

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2022.01.010

# 数据视角下虚拟财产的刑法保护

陈丽影, 曾昱恒

(湖南工商大学 法学院, 湖南 长沙 410000)

**摘要:** 关于虚拟财产的本质属性, 理论界与实务界争论的分歧, 主要在虚拟财产“物”的属性或“数据”属性上; 对于窃取虚拟财产罪名的认定, 主要分歧为是盗窃罪还是非法获取计算机系统数据罪。虚拟财产是运营商以二进制01串生成的代码数据, 以电磁记录的形式存在, 其本质并非财物, 以财产犯罪对虚拟财产进行直接保护会导致理论与实践产生诸多冲突。虚拟财产具有数据属性, 数据化保护路径可以使其法益保护更周全, 使犯罪对象更相洽, 符合罪责刑相适应原则。因此, 通过保护计算机数据从而间接保护虚拟财产是解决虚拟财产被窃取问题的有效途径, 对非法获取该类虚拟财产的, 应以非法获取计算机信息系统数据罪论处。

**关键词:** 虚拟财产; 数据属性; 刑法保护; 盗窃罪; 非法获取计算机信息系统数据罪

**中图分类号:** D924.35

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1674-117X(2022)01-0079-09

**引用格式:** 陈丽影, 曾昱恒. 数据视角下虚拟财产的刑法保护[J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2022, 27(1): 79-87.

## Criminal Law Protection of Virtual Property from the Perspective of Data

CHEN Liying, ZENG Yuheng

(School of Law, Hunan University of Technology and Business, Changsha 410000, China)

**Abstract:** Regarding the essential attributes of virtual property, the disagreements between theoretical and practical circles mainly lie in the attributes of the “thing” or “data” of the virtual property; for the determination of the crime of stealing virtual property, the main difference is whether it is the crime of theft or the crime of illegally obtaining computer information system data. Virtual property is code data generated by operators in the binary 01 string, which exists in the form of electromagnetic records. Its essence is not property. The direct protection of virtual property by property crime will cause many conflicts between theory and practice. Virtual property has data attributes, and the data-based protection path can make it more comprehensive in the protection of legal interests, make the criminal objects more consistent, and conform to the principle of crime, responsibility and punishment. Therefore, indirect protection of virtual property by protecting computer data is an effective way to solve the problem of virtual property being stolen. Those who illegally obtain such virtual property should be punished as the crime of illegally obtaining computer information system data.

收稿日期: 2021-09-18

**作者简介:** 陈丽影(1957—), 女, 黑龙江佳木斯人, 湖南工商大学教授, 研究方向为刑法学、廉政法学;  
曾昱恒(1998—), 男, 湖南株洲人, 湖南工商大学硕士研究生, 研究方向刑法学。

**Keywords:** virtual property; data attributes; criminal law protection; the crime of theft; the crime of illegally obtaining computer information system data

随着计算机与互联网技术的发展,依托于网络空间的网络游戏产业得以迅速发展。网络游戏产业蕴藏着巨大的经济利益,2020年,中国游戏市场收入突破2500亿元,达到惊人的2786亿元<sup>[1]</sup>,而网络虚拟财产被窃取问题也伴随着天价交易量的出现而频发。据统计,61%的玩家有过虚拟财产被盗的经历<sup>[2]</sup>。但由于相关规定阙如,学界与理论界在虚拟财产的定性上存在分歧,法官往往按照自己对于虚拟财产的理解进行判决,造成部分案件同案不同判,或者量刑畸轻畸重的现象出现。因此,如何将分则罪名准确、合理地适用于网络犯罪特别是侵犯虚拟财产的行为,是刑法理论界与司法实务界亟需解决的问题。

### 一 网络虚拟财产的概念界定

第三次工业革命即信息产业升级后,互联网技术飞速发展。伴随着互联网技术的迅猛发展,侵犯虚拟财产的案件呈高发态势。对侵犯虚拟财产行为进行精准打击的前提是准确界定虚拟财产的概念。

学界对于虚拟财产的边界范围进行了认定区分,产生了狭义说和广义说两种不同的立场。广义说认为,虚拟财产是在网络环境下一切以数字化形式存在的对象,包括计算机文件、信息空间、网站等<sup>[3]</sup>,换言之,虚拟财产是以“虚拟”形式存在的财产。所谓“虚拟”是指与现实世界实体物相对应的非实体物,是通过计算机技术所模拟产生的。虚拟财产以数据形式存在,通过计算机算法将现实世界中的实物以数字化形式表现出来,因此具有“信息性”。广义说还认为,虚拟财产这一概念是不断发展和开放的,其不仅指目前以“虚拟”形式存在的财产,还包括将来一切能以“虚拟”形式存在的财产。狭义说认为,虚拟财产是指在网络游戏中为网络游戏玩家、网络运营商所持有的游戏装备、道具、点数、游戏币等游戏参数或数据资料<sup>[4]</sup>。具体来说,可以将狭义说分为两类:一类为游戏账号类,主要为登录所需要的

