



□ 总则编

论《民法典》采用新法学阶梯体系及其理由

——兼论《民法典》体系化失败论·····徐国栋	5
人工智能法律主体资格之否定·····杨志航	21
《民法典》背景下监护人责任的解释论·····于 飞	37
农村集体经济组织法人的治理机制研究·····李国强 朱晓慧	49
《民法典》溯及适用的正当性检验进路	
——以《时间效力规定》第2、3条为中心·····李鸣捷	63
《民法典》中“依法”的规范功能·····钟瑞栋 毛仙鹏	75

□ 物权编

论物权优先于债权原则及其例外情形·····陈华彬	91
论共有物分割请求权的性质及行使方式·····刘 宇	105
《民法典》相邻关系规范的体系化构造	
——兼论容忍补偿请求权的独立性·····韩光明	119
担保制度司法解释的制度创新与难点释疑·····崔建远	131
动态质押设立中实际控制要件的解释与适用·····黄彦霁	143

□ 合同编

合伙合同的四个维度·····周江洪	158
预约合同违约责任的争议与回应	
——基于动态缔约观的分析·····王俐智	170

## 强制售卖与合同僵局化解

——评“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案” .....	刘 凝	187
论债券预期违约救济的法理基础及分类构造 .....	季奎明 陈 霖	204
《民法典》违约金制度的功能优化 .....	邓 辉 王浩然	217
根本违约场合风险负担规则的适用 .....	杨 勇	231
民法典语境下交付移转风险规则的体系联动效应辨识 .....	刘 洋	246
中国《民法典》买卖法中的开放式问题		
——与德国法及欧盟法相比较 .....	[ 德 ] 托马斯·M.J. 默勒斯 著 李雨泽 译	262
论我国《民法典》及其司法解释中的保证期间 .....	程 啸	281
民商区分视角下委托合同任意解除权的适用 .....	韩富鹏	296
论算法合同的归责 .....	夏庆锋	310
体系考量下管理人致受益人损害的赔偿责任 .....	冯德淦	325
论无因管理中管理人遭受损害的救济 .....	冯德淦	340

## □ 人格权编

民事独立禁令程序建构论 .....	李 蔚 吴英姿	356
个人信息保护 “目的限制原则”的反思与重构		
——以《个人信息保护法》第6条为中心 .....	朱荣荣	371
人脸识别技术中的个人信息保护		
——兼论动态同意模式的建构 .....	石佳友 刘思齐	385
信息主体同意的适用边界 .....	李群涛 高富平	404
无过错归责原则：个人信息侵权损害赔偿的应然走向 .....	蒋丽华	419
个人信息私法救济中的“损害赔偿”困境与应对路径 .....	赵贝贝	432
论个人信息侵权中的损害 .....	朱晓峰 夏 爽	444
论共同处理个人信息的侵权损害赔偿责任 .....	刘琬乔	460
论信息主体的知情同意及其实现 .....	常宇豪	477
被遗忘权本土化的路径选择与规范重塑		

——以《个人信息保护法》第 47 条为中心·····王义坤 刘金祥	493
数字防疫中个人信息治理的“链”“法”协同机制研究·····胡元聪 龚家锋	507
论超大型平台独立机构的功能构造	
——以《个人信息保护法》第 58 条为中心·····韩 阳	522
“国家在场”视角下个人信息保护的实践检视与路径探索·····王 娅	536
 <b>□ 侵权责任编</b>	
《民法典》背景下损害概念渊流论·····徐建刚	551
相当因果关系的现代变迁与本土抉择·····王 磊	566
 <b>□ 其他</b>	
破产程序中数据权益之保护	
——以信义义务为视角·····程 威	580
论个人破产法上免责考察制度的法律构造·····靳岩岩	597
权利正当性视野下代孕合法化的三重条件·····李亭慧	611
重大突发风险应对之保险法审思	
——系统性检视我国保险业应对新冠疫情举措·····张力毅	623
论数字时代的美术作品原件	
——基于展览权的视角·····李 强	636
算法解释在民法中的体系定位与类型区分·····胡巧莉 刘征峰	650
电子商务平台经营者管理权的法理基础与规范进路	
——基于线上平台与线下市场的对比分析·····王巧璐	666
元宇宙对著作权法的挑战与回应·····张金平	682
NFT 交易模式下的著作权保护及平台责任·····王江桥	698





## 论《民法典》采用新法学阶梯体系及其理由 ——兼榷《民法典》体系化失败论

徐国栋\*

**内容提要：**《中华人民共和国民法典》颁布后，学界对其内外体系进行了研究，认定它有各类民事权利展开的外在体系和基本原则贯彻的内在体系，但苏永钦教授认定此《民法典》体系化失败。体系具有价值宣示和橱窗等功能，法学阶梯体系在人文主义价值宣示方面居优，潘得克吞体系在橱窗功能方面居优。《民法典》采用的新法学阶梯体系兼采这两种体系的优点。未采潘得克吞体系，是因为该体系的债编等方面存在“把手”设置过高的逻辑问题，所以，从20世纪30年代起，它就遭到了德国人和日本人的批判和摒弃。苏教授深谙潘得克吞体系的缺陷，建议了一个六编制的财产法典体系，但该体系只考虑财产法，具有跛足性，而且，他只承认公因式提取的成果为体系，选用的意定、法定的公因式过于偏狭，造成各编内容的异质性大于同质性，且不能包纳兼具意定性和法定性的对象。苏教授对民法典的纯粹私法要求与行为经济学对理论人性的研究成果不合，且增加了当事人寻法的难度。

**关键词：**潘得克吞体系 法学阶梯体系 新法学阶梯体系 人文主义 私法自治

• 5 •

### 一、大陆学者对《民法典》体系的研究以及苏永钦教授的批评

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）颁布后，举国欢庆。为何欢庆？理由很多，这里笔者只举两个。

\* 徐国栋，厦门大学法学院罗马法研究所特聘教授。

本文是笔者于2020年12月11日在武汉大学法学院所做的讲座“为我国民法典不采用潘得克吞体系辩护——兼论该体系在德国遭到的批判”的讲稿，感谢孟勤国、张红两教授的盛情邀请以及张素华教授的点评。本文第一稿经过了薛军（北京大学）、方新军（苏州大学）、徐铁英（四川大学）的审读，他们提出了方向性的修改意见，笔者采纳之，在此也感谢他们。本文第一稿完成后，苏永钦教授的《大民法典的理念与蓝图》发表，笔者又据此实质性地改动了本文。

其一,我国通过制定《民法典》终于实现了立法上的学术独立。所谓立法上的学术独立,指主要依靠自己的学术资源起草自己的民法典,但不排除多元的境外学术资源作为参考。如果无自己的学术资源,只好依靠另一国或数国的学术资源制定民法典,那就会发生土耳其、埃塞俄比亚式的法律移植。<sup>〔1〕</sup>从中华人民共和国民法典编纂史的角度看,它打破了“中国抄日本,日本抄德国”的传统套路,该说法表达的是民国时期民法典编纂主要通过日本取用德国学术资源的意思。<sup>〔2〕</sup>学术独立在民法典体系上的表现就是建立了人前物后的新法学阶梯体系。

其二,《民法典》的颁布造就了一个数千年法律文化根本转型的契机。自李悝制《法经》以来,我国形成了重刑轻民甚至有刑无民的传统。20世纪30年代《中华民国民法》颁布,这种情况有所改观。1949年后,其限于在我国台湾地区实施,大陆重新进入无民法典状况。改革开放后,中国大陆1979年制定了刑法,从1955年开始尝试制定民法,但制定民法典屡试屡废,2020年终于成功,形成刑民两典皆备之局。过去的法制是一条腿走路,现在是两条腿走路了,如此大愿成真,焉得不庆?此庆证明,民法典制定被作为国之大事的时代远未过去!

欢庆之余,学界对《民法典》做了各种各样的研究,至少有王利明、方新军两位学者对《民法典》的体系进行了研究。<sup>〔3〕</sup>王利明认为,《民法典》采用民事权利体系,民事权利是《民法典》各编的公因式。总则编规定了民事权利的主体、客体、民事权利的行使和保护等,分则诸编分别针对物权、合同债权、婚姻家庭中的权利、继承权以及各项权利的保护展开。这种体系优于潘得克吞体系,因为五编制明显存在着“重物轻人”的倾向,明显是以财产权为中心构建分则体系的。七编制通过人格权编和侵权责任编的独立设置,突出了人的主体地位,凸显了民法典的人文关怀。<sup>〔4〕</sup>方新军认为:民法典的体系分为外在体系和内在体系,前者是规则的体系,以抽象概念的层级分类为工具;后者是原则的体系,以原则的分层、列举和具体化为工具。由于作为外在体系基础之一的概念法学遭到批判,内在体系在当代民法典编纂中的地位上升。<sup>〔5〕</sup>他认为,《民法典》总则编规定了意思自治原则、合法权益受保护原则、平等原则、公平原则、诚实信用原则、合法原则、公序良俗原则、绿色原则,这些在比较法上具有鲜明的特色,是内在体系外显的突出表现,代表了未来民法典的发展方向。这些轻重有别的原则引导着具体问题的解决,为民法调整的事项提供处理标准。<sup>〔6〕</sup>由此使民法成为一有机整体,具有体系的开放性。

王利明的观点可概括为民事权利体系说,证立了《民法典》的外在体系;方新军的观点可概括为基本原则体系说,证立了《民法典》的内在体系。要说明的是,方新军的两篇切题论文发表

〔1〕土耳其基本照搬《瑞士民法典》,埃塞俄比亚则请法国学者勒内·达维德为自己起草民法典,形成《埃塞俄比亚民法典》。

〔2〕其详参见徐国栋:《1964年民法典草案的政治经济学化——兼论现行〈民法典〉中政治经济学条文的处理》,载《探索与争鸣》2021年第1期。

〔3〕使用“至少”一词,是因为阅读面有限,可能其他大陆学者研究了《民法典》体系而笔者不知。

〔4〕参见王利明:《民法典令人瞩目的体系创新》,载 <https://news.ruc.edu.cn/archives/285548>,最后访问时间:2021年2月2日。

〔5〕参见方新军:《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》,载《法制与社会发展》2019年第2期。

〔6〕参见方新军:《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现》,载《中外法学》2017年第3期。

在《民法总则》颁布后，《民法典》整体出台前，但其论述对《民法典》有效。

但如上观点未得到苏永钦教授的认同。《民法典》颁布后，苏教授发表《只恐双溪舴艋舟，载不动，许多愁——从法典学的角度评价和展望中国大陆的民法典》《大民法典的理念与蓝图》两文。前者标题十分刺人，认为《民法典》因为少了承上启下的债法总则，体系化程度大幅倒退，不如 120 多年前德国、瑞士、奥地利等国的民法典，甚至主张《民法典》取代 9 部单行法徒然，它们不必组成民法典，因为一动不如一静；〔7〕后者认为《民法典》只是准法典，连五编制的体系化程度都未达到〔8〕。

苏教授长年关注《民法典》制定，经常利用出席学术会议之机出主意、提建议，尤其在《民法典》颁布前其在浙江大学光华法学院参加该院组织的对合同编的逐条讨论，拳拳之情，让人感佩。所以，苏教授的批评，出于善意。兼听则明，他的批评对于处在《民法典》后欣快期的大陆民法学界也是一种提醒，促使其接受苏教授的观点或证明其错误。

通读苏教授两文，笔者认为其观点难以成立，故做此文与苏教授商榷，同时尝试以不同于王利明和方新军的方式证立《民法典》的体系。苏教授长笔者十岁有奇，是笔者的长辈，他于 1981 年在慕尼黑大学取得博士学位时，〔9〕笔者尚在西南政法大学就读本科。然而，我们经常一起开会，他于 2017 年 10 月 27 日在厦门大学举办的讲座“中国大陆如何面对法典时刻”由笔者点评。为写作此文，笔者阅读他所有发表在大陆刊物上的关于民法典的文章后，深感苏教授学养深厚。君子和而不同，每人知识结构、立场甚至偏好都不一样，所以，就《民法典》的体系，笔者还是要发表与苏教授不同，或许也与王利明、方新军不同的观点，希望得到苏教授和各位学者的批评指正。

• 7 •

## 二、基本概念的澄清：体系的含义及功能

苏教授的两篇批评《民法典》体系的文章专讲体系而未界定之，为了取得共同的讨论前提，需要澄清基本概念。

“体系”（Συνιστημι）这个词来自希腊文，该词的前三个字母组成的字串表示“在一起”，其他字母组成的字串表示“放置”，所以，其一般的含义是“群集”，另外涉及“排序”，与“混乱”（Χάος）形成对反。体系的目的是取得有机性。〔10〕体系可用于学说，也可用于立法。在民法史上，最早的学说体系由共和末期的法学家昆图斯·穆丘斯·谢沃拉（Quintus Mucius Scaevola）在其《市民法》中开创，由帝政初期的法学家马苏流斯·萨宾（Masurius Sabinus）在其《市民法》中发展。该体系采用四编制：继承法、人法、物法、债法（此为谢沃拉体系，萨宾体系不过

〔7〕 参见苏永钦：《只恐双溪舴艋舟，载不动，许多愁——从法典学的角度评价和展望中国大陆的民法典》，载《月旦民商法杂志》2020 年第 9 期。

〔8〕 参见苏永钦：《大民法典的理念与蓝图》，载《中外法学》2021 年第 1 期。

〔9〕 其博士论文题目为《立法措施的可能性和局限性：用基于比较法研究得出的理想类型研究中国台湾地区的市场经济问题》[Möglichkeiten und Grenzen gesetzgeberischer Massnahmen: zu Problemen der Marktwirtschaft in NationalChina (Taiwan), mit Idealtypenbildung anhand von rechtsvergleichenden Untersuchungen, 214 页]。

〔10〕 Cfr. G. Pietro Calabrò, Paola B. Helzel, Il Sistema dei diritti e dei doveri, Giappichelli, Torino, 2007, p. 1-2.

是在此基础上颠倒物法和债法的顺序)。<sup>[11]</sup>在这个体系中,继承法居前,表达了罗马人信奉的向死而生的斯多亚哲学的观念。<sup>[12]</sup>人法包括主体法和家庭法两方面内容,物法和债法完全与现代潘得克吞体系的同名要素同义。谢沃拉和萨宾的《市民法》是教科书,在盖尤斯之前的罗马法律学校都采用这样的古版的潘得克吞体系教授市民法。

2世纪的法学教师盖尤斯在其教材《法学阶梯》中创立的人、物、讼的体系是后来者,它取代了古版的潘德克吞体系。这一体系受到了西塞罗的影响,他说:“为了理解词并为了写作,没有什么比把词划分为两个属更有用和更令人愉快的练习了:一个属是关于物的,另一个属是关于人的”。<sup>[13]</sup>此语采用了一种线条更粗的世界描摹方式,为盖尤斯借用。两相比较,撇开“讼”不谈,可以说法学阶梯体系相对于古版潘得克吞体系提高了民法结构单位的层级,由四级到人法与物法两级,由此,古版潘得克吞体系中的继承法、债法和物权法被纳入庞大的物法。需要注意的是,物法不能等同于物权法,盖尤斯把继承和债看作无体物,把两者纳入大物法的麾下。<sup>[14]</sup>

如所周知,这些古代的教材体系随着罗马法的复兴在近代欧洲得到了重现并转化为立法体系。就谢沃拉—萨宾体系而言,它演化为德国的潘得克吞体系。胡果(Gustav Hugo, 1764—1844)在1789年出版的《罗马法大纲》一书中采用之,<sup>[15]</sup>即所谓的总则、债、物权、亲属、继承的五编制体系。可以看出,胡果对这一体系进行的改造不过是把继承法挪后,以“人法”中的主体法为内容,加上德国人自创的法律行为法和时间法构成总则并置前。从立法的角度看,潘得克吞体系最早由《巴伐利亚民法典》采用,然后由《萨克逊民法典》采用。前者的物权编在债编之前,后者的债编在物权编之前。后来,《德国民法典》采用了萨克逊式的潘得克吞体系。追随德国模式的《日本民法典》、我国台湾地区“民法”、《韩国民法典》也采用这一模式。

就法学阶梯体系而言,它也演化为现代的教材体系。例如,德国人G. A. 斯特鲁维按法学阶梯体系写了《罗马—日耳曼法庭法学》(Jurisprudentia romano-Germanica forensis)(耶拿,1670年);西班牙人G. 萨拉按法学阶梯体系写了《罗马—西班牙法学阶梯》(巴伦夏,1795年)。<sup>[16]</sup>它转化为立法体系的例子众所周知:《法国民法典》。<sup>[17]</sup>

至此可以得出的总结是:

1. 体系是杂多材料的编排方式,如果观察对象规模很小,用不着体系,例如只有一枚积木的情形。如果有数枚积木,按一定的意旨排列它们,便有体系。所以,体系就是排序。排序无意

[11] Cfr. Fritz Schulz, Storia della giurisprudenza romana, traduzione italiana di Guglielmo Nocera, Sansoni, Firenze, 1968, pp. 172s.

[12] 参见石敏敏、章雪富:《斯多亚主义》(II),中国社会科学出版社2009年版,第231页。

[13] Véase Cicerón, De la Invención, In Nicolás Estévez edi. Obras Escogidas, Casa Editorial Canier Hermanos, Tomo Primero, Paris, s/a, p. 228.

[14] 参见方新军:《盖尤斯无体物概念的建构与分解》,载《法学研究》2006年第4期。

[15] Cfr. Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno (Volume secondo), Giuffrè, Milano, 1980, p. 39.

[16] 参见徐国栋:《优士丁尼法学阶梯评注》,北京大学出版社2011年版,第24—26页。

[17] 《法国民法典》采用经改造的法学阶梯体系,分为三编。第一编:人;第二编:财产及所有权的各种变更;第三编:取得财产的各种方式。

义论可以休矣！民法材料足够杂多，所以用得着体系。

2. 体系先用于教学，后用于立法，此论对于谢沃拉—萨宾体系、法学阶梯体系和德式潘得克吞体系都适用。体系首先是帮助学生有效率地掌握庞杂民法的材料编排方式。所以，在西班牙语世界，把我们说成体系的东西用“方法”一词表示，意思是“追随的路径”；<sup>〔18〕</sup>其次才是立法方式。体系的这种双重性导源于其适用文本兼具教材与立法的性质，例如优士丁尼的《法学阶梯》就两性兼有。

3. 体系具有价值宣示性，宣示的方式是通过材料序位的先后安排。例如，谢沃拉—萨宾体系宣示了其创立者“不知死，焉知生”的斯多亚哲学观念，以及对债与物两者孰轻孰重的不同理解，《巴伐利亚民法典》和《萨克逊民法典》也对同一问题表达了不同的态度；法学阶梯体系则宣示了人作为法的目的的先在性；<sup>〔19〕</sup>德式潘得克吞体系宣示了其创立者的数学理性主义思想，其法学领域的表现为概念法学。

4. 体系具有橱窗功能，即向学生和法的操作者提供一望而知的民法内容展示。在这方面，法学阶梯体系因为“把手”设定过高表现不好，而谢沃拉—萨宾体系和德式潘得克吞体系表现出色。所以，《民法典》要兼取两者之优。

5. 划界性。此性与体系的橱窗功能有关，橱窗所包容者，实际上是民法外延的边界，列举是确定这一边界的简单方式。例如，在民法典这个橱窗里放入亲属法，意味着民法与婚姻法合并，抛弃两者分家的苏联—俄罗斯模式，淡化对民法是单纯财产法的理解，降低对民法各单元同质性的追求，因为苏联—俄罗斯模式之所以把家庭法独立，就是因为它与财产法的异质性过于突出。从一定的角度看，这代表了一种粗暴的理论态度：不是求同存异，而是把“异者”驱逐出境。再如，把继承法放入民法典这个橱窗，意味着划清民法与政治经济学的界限。在第二次民法典起草时，我国曾尝试把政治经济学的“三件套”（所有制、价值规律、按劳分配）民法化，为此驱逐了不符合按劳分配原则的继承法，并给它戴上了鼓励“好逸恶劳、坐享其成”的帽子。当下《民法典》包容了继承编，意味着它完成了去政治经济学化，尽管还保留少数政治经济学条款。<sup>〔20〕</sup>最后，尽管有两领域业者的强烈要求，知识产权法、国际私法未被纳入《民法典》，也表明立法者认为它们或不严格或严格地不在民法的外延之内。<sup>〔21〕</sup>

苏教授的两文只承认通过公因式提取得到的垂直型体系为体系，因为这样的体系便于寻法，不承认水平型的体系为体系，忽略了水平型体系的价值宣示功能、橱窗功能以及体系的教学立法兼用性。如果不做这样的忽视，水平式的民法典也是有体系的。

〔18〕 Véase Enrique Martínez Paz, El Metodo del Codigo Civil Argentino, En Revista de La Universidad Nacional de Córdoba, Núm. 4 (2): Junio 1915, pp. 27 - 28.

〔19〕 I. 1, 2, 12: 我们使用的所有的法，要么与人有关，要么与物有关，要么与诉讼有关。首先让朕来看人，事实上，如果不了解法律为之制定的人，对法的了解就太少了。（参见〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第21页。）

〔20〕 参见前引〔2〕，徐国栋文。

〔21〕 《民法典》总则编第123条规定“民事主体享有知识产权”，所以，知识产权法并非严格不入典。国际私法属于严格不入典。



### 三、我国《民法典》体系对潘得克吞体系和法学阶梯体系的萃取

为何要萃取两种体系？因为两者各有优缺点。潘得克吞体系的优点是整体的橱窗功能强，但价值宣示错误，如同王利明所说的，重物轻人。而且局部的橱窗功能弱。法学阶梯体系的优点是价值宣示正确，但橱窗功能太差。两种体系中，潘得克吞体系产生在先，让笔者从它的价值宣示错误谈起。

《德国民法典》的起草者之一伯恩哈德·温德沙伊德（1817—1892年）说：“所有的私法，要做的事情，有两个对象：1. 财产关系，2. 家庭关系。因此，私法的主要划分是财产法与家庭法的划分。”<sup>〔22〕</sup>这个典型的物文主义民法对象定义遗漏了人格关系，可能根本没有想到人格权关系，仅把财产关系和家庭关系考虑为民法的对象，而且财前家后。它导致这样的民法观：“历来，也包含我本人在内，一般都把市民法理解成商品交换的法。”<sup>〔23〕</sup>为何财前家后？萨维尼认为，私法体系的“自然顺序”是纯粹家庭法、物法、债、实用家庭法和继承法。其中物法和债构成财产法的主要内容，纯粹家庭法处理婚姻、父权、亲属和监护等方面的内容，而实用家庭法则处理婚姻家庭关系和一般财产关系互相联系后所产生的内容。这样，“实用家庭法”在本质上就是财产法的一部分。<sup>〔24〕</sup>按照这个说法，纯粹家庭法应该居于财产法之前，但萨维尼最终选择让实用家庭法吸收纯粹家庭法，采用如下的民法体系：物法、债、家庭法（纯粹家庭法和实用家庭法）、继承法。无疑，这样的顺序重物轻人，把作为伦理实体的家庭看作作为经济体的家庭的附属品。

在《德国民法典》生效后不到40年，德国的民法精英就基于潘得克吞体系的上述缺陷提出了改革建议，体现为1942年的《人民法典（草案）》。它最终采用了如下八编制体系：人法、亲属法、继承法、合同法、所有权法、劳动法、企业法、公司法。<sup>〔25〕</sup>它人前物后，人法、亲属法、继承法三编作为人身法居前，摆脱了潘得克吞体系的物文主义。

日本人也发现了潘得克吞体系财前家后的错误并纠正之，谓：民法调整身份关系和财产关系。<sup>〔26〕</sup>此说把德国人说到的两个民法要素调换了位置，代表了对《德国民法典》把亲属法和继承法当作物权法和债法的下游法的体系安排的批判。我国台湾地区学者何孝元也沿着这一方向前进，谓：民法所规定者，为亲子、夫妇与家属之身份关系，以及债权债务与财产权之关系。<sup>〔27〕</sup>这一民法对象定义也是家前财后的。但日本人和何孝元仍然忽视人格，陈自强补正之，他说：民法的规范对象，除私法生活关系主体本身、权利主体与不同形态的团体外，主要涉及身份关系、

〔22〕 Cfr. Bernardo Windscheid, Diritto delle pandette (Vol. I), trad. it. di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, UTET, Torino, 1925, p. 41.

〔23〕 〔日〕渡边洋三：《近代市民法的基本原理》，宋海彬译，载程波主编：《湘江法律评论》第13卷，湘潭大学出版社2015年版，第61页。

〔24〕 参见〔德〕萨维尼：《当代罗马法体系I》，朱虎译，中国法制出版社2010年版，第300—301页。

〔25〕 参见王强、David Siegel：《从〈民法典〉到〈德国民法典〉》，载《河南师范大学学报》（哲学社会科学版）2016年第6期。

〔26〕 参见上海社会科学院法学研究所编译：《民法》，知识出版社1981年版，第6—18页。

〔27〕 参见何孝元著，李志鹏修订：《民法总则》，三民书局1993年版，第2页。

婚姻关系、亲子关系等与财产关系。<sup>〔28〕</sup>此语中的“私法生活关系主体本身、权利主体与不同形态的团体”指的就是人格关系。

与上述思想成果平行，笔者于2001年提出以人前物后的民法对象理论取代1986年《民法通则》采用的物前人后的民法对象理论<sup>〔29〕</sup>并获得成功。2017年的《民法总则》第2条（即《民法典》第2条）体现了这种见解。继而，笔者又提出民法对象两个要素位置的改变应带动整个民法的体系的改变的观点<sup>〔30〕</sup>并得到采纳，使《民法总则》第五章对各种民事权利的列举采用人前物后的模式，取代了《民法通则》第五章的物前人后模式。由此出发，我国《民法典》在各编结构上应采用总则、人格权、婚姻家庭、继承、物权、合同、侵权责任的体系。其中，总则是涵盖人身法和财产法的一般规定；人格权、婚姻家庭、继承三编是关于人身法的规定，其中的继承编调整基于身份关系发生的财产关系，所以处于人身法与财产法之间；物权、合同、侵权责任三编是关于财产法的规定。但可能受到了一些潘得克吞体系爱好者的影响，<sup>〔31〕</sup>最终采用的是总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任的七编制体系，留下未将人前物后进行到底的遗憾。如果苏教授把它批评为《民法典》体系化的失败，倒是公允之论，因为错误无需掩饰，想掩饰也掩饰不了。立法出错，学说可补，现在笔者进行的民法教学就不按照立法的体系，而按应然的体系讲授民法的全部内容。

其次是潘得克吞体系的橱窗功能。在这方面，该体系既有成功，也有失败。成功在于把盖尤斯法学阶梯体系中的大物法（包括物权法、债法和继承法）拆散。按照盖尤斯的概念，债和继承都属于无体物，这样可以把物权、债和继承统一为物法，但如此使体系的橱窗功能受损。《德国民法典》原则上拒斥无体物概念，只承认有体物，造成了大物法的崩解。所以，潘得克吞体系不过是把法学阶梯体系中物法的第二层次的结构要素提升为第一层次的结构要素而已。于是，物权法、债法和继承法成为独立的结构单元。

然而，潘得克吞体系的失败在于没有把“把手”设定过高的债法拆解为合同、侵权行为、无因管理和不当得利，而是硬为它们制定一个总则。

前文已述，苏教授认为《民法典》少了承上启下的债法总则，构成倒退。实际上，债法总则是潘得克吞体系中最站不住脚的部分。笔者从债法总则的来由谈起。

### 1. 亚里士多德提取公因式走火入魔

把合意之债和法定之债统摄于债的帽子下的做法肇始于亚里士多德，他在其《尼各马可伦理学》中提出了交往（συνάλλαγμα）的概念，把交往分为自愿的和非自愿的。<sup>〔32〕</sup>前者有买、卖、

〔28〕 参见陈自强：《与民法学的第一次接触，不需要深交，而在于把握它的体系架构》，载 <https://www.civillaw.com.cn/bo/t/?id=36101>，最后访问时间：2021年1月21日。

〔29〕 参见徐国栋：《两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第21卷，金桥文化出版（香港）有限公司2001年版，第48页。

〔30〕 参见徐国栋：《将“人前物后”进行到底》，载《人民法治》2016年第3期。

〔31〕 对潘得克吞体系的赞美，例见孙宪忠：《当前我国民法典分则编纂的几点思考》，载《华东政法大学学报》2019年第5期；〔日〕加藤雅信：《从世界民法制定史的角度考察日本民法典的修正》，吴彦译，载《南京大学法律评论》2018年第2期。

〔32〕 Cfr. Alfredo di Pietro, El regime de los contratos en el Derecho Romano. Perspectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa de los negocios, In Sandro Schipani (a cura di), Diritto Romano Comune. Mucchi Editore, Modena, Vol. 7, 1999, p. 65.

