

网络法律文库

丛书主编：张 平

丛书副主编：郭凯天 Brent Irvin

北京大学互联网法律中心 主办
腾讯互联网法律研究中心

虚拟财产司法保护研究

Judicial Protection of
Virtual Property

江 波 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京大学互联网法律中心 主办
腾讯互联网法律研究中心

虚拟财产司法保护研究

江 波 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

虚拟财产司法保护研究/江波著. —北京:北京大学出版社, 2015. 12

(网络法律文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 26372 - 3

I. ①虚… II. ①江… III. ①财产权—法律保护—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 241971 号

- 书 名 虚拟财产司法保护研究
Xuni Caichan Sifa Baohu Yanjiu
- 著作责任者 江 波 著
- 责任编辑 孙战营
- 标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 26372 - 3
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 965 毫米×1300 毫米 16 开本 19.75 印张 334 千字
- 2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

《网络法律文库》编委会

名誉顾问:吴汉东 陈一丹

主 任:张 平

副 主 任:郭凯天 Brent Irvin

执行主任:司 晓

委 员:

阿拉木斯 李 旭 薛 军 杨 明 吴伟光

赵晓力 张 今 江 波 谢兰芳 徐 炎

王小夏 张钦坤 黄晓锦 赵 治 曲柳莺

张金平 崔亚冰

总 序 一

著名诗人北岛曾写过一首题为《生活》的诗,全诗只有一个字——网。

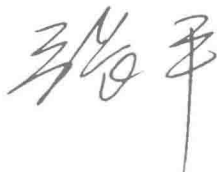
的确,用网来形容现代社会生活是再合适不过了,而互联网的诞生更是将世界“一网打尽”。横向上,互联网作为一个全球信息系统,让人们克服物理距离而使彼此生活紧密联在一起;纵向上,互联网对人类生活的影响力和塑造力从文化到政治再到经济的深入,使这一时代的文明被重新定义。

曾经的互联网,因其架构与代码的开放性仿佛是一片不可触摸的“净土”,人们在其中自由“冲浪”,鲜有现实法律的触手可以对其规制。然则,当人们惊叹互联网日新月异的发展和享受种种便利时,也越来越多地受其困扰——网上欺诈、诽谤、假冒现象比比皆是,泄露他人个人信息、侵犯他人知识产权更是司空见惯……法律对互联网的规制已是必然。特别是当互联网、电信网、广播网三网融合后,法律问题变得更为复杂,网络法治的需求也就更为迫切。

科技的发展需要法律的调整,但法律本身的滞后性导致网络自身的创生性得以体现。首先,在开放、共享的基础上,网络在法律缺位的情况下通过自身调整来调试因发展而产生的各种问题,因自身调试而产生的相应规范由立法机关予以肯认而成为具有强制执行力的社会规范;其次是法律的强势介入,针对某些涉及国计民生的领域,如国家安全、信息安全、金融安全等,法律预先介入规范产业的发展方向,使相关产业的发展能够符合最广大人民的基本利益。网络法律法规不仅能较好地规范网络社会,还能不断对网络的发展方向适当校正,使之健康发展和不断造福人类生活。两者并不仅仅是一个规范和被规范的关系,更是双向良性互动的关系。国家根据网络的发展趋势制定相关的法律法规,而对于新技术、新商业模式、新法律问题也应等待其出现后才能研究和完善相关法律。

本文库由北京大学互联网法律中心、腾讯互联网法律研究中心主办,旨在促进中国互联网法治建设,引导和推动中国互联网产业的健康发展。

面对一个我们还无法预计其发展前景的网络社会,“良法善治”尤显得重要。



二零一二年八月

总 序 二

互联网是一张神奇的网。

这张神奇的网,网住了 21 亿全球互联网用户,让全世界任何人,跨越语言、种族、宗教、血统、信仰、政治等的藩篱,相互学习沟通。对于普通人来说,虽不能九天揽月、遨游太空,但当思维插上互联网的翅膀,天涯却能成为咫尺。

这张神奇的网,为我们展现了一幅波澜壮阔的发展画卷。新技术、新应用、新模式层出不穷,并且加速向各行业、各领域渗透融合。时至今日,互联网俨然已经成为人类的一种习惯,一种意识,一种生活,甚至成为成长中必然的新陈代谢。我们正在互联网编织的虚拟世界和现实世界中游历,亲历着互联网深刻改变世界这一伟大进程。

