

快播案与刑法第 363 条的合宪性解读文献检索报告

【作者简介】谭杰熙，浙江大学光华法学院 2015 级法学硕士。

【指导教师】罗伟，美国华盛顿大学法学院。

【版权声明】本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

一、引言（Introduction）

（一）主题摘要（Abstract）

北京市海淀区人民检察院官方微博 2015 年 2 月 6 日发布公告称，深圳快播科技有限公司王欣、吴铭、张克东、牛文举等四名主管人员因涉嫌传播淫秽物品牟利罪，已被海淀区人民检察院提起公诉。2016 年 1 月 8 日，持续两天的深圳市快播科技有限公司及主管人员王欣、吴铭、张克东、牛文举涉嫌传播淫秽物品牟利罪庭审结束（简称“快播案”）。案件核心的快播¹播放器的技术原理是基于流媒体²播放技术，通过向国际互联网发布免费的 QVOD 媒体服务器安装程序（简称 QSI）和快播播放器软件的方式，为网络用户提供网络视频服务。在庭审中公诉人结合快播播放器的技术特点以及相关事实证据认为快播公司及 4 名主管人员以牟利为目的，在明知上述 QVOD 媒体服务器安装程序及快播播放器被网络用户用于发布、搜索、下载、播放淫秽视频的情况下，仍予以放任，导致大量淫秽视频在国际互联网上传播，符合刑法第 363 条传播淫秽物品牟利罪构成要件。

快播公司涉嫌传播淫秽物品牟利案（下简称快播案）被称为“互联网开年第一案”，围绕快播案件，舆论场已经出现了近年来屡见不鲜的拉锯——规范主义立场与民意的对立。在法学理论上，秉持规范性法学理论立场的法教义学，坚持对法律事业采取一种内在态度，是快播案舆论场中规范主义立场的典型代表。因此，在法教义学视域中，现行法秩序始终是作为一切论证基点的“不容否认者”，

¹ 快播（英语：QvodPlayer）是一款基于视频点播的播放软件。与传统播放软件不同的是，快播应用 P2P 技术并支持 RMVB、MPEG、AVI、WMV 等主流音视频格式，软件本身不收取站长或用户使用费用，用户透过缓冲可观看在线影视节目，操作相对简单，且软件容易订制，是中国大陆较为流行的一款视频播放下载软件，又称为“Q 播”、“QVOD”。

² 所谓流媒体是指采用流式传输的方式在 Internet 播放的媒体格式。流媒体又叫流式媒体，它是指商家用一个视频传送服务器把节目当成数据包发出，传送到网络上。

由此所形成的往往就是极具排他性的规范主义立场。在大多数案件中，规范主义立场与民众朴素正义感是相互吻合的，但在一些疑难案件中，二者的决裂又显而易见。从 2007 年的许霆案、2012 年的杨喜利案以及本文讨论的 2016 年快播案，都体现着这种规范主义立场与民意的紧张拉锯。

在快播案的讨论，刑法教义学所面临的尴尬处境只有通过宪法教义学的介入才能够消解，即必须思考刑法第 363 条传播淫秽物品牟利罪的合宪性问题。随着现代人性的逐步解放，公众对于色情文化有了更高的宽容度，用法律来维护刻板的传统性道德观念，对传播淫秽物品牟利罪给予最高刑十年以上有期徒刑或者无期徒刑是对性道德法益的不合理保护，侵害了宪法基本权利中的平等权。刑法第 363 条不能被认为是基于合理依据的差别对待，其违反宪法平等权规范，应作修改。同时，对于传播淫秽物品牟利罪的调查取证往往也会涉及对公民隐私权的侵害，因为我国实行对淫秽物品的全面规制，所以私人拥有淫秽物品原则上也是被禁止的，例如 2003 年延安黄碟案就是这样一个典型体现。

（二）关键词（Key words）

关键词：淫秽犯罪；平等权；性道德；法益保护；宪法

Key Words: Crime of disseminating pornographic materials; offence of pornography/obscene; sex offender ; right of equality; Sexual morality; protection of legal interest ; constitution

（三）检索思路（Thinking of Search）

参照罗伟老师旨在提炼检索语言的 5W 分析法，对检索内容做如下基本安排：

WHO：（Offenders of disseminating pornographic materials/ sex offender）；公诉人（prosecutor）；法官（judge）；警察（police）

WHAT：性道德的法律保护问题（legal protection of sexual morality）；刑法第 363 条的合宪性问题（constitutionality of article 363 of criminal law）通过网络传播淫秽物品（disseminating pornographic materials via Internet）

WHEN：适用刑法第 363 条进行司法裁决时（Article 363 of criminal law in

judging)

WHERE: 中国 (THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA); 互联网、移动通讯终端、声讯台 (the Internet, Mobile Communication Terminals and Sound Message Stations)

WHY: 公民享有宪法上的平等权 (constitutional right of equality); 下位法不得与宪法规定抵触 (No laws or administrative or local rules and regulations may contravene the Constitution.)

