

## 利用互联网传播淫秽物品案件审判中的问题与对策（丁晓青等）

2002年以来，由于利用互联网传播淫秽物品犯罪利润丰厚以及许多人法制意识的淡薄，一度吸引了许多人走向了违法犯罪的道路，淫秽网站有如雨后春笋般冒出，严重污染了互联网这片净土。自今年7月最高院、最高检、公安部联合发起“在全国范围内开展打击淫秽色情网站专项活动”，上海市浦东新区人民法院先后审结了“被告单位七洲网络有限公司及被告人李化宇等5人案”、“被告人林凯等3人案”、“被告人阎石案”、“被告人吴杰案”、“被告人满金全案”等5起利用互联网传播淫秽物品牟利和传播淫秽物品案件。传统犯罪的构成包括四个要件，即犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面和犯罪客观方面，这些要件既是相互联系相互作用从而形成要件的有机整体，又是相对独立形成要件的简单个体。虽然这四个要件也适应于淫秽网络犯罪，但由于淫秽网络犯罪是一种不同于传统刑事犯罪，带有信息和智能等特性的一种新型犯罪，因而其构成的四个要件的界定就具有复杂化、具体化等特性，总结这些犯罪区别于其他犯罪的特点包括：（1）犯罪对象的复杂性，因为互联网在这几年蓬勃发展，已经达到了一定程度的普及，几乎涉及到工作、生活的各个角落。所以网民群体的组成相当复杂，涵盖了各个年龄层次、地理空间、工作领域，没有一定的规律可循；（2）犯罪主体的低龄化和专业性，在互联网上传播淫秽物品，需要具有较强的相关计算机专业知识，在这一点上，年轻人，尤其是学习过相关计算机专业知识的年轻人，成为该种犯罪的操作、实施的主体，几乎所有的淫秽网络犯罪和有该批年轻人的参与，并且都在一线操作，毒害别人的同时也腐蚀了自己；（3）犯罪的匿名性和隐蔽性，由于互联网本身固有方便、快捷的特性，犯罪分子自然充分利用了这一点，他们将服务器隐藏于较偏僻地点，人机分离操作，以便逃避侦查。另一方面，由于各种网站名目繁多，犯罪分子经常采取挂靠正规网站，或者直接将淫秽网站伪装成正规网站的方法逃避打击；（4）范围的广泛性，由于计算机技术的广泛运用，淫秽网站也无孔不入的随之蔓延，利用非法链接等手段，使之在互联网上四处蔓延。同时，由于其丰厚的利润，跨市、跨省、甚至跨国犯罪已经成为常态，范围十分广泛；（5）犯罪危害的严重性，淫秽物品在互联网上的大肆传播，受害最深的首当其冲便是青少年群体，他们处在成长的不稳定期，精力旺盛、好奇心强，极易收到外界不良的影响，轻者道德观扭曲，严重的甚至走上违法犯罪的道路，从而影响一生。从整个社会的角度而言，淫秽网络严重冲击了中华民族悠久文明的道德、价值观，与我们社会主义精神文明建设也是背道而驰的。这种犯罪是一种特殊环境下的新型犯罪行为，其概念、特点和分类，以及构成要件和定罪等内容都需要很好地研究和分析。在审判实践当中，我们也发现了一些值得探讨和研究的问题。

## 一、罪名确定问题

《刑法》第363条所规定的制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，系选择性罪名。行为人实施上述五种行为中的任何一种，即可定本罪，选择其实施的行为确定为罪名；如果行为人实施两个以上行为的，也只定一罪，将其所实施行为均在罪名中罗列。目前上海法院判决或是人民法院报刊登的淫秽网站牟利案件，罪名均为传播淫秽物品牟利罪。然而从我们审理的几件案件来看，尽管各案情况均有不同，但大部分案件的被告人都不仅仅实施了上述五种行为中的传播行为，有的甚至有数个行为，对于此类案件的罪名如何确定，存在一定的分歧意见。一种观点认为，只要数行为是针对同一数量的淫秽电子信息进行的，由于制作或复制等行为的

