

预防性刑法视域下涉未成年人淫秽色情信息的 规制困境与立法回应

■ 陈小彪 刘柏宏

(西南政法大学特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心,重庆 401120;浙江省公安厅,浙江 杭州 310009)

【摘要】互联网的发展给未成年人带来风险隐患,“净网”“扫黄打非”“护苗”等专项行动使得打击与保护的重点得以凸显,但司法数据却呈现出不容乐观的规制现状。本文着眼于晚近以来我国刑法转向预防性立法的现实,在预防刑法理念为研究视阈中,对涉未成年人淫秽色情信息犯罪法益内涵进行“微观—宏观”两个层次的剖析。立足现行规范文本并结合域外规制经验,认为在涉未成年人淫秽色情信息治理问题上存在信息范围具有局限性、规制模式呈现附随性、刑事处罚力度孱弱、规制行为类型封闭的弊病。据此,建议增设“向未成年人传播淫秽色情信息罪”“传播未成年人淫秽色情信息罪”“持有未成年人淫秽色情信息罪”。基于预防刑法理念可能诱发法治风险或有浪费司法资源之虞,未来修法应通过弥补刑事前置责任与细化构成要件要素的方式,为涉未成年人淫秽色情信息犯罪的预防性立法设置必要限度。

【关键词】预防性立法 未成年人淫秽色情信息 信息持有 儿童色情
网络生态环境

一、问题提出

数据显示,近年来我国未成年网民规模逐年扩大,未成年人互联网普及率呈上升趋势^①。网络新兴传媒技术的发展给生产生活提供便利的同时,也引发了网络空间中的不确定性风险,

收稿日期:2025-05-06

作者简介:陈小彪,西南政法大学特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心副主任,副教授,硕士生导师,主要研究刑法学、犯罪学、未成年人法学、国家安全学;

刘柏宏,浙江省公安厅四级警长,西南政法大学特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心研究人员,主要研究刑事法学、公安学。

基金项目:本文系重庆市社会科学规划中特理论重点项目“习近平总书记关于网络意识形态安全建设的系列新思想新观点新论断研究”(课题编号:2023ZTZD17)的阶段性研究成果。

^①根据共青团中央维护青少年权益部、中国互联网络信息中心(CNNIC)《第6次全国未成年人互联网使用情况调查报告》,2019-2023年,未成年人的互联网普及率分别为93.10%、94.90%、96.80%、97.20%、97.30%。

例如,淫秽色情信息的泛滥与污染^①。以未成年人常接触的APP为例,有记者调查发现,一些手机社交平台搭建的内容系统中充斥着大量淫秽色情信息^[1]。与此同时,违法犯罪手段不断更新,行为人也会通过开发APP并采取加密技术等方式将淫秽色情信息隐藏其中^[2],或网站域名注册地址与实际所在地并不一致,且可以随时切换新区域甚至使用境外服务器^[3]。相关部门严格贯彻落实中央关于未成年人保护、网络空间治理等指示要求,定期部署开展“净网”“扫黄打非”“护苗”等专项行动,以清理未成年人淫秽色情信息、打击向未成年人传播淫秽色情信息行为,或通过发布典型案例为司法实践提供指导。然而,相关数据表明,涉未成年人淫秽色情信息犯罪仍多发、易发,规制现状不容乐观。例如,2022年全国公安机关侦破一批大要案件,摧毁一批涉未成年人淫秽色情网站、应用程序,查获国产淫秽游戏30部,淫秽连载漫画93部,淫秽视频21万余部、图片22万余张,涉案金额7亿余元^[4]。2023年,公安机关深入开展涉未成年人淫秽色情信息专项整治工作,侦破网络儿童淫秽色情案件84起,查获淫秽游戏、漫画、动漫1.7万余部,查获淫秽小说3.7万余部、淫秽手办23万余件^[5]。概言之,实践中主要存在三种多发易发、具有典型性的涉未成年人淫秽色情信息行为:(1)向未成年人传播淫秽色情信息,并可细化为“猥亵强奸后传播型”与“直接传播型”两种类型;(2)传播未成年人淫秽色情信息;(3)持有未成年人淫秽色情信息。

网络媒介技术的进步使信息传播更加便捷,但也蕴含着巨大风险隐患。专项行动突出涉不良信息传播的打击与保护重点,但司法数据并未呈现预期效果,理论虽有较多关注,但亟须研究的问题依然不少。晚近以来,我国理论界关于淫秽色情信息犯罪的研究主要涉及以下方面:对于惩罚依据^②、“淫秽性”的界定^③、法定刑配置^④等基础性问题进行探讨;个别学者尝试通过传播学的视角剖析“传播淫秽物品罪”,对传播要素、传播效果、传播生态进行解读^⑤,并对该罪中的“传播”范围进行界定^⑥;或对于网络淫秽色情信息的管制^⑦、淫秽色情信息的数量认定方式^⑧等实践疑难问题进行讨论。然而,与本文拟探讨的涉未成年人淫秽色情信息犯罪直接相关的研

