



分类与预防：儿童邪典作品的刑法规制研究

陈禹衡*

摘要：儿童邪典作品严重影响儿童的身心健康，但是行政处罚规制乏力，需要采用刑法规制。对于儿童邪典作品，其中淫秽色情类和暴力恐怖类，由于侵害了儿童的身心健康法益，适用刑法规制，惊险猎奇类则不必。现阶段，儿童邪典作品制作者不以牟利为目的制作则无刑事责任，以牟利为目的制作淫秽色情类和暴力恐怖类应该承担刑事责任。淫秽色情类和暴力恐怖类儿童邪典作品的传播者应该承担刑事责任，但对后者没有相应的罪名。出版社、图书馆以及网络平台，作为中立的帮助行为者，在传播儿童邪典作品中的刑事责任应该结合实际情况讨论。对于刑法规制的完善，一方面应该新设对儿童传播淫秽、暴力制品罪，另一方面应该敦促中立的帮助行为者构建刑事合规体系。

关键词：儿童邪典；儿童保护；对儿童传播淫秽、暴力制品罪；中立的帮助行为；刑事合规

一、问题的提出：制作、传播儿童邪典作品的治理困局

儿童邪典作品，通说是将原本深受儿童喜爱的图书音像中的故事人物、情节加以歪曲化改造，使故事人物遭到各种折磨、虐待，普遍带有恐怖、惊悚以及各种不符合人伦常理的荒谬剧情，给儿童的身心健康发展造成了恶劣的影响。^①儿童邪典作品主要源于欧美国家，早在2017年，

美国的Youtube平台上就出现了此类儿童邪典作品，并延伸出“艾莎门”事件，^②但是在社会各界的抗议下，相关的视频音像很快下线，并且对视频账号进行查封。^③但是，这些作品却传入了中国，并且在很多视频网站播放，引发了社会各界的关注，针对这一现象，全国扫黄打非办公室立刻对相关图书音像作品进行了强力处理。^④值得注意的是，虽然针对儿童邪典作品的打击力度日益增加，但是仅仅依靠行政处罚显然无法根治这一

* 陈禹衡，东南大学法学院刑法学博士研究生。

基金项目：国家社科基金一般项目“网络服务商刑事责任边界及体系构建研究”（18BFX104）。

① 黄馨茹：《“儿童邪典片”流入中国，“扫黄打非”办开展清查》，载《青年记者》2018年第4期。

② “艾莎门（Elsagate）”事件，是指在Youtube以及Youtube Kids平台出现了大量的儿童邪典视频，根据英国《卫报》报道，在Webs and Tiaras频道，出现很多演员扮演蜘蛛侠、艾莎公主、小丑等卡通角色，并配以荒谬的举止，虽然没有具体的台词，但是背景音乐猎奇，被普遍认为影响儿童的身心健康。

③ 参见杨蓝：《“儿童邪典动画视频”传播谁应担责》，载《检察日报》2018年2月3日，第3版。

④ 参见郑博超：《把“儿童邪典片”逼进“铁通合围”绝地》，载《检察日报》2018年1月24日，第4版。

情形,有关儿童邪典作品在监管过去之后呈现死灰复燃的态势。^①当下针对制作、传播儿童邪典作品的治理困局,主要有以下几个方面:第一,儿童邪典作品的概念过于宏大,其本身并无准确的定义,因此不能对儿童邪典作品一概而论,并非所有的儿童邪典作品都有法益侵害性,“凡未引起结果发生的行为均不具有法所不容许的风险”^②。第二,制作、传播儿童邪典作品的产业链较长,如何厘定产业链上的各个主体的刑事责任需要进行论证,避免违反罪刑法定原则。第三,即便在厘定了各个主体的刑事责任之后,由于罪名设置的问题,我国刑法中并无相应的罪名对其行为加以规制,导致法益保护的阙漏,或者不能凸显对儿童的保护。鉴于此,对于儿童邪典作品,其作为网络不良信息,严重危害未成年人健康成长,^③不能仅局限在“运动型执法”,而是应该适用刑法规制,调整相关刑事立法体系,真正落实对儿童的保护。

二、制作、传播儿童邪典作品的刑法规制的基础问题探析

对于儿童邪典作品造成的损害后果,现阶段主要采用行政处罚的措施,比如对于制作了多部儿童邪典视频的欢乐迪士尼公司,主要采用查封、扣押等行政处罚手段。但是面对死灰复燃的儿童邪典作品,适用传统的行政处罚措施已然规制乏力,而采用刑法规制则需要解决以下两个基础问题:第一,对儿童邪典作品进行类型化分析,区分不同类型的儿童邪典作品,对其不可一概而论,明确制作、传播何种类型的儿童邪典作品具有法益侵害性。第二,对制作、传播儿童邪典作品的侵害法益需要进行明确,才能对制作、传播儿童邪典作品的刑事违法性加以证

