

分 类 号: D924.36  
研究生学号: 2018224183

单位代码: 10183  
密 级: 公 开



# 吉 林 大 学

## 硕士学位论文

(专业学位)

表演式网络色情直播中相关行为的刑法定性

The Criminal Characterization of the Acts in the Online  
Pornography Live Performances

作 者 姓 名: 周 立 俐  
类 别: 法律硕士  
领域(方向): 刑 法 学  
指 导 教 师: 李 海 滢 教授  
培 养 单 位: 法 学 院

二〇二一年五月

表演式网络色情直播中相关行为的刑法定性

The Criminal Characterization of the Acts in the Online  
Pornography Live Performances

作者姓名：周立俐

领域（方向）：刑法学

指导教师：李海滢教授

类别：法律硕士

答辩日期：2021年5月24日

## 吉林大学博士(或硕士)学位论文原创性声明

本人郑重声明：所呈交学位论文，是本人在指导教师的指导下，独立进行研究工作所取得的成果。除文中已经注明引用的内容外，本论文不包含任何其他个人或集体已经发表或撰写过的作品成果。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本人完全意识到本声明的法律结果由本人承担。

学位论文作者签名：周立伟

日期：2011 年 5 月 31 日

## 关于学位论文使用授权的声明

本人完全了解吉林大学有关保留、使用学位论文的规定，同意吉林大学保留或向国家有关部门或机构送交论文的复印件和电子版，允许论文被查阅和借阅；本人授权吉林大学可以将本学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，可以采用影印、缩印或其他复制手段保存论文和汇编本学位论文。

（保密论文在解密后应遵守此规定）

论文级别：☒硕士 ☐博士

学科专业：法律硕士

论文题目：表演式网络色情直播中相关行为的刑法定性

作者签名：

周立利

指导教师签名：

李海霞

2021 年 5 月 31 日

作者联系地址（邮编）：

作者联系电话：

## 摘 要

### 表演式网络色情直播中相关行为的刑法定性

在网络技术日新月异的今天,各种类型的网络直播产业方兴未艾,丰富了人们的日常生活、促进了经济的发展,与此同时,有部分行为主体为了吸引公众眼球、获取非法利益,利用网络直播受众广、传播快、缺乏监管的特征进行表演式网络色情直播,危害社会的善良风气和社会管理秩序,因此,需要以法律来规制表演式网络色情直播中的相关行为。对于其中社会危害性不强、没有达到入罪标准的行为,依据《治安管理处罚法》等法律条文给予行政处罚,即可规范相关行政违法行为。但在社会危害性较强、需要入罪的表演式网络色情直播的刑法规制中,由于相关行为方式的特殊性,实践中对表演式网络色情直播中涉及的相关行为刑法性质的认定存在争议。尽管最高人民法院会同最高人民检察院先后在2004年和2010年出台了相关司法解释,对涉及电子信息的犯罪行为的司法认定提供了标准,《刑法修正案(九)》增设了拒不履行信息网络安全管理义务罪来规范日益猖獗的网络空间中的犯罪行为,但实践中对表演式网络色情直播中的直播行为、帮助行为及组织行为性质认定仍存在混乱局面,需要将具有新形式的行为进行刑法上的分析、认定,通过对现有刑法条文进行分析理解,判断表演式网络色情直播中的相关行为能否被传统的刑法条文所规制。本文主要通过对收集的裁判文书和文献进行分析整理,发现实践和学界在相关问题上存在的主要认定争议和问题,对表演式网络色情直播中直播行为、帮助行为和组织行为的定性问题提出自己的理解和认定方案,以期运用现行刑法规定对色情直播中的相关行为进行合理规制,净化社会秩序和网络直播的环境。

**关键词:** 表演式网络色情直播, 淫秽物品, 传播淫秽物品牟利罪, 组织淫秽表演罪

## **Abstract**

### **The Criminal Characterization of the Acts in the Online Pornography Live Performances**

With the rapid development of network technology today, various types of webcast industry are in the ascendant, enriching people's daily life and promoting economic development. At the same time, some actors use webcast to attract a wide audience in order to attract the public's attention and gain illegal benefits. The characteristics of fast spreading and lack of supervision to perform pornographic live broadcasts will endanger the good morals of the society and the order of social management. Therefore, it is necessary to regulate related behaviors in live broadcasts of pornographic performances by law. For acts that are not very harmful to the society and do not meet the incriminating standards, administrative penalties are imposed in accordance with the "Public Security Management Punishment Law" and other legal provisions, which can standardize related administrative violations. However, in the criminal law system of performing online pornographic live broadcasts that are more harmful to the society and need to be convicted, due to the particularity of the relevant behaviors, there are disputes in practice regarding the criminal nature of the relevant behaviors involved in performing online pornographic live broadcasts. Although the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate successively issued relevant judicial interpretations in 2004 and 2010, which provided standards for the judicial determination of criminal acts involving electronic information, the Criminal Law Amendment (9) added a refusal to perform information network security. Administrative obligation crimes are used to regulate criminal behaviors in the increasingly rampant cyberspace. However, there is still confusion regarding the nature of live broadcast behaviors, helping behaviors and organization behaviors in pornographic live broadcasts, and new forms of behaviors need to be analyzed and determined in criminal law. Through the analysis and understanding of the existing criminal law provisions, to determine whether the relevant behaviors in the new form of performing online pornography live broadcast can be regulated by the traditional criminal law provisions. This article mainly analyzes and organizes the collected judgment documents and documents. Found the main controversies and problems in the practice and the academic circles on related issues, the qualitative identification of the live broadcast behavior, the helping behavior and the organizational behavior. The issue of judicial determination of

related behaviors in live broadcasts proposes their own understanding and determination schemes, with a view to using the current criminal law to reasonably regulate related behaviors in live pornographic broadcasts, and to purify the social order and the environment of live webcasts.

**Key Words:** Performing Internet pornography live , Obscene items , Crime of spreading obscene materials for profit , Crime of organizing pornographic performances

目 录	
引 言.....	1
(一) 选题目的和意义.....	1
(二) 文献综述.....	1
(三) 研究方法.....	3
(四) 论文结构安排.....	4
(五) 创新与不足.....	6
一、典型案例的基本情况.....	7
(一) 案情简介.....	7
(二) 案件焦点.....	9
二、表演式网络色情直播的界定及相关责任主体.....	12
(一) 表演式网络色情直播的界定.....	12
(二) 表演式网络色情直播的责任主体.....	13
三、表演式网络色情直播中直播行为及后续传播行为的刑法定性..	16
(一) 表演式网络色情直播中直播行为构成传播淫秽物品牟利罪.....	16
(二) 表演式网络色情直播中后续传播行为构成传播淫秽物品牟利罪.....	28
四、表演式网络色情直播中帮助行为的刑法定性.....	32
(一) 司法裁判对表演式网络色情直播中帮助行为的罪名适用争议.....	32
(二) 学界对帮助型直播平台、直播服务提供者行为的刑法定性.....	33
(三) 表演式网络色情直播中帮助行为构成传播淫秽物品牟利罪.....	36
五、表演式网络色情直播中组织行为的刑法定性.....	43
(一) 司法裁判对表演式网络色情直播中组织行为的罪名适用争议.....	43
(二) 学界对组织淫秽表演罪中“组织”的解读争议.....	44
(三) 表演式网络色情直播中组织行为构成传播淫秽物品牟利罪.....	45
结 语.....	50
参考文献.....	51
作者简介.....	54
致 谢.....	55



## 引言

### （一）选题目的和意义

在互联网技术日新月异的今天，各种利用网络进行违法犯罪的现象层出不穷。网络直播作为近年来飞速发展的交互式新型娱乐方式，在带给我们便利的同时，也隐藏着许多问题。这些问题对传统的行为规制模式产生了冲击，对社会的健康发展产生了不利影响，表演式网络色情直播作为其中比较突出的问题，亟需解决。对表演式网络色情直播中相关行为的规制需要各种法律的协同配合。

《治安管理处罚法》等行政性法律规定将表演式网络色情直播中社会危害性不大的行为认定为行政违法，以行政处罚加以规制。对于表演式网络色情直播中社会危害性较大的相关行为的有效规制，则需要通过刑法来认定犯罪并给予刑事处罚，才能使相关主体产生对刑罚的畏惧心理进而约束自身行为，保障良好的社会管理秩序。

通过对表演式网络色情直播中不同情况的直播行为、帮助行为和组织行为的分析认定，同时通过结合不断变化的社会情况对相关罪名的含义进行合理解释，明确实践中对不同情形下相关行为的刑法定性，避免出现对相关行为的刑事认定混乱的局面，使刑法规制机能得以周延，起到惩治犯罪、保护法益的作用。

### （二）文献综述

对表演式网络色情直播中直播行为、帮助行为、组织行为的刑法定性，目前学界主要通过对传播淫秽物品牟利罪、组织淫秽表演罪、聚众淫乱罪、组织播放淫秽音像制品罪进行罪名解释，在罪刑法定原则的指导下判断相关罪名能否对相关行为进行合理的刑法定性。

关于能否将直播行为评价为传播淫秽物品牟利罪，学界主要对主播直播行为能否定性为传播行为、色情直播能否定性为淫秽物品进行讨论。对于能否定性为传播行为，学界大多持肯定观点，理由是主播直播行为符合传播所要求的扩散性、公然性、手段多样性特征。<sup>①</sup>关于直播能否定性为淫秽物品，肯定说认为，司法解释通过把“其他淫秽物品”扩大解释为包括电子和语音信息的方式进行

<sup>①</sup> 参见王作富：《刑法分则实务研究：下》，法律出版社2001年版，第1617页。

了回应。<sup>①</sup>否定说认为,由于色情直播本身不具备淫秽物品应当具有的固定性与传播性,因此不能定性为淫秽物品。<sup>②</sup>关于色情直播行为能否定性为组织淫秽表演罪,学界主要对直播行为能否评价为组织行为、色情直播能否评价为淫秽表演进行讨论。有学者提出,依据组织对象的差异,应当分类讨论直播行为能否认定为“组织”行为。关于能否评价为聚众淫乱罪,学界围绕直播行为能否定性为“聚众”、“淫乱行为”进行讨论。对“淫乱行为”的争议,作为通说的是否定说,认为“聚众淫乱行为”强调直接接触。<sup>③</sup>肯定说认为,淫乱行为除了自然性交之外,还包括其他刺激、兴奋、满足性欲的行为。网络色情直播是聚众淫乱罪的延伸,色情直播比传统聚众淫乱具有更大的社会危害。<sup>④</sup>有部分学者提出直播行为构成组织播放淫秽音像制品罪,主要争议在于色情直播本身是否符合著作权法对“淫秽音像制品”的定义。此外,学界对直播后传播行为的定性也有讨论。以直播技术原理的讨论为基础,有学者认为,网络色情直播是一种依托视频编解码技术和大规模视频分发网络,技术的实现需要两步完成。<sup>⑤</sup>还有学者认为,主播的色情直播与传播淫秽视频的行为应当独立进行刑法定性,难以认定牵连关系。<sup>⑥</sup>

学界对帮助行为的刑法定性争议主要是帮助型直播平台、直播服务提供者通过作为方式提供的技术帮助行为的定性。大多数学者认为,帮助者通过与主播合意,成为主播的共犯,但在罪名认定上有争议,通过对相关罪名的构成要件进行解释,一种观点认为构成传播淫秽物品牟利罪;<sup>⑦</sup>另一种观点认为,直播平台的技术帮凶的行为应定性为帮助信息网络犯罪活动罪。<sup>⑧</sup>学界对帮助型网络直播平台、直播服务提供者的不作为行为的定性主要存在传播淫秽物品牟利罪和拒不履行网络安全管理义务罪的争议。关于能否定性为传播淫秽物品牟利罪,肯定说主要以司法解释中体现的共犯的正犯化认定作为理论支撑。<sup>⑨</sup>否定说以“技术中立”及“中立的帮助行为”为由,认为构成刑事责任的豁免。由于拒不履行信息网络安全管理义务罪的客观方面对认定义务来源、监管部门前置介

① 参见曲广娣:《色情问题的根源和规范思路探讨》,中国政法大学出版社2013年版,第355-357页。

② 参见[日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第595页。

③ 参见张明楷:《刑法学(第三版)》,法律出版社2007年版,第776页。

④ 参见赵天水、刘欢:《网络直播主体涉罪性质分析》,《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第68页。

⑤ 参见曾鹏:《新形势下新媒体直播技术的发展》,《媒体技术》2018年第4期,第36页。

⑥ 参见师晓东:《网络直播淫秽表演行为的刑法分析》,《福建警察学院学报》2018年第1期,第82页。

⑦ 参见于志刚:《网络犯罪与中国刑法应对》,《中国社会科学》2010年第3期,第124页。

⑧ 参见崔明轩:《论网络直播中的违法犯罪及其法律规制》,《政法学刊》2018年第8期,第34页。

⑨ 参见于志刚:《网络色情犯罪现状及其刑法对策》,《信息安全》2010年第6期,第30页。

入和“拒不改正”有明确限制，帮助型直播平台、直播服务提供者的帮助行为在客观方面难以认定，因此大多数学者对帮助行为定性为该罪名持否定观点。由于直播平台、直播服务提供者与组织者、表演者达成合意在实践中是少数，有学者提出，在承认片面共犯的情形下，帮助型网络色情直播平台、直播服务提供者的帮助行为应通过共犯理论将帮助犯的帮助行为定性为传播淫秽物品牟利罪；在否认片面共犯的情形下，定性为帮助信息网络犯罪活动罪。<sup>①</sup>

关于组织行为的刑法定性，学界主要对个人自发运营模式下主播的组织行为、组织型直播平台及直播服务提供者的组织行为进行刑法定性的讨论。学界的争论主要围绕“组织自己”能否认定为组织淫秽表演罪中的组织行为展开。肯定说认为，相关罪名的构成要件并未要求必须组织“他人”，加上“他人”的限定，会人为缩小本罪处罚范围。否定说认为只有组织除自己外的其他主体进行淫秽表演才能认定该罪。<sup>②</sup>部分学者提出对于组织含义应作限缩解释，组织淫秽表演罪中的组织应限定在三人及以上。<sup>③</sup>关于对组织型直播平台、直播服务提供者的组织行为的刑法定性，学界主要通过两种方式进行，一种是通过将其定性为色情直播平台、直播服务提供者单位犯罪进行处罚，通过认定行为符合组织淫秽表演罪的犯罪构成，将组织行为定性为组织淫秽表演罪；另一种是通过间接正犯理论进行解释，认为组织型网络直播平台通过一定方式对网络主播进行控制，根据组织型网络色情直播行为类型的不同，成立传播淫秽物品罪或组织淫秽表演罪。<sup>④</sup>

### （三）研究方法

#### 1. 文献综述法

刑法学界的理论研究成果是本文研究的基础，通过对表演式网络色情直播的学术专著、学术论文进行深入阅读和分析，将学界对表演式网络色情直播中相关行为的刑法定性的学术观点进行分析归纳，明确与论文主题相关的学界争议焦点和论文的理论基础来源，找出现有研究的不足之处，为本文的刑法定性方案提供理论支撑。

<sup>①</sup> 参见石峰：《论网络空间帮助行为——以规范论为视角》，《江西警察学院学报》2019年第6期，第108页。

<sup>②</sup> 参见高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社，2007年版，第681页。

<sup>③</sup> 参见汪恭政：《网络直播平台色情行为的刑法规制》，《南京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第1期，第56页。

<sup>④</sup> 参见刘兴侨：《网络色情直播行为的刑法规制研究》，西南政法大学2019年硕士学位论文，第42页。

## 2. 案例分析法

本文将聚法案例作为检索工具进行案例筛选，由于以“网络平台色情直播”为关键词进行检索时，相关案例数量较少，本文选择以“网络直播”“案由：刑事”为关键词，对2017年至2020年的裁判文书进行筛选，最终确定了59份与本文研究行为即表演式网络平台色情直播相符合的案例，涉案人员共有215人。通过将涉及表演式网络色情直播的相关案例进行收集、整理，以数据和相关典型案例为支撑，进行数据分析，分析实务中对表演式网络色情直播中相关行为的刑法定性的倾向性和认定方法，探索表演式网络色情直播的刑事判决中的认定要件和裁判要点，为后续发现和解决问题提供依据。

## 3. 归纳分析法

通过对相关文献的阅读和整理，将相关理论基础的不同观点进行归纳总结，寻找论文论证的基础和前提，结合典型案例认定的具体情况进行讨论，使论文的体系更加完善。

### （四）论文结构安排

本文对我国表演式网络色情直播中相关行为进行刑法定性分析，文章由七部分组成。

第一部分是引言，主要介绍了选题的背景意义、文献综述、论文研究方法、论文框架、创新与不足。

第二部分至第六部分是正文。第二部分主要是对典型案例情况的介绍。通过对几个典型案例的引入，提出司法裁判对表演式网络色情直播中相关行为的刑法定性存在的诸多争议，总结实践中对作为表演式网络色情直播中相关行为的直播行为及直播后的传播行为、帮助行为和组织行为的性质认定存在的争议，这也是本篇论文的现实意义所在。

第三部分是对表演式网络色情直播的概念界定、刑事责任主体的提出。在对网络色情直播的概念进行界定的基础上，通过对表演式网络色情直播的概念与特点的讨论，明确了本文讨论的是实践中有明显争议的表演式网络色情直播，不包含转载式网络色情直播类型。刑事责任主体主要包括表演式网络色情主播、色情直播平台及直播服务提供者、组织者、金融机构。