目的均指向最终的传播行为，可以为传播行为所包容，在确定罪名时，无需再选择其他行为，而仅定为传播淫秽物品牟利罪；另一种观点认为，行为人实施了法律规定为选择性罪名的行为，应根据行为人所实施的数个行为，按照相关罪名，依照刑法规定的排列顺序并列确定罪名。我们倾向于第二种意见，理由在于，选择性罪名适用一个法定刑，但数行为必然比单行为危害性大，在适用同一法定刑时也应当从重，只选择一个行为确定罪名，则意味着免除了对其他行为的评价，这样在处罚上单行为与数行为相同，显然不符合选择性罪名的评价规则。最高人民法院印发的《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》就曾明确强调了这一原则：对同一宗毒品，既制造又走私的则以“走私、制造毒品罪”定罪，但不实行并罚。类似罪名如引诱、容留、介绍卖淫罪、非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪、生产、销售伪劣产品罪等选择性罪名，都是遵从这一原则来确定罪名的。具体如何确定罪名，就淫秽网站牟利案件而言，在制作、复制、出版、贩卖、传播五个行为中，制作、复制行为可以和后三个行为并举，在确定罪名时可作为并列选择。而出版、贩卖、传播三行为在定义上有相互重合部分，出版、贩卖行为都含有传播的意味，而又有本身固有的特征，据此我们认为，当犯罪行为是以出版、贩卖的形式来实现其传播目的的，可直接定出版、贩卖，不再定传播；而当传播行为不具备出版、贩卖特征时，则定传播。这样才能更好的实现选择性罪名的立法本意及罪刑法定和罪刑相适应的刑罚原则。

## 二、电子证据在法律上的定位问题

我国《刑事诉讼法》第42条第2款规定，证据有物证、书证；证人证言；被害人陈述；犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；鉴定结论；勘验、检查笔录；视听资料七种分类。由此，构建了目前我国法定证据的框架。利用互联网进行淫秽信息犯罪是新时期出现的一种新类型案件，该类犯罪中的证据，虽然也包括传统的证人证言、鉴定结论等证据，但由于网络犯罪是通过侵犯网络系统，从而扰乱社会治安管理秩序，破坏社会风尚，故该类犯罪的主要证据也主要表现为与网络和网络信息系统相关的各种电子数字的记录，这类作为储存电子化信息资料来证明案件真实情况的电子物质和电子记录的数字证据，即电子证据，如：电子数据检查报告和情况记录，网页上的HTML文档，电子设备拓扑图，网站WEB结构图，会员认证数据库光盘，涉案网页详列，网络链接情况页面和程序记录，原始证物使用记录，磁盘记录（包括软盘和硬盘记录），程序性记录的光盘等等。实践证明，电子证据对网络犯罪的打击起着至关重要的作用，那么，这些电子证据是否属于《刑诉法》规定的七种证据范畴呢？

笔者认为，电子证据虽兼有物证、书证、视听资料等证据的部分特性，但其明显具有自己独立特性，以单独成为一种证据形式为妥。

《刑诉法》所规定的物证是指以其内在属性、外部形态、空间方位等客观存在的特征来证明案件事实的物体和痕迹。即犯罪行为人在实施其犯罪行为时，将自身信息保存到了犯罪工具、被害人、犯罪现场与犯罪环境等中，从而遗留下的实物和痕迹。如在网络犯罪中，被告人在实施制作、复制、出版、传播（包括具体下载、采集、压缩、上传等具体行为时）淫秽电子信息犯罪过程中，在服务器系统中所留下的信息数据包、文件记录和系统版本信息等相关的数据，虽然也可以理解为“痕迹”，但它毕竟系非实物化的，留下的只是无形的数据，如果用传统意义上的“物证”来定义，未免有些牵强。而《刑诉法》所规定的书证是指以文字、符号、图画记载的内容能够证明案件事实的材料。书证须有实物载体。在网络犯罪中，如当事人可以通过下载观看淫秽电影专区中的电影等视频文件，从而留下的电子数据，虽然这些电子数据也可以通过将其制作成WEB结构图、网页详列、电子设备拓扑图，以及电子数据检查报告和情况记录等等，转化为书证形式来表现，但其本质

