

东方

法治综论

◎ 朱作鑫 主编

DONGFANG FAZHI ZONGLUN



安徽大学出版社

东方法治综论

主 编：朱作鑫

副主编：杨海东 陆超楠

编 委：梅 媛 李琳峰

潘淑红 夏雪峰

张 宇

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

东方法制综论/朱作鑫主编. —合肥:
安徽大学出版社, 2004.8

ISBN 7-81052-878-5

I. 东... II. 朱... III. 社会主义法制—建设—研究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 071395 号

东方法治综论

朱作鑫 主编

出版发行	安徽大学出版社 (合肥市肥西路3号 邮编 230039)	印刷	安徽省天歌印刷厂
联系电话	总编室 0551-5107719 发行部 0551-5107784	照排	安徽大学出版社照排中心
责任编辑	ahdxchps@mail.hf.ah.cn	开本	787×960 1/16
责任编辑	高兴	印张	22.125
封面设计	孟献辉	字数	409千
		版次	2004年8月第1版
		印次	2004年8月第1次印刷

ISBN7-81052-878-5/D·60

定价 40.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

目 录

一、民商法学研究

论网络游戏中虚拟财产的民事法律保护(王谦)	(1)
对赠与合同任意撤销理论与实务若干问题的探讨(苏敏)	(7)
对 ISP 的侵权责任原则产生及发展的分析(蔡岚岚)	(15)
从“同等条件”看优先购买权制度背后的价值取向——兼论在我国民法典体系内构建新的优先购买权制度(茆艺宗)	(22)
证券监管模式发展趋势的再分析——兼议我国证券监管的弱自律性及对策(陈明)	(28)
从公共选择理论看中国保荐人制度的运行机制(姚约茜)	(35)
新解网络邻接权——对传统邻接权的反思(陈颖辉)	(42)
两大法系著作权法立法思想比较研究(刘雪枫)	(49)
TRIPs 在法律移植中的法律文化问题初探——对入世后我国知识产权制度的理论反思(杨文硕)	(55)

二、经济法学研究

论我国建立独立的经济法责任制度的必要性(郑奋丹、郜庆)	(61)
我国引入独立董事制度之反思(廖宏军)	(69)
有限责任公司裁判解散法律问题研究(陈国俊)	(75)
一人公司的经济和法律思考(翟洪敏、毕颖)	(81)
发展股份制风险投资公司及法律环境的完善(宦甦敏)	(86)
电子商务中的税收法律问题初探(刘丽英、杨宏)	(92)
小议中国科技风险投资(赵懿)	(98)
科技法的运行及目的多元化(石名著)	(102)
环境法产生之思考——兼对法理学之影响的几点体认(王伟)	(108)

三、行政法学研究

抽象行政行为的可诉性研究(岳慎芳)	(114)
-------------------------	-------

刍议对抽象行政行为的司法审查(许军英)	(123)
行政事实行为研究评析(周卫疆)	(128)
发展与回归——围绕行政指导探析行政行为的几个基本理论问题 (崔向前)	(133)
行政程序法刍议(张丽萍)	(139)
从现代行政法理念的视角谈行政不作为的内涵之界定(李亚萍、陈勃)	(144)
行政行为公定力探析(黄超)	(148)
从“公民的合法的私有财产不受侵犯”看行政补偿(安中业、李雷、刘萍)	(153)
论我国土地征收制度之改革(郑颖)	(157)
中国非营利组织的“官民二重性”分析(陆明远)	(163)

四、刑法学研究

认定私分国有资产罪的几个问题(沈雄伟、罗浩)	(170)
论实行行为的着手(王振栋、胡增瑞)	(178)
共同过失犯罪理论若干问题探讨(刘诗嘉)	(185)
试论危险犯之未遂(陈珊珊)	(193)
持假枪抢劫行为的定性分析(马兵、赵越)	(199)
当代大学生犯罪原因及预防对策研究(杨林华、曾魁)	(204)
浅议“无限防卫权”(侯明)	(209)
关于增设卖淫嫖娼罪的构思(王学涛)	(213)
论刑事证据展示制度在我国的理性建构(史小峰、严晓慧)	(218)
关于缓刑在社区矫正中若干问题的研究(罗勇)	(225)
法国社区矫正非监禁刑评析(王治、张磊)	(230)
刑法:从模糊到精确——读《论犯罪与刑罚》的一个角度(曾峥) ...	(235)

五、诉讼法学研究

陪审制度的理性思考(杨海东)	(238)
论恶意诉讼(高飞)	(246)
略论诉讼中止制度及我国立法的完善——从与德国日本及台湾地 区的诉讼中止制度比较谈启示(岳芝敏)	(251)

