

论网络虚拟财产禁止让与 特约的法律规制*

刘 明

【提 要】不断增长的网络虚拟财产让与需求与网络服务协议中广泛存在的禁止让与特约之间,存在着尖锐的矛盾。网络虚拟财产在本质上是一系列合同权利义务的集合,因此应根据合同权利让与规则对此类禁止让与特约进行规制。从公平保护权利人利益的角度出发,只有当禁止让与特约具备合理性、合法性和实效性要件时,才能对合同双方当事人产生法律效力。同时,为了维护交易的基本安全和秩序,禁止让与特约不能对抗善意的网络虚拟财产受让人,判断受让人主观状态的关键,在于禁止让与特约是否具有足够的公示性。

【关键词】网络服务协议 网络虚拟财产转让 禁止让与特约

【中图分类号】D924.35 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000—2952(2015)01—0090—05

伴随着网络虚拟财产的财产权地位被广泛认可,人们对于其让与和交易需求也愈发普遍。这主要表现在两个方面:其一,网络虚拟财产的交易市场在近年来十分火爆,不仅交易总量连年攀升,而且还逐渐形成了一条以销售网络虚拟财产为主要盈利手段的成熟产业链;其二,在离婚、继承等相关案件中,针对网络虚拟财产的析产要求也不再鲜见,并由此引发了QQ号码继承案、淘宝网店过户案、雅虎邮箱继承案等一系列新型法律纠纷。然而,与之形成鲜明反差的,却是网络服务协议中普遍存在网络虚拟财产禁止让与特约。在笔者对包括新浪、网易、腾讯、淘宝、完美世界、暴雪、微软、facebook、eBay在内的数十家国内外知名网站的网络服务协议进行考察后发现,九成以上的网络服务协议都包含禁止让与特约条款。根据此类条款,在未经网络服务提供者同意的情况

下,网络用户不得以任何方式向第三人让与包括账号密码、游戏装备、电子货币、电子邮箱等在内的各类网络虚拟财产。此种尖锐的矛盾,无疑给网络虚拟财产让与的合法性基础蒙上了一层迷雾,也对网络消费者的合法权益保护带来了新的挑战。

一、规制网络虚拟财产禁止 让与特约的法律依据

(一)探讨规制禁止让与特约法律依据的必要性。从表面上看,讨论应适用何种法律规制禁止让与特约,似乎有些多余。毕竟,既然禁止让与特约属于网络服务协议的组成部分,且

* 本文系国家社科基金项目“云计算条件下网络财产的发展趋势及保护规则研究”(12BFX084)阶段成果。

在实践中多以格式条款形式出现，那么就理应根据《合同法》中关于合同效力的一般规则和格式条款的特殊规则对其进行规制。但在司法实践中，究竟应以何种法律规范为标准判断格式条款是否公平，却往往需要根据案件的具体情况予以确定，仅根据《合同法》中确定的基本原则，可能并不足以作出最为准确判断。由于我国法律尚未对网络虚拟财产的权利属性作出明确回应，学界对此亦存在较大争议。

(二) 网络虚拟财产是以专属性服务为内容的合同权利。如上所述，明确网络虚拟财产的权利属性，是破解规制禁止让与特约法律依据这一难题的关键。但在该问题上，我国学界素有争议，并主要形成了物权说与债权说这两种观点。笔者较为赞同后者，认为网络虚拟财产在本质上是一系列以专属性服务为内容的合同权利的集合。之所以笔者将网络虚拟财产的权利属性界定为合同权利，主要基于如下理由：

