

SHIYONG JINGJIFA JIAOCHENG

实用经济法教程

徐波◎主 编

傅晓 刘春 罗艳◎副主编

中山大学出版社

SHIYONG JINGJIFA JIAOCHENG

实用经济法教程

徐波◎主 编

傅晓 刘春 罗艳◎副主编

中山大学出版社

· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

实用经济法教程/徐波主编. —广州: 中山大学出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 306 - 04608 - 6

I. ①实… II. ①徐… III. ①经济法—中国—高等学校—教材
IV. ①D922. 29

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 152580 号

出 版 人: 徐 劲

策划编辑: 刘学谦

责任编辑: 刘学谦

封面设计: 林绵华

责任校对: 施兰娟

责任技编: 何雅涛

出版发行: 中山大学出版社

电 话: 编辑部 020 - 84111996, 84113349, 84111997, 84110779

发行部 020 - 84111998, 84111981, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传 真: 020 - 84036565

网 址: <http://www.zsup.com.cn> E-mail: zdcbs@mail.sysu.edu.cn

印 刷 者: 广州中大印刷有限公司

规 格: 787mm × 1092mm 1/16 18 印张 380 千字

版次印次: 2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

印 数: 1 ~ 3000 册 定 价: 39.00 元

如发现本书因印装质量影响阅读, 请与出版社发行部联系调换

前 言

本书注重经济法律、法规的普及教育与培训,适用于高等院校以及成人教育中经济类、管理类专业法律基础课程的教学,也适用于事业单位、各类企业员工普及法律知识的培训,还适合对经济法感兴趣的广大社会人士阅读。

本书是编者在总结多年经济法教学经验的基础上,根据高等院校成人教育的人才培养目标要求和教育教学特点编写的。既考虑到专业课程体系的延续性,也考虑到学生考取系列资格证书的需要,以及相关经济性适用法律的普及。

本书由 15 章组成,内容包括经济法概述、企业法律制度、合同法及合同总则、反垄断法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、产品质量法律制度、食品安全法、广告法律制度、商标法、证券法律制度、税收法律制度、劳动与社会保险法、城市房地产管理法和环境保护法。

本书主要有以下特色:

第一,立意新颖,简洁生动,以案说法。为便于学生学习和教师使用,每章开始都给出了知识目标和引读案例,同时在每章中还穿插了很多最新的简短小案例,对法律、法规的讲述尽量深入浅出、通俗易懂,帮助学生加深对理论知识的理解,并培养其分析问题和解决问题的能力。

第二,内容全面,重视普法教育。考虑到课程对象和目的及学生的求知需求,本书以司法考试的经济法体系为基础,延伸到民法、商法、知识产权法体系中相关的非常实用的经济性的法律、法规,比较全面地涵盖了不同专业学生学习法律知识的需求。

第三,真题演练,实用性强。本书注重开阔学生视野、提高学生的经济法理论水平和从事经济法实务的能力,还兼顾他们的专业及其日后工作的特殊性需要。书中涵盖了各种资格证考试中经济法的内容,章节中所选案例都具有实用、贴切、新颖的特点,每章后选用的习题均为历年司法考试的真题,具有极强的权威性和针对性。

本教材由徐波担任主编,负责拟定大纲,分配任务,指导修改和统稿定稿。傅晓、刘春、罗艳为副主编。具体编写分工为:

第 1、4、5、9、10、12 章由傅晓撰写,第 2、3、11 章由刘春撰写,第 6、7、8、13、14、15 章由罗艳撰写。

本书体系和内容的设计是一个新的尝试和探索,希望本教材能够更好地适应各

高等院校和其他财经院校经济管理专业、成人教育等经济法课程教与学的需要。同时，对于书中存在的不足及错误之处，敬请专家、学者批评指正，以便将来进一步修正和完善。

编 者

2013 年 6 月 28 日

目 录

第1章 经济法概述	1
1.1 经济法概述	1
1.2 经济法律关系	4
1.3 经济法律责任	11
第2章 企业法律制度	13
2.1 企业法概述	13
2.2 个人独资企业概述	15
2.3 合伙企业法律制度	17
2.4 公司法	24
2.5 外资企业	42
第3章 合同法及合同总则	46
3.1 合同法与合同概述	46
3.2 合同的订立	47
3.3 合同的成立与效力	54
3.4 合同的履行	60
3.5 合同的保全	63
3.6 合同的变更与转让	65
3.7 合同的权利义务终止	70
3.8 违约责任	74
3.9 合同纠纷的法律适用与解决	79
第4章 反垄断法	84
4.1 反垄断法概述	84
4.2 反垄断法内容	86
4.3 反垄断法的实施	94
4.4 违反反垄断法的法律责任	96

