



XINGFA FENZE SHIWU CONGSHU

刑法分则实务丛书

刑事案例诉辩审评

——制作传播淫秽物品罪

总主编 张 耕
顾问 王作富 赵秉志

Criminal Cases

公诉事实

/ 公诉人依照法律代表国家
/ 列举犯罪事实
/ 将犯罪嫌疑人送交法庭审理

辩护意见

/ 犯罪嫌疑人及其辩护人
/ 为查明犯罪事实
/ 维护当事人合法权益提出辩护意见

审判理由

/ 法官依法审判
/ 核实证据认定犯罪事实
/ 对被告人做出判决

法理评说

/ 以案说法
/ 评述法律适用
/ 阐明法理释疑解惑

中国
检察
出版
社



XINGFA FENZE SHIWU CONGSHU

刑法分则实务丛书

刑事案例诉辩审评

——制作、传播淫秽物品罪

总主编 张耕
分册主编 莫开勤 罗庆东

Criminal Cases

公诉事实

- / 公诉人依照法律代表国家
- / 列举犯罪事实
- / 将犯罪嫌疑人送交法庭审理

辩护意见

- / 犯罪嫌疑人及其辩护人
- / 为查明犯罪事实
- / 维护当事人合法权益提出辩护意见

审判理由

- / 法官依法审判
- / 核实证据认定犯罪事实
- / 对被告人做出判决

法理评说

- / 以案说法
- / 评述法律适用
- / 阐明法理解疑解惑

中国
检察
出版
社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事案例诉辩审评. 制作、传播淫秽物品罪 / 莫开勤 罗庆东
主编. — 北京: 中国检察出版社, 2005
ISBN 7-80185-530-2

I. 刑… II. ①莫… ②罗… III. ①刑事犯罪—案例—分析—
中国 ②制作淫秽物品罪—案例—分析—中国 ③传播淫秽
物品罪—案例—分析—中国 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 139811 号

刑事案例诉辩审评

——制作、传播淫秽物品罪

总主编 张 耕 分册主编 莫开勤 罗庆东

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 8.5 印张

字 数: 233 千字

版 次: 2006 年 1 月第一版 2006 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-530-2/D·1505

定 价: 18.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《刑法分则实务丛书》编辑委员会

主 任 张 耕
副 主 任 邱学强 赵 虹 王振川 朱孝清
委 员 (以姓氏笔划为序)
王 晋 王建明 白泉民 陈连福
杨振江 赵汝琨 姚世根 袁其国
阎敏才 彭 东
丛书总主编 张 耕
顾 问 王作富 赵秉志

分册主编 莫开勤 罗庆东
编 写 人 (以姓氏笔划为序)

万新华 文 焱 叶 君 张 涛
肖 波 肖 靖 周一志 杨云伟
罗庆东 莫开勤 徐红光 涂凌芳
黄常明 彭 啸 普赵辉

出版说明

刑法修订实施以来，全国人大常委会和最高人民法院、最高人民检察院相继发布了若干立法解释与司法解释，司法实践中不可避免地出现了一些新情况、新问题。为了满足广大司法工作人员的实际需要，提高司法机关的执法能力和工作水平，实现司法公正与效率的有机结合，我们经过一年多的精心策划和组织，推出了这套《刑法分则实务丛书》。

本丛书所采用的案例均是由各地检察机关征集而来，并经来自司法实践部门和法学教研机构的专家精选、加工，强调其真实性和典型性。根据司法实践中各类刑事案件发生率的多少，我们将刑法分则四百多个罪名划分为三十个分册，各册以多发、常见、修订刑法新增罪名为分册书名，涵盖同类其他罪名。各分册尽量包括典型案例、罪与非罪案例、此罪与彼罪案例等三种不同类型的案例，以使读者全面和深入地理解刑事案件的判断标准，把握疑难问题的分析方法。在各册的最后，还附录有与各罪名紧密相关的法律、法规、司法解释条文的类编，以便读者研习和引用，突出其立足实用、可操作性强的特点。

这套丛书通过其特有的体例安排，即基本情况、诉辩主张、法院认定事实和证据、判案理由、定案结论和法理解说六个部分的内容，完整地展示了从诉到判的全过程，从诉、辩、审、评四个角度全方位地解析了刑法分则的操作实务。供检察、司法人员在办案中适用法律、定罪量刑时借鉴比照，对刑法教学和科研也具有参考作用。