账号密码;另一类为游戏内容类,即游戏内部的“游戏装备”“游戏币”等由网络运营商发行的具有游戏内容属性的物品。

本文主要以狭义说的虚拟财产为研究对象。广义说所包含的虚拟财产范围过广,许多在现实世界存在的实物只是转变了存在方式,即由原先的物质存在方式转变为电子存在方式,但其仍能在现实世界使用。例如,数字人民币是由中国人民银行发行的数字形式的法定货币,其虽以虚拟形式存在于账户中,但其具有价值特征和法偿性,与纸钞、硬币等价,所以数字人民币的发行只不过将货币的流通方式增加了一种网络传输的方式,本质上仍然是真实财产,而不是虚拟财产。随着科技进步以及信息技术的快速发展,许多现实存在的真实物品都能够以数字形式存在于计算机中。因此,本文基于狭义说观点,通过分析虚拟财产的性质,对窃取或以其他方式获取虚拟财产的行为进行定性,从而为虚拟财产提供刑法保护。

### 二 窃取虚拟财产行为的定性分歧

目前,绝大多数学者都主张对于侵犯此类虚拟财产的行为应当以犯罪论处,但在关于该行为性质以及适用具体罪名方面争论较大。一些学者认为,应当将网络虚拟财产等同于财产犯罪中的财产,将侵犯网络虚拟财产的行为以财产犯罪论处<sup>[5]</sup>;另外一些学者认为,网络虚拟财产的本质是由数据组成的计算机编码,网络虚拟财产不属于财物,所以不能认定为财产犯罪,应以其他犯罪论处<sup>[6]</sup>。

#### (一) 基于49件案件的分析

为了便于分析,本文在最高人民法院裁判文书网以“虚拟财产”为关键词进行检索,选取内容吻合且具有相关性的案件,共获取2019年至2021年侵犯虚拟财产案件49件。通过对案件所涉及的罪名进行分类可以发现,对于获取“游戏币、游戏装备”的案件,14件被法院认定为盗窃罪,其余35件以非法获取数据罪论处。在49件非法获

取“游戏币、游戏装备”的案件中,有1件案例一审以盗窃罪论处,二审改判为非法获取数据罪。

(参见陕西省榆林市中级人民法院(2019)陕08刑终199号刑事判决书)侵犯虚拟财产的技术手段和方式主要有以下几种:第一,通过钓鱼网站、木马病毒等获得被害人的账号密码,再将该账号登录的网络游戏中的游戏装备、游戏币等虚拟财产出售从而获利;第二,利用职务便利或者其他合法方式获取账号,在未经权利人许可的情况下将账号内的游戏装备予以转让或出售以牟取利益;第三,利用网络游戏运营公司存在的系统漏洞,修改计算机系统数据,从而获取游戏币等虚拟财产。

综合上述49件案例可以发现,相较于过去,近年来法院对于非法获取虚拟财产的案件已经逐渐倾向认定为非法获取计算机信息系统数据罪;但在未将网络虚拟财产的概念从刑事立法或司法上进行准确界定之前,实务中对于侵犯网络虚拟财产行为构成此罪还是彼罪以及罪轻罪重的适用仍存在窘境,这在一定程度上造成了同案无法同罪、同罪在量刑上存在着较大差异的消极刑事裁判问题。对非法获取虚拟财产的研究,不仅是理论上正本清源的需要,亦是司法适用规范的需要,因此对网络游戏虚拟财产的本质及其性质进行再探索具有重要意义。笔者认为,虚拟财产的本质并非其财物属性,而是其数据属性。

## (二) “盗窃罪”主张的理路

持盗窃罪观点者认为,虚拟财产具有商品属性,窃取或以其他方式获取虚拟财产的行为应当以盗窃罪论处,以此对虚拟财产进行直接保护。首先,虚拟财产具有使用价值,虚拟财产的持有者可以享受游戏运营商所提供的网络服务,可使其获得诸如免费金币、免费皮肤等服务,并为使用者带来便利以及更加强烈的精神愉悦。其次,虚拟财产同样具有交换价值,网络虚拟财产不仅可以在网络游戏等虚拟世界被所有者占有、使用、处理,而且玩家还可以通过支付一定的现实货币获取相应比例的游戏币、游戏装备等网络虚拟财产。同时,根据获取难易程度、玩家所享受的服务多少等因素,虚拟财产具有相对稳定的价格区间。虽然虚拟财产并不具有普遍流转性,即其仅限于特定群体之间流通,但这并不能否认其属于刑法意义上的财物。现实中,除了吃穿住行等满

足人类生活最基础的物质,还存在大量只为特定人群、特定职业所使用而流通的商品,其流通范围有限,有的商品甚至与虚拟财产同样存在价值认定的困难。因此,即便虚拟财产不具有普遍流转性,但仍是刑法意义上的财物。

