

适应、回应信息时代犯罪特点和趋势，主动融入国家治理体系和治理能力现代化建设，实现内部理论体系的整合，合理汲取域外刑法学学理——

大力发展中国刑法学自主知识体系



□时延安

习近平总书记指出，加快构建中国特色哲学社会科学，归根结底是建构中国自主的知识体系。这一论断指明了当前我国哲学社会科学的发展方向，也为我国哲学社会科学研究提出了更高要求。近期，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》指出，加快构建中国特色法学学科体系、学术体系、话语体系。因此，今后中国刑法学研究的基本任务就是大力发展中国刑法学自主知识体系，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想，以解决我国犯罪治理问题为出发点，全面总结、提炼中国犯罪治理经验，准确把握我国犯罪发展趋势，以中国式现代化、国家治理体系和治理能力现代化、总体国家安全观为理论基础，以新中国成立以来刑法学研究形成的理论通说为学术脉络，主动提出能够积极应对全球性犯罪问题的刑法学理论。



□今后中国刑法学研究的基本任务就是大力发展中国刑法学自主知识体系，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想，以解决我国犯罪治理问题为出发点，全面总结、提炼中国犯罪治理经验，准确把握我国犯罪发展趋势，以中国式现代化、国家治理体系和治理能力现代化、总体国家安全观为理论基础，以新中国成立以来刑法学研究形成的理论通说为学术脉络，主动提出能够积极应对全球性犯罪问题的刑法学理论。

一是刑法学研究要主动融入国家治理体系和治理能力现代化建设。迄今为止，刑法学研究仍以刑法解释学为主轴，以规范分析为主要研究方法。虽然最近十多年来不断强调实证研究方法的引入，但其仍未成为刑法学研究的主流。从这些学科法学研究“重犯罪论研究、轻刑罚论研究”的现状看，之所以无法提供积极有效的刑罚论研究成果，就是因为以实证研究为基础的对量刑和行刑问题的研究进展不力。从一定意义上讲，刑法学是关于如何以符合正义理念的方式进行制裁的知识体系，而量刑和行刑的正当性恰恰是最为核心的问题。刑事制裁的正当性和有效性，是国家和社会治理现代化的一个重要内容。显然，刑法学研究在这方面确实存在严重供给不足的问题。当然，之所以强调以实证为基础的刑罚论研究，也是为了提倡能够紧密联系司法实践和社会实际的学风，因为纯粹基于概念推演的刑罚论研究是没有生命力的。

二是刑法学研究要主动融入国家治理体系和治理能力现代化建设。迄今为止，刑法学研究仍以刑法解释学为主轴，以规范分析为主要研究方法。虽然最近十多年来不断强调实证研究方法的引入，但其仍未成为刑法学研究的主流。从这些学科法学研究“重犯罪论研究、轻刑罚论研究”的现状看，之所以无法提供积极有效的刑罚论研究成果，就是因为以实证研究为基础的对量刑和行刑问题的研究进展不力。从一定意义上讲，刑法学是关于如何以符合正义理念的方式进行制裁的知识体系，而量刑和行刑的正当性恰恰是最为核心的问题。刑事制裁的正当性和有效性，是国家和社会治理现代化的一个重要内容。显然，刑法学研究在这方面确实存在严重供给不足的问题。当然，之所以强调以实证为基础的刑罚论研究，也是为了提倡能够紧密联系司法实践和社会实际的学风，因为纯粹基于概念推演的刑罚论研究是没有生命力的。

三是刑法学研究要尽快实现内部理论体系的整合。受域外刑法学知识体系的影响，目前刑法学内部出现了多个不同的理论体系。不同理论体系之间的竞争前进，有利于刑法学研究的深化。不过，目前这种理论体系之争在有的方面也导致一些不必要的混乱，一些无实践意义的术语之争也造成司法实务上的困惑。如何在短期内促进内部理论体系的整合，将域外刑法学知识体系与既有刑法学知识相结合，是当前迫切需要解决

