

AI 换脸行为刑法规制的纠偏： 法益与罪数的双重路径

刘艳红 姜文智

【摘 要】利用 AI 换脸制作淫秽物品、冒用他人身份、侵犯他人著作权的行为不仅对社会法益造成侵害，更直接危及个人法益。现有解释论没有重视此类行为对个人法益的严重侵害，而是偏爱以保护社会法益的罪名处罚，甚至不惜进行类推解释，但仍然难以实现对 AI 换脸行为的全面规制。由于处罚不均衡而产生的立法论忽略了犯罪竞合对数罪并罚的限制，使立法目的不能实现，而通过法益和罪数的充分评价实现数罪并罚后立法论便没有存在的必要。犯罪认定的目的是对行为的违法性实现不重复、不遗漏的评价，AI 换脸行为侵犯异质法益时应成立想象竞合，存在数行为时应进行充分评价以实现数罪并罚，不能以牵连犯理论或选择性罪名为由择一重罪处罚。

【关键词】AI 换脸 一键脱衣 深度伪造 数罪并罚 社会法益

【作者简介】刘艳红，法学博士，中国政法大学刑事司法学院院长、教授、博士生导师，教育部“长江学者奖励计划”特聘教授；姜文智，中国政法大学刑事司法学院博士研究生。

【中图分类号】D924.3 【文献标识码】A

【文章编号】2097 - 1125 (2024) 05 - 0005 - 26

中立的技术在发展过程中总有被滥用的可能，AI 换脸作为深度伪造的代表技术，也和其他技术一样正在被滥用。目前，AI 换脸可以让地铁上的乘客“一键脱衣”，让明星、政客、普通人的脸被用于合成淫秽视频，让大量公民在不知不觉中“被人脸识别”从而遭受财产损失，可以说，不当的 AI 换脸行为已经造成严重的社会危害，是具有现实意义的刑法问题。希尔根多夫指出：“如果法学讨论不致力于新型技术以及社会问题的研究，法律就会滑向由一个不受科学引导而纯粹根据生活需要而设置的法律政策

而掌控的深渊。”^①目前,对AI换脸行为的刑法规制存在忽视个人法益和罪数评价不足的缺陷,应该在厘清AI换脸行为侵犯的法益内容之后依照数行为数罪并罚的规则进行处罚,以实现对其违法性充分但不重复的评价。

一、AI换脸行为刑法规制的误区

对AI换脸行为的刑法规制现状进行分析发现,该类行为主要侵犯的客体不是社会法益,而是公民的人格尊严、个人财产和知识产权。解释论上的观点侧重于AI换脸对社会情感的冒犯及对计算机信息系统秩序的破坏,无视个人法益的保护,易产生处罚漏洞。而立法论的观点虽然认识到法益保护的遗漏,主张增设新罪实现数罪并罚,却忽视了罪数论对处罚的限定,致使立法目的难以实现。法益类型的理解影响了罪数认定,解释论和立法论的偏差相互承接导致了AI换脸行为刑法规制的误区。

(一) AI换脸行为的刑法规制现状

AI换脸技术常被用于合成伪造的淫秽视频、冒用他人身份非法获取财产等利益以及侵犯他人著作权实现不劳而获、食人而肥。目前公开的裁判文书不多,但由于“每个判决都有再生能力(generative power),按照自己的形象进行繁殖……具有‘对于未来相同或类似的案件的指导力’”,^②可以预见未来相关案件的裁判思路也将沿袭现有判决,因此,对现状的分析有助于避免未来可能出现的偏差。

AI换脸技术满足了我们实现身份替换的好奇感,为生活增添了娱乐色彩,但是“AI换脸不只停留于搞怪开玩笑,而且更多地被用到色情行业”。^③使用AI换脸技术可以轻松将淫秽视频主角的面部换成他人。2023年4月7日,杭州市萧山区人民检察院曝光了一起案件,行为人通过AI换脸技术合成淫秽视频,以提供此视频向群友收取从198元到498元不等的会费,并出售换脸软件。用户还可以向行为人购买私人定制服务,根据自己的喜好选择女明星的形象。^④在我国台湾地区,相似的案件也不断发生,如网红小

① [德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第18页。

② [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的本质》,王绍喜译,中国民主法制出版社2023年版,第8~9页。

③ 郭洪平:《AI换脸,不能想换就换》,《方圆》2023年第7期,第25页。

④ 参见黄慧仙:《群主在“女神群”发送“AI换脸”淫秽视频牟利,法律底线不可破》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1762661714484447653&wfr=spider&for=pc>, 2023年10月29日。在相似案件中法院认定行为人成立传播淫秽物品牟利罪,参见山东省青岛市黄岛区人民法院(2023)鲁0211刑初36号刑事判决书。

玉利用AI换脸制作我国台湾地区“立法委员”高嘉瑜、高雄市“议员”黄捷、艺人鸡排妹等119名被害人的色情影片并进行贩卖传播，获利超过1100万新台币，其中被换脸的受害者有且仅有一名男性。^①

除了侵犯人格权，AI换脸技术还被运用于规避人脸识别以侵犯他人财产等权益。2018年，张某、余某等人使用购买的他人个人身份信息注册支付宝账户，并利用软件将公民的照片制作成3D立体头像，从而通过了支付宝的人脸识别认证。根据支付宝的奖励规则，每邀请一个新用户注册，至少能够获得28元的收益。截至案发，行为人共非法使用公民的个人身份信息成功注册超过1700个账号，法院判决行为人成立侵犯公民个人信息罪及诈骗罪，数罪并罚。^②在另一起案件中，2020年2月至4月，行为人购买名为“e2eSoftVCam”的摄像头辅助软件，并从苹果手机应用程序商店下载“轻松换脸”软件，在代办审车、车辆违章处理业务时通过AI换脸技术逃避实名认证，非法注册、绑定他人车辆进行违章处理，在被害人不知情的情况下扣除其临期驾驶证分数，为其他地区的违章人员处理车辆违章。法院认为行为人违反国家规定，侵入国家事务计算机信息系统，其行为成立非法侵入计算机信息系统罪。^③现实中还存在购买个人信息后提取免冠照，使用AI换脸技术破解支付系统的人脸识别功能，再将被害人余额提走的行为，法院以盗窃罪认定，并未与侵犯公民个人信息罪并罚。^④

同时，AI换脸兴起于影视行业，可以对他人已有作品进行修改以实现人脸的替换，这就不可避免地引发著作权保护问题。在一起民事案件中，原告经常发布古风汉服照片和视频，在视频中可以看到其清晰的古风面部妆容。被告通过技术手段提取原告的古风肖像视频并擅自上传至其运营的手机软件中供用户选择使用，法院认为这一行为已侵害原告的肖像权，因为只要从社会一般人的视角能够通过原有视频中未被修改的相应场景辨别出身体形象的所有人，该身体形象的所有人就对AI换脸视频中的身体形象享有肖像权。^⑤不过从网络平台上提取他人公开作品尚不属于《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第217条第6项规定的故意避开或者破坏权利人为其作品采取的保护著作权的技术措施，此类爬取行为无法被解释为侵犯著作权罪。

① 参见我国台湾地区新北地方法院2022年度审诉字第356号刑事判决书。

② 参见浙江省衢州市中级人民法院（2019）浙08刑终333号刑事裁定书。

③ 参见河南省长垣市人民法院（2020）豫0728刑初245号刑事判决书。

④ 参见陈星岚、范跃红、毛艺超：《1.8万元买来的“换脸”技术》，《方圆》2023年第7期，第15页。

⑤ 参见余建华：《“AI换脸”：好玩儿，也好惹官司！——杭州互联网法院判决一公司使用APP提供“换脸”服务侵害他人肖像权》，《人民法院报》2022年12月15日。

总体而言, AI 换脸行为越来越受到司法关注, 虽然暂未出现大规模的刑事案件, 但是将相关技术作为犯罪工具的案件有所增加, 而对存在数个行为、侵犯数个法益、符合数个犯罪构成的情形, 法院却倾向于只以一罪处罚。

(二) AI 换脸行为的规制误区

“法律是人们作出的决定。它们是人类的构造, 而不是神圣的法令。”^① 由人制定和适用的法律必然存在不圆满之处, 而刑法问题的解决方式无非是解释论和立法论, 相对而言, 解释论的成本更低, 更能维护刑法的稳定性, 因此通过解释论能够完成的使命不应轻易寻求立法论的庇护。对 AI 换脸的刑法规制而言, 解释论对社会法益的评价进路形成了路径依赖, 既将个人法益视为刑法保护的“弃婴”, 又导致管辖权行使不能, 而在有处罚必要性时又不惜进行类推解释。立法论的观点则缺乏体系思考, 导致同一行为下对危险犯的处罚重于实害犯, 违背吸收犯的基本原则, 无法实现对 AI 换脸行为的有效规制。

