

色情信息法律规制和公民性权利保护

谈大正*

内容摘要:人类需要适当的性信息传播,但为了保护未成年人和社会风化,又必须加以必要的限制。应该建立“相对的淫秽物品”的概念,即不但要看物品本身,还要看它在什么场合和向什么人传播。为此,我国在性立法上有必要提出“性权利”的概念。对人类来说,性活动具有生殖、示爱、欢愉、审美、保健五大功能,因此“性权利”是指:只要不妨害他人的权益和不危害公共利益,公民有权通过性活动生殖、示爱、欢愉、审美、保健并享用性信息及性器具。这是现代人权不可或缺的一部分,应该受到国家保护。

关键词:扫黄 色情 性文化 性权利 相对的淫秽物品

当前大张旗鼓的“手机扫黄”引起社会广泛的关注。电信运营商、手机增值服务商、广告联盟与黄色网站相互勾结向手机用户提供黄色音像以牟取利益,孩子家长呼声很高,政府对此相当重视,正在积极查处色情网站。最近有的网站已经自己设置了过滤软件,电子邮件的附件只要有“性”“色情”之类的关键词,对方就打不开附件。但问题还有另外一面:今年3月22日,四川一家媒体报道了“四川宜宾一男子下载色情图片在家看被罚3000元”的新闻,该事在网络公布后引起轩然大波,警方的做法受到了网民的普遍质疑。这使人联想起2002年陕西延安地区民警夜敲居民家门查处夫妻两人看“黄碟”的事。此外,由于网站设立扫黄软件过滤器,上海某大学教授反映,他研究“色情问题立法”的严肃论文以电子邮件附件形式发到北大某教授征求意见时,对方竟打不开附件。对这些问题应该怎么看?笔者认为,正确的判断,离不开对色情问题的科学认识,首先是对人的本性和性文化的了解。

一、色情问题与补偿性的性文化

“色情”问题是千百年来困扰人类的一个古老而又恒新的问题。所谓色情,一般是指引起人的强烈的性兴奋的感官刺激,特别是公共场合或传媒中出现的对男女性征和性行为的挑逗性的暴露或描述。国外说的“色情行业”是包括卖淫在内的,而本文说的“色情”不涉及卖淫,因此我们这里研究的“色情”也可定义为:不以性行为为直接目的的性信息传播超出本民族文化约定俗成的限制。本文所说“色情”就是人们常说的“淫秽”,但本文尽量减少用“淫秽”一词,因为该词加进了过重的道德评价和

*北京大学医学部性学研究中心研究员

贬义色彩,有把“性信息”整体涂黑的副作用(这与我国传统文化把“性”视作“肮脏、下流、邪恶”的观念有关)。

从人类的生物本性来看,人是需要一些性息的传播作为精神的补偿的。社会学家把人称为“多元性感动物”。人的性感水平在灵长目动物中首屈一指,人的一生完全可能与多个异性发生恋情。一般灵长目动物有发情期,而进化到人类已经不需要发情期,不管春夏秋冬,不管白天黑夜,只要有适当的性刺激,人类都可以进入兴奋状态,进行性活动。这是其一;其二,动物的外界性刺激主要是异性的直接刺激(外形、气味、性的揉捏动作等),至多还有形成条件反射后的第一信号系统(作为性的信号直接作用于各种感官的具体刺激,如声、光、气、电等);人除第一信号系统外,还有第二信号系统——语言、图像、音乐。人类听到对性爱行为的语言描绘、歌能吟唱,或看到有关性描写的书报、绘画等,也能引起性兴奋。笔者曾将人类“性文化”定义为:各民族性爱生活的态度、规则、知识和艺术的总和。如果把性文化看作一个大的系统,其下有四个子系统,它们是:

(1)性的实现系统(简称“性实现”)——各民族在性态度(集体无意识)影响下求爱和结婚的习俗,伴有爱情的人类性行为及其做爱的体位变化,还包括其负面,如卖淫、强奸等人类特有的性活动方式;

