

非法经营同类营业罪的法益区分依据及其适用

◇ 袁 彬 徐元哲



民营经济促进法的出台为我国民营企业的规范化管理提供了法律支撑和要求。同时，为了治理民营企业内部非法经营同类行为、保护民营企业产权，刑法修正案（十二）扩大了非法经营同类营业罪的适用范围，将该罪主体由国有人员扩大至包含民营企业人员，同时针对民营企业人员入罪增加了两个特别条件“违反法律、行政法规规定”和“致使公司、企业利益遭受重大损失”。对此，刑法理论上和司法实践中对国有企业人员和民营企业人员非法经营同类营业行为侵犯的法益是否相同，存在不同认识。持同一法益论者认为，虽然刑法修正案（十二）针对民营企业人员非法经营同类营业行为入罪规定了两个特别条件，但两者的基本行为要件相同，侵害的法益相同。不过，笔者认为，民营企业人员非法经营同类营业行为侵犯的法益与国有企业人员非法经营同类营业行为侵犯的法益应当进行区分并分别适用。

一、非法经营同类营业罪法益的区分依据

法益是由刑法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。非法经营同类营业罪属于背信犯罪，既侵害了企业的秩序法益又侵害了企业的财产法益。民营企业人员与国有企业人员非法经营同类营业行为的法益区分依据主要体现在事实和法律两个层面。

（一）财产法益的区分依据
从财产法益角度看，非法经营同类营业罪在国有企业与民营企业上的财产法益区分依据主要体现在两个方面：

第一，财产法益区分的事实依据：民营企业的企业财产权与股东财产权的混同性。与国有企业不

同，民营企业是由自然人与法人投资设立的，股东依据自己的出资或持股享受各项权利并承担相应义务。在实践中，民营企业财产权与股东个人财产权发生混同的情况较为普遍。当民营企业财产与股东个人财产发生混同且民营企业股东同时是同类营业的主体时，非法经营同类营业行为对财产法益的侵害面临着企业财产权与股东个人财产权的混同，进而会形成形式上是企业财产权受到侵害但实际上是企业股东个人财产权受到侵害的局面。对这种情况下的非法经营同类营业行为显然不能入罪。

第二，财产法益区分的法律依据：企业直接财产利益与间接财产利益的区分。经刑法修正案（十二）修正的刑法第一百六十五条第一款和第二款对非法经营同类营业行为入罪的后果作了不同规定，其中第一款规定的是“获取非法利益，数额巨大”，第二款规定的是“致使公司、企业利益遭受重大损失”，区别在于前者不要求对公司、企业利益造成重大损失，只要求非法经营同类营业者“获取非法利益”。据此，国有企业人员非法经营同类营业不要求侵害企业直接财产利益（但包含了剥夺企业商业机会），民营企业人员非法经营同类营业行为入罪要求侵害企业直接财产利益。

（二）秩序法益的区分依据
非法经营同类营业罪属于背信犯罪，要求侵害企业管理秩序。从秩序法益角度看，非法经营同类营业罪在国有企业与民营企业上的秩序法益区分依据也主要体现在两个方面：

第一，秩序法益区分的事实依据：民营企业经营权与所有权的融合性。我国国有企业的所有权、经营权与监督权相互独立，互不干扰。与此不同，我国民营企业不禁止甚至鼓励股东出任公司的董事、监事以及其他高级管理人员。大股东为了增强自身在企业决策中的话语权，往往会直接兼任董事长等重要职位或者安排自己的亲友担任高级管理人员。公司内部治理体系的话语权是由股权比重决定的，小股

东既没有充足的表决权来实现自己的诉求，又缺乏充足的现实利益驱动，往往怠于行使股东权利，久而久之就会被排除在公司的治理体系外。目前，我国大多数未上市的中小型民营企业均为封闭公司，这些公司的股权大多高度集中在少数几个大股东手中，企业决策程序大多不规范。股权的高度集中和决策程序的简化在公司管理秩序上形成了法定秩序与事实秩序的区分。从秩序保护角度看，民营企业内部形成的非法定秩序（即事实性管理秩序），也有予以合理保护的必要。

