

数字经济下虚拟财产的立法进路

——基于《民法典》第127条与保管合同的视角

康 娜

摘要:《民法典》第127条承认网络虚拟财产为民事权利客体,最终认可了其财产属性,为我国虚拟财产的立法与保护提供了制度基础。但学界对于虚拟财产的具体属性及所有权归属仍莫衷一是,这不利于虚拟财产的保护与数字经济的发展。实际上,网络运营商与用户之间存在双重的合同关系。用户一方面通过与运营商签订“服务合同”而使用其网络平台;另一方面在此平台上以金钱或劳动获得虚拟财产,并将其拥有的虚拟财产一直寄存于运营商服务器中,形成事实上的“保管合同”。从双重合同关系出发,长期悬而未决的虚拟财产法律属性问题可迎刃而解,为未来的虚拟财产立法奠定坚实的法理基础。

关键词:虚拟财产;网络运营商;双重合同关系;保管合同;寄托关系

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.05.006

洛克曾说过,“人们联合成为国家和置身于政府之下的重大的和主要的目的,是保护他们的财产”^①。由此可见,保护公民财产权利是国家的主要职能之一。然而,近些年兴起的一种新型财产形式即存在于网络虚拟空间中的“虚拟财产”(virtual property)^②,却面临着得不到有效保护的尴尬境地。自从2003年首例虚拟财产案件(李宏晨诉北极冰公司)以来,我国虚拟财产侵权案件日益频发(包括盗窃、交易欺诈、运营商侵权等);而虚拟财产能否继承及如何继承也成为实践中的难点。

虽然“虚拟财产”一词由来已久^③,但学界迟迟未对虚拟财产的法律属性达成共识。在我国数字经济迅猛发展的背景下,2020年《民法典》第127条正式承认网络虚拟财产为民事权利客体,最终认可了其财产属性,为我国虚拟财产的立法与保护提供了制度基础。然而,《民法典》第127条只是一个引致条款,并无实际规范内容。学界对于虚拟财产究竟为物权、债权或其他权利,以及所有权归属仍然争论不休,这无疑不利于虚拟财产的保护与数字经济的发展。

实际上,网络运营商与用户之间存在双重的合同关系。用户一方面通过与运营商签订“服务合同”而使用其网络平台;另一方面在此平台上以金钱或劳动获得虚拟财产,并将其拥有的虚拟财产一直寄存于运营商服务器中,形成事实上的“保管合同”(《民法典》第888-903条)。从双重合同关系出发,长期悬而未决的虚拟财产法律属性问题可迎刃而解,并为未来的虚拟财产立法奠定坚实的法理基础。

一、虚拟财产的概念

“虚拟财产”(virtual property),也称“虚拟物品”“网络虚拟财产”或“数字资产”(digital asset),

作者简介:康娜,山东大学法学院副教授(青岛266237;kangna@sdu.edu.cn)。

① 洛克:《政府论》下篇,叶启芳、翟菊农译,北京:商务印书馆,1964年,第74页。

② 也称为“网络虚拟财产”,本文为简洁起见,通称为“虚拟财产”。

③ 大多数学者认为“虚拟财产”一词是舶来品,即英文“virtual property”的翻译;但也有学者认为该词为我国法律工作者的自创,其含义无法与英文“virtual property”完全对应。

指的是在网络环境下、模拟现实事物、以数字化形式存在的,既相对独立又具有独占性的信息资源^①。中外学者对于虚拟财产给出了不同的定义,强调虚拟财产的不同特点。比如,有学者认为,“那些存在于网络环境中,能够为人所拥有和支配并且具有一定价值的网络虚拟物和其他财产性权利都可以看作广义上的虚拟财产”^②。也有学者认为,“网络虚拟财产是指虚拟的网络本身以及存在于网络上的具有财产性的电磁记录,是一种能够用现有的度量标准度量其价值的数字化的新型财产”^③。美国学者 Fairfield 认为,虚拟财产是一种新兴的财产形式(emerging property form),可定义为具有竞争性(rivalrousness)、持久性(persistence)、互联性(interconnectivity),并模拟了现实世界特征的计算机编码(code)^④。为帮助法庭判别虚拟财产,Blazer 又增加了虚拟财产的另外两个特征(非必要条件),即存在“二级市场”(secondary market)以及“用户可增值”(value-added-by-users)^⑤。尽管学界对于虚拟财产尚无标准定义,其本质上都是以二进制形式存在的计算机代码(codes)或电磁记录。

虚拟财产的外延具体包括域名(URL)、网站、电子邮箱、即时通讯、社交账户、网络游戏账号、网络商铺、虚拟货币(含游戏币、比特币等电子货币)^⑥、虚拟装备等一切存在于网络空间的电子数据与信息。随着互联网技术的不断发展,将会不断出现新型的虚拟财产,使得虚拟财产的外延扩大。

二、虚拟财产的财产属性

由于虚拟财产涵盖范围极广,如何准确把握虚拟财产的法律地位与属性,是一个基础性的根本问题。首当其冲的问题是,虚拟财产是否可以恰当地称为法律意义上的“财产”。换言之,虚拟财产究竟是否具有财产属性。

