

保护儿童性健康权应去性别化

刘仁文

- 为了突出对性侵儿童的特别关注和重视，应将奸淫幼女条款从强奸罪中脱离，与奸淫幼男一起，共同组成奸淫儿童罪，即凡是与不满十四周岁的儿童发生性关系的，不论儿童本人是否愿意，均构成犯罪。
- 猥亵儿童罪也应在罪刑设置上完全独立出来，从而形成强奸罪、奸淫儿童罪、强制猥亵罪、猥亵儿童罪等既涵盖普通性犯罪又体现对儿童特殊保护的规制体系。
- 与“利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材”相关的罪名也应加以关注和完善，如专设“传播未成年人性制品罪”，给予高出一般传播淫秽物品罪的刑罚。
- 还应更多地从预防性侵角度对儿童加以保护，如刑法第 240 条拐卖妇女、儿童罪中关于“情节特别严重”的第三种和第四种情形都没有考虑到儿童，应当加上。

由于我国刑法对性侵儿童行为的规制男女有别且重在保护女童,使得对性侵男童的行为规制留下不少处罚漏洞。奸淫幼女罪中奸淫十四周岁以下男童,负有照护职责人员性侵罪中性侵已满十四周岁不满十六周岁的未成年男性,引诱幼女卖淫罪中引诱十四周岁以下男童卖淫的立法规制均存在空白,而且囿于我国刑法将“儿童”概念界定在十四周岁以下(而不是《联合国儿童权利公约》规定的十八周岁以下),致使刑法中多处出现对十四至十八周岁之间的未成年男性性权利保护的规制缺失,如拐卖儿童罪、收买被拐卖的儿童罪、聚众阻碍解救被收买的儿童罪等罪名。为进一步保护未成年人的性健康权,推进刑法立法的去性别化,以下重点就几个个罪的立法完善提出建议。

奸淫儿童应独立成罪

为了突出对性侵儿童的特别关注和重视，应当将奸淫幼女条款从现有的强奸罪中脱离出来，与奸淫幼男一起，共同组成奸淫儿童罪，即凡是与不满十四周岁的儿童发生性关系的，不论儿童本人是否愿意，均构成犯罪。

关于本罪的几点说明：首先，“发生性关系”不能局限于狭义上的理解，而应将广义上侵入儿童身体的行为都予以纳入。

其次，鉴于本罪的前身，即奸淫幼女型的强奸罪在行为人的主观方面存在重大争议，可以考虑将本罪设置成故意和过失两种形态，并允许对主观过错的举证责任实行一定形式的转移，即控方基于客观行为推定行为人主观上存在过错后，被告人可以通过自己的举证说服法庭采信他主观上不存在过错的证据。对于故意形态可作如下规定：“不以行为人明知被害人未满十四周岁为必要，具有奸淫未满十四周岁儿童之间接故意者，亦应成立本罪。”对于过失形态，则可作如下规定：“行为人应当预见到对方可能未满十四周岁，但因为疏忽大意或过于自信而没有预见到，以致错将对方当作已满十四周岁的人而与其发生性关系的，构成本罪的过失犯罪。”本罪的过失犯罪应当设置更轻的刑罚。

再者，尽管法律推定儿童无决定自己性行为的能力，但在量刑情节的设定上还是应区分同意与不同意，毕竟不同意的情形下对受害人造成的身心伤害会更大。对已满十四周岁不满十六周岁的人与不满十四周岁的儿童之间自愿发生性关系，且双方年龄差超过三周岁，或者虽然年龄差超过三周岁但情节轻微的（如偶尔自愿发生性关系且未造成严重后果），可做出罪化处理。

针对我国刑法关于十四周岁性同意年龄的规定以及将“儿童”年龄界定为十四周岁以下的规定,可以考虑适当提高性同意年龄,如从十四周岁提高到十六周岁,并对奸淫儿童罪分两个年龄段来设计:一是十四周岁以下,此时原则上被告人不能以对被被害人的年龄认识错误为辩护理由,除非其采取了一切合理

措施来确定对方的年龄；二是十四周岁到十六周岁，此时只要被告人合理地相信对方已满十六周岁，那么在双方自愿发生性关系的情形下就可以减免刑事责任。显然，第一种情形下被告人需要尽更多的注意义务。

与此相对应，负有照护职责人员性侵罪“对已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性负有监护……的人员，与该未成年女性发生性关系”中“未成年女性”也应当修改为“未成年人”。其性侵对象的年龄也应作相应调整，即从已满十四周岁不满十六周岁的未成年人提升至已满十六周岁不满十八周岁的未成年人，并针对不同的照护职责人员对被保护的未成年人（儿童）做进一步的年龄分级。