成,并对其科处刑罚,做到“无罪亦无刑(nulla poena sine crimen)”^④。

(一) 儿童邪典作品性质的类型化分析

儿童邪典作品的概念,源于电影产业对于不同类型的电影的分级,邪典电影(cult film)的概念本身是归属于B级影片中的一种电影类型,其本身起源于“个体的存在即合理”的大众文化流行语境,^⑤所谓“邪典”,并不具有通用的特征,^⑥而是通过各种猎奇、刺激的手段来挑动观众的神经,其作为一种媒介景观,具有跨类型跨风格,并有反传统母题或情节。而儿童邪典作品则是利用此类猎奇、刺激的手段来拍摄视频或者绘制图书,将现实的音像图书中较为流行的角色进行曲解、重构,将目标受众定位为儿童,伪装成一般的儿童视频和图书,具有极强的隐蔽性。区别于以往的非出版作品,儿童邪典作品并不一定具有淫秽色情的属性,不一定符合《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中对淫秽物品的定义。^⑦鉴于此,儿童邪典作品并不能全部被归纳到淫秽物品的范畴,而是应该依据儿童邪典作品的内容进行区分,分为淫秽色情类、暴力恐怖类以及惊险猎奇类。

淫秽色情类儿童邪典作品,是指对现有的儿童图书音像作品进行歪曲篡改,将其中加入淫秽色情信息,这种类型的儿童邪典作品可以直接归入《刑法》中淫秽物品的范畴,在司法实践中并无争议,虽然其多数适用的是卡通形象,但也不能改变其宣扬色情的诲淫性本质,属于刑法规制的对象。暴力恐怖类的儿童邪典作品,是指在儿童图书音像中加入暴力、恐怖的因素,若无宗教势力以及恐怖主义元素,则不能将其视为宣扬恐怖主义、极端主义物品,《刑法》中对此并无明确的规制。但是依据《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34

① 参见叶小满:《邪典视频仍藏身于曼妙动画片背后》,载《中国青年报》2018年4月16日,第11版。

② 陈璇:《刑法归责原理的规范化展开》,法律出版社2019年版,第39页。

③ 郭开元:《网络不良信息与未成年人权益保护的研究报告》,载《预防青少年犯罪研究》2017年第4期。

④ 柯耀程:《刑法竞合论》,中国人民大学出版社2008年版,第20页。

⑤ [美]约翰·费斯克:《理解大众文化》,王晓珏、宋伟杰译,中央编译出版社2001年版,第35页。

⑥ [美]马克·扬克维奇:《定义邪典电影》,李闻思译,上海译文出版社2019年版,第2页。

⑦ 《刑法》第367条对淫秽物品的定义,是指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品。

条的规定：“禁止任何组织、个人制作或者向未成年人出售、出租或者以其他方式传播淫秽、暴力、凶杀、恐怖、赌博等毒害未成年人的图书、报刊、音像制品、电子出版物以及网络信息等”，暴力恐怖类儿童邪典作品被涵盖其中。在司法实践中，广西某学院的校园图书馆借了一本《鬼马郎中》给未成年人郑某某，该书有暴力、自杀等情节，而郑某某自杀，最终依据《未成年人保护法》第34条判定图书馆承担民事赔偿责任。^①在具体的部门规章中，^②也大都将暴力恐怖类儿童邪典作品纳入规制范畴。鉴于此，对于暴力恐怖类的儿童邪典作品，由于其面向对象是儿童，且对儿童的身心健康的损害程度并不一定低于淫秽色情类儿童邪典作品，^③因此应该将其纳入到刑法规制的范畴。

惊险猎奇类的儿童邪典作品对儿童的身心健康造成的损害不能将其等同于淫秽色情类和暴力恐怖类儿童邪典作品。实际上，这类图书音像本身就是将邪典中的怪诞和矛盾予以展示，通过这一拍摄手法来展现自身想要构造的荒诞世界。^④因此，对于惊险猎奇类的儿童邪典作品，在艺术和生活的界限上很难进行区分，实际上很多人对国内上世纪拍摄的诸如《魔方大厦》之类的动画片颇具微词，认为其具有诡异的画风和反乌托邦色彩，也属于儿童邪典动画，所以对于此类惊险猎奇类的儿童邪典作品，不宜将其纳入刑法规制的范畴。

（二）制作、传播儿童邪典作品的侵害法益厘定

“有利益的地方就有犯人（Ubi commodum,

ibi auctor）”，犯罪人都是为了取得利益而犯罪，而犯罪行为本质上都侵犯了他人的利益。^⑤刑法设立的目的乃保护法益，与之相对，犯罪的本质则是侵害法益。^⑥针对制作、传播儿童邪典作品的刑法规制，首先要明确制作、传播儿童邪典作品的侵害法益，才能通过侵害法益来判断各个行为主体的刑事责任，并且对犯罪构成要件要素进行解释。

制作、传播儿童邪典作品侵犯了儿童的身心健康法益，根据联合国发布的《儿童权利公约》，儿童有权享有可达到的最高标准的健康，在内涵上概括了生理健康和心理健康，具体解释了儿童身心健康法益的内涵，可以将其用于解释指导。^⑦此处的生理健康主要是指儿童邪典中传授的一些自残、刺激的内容，将影响儿童正常的生理发育，造成身体健康的损害，并且刺激儿童的感官，可能导致发育迟滞等情况。“心理健康是人人应拥有的基本人权”^⑧，儿童邪典作品对心理健康造成的损害包括其中的不良内容对儿童造成的价值观的破坏、对儿童认知的侵扰以及造成儿童的恐惧心理。除此以外，由于儿童的身心发育不够成熟，因此会受到儿童邪典作品的影响，模仿其中的犯罪行为，这也属于对儿童心理健康的侵害。在其他法律中，儿童的身心健康也多被当作保护法益加以看待，现阶段为了完善对儿童的保护，与国际趋势接轨，应该将儿童的身心健康法益纳入到刑法的保护法益的范畴。^⑨鉴于此，依据费尔巴哈的权利侵害说，将儿童的身心健康视为刑法的保护法益无可厚非，^⑩而制作、传播儿童邪典作品，则主要侵犯了这一法益，值得科处刑罚。

