

硕士学位论文

新疆大学

论文题目（中文）：网络直播违法行为的刑法规制研究

论文题目（英文）：**Research on Criminal Regulation of Illegal**

Acts in live Broadcast

研 究 生 姓 名：伊丽菲热·加马力丁

学 科：法学

研 究 方 向：刑法学

导师姓名及职称：艾尔肯·沙木沙克 副教授

论文答辩日期 2021 年 5 月 22 日

学位授予日期 2021 年 6 月 05 日

摘要

近几年随着直播平台的不断火热，形式多样的网络犯罪接连不断地出现。同时形形色色的网络犯罪的不断出现给传统刑法理论的许多方面带来了挑战，传统刑法条文的滞后性越来越明显，这也使得越来越多的犯罪分子在面对诸如网络色情犯罪等网络犯罪的较大利益诱惑时甘愿以身试法，同时加上网络直播犯罪取证困难等问题，让不少犯罪分子一直逍遥法外。2016 年我国网络直播迅速发展并成为网络市场的“新宠儿”，互联网直播成为新型社交工具。与此同时，近几年随着网络直播的风生水起，网络直播行业的不断火热，愈来愈多的网民开始成为网络主播。因此也产生了各种法律规制方面的难题与犯罪新形态的激增，网络直播过程中的违法违规、甚至犯罪行为不仅对公民人身权利、财产权利造成了严重的损害，而且已经严重影响到市场经济的健康发展和社会公共秩序的安全稳定，对国家信息产业建设和互联网行业的健康发展造成了障碍。网络直播违法犯罪行为具有严重的社会危害性的根源在于涉及的法律关系更复杂、传播范围非常广。不少刑法学者认为面对网络直播中出现的淫秽色情直播等犯罪行为应该加强惩治力度，对刑法相关条文进行补充和完善。本文从刑法角度出发，主要从四个方面对网络直播违法行为的规制进行探讨。首先通过对网络直播的概念、主要特征和发展现状的介绍，对网络直播进行了阐述；其次对网络直播违法行为刑法规制的必要性进行了分析；最后探讨了当前刑法在规制网络违法直播行为时存在的主要问题，包括罪名适用方面的争议和司法认定标准不统一等问题并对相对应的提出了一些完善建议。由于网络直播准入门槛低、犯罪收益高，目前网络直播行业违法犯罪现象层出不穷，特别是网络直播色情犯罪，不仅破坏健康的网络直播环境，也造成了恶劣的社会影响。因此应该加大对网络直播违法犯罪行为的打击力度，加强对网路直播领域的监管，保障网络直播产业安全健康发展。

关键词：网络直播；网络色情直播行为；刑法规制必要性；刑法规制建议

Abstract

In recent years, with the continuous popularity of webcast, various forms of cyber crime continues to appear one after another. At the same time, the emergence of cyber crimes has brought challenges to many aspects of traditional criminal law theory, the lag of traditional criminal law provisions is becoming more and more obvious, which makes lots of criminals choose to commit crimes when faced with the great interests of pornography crime. In 2016, webcast developed rapidly and occupied the market, which has become a new social tool. Meanwhile, with the development of live webcast, Legal regulation problems and new forms of crime have also arisen. Illegal or even criminal acts in the process of network broadcasting have made great damage on the development of market economy and the stability of social public order, it has caused obstacles to the construction of national information industry and the healthy development of Internet industry.

The root cause of the serious social harm of illegal live broadcast on the Internet is that the legal relationship involved is more complicated and the scope of dissemination is wider. Many criminal law scholars believe that punishment should be strengthened, and relevant provisions of the criminal law should be supplemented and improved in the face of criminal acts such as obscene and pornographic live broadcasts. This article, which divided into four parts, discusses the regulation of illegal acts of live webcast from the perspective of criminal law. The first part is an overview of webcast, introducing the concept, main features and development status of live broadcasting; then it analyzes the necessity of criminal regulations for illegal activities in live webcast. The third part discusses the main problems existing in the regulation of the current criminal law in the network illegal live broadcasting, including the dispute on the application of crimes and the inconsistency of judicial standards. The last part puts forward some perfect suggestions on the regulation of illegal activities in network broadcasting. Therefore, it is necessary to intensify efforts to crack down on illegal and criminal acts of network live broadcasting, strengthen supervision over the field of network live broadcasting, and ensure the safe and healthy development of network live broadcasting industry.

Key words: Network broadcasting; Network porn live broadcast; Necessity of Criminal Law Regulation; Suggestions on Criminal Law Regulation

目 录

第 1 章 网络直播概述.....	1
1.1 网络直播的概念与特征.....	1
1.1.1 网络直播的概念.....	1
1.1.2 网络直播的特征.....	1
1.2 我国网络直播违法行为的现状.....	2
第 2 章 网络直播违法行为涉及的法律规定与刑法规制必要性.....	5
2.1 现有规范网络直播违法行为的相关法律规定.....	5
2.1.1 刑法及相关司法解释的规定.....	5
2.1.2 行政法规和其他法律的规定.....	5
2.2 网络直播违法行为刑法规制的必要性.....	5
2.2.1 网络直播违法行为具有严重的社会危害性.....	6
2.2.2 网络直播违法行为的前置规制不足.....	7
2.2.3 网络直播违法行为可能涉及刑事犯罪.....	8
第 3 章 网络直播违法行为中不同主体的刑事责任范围.....	10
3.1 网络主播的刑事责任范围.....	10
3.1.1 传播淫秽物品牟利罪.....	10
3.1.2 组织淫秽表演罪.....	12
3.1.3 聚众淫乱罪.....	13
3.1.4 侵犯著作权罪.....	14
3.1.5 诈骗罪.....	15
3.2 网络直播平台的刑事责任范围.....	16
3.2.1 拒不履行信息网络安全管理义务罪.....	16
3.2.2 非法利用信息网络罪.....	18
3.2.3 帮助信息网络犯罪活动罪.....	19
3.3 网络直播观看者的刑事责任范围.....	21
3.3.1 挪用公款罪.....	21
3.3.2 寻衅滋事罪.....	22
第 4 章 刑法规制网络直播违法行为存在的问题.....	23
4.1 刑法原有条文范围过于狭窄.....	23

4.2 刑事司法认定缺乏统一标准.....	23
4.3 在保护未成年人方面惩治力度不足.....	24
第5章 网络直播违法行为刑法规制的建议.....	26
5.1 补充相关的罪名和行为方式.....	26
5.1.1 将“淫秽信息”纳入到传播淫秽物品（牟利）罪.....	26
5.1.2 将“进行”淫秽表演行为纳入组织淫秽表演罪的行为方式.....	26
5.2 规范网络直播犯罪认定标准.....	27
5.3 健全相关的处罚方式.....	27
5.3.1 发挥罚金刑在网络色情直播犯罪中的作用.....	28
5.3.2 推进从业禁止的适用.....	28
5.4 完善相关条文中保护未成年人的从重处罚情节.....	29
5.5 明确网络直播平台的犯罪主体地位.....	29
参考文献.....	31
致 谢.....	32
学位论文独创性声明.....	33
学位论文知识产权权属声明.....	33
个人简历、在校期间发表的学术论文与研究成果.....	34

第1章 网络直播概述

1.1 网络直播的概念与特征

1.1.1 网络直播的概念

近几年随着直播行业的迅速发展，网络现场直播成为一个非常热门的话题。网络直播是指通过直播软件，即时地与广大网络直播用户进行在线互动的社交模式。为了获得关注，许多网络直播平台开始招募网络主播，对以吃饭、购物、旅游、化妆等为内容的日常生活进行网络直播。随着技术条件的完善，手机直播也就变得很简单。只要有相关的设备，人人都可以通过简单的注册程序进行直播，甚至能通过在线直播挣钱。网络直播平台的出现改变了许多人们的交流方式，网络直播行业已经形成“百播争鸣”的态势^[1]，直播软件越来越多，许多网络公司为了赚取利益，研发出了属于自己的直播软件并让主播在平台上进行直播。

网络直播过程中主要存在直播平台、网络主播和直播观看者等不同主体。平台作为网络服务提供者对主播提供技术支持，常见的直播平台包括抖音、小红书、淘宝、火山视频等。其次对于网络主播，其只需要在平台进行注册并完善相关个人信息就可以进行现场内容的直播。随着互联网经济的蓬勃发展，网络主播慢慢成为了一种职业，也随之出现了许多专门培养网络主播的经纪公司。而网络直播观看者只需要进入主播的直播间就可以观看直播并互动，这种互动包括点赞、发弹幕进行评论、刷礼物打赏等方式。

1.1.2 网络直播的特征

（1）即时互动性

即时互动性作为网络直播最明显的特征，可以让直播观看者与网络主播进行“近距离”互动。与最早出现的通过有线电视进行现场直播的主持人与观众之间几乎零互动等特征不同的是，网络直播实现了主播与受众突破空间限制的双向互动，使得网络直播更加具有真实性和亲和力。网络直播用户能够及时的与主播进行互动，弹幕文化也就成为了越来越重要的互动方式，可以让受众与主播即时互动。网络直播观看者进入主播的直播间，可以在屏幕上向主播发送弹幕，主播也能即时地回复粉丝的留言或者提问，让网络用户产生如同和主播同时在现场的感觉，使得直播过程特别真切、灵活。

（2）直播类型多样性

根据网络直播内容的不同，可以将网络直播分为才艺表演直播、化妆教程直

播、美食制作直播、游戏攻略直播和带货直播等。其中表演类直播以歌曲翻唱、跳舞等为主要内容，这也成为许多网络用户经常看的直播形式。游戏直播顾名思义就是针对网络手游爱好者，对不同类型的网络游戏进行直播并解说其攻略。根据当前的数据，我国 200 多家直播平台的几千万的网络主播直播内容涉及生活的各个方面，如健身、美妆、美食、穿搭、旅行等等，使得不同受众群体各方面的需求得到了满足。因此在网络直播内容多样性下，网络直播行业成为了娱乐的附庸，许多网络平台为了提高主播的“人气”，吸引更多用户的眼球，以低俗、淫秽色情为内容进行网络直播，同时影响了网络空间的健康运行。

（3）信息传播的真实性

传播的过程越复杂，往往会导致信息的可靠性降低。网民在面对网络信息时，其对所收到的信息的确信程度与往往与传播层级有关，也就是说当信息传播的层级越少，其可靠性越强，反之则不然。每当网络主播进行直播时，网络直播平台会对现场进行同步存储、同步传递，最多也不会超过 2 秒。微信微博中的文字、图片、视频在传播过程中都可以被加工、剪辑，然而网络直播会让众多网民产生犹如在直播现场的感觉，使得传播内容更加直接，信息可信性更高。利用文字或表情符号、图片交流的社交方式远远不如网络直播生动，面对面地与网络主播进行互动，增加了直播观看者的兴趣。但是，正因为网络直播的实时传播特征，提高了对直播平台的有效监管的难度。很多网络主播为了提高关注度、获得高额打赏的“礼物”，不惜以低质量的直播内容吸引观看者，导致网络直播领域充斥着违法淫秽信息。

