

# 网络直播性侵未成年人的犯罪特点及定性分析

□ 王永兴 章雅丽

## 司法实践

随着近年来移动网络和直播平台的快速发展,未成年人接触网络日趋便利,同时也导致了行为人利用网络性侵未成年人成为一种低成本、高隐蔽的新型犯罪模式。司法实践中,对于网络直播性侵未成年人的行为,已呈现出多样性,导致刑法适用的复杂性。

### 一、问题的提出

网络直播具有实时互动、快速传播、收益即时等特点,发展愈加迅猛,受众日趋增多,而部分网络直播存在低俗、下流甚至色情淫秽,严重污染环境,逐渐成为网络违法犯罪的治理重点和难点。根据2023年发布的《中国儿童防性侵十年观察报告》,随着近年来移动网络和直播平台的快速发展,未成年人接触网络呈现出便利性的特征,同时也导致了利用网络性侵未成年人成为一种低成本、高隐蔽的新型犯罪模式。利用网络性侵未成年人的案例包括在互联网上“隔空猥亵”,也包括利用互联网诱骗、威胁儿童进行线下侵害。比如,未成年人被父母强迫进行色情直播表演的情形,还有现实中行为人通过网络利诱或威胁未成年人,要求其在视频聊天中做出淫秽动作的情况。除了上述引诱、强迫未成年人进行色情直播的,实践中还有未成年人自愿进行直播的情形。例如,我们在办案过程中遇到的案例,2022年6月,被告人韩某与其共同抚养的继女陈某某(2007年8月26日出生)共谋通过色情直播牟利,后在某直播APP注册账号。同年7月中旬至8月上旬,韩某、陈某某先后在酒店客房、暂住处,通过某直播APP,由陈某某裸露性器官、表演自愿、给韩某口交等,后韩某与陈某某在直播期间发生性关系。直播十余日,韩某收到平台转入的获利1.947万元。截至案发,韩某与陈某某多次发生性关系。该案在法律适用方面涉及到未成年人自愿进行网络直播性行为的定性争议。

二、网络直播性侵未成年人的多样性和复杂性

#### (一)网络直播的新特点

网络信息的传播以其无与伦比的速度、广度和深度,成为了当今社会最主要的传播方式之一。相比传统媒介,网络信息传播速度快、范围广泛、形式多样。网络直播作为网络信息传播的新形式,除了网络信息传播的上述特点之外,还有其自身的一些新特点:

首先,网络直播具有感知性。网络直播不仅提供了视觉上的享受,还通过声音、文字等多种形式,实现实时的视频交流,为观众带来全方位的感官体验。观众可以清晰地看到主播的表情、动作,听到主播的声音,甚至通过弹幕、评论等方式与主播进行互动,这种多感官的结合使得直播内容更加生动、真实。

其次,网络直播具有即时性。网络直播的核心优势在于即时性,信息几乎无延迟地传递给观众,这种即时性极大地增强了信息的现场感和参与感。这种传播不仅指主播通过直播平台向不特定范围受众的传播,也可指观众向主播的反馈。观众可以通过简单的方式将直播内容分享给互联网上的他人,进一步扩大直播的影响力。

最后,网络直播具有广泛性。网络直播打破了地域和时间的限制,实现了全球范围内的即时传播。观众无需亲临现场,不论年龄、地区的观众只需通过智能设备即可观看直播内容,极大地拓宽了信息的传播范围。

(二)网络直播性侵未成年人行为的新变化

司法实践中,对于网络直播性侵未成年人的行为,已呈现出多样性,比如,根据网络性侵对象的年龄区分,存在性不满十四周岁的未成年人和已满十四周岁的未成年人;根据网络性侵对象的主观意愿区分,存在自愿和非自愿、非自愿的情形主要是引诱、强迫未成年人进行色情直播表演的情形,还有现实中行为人通过网络利诱或威胁未成年人,要求其在视频聊天中做出淫秽动作的情况。除了上述引诱、强迫未成年人进行色情直播的,实践中还有未成年人自愿进行直播的情形。例如,我们在办案过程中遇到的案例,2022年6月,被告人韩某与其共同抚养的继女陈某某(2007年8月26日出生)共谋通过色情直播牟利,后在某直播APP注册账号。同年7月中旬至8月上旬,韩某、陈某某先后在酒店客房、暂住处,通过某直播APP,由陈某某裸露性器官、表演自愿、给韩某口交等,后韩某与陈某某在直播期间发生性关系。直播十余日,韩某收到平台转入的获利1.947万元。截至案发,韩某与陈某某多次发生性关系。该案在法律适用方面涉及到未成年人自愿进行网络直播性行为的定性争议。