① 参见广西壮族自治区玉林市玉州区人民法院(2018)桂0902民初680号民事判决书。

② 参见《未成年人节目管理规定》(国家广播电视总局第3号令)、《中央宣传部、新闻出版总署关于进一步加强和改进未成年人出版物出版工作的意见》(新出联[2004]13号)等。

③ 魏永征：《〈喜羊羊与灰太狼〉案和影视暴力》，载《新闻记者》2014年第2期。

④ David Church, *Freakery, Cult Films, and the Problem of Ambivalence*, Journal of Film & Video, 2011, 63(1):p3-17.

⑤ 张明楷：《刑法格言的展开》(第3版)，法律出版社2013年版，第86页。

⑥ 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第216页。

⑦ 张明楷：《受贿犯罪的保护法益》，载《法学研究》2018年第1期。

⑧ Gordon C. Shen, Julian Eaton, Lonnie R. Snowden, *Mainstreaming Mental Health Care in 42 Countries*, Taylor & Francis, 2017, 3(4): p313-324.

⑨ 许亚洁：《儿童心理健康权的刑法保护——以〈儿童权利公约〉为视角》，载《青少年犯罪问题》2018年第5期。

⑩ [日]伊东研祐：《法益概念史研究》，秦一禾译，中国人民大学出版社2014年版，第14-15页。

三、现有刑法体系下儿童邪典作品产业链参与者的刑事责任分析

对于儿童邪典作品产业链的参与者，主要分为两种类型：其一是儿童邪典作品的制作者和传播者，其中制作者既包括个人，也包括有规模的视频制作公司，如欢乐迪士尼公司等，而传播者则主要指对儿童邪典作品进行二次传播的人，主要是指利用互联网平台通过设立账号发布儿童邪典作品以获取流量或者盈利的人。其二是后续展示儿童邪典作品的出版社、图书馆以及网络平台，有学者认为其作为展示儿童邪典作品的窗口，如优酷、爱奇艺等视频平台等，在签订合同以后，没有履行审查义务，最终导致此类视频流出。^①但是对于其是否负有刑事责任，则尚存争议，本文据此展开探讨。

（一）儿童邪典作品制作者的刑事责任

儿童邪典作品制作者的责任，应该根据其制作的儿童邪典作品的类型不同而分情况讨论。对于制作淫秽色情类儿童邪典作品的，当制作者的主观目的是为了以制作淫秽作品来牟利，则可以认为其构成制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪。若制作者并非具有牟利的目的，而是单纯地为了满足自身的癖好，制作此类儿童邪典作品，且没有进行传播，而是供自己观赏，则不宜认定为犯罪。对于有学者提出的“儿童色情制品持有入罪论”，^②认为只要是持有了此类儿童淫秽作品，就应该进行刑法规制。^③本文认为针对淫秽色情类儿童邪典作品并不成立，淫秽色情类儿童邪典作品大多并非取材于现实中的儿童，而是对动画形象进行曲解改编，不能将动画中的人物形象等同于现实生活中的儿童，两者在刑法中的保护地位有云泥之别。在美国刑法中，对于

“虚拟儿童色情物品（virtual child pornography）”这种由计算机技术虚拟出来的儿童形象也区别于一般的儿童色情物品。^④退言之，持有型犯罪的刑事可罚性根据在于非法持有这些物品本身具有重大法益侵害危险性或者严重的义务违反性，而无牟利目的地制作并持有淫秽色情类儿童邪典作品不具有危险性或者义务违反性，所以不应该适用刑法规制，否则会有损刑法的谦抑性，属于“不妥当”的处罚。^⑤

对于制作暴力恐怖类的儿童邪典作品，当前《刑法》中并无相关罪名加以规制。实际上，就暴力恐怖类的儿童邪典作品而言，本文认为如果不以牟利为目的，而是仅限于自我制作、自我欣赏且并不传播，由于儿童邪典作品是基于动漫卡通形象进行再次加工，所以不会侵害儿童的身心健康法益，也不宜加以刑法规制。但是以牟利为目的制作暴力恐怖类儿童邪典作品，可以认为其是传播的前置行为，应该将其拟制为传播行为，并且确实存在侵害儿童身心健康法益，制作者应该负刑事责任，此处没有相关罪名加以规制，属于法益保护的阙漏。

（二）儿童邪典作品传播者的刑事责任

儿童邪典作品传播者的刑事责任，同样需要根据儿童邪典作品类型加以区分。对于传播淫秽色情类的儿童邪典作品，具有牟利目的，定制、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，而不以牟利为目的的传播者，则定传播淫秽色情物品罪。对于传播淫秽色情类儿童邪典作品定罪，是因为虚拟的淫秽儿童邪典形象虽然没有采用实际的儿童素材，但这种传播行为会加剧儿童性早熟，扭曲儿童认知，损害儿童的身心健康法益。^⑥值得注意的是，虽然《刑法》中已经有相关罪名加以规制，但是缺乏针对性，适用上述两个罪名，并没有突出对儿童身心健康法益的特殊保

① 参见邓辉林：《该遭痛击的不止“儿童邪典片”》，载《深圳特区报》2018年1月24日第A02版。

② 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。

③ 屠锦超、陈露：《非法持有网络儿童色情制品犯罪的立法探讨》，载《少年儿童研究》2019年第4期。

④ Masuchika, Glenn, *Japanese Cartoons, Virtual Child Pornography, Academic Libraries, and the Law*, Reference & User Services Quarterly, 2015, 54(4): p54-60.

