

数字经济的文明秩序、 制度特征与刑法规制*

郭旨龙

【摘要】 国家需要利用刑法构建和维持公平有效、安全有序的数字经济文明秩序。该秩序限定了数字经济的核心制度性特征，即以数据资源、参与者信息素养和数字平台公平竞争为构成性要素，以数据的及时、完整、准确和数据技术的安全发展与应用为运行性条件，以大数据、云计算、人工智能等通用技术的社会信任为效率性依托。数字经济的核心制度性特征形塑了刑法的规制方式和内容体系，即通过构成性保障、脆弱性预防、标准性信任、外部性内化等方式全面保障数字经济公平有效、安全有序运行，维持数字经济与社会生活其他领域之间的合理关系。

【关键词】 制度性特征 构成性保障 脆弱性预防 标准性信任 外部性内化

【作者简介】 郭旨龙，法学博士，中国政法大学教授、博士生导师。

【中图分类号】 D924.3 **【文献标识码】** A

【文章编号】 2097 - 1125 (2025) 01 - 0073 - 21

2021年10月，习近平总书记在主持中央政治局第三十四次集体学习时强调：“要站在统筹中华民族伟大复兴战略全局和世界百年未有之大变局的高度，统筹国内国际两个大局、发展安全两件大事，充分发挥海量数据和丰富应用场景优势，促进数字技术与实体经济深度融合，赋能传统产业转型升级，催生新产业新业态新模式，不断做强做优做大我国数字经济。”^① 2021

* 本文系教育部哲学社会科学研究后期资助一般项目“数字社会的刑法治理研究”（23JHQ070）的阶段性成果。

① 《习近平在中共中央政治局第三十四次集体学习时强调 把握数字经济发展趋势和规律 推动我国数字经济健康发展》，《人民日报》2021年10月20日。

年12月,国务院印发《“十四五”数字经济发展规划》(以下简称《规划》)提出“维护公平有效市场”的治理目标,并在14处提到“有序”发展,在14处提到“风险”,强调“牢牢守住安全底线”。^① 习近平总书记指出:“要完善数字经济治理体系,健全法律法规和政策制度,完善体制机制,提高我国数字经济治理体系和治理能力现代化水平。”^② 《规划》提出,到2025年,“数字经济治理体系更加完善”,“与数字经济发展相适应的法律法规制度体系更加完善,数字经济安全体系进一步增强”。^③ 据此,数字经济是我国继农业经济、工业经济之后的主要经济形态,是以数据资源为关键要素,以现代信息网络为主要载体,以大数据、云计算、人工智能、区块链等信息通信技术融合应用、全要素数字化转型为重要推动力的公平有效、安全有序的新经济文明形态。在这一时代背景下,包括刑法在内的法律如何进行规范、发挥功能,如何完善数字经济治理体系、增强数字经济安全体系,成为学界研究的重点之一。然而,学界尚未有系统的研究指出,如何体系化地思考数字经济的刑法规制问题。本文将从国家政策指明的数字经济文明秩序中梳理数字经济的制度特征,并匹配刑法规制。

一、数字经济刑法的必要性与系统性

(一) 数字经济刑法的必要性

白领犯罪或市场不端行为往往被认为不是真正的犯罪,与其他更传统的犯罪行为相比,这种行为遭遇到的道德污名较少。^④ 在数字经济时代,这种道德地位可能得到进一步强化。数字经济的现代信息网络载体一直追求开放、自由,数字经济形态也一直处于创新和变革之中,这种创新和变革本身是受到期待和欢迎的。数字经济的运行能超出数字经济中的行为人的认识,有效地促进社会利益,这是一种自发的、自然的秩序。互联网、大数据能以

① 参见《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》,《中华人民共和国国务院公报》2022年第3期,第5~18页。

② 《习近平在中共中央政治局第三十四次集体学习时强调 把握数字经济发展趋势和规律 推动我国数字经济健康发展》,《人民日报》2021年10月20日。

③ 《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》,《中华人民共和国国务院公报》2022年第3期,第7页。

④ 参见 Sanford H. Kadish, Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 30 (3), 1963, pp. 425 - 427.

低成本在一定程度上减少甚至消除信息不对称，促进资源的合理配置。^①数字经济在某种程度上是自我规制的社会性领域，这似乎要求对该领域中的不端行为非犯罪化，换言之，数字经济不是与刑法进行常态化交涉的领域。

但是，数字经济并非自我规制的，也并非独立于、对立于刑法的社会性领域。刑法借鉴并表达了一种独特的道德秩序，这种秩序阐明了关于非工具性的人的价值观念，这种理解贯穿所有关于市场界限的文献——市场应该保持在适当的范围内，而刑法的作用就是维持这些界限。^②数字经济越来越被认为是促进犯罪的、腐蚀社会关系的社会性新形式和新环境。通过持续的国家 and 法律的保障和调整，数字经济得以嵌入并影响更大范围的秩序，包括数字治理秩序。^③刑法以多种形式助力数字经济秩序化，并维系它与其他社会生活领域如数字治理的关系。我们应当将规制和回应数字经济行为的刑法视为正常的而非异常的法律。

（二）数字经济刑法的系统性

然而，如何系统地明确数字经济安全风险的形成机制和发生规律，刑法如何系统地防范数字经济风险，这些问题仍然没有基础性的答案。数字经济的刑事安全风险的防范体系应该致力保护人们在数字时代经济生活中的独特价值和社会运转的独特领域与状态。数字经济秩序是与信息、数据等数字经济要素的生产、使用、流通有关的社会关系，有必要确定保护这些社会关系的刑法规范的系统化规律。确定前述规律的一种方案是注重数字经济在立法形式上的系统性，从形式上全面覆盖数字经济的信息数据、信息网络、数字技术三大要素领域。但它没有一以贯之的实质性逻辑脉络，不符合刑法法典化的系统性要求。^④近年来，国内相关研究主要聚焦常见多发的热点和难点犯罪问题，如网络黑灰产犯罪的治理、^⑤网络金融犯罪的打击、网络数据犯罪的制裁等。^⑥这种抓住经济犯罪现象的实证角度和规范角度的研究为数字

① 参见 [英] 威利茨：《数字经济大趋势：正在到来的商业机遇》，徐俊杰、裴文斌译，人民邮电出版社 2013 年版，第 14 ~ 15 页。

② 参见 Lindsay Farmer, The “Market” in Criminal Law Theory, *The Modern Law Review*, Vol. 85 (2), 2022, p. 447.

③ 参见 Lindsay Farmer, The “Market” in Criminal Law Theory, *The Modern Law Review*, Vol. 85 (2), 2022, pp. 452 - 453.

