



中外淫秽色情出版物类型与认定标准的比较

浏览：52

自法国1819年颁布实施世界上第一部反淫秽法以来，世界各国在一直重视禁止淫秽色情出版物的出版与发行的同时，也时常为淫秽色情出版物的界定而犯难。本文试图以现行英美法律及司法判例中对淫秽与色情出版物的认定为背景，对我国法律所确立的淫秽色情出版物类型与认定标准予以评述。

一、淫秽、色情之内涵与认定：

英美法律与司法判例

与中文“淫秽”、“色情”概念对应的英文概念为“obscene”、“obscenity”、“pornographic”和“pornography”等，而且英美相关法律及司法判例常常将这些概念予以交叉使用。

Pornography源于希腊语的pornographia，该词又来源于porne（卖淫或妓女）与grapho（写）的组合，因此，Pornography的原意为“卖淫行为的描写”。然而，对该词现在的理解可谓差异纷存，甚至有些法官或者官方机构认为，对其进行准确界定要么是“不可能的”①、要么是“徒劳的”②，要么是“相当困难的”③。同样，对obscene的界定也相当困难。尽管对两个概念难以明确定义，但并不妨碍法律和判例对淫秽色情出版物的认定标准予以明确。

目前，在英国，1959年和1964年的两部《淫秽出版物法》属于现行有效的法律。1857年的《淫秽出版物法》可以说是世界上比较有影响的反淫秽出版物的成文法律之一④。但是，该法却没有对obscene予以界定，而是由法官们在个案中自由裁量。1868年，首席法官科伯恩（Cockburn）在R. v. Hicklin 一案上诉审中提出了著名的判定obscene的“Hicklin”标准：“其旨趣是否会让

标题 关键字 搜索

热点聚焦

第十八届全国图书交易博览会
全国出版社网站建设工作交流会
第三届中国传媒创新年会
中国出版走出去
第14届北京国际图书博览会
2007北京国际出版论坛
第9届中韩出版学术年会
第2届中国数字出版博览会
2007报业经营模式创新论坛
第17届全国书市

更多

专题集锦

2008两会专题
中国政府出版奖专题
出版业改革30年专题
回眸2007
中共十七大专题
出版发行业诚信体系建设专题
出版蓝皮书专题
农家书屋专题
全国国民阅读调查专题
出版集团建设专题

更多

那些思想容易受到这种不道德影响的人堕落与腐化，以及他们是否可能获得这种出版物”。然而，在其后适用该标准的几十年中，包括从《尤利西斯》（乔伊斯）、《洛丽塔》（纳巴科夫）、《幸福之源》（拉德克利夫·霍尔）等著名小说到医学教科书在内、本不属于淫秽范畴的作品亦难逃被禁命运，从而导致广泛非议。为革除此弊端，1959年的《淫秽出版物法》^⑤应运而生。该法强调淫秽作品必须“整体上试图使那些思想容易受到这种不道德影响的人堕落与腐化”，而且，在“公共利益抗辩”一节中将“出于科学、文学、艺术或者学术，或者具有普遍重要性的其他事物之利益”的作品特别排除在淫秽出版物范畴之外。显然，将严肃作品与淫秽出版物相区别彰显了该法名称中宣示的保护文学艺术发展的立法目的。而1964年的《淫秽出版物法》对obscene内涵确定方面没有任何变化。至于“pornography”的含义，“英国内政部淫秽与电影审查委员会”（通称威廉姆斯委员会）1978年报告^⑥将之定义为“以激发性欲为目的而对性进行的露骨描写”。

在美国，尽管法律禁止销售与传播淫秽资料，如1873年的《康姆斯托克法》（the Comstock Act）禁止其进口和邮寄，现行法律却缺乏对淫秽或色情内涵的准确界定。然而，美国法院的一系列司法判例确立了淫秽或色情的认定标准。在Roth v. United States(1957)一案中，美国最高法院以5：4的微弱优势通过了布伦南法官（Brennen）起草的判决，其中，关于淫秽的定义为：

