

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*

周 详 齐文远

内容提要:犯罪客体(法益)在犯罪构成中的要与不要的地位之争,可以还原为主张不同的犯罪论体系之争;犯罪论体系的科学与否,不能用自己来检验自己,只能用实践效果来检验;犯罪客体的根本问题是对分则个罪客体的实证化、精确化问题;传播淫秽物品罪的客体可界定为“他人的不愿意接触淫秽信息的权利”。按这一思路,该客体对本罪中的传播行为的违法性判断具有具体的规范解释的效果。

关键词:犯罪客体 法益 实证化 实用主义 解释论机能

周详,中南财经政法大学法学院讲师,博士生。

齐文远,中南财经政法大学法学院教授,博士生导师。

一 犯罪客体根本问题的还原

在当前刑法学界,对传统刑法理论中的犯罪客体要件问题的争议是一个热点问题,刑法通说认为犯罪客体是犯罪构成必备的四要件之一。犯罪客体是指犯罪行为侵害的,而为刑法所保护的社会主义社会关系,后来我国刑法通说将“社会主义社会关系”改为“社会关系”。但部分学者仍然对社会关系说提出了异议,主张“社会利益说”、“权益说”、“社会关系与利益说”、“社会关系与生产力说”,^{〔1〕}对社会关系说进行具体化,但不否认犯罪客体是构成要件的地位。

但是通说以及这些小修小补的观点受到了越来越多的刑法学者的诟病,有学者主张用犯罪对象代替犯罪客体。^{〔2〕}用犯罪对象代替犯罪客体中的社会关系说,虽然保留了犯罪构成四要件的说法,但已经是“名”不变,“实”变。有的学者明确主张将犯罪客体驱逐出犯罪构成理论体系,提倡犯罪构成三要件说。将客体“还原”到犯罪本质的范畴,并将犯罪客体的社会关系说具体化为法益。犯罪客体虽然不是构成要件,但是在制定以及解释犯罪的三要件时应当以犯

* 本文为司法部项目“刑法司法解释立法化问题研究”(03SFB2032)的阶段性成果。

〔1〕 马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社2000年版,第101-106页。

〔2〕 张文、孙仕柱:《从系统论看犯罪客体》,载《中外法学》1996年第1期。

罪客体概念为指导。^[3] 这种观点得到了越来越多学者的认同,成为现在批判通说最主要的观点。当然也有学者对此提出了反驳,为刑法通说辩护。^[4] 当前对犯罪客体的地位的讨论主要是“不要说”与“维护说”之间的交锋,但在争论中,无论是“不要说”还是“维护说”,都有一个共同的立论假设,那就是认为犯罪客体具有不可替代的实质解释或者规范评价的功能。

实际上,之所以出现犯罪客体“不要说”或者“维护说”,与主张者背后的犯罪论的不同直接相关。张明楷教授对此有清楚的认识:“主张犯罪客体是构成要件的观点,常常是对犯罪客体要件、主体要件与主观要件做出形式的解释;我主张犯罪客体不是犯罪要件,重要原因之一是对上述三要件做出实质意义的解释。”^[5] 实际上,犯罪客体在犯罪构成中的要与不要的地位之争就还原为不同的犯罪论体系的主张之争。但是,如果刑法学界仅仅停留在犯罪客体要不要的问题,或者停留在犯罪客体放在犯罪构成范畴中,还是放在犯罪本质的范畴中这种体系之争或者主义之争上,而忽视了对客体的实质内容的研究,那无疑是“丢了西瓜,捡上芝麻”。这种抽象的讨论很可能谁也说服不了谁。