另一方面,有学者认为,即便网络虚拟财产不能作为财物进行评价,但是网络虚拟财产作为一种权利凭证,应当属于财产性利益。我国刑法所指财物是一个广义的概念,包括有体物、无体物和财物性利益。因此,具有财产性利益的网络虚拟财产能够被盗窃罪所规制,将财产性利益解释为财物属于被允许的扩大解释,对非法获取网络虚拟物的行为应当继续按照财务类犯罪予以刑事规制。

## (三) “非法获取计算机信息系统数据罪”主张的理路

持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”)主张的学者认为,非法获取计算机信息系统数据罪是指采用非法手段,获取计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据。虚拟财产是通过代码进行二进制编译所形成的,其存在于计算机系统中,以数据作为呈现载体,表明虚拟财产具有数据属性。对于窃取或以其他方式获取网络虚拟财产的应当通过刑法保护计算机信息系统数据,从而间接对网络虚拟财产进行保护。最高人民法院法官在对《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》的解读中,也明确表示网络虚拟财产的法律属性是计算机信息系统数据<sup>[7]</sup>。最高人民法院研究室表示,“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。”<sup>[8]</sup>因此,窃取或者以其他方式获取虚拟财产的行为并非直接作用于虚拟财产本身,而是作用于组成虚拟财产的代码,对于侵犯虚拟财产的行为也应当尊重虚拟财产的数据属性,从虚拟财产的数据属性角度出发,对其行为进行判断。

## 三 “盗窃罪”保护路径之反驳

对窃取或者以其他方式获取虚拟财产的行为采取“盗窃罪”论处以保护虚拟财产的路径,是直接将存在于虚拟世界中的虚拟财产与现实世界中的财物等同起来,以财产犯罪对窃取或者其他



非法方式获取虚拟财产的行为进行规制的做法,容易造成理论与实务间的冲突。

### (一) 虚拟财产不属于刑法中的财物

我国刑法关于盗窃罪必须具备的客观要件为“盗窃公私财物”,“虚拟财产”属于“财产”范畴,而“财产”与“财物”并非是具有相同内涵的法律概念,二者不能等同。将虚拟财产认定为财物,首先在方法论上值得商榷。按照法律适用的三段论方法,大前提是“对于T中的每个事例均赋予法效果R”,小前提是“S为T的一个事例”,结论是“对于S应赋予法律效果R”,其中确定小前提的过程即S=T被称为“涵摄”。其逻辑是:T由要素 $m_1$ 、 $m_2$ 、 $m_3$ 被穷尽描述,S具有 $m_1$ 、 $m_2$ 、 $m_3$ 等要素,因此S是T的一个事例<sup>[9]150-151</sup>。具体到本文中,虚拟财产与财物之间的关系,即财物具有 $m_1$ 、 $m_2$ 、 $m_3$ 三个要素,若虚拟财产所具有的要素能够满足财物所具有的上述三要素,便可说明财物能够涵摄虚拟财产;反之便不能涵摄。学界主张将虚拟财产视为财物从而进行刑法规制的观点,实际上是并未按照上述方法论采取“要素分析”,而是通过“特征分析”得出虚拟财产属于财物。换言之,主张将侵犯虚拟财产的行为以财产犯罪进行保护的学者实质上并未对财物和虚拟财产的“要素”进行分析,而只是分别对两者的特征进行分析。当虚拟财产的特征与财物的特征重合时,便得出虚拟财产属于财物的结论<sup>[10]</sup>。例如,有学者提出,“财物具有三大基本特征,分别为:管理可能性、转移可能性以及价值性,虚拟财产具有上述特征,即可得出虚拟财产能够被财物的概念所容纳。”<sup>[11]</sup>先不论虚拟财产是否具有上述三个特点,单单只通过上述推论便将虚拟财产包含于财物概念的做法也值得商榷,因为上述过程并非涵摄的过程,而只是简单的类比。“按照涵摄的判断规则,首先应当对上位概念的要素进行全部列出,在判断一个概念是否属于该上位概念的涵摄范围时,要判断其是否具有上位概念的全部要素。下位概念的要素只能多于上位概念,而不能少于上位概念。”<sup>[9]152</sup>比如,盗窃罪和盗窃武器装备、军用物资罪,盗窃武器装备、军用物资罪的构成要素完全符合普通盗窃罪的构成要素,且多于普通盗窃罪的构成要素,即便不能认定为盗窃武器、军用物资罪,也能够按照普通盗窃罪

进行处理。特征并不等同于要素,特征是对外部要素的描述,不同的人对于虚拟财产所具有的特征通常有不同的看法,而要素是事物本来的属性,并不会因观察者的不同而发生改变。仅仅认为虚拟财产与财物具有相类似的特征并不能说明虚拟财产就属于财物,而应当从其本源进行对比分析。

