

行的扩大解释,其能够及时依据社会生活的发展变化作出反应,从而能够在一定程度上起到填补“法律空白”、促进法律有效实施的作用。司法实践中,司法解释已然被广大司法工作人员奉为圭臬,成为其不折不扣的圣经,其适用效力在某种程度上与法律相同甚至超越了法律。也正因为如此,司法解释广受司法僭越立法之质疑。不可否认,一些司法解释可能存在解释不当或司法僭越立法之嫌,但我们绝不能从一个极端——将司法解释凌驾于法律之上,走向另一个极端——在没有正确理解司法解释精神内涵的情况下,对司法解释提出质疑并广加批判。因为法律不是嘲笑的对象,司法解释也同样不是嘲笑的对象。如果动辄对司法解释提出质疑并加以批判和贬损,势必会影响司法解释本身的权威性,甚至还会影响据此所作判决的权威性,并最终阻滞我国法治建设的进程。

日本性侵未成年人犯罪的法律规制 及其对我国的启示

刘建利*

【内容摘要】 为有效防止性侵未成年人犯罪,日本以刑法和特别刑法中的相关法条相配合,已经建立起了一套相对完整而成熟的规制性侵未成年人犯罪的法律体系。为了进一步完善我国针对性侵未成年人犯罪的法律规制,我国应该借鉴日本的作法,顺应国际化潮流,不仅要注重处罚性侵未成年人的犯罪行为,而且需要加强保护未成年被害人的措施,通过立法加强对性侵未成年人犯罪的周边犯罪行为的处罚,扩大对未成年男性的保护范围。

【关键词】 性侵未成年人 买春儿童 儿童色情

随着2013年5月“海南校长带女生开房”案件的曝光,国内一连串的性侵中小學生事件也接连浮出水面,性侵未成年人犯罪亦迅速发展成为社会关注的焦点。^① 鉴于此类案件数量之多、发生频率之高、受害人数之众、作案情节之恶劣、危害后果之严重、舆论震荡之剧烈,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2013年10月23日联合发布了《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》的通知(以下简称《意见》),以严惩性侵未成年人之恶劣行径,保护未成年人的合法权益。邻国日本针对性侵未成年人行为除刑法规定外,还存在专门制定的规制性侵未成年人犯罪的特别刑法,相对而言已经建立起了一套比较完整、成熟的针对性侵未成年人犯罪的法律规制体系,其中有不少地方值得我国参考与借鉴。本文将从日本针对性侵未成年人犯罪进行的法律规制的具体内容,以及不同法律之间相互关系、运用现状以及最新动向进行探究,并以此为基础探讨对我国的启示作用,以期能够为我国在实践中运用和完善《意见》提供参考,提高我国针对未成年人的性保护水平。

一、日本性侵未成年人犯罪的法律规制现状

日本规制性侵未成年人犯罪的刑事法可以分为两大类:一类是刑法和特别刑法上的关于保护所有

* 刘建利,东南大学法学院副教授,日本早稻田大学法学博士。本文系江苏省社会科学基金重点项目“作为社会治理手段的刑事政策研究”(项目号:12FXA001)的阶段性研究成果。

① 如2012年5月,一名受害女童的母亲报案,警方在某中学门口抓获了再次伺机作案的李新功,一起河南官员强奸、猥亵11名幼女的案件浮出水面,引起社会高度关注。最终,李某被判成立强奸罪、猥亵儿童罪,在2013年6月18日被执行死刑。参见 <http://news.sohu.com/s2012/lixingong/>, 2013年11月14日访问。

人的性犯罪规定;另一类是特别刑法中专门针对性侵未成年人犯罪的规定。前者主要指《刑法典》、《关于规制跟踪行为等法律》、《防止骚扰条例》中针对性犯罪的相关规定。后者主要体现在《买春儿童、儿童色情处罚法》、《儿童福祉法》以及日本各地方政府的《青少年保护育成条例》等相关法律条文规定中。这几部法律共同为日本的未成年人不被性侵害提供了法律保护网,它们在具体内容上虽然有部分重合的地方,但也都有自身的特色。

(一) 关于性犯罪的一般规定

1. 刑法典上的性犯罪 《日本刑法典》^①对未成年人的性保护主要体现在该法第二十二章“猥亵、奸淫和重婚罪”中的针对侵害性自由犯罪以及侵害性风俗犯罪的规定中。由于这两类的犯罪对象并没有限定为成年人,因而这些保护规定当然适用于未成年人被性侵的场合。关于性犯罪的规定主要有:强制猥亵罪(第176条),强奸罪(第177条),准强制猥亵罪与准强奸罪(第178条),集团强奸罪(第178条之二),强制猥亵、准强制猥亵致死伤罪(第181条第1款),强奸、准强奸致死伤罪(第181条第2款),集团强奸致死伤罪(第181条第3款)。这些均是侵害个人法益的犯罪,所保护的法益主要是个人的性自由和性感情。关于性风俗的犯罪规定有:公然猥亵罪(第174条)、散布猥亵物等罪(第175条)、劝诱淫行罪(第184条)。这类犯罪所保护的法益是社会法益,即社会健康的公共性风俗和性道德。具体而言,传统的观点认为这类犯罪所保护的法益是“性行为的非公然性”。由于侵害到了受宪法所保护的表现的自由,而且有导致刑法泛道德化的嫌疑,所以后来通说的观点改变为“不希望看到猥亵物的成人的性感情或性的自我决定权”。当下通说的观点则认为,本类犯罪的保护法益是“精神上的社会环境”,这类犯罪的处罚根据在于,一般人如果知道了散布露骨的性描写、性器官的照片等行为,会产生不快感,会伤害到公众的感情。^②