① 网络空间中的淫秽电子信息日渐取代印刷传播媒介阶段的各种淫秽色情书刊、画册、图片等。然而,学界对于“淫秽电子信息”是否属于刑法规范意义上的“淫秽物品”尚有争议。司法解释通过扩大解释的方式,将“淫秽电子信息”纳入刑法评价范畴。但从行为人的主观目的、产生危害的根本原因以及网络传播阶段的现实情况出发,采取“信息”这一表述更为妥帖。在规范层面,我国对“淫秽”与“色情”作出区分,但在执法司法实践、理论研究以及日常生活中,通常并不刻意区分二者。为方便讨论,本文将此类信息称之为“淫秽色情信息”。

《刑法》《治安管理处罚法》《未成年人保护法》《未成年人网络保护条例》等相关规范规定了一系列涉淫秽色情信息的违法犯罪行为及法律责任。但规范文本中诸多涉淫秽色情信息违法犯罪行为之间的关系仍待释明。传播是一种抽象的行为类型与动态的沟通、分享或信息流动的过程,其根本目的与核心语义是对信息的共享。规范文本中的运输、复制、持有、出租、走私、制作、出版、贩卖、提供书号出版书刊、组织播放、组织表演等一系列行为均在传播的本义范围之内。尽管不同行为的表征存在差异,但行为犯罪化的基点或是法益侵害本质却是相同的,即此类行为造成了淫秽色情信息的传播。故在后续讨论过程中,将此类行为概括为“传播”行为。

② 例如,罗翔:《论淫秽物品犯罪的惩罚根据与认定标准——走出法益理论一元论的独断》,载《浙江工商大学学报》,2021年第6期。

③ 例如,蒋小燕:《淫秽物品的“淫秽性”之判断标准——以社会通念为基点》,载《法学评论》,2011年第1期。

④ 例如,周子实:《网络环境下中国淫秽物品犯罪的除罪思路》,载《中德法学论坛》,2019年第2期。

⑤ 例如,慕明春:《刑法“传播淫秽物品罪”的传播学解读》,载《陕西师范大学学报(哲学社会科学版)》,2012年第3期。

⑥ 例如,魏修治 慕明春:《刑法“传播淫秽物品罪”的传播学再解读》,载《当代传播》,2019年第6期。

⑦ 例如,金鸿浩:《网络黑灰色产业链的犯罪特征与治理对策优化》,载《刑法论丛》,2021年第4期。

⑧ 例如,胡胜:《网络贩卖淫秽物品的数量认定》,载《人民司法(案例)》,2018年第5期。

究成果并不多见,现有理论成果多集中在介绍域外对未成年人淫秽色情信息的治理经验^①、主张增设持有型犯罪^②等方面。总体来看,现有成果对于当前规制现状、针对涉未成年人淫秽色情信息行为采取特殊规制策略的理论基础、相关行为所侵害的法益内涵以及规制过程中如何寻求不同价值之间的动态平衡等问题研究力度不足,亟待释明或提出解决方案。故而,本文拟结合风险社会背景下的预防刑法理念,将上述内容作为研究的逻辑起点。

二、涉未成年人淫秽色情信息刑法规制的法益厘定

乌尔里希·贝克(Ulrich Beck)认为,当代社会属于风险社会,生产力的指数式增长使危险和潜在自我威胁的释放达到前所未有的程度^[6]。不同于传统社会中影响面窄、实害结果小的风险,风险社会理论中所指涉的风险具有“低概率—大影响”的显著特点^[7]。这种风险不再局限于特定时空,而存在随时蔓延的可能,是难以估量和承受的灾难性风险^[8]。古典刑法过于重视抽象性思考,重视权利保障而忽略刑法的灵活性,难以为法益提供全面保障。相较而言,预防刑法不再强调以实害结果作为刑事追责的基础,而是着眼未来,基于对安全的关注,着重防范潜在的法益侵害危险。故而,有必要结合风险扩张的社会背景,从预防刑法理念中汲取有益成分,聚焦涉未成年人淫秽色情信息行为,剖析其法益侵害内涵。