1.2 我国网络直播违法行为的现状

从 2016 年开始我国网络直播进入快速发展时期，这一年网络直播平台的数量达到了两百多个，与此同时，更多的年轻人利用自己的业余时间进行着不同形式的互联网直播。因为直播平台的进入门槛非常低，没有太多的资质要求，所以大量的网络用户开始做起了网络直播，网络直播的主体越来越多元。除了由传统媒体转到网络直播的“名人”外，很多民间当中的红人纷纷开始网络直播，展示自己某方面的才能。直播作为信息技术的一种产物，本身就具备商品属性。由于网络直播的快速发展，直播领域的变现能力使得许多资本大鳄涌入直播行业，越来越多的资本巨头创建网络直播平台，寻求盈利。如在字节跳动公司名下就有火山视频、快手视频、西瓜视频等多家网络直播平台。不同的直播平台各自的定位与特色也不同，拥有不同的直播内容类型的区分。

随着互联网直播技术的不断更新，基于手机直播软件的直播方式突破了电脑

端视频直播的束缚。移动直播在切合众多网民半碎片化生活的同时填充了其空闲时间，同时根据网络用户的兴趣匹配相应的直播内容。因此移动直播形式得到了广大网民的喜爱。在互联网技术的推动下，大量出生在网络时代的年轻人逐渐开始进入直播行业，无论是主播还是观看者，越来越呈现出年轻化的趋势。加上互联网经济的产生，许多年轻人开始涌入直播行业。现在的互联网经济可以说是一种“粉丝经济”，是一种建立在粉丝与网红之上的营利行为。主播在直播过程中与粉丝实时互动，根据粉丝的要求进行个人表演，并获得通过虚拟礼物方式送出的打赏。根据斗鱼直播平台公开的数据，网络主播冯提莫在2018年2月份就获取了用户打赏157万多元。除此之外，当下的网络直播行业通过艺人签约、广告位出售及电商平台引流等方式，已经形成了以“网红经济”为主，签约、广告、电商等多种方式为辅的盈利新业态。

（1）直播内容低俗色情

目前，网络直播内容的低俗性给直播行业的健康发展带来了一些问题。由于互联网社交模式本身就具有隐匿性、盲目性等特点，容易激起公众个体自我，成为了网络直播内容涉黄涉暴的市场因由。如今，不管是何种类型的网络直播，由于大部分网络直播都会以才艺表演和互动聊天为内容，加上直播内容欠缺技术含量，效仿性强，同质化现象严重，当网络直播观看者产生审美疲劳并且对直播内容开始厌倦的时候，会使得很多内容雷同的直播平台面临关停。因此在激烈的市场竞争下，网络直播平台和主播为了追求自身利益，打破了行业原则，用低俗色情的直播内容博取观众的眼球，导致网络直播中的乱象越来越多。

（2）违法犯罪行为时有发生

网络直播过程中出现的较多的违法形式包括以淫秽色情或暴力为直播内容进行直播。例如，网络主播为了引起更多网民的关注，提高粉丝数量，边开车与其他车辆进行飙车，边对该过程进行网络直播。事后组织并参与飙车活动的嫌疑人因涉嫌危险驾驶罪被刑事拘留。又如在2016年发生的“直播造娃娃”等传播淫秽色情事件不仅触犯道德底线，又因违反国家相关法律规定而要求立即停播相关的直播栏目并且进行整顿。又如，某网络主播为了吸引粉丝送礼物打赏，安排相关的人员制造对贫困人员捐款的假画面。涉嫌构成犯罪的两名主播为了能够增加自己在直播平台的人气、吸引更多的观看者并且获取粉丝高额打赏，现场对四川凉山的贫困村民发钱并同时直播，然而在直播结束之后又将捐出去的钱全部收回。他们通过这种方式进行网络直播骗取粉丝的打赏款50余万元。最终，快手平台的主播杨某和刘某因涉嫌诈骗犯罪被法院判刑。

（3）直播平台恶性竞争

面对激烈的市场竞争，多家直播平台采用不择手段获得了一定的市场地位。首先，平台之间的恶性竞争行为表现为数据造假。直播平台暗地里购买主播的粉丝数量，在表面上造成虚假的繁荣现象，从而凭借观看者的盲目从众心理增加真正的粉丝数量。其次，表现为过分发掘人气主播。随着“粉丝经济”的扩大，直播平台的市场发展潜力取决于主播粉丝数量的多少，平台具有突出的人气主播是赚取红利的关键。因此有些平台以高额的薪酬挖走别的直播平台的人气主播以此获得更多的市场竞争力。同时，也造成了一些主播借此提高身价，进行流量炒作，使得直播领域的恶性竞争现象不断。

第2章 网络直播违法行为涉及的法律规定与刑法规制必要性

2.1 现有规范网络直播违法行为的相关法律规定

2.1.1 刑法及相关司法解释的规定

刑法分则在第六章妨害社会管理秩序罪的第九节中规定了关于涉黄类犯罪的五个罪名，这些罪名中传播淫秽物品罪和传播淫秽物品牟利罪等罪名都可以适用于网络直播色情行为。刑法分则在破坏社会主义市场经济秩序罪一章中规定了关于侵犯知识产权的一系列罪名，该节中可以适用于其他网络直播违法行为的罪名包括侵犯著作权罪和虚假广告罪。2004年出台的关于淫秽电子信息的司法解释中以概括列举的形式对淫秽物品的范围进行了进一步规定，同时对于传播电子淫秽信息的行为规定了具体的刑事处罚标准。在2010年发布的同样关于淫秽电子信息的相关解释对作为网路服务提供者的网络平台规定了具体的刑事责任承担形式，又对涉及淫秽信息的一些罪名进行了进一步明确规定。

2.1.2 行政法规和其他法律的规定

从2016年开始网络直播出现了爆发式增长，为了解决网络直播产业频繁出现乱象的问题，同时为了对直播领域进行有效监管，监管部门都相继出台了规范网络直播行业的法律还有行政法规。《互联网直播服务管理规定》主要对主播进行网络直播的基础条件和如何对直播平台进行监管等问题上做出了相应的规定^{[2]15}。另外，《网络表演经营活动管理办法》作为部门规章进一步规定了主播须按照实名制开展直播。同时从这些规范可以看出，我国对网络直播行为的监管表现为多部门、多层次，而且相关规定比较笼统，效力层次较低，尤其关于规范网络色情直播行为的规范性文件比较少。

我国《治安管理处罚法》对于利用互联网、移动手机或其他网络通信手段发布或传播网络违法色情信息的行为有相关的规定。《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》也对于可能严重危害未成年人身心健康的犯罪行为做出了规定。全国人大常委会在2016年11月颁布的《网络安全法》作为首个对网络信息安全进行全面规范的法律，对相关部门的监管职责进行了明确划分，还对于网络服务提供商应该履行的义务和责任做出了规定。

2.2 网络直播违法行为刑法规制的必要性

2.2.1 网络直播违法行为具有严重的社会危害性

由于刑法本身的谦抑性特征，只有当某中行为具有严重的社会危害性，才有刑法对之进行规制的必要性。网络违法直播行为侵犯的法益说明了其具有严重的社会危害性，也是刑法对它进行规制的重要依据。体现在以下几个方面：

第一、破坏社会管理秩序。社会管理秩序是全体社会成员从事行为活动凭借的准则和国家对社会进行管理应遵循的社会规范。体现为社会各项关系的井然有序、稳固安宁。在网络违法直播行为中，最容易被破坏的社会秩序就是网络空间社会的管理秩序。网络社会管理秩序是具备行政管理职权的政府及相关部门和其他参与并管理网络空间秩序的主体通过指导、监管、奖惩相结合等方式，同时运用国家各项法律制度，道德准则等手段，保证网络秩序的健康有序运行，为整个社会及广大网络用户提供优越的网络服务的过程。其目的是使网络空间秩序更加有序健康发展。网络社会管理秩序属于社会管理秩序的一部分，因为社会生活的正常运行离不开政府通过各项手段对之进行管理，网络空间社会也是如此。网络空间虽然是虚拟的，但网络空间秩序与现实的社会秩序密不可分。网络直播行业是互联网经济下的重要领域，根本目的是通过网络直播提高“粉丝经济”，给人们生活带来乐趣，提高互联网经济发展的同时，促进社会快速发展，而通过网络进行淫秽色情直播等行为，阻碍了网络直播产业的正常发展，扰乱了网络空间秩序，妨害了国家对网络社会的秩序管理，使得网络空间出现一些低俗不良的信息内容，这无疑是一种严重破坏社会管理秩序的行为。

第二、破坏社会主义市场管理和经济秩序。近年来由于互联网日益更新发展，网络时代的到来，网络直播平台的数量不断增多，网络直播行业出现繁荣发展的局面。很多年轻人开始成为网络主播，在这样的直播高潮中，出现了一种新的经济模式即网络经济。网络直播由于其本身的粉丝效应、直播打赏等优势吸引直播观看者进行消费，从而会推动网络经济的发展。网络主播巨大数量的粉丝能够形成庞大消费者群体，有些粉丝为了支持自己喜欢的网络主播从而购买他们推荐的产品。要想成为一名网络直播不需要太高的资质条件，因此有些年轻人开始作起了网络主播。这也在某种程度上提高了就业。在当前疫情的影响下，网络主播的“直播带货”也越来越火热起来了。但是不可忽略的是，网络经济中也存在着一些问题。有一些主播为了博得更多观看者的眼球，不惜以低俗或色情的直播内容提高关注度，以此获取更多的利益。甚至有些主播在直播带货的过程中对产品进行虚假宣传，推销伪劣商品。因此网络主播在直播过程实施违法直播行为，可能会涉嫌虚假广告罪、销售假冒伪劣商品、侵犯知识产权等严重破坏市场经济秩序的犯罪，这不仅会破坏网络空间的健康有序运行，而且会阻碍互联网经济的快

速发展，妨害了网络经济秩序。比如，有些犯罪行为人利用直播观看者的从众心理，安排自己的人员扮演购买者从而吸引更多的网民前来购买假冒伪劣的商品。这种性质恶劣的行为影响了市场经济的健康运作。

第三、侵犯公民个人生命、健康及财产安全。网络直播中主播为了提高粉丝数量，获取更多的关注度，在直播平台上实施一些违法行为，侵犯他人的合法权益。比如主播在直播平台实施辱骂、侮辱他人，暴露他人隐私、未经公民允许公开他人的个人信息、甚至是以暴力威胁勒索财物等行为，这些违法行为不仅会剥夺他人的人身权利，也会侵犯公民合法的财产权。例如在某省某县发生的，行为人王某为了提高在直播间的关注度，达到快速涨粉并且吸引粉丝对自己进行打赏来获取利益为目的，在大清早给他人打电话，边对他人进行咒骂、恶意诽谤、戏弄、勒索等非法行为，同时对全程进行直播。又比如在2018年发生的直播骗局当中，主播们在直播间将价格不到一百元的“玉石”高价出售，最终经过侦查机关的追查总共抓获了130多名涉嫌该案件的犯罪嫌疑人，并且在现场扣押了在直播中用于诈骗的电脑、移动手机、话术单等违法犯罪工具。

