

构建网络经济中的民事新权利:代码空间权*

吴伟光

(清华大学法学院,北京 100871)

摘要:代码空间是代码空间主体利用代码技术所形成的社会与经济活动区间,是一种新型社会供给。对于代码空间应有专门的民事权利来保护,此种权利即代码空间权。代码空间权的主体可以被称为代码空间主体,代码空间权的客体是代码空间。代码空间权的权能包括代码空间自主权和代码空间自治权。代码空间自主权是指代码空间主体对代码空间的存在、运营和进入的排他性控制权利,网络主权可以看成是这一权能在国家主权上的延伸。代码空间自治权是指代码空间主体对代码空间内部的代码设施和行为规范有排他性的管理和运营权利。目前在网络经济中频繁发生的侵犯虚拟财产的行为大都可以视为对代码空间权的侵害。代码空间权可以成为规范网络经济的一种新型民事权利。

关键词:代码;代码空间权;虚拟财产;网络经济;大数据

中图分类号:DF51 文献标识码:A 文章编号:1005-9512-(2018)04-0111-13

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2018.04.010

一、问题的形成

代码技术是网络社会中的基础技术。人们可以通过代码技术重新组织社会,形成新的社会组织形式和社会关系。如果人们以足够抽象的视角来观察社会发展的路径,就可以发现到目前为止,人类社会经历了依赖血缘、宗教、公权力和私权利等多种制度工具来组织社会的过程。由于自私性所导致的相互竞争,人类需要媒介来传递相互信任的信息,从而形成合作组织来增强其竞争力,以解决霍布斯所说的“所有人对所有人的战争”的问题,信任的基石便是这个社会组织最神圣的崇拜物,它们在前述多种制度中分别对应着祖宗神圣不可侵犯、上帝神圣不可侵犯、国王神圣不可侵犯以及财产权神圣不可侵犯等这些神圣性原则。^①网络社会之前的工业社会是以商品生产为社会供给的载体,以市场交易为组织方式而形成的社会组织形式,对商品的私权利保护和交易秩序的维护便是这种社会最

作者简介:吴伟光,清华大学法学院副教授、博士研究生导师,法学博士。

* 本文受清华大学社会科学学院和数据研究院合作计划和清华大学自主科研计划文科专项“大数据技术的法律规范:原理、立法与实施”(项目批准号:2016THZWY04)经费支持。

^①“我们应当避免将信任网络看作是原始的礼俗社会所遗留的残渣,它们绝非仅现于传统的血缘组织,也绝非仅受制于传统社会,而是无论何时都在被创造或被恢复……信任网络不断推陈出新。”[美]梯利《信任与统治》,胡位钧译,上海世纪出版集团2010年版,第16-17页。

核心和神圣的秩序基础。目前的法律制度主要是对这种社会组织形式的认可和保护。

然而,在今天的网络社会中,仅仅依赖工业社会时期的主要针对有形商品的产权法律制度已经难以支撑网络经济的秩序大厦。因为网络经济联系中的经济组织形式已开始脱离传统的单个商品和市场交易这样的概念而形成新的组织形式。人们可以感觉得到,在网络社会与经济中商品和服务这两个在工业社会中比较清楚和独立的概念之间的界限变得越来越模糊。^②以互联网络为代表的代码技术正在成为新的社会组织形式。企业利用代码技术将自己的商品、服务、劳动、智慧以及创意等综合在一起形成新的社会供给而不断和实时地提供给社会。这一通过代码技术所形成的组织即人们所说的代码空间已经成为企业法益的重要载体和表现,代码空间也是社会成员相互组织和配合的重要媒介。然而,代码空间还没有成为明确的权利客体,这使得围绕代码空间这一新型社会供给和法益的行为规范和纠纷处理变得越来越复杂和不确定,损害了整个网络社会与经济活动的信任基石。

例如,围绕虚拟财产的犯罪问题应该依赖何种罪名来定罪和量刑在我国的理论和实践中都产生了诸多分歧和争议。产生这些分歧的主要原因便是无论是依据现有的侵害财产权的罪名还是依赖侵害计算机系统的罪名来定罪量刑都无法令人满意。^③又如,在共享经济中,被单个产权所保护的物正被网络化而形成众多产品的网络化组织即物联网,那么,对其中单个财产的侵害行为该如何定性,也遇到了理论上和实践中的问题。最近频繁发生的破坏网络共享单车的行为,包括毁损、上锁专用、贴伪造的二维码诈骗、竞争性破坏等行为,如何评价其法律性质,行为人各自应该承担什么法律责任等,在研究者间产生了很大分歧。^④此前,很多与网络经济相关的争议由于没有明确的权利依据而不得不依赖我国《反不正当竞争法》第 2 条这一一般性条款来解决。^⑤

这些困境的产生都说明我国目前的民事权利配置都是网络社会之前的工业社会的产物和概念,是以规范和保护独立和静态的商品的产权与市场交易为主要目的的。然而,这种权利配置在网络经济中越来越力不从心,因为网络经济中的经营主体可以依赖代码技术形成网络化的和动态的网络空间,并且运营和管理这一空间,而被网络化的人或者物都仅仅是这一网络空间中的一部分而已。这种空间越来越成为明确的社会供给和独立的法益,需要新型民事权利加以认可和保护。笔者于本文中,将这一网络经济中针对代码空间的新型民事权利称为“代码空间权”,这一权利的客体是“代码空间”,权利主体则是“代码空间主体”。

二、代码空间权的相关概念、特征和法理基础

(一) 代码空间权的相关概念

代码空间权的提出和构建涉及两个重要的概念,即代码空间和代码空间主体。

代码空间是代码空间主体利用代码技术所形成的运营和组织空间。该空间存在的技术基础是代码空间主体运行和维护的代码程序。代码空间的存在的表现是利用代码技术所形成的具有公示性和

^②例如,在版权领域中,用户通过网络获得各种版权内容的行为是购买了商品还是接受了在线服务,已变得模糊了。又如,在网络游戏中,游戏玩家获得的各种装备或者虚拟货币是属于玩家自己的物品还是仅仅是网络游戏运营者所提供的服务的一部分,也都变得模糊。在电子商务中,通过网络形成的订制服务越来越普遍,使商品和服务之间的界限也变得模糊不清。

^③在刑事案件中,传统刑法相关条款如何适用成为一个焦点难题。参见于志刚《“双层社会”中传统刑法的适用空间——以“两高”〈网络诽谤解释〉的发布为背景》,《法学》2013 年第 10 期。

^④例如,关于破坏共享单车的行为在刑法上如何定性的问题,专家学者们在盗窃罪、破坏生产经营罪还是寻衅滋事罪上都有较大争论,在犯罪数额上计算的标准是单车还是共享等问题上也都有较大争论。《专家研讨:对共享单车虐待、上锁专用等行为的定性》,http://mp.weixin.qq.com/s/Eqq0W0bYJ_073JxnVqn_JA 2017 年 3 月 14 日访问。

^⑤有学者统计有关互联网络的新型不正当竞争案件主要涉及浏览器、安全软件、搜索引擎、游戏、网页、数据库以及通信等,这些案件在不正当竞争行为认定时大都需要依据我国《反不正当竞争法》第 2 条。参见张钦坤《中国互联网不正当竞争案件发展实证分析》,《电子知识产权》2014 年第 10 期。