(2)性的规范系统(简称“性规范”)——性法律、性道德、宗教戒律、性禁忌等;

(3)性的精神补偿系统(简称“性补偿”)——人类接受性规范以后的精神补偿,即内容与性密切相关艺术品,包括人体绘画、雕塑、通俗歌曲、舞蹈及描写性爱生活的言语、文学、影视作品等,其负面就是色情作品;此外,“性补偿”还包括性服饰与性美容;

(4)性的认识保护系统(简称“性科教”)——性科学、性医技(避孕、人工生殖、性转换等方面的技术)、性教育、中国古代的房中术等。

在四个子系统中,“性规范”是核心层次,其他三个子系统是外部层次,它们都受到性规范的制约或引导。^[1]

性爱的要求,是人类强烈的本能,但人类为了后代的聪明健康,为了社会文明的进步,不能不用各种规范(法律、道德、戒律、习俗等)对自己的性行为加以限制。由于人的性本能活跃,一个人从青春开始,直到生命结束,都会感到一种或强或弱的心理冲突,即性本能与社会规范的冲突,并导致心理压力。这在卢梭的《忏悔录》和《纳尔石日记》里都有文字反映。人类性成熟要比生理完全成熟早五年左右,加之现代社会教育延长使结婚推迟,青年大都要熬过十余年的“性待业期”方能成婚。即使已经成家的人,也仍然会保持着对异性美色的兴趣,甚至有旁恋倾向,这是与性规范相冲突的,并导致心理压力。在上述情况下,各种各样有性爱内容的文学、影视、绘画、雕塑、歌曲等艺术,以及性服饰与性美容,就充当了人们心理补偿的重要角色,起着宣泄情感和心理减压的作用——这就是补偿性的性文化存在的主要理由。另一方面,这种补偿,即性信息的传播如果过了头,超过了本民族文化约定俗成的限制,又有引起性躁动,特别是引起青少年行为失控,造成社会混乱的一面。所以要加以限制。人们把这类过了头的“性补偿”称作“色情”行为或“淫秽”物品,文明国家都用法律,法规明令加以禁止或控制。

二、人类控制色情遇到的深刻矛盾和色情标准的差异

关于人类性爱力量的强大和必须加以控制,古今中外的法学家、道德家和社会学家早就加以肯定,蔡孝通指出:“……另一面是两性关系也存在着破坏社会结构的潜在力量,食色性也。色是从生物

[1] 性文化概念及其四个子系统的理论,参见谈大正:《性文化与法》,上海人民出版社,1998年版,第3页。

基础里生长出来的一种男女之间感情上的吸引力。如果容许这种吸引力任意冲击已经建立起来的社会中人与人的关系,那就会引起社会结构的混乱和破坏,以致社会的分工体系无从稳定地运行,所以自从人类形成了社会,没有不运用社会的力量对人的两性行为加以严格的控制的。”^[1]人类对“色情”物品的控制,是为了防止性信息泛滥造成社会混乱努力的一部分。对于未成年人来说,还有一个重要理由,就是对他们稚嫩的心理和身体进行保护,因此控制就要更严一些,法律的措施就要更周密一些。

避免“色情”问题早在原始社会就萌芽了。人与动物一个很大的不同在于:人是直立的,而动物是爬行的。动物的性器是在后腹部朝下的,一般看不到;而直立的原始人的性器却直接暴露在体外而前。这种性信号的刺激过于强大,因而也是危险的。为了减少这一刺激,人类最初是用树叶或兽皮遮住了性器,即遮住了第一性征。这是人类发展史上最早用来防止“色情”的手段。其后随着人类文明的进步,人觉得只遮住第一性征还不够,第二性征,如乳房、臀部也能引起联想,也有刺激性,也要遮蔽,于是穿上了衣服,系上了裙子。然而,据达尔文的研究,对人类来说,皮肤的裸露也有传递性信息的作用,于是最后用衣服将人的身体裹起来了。有的民族还用头巾把妇女嘴唇遮起来,或在陌生男人面前用面纱把脸遮起来。至于性行为被人看见就更有诱发作用,因此要求隐蔽,特别是禁止在未成年人面前暴露。不仅如此,由于第二信号系统的存在,凡有强烈性刺激的语言、文字、书籍、报刊、图像、歌曲等,也在禁止之列了。但是,由于时代和文化背景的不同,不同的民族法律制定的“色情”标准,或同一民族在不同历史时期法律所制定的“色情”标准往往大相径庭。

