

信息技术的发展,给人们带来了便利,也伴生了通过计算机网络从事的违法犯罪活动。尽管我国刑法和相关司法解释对涉及计算机的犯罪有所规定,但由于此类行为模式多样,加之信息技术自身存在的复杂性,给司法实践认定相关行为性质带来了困惑。日前,本刊结合典型案例,与北京市石景山区人民检察院共同邀请专家,对“管理网络聊天室并进行裸聊的行为如何处理”问题进行了研讨。



刘兆欣



杨新京



王新环



侯钧雷



李凯

管理网络聊天室并进行“裸聊”如何处理

- 主持人:刘兆欣 (北京市石景山区人民检察院副检察长)
 ■ 特邀嘉宾:杨新京 (国家检察官学院教授)
 王新环 (北京市人民检察院公诉处副处长、法学博士)
 侯钧雷 (公安部十一局干部)
 李凯 (北京市石景山区人民检察院公诉处副处长)
 ■ 文稿统筹:王金贵 摄影:张剑

案情简介

2005年7月、8月间,李某在其家中多次通过网络登录某网站名为“开心就好”的视频网络聊天室,与他人通过视频进行裸聊活动,^①并取得了该聊天室的临时管理权。在李某管理该聊天室期间,多人多次使用该聊天室通过网络进行裸聊活动。后李某被抓获。侦查发现,此类裸聊行为有以下特点:

一是无偿性。裸聊往往被参与者认为是一种自娱自乐,是一种“消遣”,管

理员维护聊天室还要负担相应的承租费用;二是参与方式的多样性。进入视频聊天室有三种方式:自由进入、凭密码进入、“敲门”进入(指外来者想进入该聊天室,需要先向管理员发出申请,由管理员决定是否允许其进入聊天室);三是互动性。即参与裸聊的每一个人都必须实施淫秽行为,在观看别人的同时,也被别人观看,否则将不允许继续待在聊天室内;四是实时性。裸聊不同于普通传播淫秽物品行为之处在于它并非是以录像或其他多媒体文件的形式存在,而是以视

北京市九洲律师事务所

电话:010-58650226/27/28/29
 传真:010-58650230
 网址: <http://www.jzlaw.cn>
 E-mail: jiuzhou@vip.163.com

中同律师事务所

主任:杨矿生 执行主任:顾新华
 地址:北京市北三环中路甲29号华尊大厦A座18层 邮编:100029
 电话:010-82011988/950/951/830
 传真:010-82015986

北京市紫光达律师事务所

主任:倪泽仁
 电话:010-66503598 66503581
 传真:(010)66503112 网址: www.zgd.cn
 地址:北京市西城区后广平胡同38号国英公寓2C 邮编:100035

①所谓网上“裸聊”,是指参与者通过登录特定网络服务商提供的视频聊天室,由聊天室承租人(即室主)及其指定的临时管理员管理,其他参与视频聊天的人在隐去面部相互可视的情况下,各自裸体做出淫秽、自慰动作(也包括异性之间在摄像头前进行性交),供共同参与人与人之间相互观看的行为。

频流的形式存在,具有实时性和不可再现性,若非使用录像手段将无法重现裸聊场景。

分歧意见

对李某网上裸聊行为如何处理,在司法实践中存在着四种不同意见:

第一种意见认为,由于行为人的活动是在一个相对封闭的空间内进行,网上裸聊纯粹属于个人行为,只不过该行为利用了网络资源。个人之间基于互相认同,利用网络进行性娱乐,只要不是公开的,就不构成犯罪。

第二种意见认为,网上裸聊符合最高人民法院、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》(以下简称《解释》)中的规定,应构成传播淫秽物品罪。

第三种意见认为,李某是裸聊聊天室的管理者,参与相互观看淫秽表演,由于法律并没有规定观众不能成为表演者,因此李某行为构成组织淫秽表演罪。

第四种意见认为,虽然网上裸聊是在虚拟空间进行,但由于聊天室的IP地址是固定的,即所聚集的网络虚拟空间的地点是固定的,因此他们在参与聚众淫乱活动时,在虚拟空间中具有同一性,李某的行为应当构成聚众淫乱罪。