一般来说,财产是具有经济价值的有体物、智力成果和利益^⑦。作为财产所必须具备的条件有以下三个:(1)具有有用性,必须对于人有效用,能满足人的某种需要,包括物质需要和精神需要,因而具有使用价值和交换价值;(2)具有稀缺性;(3)具有流通性,必须能为人力所控制,可以流转^⑧。不难看出,虚拟财产完全满足有用性(用户可从虚拟财产获得价值)、稀缺性(虚拟财产的供给有限)与流通性(虚拟财产可交易转让)这三大条件,在此不再赘述。

在国际上,对于虚拟财产的财产属性作出最为全面而深入解析的当属 Lastowka 和 Hunter^⑨。该文从“描述性解释”(descriptive account)与“规范性解释”(normative account)两方面阐述虚拟财产的财产属性。从客观的描述性解释来看,以网络游戏为例,获得虚拟财产的途径主要包括金钱购买,或投入大量的劳动时间。对于时间约束紧迫的游戏玩家而言,以金钱交换虚拟财产是自然的选择,导致虚拟财产交易市场的兴起与繁荣。美国经济学家 Castronova 研究了“大型多人在线角色扮演游戏”(Massively Multi-player Online Role-Playing Game)Norrath 的经济价值,发现 Norrath 居民的名义小时工资为 3.42 美元(根据虚拟财产的市场价值估算),人均 GNP 介于俄罗斯与保加利亚之间,其虚拟白金币相当于 1 美分,价值高于日元与意大利里拉^⑩。由于虚拟财产在现实世界具有价值(比如,可

① 林旭霞:《虚拟财产权性质论》,《中国法学》2009 年第 1 期。

② 刘惠荣:《虚拟财产法律保护体系的构建》,北京:法律出版社,2008 年,第 9 页。

③ 杨立新、王中合:《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》,《国家检察官学院学报》2004 年第 6 期。

④ Fairfield, Joshua A. T., “Virtual Property”, *Boston University Law Review*, 2005, 85, p.1089.

⑤ Blazer, Charles, “The Five Indicia of Virtual Property”, *Pierce Law Review*, 2006, 5, p.137.

⑥ 李威:《论网络虚拟货币的财产属性》,《河北法学》2015 年第 8 期。

⑦ 刘定华、屈茂辉:《民法学》,长沙:湖南人民出版社,2001 年,第 17 页。

⑧ 彭万林:《民法学》,北京:中国政法大学出版社,1996 年,第 49 页。

⑨ Lastowka F., Hunter D., “The Laws of the Virtual World”, *California Law Review*, 2004, 92, pp.1-73.

⑩ Castronova, Edward, “Virtual Worlds: A First-Hand Account of Market and Society on the Cyberian Frontier”, CESifo Working Paper, 2001, No. 618.

在 eBay 或其他交易平台出售游戏装备或账户),故应视为现实世界的财产。

尽管虚拟财产是无形的(intangible),且有时限性(efanescent),但并不影响其财产属性。作为虚拟财产,本质上不过是存在于运营商服务器中的一些二进制代码。这些二进制代码本身是无形的,一旦服务器关闭则马上消失。然而,物权法在过去 200 年的重大发展便是从有形(tangible)的财产到无形的财产(intangible),比如知识产权。例如,可口可乐的秘密配方可能永远不会公开,但这并不妨碍知识产权法对它的保护。因此,虚拟财产的无形性并不妨碍其财产属性。虚拟财产也不是永恒的。一旦用户不再按时缴纳月费,则可能无法登陆其网络游戏空间;或者运营商破产倒闭,则相应的虚拟财产也会在一定时限后消失。但是,现实中的许多财产权也有时间上的限制,比如租赁持有地产权(leasehold)、采矿权、建设用地使用权、农村土地承包经营权。因此,虚拟财产的时限性也并不妨碍其财产属性。

2017 年《民法总则》第 127 条规定“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定”。这是我国法律首次明确对于虚拟财产的保护,并完全为 2020 年《民法典》第 127 条所沿袭。《民法典》第 127 条位于《民法典》的“民事权利”章,该章始于第 109 条,终于第 132 条,按照“主体—权利—客体”这一逻辑链条依次展开。其中,第 109-125 条对法定的人身权和财产权进行了列举,而第 126 条对于所列权利之外的其他民事权利和利益作了兜底性规定。因此,《民法典》第 127 条所规定的数据和网络虚拟财产只能是第 109-126 条之间某类权利的客体,故本质上为民事权利客体^①。这意味着,《民法典》第 127 条正式确立了虚拟财产的财产属性。这使得关于虚拟财产是否为法律意义上的“财产”之争论落下帷幕,无疑是我国虚拟财产立法的一个里程碑。

三、虚拟财产究竟为物权、债权或其他权利

尽管《民法典》第 127 条规定“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定”,但这只是一个引致条款,并无实际规范内容。虽然《民法典》第 127 条已确定虚拟财产的财产属性,但学界对于虚拟财产究竟是怎样一种财产则存在明显分歧,大致包括物权说、债权说、知识产权说、无形财产说、新型权利说等。其中,知识产权说^②、无形财产说^③与新型权利说^④均有明显缺陷,且影响力较小,不再赘言。物权说与债权说影响力较大,而物权说略占上风,下面分别进行评述,并探讨未来立法取向。