的问题。当然，学术的问题需要通过学术的方式解决，这种整合也不是简单地抹杀理论研究的差异性，而是要在基本概念、方法和体系构建上形成能够通约的新架构，并在本科教学和国家统一法律职业资格考试中予以采用。当然，在促进这种整合的过程中，要特别注意，要始终认识到，我们的刑法是社会主义刑法，我们的基本方法论是马克思主义中的辩证唯物主义和历史唯物主义。

四是刑法学研究要积极主动与宪法学和其他法学二级学科知识体系对接乃至融合。四十多年前，我国法学学科重建时，各学科是齐头并进快速发展起来的，在借鉴域外法学知识中表现出各自为战的倾向。在快速发展本学科的同时，忽视了对相关学科知识的充分关注和衔接，因而在解决同一实践问题时，相关法学学科之间缺乏理论照应。之所以会产生困惑司法实践的“民刑交叉和民刑关系”“行刑交叉和行刑关系”等问题，与理论上无法形成有效供给高度相关。刑法作为保障法，其解释和适用必然与其他学科形成理论上的关联，这就要求刑法学研究保持充分开放的态度去主动拥抱、研究其他学科的法学知识。从一定意义上讲，目前也特别需要为不同法学学科构建共同的理论基础，在基本概念、原则、规则以及法律解释方法、法律论证方法上形成能够在不同的法学二级学科之间通约的知识架构。

五是刑法学研究应当以更为积极的姿态面对域外刑法学知识体系的变化，以自立、自信、自主的心态开展国际学术交流。过去四十多年，我国刑法学的快速发展与主动借鉴域外刑法学知识是分不开的，总体上海外刑法学知识更多是“洋为中用”式地成为我国刑法学理论的有机组成部分。面对信息时代的到来，我国刑法学者与其他国家、地区的刑法学者都面临着共同而未解的问题。对于诸如信息犯罪、网络犯罪、数据犯罪等带有跨国、跨境性的犯罪，我们需要与其他国家刑法学、犯罪学学者一道进行合作研究，以增进人类社会福祉为目标，形成能够面向当下、面向未来的新学说、新理论。可以说，时至今日，中国刑法学者已经有实力提出能够适应新时代犯罪治理的新理论、新方法。

(作者为中国人民大学刑事法律科学研究中心主任、教授，中国刑法学研究会副会长)



对刑法解释与刑法适用应当加以区隔



形式理性与实质理性是相对应的两种思维方法，基于罪刑法定原则，在刑法解释中，应当严格坚守以形式理性为基础的形式思维。根据形式解释论，在刑法解释的时候，应当以可能语义作为最宽的解释边界，并且禁止类推。形式解释论是以刑法文本为解释对象，将法律含义限制在法律文本的语义范围之内。法律适用由于涉及对案件事实的认定，它不同于刑法解释，所以可以采用实质判断的方法，透过现象看本质，获得对事实真相的认知。当然，即使是在案件事实的认定中，实质判断还是受到一定的限制。例如，当某一行为在前置法中是合法的情况下，就不能通过实质判断予以入罪。因此，对刑法解释与刑法适用应当加以区隔。对刑法解释要坚持形式解释论的立场，对刑法适用则可以采用实质判断的方法。只有这样，才能较好地解决刑法教义学中的形式理性与实质理性的关系。

中国人民大学法学院教授付立庆：诈骗罪中被害人同意是无效同意



诈骗罪中被害人同意即针对财产转移的处分意思，不是单纯的瑕疵同意而是无效同意。如此理解，能在关于被害人同意的一般理论中获得说明，将与本罪理解为关系犯罪的见解并不冲突，且能在“诈骗罪的盗窃罪化”这一现象中获得印证。否定一般场合被害人的情报搜集责任，弱化诈骗罪的关系犯罪属性，是在考察诈骗罪中被害人自我责任侧面与要保护侧面关系时，一种动态平衡观之下务实的政策选择。诈骗罪中被害人同意无效，意味着承认诈骗罪是将被害人作为工具加以利用的一部分盗窃罪间接正犯的立法化，认可了诈骗罪与盗窃罪之间的法条竞合关系。同意无效说并非对立思维的产物，也能与诈骗罪要求实质财产损害的立场兼容，不会导致该罪的法网大开。