特别观点

■在充分肯定新型网络犯罪活动的特殊性的同时,应当关注新型犯罪与传统犯罪的共同点和交叉点,充分运用好刑法条文概括性规定给司法留有的可操作空间。

■与传统的真实房间的有限性相比,虚拟空间的世界更大,容纳的人数更多,传播的速度更迅捷,蔓延的范围更具有不可控性,社会危害性更大。要维护网络秩序和互联网的健康发展,打击网络色情活动是必须的。

■网络空间或网络社会并不独立于现实社会之外,现实社会的法律同样适用于网络社会,人们在网络社会中行事同样要遵守现实社会的法律,如果触犯了现实社会的法律,也同样要受到法律的追究。

■电子信息只能被视为是视频流,而非电子文件,它只是淫秽电子信息,而非淫秽视频文件、音频文件或图片文件。

■计算机网络犯罪与传统犯罪形式有很大不同,相关的侦查和证据规则也应体现出针对此类犯罪的特殊性。所有这些问题,应当通过法律完善等方式解决。

主持人:近年来,涉及计算机、网络的违法犯罪行为

多有发生。此类行为与计算机信息技术及其发展联系紧密,专业性很强,给相关案件的行为性质认定造成了困难。本期疑案精解讨论的这个案例,在司法实践中曾产生过很多分歧和争论。感谢各位专家参加研讨,相信通过研讨,能开拓思路,对此类案件的正确处理有所裨益。

问题一:目前网络犯罪的现状及司法实践中存在的问题?

主持人:网络空间及网络行为有什么特点?司法实践中,通过计算机、网络实施的犯罪在我国目前呈现何种状态?

李凯:网络空间和网络行为的主要特点是:实时性、无限扩展性、无边界性、互动性、虚拟性、匿名性、网络空间与真实空间的不对等性。网络的发展十分迅速,仅仅在十年前,恐怕很少有人能够相信网络能够达到现在这样的发展规模,这就提出了一个重要问题,即网络犯罪的新颖性与刑事立法的滞后性之间的矛盾应当如何解决?我认为,不能要求立法机关必须对所有新型犯罪作出一一对应的规范,这从立法科学性角度来看也是行不通的,实际上大量所谓涉及网络的案件,仍然没有脱离传统犯罪的特征,完全可以纳入到刑法条文中来,毕竟刑法中的概括性规定为司法实践留出了空间。

在处理新型案件时,应当有别于传统案件的做法:第一,把握好司法解释在具体表述中的概括性与确定性之间的关系。在制定司法解释时视野要宽,对于技术性问题应当主动向技术方面专家和专业部门寻求协助。第二,侦查机关在侦查权的配置上应当根据案件性质的不同而作一定调整,对于新型网络犯罪案件,有必要直接赋予网络监管部门侦查权,或者是在网监部门与预审部门间建立联动机制,联合侦查。第三,检察机关对于此类案件应当提前介入,尤其是在批捕部门已经获悉案件信息的情况下。第四,在充分肯定新型网络犯罪活动的特殊性的同时,应当关注新型犯罪与传统犯罪的共同点和交叉点,充分运用好刑法条文概括性规定给司法留有的可操作空间。

侯钧雷:裸聊是发生在网络空间中比较典型的网络行为。实践中此类行为包括这几种类型:一是有组织的裸聊牟利活动;二是以裸聊为名进行诈骗;三是多人出于互相寻求刺激的目的进行裸聊;四是私人裸聊,即两个特定的网民之间进行私密性的裸体表演,第三者无法观看到,通常是夫妻、男女朋友、熟悉的网友之间为寻求刺激通过网络作此类行为。近年来,裸聊行为及相关的违法犯罪呈现出如下态势:一是有组织的裸聊活动呈现重新抬头态势,性质更为严重。2005年8月,有关部门组织开展了打击网络淫秽视频聊天专项行动,有组织的裸聊活动得到了一定程度的遏制。但今年网络淫秽表演活动又沉渣泛

