

正确认定处罚“扫黄”涉及的犯罪案件

刘星明 阮方民

近年来，黄色淫秽物品在世界不少国家泛滥成灾，引起了有关国家政府和民间有识之士的关注和不满。为打击黄色淫秽物品的制作贩卖活动，净化社会空气，各国纷纷进行“扫黄”。有关资料表明，1984年英国通过一项法令，严禁从国外带入和在市场上出售色情录相带，违者处2万英镑罚款或5年以上徒刑。英国警方曾在伦敦和其他13个城市同时行动，查获大量色情书刊和录相带。美国的一些州也通过立法和行政手段，查封了一些书店和影剧院，并对制作和出售淫秽物品者加重了刑罚。埃及内政部组织突击搜查，没收了3万盒色情录相带。新加坡政府一次就销毁了28万盒黄色淫秽录相带。印度尼西亚警方在首都不仅没收了七百多盒内容不堪入目的色情录相带，还逮捕了一名参与录制色情片的电影女演员。我国在实行对外开放对内搞活的经济改革以后，由于一度未能坚决地反对资产阶级自由化，西方敌对势力以此为良机，将黄色淫秽物品作为向我国进行精神渗透、宣扬西方腐朽思想和文化观念的心战工具，通过各种渠道，将这股“黄水”引入我国境内，以达到麻醉我国人民，对我国推行和平演变战略的目的。境内外的一些不法商人也把制作贩卖黄色淫秽物品当作牟取非法利润的手段，大肆进行走私、制作贩卖黄色淫秽物品的违法犯罪活动。一时间，在某些地区黄色淫秽书刊和音像制品充斥市场，动摇了人们对社会主义制度优越性的信念，损害了党和政府在人民群众中的威信，也严重腐蚀了人们特别是青少年的思想，影响了社会治安，为资产阶级自由化的泛滥起了推波助澜的作用。严峻的事实告诉人们，如果在我国再不进行扫黄斗争，“对外开放，对内搞活”的经济政策将无法深入贯彻，甚至面临中途夭折的险境。1989年6月4日北京“平暴”以后，党中央、国务院新的领导集体立即把清除黄色精神污染作为反对资产阶级自由化、加强社会主义精神文明建设的突破口，布署在全国范围内展开了一场声势浩大的“扫黄”斗争。各级政法机关为配合“扫黄”斗争，不仅依法收缴和查禁了大批淫秽书刊和音像制品，取缔了一些专门兜售黄色书刊和音像制品的摊点市场，并且依法严惩了一批“制黄”、“贩黄”的犯罪分子，有力地扼制了黄色淫秽物品曾一度泛滥成灾的狂潮。在“扫黄”斗争中，如何对所涉及的犯罪案件正确认定和处罚，司法实践中提出了一些需要解决的问题。本文试图对“扫黄”中犯罪案件正确认定处罚的若干问题从理论与实践的结合上进行研讨。

一、划清黄色淫秽物品与非黄色淫秽物品的界限

要正确认定和处罚“扫黄”所涉及的刑事案件，必须明确“扫黄”是扫除黄色淫秽物品，划清黄色淫秽物品与非黄色淫秽物品的界限。早在1985年4月17日，国务院发布的《关于严禁淫秽物品的规定》（以下简称《规定》）中就已对黄色淫秽物品的表现形式及其范围

作了具体规定：“具体描写性行为或露骨宣扬色情淫荡形象的录相带、录音带、影片、电视片、幻灯片、照片、图画、书画、报刊、抄本，印有这类图照的玩具、用品以及淫药、淫具。”从这一规定可以看出，黄色淫秽物品主要表现为淫秽出版物，包括书报刊和音像制品，除此之外还包括淫秽用具及药品等。但是，这一《规定》仅指出淫秽物品的表现形式及其范围，而没有对黄色淫秽物品在法律上下一个比较严格确切的定义，这就使得实践中往往难以正确地区分黄色淫秽物品与非黄色淫秽物品的界限。例如，对出版物来说是否在文学艺术作品中有性行为、性心理、性感受的描写，就属于黄色淫秽物品而应予以取缔？又如，是否用于性行为的用具、药品就属于淫具、淫药而应予以查禁？显然，不设定文学艺术作品的整体社会功能和社会效果及其创作、制作目的，不设定性具、性药所具有的医疗、科研性能及其使用目的，是不可能正确地区分究竟是黄色淫秽物品还是非黄色淫秽物品的。可见，在法律上对黄色淫秽物品下一个严格确切的定义对于实践中区分黄色淫秽物品与非黄色淫秽物品至关重要。

