

论淫秽物品的认定标准机制的完善

丁凯明

(北京律师法学研究会, 北京 100000; 哈尔滨商业大学法学院, 黑龙江 哈尔滨 150000)

摘 要: 2025 年上海宝山法院审理的淫秽手办案是首个对于手办涉及淫秽物品罪的案件。现行《刑法》第 367 条因循环定义与主观性术语的使用, 导致司法实践高度依赖裁判者个体认知, 形成认定模糊。涉案手办虽具艺术认证, 但因其设计特征、销售对象及对未成年人的潜在影响, 被纳入规制范畴, 反映出未成年人保护在司法裁量中的重要性。但是现行认定机制存在诸多问题。为此, 应当完善关于淫秽物品犯罪的认定机制, 以应对手办为代表等等新兴载体淫秽物品形式的挑战。

关键词: 淫秽物品认定; 未成年人保护; 刑事司法标准; 法益理论

一、引言

2023 年 12 月 7 日, 上海市公安局宝山分局民警在许某的两处仓库内, 查扣 37 款 3 万余件手办。经公安机关依法鉴定, 在查获的手办中, 有的直接裸露刻画性器官, 其余则在替换身体部件后展现出性器官, 并伴有明显挑逗性的不雅姿态, 故均应认定为淫秽物品。^[1] 2024 年 9 月 10 日, 宝山区人民检察院以犯制作、贩卖淫秽物品牟利罪向宝山法院提起公诉。在 2025 年的判决书中, 依法鉴定认定包括以妖兰、狂三在内的游戏角色为原型设计的一批手办为淫秽物品。这个案件是首次对“淫秽手办”认定为淫秽物品的案件。因此, 介于此我们来探讨一下什么是刑法中规定的淫秽物品, 以及刑法对于制作、贩卖淫秽物品的入罪是否合理。

二、刑法定义的淫秽物品

(一) 淫秽物品中“物品”定义

在汉语语境下, “物品”一词通常被理解为具有实体形态的存在, 它既是生产生活的基点, 也承载着特定的功能或信息。这种实体性, 使得物品成为可见、可触的客观存在, 其内容与形式紧密相连, 不可分割。

而具体细化至淫秽物品方面, 淫秽内容是淫秽物品的本质属性, 而淫秽性之所以能够从抽象变为具象, 能够重现于接触者的眼前, 使之能够观看、阅读、聆听, 正是由于借助了载体的力量。我国《刑法》第 367 条规定中也采用列举式的方法将淫秽物品的载体形式进行定义。

当我们将这一概念应用于淫秽物品时, 不难发现, 淫秽内容正是这类物品的本质所在。而淫秽手办, 作为一种新兴的淫秽物品形式, 恰恰体现了淫秽内容与实体载体的结合。它通过具体的手办造型, 将淫秽内容具象化, 使得接触者能够直观地感受到其淫秽性。长期以来, 刑法学界在探讨淫秽物品犯罪时, 更多地聚焦于“淫秽性”的界定与判断, 而对淫秽物品本身的物理属性关注相对较少。然而, 随着社会的进步和科技的发展, 淫秽物品的载体形式也在不断演变。特别是互联网技术的普及, 使得淫秽物品的传播方式更加隐蔽、快速, 给社会

作者简介: 丁凯明 (1999-), 男, 硕士研究生, 助理研究员, 研究方向为法学。

治理带来了新的挑战。

淫秽手办的出现,正是这一趋势的缩影。它不同于传统的淫秽书籍、音像制品,而是以一种更加隐蔽、更具迷惑性的形式存在。同时,针对这种新兴淫秽物品形式,《解释(一)》第9条也进行了相应的完善,将“其他淫秽物品”的范围进行了具体化的扩充,以适应社会发展的新需求。

(二) 淫秽物品的认定标准

淫秽物品的认定需综合考量其正反两方面特征,并兼顾社会伦理与法律价值的平衡。依据我国《刑法》第367条规定,其定义可归纳为以下逻辑框架:

需明确双重认定标准。判定是否构成淫秽物品需同时满足两个核心要件:一是具有诲淫性,二是缺乏科学或艺术价值。这两重特征并非孤立存在,而是形成动态制约关系——当作品的诲淫性越强时,其可能具备的科学艺术价值往往越低,反之亦然。这种此消彼长的张力要求司法实践必须进行精细化权衡。