起,各地陆续侦破了“天使V99”、“贵族商务网”等20余起淫秽视频表演案。二是以裸聊为名的诈骗活动泛滥,群众反映强烈。当前各种打着所谓“激情视频”、“视频美女”等名义,通过诱惑性图片和文字欺骗用户注册,骗取手机注册费的网站多达十几万个。三是聚众裸聊活动相对减少。在打击网络淫秽视频聊天专项行动之后,各地加强了对公共视频聊天室的管理,目前在“E话通”等公共视频聊天室开展聚众裸聊的活动已相对减少。四是私人裸聊诱发的敲诈勒索等违法犯罪活动时时有发生。针对以上行为,在适用法律上存在困难,主要原因是法律和司法解释对此类行为没有统一性,导致了较多的分歧和争论,亟待法律或司法解释予以调整。

杨新京:网络空间或网络社会并不独立于现实社会之外,现实社会的法律同样适用于网络社会,人们在网络社会中行事同样要遵守现实社会的法律,如果触犯了现实社会的法律,也同样要受到法律追究。网络犯罪是采用高科技手段实施的,只是在手段上有所更新,在实质上并没有超出法律的框架。早在2000年12月,全国人大常委会就通过了《关于维护互联网安全的决定》,对这类利用计算机和互联网实施的犯罪应当如何处理作了明确的规定。另外,我国的刑事立法也不是静止不变的。自1997年刑法颁布以来,全国人大常委会又先后通过9部单行刑事法律和9件立法解释,对现行刑法作了重要的修正和诠释,解决了刑法在适用中遇到的一些问题。与此同时,“两高”针对司法机关在适用刑事法律时遇到的问题,也多次发布司法解释,指导各级司法机关办案。所以,我认为现有的法律总体上还是够用的。如果司法机关确实遇到现有的法律完全不能适用的情况,那么根据刑法罪刑法定的原则,就不能认定为犯罪。

问题二:实时视频信息的属性及其数量如何确定?

主持人:网络裸聊采用的是实时视频信息传输的模式,不存在独立于人体行为之外的电子文件形式,即视频信息不能够事后重现,这种实时视频信息的性质应如何认识?如果认为网上裸聊是传播淫秽物品,如何确定相应的数量?

李凯:电子文件最起码的特征是具有可再现性。而网上裸聊图像信息既不能够保存于服务器硬盘中,也不能够在事后重现,随案移送的光盘中记录的视频信息仅仅是公安机关通过技术手段录制下来的视频文件,而并不代表其原始的存在形态。我认为这种电子信息只能被视为视频流,而非电子文件,它只是淫秽电子信息,而非淫秽视频文件、音频文件或图片文件。同时,我也认为它不属于淫秽物品,因为认定淫秽物品的依据是《解释》。《解释》主要强调了淫秽物品所需要的载体不仅仅

包括有形载体,同样也包括无形载体,它既可以是实物化的,也可以是电子化的。如《解释》第九条第一款规定:“刑法第三百六十七条第一款规定的‘其他淫秽物品’,包括具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的淫秽性的视频文件、音频文件、电子刊物、图片、文章、短信息等互联网、移动通讯终端电子信息和声讯台语音信息。”因此,在认定传播淫秽物品罪的客观特征时,应当满足两个条件,一是有淫秽内容;二是有电子文件的载体形式。而网上裸聊的电子信息不符合上述标准。此外,如果将电子信息认定为淫秽物品,也将无法进行量化。

王新环:进入聊天室的人数、点击率、浏览率等是重要的处理依据,但没有刻录的淫秽画面事后的不可再现性,使得这些视频信息是否为淫秽物品的鉴定成为难题。《解释》对传播淫秽物品定罪处罚不以牟利目的为限,但仍然秉承最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中数量标准的模式,这是造成本案定性困难的重要原因,因为电子信息流的数量缺乏合理的认定标准,无法确定。