借贷、保证、借用、寄存、出租等，后者有偷窃、通奸、投毒、拉皮条、腐蚀奴隶、杀人投敌、作伪证等。前者适用交往的正义（Commutative Justice）。后者适用补偿的正义（Corrective Justice）。〔33〕如此，两种类型的交往可统一在正义的名义下。这种统一被笔者称为走火入魔，因为它连民法和刑法的界限都突破了。

## 2. 《法学阶梯》的“侵权法独立成编”

《法学阶梯》的作者盖尤斯和优士丁尼吸收了亚里士多德的“交往”概念，将之改造为民法中的债的概念，由此满足了盖尤斯提取公因式的偏好。但为两种债找到共同规则，形成所谓的债法总则，却不是那么容易的事情，因为两类债的性质差别太大，而且在量上也不成比例。契约反映人们的正常往来，人们的往来类型有多少，它的种类就有多少。而私犯反映的是人类行为的扭曲形态。“扭曲”毕竟是一种非常状态，所以种类有限。因此，他们皮里阳秋，在其《法学阶梯》中把名义上的债法总则弄成实际上的合同法总则。例如，优士丁尼《法学阶梯》第三编从第13题到第29题（中间夹杂一些与债无关的题）是债法总则，规定了债的缔结、类型、担保、代理、消灭等主题，〔34〕但它的实际内容是合同法总则，因为该部分涉及的债全部是合同之债。侵权之债处于第四编，两种债处在不同的编，昭示着第三编规定的债的一般规定不适用于侵权之债。优士丁尼将私犯之债放在第四编，主要是为了维持无体物概念的纯粹性，因为无体物只包括约定之债。可以说优士丁尼特别考虑了体系的纯粹性。从这个角度来看，在盖尤斯和优士丁尼的《法学阶梯》中，侵权法早就脱离债独立了。这是盖尤斯和优士丁尼看破亚里士多德的走火入魔而做的脱困处理。

## 3. 《法国民法典》的“法定之债独立成编”

《法学阶梯》的脱困机制为1804年《法国民法典》的立法者所借鉴，他们在该法典的第三卷“取得财产的各种方式”中规定债法。该卷第三编名为“契约或约定之债（Obligation）的一般规定”，下分六章：第一章编首规定，规定了合同的定义等问题；第二章契约有效成立的要件；第三章债的效果；第四章债的种类；第五章债的消灭；第六章债的证明与清偿证据。这些为通常的债法总则的内容，它们仅适用于契约之债。该卷的第四编是“非因约定而发生的债（Engagements）”，第一章为准契约，第二章为侵权行为与准侵权行为。〔35〕

显然，在《法国民法典》中，两种债的分立更加明显。第三卷第三编编名就是约定之债，第四编编名的意思就是法定之债（采用了“非因约定而发生的债”的表述），而且，两种债用不同的术语表述。约定之债是 Obligation，法定之债是 Engagements。不同于两个《法学阶梯》的是，《法国民法典》不满足于侵权法独立成编，而是让法定之债独立成编，因为无因管理和不当得利也与合同缺乏同质性。

## 4. 采用了债法总则的德国人的悔举

不知是因为未看破盖尤斯和《法国民法典》立法者的脱困机制还是因为相信提取公因式的力量无往不胜，1896年的《德国民法典》采用了涵摄约定之债和法定之债的债法总则，并导致

〔33〕 参见〔古希腊〕亚里士多德：《尼各马可伦理学》，苗力田译，中国社会科学出版社1990年版，第92页及以次。

〔34〕 参见前引〔19〕，优士丁尼书，第7-9页。

〔35〕 参见《法国民法典》（下册），罗结珍译，法律出版社2005年版，第1-3页。



《日本民法典》《韩国民法典》和《中华民国民法典》做出了同样的安排。

但德国于 20 世纪 30 年代制定的《民法典（草案）》背弃了债法总则。《民法典（草案）》的“合同与责任”编相当于传统债法，分为三章：第一章为合同与担责；第二章为责任，下分为 8 节，即第一节义务之违反，第二节履行障碍，第三节关于履行债务关系的特别规定，第四节侵权行为，第五节危险责任，第六节损害赔偿，第七节不当得利，第八节不当管理他人事务；第三章为典型合同。<sup>[36]</sup> 显然可见，“合同”章与“责任”章之上没有所谓的债法总则。第二章把违约责任、侵权责任、不当得利责任等规定在一起，相当于“民事责任”章。合同、侵权行为、不当得利已不被认为是债的发生根据，而被认为是责任的发生根据。

《民法典（草案）》因为德国在“二战”中的战败流产，但它否定债法总则的主张代表了当时德国主流民法学家的看法，他们的选择是对《德国民法典》采用债法总则体例的批判。现在的《德国民法典》保留债法总则，可理解为作为战胜者的盟军的强加。

#### 5. 采用了债法总则的日本人的悔举

如前所述，《日本民法典》追随《德国民法典》规定了债法总则。100 多年后的 2009 年，日本修订债法，是否保留债法总则成为一个问题。平井宜雄、北川善太郎、川井健等学者认为，债法总则主要是合同法总则，民法典若同时规定债法总则和合同总则，两者的内容大量重复，不妥。基此，参与修典的大村敦志出具了题为《关于与民法修改相关的总论问题的意见——以民法典的编制问题为中心》的意见书，主张债权编不设总则，建议将合同分则独立成编。具体而言，第三编要如此重构：第一章为债权与合同总则，第二章为各类合同，第三章为法定债权关系。如此，债法总则恢复基本上就是合同法总则的原形，另外实现了法定之债（包括侵权行为、无因管理、不当得利）的独立成章。可惜，这样的建议在 2013 年 5 月 28 日举行的日本“法制审议会民法（债权关系）部会”第 72 次会议上遭到律师界的反对，他们主张维持现状，以免法律变动造成震荡，当局者最终决定维持债法总则。<sup>[37]</sup> 所以，债法总则尽管在日本仍然维持，但其合理性已受到质疑。

日本人在本国做不成的事情在老挝做成了。从 1998 年开始，日本帮助老挝起草民法典，于 2018 年 12 月 6 日完成，2019 年 5 月 27 日生效。<sup>[38]</sup> 《老挝民法典》分为九编：第一编总则，第二编人与法人，第三编亲属，第四编物、所有权以及与物有关的权利（也有译作“物权编”的），第五编合同之债（也有译作“合同编”的），第六编非合同之债（也有译作“侵权责任编”的），

• 13 •

[36] Vgl. Werner Schubert, Werner Schmid, Jürgen Regge (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933 - 1945 Protokolle der Ausschüsse, Walter de Gruyter & Co., Berlin, New York, 1988, S. VIII - X.

[37] 参见〔日〕矢泽久纯：《民法典是否有必要规定债法总则——以〈日本民法典〉的大修改和在中国的争议为线索》，载《现代法治研究》2019 年第 4 期。笔者 1991 年入职中南政法学院，教的第一门课就是债权法，先讲债法总则，然后讲与前面内容重复很多的合同法总则，讲完这些，合同分则无时间讲了，顶多讲到买卖合同。而学生在法院就业后，用得最多的就是合同分则，后来在中国政法大学学习美国老师教的美国合同法，讲的都是各种合同，感到这种方法好。现在笔者讲优士丁尼《法学阶梯》，还是感到债法的内容和合同法内容大量重复。

[38] See Ministry of Justice, The First Civil Code in Laos Came into Force, available at <https://www.gov-base.info/en/> / 2020 / 06 / 04 / 119853, last visited on Jan. 22, 2021.

第七编担保,第八编继承,第九编最终条款。<sup>〔39〕</sup>这一体系基本改正了潘得克吞体系重物轻人的错误,把主体法和亲属法调到了财产法之前,对应前引日本学界的先身份关系后财产关系的民法对象定义,以及陈自强的先人格法、身份法,然后才是财产法的民法对象理解,只不过没有从以身份关系为前提的角度看待继承编,而是把它理解为所有权的死因变动。去掉债法总则,把大债法分解为合同之债与非合同之债(即侵权之债)两编,而且把担保独立成编。《老挝民法典》的上述体系,算是对潘得克吞体系缺陷的一揽子改正。

顺便指出,我国台湾地区在1994年完成了其“民法”债编的修正,但似乎无人质疑设立债法总则的正当性。<sup>〔40〕</sup>直到2018年,张永健才发表《告别债的概念——德国民法概念体系检讨之二》,认为把合同之债与侵权之债统合在债法下不合理。<sup>〔41〕</sup>非独此也,张永健还认为,作为德国民法体系基石的物债二分是奠基在债和物两个概念都过度复杂甚至自相矛盾的基础上的。民法学唯有舍弃物债二分之见,才能拨云见雾。<sup>〔42〕</sup>这些言论,算是一点对台湾地区设立大债法的悔举。

#### 6.《民法典》不要债法总则的缘起和理由

我国立法界早就看出了大债法的缺陷,对之磨刀霍霍。1980年8月15日完成的《中华人民共和国民法草案(征求意见稿)》采用这样的结构:第一编总则,第二编财产所有权,第三编合同,第四编劳动的报酬与奖励(主要规定知识产权诸问题),第五编损害责任,第六编财产继承。在这一结构中,合同编独立于损害责任编,两者之上无所谓的债法总则。<sup>〔43〕</sup>

1981年7月31日的《中华人民共和国民法草案》(第三稿)中,在“征求意见稿二稿”的基础上,取消了“侵权损害的责任”编,将之纳入“民事责任”编(第七编)。<sup>〔44〕</sup>这个草案力图不从债,而是从责任的角度来理解损害赔偿问题。

2020年颁布的我国《民法典》则拆毁潘得克吞式民法典的债编,把它分解为“合同”“侵权责任”“人格权”三编,以准合同解决无因管理和不当得利的安排问题。

由于打散了大债法,我国《民法典》解决了债编的橱窗功能不足、两大元件同质性不足的问题,吸收了法学阶梯体系的优点,在潘得克吞体系的基础上形成了新法学阶梯体系,即总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任的七编制体系。这是一个外部体系。七编制中的总则、物权、婚姻家庭、继承四编属于潘得克吞体系。《民法典》第2条和其总则编第五章对于民法两大要素的排序属于法学阶梯体系,人格权编的设立也吸取了法学阶梯体系正确宣示的价值。其中的合同、侵权责任两编是反思潘得克吞体系债编错误的结果。

这一体系不能说十全十美,例如,没有把人前物后的观念贯彻到各编排序上就是缺点,但其

〔39〕 入江克典「ラオス民法典の概要(総論)」参照,载 <http://www.moj.go.jp/content/001300677.pdf>, 最后访问时间:2021年1月22日。

〔40〕 参见柳经纬:《1999:中国大陆合同法之制定与台湾民法债编修订之比较》,载《厦大法律评论》第1期,厦门大学出版社2001年版,第232页。

〔41〕 参见前引〔8〕,苏永钦文。

〔42〕 参见张永健:《物权的本质——基于德国民法概念体系的检讨》,载《中外法学》2020年第3期。

〔43〕 参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(增订版)(中卷),北京大学出版社2020年版,第1151页及以次。

〔44〕 参见前引〔43〕,何勤华、李秀清、陈颐编书,第1244页及以次。

仍是体系，是克服凌乱性的工具，没有体系的东西是一盘散沙，我国《民法典》具有十足的有机性，完全实现了体系化，而非苏教授所讲的体系化失败。

#### 四、苏教授建议的财产法典体系的缺陷

如前所述，苏教授向大陆推荐了如下他认为好的民法典体系：<sup>〔45〕</sup>

总则  
财产通则  
意定关系  
法定关系  
婚姻家庭  
继承<sup>〔46〕</sup>

苏教授在 20 多年的时间里参与台湾地区“民法”债编和物权编的修订，并申请到了为期三年的民法典研究项目。<sup>〔47〕</sup>如上体系当是其项目研究成果的浓缩。仔细研究其各编内容，发现苏教授熟谙历来人们对潘得克吞体系的批判，他设计的这一体系代表了他对德式五编制体系的超越，但该体系又制造出更难解决的问题，仍不值得采用。

超越一：设立了一个财产通则。包括以下内容：第一题财产权；第二题财产关系；第三题行使权利、履行义务；第四题多数权利人义务人；第五题财产关系移转；第六题财产关系消灭。<sup>〔48〕</sup>一望而知，这个“财产通则”是一般民法典有的债法总则的翻版，不过这个通则不适用于法定之债，因为这样的债被挪到“法定关系”编了。如此做，算是看出了亚里士多德的走火入魔和《德国民法典》未躲开债法总则也涵盖侵权法的陷阱的错误，值得赞许。但为何只设财产通则而不设人身通则？施莱格尔贝格（Franz Schlegelberger, 1876—1970）还主张设一个人身法通则呢！<sup>〔49〕</sup>所以，苏教授还是认为，总则编的制度可无障碍地同时适用于人身法和财产法。在这方面，他似乎未吸收尼佩代、齐特尔曼、拉伦茨等人的反思。尼佩代（Hans Carl Nipperdey, 1859—1968）认为，总则中混杂了完全不同性质的内容。作为解决方案，他主张有关人法的部分应挪到家庭法部分，有关法律行为的规定应挪到债法的合同法中。<sup>〔50〕</sup>恩斯特·齐特尔曼（Ernst Zitelman, 1852—1923）也认为，家庭法和继承法主要从构成要件方面来建构，而债法和物权法主要从法律后果方面来建构，两者理路不同，把它们捏到总则中，难免油水两分。<sup>〔51〕</sup>拉伦茨（Karl Larenz, 1903—

• 15 •

〔45〕 这实际上是马后炮了，因为大陆的《民法典》已经颁布。

〔46〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

〔47〕 参见苏永钦：《大陆法系国家民法典编纂若干问题探讨》，载《比较法研究》2009年第4期。

〔48〕 参见前引〔8〕，苏永钦文。

〔49〕 施莱格尔贝格认为，总则是财产法的总则，应另外制定身份法的总则。〔参见陈华彬：《论我国〈民法总则〉（草案）的构造、创新与完善》，载《比较法研究》2016年第5期。〕

〔50〕 参见〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《民法典总则的功能及其限度》，陈大创译，载《中德私法研究》第10卷，北京大学出版社2014年版，第89页。

〔51〕 参见前引〔50〕，克劳斯-威廉·卡纳里斯文，第88页。

1993)更认为,婚姻和遗嘱行为具有特殊性,总则关于法律行为的规定,尤其是关于错误和法律行为生效要件的规定,不能涵盖这些行为。<sup>[52]</sup>苏教授的专长在于财产法,<sup>[53]</sup>所以,考虑问题基本不涉及人身法,这是一个知识结构上的可改进之处。目前,浙江大学光华法学院为了改变民法教师多有的“一头沉”的知识结构,要求讲财产法的教师也把婚姻家庭和继承法讲一遍,以便达到史尚宽那样的能写民法全书的境界,这样的尝试值得肯定。

超越二:把潘得克吞体系的物权编的部分内容和债编关于典型合同的规定整合成意定关系编。包括以下内容:第一题为意定关系的发生,认负担行为、处分行为、单方行为、合同为意定关系的发生依据;第二题为各种意定关系,包括移转财产权的、提供作为的、组织性的、设立担保、特别允诺。<sup>[54]</sup>其中,移转财产权的意定行为中的设立人役权(例如居住权)、担保性意定行为中的设立抵押和出质,通常都被规定在物权编。这样的编排,完全实现了潘得克吞体系物权编和债编的内容重组,非常富有新意。尤其是解除了担保权与自物权的牵连关系,算是回应了以孟勤国和张素华为代表的质疑者的批评。孟勤国认为“担保物权”不是物权。理由一,物权的一般理论是从所有权概括出来的,不能很好地适用于担保物权,例如,物权的对世性、绝对性、排他性等属性只能适用于所有权;理由二,担保物权不具有物权的最终支配力,也没有用益物权那样的现实支配力,因此不配称为物权;理由三,担保物权的目的并非支配物,而是为了担保债;理由四,担保物权的本质是优先受偿权。<sup>[55]</sup>张素华认为:担保只是一种确保债权实现的方式和手段,同一债权可以同时存在多种担保方式。担保物权作为物权编成员并不是天经地义、不容置疑的。<sup>[56]</sup>但是,抵押权的设立不以意定行为为限,也有法定抵押权之存在,难道苏教授要把这种抵押权也纳入这一编?所以,“意定”的公因式设定得欠妥,不能包括兼具“意定”和“法定”的项目。《意大利民法典》宁愿从权利的保护手段的角度看待抵押,把三种抵押(加上了诉讼抵押)都放在权利的保护编,<sup>[57]</sup>与其他也有权利保护功能的项放在一起,这样在逻辑上就自洽了。

超越三:把潘得克吞体系的债编中的法定之债部分加上部分物权编的规定以及个别的知识产权法的规定整合成法定关系编,其内容只有“法定关系的发生”一题。有以下发生依据:其一,基于请求权行使,含无因管理、财益上请求权、侵权行为、不当得利等子项;其二,不待请求之变动,含登记簿上之时效取得、添附(附合、混合、加工)、无主物先占、埋藏物和隐藏物发现、相邻关系、知识产权的强制许可、留置权等子项。<sup>[58]</sup>本编的内容十分庞杂,给人“牛鬼蛇神,一锅烹之”的混杂感。与把财产通则打造为不涵摄法定之债的债法总则相应,本编包纳了法定之债的内容以及传统物权编中包括的法定取得内容,但让这三种法定之债相伴一些物权法制度,实

[52] 参见前引[50],克劳斯-威廉·卡纳里斯文,第90页。

[53] 查台湾政治大学法学院苏教授的页面,上面介绍的他的研究专长是“财产法专题研究、宪法专题研究”,载 [http://www.law.nccu.edu.tw/zh\\_tw/Faculty/part\\_time/~%E8%98%87%E6%B0%B8%E6%AC%BD-45949099](http://www.law.nccu.edu.tw/zh_tw/Faculty/part_time/~%E8%98%87%E6%B0%B8%E6%AC%BD-45949099),最后访问时间:2021年2月3日。

[54] 参见前引[8],苏永钦文。

[55] 参见孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社2004年版,第339页及以次。

[56] 参见张素华:《论民法典分则中担保制度的独立成编》,载《法学家》2019年第6期。

[57] 参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第37页,第748页及以次。

[58] 参见前引[8],苏永钦文。

在别扭，因为一者是相对权关系，一者是绝对权关系，两者不同质。

苏教授对于潘得克吞体系的亲属编和继承编，则未做任何超越，一仍其旧。未把这两编的位置前移，未吸收何孝元、陈自强等学者对于温德沙伊德的错误民法对象理论进行纠正的成果。

## 五、结论与体系问题外质疑

综上所述，我国《民法典》并非无体系，它外在体系和内在体系兼备。在这方面王利明和方新军都做出了成功的证明。本文的价值在于，从另外的角度证明了我国《民法典》的外在体系为新法学阶梯体系。从价值宣示的角度看，该体系张扬了人文主义，摒弃了物文主义的民法观，代表了我国学界对民法认识的进步。从橱窗功能来看，它一望而知地向法的操作者、学习者和遵守者展示了民法的基本内容，可惜各编的排列未与其对象条款一致。从划界功能的角度看，它宣示着家庭法的回归以及对政治经济学民法观的抛弃和与国际私法的划界。从整体上看，它是去过度公因式提取的，尤其体现在把债法打散上。苏教授把《民法典》说成部门民法典，是不客观的。苏教授的用语独特，他理解的部门式民法典，指没有整体结构，成熟一个制定一个的民法典。<sup>〔59〕</sup>实际上，在1985年之前，我国民法典制定采用“批发”的方案，有整体的结构设计。1985年后，改采“零售”的方案，即成熟一个制定一个。但每个“一个”，都是先前的整体方案中的一编。到了2020年，九个“一个”归队，外加新设的人格权编，成为《民法典》的七个编。《民法典》此时的整体方案与1985年之前设计的总体方案大体相同。苏教授只看到了“零售”的一段，对此前的阶段可能不够了解。

苏教授之所以断言《民法典》体系化失败，还因为他只认为垂直型的体系才是体系。在这方面，《民法典》在其总则编确立了法律行为制度，该制度主要从合同制度和遗嘱制度提取公因式而成，另外规定了适用于各分则编的代理制度和时间制度，这些当属于垂直型的体系化的成果。

另外，苏教授尽管在其论文中提到了内在体系的概念，<sup>〔60〕</sup>但未注意到我国《民法典》在内在体系方面的修为，幸亏方新军在这方面大有作为。不过，笔者不赞成方新军把“合法权益受保护”列为原则，因为保护合法权利是不言自明之理。

当然，这个体系也并非无可批评。它在分则各编排序上体系违反，笔者在前文已提到了。实际上，对于总则笔者也是反对的，因为总则是难以达至的中观之上的宏观。申言之，分则各编下的各题的规定属于微观层次，每个分则编本身是对各题规定的中观概括，而总则是对各分则编的共性的概括，属于宏观层次。如此，如果各分则编的公因式提取困难，则总则编的公因式提取更困难。勉强提炼出来的总则规定经常不能从日常生活中找到依据，甚至可找到相反的依据，例如未成年子女与其父母关系的屈从性，<sup>〔61〕</sup>法律行为的样态理论与身份行为的纯粹性

〔59〕 参见前引〔47〕，苏永钦文。

〔60〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

〔61〕 参见徐国栋：《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》，载《中国法学》2011年第5期。



的矛盾的例证<sup>〔62〕</sup>等等,这些导致总则的可信性降低。所以,意大利学者里卡尔多·卡尔迪里(Riccardo Cardilli)说:如果废除不了总则,那就让它的条文越少越好。<sup>〔63〕</sup>果然,2009年的《欧洲示范民法典草案》的总则只有区区10个条文,它们都非提取公因式的结果,只是一些技术性的规定,例如,期间的计算规则。<sup>〔64〕</sup>

反观苏教授建议的体系则问题较多。首先,它被苏教授称为“大民法典”的体系,实际上只是一部“小民法典”或曰财产法典的体系,因为人身法两编在其中只起“站班”的作用,根本未成为他分析的对象。而《民法典》的体系兼考虑人身法和财产法,两者在体系化的难度上不在一个量级。

其次,从逻辑的角度看,苏教授的方案存在全称判断运用不当的问题。全称肯定判断是断定一类事物的全部对象都具有或不具有某种性质的判断,<sup>〔65〕</sup>例如,所有的天鹅都是白色的。全称肯定判断的逻辑形式是“所有S都是P”,其中,S(subject)是主词,P(predicate)是谓词,多个选言支用S1、S2、S3……表示。既然命题的效力要涵盖所有的选言支,显然的道理是:在考察完所有的选言支之前,不能下任何全称判断。不然,一旦出现一个反证,全称判断就会崩溃。例如,所有的天鹅都是白色的命题,在澳洲发现黑天鹅后就崩溃了。当苏教授把抵押纳入意定关系编、把混合纳入法定关系编的时候,他默示地下了“所有的抵押都是合同造成”“所有的混合都因侵权行为造成”两个全称判断,一旦找到一个例外,两者都会崩解。前面笔者已以法定抵押权(意大利人还加上了诉讼抵押权)的存在为第一个命题找到了例外,现在笔者证明,民法中存在大量的合意混合,尤其在商法中。例如《德国民法典》第700条规定的变例寄托,<sup>〔66〕</sup>《德国商法典》第469条规定的混合保管。<sup>〔67〕</sup>

第三,苏教授只认可垂直型的体系化,将其效用定为能帮助找法,由此主张民法典去政治化,像《德国民法典》一样“假定没有任何政策干预”,实行私法自治,把政策性的内容交给特别法。<sup>〔68〕</sup>这种观点有两个问题:其一,苏教授希望的民法典是一个装纯净私法的瓶子,其他不纯净的内容都要到民法典之外找,以至于在法定关系编,连物权的登记制度都没有,这难道是帮助找法之道吗?相反的“部门民法”才有帮助找法的功能。其二,私法自治基于18—19世纪人们对于人类的理论理性的无知而确立,而行为经济学揭开了人类理论理性的黑箱后,把完全理性、完全自治、完全自利的私法自治前提变成了三个不完全的家长制民法前提。<sup>〔69〕</sup>苏教授的一

〔62〕 参见徐国栋:《我国〈民法典〉规定的纯粹法律行为的罗马法起源、比较法沿革和本土适用》,载《河南财经政法大学学报》2021年第1期。

〔63〕 参见〔意〕里卡尔多·卡尔迪里:《民法典总则的制定及其危机》,载 <http://law.zuel.edu.cn/2015/0528/c3603a95087/page.htm>,最后访问时间:2021年1月22日。

〔64〕 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著,克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第一卷、第二卷、第三卷),高圣平等译,法律出版社2014年版,第2页。

〔65〕 参见陈克守、刘金文主编:《逻辑学》,山东人民出版社2008年版,第42页。

〔66〕 参见《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社2015年版,第290页。

〔67〕 参见《德国商法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社2000年版,第213页。

〔68〕 参见苏永钦:《现代民法典的体系定位与建构规则——为中国大陆的民法典工程进一言》,载《交大法学》2010年第1期。

〔69〕 参见徐国栋:《民法哲学》,中国法制出版社2021年版,第423页及以次。

篇文章援引了笔者的《民法哲学》并表扬其“极具深度”，认同笔者援引行为经济学观点对理性经济人假设提出的批判。<sup>〔70〕</sup>但却未把此等批判运用于分析私法自治的基础败坏。

本文主旨是讲体系，但在研读苏教授关于民法典的诸论文中，发现一些提法非常可疑，罗列如下提请读者注意。

提法一：《德国民法典》由于其高度体系性与社经政策中立性，足以承载自由主义与社会主义体制，成为世纪民法典范。<sup>〔71〕</sup>此语一讲《德国民法典》具有社经政策中立性；二讲该民法典的此等中立性导致它虽产生于资本主义（自由主义）体制，也能在社会主义条件下适用。两“讲”皆可质疑。就“一讲”而言，《德国民法典》第138条规定违反善良风俗的法律行为无效，该条就是这部民法典的社经条款，在制定《一般平等待遇法》之前，德国主要依靠该条解决民事领域的歧视问题。<sup>〔72〕</sup>就“二讲”而言，在德国历史上，有两个“社会主义”阶段，其一是国家社会主义（Nationaler Sozialismus）阶段（即纳粹阶段），在这一阶段，德国先是局部地废除《德国民法典》的规定。1938年制定了《婚姻法》（Ehegesetz）取代《德国民法典》第1303条至第1352条之规定；同年制定了《遗嘱法》（Testamentsgesetz），废止《德国民法典》第2064条、2229条至第2264条；然后谋求整体地以《民法典（草案）》取而代之，但由于战败没有成功。<sup>〔73〕</sup>其二是东德阶段，由于被认为与共产主义之价值观不合，东德废除了《德国民法典》，1966年制定单行的亲属法，1976年制定新民法典。<sup>〔74〕</sup>由此证明，《德国民法典》并不具有苏教授所称的中立性。

提法二：人格权是每个人都能平等享有的绝对性权利，是从社会伦理直接转换的法规范，因此不待公示就自明。人格权在民法上的规定一直比较单薄，不代表任何价值上的歧视，而是源于规范需求较小。<sup>〔75〕</sup>按照这一提法，人格权似乎是天赋的，实在法无需规定。这经不起实践的检验。例如，我国《民法典》第996条确立了因违约行为导致人格权受损并遭受严重精神损害的受害人可得到精神损害赔偿制度。在确立这样的制度前，这种受害人有很多，但就是得不到精神损害赔偿。这样受到保护的人格权，并非不待公示就自明。

提法三：“二战”以后，民法典被认为过时，违反民主潮流、僵硬。当今民法典的制定被认为是国之大事的时代已经过去。<sup>〔76〕</sup>这是一个全称判断，找到一个例外就可以否定。笔者关注世界民法典制定动态多年，未发现印证苏教授这一说法的例子。反证倒是不少。东欧剧变后，前社会主义国家制定了一大批民法典，事主国都把制典当作弃旧图新的一件大事来抓。阿根廷和波多黎各不属于前社会主义国家，前者于2014年10月7日，后者于2020年3月15日制定了自己的

〔70〕 参见前引〔68〕，苏永钦文。

〔71〕 参见前引〔68〕，苏永钦文。

〔72〕 参见〔德〕马里奥·皮尤克：《德国在保护平等和反歧视方面的办法》，载 <https://wenku.baidu.com/view/af1c4470f46527d3240ce013.html>，最后访问时间：2021年1月24日。

〔73〕 参见徐国栋：《纳粹的〈民法典〉的体系及其背后的德国民法思想的去潘得克吞化》，载《河南财经政法大学学报》2020年第1期。

〔74〕 参见陈自强、谢铭洋、詹森林、蔡明诚、戴东雄：《民法典“圣经”：〈德国民法典〉百年修正历程》，载 [https://www.sohu.com/a/166289905\\_658337](https://www.sohu.com/a/166289905_658337)，最后访问时间：2021年2月3日。

〔75〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

〔76〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

新民法典，经过几十年的努力乃成，因为制典被看作国之大事也！

---

**Abstract:** After the Civil Code of PRC was promulgated, academia conducted research on its internal and external systems, and determined that it had an external system consist of various civil rights and an internal system implemented by basic principles. However, Professor Su Yongqin determined that the Civil Code failed to systemize. The Civil Code adopts a new system of Institutes. The system has functions such as value declaration and window display. The system of Institutes is superior in humanistic value declaration, and the Pandect system is superior in window display. The Civil Code adopts the advantages of both systems. Our country did not adopt the Pandect system because of its logical problem of setting too high a “handle” for the book of obligation. Therefore, since the 1930s, it has been criticized and rejected by the Germans and the Japanese. Professor Su is well versed in the shortcomings of the Pandect system and suggested a six-book property code system, but the system only considers property law, which is lame, and he only recognizes the results of common factor extraction as a system. The common factors of the decision by will and the decision by law are too narrow, causing the content of each book to be more heterogeneous than homogeneity, and are unable to include objects both decided by will and law. Professor Su’s pure private law requirement to the Civil Code is inconsistent with the research result of behavioral economics on theoretical human nature, and makes it more difficult for the parties to find the law.