第四、五、六部分对实践中存在的表演式网络色情直播相关行为的刑法定性问题，分别进行裁判数据的分析整理、现有学术观点的概括以及笔者观点的

阐述。第四部分围绕色情直播中直播行为及后续传播行为进行刑法定性分析，目前学界争议主要围绕直播产生的直播画面的刑法定性争议、直播行为的刑法定性争议展开，通过对表演式网络色情直播可能触犯的传播淫秽物品牟利罪、组织淫秽表演罪等罪名的构成要件进行合理解释与界分，对表演式色情直播中的直播行为进行刑法定性。笔者通过对以上内容进行分析比较，结合实践中的具体情况，区分家族式和个人自发的运营方式，对直播行为进行刑法定性。此外，对直播行为的后续传播行为的刑法定性争议进行讨论，通过直播行为和传播行为的行为特征与吸收犯、牵连犯、同种数罪理论的分析对比，得出应当将主播的色情直播行为和后续传播行为定性为同种数罪的结论。

第五部分是对表演式网络色情直播中的帮助行为进行刑法定性。将实践中不同具体形式的帮助行为进行讨论。色情直播中的帮助行为主要包括主播的广告宣传行为、金融机构提供的支付结算的帮助行为以及在实践中争议较大的帮助型直播平台、直播服务提供者的帮助行为。本文对于帮助行为的刑法定性讨论主要围绕争议较大的帮助型直播平台、直播服务提供者的帮助行为展开。根据主体的行为方式不同，将直播平台、直播服务提供者的作为行为和不作为行为分别进行分析定性。关于作为形式的直播平台、直播服务提供者，司法裁判和学界主要围绕帮助者与被帮助者的共犯关系展开，将帮助行为定性为传播淫秽物品牟利罪或帮助信息网络犯罪活动罪；关于不作为形式的直播平台、直播服务提供者，主要围绕传播淫秽物品牟利罪和拒不履行网络安全管理义务罪的构成要件进行分析讨论。在分析裁判理由和学说观点的基础上，笔者将直播平台、直播服务提供者是否与主播达成合意的情况进行分别讨论，将达成合意情形下的直播平台、直播服务提供者作为形式和不作为形式的帮助行为分别进行刑法定性。将未达成合意情况下的直播平台、直播服务提供者的帮助行为通过片面共犯、司法解释和共犯的正犯化理论，结合对相关主体明知的认定，对相关行为进行刑法定性，并进行犯罪停止形态的讨论。

第六部分是对表演式网络色情直播中的组织行为进行刑法定性。将实践中不同具体形式的组织行为分别进行讨论。色情直播中的组织行为主要包括家族运营模式下组织者的组织行为、个人自发运营模式下主播的组织行为、组织型直播平台、直播服务提供者的组织行为。本文对于组织行为的刑法定性讨论主要围绕争议较大的个人自发运营模式下主播的组织行为、组织型直播平台及直播服务提供者的组织行为展开，通过共同犯罪理论、结合对相关罪名的构成要件的解释，对所涉及的组织行为分情况进行刑法定性。

第七部分是结语。对全文进行总结。

### （五）创新与不足

目前学界对于表演式网络色情直播的主要争论点在于对相关罪名构成要件的含义解释，本文的创新之处在于提出应在实质解释论视域下对色情直播行为作实质化的刑法定性，通过对传播淫秽物品牟利罪、组织淫秽表演罪等相关罪名进行符合罪名本身应有内涵且适应时代特征的解读，结合对罪名所规范行为的合理解释来定性表演式网络色情直播中的相关行为。在学界观点的基础上，从表演式网络色情直播中的直播行为、帮助行为、组织行为本身出发，对其进行合理的刑法定性。通过实证研究发现，目前绝大多数判例对表演式网络色情直播中主播直播行为和后续传播行为进行了一体化刑法定性，且认定罪名存在争议。通过分析主播行为的表现形式及侵害的犯罪对象不同，笔者认为，这是有明显时间先后的两个不同行为，因此需要将二者进行分别的刑法定性后再通过对同种数罪、吸收犯、牵连犯理论进行分析，对行为进行定罪处罚，而非对行为进行含混的一体定性。

本文的不足之处在于由于对部分裁判文书观点的分析不能代表实践中法院全部的审判思路，因此笔者在对司法裁判的裁判理由的判断上可能存在失误。此外，由于笔者学术理论的不足和实践经验的缺乏，对行为刑法定性进行的分类讨论、提出的学术观点可能存在不成熟之处，会在此后的学习、工作中对该问题进行更为深入地探讨，以期得到更为合理实用的评价和建议，对表演式网络色情直播中的相关行为进行合理的刑法定性和规制。

## 一、典型案例的基本情况

本文以聚法案例为检索工具，以“网络直播”“案由：刑事”为关键词，对2017年至2020年的裁判文书进行筛选，最终确定了59份与本文研究的行为类型相符合的案例，选取了在具有相同或类似情形下，法院对主播、直播平台及直播服务提供者实施相同行为但却存在不同裁判结果的几个案例，以这几个案例为典型案例对实践中色情直播中相关行为的刑法定性情况进行分析。

### （一）案情简介

#### 案例一：

董宁在网上招募彭翩翩、戴静等人加入其家族群，作为家族长，董宁组织旗下主播在直播平台进行淫秽色情表演，以吸引观众打赏、赠送礼物的方式牟取非法利益。彭翩翩、戴静在网络直播平台上进行淫秽表演直播时以发送福利视频为诱饵，许诺打赏赠送虚拟礼物后可加主播微信私聊发送淫秽视频，从而实现牟利目的。法院判决董宁犯组织淫秽表演罪，彭翩翩、戴静犯传播淫秽物品牟利罪。<sup>①</sup>

#### 案例二：

张绍杰、夏俊喜通过事前合谋，夏俊喜负责进行宣传工作，以暗示性的动作吸引观众，使网友关注其广告宣传的色情直播。张绍杰负责会员费的收取，在微信收到会员费后邀请具有会员身份的人加入QQ群，在网络直播平台通过直播方式进行淫秽表演，供群内网友观看。二人先后组织90余人进群观看，非法获利12000余元。法院判决张绍杰、夏俊喜犯组织淫秽表演罪。<sup>②</sup>

#### 案例三：

雷波在“小姐姐”“美人鱼”“七播”网络平台上进行表演，三个平台为同一家族长管理，截至案发，三个平台在同一账户上共返利642930元。雷波在直播的同时建立QQ群，在直播平台刷礼物的观众可以加入这些QQ群，观看大尺度的表演，“妹妹”群中共有成员223人，“资源群”共有成员198人，两个群文件中上传的149个视频经审查属于淫秽物品。雷波同时在其他7个群中

---

<sup>①</sup> 参见“董宁、彭翩翩、戴静组织淫秽表演案”，[湘潭市岳塘区人民法院刑事判决书（2019）湘0304刑初189号]。

<sup>②</sup> 参见“张绍杰、夏俊喜制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案”，[宁波市江北区人民法院刑事判决书（2017）浙0205刑初399号]。

上传了 179 个淫秽视频，其利用 QQ 群传播淫秽物品牟利的数额为 55319.4 元。雷波同时为王斌建立的上传淫秽视频的“么么哒”APP 进行网络推广，获利 12575 元。法院判决雷波的淫秽表演行为无罪，判决其广告宣传色情直播的行为构成传播淫秽物品牟利罪。<sup>①</sup>

案例四：

高某与薛某、宋某、和某等人合谋通过网络直播平台赚取非法利益。四人开办工作室经营“女皇魔盒”等网络直播平台，高某负责出资购买或租用直播所需要的软硬件设施，主要包括平台软件、房屋、电脑等。四人共同推广平台，通过拉拢客户注册会员赚取会员费，平台有 27 个直播间同步录音录像文件，经鉴定为淫秽物品。青岛阐光网络科技有限公司研发并出售“夜色”等网络平台及 APP，明知上述平台、APP 存在涉嫌传播淫秽物品行为，继续为其提供技术支持，同时继续收取服务费用，在分发平台向相关平台及 APP 提供广告推广和下载服务。法院判决高某、薛某、宋某、和某构成传播淫秽物品牟利罪，判决负责阐光公司全部业务工作的法人侯某、负责技术部门统筹工作的技术部总监李某、负责阐光公司服务器搭建和后台管理的技术部李某航及王某构成帮助信息网络犯罪活动罪。<sup>②</sup>

案例五：

饶永志、李栋梁、牛成涛预谋后共同出资搭建 APP 直播平台，饶永志负责平台财务结算，李栋梁负责客服，牛成涛负责平台技术。该平台通过收取会员充值费共获取违法所得 270977 元，共有 33 个直播房间的直播表演属于淫秽物品。由家族长带领华继建、王忠雨、万海云等人，在饶永志、李栋梁、牛成涛、刘晨旭搭建的该直播平台进行淫秽表演活动牟利。法院判决饶永志、李栋梁、牛成涛、华继建、王忠雨、万海云均构成传播淫秽物品牟利罪。<sup>③</sup>

案例六：

徐明经营“蝌蚪”软件，通过网络招募并管理女主播。用户在手机端下载“蝌蚪”软件并注册充值后，与女主播进行付费聊天，按照女主播的要求购买虚拟礼物，根据用户消费情况为其提供不同尺度的色情演出。徐明以杭州大兵科技有限公司的名义，通过组织直播女进行裸体或变相裸体等诲淫性表演牟利，

<sup>①</sup> 参见“王斌、雷波传播淫秽物品牟利案”，[大庆市让胡路区人民法院刑事判决书（2019）黑 0604 刑初 80 号]。

<sup>②</sup> 参见“杨某、高某制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案”，[青岛市黄岛区人民法院刑事判决书（2019）鲁 0211 刑初 1025 号]。

<sup>③</sup> 参见“饶永志、李栋梁、牛成涛、刘晨旭、范志伟、张美英、华继建、王忠雨、万海云传播淫秽物品牟利案”，[白山市浑江区人民法院刑事判决书（2019）吉 0602 刑初 35 号]。



与直播女按比例分成，至案发“蝌蚪”软件共有注册会员信息 202466 条，充值金额 156.656 万元。温州攻城狮科技有限公司为徐明开发“蝌蚪”视频聊天软件并由该公司负责软件的持续维护更新，总经理柳挺明知“蝌蚪”软件存在淫秽直播表演的情况，仍指令其公司员工为“蝌蚪”软件提供技术运营维护，收取维护费共计 22.7 万元。“蝌蚪”软件充值金额共计 120.149 万元。杭州老友科技有限公司法定代表人吴永辉明知“蝌蚪”软件存在淫秽直播表演的情况，指令成耀君等人帮助“蝌蚪”软件解决微信支付问题，指令成耀君、黄沪涛、王朝辉为蝌蚪软件做推广策略和广告设计以增加客户数量，并将“蝌蚪”软件下载链接放置在其公司页面上进行推广。吴永辉指令成耀君、黄沪涛、王朝辉策划并设计海淫性广告图片和文字，以 4 万元的价格让金华友间网络科技有限公司为“蝌蚪”软件进行广告投放。凤凯明知“蝌蚪”软件存在淫秽直播表演的情况，与徐明约定比例分成，以帮助增加软件搜索下载排名的方式，为“蝌蚪”软件进行客户流量提升推广，从中非法获利 3855 元。法院判决徐明和犯罪单位直接负责的主管人员吴永辉、柳挺、犯罪单位的其他直接责任人员成耀君、黄沪涛、王朝辉以及凤凯构成组织淫秽表演罪，并判决柳挺、黄沪涛的行为同时构成帮助信息网络犯罪活动罪及组织淫秽表演罪，依照处罚较重的规定定罪处罚。<sup>①</sup>

## （二）案件焦点

### 1. 表演式色情直播中直播行为及与后续传播行为的刑法定性争议

在案例一和案例二、三、五中，均涉及行为人实施表演式色情直播行为，案件的核心情节均为主播利用色情直播网站进行表演式色情直播，但法院却给出了不同的裁判结果，这引发了对主播利用网络进行色情直播表演行为的刑法定性讨论。主要的观点包括：案例三中法院认为，主播雷波的色情直播行为不构成现行刑法中规制的犯罪，因此该行为无罪；在对案例一彭翩翩、戴静和案例五华继建、王忠雨、万海云的直播行为刑法定性时，法院认为色情直播行为具有牟利的目的，与传播淫秽物品牟利罪的构成要件相符，裁判定性为传播淫秽物品牟利罪；案例二中法院认为张绍杰、夏俊喜之间分工明确，有明确组织性，构成组织淫秽表演罪等观点。此外，在案例一、三中均存在主播在直播后又上传色情直播视频的行为，案例三采用了将两行为分别进行刑法定性的模式

<sup>①</sup> 参见“徐明、吴永辉、柳挺等制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案”，[杭州市西湖区人民法院刑事判决书（2019）浙 0106 刑初 612 号]。

认定，而案例一将两行为认定为一行为进行整体化刑法定性，由此可以看出，实践中对主播传播行为的刑法认定存在争议。

## 2. 表演式色情直播中帮助行为、组织行为的刑法定性争议

在案例四、五、六中，直播平台、直播服务提供者客观上均实施了对色情直播提供平台支撑、技术帮助的行为，对色情直播的顺利进行发挥了重要作用，但最终行为人所适用的罪名却不同。可见，实践对直播平台、直播服务提供者的帮助行为的刑法定性存在观点分歧。案例四中法院认为高某伙同薛某、宋某、和某运营直播平台“女皇魔盒”是以牟利为目的，使用移动通讯终端传播淫秽电子信息，其行为构成传播淫秽物品牟利罪，提供技术帮助的阐光公司的侯某、李某航、李某、王某明知他人利用信息网络实施犯罪，为其提供技术支持及下载等帮助，其行为均构成帮助信息网络犯罪活动罪。案例五中法院认为饶永志、李栋梁、牛成涛自行搭建 APP 直播平台的行为是以牟利为目的，利用网络传播色情直播表演，其行为构成传播淫秽物品牟利罪。案例六中法院认为徐明运营蝌蚪视频聊天软件，伙同提供技术运营维护的温州攻城狮科技有限公司、提供软件推广的杭州老友科技有限公司利用网络组织淫秽表演构成组织淫秽表演罪，凤凯明知徐明组织淫秽表演仍为其提供帮助，其行为构成组织淫秽表演罪。柳挺、黄沪涛明知他人组织淫秽表演仍提供运营维护、帮助推广，其行为同时构成帮助信息网络犯罪活动罪及组织淫秽表演罪，依照处罚较重的规定定罪处罚。

在典型案例一、二、四、五、六中，均存在主播、直播平台及直播服务提供者、组织者为色情直播提供策划，安排人员、场地及平台等情节，相关主体在客观上实施了组织行为，对色情直播的顺利进行发挥重要作用，但最终对组织行为评价的罪名却不同。实践中对色情直播中的组织行为的刑法定性存在观点分歧，主要是传播淫秽物品牟利罪及组织淫秽表演罪的争论，定性为传播淫秽物品牟利罪及组织淫秽表演罪的裁判理由与对直播行为的定性理由类似，主要以行为符合构成要件为裁判理由。

通过对典型案例的分析可以发现，实践中关于表演式色情直播的刑法规制争议主要围绕所涉主体的直播行为、帮助行为和组织行为的刑法定性展开，讨论行为是否构成犯罪以及构成何种犯罪。为更好地对表演式网络色情直播中的相关行为进行规制，本文以表演式网络色情中的直播行为、帮助行为及组织行为的刑法定性为核心探讨内容，以期运用现行刑法及相关司法解释对争议内容

进行合理的刑法规制。

## 二、表演式网络色情直播的界定及相关责任主体

### （一）表演式网络色情直播的界定

#### 1. 网络色情直播的概念

网络直播指的是依靠互联网技术，通过视频传输方式将正在实时进行的现场场景同步传输，主要分为两类，一种是依托数字电视信号采集，将电视信号转换为数字代码输入计算机，实时上传至网址或服务器进行画面呈现，主要是对传统电视转播模式的改进；另一种则是我们通常意义上提及的网络直播，通过安装独立可自主控制的视频或音频的信号采集设备，将采集信息录入直播端，再经由网络传输到服务器，最终发布至网站或网络直播平台，观众就可以在客户端进行收看，实现主播与观众的实时互动。本文所说的表演式色情网络直播指的就是在第二种意义上的内容具有色情性的直播类型。因此色情性的含义就成为定义网络色情直播的关键因素。色情性是从事物内容角度进行的评价，主要是指能引起性欲的特征。色情通常与淫秽相联系，刑法对淫秽的含义解读是“淫褻性地具体描绘性行为或露骨宣扬色情淫荡形象”。尽管淫秽相对色情来讲是更为书面和专业的用语，但二者本质上都是表达出一种不当的引起性欲的意思，因此色情的含义应当是对一种不当表达或者引起人类性欲且缺乏艺术价值或科学价值的形容。据此，网络色情直播的含义为通过文本、图片、音频或视频等形式，将能够表达或者引起他人不当性欲且缺乏艺术价值和科学价值的现场场景利用互联网上传到服务器，发布到网站或者专门的直播平台，向观众实时展现和互动的直播类型。简而言之，即通过网络直播平台或网站向观众实时传输能够表达或引起不当性欲的现实情境并与观众实时互动的直播类型。

#### 2. 表演式网络色情直播的概念和特征

网络色情直播过程中，主播表达或引发性欲的方式主要有两种，一种是转载式色情直播，指的是主播通过直播方式转载记录在固定载体上的色情内容的网络直播。主播的任务是将固定在载体上的色情内容再现于直播端并同时传输到观众端，这种转载式色情直播实际上就是色情直播作为一种新的传播方式，将已经固定于各种载体的淫秽色情内容再次呈现；另一种是表演式色情直播，指的是网络主播进行实时的色情表演的网络直播。网络主播需要进行组织安排

