

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2024.01.016

向未成年人传播危害信息行为入罪问题研究

——基于《未成年人网络保护条例》的启示

邱帅萍

(湖南科技大学 法学与公共管理学院,湖南 湘潭 411201)

摘要:向未成年人传播危害信息,轻则危害未成年人心理健康,重则诱使其走上违法犯罪道路,致使未成年人和社会两受其害。当前,我国刑法对未成年人心理健康的保护在规范内容上存在零散性、滞后性与不彻底性等问题,结合未成年人司法保护的国际经验和本土现实需求,亟待在刑事立法上增设保护未成年人心理健康的基础性罪名。基于《未成年人网络保护条例》第25条禁止性规范的启示,我国刑法应增设向未成年人传播危害信息罪,以尽可能切断危害信息流向未成年人的渠道,强化对未成年人心理健康的前置保护与行刑衔接综合保护。

关键词:刑事入罪;未成年人;危害信息;不良信息

中图分类号:D924.3

文献标志码:A

文章编号:1672-7835(2024)01-0128-10

近年来,我国在保护未成年人心理健康与合法权益法律制度建设上取得了新的突破,构建了以《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》)为主体,其他法律规范为补充的中国特色立法体系。但我们也应该看到,如果从未成年人司法保护的国际衔接与本土现实需求两个维度的要求来看,我国的相关立法仍有进一步提升的空间。例如,就前者而言,在德国、法国与意大利等大陆法系国家,普遍规定了向未成年人传播相应危害信息的独立罪名^①。相比之下,由于我国刑法缺乏保护未成年人心理健康的基础性罪名,对未成年人的刑事司法保护仍停留在例外规定层面,刑事法律规定较为分散^②,导致《未成年人保护法》等前置性法律中虽然规定向未成年人传播危害信息构成犯罪的要依法追究刑事责任,但在司法实践中却往往难于操作。具言之,2020年10月17日,修改后的《未成年人保护法》新增的第50条规定,禁止制作、复制、出版、发布、传播含有宣扬淫秽、色情、暴力、邪教、迷信、

赌博、引诱自杀、恐怖主义、分裂主义、极端主义等危害未成年人心理健康的信息。该规定从切断信息源的角度出发,为保护未成年人心理健康提供了第一道保护屏障。2023年10月16日,国务院第15次常务会议公布了《未成年人网络保护条例》(以下简称《条例》),《条例》第25条规定,任何组织和个人不得向未成年人传播或诱使、强迫未成年人接受危害信息。《条例》细化了《未成年人保护法》的规定,从禁止向未成年人传播的角度出发,为保护未成年人心理健康提供了第二道保护屏障。从法律责任层面看,无论是《未成年人保护法》还是《条例》,都规定了“违反本法(条例),构成犯罪的,依法追究刑事责任”,但问题在于,我国刑法中缺乏保护未成年人心理健康的基础罪名,故难以根据行为危害未成年人心理健康的程度,实现行刑有序衔接的综合治理体系。因此,本文以保护未成年人心理健康为基本立场,探究向未成年人传播危害信息行为的入罪问题,并在此基础上提出具体的立法建议。

收稿日期:2023-11-15

基金项目:国家社会科学基金青年项目(21CFX070)

作者简介:邱帅萍(1986—),男,湖南南县人,博士,教授,主要从事刑事法学、法理学研究。

①例如,德国刑法典第131条规定了向未成年人提供、转让或者让其得到暴力性信息方面的犯罪,法国刑法典第222—33—3条规定了记录或传播暴力影像方面的犯罪,意大利刑法典第663条规定了擅自分发或者张贴文字材料、图画方面的犯罪。

②孙谦:《未成年人司法理论与实践前沿问题》,《政治与法律》2021年第6期。

一 现行刑法规范对未成年人心理健康保护不足

目前,我国刑法规范对未成年人的保护主要体现在以下两大方面:一是未成年人作为犯罪人时,给予特别对待;二是未成年人作为被害人时,往往会加重对犯罪人的刑事处罚。本文也将从这两个角度出发,梳理现有的保护未成年人的刑法规范,并对其可能存在的不足进行总结。

(一) 关于未成年人特殊保护的刑法规范梳理

我国对未成年人的刑法保护,既有总则性规定和分则性规定,还有刑事政策和司法解释类的规范性文件。

1. 对未成年人作为犯罪人的刑法保护

我国刑法规范和刑事政策对未成年犯罪人坚持“教育为主、惩罚为辅”的原则和“教育、感化、挽救”的方针,故对未成年犯罪人往往予以宽大处理。

首先,《刑法》第 17 条规定了刑事责任年龄,以此来限制对未成年犯罪人的刑罚。已满 14 周岁不满 16 周岁的人为限制刑事责任能力人,其只对特定犯罪类型承担刑事责任。虽然《刑法修正案十一》下调了刑事责任年龄,但是不仅限定了犯罪的类型和结构,更是严格限制了 12 至 14 周岁未成年人刑事诉讼程序的启动^①。目前,我国关于刑事责任年龄的规定,已经形成了年满 16 周岁应负刑事责任、14 至 16 周岁对 8 种行为负刑事责任、12 至 14 周岁对 2 种行为负刑事责任的三层级结构。这体现了刑法根据不同年龄段未成年人心智发育规律进行了“区别对待”,增强了惩罚未成年人犯罪的针对性和现实性,体现了刑法的人权保障机能和法益保护机能的平衡^②。

其次,《刑法》中设置了对未满 18 周岁的人从轻处罚的原则。《刑法》第 17 条第 4 款规定,追究刑事责任的不满 18 周岁的人,应当从轻或者减轻处罚;第 49 条第 1 款规定,犯罪的时候不满 18 周岁的人,不适用死刑;第 65 条将未成年人纳入一般累犯制度的例外性规定之中,即累犯应当从重处罚,但是不满 18 周岁的人犯罪的除外;第