六、国际法学、国际私法学、国际经济法学研究

WTO 进口许可证程序协议对中国的影响——刍议中国进口许可证	
--------------------------------	--

改革(张群)	(255)
WTO 争端解决机制之价值分析(吴蕾)	(262)
关于反倾销法中“正常价值确定”的反思与探讨(杜朝明、刘玮) ...	(268)
WTO 条件下我国外贸代理制的转变(龙开族)	(274)
我国加入世贸组织有关法律问题的思考(任君一)	(279)
浅析仲裁协议的独立性及其扩张解释(朱纯岚)	(283)
国际法视野下的人权与主权(庄广彦)	(289)
中立不再是孤立——浅评瑞士加入联合国(曾理)	(294)

七、法理学、宪法学、法制史研究

中国传统法律思想的演进、特点和当代意义(屠文韬)	(299)
法律原则两点思考(杭亮)	(306)
试析辩证守法(闫冬)	(310)
“法律”的概念(黄春林)	(315)
试论宪法概念与宪法本质(王雪松)	(321)
让农村的义务教育名副其实(李晓荣)	(326)
落实宪法精神,完善公民权利保障体系——“国家尊重和保障人权”	
入宪研究(李雷、杜蓓蕾、李升军)	(331)
浅论司法独立(黄莺)	(335)
传统法学思维的批判——读《法律的经济分析》有感(蔡业冰)	(340)
罗尔斯《正义论》的法治思考(关帅锋)	(345)

一、民商法学研究

论网络游戏中虚拟财产的民事法律保护

王 谦^①

近来,有关网络游戏中虚拟财产民事纠纷屡有发生。其中关于虚拟财产是否存在价值、它的法律属性如何、它的实际价值如何界定,以及对其的保护存在哪些问题等已成为讨论的热点。笔者在查阅了相关资料后对其有了进一步的认识,在此对有关问题作如下阐述。

一、虚拟财产的产生与民事纠纷类型

虚拟财产(以下简称“虚财”)是计算机数据存储于计算机的存储介质之上。它的产生基于网络游戏(以下简称“网游”)平台,所谓网游,由网络游戏运营商(以下简称“运营商”)架设服务器,用户安装网游客户软件并连接到互联网,注册取得账号进入游戏,与所有其他在线用户进行沟通交流、完成游戏中任务等以达到娱乐目的的一种电脑游戏。在用户进行网游的过程中,产生的数据信息将被运营商保留,这些数据被大家称为“虚财”。例如用户在某款网游中创建了个人 ID(虚拟角色),在游戏中不断提升虚拟角色的能力并得到相应奖励,表现为该虚拟角色的相关属性得到增加,获得某装备、若干虚拟货币等。这些在网游中的“等级”、“外貌”、“武器装备”、“财物”以及其他属于该用户在游戏中获得的“物品”,都可成为该用户的虚财。

目前,归结所有纠纷的类型,有如下几类:①运营商与用户之间的纠纷:如,2003年2月,李宏晨发现自己的虚拟装备丢失后,在与北极冰公司交涉无果的情况下,遂于当年12月将其告上了法院,要求赔偿其虚财以及其他相关的损失。②用户与用户之间的交易纠纷:如吉林李某在网上与江苏省吴某进行虚财交易,吴某按约定汇款后,李某却迟迟不肯发货,从而引发纠纷。③他人侵犯用户的虚财引起的纠纷:如2003年3月起,孙某利用木马程序盗取了

① 王谦,上海大学法学院研究生,研究方向为宪法与行政法。

② 《北京:首例虚拟财产案玩家一审获胜,被告上诉》,《北京晨报》2004年01月05日

③ <http://www.net110.com.cn/wyb/index.php?page=1>

70 余个“传奇”玩家的账号,盗得近 500 种“装备”。^①

二、虚拟财产的商品属性定位

虚财与看得见摸得着的“物”有着很大的差别,这种外在特征使大众对其是否存在价值产生怀疑,有学者认为在游戏中获得的虚财,这不过是一种个人满足感而已,在实际生活中没有意义,也就无价值。但笔者认为“无价值论”只是认识上的落后,虚财确有价值。

网游作为大众娱乐平台,其功能为:提供娱乐性功能,通过游戏的手段达到使用户身心放松、满足精神上的需求。用户在游戏中获得了上述的需求,同时消费了网游的资源。而网游的资源是绝大多数通过支付货币取得的,那么网游中的资源就具备转化为现实货币的能力。在经济学上,能够通过价值均衡并进行了交换的一切资源,都可视为商品。

