

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2021.02.013

“虚拟财产”的概念限缩与刑法保护路径重构

——以数据的三重权利体系为参照

张忆然

(清华大学 法学院,北京 100084)

摘要:刑法上的“虚拟财产”概念边界模糊,缺少与其他数据形式的区分,凭空造成罪名适用的混乱,应当予以限缩。“虚拟财产”的价值单边性决定了其不可能是一项对世性的物权,虚拟财产与真实货币价值的对应性决定了其只能作为“财产性利益”来评价。网络账号不属于虚拟财产,而属于用户个人信息。刑法上,侵犯“虚拟财产”的行为本质上不过是“利益型”财产犯罪,定罪难点不在于数额计算,而在于构成要件定型性的调适。应通过“僭权+债权实现可能性转移”的双重标准,明晰“利益盗窃”的行为构造,并据此认定符合“利益盗窃”的侵犯虚拟财产的具体行为方式。进而,以“人格—财产—数据”的三重权利体系的位阶安排为参照,妥善处理保护个人信息、虚拟财产以及数据载体的各罪之间的优位关系和竞合关系,能够改善当前虚拟财产问题中三类犯罪混同适用的局面。

关键词:虚拟财产;数据;财产性利益;盗窃;权利

中图分类号:D924.3

文献标志码:A

文章编号:1672-7835(2021)02-0104-16

一 问题提出

在大数据时代,数据已经成为经济社会中重要的战略资源。数据被称为“新石油”,数据之上可能承载多种价值和利益。在维护个人隐私和信息控制权等人格权益的前提下,最大限度地促进数据自由流动、挖掘数据经济价值的需要日渐凸显。目前,在修正后的“知情同意”原则的框架下,与个人信息有关的人格权在民法和公法上均得到了相对成熟完善的保护,在刑法上,侵犯公民个人信息的行为被论以侵犯公民个人信息罪。问题在于,数据及其聚合而成的大数据集合或大数据产品所具有的财产属性和经济价值,无法通过传统的人格权框架予以保护。对于数据所承载的财产权益及其保护模式的探索,在民法上引发了新一轮知识增长,不少学者主张个人信息权与数据权的二元分置,个人信息权或被定义成新型人格权,从而与以财产利益为导向的数据权迥然

不同^①。

在这样的时代背景之下,刑法在应对新兴数据权利问题时,产生了诸多悬而未决的理论争议。这些争议多是由模糊恣意的概念使用所引起,并围绕概念界定而展开。例如,刑法上历来热衷于探讨“虚拟财产”概念,并适用财产犯罪的相关罪名对“虚拟财产”予以保护。新颁布的《民法典》第127条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”众所周知,“虚拟财产”概念原本即缺少规范性,“数据”则可能承载财产权属性,如果再引入“数据财产权”的财产性利益类型,就会使得各概念之间的关系更趋复杂,极易造成混淆。那么,“数据”与“虚拟财产”究竟是什么关系,尤其是与刑法上的“虚拟财产”是什么关系?“数据”的财产权属性能否等同于“虚拟财产”,刑法上如何保护数据及其所承载的“虚拟

收稿日期:2020-10-16

基金项目:2019年清华大学博士生短期出国访学基金

作者简介:张忆然(1991—),女,山东泰安人,博士研究生,研究方向中外刑法。

①无论是《民法总则(一审稿草案)》将数据视为一种知识产权,还是《民法总则(终稿)》和《民法典》将数据与虚拟财产并列规定,数据均不脱财产权的性质。许可:《数据保护的三重进阶——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案》,载《上海大学学报(社会科学版)》2017年第6期。

财产”？为了有效解决这些理论争议，最重要的问题是先行厘清刑法上“虚拟财产”概念的边界，确认侵犯虚拟财产的行为性质，进而参照数据的三重权利体系，明晰“虚拟财产”与“数据”“数据财产权”乃至“个人信息”的关系，以助于建立清晰的刑法保护路径，提升刑法罪责评价的体系性和自洽性，发挥刑法在数据安全和数据流通方面作为最后保障法的作用。

二 概念限缩：“虚拟财产”的认定标准与廓清

（一）当前“虚拟财产”概念的含混性

目前刑法学界所使用的“虚拟财产”是一个高度含混的概念，将很多价值和属性差异颇大的数据形式均归类为“虚拟财产”，认定其具有财物属性。有学者提出，虚拟财产可以分为三类，即：（1）账号类虚拟财产，如网络游戏账号、QQ号；（2）物品类虚拟财产，网络游戏装备、网络游戏角色/化身的装饰品；（3）货币类虚拟财产，如魔兽世界金币、Q币、虚拟财产充值卡^①。但是，其分类标准仍然不甚明确。笔者认为，这些所谓的“虚拟财产”并非当然具有财产权属性，以往的刑法理论和实践多倾向于将“虚拟财产”作为一种财产，适用财产犯罪的有关罪名进行保护，实属不当，由此导致罪名适用混乱和数额计算标准无法统一的困境。

1. 虚拟财产数额计算标准的困境

当前的“虚拟财产”概念中所涵摄的某些利益类型，实际上并不具有财产属性，亦即不具有与真实货币价值相对应的劳动投入量。例如，在【例1：田某盗窃案】中，田某等4人利用深圳某游戏服务商成都公司某款游戏平台的漏洞，植入20多个账号盗取1300亿游戏币。价格鉴定时认为，像游戏币、游戏装备这样的虚拟财产，可通过玩家购买点数或与其他玩家的交易事实得以确定。以1亿金币350元的市场价计算，田某等4

人所盗窃的1300亿游戏金币核价为455000元^②。然而，刑法学者普遍认为这种估价方法会导致量刑畸重。或许正因如此，学者欧阳本祺彻底否认了“虚拟财产”的财产性，着眼于形塑虚拟财产的“数据”本身，指出：侵犯虚拟财产的行为不是直接作用于虚拟财产本身，而是作用于代码上。刑法只有通过计算机信息系统数据的保护来间接保护虚拟财产，这是刑法保护虚拟财产的唯一路径^③。笔者认为，该观点似乎走向了另一个极端，亦无法得到认同。

诚然，如上所述，虚拟财产本质上只是一种数据；然而，虚拟财产并非永远存在于虚拟空间的数据代码之上。不可否认，虚拟财产能够通过与真实财产的交易，作为财产性利益得到评价。对某些数据内容的盗窃和篡改，同时对应了现实的财产损失，因而具有财产属性。例如广为人知的【例2：孟动盗窃案】，该案中孟动所窃取的茂立公司的Q币和游戏点卡均由茂立公司作为代理商，从上游数据生产企业腾讯科技（北京）有限公司和广州网易计算机系统有限公司以每Q币0.77元、每50点5元的价格购入，并以每Q币1元、每50点25元的价格销售。由于购入、销售价格确定，且具有流通性、可转让性，如果Q币和游戏点卡失窃，茂立公司将产生真实的财产损失。并且，任何人均可无条件购买Q币和游戏点卡并用于兑换等价值的网络服务，特定面值的虚拟货币与特定面值的真实货币之间建立了稳定的对应关系，从而与股票、债券、电子货币类似，已经具有了债权凭证的特征^④。正因如此，有学者认为虚拟财产是一种“类票据权”。由此便可以解释，为何张明楷教授对盗窃企业和个人的虚拟财产提出了不同的数额计算方法^⑤。当然，这些不同的数额计算方法仍然未能参透虚拟财产与真实财产的生产机制的根本性差异，甚至预设立场认为，虚拟财产是绝对性的物权。如此，则不论提出多少种

^①江波：《虚拟财产司法保护研究》，北京大学出版社2015年版，第31—33页。

^②《首例虚拟财产鉴定：盗售1300亿游戏币值45万元》，载《成都商报》2009年5月20日。

^③欧阳本祺：《论虚拟财产的刑法保护》，《政治与法律》2019年第9期。

^④法院亦认为，Q币和游戏点卡是腾讯公司和网易公司在网上发行的，通过银行、手机、固定电话等方式，用真实货币购买或充值的一种有偿虚拟货币和票证，用户可以用这些虚拟货币和票证获取相关增值服务，或购买相关公司提供的等值服务；茂立公司销售的Q币和游戏点卡是通过支付真实货币并按双方合同约定的折扣购买的，一旦失窃便意味着所有人将丧失对这些财产的占有、使用、处分和收益等全部财产权利。因此，孟动等人构成盗窃罪。参见上海市黄浦区人民法院（2006）黄刑初字第186号刑事判决书。

^⑤张明楷认为，在盗窃“用户”虚拟财产的情况下，按照价格来确定数额；在盗窃“游戏公司”虚拟财产的情况下，为了避免量刑畸重，按照情节而不是数额来量刑。参见张明楷：《非法获取虚拟财产的行为性质》，《法学》2015年第3期。

财产损失数额的计算方法,总归是治标不治本,难以避免各种争议。

2. 虚拟财产的特殊性质

产生虚拟财产数额计算困境的根本原因,其实并非在于财产数额的计算方式,而是在于游戏公司的数据本身并不具有财产特性。具体言之,有以下两点:

其一,从权利属性来看,作为信息介质的数据不满足物权法上“物”的属性,不宜作为传统的所有权等物权的客体。“虚拟财产”本质上是由数据生成的虚拟物,数据缺乏作为“物”所要求的独立性和特定性,无法脱离载体而存在,且可以无限复制、删除、上传和发送,容易共享或随机灭失,从而使客体处于变动不居的状况,无法为民事主体独占和直接控制。同时,数据本身并不具有类似知识产权的信息垄断性、专有性,也不具有无体物如水、电、天然气的稀缺性,虽然具有无形性的表征,但不能构成客体意义上的无形物^①。此外,物、智力成果、股票等对于所有民事主体而言均具有独立价值,虚拟财产则不同,具有“价值单边性”特征。也即,虚拟财产对于网络用户和网络服务提供者这两类不同的主体,呈现出截然不同的价值形态,仅对网络用户具有独立的财产价值,对网游运营商并无独立的财产价值,其不会将网游道具视为公司资产的组成部分^②。亦有刑法学者认为,用户获得的虚拟财产与网络服务商自己设计的虚拟财产存在明显区别,用户的虚拟财产损失与其现实生活中的财产损失基本上没有区别;但网络服务商的虚拟财产损失与其现实财产损失却明显不同。法益价值与法益主体密切相关,应当考虑该虚拟财产相对于法益主体而言具有何种价值^③。就此而言,虚拟财产的价值相对性也体现出其不可能是一项对世性的物权。

其二,数据生产机制与传统财产权利的生产机制存在根本性差异,因而无法以传统的劳动价

值理论来评估数据及其形成的虚拟物品的价值。根据劳动价值论,价值是一种凝结在商品中的无差别的人类劳动,抽象性的劳动创造价值。然而,“劳动只是在最低限度说明了数据是被生产的事实,远未能回应数据权利的生产机制问题。”换言之,数据劳动本身并不能直接推出数据权利,算法在数据权利生产中处于中心地位,而不是劳动。在数据价值生产中,算法处于架构的地位,决定了数据的价值。单个、少量的数据价值密度低,而经算法收集、加工、处理后形成的数据集合则价值倍增^④。张明楷教授亦指出,传统产出是线性的,但是虚拟财产的特点是一次产出,无限销售。软件本身的生产和研发是一次性的,而价值产生则可以通过复制多次进行。有多少人想购买使用该虚拟财产,该虚拟财产就能创造多少价值^⑤。虚拟财产的价值相对性的成因即在于数据生产机制,导致数据和数据所生成的虚拟财产完全脱离了传统的物权属性。

由于虚拟财产的特殊性质,当虚拟财产以数据形式存在于虚拟空间中,并未与真实货币价值产生对应性时,无法赋予其财产属性,只能评价窃取或篡改数据的手段行为。例如【例3: 雒彬彬职务侵占案】,雒彬彬在未获公司授权的情况下,擅自使用管理员账号中的“92号工具”,生成游戏中的“金锭”29 562 497枚(根据游戏确定的兑换比例1元人民币=15金锭,价值人民币1 970 833.13元)。由于金锭无法直接交易,雒彬彬使用“金锭”在游戏商城中换取游戏道具后,通过网络平台低价销售牟利,非法获利人民币50余万元。一审法院认定雒彬彬成立盗窃罪,二审法院则认定为职务侵占罪^⑥。笔者认为判决定性殊为不当。必须明确的是,该案中网络游戏公司才是被害人,财产损失数额只能以网络游戏公司的真实财产损失来计算,而不是以雒彬彬的销赃或获利数额来计算。该案的焦点并不在于,是否存在虚拟财产

^①参见梅夏英:《数据的法律属性及其民法定位》,载《中国社会科学》2016年第9期;梅夏英:《虚拟财产的范畴界定和民法保护模式》,载《华东政法大学学报》2017年第5期。这一点在刑法学者的分析中经常被曲解,多数刑法学者将虚拟财产界定为物权属性。参见陈兴良:《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,载《中国法学》2017年第2期。

^②刘明:《网络虚拟财产的价值单边性特征及其启示》,《经贸法律评论》2019年第6期。

^③张明楷:《非法获取虚拟财产的行为性质》,《法学》2015年第3期。

^④数据抓取、数据处理、数据应用均离不开算法,正是这些算法实现了低价值的原始数据向高价值的衍生数据转化。数据经济的实质便是“算法定义经济”。参见韩旭至:《数据确权的困境及破解之道》,载《东方法学》2020年第1期;徐格、李沁:《算法统治世界:智能经济的隐形秩序》,清华大学出版社2017年版,第18页。

^⑤张明楷:《非法获取虚拟财产的行为性质》,《法学》2015年第3期。

^⑥北京市朝阳区人民法院(2013)朝刑初字第2164号刑事判决书;北京市第三中级人民法院(2014)三中刑终字第66号刑事判决书。

与真实货币的兑换比例,或者能否对“金锭”准确估价。虽然游戏中设定了“金锭”与人民币的兑换比例,但是,雒彬彬所窃取的游戏公司的“金锭”数据尚未进入流通过程中,受制于虚拟财产的生产机制和生产特性,游戏公司真实的财产损失数额与“金锭”的市价、雒彬彬销赃后非法获利的数额并不对应^①。换言之,雒彬彬通过登录网络游戏公司服务器,以篡改数据等方式盗取、生成虚拟财产并售卖的行为,本质上只是复制、窃取了相关的数据代码,游戏公司的真实财产损失与生成虚拟财产的数据本身的研发、生产成本相对应,却并不与以人民币为单位的“金锭”市价相对应。游戏公司通过较低成本即可修复代码、恢复虚拟财产,并且不受影响地继续在游戏中出售“金锭”,雒彬彬生成虚拟“金锭”的行为并未造成用户和网络游戏公司的真实财产损失。因此,该案其实无法以财产犯罪予以评价,只能考虑相关的数据犯罪。

(二)“虚拟财产”的认定标准:与真实货币价值的对应性

通过【例2:孟动盗窃案】和【例3:雒彬彬职务侵占案】的对比可知,关键问题并不在于行为人盗窃了用户的虚拟财产还是网络运营商的虚拟财产,张明楷教授所言的区分用户和网络服务商的财产损失其实并不准确。关键问题其实是,该虚拟财产是否处于与真实财产的交易和兑换过程中,从而与真实财产(货币价值)具有对应性。换言之,虚拟财产的损失是否与现实财产损失相对应,并不取决于盗窃的对象,而是取决于所窃取或篡改的数据处于虚拟空间的数据生产机制中,还是已经进入了真实财产的交易机制中。如果盗取的是处于虚拟空间的数据生产机制中、且尚未进入真实财产交易机制的虚拟财产,该虚拟财产通过数据生产机制的特性而被赋予数据价值,不受劳动价值理论决定,因而与基于劳动赋权的真实财产价值不具有对应性,无法以真实货币价值来衡量数据所有者的财产损失。只有虚拟财产进入了真实财产的交易过程之后,被害人为购买或出售虚拟物品付出了相应的金钱,其后,若虚拟物品被盗或灭失,被害人即丧失了对同价值的虚拟物

品的控制和支配,才会造成财产性利益的损失,由此丧失的财产性利益才具有“财物”属性。在此意义上,不是形成虚拟财产的数据本身具有财产价值,而是由于该数据与真实财产产生对应而具有财产价值。“虚拟财产”的财产性其实是作为一种财产性利益来评价,这在某种程度上与“无钱食宿案”类似:吃霸王餐的被告人享受了服务和饭菜却拒不付款,此时的财产损失应当认定为与服务 and 饮食相对应的金钱价格(财产性利益),而非服务和饭菜本身。由此可见,侵犯了处于真实财产的交易机制中的“虚拟财产”的行为,本质上不过是“利益盗窃”或“利益诈骗”。目前我国主流的刑法理论已经将财产性利益纳入“财物”概念,因此,与“虚拟财产”相对应的真实货币价值的损失可以作为债权性的财产性利益纳入“财物”,侵犯该“虚拟财产”的行为即可适用传统财产犯罪的有关罪名予以规制^②。

总之,在否定虚拟财产的物权属性之后,虚拟财产的财产性并非来源于生成虚拟物品的数据代码本身,而是来源于与真实货币的兑换和交易。如果未进行真实货币交易,虚拟财产的虚拟价值则与真实货币价值无法对应;只有虚拟财产与真实货币相交易之后,造成了真实的财产损失,才能定性为“利益盗窃”或“利益诈骗”,认定为传统的财产犯罪。质言之,只有当数据之上承载了与真实财产价值相对应的财产性利益时,才能称之为“虚拟财产”。有学者正确地指出,“虚拟财产”的财产性在于其财产价值的真实性,在虚拟财产与现实财产之间存在着一定的换算途径和交易机制^③。笔者对此殊为赞同,并主张以之作为认定“虚拟财产”的指导理念。遗憾的是,目前刑法学界的主流观点仍然倾向于将“虚拟财产”认定为一项物权,并执着于探究复杂的数额计算方法,难免有失偏颇。“虚拟财产”相关研究中最致命的欠缺是,学界并未在“价值真实性”理念的指导下对“虚拟财产”概念进行规范性界定,以至于许多与真实财产价值不具有对应性的数据类型也被纳入“虚拟财产”概念中,由此导致“虚拟财产”概念含混不清。以下,笔者尝试从“与真实财产价值

^①受制于虚拟财产的生产特性,被害人的财产损失与行为人的获利数额或销赃数额不同是常态。例如,田某等人将盗窃来的游戏币通过淘宝网,以每亿游戏币350元的低价抛售,获利数十万元,远远少于根据市场价格的估值455000元。

