

分类号：

密级： 公开

U D C：

学号： 410115519052

南 昌 大 学 专 业 学 位 硕 士 研 究 生

学 位 论 文

网络色情直播行为刑法规制问题研究

**Research on the criminal law regulation of online pornographic live
broadcasting**

作者姓名 王硕

培养单位（院、系）：法学院

指导教师姓名、职称：周光清 副教授

专业学位种类：法律硕士

专业领域名称：法律硕士（法学）

论文答辩日期： 2021 年 6 月 5 日

答辩委员会主席： 胡嘉金

评阅人： _____

2021 年 6 月 17 日

一、学位论文独创性声明

本人声明所呈交的学位论文是本人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。据我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得南昌大学或其他教育机构的学位或证书而使用过的材料。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。

学位论文作者签名（手写）：王欣

签字日期：2021 年 6 月 16 日

二、学位论文版权使用授权书

本学位论文作者完全了解南昌大学有关保留、使用学位论文的规定，同意学校有权保留并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。本人授权南昌大学可以将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、缩印或扫描等复制手段保存、汇编本学位论文。同时授权北京万方数据股份有限公司和中国学术期刊（光盘版）电子杂志社将本学位论文收录到《中国学位论文全文数据库》和《中国优秀博硕士学位论文全文数据库》中全文发表，并通过网络向社会公众提供信息服务，同意按“章程”规定享受相关权益。

学位论文作者签名（手写）：王欣

导师签名（手写）：

王欣

签字日期：2021 年 6 月 16 日

签字日期：2021 年 6 月 16 日

论文题目	<u>网络色情直播行为刑法规制问题研究</u>				
姓 名	<u>王欣</u>	学号	<u>41011519052</u>	论文级别	博士 <input type="checkbox"/> 硕士 <input checked="" type="checkbox"/>
院 / 系 / 所	<u>法学院</u>		专业	<u>法律硕士(法学)</u>	
E-mail					
备注：					

☐ 公开 ☐ 保密（向校学位办申请获批准为“保密”，____年____月后公开）

摘 要

网络直播作为 2016 年出现的行业，随着网络技术的进步与网络用户的增加，凭借着自身丰富多彩的内容与高度的互动性，逐渐成为人们的主要娱乐方式之一，根据我国《第 46 次中国互联网络发展状况统计报告》显示：2020 年末网络直播用户规模达 6.17 亿，较 2020 年 3 月增长了 5703 万，占网民整体的 62.5%。但凡事皆具备两面性，网络直播作为一种新型娱乐方式在丰富大众生活的同时，也给社会带来了许多负面影响，滋生出许多犯罪行为，冲击着我国原有的法律秩序，其中最具代表性的是网络色情直播行为。由于网络天然具有隐蔽性、传播速度快的特点，这使得网络色情直播的危害远超过传统的色情犯罪，同时作为一种新型的犯罪形式，当前并不存在着专门规制的法律法规，司法机关在对于网络色情直播行为的罪名适用、入罪标准等诸多方面也存在着问题。本文将从网络色情直播概念与特征出发，在对学术观点与相关案件进行研究的基础上，明确网络色情直播行为的刑法适用，对网络色情直播行为定性及相关司法解释的完善提出建议。

本文的第一部分是通过明确网络色情直播行为的概念与特征来将网络色情直播行为进行分类，具体分为组织表演型、自行表演型、转播表演型，为分析网络色情直播行为的刑法适用提供基础；第二部分通过逐一评析理论界与实务界关于网络色情直播行为的罪名适用的观点，涉嫌的主要罪名有传播淫秽物品牟利罪、聚众淫乱罪和组织淫秽表演罪，从各罪名的主要构成要件出发，来明确第一部分中三种网络色情直播行为对应的罪名；第三部分来分析网络色情直播行为刑法规制中存在的问题并探讨产生问题的原因，存在的问题是罪名适用存在争议、罪名适用标准不明、从业禁止未发挥作用，原因笔者归结为行政处罚与刑罚之间不协调、刑法工具主义的影响以及技术进步对于现行刑法的冲击；第四部分是针对网络色情直播行为刑法规制中存在的问题与产生原因提出规制建议。

关键词：网络色情直播 刑法规制 组织淫秽表演罪

A B S T R A C T

As an industry emerging in 2016, webcast has gradually become one of the main entertainment modes of people with the development of network technology and the increase of network users. According to the 46th China Internet development statistics report, the number of users of online broadcast will reach 617 million by the end of 2020, It increased 57.3 million from march2020, accounting for 62.5% of the total number of Internet users. But everything has two sides. As a new entertainment way, webcast has brought many negative effects to the society while enriching the mass life. It breeds many criminal behaviors and impacts the original legal order in China. The most representative is the online pornographic live broadcast. Because of the hidden nature and fast spreading speed of the network, the harm of online pornographic broadcasting is far more than the traditional pornography crime. At the same time, as a new form of crime, there is no special regulation laws and regulations. Judicial organs also have problems in the application of crimes and standards for the crime of online color broadcast. This paper will start from the concept and characteristics of online pornographic broadcasting, and on the basis of the research on academic views and related cases, make clear the criminal law application of online pornographic live broadcasting, and put forward suggestions on the improvement of the qualitative and relevant judicial interpretation of online pornographic live broadcasting.

The first part of this paper is to classify the online pornographic live broadcast behavior by defining the concept and characteristics of the online pornographic live broadcast behavior, which can be divided into organizational performance, self performance type and broadcast performance type, which provides the basis for the analysis of the application of the criminal law of online pornographic live broadcasting; The second part analyzes the theory and Practice on the application of online pornography live broadcast crime one by one. The main charges involved are the crime of spreading obscene goods for profit, gathering the public and organizing obscene performance. From the main elements of each crime, the author clarifies the corresponding charges of three kinds of online pornographic live broadcast behavior in the first part; The third part analyzes the problems

existing in the criminal law regulation of online pornographic live broadcasting and discusses the reasons for the problems. The problems are that there are disputes in the application of the crime, the standard of application of the charges is unclear, the prohibition of the practice is not playing a role. The author is attributed to the disharmony between administrative punishment and punishment, the influence of criminal law instrumentalism and the impact of technical progress on the current criminal law; The fourth part is to propose some suggestions for the problems and causes of the criminal law regulation of online pornographic live broadcasting.

Key words: Online porn live broadcast Regulation of criminal law Crime of organizing obscene performance

目录

第 1 章 引言	1
第 2 章 我国网络色情直播的概述.....	3
2.1 网络色情直播行为的概念	3
2.2 网络色情直播行为的特征	4
2.3 网络色情直播行为的分类	7
2.4 网络色情直播行为的法律规制现状.....	7
第 3 章 网络色情直播行为罪名适用	9
3.1 网络色情直播行为与传播淫秽物品牟利罪	9
3.1.1 网络色情直播属于“传播”行为	9
3.1.2 “淫秽物品”应具备固定性	11
3.2 网络色情直播行为与聚众淫乱罪	12
3.2.1 网络空间属于公共场所	12
3.2.2 “淫乱行为”应以身体接触为必要条件	13
3.3 网络色情直播行为与组织淫秽表演罪	15
3.3.1 “组织”行为的界定	15
3.3.2 淫秽表演的认定	17
第 4 章 我国网络色情直播刑法规制中存在的问题.....	19
4.1 罪名适用存在着争议	19
4.2 入罪与量刑标准中存在问题	20
4.3 从业禁止措施未发挥作用	21
第 5 章 网络色情直播行为刑法规制境况窘困之原因.....	23
5.1 刑法工具主义的影响	23
5.2 行政处罚与刑罚之间的不协调.....	24
5.3 技术因素对于现行刑法的冲击.....	25
第 6 章 网络色情直播行为刑法规制完善的建议	27
6.1 树立积极的刑法观 摒弃刑法工具主义思想	27
6.2 厘清罪名在司法实践中的适用.....	27
6.3 完善相关司法解释.....	29

6.3.1 完善罪名的入罪与量刑标准	29
6.3.2 在司法解释中规定从业禁止措施	30
6.4 完善前置性规范	31
6.4.1 提高行政法律法规关于淫秽表演的处罚上限	31
6.4.2 加强直播行业自身建设	32
第7章 结语	33
致 谢	34
参考文献	35

第1章 引言

随着我国网络技术的进一步发展,各种各样的网络娱乐方式的出现,在丰富人民群众生活的同时,也给我国现行法律带来冲击。网络直播作为2016年出现的新兴产物,在经历高速发展后,虽然经历了两年的发展低迷时期,但受肺炎期间的“宅经济”刺激下重新恢复了迅速发展的势头。2020年末我国直播用户数量达到6.17亿人。但与此同时多个网络直播平台爆出直播涉黄的消息,不断引起公众关注,不少平台因直播的内容涉及淫秽色情而被责令停业整顿或吊销运营执照,不少主播因此被封杀。2016年,文化部就对包括龙珠TV在内的26个网络直播平台进行整治,被处理的网络表演者多达16881名;2017,各地的“扫黄打非”部门又开展了多次净网活动,关闭了一批网络直播平台,处罚了多位责任人;在2018年又针对网络直播乱象开展集中整治活动,70多款涉及淫秽色情内容直播类应用程序,被国家网信办要求下架。^①2018年的“MAX聚合色情直播平台一案”是我国侦破最大的一起跨境网络色情直播犯罪,非法牟利高达2.5亿元,造成的社会影响十分恶劣。在2019年,全国“扫黄打非”行动中立案处理的案件有1079件,涉及到网络色情直播的案件有541件。2020年,国家网信办等部门依法对“么么直播”“蜜桃直播”等44款传播淫秽色情的网络直播平台,进行处罚。网络色情直播层出不穷,网络色情直播行为不断冲击着整个网络环境的安宁。

同时,笔者在无讼网通过案例检索发现在利用直播平台进行淫秽色情直播的案件中,罪名适用方面存在诸多不一致,根据笔者搜集的自2016年到2021年的145篇刑事裁判文书,判处传播淫秽物品牟利罪的案件有92件,判处组织淫秽表演罪的有51件,判处聚众淫乱罪的有2件,还同时存在着几乎一样的行为却适用不同罪名的情形,也不存在规制该行为的司法解释或指导案例。理论界对于色情直播行为应当如何认定也存在诸多观点,邱兴隆教授认为网络色情直播的表演者不应当认定为犯罪分子,应该依照行政法的相关内容进行处罚,^②孙道萃教授认为应当参照日本刑法在现行刑法中增设公然猥亵罪以规制这类行为。^③但是更多学者认为对于此类行为应当依照现行刑法进行规制,但对于应当适用何种罪名看法不一。王明辉教授主张对淫