关于诲淫性的具体判定存在多层次考量。从本质属性而言,诲淫性需以直接刺激性欲为核心目的,这与单纯引发厌恶情绪的内容存在本质区别。例如传播排泄物照片或生吃虫子视频等行为,因无法挑动正常性欲而不应纳入规制范围。在表现形式上,必须通过具体描绘性行为或露骨宣扬色情实现,需达到“纯粹色情”的呈现程度,而非采用隐晦暗示手法。司法实践中争议较大的领域集中于特定群体性欲的挑动问题。普通法系的判例演变为此提供了重要参考:从罗斯案确立的“整体性、一般人、现代社区标准”三原则,到金兹伯格案的修正判决,法律逐步明确即便作品仅针对性越轨群体,只要其整体旨在激发特定群体性欲,仍可认定具有诲淫性。这种认定逻辑暗含价值判断——小众性癖内容可能因深度冒犯公序良俗或构成人性弱点剥削而更需规制。

科学艺术价值的除罪功能具有特殊法律地位。作为与诲淫性直接对抗的法定免责事由,该特征对表面涉黄作品具有正当化效力。法律明确将两类作品排除在规制范围外:一是纯粹的人体生理、医学科学著作,二是具有艺术价值的色情内容作品。这种制度设计体现了对创作自由与公序良俗的平衡保护,但具体适用仍需通过典型案例逐步明确边界。

“淫秽物品”概念本身的抽象性特征,导致其规范边界始终处于动态模糊状态。这种概念模糊性直接投射于司法实践层面——不同认定主体因自身认知图式差异(包括文化积淀、生活经验、职业视角等维度),往往对同一审查对象作出截然相反的规范评价。当刑法规范无法提供类型化的判断标准时,不仅使公民难以形成稳定的行为预期,更从根本上动摇了刑法参与社会治理的规制效能与规范权威。

三、淫秽物品侵犯法益的各种学说

我国刑法学界对淫秽物品犯罪法益的探讨,呈现出多元理论交织的复杂图景各学说在哲学根基、价值取向及规范适用层面展开深度对话,学界将其理论博弈可系统梳理为以下的四重维度。^[2]

(一) 功利主义框架下的法益双轨制

以边沁与穆勒思想为源流的功利主义阵营,衍生出两种规制路径:其一是边沁式秩序功利主义,将社会法益解读为“最大多数人最大幸福”的量化指标,主张对淫秽物品的刑事规制源于其对公共管理秩序的破坏。这种视角下,淫秽物品通过诱发性犯罪倾向或侵蚀社会道德共识,形成可计量的社会危害,故需刑罚介入。其二是穆勒式自由功利主义,通过“不伤害原则”对规制范围施加限制,将法益侵害限定于“对他人造成实质损害”的领域。据此,若无法建立淫秽物品传播与性暴力犯罪的直接因果关系,单纯传播行为即构成“无被害人犯

罪”，不应启动刑罚机制。这种理论分歧在立法实践中具象化为《刑法》第363条（传播淫秽物品牟利罪）与第364条（传播淫秽物品罪）的刑罚差异——前者设置最高无期徒刑的严厉处罚，后者仅配置两年以下有期徒刑，鲜明映射出两种功利主义立场的规范博弈。

（二）道德主义的理论突破与限度

为突破功利主义的解释瓶颈，道德主义提出双重论证范式：社会瓦解理论将公共道德视为社会存续的黏合剂，主张淫秽物品对善恶共识的消解将导致社会解体。德富林法官的“道德共同体”理论强调，刑法需承担维护社会道德基础的职能，即便这可能牺牲个体自由。禁止剥削理论则聚焦行为本质，认为利用人性弱点牟利构成道德应受谴责的剥削。该理论成功解释了组织淫秽表演等犯罪的规制必要性，但其对“自愿受剥削”状态的界定仍存争议——当成年人主动接触淫秽物品时，是否仍存在需要刑法干预的“被剥削状态”，成为理论争议的焦点。