第二，秩序法益区分的法律依据：前置法禁止性规定的差异性。经刑法修正案（十二）修正的刑法第一百六十五条第一款和第二款对非法经营同类营业行为入罪的行为规定了不同条件，其中第一款规定的是“利用职务便利”，第二款则增加规定了“违反法律、行政法规规定”。区别在于前者针对的是国有企业人员，禁止非法经营同类营业均有法律规定；后者针对的是民营企业人员，禁止非法经营同类营业只有部分法律、行政法规作了规定（如合伙企业法、个人独资企业法等都未针对非法经营同类营业作规定）。这意味着，民营企业涉及非法经营同类营业的管理秩序，不仅包括法律规定的管理秩序，也包括行政法规规定的秩序，甚至还包括不完全符合法律、行政法规规定，而是在既存管理方式中形成的事实性管理秩序。

国有企业与民营企业在财产法益和秩序法益上的区分表明，对民营企业人员的非法经营同类营业行为入罪，应当考虑其法益的特殊性予以区别对待。

二、民营企业人员非法经营同类营业罪法益的区分适用

（一）非法经营同类营业罪秩序法益的区分适用

民营企业人员非法经营同类营业罪的秩序法益区分适用主要涉及民营企业与国有企业存在明显差异的以下两种情形：

第一，民营企业决策程序存在瑕疵问题。这主要涉及民营企业没有完

全按照法律、行政法规进行管理，企业内部决策程序存在瑕疵。例如，小股东由于在公司治理体系内话语权较小和利益关联度较低，特别是在股权较为集中的情形下，往往消极行使公司法规定的参加股东会行使表决权或者在股东会议上签名等股东权利，久而久之公司可能怠于通知等。这种内部决策上的程序瑕疵是公司在长期管理活动中形成的，具有长期性和一贯性。对于非法经营同类营业而言，经存在瑕疵的公司决策程序同意的经营同类营业行为，要考虑其是否符合公司决策的事实性管理秩序，如符合则应当不作为犯罪处理。

第二，实际控制人越过股东会或者董事会直接决定问题。对民营企业人员经企业实际控制人同意经营同类营业的行为，应从三个方面审查其行为的合法性：一要看实际控制人的决定是否符合企业既定的决策机制，二要看同类营业经营人是否是实际控制人本人，三要看实际控制人的决定是否被同类营业经营人恶意利用。在同类营业经营人非实际控制人本人的情况下，只要实际控制人的决定符合公司既往决策机制且未被恶意利用，其决定就能代表公司意志，进而可以将民营企业人员可能涉嫌犯罪的经营同类营业行为出罪，反之则可以作为犯罪处理。

（二）非法经营同类营业罪财产法益的区分适用

这主要涉及民营企业的利益损失是否包括商业机会丧失。对此，应重点审查商业机会丧失与企业直接经济损失之间的关系：一方面，商业机会丧失如与企业直接经济损失之间具有直接对应关系，如出售或者购买特定资产的机会丧失可能直接导致企业经济利益受损，这种商业机会丧失导致的企业经济损失可视为企业的直接经济损失。另一方面，商业机会丧失不能等同于企业直接经济损失，如企业生产订单是否最终赢利要受诸多因素影响，失去订单难以认定为企业的具体经济损失，不能将失去订单这一商业机会丧失作为民营企业人员非法经营同类营业行为入罪的财产法益标准。

（作者单位：北京师范大学法学院）

刑事虚拟财产的价值认定路径

◇ 吴郑红

问题探讨

随着大数据和数字经济等技术信息领域日渐兴起，网络犯罪案件逐渐增多，大量虚拟财产进入到刑事诉讼中，虚拟财产的重要性日益凸显。作为一种新兴财产，虚拟财产的表现形式涵盖网络游戏币、数字版权作品、社交网络账号等数字资产。虚拟财产的价值认定是刑事案件定罪量刑的重要依据，但是目前学界对虚拟财产的价值认定在性质属性上，在价值认定的理论研究上比较薄弱。由于虚拟财产存在于网络空间，具有数字化、无体性等特征，由此导致其犯罪取证困难、市场交易存在差别，难以适用统一的计算规则。因此，司法实践中如何准确、客观地评估虚拟财产的价值，以保障权利人的合法权益并维护市场交易秩序，已成为亟待解决的关键问题。