或者自己实施具有色情内容的表演，并在表演过程中与观众互动，主播是色情表演内容的传播者和表演者。

表演式网络色情直播具有实时传输性、牟利性和公众性特征。表演式网络色情直播具有实时传输性，直播的内容是实时的色情表演，表演者在表演时，通过信号采集设备将色情表演进行音视频采集，同时将采集的信号以数字代码形式传输至观众客户端并实时呈现，信号采集与数字代码传输虽然能在技术层面进行划分，但是在时间维度上二者是同时进行的。与转载式网络色情直播不同，表演式网络色情直播是实时在观众面前呈现的色情表演，网络直播相当于观众观看色情表演的手段，且这种色情表演在网络色情直播中不以固定形式存在，色情表演之后，主播通过其他方式将色情表演再次呈现就转化为转载式网络色情直播。由此可见，表演式色情直播与转载式色情直播的区别主要是色情内容的完成时间和形式载体的不同。转载式色情直播是对已经存在于固定载体的有形色情内容进行传播，而表演式色情直播是对在直播的同时发生的色情表演行为以即时电信号的方式进行传播的直播类型。表演式网络色情直播具有牟利性，表演式色情直播作为一种新型产业，直播的发起者往往具有牟利目的，通过观众送礼物、打赏和赚取广告费来获取收益。表演式网络色情直播具有公众性，表演式色情直播为实现牟利目的，实行的是一对多或者多对多的社交模式，能使一个或多个主播与多个观众形成互动关系，这时主播面对的受众是不特定多数或特定多数观众，具有明显的公众性特征。这一特征使其与裸聊产生区别，裸聊是发起方和接收方之间私密的行为模式，不具备公众性特征。综上所述，表演式色情直播是信号收集和数据传输同时进行的、具有公众性、以牟利为目的的色情表演互动的直播类型。

需要说明的是，表演式色情直播实际上是主播将实时进行中的色情表演通过直播的方式传播给观众的直播类型。由于转载式色情直播是通过直播方式对已经固定于载体的色情内容进行传播，因此将实施转载式色情直播定性为传播淫秽物品牟利罪不存在争议。本文对转载式网络色情直播的提及是为了明确表演式网络色情直播的概念及特征，本文讨论的直播类型是在第一部分典型案例中涉及的在刑法定性上存在争议的表演式网络色情直播，因此在下文未特殊说明的情况下，提及的色情直播均指表演式网络色情直播。

### （二）表演式网络色情直播的责任主体

表演式网络色情直播过程中，在各个环节实施行为的有主播、直播平台及

直播服务提供者、组织者、金融机构和观众五种主体，因此学界在探讨刑事责任时也通常从各主体在表演式网络色情直播中的相关行为出发进行讨论。在此基础上，也有部分学者依据各主体特征对相关主体进行更细致的划分，但由于相关划分不影响相关主体的行为的性质认定，因此本文不再做进一步分类。此外，由于目前的刑法并未对观众的观看行为进行规制，因此不对仅观看表演式色情直播的观众作为刑事责任的承担主体进行讨论。

### 1. 表演式网络色情直播的主播

表演式网络色情直播的主播指的是网络直播的表演者，主播为了获取收益在网络直播平台进行色情直播，根据运营模式的不同，表演者的主体行为存在区别：一种是分工明确、组织成熟、较为固定的家族式运营模式；另一种是缺乏组织结构、自行发起、具有临时性的运营模式。在家族式运营模式下，主播只需要按照家族长要求按时进入直播间进行表演即可；而在个人自发运营模式下，主播不仅需要进行直播活动，还需要为直播进行前期的组织策划工作，这时表演者事实上承担的是主播和组织者的双重角色。

### 2. 表演式网络色情直播平台、直播服务提供者

表演式网络色情直播过程中，除了主播外，还有另一类主体对色情直播的顺利进行提供了重要的技术帮助和平台支撑，帮助进行平台运营、宣传推广等工作，它们主要的主体形式就是提供平台支撑和维护的直播平台以及提供技术支持的直播服务提供者，主要体现为互联网技术公司及其工作人员。通过总结收集的案例，笔者发现，根据在色情直播中发挥的作用不同，色情直播平台和直播服务提供者分为两大类型，一种是在色情直播过程中仅提供技术支持的帮助者，实施帮助行为；另一种是直播平台、技术支持的提供者，事实上对色情直播的顺利进行提供必要的技术支撑资源，实施了组织行为，发挥了决策、安排的组织作用。

需要注意的是，在第一种类型中，网络直播平台、直播服务提供者作为帮助者身份实施帮助行为时，存在明知网络平台有违反法律的色情直播而放任不处理的不作为行为方式和积极参与色情直播表演的统筹安排、为其提供平台支持的作为行为方式两种表现方式。此外，实践中也存在大量网络直播平台、直播服务提供者并未与色情直播主播达成合意而单方面提供技术支持的行为，这种情况明显与传统的共同犯罪模式存在差异。

### 3. 表演式网络色情直播的组织者

对表演式网络色情直播进行刑法评价，除了以上两类主要的主体外，表演式网络色情直播的组织者也不容忽视。除了自发模式运营模式下的组织者的特殊情形外，家族式运营模式下的表演式网络色情直播的组织者是指在整个色情直播中实施组织行为的主体，既包括在色情直播发起中发挥策划作用的主体，又包括在淫秽表演整个过程中的实施组织行为的主体，具体表现为色情直播提供资金、人手、场地、宣传以及舞美等，组织者为色情直播的顺利进行发挥了重要作用。

### 4. 表演式网络色情直播中的金融机构

在表演式网络色情直播中，色情主播、直播平台对直播中的礼物打赏的提现以及直播服务提供者应直播平台、主播等的要求进行技术维护、平台宣传时，都不可避免地会涉及到金融机构提供的支付结算、资金提取等相关服务行为，以银行为代表的金融机构在色情直播中，为各主体的牟利目的的达成发挥了不可替代的作用。

### 三、表演式网络色情直播中直播行为及后续传播行为的刑法定性

#### （一）表演式网络色情直播中直播行为构成传播淫秽物品牟利罪

##### 1. 司法裁判中对作为电子信息流的表演式网络色情直播的刑法定性

本文将聚法案例作为检索工具进行案例筛选，由于以“网络平台色情直播”为关键词进行检索时，相关案例数量较少，本文选择以“网络直播”“案由：刑事”为关键词对2017年至2020年的裁判文书进行筛选，最终确定了59份与本文研究行为即表演式网络平台色情直播相符合的案例，涉案人员共有215人。通过对相关判例进行收集整理，笔者发现，在统计的59份判决书中，涉及主播行为定性的刑事判决有41份，其中涉案主播仅有色情直播行为的有10份，涉及后续传播行为的判决书有31份，其中仅有2份对主播的直播行为和传播行为进行了分别定性，其余29份都对直播及传播行为进行了一体化刑法定性。

在单纯对主播网络色情直播中的直播行为进行刑法定性的12份判决书中可以发现，实践中对于主播的直播行为的刑法定性存在无罪、传播淫秽物品牟利罪和组织淫秽表演罪的分歧。其中，定性为传播淫秽物品牟利罪的判例有7份，在单独定性色情直播行为的裁判文书中约占比59%；定性为制作、传播淫秽物品牟利罪的判例有1份，约占比8%；定性为组织淫秽表演罪的判例有3份，占比25%；定性为无罪的有1份，约占比8%。（见图1）

以案例一、五为例，实践中将主播直播行为定性为传播淫秽物品牟利罪的裁判依据主要是《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）》（下文称《04年司法解释》）第9条，认为色情直播属于淫秽电子信息，进而认定色情直播是淫秽物品，再通过证明行为主体主观上存在牟利目的，符合《刑法》第363条规定的情形，正向认定行为与传播淫秽物品牟利罪的构成要件相符合。法院认为，主播以牟利为目的，通过互联网或利用通讯终端传播淫秽物品或淫秽电子信息，以网络直播平台面向不特定人群进行淫秽表演，应当定性为传播淫秽物品牟利罪。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见“饶永志、李栋梁、牛成涛、刘晨旭、范志伟、张美英、华继建、王忠雨、万海云传播淫秽物品牟利案”，[白山市浑江区人民法院刑事判决书（2019）吉0602刑初35号]。



以案例二为例，法院将主播直播行为定性为组织淫秽表演罪的裁判理由主要是其通过网络直播的方式，组织并在线实施淫秽表演，直播的淫秽表演是即时性的表演行为，观看者只能在线同步观看，虽然该表演行为是经由网络以电子信息流方式向外传播，但该表演行为未被附着于一定的载体，也不具有可被多数人反复使用的特征，在线直播的淫秽表演不属于淫秽物品。<sup>①</sup>可以看出，法院主要以《刑法》第 367 条为裁判依据，以色情直播不具备固定载体从而否定色情直播是淫秽物品为出发点，认为主播直播行为不具备传播特征，提出主播的色情直播是一种即时淫秽表演行为，因此将主播进行色情直播的行为认定为组织淫秽表演罪。

以案例三为例，法院将主播的色情直播行为定性为无罪的裁判依据同样是《刑法》第 367 条，法院的裁判理由是主播在平台上的表演是即时性的，仅有当时在线观看的观众可以看到，一旦结束表演，观众即无法反复观看，亦无法传播给他人观看，主播的直播行为作为一种淫秽表演行为不应定性为传播淫秽物品牟利罪。<sup>②</sup>由此可以归纳出法院的认定思路是，以色情直播不具备固定载体从而否定色情直播是淫秽物品，同时否定主播进行直播的行为是组织行为，进而认定色情直播行为是现行刑法未进行规制的无罪行为。

少数将主播直播行为定性为制作、传播淫秽物品牟利罪的案例中，法院裁判理由是主播通过网络直播进行淫秽表演，向其粉丝传播自己录制和下载的淫秽视频，吸引粉丝为其刷礼物以牟利，通过色情表演吸引用户，将淫秽视频作为牟利的工具。<sup>③</sup>可以看出，法院主要是通过分析罪名的构成要件，将主播色情直播的录制和传播行为定性为制作、传播淫秽物品牟利罪。这与将主播直播认定为传播淫秽物品牟利罪的区别归因于对制作、传播淫秽物品牟利罪的罪名理解不同。

<sup>①</sup> 参见“张绍杰、夏俊喜制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案”，[宁波市江北区人民法院刑事判决书（2017）浙 0205 刑初 399 号]。

<sup>②</sup> 参见“王斌、雷波传播淫秽物品牟利案”，[大庆市让胡路区人民法院刑事判决书（2019）黑 0604 刑初 80 号]。

<sup>③</sup> 参见“梁珍、潘文艺、韦慧勤制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案”，[河池市中级人民法院刑事裁定书（2019）桂 12 刑终 219 号]。

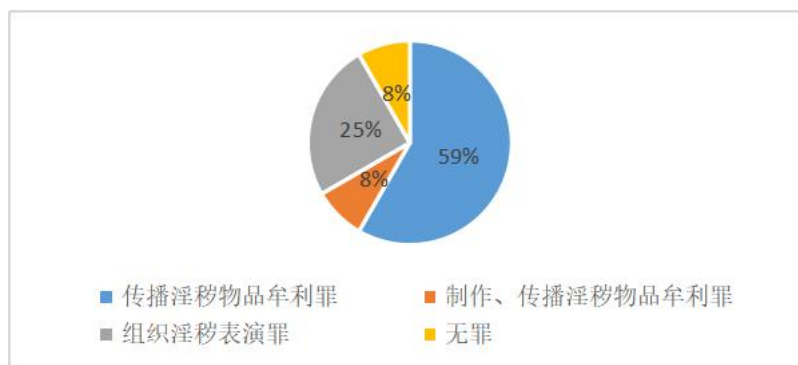


图1 主播色情直播行为的刑法定性情况

## 2. 学界对表演式网络色情直播中直播行为的罪名适用争议

学界对色情直播中的直播行为的刑法定性讨论除了聚焦于司法实践中关注度较高的传播淫秽物品牟利罪之外，还有对组织淫秽表演罪、聚众淫乱罪、组织播放淫秽音像制品罪的认定讨论。

### （1）直播行为能否定性为传播淫秽物品牟利罪

通过对典型案例一至六进行对比分析，可以发现案例中涉及到的核心情节为主播通过直播平台实时与观众进行互动交流，引发观众不当性欲的淫秽表演行为，因此对案例中所涉及的表演式色情直播的刑法定性就尤为重要。关于表演式色情直播能否认定为淫秽物品，肯定说的观点主要有以下几种：一种观点认为，《04年司法解释》通过把《刑法》第367条的“其他淫秽物品”的含义扩张解释为包括电子和语音信息，解决了色情直播的性质认定问题。2005年《治安管理处罚法》则通过在“淫秽物品”后增加“淫秽信息”概念的方式解决对以电子信息和语音形式体现的淫秽色情信息的刑法定性争议。现有刑法法条和相关司法解释能够对网络色情直播行为进行有效的涵盖和规制。《04年司法解释》第9条列举的信息传播形式中虽不含即时传送图像，但色情直播产生的即时图像应定性为解释中列举的“互联网、移动通讯终端电子信息”。<sup>①</sup>另一种观点则主要是从色情直播能够被记录并重复播放的角度进行观点阐述，认为表演式网络色情直播能被载体记载，也能随时随地重播，能够且容易再现，符合淫秽物品特征。即使认为该无形载体并非实际存在的物体因而不宜被认定为“淫秽物品”，但网络色情直播行为因其具备传播性、公开性，网络色情直播也应当属于通过互联网进行传播的电子信息数据范围，即“淫秽信息”。持否定说学者的观点主要包括：山口厚老师认为，主播使用网络和移动通讯终端，使现

<sup>①</sup> 参见曲广娣：《色情问题的根源和规范思路探讨》，中国政法大学出版社2013年版，第355-357页。

场进行表演式色情直播的内容以数据形式再现,但由于数据本身不具备淫秽物品应当具有的固定性与传播性,因此不能被定性为淫秽物品。<sup>①</sup>

关于传播淫秽物品牟利罪中“传播”的解读,张明楷老师认为,本罪的“传播”是指“通过包括网络传播的各种方式使淫秽物品被不特定或多数人感知,以达到散布、流传淫秽物品的效果”。<sup>②</sup>传播学归纳的传播的特点包括扩散性、公然性、手段多样性。扩散性是指使淫秽物品在一定范围内散布及流传,是传播的本质属性;公然性是指向不特定多数人不隐蔽地散布,有学者认为“公然与秘密相对,指能使不特定多数人同时见闻,但仅要求具备同时见闻的现实可能性”;<sup>③</sup>手段的多样性指能够通过多种形式实现传播淫秽物品的目的。

色情直播行为能否定性为传播行为,肯定说主要基于以下理由:色情直播行为通过直播平台面向不特定观众进行,该行为具备传播的特征。随着时代发展,网络空间理应属于刑法中规定的空间。因此,表演式网络色情直播行为符合刑法中“传播”的概念及行为特征。<sup>④</sup>

### (2) 直播行为能否定性为组织淫秽表演罪

组织淫秽表演罪中的“组织”的含义是对表演式网络色情直播的策划、布置。一般包含直播前的准备,即提供宣传、召集人员、安排地点等,也包含表演中的维护等工作。实践中存在对组织行为是否包含组织观众的讨论,肯定说认为,由于刑法中的淫秽表演需要有公众参与性,所以理应包含对观众的组织。关于是否能认定为“组织”行为,有学者提出,依据组织对象的差异,组织行为分成两种类型。第一种是组织其他主体进行淫秽表演,即组织者召集主播进行表演式网络色情直播,策划、安排演出等。第二种是行为人实施网络色情直播的组织 and 表演工作,即组织自己进行淫秽表演。

### (3) 直播行为能否定性为聚众淫乱罪

关于典型案例所涉及的表演式网络色情直播中,直播行为吸引观众进入直播间观看能否认定为“聚众”,肯定说的观点主要是色情直播中,观众于网络直播间聚集,尽管并未在现实中处于同一地点,但随着时代变化,传统领域的犯罪逐步发展至网络空间,因此直播间中观众的聚集可以定性为“聚众”。<sup>⑤</sup>主播使众多观众聚集在同一网络空间,给不特定多数主体一起进行活动提供了场

① 参见[日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第595页。

② 参见张明楷:《刑法学(第五版)》,法律出版社2016年版,第1168-1169页。

③ 参见林山田:《刑法特论(上)》,台北三民书局出版社1978年版,第176页。

④ 参见王作富:《刑法分则实务研究:下》,法律出版社2001年版,第1617页。

⑤ 参见赵天水、刘欢:《网络直播主体涉罪性质分析》,《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第68页。

所,是“聚众”的行为特点。否定说的观点主要是一对多或者群体性的表演式色情直播的观众并不处于同一空间,其他参与者对彼此的存在都不知情,以不特定或特定多数人可能认识到的方式实施淫乱行为,才能定性为聚众淫乱罪。<sup>①</sup>而在色情直播中的主播与观众未在现实中的同一地点,仅在网络空间中相聚,目前法律上对这种形式并未规定,因此表演式网络色情直播中的直播行为不能定性为通常意义的“聚众”行为。