(一) 物权说

物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利。将虚拟财产视为一种特殊的“物”,而将虚拟财产享有的权利视为“物权”,这是最自然也最直观的认识。比如,杨立新、王中合认为,“虽然传统的物权理论认为物权的客体应占有一定的空间并有形的存在,应当具有有形性和独立性的特征,但是随着社会经济和现代科学技术的发展,物的范围早已不限制在有形、有体的范围内,只要具有法律上的排他支配可能性或管理的可能性,都可以认定为物”^⑤。显然,虚拟财产具有在法律上排他支配与管理的可能性,比如,网络运营商或用户可以登录账号查看、编辑或删除其虚拟财产^⑥。刘惠

① 瞿灵敏:《虚拟财产的概念共识与法律属性——兼论《民法总则》第 127 条的理解与适用》,《东方法学》2017 年第 6 期;刘炼箴:《民法典“数据与网络虚拟财产”条款研究》,《上海法学研究》(集刊)2020 年第 15 卷。

② 2004 年,中国人民大学王宗玉副教授曾认为,虚拟财产从内容中讲,它是一种智力成果,接近于知识产权。参见荆龙:《“虚拟财产”面对现实考量》,https://www.chinacourt.org/article/detail/2004/02/id/104262.shtml,访问日期:2021 年 2 月 12 日。

③ 张永兵、冯玥:《网络虚拟财产法律性质探析》,《湖北行政学院学报》2014 年第 2 期。

④ 刘德良:《论虚拟物品财产权》,《内蒙古社会科学》2004 年第 6 期;李岩:《虚拟财产继承立法问题》,《法学》2013 年第 4 期。

⑤ 杨立新、王中合:《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》,《国家检察官学院学报》2004 年第 6 期。

⑥ 林旭霞:《虚拟财产权性质论》,《中国法学》2009 年第 1 期。

荣则根据虚拟财产的客观实在性、交换价值、特定性(特定化的物)、支配性和控制性、稀缺性、独立性、非人身性,详细论证了虚拟财产作为物的学理特征^①。

然而,也有学者从“物权法定”的观点出发,认为既然法律未规定虚拟财产为物权,故不是物权。但从立法的历史来看,物权的定义范围并非一成不变,而是不断地随时间与技术发展而扩大。显然,在电力、煤气、天然气发明之前,是不可能算作物权的。事实上,已有学者将网络虚拟财产视为“习惯物权”,认为虚拟财产满足习惯物权的三个要件,即存在习惯事实,存在公示方法,以及存在法院认可^②。

(二)债权说

在采用德国民法体系的国家,物权与债权两分法是财产权的主要特征。而我国的民法也以此二元体系为理论基础。为此,也有学者主张将虚拟财产定位为债权。比如,针对网络游戏,有学者认为,“对玩家而言,网络虚拟财产的法律属性实质上是一种通过合同确立的债权”^③,但也承认虚拟财产具有物权化的特征。另有学者认为,“每一个虚拟物品就是一张合同,由玩家占有后即视为合同签订并转变为虚拟财产”^④。也有学者把虚拟财产一分为二,将计算机文件、信息空间、网络集合物(网站等)视为物权,而将网络游戏、虚拟社区与通讯系统中(QQ、电子邮箱等)的虚拟财产视为债权。还有学者认为,“对于网络用户来说,网络虚拟财产具有债权的属性,但在一定条件下会发生物权化的结果”^⑤。

然而,在法理上将虚拟财产视为债权(凭证),是一种很不自然的曲折解释,因为“实际上目前的游戏实践中并不存在这种具有债权属性的虚拟物品”^⑥。如果每个虚拟财产就代表一份合同,那么这些“虚拟”合同的数量恐怕将大大超过现实中签订的合同,或许有必要重写合同法。债权说的另一尴尬后果是,债权无法被盗窃,而虚拟财产(比如游戏装备)却可能被盗。

在司法实践上,债权说也难以为民众所接受。比如,对于游戏玩家而言,其直觉会强烈认为自己投入时间与金钱所得的宝剑理应就是自己的,怎么会是债权凭证呢?同样道理,一封电子邮件的作者或收件人也会认为该邮件属于自己,而非债权。即使是网络运营商,也通常不会将虚拟财产视为自己对用户的债权凭证。

综上所述,物权说与债权说各有优缺点,尽管本文倾向于物权说。作为一种新兴事物,虚拟财产难以符合物权或债权的所有特征。即使我们对于物权说与债权说的每个优缺点都达成共识,但这些优缺点在不同学者心中的分量也难以一致,使得最终结论依然不同。由于《民法典》第127条并未明确虚拟财产的具体属性,故学界关于虚拟财产究竟为物权、债权或其他权利的争论仍将继续。