^① 滕芸:《网络色情直播行为的刑法分析》,兰州大学硕士论文,2018年。

^② 邱兴隆:《刑法视野下的网络“裸聊”》<http://tianya.cn/post-law-102400-1.shtml>。

^③ 孙道萃:《网络直播刑事风险的制裁逻辑》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》,2017年第11期。

秽色情主播应当以聚众淫乱罪论处，对色情直播平台以组织淫秽表演罪论处；^①赵天红教授认为都应该以传播淫秽物品牟利罪进行处罚。^②针对这种情况，笔者从网络色情直播行为概念与特征出发，将该行为分成三种，采用文献研究与案例分析法逐一评析学者观点与法院判例，来明确罪名适用，同时也探讨网络色情直播行为刑法规制中存在的问题，提出了相关的完善建议。

^① 王明辉，唐煜枫：《“裸聊行为”入罪之法理分析》，载《法学》，2007年第7期。

^② 贾阳：《网络直播无下限，怎么治？》，载《检察日报》，2016年9月14日第5版。

第2章 我国网络色情直播的概述

2.1 网络色情直播行为的概念

网络色情直播行为是指主播借助网络技术通过直播平台传播损害社会道德风尚与社会管理秩序的不具备艺术性、科学性的淫秽色情信息，以求牟取利益的行为。我国法律明确禁止利用网络传播淫秽色情信息。对于网络色情直播行为，首先要明确“淫秽”与“色情”的概念，“淫秽”是指详实描绘或露骨描绘性行为，而“色情”是指引起色欲望、性刺激的信息，两者结合就是能引起色欲望、性刺激的详细描绘或露骨描绘性行为的信息。以往我国处理涉黄互联网网站一般是采取行政处罚措施，但近几年随着网络色情行为的增多，更多会由司法机关采取刑事处罚进行规制。其次，色情直播行为都是行为人在直播间做出的涉及“性”行为的一些活动，行为方式一般存在两种，一种是主播在直播中通过自己的肢体动作来直接做出一些性行为；另一种是行为人在直播平台播放自己或他人制作的涉及到性行为的视频、照片等文件，这两种行为造成的社会影响都是十分严重。最后，网络色情直播的主体分为两类：一，网络色情主播，网络色情直播的主播一般是通过网络直播平台直播自己与他人或单独个人做出的涉及“性”行为的一些活动，一般包括能够满足性欲的性挑逗、性诱惑或性行为，并通过直播间的观影者的打赏与平台的奖励来获得报酬；二，网络色情直播平台的经营者与管理者，一般是通过策划表演过程，组织、管理表演者，负责表演场地与设备的提供与维护等活动，为观看者提供网络色情直播服务，并通过分成网络色情直播打赏与收取观看者缴纳会员费来获得报酬。

2.2 网络色情直播行为的特征

1、实时性和交互性，网络色情直播属于直播的一个类别，是不通过录播而通过网络直接对内容实时播放的一种媒介形式。首先，网络色情直播的行为人将自己的身体活动与面部表情、身边环境、发出的声音等所有摄像头能够捕捉到的内容，借助网络平台实时的传输到观看方的网络终端，从而实现网络终端的观看方与主播共处同一时空。其次，网络终端的观看方（大多数是手机用户也存在 pc 端用户）能够在固定的时间通过网络平台观看直播内容，并且可以通过直播间弹幕、打赏等方式与主播进行互动、交流。网络主播可以根据观看者在网络直播间的发言进行表演，这种色情表演往往是一瞬间完成的，主播的淫秽表演未记录下来，不具备重复观看的可能性，这正是区别于传统意义上淫秽物品的原因。

2. 直播内容具有淫秽性，网络色情直播在内容上有着淫秽性，主播一般是通过跳脱衣舞、摆弄性器官、在公共场合裸露身体、进行自慰行为或与他人发生性关系，吸引网络平台的观看者刷礼物、开通平台会员，这些表演明显具有淫秽性。同时存在着部分主播，为了获取更多的关注和打赏，在直播间进行群交、与动物发生性关系或强迫他人进行淫秽表演，明显违背了社会道德风尚和法律规范，内容明显具有淫秽性。从其该特征来讲，不同表演方式的淫秽色情直播不仅是违反了行政法律规范，情节严重的色情直播行为更应由司法机关依据刑法进行处罚。

3. 从业门槛较低。直播作为一个 2016 年出现的新兴行业，伴随着互联网的普及，网民数量的不断增加，直播从业人数也越来越多，但于此同时网络直播的行为规范也相对不完善。首先，对主播而言，直播行业不要求其有特殊技能，也无场所限制、无需大量的精力投入，人人都可以当主播，直播行业门槛极低。其次，从网络直播平台来看，有些平台并不会对网络主播进行身份审查，在这些平台中人人都可以是主播，素质堪忧；有些平台本身就是以提供网络色情直播作为卖点与盈利手段，不仅不会禁止发生在平台上的色情直播，相反还会支持、鼓励，这就为网络色情直播滋长提供了土壤。另外，随着全国范围内扫黄打非活动的开展，原本许多以提供性服务为生者，其从事原活动风险增大，而且网络直播相对于直接从事性服务而言，收入高、风险小、投入少，使得这群人大量涌入网络色情直播行业。

4. 直播的便捷性与传播的广泛性。与传统的在固定场所进行性服务和色情表演不同，网络色情直播对场所并不作要求，通常情况下主播为了减少

成本与风险，更多的会选择在住所进行直播。同时，基于互联网技术的进步和智能手机普及，进行直播条件越来越宽松，直播并不固定在台式电脑前，现在只要一部智能手机就可以开播。网络色情的主播也会为了获得更高的热度以及更高的打赏收入，而选择比较开放的户外进行直播，例如旅游景点、少有人经过的公园、公司职场、停放在路边的汽车中等。观看者基于猎奇心理对于在户外空间内进行的色情直播会持续的观看、打赏礼物，甚至相互之间分享。也正是基于直播场所的任意性和直播条件的宽松性，只要是存在着互联网信号的地方，就可以进行网络色情直播，为网络色情直播的快速增长提供了条件。不同于书刊、光盘等原始的文化载体传播范围存在限度，网络色情直播如同病毒裂变一样，不仅传播快而且范围广。网络色情直播通过搭建网络服务器即实现全时段全地域的传播，同时现在的手机等移动上网设备的普及和网络基站的搭设，从理论上说几乎全球各个角落都可以在直播平台观看色情表演。而且网络信号以接近光速进行传播，几乎在一瞬间就可以到达直播观看者的终端，根本无法阻止。

5、网络色情犯罪的成本低，利润高。首先，犯罪人只需要购买一台电脑或仅仅需要一部手机，就可以开播，而网络直播平台只需从市场上以较低的价格租赁一个包含网络平台程序的服务器、购买一个网络域名就可以提供网络色情直播服务。其次，随着现在网络技术的进步以及操作逻辑的简单化，使得网络直播平台的一切使用与维护都变得简单，并不需要招募专业的运营人员就可完成一个专业直播平台的日常维护。同时，犯罪分子也不需要时刻守在电脑旁担心被查处，网络平台只要经常变换 ip 地址或者将服务器放置境外即可逃避执法部门的追查，即使被抓捕并判处刑罚，由于处罚的力度较轻也会导致犯罪分子重操旧业。所以网络色情犯罪的投入相对于其他传播淫秽色情方式的投入是相当低的。最后，网络平台的收入也是相当可观的，营利的途径也是多种多样的，包括礼物打赏、买卖直播平台会员或在直播平台中发布广告商的广告，而作为主要营利手段的礼物打赏，礼物的价格从数百元至几千元不等，在一场网络色情直播中打赏的礼物可突破万元。

6、一般具备牟利的目的，林山田教授所说：在工商企业社会中，追求利润是一个正义的问题，个人在利益优先与金钱无所不能的社会认识的控制之下，追求利益已经成为绝大部分社会成员的主要人生目的。如果表演者不是为了获利，怎么会在公共场所进行淫秽表演，并通过网络实时转播，使人们观看。^①由于个体的行为具备抽象性的特点，我们不能简单的通过主观臆

^① [台]林山田：《刑法各罪论》（下册），北京大学出版社 2005 年版，第 316 页。

测就得出网络色情直播行为肯定是有获得利益的目的,但我们可以根据实践是认识的来源的原理从行为人的行为进行推断。首先网络直播作为一种文化产业,产业存在的目的就是牟利,因此无论是网络平台的经营者、管理者还是直接进行色情表演的网络主播都是有获利的需求才参与到网络直播这一行业,都是存在着一定的获利需求的。其次,从主播开始进行直播之时,就已经存在谋求利益的机会。网络直播的获利方式有两种:第一种是用户交付的会员费,有的平台要求观众缴纳一定数量的货币注册会员才可以观看直播内容,同时,观众也可以通过充值人民币在网络平台购买礼物,然后在观看表演时将礼物打赏给自己喜欢的主播,部分主播也会以打赏礼物为条件表演观众希望看到的节目;第二种是广告费用,网络直播平台同样存在着大量的广告,是一个广告宣传平台,这种盈利方式是通过商品进行推广并收取广告商的广告费用,但打赏仍是网络直播最主要的牟利方式。除此之外,网络主播还可以通过与直播平台签订劳务合同来获取一定的收入,据此可以推断网络色情直播行为具有一定的牟利目的。最后,无论是网络平台还是网络主播在直播前期都是存在着一定的资本投入,如果只是投入资本却不营利,是难以置信的。

7、刑法规定的含混不清,网络色情直播作为一种随着技术的发展而出现的一种行为,在刑法规制上存在着相当大的含混性。无论在理论界,还是司法实践中对此行为的刑法规制都没有达成一个共识。首先对于是否构成犯罪存在着争议,由于这是一种新的行为,《刑法》及相关司法解释均对该行为没有做出明确规定,如果按照扩张解释或者体系解释,对该行为进行刑事处罚是否超出了罪名原本的适用范围,不符合罪刑法定的要求?如果严格按照文义解释,不对网络色情直播行为做出刑事处罚,那么是否构成对该行为的放任?仅仅依靠行政法律法规能否最大程度地规制网络色情直播行为?另外,理论界对于色情直播行为应当如何认定也存在诸多不一,有的学者认为网络色情直播行为不应当认定为犯罪,应该依照行政法的相关内容进行处理,也有学者认为应当参考外国刑法增设公然猥亵罪来规制这类行为。但是更多学者认为对于此类行为应当依照现行刑法来规制,但对于应当适用何种罪名却未达成共识。有学者主张对淫秽色情主播应当认定为聚众淫乱罪,对色情直播平台应认定为组织淫秽表演罪,有的学者认为都应该以传播淫秽物品牟利罪来规制。有的学者认为在网络色情直播中具备组织行为是符合组织淫秽表演罪的构成要件的。