另外,政治经济学上指出:商品是用来交换的劳动产品。如果没有使用价值就不会有人买它,也就不能成为商品;但如果有使用价值,不用于交换,例如用于自己消费,或无代价地转交给别人,也不能成为商品。网游中的虚财互相买卖普遍存在,而且有一定的市场需求。不少游戏社区网站就专门开辟了“交易区”,比如,“易趣网”就专门设有“网游/账号”这一交易栏目,一些网站上则明码标价出售虚财;^② 虚财也可以通过向网游公司直接购买获得。运营商不光通过向游戏用户收取游戏的费用,而且向用户出售游戏中的虚财,如《石器时代》这款网游出售的“来吉卡”,用户可以得到包括新奇宠物、实用道具等 30 种物品。^③

上述事实表明虚财已经从附属于网游的地位中独立出来,具有商品的一切属性。所以网游里的资源即使它是以虚拟状态存在的,它也具有商品的特性,其价值性不言而喻。

三、虚拟财产在民法上的定位

在分析虚财的法律属性时,应从不同的主体角度着手。笔者不同意将虚财单单归入物权的客体,^④ 事实上虚财既是知识产权(以下简称“知产”)的客体,又是物权的客体。这就好比一部原创文学作品,作品的内容是著作权的客体,其载体“书”则是物权的客体。

^① <http://www.rising.com.cn>。

^② <http://www.txwg.com/zbsc>。

^③ <http://www.cncard.com/cod/bj/>云网数字专卖——实物配送专区。

^④ 陆开存:《虚拟物应作为法律关系客体》, <http://www.chinacourt.org>。

首先,对网游著作权人来说,虚财属于知产保护的客体。根据《计算机保护条例》第3条之规定,计算机程序属于该法保护客体。网游是计算机程序,属于知产保护的范畴。其中虚财的原代码被包含在网游程序中,这段代码的内容是当用户满足了可以得到虚财的条件后,才能产生虚财的代码,并将代码运算出的结果写入计算机的存储设备,同时连接计算机的输出设备(比如显示卡、声卡等),将运算出的结果以图像、声音等形式让用户感受到,这段代码是网游程序的组成部分,同样也是网游著作权人创造性的智力成果,所以应受知产的保护。

基于上述论点,笔者认为可以对“他人复制用户虚财的行为”^①性质作明确的界定。虽然复制行为用户的虚财对用户没有造成任何损失,不构成盗窃的要件,但其行为却侵犯了网游著作权人的权利,属于侵犯知识产权的行为。

其次,就用户而言,虚财属于物权的范畴。应注意的是,这时的虚财已经与计算机存储器上的磁介质^②结合,这块磁介质被用户称俗称为“虚财”(请注意,此“虚财”与上段的彼“虚财”的区别)。虚财由知识物化为物质实体,其性质发生了变化,所以物化后虚财便具有了物的特征,^③一是客观物质性,虚财是存储在计算机上的磁介质,可以在存储介质上准确地定位;二是可支配性,虚财的删除、出卖由用户控制;三是有用性,虚财的取得、占有、使用,用户会有满足和成就感;四是存在于人体的外部,虚财存储在计算机存储设备上。

虽然虚财是无形的,但仍受法律保护,因为法律关系客体的物,指在法律关系中能作为财产权利对象的物品或者其他物质财富。用户既然获得了对虚财的使用权,当然就取得了一种财产权。与虚财相类似的还有光、电、热等,它们在人们的支配和利用之下,都属于物权的客体范畴,例如《民法通则》第83条中对采光权有明确的规定。另外,该法第75条规定了对各种合法财产的保护,法条所指的财产应当既包括有形的财产,也包括无形的财产。事实上,不仅仅虚财是财产,就是网络空间、网络本身,也都是财产,都是物权的标的。需要注意的是,用户对虚财的权利受到虚财代码本身著作权的限制。

四、虚拟财产的实际价值界定方法

虚财作为一种特殊的商品,不仅仅是数据,它还凝结着用户的脑力和体力付出,附加着个人感情的价值,所以虚财的实际价值很难确定。有两种比较常见的确定方法:一是参考运营商出售该虚财时的价格,二是参照用户之间交易