^②将“虚拟财产”视为与之对应的财产性利益的类似观点,可参见李强:《财产犯中财产性利益的界定》,《法学》2017年第12期。

^③陈兴良:《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,《中国法学》2017年第2期。

的对应性”角度,对“虚拟财产”概念予以限缩。

(三)“虚拟财产”概念的廓清与再限缩

笔者认为,某些“物品类虚拟财产”与“货币类虚拟财产”本质上是相同的,都是通过与人民币的兑换比例获得财产属性,因此,将虚拟财产分为“账号类虚拟财产”与“物品类虚拟财产”(“虚拟物品”)即已足够。不过,这样的界定仍然过于宽泛,缺少规范性和明确性,容易造成认定上的困难。因此,笔者根据当前相关法律和规范性文件的界定,以及上述限缩“虚拟财产”的认定标准,结合虚拟财产的本质属性,对这三类“虚拟财产”进行检讨。笔者检讨的结论是:“账号类虚拟财产”本质上并非“虚拟财产”,而是个人信息;“物品类虚拟财产”则根据是否与真实货币价值具有对应性,分别认定为“虚拟财产”和单纯的数据。

1.“账号类虚拟财产”本质上是个人信息

“账号类虚拟财产”是网络服务提供商(包括网络游戏服务的开发商和运营商,以及网络即时通信等服务提供商)在网络中区分服务对象而设置的账号,由用户注册并同意其网络服务合同(EULAs)后持有或者通过转让获取^①,例如QQ账号、游戏账号或邮箱账号等。账号虽然能够转让给他人,或者集合打包以特定价格出售,但并不意味着其本身具有财产属性或者物权属性。正如许多盗卖电话号码等个人信息的行为,非法出售个人信息也能够为出卖者带来经济利益,但个人信息显然不可能是财物。根据当前我国和国际通行的个人信息立法的具体规定,“账号类虚拟财产”本质上只能是个人信息而非所谓的“虚拟财产”。

“个人信息”的通行定义以“可识别性”为标准,具有直接或间接可识别性、能够识别出具体自然人的信息属于个人信息。^②例如,我国《电信和互联网用户个人信息保护规定》第4条规定:“本规定所称用户个人信息,是指电信业务经营者和互联网信息服务提供者在提供服务的过程中收集的用户姓名、出生日期、身份证件号码、住址、电话号码、账号和密码等能够单独或者与其他信息结合识别用户的信息以及用户使用服务的时间、地

点等信息。”国家质量监督检验检疫总局2017年发布的《信息安全技术 个人信息安全规范》(以下简称《规范》)第3.1条注1中特别指出:“个人信息包括姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、通信通讯联系方式、通信记录和内容、账号密码、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、交易信息等。”《规范》“附录A”表A.1的“个人信息举例”中,所列举的“网络身份标识信息”包括系统账号、IP地址、邮箱地址及与前述有关的密码、口令、口令保护答案、用户个人数字证书等。可见,邮箱地址及其密码属于个人信息。与之相类似,QQ账号、游戏账号也应当属于个人信息。自从推行网络实名制以来,已经不太可能出现化名注册游戏账号或其他网络账号的情形,虚拟账号和网名背后均能追查到现实中的具体个人。例如2016年发布的《文化部关于规范网络游戏运营加强事中事后监管工作的通知》第三条第(十一)项规定:“网络游戏运营企业应当要求网络游戏用户使用有效身份证件进行实名注册,并保存用户注册信息;不得使用游客模式登陆的网络游戏用户提供游戏内充值或者消费服务。”这使得QQ账号、游戏账号具有间接可识别性。

2.与真实货币价值相对应的“虚拟物品”可视为“虚拟财产”

根据前述“虚拟财产”的认定标准,“虚拟财产”的本质特征在于与真实货币价值的对应性。换言之,只有与真实货币价值相对应的“虚拟物品”才能视作“虚拟财产”。具体而言,包括“虚拟货币”与“以法定货币或虚拟货币购买的虚拟物品”两种。

首先,“虚拟货币”毫无疑问应当属于“虚拟财产”。由文化部2009年发布的《网络游戏虚拟货币管理通知》第(一)项和第(七)、(八)项的规定可知,虚拟货币只能使用法定货币购买,除利用法定货币购买之外,网络游戏运营企业不得采用其他任何方式向用户提供网络游戏虚拟货币,不

^①江波,张金平:《虚拟财产交易纠纷案件的司法审判难点——以网络游戏装备交易纠纷为视角》,《网络法律评论》2011年第2期。

^②《信息安全技术 个人信息安全规范》第3.1条规定:个人信息(personal information)是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息。此外,《网络安全法》第76条第5项以及欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)第4条第(1)项对“个人信息”的定义,亦以直接或间接的可识别性为标准。

能通过其他渠道比如游戏过程获得^①，因此，所窃取的用户或运营商的货币类虚拟财产必然与真实货币价值具有对应性，可以用于购买等值的虚拟服务或游戏装备，实际上已经成为特定服务范围内流通的债权性凭证，侵害该虚拟货币的行为应当视为侵害了他人的财产性利益。如前述【例2：孟动盗窃案】，代理商持有的Q币与游戏点卡均具有真实的货币价值，由一定数量的人民币购得。

其次，有些“虚拟物品”与真实财产价值具有对应性，“以法定货币或虚拟货币购买的虚拟物品”也应当视为虚拟财产。根据2016年发布的《文化部关于规范网络游戏运营加强事中事后监管工作的通知》第二条第（四）项规定，网络游戏运营企业发行的，用户以法定货币直接购买、使用网络游戏虚拟货币购买或者按一定兑换比例获得，且具备直接兑换游戏内其他虚拟道具或者增值服务功能的虚拟道具，按照网络游戏虚拟货币有关规定进行管理。可见，某些类型的“虚拟物品”（虚拟道具）其实可以视为“虚拟货币”，两者的共同点在于，与法定货币或者虚拟货币具有固定的兑换比例或市场价格。如果承认虚拟货币是虚拟财产，那么，这类“虚拟物品”也应被视为虚拟财产。此外，从其他玩家处以法定货币购买的“虚拟物品”亦具有与真实货币价值的对应性。例如，玩家通过官方平台或基于官方许可购买其他玩家的游戏装备，并转手他人^②。当然，如【例1：田某盗窃案】那样，直接窃取网络运营商自己设计生成且尚未出售的游戏币的行为不具有同样的性质，只是篡改了虚拟数据代码，与真实货币价值不对应，因而无法视为虚拟财产。这属于下述第3种情形。

3. 与真实货币价值不对应的“虚拟物品”只能作为数据

根据笔者的理解，与真实货币不对应的“虚拟物品”只能单纯作为数据予以认定，实际上并

不能称之为“虚拟财产”。此类“虚拟物品”主要是指游戏运营商设计生成且尚未出售的虚拟物品，以及游戏玩家在游戏过程中通关或触发特定游戏机制获得的奖励或装备升级。

（1）以市价认定该类虚拟物品的价值的误区

对于该观点可能产生的质疑在于：由于这类虚拟物品也可能在玩家之间或官方交易平台具有固定的兑换比例或市场价格，盗窃该未交易的虚拟数据也能够造成未来的经济损失，并非只有经由实际转让才能获得财产价值，因而可视为“虚拟财产”。然而，鉴于数据的特殊性，以市价认定尚未转让的虚拟物品价值的做法并不成立。其理由如下：

在债权框架下，尚未转让的虚拟物品是游戏运营商向特定用户提供的网络服务，而不是财物。在运营商和用户存在相对合同关系的前提下，虚拟物品操作权限的取得和转让都是网络服务的内容，没有独立的市场价值。^③该虚拟物品的权属是否归属于用户尚以网络服务合同的约定为准。在数据丢失或被盗的情况下，游戏运营商只需承担未尽保障义务的违约责任，通过恢复数据即可完全弥补玩家的损失。以此为前提，从网络游戏运营商的角度来看，一方面，前述已从数据生产成本的角度论证了，直接盗取游戏运营商的数据不会造成真实的财产损失；另一方面，该数据的盗用不会使原有的虚拟物品丧失，不影响运营商再次出售。虽然盗用者私自出售的行为有可能使得运营商潜在的客户量和交易机会减少，但这不是被特定化的刑法上的财产损失或财产性利益。这类虚拟物品即便具有价格，也不可能成为运营商真实资产的组成部分。从用户（玩家）的角度来看，玩家之间对于直接生成或通过奖励获得的虚拟物品的交易，与“虚拟货币”或“以法定货币购买的虚拟物品”的交易不同，即便存在普遍认同的市场价格，该市价并不代表虚拟物品所蕴含的抽象

^①《网络游戏虚拟货币管理通知》第（一）项规定：“本通知所称的网络游戏虚拟货币，是指由网络游戏运营企业发行，游戏用户使用法定货币按一定比例直接或间接购买，存在于游戏程序之外，以电磁记录方式存储于网络游戏运营企业提供的服务器内，并以特定数字单位表现的一种虚拟兑换工具。网络游戏虚拟货币用于兑换发行企业所提供的指定范围、指定时间内的网络游戏服务，表现为网络游戏的预付充值卡、预付金额或点数等形式，但不包括游戏活动中获得的游戏道具。”第（七）项规定：“除利用法定货币购买之外，网络游戏运营企业不得采用其他任何方式向用户提供网络游戏虚拟货币。”

^②当然，玩家之间对虚拟财产的转手和交易是否被网络运营商所认可，仍待讨论，也就是虚拟财产的转让是否合法的问题，本质上是不法原因给付的问题。本文由于篇幅所限，暂且仅探讨合法交易的情形。

^③事实上，在虚拟财产的交易中，理论上不应忽视运营商的主导作用，所有购买装备或网币而获得操作权限的事实都应理解为运营商提供的服务，相关数据仍是在运营商的服务器控制之下。这一特点同时也证明了排除效能的不足，即虚拟财产数据同时由多方间接控制，而不由一方独有。参见梅夏英：《虚拟财产的范畴界定和民法保护模式》，《华东政法大学学报》2017年第5期。