第5章 反不正当竞争法	100
5.1 反不正当竞争法概述	100
5.2 不正当竞争行为	103
5.3 不正当竞争行为的相关法律责任	113
第6章 消费者权益保护法	118
6.1 消费者与经营者的界定	118
6.2 消费者的权利和经营者的义务	120
6.3 争议解决与法律责任	125
第7章 产品质量法律制度	130
7.1 产品质量与产品质量法的概念	130
7.2 产品质量监督管理制度	131
7.3 生产者与销售者的产品质量义务	135
7.4 产品质量责任制度	136
第8章 食品安全法	141
8.1 概述	141
8.2 食品安全风险监测和评估制度	143
8.3 食品安全标准法律制度	144
8.4 食品安全控制	145
8.5 食品检验制度	148
8.6 食品安全事故处置机制	149
8.7 法律责任	149
第9章 广告法律制度	153
9.1 广告的概念及特征	153
9.2 广告法律制度	155
9.3 广告准则	157
9.4 广告活动的管理	165
9.5 广告的审查	167
9.6 违反广告法的法律责任	168
第10章 商标法	173
10.1 商标法概述	173

10.2	商标权	175
10.3	商标的注册	180
10.4	注册商标的保护	182
10.5	侵犯商标权的法律责任	190
第 11 章	证券法律制度	193
11.1	证券与证券法	193
11.2	证券发行	195
11.3	证券交易	199
11.4	证券交易制度与上市公司收购	202
11.5	证券机构	210
第 12 章	税收法律制度	216
12.1	税收与税法	216
12.2	我国现行的主要税收制度	219
12.3	税收管理机关及税务管理	232
12.4	违反税法相关规定的法律责任	234
第 13 章	劳动与社会保险法	238
13.1	劳动法律制度	238
13.2	社会保险法律制度	253
第 14 章	城市房地产管理法	258
14.1	房地产法律制度的概念与特征	258
14.2	房地产开发管理制度	258
14.3	房地产交易法律制度	261
第 15 章	环境保护法	268
15.1	环境保护法概述	268
15.2	环境保护基本制度	269
15.3	环境责任	271
参考文献		276

第1章 经济法概述

【本章学习目标】

通过该章的学习，你应该能够：

- 了解经济法的概念和基本原则
- 掌握经济法律关系的构成要素和经济法律责任

【本章引例】

2009年，经某市工商局同意，200户个体户到该局投资兴建的批发市场设摊经营，工商局为其颁发了临时营业执照和摊位证，并分别收取了3年管理费和摊位费。工商局收取的摊位费主要用于市场建设及偿还兴建该批发市场时的贷款。2010年元月，工商局根据有关部门疏通批发市场消防通道的要求，将该200户个体户的摊位移至该批发市场后面的露天场地，9月又移至不属于工商局所有的某市场。这两次摊位移动均未征求200户个体户的意见，为此，双方发生纠纷。200户个体户诉至法院请求工商局返还摊位费，赔偿营业损失。工商局则认为其与200户个体户之间是行政管理关系，收取的摊位费属于行政收费，法院不应作为民事案件受理。

请问，此次纠纷是属于行政法律关系还是经济法律关系？

1.1 经济法概述

1.1.1 经济法的起源和发展

所谓经济法概念的近代学说，是指20世纪初到第二次世界大战前关于经济法概念的学说。当时，资本主义国家为了克服经济发展过程中市场调节的盲目性与滞后性，排除市场竞争障碍，制定了现代意义上的“经济法”，其功能就是对付社会经济发展中因市场失灵引发的经济危机。虽然美国早在1890年就有了标志着运用经济法有目的地直接干预经济的法案，即《谢尔曼反托拉斯法案》，在1914年还颁布了相当于反不正当竞争法的《联邦贸易委员会法》。但是，普遍意见还是认为德国是经济法的发源地。