(一)理论聚讼及评析

厘定涉未成年人淫秽色情信息犯罪所侵害的法益内涵,是将其纳入刑法规制范围或审视、调整规范策略的前提。一般认为,此类犯罪侵害的法益是文化市场管理秩序^[9]。反对者则认为,国家通过法律规范建立起禁止传播淫秽色情信息的制度或秩序,而这种制度或秩序又被解释为该类犯罪的保护法益,属于循环解释^[10]。另外,任何犯罪行为均是对社会管理秩序的破坏,因而“管理秩序说”对于界定具体犯罪、区分此罪与彼罪的意义有限。还有论者提出,淫秽色情信息使人类的性行为公开化,违背人类性的羞耻感情,会导致普通人的性行为观念受到损害乃至逐渐消失^[11]。该观点虽然可以克服“管理秩序说”的抽象缺陷与解释弊端,但对于法益侵害内涵的分析并不全面。也有学人针对此类犯罪行为提出复合型的不法内涵,即在个人法益层面,此类行为侵害了他人的性隐私权,在社会法益层面,此类行为侵害的是与性道德风尚有关的社会管理秩序^[12]。较前述观点,构建双层次的法益侵害内涵更具全面性,但仍然会忽视此类行为对于信息受众或特殊社会群体所造成的严重侵害。在反思现有观点的基础上,本文结合预防刑法理念,从“微观—宏观”两个层面剖析向未成年人传播淫秽色情信息、传播未成年人淫秽色情信息、持有未成年人淫秽色情信息行为所侵害的法益内涵。由于前述三种行为所侵害的法益内涵具有重叠性,因此下文将向未成年人传播淫秽色情信息行为作为主要分析对象,并对其余两种行为所侵害法益内涵的差别进行补充说明。

(二)微观法益:未成年人身心健康

在微观层面,向未成年人传播淫秽色情信息行为所侵害的法益内涵指向作为受众的未成年

^① 例如,陈 绚 王思文 张 瑜:《儿童色情禁止的网络监控和刑法规范框架》,载《国际新闻界》,2020年第12期。

^② 例如,姚建龙 喻雨宸:《非法持有儿童性制品罪:法益证成、规范设计与司法适用》,《中国青年社会科学》,2025年第3期。

人的身心健康。在身体方面,未成年人的身体器官尚未发育健全,更容易受到伤害;在心理方面,未成年人的发育与社会化进程都尚未完成,具有高度的可塑性,容易被动接收负面信息并受到消极塑造^[13]。对于作为淫秽色情信息受众的未成年人而言,存在身体和心理受到双重侵害的风险,具体包括:此种行为通常会成为性侵害未成年人的前端环节,即将向未成年人传播淫秽色情信息行为作为实施性侵害的手段,在信息传播后伺机实施强奸、猥亵等行为,因而具有身体侵害的风险;同时,域外权威医学期刊中有研究显示,淫秽色情制品的观看或使用频率与自慰频率显著正相关^[14]。中国传统医学理论认为,纵欲会带来人体损伤,使“毒”或“邪”更容易趁虚而入,在机体内发生为疾病^[15]。此外,向未成年人传播淫秽色情信息并非正常的性教育过程,而是对其心理健康发展过程的不正常介入,违背未成年人身心健康发展的规律和特点,会严重损害其心理健康,且此种不良信息的负面影响往往难以消弭。

(三)宏观法益:网络生态环境

在宏观层面,向未成年人传播淫秽色情信息行为所侵害的法益内涵指向未成年人成长所需要的网络生态环境。未成年人健康成长需要良好的社会环境,网络生态环境是社会环境的组成部分。风险社会将“安全”视为法益概念的新需求,防范风险与保障安全是风险社会语境下刑法预防性立法的核心价值诉求。对良好网络生态环境的守护本质上便是防范风险、维持安全状态。从这一意义上讲,将涉未成年人淫秽色情信息犯罪所侵害的法益延伸至网络生态环境,与风险社会背景下的刑法预防性立法在价值基础上具有同构性。即便前述分析符合理论逻辑,但当前网络生态环境法益并未完全进入刑法学理论体系,且鲜有论者基于此种法益考量淫秽色情信息犯罪的治理问题。因此,在宏观层面提出网络生态环境法益或将面临质疑。