④ 参见周光权：《法典化时代的刑法典修订》，《中国法学》2021 年第 5 期，第 42 ~ 43 页；梁根林：《刑法修正：维度、策略、评价与反思》，《法学研究》2017 年第 1 期，第 60 页。

⑤ 网络黑灰产指利用网络技术实施网络攻击、窃取信息、勒索、诈骗、盗窃、黄赌毒推广等网络违法行为，以及为这些行为提供工具、资源、平台等帮助和变现渠道的环节。

⑥ 参见刘艳红：《网络犯罪的法教义学研究》，中国人民大学出版社 2021 年版；高艳东、王莹主编：《数字法治：数字经济时代的法律思维》，人民法院出版社 2021 年版；黄志雄主编：《数据治理的法律逻辑》，武汉大学出版社 2021 年版。

经济时代的刑法规范体系提供了有益的类型化基础和丰富的素材，但是这些研究尚未直接从数字经济犯罪的整体特征出发对刑法的对象进行系统性分类、探讨刑法的系统应对策略，难以为在法典化背景下刑法的系统性问题提供答案。

国家经济社会政策与体制对经济刑法立法的领域重点和刑罚强度具有导向作用。^① 有学者从现代金融和市场犯罪的罪名和起诉的发展情况出发，探讨潜在的模式和转型，以及刑法与市场之间的关系在案例法和法律文献中是如何被处理和理解的，并在此基础上讨论何时使用刑法规制市场和金融或经济行为是正当的。^② 这启示我们可以从农业、工业经济形态到数字经济形态的核心制度特征演变和刑法功能演变出发，探讨经济刑法的系统性调适思路，积极主动构建我国数字经济安全风险刑法识别和防范体系。

二、法律政策学层面的经济文明秩序

在法典化背景下的经济刑法是为了构建和维持国家想要的经济文明秩序，而数字经济时代国家想要的经济文明秩序是公平有效、安全有序的数字经济文明秩序。此时需要从国家发展和规范数字经济的经济社会政策目标，转化为刑事立法和司法的政策目标。

（一）经济刑法的社会功能

刑法与经济的关系，特别是刑法对经济有无独特的目的和功能的问题，深刻影响了经济犯罪与经济刑法的范围。1982年，第五届全国人大常委会通过了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》（以下简称《决定》）。学界对《决定》的呼应和阐释有一个共同的特点：把经济犯罪定位为政治问题，并且用政治性的语言论述经济犯罪问题。这种现象主要出现在20世纪80年代初期，到20世纪80年代中期以后基本不复存在。^③ 产生此种现象的原因是，在改革开放初期，以阶级斗争为纲的思维仍然渗透在经济刑法的观念之中，学界基本仍将经济犯罪作为阶级斗争在经济领域的表现。具体而言，有学者认为在经济领域中违法犯罪情况严重，就是因为受到资本主义思想腐蚀

① 参见魏昌东：《英国经济刑法：一个不应被忽视的历史存在——英国经济刑法发展的启示》，《法治社会》2016年第6期，第121页。

② 参见 Lindsay Farmer, Taking Market Crime Seriously, *Legal Studies*, Vol. 42 (3), 2022, pp. 508 - 524.

③ 参见涂龙科：《改革开放三十年来经济犯罪基础理论研究综述》，《河北法学》2008年第11期，第25页。

和侵袭，在这种阶级斗争形势下，必须维护劳动人民利益。^① 还有学者认为经济犯罪就是阶级敌人在经济领域的进攻，投机者破坏国家垄断制就是破坏社会主义经济的公有制基础。^② “计划经济的本质在于以国家权力为后盾的行政强力垄断并分配社会资源——不仅仅是稀缺资源，经济以政府、集团利益为核心价值主体，而不是以平等、自由、竞争和公平交易为核心价值主体，计划经济曾被误认为是社会主义制度的唯一根本内容，经济与政治形态混淆，其结果是，在当时任何在主客观上可以断定为是威胁计划经济的自由经济活动，均以具有很高擅断性的‘投机倒把罪’来追究其刑事责任。”^③ 我国当时的经济形态主要是农业经济，商业经济不发达，许多现代的法律制度尚未系统建构，因为没有需求。另外，现在我们认为商业活动的一部分的活动过程曾被视为犯罪，如囤积居奇、投机倒把，因为这干扰了国家在需要时负责调配并以他们认为公平或公正的市场价格出售以保护社会各部分的生存并预防骚乱的秩序。

此时的经济秩序是一种宽泛地包括经济公平甚至经济的有序性质的观念，它要求考量经济是如何被结构化和组织起来的。经济秩序的完整性表征着对某些经济形态和体制进行保护的承诺。自20世纪80年代中期以来，特别是1992年党中央提出要建立社会主义市场经济体制以来，学界基本更新了观念，提出在市场经济下的新刑法观念，对经济刑法的功能有新的定位。有学者指出，“要建立具有中国特色的市场经济新体制，就必须率先实现社会价值观念的转变……必须对传统的刑法观念进行一次全面清理、革新和超越；而这种观念性变革的基点及突破口，便是确立与新的市场经济体制相适应的经济犯罪观和经济犯罪刑罚观”。^④ 这种犯罪观和刑罚观看到在市场经济体制下经济活动活跃、经济行为多样，而刑法要保障经济运作、保障社会主义市场经济的建立和稳健发展。经济开始以平等、自由、竞争和公平交易为核心价值，经济犯罪的重心逐渐转到侵害平等、自由、竞争和公平交易秩序上来。例如，最高人民法院前院长周强2017年代表最高人民法院向全国人大做工作报告时指出：“内蒙古法院依法再审改判王力军无证收购玉米无

① 参见马克昌：《打击严重经济犯罪的锐利武器》，《法学研究资料》1982年第21期，第9页。

② 参见吴安清、张明凯：《论打击经济犯罪与无产阶级专政的历史任务》，《湖北财经学院学报》1982年第3期，第114~118页。

③ 曲新久：《对当前经济犯罪特征的再认识》，《河北学刊》2007年第4期，第165~166页。

④ 游伟：《论市场经济与经济刑法观》，《法学》1993年第4期，第15页。

罪，保障广大农民放心从事粮食收购，促进农产品流通。”^①

此时，经济刑法是经济监管立法的一部分，它最显著的发展也许是日益强调保护经济的完整性。这标志着刑法的目标从保护个人利益（防止盗窃或欺诈）转变为保护经济。在美国著名刑事法学者桑福德·H·卡迪什（Sanford H. Kadish）的一篇经典论文中，我们可以找到一种定义经济犯罪和经济刑法功能的方法：经济刑法是那些对商业行为施加限制的法规的一部分，是经过深思熟虑的经济政策的一部分。^②因此，这不是对经济犯罪的描述性解释，而是基于监管的行为类型以及管制的性质和目的做出的解释。这一归纳主要是根据经济政策目标或经济制度的优先运作来构想的。^③它又被描述为保护社会的经济秩序，使其不受个人对其财产利益的有害性利用的影响。^④经济犯罪不属于传统刑法范畴，传统刑法主要保护私人利益，这反映在财产法律中（并受到涉及盗窃和欺诈的一般刑法的保护）；经济刑法的目的是在制定或推行特定的经济政策时保护公共或社群利益。这种对经济刑法功能观的解释，能够帮助我们根据经济刑法的特点确定一个独特的刑法领域。