① 黄益丰:《计算机犯罪在刑法规范的再讨论》,《资传网-时事论坛》(台湾)2002年9月16日。

② 致鸣:《寻找失去的记忆—深入电脑数据恢复》,《大众硬件》2004年2月。

③ 申卫星、傅穹、李建华:《物权法》,第43页,吉林大学出版社,1996。

虚财的价格来确定其实际价值。^①但前者价值确定机制有市场的不确定性,后者只代表交易双方的意愿。所以这两种方法都不能准确体现虚财的价值。

但是笔者认为还是有方法可以斟酌的,那就是根据实际情况进行实际分析:①因合同之债,按合同上所约定的价格确定价值;因侵权之债,虚财的价值根据侵权人因侵权行为而获得的利润来确定。^②没有获利的,按照侵权人因为侵权行为给权利人造成的实际损失来计算,通过实验计算来确定。比方说,在游戏中,A虚财可以通过完成B任务取得,取得的概率为千分之一(该概率由运营商设定),那么通过反复实验完成一次B任务的时间,取平均值后乘以1000,其乘积为取得A物品的时间。最后将该时间换算成进行游戏所应支付给运营商的费用,该费用则为A虚财的价值。^③用户与网游运营商之间的纠纷,除了使用上述方法外还可以借鉴相片冲印行业确定底片价值的行规。因为底片同样附加着个人的情感,与虚财相类似,而且底片的价值界定以前有过先例,在上海相片冲印行业曾有这样不成文的行规:如果将客户的底片遗失,将赔偿底片的物理价值的4倍金额,在广东省则赔偿10倍。^④因为行业内这样的规定,往往可能成为法院在无法可循下判案的合法依据。所以,虚财的实际价值认定可以由运营商行业协会共同制定出,将虚财的赔偿计算方法和金额统一起来。

五、虚拟财产的民事法律保护实践

在这方面,我国台湾的法律规定相对比较完备。台湾法务部已经做出解释,承认了用户在网游中获得的虚拟财物具有财产价值,可以适用民商法中的有关规定。^④另外,台湾也对网络运营商提出了更高的要求,提出了“拨接服务定型化契约范本”,明确了“业者断讯时的赔偿额度、法定代理人的权责、客户资料保密等原则”。所以,2003年3月,《金庸群侠传》上万名玩家数据丢失

① 王萍:《网络游戏虚拟财产的价值分析》, <http://www.netlawcn.com/vip/wangping/0001.htm>。

② 《民法通则》117条、《著作权法》48条。

③ 《广东省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第21条:“从事照相冲印业的经营者,造成消费者胶卷、底片损坏或者丢失的,应当按损坏或者丢失胶卷、底片价格的10倍给予赔偿。”

④ 台湾法务部门在2001年11月23日作出(90)法检决字第039030号函释:“线上游戏之账号角色及宝物资料,均系以电磁记录之方式存储于游戏服务器,游戏账号所有人对于角色及宝物之电磁记录拥有支配权,可任意处分或者转移角色及宝物,又上述角色及宝物虽为虚拟,然于现实世界中均有一定之财产价值,玩家可通过网络拍卖或交换,于现实世界之财物无不同……”。

事件,运营商不仅恢复了玩家全部数据,而且做了相应补偿。^① 在我国的司法实践中,刑事领域已有一些相关判例。在民事领域,最近朝阳区人民法院的一件民诉判决成为了国内首例关于虚财的民事判决。上文提及的李宏晨诉北极冰公司一案,法院于2003年12月18日作出一审判决,认定被告北极冰科技发展有限公司在网游安全方面存在欠缺,判令其恢复原告李宏晨的虚拟武器装备,驳回原告李宏晨的其他诉讼请求。^②

六、健全虚拟财产民事保护的思考

2003年,我国网游市场规模从9.1亿上升至近14亿。专家预计在5年内,网游产业总值将以每年200%的增幅递增,达到100亿元人民币。^③ 如此巨大的社会财产关系,则需要健全对虚财相关的民事保护。

我国虽没有明文对虚财作出规定,但不意味着对虚财的权利主张就陷入了无法可依的困境中,所以笔者并不同意对虚财进行专项的立法。^④ 首先,如上所述,现实中的法条仍然能够解决现实中的纠纷。其次,网游是一个正在高速发展的新兴产业,不断有变化发生,不应过早对尚未定型的行业进行专项立法。再次,专项立法要大量的人力物力,要经过较长的程序。而制定政策规定就相对省钱省时,而且可以针对网游发展的实际情况进行灵活变动。

但是,网游作为新兴产业,相关规定尚未出台或滞后,影响到网游的发展与稳定。如下几个问题,现在比较突出:

一是,用户与运营商之间的合同责权不均,还未有统一的行业格式合同;笔者查阅了几家运营商与用户的游戏合同,^⑤ 有如下问题:①合同中强调了用户义务,缺乏或弱化了运营商的责任义务条款,对网游公司的责任义务却提甚少。^⑥ ②合同中都有运营商免责条款。^⑦ ③合同中有不平等条款,运营商占强势地位。^⑧ 其实,这些问题在国外已经通过立法规范了,例如美国的《统

① 《韩国与中国台湾有关网络虚拟物品的规定》:<http://news.17173.com/content/2003-11-29/n821-737557.html>。

② 《北京市朝阳区人民法院审理李宏晨诉北京北极冰科技发展有限公司娱乐服务合同纠纷民事判决书》(2003)朝民初字第17848号。

③ 《聚焦2004:中国网游面临决战》,《解放日报》2004年2月9日。

④ 《19律师建议人大立法保护网络虚拟财产》,《中国青年报》2004年1月9日。

⑤ 《奇迹》<http://reg.muchina.com/register/rules-mu.htm>,《传奇3》<http://reg.mir3.com.cn/>,《魔力宝贝》<http://www.joypark.com.cn/amember/joinmember.htm>。

⑥ 《奇迹》第5条、《传奇3》第9条、《魔力宝贝》第三节。

⑦ 《奇迹》原则7、《传奇3》第6、12条、《魔力宝贝》第7条。

⑧ 《奇迹》第6条、《传奇3》第12条、《魔力宝贝》中“拒绝或终止用户条款”。

一《计算机信息交易法》^①对网络消费者信息许可格式合同做出了明确的规定。从我国《消费者权益保护法》、《合同法》等法的规定来看,^②关于合同的格式条款仍可适用上述法规。在相关的法规政策出台前,网游可以借鉴其他行业的格式合同来制定本行业的格式合同。比如有《上海市家庭装潢工程合同》、《上海市公有住房差价交换合同》等。^③这种合同由政府的行政管理机关和该行业协会共同制定,既保证了公平性,又有较强的权威性。

二是虚财交易的依法纳税问题尚未得到解决。根据《个人所得税法》第1条、第2条之规定,虚财的交易属于其调整范畴。现在虚财的交易很普遍,但由于虚财交易基于网络,区别于现实生活中的交易,税务机关很难收取税费,使国家的利益遭到了损失。对此,笔者认为,实现收取虚财交易税需要运营商的管理和配合。因为虚财的产生与转移是基于该款网游,只有运营商有这样的技术和便利进行管理。运营商可以建立一个属于该款网游虚财的交易平台,让用户们在该平台上进行交易,签订虚财买卖格式合同(附有应交的税款的条款),并提交给运营商。然后买方将货款(含税)交于运营商,由运营商将合同标的转移至买方,货款汇给卖方,税款交予税务机关。这种方法既保证了交易的安全与公平,而且使国家的利益得到了保证。

三是虚财的交易在网络中进行,缺乏一个可以监督的交易平台。虚财的交易几乎涉及所有的网游,而上段所述的交易方法只适用特定的网游,并不是每一家运营商都有这样的实力去创建这样一个平台,所以创立一个包括了所有运营商的大型公共交易平台才可以实现监管的目的。笔者建议运营商们应联合在一起,共同建立一个大型的虚财交易平台,实现交易规范的统一。这样既节约了开发的投入,又真正实现了交易的统一管理与监督。需要注意的是,上述的联合是基于政府行政管理权的介入,也就是说在政府的引导下成立相应的行业管理委员会,由该组织负责将业内所有的资源进行整合,建立可监督的统一交易平台。^④

综上所述,虚财作为新事物,给我们的观念带来了新挑战。它的发展速度超出了我们的想像,法律的滞后性就越发明显了。但现在的关键已经不再是我们如何能迅速制定出一部法,而是政府应该如何地引导它,制定出什么样的政策,将无序的资源优化重组。

① 《The Uniform Computer Information Transactions Act, UCITA》,美国司法部官方网站:
<http://www.usdoj.gov>。

② 《消费者权益保护法》24条,《合同法》11、16、26、33、34、39、40、41、52、53条。

③ <http://www.sh.tom.com/shtom/house/policy/htfb/>。

④ 《国家新闻出版署批准组建游戏工委》, <http://www.ycwb.com/gb/content/2003-07/23/content-557295.htm>。