一方面,提倡网络生态环境法益具备事实基础。虽然刑法理论界关于网络生态环境法益的研究阙如,但不能据此否定该种法益的事实基础。无论是个人法益,还是集体、国家的法益,都不是法制的产物,而是社会本身的产物^[16]。社会发展的进程就是国家、社会、民众的利益种类与数量不断增加的进程。网络的发展使得人类社会进入“双层社会”阶段,社会风险有增无减,且呈现复杂化、规模化趋势,传统刑法理念逐渐暴露出不适状态^[17]。在社会面临新风险的情形下,应当主动辨识、评估风险,将某种可能受到侵害的新型利益积极地确定为刑法要保护的法益^[18]。互联网是一个社会信息大平台,亿万网民在上面获得信息、交流信息,网民们的求知途径、思维方式、价值观念都在网络沟通中悄然发生着变化,越来越多地受到互联网的影响^[19]。然而,网络传播技术的发展在给未成年人提供便利的同时,也存在风险隐患。当淫秽色情信息的传播由现实场域步入网络场域后,其传播效果也随之升级^[20]。淫秽色情信息在本质上属于不良思想文化,此类信息存在一定数量的拥趸且影响不易彻底消除。网络传播具有明显的“蝴蝶效应”^[21],此类信息的广泛传播会导致网络空间“乌烟瘴气”,对网络生态环境造成严重损害。因而,提倡网络生态环境法益具有事实基础。另一方面,提倡网络生态环境法益具有规范支撑。《儿童权利公约》第六条对未成年人的发展权作出规定^①,即“缔约国应最大限度确保儿童存活和发展”,《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第四十六条是对该条款的国内法表达。基于“母法—子

^①《儿童权利公约》中的“儿童”系指18岁以下的任何人,也即我国规范语境中的“未成年人”。

法”关系,刑法法益是指在宪法基本原则的框架内,由刑法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的利益。刑法法益的确立必须来自宪法规范,宪法为刑法的制定、解释与实施提供根本指引,是我们维护网络生态环境的最高法律依据。创造良好的网络环境是保障未成年人发展权的应有之义,是落实《宪法》第四十六条的必然要求。从“前置法—保障法”的关系来看,《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》(以下简称《预防未成年人犯罪法》)、《未成年人网络保护条例》等刑事前置性规范均提及应为未成年人身心健康发展创造良好的社会环境或网络环境^①。因而,将未成年人成长所需的网络生态环境纳入刑法保护的法益体系之中,具有国家根本法的支撑,同时,作为保障法的刑法理应积极作为、有效衔接前置法。

传播未成年人淫秽色情信息行为的法益侵害内涵与前述另外两类行为的差异体现如下:一是微观层面的差异。未成年人淫秽色情信息是对未成年人的抽象剥削,会传达出未成年人是可“性”的观念,在其身上实施的相应行为方式乃是“正常的”^[22],易导致广大受众的心理认知受到不正当影响、心理健康受到侵害。二是宏观层面的差异。在前述不健康的心理影响之下,易引发社会问题与风险,如导致成年人与低龄未成年人之间发生性行为具有正常化的倾向并形成此种认知环境,进而对网络生态环境造成损害。看似静态的持有行为虽然有别于前述两种动态的传播行为,但对于社会中的淫秽色情信息存量仍有所“贡献”,具有严重的法益侵害风险。

三、涉未成年人淫秽色情信息刑法规制的规范审视

在明确“向未成年人传播淫秽色情信息”“传播未成年人淫秽色情信息”“持有未成年人淫秽色情信息”三种行为所侵害的双层法益内涵基础上,结合预防刑法理念,反思我国现行刑法规范,可揭示出其在规制涉未成年人淫秽色情信息行为问题上的不足。

(一)信息范围具有局限性

无论是我国的规范文本,还是国际社会的普遍做法,都将淫秽信息与色情信息进行区分,说明淫秽信息与色情信息存在一定差别。相较于成年人,未成年人的身心尚未成熟且辨别能力弱,因而淫秽信息与色情信息对未成年人均存在严重危害。为保护未成年人身心健康、网络生态环境等重要法益,《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》)第五十条、第五十二条将色情信息纳入规制范围。然而,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)作为其他法律的保障法,并未呼应、衔接前置法中的内容。具体而言,目前被纳入刑法规制范围的仅有淫秽信息,并不包括色情信息。笔者认为,不考量成年人与未成年人之间的区别、不扩张刑法规制的信息范围,将不利于保护未成年人和维护健康网络生态环境。

(二)规制模式呈现附随性

在规范体系中,仅有刑法司法解释针对传播未成年人淫秽色情信息、向未成年人传播淫秽色情信息行为明确作出禁止性规定,进而纳入刑法规制范畴。较为遗憾的是,即使向未成年人

^① 例如,《预防未成年人犯罪法》第四条第二款规定,要“为未成年人身心健康发展创造良好的社会环境”。《未成年人网络保护条例》第一条明确了制定该项行政法规的目的,即“营造有利于未成年人身心健康的网络环境,保障未成年人合法权益”。