经济法这一概念于20世纪30年代进入中国。在30年代和40年代的一些法学著作中已经偶尔可以看见对经济法的阐述，但是没有经济法的专著。在改革开放

前,经济法实质上已经成为国家行政权力命令的翻版。1993年人民代表大会之后,国家颁布了一系列重要的经济法律。之后,通过陆陆续续的修订,最高人民法院也作出了大量的司法解释,我国经济法慢慢形成了初步的体系。随着社会主义市场经济建设与改革开放的逐步深化,经济法被赋予了新的活力,它的重要性越来越受到人们的关注,它具有其他部门法所无法替代的独特功能,因而在我国法律体系中的地位也日益重要起来。

1.1.2 经济法的概念及地位

目前我国经济法权威采用的概念是:经济法是国家从整体经济发展的角度,对具有社会公共性的经济活动进行干预、管理和调控的法律规范的总称。这个概念明确了经济法属于法的范畴,属于国内法的体系,但不同于国内法体系中的其他法的部门。另外,从经济法的本质看,经济法的概念应当归结为如下表述:经济法就是以社会为本位,通过国家、社会团体和市场将有限的经济利益和稀缺的经济资源合理地分配,以营造一个平衡和谐的社会经济环境,最终实现社会整体经济可持续发展的独立部门法律体系。经济法是“社会本位法”、“利益和资源分配法”和“经济发展法”,并且这三个本质属性从三个方面一起共同构建出了经济法的本质。

1.1.3 经济法的调整对象

作为一个独立的法律部门,经济法与民法、行政法的调整对象不同,它调整的是国家在管理和协调社会经济活动中形成的特定经济关系。主要包括:

(1) 国家规范经济组织过程中发生的经济关系。规范组织的法律,是为了防止垄断组织的出现,从组织上保证市场经济顺利发展。这方面的法律有公司法、外商投资企业法、合伙企业法及个人投资法等。

(2) 国家干预市场经济运行过程中发生的经济关系。国家对市场经济运行进行干预是经济法的重要调整方式。这方面的法律有证券法、票据法、破产法、金融法、保险法、房地产法、环境法及自然资源法等。

(3) 国家管理、规范经济秩序过程中发生的经济关系。日本学者丹宗昭信认为:经济法是国家规制市场支配的法,现代经济法的核心是垄断禁止法。这方面的法律有反垄断法、反不正当竞争法、消费者权益保障法和产品质量法。

(4) 国家在经济调控中发生的经济关系。此种经济关系的特点是国家对市场经济运行实行宏观调控,使经济各部门运行协调,使整个国家经济运行平稳。这方面的法律有财政法、税法、计划法、产业政策法、价格法、会计法和审计法等。

1.1.4 经济法的基本原则

经济法的原则能够全面反映它所调整的经济关系的客观要求,体现经济法的本质特征,对经济法的制定和实施具有指导意义。一般来说,经济法有以下几个基本原则:

(1) 资源优化配置原则。资源的优化配置既包括稀缺经济资源中生产资料的分配,调剂经济的发展,也包括稀缺经济资源中生活资料的分配,维持社会的稳定和公平。要正确认识和妥善处理经济领域的重大关系,统筹个人利益和集体利益、局部利益和整体利益、当前利益和长远利益,充分调动各方面积极性。

(2) 国家适度干预原则。所谓适度干预,要求国家或经济自治团体应当在充分尊重经济自主的前提下对社会经济生活进行一种有效但又合理谨慎的干预。首先,干预必须仰赖于法律的规定,不得与之相抵触,也不得在法律并无授权的情形下擅自干预。其次,干预需符合市场机制自身的运作,不可因干预而压制了市场经济主体的经济自主性与创造性。这原则是为了尽量平衡国家和市场两者的位阶,充分发挥它们各自的功效,实现“有形之手”与“无形之手”的有机结合。

(3) 社会本位原则。社会本位要求经济法以社会利益和社会责任为最高准则,无论国家还是企业都必须对社会负责,即都必须对发展社会生产力、提高社会经济效益负责,在对社会共同尽责的基础上处理和协调好彼此之间的关系。这就要求经济法在对产业调节、固定资产投资、货币发行、产品质量控制、消费者权益保护等关系进行调整时,要以社会利益为本位。