(1) 强制猥亵罪。根据《日本刑法典》第176条的规定,对已满13周岁的男女,以暴力或胁迫手段实施猥亵行为的,成立强制猥亵罪,处6个月以上10年以下的有期徒刑。对于未满13周岁的男女,不论具体手段如何,即使存在同意,只要实施了猥亵行为的,也成立本罪,处6个月以上10年以下的有期徒刑。本罪的犯罪对象与强奸罪不同,男女均可成立。但是,针对已满13周岁男女的,要求必须满足“以暴力或胁迫手段实施”这一要件,才能成立本罪;而针对未满13周岁的,不管采用的是何种手段,即使被害人同意,也成立本罪。关于“暴力或者胁迫手段”,依照日本刑法理论通说的观点,虽然并不要求达到类似于强盗罪那样的能够压制对方反抗的程度,但是要求能够达到致使反抗非常困难的程度。但判例却认为,只要达到能够抑制抵抗的必要程度即可。另外,“暴行”本身就可以被认为是猥亵行为的场合,可以直接成立强制猥亵罪。例如,违反女性意愿,用手指插入其阴部的行为,在厕所内从背后用左手抓摸被害者臀部的行为等,都被判例认定为是通过暴力实施了猥亵行为。所谓“猥亵行为”,按照日本判例以及刑法理论通说的观点,是指一味地刺激或满足性欲,并且侵害普通人正常的性羞耻心,违反善性道德观念的行为;或者说是指所有能够认定为侵害了被害者性自由的行为。在判例上被判为“猥亵行为”的有:违对方意志强行与饮食店的女店员接吻、搂抱,强行隔着裙子抚摸女性的性器官,将异物插入少年的肛门,违背女性意志拍摄其裸照,强迫有同居关系的男女进行性交等行为。^③此外,作为本罪成立的主观要件,除故意外,是否还需具备刺激或满足行为者性欲的性意图或内心的性倾向这一要件,在刑法理论界和实务界都存在争议。

(2) 强奸罪。《日本刑法典》第177条规定,以暴力或胁迫手段奸淫13岁以上女子的,成立强奸罪,处3年以上有期徒刑;奸淫未满13岁女子的,同样处理。本罪与强制猥亵罪不同,犯罪对象仅限于女性。“奸淫”是指男女间的性交,男性的生殖器至少要有一部分插入女性的生殖器,既遂不以射精为要

^① 《日本刑法典》内容参见日本政府网站 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/M40/M40H0045.html>, 2013年11月14日访问。

^② [日]高桥则夫《刑法各论》,成文堂2011年版,第546页。

^③ 同上,第121页。

件。关于“暴力或胁迫手段”，并不要求达到压制对方反抗的程度，只要能够达到致使对方难以反抗的程度即可。^① 通说认为，本罪实行行为的着手时间应该是作为奸淫手段的暴行或胁迫行为的开始时间，而判例则认为，即使是在为了奸淫而着手实施暴力或胁迫行为之前的阶段，只要具备了“能够发生强奸的客观危险性”，就可认定为已经着手。比如，在行为人以强奸为目的将抵抗的被害人拖进车内，开到5公里之外的护岸工程工地，在驾驶室内压制被害人的反抗将其奸淫的案件中，判例认为在行为人将被害人强行拖入车内的时点就已经成立着手。^② 另外，由于强奸罪乃是强制猥亵罪的特殊形态，因而以奸淫目的实施了猥亵行为的场合，如果成立了强奸罪（未遂），作为法条竞合，就不会再成立强制猥亵罪。

（3）准强制猥亵罪与准强奸罪。根据《日本刑法典》第178条的规定，利用他人心神丧失或处于不能抗拒的状态，或者是使他人心神丧失或处于不能抗拒的状态而实施猥亵或强奸行为的，成立准强制猥亵罪与准强奸罪，分别按照刑法第176条和177条的规定处理。本罪与强制猥亵罪和强奸罪的最大区别在于，本罪并没有采用暴力或胁迫的手段，而是利用被害人不能抵抗的状态而实施猥亵或奸淫行为。“心神丧失”，是指因丧失意识（昏迷、大醉等）或高度精神障碍而引起的不能正常判断性行为的状态。此处的“心神丧失”与作为无责任能力的“心神丧失”不同，比如重度的精神薄弱者，即使其处于无责任能力的心神丧失状态，只要其理解性交的意义，就不属于本罪所规定的“心神丧失”状态。“不能抗拒”，是指因“心神丧失”以外的理由（物理性或心理性原因）而不能抗拒或难以抗拒的状态。物理性的不能抗拒是指手脚被捆绑而不能抗拒，而心理性不能抗拒则是指因认识错误或畏惧而处于不能抗拒的状态，比如，因相信医生正在为自己看病而不能抵抗的场合。上述的强制猥亵罪、强奸罪、准强制猥亵罪与准强奸罪即使是未遂的，也予以处罚（第179条）。此外，因这些罪（包括未遂罪）而致人死伤的，成立强制猥亵等致死伤罪（第181条第1、2款），处无期或者3年以上有期徒刑。二人以上在现场共同犯强奸罪或准强奸罪的，成立集团强奸罪，处4年以上有期徒刑（第178条之二），致人死伤的，处6年以上有期徒刑（第181条第3款）。