在亚洲和南太平洋诸岛上的一些原始部落,他们婚前的性生活相当自由。由于气候炎热,他们女性和男性一样,一般都赤身裸体,只在下身系裙子。非洲中部的邦戈人,在跳舞的时候,女的都不穿衣服,只在背后拖一条长长的草尾。复活节岛上的姑娘,总是首先从成年妇女那边听取性行为的口头指导,然后从年长的亲属那里接受体验。顽固维护女贞的姑娘备受男人的歧视。一个姑娘的风流韵事越多,流传越广,其身份越高。在这种文化的词典里是找不到“色情”一词的。

在欧洲,英雄时代的希腊人的生活,相对于后人来说,也是自然的、公开的和自由的。尽管已经实行一夫一妻制,婚外风流韵事对于丈夫或妻子都不算丢脸。年轻女子享有和男人类似自由,女子未婚生子不算污点;妇女常以炫耀色相为荣。在这种社会文化里,人们对“色情”的态度也是宽松的。古希腊人体艺术中有大量裸体作品就是明证。罗马帝国的情况与希腊近似,其末期贵族趋向放荡。

欧洲关于妇女低人一等的观念是公元前7世纪左右从亚洲传播过去并慢慢扩散开来的,随后在他们生活中出现了有利于男人的倾向。这一情况到基督教出现以后逐步发展成为禁欲主义观点。这时候,“色情”问题便被当作一件十分严重的问题提出来了。基督教把性视为罪恶,只是为了生殖,才允许结婚。结婚性交并不认为可耻,但从性交中得到快感则被视为可耻。因此,在夫妻之间也要避免“色情”(指规定的性生活方式以外的挑逗),比如避免拥抱,甚至避免除性器以外的身体接触。为此,有人发明了只在下部开了一个小洞的睡衣供夫妻使用。

从文艺复兴开始,上述情况发生了一个人的逆转。随着资本主义生产关系的出现和商品经济的活跃繁荣,人的价值和尊严被时代唤醒。人民群众逐渐对封建教会和禁欲主义的虚伪和反人性进行了抨击。这时古希腊罗马时代人的情欲又被肯定了,在中世纪被教会视为“色情”的古希腊罗马时代的人体雕塑艺术、描写爱情的诗歌和喜剧又重新得到重视了。文艺复兴时代艺术家的作品,以薄伽丘的《十日谈》和莎士比亚《罗密欧与朱丽叶》为代表的小说和戏剧,以达·芬奇的《丽达与天鹅》和米开朗基罗的《大卫》为代表的人体绘画与雕塑艺术,把中世纪视为“色情”的男女情爱观和人体美表现得动人传神。两性之爱被看成了人性的最高体现。这一趋势发展到19世纪末和20世纪初达到了一个新的高峰。劳伦斯的《查泰莱夫人的情人》对性行为直接描写就是一个标志,它先被英国当局认为“有

[1] 转引自:《奥列洛光片译注露理上·社会心理学》,第1卷,北京人民出版社,1982年版,第554页—555页。

伤风化”；即视为“色情”作品，而予以查禁。官司一直打到1960年，最后以美国当局撤销禁令而告结束。而到了20世纪60年代后期，美国、法国甚至出现了以男女裸体相见为美的海边浴场、裸体营。至于在小说、影片中对男女性爱行为所作的热烈优美的描绘已比比皆是。文艺作品中的性爱描写已不仅仅是一般的性的精神补偿，它还有艺术上的审美意义；艺术品需要有吸引欣赏者的美学魅力；由于人类普遍把自己的性爱活动变成了一种审美的过程，因而性爱描写是使艺术作品获得普遍审美吸引力的重要手段。当然，这种性的描写仍要遵从本民族文化约定俗成的限制，并控制其不向未成年人的传播。