（二）数字经济刑法的社会功能

数字经济时代的刑法要发挥保障和落实国家经济社会政策的社会功能。结合习近平总书记在主持中央政治局第三十四次集体学习时的讲话精神和《规划》可以得出，数字经济时代的经济社会政策是发展数字经济，把握新一轮科技革命和产业变革新机遇，形成以技术发展促进全要素生产率提升、以领域应用带动技术进步的发展格局，以满足人民美好生活需要，构建现代化经济体系，构筑国家竞争新优势。而发展数字经济要实现这些经济社会政策目标，必须确保安全有序。所以，包括刑法在内的法律只有确保数字经济的安全有序状态（底线是安全），才能实现发展数字经济的经济社会目标。此时需要对安全有序状态的数字经济文明内涵和特征进行分析。

数字经济安全有序的落脚点在于作为关键生产要素的知识和信息、作为

① 周强：《最高人民法院工作报告——2017年3月12日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/03/id/2627702.shtml>，2024年4月1日。

② 参见 Sanford H. Kadish, Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 30 (3), 1963, p. 424。

③ 参见 Sanford H. Kadish, Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 30 (3), 1963, p. 428。

④ 参见 Sanford H. Kadish, Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 30 (3), 1963, p. 425。

核心驱动力量的数字技术以及作为重要载体的现代信息网络。数字经济安全有序的内涵和外延就存在于这三位一体的数字经济结构中。因此，应当明确安全有序的内涵和外延。最高人民法院在 2020 年和 2021 年分别向全国人大做出的工作报告中都认为，数字经济的健康发展包括数据安全。2021 年通过的《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）第 3 条第 3 款规定：“数据安全，是指通过采取必要措施，确保数据处于有效保护和合法利用的状态，以及具备保障持续安全状态的能力。”《数据安全法》第 4 条规定：“维护数据安全，应当坚持总体国家安全观，建立健全数据安全治理体系，提高数据安全保障能力。”可见，数据安全的内涵和外延也呈现三位一体的结构，即数据的有效保护和合法利用是核心含义，而通过建立相关治理体系来持续保障这两种状态的能力则是数据安全的外延拓展。

这种三位一体的结构契合总体国家安全观。在总体国家安全观文明理念的指引下，结合《规划》提出的“维护公平有效市场”的治理目标，数字经济安全有序的内涵和外延可以初步确立为数字经济要素的公平有效的产生、流动与使用，即对作为关键生产要素的知识和信息、作为核心驱动力量的数字技术和作为重要载体的现代信息网络这三个数字经济结构中的基础要素的安全有序保护和公平有效利用的状态，以及通过建立相关数字经济治理体系而具备和提高的持续保障这两种状态的能力。这种在总体安全观与数字化治理能力和体系现代化理念下，以公共性标准为核心的数字经济公平有效、安全有序利益观，不仅包括不可被具体平均地分配到个人的集体安全，如大部分数字技术安全和信息网络安全，而且包括可分配到个人的经济活动中的安全，后者由于同时满足公共利益标准，从而也被纳入数字经济总体安全中，成为数字经济的刑事安全风险防范体系的研究内容。具体的公共性标准可以且应该进一步研究，但可以明确的是，超越集体性的公共性标准更契合在总体安全观下的维护数字经济主体对数字经济安全有序的信心和信心的方向，更有利于数字经济安全的数字化治理能力的提升。

三、经济文明秩序限定的经济制度特征

我们可以根据经济学原理，确立市场经济的一般性重要特征。如果我们认为市场经济包含一种需要保护的经济文明秩序，就需要阐明保护的客体以及理由。^① 在数字经济文明秩序功能的指引下，在法典化背景下数字经济刑

^① 参见 Lindsay Farmer, The “Market” in Criminal Law Theory, *The Modern Law Review*, Vol. 85 (2), 2022, p. 440.

法规制的利益目标是保护与数字经济制度性特征相关的良好状态，这使刑法在这一领域的保护具有系统性的利益目标。

（一）市场经济的制度特征

我们的经济体制在改革开放后似乎可以被总结为社会主义市场经济体制，经济不端行为就是冲击和妨害这种体制的行为。这类似英国的《经济犯罪计划》（Economic Crime Plan, 2019 to 2022）称经济犯罪是对英国的经济及其制度构成威胁，并对社会和个人造成严重伤害的犯罪。^① 这种界定太过模糊和抽象。我国有学者提出：“市场经济秩序表现为一种超个人、超社会的公共利益，一种无形而抽象的信用，其背后是平等、自由、竞争与公平交易等基本价值，经济犯罪则是扭曲乃至至于摧毁市场经济……在市场经济条件下，经济犯罪表现为在市场经济内部滥用权利与背离市场信用破坏市场经济本身的行为。可以说，背信与滥用权利是经济犯罪的两个基本方式。”^② 这种观点对经济和经济不端行为的核心制度特征进行了初步诠释，但仍须进一步辨别和展开。

将市场经济理解为一种社会秩序形式，就有可能开始更系统地思考市场经济与刑法之间的关系。所有经济监管主体通常以某种方式制定、实施经济规则，规定谁可以参与经济活动，什么可以或不可以被出售、交易。更专业的经济规则可能进一步覆盖条件公平的价格、产品的质量、谁获准进入市场经济等。现代社会中的经济是由广泛的规则和规章管理的复杂制度，市场经济的结构或设计是在复杂市场经济中建立和维持有效市场的条件。^③

法默（Farmer）提出，市场经济的运作依赖一系列其他条件。^④ 第一，参与者是自由的，他们可以自由进入或退出经济活动，经济交涉的结果是其自由选择的表达。自由讨价还价的过程确保价格呈现供求平衡状况的真实画面。第二，信息要有效发挥作用，不仅因为这能够支持个人选择和防止剥削，而且因为它降低了搜索成本，使经济活动更有效率。第三，必须确保市场具有竞争性，对市场参与者施加某种约束，不要把太多的权力集中在某些个人或集团手中（垄断或寡头垄断市场），防止价格、质量等方面的经济信

① 参见 Economic Crime Plan, 2019 to 2022, <https://www.gov.uk/government/publications/economic-crime-plan-2019-to-2022/economic-crime-plan-2019-to-2022-accessible-version>, 2024年5月4日。

② 曲新久：《对当前经济犯罪特征的再认识》，《河北学刊》2007年第4期，第167页。

③ 参见 Jens Beckert, *The Social Order of Markets*, *Theory and Society*, Vol. 38 (3), 2009, pp. 245 - 269。

④ 参见 Lindsay Farmer, *Taking Market Crime Seriously*, *Legal Studies*, Vol. 42 (3), 2022, p. 517。

息的扭曲。第四，市场依赖信任。信任使更大范围的社会分化和角色规范成为可能，也使社会关系得以发展。我们依赖他人的知识和专长，而不是必须自己为自己保证一切。^①

因此，总的来说，我们注意到防止剥削、确保信息自由流动和组织竞争的重要性。但是，如何理解这些问题？什么构成剥削？应该提供何种信息？如何组织竞争以及采取何种干预措施？这些问题本身并不容易确定，必须在特定的制度背景下进行分析。将任何特定问题（作为剥削或其他形式）连同采取的应对措施（特别是如果刑事定罪是应对措施的一部分）予以框定，取决于特定的社会、政治和经济条件。^②