(4) 经济民主原则。在社会主义市场经济体制下,市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用,这就必然要求作为市场主体的企业,对国家宏观调控政策和市场信号产生积极灵敏的反应。为此,必须以增强企业活力为中心,在清理企业产权关系的同时,赋予企业法人独立的财产权,使企业成为独立享有民事权利和承担民事责任的法人实体,同时国家对企业要建立有效的制约机制,通过民主的方法来制约管理。

(5) 经济公平原则。经济公平要求经济法律关系主体本着公平、诚实信用原则从事经济活动,正当地行使经济权利和履行经济义务,在经济活动中兼顾他人利益和社会公共利益。另外,在经济活动中必须建立合理的竞争规则,其目标是着力于创造公平、自由的竞争环境,维护公平竞争的市场秩序,保证公平竞争在最大范围和最大限度上的实现。

(6) 经济效益原则。我国经济法立法必须符合中国生产力发展的要求,保护和促进生产力的解放和发展,为经济建设这个中心服务。保护和促进生产力,特别是先进生产力的发展,是我国经济法的根本任务。

(7) 可持续发展原则。科学发展观主张“坚持以人为本，树立全面、协调、可持续的发展”。这种发展不强调盲目的快速，而强调连续与稳定下的高速发展。可持续发展要求在稳定中求发展，在发展中求稳定。

1.2 经济法律关系

经济法律关系是经济法律规范在调整国家干预经济的过程中所形成的经济职权、经济职责、经济权利和经济义务，是由经济法律规范所确认的人与人之间具有权利义务内容的社会关系。经济法律关系和其他法律关系一样，是由主体、客体和内容三个要素构成。

1.2.1 经济法律关系的三要素

1. 经济法律关系的主体

经济法律关系的主体，是指能够以自己的名义独立地参加经济法律关系、能够独立地承担经济法律责任、享有经济权利和承担经济义务的当事人。

经济法律关系的主体必须具备一定的主体资格。主体资格是指当事人参加经济法律关系、享受经济权利和承担经济义务的资格或能力。只有具有经济法律关系主体资格的当事人，才能参与经济法律关系，享受经济权利和承担经济义务。

经济法对经济法律关系主体资格的认可，一般采用法律规定的满足一定条件或符合一定程序的方式予以确认。未取得经济法律关系主体资格的组织不能参与经济法律关系，不能从中享有权利和承担义务，不受法律保护。

根据我国法律规定，目前具有经济法律关系主体资格的当事人主要有以下几种类型：

(1) 国家或者国家机关。国家是特殊的经济法主体。国家既是国家政权的承担者，又是国有生产资料的所有者。全民财产转化为国家财产，由国家根据全体人民的意志加以占有、使用和支配，使国家成为国家财产的唯一主体。国家机关、国有企业或其他组织基于国家授权，对某些国家财产进行经营、管理，但它们不能因此成为国家财产的主体，它们只处于由于国家授权而产生的受托人的法律地位。

国家机关也是重要的经济法主体。政府作为国家和社会的总代表，在任何历史时期，都处于社会经济的核心，成为重要的经济法主体。在社会主义市场经济条件下，政府机关代表国家对社会的经济活动起着重要的调控、规制和管理作用。

国家和国家机关作为经济法律主体具有一定的双重性：一方面，国家实行宏观经济调控，国家机关发挥国家调节、管理、监督国民经济的作用，是经济法的监督、执行者；另一方面，国家和国家机关也是经济活动的参加者，享有经济权利，

承担经济义务。国家和国家机关在职能性活动中,实现了经济权力与经济权利的结合。

(2) 独立的经济组织。独立的经济组织,即具有经济宗旨并直接进行经济活动的社会组织,是最普通的经济法主体。独立的经济组织的特征是以自己的名义直接进行涉足国民经济运行需要的生产经营或服务性业务的经济活动。独立的经济组织参加经济活动,与其他主体相互之间形成经济法律关系,享有经济权利,承担经济义务。独立的经济组织主要是指享有法人资格的企业法人,如公司、国有企业等。