第一，准确反映了网络服务提供者与权利人之间的持续性法律关系。在实践中，网络虚拟财产无论是在技术上还是在法律关系上，都离不开网络服务提供者与权利人之间基础性法律关系的持续存在，而此种具有持续性的法律关系，正是服务合同区别于买卖或授权许可合同的重要特征之一。^① 第二，适应了网络虚拟财产类型多元化的发展趋势。在新型网络技术不断涌现、产品生命周期不断缩短的发展趋势下，试图以列举方式一劳永逸地穷尽所有虚拟财产类型，恐怕是个难以实现的目标。^② 而将网络虚拟财产的权利客体界定为服务行为，可使其概念外延获得较好的伸缩性和包容性。无论是较为典型的网络游戏装备、QQ号码，还是不甚典型的电子邮件、博客空间，均可以被还原成为特定的网络服务，从而被纳入网络虚拟财产的规制领域中来。第三，可有效解决网络虚拟财产的归属纠纷。在我国学界，网络虚拟财产的归属始终是一个争议性问题。无论是哪种观点，似乎都无法完全说服对方，权利归属长期处于悬而未决状态，将会对网络虚拟财产的稳定性和交易安全构成不利影响。将网络虚拟财产权利客体定位于专属性服务，可使上述问题迎刃而解。

第四，可依托权利内容的公示性解决网络虚拟财产的对世效力问题。总而言之，无论技术如何发展变化，也无论财产的具体形态表现为何，人都始终是财产法律关系的连接点，^③ 因此，只有把网络虚拟财产从物或代码层面还原到人的行为层面中来，才能透过外在形态准确洞悉其本质属性，即一方民事主体向另一方民事主体提供的服务行为。也正是基于此种观念，笔者倾向于将网络虚拟财产的法律属性界定为一种合同权利。

(三) 以合同让与规范为依据规制禁止让与特约

1. 以《合同法》中的合同让与规范为主要法律依据。鉴于本文将网络虚拟财产界定为一种合同权利，因此，转让网络虚拟财产的行为在法律属性上理应被归入合同权利让与的概念范畴。相应的，我国《合同法》第五章“合同的变更和转让”的相关规定，也就顺理成章地成为规制禁止让与特约的最主要法律依据。第一，债权让与。当作为网络虚拟财产权利客体的网络服务具有可分性时，权利人对其的转让行为通常属于对合同债权的让与，应主要依据《合同法》第79至83条之规定，对以其为对象的禁止让与特约进行规制。第二，合同权利义务概括转移。当作为网络虚拟财产内容的网络服务具有不可分性时，权利人只能通过合同权利义务概括让与的方式，对其网络虚拟财产进行转让，故应主要依据《合同法》第89条之规定，对禁止让与特约进行规制。在网络虚拟财产的实际交易中，最为典型的合同权利义务概括转移，便是对账号和密码的让与。

2. 依据《消费者权益保护法》保护网络虚拟财产权人合法权益。对于绝大多数网络服务提供者而言，无论是否以收费方式向网络用户提供服务，其本质上都是一种经营行为，而网络用户接受和使用其服务，则是一种典型的生活消费行为。因此，网络服务提供者与网络用户之间围绕网络虚拟财产形成的法律关系，理应属于一种消费法律关系。