(四) 阅读对象 (Object of Reading)

本文的读者群主要包括对合宪性解释、平等权为主要内容的人权保护和法律解释相关主题研究感兴趣的老师、同学们, 从事刑法司法实务中性犯罪案件的律师以及其他法律工作者。

二、中国法律资源 (Chinese Legal Sources)

(一) 一次资源 (Primary Sources)

1. 法律法规 (Statutes & Regulations)

检索路径: 北大法宝法律法规数据库——“传播淫秽物品牟利罪” (精确、全文、同篇、中央法规司法解释、地方法规规章、立法背景资料)

检索结果: “传播淫秽物品牟利罪/传播淫秽物品牟利” 法律 (2 篇); 司法解释 (4 篇); 部门规章 (1 篇) (3 篇)

(由于“宪法”和“刑法”的检索基本锁定《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国刑法》, 并且“平等权”主要是基于宪法条文规定, 因此在一次资源方面不再对上述关键词进行检索。)

检索结果汇总:

1.1 法律 (law)

1.1.1 《中华人民共和国刑法》(2015 北大法宝整理版) 【法宝引证码】

CLI. 1. 256346

【发布部门】 全国人民代表大会

【发布日期】 2015.08.29

【实施日期】 1997. 10. 01

【时效性】 现行有效

【效力级别】 法律

【法规类别】 刑法

第三百六十三条 【制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪】以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

注：另一检索结果为《中华人民共和国刑法(1997 修订)》，已被修改，在此略去。

1.2 司法解释 (Judicial Interpretations)

1.2.1 最高人民法院、最高人民检察院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(二)

【发布部门】 最高人民法院，最高人民检察院

【发文字号】 法释[2010]3 号

【发布日期】 2010. 02. 02

【实施日期】 2010. 02. 04

【时效性】 现行有效

【效力级别】 司法解释

【法规类别】 刑法综合规定与解释

第一条 以牟利为目的，利用互联网、移动通讯终端制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息的，依照《最高人民法院、最高人民检察院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》第一条、第二条的规定定罪处罚。

以牟利为目的，利用互联网、移动通讯终端制作、复制、出版、贩卖、传播内容含有不满十四周岁未成年人的淫秽电子信息，具有下列情形之一的，依照刑法第三百六十三条第一款的规定，以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚：

(一) 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电影、表演、动画等视频文件十个以上的；

(二) 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽音频文件五十个以上的；

(三) 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子刊物、图片、文章等一百件

以上的；

（四）制作、复制、出版、贩卖、传播的淫秽电子信息，实际被点击数达到**五千次以上**的；

（五）以会员制方式出版、贩卖、传播淫秽电子信息，注册会员达一百人以上的；

（六）利用淫秽电子信息收取广告费、会员注册费或者其他费用，违法所得五千元以上的；

（七）数量或者数额虽未达到第（一）项至第（六）项规定标准，但分别达到其中两项以上标准一半以上的；

（八）造成严重后果的。

实施第二款规定的行为，数量或者数额达到第二款第（一）项至第（七）项规定标准**五倍以上**的，应当认定为刑法第三百六十三条第一款规定的“**情节严重**”；达到规定标准**二十五倍以上**的，应当认定为“**情节特别严重**”。

第四条 以牟利为目的，网站建立者、直……，依照刑法第三百六十三条第一款的规定，以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

第六条 电信业务经营者、互联网信息服务……，依照刑法第三百六十三条第一款的规定，以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

第七条 明知是淫秽网站，以牟利为目的……第一款的规定，以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的共同犯罪处罚。

1.2.2 最高人民法院、最高人民检察院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（一）

【发布部门】	最高人民法院，最高人民检察院	【发文字号】	法释[2004]11号
【发布日期】	2004.09.03	【实施日期】	2004.09.06
【时效性】	现行有效	【效力级别】	司法解释
【法规类别】	刑法综合规定与解释		

第一条 以牟利为目的，利用互联网、移动通讯终端制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息，具有下列情形之一的，依照刑法第三百六十三条第一款

的规定，以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚；

利用聊天室、论坛、即时通信软件、电子邮件等方式，实施第一款规定行为的，依照刑法第三百六十三条第一款的规定，以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

第五条 以牟利为目的，通过声讯台传播淫秽语音信息，具有下列情形之一的，依照刑法第三百六十三条第一款的规定，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

1.2.3 最高人民法院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

【发布部门】	最高人民法院	【发文字号】	法释[1998]30号
【发布日期】	1998.12.17	【实施日期】	1998.12.23
【时效性】	现行有效	【效力级别】	司法解释
【法规类别】	妨害社会管理秩序罪		

第八条 以牟利为目的，实施刑法第三百六十三条第一款规定的行为，具有下列情形之一的，以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚：

以牟利为目的，实施刑法第三百六十三条第一款规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定为制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪“情节严重”；