从性心理的角度来看，人，作为自然界最为性感的物种，它的本能趋向是：即使不可能有性行为的自由，他们也要有性信息传播的自由作为精神替代物。正如英国著名动物学家苔丝蒙德·莫里斯（《裸猿》的作者）所言，人的这种要求是强烈的，在社会规范与人的本性较量时常常是“道高一尺，魔高一丈”，有时会弄得自相矛盾，令人啼笑皆非。女子一方面掩怀遮乳，另一方面却用乳罩来衬托自己的弧形线条，乳罩内被填进了衬垫、滚珠之类的东西，使之比原来形态更大，更引人注目。类似方法也被用于其他性部位，如男子的门襟和垫肩，女子用于增大臀阔的裙撑。女子穿上高跟鞋走路，其姿势与穿平跟鞋不一样，大大增加了胸部高度与臀部摆动的幅度。广泛应用口红、胭脂和香水来分别加强唇部信号、红晕信号及体味信号。女子不厌其烦地清洗身上散发出来的气味，到头来又用高价买来的“性感”的香水洒在身上，以吸引异性。当然这类方法并非万无一失，因此要掌握分寸，刺激不能过头，要做到恰到好处。“一方面必须服从本民族文化中约定俗成的限制措施，明白无误地发出‘本人无意性交’的信号；另一方面则发出‘尽管如此，我还是十分性感’的信号。后一种信号可以消除失望敌对的情绪，前一种信号则会防止事情失去控制，真可谓又要马儿跑，又要马儿不吃草。”^[1]

这就是人类在“色情”面前遇到的深刻矛盾：一方面要求和允许性信号的刺激；另一方面要防止性信息泛滥失控。这正是处理“色情”问题的棘手之处。每一个国家的统治者从巩固自己政权、保持社会稳定的目的出发，都关心对“色情”的控制。特别是在社会呼声较高时，他们要进行“扫黄”之类的整治活动。而一般市民（出于本性）和艺术家（为了增加艺术感染力或轰动效应）在这方面往往与当局软磨硬抗。^[2]至于一些商人为了牟取高利润往往是知法犯法了。所以色情的东西往往是禁而不止。在司法实践上，这里还有一个难题，就是“色情”的标准不好掌握。

三、当代东西方文明国家反“色情”法律措施的异同

应该看到，“扫黄”的目的是防止过度的性刺激，以免造成社会混乱，其重点应是保护青少年（即未成年人）。现代人一般十四五岁就性成熟，有性能力了，但他们生理和心理尚未成熟。如果青少年过早地进行性活动，对身心健康及其成长都是有害的，加之他们年轻幼稚，控制能力差。因此，我们一方面要对他们进行性教育，消除性神秘感（心理脱敏），另一方面在生活中要适度的抑制性信息对他们的传播。

东西方国家都有反色情的措施，两者的不同在于：西方国家对成年人和未成年人则区别对待，更强调保护青少年；东方国家“扫黄”则往往把未成年人和成年人“一锅煮”，结果是青少年未受到应有的保护，而成年人的文化艺术和艺术家的创作则受到过多的束缚和干涉。

美国法律明令禁止将黄色书刊卖给不满18岁的青少年；严禁青少年从事非法的色情物品交易；建立只供成人涉足的书店、电影院等。在美国，很多大城市有一个趋势，就是制定区域的法律，即将色情活动隔离在城市的一个特别的地方，以尽量消减其影响。1972年，密特律通过一项法律，规定各个