1. 解释论盲目追求社会法益

社会法益的评价进路遗漏了个人法益保护。司法判决将 AI 换脸制作淫秽物品的行为解释为侵犯社会风俗, 而非侵犯个人法益的犯罪。传播淫秽物品类犯罪被规定在《刑法》第 6 章“妨害社会管理秩序罪”中, 是典型的侵犯社会法益而非个人法益的行为。“人类社会的发展, 使人们产生了性的羞耻感情, 形成了性行为的非公开化原则。”^② 因而传播淫秽物品类犯罪侵犯的是人类性的羞耻感, 具有导致普通人性观念遭到损害的危险。但是不同于主动拍摄并传播淫秽物品牟利, 在利用 AI 换脸制作淫秽视频的场合, 受行为影响最深的恰恰不是社会观众, 而是被换脸的个人。单纯认定行为成立传播淫秽物品类犯罪仅评价了针对买受者或者针对社会善良风俗的犯罪, 行为带来的结果无价值仅评价了一半, 针对被换脸主体的法益侵害考虑不周。我国台湾地区在一起利用 AI 换脸技术制作淫秽视频的案件中做出判决认为, 行为人上传合成被害人的脸部特征之猥亵影片至 Google Drive 云端供会员或者购买者付费浏览, 被害人的脸部特征、姓名、艺名及网络昵称均足以直接或者间接识别被害人, 这些属于受“个人资料保护法”保护的个人资料, 行为人成立非公务机关免于搜集之特定目的必要范围内利用个人资料罪、贩卖猥亵影像罪、加重诽谤罪。^③ 此一判决正确地认识到, 对社会性风俗的冒

① [美] 莎拉·拉姆丹:《“付费墙”:被垄断的数据》,黄尹旭、赵精武译,上海人民出版社 2023 年版,第 29 页。

② 张明楷:《刑法学》下册,法律出版社 2021 年版,第 1538 页。

③ 参见我国台湾地区新北地方法院 2022 年度审诉字第 356 号刑事判决书。

犯仅是此类行为侵犯的法益之一，而不是全部。

一方面，社会法益的评价进路有类推解释的危险。诚然，如果将AI换脸行为解释为侵犯社会法益的犯罪能够合理解决现有犯罪问题以实现全面规制，那么解释为何种法益除了影响通过罪名向社会传递法律的负面评价的结果，就更多地像一场学者间的玻璃球游戏。但是实际情况是社会法益保护的路径固化了司法处理思路，有时司法机关为完成入罪不得不进行类推解释。“习惯最开始像蛛丝一般，但后来却变得像锁链。”^① 在前述驾照扣分案中，行为人未经许可收集并使用他人身份信息，但法院并未将其评价为侵犯公民个人信息罪，而仅评价其在软件识别中输入不实信息的行为，从而认定为非法侵入计算机信息系统罪。然而，作为行政管理辅助的手机软件虽然涉及公共事务，但与国家安全无关，不属于国家事务领域的计算机信息系统，况且其规避人脸识别的行为并未涉及软件本身的运行机制，难以评价为侵入。

另一方面，社会法益的评价进路导致管辖权行使不能。《刑法》第8条规定了保护管辖的原则，对外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪的行为能够适用我国《刑法》进行管辖。通说认为，此处的“国家”仅指《刑法》规定的危害我国国家安全和利益的各种犯罪，合理限制了管辖范围。^② 《刑法》分则的章节名称对“国家利益”和“社会利益”是分别使用不同术语的，如危害国家安全罪和妨害社会管理秩序罪，说明在立法者眼中“国家”不同于“社会”。“社会”一词在《刑法》总则中也作为一个单独主体出现，与国家、公民个人并列，《刑法》第2条规定的“本法任务”中将维护社会秩序、经济秩序区别于国家安全等，因此无法认为在《刑法》第8条中立法违背一贯用语以“国家”涵盖“社会”。将AI换脸的行为仅解释成侵犯社会法益的犯罪，将导致司法机关对外国人在国外恶意替换我国公民面部制作淫秽物品的行为无法通过保护原则进行管辖。

2. 立法论忽视罪数竞合理论

“信息网络放大了犯罪对固有法益的侵害范围……值得刑法立法上作出进一步评估。”^③ 针对利用AI换脸制作淫秽视频的行为，我国台湾地区于2023年2月8日在“刑法”中增加了一章作为第28章之一，其中规定了妨害性隐私及不实影像罪，并在“刑法”第10条中对性影像作出定义。尤其

① [美] 克里斯托弗·瑞安：《文明至死：进步的代价》，何文忠、倪雪琪、舒虹怡译，中信出版社2023年版，第23页。

② 参见黄永主编：《中华人民共和国刑法立法背景与条文解读》上册，中国法制出版社2021年版，第13页。

③ 姜瀛：《日本刑法法典化的限度控制、技术路径及启示》，《苏州大学学报》（法学版）2023年第4期，第131页。

值得注意的是,“刑法”第319条之四规定:“意图散布、播送、交付、公然陈列,或以他法供人观览,以电脑合成或其他科技方法制作关于他人不实之性影像,足以生损害于他人者,处五年以下有期徒刑、拘役或科或并科五十万元以下罚金。散布、播送、交付、公然陈列,或以他法供人观览前项性影像,足以生损害于他人者,亦同。意图营利而犯前二项之罪者,处七以下有期徒刑,得并科七十万元以下罚金。贩卖前二项性影像者,亦同。”该条文的立法目的是保护个人隐私权与人格权,以深度伪造技术将被害人之脸部移接于他人的性影像是规制的重点对象。^①该方案实际上是重罪立法的表现,因为我国台湾地区公然侮辱罪(第309条)以强暴方式实施时法定最高刑为一年,诽谤罪(第310条)具有加重情形时法定最高刑是二年。换言之,在修法之前如果认为制作并发布他人的不实性影像,以侮辱罪或诽谤罪处罚,法定刑最高为二年,修法后具有散布、传播、交付、公然陈列等意图时,仅制作行为就应处五年以下法定刑,这会导致预备行为的法定刑重于实行行为的法定刑。我国台湾地区学者对此评价道:“就算今天此罪被刻意安排在新增的妨害性隐私罪章,还是无法否定立法本身就是另外一种形式的刑罚前置……法适用的结果反而产生刑法内在体系的冲突”。^②

诚然,网络时代的信息传播十分迅速,互联网平台对侮辱、诽谤行为具有更强的扩散效应,由此带来的损害结果可能被无限扩大,刑法对此进行提前干预、能动化干预具有其正当性。^③网络传播行为的公开性给被害人造成的精神创伤要比传统犯罪更严重、更持久。^④但是,这是以线上犯罪对标线下犯罪得出的结论,以量变引发质变作为线上犯罪需要加重处罚的理论前提。而利用AI换脸制作虚假性影像以贬损他人名誉的情形绝大多数都通过线上传播,制作行为和传播行为都在线上,不存在何者更具有扩散性的差异。事实上制作行为仅由犯罪行为人参与,他随时有可能停止制作或删除虚假性影像,但是一旦通过网络发布,作品的浏览、下载、传播就不再受到行为人的控制,由此无法得出制作行为的法益侵害性高于发布行为的结论。此外,在预备行为法定刑高于实行行为的场合,其要求的预备行为的数量也更

① 参见我国台湾地区“行政院”网:《“行政院”第3793次院会决议》, <https://www.ey.gov.tw/Page/4EC2394BE4EE9DD0/819bae6a-8d7d-4fb0-afbf-30cee8933d64>, 2024年1月10日。

② 古承宗:《刑法作为抗制“数位暴力”之手段——以恶意影音为例》,《月旦法学杂志》2023年第2期,第19页。

③ 参见梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,《法学研究》2017年第1期,第50~51页。

④ 参见吴进娥:《性犯罪网络传播行为刑罚裁量的功能主义诠释》,欧阳本祺主编:《东南法学》第22辑,东南大学出版社2022年版,第176~177页。

多，预备行为的法益侵害性是“以量取胜”而非“以质夺冠”。以非法利用信息网络为违法犯罪活动发布信息为例，司法解释要求网站上发布的信息数量达100条以上或者向2000个以上用户账号发送信息等才成立犯罪，^①此种预备行为涉及的法益主体和行为数量是实行行为无法比拟的。因此，在利用AI换脸制作并传播他人不实性影像的场合，制作行为和发布行为其“质”相同，而且并无“量”上的差异，法定刑的设置仍应遵循预备行为轻于实行行为的规则。

针对利用AI换脸冒用身份的行为，我国有学者主张增设身份盗窃类犯罪。身份盗窃，即identity theft，美国1998年通过《身份盗窃和冒用阻止法案》（Identity Theft and Assumption Deterrence Act）予以规定。有观点认为，“现有的刑法罪名无法对滥用‘深度伪造’技术进行身份冒用的行为进行评价”，^②或者部分信息因为网络公开的原因，其获取行为不属于非法获取，因而在刑法规制的范围之外。^③还有观点认为，身份盗窃的行为在我国并非无法规制，只是作为犯罪手段，缺乏中游治理，并且“目前刑法对深度伪造的处置，是一种‘两头重、中间轻’的模式”。^④实际上，自增设侵犯公民个人信息罪和非法利用信息网络罪之后，前一种观点已经丧失了存在根本，对身份盗窃行为，刑法通过对个人信息保护和对社会秩序维护的罪名进行规制，不存在处罚漏洞。后一种观点正确地认识到问题不在于有无规制，而在于处罚的轻重。但是中游行为也完全可以被评价为上游行为以适用更重的处罚，中游犯罪不缺少上游犯罪的任何构成要件要素，所谓的中游犯罪处罚较轻并不成立。

