

深研民法典与刑法关联法条实务应用



南京大学法学院教授孙国祥：
应反思刑法谦抑主义



谦抑性考察已成为当下评析刑事立法和刑事司法的基础性分析工具。与此相应,我国晚近以来的历次刑法修正案所反映的犯罪化进程被不少学者反复诟病为“不谦抑”。刑法谦抑主义虽然彰显了古典刑法保障个人权利的理念,但是谦抑性并非一个价值中立、超越时空、至高无上的刑法原则。直面现代社会刑法法益保护与人权保障的内在紧张关系,仅从单一化的谦抑主义维度去评判刑法发展的得失是偏颇的。谦抑性应该还原为罪刑法定原则之下用来说明和贯彻罪刑法定原则的子原则。反思刑法谦抑主义,并非要放弃或终结对刑法谦抑性的追求,而是主张在肯定谦抑理念的同时对谦抑性在立法和司法、设置和配刑等不同场域作不同的把握。刑法的发展需要在法益保护与人权保障中寻求一种张弛有度的动态平衡,而非单向度的谦抑主义。

北京大学法学院教授王锡梓：
个人信息权利是国家赋予个人的保护手段和工具



个人信息权利,是指包括个人信息主体知情、决定、查询、更正、复制、删除等权能在内的一组权利集合。我国民法学界通常将权利的性质理解为个人自主控制模式下的民事权利,并将其解释为个人信息权的具体权能。这种理解对个人信息权利的性质和功能存在一定的误解。从权利性质看,个人信息权利是国家履行积极保护义务、通过制度性保障对个人进行积极保护的结果,本质是国家在“保护法”理念下赋予个人的保护手段和工具;从功能上看,个人信息权利既是个人制衡信息处理者的工具,也是国家对数据治理的规制策略。从国家保护和规制策略视角理解权利的性质和功能,有助于更好地建构“保护法”理念下公正、透明、理性的数据治理公法秩序,促进数据治理体系的结构优化和能力提升。作为国家规制策略中的工具性权利,个人信息权利的实践展开,首先需要注重程序正义下个体的知情、参与和双方的交涉促进,同时在分配正义下合理配置个人与信息处理者之间的权利义务,不断发展和提升国家的规制理性。

吉林大学法学院教授李立丰：
个人信息保护法知情同意条款具有出罪功能



个人信息保护法明确的知情同意原则是事先预防型个人信息保护机制的重要体现。在对知情同意原则加以合理完善的基础上,可以将“移动应用程序”(App)隐私政策为代表的告知同意条款,视为个人信息处理者与个人信息主体之间达成的合意,而这种合意与刑法中作为出罪事由的“被害人同意”之间存在实质契合关系。在刑事合规的语境下,个人信息处理者应对隐私政策文本作出调整,以保障用户的知情权。针对可能对个人信息背后的多重法益带来风险的侵权行为,个人信息处理者必须告知用户相关行为及伴随的风险并征求用户同意,借此完成从单纯的个人信息保护原则向个人信息保护与利用之平衡原则的转变,同时帮助个人信息处理者规避侵犯公民个人信息等刑事责任。

中南财经政法大学法学院教授李昊：
准确认定个人信息侵权责任



个人信息保护法中的个人信息权益可作为民事权益受到侵权责任的保护,无论其被理解为民事权利抑或民事利益,对其侵权责任构成并不产生影响。由于个人信息中的部分内容同时也属于隐私权、肖像权、姓名权等具体人格权的保护对象,个人信息权益和具体人格权不可避免会存在重叠保护。其中对于私密信息的保护应优先适用民法典的规定,但为最大程度化解立法上的冲突,应降低信息主体对过错要件的标准,而对于肖像、姓名等个人信息的保护,则产生请求权竞合,信息主体可择一主张。个人信息侵害具备筛选受保护法益的功能,与损害有区分的必要。无论个人信息是否被非法利用,都可能产生财产损害和非财产损害。侵害个人信息权益造成的既有人身或财产权益的损害与个人信息权益自身被侵害而产生的损害应当各自获得单独赔偿。

(以上依据《中国社会科学》《法商研究》《武汉大学学报(哲学社会科学版)》《广东社会科学》,张宁选辑)