这张神奇的网,也在不断地冲击着人类的社会和道德认知,冲击着传统的法律规则和社会秩序。在社会层面,网络实名举报、人肉搜索、网络盗版、海量虚假信息传播等等问题带来了人们众多困惑和无奈;在经济层面,互联网在帮助企业提高生产力、促进企业发展的同时,也在信息安全、数据保护、法律遵从等方面给企业提出了严峻的问题与挑战。从 web1.0 到 web2.0,以至于未来的 web x.0,谁也无法预知未来的互联网将给人类带来多少震撼和颠覆。

面对纷繁芜杂,甚至变幻莫测的互联网,人们对互联网普遍性法律规则与良性运行秩序的需求更加强烈。恰如哈耶克所言,只有在某个给定的行为规则系统内才可能对行为规则做出有效的批判或改进。对互联网未来发展的“无知”更加需要我们对已知且具体的结果进行归纳和总结,对维系互联网发展的基本规则、规律进行分析和阐释。在国家层面,为维护互联网秩序,各国都在不断地完善立法,打造网络监管的法律框架,在信息安全、个人数据保护、数据跨国转移等方面制订明确的管制

制度和行为规则。在社会层面,互联网给社会生活带来的激烈变化也引起了经济学、社会学、心理学、法学等领域内专家学者的诸多思考,从多维度对互联网发展进行解读。

作为互联网领域的积极探索者,通过互联网服务提升人类生活品质是腾讯的使命。多年来,腾讯一直在努力承担企业社会责任、推动网络文化的健康发展。

为助推我国互联网社科研究的现代化与国际化,在北京大学出版社的大力支持下,腾讯与北京大学互联网法律中心合作推出了网络法律文库丛书。本套丛书将择优资助出版国内外在互联网制度建设、实务发展和学术研究领域的最新成果,以便于我国读者从多层次认知、思索和研究互联网的历史、现在与未来。我们希望各领域的专家学者、业界贤达能够支持我们的追求,向这套丛书提供高质量的作品,为提高中国互联网的学术研究水平而共同努力。

与其在别处仰望,不如在这里驻守,我们和大家一起关注着中国互联网的未来。



二零一二年八月

序 一

在江波博士的书稿付梓之际,他托我作序。尽管本人不是知识产权法方面的专家,但由于该书是在由我指导的博士论文基础上充实而成,因此也愿意把江波博士写作该书的背景、历程与相关内容与读者分享,便欣然应允。

答应为本书作序的另一个背景还在于最近对知识,尤其是复合性知识有所感悟。江波博士邀我写序时,我正在哈佛大学法学院访学。在常态的学期内,哈佛大学法学院每天的学术讲座大大小小几乎都不下十余场,有时甚至更多,多数讲座大多集中于中午 12 点至下午 1 点的午餐时间。在聆听过的数不清的讲座中,有一场印象较为深刻,感悟也较多。那就是 2015 年 4 月初知识产权法专家 Jonathan L. Zittrain 被加冕法学院讲席教授的讲座,至今还记得其演讲的题目是《爱上处理器,厌倦处理过程:更好算法的诱惑以及如何抵御它们》(Love the Processor, Hate the Process: The Temptations of Clever Algorithms and When to Resist Them)。让我印象深刻的原因不仅因为这是我整个访学期间参加的唯一一次教授加冕讲席的讲座,也不仅是当法学院院长 Martha Minow 邀请 Zittrain 教授坐在象征讲席教授之座椅上所感受到的做哈佛大学法学院讲席教授的自豪与荣耀,甚至我已记不清其演讲的具体内容,而是 Zittrain 教授的学术背景以及从其丰富的专业背景中所体现出的知识重要性。其学术背景之丰富可以从他同时兼任哈佛大学三个学院即法学院、肯尼迪政府学院(Harvard John F. Kennedy School of Government)与工程与应用科学学院(Harvard School of Engineering and Applied Sciences)的教授而体现出来。三院教授、兼跨人文社科与理工,的确让我领教了何为复合型人才,让我知道了知识,尤其是复合型知识的重要。

常常听人说中国人很聪明,这一点即便是事实,其实也难以说明什么,因为聪明并不意味着知识。无论是对个人,对国家,还是对整个社会而言,知识,尤其是复合型知识,可能比聪明更为重要。想到这一点,看着周围的