第四、危害社会秩序。很多网络主播面对主播之间的激烈竞争，未将个人安全与他人安全放在眼里，做出一些疯狂的行为。如西安的某主播在直播的时候大肆宣扬将要在某地某时实施炸楼行为，并让直播观看者也前去观看。在直播当中王某公开表示自己将会在晚上十二点中去炸西安市市区内的一所购物中心楼，随后便引来了许多公众的围观^{[3]172}。法院对这起案件进行审理的过程中，认为该主播在网络直播过程中故意捏造并传播虚假的违法信息，从而吸引观看者前来围观，造成了社会公共秩序的混乱，认定王某构成编造虚假恐怖信息罪。

2.2.2 网络直播违法行为的前置规制不足

计算机网络技术的迅速发展为网络直播产业的兴起提供了技术服务，特别是国家一系列政策法规的出台，进一步推动了网络直播行业的发展。但是由于规制网络直播违法行为的前置性法规规范的不足，使得网络直播领域发生的刑事风险越来越多。网络直播犯罪的复杂性与变化莫测给社会管理秩序带来了一定的阻碍。在当前大数据时代背景下，一个越来越明显的社会现象就是传统犯罪类型开始不断地向网络空间延伸，即出现传统犯罪的网络化。犯罪行为的实施越来越多地借助于网络直播平台、网络空间。犯罪行为人利用直播平台这一空间场所，亲自实施犯罪行为或帮助他人完成犯罪行为，严重破坏了社会秩序的安宁和侵犯了财产权利，犯罪对象和侵害的法益类型变得更加复杂。网络直播违法犯罪行为的前置性法律规范的不足，首先表现在由于关于网络色情直播犯罪的相关理论研究比较

少,传统刑法理论难以解决不断出现的新型网络犯罪。色情直播犯罪由于其犯罪手段的隐蔽性难以被侦查机关抓获,其扰乱网络空间秩序的同时造成了恶劣的社会影响。德国刑法学者埃里克·希尔根多夫提到,人们的日常生活已经受到电子化以及网络化的极大影响……然而对于其中的问题,不论是当前的法律,还是将来法,都未对其进行明确规定。在出现各种各样的网络色情直播犯罪后,以往的刑法理论遭受到冲击。举例而言,当前这类网络直播违法犯罪,其结构进一步优化,手段也变得更加丰富,以往形成的对这类犯罪进行预防、惩罚的法律规范,已经不再具备适用性。首先,部分犯罪行为人为躲避监管,会借助转移阵地这一手段,在非正规的网络直播平台实施违法犯罪行为。通常表现为在非法经营的网络市场购买或租赁直播需要的设备和服务器,然后在其雇佣的IT程序人员开发的不具备经营资格的网络直播平台实施网络淫秽色情直播或其他形式的网络犯罪。其次,行为人在合法的网络直播平台通过采取弹幕、拼音、谐音等方式面向观众进行淫秽色情直播内容的暗示,引诱更多的网络用户观看色情直播视频或发送淫秽色情视频,可见,犯罪手段变得更加隐蔽,犯罪方法不断出现新花样,善于利用漏洞,而现有的法律规范不能完全应对这些情形,加重了对犯罪的惩治和处罚难度。

其次,当前在我国法律规范当中对网络直播行为进行规制的法律、法规有许多,比如“互联网直播规定”和“互联网信息服务办法”等^[4]。上述法律法规中“互联网直播规定”属于对网络直播行为进行全面规定的规范性文件,并且在我国范围内全面实施。然而在网络直播方面,我国不论是立法情况,还是司法实践,都有许多问题有待解决。换句话说,有关网络直播的法律规范没有发挥原本应该发挥的实质作用,从根本上没有发挥有效监管的法律作用。有关网络直播的立法体系不完善,已有的法律规范的规制效力低,更是由于多部门监管导致职责不明,还有分工不明确,没有行业自律规范等问题成为了网络直播行业正常发展的阻碍。

最后,行政管理方面的惩治力度弱,举例而言,在以网络直播为对象的法律规定里,对于网络主播准入门槛进行了明确规定,然而对于和资质要求不符的网络直播如何进行惩处,这方面仍然存在立法空白。同时由于刑法的谦抑性,刑罚措施“参与”网络直播行业的比较少,行政处罚和刑事处罚不能有效衔接,容易使犯罪行为人逃避法网^{[2]174}。

2.2.3 网络直播违法行为可能涉及刑事犯罪

近几年网络直播行业快速发展,网络直播许多内容缺乏法律法规的规范。很多网络主播为了获得更多粉丝的关注,常常实施涉及黄色暴力、赌博、诈骗等内

容的直播行为，其违法直播行为在破坏社会公共秩序、违背伦理道德的同时，可能会违反刑法的规定，影响社会管理秩序。比如在一些违规设立的网络直播平台上，网络主播实施各种裸露身体部位等淫秽色情表演行为，其行为不仅会违反《治安管理处罚法》，情节严重的可能会触犯刑法，被判处聚众淫乱罪或者传播淫秽物品牟利罪等罪名。在网络直播中，部分主播在直播间通过进行假慈善活动，吸引粉丝进行打赏从而骗取粉丝的钱款，又如在直播卖货过程中利用虚假广告让更多粉丝购买直播产品进行消费，此类行为都容易形成诈骗罪。当粉丝打赏网络主播后，后者便可以将这些礼物兑换为可以用的货币从而变成收入，网络主播和其在缴纳税款问题上可能会实施逃税行为，从而构成逃税罪；在直播间未经他人允许暴露他人的个人信息，不但是对他人隐私权的侵犯，同时也犯了侵犯公民个人信息罪。

当今社会，各种网络直播平台不断涌现，在这些平台上，存在各种类型的网络主播，当其竞争越来越强烈的情形下，网络主播为了提高关注度，获得更多“人气”，实施网络直播飙车、直播打架等违反社会管理秩序的行为，主播的这些行为就会触犯寻衅滋事罪等罪名。网络直播的实时性、信息内容的多样性等特征致使网络直播的各个环节和内容缺乏严格限制和监管，这样就会使很多违法直播内容对未成年人产生不好的影响，甚至导致一些未成年人由于受到不良直播内容的影响而实施校园欺凌行为，最终造成恶劣的重伤、死亡等结果；还有些网络主播对未成年人实施的性侵犯等行为可能会触犯猥亵儿童罪，其造成的后果往往无法想象。

第3章 网络直播违法行为中不同主体的刑事责任范围

3.1 网络主播的刑事责任范围

3.1.1 传播淫秽物品牟利罪

近年来许多网络直播平台存在主播进行淫秽色情直播的行为。2018年6月至7月间,被告人罗某某和徐某某在某网络直播平台进行色情直播,在直播期间则利用各种手段比如进群送福利以及刷礼物等,将给自己赠送礼物的粉丝拉进两人事先建立好的QQ群内。该群内就有两人事先上传的自拍以及其他淫秽视频。经调查,两人通过此举非法获利人民币2000余元。此案由当地检察院受理后,检察院认为,上述两人通过网络渠道来进行淫秽视频的传播,从而获取收益,这一收益获取途径属于非法途径,违背了《刑法》,触犯了传播淫秽物品牟利罪,因此需要对其相关刑事责任进行追究,除了需要缴纳四千元罚金外,还被判处有期徒刑,刑期为半年。

为了获取利益,而对淫秽物品进行制作、传播便会涉嫌传播淫秽物品牟利罪,这类行为不但是对社会良俗的侵犯,同时也对文化出版物管理秩序产生了极大影响。我国《刑法》第367条提到,只要是对色情、性行为进行宣扬的物品,不论是录音带,还是影片,抑或是其他物品,都属于淫秽物品的范畴。我国相关法律规定还对其他淫秽物品具体范畴进行了规定,即对色情、性行为进行宣扬的声讯台、移动终端、互联网信息。对于网络色情直播表演是否属于“淫秽物品”,学界存在着不同的观点。有的学者认为淫秽色情直播画面通过网络连接进行实时传播,与我们平时浏览的网页没有太大区别,实质上属于一种淫秽电子信息,应当认为属于淫秽物品。而大部分学者分析色情直播行为的性质时认为,“淫秽物品”必须符合内容的淫秽性、有固定载体两大特征,主播的色情直播画面虽然符合内容的淫秽性特征,但并非存在固定的载体,因此该表演不能通过固定的载体进行传播并被反复观看,不属于淫秽物品,不可能构成传播淫秽物品牟利罪。但是网络主播直播时同时将淫秽色情内容存储下来用于传播的除外,也就是说,在主播进行色情直播时,若主播没有把色情内容存储在一定的载体然后传播出去,就不属于淫秽物品的范畴,因为此处并未借助载体来固定色情内容^[5]。学者邱兴隆也支持此种观点,他认为“淫秽表演”不能等同于“淫秽物品”。具体而言,首先,由于无有形载体存在,所以个体表演行为不属于物品。尽管网络色情直播中,不论是主播的语言,还是主播的肢体动作,都展现出色情内容,然而若是并未通过

各种手段比如截图以及摄像等将其固定下来，那么它就不是淫秽物品。其次，我国《刑法》要求，在明确淫秽物品范畴时，不能够随意对其范畴进行扩展，只能将其明确为一些物质性载体，比如音频文件、图片、书本等。究其缘由，则是若将带有色情信息的肢体行为也放进淫秽物品范畴中，此时就会产生这样一个问题，那就是个体除了是犯罪主体外，还承担着犯罪对象的角色，如此，犯罪主客体界限便会变得模糊。同时，若是从人权保障这一角度出发，它也存在错误，因为它将人当作物品，这不仅和我国刑法基本理念不符，同时也和文明共识背道而驰。所以就算网络主播在直播中出现色情行为，能够明确的，也只是说主播对淫秽行为进行了直播，而不能够将其视为淫秽物品^{[2]176}。