因时间较短没有达到非法拘禁罪的定罪标准,因而属于侵害他人身体健康权的民事案件。通过这两个案件,就可以非常直观地对民事侵权行为与刑事犯罪行为进行区分。

本书的解读评析是指对典型案例的分析,可以说是典型案例部分的一种延续。案例部分主要叙述案情,解读评析部分则对案例进行法理解读,帮助读者解决典型案例中的法律疑难问题。例如,本书关于民法上的数据、虚拟财产与刑法上财产概念的扩展的内容,涉及虚拟财产法律保护的扩展问题。对于本案,被告人周某网络盗窃一审案,就是一个曾经在最高人民法院有关刑事审判庭主办的《刑事审判参考》中刊出的一个具有较大影响的案例。本案被告人孟某某、何某某窃取Q币和游戏点卡后在网上低价抛售。这一行为属于秘密窃取是没有问题的,但Q币和游戏点卡属于虚拟财产,不同于现实空间具有物理外观的传统意义上的财物。因此,对于这种盗窃虚拟财产的行为如何在刑法上定罪处罚就是一个值得研究的问题。对于本案,审判机关认定为盗窃罪,这对于此后处理同类案件起到了示范作用。在本书的解读评析中,得出结论:“民法典与刑法都对数据、网络虚拟财产作为法律保护对象作出肯定回答,民法典对数据、网络虚拟财产的保护规定不详,在肯定其作为财产性利益基础上寻求其他法律保护。刑法打击侵犯公民私有财产的行为,虽未明确以条文形式规定具体罪名,但是司法实践中,因网络虚拟财产具有现实价值并为公民可支配,对这部分财产犯罪按照盗窃罪论处。”其实,问题并非如此简单,在孟某某、何某某网络盗窃案立案以后,我国司法机关对虚拟财产确实是按照财物进行保护的,根据侵犯虚拟财产的手段分别认定为盗窃罪、诈骗罪、侵占罪等。但在刑法修正案(七)设立刑法第285条第2款非法获取计算机信息系统数据罪以后,最高人民法院研究室《关于利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利如何定性问题的研究意见》(下称《意见》)明确规定:“利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利行为目前宜以非法获取计算机信息系统数据罪定罪处罚。”该《意见》的缘起是一个案件,即周某盗窃网络游戏的游戏币案。被告人周某于2008年从网上购买了Pshare软件(一种木马软件,其作用是用于远程操纵他人的计算机信息系统,获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据),通过向聊天对象的计算机发送该软件,对他人的计算机进行远程操纵,获取对方游戏账号和密码,然后采取直接窃取或者修改密码

延伸阅读

本书的延伸阅读虽然篇幅不大,但对于加深对相关法律规定和理论的理解还是具有不可或缺的作用,并且能够提升本书的学术水平。例如在关于表见代理与合同诈骗的合同中,本书对民事纠纷与刑事犯罪交叉时是否存在表见代理问题提供了延伸阅读资料。对于这个议题,司法实务界和法学界存在肯定说与否定说两种意见,本书对两种不同意见以及理由作了介绍。在此,本书虽然没有进行评论,但这些资料对于读者来说具有扩展理论视野的功能,因而值得称道。

民法典的实施给检察业务带来重大影响,为此,最高人民检察院张军检察长提出,要以学习贯彻民法典为契机,全面提升“四大检察”“十大业务”品质。检察机关在学习贯彻民法典中,需要具有针对性的民法典学习资料。《民法典与刑法关联实务对照分析》一书,出自检察机关,是由具有检察业务丰富经验的检察官完成的,可以成为全国检察机关学习民法典的重要参考资料。而且,本书对于从事刑事审判和刑事辩护业务的人员都具有参考价值,值得向读者推荐。

(作者为北京大学法学院教授。本文系作者为《民法典与刑法关联实务对照分析》一书所作序言)

□民法典的颁布与实施给刑事司法人员带来一定挑战,要求他们不仅要娴熟地掌握刑事法律知识,而且要深度了解民事法律知识,尤其是要掌握民事法律关系的分析方法。只有这样,才能适应民法典实施以后的刑事司法活动的的需求。