在未来的立法方面,主要有以下三种选择。第一种选择,通过立法承认虚拟财产为物权。事实上,2016年5月27日《民法总则(草案)》征求意见稿的修改稿之第102条曾规定:“物包括不动产与动产。法律规定具体权利或者网络虚拟财产作为物权客体的,依照其规定”,但后来因有反对意见而将网络虚拟财产从条文中移出^⑦。第二种选择,通过立法承认虚拟财产为债权。若采用此立法进路,无疑将遇到更大阻力,因为支持物权说的学者更多。第三种选择,维持现状而不通过立法明确虚拟财产究竟为物权、债权或其他权利。若采取无所作为的第三种选择,虽然阻力最小,但谁也不会满意,学术争论将无休止,而司法实践则莫衷一是;故这是最糟糕的选择。

事实上,明确虚拟财产的具体属性,无论对于虚拟财产的继承、分割(包括继承纠纷、离婚纠纷、合

① 刘惠荣:《虚拟财产法律保护体系的构建》,北京:法律出版社,2008年,第10页。

② 许可:《网络虚拟财产:一个习惯权利的进路》,《学术交流》2016年第11期。

③ 陈旭琴、戈壁泉:《论网络虚拟财产的法律属性》,《浙江学刊》2004年第5期。

④ 房秋实:《浅析网络虚拟财产》,《法学评论》2006年第2期。

⑤ 马一德:《网络虚拟财产继承问题探析》,《法商研究》2013年第5期。

⑥ 刘德良:《论虚拟物品财产权》,《内蒙古社会科学》2004年第6期。

⑦ 杨立新:《民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值》,《东方法学》2017年第3期。

伙纠纷等)^①,还是虚拟财产的刑事保护,均有重要意义。例如,若承认虚拟财产为物权,则盗窃虚拟财产即构成盗窃罪^②;反之,若认为虚拟财产是债权,则盗窃虚拟财产并不构成盗窃罪^③。总之,尽快确立虚拟财产的具体属性(比如物权客体),结束学界争执,并给予司法实践清晰的指南,将是我国虚拟财产立法的下一个目标。

当然,在立法空白的情况下,也可以发挥司法判例对实践的引导作用。比如,2020年7月,最高人民法院与国家发展和改革委员会《关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障的意见》即强调:“加强对数字货币、网络虚拟财产、数据等新型权益的保护,充分发挥司法裁判对产权保护的价值引领作用。”

四、虚拟财产的所有权归属

不仅虚拟财产的具体属性存在争议,在实践中另一重要问题是虚拟财产的所有权归属。对于现实财产而言,确定所有权归属通常并不困难。然而,虚拟财产与现实资产的本质区别在于,它创造于网络运营商的平台上,且一直保留于网络运营商的服务器中(一旦服务器关闭,则虚拟财产将不再呈现于用户),使得虚拟财产的所有权归属成为难题。

一种观点认为虚拟财产所有权应归网络运营商,而用户仅有使用权。比如,杨立新、王中合认为:“把网络虚拟财产归属于网络运营服务商(ICP)较为合适,这样可以更加有利于平衡用户和网络服务运营商之间的利益”^④。然而,将虚拟财产的所有权归运营商,在法理上并不合适,因为它毕竟是用户使用金钱或劳动时间所创造的。一般来说,用户对于其虚拟物品通常有极高的认同感,本能地觉得那是他们所拥有的虚拟财产。在实践上,如果运营商拥有虚拟财产的所有权,而用户仅拥有使用权,则用户在删除或转让虚拟财产时,显然还需要征得所有权人即运营商的同意,而这在实践操作中变得十分繁琐。进一步,如果用户只有使用权,还会增加虚拟财产的交易成本,因为每次出售虚拟财产时都需声明,所售只是使用权,而非所有权;而且交易通常在所有者不知情的情况下完成。

在某种意义上,将虚拟财产所有权归属于运营商,或许是一些好心学者为了平衡业界利益而作出的一种扭曲安排。它不仅于理不合,而且在实践操作中困难重重。本质上,虚拟财产由用户使用金钱对价或劳动时间创造于网络运营商的平台上,故所有权理应属于用户。

首先,根据边沁(Jeremy Bentham)的功利主义(utilitarianism)^⑤,如果将虚拟财产的所有权归于用户能够增加社会的总福利,则就应这么做。从社会的角度看,既然这么多人投入如此多的时间与金钱来创造虚拟财产^⑥,那么这些虚拟财产在其创造者心中必然价值很高。而且,这些虚拟财产有时还具有不菲的客观交易价值,比如淘宝商铺、微信公众号等^⑦。显然,如果明确地将虚拟财产的所有权

① 李珊珊、黄忠:《〈民法典〉下虚拟财产的法律属性及其可继承性辨识》,《上海政法学院学报》2021年第1期;许立元、郭纯:《共性与个性:民事案件中网络虚拟财产分割的制度选择与价值追求》,《北京政法职业学院学报》2021年第1期。

② 张明楷:《非法获取虚拟财产的行为性质》,《法学》2015年第3期;陈兴良:《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,《中国法学》2017年第2期;姚万勤:《盗窃网络虚拟财产行为定性的教义学分析——兼与刘明祥教授商榷》,《当代法学》2017年第4期。