（二）数字经济的制度特征

我国的数字经济是不同于农业经济和工业经济的市场经济高级阶段，故其核心制度特征是对市场经济核心制度特征的传承和发展。第一，在最基本的意义上，数字经济仍然是一种经济形态，所以仍然需要最基础的产权和合同的保障，但是其保障的重点开始变化。数字经济是全社会基于数据资源开发和利用形成的经济综合，它与农业经济、工业经济的基本差异在于，相对农业经济中的土地和物质、工业经济中的资本和能源，数字经济的生产要素关键在于数字化的知识和信息。^③ 这源于数据要素的“技术—经济特征”（Techno-economic Feature）：低成本性、大规模可得性、使用上的非竞争性、易复制性、消费上的（部分）非排他性、外部性以及即时性。^④ 数据既是新的生产要素，也是新的消费品，^⑤ 它包含信息、知识、数字内容、数字产品。所以，数字经济时代的产权保障关键在于数据的产权保障，以确保数据的产生、采集、编码、存储、传输、搜索、处理、使用等一切行为都是可进行的。然而，在数字经济时代，信息的零边际生产成本、无差异性复制和即时传播等特征颠覆了物质、能量要素的独占性、排他性，农业经济和工业经

① 参见 Niklas Luhmann, *Trust and Power*, trans. Howard Davis, John Raffan and Kathryn Rooney, New York: John Wiley and Sons Ltd., 1979, p. 8。

② 参见 Lindsay Farmer, *Taking Market Crime Seriously*, *Legal Studies*, Vol. 42 (3), 2022, p. 518。

③ 参见中国信息化百人会课题组：《数字经济：迈向从量变到质变的新阶段》，电子工业出版社 2018 年版，第 3~4 页。

④ 参见蔡跃洲、马文君：《数据要素对高质量发展影响与数据流动制约》，《数量经济技术经济研究》2021 年第 3 期，第 67~69 页。

⑤ 参见汤潇：《数字经济：影响未来的新技术、新模式、新产业》，人民邮电出版社 2019 年版，第 3 页。

济中的一些固有理念也被颠覆。^①数字经济时代数据的产权保障不同于传统的排他性产权，而在于数据的全生命周期安全。数据安全法律确立了数据有效保护和正当利用的制度，也就确立了数字经济关键要素的构成性制度，对数字经济的基本构成环节进行了确认。

第二，数字经济需要参与者可以自由进入或退出。全面智能化和泛在连接的叠加，即传统经济中的能量转换工具被信息改造为具有感知、传输、处理和执行能力的智能工具，以及由智能工具组合成的智能制造生态系统，泛在、融合的信息技术基础设施，使得数字经济的充裕性、无所不在的互联性确保普惠性，给每个人的全面发展提供比历史上任何一个时期都更大的自由度。^②但是，这种普惠科技、贸易、金融自由的承诺能否实现，还有待法律制度的保障。全面智能化和泛在连接的叠加，显然蕴含人人只能选择进入而不能选择退出数字经济活动的风险。提倡数字经济时代的活动自由是一种意识形态上的主张，而且很容易被讽刺，富人和穷人都可以在网络上和顶级专家交流，或在新闻评论区欢呼，或置若罔闻。但是，数字经济时代的自由特征意味着这个社会形态中的劳动者和消费者都需要具备和提升信息素养。随着数字技术向各领域渗透，劳动者不仅需要具备专业技能，而且需要具有数字技能，消费者也需要数字素养以正确决定是否以及如何运用数字化产品和服务。由此，数字素养成为数字经济时代的一种基本能力、基本条件和基本人权，是数字经济发展的的重要要素。^③

第三，数字经济需要竞争性，要对经济活动参与者施加限制，防止经济信息的扭曲。习近平总书记指出：“数字经济健康发展有利于推动构筑国家竞争新优势，当今时代，数字技术、数字经济是世界科技革命和产业变革的先机，是新一轮国际竞争重点领域，我们要抓住先机、抢占未来发展制高点。”^④数字经济时代的竞争不仅有对传统经济中的国内经济效率和公平的考虑，而且有提升国家竞争力的考量。“数字经济”中的“数字”代表数字技术，这是一种通用技术。通用技术决定不同的经济形式和经济时代，推动经济形态的更替和演进。通用技术是可识别的、最初有很大改进空间的、具有多种不同用途而被广泛应用于整个经济并产生很多溢出效应的技术，分为

① 参见中国信息化百人会课题组：《数字经济：迈向从量变到质变的新阶段》，电子工业出版社2018年版，第4页。

② 参见中国信息化百人会课题组：《数字经济：迈向从量变到质变的新阶段》，电子工业出版社2018年版，第4~5页。

③ 参见马化腾、孟昭莉、闫德利等：《数字经济：中国创新增长新动能》，中信出版集团2017年版，第8页。

④ 《习近平在中共中央政治局第三十四次集体学习时强调 把握数字经济发展趋势和规律 推动我国数字经济健康发展》，《人民日报》2021年10月20日。

产品、处理过程和组织系统三方面。^① 数字经济在产品方面的通用技术是信息网络，它带来的是数据和信息；在处理过程中的通用技术是大数据、云计算、人工智能等信息技术；而组织系统方面的通用技术是数字平台。平台化组织替代传统的经济组织公司，将无数供给者和需求者联系在一起，各种类型、行业的中小企业接入平台而直接服务消费者，进行低成本沟通、汇集信息，促使供给和需求信息的高效流动和精确匹配；在平台上能够更好地满足需求的供给方将获得更多的市场资源，这也加速资源优化配置，共同构成一个超大规模的分工、协作体系，平台经济体的边界不断被技术拓展。^②

第四，传统经济活动有效进行依赖的信息制度发生了变化。数字经济是一个“数据+软件”的新世界，人们认识和参与经济活动的方法越发转向模拟择优和大数据分析，“样本数据+机理模型”或者“海量数据+大数据分析模型”都将实现模型算法化、算法代码化、代码软件化，把数据转化成信息以适应快速变化的市场和竞争环境。^③ 但这种基于数据驱动的价值创造和参与范式高度依赖数据的及时、完整、准确的性质和数据技术的安全发展和应用。信息技术进步是数字经济发展的不竭动力。信息收集、处理和输出等方面的技术进步，移动互联网、物联网、大数据、云计算和人工智能技术，如同光、电、水、气等基本生产要素一样渗入各行各业、经济活动各个环节，提升了经济活动的效率，驱动业务创新。伴随着信息技术的创新和应用，数字基础设施成为新的基础设施。^④ 在数字经济时代，重要的技术至少包括大数据、云计算、人工智能、物联网和5G通信等，它们都发挥着重要作用，但更为通用的是前3种技术。^⑤

第五，数字经济需要针对信任的制度性安排以保障其在更大范围上的规模性和在更高层次上的效率性。互联网匿名性、虚拟性和不确定性会使互联网信任存在较大风险，初始信任难以建立，出现危机后会进一步影响互联网