针对利用AI换脸侵犯他人财产权益的行为，有观点认为应该重新理解损害，将包括风险在内的未来损害也作为损害认定，或者将焦虑、恐惧等解释为数据犯罪的损害。^⑤本质上，这也是一种立法论，因为将目前法律规范未予承认的后果解释为损害结果无异于一种隐形立法，通过解释改变了犯罪的性质，将实害犯变为危险犯。况且，无论对消极刑法观认同与否，在性质

① 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条。

② 李腾：《“深度伪造”技术的刑法规制体系构建》，《中州学刊》2020年第10期，第60页。

③ 参见李怀胜：《滥用个人生物识别信息的刑事制裁思路——以人工智能“深度伪造”为例》，《政法论坛》2020年第4期，第149~150、154页。

④ 李怀胜：《滥用个人生物识别信息的刑事制裁思路——以人工智能“深度伪造”为例》，《政法论坛》2020年第4期，第150页。

⑤ 参见解正山：《数据泄露损害问题研究》，《清华法学》2020年第4期，第145页。

上降低犯罪成立条件的任务只能由立法实现，污染环境罪即为适例。^① 1997年《刑法》要求造成重大环境污染事故并致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果才成立犯罪，2011年《中华人民共和国刑法修正案（八）》（以下简称《刑法修正案（八）》）将犯罪成立条件改为严重污染环境。《刑法修正案（八）》取消了污染环境罪对财产法益和人身法益的依附，已经走向了行为无价值的边缘。对未来损害而言，由于现代刑法是行为刑法，故而不能通过先前行为、人格的预测预先施加处罚，未来损害的观点既违背了行为主义又违背了非决定论。即使主张人格刑法并提出“脱离了行为人，就难以确定行为作为犯罪的要素所具有的具体意义”的大塚仁教授也要求“只要尊重罪刑法定主义，就首先必须以最终表现于外界的行为为基底论述犯罪概念”。^② 认为风险无处不在并要求刑法也无孔不入的风险刑法、积极刑法恐怕才是法治社会的最大风险。

立法论或多或少忽略了罪数理论的限制。我国台湾地区的规定导致预备犯和实行犯之间原本具有的吸收关系被打破，预备和实行之间产生倒挂的现象。而其他立法论的观点只关注增设新罪，没有关注增设新罪与既有罪名之间的处理。事实上，增设的新罪要么是既有犯罪的预备行为，要么是既有犯罪的实行行为，即使增设也将被既有罪名吸收。换言之，如果不对行为人实施的多个行为进行并罚，则立法论的理想无法实现，除非整体加重所有相关犯罪的法定刑。而立法论者的出发点无非处罚不够，如果能通过罪数理论解决处罚问题，则立法论也就没有存在的必要。

二、AI换脸行为刑法规制的法益纠偏

竞合论的根本要求是禁止重复评价和实现全面评价，前者要求只出现一次的事实只能被评价一次，后者要求所有符合构成要件的不法内容都要在量刑中得以体现。^③ 现有裁判倾向于从社会法益角度认定AI换脸行为，由此导致个人法益在犯罪评价中的缺位，自然引发罪数理论中的评价遗漏。当然的逻辑是先认定AI换脸行为侵犯不同的法益成立不同的犯罪，再依据罪数理论决定是并罚还是只能择一罪论处。只有当社会法益“实际上和所涉及的个

① 司法解释对数额较大、情节恶劣、情节严重、重大损失等进行的不同界定不是在性质上改变犯罪的成立条件，而仅是针对罪量要求的调试。

② [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2002年版，第102页。

③ 参见[德] 英格博格·普珀：《德国刑法总论：以判例为鉴》，徐凌波、喻浩东译，北京大学出版社2023年版，第445~446页。

人法益内涵重复，只是用一个集体法益的形式外衣，将众多的个人法益包裹起来”^①之时，才能认为社会法益的评价已经充足，无须引入个人法益的评价。

（一）社会法益与个人法益关系的厘清

个人法益和社会法益之间是交叉关系而不是包含关系，虽然部分社会法益是个人法益的集合，但是也存在独立的社会法益。当不同罪名保护的社会法益和个人法益完全不同质时，社会法益的评价理所当然地不能涵摄个人法益。当存在社会法益和个人法益的形式冲突时应进行实质解释，在不妨碍社会利益保护的前提下同时保护个人利益。同时，即使具体罪名保护的社会法益是某种个人法益的集合，仍旧需要判断有无其他类型的个人法益遭受侵犯。结论是，只有当AI换脸行为侵犯的所有个人法益均完全被社会法益涵盖时，才能认为对个人法益的侵害认定属于重复评价。

第一，存在独立于个人法益的社会法益，此时社会法益的评价不可能掩盖个人法益的评价需要，不会出现重复评价的情形。“法益并不只是局限于个人法益，对集体法益的保护也符合法益保护原则。”^②二战前，学界普遍认为社会与国家是一体的，没有本质区别，因此国家法益就是社会法益。二战后，部分学者出于个人主义、人性尊严的观点认为社会是个人的集合体，社会法益不独立于个人且必须能够分解为个人法益才具有正当性，即一元论。^③但是这种一元论难以贯彻，并已经名存实亡。罗克辛教授认为：“如果罪刑规定既不是为了保护个人的自由发展，也不是为了保护实现个人自由发展的社会条件（例如正常的司法和国家行政），那么该规定就不具有合法性。”^④因此，社会法益只要能够对个人进行间接的保护即可，换言之，不要求社会法益必须是个人法益的量的集合，只要求社会法益的保护具有目的正当性。张明楷教授认为，“当刑法条文保护的是公法益时，司法机关必须判断，法条文字所指涉的行为是否最终侵害了个人法益”，^⑤“集体法益并非依托个体而存在，而是个体法益的保护需要依托集体法益的保护”。^⑥上述观点并不强调社会法益必须还原、来自个人法益，而是仅强调社会法益的保

① 周漾沂：《从实质法概念重新定义法益：以法主体性论述为基础》，《台大法学论丛》2012年第3期，第1040页。

② 刘艳红：《中国刑法的发展方向：安全刑法抑或自由刑法》，《政法论坛》2023年第2期，第64页。

③ 参见靳宗立：《刑法各论I：国家、社会法益之保护与规制》，作者自版2011年版，第301页。

④ [德]克劳斯·罗克辛：《对批判立法之法益概念的检视》，陈璇译，《法学评论》2015年第1期，第55页。

⑤ 张明楷：《避免将行政违法认定为刑事犯罪：理念、方法与路径》，《中国法学》2017年第4期，第47页。

⑥ 张明楷：《集体法益的刑法保护》，《法学评论》2023年第1期，第49页。

护需要有利于个人。

第二,个人法益不因异质于社会法益保护的需要而丧失合法性,法益保护之间的形式冲突应通过实质解释化解。法律规范之间并不总是衔接顺畅的,各罪之间也会存在抵牾,条文间的褶皱需要解释熨平。“一个构成要件之所以被排斥,是因为适用它会阻碍一个法律上的重大目的的实现,而该目的是发挥排斥作用的那个构成要件所追求的。”^①有时为了适用某个特定罪名从而保护特定法益需要否定对其他法益的保护,也即罪与罪之间会存在排斥的关系,法益的保护之间会发生竞合——为了保护优先法益必须放弃次要法益。例如,复制、发行、通过信息网络传播他人具有著作权的色情作品是否因为成立淫秽物品相关犯罪而不成立侵犯著作权犯罪?1998年12月发布的《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2~5条是关于侵犯著作权犯罪的解释,而第8条规定传播淫秽物品类的犯罪,暗含司法解释将淫秽物品作为非法出版物不予以著作权保护的倾向。实践中的判决亦遵循此种思路。在一起案例中,行为人建立网站,盗版影视作品601部、疑似淫秽物品视频238部,法院没有将淫秽物品数量计入侵犯著作权犯罪的作品数量中,认为“侵犯著作权罪的行为对象为受著作权法保护的他人的作品……淫秽物品本身不具有合法性”。^②在典型案例中,也认为具有严重政治问题的非法出版物不享有著作权,因此未经许可复制、销售此类书籍不构成侵犯著作权罪。^③表面看来,如果保护淫秽物品的著作权似乎就无法打击传播淫秽物品的行为,社会法益的保护与个人法益的保护之间形成冲突。事实上,这种观点忽视了禁止传播淫秽物品和禁止侵犯著作权之间具有的相同规范效果。我国著作权采取自动取得原则,淫秽视频只要具有独创性等条件,在创作完成之时就自动取得著作权,只不过在我国被禁止传播而已。著作权包括著作人身权和著作财产权,违禁作品只是不享有财产权,而不是不享有所有著作权。我国司法解释对侵犯著作权罪的罪量要求考虑的是行为人非法经营的数额、作品的数量,即使认为基于侵权赔偿的填补原则,违禁作品作者不能从利用违禁作品之中获利,因此不存在财产损失,也可以通过数量认定侵犯著作权的犯罪。惩罚侵犯他人淫秽作品著作权的行为事实上也发挥了限制该类作品传播的作用,从实质内涵而言,禁止淫秽物品的传播和认定淫秽作品的著作权受到侵犯并不冲突。因此,对他人享