以牟利为目的，实施刑法第三百六十三条第一款规定的行为，其数量（数额）达到前款规定的数量（数额）五倍以上的，应当认定为制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪“情节特别严重”。

注：另一结果最高人民检察院关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见，已被修改，在此略去。

（二）二次资源（Secondary Sources）

1. 司法案例（Cases）

检索路径：

（1）北大法宝案例与裁判文书数据库——“传播淫秽物品牟利”（精确、全文、同句）——检索结果：796条记录——筛选2012年之后且判定罪名为制作、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，共440条记录；

(2) 440 条记录中法宝推荐 (11 条) 普通案例 (429 条)

案例 1——葛××复制淫秽物品牟利案

本案典型意义在于：被告人葛××以牟利为目的，为他人复制淫秽视频文件，其行为已构成复制淫秽物品牟利罪，应予惩处。法院考虑到被告人葛××系初次犯罪，且到案后能坦白罪行，可依法从轻处罚。判处被告人葛××犯复制淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金一万元，缓刑考验期内依法实行社区矫正。案件中葛××属于情节严重按照法律应该处于三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金，但是法院基于葛××初犯和坦白情节，在减轻处罚。这说明了传播淫秽物品牟利罪量刑标准在信息化网络化时代显得不适宜，罪犯极易达到严重情节，该法条规定过于严厉量刑过于苛刻。

案例 2——杨某某等复制、贩卖淫秽物品牟利案

本案典型意义在于：被告人虽在涉案电脑硬盘内存储大量淫秽影片，但仅复制、贩卖其中极小部分即被公安机关查获，其犯罪行为因意志以外的原因而未得逞，是犯罪未遂，依法均可比照既遂犯从轻处罚。这是传播淫秽物品牟利罪犯罪未遂的司法判决具，可以作为既遂的量刑的一个参考案件。

案例 3——赵某某侵著作权、贩卖淫秽物品牟利案

本案典型意义在于：被告人赵某某以营利为目的，销售未经权利人许可的侵权音像复制品，发行数量超过二千五百张，还以牟利为目的，贩卖淫秽物品，其行为已构成侵犯著作权罪、贩卖淫秽物品牟利罪，其中侵犯著作权罪属“有其他特别严重情节”，贩卖淫秽物品牟利罪属“情节严重”。传播淫秽物品牟利犯罪往往伴随着侵害著作权犯罪的发生，本案是一个比较典型的例子。

案例 4——陈某某侵著作权、贩卖淫秽物品牟利案

本案典型意义在于：本案是侵著作权和传播淫秽物品牟利罪数罪并罚的案件，案件中被告人贩卖淫秽物品未达到情节严重标准，是一般情况下的贩卖淫秽物品牟利行为，法院认为被告犯贩卖淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金人民币一千元，对研究一般情节下的量刑有参考意义。

典型案例选取：

a) 案例基本信息

【案由】	刑事妨害社会管理秩序罪制作、贩卖、传播淫秽物品罪制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪		
【案件字号】	(2012)浙丽刑终字第 85 号	【审理法官】	陈伟平 李秀勤 傅皖
【文书性质】	裁定书	【审结日期】	2012. 06. 19

b) 案例评析

本案认为，2010 年 1 月份以来，被告人洪某先后在互联网上创建了 www.567v0d.net < http: // www.567v0d.net >、www.q320.c0m、www.343dy.net < http: // www.343dy.net > 和 www.rrrkan.c0m < http: // www.rrrkan.c0m > 四个电影网站，并加入 www.58lian.c0m < http: // www.58lian.c0m >、www.ete.cn、c.sfilm.c0m、uni0n.baidu.c0m、www.eg00ad.c0m < http: // www.eg00ad.c0m > 等广告联盟，将广告信息链接到 www.567v0d.net < http: // www.567v0d.net >、www.q320.c0m 和 www.343dy.net < http: // www.343dy.net > 三个电影网站上，从中获取广告收入。为提高网站浏览量，牟取更大的利益，被告人洪某在上述电影网站中采集添加了大量淫秽影片的种子链接，供网民下载观看，至案发时，共获取广告收入人民币 128072 元。经远程勘验及鉴定，从被告人洪某创建的四个电影网站上下载的影片中共有 710 个视频文件（559 部影片）属淫秽物品。其中 www.567v0d.net < http: // www.567v0d.net > 电影网站 145 个（116 部），www.q320.c0m 电影网站 254 < http: // www.q320.c0m 电影网站 254 > 个（196 部），www.343dy.net 电影网站 259 < http: // www.343dy.net 电影网站 259 > 个（204 部），www.rrrkan.c0m < http: // www.rrrkan.c0m > 电影网站 52 个（43 部）。

根据上述事实并依照相关法律规定，判决被告：一、被告人洪某犯传播淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币 130000 元；二、被告人洪某的违法所得，予以追缴；被扣押的作案工具电脑主机一台及银行卡，予以没收，上交国库。这是关于传播淫秽物品牟利罪的二审案件，涉及是特别严重情节，其特备严重情节只有十年以上有期和无期徒刑的量刑设置，其罪名和量刑与快播