**Key Words:** system of Pandects, system of Institutes, new system of Institutes, humanism, autonomy of private law

---

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)



## 人工智能法律主体资格之否定

杨志航\*

**内容提要：**当前，关于人工智能是否具备法律主体资格这一问题的讨论席卷整个法学界。占据学界主流的赞同说认为，基于社会的需要，应该将人工智能建构为法律上的主体。然而，这种建构却忽略了法律主体的本质。否定说虽然对此提出了批评，但又过于强调法律主体的生物人属性，错误地将法律主体等同于自然人。据此，以康德的尊严学说为视角，重新对人工智能法律主体资格进行审视，进而可得出人格尊严是法律主体的核心内涵。法律主体作为彰显尊严的人格，必须具备三个要件：第一，具有普遍必然性；第二，作为自在目的本身；第三，作为自我立法的守法者。人工智能只有符合这三个要件，方能具备法律主体资格。

**关键词：**法律主体 人格 康德 自在目的 尊严

• 21 •

### 一、问题的提出

随着第四次工业革命的推进，人工智能不再只是乌托邦幻景。在日常生活中，从无人机、智能车到仓库包装机器人，人类已经被它所包围。人工智能甚至在某种程度上获得人类的身份认同，2017年，机器人索菲亚被沙特阿拉伯赋予公民身份，2021年，华智冰成为清华大学计算机系的第一个AI学生。因人工智能引发的知识产权和侵权责任问题也不再是科幻小说的内容而是实际地发生着。<sup>〔1〕</sup>针对人工智能可能引发的法律问题，法学界掀起讨论的热潮。人工智能是否具

\* 杨志航，吉林大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重大项目“核心价值观融入法治建设研究：以公正司法为核心的考察”（17VHJ007）的阶段性成果。

〔1〕 在知识产权方面，人工智能写稿机器人已经可以实现自动写稿，微软名为“小冰”的人工智能产品“写”出了诗集《阳光失了玻璃窗》，阿里巴巴研发出编剧机器人。参见张悦、王俊秋：《人工智能时代下文化产业的发展与展望》，载《云南社会科学》2021年第5期。在侵权责任方面，主要见于自动驾驶引发的事故，2016年装载自动驾驶系统的特斯拉汽车因出现误认而造成全世界首宗自动驾驶系统致人死亡的车祸，2018年美国亚利桑那州发生优步自动驾驶车撞死行人的事件。参见刘仁文、曹波：《人工智能体的刑事风险及其归责》，载《江西社会科学》2021年第8期。

备法律主体资格,则成为这场讨论的焦点。

目前,关于人工智能是否应该具备法律主体资格,学界的主流观点为赞同说,该观点认为基于现实需要的考量以及人工智能具有有限独立自主意识,应该赋予人工智能法律主体资格。<sup>〔2〕</sup>除此之外,少部分学者持反对意见,认为法律主体只能是自然人或者与自然人相似的主体,人工智能不具有类人性,因此不具备法律主体资格。<sup>〔3〕</sup>这些学说要么消解法律主体的理论根基,要么过于粗浅地注重生物人的身份属性,反而遮蔽了隐藏在法律主体背后闪闪发光的心灵属性,即具有绝对价值的尊严。本文借助康德的理论,以探明法律主体的本质,重新审视人工智能的法律主体资格。

## 二、人工智能法律主体资格的确立及其争议

虽然目前学界关于人工智能是否具备法律主体资格的主流观点为赞同说,但是讨论并没有就此偃旗息鼓,反而大有燎原之势。问题的根源在于,双方对于法律主体的本质有着自己不同的理解,这种分歧主要是由对法律主体范围扩张的错误解读引发的。如果掸去历史尘埃,就会发现法律主体的背后始终闪烁着人格尊严的光辉。

### (一) 人工智能法律主体资格的确立

从历史来看,法律主体的范围并不是固定不变的,而是呈现出不断发展的扩张趋势。这种扩张并不是盲目的,而是表现为从刚开始的“人可非人”,到后来的“非人可人”。起初,法律主体资格是由人格人所享有,自然人并非必然是法律主体。人格一词最早来源于拉丁语 persona,在古罗马,只有贵族享有人格,奴隶被排除在外。生物人(homo)只有在具备足以使其获得权利能力的条件时,才被称为人格(persona)。<sup>〔4〕</sup>直到近代,随着各国民法典的颁布,才确认了自然人作为人格人享有法律主体资格。

法人的出现,打破了自然人对法律主体资格的长期垄断。法人的概念最早来自罗马法,法人性质理论却缘起于萨维尼的拟制说。<sup>〔5〕</sup>拟制说认为,法人只是法律的工具性理智拟制。与之相反,以基尔克为代表的实在说则认为,法人并非拟制,而是一个真实存在的实体。这些争议最终随着各国以实体法的形式确立了法人的法律主体资格戛然而止。除此之外,一些非人物种也被赋予法律主体资格。古罗马时期的寺庙、中世纪的宗教建筑都曾被视为权利主体。历史上,也曾多

〔2〕 持这类观点的学者根据观点之间的差异,具体又可以细分为权利主体说、电子人格说、工具性人格说、拟制主体说、有限法律人格说、技术人格说、法人人格参照说等。参见张玉洁:《论人工智能时代的机器人权利及其风险规制》,载《东方法学》2017年第6期;郭少飞:《“电子人”法律主体论》,载《东方法学》2018年第3期;许中缘:《论智能机器人的工具性人格》,载《法学评论》2018年第5期;杨清望、张磊:《论人工智能的拟制法律人格》,载《湖南科技大学学报(社会科学版)》2018年第6期;周详:《智能机器人“权利主体论”之提倡》,载《法学》2019年第10期;王春梅、冯源:《技术性人格:人工智能主体资格的私法构造》,载《华东政法大学学报》2021年第5期;朱凌珂:《赋予强人工智能法律主体地位的路径与限度》,载《广东社会科学》2021年第5期。

〔3〕 持这类观点的学者一般认为,情欲或自由意志是人类所特有的,人工智能只是算法和编程的集合,应该把它排斥在法律主体范围之外。参见龙文懋:《人工智能法律主体地位的法哲学思考》,载《法律科学》2018年第5期;韩旭至:《人工智能法律主体批判》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期;冯洁:《人工智能体法律主体地位的法理反思》,载《东方法学》2019年第4期;刘练军:《人工智能法律主体论的法理反思》,载《现代法学》2021年第4期。

〔4〕 参见〔意〕彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第29页。

〔5〕 参见王文宇:《揭开法人的神秘面纱——兼论民事主体的法典化》,载《清华法学》2016年第5期。

次发生过对动物进行审判的案例。<sup>〔6〕</sup>在现代社会，印度为了保护海豚而赋予其法律主体资格，新西兰通过立法确立其境内旺加努伊河的法律主体资格。<sup>〔7〕</sup>

这些似乎都表明，法律主体制度正在朝向一个更加开放的体系发展，也为人工智能法律主体资格的拥趸提供历史支持。赞同说由此更加坚定地把法律主体范围扩张的历史解读为法律主体是基于社会发展需要的实体法建构。按照此逻辑，随着人工智能时代的来临，为了人类生活的需要，赋予人工智能法律主体资格也是大势所趋。

## （二）法律主体是一种法律技术建构吗？

赞同说把法律主体范围的扩张过程当成其理论的最佳证明，提出法律主体作为一种参与法律关系并且具有法律权利的资格，<sup>〔8〕</sup>并不一定等同于“自然人”。<sup>〔9〕</sup>赞同说的实质是一种建构性学说。它认为，法律主体资格是一个由实体法所创设的以服务人类现实生活为目的的语言概念。法律主体就像数学的“一”一样是一个独立的概念，独立于人类就像独立于苹果一样。<sup>〔10〕</sup>也是在此意义上，布莱克斯通认为法律主体是根据法律需要而不是事物本质所创造出来的一个身体。<sup>〔11〕</sup>法人与自然人人格化的基础都是法律构造，两者均系“法”人。<sup>〔12〕</sup>这种构造的权力来源于主权者，法人的产生由此被理解为主权者根据经济发展的需要通过法律技术构建的产物。<sup>〔13〕</sup>人工智能是否具备法律主体资格，不在于其是否存有意志，而在于人类是否需要。

遗憾的是，建构说作为一种法律主体理论，将消解人格尊严。法律主体虽然形式上是法律逻辑结构的必然产物，实际上却是关于人性本质的表达。我们不能把法律主体资格当作与人格无关的东西来回避事实，法律主体资格不仅仅是一个法律问题，其理论背后始终蕴含着一个自治的观念。<sup>〔14〕</sup>法律制度的目的是理解法律人格的基础，法律主体范围的无序扩大必将打破传统的人物主客体二元论，<sup>〔15〕</sup>人类与其他事物的区别在法律上也将不复存在。历史表明，近代民法对自由平等的确认，是对人格尊严的尊重。如果认为法律主体只是一个建构性概念，谁都可以成为法律主体，人格概念将逐渐淡出法律的视野而无处安放，人格尊严理论也将面临重新解释的危机。<sup>〔16〕</sup>

〔6〕 许多社会承认动物是法律的主体，认为它们需要对自己的行为负责。猪曾经因袭击人类而被正式起诉，驴则被认定为“暴力受害者”。See Jen Girgen, The Historical and Contemporary Prosecution and Punishment of Animals, 9 *Animal Law Review* 97, 97-133 (2003).

〔7〕 See Alexis Dyschkan, Legal Personhood: How We Are Getting It Wrong, 2015 *University of Illinois Law Review* 2075, 2099-20100 (2015).

〔8〕 See B. Smith, Legal Personality, 37 *Yale Law Journal* 283, 283-284 (1928).

〔9〕 See Sara Bensley, Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI? in Marcelo Corrales, Mark Fenwick, Nikolaus Forgó ed., *Robotics, AI and the Future of Law*, Springer, 2020, p. 20.

〔10〕 See D. P. Derham, Theories of Legal Personality, in Leicester Webb, ed., *Legal Personality and Political Pluralism*, Melbourne University Press, 1958, pp. 1-5.

〔11〕 See Frederic William Maitland, Moral Personality and Legal Personality, in H. A. L. Fisher, ed., *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Cambridge University Press, 1911, p. 306.

〔12〕 参见〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1995年版，第109页。

〔13〕 参见尹田：《论自然人的法律人格与权利能力》，载《法制与社会发展》2002年第1期。

〔14〕 See WM Geldart, Legal Personality, 27 *Law Quarterly Review* 90, 98-102 (1911).

〔15〕 See Tomasz Pietrzykowski, The Idea of Non-Personal Subject of Law, in A. J. Kurki, Tomasz Pietrzykowski ed., *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer, 2017, p. 49.

〔16〕 See Pin Lean Lau, The Extension of Legal Personhood in Artificial Intelligence, 46 *Bioetica & Derecho* 47, 58 (2019).

### （三）法律主体等同于自然人吗？

基于建构说对人格尊严的消解，否定论提出，法律主体范围从人格人到法人的扩张始终是以自然人为核心。否定论的实质是一种自然人说，认为法律主体应该局限于自然人，或者服务于以自然人利益为中心的法律体系。<sup>〔17〕</sup> 自然人和人格人只是概念的不同，自然人作为权利的典型主体，为法人是否享有法律主体资格提供了一个理想模板。<sup>〔18〕</sup> 也因此，如后文所述，法人身后始终藏有自然人的影子。自然人天生具有法律主体资格，非人物种只有在与人类相似的情况下才具备法律主体资格。<sup>〔19〕</sup> 法律主体身份根源于自然人的独特性，这种独特性被归结为独占地享有意识和情欲。自由意志，使我们自居宇宙灵长的地位。情欲使我们得以衡量苦乐，具备同理心。人工智能由于既缺乏自由意志又不具有情欲，所以不具备法律主体资格。

然而，自然人说错误地将自然人与人格人等同。所有自然人都是人格人，并不代表人格人的范围仅限于自然人。《德国民法典》为了避免这种误读，在人格人概念之下并列列出自然人和法人。<sup>〔20〕</sup> 自由意志的存在是人类反对动物具备法律主体资格的重要因素，是对人格尊严的肯定。但问题的关键是，人类拥有自由意志，并不意味着自由意志独属于人类。虽然迄今为止，只是在人类身上发现自由意志的存在，但是理性无法回答在人类以外是否还存在具备自由意志的生物。同时，情感、欲望也并非人的本质属性，把人与动物相互区别开的只有理性，情欲只能使人类与动物屈居相同地位。康德认为情绪、欲望属于动物倾向，只是满足人类生存的最低维度。<sup>〔21〕</sup> 与之相反，人性的崇高体现在理性对自在目的善的追求。

### （四）现代法律主体本性定位：彰显尊严的人格

法律主体的范围虽然随着时代发展不断扩张，但始终强调人格对法律主体构成的重要性。正如萨维尼所说，人格、法主体这种根源性的概念是与人的概念相契合的。<sup>〔22〕</sup> 将自然人与人格人等同，并不是在法律实践中创造人格人的本质，而是经由法律在每个自然人的本质中看到一个人格人。<sup>〔23〕</sup> 简言之，自然人是作为人格人而具有法律主体资格。另外，法人本身亦蕴含着对人格的要求。不管是法人拟制说抑或是法人实在说，都将个人或者团体人格作为法人具备法律主体资格的基础。克尼佩尔认为，即使把法人看作是实体法构建的产物，其也蕴含着在目的导向的理性前提下实现财产交易和财富积累的完全人格体要求。<sup>〔24〕</sup>

与此同时，作为法律主体的人格，充盈着对自由意志的祈求。温德沙伊德认为意志作为规范的人格，就是法律主体。<sup>〔25〕</sup> 《奥地利民法典》规定，自然人因理性，故得作为（法的）人格

〔17〕 See J. J. Bryson, M. E. Diamantis, T. D. Grant, Of, for, and by the People: the Legal Lacuna of Synthetic Persons, 25 *Artificial Intelligence Law* 273, 275 (2017).

〔18〕 See S. M. Matambanadzo, The Body, Incorporated, 87 *Tulane Law Review* 457, 458 (2013).

〔19〕 See Lawrence B. Solum, Legal Personhood for Artificial Intelligences, 70 *North Carolina Law Review* 1231, 1288 (1992).

〔20〕 参见〔德〕罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2005年版，第62页。

〔21〕 参见〔德〕康德：《康德宗教哲学文集》，李秋零译，中国人民大学出版社2016年版，第160-162页。

〔22〕 参见〔日〕星野英一：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社2004年版，第25页。

〔23〕 参见前引〔20〕，罗尔夫·克尼佩尔书，第59页。

〔24〕 参见前引〔20〕，罗尔夫·克尼佩尔书，第71-72页。

〔25〕 参见周清林：《主体性的缺失与重构：权利能力研究》，法律出版社2009年版，第86页。

被看待。<sup>〔26〕</sup>换言之，具备理性，是法律上被视为主体的前提。理性存在者被视为（法的）人格，是法律史上对康德人格伦理学的一次成功移植。康德的人格伦理学是由萨维尼介绍到德国19世纪的法学理论中，构成后世法律主体理论的底色。<sup>〔27〕</sup>正基于此，拉伦茨认为应该从康德伦理学上的人出发来理解民法中的人。<sup>〔28〕</sup>在康德那里，理性存在者之所以被称为人格是因为他们是作为自在目的本身，具有内在价值，即尊严。<sup>〔29〕</sup>理性的存在只有自己决定自己目的的时候，才是具备可归责性的自由个体。尊严所内含的自我规定性构成了法律主体的基调。正是以康德理论为基础，通过将权利和义务与不可归责的事物区别开来，法律主体才从中显现。<sup>〔30〕</sup>据此，康德确立了人因为作为伦理上的实体具有承担责任的能力，使得法律主体具有平等的尊严人格这一意义，<sup>〔31〕</sup>从而逐步形成“理性—主体—意志”的法律主体图式。

如前所述，法律上的主体性体现在人格因彰显尊严而崇高。与之相比，作为手段的事物只能被称为客体。换言之，是否具备人格尊严成了衡量法律主体身份的决定性因素。人类则是因为其有限的理性存在者身份而具备尊严，进而拥有法律主体资格。应当说，主体、人格和人这三个概念的契合点在于，它们都是作为自在目的本身，是尊严的拥有者。事实上，人格尊严自在地包含着作为实践法则根据的绝对命令，由自然法则公式、人性公式、自律公式三个变体公式构成，分别从三个不同的方面对法律主体作出规定：（1）具有普遍必然性；（2）作为自在目的本身；（3）作为自我立法的守法者。与此同时，它们也是检验法律主体资格存有的黄金法则。正如罗尔斯所说，如果我们希望找到进入康德法则的途径，我们需要将其置于这三个公式之下进行检验，以便更加直观理解。<sup>〔32〕</sup>

### 三、自然法则公式测试

• 25 •

从根本上说，人格尊严的三个公式只是同一个法则的三种不同变体，它们本质上是一样的，只是相互之间存在细微的主观差别，这种差别是为了更加直观地理解法则。自然法则公式是作为人格尊严的形式规定存在的，它要求在形式上主体所遵守的行为准则如自然规律一样有效。在法权上则表现为，作为法律主体，必须像自然规律一样具有普遍必然性。这种普遍必然性体现为一切主体在法律上普遍平等，法律作为普遍的规则平等地适用于每一个法律主体。人工智能若想获得法律主体资格，也必须具备这种普遍必然性。

#### （一）人格尊严的形式规定：自然法则公式

法律人格一词源于拉丁语 *persona*。在古罗马，意指“面具”，只有贵族才具有人格。在中世

〔26〕 参见前引〔22〕，星野英一，第24页。

〔27〕 参见〔德〕弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史——以德意志的观察为发展重点》（下），陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2005年版，第364页。

〔28〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第45-46页。

〔29〕 参见〔德〕康德：《道德形而上学奠基》，杨云飞译，人民出版社2013年版，第72页。

〔30〕 Stephan Kirst, Die beiden Seiten der Maske: Rechtstheorie und Rechtsethik der Rechtsperson, in: Rolf Gröschner (Hrsg.), Person und Rechtsperson Zur Ideengeschichte der Personalität, Aufl. 2005, S. 362.

〔31〕 参见前引〔22〕，星野英一，第23-24页。

〔32〕 参见〔美〕约翰·罗尔斯：《道德哲学史讲义》，顾肃、刘雪梅译，中国社会科学出版社2012年版，第160页。



纪基督教神学中,又被称为位格,作为圣父、圣子、圣灵的共同用语存在。<sup>〔33〕</sup>个体尊严的享有,在于其人格上存有上帝的印记。这些混杂有等级制度以及宗教色彩的人格尊严理论是康德所反感的。作为主体的人格怎么能是一堆不平等、不确定的大杂烩呢?他想要重新建立一个纯粹的人格理论,在人格中寻找普遍、平等、永恒的法则。法权就是自由在这种普遍法则下的共存。

康德拒绝直接从人身上经验性地寻找理性来彰显人格的高贵。因为一个偶然条件下对人类有效的法则,怎么可能确保它具有普遍必然性。他把立论根基建立在通过先天根据来规定意志的理性理念中,理性的真正使命是对自在目的本身的追寻。这种命令应当表现为康德的“自然法则公式”,即你的行动准则应当跟自然法则一样具有普遍性。<sup>〔34〕</sup>因为康德把立论根基建立在先天根据的理性上,所以自然法则公式不是因为我们作为人的身份而偶然有效,而是因为我们作为理性存在者的人格而绝对有效。虽然康德并没有直接提到除人类以外的其他理性存在者,但为其存有留下理论空间。因为在经验世界,我们并没有发现其他理性存在者,所以经常性地把人格与自然人的概念混用,这也导致自然人说错误地认为自由意志只能归属于人类。此外,人格尊严作为自在目的,必须是具有普遍必然性的定言命令。建构说所构造的法律主体仅仅具有或然性,这与法权是相矛盾的。因为严格的法权表现为每个人的意志与普遍法则相一致的自由。

综上所述,作为法律主体的人格必须是具有普遍必然性的理性存在者,人格尊严的根据来自理性对普遍法则的追寻。普遍法则为主体的平等提供了法律基础,在剔除了生物人的经验属性之后,社会附加在人类身上的差异消失了。通过人格尊严抽象出来的“人类形象”,不再考虑外在的差别,由此产生了形式上的平等,在法权上体现为一切主体在法律上地位一律平等。这种平等是每个法律主体生而有之的,不受职业、地位等影响。人格的抽象也是法律作为普遍性规则的规定,它需要保证对所有法律主体一视同仁,具有同样约束力。现代法律的平等、有效、权威,都必须寄寓于法律普遍性之上,否则法律将丧失作为公共规则的品格。<sup>〔35〕</sup>

## (二) 制造以理性为前提的图灵机器

人工智能能否通过自然法则公式测试,问题的关键在于,它是否可以归属于理性存在者。如果人工智能是理性存在者,那么其行为准则必然与普遍法则相一致。目前,学界以图灵测试<sup>〔36〕</sup>作为衡量人工智能是否具有意识的标准。图灵测试包含着这样一个预设,只有理性存在者才能识别理性存在者,只有人类才能判断人工智能是否已经具备意识。迄今为止,尚未有人工智能通过图灵测试。值得关注的是,在2014年,聊天机器人在伦敦皇家学会进行的图灵测试中成功骗过三分之一的评委。就此而言,人工智能通过图灵测试似乎指日可待。

通过图灵测试是否就可以证明人工智能具备独立思考的能力呢?是否有可能出现人工智能即使可以跟人类进行正常对话,也不具备意识的情况?丹尼特和斯洛曼对此进行了说明,认为僵尸

〔33〕 参见前引〔22〕,星野英一书,第23页。

〔34〕 参见前引〔29〕,康德书,第52页。

〔35〕 参见胡玉鸿:《法律主体概念及其特性》,载《法学研究》2008年第3期。

〔36〕 图灵测试指的是,计算机专家图灵所提出的,针对人工智能是否有意志进行测试的思想实验。考官坐在一个中央装有帘子的房间里,帘子后面可能坐着计算机或者人类。由考官提问,帘子后面的计算机或人来回答,考官评估所得到的答案。如果计算机能够成功骗过考官,那么计算机就通过该测试。参见〔美〕史蒂芬·卢奇、丹尼·科佩克:《人工智能》,林赐译,人民邮电出版社2018年版,第5-10页。

机是不可能存在的，因为僵尸机的概念是混乱的，只要给予适当的行为或虚拟机，意识甚至包括感受都是有保障的。<sup>〔37〕</sup>与此相反，一些学者则认为意识必须以生命体为前提。人类的“生命形式”，不仅包含意识，甚至还包含生命体进化过程中与环境的互动，意志更关键的不是推理或思想，而是适应和沟通。<sup>〔38〕</sup>普特南则直接指出：“如果机器人不是活的，那它就不会有意识。”<sup>〔39〕</sup>这些反对者认为意识更多是基于人的生物属性而存在，机器不能孕育出真正的智能。人工的“智能”是建立在数字计算的基础上，是储存在硬盘里面代码的集合，不具有生命形式。

不能因为人工智能不是生命体，就武断地认为它不具有意识。康德把人的存在本身具有绝对价值归因于理性。如果理性本质在主观和客观上都是目的，那么这个理性本质具体化所体现的载体是什么（人或机器），是无关紧要的。<sup>〔40〕</sup>理性的存在根据与其说是在于载体的表现形式，不如说是在于理性存在本身。理性的表现形式具有多样性，神经蛋白并不是唯一属性。更何况，神经蛋白本身也只是一堆生物集合体，硅胶和碳基形式的不同，并不能证明人工智能不具备意志。针对意识需要生命体与环境互动生成的这一反对意见，随着新型的利用感官、执行器和环境之间结构耦合来打造认知基础的人工智能的出现自然无效。

然而，人工智能即使可以通过图灵测试，其依然无法理解语言背后的意向性。塞尔认为，意识来源于大脑的神经蛋白，虽然它可能不是意识的唯一来源，但是金属和硅是注定不能生成意识的，符号计算虽然也可能存在于我们大脑，但是符号计算无法提供意向性。<sup>〔41〕</sup>他通过“中文房间”<sup>〔42〕</sup>的思想实验来反驳人工智能具有自由意志的观点。在“中文房间”里面的那个人在进入房间之前和离开房间之后始终都不懂中文，他只起到类似计算机程序的作用。结果显示，如果只有句法没有语义是无法构成意志表达的。人工智能虽然可以通过编程来处理信息，但是它无法理解自身行为所具有的社会意义。<sup>〔43〕</sup>丹尼特对此提出了解决方案，认为大脑可以从它的创造者那里获得意向性，然后将其委托给人工智能使其获得升级。<sup>〔44〕</sup>但是事实上，人工智能并没有因此对意向性产生真正的理解。人工智能无法理解价值、自由、自我立法这些概念，也无法为其赋予价值，康德的自由意志因此无法转化为技术理性。<sup>〔45〕</sup>

人工智能的机械理性和人类的理性之间存在着明显的差异。人工智能的行动是基于编程系统对自身数据库和外在必行为作定量分析而做出的，人类的行为则是基于理性对绝对价值的追寻所做出的。人工智能虽然具有更加复杂的数据分析和计算能力，但是无法对行为背后的价值产生理

• 27 •

〔37〕 参见〔英〕玛格丽特·博登：《AI：人工智能的本质和未来》，孙诗慧译，中国人民大学出版社2017年版，第154页。

〔38〕 参见前引〔37〕，玛格丽特·博登书，第161页。

〔39〕 前引〔37〕，玛格丽特·博登书，第168页。

〔40〕 See Laszlo Versenyi, Can Robots be Moral?, 84 *Ethics* 248, 250-255 (1974).