对外经济贸易大学法学院教授冯辉：完善离职竞业限制补偿金制度



离职竞业限制补偿金的确定缺乏明确的规则依据。在劳动者的竞业行为不构成侵犯商业秘密且用人单位无法证明实际损失的场景下，高额违约金的酌减完全依赖司法判断和裁量，不仅容易导致同案不同判的司法秩序风险，也削弱了离职竞业限制违约金制度在劳动者与用人单位之间、意思自治与诚实信用之间的平衡效果。应基于整体主义的理念及方法完善离职竞业限制违约金的法律治理。以离职竞业限制补偿金作为违约金的裁量标准，允许用人单位主张不超过约定补偿金总额5倍的违约金，完善离职竞业限制违约金治理的配套制度，明确未约定补偿金不影响竞业限制协议效力，完善劳动者主张法定补偿金的确定规则，允许当事人就竞业限制违约金纠纷直接提起诉讼。引入竞业单位赔偿责任和劳动者离职竞业限制违约责任保险，构建离职竞业限制违约金的风险及成本分担机制。

上海政法学院人工智能法学院教授杨华：构建人脸识别保护实体与程序规范



人脸识别是人工智能的重要应用。运用人脸识别技术应加强人脸识别信息保护。我国人脸识别信息保护缺乏专门的法律规范，个人信息保护法第62条特别强调对“人脸识别”制定专门的保护规范。我国应在系统总结现有立法、执法和司法经验的基础上，树立尊重数字人权、适当限制公权、注重利益平衡的理念，构建人脸识别信息保护的实体性规范、优化人脸识别信息保护的程序性设计，以个人信息保护法等法律法规为依据，由国家网信部门统筹协调有关部门，围绕人脸识别的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等行为制定人脸识别信息保护规定。

大连海事大学法学院教授陈国栋：失信惩戒法治化应以风险管控为目的



将失信惩戒纳入行政处罚体系是当前失信惩戒法治化的主流进路。这无法解决将违约、违法行为视为失信行为并加以公法制裁的合法化难题，又不能充分救济相对人，也难以充分承担社会信用制度的功能期待，还有碍于社会信用制度的体系化。从管控资源配置风险出发，信用评级是基于信用信息的可信度评价工具，失信惩戒是为了管控资源配置风险，而非对失信行为进行法律制裁。实施以风险管控为目的的失信惩戒，既符合行政机关的资源配置主体身份，也符合社会治理创新的需要与大数据时代社会治理变革的趋势。在大数据时代，失信惩戒法治化框架建构应当以信用算法的规制为中心，以风险管控原则统领信用算法，以个人信息权益与相应国家保障义务为具体抓手。

(以上依据《中外法学》《法学》《清华法学》《华东政法大学学报》《比较法研究》，陈章选辑)

依据多维属性界定盗取网游虚拟财产犯罪类型



□石经海 邱胜帆

近年来，随着网络游戏产业的飞速发展，网络游戏用户数量的持续攀升，利用木马病毒、外挂软件等手段，盗取他人网络游戏虚拟财产的案件持续高发。然而，由于网络游戏虚拟财产法律属性模糊、价值认定困难等原因，实践中，对此类行为在罪名选择及犯罪数额认定上存在较大分歧，类案异判现象突出。对该类行为的精准定性，既关系到公民新型财产及网络游戏产业商业利益的保护，又影响到数字经济、数字经济的发展与健全。对此，有必要厘清网络游戏虚拟财产的法律属性，辨清行为性质并准确适用法律，做到罪责刑相适应。

肯定数据的多维属性，勿以物理属性取代法律属性

网络游戏虚拟财产是否具有财产属性，是理论界及实务界久争未决的问题之一，存在“肯定论”“部分肯定论”“否定论”等诸多观点。司法实践中也因对其属性的认识不同，存在类案不同判现象。例如，在某案件中，针对行为人利用木马病毒盗取游戏币的行为，一审法院以非法获取计算机信息系统数据罪定罪，而二审法院则因“游戏币具备财产特征”改判为盗窃罪。同样，也存在二审法院以网络游戏虚拟财产属于数据为由，将财产性罪名改判为计算机类罪名的情况。

