



淫秽电子 信息犯罪研究

周 新 著

非
外
借

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



淫秽电子信息犯罪研究

周 新 著

图书在版编目(CIP)数据

淫秽电子信息犯罪研究 / 周新著. —北京:法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1161 - 0

I. ①淫… II. ①周… III. ①制作、贩卖、传播淫秽物品罪—研究—中国 IV. ①D924.364

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 177523 号

淫秽电子信息犯罪研究
YINHUI DIANZI XINXI FANZUI YANJIU

周 新 著

策划编辑 高 山
责任编辑 汤子君
装帧设计 鲁 娟

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京玺诚印务有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 9.125
字数 220 千
版本 2017 年 7 月第 1 版
印次 2017 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1161 - 0

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

自互联网诞生之日起,以淫秽电子信息为代表的网络色情传媒就瞄准了这一如今拥有最广大受众的信息平台,其形式与内容不断升级与更新。尤其近年来,以手机、各类互联网站等为载体传播淫秽电子信息的相关犯罪行为,已成为互联网虚拟空间的毒瘤,一度十分猖獗。当前,淫秽电子信息直接传播平台(如手机、淫秽网站)往往和通讯运营商、广告主、广告联盟、第三方支付平台,形成了环环相扣的利益链条,可谓阵容强大。正如有关媒体描述,当前淫秽电子信息犯罪呈现如下主要的特点:第一,形式多样,触目惊心。淫秽色情网站提供大量的淫秽色情图片、录像、电影、动画、游戏和文字。第二,教唆引诱,气焰嚣张。有的公然在网上招嫖,组织、介绍卖淫嫖娼活动。第三,非法经营,牟取暴利。行为人靠制贩、传播淫秽色情信息,大发不义之财。第四,危害严重,群众反映强烈。淫秽电子信息泛滥,严重污染网络环境,腐蚀青少年的成长,败坏社会风气,诱发诸多犯罪。迄今,公安部等多部门在2005年9月、2007年4月、2009年1

月、12月、2012年3月和2014年4月先后六次在全国范围内联合开展打击网络淫秽色情的专项行动,其锋芒直指淫秽电子信息犯罪行为。为惩治此类违法犯罪行为,明确法律依据,第九届全国人民代表大会常务委员会2000年12月审议通过了《关于维护互联网安全的决定》(以下简称《决定》)。《决定》第3条第5项规定:“在互联网上建立淫秽网站、网页,提供淫秽网站链接服务,或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片”,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任。此后,最高人民法院、最高人民检察院于2004年和2010年出台了《关于办理利用互联网、移动通讯终端、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)》)和《关于办理利用互联网、移动通讯终端、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)》)。

然而,从当前我国的刑事司法实践和理论研究来看,在罪刑法定原则之下,如何根据刑法、《决定》和相关司法解释,惩治淫秽电子信息犯罪,为社会主义精神文明建设保驾护航,是一项具有积极的现实意义并值得深入研究的重大课题。客观而言,虽然我国已经出台上述规制淫秽电子信息犯罪的系列规定,但还是有诸多的法律问题有待进一步探讨:第一,淫秽电子信息的界定问题。从浙江方某“裸聊”案^①引发的学

① 浙江方某失业在家,偶然机会看到网络上真人演绎的激情视频后,觉得这是一条发财的好途径,便在网上开始收费裸聊。由于顾客盈门,方某便订立了一套收费标准,不同级别,不同价码,“生意”迅速在全国铺开。后经法院审理查明,从2006年11月到2007年5月案发,方某的裸聊“生意”遍及全国22个省、市、自治区,仅在电脑上查获聊天记录的就有300多名观众,网上银行汇款记录达千余次,计2.4万元。后2007年4月浙江某法院对方某“裸聊”牟利一案,根据《解释(一)》,以“传播淫秽物品牟利罪”一审判处有期徒刑6个月,缓刑1年,并处罚金5000元。因网络裸聊而被判判定罪的,此案在国内尚属首例参见陈东升:《浙江出国内裸聊获罪第一人罪名:传播淫秽物品牟利罪》,载《法制日报》2008年4月3日,第5版。