（4）公然猥亵罪。根据《日本刑法典》第174条的规定，公然实施猥亵行为的，成立公然猥亵罪，处6个月以下的有期徒刑或者30万日元以下的罚金、拘留或者科料。“公然”是指猥亵行为处于不特定或多数人能够认知的状态。^③ 按照通说的观点，不要求猥亵行为一定要确实被不特定或多数人所认知，只要具备被认知到的可能性即可。而且，不要求行为者认识到自己的行为具有公然性，只要该行为发生的环境在客观上具有公然性即可。“猥亵行为”是指刺激或满足行为者或他人性欲的动作，并且侵害普通人正常的性羞耻心，违反善良的性道德观念的行为。^④ 通说的观点认为，是否属于猥亵行为应当根据行为当时的社会通常观念判断，应随着时代的发展而变化，比如现今乳房的露出和接吻已经称不上是猥亵行为。在司法实务上，在剧场表演猥亵行为以及通过英特网对不特定的人现场直播猥亵的案件，均被判处成立公然猥亵罪。

（5）散布猥亵物等罪。依据《日本刑法典》第175条的规定，散布或者公然陈列猥亵性文书、图画、电磁记录相关的记录媒介或者其他猥亵物的，成立散布猥亵物等罪，处2年以下的有期徒刑或者250万日元以下的罚金或者科料。以有偿散布为目的而持有前款之物的，或者保管前款之电磁记录的作同样处理。本罪处罚的是散布、公然陈列具有猥亵性之物的行为。“散布”是指有偿或无偿地向不特定或多数人交付的行为，真正接受交付的即使是仅仅数人也没关系。“公然陈列”是指将对象物置于不特定或多数人能够阅览的状态。仅仅将对象物置于特定少数人能够认知状态的行为，则不属于公然陈列。比如，针对行为人在一间外界难以随便进入的封闭的室内对其几名特定的朋友放映淫秽电影的案件，判例

① [日]最判昭和24.5.10 刑集3卷6号711页。

② [日]最判昭和45.7.28 刑集24卷7号585页。

③ [日]最决昭和32.5.22 刑集11卷5号1526页。

④ [日]东京高判昭和27.12.18 高刑集5卷12号2314页。

就认为该行为不属于公然陈列。^①

(6) 劝诱淫行罪。依据《日本刑法典》第182条的规定,以营利为目的,劝诱没有淫行常习的女子与他人发生奸淫行为的,成立劝诱淫行罪,处3年以下有期徒刑或者30万日元以下的罚金。“没有淫行常习的女子”指不具有和不特定的人进行性交的习惯的女子,不论是否具有性生活经验,也不论年龄多大。“以营利为目的”指以取得财产利益为目的。“劝诱”指让女子产生奸淫决定的一切行为。本罪处罚的其实是一种组织卖淫行为。日本和中国同样,卖春和买春行为(即卖淫和嫖娼行为)并没有被刑法规定为犯罪。《卖春防止法》第3条规定,任何人不得从事卖春和卖春行为,但是针对违反了该规定的却并没有规定具体罚则。所以,在日本卖春和买春都是违法行为,但却不会被处罚。^②这主要因为日本传统文化认为卖春的人一般都有不得已而为之的苦衷,其实都是社会的弱者,对她们应该加以保护,而不是处罚。《卖春防止法》主要是通过处罚助长卖春的行为来实现防止卖春的目的。比如,本法把劝诱卖春、周旋卖春、为卖春提供场所的行为都规定为犯罪。因此,刑法中的劝诱淫行罪在《卖春防止法》成立之后,便丧失了存在意义。

2. 特别刑法上的性犯罪。(1) 关于规制跟踪等行为的法律。《关于规制跟踪行为等法律》^③中也存在处罚与性犯罪关联性较强行为的规定。该法主要处罚的是特定的跟踪行为。根据该法第2条,“跟踪行为”是指针对特定的人实施以下八类行为:①纠缠、守候、堵住来往通路或在住所、工作单位等对象人经常待的地方(以下简称“住所”)的附近进行监视,或者是强行闯入对象人住所的行为;②通过明示而暗示的方法让对象人认识到其行动已经受到监视;③要求对象人与自己见面、交往等他人并无义务实施的行为;④向对象人使用特别粗鲁和野蛮的言语;⑤拨通对象人电话却又什么也不说,或者是明明被拒绝过了却仍然连续打电话或送传真;⑥向对象人送付污秽物、动物的尸体以及其他让人产生明显不愉快或厌恶情感之物,或者是将这些东西放置成对象人能够发现的状态;⑦告知要损害对象人名誉的事项,或将其放置成对象人能够知晓的状态;⑧告知对象人能够伤害其性羞耻心的事项,或将其放置成对象人能够知晓的状态,或者是给对象人送付能够伤害其性羞耻心的文书、图画等物或者将其放置成对象人能够知晓的状态。依据该法规定,以发泄爱恋等好意情感,或者是因这些情感未能获得回应而产生的怨恨情感为目的,针对特定的对象或其配偶、直系或同居亲属等关系亲密者反复实行第1至4类“跟踪”行为,侵害到这些人的身体安全、住所安宁、名誉或者是令这些人担心其行为自由受到严重侵害的,处6个月以下的有期徒刑或50万日元的罚金;实施第5至8类“跟踪”行为的,处以“禁止命令”。“禁止命令”的内容可分为两类:一是不得继续实施相关“跟踪”行为;二是为了防止该行为继续发生而采取的必要措施。如果违反该前者“禁止命令”的,将会被处以1年以下有期徒刑或100万日元以下的罚金;违反后者“禁止命令”的,会被处以6个月以下的有期徒刑或50万日元的罚金。