[1] [英] 苔丝蒙德·莫里斯：《裸猿》，吉林出版社1987年版，第33页。

成年人剧院之间的建筑距离必须在1000英尺以上,成年人书店、歌舞表演餐厅、酒吧间、营业性舞厅、旅馆、游泳馆等必须建在居民区的500英尺以外。1977年,西雅图市通过一项法律,要求所有成年人剧院要固定坐落在一个小地方的镇上;这一切都是为了使青少年不易进入其中。

美国本来就把传媒中有色情暴力内容的信息分作一级。1996年下半年,美国又将传媒中的信息分为七种六级,即新闻和体育消息不分级,其他内容按其色情和暴力程度分为六级,分别供不同年龄段的人观看,其目的是既保护未成年人,又给成年人提供更多可欣赏的节日。美国还要求电视台在播出信号之前或播出节目的过程中,自动显示所播出的节目的等级。这就是所谓“标签制”。

香港借鉴英美的做法,从1988年起,实行了影视的三级制:第一级,老少皆宜;第二级,不适合儿童观看;第三级,18岁以下人士禁止入场。1995年又把影视的第三级细分为IIA和IIB两种,实际上是分成了四级。我国一些专家认为,分级制是解决问题的有效办法之一。

如果我们承认补偿性的性文化是人类普遍的精神需要,我们对色情文艺的态度也许会更冷静和更明智一点。

东方和西方的经验都表明,对色情文艺的简单禁止往往是禁而不止,越是明令禁止的作品,越是具有诱惑力。而且由于色情文艺是相对的,人们在得不到色情文艺刺激时,就会通过准色情文艺和非色情文艺中的性描写来获得刺激。色情文艺对于有完全行为能力的成年人产生什么样效应,关键在于该成年人的修养。因此国外曾有一种意见,主张在加强性教育和保护青少年的前提下,对色情文化采取比较宽松的政策,以减少它的诱惑力和神秘感。其实,我国维新派的著名人物谭嗣同早就有过类似的见解:他说,性神秘譬如“羸物于德”,人越不能见而越想见;干脆把德打开,人们反而不吃惊。当代有些国家,对色情文艺与性犯罪关系进行了研究实验,在丹麦,色情文艺到20世纪60年代以后已经合法化。起初,人们争相购买公开出售的色情刊物,但在几年之后,这类刊物就因“得来全不费功夫”而失去禁忌的诱惑,销售量开始下降。而在取消色情文艺禁令的11年之后,性犯罪竟大大下降,猥亵儿童罪发案率下降了80%,暴力侮辱罪也减少了。当时的联邦德国也做过类似实验,结果与丹麦大体相似。

当然,各国的文化传统不同,丹麦的做法,东方国家未必能完全照搬。但在“扫黄”中严格区分成年人与未成年人的做法,应该引起我们足够的注意,这在世界各国都是一样的。区分的关键在于认定色情淫秽物品不但要看作品本身,而且要看接受的对象或出现的场合。

不少发达国家司法理论中明确采用了“相对的淫秽物品”的概念,即判断淫秽物品不仅要看作品本身,还要看它的读者对象,销售或广告方法。有关性生活的论文刊登在普通报纸上就属于传播淫秽物品,但在限定了读者范围的专业刊物上发表就应另当别论。德国、日本、美国的审判实践都采用了这一概念。《意大利刑法》第529条规定:“艺术或科学作品不视为淫秽,但其动机非出于研究,而对未满18岁者贩卖或以其他方法使其取得者,不在此限。”采用“相对的淫秽物品”概念的做法,给我们重要启发。

美国有些专家提出,对于认定“色情”活动,在不同的地区应有不同的标准,却要制定“社区(如某城镇或某农村)标准”,偏僻农村认为色情的东西,在纽约市就未必是。这些观念值得我们参考。笔者还认为,具体社区的色情标准,应该由该社区组织的“色情认定专家委员会”来制定。