劳动量,只代表买卖双方通常情况下的交换意愿,是一种带有主观色彩的、交换网络服务内容和操作权限的“合意”^①。网络服务商亦可通过增减虚拟物品的发行量来控制虚拟物品的供需和价格,因而虚拟物品价格的评估具有很大的主观性和不确定性,很难确定其客观价值。有民法学者正确地指出,虚拟财产实际体现为一种对账户的操作状态,具有状态性和非让渡性,本身无法交易,但可以改变。游戏装备的交易不能理解为通常的财产交易,其特殊性在于,一方装备减少并不一定意味着对方装备的增加,双方在权限生成和改变上并不具有真实的对应关系。换言之,某一方的数据丧失也不意味着对方的数据因此丧失,因而不存在与现实情境相同的财产占有转移。严格来讲,通常所认为的虚拟财产交易并不是以虚拟财产为标的的交易。例如,通过购买游戏币获得商场电子游戏机的消费权限,交易标的是游戏币而不是操作权限^②。由此可知,上文第2点中提及的,与真实货币相对应的“虚拟物品”之所以能够认定为虚拟财产,也不是由于虚拟物品及其数据本身被视为财产,而是由于该虚拟物品处于真实交易中,由真实货币购买,其交易标的是真实货币形成的财产性利益。那么,当虚拟物品被盗或丢失时,当事人的经济损失也不是某一固定权益被侵犯的直接损失,而是因不法行为导致的间接经济损失^③。因此,在虚拟物品进入特定玩家之间协商确定价格的交易程序之前,作为直接生成的数据或游戏过程中触发获得的虚拟物品,本身并不具有财产价值。

实务中亦有案例并不主张以市价来衡量虚拟

物品的财产价值。例如,在【例4:网易公司与何建家财产损害赔偿纠纷案】中,法院判令网易公司归还何建家账号内人民币(法定货币)27 717.92元;同时,因何建家未提供游戏币折合法定货币价值比例,虽然该游戏币存在官方市场价格,仍判令网易公司归还案涉账号下扣除的游戏币(共计3 649 183 905两),未判令归还该游戏币的折合价值(人民币)36 492.89元。^④

(2) 该类虚拟物品与数字形式的财产性利益的区别

进而可能引发质疑的一点是:同样具有相对固定的人民币兑换比例或市场价格,同样作为虚拟数字的表现形式,为何与真实货币价值不对应的“虚拟物品”不能直接视为财产性利益,但银行存款、信用卡积分、航行里程积分等数据形式却可以直接视为财产性利益,具有财产价值?^⑤

笔者认为,这里需要强调的是,与真实货币价值不对应的“虚拟物品”和数字财产、债权性利益以及无体物的价值来源不同。这类虚拟物品与购物卡、充值卡、积分卡以及信用卡积分不同的是,前者既非以真实财产购买,也不能兑换真实商品或服务,只能兑换发行企业的其他虚拟物品或虚拟装备^⑥;后者则是以真实货币购买,并且能够用于兑换真实商品或服务的债权性凭证。例如银行存款,电子银行中的虚拟数字代表了真实的货币价值,具有真实的价值来源,如工资收入、股票红利、银行贷款或者他人红包赠予等等,完全是真实货币的数字化形式,即使不进行数据化,也会以现金或实物的形式进行流转。又如,按摩、美容服务

^①有观点认为:针对一般的游戏装备,可能会有一个大致价格区间,但是具体成交的价格,则由玩家协商确定。对于高端装备而言,由于过于“稀缺”,价格区间也不存在,几乎需要完全依靠玩家之间的协商确定价格(参见徐久生,管亚盟:《网络空间中盗窃虚拟财产行为的刑法规制》,《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》,2020年第2期)。笔者认为,该观点恰恰说明了虚拟财产具有债权性质而非物权性质,其财产价值来源于双方合意而非虚拟财产本身。亦有学者明确指出,游戏装备并非与玩家的劳动量等值,作为其劳动量的对价和报酬。虽然不同的游戏装备会有不同的定价,但这个定价不像真实财物一样是由凝聚在其中的抽象劳动量来决定的。游戏装备的定价公式为:攻击次数×[损坏后的平均攻击力+(全新时的平均攻击力-损坏后的平均攻击力)÷2]。例如,如果一把剑的攻击次数被设定为3 600次,损坏后的平均攻击力被设定为1,全新时的平均攻击力被设定为8,那么其交易值为“3 600×[1+(8-1)÷2]=16 200”。参见江波:《虚拟财产司法保护研究》,北京大学出版社2015年版,第23页。

^②梅夏英:《虚拟财产的范畴界定和民法保护模式》,《华东政法大学学报》2017年第5期。

^③李昊:《纯经济上损失赔偿制度研究》,北京大学出版社2004年版,第7页。

^④参见福建省厦门市中级人民法院(2014)厦民终字第3611号民事判决书。

^⑤陈洪兵:《双层社会背景下的刑法解释》,《法学论坛》2019年第2期。

^⑥《网络游戏虚拟货币管理通知》第(八)项规定:网络游戏虚拟货币的使用范围仅限于兑换发行企业自身所提供的虚拟服务,不得用以支付、购买实物产品或兑换其他企业的任何产品和服务,但是网络游戏运营企业终止提供网络游戏产品和服务,以法定货币方式或者用户接受的其他方式退还用户尚未使用的虚拟货币的情况除外。第(九)项及第(十)项规定,网络游戏运营企业不得向用户提供网络游戏虚拟货币兑换法定货币或者实物的服务,不得向用户提供虚拟道具兑换法定货币的服务。向用户提供虚拟道具兑换小额实物的,实物内容及价值应当符合国家有关法律法规的规定。

机构的服务充值卡或商场的购物卡、就餐卡,都是定期直接充入相当金额的现金,实际消费时在卡片中直接扣除相应款项即可,相当于消费过程中的预付金额。再如,信用卡积分来源于真实货币交易的返利,银行需要用从第三方购买货物,再将购买的货物兑换给信用卡用户,可以兑换的礼品如星巴克商品、航空里程VIP服务以及酒店住宿服务,有些可以兑换成现金。甚至虚拟程度最高的股票交易都对应了企业资产变动和真实的现金流动。文化部2007年发布的《关于进一步加强网吧及网络游戏管理工作的通知》第(五)条强调,要严格区分虚拟交易和电子商务的实物交易,严禁倒卖虚拟货币。由此也可见两者的区别。

总之,根据笔者的界定,“虚拟财产”的范围应当进一步限缩,仅包括“虚拟货币”与“以法定货币或虚拟货币购买的虚拟物品”,应当将“账号类虚拟财产”与“与真实货币价值不对应的虚拟物品”排除出“虚拟财产”的概念范畴。

三 属性辨析:侵犯“虚拟财产”的行为性质

(一) 侵犯“虚拟财产”的行为本质上是“利益型”财产犯罪

根据笔者的界定,“虚拟财产”仅指与真实货币价值具有对应性的“虚拟货币”与“以法定货币或虚拟货币购买的虚拟物品”,其财产性来源于与真实货币价值的对应性,而不来源于数据本身。以此为前提,侵犯“虚拟财产”的行为本质上是侵犯了“虚拟财产”在真实交易中所代表的财产性利益。因此,所谓的侵犯“虚拟财产”的行为本质上是“利益型”财产犯罪,具言之,可能成立“利益盗窃”或“利益诈骗”。那么,由于“虚拟财产”本质上是以法定货币购买或充值而取得的,所以损失数额的计算并不是问题,只要通过交易中为获取“虚拟财产”而支付的金钱对价,即实际支付的价格即可认定。问题的关键在于,如何在维持财产犯罪的构成要件定型性的前提下,准确认定对“虚拟财产”的“处分行为”和“占有转移”等构成

要件。由此,问题便得以明晰:在普遍承认对财产性利益的占有、将财产性利益纳入刑法上的“财物”概念的大背景之下,在侵犯“虚拟财产”的具体语境中,如何在构成要件定型性被弱化的现实趋向面前,合理形塑适合于财产性利益的构成要件认定标准。具言之,这涉及以规范的占有概念为前提的行为构造。

(二) “利益盗窃”的构成要件定型性之调适

1. 以“僭权+债权实现可能性转移”为特征的行为构造

以往有民法学者提出,支配性不能构成物权性,因用户基于账号和密码的控制对虚拟财产的支配,是否构成物权法上的支配,值得怀疑。物权法上的支配是人对物的现实控制,以此彰显物理世界事物占有的秩序。而虚拟财产并不具有这一特征,因为用户始终无法对其进行有体物意义上的占有,只是通过电脑依循代码设置的路径来进行电子操作^①。如果坚持完全事实性的占有概念,当然无法认定对虚拟财产的占有。然而,刑法学界有观点通过对占有概念的规范化,试图将用户通过账号和密码对虚拟财产的控制解释为占有。目前,通过规范的占有概念来诠释对财产性利益的占有几乎已经没有疑问^②。然而,这种纯规范性的占有遭受了诸多批判,理由主要是,此种意义上的占有概念不足以支撑盗窃罪“打破—建立”占有的构成要件定型性,背离了罪刑法定原则,从而使盗窃罪沦为“财产致损行为的兜底性构成要件”^③。那么,如果要坚持以规范的占有概念为前提,对侵害财产性利益的行为适用盗窃罪的构成要件,关键问题是建构适合于财产性利益的、满足“打破—建立”占有的构成要件定型性的行为结构。目前已有刑法学者对此提出了具有借鉴意义的观点。

张明楷教授认为,如果行为人所取得的利益与被害人所丧失的利益具有同一性,即可以盗窃定性^④。该观点具有可取性,但仍然不够明确。并非所有利益转移的行为都能被界定为“占有转