关于表演式网络色情直播中的直播行为能否认定为“淫乱行为”,目前作为通说的是否定说,主要的观点有以下几种:一种观点认为,我国刑法学的“聚众淫乱行为”通常指的是以直接的身体接触来实现性欲的行为,排除了间接接触,聚众淫乱罪规范的就是直接接触的相关行为。<sup>②</sup>在直播间进行互动的主播和观众没有真实的身体接触。在《现代汉语词典》中,“淫乱”指多人在同一时空实行与性有关的色情行为。因此,聚众淫乱罪中的淫乱行为应符合实际的身体接触特征,网络空间中显然不存在此种身体接触可能性。仅在“淫乱”行为对法益造成现实损害时,即有直接的身体接触,才可定性为“淫乱”。另一种观点认为,“淫乱”行为须为现实行为,若使用类推解释借助现代网络科技等进行的行也定性为“淫乱”行为,认定成立“网络虚拟淫乱行为”,<sup>③</sup>就可能导致网络强奸罪、网络伤害罪等的产生,是对相关罪名的不当适用。肯定说的学者主要持以下观点:淫乱行为既包括自然性交,也包括其他实现性欲的行为。网络技术的进步使得淫乱行为的存在方式发生变化,网络色情直播实际是聚众淫乱罪的范围扩充。<sup>④</sup>由于传播迅速覆盖面广,表演式色情直播中的直播行为比一般的聚众淫乱社会危害更大,因此应当以刑法进行规制。

#### (4) 直播行为能否定性为组织播放淫秽音像制品罪

有少部分学者提出表演式色情直播中的直播行为构成组织播放淫秽音像制品罪的观点,认为表演式网络色情直播是将未完成的淫秽音像制品在直播平台进行特殊形式的展现。<sup>⑤</sup>表演式网络色情直播与淫秽音像制品功能上的一致,导致其与组织播放淫秽音像制品罪所保护的法益相同。但更多学者认为,随着信息网络成为人类活动的新型空间,基于网络信息技术建构的网络平台可以成为

<sup>①</sup> 参见张明楷:《刑法学(第三版)》,法律出版社2007年版,第776页。

<sup>②</sup> 参见时延安:《妨害风化犯罪疑难问题司法对策》,吉林人民出版社2001年版,第375页。

<sup>③</sup> 参见王海涛、马江领:《网络裸聊刑法规制探究》,《人民检察》2010年第16期,第51页。

<sup>④</sup> 参见蔡博豪:《新型网络色情的刑事规范分析——以直播平台淫秽表演为切入》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2016年第2期,第26页、第30页。

<sup>⑤</sup> 参见李磊:《对组织播放淫秽音像制品罪的反思》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2003年第5期,第45-46页。

组织播放淫秽音像制品罪实施的场域，但依照《中华人民共和国著作权法》的定义，网络色情直播行为本身无法被认定为“淫秽音像制品”。<sup>①</sup>尽管传统的音像制品也可以通过录制或者摄制等方式将淫秽表演予以固化，色情直播也存在录制和播放同时进行的情形，但在完成之前不能将表演行为认定为音像制品，因此无法将表演式色情直播中的直播行为认定为组织播放淫秽音像制品罪。

### 3. 实质解释论视域下表演式网络色情直播中直播行为的刑法定性

从学界争议和司法裁判的认定可以发现，判断直播行为能否定性为制作、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，主要在于色情直播是否能定性为作为犯罪对象的淫秽物品。淫秽物品要求具备淫秽性特征，淫秽性通常被解释为刻意描写性行为，露骨宣扬色情，无端引发人类的性欲，并对我国现阶段国情下的性道德或者性观念具有侵害作用。色情直播的色情性内涵是不当引起性欲，这一行为特征与淫秽性的实质一致，使得色情直播的淫秽性得以确定。因此重点在于直播能否在刑法评价中被定性为物品。

笔者认为，直播可以被定性为物品。在直播过程中，视频镜头通过瞬间画面拍摄而成的视频音像内容必须即时转化为连续的电子信息流，才能进行传输。这种电子信息流在被观看者保存之后可以形成固定的视频、音频文件，并因此具有了被多数人反复试听的可能性。尽管从观念上电子信息流本身不具有稳定性，不能定性为物品，但在电子信息流从主播传播至观众时，它就成为了存在于某种载体的信息流，在此情况下，信息流也具备了物品所要求的稳定性。无论是淫秽录像带还是淫秽视频，都是具备淫秽色情内容，对两者加以传播，都会造成对社会善良道德风尚的侵犯。如果某个淫秽录像带和某个网络上的淫秽视频内容是完全一样的，却因为淫秽录像带有光盘作为载体，网络淫秽视频没有现实载体，从而认为网络淫秽视频并非淫秽物品，网络传播淫秽视频的行为人可能不构成犯罪，这样明显有违司法公正。根据实质解释论，在刑罚处罚必要性越高的情况下，对相关法律用语作扩大解释的可能性就越大，通过对刑法用语的实质解释，使刑罚合理化。<sup>②</sup>将电子信息解释为物品符合用语可能具有的含义，符合国民预测可能性，这实际上是一种扩大解释，同时，将淫秽电子信息解释为淫秽物品也具有刑法处罚的必要性与合理性，这是通过对构成要件进行实质解释，达到对罪刑法定原则的遵守而非违背。结合对《04年司法解释》

<sup>①</sup> 参见刘聪颖：《网络色情直播行为的刑法规制——基于罪与非罪动态平衡的博弈》，《党政干部学刊》2020年第10期，第26页。

<sup>②</sup> 参见张明楷：《实质解释论的再提倡》，《中国法学》2010年第4期，第51页。

所列举的淫秽电子信息分析,可以发现,视频文件、音频文件等都是互联网、移动通讯终端电子信息的形式固定和表现,尽管不是传统意义上的载体,但并不能因此而否定互联网、移动通讯终端电子信息的载体形式。解释中列举的淫秽电子信息的另一个特征就是能被多数人反复视听。在色情直播过程中,视频镜头通过瞬间画面拍摄并即时转化成为连续的介质流,从而形成视频内容;音像必须转化为电子信息才能进行传输,色情直播实质是一个视频录制和传播的过程。该电子信息在被观看者保存之后便具有了视频文件、音频文件等载体形式,并具有了被多数人反复视听的可能性。根据罪刑法定原则,对色情直播行为的刑法定性不能依据观看者是否对视频信息进行保存来确定,应当以传播者传播的色情直播内容本身是否能在刑法中定性淫秽物品为依据,故色情直播能被定性为淫秽物品。

此外,笔者认为,从事实层面考虑,社会发展使人们对法律概念的理解产生变化。从法律概念的发展角度来看,淫秽物品的范围涵盖了色情直播是肯定的,不能苛责法律条文具有足够的前瞻性和灵活性,法律的滞后性是无法避免的。从色情直播的产生及传播过程来看,网络直播本身包含了淫秽物品的制作与传播过程,案例一、二、三、五中的主播通过直播行为将色情表演通过信号采集设备变成数据化的视频,接着通过网络传输到客户端供观众观看。在主播将淫秽电子信息传输给观众时,传输的内容就不再是色情表演本身,而是可以被定性为淫秽物品的色情视频。也就是说,色情表演本身不是淫秽物品,但主播通过网络直播的形式展示给观众时,色情表演的性质已经转化为淫秽视频,因而属于淫秽物品。结合上文从实质解释角度进行的论述,色情直播应当被定性为淫秽物品。因此,在案例三中评价雷波的直播行为性质时提出的“直播结束后无法反复观看,亦无法传播给他人观看,因此不能定性为淫秽物品”的观点不能成立。笔者认为,本文典型案例所涉及的表演式色情直播可以被定性为淫秽物品。

本文收集的案例和学界争议中存在认为色情直播行为应当定性为制作、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的不同观点,因此需要对本罪的行为方式加以讨论。

《刑法》第 363 条是关于制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的规定,该罪名是选择性罪名,几种行为方式之间应该相互区分。

#### (1) 表演式色情直播行为不能定性为制作淫秽物品牟利罪

制作淫秽物品是指行为人通过某种方式、利用某种有形形式制造出具有创作性淫秽物品的行为。创作性要求主播对直播平台上的淫秽表演进行独创性的

修改或者加工，不能是单纯的传输转码行为；有形形式体现了制作行为相对于传播等其他行为方式，更明确地限制了物品的有形性，也就是要求淫秽物品必须有明确载体。因此在对色情直播行为能否定性为制作淫秽物品牟利罪的讨论中，主要是依据有无创造性行为和是否创造出有形的淫秽物品进行考察。需要注意的是，在对直播平台等相关主体追责时，应考虑直播平台本身是否具备制作淫秽视频的功能，大部分直播平台本身会在后台留下直播视频电子数据，同时由于在直播设备、平台的管控设备中有存储，所以此种模式下的色情直播一般都属于有形淫秽物品；但类似 QQ 空间直播等非专门用于直播的网络平台，观看者只能同步在线观看，QQ 空间直播本身没有对直播内容进行截图、下载等功能，用户要对直播内容进行图片或视频形式保存，需另外使用第三方工具实现截屏、录屏等，此时不能认为平台方有制作淫秽物品的行为。

以典型案例一、二、三、五中的具体直播行为内容为例，实践中，主播在直播过程中的色情表演行为都是一些比较常见的、格式化的引起观众不当性欲的低俗挑逗性做法，其表演风格和表演画面缺乏独创性和新颖性，很难评价为具有创作性。尽管在有些专门用于直播的平台进行的色情直播可以定性为淫秽物品，但由于缺少修改、加工等创作性行为，也不能被定性为制作淫秽物品牟利罪。此外，由于直播内容缺乏创作性行为，主播在表演式色情直播后上传视频的行为，也不应被定性为制作淫秽物品行为。

### （2）表演式色情直播行为不能定性为贩卖淫秽物品牟利罪

贩卖淫秽物品常指低价购进再高价卖出的行为，也包括有偿转让的情形。<sup>①</sup>从体系解释角度看，《刑法》中的其他法条把“贩卖”解释为既包括买进也包括卖出是合理的。例如，《刑法》第 347 条规定的贩卖毒品罪中的“贩卖”既包括买进后卖出的情形，也包括单纯出卖的行为。<sup>②</sup>笔者认为，贩卖应当以转移占有为必要，只有转移占有，交易目的才算达成，行为才算既遂。且贩卖不以先买入后卖出为必要，买入淫秽物品的行为并未受到刑法规制，交易的买卖行为中，卖方行为使淫秽物品进入流通领域，对社会的良善性风俗受到损害，提供了相关法益受到损害的开端，因此只要具备卖出环节，就可以被定性为贩卖行为。

从典型案例一、二、三、五的整个直播流程来看，色情直播行为本身也很难认

<sup>①</sup> 参见张明楷：《刑法学（第二版）》，法律出版社 2003 年版，第 881 页。

<sup>②</sup> 参见邓毅丞：《制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪若干问题研究》，《河南公安高等专科学校学报》2009 年第 2 期，第 24 页。

定为贩卖行为，直播过程中并未产生任何转移占有的行为，主播直播时观众只获得了实时传播的电信号转换成的视频图像，这一视频图像原本不存在，是即时产生的，产生后也并未因观众获得了观看权而使视频图像的所有权从主播、组织者转移到观众，原始的电信号仍由主播、组织者保留，观众只能于直播当时在拥有所有权的主播、组织者的安排下观看，未经允许无法实现事后的重复观看，这充分证明观众未获得色情直播的直接或间接占有，因此案例中所涉及的直播行为不能被定性为贩卖行为。

从整个色情直播的针对对象来看，色情直播分为针对不特定多数公众和特定多数公众两种，二者主要通过是否需要事先支付一定金额获得直播间进入资格进行区分。以案例一和案例三为例的针对不特定公众的运营模式下，彭翩翩、戴静及雷波在公开的直播平台上进行直播，未设置进入直播条件，不特定的公众均可自由进入直播间，观众进入直播间并不需要支付费用且直播过程中送礼物、打赏的消费行为全凭自愿，可以在不消费的情况下观看直播，在这样的情况下，很难将色情直播定性为贩卖行为。在以案例二为例的针对特定公众的运营模式下，张绍杰、夏俊喜通过收取会员费，组织会员进入QQ群，通过网络直播方式进行淫秽表演，供群内网友观看。在这样的运营模式下，观众只需要一次性支付一定金额即可获得身份，进入直播间观看淫秽表演，并非计次消费，更接近一个准入标准的设定。因此，笔者认为表演式色情直播行为不能被定性为贩卖淫秽物品行为。

### （3）表演式色情直播行为应当定性为传播淫秽物品牟利罪

由于法条未对传播行为进行明确规定，只有司法解释对此进行列举，但这种叙述方式本身就存在局限性，只能适用于法律制定时已经存在的状况，无法涵盖未来可能存在的其他行为方式。因此，我们应当从传播行为本身含义出发，探讨表演式网络色情直播行为能否被定性为传播行为。传播，即广泛散布，学理上将传播行为的特点概括为公然性、传播空间的扩张性以及行为方式的多样性，因此，传播淫秽物品是通过公开或者半公开的方式在一定空间内广泛散布淫秽物品的行为。目前刑法空间随着时代发展而逐步包含网络空间，从典型案例中可以看出，网络色情直播的对象是网络空间内的不特定公众，表演形式不受限制，行为特征符合传播淫秽物品牟利罪的要求，因此表演式网络色情直播可以被定性为传播淫秽物品行为。

从客体上看，案例一、二、三涉及的表演式色情直播行为侵害了社会纯朴的性风俗，对国家的文化市场管理秩序造成了破坏。从客观要件来看，主播的



表演式色情直播能被定性为淫秽物品，主播的色情直播行为是新型信息互动交流方式，发挥了传播功能，因不具备创作性、未发生淫秽物品的转移占有，不能定性为制作、贩卖行为。从主体上看，传播淫秽物品牟利罪的主体要件是一般主体，包括自然人和单位，因此无论是典型案例中的主播还是平台都具备相关的主体资格。从主观要件来看，传播淫秽物品牟利罪要求传播目的是为了牟利，排除了与性相关的以科研、教学、艺术为目的的正当传播行为，牟利目的是主观的超过要素，只要求行为主体具备牟利目的即可，目的是否实现在所不问。在案例一至三中，主播在直播过程中以色情直播为噱头获取点击量进而获取广告费用以及对送礼物的观众提供即时的色情互动等行为特征均能证明主播的色情直播行为具备主观的牟利目的。因此，笔者认为主播的表演式网络色情直播行为应当被定性为传播淫秽物品牟利罪。

#### （4）表演式色情直播行为不能被定性为组织淫秽表演罪

组织淫秽表演罪中的淫秽表演是通过体态动作表达、宣扬色情内容，这就要求淫秽表演不仅要在行为上具有明显的淫秽性，其主观上也应当具有宣扬色情内容的主观目的。表演式色情直播本身具有淫秽表演要求的动态性和当场性特征，定性为淫秽表演是毫无争议的。需要注意的是，受到刑事处罚的淫秽表演要求具备公然性特征，私密的淫秽色情表演属于公民人权，不应受到法律干涉。具有公然性的淫秽表演从社会风尚说角度分析侵犯了社会风尚，从管理秩序说角度分析扰乱了社会管理秩序，从不愿接触说角度分析侵害了个体不愿接触淫秽物品的权利，由以上学说可以看出，表演式色情直播行为造成了法益侵害，因此应当由刑法加以规制。根据典型案例，色情直播针对的对象大致有两类，一种是由于偶然机会点击进直播间进行观看的观众，由于此种观众具有偶然性，因此属于不特定多数受众；另一种观众是主播色情直播的固定受众，通过加入平台会员、主播组织的QQ群、微信群等方式，主播仅针对这部分通过付费具有特殊身份的观众进行色情直播，这种直播虽然受众固定，但人数往往很多，符合特定多数的公众特征。案例一、二、三中，主播的色情直播行为是主播对不特定观众或者特定多数观众的表演行为，具有明显的公然性特征。主播进行色情直播表演并实时主动与观众互动，主观上存在明显的向观众表现色情、宣扬色情的意图。色情直播行为被定性为本罪中的淫秽表演的争议不大，争议主要集中在组织淫秽表演罪中“组织”的含义和对象范围界定。

我国《刑法》规定的“组织”一词应从两个角度理解，一是作为行为方式的组织行为；二是作为行为主体的组织犯，组织犯可以存在于必要共犯和一般

共同犯罪中。对于具体罪名中规定的“组织”的含义，不能仅从总则中的规定分析，也要结合分则对罪名的具体规定来进行合理判断。笔者认为，从《刑法》第365条对组织淫秽表演罪的规定来看，这一罪名的“组织”含义是组织行为。通常来讲，“组织”的含义在于策划、指挥、安排、招募，在组织淫秽表演罪中则体现为对表演的形式、内容、场地等进行规划，组织人员进行技术维护、色情表演。组织淫秽表演罪中组织的对象包括他人是没有争议的，因此在案例一、案例三中家族式的经营模式下，彭翩翩、戴静、雷波等主播由作为家族长的董宁、王斌招募，大到直播的运营、安排和宣传等事项，小到色情直播的主播形象、直播封面选择等均由平台组织管理安排，主播只需要按照安排进行直播即可。笔者认为，在这种情况下，对主播的直播行为就不能定性为组织行为，主播实际上是“被组织”的主体。

#### （5）表演式色情直播行为不能被定性为聚众淫乱罪

在案例一、二、三为例的表演式网络色情直播中，主播为了牟利而在网络平台利用色情直播使观众聚集，尽管不是在实体空间内的聚集，但同样也起到了聚众效果。随着时代的变化，刑法领域内的空间逐渐延伸至网络，因此在网络空间内造成大量人群聚集的行为应当认定为聚众。但聚众淫乱罪中的淫乱行为应当是通过直接接触而满足性欲的行为，而案例一、二、三中，由于并不现实地处于同一空间内，主播的色情直播行为只具有挑逗性质并不会直接必然导致性欲的满足。若将此类未直接接触的单纯挑逗行为作为聚众淫乱罪的行为方式，无疑是对聚众淫乱罪范围的不合理扩张，造成行为的评价失当。当然，若进行色情直播的主播数量超过三人，主播之间实施了直接的身体接触以满足性欲的行为，以此作为色情直播表演的内容，这种特殊情况下的色情直播行为就可以定性为聚众淫乱罪。在案例一、二、三中，作为主播的彭翩翩、戴静、张绍杰、夏俊喜、雷波实施了面向多人的色情直播表演，可以定性为聚众行为，但由于主播对观众的不当性挑逗行为并非通过直接性接触完成，因而不能被定性为聚众淫乱罪。因此，笔者认为在通常主播人数少于三人的情况下，色情直播行为不能构成聚众淫乱罪。