本文觉得，在网络直播中，如果主播存在色情表演，那么便可以将其色情表演视作淫秽物品，并不需要经过特定载体固定化之后才属于“淫秽物品”。因为从刑法相关条文以及司法解释对“淫秽物品”的规定可以看出，判断是否属于“淫秽物品”的关键在于其内容。如果将具有固定载体的淫秽书刊、图片、音视频资料等看作是“静态的淫秽物品”，那么可以通过扩张解释将网络主播的淫秽色情表演认定为“动态”的淫秽物品。淫秽物品是以淫秽色情信息为内容，损害公众心理、有伤风化的纸质书刊或电子信息。既然人们能够感知淫秽信息，就说明它是存在于一定载体上的，所以人们才能够感知到它，此时这类载体也就和淫秽物品的构成要求相符，那么，也就可以将其视为淫秽物品。需要注意的是，此类载体的作用是对淫秽信息进行展现，而不是将其固定下来、保存下来，用来多次观看，要做出是否属于淫秽物品的判定，就要看它的内容是否和淫秽信息相关。此外，我国刑法以及有关法律规定中，也并未提到说，要构成淫秽物品，就必须具备“反复传观性”这一条件。虽然我国不少法律规定中，都对载体形式进行了规定，然而只是对信息存在范围进行了规定，对于载体而言，信息内容是其前提和基础。根据“载体论”所说的，淫秽物品本质是满足两类条件的淫秽信息，这两类条件一是通过载体固化下来；二是能够多次反复观看，和那些并无法进行多次观看的淫秽信息进行比较，将其一类视为淫秽物品，原因是它不但能够在短时间内快速传播，而且还拥有受众，所以对于社会的危害也是极大的。但需要注意的是，此观点只符合纸媒体时代，在那时，如果纸质淫秽物品被快速传播出去，让大量用户观看，便容易对社会造成危害，然而当前已经进入大数据时代，对于网络直播，不论是传播速度，还是浏览人数，都存在一个共同特点，那就是实时性特点，当许多用户通过直播平台，对主播进行的淫秽表演进行观看之时，这类淫秽表演便被传播开来，而且它的传播速度要远远高于前面的纸质淫秽物品的传播速度，它的传播范围也要比后者要广泛得多，在这种情况下，它便会给社会带

来极大危害。所以，只要主播在直播中出现淫秽内容，那么就可以将其视作淫秽物品。在司法实践中，主播通过网络进行淫秽色情直播的行为大部分被认定为“淫秽物品”。例如，在2016年8月在深圳发生的网络淫秽色情直播案件中，女主播姓龙，她借助诸多网络直播平台来进行淫秽直播，并通过这一方式获得两万多元的打赏，当地法院认定其触犯传播淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑，刑期为210天。再以闹得沸沸扬扬的“雪梨枪”案件为例，该案件出现于2016年，此处的“雪梨枪”是行为人的网名，行为人是一名女主播，她和另外三人合作，进行“成都4P”平台的构建，然后在此平台展开淫秽表演，从中获得超过七万的收益，当地法院认定其触犯传播淫秽物品牟利罪，由于危害程度较大，判处有期徒刑，刑期为四年。

3.1.2 组织淫秽表演罪

如果行为人对淫秽表演进行了组织，便需判处组织淫秽表演罪，这是《刑法》第367条中有明确规定。能够发现，此类犯罪行为不但是对社会秩序的破坏，同时也是对社会道德风尚的侵害，不但会影响到民众身心健康，甚至可能会触犯其他犯罪，扰乱社会稳定。本罪处罚的是“组织”行为，即只处罚实施招募、安排等组织行为的组织者，对实施淫秽表演的行为人不以犯罪论处，该罪处罚的对象一般是组织者。但是组织者不管有没有参与色情直播表演不影响该罪的认定。

首先本罪中的“组织”指的是组织者为进行淫秽表演行为而实施筹备、招募、安排表演等组织行为。在网络直播中，除了网络主播既是组织者又是表演者的情形之外，也存在一些主播是被他人招募进来专门进行淫秽表演的情形。在进行淫秽色情直播之前，组织者为了获取利益、吸引更多的网民进行观看、提高主播的关注度，一般都会对淫秽表演的内容进行用心的安排。组织他人实施淫秽表演这一行为，组织淫秽表演罪里当前还并不存在明确规定，然而若是主播通过网络直播，借助一对一、一对多的形式开展淫秽色情直播的，所面临的问题是网络主播能否同时是组织者又是表演者？答案是肯定的，从上文说的组织者有没有参与网络直播表演行为，对于本罪认定并无影响，所以便能够得到这样一个结论：网络主播也属于组织者，此时其上述行为，也就和本罪提到的组织行为的标准相符。但若是网络主播自己一个人自发的通过网络直播平台实施淫秽色情直播表演行为，无论其主观上有没有获利的目的，在直播期间，如果并无组织行为存在，那么便如何和本罪里的组织行为要求相符，由此可以得到这样一个结论：如果淫秽直播是单独个人进行的，便不会触犯组织淫秽表演罪。

其次本罪中的“淫秽表演”指的是裸露身体部位、作出展现情欲的形态和作

出色情表演行为。另外成立本罪要求具备两个条件，第一，身体表演的当场性；第二，身体表演的动态性。换句话说，当表演者当场表演时，观看者需要在一定场所中进行观看，毋庸置疑，主播利用网络直播进行淫秽表演这一行为和“淫秽表演”界定要求相符，网络虚拟空间当场性，是否能够和组织淫秽表演罪里提到的当场性要求相符，还存在一定争议。对于在网络空间中实施的淫秽表演行为能否等同于在现实的物理空间内实施的淫秽表演？虽然目前的刑法条文和司法解释并没有将网络空间归入到现实的物理空间的范畴，但是不能因为相关的法律没有对此作出具体规定而否认网络直播淫秽表演行为不符合组织淫秽表演罪。在网络与公众生活密不可分的今天，网络空间已经变成了现实公共空间的一部分。除此之外，随着网络技术的蓬勃发展，物理空间内的淫秽表演也愈来愈延伸到了网络虚拟空间内。总而言之，淫秽表演的当场性只是犯罪行为发生的场所，并不会影响到对本罪的认定^[6]。

3.1.3 聚众淫乱罪

将多人聚集起来，展开淫乱活动，便触犯了聚众淫乱罪，具体来讲，要构成这一罪名，必须满足两个条件，第一，存在淫乱活动；第二，参与者超过3人。如果有人聚众淫乱，有两类人需要被判处有期徒刑（不超过五年）或者管制等刑罚，这两类人一是参加次数较多的；二是在聚众淫乱中属于首要分子的。这些都写在《刑法》第301条中。同时我国《刑法》还提到，如果有人对未成年人进行引诱，令其成为聚众淫乱活动的参与者，那么必须根据前面的规定，加大对其的处罚力度。如果借助网络直播平台，主播进行淫秽表演，多人通过此平台观看表演，它和以往的聚众淫乱罪存在相同之处，但是主播是否触犯此罪名，还有争议点存在。

首先，在聚众问题上，要满足聚众要求，参与者就必须超过3人，实际上，所谓聚众，指的是在同一时间、地点，聚集不特定多数人，然而在进入大数据时代以后，在理解同一地点时，也不能仅限于传统的思维模式。广大的网络用户虽然处于天南地北，但当他们观看主播的色情直播时“聚集”在同一个主播的直播间，参与直播内容并与主播进行互动。网络主播通过色情直播表演引诱不特定多数人进入到直播间，应当属于聚众行为。

其次，关于空间。传统的聚众淫乱罪是在现实的物理空间中发生的，因此有人提出在虚拟的网络空间进行的色情直播行为不能成为构成聚众淫乱罪的理由。是否可以在网络空间进行聚众淫乱，不同学者的观点并不一样，部分学者表示，当前伴随着科技的发展，针对“空间”的解释理应同时包括物理空间和虚拟空间，

虽然观看色情直播的网络用户各自处在不同的地域,不具备物理空间上的一致性,但是他们所处的直播间即虚拟空间是同一的,应当认为处于同一空间。另外一种观点认为,只有在物理空间中的行为才能够算是聚众淫乱行为,究其原因,则是由于当前我国《刑法》并未对网络聚众淫乱是否属于犯罪进行明确。个人认为聚众淫乱行为的实施空间应该包括虚拟的网络空间。就本罪来说,聚众淫乱行为之所以能够实施必须依赖于一定的空间才能使不特定多数人参与进来,因此场所主要是能为聚众淫乱行为提供空间,在这个空间中不特定多数人聚集在一起实施违反伦理道德的淫乱行为,侵犯社会公共秩序。因此不管是物理空间还是虚拟的网络空间,都能成为聚众淫乱行为的实施场所。

然后,关于淫乱。网络主播通过直播平台实施淫秽色情行为能否构成聚众淫乱罪的重要问题是,主播利用直播平台向观看者做出淫秽色情表演,并没有互相接触身体,是否属于“淫乱”行为?传统的聚众淫乱罪通常是指不特定多数异性(但并不限于男女异性之间)之间通过互相的身体接触实施的性交或其他满足性欲的行为。虽然由于网络空间的虚拟性,网络主播与观看者之间不可能有身体上的直接接触,也不能因此否定主播的行为和聚众淫乱罪要求相符。通过分析发现,由于聚众淫乱罪对社会法益进行了侵犯,所以社会公共秩序是其客体,是一种败坏社会风尚习俗的行为,而并无被害人存在。对于淫乱行为内涵的厘定不需要行为人与人之间有真实的身体的接触,有没有身体上的接触只是一种表面,在有没有侵犯社会公共秩序这方面并不存在差异。在由主播聚集的直播间中参与观看的用户之间尽管没有现实的身体接触,但都是为了满足刺激性欲,突破了法律的底线,同样是破坏了公共秩序,还有可能影响未成年人的身心健康,应当认为属于淫乱行为^[7]。

尽管随着社会的不断发展,公众对性的理解和态度有了很大的变化,也相比以前表现的更加开放,但是这种在虚拟的网络空间中聚集不特定多数网民实施色情表演仍然超过了社会所能容忍的底线,网络主播的这种行为构成聚众淫乱罪。

3.1.4 侵犯著作权罪

随着网络直播平台数量的增加和网络直播的普及,热门主播的数量也愈来愈多,直播行业如雨后春笋般生长。但是由于人气主播的精力有限,往往无法顾及在直播间内的每一个粉丝,这也使得许多粉丝因无法与主播进行有效互动而退出直播间或取消关注。此时就出现了CK智能场控等直播外挂,它和游戏外挂存在许多区别,具体而言,这类外挂软件主要用来服务于网络主播,并且其定位更精确,主要功能有直播间的自动欢迎、自动关注答谢、自动送礼答谢、虚拟定位等。虽

然也存在一些直播平台自己推出的用于直播的辅助性工具，但是官方发布的辅助工具无法向此类外挂一样，按照粉丝等级来进行欢迎语、答谢语的设置。

从根源上看，外挂软件属于破坏性程序，能够获取软件应用中存储的数据并可以进行增加、删除、修改，通过实施干扰性操作，改变原来的功能从而达到不法目的。从法律规范的角度而言，侵害了原作者的著作权，还可能涉嫌提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪。开发这类软件的行为人只看到了其带来的利益，却完全忽略了自己的行为已经违背法律规范和伦理道德的约束。通过分析发现，大部分外挂软件都是在对原有应用程序源代码进行反编译操作后，借助核心代码、协议来完成相关的封装操作，如果犯罪行为主观上以营利为目的且利用互联网向公众进行传播，那么按照《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，它属于复制发行，根据我国《刑法》相关规定，此行为涉嫌构成侵犯著作权等犯罪^[8]。

