

祝贺马克昌教授执教五十六周年
暨八十华诞系列文丛
总主编 莫洪宪

淫秽物品犯罪

研究

蒋小燕 著



中国人民公安大学出版社

漢學研究

研究

臺灣漢學研究
第一屆學術研討會
論文輯



國立臺灣大學出版中心

祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛

总主编 莫洪宪

淫秽物品犯罪研究

蒋小燕 著

中国人民公安大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

淫秽物品犯罪研究/蒋小燕著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005.6

(祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛)

ISBN 7-81109-104-6

I. 淫... II. 蒋... III. ①传播淫秽物品罪—刑法—研究—中国②贩卖淫秽物品罪—刑法—研究—中国

IV. D924.364

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 059544 号

淫秽物品犯罪研究

YINHUI WUPIN FANZUI YANJIU

蒋小燕 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2005 年 6 月第 1 版

印 次: 2005 年 6 月第 1 次

印 张: 16

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 260 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81109-104-6/D·099

定 价: 36.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

总 序

2005年8月12日，是中国著名法学家、武汉大学法学院首任院长马克昌教授80华诞的喜庆之日。此年，也是马克昌教授从事法学教育和研究56周年。本套系列丛书是专为庆贺马克昌教授的80寿辰暨从事法学教育与研究56周年编辑而成的。

在56年的法学教育和法学研究生涯中，马克昌教授见证并亲身经历了中华人民共和国法治建设55年跌宕起伏的历程。1946年，他从河南省西华县考入著名的国立武汉大学法学院，学习法律并投身革命。1950年，他因品学兼优而毕业留校任教。不久，他即被保荐到中国人民大学研究生班，接受全新的学习和教育，同时，师从前苏联刑法学家贝斯特洛娃教授专攻刑法学。1952年，他完成研究生学业，回到武汉开始登台主讲刑法学。但由于众所周知的原因，在我国民主法治建设遭遇严重打击和挫折时，马克昌教授也未能幸免。1958年，马克昌教授受到不公正待遇被下放到农村劳动。1959年下半年，他虽然被宣布“摘帽”并得以重返武汉大学，但是法律系已被撤销，只得从事伙食科出纳员、图书馆馆员等工作。“文革”开始后，他又受到错误对待，并再次被下放到农村走“五七道路”，进行所谓的“劳动改造”，直至1972年才又回到武汉大学图书馆，工作到1979年。在此20多年的艰难岁月中，他风华正茂的青春日子和科学研究的黄金时间无声地流逝了。然而，在种种精神和肉体的磨难面前，他始终保持着乐观的精神面对人生，即便在农村、在图书馆，也作出了令人称道的成绩。

1979年，马克昌教授53岁，这一年，他终于迎来了时代和人生的重大转折。他被当时的武汉大学校长刘道玉教授委任为法律系副主任，协助法律系主任韩德培教授一道恢复和发展法律系，迎接新中国法治建设和教育的春天。受命后，马克昌教授怀着对法学事业的热爱和凭着深厚的学术功底，在事业上焕

发出青春的活力，全面展示了法学活动家、教育家和刑法大家的风采和魅力。

作为法学社会活动家，1980年，马克昌教授曾接受中华人民共和国司法部委派，在轰动世界的“林彪、江青反革命集团案”中，担任吴法宪的辩护人，依法工作，获得极大赞誉。他还兼任中国刑法学会名誉会长、最高人民法院特邀咨询员等多种社会职务，为国家的立法和司法改革作出了卓越的贡献。

作为法学教育家，从1983年开始，马克昌教授担任武汉大学法律系主任。1986年，武汉大学法学院成立后，他又出任法学院院长。他以极大的激情和精力，投身于法学院建设，带领全院教师和工作人员团结进取，在教学、科研、人才培养和对外交流等方面取得了令人瞩目的成绩，使武汉大学法学院成为“珞珈山上的王牌军”，成为中国著名的法学院，并一直保持着国内同行的领先地位，在国际上声誉日高。

作为学者，马克昌教授一直活跃在刑法学理论研究的舞台上，笔耕不辍。他参与主编的多部刑法学教材被誉为我国权威的刑法学教科书。由他主编的《犯罪通论》、《刑罚通论》、《中国刑事政策学》、《近代西方刑法学说史略》等著作，受到学界高度评价，成为我国刑法学研究的典籍性文献，是很多高校刑法专业研究生的指定教材。2002年，他出版的专著《比较刑法原理——外国刑法学总论》，以其丰富的内容、详实的文献、严谨的结构和深刻的见解轰动学界，并成为2003年度获国家图书奖的惟一法学类著作。