但是，如何在法律上对黄色淫秽物品下定义历来是各国法学家颇多分歧的问题。尽管世界各国都一致主张惩处传播黄色淫秽物品的犯罪行为，即使是在主张“性自由”的西方诸国对传播淫秽物品的犯罪在法律上也是明令禁止的。但由于每个国家的文化背景、宗教信仰、道德观念和风俗习惯各不相同，因而在法律上对黄色淫秽物品的定义各有不同的表述方式。如1868年英国法官希克林等在法庭上作出的一项裁决中曾给淫秽物品下了这样一个定义：“要看被指控为淫秽的东西是否有意去毒害和腐蚀那些准备接受这种不道德影响的人。”而1957年美国联邦最高法院提出的可以指控为黄色淫秽文学的定义则为：“用当代社会的标准衡量，如果这个材料作为一个整体来说，它的主题是唤起一般人对淫欲的兴趣，……而完全没有任何社会意义。”又如，《美国模范刑法典》对黄色淫秽物品所下的定义是：“从全体的观察，诉诸关于裸体、性、排泄的淫乱的兴趣，亦即诉诸可羞的或下流的趣味作为其基调，记述并且表现此等事项，显然超出通常认为相当之界限之物，为猥亵物。……具有猥亵性的未显形的照相、铸型、印刷版等物，其猥亵性之表面化或其散布虽尚需显影或其他行为，亦视为猥亵物。”由上述几例不难看出，尽管外国法学家在法律上对黄色淫秽物品所下的定义不尽相同，但他们都力图在法律上对黄色淫秽物品下一个确切的定义，这一点对我们无疑有着很大的启迪。

我国新闻出版总署于1988年12月公布了《关于认定淫秽、色情出版物的暂行规定》（以下简称《暂行规定》），将黄色淫秽出版物划分为两个等级，即淫秽出版物与色情出版物，并分别比较确切地规定了这两个等级的黄色淫秽出版物的定义。所谓淫秽出版物，是指在整体上宣扬淫秽行为，具有下列七种内容之一，挑逗人们的性欲，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，即：（一）淫亵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）淫亵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）具体描写少年儿童的性行为；（六）淫亵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的淫亵性描写。所谓色情出版物，是指在整体上不是淫秽的，但其中一部分有上列七种内容之一，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。该《暂行规定》不仅规定了淫秽色情出版物的定义，并且规定了其与非淫秽

色情出版物的区别界限：“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。”《暂行规定》对淫秽、色情出版物定义及其与非淫秽、色情出版物的区别界限的上述规定，明确了淫秽及色情出版物概念的内涵和外延，是司法实践中正确认定和处罚“扫黄”涉及的犯罪案件的重要法律依据。

根据上述法规的规定，司法机关在处理“涉黄”犯罪案件时，应当把握黄色淫秽物品与非黄色淫秽物品的法律界限，对行为对象审慎而严格地予以定性分析。对那些夹有色情内容、裸体半裸体画面的作品，主要看他创作、制作的目的是和出发点，看整个作品的基本格调和基本倾向。在一些文学艺术作品里，出于情节的需要，表现男女私情时，有些细微描写或形象的图画，但整个作品的基本格调是高雅的，健康的，有益的，这类书刊或其音像、电影作品不应列入淫秽、色情出版物的范畴。而对那些夹有色情、裸体半裸体东西的目的，是为了变着法子，拐弯抹角地兜售和宣扬淫秽的东西或者是以淫秽的东西作为招徕观众或读者的手段，基本格调是低下的、庸俗的、萎靡的，是有害于青少年身心健康的，社会效果很坏的作品，就应列为淫秽、色情出版物。这类出版物不仅应该坚决予以禁止和取缔，如果情节严重的，还应追究有关责任人员的刑事责任。

二、正确认定和处罚“涉黄”犯罪案件

在明确了黄色淫秽物品的概念及其范围后，我们才能据以正确地认定和处罚“扫黄”中的犯罪案件。我们认为，司法实践中应当根据行为方式、侵害的客体等因素以正确认定“涉黄”犯罪案件。根据1990年7月6日，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理淫秽物品刑事案件具体应用法律的规定》（以下简称：两高《规定》）的精神，对这类犯罪案件可以分别以以下四种犯罪论处：