编者

2005年12月

目 录

一、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽	
物品牟利罪	(1)
胡某某复制、贩卖淫秽物品牟利案	
——淫秽物品的认定	(1)
吴某等复制、贩卖淫秽物品案	
——选择罪名及制作、复制行为的	
认定	(10)
刘某某等人贩卖淫秽物品牟利案	
——共同犯罪的情节认定	(18)
任某等贩卖淫秽物品牟利案	
——共同犯罪的认定	(26)
杨某某贩卖淫秽物品牟利案	
——犯罪未完成形态的认定	(37)
杨某等贩卖淫秽物品牟利案	
——司法解释的时间效力	(43)
张某等贩卖淫秽物品牟利案	
——犯罪数额的认定与既遂未遂的	
区分	(52)

周某某等贩卖淫秽物品牟利案	
——立功的认定	(60)
沈某等贩卖淫秽物品牟利案	
——连续犯的认定	(67)
奚某等贩卖淫秽物品牟利案	
——被“诱惑”犯罪的刑事责任	(74)
龙某传播淫秽物品牟利案	
——传播淫秽物品牟利的刑罚适用	(84)
邵某等传播淫秽物品牟利案	
——在线传播淫秽物品牟利行为的认定	(92)
殷某等传播淫秽物品牟利案	
——传播淫秽物品牟利罪与传播淫秽物品罪的区分	
.....	(105)
二、为他人提供书号出版淫秽书刊罪	(116)
黄某某为他人提供书号出版淫秽书刊案	
——为他人提供书号出版淫秽书刊罪的罪过形式	
.....	(116)
三、传播淫秽物品罪	(123)
胡某传播淫秽物品案	
——传播淫秽物品罪与传播淫秽物品牟利罪、走私	
淫秽物品罪的区分	(123)
郭某传播淫秽物品案	
——传播淫秽物品罪着手实行的认定	(129)
斯某等传播淫秽物品案	
——共同犯罪故意的认定	(136)
尚某某传播淫秽物品案	
——在线传播淫秽信息行为的认定	(144)
四、组织淫秽表演罪	(152)
陈某、姜某组织淫秽表演案	

——组织淫秽表演罪的客体与组织淫秽表演行为的 认定	(152)
刘某等组织淫秽表演案	
——组织淫秽表演罪情节严重的认定及主犯从犯的 区分	(166)
丁某组织淫秽表演案	
——自然人犯罪与单位犯罪的区分	(177)
陈某某组织淫秽表演案	
——单位犯罪与个人犯罪的区分	(187)
张某组织淫秽表演案	
——组织淫秽表演行为及单位犯罪的认定	(195)
胡某等组织淫秽表演案	
——单位刑事责任的认定	(203)
王某某组织淫秽表演案	
——组织淫秽表演罪与传播淫秽物品牟利罪的竞合	(210)
附：办案依据	(218)

一、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪

胡某某复制、贩卖淫秽物品牟利案

——淫秽物品的认定

一、基本情况

案由：复制、贩卖淫秽物品牟利

被告人：胡某某，男，38岁，无业。

二、诉辩主张

（一）人民检察院指控事实

黑龙江省牡丹江市城西区人民检察院指控：

1994年10月，被告人胡某某见他人拷制计算机拷贝盘出售获利颇丰，便购买一台微型计算机（386兼容机），并在某某市科工贸公司学习计算机操作方法，主要是学习拷制软盘。随后，他以牟利为目的，非法拷制计算机软盘出售。为了开辟经营

渠道，胡某某在《电脑报》、《软件报》上刊登广告，以与电脑爱好者交流、交换计算机软件的名义，吸引某某市及全国各地的计算机软盘使用者。在此期间，胡某某在其表弟崔某（待业青年，另案处理）及某某公司等处，拷制了《名模风范》、《美女斗士》、《美女梦中躺》等 30 余种淫秽和查禁软盘作为母盘，根据各地用户的订购要求，复制和提供各种不同内容的软盘，并按软盘的不同内容，收取不同的费用。他以每盘 1.80 元至 2.30 元的价格购进空白软盘，经拷制内容后，以每盘 3.50 元至 4.50 元的价格出售，先后为某某市及外地用户非法拷制计算机软盘共 1000 余张，包括上述淫秽和查禁软盘 100 多张，获利 1000 余元。案发后，公安机关从其家中缴获淫秽软盘 101 张，查禁软盘 41 张。检察机关认为，被告人胡某某的行为已构成复制、出版淫秽物品罪，请法院依法予以惩处。