① [德] 乌韦·穆尔曼:《德国刑法基础课》,周子实译,北京大学出版社2023年版,第760页。

② 参见陕西省勉县人民法院(2020)陕0725刑初19号刑事判决书。

③ 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》总第78集,法律出版社2011年版,第9页。

有著作权的作品进行AI换脸后传播的行为仍旧侵犯他人的著作权，同时成立侵犯著作权罪，至于是否予以数罪并罚应由行为数决定。

第三，只要有社会法益未评价的不法内涵，个人法益的评价就有必要性。有观点认为，淫秽物品类犯罪的保护法益不论是在理论上还是在实务上都在从立法者设定的抽象的善良风俗转化为保护他人免于猥亵物品干扰的自由以及青少年的健全发展。^①但是回归《刑法》规定，由于体系上的设置，无法将淫秽物品相关犯罪解释为针对个人法益的犯罪。刑法教义学的解释结论，不能与刑法条文的规定相冲突。^②而且，我国司法解释明确规定向不满18周岁的未成年人贩卖、传播淫秽物品应该从重处罚，^③从重处罚的前提是存在一般的处罚，否则就没有比较的基础。剔除向不满18周岁的未成年人出卖必然得出向已满18周岁的成年人出售的情形，也即我国并不限制接收淫秽物品的对象，无论是向成年人出售还是向未成年人出售都成立传播淫秽物品牟利罪。即使承认此种观点，将淫秽物品类犯罪的受害人解释为具体的购买者、接受者，而AI换脸行为同时侵犯了其他主体的个人法益——在伪造淫秽视频的场合，被换脸者的隐私权和名誉权受到侵犯；在身份盗窃的场合，被害人的财物等遭受损失，这些都未体现于评价之中。再以非法获取人脸信息利用AI换脸转移财物的行为为例，一般认为该罪保护的法益是个人法益，虽然也有观点认为“侵犯公民个人信息罪之法益的公共性十分明显，我国《刑法》是因为其真实地侵犯了公共信息安全法益才予以严厉地打击”，^④但是无论将个人信息界定为个人法益或社会法益，都无法否认信息并不等同于财产，将侵犯公民个人信息罪解释为社会法益的犯罪也未评价被害人的财产损失。有观点认为在《中华人民共和国刑法修正案（七）》增加非法获取计算机信息系统数据罪之后，窃取虚拟财产的行为不再成立盗窃罪，^⑤这要么扩张了非法获取计算机信息系统数据罪的评价范围，要么忽视了数据的财产性质。

（二）AI换脸行为侵犯的刑法法益界定

在确定社会法益和个人法益的关系之后，还需要继续分析AI换脸行为

① 参见卢映洁：《刑法分则新论》，台湾新学林出版股份有限公司2022年版，第445页。

② 参见冯军、梁根林、黎宏主编：《中国刑法评注》第1卷，北京大学出版社2023年版，第11页。

③ 参见最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条。

④ 王肃之：《被害人教义学核心原则的发展——基于侵犯公民个人信息罪法益的反思》，《政治与法律》2017年第10期，第35页。

⑤ 参见梁根林：《虚拟财产的刑法保护——以首例盗卖QQ号案的刑法适用为视角》，《人民检察》2014年第1期，第13页。

侵犯的具体法益为何。人脸信息属于敏感个人信息，无论是否公开均不允许他人以非法目的获取，为AI换脸制作他人淫秽视频而收集人脸信息属于非法获取公民个人信息。而名誉权的保护不存在物理测量方式，只需具有贬损的抽象危险便可要求刑法介入，传播他人虚假淫秽视频成立诽谤罪。此外，AI换脸行为仅规避了人脸识别程序，没有破坏计算机信息系统本身，入罪超越了规范文义。

1. AI换脸行为侵犯公民个人信息

第一，人脸信息属于公民的个人信息。刑法参与社会治理时常将前置法的功能虚化，一方面是有关罪名在应该适用前置法时无法可依，另一方面是有关罪名在有前置法时有法不依。^①为了避免这种虚化，有必要依照《中华人民共和国个人信息保护法》对个人信息的界定解释侵犯公民个人信息罪。但是该法并没有对个人信息的范围作出界定，而是将可识别作为判断标准。所谓识别指“根据与特定人有关的外部信息来认识、辨识或指认该特定个人……识别的结果就是认出特定个体，使某个人与其他人区分开来”。^②现有司法解释、部门规章、指导性案例都肯定了人脸的可识别性，在民事司法解释中认为人脸信息属于《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1034条规定的“生物识别信息”。部门规章要求高校通过人像比对的技术严防冒名顶替。指导案例认为：“使用人脸识别技术处理的人脸信息以及基于人脸识别技术生成的人脸信息均具有高度的可识别性，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，属于刑法规定的公民个人信息。”^③

第二，以制作淫秽物品获取他人人脸信息属于非法获取。《刑法》第253条之一第3款规定：“窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。”那么，在用户上传个人自拍、生活视频等包含人脸的信息到互联网上后，行为人利用网络收集、抓取是否属于非法获取？

一方面，窃取与非法获取并列，窃取的本质是未经同意，则非法获取也应具有未经权利人同意的相同内涵。或许有观点认为只要权利人合法公开就意味着任何人都可以获取、存储，因而不能以进行非法活动为目的否定权利

① 参见刘艳红：《民刑共治：国家治理体系与治理能力现代化路径》，《法学论坛》2021年第5期，第42页。

② 周汉华主编：《〈个人信息保护法〉条文精解与适用指引》，法律出版社2022年版，第51页。

③ 参见《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》第1条、教育部办公厅《关于做好2020年普通高等学校录取新生入学资格复查和学籍电子注册工作的通知》第1条、最高人民法院指导案例第192号“李开祥侵犯公民个人信息刑事附带民事公益诉讼案”。

人的推定同意。然而，在司法解释中明确表示在履行职责、提供服务过程中收集公民个人信息的属于以其他方法非法获取公民个人信息，^①在这种场合下，由于是职务、职业行为，权利人必然做出了提供个人信息的承诺或者推定承诺，但由于行为人具有进行非法活动的目的，此时的承诺无效，行为人的获取属于非法获取。通过行为人的行为目的补足被害人的意思认定是司法解释的一贯立场，在入户抢劫的认定中，司法解释认为以购物等名义骗开房门入户抢劫的也属于入户抢劫。^②换言之，此时被害人在形式上的入户同意因为行为人存在的非法目的而无效。国家互联网信息办公室2023年8月公布的《人脸识别技术应用安全管理规定（试行）（征求意见稿）》第5条要求使用人脸识别技术处理人脸信息应当取得个人的单独同意或者依法取得书面同意，第15条要求处理前进行是否符合伦理道德的影响评估，可见法律规范针对人脸信息采取更加严格的授权要求。即使认为他人公开照片不代表允许获取将导致对网络信息利用的不合理限制，可能导致“对信息自由（尤其是他人获取信息的合理自由）、言论自由和其他自由的不合理限制”，^③但只要将非法获取的认定限制为以实施违法犯罪为目的便足以平衡公共利益与个人权利。

另一方面，根据信赖原则，任何人可以相信他人不会实施违法犯罪行为，故而无须做出禁止他人使用自己人脸信息进行AI换脸的声明。所谓信赖原则指“在共同工作的场合中，参与人可以相信其他人会采取适当的行动，而不需要采取措施避免假定其他人会采取不适当的行动”。^④尽管这是主要发源于交通事故犯罪的理论，但也能够用于发布个人信息的场合，任何权利人都享有权利信赖他人不会将自己的信息用于实施违法犯罪活动，从而自公开之始对获取的承诺就仅限于不具有非法目的的人群和场合。对公民个人而言，“同意的有效性和真实性的瑕疵可以通过制度规则的设置予以强化和补强”。^⑤

第三，个人信息不同于隐私权，公开不代表允许获取，更不代表权利资格的丧失。2012年全国人民代表大会常务委员会就区分了隐私和个人信息：国家保护能够识别公民个人身份的电子信息与涉及公民个人隐私的电子信

① 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条。

② 参见最高人民法院《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》。

③ 程啸：《民法典编纂视野下的个人信息保护》，《中国法学》2019年第4期，第39页。

④ 参见〔日〕井田良：《講義刑法学・总論》，有斐阁2018年版，第230页。

⑤ 周汉华主编：《〈个人信息保护法〉条文精解与适用指引》，法律出版社2022年版，第115页。

息。^①而《民法典》第1034条第3款规定：“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。”^②因此，隐私信息只是个人信息的一部分，未公开的个人视频、照片属于人们不愿意让人知晓的个人私密信息，即隐私。而公开的个人人脸信息虽然不属于隐私权的范围，但是仍旧属于个人信息，并且公开仅表达对隐私保护的放弃，不代表承诺他人可以将其用于违法犯罪行为。

2. AI换脸行为侵犯公民名誉权

名誉具有三重含义，即内部名誉、外部名誉、名誉感情。内部名誉是一种主体资格，不具有可侵性。外部名誉和名誉感情分别是社会和权利主体自己对个人价值的判断。^③问题的根本在于，公开真实的性爱视频、裸体视频等私密视频是不是对当事人的一种侮辱？相关指导案例认为，散布他人的裸体视频、照片及带有侮辱性的文字属于公然侮辱他人、贬损他人人格的行为。公然传播侮辱性的文字当然属于侮辱，因为已经对文字做出价值判断，结论藏在前提之中。而相关指导案例认为，散布被害人的个人隐私、生理缺陷等情节严重的应该成立侮辱罪，利用网络散布他人裸照、视频等隐私属于侮辱行为。^④