界争议来看,何为上述司法解释中的淫秽电子信息,司法实践中尚不明确。关于淫秽电子信息的本质、存在形式、判断标准、存在类型等的界定,学界尚未展开充分争鸣,亦未形成一致的观点。第二,淫秽电子信息犯罪和虚拟性行为^①(如裸聊)的区分问题。以裸聊为代表的虚拟性行为,由于涉及色情表演,常常和淫秽电子信息犯罪存在交集;但如何区分两者,从而合理划定淫秽电子信息犯罪的边界,在上述司法解释和学界探讨中,也尚未形成明确的标准。第三,传播淫秽电子信息犯罪中的行为方式的法律认定。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第六章第九节相关条文规定了制作、复制、出版、贩卖、传播以及组织播放等行为方式,但相关条文对这些行为在网络空间表现为何种方式没有明确的规定;或者说能否将网络上各种散播淫秽电子信息的行为解释为立法规定的这些行为方式;如“传播”和“陈列”为何种关系也没有相应的规定;目前QQ、whatsapp、飞信、微博、微信等传播媒介中的“转发”和“传播”究竟为何种关系,也无具体明确的法律规定。第四,目前一般认为,打击淫秽电子信息犯罪必须惩治其利益链条上的诸多主体。然而这些利益主体的范围如何认定,其行为方式是什么,其主观心态是什么,如何认定利益主体在主观上具有牟利的目的,这些问题均需深入研究。第五,惩治淫秽电子信息犯罪中如何加强对未成年人的保护,如何对各种花样翻新的低俗信息进行淫秽性判断,处理好淫秽电子信息案件中惩治犯罪与保障人权的均衡等,均具有重要的研究价值。

根据笔者所收集的资料判断,总体而言,国内外对淫秽电子信息犯罪研究不够深入,如对上述问题的研究均显单薄,有分量的研究成果也较少。至今为止,尚未有一部系统论述淫秽电子信息犯罪的理论专著

^① 一般认为,虚拟性行为(cybersex)是指通过网络、电话,尤其是远程视频,双方或者其中一方实施的以对方为性兴奋源的一种无现实身体接触的性行为(如“裸聊”)。

和博士学位论文。关于淫秽电子信息犯罪论述,主要零星地分布在一些论著^①及少量的学术论文^②中。

从客观现实来看,研究淫秽电子信息犯罪具有重要的理论意义。淫秽电子信息犯罪是当前网络犯罪的重要组成部分,对其展开系统深

① 相关的著作主要有:赵廷光等:《计算机犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2000年版;皮勇:《网络安全法原论》,中国人民公安大学出版社2008年版;皮勇:《网络犯罪比较研究》,中国人民公安大学出版社2005年版;于志刚:《虚拟空间中的刑法理论》,中国方正出版社2003年版;于志刚:《共同犯罪的网络异化研究》,中国方正出版社2010年版;于志刚:《传统犯罪的网络异化研究》,中国检察出版社2010年版;熊选国等:《刑法罪名适用指南——制作、贩卖、传播淫秽物品罪》,中国人民公安大学出版社2007年版;蒋小燕:《淫秽物品犯罪研究》,中国人民公安大学出版社2005年版;李希慧:《妨害社会管理秩序罪新论》,武汉大学出版社2001年版;张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版;张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版;王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2010年版;陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版;陈兴良:《刑法各论的一般理论》(第2版),中国人民大学出版社2007年版;赵秉志主编:《法学研究生精品教材·刑法分则要论》,中国法制出版社2010年版;林东茂:《刑法综览》(修订5版),中国人民大学出版社2009年版;林山田:《刑法各罪论》(上下册)(修订5版),北京大学出版社2012年版;[日]西田典之:《日本刑法各论》(第3版),刘明祥等译,中国人民大学出版社2007年版;[日]山口厚:《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版;[日]山口厚:《从新判例看刑法》(第2版),付立庆等译,中国人民大学出版社2009年版;[日]大谷实:《刑法各论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版;[日]大塚仁:《刑法概说》(各论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版;[英]J. C. 史密斯、B. 霍根:《英国刑法》,马清升等译,法律出版社2000年版。