（三）家长主义的规范介入与边界

在未成年人保护领域，软家长主义获得广泛规范适用。该理论主张对心智不成熟者实施“保护性干预”，这为向未成年人传播淫秽物品从重处罚的立法设计提供理论支撑。但强家长主义将规制范围扩展至所有自愿接触者，则与穆勒自由观产生直接冲突。这种张力在司法实践中表现为量刑倒挂现象——传播淫秽物品牟利罪的刑罚强度远超普通传播罪，其设计暗含“经济诱因增强危害性”的家长主义判断，但该判断与法益侵害程度的关联性仍需学理证成。

（四）女权主义的批判维度拓展

该理论将法益侵害的视角从抽象社会秩序转向具体性别权益。斯泰纳姆等学者提出“性欲/色情”的二元区分，认为后者本质是“以性为权力的武器的暴力”。这种观点为淫秽物品犯罪注入新的法益内涵：当物品内容构成对特定群体的物化与伤害时，即便不存在传统法益侵害，也可通过“性别尊严”这一新兴法益获得规制正当性。但该理论在解释非主流性取向作品时面临挑战，如耽美文学对男性形象的消费是否构成反向物化，已成为理论争议的新焦点。

我国刑事立法实践呈现出鲜明的多元主义特征。以冒犯原则为核心规制基准，兼容禁止剥削理论与软家长主义，形成三维规制体系。冒犯原则将“无端挑动他人性欲”视为对人性尊严的深度冒犯，并通过“公然性”要件限定规制边界，避免刑罚过度介入私人领域。禁止剥削理论强化对商业化传播的规制力度，将“以牟利为目的”作为加重处罚情节，体现对人性弱点商业化利用的否定性评价。软家长主义则通过未成年人保护条款构成补充性规制，形成“基础规制-强度升级-特殊保护”的递进式规范结构。这种多元规制模式既非简单理论拼凑，亦非绝对价值优先，而是在“多中有一，一中有多”的动态平衡中，实现个体自由、社会秩序与弱势群体保护的精密调和。

四、特殊的淫秽物品——儿童色情

相较于一般意义上的“淫秽物品”，儿童色情制品因其侵害对象的特殊性而具备独立认定的现实基础。尽管学界对“淫秽物品”尚未形成统一界定标准，但儿童色情制品因其指向未成年人这一特殊群体，在法律评价上呈现出显著差异。这种差异源于未成年人身心发展的特殊性：其认知能力与判断力尚未健全，既无法准确识别自身行为性质，更难以抵御外界不良影响。

儿童色情制品的本质是对未成年人的性剥削。此类制品通过图像、影像等媒介再现儿童

性行为或性器官,实质是对现实中性虐待行为的影像化复制。联合国《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》明确将其界定为“以任何手段再现儿童从事或被强加真实/模拟性活动,或刻意展示儿童性器官的制品”。^[3]我国学者进一步指出,此类制品将儿童异化为性客体,旨在唤起观者的性欲。香港地区立法则采用概括式定义,将“儿童色情物品”扩展至任何形式的视觉再现,包括真人描画、虚拟影像及数字化存储资料。

以“性剥削”为核心构建认定标准。儿童色情制品是以未成年人或其仿真形象为对象,通过再现性行为、性器官等方式实施的性虐待或性剥削行为。相较于普通淫秽物品的认定困境,儿童色情制品的特殊性体现在三方面:其一,制作过程本身即构成对儿童的性侵害;其二,传播链条的每个环节(制作、流通、持有)均与性侵犯存在高度关联性;其三,接触此类制品可能对未成年人造成复合型伤害,包括对人际信任的崩解、情绪管控障碍及持续性心理创伤。

刑法对儿童色情制品的规制具有双重必要性。^[4]既是对不特定多数儿童性自主权与健康权的实体保护,更是对“儿童不应成为性欲对象”这一社会伦理底线的制度性确证。此类犯罪的危害性不仅体现为对具体受害者的身心摧残,更在于其通过影像传播形成对儿童群体的系统性威胁,这种威胁在数字时代因传播便捷性而被无限放大。

回归在宝山淫秽手办案中,涉案“妖兰”手办的性质认定成为核心争议焦点。该手办源于动漫游戏角色,经设计师二次创作后弱化了性器官特征,且持有某市版权局核发的《作品登记证书》,部分购买者评价其具有艺术价值。但司法机关认为,单纯以艺术认证否定淫秽属性存在逻辑漏洞:该手办通过电商平台公开销售,与专业艺术展览的封闭性形成对比;警方调取的交易记录显示青少年群体为主要消费对象,两名未成年证人蔡某某、陈某在接收手办时均未满18周岁,并陈述因内容色情而羞于展示。