③ 刘明祥:《窃取网络虚拟财产行为定性探究》,《法学》2016年第1期;徐彰:《盗窃网络虚拟财产不构成盗窃罪的刑民思考》,《法学论坛》2016年第2期。

④ 杨立新、王中合:《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》,《国家检察官学院学报》2004年第6期。

⑤ 边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,北京:商务印书馆,2000年,第57-61页。

⑥ 截至2020年12月,我国网民规模达9.89亿,互联网普及率达70.4%。参见《第47次〈中国互联网络发展状况统计报告〉》,http://www.199it.com/archives/1041487.html,访问日期:2021年2月3日。

⑦ 张璐:《“后民法典时代”网络虚拟财产的民法保护研究——以“王兵诉汪帆、周洁、上海舞泡网络科技有限公司网络店铺转让合同纠纷案”为例》,《海峡法学》2020年12月。

归于用户,无疑将激励用户创造更多高质量的虚拟财产,从而促进我国数字经济的发展。反之,如果用户不拥有其虚拟财产的所有权,则将妨碍虚拟财产的转让与交易,导致社会资源的浪费。

其次,根据洛克(John Locke)的劳动果实理论(labor-desert theory),当人们通过劳动使得无主的荒野自然变得有价值时,则应收获其劳动果实,成为相应的所有者^①。在一定程度上,洛克的劳动果实理论受到当时开垦美洲荒地的启发。根据这一理论,虚拟财产的创造者(邮箱用户、游戏玩家等)理应拥有其相应的虚拟财产(比如,电子邮件、虚拟物品),因为他们无疑花费了大量的时间与精力。当然,可能有人认为网络游戏并非劳动,但体育运动其实也是游戏(比如,奥运会被称为 Olympic Games),而明星运动员可以得到极高的报酬。从网络虚拟财产原始取得的角度出发,赵自轩认为,“根据劳动取得模式,经营者基于经营行为原始取得网络店铺的财产权,付出算力、电力的‘挖矿人’原始取得比特币的财产权”^②。

再次,根据黑格尔(Georg W. F. Hegel)的人格理论,财产权是人格的一种延伸(an extension of personality);换言之,财产权与自由、身份与隐私相联系,前者作为后者的前提条件^③。比如,婚戒与住房不仅是个人的财产,更与个体的自我意识紧密相连。显然,很多用户都强烈地认同于其在网络空间的虚拟物品,特别是自己的化身(avatar),故给予用户相应的虚拟财产所有权无疑有益于健全其人格。

总之,无论从规范性角度(边沁的功利主义、洛克的劳动果实理论,以及黑格尔的人格理论),还是从描述性的实践角度,在原则上将虚拟财产的所有权归于用户无疑利大于弊,更有益于我国数字经济的战略发展。

五、网络运营商与用户的双重合同关系

虽然虚拟财产的所有权应归属用户,但虚拟财产又必须依赖于网络运营商的服务器平台而存在,容易让人误以为虚拟财产的所有权应属于运营商,而用户只有使用权。而澄清以上认识误区的关键,则在于认清运营商与用户之间的双重合同关系。

(一)用户与运营商的双重合同关系

事实上,在运营商与用户之间,除了明显的服务合同与许可关系外,还存在一种隐性的寄存、保管关系^④。首先,网络运营商(作为许可人,licensor)与用户(作为被许可人,licensee)之间存在许可关系(licensing),即用户通过付费或免费的方式得到许可,使用网络运营商提供的服务。其次,用户(作为寄存人,bailor)与网络运营商(作为保管人,bailee)之间还存在寄托关系(bailment),即用户不仅在网络运营商的平台上创造虚拟财产,而且这些虚拟财产还一直寄存于网络运营商的服务器中。如果认识不到这层隐含的寄托关系,则容易把用户寄存于运营商平台的虚拟财产混淆为运营商的财产^⑤。

寄托法(law of bailments)的历史源远流长,最早出现于罗马法,后广泛存在于大陆法系与英美法系。寄托关系广泛存在于现代社会中,比如,把汽车放在4S店进行维修保养、将物品寄存于仓库、将珠宝寄存于银行保险箱(safe deposit boxes)、邮寄物品或快递、客人在宾馆寄存的行李、把自行车借给

① 洛克:《政府论》下篇,叶启芳、翟菊农译,第16页。

② 赵自轩:《网络虚拟财产原始取得的法律依据与权利归属》,《西南政法大学学报》2020年第5期。

③ 黑格尔:《法哲学原理》,张企泰、范扬译,北京:商务印书馆,1997年,第48页。

④ 参见 Darrow J. and Ferrera G., “Who Owns a Decedent’s Emails: Inheritable Probate Assets or Property of the Networks?”, *N. Y. U. Journal of Legislation and Public Policy*, 2006, 10, p.281. 该文仅将寄存关系用于分析电子邮件,而本文则认为可将此视角推广于几乎所有的网络虚拟财产。