⑤ 张明楷：《网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心》，载《人民检察》2014年第9期。

⑥ Neil Levy, *Virtual child pornography: The eroticization of inequality*, Kluwer Academic Publishers, 2002, 4(4): p319-323.

护。实际上,向儿童传播此类淫秽色情物品的危害性远大于一般的传播淫秽色情物品行为,甚至会衍生出儿童卖淫之类的其他类型的犯罪行为,对未成年人的身心造成严重伤害,^①因此在具体罪名的设置和适用上,存在改进的空间。

对于传播暴力恐怖类的儿童邪典作品,在新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》中,在第50条提出要“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身心健康内容的图书、报刊、电影、广播电视节目、舞台艺术作品、音像制品、电子出版物和网络信息等”,相较以往,不仅增加了对“复制、出版、发布”行为的规制,而且增加了传播物品的类型,包括“电影、广播电视节目、舞台艺术作品”,体现了国家对于恐怖暴力类儿童邪典作品的规制力度加大,并在第4条提出“保护未成年人要适应未成年人身心健康发展的规律和特点”,首次提出了“身心健康”的概念,从而提纲挈领地指出了对未成年人身心健康的保护。实际上,向儿童传播暴力恐怖类作品所造成的法益损害并不小于淫秽色情类作品,因此同样应该纳入刑法规制的范畴,并在《刑法》中新设罪名。除此以外,有学者认为如果儿童邪典作品中包含暴力、血腥等恐怖元素,传播达到一定量,容易造成“暴力模仿”,则涉嫌传授犯罪方法罪,^②本文赞同这一论断。对于儿童而言,暴力恐怖类儿童邪典作品会潜移默化地改变儿童的认知和价值观念,现阶段校园欺凌犯罪愈演愈烈,其中无论是软暴力手段还是硬暴力手段,残忍性都超出公众的一般预期,^③而手段的学习来源很可能是儿童邪典作品。如果有证据证明儿童是通过观看此类儿童邪典作品学会了其中手段,比如“针刺、刀砍”等,并对他人实施伤

害,虽然不能追究儿童的刑事责任,但是可以追究此类作品传播者的刑事责任。实际上,对于传播暴力恐怖类儿童邪典作品定传授犯罪方法罪,虽然能够规制一部分传播行为,但是由结果推导至定罪,忽略了传播暴力恐怖类儿童邪典作品造成的其他损害,不能完全涵盖保护法益,如果儿童未模仿其中暴力行为但是身心受到伤害则无法加以规制,因此对于传播此类作品的行为,应该新设罪名加以规制。

(三) 出版社及图书馆的刑事责任

针对儿童邪典作品的流出,作为儿童邪典作品出版展示平台的出版社和图书馆也遭到了公众的“口诛笔伐”,对于这两者刑事责任的判定,区别于网络平台,其扩散的范围是现实可控的物理世界,影响的对象相对单一,传播的途径相对可控,应该根据其在儿童邪典作品扩散过程中的定位,参照相应的规范性文件内容进行探讨。

对于出版社出版此类儿童邪典作品的刑事责任,如果其出版的是淫秽色情类儿童邪典作品,则根据是否具有牟利的目的分别定制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪或者传播淫秽物品罪,如果出版社并未直接出版儿童邪典作品,而是通过提供书号的方式来帮助出版此类作品,则构成为他人提供书号出版淫秽书刊罪。出版社出版暴力恐怖类的儿童邪典作品,则触犯《出版管理条例》的规定,^④适用行政处罚,但是本文认为行政处罚缺乏对此类行为的威慑力,对于出版物达到一定数量的,且儿童在阅读后造成严重后果的,可以认为构成传授犯罪方法罪。对于没有严格把握出版审查标准,在审核过程中把关不严,造成暴力恐怖类儿童邪典作品传播的,且数量不大,尚未造成严重后果的,应该认为其属于中立的帮助行为者,虽然不定罪,但是应该

① 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。

② 韩晓瑜:《我国网络儿童色情犯罪的预防与治理——以“儿童邪典片”为切入点》,载《广播电视大学学报》2018年第2期。

③ 陈禹衡:《〈法国刑法典〉对中国校园欺凌犯罪治理的镜鉴——基于54份校园欺凌案件刑事裁判的分析》,载《预防青少年犯罪研究》2019年第3期。

④ 《出版管理条例》第25条规定“任何出版物不得含有宣扬淫秽、赌博、暴力或者教唆犯罪的内容”,第26条规定“以未成年人为对象的出版物不得含有诱发未成年人模仿违反社会公德的行为和违法犯罪的行为的内容,不得含有恐怖、残酷等妨害未成年人身心健康的内容”。

