不会轻易发动,因而绝大多数公民都不会受其影响。域外的司法实践也能够印证通过刑事立法加强打击持有儿童性侵制品犯罪的同时,并未导致侦查权的滥用。侦查权的扩张具有合理性,但也需建立相应的制约体系以确保其始终在法治的框架内运行。侦查权的运行需以程序法定原则与比例原则为指导;同时,应尤为注重约束侦查权的发动。

一方面,刑事侦查的进行必须遵循法定的程序规则并以比例原则为规范工具,以确保侦查行为的适度性和必要性。例如,公安机关只有经过严格的审批手续后才能采取必需的技术侦查措施。又如,当发现行为人具有本罪的轻度嫌疑时,应避免采取过度或不必要的侦查手段,比如直接搜查行为人的移动设备等,并率先适用那些最温和的、最有必要的措施,直至有充分证据证明行为人的嫌疑。另一方面,应当约束侦查权的发动。对于涉及行为人隐私及其他权益的搜查的启动,也应当经过批准后进行。如搜查行为人的移动设备等,可以借鉴对搜查权的控制模式^①,明确由县级以上公安机关批准后方能实施。

^①《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百二十条:“为了收集犯罪证据、查获犯罪人,经县级以上公安机关负责人批准,侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。”

3. 依据儿童的特殊性灵活把握证明标准

作为与性侵害未成年人密切关联的案件,本罪的认定也应当坚持证据确实、充分,排除合理怀疑的证明标准,但亦要考虑儿童的特殊性,灵活把握证明标准。例如,由于未成年被害人年幼,往往会出现被害人陈述与被告人供述之间存在矛盾之处,或被害人多次陈述之间存在不一致情况。此时应当避免机械理解适用印证证明模式,并非一律作为非法证据排除,而应关注案发经过、被告人特殊癖好、异常表现,综合案件事实与证据进行证明。

另外,互联网时代下儿童性侵制品多以电子数据为主要存在形式,通过证据判断罪与非罪时应综合考量。其一,通过直接证据正面证明,包括行为人的供述、行为人在聊天记录中明确提及儿童性侵制品,以及电子设备、云端存储中发现的儿童性侵制品文件及相关数据等。如果在行为人的电脑回收站中发现儿童性侵视频,或其与他人聊天记录中出现同类型图片的,可直接证明其主观明知与客观持有状态。其二,通过间接证据侧面印证,例如行为人与制作、贩卖儿童性侵制品的犯罪分子存在异常且频繁的资金流动等,这些可以作为推定其主观明知的证据。此外,行为人的刑事、行政违法记录,比如是否曾因持有儿童性侵制品被行政处罚,甚至有强奸、猥亵儿童等前科的,可以作为侧面参考,印证行为人的“明知”。其三,通过其他反驳性材料排除合理怀疑,即允许行为人提出反证主张自己无罪。例如,当行为人举证自己错误下载了儿童性侵制品,但是未打开且迅速删除;或是图像或视频系他人使用自己设备时浏览储存的,若行为人能够提供完整且充分的证据,司法机关应当予以采纳。

结语:儿童的身心健康是值得刑法保护的重大法益,将持有儿童性侵制品行为入罪是对重大法益前置化保护的必然要求。因此,本文建议以抽象危险犯为核心建立“非法持有儿童性侵制品罪”,保护客体是包括社会风俗与儿童身心健康的复合法益,客观方面表现为非法持有且情节严重,主体为一般主体,主观方面为故意,法定刑为“三年以下有期徒刑、拘役或管制”。一方面,通过明确禁止持有行为,切断儿童性侵制品的流通末端与消费市场,进而遏制前端的制作行为;另一方面,抑制潜在犯罪者从持有行为向直接侵害行为恶性转化,预先避免产生更多针对儿童的性犯罪。为准确适用本罪,本文亦探讨了罪与非罪、既遂与未遂的认定难点,以及衔接《治安管理处罚法》、合理规范侦查权、根据儿童特殊性把握证明标准的适用问题。儿童是国家的未来和希望,作为弱势群体,其权益保护理应受到高度重视。将持有儿童性侵制品行为纳入刑法规制范畴,不仅是对《未成年人保护法》的积极响应,亦是预防儿童免受侵害的重要举措。期待未来在刑法领域对持有儿童性侵制品行为理论建构与实践应用的进一步探索,以形成更完善的儿童权益保护机制,呵护儿童健康成长。