对赠与合同任意撤销理论与实务若干问题的探讨

苏敏^①

先介绍一个案例：

王某大学毕业后参加工作，小有积蓄便下海经商，投资兴办了一家私营企业，因聪明能干，事业小有成就，一直想为家乡做点贡献，后应家乡希望小学的请求答应捐赠40万元用于修建新教学楼并要求该小学做好开工准备和进行一些修建教学楼的前期工作。一个月后，该希望小学将旧有的几间平房拆除，等待着王某的资金到位就可以破土动工。然而此时，王某的企业因市场行情的大幅变化而发生严重的经营困难，濒临破产的边缘，王某已无力再支付40万元的捐赠。王某向希望小学主张撤销赠与合同，而希望小学认为这属于公益性赠与，王某不能撤销，并且原有的平房已经拆除，学生没地方上课，王某应当支付40万元捐款。双方发生争论遂诉至法院。

下面将结合案例对有关赠与合同的任意撤销的几个问题进行探讨。

一、对赠与合同能否任意撤销的不同认识

赠与合同的任意撤销是指在赠与合同成立之后赠与财产的权利转移之前，赠与人基于自己的自由意志做出单方中止赠与合同的意思表示。赠与人的任意撤销是以赠与合同完全的成立生效为前提的，^② 意义上相当于合同的解除。^③ 《合同法》第186条第一款规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”由此看出我国合同法对赠与合同的任意撤销作了明确规定。然而对赠与人是否应有权单方中止赠与合同，各国立法并不一致，学界对此也有不同的认识。部分学者认为，法律只保护最低的道德，将赠与合同规定为诺成性合同根本目的是为了要保护特种赠与（如扶贫、救灾等社会公益性、道德性的赠与）的受赠人的期待利益得以实现，防止现实生活中某些人借口赠与去谋取不应有的利益而后又不履行所应承担的义务，因而对这些合同应限制赠与人的任意撤销权。而对于一般性的赠与合同，诺成性的规定对于赠与人而言似乎过于苛刻，法律应当平衡对双方利益的保护，而任意撤销权的设置则很好地解决了这个问题。另有部分学者则认为，赠与合同与赠与行为不是一回

^① 苏敏，武汉大学法学院研究生，研究方向为民商法。

^② 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第8册，第185页，中国政法大学出版社，1998。

^③ 唐明：《论赠与合同的立法及司法实践》，《中国法学》1999年第5期。

事,赠与合同并不是赠与人单方的意思表示,而是赠与人同受赠人达成合意的结果,法律赋予赠与人以单方任意撤销权使受赠人的信赖利益势必要受到侵害。况且,将赠与合同规定为诺成性合同是为了更好地贯彻诚实信用的原则,使赠与人不能出尔反尔,但若同时赋予其任意撤销权可能会使诺成性立法的目的落空或虚设。

上述第一种观点为大多数人所赞同,笔者也较为同意该观点。《合同法》之所以将赠与合同规定为诺成性合同,主要是针对实践中特种赠与的某些赠与人沽名钓誉却背信弃义的行为。为了更好地维护公益、防止道德危机、信用危机的出现,立法以较为严格的诺成性合同性质来规范赠与合同是有其道理的。但是对于一般性的赠与合同,此种立法似有偏袒受赠人利益之嫌。因为赠与合同毕竟是单务、无偿合同,且赠与人若出于一时冲动而为赠与的许诺并为对方所接受,法律不赋予其撤销权岂非对其不公?这将有悖公平和常理。因而法律应当赋予赠与人以任意撤销权,以便为其提供一个反悔和补救的机会,以此来弥补对赠与人不公的缺陷。但对于特种赠与合同的赠与人应当限制其任意撤销权的行使。这样就使得诺成性的定性更为合理,使其与将赠与合同规定为实践性合同的立法有着异曲同工之妙。^①同时,任意撤销权的规定也有助于增强赠与人的积极性,否则赠与人将不敢轻易为赠与的许诺,这将减少赠与发生的可能性。因此,为使这种历史悠久的扶贫济危路径畅通,仍应为一般赠与人保留任意撤销权。当然,第二种观点也有其一定的合理性:其一,赠与合同是双方意思一致的结果,赠与人的任意撤销权的行使往往会给受赠人的精神利益甚至物质利益造成损失,而任意撤销权的行使又是合法的,赠与人往往因此并不承担任何法律责任。《合同法》对此也没有做出规定,这是立法的一个缺憾。本文所引的案例就涉及到这个问题,本文稍后部分将对其进行阐述。其二,任意撤销权的行使会使诚实信用原则相应有所削弱,这是立法的一个价值选择问题。但并不排除法律对其行使的限制,除了规定特种赠与合同不能适用任意撤销权外,还应当强化对任意撤销权行使本身的限制。如法律应当禁止赠与人以使受赠人遭受重大损失的恶意行为来行使其任意撤销权等。