诚然，“（猥亵行为）每受时代演进与社会风俗民情之变迁，而异其内涵，具有浮动性之本质”，对性行为而言整个社会持越来越开放的心态，“已不能立于‘男女授受不亲’的传统观念予以评价，应视现下之社会风俗民情以为论断”。^⑤尽管性行为对私人而言是价值中性的，但AI换脸行为传递出的信息可能导致社会对被害人做出“滥交”“淫荡”等污名化评价。哪怕在理性上我们并不认为性行为是可耻的，但在文化上对性秘密的要求使每个人形成了性公开会导致负面评价的认知。单纯的理性推理无法影响文化直觉带来的判断，刑法的认定必须考虑社会效果。一方面，“在主导性的价值观念中也可能有‘假币’流通”，^⑥因而即使是错误的评价也无碍其成为主导性意见左右我们的生活；另一方面，即使此种意见不是主导性的，也有可能对个人名誉造成严重损害，劣币可能驱逐良币，而且谁也无法保证我们生

① 参见《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第1条。

② 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第367页。

③ 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第153～155页。

④ 参见最高人民法院指导案例第138号“岳某侮辱案”。

⑤ 参见陈子平：《刑法各论》上册，台湾元照出版有限公司2019年版，第294页。

⑥ 〔德〕莱茵荷德·齐佩利乌斯：《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社2013年版，第181页。

活在没有劣币的社会中。侮辱罪、诽谤罪不是实害犯，而是抽象危险犯，重要的不是统计（实际上也不可能统计）社会和当事人对个体名誉的评价变化，而是关注该行为是否足以损害被害人的名誉。^①只要行为是足以导致社会对他人的名誉评价降低，侮辱罪就成立。

社会对被害人没有保持同情的态度，反而在观看被害人的虚假淫秽视频后产生贬低受害者名誉的想法，从理性出发这实在难以理解。或许更直接地说，此时造成的社会评价降低是不合理的，对中性行为的发生予以贬斥是社会群体的不正确价值判断导致的，换言之，社会群体对被害人的错误评价也是侮辱的表现之一。或许我们只能承认人类有限的理性，一方面，人类认为“赞美肉体就是赞美生命，赞美上帝创世的奇功。在这里没有任何邪秽的不健康的东西。因为人体之美（哪怕是女性裸体）给人的不是邪念的满足，而是生命精神的充实”；^②但另一方面，人类又心怀非理性的幻想，要求他人对性保持克制、秘密，即使是无法归因于当事人的性公开也可能使受害人受到社会无情的抨击。因此，在对被害人的社会评价是否降低的判断中，刑法选取的裁判者并不是纯粹的理性人，而可能是愚蠢、低俗又缺乏同情心的个体，此类个体对性抱有偏见。刑法上汹涌的入罪发展已经说明发挥决定力量的常常不是理性的判断，而是大众的直觉——“无论法学家们持何种意见，他们不再是社会聆听的对象。这个时代真正的统治者是愤怒的公众”。^③名誉是否受损的判断也必须基于“吃瓜群众”的视角，而由于此类人的存在，即使是受到良好教育且持开放心态的人群也不免被干扰，因为“个人成长其中的社会之受文化决定的主导理念，对个人的偏好有重要影响”。^④或许有人为此感到担心与别扭，甚至认为与法益的理念相违背，但其实法益本身就是一个“高度受到人际利益情绪关系所左右的概念”，有时候“决定‘基本利益’概念的是情绪”，甚至“利益在事实上是人对于自然事物的情绪反应，而人对于自然事物的情绪反应也因为各种背景原因而极端主观”。^⑤将一般人或者一大部分人可能产生的对被害人的偏见也纳入名誉评价之中并不违背法益作为人情绪反应的基本原理。

① 参见〔日〕西田典之、桥爪隆：《日本刑法各论》，王昭武、刘明祥译，法律出版社2020年版，第128、130页。

② 启良：《西方文化概论》，花城出版社2000年版，第368页。

③ 〔法〕阿德玛·艾斯梅因：《欧陆刑事诉讼史》，郭烁等译，法律出版社2023年版，第454页。

④ 〔德〕莱茵荷德·齐佩利乌斯：《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社2013年版，第163页。

⑤ 参见黄荣坚：《基础刑法学》上册，台湾元照出版有限公司2012年版，第21、41、256页。

既然无力改变社会普遍存在的将受害人作为嘲讽对象的局面，自然的选择只有要么由被害人承受苦果，要么由社会承受刑罚，要么由行为人承担责任。著名的汉德公式认为，可以通过比较加害人避免实施侵害须投入的预防成本和被害人可能损失的价值来判断是否承担侵权责任。在刑法中也可以借用经济学分析的思维，要求行为人远离损害他人的恶俗趣味仅是一般道德标准，预防成本较低。从损害结果而言，罗马法用“caput”（“头颅”之意）指代人格，说明人格对人而言与头颅同等重要，^① 一个人的名誉丧失等于人格的灭失。^② 自诩为文明的现代人不可能放弃名誉保护，因而只能在做出贬低名誉评价的社会和引发此评价的个人之中选择处罚对象，从控制风险、引发风险、风险中获益的角度出发，行为人成为唯一的处罚对象。而且，毕竟“将风险随意转嫁给无辜者和弱势群体的做法，也有违法律体系的基本价值观”。^③ 或许有人认为可以处罚观看虚假淫秽视频的“吃瓜群众”，但是无论被害人还是司法机关都缺乏足够的人力、物力以满足刑事诉讼的证明标准，侮辱、诽谤罪无法回应群体行为的治理要求，法不责众的现实也使做出名誉贬损评价的大众免于刑责。

名誉包括内部名誉，即使传播他人真实的裸体信息、性爱视频，由于社会存在的性秘密禁忌，不只社会可能产生负面评价，被害人可能也难免对自己产生价值贬低。事实上，因为裸体信息、性爱视频被公布而自杀的案例并不少见，^④ 这也直接说明了性的公开可能导致他人自我评价的降低。例如，前几年引发社会矛盾的“裸贷”，行为人要求女性被害人拍摄裸体视频后放贷并设置高额利息，一旦被害人无法偿还，便以公开裸体视频为要挟，逼迫被害人支付现金或者从事卖淫行为。被害人宁愿卖淫、被包养也不愿意其裸体视频被公开，说明在公布涉及性的信息时，无论信息真假，被害人的名誉都可能受到损害，因此利用 AI 换脸制作淫秽视频传播或是传播真实的他人性隐私信息都将构成侮辱。如果认为以虚假的事实毁损他人名誉是更加特别的侮辱，那么可以认为诽谤罪是侮辱罪的特别法条，传播 AI 换脸制作的虚假淫秽视频成立诽谤罪。

3. AI 换脸行为难以成立计算机信息系统类犯罪

利用 AI 换脸盗扣他人驾照积分的行为不符合形式入罪的要求，难以成

① 参见王利明：《人格权法》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 3～4 页。

② 参见周枬：《罗马法原论》上册，商务印书馆 2014 年版，第 135 页。

③ 劳东燕：《个人信息法律保护体系的基本目标与归责机制》，《政法论坛》2021 年第 6 期，第 11 页。

④ 参见广东省揭阳市中级人民法院（2016）粤 52 刑终 164 号刑事裁定书、河北省馆陶县人民法院（2017）冀 0433 刑初 12 号刑事判决书。

立非法侵入计算机信息系统罪或破坏计算机信息系统罪。行为人是在“交管12123”App注册账号的过程中使用AI换脸技术逃避实名认证，根据同类解释规则，国家事务并非任何国家行政机关从事的事务，而必须与国防建设、尖端科学技术领域具有同等的重要性。尽管在法律的世界中“经常只是在一比较观点的标准下（比较点，如‘法律意旨’）或多或少的相似或不相似”，^①但仍旧可以选择一定的标准作为同类解释的基点，对非法侵入计算机信息系统罪而言，这一基点应该具有危害国家安全的抽象危险。根据主观解释能够得出国家事务必须与国家安全相关，1997年《刑法》设定本罪，是因为“涉及国家秘密等事关国家安全等重要事项的信息的处理，应当予以特殊保护”，^②“一旦被非法侵入……并可能造成严重的政治、经济损失，甚至还可能危及国家安全和人民生命财产安全”。^③换言之，国家事务也应与国家安全具有相关性，难以想象“交管12123”App这样一个交通管理协助软件与国家安全具有相关性。做超出《刑法》条文用语的解释违背了预测可能性，逃避人脸识别的行为根本不具有任何威胁国家安全的危险，只有妨害行政执法的危险。

《刑法》第277条规定了妨害公务罪，对符合妨害公务的行为具有优先适用性，除了故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，妨害公务必须以暴力、胁迫的方式进行，而且必须针对依法执行公务的国家机关工作人员进行。一方面，使用“交管12123”App时不存在依法执行公务的国家机关工作人员，换言之，不可能将软件解释为国家机关工作人员。另一方面，此种行为不属于侵入。《刑法》在第219条、第245条、第285条、第293条之一这4个条文中使用了“侵入”的表述，即使我们承认法律体系不可能被终局性地完成，^④因而同一用语或相同用语在法律体系中具有不同含义是正常的，在体系解释的前提之下需要注意法律概念具有相对性，但也无法否认侵入应该涉及系统的内部运行，未经许可进入是侵入的基本含义。点击软件运行本身，即行为人使用、进入“交管12123”App的行为是获得系统认可的合法进入，而非非法侵入。