① 参见周江洪：《服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建》，《法学》2008年第1期。

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

③ 参见寿步主编：《网络游戏法律政策研究2009——网络虚拟物研究》，上海交通大学出版社2009年版，第220页。

二、网络虚拟财产禁止让与特约的生效要件

(一) 禁止让与特约并非当然无效。不容否认,在实践中确实存在着网络服务提供者滥用订约优势,以格式条款限制用户权利、免除自己责任的情况。但是否真如某些观点所言,针对网络虚拟财产的禁止让与特约因不合理地限制了权利人对其财产的处分权,而应属当然无效的条款呢?笔者认为并不尽然。从实质公平角度看,禁止让与特约也不应属于当然无效条款。一方面,合同权利义务的让与只会导致合同当事方主体身份的改变,而不会实质性改变合同内容,因此,禁止网络虚拟财产转让既不会使网络服务提供者免除自身的合同责任,也不会加重网络用户的合同责任;另一方面,在网络服务合同法律关系中,网络用户享有的主要权利是请求网络服务提供者给付合格的网络服务,至于对网络虚拟财产的自由处分是否属于其不可剥夺的权利,则有待商榷。以淘宝网为例,其电子商务平台的正常运转是以良好的网店信誉体系为基础的,而网店的信誉又大多与店主的身分直接相关。因此,店主擅自让与网店的行爲,虽然不会使淘宝网承担额外的合同义务,但却可能从根本上破坏其信誉体系,进而在经营秩序层面给淘宝网带来严重影响。在此种情况下,淘宝网在服务协议中加入禁止让与特约,显然是有一定合理性基础的。同理,对于根据游戏时长进行收费的网络游戏的运营商来说,游戏中虚拟物品的过度交易,可能会大大缩短玩家的游戏时间,进而直接影响其盈利能力。在此种情况下,采取措施限制虚拟物品的交易,无疑也是具有充分合理性基础的。综上所述,无论是从法律规范还是商业判断的角度出发,只要网络服务提供者在服务协议中订立禁止让与特约时出于善意,且遵循诚实信用的基本原则,那么该特约本身就不应属于当然无效的合同条款。

(二) 禁止让与特约的生效要件。诚如上文所言,禁止让与特约在某些情况下,确实具有一定的合法和合理性基础,但为了防止网络服务提供者滥用订约优势,法律仍有必要为其设置一系列限制性的生效要件,以实现网络服务提供者与

权利人之间的利益平衡。具体来说,禁止让与特约的生效要件主要包括以下几项:1. 合理性要件。第一,禁止让与的理由具有合理性。在实践中,所谓合理的禁止让与理由,并不需要网络服务达到依合同性质不可让与的地步,而只需达到网络虚拟财产的擅自让与,可能会严重影响网络服务提供者正常经营秩序的程度即可。第二,禁止让与的程度应符合比例原则。所谓符合比例原则,是指限制网络虚拟财产让与对权利人财产自由所造成的影响,应与其所维护的利益基本相称。^① 2. 合法性要件。在实践中,禁止让与特约所面临的最主要合法性问题,便是其与财产法定让与规范之间的矛盾。笔者认为,禁止让与特约作为民事主体间的合意,效力自然不能与法律规定相冲突,特别是在因离婚或继承等原因需要让与财产时,其本身就包含了一种社会公共道德的内在要求。因此,当网络虚拟财产因法定原因而需要改变归属时,网络服务提供者不仅不能以禁止让与特约为由予以拒绝,而且还应承担必要的辅助义务,确保网络虚拟财产能够顺利移转。^② 3. 实效性要件。之所以要设置实效性要件,主要原因在于,某些网络服务提供者,一方面希望通过设置禁止让与特约来逃避交易行为引发的法律风险,另一方面却又对网络虚拟财产的让与行为持放任态度,以期从中获利,这显然是有违公平和诚信原则的。将实效性作为禁止让与特约生效要件,将可以有效遏制网络服务提供者此种滥用订约优势,草率设置禁止让与特约的行为。

三、网络虚拟财产禁止让与特约的法律效力

(一) 禁止让与特约的内部效力。所谓禁止让与特约的内部效力,主要是指特约在网络服务提供者和权利人之间所产生的法律效力。具体来说,主要表现在以下两个方面:1. 限制权利人自由处分其网络虚拟财产。根据《合同法》第79条和第89条之规定,禁止让与特约将对权利人

① 参见黄忠:《比例原则下的无效合同判定之展开》,《法制与社会发展》2012年第4期。

② 马一德:《网络虚拟财产继承问题探析》,《法商研究》2013年第5期。

处分其网络虚拟财产的权利产生限制，权利人不得在未经网络服务提供者同意或无法定理由的情况下，向第三人让与网络虚拟财产，否则其行为将构成违约，并属于无权处分行为范畴。