督促其构建刑事合规体系以避免此类情况发生。

对于图书馆在儿童邪典作品传播过程中的刑事责任,可以将其理解为线下传播平台,同样定位为中立的帮助行为者。根据《公共图书馆少年儿童服务规范》(GB/T 36720-2018)的要求,图书馆应该保障儿童平等阅读的权利,避免不适宜儿童阅读的图书流入,在《中华人民共和国公共图书馆法》(以下简称《公共图书馆法》)中也规定图书馆应该开展面向少年儿童的阅读指导和社会教育活动。图书馆作为中立的帮助行为者,只要图书馆没有违反相关规范性文件的规定,就不应认为其中立的帮助行为制造了不被法所容许的危险,其不具有帮助行为性,不成立帮助犯。^①刑法学的永恒主题是在法益保护与自由保障之间追寻平衡,^②对于图书馆而言,在日常的工作流程中,对于某些儿童邪典作品,出现了审核漏洞,并非出于主观故意将此类作品放入展示书架而为儿童所借阅的,在日常行为中不宜认定为帮助犯。^③罗克辛的主观说强调了中立行为只有制造了不被法所容许的危险才能进行客观归责,进而作为帮助犯予以处罚。^④此处图书馆的行为,在客观上不具有明显的法益侵害性,在主观上也没有明确的认识,^⑤至于有的学者提出的假定的代替原因考虑说,^⑥认为图书馆在向儿童传播此类儿童邪典作品中出于不可替代的关键的一环,因此认为其是帮助犯,则主观加重了图书馆的责任,实际上帮助行为并不需要具有不可取代性,也不需要具有关键性的客观贡献,^⑦不能因为客观贡献的大小判定帮助犯成立与否,而是应该同时参考其主观目的,图书馆在这里只要不具备传播儿童邪典作品的主观目的,就不宜认定为相关罪名的帮助犯。

(四) 网络平台的刑事责任

在此次儿童邪典作品传播事件中,网络平台首当其冲成为了公众声讨的“主角”,但是对于网络平台的刑事责任,不能动辄适用严刑峻法。有学者认为互联网平台应该过滤违法有害的内容,为儿童提供健康成长的网络环境,^⑧所以当其没有筛选相关内容,导致儿童邪典作品流出,就应该视为相关罪名的共犯,这无疑加重了网络平台的刑事责任,有违司法公正。

依据中立的帮助行为理论,网络平台作为网络服务的提供者,主要是提供展示信息的平台给各个账户持有者,本身并无参与到儿童邪典视频传播的意愿,在此次事件中提供中立的帮助行为,充当不纯正的不作为犯,如果贸然处罚则违背罪刑法定原则。^⑨在类似的快播案中,快播作为P2P平台,充当了网络信息的“守门人”的角色,^⑩而由快播案折射出的我国互联网管控重心由“网络用户向网络服务提供者转移”的动向,^⑪则意味着网络平台的责任有加重的趋势,赋予了网络平台一定的信息网络安全管理义务。实际上,对于网络平台而言,在被赋予了相应的信息网络安全管理义务后,如果没能严格地履行相应义务,将构成拒不履行网络安全管理义务罪。其要求网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,经监管部门责令采取改正措施而拒不改正,致使违法信息大量传播,而儿童邪典作品,则属于违法信息。值得注意的是,如果盲目地扩张网络平台的信息网络安全管理义务,实际上会阻碍网络平台的健康发展,这种担心并非多余,公众出于义愤对网络平台的横加指责有可能会成为压垮网络平台发展的“最后一根稻草”。

① 陈洪兵:《论中立帮助行为的处罚边界》,载《中国法学》2017年第1期。

② 张明楷:《刑法原理》,商务印书馆2011年版,第9页。

③ 张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第385页。

④ [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲译,法律出版社2013年版,第153页。

⑤ 周光权:《刑法总论》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第235页。

⑥ [日]岛田聪一郎:《正犯·共犯论的基础理论》,日本东京大学出版会2002年版,第57页。

⑦ 林钰雄:《新刑法总则》(第4版),元照出版公司2014年版,第483-484页。

⑧ 陈绚:《新闻传播伦理与法规概论》,高等教育出版社2012年版,第36页。

⑨ 陈洪兵:《论技术中立行为的犯罪边界》,载《南通大学学报(社会科学版)》2019年第1期。

⑩ 高磊:《论P2P共享服务提供者的刑事责任——以快播案为视角》,载《环球法律评论》2017年第5期。

⑪ 刘艳红:《无罪的快播与有罪的思维——“快播案”有罪论之反思与批判》,载《政治与法律》2016年第12期。

草”。在美国,上述担忧同样存在,其认为“允许甚至容忍因网络用户的行为使网络服务提供者面临刑事责任的可能性,将会引发严苛的自我审查机制,从而导致互联网产业法律更加清晰、更少针对网络服务提供者进行法律执行的国家迁徙。”^①鉴于此,本文认为,对于网络平台在儿童邪典作品传播过程中的刑事责任,不可一概而论,而是应该根据网络平台的主观目的,以及客观的行为所造成的法益侵害进行综合性的探讨。一般情况下,网络平台对于用户生成、上传的信息内容不负有一般性的审查监控义务,仅负有事后“通知—移除”的民事、行政责任,^②只有当网络平台深入参与儿童邪典作品的制作、传播过程,并从中牟利,或者在监管机关提醒之后,仍旧不做出更改,甚至进行包庇,则构成相关罪名。