（二）被告人辩解及辩护人辩护意见

被告人胡某某对检察机关指控的事实不表示异议，但认为自己不知道所制作、贩卖的物品为淫秽物品因而缺乏犯罪的故意，所以其行为不构成犯罪。

三、人民法院认定事实和证据

（一）认定犯罪事实

牡丹江市城西区人民法院经公开审理查明：

1994 年 10 月，被告人胡某某见他人拷制计算机拷贝盘出售获利颇丰，便购买一台微型计算机（386 兼容机），随后，他以牟利为目的，非法拷制计算机软盘出售。为了开辟经营渠道，胡某某在《电脑报》、《软件报》上刊登广告，以与电脑爱好者交流、交换计算机软件的名义，吸引某某市及全国各地的计算机软盘使用者。在此期间，胡某某在其表弟崔某（待业青年，另案处理）及某某公司等处，拷制了《名模风范》、《美女斗士》、《美女梦中躺》等 30 余种淫秽和查禁软盘作为母盘，根据各地用户的订购要求，复制和提供各种不同内容的软盘，并按软盘的不同内容，收取不同的费用。他以每盘 1.80 元至 2.30 元的价格购进空白软盘，经拷制内容后，以每盘 3.50 元至 4.50 元的价格出售，先后为某某市及外地用户共

非法拷制计算机软盘 1000 余张，包括上述淫秽和查禁软盘 100 多张，获利 1000 余元。案发后，公安机关从其家中缴获淫秽软盘 101 张，查禁软盘 41 张。

（二）认定犯罪证据

上述事实，有下列证据为证：

1. 物证、书证

（1）案发后，在其家中缴获的淫秽软盘、查禁软盘若干张，证明其复制淫秽软盘的情况。

（2）邮局邮寄软盘和收取汇款的记录，证明其贩卖软盘牟利的事实。

（3）从各地用户那里收集到的由被告人的邮寄的淫秽软盘、查禁软盘若干张，证明被告人贩卖软盘的事实。

（4）在其家中搜查出的账本，记录其贩卖淫秽物品所获取的非法利益，证明其确实制作、贩卖淫秽物品并牟利。

2. 证人证言

证人崔某的证言，证明被告人制作、贩卖淫秽物品的事实。

3. 被告人供述和辩解

被告人胡某某的供述，证明自己制作过《名模风范》、《美女斗士》、《美女梦中躺》等软盘，但是不认为自己制作、贩卖的是淫秽物品。

4. 鉴定结论

新闻出版署的鉴定结论表明，被告人拷制的软盘中有淫秽软盘 100 多张，查禁软盘有 40 多张，证明被告人确实复制了淫秽物品。

四、判案理由

牡丹江市城西区人民法院审理后认为：被告人胡某某以牟利为目的，翻录、出售淫秽软盘，其行为已经构成犯罪，由于该行为发生在 1994 年，1997 年修订后的现行刑法对该罪的处罚较轻，故应当适用现行刑法，构成复制、出版淫秽物品罪。被告人提出不知道其复制的软盘属于淫秽物品，不具有犯罪的故意，不成立犯罪的辩解不成立。

五、定案结论

牡丹江市城西区人民法院依照刑法第3条、第363条第1款的规定，作出如下判决：

胡某某犯复制、贩卖淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑2年，并处罚金5000元。

六、法理解说

本案涉及的问题有两个，首先是什么是“淫秽物品”；其次，行为人对犯罪对象的认识错误是否阻却故意。对于第二个问题，是刑法理论中错误研究的对象，本文不作深层次的讨论。只想就何谓“淫秽物品”作一阐释。

“淫秽物品”的提出由来已久，但在不同时期不同国度，人们对它的认识、评价莫衷一是。但就我国现阶段司法机关实践来讲，要解决的就是新中国成立后，法律、法规有关“淫秽物品”的规定及其发展、变化，以更好、更准确、更完整地理解法律，进而有力地打击犯罪，保障人权。