（一）以走私罪论处。以牟利或者传播为目的，走私淫秽的书刊音像制品及其他淫秽物品的，以及直接向走私人收购淫秽物品或者在内海、领海运输、收购、贩卖这类淫秽物品的，依照1988年1月21日全国人大常委会通过的《关于惩治走私罪的补充规定》第3条、第7条，应当定为走私罪。黄色淫秽物品是国家严厉查禁的违禁品，因而走私黄色淫秽物品不仅是侵犯了国家的对外贸易管制，并且还会给社会文化市场及社会治安管理带来极大危害。从原则上说，走私淫秽物品，只要行为人在主观上具有牟利或者传播的目的，在客观上不要求达到一定数量，就能构成犯罪。但如果实践中行为人所走私的淫秽物品数量确系极少，根据刑法第10条规定的精神可以不认为是犯罪。两高《规定》第4条指出：走私淫秽录像带5—10盒以上，淫秽录音带10—20盒以上，淫秽扑克、书刊、画册10—20副（册）以上，或者淫秽照片、画片50—100张以上的，可以认为是以牟利为目的或传播为目的，适用《全国人民代表大会常务委员会关于惩治走私罪的补充规定》第3条的规定，追究刑事责任。所谓牟利目的是指行为人希求通过贩卖，放映，租借或展览淫秽物品等方式，来获取钱财。所谓传播目的，是指行为人希求向他人赠送，交换，展示或供他人使用淫秽物品。如果走私淫秽物品确系自用，不能构成走私罪，应作为一般的走私行为，予以行政处罚。

（二）以制作、贩卖淫书、淫画罪论处。以营利为目的，制作、贩卖淫书淫画的，依照我国刑法第170条规定，应当定为制作、贩卖淫书淫画罪。制作、贩卖淫书淫画罪是一个集合

罪名，包括两个具体罪名，即：制作淫书淫画罪与贩卖淫书淫画罪。行为人只要实施了其中一种行为，即构成犯罪，并应定其所触犯的具体罪名；如同时具备二个行为，则应定制作、贩卖淫书淫画罪这一集合罪名，司法实践中在量刑时可酌情从重处罚。淫书淫画作为本罪的犯罪对象，其范围不仅限于淫秽书报刊等，还应包括各种淫秽录像、影片、电视片、幻灯片等，最高人民法院在1985年7月8日作出的《关于播放淫秽录像、影片、电视片、幻灯片等犯罪案件如何定罪问题的批复》这一司法解释性文件中对此有明确规定：“凡以营利为目的，组织播放淫秽录像、影片、电视片、幻灯片等构成犯罪的，可直接依据刑法第170条规定定罪量刑，不需要适用法律类推。”判断行为对象是否属于淫书淫画，应根据国务院的《规定》及新闻出版署的《暂行规定》予以认定。凡制作、贩卖的书报刊及录像、影片、电视片、幻灯片等，符合淫秽、色情出版物这两级认定标准条件的，均应构成制作、贩卖淫书淫画罪。制作贩卖淫书淫画罪在客观上一般表现为编著、绘画、翻译、拍摄、印制、录制、复制、出售、倒卖及向他人展示或播映等行为。这种行为既可以表现为经批准的或未经批准的出版活动，也可以是与出版活动无关。例如，某些犯罪分子将自己的流氓淫乱经历编写成手抄本到处传播，某些地区有的外语教师将自己翻译的外国淫秽色情书稿高价卖给个体书商，这些都属于与出版活动无关的制作、贩卖淫书淫画行为。构成制作贩卖淫书淫画罪，行为人在主观上必须有营利的目的，否则，不构成本罪。比如，制作或者贩卖淫秽书画以自用，只是一般的违反治安管理行为而不能以犯罪论处。但具有营利目的的制作、贩卖淫书淫画行为，是否不论数量多少一律构成犯罪呢？我们认为回答应当是否定的。因为根据《治安管理处罚条例》的规定，违反治安管理的行为包括“出售、出租淫书、淫画”，这种行为无疑在主观上也是具有营利的目的。因此，在行为人出于营利目的的制作、贩卖淫书淫画的情况下，是否构成犯罪还是要考虑其他情节的，其中制作、贩卖的数量就是一个重要情节。两高的《规定》也为我们在这问题上区分罪与非罪的界限划定了原则标准（见规定第一条）。可见制作、贩卖淫书淫画数量较大，或组织播放的场（人）次较多，其行为就应当定罪。反之，如果制作贩卖的淫书淫画数量确实很少，危害显著轻微的，仍应按违反治安管理的行为予以处罚而不应以犯罪论处。