除了一般意义上的刑事责任判断,有人提出当网络平台利用大数据算法向儿童提供儿童邪典作品,并且形成特定的推送倾向,则需要负有刑事责任。^③对于网络平台的算法推送出现推送倾向,是因为网络平台的后台算法形成了算法偏见,^④在得知儿童有观看儿童邪典作品的倾向后,在后台程序中予以推荐。这种算法偏见本身并不能归因于网络平台,算法偏见来源多样且不可避免,因此一味地苛责网络平台加强监管并不可取,考虑到大数据算法的运行逻辑,不能让网络平台承担刑事责任,而是可以让网络平台在刑事合规体系的构建中,单独设置对儿童推送的监管义务,严格对儿童账户监管责任,争取“防患于未然”,而在整个社会的监管体系中,也应该考虑算法技术的巨大优势,坚持算法行政的理念,^⑤利用算法筛选和避免儿童邪典作品,并且推荐优秀的儿童观赏作品给

适龄儿童。

四、儿童邪典作品刑法规制的路径完善

针对儿童邪典作品的刑法规制,由于其本身类型复杂,导致对于儿童邪典作品的刑法规制存在适用偏差,并存在保护法益的阙漏。鉴于此,对于儿童邪典作品刑法规制的完善,可以从两方面着手:其一是新设对儿童传播淫秽、暴力制品罪,填补现有的刑事处罚漏洞,统一刑法规制路径;其二是敦促出版社、图书馆以及网络平台进行刑事合规建设,将刑事合规作为不可避免的违法性认识错误而作出罪处理,^⑥构建相应的出罪门槛。

(一) 新设对儿童传播淫秽、暴力制品罪

新设对未成年人传播淫秽、暴力制品罪,是为了填补现有的刑事处罚漏洞,并且对未成年人适用特殊保护,将其置于《刑法》第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”这一章节。本罪中采用儿童的概念,是和《刑法》第四章中的猥亵儿童罪等相关罪名保持一致,对儿童传播淫秽、暴力制品的行为,可以视为一种“精神霸凌”和“精神猥亵”,但是其采用的影响方式并不相同。刑法规范是裁判规范与行为规范的复合体,^⑦本罪的行为方式,应该是向儿童传播淫秽、恐怖的书刊、影片、音像、图片或者其他物品,行为范式的基本架构和传播淫秽物品罪相似。由于“制作暴力恐怖类儿童邪典作品以牟利的行为”存在刑法规制的漏洞,考虑到其处于传播行为的前置阶段,且以牟利为目的制作,后续的行为必然是用于传播,因此可以将该行为拟制为传播暴力作品的行为,以对儿童传播淫秽、暴力制品罪加以规制。本罪的保护法益,是指未成年人的身心健康

① Lawrence G. Walters、杨新绿、涂龙科:《美国网络服务提供者的刑事责任理论研究——基于网上色情信息的视角》,载《刑法论丛》2015年第4期。

② 陈洪兵:《网络服务商的刑事责任边界——以“快播案”判决为切入点》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期。

③ 参见赵航:《儿童邪典视频蔓延,谁在推波助澜?》,载《工人日报》2018年1月26日第3版。

④ 陈洪兵、陈禹衡:《刑法领域的新挑战:人工智能的算法偏见》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期。

⑤ 陈禹衡、陈洪兵:《反思与完善:算法行政背景下健康码的适用风险探析》,载《电子政务》2020年第8期。

⑥ 田宏杰:《刑事合规的反思》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期。

⑦ [日]日高义博:《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社2015年版,第9页。

表 1 原有罪名的刑法规制体系

行为	淫秽色情类 儿童邪典作品		暴力恐怖类 儿童邪典作品		惊险猎奇类 儿童邪典作品
制作	牟利：制作淫秽物品 牟利罪	不牟利：无罪	牟利：无罪	不牟利：无罪	无罪
传播	牟利：传播淫秽物品 牟利罪	不牟利：传播淫秽物 品罪	牟利：无罪	不牟利：无罪	

表 2 新设对儿童传播淫秽、暴力制品罪后的刑法规制体系

行为	淫秽色情类 儿童邪典作品		暴力恐怖类 儿童邪典作品		惊险猎奇类 儿童邪典作品
制作	牟利：制作淫秽物品 牟利罪	不牟利：无罪	牟利：拟制为对儿童传播 淫秽、暴力制品罪	不牟利：无罪	无罪
传播	牟利：对儿童传播淫 秽、暴力制品罪	不牟利：对儿童传播 淫秽、暴力制品罪	牟利：对儿童传播淫秽、 暴力制品罪	不牟利：对儿童传播 淫秽、暴力制品罪	

法益，不需要以牟利为目的。对于本罪和传播淫秽物品牟利罪以及传播淫秽物品罪的法条竞合，由于该行为只是构成对一个法益的侵害事实，但是可以适用多个罪名，^①此时应该适用对儿童传播淫秽、暴力制品罪，因为本罪属于特殊罪名，针对的犯罪对象固定为儿童，因此适用“特殊罪名优于一般罪名”的原则，优先适用对儿童传播淫秽、暴力制品罪。对于本罪的刑罚，应该重于传播淫秽物品牟利罪以及传播淫秽物品罪的刑罚，概因本罪的犯罪对象为儿童，出于对儿童身心健康法益的保护，相较于一般的传播淫秽物品的行为，向儿童传播此类物品，不仅主观恶性更大，而且法益损害更加严重，因此适用更重的刑罚，以实现儿童的特殊保护。