仍然系无形的电子数据，这毕竟有别于一般概念上的“书证”。另外，在网络犯罪中，侦查机关在立案侦查时，其所扣押到的作案工具，及其作案工具内部所能反映的电子数据情况，以光盘等形式表现出来，将网络犯罪这一虚拟空间犯罪形式，通过直观的形式，以其独特的再现方式，得以再现和展现，由于视听资料本身具备电子化形式，所以人们往往将这部分电子证据理解为视听资料，但其已远远超出了《刑诉法》规定传统意义上“视听资料”的含义，充实着电子化信息的特性。综上，笔者认为，据目前《刑诉法》具有七种证据分类的框架，已不能完全反映和囊括电子信息时代中证据领域出现的新情况。虽然也有学者提出是否能将网络犯罪中这些电子证据，以丰富传统七种证据内涵的形式，定性为电子物证、电子书证、电子视听资料等等，从而将电子证据容于传统七种证据分类的模式。但笔者认为此不能真正反映出电子证据所独有的独特性质及其明显的特征，故单纯将其归入其中任何一种或多种，都显得有些突兀，对此，建议网络犯罪中的电子证据，经通过修改法律，将其单列为《刑诉法》规定证据中的第八种证据，这样既完善了我国对刑事证据的分类，又能妥善的处理电子证据四不象的尴尬局面。

### 三、设立专家型兼职陪审员制度

网络犯罪，作为现代社会中高技术性、强专业性的新类型犯罪，给法官审理案件带来了一定的困难。如本院在审理被告单位上海七洲网络有限公司及被告人李化宇等五人传播淫秽物品牟利案中，辩方对注册会员数提出异议，认为应为1429名，而非公诉机关认定的13万余人，并提供了该公司原程序编制的技术员证言和有关服务器数据库资料等证据，其主要理由是七洲下载网站和七洲交友网站的数据系建立在同一数据库内，13万会员是包括公司七洲下载和七洲交友2个网站的注册会员的总数，且还包括退费会员数，其中绝大部分系交友网站会员，认为数据库中只有sitefrom“0”编号的会员才是下载网站上的注册会员数（1429名），而sitefrom“2”编号的是公司退费会员数，sitefrom“1”编号的会员是交友网站上的注册会员数，又因交友网站未向会员提供必要提示和相关链接，该网站上的会员没有直接观看和下载下载网站上淫秽电影的权限，故sitefrom“1”、sitefrom“2”的会员数均不能作为本案注册会员数予以认定，其应从13万会员中予以扣除。但控方指控本案注册会员数应为13万余人，理由是该会员数本身来源于公安机关案发时从涉案的七洲网站中所扣押的9台服务器的数据库，有上海市公安局电子数据检查报告及工作情况等证据证实，与其他网站无关，且辩方也未能对有关的sitefrom“0”、sitefrom“1”是区分七洲下载网站和七洲交友网站的关键字段，以及在案发时交友网站是否已经上网运行等方面提供出确实、充分的证据。在该类案件审理过程中，诸如此类纯技术性的问题，对困于技术和专业知识局限的法官来说，无疑是一只拦路虎。要解决和弥补这方面局限，除法官自身的学习外，笔者认为，设立专家型兼职陪审员制度是方法之一。

1998年12月2日最高院肖杨院长在全国高级法院院长会议上的讲话中曾提出要求“建立专家型兼职人民陪审员制度”，其强调“人民法院可以根据某些专业性很强的案件审理需要，特邀专家、学者担任兼职人民陪审员”的做法。实践证明，审理网络犯罪案件，有必要特邀专家或学者作为陪审员充实进合议庭，因为法官并不是万能的，在审理案件涉及到互联网领域纯技术性问题的時候，从稳、准、狠地打击该类犯罪长远出发，必须借助于相关的专业机构或专业人员，法院可以通过吸收那些在网络技术方面有较高造诣，对电脑网络知识精通并有独立见解的专家陪审，这样做可以弥补法官知识结构的缺陷，克服法官在这方面知识的局限性和片面性，专家型兼职陪审员无论对于合议庭在法庭上的发问、质证，还是庭后对案件证据的判断、事实的把握、性质的认定等方面均会给予法官有力地支持，有利于提高法院处理案件的能力和效率，推动案件顺利进行和合理解决，以真正促进司法公正。

