

第七章 信息财产现行保护模式

在近代民法上,信息财产不能作为独立客体进入民事法律关系范畴。物权法不保护信息,知识产权法只保护知识财产,而信息财产不受保护,债权法保护模式是把信息作为服务的一部分来对待,这种保护方式的最大弊端就是从根本上抹煞了信息的独立性。

第一节 信息财产与物权法

一、信息财产的“物权方式”保护与不足

目前,我国主要由“物权方式”保护信息财产。我国台湾省采取物权方法保护模式,我国大陆采取物权客体保护模式。所谓物权方法保护模式,是指立法认为信息财产不属于物的范畴,但可以采用物权保护方法予以保护。我国台湾地区“刑法”第 323 条规定:“电能、热能及其他能量或电磁记录,关于本章之罪,以动产论。”“电磁记录”是网络环境下新生的一种财产性客体,是信息财产的一种,虽不能纳入物的范畴,但应以物权保护的方法给予保护。此种保护模式比较灵活,既解决了“电磁记录”的法律保护问题,又坚持了现有物权法物必有体的客体理论。其弊端在于欠缺理论上的周延。因为这个解决方案回避了电磁记录的法律属性这一核心问题,在核心问题并未被触及的情况下,规定在保护方式上适用“物(动产)”的规定,虽然有操作性,但难以以理服人。

电磁记录和电、热、光、磁等能量不同,这些能量为物权法的客体,已无太大争议。有体物可以分为有形物 and 无形物,二者均受物权法调整。有形物是指具备外观形态的有体物,如建筑、汽车等;无形物是指没有具体外观形态的有体物,如光、电、热、能和气体等。由于光、电、热、能和气体是一种具体的物质存在,因而和有形

物一样成为物权法的客体。电磁记录和有体物最大的区别在于有体物是物质存在,而电磁记录并非具体的物质存在。“电磁”是一种物质存在,而“电磁记录”是一种数字化的信息。我们可以把“电磁”纳入物权法范畴予以保护,但不可以把“电磁记录”纳入物权客体的范围。罗马法关于有体物和无体物的划分,以及只有有体物才是物权法保护客体的思想,是现代物权法的基础和理论灵魂。放弃或者突破了这一点,物权法就丧失了独立性,和其他财产法就难以区分。从民法传统来看,确定有体物的法律要素之一是人们能否通过建立一种“直接支配关系”来行使权力。光、电、磁等自然力被作为物权的客体,主要是因其移转其上的财产利益亦随之移转,从而新的支配关系得以建立。

我国相关立法把信息财产为物权客体,因此采用物权模式保护信息财产。物权客体保护模式与物权方法保护模式的最大区别在于前者认为信息财产为物权客体,而后者并不认可;两者最大的共同之处在于在保护方式上均采取物权的保护方式。我国《著作权保护条例》第16条规定,软件合法所有人对软件复制品享有所有权。此条所创设的物权法规则,将软件复制品上的权利为所有权,且规定了此种权利的特殊权利内容。如果说此种“越俎代庖”(著作权条例上创制了“所有权”)是为解决现实存在的复杂问题而被迫采取的无奈之举,那么规则本身的正确与否却值得进一步商榷。

计算机软件复制品可以分为有物质载体的计算机软件复制品(如以光盘或者磁盘形式存在的软件复制品)和无物质载体的计算机软件复制品(直接通过计算机进行交易的软件复制品)。在此处,有无物质载体是决定权利模式的关键所在。信息与载体作为一个整体而存在时,适用物权法规则,比如购买图书获得的是对图书的所有权,因为“书”是被当做有体物对待的,是物权法的客体。同样道理,光盘或者磁盘上的权利仍然为所有权。但无物质载体的计算机软件复制品,如同精灵用手指在空气中写的“书”一样,无法纳入物权的保护范围。抛开了载体的外衣,计算机软件复制品就不再是有体物,不能作为所有权的客体而存在。以此观之,物权客体保护模式的弊端就暴露了出来。我国台湾地区的立法或许正是注意到了电磁记录不是有体物这个细节,才做出在保护方式上将电磁记录视为动产的规定。

二、信息财产不能纳入准物权制度

信息财产非但不适于物权法保护,而且也不能纳入准物权(quasi-property)范畴予以保护。准物权主要是对一定自然资源的利用权。通说认为准物权主要是指

采矿权、渔业权和水权等权利。^①无论从权利内容还是权利客体看,信息财产之上的权利,和准物权都是截然不同的概念。在缺少信息财产保护专项立法的情况下,我国台湾地区将电磁记录视为“动产”予以保护,我国《计算机软件保护条例》将软件复制品作为物权客体而给予保护,都是在物权法框架下,为解决信息财产保护问题而不得以采取的权宜之计。