法院从三个维度强化诲淫性认定。其一,手办设计采用挑逗性跪姿与裸露造型,虽简化性器官但通过肢体语言强化性暗示;其二,被告人在销售时对隐私部位主动打码处理,反证其明知内容违法性;其三,未成年人心理特征成为关键考量因素,该群体性羞耻感较弱、辨识能力不足,手办陈列场景可能造成长期心理影响。判决特别指出,将涉案手办与成人用品类比系法律认知错误,后者通过严格年龄验证与私密使用场景隔离风险,而本案手办利用二次元IP外衣渗透未成年人市场,其社会危害性远超成人用品的封闭属性。

本案司法审查焦点对准未成年人保护维度,明确否定了“以行政认定替代司法判断”的惯性思维。针对辩护方提出的“应采纳美术专家艺术评价”主张,裁判定强调在刑事司法语境下,淫秽物品认定权专属审判机关,法官须以“社会一般人标准”结合文化环境变迁进行价值判断。^[5]尽管手办未直接涉及儿童形象,但因其受众特殊性 & 软色情传播特征,最终被拟制为儿童色情制品规制范畴,体现了对未成年人网络文化安全的底线守护。

五、淫秽物品认定机制的缺陷

(一) 367 条的不是淫秽物品和不视为淫秽物品

我国《刑法》第367条关于“淫秽物品”的界定存在结构性争议,其条文设计及司法适用均面临多重解释困境。该条款通过三款规定构建起“总括式定义+反向排除”的规范框架,但第二款“有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品”与第三款“包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品”的表述,在法律解释层面引发持续争议。有观点主张第二、三款系对第一款的注意性规定,仅具提示司法人员注意的宣示意义,但这种解读面临体系矛盾。若将第三款定位为注意规定,则“不视为”的立法表述明显违背法律拟制的技术规范,毕竟“视为”才是将特定对象纳入规制范围的拟制性用语。这种用语错位

折射出立法者试图在科学、艺术领域与淫秽物品间划定清晰界限，却因价值判断的主观性导致规范边界模糊。

科学著作与艺术作品的除罪化路径面临双重验证难题。在科学价值认定环节，性教育读物与淫秽物品的界限常陷入认知分歧。性知识普及类书刊可能包含性器官解剖图示或性行为机理说明，这类内容虽具医学科学性，但若通过特写镜头或细节描绘强化视觉刺激，便可能兼具诲淫性。更棘手的是，当科学价值与性暗示元素并存时，司法者难以客观量化二者的权重比例。在艺术价值判断领域，经典文艺作品与淫秽物品的界分标准更显模糊。米开朗琪罗的《大卫》雕像以裸体形式展现人体美学，其艺术价值获得跨时代共识，但若将同等尺度的男性裸体形象置于动态影像或漫画场景中，是否必然构成淫秽物品？这种媒介差异引发的评价分歧，暴露出单纯以艺术价值作为除罪事由的局限性。

张明楷教授提供区分艺术创作与淫秽制作的观点，主张前者追求审美价值而后者旨在刺激性欲，这种区分遭遇三重困境。^[6]其一，创作者内心动机的探知近乎不可能，营利目的与艺术表达的交织使得主观判断沦为猜测游戏；其二，要求艺术家必须完全摒弃商业考量，实质是对创作自由的过度限制；其三，即便承认营利动机的合法性，也无法解释为何部分兼具艺术价值与性描写的作品仍被认定为淫秽物品。张明楷教授提出的整体性、客观性、关联性认定原则，虽试图构建“价值并存”的认定框架，但未能根本解决价值判断的主观性痼疾。

《金瓶梅》因性描写尺度问题长期位列禁书目录，但现代出版界通过删节处理实现其文学价值的部分解禁，这种差异化对待恰恰说明淫秽性认定具有时代性与语境依赖性。劳伦斯的《查泰莱夫人的情人》在性描写与社会批判的平衡中，最终被司法机关承认其文学价值，但此类个案突破难以转化为普适性规则。更具争议的是视觉艺术领域，李壮平以女儿为模特创作的《东方神女山鬼系列》油画，在艺术界引发伦理与美学的激烈交锋，这种评价分歧直接映射出价值判断标准的多元性与相对性。当文学艺术价值与淫秽性评价出现根本对立时，司法机关既缺乏权威的鉴定主体，也难以确立社会共识的判断基准，导致同类案件在不同历史时期可能得出截然相反的结论。