当承担侵权责任。”在民法中,正当防卫与自助行为是两种不同的制度。正当防卫是免除民事责任,而自助行为是免除侵权责任。当然,侵权责任也是民事责任的一种特殊形式。民法中的正当防卫会涉及对不法侵害人的人身损害,而自助行为则只涉及对侵权人的财产损失。值得注意的是,民法中的自助行为并不是与刑法中的正当防卫相对应的,而是与刑法中的自救行为相对应。刑法中的违法阻却事由由法定的违法阻却事由和非法定违法阻却事由。在我国刑法中,正当防卫和紧急避险是法定的违法阻却事由。除此以外,还存在其他非法定的违法阻却事由,包括自救行为。我国刑法理论认为,自救行为是指在本人的权利受到他人侵害的情况下,通过自力救济难以恢复权利,而采取的自力救济行为。刑法上的自救行为与民法上的自助行为是较为相似的,它们分别区别于刑法上的正当防卫和民法上的正当防卫。相对来说,刑法上的自救行为所受到的权利侵害较轻,而正当防卫受到的不法侵害较重。而且,两者有时是交错的,区分起来具有一定困难。例如,在财物被盗窃的情况下,在现场或者从现场追赶盗窃犯,将财物从盗窃犯手中抢回,这是正当防卫。但财物被盗窃以后,当时并没有遭遇盗窃犯,而是隔日在街上遇到盗窃犯,认出被窃财物,为保护自己的财产权利,当场将财物抢回,这就是自救行为。刑法中的自救行为与民法中的自助行为的区分在于:前者具有犯罪的外观,而后者不具有犯罪的外观,只是具有侵权的外观。因此,民法典规定自助行为的措施只能是扣留侵权人的财物等。应当指出,本书在这没有引用民法典第181条关于正当防卫的规定,这是存在遗憾的。

解读评析

典型案例是本书具有特色的内容。典型案例是适用法律的结果,对于理解法条具有一定的示范性。尤其是我国建立了案例指导制度,最高人民法院、最高人民检察院分别颁布了一定数量的指导性案例,对于司法机关办理同类案件起到了指引作用。本书收入了为数不少的典型案例,例如在民法典与刑法人身自由保护异同比较提供了该法条适用的典型案例。其中,刑事案件是黄某非法拘禁案,在该案中被告人为索要参加传销活动的款项而将他人予以拘禁,构成非法拘禁罪。而民事案件孙某与苏州某建筑装饰股份有限公司生命权、健康权、身体权纠纷案,则是因为发生民事纠纷而将他人扣留,但

典型案例

典型案例是本书具有特色的内容。典型案例是适用法律的结果,对于理解法条具有一定的示范性。尤其是我国建立了案例指导制度,最高人民法院、最高人民检察院分别颁布了一定数量的指导性案例,对于司法机关办理同类案件起到了指引作用。本书收入了为数不少的典型案例,例如在民法典与刑法人身自由保护异同比较提供了该法条适用的典型案例。其中,刑事案件是黄某非法拘禁案,在该案中被告人为索要参加传销活动的款项而将他人予以拘禁,构成非法拘禁罪。而民事案件孙某与苏州某建筑装饰股份有限公司生命权、健康权、身体权纠纷案,则是因为发生民事纠纷而将他人扣留,但



条,数量巨大。但是,民法典和刑法的这些条文并非都有对应关系,因而如何选择具有对应关系的法条,实际上关系到本书的内容安排,同时也关系到本书框架结构的安排,十分重要。值得指出的是,本书不仅列举了民法典和刑法条文,还列举了刑事诉讼法条文,从实体法和程序法两个方面提供规范根据,增加了本书内容的实用性。

条文要义

条文要义是本书的重点内容,它为读者提供了相关法条的基本知识,对理解法条的精神实质具有重要参考价值。尤其是在民法典和刑法中存在某些相关的内容,如何对两者加以辨析是一个具有一定难度的问题。例如,我国刑法中存在正当防卫制度,刑法第20条第1款明确规定:“为了国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任。”此外,我国刑法第20条第2款规定了防卫过当及其刑事责任,第3款规定了特殊防卫。我国民法典第181条规定:“因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,正当防卫人应当承担适当的民事责任。”那么,刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫如何区分呢?这是一个值得研究的问题。虽然从法条表述来看,刑法关于正当防卫的规定与民法典关于正当防卫的规定是十分相似的,但两者无论在内容和作用上都是完全不同的:刑法中的正当防卫是违法阻却事由,它具有排除犯罪的性质。而民法典中的正当防卫是免除民事责任的事由,因而规定在民事责任一章。刑法中的正当防卫是对正在进行的不法侵害的反击,防卫行为所造成的结果涉及不法侵害人的人身伤亡和重大财产损失,如果不具有正当防卫这一情节,则应当承担刑事责任。如果成立正当防卫,则不负刑事责任。因而,刑法中的正当防卫具有出罪功能。而民法中的正当防卫是对民事侵权行为反击,如果不具有正当防卫这一情节,则应当承担民事责任。如果成立正当防卫,则不承担民事责任。因此,民法典中的正当防卫具有免除民事责任的功能。值得注意的是,民法典第1177条还规定了自助行为,指出:“合法权益受到侵害,情况紧迫且不能及时获得国家机关保护,不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的,受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施;但是,应当立即请求有关国家机关处理。受害人采取的措施不当造成他人损害的,应