案件具有较大可比性，不仅仅反映了对性道德法益的不合理保护而且违反宪法平等权，对性道德给予不合理保护导致的结果是公民个人平等权的受到侵害，量刑过重不合理。

检索结果汇总：

统计学意义上对行政诉讼案件结果的汇总显示：

(1) 法宝推荐的 11 条记录中，5 条是侵著作权和传播淫秽物品牟利罪共同发生；

(2) 全部 440 条记录中有 174 条是被判处缓刑的；

(3) 全部 440 条记录中，二审只有 3 条，其他审理程序 4 条，一审 433 条。

2. 法学评论文章 (Law Review Articles)

检索路径：北大法宝法学期刊数据库——检索词：“传播淫秽物品牟利”（精确、全文、同句）——检索结果：146 篇；北大法宝法学期刊数据库——检索词：“传播淫秽物品牟利 宪法”（精确、全文、同句）——检索结果：18 篇；

检索结果筛选：

2.1 车浩：《谁应为互联网时代的中立行为买单？》，2015 年第 1 期，第 47 页。【法宝引证码】 CLI. A. 1206627

文章指出，围绕快播案是否构成刑法第 363 条传播淫秽物品牟利罪牵涉的是刑法上的“中立的帮助行为”之争。近年的司法解释以及修正案的立法者，应该考虑到中立的帮助行为的惩罚与社会存续进步之间的关系。特别是在互联网领域中，决策者似乎并没有充分理解和认识到相关立法的后果和深远影响。生活在一个全球化时代，互联网已经成为公认的最充满想象力和创造性的新的产业。中国这些年在经济、文化、社会等各个方面所涌现出来的想象力和创造力，在整个全球竞争中展现出来的活力和影响力，相当大一部分来自于互联网。在今天这样一个信息网络的时代，类似的立法会不会给网络服务商赋予过重的、实际上也难以承担的审核和甄别责任？会不会在网络服务商与用户之间滋生出一种相互监督甚至敌视的关系？要求企业履行网络警察的义务，这样一个社会分工的错位，最终可能会阻碍甚至窒息整个互联网行业的发展。作者是从宪法中立帮助行为角度对快播涉嫌传播淫秽物品牟利罪进行法律分析，是从刑法体系内部对传播淫秽物品牟利罪进行反思。

2.2 黄大威, 李景华, 韩冰: 《对“传播淫秽物品行为”的民众态度调查》, 《犯罪研》2014年第4期, 54页。【法宝引证码】 CLI.A.1195093

文章指出, 对传播淫秽物品行为的民众态度进行调查分析是为了给传播淫秽物品犯罪立法政策提供素材和依据。采用问卷调查法, 以大学生、城市、农村居民为对象展开调查结果显示, 对网上散布淫秽图片行为, 认为现行法处罚适当占12.5%, 处罚过重87.5%。赞成处罚的主要理由是破坏道德风气、保护未成年人。不赞成处罚的理由是成人观看者主动自愿, 不会对其产生巨大影响。对传播淫秽物品牟利罪, 认为现行法适当15.7%, 八成以上认为处罚过重。处罚理由是保护未成年人、维持道德和网络环境。不处罚理由是双方自愿参与、未侵害他人利益, 成年人有性自由权。从调查结论可以看出, 民众对此类行为多数倾向于不处罚或行政处罚, 这与现行法追究刑事责任的规定并不一致。从实证研究层面得出了社会大众朴素正义观和目前刑法有关传播淫秽物品相关规定的冲突。

2.3 董玉庭, 黄大威: 《论传播淫秽、色情物品犯罪的刑事立法政策》, 《北方法学》2014年第1期, 60页。【法宝引证码】 CLI.A.1182228

文章指出, 在宽严相济的刑事政策背景下, 无被害人犯罪的刑事立法应当以“当宽则宽”为基本思路。对于传播淫秽、色情物品犯罪, 我国实行全面规制政策, 即不区分受众和内容, 均严厉打击。由于向自愿接受的成年人散布色情物品并未侵害任何法益, 反色情立法受到限制言论自由权的质疑; 淫秽性的认定标准模糊, 时常面临违背罪刑法定原则的责难; 色情物品具有精神补偿作用, 色情物品与犯罪、道德败坏没有明显关系。调查显示, 多数民众认为现行法律对传播淫秽物品犯罪的处罚过重。因此, 传播色情物品应采取区别对待的刑事立法政策, 将有被害人的犯罪与无被害人犯罪进行区分。总的来说, 禁止向未成年人及不愿接受的成年人散布色情物品, 禁止散布硬色情; 对向自愿的成人散布软色情的无被害人犯罪采取管理措施。指出了我国对刑法对性道德进行全面规制, 不合理保护的现状并进行了理论分析。