“理论只要说服人,就能掌握群众;而理论只要彻底,就能说服人。所谓彻底,就是抓住事物的根本。”^[6] 而之所以有些理论之争、主义之争无法说服人,那是因为停留在抽象层面的理论,永远只能自己宣称自己是正确的,没有将自己认为正确的理论贯彻下去,没有抓住事物性质判断的根本标准——实践。这场犯罪客体要与不要的争论,就和姓资姓社的争论一样,如果缺乏实践检验的标准,意义可能是微小的。当然,人的认识能力都是有限的,没有谁是不犯认识错误的全能者,所以在实践中应该“允许我们犯错误,有了错误以后,由我们自己来纠正”。^[7] 可见,重大理论问题的性质的判断依赖于实践的效果的证明,一切以实践为检验标准。实际上,一个不允许犯错的理论或者永远正确的理论,哪怕的确是绝对真理,如果不进入实践,或者无法提供实践的价值,那么这个理论还不如实践中被证明是错误的东西有价值。20世纪英国科学哲学家波普尔(Karl Raimund Popper)早说过:“一种理论愈是精确,愈易于遭到反驳,也就愈使人感到兴趣”,“一种不能用任何想象得到的事件反驳掉的理论是不科学的。不可反驳性不是(如人们时常设想的)一个理论的长处,而是它的短处”。^[8]

因此,我们认为主张什么样的犯罪论体系,那是每个学者的立场选择的自由。立场分立很重要,有利于学派分立,但不能为了体系而体系,而忽视了对犯罪客体实质问题的研究:犯罪客体要具有学者所宣称的功能与作用,必须体现在对分则的每一个罪名的犯罪客体的实证化、精确化的研究上。不能理论上是一套说法,而实践中又是另外一种做法。

我们不妨以传播淫秽物品罪的客体的界定为例来说明该实质问题。

[3] 主张这种观点的刑法学者不在少数,主要代表人物是张明楷、陈兴良,不仅在文章中有明确的主张,也将这种观点反映在刑法学教科书中去。参见张明楷:《新刑法与法益侵害说》,载《法学研究》2000年第1期。张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版。陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,载《法学研究》2000年第1期。陈兴良:《规范刑法学》,中国政法大学出版社2003年版。

[4] 参见李希慧、童伟华:《“犯罪客体不要说”之检讨——从比较法的视角考察》,载《法商研究》2005年第3期。李洁:《论罪客体与犯罪对象的统一》,载陈兴良主编《刑事法评论》(第1卷),中国政法大学出版社1997年版。

[5] 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第261页。

[6] 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第9页。

[7] 《邓小平文选》第3卷,人民出版社1993年版,第236页。

[8] [英]波普尔:《猜想与反驳》,浙江人民出版社1989年版,第102、15页。

二 传播淫秽物品罪客体之界定

对于传播淫秽物品犯罪的客体是什么,各国刑法理论界有着相似的认识,绝大多数认为它是一种妨害社会善良道德的犯罪,只是具体描述的措辞不同而已,有的国家认为,它妨害的是社会风化;有的国家认为,它侵犯的是公共礼仪与道德;有的国家认为,它侵犯的是社会的善良风俗。^[9]我国学者借鉴外国刑法理论,也认为本罪的客体是“社会主义道德风尚”。^[10]鉴于我国在刑法立法上没有设立妨害风化的类罪名,而是将传播淫秽物品罪放在妨害社会管理秩序一章,因此一些中国学者提出本罪的客体是“国家禁止传播淫秽物品的制度”、“社会管理秩序”、“文化市场的正常管理秩序”之类的说法。^[11]

但是无论是风尚说还是管理制度说,我们都看不出这些不同的说法有何实际的解释价值。传统刑法解释学往往将同类客体简单地套在个罪上,以至于个罪的客体太抽象、太模糊,丧失了其应有的解释力,且在该问题上明显带有循环解释的痕迹:国家通过抽象的法律建立起禁止传播淫秽物品的制度,而这个禁止传播淫秽物品的法律制度又被解释为本罪的客体。于是乎,凡是与淫秽物品这个对象有关的所有行为都可以被涵摄到传播行为的范畴中去,而凡是传播行为则必然会侵犯该客体。也许从抽象层面来说,这不能说错,但对行为规范的判断与裁判规范的适用而言,等于什么也没有说。在这种解释模式下,传统的犯罪构成四要件中有没有这个抽象的客体要件,都不影响犯罪行为的认定。于是有学者强烈主张取消犯罪构成中的客体要件,将犯罪客体纳入到犯罪的本质范畴中讨论。当然,这种反驳观点也还是没有解决犯罪客体的实质问题——如何发挥犯罪客体的解释论机能。