扩大猥亵儿童罪中的年龄范围

应当将对十四至十八周岁的未成年人使用非强制手段实施的猥亵行为也纳入猥亵儿童罪的规制范围，即将我国刑法中“猥亵儿童罪”中的儿童年龄扩大到包括十四至十八周岁的未成年人，具体可以将其中条文“猥亵儿童的，处……”的表述修改为“猥亵十八周岁以下儿童的，处……”。

此外，与上述奸淫儿童罪一样，猥亵儿童罪也应在罪刑设置上完全独立出来，从而形成强奸罪、奸淫儿童罪、强制猥亵罪、猥亵儿童罪等既涵盖普通的性犯罪又体现出对所有儿童特殊保护的规制体系。由于本罪的成立并不要求违背被害人的意志，应当把以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵儿童的行为作为本罪的升格量刑情节，可以考虑将原来的“有下列情形之一的，处五年以上有期徒刑”的最后一项“猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节的”，分解为以下两项：“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵的”和“有其他恶劣情节的”。同时，在本罪将保护对象由十四周岁以下的儿童提升为十八周岁以下的儿童之后，为了体现对不满十四周岁以下儿童的重点保护，也应当将猥亵不满十四周岁的儿童作为本罪的升格量刑情节之一来加以规定。

完善涉及儿童淫秽物品的罪名

我国刑法第 358 条第 1 款规定了组织卖淫罪和强迫卖淫罪，第 4 款规定了协助组织卖淫罪，第 2 款则规定“组织、强迫未成年人卖淫的，依照前款的规定从重处罚”，虽然“未成年人”这样的中性词在性别化方面不存在问题，但是由于是“依照前款的规定”，从“从重处罚”，因而罪名仍然叫组织卖淫罪和强迫卖淫罪，而协助组织卖淫罪则完全将协助组织未成年人卖淫的行为包括在内，根本没再另行提及。未来我国刑法应单独设立“组织未成年人卖淫罪”“强迫未成年人卖淫罪”，同时增设“协助组织未成年人卖淫罪”，并分别设置独立且高出组织卖淫罪、强迫卖淫罪和协助组织卖淫罪的刑罚。刑法第 359 条规定了引诱、容留、介绍卖淫罪和引诱幼女卖淫罪，其中第 1 款引诱、容留、介绍卖淫罪中表述为“引诱、容留、介绍他

人卖淫”，体现了性别中立，但第2款“引诱不满十四周岁的幼女卖淫的”则存在问题，即引诱不满十四周岁的男童卖淫的，只能按前面的引诱卖淫罪处理。因此，引诱幼女卖淫罪也应当去性别化，即将罪状描述中的“幼女”修改为“儿童”。此外，对照前面的引诱、容留、介绍卖淫罪，现有的引诱幼女卖淫罪只涵盖了“引诱”幼女的行为，故除了将原有的引诱幼女卖淫罪中的“幼女”修改为“儿童”之外，该罪名还应扩大涵盖范围，调整为引诱、容留、介绍儿童卖淫罪。

我国刑法中与“利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材”相关的罪名也应加以关注和完善,如将第364条传播淫秽物品罪中以未成年人色情制品为对象的行为独立出来,专设“传播未成年人色情制品罪”,给予高出一般传播淫秽物品罪的刑罚;在该条“组织播放淫秽音像制品罪”之后,专设“组织播放未成年人相关的淫秽音像制品罪”,给予高出一般组织播放淫秽音像制品罪的刑罚;在第365条“组织淫秽表演罪”之后,专设“组织未成年人淫秽表演罪”,给予高出组织淫秽表演的刑罚。

还需要指出的是,基于刑法立法语言文明化、防止对未成年人污名化的考虑,应仿照《刑法修正案(九)》废除嫖宿幼女罪的范例,将刑法中所有包含“卖淫”字样的法条中的“卖淫”替换成“从事性交易”这类的中性表达。

保护年龄应提升为十八周岁

与男男性健康权直接或间接相关的罪名还有第 240 条的拐卖妇女、儿童罪, 第 241 条的收买被拐卖的妇女、儿童罪, 第 242 条第 2 款的聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪, 第 416 条第 1 款的不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪和第 2 款的不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪等。