72 条规定,只要未成年犯罪人符合法律规定的条件,就“应当”宣告缓刑,从而加大对未成年人适用缓刑的力度。总体来看,我国刑法对未成年人从宽处理的规定,先后经历了一个从“得从轻处罚”到“应当减轻处罚”再到“应当从轻或者减轻处罚”的发展变化过程,并且“应当从轻或者减轻处罚”的规定得到了一贯的坚持^③。从发展趋势来看,我国刑法对未成年人作为犯罪人的保护呈现“最有利于未成年人”的趋势。

最后,司法解释和刑事政策对未成年人犯罪的轻缓化。最高人民法院在《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》等司法文件中均规定,对未成年人犯罪的,在定罪量刑上予以出罪化、非刑罚化、轻缓化、非监禁化。这在一定程度上体现了国家亲权理论,即国家是未成年人的最终监护人,国家应当对未成年人的健康成长负责,国家不应放弃任何一个孩子,哪怕他实施了严重危害社会的行为^④。从刑事政策上来说,即便未成年人实施了犯罪行为,也应当优先适用轻缓化的制裁措施。

2. 对未成年人作为被害人的刑法保护

考虑到未成年被害人兼具未成年人和被害人双重属性的现实^⑤,我国刑法给予了更加全面、细致的保护。

首先,现行《刑法》中设置专门保护未成年人的罪名。例如:第 236 条之一的负有照护职责人员性侵罪,第 237 条第 3 款的猥亵儿童罪,第 240 条的拐卖儿童罪,第 241 条的收买被拐卖的儿童罪,第 242 条第 2 款的聚众阻碍解救被收买的儿童罪,第 244 条之一的雇用童工从事危重劳动罪,第 260 条之一的虐待被监护、看护人罪,第 261 条的遗弃罪,第 262 条的拐骗儿童罪、组织儿童乞讨罪、组织未成年人进行违反治安管理活动罪,第 301 条第 2 款的引诱未成年人聚众淫乱罪,第 359 条第 2 款的引诱幼女卖淫罪,第 416 条的不解救被拐卖、绑架儿童罪、阻碍解救被拐卖、绑架儿童罪。

其次,《刑法》中设置侵害未成年人犯罪的从重处罚规范。例如:《刑法》第 29 条第 1 款规定,

^①邱帅萍:《低龄未成年人犯罪的应对立场及其展开——以最低刑事责任年龄调整为切入》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 2 期。

^②聂长建:《刑事责任年龄的三层级差结构研究》,《政法论丛》2022 年第 4 期。

^③赵秉志,袁彬:《我国未成年人犯罪刑事立法的发展与完善》,《中国刑事法杂志》2010 年第 3 期。

^④姚建龙:《不教而刑:下调刑事责任年龄的立法反思》,《中外法学》2023 年第 5 期。

^⑤麻国安:《未成年被害人权利宣言》,《青少年犯罪问题》2007 年第 5 期。

教唆不满 18 周岁的人犯罪的,应当从重处罚;《刑法》第 236 条第 2 款规定,奸淫不满 14 周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚;第 301 条第 2 款规定,引诱未成年人参加聚众淫乱活动的,依照前款的规定从重处罚;第 347 条第 6 款规定,利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品,或者向未成年人出售毒品的,从重处罚;第 353 条第 3 款规定,引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的,从重处罚;第 358 条第 2 款规定,组织、强迫未成年人卖淫的,依照前款的规定从重处罚;第 364 条第 4 款规定,向不满 18 周岁的未成年人传播淫秽物品的,从重处罚。可以看出,我国刑法对侵害未成年人犯罪从重处罚规范是分散的,特别是对涉及未成年人的性犯罪、毒品犯罪防治领域,规定了更具针对性的从重处罚条款。

最后,司法解释适时扩大了对侵害未成年人犯罪的从重处罚规定。例如:向不满 18 周岁的未成年人贩卖、传播淫秽电子信息和语音信息的,从重处罚;组织未成年人参与赌博,或者开设赌场吸引未成年人参与赌博的,依照刑法第 303 条的规定从重处罚;组织、强迫未成年人卖淫的,应当从重处罚;向未成年人宣扬邪教的,要从重处罚;等等。

(二) 刑法保护未成年人心理健康的不足之处

通过对现有刑法规范的梳理与分析,可以发现我国刑法对未成年人的保护相对较为全面,但同时也存在零散、滞后与不彻底等不足。其中,保护未成年人心理健康基础性罪名的缺位成为制约刑法适用效果充分发挥的最大障碍。

1. 对未成年人心理健康保护的零散性

从上文可知,我国在青少年犯罪防控中,强调“综合治理”,对侵犯未成年人的犯罪行为保持高压打击态势。目前,未成年人犯罪总体呈上升趋势,未成年人涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪明显上升;侵害未成年人犯罪案件总量有所下降,但性侵案件、组织未成年人进行违反治安管理活动犯罪案件数量、侵害不满 14 周岁未成年人犯罪人数均呈上升趋势^①。网络时代,未成年人因其特殊的个体因素导致极易受外部不良因素的影响而实施犯罪行为或成为被侵害的对象。尤其是在社会转型的加速期,家庭环境、学校教育环境、社会环境中的不良因素、价值观念的偏离以及网络危害

和不良信息等问题也都成为诱发未成年人犯罪的重要因素。基于影响未成年人犯罪因素的多重性,与其在未成年人实施犯罪以后通过刑罚“惩罚”他们,不如通过控制家庭、学校和同伴这些结构性背景因素提前提高未成年人的“教育”质量^②。因此,未成年人犯罪治理不能仅关注未成年人本身,而应进行多元化的综合治理,以综合治理、体系化治理作为保护未成年人的主要方法。