② 皮勇:《互联网上淫秽信息涉罪的几个问题》,载《法学评论》2002年第3期;皮勇:《网络淫秽信息涉罪的几个问题分析》,载《人民检察》2005年第6期(上);康均心、刘爱军:《网络传播淫秽物品探析》,载《武汉公安干部学院学报》2003年第2期;谢煜伟:《论虚拟儿童色情的刑事立法趋势——谁的青春肉体不可亵渎?》,载《月旦法学杂志》2010年第11期;林志洁:《谁的标准?如何判断?——刑法第二三五条散布猥亵物品罪及相关判决评释》,载《月旦法学杂志》2007年第6期;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;蒋小燕:《论淫秽物品犯罪的行为对象》,载《河北法学》2011年第1期;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;赵秉志:《略谈惩治淫秽电子信息犯罪的司法解释》,载《法制资讯》2010年第2期;雍泽昆:《论淫秽电子信息不属于刑法上的淫秽物品》,载《云南大学学报》(法学版)2009年第6期;黎其武:《浅析惩治淫秽信息犯罪案件司法解释》,载《信息安全》2010年第6期;杨玉俊、严妍:《传播淫秽电子信息牟利情节的司法认定》,载《中国检察官》2010年第4期。另外,有四篇硕士学位论文,其分别为:宋寅亮:《网络传播淫秽物品犯罪认定研究》,湖南大学2010年硕士学位论文;邵立:《网络环境下传播淫秽物品罪若干问题研究》,华东政法大学2011年硕士学位论文;卢建斌:《网络传播淫秽物品犯罪研究》,厦门大学2009年硕士学位论文;安宇宁:《利用网络传播淫秽物品犯罪若干问题研究》,吉林大学2006年硕士学位论文。

入的研究,有利于完善反计算机犯罪理论体系,进一步丰富我国刑法理论。第一,研究淫秽电子信息犯罪有利于完善我国反计算机犯罪理论。淫秽电子信息犯罪属于计算机犯罪(网络犯罪)的一种,此行为在我国现行刑法中并无直接明文的规定。对其应根据《刑法》第287条和《刑法》第6章第9节的相关条文展开探讨。如上所述,目前我国理论界对其关注甚少,尚无系统全面的深入研究,故本书之展开,有利于弥补当前理论研究之不足,进一步完善和发展我国反计算机犯罪理论。第二,对淫秽电子信息犯罪的研究有利于在理论上正确划分其与虚拟性行为、淫秽色情出版物犯罪等概念的界限,有利于展开对淫秽电子犯罪的本体行为以及停止形态、罪数、刑事责任等的研究。淫秽电子信息应属于低俗信息的一种,如其范畴被认定得过于宽大,则不可避免地会扩大刑法对网络秩序的干涉,过度侵犯当事人的合法权益。同理,对淫秽电子信息犯罪入罪的各种具体条件的认定,应当保持谨慎、限制的态度,防止刑事责任的扩大化。这一理念始终贯彻在本书的研究之中,也是本书体现的理论意义之一。第三,研究淫秽电子信息犯罪的共犯问题,剖析传播淫秽电子信息的利益链条,明确相关主体的刑事责任。以往的理论研究,通常关注的是淫秽网站利益链的末端(如淫秽网站),而对于手机淫秽网站、电信运营商、广告主、广告联盟以及第三方支付平台形成的环环相扣的利益链条,尚未从共犯角度进行深入研究,这不利于彻底打击淫秽电子信息的传播。第四,研究惩治淫秽电子信息犯罪中犯罪管辖地的界定,清晰地确定该类犯罪的级别管辖与区域管辖,更有利于对淫秽电子信息犯罪进行起诉与审判。

研究淫秽电子信息犯罪不仅具有重要的理论意义,也具有极其重要的现实意义。一方面,对淫秽电子信息犯罪的研究有利于司法机关正确认定犯罪。在淫秽电子信息犯罪尚未充分展开探讨之前,我国司法实践对网络色情案件(如2005年北京柴某“裸聊”案、2007年浙江方

某“裸聊”案等)的处理常常存在很大争议。尽管上述司法解释在一定程度上明晰了法律适用,但对焦点案例(发招嫖短信案^①、共享淫秽视频种子案^②)的处理仍然值得商榷。另外,对淫秽电子信息犯罪中共犯的研究,将非常有利于司法实践中惩治淫秽电子信息传播链条中的各种违法主体,从而有利于进一步根治这一网络毒瘤。另一方面,研究淫秽电子信息犯罪,有利于在司法实践中充分保障人权,理性地维持虚拟世界的秩序。现实生活中,淫秽电子信息与网络与生俱来,网络情色文化可谓比比皆是,这充分说明淫秽低俗电子信息具有迎合某种人性需要的特征。所以,在司法实践中广泛适用刑罚惩治传播淫秽低俗电子信息的行为,难免会侵犯合法权益,在一定程度上制约互联网的长足发展。本书力争为司法实践提供一个惩治淫秽电子信息犯罪的合理犯罪圈。