二、对赠与合同任意撤销权主体的认识

依我国《合同法》的规定,任意撤销权的主体仅限于赠与人。对于受赠人是否享有撤销权,法律并未作规定。《日本民法典》第550条规定:“不依书面所进行的赠与,各当事人可以撤销。但已经履行的部分,不在此限。”由此可

^① 陈小君、易军:《论我国合同法上赠与合同的性质》,《法商研究》2001年第1期。

见,《日本民法典》对任意撤销权的主体并未作限制。笔者建议我国法律也应借鉴《日本民法典》的规定,同样赋予受赠人以任意撤销权,理由如下:首先,赠与合同虽是无偿合同,但它仍然是赠与人和受赠人意思表示一致的结果,若受赠人并不接受赠与人的许诺则自无赠与合同的存在。赠与合同并不是赠与人对受赠人的一种施舍,受赠人仍有其独立的人格尊严,在其接受赠与的财产之前完全有权利拒绝赠与。赋予受赠人以任意撤销权能够更好地体现法律的公平、正义。其次,在附义务赠与合同的情况下,受赠人可能出于某种原因不愿意或者不能履行所附的义务,与其待到赠与合同履行之后再由赠与人依照法定撤销权的规定去撤销合同,不如一开始就由受赠人自己去撤销合同。因此建议在《合同法》修改时应当增加有关受赠人任意撤销权的规定。

三、任意撤销权的行使条件以及相关问题探讨

(一)现行法律的规定

根据《合同法》第186条的规定,赠与合同的任意撤销应当具备以下条件:

1. 时间上,须在赠与财产的权利转移之前。即赠与合同成立后,赠与的财产或权利凭证交付之前或法定手续办理之前。在此之后,赠与人不得为任意撤销。若赠与财产的权利已转移一部分则赠与人只能就未发生转移的那部分为撤销。

2. 赠与合同的类型上,须非具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或经过公证的赠与合同。若属于这两大类的赠与合同,赠与人也不得为任意撤销。在引言所述案例之中,王某与希望小学所签订的赠与合同便属于具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同,因此根据《合同法》第186条的规定,王某不得行使任意撤销权。

由此,从另一个角度来看,上述规定也是对赠与合同任意撤销的限制。可谓虽名为任意,其实则不然。但是现行的《合同法》只是从时间和种类上对其作了限制性的规定,实践中仍存在很多问题,有待法律的完善。

(二)具体问题探讨

1. 任意撤销权是否应受到除斥期间的约束? 根据合同法的规定,赠与人行使任意撤销权的时间界限为赠与财产的权利转移之前,也即只要在赠与财产权利转移之前赠与人就可以为任意撤销,而无论经过多久。显然这一有关任意撤销权行使时间界限的规定不利于对受赠人利益的保护。举个例子,如甲与乙约定十年后甲将自己的房子赠给乙,但到十年期限即将届满时,甲行使了撤销权。依照现行法律的规定,甲的行为是合法的。但乙长期期待的结果却是甲撤销了该赠与,必有一种被欺骗、耍弄的感觉,这将有损乙的精神利益甚至物质利益,而现行法律并未规定赠与人对受赠人此种利益的损失应进行

赔偿。法律设置撤销权的目的是为了**保护赠与人的利益**,使双方的利益得以平衡,但也不应因此而有损受赠人的利益。因此对赠与人任意撤销权的行使期间应该做出明确的规定。而《合同法》只是对法定撤销权规定了除斥期间,却忽视了对任意撤销权除斥期间的规定,这是立法的一个不足。为避免受赠人的利益长期处于一种不确定的状态,任意撤销权作为一种形成权,同样也应该受到除斥期间的约束。建议《合同法》修订时增加有关任意撤销权除斥期间的规定。

2. 受赠人死亡后,赠与人能否行使任意撤销权?我国《合同法》对此未做出规定。我认为,赠与合同是赠与人与受赠人之间的双方法律行为,基于合同的相对性原理,赠与人只能向受赠人为撤销的意思表示,直接向第三人为撤销的并不能发生法律效力。在此基础上,如果受赠人已经死亡,赠与人则不得再任意为撤销的意思表示,其撤销权不能约束与其没有合同关系的受赠人的继承人或受赠人财产的其他承受人。《德国民法典》第 532 条就规定:“在受赠人死亡后,不再准许撤销。”《台湾民法典》第 420 条也规定:“撤销权因受赠人死亡而消灭。”参照以上的立法例,我国的合同法也应该规定任意撤销权于受赠人死亡时消灭。