（一）淫秽物品的概念

1. 对“淫秽”的理解

对淫秽的理解属于道德伦理的范畴。在不同的时代、不同的国家甚至一国内部不同的地区，淫秽的含义都不尽相同。特别是17世纪的工业革命、当今的信息革命对道德伦理的内涵产生的巨大冲击，使性道德观念日趋淡化，传统的性道德规范走向解体，法律中对性道德加以规制的条文数量也呈下降趋势。接吻镜头第一次在电影里出现时，引发了全美上下的一场大讨论，现在却连床戏也都司空见惯了。同性恋在过去被作为犯罪，现在许多国家却已开始立法承认同性婚姻。泳装模特表演、人体彩绘展览，在改革开放以前绝对要被当做有伤风化的“流氓”行为（当时还没有组织淫秽表演罪，对这种行为也许应当定为流氓罪），现在也已走上电视等公众媒体，成为传播时尚、娱乐大众的重要方式。因此，在司法实践中如何正确认定淫秽表演，就成为了摆在我们面前的一道难题。

某些国家对淫秽的含义有大体的、概括的界定。如1957年德

国联邦法院指出：“所谓淫秽，是指在性关系方面与正常的、健全的、整体的平均感情相矛盾。”又如日本最高裁判所 1951 年指出，淫秽是指“无益地兴奋或刺激性欲、损害普通人对性的正常羞耻心，违反良好的性道义观念”。根据英国普通法对淫秽出版物规定的精神，英国司法实践中淫秽的概念不仅包括对性道德的违反，宣扬具有诱惑他人堕落和腐化之属性的吸毒、酗酒等行为也可能构成“淫秽”。^①但大多数国家和地区对于淫秽含义的界定还仅限于学理解释。比如，我国台湾地区通说认为淫秽是指足以挑起、刺激或满足性欲以及足令一般人产生羞耻心与厌恶感。^②由此，对淫秽一词的含义较为常见的学理解释是：与性有关，具有诲淫性、能够挑逗、刺激人的不健康性欲，违反了国家法律法规并对普通人的性的道德情感产生不良影响。^③换言之，成立“淫秽”必须具备两个条件：一是对人性欲的挑逗、刺激；二是对社会正常性的道德观念和人们对性的正常羞耻心的损害。

2. 淫秽物品的界定

(1) 20 世纪 80 年代前淫秽物品的概念。我国较早提出有关淫秽物品方面的法规性文件是 1955 年 7 月国务院颁布的《关于处理反动的、淫秽的、荒诞的书刊图画的指示》。当时，淫秽物品的主要表现形式是淫书、淫画。然而，在司法实践中，这一时期的淫秽物品外延极为扩大，以致超出其本质属性。由于特定的历史条件，一度形成对淫秽物品的共识是：凡描绘异性身体接触如牵手、拥抱、接吻等书刊图画一律被视为淫秽物品。这一时期的共论是将一切有关生理、医学知识的科学著作，包含色情内容的具有艺术价值的文学、艺术作品都列入淫秽物品范围，这是对淫秽物品理解的偏

① [英] J.C. 史密斯、B. 霍根著：《英国刑法》，法律出版社 2000 年版，第 844 页。

② 苏彩霞、时延安：《妨害风化犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社 2001 年版，第 233 页。

③ 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》，中国方正出版社 2001 年版，第 1621 页。

差。1979年刑法仅对制作、贩卖淫书、淫画罪作了规定，淫秽物品的概念并未得到明确。

(2) 20世纪80年代以后淫秽物品的概念。20世纪80年代以后，在国务院及有关部门的法规及司法解释中，淫秽物品的含义逐渐得到明确。1983年12月中央在《关于清除精神污染的若干政策界限》中规定：凡是以粗野的自然主义和淫秽的形式来表现性关系的物品是淫秽物品。这是第一次以文件的形式正式给淫秽物品一个界定，虽然该界定还是比较模糊。1985年6月，海关总署在《关于严格查禁淫秽物品进出口的实施办法》中规定：具体描写性行为或露骨宣扬色情淫荡形象的是淫秽物品。1985年4月，国务院在《关于严禁淫秽物品的规定》中将淫秽物品表述为：具体描写性行为或露骨宣扬色情形象的录像带、录音带、影片、电视片、幻灯片、照片、图画、书籍、报刊、抄本，印有这类图照的玩具、用品，以及淫药、淫具。1990年12月，全国人大常委会在《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》（以下简称《决定》）中规定：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。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。

现行刑法即在科学考察淫秽物品内涵、外延及其演进的基础上，完全吸收了《决定》的规定，并在第367条予以明确规定。

(3) 现行刑法对淫秽物品的界定。现行刑法第367条规定：“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。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。”根据现行刑法的立法界定，结合以往的行政法规定，一般认为，淫秽物品具有以下特征：^①