目前，虚拟财产的概念已从狭义的游戏领域扩展到更广泛的数字空间。在数字经济深入发展的背景下，虚拟财产的外延不断拓展，从最初以游戏虚拟货币、装备等为主的娱乐性资产，逐步延伸到与商业活动密切相关的各类数字资产。网络店铺账号、短视频平台账号、直播账号等具有显著经济价值的虚拟财产，正日益成为数字经济发展的重要载体和人们关注的焦点。在司法实践中，价值认定往往作为网络虚拟财产案件处理的核心争议焦点，然而针对该问题的理论梳理与裁判规则总结仍显不足。实践中对于虚拟财产价值认定主要有市场平均公允价值认定标准、销赃数额认定标准、被害人购买价认定标准、网络运营商的定价认定标准等，但是单一要素认定模式难以普适复杂的案件情况。因此，可以通过制定专门的评估规范、区分受害主体，明确法律适用标准等措施，准确认定虚拟财产价值。

一、坚持客观价值标准

虚拟世界与现实世界不能完全同步，虚拟世界的数据与现实世界的事物价值评估体系也存在较大差异。因

此，普通的价格评定办法无法衡量虚拟财产的价值，再加之司法实践中的虚拟财产表现形式不一，用户与网络平台对于虚拟财产的认知不一致，很容易造成同种虚拟财产在不同案件中价值评定不一的问题。客观价值标准是基于市场机制形成的价格认定标准，具有客观性和稳定性特征，避免司法工作人员在价值认定的过程中被主观因素左右。不管是专业鉴定机构出具的鉴定价格、还是交易平台出具的鉴定价格，又或者是被害人实际遭受损失金额，这些价值认定方式均以市场供需关系为基础，不受当事人主观意愿影响，能够较为准确地反映虚拟财产的真实市场价值。关于虚拟财产的性质属性虽然还存在一定争议，但是虚拟财产的市场交易已是客观存在的社会经济现象，不管虚拟财产是否流通，只要其依然具有实际交换价值，就会存在可交易的市场价格。在具体判定过程中，虽然受害主体差异可能影响评估方法的选择，但虚拟财产的市场价格往往不会超过社会公众的认知范围，因此要坚持客观价值标准优先于主观价值判断的基本原则。这一立场既符合虚拟财产的价值本质，也有助于维护司法裁判的统一性和公正性。

二、区分受害主体，明确顺位

（一）网络服务平台为受害主体

在网络服务平台作为受害主体的情形下，可以考虑采用回收价格作为犯罪数额认定标准。采用回收价格作为犯罪数额认定标准能够获得平台与用户双重认可，体现市场公允性，同时回收价格相对稳定透明，具有可预测性。

行为人为非法获取网络服务商的虚拟财产，该类虚拟财产主要是指网络服务商自主开发的数字资产。此类财产具有独特的价值形成机制，生产成本固定，却能通过无限次销售实现价值递增。在司法认定时若机械适用平台销售价格或市场报价，容易导致犯罪数额虚高，造成量刑畸重，同时也可能变相助长平台的暴利经营模式。刑法保护应当着眼于维护平台正当权益，而非保障其可能存在的超额利润。在量刑层面可采用“情节导向”

而非“数额导向”的评判标准，应当综合考量侵权次数、持续时间、非法获取资产类型与数量、销赃金额等要素进行认定。

（二）用户为受害主体

第一类虚拟财产主要包括用户通过官方渠道或第三方平台购买的、具有固定面值的数字化商品，如游戏币等。这类虚拟财产定价权由网络发行方主导，市场价格保持相对稳定，同时价值不受用户在社群使用行为的影响，其财产属性与现实生活中的预付卡、电子券等具有高度同质性。因此，该类虚拟财产的价值认定应当直接以其标明的面值或实际购买的价格作为价值认定的基础依据。这种处理方式既符合市场交易惯例，也体现了虚拟财产与现实财产在价值衡量上的统一。