〔41〕 参见〔英〕玛格丽特·博登编：《人工智能哲学》，刘西瑞、王汉琦译，上海译文出版社2001年版，第94-95页。

〔42〕 “中文房间”指的是，塞尔在20世纪80年代所提出的一个思想实验。这个实验要求一个只会说英语的人待在一个封闭的房间，他随身带着一本中文翻译程序书。房间外的人不断向房间内递进用中文写成的问题，房间内的人便按照手册的说明，先将字条上的文字破译，然后将相应的中文字符组合成对问题的解答，并将答案递到房间外面。参见前引〔41〕，玛格丽特·博登书，第94-95页。

〔43〕 See F. Dretske, Machines and the Mental, 59 *Proceedings and Addresses of the APA* 23, 26 (1985).

〔44〕 See DC Dennett, *Darwin's Dangerous Idea: Evolution and the Meanings of Life*, Penguin Books, 1996, p. 54.

〔45〕 See Ulgen Ozlem, Kantian Ethics in the Age of Artificial Intelligence and Robotics, 43 *Questions of International Law* 59, 75 (2017).

解。人类可以质疑规则,但是人工智能只能机械地执行系统指令。虽然康德并没有对理性存在者的身份做出限制,但是人工智能由于意向性的缺失显然不具备自由意志的可能性。

### (三) 制造以普遍法则为前提的康德机器

有学者认为我们完全可以搁置关于理性的争议,通过采用自上而下(预设伦理法则并分析其计算要求以指导能够实现该理论的算法和子系统的设计)的方法来设计人工智能。<sup>[46]</sup>具体地讲,就是将康德的普遍法则作为内嵌的操作系统,制造出符合规范的康德机器(人工智能)。<sup>[47]</sup>如果我们将康德的普遍法则设计成单一原则,作为程序中压倒一切的指令,人工智能将无法做出与之相反的事,其自身意志必将与法律相协调。那么,我们所造出的人工智能所遵守的准则必然与普遍法则一致。实际上,自然法则公式,作为道德法则的表现形式,并不过多地涉及内容,只需要自身的准则能够普遍化成为法则就可以通过检验。康德本人也认为纯粹的形式推理比审慎反思要求低得多,最不老练的人也能像最聪明的哲人王那样进行推理。自然法则公式类似这种形式推理,并没有对法则内容做出苛刻的要求。因此,通过编程植入普遍法则,似乎是可行的。

韦尔谢尼(Laszlo Versenyi)认为康德自身也无法解释纯粹理性的因果关系在人类行为中如何成为决定性的机制,人工智能如何遵守法则的机制不影响它遵守与人类一样的法则。<sup>[48]</sup>康德的自然法则公式更多的是形式化规定,并没有对法则的质料内容进行强调。这似乎意味着康德机器在理论上是可行的。康德机器想要通过内嵌普遍法则系统的方式规避对人工智能是否具备理性的争议,然而它终究逃不过意向性的诘问。自然法则公式作为形式性的规定,它要求主体的准则必须出于义务地与普遍法则一致,它内在地包含着一个规范性动因,这个动因是构成义务的前提。康德机器虽然由于编程必然地按照普遍法则行动,但是它无法理解自己行为背后的意向性,那么其在法权上也缺乏作为法律主体的可能性。

康德机器在某种程度上可能是反康德的。如果存在康德机器,由于内嵌系统的存在,其行为自发地与普遍法则一致。那么在康德那里,它是作为上帝的意志存在,因为只有上帝才能使自己的行为自发地与普遍法则一致。而自然法则公式作为强制命令无法对上帝的意志做出规定。<sup>[49]</sup>也就是说,康德机器基于其意志内在的完善性,是不需要法律的,法律只对意志不完善的理性存在者有效。另外,人类也不可能制造出康德机器,人类如果制造出康德机器,这暗示着人类在遵守法则方面具备与康德机器同等程度的认知、决策和行动能力,那么此时,人类就是上帝意志的化身,这与人类作为有限理性存在者的身份相矛盾。同时,康德机器也无法满足绝对命令不同公式之间协调性的要求。人工智能通过自然法则公式检验的前提是,其准则必将具有普遍性。然而,如果一开始就仅将人工智能视为人类的手段,这与自然法则公式是相矛盾的。<sup>[50]</sup>作为手段的人工智能无法同时通过自然法则公式的检验,因为一个道德主体是无法设想自己仅仅充当手段

[46] See W. Wallach, C. Allen, I. Smit, Machine Morality: Bottom-up and Top-down Approaches for Modelling Human Moral Faculties, 22 *AI & Society* 565, 573 (2008).

[47] See T M Powers, Prospects for a Kantian Machine, 21 *IEEE Intelligent Systems* 46, 47 (2006).

[48] 参见前引[40], Laszlo Versenyi文,第251页。

[49] See Colin Allen, Gary Varner, Jason Zinser, Prolegomena to any Future Artificial Moral Agent, 12 *Journal of Experimental and Theoretical Artificial Intelligence* 251, 254 (2000).

[50] See Ryan Tonkens, A Challenge for Machine Ethics, 19 *Minds & Machines* 421, 428 (2009).



的准则成为一个普遍法则，这将造成康德尊严学说的形式与质料自相矛盾。即使造出这样的人工智能，它甚至可能因为认识到自己与道德法则的不一致而自杀。

从理论上来说，康德机器是不可能存在的。将普遍法则作为康德机器内嵌系统并不只是一个技术问题，也是一个道德伦理问题，意向性的缺失是康德机器无法回避的问题。另外，康德机器的出现意味着人造上帝成了现实，人类同时也成了上帝意志的化身。更加荒谬的是，人类制造康德机器的初衷是方便自己的生活，因此，上帝成了人类实现目的的手段。

## 四、人性公式测试

与自然法则公式不同，人性公式是作为人格尊严的质料规定存在的。它对人格尊严的内容提出要求，强调在任何时候都要把任何人“人格中的人性”当成目的，而绝不是手段。<sup>〔51〕</sup>因此，它要求主体之间相互尊重。尊重构成法律主体在共同体中共同生活的基础，这种相互尊重的关系构成了“法律上的基础关系”。<sup>〔52〕</sup>在法权上，法律主体作为法律关系的核心，不仅是权利和义务的承载者，而且是法律制度的目的。同时，“人性目的”也指向主体理性作为绝对价值的根源，是法律上其他一切客体价值赋予的来源。因此，人工智能要想通过人性公式的测试，一方面需要作为自在目的本身存在，另一方面必须具备赋予价值的能力。

### （一）人格尊严的质料规定：人性公式

法律主体作为一种参与法律关系并且享有法律权利承担法律义务的资格，是法律世界的主人。法律制度是以法律主体为服务对象，围绕法律主体对法律客体的支配展开的。这种支配以理性为前提，只有理性存在者才能充当目的本身，对手段进行支配。简言之，法律主体是作为法律制度的目的存在，法律客体只是实现目的的工具。

康德的人性公式被称为质料公式，是对其主体性内容来源的阐明。人性公式要求将“人格中人性”视为目的，而不能是手段。自在目的决定了主体并不是一个只具有相对价值可以随意被处分的工具，而是作为拥有绝对价值的尊严存在。这意味着每个主体都享有受到其他主体尊重的权利，这种相互之间的尊重是义务产生的根源。人格作为法律主体之所以能彰显自在目的本身而拥有尊严，就在于“人格中的人性”。目的需要通过理性来实现，“人格中的人性”指的正是这种理性设置目的的能力。在法权上，法律主体通过自由意志设置目的的能力，来实现对法律客体的支配，从而充当法律世界的主权者。萨维尼因此将法律的本质定义为私人意志独立统治的领域。<sup>〔53〕</sup>确切地说，权利的本质就是自由意志，它成了划分主体之间权利的边界，法律的目的就是为了保护这些边界免受相互侵害。

除此之外，人性公式还包含着对法权义务的规定：一是，做一个正派的人；二是，不要对任何人做不正当的事；三是，在和他们社交时，维护每个人自己的东西。<sup>〔54〕</sup>这些义务对应的是查

〔51〕 参见前引〔29〕，康德书，第64页。

〔52〕 参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第47页。

〔53〕 参见前引〔20〕，罗尔夫·克尼佩尔书，第64页。

〔54〕 参见〔德〕康德：《道德形而上学》，张荣、李秋零译，中国人民大学出版社2013年版，第34页。

士丁尼的《法学阶梯》中关于法律基本原则的划分：即“为人老实，不损害别人，给予每个人应得的部分”<sup>〔55〕</sup>。也就是说，作为法律主体的人格在进入法权状态的时候，不仅要维护自身的正当价值，还要把其他法律主体也当成目的，不去伤害其他人。对他人权利的侵犯，实际上就是对主体尊严的冒犯。正是在这个意义上，普遍自由的实现需要每个人都遵守法权义务。

总而言之，人格是作为自在目的本身存在的，法律主体是对主体身份在法律上的确认。正如拉德布鲁赫所言，“法律主体”（Rechtssubjekt）是被实定法当作“目的本身”（Selbstzweck）来尊重的事物，而“法律客体”（Rechtsobjekt）则是被上述法律纯粹作为实现特定目的的手段。<sup>〔56〕</sup>法律主体不仅体现着个体本身作为自在目的的绝对价值，而且体现着个体作为理性存在，维护自身利益的可能性。法律客体作为意志的手段，在法权状态上是无法主张自己的诉求的。君特·杜里希（Günter Dürig）在康德人性公式的基础上提出了客体公式，认为如果仅仅把人性视为一个客体，就抵触了人格尊严，是对法律价值的背离。客体公式是对人格尊严在法权上的肯定，该公式此后多次被德国联邦法院援引，成为德国法律中判断人格尊严的标准。<sup>〔57〕</sup>

## （二）手段目的测试

在人性公式的规定下，人工智能必须是以自身作为目的，而不是手段。然而事实上，人工智能的存在更多是为了促进人类目的的实现。虽然人工智能不断地被给予更多的自主性，但它的独立性取决于人类社会的需要。有学者认为，人类不可能制造出拥有人格的人工智能。这种不可能更多并非是能力上的不能也，而是不为也。如果人工智能可以自我独立地规划生活，则背离了人类创造它的目的。那时，我们将无法强迫它做任何工作，因为它同人类一般享有人权。试想一下，如果人工智能也可以作为自在目的的存在，这将决定在某些场合，人类作为自在目的的同时也需要充当人工智能的工具。这意味着，人类允许在某种程度上和人工智能共享这个世界。这种假设是荒谬的，当人类变成“上帝”之时，“卧榻之侧岂容他人鼾睡”。人工智能“封神之路”必将被斩断，它只能被有限地赋予以理性，这种理性仅够支撑它以为人类提供服务为目的。

韦尔谢尼从康德的自我完善义务出发，认为如果我们一旦有能力去制造具有更高理性的人工智能，那么不这样做就等于忽视了我们的一种天赋，而这不能作为一种普遍法则存在；如果我们不去制造或者为了私欲去制造这种具有更高理性的人工智能，这也是对道德的背叛。<sup>〔58〕</sup>理性使我们促进的是道德目的，而不是人类目的。如果人工智能有助于推进道德目的，道德法则必然推动作为理性存在者的人类去制造人工智能。韦尔谢尼提出，如果人工智能具有成神的可能性，根据康德的道德法则，我们会亲手把人工智能送上神位。他甚至认为，“如果我们能建造出像哲人

〔55〕〔古罗马〕查士丁尼：《法学总论：法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第6页。

〔56〕Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie II, bearbeitet von Arthur Kaufmann, C. F. Müller Juristischer Verlag 1993, S. 361. 转引自骆正言：《从自由意志谈人工智能的法律主体资格》，载《湖南社会科学》2020年第2期。

〔57〕客体公式是君特·杜里希（Günter Dürig）在康德人性公式的基础上提出的，此后多次为德国联邦法院判决所援引。即人自身就是一种目的，不是一种手段或工具。人具有自我意识、自我决定、自我形塑以及形塑环境的能力，如果将人看待成一种客体，是在否认人自我形塑与形塑环境的能力。当一个具体的人被贬低作为客体，或仅作为手段或工具，或被看成是一种可有可无的存在者，人的尊严同样受到损害。参见王文忠：《人的尊严在宪法上的地位——比较法的观察》，载《中正大学法学集刊》2016年第52期。

〔58〕参见前引〔40〕，Laszlo Versenyi文，第256页。

王一样的人工智能，逻辑上我们就必须服从它的统治。”〔59〕

韦尔谢尼的观点是站不住脚的。首先，在制造人工智能的过程中，随着机器智能化的增加，人工智能的行为越来越具有不可预测性，甚至可能背离人类设计的初衷，反抗人类的指令。其次，当人工智能表现出威胁人类安全倾向的时候，造神运动的结束是必然的，因为在康德那里，理性存在者不会允许承载人格尊严的肉体有毁损的可能性。最后，更关键的是韦尔谢尼的神只是工具神，它不具有自主性。韦尔谢尼在他论文中试图通过柏拉图和康德的理论证成人工智能的主体性。他把人工智能的主体性归结于其有用性，这种有用性却是从人的主体性出发来阐释。如果人工智能仅仅具有手段价值，它就不可能同时作为主体存在。这种把人工智能当成挖掘人类潜能的工具本身就是对人性目的的最大背叛。为了解决这个悖论，怀特（Jeffrey White）认为我们可以借助康德的三大预设来回答这个问题。人类始终有着追求善的倾向，这促使我们制造出更优秀的人工智能，促进道德法则实现。〔60〕当普遍法则和人性目的相冲突的时候，人类会为了让人工智能通过自然法则公式测试而不再把它当成手段。因为在康德那里，终极智慧是一个人的意志与其最终目的的和谐。对道德法则的不懈追求，将使人类放弃仅仅把人工智能当作手段。

人工智能的效用在于其手段的有用性，而不是为了促进自身目的，这与康德的主体性概念是相违背的。纵使人类按照怀特所说，为了追求自身的善，放弃将人工智能仅仅当作手段，其所造出的人工智能也无法成为真正的善。其原因在于，如果人工智能的主体性最初仅体现为作为手段价值，那么其本身就不是自在的善。须知，由人类来承认人工智能的主体资格，就是把人类当作目的，人工智能则仅仅被当作手段。那么，作为手段的人工智能仅仅具有客体价值。

### （三）赋予价值测试

随着科技的发展，人工智能必然将进化出更高水平的机械理性。这种理性并不是以神经蛋白为前提，而是通过编程运算来实现。机械理性是否具备人格尊严，不仅需要通过自然法则公式的测试，还需要通过人性公式的测试。人性公式要求把任何人的理性视作目的，这不仅涉及目的手段的区分，还涉及价值来源。人性目的作为无条件的善，必须是一切其他事物价值的来源。因此，人工智能要想通过人性公式的测试，必须具备赋予价值能力。

理性存在者作为自在目的本身被称为人格，无理性存在者只能作为手段被称为事物。人格尊严要求我们把“人格中人性”当作目的，而不是手段。把人性当作一个目的，这涉及目的善性的来源，这一来源归结为人性（理性本性）设置目的的能力。〔61〕这种能力即赋予价值的价值。一件东西如果是有价值的，那倒推最后一定能发现一个具备“无条件终极价值”的存在，这个存在是其他事物价值赋予的来源。理性本性作为自在目的，就是作为“无条件终极价值”的存在，是赋予价值的来源。其他事物的价值都来源于理性的赋予，它们仅具有为理性存在者服务的手段价值。康德以自然界为例指出，植物作为食草动物的食物来源而存在，食草动物作为野兽猎物而存

〔59〕 前引〔40〕，Laszlo Versenyi 文，第 253 页。

〔60〕 See Jeffrey White, *Autonomous Reboot: Kant, the Categorical Imperative, and Contemporary Challenges for Machine Ethicists*, Springer, (20 January 2021), available at <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01142-4>, last visited on Mar. 20, 2022.

〔61〕 参见〔美〕科斯嘉德：《创造目的王国》，向玉乔、李倩译，中国人民大学出版社 2013 年版，第 139 页。

在,最后这些自然创造的终极目的都是指向人类。如果没有人类,这一切创造都缺乏目的。<sup>〔62〕</sup>自然的终极目的是通过人类来理解文化,世界的意义来自人类的价值赋予。

世界存在的辩护却恰好否定人工智能作为独立目的存在的可能性。显而易见,人工智能并非自然创造的目的,不可能作为价值赋予的来源。如果把人类存在归结于自然目的,那么人工智能完全就是人类理性发展的产物,它的出现是人造智能的结果。如果说上帝造人,那么人类现在正在扮演上帝的角色。世界的中心是造物者而不是被造者,人工智能的出现,是人性作为目的的又一个证明。人类虽然具备理性能力,是人工智能价值赋予的源头,但是人类所赋予的价值是有条件的,并不具备赋予绝对价值的能力。

人性作为赋予价值的来源,它既是一种内在价值,又是一种绝对价值。人工智能不仅缺乏内在价值,也缺乏绝对价值。内在价值指的是尊严的价值来源于自身,而不是被外在赋予,它是自在的善。人工智能的存在依赖于编程,是人类理性的产物。绝对价值是相比相对价值而言的,绝对价值是无条件的,相对价值是有条件的。人工智能是以人类程序开发为条件,如果失去编程,人工智能就无法正常运转。而编程作为一堆代码的集合,只具有相对价值。人工智能的研发更多取决于人类的需求。它只是被视为手段,而不是目的。人类制造人工智能是为了将自己从繁重、危险的工作中解放出来,最终目的是为了实现在全人类的解放。即使我们制造出符合道德规范的人工智能也只是为了让它更好地为人类服务,同时帮助人类提高对道德法则的理解。这些都表明,只具有外在价值和相对价值的人工智能无法充当赋予价值的来源。

• 32 •

## 五、自律公式测试

自律公式是作为人格尊严的完整规定存在的,它要求主体按照自己的准则应当被当作普遍法则那样去行动。<sup>〔63〕</sup>人格的崇高体现在每个主体都是自我立法的守法者。作为主权者,它自身就是一个目的王国。自由的实现在于排除掉外在干预所具有的独立性,实体法只是主体先验自由的外在投射。法律是法律主体行动的边界,它以自由为最高价值。因此,人工智能要想通过自律公式测试,其自身必须是自我立法的守法者。

### (一) 人格尊严的完整规定:自律公式

法权是一方与另一方的自由按照一个普遍法则保持一致。人格,作为法权状态的法律主体,意味着它享有普遍的自由。这种自由并不是意志的任意,而是与理性的自主和自律相关。自主意味着主体可以合理地安排生活,自我决定和支配自己的行为;自律意味着主体所做出的行为必须以符合法律规范为准则,并且要对自己的行为负责。只有一切主体的自主和自律才可能实现法权状态的普遍自由,否则就会造成各主体之间尊严的相互侵犯。简言之,自由意志是主体凭借人性所获得的生而具有的法权,是自己做自己主人的体现。

自然法则公式要求我们内心的准则必须义务地服从法则,这个时候,我们只是守法者。作为

〔62〕 参见〔德〕康德:《判断力批判》,邓晓芒译,人民出版社2002年版,第214-218页。

〔63〕 参见前引〔29〕,康德书,第75页。

守法者而言，实在谈不上任何崇高。人格尊严的崇高体现在我们是立法者。自律公式要求我们所遵守的法则是我们自己制定的，人的主体性正是这种自我规定性的体现。应当说，遵守自我立法是与意志自律相关的。自律即意志对其本身进行立法，他律则是客体对意志进行立法。如果意志以客体为立法根据，那么这种外在立法必将剥夺主体自身的自由，使其沦为客体的奴隶。自律，一方面通过主体的自我反思来完成对自我的超越，另一方面通过对客体的批判来纠正异化。也就是在此意义上，实现终极的自由，成为自我的主权者。

概言之，自律公式包含着对自由意志的内在要求，即意志对自我进行立法。法律主体，作为自我的立法者，它必须是自己的主人，自己决定自己的行为。就这样，自由意志成了一切法律权利的根源，所有权成了意志自由按照普遍法则在外物上的投射。<sup>〔64〕</sup>就像黑格尔所说，“任何定在，只要是自由意志的定在，就叫做法，所以一般说来，法就是作为理念的自由”<sup>〔65〕</sup>。自由意志成了法的精神所在，法律主体的存在以自由意志为基础。自由意志不仅体现在法权的享有还体现在义务的履行，当作为守法者时，法律主体负有使自身行为准则与普遍法则保持一致的义务，它必须得服从法律主体之间的共同立法。自由意志的存在也为法律主体的行为提供可归责的依据，如果一个人没有意志自由，那么让其为自己的行为承担法律责任就缺乏正当性。<sup>〔66〕</sup>

## （二）通往他律的内部自由

在自律公式要求下，作为理性存在者的人工智能需要分别扮演两种角色，一种是守法者，另一种是立法者。作为守法者，要求人工智能自身的主观准则与客观法则保持一致。在遵守这些法则时，作为有限理性存在者的人类，经常会受到欲望和倾向的迷惑，由于意志的主观不完善，需要被施加强制，其行为才能与法则相一致。与人类相比，人工智能似乎天生就是一个优秀的守法者。它可以被编程为只遵循一组特定的规则，忽略掉所有剩余的行动原因，<sup>〔67〕</sup>可以在不陷入情感困境的情况下处理各种道德冲突，它总是公正、一致和理性，其行为按照程序规定总是自发地与法则相一致。迪特里希（Eric Dietrich）就此认为，在遵守法则方面，人工智能虽然不是完美的天使，但与人类相比，是个巨大的进步，让我们人类退出舞台，留下一个充满机器的星球。<sup>〔68〕</sup>吉普斯（J. Gips）甚至宣称只有人工智能才能过上道德圣人的生活。<sup>〔69〕</sup>

作为立法者，则要求人工智能所遵守的法则来源于自身，它是自己所遵守法则的立法者。人工智能的运行，是由代码组成的算法所控制。程序构成人工智能的行为准则，人工智能的选择、决断在程序内部是自由的。自律要求意志以其自身为法则。人工智能在遵守算法时，就其程序来说，它所遵守的法则来自其自身，它所遵守的是自我立法；但就算法本源来说，它所遵守的法则来自人类，它所遵守的是外在立法。唐更斯认为人工智能的所有动作都是遵循编程的规则预先确

〔64〕 参见前引〔54〕，康德书，第40页。

〔65〕 〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，法律出版社1961年版，第41页。

〔66〕 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第124-125页。

〔67〕 See Bartosz Brożek, Bartosz Janik, Can Artificial Intelligences be Moral Agents?, 54 *New Ideas in Psychology* 101, 102-103 (2019).

〔68〕 See Eric Dietrich, Homo Sapiens 2.0: Why We should Build the Better Robots of our Nature, 13 *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence* 323, 326-327 (2010).

〔69〕 See J. Gips, Toward the Ethical Robot, in K. M. Ford, C. Glymour, P. Hayes, ed., *Android Epistemology*, MIT Press, 1994, pp. 248-249.

定的,这将违反康德对自由的规定。<sup>[70]</sup>程序员根据编程控制人工智能的行动,决定它可以做某些事,不可以做某些事。程序员的法则约束人工智能的行动,限制了人工智能的积极自由;程序员的意图代表外来力量对人工智能的控制,限制了人工智能的消极自由。自由的缺失,使人工智能不具备成为法律主体的资格,无法充当责任的指向对象。自我立法是责任产生的根据,如果人工智能的行为规则和提供这些规则的机制完全由人类来提供,那么人工智能就无法对自己的行为承担责任。<sup>[71]</sup>一个无法对自己行为负责任的人工智能,其主体性的存在让人怀疑。

即使我们通过康德的法则公式制造出康德机器,其行为的规定性也只是来源于程序,无法同时通过自律公式测试。从某种意义上来说,人工智能的自由只是程序内部的自由,这种自由是“人造”的自由。编程就像人类施加在人工智能身上的锁链一样,始终牢牢束缚住了它。人工智能的自由是一种受他律所规定的自由,这种有限的自由根本无法彰显人格的崇高。

### (三) 通往自律的外部升级

既然程序内部的自由,只是一种他律的自由,那么人工智能要想获得真正自由,必须不再局限于自身的某个特定目的。通过突破内嵌的程序来实现自我升级似乎是目前唯一的方法。瓦拉赫(Wendell Wallach)提出通过构建自下而上的离散系统,人工智能以联结不同离散人类能力子系统的方式形成一个复杂的智能系统。<sup>[72]</sup>该系统不再是各部分单一能力组件的机械复合,而是在子系统联结中把离散技能转变为能够自主应对复杂环境的互动系统。一些科学家希望通过这些离散系统的联结产生更高阶的认知能力,如自由意志。然而,这种通过离散系统的联结进行升级的方式,很难实现跨越式的进化。更何况这些离散系统本身就是由人类设计,通过模仿人类能力产生的,这种自下而上的方式是无法让人工智能进化出自我立法能力的。

有部分学者提出人工智能唯有通过内部自我学习、升级来突破人为的限定,才有可能实现意志自由。具体表现为,人工智能可以通过自我修改代码、自我适应和组织系统获得系统升级。然而,这条道路也是布满荆棘的。即使人工智能能够不断地进行自我学习、自我升级,它仍然是在旧人工智能基础上进行进化,还是会受先前程序所影响。<sup>[73]</sup>这种自由依旧只是系统内部的自由,人工智能依然会受人类法则的规定。新的人工智能始终携带着初代程序的基因,这些基因来自人类,像锁链一样深深地束缚着人工智能。有学者认为人工智能升级始终受初代程序影响这种观点是很难站得住脚的。人工智能的自我学习、升级具有极度不可预测性,它可能在升级过程中获得我们没有教过,甚至我们根本不知道的技能。事实上,原初程序对人工智能的约束并没有我们想象中那么大,人工智能确实可以通过不断升级拥有新技能,只是这种新技能无法从本源上改变人工智能受算法所操纵的命运。即使人工智能能够升级到以自我发展为目的,有意识地进行自我编程,自我修改全部的内部程序。姑且不论这种颠覆式的修改本身极易引起程序的崩溃,把人工智

[70] See Ryan Tonkens, A Challenge for Machine Ethics, 19 *Minds & Machines* 421, 428 (2009).

[71] See Patrick Chisan Hew, Artificial Moral Agents are Infeasible with Foreseeable Technologies, 16 *Ethics and Information Technology* 197, 197-200 (2014).

[72] See W. Wallach, C. Allen, I. Smit, Machine Morality: Bottom-up and Top-down Approaches for Modelling Human Moral Faculties, 22 *AI & Society* 565, 570 (2008).