(2) 日本地方政法的防止骚扰条例。在日本与性行为有关的法律规制还有地方政府制定的防止骚扰条例。比如,《东京都防止骚扰条例》^④第5条第1款规定“任何人不得在公共场所或公共交通工具内对人实施令人感到强烈羞耻或不安的卑劣言行”,如果违反该条款的,依据同法第8条,最高将被处以1年以下的有期徒刑或100万日元的罚金。大阪以及其他多个地方政府也都制定了相类似的规定。本法条主要规制的对象有两类行为,即所谓的“痴汉”和“色情偷拍”行为。“痴汉”是指一种轻度性行为,与强制猥亵较为接近。按照日本学者的解释,从内衣外面触摸女性的身体是“痴汉”行为,而

① [日]广岛高判昭和25.7.24高刑判特12号97页。

② 如下文所述,对方为未成年人的场合除外。因为,如果对方是未满18周岁的未成年,买春方则会因违反《买春儿童、儿童色情处罚法》而受处罚。如果对方是未满13周岁的幼女,则会成立强奸罪。

③ 原文名称为「ストーカー行為等の規制等に関する法律」,其内容参见日本政法网站 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H12/H12HO081.html>,2013年11月14日访问。

④ 原文正式名称为「公衆に迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例」,其内容参见东京都警视厅网站 http://www.keishicho.metro.tokyo.jp/seian/gujourei/image/meiwaku_jorei.pdf,2013年11月14日访问。

将手伸进内衣让女性产生羞耻心的则是强制猥亵。“色情偷拍”主要指偷拍女性穿着内衣时的形态,最为典型的行为就是,用带有拍照功能的手机从女性的裙子下面偷拍女性的内裤。本罪的另一个限制要件为“令人感到强烈羞耻或不安”,这一要件并不意味着被害者要在现实中确实感受到强烈的羞耻或不安。只要达到如果被害者知道了该言行就会感到强烈羞耻或不安的程度即可。至于何种行为会令人感到强烈羞耻或不安,其具体判断标准为“一般人标准”,即与被害者处于同等情况下的大多数人的感受为准,而不是以被害者的个人主观感受为准。^①

(二) 针对性侵未成年人的特别刑法规定

为了保护未成年人,日本还制定了一些特别刑法专门针对性侵未成年人犯罪的规定,主要体现在《买春儿童、儿童色情处罚法》、《儿童福祉法》、《青少年保护育成条例》以及《规制利用网上介绍异性的业务引诱儿童的法律》等相关法律的条文中。这些法律规定的保护法益是作为弱者的未成年人健全地性发育的权利。

1. 《买春儿童、儿童色情处罚法》。^② 日本的刑法虽然规定了强奸罪和强制猥亵罪,但由于这两类犯罪的既遂与未遂均为亲告罪(《日本刑法典》第180第1款),^③被害者不告诉的话,犯罪人将不会被公诉。所以,考虑到这类犯罪的特殊性,仅仅靠刑法并不能对性侵未成年人的行为进行有效规制,遭受到了来自国内和国际上的强烈批判。因此,为了弥补刑法规定的缺陷,日本于1999年5月制定了《买春儿童、儿童色情处罚法》。该法是日本用以保护儿童不受性榨取的主要法律,其目的是防止性榨取以及性虐待儿童,以拥护儿童的性权利(该法第1条)。为了实现该目的,该法在规定处罚买春儿童、散布儿童色情物的同时,还规定了一些保护被害儿童的措施。该法中的“儿童”是指未满18周岁的人(该法第2条),相当于我国法律中的未成年人。而且,该法第9条明文规定不能以不知道儿童的年龄为由逃避法律责任,除非行为人关于年龄的误判连过失都不存在。

(1) 处罚的主要内容。^④ ①买春儿童罪。《买春儿童、儿童色情处罚法》的第4条规定,买春儿童的,成立买春儿童罪,处5年以下有期徒刑或者300万日元以下罚金。根据本法第2条第2款的定义,“买春儿童”是指给儿童本人、儿童性交斡旋者、儿童监护人或儿童支配人提供报酬,或者是约定提供报酬,与该儿童进行性交等行为。“性交等行为”包括性交、性交类似行为或为了满足自己的性好奇心,触摸儿童的性器官(包括性器官、肛门以及乳头等)或让儿童触摸自己的性器官的行为。本罪中的“买春”并不仅限于性交,而且还包括性交类似行为以及其他的猥亵行为。与刑法中的强奸罪相比,显然其大大扩大了对未成年人的保护范围。这可能是因为考虑到,只要支付了报酬,这些行为都会容易引发该法所规定的性榨取或性虐待,所以没有必要将其限定为性交行为。由于该法对“买春儿童”的定义作了明文界定,所以它与“猥亵”的关系还是比较清晰的,即通过行为者与被害者儿童需通过性器官进行身体接触这一要件进行限定。只有符合该要件的,才是该罪所规定的“买春”行为。比如,以付费为手段让儿童在行为人的面前露出性器官或者与其进行接吻,不符合该要件,就不能成立本罪。^④

②买春儿童斡旋、劝诱罪。《买春儿童、儿童色情处罚法》的第5条规定,为买春儿童提供斡旋的,处5年以下有期徒刑,单处或并处500万日元以下罚金。以此为业的,处7年以下有期徒刑,并处1000万日元以下罚金。该法第6条规定,以斡旋买春儿童为目的,劝诱他人买春儿童的,处5年以下有期徒刑,单处或并处500万日元以下罚金。以此为业的,处7年以下有期徒刑,并处1000万日元以下罚金。据此可见,该法不仅处罚直接的买春儿童行为,还把助长儿童买春的斡旋和劝诱行为也规定为犯罪。