传播淫秽色情信息、传播未成年人淫秽色情信息行为在实践中具有典型性,但是针对这两类行为,并未单独设置罪名,仍需统一适用《刑法》中关于传播淫秽色情信息犯罪的罪名。此种立法方式存在附随性特征,但特殊性不足,导致在未成年人权益保护、网络生态环境风险防范上存在缺憾。尽管任何类型的淫秽色情信息犯罪都会对未成年人的身心健康或网络生态环境带来风险隐患。但较之于一般的淫秽色情信息犯罪而言,涉未成年人淫秽色情信息犯罪因其信息内容、信息受众具有特殊性,而具有独特的法益侵害内涵。因此,对成年人与未成年人不进行区分,针对两种法益侵害内涵不同的犯罪行为适用相同罪名进行规制,尤其是忽视前述两种行为对未成年人权利所造成的侵害,必然会产生法益保护漏洞。

(三)刑事处罚力度孱弱性

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通信终端、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《解释(一)》)与《关于办理利用互联网、移动通信终端、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)》(以下简称《解释(二)》)在一定程度上对未成年人进行了特殊保护。例如,根据《解释(一)》第六条,制作、复制、出版、贩卖、传播内容含有不满14周岁的未成年人的淫秽电子信息或具体描绘已满14周岁不满18周岁的未成年人性行为的淫秽电子信息,从重处罚;向不满18周岁的未成年人贩卖、传播淫秽电子信息与语音信息的,从重处罚。根据《解释(二)》第一条,传播内容为不满14周岁未成年人的淫秽电子信息,定罪量刑的数量标准减半。并不否认,降低定罪量刑的数量标准以及规定从重处罚情形在一定程度上提高了刑法的处罚力度。但将数量标准减半以及从重处罚仍是“杯水车薪”,尚未体现出应有的特殊保护力度。一方面,网络时代,在技术加持下,犯罪场域更新、传播媒介迭代,淫秽色情信息更易积量,即相关司法解释中的数量标准轻易可以达到甚至大幅度突破。另一方面,从重处罚仅是在法定刑幅度内的从重,并未突破相应的法定刑幅度,因此,对于未成年人的保护力度仍然不足。刑事处罚力度孱弱,难以发挥震慑效果,可能导致向未成年人传播淫秽色情信息、传播未成年人的淫秽色情信息行为的泛滥,进而诱发风险。

(四)规制行为类型具有封闭性

随着对未成年人保护的重视程度日渐提高,当前国际社会就通过刑事手段惩治持有未成年人淫秽色情信息行为已然形成一定共识。例如,《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》(又称《联合国打击网络犯罪公约》)中提出,各缔约国应将“拥有或控制存储在信息和通信技术系统或其他存储介质中的儿童性虐待或儿童性剥削材料”的行为确立为刑事犯罪行为^①。目前,纳入我国刑法规制范围的行为方式主要包括制作、复制、出版、贩卖、传播、走私、提供书号、组织播放、组织表演等,持有行为并未纳入其中。而《未成年人保护法》在五十二条明确规定,禁止持有未成年人淫秽色情信息^②。这一立法探索值得肯定,但是《未成年人保护法》中并未规定持有未成年人淫秽色情信息行为的法律责任,实践中需要按照刑法进行规制。然而刑

^① 具体内容参见《联合国打击网络犯罪公约》第十四条。即使相关内容与本文所采取的表述方式存在区别,但本质上并无差异。

^② 《未成年人保护法》五十二条规定:“禁止制作、复制、发布、传播或者持有有关未成年人的淫秽色情物品和网络信息。”

法并未及时扩充行为类型,缺乏设置持有未成年人淫秽色情信息犯罪。因此,目前我国持有未成年人淫秽色情信息不会受到刑事处罚。在此问题上刑法并未为司法实践提供有效的规范供给。

四、涉未成年人淫秽色情信息刑法规制的进路抉择

风险社会的到来、法益种类的增加以及部分法益内涵的特殊性等呼吁对法益进行更加周延、有效的保护。在预防刑法理念指引下,未来我国立法须正视涉未成年人淫秽色情信息的传播现实并探索适合本土的规制进路。

(一)涉未成年人淫秽色情信息刑法规制的规范完善

在风险社会中,强调只有在最终危害结果出现之后方能介入的传统刑法观存在滞后性,因而预防刑法理念出场,其基本范式是:刑法的干预时点不断前移或干预力度不断扩大。作为特殊弱势群体的未成年人,在刑事政策上应当具有优先性。对于涉未成年人淫秽色情信息行为采取预防性规范取向,管控风险、保护法益,具有必要性。本文从预防刑法理念出发,提出涉未成年人淫秽色情信息刑法规制的规范完善方案。