[73] 参见孙伟平、戴益斌:《关于人工智能主体地位的哲学思考》,载《社会科学战线》2018年第7期。



能推向灭亡，问题的关键是，人工智能的自我学习、进化都是以人类程序员提供的形式为基础。在人类提供的进化框架下，其进化的方向本身是固定的。更何况，人工智能的运行始终是以算法编程为基础，它所遵守的准则始终是他律。在人类最初为发明人工智能打下的第一行代码开始，人工智能的命运就已经被决定了，人工智能自我立法的道路已经完全被人类堵死了。

麦卡锡（John McCarthy）站在相容主义的哲学立场，试图调和自由意志论和决定论。他认为自由意志论和决定论是可以相互兼容的，这在人工智能身上可以体现为外在行为自由和内部程序决定的兼容。<sup>〔74〕</sup>自由意志可以被看作是一个主体根据其内部的认知过程在替代目标或行动之间进行选择，即使这些过程对外部观察者来说是确定的。桑德沃（Erik Sandewall）也赞同麦卡锡的观点，认为这与康德的意志自律主张不谋而合。<sup>〔75〕</sup>他举了一个父母对小孩行为进行限制的例子。如果父母禁止孩子执行特定的行为，孩子不情愿地限制自己的行为，那么孩子的自由意志就会减少；而如果孩子在心理上已经做好了执行的准备，那么其自由意志并没有受到影响。他认为这符合康德关于意志在自我规定下进行行动的主张。实际上，这种相容主义的解释并不适用于人工智能，孩子依旧具有自由意志，是基于其行为是一种主观上的选择；而人工智能对程序的执行则是一种客观必然性。更重要的是，自律公式强调的是对自我意志的遵守，相容主义只能解释人工智能所遵守法则来源于程序自身，但是不能从根源上解释法则是由人类编程设定的。

综上所述，自律公式要求法律主体所遵守的法则来自其本身，人格尊严不仅体现在对法则的遵守上面，而且更强调的是一种普遍的自我立法能力。作为有限理性存在者的人类，通过意志自律，服从自身立法，走向自由。人工智能却始终受到意志他律的影响，它服从的编程，只是人类立法，它所遵守的法则，也只是人类意志的产物。从终极意义上来说，意志他律造成了人工智能始终无法通过自律公式的测试，最后只能充当客体。

• 35 •

## 六、结 语

人工智能时代即将来临，人工智能是否具备法律主体资格是法学界必须要面对的问题。我们不能把法律主体肤浅地理解为一个概念或者一种生物属性。人类生活不仅需要一种现实的确定性，还需要一种永恒而普遍的宏大叙事。人格尊严给法律主体提供的正是这样的一个理论根基。须知，在现代社会，尊严被视为最高价值，是法律正当性的依据和权利的根基。人格尊严的本质是意志自由，通往自由是一切法律主体的目的王国。正是这种意志自由，将法律划分为主客体二元结构。法律主体的主体性体现在其作为自在目的本身，超越一切价值，具有最高尊严。

人工智能若要获得法律主体资格，问题的关键并不在于法律建构的技术可行性，而在于其是否符合现代法律主体的本性定位，即具备人格尊严。具体而言，在形式上，人工智能应当具有普遍必然性；在质料上，人工智能是自在目的本身。总而言之，人工智能必须是自我的立法者。然

〔74〕 See John McCarthy, Free Will: even for Robots, 12 *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence* 341, 341-342 (2010).

〔75〕 See Erik Sandewall, Ethics, Human Rights, the Intelligent Robot, and its Subsystem for Moral Beliefs, 13 *International Journal of Social Robotics* 557, 561 (2021).

而,人工智能在形式上无法被普遍法则所规定,不具有普遍必然性;在功能上,只是为了满足人类的需求,促进人类的自我完善服务;在意志规定根据上,其意志规定来源于他律,无法从本源上决定自己的发展方向。这些阻碍使得人工智能无法通过人格尊严测试获得法律主体资格。法律主体作为法律世界的主人,尊严是其超越一切客体的依凭。法律主体只有通过配享尊严才能实现自由的目的王国。事实上,与其说是法律主体凭借尊严实现崇高,不如说是人类通过尊严为其在法律世界奠定一个普遍必然性的根基。这个根基的伟大之处在于它肯定了理性存在本身的价值,人类不需要通过外物来证明自己,其存在自身就具有绝对价值。

---

**Abstract:** At present, the discussion on whether the qualification of legal personality should be given to artificial intelligence is sweeping the entire legal community. Proponents who occupy the mainstream academic community believe that based on the needs of society, artificial intelligence should be constructed as a legal person. However, this construction ignores the essence of legal personality. Although the opponents have criticized this, they overemphasize the biological human nature of legal personality and mistakenly equate legal personality with natural persons. Based on this, from the perspective of Kant's theory of dignity, we re-examine the legal personality qualification of artificial intelligence, and then conclude that human dignity is the core connotation of legal personality. As personality that manifests dignity, the legal personality must have three requirements: first, it has universal inevitability; second, as an ends itself; third, it is a law-abiding person who legislates itself. Only by meeting these three requirements, can artificial intelligence obtain the qualification of legal personality.

**Key Words:** legal personality, personality, Kant, ends itself, dignity

---

(责任编辑:赵真 赵建蕊)



## 《民法典》背景下监护人责任的解释论

于 飞\*

**内容提要：**《民法典》第 1188 条几乎完全沿袭了《侵权责任法》第 32 条，也因此沿袭了后者的缺陷，因此应当在《民法典》施行背景下通过妥当的解释论发展第 1188 条。被监护人应依行为时识别能力之有无，来确定是否应当自己承担责任。监护人应对被监护人致人损害的行为承担过错推定责任。以上两种责任若同时发生，则产生连带责任。以上两种责任若均不发生，则可通过公平分担损失规则解决损害分散问题。

**关键词：**《民法典》第 1188 条 监护人责任 被监护人责任 公平分担损失

• 37 •

### 一、问题的提出

《民法典》第 1188 条规定如下：

无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。

以上规则源自《侵权责任法》第 32 条，几乎是完全沿袭。<sup>〔1〕</sup>《侵权责任法》第 32 条又是整体沿袭《民法通则》第 133 条。<sup>〔2〕</sup>这种立法上的一以贯之，意味着解释上的一脉相承。对我国监

\* 于飞，中国政法大学民商经济法学院教授。

本文为国家社会科学基金重点项目“法学方法论视角下民法基本原则的司法适用研究”（17AFX019）的阶段性成果。

〔1〕《民法典》第 1188 条较之《侵权责任法》第 32 条，变动之处有二：其一，将第一款第二句的“监护责任”改为“监护职责”；其二，将第二款第二分句之前的“。”改为“；”。以上变动并不带来实质意义的变化，因此几乎是完全沿袭。

〔2〕《侵权责任法》第 32 条与《民法通则》第 133 条之间的整体沿袭与具体不同，可参见薛军：《侵权责任法对监护人责任制度的发展》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2011 年第 6 期。

护人责任制度,传统解释论采“平行关系说”:被监护人造成他人损害,若其没有财产的,则适用第1款规定,由监护人承担赔偿责任;若被监护人有财产,则适用第2款规定,从其财产中支付赔偿费用,不足部分由监护人承担。<sup>〔3〕</sup>该说有努力实现被害人、监护人、被监护人三者利益衡平的目的。

这种沿袭固然可以保障立法与司法的稳定性,但也会将以往立法的缺陷承受下来:

第一,第1款被监护人的责任设置不当。无民事行为能力人、限制民事行为能力人侵权时,并非一概可以免责,而是应当根据其本人具体的识别能力而定。识别能力系辨别是非利害的能力,即认识到其行为为法律所不容许的能力。<sup>〔4〕</sup>在加害人有辨别行为对错能力的前提下,明知行为错误而为之,当然应对自己行为的后果负责。我国《民法典》第17条规定,18周岁以上的自然人为完全行为能力人。依常识可知,18岁之前的未成年人——尤其是限制行为能力人——完全可能有识别能力。知错而为者不负责任,有违自己责任原则。

第二,第1款监护人的责任就其文字表述而言更接近无过错责任,我国通说也做如此解释。<sup>〔5〕</sup>但该无过错责任与其减轻责任事由之间存在矛盾。比照其他无过错责任,如环境污染责任、高度危险责任等即可知,无过错责任中加害人没有过错不应归责与赔偿有影响。在监护人责任中,却发生了监护人无过错会减轻责任的现象,此系体系违反。立法机关释义书就此认为:“监护人的责任不能简单地将其归为无过错责任或者过错推定责任”,“如果能够证明其尽到了监护责任的,可以减轻其侵权责任。”<sup>〔6〕</sup>但这样一来,会导致监护人责任在归责类型上无法归属,从而使其缺乏理论支撑。

第三,第2款中,无民事行为能力人、限制民事行为能力人对外承担侵权责任的唯一原因,是其“有财产”。这违反任何一种侵权法上的归责理由。侵权法上根本的归责理由有过错(过错责任)、危险(危险责任)、控制力(替代责任)、公平(所谓“公平责任”)等,<sup>〔7〕</sup>但不包括“有财产”。因“有财产”而需承担“财富产生债务之恶果”<sup>〔8〕</sup>,“其是否承担责任以及责任大小取决于其有无财产以及财产多少”<sup>〔9〕</sup>,此种责任分配方式缺乏正当性和说服力。在一般侵权中,无过错的完全民事行为能力人尚且不必承担责任,而无识别能力的未成年人却仅因其有财产就要

〔3〕 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2013年版,第178-179页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第221页;奚晓明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第237-240页;王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第528-530页;王利明:《侵权责任法研究》(下卷),中国人民大学出版社2018年版,第29-33页;张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2016年版,第133-134页;杨立新:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与司法适用》,人民法院出版社2010年版,第191页。

〔4〕 关于识别能力与责任能力,请参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第313-315页。

〔5〕 参见前引〔3〕,奚晓明主编书,第237页;前引〔3〕,王利明书,第41页;前引〔3〕,张新宝书,第134页;高圣平主编:《中华人民共和国侵权责任法——立法争点、立法例及经典案例》,北京大学出版社2010年版,第396页。

〔6〕 前引〔3〕,王胜明主编书,第178-179页。

〔7〕 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第110-111页。但“公平”似不应作为一种归责事由,因为所谓“公平责任”中实际上没有责任,也就谈不上“归责”。

〔8〕 曹险峰:《侵权责任法总则的解释论研究》,社会科学文献出版社2011年版,第162页。

〔9〕 前引〔3〕,张新宝书,第140页。

在其个人财产中优先赔偿，两相比较，显失比例。<sup>〔10〕</sup>而且，此种责任可能“使得未成年人长期负担债务，致影响生计，未来生涯规划（包括结婚、就业），而妨碍其人格发展”<sup>〔11〕</sup>。《宪法》第49条规定“儿童受国家保护”，《未成年人保护法》第3条规定“国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护”，然而此处，应受特殊保护的未成年人却承担了比成年人更苛刻的责任，这种反常对待难以正当化，并有违《宪法》《未成年人保护法》之精神。

第四，第2款中，有财产的被监护人赔偿后，“不足部分，由监护人赔偿”，这意味着监护人须承担补充责任。<sup>〔12〕</sup>此时会发生两个问题：其一，被监护人有充足的财产实际上成了监护人无过错责任的免责事由，但这种免责事由构成显然缺乏法理支撑。其二，该款文义实际上要求受害人先对被监护人申请强制执行，执行完毕未获完全清偿才能明确存在“不足”，然后才能向监护人要求承担补充责任。这样会导致救济上的迟延。对受害人而言，多了一个有能力的赔偿主体（被监护人有个人财产）应当是一个获得救济上的有利因素，但在本条第2款的设计下，被监护人有个人财产反而成了一个可能导致救济迟延的不利因素。

以上问题，在《民法典》编纂之前已多有学者讨论，并在《侵权责任法》第32条的解释论上形成了不同于传统解释方法的“一般与例外关系说”、<sup>〔13〕</sup>“内部与外部关系说”、<sup>〔14〕</sup>“一般与补充关系说”<sup>〔15〕</sup>等学说，更有批评者直接主张以“立法论”路径解决问题。<sup>〔16〕</sup>本来在《民法典》编纂中最适宜以立法手段去解决问题，但从《民法典》第1188条对《侵权责任法》第32条的沿袭来看，这一愿望实际上落空了。在《民法典》新的规则体系中，如何发展我国监护人责任的妥当解释论，是当下需要认真讨论的课题。

• 39 •

本文依以下次序展开。首先讨论第1188条第1款上的被监护人责任，其次讨论第1款上的监护人责任，再次展开第2款的妥当解释，最后在结论中对第1188条各种适用情形进行总结。

此处还须有一个必要的限定。我国实行的是广义的监护人制度，包括未成年人的监护制度和成年精神障碍者的监护制度。本文为讨论方便，将以未成年人监护人责任为主体来展开，但所获得的结论原则上对成年精神障碍者的监护人责任亦可适用。<sup>〔17〕</sup>

〔10〕 参见前引〔7〕，程啸书，第433页。

〔11〕 参见〔4〕，王泽鉴书，第464页。

〔12〕 对第2款上监护人负补充责任的认识，参见前引〔3〕，奚晓明主编书，第237页；前引〔3〕，杨立新书，第191页。

〔13〕 参见薛军：《走出监护人“补充责任”的误区——论〈侵权责任法〉第32条第2款的理解与适用》，载《华东政法大学学报》2010年第3期。

〔14〕 参见金可可、胡坚明：《不完全行为能力人侵权责任构成之检讨》，载《法学研究》2012年第5期；陈帮峰：《论监护人责任〈侵权责任法〉第32条的破解》，载《中外法学》2011年第1期。

〔15〕 参见朱广新：《被监护人致人损害的侵权责任配置——〈侵权责任法〉第32条的体系解释》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2011年第6期。

〔16〕 参见杨代雄：《重思民事责任能力与民事行为能力的关系——兼评我国〈侵权责任法〉第32条》，载《法学论坛》2012年第2期；胡雪梅：《我国未成年人侵权责任承担制度之合理构建》，载《法学》2010年第11期；郑晓剑：《侵权责任能力与监护人责任规则之适用》，载《法学》2015年第6期。

〔17〕 有学者认为，应当区分未成年人和精神病人这两类不同的被监护人并进行分别规定，未成年人再做无行为能力人及限制行为能力人的区分。具体来说，无行为能力人造成他人损害，监护人承担无过错责任，但尽到监护职责的可以减轻责任；限制行为能力人造成他人损害，监护人承担过错推定责任；精神病人致人损害更趋近于危险责任，故无论其属于无行为能力或限制行为能力，监护人一律承担无过错责任。（参见前引〔7〕，程啸书，第433-434页。）以上分析有一定道理。本文认为，区分的核心实际上仍然是识别能力，故在建立识别能力制度的基础上，各类情形可以在同一标准下考虑。

## 二、被监护人的侵权责任

### （一）依识别能力（责任能力）确定被监护人的责任

侵权法最根本的归责理由是过错。有识别其行为是非对错之能力者，在能尽而未尽必要的情况下，须对因此产生的损害负责。抽象地看，在对与错两条可选择的路之间，知道何者为对且有能力选择为对者却选择为错，自然要对自己的自决行为承担责任，这符合道德哲学。<sup>〔18〕</sup> 以上说明，识别能力是过错的基础，这种识别能力也即责任能力。

我们可以做一个比较法上的观察。《德国民法典》第828条规定：“（1）未满七岁之人，就其所加于他人之损害，不负责任。（2）满七岁但未满十岁之人，就其于动力车辆、轨道电车或空中缆车之事故所加于他人之损害，不负责任。但故意造成侵害者，不适用之。（3）未满十八岁且其责任未经依第一款或第二款规定排除之人，在为加害行为时，未具识别其责任所必要之能力者，就其所加于他人之损害，不负责任。”<sup>〔19〕</sup> 该条第1款将7岁以下未成年人一律确定为无责任能力，等于免除了7岁以下未成年人在个案中证明自己无识别能力的举证责任。这意味着，未满7周岁之人自始即不在侵权行为人之列，因此自始不受归责能力上的审查，就此而论，选择一个较低的年龄界限，具有信服力。第2款系德国《第二次损害赔偿法修正法》所新设之规定，意在将机动车辆、轨道电车或空中缆车致人损害中，将不受责任能力审查的年龄界限放宽到10周岁，当然故意致损的除外。据发育心理学提供的可靠认识，儿童通常只有在满10周岁之后，始能够认识到机动化道路交通之特别危险，并且做出相应的行为，特别是正确地估计距离和速度。<sup>〔20〕</sup> 而在第1、2款情形之外，未满18周岁的行为人须依第3款之规定，于个案中具体地判断责任能力之有无，在此原则上推定加害人有责任能力，加害人须对判断能力缺失的情况负举证责任。<sup>〔21〕</sup>

《日本民法典》第712条规定：“未成年人对他人施加损害的情形，不具备足以辨识自己行为责任的智力时，对其行为不负赔偿责任。”<sup>〔22〕</sup> 该条与《德国民法典》第828条的显然不同在于，其对所有未成年人一律在个案中判断是否“具备辨识自己行为责任的智力”。“责任能力不是一律单以年龄决定的，必须考虑行为的种类、该少年的成熟程度等多方面的情况。”<sup>〔23〕</sup> 与日本民法相类似，我国台湾地区“民法”第187条第1款规定：“无行为能力人或限制行为能力人，不法侵害他人之权利者，以行为时有识别能力为限，与其法定代理人连带负损害赔偿责任。行为时无识别能力者，由其法定代理人负损害赔偿责任。”不设绝对无识别能力制度，对不具备完全行为能力人一律采取个案认定。<sup>〔24〕</sup>

相较而言，德国立法模式更显合理。一个较低的年龄界限之下的未成年人不具备识别能力，

〔18〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第12-13页。

〔19〕 《德国民法典》，台湾大学法律学院、台大法学基金会编译，北京大学出版社2017年版，第735页。

〔20〕 参见杜景林、卢湛：《德国民法典——全条文注释》，中国政法大学出版社2015年版，第673-674页。

〔21〕 参见〔德〕马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第88-89页。

〔22〕 《日本民法典》，刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译，中国法制出版社2018年版，第174页。

〔23〕 于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社2015年版，第143页。

〔24〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第313页。

这符合经验常识。王泽鉴教授还特别指出，不设绝对无识别能力，而就个案具体决之的做法，固具弹性，但有法律适用安定性上的隐忧。<sup>〔25〕</sup>因此，在一个较低年龄下设置绝对无识别能力的模式，有利于未成年人保护、司法效率及法律适用的安定性，堪称是更好的制度安排。

我国《民法典》第1188条实际上是一概免除了无行为能力人、限制行为能力人的侵权责任，在法律效果上等于将年满18周岁这一完全民事行为能力标准，作为具备责任能力的标准对待。较之德国民法7周岁以上即可能承担侵权责任，显然标准过高。从法理上讲，将行为能力等同于责任能力，无法自洽。行为能力是意思表示能力，要求对交易的性质、过程、结果有能力进行一定的判断和预见，因此标准较高。而责任能力是判断行为是非对错的识别能力。儿童纵然对复杂的市场交易缺乏判断能力，但达到一定年龄后就应当已经知道打人是错误的、毁人物品是错误的，此时就具备了行为是非对错的识别能力，也就应对自己的错误行为负责。以年满18周岁作为我国实质上的具备责任能力的标准，既脱离实际，也有违法理。

## （二）我国被监护人侵权责任的重构

### 1. 广义的行为能力

我国立法上并无识别能力或责任能力概念，从《民法通则》到《侵权责任法》、再到《民法典》均没有，这是重构的困难之处。立法机关释义书曾指出：“在侵权责任法起草过程中，有的意见建议根据行为人的年龄，增加行为人责任能力的规定。本法对此没有作出规定。因为如果规定责任能力，就涉及没有责任能力的行为人造成他人损害的，监护人是否需要承担责任。如果监护人不承担责任，被侵权人的损失得不到弥补，会有悖于我国的国情和现实的做法。”<sup>〔26〕</sup>该观点似乎认为如果考虑了被监护人的责任问题，就意味着监护人的免责。以上存在误解。被监护人责任与监护人责任是两项责任，前者基于被监护人自己的侵权行为产生，后者基于监护人未尽监护职责产生，两者相互独立。即使被监护人因没有责任能力不负侵权责任，监护人也完全可能因未尽监护职责而产生监护责任。我国不规定责任能力，只是硬性地把被监护人的责任免除了而已，这种方式对监护人责任是否产生没有影响，也不会因此提高对受害人的保护水平。

在我国制定法上没有责任能力或识别能力概念的前提下，本文认为可以借用“广义行为能力”概念。王泽鉴教授指出：“侵权行为能力属于广义行为能力，与法律行为能力（狭义的行为能力）原则上均以识别能力（意思能力）为判断标准。”<sup>〔27〕</sup>当然，侵权行为能力（责任能力）与法律行为能力有重大区别，<sup>〔28〕</sup>前文亦有所述，但两者都源于行为人的心智能力，具有同源性。在中国法缺乏责任能力概念之时，这种同源性就使得我们可以将行为能力与责任能力适当勾连起来，弥补我国制定法上的制度欠缺。<sup>〔29〕</sup>

具体可效仿《德国民法典》第828条区分对待的方式。《德国民法典》第104条规定7周岁

〔25〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第458页。

〔26〕 前引〔3〕，王胜明主编书，第180页。

〔27〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第313页。

〔28〕 参见刘保玉、秦伟：《论自然人的民事责任能力》，载《法学研究》2001年第2期；尹田：《自然人的行为能力、意思能力、责任能力辨析》，载《河南省政法管理干部学院学报》2001年第6期。

〔29〕 比较法上将责任能力与行为能力相勾连的立法例，可参见《意大利民法典》第2046、2047条。（参见《意大利民法典》，费安玲、丁玫译，中国政法大学出版社1997年版，第510页。）



以下的自然人无行为能力，<sup>〔30〕</sup>该年龄限制与第828条第1款上绝对无识别能力的年龄限制相同。我国《民法典》第20条规定不满8周岁的未成年人为无民事行为能力人。在解释论上，我们可以参照《德国民法典》的方式，将我国8周岁以下的无行为能力人视为无责任能力，一律免除侵权责任。8周岁以上的限制行为能力人参照《德国民法典》第828条第3款，在个案中判断行为人识别能力之有无。

具体判断标准可以借鉴比较法上的通说，福克斯指出，责任能力“只要求对一般危险或一般损失的认识能力，以及能够一般地理解到自己的行为可能以某种方式产生责任”<sup>〔31〕</sup>。王泽鉴教授认为，识别能力“系认识其行为的不法或危险，并认知应就其行为负责的能力”<sup>〔32〕</sup>。因此，只要行为人能够认识到自己的行为具有某种危险，并认知自己须承受相关不利后果，即为已足。同时，责任能力并不要求行为人具有基于前述认识而采取相应行为的能力，<sup>〔33〕</sup>而是只要求达到有认识的程度即可。

## 2. 与过错责任相结合

未成年人对自己的侵权行为承担责任，这是一般过错责任的问题。该责任的产生基础或者说受害人的请求权基础不在《民法典》第1188条，而在《民法典》第1165条第1款（源于《侵权责任法》第6条第1款），即过错责任一般条款。<sup>〔34〕</sup>

因此，在解释《民法典》第1188条第1款第1句“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任”时，应当认为，在本章“责任主体的特殊规定”的标题之下，该句意图解决的仅仅是监护人责任问题，并不直接涉及被监护人的侵权责任。因为被监护人对自己的侵权行为承担责任，是侵权法的一般情形或一般规定；监护人对他人行为负责才属于一个“责任主体的特殊规定”。故被监护人侵权责任在第1188条第1款第1句中未被提及，但不等于不存在。故应当将“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的”这一分句，与《民法典》第1165条第1款过错责任一般条款相结合而为判断。也即，行为能力不足者致人损害的，首先应当判断其是否有责任能力；8周岁以下无责任能力，8周岁以上须在个案中具体判断。有识别能力的，则依《民法典》第1165条第1款检验其是否满足一般侵权行为诸要件，即加害行为、损害、因果关系、过错等，一旦满足则行为能力不足者须自己承担责任。

## 三、监护人的侵权责任

### （一）责任性质：无过错责任抑或过错推定责任

受立法表述影响，我国学说上一般认为监护人责任是无过错责任。<sup>〔35〕</sup>但持过错推定说者也

〔30〕 参见前引〔19〕，台湾大学法律学院、台大法学基金会编译书，第86页。

〔31〕 前引〔21〕，马克西米利安·福克斯书，第88页。

〔32〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第458页。

〔33〕 参见前引〔21〕，马克西米利安·福克斯书，第88页；前引〔4〕，王泽鉴书，第458页。

〔34〕 此种解释方法，可参见前引〔14〕，金可可、胡坚明文。

〔35〕 参见前引〔3〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第221页；前引〔3〕，奚晓明主编书，第236页；前引〔3〕，王利明书，第31-32页；前引〔3〕，张新宝书，第134页。



不乏其人，杨立新教授认为：“确定监护人责任，适用过错推定责任原则归责，即从加害行为人为致人损害的事实中，推定其监护人有疏于监护的过失。监护人认为自己无过错，实行举证责任倒置，即监护人可以举证证明自己无过错。不能证明自己无过错的，监护人应当承担侵权替代责任。”〔36〕

从比较法上看，过错推定的立法例居绝大多数。如《德国民法典》第 832 条第 1 款规定：“对于因未成年，或因其精神上或状态，而须监督之人，依法负有监督义务者，就该人不法加于第三人之损害，负赔偿义务。监督义务人已尽监督之能事，或纵加以相当之监督仍将发生损害者，不生赔偿义务。”〔37〕福克斯指出：“出现了需要监管的人违法地作出侵权行为的情况时，则应推定监管义务人违反了监管义务，并推定违反义务与损害之间存在因果关系。”〔38〕可见，《德国民法典》第 823 条第 1 款上不仅推定过错，还推定因果关系。《日本民法典》第 714 条第 1 款规定：“依前两条的规定：无责任能力人不负责任的情形，对该无责任能力人负法定监督义务的人，赔偿该无责任能力人对第三人损害。但是，监督义务人未怠于履行其义务，或者即使怠于履行其义务损害仍会发生时，不在此限。”〔39〕而“没有懈怠监督义务的证明责任在监督者。存在这种无能力人的违法的加害行为，视为监督者的监督不充分，这是为求得监督者对此进行反驳。”〔40〕我国台湾地区“民法”第 187 条第 2 款规定，前项情形，法定代理人如其监督并未疏懈，或纵加以相当之监督，而仍不免发生损害者，不负赔偿责任。王泽鉴教授指出此为推定过失责任，并分析其原因认为“‘民法’对法定代理人之所以采推定过失责任，系以监督法定代理人行为与行为人的内部事项，属于法定代理人支配的领域，应由其就监督并未疏懈负举证责任，较为合理，以保护被害人。”〔41〕此外，比利时、希腊、卢森堡、意大利、俄罗斯等国都规定了监护人的过错推定责任。〔42〕

• 43 •

无过错责任的立法例极罕见。《法国民法典》虽在规则上采过错推定责任，但在 1997 年 Bertrand c/Domingues 一案中，法院指出“唯有不可抗力或被害人与有过错，始得免除让-克劳德·伯特兰（Jean-Claude Bertrand）与其同居之未成年儿子所造成损害之当然责任”，于是，法国监护人责任从法典上的过错推定责任，发展成为以不可抗力及受害人过错为免责事由的无过错责任。〔43〕

本文认为，将监护人责任界定为过错推定责任更妥当，理由如下：

1. 监护人责任的制度设计，应当有利于督促监护人对被监护人克尽教育、管理的职责。若承担无过错责任，等于说监护人是否尽到监护之教育管理职责在责任归属上是没有意义的，这显

〔36〕 前引〔3〕，杨立新书，第 182 页。类似观点参见张民安、梅伟：《侵权法》，中山大学出版社 2008 年版，第 151 页。

〔37〕 前引〔19〕，台湾大学法学院、台大法学基金会编译书，第 737 页。

〔38〕 前引〔21〕，马克西米利安·福克斯书，第 180 页。

〔39〕 前引〔22〕，刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译书，第 174-175 页。

〔40〕 前引〔23〕，于敏书，第 148 页。

〔41〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第 467-468 页。

〔42〕 参见前引〔7〕，程啸书，第 429-430 页；〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社 2001 年版，第 190 页。