2.3 网络色情直播行为的分类

笔者通过明确论述网络色情直播行为的概念与特征,将网络色情直播行为分为三类:分别是自行表演型、转播表演型、组织表演型。自行表演型是指网络主播亲自参与色情表演,通过摄像头等采集装置将色情表演进行采集,同时以数字信号的形式通过网络传播到目标用户的网络终端上,这种表演形式最大的特点在于交互性、即时性,主播一方表演观众就可以观看到,同时网络主播也可以通过直播间的弹幕或发言进行相应的网络色情表演,是一种实时互动的表演,这种实时互动的表演并未固定于相应的载体中,在直播结束后,内容就不复存在了,不具备重复观看性的可能性;组织表演型是指在网络色情主播进行表演中,负责策划表演内容、组织、管理表演者、负责表演场所与设备的提供与维护,同时有时也会作为表演者参与其中。这种表演可以细分为两类,一是单纯在网络色情直播中负责策划、招募、强迫、雇佣、引诱、提供场地、提供资金等事项,主体一般是网络平台的经营者、管理者;二是不仅从事上述行为,还作为表演者参与色情表演中,例如2020年6月11日晚,网传的“滴滴司机性侵直播”^①,在此类中行为人存在两个行为,组织行为与表演行为,应注意逐一评价。由于这种表演方式一般准备充分,重视细节,服化道也相对更为精细,所以是现实中比较常见的形式;转播表演型网络色情直播行为是指网络主播将已经固定于某种载体的淫秽色情信息通过网络直播将内容转为数字信号并传输给直播观看方的一种直播方式。在转播式的网络色情直播行为中,首先是制作原始淫秽色情信息,并保存在网络云盘、u盘、硬盘中,其次是利用网络直播技术将固定的内容以数字信号的方式传输至终端观看者处进行播放与呈现,在该类中直播的对象是已经固定的淫秽色情信息,网络直播相当于是对固定淫秽色情表演的传播。在这一类中,由于网络色情直播的内容是已经固定下来的淫秽色情信息,具备重复观看性的可能性,应属于淫秽物品的范畴,区别于淫秽表演。

2.4 网络色情直播行为的法律规制现状

因为网络色情直播行为涉及的问题比较多,因此我国存在着一个由刑法、

^① 张玉胜:《自导自演“性侵直播”挑战底线》,载湘声报,2020年6月20日第3版。

行政法律法规以及其他规范性文件在内的法律规范体系对于该行为进行规制。

刑事法律规范的规定主要包括：《刑法》第六章妨害社会管理秩序罪中第三百零一条规定的聚众淫乱罪、第三百六十三条规定的制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪、第三百六十五条规定的组织淫秽表演罪。

司法解释的规定：2004年开始实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中进一步明确了传播淫秽物品牟利罪定罪处罚的标准，但是因为制定时间太早，未对2016年出现的网络色情直播行为进行明确规定。2010年实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》中对传播淫秽物品牟利罪的定罪量刑标准进行了补充，重点明确了电信业务的经营者、网络信息服务提供者的罪名适用与处罚标准。

其他的一些法律规定：《治安管理处罚法》对于组织或者进行淫秽表演的行为，参与聚众淫乱活动的行为，明确规定了如何进行处罚；《互联网文化管理暂行规定》、《互联网直播服务管理规定》规定了有权对网络色情直播行为处罚的主体是文化执法部门，处罚方式是罚款，数额为2万元以上、3万以下。

第3章 网络色情直播行为罪名适用

3.1 网络色情直播行为与传播淫秽物品牟利罪

我国刑法第363条规定了传播淫秽物品牟利罪,传播淫秽物品牟利罪侵犯的客体为社会的文化风尚和善良风俗,犯罪对象是淫秽物品;客观方面表现为传播淫秽物品;犯罪的主体为一般主体,无论是单位还是个人都可以成立本罪;罪名在主观方面为直接故意,要求行为人认识到自己传播的是淫秽物品,但不要求认识到淫秽物品的含义,判断是否存在牟利目的,要从行为人的动机与行为目的、传播的数量、传播的人次、播放的次数以及所谋取的利益等方面进行判断。有些学者认为所有的网络色情直播行为都应认定为传播淫秽物品牟利罪,^①但笔者并不认同,笔者认为网络色情直播行为是否符合该罪的构成要件应关注于直播是否是传播行为、色情直播的内容是否是淫秽物品,这也是各方争议所在。

3.1.1 网络色情直播属于“传播”行为

由于《刑法》及相关的司法解释^②中并未对“传播”行为的概念做出明确的规定和解释,均采用列举方式进行叙述。因此,笔者参考了汉语解释、传播学与刑法学上的传播行为概念,对于传播一词,通过汉语言词典对传播进行搜索,可以得出四个解释:①传送或散布;②传染;③广泛散布;④使普遍知道。^③在传播学中“传播”一词对应的是英语 communication。这个词来源于拉丁语 communis,中世纪在英文中写为 comynycacion,从15世纪开始逐渐演化成现代词形,其含义一般解释为“通信”“传递”“交流”“交往”等。通过这些,我们可以了解到,传播主要是指是人与人之间

^① 贾阳:《网络直播无下限,怎么治?》,载《检察日报》,2016年9月14日第5版。

^② 《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》和《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)》

^③ 刘兴侨:《网络色情直播行为的刑法规制研究》,西南政法大学硕士论文,2019年。

相互交流信息、观念、情感并与此有关的交流行为。传播学的创始人库里和皮尔士通过对传播概念的描述界定了传播的两个特点，一是社会性，传播必须是在人与人之间进行；二是符号性或语义性，传播的内容必须是具备意义的符号，^①这对于我们明确刑法上传播的意义具有重要的价值。在理论界，学者们也对传播淫秽物品牟利罪中的传播行为做出了不同的解读，有的学者认为传播是指通过广播、展示、租赁等方式传播淫秽物品的行为；^②有的学者认为传播淫秽物品是指通过一定的途径，广泛散布淫秽物品，使其与他人发生接触的行为，传播行为最基本的特征就是广泛扩散；^③也有的学者认为传播是指“通过在互联网上显示，展示，设置淫秽网站，网页等，制作淫秽作品传输至未指明或多数人认知的情形下，以及通过出借，给予等方式传播和转移淫秽物品”。^④在上述学者观点中笔者比较认同观点二，而观点一、观点三都是通过列举传播的方式进行叙述的，这种方式在司法实践中可以很好地定罪量刑，但是列举总会存在纰漏，一旦现实情况出现新变化，就会对刑法的适用产生不利影响，同时笔者为了在实践中对传播行为更好的界定，总结了传播的三个最主要的特点：一、散布性，即要在一定的时空内向不特定的对象进行流传和散布，扩散性是其本质特征；二、公然性，也就是说对不特定的多数人进行非隐藏性的散布，具有被不特定的多数人知道的可能性，林山田教授认为“所谓公然，乃秘密之相反词，系指不特定人或多数人得以共闻共见之状态，不以实际上已共见共闻之状况为必要，但必在事实上有与不特定人或多数人得以共见或共闻之状况”^⑤夫妻、亲朋等私人之间的传阅与观看，因为并未损害社会法益，不应认定为传播；三、手段的多样性，可以采取如广播，展示，租赁，也可以通过在网络上展示、陈列，建立色情网站、淫秽色情表演平台等，制作淫秽色情作品散播至不特定的多数人以及通过出借、赠与等方式传播和散发淫秽物品等多种多样的方式来进行淫秽信息、淫秽出版物或者淫秽音视频的传播。传播是构成传播淫秽物品牟利罪客观方面的要求，要构成该罪必须要有“传播”淫秽物品的行为，但是如果不具备上述的传播行为，例如只存在自行观看或藏有淫秽物品等行为，则不符合传播淫秽物品牟利罪的构成要件。网络色情主播利用网络技术向全世界的观众进行直播，使得承载着淫秽色情内容的数字信号实现了广泛的传播和扩散，

^① 郭庆光：《传播学教程》，中国人民大学出版社1999年版，第8-10页。

^② 高铭喧、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社2011年版，第603页。

^③ 刘宪权：《刑法学》下，上海人民出版社2016版，第776页。

^④ 张明楷：《刑法学》下，法律出版社2016版，第1168页。

^⑤ 闫志鹏：《利用网络传播淫秽物品犯罪之行为定性研究》，吉林大学硕士论文，2017年。

同时也符合传播学中不可或缺的传播四要件,即传播者、传播媒介、传播的信息、传播的对象。观众要想观看,只要通过点击网络链接就可以进入相应的直播间,因此网络色情直播行为符合“传播”行为的定义。此外,把网络技术当做淫秽色情物品在虚拟空间内传播的工具是符合传播行为前述特征的,也符合刑法解释学中的文义解释。

3.1.2 “淫秽物品”应具备固定性

最高人民检察院、最高人民法院于2004年发布的司法解释^①在第一条的第1项至第8项中列举了淫秽电影、表演、动画淫秽音频文件,淫秽电子刊物、图片、文章、短信息这些内容作为淫秽物品。从解释技术的角度看,该解释采用了完全列举的方法将淫秽物品所包含的内容加以规定,将淫秽物品的范围限定为淫秽电影、表演、动画、淫秽音频文件,淫秽电子刊物、图片、文章、短信息。通过对司法解释中所列举的内容进行研究,我们发现司法解释中所列举的淫秽物品都是在传播之前事先固定下来的,该淫秽内容均存在于固定的实体载体上,通过这些载体能够使淫秽内容具有重复传阅的可能性,只是这些固定的实体载体相对特殊而已。由于在自行表演型、组织表演型网络色情直播中的淫秽表演并不具备有形载体,仅是数字电子信号在网络中的传播,内容本身并未固定下来,当网络色情直播的主播停止表演时,该表演就不会再被其他人所看到,所以在网络色情直播过程中并未产生司法解释^②中所列举的各种淫秽物品。

有的观点认为随着网络色情的载体实体性逐渐消亡,色情直播的实时图像应当属于《解释》中明确列举的“互联网、移动通讯终端电子信息”的范围,这是符合扩大解释的。^③但是笔者认为随着网络信息传输和存储技术高度发展,逐渐作为淫秽电子信息载体的由早期的硬盘、录像带、U盘,到现在网络云盘、网络链接等虚拟载体,其实体性确实是在逐渐消亡,但是无论是网络云盘、网络链接所承载着的网络淫秽物品都是事先存在的,而自行表演型、组织表演型网络色情直播本身就是即时性的产物,一方直播,一方收看,直播所产生的数字电子信号在先前并不是存在的,事后也未形成相应的