第一,扩张信息范围。不仅淫秽信息能够造成前述“微观—宏观”两个层面的法益侵害事实,而且当涉及未成年人这一特殊群体时,色情信息同样具有严重的法益侵害性。无论是我国加入的联合国《儿童权利公约》,还是签署的《〈儿童权利公约〉关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》以及其他诸多域外规范,均对色情信息尤其是未成年人色情信息作出禁止性规定。新修订的《未成年人保护法》与《未成年人网络保护条例》将色情信息纳入评价范围。刑法作为保障法,理应呼应前置性规范。然而刑法规范明显滞后,未成年人色情信息并不在禁止之列。厘定刑法规制的信息范围,是后续探讨拟增设罪名及其处罚力度的基础,并涉及对未成年人的保护以及风险预防等问题。因此,本文主张将当前的规制范畴扩展至色情信息,将向未成年人传播色情信息以及传播未成年人色情信息行为纳入刑事制裁范围。

第二,采取区分制规制模式。在未成年人权益保护以及风险预防方面,附随性的保护模式存在缺漏,保护力度明显不足。以《德国刑法典》为代表的相关域外经验能够为完善我国刑法规范提供借鉴,其在规制模式上采取区分制,即对涉未成年人的淫秽色情信息犯罪作出单独规定,行为方式包括:向儿童展示淫秽图片或模型,播放具有淫秽内容的录音,借助信息通信技术传播淫秽内容或通过相应的谈话对儿童施加影响;向不满18岁的未成年人散发淫秽文书;散发、获取和持有儿童或少年色情文书;观看儿童和少年色情表演等^①。法益保护的目性注入要求刑法积极补位,应改变当前不区分成年人与未成年人的规制路径,采取区分制规制模式,即单独设置“向未成年人传播淫秽色情信息罪”与“传播未成年人淫秽色情信息罪”。出于立法简洁性的考虑,本文认为针对具有牟利目的的向未成年人传播淫秽色情信息、传播未成年人淫秽色情信息行为,无需单独设置条文,而是将其作为情节加重犯即可。在犯罪构成要件的设置上,二者的主体均为自然人一般主体,主观方面应为故意,要求行为人明知或应当知道传播对象是未成年

^① 参见《德国刑法典》第176条、184条、184条b、第184条c、184条e。

人、传播内容是未成年人淫秽色情信息。对于牟利型的情节加重犯,应当与现行立法模式保持一致,将行为人的牟利目的作为主观超过要素。将过失的传播行为予以排除,原因在于,前述两种行为所带来的部分法益侵害在相当程度上呈现出抽象性特征或具有演变为直接现实侵害的风险,因而对最终法益侵害结果的加功并不十分显著,需要凭借主观方面的要素强化此类行为与拟预防法益侵害之间的规范性联系^[23]。在客观行为上,二者的共同点在于均属于传播行为。另外,拟增设的两种罪名与《刑法》第三百六十四条之间属于法条竞合关系,“向未成年人传播淫秽色情信息罪”与“传播未成年人淫秽色情信息罪”作为特殊条文,应优先适用;作为情节加重犯的牟利型的向未成年人传播淫秽色情信息、传播未成年人淫秽色情信息行为,与《刑法》第三百六十三条之间同样属于法条竞合关系,因而作为特殊条文的情节加重犯应优先适用。

第三,扩张行为类型。即便前置性规范中包含持有未成年人淫秽色情信息行为,但责任条款的缺失导致条文丧失事实有效性。当前置性规范的供给不足或治理效果不佳时,国民的不安全感就会上升,社会对刑法的需求就会提高,刑法在社会治理体系中的重要性就会凸显^[24]。即使将持有未成年人淫秽色情信息行为纳入刑法规制范畴已成为国际社会的立法趋势,但仅通过域外立法趋势并不足以证成在我国刑法规范中实现犯罪化的合理性。同时,也有面临理论指摘之虞,可能被认为是对刑法干预范畴的不当扩大。故针对持有未成年人淫秽色情信息行为入罪化的必要性进行分析,以提前回应质疑。总体来看,惩处持有行为是为了避免已然犯罪逃避处罚或者避免持有人进一步实施其他关联性犯罪行为^[25]。具体而言:第一,持有未成年人淫秽色情信息行为与制作、复制、出版、贩卖、传播、走私行为密切相关。持有行为是制作、复制未成年人淫秽色情信息行为的结果状态,是继续实施出版、贩卖、传播、走私行为的过渡状态。第二,持有未成年人淫秽色情信息行为可能成为实施性侵未成年人的预备状态,会助长其他性侵未成年人的行为。持有者在反复观看、浏览此类信息的过程中逐渐将未成年人性化,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,对未成年人进行实际的性侵犯^[26]。因此,为加强未成年人权益保护,避免已实施的制作、复制未成年人淫秽色情信息行为逃避处罚,堵截可能实施的出版、贩卖、传播、走私未成年人淫秽色情信息与性侵害未成年人等行为,以及弥补前置规范的不足,应增设“持有未成年人淫秽色情信息罪”。在犯罪构成要件的设置上,本罪主体为自然人一般主体,主观方面应限制为故意,要求行为人明知或应当知道是未成年人淫秽色情信息,排除行为人不知情的“被动”持有状态。在客观方面,一般认为,持有的核心要素是犯罪主体与行为客体之间的支配与被支配关系^[27],且不要求时间上的持续性和空间上的密接性,即一旦形成支配关系便构成持有行为、不要求物理意义上的接触而是强调事实意义上的可支配性^[28]。本文赞同上述观点,并认为持有表现为携带、存放、储存、下载、藏有、留存、占有等各种行为。