① [日]松宫孝明《性犯罪における構成要件論の弁護》,载《刑事弁護》2003年第3期,第45页。

② 原文名称为「児童買春、児童ポルノに關する行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」,其内容参见日本政府网站 <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/strsearch.cgi>, 2013年11月14日访问。

③ 强奸罪和准强奸罪的既遂与未遂,当两人以上在场共同犯罪的时候为非亲告罪(《日本刑法》第180条第2款)。

④ [日]西田典之、镇目征树《児童の性的保護—児童買春児童ポルノ処罰法の成立を契機に》,载《法学教室》1999年第9期,第35页。

③提供儿童色情物等罪。《买春儿童、儿童色情处罚法》第7条规定,提供儿童色情物,处3年以下有期徒刑或300万日元以下罚金。依据该法第2条第3款的定义,“儿童色情”是指通过能够实现视觉再认的方法所进行的针对下列各项所列举的儿童形态进行记录的照片、电磁记录或其他媒介:a.与以儿童为对象或儿童相互之间实施的性交或类似性交行为相关联的儿童形态(以下简称“1号色情”);b.能够满足或刺激性欲的,他人触摸儿童性器官或者是儿童触摸他人性器官的相关的儿童形态(以下简称“2号色情”);c.能够满足或刺激性欲的,没穿或只穿很少衣服的儿童的形态(以下简称“3号色情”)。根据此定义,该罪所规定的“儿童色情”与刑法上的猥亵犯罪中的“猥亵性”相比,显然范围十分明确。2号色情与3号色情的规定均附有“能够满足或刺激性欲”这一限定要件,从防止儿童被性榨取或性虐待的立法目的出发,其判断标准应该是客观标准而不是纯粹的主观标准。^①

④以买春儿童为目的的人身买卖罪。《买春儿童、儿童色情处罚法》第8条规定,以买春儿童或制造儿童色情为目的,买卖儿童的,处1年以上10年以下的有期徒刑。以同样的目的,将被抢夺、诱拐或买卖的儿童移送往居住国之外的日本国民,处2年以上有期徒刑。未遂的也处罚。显然该罪处罚的是买春儿童罪的上游犯罪,以期减少买春儿童犯罪的发生。

(2)对儿童的保护措施。为了实现保护儿童权利的目的,该法不仅针对以上几种性侵未成年人的行为作出了处罚规定,而且为了实现保护儿童权利的立法目标,还规定了6种专门保护儿童的措施。

第一,搜查、审判中的保护。在参与搜查、审判涉及上述5种犯罪类型的案件中,相关职务人员要在考虑儿童的人权和特性的同时,必须要注意不得伤害儿童的名誉以及尊严。国家及地方政府应加强对相关职务人员进行启发和训导,以加深他们对儿童的人权和特性的理解(第12条)。

第二,关于媒体报道的禁止。媒体在报道与本法相关的案件时,不得刊登、报道、播放包含姓名、年龄、职业、就读学校的名称、住所、容貌等能够推断出该案儿童当事人的照片、新闻或者广播电视节目(第13条)。

第三,教育、启发及调查研究。考虑到买春儿童及提供儿童色情等行为对儿童的身心成长所带来的重大伤害,为了事前预防这类行为的发生,国家和地方政府应对国民加强教育和启发,以深化国民对儿童权利的理解。为了实现这一目标,国家和地方政府应该推进与此相关的调查和研究(第14条)。

第四,保护身心遭受有害影响儿童。针对因买春儿童以及儿童色情犯罪而身心遭受有害影响的儿童,相关行政机关应该相互配合,以实现根据受害儿童的身心状况以及所处的环境,帮助其从受害阴影中恢复身体和心理健康,使其在保有个人尊严的状态下成长为目标,适当采取交谈、指导、临时保护、送进各类福利机构等有必要的保护措施。为了实现这个目标,相关的行政机关为了保护儿童,认为在必要的时候,可以针对儿童的监护人采取相谈以及指导等措施(第15条)。

第五,改善针对身心遭受有害影响儿童的保护体制。国家和地方政府为了能够以专门知识理论为基础,切实保护因买春儿童以及儿童色情犯罪而身心遭受有害影响的儿童,应该推进有关保护这类儿童的调查研究,努力提高那些去执行保护这类儿童的工作人员素质,强化在需要对儿童进行紧急保护时的相关行政机关应该相互协作合作的体制,努力完善加强与保护这类儿童的团体的协力合作等体制建设(第16条)。

第六,推进国际合作。为了防止该法所规定的犯罪行为的发生以及迅速而恰当地展开对已发案件的搜查,应该确保与国外进行紧密配合,努力推进国际性的调查研究等国际合作(第17条)。

2.《儿童福祉法》与《青少年保护育成条例》。日本《儿童福祉法》^②第34条第6款规定,禁止让儿童从事淫行的行为。违反该规定,根据该法第60条第1款,将被处以10年以下有期徒刑或50万日元以下罚金。与此相关联,日本很多地方政府的《青少年保护育成条例》均规定,禁止与儿童发生淫行