(3) 非独立的经济组织。非独立的经济组织也叫做经济组织的内部组织,也是经济法主体之一。经济组织的内部组织,只指在实行统一领导的经济组织内部,享有一定经营管理权的专业生产经营单位 and 经济联合组织内部成员单位,如内部的分支机构、职能部门、某车间等。

(4) 其他的社会组织。其他的社会组织,指以从事文化教育、科学技术、医疗卫生等公益性专业活动为目的的组织。它们依法设立,实行独立核算,但不直接从事商品的生产和经营。这类组织为了实现自身的社会职能,仍然要进行一系列的经济活动,如工程建设活动、物资采购活动等,从而成为经济法律关系的一方主体。

(5) 个体工商户、农村承包经营户和自然人。当公民依法从事特定生产经营或服务性活动时,一般以个体工商户或农村承包经营户的身份出现,它们的活动是与国民经济整体运行连在一起的,是经济法主体之一。但在经济管理活动中,公民参与经济法律关系则不局限于个体工商户和农村承包经营户,如在外汇兑换、金银持有、税收等活动中,自然人成为经济法律关系的主体。

【例1-1】

〔案情〕某铸造厂是某集团股份有限公司开办的下属独立法人企业。2005年至2010年6月,该铸造厂与张某多次签订买卖钢材的合同。在此期间,铸造厂除支付部分合同价款外,截至2010年6月16日,尚欠张某货款10万余元。该铸造厂给原告出具了盖有公章的欠款条。但现在该铸造厂因连续两年未年检已被工商部门吊销营业执照。张某应以谁为起诉对象要回所欠货款?

〔问题〕法人被吊销营业执照后,是否还具有诉讼主体资格?是否需要承担民事责任?

〔分析〕一直以来,关于这个问题,我国的国家工商行政管理局和最高人民法院有着不同的看法。

吊销营业执照是工商机关固有的一项法定职权,是行政权力,其本质是“强

制歇业”。企业法人被吊销营业执照后，法人资格随之消亡。根据这一观点，当企业的债权人起诉到法院后，则有相当一部分法院以被告因被吊销营业执照导致法人主体消灭为理由，驳回了债权人的起诉或者干脆不予受理，导致大量的债权人的合法权益得不到维护。更有甚者，有的企业为了达到逃债的目的，故意不进行工商年检，待工商局作出吊销营业执照的处罚决定后，随即私分企业的财产致使债权人的债权无法实现。

但最高人民法院认为，企业法人被吊销营业执照后，应当依法进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭。因此，企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以自己的名义进行诉讼活动，包括被起诉。

直到2006年新公司法出台，才对这个问题在一定程度上做了详尽、完善的规定。它明确了“吊销营业执照”这种行政处罚是由行政机关对违反法律的法人资格的强行剥夺，其本质是将法人组织强行解散，企业法人解散即终止前必须经过清算程序。法人组织在清算后，并在法人登记机关进行注销登记后其法人资格才算完全消亡。企业法人被吊销营业执照后，该法人的清算责任人为股东；并明确了如果股东拒不履行清算义务，债权人可申请法院指定清算人员进行清算。

2. 经济法律关系的客体

经济法律关系的客体，是指经济法律关系主体的经济职权和经济职责，或者经济权利和经济义务直接指向的对象。经济法律关系的客体是主体建立权利、义务关系的决定性条件，它是其权利义务关系发生、变更、终止的基础。没有经济法律关系的客体，经济法律关系主体的活动就失去了意义，权利义务也就失去了目标。一般来说，经济法律关系的客体有下列几种：

(1) 物。物是指能够为人控制和支配的、具有一定经济价值的、可以通过具体物质形态表现存在的物品。物包括自然存在的物品和人类劳动生产的产品，以及固定充当一般等价物的货币和有价值证券等。但并非所有的物都可以充当经济法律关系的客体，只有与经济法主体权利和义务相联系的物才符合经济法律关系客体的要求，并且不能是法律法规所禁止流通之物。从法律角度看，物可以做多种划分，例如，生产资料与生活资料，流通物与限制流通物，特定物与种类物，动产与不动产，等等。