第四,提高刑事处罚力度。信息传播技术的进步导致当前司法解释中的数量要素几乎丧失界分罪与非罪、罪轻罪重的功能。在此情形下,通过采取将数量标准减半的策略应对传播未成年人淫秽色情信息、向未成年人传播淫秽色情信息,必然会“力不从心”。在相关犯罪的法定刑幅度内从重处罚,不仅缺乏明确的标准,而且对未成年人的保护效果有限。因此,在采取区分制规制模式的同时,“轻其轻者、重其重者、轻重有度”的刑法治理体系必然要求对“向未成年人传播淫秽色情信息

罪”“传播未成年人淫秽色情信息罪”所设置的法定刑应高于其他传播淫秽色情信息犯罪^[29]。传播淫秽物品罪的法定刑为二年以下有期徒刑、拘役或者管制,其他传播淫秽色情信息犯罪的最低档法定刑均为三年以下有期徒刑、拘役或者管制。基于此,本文建议:将拟增设犯罪的最低档法定刑上限设置为五年有期徒刑;法定最高刑与目前此类犯罪的法定最高刑为无期徒刑保持一致即可。

(二)涉未成年人淫秽色情信息刑法规制的必要限度

一方面,必要限度设置具有理论缘由。网络时代下的社会风险有增无减,预防刑法以积极干预社会风险的态度呈现,能够起到阻断危险、保护法益的效果。但在以预防刑法理念为指引规制涉未成年人淫秽色情信息犯罪的同时,会衍生出一定的法治风险或有浪费司法资源之虞。缘由在于:其一,刑法具有安全与自由的双重价值,两种价值之间天然地处于二律背反状态。预防刑法理念以控制社会风险、维护社会安全稳定为内生动力,具有侵害公民自由的风险。具体而论,淫秽色情信息与公民表达自由密切相关,刑法干预范围过大或介入时点过早有侵害公民自由之虞。因此应明确必要限度,以消解学界对于刑法过度甚至无限扩张的隐忧,实现不同价值之间的动态平衡。其二,刑法介入过早或干预力度过重,意味着过度倚重司法资源,是对社会治理资源的不当运用。前置法与保障法的固有关系反映出需要理性认识刑法的功能意蕴,刑法预防性立法虽具有防范风险、保障安全稳定的效用,但不应成为立法的全部。具体而言,以刑法干预涉未成年人淫秽色情信息,应优先考虑适用前置法或弥补刑事前置责任,形成行政责任与刑事责任之间的梯度衔接。如此,才能避免对司法资源等社会治理资源的浪费。

另一方面,必要限度的设置可通过法律规范体系、刑法自身体系切入。预防刑法本身具有诱发新风险的可能,故而“预防之预防”同样重要。本文从内外两个维度切入,提出限度设置方案。其一,基于法律规范体系,向外探求规制限度的设置方式,即在责任方式选择时保持必要的克制。具体而言,应在刑事前置规范中为向未成年人传播淫秽色情信息、传播未成年人淫秽色情信息、持有未成年人淫秽色情信息行为设置责任条款或提高处罚力度,避免在实践中针对此类行为仅有科处刑罚这一唯一手段或轻易纳入刑事制裁范围。其二,基于刑法自身体系,向内寻找规制限度的设置方式,即通过细化构成要件要素来实现规制限度的控制。在客观要素上,应要求行为达到情节严重的程度,可主要通过淫秽色情信息的数量体现。在淫秽色情信息类犯罪行为构造中,虽然数量要素不具有定量要件功能,但仍是表征行为法益侵害程度的重要内容。在现行司法解释基础上,有必要结合网络传播时代的特点,提高定罪量刑时淫秽色情信息的数量标准,以保持妥当的规制限度。在主观要素上,如前文对犯罪构成要件的讨论中所述,将犯罪的主观方面限制为故意,排除过失行为,进而强化此类行为与拟预防法益侵害之间的规范性联系,形成对预防性条款适用的必要限度。