2.4 涂龙科: 《网络服务提供者的刑事责任模式及其关系辨析》, 《政治与法律》2016年第4期, 108页。【法宝引证码】 CLI.A.1211998

文章指出, 随着《刑法修正案(九)》的颁行, 适用于网络服务提供者的刑事责任模式有共犯责任、共犯正犯化责任和拒不履行法定义务三种。三种责任模

式之间存在适用范围部分重合、刑罚失衡的现象。应当区分“通谋”和“明知”的责任、“明知”与不履行法定义务的责任并严格限制中立帮助行为的处罚范围。在具体适用有关规定时，应当依据不同网络服务提供者的功能，明确其刑事责任的构成及责任范围。对于信息网络时代传播淫秽物品牟利罪中的平台方和网络技术提供方的刑法责任进行了论述，为信息网络下罪名认定和责任的区分提供了思路。

2.5 郭旨龙：《信息时代犯罪定量评价的体系化转变》，《东方法学》2015年第6期，114页。【法宝引证码】 CLI. A. 1210099

文章指出，在信息时代，以“数额”为中心的犯罪定量传统评价体系开始向以网络空间各种“情节”为支点的新型定量标准体系倾斜。“数额”在定量标准体系中地位下降，表现为信息时代犯罪对象的虚拟化、使用权化导致犯罪数额以数量计，还表现为信息时代的行为方式变化导致人（户）次标准的兴起。信息时代传统犯罪的异化引起定量因素的变化，用户数、注册会员人数、实际被点击数等评价标准已被使用，网站数、跟帖数、网络传播行为等标准也应发展。计算机犯罪要求的“情节严重”、“后果严重”在信息时代异化为信息组数、系统台数、系统运行时数等标准，系统规制网络攻击行为时其定量评价对此也应考量。在信息网络时代，刑法第363条关于量刑的界定采取的标准落后于时代发展，导致犯罪人轻易达到严重情节或者特别严重情节，再加上本身条文对性道德法益的不合理保护，使得犯罪人在现行刑法体系下，平等权受到侵害。

检索结果分析：

这一主题是理论界和实务界都十分关心和关注的问题，研究成果诸多，研究角度多样，但是目前主流观点尚未形成，而且缺乏其他部分法学者的参与，尤其是宪法学者。

三、 美国法律资源 (American Legal Sources)

(一) 一次资源 (Primary Sources)

1. 制定法 (Statutes)

1.1 United States Code Annotated

Title 18. Crimes and Criminal Procedure (Refs & Annos)

SuperBrowse Part I. Crimes (Refs & Annos)

SuperBrowse Chapter 71. Obscenity (Refs & Annos)

18 U.S.C.A. § 1461

§ 1461. Mailing obscene or crime-inciting matter

Currentness

Every obscene, lewd, lascivious, indecent, filthy or vile article, matter, thing, device, or substance; and--

Every article or thing designed, adapted, or intended for producing abortion, or for any indecent or immoral use; and

.....

Whoever knowingly uses the mails for the mailing, carriage in the mails, or delivery of anything declared by this section or section 3001(e) of title 39 to be nonmailable, or knowingly causes to be delivered by mail according to the direction thereon, or at the place at which it is directed to be delivered by the person to whom it is addressed, or knowingly takes any such thing from the mails for the purpose of circulating or disposing thereof, or of aiding in the circulation or disposition thereof, **shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both, for the first such offense, and shall be fined under this title or imprisoned not more than ten years, or both, for each such offense thereafter.**

The term "indecent", as used in this section includes matter of a character tending to incite arson, murder, or assassination.

条文概述：美国联邦刑法即《犯罪与刑事程序法》规定了任何被美国刑法认定为不可邮寄的物品都不得邮寄。根据美国刑法规定淫秽、色情、下流、猥琐和肮脏的物品是不可邮寄的，同时任何包含不可邮寄内容的信件、卡片、书籍、小册子和广告宣传物无论是直接还是间接，无论是通过何种方式，寄往谁处都是违反本法规定的。违反本法规定邮寄不可邮寄物品的，初犯将被处于五年以下有期徒刑，否则将可处于十年以下有期徒刑。

条文的相关事件：1872年，一个名叫安东尼·康斯托克（Anthony Comstock）的清教徒在纽约发起了一场反淫秽运动。在他的推动下，国会于1873年3月通过了《禁止交易和散播淫秽作品和不道德物品法》[也称为《康斯托克法》]。该法最主要条文，就是禁止邮寄“淫秽的（obscene）、下流的（lewd）、猥褻的（lascivious）、或者肮脏的（filthy）”物品（包括书刊、图片、印刷品等）。为了配合该法的实施，国会赋予邮局审查包含淫秽材料的邮件的权力，并对联邦邮政法也作了相应的修改。《康斯托克法》通过之后不久，有24个州效仿该法，制定了类似的反淫秽法。在随后的几十年中，邮政总局和海关等联邦机构成为美国反对淫秽材料的积极“斗士”。康斯托克本人则以邮政检察员（postal inspector）的身份在邮局工作了40多年，专门监督有关法律的实施。在其职业生涯快要结束的时候，康斯托克宣称，经过他的努力，近160吨的淫秽出版物被销毁，数千人被定罪这些人的刑期总合超过565年。