⑤ 王雷认为,应使用“借用合同”(用户借用运营商的网络空间以存放虚拟财产),而非“保管合同”来描述用户与运营商之间的这种关系。然而,由于运营商对于网络空间及其中的虚拟财产拥有很大的控制权,故保管合同更为适用。参见王雷:《网络虚拟财产债权说之坚持——兼论网络虚拟财产在我国民法典中的体系位置》,《江汉论坛》2017年第1期。

邻居使用、暂时将行李交给机场安检等。寄托关系的本质是,寄托人的财产为受寄人合法占有(rightful possession),而寄托人并不转移其所有权(ownership)^①。苏联民法不称之为寄托而称保管,遂为我国所沿用。在我国,寄托制度主要体现于《民法典》第二十一章《保管合同》(第888-903条)。

在美国,寄托法主要由各州自行制定,但大同小异。比如,美国德克萨斯州上诉法庭规定寄托的基本要件为:(1)为了特定目的而由某人将其个人财产交付给另一人托管;(2)对此交付的接受;(3)以明示或默示的合同执行此托管;(4)根据合同意思,此财产将归还寄托人,或依寄托人指示而处置^②。不难看出,这四个要件与我国《民法典》第二十一章《保管合同》的精神基本一致。比如,《民法典》第888条第1款规定:“保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物,并返还该物的合同”;而《民法典》第890条则规定:“保管合同自保管物交付时成立,但当事人另有约定的除外”。

由此可知,保管合同成立的核心要件为“交付”(delivery)。这表明,保管合同为实践性合同,只要寄存人将财物交付给保管人即开始生效,并不要求有明确的合同,而可以是明示或默示的合同(express or implied contract),甚至不需要有建立寄托关系的意识(intent to create a bailment relationship)。比如《民法典》第888条第2款规定的“法定保管合同”^③,即是依照法律规定而不是根据双方当事人的合意直接成立的保管合同。

需要指出,保管人对于保管物的占有并不要求“排他性控制”(exclusive control),而只需要有部分控制权即可。比如,客户将珠宝存于银行保险箱,客户依然可以随时到银行存取其珠宝,故银行仅对客户寄存的珠宝拥有部分控制权,但这并不妨碍寄托关系的成立。类似地,当用户将虚拟财产寄存于运营商平台时,运营商也仅对此虚拟财产有部分控制权(用户仍可登录账户查看、编辑或删除此虚拟财产),但也不影响保管合同的成立。下面以电子邮件、网络游戏中的虚拟财产为例,具体说明虚拟财产作为保管物的性质。

1. 电子邮件。在相当程度上,电子邮件可类比于普通信件^④。对于电子邮件,发信人将写好的邮件通过发送(send)的方式交付给运营商(email service provider),由运营商转交给收信人。虽然电子邮件的交付为自动执行而非当面或手工交付,但依然是有效的交付,故构成保管合同。显然,发信人只是将部分占有权转移给运营商(发信人依然可以通过登录其邮箱账户而查看、转发或删除此邮件),而依然拥有其所有权。需要注意的是,如上文所述,保管合同的成立并不依赖于排他性占有,收信人收到电子邮件后,成为此电子邮件的所有者,而发信人则对此电子邮件的内容依然享有可能的著作权。在通常情况下,保管人应在保管期满或寄托人提前领取时,将保管物归还寄托人。但在电子邮件的情况下,寄托人(用户)可以随时登录电子邮箱下载其电子邮件,故寄托人可以自行控制保管物(电子邮件)的返还,由此减轻了保管人归还电子邮件的负担。但如果寄托人死亡,则保管人应将电子邮件返还其继承人(比如,提供用户名与密码)。

以上分析清晰地表明,用户(发信人、收信人)拥有电子邮件的所有权,而网络运营商仅仅是电子邮件的保管人。当然,电子邮箱本身(不包括其中的电子邮件)为运营商根据服务合同而提供,其所有权属于运营商,而用户仅拥有使用权。

2. 网络游戏中的虚拟财产。有关虚拟财产的一大诉讼焦点为网络游戏中的虚拟财产,故在此特

① Helmholtz, Richard H., “Bailment Theories and the Liability of Bailees: The Elusive Uniform Standard of Reasonable Care”, *Kansas Law Review*, 1992, 41, p.97.

② Darrow J. and Ferrera G., “Who Owns a Decedent’s Emails: Inheritable Probate Assets or Property of the Networks?” *N. Y. U. Journal of Legislation and Public Policy*, 2006, 10, p.302.