^① 《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》

^② 同一

^③ 滕芸:《网络色情直播行为的刑法分析》,兰州大学硕士论文,2018年。

淫秽信息,其内容并未固定下来,把作为信息的图像数字信号认定为淫秽物品是超越了刑法规定解释的限度,这是超越刑法用语以外的类推解释,而并非扩大解释。因此笔者认为组织表演型、自行表演型网络色情直播不属于淫秽物品的范畴。但转播表演型中,播放他人或自己已经制作完成且固定下来的淫秽表演视频应属于淫秽物品的范畴。

3.2 网络色情直播行为与聚众淫乱罪

聚众淫乱罪作为刑法妨碍社会管理秩序一章的罪名,侵犯的客体是社会主义风尚、良好的社会道德观念。聚众淫乱是对社会善良风俗的公然挑衅,是一种蔑视社会道德观念,损害社会主义道德风尚的一种行为,会产生败坏社会主义道德风气的严重后果,应当依法禁止。在客观方面,表现为三人以上聚集在一起从事淫乱活动。主体为一般主体,但承担刑事责任仅限于首要分子以及多次参加者。在主观方面表现为直接故意,具有寻求刺激、满足性欲的目的。网络色情直播行为是否成立聚众淫乱罪,应当主要关注行为在是否符合客观构成要件中存在的两点问题,一,网络空间是否可以评价为公共空间;二,非直接的身体接触是否可以评价为淫乱行为,之所以关注客观方面是因为一种行为如果符合罪名的客观方面那么该行为所侵犯的客体也就相当明了,而对于把握虚无缥缈的主观方面也大有裨益,同时上述问题也是理论界争议较大的。笔者将在下文中分析两个问题。

3.2.1 网络空间属于公共场所

在一般的刑法理论中,聚众必须为3人以上,但并非3人以上聚集在一起从事淫秽色情活动都符合本罪,私下多人进行的性行为并未对法益造成损害不应当适用本罪处罚,因而“众”的本质应当是行为的公开性,使得不特定的多数人同一时间在公共场所内出现。聚众要想实现必需要依赖于一定的公共场所,这样才能达到不特定公众的聚集,而网络空间是否属于公共场所就成了问题的关键。有的学者认为应以身体是否可以自由出入判定某一空间是否能被定义为场所,^①网络色情直播虽然是在同一时间、在同一个直播间中进行,但这种空间却是由数字信号构成的虚拟空间,而这种由数字信号构成的虚拟空间就会使得身体无法进入,因此具备虚拟性的空间是网络色情直

^① 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2016年版,第1076—1077页。

播不能认定为刑法上的聚众的原因。但笔者认为网络空间是否属于公共场所,应当以空间是否具有公共性即是否可以被不特定的社会公众接触为判断标准,将身体是否可以自由出入作为判定某一空间是否是公共场所不符合网络犯罪愈演愈烈的形势,而且网络空间与现实生活是具备紧密联系的,在网络上实施某些犯罪行为的,其产生的后果也会在现实生活有所具体体现,并没有超出国民预测的可能性。

对于聚众淫乱罪来说,场所的功能只是为不特定社会公众的聚集提供一个平台,不管是现实空间还是虚拟空间,都可以为社会公众聚集提供这样的平台。在现实中,网络色情直播行为的表现形式为,网络直播平台的经营者通过在网络上散布平台链接,不特定的多数人通过点击链接便可以进入相应的网络直播平台或直播间,网络平台实现了多人共同参与,在虚拟的领域为行为人的聚众提供了平台。因此笔者认为只要能为社会公众聚众提供平台,无论是现实空间还是虚拟空间,都属于场所的范畴,在人数达到相应要求时是符合刑法上聚众的概念。同时在《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》中第五条规定:利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的,依照刑法第二百九十三条第一款第(二)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,依照刑法第二百九十三条第一款第(四)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚;在《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条规定了:以营利为目的,在计算机网络上建立赌博网站,或者为赌博网站担任代理,接受投注的,属于刑法第三百零三条规定的“开设赌场。无论是在寻衅滋事罪,还是赌博罪中司法机关都有意将网络空间纳入公共场所的范畴。同时聚众淫秽罪所保护的法益是社会的道德风尚以及公众的性感情,无论是在网络空间还是现实空间,公然进行性行为都会损害公众的性感情与社会的道德风尚,而且由于网络具备即时性、传播快等特点,对于社会造成的负面影响更大,因此将网络空间纳入公共场所的范畴进行规制更为重要。

3.2.2 “淫乱行为”应以身体接触为必要条件

网络色情直播行为要构成聚众淫乱罪,还必须符合聚众淫乱罪的客观构

成要件,即成立淫乱行为,但由于淫乱行为在刑法及司法解释中没有明确的定义,因此笔者参考了部分学者的观点。有的学者认为所谓淫乱行为,是指不符合道德准则的性行为,除了自然性交之外,还包括猥亵、鸡奸、兽奸等刺激和满足性欲的行为;^①有的学者认为淫乱具体表现为组织、策划、指挥三人以上共同进行猥亵、性交的行为或者多次参加三人以上共同猥亵性交的行为进行淫乱活动。主要表现为群奸群宿、跳裸体舞或进行性交以外的其他性变态活动,如鸡奸、兽奸等;^②还有的学者认为淫乱行为是指未婚男人与正派的,或者与该男人有亲戚关系的,但不属于禁止结婚的女性之间进行的婚姻外的符合自然的性交行为。^③

在以上学者对淫乱行为的表述与列举中,我们可以看到淫乱行为必须以身体接触为条件,但也存在着与之相反的观点,该观点认为本罪中的淫乱行为不但包括性交行为,还包括其他能够达到刺激或满足性欲的行为,虽然在现实中观看者与主播身处不同地点,但是两者却能在同一时间进入到同一个的直播间并进行互动,观看者与主播之间虽然未发生直接的身体接触,但仍然可以通过观看色情主播的淫秽表演,达到刺激或满足性欲的目的,符合聚众淫乱罪的犯罪构成要件。^④如果按照该学者的观点,组织观看淫秽表演、组织播放淫秽音像制品中的不特定的观看者未与淫秽色情的表演者进行身体接触,但确实达到满足性欲或寻求刺激的目的,那也应以聚众淫乱罪处罚。但是组织观看淫秽表演罪、组织播放淫秽音像制品罪的法定刑是处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,而聚众淫乱罪的法定刑是对首要分子或者多次参加的,处5年以下有期徒刑、拘役或者管制,这就会导致观看者的刑罚重于组织者,从犯的刑罚重于主犯,造成严重的罪责失衡。同时,该学者的观点会使得聚众淫乱罪成为“口袋罪”,这是不符合97年修改刑法将流氓罪删除的精神。还有的学者认为淫秽行为不要求行为人之间存在着直接的身体接触,即使不具备直接的身体接触,也不会侵害公众对性行为的良好感情方面存在着实质差异,符合淫乱行为的要求,虽然表现形式与发生在现实空间中行为有所不同,但还是一种淫乱行为。^⑤笔者认为该学者将行为是否侵犯了公众对性行为的良好感情作为淫乱行为的判断标准,扩大了刑法打击面,按照该学者的看法,网络上发布关于性行为的文章或视频也可能侵犯了公众对性的

^① 高铭喧,马克昌著:《刑法学》北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第553页。

^② 苏惠渔:《刑法学》中国政法大学出版社2012版,第471-472页。

^③ [德]费尔巴哈著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国方正出版社2010,第452页。

^④ 梅杰:《网络色情直播的刑法规制》,黑龙江大学硕士论文,2017年。

^⑤ 王明辉,唐煜枫:《“裸聊行为”入罪之法理分析》,载《法学》2007年第7期。

良好感情,那是否也应认定为淫乱行为呢?显然这也是不符合逻辑的。因此笔者认为淫乱行为必须以身体接触为条件。综上,笔者认为三种网络色情直播行为不具备身体接触这一必要条件,不应采用聚众淫乱罪进行规制。

3.3 网络色情直播行为与组织淫秽表演罪

组织淫秽表演罪,是我国现行刑法第365条规定的罪名。本罪的客体是国家对文艺表演活动的管理秩序与社会道德风尚;本罪的客观方面表现为组织他人进行淫秽色情表演;本罪的主体是一般主体;本罪的主观方面是故意,行为人是否存在牟利目的,不影响本罪的成立。部分学者认为,网络直播平台经营者放任平台内色情直播行为符合组织淫秽表演罪的构成要件,该学者认为网络色情直播行为本身就是淫秽表演,只是借助了网络技术,同时网络平台也存在着规划表演、安排表演、安排现场和安装网络直播设备等行为完全符合组织行为的定义。^①该学者的观点笔者是认同的,但笔者通过研读该学者的以及持相同意见学者的著作与论文,发现在论证是否构成组织淫秽表演罪中存在的一些问题,一、组织行为的对象是否包含表演的观看者,二、组织表演是否有人数限制,组织一人是否成立组织,三、动物参与性交,ASRM是否属于淫秽表演的范围。因此,要对组织淫秽表演罪中的组织行为进行界定以及对淫秽表演的定义进行探讨,解决上述问题。

3.3.1 “组织”行为的界定

刑法上并未明确组织行为的定义只是列举了组织行为的具体形式:包括策划、招募、强迫、雇佣、引诱、提供场地、提供资金等手段组织表演者进行淫秽表演。学者也做了相应的解释,有的学者认为“组织”有两个特点,一是动词,含领导、操纵、指挥、策划之意;二是涉及对提供方和接受方的“组织”。^②有的学者认为,所谓组织包括两方面:①招募、雇佣、诱骗甚至胁迫演艺人员在观众面前作淫秽表演;②引诱、煽动、召集、招待多人观看淫秽