财物包括有体物与无体物。对于窃电等行为,刑法理论以及实践中一直将其以盗窃罪论处。因此,盗窃罪所侵害对象不仅包括有体物,也包括无体物。有学者认为,虚拟财产虽然不具备“物理性”特征,但其具备无体物特征,所以仍能够以盗窃罪对其进行规制。但是“电力”“天然气”等无体物本质上属于有体物的延伸,例如“电力”是“火力、水力、风能”等能量通过专门的装置转换过来的,所以其属于现实世界经济体的重要因素之一。虚拟财产仅存在于虚拟世界中,是虚拟世界经济体的组成要素之一,并且虚拟财产仅具有无形物的表征,不具有如电力、天然气等无体物的稀缺性,不能构成客观意义上的无体物。我国刑法关于盗窃罪的规定虽然并未区分有体物与无体物,但我国刑法理论与通说对于无体物需要具备管理可能性,而网络游戏中的虚拟财产是游戏运营商通过计算机编程开发的功能软件,玩家对虚拟财产只有使用的可能性,并不具备对虚拟财产进行修改和删减的权限。此外,网络虚拟财产属于非物质范畴即精神范畴的东西,无法对现实世界产生影响。因此,主张将虚拟财产纳入财物中无体物的范围从而以盗窃罪进行规制的说法并不成立。

### (二) 窃取虚拟财产行为侵害的法益并非财产所有权

法益作为刑法保护的任务和目的,不论是在立法论上还是解释论上都起着指导作用,对于确定行为是否侵犯法益或者侵犯何种法益、是否构成犯罪或者构成何种犯罪具有重要作用。对于窃取虚拟财产行为所侵犯的法益,在理论界与实务界存在较大争议,因此,厘清该行为所侵犯的法益对于准确界定窃取虚拟财产构成何种犯罪具有重要意义。

要弄清窃取游戏装备、游戏币等网络虚拟财产行为侵犯的是何种法益,必须首先弄清游戏装备、游戏币等虚拟财产在网络游戏中所发挥的作

用。从网络游戏运行的规则来分析, 玩家加入网络游戏是与网络游戏运营商缔结了游戏服务合同, 该合同主要是游戏运营商为玩家提供游戏运行所需要的各种工具、装备、游戏币等, 因此虚拟财产实质上属于网络服务合同履行之工具。在同一款游戏中, 玩家通过真实货币等比例兑换得到的游戏装备或游戏币, 以及游戏运营商主动赠送给玩家的游戏装备, 都是履行网络服务合同的工具, 只不过前者比后者功能更加强大。因此, 虚拟财产本身并不是财产, 而是作为履行网络服务合同的工具。游戏装备、游戏币等虚拟财产被窃取, 在网络中表现为游戏运营商服务器中该名玩家账号下相关数据丢失, 在法律上表现为不同权利人的权利受到了侵害<sup>[12]</sup>。当游戏装备等虚拟财产被盗后, 运营商提供的服务出现漏洞, 玩家便无法享受到应有的服务, 从而退出游戏, 最终导致玩家流失, 运营商经营收益降低。因此, 窃取游戏装备等网络游戏中的虚拟财产所侵害的法益是妨碍玩家获得良好的游戏体验以及损害运营商的经营活动, 而不是财产的所有权, 所以窃取虚拟财产的行为不能构成盗窃罪。

### (三) 财产性利益并非盗窃罪规制的对象

在我国, 也有学者主张财产性利益能作为窃取对象, 并主张以盗窃罪对该行为进行规制<sup>[13]</sup>。若以上述观点解释虚拟财产, 行为人虽然并未转让虚拟财产, 但通过窃取等非法手段长时间占有该虚拟财产, 排除使用权人使用。行为人此种行为虽未直接获利, 但其免费享受了运营商提供给被害人独有的服务, 该服务应当认定为财产性利益, 所以窃取该服务的行为可能构成盗窃罪。本文并不赞成此种主张。诚然, 从我国刑法理论角度, 并非所有财产性犯罪的对象都包括财产性利益。然而, 将部分财产性犯罪对象的“财物”扩大解释为财产性利益是合理的, 不会违背罪刑法定原则, 即不会超过一般人预测可能性。例如“诈骗罪”“敲诈勒索罪”, 笔者在裁判文书网查阅相关案件时发现, 的确存在骗取虚拟财产被法院以诈骗罪判处的案件。诈骗罪的犯罪对象包括财产性利益并不存在争议, 因此, 将诈骗获得虚拟财产的行为认定为诈骗罪并不存在疑问; 但若将全部财产性犯罪(特别是盗窃罪、抢夺罪)对象的“财物”解释为财产性利益, 便不具有合理性, 超出

了一般人预测可能性。例如《刑法》第275条规定的“故意损坏公私财物”, 若将词条的财物扩大解释为“财产性利益”便是不合理的。债权等财产性利益只有在民事法律关系中才可以被占有, 其是一种无形的法律利益, 而盗窃罪是夺取占有型犯罪, 无法占有财产性利益, 所以盗窃罪规制对象不包括财产性利益。