1.2 Missouri Statutes & Court Rules

Vernon's Annotated Missouri Statutes

Title XXXVIII. Crimes and Punishment; Peace Officers and Public Defenders

SuperBrowse Chapter 573. Pornography and Related Offenses (Refs & Annos)

Effective: August 28, 2009 to December 31, 2016

V. A. M. S. 573.040

573.040. Furnishing pornographic materials to minors

Currentness

<Text of section eff. until Jan. 1, 2017. See, also, section eff. Jan. 1, 2017.>

1. A person commits the crime of furnishing pornographic material to minors if he or she:

(1) Furnishes any material pornographic for minors, knowing that the person to whom it is furnished is a minor or acting in reckless disregard of the likelihood that such person is a minor; or (2) Produces, presents, directs or participates in any performance pornographic for minors that is furnished to a minor knowing that any person viewing such performance is a minor or acting

in reckless disregard of the likelihood that a minor is viewing the performance; or (3) Furnishes, produces, presents, directs, participates in any performance or otherwise makes available material that is pornographic for minors via computer, electronic transfer, Internet or computer network if the person made the matter available to a specific individual known by the defendant to be a minor.

2. It is not an affirmative defense to a prosecution for a violation of this section that the person being furnished the pornographic material is a peace officer masquerading as a minor.

3. Furnishing pornographic material to minors or attempting to furnish pornographic material to minors is a class A misdemeanor unless the person has pleaded guilty to or has been found guilty of an offense committed at a different time pursuant to this chapter, chapter 566 or chapter 568, in which case it is a class D felony.

条文大意：密苏里州对向儿童传播淫秽物品制定了州法，对应的处罚是 class A misdemeanor 也就是轻罚，美国虽然围绕淫秽是否属于宪法修正案中言论自由保护范围存在旷日持久的争论，但是对于淫秽物品刑法处罚都是采取较为轻量处罚标准。

(westlaw-选择 USCA 数据库-检索 “pornographic” -检索框智能提示
573.040. Furnishing pornographic materials to minors -点击得出检索结果)

2. 判例 (Cases)

检索结果汇总：(Westlaw, 经筛选)

2.1 Miller v. U.S. 414 US 881, 38LEd 2d 128, 94S Ct26.

在这个早期案件中，为了销售“成人”用品，米勒向许多地方邮寄了包含色情内容的小册子；其中一封，寄到了加州一家餐馆。当餐馆经理打开信件的时候，恰好其母亲也在场。小册子中包含许多描绘性行为的图片，使得餐馆经理十分尴尬。“恼羞成怒”的餐馆经理向警方举报了米勒。依据当时加州刑法典中规定的“故意传播淫秽物品罪”，检方对米勒提起控诉。在经过陪审团审判之后，米勒被定罪。米勒不服，认为加州刑法典中禁止传播淫秽物品罪的规定侵犯了其言论自由，一直上诉至最高法院。最高法院的大法官们以 5:4 的投票维持了对米勒

的定罪判决，其中尼克松任命的四名大法官和怀特（Byron White）大法官构成了多数派。裁决中专门指出，“在我们看来，将自由的思想交流和政治辩论同淫秽物品的商业传播等同起来的作法，玷污了联邦宪法第 1 修正案的伟大理念及其为自由而抗争的高尚目的。这是对言论自由和出版自由领域的法律保障的滥用。”联邦最高法院在该案中指出，“淫秽物品是指那些侵犯性的或者暴力性的色情物品，此类物品不受联邦宪法第 1 修正案的保护。”这也是美国对淫秽色情物品实行分类分级管理的法律依据之一。

2.2 Goldstein v. Allain, 568 F. Supp. 1377 (N.D. Miss. 1983)

密西西比一些公司和批发商对密西西比州的 Bill ALLAIN 提起诉讼，认为其涉及诸多违宪问题，请求对该法律进行限制并且进行充分听取原告利益主张。法院最后没有推翻州的立法，只是认为立法需要在规制情色物品是更加充分考虑宪法第一修正案所保障的权利。

2.3 Stanley v Georgia, 394 US 557, 22 L Ed 2d 542, 89 S Ct 1243, Argued Jan. 14 and 15, 1969.

Defendant was convicted in the Superior Court, Fulton County, Georgia, of possessing obscene matte and he appealed. The Supreme Court of Georgia, 224 Ga. 259, 161 S.E.2d 309, affirmed. On appeal, the Supreme Court, Mr. Justice Marshall, held that First and Fourteenth Amendments prohibit making mere private possession of obscene material a crime.