[参 考 文 献]

- [1] 腾讯网:《诱骗未成年女孩拍不雅视频还卖给他人? 检察院出手》, <https://news.qq.com/rain/a/20220119A07CUD00>
- [2] 中华人民共和国最高人民检察院:《网上私密视频,变成女孩噩梦 | 案“鉴”》, https://www.spp.gov.cn/spp/sp/202504/t20250407_692374.shtml
- [3] 联合国儿童基金会:《终结网络性剥削和性侵》, <https://www.unicef.org/media/113731/file/Ending%20Online%20Sexual%20Exploitation%20and%20Abuse.pdf>

- [4] 金鸿浩:《互联网时代传播淫秽物品的实务反思与规则重塑——基于对368份传播淫秽物品罪判决书的分析》,载《华东政法大学学报》,2021年第6期。
- [5] 吴承栩 崔小倩:《网络儿童色情制品犯罪之刑法规制》,载《云南大学学报(法学版)》,2014年第5期。
- [6][8] 向青平:《治理儿童网络色情信息传播路径何在》,载《民主与法制时报》,2019年9月8日。
- [7][12] 皇平平 高效吉:《儿童色情制品单纯持有行为入罪化之检视》,载《湖北警官学院学报》,2024年第4期。
- [9] 张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社2021年版,第140页。
- [10] 杜 磊:《法益侵害视角下持有型犯罪的重释——兼析非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪的合理性》,载《政治与法律》,2017年第1期。
- [11] 西田典之:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,北京:法律出版社2004年版,第62页。
- [13] 常 鑫:《男子向境外传百部儿童淫秽视频 受害者来自偏远农村》,载《京华时报》,2016年11月10日。
- [14] 弗里德里希·克里斯汀·施罗德:《论持有型犯罪》,陈昊明译,载《刑事法评论》,2019年第1期。
- [15] 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。
- [16] 陈洪兵:《准抽象危险犯概念之提倡》,载《法学研究》,2015年第5期。
- [17] 闫二鹏:《持有型犯罪立法动向及其正当化根据》,载《国家检察官学院学报》,2019年第3期。
- [18] 梁根林:《持有型犯罪的刑事政策分析》,载《现代法学》,2004年第1期。
- [19] 储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京:北京大学出版社1997年版,第414页。
- [20] 姚建龙:《中国刑法学自主知识体系的内涵阐释与建构路径》,载《中国法学》,2025年第2期。
- [21] 张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社2021年版,第1538页。
- [22] 张明楷:《外国刑法纲要》,北京:清华大学出版社1999年版,第721页。
- [23] 吴鹏飞 余鹏峰:《“惩治性侵害未成年人犯罪意见”若干问题评析——以儿童权利保护为视角》,载《理论与改革》,2014年第4期。
- [24] 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》,2022年第4期。
- [25][30] 张明楷:《持有犯的基本问题》,载《清华法学》,2023年第1期。
- [26] 高良幸哉:《关于单纯持有儿童色情制品规制的研究》,载《比较法杂志》,2014年第3期。
- [27] 刘经宇 等:《警方调查“西边的风”涉恋童猥亵内容》,载《新京报》,2017年8月17日。
- [28] 李振宇:《增设持有儿童色情制品罪:法理根据与条文设计》,载《青少年犯罪问题》,2023年第4期。
- [29] 凤凰网:《“高管性侵养女事件”再调查》, <https://news.ifeng.com/c/7vcMkIVuRHq>
- [31] 赵天红 施杰阳:《非法持有毒品罪未遂认定的实践检视与标准探析——基于60份刑事裁判文书的实证研究》,载《中国刑警学院学报》,2024年第5期。

(责任编辑:崔 伟)