杨新京:对于互联网上的一些视频、音频文件、电子信息等是否属于淫秽物品,有不同认识。《解释》明确规定了互联网、移动通讯终端上的淫秽视频文件、音频文件、电子信息、语音信息等均属于淫秽物品。另有观点认为,淫秽物品都是可以复制或再现的。而裸聊不同于普通传播淫秽物品行为之处,就在于它并非是以录像或其他多媒体文件的形式存在,而是以视频流的形式存在,具有实时性和不可再现性,若非使用录像手段将无法重现裸聊场景。我认为,裸聊景象仍然属于视频文件,因为在裸聊时,计算机的工作机制是视频软件首先将摄像头拍摄的画面压缩成视频,通过网上传到网站,然后再将对方的视频从网站下载到自己的计算机内存中,同样通过计算机视频软件解压后观看对方的画面。如果加以保存,文件就可以复制或再现。退一步讲,即使认为裸聊不属于视频文件,但是根据《解释》第三条第二款规定:利用聊天室、论坛、即时通信软件、电子邮件等方式,实施第一款规定行为的,依照刑法第三百六十四条第一款的规定,以传播淫秽物品罪定罪处罚。根据《解释》,传播淫秽物品罪是有立案数额标准的。对于裸聊数量的计算,我认为,如果作了保存的,按照保存的文件个数计算;如果没有保存的,可以按照《解释》中规定的点击次数以及注册会员的人数计算。

问题三:聚众和淫乱概念如何界定?

主持人:如何理解刑法意义上的聚众行为、淫乱行为?聚众淫乱罪构成中是否有物理空间要件?

侯钧雷:裸聊通常是由多人出于互相寻求刺激的目

的,自发在公共视频聊天室中互相进行色情表演,进入该聊天室的任何人都能够同时观看其他人的表演。在这一行为中,“表演者”与“观看者”没有明显区分,行为人往往既是“表演者”也是“观看者”、不像传统意义上的“淫秽表演”将二者区分。但因为在相对固定的聊天室内,多人参与裸聊,且还有互动性(如语音交流等),因此可以认定这种多人参与的裸聊是“聚众”的一种形式。

李凯:所谓聚众,强调的是空间上的同一性,而淫乱并不仅仅指男女聚众发生性行为,也应当包括聚众实施口淫、手淫、鸡奸等行为。在裸聊案件中涉案人员实施的行为恰恰包含在上述所列举的行为之中。刑法对于何为聚众、何为淫乱并未作出限制性规定,这就意味着执法者完全可以根据不同时代对于同一事物、行为的不同认定标准来适用。例如,在赌博罪中,刑法并未规定赌场的具体客观特征,因此在过去传统模式下,我们将租屋设赌视为是开设赌场。但是当科技发展出现了网络赌博后,同样可以将开设赌博网站的行为认定为开设赌场。因此在认定聚众时,不能够因为刑法制定时没有网上裸聊行为,就认为所谓聚众只能发生在物理空间中。我认为同一空间中的“空间”可以理解为包括两个部分:一是物理空间,一是虚拟空间。所谓同一空间,应当强调的是这个空间的固定性、同一性,在所使用的聊天室具有固定IP地址的情况下应当认为是聚众空间。

杨新京:刑法规定了多个聚众型犯罪,如聚众哄抢罪、聚众斗殴罪、聚众淫乱罪等,还有一些犯罪虽然罪名上未称为聚众犯罪,但在表现形式上也有聚众的行为。聚众犯罪的特点是首要分子故意聚集多人。由于参加人数众多,其中有一些是不明真相被蒙蔽或被迫参加的,所以,我国刑法对聚众型的犯罪只追究首要分子和积极参加者或多次参加者的刑事责任,对一般参加人员不追究刑事责任。对聚众型的犯罪能否通过网络空间来实施,我认为这个问题应当具体分析,有一些聚众犯罪是可以通过网络空间来进行的,例如建立赌博网站,聚众进行赌博。但多数的聚众型犯罪,尽管可以通过网络来召集人群,但在实施犯罪时还是要通过身体的接触才能构成,如聚众斗殴罪、聚众淫乱罪等。在这个案例中,虽然有多人参加,但是参加者只是通过网络来观看淫秽的表演,参加者的身体并没有实际接触。聚众淫乱,应为多人进行的身体之间有接触的性行为或变相性行为。

问题四:裸聊管理员是否是在组织淫秽表演?

主持人:裸聊参与者做出并相互观看一定的淫秽行为,是基于此类行为的规则实施的,李某对聊天室起管理作用,能否认定为组织实施此类行为?