① 参见汤潇：《数字经济：影响未来的新技术、新模式、新产业》，人民邮电出版社2019年版，第4~5页。

② 参见汤潇：《数字经济：影响未来的新技术、新模式、新产业》，人民邮电出版社2019年版，第45~48页。

③ 参见中国信息化百人会课题组：《数字经济：迈向从量变到质变的新阶段》，电子工业出版社2018年版，第9~10页。

④ 参见马化腾、孟昭莉、闫德利等：《数字经济：中国创新增长新动能》，中信出版集团2017年版，第7页。

⑤ 参见汤潇：《数字经济：影响未来的新技术、新模式、新产业》，人民邮电出版社2019年版，第65页。

信任。^① 这种信任不是人际信任，甚至不是组织信任，而是一种技术信任。市场（更一般的社会）领域的信任关系是通过一系列不同的非正式和正式的机制（如持续的商业关系、贸易协会的会员资格、许可、消费者权益保护法、规范信托关系的代理法等）建立和管理的，^② 而数字经济中的信任更多依靠技术建立和维持。对算法技术的信任带来了交易的高效率，但算法的脆弱性及其脆弱性的利用又导致了交易和经济的风险。

四、经济制度特征形塑的经济刑法规制

刑法一直是经济构成和经济监管的重心，刑法理论可以在四个领域批判性地探讨和参与经济在现代社会中的地位问题。刑法在这四个方面与数字经济产生交互，全面保障数字经济公平有效、安全有序，维持数字经济与社会生活其他领域之间的合理关系。

（一）构成性保障

刑法对数字经济具有构成性功能，即确定数字经济的相关要素（如知识产权、个人信息、系统数据、虚拟财产）的合法利用，这构成数字经济运行的基础。经济指将不同市场整合在一起和组织起来的方式，市场是经济的核心场域和基础机制，所以对数字经济的初期探讨，可以从作为核心场域和基础机制的市场得到诸多启发。市场必不可少的基础要素是被交易的商品和服务、个人或集体的生产者和消费者以及进行交易的机制和制度。刑法对市场秩序的构成性主要体现在三个层面：首先，刑法规定了财产安全（反对盗窃）和合同安全（反对欺诈），这对个体能够追求自我利益的稳定社会秩序具有基础性作用；其次，刑法规定了市场的界限，即能够被买卖的对象是什么、能被允许的交易的类型有哪些、能缔结交易合同的主体有哪些，由此规定了能够商品化的东西及其能被交易的条件；最后，刑法规定了市场的完整性（反对操纵），确保了市场的运行。^③ 有了刑法在上述三个层面的构成性保障，市场和经济才能在最基本的层面上运作和展开。

① 参见 Ye Diana Wang and Henry H. Emurian, An Overview of Online Trust: Concepts, Elements, and Implications, *Computers in Human Behavior*, Vol. 21 (1), 2005, pp. 105 - 125; 管金平:《社会基本信任形态在网络环境中的范式更迭与制度回应》,《学习与与实践》2015年第4期,第106~117页。

② 参见 Lindsay Farmer, Taking Market Crime Seriously, *Legal Studies*, Vol. 42 (3), 2022, p. 519.

③ 参见 Lindsay Farmer, The "Market" in Criminal Law Theory, *The Modern Law Review*, Vol. 85 (2), 2022, p. 454.

在数字经济时代，刑法的构成性保障依然主要在三个层面进行，但其内容和问题有了新的表现形式。首先，数字经济当然需要刑法对财产和合同的保障。但是，数字经济时代的财产和合同本身的表现形式发生了变化，或其受到侵害、需要保护的形式发生了变化。数据是数字经济这一社会性新形式的关键要素。《规划》提出：“充分释放数据要素价值，激活数据要素潜能。”^①因此，虚拟财产、知识产权、数据、个人信息的财产性质能否得到认同以及认同到何种程度，将深刻影响数字经济的基础。《中华人民共和国刑法修正案（七）》将非法获取计算机信息系统数据行为犯罪化，主要是为了解决网络盗窃的法律适用问题，特别是盗窃的主要对象——网络账号、网络游戏装备等虚拟财产的财物属性存在争议，价格也难以认定。^②此时刑法以扰乱公共秩序的罪名间接保护虚拟财产，保护的范围和程度发生了变化。在张某某盗窃案（检例第37号）中，法院认定，行为人破解该域名绑定的邮箱密码，通过变更网络域名绑定邮箱及注册ID，实现了对域名的非法转移。网络域名因具有稀缺性和交换价值，具备法律意义上的财产属性，所以盗窃网络域名的行为可以认定为盗窃行为。^③这似乎又为刑法保护虚拟财产、知识产权、数据的财产性利益划定了稀缺性和交换价值的范围，对数字经济的基础性要素做出了较大程度的认可和扩展。然而，面对共享经济对传统产权理论的冲击，刑法并未做出充分回应。侵害数据使用权的行为并未侵害刑法现在关注的所有权，数字经济中的数据使用权却可以共享，如获得一个序列码就可以在网络中下载和享受正版软件及其后期服务。数字经济中的财产权各项权能的关系和重要性次序发生重大变化，^④财产、合同受到侵害后需要刑法保护的形式也发生了变化。

其次，数字经济也需要刑法确定市场的边界，但这个市场的边界的概念发生了重大变化。传统市场的边界可能主要在于毒品、人体器官等违禁品、管制品的商品化问题，但数字经济是一个更为复杂的经济形态。第一，数字经济的低门槛性使人们获得了前所未有的权利和经济活动范围，如开网店、国际贸易等，这需要工商和国际贸易管理规则与之相适应。^⑤这些权利的实

① 《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》，《中华人民共和国国务院公报》2022年第3期，第7页。

② 参见喻海松：《网络犯罪二十讲》，法律出版社2022年版，第47~48页。

③ 参见《第九批指导性案例》，https://www.spp.gov.cn/jczdal/201710/t20171017_202593.shtml，2024年5月1日。

④ 参见郭旨龙：《非法获取计算机信息系统数据罪的规范结构与罪名功能——基于案例与比较法的反思》，《政治与法律》2021年第1期，第73页。

⑤ 参见汤潇：《数字经济：影响未来的新技术、新模式、新产业》，人民邮电出版社2019年版，第269页。

现和数字经济活动的开展，既需要保障参与者数字素养的不断提升，也要确保规范的与时俱进。利用儿童等特定群体的信息素养的脆弱性进行数字经济交易活动，已然开始得到法律的规制。^① 第二，经济活动的对象问题主要体现在个人信息能否成为经济活动的对象的问题上。数字经济高度依赖个人信息以准确、高效地进行经济活动。《规划》要求：“进一步强化个人信息保护，规范身份信息、隐私信息、生物特征信息的采集、传输和使用，加强对收集使用个人信息的安全监管能力。”^② 我国公民个人信息犯罪经过刑法修正案的规制，较为完整地保护了个人信息不被非法获取、转让。刑法修正案针对一些常见的信息类黑灰产样态，确定了信息类黑灰产的边界。^③ 然而，个人信息被合法获取或转让之后的非法使用问题，仍然没有得到合理解决。^④ 第三，活动条件问题主要体现在数据收集、处理、交易及数据出境等环节。在明确数据权属的基础上，促进数据在不同主体之间充分分享，是数字经济的内在要求。^⑤ 数据控制者形成的数据集合具有相对独立性，产生大数据经济利益，但它具有影响信息主体和其他多重社会利益的可能性，需要在数据收集、处理、存储和披露环节设定行为边界，^⑥ 即需要在明确数据获取、处理、交易和出境规则的基础上，利用刑法规则界定该领域活动的边界。例如，民法忽视了数字经济中的人们对非结构化数据的权利，但刑法可以将网络爬虫非法获取数据的行为纳入刑法保护范畴并确定活动边界。^⑦ 但是，近几年数据爬取的调查行动导致以数据爬虫为代表的数字获取和使用行为萎缩，有损大数据产业发展，阻碍互联网公司了解用户需求以进行有效营销、行业创新和不断提高完善自身人工智能等技术，反而可能强化“数据寡