① [日]西田典之、镇目征树《儿童の性的保護—児童買春児童ポルノ処罰法の成立を契機に》,载《法学教室》1999年第9期,第36页。

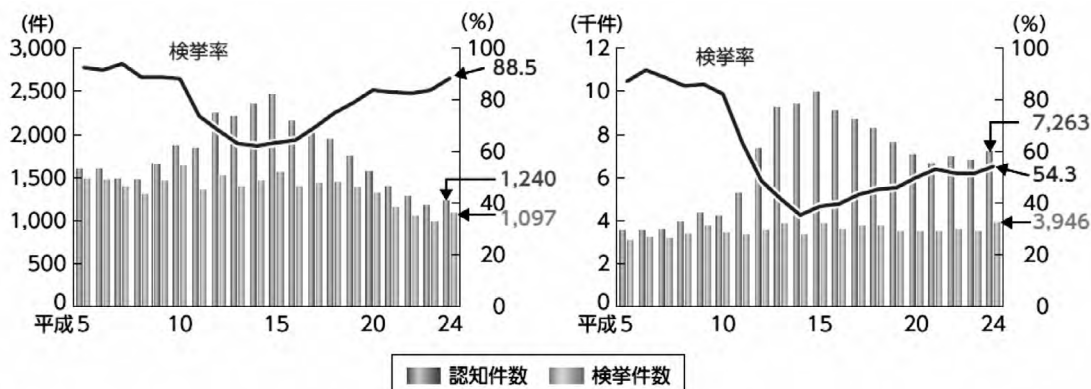
② 原文名称为《儿童福祉法》,其内容参见日本政法网站<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>,2013年11月14日访问。

为,如果违反该规定的,最高可处以2年以下有期徒刑。作为判例,针对中学教师利用其身份向一女学生说明某电动性玩具的使用方法,并让该女学生用其在桌子下面(下半身在桌子下面,桌子四周有布遮挡)实行自慰行为的案件,最高法院认定该行为违反《儿童福祉法》第34条第6款,维持了原判。^①

3. 规制利用网上介绍异性的业务引诱儿童的法律。《规制利用网上介绍异性的业务引诱儿童的法律》^②是日本针对性侵未成年人而制定的最新法律。该法第6条规定,任何人都不得利用网上介绍异性的业务从事以下行为:(1) 引诱儿童成为性交等行为^③的对象;(2) 引诱成年人成为与儿童进行性交等行为的对象;(3) 表示愿意提供报酬,引诱儿童成为与他人进行异性交际(性交等除外)的对象;(4) 表示愿意接收报酬,引诱他人成为与儿童进行异性交际(性交等除外)的对象。如果违反该规定的,依据该法第33条,将会被处以100万日元以下的罚款。该法主要是为了处罚“援助交际”的中介行为。所谓“援助交际”,最初是指少女为获得金钱而答应男士约会,不一定伴有性行为,现今一般是指日本社会对少女与成年男性从事色情交易的委婉说法。“援助交际”是一种双向行为,少女接受成年男子的物质援助(金钱、服装、食品等),成年男子接受少女的交往援助(陪喝酒、唱卡拉OK甚至性行为)。由于日本文化对“性自由”的宽容,且取证比较困难,仅仅依靠上述《买春儿童、儿童色情处罚法》,并不能有效取缔这类行为,所以该法的制定是寄希望于通过处罚这种中介行为来预防和减少“援助交际”的发生。

二、日本规制性侵未成年人犯罪的司法实践现状及最新动向

如表1所示,日本政府最新统计数据显示,日本强奸案件的认知数在2004年达到峰值(2500多件)后呈逐年递减趋势,至2011减为近20年来最低数值1185件,2012年为1240件,与前年相比略有回升(增4.6%)。而强制猥亵案件的认知件数从2004年的近万件,至2009年时递减至6000多件,之后呈现小幅上下变动,2012年为7263件,与2010年相比增加了393件(增5.7%)。此外,违反《防止卖春法》的案件数,从2003年起,大致呈现递减状态,2012年的案件受理人员数为967人。而违反《关于规制跟踪行为等法律》的案件,则整体呈现增长趋势,由2003年的170多件增至2012年的328件。整体看来,近10年来,日本的一般性犯罪案件数除违反《关于规制跟踪行为等法律》的案件之外,整体处于下降趋势之中。



注 警察厅の統計による。

表1 强奸与强制猥亵罪统计表④

① [日]最决平10.11.2刑集52卷8号505页。

② 原文名称为「インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律」,其内容参见日本政府网站 <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxselect.cgi>,2013年11月14日访问。

③ 具体内容与上文中的买春儿童罪中的“性交等行为”相同,下文亦同。

④ [日]日本法务省综合研究所编《平成25年版犯罪白書のあらまし》第4页,载日本政府网站: <http://www.moj.go.jp/content/000115818.pdf>,2013年11月14日访问。

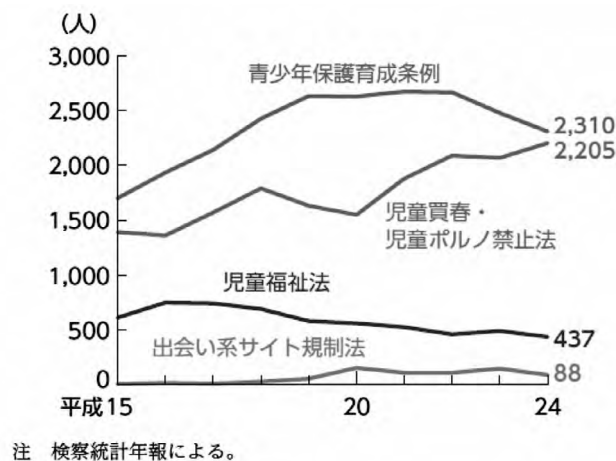


表2 日本性侵未成年特别刑法犯罪统计表①

从表2可以看出,违反青少年保护育成条例的人数,从2003年起一直处于增长趋势,但从2010年起则呈现连续递减趋势,2012年的受理人员为2310人。违反《儿童福祉法》的人数从2004年起处于缓慢递减状态,2012年的受理人员为437人。违反《规制利用网上介绍异性的业务引诱儿童的法律》的人数从2003年起一直维持在100人以内,2012年减为88人。而违反《禁止买春儿童、儿童色情处罚法》的案件,从2003年以来,整体呈现增加趋势,2012年的涉案人员为2205人。这主要是因为,随着因特网普及率的不断提高,助长了利用网络来实现买春儿童、儿童色情犯罪的发生。综上所述,在近10年中,日本性侵未成年人的案件虽然整体有增长的趋势,但全国每年平均发生的案件总量在5000件左右,在总人口中所占的比重还是比较低的。