法学院 J. D. 学生,我当时突然感觉有些可怕与压力剧增。因为法学院 J. D. 中的每一个美国学生,都有至少两个或者两个以上的专业背景,在他们每一个人身上都实实在在地实现了知识复合与学科交叉。突然闯入脑海的问题是,如果人与人之间、国与国之间的竞争是知识(含制度性知识)的竞争,我们国家的未来真的能够胜出吗?! 无论我们国人何等聪明。知识,尤其是复合型知识的确很重要,而实现知识的复合并不仅仅在于人与人之间的合作,而还应该改进我们的人才培养模式,让具有复合型知识背景的人才越来越多。

无需说,现在是一个伴随网络发展而出现的知识迸发时代。随着技术和商业模式的发展,虚拟空间所涉及的法律问题亦越来越多,越来越复杂。虚拟财产的法律保护便是其中难以回避的一个问题。作为当时仍从事知识产权审判并已有多年审判经验的一线法官,江波博士对此感悟可能更为深刻。由于法官无权对新生事物基于法律没有明确规定而拒绝裁判,他对虚拟财产在法律实践中所遇到的棘手问题会有更为真切地体味。当江波博士提出拟从民法适用的角度研究虚拟财产司法保护的相关问题并作为其博士论文的选题时,我几乎没有犹豫而是略感欣喜地答应下来。我深知,能把虚拟财产的相关学说理论与司法实践真正联系起来研究的,法官无疑是最理想的人选之一,而江波博士恰恰是一位具有长期知识产权审判经验的法官。但欣喜之后,对他能否完成该课题的研究,又不免担心,甚或疑问:他具备研究该问题的知识结构吗?! 毕竟虚拟财产的研究既需要法律、计算机工程等多门交叉学科知识背景,又需要了解与熟悉网络技术实践。

他不但没有让我失望,反而带来了惊喜。在经过四年左右的思考、讨论和打磨后,江波按时提交了博士论文初稿,经过数次的结构调整与充实论证后,其博士论文最终在 2013 年成型。他把虚拟财产在司法实践中的现实疑难整理为具有代表性的三大问题,即虚拟财产是什么,为什么要保护,以及如何依照现行法进行保护。行文思路清晰且富有逻辑,符合一个法官遇到新型问题时的通常思考路径。应该说,其丰富的司法实践经验确实有助于就虚拟财产相关的学术理论展开深入讨论,并在此基础上实现一定的理论突破。试举几例:

就虚拟财产是什么的问题,他不仅通过国内外文献研究,而且还通过实地调研和自身的司法实践经验来揭示现实难题根源之所在,即在网络游戏的制作过程、虚拟财产的产生途径等方面国内外存在不同,由此造就了国内外学者对于虚拟财产保护的研究也有所不同:国外主要研究模拟人生类网

络游戏中的虚拟财产保护问题,我国则集中于角色升级类网络游戏。这一新发现为其分析虚拟财产的本质提供了坚实的实证基础,亦为其解决为什么以及如何保护虚拟财产的问题厘清了研究范围。

就为什么要保护虚拟财产的问题,他系统地归纳了国内外保护虚拟财产的魔圈理论、财产理论、化身权理论、消费者权益保护理论、安全保障义务理论等,不但拓展了研究虚拟财产的相关视角与领域,而且还融入了其作为法官的实践性思考。

就如何保护虚拟财产的问题,他广泛吸收国内外既有虚拟财产判例之精神,系统地提出了虚拟财产民事司法保护的规则和原则,如利益衡量原则、产业导向原则和技术中立原则等。尤为重要的是,在方法论上,他并没有停留在作为法官所熟悉的解决实际问题的解释论立场,而尝试了从立法论的角度去反思并升华解决该问题的终极途径;在学科知识运用上,他从法经济学的角度探讨了虚拟财产物权保护模式的利弊,从民刑一致性评价的角度反思我国虚拟财产民刑司法保护的问题。这种整体性思考也为其带来了一些新颖而有益的独立见解,比如,他从民法的合理期待理论和债权侵权理论出发分别提出我国虚拟财产司法保护的合同法规则与侵权法规则等。