有学者提出, 我国《刑法》第265条将财产性利益作为盗窃罪处罚的对象, 所以财产性利益可以成为我国盗窃罪的对象<sup>[14]</sup>。刑法此处确实是将财产性利益作为盗窃罪规制的对象, 但正是由于《刑法》第264条规定的“盗窃公私财物”不包含此种情形, 法条才需要将此作为专条规定; 若264条所规定的财物包括财产性利益, 刑法再专门列出一条条文对此进行规定岂不是多此一举。所以, 应当将《刑法》第265条理解为法律拟制, 而法律拟制条款不能进行类比推理并适用于与该条款相似的条件中。因此, 《刑法》第265条只能适用于法条所规定的盗用电信设备等行为上。将盗窃虚拟财产的行为按照盗窃财产性利益进行规制, 与罪刑法定原则相背离。

### (四) 盗窃虚拟财产行为并未改变占有

有学者主张, 由于虚拟财产大多是玩家通过金钱购买, 行为人将虚拟财产窃取后, 以获利为目的将虚拟财产转让给其他玩家, 该行为实际上使得玩家损失了金钱, 而行为人因此获取了利益, 与盗窃后行为人将所盗窃之物进行销赃处理获得利益的行为基本相像, 所以能够构成盗窃罪<sup>[15]</sup>。但笔者认为, 由于网络游戏币、游戏装备等虚拟财产是由游戏运营商所开发的功能软件, 游戏运营商具有随时修改、删除、增加的权限, 玩家通过金钱交易获取游戏装备等虚拟财产只是具备了该功能软件的使用权, 并不享有对功能软件的占有权。同样, 行为人通过窃取等方式取得玩家利用金钱交易所获得游戏装备等虚拟财产同样不具有独占控制权, 而只是享有使用该软件的权利以及条件。即使行为人将其转让给其他玩家, 其他玩家亦不享有独占权, 而只有使用权。盗窃罪作为典型的夺取占有型犯罪, 通过采用窃取等方法将他人所占有的财产转移至自己占有, 使被害人失去占有, 从而建立起新的占有。这种获取虚拟财产的行为并未转移占有, 只是在未经过原权利人



同意或者未经授权情况下非法使用的情形,在未经法律特别规定的条件下,不能被认定为盗窃罪。

#### 四 数据化保护路径之提倡

##### (一) 虚拟财产具有数据属性

有学者主张,游戏装备等网络虚拟财产是以网络游戏为载体,通过账号将玩家每次游戏过程中所获得的“货币”“装备”“皮肤”“等级”等记录下来,保存在游戏服务器的数据库中;待到玩家再次通过游戏客户端输入账号时,保存在服务器中的数据能够被玩家随时使用、出售或者丢弃<sup>[16]</sup>。该种说法提出了游戏装备等虚拟财产具备数据属性,对于虚拟财产的数据属性主要可从两方面进行论述。

第一,权利人对虚拟财产的使用、出卖等权利并非对世权。玩家进入网络游戏是与游戏运营商缔结网络服务合同,双方对于该合同既享有权利,也需承担义务。若玩家在游戏过程中存在使用第三方软件的行为,游戏运营商将会终止其与玩家间的服务合同,例如封号、暂停使用等。如果将虚拟财产作为财物进行保护,那么根据民法典物权编的规定,玩家对虚拟财产享有所有权,而所有权为对世权,所以当玩家取得虚拟财产的所有权之后其并不会因为其他事情予以剥夺;但当玩家因违反服务合同后被封号或者暂停登录其账号后,便不能对其财物进行控制,若账号被运营商所注销,那么便意味着财物将不再存在。从采取财物论的角度看,会出现两个完全对立的矛盾,即:当承认虚拟财产属于玩家所有的财物,而运营商又能够通过封号从而使玩家丧失虚拟财产的所有权;若承认虚拟财产属于运营商所有,而玩家又可以通过出卖、赠与等方式处分所持有的虚拟财产。因此,玩家对于虚拟财产的占有实质上只是对虚拟财产的使用,并不具备物权特征。所以虚拟财产被非法侵犯,并非是侵犯虚拟财产的所有权,而是对作为虚拟财产承载的数据进行破坏。

第二,虚拟财产具有的可复制性表明其不具备财物属性,而是具备数据属性。数据的非排他性导致其可以为多主体获得<sup>[17]</sup>,稀缺性是财物所具有的特征之一,但虚拟财产并不具备此特征,不仅游戏运营商可以对虚拟财产进行无限复制,掌握复制指令的其他人亦可以对其进行大量复制。

因此,以数据属性对虚拟财产进行论处更具有可行性,而以财物属性对其论处则显得更加困难。数据具有可复制性,虚拟财产亦是在数据的架构上所形成的,将虚拟财产认定为财物,会面临对虚拟财产的复制行为难以合理解释的问题。