受国内外形势的影响,日本曾于2004年6月对《买春儿童、儿童色情处罚法》进行了修正,主要内容有三点:(1)将该法的目的由“有助于拥护儿童权利”改为“拥护儿童权利”,用更为直接的表述来表明强化保护儿童权利的决心;(2)提高了买春儿童,买春儿童斡旋、劝诱等罪的法定刑。比如,将买春儿童罪的法定刑由“3年以下的有期徒刑或者100万日元以下的罚款”提高到“5年以下的有期徒刑或者500万日元以下的罚款”;(3)扩大了儿童色情相关行为的处罚范围。比如,在网上上传以儿童色情为内容的电磁记录的行为,向特定的少数对象提供儿童色情的行为,以提供为目的的持有和保管行为,制造儿童色情的行为等均成为本法修正后的处罚对象。

针对性侵未成年人犯罪,当下日本刑法理论界正在探讨的课题主要有两类:一是关于不以提供为目的的儿童色情物的制造、持有、运输等行为是否应该入罪的问题;二是关于假想儿童色情是否应该处罚的问题。关于第一个问题,在修正《买春儿童、儿童色情处罚法》时,在执政党所提出的修正草案中曾规定有处罚这类行为的条文,但最终在与在野党协议过程中被删除。第二个问题主要探讨的是不以现实存在的儿童为对象而创作的假想儿童色情(比如创作虚构的儿童色情图,制作虚构的儿童色情动漫、游戏等等)是否属于《买春儿童、儿童色情处罚法》第2条所规定的“儿童色情”的问题。此类假想儿童色情所表现的对象是现实中并不存在的儿童,并没有侵害到现实中某一特定儿童的法益,但这类行为却会助长以儿童为性对象的社会风气。比如,当下日本的某些色情游戏,用3D技术打破了原先2D卡通画面和真人表演的诸多局限,以互动为主的赤裸裸的虚拟性行为取代了原先以情节为卖点的间接性诱惑。游戏所提供的三维立体画面为玩家带来感官上的强烈刺激。如果游戏里的色情对象角色为假想儿童,则十分容易引起性侵儿童犯罪的发生。虽然目前通说的观点认为这类色情物不属于《买春儿童、儿童色情处罚法》第2条所规定的“儿童色情”,而且,这次《买春儿童、儿童色情处罚法》修正也未将其增加

① [日]日本法务省综合研究所编《平成25年版犯罪白書のあらまし》第4页,载日本政府网站: <http://www.moj.go.jp/content/000115818.pdf>, 2013年11月14日访问。

为处罚对象。但是,考虑到这类行为泛滥之后的后果严重性,认为应该将其规定为处罚对象的意见仍然有很多。^①关于这两个问题的进展,值得今后持续关注。

三、对我国的启示

通过了解日本针对性侵未成年人犯罪的法律规制体系、司法实践以及最新动向,可以看出,日本通过刑法与特别刑法的相互配合,在防止性侵未成年人的犯罪行为上已经形成了一个全方位、多层次、极具操作性的法律规制体系,而且经过司法实践检验,已经起到了较好的刑事政策效果。借鉴日本这方面的法制经验,有利于正确理解和适用《意见》,逐步完善我国关于性侵未成年人犯罪的法律规制,保护未成年人的合法权益。笔者认为,日本在这一领域至少有以下几点值得我国借鉴。

第一,及时反应社会变化,顺应国际化潮流,不断完善法律规制。日本针对性侵未成年人犯罪的法律规制体系并不是一蹴而就,而是经过多年逐渐发展和完善而来。其实其每一次的发展与变化不仅反应了国内治安状况的变化,而且与外部的国际潮流发展也有密切联系。比如,《买春儿童、儿童色情处罚法》制定于1999年,其成立背景是1989年《儿童权利公约》在联合国大会上获得通过。1991年欧盟理事会对所有成员国提出关于《以儿童和年轻人为对象的性榨取、色情、买春以及卖春》的劝告。1996年8月在瑞典所召开的《反对商业性榨取儿童的世界会议》上,包括日本在内的120多个国家共同约定在2000年之前制定国内行动计划,作为儿童色情物主要输出国的日本承诺通过完善国内立法,强化对这类性榨取儿童行为的法律规制。^②2004年日本对《买春儿童、儿童色情处罚法》进行了修改,其背景有两个:一是检察院的统计显示,2003年的买春儿童案件与之前年度相比有了大幅度的增加,呈现出让人担忧的态势;二是日本签署了《关于买卖儿童、买春儿童以及儿童色情等涉及儿童权利的条约的选择议定书》和《网络犯罪条约》这两个国际条约,有必要通过修正国内立法,以履行国际条约的义务。关于犯罪统计,日本政府每年都会及时对性侵未成年人犯罪(当然还包括其他各种典型犯罪)的数量和趋势做精确统计和分析,并以《犯罪白皮书》的形式向社会公开,从而为学者进行研究分析提供了素材,为立法机关及时修正法律提供了依据,也为政府制定新的刑事政策提供了参考。日本这种注重实证、及时反应社会变化、顺应国际化潮流的做法,确实值得我国借鉴。