从上述刑法规范来看,现行刑法对未成年人保护的模式仍旧建立在传统社会未成年人心理特征的基础之上,重在对未成年人的身体权利、财产权利进行特殊保护。同时,对可能影响未成年人健康发展的毒品犯罪、色情犯罪、赌博犯罪规定了从重处罚。比如:“奸淫不满 14 周岁的幼女”“向不满 18 周岁的未成年人传播淫秽物品”“向未成年人出售毒品”“组织未成年人参与赌博,或者开设赌场吸引未成年人参与赌博的”等从重处罚的规定。换言之,保护未成年人的罪名分散于分则的多个章节之中,从重处罚条款也是依附于多种犯罪的情形。这表明,我国现行刑法体系中对未成年人的立法保护存在结构性缺陷。该缺陷没有考虑到现阶段可能影响未成年人心理健康成长状态的外界条件,不能有效落实未成年人综合保护的要求,也难以跟上时代发展的步伐。同时,零碎的“就事论事”解决方式无法深究未成年人犯罪的根源,更无法有效从源头治理未成年人犯罪问题。

2. 对未成年人心理健康保护的滞后性

在风险社会语境下,预防性刑事立法既可以为安全法益提供周延保护,也可以为犯罪圈的理性扩张提供规范路径,因而在目的和手段上能够证成其正当性^③。因此,理想状态下,保护未成年人心理健康刑事立法的首要功能便是预防,应“坚持预防为主、提前干预”的原则。预防的目的和效益有两个,一是预防未成年人犯罪和再犯,二是预防危害未成年人的犯罪。在积极主义刑法观的推动下,刑事立法保护未成年人的倾向值得提倡,以此适度扩大罪责刑效能的形式,实现刑法对未成人的有效保护。对此,为了实现预防性立法的目的,“中国刑法立法需要及时转变法益观念,增强新的调控手段,赋予刑法新的机能,积极参与

①《未成年人检察工作白皮书(2022)》, https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202306/t20230601_615967.shtml#2。

②叶小琴:《我国少年刑法立法的体系化》,《法学评论》2022年第4期。

③张永强:《预防性犯罪化立法的正当性及其边界》,《当代法学》2020年第4期。

社会治理”^①,最大限度地发挥刑法对涉未成年人犯罪的一般预防和特殊预防功能。

但是,从现有刑法规范来看,现行刑法对涉未成年人犯罪的罪名和从重处罚的规定则是以构成相应的犯罪为前提,即已经造成未成年人权益的损害后果,该种保护具有明显的滞后性。例如:在朱某某强奸、猥亵儿童、强制猥亵案中,朱某某通过网络社交软件诱骗、胁迫杨某等 8 名未成年人拍摄裸体、敏感部位照片、不雅视频,发送其观看,并以散布裸照、不雅视频相威胁,强迫杨某线下见面,发生性关系^②。此外,低龄未成年人犯罪占比上升。2020—2022 年,检察机关受理审查起诉 14 至 16 周岁的未成年犯罪嫌疑人数分别为 5 259 人、8 169 人、8 710 人,分别占受理审查起诉未成年犯罪嫌疑人总数的 9.57%、11.04%、11.1%^③。该特征也逐渐暴露出传统未成年人监管方式的不足,未成年人犯罪治理需要将犯罪治理的关口前移,重视可能影响未成年人犯罪的因素予以提前干预,从而避免未成年人走向犯罪。因此,应充分探究未成年人犯罪的源头治理,将对可能影响未成年人心理健康的因素进行早期干预与提前预防作为未成年人犯罪治理的核心内容。

3. 对未成年人心理健康保护的不彻底性

《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》以及《条例》在第一条中,均明确要求“保护未成年人身心健康,保障未成年人合法权益”。对涉未成年人犯罪要以“综合全面保护”为原则,既包括对具体犯罪人的特殊预防,也包括对社会公众的一般预防。但是,从现有规范来看,刑事立法对涉未成年人犯罪保护具有不彻底性,即无论是专门罪名还是从重处罚的设置都仅是针对未成年人的性权利和身体权利的保护,其中虽有涉及保护未成年人心理健康的内容,但无论是在保护范围还是保护力度上均较为有限。

数据显示,38.3%的未成年网民在上网过程中遭遇过不良或消极负面信息。其中,血腥暴力(网络上发表具有伤害性、侮辱性和煽动性的言论、图片、视频的行为)或教唆犯罪内容比例达到 15.8%,明显高于淫秽色情内容;自残、自杀等消

极内容比例达到 10.9%,宣扬邪教、封建迷信内容比例达到 9.1%^④。但是,现行刑法仅对可能影响未成年人心理健康的淫秽色情、毒品、赌博、邪教等进行了规制,对宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动虽有涉及,但是没有未成年人和成年人惩处上的差异,对宣扬暴力、引诱自残自杀等没有纳入规制的范围。由此不难看出,现行刑法在应对涉未成年人犯罪时呈现不彻底性。

综上,从预防、综合、全面保护未成年人的紧迫程度出发,应当着眼建立未成年人刑法保护的阶梯性递进式的反应体系,提前介入对涉未成年人犯罪的治理,进一步考察建立传播危害信息对未成年人犯罪的量刑评价体系,增设向未成年人传播危害信息保护的基础罪名。

二 向未成年人传播危害信息行为的入罪理由

在现代化风险社会中,事实内容和时空上相互分离的要素经因果关系而结合在了一起,并被置于社会责任和法律责任的脉络之下,而现代化风险施加有害作用的路径,却又是如此的飘忽不定和难以捉摸^⑤。当下,随着 Web2.0 条件下智能终端的普及,信息传播工具越来越智能化与便捷化,这为带有强烈个性色彩的亚文化群体提供了克服时空距离的聚集方式与传播媒介^⑥。通信程序和社交媒体的便利化、灵活化、多样化也给危害信息的传播提供了“温床”,基于传播手段的智能化,致使危害信息的传播范围更为广泛、传播方式更为隐蔽。尤其对未成年人而言,由于缺乏相应的辨认、判断、控制与疏解能力,向其传播危害信息将严重影响未成年人的认识、行为与人格,严重时甚至误导其走上违法犯罪、自伤自残的道路。