排他性的组织空间,如同利用砖瓦形成的物理空间一样。该空间的功能是代码空间主体利用该空间所提供的各种虚拟的或者与现实相关联的社会供给,是一种新型的劳动成果的载体。代码空间是代码空间主体利用代码技术所产生的组织空间,社会成员以何种方式和身份在代码空间中活动是代码空间主体的规范自由。代码空间所包含的具体类型非常广泛,并且在不断增加和变化,就如同物权法中的物的概念一样,其内容相当广泛,从一枚回形针到一栋房产都被包括在内,而且物的具体形态也是民事主体不断创设的内容。代码空间可以存在于一个计算机之中,例如单机的电脑游戏,也可以通过网络形成庞大的网络空间,如电子商务平台或者网络游戏等。代码空间可以是完全虚拟的,也可以是与现实中的物联系在一起,所谓物联网空间,如网络共享单车。代码空间中的用户的行为可以仅仅局限于代码空间的内部,例如虚拟空间的电子游戏,也可以延伸到代码空间的外部现实世界,例如代码控制的智能机器人或者无人飞行器,即与有体物相联系而形成的与现实相结合的物联网空间。例如,小米公司所提供的多种电器都可以通过手机上的 APP 相互连接和在网络上控制。^⑥ 这种以 APP 为控制核心的将众多电器联系在一起的体系就是一种典型的代码空间。

就目前代码空间所能提供的社会供给状况来看,代码空间可以分为四类。第一类主要是提供信息内容的代码空间,例如门户网站、视频网站以及信息存储服务网站等。第二类是基于交互式信息交换的代码空间,例如社交网站、网络游戏以及电子商务网站等。第三类是与实体物相链接和控制的代码空间即物联网,例如共享单车、车载 GPS 设备以及网络控制的街景车等,这一类代码空间是通过实体物将自然人的行为通过网络来组织、管理和服务的。第四类将是未来的人工智能产品,例如自动驾驶汽车和智能机器人。智能机器人本质上是代码空间主体所设计、管理和控制的代码空间。这类代码空间的特点是通过该空间将智能机器直接进行网络化控制、管理和提供服务,使得自然人成为该代码空间供给的纯粹接受者。对于不同的代码空间而言,其组织方式、管理程度和对社会的供给都不同,也对应着不同的权利义务关系。

代码空间与知识产权(尤其是版权)所保护的客体的重要区别是代码空间的形式和内容可以是动态的和变化的组织活动,而不是静止的和固定的内容或者信息。代码空间是以通过技术所形成的排他性来实现权利的公示,例如域名、账号管理和各种限制性技术措施等,而不是通过独创性概念或者商标注册、专利申请这样的制度方式来实现权利的公示。

与代码空间相近的概念还有虚拟空间(virtual space)、网络空间(cyber space)、网络平台以及计算机系统等等。代码空间与这些概念在内涵上都有关联性或者一定的重合性,笔者使用代码空间这一概念主要基于以下理由。

首先,代码空间的概念与前述虚拟空间、网络空间等概念相比,在技术上更具有一般性和包容性。代码是计算机和网络技术的基础,也是代码空间主体在计算机和网络中构建、组织和管理该空间的基本技术工具。其他的概念如虚拟空间、网络空间、网络平台或者计算机系统等都是代码技术的某种具体表现。例如,一般认为方兴未艾的物联网是与虚拟空间相对立的概念,但笔者认为其属于本文中的代码空间。因此以代码这一最根本和最一般的技术特征来描述这一权利客体更具有包容性。空间一词则表明了该权利客体是利用代码技术所构建的具有自主性和自治性的组织区域,具有以代码技术表现出来的公示性和排他性。

其次,目前在我国刑法中多采用的计算机系统这一概念来指代与计算机有关的法益载体,然而,代码空间这一概念比计算机系统的法律含义更丰富。计算机系统本质上是一个技术概念,指的是计算机运行的指令体系,并不是明确和稳定的法益载体,因此将其作为一般意义上民事权利客体来对待将遇到困难。例如,互连网络在技术上被划分为应用层、传输层、网络层、数据链路层和物理层,^⑦这

^⑥《小米宣布成全球最大智能硬件 IoT 平台》,《南方日报》2017 年 11 月 30 日。

^⑦[美] Andrew S. Tanenbaum 《计算机网络》(第 3 版) 熊桂喜、王小虎等译 清华大学出版社 1998 年版 第 27 页。

些层次都可以被认为是某种系统,但是却不是笔者这里所说的代码空间,因为代码空间是这些层次中各个系统所支撑的在应用层的一种应用和社会供给。刑法相关罪名中的破坏或者损坏计算机系统指的是对该系统造成物理上的损害或者功能上的减损,与其具体的民事权利无关。^⑧例如,计算机程序也属于计算机系统,但其却是著作权保护的作品,是用于交易的静态客体即商品,而不是本文所指的代码空间。因此计算机系统是代码空间的技术形成但不是代码空间本身,这就如同砖瓦和钢筋混凝土可以构成物权中的建筑物空间,但不是空间本身一样。

代码空间权的权利主体是代码空间主体。代码空间主体是指利用代码技术来构建、运营或者管理代码空间的主体,是代码空间这一社会供给的提供者。^⑨代码空间主体不是具体构建和维护代码空间的技术人员,就如同建筑物区分所有权人不是建筑者一样。代码空间主体对于代码空间这一客体来说既是权利主体,又是管理和规范代码空间的义务主体。代码空间主体可以是自然人以及各种法人,包括我国《民法总则》第 76 条、第 87 条、第 96 条所列举的营利性法人、非营利性法人和特别法人等。例如,阿里巴巴公司便是淘宝网络交易平台这一代码空间的代码空间主体,腾讯公司是微信这一代码空间的代码空间主体。在国际法层面上,主权国家也可以是代码空间主体,对主权国家所运营或者保护的代码空间享有主权。

与代码空间主体相近的概念还有网络服务提供者或者信息社会服务提供者。^⑩这些概念与代码空间主体有联系也有重合,有时这些概念过于宽泛,他们可以包括从网络接入服务提供者到网络应用服务提供者的所有相关主体,例如电信公司以及互联网公司。中国教育和科研计算机网是所有中国大学接入互联网的接入服务提供者,但却不是这里的代码空间主体。有时这些概念又过于狭窄,因为强调的是网络服务,其不包括在单个终端中的代码空间,以及像将来的对自动驾驶汽车、智能机器人等物联网或者智能机器人加以控制的代码空间主体。因此,尽管这些概念和代码空间主体有一定的相关性和交叉性,但是不能代替代码空间主体这一概念。

(二) 代码空间权的基本特征

代码空间权的权利客体是代码空间。代码空间是由代码技术构成的。代码空间主体利用网络和代码可以构建出代码空间,并可以利用代码技术来规范代码空间中成员的行为。代码空间的存在是以代码技术所显示的空间存在告示或者技术限制来宣示空间的存在和其边界的,这就如同物理世界中房屋的四周物理边界。