第二节 信息财产与知识产权法

一、信息财产和知识财产的区别

知识产权法只保护知识财产,但不保护信息财产。知识财产的本质是思想观念,知识产权法并不保护具象的信息,只是保护满足一定条件的思想观念。为了区分知识产权法和物权法,日本法特别强调发明、外观设计等精神产品不能成为物权,特别是所有权的客体。^②

网上交易的信息财产,不是知识财产,而是一种信息产品。知识财产的本质是一种思想观念,具有抽象性,其不同于与载体相结合后生产的产品,与载体结合后的产品是物权的客体,而蕴涵在产品中的信息才是知识财产——知识产权的客体。譬如,电影胶片或者音乐光盘的交易,是所有权的转移,由物权法调整,而非知识产权许可;而电影胶片中蕴涵的“电影”的交易,为知识产权的转让或者许可,受到知识产权法调整。信息财产交易的复杂性就在于它没有让信息获得物权保护的桥梁——在信息财产交易中,物质载体不见了,信息财产无法再假以物权受到保护了。但并不能因此就认为信息财产应受知识产权法保护。

二、信息财产之上的权利

在信息财产权制度建立之前,购买信息财产的人纳闷地发现,其对自己购买的产品并无任何权利可以主张。一方面,最终用户对其取得的信息财产不能享有知识产权,因为最终用户为购买产品,而非知识产权许可;另一方面由于最终用户取得的产品为信息财产,因此也不能享有物权。确立了信息财产权之后,信息产品上的权利状态为:一种是信息财产“创制人”的知识产权,另一种是购买者对信息财

^① 谢在全. 民法物权论[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:52.

^② 邓曾甲. 日本民法概论[M]. 北京:法律出版社,1995:46.

产享有的信息财产权。就网上计算机软件交易而言,尽管销售者还保有软件的著作权,但交易的实际情况却是,作为一项产品的信息财产已转让——信息财产权转移,而不是著作权的转移或者许可。

第三节 信息财产与债权法

一、债权保护模式及其评述

长期以来,信息是和服务绑定在一起被纳入债权法领域进行保护的。债权法保护模式是指将信息作为服务的一部分而予以保护的方式。债权法保护模式并没有赋予信息独立的民事法律关系客体地位,而是将信息作为服务的一部分。然而,与知识产权法和物权法相比,债权法在保护范围上具有更大的包容性。黑格尔认为,精神技能、科学知识、艺术,甚至宗教方面的东西以及发明等,都可以成为契约的对象,而与在买卖等方式中所承认的物同视。^①尽管没有使用信息这一概念,但技术咨询服务合同实际上是以提供专业知识的为内容的契约。从这个意义上说,信息财产早已登上了历史舞台,只不过它披着“服务”的外衣罢了。

债权法保护模式尽管有其合理性,但不适合信息财产保护。在信息财产产生之前,信息不具有独立性,不能单独进行交易,因此只能作为服务的一部分而进入交易领域,而服务是行为的一种,属债权的客体。

二、信息与服务

以有无信息存在为标准,笔者将服务分为三类:不含信息的服务、纯信息提供服务 and 综合服务。不含信息的服务有很多种,譬如中国移动、联通、电信、网通和铁通、腾讯 QQ 等进行的通信服务。此类服务的特点是只提供通信渠道服务,而不提供通信内容——信息。若擅自提供通信内容反而有可能构成侵权,国外的反垃圾邮件法专门规制此类问题。还有一类就是传统的服务行业,譬如货运、客运、理发、美容、挑运等服务。纯信息提供的服务是指服务的内容为单一的提供信息而不附加其他服务。这类服务合同是典型的信息契约,譬如专业咨询(包括心理咨询)、居间、创意行业和其他提供缔约机会的中介服务等。综合服务是指在服务合同中

^① 黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬,张企泰,译. 北京:商务印书馆,1961:151.