因此要确定传播淫秽物品罪的客体,我们必须对国家为什么要禁止传播淫秽物品进行追问。任何一部正义的刑法都不可能为了禁止而禁止,刑法不会禁止那些没有侵犯任何利益的行为。而这种受到法律保护的生活利益就是法益。因此,从这个角度而言,“国家禁止传播淫秽物品的制度”作为本罪的客体也是不妥当的,而“良好的社会风尚”倒可以理解作为一种生活利益,不过“社会风尚”还是过于抽象、太模糊,同样丧失了其应有的解释力,需要进一步解释或者具体化。由于社会风尚涉及生活的方方面面,“淫秽物品”涉及的只能是性风尚,但“性风尚”仍然是一个模糊的词语,或者说性风尚也包含了多重的实质内容,每一种具体行为侵犯的性风尚的实质内容也就可能有差异,^[12]因此,应该对每个个罪的客体都做出具体的界定。

对于传播淫秽物品罪而言,其客体的界定是和“国家为什么要禁止传播淫秽物品”的答案有关,我们不妨“大胆假设,小心求证”,^[13]从以下几个可能的实证化思路进行。

第一种思路:“诱发性犯罪”。这是东西方普遍存在的一种观念。从这一思路出发,那么归根结底传播淫秽物品罪的客体实际上是“性自决权”。但是这一思路存在很多问题。

[9] 参见蒋小燕:《浅议淫秽物品犯罪的界定》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2004年第4期。

[10] 参见高铭喧、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第669页。

[11] 参见鲍遂献:《妨害风化犯罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第294页。

[12] 比如聚众淫乱罪、嫖宿幼女罪、传播性病罪、传播淫秽物品罪等行为侵犯的性风尚的内容没有差异吗?对该问题,值得研究。

[13] 胡适:《清代学者的治学方法》,欧阳哲生编《胡适文集》(2),北京大学出版社1998年版,第302页。

第一,这种个案的发生概率有多大?这是一个必须考虑的问题。例如,估计不少于一亿的人看了香港“艳照门”的艳照,其中引发了多少起性犯罪案件?我们至今还没有看到类似个案的报道。第二,有大量的实证研究表明,淫秽物品的广泛传播不仅没有增加强奸发生率,相反却降低了强奸发生率。淫秽物品起着替代强奸,减弱强奸的冲动的功能。尽管这些实证研究存在着很多不确定性的因素,但至少可以下结论:“不能证明色情会影响强奸发生率。”^[14]第三,即使淫秽物品的传播与极个别的“性犯罪”案件之间有关联,那么将传播行为引起的其他性犯罪的客体作为本罪的客体也是不合适的。以赌博罪为例,通说认为赌博罪的客体是善良的社会风尚和社会管理秩序,设立赌博罪的原因之一在于赌博会引起打架斗殴、盗窃、抢劫、杀人等其他犯罪。^[15]但没有人将赌博罪的客体解释为生命权、财产权等。

第二种思路:“侮辱女性”。可能的理由如下:第一,淫秽物品的内容中涉及者大多是女性,例如美国的色情刊物《花花公子》虽然名为“公子”,但刊物中的色情图片全是女性或者主要是女性。第二,色情物品的分级标准具有性别上的双重性。如在20世纪90代,大陆警方对各个录像厅播放香港的“三级片”并不怎么管,而所谓的“三级片”,基本上是女角正面裸两点甚至三点全裸,而男角通常只给背面镜头。如果男性给正面全裸镜头,那就属于禁止播放的A片。第三,在淫秽物品中,女性扮演的主要是被虐待、被侮辱的角色,男性则多是施暴者的角色。例如被美国定为NC-17级(禁止17岁以下观看)的《色戒》完整版中,几场全裸床戏都是以不同的性虐待的方式来反映男女主角的内心与感情的细微变化。第四,淫秽物品的消费者大多是“花花公子”(男性)。似乎我们从以上的一些现象可以得出淫秽物品传播的是一种侮辱女性的信息。如果得出这样的结论,那么或多或少符合女权主义对色情物品的解读观点。但是波斯纳认为这种解读却无法解释一些相反现象:比如丹麦与瑞典是女权主义政治、女性解放的要塞,但这两个国家却对色情犯罪予以非犯罪化。另外这也无法解释同性恋色情物品的存在。^[16]实际上在笔者看来,上述现象也并非必然与侮辱、歧视女性相关,也许只是因为两性在生理与心理结构的差异所致,比如男性生理上的禁忌部位是唯一的。大街小巷裸露上半身的男子大有人在,也没有多少人想到是色情暴露。在性心理的差异上,一般而言,女性是用心,好幻想,^[17]性与爱一体;而男人是用眼,喜直接,性与爱分离。所以男性在色情物品的消费中以“养眼”的色情图片为主,而女性则以委婉的、缠绵的琼瑶式的“言情小说”作品为主。可见,并非女性不需要色情,而是消费色情的形式不一样。实际上有调查显示女性也爱看色情物品,但关注点与男性不同。^[18]如此看来,将传播淫秽物品罪的客体解释为“妇女的尊严”并不妥当。