作为一名一线法官,在繁重的审判工作之余,凭其毅力与坚持能完成博士论文之撰写,也确属不易。亦让人欣喜地看到了,仍有法官在坚持着追求与探索学术理论、思考与应对实践问题,怀抱有法治之理想。一分耕耘,一分收获。江波博士不但基于博士论文顺利通过评审、答辩、喜获博士学位,而且还基于其丰富的司法实践经验与在撰写博士论文过程中积累与表现出的深厚理论功底被腾讯邀请加盟。

如今,江波已经在腾讯任职四年,对虚拟财产的法律保护问题有更为全面而深刻的认识和理解,他在博士论文的基础上又做了一些更为深入与针对性的实践研究,比如有关虚拟财产的继承问题。不仅如此,他还将虚拟财产的司法保护从常态的民法适用为核心拓展到刑事司法保护,从而使书稿在博士论文基础上得以更大的提高与充实。应该说江波博士的这部著作在一定程度上做到了法学内部多个学科(知识产权、民法、刑法、诉讼法等)的综合运用,甚至还尝试了从法经济学的角度丰富其论证。由于作者曾是一线法官,现在又是一家世界著名互联网企业的法律服务者,该著作不乏丰富的实践素材。在此意义上,该著作无论是对虚拟财产的理论研究者还是相关实践者都有较强的参考价值。

该著作亦有进一步完善之处。在整个论证中,其丰富的实践素材跟理

论论证的结合还不够平滑与完美。法学科之外知识(如网络工程、经济学科知识等)的运用也还不够丰富与娴熟,甚至是有所欠缺。复合型知识的欠缺恰是我国法学学科教育所存在的共有弊病。丰富法科学学生的知识(尤其是复合型知识)结构,丰富所有学科学生的复合知识背景,应为我国未来的高等教育所重视。

无论如何,在本书即将付梓之际,我看到了自己的学生仍坚守其一贯的刻苦与勤奋,看到了他奋战在法律实践一线而仍不失对学术的热爱。有坚持法治理想与信仰并为之不辍追求的法律人在,我们的法治之路仍充满希望。与江波博士、读者及诸法律人共勉!

是为序。

彭诚信

2015年8月27日于哈佛大学法学院图书馆 Langdell Hall

序 二

我有幸认识腾讯法务部总经理江波先生已有数年之久,经常与其交流互联网前沿的法律问题。江波先生对互联网法律问题的思考,并不仅仅停留在实务层面,还延伸到司法和立法层面,视野开阔,见解独到,跟他交流,受益颇多。本书是他对虚拟财产司法保护问题的研究成果,在即将付梓之际,嘱我为之写序,我非常乐意。

江波先生,任职腾讯之前,在我国具有代表意义的高新技术区——深圳市南山区人民法院担任法官长达十余年,经常审理涉及虚拟财产等前沿案件,形成了自己对这一问题的系统看法。不仅如此,江波先生还在审判之余,攻读博士学位,并将虚拟财产的司法保护作为博士论文题目,系统反思我国虚拟财产的司法保护的问题及解决方案。在出任腾讯法务部总经理后,视角更加多元,对虚拟财产保护的思考进一步深化,理论见解日趋成熟。

我认为,他对于虚拟财产司法保护研究的突出成果,着重体现在如下三个方面:

第一,具有扎实的实证研究基础。江波先生具有丰富的审判经验,对于国内虚拟财产司法民刑审判案例非常熟悉,对涉及的虚拟财产民事定性和刑事入罪问题的剖析非常到位。他广泛收集了荷兰、美国、韩国以及我国台湾地区的虚拟财产司法审判案例,充实了实证研究的基础,并且不是停留在具体案件上,还体现在对于虚拟财产在法律事实层面的本质认识上。他具体分析了国内外虚拟财产的不同虚拟环境和产生途径,例如,第二人生游戏这类模拟人生类网络游戏,在美国是一种法学研究的主要对象,在这个虚拟世界中,玩家可以通过网络游戏运营商提供的创作工具创作虚拟物品,运营商还允许玩家享有知识产权。但在中国,这类网络游戏在市场中并未成功运营,国内存在争议较多的虚拟财产,却存在于角色升级类网络游戏——在这个游戏中,玩家并不直接创造虚拟物品,而是在运营商设定的情形下以战



利品的形式获得虚拟物品。通过这些实证研究,他发现我国虚拟财产民刑司法审判的冲突——在我国民事审判并不把虚拟财产认定为物权法下的物,而刑事审判则大多数直接把虚拟财产认定为物权法下的物,进而可以构成盗窃罪的对象——以及与国外司法审判及理论研究的差异。