### 四、成立中立和专门的专家鉴定委员会

《刑法》第三百六十七条规定，淫秽物品指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品。对于“其他淫秽物品”在最高院、最高检《关

于办理利用互联网、移动通信终端、声讯台制作、复制、传播、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》第九条中作出了规定“包括具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的视频文件、音频文件、电子刊物、图片、文章、短信息等互联网、移动通信终端电子信息和声讯台语音信息”。虽然有关法律及司法解释对淫秽物品作了相关规定和解释，但由于网络犯罪的新颖性和高技术性，以及网络本身的虚拟性，人们往往对来自于网络的非实物化的电子信息要比一般以实物为载体的物品是否属于淫秽物品争议更大，据此，涉案的有关电子信息到底是否属于淫秽物品？其鉴定的部门、鉴定的程序是否合适、合法？等等问题就成为网络犯罪案件控辩双方争议的主要焦点之一。笔者认为，要避免上列疑问，关键和首先要做的一点就是要成立中立和专门的专家鉴定机构。

新闻出版署、公安部《关于鉴定淫秽录像带、淫秽图片有关问题的通知》规定，“办理走私、制作、贩卖、传播淫秽物品案件中，对查获的录像带、图片等，需审查认定是否为淫秽物品的，国内出版单位正式出版发行的录像带、图片等出版物由省级以上新闻出版管理部门、音像归口管理部门负责鉴定；其他由地、市以上公安机关治安部门负责鉴定”。这是关于以实物为载体的物品是否属于淫秽物品及其如何鉴定的规定，但对于网络犯罪中涉及的非实物化的电子信息是否属于淫秽物品的鉴定问题，目前尚未有专门和确切的规定。为此，至今网络犯罪中，电子信息是否属淫秽物品的鉴定暂被归入上述规定的“其他”范畴，即由公安机关治安部门负责鉴定。而网络犯罪案件中，淫秽物品鉴定是一个核心问题，其直接影响对有关行为性质的认定，甚至影响行为是否构成犯罪、适用何种量刑幅度的重大问题，而公安机关作为案件的侦查机关，其作为控方的主要证据提供者，若其又承担起对案件淫秽物品的鉴定之职，扮演中立鉴定人的角色，将难以保证鉴定程序和结论的中立性、公正性与公允性，这显然是不合适的。笔者认为，对于网络犯罪中所涉的非实物化电子信息是否属于淫秽物品的鉴定问题应得到重视，且鉴定机关应当由控辩双方之外独立且具有相关专业资质的第三方机构来完成，故建议成立中立和专门的专家鉴定委员会，并对有关鉴定依据、鉴定程序、鉴定规则、鉴定形式要件等等作出详尽的规定，因为只有这样才能统一对淫秽物品的理解，才能保证鉴定结论的科学性、独立性、可信性，才能真正打击网络犯罪以保证审判的公正性。

#### 五、违法所得没收及统一对罚金和没收财产具体处罚标准问题

《刑法》第三百六十三条规定了犯制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，根据犯罪情节、后果等情况分别科以刑罚的同时，依照《刑法》第64条的规定，还应没收违法所得，并处罚金或没收财产，对被告人予以经济上的制裁。淫秽网站案件中，违法所得具体数目的多少，因为其收费形式主要是汇入某特定银行帐户或者通过手机付费等方式进行，手段极其隐蔽，一旦事发，转移起来又方便快捷，确实给案发后的侦查工作带来一定困难。但是违法所得金额的多少，也是一个重要的量刑情节，同样不可忽略。本院先后审结的几起淫秽网站案件，对违法所得的金额认定上缺乏具体证据予以佐证，这主要是由于侦查机关对有关被告人获利情况只作是否获利的证据收集，而对获利多少未作证据方面的具体收集、固定和保全，公诉机关对获利多少也未作具体指控。而事后再补充查证，相关资金极可能已被转移，这使得法院在审理阶段，无法对此进行具体的审理和认定，判决书对违法所得没收的款项无法予以具体表述，这必将导致罪犯隐藏其违法所得的数目与去向。建议在处理此类案件时，公安机关应当在侦破案件的同时，查清涉案网站的获利情况，具体手段上可以通过财务审计部门鉴定以确定获利数额，通过电信部门、银行等相关单位迅速反应、积极配合采取措施，使得违法所得金额得到真正的确定，从而能够彻底查清犯罪事实，对被告人的量刑也能力求达到罪罚相当。而《刑法》对此类犯罪规定的罚金和没收财产等财产刑，是加大对被告人及其被告单位经济制裁的力度，坚决铲除淫秽色情网站生存的经济基础的一种手段，能够达到惩戒犯罪分子、彻底剥夺被告人非法获利和再次犯罪的能力的效果。对于出于贪利的此类犯罪，只有以剥夺其经济犯罪的资本和所得，才能有效地遏制这种犯罪，最终将有助于实现预防目的。但因该类