〔43〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第 488-490 页。

然不利于督促监护人提高注意和勤勉程度。

2. 在无过错责任条件下, 责任人已经无法通过主观上提高注意的途径来减少危险, 若仍欲降低责任发生概率, 就唯有从客观上减少未成年人的活动上着手。这必然影响未成年人的健康成长。

3. 养育子女并非高危作业, 子女也并非社会发展不得不容忍的一种危险源。“如果父母没有过错而规定他们应负的责任, 这就会把子女和高度危险的来源可笑地混同起来。”〔44〕

比较而言, 监护人责任与另一种替代责任即雇主责任有很大区别。雇主责任应采无过错责任的原因, 在于雇主利用雇员扩大活动范围, 享受因之获得的利益, 亦应承受因此产生的损害; 同时, 雇主通常为企业, 能够以较小成本预防损害发生, 并能通过价格机制及保险来分散损害。〔45〕而监护人并非借助未成年人扩大其活动范围, 也未从中获取利益, 同时监护人也不是企业, 不具有商业上分散损害的手段。替代责任仅意味着一个主体代替另一个主体承担责任, 行为主体与责任主体分离, 并不意味着其归责原则一定是无过错责任。若将监护人责任与另一种无过错责任即危险责任相比较, 差异更显著。正如王泽鉴教授指出的: “无过失责任的依据系持有危险物品或从事危险活动而获有利益者, 应承担其危险所致损害的责任。未成年子女是否为一种危险, 容有争议, 父母不因养育子女而获有利益, 使其负无过失责任, 是否符合分配正义的内涵, 仍有研究余地。”〔46〕

• 44 •  
综上, 将监护人责任设定为一种过错推定责任, 既侧重保护了受害人, 也没有沦为一种无原则的保护, 而是保留了监护人举证证明自己确实尽到了监护职责而免责的机会, 从而有利于督促监护人恪尽职守, 也有利于未成年人的成长。以上设计利益机制似更均衡。

如何在解释上产生过错推定责任? 可以将第 1188 条第 1 款第 1 句后段与同款第 2 句前段相结合, 即“由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的”, 虽然第 1 句后段没有提及监护人承担侵权责任要有过错, 但既然第 2 句前段提及监护人尽到监护职责(无过错), 可以推知过错有归责上的意义。而且, 监护人当然须对自己尽到监护职责负举证责任, 既然当事人须证明自己无过错, 这就符合了过错推定责任的构成方式。

## (二) “监护人尽到监护职责的, 可以减轻其侵权责任”的合理解释

在监护人无责任的同时, 如果被监护人也因无责任能力而免责, 会导致受害人自担损害, 可能出现过于不公平的后果。比较法上, 德国、奥地利、希腊、意大利、葡萄牙、瑞士、比利时等立法例, 均就此设有衡平责任, 但以上衡平责任系发生在行为人(被监护人)与受害人之间, 并不及于监护人。我国台湾地区“民法”第 187 条第 3 款将法定代理人也纳入衡平责任之中, 理由为“无行为能力人或限制行为能力人之经济状况, 在目前社会殊少有能力足以赔偿被害人之损害。苟仅斟酌行为人之经济状况, 而不及其法定代理人, 则本条项立法之目的, 实难达到。为期

〔44〕〔苏〕O. C. 约菲:《损害赔偿的债》, 中央政法干部学校翻译室译, 法律出版社 1956 年版, 第 53 页。转引自前引〔7〕, 程啸书, 第 430 页, 脚注 5。

〔45〕参见前引〔4〕, 王泽鉴书, 第 499 页。

〔46〕前引〔4〕, 王泽鉴书, 第 492 页。

更周延保障被害人之权利，第3项爰予修正，增列‘法定代理人’，其经济状况亦为法院得斟酌并令负担损害赔偿之对象”<sup>〔47〕</sup>。以上法律发展，符合社会现实情况，值得肯定。因此，“可以减轻其侵权责任”一句，可以解释为监护人能够证明自己无过错不承担责任之时，法官可以根据个案情况，运用公平分担损失规则令监护人适当地补偿受害人损失。

应当指出，《民法典》上的公平分担损失规则已经发生了很大变化。第1186条规定：“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，依照法律的规定由双方分担损失。”与《侵权责任法》第24条相比，该条增加了“依照法律的规定”，这一调整非常关键。在调整之前，《侵权责任法》第24条是完全法条，可以独立地作为法官的裁判依据，但也受到很多批评。<sup>〔48〕</sup>在增加“依照法律的规定”之后，第1186条变成了不完全法条中的引用性法条，必须援引法律另有明文之规定，才能据以裁判并发生“双方分担损失”的法律后果。在经过前述解释论作业后，《民法典》第1188条第1款第2句“监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任”，就成为了一个第1186条所指的“法律的规定”，可以在监护人无过错不承担责任时发生公平分担损失。

如此制度设计，已经与传统解释有了很大差别。传统解释中，监护人是无过错责任，在其举证证明自己已尽到监护职责的情况下也不能免责，仅能减轻责任，被称为“严格责任的衡平化”。<sup>〔49〕</sup>但是，前文已述，无过错责任中加害人实际上的无过错，并不应当影响归责和赔偿，故这里本身就存在问题。而在本文所述的解释构造下，监护人是过错推定责任，其举证证明自己已尽到监护职责（无过错）时，监护人原则上无责任，仅在结果严重不公平之时，才发生公平分担损失。尤其值得注意的是，公平分担损失规则并非当然适用，而是需要法官在个案中根据双方经济地位等情事，具体判断是否出现了严重的结果不公平，故监护人仍有完全免责的机会。而且，将“可以减轻其侵权责任”一句解释为无过错的监护人需要进行适当公平补偿，也有机会根据实际情况获得更大比例的实质性责任减轻。

在解释论上还有两点要指出。其一，综合前述，我们对第1188条第1款第2句前段“监护人尽到监护职责的”进行了两次利用。第一次是确定监护人的过错推定责任时，该句被解释为过错推定的标识；第二次是此处确定监护人公平分担损失时，用以满足公平分担损失规则中“受害人和行为人对损害的发生都没有过错”之要件。其二，第1188条第1款第2句后段中“侵权责任”的用语，实际上与公平分担损失的性质不符。因为公平分担损失规则所产生的不是责任，而是“补偿”。但正如王泽鉴教授对我国台湾地区“民法”第187条第3款衡平责任中“损害赔偿”这一用语所解释的：“第187条第3项，虽仍用损害赔偿字样，惟其性质，已迥异其趣。”<sup>〔50〕</sup>《民法典》第1188条第1款第2句后段中的“侵权责任”，也可做同样理解。

〔47〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第476-477页。

〔48〕 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（6），中国政法大学出版社1998年版，第293页；前引〔7〕，程啸书，第134页。

〔49〕 参见前引〔3〕，王利明书，第49页；前引〔3〕，张新宝书，第141页。

〔50〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第478页。

#### 四、《民法典》第1188条第2款的解释——被监护人公平分担损失

##### （一）被监护人公平分担损失

之前解释围绕着《民法典》第1188条第1款展开，使得被监护人、监护人各自产生责任。既然被监护人、监护人的责任问题都已解决，此时该条第2款存在的意义是什么。

实际上，第1款尚且遗留一个问题没有回答。即，若被监护人因没有责任能力而无责任，监护人也因无过错而无责任，且监护人没有财产，导致第1款中针对监护人的公平分担损失无法发挥作用，此时若受害人得不到补偿而产生严重不公平，该当如何？

如前所述，德国、奥地利、希腊、意大利、葡萄牙、瑞士、比利时等立法例中，均设有行为人即被监护人的衡平责任，这是更常见的比较法通例。我国台湾地区“民法”第187条第3款原来也仅规定了被监护人对受害人的衡平责任，后在1999年债法修订时，为加强对受害人保护，增列了“行为人的法定代理人”的衡平责任。<sup>〔51〕</sup>故，被监护人对受害人的衡平责任，实为此处公平分担损失的基础规则，不应缺少。

因此，我们可以将《民法典》第1188条第2款第1句“有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用”，解释为被监护人的公平分担损失规定。此时，第1188条第2款第1句亦构成一个第1186条所指的“法律的规定”。以上理解有以下四点益处：

1. 使监护人责任制度趋于完整。经以上解释，被监护人的过错责任（《民法典》第1188条第1款第1句前段“无民事行为能力人、限制行为能力人造成他人损害的”）、监护人的过错推定责任（《民法典》第1188条第1款第1句后段、第1款第2句前段“由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的”）、监护人的公平分担损失（《民法典》第1188条第1款第2句“监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任”）、被监护人的公平分担损失（《民法典》第1188条第2款第1句“有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用”）都已具备。

2. 无民事行为能力人亦无责任能力，即使有财产也本不应承担责任，为何在第2款中会支付赔偿费用？在公平分担损失规则之下，这一点能得到很好的解释。无民事行为能力人仅意味着其因无责任能力而没有过错，但此时仍然可能满足第1186条中“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的”这一公平分担损失的前提，故在第1188条第2款第1句构成一个法律另有明文规定的情况下，法官可以基于个案情形，尤其是双方当事人的经济状况而判决公平分担损失。

3. 第2款中为何会基于财产产生责任？这一点在公平分担损失下也解释得很妥当。公平分担损失所考虑的重要情事就是双方的经济状态，第2款中行为能力不足者是否“有财产”这一立法上表述，正是在考虑加害人的经济状况。

〔51〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第477页。王泽鉴教授称被监护人的法定代理人的衡平责任是台湾地区“民法”特有的制度。

4. 公平分担损失不是民事责任，并非一种法律上的否定性评价，而是一种损失分担方法，具有损害分散和社会保障的意义。第2款第1句从本人财产中“支付赔偿费用”，这里是“支付费用”而非“承担赔偿责任”，恰与公平分担损失的非责任之性质相契合。

（二）《民法典》第1188条第2款第2句“不足部分，由监护人赔偿”的解释

若《民法典》第1188条第2款第1句是被监护人公平分担损失的表述，则后面的第2句“不足部分，由监护人赔偿”有何意义？

事实上，被监护人公平分担损失获得适用意味着被监护人的过错责任、监护人的过错推定责任都已经无法获得适用了。此时再要分散损害，只能从被监护人公平分担损失、监护人公平分担损失上去考虑。此时的问题是，两种公平分担损失之间，有无一定次序。

本文认为，即使在公平分担损失方面，行为人（被监护人）也应居于更基础的地位。行为人的行为导致了损害发生，作为损害发生的原因，其更有理由进行优先补偿。而且如前所述，多数立法例仅规定了行为人的衡平责任；我国台湾地区“民法”第187条第3款原本也只规定了行为人的衡平责任，法定代理人的衡平责任系后来增列。可见比较法上也是把衡平责任的重点放在行为人身上的。因此，在解释上，应认为被监护人、监护人公平分担损失之补偿同时产生时，被监护人应当优先进行补偿，第1188条第2款第2句“不足部分，由监护人赔偿”，即意在表现这种先后次序。

## 五、结 论

• 47 •

这里对《民法典》第1188条监护人责任适用中的各种可能情形进行一个总结：

1. 被监护人为无行为能力人。此时，被监护人无责任能力，不产生责任。

接下来考虑监护人的责任情况。

（1）监护人不能证明自己无过错。此时由监护人单独承担责任。

（2）监护人能够证明自己无过错。此时监护人也不承担侵权责任。

接下来考虑公平分担损失的情形。法官可以根据个案具体情事，判断此时损害不转移是否构成一种严重的不公平。若构成，则法官可将损害在被监护人、监护人、受害人之间进行适当分担。被监护人、监护人方分担的损害，应当优先由被监护人进行补偿。

2. 被监护人为限制行为能力人

（1）限制行为能力人在个案中无识别能力。此时实际上与前述无行为能力人情形没有区别，不赘。

（2）限制行为能力人在个案中有识别能力。限制行为能力人有责任能力并且满足一般过错责任的构成要件的，须自己承担责任。但在此时，监护人是否尽到监护职责及是否产生监护责任，仍是一个独立问题，需要单独判断。

第一，监护人尽到监护职责，即无过错的，监护人无责任。仅被监护人单独负责。

第二，监护人未尽监护职责，即有过错的，监护人产生监护责任。

当同时发生被监护人责任与监护人责任之时,产生两者之间的关系问题。以上两个责任均以赔偿受害人全部损害为目的,若依一定标准发生按份责任,会产生有两个责任人反不如只有一个责任人对受害人有利的悖理情况。此时,应参考我国台湾地区“民法”第187条第1款之规定,成立被监护人与监护人之间的连带责任。<sup>〔52〕</sup>

若被监护人有识别能力但无过错,且监护人尽到监护职责而无过错,则依旧考虑用公平分担损失规则解决问题,此时与无民事行为能力人情形相同,不赘。

---

**Abstract:** Article 1188 of the Civil Code almost completely follows Article 32 of the Tort Liability Law, therefore, it also follows the defects of the latter. The interpretation of Article 1188 should be properly developed under the background of the Civil Code. Whether the wards should bear the responsibility based on that whether it has the ability of identification on the time of behavior. The guardian should assume the liability of the presumption of fault for the act of damage caused by the wards. If the above two kinds of liability occur at the same time, they will produce joint and several liability. If the above two kinds of liability do not occur, the problem of dispersion of damage can be solved by the rule of equitable sharing of losses.

**Key Words:** article 1188 of Civil Code, guardian's responsibility, wards' responsibility, equitable sharing of losses

---

---

〔52〕 参见前引〔4〕,王泽鉴书,第468-475页。



## 农村集体经济组织法人的治理机制研究

李国强 朱晓慧\*

**内容提要：**农村集体经济组织对内协调农民集体成员关系，对外连接市场、村委会和国家，是一个关系主体。农村集体经济组织作为农民集体所有权行使主体是集体所有制在私法上的表达。只有协调运用个人主义方法论和整体主义方法论，才能理清农村集体经济组织法人的权利主体规范逻辑，进而确定合理的法人治理机制。农村集体经济组织法人内部治理机制以保障农民集体成员的民主参与权利、保障成员的权益分配公平、保障成员对集体经济组织运营的监督为重点。外部治理机制包含三个方面：应厘清农村集体经济组织与村委会之间公共职能和经营职能的关系；农村集体经济组织应接受国家公权力介入而构建外部监督机制；以集体资产集中交易平台为中心建构农村集体经济组织和其他市场主体之间的关系。

**关键词：**农村集体经济组织 个人主义 整体主义 内部机制 外部机制

• 49 •

### 一、引言

《民法典》第96条、第99条确立了农村集体经济组织特别法人的地位，特别法人并不在传统大陆法系法人分类的框架之内，为我国立法首创，但其组织结构、治理机制等更具体的内容，尚无特别法予以规定。<sup>〔1〕</sup>2020年11月4日，农业农村部发布了《农村集体经济组织示范章程（试行）》（以下称《示范章程》），从法人自治的角度对农村集体经济组织的内部结构安排作出指引示范。依据功能定位，农村集体经济组织不仅要完成集体经济组织内部的管理和权益分配，还要处理好与村委会、政府以及外部市场的关系。集体经济组织作为集体所有权的行使主体，需要协调农民集体和外部市场主体的关系，不能完全脱离农民集体存在，某种意义上可以说农村集

\* 李国强，吉林大学财产法研究中心教授；朱晓慧，吉林大学法学院博士研究生。

本文为国家自然科学基金重点项目“自然资源利用的权利体系研究”（2020AFX017）的阶段性成果。

〔1〕 参见郭洁：《论农村集体经济组织的营利法人地位及立法路径》，载《当代法学》2019年第5期。

体经济组织是一个关系主体。因此，农村集体经济组织治理机制的建构不是法人自治逻辑的简单展开，不能局限于内部自治的结构安排，还要具有外部关系的处理机制。只有明确了集体经济组织作为特别法人的目的和功能的特别性，并协调运用民法传统的个人主义方法论和公有制所要求的整体主义方法论为研究路径，才能符合农村集体产权制度改革“巩固公有制”的目标。<sup>〔2〕</sup>

## 二、作为关系主体的农村集体经济组织

根据《民法典》第262条的规定，农村集体经济组织代表农民集体行使所有权。“代表集体行使”的表述也使农村集体土地的所有权归属产生了较多争论。<sup>〔3〕</sup>这些争论观点各有其道理，但很难简单形成定论。在社会主义公有制的经济基础上，很难简单地从单一逻辑上区分归属主体、行使主体和利益主体，任何试图简单化回答集体所有权主体的方案都是不准确的。本文试图从农村集体经济组织作为关系主体的角度解读，明确农村集体经济组织和农民集体的关系。

### （一）从“关系主体”的角度解释集体资产的归属

集体资产的核心是土地等资源性资产。土地是农民生存保障的根本，是集体成员最基本的生产和生活资料。<sup>〔4〕</sup>生存保障是集体土地所有权制度的基本功能。<sup>〔5〕</sup>在公有制的经济基础上，农民就其所依赖的土地形成了具有地域性的社群共同体，这一社群共同体的稳定性在于土地归属的确定性。这种确定性至少要有两个层次的考量。其一，确保土地所连接的关系的稳定性。土地与国家之间的关系，关涉国家治理和所有制的性质；土地与市场的关系，决定土地利用的市场化程度；土地与农民集体的关系，涉及利益分配问题。这三个方面的关系形成了土地秩序，土地秩序本身具有关系性。其二，维护公有制的底线。尊重历史，集体土地所有权的归属自农业社会主义改造完成后应当具有延续性和稳定性，不得突破公有制的底线。<sup>〔6〕</sup>公有制的底线才能确保土地秩序的稳定，促进土地利用有序地市场化。以上这两个层次内容的实现，均需要一个关系连接的主体，这个主体充当土地连接国家、市场和农民集体内部权益分配的纽带。何种主体既是利益归位的主体，又能够承担连接关系的主体？在农用地领域，“三权分置”政策区分集体所有权、土地承包经营权以及“两种土地经营权”<sup>〔7〕</sup>三个层次的权利，而无论农民集体、农户、土地经营权人都难以担当重任。农民集体缺乏组织性；享有土地承包经营权的农户生产力和经营方式有限，虽然具备农村集体成员的身份性，但不具有任何行使公共职能的能力；土地经营权的主体虽

〔2〕 2016年12月26日中共中央、国务院发布的《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》（以下称《集体产权改革意见》）指出农村集体产权制度改革是巩固社会主义公有制的必然要求，农村产权制度改革是以社会主义公有制为依托并以此为出发点的。

〔3〕 有学者认为集体所有权的主体即集体经济组织，但是更多的学者主张农民集体才是所有权主体。参见高飞：《集体土地所有权主体制度研究》，中国政法大学出版社2017年版，第230页；王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2016年版，第515页。

〔4〕 参见戴威：《农村集体经济组织成员资格制度研究》，载《法商研究》2016年第6期。

〔5〕 参见韩松、姜战军、张翔：《物权法所有权编》，中国人民大学出版社2007年版，第119页。

〔6〕 参见宋志红：《论农民集体与农村集体经济组织的关系》，载《中国法学》2021年第3期。

〔7〕 两种土地经营权分别是：家庭承包方式承包的土地承包经营权流转的土地经营权、其他方式承包的土地经营权。参见李国强：《〈民法典〉中两种“土地经营权”的体系构造》，载《浙江工商大学学报》第5期。

然很多是市场化、规模化、专业化的农业生产单位，具备组织能力，但其不具备稳定性和延续性，与农民、国家的关系不具有天然性，亦无法承担归属和管理等职能。集体所有权需要一个关系主体，其既要成为民事主体，又要具备与国家和农民集体的天然联系，农村集体经济组织法人应该是这样的主体。

关于集体所有权的主体，国家相关政策文件在表述集体土地所有和地方农村集体产权制度改革的实践中，都存在“农民集体”和“农村集体经济组织”混用的情形；在民法学说上，也呈现了观点纷呈、论证路径多样的局面。<sup>〔8〕</sup>从《宪法》到《民法典》《土地管理法》《农村土地承包法》，关于土地权利的相关条款表述也不尽一致，更使人迷惑，到底是农民集体所有还是农民集体经济组织所有？本文认为，至少可以明确以下三个问题：

第一，集体所有不是农民共有。《民法典》第 261 条第 1 款规定了农村集体财产的本集体成员所有。但集体成员不能独立对集体财产行使权利，离开集体时也不能请求分割集体财产。<sup>〔9〕</sup>集体所有权缺乏共有制度所要求的特定的权利人，农民集体成员是具有身份性的群体，会因为某些条件的改变而发生变化，但集体所有权却不会随之发生变化。而且如果理解为共有，无论是按份共有还是共同所有，都可能导致集体财产完全私有化以及集体财产的不稳定性。<sup>〔10〕</sup>完全私有化不仅与我国公有制的政治制度相悖，也无法实现土地秩序的关系处理。公有制的基本经济制度在民法上的转化，就是需要不同层次关系的维系。强调成员集体所有正是密切集体成员和集体财产之间的关系，<sup>〔11〕</sup>共有的主体关系无法解释这样的制度安排。

第二，集体所有也不宜解释为总有。源自日耳曼法传统的总有更侧重于其团队内部成员资格的享有同权利享有的关系，所有权属于特定的共同体，团体成员享有的权利不能离开成员资格而存在，不具有独立财产的性质。<sup>〔12〕</sup>若单纯从组织与组织内部成员的关系来看，总有的成员与权利的关系同集体土地所有权的主体内部成员与土地的关系很接近。但总有为封建社会的制度，其身份属性也是封建的身份依附关系，而集体所有权中成员的身份属性源自平等的成员共同体，其内部关系需要贯彻国家政策、接受国家公权力监督，同时还需要有相应组织作为市场主体激发土地活力。总有倾向于一种封建社会的地域性自治团体的结构安排，具有较强的封闭性，这种封闭性使其无法处理外部关系。总之，“‘总有’本身是一种权利义务关系并不明晰的产权安排，并不适应深化农村土地制度改革背景下产权明晰的要求”<sup>〔13〕</sup>。

第三，集体所有权应充分表达集体所有制的内涵，能够连接公私法的主体关系。根据《宪法》第 6 条的规定，生产资料的公有制包含全民所有制和劳动群众集体所有制，即集体所有制是公有制的范畴，集体所有的核心财产——土地——是农民的基本生产和生活资料，土地的集体所有权当然包含公法内容。民法的所有权是基于个人主义方法论构建的，所有权的含义是体现个人

〔8〕 参见前引〔6〕，宋志红文。

〔9〕 参见高圣平：《〈民法典〉与农村土地权利体系：从归属到利用》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 6 期。

〔10〕 参见王利明、周友军：《论我国农村土地权利制度的完善》，载《中国法学》2012 年第 1 期。

〔11〕 参见前引〔10〕，王利明、周友军文。

〔12〕 参见谢在全：《民法物权论》，新学林出版股份有限公司 2020 年版，第 335 页。

〔13〕 前引〔6〕，宋志红文，第 174 页。

利益的。<sup>〔14〕</sup>集体所有权要实现的是农民群体的整体利益，或者说是集体成员的共同利益，这与私法上单纯追求个体利益实现的所有权并不相同，与私法上所有权所体现的私法关系也不同。《民法典》规定的集体所有权归属当然不能与《宪法》表达的公有制相违背，同时，集体所有权又要在民法视域内寻找应有的位置，这就是集体所有在私法上的表达。按照传统民法所有权的表达逻辑，集体所有权的主体应该是农民集体，但农民集体是一个抽象的共同体概念，同国家所有权一样。国家无法实际作为支配主体对国有财产行使权利，只能由国务院代表行使，这种代表行使是一种私法上的表达，集体土地所有权由集体经济组织代表行使，亦是集体所有的公法理念在私法上的表达。农村集体经济组织是农村集体资产经营管理的主体，依法代表农民集体行使农村集体资产的所有权，同时还需要对其在立法上加以特殊规定。<sup>〔15〕</sup>

## （二）需要超越个人主义方法论解释作为“关系主体”的集体经济组织

《民法典》第96条将农村集体经济组织列入特别法人，农村集体经济组织从立法上语焉不详的概念变为典型民事主体，当然其作为法人与营利法人、非营利法人相比具有很强的特别性。因袭传统民法而来的营利法人和非营利法人，是“为实现各自的目的，成员以不同方式加入团体，团体的生成是成员理性选择的结果”<sup>〔16〕</sup>。利己主义是以私人目的的存在和私人利益最大化的价值目标为核心，探讨团体存在的目的，<sup>〔17〕</sup>正是因这种共同的目的，以合同为基础实现了成员或财产的联合。同这些纯粹的私法团体不同，《民法典》虽然未对特别法人的特别性予以进一步规定，但从《村民委员会组织法》第1条、第3条的规定可以看到，同样作为特别法人的村民委员会与传统的私法团体差异极为明显：如设立目的是保障村民实行自治，设立、撤销和范围调整由乡、镇政府提出，村民讨论同意后报县政府设立。特别法人很难按照传统民法的个人主义方法论去阐释，因为个人主义尽管承认超越自然人个体的结构的存在，但是个人主义方法论同时认为制度、集团等集体性概念只不过是个人追求利益的产物，无法限制和控制个人的行为和自由。<sup>〔18〕</sup>农村集体经济组织不是个人追求利益的产物，而是国家基于集体所有制和创新农村集体经济运行机制、实现共同富裕而设置的特殊民事主体。当然，既然作为民事主体，农村集体经济组织就需要遵循个人主义方法论的要求，同时其也是为了让每一个农民个体获得改革红利，这与个人主义对个体利益的保护一致。所以，农村集体经济组织的研究方法应是包含个人主义又超越个人主义。具体来说：

第一，农村集体经济组织设立具有历史延续性和一定的政治目的，不是集体成员为达到共同的私法目的而设立的，不基于成员的合意而形成人的联合和财产的联合。农村集体经济组织虽然是国家的政策使然，但并不是为这样的政策目标达成而创设的法律概念。农村集体经济组织具有“互助组—初级社—高级社—人民公社—乡村恢复”的历史。<sup>〔19〕</sup>集体经济组织是根据我国土地制度

〔14〕 参见李国强、李雨佳：《公私法接轨的自然资源国家所有权的规制逻辑》，载《社会科学战线》2021年第5期。

〔15〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》，法律出版社2020年版，第193页。

〔16〕 蔡立东、田尧、李海平：《团体法制的中国逻辑》，法律出版社2018年版，第33页。

〔17〕 See Dani Rodrik, When Ideas Trump Interests: Preferences, Worldviews, and Policy Innovations, 28 *Journal of Economic Perspectives*, 191 (2014).