^①梅夏英:《虚拟财产的范畴界定和民法保护模式》,《华东政法大学学报》2017年第5期。

^②有关“规范的占有”概念的代表性研究,参见马寅翔:《占有概念的规范本质及其展开》,《中外法学》2015年第3期;车浩:《占有概念的二重性:事实与规范》,《中外法学》2014年第5期;梁云宝:《财产罪占有之立场——缓和的事实性占有概念》,《中国法学》2016年第3期。

^③徐凌波:《虚拟财产犯罪的教义学展开》,《法学家》2017年第4期。

^④张明楷:《论盗窃财产性利益》,《中外法学》2016年第6期。

移”。马寅翔博士指出,更为可行的做法,是立足于盗窃行为的基本属性,同时结合财产性利益本身的特质,为财产性利益盗窃建构一套独立的行为构造。他认为,唯有那些通过侵入他人支配领域获取财产性利益的行为,才有可能构成财产性利益盗窃。财产性利益盗窃的实行行为表现为侵入他人支配领域,消灭他人的财产性利益,并为行为人自己或第三人创设新的财产性利益,即权利的消灭与再造(称之为“僭权”)。当行为对象属于财产性利益时,只有通过僭权获取该利益的行为,才有可能因为侵入了他人的支配领域而涉嫌盗窃,如果仅仅只是通过一定的欺诈行为,在未侵入他人支配领域的情况下获得了该利益,则因为欠缺破坏禁忌领域的要素而不可能构成盗窃^①。笔者基本赞同该主张,但同时认为,该主张仍然稍有欠缺,需要添加一定的补充修正,要求原权利人必须基本丧失了“债权实现的可能性”,此即消灭债权。因为,即便侵入他人的支配领域,如果行为人只是通过某种方式获得了“债权的实现可能性”,但原权利人仍然保留债权人的地位和“债权的实现可能性”,就属于对债权的共同支配,不可能符合盗窃罪“打破—建立”占有或“占有转移”的构成要件特征。这一点在“僭权”理论中并未得到突出。此外,“债权的实现可能性”的转移不能等同于“债权的转移”或“债权的行使”。一方面,对于虚拟财产等债权性质的财产性利益,债权实现可能性的“占有转移”其实并未改变原有的债权债务关系,原权利人虽然不再具有实现债权的可能性,也许仍然是该债权名义上的权利人,该债权本身并未转移;另一方面,即便行为人获取债权实现可能性以后没有现实地行使,如果已经使原权利人实现债权变得困难或者完全不可能实现的,也应当视为债权实现可能性已经转移,比如“无钱食宿”、杀害债权人使其追讨债务事实上已经不可能或者非常困难的情形。^②换言之,当行为人获得“债权实现的可能性”,且使原权利人行使债权变得非常困难时,盗窃已经既遂,并不要求行为人对债权已经实际行使。^③这一点“僭权”理

论也并未提及。

基于上述考虑,笔者试图在“僭权”理论上提出更为完善的构成要件判断标准,即“侵犯他人支配领域+债权实现可能性转移”的标准。其中,“侵犯他人支配领域”对应“打破占有”,“债权实现可能性转移”对应“建立新的占有”。利益盗窃罪的构成要件的最根本特征,不仅包括“打破”和“侵入”,而且包括“取得”和“转移”,即财产性利益的“债权的实现可能性”在行为人和被害人之间的转移,具体表现为被害人一方丧失“债权的实现可能性”,而行为人一方取得“债权的实现可能性”。换言之,债权或财产性利益的占有转移与有体物一样,也应当满足主体间“得”与“失”的对应关系。通过“侵犯他人支配领域”与“债权实现可能性转移”的双重标准,能够相对精确地认定侵害“虚拟财产”的行为是否符合盗窃罪“转移占有”的构成要件定型性要求。以下根据该双重标准,具体探讨实践中可能满足盗窃罪构成要件的侵害虚拟财产的行为方式。

2.符合“利益盗窃”的侵犯虚拟财产的具体行为方式

(1)以盗号的方式转移用户账号中的虚拟财产

实务中对通过盗号方式转移用户账号中的虚拟财产的行为,存在两种处理方式:一是以盗号行为为准,认定为非法获取数据的行为,适用非法获取计算机信息系统数据罪;二是以转移虚拟财产的行为为准,适用盗窃罪。上文已经指出,游戏账号或QQ账号等虚拟账号不属于虚拟财产,而是个人信息,当然也属于数据,因此,盗号行为本身属于盗取个人信息,有可能同时构成侵犯公民个人信息罪与数据相关犯罪,亦类似于冒用他人信用卡资料的“信用卡诈骗”。有关其与侵犯公民个人信息罪、数据相关犯罪的竞合关系,笔者将在后述专门探讨,此处要讨论的问题是:既然盗号的手段行为类似于“信用卡诈骗”,且与转移虚拟财产的行为似乎存在某种牵连关系,这类似于以往

^①马寅翔:《限缩与扩张:财产性利益盗窃与诈骗的界分之道》,《法学》2018年第3期。

^②黎宏:《论盗窃财产性利益》,《清华法学》2013年第6期。

^③“债权的行使”是以权利人的名义向债务人请求支付债权。有学者认为,将虚拟财产转移到自己账户内的行为是债权行使行为,原账户内的债权减少,而行为人账户内的债权增加,导致了被害人的财产损失,这是不妥当的。直接转移虚拟财产到自己账户只是债权人的事实变更,并非民法意义上的“债权行使”。并且,将这样的动态过程界定为“准占有”并不恰当,该过程实际上是“利益转移”过程,能够通过附加一系列条件使之在观念上符合“占有转移”的构成要件。有关学者的观点参见徐凌波:《虚拟财产犯罪的教义学展开》,《法学家》2017年第4期,第52页。

所说的“盗骗交织”的犯罪,那么,对于该行为整体应当如何定性?

笔者认为,以盗号的方式转移用户账号中的虚拟财产,应当成立盗窃罪,盗号的手段行为不影响行为性质的认定。本质上,QQ账号与银行账号一样,盗号行为本身不构成侵犯虚拟财产的行为。通过盗号的手段转移用户QQ账号中的虚拟财产的行为,实质上是利用账号的操作权限转移财产,与小偷撬开别人家的门锁进屋偷窃银行卡的行为有相似之处。盗号虽然意味着使用了非法获取他人个人账号信息并登录的手段,这类似于冒用他人信用卡资料的“信用卡诈骗”,但行为人最终获取对虚拟财产的控制并非是基于“冒用”他人身份登录其账号,或以冒用的身份向运营商发出服务请求,而是基于破坏他人通过账号和密码所营造的私密虚拟空间,使虚拟财产失去防盗屏障,从而为转移该用户的虚拟财产提供了途径和便利。并且,只要行为人打破账号和密码的屏障并转移用户账号中的财产到自己账号,即使不向运营商发出兑换该虚拟财产的请求,或者不在游戏中实际使用该虚拟财产,也已经使原用户账号中的相关数据丢失,使原用户无法在游戏中使用该虚拟财产,丧失了在游戏中的使用权限。因此,根据“利益盗窃”的行为构造,首先,第一阶段,行为人通过盗号的手段,突破了被害人通过账号和密码设置的私人网络空间的“围墙”,侵入了他人的私人网络领域,符合“僭权”的特征;其次,第二阶段,通过转移用户账号中的虚拟财产,使得用户对虚拟财产的占有丧失,直接表现为相关数据丢失,无法向网络服务商请求使用虚拟财产所代表的游戏操作权限,无法享有相应虚拟财产所代表的游戏功能以及获取相应的娱乐满足感。也就是说,转移虚拟财产的行为使得原权利人基本丧失了债权的实现可能性和实际的债权请求权,因而符合“债权的实现可能性转移”的特征。综合考察可知,行为人通过盗号方式侵入了他人网络领域,并通过转移虚拟财产获得债权的实现可能性,原权利人丧失了该债权的实现可能性,符合“利益盗窃”的行为构造,可以评价为利益型的盗窃罪。

(2)以非法侵入游戏系统的方式转移运营商系统中的虚拟财产

同理,与上述通过盗号方式转移用户账号中

的虚拟财产的行为类似,通过植入木马、外挂等形式非法侵入运营商的游戏系统,并转移运营商系统中的虚拟财产的行为,亦属“利益盗窃”的行为,该行为也符合“利益盗窃”的两个阶段的构造,即非法侵入游戏系统的阶段符合“僭权”的特征;而转移运营商系统中的虚拟财产符合“债权的实现可能性转移”的特征。前述【例2:孟动盗窃案】即是如此。孟动为盗取他人QQ号,通过入侵某论坛网站并上传木马程序,将登录该网站的客户的账户和密码自动传送至自己的邮箱。在发现茂立公司等4家网站的账户和密码后,通知何立康登录茂立公司的mlsoft账户,盗取其腾讯在线销售系统和网易在线直充系统的大量Q币和游戏点卡。法院认为,网络盗窃只要一经实施,通常瞬间即脱离财产所有人的控制,除非发生断电、掉线等意外,一般不会产生意志以外的原因而未得逞的问题。本案被盗Q币和游戏点卡不仅当即脱离了茂立公司的实际控制,而且已经被两名被告人低价销售或赠予他人,盗窃行为已经完成,理当认定为犯罪既遂^①。这充分说明了,转移运营商系统或账户中的虚拟财产,会导致其丧失对相应数额的真实财产的占有,并丧失相应债权的实现可能性。