犯罪的财产刑处罚，法律未对此作出明确规定，在具体量刑和裁决时，各个法院的做法不尽相同，有的甚至于悬殊较大（类似的案情，对被告单位判处罚金有的只有4万，有的则高达100万），这体现出实践中无限额罚金制的可操作性较差，从而影响法律的严肃性和公正性。建议相关立法、司法机关能够对此作出一个适当的财产刑幅度，以实现罪罚相当和处罚平衡。

## 六、如何从源头上遏制淫秽网络案件

网络色情业在中国网络发展中已经成为了一个非法致富的快速途径。笔者认为，中国色情网站发展应分为三个阶段，三、四年前，中国网站远比现在“矜持”得多。当时全世界互联网经济一片萧条，除去色情网站外，几乎没有一家网站可以盈利，对此局面，连美国网站大哥大“美国在线”也不得不忍辱偷生，开始提供色情服务。可在中国大陆，名目张胆贩黄的网站一家也没有。2002年，互联网经济一片大好，中国三大门户网站已经开始盈利，随之而来的却是互联网上的色情信息泛滥成灾。与其说中国网站开始饱暖思淫欲，倒不如说是因为有了可以交易色情的条件与动力。毫无疑问，假如不能收到钱的话，网络色情不会这么活跃。辽宁渤海大学教师、网络色情研究者王吉鹏也认为，国内的网络色情发展应该分为三个阶段，1999年之前是“启蒙”阶段，1999至2001年末是“摸索”阶段，从2002年开始到现在算是初步成熟阶段。他认为，2002年开始，色情网站的机遇是收费渠道的出现，尤其是手机付费出现之后。另外各个门户网站开设的交友社区或是性知识普及也在很大程度上扮演了本来不该扮演的角色。“发送短信到××××，就可下载500部激情大片。”这是色情网站常见的注册方式。据专家称，在调查中发现，已查处的色情网站里，基本都是要用户利用短信付费，订阅网站信息的。这种付费方式既隐蔽又快捷，更不需要检验对方的身份，就是一个小学生都能轻易获得网站的大量黄色信息。一家个人网站，每个月至少可以赚到几十万。实际上手机解决了网站经营者收钱的“大问题”。据此，要想从根本上遏制淫秽网络的发展，当务之急是加强对手机付费及信用卡转帐的行政监管，从淫秽网站的发展历程中，不难看出，收费是犯罪分子最为脆弱的环节，加强对有关部门的监管是真正从源头上的遏制。（作者：丁晓青、万秀华、冯祥、朱烨）

来源：华东司法研究网

阅读：1050 次

日期：2005-8-12

【双击滚屏】 【推荐朋友】 【评论】 【收藏】 【打印】 【关闭】 【字体：大 中 小】

上一篇：上海公诉一起杀妻碎尸犯罪案件

下一篇：警惕宽带服务中欺诈行为蔓延

>> 相关文章

没有相关文章。

发表评论



- 尊重网上道德，遵守中华人民共和国的各项有关法律法规
- 承担一切因您的行为而直接或间接导致的民事或刑事责任
- 本站管理人员有权保留或删除其管辖留言中的任意内容
- 本站有权在网站内转载或引用您的评论
- 参与本评论即表明您已经阅读并接受上述条款

点 评： 字数0

用户名： 密码：