代码空间既可以仅存在于单个电脑或者终端之中,还可以存在于包含有多个电脑或者终端的网络之中,后者便常常被称为网络空间或者虚拟世界,也可以是其他各种有形物通过网络形成的空间,即所谓的物联网所形成的网络与物共同形成的空间。例如,网络游戏是一种典型的代码空间,其中的背景、角色和规则都是代码空间主体自由决定的。不过,由于代码空间的参与者是同时处于现实世界中的人类,代码空间中的内容通过人这一跨界的主体可以影响到现实世界中的社会秩序,例如侵入他人电脑并遥控摄像头窥视他人隐私的行为既是对受害人的代码空间的侵入行为,也是对受害人在现实世界中的隐私权的侵犯行为。

代码空间权的权利人是代码空间主体。代码空间并不是天然存在的,而是民事主体利用代码技术构建出来的,构建该代码空间的民事主体便应该对其享有权利,如同著作权的主体一般是作者,专

^⑧参见张明楷《刑法学》(下),法律出版社 2016 年版,第 1046-1054 页。

^⑨正如伊桑·卡什(Ethan Katsh)所说,“代码作者就是建筑师”。[美]劳伦斯·莱斯格《代码》,李旭等译,中信出版社 2004 年版,第 112 页。

^⑩我国《侵权责任法》第 36 条采纳了网络服务提供者的概念。欧盟《电子商务指令》将信息社会服务提供者定义为在信息社会中提供服务的任何自然人或者法人,信息社会中的服务的定义非常广泛,包括以任何电子方式非面对面所提供的服务。Directive on e-electronic commerce, Article 2(a), (b). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN> 2018 年 1 月 8 日访问。

利权的主体一般是发明人一样。淘宝或者京东这样的电商平台都属于代码空间,阿里巴巴公司或者京东公司便是享有其权利的代码空间主体。其他如网络游戏运营者、共享单车服务的运营者以及门户网站的运营者等都可以是代码空间主体。除了营利性法人之外,其他性质的法人也可以是代码空间主体,例如用于政务或者公益服务的网站或者手机 APP 的运营者和管理者等。

代码空间权所保护的法益是代码空间主体对代码空间的保持、利用、管理和控制的自由。代码空间主体利用代码空间可以进行任何合法的网络组织活动,这些活动包括:门户网站提供内容服务;用虚拟空间、云盘等提供存储服务;在社交网站或者社交终端提供社交服务,例如微信;网络游戏空间提供游戏服务;电子商务网站提供商品交易;网络分享经济提供分享服务,例如共享单车;将来可能出现的各种以代码和网络为基本技术而形成的物联网经济活动,甚至人工智能机器人服务等。代码空间的法益基本上是财产性利益,即“自由就是财产”。^①不过,由于代码空间在社会中的功能不同,其也可以包含其他法益,包括公共利益和国家主权与安全利益。例如,利用代码技术来实现社会管理和公共安全的做法越来越普遍,代码空间是所有终端的链接和管理中心,那么对这种代码空间的破坏便损害了公共利益。^②有关国家主权、政权安全和军事安全的代码空间,其法益便包括国家利益,这些代码空间也可以构成我国《网络安全法》第 31 条规定的的关键基础设施。

代码空间权是代码空间主体利用代码和网络技术创造社会供给的自由,是自己的劳动自由的延伸,因此,在权利性质上代码空间权应该是民事权利,目前来看主要属于财产权类,是对世权、绝对权、支配权和准物权。不过,这也不排除代码空间权在将来会有人格权性质,因为代码空间的具体内容和形式是不断发展变化的,当代码空间主体的人格利益在代码空间上有所反映时,这种人格利益就可能表现为代码空间权中的人格权部分。例如,智能机器人可以被视为一种代码空间,而将来的智能机器人很可能有自然人的人格利益反映,那么对智能机器人的代码空间权就有可能具有人格权性质。就目前来看,代码空间权还应该主要表现为财产权性质。另外,代码空间权的客体和法益在法律上是没有限期的,因而代码空间权与一般的知识产权不同,其也没有法律上的期限。当代码空间因为各种原因消灭之后,代码空间权也就随之消失。如果代码空间在不同的服务器或者网络中迁移,则代码空间权将跟随迁移,这一权利的客体不会因为有了新的计算机系统来作为支撑,便发生了变化。因为代码空间这一客体是网络中属于应用层上的表现物,并不依附于某一传输层或者接入层。例如,代码空间主体可以选择不同的网络接入服务商来运营其代码空间,这是代码空间主体与网络运营商之间的基础服务选择问题,不直接影响代码空间主体对其代码空间的权利。

代码空间权作为一项新权利可以包含若干具体的权能。目前来看,其主要包括两项主要权能,一是对代码空间的自主权,二是对代码空间的自治权。以后,随着代码技术的发展,代码空间不断扩大,可能还会产生新的权能。例如,当自动驾驶汽车成为可能时,众多的自动驾驶汽车一定是通过代码来管理并形成网络的,这就是一个新型的代码空间,那时的代码空间主体可能就享有新权能。例如,如果有自动驾驶急救车,它便享有优先通行权。也就是说,急救车的代码空间主体在其他代码空间主体面前享有优先通行权,其他代码空间下的自动驾驶汽车必须以代码技术加以识别和避让。就目前而言,各个代码空间之间还是相互独立的,并且主要是线上行为。因此,在本文中笔者主要讨论代码空间自主权和代码空间自治权这两个权能。

(三) 设立代码空间权的法理基础和必要性

设立代码空间权是以明确的民事权利来保护代码空间这一新型财产性法益的需要。人以追求自身的自由为根本目标。技术是人类获得竞争优势的重要手段。每一个新技术的出现都赋予了人利用

^① [美]约翰·R. 康芒斯《资本主义的法律基础》,商务印书馆 2003 年版,第 37 页。

^② 例如,有媒体报道有执法部门已经开始利用智能手环来监管违法人员,这些智能手环便是通过代码空间来管理和实施的,对这种代码空间的破坏不但损害了财产性法益,也损害了公共利益。参见《通州执法办案中心:智能手环可定位嫌疑人行踪》,http://news.xinhuanet.com/legal/2017-03/19/c_1120652907.htm,2018 年 1 月 8 日访问。