〔18〕 参见胡玉鸿：《法学方法论导论》，山东人民出版社2002年版，第190页。

〔19〕 参见李永军：《集体经济组织法人的历史变迁与法律结构》，载《比较法研究》2017年第4期。

改革和农村经济发展需要延续而来,私法团体的秩序无法为中国社会变迁的背景提供合理的支撑。陈甦教授将农村集体经济组织归类为“籍合组织”,认为其虽然是实现经济目的的组织,但成员是基于当地户籍连结在一起的。<sup>〔20〕</sup>农村集体经济组织的经济目的同私法上的经济目的不同,农村集体财产的管理带有公法上的财富分配意义。农村集体经济组织的设立还带有一定的政治目的,是实现国家乡村治理的重要方式,是落实公有制经济基础的私法形式。

第二,农村集体经济组织需要平衡其所连接的各方利益关系,个体主义方法论无法在公私法的主体关系中找到支点。如果说传统的私法团体就是由存在于当事方之间复杂的利益安排构成的“关系之网”,<sup>〔21〕</sup>那么集体经济组织的“关系之网”则更为复杂,涉及的利益群体更为广泛。不仅涉及农民个体的利益分配,更涉及产权制度的构建、农村经济的运行、国家政策的实施等涵盖公法领域和私法领域的关系。对这些关系的处理,单纯以个人主义方法论为研究路径是极为单薄的。个人主义强调对个体意志的尊重和对个体利益的维护,强调个体的真实存在,否认社会整体的实在性,<sup>〔22〕</sup>奉行“个人先于整体”的研究立场,认为社会系统及其变迁产生于个人的行为。<sup>〔23〕</sup>传统的私法主体涉及的关系,包含出资人之间的关系、出资人与公司债权人的关系、出资人与代理人之间的关系以及内部各参与者之间的关系,是由合同联结的,<sup>〔24〕</sup>只要合同不违反法律、行政法规的强制性规定且不违背公序良俗就是有效的,个人主义的研究方法是符合私法秩序的。在农村集体经济组织内部,保障成员权益和农民个体利益是应有之义,但过于强调个人先于整体,将导致农村集体财产的私有化。而个人逐利是没有上限的,集体成员可能因对个体利益的盲目追逐而要求国家政策让位于内部决议。因此,农村集体经济组织的研究必须超越个人主义的研究立场,协调采用整体主义的方法论才能明确这个关系主体和其所连接的关系。而整体主义并不是不顾其成员的个体利益,农民是集体中的个体,农村集体经济组织应站在超越个体的高度去处理各层次关系。

第三,农村集体经济组织依附于农民集体而存在,农民集体成员具有资格性和身份性,集体外的个人或组织自愿加入和退出的个体自由无法完全实现。农民集体成员资格的获得、退出和转让是农民集体内部关系,其产生和终结同公司等传统私法团体不同。由于传统私法团体是以其个人财产投资行为而获得的身份,除章程的严格限制外可以自由退出,这是个人主义下对自身财产处分的自由和自己意志的充分尊重。农民集体成员资格的取得或丧失则不同,只要符合法律、行政法规、地方性法规等,即可以成为农民集体成员或退出集体。虽然存在规则多元难题,但其根源基于血缘和婚姻的村落社会身份以及户籍归属。<sup>〔25〕</sup>而有关农民集体成员的规范更无法用个人主义方法论去解释。

• 53 •

〔20〕 参见陈甦:《籍合组织的特性与法律规制的策略》,载《清华法学》2018年第3期。陈甦教授提出的“籍合组织”是指因户籍、房籍、地籍等连结要素而集合成员所形成的社会组织。

〔21〕 参见前引〔16〕,蔡立东等书,第35页。

〔22〕 参见易军:《个人主义方法论与私法》,载《法学研究》2006年第1期。

〔23〕 参见前引〔16〕,蔡立东等书,第23页。

〔24〕 参见前引〔16〕,蔡立东等书,第34-35页。

〔25〕 参见方志全:《农村集体经济组织产权制度改革若干问题》,载《中国农村经济》2014年第7期。

### （三）“关系主体”的法人治理机制不宜简单参照营利法人构建

“治理是特定治理主体之间的协调活动”<sup>〔26〕</sup>，集体经济组织的协调包含内部关系协调和外部关系协调：内部要协调农村集体经济组织与农民集体成员的关系，协调成员之间和法人机构之间的关系；外部要协调与农村基层自治组织的关系，与国家的关系，以及与其他市场主体的关系。但是农村集体经济组织同其他团体一样，需要有必要的法人机构，只有通过法人机构，才能形成统一的“总意思”进行活动，特别是法律交往。<sup>〔27〕</sup>这些法人机构的设置与关系协调，形成了决策、权益分配、执行和监督等内部治理机制。参照企业法人的通常治理机构安排是一个选项，农村集体经济组织法人从静态治理结构安排、表决和收益分配原则看，无疑体现了公司治理结构内核，集体经济组织法人治理结构应参照营利法人组织框架。<sup>〔28〕</sup>郭洁教授进一步指出，集体经济组织应定位为营利法人的类型，在专门立法上应该选择企业法的立法模式。<sup>〔29〕</sup>这种观点很大程度上忽视了农村集体经济组织的设立基础，传统私法团体为了共同目的而联合，基础在于合同，集体经济组织却并非基于合同设立。目前试点地区的集体经济组织确有以公司制形式作为具体呈现的载体，但这种参照适用并不能说明集体经济组织的治理机制就应然适用营利法人的模式。

营利法人为典型的传统私法团体，其治理模式已经发展得较为成熟，也是个人主义方法论研究路径的典型代表。营利法人治理机制的终极目的是营利，进而实现内部主体的权益分配。以公司为例，表决权上的资本多数决是公司内部成员话语权的重要表达，是行使公司权力和获取利益分配的主要依据。农村集体经济组织的内部更加注重分配的公平和权利行使的平等，这就使得资本多数决的原则不能适用于集体经济组织中。集体经济组织作为集体所有制在私法上的表达，尽管借鉴营利法人的治理结构是可行道路，但不宜完全借鉴，主要有四个方面的考虑：其一，集体经济组织的研究路径需要超越个人主义的方法论，营利法人的治理模式仍未脱离个人主义的指导。其二，集体经济组织具体呈现的载体不同，“公司法人模式”<sup>〔30〕</sup>不是唯一的形式，全国各地根据自身发展情况还探索了“合作社法人模式”<sup>〔31〕</sup>和“股份合作制法人模式”<sup>〔32〕</sup>等，集体经济组织的治理机制要因地制宜，不能一刀切。其三，集体经济组织作为关系主体，其治理机制已不能局限于内部治理结构，还要建立与村委会等机构协调职能的外部治理机制。最后，农村集体经济组织法人治理机制的外延远比治理结构广泛。治理机制不仅关注法人机构之间的权力分配，更关注权力运行以及均衡机制的设计；不仅关注法人内部关系的协调，而且关注法人利益相关者

〔26〕 陈靖：《解析集体：制度通道与治理实践》，载《南京农业大学学报（社会科学版）》2021年第3期，第97页。

〔27〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2013年版，第209页。

〔28〕 参见吴昊：《农村集体经济组织法人治理机制建构》，载《河南社会科学》2021年第2期。

〔29〕 参见前引〔1〕，郭洁文。

〔30〕 集体经济发展好、市场化程度高的直接改制为公司，如北京部分区（县）的农村集体经济组织。参见管洪彦：《农村集体经济组织法人立法的现实基础与未来进路》，载《甘肃政法学院学报》2018年第1期。

〔31〕 如山东省《农村经济（社区）股份合作社办理工商登记有关问题意见》第2条中直接规定了“农民专业合作社法人”。

〔32〕 如《黑龙江省农村集体经济组织条例》第4条直接规定鼓励实行股份合作制；《广东省农村集体经济组织管理规定》第3条规定的经济联合总社、经济联合社、经济合作社和股份合作经济联合总社、股份合作经济联合社、股份合作经济社也明确了股份合作的形式。



的利益。<sup>〔33〕</sup>农村集体经济组织的治理机制问题需要以全面、整体的思维进行分析。

### 三、农村集体经济组织的内部治理机制

《示范章程》对农村集体经济组织设置了成员（代表）大会、理事会、监事会的结构，一方面此种静态结构脱离地域差异性的设计，不能建立实际有效的集体经济组织法人治理机制；另一方面仅有这种静态结构也不足以实现内部有效治理，更重要的是实际运行规则所体现的动态治理机制。<sup>〔34〕</sup>因此，需要协调适用整体主义方法论，从集体经济组织的决议机制、权益分配机制和监督机制三个方面对其内部治理机制进行梳理。

#### （一）决议机制

农村集体经济组织的法人化，就是要实现农村集体产权明晰，实现农村财产的自治管理，保障农民集体成员的权益。农村集体经济组织依附于农民集体而存在，农民集体决策即映射为农村集体经济组织的意思。因此，通过农民集体民主决策实现自治，集体成员通过民主决策参与集体所有权的行使（即行使参与管理权）来实现其受益权。“参与管理权也称为民主管理权，其核心是农民集体成员在集体决议过程中所行使的表决权。”<sup>〔35〕</sup>集体成员的表决权是参照团体成员表决权而存在，传统法人中的表决权是团体成员的共益权，是社员资格所生的权利。<sup>〔36〕</sup>农民集体成员通过表决权的行使，形成的农民集体决议可以拘束集体经济组织，从而实现集体经济组织对重大事项的决策，对外表达团体的意志。在农民集体意志形成的过程中，起决定作用的是依多数决得出的意思表示，<sup>〔37〕</sup>通常不是参与者的意思表示一致，而是多数决原则<sup>〔38〕</sup>。集体经济组织应按照其特性进行决议机制的建构。

第一，决议的多数决原则不能实行资本多数决，而应贯彻“一人一票”或“一户一票”的平均主义。集体经济组织的决议平等注重每一位成员的意志表达，集体的意志源于每个成员的意思又高于每个成员的意思，不是简单的每个成员意志的加总。对少数人的个人意志置而不问，是团体决议的规则，并不是对少数成员意志的不尊重。集体中每个成员都有其个人目的和意愿，很难就同一事项达成一致，但集体必须做出决议，使其对全部成员发生效力。虽然决议是依据表决权的多数作出的，但这个多数是成员数量的多数，不是资本的多数。企业法人的资本多数决原则导致谁拥有的股权多，谁就在公司中占据绝对的主导地位，但集体经济组织无法采用这一原则。首先，集体经济组织成员没有财产投资，折股量化仅为收益分配机制，强调的是公平，没有资本多数决的基础；其次，集体经济组织依附的农民集体成员的表决权是平等的，保障农民集体成员的

• 55 •

〔33〕 参见管洪彦：《农村集体经济组织、法人治理机制立法建构的基本思路》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2019年第1期。

〔34〕 参见前引〔33〕，管洪彦文。

〔35〕 王雷：《农民集体成员权、农民集体决议与乡村治理体系的健全》，载《中国法学》2019年第2期，第134页。

〔36〕 参见前引〔27〕，卡尔·拉伦茨书，第222页。

〔37〕 参见前引〔35〕，王雷文。

〔38〕 Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Springer Verlag Berlin 1992, S. 602. 转引自前引〔35〕，王雷文。

平等地位是民主决策的应有之义，资本多数决的基础在于资本决定表决权的多少，其背后的逻辑是资本的平等而不是民主管理权利的平等。

第二，决议效力既要判定决议事项是否对外，还要在对外关系的决议效力判定中进行利益衡量。《民法典》第85条规定，决议撤销后，营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。对外交易中，集体经济组织同营利法人的地位一样，农民集体形成的决议的效力判定也是相同的，法理依据都是善意第三人的信赖保护。农民集体决议具有内部性，外部主体不了解决议作出的过程。如果决议的内容已经为相对人接受，相对人是善意的并且基于对决议的信赖而作出了特定行为，这样的信赖应予以保护。<sup>〔39〕</sup>但是，如果决议行为不仅侵害了集体成员的民主参与权，而且造成农村集体资产的减少或流失，是否仍应保护第三人的信赖利益？对这个问题的回答，在于信赖保护原则背后利益保护的方向。保护的正当性源于多数相关利益中，优先保护那种“明显比较重要”的，<sup>〔40〕</sup>即法益保护的正当性为相比较后更重要的那个。农村集体经济组织与市场主体进行交易时，行为效力判定的依据在于是否违反了法律、行政法规的强制性规定，是否违背公序良俗。一旦涉及集体资产，其背后的利益为更高层次的政治秩序和经济秩序，即公有制的维持和保障。善意第三人与农村集体经济组织进行交易时，承担比一般交易更为严格的审查义务和更为审慎的预期，因为集体财产的流失是对公有制经济的破坏，违反了《宪法》确定的国家经济秩序。此时决议虽然涉及对外交易关系，但有更为重要的利益需要保护，应属无效，交易相对人不应予以保护。

由此可知，虽然决议机制为集体经济组织依附的农民集体的内部治理规则，需要通过章程对决议规则、决议事项作出任意性规定，但由于集体经济组织本身具有互助与公共的双重面向，<sup>〔41〕</sup>决议的规则、事项都不能背离集体经济组织的目标和职能，有必要设置一定的强制性规范对决议行为进行约束。

## （二）权益分配机制

权益的分配是农民集体成员最为关切的内容，因为农民集体成员是以集体资产为基本生存保障的，权益分配机制必须贯彻权益保障和公平原则。正如管洪彦教授指出的：“权益保障原则是农村集体经济组织法人治理机制的根本目标所决定的，既是实现农村集体经济组织法人自身权益的需要，也是形成有效维护集体经济组织成员权利治理体系的需要。”<sup>〔42〕</sup>权益分配机制就是平衡集体组织成员的利益协调机制，既要能够调动农民个体的劳动积极性，又要向弱势群体进行倾斜性保护。因此，要基于成员构成设计合理的分配机制，在不同的分配机制中贯彻权益保障原则和公平原则。权益保障原则既要考虑全体成员财产权益的保护，又要考虑不同群体需要特殊保护的力度，还要保留农民集体经济持续发展和实现乡村基础设施建设的储备。

集体经济组织作为特别法人，上述权益分配目标需要通过“折股量化”的设计来实现。“折股量化”的设计是为了实现集体成员的权益保障，实现共同富裕的目标，而且农民集体成员的股

〔39〕 参见前引〔27〕，卡尔·拉伦茨书，第58-60页。

〔40〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第28页。

〔41〕 参见宋天骐：《论农村集体经济组织法人设立的特别性》，载《求索》2020年第5期。

〔42〕 前引〔33〕，管洪彦文，第57页。

份获得本身不是资本投资的对价,因此农村集体经济组织的“折股量化”结构更多的是按照股份量化的方式形成一种集体资产收益的分配方式。在《示范章程》中,将农村集体的经营性资产划分为“成员股”“集体股”,成员股又划分为“人口股”“劳龄股”“扶贫股”“敬老股”等。集体股指向的利益不属于特定的农民集体成员,不是根据农民集体成员设立的,所以不是对成员权益的具体分配。但设置集体股的目的主要是“满足公共物品和成员福利的需要”〔43〕,解决产权改制中的历史遗留问题,补缴相关费用和支付一些必要的社会性支出。〔44〕从目的上看,集体股的设置虽然不是直接为集体成员进行权益分配,但实质上仍是为集体成员谋求福利,不管是留出集体股为乡村设施建设提供资金,还是支出维护非经营性资产的费用,最终还是集体成员受益。虽然在目的上集体股的设置具有合理性,但从法律解释上来看,仍然有一些问题需要进一步阐释清楚。一是集体股虽名为股份但并不是公司法意义上的股权,这是收益分配机制中的量化标准,所以并不存在所谓的股权主体是谁的问题,而应该将其视为一种将集体资产收益回归集体的根据。二是要区分集体股与公积公益金的功能。集体股对应的集体资产收益归属于集体所有,而公积公益金归属于作为独立法人的集体经济组织,可以用于偿还集体经济组织的历史债务,弥补亏损,以及扩大生产经营规模等,在终极目的上也可以实现集体公共事业和成员福利保障。因此,有观点认为并没有必要设置集体股,以公积公益金制度予以替代。〔45〕但是从农民集体和农村集体经济组织区分的角度看,集体股和公积公益金制度实现的直接利益是不同的,二者的分别设置既能保障产权明晰又能保障成员权益分配的公平。

成员股的设置除了《示范章程》中列举的类别,各试点地区配置不一:北京市分为人口股、劳龄股、资源股、独生子女奖励股、现金股等;上海市原则上只配置劳龄股;广州市荔湾区则分为人口股与劳龄股,人口股又分为社员股和社会股,户口未迁出的成员配置社员股,因外出读书、工作等原因迁出的人员只配置社会股,可以参与分红,但不享有选举权和被选举权。〔46〕纵观这些股权类别的设置,其实都是为了实现农民集体成员的不同需求、为了激发集体成员的劳动热情、为了保障成员利益而设置的。成员股的具体设置应该根据不同地区发展的不同特点划分不同类别,但为保障每一个集体成员都能公平享受到农民集体经济带来的发展,应以人口股为基础,再根据集体成员的需要予以其他类别的设置。另外,独生子女奖励股已经不再符合政策的趋势,为了鼓励生育,不应再设置独生子女奖励股,而应设置生育奖励股。一胎以上家庭的养育成本本来就高,属于应予关注和帮助的家庭,如果在能够分配的情况不多予以分配,不仅违背国家生育政策,还无法保障集体成员的权益。最后,仍应注重农民集体内弱势群体折股量化的特殊设置,如特别贫困家庭、留守老人、孤寡老人等均需要集体的特别关照,应为这些家庭设置扶贫股和老人股,保障这些群体的利益。总之,农村集体经济组织的权益分配主要根据农民集体成员股的设置,在保障农民集体成员获得公平分配的基础上,根据地区发展程度有效配置不同的类别。

〔43〕 房绍坤、任怡多:《论农村集体产权制度改革中的集体股:存废之争与现实路径》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第63页。

〔44〕 参见刘彦:《农村股份经济合作社法律问题研究——从北京市农村集体产权制度改革制度实践谈起》,载《北京工业大学学报》2012年第2期。

〔45〕 参见前引〔43〕,房绍坤等文。

〔46〕 参见张洪波:《论农村集体资产股份合作中的折股量化》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期。

### （三）监督机制

农村集体经济组织应该具有内部监督机制才能确保集体的财产由成员共享。这是对农民利益全面的保障，是集体成员权利行使的重要内容，也是农村集体经济组织内部成员关系协调制衡的主要手段。农村集体经济组织最重要的是不能将集体经济组织的实际控制权力、财产利益集中在少数人手中，因此这个监督机制要比传统私法团体中的监督更为严格，信息的透明度甚至要比肩公众公司。为此，监督机制至少要从三个维度予以建构：集体成员的知情权、执行机构的信息披露、专业监督机构的设置。

第一，保障农民集体成员的知情权是构建监督机制的基础。知情权是农民集体成员民主参与管理内部事务的基础。根据对信息的了解，对所参与决议的事项有所思考和判断，从而达到监督的效果。如果农民集体成员丧失了知情权，那么集体经济组织就会成为个人控制的法人，甚至沦为某些个人牟利的工具。

第二，有效、及时且完整的信息披露是构建监督机制的关键。集体经济组织虽然具有封闭性的特征，<sup>〔47〕</sup>但是信息披露上必须要求公开、透明，不能像有限公司一样，其财务信息不对外公开。农民集体成员大多不如公司股东那样，在公司经营方面具有专业化的素养，也无法在自身权利维护上具有积极的主张。为了保障农民集体成员对集体经济组织运行情况的了解，必须及时公开资产管理信息等重大信息，定期公开财务信息、经济活动信息，以确保信息的对称性，接受农民集体成员的监督。如《黑龙江省农村集体经济组织条例》若干条款涉及了重大经济事项公开的内容，并在第42条、第43条规定了信息公开和披露的形式，采取固定公示栏的方式，按季度公开财务情况，重大事项随时公开，接受成员监督，监事会应当监督并形成监督报告，监督报告予以公开。<sup>〔48〕</sup>这种信息公开的规定很大程度上采纳了上市公司的信息披露制度：重大事项随时公开和财务信息定期公开相结合的机制。这种信息披露的机制有必要规定为强制性规范。

第三，农民集体成员的民主监督与专业监督相结合的机构设置是构建监督机制的保障。农民集体成员的监督是行使其民主权利的体现，但集体经济组织的监督机制不能仅仅依靠农民集体成员的监督，农民集体成员对经济活动和财务信息的监督受其专业程度的限制，只能对一些表面问题予以监督。对集体经济组织的监督必须是实质的、真正的监督，这就需要专业的监督。在内部机构的设置上，形式上设置的监事会不一定是有效的专业监督，有条件的地区仍需要设置由专业的财会、审计人员组成的财务相关的委员会，对其监督的问题向集体成员进行释明。在权利行使和内部机构的权力实施上，形成共同监督和限制，使集体组织的资产管理、财务运行更加透明化。

## 四、农村集体经济组织的外部治理机制

农村集体经济组织作为一个关系主体，且是公法上的所有制在私法上表达的主体，集体经济组织的治理机制要处理和平衡好内外部主体之间的关系。除了内部机制的建构，在外部关系的平

〔47〕 参见赵万一、张长健：《论集体经济组织法人关系的创新——以社区型股份合作制法人组织的建构为研究对象》，载《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2012年第6期。

〔48〕 参见《黑龙江省农村集体经济组织条例》第27—28条、第33条、第42—45条。

衡中既要实现政经分离的目标,又要接受国家介入的必要管控,建构起集体经济组织在私法上对集体资产的交易机制。农村集体经济组织外部机制的协调,可以概括为“处理两对关系、建构一个市场”:两对关系中一是厘清与村委会之间的职能,二是处理好政府公权力介入的合理干预;一个市场是建构集体资产的集中交易市场。

#### (一) 农村集体经济组织与村委会的职能划分

从《民法典》第96条的规定看,农村集体经济组织与村委会是并列的不同类别的特别法人,从文义上看,不应存在职能的交叉和人员的混同。《村民委员会组织法》明确村委会是办理本村的公共事务和公益事业、调解民间纠纷的基层群众自治组织,仅仅是一个“行政性”的机构。<sup>[49]</sup>而根据《集体产权改革意见》对农村集体经济组织的定位,其是集体资产管理的主体,是特殊的经济组织,具有市场主体的地位。《民法典》将农村集体经济组织规定为具有独立地位的法人,就是要使集体经济组织更加明确地与作为行政组织的村委会脱离,避免政府利用行政手段支配集体财产而产生的弊端。<sup>[50]</sup>但由于我国农村集体经济组织历史发展进程的原因和地方实践发展的不同,依然有很多“政社合一”“政经不分”的地区。这种情况的彻底消除仍然需要时间,即便《民法典》对集体经济组织法人地位的确立使这一现状已有较大改变,但由于各地区在农村经济发展上的差异,仍然无法将其彻底消除是客观事实。这种现状的存在更要求厘清村委会的职能和农村集体经济组织的职能,两者职能的厘清要考虑三个方面。

第一,加快集体经济组织特别法的立法工作。村委会和集体经济组织的严格区分需要有法律依据,《村民委员会组织法》已经先行,农村集体经济组织的专门法尚未出台,缺少法律的规制,则很难在强制性规范的层面去限制“两套牌子、一套班子”<sup>[51]</sup>的局面。实现真正的“政社分离”“政经分离”需要有法律的保障。已经具备条件的地区,在法律上要严格区分仍然是“一套人马”的村委会与集体经济组织的管辖权限,为农村集体经济组织建立自身的内部机构扫清障碍。

第二,明确村委会对集体财产是补充性的管理和代表行使,而非基于所有权主体地位的支配。《民法典》和《土地管理法》规定农民集体所有的不动产由农村集体经济组织或村民委员会代表行使所有权,进行经营管理,村委会可以依法代行村集体的职能。村委会行使所有权是代表行使,并不是作为权利主体的实际支配。这种代表行使与民法上的代理不同,民法上的代理必须存在代理人和被代理人,本人授予代理权,代理人作出以意思表示为内容的法律行为并由本人承担法律后果,代理人和被代理人是法律上已经存在的实体。<sup>[52]</sup>村委会的代表行使更类似于行使公法上的职能,村委会行使集体所有权是因为集体经济组织尚未设立,由村委会代行该职能。这虽然会导致政经不分的局面,但仅仅是对我国农村经济发展地区差异的回应和现实处理方式。待农村集体经济组织设立,村委会必须将集体资产全部移交至集体经济组织,不能再代表行使集体所有权。

第三,区分农村集体经济组织中的经济职能与村委会的公共事务服务职能。农村集体经济组

[49] 参见前引[19],李永军文。

[50] 参见前引[19],李永军文。

[51] 马晓河:《中国农村50年:农业集体化道路与制度变迁》,载《当代中国史研究》1999年第5-6期,第71页。

[52] 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2014年版,第422-426页。



组织与村委会都是《民法典》中的特别法人，二者虽然都存在于农村的场域，但在职能上各司其职。集体所有制的历史发展轨迹容易混淆村委会和农村集体经济组织各自的职能，但在农村集体产权制度改革后，两者的职能完全不在一个层面，更不需在机构设置时将彼此职能列入其中。村委会的公共职能在于行政性，而集体经济组织职能在于经济性。根据《村民委员会组织法》第二章对村委会职责的规定，村委会主要进行人民调解、治安保卫、公共卫生与计划生育、文化建设、政策宣传等，只有依据法律规定才可以管理本村的集体财产。而集体经济组织的职能在于管理农民集体资产，主要是经营性资产，也涉及用于公共服务的科教文卫体等非经营性资产。两者方向完全不同，以往两者的职能交叉不过是历史遗留问题的延续。

### （二）妥善处理政府公权力介入的合理干预

私法上的团体治理具有较强的自治性，适用私法自治原则，在私法关系的处理上不受国家的直接干预。集体经济组织同时作为私法团体，也应遵守私法自治原则。但集体经济组织同时作为连接国家与农民集体的中间枢纽，即便设立的目的也是为了农村集体财产的管理自治，但生产生活资料的集体所有为公有制的内涵，加之管理能力尚不具备较强的市场竞争力，为防止集体资产的不当管理造成损失和流失，农村集体经济组织的自治仍然应受到国家的干预，接受政府的指导。但这种干预必须坚持“合理干预原则”，防止公权力的过度干预损害农村集体经济组织私法上的自治权利。<sup>〔53〕</sup> 政府的合理干预至少涉及两个方面。

第一，政府规范性文件对集体经济组织章程的干预。各地区在集体经济组织专项立法外，宜根据自身情况单独制定规范性文件，对集体经济组织的章程内容予以指导。《示范章程》可以视为对集体经济组织章程的干预，但是这种干预并不是强制性的干预。对于一些专业能力不强，但是还要发展地区集体经济特色或者对股权流转、股权类别设置、收益分配有自身考量的集体经济组织，当地政府可制定参考性文件，对集体经济组织章程的内容予以框架性的指导和干预。集体经济组织章程应根据规范性文件的规定制定，不能通过集体决议突破。但是这个干预必须要有适当的标准，集体自治的内容不能全部由地方规范性文件规定。

第二，国家介入农村集体经济组织的运行。作为自治性团体，农村集体经济组织对农民集体资产的行使、管理和利用按照集体经济组织的章程进行，但其自身的不完备性要求农村集体经济组织的运行必须有国家公权力的直接介入，通过行政管理手段使集体经济组织贯彻实施国家政策，是维护公有制的必然要求。集体经济组织的经济发展方向、权益分配的内容、集体财产的交易方式设计、经济发展的形式都应该由行政机关通过行政管理的手段进行必要的审查，不得通过集体决议与国家的政策方向相背离。

### （三）以集体资产交易平台为中心建构农村集体经济组织和其他市场主体之间的关系

农村集体经济组织要处理好与市场的关系，这既能充分利用市场有效配置资源的作用，也能充分激发集体财产的活力创造更多的财富，还能保障集体财产不流失，不为私人权利所利用。这要求集体资产的交易具有公开、透明的交易方式和程序标准，具备有准入资格的交易场所和可供监督、信息对称的市场化平台，建立地区性的市场集中交易平台是较为妥善的方式。集体资产的

〔53〕 参见前引〔33〕，管洪彦文。



交易同国有资产的交易一样，应设置产权交易机构，进场交易，使交易有章可循、有程序可依。

农民集体资产主要包括资源性资产、经营性资产和非经营性资产，资源性资产如土地、森林、山岭等，经营性资产如用于经营的房屋、建筑物、机器设备等，非经营性资产则包含用于公共服务的基础设施等。<sup>〔54〕</sup> 非经营性资产是向集体成员提供公共服务的，该类资产不应用于交易，用于交易的主要是资源性资产和经营性资产。并非所有集体资产都具有较大规模，且进场交易需要较多的成本，从交易效率上来讲，对进入集中交易平台的资产交易需要限制在一定金额以上。随着集体经济组织的市场化程度越来越高，集体资产也会像国有资产的发展方向一样，集体经济组织所投资的企业越来越多，农民集体的企业产权随之增多。因此，可参照国有资产交易的类别设置集体资产的交易类别，包含产权转让、企业增资和资产转让等部分。<sup>〔55〕</sup> 产权转让和增资均对应的是集体资产中的“集体投资兴办的企业及其所持有的其他经济组织的资产份额”，而资产单指除股权之外的集体经济组织的不动产、动产。集体资产进场交易前，应确保已经符合交易的前提条件。如通过农民集体成员大会的决议，符合国家法律法规和政策指导，符合当地政府的规范性文件等。