四、重新审视我国有关“色情”的立法并提出“性权利”问题

今年“两会”期间,温家宝总理提出,让我国人民生活得更尊严。这在国内外产生积极反响。“有尊严地生活”的重要内容就是公民的人格权要受到国家有力的保护。人格权包括个人生活安宁权、私人信息保密权、个人通讯秘密权、个人隐私利用权。我国除《宪法》第40条规定,“中华人民共

和公民的通信自由和通信秘密受法律的保护”外,1997年颁布的修订后的《刑法》也包含了对公民隐私权的保护,如245条规定的“非法搜查罪”、“非法侵入住宅罪”和252条规定的“侵犯通讯自由罪”,都体现了这一点。用这些对照,上述提到的几件执法事件的不当都很明显。一个人在家下载黄色图片,虽不算高尚,但这是个人价值选择,并无社会危害,警察应查处色情网站,而不应查处下载者。警方说,对他罚款是执行1997年12月30日由公安部发布实施的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》(以下简称《管理办法》)的规定。对这样的案例,法学专家则指出:我国2006年3月1日起实施的《治安管理处罚法》并未将下载色情图片列为违法。依照《立法法》规定,《治安管理处罚法》属于“法律”,《管理办法》属于“规章”,法律的效力高于规章。警方应该按照既是上位法又是新法的《治安管理处罚法》而不应该按照下位法且是旧法的《管理办法》来处理。按照《立法法》规定,下位法违反上位法规定的情形的,由有关机关依照规定的权限予以改变或者撤销。公安部应该废止或修改《管理办法》,国务院也可依法予以“改变或撤销”。“设立扫黄过滤器是某些网站所为,不是政府的行为,但这也需要立法加以规范,比如黄色音像容易鉴别,网站可以屏蔽,但对通过关键词进行文章屏蔽有负面效应,除国家有特殊规定的,不得随意设置,即使两个成年人互发黄色短信,或在互发的电子邮件(包括附件)中有黄色内容,如果是两人私下相互同意的行为(属于个人隐私),没有向社会传播,也不能认为违法。至于警察入室查处夫妻看黄碟,那只能看作执法者对私权的无知和漠视了。”

1997年我国修订后的《刑法》第363条规定了“以牟利为目的的制作、贩卖、传播淫秽物品”的罪种,第364条规定了“传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或其他物品”的罪种,也规定了两罪应受到的刑事处罚。第364条第4款并规定:“向不满十八周岁的未成年人传播淫秽物品的,从重处罚”。第367条规定:“本法所称淫秽物品,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、图片及其他淫秽物品”。

由于没有采取“相对的淫秽物品”的概念,没有规定“社区标准”,《刑法》上述规定必然给执法带来困难甚至误读。民警入室查处夫妻看黄碟,个人家中下载黄色图片遭罚款就是例证,发生这两类事件都不是一两次了。

不能孤立地看待上述侵犯公民隐私权的现象。我国与发达国家司法理念的重大差距在于:我们往往是以惩罚罪错为本位,惩罚极少数真正的罪错,正是为了保护广大人民合法权益。为此,我国在性立法上有必要提出“性权利”的概念。对人类来说,性活动具有生殖、示爱、欢愉、审美、保健五大功能,因此“性权利”是指:只要不妨害他人的权益和不危害公共利益,公民有权通过性活动生殖、示爱、欢愉、审美、保健并享用性信息及性器具。这是现代人权不可或缺的一部分,应该受到国家保护。笔者从事性法学的研究,性法学研究的对象是除婚姻法规范的内容以外的涉性法律,主要包括人工生殖、变性手术、同性恋、性交易、性强暴、性骚扰、性病防治和性信息传播等方面的法律。关于色情的法律即是有关性信息传播的法律。社会允许适当的性信息传播,使人类的生活变得丰富多彩,富有魅力,但为了保护未成年人的身心健康和社会的稳定,社会又把这种传播限制在本民族文化约定俗成的范围之内。这种限制根据场合、对象的不同而有很大区别:夫妻之间私下传播,没有限制;两个成年人相互同意的私下个别传播(属个人隐私),也没有限制;但公共场合限制较大,因为超限传播有伤风化(特殊情况除外,比如生理课、模特写生课、性科学杂志发行);而对未成年人的传播,限制最严。