或许有人认为，在该案中行为人以AI技术换脸导致“交管12123”App不能依照设定者的目的运行，从而成立破坏计算机信息系统罪。的确，在相

① [德]阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2011年版，第178页。

② 王爱立主编：《中华人民共和国刑法释义：最新修正版》，法律出版社2021年版，第615页。

③ 黄永主编：《中华人民共和国刑法立法背景与条文解读》下册，中国法制出版社2021年版，第740页。

④ 参见邓衍森、陈清秀、张嘉尹等主编：《法理学》，台湾元照出版有限公司2020年版，第243页。

关指导案例中认为使用棉纱等物品堵塞环境监测采样设备、干扰采样致使检测数据严重失真的成立破坏计算机信息系统罪。^① 这种观点有类推解释之虞，对计算机信息系统实施外在干扰，没有进入系统内部，谈不上破坏系统功能。行为人的行为只是对计算机需要处理的资料进行了干扰，而不是对计算机信息系统本身的破坏，系统本身仍旧可以照常运行。^② 指导案例的解释将导致巨大风险，即冒用他人信用卡的行为、使用他人校园卡刷卡进出校园的行为、复制他人号码卡的行为都成立侵入计算机信息系统罪。一个理论的提出如果在解决某个特定案件的同时引发刑法体系的紊乱、导致大量日常行为的入罪，则无异于“漫江撒下钩和线，从此钓出是非来”。运用实质解释主张实质刑法并不意味着对构成要件的类推解释，对任何试图通过实质正义突破罪刑法定形式要求的做法均应予以否定。^③

三、AI 换脸行为刑法规制的罪数纠偏

在分析 AI 换脸行为侵犯的法益之后，要进行的就是罪数的评价。虽然立法论的前述缺陷也能通过新增特别规定加以回避，但是罪数理论的纠偏完全在解释论范围之内，应优于立法论而被采用。而且，AI 换脸行为刑法规制的不足集中于处罚过轻上，这正是罪数论的关注点，应摒弃成立数罪时以牵连犯理论为由择一重罪处罚的观点，对非同种数罪实行全面并罚。

（一）罪数纠偏优于立法论解决方案

第一，增设新罪没有正当性。所谓的身份盗窃如其承认的一般并不是新话题，“从社会性角度来看，人脸从来都是一种互相识别和验证的通用身份标识符”。^④ 利用 AI 换脸进行身份诈骗的行为仅是盗用身份在现有科技下的新型表现，换言之，仅是犯罪的进化而不是犯罪的异化，AI 换脸技术仅发挥犯罪手段的功能，并不导致犯罪本质的变化。正如梅因所说：“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身分到契约’的运动。”^⑤ 因而难以说明身份在现代社会就比古代更加重要，梅因指出的各种行为无非是现代社会由于经济发展和技术进步带来的人类的新型生活体验而已。换言之，不是身份更加重要了，而是人的能力拓展了，身份的重要性是附随后果，不是单独效应。事实上，人的生活内容也因社会进步更加重要。日本民法

① 参见最高人民法院指导案例第 104 号“李森、何利民、张锋勃等人破坏计算机信息系统案”。

② 参见张明楷：《刑法学》下册，法律出版社2021年版，第1376页。

③ 参见刘艳红：《实质刑法观》，中国人民大学出版社2019年版，第290页。

④ 胡凌：《刷脸：身份制度、个人信息与法律规制》，《法学家》2021年第2期，第43页。

⑤ [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第 97 页。

学者我妻荣在 20 世纪就提出：“所有权本来职能的逐渐淡薄……债权的色彩逐渐浓厚。”^① 部分美国学者最近也指出所有权已经终结，“所有权不再被重视的时代不但无可避免而且已经到来”。^② 债甚至替代物权成为财富的象征，按照此一思路是否应该将债的不履行原则上作为犯罪处理？且如前述，虽然 AI 换脸行为侵犯了多种法益，但是相关判决并不多，为此单独立法过于浪费立法资源。

第二，增设新罪没有必要性。“如果一项理论只是为了自说自话而不是致力于解决实践问题，则其存在本身就是令人怀疑的。”^③ 作为犯罪的中游，对其处罚无论如何应该低于下游，换言之，当使用 AI 换脸具体实施诈骗等犯罪时，即使 AI 换脸行为独立成罪，对其处罚也应低于诈骗罪。然而，按照刑法通说，诈骗罪要求数额较大才成立犯罪，即使按照有所松动的司法解释，也要求以数额巨大的财产为诈骗目标的犯罪未遂才应该处罚，以独立成罪进行处罚在现有刑法格局下无法成立。或许按照立法论者的观点还应该对下游犯罪的法定刑予以加重才行，如欲实现立法论者所谓加重处罚的思路，则必须打破现有刑罚配置理念，将 AI 换脸行为这样的其他犯罪的预备行为正犯化，并配以超越实行犯的法定刑，但此一想法已有我国台湾地区的前车之鉴。“以‘实行行为的开始’作为可罚行为的起点，是一种从拿破仑刑法典开始，并为许多国家刑法典所采用的立法模式”，^④ 即使我国现有的预备行为正犯化规定的处罚也并未超过实行行为，此种观点的逻辑后果是对所有个罪的法定刑进行整体提高。犯罪社会学的研究警示我们：“自称作为一种能够消除所有犯罪因素的简便并且有效的救治措施的刑罚，只不过是一种徒负盛名的万灵药。”^⑤ 另外，如果说非要将以实施犯罪为目的使用 AI 技术换脸的行为单独解释为独立犯罪，则非法利用信息网络罪已经完全足够，利用 AI 换脸制作淫秽物品完全符合《刑法》第 287 条之一列举的行为类型。如果认为“两头重”，而中游犯罪总是以成立前端犯罪为前提，则无疑前端犯罪的处罚直接适用于中端犯罪，何来轻的问题？如果犯罪直接进展到了后端，则相应的中端行为被吸收得以按照后端犯罪评价，也不存在轻的问题。

① [日] 我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，王书江、张雷译，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 15 页。

② [美] 亚伦·普赞诺斯基、杰森·舒尔茨：《所有权的终结：数字时代的财产保护》，赵精武译，北京大学出版社 2022 年版，第 250 页。

③ 刘艳红：《实质犯罪论》，中国人民大学出版社 2022 年版，第 40 页。

④ [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，中国人民大学出版社 1998 年版，第 299 页。

⑤ [意] 恩里科·菲利：《犯罪社会学》，郭建安译，商务印书馆 2018 年版，第 80 页。

第三,增设新罪没有可行性。增设新罪必须考虑该罪有无自己独立的适用空间,一个没有自身适用空间的法律只能是象征性立法,只能用于平复国民的不安情绪或满足处罚要求而已。如同《中华人民共和国刑法修正案(十一)》新增的催收非法债务罪,本身是为了“严密刑事立法,规范罪刑适用,打击金融犯罪”,“消除以往对催收非法债务行为适用寻衅滋事罪等口袋罪所导致的罪刑失衡,以及为了弥补因无法构成其他犯罪而导致的罪刑漏洞”,^①但其中限制人身自由型催收原本即成立非法拘禁罪,而催收非法债务罪的法定刑与非法拘禁罪相同。换言之,此类型罪名的增设从构成要件类型和刑罚上看都没有任何意义。而事实上,作为其他犯罪的手段,增设新罪的处罚从罪责刑相适应原则出发不可能高于目的行为,因此立法论存在理论悖论。这一问题在洗钱罪中已有体现,即使自洗钱入罪后,洗钱与有关上游犯罪也不应该数罪并罚而一般应该从一重罪处罚,而且原则上洗钱犯罪的处罚不应重于上游犯罪。AI换脸行为完全可以由现有罪名规制,不必再叠床架屋设置新罪。

“理想主义法典观所预设的情景是,刑法典像一张法律地图,没有盲点,没有空白,不管是法官还是普通国民,手持一本刑法典就可以对其全部内容一览无余。”^②但是如上所述,AI换脸总是作为实施其他犯罪的手段出现,增设新罪不可避免地会引发竞合问题。认为立法就能解决AI换脸高估了立法者的预见能力,更是持有一种立法万能论的观点,似乎法律条文一旦变动,社会规制就自动形成,相关问题便立刻消失,按照这种理解,人人动辄得咎的封建刑法应该是最理想的刑法典。增设新罪的成本远远不只是立法成本,还有随之而来的大量的司法解释以及法律条文之间的体系工作。与此相比,本文认为无须增设新罪,只需重新理解罪数原理,合理认定行为数量,即可对AI换脸行为实现前端和后端的同时处罚。