^① 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》,载《法律适用》,2019年第24期。

^② 刘宪权:《刑法学》(下),上海人民出版社2016版,第788页

演出。^①刑法中对组织行为的列举与学者的观点存在区别,学者的观点中组织行为的对象包括表演人员与观看者,而刑法只有表演者,那么组织行为的对象到底是否应该包括淫秽表演的观看者?笔者认为本罪的罪名是“组织进行淫秽表演”,重点在于进行,而非“组织观看淫秽表演”。“组织”只是专指对淫秽表演活动的组织。而组织他人去观看淫秽表演,是超越了组织淫秽表演罪的适用范围,并不应由该罪进行规制,因此笔者是不赞同上述学者列举的组织行为的具体形式,而是认为有利于淫秽表演的行为都可以认为是组织行为,而组织行为的对象只是包括淫秽表演的表演者。有学者认为组织淫秽表演罪中被“组织”的淫秽表演的表演者人数应达到3人以上,^②例如“组织卖淫罪,行为人构成犯罪要求组织多人从事性服务,多人是指3人及以上的”,他们认为“组织”必须具备严密性并且对人数是有要求的,三人及以上才可能被组织,一个人是不可能成立组织的,因此,组织淫秽表演罪中的“组织”行为也应该是组织多人进行淫秽表演。但笔者认为该学者错误的应用了体系解释,虽然我国刑法中的很多罪名都存在组织行为,但是各个罪名中所包含的意思却并不是一致的,要具体罪名具体分析,例如组织卖淫罪,其侵犯的法益主要是社会法益、人身权益,所侵犯法益的重要程度要远高于组织淫秽表演罪,对“组织”行为的要求会更高;其次,组织淫秽表演罪不以牟利为目的,对于这种非盈利的犯罪活动,还要求人数为3人以上,形成严密的组织,无形中又提高了入罪门槛,因此不能简单的应用体系解释认为组织3人以上才符合组织淫秽表演罪中对“组织”行为的定义,即使组织一人进行淫秽表演也会损害国家对文艺活动的管理秩序与社会主义道德风尚,组织一人与组织三人以上进行淫秽色情表演都具备法益侵害性。因此笔者认为进行淫秽表演的人数对于是否成立组织行为不构成影响,组织一人也是组织。

最后,笔者认为在组织淫秽表演罪中“组织”包括但不限于策划表演过程,组织、管理表演者,负责表演场所和设备的供应与维护等行为,如果只有进行淫秽表演的行为,却缺少组织行为,不符合该罪的要件。网络色情直播平台的经营者在淫秽色情表演中通常进行召集主播、规划安排、网络宣传、表演指导等表演开始前的准备工作,比如对直播进行线上宣传、通知观众、布置场景、确定地点等,还包含色情直播中需要进行的直播间维护、打赏礼物结算等工作。对于网络色情直播平台的经营者是可以以组织淫秽表演罪进

^①苏惠渔:《刑法学》,中国政法大学出版社2012版,第533页。

^②丁慧洁:《组织淫秽表演罪定性问题研究》华东政法大学硕士论文,2014年。

行处罚的。但是对于网络色情直播的主播，除了已经通过建立直播工会，参与到主播的招募、管理活动中的，具备组织要件的，不能以组织淫秽表演罪论处。同时也要认识到，在转播表演型中，网络平台在明知主播传播淫秽物品时，仍提供上述服务，是可能构成传播淫秽物品牟利罪的。

3.3.2 淫秽表演的认定

因为在刑法与司法解释中并未明确淫秽表演的概念，为此，笔者参考了部分学者的观点，有的学者认为所谓淫秽表演，是指通过表演者的语言和形体，来具体描绘性行为或露骨地宣扬色情的淫秽性演出。^①有的学者认为淫秽表演是使其行为人或者其他人的性欲受到刺激、兴奋或者满足的动作，侵害普通人的正常的性羞耻心，违反善良的性道义观念，不需要现实地侵害性羞耻心，只要是使普通人感到性羞耻这种性质的行为就够了，应该根据社会中的风俗感情来判断是否属于淫秽表演行为。^②笔者综合上述学者观点，认为淫秽表演应具有三个特点，一是公然性，组织淫秽表演罪侵犯的客体是国家对文艺活动的管理秩序与社会主义道德风尚，淫秽表演必须具备公众观看的可能，如果是私下进行淫秽表演是不会侵犯公共范围的法益，同时私密的性行为属于应受法律保护的范畴。二、能否使社会公众无端产生性欲刺激，有害于正常人的性感情。对于大众而言是存在着一种正常的性行为观念，即性应当是隐秘的、隔离性的一种带有羞耻感的行为。但淫秽表演却让性行为走向公开化，让受害人在无意中接触性行为或者让受害人接触不能承受的性行为，使人无端产生性欲刺激，有害于正常人的性感情。三、当场性，淫秽表演必须是当场作出的，如果已经通过光盘、磁带、u 盘固定下来就成了淫秽物品。毫无疑问，亲自表演型、组织表演型网络色情直播是符合淫秽表演的特征，同时笔者认为随着时代的发展，一些新出现的网络现象是否属于淫秽表演的范畴也具备讨论的必要，例如“ASMR”，ASMR 主要指人体通过对视觉、听觉、味觉、触觉上的刺激进行感知，使受者在颅内、大脑皮层、背部或者其他部位产生令人愉悦的刺激感。^③现在“ASMR”的创作者会在音频中

^① 高铭喧，马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2017 年版，第 610 页。

^② [日]大冢仁著：《刑法概说》各论，冯军译，中国人民大学出版社 2003 版，第 485 页。

^③ 任建安：《利用网络传播淫秽物品犯罪的司法认定》安徽大学硕士论文，2019 年。

加入大量舔舐、呻吟等类似性行为的声音,通过网络直播平台传播,在此基础上创作出来的“ASMR”产品会引起听者的性反应进而产生性欲刺激,是具备淫秽性的。但是由于该类音频并不能像视频一样直接显现出性行为或者暴露性器官的行为,通过传统的判断方法是很难来断定该类音频是否属于淫秽表演的范畴。所以笔者认为现在判断是否属于淫秽表演应更侧重于能否使人无端产生性欲刺激或破坏正常的性感情,而不再拘泥于形式。其次,有的学者认为动物也可以成为淫秽表演的演员,认为动物之间的性交会侵犯人的性羞耻心。^①但笔者认为在信息时代,人们每天都会接触大量的信息,对事物的理解与接受能力也大大提高,思想观念早就发生了翻天覆地的变化,很难确定动物之间的性交会侵犯人的性羞耻心,其次,在实践中也未发生因传播、制作动物之间性交视频而遭受刑事处罚或行政处罚。但是如果动物与人从事性行为,由于动物与人的性器官存在较大差异,往往会导致观看者的性厌恶,损害正常人的性感情,应属于淫秽表演。

^① 刘宪权:《刑法学》,上海人民出版社.2016版,第778页

第4章 我国网络色情直播刑法规制中存在的问题

4.1 罪名适用存在着争议

对于网络色情直播行为的罪名适用,无论是理论界,还是在司法实践中都没有一个统一的观点。在理论界,有的学者认为网络色情直播不属于传播淫秽物品牟利罪中的淫秽物品,传播淫秽物品牟利罪的行为对象只能是固定下来且具有重复观看可能性的淫秽物品,同时平台经营者放任平台内色情直播的行为不符合本罪的构成要件,不能以传播淫秽物品牟利罪论处。^①有的学者认为主播进行网络色情直播时符合传播淫秽物品牟利罪的构成要件,应当承担传播淫秽物品牟利罪的刑事责任。直播平台经营者对于网站平台的承担管理责任,即便自身没有参与到的淫秽表演,只是放任在平台内进行的色情直播也会成立传播淫秽物品牟利罪的帮助犯。^②也有的学者认为淫秽行为不要求行为人之间存在着直接的身体接触,即使不具备直接的身体接触,也不会在损害公众对性行为的良好感情方面存在实质差异。网络虚拟空间也应视为聚众淫乱罪中要求公共场所,应以聚众淫乱罪论处。^③

同时,在司法实践中司法机关也对于罪名适用也存在着争议,笔者在诉讼网上以网络主播和色情直播两个关键词搜索到刑事裁判文书合计145篇,根据主播的行为方式和直播内容的不同,判处传播淫秽物品牟利罪的案件有92件;判处组织淫秽表演罪的有51件;判处聚众淫乱罪的有2件。同时,笔者通过研读判决书发现存在着几乎一样的行为却适用不同罪名的情形,例如在董某某、金某制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利一案^④中,被告人董某某在某APP直播平台大家长金某、房管姜某的帮助下,利用某APP直播平台,进行淫秽表演牟利,被告人董某某每次直播完,通过微信通知被告人金某,被告人金某将董某某的提现申请发给被告人姜某,再由被告人姜某找直播平台负责人员结算,再通过微信转账将打赏礼物发给金某,金某再将礼物打赏发给董某某。法院判决被告人董某某以营利为目的,利用互联网APP直播平台进行淫秽直播表演,被告人金某、姜某在明知被告人董某

^① 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》,载《法律适用》,2019年第24期。

^② 贾阳:《网络直播无下限,怎么治?》,载《检察日报》,2016年9月14日第5版。

^③ 王明辉,唐煜枫:《“裸聊行为”入罪之法理分析》,载《法学》,2007年第7期。

^④ 大同区法院(2019)黑0606刑初140号刑事判决书

某进行淫秽直播表演，却为其提供费用结算服务，被告人董某某、金某、姜某的行为已构成传播淫秽物品牟利罪。而在万某、杨某组织淫秽表演一案^①中被告人万某、杨某，以牟利为目的，在“卡哇伊”直播平台上进行直播，以“刷跑车有福利”等标语招揽观众，将打赏礼物的观众拉入特定微信群，并在微信群内发布平台收费直播间的密码，后在湖南省益阳市某区某公馆一栋房间内，通过“卡哇伊”平台收费直播间进行淫秽表演。法院判决被告人万某伙同被告人杨某以牟利为目的，在互联网上组织淫秽表演，其行为均已构成组织淫秽表演罪，依法应予惩处。在两个案件中，无论是被告人董某某，还是被告人万某、杨某都是在直播平台进行淫秽表演，几乎近似的行为，但是法院却做出不同的判决。

4.2 入罪与量刑标准中存在问题

网络色情直播犯罪具备犯罪成本低、传播广、危害大、犯罪收益高等特点，针对网络色情直播犯罪，为更好的达到预防与惩治犯罪目的，不仅要严格适用刑法，更要明确相关罪名的入罪标准与情节判断标准。在司法实践中规制网络色情直播的罪名一般是有两个，分别是传播淫秽物品牟利罪与组织淫秽表演罪，但这两个罪名无论是刑法还是司法解释中都不存在一个明确可用的入罪标准与情节判断标准，这不仅会导致同罪异罚，甚至还会导致同行异性。

在实践中，通过传播淫秽物品牟利罪来惩治网络色情时，一般依据相应的司法解释^②，但该司法解释规定的入罪标准与情节判断标准是以传播淫秽视频、淫秽音频、淫秽电子信息或淫秽电子刊物的个数为依据，但自行表演型、组织表演型网络色情直播行为的对象是表演，作为不具备固定性的产物，是不属于上述列举的范围。虽然转播表演型的对象可以认定为视频，但依照司法解释也要传播到二十个以上，达到情节严重要传播到一百个以上，达到情节特别严重则要达到五百个以上，而网络主播每天直播一次，传播一个视频，要直播二十天才达到入罪的标准，如果是在大型的网络直播平台，主播直播一天对法益的危害也是很严重的，如果严格依照司法解释进行处罚则丝