通过上表的对比可以发现，在新设了对儿童传播淫秽、暴力制品罪，并对制作暴力恐怖类儿童邪典作品牟利进行法律拟制后，对于此类制作、传播儿童邪典类作品行为的刑法规制达成统一，避免了罪名的分散。第一，根据域外的立法经验，对于向儿童传播淫秽、暴力制品一般多另设罪名以示重视，如美国刑法中设立“儿童色情物品犯罪（child pornography）”，并在各州的刑法中都对此类制作、贩卖、传播

行为进行刑事处罚^②。日本则在特别刑法《嫖宿儿童及儿童色情禁止法》中^③，对于“持有、提供儿童色情物品等”行为，分别处以相应的刑罚，将向儿童传播淫秽色情物品的行为单独提出加以处罚，体现了对儿童的特殊保护，值得注意的是，在本法第三章中，规定了对身心受有影响的儿童提供保护的措施，设立保护体制、召开社会保障审议会等，^④值得我国镜鉴。在德国刑法中，第176条“对儿童的性滥用”中，规定了“向儿童展示淫秽图片或模型，播放具有淫秽内容的录音，借助于信息和通信技术传播淫秽内容”处3个月以上5年以下自由刑，^⑤也是对向儿童传播淫秽物品单独定罪。《法国刑法典》对于此类行为规制的最为全面，将淫秽色情和暴力恐怖两者涵盖其中，在第227-24条中，规定了“采用任何手段、通过任何载体，制作、输送和传播暴力性质、教唆恐怖主义行为、色情性质或者可能严重侵犯人之尊严的信息，如果该影像能够被未成年人所见或所听，处三年监禁并科75000欧元罚金”^⑥，这一罪名的设置，与时俱进，最大限度地涵盖了对向儿童传播淫秽、暴力制品的行为，值得我国借鉴。第二，在新设罪名后，整合了向儿童传播

①[日]山口厚：《刑法总论》（第3版），付立庆译，中国人民大学出版社2018年版，第390页。

②刘士心：《美国刑法各论原理》，人民出版社2015年版，第330页。

③[日]平成26年（2014）6月25日法律第79号。

④张凌、于秀峰：《日本刑法及特别刑法总览》，人民法院出版社2017年版，第165-169页。

⑤徐久生：《德国刑法典》，北京大学出版社2019年版，第131页。

⑥朱琳：《最新法国刑法典》，法律出版社2016年版，第148页。

淫秽、暴力制品的行为的刑法规制,凸显了对儿童的特殊保护,避免了罪名适用的混乱,并将暴力制品涵盖其中,从而填补了《刑法》的阙漏,保护了儿童的身心健康法益。除此以外,我国在设置相关罪名时,要注重体系解释,保证罪名内部的协调,避免相关条文间的冲突,在刑罚设置上,避免出现重罪轻刑的状况,同时学习日本的特别刑法中对于受害儿童的保护措施模式,以规范性文件的形式,设立相应的心理疏导和保护措施。

(二) 敦促中立的帮助行为者构建刑事合规体系

对于出版社、图书馆以及网络平台,其作为中立的帮助行为者,不应该直接承担刑事责任,但是其作为行为的参与者,本身应该构建相应的刑事合规体系,以避免此类制作、传播行为的不良影响的扩散,并且以此将刑事合规作为出罪的理由。^①

对于出版社而言,刑事合规体系的构建可以有效地帮助其预防犯罪,作为一种特殊预防措施,^②能够避免出版社因为出版审核失误所导致的刑事风险。出版社加强内部合规建设,首先需要制定合理且切实可行的合规计划,合规计划的构建应该和相应的规范性文件保持一致,如《出版管理条例》中第25、26条规定,就应该成为刑事合规计划的主要内容。其次,在具体内容中,对于儿童邪典作品的审查,除了规范性文件的内容外,还要考虑道德因素,在《合规体系指南》中提到的“合规文化”,就是体现公司社会责任和道德责任的价值观念和道德规范的集合。^③而对儿童邪典作品的出版审核,包括对惊险猎奇类儿童邪典作品的审核,就应该体现出版社的道德责任。最后,在制定合规计划之后,需要由出版社出面进行合规审查,从而阻却单位责任,由出版

社主导的合规审查,能够最大限度地提升合规审查的效率,^④并且激发单位进行刑事合规审查的积极性。

对于图书馆而言,刑事合规体系的构建,应该结合《公共图书馆法》的内容,将其中有关儿童保障的条款予以落实,对展示阅读内容进行筛选,避免将儿童邪典作品上架借阅。图书馆刑事合规体系的构建不能仅基于传统的线下图书馆,也要对线上图书馆制定刑事合规计划,参考美国《儿童互联网络保护法》的要求,其中规定在学校及公共图书馆的电脑安装内容过滤器软件,以避免儿童接触到成人信息或者淫秽软色情信息。鉴于此,对于线上图书馆刑事合规体系的构建,集中在对线上图书馆中可能存在的有害及虚假信息的审核,^⑤以及可能出现的面向儿童邪典作品的网络链接,也应该予以核查。综合来看,图书馆构建刑事合规体系,应该从线下和线上两个方面着手发力,既注重当下图书馆的治理建设,促使自身遵守法律,^⑥又要对未来的线上图书馆建设做到未雨绸缪,避免线上资源出现儿童邪典作品以及相关链接,保障儿童的身心健康法益。