(二) 择一重罪处罚导致罪刑不均衡

“正确的刑罚裁量终究是整个竞合理论的目的。”^③如我国台湾地区学者黄荣坚所言:“在竞合的问题上,我们所关心的是一个适度的犯罪宣告以及刑罚……换句话说,我们不容许评价过多,也不容评价不足。”^④目前对AI换脸的刑法规制之所以未关注个人法益,在很大程度上是因为受到牵连犯的错误干预与影响,可以说法益论的认定与罪数论的认定相辅相成,共同导致

① 刘艳红:《催收非法债务罪“催收”行为的法教义学展开》,《比较法研究》2023年第2期,第108页。

② 张明楷:《刑法修正案与刑法法典化》,《政法论坛》2021年第4期,第9页。

③ 张明楷:《论〈刑法修正案(九)〉关于恐怖犯罪的规定》,《现代法学》2016年第1期,第35页。

④ 黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,中国人民大学出版社2009年版,第208页。

对 AI 换脸行为的处罚不足。再由此引申出立法论的观点。应确立行为个数的认定标准为构成要件，符合多个构成要件的就是多个行为，在多个构成要件不同一、不存在法条竞合的前提下，应予以数罪并罚。

第一，行为个数的认定应采取构成要件行为论。共犯理论是刑法学上的“绝望之章”，竞合论则是刑法大陆中的“百慕大三角”。^① 单纯行为论，或称自然意义下的一行为，指只基于一个意思决定实施客观上单纯的一个行为，在此种情形下毫无疑问地只有一个行为存在。而自然行为论认为行为人出于一个自然行为意思决定、引发一个意思活动的就是一个行为，而不管行为引发的结果如何，注重从意思决定方面认定行为数量。^② 同时，自然行为论下的一个行为有可能从外观被区分成几个行为，但主张从自然的角度进行整体的判断。^③ 规范的行为论，也称构成要件行为论，通过对刑法分则各个罪名进行具体解释确定行为数量，即使存在多个行为，但是如果刑法将其规定在一个构成要件之中，则属于一个行为。^④ 构成要件行为论是日本的通说，“只需要一个构成要件评价的场合就成立一罪，需要数个构成要件评价的场合就成立数罪”。^⑤ 因为法律规范的不是单纯的自然现象，所以自然行为论仅借助模糊的、自然的思维方式显得十分恣意。^⑥ 事实上，如果要对犯罪下定义，就必须同时进行自然与社会性质的评价和法律的评价，^⑦ 脱离构成要件根本无法解释行为，更不用说解释行为的个数。确定什么是刑法上有意义的行为必须结合构成要件，地震、海啸能够引发人的伤亡，却不是刑法上的行为，因为不受任何构成要件的规制；婚姻、就业是人生的重大事项，却不是刑法上的行为，因为没有任何构成要件的囊括；祈祷、忏悔代表人内心精神的变迁，却不是刑法上的行为，因为缺乏任何构成要件的关心。此外，自然行为论的观点没有意义。在构成要件之前的行为论即表明此点：没有构成要件无法说明什么是刑法意义上的重大行为，提前进行的预先筛选没有意义，也将被构成要件重新检测，是无意义的重复劳动。以自然观察得到的一行为最终需要面临构成要件的符合性审查，而反对规范的行为论的学者认为，只有自然行为论通过整体的观察才能将反复实施构成要件的行为、相继实施构成要件的行为解释为一行为，但这只是体系不同，不代表没有自然

① 参见柯耀程：《刑法释论Ⅱ》，台湾一品文化出版社 2014 年版，第 151 页。

② 参见柯耀程：《刑法释论Ⅱ》，台湾一品文化出版社 2014 年版，第 207 页。

③ 参见林山田：《刑法通论》下册，作者自版 2008 年版，第 302 页。

④ 参见林钰雄：《新刑法总则》，台湾元照出版有限公司 2023 年版，第 594 页。

⑤ 参见〔日〕井田良：《講義刑法学・总論》，有斐阁 2018 年版，第 577 页。

⑥ 参见柯耀程：《刑法竞合论》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 73 页。

⑦ 参见刘艳红：《实质刑法观》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 147 页。

行为论,规范的行为论就不能解决此类行为。^①而且,这里描述的其实就是连续犯,德国学者认为连续犯中的连续关系不明确,逐渐倾向于限制连续犯的成立,将其作为例外情况。^②但是由于在我国针对同种犯罪并不进行并罚,“连续犯的概念在我国法律语境中是没有意义的”,^③故而自然行为论的唯一优势也消失了,规范的行为论成为唯一选择。

第二,凡是在存在数个行为而无法律特别规定时应数罪并罚,而不应以牵连犯择一重罪处罚,因为这违背罪责刑相适应原则。传统观点认为对牵连犯只能择一重罪处罚,这导致在利用他人人脸信息进行AI换脸的场合,非法获取公民个人信息一般被视为手段行为,甚至使用AI换脸制作虚假人脸信息逃避验证也仅是手段行为,仅将最终的传播行为、获取他人财物的行为认定为目的行为,最终致使多个行为仅以一罪论处,既无法实现预防功能,又无法实现罪责刑相适应。

“牵连犯的处罚例外毫无规律可循”,^④因此,本文主张放弃牵连犯的概念。一方面,牵连犯的概念不可维持。传统刑法将牵连犯放在处断的一罪之中,认为其前提是必须基于一个犯罪目的而实施两个以上的行为,并且两个行为之间存在目的与方法、原因与结果的关系,同时两个(或数个)行为之间存在牵连关系。此定义存在明显漏洞,既然判断的依据是行为人基于一个犯罪目的而实施行为,则各个行为之间必定存在原因与结果、目的与手段的关系。此外,既然已经存在原因与结果、目的与手段之间的关系,牵连关系必定存在,换言之,不可能发现具有原因与结果、目的与手段的关系的两个行为之间不存在牵连关系。由此,牵连关系的判断是虚假的判断,主观说、客观说、折中说与其说是对牵连关系的判断,不如说是对牵连关系成立范围过广的现状做出的限制,这也导致牵连关系成为罪数认定中法官的自由裁量部分。难怪传统观点表示:“因为牵连犯实际上是数罪,对社会具有较大的危害性,只按一罪处理,未免对犯罪有所轻纵。”^⑤因此,即使对支持者而言,对牵连犯的认定也不依照自己确立的概念,而是合则用、不合则弃,将处罚的标准由刑法分则的构成要件转移到解释者个人手中。

另一方面,牵连犯的认定基础是行为目的或计划,这可能导致处罚不公正,丧失预防效果。刑罚“让每个人知道,在其行为之后必然有一个恶在等

① 参见林钰雄:《新刑法总则》,台湾元照出版有限公司2023年版,第594、602页。

② 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》下册,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第973~974页。

③ 陈兴良:《刑法的知识转型(学术史)》,中国人民大学出版社2017年版,第599页。

④ 刘艳红主编:《刑法学》上册,北京大学出版社2023年版,第315页。

⑤ 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第195页。

待着自己，且这种恶要大于源自于未满足的行为动机的恶”。^① 但根据牵连犯理论，凡是按照行为人的主观想象实施的一系列行为都只能成立一个犯罪，而主观计划永远无法查明，换言之，行为人成立一罪还是数罪的标准完全取决于犯罪主观恶性，主观恶性越强，越能进行计划，越容易成立一罪。刑罚的存在就好像人们“用铁链镣铐锁住凶恶的野兽，使其无法任意撕咬，即便它想这么做”，^② 而牵连犯的处罚规则无疑放弃了牵制猛兽的铁链。刑法学者不应被误导陷入这样的错误：仅基于整体计划可包含复数行为的独立行为，就肯定这些性质不同的复数行为可以作为一个行为。^③ 并且，要求牵连犯从一重罪并从重处罚不见得就轻于数罪并罚，如在伪造国家机关公文、证件后诈骗他人数额特别巨大财产の場合，诈骗罪中的从重处罚可能导致法官在10年以上有期徒刑和无期徒刑之间选择变动，但是伪造国家机关公文、证件的一般情形只能处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金。总而言之，牵连犯完成不了从轻处罚的任务，而且其支持者亦不认可单纯一罪处断的结果，属于随意使用的无用概念，难以作为明确的处罚规则。

第三，选择性罪名不并罚仅限于不成立其他犯罪的场合。以牟利为目的制作并传播他人虚假色情影片的行为一方面可以被评价为制作、传播淫秽物品牟利罪，另一方面其传播行为完全可以被独立评价为诽谤罪，从而以制作、传播淫秽物品牟利罪和诽谤罪数罪并罚。选择性罪名不是认定是否并罚的依据，它与概括性罪名之间其实没有本质区别，只不过是有无上位概念的语言问题。例如，拐卖妇女、儿童罪中的拐卖行为包括以出卖为目的拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女儿童的行为，则无论将此六种行为确定为六个选择性罪名还是将其整体作为拐卖一罪都不影响罪数认定，因为行为侵犯的法益是完全相同的，只不过“拐卖”可以涵盖六种行为，而不存在一个词语能够涵盖制作、复制、出版、贩卖、传播行为，因此《刑法》第363条被确定为选择性罪名。选择性罪名不并罚是因为法益同一，如突破此种前提则可以进行并罚。如上所述，社会风俗犯罪与个人法益犯罪完全不属于同一种类别，超出了选择性罪名的预设评价范围，进行数罪并罚具有合理性。“在行为侵害了数个犯罪的保护法益时，如果仅适用一个法条，就不可