3. 如何正确理解任意撤销权与《合同法》第 189 条的关系?《合同法》第 189 条规定:“因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的,赠与人应当承担损害赔偿责任。”法律之所以这样规定是出于以下理由:因赠与人的故意或重大过失使其许诺赠与他人的财产毁损、灭失,使得受赠人得不到期望的财产是一种恶意侵害他人利益的行为,应当为法律所禁止。但在实践中经常会出现这样一种情况:赠与人在因故意或重大过失致使赠与的财产毁损、灭失之后,为规避法律责任,便行使任意撤销权。这样,《合同法》第 189 条的规定便成为一纸空文。因此为防止赠与人利用上述的法律漏洞,避免赠与人滥用任意撤销权、恶意侵害受赠人的期待利益,应将《合同法》第 189 条的规定视为对赠与人行使任意撤销权的限制。也即:因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的,赠与人不得行使任意撤销权,而应当按照《合同法》第 189 条的规定承担相应的法律责任。

四、赠与合同任意撤销的法律后果

赠与人依据《合同法》第 186 条第 1 款的规定行使任意撤销权(在意义上相当于行使了合同的解除权)后,赠与合同将不复存在,赠与人无需再履行赠与的义务,受赠人也不得请求赠与人履行义务或主张赠与人承担违约责任。赠与合同有效成立之后,受赠人基于对合同履行的合理信赖,可能为受领赠与物而进行了一些准备工作,如为存放大宗赠与物而去租仓库、为准备接受赠与

的汽车而去修建车库或为及时实现赠与物的增值而预先进行投资等,势必支出必要的一些费用。此时赠与人依法行使任意撤销权,将会导致受赠人信赖利益的损失。由于该权利的行使具有阻却违法性,那是否意味着赠与人对受赠人信赖利益的损失不负任何责任?确立任意撤销制度的国家,包括我国均未对此做出规定。法律基于赠与合同的单务、无偿性,为保护赠与人的利益特赋予赠与人以任意撤销权,但是任何权利的行使都不得侵害他人的合法权益。受赠人因合理信赖赠与合同的履行而支出一定的费用,赠与人行使撤销权将使受赠人的信赖利益遭受损失,这种损失应该由谁来承担呢?

有学者认为,应该由受赠人自己承担该损失。因为任意撤销权是法定的权利,赠与人行使任意撤销权是完全合法的,而且受赠人应该知道赠与人享有撤销权,很有可能会撤销该赠与合同,因而不应有所谓的信赖一说。我并不同意该种说法。首先,从道德的角度来说,中国素称礼义之邦,数千年的中华文明使人们对赠与这种行为习以为常,并基本上将其列入道德范畴。近些年,随着社会关系的日益复杂,它作为一种法律现象才得到各界的普遍关注,然而这并不能抹杀它包含的道德因素。受赠人基于对赠与人道德品质的信任,认为其会履行自己的承诺,不会出尔反尔,因此合理地为一一些准备行为自是情理之中的事情;再者,如果受赠人对赠与人都无合理的信赖,那么这个社会人际交往中还有何诚信可言呢?其次从法律的角度而言,并非每一个受赠人都是法律专家,都能知道赠与人享有任意撤销权。况且,虽法律规定了任意撤销权,那也并不意味着赠与人一定会行使该权利。受赠人的合理信赖并非完全无道理可言。而且我们可以想像,如果赠与人对受赠人基于对其的合理信赖而遭受的损失不承担任何责任的话,某人就完全可以利用赠与合同及任意撤销的规定来耍弄他人,却无需承担任何法律责任,从维护公平、避免赠与人利用法律漏洞的角度而言,也决不能让受赠人单独承担该信赖利益的损失。但赠与人承担的是何种责任呢?对此,又有不同的观点。

一些学者认为,赠与人应对该信赖利益的损失承担缔约上的过失责任。在我看来,如果赠与合同是实践合同,则此时赠与人承担的确是缔约上的过失责任,但我国合同法将赠与合同定性为诺成性合同,赠与人行使任意撤销权时合同已经有效成立,而缔约上的过失责任应适用于缔约的过程中,因而此种情况下,自无发生缔约上过失责任的可能性。

另有学者认为,赠与人所承担的应是一种信赖利益赔偿责任。何谓信赖利益赔偿责任?参考台湾学者的观点,它主要指法律行为虽已成立,但实质上无效、被撤销或被解除,当事人一方因善意无过失信其有效而遭受损害,另一