(2) 经济行为。经济行为是指经济法主体为达到一定经济目的，实现其权利与义务所进行的经济活动，包括经济管理行为、完成工作行为和提供劳务行为等。

经济管理行为，是指经济法主体行使经济管理权或经营管理权所指向的行为，如经济决策行为、经济命令行为、审查批准行为、监督检查行为等。

完成工作行为,是指经济法主体的一方利用自己的资金和技术设备为对方完成一定的工作任务,对方根据完成工作的数量和质量支付一定报酬的行为。

提供劳务行为,是指为对方提供一定劳务或服务,满足对方的需要而对方支付一定报酬的行为。作为经济法律关系客体的经济行为,仅指具有法律意义,即为实现权利和义务的行为。

(3) 非物质财富。非物质财富也可称作精神财富或精神产品,包括智力成果、道德产品、经济信息等。

智力成果是指经济法主体从事智力劳动和创造所取得的成果,如科学发明、技术成果、艺术创作成果、学术论著等。智力成果本身不直接表现为物质财富,但可以转化为物质财富。智力成果作为经济法律关系的客体,其法律表现形式主要为商标、发明、实用新型、外观设计、专有技术、文学、艺术和科学作品等,由知识产权法保护。

道德产品是指人们在各种社会活动中取得的非物化的道德价值,如荣誉称号、嘉奖表彰等,它们是公民、法人荣誉权的客体。

经济信息是指反映社会经济活动发生、变化等情况的各种信息、数据、情报和资料等的总称,如商业机密这种非常重要的经济信息就在反不正当竞争法中得到了保护。

3. 经济法律关系的内容

经济法律关系的内容,是指经济法律关系的主体享有的经济权利、经济职权和承担的经济义务、经济职责,是经济法律关系的核心。其中,经济职权与经济职责、经济权利与经济义务形成对应关系。由于经济职权作为一种权力,具有不同于权利的必须行使的性质,因而,经济职权同时又是其享有者必须履行的经济职责。在经济权利与经济义务的对应关系中,一方的经济权利往往是对方的经济义务。

(1) 经济权利。经济法律关系的主体在法定范围内依照自己的利益需要,根据自己的意志实施一定的经济行为,有权依法要求负有义务的人为或不为一定的行为,以实现自己的利益,并且在其合法权利受到侵害或不能实现时,有权依法请求国家有关机关给予强制力保护。经济权利包括经营管理权、自主经营权、承包经营权、经济请求权等。

(2) 经济义务。经济义务是指经济法律关系主体一方为满足另一方的要求必须为或者不为一定行为的约束。经济义务包括贯彻执行国家的方针、政策、法律和法规的义务,正确行使经济权利(力)的义务,服从合法干预的义务,征收、缴纳税金和其他合法费用的义务,承担经济法律责任的义务,等等。

义务主体实施的义务行为是在法定范围内进行的,如果义务主体不依法履行义务,就应承担相应的法律责任,受到法律的制裁。

(3) 经济职权。经济职权是指国家机构依法行使领导和组织经济建设职能时所享有的一种具有命令与服从性质的权力。经济职权是国家干预社会经济生活的主要依据,其表现形式是多种多样的,包括经济立法权、经济执法权、经济司法权和准经济司法权等。

经济职权是一种专属的国家职务权限,只能由特定的机关或享有经济职权机关的主要负责人或者经依法授权的其他成员来行使,既不能越权行使,也不能擅自通过代理人或代理机构来行使。例如,对产品质量进行抽样检查属于质量监督部门的专属职能,消费者协会就不能随意代行此职能。经济职权是一种权力和责任相统一的权限。经济职权具有必须行使的性质,国家机关既享有实现经济职权的权力,也担负着必须正确行使经济职权的责任。

(4) 经济职责。经济职责是指国家机关依照法律的规定必须为或不能为一定行为的责任。如根据法律的规定,政府机关担负着制订国民经济和社会发展战略计划的职责。对于此职责,政府机关必须主动地予以履行,否则就是没尽到自己的职责。