① [德] 安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国方正出版社2010年版，第28页。

② 参见[德] 莱茵荷德·齐佩利乌斯：《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社2013年版，第35页。

③ 参见张梓弦：《牵连犯的概念保留与范围确定——以〈刑法〉第229条第2款之修正为契机》，《法学》2021年第11期，第78页。

能充分、全面评价行为的不法内容。”^①

罪数的处理既不是一概择一重罪，也不是一概数罪并罚，而应该根据案件事实做区分处理，其原则就是除了同种数罪，数行为一般构成数罪，数罪一般并罚。综上，AI换脸的场合由于侵犯多个法益，存在多个主体和多个行为，应予以充分评价，数罪并罚。对存在法条竞合的罪名，虽不存在并罚的可能性，但仍然要予以明示。对存在选择性罪名的场合，只要法益不同一，可将部分行为评价为其他犯罪予以并罚。以下将说明AI换脸行为具体侵犯的法益与成立的罪数，笔者认为AI换脸行为完全能够以侵犯公民个人信息罪、制作淫秽物品牟利罪和诽谤罪或其他具体犯罪数罪并罚。

（三）AI换脸行为罪数认定具体展开

利用AI换脸制作淫秽视频侵犯了被换脸人的个人信息和名誉权。只要是以违法犯罪的目的获取他人的人脸信息就已经成立侵犯公民个人信息罪，之后的制作是单独行为。但是制作行为因为不具有公开性，所以不可能成立侮辱罪或诽谤罪，只有发布的行为才属于公然侮辱、公然诽谤。因此，传播行为同时成立传播淫秽物品罪、侮辱罪、侵犯著作权罪，但由于仅存在一个传播行为，只能以一罪处罚。在此类案件中传播行为不是一次性的而是多次发生的，对此应当予以拆分，只要没有重复评价就应充分评价，最大限度地实现充分处罚。例如，行为人通过AI换脸将影视剧中色情场面中演员的面部更换为被害人的人脸并公开出售，如果未达到司法解释对传播淫秽物品牟利罪和侵犯著作权罪罪量的要求，则评价为诽谤罪即可。如果有多次传播，则属于规范意义上的数个行为，由于传播淫秽物品牟利罪对罪量要求相对较低，则优先考虑成立传播淫秽物品牟利罪，与诽谤罪数罪并罚。例如，行为人使用AI换脸技术制作淫秽视频之后以牟利为目的通过信息网络传播的，即使同一视频点击量超过15000次，也不能以传播淫秽物品牟利罪和诽谤罪数罪并罚，因为只有一个行为；如果点击量只有8000次，此时不能成立传播淫秽物品牟利罪，只能成立诽谤罪；如果行为人多次上传视频导致点击量超过15000次，应以传播淫秽物品牟利罪和诽谤罪数罪并罚。

对利用AI换脸制作并传播淫秽物品的行为应坚持按以下顺序审查。第一，对只有一个传播行为但同时符合数个罪名的，应该按想象竞合处理，择一重罪处罚，此时不存在重复评价问题，所有点击量、转发量等在个别犯罪中都独立计算。只有在罪量不能达到司法解释对诽谤罪、传播淫秽物品牟利罪、侵犯著作权罪中任何一个犯罪的要求时，才能得出无罪结论。第二，对存在多个行为、符合多个犯罪构成要件的，注意不能重复评价。承接上述举例，多次传播

^① 张明楷：《刑法学》上册，法律出版社2021年版，第628页。

同一视频点击量达到 20000 次时，因为在诽谤罪中已经对 5000 次的点击量做出评价，则即使同时以传播淫秽物品牟利罪并罚，对本罪而言其点击量至多只能计算为 15000 次。第三，在对行为与结果的分配存在多种组合之时应该采取最重的处罚方式。例如，传播行为导致被害人自杀，并且视频点击量超过 10000 次，应该将被害人自杀的结果作为诽谤罪中的评价事实，而将点击量作为传播淫秽物品牟利罪中的评价事实，否则将被害人自杀和点击量都作为诽谤罪中的评价事实会导致只成立诽谤罪一罪。第四，对重罪的考量必须是具体量刑结果而不是单纯比较最高法定刑。利用 AI 换脸技术制作他人淫秽视频以图牟利的，成立制作淫秽物品牟利罪，之后的传播行为同时成立传播淫秽物品牟利罪和诽谤罪，应该构成想象竞合犯，择一重罪处罚。此时认定传播淫秽物品牟利罪后与制作行为无法并罚，因此实际刑罚的加重应该是制作、传播淫秽物品牟利罪与制作淫秽物品牟利罪之间的差值，而不是单独计算传播淫秽物品牟利罪的法定刑。一般而言，此一差值小于诽谤罪的量刑，因此诽谤罪属于重罪，对行为人应以制作淫秽物品牟利罪、诽谤罪数罪并罚。而对非法获取他人人脸信息后进行 AI 换脸实施犯罪的场合，获取行为已经成立侵犯公民个人信息罪，之后窃取他人财产的以盗窃罪等数罪并罚。

法院在处理 AI 换脸行为时，应该着重发挥判决对法益侵害的明示机能。明示机能指即使最终只以一个犯罪处罚，只适用一个刑罚规范，但是对想象竞合成立的其他犯罪应予以明确说明，“想象竞合中所有构成要件应在判决主文中明示，而应确认行为的所有不法内容以及全部的责任内容”。^① 罗克辛教授认为：“判决的基本立场上，必须引用所有受到侵害的刑法……是想象竞合的‘澄清功能’。”^② 不论是法条竞合还是想象竞合，都有必要说明成立的全部罪名。一方面，“刑事审判为社会规范设定边界；它以公开而鲜明生动的方式，指明何事可为、何事不可为”。^③ 判决书是民众刑法知识的来源，对犯罪的充分宣示有利于向公众展示行为的社会危害性。事实上，判决也是民众关注的核心，“所有的当事人……收到了判决书之后，首先都是翻到最后一页看判决结果”，^④ 无论仅从罪刑法定原则具有的行为规制机能出发，还是从刑法规范具有的行为规范面出发，都应认为判决书必须明确行为

① [日] 只木诚：《罪数论之研究》，余振华、蔡孟兼译，台湾新学林出版股份有限公司 2019 年版，第 195 页。

② [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第 2 卷，王世洲、王锴、劳东燕等译，法律出版社 2013 年版，第 626 页。

③ [美] 劳伦斯·弗里德曼：《大审判：为公众展示的法律》，殷源源、朱元庆译，中国民主法制出版社 2020 年版，第 6 页。

④ 苏力：《谨慎，但不是拒绝——对判决书全部上网的一个显然保守的分析》，《法律适用》2010 年第 1 期，第 51 页。

构成的各种犯罪，不应以想象竞合或者法条竞合作出区别处理。另一方面，决定法律思维的是法官的解释对象，^①判决书针对的人群不是法律专家，其受众是一般案件的当事人，不可能期待民众在认真阅读判决书后分析得出AI换脸的行为也侵犯了个人权利，只不过竞合了而已。“中国法院首先是‘人民群众说理的地方’。这就必然要尊重‘人民群众的说理方式’，而不仅仅是‘法律人的说理方式’。”^②在我国刑法实务中也并不存在因为想象竞合与法条竞合的场合不同而对罪名做出不同陈列的做法。^③即使坚持传统的罪数理论，也应明确AI换脸侵犯了公民的个人法益，以在判决中明确说理的方式对被害人进行间接保护。

四、结论

当下AI换脸行为的刑法规制可在解释论范围内通过法益与罪数的正确评价得到妥当处理，不应也没有必要增设新罪加以规制。就法益侵害评价而言，AI换脸行为有可能同时侵犯个人法益与社会法益，单纯评价为侵害社会法益或个人法益都无法实现对AI换脸行为违法性的充分评估。以违法或犯罪为目的获取他人人脸信息的行为无论人脸信息是否公开都属于“非法获取”，已经侵犯了公民的信息自决权，成立侵犯公民个人信息罪。获取他人人脸信息后以传播为目的制作虚假淫秽信息的成立制作淫秽物品罪，因其侵害了社会的善良风俗。制作他人虚假淫秽信息后公开传播的则同时侵犯公民的名誉权和公众的性羞耻心，同时成立传播淫秽物品罪和侮辱罪、诽谤罪。在竞合论的评价上，可以认为诽谤罪是侮辱罪的特别法条，传播他人虚假淫秽信息的应优先评价为诽谤罪。由于公开传播的行为同时侵犯公众的性羞耻心这一社会法益，应同时评价为传播淫秽物品罪，如仅有一次传播行为则择一重罪处罚，如存在数个行为则数罪并罚。值得注意的是，选择性罪名的多个行为亦可以分别评价，对以牟利为目的用AI换脸技术制作并传播虚假淫秽信息的场合，可将传播行为单独评价为诽谤罪，与制作行为数罪并罚。

（责任编辑：方 军）

① 参见凌斌：《“法民关系”影响下的法律思维及其完善》，《法商研究》2015年第5期，第6页。

② 凌斌：《法教义学、社科法学与群众路线：法学方法论反思》，《地方立法研究》2022年第6期，第105页。

③ 参见方鹏：《刑法适用方法视角下的法条竞合与想象竞合关系论》，《刑事法评论》2019年第1期，第443页。