不过,需要强调的是,孟动一案中,孟动所窃取的茂立公司的Q币和游戏点卡均由茂立公司以每Q币0.77元、每50点5元的价格购入,属于非法转移游戏系统中与真实货币价值相对应的虚拟财产,因此能够成立“利益盗窃”。但是,以非法侵入游戏系统的方式生成或复制与真实货币价值不对应的虚拟物品的行为并不属于“利益盗窃”。为了进一步明确两者的区别,笔者在下文第3点会进一步讨论应当排除“利益盗窃”的构成要件符合性的具体行为方式。

(3)盗打他人电话为自己Q币充值

实务中也曾多次发生盗打他人电话为自己Q币充值的案例。笔者认为,这种情形其实不是虚拟财产问题的事例,仅属于普通的电信资费盗窃,是典型的发生于现实中的“利益盗窃”。例如【例5:李芳兵等盗窃案】中,李芳兵在网络上以注册或者购买的方式获得QQ号码,赵某则自备电话机接到居民楼内的电话分线箱上,通过盗打多户居民家中的固定电话对QQ号码进行Q币充值。

^①上海市黄浦区人民法院(2006)黄刑初字第186号刑事判决书。

充值完毕后,李芳兵通过查询其提供的QQ号码内的Q币数量,以每30个Q币18元至18.5元的价格收购,并将非法取得的Q币通过购买QQ游戏装备并在网络上贩卖的方式进行销赃^①。该案中,如果不对“虚拟财产”的概念进行上述厘定,很容易误以为先后存在两个盗窃对象,即作为财产性利益的电话资费和作为虚拟财产的Q币、QQ号码及兑换的游戏装备,从而使盗窃对象和数额的认定产生混乱。其实,QQ号码不属于虚拟财产,Q币和兑换的游戏装备本身亦不具有财产价值,其财产性完全来源于权利人为之付出的真实货币价格,即电信资费。因此,行为人盗窃并出卖的对象仅仅是与电话资费相对应的真实财产价值,并不包括充值后的Q币的数额,也不包括收购和出卖Q币的数额及所购游戏装备的价值。可见,将“虚拟财产”的概念廓清之后,最起码能够在盗窃数额计算上避免陷入误区。这样来看,该案其实与盗窃虚拟财产的行为并没有直接关系,而是普通的电信资费盗窃,适用刑法第二百六十五条认定为盗窃罪(该条规定:“以牟利为目的,盗接他人通信线路、复制他人电话号码或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的,依照本法第二百六十四条(盗窃罪)的规定定罪处罚”))。

类似的情形还如盗窃电信公司发行的手机流量包,也不是盗窃“虚拟财产”的行为。所谓的“网络流量”其实与水、电、燃气等无体物没有本质区别,具有固定的消费方式和数额计算方式,亦属于盗窃真实财产的“利益盗窃”,没有值得认定为盗窃虚拟财产行为的特殊性。这样的定性也符合司法解释的规定^②。

3.排除“利益盗窃”构成要件的具体行为方式

(1)非法侵入游戏系统生成或复制虚拟财产

与上述非法侵入游戏系统并转移运营商的虚拟财产的行为不同,非法侵入游戏系统、生成或复制虚拟财产并出售的行为,只能视情形认定为破坏计算机信息系统(数据)罪,不能认定为利益型盗窃罪。例如【例6:沈岳峰破坏计算机信息系统案】:沈岳峰使用计算机外挂程序,非法入侵珠海市金山网络游戏科技有限公司运营的游戏《剑侠

情缘网络版三》,赚取网络游戏金币,再通过网络平台贩卖,非法获利人民币4432762.17元。经鉴定,沈岳峰使用计算机外挂程序增加、修改了游戏程序的存储、处理或传输的数据。法院认定沈岳峰犯破坏计算机信息系统罪^③。笔者认为,该案的定性是妥当的,理由可能从两个角度予以分析:

其一,运营商直接生成而尚未出售的虚拟装备和虚拟物品不属于虚拟财产,本质上并非财产性利益。正如笔者在第二部分所指出的,如果不是运营商从其他数据企业以真实货币购得的虚拟货币,而是运营商自己在游戏软件中设计生成且尚未出售的虚拟物品,即使具有人民币兑换比例或市场价格,由于基础数据与真实货币价值不具有对应性,无法评价为“虚拟财产”,不具有财产属性。法院认定沈岳峰通过购买的外挂程序及自行编写的程序改变了JX3Launcher.exe进程的五个代码地址,从而改变了JX3Client.exe执行流程,破坏了该程序的完整性,使该程序自动领取正常玩家不可能领取的任务并自动重复刷取该任务,由此可见,能够评价其侵犯相关数据的行为,但无法评价为侵犯财产性利益的行为。

其二,沈岳峰非法侵入游戏系统并赚取游戏金币的行为,表面看来虽然具有“利益盗窃”中侵入他人领域即“僭权”的特征,但并不符合“债权实现可能性转移”的构成要件特征。对于“利益盗窃”而言,关键在于通过侵入他人权利领域,使原权利人的“债权实现可能性”丧失,自己取代原权利人而成为新权利人,原权利人的权利丧失与新权利人的权利获得具有同一性。然而,在该案中,沈岳峰虽然是采取非法手段侵入游戏系统,更改了游戏程序中的数据,但并未使原有数据丢失或删除,不能抹掉其更改数据的记录,因此,虽然沈岳峰取得了游戏金币的数据,并以此牟利,但未能取消游戏运营商和其他玩家对原始金币数据的占有与权限,游戏系统仍然能够正常运行,其他玩家仍能通过正常游戏途径获取游戏金币并进行交易。也就是说,沈岳峰与运营商对游戏金币的基础数据形成共同支配,因而不符合“债权实现可能性转移”的特征,不具有盗窃罪的

^①扬州经济技术开发区人民法院(2015)扬开刑初字第00096号刑事判决书。

^②2000年5月12日最高人民法院《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第八条规定:“盗用他人公共信息网络上账号、密码上网,造成他人电信资费损失数额较大的,依照刑法第二百六十四条的规定,以盗窃罪定罪处罚。”

^③广东省珠海市中级人民法院(2015)珠中法刑一终字第46号刑事裁定书。

构成要件定型性,以此为由亦得否定盗窃罪成立。

同理,在【例3:雒彬彬职务侵占案】中,雒彬彬利用管理权限私自生成游戏“金锭”并贩卖的行为,不符合利益盗窃罪“侵入他人支配领域”(“僭权”)的行为特征;同时,雒彬彬也并非将游戏公司的财物据为己有,不符合职务侵占罪的构成要件。一方面,尚未出售的游戏道具不属于虚拟财产(财物);另一方面,生成数据既然不符合“债权实现可能性转移”的特征,也无法认定雒彬彬的确将数据“据为己有”。因此,该案二审判决亦不妥当,由于行为人修改、增加了数据,应当以破坏计算机信息系统(数据)罪论处。

(2) 欺骗、胁迫玩家将自己的虚拟财产转移至行为人账户

实务中常见的案例还有,冒充游戏客服,欺骗玩家将自己的虚拟财产转移至行为人账户^①;冒用他人个人信息申诉并取回虚拟财产^②;以暴力、威胁手段逼迫玩家将自己的虚拟财产转移至行为人账户等等^③。这样的行为并不符合利益盗窃中在网络空间“侵入他人支配领域”的行为特征,而只是在现实中使真实的被害人陷入认识错误,或者对真实的被害人实施了对其人身的现实威胁,以取得其虚拟财产。显然,这样的行为并未对数据本身进行非法删除、修改和增加的操作,不可能与数据相关犯罪产生竞合关系,而是在系统正常运行环境下,通过正常的债权转移行为貌似“合法”地转让了虚拟财产。被害人遭受财产损失的原因,不在于没有意识到虚拟财产的移转,而在于受欺骗或胁迫等,该虚拟财产的转移并非基于意思自由做出,并未获得真实货币即金钱的对价。这些事例中,既然满足了“债权实现可能性转移”的特征,就能够认定利益型财产罪的“占有转移”或“处分行为”,同时认定被害人遭受了“财产损失”。以此为前提,如果同时满足了现实的诈骗、抢劫罪中欺骗被害人使之陷入认识错误或者以暴力、胁迫手段压制被害人反抗的要件,就完全符合

了诈骗、抢劫罪的构成要件,能够认定为真实的诈骗罪或抢劫罪。当然,为了限定抢劫重罪的适用,应对虚拟财产的范围予以严格限制,要求必须与真实货币价值具有对应性。如上所述,此处不再赘述。

四 路径构建:以数据的三重权利体系为参照的刑法规制

在明确了笔者限缩界定的“虚拟财产”概念之后,侵犯虚拟财产的行为认定能够与“利益型”财产犯罪的问题同一化。余下的问题是,在针对“虚拟财产”的犯罪之外,侵犯网络虚拟账号等人格利益的行为如何认定,单纯侵犯“与真实货币价值不对应的虚拟物品”等数据的行为如何认定,以及人格、财产、数据的三重利益保护之间有无位阶关系或竞合关系。只有明晰这些问题,才能为正确适用不同罪名提供指引,避免评价不足或重复评价。笔者认为,应当遵循一定的位阶来衡量数据之上所承载的诸种不同利益的价值,优先保护在先法益、优势法益,同时处理好不同罪名之间的竞合关系。