③ 《民法典》第888条第2款规定:“寄存人到保管人处从事购物、就餐、住宿等活动,将物品放在指定场所的,视为保管,但是当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。”

④ 如1997年美国纽约州最高法院在 *People v. Lipsitz* 案中曾裁决,“E-mail is comparable in principle to sending a first class letter...”。参见 *People v. Lipsitz*, 663 N. Y. S. 2d 468 (Sup. Ct. 1997)。

别进行阐述。首先,用户通过免费或付费的方式获得使用运营商游戏平台的许可,并签署服务合同(一般通过点击鼠标进行网签)。其次,用户在使用网络游戏过程中,通过以下三种方式获得虚拟财产,即运营商或其他用户馈赠、用户以现金向运营商或其他用户购买、用户通过自己的劳动(游戏时间)获得虚拟财产。无论用户使用以上何种方法获得虚拟财产,无疑都表明用户为虚拟财产的所有者。再次,由于技术原因的限制,用户只能将所有虚拟财产寄存于运营商服务器,因为这些虚拟财产离开其所创制的虚拟游戏环境便没有意义。事实上,这种寄存关系在虚拟财产诞生且为用户所拥有的瞬间就已经成立。换言之,在虚拟财产为用户所拥有的瞬间就自动地寄存于运营商的平台上,因为网游虚拟财产只能存在于运营商的平台。显然,运营商知道用户的虚拟财产寄存于它的服务器中,故寄托人(用户)与受寄人(运营商)存在“合意”(agreement),而且保管物(虚拟财产)已经实际交付给运营商,并存放于其服务器中,故保管合同成立。与电子邮件的情形类似,保管人(运营商)对于网游虚拟财产也仅拥有部分控制权(用户仍可随时登陆游戏平台而使用其虚拟财产),而且不必刻意地返还这些虚拟财产(除非寄托人死亡)。由此可见,尽管网游虚拟财产与电子邮件似乎很不相同,但作为寄托人(用户)寄存于保管人(运营商)的保管物,二者在法律性质上则是一致的。其他形式的虚拟财产,比如微信或QQ的聊天记录与文件、网络硬盘文件、有道云笔记、美图秀秀图片、淘宝网店账号、抖音账号等,均可纳入用户与运营商之间寄托关系(保管合同)的统一框架,从而系统而一致地定性虚拟财产及其权利义务分配。

(二)运营商的保管责任

在有关网络游戏的诉讼中,大量案例涉及用户的虚拟财产消失或被盗,而将运营商告上法庭。判决的争议焦点通常是运营商究竟应负何种责任。从运营商保管用户之虚拟财产的寄托关系来看,此法律问题可迎刃而解。在法理上,保管人应适当、合理地保管(reasonable care)寄托人的财产^①。我国《民法典》第892条规定:“保管人应当妥善保管保管物”,并在第897条明确规定保管人的保管责任,“保管期内,因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的,保管人应当承担损害赔偿责任”。更具体地,我国《网络安全法》第10条规定,“建设、运营网络或者通过网络提供服务,应当依照法律、行政法规的规定和国家标准的强制性要求,采取技术措施和其他必要措施,保障网络安全、稳定运行,有效应对网络安全事件,防范网络违法犯罪活动,维护网络数据的完整性、保密性和可用性”。

这或许导致业界担心如将虚拟财产的所有权归属于用户,则运营商将担负过高的保管责任。但事实上,这种担心是多余的,因为《民法典》第897条进一步规定:“无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的,不承担赔偿责任”。在我国大多数情况下,运营商保管用户的虚拟财产并不收费,属于无偿保管,故运营商只需尽到一般水平的保管责任(ordinary duty of care)即可。而且,在此寄托关系中,由于作为寄托人的用户为主要受益人(作为保管人的运营商并不直接受益),故运营商可能只有轻微的保管责任(slight duty of care),即只要证明自己没有故意或重大过失即可。

(三)服务合同与保管合同的关系

既然运营商与用户之间存在着双重合同(服务合同与保管合同),则这两个合同在分配权利与义务时就可能出现矛盾冲突。特别地,用户为了使用运营商的服务,必须先签订由运营商单方面起草的“服务合同”(Terms of Service)或“最终用户许可协议”(End User Licensing Agreement,简记EULA),故服务合同为明示合同且签约在前;而保管合同为默示合同且仅在用户获得虚拟财产之后才成立,因此前者(服务合同)可能对后者(保管合同)形成限制、障碍或冲突。

事实上,大多数由运营商单方拟定的服务合同均将虚拟财产的所有权占为己有,并禁止用户继承

^① Antor, Kurt Philip, Note, Bailment Liability, “Toward a Standard of Reasonable Care”, *S. California Law Review*, 1988, 61, p.2117; Helmholtz, Richard H., “Bailment Theories and the Liability of Bailees: The Elusive Uniform Standard of Reasonable Care”, *Kansas Law Review*, 1992, 41, p.97.

或转让。这或许是基于业界的一种担心,即认为如果虚拟财产属于用户,将增加网络运营商的责任与负担(liability)^①。首先,这种担心是多余的。由于大多数运营商无偿提供此寄存服务,故运营商所承担的保管责任也较轻,只要没有故意或重大过失即可。《民法典》第 897 条明确规定,“无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的,不承担赔偿责任”。其次,服务合同通常为格式合同(contract of adhesion),用户一般通过点击鼠标而在线签约,要么全盘接受,要不无法使用运营商的服务。因此,这种一边倒的格式合同不仅在订立程序上显失公平(大多数用户并未阅读合同细节),而且在实质内容上也很可能显失公平^②,比如,规定用户不能继承或转让其所购买的虚拟财产。事实上,在美国已有法院判决网络运营商服务合同显失公平的先例^③。