(一) 向未成年人传播危害信息的含义

根据《未成年人保护法》第 50 条和《条例》第 22 条的规定,危害信息是指淫秽、色情、暴力、邪教、迷信、赌博、引诱自残自杀、恐怖主义、分裂主义、极端主义等危害未成年人心理健康内容的网络信息。与传统信息相比,网络信息只是在信息内容的载体有所区别,前者的载体是传统的纸质

①周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,《中国社会科学》2016 年第 3 期。

②检察机关加强未成年人网络保护综合履职典型案例,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/dxal/202305/t20230531_615937.shtml。

③《未成年人检察工作白皮书(2022)》,https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202306/t20230601_615967.shtml#2。

④《2021 年全国未成年人互联网使用情况研究报告》,https://www.cnnic.cn/n4/2022/1201/c135-10691.html。

⑤乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰等译,译林出版社 2018 年版,第 15—16 页。

⑥陈力丹,霍旻:《互联网传播中的长尾理论与小众传播》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2013 年第 4 期。

材料,后者的载体是数据和网络,故危害信息除了包含上述内容的网络信息,还包括以传统纸质材料记录的危害信息。危害信息与不良信息具有本质差异。根据《网络信息内容生态治理规定》第7条的规定,不良信息共分为九种,例如,炒作绯闻、丑闻、劣迹,带有性暗示、性挑逗等易使人产生性联想的,宣扬低俗、庸俗、媚俗内容的信息。不难发现,危害信息所指涉的行为内容属于严重违法规范的“不法信息”,而不良信息指向的行为内容则是通常不违反法律规范,属于违反道德的“不道德信息”。

“传播”在汉语中是一个联合结构的词,而且侧重于“传”。“传”具有“递、送、交、运、给、表达”等多种动态的意义,传播的根本目的是社会信息的传递与分享^①。在我国刑法分则中,除了故意传播虚假恐怖信息罪、传播淫秽物品罪等“传播类”犯罪外,还规定了与“传播”行为类似的犯罪行为。例如,刑法第103条、105条、120条之三规定的煽动类犯罪,刑法第353条、355条之一规定的教唆类犯罪,刑法第224条之一、第301条、第353条规定的引诱类犯罪。因此,要区分传播与煽动、教唆、引诱之间的关系。可以肯定的是,无论是煽动、教唆还是引诱,都是建立在信息传播的基础上,如若没有信息的传播,不可能实现煽动、教唆、引诱的效果。但是,煽动、教唆和引诱行为中传播的信息都具有明确的目的性,以及具体的违法手段或方法。例如,在妨害兴奋剂管理罪中,就教唆类型而言,行为人传播的信息要达到使运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛的程度,并且要对运动员个人或者群体产生侵害健康权的危险^②。如果传播的信息尚未达到教唆的程度,只是属于传播违法信息的行为,就不能按照妨害兴奋剂罪定罪处罚。同理,如果行为人传播的危害信息尚未达到煽动、教唆与引诱的效果,也不能按照煽动类犯罪、教唆类犯罪与引诱类犯罪定罪处罚。因此,从程度上看,传播只是一种信息的传递和共享,其程度要弱于煽动、教唆与引诱行为。

根据上文的分析,向未成年人传播危害信息

是指,向不满18周岁的人传递或分享淫秽、色情、暴力、邪教、迷信、赌博、引诱自残自杀、恐怖主义、分裂主义、极端主义等危害未成年人心理健康内容的信息。

(二) 向未成年人传播危害信息的法益侵害性

刑罚是一种最严厉的剥夺性惩罚,某类行为是否有必要通过增设新罪的方式进行规制,取决于两方面的判断。一是行为是否完全能够通过现有刑法规范进行规制,二是行为是否严重侵犯法益或者侵犯重要法益^③。上文通过对现有刑法规范的梳理与分析,已经表明无法通过现有罪名来实现对向未成年人传播危害信息行为的全面规制,为了保护未成年人身心健康,增设新罪势在必行。因此,本部分仅从法益侵害性的角度证明向未成年人传播危害信息的行为应当纳入刑法规制范围的理由。

1. 向未成年人传播危害信息的直接危害

向未成年人传播危害信息,重则直接引发未成年人犯罪,轻则严重损害未成年人的心理健康,影响未成年人的认识、行为与人格。

以向未成年人传播淫秽和色情信息为例,据不完全统计,60%的青少年是无意中接触到淫秽信息,而接触过淫秽信息的青少年90%以上有性犯罪行为或动机^④。2010年,我国有学者对此在全国未成年人犯罪中展开抽样调查,发现未成年人犯罪中,74%的未成年人犯罪在犯罪之前接触过黄色信息,其中经常接触的占11.8%,相比之下,未犯罪的未成年人接触的信息比较多元和健康,主要集中在新闻、体育、动画片与知识类信息^⑤。这表明危害信息导致未成年人犯罪的概率较大,甚至会直接成为未成年人犯罪的动因。

以向未成年人传播暴力和血腥信息为例,数据表明,在未成年人犯罪中,以暴力手段进行犯罪的占未成年人犯罪的50.8%,主要表现为直接使用暴力或者以暴力相威胁,这和未成年人接触相关暴力信息,进而进行模仿有关^⑥。例如,2021年6月2日下午,在美国佛罗里达州的沃卢西亚县,一名12岁的男孩与一名14岁的女孩模仿 Grand