#### （6）表演式色情直播行为不能被定性为组织播放淫秽音像制品罪

笔者认为，在案例一、二、三中，表演式网络色情主播组织观众进行直播观看及互动的行为能否定性为组织播放淫秽音像制品罪，关键在于判断色情直播行为能否定性为本罪中的淫秽音像制品。色情直播中的性挑逗、性暗示举动具备淫秽性是无可争议的，但在进行中的色情直播行为是明显不能被定性为音

像制品的，音像制品强调的是一种在行为进行时已经制作完成、存在于一定载体的物品，尽管有的直播软件在直播时有同步录制功能，但在直播的当下，音像制品的制作并未完成，色情直播不能被定性为淫秽音像制品，因此主播的色情直播行为不能被定性为组织播放淫秽音像制品罪。需要注意，实践中存在主播在直播过程中播放自己或他人已经录制好的淫秽音像制品的情况，此时这种转载式网络色情直播行为就可以被定性为组织播放淫秽音像制品罪，但这种情况不是本文所讨论的主播与观众之间通过性挑逗、性暗示等方式进行的即时互动的表演式网络色情直播行为，由于二者行为方式存在明显不同，因此行为的刑法定性不同。

在明确主播的色情直播行为应当定性为传播淫秽物品牟利罪的基础上，需要对直播行为的犯罪形态进行认定讨论。根据犯罪构成要件齐备说，着手实行的犯罪行为必须具备具体犯罪构成的全部要件才为既遂，要件不齐备的是未遂。根据《刑法》第 363 条的规定，传播淫秽物品牟利罪是以牟利为目的，传播淫秽物品的行为。从法条规定内容来看，传播淫秽物品牟利罪实际上是一个行为犯，当实行行为达到一定程度即完成，认定为既遂状态。因为传播淫秽物品牟利罪是抽象危险犯，既遂的成立要求行为主体的行为给客体造成抽象的危险结果。在表演式网络色情直播过程中，当淫秽物品被传播者以各种方式向外传递时，就给国家文化市场的管理秩序和国民正常的性观念造成抽象的危险，构成犯罪行为的既遂。“以牟利为目的”作为主观构成要件要素是影响犯罪成立的因素，但这里的“以牟利为目的”并不要求行为人目的的实现，作为主观的超过要素，无论行为人最终是否获得利益、获得多少利益都不影响该要件的成立，只要主播在直播行为时具备牟利的目的，即成立该罪。结合《04 年司法解释》对利用互联网传播淫秽电子信息的定罪规定可知，表演式色情直播主播的直播行为只有在符合视频文件数量、注册会员数、实际被点击数、违法所得等相应情节的规定情况下才能构成传播淫秽物品牟利罪，否则不能构成刑事犯罪；由于行为社会危害性较低，应当根据《治安管理处罚法》第 68 条的规定，按照行政违法处理。但《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)》（下文称《10 年司法解释》）第 9 条明确了一年内多次实施传播淫秽电子信息行为未经处理，每次数量、数额均未达到定罪标准，但累计达到定罪标准时，行为构成传播淫秽物品牟利罪。因此，在对主播表演式网络色情直播行为进行刑法定性时，首先要判断主播色情直播行为中涉及的视频文件数量、注册会员数、实

际被点击数、违法所得数量是否符合《04年司法解释》要求的定罪标准，若不符合定罪标准，也要补充考察行为主体一年内未经处理的色情直播行为能否达到标准。在主播直播行为达到传播淫秽物品牟利罪的定罪标准时，由于传播淫秽物品牟利罪是抽象危险犯，在主播发起色情直播使淫秽物品向观众传递时，就已经对相关法益造成抽象危险，应当认定为传播淫秽物品牟利罪既遂。在不符合刑法定罪的标准时，以行政违法对直播行为加以定性。

## （二）表演式网络色情直播中后续传播行为构成传播淫秽物品牟利罪

实践中，在表演式网络色情直播中往往存在主播先进行色情直播，直播中以发送色情视频等方式诱惑观众消费，直播后向相关打赏观众传播色情视频的情形。对此种主播先色情直播又进行后续色情视频传播的情形的刑法定性，司法裁判和学界均存在不同观点，因此笔者在下文对相关争议进行探讨。需要明确的是，实践中后续色情视频传播行为的主体并不只有主播，但由于不具备行为模式的特殊性，其他相关主体传播色情视频行为的刑法定性为传播淫秽物品牟利罪是没有争议的，本文只针对主播作为刑事责任主体的后续传播行为的刑法定性进行讨论。

### 1. 司法裁判对表演式网络色情直播中后续传播行为的刑法评价模式的选择

案例一和案例三中均存在主播在直播时以事后发送色情视频为噱头索要打赏，直播结束后发送色情视频的行为，而不同法院对此种相同情形下的两个行为进行了完全不同的刑法定性。由此可以看出，主播在色情直播表演后往往会伴随后续的将直播视频通过各种方式进行传播的行为，但实践中法院对主播的直播行为与后续传播行为关系的刑法定性存在争议，因此需要进行研究讨论。

从收集的裁判文书来看，涉及主播直播行为和传播行为的刑事裁判文书共有31份，进行一体化刑法定性的有29份，可以看出，目前司法裁判倾向于将二者进行一体化的定性。在这些判决书中，与案例一处理方式相同，将主播的直播与后续传播行为定性为传播淫秽物品牟利罪的判例有23份，在一体化定性裁判文书中约占比79%；定性为制作、传播淫秽物品牟利罪的判例有4份，约占比14%；定性为制作和贩卖淫秽物品牟利罪的判例各有1份，约占比3%。

（见图2）

以案例一为例，法院将主播的表演式色情直播行为和后续的传播行为作为

一个犯罪行为进行一体化定性，并定性为传播淫秽物品牟利罪的主要理由是：传播淫秽物品的最终目的是牟利，在定性其传播淫秽物品的行为时，应将其传播淫秽物品的方式作为一个整体进行定性，单独定性其中一种传播方式是否牟利则割裂了其行为的整体性，违背了主客观相一致的原则。<sup>①</sup>可以看出，法院的认定思路是，表演式色情主播的直播行为和后续的传播行为的最终目的是同一个，为了实现牟利目的而利用不同传播方式应当作整体化刑法定性，实现主客观的一致性。法院将主播的表演式色情直播行为和后续的传播行为作为一个犯罪行为进行一体化认定，定性为制作、传播淫秽物品牟利罪的理由是通过直播进行色情表演，并向其粉丝传播自己录制和下载的淫秽视频，吸引粉丝为其刷礼物以牟利，通过色情表演吸引用户，将淫秽视频作为牟利的工具；<sup>②</sup>定性为制作淫秽物品牟利罪的裁判理由是以牟利为目的制作淫秽物品；<sup>③</sup>定性为贩卖淫秽物品牟利罪的裁判理由是主播以牟利为目的在网络直播平台上进行色情直播并发送淫秽视频。<sup>④</sup>由此可以看出，以上裁判结论与案例一一体化定性为传播淫秽物品牟利罪结论差异的主要原因是对相关罪名的行为方式理解不同。

将主播的直播行为和后续传播行为分别进行刑法定性的2份判决书中，1份将直播行为定性为组织淫秽表演罪、传播行为定性为传播淫秽物品牟利罪，数罪并罚，法院的裁判理由是在互联网组织淫秽表演，其行为构成组织淫秽表演罪，被告人以牟利为目的，传播淫秽视频，其行为又构成传播淫秽物品牟利罪，一人犯数罪，依法应当数罪并罚。<sup>⑤</sup>另1份则为案例三，法院的认定思路是，依据直播行为在结束后不能重复观看和传播从而否定色情直播是淫秽物品，进而否定直播行为构成传播淫秽物品牟利罪，从而认定前行为无罪，单独认定后续传播行为为传播淫秽物品牟利罪。<sup>⑥</sup>

<sup>①</sup> 参见“董宁、彭翩翩、戴静组织淫秽表演案”，[湘潭市岳塘区人民法院刑事判决书（2019）湘0304刑初189号]。

<sup>②</sup> 参见“王建、吕海艳制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案”，[绍兴市越城区人民法院刑事判决书（2019）浙0602刑初91号]。

<sup>③</sup> 参见“李娜制作淫秽物品牟利案”，[无锡市滨湖区人民法院刑事判决书（2018）苏0211刑初291号]。

<sup>④</sup> 参见“万某某贩卖淫秽物品牟利案”，[上海市金山区人民法院刑事判决书（2018）沪0116刑初644号]。

<sup>⑤</sup> 参见“万平、杨创组织淫秽表演案”，[上海市长宁区人民法院刑事判决书（2019）沪0105刑初1249号]。

<sup>⑥</sup> 参见“王斌、雷波传播淫秽物品牟利案”，[大庆市让胡路区人民法院刑事判决书（2019）黑0604刑初80号]。

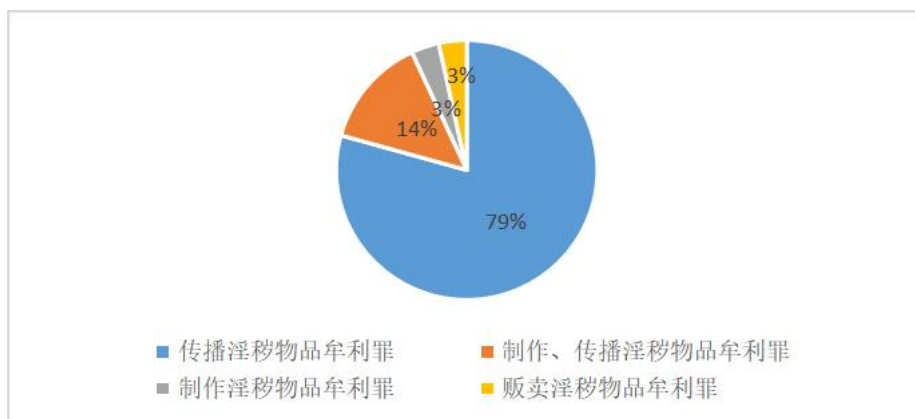


图2 主播直播行为和传播行为一体化的刑法定性情况

## 2. 学界对表演式网络色情直播中直播和传播行为吸收犯、牵连犯的适用争议

学界对于直播中作为前行为的直播行为和后行为的传播行为的关系讨论相对较少，以对直播技术原理的讨论为主。有学者认为，网络色情直播是一种依托视频编解码技术和大规模视频分发网络，为观众提供低延时的高智能音视频的服务。<sup>①</sup>因此，从表演式网络色情直播的技术构成来看，其形成过程分为两步，第一步是色情直播的展示过程，主播依托网络和摄像头实施的是即时视频沟通，没有视频载体；第二步是通过技术操作将存于电子设备中的数据信息再现成为色情视频，二者结合成完整的色情直播。还有学者认为，主播的表演式色情直播与传播淫秽视频的行为应当独立进行刑法定性，难以认定牵连关系。<sup>②</sup>牵连犯要求犯罪行为间存在牵连关系，而直播与传播淫秽色情直播视频之间并不存在牵连关系，因此，二者应当以数罪并罚进行定性，不能按照牵连犯处理。

## 3. 行为性质和刑罚目的为支撑的表演式网络色情直播中传播行为的刑法定性

以案例一、三为例，从主播先进行直播，在直播中以发送色情视频为诱饵要求观众进行打赏，并在后续发送色情视频的行为模式来看，主播的直播行为与后续的传播行为从事实层面和法律层面上看应当认定为两个行为。首先，从时间上来讲，二者以主播的直播行为结束为界限，有着明显的时间区分。其次，作为前行为的直播行为与后续的传播行为是行为方式、行为性质明显不同的两个行为，虽然有并发的可能，但并不是必然的，即后行为并非前行为的必然结

<sup>①</sup> 参见曾鹏：《新形势下新媒体直播技术的发展》，《媒体技术》2018年第4期，第36页。

<sup>②</sup> 参见师晓东：《网络直播淫秽表演行为的刑法分析》，《福建警察学院学报》2018年第1期，第82页。

果，前行为也并非后行为的必经过程，二者是完全可以独立进行的。最后，从犯罪对象来看，这两个行为也存在不同，直播过程中的行为对象是当时进入直播间的特定的部分直播观众，而后续的录制、传播行为针对的对象则是视频上传后能够看到淫秽视频的所有个体，这些人可能是直播时的观众，也可能是新的、潜在范围更广的犯罪对象。基于此，这样的先直播后传播的行为应当认定为存在时间先后的处于上下游关系中的两个行为。

在此基础上，进一步考虑这两个行为应当成立的法律关系，主要有两种认定思路：一种是并罚，另一种是以吸收犯、牵连犯进行处理。笔者认为从吸收犯、牵连犯的性质、定义角度出发，要求两个行为之间存在非人为选择的、自然而然的特定依附的吸收关系，二者一个以另一个为前提或延续，亦或是存在方法行为与目的行为、目的行为与结果行为这样的牵连关系。从案例一、三来看，主播的直播行为与后续的传播行为并不存在这样自然而然的依附关系，反而是一种主播为了牟利人为刻意安排而产生的结果，主播可以只进行直播行为，也可以不直播单纯进行淫秽视频的传播行为，这两种行为具有相当的独立性，不能被认定为吸收犯或是牵连犯。此外，从刑罚效果的角度来看，若将二者作为吸收犯或牵连犯处理，会给犯罪人一种消极的预测、指引作用，在一定程度上加大主播在表演式色情直播后产生传播的犯意和操作可能性，不利于行为的规范和社会秩序的维护，违反了刑罚的目的和意义。从以上几方面来讲，笔者认为将以案例一、三为例的表演式网络主播色情主播的直播行为和后续的传播行为分别刑法定性、数罪并罚是有一定理由依据的。

根据以上的分析，可以得出，无论是在家族式还是个人自发式的经营模式下，单纯的色情直播行为应当被认定为传播淫秽物品牟利罪；案例一、三中，主播后续的传播行为由于在客观上传播了能被定性为淫秽物品的色情视频，且存在明显的牟利目的，因此传播行为应当认定为传播淫秽物品牟利罪，与直播行为数罪并罚。

## 四、表演式网络色情直播中帮助行为的刑法定性

在表演式网络色情直播的共同犯罪中，色情直播过程中的帮助行为主要有主播的广告宣传的帮助行为、帮助型直播平台 and 直播服务提供者提供的技术帮助行为以及金融机构提供的支付结算的帮助行为几种具体形式。因此在下文对表演式网络色情直播的帮助行为的刑法定性的讨论中，我们将结合具体情形分类讨论。

### （一）司法裁判对表演式网络色情直播中帮助行为的罪名适用争议

在收集的 59 份刑事裁判文书中，涉及表演式网络色情直播中帮助行为刑法定性的有 11 份，对这 11 份裁判文书进行整理可以发现，在对帮助行为进行定性时，实践中存在组织淫秽表演罪、传播淫秽物品牟利罪、帮助信息网络犯罪活动罪的分歧。其中，定性为组织淫秽表演罪的判决有 2 份，约占涉及相关行为定性的裁判文书的 18%；定性为传播淫秽物品牟利罪的判决有 7 份，约占比 64%；定性为帮助信息网络犯罪活动罪的判决有 2 份，约占比 18%。（见图 3）

以案例六为例，法院将提供技术支持、平台运营的帮助行为定性为组织淫秽表演罪，主要的裁判理由是相关主体明知组织者组织进行淫秽表演的犯罪行为，仍为其提供帮助，系组织淫秽表演罪的共犯，应以组织淫秽表演罪定罪处罚。<sup>①</sup>通过认定相关主体是组织表演式网络色情直播的组织者的共犯，与组织者进行相同的罪名认定。以案例五为例，法院将帮助行为定性为传播淫秽物品牟利罪，主要裁判理由是帮助行为的实施者明知平台有色情直播行为，仍提供平台运作帮助，对平台上淫秽视频的广泛传播听之任之，甚至积极追求，致使大量淫秽视频以直播的形式广泛传播。<sup>②</sup>通过认定相关主体的帮助行为主客观要件符合传播淫秽物品牟利罪，进而以此进行行为定性。以案例四为例，法院将帮助行为定性为帮助信息网络犯罪活动罪的主要裁判理由是明知他人利用信息网络实施犯罪，仍为其犯罪提供技术支持，<sup>③</sup>裁判依据是行为主体的行为方式在形式上符合罪名要求。

<sup>①</sup> 参见“徐明、吴永辉、柳挺等制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案”，[杭州市西湖区人民法院刑事判决书（2019）浙 0106 刑初 612 号]。

<sup>②</sup> 参见“饶永志、李栋梁、牛成涛、刘晨旭、范志伟、张美英、华继建、王忠雨、万海云传播淫秽物品牟利案”，[白山市浑江区人民法院刑事判决书（2019）吉 0602 刑初 35 号]。

<sup>③</sup> 参见“杨某、高某制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案”，[青岛市黄岛区人民法院刑事判决书（2019）鲁 0211 刑初 1025 号]。