2004年9月,我国最高人民法院、最高人民检察院联合出台《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》。

[4] 北京大学法学院教授、中国法学会行政法学研究会副会长姜明安曾于2008年8月向湖南郴州市江华先生因下载淫秽视频而被警方罚款1900元发表的感言,载《中国青年报》2008年10月8日。姜教授的意见用于本文讨论案情也是恰当的。

该司法解释规定,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8种情形之一的,依照刑法第363条第1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:(1)制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电影、表演、动画等视频文件20个以上的;(2)制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽音频文件100个以上的;(3)制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子刊物、图片、文章、短信息等200件以上的;(4)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1万次以上的;(5)以会员制方式出版、贩卖、传播淫秽电子信息,注册会员达200人以上的;(6)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1万元以上的;(7)数量或者数额虽未达到上述1至6项规定标准,但分别达到其中两项以上标准一半以上的;(8)造成严重后果的。司法解释同时规定,利用聊天室、论坛、即时通信软件、电子邮件等方式,实施上述行为的,亦以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

我国刑法第363条第1款规定,以牟利为目的,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节严重的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。

司法解释进一步明确,如果数量或者数额达到上述规定的1至6项标准5倍以上的,应当认定为“情节严重”,达到规定标准25倍以上的,应当认定为“情节特别严重”。根据这个规定,色情网站的实际点击数如果达到25万次以上,将被视为“情节特别严重”。

司法解释规定,不以牟利为目的,利用互联网或者移动通讯终端传播淫秽电子信息,如果数量达到上述列举8种情形的前5种规定标准的2倍以上的,造成严重后果的,以传播淫秽物品罪定罪处罚。利用聊天室、论坛、即时通信软件、电子邮件等方式,实施上述行为的,亦以传播淫秽物品罪定罪处罚。

刑法第364条第1款规定,传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品,情节严重的,处2年以下有期徒刑、拘役或者管制。

根据以上规定,发送黄色邮件不以牟利但达到一定数量也可判刑2年。

从这些可以看到,司法解释基本立法理念与刑法设立该项罪种无异,司法解释只是把它扩大到了现代通讯领域,并且为了执法的可操作性,将其具体量化了。两院的主观意图无可厚非,但其存在的问题与上述《刑法》相关条文基本上相同。“黄色”即色情,怎样界定,由谁界定,都成问题。而且从现代法治理念看,还存在下列问题:

第一,不符合各法之间内部的一致性以及法的可行性的法治原则。目前我国两个成年异性之间或成年同性之间相互同意的私下性行为,不管次数多少,均不构成犯罪(婚外情也只是看作道德问题);现在两个成年人之间相互同意的私下的色情信息传播达到一定次数便要定为刑事犯罪判刑了,显然是有失法的内部平衡一致的;此外又缺乏可行性,这是将“理想道德”(成年人私下也不得传播色情信息)变成了法律,只有“义务道德”(不得向未成年人传播,不得有伤风化传播色情信息)才可以转化为法律。由于法不责众,前者执行很困难,不执行又影响法的权威性。

第二,司法解释的定罪规定之一:发送黄色邮件不以牟利但达到一定数量也可判刑2年。发送黄色信息者很有可能是两个成年人(甚至是夫妻或恋人)之间相互同意的私下发送,如果司法干预则涉嫌违反《宪法》保护公民通信自由和通信秘密权利的条款。至于某些网站设置关键词过滤器,使得公民私人电子邮件的附件发不出去,这同样涉嫌违宪。因此要立法加以规范,规定在什么情况下经国家授权在一定的时段内方可这么做。