王新环:良好的网络环境是维系网络秩序的基础,对

网络依法管理,对严重非法行为进行打击是维护健康网络秩序的重要手段。针对利用互联网视频聊天等从事淫秽色情活动,司法机关打击的重点是淫秽色情视频聊天室的开办者、经营者,淫秽色情表演的组织者、策划者以及淫秽色情网站的开办者、维护者。本案中,李某租用并管理聊天室,从事淫秽色情活动,应当是法律打击的对象。

杨新京:作为视频网络聊天室的管理者,李某组织多人多次使用该聊天室进行裸聊活动,其行为属于组织淫秽表演。刑法第三百六十五条规定的组织淫秽表演罪,是指组织他人进行淫秽表演的行为。所谓组织,是指策划表演、招募、雇佣表演者,寻找、租用表演场地、招揽观众等行为。所谓淫秽表演,是指通过表演者的语言、动作来表现性行为或者露骨宣扬情色的诲淫性的演出,如性交表演、脱衣舞表演等。在这个案例中,与通常淫秽表演不同的是,每一个参与人既是表演者,同时又是观众。但是刑法追究的并不是表演者或观众,而是淫秽表演的组织者。

李凯:李某应当认定为是裸聊行动的组织者。她在聊天室中拥有管理员身份,具有让他人进入聊天室、分配麦克风、将不参与裸聊者“踢出”聊天室的权利,并在案发过程中始终在指挥他人进行裸聊。网上裸聊不属于淫秽表演,最简单的理由就是,淫秽表演具有单向性,表演者和观众的身份区分明确,而网上裸聊具有互动性的特点,参与人互为表演者也互为观众,因此不能够认定为淫秽表演。

问题五:如何看待侦查裸聊的行为及相关证据的合法性?

主持人:网上裸聊无疑涉及公民隐私,侦查机关侦查取证时必须采取技术手段,通过隐身等手段进入聊天室监控、取证。目前我国刑事诉讼侦查制度中并未对此作出规定,在这种情况下,侦查行为及相应证据的合法性如何保障?

李凯:现在对于查处裸聊案件的主要负面议论是,认为侦查机关的侦查手段侵犯了公民个人的隐私权。从司法实践上看,侦查机关的取证方式和证据保存方式还会影响到证据合法性的认定。因此,我认为针对我国目前在刑事证据立法上的不足,很有必要补充制定相关的程序性法律,在其中明确公民个人权益在与社会公共利益发生冲突时,如何协调这种冲突。还应网络证据取得的方式、证据保存形式以及对于证据合法性等相关问题作出规定,真正赋予侦查机关的网上侦查活动以更加充分的法律依据。

本案中对于行为人在裸聊现场行为的固定上,仍然沿用的是传统的证据固定模式,即录像后制作一份工作说

明,同时刻录一张光盘后随案移送。这恰说明侦查机关在办理此类案件时尚未意识到他们与传统刑事案件的不同,没有意识到对于网络证据,尤其是本案中的现场情况由于具有不可再现性,因此在提取时必须采用更加严谨、能够充分保证其合法性和真实性的工作方法。

杨新京:我不认为网上裸聊涉及公民隐私,因为网络聊天室是对外开放的,任何人只要满足它的加入条件,就可以进入。另外,这个案例中也指出,裸聊者暴露身体的某个部位是自愿的,聊天人的面部也是被隐去的。至于侦查机关侦查取证时采取技术手段,进入聊天室监控、取证,我也不认为不合法,除非侦查机关在取证过程中,引诱、欺骗聊天人在网络上裸露自己的身体,这样的取证才是非法的。而事实上,在侦查机关发现之前,李某已经在其管理的聊天室里多次组织了多人的裸聊活动,并不是侦查机关通过某种引诱的方式促成她作出此类行为的。

王新环:与传统证据相比,计算机证据的特点在于:1.属于高科技证据,受主观因素影响小,具有精密性、准确性与客观性。但是,计算机证据极易被删改、剪接,且不容易留下痕迹。另外,技术操作或者供电系统、通信网络等出现差错也会影响证据的真实性。2.与行为主体之间的关系不易确定。网上多匿名,真实作者难以确定。必须注意审查证据是否已经被篡改、变更。因此,审查计算机证据的真实性应注意:证据收集过程是否合法;证据的来源、形成时间、地点,确定是否存在修改、变更的可能;储存、记录等技术设备的质量与性能。低劣设备储存的信息,其真实性比高灵敏度设备储存信息的真实性弱;操作人员的技术水平。

问题六:本案中李某的行为应如何定性?