综上,虚拟财产具有数据属性,应当以数据属性为核心对非法获取虚拟财产的行为进行规制。我国在2009年所颁布的《刑法修正案(七)》中增设非法获取计算机信息系统数据罪,以规制实务中发生的非法获取数据行为。既然游戏装备等虚拟财产具有数据属性,那么以非法获取计算机信息系统数据罪对窃取虚拟财产进行论处具有合理性。如此,不仅可以保护计算机信息数据安全,还能对行为人罪刑作出相适应的处理,对行为人的行为进行合理评价。因此,保证虚拟财产不受非法方式侵害的最好方法是通过对计算机系统数据进行保护,间接地保护虚拟财产,这样,既满足了刑法的规定,又对虚拟财产进行了实质上的保全。国外一些国家对于非法获取虚拟财产行为的立法和实践并未将其按照盗窃罪进行处理。如《德国刑法》第202条a对于“数据窃探”行为就作出了相应规定,这是对于非法获取数据行为进行的规制,第303条a规定的“变更数据罪”也是为了规制行为人非法修改计算机信息系统数据的行为;又如,瑞士在刑法中同样规定了“非法获取数据罪”,用以规制非法获取数据的行为。由于虚拟财产具有数据属性,窃取等非法获取虚拟财产的行为在本质上属于非法获取数据行为,所以按照非法获取数据罪对其进行处罚更适宜。

##### (二) 数据化保护可以使法益保护更周全

有学者认为,“盗窃虚拟财产显然没有扰乱公共秩序,它应属于侵犯财产类犯罪,而我国刑法将非法获取计算机信息系统数据罪归于扰乱公共秩序罪。”<sup>[18]</sup>但由于游戏装备等虚拟财产并非财物,应当将其理解为履行合同的工具,即玩家在进入网络游戏之前会与运营商签订网络服务合同,虚拟财产是履行该合同的工具,并且该工具在网络服务合同中所发挥的作用是给玩家带来更好的游戏体验,其本质是由数据(电磁记录)建构的。所以行为人通过非法方式获得网络虚拟物,侵犯的是接受网络服务合同的当事人的权益,破坏的是网络安全和计算机管理秩序,是刑法领域非法

获取计算机信息系统数据的行为。由于数据存在于计算机系统中, 通过钓鱼网站或者发送木马病毒等方式, 非法获取游戏货币、皮肤等虚拟物的行为, 发生在计算机信息系统环境中, 对计算机网络安全、数据完整以及系统功能的侵害是真实存在的。该行为妨害了游戏运营商对于控制虚拟财产的功能软件的正常运行, 扰乱了游戏的正常运行, 所以对于该扰乱行为应当认定为扰乱公共秩序的行为。该侵害行为无法通过盗窃罪进行客观评价, 所以对于窃取虚拟财产的行为, 盗窃罪所保护的法益并不能对窃取虚拟财产所侵害的法益进行全面评价, 而以非法获取数据罪进行定罪处罚的数据化保护, 能够对其所侵害法益进行更周全的保护。

有学者提出, 若将游戏装备等虚拟财产作为数据论处, 那么采取暴力手段强迫被害人转移账号内的游戏币、游戏装备等虚拟财产的行为则符合抢劫罪的构成要件, 如果仍然以非法获取计算机信息系统数据罪对其论处就是不合理的, 而应当以抢劫罪论处。笔者不认同此种观点。首先, 抢劫罪是通过暴力、胁迫等方法强取他人财物, 其目的是强取财物; 但虚拟财产作为一种功能软件受到运营商的管理, 尽管行为人将被害人的虚拟财产转移了, 但被害人可以通过向游戏运营商进行申诉, 采取冻结、追回等方式挽回被强取的虚拟财产, 或者向运营商要求补偿损失。既然抢劫罪以强取财物为目的, 当运营商将行为人获取的虚拟财产冻结或追回, 那么行为人便无法获得虚拟财产, 自然无法构成抢劫罪的既遂。其次, 当行为人采取暴力、胁迫手段强迫被害人转移虚拟财产时, 应当对《刑法》第 285 条第二款的“非法侵入”作扩大解释, 即不仅仅将“非法侵入”的手段局限于利用计算机技术手段, 只有合法权利人或者通过权利人授权许可, 才有资格进入计算机系统。如果未经授权或者许可, 也不是合法进入权利人, 采取暴力或者胁迫手段进入计算机并获取数据的, 都应该认定为非法获取计算机信息系统数据罪。如果暴力手段造成被害人受伤或者造成其他损害, 可以故意伤害罪与非法获取计算机信息系统数据罪进行并罚, 从而达到规制此种行为的效果, 更好地保护被害人的权利不受侵害<sup>[19]</sup>。