第三,上述司法解释,即使有必要,由最高人民法院作出就可以了,不用由两院联合作出,因为是

① 王天富著:《法治道德性》,中国政法大学出版社1997年版;沈治浩《论国家强制与法的普遍性》(《法学的公共性》);沈治浩《国家强制与法的明确性》;沈治浩《论各法之间内部的一致性》;沈治浩《论法的可行性》(《法治道德性》);沈治浩《论国家强制与法的普遍性》;沈治浩《论国家强制与法的明确性》。

高人民检察院还承担着一定的监督法院的职能。两院联合解释,动机可能是增加司法解释的权威性,但权力制衡的原则受到损害,纠正起来也较困难,增加了立法后纠错的难度和成本。

当然,通讯网络的净化和整治该进行的还须进行。电信运营商、手机增值服务商、广告联盟与黄色网站相互勾结向手机用户提供“黄色”音像以牟取利益,仍应视为传播色情淫秽物品,要依法给予惩处,并阻断其利益链,因为手机用户有大量未成年人,且有伤风化。至于部分成年人情趣不高,私下接受黄色信息,或私下同意的相互传播,只能通过道德教育和用高尚文化抵御低俗文化的办法来解决。

美国关于整治色情网络立法,主要是保护儿童的,没有针对成年人的立法。美国《儿童互联网保护法》把在网上向未满18岁的青少年传播色情内容视为犯罪。美国有专门的非政府机构,对被举报的色情网站进行分析,一旦发现有关儿童色情内容,就会向政府机构报告。

随着苹果手机 iPhone 的普及,针对手机用户可以通过浏览器链接上色情网站,苹果公司推出“家长控制软件”,以便过滤手机中的色情内容,防止儿童受到不良影响。循此思路,我们是否可以实行手机购买实名制,并推出专供未成年人使用、设置扫黄过滤器的“绿色手机”,国家引导,价格优惠,这一定会受到广大家长的欢迎。另外,笔者建议,我国政府应立法禁止手机运营商连接色情网站后的支付功能,客户一旦链接到国家列入黑名单的色情网站,该次通讯就不能自动付费。

五、重视性法学研究,借鉴国外经验,促进社会和谐

罗素早在1949年在纽约出版的《婚姻革命》中就认为:“反对所谓淫秽出版物的法律会造成令人遗憾的后果……对此,笔者有两个论点:一方面,任何法律都做不到禁止恶的同时不禁止善;另一方面,如果性教育得当,即使是货真价实的淫秽出版物,也不会造成多大的伤害。”^①

20世纪后半叶,西方社会舆论和政府对同性恋和性交易的态度转向更大的宽容,这可以著名的“沃尔芬登(Wolfenden)报告”为标志。这是英国“同性恋和卖淫行为研究委员会”(也被称作“沃尔芬登委员会”)于1957年提出的一份研究报告。这个报告论证的目的是要在道德与法律之间划出界限,它认为法律的职责是调整公共秩序,维护可接受的公共风俗标准(就是“不伤风化”),而不是偷窥人们的私生活。该报告力求避免通过建立公共法规去建立道德风尚;公共法规要规范或禁止的是那些有伤风化或损害社会秩序的性行为。因此,报告建议:成年人之间的同性恋行为不宜纳入刑罚范围,在英国,到1967年制定的《两性关系犯罪行为法》,沃尔芬登报告中的上述建议已得到立法上的贯彻和体现,同性恋不再被视为犯罪行为,此外,城市“红灯区”的设立和将其纳入政府管理范围也与此有关。处理这些棘手问题,不是跟着感觉走,而是经过专家独立的科学研究,在充分尊重所有人的人权的基础上,制定切实可行的法律。不管我们的国情有什么特色,只要认真调查一下当前我国社会真实的性现状,我们就会发现发达国家是这方面的“过来人”,他们的经验和立法有重要的借鉴价值。为此,政府要重视性法学和性社会学的研究,在借鉴国外经验与广泛征求国内意见的基础上,修改或增加性立法,然后规范和监督执法。这是建立良好性秩序促进社会和谐稳定的必由之路。

^① 罗素:《罗素集卷二》,东方出版社,1988年版,第76—77页。