这种技术来竞争的自由。代码是一种新技术,为人类带来了新的自由,代码空间主体有利用代码构建出代码空间的自由。代码空间是代码空间主体劳动和智力的结晶,是一种新型的社会供给,不同于之前的服务或者商品,在网络社会中将有可能会取代传统商品。本科勒指出“社会性生产(social production)正在改变商业运行的条件……但是对商业环境的更大影响是社会性生产正在改变企业和企业之外的与个人之间的关系,并通过这一改变来改变企业内部的策略……消费者正在转变成用户,比在工业信息经济中的消费者更活跃和有生产性……当企业开始这样实施时,用来合作的平台和工具在提高,社会性产生的机会和重要性在提升,以及政治经济也开始转变。”^⑬传统民事法律中针对商品和服务二分的权利设置已经无法有效保护这种新型的社会供给形式,因而需要有专门的权利来保护这一方兴未艾的重要法益。“每一个人对他自己的劳动的所有权是所有其他财产权的原始基础,它是最神圣的和不可侵犯的”。^⑭增设代码空间权可以类比于物权中的空间权,^⑮与物权中的空间权相比,代码空间更需要专门的权利保护,因为代码空间主体对代码空间的私力保护能力更弱。代码空间权与商标权有相似的功能。商标权所保护的商誉是经营者所有经营信誉、智慧和劳动的集合,因而需要新权利给予保护,商标标识仅仅是商誉这一法益的载体。经营者通过商誉来实现与消费者之间的沟通和合作,可以超越空间和时间。代码空间像商誉一样,也是代码空间主体向其用户实时和超越物理空间提供效用的载体。以代码空间为明确客体的代码空间权将为规范代码空间主体围绕其代码空间的各种行为提供权利基础。代码空间主体以这一权利为基础,以契约、代码设计和侵权责任作为制度工具,来实现对网络社会行为的治理。^⑯另外,代码空间也为大数据技术的法律规范提供了权利基础。在大数据技术的法律规范中,一个难题便是大数据这一重要和核心法益的权属性问题。^⑰由于数据的表现和存在形式都是代码(在电脑中的任何数据的存在都是代码而已),那么大数据也都是处于某一代码空间之中的大量代码,任何人如果想获得这些大数据就都需要进入这个代码空间来获得这些代码。由此,对代码空间的权利客体的确认和保护便实现了对数据占有这一权利的间接确认和保护。^⑱

在网络经济时代,代码空间主体由于没有针对代码空间的明确权利,在已经发生的案例中仍主要依赖分散的传统民事权利(如知识产权和所谓的虚拟财产权)来保护和规范相应的行为,而传统民事权利的特征都是针对物理边界相对清楚的、内容固定的和状态稳定的独立客体的私权利。在分享经济中(如共享单车经营中)已经出现了很多特殊的行为,如针对共享单车的侵害行为,包括毁坏识别码的行为、盗窃单车的行为、破坏单车的行为以及给单车额外加锁来为自己所用的行为等。对于这些行为目前更多的是以侵害财产权尤其是物权的行来追究法律责任。然而,实际上人们可以发现,这些行为所造成的损害远远不是以单车形式体现的单个财产损失,而是对整个共享经济组织的侵害。这说明,以传统的针对物的财产权作为权利基础来构建网络时代的社会秩序已经力不从心了。

^⑬Yochai Benkler: *The Wealth of Networks, How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006, p126 - 127.

^⑭[英]亚当·斯密《国富论》(上) 杨敬年译 陕西人民出版社 2004 年版,第 154 页。

^⑮我国《物权法》第 136 条确认了空间权。空间权,是指权利人基于法律和规划的规定,对于地上和地下的空间依法利用,建造建筑物、构筑物及其附属设施的权利。参见王利明《物权法研究》(第三版)(下卷),中国人民大学出版社 2013 年版,第 893 页。

^⑯例如,在代码技术下的著作权保护中,技术措施已经成为重要的保护措施,这是一种代码技术的保护。著作权法又对技术措施专门给以保护。这体现在我国《著作权法》第 48 条第 6 款中,破坏技术措施的行为是独立的侵权行为。

^⑰目前在我国司法实践中也只能依赖反不正当竞争法来对大数据加以保护。参见“微梦公司诉淘友公司不正当竞争案”北京知识产权法院(2016)京 73 民终 588 号民事判决书。

^⑱之所以有学者不支持将数据作为民事权利所保护的客体,是因为数据没有确定性或者特定性特征,缺乏独立性,也不是民事客体中的无形物,数据作为客体与民法中客体的实体权表彰功能不相契合。参见梅夏英《数据的法律属性及其民法定位》,《中国社会科学》2016 年第 9 期。

在有关侵害虚拟财产的刑事案件中,考虑到财产这一概念在法学上本身便是模糊不定的,¹⁹有关虚拟财产的犯罪行为,是依据有关侵害计算机系统的犯罪还是有关侵害财产权的犯罪的规定加以处理,在案件裁决和学术理论上也争执不断。²⁰这些分歧和争执的根本原因在于代码空间的特殊性。代码空间既构建在计算机系统之上,又不仅仅局限于技术层面而是社会成员的组织平台和行为平台,以及代码空间主体的意志向用户传递的组织方式。因此,这些争议中所涉及的虚拟财产既有社会组织的关联性又有财产价值,其所涉及直接法益与两者都有关系,但是每一个都不能完全涵盖。如果认为虚拟财产是法律上的财产,则无法解决一个根本问题,即虚拟财产权的权利内容、边界和保护的客体是什么。这些问题如果无法解决,虚拟财产权便是一个模糊的、无法确定的概念,关于虚拟财产权的规则也就无法有效地被遵守。现实世界中的财产(如物权、知识产权或者证券类的财产),其权利的内容、边界和所保护的客体都十分明确,要么通过占有加以明示,要么通过法定公示的方式来加以明示,但是这些特征在虚拟财产上都表现不足。其根本原因是,现实世界中的财产权在制度上是保护法定的秩序,因而财产权的客体具有法定性,但虚拟财产所对应的是代码空间主体的自由,而不是法定秩序。那么创设何种虚拟财产是代码空间主体自由的实现,这使得虚拟财产的表现形式、权利内容和边界等特征一直处于变化之中而无法稳定。因此,将虚拟财产类比于现实世界中的财产来加以保护是有严重缺陷的。

另外,设立代码空间权也是对我国《网络安全法》中的网络主权这一重要概念和政治主张的具体民事权利支撑,它使得这一国际公法中的权利主张更具有说服力。我国在国际社会中已经明确主张“网络主权”,²¹并且,我国《网络安全法》第1条也已经明确规定“网络空间主权”。由于网络主权这一国际法中的权利概念在我国的民商事法律中并没有明确的私权利相对应,这一重要的国际法主张就缺乏明确的公民权利来对应。狄骥认为“个人没有权利,集体也没有权利。”²²尽管国家主权的理论多种多样,²³但国家主权应该是国民权利在国家主体上的体现和延伸,国家主权的存在是为了在国际社会中保护其公民权益的需要,这表现为国家主权中的自保权和不干涉原则。²⁴这是一个国家公民的生命权、自由权和财产权不受其他国家侵犯的体现。代码空间权的提出和落实便可以为网络主权中的不干涉原则和自保权提供更明确的民事权利基础,使网络主权的政治和法律主张更具有合理性和正当性。

为代码空间主体设立代码空间权也是构建网络社会管理秩序的需要。民事权利不仅仅是对民事主体的法益给予法律认可与保护,还是民事主体利用该权利来规范社会其他成员行为的基础。²⁵网络经济中,代码空间主体已经成为规范网络秩序的中坚力量,其法律上的途径即所谓的网络平台的责任。正如莱斯格所指出的,“尽管规制现有网络中的行为很难,但政府采取措施改变或添补网络的架构却不难。并且,正是那些措施,反过来使得网络行为更可规制”。²⁶通过对网络架构的规制来规制

¹⁹“财产(property)指什么?要给这个术语下定义是极其困难的,有位著名的美国财产法学者甚至认为‘这个问题无法回答’。其症结在于‘财产’的法律含义与一般含义具有相当大的区别。普通人认为财产就是物(things),而律师则把财产视为权利(rights)。”[美]约翰·G.斯普兰克林《美国财产法精解》(第二版),钟书峰译,北京大学出版社2009年版,第1页。