① 2021年《文化和旅游部办公厅关于加强网络文化市场未成年人保护工作的意见》第7条提出，要“严禁借‘网红儿童’牟利”；第8条提出，要“有效规范‘金钱打赏’”。

② 《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》，《中华人民共和国国务院公报》2022年第3期，第16页。

③ 参见喻海松：《网络犯罪黑灰产业链的样态与规制》，《国家检察官学院学报》2021年第1期，第43页。

④ 参见肖雅菁、郭旨龙：《刑民衔接视角下侵犯公民个人信息罪的规范重构》，《江西师范大学学报》（哲学社会科学版）2021年第5期，第107~113页。

⑤ 参见汤潇：《数字经济：影响未来的新技术、新模式、新产业》，人民邮电出版社2019年版，第270页。

⑥ 参见吴亚光：《论数据财产权成立的权利客体基础》，《图书馆建设》2021年第3期，第84页。

⑦ 参见杨志琼：《数据时代网络爬虫的刑法规制》，《比较法研究》2020年第4期，第193页。

头”的市场优势，不利于数字经济市场边界的合理拓展。^①以计算机犯罪对竞争对手爬取数据的行为进行刑事指控，其实是将计算机网络刑法转化为数字经济刑法，以实现反竞争的目的。^②

最后，数字经济也需要刑法保障其完整性，不受非法操纵。例如，对数字竞争中的垄断，《规划》要求“突出竞争政策基础地位”，“强化反垄断和防止资本无序扩张，推动平台经济规范健康持续发展”，^③维护公平有效的市场。但在刑法的视野下，数字经济的快速创新特点导致相关市场和市场支配地位等都具有暂时性和不稳定性，同时，网络平台作为数字经济的重要组织形式，具有外部网络性特征，其规模之大彰显了社会价值之大，有一定的自然垄断趋势。^④数字经济平台跨界竞争对传统的市场竞争理论产生冲击。为此，反垄断的刑法规制不能一概地维护竞争本身，而要考量社会总成本和总福利，在社会总成本或总福利一定时，使得另一端达到最大化，而具体是哪一端，需要由国家政策决定。例如，数据平台网站撤销数据爬取授权会影响数据竞争，故其撤销只有在具备保护用户隐私和数据安全、维护自身数据权益、提高数据产品或服务质量和提高消费者福利，并且不会严重排除、限制数据市场竞争的条件下，才具有正当性，^⑤此时刑法对撤销授权之后的数据获取行为才有必要介入，以维护数据竞争市场完整性。

（二）脆弱性预防

刑法要预防数字经济系统运行产生的易被利用的脆弱性，因为市场系统在运行中总会有可被利用的脆弱性，一些非法行为得以产生。对此，法默列举了竞争中的卡特尔、利用内幕的欺诈以及洗钱相关的刑法条款，认为这些非法行为的违法性都在于创造、利用市场机制中的价格扭曲、信息不对称和

① 参见杨志琼：《美国数据犯罪的刑法规制：争议及其启示》，《中国人民大学学报》2021年第6期，第157页；孙禹：《强行爬取公开数据构成犯罪吗》，《国家检察官学院学报》2021年第6期，第135~136页。

② 参见 Jamie L. Williams, Automation Is Not “Hacking”: Why Courts Must Reject Attempts to Use the CFAA as an Anti-competitive Sword, *Boston University Journal of Science and Technology Law*, Vol. 24 (2), 2018, p. 419.

③ 《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》，《中华人民共和国国务院公报》2022年第3期，第7页。

④ 参见汤潇：《数字经济：影响未来的新技术、新模式、新产业》，人民邮电出版社2019年版，第270页。

⑤ 参见 Amber Zamora, Making Room for Big Data: Web Scraping and an Affirmative Right to Access Publicly Available Information Online, *The Journal of Business, Entrepreneurship and the Law*, Vol. 12 (1), 2019, p. 226.

市场制度体系中控制机构的内幕知识。^①

相比传统市场，数字经济系统的脆弱性更加多样化、动态化和规模化，刑法的预防和打击也更为重要而复杂。数字经济的信息机制高度依赖数据性质和数据技术，数据的准确性、可用性和完整性是数字经济信息机制得以有效运转的基础。《规划》提出“强化数据安全风险评估、监测预警和应急处置”。^②例如，数据平台或流量控制方进行数据操纵的机会主义行为是为了数字经济中流量的强大资本价值功能和利润价值标签效用。^③信用是数字经济的灵魂，但“刷单炒信”等灰黑产业链，严重影响数字经济的正常发展。在更大范围内，利用黑公关删帖、网络水军乃至算法进行发帖和控评的流量造假灰黑产业链，虚假营销、扰乱舆论环境、破坏公平竞争经济环境，已经弥漫到整个生态圈。刑法应当预防和打击产业化、规模化、组织化、算法化的数据造假等扰乱数字经济数据全生命周期的黑灰产犯罪行为。有学者认为，当传统犯罪不能打击黑灰产犯罪的目的行为时，可用侵犯计算机系统安全罪名甚至妨害信息网络安全管理秩序罪名来预防和打击黑灰产的手段行为。^④这是因为不少黑灰产犯罪涉及宣传推广和技术支撑的环节，涉及犯罪利益链条中的多种帮助行为，是故《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）增设了专门的侵犯计算机安全罪名和侵犯网络管理秩序罪名。^⑤此外，传销、洗钱等机会主义行为都利用了数字经济系统和机制的脆弱性，需要进一步研究和处理。^⑥

数字经济系统的脆弱性不仅体现为基础数据的性质安全的风险上，而且体现为以算法为代表的数字技术应用安全的风险上，需要刑法的考量和适时介入。将“最严算法”作为配送时限考核要求，进行系统自处理，意味着数字控制从实体的机器、计算机设备升级为虚拟的软件和数据，平台系统通过潜移默化地收集、分析骑手数据并将数据结果反作用于骑手，使劳动秩序

① 参见 Lindsay Farmer, The “Market” in Criminal Law Theory, *The Modern Law Review*, Vol. 85 (2), 2022, pp. 454 - 455.