“运用当代的社区标准，该资料的主题整体上能够引发普通人的淫欲，且完全缺乏社会重要性”。鉴于美国各法院对该案判决所确定的“社区标准”理解为全国性标准所引发的争议，美国最高法院在1973年的Miller v. California案中，再次提出了新的淫秽认定标准：1）运用当代社区标准，普通人是否发现该作品整体上能够引发淫欲；2）该作品是否以明显令人生厌的方式描写性行为，违反了可适用的有关州法的特别规定；3）该作品是否缺乏严肃的文学、艺术、政治或科学价值。值得说明的是，为减弱该三项标准的模糊性，该案判决进一步提出了所谓“赤裸裸描写性行为的淫秽”（hardcore pornography）概念，并列举了应被认定为淫秽的两种非法行为：“1）以明显令人生厌的方式呈现或描写完整的性行为（ultimate sexual acts），不论该性行为是正常的还是反常的，是实际发生的还是假想的；2）以明显令人生厌的方式呈现或描写手淫、排泄功能和淫猥地展示生殖器。”^⑦

Miller案之后，美国最高法院在一些判决中对上述认定标准作了如下进一步解释：陪审员可以适用他/她所处地区的标准作为判定淫秽的“社区标准”^⑧。各州既可以规定没有进一步说明的社区标准，也可以以精确的地理范围来确定社区标准^⑨；“引发淫欲”意为引发“可耻的或者病态的性欲”而非所引

发的“正常的性欲”^⑩；强调普通人“但不包括未成年人”^{11}；衡量“严肃的文学、艺术、政治或科学价值”应使用全国标准，而且，使用全国标准认定严肃的文学、艺术、政治或科学价值只是判断某作品不是淫秽所需的，具有某种艺术、政治或科学价值并不必然排除一部作品是淫秽的认定^{12}。

基于以上英美法律与判例的概述，我们可以得出如下结论：

1. 关于主观故意。出版物的作者或出版者等提供者（供给方）应具有使读者（需求方）腐化堕落的主观恶意。该主观恶意可以根据作品内容、写作方式、读者可能的反应等客观要素综合判断。

2. 关于损害对象。英国法律设定的“思想容易受到这种不道德影响的人”应理解为未成年人，而美国法律却区分了成年人与未成年人。针对未成年人，美国专门在1988年颁布了《保护儿童免遭淫秽物品危害实施法》（Child Protection and Obscenity Enforcement Act）。这说明，英国法律比美国法律更为严格。大多数国家与美国一样，对未成年人均额外实行严格保护的措施，即使对色情产业持宽容态度的国家，如芬兰、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、巴西等国也明令禁止向未成年人出售淫秽出版物。

3. 关于认定标准及认定主体。认定标准以价值判断，特别是以当前公众的社会评价为核心的道德判断为基础，由法官或陪审团作为评判者和社会评价的代言人，来间接揣摩或直接言说阅读效果是否“引发淫欲”、描写方式是否“令人生厌”。

4. 关于认定方法。认定出版物是否淫秽色情，必须从作品整体上考察。当作品内含淫秽色情内容却具有严肃的文学、科学等能促进社会公共利益价值时，公共利益将优位于受害者应受法律保护的利益^{13}；淫秽与否的认定并不以实际发生危害结果为限。无论是英国法律所规定的“腐化堕落”，还是美国法律中的“引发淫欲”均是一种不以实际危害为前提的事前判断。而且，应该考虑提供者的主观故意以及读者阅后性反应的状态。

二、我国淫秽色情出版物类型与认定标准

我国最早确定“淫秽”内涵的行政法规是1985年4月17日国务院颁布的《关于严禁淫秽物品的规定》（国发〔1985〕57号）第2条^{14}。根据该条，淫秽可理解为“具体描写性行为或露骨宣扬色情淫荡形象”。同时，为防止查

禁扩大范围，该规定第3条将“夹杂淫秽内容的有艺术价值的文艺作品”，“表现人体美的美术作品”，“有关人体的生理、医学知识和其他自然科学作品”等三类作品排除在淫秽物品范畴之外。全国人大常委会1990年12月28日颁布的《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》第8条基本上采用了上述两条的规定，区别仅在于对“露骨宣扬色情”增加了“诲淫性”之目的限制。1997年修订的《中华人民共和国刑法》第367条对淫秽物品的定义完全照录了全国人大常委会规定的第8条。

作为查禁淫秽色情出版物的主要行政机关，新闻出版署于1988年12月27日和1989年11月3日先后发布了《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》和《关于部分应取缔出版物认定标准的暂行规定》，对淫秽色情出版物的类型与认定标准作了明确规定。根据这两个行政规章，淫秽色情出版物有三种：淫秽出版物，色情出版物，夹杂淫秽色情内容、低级庸俗、有害于青少年身心健康的出版物。