作为教师，马克昌教授一直活跃在教书育人的岗位上，为本科生、硕士生和博士生授课、讲座。他教学一丝不苟，而且在艰深的理论和现实案例中游刃有余，深入浅出，颇受学生欢迎和喜爱。他不仅引导学生学习专业知识，而且引导他们成为有理想、有追求、有责任感、有崇高修养的人。他为中国法治建设和法学教育培养了许多优秀人才，他们有的在最高人民法院、最高人民检察院、公安部以及各级司法机关和行政部门担任要职，有的已成为教授、博士生导师、学科带头人，活跃在法学教育和研究领域，在各条战线上为中国的法治建设作出自己的贡献。

马克昌教授是一位具有战略眼光的学者，他以开阔的视野、国际化的意识，重视对外交流，积极主动地将学科建设与国际接轨，置其于国际学术环境中发展。他曾经应邀到美国、加拿大、日本、德国、巴西等国家以及我国香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区访问讲学、参加国际学术会议；他也多次

热情邀请国际著名学者到中国来访问讲学，举办国际会议。通过与一流大学、一流学科、一流学者进行交流，不断引进新的学术信息、学术理论和学术思潮，马克昌教授身体力行，积极组织国际间的学术交流与合作，不断为学科建设注入生机，提升了本学科在国内外的知名度，增强了本学科在同类学科中的竞争力，为学科发展进入良性循环奠定了坚实的基础。

马克昌教授以其渊博的知识、卓越的理论成就和高尚的品德，赢得了中国司法界和刑法学界乃至整个法学界的尊敬和景仰，获得了国外同行的敬重和钦佩，受到学生的爱戴。在马克昌教授 80 华诞即将来临之际，他的学生们自发组织起来，策划了这套庆贺丛书，以表达自己对先生的感激和祝贺。本套丛书中的作品，有的是独著，有的是合著，它们都是马克昌教授的弟子们在刑法学、犯罪学方面新的研究成果。贺寿献礼意义深远，一方面是弟子们向先生汇报自己的工作；另一方面也通过这样的方式深化刑事法学理论研究，这也非常符合先生对弟子们的期许。

这套丛书在策划之时，得到中国人民公安大学出版社的大力支持和高度重视，他们组织了专门的编辑力量，负责丛书的编辑出版，在此，向中国人民公安大学出版社法律编辑部的编辑们表示诚挚的谢意！

衷心祝愿马克昌教授永葆青春，健康长寿！

丛书主编：莫洪宪

2005 年 2 月

导 言

淫秽物品犯罪，是指走私、制造、贩卖、传播淫秽物品的行为以及组织进行淫秽表演的行为。淫秽物品犯罪作为妨害风化犯罪的一种，其所涉及的是与性有关的风尚、道德。从一定意义上说，一定社会的风尚是与一定的统治秩序相联系的，由于统治者要通过标榜其统治下的风尚来维系社会的主导价值判断，从而确立一个统一的价值观以维持社会的有序运转。但在以法和道德的区别为前提的多种价值观共存的宽容社会中，一方面人们普遍认为，只有在具体侵犯了个人利益的场合，犯罪和刑罚才能被正当化，而对类似淫秽物品犯罪这样不发生具体被害的犯罪的处罚应当停止，也即从侵犯个人自由的立场来看，只要某行为没有侵犯具体的个人利益，刑法原则上对其不应予以处罚。另一方面，宪法赋予了人们一些表现的自由。除了言论、出版自由以外，还包括以电影、戏剧、音乐等手段表达思想的自由，刑法对这些宪法赋予的表现自由应予以重视和尊重。这样一来，在维护社会秩序与保护个人基本权利之间，刑法应如何发挥其协调作用，就成为我们需要探讨的问题。