案件意义在于明确了私人占有淫秽物品，私人可以拥有淫秽物品这不够成犯罪。

（二）二次资源（Secondary Sources）

1. 法学期刊（Journals & Law Reviews）

检索路径：Westlaw——secondary sources——关键词：obscene or pornography /s disseminates——检索得到 30 个结果

检索结果筛选：

1.2 Elise M. Whitaker, PORNOGRAPHER LIABILITY FOR PHYSICAL HARMS

CAUSED BY OBSCENITY AND CHILD PORNOGRAPHY: A TORT ANALYSIS, 27 Ga. L. Rev. 849 Georgia Law Review Spring, 1993

The ordinance's definition of pornography was defective because it embraced several categories of sexually explicit materials that would not be deemed obscene under the Supreme Court's definition of obscenity. Thus, the ordinance, by definition, sought to regulate constitutionally protected speech.²⁶ Because the Seventh Circuit deemed the definition of pornography unconstitutional, any section of the ordinance which hinged on this defect was likewise unconstitutional.

内容大意：在1984年的4月，印第安纳波利斯市县理事会通过了所谓《麦金农—德沃金条例》。条例对于情色的定义是具有缺陷的，因为其包含了几个与联邦法院对情色的定义不符的性暴露内容。条例中对情色的定义是在试图获得联邦宪法保护的，但是因为第七巡回法院认为该条例的定义已经违宪，所以该条例对情色的定义具有违宪缺陷。

文章第一部分讨论了美国情色立法的历史，第二部分讲述了情色立法与宪法涉及的诸多议题，第三部分从侵权法角度提出情色物品造成物理伤害应该得到赔偿。提供了侵权法视野下情色物品法律分析的一些有益参考，并且对美国色情立法提供了比较全面的总结。

1.3 E. H. Schopler, Comment note.—Validity of procedures designed to protect the public against obscenity, American Law Reports, 5 A.L.R. 3d 1214 (Originally published in 1966)

Holding in *Roth v. U.S.*, 354 U.S. 476, 77 S. Ct. 1304, 1 L. Ed. 2d 1498, 1 Media L. Rep. (BNA) 1375 (1957), that obscenity is not within area of constitutionally protected speech was not overruled by decision in *Stanley v Georgia*, 394 US 557, 22 L Ed 2d 542, 89 S Ct 1243, to effect that mere possession of obscene material cannot be made a crime; thus trial court erred in holding unconstitutional 18 U.S.C.A. § 1461, which prohibits knowing use of mails for delivery of obscene matter, and in

dismissing indictment thereunder against defendant—who mailed copy of allegedly obscene book to postal inspector—on basis (1) of statement in Stanley that Constitution protects right to receive information and ideas, and (2) that if person has right to receive material then someone must have right to deliver it to him, for whatever may be scope of “right to receive” referred to in Stanley, it is not so broad as to immunize dealings in obscenity such as those of defendant, who did not complain of governmental violation of his private thoughts but stood on a claimed right to do business in obscenity and to use mails in connection therewith. U. S. v Reidel, 402 US 351, 28 L Ed 2d 813, 91 S Ct 1410, reh den 403 US 924, 29 L Ed 2d 703, 91 S Ct 2223.

See U. S. v Orito, 413 US 139, 37 L Ed 2d 513, 93 S Ct 2674, § 3[a].

Constitutionally protected right to possess obscene material in privacy of one’s home does not give rise to correlative right to have someone sell or give it to others; nor is there any correlative right to transport obscene material in interstate commerce, or to go abroad and bring such material into United States for private purposes. U. S. v 12 200 Ft. Reels of Super 8mm. Film, 413 US 123, 37 L Ed 2d 500, 93 S Ct 2665.

文章指出情色不属于宪法修正案言论自由保护的领域,允许私人占有情色物品,并不等于人具有接受情色物品的权利。从私人占有的合法性不能得出接受也就是传播情色物品的合法性。

1.4 Mary G. Leary J.D. § 26. Dissemination, display, or exhibition of obscene or harmful material to minors, Strong’s North Carolina, Index 4th (2016)

Every person 18 years of age or older who knowingly disseminates to any minor under the age of 16 years any material which the person knows, or reasonably should know, to be obscene within the meaning of N.C. Gen. Stat. Ann. § 14-190.1 will be guilty of a Class I felony, 1 and

will be punished as a Class I felon if such material is knowingly disseminated to any minor under the age of 13 years.²

1962年的《模范刑法典》将犯罪分为重罪(felony)、轻罪(misdemeanor)、微罪(petty crime)和违警罪(violation/infracton)四种。其中重罪又分为一级重罪、二级重罪、三级重罪,一级最重、三级最轻。文章指出违反规定向未满16周岁的儿童传播色情物品是重罪行为,对13岁以下未成年人传播构成一级重罪。

1.5 Nancy Neuffer, Gaye Y. , STATE v. KAM: THE CONSTITUTIONAL STATUS OF OBSCENITY IN HAWAII, Tatsuno University of Hawaii Law Review

In State v. Kam,¹ the Hawaii Supreme Court extended the protection of article I, section 6 of the Hawaii Constitution,² which recognizes the right of privacy, to the purchase of obscene material for private use. This contradicted United States Supreme Court precedent which had held that the purchase of obscene material for private use was unprotected by the federal right of privacy. Obscenity is unprotected speech under the first amendment of the federal Constitution and article I, section 3 of the Hawaii Constitution.³

文章认为私人购买色情物品使用,是不受联邦保护隐私权,色情在夏威夷刑法中不属于言论自由保护范围。

2. 法学专著 (Monographs)

(1) Richard A. Posner , sex and reason , translated. By Zhu Suli , Harvard University Press , 1st edition, 1994.