要点解析

本书的要点解析是对相关章节的共性理论问题的解说,以便读者对部分内容事先形成整体性的观念,对进一步理解该部分内容具有帮助作用。例如,本书第一编第一章第一节,作者将要点概括为“民法典与刑法保障人权”。这个概括十分准确,它概括了民法和刑法的共同性质。民法是公民的权利宣言,对公民权利作了全面、系统的规定。而刑法则是犯罪嫌疑人、犯罪人的大宪章,它具有人权保障机能。正是在权利保护这一点上,民法与刑法具有相通之处。在要点解析中,本书指出:“民法与刑法都对公民权利保护作出首要关注,作为核心理念统领法条。”这一命题可以说揭示了民法和刑法的根本特征,对于理解民法和刑法都具有指导意义。

关联法条

本书的关联法条虽然只是对法条的罗列,但其中的法条选择还是反映了作者的功力。因为民法典条文多达1000多条,刑法条文也达到500多

爬取数据须遵规

拟人工点击来自动抓取互联网数据和信息,从而自动、高效地读取或收集互联网数据。该技术运行的基本原理是根据搜索目的建立待爬行的URL(统一资源定位器)队列,从中取出URL,访问该URL对应的页面,并进行页面解析,提取该页面上所有的URL并存入待爬行队列中。如此循环爬行,直到URL队列中的所有URL爬行完毕或满足系统的一定停止条件为止。

华东政法大学教授高富平认为,Robots协议是在搜索引擎诞生并且发展壮大背景下应运而生,它是互联网企业间相互博弈的结果,是最终在商业利益、用户个人利益和网站自身安全的基础上达成的一种妥协。其主要起到一种排除作用,当某些网站不愿意其数据被搜索引擎所抓取时,这些网络机器人就会自动排除这些不愿意被抓取的内容。对于Robots协议约定不能爬取的网站是爬取的红线,不能超过这个红线边界爬取数据。

高富平认为,爬虫是支撑数字经济的一种手段,在这样的前提下,判断爬虫合法性边界可以参考以下因素:一是数据是否属于开放数据。数据是否开放不是合法性判断的标准,是否为开放数据才是,开放数据不必然等同于开放数据;二是取得数据的手段是否合法。爬虫采用的技术是否

数据爬虫技术应用的行业自治规范

邵昊认为,网站通常会采取适当措施,如运用Robots协议、爬虫检测、加固Web站点、设置验证码等限制爬虫的访问权限,以防止爬虫对数据进

行过度抓取。其中,Robots协议由于简单高效,成为国内外互联网行业普遍通行、遵守的技术规范。Robots协议主要是限制网络爬取数据的行为。被爬取数据方将写有可能爬取信息范围的Robots协议文件放到该网站,仅允许数据爬取方在协议范围内爬取数据。华东政法大学教授高富平认为,Robots协议是在搜索引擎诞生并且发展壮大背景下应运而生,它是互联网企业间相互博弈的结果,是最终在商业利益、用户个人利益和网站自身安全的基础上达成的一种妥协。其主要起到一种排除作用,当某些网站不愿意其数据被搜索引擎所抓取时,这些网络机器人就会自动排除这些不愿意被抓取的内容。对于Robots协议约定不能爬取的网站是爬取的红线,不能超过这个红线边界爬取数据。

数据爬虫的合法性边界和法律适用

高富平认为,爬虫是支撑数字经济的一种手段,在这样的前提下,判断爬虫合法性边界可以参考以下因素:一是数据是否属于开放数据。数据是否开放不是合法性判断的标准,是否为开放数据才是,开放数据不必然等同于开放数据;二是取得数据的手段是否合法。爬虫采用的技术是否