3.1.5 诈骗罪

以往法律中提到的网络诈骗罪，指的是通过对真相进行隐瞒或者捏造事实，令被害人产生错误认识，从而对自己的财产进行处分，在自己利益受损的同时令行为人获得好处的罪名。而当前的网络主播在网络上实施的诈骗犯罪是传统诈骗罪在网络上的延伸^[9]。例如，2016年快手视频上，有这样一段视频爆红，视频内容是两名主播到凉山贫困山区，通过将带来的钱发给当地村民来做慈善，然而这只是一场秀，一场为了骗取关注而进行的假慈善，因为完成直播后，这两名主播又收回了给出去的钱。当其真相被揭露，被报道后，受到许多民众的关注。当地法院受理此案，受理结果如下：（1）其中一名主播，原名杨杰，在快手平台上叫做“快手杰哥”，其通过直播来获得礼物，提现金额达到二十一万元，触犯诈骗罪，判处有期徒刑，刑期为44个月。（2）另一名主播，原名刘国彪，在快手平台上叫做“快手黑叔”，其通过直播来获得礼物，提现金额达到十九万元，触犯诈骗罪，判处有期徒刑，刑期为42个月。法院提出，上述案件，是行为人通过对网友爱心进行利用，从而来实施诈骗，对社会产生了十分恶劣的影响。除此之外，网络上实施诈骗犯罪的形式还有很多，比如有网络游戏主播诱骗小孩，当其想要进行游戏皮肤的购买时，将自己的微信收款二维码发给小孩，骗小孩扫此二维码便可以免费获得游戏皮肤，由于小孩玩游戏用的都是父母的手机，也知道父母手机的支付密码等，陆续给主播转账，事后主播将儿童拉黑，骗取钱财，也符合诈骗罪的构成要件。

3.2 网络直播平台的刑事责任范围

3.2.1 拒不履行信息网络安全管理义务罪

2016年被告人李某某为了获取非法利益，自主研发出某直播软件，并且允许多名网络主播在该直播软件上实施色情直播行为，在该平台进行注册的会员人数达到一千六百余人，平台观看人次最高达到一万三千多人次，同时平台上的淫秽色情视频数量也达到将近三十个，随后相关监管部门便需要清理此平台；然而被告人在2017年又研发了一个直播软件，并让几名网络主播在该直播软件上进行淫秽表演，从而获取非法利益。李某某通过对主播获得的打赏款进行分成获得非法利益，在这期间被告人李某某共获利四万余元。之后李某某被公安机关抓获。

我国制定并颁布的《刑法修正案（九）》中，第28条写到：如果提供网络服务的个人组织，并未对信息网络安全管理义务进行履行，在监管部门提出责令整改要求后，其却拒绝改正，而且存在以下情形，便需要判处管制，或者有期徒刑（不超过3年），同时还需要根据具体情况判处相应的罚金。（1）泄露了用户信息，引发的后果十分严重；（2）大范围传播违法信息；（3）导致刑事案件证据丢失，存在恶劣的情节；（4）有其他严重情节存在。按照这一规定，网络服务提供者在进行相应刑事责任的承担时，需要具备的条件包括：

一、本罪客观方面的认定

（一）义务来源

当前我国有许多法律规定都具体规定了网络服务提供商的网络信息安全管理义务，比如《维护互联网安全的决定》、《互联网信息服务管理办法》等。在上述法律和行政法规中，《互联网信息服务管理办法》直接可以作为网络服务提供者的义务依据，因为此文件中提到，对于网站传播的信息，若网络服务提供商发现信息属于法律规定禁止传播的信息，比如淫秽信息、暴力信息等，便需要对其传输马上进行停止，并将有关记录妥善保存，将情况报告给有关机关。按照上述要求，如果网络服务提供商发现平台有淫秽信息存在，便需要对其传输马上进行停止，并将有关记录妥善保存，将情况报告给有关机关。如果其明知道他人在其直播平台发布或传播淫秽色情信息，仍然没有采取任何措施组织淫秽色情信息的传播，那么便表示其并未对上述作为义务进行履行^{[10][112]}。

（二）相关监管部门的介入

要构成此罪，必须出现在监管部门责令其改正后。此处需要对监管部门范围进行明确，具有监管职能的部门主要是电信主管部门、网信办、公安部门等。这些部门的介入从理论上都可能会使网络直播平台产生刑事责任。但本文认为，由

于网络空间上存在形式各异的违法犯罪信息，其带来的社会危害也有轻重之分，因此只有当直播平台上传播的违法违规信息严重扰乱社会公共秩序和侵犯网络空间安全时，网络服务提供者才应承担相应的刑事责任，所以对直播平台具有监管职责的部门应该主要是公安机关的网络监管部门。此外，监管部门责令采取改正措施应该具有一定的形式，即应当是书面形式的指令，其内容应具体包括实施改正措施的对象、改正措施的期限、未进行改正的法律后果。在上述案件中，李某某研发的直播平台曾被监管部门清理，这是监管部门的职责所在，然而其举措不会对直播平台造成刑事责任，则需要视警告内容而定。

（三）“拒不改正”

刑法条文虽然没有进一步解释“拒不改正”的含义，若直接根据文义来看，所谓“拒不改正”，是指在监管部门提出责令整改要求后，网络服务提供者却拒绝改正。具体而言，则指在还未被责令改正前，网络服务提供商没有履行法律法规规定的作为义务，在被责令采取改正措施之后也没有按照监管部门的要求进行改正。如果相关的监管部门在责令改正的时候，没有要求网络服务提供商履行该义务，则不能认定网络服务提供商构成拒不履行信息网络安全管理义务罪

在上述案件中，被告人李某某开发的直播平台被相关的监管部门进行管控和清理，李某某最初设立的直播平台被要求关停，李某某应该履行的采取改正措施的义务也已完成，李某某第一次的违法行为已经结束。第二次李某某又以牟利为目的研发直播软件，第二次的违法行为是继第一次的违法行为结束之后进行的，因此李某某第一次的违法行为仅仅违反了相关法律法规规定的作为义务，并无“在监管部门提出责令整改要求后，却拒绝改正”这一情形存在^{[10]114}。

二、本罪主观方面的犯罪认定

主观要件是认定罪名的重要构成要件，对于拒不履行信息网络安全管理义务罪的主观构成要件应当是过失。有的学者将该罪认定为是主观故意，其主要依据是该罪的条文内容“经监管部门责令采取改正措施而拒不改正”，认为是行为人对于自身行为已经有认识，但是持有故意状态拒不改正，对于故意的主观要件便是由此产生。

但是笔者却对学者的观点不认同，该条文责令行为人改正而被拒，具体的行为表现为行为人对于法定的信息网络安全管理义务、拒不改正是持故意的态度，明知自己的行为违反相关的法律和行政法规规定的应该履行的作为义务，仍然拒绝改正或采取措施。就像在交通肇事罪中，交通肇事人的主观要件为过失，而非故意，其故意的表现形式为对于在道路交通行使时，未依照道路交通安全法规章，做出了故意违反闯红灯等行为，即交通肇事罪中的故意行为表现，但是此故意并

不能够代表交通肇事人对于犯罪结果的故意，其只能代表行为人对于违规行驶的故意，对于结果的发生主观上并非故意，因而仍然认定交通肇事罪的主观状态为过失。而具体到本文中所探讨的罪名，犯罪行为人的行为是对于拒不改正的故意，而对于行为造成的严重后果持有的是过失的主观状态。在对犯罪行为人所犯的罪行进行衡量时，应当要根据其主观状态的不同而决定，若是犯罪后果的导致是由于行为人的明知或者放任，那么对于该种行为导致的严重后果，犯罪行为人应当承担相应的法律后果，依照其行为是起决定性作用或者是帮助作用，准确认定相关罪名。

在上述案件中，被告人李某某明知道其研发运营的网络直播软件用于进行网络淫秽色情直播^[11]，他为了获取较大利益仍然让多名主播在其直播平台上进行淫秽色情直播活动，造成大量淫秽信息传播的严重后果，主观方面是明知可能发生危害结果仍任，但是对于结果的发生并未进行制止，因而其主观状态中具有放任的倾向，严重危害社会法益，侵犯了刑法保护的法益，应当符合其他罪名，而不符合该罪的主观要件。

3.2.2 非法利用信息网络罪

随着网络犯罪治理的紧迫需要，同时对预备犯的处罚缺乏必要性的背景之下，非法利用信息网络罪应运而生。在网络犯罪出现复杂化、扩大化的形势下，不法分子的犯罪手段愈来愈隐蔽，司法实践中由于网络犯罪相关证据的收集存在困难，往往很难认定具有共同意思联络，难以认定为共同犯罪。该罪名将传统刑法理论中的预备行为正犯化，体现了立法对网络犯罪的惩治力度^[12]。我国刑法对于非法利用网络行为进行了规制，并且列出了三种表现形式，如设立了相关网站，用于进行违法犯罪、诈骗犯罪或者是出售违禁品等，且对于情节也进行了特别要求，需要达到严重的程度才触犯刑法，达到刑法认定的程度要求。实践中构成该罪的网络直播平台大部分都是通过违法违规手段成立的平台。当前在网络空间中存在很多淫秽色情直播平台，这些平台利用网络实施色情直播表演并引诱网络用户完成注册和消费，从而获取高额利润。还有的直播平台直接将淫秽色情为内容的广告发布在其平台页面，网络用户一旦点击这类违法色情广告就会进入到另外的违法网站。直播平台的这些行为都可能涉嫌非法利用信息网络罪。例如2016年发生的LOLO直播平台传播淫秽物品牟利案中，几名被告人合谋设立网络直播平台，并且通过中介联系网络主播，让网络主播到LOLO平台进行直播并从中牟利。本案中被告人起初设立直播平台的目的是为了实施违法犯罪行为并从中牟利，通过直播的方式，在平台上非法的传播淫秽物品，严重损害了网络空间的秩序，侵犯

社会法益，应当认定为本罪^{[13]107-108}。

3.2.3 帮助信息网络犯罪活动罪

近几年网络直播平台越来越成为犯罪分子实施犯罪的空间场所，主播进行网络直播必须要依靠网络直播平台的技术服务。目前，除了直播平台提供的完全中立的技术帮助行为，有部分网络平台的技术服务行为存在明显的目的性和法益侵害性，而且明知可能造成侵害结果依然为主播提供技术帮助，其应当为自己的犯罪帮助行为“买单”^[14]。网络直播平台对主播的直播表演活动提供如网络接入、视频传输等网络技术行为的，网络平台就会成为相应犯罪的帮助犯。