第三种思路:破坏作为婚姻和家庭基础的性观念(性风尚)。^[19]这是近年来德国年轻的刑法学者对传统的“性风尚”这个抽象的法益概念进行实证化而提出的观点。受实用主义思想“侵蚀”的美国的法理学界也持类似的观点:之所以要打击色情物品的传播,是因为“色情物品会破坏道德……所有看过色情物品的人,哪怕时间再短,都会受色情的影响……从而

[14] 参见[美]波斯纳:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第492-501页。

[15] 高铭喧主编:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社1998年版,第848页。

[16] 参见[美]波斯纳:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第500-501页。

[17] 心理学研究表明,很多女性有被心中的白马王子强暴的幻想心理。当然这种幻想心理的存在与现实中被人强暴是两回事,这就好像有受虐心理倾向的人,突然被车门夹了手指也会感到十分痛苦,而不是快乐。

[18] 参见《女人为什么爱看色情电影》,载《花生文摘》2007年第8期,第33页。

[19] Muenchener Kommentar StGB - Hoernle, § 184, Rn1 ff. (Stand 2005.)

有可能造成家庭的破裂”。^[20] 我们认为这种对客体进行实证化研究的思路是可取的,但上述的具体结论不妥。第一,这种观点实际上基于传播学的“影响说”:^[21] 只要是人,面对如此敏感的色情信息的刺激,或多或少都会对性观念产生影响。但无所不包的“影响说”仍然没有对传播行为的类型化以及具体的司法适用提供可操作的解释规则。第二,“受影响”与“破坏”是两个不同的概念。如男人喜欢看美女不等于想和美女有什么,那么看了淫秽物品的人,也并不意味着就是要破坏婚姻家庭。所以上述观点将“影响”等同于“破坏”,认为所有的传播行为都对婚姻和家庭基础上的性观念具有抽象的破坏性,那么这个“新观点”与德国刑法学界认为本罪是性风尚并且本罪是抽象的危险犯的通说^[22] 并没有实质差异,两种观点都意味着:只要有传播行为,就可认定对犯罪客体“性观念”、“性风尚”有侵犯性。

似乎所有的道路都试遍了,却仍然没有给出合理的界定,以至于一些学者认为传播淫秽物品罪是一个“无被害人的犯罪”,是一个没有侵犯法益的犯罪。“无被害人就无犯罪”,“无法益侵害就无犯罪”,因此主张对本罪进行非犯罪化。这也不失为最后一招:当解释不通的时候,就批判法律。然而这仍然无法回避绝大多数国家还保留着传播淫秽物品罪的现实。因此我们必须另辟蹊径,反其道而思之:本罪真的没有被害人吗?谁是被害人?

第四种思路:谁是被害人?仅仅在理论上抽象的假定本罪有被害人,意义不大,关键问题是如何确定这些被害人以及这些人受到被害的实体利益是什么。

首先,我们联想到最容易受害的一类人:未成年人。就规定传播淫秽物品罪的各个国家来看,都把打击向未成年人传播淫秽物品的行为作为重点与核心。如美国刑法中打击色情罪的立法“主要是为了保护未成年人,防止青少年接触有色情内容的书刊和影视”。^[23] 而英国则在《1978 年保护儿童法》中专门规定了“为 16 岁以下拍摄、散发淫秽照片、影片罪”。^[24] 日本刑法中,对春宫图画是否为淫秽物品的判断则把“是否会对青少年有害”作为争论的焦点。^[25] 受色情犯罪非犯罪化思潮影响的德国,于 1997 年第 33 次刑法修改时,废除了对通奸、对动物的性行为等罪名,同时缩小了对散发色情文书和照片的处罚范围,但仍然保留甚至加强打击关于对未成年人的传播行为。如增加了以奸淫儿童为对象的淫秽物品的犯罪,并从重处罚。^[26] 因此德国刑法通说认为“《德国刑法典》第 184 条所保护的客体首先是青少年”。^[27]