(一) 数据的三重权利体系

1. “人格—财产—数据”利益的三重位阶

首先必须承认,虽然数据之上承载着诸种不同的利益和价值,但是诸价值之间的确存在先后的位阶关系。例如,有学者认为,虽然数据权益兼具人格性利益与财产性利益,但数据的人格性利益优于数据的财产性利益,且数据权利优于数据利益^④。在刑法领域,根据陈兴良教授阐述的“法益位阶性原理”,所谓法益的位阶性是指权利、安全和秩序这三种法益互相关联,形成一种价值梯度关系,其中权利是基础,处于优先保护的地位,在罪名设置和教义学解释中,应当优先考虑以权利为中心,即侵犯公民的人身权利和财产权利的行为;对于破坏秩序的行为,应当在排除侵犯人身

^①例如,张某甲在家玩“大话西游2”游戏时,一个名叫“baby鑫”的玩家主动联系并称想买其游戏装备“问冥”,后接到冒充网易公司客服人员的电话,张某甲按照“客服”的指示将游戏装备“问冥”交给买家,并被诈骗“保证金”人民币1400元。参见内蒙古自治区乌拉特中旗人民法院(2015)乌中刑初字第60号刑事判决书。

^②例如,吕亚金自称名叫杨宁宁,以4500元的价格将自己的QQ号码卖给被害人张培顺。后吕亚金用办公室内的电脑,通过QQ网站申诉的手段将该QQ号码索回。参见河南省郑州市中级人民法院(2011)郑刑二终字第251号刑事判决书。

^③孙洋等四人在网吧对他人进行殴打、威胁,迫使被害人从其游戏账户转出100个Q币、1100余万个游戏币和其他游戏装备。该四人分别用抢来的Q币和游戏币对自己的游戏装备进行了升级。法院判决孙洋等人构成抢劫罪。参见霍仕明,张国强:《虚拟财产遭遇真实抢劫的量刑困惑》,《法制日报》2009年6月4日。

^④李晓宇:《权利与利益区分视角下数据权益的类型化保护》,《知识产权》2019年第3期。

权利和财产权利以后设置罪名,而不是将侵犯人身权利和财产权利的行为纳入破坏秩序的犯罪之中^①。由此,根据权力和利益的优先顺序,可建立“人格—财产—数据”利益的三重权利体系。

参照数据的三重权利体系,刑法罪名的设置具有区分性:保护人格权利的犯罪主要是侵犯公民个人信息罪,保护财产权利的犯罪即传统的财产犯罪,保护数据利益的犯罪则为计算机和数据相关的犯罪。上述不同利益和罪名位阶的确定,主要有以下两个方面的重要意义:

其一,基于“容许的风险”的出罪事由之构建。例如,未经权利人同意的数据财产权转让,如果符合“情境脉络理论”中合理使用的要求,不应评价为侵犯公民个人信息罪中的“出售”或“提供”行为。其刑法原理在于,对个人信息的基础数据进行合理使用的风险属于对信息自决权的社会相当性的风险,并未创设法所不容许的风险,应当排除侵犯个人信息行为的构成要件不法^②。

其二,优先适用保护位阶在前的利益的罪名。由于人格权与财产权都具有权利属性,而数据利益尚未上升至权利形态,只能作为单纯的利益,因此,通常情况下,保护人格权和财产权的罪名应当优于保护数据利益的罪名得以适用。

2. 慎用兜底性的计算机数据犯罪

有学者认为,司法实践中将侵害虚拟财产的行为定性问题简化为侵犯财产罪与侵害计算机信息系统犯罪之间的立场选择,是一个因采取了错误的方法论而产生的伪问题。它错误地预设了两类罪名之间非此即彼的互斥关系^③。不可否认,如果承认侵犯虚拟财产的行为有可能成立利益型财产犯罪,那么,财产犯罪与数据犯罪当然可能产生竞合关系。不过,值得注意的是,在数据犯罪通常作为兜底性犯罪的现实情况下,更要慎重认定数据犯罪的有关构成要件。我国刑法对数据犯罪

分别规定了非法获取计算机信息系统数据罪(以下简称“非法获取数据罪”)、破坏计算机信息系统(数据)罪(有学者称为“破坏数据罪”,为求简便,笔者以下亦如是称之)两个罪名,不仅两罪之间在构成要件上有细微差异,需要仔细辨别,而且在某些具体情形下,某种侵犯数据的行为其实不具有两罪的构成要件符合性。具言之,认定时应注意以下三点:

(1)对于侵入他人领域转移虚拟财产的“侵入”行为,未必只能通过“盗号”等“非法获取数据”的方式来实现。如上所述,侵犯虚拟财产的行为若要成立“利益盗窃”,首先必须具有侵犯他人支配领域的“僭权”特征,以对应盗窃罪“打破占有”的构成要件定型性。然而,“僭权”的手段行为并非只有通过“盗号”的方式才能实现,即便是收购他人非法获取的账号并登录、转移虚拟财产的行为,或者是一方从另一方口中偶然获知其账号和密码,私自登录该账号并转移其虚拟财产的行为,又或者盗取用户账号之后不修改密码,仅仅趁机登录并转移虚拟财产的行为,本质上都是未经用户同意擅自闯入其通过账号、密码营造的私密网络空间,侵犯其支配领域,亦满足“僭权”的特征^④,只不过,这些行为并不满足“非法获取数据罪”中“侵入计算机信息系统”或“采用其他技术手段”获取数据的手段性要求。换言之,满足利益盗窃的“侵入”“僭权”特征的手段行为,未必同时满足“非法获取数据罪”中所要求的技术性“侵入”行为,无法同时成立数据犯罪。因此,如果按照某些准官方的说法,侵犯虚拟财产的行为只能成立数据犯罪,不能成立财产犯罪^⑤,就会使相当一部分侵犯虚拟财产的行为由于无法成立“非法获取数据罪”,从而得不到刑法规制,形成处罚漏洞。这从反面说明了肯定成立虚拟财产的

①陈兴良:《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,《中国法学》2017年第2期。

②这体现了笔者在个人信息保护问题上弱化“知情同意原则”的倾向。参见张忆然:《大数据时代“个人信息”的权利变迁与刑法保护的教义学限缩——以“数据财产权”与“信息自决权”的二分为视角》,《政治与法律》2020年第6期。

③徐凌波:《虚拟财产犯罪的教义学展开》,《法学家》2017年第4期。

④以往有学者在认定数据犯罪时,区分了“非法获取游戏账户”并转移虚拟财产的行为和以“收购”等看似合法的方式获取游戏账户并转移虚拟财产的行为,笔者认为实无必要。这两类行为性质相同,均违背了权利人的意志,对于认定利益盗窃的“侵犯他人支配领域”的要件而言,没有任何区别。这种区分徒增了问题的复杂性。相关学者观点参见欧阳本祺:《论虚拟财产的刑法保护》,《政治与法律》2019年第9期。

⑤最高人民法院研究室出台的《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》认为,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。有学者认为,这在一定程度上阻断了这些年来我国司法机关对虚拟财产作为财物保护的进路。笔者认为,作为数据予以保护的趋向是否正确,仍然有待商榷。参见陈兴良:《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,《中国法学》2017年第2期。

盗窃罪的必要性。

(2)反之,即便实施了“非法获取数据”的行为,也未必符合盗窃虚拟财产中“侵犯他人支配领域”的“僭权”特征。根据法条规定,“非法获取数据罪”的手段行为可以是“侵入计算机信息系统”或“采用其他技术手段”,未必一定要通过“侵入”的方式实施。例如,行为人通过植入木马程序或发送虚拟链接等黑客手段获取他人账号和密码信息,即符合“非法获取数据罪”的技术手段特征,但是,最终是否“侵入他人支配领域”,进入他人通过账号和密码营设的虚拟网络空间,则具有或然性。在【例7:崔为丰案】中,崔为丰等人将盗号木马程序植入互联网服务器,盗取QQ游戏账号和密码480000余组,并将所得账号和密码出售牟利,违法所得人民币70000余元。^①崔为丰通过黑客手段获取他人账号和密码以后,没有直接侵入账号转移虚拟财产,而是直接将账号和密码转卖给他人,仅仅存在“非法获取数据”的行为,并不存在“侵入他人支配领域”的行为,因而只能成立“非法获取数据罪”,不能成立盗窃罪。在这样的情形下,就没有必要认定财产犯罪与数据犯罪存在竞合关系。

(3)单独通过“非法获取数据罪”和“破坏数据罪”均无法准确评价侵犯虚拟财产的利益盗窃行为的性质。一方面,“非法获取数据罪”仅仅评价了某些形式的“侵入”他人账户的手段行为,无法充分评价侵入账户之后转移和侵害虚拟财产的目的行为。劳东燕教授即指出:对于盗取或骗取个人的游戏账号、游戏币或游戏装备等虚拟财产的行为,我国司法实务中较多地运用非法获取计算机信息系统数据罪来定罪处罚。然而,此类行为的不法本质在于被害人的经济利益受到侵害,以公共秩序保护模式来进行保护,并未能准确揭示相应行为的不法本质,即不法获利而使被害人受到经济损失^②。另一方面,亦有学者提出以“破坏数据罪”来评价后续转移虚拟财产的行为^③,然而,“破坏数据”其实不能完全准确地描述转移虚拟财产的行为。众所周知,正常玩家之间的虚拟

财产的转移与交易通常并不被禁止,即便是以盗号的方式侵入他人账号转移他人的虚拟财产,表面看来也是一个合法的转移数据的行为,不过是行为人冒用了权利人的身份,欺骗了游戏系统及其运营商,假他人之名进行了虚拟财产的转移。所以,这种行为本身不具有对数据的破坏性,虽然对数据进行了修改、增加或删除的操作,但本质上不属于“破坏数据”。从主观不法来看,正如盗窃罪的主观不法是取得财物并按财物的用途加以利用,而故意毁坏财物罪的主观不法则是对财物进行直接的毁坏和丢弃,主观不法的区别构成盗窃罪和故意毁坏财物罪之间的分界标准之一,同理,盗窃虚拟财产与破坏数据在主观不法上存在很大差异,前者是转移数据供自己使用或出售牟利,后者则通常伴随破坏、干扰计算机系统正常运行的主观心态^④。因此,以“破坏数据罪”评价后续转移虚拟财产数据的行为亦有所不当。