^① 长宁区法院（2019）沪0105刑初1249号刑事判决书

^② 《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）》

毫体现不出刑罚的即时性。

由于刑法及相关司法解释并未对组织淫秽表演行为的入罪与情节严重的标准作出明确规定,虽然《治安管理处罚法》也对组织淫秽表演行为存在着相应的处罚规定,但该法同样也没有明确对该行为处罚的上下限是什么,即没有规定淫秽表演符合什么条件才受到行政处罚,到何种条件将由刑法来规制。如果采用组织淫秽表演罪来规制不仅会导致同罪异罚,甚至导致同行异性。在司法实践中,虽然2004年浙江省高级人民法院、省人民检察院对组织淫秽表演定罪做出了规定,2007年江苏省高级人民法院、人民检察院也发布了相关的应用意见,两者都是通过以色情表演的场次、表演所参与人数、观看者的人数作为依据来区别入罪条件和严重情节。^①但是并不能适应通过网络进行色情直播的新特点,尤其是对于直播一次出现大量礼物打赏引发大量关注的情况。此外,这两个规定从性质上来说,只是内部指导性的文件,在判决文书中是不应该出现,并不具备广泛的现实意义。因此笔者认为需要通过制定新的司法解释来对上述问题进行规定。

4.3 从业禁止措施未发挥作用

从业禁止是我国在2015年11月1日生效的《刑法修正案(九)》中新增的一种资格刑,其针对的对象是利用职业产生的便利条件实施犯罪或者因违反特定的职业义务而被定罪处罚的犯罪分子,法院在犯罪分子刑罚执行完成或者假释之日起为防止其“重操旧业”而再犯罪,因而在一定期限内严禁行为人从事该类职业活动的规定。虽然,我国司法实践中存在着“禁止令”这一刑罚辅助措施以及责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照的行政处罚措施,但前者只适用于判处管制、缓刑的犯罪行为,范围相对较窄,同时,“禁止令”只是用于管制执行期间和缓刑考验期内,“从业禁止”则是在刑罚执行完毕之日或者假释之日开始就计算,从理论上来说,二者其实存在一个“承前启后”的关系:即当犯罪分子被判处管制或者宣告缓刑时,可以根据犯罪情况决定是否适用“禁止令”禁止该犯罪分子从事特定活动、进入特定场所、区域、接触特定的人,同时根据犯罪分子的人身危害性与再犯的可能性,决定是否在管制执行期满或者缓刑考验期满之日起,为

^① 周羚敏:《组织淫秽表演罪若干问题检视与反思》,载《常熟理工学院学报》2011年第11期。

防止其“重操旧业”，因而在一定期限内严禁行为人从事某项职业活动；后者在实践中往往适用的对象是申领营业执照的正规网络平台或者未进行申报的网络平台，并未剥夺网络色情直播者再犯的能力，而且不但行政处罚事前的威慑力不足，对于行为对象的行政制裁和否定性评价也很有限，预防犯罪的效果与刑法中的从业禁止相比较差，难以与网络色情直播行为所造成的危害相当。同时随着我国职业分类的完善，网络主播也被视为职业的一种，网络直播犯罪显示出职业化的倾向，而且我国已经逐步建立了网络直播行业的实名登记认证制度，网络直播主播在进行网络直播时，需要进行个人身份的实名认证，经营网络直播平台也要依法办理网络文化经营许可证，为司法机关采用从业禁止提供了可能性。但是在以往司法机关惩治网络色情直播行为时，并未采用。笔者认为造成这种现象的原因在于从业禁止这一措施并未规定在具体罪名中，所以司法机关不会采用。

第5章 网络色情直播行为刑法规制境况窘困之原因

5.1 刑法工具主义的影响

中国在1990年左右正式进入市场经济转型时期,社会治理体制也发生了剧烈的变化,社会矛盾也更加尖锐,频繁出现的上访、请愿以及其他类型的社会性事件,从根本上反映出人民群众对于政府公信力、社会资源分配、政府监督、生态保护、社会治安所引发的危机的不满,需要通过政治治理疏导社会内积压力,缓解各种转型危机,从而影响到作为治理工具的刑法规范的生成路径,刑事立法与刑事司法从传统的自上而下的阶级统治工具转变为从上向下互动的沟通治理工具,使得人民群众的意志在刑法中有了明显的体现,刑法立法与司法逐渐成为国家与公民社会相互协商与妥协的结果,刑法逐渐成为矛盾化解工具。^①同时随着科技进步与人为因素的聚合,给现代所带来的风险也更加严重,新事物的大量出现,在带动生产力进步同时也给社会带来了挑战,刑罚的功能被进一步放大,希望寻求刑罚的适用来维系社会秩序。

因此,从97年中国刑法修改以来出现了与以往相反的现象:刑法立法从扩大刑法的适用范围、加强刑罚力度的实用主义转变为安抚民众情绪的政策主义,实用性并不是立法者所要关注的首要问题,在立法中现实适用率低的条款也在不断增加。同时,这种倾向也影响到司法适用中,在司法实践中存在着凡是引发重大社会不良影响或是人民群众广泛愤懑的,即使难以适用刑法,司法机关也会主动创造刑法上不存在的联系,达到适用刑法的目的,在量刑上司法机关也会更倾向于从重处理。司法不单单是在为法律服务,也会受到民意的影响。

这种刑法工具主义也对网络色情直播行为的规制产生了影响,自从网络色情直播出现之后,实务界与理论界对于该行为的罪名适用一直存在着争议,在司法实践中与理论界对于网络色情直播行为的罪名适用,主要有三种观点,分别是组织淫秽表演罪、聚众淫乱罪、传播淫秽物品牟利罪。笔者认为这一

^① 魏昌东:《新刑法工具主义批判与矫正》,载《法学》2016年第2期。

方面是对于某些概念不清,例如在上文论述的“淫秽物品”“组织”“传播”,也不明确概念之间的界限,另一方面正是受刑法工具主义的影响,固然借助于网络平台进行淫秽表演对社会造成的影响是比现实空间中淫秽表演更大,也会更加冲击社会秩序,损害道德风尚,但本质上还是淫秽表演,只是借助了网络这一工具,不能因为对社会造成的影响大,社会关注度高,就重视刑法的工具性,突破罪刑法定原则,创造刑法上不存的联系,以达到适用刑事处罚的目的。对于网络色情直播行为,其实更应该重视发挥道德、行业规范、行政法规等前制性规范的作用,而不应陷入工具主义的泥潭,虽然通过刑罚的适用确实对于打击犯罪起到了立竿见影的效果,但一次不公正的审判,其恶果远超过十次犯罪。

5.2 行政处罚与刑罚之间的不协调

行政处罚作为行政机关对实施了违反行政管理秩序行为的公民、法人或者其他组织依法定条件、权限和程序实施的制裁性的具体行政行为,行政处罚与惩罚实施犯罪行为的刑事处罚在调整对象上具有重合性、在作用上存在差异,这要求行政处罚与刑罚应具备衔接性。^①但由于立法者对于行政处罚过重会导致行政权力泛滥的担忧以及对于随着时代的发展某些行为危害性加深的漠视,使得行政处罚与刑罚在针对同一对象时原本应是阶梯式的过渡关系,但却出现了不可逾越的鸿沟,从而导致即使出现了具备严重社会危害性的行为也是寻求刑法的规制,而不愿通过调节行政处罚的力度来规制新现象。

在对自行表演型网络色情直播行为进行规制时,由于刑法未对该行为进行规定,因此对于网络平台的主播一般应依照《治安管理处罚法》第69条或《互联网直播服务管理规定》第25条做出行政处罚,但是却因为《治安管理处罚法》对于进行淫秽表演的处罚,只是拘留十五天以下并处的罚款也不会超过一千元,而《互联网直播服务管理规定》也仅仅将罚款的上限提高到三万元,与该行为的社会影响严重不相匹配。因此,有的学者就建议通过立法来谋求刑法的规制,有的观点建议将“淫秽信息”纳入传播淫秽物品牟利罪的规制范围或将“进行”淫秽表演行为纳入组织淫秽表演罪的行为方式

^① 龚义年:《刑行衔接机制研究》,法律出版社2017版,第7页

中,^①也有的学者建议参照日本刑法设立公然猥亵罪来规制。^②笔者认为虽然网络色情直播行为所带来的社会负面影响很大,但是网络色情直播发展到一定的规模都不可避免的带有一定的组织性,场景安排、规划表演内容以及打赏分成都是一个人难以完成的,完全可以以组织淫秽表演罪来规制;其次,如果因为该行为修改刑法,也会产生更多的问题,例如设立公然猥亵罪,日本大谷实教授认为所谓猥亵行为,是刺激、兴奋或满足行为人或其他人的性欲的动作,它伤害普通人的正常的性的羞耻心、违反善良的性道德观念。^③那么依据本罪,在公共场所裸奔也将评价为公然猥亵罪,这将使刑法介入行政法的领域,与我国的国情不符,违背了刑法的谦抑性原则;而如果将组织淫秽表演罪中的组织行为解释为包括进行或将传播淫秽物品牟利罪中的物品解释为包括实时的淫秽表演,则是一种类推解释,是对于罪刑法定原则的破坏。因此,这种刑事处罚与行政处罚力度失衡造成的问题,只需协调好两者之间关系即可,而不是破坏刑法稳定性,寻求修改刑法。

5.3 技术因素对于现行刑法的冲击

技术因素给刑法带来的影响包括两方面:一是质的变化,随着技术的发展在社会中出现了一些新的法益,例如:网络数据、电脑程序及操作系统,这些都需要通过修改刑法来保护,同时随着技术的发展也出现了一些新的犯罪行为需要通过修改刑法来规制,例如未经同意复制、抄袭电脑数据、删改非程序性数据。虽然某些行为损害了新的法益,但是在相关犯罪构成要件未被制定时,依据罪刑法定原则,司法机关是不可以依据刑法去规制的;二是量的变化,例如借助网络技术去散布暴力、诈骗、凶杀等违法信息,宣传恐怖主义,泄露他人隐私等行为,上述行为在本质上不是新的,只是借助了新的媒介,可以依据现行刑法进行规制,但是这些借助网络技术实施犯罪所造成的损坏却远超过以前,只是需要刑法根据行为的变化提高处罚力度,完善相应的处罚标准,实现罪责刑相适应。^④

大多数的网络色情直播行为本质上就是借助网络技术的淫秽表演,所侵

^① 滕芸:《网络色情直播行为的刑法分析》,兰州大学硕士论文,2018年。

^② 孙道萃:《网络直播刑事风险的制裁逻辑》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》,2017年第11期。