根据研究目标与内容,采用现代刑法学理论(尤其是虚拟空间的刑法理论)、性社会学、犯罪学和计算机信息技术等相结合的知识理论体系,作为主导理论分析基础,并结合以实践调研、焦点案例分析等实证分析法,形成理论联系实际的分析研究体系。在该体系中,现代刑法学中的解释论是研究的基本理论支点。本书将通过对虚拟和现实进行对比分析,借鉴国外有关先进法学理论,探究传播淫秽电子信息行为在我国现行刑法中的罪与非罪、此罪与彼罪、罪重与罪轻以及刑事责任的厘

① 2011年3月某男子因半月内发送30万条招嫖短信,被东莞警方以涉嫌传播淫秽物品罪被刑事拘留。参见谢颖:《扫荡桑拿,揪出招嫖短信“黑手”》,载《羊城晚报》2011年3月12日,第A13版。

② 2012年4月,韦某发现一网友在群上询问“谁有日本某某明星的黄色影片?”时,发现自己正好有这样一部“匹配”的视频,便立即将该视频的种子复制粘贴在了QQ群上。韦某的“共享”之举,立即受到群里网友的追捧和点赞。经被举报,于2013年10月23日韦某被南宁市公安局南环派出所刑事拘留。参见《南宁大学生在QQ群共享AV淫秽视频种子被刑拘 好心上传竟被抓》,载 <http://www.szhk.com/2013/10/25/282856962310261.html>,最后访问日期:2013年11月3日。

定等法律问题。在实证分析中,通过对焦点案例的剖析,揭示淫秽电子信息犯罪行为的现象和趋势,并以此为基础,求得理论研究结果和实践需求之间的谋和,从而完成研究目标。

本书的主要创新为:第一,在研究方法上,本书基于现代刑法解释学,融合性社会学、犯罪学、信息技术等学科知识,多视角审视淫秽电子信息犯罪,并采用焦点案例剖析等实证研究方法,为理论分析提供事实根据。第二,在理论价值上,本书将丰富和发展虚拟空间的刑法理论。如对淫秽电子信息的本质、淫秽电子信息犯罪的界定和对淫秽电子信息犯罪的惩治边界、淫秽电子信息犯罪的行为、结果和犯罪心态,及淫秽电子信息犯罪的共犯、未完成形态、罪数、刑事责任大小等,进行系统和全面的探讨。第三,在应用价值上,本书将合理构建反淫秽电子信息犯罪的刑法理论体系,既能为当前司法实践中有效解决相关案件提供理论参考,也能为日合理处理各种传播淫秽电子信息的行为、预防和打击相关淫秽电子信息犯罪、构建净化虚拟空间的刑事法律制度奠定进一步的法律实践基础。