第二,在大量的国内外实证研究的基础之上,他进行了全面而深入地比较研究。在事实层面,他认识到国内外虚拟财产研究者的不同研究对象后,有区别地借鉴了虚拟财产的保护理论。例如,国外学者对于玩家在第二人生类网络游戏中,通过工具自己创造的虚拟物品是否可以主张财产权时,进行了劳动论、人格论、激励论等方面的论证,但这些理论并不必然就可以直接套用在我国的角色升级类网络游戏当中。在法律层面,他也认识到荷兰等国对于虚拟财产盗窃罪的认定,采取了不同于我国的进路,而是一种民刑相对独立的思维——荷兰最高法院认为盗窃罪的对象并不要求是物权法的物,任何无形物品只要对其的事实控制能够从一个人转移到另一个人,都可以构成刑法盗窃罪意义上的物品。这样的比较研究,还体现在网络游戏的最终用户使用许可协议条款的解释、玩家权利的解释等方面。

第三,通过前述扎实的实证研究和比较研究,他立足于我国虚拟财产的现状和未来发展前景,大胆提出了一套比较符合我国虚拟财产民刑司法审判的理论、原则和具体规则。例如,对于虚拟财产的民事司法保护,他提出利益衡量、产业促进和技术中立三大原则,并在此基础之上提出了合同法合理预期理论及规则,以及侵权法下债权侵权认定的司法规则。对于虚拟财产的刑事司法审判,他也强调刑民一致性评价——国内对虚拟财产的民事和刑事司法评价应当一致——的重要性,并提出虚拟财产犯罪的去财产化规则。在这些司法规则构建的过程,他也注意到虚拟财产的立法问题,并从法经济学的角度,认为未来的民事立法不应当将其明确为物,因为在我国将虚拟财产物权化并无法进行资源的有效配置,而且会带来虚拟财产公示制度、财产评估、虚拟货币发行等系列制度性问题。

从上述三个层面而言,他的虚拟财产司法保护研究非常具有可读性,并且能够激发我们更进一步的思考。例如我国未来《民法典》是否应当规范虚拟财产问题,包括是否定性为物,是否可以继承。当然,本书也有一定的不足,例如对于虚拟财产的司法保护,侧重于网络游戏中的虚拟财产,对于其他虚拟财产的分析并不充分。再者,本书对于虚拟财产的立法保护问题的研究,并不够深入。

无论如何,本书瑕不掩瑜,提出的诸多新想法、新观点,都值得参考和进

一步反思。我作为一位长期研究民法理论和实践的学者,欣喜地看到江波先生在这个方面的深入研究和探索,看到他的学术追求,向他表示祝贺,并愿意向各位读者推荐他的作品,希望大家喜欢它。

是为序。

杨立新

中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

中国民法学研究会副会长

中国人民大学法学院教授

2015年5月18日

目 录

绪论 / 1

第一章 虚拟财产概述 / 7

第一节 虚拟财产的概念 / 7

第二节 虚拟财产的存在环境及其产生过程 / 19

第三节 应受司法保护的虚拟财产的类型 / 31

第四节 虚拟财产的特征 / 34

第二章 虚拟财产司法保护现状 / 42

第一节 虚拟财产的民事保护现状 / 42

第二节 虚拟财产的刑事保护现状 / 54

第三节 虚拟财产司法保护现状所揭示的问题 / 62

第三章 虚拟财产司法保护理论 / 68

第一节 魔圈理论 / 68

第二节 财产理论 / 76

第三节 化身权理论 / 98

第四节 消费者权益保护理论 / 102

第五节 安全保障义务理论 / 108

第四章 虚拟财产的民事司法保护 / 113

第一节 虚拟财产司法保护的基本原则 / 113

第二节 虚拟财产司法保护的民法规则 / 123

第五章 虚拟财产的刑事司法保护 / 169

第一节 虚拟财产司法保护的刑法基本原则 / 169

第二节 域外虚拟财产司法保护的状况 / 184

第三节 我国虚拟财产司法保护的规则 / 196

结语 / 211

附件一 国内虚拟财产司法判决选录 / 212

附件二 国外虚拟财产司法保护司法判决选录 / 261

附件三 国外虚拟游戏最终用户使用许可协议选录 / 283

参考文献 / 291