网络平台的刑事合规体系构建一直以来是一个颇具争议的话题,其刑事合规体系的构建要求“对必要的标准、程序等问题进行彻底的研修和告知,建立违规的惩戒等强制措施,并且拟定为防止相同犯罪而适当应对以及重新评价的计划”^⑦。对于网络平台而言,《刑法》中增设的拒不履行网络安全管理义务罪倒逼网络平台构建相应的刑事合规计划,实际上,存在有效的遵守法令的合规计划表明企业尽到了选任监督上的义务,实现法人免责。^⑧鉴于此,合规计划的设立可以让网络平台作为中立的帮助行为者在商业活动和刑事责任之间取得平衡,根据“守门人责任理论”,

①[美]菲利普·韦勒、万方:《有效的合规计划与企业刑事诉讼》,载《财经法学》2018年第3期。

②马明亮:《作为犯罪治理方式的企业合规》,载《政法论坛》2020年第3期。

③陈瑞华:《论企业合规的中国化问题》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2020年第3期。

④时延安、孟珊:《规制、合规与刑事制裁——以食品安全为论域》,载《山东社会科学》2020年第5期。

⑤蒋金艳:《美国图书馆参与打击网络虚假信息研究》,载《图书馆建设》2018年第12期。

⑥[英]杰瑞米·侯德:《阿什沃斯刑法原理》,时延安、史蔚译,中国法制出版社2019年版,第7页。

⑦[日]浜田阳一郎:《合规的思考方式》,日本中央公论新社2005年版,第59页。

⑧李本灿:《合规与刑法:全球视野的考察》,中国政法大学出版社2018年版,第216-217页。

网络平台对网络秩序的维护具有最便利的管控条件和最低的管控成本。^①构建网络平台的刑事合规体系,首先,要遵照《中华人民共和国网络安全法》《信息网络传播权保护条例》等规范性文件,厘定审核的视频文件的范围,确定视频文件的审核标准,判定儿童邪典作品是否被涵括在内,并且规范具体的审核流程。除此以外,算法偏见的问题也应该纳入刑事合规体系中,通过设置外部的控制人员和控制方式,建立用以防范、制裁技术滥用行为的内部措施,^②并加强技术监管,将社会规制手段融入其中^③。其次,最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2019〕15号)对拒不履行网络安全管理义务罪中规定的“监管部门责令采取改正措施而拒不改正”进行了明确,从而提供了一定的出罪空间,^④其中刑事合规计划的作用就得以发挥,并应该予以重点考量。最后,网络平台对于儿童邪典作品的治理,应该在刑事合规的框架内进行,但是不能因此彻底免除网络平台的责任,对于“明确知道其行为一定会或者很大概率上可能导致危害结果的发生,而仍不采取制止措施的,则认定其具有追求或者希望结果发生的故意”^⑤,据此认定网络平台的刑事责任。

综合来看,敦促中立的帮助行为者构建刑事合规体系,可以使其内容透明化,间接地起到防范该企业在社会上实施不法行为于未然的作用。^⑥对于刑事合规计划的构建,可以有效地降低单位的刑事责任风险,一方面促使其进行内部自查,遏制儿童邪典作品的传播,另一方面,可以降低单位正常运转的风险,有效地降低罪责,^⑦帮助其更好地发展。

五、结语

儿童邪典作品的爆发,是网络时代高速发展所带来的恶果,各类媒介对犯罪的报道扩大其影响,而影响的扩大又使更多的人进行犯罪模仿,导致更多犯罪的产生。^⑧对于儿童邪典作品,不必“谈虎色变”,但是更不能“无动于衷”,而是应该将其进行相应的划分,认清儿童邪典作品的本质,并且基于不同类型的儿童邪典作品,区分不同行为主体在制作、传播儿童邪典作品中的刑事责任,据此填补刑事处罚的漏洞,构建刑事合规体系。既要保障公众的著作权,同时也要避免儿童邪典作品对儿童身心健康法益的破坏,从而在线上和线下构建良好的阅读学习环境,突出对儿童的优先保护和特殊保护。^⑨

(责任编辑/郭开元)

① Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, Yale University Press, 1986, 2(1): p53-104.

② [德] 乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江瀚译,中国法制出版社 2012 年版,第 246 页。

③ 李梦、肖燕雄:《论我国网络游戏规制中的制度失调问题》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 5 期。

④ 于冲:《网络平台刑事合规的基础、功能与路径》,载《中国刑事法杂志》2019 年第 6 期。

⑤ [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 264 页。

⑥ [日] 川口恭弘:《现代の金融機関と法》,日本中央経済社 2001 年版,第 163 页。

⑦ 孙国祥:《刑事合规的理念、机能和中国的构建》,载《中国刑事法杂志》2019 年第 2 期。

⑧ 江作苏、孙志鹏:《伦理的彷徨:逆全球化思潮与媒介伦理情绪化语境的分析》,载《新闻大学》2018 年第 1 期。

⑨ 郭开元、张晓冰:《〈未成年人网络保护条例(送审稿)〉座谈会综述》,载《预防青少年犯罪研究》2017 年第 1 期。