### (三) 数据化保护可以使犯罪对象更相洽

将虚拟财产作为数据处理能规避将其视为财物所带来的弊端, 由于其价值具有不确定性, 容易导致虚拟财产的价值损失与现实财产损失之间无法对应起来的弊端。通过技术手段窃取网络游戏运营商的虚拟财产与窃取游戏玩家花费金钱消费的虚拟财产所造成的损失存在明显区别。例如, 在肖某非法获取计算机信息系统数据罪中, 被告人肖某原系福建某计算机网络信息技术有限公司运维部工作人员, 利用管理权限进入公司开发的“英雄之刃”手游版游戏后台数据库, 通过技术手段给自己游戏账户充值。当福建某计算机网络信息技术有限公司发现后便冻结了被告人肖某的账号, 并报案处理。(参见福建省福州市中级人民法院(2019)闽01刑终1259号刑事判决书) 游戏运营商可以通过数据设定和软件设计来收回被非法窃取的虚拟财产, 当运营商发现利益受到损害时, 能够马上冻结状态异常的账号, 并通过修补漏洞的方式找到获取数据信息的当事人, 收回非法获取的网络虚拟物, 情节严重的甚至可以直接将对方账号封禁。所以, 尽管按照现实货币与网络虚拟物 1:1 的比例进行交易, 网络运营商所受到的财产损失与游戏用户的损失仍然不可同等评价, 而一般的侵害财物犯罪并不会因为占有主体的不同而导致财物产生不同的价值变化。另外, 关于网络虚拟物交易价值的确定也存在问题。例如实践中曾有这样的案例, 被告人对所获取的网络虚拟物进行销赃, 但销赃价格远低于该网络虚拟物在当时条件下市场的平均价格, 最后法院以有利于被告人的原则按照销赃所获利的数额进行认定。对于盗窃罪来说, 盗窃数额的多少对量刑能够产生巨大影响, 网络虚拟物价格的不确定性对于适用盗窃罪也存在障碍。但是非法获取计算机信息系统数据罪的量刑要求中并不存在数额多少的规定, 所以对于非法获取网络虚拟物, 采取数据化保护能够使犯罪对象更相洽。

### (四) 数据化保护符合罪责刑相适应原则

一些学者认为, 将非法获取虚拟财产的行为认定为非法获取数据罪而不认定为盗窃罪存在着罪责刑不相适应的缺陷。我国刑法对于盗窃罪规定, “犯本罪, 情节特别严重的, 处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处罚金或者没收财产。”



从中可知,对于盗窃罪,若行为人情节特别严重,最高能被判处无期徒刑。我国关于非法获取计算机信息系统数据罪规定,“犯本罪,情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”可以发现,对于非法获取数据罪,行为人情节特别严重,最高判处七年有期徒刑,附加刑只有并处罚金,而没有没收财产。在夏某非法获取数据罪一案中,被告人夏某通过非法手段,获取“梦幻西游”网络游戏账号、密码、游戏装备、游戏币等,后将账号、游戏装备进行变卖,销售收入达88万元。(参见江苏宿迁市中级人民法院(2020)苏13刑终367号刑事裁定书)如果按照盗窃罪进行论处,属于数额特别巨大,最高可能判处无期徒刑;但若按照非法获取数据罪论处,最高也只有七年有期徒刑,两罪之间的量刑幅度存在巨大差异。因此,一些学者认为,将非法获取虚拟财产的行为认定为非法获取数据罪会导致对犯罪分子的姑息纵容,从而不利于打击犯罪。但是笔者认为,以非法获取数据罪对非法获取虚拟财产进行认定并不会姑息纵容犯罪分子,具体理由如下:

首先,现今我国的刑罚处于一个“厉而不严”的阶段,许多刑罚规定得过于严苛,但是对于一些较轻的行为又未规定为犯罪。以盗窃罪为例,盗窃罪起刑点要求盗窃数额在1000~3000元之间,而许多虚拟的游戏币、游戏装备的价值可能并未达到盗窃罪的起刑点,但该行为既会影响玩家对于游戏的体验,也会影响游戏运营商的正常管理。另一方面,盗窃罪乃财产性犯罪,其不会对人身产生危险,但刑法对盗窃罪的量刑中有无期徒刑,量刑略微严苛。所以当今刑罚应当朝着“严而不厉”的方向发展,既能更好地规制违法行为,也不至于处罚过于严苛<sup>[20]</sup>。而非法获取数据罪却无此数额困扰,只要行为人违反国家规定,通过技术手段侵入计算机从而获取计算机系统中存储、传输的数据,便符合该罪的构成要件。因此,按非法获取数据罪进行认定,能够更好地保护玩家及游戏运营商的利益。

其次,被害人的救济手段不同。一般的财产性犯罪,例如盗窃行为,一般行为人通过盗窃取得财物很快便销赃干净,盗窃的财物能够满足自己需要的会被自身所消耗,自己不需要或者能够倒手转卖的一般也已经进行销赃处理,实践中能找