② 《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》，《中华人民共和国国务院公报》2022年第3期，第9页。

③ 参见吴瑶、肖静华、谢康：《数据驱动的技术契约适应性创新——数字经济的创新逻辑（四）》，《北京交通大学学报》（社会科学版）2020年第4期，第10页。

④ 参见皮勇：《网络黑灰产刑法规制实证研究》，《国家检察官学院学报》2021年第1期，第39页。

⑤ 参见喻海松：《网络犯罪黑灰产业链的样态与规制》，《国家检察官学院学报》2021年第1期，第43页。

⑥ 参见王冠：《基于区块链技术 ICO 行为之刑法规制》，《东方法学》2019年第3期，第137~148页。

成为可能，这一数字控制不仅削弱骑手发挥自主性的反抗意愿，而且使他们在不知不觉中参与对自身的管理过程，资本控制手段正从专制转向霸权。^①劳动领域的算法脆弱性问题不仅体现在零工经济的算法霸权上，而且体现在招聘中的算法歧视上。^②其他领域的利用算法杀熟、算法促使沉迷问题也影响人们对数字经济的信心。数字沉迷带来家庭失和、工作失效、社交失败、精神失控等诸多利益危害，法律需要介入算法机制，^③重塑人们的选择结构，以激励更多提升用户自身福利和维护他人利益的行为。^④欧盟委员会于2024年通过的《欧盟人工智能法案》为欧盟人工智能系统的开发、市场布局和使用制定了统一的规则，并遵循基于风险的应对方法，将人工智能的使用风险区分为不可接受的风险、高风险、低风险和最小风险。^⑤如果数字操纵通过了社会危害性和预防必要性测试，刑法就要开始考虑对其进行规制。

（三）标准性信任

刑法要有效保护参与主体对嵌入数字经济系统的标准化操作（如数据标准、技术标准）的信任。刑法对传统市场一直进行嵌入信任和行为标准的操纵。对此，法默列举了对伪造通货、使用错误的度量衡、销售冒充货等行为的犯罪化条款，认为这些刑法条款的目的在于对通货、度量衡和货物质量进行标准化，使市场交易参与者不用检查每次交易或评估交易对象的可信赖性。^⑥

数字经济的刑法保障也意味着刑法需要将那些试图破坏参与数字经济的

① 参见陈龙：《“数字控制”下的劳动秩序——外卖骑手的劳动控制研究》，《社会学研究》2020年第6期，第113~134页。

② 参见 Ifeoma Ajunwa, An Auditing Imperative for Automated Hiring Systems, *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 34 (2), 2021, pp. 622 - 699。

③ 国家互联网信息办公室、工业和信息化部、公安部、国家市场监督管理总局联合发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定》第8条规定：“算法推荐服务提供者应当定期审核、评估、验证算法机制机理、模型、数据和应用结果等，不得设置诱导用户沉迷、过度消费等违反法律法规或者违背伦理道德的算法模型。”

④ 参见彭铮：《“算法防沉迷”义务首次写入我国法规，亦属世界首创》，http://www.legalweekly.cn/fzzg/2022-01/06/content_8653548.html，2024年5月1日。

⑤ 参见 Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (Text with EEA relevance), ch. 2。

⑥ 参见 Lindsay Farmer, The “Market” in Criminal Law Theory, *The Modern Law Review*, Vol. 85 (2), 2022, p. 455。

人们对数字经济系统可靠性的信任的行为予以犯罪化，以保障数字经济要素的共享、交换、协作与开放。但是，数字经济系统的信任不仅有制度信任，而且有数据信任、技术信任和机器信任等新的信任形式，需要刑法的保护。

一方面，制度信任的刑法保护。有检察官提出要维护数字经济市场秩序，维护数字企业管理秩序，打击内部人员侵占、挪用财产的犯罪。^①然而，《刑法》分则第3章规定的背信类犯罪主体限于国有企业工作人员，《中华人民共和国刑法修正案（十一）》并没有像学者建议的那样将背信类犯罪的主体拓展到所有经济主体的工作人员。^②数字经济的多数大型企业和绝大多数中小企业是民营企业，大型数字经济企业尤其是大型跨国数字经济企业的内部背信类犯罪危害巨大，即使是中小型数字经济企业，由于它们借助了数字技术在时空上的延展性，社会波及面也远比传统中小企业更大。是故，刑法应当加强数字经济领域的背信犯罪的规制，填补数字经济领域重要制度易被破坏的漏洞。但是，应当“通过制度构建、机制完善、经营调整等方式防范降低经营风险，促进企业依法合规经营”。^③数字经济企业出现制度性的背信犯罪往往是因为新业态规则不健全、安全意识不足，其治理结构不同于传统公司，导致其面对内部背信类犯罪时并无充分的保障机制。合规建设可帮助数字经济企业“培育网络社会素养，提升数字经济发展韧性和互联网自我净化能力，避免网络空间治理步入‘管理主义’‘重刑主义’等误区”。^④

另一方面，数字经济时代新的信任形式也需要刑法的保护。技术契约相比传统的正式契约基于技术特征选择行为，呈现初始成本高、执行成本低、大量信息与行为可被低成本监控、过程和结果皆被控制、时间动态、无形等特征。^⑤区块链技术已经在司法存证和民事经济交易中广泛应用，开始受到法律的认可。为此，既要制定政策支持区块链在更多的信任应用领域中广泛落地，也要通过法律法规与监管措施，不断完善监管外延，减少因区块链滥

① 参见贾宇：《检察机关参与网络空间治理现代化的实践面向》，《国家检察官学院学报》2021年第3期，第63页。

② 参见时延安：《差异化治理格局下不同市场主体的刑法保护》，《国家检察官学院学报》2021年第3期，第103~104页。

③ 贾宇：《检察机关参与网络空间治理现代化的实践面向》，《国家检察官学院学报》2021年第3期，第63页。

④ 贾宇：《检察机关参与网络空间治理现代化的实践面向》，《国家检察官学院学报》2021年第3期，第53页。

⑤ 参见吴瑶、肖静华、谢康：《数据驱动的技术契约适应性创新——数字经济的创新逻辑（四）》，《北京交通大学学报》（社会科学版）2020年第4期，第6页。

用而出现的违法风险事件的数量。^① 刑法必须对在区块链这种高新技术基础上信任机制的风险种类有一定程度的认识和防范。存储层数据被破坏、窃取的风险，以及应用层用户薄弱环节，是最容易被刑法关注的，但这显然也是最基础的安全要求，并非区块链信任机制的主要安全风险。对这些安全风险要从安全开发、代码安全分析、安全评估和测试三个方面做出内部技术检视、外部技术审计、外部法律监管三个流程的应对。^② 共同协作的技术构造使得数字信任取代人际信任，促进了犯罪主体联结和犯罪行为参与，刑法需要在技术发展的过渡时期用技术性手段罪名包容在不同场景下不明确的犯罪风险，然后在特殊的新兴、专业领域用专业性罪名展现技术手段和利益类型的精细化、明确化；去中心化的技术瓦解了平台的监督管理地位，平台担负的契约义务是基于制成区块链市场而产生的提供适当的交易系统的义务，对通常能够预见的不法故障风险建立相应的防止、整備体制。^③ 简而言之，这些犯罪行为建立在对信任机制和由此组织、促进和产生的不法行为机会的事先理解之上，由此面临的更广泛的刑事化问题是何时适宜使用刑法来加强这些信任关系。