那么,究竟传播淫秽物品罪会侵犯未成年人的什么利益?德国刑法通说认为,“就是青少年性发育的不可扰乱性”,同时还认为本罪是抽象的危险犯,“至于青少年的性发育是否会因为他人传播的淫秽文书而被扰乱,在所不论”。^[28] 可见德国刑法将该罪解释为抽象

[20] 参见[美]波斯纳:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 501 页。

[21] [美]施拉姆:《传播学概论》,新华出版社 1984 年版,第 4 页。传播学认为,“我们研究传播时,我们也研究人,研究人与人的关系以及与他们所属的集团、组织和社会的关系;研究他们怎样相互影响、受影响;告知他人和被告知;教别人和受别人教;娱乐别人和受到娱乐”。由此观之,传播学研究的“传播”,几乎涵盖了人类所有的行为,大到历史事件、科学理论、文化产品,小到一句话、一个动作、一个表情甚至一个眼神,无不具有传播的意义。难怪有西方学者不无调侃地说:“传播这一概念意味着一切。”

[22] SK - StGB - Wolters / Horn., § 184, Rn. 2. (Stand: Okt, 2004.)

[23] 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社 2005 年版,第 200 页。

[24] [英]克罗斯等:《英国刑法导论》,赵秉志等译,中国人民大学出版社 1991 年版,第 329 页。

[25] [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 373 页。

[26] 《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国法制出版社 2000 年版,第 23 - 24 页。

[27] Leipziger Kommentar - Heinrich, Laufhuette, § 184, Rn. 1, De Gruyter Recht, Berlin, Stand: den 1 Aug., 1994.

[28] [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 373 页。

的危险犯实际上也体现出对未成年人“身心健康利益”^[29]的严格保护。诸多国家类似的立法与司法都将未成年人作为保护的核心,背后有着一个基本的理论假设或者推定,即未成年人由于身心发育不全,自控力差,极易受到淫秽物品的毒害,因此无需作具体的判断,只要向未成年人传播淫秽物品,就推定侵害了未成年人的身心健康。

其次,我们考察第二类人:成年人。成年人会不会成为传播淫秽物品的受害人?这可能会有不同看法。大多数国家并没有将对成年人的淫秽物品传播行为非犯罪化,哪怕是受到非犯罪化影响的德国刑法,也例外地处罚以成年人为传播对象的某些行为,例如德国刑法第184条中规定了某些特定场合以某些特定方式向他人提供、出让、送与淫秽物品的,也构成犯罪。其中的“他人”并不特指未成年人。这意味着成年人也可以成为被害人。

但成年人受害的利益到底是什么?这才是问题的核心。如果直接套用“未成年人的身心健康”的说法,将客体界定为“成年人的身心健康”,则存在很大的逻辑矛盾问题,因为前一客体的确认是以未成年人的身心不成熟为前提的。所以很多国家的刑法学者就用“性风尚”这个模糊的、抽象的大词回避对成年人实质利益的追问。但是德国刑法的研究走在了前面,德国刑法界力图对成年人的实体利益进行界定,有人认为本罪的第二保护客体是“不愿接触淫秽文书的人”。^[30]具体地说就是成年人的“不愿接触淫秽文书的意愿”或者“淫秽文书的接触权”。^[31]