主持人:经过各位嘉宾的精彩辨析,与本案有关的问题基本上已经很清晰了。最后请各位对本案定性作出总结。

李凯:以网上裸聊形式实施的聚众淫乱活动具有比传统意义上的聚众淫乱活动更为严重的社会危害性,究其根本就在于网络具有无限扩展性和虚拟性,而网上活动又具有匿名性,这一切都使裸聊这种新型聚众淫乱行为很容易泛滥成灾,一发不可收拾。同时匿名制可能会导致未成年人参与裸聊,其社会危害性也相应变得更大。因此对于以网上裸聊形式存在的聚众淫乱行为必须予以刑罚处罚。

李某的行为应当认定为聚众淫乱罪,理由如下:第一,李某具有聚众淫乱的主观故意,且其行为符合聚众淫乱罪的客观特征。第二,本案中李某等人的淫乱行为是在聚众的情况下实施的。在时间上参与者之间是在约

定的同一时间内同时实施淫乱行为。在空间上,虽然淫乱活动的参与者遍布全国各地,但是从互联网技术角度来看,在案发时他们登录的“开心就好”聊天室的IP地址是固定的,固定于某网络通讯公司的服务器主机硬盘的某固定区域。正因为参与者在空间上存在着这样的同一性,才使得他们的裸聊行为得以实施。第三,李某作为聚众淫乱活动的组织者之一,系首要分子,应当依法追究其刑事责任,符合聚众淫乱罪的主体要件。第四,行为人的行为已经严重侵犯了我国刑法所保护的正常的社会公共秩序,严重侵犯了社会主义道德风尚,符合刑法分则关于聚众淫乱罪的犯罪客体要件。

杨新京:李某的行为既触犯了刑法第三百六十四条传播淫秽物品罪,又触犯了刑法第三百六十五条组织淫秽表演罪,属于想象竞合犯。按照想象竞合犯处罚原则,应当以组织淫秽表演罪定性。从实际情况看,如果对李某定传播淫秽物品罪,还需要达到《解释》中传播淫秽物品罪的具体数额,很明显有困难。另外,如果对李某定传播淫秽物品罪,那么其他参与人员也同样可以构成传播淫秽物品罪,刑法打击面就会很大。事实上在司法实践中,通常都是对淫秽网站(包括网络聊天室)的组织者、管理者定罪,而对一般网民并不以犯罪认定。

侯钧雷:根据案件材料所示情节,我倾向于认定李某行为构成组织淫秽表演罪。但因为目前刑法及司法解释并没有对通过网络组织淫秽表演的构成要件作出规定,使得对组织裸聊活动的认定和量刑在适用法律上还存在较大困难。主要有:“淫秽表演”的标准问题;有组织安排的“一对一私聊”的定性问题;与裸聊有区别,但应当属于“露骨宣扬色情的诲淫性”表演的定性问题。另外,计算机网络犯罪与传统犯罪形式有很大不同,相关的侦查和证据规则也应体现出针对此类犯罪的特殊性。所有这些问题,应当通过法律完善等方式解决。

王新环:通过以上讨论,我认为对李某作犯罪处理还存在一些疑问,如定传播淫秽物品罪,如何确认物品数量;如定组织淫秽表演罪,“表演”要件似乎很牵强;如定聚众淫乱罪,则对“聚众”和“淫乱”等概念就必然要作扩大解释。结合罪刑法定原则,这些情况的存在,应当引起必要的重视。毫无疑问,多人参与的裸聊等行为有一定的社会危害性,在刑事法律作出明确规制前,可以考虑运用行政处罚的方法处理。同时,政府应当适应信息技术的快速发展,不断加强对计算机网络空间的管理,提升管理水平,保证科学技术的发展为社会带来便利与进步的同时,尽可能防止相关社会危害行为的发生。

主持人:再次感谢各位专家参加研讨!