有别于《联合国儿童权利公约》将儿童界定为十八周岁以下的任何人，我国刑法中对拐卖妇女儿童罪中儿童的年龄限制在十四周岁以下，致使拐卖类犯罪中对于拐卖十四至十八周岁未成年男性的行为得不到打击。为改变这一局面，应将这些罪名中的保护年龄提升为十八周岁，将拐卖儿童罪、收买被拐卖的儿童罪、聚众阻碍解救被收买的儿童罪、不解救被拐卖、绑架儿童罪和阻碍解救被拐卖、绑架儿童罪分别独立成罪并设置相应的刑罚。

与此同时，还应更多地从预防性侵害角度对儿童加以保护，如刑法第 240 条拐卖妇女、儿童罪中关于“情节特别严重”的第三种情形“奸淫被拐卖的妇女的”、第四种情形“诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的”，这里面都没有考虑到儿童，应当加上；又如，第 241 条收买被拐卖的妇女、儿童罪中第 2 款“收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照本法第 236 条的规定定罪处罚”，也应加上奸淫儿童的情形。

(作者为中国社会科学院法学研究所研究员、刑法研究室主任, 中国刑法学研究会副会长)

《东方法学》 精华推荐

(2022 年第 4 期)

主办单位：上海市法学会
上海人民出版社

【智慧法治】

信息权保护的信息法路径

作者：张守文（北京大学法学院教授、博士生导师，北京大学人工智能研究院研究人员，教育部“长江学者”特聘教授）

摘要：目前，我国已形成信息立法的基本框架，为不同类型的信息权保护奠定了重要的制度基础。由于新型信息权的保护需要重构信息法体系，且将信息法作为法律体系中的重要部门法的条件已具备，应在既往研究成果的基础上，确立信息权保护的信息法路径，揭示其不同于其他保护路径的独特性。同时，还应基于“目标—手段”的分析框架，明晰信息法的调整目标与规制手段的关联，并结合保护与禁止、促进与限制等信息规制手段，确立信息法的主要规范类型以及信息权保护的具体路径。

只有在上述具体路径中体现信息法的价值、目标与手段的统一,并贯穿信息法治的基本逻辑,才能实现各类信息权的系统保护。分析信息权保护的信息法路径,需要厘清多种“关系”和“架构”,这有助于构建更为有效的信息法体系,实现对不同信息权的全面、均衡保护,由此推动信息法学与相关法学学科的发展。

【理论前沿】

涉案企业合规建设的有效性标准研究

作者：刘艳红（中国政法大学刑事司法学院教授、博导，教育部“长江学者”特聘教授）

摘要：涉案企业合规建设的有效性标准是一套包含有效制度修复和有效合规计划的要素体系，体现了刑事合规和事后合规的要素特征，发挥了涉案企业合规整改标准、合规监管人监督评估标准、检察机关审查验收标准等多重制度功能。

有效制度修复标准要求涉案企业在查明深层制度缺陷的基础上进行针对性制度修复,审查要点在于涉案企业识别管控漏洞的准确性和深度,以及修复措施的针对性和彻底性。有效合规计划标准涵盖从合规体系设计到合规运行效果的全过程,合规体系设计作为形式标准,包括风险导向、全要素完备、全面覆盖等三项基本要求;合规运行效果作为实质标准,要求检察机关和合规监管人运用多样化审查方法对合规体系诸要素的运行有效性作出评估。基于合规运行效果而社会的合规计划标准,才能针对刑事涉案企业发挥长效的犯罪预防作用。

【民法典适用】

合理预见规则的解释论

作者：崔建远（清华大学法学院教授、博士生导师，教育部“长江学者”特聘教授）

摘要：合理预见规则，又叫应当预见规则，在法国民法、英美法和中国法上是限制损害赔偿的范围的措施之一，旨在避免赔偿数额过高以平衡违约方和受害人之间的利益关系。我国民法典上的预见主体应为违约方，预见的时间点在合同订立之时，预见的内容为损害的类型而无须预见损害的程度、具体数额。对于“一般损失”的赔偿，不以违约方预见为条件；对于“特别损失”的赔偿，以守约方于缔约时通知了相对人为条件，若未通知，则相对人不可预见这部分损失，可不予赔偿。

在推定违约方知情的情况下，以一个“理性人”的预见力为准。在违约方真正知情“特别损失”的要求中，基本上是以守约方事先告知相对人若违约会造成何种损失来决定的。至于合理预见与因果关系之间的关系，宜采取如下观点：对合理预见的时间点采取“合同订立时说”，实质上以违约方的预见所及确定应予赔偿的损失，用于确定责任范围的因果关系形同虚设；若采“债务不履行时说”，因果关系的地位和作用大为提升。