突破数据访问控制,法律上是否突破网站或App的Robots协议;三是使用目的是否合法。如果爬虫的目的是实质性替代被爬出经营者提供的部分产品内容或服务,则会被认为目的不合法;四是是否造成损害。爬虫是否实质上妨碍被爬出经营者的正常经营,是否不合理增加运营成本,是否破坏系统正常运行。对于超越合法边界的爬虫数据,从民事法律规制角度,可以区分四种情形:首先,对于公开数据的爬取行为。如果数据权利方在Robots协议或网页中告知了可以爬取的范围以及其他应遵守的义务,爬取方没有遵守义务,应当承担相应民事责任。其次,对于突破网站或App的反爬虫技术设置的行为。爬虫从技术上突破数据访问控制,如突破网站或App的Robots协议以及设置的爬虫访问权限,可能违法,要承担相应的民事责任。再次,对于数据使用目的不正当的行为。对于爬取到的数据,如果使用目的是实质性替代被爬出经营者提供的部分产品内容或服务,属于侵犯权利方合法权益的行为,应当承担相应民事责任。最后,对于权利人造成损害的行为。如果因为爬虫行为实质上妨碍权利人的正常经营,不合理增加权利人运营成本,破坏网络系统正常运行,给权利人造成损失的,权利人可以向爬虫行为人提



□陈兴良

随着民法典的实施,民法对刑法适用带来的影响引起我国法学界和司法实务界的高度关注。因为民法与刑法之间存在前置法与后置法之间的密切关联性。尤其是人身犯罪和财产犯罪中所涉及的人身关系和财产关系,都是民法调整的对象,在这些法律关系受到侵害的情况下,首先应由民法进行调整,只有当这种侵害行为达到犯罪程度时,才由刑法予以调整。因此,民法对刑法具有一定的制约性,这是在刑法实施中必须格外重视的。不可否认,以往我国从事刑事司法活动的人员对于民法是不太熟悉的,尤其是在刑民交叉案件中,如何正确区分民事违法与刑事犯罪之间的界限,还存在认知上的差距。民法典的颁布与实施给刑事司法人员带来一定挑战,要求他们不仅要娴熟地掌握刑事法律知识,而且要深度了解民事法律知识,尤其是要掌握民事法律关系的分析方法。只有这样,才能适应民法典实施以后的刑事司法活动的的需求。在此背景下,由山东省检察院陈勇检察长主编、东营市检察院丁西超检察长具体组织东营市部分检察官编写了《民法典与刑法关联实务对照分析》一书,值得庆贺。在即将出版之际,丁西超检察长邀我为本书写序,我欣然应允。

《民法典与刑法关联实务对照分析》一书并不是简单地将民法典条文与刑法条文罗列成书,而是以民法典与刑法条文的对照为线索,提炼出相关问题,结合案例进行分析,因而内容较为丰富,为检察官掌握与刑法相关的民法知识提供了一条快捷通道,这是值得肯定的。本书在体例上分为要点解析、关联法条、条文要义、典型案例、解读评析和延伸阅读六部分,每一部分都各具特色。

要点解析

本书的要点解析是对相关章节的共性理论问题的解说,以便读者对部分内容事先形成整体性的观念,对进一步理解该部分内容具有帮助作用。例如,本书第一编第一章第一节,作者将要点概括为“民法典与刑法保障人权”。这个概括十分准确,它概括了民法和刑法的共同性质。民法是公民的权利宣言,对公民权利作了全面、系统的规定。而刑法则是犯罪嫌疑人、犯罪人的大宪章,它具有人权保障机能。正是在权利保护这一点上,民法与刑法具有相通之处。在要点解析中,本书指出:“民法与刑法都对公民权利保护作出首要关注,作为核心理念统领法条。”这一命题可以说揭示了民法和刑法的根本特征,对于理解民法和刑法都具有指导意义。

关联法条

本书的关联法条虽然只是对法条的罗列,但其中的法条选择还是反映了作者的功力。因为民法典条文多达1000多条,刑法条文也达到500多



□肖凤

数据爬虫技术作为一种重要的数据采集手段,被广泛应用于互联网的诸多领域,也引发了越来越多的争议,例如与其相关的互联网企业之间不正当竞争甚至刑事犯罪问题,已然成为数据产业发展中亟待解决、法律实务中需要进一步厘清的焦点之一。近日,上海市杨浦区检察院召开“数据爬虫的法律合规研讨会”,法律实务界人士、高校专家学者与企业代表围绕数据爬虫的概念和技术原理、行业自治规范、合法性边界和法律适用等主题开展了深入研讨。

数据爬虫的概念和技术原理

大数据时代,数据资源是互联网企业发展的重要基础。当下,数据爬虫是企业采集公开数据的常用技术手段之一。通过数据爬虫技术,可以实现对文本、图片、音频、视频等互联网信息的海量抓取。那么,数据爬虫到底是什么,其技术原理又是什么?

对此,上海市杨浦区检察院检察官邵昊认为,爬虫是一种自动化浏览网络程序,其按照设置的规则通过模