（三）以投机倒把罪论处。出于牟取暴利的目的，从事淫书淫画、淫秽音像的出版、印刷发行、销售活动，其非法经营或者非法获利的数额巨大或者情节严重的，应当依照刑法第118条的规定，定为投机倒把罪。1987年9月17日国务院发布的《投机倒把行政处罚暂行条例》明确规定，“以牟取非法利润为目的，印制、销售、传播非法出版物（包括录音录像制品）获取非法利润的”，都是投机倒把行为。因此，这种行为情节严重的，即构成投机倒把罪，应依照刑法追究刑事责任。如前所述，淫书淫画及淫秽音像制品，是当前非法出版物的一种主要形式，制作、贩卖淫书淫画这种非法出版物的行为具有投机倒把的性质。亦即这种主观上出于牟取非法利润的目的，客观上实施了非法印制、销售、传播淫秽书画及音像制品的行为，往往可能同时触犯刑法第170条制作、贩卖淫书淫画罪，和刑法第118条投机倒把罪。从刑法理论上分析，这种情况属于法规竞合，也就是说刑法第117条、第118条规定的投机倒把罪的构成要件与刑法第170条规定的制作、贩卖淫书淫画罪的构成要件有部分交叉的关系；即在犯罪对象上，投机倒把的犯罪对象之一的“非法出版物”中包含了制作贩卖淫书淫画罪的对象淫秽、色情出版物；在行为方式上，投机倒把罪的多种手段中包括制作、贩卖淫书淫画罪的行为方式；在侵害的客体上，投机倒把罪侵害了社会主义的经济秩序，而制作贩卖淫书淫画罪则

不仅侵害了国家对出版发行方面的社会管理秩序,同时,图书等非法出版物作为一种特殊商品,也在一定程度上破坏了作为社会主义的经济秩序之一部分的文化市场秩序。从这种关系上说,投机倒把罪是一般构成的犯罪,而制作贩卖淫书淫画罪是特殊构成的犯罪。我国刑法理论认为,在法规竞合的情况下,一般采取“特别法优于普通法”的原则,按照行为所触犯的特别法条的犯罪定罪量刑;但是,在必要时以“重法优于轻法”原则作为一般原则的补充,即当按行为所触犯的特别法条的犯罪定罪量刑不能做到“罪刑相适应”时,则应按法定刑较重的普通法条的犯罪定罪量刑。最高人民法院、最高人民检察院于1987年11月27日发布的《关于依法严惩非法出版犯罪活动的通知》第2条规定:“以营利为目的,从事淫书淫画、淫秽音像的出版、印刷、发行、销售活动的,以刑法第170条制作、贩卖淫书淫画罪论处;其中非法经营或者非法获利的数额巨大或情节严重的,不仅触犯了制作、贩卖淫书淫画罪,也触犯了投机倒把罪,应按投机倒把罪论处”。这一司法解释指出了具备以下两个条件之一的制作贩卖淫书淫画行为即可按投机倒把罪论处:一是非法经营或者非法获利数额达到“巨大”;二是制作、贩卖淫书淫画情节严重的。这一司法解释性文件的规定是对我国刑法学理论所提出的上述两个处理法规竞合定罪量刑原则的实际采纳和肯定。应当指出,我国法学界和司法实际部门有些同志并没有正确地理解我国刑法学理论提出的上述两个处理法规竞合定罪量刑原则和正确使用司法解释性文件的规定,他们认为:根据有关规定,投机倒把行为情节严重是构成犯罪的必要条件,而非法经营或者非法获利数额达到较大是情节严重的主要标志。因而制作、贩卖、组织传播淫书淫画及音像制品的行为,只要其非法经营或非法获利数额达到了“数额较大”,就属于投机倒把“情节严重”,应按照刑法第117条以投机倒把罪论处。而不是按照刑法第170条以制作、贩卖淫书淫画罪论处,实践中有的司法机关也按这种理解对这类案件以投机倒把罪作了定性处理。我们认为,这种理解和做法都是不正确的。司法解释规定的制作、贩卖淫书淫画情节严重,绝不能简单理解为是构成投机倒把罪所要求的非法经营或非法获利“数额较大”,而只能理解为制作、贩卖淫书淫画行为本身具有其他严重情节。以营利为目的,出版、印刷、发行、销售淫秽书画及音像制品的行为虽然可能同时触犯制作、贩卖淫书淫画罪和投机倒把罪,但是按照法规竞合定罪量刑的一般原则,只要其非法经营或者非法获利数额尚未达到“巨大”,或情节未达到“严重”程度,均应定制作、贩卖淫书淫画罪而排除刑法第117条投机倒把罪适用之可能。这是因为刑法第117条与刑法第170条的法定刑幅度是基本相同的,对制作、贩卖淫书淫画、音像制品其非法经营或者非法获利数额已达到“较大”,但尚未达到“巨大”的行为,按特别法条的犯罪即制作、贩卖淫书、淫画罪论处完全可以做到罪刑相适应,所以应当定为制作、贩卖淫书淫画罪。只有对非法经营或非法获利数额达到“巨大”的制作、贩卖淫书淫画及音像制品的行为,才应按照法规竞合的补充原则,依照刑法第118条以投机倒把罪论处。当然,由于制作、贩卖淫书淫画、音像制品的行为不仅破坏了社会主义经济秩序,而且破坏社会管理秩序,腐蚀毒化了人们的思想,因而在处理时不能搞绝对的“唯数额论”,虽然其非法经营或者非法获利的数额未达到“巨大”,但综合其他犯罪情节已达到“严重”程度的,如多次制作、贩卖淫秽书画及音像制品,经行政处罚仍不悔改的,利用职权或业务便利制作、贩卖淫秽书画及音像制品的,向18岁以下未成年人出售、播映淫秽书画及音像制品,或者以制作、贩卖淫书淫画及音像制品为常业的,亦应按照法规竞合的补充原则,依照刑法第118条,以投机倒把罪论处。两高《规定》第2条显然体现了这一精神。同条第2款还指出,对于以营利为目的,制