²⁰关于这一问题,在民法和刑法领域争论很多。参见于志刚《论网络游戏中虚拟财产的法律性质及其刑法保护》,《政法论坛》2003年第6期;张明楷《非法获取虚拟财产的行为性质》,《法学》2015年第3期;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;申晨《虚拟财产规则的路径重构》,《法学家》2016年第1期;梅夏英、许可《虚拟财产继承的理论及立法问题》,《法学家》2013年第6期。

²¹习近平《在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话》(2015年12月16日,乌镇),http://news.xinhuanet.com/politics/2015-12/16/c_1117481089.htm 2018年1月9日访问。

²²转引自[美]罗斯科·庞德《通过法律的社会控制》沈宗灵译,楼邦彦校,商务印书馆2013年版,第55页。

²³参见[日]篠田英朗《重新审视主权——从古典理论到全球时代》,戚渊译,商务印书馆2004年版,第3-11页。

²⁴参见周鲠生《国际法》(上),武汉大学出版社,第160-162页。

²⁵“权利为主观的法律,法律为客观的权利”根据权利的诸学说中的法力说,权利是为满足特定人享受的合理利益,由法律赋予特定权利人的一种法律手段。郑云瑞《民法总论》(第七版),北京大学出版社2017年版,第113-114页。

²⁶同前注²⁵,劳伦斯·莱斯格书,第55页。

代码空间中的行为便是韩非子所说的“禁奸之法，上者禁其心、中者禁其言、下者禁其事”中的“禁其言”。“代码可以被控制是因为代码的作者可以被控制”，^{②⑦}赋予代码空间主体代码空间权也同时赋予了其相应的义务，代码空间主体应通过对代码空间的维持、运营和管理，为社会提供积极供给，否则便构成违法行为而需要承担我国《民法总则》第 131 条、第 132 条所规定的法律责任。目前由于没有直接将代码空间视为权利的客体，代码空间主体对于用户利用代码空间所进行违法行为便没有了直接的监督和管理义务和相应的法律责任。这种法律责任的分配已经无法满足网络社会与经济中的治理需要，在有关网络的民事和刑事案件中代码空间主体应该如何对用户的违法行为承担责任，于实践中产生了较大的混乱和不确定性。^{②⑧} 回顾历史会发现，在血缘社会中的家庭、宗教社会中的教会、公权力社会中的政府、私权利社会中的企业都分别对当时的社会秩序承担着最主要和直接的责任。那么，可以预见的是，在网络社会与经济中，代码空间主体将像历史中这些制度核心主体一样，针对代码空间中用户的违法行为承担越来越直接和重要的责任。^{②⑨} 这是网络社会中公权力与私权利共治的理念和制度表现。^{③⑩} 这一切都应当以对代码空间这一权利客体的确认和私权保护为基础。

三、代码空间权的权能种类与内容

代码空间权可以包含若干具体的权能，就目前而言主要有代码空间自主权和对代码空间自治权。

(一) 代码空间自主权及其内容

代码空间自主权的内容包括代码空间主体有产生代码空间并保持和运营代码空间的自由，有禁止他人未经许可对代码空间加以破坏、干扰、侵入或者占有的权利。这一权能在国际法上的延伸和体现便是主权国家的网络主权观念和主张。^{③⑪} 代码空间主体对代码空间的自主权在技术上经常表现为账号类的进入资格识别技术，如游戏账号、QQ 号码、微信账号、微博账号以及利用域名或者 Robots 协议所进行的公示行为等。

代码空间自主权包括禁止他人进入自己代码空间的排他性权利。对于由代码空间主体产生和运营的代码空间而言，应该由代码空间主体决定什么人以什么条件来进入和利用代码空间。代码空间自主权还包括自由处分代码空间的权利，包括中止、迁移、转让、赠与、升级改造以及终止自己的代码空间，由此给代码空间用户造成的影响主要依赖双方之间的约定来解决，如果出现不公平的情形，则主要依赖对格式合同的规制以及关于消费者权益保护的法律规定。对于特殊领域（如金融领域）的代码空间，则依赖特别法加以调整和规范。

未经代码空间主体的许可而破坏、破解、规避、盗取或者转让这些登陆代码空间类账号的行为实际上是对代码空间主体的代码空间自主权的侵害。这些行为在司法实践中常以盗窃罪定罪量刑，^{③⑫}

^{②⑦}同前注⑨，劳伦斯·莱斯格书，第 131 页。

^{②⑧}《电子商务法纳入今年立法任务 第三方平台责任引关注》，http://www.ce.cn/cysc/tech/gd2012/201703/13/t20170313_20926487.shtml 2017 年 3 月 13 日访问。

^{②⑨}朱卫国《数字经济时代 呼唤协同共治》，《人民日报》2017 年 11 月 24 日，第 05 版。

^{③⑩}高秦伟《社会自我规制与行政法的任务》，《中国法学》2015 年第 5 期。

^{③⑪}例如，有媒体报道，美国曾为侦测中国重要项目将木马植入我国铁路系统，这既是对我国铁路系统的代码空间权的侵犯，也是对我国网络主权的侵犯。《美国曾为侦测中国重要项目将木马植入我铁路系统 / Nuclear Bot 木马源码泄露或引发大量针对银行服务的攻击》，http://mp.weixin.qq.com/s/moWsbocA_dEVu2ih02EHsA 2017 年 4 月 1 日访问。

^{③⑫}例如，在章立春等盗窃案中，被告人章立春等非法入侵趣游公司“我顶网”游戏充值服务器，非法生成该公司“傲剑游戏”“元宝”1039800 个，窃取该公司预期利益价值人民币 103980 元，又利用章立春制作的非法充值网络链接，非法侵入北京极光公司游戏充值服务器，非法生成“极光世界”“元宝”50 余万个，窃取该公司预期利益价值人民币 1 万余元。一审法院以盗窃罪判处被告人有期徒刑 11 年，二审维持原判。参见北京市石景山区人民法院（2012）石刑初字第 446 号判决书，北京市第一中级人民法院（2013）一中刑终字第 115 号刑事裁定书。

也有类似案件是以侵入计算机系统罪定罪量刑的。^③ 不过,如前所述,这种行为可统一认定为侵犯代码空间权的行为,以解决司法上的分歧和混乱。

(二) 代码空间自治权及其内容

代码空间自治权首先包括代码空间主体利用代码技术对代码空间加以规范的权能,此即如威廉·米切尔所言“代码就是网络空间的法律。”^④代码空间主体有权利对其所创设的代码空间的虚拟设置、行为规范和惩戒措施等加以规定,就如同现实世界中的房屋所有人对房屋内的内容和行为有处分的权利一样。他人在其房屋内做出违背房屋所有人的意志的行为便是对其房屋所有权的侵犯,房屋所有人有权利将其驱逐房屋之外。例如网络游戏中玩家只能通过代码空间主体所允许的游戏规则来升级,而不能通过改变代码或者利用黑客手段破坏代码来获得升级。代码空间的主体也不能利用代码空间的代码技术漏洞而违反代码空间的规则来破坏代码空间的秩序。^⑤ 否则,代码空间主体可以以代码技术加以处罚,例如强行降低游戏中的级别,也可以采取其他措施来处罚,例如以代码措施禁止其进入代码空间继续游戏等等。代码空间自治权在物联网为特征的共享经济中的规范作用会更加明显,代码空间主体通过这一权能可以实现对现实世界的巨大塑造力,这种塑造力正是网络社会中的一种新供给。^⑥