本书的研究以笔者博士学位论文为基础而展开,由于有些是个人观点,笔者经验尚欠、理论知识不足,该书或许存在不足,观点错误在所难免,欢迎批评指正。

是为序。

目 录

第一章 淫秽电子信息犯罪概述 001

第一节 淫秽电子信息之界定 001

一、淫秽电子信息的属性 001

二、淫秽电子信息的本质 005

三、淫秽电子信息之淫秽性判断 008

四、淫秽电子信息的种类 011

第二节 淫秽电子信息犯罪与相似犯罪之辨析 014

一、淫秽电子信息犯罪与虚拟性行为之辨析 014

二、淫秽电子信息犯罪与相关淫秽物品犯罪之辨析 020

第三节 淫秽电子信息犯罪的惩罚边界 029

一、淫秽电子信息犯罪与传播低俗电子信息的区分 030

二、淫秽电子信息犯罪社会危害性程度分析 033

第二章 淫秽电子信息犯罪现象论 038

第一节 淫秽电子信息犯罪现象 039

一、淫秽电子信息犯罪现象的历史演变 039

二、淫秽电子信息犯罪现象的类型分析 041

三、淫秽电子信息犯罪现象的动态分析 046

第二节 淫秽电子信息犯罪的特征 049

一、淫秽电子信息犯罪的网络特性 049

二、淫秽电子信息犯罪的主体特性 052

第三节 淫秽电子信息犯罪的原因分析 055

一、技术原因 056

二、经济原因 058

三、社会原因 061

四、个体原因 065

五、制度原因 070

第四节 淫秽电子信息犯罪防控机制 074

一、淫秽电子信息犯罪防控对策指导思想 074

二、淫秽电子信息犯罪法律防控机制 079

三、淫秽电子信息犯罪技术防控机制 082

四、淫秽电子信息犯罪道德防控机制 084

第三章 淫秽电子信息犯罪本体论 088

第一节 淫秽电子信息犯罪中的行为分析 089

一、淫秽电子信息犯罪中行为的属性 089

二、传播淫秽电子信息犯罪的具体行为模式分析 096

第二节 淫秽电子信息犯罪中的犯罪数量与数额 118

一、淫秽电子信息犯罪中淫秽物的数量分析 119

二、淫秽电子信息犯罪中点击数、会员数分析 125

三、淫秽电子信息犯罪中获利数额的分析 128

四、淫秽电子信息犯罪中的其他数量分析 132

第三节 淫秽电子信息犯罪的主观方面分析 135

一、对淫秽电子信息犯罪中的犯罪故意的分析 135

二、对淫秽电子信息犯罪中牟利目的的分析 140

三、对淫秽电子信息犯罪中违法性认识的分析	143
----------------------	-----

第四章 淫秽电子信息犯罪共犯论 147

第一节 淫秽电子信息共犯之一般分析	147
第二节 淫秽电子信息共犯之主体分析	154
第三节 淫秽电子信息共犯之犯意分析	158
第四节 淫秽电子信息共犯之客观方面分析	166
一、淫秽电子信息共犯的共同行为分析	166
二、淫秽电子信息共犯的危害结果分析	170

第五章 淫秽电子信息犯罪的处罚论 174

第一节 淫秽电子信息犯罪罪数分析	175
一、一罪情形分析	175
二、数罪情形分析	179
第二节 淫秽电子信息犯罪量刑分析	183
一、量刑的一般价值取向	183
二、量刑情节的具体筛选	186

第六章 淫秽电子信息犯罪诉讼论 195

第一节 淫秽电子信息犯罪的管辖	195
一、互联网语境下的刑事管辖理论	196
二、网络犯罪管辖权的理论和实践	205
三、淫秽电子信息犯罪管辖权问题的解决途径	219
第二节 淫秽电子信息犯罪的侦查	229
一、淫秽电子信息犯罪的侦查途径与方法	229

二、淫秽电子信息犯罪的侦查对策与建议	236
--------------------	-----

第三节 淫秽电子信息犯罪的电子取证	243
-------------------	-----

一、淫秽电子信息犯罪证据的特点	243
-----------------	-----

二、淫秽电子信息犯罪取证手段	247
----------------	-----

三、淫秽电子信息犯罪取证的规范与完善	251
--------------------	-----

结 论	259
-----	-----

参考文献	262
------	-----

后 记	273
-----	-----

第一章 淫秽电子信息犯罪概述

第一节 淫秽电子信息之界定

从一些焦点案例(如上述方某“裸聊”案、发招嫖短信案)引发的学界争议来看,何为上述司法解释中的淫秽电子信息,尚不明确。无疑,在罪刑法定原则之下,合理界定淫秽电子信息的属性、本质、种类和对其判断的一般标准,是惩治相关淫秽电子信息犯罪的罪与非罪的界限。所以,对于上述法律问题,我们理应深入探讨。

一、淫秽电子信息的属性

淫秽电子信息是否具有淫秽物品的属性,即是否属于淫秽物品的一种,直接关系到传播淫秽电子信息的行为能否按照传播淫秽物品(牟利)罪^①认定。《解释(一)》将淫秽电子信息划归为刑法中的淫秽物品,其相关犯罪按《刑法》第363、364条的规定定罪处罚。

^① 在本书中,传播淫秽物品(牟利)罪,是指制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪,和传播淫秽物品罪的简称。