但是这一观点没有解释为什么不同年龄的人会有不同界定的问题。对此,我们认为可以有两种解答的思路。第一种思路:否定成年人有独立的实质利益。处罚以未成年人为对象的传播,可以解释为“最终是为了保护未成年人的实质利益”,因此在司法适用或者立法中必须以某传播行为具有危害未成年人的现实危险性为准则。例如德国刑法第184条第1款第3项的规定,可解释为从营业场所以及传播方式的失控角度来推定具有了危害未成年人的现实危险性。第4项,第5项,第6项,第9项以及第2款的规定,都可以根据这个解释规则来进行某种解释。第二种思路:承认成年人有独立的利益需要保护。如果成年人有不愿接触淫秽文书的意愿与权利,那么未成年人同样也应该有。但是法律上基于未成年人的责任能力的不完全,于是假定未成年人与成年人在权利的范围上有差异。换言之,成年人有完整的“不愿意接触权”和“愿意接触权”。对成年人的“愿意接触权”是通过立法上的非犯罪化或者司法上的法律不理会的消极方式来保护。但法律认为未成年人只有“不愿意接触权”,不具有“愿意接触权”。所以,未成年人即使“愿意”接触淫秽物品,在法律上也不承认,对传播者而言,该传播行为也就具有了违法性。实际上,这并非笔者杜撰出来的解释规则,有类似的法理与法律依据。如强奸罪保护的是妇女的性自决权,如果妇女是同意性交的,哪怕行为人采用了暴力的方式,也可以否定强奸罪的成立。但是如果对象是幼女,哪怕幼女是“同意”的,行为人采取和平的方式和幼女发生性关系,也构成强奸罪。这是因为法律上我们假定幼女有“不愿意发生性关系”的权利,却没有“愿意发生性关系”的权利。

[29] 在中文中,性发育通常指的是生理发育。事实上淫秽信息对生理上的性早熟的影响力有限,气候因素与物质生活条件的改善是性早熟的最主要因素。淫秽物品对未成年人心理的负面影响则比生理影响大。如果说德语中的“性发育”不仅仅是指生理上的发育,也指性心理健康的话,那么它相当于我们熟知的“身心健康”。

[30] Leipziger Kommentar – Heinrich, Laufhütte, § 184, Rn. 1, De Gruyter Recht.

[31] SK – StGB – Wolters / Horn: § 184, Rn. 2. (Stand: Okt, 2004); Muenchener Kommentar StGB – Hoernle, § 184, Rn 1 ff. (Stand 2005.)

我们认为成年人有独立的实体利益值得保护,即使在没有未成年人在场的公开场合下,向特定的、少数的成年人传播淫秽物品,不具有侵害未成年人身心健康的现实危险性,但仍然具有侵犯成年人实体利益的可能性。从被害人的角度来看,除了传递行为直接指向的特定成年人是被害人以外,不特定的公众也是被害人。一旦某种传播行为将特定的成年人以及不特定的公众强制置于一种公共的视角,这种公开传递的行为本身就是对受众心中的“不愿意公开接触、消费淫秽物品”这一性风尚规则的侵害。实际上“成人、自愿、秘密”是所有国家的性风尚的共同规则。^[32] 而该规则具体化到分则的各个罪名,则各有其特定的不同内容。例如聚众淫乱罪侵犯的是“淫乱行为之不公开性的性风尚”。^[33]

可见成年人也有值得保护的權利,因此我们倾向于采用第二种思路。总之,我们通过各种“猜想与反驳”,反复求证,最终将传播淫秽物品罪的客体(法益)统一界定为“他人的不愿意接触淫秽物品的权利”。

三 犯罪客体(法益)解释论机能的实际体现

如果我们对本罪的法益的界定是可以接受的,那么该法益在刑法解释过程中就具有解释论的机能,具体体现在几个方面:

第一,对传播一词的传统刑法解释中,可能包含一些不值得用刑罚惩罚的传播行为,通过以本罪的客体为指导观念,可将这一部分传播行为排除违法性。例如,利用互联网、移动通讯终端、即时通讯软件、电子邮件或者其他方式私下传递给特定的成年人,尤其是现实中的朋友,只要这种私下传播的行为不具有使得其他不特定的或者多数的公众接触到该淫秽信息的现实可能性,那么即使淫秽物品的数量达到了刑法司法解释中确立的定罪的标准,^[34]也应当排除该传播行为的刑事违法性。在绝大部分教材所列举的传播方式中,“出借”或者“赠送”是其中的一种传播方式,^[35]但因为有了客体的制约,实际上并非凡有“出借”或者“赠送”淫秽物品的行为,就必然侵犯“他人的不愿意接触淫秽信息的权利”这一客体,这需要进行具体的司法判断。