2. 权利人擅自让与网络虚拟财产应承担违约责任。当权利人违反禁止让与特约，擅自将网络虚拟财产让与给第三人时，其应对网络服务提供者承担违约责任，自不待言。惟须注意的是，在实践中，网络服务提供者经常在服务协议中约定，如果网络用户违反禁止让与特约，网络服务提供者将有权对其采取包括终止网络服务在内的一系列反制措施。^① 笔者认为，此种“上不封顶”式的违约责任约定，赋予了网络服务提供者过大的权力，可能导致多方主体的利益失衡。一方面，网络虚拟财产所蕴含的社会、经济乃至人格价值，对于权利人来说都是客观存在且十分重要的，如果仅以权利人违反禁止让与特约为由，就赋予网络服务提供者解除合同权，从而在实质上剥夺权利人财产之权利，显然有失公平。另一方面，如果赋予网络服务提供者此种合同解除权，那么网络虚拟财产善意受让人的合法权益，以及相关市场交易的秩序，也将无从得到保障。^②

相对合理的做法是，根据禁止让与特约的外部效力，确定权利人应承担的违约责任。如果让与合同有效，那么网络服务提供者将不得以禁止让与特约对抗善意受让人，而只能接受合同主体变更的法律后果，并就此遭受的损失向权利人主张损害赔偿；如果让与合同无效，则网络服务提供者有权在权利人取回网络虚拟财产之前，暂停向受让人提供网络服务，并要求其对让与行为造成的损失承担赔偿责任。而一旦权利人取回网络虚拟财产，网络服务提供者应及时恢复向其提供网络服务。

(二) 禁止让与特约的外部效力。所谓禁止让与特约的外部效力，主要反映在特约对权利人与受让人订立的网络虚拟财产让与合同法律效力的影响方面。具体来说，主要包括以下几个方面内容：

1. 禁止让与特约对让与合同法律效力的影响。(1) 受让人的主观状态是决定让与合同生效与否的关键。与典型无权处分行为的标的是物权不同，网络虚拟财产让与合同的标的是合同权利，

而债权让与合同的生效与债权变动的法律效果是同步发生的，因此，一旦承认无权处分行为有效，就将直接导致网络虚拟财产权利发生实际移转。此时，为了保护网络服务提供者的合法权益，不让善意受让人有可乘之机，就只能退而选择使善意受让人获得之合同权利，对网络服务提供者不具有对抗效力。这无异于在让与通知之外，为合同权利让与的对抗效力额外增设了一个法律要件，与《合同法》第80条之规定不符。在此种情况下，笔者认为，与其将受让人的主观状态作为让与合同的对抗效力要件，还不如直接将其纳入让与合同的生效要件之中。^③ 具体来说，当受益人为善意时，应认定让与合同有效，并对网络服务提供者产生对抗效力；^④ 而当受让人为恶意时，网络服务提供者则可基于对其恶意的抗辩，直接根据《合同法》第51条之规定主张让与合同无效。^⑤ 此种做法，不仅可以有效避免与现行法律规定发生冲突，而且也可以起到平衡交易安全与网络服务提供者合法权益之间关系的效果。事实上，将受让人的主观状态作为让与合同的生效要件，不仅在比较法上有先例可循，而且已被我国学界广泛接纳。

(2) 受让人主观状态的判断规则。在权利人擅自让与网络虚拟财产的情况下，判断受让人是否属于善意，应主要考察其在订约之时，是否知道或应该知道禁止让与特约的存在。根据合同效力的相对性原则，在一般情况下，不能推定网络虚拟财产的受让人知道或应当知道禁止让与特约存在，而只有当网络服务提供者采取一定措施，使禁止让与特约具有明显的公示性，以至于具有通常认知能力的受让人在订立网络虚拟财产让与

① 例如，暴雪公司《战网使用条款》规定：“如您违反本‘所有权’条款（该条款包括禁止让与特约内容）约定，运营方有权根据独立判断，采取必要的措施以维护自身权益，包括但不限于暂时或永久冻结账号。”