^③ [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社2003版,第369页。

^④ 于志刚:《论传统刑法与虚拟空间的冲突和衔接》,载《浙江社会科学》2004年第1期。

犯的法益与传统意义上的淫秽表演并无区别，不需要设置新的罪名来规制，只是由于网络色情直播借助网络技术在理论上可以传递到每一个网民，在现实中每个直播间的人数在十几人至几万人不等，给法益带来的损害远超过传统意义上的淫秽表演。而且随着技术的发展，职业门类的细化，越来越多的新职业层出不穷，利用网络主播这一职业进行犯罪的现象也更多，网络直播犯罪越来越显示出职业化的倾向。同时，规制网络色情直播行为的刑事法律规范最近的一次修改在2016年之前，根本不具备对在2016年才出现的社会现象的预见，无法预见传统犯罪借助网络技术给社会道德风尚造成的损害，才会导致对于该行为的刑法规制存在着争议，因此笔者认为完善相关的司法解释对于规制网络色情直播行为是十分重要的。

第6章 网络色情直播行为刑法规制完善的建议

6.1 树立积极的刑法观 摒弃刑法工具主义思想

刑法作为规定犯罪与刑罚的法律,它的作用在于通过明确规定犯罪的成立条件并与犯罪行为作斗争从而保护国家、社会与公民个人合法的权益,维护社会正常的生产、生活秩序,但刑法工具主义却使刑法从实用主义转变为安抚社会公众情绪的政策主义,使刑法更倾向于发挥安抚民意、稳定民心的作用,从而减少政治国家与社会的对抗摩擦,减少社会转型所带来的风险,把刑法当成抵抗风险的工具、社会治理的灵丹妙药。^①要破除这种思想,首先要明确的认识到刑法作为社会控制的一种手段,天生就具有工具性,这是无法避免的,关键在把握工具性的度,寻求刑法适度且积极的应用。^②在司法实践中“度”的衡量标准在于:一、成立犯罪必须符合刑法明确规定的具体犯罪构成,即刑法学中的构成要件符合性,如果要采取体系解释、扩张解释也尽量围绕刑法原文语义的范围。二、成立犯罪必须具有刑事违法性,坚决杜绝,为了维护行为准则、道德观念而来滥用刑法,受到刑事处罚的必定是损害刑法所保护法益的行为。三、行为人成立犯罪必须具有责任,即可谴责性、非难可能性,注意抵制某些主观归罪、目的定罪的观念。落实到规制网络色情直播行为中,就是必须在司法实践中坚持罪刑法定原则,法无明文规定不定罪,法无明文规定不处罚,规范刑法的适用,在规制网络色情直播犯罪时,应按照行为人的具体行为来严格适用刑法,组织型网络色情直播应按照组织淫秽表演罪处罚,自行表演型应以《治安管理处罚法》等行政法律法规进行规制,转播型网络色情直播应以传播淫秽物品牟利罪进行处罚。切不可用刑法来规制一切。

6.2 厘清罪名在司法实践中的适用

在上文论述中可发现,在司法实践中与理论界对于网络色情直播行为的

^① 魏昌东:《新刑法工具主义批判与矫正》,载《法学》2016年第2期。

^② 付立庆:《论积极主义刑法观》,载《政法论坛》2019年第1期。

罪名适用，主要有三种观点，分别是组织淫秽表演罪、聚众淫乱罪、传播淫秽物品牟利罪。对于聚众淫乱罪，笔者认为淫乱行为以身体接触为必要条件，因此不能适用于网络色情直播行为，需要将此罪排除，而组织淫秽表演罪、传播淫秽物品牟利罪在规制三种网络色情直播行为中，都有自己的适用范围且范围并不存在着重合，但在司法实践中却存在着几乎相同的行为却适用不同的罪名的情形，因此明确组织淫秽表演罪、传播淫秽物品牟利罪的适用范围，对于惩治网络色情直播犯罪，维护公平正义具有重要的意义。笔者将通过论述罪名的区别来明确罪名适用的范围。

行为方式不同，传播淫秽物品牟利罪的行为方式是传播，鉴于传播这一概念刑法并未做出明确的解释，笔者在上文中通过借鉴汉语解释、传播学以及刑法学上传播行为的概念，将传播的特征概括为：一、散布性，即要在一定的时空内对不特定的公众进行流传和散布，扩散性是其本质特征；二、公然性，也就是说对不特定的多数人进行非隐藏性的散布，具备被不特定的多数人知道的可能性；三、手段的多样性，可以采取如广播，展示，租赁，也可以通过在网络上显示、陈列，建立淫秽网站、淫秽表演平台等，已达到制作的淫秽作品传输至不特定的多数人的目的。网络色情直播中的自行表演型、转播表演型本质上都是借助了互联网这一工具，将色情直播形成的数字信号，散布至不特定的多数人，观众只要想看，通过点击网络链接进入主播的直播间就可以观看，是符合传播的特征。对于组织行为而言，刑法及其司法解释只是列举了组织行为的具体形式：包括以策划、招募、强迫、雇佣、引诱、提供场地、提供资金等手段组织表演者进行淫秽表演，重点在于进行，而非组织去观看淫秽表演。“组织”是指对淫秽色情表演活动的组织。鉴于刑法的列举总会存在着纰漏，因此笔者认为，有利于表演进行的都可以认定为组织行为。在网络色情直播中，网络平台的经营者、管理者、网络主播工会一般会从事召集主播、规划直播内容、网络宣传等表演开始之前的准备工作，还包含表演中需要进行的直播间维护、打赏礼物结算、发放主播工资等工作，这些行为明显有利于网络色情直播，符合组织行为的要求。同时，要明确组织的是淫秽表演而非观看者，单纯组织观看者去观看淫秽表演，不应认定为本罪的“组织”。

行为的内容不同，传播淫秽物品牟利罪的行为内容是淫秽物品，通过在上文对刑法与司法解释中淫秽物品列举的分析，笔者认为刑法上的淫秽物品应具有两个特点，一、固定性，刑法与司法解释中所列举的淫秽物品都是在传播之前事先固定下来的，进行传播的前提是淫秽内容均具有一个有形载体，虽然载体的形式多种多样，但在传播前相关内容都是已经固定下来的。二、

重复传阅性，这也是物品能传播的前提，如果物品内容一经查看就消失殆尽那么就不可能传播。无论载体是书刊、光盘还是视频、音频等电子信息，只要具备这两个特征都应认为是物品。而组织淫秽表演罪的行为内容是淫秽表演，在上文中，笔者总结淫秽表演的特点：一是公然性，组织淫秽表演罪侵犯的客体是国家对文艺活动的管理秩序与社会主义道德风尚，如果是私下进行淫秽表演是不会侵犯公共范围的法益，同时私密的性行为属于应受法律保护的范畴。二、能否使社会公众无端产生性欲刺激，有害公众的性感情。三、当场性，淫秽表演必须是当场作出的，在网络色情直播结束后内容就不复存在了，如果已经通过光盘、磁带、u 盘固定下来就成了淫秽物品。两者最大的区别在于通过网络散播后是否具备重复观看性的可能性，对于淫秽表演而言，只要直播结束，表演内容就不复存在，即使存在录屏也是观看者的行为，也超出了网络色情直播的范围。因此，转播表演型中转播的是已经固定下来的色情表演，具备重复观看性的可能性，应认定为淫秽物品，而自行表演型与组织表演型是当场直播淫秽色情，应认定为淫秽表演。

综上笔者认为，组织表演型网络色情直播中网络平台的经营者、管理者在为网络色情直播提供线上宣传、召集观众、布置场景、提供地点等有利于淫秽表演的服务时，应以组织淫秽表演罪进行规制；而转播表演型中，网络平台的主播转播已经固定下来的淫秽表演应以传播淫秽物品牟利罪论，同时若网络平台明知网络主播转播淫秽表演还继续提供互联网接入、直播内容推送等网络支持服务，或者提供商业推广、打赏结算、直播间维护等帮助的行为，根据司法解释，构成传播淫秽物品牟利罪；自行表演型不应以刑法进行规制，应由行政机关依据行政法律法规进行处罚。

6.3 完善相关司法解释

6.3.1 完善罪名的入罪与量刑标准

根据笔者搜集到的裁判案例来看，网络色情主播的月收入动辄过万，而网络平台的组织者甚至存在非法获利过亿的情况，对于参与到网络直播的行为人而言既不需要技术，也不需要太多的资金投入与精力，仅仅需要一台智

能手机即可，而网络平台也只是需要一个网络服务主机与网站域名，花费不会过万元，面对如此之大收支差距，许多人对于网络直播行业趋之若鹜，即使网络平台或网络主播在被司法机关或行政机关惩处后，面对如此暴利的行业再犯的可能性也是相当大的。因此，笔者认为对于组织表演型、转播表演型必须要严格适用刑法，才能更好地预防与惩治网络色情直播犯罪。虽然我国现行刑法中对于规制网络色情直播犯罪确实做到了有法可依，但是罪名的入罪条件、量刑情节缺乏一个明确的标准，很容易导致同罪异罚，甚至同行异性。因而，笔者建议根据网络色情直播行业自身的一些特点，根据网络色情直播主体的不同而构建不同的判断标准，对于网络色情直播平台而言应以网络直播平台的点击量、直播平台的会员数、直播间在线观看人数、网络平台主播的数量为依据来确定标准，对于网络色情主播应以直播间的热度、粉丝数量、礼物打赏情况、粉丝粘性以及直播场数为依据来确定标准，并通过制定新的司法解释将上述标准确定下来，为组织淫秽表演罪、传播淫秽物品牟利罪的适用提供法律依据，以谋求更好地预防与惩治网络色情直播犯罪。同时，在司法实践中也要认识到某些网络直播平台为了吸引关注，存在直播平台数据严重造假的现象，有的平台会通过虚标在线观看人数与打赏虚假礼物，来营造平台欣欣向荣的假象。

6.3.2 在司法解释中规定从业禁止措施

《刑法修正案（九）》中新增了关于从业禁止的制度，针对的对象是利用职业产生的便利条件实施犯罪行为或者违背特定职业义务而被判处刑罚的犯罪分子，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，在犯罪分子刑罚执行完毕之日起或者假释之日起禁止其再次从事相关职业活动。但在实践中，对于某些失德、违法主播往往是由国家宣传部门封禁的，并不存在司法机关在判处主播刑罚后同时采用从业禁止措施的实例，但是根据《互联网直播服务管理规定》的规定，应该是由文化执法部门对色情表演主播进行罚款，而由国家宣传部门封禁是不具备法律依据的，国家宣传部门也并不具有相应的职权。因此笔者认为，随着网络直播平台实名登记制度的完善，应在司法实践中逐步推动从业禁止制度的适用，可以在必要时通过司法解释的方式将从业禁止纳入到具体罪名的处罚措施中，为封禁违法主播提供依据。在制定新的司法解释时可以参照由演出行业协会制定的《演出行业演艺人员从