三、网络直播性侵未成年人的多样性和复杂性

#### (一)网络直播的新特点

网络信息的传播以其无与伦比的速度、广度和深度,成为了当今社会最主要的传播方式之一。相比传统媒介,网络信息传播速度快、范围广泛、形式多样。网络直播作为网络信息传播的新形式,除了网络信息传播的上述特点之外,还有其自身的一些新特点:

首先,网络直播具有感知性。网络直播不仅提供了视觉上的享受,还通过声音、文字等多种形式,实现实时的视频交流,为观众带来全方位的感官体验。观众可以清晰地看到主播的表情、动作,听到主播的声音,甚至通过弹幕、评论等方式与主播进行互动,这种多感官的结合使得直播内容更加生动、真实。

其次,网络直播具有即时性。网络直播的核心优势在于即时性,信息几乎无延迟地传递给观众,这种即时性极大地增强了信息的现场感和参与感。这种传播不仅指主播通过直播平台向不特定范围受众的传播,也可指观众向主播的反馈。观众可以通过简单的方式将直播内容分享给互联网上的他人,进一步扩大直播的影响力。

最后,网络直播具有广泛性。网络直播打破了地域和时间的限制,实现了全球范围内的即时传播。观众无需亲临现场,不论年龄、地区的观众只需通过智能设备即可观看直播内容,极大地拓宽了信息的传播范围。

(二)网络直播性侵未成年人的行为的新变化

司法实践中,对于网络直播性侵未成年人的行为,已呈现出多样性,比如,根据网络性侵对象的年龄区分,存在性不满十四周岁的未成年人和已满十四周岁的未成年人;根据网络性侵对象的主观意愿区分,存在自愿和非自愿、非自愿的情形主要是引诱、强迫未成年人进行色情直播表演的情形,还有现实中行为人通过网络利诱或威胁未成年人,要求其在视频聊天中做出淫秽动作的情况。除了上述引诱、强迫未成年人进行色情直播的,实践中还有未成年人自愿进行直播的情形。例如,我们在办案过程中遇到的案例,2022年6月,被告人韩某与其共同抚养的继女陈某某(2007年8月26日出生)共谋通过色情直播牟利,后在某直播APP注册账号。同年7月中旬至8月上旬,韩某、陈某某先后在酒店客房、暂住处,通过某直播APP,由陈某某裸露性器官、表演自愿、给韩某口交等,后韩某与陈某某在直播期间发生性关系。直播十余日,韩某收到平台转入的获利1.947万元。截至案发,韩某与陈某某多次发生性关系。该案在法律适用方面涉及到未成年人自愿进行网络直播性行为的定性争议。

三、网络直播性侵未成年人的多样性和复杂性

等特殊情况的人员,则可能构成负有照护职责人员性侵罪;(3)针对十四周岁以上的未成年女性,行为人以暴力、胁迫或者其他手段与其发生性关系的,则可能构成强奸罪;若以强制手段猥亵或侮辱妇女的,则可能构成强制猥亵罪或强制侮辱罪;(4)针对十四周岁以上的未成年男性,行为人以强制手段与其性交的,则可能构成强奸罪。在以上性侵犯未成年人的场合,是否对其进行网络直播对是否构成相关犯罪并无实质影响,但会涉及是否能够认定“在公共场所当众强奸妇女、奸淫幼女”“在公共场所当众猥亵儿童,情节恶劣的”等加重情节。

三是关于传播淫秽罪。若行为人为将未成年人色情直播内容通过录制等手段保存为视频、音频、图片等电子信息加以传播的,根据《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《涉淫司法解释》)第九条规定,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、移动通讯终端电子信息和声讯台语音信息。若行为人并未将色情直播内容通过录制等手段保存为视频、音频、图片等电子信息加以传播,仅单纯的网络直播本身可否认定为“淫秽物品”是存在争议的。若其可以认定为“淫秽物品”,行为人以牟利为目的,则可能构成传播淫秽物品牟利罪;仅以传播为目的,则可能构成传播淫秽物品罪。

四是关于涉众型犯罪。若行为人为引诱、强迫未成年人直播的过程中勾引、诱惑其参加集体淫乱活动的,则可能构成引诱未成年人聚众淫乱罪。若有关不良机构和包括未成年人监护人在内的个人在引诱、强迫未成年人进行直播时,策划、组织、安排未成年人当众进行色情淫秽、挑动性欲的形体或动作表演,露骨宣扬色情内容的,则可能构成组织淫秽表演罪。行为人为不特定的多人进行淫秽表演或者组织多人通过点对点方式为他人进行淫秽表演。对于此两种情形是否应区分认定,还是统一评价为组织淫秽表演罪存在争议。