（四）外部性内化

刑法要制止数字经济系统运行的负外部性，鼓励数字经济系统参与主体将那些在系统外产生的负面影响（如歧视其他个体或群体、能耗和污染问题）内化在系统内。对市场活动的负外部性，法默以生产过程中的污染为例，它被犯罪化是为了威慑污染者，并鼓励污染者将成本内化。同时，外部性也意味着更广泛意义上的理解，即刑法处理某些市场行为的社会成本不仅在规制市场本身或者公民社会本身，而且为了保障更大意义上的文明秩序，它规制的是公民社会和市场之间的关系，分配这些社会成本的公平性由此影响了刑法和市场的正当性。^④

数字经济创造的负外部性秩序问题远比传统的市场经济创造的秩序问题更为复杂、多样和动态，刑法用来回应这些秩序问题的方式也更为显著。数字经济的负外部性秩序问题主要体现在冲击传统社会、数字社会和数字政府的运转、目标和价值等方面。《规划》要求“强化数字经济安全风险综合研

① 参见杨继：《区块链、互联网信任与制度设计》，《上海经济研究》2021年第6期，第37页。

② 参见张绍成、张雯菲、滕玉坤等：《区块链风险与安全问题研究——从技术架构的角度》，《辽宁大学学报》（自然科学版）2020年第2期，第138~140页。

③ 参见秦雪娜：《区块链技术背景下参与犯的转型与刑法的体系应对》，《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第5期，第105~107页。

④ 参见 Lindsay Farmer, The “Market” in Criminal Law Theory, *The Modern Law Review*, Vol. 85 (2), 2022, p. 456.

判,防范各类风险叠加可能引发的经济风险、技术风险和社会稳定问题”,“依法依规做好网络安全审查、云计算服务安全评估等,有效防范国家安全风险”。^①

然而,监管的缺失导致数字经济体产生的负外部性由社会承担。经过平台公司对控制权的重新分配,平台系统与消费者取代平台公司对骑手进行管理。平台公司看似放弃了对骑手的直接控制,实则淡化了雇主责任;劳资冲突也被相应转嫁到平台系统与消费者之间。^②数字经济平台将原本并无关系的零工经济劳动者与消费者强行联系起来,过度透支双方的信任,降低各方的满意度、安全感和责任感,容易引发社会问题。^③

数字经济体通过补足监管理念、策略、工具和支撑性等方面的弱项,可将社会成本——如外卖员违反交通规则和伤亡,滴滴司机、乘客之间的不当行为等——内化为数字经济体内部系统的规则并将其调整到合理范围,如记为工伤并享有相应福利和赔偿。^④2021年,英国最高法院认定优步(Uber)司机是雇员,享有最低工资、带薪休假等权利。^⑤同年,我国七部委联合发布文件要求平台建立合理的收入分配机制,平台和第三方应当为建立劳动关系的外卖员工参加社保,并且不得将最严算法作为其考核标准,应当适当放宽配送时限。^⑥我国刑法已经将“恶意欠薪”等影响全面小康与社会和谐稳定的负外部性行为犯罪化,^⑦迫使企业将负外部性予以内化。未来是否要将数字经济活动中的负外部性通过刑事监管予以内化,取决于经济法等相关法律法规的前置监管是否有效。在处理数字经济系统内外的权利冲突、监管困境时,不可片面保护某一方面的权利和利益,而应当综合考量社会总成本和总福利。

① 《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》,《中华人民共和国国务院公报》2022年第3期,第16页。

② 参见陈龙:《“数字控制”下的劳动秩序——外卖骑手的劳动控制研究》,《社会学研究》2020年第6期,第113~134页。

③ 参见卢江、刘慧慧:《数字经济视阈下零工劳动与资本弹性积累研究》,《天津社会科学》2020年第4期,第96页。

④ 参见沙烨:《数字财富鸿沟:数字控制与资本控制的叠加效应》,《文化纵横》2021年第5期,第92页。

⑤ 参见Uber BV and others (Appellants) v. Aslam and others (Respondents), [2021] UKSC 5。

⑥ 参见市场监管总局、国家网信办、国家发展改革委、公安部、人力资源社会保障部、商务部、中华全国总工会七部门联合印发《关于落实网络餐饮平台责任切实维护外卖送餐员权益的指导意见》。

⑦ 参见党日红:《“恶意欠薪”刑法规制必要性思考》,《中国劳动关系学院学报》2011年第4期,第82~85页。

五、结论

本文并不寻求确定数字经济时代刑法规范的具体内容，更不寻求确定法典化背景下数字经济刑法规制的司法标准，这是在法典化背景下数字经济刑法规制的法律运行层面。确定何时适于刑法介入以规制该类、该领域的数字经济风险行为，即构建基础性的立案追诉标准，这是刑法规制要解决的核心规范性问题。此时既要数字经济不法行为本身的危害性程度有基础性评价标准，又要对数字经济的司法政策和民、行、刑衔接机制有系统的考虑。这都是未来要重点研究的问题。

笔者认为，确定数字经济时代刑法的规制方式和内容体系更为基础和重要。而数字经济时代的刑法的规制方式和内容体系的确定，在很大程度上有赖数字经济的核心制度性特征的明确。数字经济的制度特征，即那些旨在使数字经济有效运作的特征，可以被视为是围绕公平有效、安全有序的社会政策目标展开的一系列经济条件——数据资源、参与者信息素养和数字平台公平竞争作为构成性要素，数据的及时、完整、准确性质和数据技术的安全发展和应用作为运行性条件，大数据、云计算、人工智能等通用技术的信任作为效率性依托——而被组织起来的。这些都是非常普遍的特征。当然，它们可能在不同的数字经济以不同的方式制度化，使用包括民法和刑法在内的一系列机制，数字经济本身可能或多或少受到正式监管。然而，通过探讨这些特征于不同的时期在不同的数字经济中制度化的方式，我们可以更为精妙地分析刑法在构成不同的数字经济中表现出来的作用。此外，刑法不是外在于数字经济，而是已经在构成数字经济的过程中发挥作用。至关重要的是，通过将数字经济置于分析中心，我们可以看到数字经济犯罪的更具体的特性，也就是说，某些犯罪集合有什么共同之处，以及我们怎样能够看到这一领域法律的更普遍的形态与特征。

对核心制度性特征的明确保障了数字经济是一个独特的社会性新形式、新领域，面向数字经济的刑法规范也将有自己的形成方式和体系化方式。由此，刑法治理数字经济的理念和方式也更加契合数字经济所处的现代信息技术环境，与其展开良性交互，嵌入整个数字治理的文明秩序中。在此基础上，数字经济的刑法保障体系能够实现治理能力和治理体系的适配性。这也再次提示我们，传统刑法理论认为刑法是一个自适应系统，是一个逻辑自洽的系统；但现代风险社会的刑法理论认为，刑法越来越多地与其他规范系统和社会性形式进行交互，是一个相互影响的过程和样态。

（责任编辑：方 军）