依据法律的有关规定，对于他人的网络犯罪行为，提供网络服务、服务器服务、传输服务等，应当是符合该罪的构成要件的。但是对于该法条与刑法其他条文的关系仍然存在争议，分为两个不同的派别，第一种观点认为帮助信息网络犯罪活动罪是量刑规则，不是帮助犯的正犯化；第二种观点认为帮助信息网络犯罪活动罪属于帮助犯的正犯化，即设立单独的罪名，将帮助行为认定是犯罪的正犯^{[10]104}。

第一种观点是从该罪的性质进行定性的，其仅仅是帮助行为，并非是实施了犯罪的正犯，因而对于行为人而言，可以将该种行为作为衡量刑罚的依据，对于行为人的帮助行为首先应该按照共同犯罪理论处理，无需考虑其他的新增罪名。首先，网络服务提供者的行为并不具有特殊性，其对于犯罪人的犯罪结果起到了帮助作用，而不同之处在于帮助的方式不同，是基于网络信息平台的，但是却并无与传统帮助行为存在差异^[15]。在网络空间内实施的传统犯罪一味的将其认定是网络犯罪是错误的，不应当将其纳入到网络犯罪中。利用网络平台进行犯罪的行为，只是随着犯罪工具的变化而发生了改变，犯罪的本质未发生改变，要根据犯罪的本质加以判定，因而我国刑法依旧可以将其作为共同犯罪加以认定，且能够有效识别帮助行为。张明楷教授对于该观点是持有赞同意见的，其认为对于刑法而言，对于罪名的设定并非越多越好，要依据犯罪的构成要件相应的制定罪名，对于某些帮助行为具有较大的危害性，可以单独的将该帮助行为正犯化，设定单独的罪名，但是并非对于所有的帮助行为都要进行罪名设定，要分为不同的情形，即帮助犯的绝对正犯化、帮助犯的相对正犯化和帮助犯的量刑规则，且张明楷教授认为从我国刑法的角度出发，基于共同犯罪理论、对相关法益的侵害程度以及犯罪性质来看，帮助信息网络活动罪属于第三种情形即是一种量刑规则^[16]。在这里同样也可以分成三种情形来看，这里存在三种情形，第一种是正犯利用了帮助犯的技术帮助时，帮助犯构成本罪。第二种则是行为人提供了技术服务，正犯并

未基于帮助服务，而单独的实施了犯罪，帮助行为并未实质上起到帮助作用，没有起到帮助的作用，按照三阶层犯罪体系来说不具备构成要件该当性，帮助犯的行为不构成该罪。第三种是帮助犯确实提供了技术帮助但是实行行为人并没有实施犯罪，帮助犯的行为没有造成对法益的实际侵害，帮助者的行为也不构成该罪^[17]。因此只有在第一种情况下即实行犯利用了帮助犯的技术帮助行为实施犯罪的，对帮助犯以该罪论处。因而对于行为人的网络服务以及技术服务等，并不能够一刀切的认为构成本罪，而是只有在实行犯通过利用该技术服务实施网络犯罪时，才对行为人的帮助行为认定为本罪。

其次，帮助信息网络犯罪活动罪的刑法量刑幅度偏低且只有一个量刑幅度，对于构成该罪的行为人的刑罚定性，我国刑法设定的较为简单，仅仅对行为人判处三年以下的有期徒刑或者拘役等，刑罚较轻，对于行为人的帮助犯罪的行为难以有效的规制。行为人的帮助行为对于实施网络犯罪的行为人而言，具有重要的推动作用，从而侵犯了社会法益，因而对于该罪的认定应当要符合社会法益侵害程度。而在实务中，网络服务提供者的帮助行为可能触犯诈骗罪、开设赌场罪、传播淫秽物品牟利罪，这些罪名都有若干量刑档次可供选择，而且最低量刑档次中的法定最高刑高于三年有期徒刑，因而根据我国刑法规定，对于其他罪刑的帮助犯而言，将其定性为共同犯罪，则会达到罪行与刑罚相适应，从而更好的符合罪刑相适应原则，也能够让提供网络帮助的行为人得到应有的刑罚惩罚。

第二种观点则是相反的，其认为网络行为的帮助者应当成为正犯，符合帮助信息网络犯罪活动罪的构成要件，在该罪构成要件中对于帮助者的行为重新的进行了定义，其认为帮助行为并非是直接造成社会危害结果的，但是其危害性并非不存在，而是类似于潜在的危险方法，但是确实具有相当的法益侵害的可能性，因而应当构成帮助信息网络犯罪活动罪。信息网络时代拉近了人们的距离，突破了时间与空间的限制，帮助行为不再局限于一对一^[18]，而是帮助的对象的范围在不断的扩大，被帮助人的行为并非必然的造成损害结果，在司法实践中，造成危害结果的案例数量占少数。但是从宏观层面中看待行为人的网络帮助行为，其帮助行为本身是依附于主要犯罪之下的，但是由于帮助对象范围过于宽泛，造成了帮助行为侵害的可能性已经大大增加，若是仍然将该种帮助行为认定为是传统共同犯罪行为，则不符合刑法规定的罪刑适应原则。其次网络帮助行为之所以引起公众的探讨，正是因为网络帮助行为具有特殊性，其不同于一般的一对一的帮助行为，网络帮助行为能够突破时空的限制，对多个主体进行帮助，也是我国刑罚之所以专门设立该罪的立法宗旨。

对于网络行为的帮助者而言，在传统的刑法理论中，将该种帮助行为不能够单独的作为罪行进行规制，只能将其作为共同犯罪加以定性，所适用的刑罚较轻，难以符合帮助行为侵犯的法益。而基于网络帮助行为的特殊性，我国刑法将其特殊性纳入到罪名的定性中，将帮助行为所累计侵犯的法益加以衡量，从而符合巨大危害的标准，因而对于网络帮助的行为人而言，将其定为该罪是符合司法本意的^[19]。对此，我国司法机关针对该种情况，应当尽快出台相应的司法解释，为审判人员设定具体可行的操作标准，对于如何衡量帮助者侵犯的法益进行计算，从而更加精准地惩治网络型传统犯罪中的帮助行为人。

3.3 网络直播观看者的刑事责任范围

网络直播平台违法直播现象频频出现，广大的网络用户作为观看者，也可能涉嫌犯罪。网络直播具有实时性与公众互动性，网络用户的消费偏好客观上对于网络直播者的直播内容具有影响，因此正确的观看观念可以有效抵制网络直播不法内容的产生，也可以消灭网络犯罪的根源^[20]。网络用户在网络平台中观看直播，其行为可能会触犯刑法，构成犯罪：一是“犯因”风险。网络用户在观看不法的网络直播行为时，受到了网络的不法倾向的影响，尽管该种犯罪行为将会由直播者以及监管平台承担，但是对于网络用户而言，其受到的不良影响可能对往后的社会风气产生不良影响，造成社会危害的潜在可能性。二是参与风险。网络用户的单纯观看行为并未触犯刑法的有关规定，但是存在潜在的可能性，部分网络用户观看者受到了网络直播气氛的影响，参与到了网络犯罪行为中，也将会侵犯刑法保护的法益。

3.3.1 挪用公款罪

对国家财务进行挪用的行为，严重的侵犯了我国财产的国有性，被刑法所严厉禁止，且制定了相应的罪名进行规制，即挪用公款罪。该罪名即以国家工作人员为犯罪主体，其犯罪方式是借助于职务上的便利，从而对于国家财产进行挪用。近几年发生了很多为了给主播刷礼物打赏，在自己能力不足的情形下甚至挪用公款而涉嫌犯罪的行为。如2019年11月一国有企业分公司负责人在观看某场直播时，深受主播人员的吸引，并且开通了打赏渠道，在自身钱财不够时，其目光转向了国家财产，并且挪用国家财产数额巨大，高达785万元，事发后身陷囹圄。对于某而言，其在开始之初并未具有挪用公款的意图，而仅仅将直播作为打发时间的方式，但是随着时间的推移，于某为了能够获得主播的感谢，其花费大量的钱财进行打赏，并且与某女主播建立了恋爱关系，打赏金额已经远远超过自身的

承受范围，为了维持自己展现出来的“大佬地位”，他先是向银行借款，其后对于国家财产的挪用行为便开始了，数额巨大，而自身也难以归还，最终法院以挪用公款罪判处于岩有期徒刑十一年，剥夺政治权利二年。

3.3.2 寻衅滋事罪

网络用户在观看直播时，是利用网络直播平台进行观看，可以突破空间的限制实时的观看到主播的行为，但是并不与主播处于同一地点，在司法实践中，网络用户在直播平台中进行犯罪的案例很少，但是仍然存在，网络观看者可能是网络直播违法犯罪的参与主体。从法律角度考察，网络观看者的潜在可能性犯罪领域无外乎两种，一种是聚集性的犯罪，当大量的网络用户不法的实施聚集行为时，则可能构成该犯罪，另一种是网络诽谤犯罪，网络是最好的面具，网络观看者借助网络屏幕的遮掩，肆意的宣泄自身的情绪，对他人进行谩骂，对不实信息进行传播，因而可能构成诽谤罪。虽然他们作为网络直播的观看者，消费者、甚至有时候是被害者的情形下，其并不被刑法纳入规制的范畴中，但是网络观看者若是参与到网络直播犯罪中，甚至成为了其中的积极参与者，侵犯了社会的法益，对于该种行为的网络观看者应当要给予刑法的处置，因而对于在直播活动中，网络用户具有不法行为的，可能构成以上的两种罪名。

第4章 刑法规制网络直播违法行为存在的问题

4.1 刑法原有条文范围过于狭窄

在我国刑法中，如何准确的界定淫秽物品作出了明确的规定，其体现在刑法分则的第367条中，与传统的纸质媒体时代不同的是，当下的传播媒介已经发生了变化，其传播形式和手段也多种多样，因此刑法第367条的规定不能完全覆盖形式各异的淫秽物品的范畴。因网络淫秽色情直播作为时下出现比较多的网络犯罪形式，对于刑法而言，具有滞后性的法律并未将该种犯罪形式纳入规制范畴中，我国最高院与最高检在2004年针对淫秽物品的种类进行了解释，但是范围限定仍然不明确，因而需要进一步补充，虽然立法的脚步在不断地适应着社会生活的发展，网络技术的日益更新与发展使得作为犯罪对象的淫秽物品出现了不同的表现形式，而且愈来愈开始与“物品”这个载体脱离。