第二,不仅注重处罚性侵未成年人的行为,而且强调保护未成年被害人。如前文所述,日本关于性侵未成年人犯罪的法律,在注重处罚性侵未成年人犯罪的同时,也强调采取保护被性侵未成年被害人的措施。例如,《买春儿童、儿童色情处罚法》在第12至17条中强调,在办理此类案件时,相关职务人员不得伤害儿童的名誉及尊严,媒体在报道相关案件时要保护未成年被害人的隐私,为了预防这类犯罪,政府应该加强相关的调查和研究,采取相关措施帮助受害未成年人从受害阴影中恢复身体和心理健康,在必要的时候可以针对未成年人监护人进行指导,努力改善面向身心遭受伤害的未成年被害人的保护体制,积极推进国际合作。虽然我国的《意见》第5至第8条也强调了一些保护未成年被害人的措施,比如,保护未成年被害人的隐私,优先由专门的工作小组办理此类案件,加强与民政、教育等部门协作做好未成年人的心理安抚、疏导工作等,但这些规定毕竟只是司法解释而不是法律,而且主要集中在司法阶段,效果可能会比较有限。因此,今后我国也应该通过立法的形式,具体明确司法机关、新闻媒体、政府的具体职责,动用全社会的力量来保护被性侵的未成年被害人。

第三,通过立法扩大对性侵未成年人犯罪的周边违法行为的处罚。日本的性侵未成年人犯罪的范围,不仅包括刑法上的强奸罪、强制猥亵罪、公然猥亵罪、散布猥亵物等罪、劝诱淫行罪,还包括了特别刑法上的跟踪犯罪、骚扰犯罪、买春儿童罪、买春儿童斡旋罪、劝诱买春儿童罪、提供儿童色情物罪等。而

^① [日] 岛户纯《儿童买春、儿童ポルノに関わる行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律》,载《现代刑事法》2004年第10号,第61-64页。

^② [日] 服部朗、佐佐木光明编著:《ハンドブック少年法》,明石书店2000年版,第364页。

我国《意见》在第1条中规定,该意见所称的性侵害未成年人犯罪,只包括刑法所规定的针对未成年人实施的强奸罪,强制猥亵、侮辱妇女罪,猥亵儿童罪,组织卖淫罪,强制卖淫罪,引诱、容留、介绍卖淫罪,引诱幼女罪,嫖宿幼女罪等,连我国刑法中的传播淫秽物品罪都没有被包括。可见该《意见》关注的只是强奸、猥亵等直接性侵未成年人的犯罪行为。而日本不但关注此类犯罪行为,还比较重视一些间接性侵未成年人和性侵未成年人的周边违法行为,显然其规制的范围比我国要大。虽然斡旋、劝诱买春儿童的行为不能直接侵害未成年人,但其会促进性侵未成年人案件发生,此外,提供儿童色情物的行为,也会助长性侵未成年人犯罪的发生。因此,我国不应该仅仅是重视直接性侵未成年人的行为,在未来也应该考虑参照日本的作法,即通过立法来加强规制处罚这类性侵未成年人的周边违法行为,以期更为有效地预防性侵未成年人犯罪。

第四,加强平等保护男女未成年人。日本的《买春儿童、儿童色情处罚法》规定,儿童是指未满18周岁的人(第2条)。我国《未成年人保护法》第2条规定,未成年人是指未满18周岁的公民。所以,日本法律中的“儿童”相当于我国法律中国的“未成年人”,其范围远大于我国刑法中所规定的儿童(未满14周岁)的范围。可见两国力图通过法律规制加强保护的對象是一致的。但是,由于我国法律规定存在局限性,未能给予男女未成年人完全相等的保护。比如,在猥亵犯罪方面,强制猥亵妇女罪的保护对象为妇女,猥亵儿童罪的保护对象为不满14周岁的幼男和幼女,对于猥亵超过14周岁未满18周岁的男性未成年人的行为,我国法律则不能像日本那样给予有效规制。虽然《意见》第22条规定,对已满14周岁的未成年男性实施猥亵,造成被害人轻伤以上后果,符合《刑法》第234条或者第232条规定的,以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。但是,依据本条只要没有造成轻伤以上后果,猥亵已满14周岁的男性未成年人则不构成犯罪。显然,这对于已满14周岁的男性未成年人的保护不如同一年龄段的女性,有失法律保护公平原则。因此,今后我国应该通过修订刑法或者制定新的专门立法为男女未成年人提供平等的保护。

性侵未成年人犯罪中“负有特殊职责的人员”之界定

康相鹏* 孙建保**

【内容摘要】“负有特殊职责的人员”的外延不应当仅限于六类特殊群体,而应当从开放的意义上加以理解。拓宽其外延,以适应社会生活的实际需要,其内涵则应当着重从“职责”一词上来加以理解。这种“职责”的具体内容及其来源与不作为犯中“义务”的内涵及来源基本相仿。当然,对于负有“特殊职责”的主体范围,应当适度把握,考虑宽严相济刑事政策的实际需要以及刑法的谦抑性,也不能过于宽泛,具体认定时有必要遵循若干基本准则。对于与此相关的疑难问题的认定,宜从实际出发,视具体情况而区别对待。

【关键词】 未成年人 性侵害犯罪 特殊职责

在最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部(以下简称“两高两部”)新颁行的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《意见》)中,出现了一个新的概念——“负有特殊职责的人

* 康相鹏,华东政法大学博士研究生,上海市徐汇区人民检察院未检科助理检察员。

** 孙建保,上海市高级人民法院法官,法学博士。