另外,服务合同的法律效力还受到公共政策(public policy)的限制与制约,故完全可以通过立法进行约束。如美国康涅狄格州早在 2005 年即立法(General Statutes of Connecticut § 45a-334a.),规定电子邮箱供应商(electronic mail service provider)应允许死者的继承人访问其生前电子邮箱。美国特拉华州 2014 年制定的《数字资产与数字账号受托访问法》(Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts Act)第 5004(b)条款也规定,除非用户特别同意限制受托访问(fiduciary access),否则 EULA 禁止继承或受托访问的条款无效。

(四)隐私权的考量

网络运营商还经常以保护用户的隐私权为由,而拒绝将死亡用户的虚拟财产归还给其继承人。经典案例包括 2005 年美军伊战阵亡士兵 Justin Ellsworth 的父亲对雅虎公司的诉讼案。但隐私权的因素显然被网络运营商夸大了。首先,无论是大陆法系还是英美法系,一般均认为人死之后,法律将不再保护其隐私等人格利益,因为权利能力始于出生,终于死亡,而权利能力一旦消灭,将同时丧失其作为权利主体的资格,包括隐私权在内的人格权亦随之消逝。其次,虚拟财产的隐私问题并非全新的法律问题。正如电子邮件、QQ 等包含私密的个人信息(乃至涉及第三方的隐私),传统的信件、日记、水洗相片也同样可能包含敏感的私人信息,但这并不妨碍其为死者的继承人所继承。而且,电子邮件等所包含的信息可能对于用户的继承人具有很高的精神价值甚至经济价值(比如名人信件或手稿),如果过度保护隐私权,将导致人类数字遗产流失的危险(用户死亡后即删除)。

当然,究竟应怎样保护隐私权还应尊重用户个人的意思表示。比如,如果用户希望死亡后不把包含隐私的虚拟财产留给其继承人,则完全可以根据契约自由(freedom of contract)的原则,要求运营商保护其电子邮件等隐私信息不被继承。另一方面,如果用户无此要求,则运营商不允许继承虚拟财产的格式合同应被视为显失公平而无效。

六、结论

网络虚拟财产的法律属性是民法中一个悬而未决的重大问题。虽然《民法典》第 127 条确立了虚拟财产的财产属性,但它究竟是物权、债权或其他权利,以及虚拟财产的所有权归属依然莫衷一是。由于技术性原因,虚拟财产诞生于而且只能存在于运营商的服务器平台上,从而造成虚拟财产属于运营商的假象。事实上,虚拟财产为用户通过金钱对价或劳动所得,故其所有权理应归属于用户;只不过用户在获得虚拟财产后立即将其寄托给运营商保管,并寄存于运营商的网络平台上,形成事实上的

① Bartle, Richard A., “Pitfalls of Virtual Property”, *The Themis Group White Paper*, London, 2004, 4, pp.1-23.

② 梅夏英、许可:《虚拟财产继承的理论与立法问题》,《法学家》2013 年第 6 期。

③ 在 2007 年,美国宾夕法尼亚州地方法院裁定网络游戏供应商 Second Life 的服务合同中有关仲裁的条款显失公平(unconscionable)。参见 Duranske, Benjamin Tyson, *Virtual Law: Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds*, Chicago, American Bar Association Press, 2008, p.27.

保管合同。认清运营商与用户的双重合同关系,即许可关系(服务合同)与寄托关系(保管合同)并存,正是建立关于虚拟财产法律属性及所有权归属之统一理论框架的关键所在,可以进一步解决虚拟财产的法律适用问题,增强对虚拟财产及其交易的法律保护,以及理顺虚拟财产的继承与受托访问等问题。因此,我国未来虚拟财产立法进路的一个可行方案为:首先,承认虚拟财产为物权;其次,承认虚拟财产的所有权原则上归用户;再次,从双重合同(服务合同与保管合同)的视角,规范网络运营商与用户之间的关系;最后,具体细化对于虚拟财产的刑事与民事保护。当然,任何立法方案都不可能完美,而我们只能寻找最为合理而可行的方案。

On the Legislation of Virtual Property Under Digital Economy —A Perspective Based on Article 127 of the Civil Code and Bailment Contract

Kang Na

(School of Law, Shandong University, Qingdao 266237, P.R.China)

Abstract: Article 127 of China's Civil Code acknowledges virtual property as an object of civil rights, which finally recognizes its property attribute, and provides an institutional foundation for the legislation and protection of virtual property in China. However, legal scholars still disagree on the specific attributes and ownership of virtual property, which is not conducive to the protection of virtual property and the development of digital economy. Our research shows that there exists double contractual relationship between network operators and customers. On the one hand, customers gain access to network platforms by signing a "service contract" with operators. On the other hand, customers acquire virtual property at these network platforms through money or labor, and deposit them therein, which constitute a de facto bailment. From this perspective of dual contractual relationship, many longstanding legal problems about the legal nature of virtual property can be readily resolved, and thus lay a solid legal foundation for future legislation about virtual property.

Keywords: Virtual property; Network operators; Dual contractual relationship; Bailment contract; Sustenance relationship

[责任编辑:林 舒]