回的被盗窃物少之又少。而由于网络虚拟物不属于财物而属于数据,当发生非法获取玩家的网络装备或游戏币时,游戏运营商可以通过数据追踪功能很快定位被侵害的网络虚拟物,从而将所转移的虚拟财产进行删除或者修改,也可以根据被害人的申诉对网络装备、游戏币等进行恢复,从而减少被害人的损失。非法获取虚拟财产不同于盗窃其他物品,若是按照玩家以及运营商的损失或者销赃数额按盗窃罪的量刑进行认定,则很容易导致量刑过于严苛,而适用非法获取数据罪不会使量刑过重,符合罪责刑相适应原则。

最后,两罪所导致的社会危害不同。一般性的财产犯罪场所并不固定,可能存在于社会公众场所,亦可能存在于被害人的私人场所;而行为人通过非法手段侵入计算机系统获得网络虚拟物,这种行为发生在网络运营商所管理的计算机系统内,犯罪场所相对固定。网络虚拟物属于网络运营商履行与用户达成的网络服务合同的工具,该部分财产从现实剥离出来投入虚拟世界,即使被盗也不会对现实生活产生重要影响;而一般的财产性犯罪产生的后果是直接的、客观的,能够直接影响被害人现实生活中的物品。另外,财产性犯罪例如盗窃、诈骗、抢夺等,容易发展为暴力侵害人身的犯罪,例如在盗窃或者抢夺过程中造成被害人的人身伤害,以及盗窃、诈骗、抢夺后为窝藏赃物抗拒抓捕,从而使用暴力转换成抢劫行为。

信息时代的到来,颠覆了人类在传统的农业社会和工业社会所认定的刑法对财产的保护方式,但人们在对待信息时代的新型违法犯罪行为时仍倾向于以传统的财产犯罪进行论处。在信息时代,个人只是庞大信息系统中的一个数据,个人法益汇入计算机网络信息安全法益,信息网络安全成为信息时代发展的核心。因此,对于信息时代的产物,例如虚拟财产,人们应当摆脱传统的思维定式,采用网络思维去认定新型犯罪,立足于网络安全法益来寻找解决路径。当然,在采用网络思维去认定新型犯罪时,不能违背刑法的基本原则,否则其结果便会适得其反。同时,针对未来可能出现的新型网络犯罪,为避免现有刑法不足以对新型犯罪进行规制的问题,应当及时修订刑



法。时代在不断发展,也在不断检视着刑法理论的真理。信息时代网络犯罪等新型犯罪形式的出现,也促使刑法理论紧跟时代步伐,不断发展、更新,这样,才能切实地发挥其遏制犯罪、保护公众利益的作用。

#### 参考文献:

- [1] 2020年中国游戏产业市场现状及未来发展趋势分析 [EB/OL]. [2021-07-20]. <https://www.chyxx.com/industry/202106/957953.html>.
- [2] 皮勇,张晶.论盗窃网络虚拟财产行为的性质:以网络虚拟财产的法律属性为视角[J].信息安全,2006(10):15-17.
- [3] 王竹.《物权法》视野下的虚拟财产二分法及其法律规则[J].福建师范大学学报(哲学社会科学版),2008(5):30-35.
- [4] 于志刚.论网络游戏中虚拟财产的法律性质及其刑法保护[J].政法论坛,2003,21(6):121-131.
- [5] 陈兴良.虚拟财产的刑法属性及其保护路径[J].中国法学,2017(2):146-172.
- [6] 周强华.非法获取计算机信息系统数据罪的若干思考[J].学理论,2011(34):135-136.
- [7] 胡云腾,周加海,周海洋.《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J].人民司法,2014(15):18-25.
- [8] 张军.司法研究与指导[M].北京:人民法院出版社,2012:127.
- [9] 卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2005.
- [10] 欧阳本祺.论虚拟财产的刑法保护[J].政治与法律,2019(9):39-54.
- [11] 张明楷.非法获取虚拟财产的行为性质[J].法学,2015(3):19.
- [12] 青锋.网游虚拟财产:刑法保护中的价值冲突和选择[J].理论视野,2007(5):54-56.
- [13] 黎宏.刑法学各论[M].2版.北京:法律出版社,2016:312-313.
- [14] 张明楷.也论用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为性质:与刘明祥教授商榷[J].清华法学,2008,2(1):91-108.
- [15] 许富仁.关于盗窃虚拟财产的价值及其行为本质的分析[J].学术交流,2006(5):37-40.
- [16] 于志刚.网络空间中虚拟财产的刑法保护[M].北京:中国人民大学出版社,2009:25-26.
- [17] 于志刚,李源粒.大数据时代数据犯罪的制裁思路[J].中国社会科学,2014(10):100-120,207.
- [18] 李遐桢.论盗窃虚拟财产的定性[J].河北法学,2012,30(11):32.
- [19] 皮勇,葛金芬.网络游戏虚拟物数据本质之回归:兼论非法获取网络游戏虚拟物的行为认定[J].科技与法律,2019(2):27-35.
- [20] 付立庆.积极主义刑法观及其展开[M].北京:中国人民大学出版社,2020:232.

责任编辑:徐海燕