作、贩卖淫秽物品,其数量(数额)达到前款规定的数量(数额)十倍以上,或者具有其他特别严重情况的,可以适用《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第1条第1项的规定处罚。

(四)以流氓罪论处。行为人制作或者组织传播淫秽书画及音像制品的目的不是为了营利也不是为了自用,而是出于寻求下流无耻的精神刺激的流氓动机,在社会上经常传播淫秽物品,危害严重,或者利用淫秽物品教唆、引诱青少年进行流氓犯罪活动的,应依照刑法第160条定为流氓罪。早在1984年11月2日,最高人民法院、最高人民检察院在《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》中就指出,行为人利用淫秽物品教唆、引诱青少年进行流氓犯罪活动的,或者在社会上经常传播淫秽物品,危害严重的,符合我国刑法第160条规定的“其他流氓活动”的构成要件,破坏了社会管理秩序,应以流氓罪论处。最近,两高《规定》第3条再次作出了明确规定。同条第2款还指出,按流氓罪追究刑事责任的案件,危害特别严重的,可以适用《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第1条第1项的规定惩处。

实践中有一些司法机关对利用淫秽物品教唆、引诱青少年进行流氓犯罪活动的行为人定了传授犯罪方法罪,与流氓罪实行数罪并罚,也有的定为教唆犯,按流氓罪从重处罚。我们认为,对利用淫秽物品教唆、引诱青少年进行流氓犯罪活动的行为人以教唆犯从重论处是正确的,因为这是一种故意引起他人犯意的行为,而以传授犯罪方法罪论处是不当的,因为行为人所实施的只是传播淫秽物品,而没有直接传授流氓淫乱的犯罪方法,按照司法解释性文件的规定,对这种行为应作为情节恶劣的流氓行为直接以流氓罪论处。所以,无需另定传授犯罪方法罪并与流氓罪实行数罪并罚。

(作者单位:浙江省公安专科学校;杭州大学法律系)

责任编辑:肖 岚

略论自诉案件的范围

杨 实

如何划分自诉案件的范围一直是个有争议的问题。它不仅涉及自诉案件概念,而且涉及当事人的起诉权以及司法机关的管辖分工。为了促进这方面问题的研究,笔者仅从以下三个方面作些初步探讨。

一、“法院直接受理的案件”与“自诉案件”的概念

关于这个问题的争论主要源于对刑事诉讼法有关规定的不同表述方式的不同理解。刑事诉讼法第13条第1款规定:“告诉才处理和其他不需要进行侦查的轻微的刑事案件,由人民法院直接受理,并可以进行调解。”第105条第1款规定,“……除自诉案件和其他轻微的