实际上，上述争论忽略了网络游戏虚拟财产属性的多维性，将其物理属性与法律属性等同，然而二者之间的关系并非非此即彼，而是可以相互共存的。正如，纸质货币的物理属性为纸张，与普通A4纸归属同类，但从其体现的功能、社会价值出发，其属于财物。同理，网络游戏虚拟财产在本质上属于数据，但在法律层面上因其具体功能、呈现方式、实际价值的不同而具有不同的属性。基于此，在司法实务中，对于网络游戏虚拟财产属性的认定，需把握以下两点：首先，要承认网络游戏虚拟财产的财产属性。能否将网络游戏虚拟财产解释为“财物”，是否会突破罪刑法定原则，其重要衡量因素在于“有无突破国民的预测可能性”。在现实生活中，网络游戏虚拟财产的财产价值已然为公众所认可，其在各大网



石经海

□对于盗取网络游戏虚拟财产行为的定性，不能只关注犯罪对象，还应全面把握犯罪构成各要件要素。应重点考察犯罪客体的差异、危害行为的差异、危害结果的差异。

□对于犯罪数额的认定，应回归到行为社会危害性的衡量上来。由于网络游戏虚拟财产的特性，在受害主体、获得方式不同时，盗取相同数量的网络游戏虚拟财产所造成的社会危害性大小存在显著差别，因此，应结合受害主体、获得方式等关键因素，采取差别化的犯罪数额认定标准。

络购物平台中进行交易已成常态，甚至存在专门的游戏交易平台，其可以被解释为刑法第92条规定的公民日常生活中的“其他生产资料”。同时，从法秩序统一性原理的视角出发，也只有将其视为财产，才能保持罪名处罚之间的均衡性与公平性。当然，并非一切网络游戏虚拟财产均具有财产属性，那些不具有“可管理性”“可转移性”“价值性”的虚拟财产不属于法律意义上的“财产”。例如，在无需注册账号或以游客模式进入的游戏获得的虚拟物，在不具有可转移性的街机游戏中获得的游戏币等。其次，结合数据的功能面向认定其法律属性。对于网络游戏虚拟财产的属性，要结合行为人所追求的、犯罪行为直接支配下虚拟财产所表征的具体功能及实际侵害结果进行综合认定。例如，当对账号类游戏数据大量获取与批量出售，侵害到不特定多数人信息活动安全时，其属于个人信息；若出于以非法占有他人财产为目的而盗取特定游戏账号时，其属于财物。即当单绝对数据本身进行侵害时，虚拟财产呈现出数据属性；当对其所呈现的特定功能侵害时，则呈现出该功能直接指向的属性。

全面把握犯罪构成，勿以犯罪对象判断取代构成要件判断

犯罪构成是一个有机整体，各要件相互依赖、互为依据、共同作用，在认定具体行为是否构成犯罪时，必须全面地、系统地考量行为在犯罪构成上的“符合性”，不能片面地只关注某个或某几个要件。在司法实务中，有的仅关注网络游戏虚拟财产的属性，而忽略财产类犯罪与计算机类犯罪在行为方式、危害结果及犯罪客体等其他要件要素上的差异。例如，对于“利用游戏运营管理权限，擅自修改后台数据为他人添加游戏币”的行为，有观点认为，应以非法获取计算机信息系统数据罪定罪；有观点则认为，因行为“影