(二)其他罪名之间竞合关系的具体处理

(1)盗窃、收购或转卖他人虚拟账号的行为构成侵犯公民个人信息罪

以往的司法解释和学者见解已经指出,游戏账号、密码属于身份认证信息,但在后述分析中只认定非法获取游戏账号、密码的行为是非法获取数据罪。^⑤该观点忽略了其行为可能属于侵犯公民个人信息的行为。

不可否认,QQ账号、邮箱地址或其他游戏账号可能具有一定的财产价值,能够通过转让的方式获取金钱对价和经济收益,但这并不代表其属于虚拟财产。正如上文所述,这些数据形式在网络时代具有“可识别性”,属于“个人信息”的范畴,个人信息的转让虽然也能体现一定的财产价值,但这种财产性是源于人格权的商业化利用,自始便属于人格权的内容,不是独立的财产权利。根据数据的三重权利位阶,当数据之上同时承载了人格利益和财产利益时,应当优先保护人格利益,因此,将QQ账号、邮箱地址或其他游戏账号等个人信息进行出售时,根据《网络安全法》所确立的个人信息收集的“知情同意原则”,务必征得

^①江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院(2017)苏1291刑初56号刑事判决书。

^②劳东燕:《个人数据的刑法保护模式》,《比较法研究》2020年第5期。

^③欧阳本祺:《论虚拟财产的刑法保护》,《政治与法律》2019年第9期。

^④根据体系解释,这一点通过286条第一款和第三款均规定了“造成计算机信息系统不能正常运行”和“影响计算机信息系统正常运行”的不法要件也可看出。

^⑤徐凌波:《虚拟财产犯罪的教义学展开》,《法学家》2017年第4期。

原权利人的同意,否则即属非法的个人信息转让。申言之,盗窃、收购他人虚拟账号的行为,如果未经原权利人同意,均是非法获取个人信息的行为,有可能构成侵犯公民个人信息罪。

同时,由于上述个人信息以数据为载体,非法获取个人信息的行为有可能同时触犯“非法获取数据罪”,两罪成立想象竞合关系。不过,鉴于侵犯公民个人信息罪与“非法获取数据罪”的法定刑完全相同,且人格利益优先于数据利益,直接认定为侵犯公民个人信息罪即可充分评价,无须再认定为数据犯罪。在【例8:曾智峰侵犯通信自由案】中,对曾智峰侵入腾讯公司计算机系统盗取QQ号码并售卖的行为,法院定性为侵犯通信自由罪。且不论QQ号码是否能够与侵犯通信自由罪的对象即“电子邮件或其他数据资料”相提并论,^①本案至少存在非法获取个人信息的行为,能够认定为侵犯公民个人信息罪,而该罪法定刑远高于侵犯通信自由罪的二年以下有期徒刑或拘役的刑罚幅度。因此,笔者认为,无须再费心探讨QQ号码是否属于“信件”或“电子邮件”,即便同时成立侵犯通信自由罪和侵犯公民个人信息罪,两者也能成立想象竞合关系,也应从一重论处,认定为侵犯公民个人信息罪。这样便大大简化了概念的界定和讨论成本。

(2) 侵犯与真实货币不对应的“虚拟物品”只能构成相关数据犯罪

对于不具有财产属性的“虚拟物品”的基础数据,通常也不具有个人信息的属性,即便行为人的行为符合了僭权或债权实现可能性转移的特征,亦无法成立盗窃罪,也无法成立其他利益型财产犯罪,只能成立相关的数据犯罪。问题在于,究竟认定为“非法获取数据罪”还是认定为“破坏数据罪”。

如上所述,侵犯不具有财产属性的“虚拟物品”的行为主要可能有两种方式,一是行为人利用管理权限和职务之便,合法进入游戏系统直接生成或复制数据;二是通过木马等黑客程序,非法侵入游戏系统生成或复制数据。可以说,后一种行为的确符合“非法获取数据罪”中所要求的“侵入计算机系统”或“采用其他技术手段”的技术性特征,但前一种行为则并非如此。前一种行为是

指,行为人原本就具有现实合法地进入游戏系统的权限,并滥用此权限。由于生成或复制的数据并不具有财产价值,对于前一种行为而言,实务中仅凭合法进入的行为方式,便对此想当然地认定为职务侵占罪是不妥当的。这样的行为既然不符合“非法获取数据罪”的构成要件,那么只能评价其后的生成或复制数据的行为。生成或复制数据的行为属于对数据进行了“删除、修改、增加的操作”,符合“破坏数据罪”的构成要件,应当认定为“破坏数据罪”一罪。对于前一种非法侵入系统而生成或复制数据的行为,笔者认为同时成立“非法获取数据罪”与“破坏数据罪”,手段行为和目的行为之间具有牵连关系,应当从一重论处,认定为“破坏数据罪”。

(3) 侵犯“数据财产权”的行为不宜纳入刑法处罚范围

需要附带提及的是,“虚拟财产”不同于当前民法学界正在热烈探讨的“数据财产权”的概念。“数据财产权”作为一种新型权利或财产性利益,并非如“虚拟财产”那样,是基于与真实货币价值的对应性而被认定为财产性利益。“数据财产权”本质上是衍生数据所形成的大数据集合或大数据产品,由于具有分析、利用价值,从而具有经济价值,成为大数据交易的对象。“数据财产权”的经济价值来源于“算法”,由数据权利的生产机制决定,无须与真实的货币价值相对应,可以成为企业资产的组成部分,并且在企业破产重组和资产收购中作为企业资产出售。

目前民法理论上对“数据财产权”的保护模式争议较大,主要有物权模式、债权模式、知识产权模式、反不正当竞争法模式,新近亦有相当一部分学者主张将“数据财产权”作为一种独立的新型财产权予以保护,具体适用哪种保护模式较为合理,仍然是一个未竟的课题。实务中尚未将“数据财产权”纳入刑法的保护对象,主要是作为一种财产性利益,适用反不正当竞争法第2条的一般性条款予以保护,例如“淘宝诉美景公司案”“新浪微博诉脉脉案”均采取了这种模式。有学者亦认为,就目前的情况来看,企业的数据权益以反不正当竞争法来进行处理较为合理,刑法立法

^①全国人民代表大会常务委员会于2000年12月28日通过的《关于维护互联网安全的决定》第4条第(二)项规定:“非法截获、篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料,侵犯公民通信自由和通信秘密构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任。”该规定可以说是法院以侵犯通信自由罪论处的规范根据。

上没有必要将之纳入处罚的范围^①。

结论

行文至此,可以看出,本文对于“虚拟财产”的立场是,既不认同将虚拟财产全部作为基础数据进行间接保护的途径,亦不认同将虚拟财产全部作为财物予以直接保护的途径。为了妥善认定侵犯“虚拟财产”的行为性质,最重要的是明晰“虚拟财产”的价值来源和概念边界,仅仅将与真实货币价值具有对应性的数据认定为“虚拟财产”,其他数据不具有财产属性,应当排除出“虚拟财产”的范畴。以此为前提,对于数据及数据之上的权利的刑法保护路径,其实可以分化为三条:第一条是,对数据之上能够认定为“虚拟财

产”的真实财产性利益的保护,适用财产犯罪的罪名,重点在于形塑“利益盗窃”的行为构造,使之符合盗窃罪固有的构成要件定型性;第二条是,对数据之上所承载的人格利益的保护,适用侵犯公民个人信息罪的罪名,并注重出罪事由的构建;第三条是,对数据载体本身的保护,适用数据犯罪的有关罪名,并慎重认定构成要件符合性。

总体来看,以上每一条刑法路径均是朝向限缩的方向予以建构,通过参照“人格—财产—数据”利益的三重位阶体系,妥善处理优位利益与次要利益的冲突,以及三类犯罪之间的竞合关系,能够使以往刑法领域中围绕虚拟财产问题而产生的人身犯罪、财产犯罪和数据犯罪混同适用的局面得到相当程度的改善。

On Concept Limitation of Virtual Property and Reconstruction of Criminal Law Protection Path: From the Perspective of the Data's Triple Right System

ZHANG Yi-ran

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: The concept of virtual property in criminal law has a vague boundary and lacks distinction with other data forms, which leads to confusion in the application and should be limited. The unilateral value of virtual property determines that it cannot be a real right to the world. The correspondence between virtual property and real currency value determines that it can only be evaluated as property interest. The network account does not belong to the virtual property, but belongs to the user's personal information. In criminal law, the act of infringing on virtual property is essentially an interest type property crime. The difficulty of conviction lies not in the calculation of the amount, but in the adjustment of the stereotyped elements. We should clarify the behavior structure of interest theft through the double standard of exceeding right plus transferring possibility of creditor's rights, and then identify the specific behavior mode of infringing virtual property in line with interest theft. Furthermore, taking the rank arrangement of the triple right system of personality---property---data as a reference, properly handling the priority relationship and the concurrence relationship among the crimes of protecting personal information, virtual property and data carrier can improve the situation of mixed application of three types of crimes in the current virtual property problem.

Key words: virtual property; data; property interests; theft; rights

(责任校对 王小飞)

^①劳东燕:《个人数据的刑法保护模式》,《比较法研究》2020年第5期。