①毛玲玲:《传播淫秽物品罪中“传播”行为的性质认定——“快播案”相关问题的刑事法理评析》,《东方法学》2016年第2期。

②崔志伟:《妨害兴奋剂管理罪的合体系性解释》,《上海体育学院学报》2021年第12期。

③张明楷:《增设新罪的原则——对〈刑法修正案十一(草案)〉的修改意见》,《政法论丛》2020年第6期。

④孙少晶:《网络传播对青少年的负面影响》,《青年研究》1999年第7期。

⑤操学诚,路琦,牛凯,等:《2010年我国未成年犯抽样调查分析报告》,《青少年犯罪问题》2011年第6期。

⑥路琦,董泽史等:《2013年我国未成年犯抽样调查分析报告(下)》,《青少年犯罪问题》2014年第4期。

Theft Auto(GTA)游戏中的情节,手持 AK47 和散弹枪多次向警方开枪射击,在与警方对峙过程中,女孩手臂和胸部被子弹击中,男孩向警方投降,最终二人均被指控谋杀执法人员未遂^①。又如,因模仿《喜羊羊与灰太狼》情节,江苏的 7 岁男孩平平与 4 岁弟弟安安被 10 岁的同伴顺顺绑在树上点火烧成重伤^②。由此可见,即便是日常游戏和电视节目这样普通场合中的暴力与血腥信息,未成年人都会受其影响,进而实施暴力行为,更何况是其他特殊场合。对此,国家新闻出版总署 2019 年出台了《关于防止未成年人沉迷网络游戏的通知》,中国音像与数字出版协会团体标准化技术委员会 2020 年发布了《网络游戏适龄提示》,根据未成年人的生理特征、认知能力、道德水平,在分级上规定了“8+”“12+”“16+”等技术标准,对应的层级不能出现暴力、性暗示、恐怖与血腥等元素,否则不予通过。这表明,向未成年人传播危害信息的危害性已经引起相关部门的重视,但作为更为严重的情形,即直接向未成年人传播危害信息的行为,却缺乏相应的严厉规制。

以向未成年人传播自残自杀信息为例,由于未成年人对接受的信息不能进行有效的筛选、过滤和遗忘,致使该群体接受的自杀与自残等危害信息停留在脑海中,可能有意无意地就会想起某个自杀或者自残的场景,进而容易进行模仿。例如,江苏徐州一名 8 岁的小男孩和妹妹在家看电视,小男孩对电视上自杀的情节非常好奇,遂找了一根绳子,模仿电视中上吊自杀的情节,把绳子系在窗棂上,将自己的脑袋伸了进去,最终导致死亡^③。即便是未成年人接受影视信息中自杀自残等危害信息,仍然可能直接导致其进行模仿,何况故意向未成年人传播自杀自残等信息。尤其是在网络信息的加持下,网络相约自杀的信息具有极强的蛊惑性,有的网站和“群聊”还会详细说明自杀减轻痛苦的方式,对那些内心产生过自杀念头,对现实持悲观态度,但又苦于没有勇气和方法的未成年人而言,极易诱导未成年人做出冲动的行为。在日本,网络集体自杀已成为日本青少年热衷的自杀方式。正如法国社会学家所言,自杀可

以由一个人传染给另一个人,这种传染性是毋庸置疑的^④。

2. 向未成年人传播危害信息的间接危害

向未成年人传播危害信息,即便未直接引发未成年人犯罪,也会基于严重损害未成年人的心理健康,影响未成年人的认识,进而增加社会不安定因素。未成年人心理健康遭受侵害后,容易实施违规违纪、夜不归宿、抽烟酗酒、离家出走、结交不良青年等一般不良行为,进而继续实施像打架斗殴、强拿硬要、参与赌博等违法行为,在此基础上容易实施犯罪行为。据统计,未成年人犯罪前,70%多的人实施了一般不良行为,60%多的人实施了违法行为^⑤。淫秽、色情、暴力、邪教、迷信、赌博、引诱自残自杀、恐怖主义、分裂主义、极端主义等危害未成年人心理健康的信息首先会诱发未成年人好奇心,一部分未成年人接触相关信息后,可能会觉得恶心、低俗、变态,进而自发产生对此类信息的抗拒心理,但也在一定程度上损害未成年人的心理健康,对相关事物产生“童年的阴影”,甚至较长时间内产生悲愤、暴躁、恐惧、不安之感,进而做出一些“反常举动”,增加社会不安定因素。另一部分未成年人接触相关信息,可能会有新奇、刺激、兴奋之感,甚至以积极主动接受相关危害信息作为消遣和娱乐的方式。这些信息严重影响其世界观、人生观和价值观的塑造,致使未成年人可能对核心价值观产生背反和排斥心理,试探性地实施一些不良行为。有的直接实施刑事违法行为,使家庭、学校、社会产生不稳定因素,需要进行专门矫治教育。还有一部分未成年人接触危害信息后,认可危害信息中传递的扭曲价值观,甚至会进一步在朋友同学间传播,与同学和朋友“搭伙作案”、共同犯罪,或者被恶势力和黑社会性质组织利用,最终走上严重暴力犯罪的道路。无论是哪一种情况,在未成年人群体中传播危害信息,都可能在未成年人心中种下“邪恶的种子”,使未成年人本人和社会两受其害。

(三) 保护未成年人心理健康需要刑法提前介入

刑法保护前置化,又称保护法益早期化、提前

^①《两小孩模仿 GTA,手持 AK-47 和霰弹枪与警员对射!》, https://www.bilibili.com/video/BV1Wd4y1w7Bc/?p=64&vd_source=22c797c596252e7a915aaa484f61d123。

^②《“喜羊羊暴力”案:原告举证灰太狼被煮过 839 次》,中国新闻网, <https://www.chinanews.com.cn/fz/2013/12-19/5636705.shtml>。