第二类虚拟财产是指用户购买虚拟财产，经过深度投入实现增值的数字化资产，典型代表包括网络游戏装备等。这类虚拟财产会面临市场价格波动，具有动态增值的特性，其初始购置成本往往较低，但通过用户持续投入时间、技能和资源，最终形成远高于原始价值的新型资产。在司法实践中，对此类财产的价值认定应当注意三个核心要素：其一，关注虚拟财产的增值情况。用户通过升级与维护赋予了虚拟财产超出原始售价的价值，这是价值认定中比较常见的情形，因此必须充分考虑使用者的劳动投入和增值贡献，不能简单地以服务商原始售价作为计价标准，但这不是说需要以用户提供的虚拟财产的现有价格来认定。其二，在用户社群已形成成熟交易体系的情况下，应当参照市场形成的价格进行评估。市场价格作为该类虚拟财产价值认定的首要标准，具有客观性、平衡性的优势，能够真实反映虚拟财产的市场价值。其三，针对市场价格波动问题，可借鉴其他财产的价值认定方法，以侵权行为发生时的市场价格为基础进行判定。根据虚拟财产的特殊属性对价值认定进行动态评估，既考量历史投入成本，又兼顾未来收益，同时能够确保规范适用法律，进而促进虚拟财产交易秩序的健康形成和发展。

三、建立专业的虚拟财产价值评估机构

从财产属性的本质来看，虚拟财

产具备采用资产评估方法进行价值认定的基础条件。在目前缺乏专门立法的情况下，虚拟财产纠纷仍可适用现行财产权保护的一般法律规定。对虚拟财产的价值认定，可以参照既有的资产评估方法和标准体系，但是作为新兴事物，虚拟财产的特殊属性决定了现有的单一评估方法难以兼顾各方利益诉求。当其他认定方法均难以适用时，由具有资质的第三方评估机构出具专业价值认定意见，能够有效破解当前虚拟财产纠纷中的司法认定困境。

当前我国并未设立专门的虚拟财产价值评估机构，在司法实践中，由于缺乏统一的评估标准和方法，虚拟财产的价值认定往往面临诸多困难，随着网络技术的快速发展，建立专业评估机构已显得尤为迫切。由办案机关根据案件具体情况指定具备价格鉴定资质的第三方机构对涉案虚拟财产进行价值认定，不仅能够有效避免因评估主体差异导致的主观性和随意性，更能凭借其专业性和中立性，为案件提供客观公正的鉴定意见，从而增强司法裁判的公信力。相关部门也要加强出台涉及虚拟财产价值认定及裁判的相关解释，统一认定标准和裁判尺度，明确不同认定方法的适用范围和条件，为司法实践提供清晰的指引。

针对现实案件中虚拟财产的价值认定问题，应当遵循合法性与合理性原则，构建科学的价值评估体系。具体而言，应当综合考量以下因素：当事实人的诉讼请求、虚拟财产的权利属性、法院可查明的事实基础以及各类评估方法的适用条件。当案件事实满足多种评估方法的适用前提时，可以采用两种或以上方法进行交叉验证，通过综合分析形成具有公信力的认定结论。对于典型的虚拟财产比如虚拟货币，可以探索科技助力技术取证问题，引入先进的技术手段，提高对虚拟货币交易数据的获取和分析能力。同时还要注意具体案件具体分析，避免将特定案件中的价值认定标准简单套用于其他案件。同时，学界应当加强对典型虚拟财产问题的理论化研究，着力构建符合财产权发展的系统性法律保护体系。

（作者单位：西南政法大学）

司法实践

近年来，随着非同质化通证(NFT)交易市场的活跃，数字藏品成为了贿赂犯罪的“新宠”。数字藏品具有独特性和稀缺性特征，且可以通过区块链技术进行交易，通常被视为以数字化形态存在的一种数字资产，应被认为属于刑法上的财物，进而被评价为受贿犯罪的对象。但问题的关键是如何认定数字藏品的具体数额，由于缺乏统一的认定标准和规则，这一问题成为当前此类犯罪的司法适用难点。受贿犯罪以犯罪数额与情节确定入罪和量刑标准，如果无法准确认定数字藏品的数额，会模糊受贿行为罪与非罪的界限，或导致量刑结果的不统一。