第二,有关的刑法解释中,关于传播一词的解释也会出现将一些值得重点打击的行为,不当地排除在传播行为之外,违反刑法的正义目的。例如,绝大多数教科书都对传播行为进行对象上的“不特定的”或者“多数”的限定。但是,如果行为人直接以未成年人为对象进行的传播淫秽物品的行为,哪怕该行为指向的是特定的、少数的未成年人,该行为也具有了严重的法益侵害性,应该作为犯罪处理。该传播行为严重侵犯了未成年人的“不愿意接触淫秽信息的权利”,毕竟绝大多数国家对未成年人的该法益都是作为重中之重来保护的。

[32] 刘一哲:《我们的传统性道德》,载《现代交际》2007年第7期,第14页。

[33] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第776页。张明楷教授认为,即使是三人以上的淫乱行为,只要是秘密进行的,也不具有本罪的违法性。如果这种解释可以成立,那么我们认为本罪侵犯的客体不是“不得淫乱的性风尚”,将其界定为“公众的性感情”或者“淫乱行为之不公开性的性风尚”比较妥当。

[34] 这里的数量标准是指淫秽物品的数量标准。1998年《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》有关司法解释以及2004年的《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》中分别确立了传播对象的人次数量(300-600)和淫秽物品的数量(如淫秽图片400件)这两个定罪标准。

[35] 赵秉志:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第759页。张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第847页。

第三,我们认为即使某种传播行为已经不具有行政违法性,但也有可能严重侵害某种重要法益从而直接受到刑法的规制,具有刑事违法性。在2005年颁布的《治安管理处罚法》生效以前,各种法律法规、行政解释和司法解释中有五花八门的淫秽物品的违法传播行为的说法。例如《治安管理处罚条例》规定了“制作、复制、出售、出租或者传播”五种违法行为。1990年最高法院、最高检察院联合下发的《关于办理淫秽物品刑事案件具体应用法律的规定》第9条第4项规定:“‘传播’是指播放、出租、出借、运输、携带等行为。”公安部在1996年2月14日做出的《关于对拨打境外色情电话定性处理的批复》指出:“对聚众拨打收听境外色情电话,录制并传播色情电话内容,教唆他人拨打色情电话,传播色情电话号码的,以传播淫秽物品论处,情节较轻的,依照《治安管理处罚条例》进行处罚……”1997年12月公安部发布的《计算机信息网络国际互联网安全保护管理办法》规定:任何单位和个人不得利用互联网“查阅”色情信息。鉴于传播一词含义太广泛,无所不包,因此《治安管理处罚法》将淫秽物品的违法手段明确规定为“制作、运输、复制、出售、出租”,取消了“传播”这个“兜底”的规定。这实际上意味着以前被视为或者解释为违法的某些传播行为已经不再具有行政违法性。但是从刑法的角度来看,只要这些行政不违法的行为具有了侵犯“他人的不愿意接触淫秽信息的权利”的现实可能性,那么该行为就具有了刑事违法性,虽然不受行政法管制,却有可能受到刑法的规制。

总之,要使得犯罪客体(法益)真正起到解释论的机能,必须对每一个罪名的客体(法益)进行精细化、实证化的研究。而这种刑法解释的研究之路是一个以具体问题为中心,不断往返于法益概念与社会现实之间的永无止境的探索过程。这样的探索也不是只要将犯罪客体放在什么理论范畴,通过什么抽象主义之争就能代替得了的研究之路。梁启超先生说:“学也者,精密而有系统之智识也。”^[36]可见主义之路与实证之路两条道路完全可以,也应该同时进行。

[Abstract] The debate over the status of criminal objects (legal interests) in the constitution of crime is in fact a debate between different theories on the constitution of crime; the question of whether a theory on the constitution of crime is scientific or not should be answered on the basis of its effect in practice. The ultimate question concerning the object of crime is the question of empirical and precise definition of each of object of crime in the criminal law. The object of the crime of dissemination of obscene material can be defined as “the right of others not to receive obscene materials”. With this definition, the object in this crime can have the effect of concrete normative interpretation in the determination of the unlawfulness of the act of dissemination.

(责任编辑:王雪梅)

[36] 梁启超:《饮冰室合集》集外文,北京大学出版社2005年版,第486页。