（二）367 条所描述的其他淫秽物品

我国刑法第三百六十七条第一款关于淫秽物品的司法界定存在多重逻辑缺陷与实践困境。该条款采用循环解释方式，将“淫秽物品”本身作为定义要素纳入解释项，形成“用淫秽物品解释淫秽物品”的逻辑闭环。这种表述虽试图通过“其他淫秽物品”的兜底条款应对新型载体形式，但实质上消解了法律概念应有的确定性，违背刑法明晰性原则。

在概念界定层面，该条款存在双重抽象化痼疾：其一，“色情”与“诲淫性”作为核心认定标准，其内涵的模糊性不亚于被解释对象“淫秽”本身。这三个概念在语言学维度形成互文关系，本质上是用不确定概念解释不确定概念，造成“以模糊解释模糊”的认知困境。其二，“诲淫性”作为带有强烈价值判断的道德术语，其认定标准高度依赖裁判者的主观认知，这种认知差异源于个体所处社会环境、教育背景及文化接触的多元性，导致司法实践中必然出现同案不同判的乱象。

在认定机制层面，现行规范存在结构性缺陷。其一，法律未明确界定认定主体的资质标准，是依据成年人认知、青少年保护标准，还是参照社会一般观念，刑法及司法解释均未作出制度性安排；其二，作为主要认定依据的《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》存在效力层级偏低、制定年代久远（1988 年颁布）的先天不足，其内容既滞后于数字时代传播媒介的革新，又与当代性伦理观念产生严重错位；其三，该暂行规定在价值取向层面存在明显缺陷，其将特定性取向表述定性为“性变态”的条款，既违背现代法治的平等保护原则，又构成对少数群体的制度性歧视。

在操作标准维度,该暂行规定构建的形式化认定体系亦暴露出重大缺陷:其核心术语“淫褻性”作为关键认定标准,本质上仍是缺乏客观化指标的主观判断,这种弹性空间极大的概念工具,极易沦为道德裁判的制度化载体。当法律适用完全依赖裁判者的道德直觉时,不仅损害法的安定性价值,更可能造成选择性执法,动摇公众对司法公正的信任基础。

参考文献:

- [1]余东明,张海燕.大尺度“可脱”手办被认定为淫秽物品[N].法治日报,2025-05-31(004).
[2]罗翔.论淫秽物品犯罪的惩罚根据与认定标准——走出法益理论一元论的独断[J].浙江工商大学学报,2021,(06):82-90.
[3]李振宇.增设持有儿童色情制品罪:法理根据与条文设计[J].青少年犯罪问题,2023,(04):85-96.
[4]牟糖醇.域外网络儿童色情犯罪的规制状况及启示[J].青少年学刊,2020,(04):16-21+47.
[5]袁婷,夏菁.淫秽物品性质应由法官根据一般人标准判定[J].人民司法,2023,(26):24-27.
[6]张明楷.刑法学(第五版)[M].北京:法律出版社,2020,1165-1167

Improving the Identification Standards Mechanism for Obscene Materials

DING Kaiming

(Beijing Law Academy of Lawyers, Beijing 100000, China; Harbin University of Commerce Law School, Heilongjiang Harbin 150000, China)

Abstract: The 2025 obscene figures case adjudicated by Shanghai Baoshan Court represents China's first criminal ruling classifying collectible figures as obscene materials. Current Article 367 of the Criminal Law employs circular definitions and subjective terminology, causing judicial determinations to rely excessively on individual adjudicators' discretion and resulting in ambiguous legal standards. Although the contested figures possessed artistic certification, their explicit design characteristics, target audience, and potential impact on minors subjected them to legal regulation—thus underscoring the primacy of minor protection in judicial considerations. Nevertheless, substantial flaws persist in existing identification mechanisms. This study advocates for structural refinements to the obscenity determination framework to address emerging challenges posed by novel media forms, particularly represented by collectible figures.

Keywords: Identification of Obscene Materials; Protection of Minors; Criminal Judicial Standards; Legal Interest Theory