数字藏品的数额认定难题，主要与数字藏品的市场属性以及法律属性的双重特殊性有关。一方面，数字藏品的市场属性决定了适用一般标准认定数额面临现实问题。以行为时的市场价格认定涉案财物的具体金额，是此类犯罪数额认定的一般标准。传统受贿犯罪中，涉案贿赂所包含的贵金属、房产等财产都有稳定的市场价格，所以受贿数额的认定也是确定的。但数字藏品不同于传统涉案贿赂财产。首先，数字藏品作为新型数字资产，市场发展处于初级阶段，价格形成机制尚未成熟；其次，数字藏品在发行销售后，极易受人为炒作、虚假宣传等影响，交易价格难以反映其真实价值；其三，在NFT交易模式中，每个数字文件均有唯一标记，数字作品的每一个复制件均被一串唯一的元数据所指代，产生唯一性和稀缺性，其价格形成会受技术背景、稀缺程度等因素制

网络服务器分布式存储。数字藏品的铸造过程涉及大量技术和资源投入，包括作品创作、版权保护、智能合约编写和区块链部署等。不同的铸造成本，反映了不同数字藏品在质量和稀缺性上的差异，直接影响数字藏品的实际价值及定价结构。三是首次发行价格和发行数量的近似。数字藏品的首次发行价格，反映了该藏品的基本价值。数字藏品发行数量与其稀缺性直接相关。数字藏品发行数量越少，稀缺性越高，也就具有更高的市场价值。不同数字藏品的首次发行价格和发行数量近似，意味着这些数字藏品在市场定位、目标受众以及预期价值等方面具有相似性。

其次，未公开发行数字藏品受贿犯罪数额的认定。数字藏品未公开发行，意味着其尚未进入市场流通，也就没有明确的市场价格可供参照。在未公开发行的情况下，以受贿人是否处置数字藏品为依据，可分为两种情形。第一种情形是受贿人未处置数字藏品，数额认定可以成本价格为基础，同时参照同类型数字藏品同期的市场交易价格。对于同类型数字藏品同期市场交易价格高于成本价格的情形，可以同类型同期市场交易价格作为受贿数额认定的标准。这是因为市场交易价格更能反映数字藏品在市場中的真实价值。对于同类型数字藏品同期市场交易价格低于成本价格的情形，可以成本价格作为受贿数额的认定标准。这是因为成本价格代表了数字藏品的最低价值，能够避免因市场价格波动或市场供需关系失衡导致的价值低估。第二种情形是受贿人已处置数

数字藏品受贿犯罪数额认定之思考

◇ 张颖鸿

约。质言之，数字藏品的市场价格不具备传统实物价格的稳定性和透明度。因此，数字藏品受贿犯罪的具体数额认定，也就不宜一概适用犯罪数额认定的一般标准。

另一方面，数字藏品的法律属性决定了通过价格认定确定数额存在规范障碍。委托价格认证机构对涉案财物进行价格认定，是此类犯罪数额认定的兜底选项。但是，数字藏品并不适合由价格认证机构进行价格认定，因为数字藏品的市场属性存在较大争议。譬如，有观点认为，数字藏品不属于虚拟货币，因为非同质化通证只是区块链技术基础上权利交易的电子记录，不具有脱离被交易对象而独立存在的价值。也有观点认为，虚拟货币既包括比特币等同质化加密货币，又包括非同质化通证，数字藏品作为一种非同质化通证，属于虚拟货币。但是，中国人民银行等十部门联合发布的《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》严格禁止开展法定货币与虚拟货币兑换业务及为虚拟货币提供定价服务。职是之故，如果认为数字藏品属于虚拟货币，价格认证机构就不宜对数字藏品进行价格认定，否则等于变相承认虚拟货币与法定货币之间的对应关系。综上，在明确数字藏品的法律属性之前，为避免价格认定可能引发的法律风险，不宜贸然通过价格认定的方式确定具体犯罪数额。

党的二十届三中全会提出要“丰富防治新型腐败和隐性腐败的有效办法”。这是党中央纵深推进反腐败斗争的重要部署。在此背景下，如何针对数字藏品的特性，制定合理的数额认定标准和规则，就成为惩治贿赂犯罪司法实践中亟待解决的问题。笔者认为，为确保犯罪数额认定的科学性与公正性，有必要引入同类型数字藏品在同期市场的交易价格作为参照，并结合受贿犯罪数额认定的一般标准进行综合考量。这样做的依据在于数字藏品的唯一性和稀缺性决定了其价格波动极大，其实际价值往往难以准确衡量，引入同类型数字藏品同期市场交易价格，能够在复杂多变的数字藏品市场环境，为数额认定提供一套相对客观、稳定和统一的价值认定标准。