既有信息的提供,又有其他附加的服务提供。此类服务的表现形式也很多,典型的有心理治疗(咨询加音乐疗法、静坐疗法等)等。^①在以上三种类型中,不含信息的服务与信息资产交易无关,不再赘述;综合服务是将信息和行为“绑定”在一起,并以“行为”的“身份”进入债权法领域的;纯信息提供服务与行为没有直接关系,但此种交易中信息本身在提供之前是不确定的,因此被作为“服务”的一部分。信息资产交易和此种情形不同,在进入交易领域之前就已经确定,网上进行交易的信息财产绝大部分是一种批量生产的、标准化的产品。

三、债权保护模式与产品责任

债权法保护模式并不适合信息财产保护,最主要的原因是因为信息财产是一种独立的民事法律关系的客体,已经脱离了“行为”而独立存在。另外,采取债权法模式保护信息财产,非但在没有合同约定的情况下,无法追究侵权人的损害赔偿责任,也无法追究产品责任,这是因为产品责任主要是针对产品设计的,而不包括服务。

信息财产,在业界被称为“信息产品”,然而这种信息产品是否属于法律意义上的产品,在国内都存在着较大的争议,这涉及信息财产的法律属性以及产品责任的认定和承担等一系列问题。“产品(product)”的经济学概念包括了服务。国际标准化组织(ISO)在其颁布的《质量管理和质量保证—词汇》标准(ISO 8402—91)将产品分为四类:硬件(hardware)、软件(software)、流程性材料(processed material)和服务(service)。但在法学上,产品和服务是相区别的概念。产品概念有两个主要的法律意义:第一,产品是物品,包括动产和不动产;第二,生产者和销售者对产品应承担产品责任。1973年《关于产品责任适用法律的公约》(简称《海牙公约》)是唯一对产品概念进行界定的全球性国际公约。该公约第2条规定:“产品是一切有经济价值的,能够提供使用和消费的物品,包括天然产品和工业产品,无论是加工的还是未加工的,也不论是动产还是不动产。”^②1976年欧洲理事会制定的《关于造成人身伤害与死亡的产品责任的欧洲公约》第2条同样将产品定义为物品,但把不动产排除在外。1985年欧洲共同体颁布的《成员国有关缺陷产品责任的法律、法令及行政规定一致的理事会指令》第2条也将产品定义为物品(“电”被认定为产品),但将初级农产品和狩猎产品排除在产品之外。以上三个产

^① 值得一提的是,意思表示也是一种信息,但确不是独立的客体。在本质上,意思表示和其他信息的本质一样。但在法律上,二者是有区别的。意思表示作为一种信息是缔结合同的手段,而不是合同的客体,而信息契约中的信息恰恰不是手段而是客体。

^② 张庆,刘宁,乔栋.产品质量责任法律风险与对策[M].北京:法律出版社,2005:3.

品责任公约对产品界定各有差别,但主体部分相同,即将产品定义为“物”且不包括服务。美国和欧盟的产品概念也坚持了产品是物品的基本立场,根据美国商业部 1979 年公布的《统一产品责任示范法》第 102 条第 C 款的规定,其仅仅把人体组织、器官、血液组成成分被排除在产品之外。英国 1979 年《货品销售法》与 1982 年《货物及服务供应法》第 18 条中,货物的定义包括“除了争讼对象和金钱外的所有动产”。英国 1987 年《消费者保护法》专门对“物品”进行了界定,该法第 45 条第 1 款规定,物品是指“物质生长的作物、附着于其他东西之上并与土地混为一体的东西和任何船舶、航空器或机动车辆。”我国《产品质量法》第 2 条将产品定义为“经过加工、制作用于销售的产品”。从中外相关立法来看,法律意义上的“产品”概念都不包括行为。

信息财产是一种批量的、标准化的信息,其为事先可以控制危险、事后容易导致危险的一种产品,并且已经在生产和生活领域广泛应用。信息财产的作用,往往是功能性的,在工业、服务及日常生活领域发挥着重要的实际作用。购买信息财产(如软件)的目的也在于应用,如果该软件在设计、制造等方面存在问题,其影响与危害与一般产品无异,甚至更为严重。因此,倘若采取债权法保护模式,实质是仍将信息财产“绑定”在行为之上,信息财产被行为吸收,从而丧失独立性,也不能受到产品质量法的调整,无法追究产品质量责任。

目前形势下,将信息财产纳入债权法保护框架的主张,实属既没有注意到信息财产本身具备的确定性、独立性和价值性特征,又不能很好和产品质量法协调的“过气”观点。立足于信息财产交易这一现实的新情况,突破债权法保护模式,承认信息财产之上的权利,确立一种新的、对权利人和交易双方更加有利的财产权保护模式,是社会信息化转型的必然要求。