结语:网络传播技术的发展导致涉未成年人淫秽色情信息的传播速度快、范围广,使得风险隐患升级,给网络空间的治理带来难题。从预防刑法理念出发,针对实践中多发易发、具有典型性的涉未成年人淫秽色情信息行为构建“微观—宏观”双层法益结构,即从未成年人身心健康的微观法益到网络生态环境的宏观法益。对我国刑法规范进行反思,本文认为存在信息范围具有局限性、规制模式呈现附随性、刑事处罚力度孱弱、规制行为类型封闭的弊病。基于此,提倡增设“向未成年人传播淫秽色情信息罪”“传播未成年人淫秽色情信息罪”“持有未成年人淫秽色情

信息罪”，并提出构成要件的设置方案。同时，为消解刑法预防性立法的隐忧，通过在法律规范体系、刑法内部体系两个维度设置必要限度，以实现“预防之预防”。

[参 考 文 献]

- [1] 宿广田：《未成年人网络保护，不应漏掉社交软件》，载《检察日报》，2020年4月1日。
- [2] 王贞会：《未成年人网络社交中的犯罪被害：风险类型与防范之策》，载《中国青年社会科学》，2020年第6期。
- [3] 陈 绚 王思文 张 瑜：《儿童色情禁止的网络监控和刑法规范框架》，载《国际新闻界》，2020年第12期。
- [4] 《公安部：全链条摧毁一批涉未成年人色情网站》，<https://news.cctv.com/2023/02/20/ARTIjhRz66Scdfxo2vsGn9b8230220.shtml>
- [5] 《公安机关深入推进“扫黄打非”工作 2023年共侦破传播淫秽物品类刑事案件4500余起》，<https://www.mps.gov.cn/n2254098/n4904352/c9477852/content.html>
- [6] 乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，张文杰 何博闻译，南京：译林出版社2018年版，第3页。
- [7] 黄文艺：《论预防型法治》，载《法学研究》，2024年第2期。
- [8] 姜 敏 李国歆：《刑法预防性立法：可罚界标的漂移及其刑事法治风险消解》，载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》，2023年第3期。
- [9] 高铭暄 马克昌：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社2022年版，第617-621页。
- [10] 周 详 齐文远：《犯罪客体研究的实证化思路——以传播淫秽物品罪的客体界定为例》，载《环球法律评论》，2009年第1期。
- [11] 张明楷：《刑法学》，北京：法律出版社2021年版，第1538页。
- [12] 李本灿：《“未经同意传播私密图像”的刑事可罚性》，载《清华法学》，2025年第3期。
- [13] 李润生：《未成年人保护视阈下“不良信息”的法律规制》，载《法律科学》，2024年第2期。
- [14] Gola, M., Wordecha, M., Sescousse, G., et al.. Can Pornography be Addictive? An fMRI Study of Men Seeking Treatment for Problematic Pornography Use, *Neuropsychopharmacology*, 2017, (10).
- [15] 周伟义：《明清医家对纵欲与疾病关系的思考》，载《医学与哲学》，2021年第20期。
- [16] 弗兰茨·冯·李斯特：《李斯特德国刑法教科书》，徐久生译，北京：北京大学出版社2021年版，第6页。
- [17] 房慧颖：《预防刑法的天然偏差与公共利益还原考察的化解方式》，载《政治与法律》，2020年第9期。
- [18] 周光权：《积极刑法立法观在中国的确立》，载《法学研究》，2016年第4期。
- [19] 习近平：《习近平著作选读》(第一卷)，北京：人民出版社2023年版，第471页。
- [20] 金鸿浩：《互联网时代传播淫秽物品罪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。
- [21] 冯 姣：《未成年人网络色情信息传播的法律规制》，载《中国青年社会科学》，2018年第4期。
- [22] 乌尔里希·齐白：《针对互联网上儿童色情的封锁义务——2009年5月5日BT-Drucks.16/12850号法律草案之评论及完善》，袁国何译，载《刑事法评论》，2016年第1期。
- [23] 李国歆：《刑法预防性立法的规范有效性研究》，西南政法大学2024年博士学位论文。
- [24] 何荣功：《预防刑法的扩张及其限度》，载《法学研究》，2017年第4期。
- [25] Paul H. Robinson. *Criminal Law*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p.161.
- [26] 姚建龙 喻雨宸：《非法持有儿童性制品罪：法益证成、规范设计与司法适用》，载《中国青年社会科学》，2025年第3期。
- [27] 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。
- [28] 廖兴存：《法益保护原则视阈下儿童色情制品持有入罪论》，载《当代青年研究》，2018年第4期。
- [29] 陈小彪 刘柏宏：《治理淫秽色情信息传播行为的刑行衔接研究——以比例原则为基点》，载《政法学刊》，2023年第1期。

(责任编辑：崔 伟)