① 转引自王作富主编：《刑法分则实务研究》，中国方正出版社2001年版，第1621页。

第一，与性有关。“淫秽”一词在现代汉语中的意思是淫乱和猥亵，“淫”指不正当的男女关系，“秽”为肮脏。“淫秽物品”即与性有关的各种能够使普通人感到厌恶、肮脏和羞耻的物品。如果一件物品与性无关，不会使人产生性冲动，则不属于淫秽物品之列。

第二，具有诲淫性，能够挑逗、刺激人的不健康的性欲。这是淫秽物品的本质特征。淫秽物品对社会的危害就在于它能够使人产生不正确的性方面的情感，产生在性方面的不健康的追求及欲望，从而使人精神堕落，意志消沉，甚至走上违法犯罪的道路。

第三，具有违法性。违法性是指淫秽物品违反了国家有关法律法规。淫秽物品背离了人们的传统道德观念和社会主义精神文明，妨害了正常的社会管理秩序，所以法律把它列为违法物品而加以禁止。具体而言，可以从以下三方面来理解“违法性”这一特征：其一，只要具有具体描绘性行为和露骨宣扬色情的，即为违法。其二，列举淫秽物品的具体表现形式，包括淫秽印刷品、淫秽音像制品以及其他淫秽物品。其三，区分淫秽物品与一些正当合法性物品的界限，即把淫秽物品同描写男女正当爱情生活的作品、宣传有关人体生理医学知识的科学著作以及有艺术价值的带有色情内容的作品区分开来。

（二）现阶段淫秽物品的形式

根据现行刑法的规定，淫秽物品可以通过以下形式出现：

（1）淫秽的印刷制品。比如照片、图片、书籍、杂志、画册、扑克牌、印刷宣传品、商标纸、手抄本以及印刷有淫秽图画、文字的其他物品。

（2）淫秽的音像制品。包括影片、录像带、录音带、唱片、唱盘、视盘、电视片、幻灯片等。

（3）其他淫秽物品。现行刑法第367条在列举了几种具体淫秽物品的同时，又规定了“其他淫秽物品”。这是一种弹性规定，它可以根据社会的发展和科技的进步而在不同时期有着具体的表现，

以适应打击淫秽物品犯罪的客观需要。在现阶段，下列物品可以成为“其他淫秽物品”：

一是淫秽光盘。随着电脑、影碟机在我国的迅速普及，淫秽光盘也随之大量出现。由于光盘的清晰度高、画质好，使得其中的淫秽内容更具挑逗性、刺激性，因此对人们心理的危害也比传统的淫秽物品更加强烈。

二是淫秽实物。这是指实物本身就是淫秽物品的情形，如淫秽雕塑、实物造型、玩具等。当然，表现人体艺术美的、具有艺术价值的裸体雕像不能认为是淫秽物品。

三是淫药和淫具。性药和性具在不正当使用时，就成为淫药和淫具。性药是指通过人的内服或外用能够在一定时间内引起人体强烈性欲或者在性行为中起保护作用的药品，如男宝、伟哥等；性具是指能够激发人的性欲、满足人的性欲或在性交过程中起辅助作用或者保护作用的器具。性药和性具的正常使用有利于人们的身心健康和家庭的团结和睦，是没有社会危害性的。

在正确地界定了淫秽物品的内涵和外延以及司法实践中的表现形式以后，就给司法实践中如何认定淫秽物品提供了一般标准和具体标准。根据1988年国家新闻出版署等四部门印发的《依法查处非法出版犯罪活动工作座谈会纪要》的规定：关于淫秽出版物的鉴定问题，与会同志一致同意对淫秽出版物，司法机关应当委托当地的省、自治区、直辖市出版主管部门组织具有专门知识和一定政治素质的人进行鉴定。1988年国家新闻出版署《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》明确规定：新闻出版署组织有关部门以专家组成淫秽及色情出版物鉴定委员会，承担淫秽出版物、色情出版物的鉴定工作。从以上的规定可以看出，淫秽出版物的鉴定机构是国家新闻出版署和各省、自治区、直辖市的出版主管部门。

通过以上叙述，我们可以对“淫秽物品”概念的发展、变化有更充分的了解，为准确适用法律，惩罚犯罪提供一个良好的前提。

就本案来讲，根据鉴定结论，证明被告人贩卖的确实是淫秽物

品，被告人的辩解不能得到法院的支持。综合全部案情，人民法院的定性和量刑均是恰当的。

(整理人：罗庆东 张 涛)