除了以代码技术对代码空间加以规范之外,代码空间自治权还包括以该权利为基础通过契约关系规范代码空间用户行为的能力。代码空间的主体如果违反这些行为规范,其行为既可以构成违约行为,需要承担违约责任,例如其账号被终止,也可以构成侵权行为,因为其侵害了代码空间主体的空间自治权,需要承担侵权责任。例如,在淘宝网这样的电子商务企业经营中,电商平台对平台中的电商违反其平台规则销售假冒伪劣商品的行为目前只能依赖平台与电商之间的契约关系来追究其违约责任,如果电商平台享有代码空间自治权,那么电商平台也可以以侵犯代码空间自治权为诉由追究电商的侵权责任并要求电商赔偿侵权损失。

四、对代码空间权的保护和侵权认定

(一) 对代码空间自主权的侵权认定

由代码自由延伸而来的代码空间权是代码空间主体对于代码空间享有排他性的权利,未经代码空间主体的同意,其他人不得进入这一空间或者对其运行进行干扰,这表现为代码空间主体对代码空间的自主权。对代码空间权中这一权能的侵害行为有以下几种典型的类型。

第一,是非法侵入或者破坏代码空间的行为。这种行为主要包括以代码技术非法进入代码空间的行为,如非法远程登录、非法植入木马程序以及非法的访问等。

非法侵入代码空间的行为已经常有发生,由于目前没有明确的私权利来保护代码空间,这类行为

^③例如,在汪某等非法控制计算机信息系统案中,上诉人汪某等侵入芜湖市交警支队计算机信息系统,对该计算机信息系统实施非法控制,在他人通过芜湖市交警支队十选一选号系统申请车辆号牌时,私自进入十选一选号系统数据库,用申请人满意的车牌号码替换十选一选号系统流水号底下十个车辆号牌中的一个,从而让选号者选中替换后的车牌号码,违法获得人民币63000元。二审法院以非法控制计算机信息系统罪判处汪某有期徒刑二年零六个月。参见安徽省芜湖市中级人民法院(2015)芜中刑终字第00304号刑事判决书。

^④前注①,劳伦斯·莱斯格书,第7页。

^⑤例如,在杨国辉破坏计算机信息系统案中,由于被告利用游戏运营方的系统漏洞来虚假充值获取游戏币,变现获得经济收入,法院以非法获取计算机信息系统数据罪定罪处罚而不认为其构成破坏计算机信息系统罪。然而,这一案件中被告人行为的本质是被告违反代码空间秩序的行为,破坏了运营者的代码空间秩序,而不是为了获得所谓的数据。参见北京市海淀区人民法院(2016)京0108刑初1084号刑事附带民事判决书。

^⑥例如,有媒体报道,上海准备出台的共享单车管理规范要求使用者将共享单车停靠在电子围栏之中,而电子围栏是代码空间的一部分组成,是代码空间主体对代码空间自治权的实施。《近四成共享单车乱停放,上海或用“电子围栏”破解》,http://www.jfdaily.com/news/detail?id=46884,2018年3月13日访问。

则不得不依赖我国《反不正当竞争法》的第 2 条这一般性条款来解决,造成法律秩序的不确定和对司法自由裁量权滥用的担心。^⑳例如,与 robots 协议有关的不正当竞争案中,争议的焦点便是搜索方是否可以忽略被搜索方的 robots 协议禁止搜索告示而对被搜索方的页面进行数据抓取,^㉑或者被搜索方没有做出禁止搜索的警告是否就意味着允许搜索引擎的使用等问题,^㉒都依赖我国《反不正当竞争法》第 2 条的一般性条款来判断。根据代码空间权中的自主权,没有正当理由而未经许可进入代码空间的行为可以被直接认定为侵权行为,因为代码空间主体所拥有的域名下的网站是代码空间,代码空间主体有权利决定进入其代码空间的人员资格。忽视 Robots 协议下的禁止进入的告示行为进行数据抓取的行为便应该是侵权行为。

在刑事案件中,对于非法进入代码空间的行为,由于我国没有明确的私权利来对代码空间加以保护,司法实务中主要将此类行为认定为非法侵入计算机信息系统罪和提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪等犯罪行为。这些类型的犯罪行为属于妨害社会管理秩序罪这一类别中所规制的行为,从我国《刑法》第 285 条、第 286 条的表述看,其所保护的法益主要是公共利益而不是个人的民事权利。还有的类似案件中,法院是以盗窃罪定罪量刑的,^㉓或者是以非法经营罪来定罪量刑的。^㉔这些案件中的犯罪行为实际上都可以归属于非法侵入代码空间这一行为,属于侵犯代码空间权中的自主权的行为。

非法破坏代码空间的行为是指通过代码技术或者其他手段对代码空间主体的代码空间加以破坏,使得代码空间丧失或者减损功能的行为。例如利用 ddos 技术使得代码空间登陆瘫痪行为,^㉕利用电脑病毒使得代码空间的功能丧失或者秩序混乱的行为,以及利用技术手段非法进入代码空间获取或者改变其内部数据的行为。^㉖如果不是以代码空间为直接侵害客体的行为则不是这种非法侵入或者破坏代码空间的行为。例如,断网和断电的行为会损害代码空间的存在和运营,但是其不属于直接侵害代码空间权中的自主权的行为。

在物联网中对代码空间的识别标识进行破坏,使得代码空间的合法用户无法及时进入代码空间的行为,也是破坏代码空间的行为。例如,目前发生较多的是破坏共享单车的二维识别码的行为,从这种行为的目的是和后果来看,其应当是破坏代码空间功能的行为而不是针对个体财产即单车的损害行为。

第二,是非法获得代码空间进入资格的行为。代码空间主体作为代码空间的权利人有权决定进

^⑳参见蒋舫《关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思》,《现代法学》2013 年第 6 期。

^㉑例如,百度公司与 360 公司不正当竞争纠纷案的争议焦点就是这个问题。参见北京市第一中级人民法院(2013)一中民初字第 2668 号民事判决书。

^㉒大众点评诉百度不正当竞争案一审判决书的争议焦点就是这个问题。参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第 528 号民事判决书。

^㉓参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦刑初字第 1882 号刑事判决书。

^㉔在董杰、陈珠非法经营案中,法庭经审理认为“被告人董杰、陈珠以牟取利益为目的,违反国家规定,未经国家主管部门批准,也未获得上海盛大网络发展有限公司许可和授权,将明知是破坏他人享有著作权的互联网游戏作品技术保护措施并修改他人游戏作品数据的非法互联网出版物‘外挂软件’使用到上海盛大网络发展有限公司享有著作权的游戏程序上,进行有偿代练经营活动,牟取了巨额非法利益,侵害了上海盛大网络发展有限公司的合法权益,属于出版非法互联网出版物的行为,具有严重的社会危害性,构成非法经营罪。”参见《江苏省南京市江宁区人民检察院诉董杰、陈珠非法经营案》,《最高人民法院公报》2012 年第 2 期。