响到游戏的公平性”，应以破坏计算机信息系统罪定罪；还有观点认为，行为“未对计算机信息系统实施侵入”且行为“并非破坏数据”，应以职务侵占罪定罪。

可见，对于盗取网络游戏虚拟财产行为的定性，不能只关注犯罪对象，还应全面把握犯罪构成的各个要件要素。具体而言，应重点考察以下几个问题：其一，犯罪客体的差异。相较于财产类犯罪直指公私财产所有权，计算机类犯罪被置于妨害社会管理秩序罪一章中扰乱公共秩序罪一节下，从体系解释的角度出发，其犯罪客体应受到该章同类客体的制约与引导，即须属于社会管理秩序。因此，以非法占有网络游戏虚拟物为直接目的，仅针对特定人，且尚不足以威胁到社会管理秩序的盗取虚拟财产的行为，一般不宜以计算机类犯罪认定。其二，危害行为的差异。计算机类犯罪不同于财产类犯罪，其在行为手段上具有特殊性。对于非法获取计算机信息系统数据罪，应重点考量盗取行为是否属于“侵入或其他技术手段”，即是否属于技术手段。对于非法控制计算机信息系统罪，强调的是“控制”与否，即行为是否打通异地网络，使他人的计算机能够接受控制指令并完成相应的操作活动。因此，在司法实务中，对于通过窃取账号、密码，利用网络游戏平台系统漏洞或网游公司工作人员利用职务之便登入系统等非技术手段的盗取行为，不宜认定为计算机类犯罪。其三，危害结果的差异。这主要体现在财产类犯罪与破坏计算机信息系统罪的界分中，前者直接造成了被害人的财产损失，而后的直接危害在于实质性地破坏或影响了计算机信息系统功能。因此，若行为既不影响计算机信息系统数据、应用程序的安全与功能，也不影响网络游戏的正常运行，即使其造成的违法所得或经济损失未达到法律规定的数额，也不能以破坏计算机信息系统罪定罪。当然，也存在行为均符合财产类犯罪与计算机类犯罪构成要件的情况，此时，则按照想象竞合的

认定规则予以处理。

结合行为的社会危害性，构建差别化的犯罪数额认定规则

区别于传统财产，网络游戏虚拟财产因其所具有的价格自定性、可复制性及获得方式多样性等特征而较为复杂。实践中，对于犯罪数额的认定，存在“市场价格”“销赃价格”“鉴定价格”“被害人损失”“就低认定”“综合考量”“作为量刑情节考虑”等多种做法，认定标准混乱。应该说，犯罪数额作为定罪量刑的重要情节之一，是犯罪行为直接指向或直接涉及的金额大小，是行为社会危害性程度的重要体现，因此，对于犯罪数额的认定，应回归到行为社会危害性的衡量上来。由于网络游戏虚拟财产的特性，在受害主体、获得方式不同时，盗取相同数量的虚拟财产所造成的社会危害性大小存在显著差别，因此，应结合这些关键因素，采取差别化的犯罪数额认定标准。第一，区分受害主体。网络游戏虚拟财产具有的可复制性是基于游戏运营商而言的，因此，当受害人为游戏运营商时，游戏币等虚拟物的价值与真实货币价值并不成正比，不能以游戏运营商自定的发行价格或公司单方估算损失全额确定犯罪数额，也不宜以销赃金额直接认定犯罪数额。而应综合考虑盗取方式与次数、持续时间、盗取数量种类、非法获利等因素，以“情节严重与否”作为定罪量刑的依据。第二，区分获得方式。在受害人为游戏用户时，应结合网络游戏虚拟财产获得方式来认定犯罪数额。首先，若涉案虚拟财产均是由真实货币兑换购买而来，则以游戏平台发行的换算比例认定犯罪金额；其次，若非均由真实货币兑换而来，则结合该游戏的受众范围、发行价格，在确已形成较为稳定的市场交易价格的基础上，可比照相关购物网站中同等数量或类型的虚拟物的平均价格，以市场普遍交易价格认定；再者，若无法认定其市场交易价格，无法鉴定评估或鉴定评估意见明显不当时，虽然销赃数额具有主观性、差异性，但基于社会常识和商品交易规律，其属于玩家之间自愿形成的，可以较为真实地、公允地反映虚拟物的价值，可以其作为犯罪数额认定标准，但价格虚高的除外。

(作者分别为西南政法大学量刑研究中心主任、教授，助理研究员)