首先，同类型数字藏品的选择依据与认定要素。一是交易平台体量与区块链技术的统一性。交易平台的规模、信誉及技术选择，对数字藏品的合法性及价值认定产生直接影响。多数数字藏品交易平台借助的是以太坊公共区块链网络，通过分布式公共分账，对数字藏品进行交易。不同平台在联盟链、以太坊等公链与私链之间的技术选择，会导致数字藏品在发行、流通以及可追溯性等方面存在实质性差异。若平台体量悬殊，或所采用的上链技术在透明度、去中心化程度等方面不一致，便会影响数字藏品在市場中的信任度及法律保护程度。二是铸造投入的成本资源与稀缺性的相似。数字藏品的铸造实质上是将拟铸造对象以及与之对应的智能合约、NFT数据上传至选定的区块链，并由该区区块链的

字藏品，数额认定可以成本价格为基础，以处置价格为补充，同时参照同类型数字藏品同期的市场交易价格。当数字藏品的成本价格高于处置价格时，可以成本价格来认定受贿犯罪的数额，理由同样是成本价格代表数字藏品的最低价值。当数字藏品的成本价格低于处置价格时，可考虑以同类型数字藏品的同期市场交易价格为参照，为处置价格设立合理的价格区间，从而提供一个客观、公正的参考框架，以平衡同期市场交易价格和实际价格的关系。可考虑参照已有司法解释，将处置价格不低于同类型数字藏品同期市场交易价格的70%，且不低于30%设定为合理价格区间。如果涉案数字藏品的处置价格在合理价格区间内，或者高于合理价格区间，可考虑将处置价格作为认定受贿数额的标准。如果涉案数字藏品的处置价格低于合理价格区间，可考虑以同类型数字藏品的同期市场交易价格作为认定受贿数额的标准。

其三，已公开发行数字藏品受贿犯罪数额的认定。数字藏品作为一种新型虚拟资产，在发行市场和交易市场的价格波动极大。在已公开发行的情况下，以受贿人是否处置数字藏品为依据，同样可分为两种情形。第一种情形是受贿人未处置数字藏品，数额认定可以受贿行为完成时的市场价格为基础，同时参照同类型数字藏品同期的市场交易价格。从存疑有利于被告人原则出发，如果行为时数字藏品的市场价格低于同类型数字藏品同期市场交易价格，受贿数额可依照前者价格来认定；如果行为时数字藏品的市场价格高于同类型数字藏品同期市场交易价格，受贿数额可参照后者价格来认定。第二种情形是受贿人已处置数字藏品，数额认定可以受贿行为完成时的市场价格为基础，以处置价格为补充，同时参照同类型数字藏品同期的市场交易价格。详言之，当受贿行为完成时的市场价格高于处置价格时，可以行为时的市场价格来认定受贿犯罪的数额。因为实践中的销赃数额一般低于涉案财物的实际价格。但是，在受贿既遂当日前后，如果涉案数字藏品的价格出现显著的高低波动时，可以考虑参照同类型数字藏品同期市场交易价格，为行为时市场价格设立合理的价格区间，具体可将不低于同类型数字藏品同期市场交易价格的70%，且不低于30%设定为合理价格区间。如果行为时市场价格在合理价格区间内，或者低于合理价格区间，从存疑有利于被告人的原则出发，可以行为时的市场价格作为认定受贿数额的标准。如果行为时市场价格高于合理价格区间，当处置价格低于合理价格区间时，可以同类型数字藏品的同期市场交易价格作为受贿数额的标准；当处置价格高于合理价格区间时，可以处置价格作为认定受贿数额的标准。当受贿行为完成时的市场价格低于处置价格时，可考虑以处置价格为标准来认定受贿犯罪的数额，因为处置价格可以直接体现数字藏品在二级市場上的实际交易价值。

（作者单位：福建省厦门市思明区人民法院）