从刑法所保护的社会关系分析，风尚所代表的就是一定的社会秩序，是维护社会正常、稳定与健康运行的“尺度”。尽管从纵向的历史分析，会发现这一“尺度”总会发生相应的变化，随着社会对个人权利的尊重日益彰显，社会对个人行为的容忍也日渐从宽，对个人行为的干涉也逐渐减少，因而只要与现行的统治秩序不发生大的冲突，刑罚不会轻易地对之诉诸强制。就惩罚淫秽物品犯罪而言，从世界范围来看，刑罚的惩治面实际上都在逐渐地缩小，从而形成社会秩序规制与个人自然权利的大致平衡。从社会危害性理论分析，社会容忍程度是判断某一行为的社会危害性的一个因素，当一个行为已经被社会所接受时，自然其就不会再被认为是犯罪；当某一行为能够被大多数社会成员容忍时，将之视为犯罪就显得没有必要了。尽管目前理论界有人对社会危害性理论提出了一定的质疑，但作为犯罪的实质判断标准，这一理论仍是说明某一行为

刑事可罚性的实质根据,对于社会危害性的判断不仅是判断罪与非罪的标准,而且也是衡量罪重、罪轻的标准。尽管该理论的内涵并不是很清楚,而且可操作性不强,但就淫秽物品犯罪而言,对于某一行为是否构成这类犯罪中的某一具体犯罪,如果不考查该行为的社会危害程度是否达到刑法规定的相应犯罪构成要件的标准,是很难决定、判断该行为是否构成犯罪的。淫秽物品犯罪的直接危害表现在对人们道德情操、伦理观念的腐蚀上。从这个意义上讲,利用国家暴力对达到一定社会危害程度的淫秽物品犯罪行为进行处理也是必需的。我们应当对这一问题给予足够的重视,因为这不仅是一个学理问题,而且在刑事立法政策上也尤为重要。“为了保持良好的社会风气,维护社会秩序,保护青少年身心健康,必须对这些东西严加取缔,同时对制作、贩卖这些东西(指淫秽物品)的犯罪分子,给予必要的法律制裁。”^①

淫秽物品犯罪的行为对象是淫秽物品。概括起来说,凡是能被人视觉、听觉感觉到的淫秽物品都包括在内。但由于性道义观念是随着时代的变化而变化的,因此社会不同、时代不同,对是否为淫秽物品进行判断所得的结论也不同。应持什么标准认定某物品属于淫秽物品,在刑法理论界,有的学者认为应根据社会通念进行客观判断,以一般人、普通人的观念为基础;^②有的学者认为应当将发表的作品所侵害的法益与其带来的学术的、艺术的利益进行比较、衡量后再作判断;^③还有的学者认为应从作品的整体进行判断,也即采用相对淫秽性的标准,其中又有根据作者写作动机、出版者的意图进行判断的主观说与从作品本身出发进行判断的客观说之争。^④这些争论与观点对我们确立淫秽性的判断标准,从而准确认定淫秽物品以及淫秽物品犯罪有重要意义。此外,淫秽性的认识究竟是什么内容,是对规范的构成要件要素的认识还是属于违法性的认识,由于影响到对认识错误的处理,因而也是值得我们注意的。

淫秽物品犯罪的行为表现较多,具体有走私、制作、复制、出版、贩卖、传播等形式。准确地概括各种行为的特点,将其与其他行为区别开来,便于在司法实践中对各种复杂情形准确把握,这也是研究淫秽物品犯罪行为时应解决

① 高铭喧著:《中华人民共和国刑法的孕育及诞生》,法律出版社1981年版,第229页。

② [日]阿部纯二著:《刑法判例与社会通念》,法时52卷5号,第40页。

③ [日]中山研一著:《淫秽罪的可罚性》,成文堂1994年版,第41页。

④ [日]团藤重光著:《注释刑法(4)》,有斐阁1965年版,第289页。

的问题。在各种淫秽物品犯罪的实行着手、既遂的标准以及共犯的认定中也存在一些有争议的问题亟待解决。

当然我们也看到,我国刑法学界在淫秽物品犯罪这一领域已开展了一定的研究,发表了一些有见地的论文和著作,如张明楷的《论淫秽物品的认定》(载《法学评论》1995年第1期),王作富、胡云腾的《论淫秽物品犯罪的几个问题》(载《法学评论》1991年第3期),鲍遂献主编的《妨害风化犯罪》(中国人民公安大学出版社1999年版),苏彩霞、时延安著《妨害风化犯罪疑难问题司法对策》(吉林人民出版社2001年版);更有以淫秽物品犯罪作为专题进行研究的学术著作,如《淫秽物品犯罪研究》(彭剑鸣著,贵州教育出版社1996年版),等等。总的来说,这些研究表明我国学者已经开始关注淫秽物品犯罪这一领域,但现有成果更加注重的是司法实务上的研究,对淫秽物品犯罪理论的研究还缺乏系统性,研究深度也还不够。