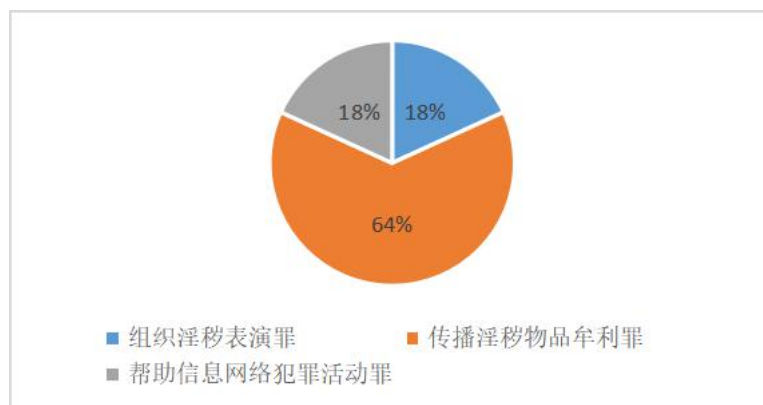


图3 帮助行为的刑法定性情况

## （二）学界对帮助型直播平台、直播服务提供者行为的刑法定性

目前学界对帮助行为的刑法定性争议主要围绕帮助型直播平台、直播服务提供者提供的技术帮助行为展开，对提供中立性收支结算服务的金融机构的帮助行为以及提供广告宣传的主播的帮助行为并未有较多讨论，因此下文的学界争议主要围绕目前学界关于帮助型直播平台、直播服务提供者的帮助行为进行学术观点的梳理。

### 1. 与主播达成合意的直播平台、直播服务提供者的帮助行为的刑法定性

在前述各种类型的帮助行为中，与主播达成合意的类型主要指的是帮助型网络直播平台、直播服务提供者提供技术、宣传运营的帮助行为，学界主要围绕帮助者与被帮助者的共犯关系展开。大多数学者认为，帮助者通过与主播的合意，实施作为行为，成为主播的共犯，但在罪名认定上有争议。一种观点认为，帮助型网络直播平台、直播服务提供者在客观上进行了传播淫秽物品的行为，使得色情直播的传播范围和速度都有了显著提升，主观对这样的结果是一种积极追求的心态，因此构成传播淫秽物品牟利罪。<sup>①</sup>另一种观点认为，直播平台明知特定的他人利用网络进行犯罪，仍为其网络接入、网络存储、通讯等技术支持，对于此种技术帮凶的行为应认定为帮助信息网络犯罪活动罪。<sup>②</sup>

学界对帮助型网络直播平台、直播服务提供者的不作为行为的性质认定主要围绕传播淫秽物品牟利罪和拒不履行网络安全管理义务罪展开。关于帮助型

<sup>①</sup> 参见于志刚：《网络犯罪与中国刑法应对》，《中国社会科学》2010年第3期，第124页。

<sup>②</sup> 参见崔明轩：《论网络直播中的违法犯罪及其法律规制》，《政法学刊》2018年第8期，第34页。

网络直播平台、直播服务提供者的不作为行为是否能认定为传播淫秽物品牟利罪，肯定说主要有以下几种观点：一种观点认为，如果网络直播平台存在较为明显疏忽或者存在解释中规定的五类明知情形，一般认定网络直播平台构成传播淫秽物品牟利罪，或者认定该网络直播平台存在帮助行为，对平台或以该罪的共犯来判处。<sup>①</sup>有观点提出，《10年司法解释》第4条将传播淫秽物品牟利犯罪中不作为的帮助行为直接上升为正犯行为的高度予以评价。直播平台作为网站管理者，即使自身未进行色情直播行为，但放任其他主体在平台上色情直播、发布淫秽色情表演也成立传播淫秽物品牟利罪的帮助犯，该条司法解释的规定已经将帮助犯上升到了正犯的高度，故直播平台仍成立传播淫秽物品牟利罪，以此观点可以充分认定相关行为触犯了罪名。<sup>②</sup>否定说则用“技术中立”以及“中立的帮助行为”为由，认为直播平台构成刑事责任的豁免，认为直播平台只是在不知情的情况下提供了技术，并非色情直播的行为人，也未与组织者、主播进行合意，因此不应当承担相关的刑事责任。此外，在进行直播平台提供服务的过程里，很多网络直播平台都会事先通过签订免责条款来规避自身承担相关责任。

《刑法修正案（九）》第28条规定了拒不履行信息网络安全管理义务罪，根据司法解释的明确要求，其客观方面的认定主要集中于义务来源、监管部门前置介入和“拒不改正”三个方面。网络直播平台应当履行信息安全管理义务，其作为义务的法律来源主要有《互联网信息服务管理办法》《互联网直播服务管理规定》《网络表演经营活动管理办法》《网络安全法》等。《网络安全法》概括规定了网络服务提供者的法定义务，与规制表演式色情直播相关的主要是防范网络违法犯罪活动义务，概括性提出平台在监管中发现进行中的违法犯罪活动时，有立即停止传送相关信号、停止提供相关技术服务、防止扩散信息、保存相关记录等法定义务。依据《互联网信息服务管理办法》第16条，直播平台在发现有淫秽视频在其平台传播时，必须立即执行“停止—记录—报告”义务，明知有人使用直播软件传播色情视频，却不实施任何行为阻止色情电子视频传播，构成对前述义务的不作为。《互联网直播服务管理规定》对直播平台的安全管理义务是相对具体的，比如在第14条，对直播服务提供者规定了针对违规违法操作的管理义务，采取包括警告、暂停账号直播及关闭账号等行为来

<sup>①</sup> 参见于志刚：《网络色情犯罪现状及其刑法对策》，《信息网络安全》2010年第6期，第30页。

<sup>②</sup> 参见赵天水、刘欢：《网络直播主体涉罪性质分析》，《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2018年第6期，第69页。

避免违法违规操作造成的侵害。《网络表演经营活动管理办法》也对直播平台建立健全内容审核机制、建立高效合理的技术监管措施等法定义务提出了要求,切实对网络直播行为进行全面监管。一旦直播平台、网络服务提供者发现色情直播行为而未采取上述行为进行制止,即构成对相关法定义务的不作为。要满足监管部门前置介入条件的要求,首先要明确监管部门的范围,由于本罪规制的是不履行网络安全管理义务的行为,因此监管部门应当指的是负责网络安全领域的部门。其次,监管部门的前置介入也要求有一定的要式条件,要符合行政手段的基本要求。

从文义解释来看,“拒不改正”的含义是帮助型直播平台、网络服务提供者在监管部门责令改正前未履行法定义务,在责令改正后仍未履行该项义务。学界关于拒不履行信息网络安全管理义务罪的主观方面存在争议。有学者认为,拒不履行网络安全管理义务罪的客观构成要件包括“经监管部门责令采取改正措施而拒不改正”的情形,足以认定其对于危害后果持积极追求的态度,故主观方面应为故意,包括直接故意及间接故意。也有观点认为,本罪的主观方面为过失,行为人对因未履行应尽义务而导致的违法结果的发生应当是过失的。

“经监管部门责令采取改正措施而拒不改正”的刑法规定只是说明行为主体对于违反法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务的拒不改正的态度是故意,即明知该行为违反法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务的要求,而仍不实施补救措施予以改正。<sup>①</sup>因此,持过失说观点的学者认为,由于直播平台对于色情直播的主观心理是放任的故意,因此不构成该罪。面对学界对于该罪主观罪责方面的争论,有学者将英美的复合罪过模式套用在该罪中,认为该罪的罪过形式是一种“模糊罪过”。<sup>②</sup>当前刑法学界的通说认为该罪为故意犯罪。

由于拒不履行信息网络安全管理义务罪的客观方面对认定义务来源、监管部门前置介入和“拒不改正”有明确限制,帮助型直播平台、直播服务提供者的帮助行为在客观方面难以认定,因此关于直播平台、色情直播服务提供者的不作为是否能定性为拒不履行网络安全管理义务罪,学界主要持否定观点。

## 2. 帮助型直播平台、直播服务提供者单独实施的帮助行为的刑法定性

有学者指出,直播平台、直播服务提供者与组织者、表演者达成合意的案

<sup>①</sup> 参见邱赛兰:《拒不履行信息网络安全管理义务罪构成特征探析》,《经济师》2016年第10期,第85-86页。

<sup>②</sup> 参见陈洪兵:《论拒不履行信息网络安全管理义务罪的适用空间》,《政治与法律》2017年第12期,第36-37页。

例在实践中是少数,大多数直播平台仅为直播进行技术上的帮助,未与主播达成色情直播的合意,仅提供售后技术支持。以案例六中的温州攻城狮科技有限公司、杭州老友科技有限公司并未与徐明达成共同犯罪的合意,只提供软件的技术更新维护为例,这种情况在网络犯罪迅速发展的今天是大量存在的。从本质上讲,此时网络技术平台对色情直播的有效运行提供的仍是一种帮助行为,但传统的共同犯罪理论中的帮助行为存在差异,为了能在被帮助者未构成犯罪的情况下有效规制这种新型帮助行为,通过共犯的正犯化将这种有实质的独立性的实行行为进行有效控制,直接运用刑法分则进行定性。这在《10年司法解释》第4条和第6条有所体现,通过将危害性明显的技术支撑行为独立为正犯,从而免去了对被帮助者行为性质的认定。<sup>①</sup>因为网络犯罪与传统犯罪的最明显区别在于受害人的群体性,网络空间中帮助行为的对象往往是不确定和随意的,且实施帮助行为的主体存在不知晓自己帮助的实行犯将要或正在实行何种犯罪的可能性,共犯的正犯化理论运用能解决对帮助行为与实行犯之间的共同故意认定困难,进而难以认定构成共同犯罪的诸多问题。

在承认片面共犯的情形中,帮助型网络色情直播平台、直播服务提供者明知其他主体实施色情直播行为,未与其进行犯意联络就自发实行帮助行为,也可被定性为色情直播行为的帮助犯。在否认片面共犯的情形中,对以上情况,有证据证明实施帮助行为的主体不知他人实施犯罪不构成犯罪,明知他人犯罪则构成帮助信息网络犯罪活动罪,即使被帮助者不知实施何种犯罪亦如此。此外,由于网络空间的帮助行为具有法益侵害性和社会危险性,因此帮助行为对被帮助者的犯罪行为起关键的促进作用,一旦帮助行为发挥作用,相关法益就会出现紧迫而难以规避的现实危险。<sup>②</sup>此种情形的帮助行为一经实施就触犯了刑法分则对该种帮助行为的刑事规定,需要进行刑事处罚。

### (三) 表演式网络色情直播中帮助行为构成传播淫秽物品牟利罪

如前所述,色情直播过程中的帮助行为主要有主播对其他色情直播广告宣传的帮助行为、帮助型直播平台和直播服务提供者提供的技术帮助行为以及金融机构提供的支付结算的帮助行为三种具体形式。笔者对实践中争议不大的主播对其他色情直播广告宣传的帮助行为以及金融机构提供的支付结算的帮助行

<sup>①</sup> 参见于志刚、于冲:《网络犯罪的裁判经验与学理思辨》,中国法制出版社2013年版,第375页。

<sup>②</sup> 参见石峰:《论网络空间帮助行为——以规范论为视角》,《江西警察学院学报》2019年第6期,第108页。

为进行性质评价。如案例三中所涉情节，在色情直播的共同犯罪中，主播在色情直播中对其他色情广告宣传的帮助行为发挥了帮助作用，是共同犯罪中的从犯，符合传播淫秽物品牟利罪的构成要件，应当评价为传播淫秽物品牟利罪。关于以银行为代表的金融机构提供的支付结算的帮助行为，通过对其中立行为性质的肯定，笔者主张对其进行责任的豁免。金融机构提供的支付结算、现金流通服务是一种中立的服务，在金融不存在特殊目的的情形下，要求金融对其所经手的金钱流动进行用途上的把控是一种负担，对金融机构来说，并不具备技术可能性和行为能力，因此在无法推定金融机构具有明知的心理状态下，对金融机构的帮助行为应当认定为可豁免刑事责任的中立行为。

由此可以看出，实践中引发学界和司法裁判争议的帮助行为主要涉及的是帮助型网络直播平台、直播服务提供者的帮助行为的性质认定。实践中，帮助型直播平台、服务提供者通常采取与主播的经纪公司签约、不与主播签合同的手段，以及直播内容打“擦边球”的方式规避刑事责任。根据避风港原则，发现主播的直播行为时，仅需及时履行制止义务，无需承担刑事责任，仅受到行政处罚。此外，在以拒不履行网络安全管理义务罪规制相关主体时，由于该罪以行政监管部门的介入为分界，依据该罪“经监管部门责令采取改正措施而拒不改正”的罪状描述，需在行政监管部门介入后“拒不改正”，保持之前的违法状态才能以此罪追究刑事责任。平台接受行政处罚后，之前的违法状态已经结束，就不能用该罪对行为进行刑法定性。因此，实践中对平台的刑法认定存在难度。

为了规制在色情直播过程中提供技术支持的帮助行为，《10年司法解释》对平台的帮助行为进行了规定，但如果将所有平台未履行管理义务的行为都认定为明知平台存在淫秽物品却不履行义务的不作为犯罪，会导致刑法对平台提出了较为严苛的责任标准，不利于刑法的有效适用。因此，在对帮助型直播平台、服务提供者的帮助行为刑法定性时，应当对明知情况进行严格的认定。对平台认定为色情直播的共犯一定要采取审慎的态度，在能认定其明知时追究其刑事责任，否则应当以行政违法加以处罚。在不能认定平台主体的明知时，以《治安管理处罚法》等行政性法律进行规制，能认定时则以刑法规制，在对实施帮助行为的主体提出合理责任要求的基础上，规范其在直播中的行为，实现有效的行刑衔接。应当明确，对于直播平台、直播服务提供者等提供技术的行为本身，技术具有中立性，因此不应当承担不作为行为所带来的刑事责任。但

是当其行为具有附加的目的时，技术不再具备其原本的中立性。<sup>①</sup>当本身中立的技术对刑法所保护的法益造成侵害时，提供中立技术的行为就能够构成犯罪。因此，“技术中立”的前提是技术的仅提供一种单纯的技术用途，没有对技术的用途人为干预。以案例四、五、六为例，作为网络直播平台、直播服务提供者，当其技术帮助行为已明显突破单纯的技术用途，超过合理使用的限度时，应否认其作为技术的中立性。因此，直播平台、直播服务提供者提供网络服务的帮助行为原本是中立的技术提供，但在直播平台明知平台有色情直播，对直播行为并未加以制止而予以放任的情况下，应当否定“技术中立”。因为原本中立的技术人为加入了侵害刑法保护的相关法益的目的，故应当对帮助行为进行刑事处罚。

通过对案例的收集整理和典型案例四、五、六的呈现可以发现，实践中存在大量的帮助型直播平台、直播服务提供者未与被帮助的主播达成合意而单独实施帮助行为的情形，这与传统共同犯罪中的帮助犯存在差异，因此根据帮助者是否与被帮助者达成合意，分为传统的共同犯罪中的帮助型和帮助者未与被帮助者达成一致的片面共犯型。此外，应当注意，在单位法定代表人明知直播平台存在淫秽直播表演的情况下，仍通过指令等方式使得公司员工、技术等为色情直播提供帮助行为的情况下，可能构成单位犯罪，直接负责的主管人员和其他直接负责人也承担相应的法律责任。但在自然人为进行淫秽色情直播牟取经济利益而设立公司或者公司设立后以经营色情直播为主要活动的，应当认定其仍属于自然人犯罪。

### 1. 传统共犯中帮助型色情直播平台、直播服务提供者的帮助行为构成传播淫秽物品牟利罪

传统的共同犯罪情形下，帮助型色情直播平台、直播服务提供者存在明知有违反法律的色情直播行为而放任不处理的不作为行为方式和积极参与色情直播表演、提供平台支持的作为行为方式两种不同的帮助行为表现方式。在传统的共同犯罪模式下，帮助者通过与组织者、主播达成合意，积极通过作为的方式进行技术帮助，在客观上通过帮助行为使色情直播有效进行并扩大了传播和影响范围，使得犯罪目的得以实现、犯罪结果达成，构成共同犯罪，是共同犯罪中的从犯。在客观方面，由于其帮助行为使淫秽色情信息得以扩散，具备传

<sup>①</sup> 参见毛玲玲：《传播淫秽物品罪中“传播”行为的性质认定——“快播案”相关问题的刑事法理评析》，《东方法学》2016年第2期，第73-74页。

播所要求的公然性、传播空间的扩张性、行为方式的多样性等特征，因此帮助行为符合传播淫秽物品牟利罪的客观构成要件。在主观方面，帮助者与组织者、主播达成合意，存在犯罪故意，为色情直播提供技术支撑进而获取收益的行为体现行为主体的牟利目的，在这种情形下帮助者的主观明知是可以确定的。帮助者明知特定的他人利用信息网络实施犯罪，仍为其犯罪提供技术支持，从构成要件上看此种技术帮助行为符合帮助信息网络犯罪活动罪，但帮助信息网络犯罪活动罪本身就是为了对网络犯罪中一些无法由传统罪名进行规制的行为而设置的兜底性罪名，因此在传播淫秽物品牟利罪已经能将直播平台、直播服务提供者的行为进行合理的刑法定性的情况下，就不宜定性为帮助信息网络犯罪活动罪。