三、未成年人自愿直播性行为的定性分析

上文所提到案例的定性争议,主要存在两种观点。第一种观点认为,本案中未成年女性是为了牟利自愿进行网络直播,与引诱、强迫未成年人进行非自愿的色情直播情形不同,且现有司法解释对于负有照护职责人员性侵罪“情节恶劣”的认定标准尚无明确规定,考虑到被告人韩某网络直播性侵被害人的时间仅十余日,故不宜认定其构成负有照护职责人员性侵罪“情节恶劣”。第二种观点认为,刑法第二百三十六条第三款第三项

和第二百三十七条第三款第二项分别将“在公共场所当众强奸妇女、奸淫幼女的”“在公共场所当众猥亵儿童,情节恶劣的”作为强奸罪和猥亵儿童罪的加重处罚情节,网络直播性侵未成年人的危害性不亚于在公共场所当众强奸、猥亵。故对于负有照护职责人员性侵罪“情节恶劣”的认定可以参考上述相关规定,从犯罪行为的实质危害性进行判断,以网络直播性行为来认定韩某构成负有照护职责人员性侵罪“情节恶劣”。

(一)强奸罪和负有照护职责人员性侵罪的区分

刑法第二百三十六条之一规定的犯罪对象限定在已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性,而刑法第二百三十六条第一款针对的是妇女,第二款针对的是不满十四周岁的幼女,也就是说,如果具有上述特殊关系的行为人与已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性发生性关系,构成负有照护职责人员性侵罪;如果具有上述特殊关系的行为人强奸满十四周岁以上妇女的,依照处罚较重的规定即强奸罪定罪处罚;如果具有上述特殊关系的行为人与不满十四周岁的幼女发生性关系,则符合刑法第二百三十六条第二款的规定以强奸罪定罪处罚。换言之,刑法第二百三十六条之一与刑法第二百三十六条第一款的主要区别在于是否以暴力、胁迫或者其他手段发生性关系,刑法第二百三十六条之一与刑法第二百三十六条第二款的主要区别在于被害人是否不满十四周岁。

“对于特殊职责人员利用对未成年人的优势地位或者未成年人处于孤立无援的境地,迫使被害人发生性关系的,实质是违背被害人意志的非自愿行为,对行为人不能认定为负有照护职责人员性侵罪,而应当以强奸罪定罪处罚。”(引自何莉、赵俊甫:《最高人民法院、最高人民检察院关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》)2023年3月)因此,对已满十四周岁不满十六周岁的女性负有特殊职责的行为人,与该未成年人女性发生性关系的,认定该行为人为负有照护职责人员性侵罪还是强奸罪,主要区别在于被害人主观上是否出于自愿。若被害人是自愿与行为人发生性关系的,则该行为人为仅构成负有照护职责人员性侵罪,不构成强奸罪;若被害人被迫与行为人发生性关系的,则该行为人与同时构成负有照护职责人员性侵罪和强奸罪,根据刑法第二百三十六条之一第二款的规定,两者应当择一重罪处。而《性侵未成年人司法解释》第六条的规定再次强调了这一点,因此在办理该类案件中应当注重对被害人主观意愿的审查。本案中,被告人陈某某为牟利而自愿与韩某进行网络色情直播,并非被迫与韩某发生性关系,应认定韩某构成负有照护职责人员性侵罪。

(二)负有照护职责人员性侵罪“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定

《性侵未成年人司法解释》第五条关于“情节恶劣”的认定



近年来,私募投资基金快速发展的同时,大量以私募之名行非法集资之实的违法犯罪现象频发发生,严重侵害投资者合法权益,破坏金融管理秩序。在办理涉私募基金非法集资犯罪案件的过程中,“非法性”要件的认定至为关键。尽管学界与实务部门对此已展开诸多讨论,但至今尚未形成统一的判断规则。故此,本文拟在梳理既有观点的基础上,进一步厘清“非法性”要件的规范内涵,以期形成准确的认定思路。

一、涉私募基金非法集资犯罪“非法性”认定的观点分歧

《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)规定,非法集资犯罪应当同时具备非法性、公开性、利诱性和社会性,其中“非法性”是指“未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金”,因而有观点提出,如果私募基金经过了合法登记备案程序,就意味着不再存在“非法性”的问题。对此,反对观点认为,根据《证券投资基金法》《私募投资基金监督管理条例》等相关法律法规,私募基金不设行政审批,基金业协会对于私募基金的登记备案信息并不进行

实质审查,因而无论是私募基金管理人的登记程序,还是私募基金的备案程序,均不属于行政许可。由此,即使私募基金经过了合法登记备案程序,也并不意味着不再存在“非法性”的问题。正如最高人民法院、最高人民检察院联合发布的依法严厉打击私募基金