波斯纳从法律经济学视角对性进行分析,提出性态理论(sexuality),认为对性的公共规制缺乏理性,无知在对心态规制方面导致了不良的影响。对于我正确分析性道德刑法保护合理限度问题,以及信息网络时代下淫秽传播牟利犯罪的规制具有理论上借鉴意义。

(2) Berkowitz, Eric, Sex and Punishment : Four Thousand Years of Judging Desire, Counterpoint press, 1st edition, 2015.

埃里克·伯科威茨所著的一部讲述人类历史上各种性法律案件的社科类大众

读物。书中以一些著名的性审判案件为引导，向读者展现了整个西方文明发展过程中最为真实的一面，同时亦清晰地呈现了西方法律的发展轨迹。那些看似难以理解的审判结果，实则与当时的政治、文化乃至人的意识形态紧密相连，反映着各个国家在各个不同时期中的真实社会形态和生活现状，反映着一种文明的进化轨迹。

(3) Richard, Dr. Wright , *Sex Offender Laws: Failed Policies, New Directions*, Springer Publishing Company press, 1st edition, 2009.

本书对于目前美国性犯罪法律和政策进行了整合梳理，是对美国性犯罪法律政策体系进行了客观反思，既提供了丰富准确的美国性犯罪的法律和政策资源，又对其进行了调查研究，同时为决策者提供了性犯罪规制失败的实践和经验。

3. 其他 (other)

3.1 § 251.4. Obscenity.

Uniform Laws Annotated

Model Penal Code (Refs & Annos)

Part II. Definition of Specific Crimes

Offenses Against Public Order and Decency

Article 251. Public Indecency (Refs & Annos)

Model Penal Code § 251.4

§ 251.4. Obscenity.

(1) Obscene Defined. Material is obscene if, considered as a whole, its predominant appeal is to prurient interest, that is, a shameful or morbid interest, in nudity, sex or excretion, and if in addition it goes substantially beyond customary limits of candor in describing or representing such matters. Predominant appeal shall be judged with reference to ordinary adults unless it appears from the character of the material or the circumstances of its dissemination to be designed for children or other specially susceptible audience.

翻译大意：物品会被认为是色情的，如果从整体上考虑，具有显著的表达淫秽的意图。这是一个羞耻、病态、裸露、性爱或者排泄的意图，并且是大大超出

习惯范畴的。关于意图的认定应该参考一般成年人的标准，除非该物品是针对未成年人。

该统一法律注释中围绕 obscenity 相关概念进行了详细的说明，这是在比照了美国各种州关于 obscenity 相关概念，构成要件情况下，综合进行了注释说明，对于把握美国语境下 obscenity 相关概念具有参考意义。

四、初步结论 (preliminary conclusions)

根据国内案件和文献检索，刑法第 363 条传播淫秽物品牟利罪体现的是对性道德的保护，而在同样量刑情况下也就是特别严重情况下处以十年以上有期徒刑和无期徒刑的法益如国家安全和公共安全相比，明显不一致。从国内司法案件检索结果可以知道，大多数涉及传播淫秽物品牟利的犯罪行为，往往都是一审审结，这说明司法实务对其量刑裁量往往是偏轻，所以导致二审案件较少。这体现出了刑法规范与司法实务中的不一致。国外对于传播淫秽物品的规制是一个从严到宽的过程，不过在保护儿童方面始终保持比较严的法律规制，得益于美国对受众群体的区分，美国虽然目前普遍对色情规制比较宽松，但是仅仅是对于成年人而言，对儿童传播淫秽物品仍是严格规制的。从对美国案件的检索过程可以看出，早期美国许多关于淫秽物品的判例都受到了后来新判例的挑战和消极评价，这与美国社会主流对性观念的看法变化一致。就是普遍对于成人的淫秽物品犯罪行为采取比较轻的处罚，尤其是对那些无具体被害人，只是涉及社会性道德维护方面的行为。因此，无论是在司法实务中还是域外法律体系中，性道德犯罪尤其是传播淫秽物品犯罪都是属于轻罪，而我国基于传统以及保守观念对性道德基于不合理保护，没有实现对法益的平等保护，即重要法益着重保护，一般法益一般保护。传播淫秽物品牟利犯罪所代表的法益用特别严重情形十年有期徒刑和无期徒刑这一最高刑进行处罚，违法宪法平等权，进而侵害公民平等权，同时，一个社会对性的法律尺度，标志着这个社会的文明程度。