对此,有论者认为淫秽电子信息不属于刑法中的淫秽物品,现行司法解释将淫秽电子信息当然地归属于刑法上的淫秽物品值得商榷。“将淫秽电子信息归属于刑法上的淫秽物品并无法律依据;在解释论上将淫秽电子信息归属于刑法上的淫秽物品属于类推适用刑法,为罪刑法定原则所不容;此外,将淫秽电子信息归属于刑法上的淫秽物品存在规范适用上的障碍,因而不具现实合理性。”^①笔者认为,淫秽电子信息当属刑法中的淫秽物品,相关司法解释有其法律依据,其规定符合罪刑法定原则,并未造成刑法规范适用上的障碍,具有合理性。

首先,《解释(一)》的法律依据并非《决定》,而是我国刑法的相关规定。《决定》第3条规定,“在互联网上建立淫秽网站、网页,提供淫秽站点链接服务,或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片”,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任。对此条规定的性质,有学者进行过分析。^②笔者认为,《决定》中的该条没有创制新的罪刑关系,不属于刑法规范,而应视为一种提示性立法,即是注意性规定,^③不能成为《解释(一)》的法律依据。《解释(一)》的法律依据只能是刑法相关法律规

① 侯泽昆:《论淫秽电子信息不属于刑法上的淫秽物品》,载《云南大学学报》(法学版)2009年第6期。

② 就《决定》第3条的规定,有学者认为,“‘淫秽网站、网页’以及通过网络传输的‘淫秽书刊、影片、音像、图片’本身仅是淫秽电子信息,其属于刑法典中的淫秽‘物品’吗?如果回答是肯定的,则意味着《决定》的规定是一个注意规定,其明文提示法官,刑法典中的淫秽物品不但包括以实物为载体的淫秽物品,而且包括不以实物为载体的淫秽电子信息;如果回答是否定的,则意味着《决定》的规定是一个特别规定,其扩大了刑法典中的淫秽物品的范围,将淫秽电子信息也视为淫秽‘物品’”,参见李立众编:《刑法一本通》(第4版),法律出版社2007年版,前言。

③ 将该《决定》的这一规定理解为注意性规定的理由,笔者赞同张明楷教授的分析。“《决定》的上述规定只是一种注意规定,而不是特别规定。换言之,《决定》的上述规定,不是特别刑法。现行刑法实施以来,其他法律都没有对刑法的规定作出修改与补充。所以,当其他法律只是针对某种行为规定‘依照刑法有关规定追究刑事责任’时,只有当行为完全符合刑法规定的构成要件时,才能追究刑事责任。反过来说,不能因为其他法律针对某种行为规定了‘依照刑法的规定追究刑事责任’,就直接将该行为认定为犯罪。否则就会违反罪刑法定原则。所以,上述《决定》并没有修改、补充刑法关于淫秽物品的规定,只是一种提示性规定。”参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第228页。

范。然而,笔者认为,既然《决定》是一种提示性立法,即体现出一种宣示性的刑事政策取向,当然会直接影响到我国刑法的法律适用。换言之,司法机关依据《决定》的精神,在遵守罪刑法定原则的前提下,对刑法相关条文进行法律适用上的合理解释,无可厚非。例如,依据第九届全国人大常委会第十二次会议通过的《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》的精神,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》,从而根据刑法规定,为办理邪教组织犯罪案件提供了具体适用刑法相关条款的司法依据。

其次,司法解释将淫秽电子信息归属于刑法上的淫秽物品,其解释方法为当然解释,完全符合罪刑法定原则的要求。当然解释一般是指刑法规范虽然没有明示某一事项,但依条文用语的形式逻辑、规范目的及事物的当然属性,将该事项解释为包括在该规定的使用范围之内。我国《刑法》第367条第1款规定,淫秽物品“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”。而《解释(一)》第9条规定,“刑法第三百六十七条第一款规定的‘其他淫秽物品’,包括具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的视频文件、音频文件、电子刊物、图片、文章、短信息等互联网、移动通讯终端电子信息和声讯台语音信息”。由此可见,司法解释只是将刑法规定的“书刊、影片、录像带、录音带、图片”电子化后形成的“视频文件、音频文件、电子刊物、图片、文章、短信息”解释为刑法中的“淫秽物品”;而书刊等淫秽物品无论采取纸质、胶片等有形载体,还是采取电磁设备等载体,其客观存在并无差异——只是改变了人们了解这一客观存在的方式,如纸质书可以裸眼直接阅读,而电子书则只能借助电子设备阅读。事实上,影片、录像带、录音带等淫秽物品均需借助特定设备才能