业自律管理办法》，根据网络主播色情直播行为的情节轻重和危害程度，来明确从业禁止的具体适用，例如：对于触犯刑法的网络色情主播，根据其程度的不同，在行业范围内分别实施3年到5年不同程度的禁业，其次设置道德建设委员会根据网络主播禁业期内的表现，建议人民法院做出从业禁止措施取消的决定。从业禁止不仅可以对色情主播采取，该措施对直播平台同样可以采用，司法机关在办理网络色情直播相关案件时，可以适用《刑法修正案九》中关于从业禁止的规定，直接在判决书中做出禁止从事直播行业的处罚。

6.4 完善前置性规范

6.4.1 提高行政法律法规关于淫秽表演的处罚上限

有的学者认为对于单纯的通过网络平台进行淫秽表演的网络主播应该参照日本刑法的经验设立公然猥亵罪或将“进行”淫秽表演行为纳入组织淫秽表演罪的行为方式来规制，但笔者认为出现新问题不应先通过修改刑法的方式来解决，而是应当先调整原有的法律，在无法通过调整原有的法律来规制时，再制定新的罪名来解决，就我国现行刑法来看，刑法更重视规制淫秽表演的组织者，这是因为在一般观念中组织者为主犯，危害大、再犯可能性高，而被组织者为从犯，危害性相对较小，尤其是在淫秽表演中，存在着部分表演者是被欺骗的、被胁迫的，因而刑法未对于进行淫秽表演的行为进行规定，而由《治安管理处罚法》等行政法律法规进行规定，但随着网络技术的发展，通过借助网络技术进行淫秽表演的危害性远超从前，因此有的学者认为应该通过修改刑法的方式来解决，但笔者认为淫秽表演侵犯的法益是社会道德风尚与文艺活动的管理秩序，这类法益的优先级要低于人身、财产、国家安全等法益，如果为保护此种法益就修改刑法，破坏刑法的稳定性，得不偿失。其次，单纯通过网络平台进行淫秽表演对法益造成的损害是低于组织淫秽表演，如果要对进行淫秽表演行为刑法要加以规定，那对组织行为的规定也要做出改变，牵一发而动全身，加重了立法的负担；再次，从16年施行的《互联网直播服务管理规定》以及17年修订的《互联网文化管理暂行规定》来看，现在对于利用网络进行淫秽表演的规制主要还是以提高行政

法律法规的处罚力度为主；最后，行政法律法规中存在着关于淫秽表演的规定，可以依照行政法律法规对该行为进行处罚，只是处罚力度未针对现实情况做出改变，即使处2万元至3万元的罚款，也只是某些主播几个月甚至几天的收入，存在着责任与处罚失衡的情况，因此笔者认为可以通过提高行政法律法规中针对淫秽表演行为罚款的上限，这样就可以对于单纯通过网络平台进行淫秽表演的行为进行合理的处罚。

6.4.2 加强直播行业自身建设

根据2020年网络直播行业市场调研报告显示：中国网络直播行业整体保持稳定上升的发展态势。网络直播作为2016年出现的新兴产物，在经历了高速发展后，虽然经历了两年的发展低迷时期，但受肺炎期间的“宅经济”刺激下重新恢复了增长的势头，截至2020年12月，我国网络直播用户数量达6.17亿，较2020年3月增长5703万，占网民整体的62.5%。^①作为一个涉及人数过亿的行业，加强自身建设是规范行业自身活动、促进行业健康发展至关重要的一环。笔者参考了网络直播产业发展较早的国家或地区的做法。从2008年，韩国政府就成立了“广播通信审议委员会”负责接受不良信息线上举报、关停国内非法网站，取得了重大成就。英国1996年成立的网络监察基金会通过设立内容分级制度和内容过滤系统，让用户能够对观看的内容有所选择。通过参考国外的做法，对于我国具体的做法有：组建全国性的网络直播协会，由协会制定网络直播行业自律规范，以推动行业内对国家法律、法规遵守和贯彻；要求网络直播平台在平台推荐页增加法律法规宣传板块，落实法律法规宣传工作；构建网络色情主播名单的全网通报机制，使得违法主播终身禁止从事直播行业；加强自律性机构与国家行政部门的协调合作以促进行业性自律规范与行政法律法规的衔接，探索由自律机构与国家行政机关共同制定色情标准。

^① 中国互联网信息中心《第46次中国互联网络发展状况统计报告》http://www.cac.gov.cn/2020-09/29/c_1602939918747816.htm

第7章 结语

网络直播作为一种新型的娱乐方式,已经逐渐成为人民群众茶余饭后主要的娱乐方式,截至2020年12月,我国网络直播用户规模达到6.17亿,较2020年3月增长了5703万,占整体网民数量的62.5%。但凡事都具备两面性,随着这种娱乐方式的迅速发展,不少人却通过网络直播进行淫秽表演或传播淫秽色情信息,给道德风尚造成严重的损害,严重破坏了我国文艺活动的管理秩序,现实中不少网络直播平台都因此停业整顿或被吊销运营资格,严重的被追究刑事责任。网络直播要想实现良性发展必须要坚持法律底线,坚决遏制淫秽色情的直播之风。

本文通过明确网络色情直播行为的概念与特征来将网络色情直播行为进行分类,具体分为组织表演型、自行表演型、转播表演型,并以此为基础,逐一评析理论界与司法实务界关于网络色情直播行为罪名适用的观点,最终笔者认为组织表演型应认定为组织淫秽表演罪、转播表演型应认定为传播淫秽物品牟利罪,自行表演型不应认定为犯罪,应该依据《治安管理处罚法》等行政法律法规进行规制。同时,笔者对于网络色情直播行为刑法规制中出现的罪名适用存在争议、罪名适用标准不明、从业禁止未发挥作用的问题进行分析,提出了在司法实践中应摒弃刑法工具主义思想、完善罪名的适用标准、推动从业禁止措施的适用、提高行政法律法规的处罚上限与完善行业自律规范的建议,以期营造一个良好的直播环境。

致 谢

时光荏苒，白驹过隙，研究生学习生涯即将画上句号，在毕业临别之际，回想起在南昌大学度过的点点滴滴，不由的心生万分感慨。

首先我要感谢我的导师周老师，感谢周老师在这两年来，对我学业上的辛勤指导，对我在生活上尽心的支持与帮助，尤其是在毕业论文的写作过程中，老师付出了很多的心血，从论文的选题、开题、写作，每一次的修改到最终的定稿，都是在老师的悉心指导下完成的。老师渊博的学识，严谨的治学态度让学生十分钦佩，不得不说与周老师相识是我极大的幸运。今后我仍将不断努力，以不辜负老师的教诲。

其次，感谢法学院的各位老师们在课堂教学中的敦敦教诲，正是通过老师们的辛勤授课，建立了我基本的法律思维，教授了我应掌握的法学基础知识，感谢老师们辛勤的教导。

最后感谢我的室友与同学，谢谢你们在这两年的陪伴，希望我们都能成为社会主义法治的建设者，为我国法治建设添砖加瓦。

参考文献

（一）著作类

- [1]高铭暄、马克昌著.刑法学,北京大学出版社、高等教育出版社 2017 年版。
- [3]于志刚著.虚拟空间中的刑法理论[M].北京:社会科学文献出版社.2018.
- [4]陈兴良著.规范刑法学第 4 版[M].北京:中国人民大学出版社.2017
- [5]主编马克昌.百罪通论[M].北京大学出版社.2014.
- [6]张明楷著.刑法学下[M].北京:法律出版社.2016.
- [7]苏惠渔.刑法学[M].北京:中国政法大学出版社.2012.
- [8]周光权著.21 世纪高等院校法学系列精品教材刑法各论第 3 版[M].北京:中国人民大学出版社.2016.
- [9]刘宪权主编.刑法学下第 4 版[M].上海:上海人民出版社.2016.
- [10]赵秉志著.罪刑各论问题[M].北京大学出版社.2010.
- [11]于冲著.网络刑法的体系构建[M].北京:中国法制出版社.2016.
- [12]（日）前田雅英著.日本刑法各论[M],董璠与译.五南图书出版有限公司.2000.
- [13]（日）大冢仁著.刑法概说各论[M].冯军译.北京:中国人民大学出版社.2003
- [14]（日）郭自力著.英美刑法[M].北京大学出版社.2018
- [15]（日）林山田:刑法各罪论[M],北京:北京大学出版社.2015.

（二）期刊类

- [1]王明辉,唐煜枫.“裸聊行为”入罪之法理分析[J].法学,2007(08):48-54.
- [2]孙道萃.网络平台犯罪的刑事制裁思维与路径[J].东方法学,2017(03):83-93.
- [3]于志刚.网络思维的演变与网络犯罪的制裁思路[J].中外法学,2014,26(04):1045-1058.
- [4]于志刚.网络犯罪与中国刑法应对[J].中国社会科学,2010(03):109-126+222.
- [5]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),2017,39(11):60-70+131.
- [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[J].法律适用,2019(24):3-10.
- [7]姜雅雯.网络主播色情直播的定罪问题研究[J].安徽警官职业学院学报,2019,18(01):52-55+80.
- [8]庞云霞,孙丽.论网络色情直播的刑法规制[J].长春师范大学学报,2018,37(07):40-43.
- [9]魏昌东.新刑法工具主义批判与矫正[J].法学,2016(02):85-91.
- [10]刘宪权.网络犯罪的刑法应对新理念[J].政治与法律,2016(09):2-12.
- [11]喻海松.网络犯罪的立法扩张与司法适用[J].法律适用,2016(09):2-10.
- [12]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[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2016(02):24-26+30.
- [13]于冲.网络犯罪罪名体系的立法完善与发展思路——从 97 年刑法到《刑法修正案(九)草案》[J].中国政法大学学报,2015(04):39-54+159.
- [14]姜涛.刑法中的聚众淫乱罪该向何处去[J].法学,2010(06):3-15.
- [15]刘守芬,孙晓芳.论网络犯罪[J].北京大学学报(哲学社会科学版),2001(03):114-122.
- [16]付立庆.论积极主义刑法观[J].政法论坛,2019,37(01):99-111.

（三）论文类

- [1]于婷婷.淫秽色情直播行为定性研究[D].吉林大学,2019.
- [2]任建安.利用网络传播淫秽物品犯罪的司法认定[D].安徽大学,2019.
- [3]刘峰.涉黄网络直播行为的刑法评价[D].华东政法大学,2020.
- [4]滕芸.网络色情直播行为的刑法分析[D].兰州大学,2018.
- [5]杨晔.网络型传播淫秽物品罪若干问题研究[D].华东政法大学,2017.
- [6]邵立.网络环境下传播淫秽物品罪若干问题研究[D].华东政法大学,2011.