笔者认为,以上列举的有关问题值得进一步研究,于是选择了淫秽物品犯罪作为研究题目。在本书刑法学部分,笔者拟从考察淫秽物品犯罪的概念、特征着手,在对淫秽物品的概念和种类进行归纳的基础上,提出淫秽物品的判断标准,并对淫秽物品犯罪行为进行分析界定,从而展开对淫秽物品犯罪的研究;在本书犯罪学部分,笔者拟分析淫秽物品犯罪的现状、危害性,找出淫秽物品犯罪的原因,最终的目的在于解决淫秽物品犯罪中最基本而重要的问题,并为预防和治理淫秽物品犯罪、完善此类立法打下基础。

目 录

导 言	(1)
-----------	-------

上编 刑法学部分

第一章 淫秽物品犯罪概述	(3)
--------------------	-------

第一节 淫秽物品犯罪的概念与特征	(3)
------------------------	-------

一、淫秽物品犯罪的概念	(3)
-------------------	-------

二、淫秽物品犯罪的特征	(5)
-------------------	-------

第二节 淫秽物品犯罪的本质	(6)
---------------------	-------

一、外国刑法学界对淫秽物品犯罪本质的认识	(6)
----------------------------	-------

二、我国刑法学界对淫秽物品犯罪客体的认识	(7)
----------------------------	-------

第三节 处罚淫秽物品犯罪观念的变迁	(9)
-------------------------	-------

一、国外的状况	(9)
---------------	-------

二、我国的概况	(11)
---------------	--------

三、变化规律	(13)
--------------	--------

第二章 淫秽物品犯罪的行为对象	(17)
-----------------------	--------

第一节 淫秽物品犯罪的行为对象概述	(17)
-------------------------	--------

一、淫秽物品是犯罪对象还是行为对象	(17)
-------------------------	--------

二、淫秽物品在淫秽物品犯罪中的意义	(19)
-------------------------	--------

第二节 淫秽物品的概念与种类	(21)
----------------------	--------

一、淫秽物品的概念	(21)
-----------------	--------

二、淫秽物品的种类	(26)
第三节 淫秽物品的认定	(30)
一、问题的提出	(30)
二、淫秽性的含义	(34)
三、淫秽性的判断	(44)
第三章 淫秽物品犯罪的行为表现形式	(58)
第一节 淫秽物品犯罪行为概述	(58)
一、淫秽物品犯罪行为的类型	(58)
二、淫秽物品犯罪行为的特点	(61)
第二节 走私淫秽物品行为	(62)
一、走私淫秽物品行为的客观表现	(62)
二、对现行立法合理性的思考	(63)
第三节 贩卖淫秽物品行为	(68)
一、贩卖淫秽物品行为的概念与特点	(68)
二、贩卖淫秽物品行为的具体表现	(69)
三、贩卖淫秽物品行为的认定	(69)
第四节 传播淫秽物品行为	(72)
一、传播淫秽物品行为的概念与特点	(72)
二、传播淫秽物品行为的认定	(74)
第五节 制作、复制、出版淫秽物品行为	(80)
一、制作淫秽物品行为	(80)
二、复制淫秽物品行为	(82)
三、出版淫秽物品行为	(85)
第四章 淫秽物品犯罪的主体与主观方面	(88)
第一节 淫秽物品犯罪的主体	(88)
一、自然人主体	(88)
二、单位主体	(90)
三、利用互联网传播淫秽物品犯罪主体的认定	(92)

第二节 淫秽物品犯罪的主观方面	(94)
一、淫秽物品犯罪主观方面概述	(94)
二、对淫秽性的认识与认识错误的处理	(99)
第五章 淫秽物品犯罪的认定	(105)
第一节 淫秽物品犯罪实行着手的认定	(105)
一、实行着手概述	(105)
二、走私淫秽物品罪实行着手的认定	(107)
三、制作、复制淫秽物品罪实行着手的认定	(108)
四、贩卖淫秽物品罪实行着手的认定	(109)
五、传播淫秽物品罪实行着手的认定	(111)
六、出版淫秽物品罪实行着手的认定	(112)
第二节 淫秽物品犯罪既遂的认定	(112)
一、犯罪既遂认定标准概述	(112)
二、走私淫秽物品罪的既遂标准	(114)
三、制作、复制淫秽物品罪的既遂标准	(116)
四、贩卖淫秽物品罪的既遂标准	(117)
五、传播淫秽物品罪的既遂标准	(121)
第三节 淫秽物品犯罪地的认定	(123)
一、犯罪地认定概述	(123)
二、利用互联网制作、传播淫秽物品之犯罪地的认定	(123)
第四节 淫秽物品犯罪之共犯的认定	(127)
一、制作淫秽物品罪之共犯的认定	(127)
二、贩卖淫秽物品罪之共犯的认定	(128)
三、出版淫秽物品牟利罪之共犯的认定	(128)
四、组织淫秽表演罪之共犯的认定	(129)
五、关于大的互联网站、电信部门、金融机构涉嫌共同 犯罪的认定	(129)
第五节 淫秽电子信息犯罪的认定	(130)
一、关于以牟利为目的实施的淫秽电子信息犯罪的定罪	