^③杨秀清:《未成年人自杀的原因分析及预防措施》,《科教文汇(上旬刊)》2012 年第 16 期。

^④埃米尔·迪尔凯姆:《自杀论》,冯韵文译,商务印书馆 2001 年版,第 118 页。

^⑤路琦,董泽史,姚东,等:《2013 年我国未成年犯抽样调查分析报告(下)》,《青少年犯罪问题》2014 年第 4 期。

化或者刑事处置前置化,其含义是对传统的具体生活利益的保护提前,不用等到发生侵害,只要有发生侵害的危险——哪怕是抽象危险,就能认可刑法介入^①。之所以需要刑法介入前置化,主要是为了预防,尤其是预防和管控重大风险。这里的预防不同于刑罚的一般预防与特殊预防,而是指危害结果出现的预防。而传统的刑法体系是以核心犯罪(实害结果犯)为主轴构建的规范体系,管控重大风险的规范是缺失的^②,故防范和化解重大风险必然需要刑事立法的前置化。

近年来,我国刑事立法呈现活跃化、前置化的现象,主要有以下几个原因。一是社会转型时期伴随的大量“严重失犯”行为不断触碰着公众的敏感神经,新型危害社会的行为时常涌现,需要刑法予以及时回应,以遏制新型危害行为对人民群众合法权益的侵害。二是新型技术的发展,导致以往行政监管手段疲于应对,难以从根本上制止以新型技术为依托的新型犯罪^③。三是互联网和智能通信设备的普及,大量典型的“失犯行为”从幕后移至“幕前”,人民群众对人身安全、财产安全、秩序安全与公共安全的期待比以往任何时期都要高,对自身合法权益的维护比以往任何时候都要积极,刑法必须要回应人民群众的重大关切,保护人民群众“头顶上的安全”“道路上的安全”“钱袋子安全”“菜篮子安全”,不得不将刑事立法作为保护权益与强化规范秩序的重要手段,并且将其适当前移。在这样的背景下,学界主流观点认为,随着社会的发展变化,如若仍然采取消极刑法观,就会变得不合时宜,只有采取积极刑法观,利用刑法积极保护法益,才能符合法益保护的要求^④。

通过上述分析,向未成年人传播危害信息,无论未成年人对危害信息是持抗拒、接受还是支持的态度,传播本身就是一种危险行为,需要刑法介入前置化。这样规定的理由在于:一是因为未成年群体心智不成熟,内心较为脆弱,即便未成年人拒绝接受危害信息,在拒绝接受之前,只要其看到危害信息,就已经对未成年人心理造成了伤害,造成其厌恶、恶心、不安与恐惧,妨害其健康成长,有

的甚至会使未成年人产生精神疾病。二是如果未成年人接受危害信息,危害信息的内容会影响未成年人的三观,进而可能致使未成年人做出一些违规违法行为,使其看待问题极端,情绪冲动,增加社会不安定因素。三是如果未成年人接受危害信息之后,认可危害信息的内容,危害信息的内容可能会诱导未成年人实施严重暴力犯罪行为,基于双向保护的理念,即便未成年人实施犯罪行为,仍然是社会的“受害者”。因此,从双向保护的角度来看,也有必要从源头上预防未成年人犯罪,禁止向未成年人传播危害信息。四是低龄未成年人无法判断危害信息的内容,也不能正确认识危害信息内容的反社会性,也可能出于好奇而单纯地模仿危害信息中的行为,使低龄未成年人“自陷风险”,对其身体健康和生命安全造成重大隐患。

不难发现,只要向未成年人传播危害信息,就属于一种危险行为,这类行为引发的危险符合刑法中危险的概念,即只要实施构成要件中的行为,就具有抽象意义上的危险性,无须法官根据具体情况判断^⑤。当然,也有学者认为,在抽象危险犯和具体危险犯中还有一种准抽象危险犯,要达到“足以危害……”的程度,或者要求对行为对象和性质有所要求^⑥。至于向未成年人传播危害信息属于抽象危险还是准抽象危险,即使二者在具体证明程度或是否允许反证的层面上存在差异,但都表明刑法介入该领域时,不能根据传统的“以结果发生为主轴”的立法模式进行考量。因为,如果等到危害信息已经侵蚀、污染了未成年人的精神,甚至使其走上犯罪道路之后,再进行规制已经于事无补。青少年是祖国的希望,民族的未来,对未成年人心理健康的保护,应当以风险防控为主,强调对未成年人心理的前置保护。

(四)保护未成年人心理健康需要行刑衔接综合治理

保护成年人心理健康与合法权益,既不能仅靠某一部门“单打独斗”冲锋在前,也不能寄托于某一部门法能够一劳永逸,而是要基于综合理念,注重各部门与部门法明确分工,有序衔接。综合保障、综合治理、综合防控、综合监管、综合审判是

①黎宏:《法益论的研究现状和展望》,《人民检察》2013年第7期。

②姜敏:《刑法预防性立法:罪型图谱和法治危机消解》,《政法论坛》2021年第6期。

③周光权:《论通过增设轻罪实现妥当的处罚——积极刑法立法观的再阐释》,《比较法研究》2020年第6期。

④张明楷:《增设新罪的理念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期。

⑤陈京春:《抽象危险犯的概念诠释与风险防控》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第3期。

⑥陈洪兵:《准抽象危险犯概念之提倡》,《法学研究》2015年第5期。

保护未成年人心理健康的应有之义。对此,《国务院未成年人保护工作领导小组关于加强未成年人保护工作的意见》指出,保护未成年人心理健康与合法权益要坚持系统谋划统筹推进,要构建家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护、司法保护“六位一体”的新时代未成年人保护工作格局。其中,政府保护和司法保护主要是行政保护和刑事保护。综合保护未成年人就应当延伸到刑法、民法、行政法等各个部门法,形成各部门法联动的法律保护体系^①。目前,我国保护未成年人的行政法规已较为健全,像行政处罚、治安管理处罚、没收违法所得、罚款、责令停产停业或者吊销营业执照、吊销相关许可证等措施的适用条件已经较为成熟。但是,在刑事保护方面,如上文所述,缺乏相应的罪名。在行政不法和刑事不法的衔接上,刑事保护还存在立法上的欠缺。这表明我国缺少针对未成年人保护的专门、独立的顶层法律支撑,尚未形成全部门联动的整体性系统改革^②。