若一直局限于传统刑法思维当中，认为淫秽物品的载体只能是物品，那么必然会造成刑法的规定与社会科学技术发展相分离的尴尬局面。2017年犯罪行为人张某与夏某相互讨论之后，由犯罪行为人夏某负责在某直播平台发布含有淫秽色情内容的广告，引诱大量网民通过加微信转账的方式进入到QQ群并实时观看色情直播。犯罪行为人张某则通过不同的微信号获取他人的“会费”，然后将购买会员的人员同样加入到QQ群组。他们利用网络直播的形式，组织群里的会员对其实施的色情行为进行观看。在前后三个月里观看他们色情直播的人员数量达到将近百人，而他们也获取非法利益一万余元。公诉部门以传播淫秽物品牟利罪对他们进行起诉，在法庭审理过程中被告方却指出张某与夏某是对色情内容进行直播，没有淫秽物品的存在，因此二人不构成传播淫秽物品牟利罪。法院最终经过审理认为，犯罪人的行为已经严重的侵犯到了刑法保护的法益，且聚集大量用户，表现出了组织化的倾向，因而应当构成组织淫秽表演罪。网络直播色情犯罪属于新型的网络犯罪，因此原有刑法条文和司法解释对该类行为的司法认定上存在问题。本文认为在上述案件中，犯罪行为人主要是利用网络直播进行淫秽表演并供他人观看，而组织淫秽表演罪处罚的是“组织”行为，因此不能认定为组织淫秽表演罪。从最终法院的判决也可以看出，刑法相关条文过于狭窄，不能完全应对新型网络犯罪中出现的难题。

4.2 刑事司法认定缺乏统一标准

当前对网络色情直播行为的刑法规定主要停留在对行为性质的厘定和犯罪构成上,仅仅根据网络主播和平台的行为是否涉嫌犯罪来单独认定,但网络虚拟空间与物理空间最大的差别在于网络虚拟空间内的传播速度和造成的危害远远高于现实的物理空间。由于网络技术的日益更新,利用网络平台进行不法表演的行为也越来越多,形式也呈现多样化的趋势。但是我国立法与司法解释中对于色情直播的有关规定仍然空白,如何认定网络淫秽色情直播的点击量与观看量均未规定。因而造成司法实践中,审判人员缺乏判决的依据。依据我国最高院与最高检在2004年发布的有关司法解释,对于网络传播的色情信息的点击量作出了规定,设定了一万次的标准即构成犯罪,而若是点击数量增加至五万次,则应当属于情节严重,达25万次以上则属于情节特别严重,但在直播过程中,直播平台或主播为了吸引更多的观众,提高人气而花钱刷量,甚至会与实际观看量相差很大,因此根据被点击率来进行量刑带来了一个问题,即应该按照实际的观看量还是平台造假的数量?虽然警方可以根据平台提供的数据造假的算法来重新推断出真实的观看人数,但其中的算法是否准确,是否具有可采性还是不确定的。除此之外,针对网络直播参与主体、网络色情直播行为和色情直播内容的定性、违法所得的计算、造成的危害等方面的认定缺乏具体的规定,因此在司法实务中欠缺统一的认定标准。

4.3 在保护未成年人方面惩治力度不足

在网络直播全民化的当下,直播在未成年人中的影响力越来越大,尤其在中小学和高中生群体中观看直播的人数占比越来越多。我国网络直播的低门槛等特征致使许多网络主播为了获得“关注度”,不惜以媚俗淫秽内容进行直播。很多直播平台出现了影响未成年人身心健康的不良信息内容,由于立法的滞后性导致淫秽色情直播开始出现向未成年人分散的趋势,影响未成年人的健康成长和人生观、世界观的树立。我国司法数据研究人员经过对未成年人实施的犯罪案件进行研究分析发现,通过计算机网络实施的严重侵犯未成年人人身、财产权利的犯罪案件呈逐年增长的趋势。未成年人在使用各种应用软件过程中精神健康和财产遭受严重损失的案件也反复出现,网络色情直播过程中出现的污秽、羞耻的画面不仅会伤害未成年群体的健康心理,而且更严重的会造成仿效的现象,影响其美好人生。

我国在关于保护未成年人网络安全方面的法律规定的比较分散而且模糊,导致其没有发挥原本应该发挥的法律效果。根据我国专门针对未成年人的法规中可以了解到禁止发布危害未成年人的图书、音像等,且在《未成年人犯罪预防法》

中也明确的规定保护未成年人的身心健康。虽然相关法律对利用网络向未成年人发布淫秽色情信息作出了规定，但这些规定只是对违法信息传播的形式进行了概括规定。对于向未成年人造成损害应承担的具体责任方面没有作出具体规定。例如根据《未成年人犯罪预防法》第六十四条规定，向未成年人传播淫秽信息和其他违法犯罪信息的，只是对行为人作出行政处罚。

第5章 网络直播违法行为刑法规制的建议

刑法罪名的设定应当是侵犯了相关的法益，行为具有相应的社会危害性，才能够被纳入到刑法的规制之中，而对于网络直播违法行为而言，其违法的途径与传统违法途径存在不同，需要对其违法方式与侵犯的法益进一步的明确，才能够完善相应的罪名。

5.1 补充相关的罪名和行为方式

5.1.1 将“淫秽信息”纳入到传播淫秽物品（牟利）罪

传播淫秽物品牟利罪是我国司法实践中对于淫秽物品所适用罪名，存在的最大争议就是基于网络平台的基础上，而产生的不法色情直播行为，是否属于该罪所规制的对象，即“淫秽物品”。我国学者对此具有不同的意见，有的学者认为网络直播内容并非实际上的物，因而不应当认定为该罪，而该种说法也时常被犯罪人作为辩解的理由。随着互联网信息技术的快速发展，淫秽内容的表现形式越来越纷繁复杂，越来越不再局限于“物”的范畴。因此为了解决罪名适用过程中存在的争议，以及弥补刑法条文的滞后性，对于该罪的对象可以做出更加完善的解释，即将“淫秽信息”也纳入到该罪的犯罪对象中。网络平台的信息传播需要借助一定的介质，即电子信息，而信息则是数据的载体，因而电子信息也可以作为色情内容的载体，将其归于该罪具有合理性。应该对刑法罪名的第364条的传播淫秽物品牟利罪进行补充，变为传播淫秽物品和淫秽信息罪，可以避免相关刑法条文被无节制的扩大解释的尴尬，同时可以涵盖利用网络实施的并通过信息数据传播的淫秽色情直播^[21]。

5.1.2 将“进行”淫秽表演行为纳入组织淫秽表演罪的行为方式

对于色情表演的表演与组织表演应当要明确区分，前者指的是个体实施的色情淫秽表演，而后者却是侧重于组织行为，故组织淫秽表演罪的处罚对象具有单一性，仅仅对组织者进行处罚，而对于进行淫秽表演的行为人并不进行规制。一般情况下在网络淫秽色情直播中进行淫秽色情行为的人员，一般认定其是表演者，而不是组织淫秽表演罪的组织者，但是两者的身份可以发生重合，但是罪名的设定应当要根据犯罪构成要件进行认定，单一的色情表演者不能够认定为是组织者，而组织者可以兼任色情表演者。色情表演主播为了能够获得更高的点击量与打赏，在直播平台中作出不法的色情表演，其行为严重的触犯了我国治安管理法，也应

当依据我国的《治安管理处罚法》进行相应的处罚，但是并非触犯刑法，也并未达到组织淫秽表演罪的犯罪构成要件，因而不能够以该罪进行处理，因此本文认为可以将“表演行为”纳入到该罪的规制范畴中，将组织淫秽表演罪改为“组织、进行淫秽表演罪”。进一步解决网络淫秽色情犯罪在罪名适用中的困境^{[3]32-33}。

5.2 规范网络直播犯罪认定标准

由于当前在司法实务中对淫秽色情直播犯罪的认定缺乏统一标准，使得对色情类犯罪行为的刑法评价出现不同的结果。尽管刑法相关条文规定了组织淫秽表演罪的客观行为要件和刑事责任，但是在定罪方面仍然存在模糊，致使出现不同种处理结果，所以有必要通过司法解释的方式对色情直播犯罪的认定进行统一标准。这么做不是要求对网络直播进行严格限制，更多的是要求在入罪问题上考虑到犯罪行为人的主观恶性与行为的危害性，还有刑法处罚的规定应全面具体。此外，对色情直播犯罪的认定应作出统一的规定，例如针对网络直播的观看人次、点击量、违法所得等。由于在网络直播犯罪中行为人的网络技术都比较高超，所以不可以按照传统犯罪中的违法收入的计算标准来计算直播平台色情犯罪的违法所得。通过司法解释明确规定入罪标准不仅可以更好的服务于司法实务，而且还可以提高办案效率^{[3]174}。

本文认为，司法实践中的认定标准应该适应计算机网络的技术性特征，应该合理地按照色情直播的观看量、点击率、实际的虚拟货币收入准确计算色情犯罪的违法收入。在相关案件中存在网络平台提供者对网络主播的色情直播行为不仅明知同时又没有履行作为义务，放任主播继续实施色情直播行为的，对网络直播平台进行归责时必须根据直播平台上真实的注册人数、观看量等判断色情直播的传播量。在2016影响较大的快播案件中，由于网络平台本身的技术方面的漏洞，致使快播平台越来越成为淫秽色情内容的聚集平台，这也导致大量网络用户都开始注册并使用该软件，最终在案件爆发前使用该平台的网络用户数量达到了四亿。可见快播案件带来的恶劣影响可想而知。最后，可以规定对行为性质非常恶劣、导致严重社会后果的淫秽色情直播平台的主要管理人员、组织人员和网络主播进行从重处罚。所以，在司法实践中认定网络色情犯罪案件时，应通过发布相关的司法解释的形式，完善和补充网络色情直播犯罪的认定标准，有利于对犯罪的正确认定。

5.3 健全相关的处罚方式

5.3.1 发挥罚金刑在网络色情直播犯罪中的作用

触犯刑法后得到相应的刑法处罚,是我国刑法具有威慑力的原因所在。通过司法实践中的案例我们可以发现,网络色情直播犯罪的犯罪投入成本与风险都较低,一般情况下行为人通过一部手机或台电脑就可以实施淫秽色情直播行为,而且主观上明显存在牟利的心态,虽然网络色情直播一直在伦理道德与法律规范的边缘徘徊,但这类网络犯罪带来的社会危害不能被忽略。随着网络色情犯罪的不断猖獗,对于色情直播的行为,也不断的进行打击,但是对于提供网络帮助的行为人而言,主要是对他们进行行政处罚。趋利避害是人的本能,网络主播为了获取更多的利益,提高自己的“知名度”,获得更多的资源,更容易被利益所刺激,不断越过法律和道德的底线从而走上犯罪的道路。因此规制网络色情直播犯罪应该进一步加大对该类犯罪行为的处罚力度,比如增加违法犯罪成本,加大对网络犯罪的惩治力度,只有当对犯罪行为产生强大的威慑力时,才能有效制止网络色情犯罪的滋生^{[10]79}。通过提高网络色情直播犯罪的违法成本,让犯罪行为人认识到实施网络色情直播行为并不能达到逐利的目的,同时可能会“引火烧身”。