经济职责有两个显著的特征:一是专属性,即这种职责专属于特定的机关;二是范围的法定性,即当事人不得超出法律的规定,要求对方履行职责。

【例 1-2】

〔案情〕2006 年 7 月 6 日晚,马杰在网吧登录盛大公司《传奇世界》网络游戏时,游戏突然中断且无法再次登录,马杰即致电盛大公司客服部,要求冻结该账号,并于凌晨 2 时左右向派出所报案。后马杰发现该账号下的高级别游戏角色及屠龙刀等高级游戏装备均丢失了,此后盛大公司恢复了马杰的游戏角色和其他游戏装备,但虚拟装备高级别的屠龙刀一把未能恢复。

马杰认为盛大公司应提供完备的网络安全服务和保障,应对其丢失的屠龙刀承担民事责任,遂起诉盛大公司,要求返还(恢复)《传奇世界》游戏高级别装备屠龙刀一把。

盛大公司辩称:根据“互联网信息服务提供者和互联网接入服务提供者的记录备份应当保存 60 天”的规定,盛大公司查阅了 2007 年 1 月 11 日收到法院诉状前 60 天马杰的所有用户资料,未发现马杰的游戏账号的装备列表中拥有该屠龙刀。即使马杰此前曾有过该屠龙刀装备,但根据盛大公司与用户签订的《用户服务协议》,用户负有妥善保管自己账号和密码的义务,而且盛大公司作为游戏经营者已采取了必要的安全防范措施,并未擅自动用或对马杰的装备采取任何行动,故对装备的丢失也不应承担民事责任,马杰应向实施偷盗装备者主张损失。

〔问题〕盛大公司是否有过错?是否需要马杰的损失承担责任?

〔分析〕法院经审理认定：马杰作为游戏的玩家之一，盛大公司为玩家提供网络在线游戏服务，双方形成网络服务合同关系。盛大公司作为游戏经营者，掌握服务器运行，了解玩家活动情况，并可控制服务器数据，因此要求其对玩家承担更严格的保障义务。而盛大公司提供的服务器安全说明、产品销售许可证、检验报告及盛大保密产品质量合格证明也仅能说明其游戏和产品本身的情况，并不能证明其安全防范措施已到位。并且在该案中，盛大公司也未就马杰多次反映的情况和收到公安局的协查函采取了有效措施进行举证，不能证明其作为游戏经营者已尽力采取了安全防范措施。盛大公司应对马杰虚拟装备丢失承担保障不利的责任。由于虚拟装备本身不具有具体价值，丢失的装备可由盛大公司通过技术操作进行恢复作为救济手段。

本案件中关于法律关系三要素的认定问题值得深入思考：

第一，关于本案诉讼主体问题。

在网络游戏虚拟财产损失案件中，一般会涉及三方主体：玩家、运营商和第三方（网络“黑客”）。第三方的侵害是对玩家的网络虚拟财产的侵权行为，运营商作为网络游戏服务合同的当事人也构成对玩家违约。由于网络侵权的特殊性，玩家自己是很难发现实施侵权行为的第三人，因此玩家选择合同起诉是其通常获得赔偿的最佳途径。只要用户能够证明自己的利益受损，运营商就应当对用户的损失进行补偿，如恢复用户的游戏数据、归还用户密码等。

第二，关于网络运营商的责任。

在游戏中，玩家在设定的环境下进行活动，活动的自主程度受环境设定的限制，而游戏经营者掌握服务器运行，了解玩家活动情况，并可控制服务器数据，因此要求其对玩家承担更严格的安全保障义务，其举证责任也更为严格。本案中，盛大公司无法证明在马杰丢失虚拟装备的过程中其安全防范措施已到位，因此法院认定盛大公司应对玩家虚拟装备丢失承担保障不利的责任。

第三，关于虚拟财产的保护。

在游戏过程中，游戏玩家为获得虚拟财产，往往是花费大量的时间和精力；同时，玩家在游戏过程中购买装备和上网也需花费大量的金钱。因此，虚拟财产本身应当具有价值，应当得到法律保护。但目前我国法律对于网络虚拟财产的性质和保护并无明确规定，专家对虚拟财产的属性有不同看法：①认为虚拟财产具备物的属性，具有交换价值和使用价值；②认为虚拟财产是知识产权，玩家在游戏过程中耗费了大量的时间和精力，伴随着智力性的劳动投入；③认为虚拟财产是债权，即服务商与服务使用者之间存在服务合同关系，虚拟财产是产生于该服务合同关系