《未成年人保护法》第 20 条规定,未成年人的父母或者其他监护人发现有严重侵害未成年人心理健康的,应当立即向公安、民政、教育等部门报告;第 79 条规定,任何组织或者个人发现网络产品和服务含有危害未成年人心理健康的信息,有权向网络产品和服务提供者或者网信、公安等部门投诉、举报;第 129 条规定,违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。《条例》第 58 条也规定,违反本条例规定,侵犯未成年人合法权益……构成犯罪的,依法追究刑事责任。虽然《未成年人保护法》和《条例》都明确禁止任何人、机构或者组织向未成年人传播危害信息,且规定了行政不法与刑事犯罪的衔接条款。但是,从现有刑法规范来看,刑法中缺乏对向未成年人传播危害信息、严重损害其心理健康的规制,致使相关行刑衔接条款缺乏刑法上入罪的依据,“构成犯罪的,依法追究刑事责任”也可能只是一个“象征性条款”。从行政不法和刑事犯罪的衔接来看,也有必要针对向未成年人传播危害信息的行为增设新罪,以实现行政不法与刑事犯罪的有序衔接。行刑衔接包括

“由行到刑”和“由刑到行”两个部分,既要避免“以罚代刑”,也要防止“以刑替罚”^③。在现有刑法罪名体系下,向未成年人传播危害信息,只要不符合煽动、教唆与引诱类的犯罪,无论对未成年人心理健康造成何种损害,都难以追究刑事责任,这在行刑衔接上出现缺位,对未成年人心理健康保护不利,存在明显的处罚漏洞。

三 向未成年人传播危害信息行为的入罪路径

建言增设新罪,必须处理好刑法与非刑法之间、刑法内部各罪名之间的关系,否则将会产生立法虚置现象,影响刑事立法的权威性^④。换言之,增设新罪既要注重刑法与其他法的协调,保持法秩序的相对统一性,又要在刑法体系内,使增设的新罪与其他罪名之间保持协调,妥善解决新罪在刑法中所处的章节位置、罪状设置与入罪门槛的问题。

(一) 章节定位

我国现有刑法以保护法益的不同类型为标准,将所有罪名共分为十章。增设向未成年人传播危害信息罪究竟应当置于哪一章节,主要取决于该类行为侵犯的法益,因为刑事立法以不法构成要件所要保护的法益为准,将保护相同或相类似法益的不法构成要件同列在一个罪章之中^⑤。如果认为未成年人心理健康属于集体法益,则可能将向未成年人传播危害信息罪置于第二章或者第六章之下,如果认为未成年人心理健康属于个人法益,则应当将向未成年人传播危害信息罪置于第四章之下。本文认为,未成年人心理健康属于集体法益,与未成年人心理健康正常发展秩序法益是一体两面的关系,理由如下。

第一,集体法益对应的是积极自由的基本权利,其与基本权利中的社会权和收益权紧密结合,只是不能体现对公民生命、健康、财产等权利的直接保护,但将保护的权力提到了个人权利的前端,是对个人权利实现的条件进行保护^⑥。未成年人心理健康一旦受到侵害,将产生不可逆的危害,因此,刑法需要保护未成年人心理健康正常发展的

①孙谦:《中国未成年人司法制度的建构路径》,《政治与法律》2021年第6期。

②姚建龙:《晚近国外少年司法改革趋向与中国之少年司法改革》,《社会科学家》2023年第8期。

③武晓雯:《行刑衔接机制的基本问题》,《中外法学》2023年第3期。

④熊永明:《建言增设新罪现象的反思》,《法学论坛》2015年第3期。

⑤林山田:《刑法各罪论(上册)》,北京大学出版社2012年版,第11—12页。

⑥戴小强:《实质法益理论的宪法诠释》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2023年第5期。

秩序,不能局限于未成年人心理健康本身。

第二,从集体法益的角度来看,某种状态或者条件是否属于集体法益,以及集体法益是否值得刑法保护,需要以个人法益为核心进行判断^①。换言之,判断是否属于集体法益需要考量该法益是否是所有人需要现实保护的,显然,未成年人的心理健康是国家、社会和所有公民的责任,符合集体法益的可还原性。

第三,是否属于集体法益的关键在于,通过累积行为能否直接或间接侵犯个人其他法益。对未成年人心理健康而言,单独、偶尔传播一次危害信息,不一定会严重侵害未成年人心理健康,但如果多次累积传播,由于未成年人心智不成熟,必然会严重侵害其心理健康,进而侵犯与未成年人相关的其他法益。

第四,是否属于集体法益,要判断对该法益的侵犯是否会使集体法益的局部或者部分受到侵害或者存在具体危险^②。对某一个未成年人传播危害信息,虽然只是直接侵犯单个未成年人的心理健康,但是,未成年人群体之间存在“传染性”,故侵害一个未成年人心理健康,会对相关未成年人的心理健康造成具体危险。

由于未成年人心理健康的正常发展秩序属于集体法益,增设向未成年人传播危害信息罪应置于刑法第六章第一节之下,作为刑法第291条之二。事实上,德国刑法第131条就规定了向未成年人传播暴力信息罪,德国刑法将该罪置于第七章针对公共秩序的犯罪行为之下。

(二) 罪状表述

所谓罪状,是指罪刑式法条对某种具体犯罪构成特征的描述,主要包括两个方面的内容,一是对犯罪构成特征进行描述,二是对相应的法定刑进行描述^③。换言之,罪状既要包括假定条件,也要涉及法律后果。基于刑事立法的概括性与明确性要求,立法表述应当尽量精准和简练,由于《未成年人保护法》和《条例》明确规定了危害信息的内涵和外延,故在罪状中无须对危害信息进行具体描述。

关于法益侵害的描述,本罪宜按照具体危险犯的罪状进行设置,即向未成年人传播危害信息,危害未成年人的心理健康的。虽然我国刑法中也不乏“足以造成……危害”的罪状表述,但本罪罪