所谓淫秽出版物，是“在整体上宣扬淫秽行为，具有下列内容之一，挑动人们的性欲，足以导致普通人腐化堕落，而又没有艺术价值或者科学价值的出版物：（一）淫褻性地具体描写性行为、性交及其心理感受；（二）公然宣扬色情淫荡形象；（三）淫褻性地描述或者传授性技巧；（四）具体描写乱伦、强奸或者其他性犯罪的手段、过程或者细节，足以诱发犯罪的；（五）具体描写少年儿童性行为；（六）淫褻性地具体描写同性恋的性行为或者其他性变态行为，或者具体描写与性变态有关的暴力、虐待、侮辱行为；（七）其他令普通人不能容忍的对性行为淫褻性描写。”{15}

所谓色情出版物，是“在整体上不是淫秽的，但其中一部分有第二条（一）至（七）项规定的内容，对普通人特别是未成年人的身心健康有毒害，而缺乏艺术价值或者科学价值的出版物。”{16}

所谓“夹杂淫秽色情内容、低级庸俗、有害于青少年身心健康的”出版物，是“尚不能定性为淫秽、色情出版物，但具有下列内容之一，低级庸俗，妨害社会公德，缺乏艺术价值或者科学价值，公开展示或阅读会对普通人特别是青少年身心健康产生危害，甚至诱发青少年犯罪的出版物：（一）描写性行为、性心理，着力表现生殖器官，会使青少年产生不健康意识的；（二）宣传性开放、性自由观念的；（三）具体描写腐化堕落行为，足以导致青少年仿效的；（四）具体描写诱奸、通奸、淫乱、卖淫的细节的；（五）具体描写与性行为有关的疾病，如梅毒、淋病、爱滋病等，令普通人厌恶的；（六）其他刊

载的猥亵情节，令普通人厌恶或难以容忍的。” {17}

由于规定了“整体”判断方法以及设定了“艺术价值或者科学价值” {18} 排除标准，我们认为，上述定义与认定标准与英美法律的规定大体上是一致的，但是，其仍存在如下问题：

1. “整体”之判断方法会被误解为出版物整体之内容

判断淫秽还是色情，除了损害对象长与少（两者的损害对象均指向普通人，但色情出版物还包括未成年人）、损害后果重与轻（导致腐化堕落与毒害身心健康）、艺术价值或者科学价值有与无（没有与缺乏）等要件外，最重要的就是“整体”与“部分”，亦即淫秽出版物通篇都是《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》第2条（一）至（七）项的内容之一，色情出版物仅一部分而已，这将大大缩减淫秽出版物的范围与数量，而大大扩大色情出版物的范围与数量。英美法律使用的“旨趣”（intent）和“资料主题”（subject of the material）表明，整体判断是针对作者创作意图或目的而非内容的多与寡。作者创作意图或目的的整体判断则可从作者描写性行为的方式上予以判断，如是否“以明显令人生厌”方式。其实，我国法律所使用的、意为“下流”的“淫亵性”或“猥亵”概念与“以明显令人生厌”并无二致 {19}。

因此，我们认为，我国立法者应修订《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》第2条和第3条，以消除上述误解。在保留其他判断标准的前提下，具体条文可采用诸如“在整体上具有激发淫欲之目的”的表述。

2. 色情出版物与夹杂淫秽色情内容、低级庸俗、有害于青少年身心健康的出版物认定标准部分重叠，有使查禁范围泛化之虞

正如前述，色情出版物的损害对象涵盖未成年人。显然，在颁布《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》之时，立法者是参照了国外法律对未成年人特别保护规定，以此来保护未成年人身心健康不受损害的。而且，从色情出版物内容与淫秽出版物内容之标准完全相同来看，立法者显然遵循了严于美国的英国法律之立法意图。

为进一步加强未成年人身心健康的保护，作为启动全国性“扫黄打非”运动的规范性文件，中共中央办公厅、国务院办公厅于1989年9月16日发布的《关于整顿、清理书报刊和音像市场，严厉打击犯罪活动的通知》（中办发