在规制网络淫秽色情直播犯罪时,发挥罚金型的作用是对犯罪进行预防和制裁的更有力的措施。我国刑法分则关于涉黄类犯罪中都有关于罚金刑的刑罚措施,但是由于法律对罚金刑的适用标准等规定不够明确,进而致使罚金刑的规制效用未达到良好的效果,且依据相关法律法规的内容,罚金是作为附加刑适用的,不能够单独使用。刑法相关条文对罚金在适用中的具体数额标准没有进行统一规定,需要由法官进行自由裁量。因网络色情直播犯罪与其他类型的犯罪存在的较大的差异,造成的危害也越来越不容小觑,因此本文认为对利用网络实施的色情直播犯罪应该按照犯罪情节的不同对罚金刑的数额作出明确规定,可以通过发布司法解释的形式进一步发挥罚金刑对网络色情直播犯罪的作用,

5.3.2 推进从业禁止的适用

实施从业禁止能够有效的规范犯罪人的行为,该禁止并非是我国刑法明确规定的强制性的措施,其是我国司法实践中,对于行为人利用自身职业的便利而进行犯罪的行为制定的一种非刑罚,该措施是由我国的《刑法修正案(九)》加以制定,并且以专门的第三十七条加以确定,该措施能够要求行为人在一定的年限内不得从事某种职业,也能够有效的避免行为人再次犯罪,避免行为人利用自己的优势职位再次实施犯罪行为,危害社会法益,违反刑法条文^{[6]102}。目前我国网络直播领域发展较快,已经成为了公众消遣娱乐的场所,因而对于网络直播领域的规范化管理已然成为了有关部门的关注重点,对于直播人员而言,需要进行身份

认证，以保障网络秩序的清明。在此笔者认为利用网络平台进行色情直播的案件中，对于犯罪情节比较严重或其他严重扰乱社会秩序等情形，结合整个案件的影响可以适用从业禁止的规定。禁止造成严重影响的网络主播或相关的直播平台在一定期限内进入直播行业，以便达到进一步惩治和预防网络直播色情犯罪的目的，维护健康良好的社会管理秩序。

5.4 完善相关条文中保护未成年人的从重处罚情节

我国相关法律对涉及淫秽色情信息的处罚规定都比较严格，而且社会公众对淫秽信息的态度也是非常明显，淫秽色情直播行为的不断猖獗污染了原本健康运营的网络空间，加上未成年人心智不成熟，很容易产生模仿的心理。因此为了保障未成年人的健康成长，应该加强对此类行为的惩治力度，对针对未成年人实施的涉及淫秽色情内容的犯罪更应该加重处罚。从刑法角度来讲，应该进一步发挥刑法的规制机能和法益保护机能，严厉惩处色情直播犯罪。

刑法分则第三百六十四规定的传播淫秽物品罪的从重处罚情节包括了向未成年人传播不法淫秽物品的行为，但是在传播淫秽物品牟利罪中的规定却具有不同性，其并没有将此行为规定为从重处罚的情节。以主观状态作为区分标准，牟利观念趋使下的行为更具有恶劣性，以牟利为目的向未成年人传播淫秽物品的行为比直接向未成年人传播淫秽物品的性质更恶，此种行为不仅会破坏社会秩序，有伤风化，甚至会影响未成年人的心理健康，因此更加应该作为从重情节进行处罚。尽管在司法解释中规定向未成年人实施淫秽信息的传播行为或者其淫秽色情信息中包含针对未成年人实施的不雅行为的作为刑法第363条和第364条的从重处罚情节，但是解释中针对“淫秽电子信息”做出的从重处罚规定与刑法条文存在差异，其规定也不够完整，涵盖的范围不全面。所以应在刑法第三百六十三条中补充“针对未成年人传播淫秽物品、淫秽信息”的从重处罚的规定，以此来加强针对未成年人实施的色情行为的打击力度，这样也能对未成年人的网络安全进行保护。

5.5 明确网络直播平台的犯罪主体地位

从目前网络直播的运作模式来看，不管是网络主播还是网络直播观看者都与网络直播平台存在密切联系，网络主播与观看者分别担任直播平台的经营者与消费者。网络直播监管部门作为法律规定的监管主体，网络直播平台的各种风险管控是其要面对的新问题。因此，在互联网直播不断更新发展的过程中，由于网络

直播平台本身的许多不确定性因素，越来越让其成为各种法律风险的创造者^[21]。同时，与其他类型的网络犯罪和传统犯罪类型相比，网络直播平台犯罪的主体具有特殊性，这也是监管部门所面临的最大的难题。网络直播平台并不属于刑法总则中规定的犯罪主体范围，将直播平台理解为自然人或法人都存在不妥之处，也不属于其他犯罪集团等类型。况且，在网络直播犯罪中最明显的特征就是犯罪主体和行为都具有聚集性，网络主播与受众往往与直播平台存在关联性。直播平台的运营需要依靠相关领域的专业人员和服务人员，而且直播平台的行为同时具有不同属性，例如网络淫秽色情直播犯罪中，直播平台可能是实行犯或正犯，帮助犯或预备犯等，扮演着不同的角色。从目前互联网技术的迅速发展、网络经济的普及、尤其是“粉丝经济”的兴起等要素来看，网络直播犯罪数量将会出现不断增长的趋势，而且其犯罪关系会错综复杂。传统刑法理论愈来愈不能应对新型的网络犯罪难题，这也另一方面增加了司法适用过程中的处罚难度。因此，为了使刑法理论、立法与司法之间实现协同配合，可以考虑对传统刑法理论进行相应的调整，将网路直播平台作为犯罪主体的一种，具体而言，可以通过立法在刑法总则中明确规定直播平台的犯罪主体地位或者通过相关的司法解释进一步明确规定。

参考文献

引文型参考文献

- [1]赵墨林.网络直播的法律规制[D].长春:吉林大学,2017.
- [2]腾芸.网络色情直播行为的刑法分析[D].甘肃:兰州大学,2018.
- [3]刘伟.网络直播犯罪研究[J].江西社会科学,2020(5).
- [4]汪恭政.网络直播平台色情行为的刑法规制[J].南京航空航天大学学报(社会科学版),2018(1):52-53.
- [5]赵天水,刘欢.网络直播主体涉罪性质分析[J].重庆邮电大学学报(社会科学版),2018(6).
- [6]刘兴侨.网络色情直播行为的刑法规制研究[D].重庆:西南政法大学,2019.
- [7]李正.网络色情直播的刑法规制问题研究[D].天津:天津师范大学,2020:13-17.
- [8]汪扬新,孔祥成.论网络直播行为的刑法适用[J].传播与版权,2020(2):157-158.
- [9]黄园.网络主播犯罪及其治理[J].山东警察学院学报,2018(2):1-2.
- [10]杜文辉.网络犯罪的刑法规制研究[D].哈尔滨:黑龙江大学,2020.
- [11]孙道萃.网络直播刑事风险的制裁逻辑[J].暨南学报(哲学社会科学版),2017(11):5-9.
- [12]皮勇.论网络服务提供者的管理义务及刑事责任[J].法商研究,2017(5):
- 李明鲁.网络直播内容不法的刑法应对思路[J].宁波广播电视大学学报,2018(1):84-86.
- [13]孙运梁.帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究[J].政法论坛,2019(2):2-6
- [14]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[J].法律适用,2019(24):5-8.
- [15]余净,魏炜.帮助信息网络犯罪活动罪的法律适用[J].人民司法,2020(7):81-85.
- [16]于志刚.网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路[J].中国法学,2016(2):5-7.
- [17]霍俊阁.网络直播平台帮助犯罪行为的处罚边界[J].重庆大学学报(社会科学版),2019(12):4-8.
- [18]陈洪兵.网络与现实双层社会背景下的刑法解释[J].法学论坛,2019(2):7-9.
- [19]陈兴良.网络犯罪的刑法应对[J].中国法律评论,2020(1)88-95.
- [20]李明鲁.网络直播内容不法的刑法应对思路[J].宁波广播电视大学学报,2018(1):84-86.
- [21]蒋小燕.论淫秽物品犯罪的行为[J].河北法学,2011(1):137.

阅读型参考文献

- [1]任彦君.犯罪的网络异化与治理研究[M].北京:中国政法大学出版社,2017.
- [2]张明楷.刑法学(第五版)[M].北京:法律出版社,2016.
- [3]于志强.网络知识产权犯罪制裁体系研究[M].北京:法律出版社,2017.
- [4]于志刚,于冲.网络犯罪的裁判经验与学理思辨[M].北京:中国法治出版社,2013.
- [5]张明楷.刑法分则的解释原理[M].北京:中国人民大学出版社,2011.
- [6]于志刚,郭旨龙.网络刑法的逻辑与经验[M].北京:中国法制出版社,2015.

致 谢

时间总是过的很快，转眼间我们三年的学习生活快要结束了。我在新疆大学度过的这三年研究生学习阶段将会成为我美好青春的一部分。在这三年我不仅从学习和生活方面有了一定的收获，同时跟班里的同学和老师留下了美好的回忆。我要感谢我的导师艾尔肯·沙木沙克教授，感谢艾尔肯老师的严格要求和精心指导，从论文的选题、开题、修改等过程中老师给予了一定的帮助，耐心的指导。除此之外，我还诚挚的感谢新疆大学法学院的老师们，正因为各位老师的辛苦付出和认真教诲，我们才能顺利完成三年的学习生涯。在这三年的硕士研究生阶段，我各方面的能力都得到了一定程度的提高，再次由衷的感谢我的导师和各位老师，还有一起度过这三年时光的伙伴们，感谢对我的帮助和鼓励！

学位论文独创性声明

本人声明，所呈交的学位论文系本人在导师指导下独立完成的研究成果。文中依法引用他人的成果，均已做出明确标注或得到许可。论文内容未包含法律意义上已属于他人的任何形式的研究成果，也不包含本人已用于其他学位申请的论文或成果。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示谢意。

本人如违反上述声明，愿意承担由此引发的一切责任和后果。

论文作者签名： 伊丽菲热·加力

日期：2021 年 5 月 30 日

学位论文知识产权权属声明

本人的学位论文是在学期间在导师指导下完成的，知识产权归属学校。学校享有以任何方式发表、复制、公开阅览、借阅以及申请专利等权利。本人离校后发表或使用学位论文或与该论文直接相关的学术论文或成果时，署名单位仍然为新疆大学。

本学位论文属于：

保 密 ☐，在 年 月解密后适用于本声明。

不保密 ☐。

（请在以上方框内打“√”）

论文作者签名： 伊丽菲热·加力

日期：2021 年 5 月 30 日

导师签名： 艾合买提·木沙

日期：2021 年 5 月 30 日

个人简历、在校期间发表的学术论文与研究成果

个人简历:

伊丽菲热·加马力丁，女，出生于 1993 年 4 月 10 日，2013 年 9 月至 2017 年 7 月就读于陕西科技大学经济管理学院法学专业，于 2017 年 7 月获得法学学士学位；2018 年 9 月至 2021 年 6 月就读于新疆大学法学院法学专业。

在校期间发表的学术论文:

[1]伊丽菲热·加马力丁. 网络直播违法行为的刑法规制研究[J]. 创业圈·大经贸, 2019(12).