状不宜规定为“足以危害未成年人心理健康”。这是因为,像假药、劣药,足以造成危害人体健康,是可以通过科学检测加以证明的,但是,向未成年人传播危害信息,不同年龄段、不同个体对危害信息的反映可能并不相同,这与未成年人的心理发展情况有关。如果规定足以危害未成年人的心理健康,则难以证明。由于刑法对未成年人的保护应当前置化,故本罪中的“危害”应理解为对未成年人产生了心理健康的事实上的危险,无须达到已经严重侵害了未成年人的心理健康的程度。

关于本罪与其他罪名的关系,本文认为,是一般法条与特殊法条的关系,本罪侵害的法益是未成年人心理健康,相关罪名除了侵害未成年人心理健康之外,还侵害了其他法益。例如,刑法第103条的煽动分裂国家罪,如若煽动的对象是未成年人,必然也传播了危害信息,但其在传播危害信息的基础上,危害了国家安全,故属于特别法条。又如,刑法第347条规定的教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品,不仅向未成年人传播了危害信息,还妨害了毒品管理秩序。再如,刑法第353条引诱未成年人吸食、注射毒品,必然造成向未成年人传播了危害信息的后果,也侵害了未成年人的身体健康和毒品管理秩序。

关于刑罚幅度的设置,本罪第一档法定刑宜设置为2年以下有期徒刑或者拘役。当下,在我国积极增设新罪的背景下,主要是增设轻罪,而轻罪一般以法定最高刑3年为标准。如果将本罪第一档法定刑设置为2年以下,既符合轻罪立法背景,也能够与其他特别罪名的法定刑保持协调。因为其他特别罪名的第一档法定刑是3年以下有期徒刑,其他罪名在传播危害信息的基础上,又侵害了新的法益,故本罪第一档法定刑应当轻于其他特殊罪名,以2年以下为宜。如果不仅危害未成年心理健康,还造成未成年人死亡等严重后果的,则应增加第二档法定刑,即2年以上7年以下有期徒刑。同时应当规定,犯前款行为,同时又构成其他犯罪的,按照处罚较重的条款处罚。

(三) 出罪事由

信息流通与数据流通是数据时代的主题,增设向未成年人传播危害信息罪不能妨害信息的正常流通。有的信息虽然表面上具有一定的危害

①张明楷:《集体法益的刑法保护》,《法学评论》2023年第1期。

②张明楷:《集体法益的刑法保护》,《法学评论》2023年第1期。

③陈兴良:《刑法各论的一般理论》,中国人民大学出版社2007年版,第127—128页。

性,但如果是出于时势与历史报道的需要,则不能作为犯罪处理。事实上,我国的个人信息保护法第 13 条规定,为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为,在合理的范围内处理个人信息,个人信息处理方可以处理个人信息。同理,即便是信息中还有一定的危害元素,但使用信息的目的在于新闻报道或者学术研究,则属于违法阻却事由。在游戏、影视、短视频、二次创作视频、动漫图画等正当行业领域,打斗情节和相关暴力情节是无法避免的,也必须符合相关行业的行业规范与技术标准,如果故意超出行业标准和技术规范,严重损害未成年人心理健康的,可能构成本罪。当然,还应当区分未成年人是主动搜寻还是被动接受,如果并未向未成年人传播危害信息,且尽到了合理注意义务,设置了一定的传播条件,但未成年人主动搜索,四处寻找,通过编造虚假条件,查找相关危害信息的,信息提供者不应当承担刑事责任。

结语

为实现我国未成年人保护工作形成上下衔接贯通、部门协调联动的体制机制,完善与未成年人保护法相衔接的法律法规体系,显著增强全社会

关心关注未成年人健康成长氛围的总体目标,刑法增设保护未成年人心理健康的基础罪名势在必行。目前,我国刑法对未成年人心理健康的保护在规范内容上仍存在零散性、滞后性与不彻底性等不足。这些问题的存在,不利于未成年人保护工作总体目标的实现。在未来,我国立法机关应重视现行刑法对未成年人心理健康保护的缺陷,尽快通过刑法修正案予以修正和完善。

与对未成年人直接实施侵害行为相比,向未成年人传播危害信息对未成年人心理健康的侵害更具有隐蔽性、长期性与全面性。刑事立法应当切断危害信息流向未成年人的传播渠道,增设向未成年人传播危害信息罪。在章节安排上,由于本罪保护的法益是未成年人群体的心理健康,属于集体法益,宜置于刑法第六章第一节之下,作为刑法第 291 条之二;在本罪的罪状设置上,宜构造具体危险犯的罪状,危害信息的内涵可根据《未成年人保护法》第 50 条予以确定,为保持与相关罪名的协调,第一档法定刑应设置为 2 年以下有期徒刑或者拘役;在出罪事由上,应构建信息正常流通的出罪事由。

On the Criminalization of the Dissemination of Harmful Information to Minors:

Based on the Enlightenment of the Regulations on the Protection of Minors Online

QIU Shuaiping

(School of Law and Public Administration, Hunan University of Science and Technology, Xiangtan 411201, China)

Abstract: Disseminating harmful information to minors endangers their physical and mental health, and at worst induces them to embark on the road of breaking the law and committing crimes, so that both minors and society are harmed. The protection of the physical and mental health of minors in China's criminal law is characterized by fragmentation, lag behind and incompleteness. Combined with the international experience of juvenile judicial protection and the actual needs of local communities, it is urgent to add basic crimes to the criminal legislation to protect the physical and mental health of minors. Based on the revelation of Article 25 of the *Regulations on the Protection of Minors Online*, the crime of disseminating harmful information to minors should be added to China's criminal law, so as to completely cut off the channels for the flow of harmful information to minors, and strengthen the comprehensive protection of the physical and mental health of minors and the connection between execution.

Key words: criminalization; minor; hazard information; bad information

(责任校对 王小飞)