^㉕在向保非法控制计算机信息系统案中,被告人向保在“劲舞团”游戏过程中采用分布式拒绝服务攻击即 ddos 攻击方式,攻击“劲舞团”服务器,致使网络中断,其他玩家掉线,从而自己抢先登录第 100 号房间,以此获得其他玩家的羡慕、崇拜。2010 年 1 月至 8 月,被告人向保通过运行黑客软件非法侵入并远程操控 55 台他人计算机作为“傀儡机”(俗称“肉鸡”),对“劲舞团”服务器发动 ddos 攻击,即对“劲舞团”服务器 ip 发送“icmp”或“syn”数据包,使服务器网络带宽被占用,网络通信被堵塞,导致被攻击的服务器网络中断、玩家掉线,造成久游公司经济损失,玩家满意度下降,品牌价值降低,公司形象受到了影响。法院认定向保犯非法控制计算机信息系统罪,判处有期徒刑十一个月,并处罚金人民币 2000 元。参见上海市徐汇区人民法院(2011)徐刑初字第 287 号刑事判决书。

^㉖参见安徽省芜湖市中级人民法院(2015)芜中刑终字第 00304 号刑事判决书。

入代码空间的资格,这种进入的资格可以是人格性质的,也可以是契约性质的。这是由代码空间主体依赖代码自由来决定的,除非有些代码空间承担着公共利益而使代码空间主体需要承担特殊的义务。任何人未经代码空间主体的许可而非法获得或者转让进入代码空间资格的行为都是对代码空间自主权的直接侵犯。例如,对于像网络游戏账号或者QQ号这样的进入代码空间的资格是否可以被转让或者继承的问题,研究者基本上持两种观点:一是持契约关系的观点,认为是否可以被转让或者继承应该依据网络服务提供者和用户之间的契约决定;^{④④}二是持虚拟财产的观点,认为这些虚拟财产已经是独立的法益,从而可以被继承。^{④⑤}笔者认为,关于虚拟财产的继承或者转让不应该以所谓财产权这样的模糊概念来判断,而是应该依据代码空间主体的代码空间自主权来判断。因为代码空间主体有决定进入代码空间的条件,例如是人格性的还是完全契约性的,^{④⑥}即对于契约性的进入代码空间的资格是否可以转让或者继承,应该是代码空间主体自由决定的内容。也就是说,要根据代码空间主体在代码空间中的政策(policy)来确定用户在代码空间中的代码活动内容是否以及如何被转让或者继承。^{④⑦}如果政策中没有明确,则需要依据合同法来对未约定的内容进行合理解释。

另外,在我国已经发生多起的有关盗卖“QQ靓号”的案件,对此类行为在司法实践中如何定性引起很大争论。^{④⑧}根据代码空间自主权,这种行为是非法获得进入代码空间资格的行为,因而在民法上可以直接构成侵权行为,而不需要寻找和借用模糊的财产权利来实现对其法益的保护。就如同为了进入他人住宅的目的而盗取房屋钥匙的行为应该是非法侵入住宅的行为而不是针对钥匙的盗窃行为。

(二) 对代码空间自治权的侵权认定

根据代码空间权中的代码空间自治权,代码空间主体有权决定代码空间内的结构、布局、虚拟物品的状态、所要实现的功能等代码性设置,也有权决定代码空间内的行为规则,总之,其有对代码空间经营和管理的自由。这类似于现实世界中建筑空间所有权人对该空间的自治权利,是代码空间主体自由的延伸。如果他人未经许可而对代码空间中的上述法益加以侵害,便属于侵害代码空间主体的代码空间自治权的行为,本质上是对代码空间主体自由的侵害。对代码空间自治权侵害主要有以下几种类型。

其一,破坏或者窃取代码空间中的代码表现物的行为。代码空间的用户或者非法侵入代码空间的人如果对代码空间中的代码表现物进行了破坏,那么就属于这类行为。这类行为常常表现为对所谓的装备这种虚拟财产的侵害,如破坏或者窃取网络游戏装备、网络游戏角色/化身的装饰品等,^{④⑨}也表现为对货币类虚拟财产的侵害,如盗窃Q币或者金币等。^{⑤①}这些都是对代码空间内的代码表现物的

^{④④}同前注^{②①},申晨文。

^{④⑤}同前注^{②①},梅夏英、许可文。

^{④⑥}例如如果某一代码空间是专门为特殊人士,例如同性恋人士服务的,那么这种进入资格是否不适合被他人继承的问题,在学术界经常有学者以保护用户的隐私为由而主张排除在可继承的财产范围之外。参见李岩《虚拟财产继承问题研究》,《法学》2013年第4期;杨立新、杨震等《〈中华人民共和国继承法修订草案〉建议稿》,《河南财经政法大学学报》2012年第5期。

^{④⑦}就如同一个画家在其租住的房屋墙壁上画了一幅壁画,那么这一壁画是否可以被转让或者被继承应该通过房屋主人和画家之间的协议确定,一般而言,房屋主人依据对房屋的所有权可以拒绝该壁画单独被转让或者被继承。

^{④⑧}参见前注^{②①},梁根林文、张明楷文。

^{④⑨}例如,在迟某盗窃罪案中,“‘QQ华夏’是腾讯公司开发的一款游戏,酷游网络游戏交易平台是该游戏进行物品交易的第三方平台。2014年12月,被告人迟某利用酷游网络游戏交易平台的技术漏洞,通过修改游戏角色编号的方法,多次进入被害人唐某的‘QQ华夏’游戏角色的交易平台,并出售唐某虚拟装备‘金某某’385个。经日照市价格认证中心出具的日价鉴字(2015)13号《山东省涉案物品价格鉴定(认证)结论书》鉴定,其所盗虚拟网络游戏装备‘金某某’的价值共计人民币9625元”。参见山东省日照经济技术开发区人民法院(2016)鲁1191刑初24号刑事判决书。

^{⑤①}例如,在崔某某盗窃案中,被告人崔某某利用非法获取的绍兴希望网络科技有限公司网站的账号、密码,在广州市岭南区一网吧内登录该公司网站后台,将该公司在数网SUP供货平台上代售的Q币和网易一卡通点卡的价格由人民币1元/个篡改为人民币0.01元/个,并以此窃走价值人民币60760元的62000个Q币和价值人民币34416元的34764个网易一卡通。参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2016)浙0602刑初1205号刑事判决书。

侵害行为,本质上是对代码自治权能的侵害。这些行为不应该被认定为对这些所谓虚拟财产的侵害,因为这些所谓的财产本身的损失,代码空间主体都可以通过代码技术轻而易举地恢复。因此,代码空间主体损失的主要不是这类虚拟财产本身,而是其相关代码空间秩序被破坏,这恰恰是代码空间自治权所保护的法益。例如,在雒彬彬职务侵占案中,被告的行为是构成盗窃罪还是职务侵占罪在一审法院和二审法院之间有着不同意见。^{⑤1} 盗窃罪与侵占罪的本质区别便是是否改变了占有关系。这类案件中,虚拟财产本质上是代码空间主体对代码空间的规范表现,根本没有可占有的财产存在,这些行为是对游戏规则的破坏,对游戏服务商造成了经济损失,而不是对可占有的财产侵害,有财产价值但不必要占有的特征恰恰是网络社会和共享经济的特征。有刑法学者已经呼吁在刑法中引入网络空间的概念“如果不能随着社会的发展构造出新的法律观念,那么被抛弃的只能是人自己。网络空间在由虚拟性向现实性过渡的过程中,‘网络空间’必然会发展成实体的概念。”^{⑤2} 代码空间权的构建正可以解决这一问题。