量刑标准	(130)
二、关于传播淫秽电子信息犯罪的定罪量刑标准	(132)
三、关于提供与淫秽电子信息有关的链接行为的定罪量刑标准	(133)
四、关于利用手机发送淫秽短信的定罪量刑标准	(134)
五、关于声讯台传播淫秽语音信息行为的认定	(134)
六、对“造成严重后果”的情形的认定	(135)
第六章 淫秽物品犯罪的立法及其完善	(136)
第一节 各国的立法现状	(136)
一、国外淫秽物品犯罪的立法概况	(136)
二、惩治淫秽物品犯罪的国际合作现状	(138)
三、国外淫秽物品犯罪的立法特点	(139)
第二节 我国的立法现状及完善立法的途径	(140)
一、我国淫秽物品犯罪的立法现状	(140)
二、完善我国淫秽物品犯罪立法的途径	(143)

下编 犯罪学部分

第七章 淫秽物品犯罪与相关犯罪学理论	(155)
第一节 非犯罪化的有关理论	(155)
一、非犯罪化的概念	(155)
二、非犯罪化的理论基础	(156)
第二节 淫秽物品犯罪与非犯罪化思想	(158)
一、对“犯罪相对性”的理解	(158)
二、淫秽物品犯罪的可罚性依据	(159)
第八章 淫秽物品犯罪的现状及社会危害性	(162)
第一节 淫秽物品犯罪的现状	(162)
一、淫秽物品犯罪从无到有,数量惊人,并呈明显上升趋势	(162)
二、淫秽物品犯罪严重破坏我国社会风尚,妨害社会治安秩序	(166)

三、淫秽物品花样繁多, 音像制品电子出版物尤为突出	(168)
四、淫秽物品犯罪涉及区域广泛化, 涉及人员复杂化、 高智力化	(168)
五、制作、贩卖、传播淫秽物品犯罪采用现代科技手段	(169)
第二节 淫秽物品犯罪的社会危害性	(170)
一、危害善良的社会风尚	(171)
二、危害青少年的健康成长	(172)
三、诱发其他犯罪	(175)
第九章 淫秽物品犯罪的原因	(179)
第一节 淫秽物品犯罪的个体原因	(179)
一、个体生理原因	(179)
二、个体心理原因	(180)
三、个体所处的家庭原因	(183)
第二节 淫秽物品犯罪的社会原因	(185)
一、社会经济原因	(185)
二、社会政治原因	(187)
三、法律原因	(189)
四、文化原因	(191)
五、教育原因	(195)
六、技术原因	(196)
第十章 淫秽物品犯罪的治理	(198)
第一节 预防淫秽物品犯罪的措施	(198)
一、加强教育, 提高人民素质	(199)
二、消除精神污染, 净化社会环境	(215)
三、对淫秽物品犯罪人及需求者的心理预防	(218)
四、建立完善的法律、法规体系	(222)
五、完善对淫秽物品的行政管理措施	(227)
第二节 严厉打击淫秽物品犯罪行为	(229)

一、借助各方力量准确、迅速、及时地对淫秽物品犯罪 进行打击	(229)
二、在处理淫秽物品犯罪案件的过程中要注意做好法制宣传	(230)
三、宽严相济，最大限度地瓦解犯罪分子	(230)
四、严格依法办事，避免淫秽物品犯罪中“私了”和 “以罚代刑”事件的发生	(231)
五、对淫秽物品的需求者予以必要的处罚	(231)
六、提高打击利用现代科学手段进行违法犯罪活动的 犯罪分子的能力	(231)
主要参考文献	(233)

上编 刑法学部分