(1989) 13号) 新设了淫秽与色情出版物范畴之外的“夹杂淫秽色情内容、低级庸俗、有害于青少年身心健康的出版物”之违禁出版物类型。根据新闻出版署《关于部分应取缔出版物认定标准的暂行规定》第1条对该类出版物所含内容的规定来看,六种情形的前四种是合理的。因为,它们是考虑了未成年人的心智水平而特别规定的。然而,后两种(“具体描写与性行为有关的疾病”、“其他刊载的猥亵情节”)却将损害对象从“青少年”变为了“普通人”,强调的是普通人“厌恶”或“难以容忍”的主观感受。如此规定,不仅使得该类出版物名实不符,而且,因具有兜底条款性质的第六种所使用的“猥亵”概念也与淫秽、色情出版物认定中的“淫亵性”内涵完全一致而使得该类出版物与淫秽色情出版物的界限完全消失,因而与“尚不能定性为淫秽、色情出版物”的逻辑前提矛盾,极有可能导致查禁范围的扩大。

因此,我们认为,《关于部分应取缔出版物认定标准的暂行规定》第1条应将损害对象全部修改为“青少年”,并取消具有兜底性的第六种情形中的“猥亵”概念。同时,由于在接触夹杂淫秽色情内容资料时,由于本身缺乏对相关内容的正确判断能力,青少年通常不会有厌恶或难以容忍等主观感受,反而会因为好奇而萌生仿效之念,因此,第六种情形应采用诸如“其他刊载与性有关的内容,危害青少年身心健康,甚至有可能诱发青少年犯罪的”的表述。

注释

①美国最高法院法官斯图尔特在1964年Jacobellis v. Ohio案中认为,露骨的淫秽描写是不可能定义的,只是“在我看到时我就知道”而已。

②参见加拿大色情与卖淫特别委员会1985报告 [Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution [Paul Fraser, Q. C., Chairman) (1985)]。

③参见美国司法部色情委员会1986报告 [the Attorney General's Commission on Pornography Final Report, (1986)]。

④The Obscene Publications Act 1857, 俗称为“坎贝尔爵士法”或“坎贝尔法”(Lord Campbell's Act or Campbell's Act)。在该法颁布实施前,1824年和1838年《流浪者法》(the Vagrancy Act)、1839年《大城市警察法》(the Metropolitan Police Act 1839)、1847年《城镇警察条款法》(the Town Police Clauses Act 1847)等英国法律仅将“提供销售淫秽图书与印刷品”行为界定为违法行为,而出版淫秽资料之行为则被认为是普通法上的不端行为(misdemeanour)。《淫秽出版物法》则首次将淫秽资料的出版与销售行为界定为成文法上的违法行为。

⑤该法全称为: An Act to amend the law relating to the

publication of obscene matter; to provide for the protection of literature; and to strengthen the law concerning pornography), 名称中同时出现了obscene和pornography。

⑥Report of the Home Office Committee on Obscenity and Film Censorship(Bernard Williams, Chairman)(1978).

⑦Miller v. California, 413 U. S. 15, 24-25(1973).

⑧Hamling v. United States, 418 U. S. 87, 105(1974).

⑨Jenkins v. Georgia, 418 U. S. 153, 157(1974).

⑩Brockett v. Spokane Arcades Inc., 472 U. S. 491(1985).

{11}Pinkus v. United States, 436 U. S. 293, 298-299(1978).

{12}Pope v. Illinois, 481 U. S. 497(1987).

{13}除英美法外, 瑞士联邦刑法典第197条亦明确从淫秽出版物范畴排除了具有文化或科学价值的出版物。

{14}《关于严禁淫秽物品的规定》第2条:“查禁淫秽物品的范围是:具体描写性行为或露骨宣扬色情淫荡形象的录像带、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。”

{15}{16}《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》第2条, 第3条。

{17}《关于部分应取缔出版物认定标准的暂行规定》第1条。

{18}《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》第4条:“夹杂淫秽、色情内容而具有艺术价值的文艺作品; 表现人体美的美术作品; 有关人体的解剖生理知识、生育知识、疾病防治和其他有关性知识、性道德、性社会学等自然科学和社会科学作品, 不属于淫秽出版物、色情出版物的范围。”

{19}“淫褻”意为“猥褻”, 而“猥褻”又意为“淫乱或下流的(言语或行为)”, 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》, 商务印书馆1980年版, 第1365页、第1186页。

(本文作者单位: 武汉大学)

[\[查看/评论\]](#) [打印](#) [\[关闭窗口\]](#)

[相关文章](#)

[图片新闻](#)

[|>更多](#)

版权所有 2007 中国出版网

京ICP备05064761号

主管单位: 新闻出版总署 主办单位: 中国出版科学研究所

地址: 北京市丰台区三路居路 97号 邮编: 100073