其二,破坏代码空间规范秩序的行为。代码空间主体的代码空间自治权还表现为对代码空间的规范能力,他人违反代码空间秩序的行为便是对其代码空间自治权的侵害。

如果代码空间主体拥有代码空间自治权,代码空间的用户与代码空间主体之间便是基于代码空间主体代码空间权的契约关系,也就是说,代码空间主体的代码空间自治权为其与用户之间的契约关系提供了私权基础。如果代码空间用户在遵守了代码空间规则的前提下仍然造成了他在代码空间内的相关利益损失,例如所谓的虚拟财产的丢失,那么代码空间权主体应该依赖与用户之间的契约关系来主张赔偿损失,而不应该产生所谓的对虚拟财产的侵权行为。^{⑤3} 与代码空间主体没有契约关系的第三人也可以利用技术手段破坏代码空间秩序,这也属于侵害代码空间主体自治权的行为。例如在网络游戏中已经发生多起的“游戏外挂”的行为,在司法实践中对此行为应该认定为何种罪名也经常发生分歧,^{⑤4} 如果采纳了代码空间权的概念,那么这些行为就可以被认定为是侵害代码空间自治权的行为。

代码空间的用户如果违反代码空间的秩序规则,那么其行为既可以构成破坏代码空间秩序的行为,也可以构成违约行为。^{⑤5} 例如,在共享单车这种共享经济中,共享单车这一代码空间的运营者制定了共享单车的使用规范,并且要求使用者要遵守这些规范。然而,在实践中发生了使用者为了能够独享单车而将单车加锁的行为。^{⑤6} 对于这种行为的定性在目前的法律体系中就比较困难。^{⑤7} 这种行为在代码空间权的视域下却十分明确——这是破坏代码空间秩序的行为,属于对代码空间主体的代

^{⑤1}北京市朝阳区人民法院经审理查明“雒彬彬于2012年5月至11月期间,担任北京武神世纪网络技术股份有限公司客服专员,获权使用公司配发的名为‘武神’的网络游戏的管理员账号。其在未获公司授权的情况下,擅自使用管理员账号中的‘92号工具’,生成游戏中的‘金锭’29562497枚(根据游戏确定的兑换比例人民币1元等于15‘金锭’,价值人民币1970833.13元)。由于‘金锭’无法直接交易,雒彬彬使用‘金锭’在游戏商城中换取游戏道具后,通过网络平台低价销售牟利,非法获利人民币50余万元。”参见北京市朝阳区人民法院(2013)朝刑初字第2164号刑事判决书;北京市第三中级人民法院(2014)三中刑终字第66号刑事判决书。

^{⑤2}于志刚《网络“空间化”的时代演变与刑法对策》,《法学评论》2015年第2期。

^{⑤3}例如,在韩林以虚拟财产被盗为由诉上海盛大网络发展有限公司娱乐服务合同纠纷案中,法院依据合同法认定被告应该恢复其用户所丢失的虚拟装备。在该案中,原告是代码空间的合法用户,被告是代码空间的运营者即代码空间主体,原告在游戏中所产生的各种装备实际上是依赖被告的代码空间中的规则而产生的,因此两者之间是契约关系,而不是产权关系。参见河南省开封市鼓楼区人民法院[2005]鼓民初字第475号民事判决书。

^{⑤4}在余刚、曹志华等侵犯著作权权犯罪案中,法院认定利用外挂游戏的方式获利的行为是侵犯著作权犯罪的行为。参见上海市徐汇区人民法院(2011)徐刑初字第984号刑事判决书。

^{⑤5}例如,“阿里以网络服务合同纠纷为由将销售假冒 ROEM 和 MO&CO 服装的 80 后淘宝卖家高某诉至杭州市互联网法院,索赔 10 余万元。”参见《阿里首诉造假店至互联网法院 80 后卖家被索赔 10 余万》,http://www.sohu.com/a/208790527_161623,2017年12月6日访问。

^{⑤6}步超《破坏共享单车这事得管》,http://it.people.com.cn/n1/2017/0220/c1009-29092439.html,2017年12月20日访问。

^{⑤7}《专家研讨:对共享单车虐待、上锁专用等行为的定性》,http://mp.weixin.qq.com/s/Eqq0W0bYJ_073JxnVqn_JA,2017年12月14日访问。

码空间自治权的侵害。因为用户的这种行为是利用外界的物理手段使得代码空间主体在代码空间中的规范能力失去效力, 是对其代码自由的损害。所以用户的这种行为既是违约行为, 也是侵权行为。

五、结 论

代码自由来源于人对技术使用的自由, 是人自由权利的自然延伸。代码空间主体依赖其所享有的代码自由而构建代码空间, 并对代码空间享有代码空间权, 包括自主权能和自治权能。代码空间主体所享有的代码空间权应该作为新的民事权利受到法律的保护。这种权利上升到国家层面便是网络主权。采纳代码空间权这一概念也能够为将来的共享经济、物联网经济以及人工智能等社会经济活动的法律规范提供民事权利基础。

正在制定的我国民法典无疑是处于信息技术发生重大变化的背景下起草的。“互联网+”改变着中国的社会结构和组织形式。然而, 这些重大技术进步所引发的社会变革却还没有以明确的民事权利表现和支持。因此赋予民事主体以明确的“代码空间权”就非常必要。我国《民法总则》第127条已经为设立代码空间权提供了民法权利基础和立法空间, 应该科学地利用这一授权性条款, 积极通过单行法律来推动代码空间权的形成, 为中国的网络经济、大数据技术以及人工智能的发展和规制提供坚实的权利基础。

构建一种新的民事权利往往是一项巨大的系统工程。关于代码空间权的构建, 还有很多具体的问题需要讨论和研究, 例如该权利所可能产生的对他人自由的不当干扰问题, 以及该权利被滥用所可能产生的不良后果问题等。这些问题都极为重要, 需要另行加以专门讨论。

(责任编辑: 陈历幸)

The Right of Code Space: A New Civil Right in Network Economy

Wu Weiguang

Abstract: Code space is a social and economic space constructed by code space entities with code technology, which is a kind of new social supply. A new civil right is needed to protect the legal interest of code space, i. e. the right to code space. The subject of the right may be called code space entity, and the object of the right is code space. The right of code space includes the autonomous right for the code space and administrative right for the code space. The former refers to the exclusive right to control the existence, operation of and access to the code space. The network sovereignty may be deemed as an extension such right in state sovereignty. The later refers to exclusive right of code space entity to manage and operate the internal code facilities and behavioral norms in code space. Most of the current infringement upon virtual properties happened frequently in network economy can be understood as the infringement upon the right of the code space. The right of code space can become a new civil right to regulate the network economy.

Keywords: Code; the Right of Code Space, Virtual Property, Network Economy; Big Data