帮助型直播平台、网络服务提供者的不作为的帮助行为主要体现为直播平台负有法律法规所要求的防范网络违法犯罪活动义务及对违规违法操作的管理义务，明知其系统内存在违法的色情表演现象却放任存在而不加以制止，在客观方面使色情直播作为淫秽物品得到了更快速、范围更广的传播扩散，同时符合传播的特征要求。因此，笔者认为这种帮助行为构成传播淫秽物品牟利罪。从客观方面来看，直播平台放任色情直播的传播而不加制止从而导致直播影响范围扩大行为也确实构成了帮助信息网络犯罪活动罪，但在帮助行为符合传播淫秽物品牟利罪的情况下，帮助信息网络犯罪活动罪作为兜底性罪名，与传播淫秽物品牟利罪相比，后者更为合适。网络平台未对色情直播行为进行有效处置的不作为行为存在作为的义务来源，但要满足拒不履行网络安全管理义务罪的构成，还要求犯罪行为满足监管部门前置介入和“拒不改正”的客观要件，只有符合这些条件帮助者才可能构成该罪。因此，无论对该罪的主观罪过持何种观点，在客观要件不满足的条件下，主观要件的讨论是没有意义的。笔者认为拒不履行网络安全管理义务罪是故意犯罪，在行为主体的帮助行为符合上述客观要件的基础上，通过行为主体的客观行为可以认定其主观明知的心理态度，构成拒不履行网络安全管理义务罪。但是，该罪与帮助信息网络犯罪活动罪一样，在帮助行为构成传播淫秽物品牟利罪的情况下，拒不履行网络安全管理义务罪是兜底性罪名，比较而言，定性为传播淫秽物品牟利罪更合理。因此，笔者认为帮助型直播平台、直播服务提供者的不作为行为应当定性为传播淫秽物品牟利罪。

## 2. 帮助型色情直播平台、直播服务提供者单独实施帮助行为构成传播淫秽物品牟利罪

由于网络空间中的犯罪主体众多，帮助型直播平台、直播服务提供者完全有可能在不知情的状况下对具体的犯罪行为实施了帮助行为，这种情况下就不符合传统意义上共同犯罪构成中共同故意的认定。因此，我们需要对直播平台、直播服务提供者实施相关帮助行为时的明知加以认定。目前对网络色情直播平台、直播服务提供者进行主观明知判定的法律依据主要是《10 年司法解释》第 8 条，该条明确列举了主观明知的四种情形及兜底性条款、例外的排除原则，但相关规定在实践中存在内容过于片面、缺乏可操作性的问题。通过司法解释的相关规定可以得出，对于网络直播平台、直播服务提供者的明知主要是从具有相应的义务来源、存在技术可能性以及行为主体具有相应的行为能力展开。要认定网络色情直播平台和直播服务提供者具有技术可能性的义务来源的前提是技术措施要成为相关主体的前置义务。在具有前置义务的前提下，色情直播服务提供者有能力且有权利回避犯罪结果发生时，其帮助行为才能具备刑事可归责性，成立刑事犯罪。行为人的明知应当是对有特定指向的他人传播淫秽物品行为的明确知晓，对犯罪主体有明确的认知范围，这就要求技术措施能达到相应的要求，否则就是对行为主体的责任加重。从罪名的构成要件来说，缺失技术可能性会阻却帮助者的主观故意，只有在相关主体能够采取措施防止结果发生，其他主体无法履行该种注意义务的情况下，才能判定相关主体的作为义务程度较高。基于此，笔者认为，案例四中的青岛阐光网络科技有限公司、案例六中的温州攻城狮科技有限公司及杭州老友科技有限公司在对自身技术提供的行为内容合法性负有注意义务的前提下，其帮助行为显著提升了犯罪行为发生的可能性，没有采取监管措施，放任危害行为的发生，构成了犯罪故意。因此，认定相关主体的犯罪故意以及“明知”需要判断的内容包括：首先，判断是否符合具有监管能力和权利的相关主体怠于行使技术措施，由此可能对传播淫秽物品的犯罪结果有实质影响的，相关主体主观上具有高度作为义务，这是判断的核心内容。案例四中的青岛阐光网络科技有限公司、案例六中的温州攻城狮科技有限公司及杭州老友科技有限公司具有监管高某、徐明等人色情直播行为的能力和权利，但是却为了牟求经济利益而怠于行使相关注意义务。其次，判断色情直播内容是否有明显的违法性特征，在传播内容存在明显违法性的情形下，相关主体怠于履行技术监管义务的，其主观恶性较大。但若色情直播的内



容违法性并不明显，信息服务提供者虽负有注意义务，但当注意义务会对网站运营造成不合理的负担时，其主观恶性小，可以认为色情直播平台、直播服务提供者构成传播淫秽物品牟利罪的犯罪故意不明显，认定犯罪的正当性依据不足。在案例四和案例六中，高某等人及徐明的长期色情直播行为的违法性较为明显，且阐光网络科技有限公司、攻城狮科技有限公司、老友科技有限公司对其提供色情直播问题解决的技术支持，在提供技术支持的同时就能合理履行注意义务，不会对其造成过重的负担。最后，对于存在合理性争议的情况，根据《刑法》总则第13条但书的规定以及存疑时有利于被告人的原则，可以认为相关主体的犯罪故意程度明显较低，没有必要作为犯罪处理。因此，案例四中的青岛阐光网络科技有限公司、案例六中的温州攻城狮科技有限公司及杭州老友科技有限公司均具有与色情直播的主播达成长期业务往来的情形，其本应具有相应的监管能力和权利，但却为了自身利益怠于行使技术措施，未能阻止色情直播的传播，反而放任了危害结果的发生，应当认定上述主体具有主观上的明知。

在案例四中的青岛阐光网络科技有限公司、案例六中的温州攻城狮科技有限公司及杭州老友科技有限公司作为网络平台、直播服务提供者明知高某等人、徐明等实施表演式色情直播的犯罪行为，且未与使用者达成合意的情况下，作为帮助者的平台、直播服务提供者提供了技术帮助行为，这样的行为模式符合片面共犯的特征。片面的帮助行为是指仅一方有共同犯罪的意思，该方主体加工对方的行为，只有这一方以共犯定性，并按照其在共同犯罪中所起的作用单独定性，由于这方的行为无法独立于被帮助者而单独定性，但被帮助者仅构成单独正犯。在承认片面共犯的情形下，作为帮助者的直播平台、直播服务提供者与利用平台支撑、技术支持的行为人构成了共同犯罪，此时直播平台、直播服务提供者帮助行为的定性就通过传统共同犯罪的认定方式进行，在共同犯罪中，直播平台、服务提供者的技术帮助行为使得能够定性为淫秽物品的色情直播得到广泛传播，传播行为是为获取提供帮助的报酬，具有明显的牟利目的，应当认定为传播淫秽物品牟利罪。在不承认片面共犯的情形下，根据《10年司法解释》第4条、第6条将共犯行为正犯化的规定，为了解决网络犯罪中共同犯罪的认定困难问题，将在犯罪过程中提供的帮助行为作为独立正犯的实行行为进行评价。在帮助者未与被帮助者达成合意的情况下，帮助者客观上采取了帮助行为促使淫秽物品被广泛传播，主观上具有利用色情直播获取收益的牟利目的。因此，作为独立的正犯，案例四中的青岛阐光网络科技有限公司、案例

六中的温州攻城狮科技有限公司及杭州老友科技有限公司的帮助行为符合传播淫秽物品牟利罪构成要件，应当被定性为传播淫秽物品牟利罪。此外，由于帮助型直播平台、直播服务提供者在帮助过程中是从犯，起到的是次要作用，不构成组织淫秽表演罪中要求的“组织”行为，因此不构成组织淫秽表演罪。

在传统共同犯罪中帮助行为被定性为传播淫秽物品牟利罪；在未与主播达成合意的单独实施帮助行为的情况下，承认片面共犯时，帮助者应当定性为传播淫秽物品牟利罪；不承认片面共犯时，通过共犯的正犯化规定，帮助者通过独立的实行行为也应当被定性传播淫秽物品牟利罪。因此，在各种情况下帮助型直播平台、直播服务提供者的帮助行为定性均为传播淫秽物品牟利罪，在共同犯罪中发挥次要的从犯作用。

综上所述，笔者认为，在色情直播中帮助行为的具体形式里，主播对其他色情直播广告宣传的帮助行为应当定性为传播淫秽物品牟利罪，金融机构提供的支付结算的帮助行为应当定性为可豁免刑事责任的中立的帮助行为，帮助型直播平台、直播服务提供者提供的技术帮助行为在各种情形下均成立传播淫秽物品牟利罪。

## 五、表演式网络色情直播中组织行为的刑法定性

在表演式网络色情直播的共同犯罪中，组织行为具体包括策划，资金、场地、人员的准备等一系列行为，组织行为的具体形式包括家族式运营模式下组织者的组织行为、个人自发运营模式下主播的组织行为、组织型直播平台及直播服务提供者的组织行为。在下文对表演式网络色情直播中组织行为的刑法定性讨论中，我们将结合具体情形分类讨论。

### （一）司法裁判对表演式网络色情直播中组织行为的罪名适用争议

在收集的 59 份刑事裁判文书中，涉及表演式网络色情直播中组织行为刑法定性的裁判文书有 48 份，对这 48 份裁判文书进行整理可以发现，对组织行为进行刑法定性时，实践中存在有组织淫秽表演罪、传播淫秽物品牟利罪、制作、传播淫秽物品牟利罪、制作淫秽物品牟利罪、贩卖淫秽物品牟利罪的分歧。其中，定性为组织淫秽表演罪的判决有 20 份，约占涉及相关行为定性的裁判文书的 42%；定性为传播淫秽物品牟利罪的判决有 24 份，占比 50%；定性为其他罪名的裁判文书有 4 份，约占比 8%。（见图 4）通过对裁判文书的梳理，笔者发现，法院对组织行为的认定罪名区别的原因主要是对传播淫秽物品牟利罪、组织淫秽表演罪的罪名的理解不同。

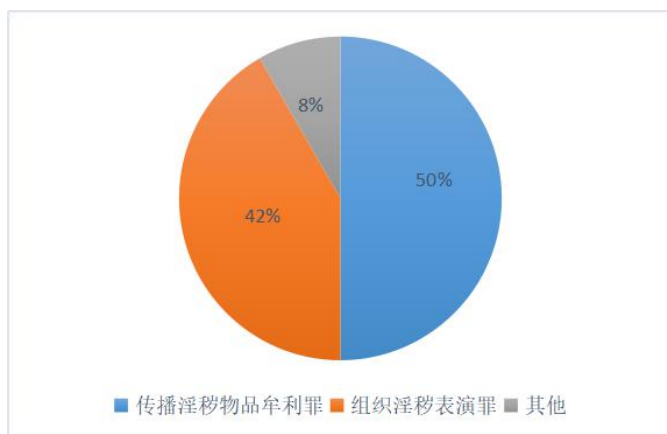


图 4 组织行为的刑法定性情况

## （二）学界对组织淫秽表演罪中“组织”的解读争议

由前述内容可知，组织行为的具体形式包括家族式运营模式下组织者的组织行为、个人自发运营模式下主播的组织行为、组织型直播平台及直播服务提供者的组织行为，学界主要讨论的是个人自发运营模式下主播的组织行为、组织型直播平台及直播服务提供者的组织行为的刑法定性。

### 1. 个人自发运营模式下主播的组织行为的刑法定性争议

组织行为依据组织对象分成两种类型，一种是组织他人，另一种是组织自己，学界的争论主要围绕第二种类型能否认定为组织淫秽表演罪中组织行为展开。<sup>①</sup>持肯定说的学者认为，《刑法》第365条的规定为“组织进行淫秽表演”，并未要求必须是组织“他人”进行淫秽表演，司法裁判加上“他人”的限定，会人为缩小本罪处罚范围。否定说的观点主要有以下几种：高铭暄老师提出，刑法通说认为组织淫秽表演罪中“组织”的含义是组织他人，即为进行淫秽表演而召集多人，只有组织除自己外的其他主体进行淫秽表演才能认定该罪。<sup>②</sup>也有学者认为组织行为可以包含自己，但同时提出行为人在直播间向不特定的人群表演淫秽内容的行为是否属于组织行为的范畴的问题。对于主播来说，只须进入平台进行表演即可，粉丝有选择观看与否的权利，主播并未采取具有组织性质的行为。<sup>③</sup>因此，除非主播是平台的组织者、领导者，否则其单纯直播行为不能定性为组织行为。组织淫秽表演罪中的“组织”是指策划并指导色情表演。主要包括表演前的准备，如召集人员、确定地点、筹集资金等等，也包括表演时的维护工作等。实践中存在对组织行为是否包含对观众的组织的争议，淫秽表演应具备公开性特征，允许不特定观众进行观看，否则不能认定为淫秽表演。也有部分学者提出对于组织含义应作限缩解释。依据相关司法解释，组织淫秽表演罪中的组织应限定在三人及以上。<sup>④</sup>该观点认为，主播组织三人及以上进行淫秽色情表演，应当定性为组织淫秽表演罪。

<sup>①</sup> 参见师晓东：《网络直播淫秽表演行为的刑法分析》，《福建警察学院学报》2018年第1期，第80-81页。

<sup>②</sup> 参见高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社，2007年版，第681页。

<sup>③</sup> 参见陈侃：《刑法应当如何打击网络色情直播》，《检察风云》2019年第17期，第66-67页。

<sup>④</sup> 参见汪恭政：《网络直播平台色情行为的刑法规制》，《南京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第1期，第56页。

## 2. 组织型直播平台、直播服务提供者的组织行为的刑法定性争议

关于对与案例五中的 APP 直播平台类似的在色情直播过程中组织型直播平台、直播服务提供者的组织行为的刑法定性，学界主要通过两种方式进行，一种是通过将其定性为色情直播平台、直播服务提供者单位犯罪进行处罚，另一种是通过间接正犯理论进行解释。在第一种观点中，与案例五中的 APP 直播平台类似的以单位负责人为组织者，单位员工协助实施实行行为，非法利益归属单位的，直播平台、直播服务提供者在表演式网络色情直播中平台技术提供的行为可以定性为组织淫秽表演罪之中的“组织”行为，此类行为应定性为组织的实行行为，以此确定直播平台实施了组织行为。<sup>①</sup>平台直播行为的内容为性行为或有性暗示的表演，应将其定性为淫秽表演。因此，组织型直播平台、直播服务提供者作为色情直播提供平台和技术支持的行为符合组织淫秽表演罪的犯罪构成，应定性为组织淫秽表演罪。

在第二种观点中，组织型网络直播平台、直播服务提供者承担间接正犯的刑事责任的情况发生在网络直播平台直接控制网络主播进行表演式网络色情直播行为的情形。具体而言，组织型网络直播平台通过一定方式对网络主播进行控制，包括胁迫网络主播进行网络色情直播行为、直接招募网络主播作为平台人员进行网络色情直播等。<sup>②</sup>以案例五为例，持间接正犯观点的学者认为，在直播平台 APP 招募主播在该平台从事淫秽表演、收取会员充值费获利的情形下，直播平台 APP 通过操控主播构成网络色情直播行为的间接正犯，至于具体适用何种罪名，则根据组织型网络色情直播行为类型的不同分别成立传播淫秽物品牟利罪或组织淫秽表演罪。

### （三）表演式网络色情直播中组织行为构成传播淫秽物品牟利罪

在家族式运营模式下的组织者为色情直播提供场地、人员、财物等，实施了组织行为，色情直播具备淫秽表演要求的相关特征；组织者在色情直播过程中起到了组织作用，与色情主播、网络直播平台以及直播服务提供者构成共同犯罪，在共同犯罪中是主犯，因此，其组织行为构成共同犯罪，应定性为组织淫秽表演罪，由于家族式运营模式下组织者的组织行为定性为组织淫秽表演罪

<sup>①</sup> 参见刘聪颖：《网络色情直播行为的刑法规制——基于罪与非罪动态平衡的博弈》，《党政干部学刊》2020年第10期，第27页。

<sup>②</sup> 参见刘兴侨：《网络色情直播行为的刑法规制研究》，西南政法大学2019年硕士学位论文，第42页。

不存在明显争议，因此本文将具有争议的个人自发运营模式下主播的组织行为、组织型直播平台及直播服务提供者的组织行为的刑法定性进行分别讨论。

### 1. 个人自发运营模式下主播的组织行为应当定性为传播淫秽物品牟利罪

以案例二为例，在自发经营模式下，直播从头至尾的策划、安排、宣传都由作为主播的张绍杰、夏俊喜自己进行，色情直播的成功开展都有赖于自身组织行为，因此张绍杰、夏俊喜的行为应当定性为组织行为。笔者认为，从文义解释的角度考虑，“组织”的含义就是策划、指挥、安排，当直播行为符合“组织”的含义，就应当被认定为属于组织行为。此外，从体系解释的角度来看，我国《刑法》第120条组织、领导、参加恐怖组织罪及284条之一组织考试作弊罪等都在罪名中有“组织”的规定，根据这些条文的内容来看，组织的对象均可以包含组织者本人。通过与我国《刑法》第318条和358条进行对比，第318条组织他人偷越国(边)境罪的罪名以及第358条组织卖淫罪的法条内容中明确规定了“组织他人”的内容，在相同的法律文件中有其他条文规定“组织他人”，而并未在第365条组织淫秽表演罪中进行规定，有理由认为立法者在进行相关条文的制定时，包含了规范组织者“组织自己”的立法目的。