② 参见申建平：《禁止让与条款效力之比较研究》，《环球法律评论》2008年第6期。

③ 参见李永峰：《债权让与中的若干争议问题——债务人与债权受让人之间的利益冲突与整合》，《政治与法律》2006年第2期。

④ 参见王利明：《论无权处分》，《中国法学》2001年第3期。

⑤ 参见崔建远：《合同法总论》中卷，中国人民大学出版社2012年版，第436页。

合同之时, 都有理由知道该特约存在的情况下, 其才可能对受让人的主观状态产生影响。

2. 禁止让与特约对生效让与合同法律效力的影响。(1) 网络服务提供者不得以禁止让与特约对抗生效让与合同。在让与合同具备全部生效要件的情况下, 受让人应自合同成立生效时起成为网络虚拟财产的新权利人, 继受取得原权利人享有之合同权利, 或直接取代其合同当事人地位。为了保护善意受让人的合法利益, 维护正常的交易秩序, 即使禁止让与特约对权利人具有约束力, 网络服务提供者也不得以此为由, 拒绝承认让与合同的法律效力, 而只能通过追究原权利人的违约责任来获得救济。反之, 在让与合同无效时, 网络虚拟财产将不发生权利让与的法律效果, 即使恶意受让人可能在一定时间内实际使用受让的网络虚拟财产, 但其并无保有该财产的权利基础, 网络服务提供者有权随时中止向其提供服务, 并要求其与权利人共同承担违约责任。

(2) 让与合同的对抗效力自通知送达网络服务提供者时产生。根据我国《合同法》第81条第1款之规定, 在让与通知送达前, 让与合同只在权利人和受让人之间产生效力, 尚不能对抗网络服务提供者。只有当网络服务提供者知道让与合同存在后, 受让人方可向其主张合同权利。需要说明的是, 与一般合同权利让与中, 让与通知主要应由让与人发出, 且让与通知的形式大多以口头或书面为主不同, 在网络虚拟财产让与过程中,

让与通知的发送义务应主要由受让人承担, 通知形式也将主要表现为受让人对受让网络虚拟财产的实际使用。之所以会产生此种变化, 主要原因在于网络技术改变了合同各方主体之间原有的交往模式。具体来说, 由于网络用户数量众多且主体身份具有抽象性特征, 因此为了提高效率, 网络服务提供者与用户之间的信息沟通, 大多依托于预设的计算机程序进行。而对此种计算机程序的使用权限, 往往与网络虚拟财产的权利归属存在直接关联。一旦权利人向受让人实际交付了网络虚拟财产, 就很难再通过该程序向网络服务提供者发出权利让与通知, 只能通过其他方式与网络服务提供者联络, 而此种通知方式无论是对让与人还是网络服务提供者来说, 效率都是极低的。相反, 在受让人实际控制网络虚拟财产之后, 其将取代原权利人, 获得通过特定程序与网络服务提供者沟通的能力, 此时, 转由受让人对网络服务提供者承担债权让与的通知义务, 无疑是一个更为合理的选择。同时, 鉴于在实践中, 以计算机程序进行的信息沟通行为, 主要表现为网络用户对网络服务的实际使用, 因此, 受让人可通过实际使用网络虚拟财产的方式, 完成对网络服务提供者的权利让与通知。

本文作者: 法学博士, 中国人民大学法学院博士后流动站研究人员
责任编辑: 赵俊

Research on the Anti-assignment Clauses of the Internet Service Terms

Liu Ming

Abstract: In modern marketing environment, the transfer of virtual property has become more common. But in the service terms of ISPs, the transfer of virtual property is always prohibited. Virtual property is a bundle of contract rights essentially, so the validity of anti-assignment clauses should refer to the contract law and consumer protection law. In some cases, anti-assignment clauses have the commercial, lawful and reasonable basis, so that the clauses have not fully violated the law. To protect the property owners' rights of disposing, the law should set three requirements of the validity for the anti-assignment clauses: legality, commercial reasonable basis, and actual effect standards. The legal effect of anti-assignment clauses can only take effect in the contract parties and malicious assignee.

Key words: internet service protocol; transaction of virtual property; anti-assignment clause