关于主播组织1到2人进行直播是否能够定性为组织行为的争论，笔者认为由于法条本身并未规定组织人数的限制，在组织淫秽表演罪中，组织行为实际上是一种实行行为，并非仅指集团犯罪中的组织、策划行为，只要是实行了组织、策划行为，无论是否构成共同犯罪，均可以认定为组织行为。此外根据罪名的犯罪客体来看，组织1到2人进行淫秽表演也能对社会风气和良好的社会秩序造成损害，这不同于组织卖淫罪强调组织结构的紧密性，对组织对象的人数有特殊要求。因此在对组织类罪名的组织对象的人数是否有数量限制的讨论时，需要以法条为最根本依据，并通过不同罪名的构成要件来具体分析，对“组织”的对象不能一概而论。因此，笔者认为主播的色情直播行为在以案例二为例的个人自发式的经营模式下可以被定性为组织淫秽表演罪。个人自发经营模式下的主播在色情直播的前期实施了策划宣传、场地布置等可以被定性为组织淫秽表演罪的组织行为，后期又实施了可以被定性为传播淫秽物品牟利罪的色情直播行为，对主播有数罪并罚或想象竞合两种评价选择。笔者认为，此时刑法意义上对主播的行为个数的确定不能与日常生活中的评价方式相混淆。从整体上看，主播为了色情直播所进行的前期准备工作应当视为犯罪的预备行为，是为主播色情直播的实行行为做准备，因此主播的前期准备行为实际是服

务于后期的直播行为，应当以作为实行行为的直播行为一行为进行刑法定性，故在此情形下，主播的单一实行行为构成了组织淫秽表演罪和传播淫秽物品牟利罪两个罪名，这两个罪名各自都不能对主播的色情直播行为进行完整评价，且这一冲突并非由法条规定本身产生，通过想象竞合才能对主播的行为进行完整的评价。因此应当认为其行为构成传播淫秽物品牟利罪和组织淫秽表演罪的想象竞合，二者择一重罪处理。根据《刑法》规定，传播淫秽物品牟利罪的最高法定刑为无期徒刑，组织淫秽表演罪最高法定刑为十年有期徒刑，从法定最高刑来看，传播淫秽物品牟利罪重于组织淫秽表演罪。因此，自发经营模式下的表演式网络色情直播主播的直播行为应当以传播淫秽物品牟利罪进行定性。

## **2. 组织型直播平台、直播服务提供者的组织行为应当定性为传播淫秽物品牟利罪**

通过对裁判文书的收集整理，我们发现实践中存在与案例五中的 APP 直播平台相类似的情形，直播平台建立者为实施色情直播行为而寻求技术支持、组织人员、筹建公司以及网络技术公司专门进行色情直播软件的研发，并进行出售和提供后续技术维护。通过案例五中作为犯罪主体的 APP 直播平台可以明显看出，在这种情况下，直播平台、直播服务提供者不再是被动地在共同犯罪模式中居于从犯的帮助者地位，而在整个色情直播的发生、发展过程起到发起、策划、安排的组织作用，在共同犯罪过程中发挥了主犯的作用。从客观方面来看，直播平台、直播服务提供者作为色情表演组建公司、筹集人员和资金，安排平台和技术支撑，实施的是组织行为，使得主播的淫秽性表演的实施成为可能，策划发起公然的色情直播行为，色情直播因为具有淫秽性，可以被定性为淫秽表演，因此与案例五 APP 直播平台相类似的组织型直播平台、直播服务提供者的组织行为应定性为组织淫秽表演罪。从共同犯罪的角度出发，根据犯罪支配理论，直播平台、直播服务提供者作为共同犯罪中起主要作用的主犯，应当对全体成员所犯罪行为负责，在主播行为构成传播淫秽物品牟利罪的前提下，组织型直播平台、直播服务提供者实施非中立的技术支持行为符合传播淫秽物品牟利罪的构成要件，定性为传播淫秽物品牟利罪是正确合理的。组织型直播平台、直播服务提供者通常情况下不构成聚众淫乱罪，因为从其本身聚集主播进行淫秽表演的角度讲，尽管主播进行了淫秽表演行为，但从收集的裁判文书来看，实践中主播大多都是进行单人直播，且一般只进行性挑逗行为，不存在直接接触的性行为，因此不能定性为淫乱行为，不构成聚众淫乱罪。组织型直播平台、

直播服务提供者在色情直播的前期实施了公司筹建、资金筹措等可以被定性为组织淫秽表演罪的组织行为，后期又进行了可以被定性为传播淫秽物品牟利罪的非中立性技术支撑行为，对其有数罪并罚或想象竞合两种评价选择。从刑法对行为的定性来看，组织型直播平台、直播服务提供者为了色情直播所进行的前期准备工作应当视为犯罪的预备行为，是为主播色情直播的实行行为做准备，实际是服务于后期的直播行为，应当以作为实行行为的直播行为一行为定性，故在此情形下，组织型直播平台、直播服务提供者的单一实行行为既构成组织淫秽表演罪又构成传播淫秽物品牟利罪，构成想象竞合，从一重罪定性为传播淫秽物品牟利罪。

综上所述，笔者认为，色情直播中组织行为的具体形式里，家族式运营模式下组织者的组织行为应当定性为组织淫秽表演罪，个人自发运营模式下主播的组织行为及组织型直播平台及直播服务提供者的组织行为均构成传播淫秽物品牟利罪和组织淫秽表演罪的想象竞合，应当择一重罪定性为传播淫秽物品牟利罪。

需要补充的是，通过上文对表演式网络色情直播中直播行为、帮助行为和组织行为的刑法定性分析可以看出，随着网络技术的发展，传统的法律法规存在适用上的争议，因此应当对相关的法律法规进行完善。在表演式网络色情直播中，社会危害性相对较小的直播行为、帮助行为和组织行为通过行政法规进行处罚，因此应当对作为前置性规范的行政法规进行合理完善，完善的行政法规有助于减少刑事风险。通过本文的分析，表演式网络色情直播中直播行为、帮助行为和组织行为可以通过现有刑法中的传播淫秽物品牟利罪和组织淫秽表演罪进行合理定性，但结论是通过对相关刑法条文、司法解释、学界观点进行分析归纳得出的，因此对行为定性中存在明显争议的色情直播能否定性为淫秽物品、组织行为的对象是否包含自身等问题，需要以刑法条文、司法解释等形式对相关法律概念进行厘清，尤其以直播为代表的数字电子流能否评价为物品是在刑事犯罪网络化过程中必须要解决的问题，在相关法律概念的厘清的基础上，相关行为的刑法规制自然更加规范化。同时也应当对网络色情直播中相关行为的性质认定和评价统一标准，在《刑法》及《治安管理处罚法》的基础上，结合司法解释的相关规定，严格把握入罪标准，避免刑罚过度化。同时应当健全相关行为的刑罚模式，在传统的刑罚的基础上，发挥罚金刑和资格刑的作用。同时需要注意，由于色情直播对未成年人的侵害及对社会的影响更为恶劣，我们应当在相关法律条文中体现出对未成年人的特殊保护，对涉及未成年人的色



情直播行为从重处罚。

此外，对于表演式网络色情直播中所涉及的直播行为、帮助行为和组织行为的刑法规制也需要各个主体共同加强监督。可以通过行业内外两个体系的分别监督实现规范目的。行业内部可以通过完善相关的行业自治规范，建立行业监督制度，同时进行相关的法制宣传和责任划分，运用拦截技术等方式对违规色情信息进行内部监督。行业外的监督主要指行政机关、司法机关的监督，对负责的表演式网络色情直播的相关行为进行合理调查并定性处理。行政机关、司法机关通过日常工作的监督以及行政、刑事处罚的实施，对相关行为主体产生威慑作用，从而减少相关违法犯罪的可能性。

## 结 语

在各种形式的直播促进经济发展、丰富人们的文化生活的同时，有部分行为主体为获取利益而在网络平台掀起一股不正之风，通过表演式色情直播不当地挑起人们的性欲，损害良好的社会风气和管理秩序。此种不法行为不仅会阻碍直播事业自身的发展，也会对社会危害性较大、触犯刑法的表演式网络色情直播中的相关行为进行有效规制，维护公民和社会的健康发展。

本文通过对收集的表演式网络色情直播的裁判文书进行分析整理，结合学界观点，对表演式网络色情直播中相关行为的刑法定性提出自己的见解。本文主要通过对在共同犯罪中的直播行为、帮助行为、组织行为进行讨论。通过对行为进行犯罪构成的分析，笔者认为，主播的直播行为构成传播淫秽物品牟利罪，主播后续的传播行为应当定性为传播淫秽物品牟利罪，与直播行为数罪并罚。在色情直播中帮助行为的具体形式里，主播对其他色情直播广告宣传的帮助行为应当定性为传播淫秽物品牟利罪，金融机构提供的支付结算的帮助行为应当定性为可豁免刑事责任的中立的帮助行为，帮助型直播平台、直播服务提供者提供的技术帮助行为在各种情形下均成立传播淫秽物品牟利罪。色情直播中组织行为的具体形式里，家族式运营模式下组织者的组织行为应当定性为组织淫秽表演罪，个人自发运营模式下主播的组织行为及组织型直播平台及直播服务提供者的组织行为均构成传播淫秽物品牟利罪和组织淫秽表演罪的想象竞合，择一重罪应当定性为传播淫秽物品牟利罪。只有对网络色情直播中的相关行为进行合理的刑法定性，才能有效遏制其不断蔓延的趋势，促进网络直播产业不断健康发展，人们的文化生活更加健康、丰富。

## 参考文献

### （一）专著类

1. 高铭喧, 马克昌. 刑法学. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2007.
2. 林山田. 刑法特论(上). 台北: 台北三民书局出版社, 1978.
3. 曲广娣. 色情问题的根源和规范思路探讨. 北京: 中国政法大学出版社, 2013.
4. 时延安. 妨害风化犯罪疑难问题司法对策. 长春: 吉林人民出版社, 2001.
5. 王作富. 刑法分则实务研究. 下. 北京: 法律出版社, 2001.
6. 于志刚, 于冲. 网络犯罪的裁判经验与学理思辨. 北京: 中国法制出版社, 2013.
7. 张明楷. 刑法学(第五版). 北京: 法律出版社, 2016.
8. 张明楷. 刑法学(第三版). 北京: 法律出版社, 2007.
9. 张明楷. 刑法学(第二版). 北京: 法律出版社, 2003.
10. [日]山口厚. 刑法各论. 王昭武, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.

### （二）连续出版物中的析出文献

1. 蔡博豪. 新型网络色情的刑事规范分析——以直播平台淫秽表演为切入. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2016, 2.
2. 陈兴良. 快播案一审判决的刑法教义学评判. 中外法学, 2017, 1.
3. 陈侃. 刑法应当如何打击网络色情直播. 检察风云, 2019, 17.
4. 陈洪兵. 论拒不履行信息网络安全管理义务罪的适用空间. 政治与法律, 2017, 12.
5. 陈国庆, 韩耀元, 吴峤滨. 《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)》理解与适用. 人民检察, 2010, 5.
6. 陈奕屹. 论网络直播平台经营者放任平台内色情直播行为的刑事责任——评“LOLO”平台经营者制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案. 法律适用, 2019, 24.
7. 陈纯柱, 刘娟. 网络主播监管中的问题与制度构建. 探索, 2017, 6.
8. 崔明轩. 论网络直播中的违法犯罪及其法律规制. 政法学刊, 2018, 8.
9. 邓毅丞. 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪若干问题研究. 河南公安高等专科学校学报, 2009, 2.
10. 董玉庭, 黄大威. 论传播淫秽、色情物品犯罪的刑事立法政策——以无被害人犯罪为视角. 北方法学, 2014, 1.
11. 黄福涛, 刘涛. 利用互联网传播淫秽物品牟利犯罪认定三点问题的探讨. 中国检察官, 2010, 4.

12. 蒋小燕. 淫秽物品的“淫秽性”之判断标准——以社会通念为基点. 法学评论, 2011, 1.
13. 姜雅雯. 网络主播色情直播的定罪问题研究. 安徽警官职业学院学报, 2019, 1.
14. 李磊. 对组织播放淫秽音像制品罪的反思. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2003, 5.
15. 刘聪颖. 网络色情直播行为的刑法规制——基于罪与非罪动态平衡的博弈. 党政干部学刊, 2020, 10.
16. 刘伟. 网络直播犯罪研究. 江西社会科学, 2020, 5.
17. 毛玲玲. 传播淫秽物品罪中“传播”行为的性质认定——“快播案”相关问题的刑事法理评析. 东方法学, 2016, 2.
18. 邱赛兰. 拒不履行信息网络安全管理义务罪构成特征探析. 经济师, 2016, 10.
19. 单婷. 拒不履行信息网络安全管理义务罪的法教义学分析. 石家庄学院学报, 2020, 9.
20. 师晓东. 网络直播淫秽表演行为的刑法分析. 福建警察学院学报, 2018, 1.
21. 石峰. 论网络空间帮助行为——以规范论为视角. 江西警察学院学报, 2019, 6.
22. 孙道萃. 网络直播刑事风险的制裁逻辑. 暨南学报(哲学社会科学版), 2017, 11.
23. 苏彩霞. 实质的刑法解释论之确立与展开. 法学研究, 2007, 2.
24. 王海涛, 马江领. 网络裸聊刑法规制探究. 人民检察, 2010, 16.
25. 王璇子. “中立行为”何以构成“传播”——以“快播案”中的刑法解释适用问题为切入点. 铁道警察学院学报, 2017, 5.
26. 汪恭政. 网络直播平台色情行为的刑法规制. 南京航空航天大学学报(社会科学版), 2018, 1.
27. 吴玉强. 网络贩卖、传播淫秽视频链接的行为定性及视频固定方法分析. 贵州警官职业学院学报, 2019, 5.
28. 闫艳. 互联网信息服务提供者传播淫秽物品牟利犯罪故意的司法认定. 信息安全, 2010, 3.
29. 于志刚. 网络色情犯罪现状及其刑法对策. 信息安全, 2010, 6.
30. 于志刚. 网络犯罪与中国刑法应对. 中国社会科学, 2010, 3.
31. 俞小海. 聚众淫乱罪客观行为之界定——以刑法体系解释为基点. 福建警察学院学报, 2010, 4.
32. 张明楷. 论同种数罪的并罚. 法学, 2011, 1.
33. 张明楷. 实质解释论的再提倡. 中国法学, 2010, 4.
34. 赵天水, 刘欢. 网络直播主体涉罪性质分析. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2018, 6.

35. 曾鹏. 新形势下新媒体直播技术的发展. 媒体技术, 2018, 4.
36. 周光权. 犯罪支配还是义务违反——快播案定罪理由之探究. 中外法学, 2017, 1.

### （三）学位论文类

1. 库木斯古丽. 网络色情直播行为的刑法规制研究. 新疆大学 2019 年硕士学位论文.
2. 刘兴侨. 网络色情直播行为的刑法规制研究. 西南政法大学 2019 年硕士学位论文.
3. 李正. 网络色情直播的刑法规制问题研究. 天津师范大学 2020 年硕士学位论文.
4. 滕芸. 网络色情直播行为的刑法分析. 兰州大学 2018 年硕士学位论文.
5. 闫志鹏. 利用网络传播淫秽物品犯罪之行为定性研究. 吉林大学 2017 年硕士学位论文.

## 作者简介

周立俐，女，汉族，1994年6月7日出生于辽宁省本溪市桓仁满族自治县。2017年6月毕业于山东大学法学院，获得法学学位。2018年9月考入吉林大学法学院，攻读法律硕士（法学）专业，师从李海滢教授。

## 致 谢

敲下这行字意味着，我在象牙塔里专心读书的日子要告一段落了。三年前我幸运地得到了在这里继续学习的机会，这三年中，每天清晨迎着朝阳从宿舍走到逸夫教学楼、东荣楼，手里拿着热腾腾的早餐，与三五同学一起或探讨学术或嬉笑打闹，一切都是充实而快乐的。这是一段值得我铭记的旅程，可是不管我多么不舍得，还是会有需要说再见的一天。在这三年里，我受到了太多人的关心与照顾，老师们不辞辛苦为我们授业解惑，在课堂上生动风趣地为我们讲解专业知识，在课下页十分关心我们的生活，使我们在学校的日子变得充实又温暖。其中要特别感谢我的导师李海滢教授，她是一位勤奋、认真负责、温柔善良的老师，每周的师门讨论会都让我获益匪浅，在学术上有任何不懂的问题老师都会耐心细致地给我指导，特别是在我硕士毕业论文的写作过程中，老师为我提供了很大帮助，每次她都会认真阅读我的论文，帮我理清思路的同时指出我的不足。在老师的殷勤帮助下，我的毕业论文得以顺利完成。我真心觉得，能做老师的学生是件既幸运又幸福的事，再次感谢老师！

除了老师以外，师门里的师兄、师姐、师弟、师妹们都在平时的学习生活和日常生活中给予了我很多的温暖。在此特别感谢在我论文写作过程中付出很多辛苦、提出宝贵意见的樊江涛师兄及陈闻博师兄。在师兄们的帮助下，我更好地理解了对论文提出的建议，使我的论文成果更加严谨。师兄、师姐、师弟、师妹们的付出令我难以忘怀，我一定会在今后的日子里积极向大家学习严谨治学、乐于奉献的精神。还要感谢我的同学们，是你们的陪伴让我觉得并不孤独，大家的热情善良使我感觉学习生活也是充满陪伴和成长的乐趣的，希望我们能一直给彼此陪伴和鼓励，在以后的人生中分享收获与感悟。

最后，要感谢我的家人和朋友。爸爸妈妈是一直陪着我成长的人，包容了我的任性的同时还给予了我无尽的爱，我深知爸爸妈妈对我的殷殷期望，我也会努力让自己成为你们的骄傲。在论文写作期间，爸爸妈妈也经常对我进行心理疏导，帮助我克服困难，教育我要乐观积极。也许我并不是那么完美的孩子，但是真的非常感激爸爸妈妈的信任，总是全力支持我在人生中所做的各种决定。感谢我的朋友们，距离或近或远、联系或多或少，我们都在为了成为更好的自己而全力奔跑。

期待和大家以更好的样子再次相遇，那天的阳光一定很好！