集体资产进场交易，除了程序标准化、价格公开、交易透明之外，还能为信息贫乏的农村和农民提供充分的市场信息，为专业化程度不高的集体经济组织提供充分的市场资源，减少“代理成本”<sup>〔56〕</sup>，为熟悉集体资产的交易模式并快速市场化提供了契机。一方面，对于集体经济组织来说，信息的缺乏导致其市场中总是处于交易的不利地位，“单个农民很难得到较完整的市场信息，市场中也存在着对农民的信息垄断，信息不对称的状况加剧资源分布的扭曲”<sup>〔57〕</sup>，集中交易平台则能够为参与交易的农民集体成员和农村集体经济组织提供充分的土地交易信息，缓解信息不对称的情况。另一方面，缺少职业经理人使农村集体经济组织很难专业化，农村集体经济组织不同于市场化程度高的公司，很难吸引职业经理人的加入，往往是组织内部选举人员进行管理。因此，无论是在内部管理上还是外部市场资源上，都处于缺少竞争力的地位。如果农村集体经济组织想吸引职业经理人加入，则需要提供更高的薪酬和其他条件，这就增加了农村集体经济组织的代理成本。通过国家设立统一的集体资产交易平台，则将集体资产直接推向市场，即便是没有专业的管理人，亦能使集体资产按照既定程序完成交易。随着农村集体产权制度改革的进一步推进，集体经济快速发展，在连接市场的方面，建立统一的集体资产交易平台具有重要意义。

• 61 •

## 五、结 语

农村集体经济组织法人作为《民法典》上的特别法人，同传统私法上以意思自治为基础成立的团体不同，其设立具有政治性，连接公法与私法，是公有制经济基础在私法上的表达。农村集

〔54〕 参见《集体产权改革意见》第 1 条。

〔55〕 参见《企业国有资产交易监督管理办法》第二章至第四章的结构设计。

〔56〕 聘任、解任和监督公司管理层的成本属于公司的代理成本。参见〔美〕弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔：《公司法经济结构》，罗培新、张建伟译，北京大学出版社 2014 版，第 171 页。

〔57〕 前引〔3〕，高飞书，第 182 页。

体经济组织法人既要协调农民集体以及农民集体成员之间的关系，又要平衡与村民委员会的职能关系、政府的干预关系和作为市场主体的交易关系，是一个名副其实的“关系主体”。这造就了其治理机制要协调内部和外部的关系。而个人主义的方法论所追求的个人利益、个人先于整体的思路就无法建构这样全面的法人治理机制，因此必须采用兼顾个人主义和整体主义的方法论。在此方法论的指导下，集体经济组织的内部治理机制从三个维度建构，即农民集体成员多数决机制、保证权益分配公平下的多种权益分配并存机制、保障信息充分披露的监督机制，调动农民集体成员民主参与管理集体经济组织事务的热情，使农民集体成员的利益得到充分保障。外部治理机制要处理好三对关系，即农村集体经济组织与村委会、政府和市场的关系。农村集体经济组织已是私法上的团体，未来充分的市场化对农村集体经济的发展具有重要意义，但各地区经济发展程度不同，市场化的道路尚远。然而，市场化不意味着集体资产的减少或流失，更不意味着私有化。建立统一的市场交易平台，使集体资产的交易标准化、程序化、公开化、透明化，对农村集体经济组织的市场化并保证集体资产的保值增值具有深远意义。

---

**Abstract:** Rural collective economic organization connects collective members internally, and connects market, village committee and state externally, therefore it is a relation subject connecting the public law and the private law. Meanwhile, it is also an expression as the executive subject of ownership of collective assets in the private law. Only by using individualism methodology and holistic methodology in harmony can we clarify the normative logic of the rights subject in rural collective economic organization and then determine the reasonable corporate governance structure. The internal governance mechanism of rural collective economic organization focuses on protecting the democratic participation right of member, ensuring the distributive justice of members' rights and interests, and ensuring members' supervision in the operation of collective economic organization. The external governance mechanism mainly consists of three respects. Firstly, the public functions and management should be clarified between rural collective economic organization and village committee. Secondly, rural collective economic organization must receive reasonable intervention from government and state. Finally, the relationship between rural collective economic organization and other market subjects should be constructed with the centralized transaction platform of collective assets as the center.

**Key Words:** rural collective economic organization, individualism, holism, internal governance mechanism, external governance mechanism

---

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

## 《民法典》溯及适用的正当性检验进路 ——以《时间效力规定》第2、3条为中心

李鸣捷\*

**内容提要：**在溯及既往的正当性检验层面，《民法典》溯及适用包括“改变溯及”与“空白溯及”两个类型。就“改变溯及”而言，其正当性检验标准是“有利溯及标准”。基于对《时间效力规定》第2条但书的解释，有利溯及标准重塑为：在不损害一方利益的前提下增进他方利益、更有利于维护公序良俗、更有利于实现与社会主义核心价值观相契合的规范目的。据此可构建有利溯及检验体系。就“空白溯及”而言，其正当性检验可直接适用有利溯及检验体系，只是当出现“私益与公益发生冲突”之情形，需借助比例原则进行权衡时，应倾向于选择较为宽松的审查基准。

**关键词：**民法典 正当溯及检验 改变溯及 空白溯及 比例原则

• 63 •

### 一、问题的提出

法律必须稳定，但不能一成不变。<sup>〔1〕</sup>《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）颁布后，一个无法回避的问题是：《民法典》能否溯及适用于其施行前的法律事实。<sup>〔2〕</sup>如果能，需要

\* 李鸣捷，武汉大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金项目“《民法典》的溯及力研究”（21BFX016）、武汉大学自主科研项目（人文社会科学）的阶段性成果，得到“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。

〔1〕 See Roscoe Pound, Interpretation of Legal History, 10 *Journal of American History*, 198 (1923).

〔2〕 就溯及力的含义而言，主要存在两种理解：一种理解认为，溯及力指新法对过去法律事实产生的影响。如《布莱克法律词典》对“溯及既往法律”的注解是：向后看或者关注过去的，对法律生效前的行为和自然事实产生影响的法律。See *Black's Law Dictionary*, West Group, 2009, p. 1432. 另一种理解认为，溯及力指新法对过去法律事实的法律效果产生的影响。如萨维尼认为，溯及既往指具有溯及力的法律把过去的法律事实的后果纳入它的管辖范围并因此影响这些后果。参见〔德〕弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，武汉大学出版社2016年版，第150页。本文采前一种理解，以与《时间效力规定》对溯及力的定义保持一致。

具备什么条件?在学理上,这属于法的溯及力问题。在溯及力规制上,作为私法的民法与作为公法的刑法迥异。后者因仅调整国家与公民间的关系,在践行《立法法》第93条但书确立的“有利溯及”标准时,通常仅需置重于公民一方利益的保护;而民法调整平等主体间的关系,民事诉讼中讼争民事权益常处于此消彼长的博弈状态,单纯保护某一方利益很可能造成“顾此失彼”的结果。这意味着于民法层面,对溯及力的规制更为复杂棘手,亟待相关规范的指引。

2020年12月29日,最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》(以下简称《时间效力规定》),为《民法典》在施行过渡期的适用提供重要指引。然而,《时间效力规定》第二部分仅就《民法典》中少量条文的溯及适用作出具体规定,至于其余大量条文得否溯及适用,实践中法官仍须根据《时间效力规定》第一部分(一般规定)作出判断。

作为溯及适用的一般规定,《时间效力规定》第2条<sup>〔3〕</sup>但书就“改变溯及”提出了“三个更有利于”的正当性检验标准,第3条<sup>〔4〕</sup>就“空白溯及”亦提出了相应的正当性检验标准。然而,因上述“一般规定”的文本表述过于抽象,<sup>〔5〕</sup>相关标准在实操层面可能引发溯及适用认定上的不确定性与不统一性,进而损及司法的权威。对此,笔者认为以下问题亟待厘清:首先,正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型包括哪些?《时间效力规定》第4条<sup>〔6〕</sup>规定的“细化解释”是否涵括在内?其次,“改变溯及”与“空白溯及”如何界分?再次,如何理解《时间效力规定》第2条但书中的“三个更有利于”?这三项子标准间的关系如何?可否据此建构具有实操性的有利溯及检验体系?最后,如何理解《时间效力规定》第3条中的“可以”?“空白溯及”正当性的检验进路应如何拟定?笔者将以《时间效力规定》第2、3条的司法适用为中心,对关涉“《民法典》正当溯及既往检验”的上述问题进行探讨,以期对《民法典》溯及力制度的完善有所助益。

## 二、正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型及区分

### (一) 正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型

一般认为,溯及适用问题仅存在于新法较旧法实质性修改场合。<sup>〔7〕</sup>在此前提下,依新法施行前旧法有无相关规定,溯及适用可分为“非空白溯及”与“空白溯及”,前者可再类型化为“改变溯及”与“细化解释溯及”;《时间效力规定》第2~4条对此作出规范。但笔者认为,在正当溯及检验层面,《民法典》溯及适用的类型仅涵括“改变溯及”与“空白溯及”,“细化解释溯及”不在考虑之列。原因是:依《时间效力规定》第4条,作为“细化解释”的新法仅可作为裁

〔3〕《时间效力规定》第2条规定:“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释有规定,适用当时的法律、司法解释的规定,但是适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益,更有利于维护社会和经济秩序,更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。”

〔4〕《时间效力规定》第3条规定:“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的,可以适用民法典的规定,但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。”

〔5〕参见熊丙万:《论〈民法典〉的溯及力》,载《中国法学》2021年第2期。

〔6〕《时间效力规定》第4条规定:“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释仅有原则性规定而民法典有具体规定的,适用当时的法律、司法解释的规定,但是可以依据民法典具体规定进行裁判说理。”

〔7〕参见前引〔5〕,熊丙万文。

判说理的参考，其并无溯及适用的空间，故在《民法典》正当溯及检验层面无需考虑。<sup>〔8〕</sup>

## （二）“改变溯及”与“空白溯及”的界分

在明确正当溯及检验层面，《民法典》溯及适用的类型仅涵括“改变溯及”与“空白溯及”后，接下来需要解决的问题是：如何对上述两类溯及适用予以界分，抑或者，如何理解《时间效力规定》第2条与第3条中的“法律”。对此学界主要存在两种观点：一种观点认为，新增规定主要指法律规则层面的新增，<sup>〔9〕</sup>即将此处“法律”解释为狭义法律；另一种观点认为，所谓旧法无规定，应作广义理解，指导案例、司法性文件等也应囊括在内<sup>〔10〕</sup>。笔者认为前者较为合理，后者值得商榷。理由有三：首先，后者之做法并非所谓“广义理解”（扩张解释），而是目的性扩张，因为“指导案例、司法性文件”已然超出“法律”的字义范围。<sup>〔11〕</sup>其次，目的性扩张作为制定法内法的续造方法，其运用应以必要为限，即应以制定法确实存在待填补的明显漏洞为前提，而《时间效力规定》第3条本身并无漏洞。<sup>〔12〕</sup>最后，从体系上看，《时间效力规定》第2条中“当时的法律”前面的谓语是“适用”，《时间效力规定》第3条中“民法典”前的谓语同样是“适用”，基于体系解释，《时间效力规定》第3条中的“法律”应指在民事纠纷案件中能够被适用（作为裁判依据）的规范性法律文件。根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》（以下简称《裁判文书引用规范性法律文件的规定》）第4条、《人民法院民事裁判文书制作规范》第3条第7款第4项可知，民事案件审判中，能够作为裁判依据的只能是法律、法规及司法解释。因此，将《时间效力规定》第3条中“法律”扩张解读为“包括指导案例、司法性文件在内”之做法亦有悖于意义脉络的一致性。

不过，后一种观点也并非无一是处，因为它关注到了除法律之外，诸如规章、指导案例、司法性文件、行政规范性文件等当中对当事人权利义务的配置，确实能够在一定的地域范围内使当事人对之产生信赖并形成合理预期，这在对新法溯及适用的正当性予以检验时亦不可忽视。<sup>〔13〕</sup>诚如某一线法官所述，实践中对于一些涉及新领域的、尚属于立法空白的问题，各级法院通常会以会议纪要等司法文件的方式先行予以规范……这就在实践中产生了大量的实际无法律规定但在处理上仍视为“有法可依”的状况。<sup>〔14〕</sup>笔者认为，在将《时间效力规定》第3条中“法律”解

• 65 •

〔8〕 最高人民法院在释义文献中亦指出，《时间效力规定》第2条和第3条（不包括第4条）是关于正当溯及既往的一般性规定，对后续部分中的具体规定起到统领作用。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室：《〈最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》时间效力的若干规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2021年第10期。

〔9〕 参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室文。

〔10〕 参见刘贵祥：《民法典适用的几个重大问题》，载《人民司法》2021年第1期。

〔11〕 通说观点认为，“法律”存在狭义与广义理解，前者指全国人大及其常委会制定的规范性法律文件，后者指狭义法律、法规、规章等正式法源。而在法源划分上，指导案例与法理、道德规范相同，均属于非正式法源。参见张文显：《法理学》，高等教育出版社2018年版，第91页。

〔12〕 下文的论述将表明，《时间效力规定》第3条并无漏洞。通过对该条进行体系解释，可以构建出一套较为周延的“空白溯及”正当性检验体系。具体请见下文详述，此处不赘。

〔13〕 譬如在广州互联网法院审理的某民事案件中，法官依据法不溯及既往原则，认定《关于防止未成年人沉迷网络游戏的通知》（部门规范性文件）对该案不具有约束力。参见广州互联网法院（2020）粤0192民申2号民事裁定书。这说明尽管非法律法规的各类文件（如行政规范性文件）不能作为民事审判的裁判依据，但是只要该文件能够使当事人产生信赖并形成行为预期，那么在不溯及既往层面亦须将该文件考虑在内。类似观点，参见广东省云浮市中级人民法院（2017）粤53民终47号民事判决书。

〔14〕 参见王国庆：《涉家事纠纷民法典适用的时间效力考察》，载《人民法院报》2021年2月26日，第5版。

释为狭义法律后,在对“空白溯及”的正当性进行检验时,应注意两点:第一,应当将“空白溯及”分为“真正的空白溯及”与“不真正的空白溯及”,划分依据是,就新法所规定之事项,在新法施行前,是否存在能够使当事人对之产生信赖并形成合理预期的各类规范性文件,若存在,则是“不真正的空白溯及”,反之则是“真正的空白溯及”。须注意的是,就新法的某一特定条文而言,可能存在两类空白溯及并存的情况,因为前述规范性文件通常具有特定地域性,其仅能在所属辖区内指引人们的行为,因此对于辖区外之地域,仍然构成“真正的空白溯及”。第二,应当重点把握该条中的“可以”二字,利用起草者给法官预留的裁量空间,就“空白溯及”拟定基于利益衡量的正当性检验进路。

### 三、“改变溯及”正当性的检验进路

《时间效力规定》第2条但书针对“改变溯及”规定了“三个更有利于”的正当性检验标准。在司法适用中,有利溯及的标准需要严格限定,否则会冲击法不溯及既往的基本原则,损及当事人根据旧法所形成的合理预期,破坏社会生活和交易秩序的稳定。<sup>[15]</sup>对此,最高人民法院要求各级法院如依据《时间效力规定》第2条溯及适用《民法典》某条文,需履行层报手续,以避免溯及适用认定上的不统一。<sup>[16]</sup>鉴于此,以下笔者将首先阐释《时间效力规定》第2条但书中“三个更有利于”的内涵,而后梳理三项子标准间的层次关系,并据此构建有利溯及检验体系,以期提升司法适用中的有利溯及认定上的可预测性与可操作性贡献绵薄之力。

#### (一)《时间效力规定》第2条但书之解释

##### 1. 更有利于保护民事主体合法权益

就“更有利于保护民事主体合法权益”而言,需讨论两个层次的问题:第一,如何理解“合法权益”;第二,如何判断“更有利于保护”。

就第一个问题而言,首先,“合法”二字意味着可得保护的主体范围须做限定,不法行为实施方、有过错的一方原则上被排除在外。法谚有云,“人不得从其不法行为中获益”,故在有利溯及的认定上,有必要依“有利于受害方”或“不利于过错方”的思路来判断。<sup>[17]</sup>其次,“权益”应指依规则对主体权利义务的配置,当事人在规则所设具体情境下的既得权益(旧规下)或可得权益(新规下)。依既得权理论,法不溯及既往旨在保护人们的既得权。萨维尼指出,“既得权”这一概念应从特定主体的法律关系及该主体有能力参与的法律关系的范围来理解,它不是指所有的人或所有阶层的人都具备的抽象权利和资格;<sup>[18]</sup>申言之,既得权不同于抽象权利,抽象权利是停留在法律规范层面的“客观权利”,而既得权是抽象权利涵摄于特定法律事实后所产生的归属于特定主体的“主观权利”。单纯的抽象权利不受法不溯及既往原则的保护。<sup>[19]</sup>

[15] 参见郭锋、陈龙业、蒋家棣:《〈全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要〉理解与适用》,载《人民司法》2021年第19期。

[16] 参见《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第18条。

[17] 参见前引[5],熊丙万文。

[18] 参见前引[2],弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼书,第152页。

[19] 参见杨登峰:《何为法的溯及既往?在事实或其效果持续过程中法的变更与适用》,载《中外法学》2007年第5期。



就第二个问题而言，在民事法律关系中，主体间往往呈现对弈关系，一方权利的实现有赖于他方义务的履行，权利义务具有相互性，“厚此”可能“薄彼”。是故，在“更有利于保护民事主体合法权益”的判断上，应当限定在对各方当事人均有利，或者至少对一方更加有利的同时不损害其他方利益的情形。<sup>〔20〕</sup>那么如何考察当事人间利益变动情况呢？笔者认为，此处可采“情境分析法”。因为溯及力制度中待考察之权益具有鲜明的“主观性”，须与新旧规则所设具体情境相结合；<sup>〔21〕</sup>而“情境分析法”的要旨恰是，避免过于抽象地评判某一规则的优劣，而是立足于规则所设现实情境，具体剖析规则对各方当事人的实际与潜在影响，以此为据评估规则效果。<sup>〔22〕</sup>此外，鉴于《民法典》采民商合一的立法体例，故对于某些涉商条文，在考察新旧规则下当事人间利益变动情况时，亦可运用法经济学分析方法，通过对新旧规则下交易成本变化之分析，为当事人利益变动的判断提供相应佐证。<sup>〔23〕</sup>

## 2. 更有利于维护社会和经济秩序

“社会和经济秩序”属于公共秩序的范畴。笔者认为，此处应对“社会和经济秩序”作目的性扩张，扩张为“公共秩序或善良风俗”。理由有二：

第一，从方法论上看，该漏洞填补方法具有合理性。一方面，就《时间效力规定》第2条但书的规范目的而言，尽管最高人民法院明面上否定善良风俗作为有利溯及的检验标准，但其所附理由恰能反证其本意乃相反论断。<sup>〔24〕</sup>另一方面，社会主义核心价值观在语义范畴上似覆盖善良风俗，但“通过对社会主义核心价值观进行限缩解释，从中提取出善良风俗”的做法并不妥当，因为这既会引发内在体系被固化的风险，亦会影响社会主义核心价值观在“阐明立法目的”这一核心功能上的发挥。<sup>〔25〕</sup>

第二，从比较法上看，大量法域肯认以“维护善良风俗”为目标的民法溯及理念。《瑞士民法典》尾章第2条规定：“为善良风俗目的……而作的规定，其效力对所有事实适用。”德国联邦宪法法院在“溯及既往征税法”判决中将“维护较法的安定性更为重要的公共利益（善良风

• 67 •

〔20〕 参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室文。

〔21〕 我国学者亦认为，关于《民法典》诸多新规的溯及力，有必要具体到相应场景来分析。参见前引〔5〕，熊丙万文。

〔22〕 参见李宇：《债权让与的优先顺序与公示制度》，载《法学研究》2012年第6期。

〔23〕 之所以认为，在涉商条文正当溯及检验上可运用法经济学分析方法，是因为效率既是商法的主要价值追求，亦是法经济学分析方法的根基。故在涉商场合，可将“当事人利益变动”的考察转化为对新旧规则下交易成本变化的分析，而后的判断往往更为直观且具有可操作性。

〔24〕 在相关释义文献中，最高人民法院认为，《时间效力规定》未将公序良俗规定为有利溯及标准的理由有二：第一，公序良俗是民法基本原则，在其他民法基本原则（尤其是诚信原则）未被规定为有利溯及标准时，将公序良俗规定为有利溯及标准欠妥；第二，公序良俗与社会主义核心价值观在内容上存在重叠。参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室文。上述两点理由中，第一点理由显不充分，因为公序良俗能否作为有利溯及标准，与其他民法基本原则是否被规定为有利溯及标准无必然关联。在有利溯及的判断上，私益与公益的权衡是关键。以公序良俗原则与诚信原则的区分为例，在对公益的影响程度上，背俗行为具有较强的反社会性，通常导致法律行为无效；而背信行为的反社会性弱，通常仅产生限制权利行使或损害赔偿的后果。参见于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期。反言之，允许“更有利于维护善良风俗”的民事法律溯及既往，或将明显促进公益，这很可能会改变对私益与公益权衡时的评价，而其他民法基本原则（如诚信原则）的适用通常不会引致上述结果。第二点理由从社会主义核心价值观涵括善良风俗角度，论证了将善良风俗作为有利溯及标准的冗余，而非不必要。这恰可反证，在“善良风俗能否作为有利溯及标准”这一问题上，最高人民法院的立场是支持的。

〔25〕 下文的论述将表明，“阐明立法目的”是社会主义核心价值观融入司法裁判的核心功能，因此，若对社会主义核心价值观进行限缩解释，从中提取出善良风俗，也就意味着“维护善良风俗”将成为《民法典》所有条文合目的与否的检验标准，这明显有误。

俗)”作为正当溯及事由。<sup>〔26〕</sup>在美国法上,法官运用正当程序原则检验法律得否溯及适用时,司法审查的水平是极其谦抑的,如果溯及适用是促进某些公益目的(如维护善良风俗<sup>〔27〕</sup>)实现的合理手段,那么法律的溯及既往将通过正当程序的检验。<sup>〔28〕</sup>

### 3. 更有利于弘扬社会主义核心价值观

法体系涵括外在体系与内在体系两个维度,前者指依形式逻辑所建构的抽象概念体系,后者指普遍性法律原则构成的体系。概念法学派极致推崇外在体系的形式理性,其通过对抽象概念的体系建构,试图阻绝法背后价值观念带来的影响。然而这种做法徒劳且不可取。利益法学派认为,用以建构外在体系的概念并非无源之水,它们是立法者在对各方利益精细衡量的基础上,经提炼抽象形成的。<sup>〔29〕</sup>在此基础上,价值法学派进一步指出,内在体系不仅能够解释论层面引导法官裁判,其在立法论上亦有意义,因为立法者可借助类型、主导思想、须具体化的原则以及具有归原功能的概念来建构内在体系。<sup>〔30〕</sup>

依具体化程度之别,拉伦茨将内在体系分为数个层次:最高层为“一般法律思想”,其作为主导思想为进一步的具体化工作指明方向;依次向下为若干逐步具体化的法律原则。<sup>〔31〕</sup>“弘扬社会主义核心价值观”被写入《民法典》第1条后,其成为《民法典》内在体系之一部。在溯及适用层面,以下问题尚待澄清:第一,社会主义核心价值观在内在体系中位居何种层次,其与同属于内在体系的不溯及既往原则的关系如何;第二,作为《时间效力规定》第2条但书中除外情形的“更有利于弘扬社会主义核心价值观”应当如何解释。

就上述第一个问题而言,笔者认为,社会主义核心价值观属于内在体系中的“一般法律思想”,其与法不溯及既往原则构成“交互澄清”的关系。一方面,对于社会主义核心价值观的属性,学界存在“公共政策说”、<sup>〔32〕</sup>“道德说”、<sup>〔33〕</sup>“价值说”<sup>〔34〕</sup>等解读,但这些观点皆存在缺陷:首先,“公共政策说”显不足取,因为《民法典》第10条<sup>〔35〕</sup>对《民法通则》第6条<sup>〔36〕</sup>的修改,已明确否定了国家政策的法源地位,这体现了民法从“政策治国”向“依法治国”的转变。其次,“道德说”仅具相对合理性,因为单纯从内容上看,“富强”“民主”等并不属于道德范畴。最后,“价值说”亦显空乏,因为其对于如何融入民法典解释并无直接指导作用,在方法

〔26〕 Vgl. BVerfGE 13, 261 (272); 95, 64 (86 f.). 转引自前引〔5〕,熊丙万文。

〔27〕 如在 West Coast Hotel Co. v. Parrish 案中,帕里什(Parrish)是旅馆打扫客房的清洁工,由于被实际支付的工资低于华盛顿州新出台的女性最低工资标准,其向州地方法院起诉请求旅馆补足差额。法院认可了前述标准的溯及适用。See West Coast Hotel Co. v. Parrish, 57 S. Ct. 578 (1937). 又如在 Thorpe v. Housing Authority of City of Durham 案中,勒姆市住房管理局在未告知租户理由时将租户逐出,联邦最高法院援引联邦住房与城市发展委员会制定的新法,认定达勒姆市18个月之前逐出租户的命令无效。See Thorpe v. Housing Authority of City of Durham, 89 S. Ct. 518 (1969).

〔28〕 See Jan G. Laitos, Legislative Retroactivity, 52 Wash. U. J. URB. & CONTEMP. L., 81, 112 (1997).

〔29〕 参见〔德〕菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第17-18页。

〔30〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第550页。

〔31〕 参见前引〔30〕,卡尔·拉伦茨书,第594页。

〔32〕 参见孟融:《中国法院如何通过司法裁判执行公共政策——以法院贯彻“社会主义核心价值观”的案例为分析对象》,载《法学评论》2018年第3期。

〔33〕 如学者指出,法治建设与社会主义核心价值观之间的关系……类比作法律与道德之间的关系并无不妥。参见陈金钊:《“社会主义核心价值观”融入法治建设的方法论诠释》,载《当代世界与社会主义》2017年第4期。

〔34〕 参见曾林翊晨:《社会主义核心价值观与法治的融贯性分析》,载《吉首大学学报(社会科学版)》2019年第1期。

〔35〕 《民法典》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”

〔36〕 《民法通则》第6条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”

论上并无实益。相较而言，将社会主义核心价值观定性为“一般法律思想”更具合理性，因为诚如前述，社会主义核心价值观的内涵高度抽象凝练，“弘扬社会主义核心价值观”被写入《民法典》第1条后，其成为《民法典》规范目的之一部，统领整部法典，这与“一般法律思想”的特征及其在内在体系中的主导地位高度契合。另一方面，社会主义核心价值观与法不溯及既往原则构成“交互澄清”的关系。因为内在体系中，上位原则是下位原则的基础，前者为后者指明方向；而上位原则若想被澄清，必须借助于将其具体化的下位原则与具体规则所完成的有意义的联结……这里的运思不是单向的，而始终是双向的。<sup>〔37〕</sup>在溯及适用层面，所谓“原则与具体规则的联结”即指具体规则溯及既往正当性之检验。因此，在以“更有利于弘扬社会主义核心价值观”作为标准实施上述检验时，应当密切关注二者间的互动关系。

就上述第二个问题而言，笔者认为，应当将“社会主义核心价值观”解释为“与社会主义核心价值观相契合的具体条文之规范目的”。理由如下：

首先，从功能定位上看，社会主义核心价值观承载着“阐明具体条文规范目的”之功能。根据《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称《社会主义核心价值观融入裁判文书意见》）第5条可知，当制定法有规定时，社会主义核心价值观的核心功能是阐明规范目的。<sup>〔38〕</sup>那么在溯及适用问题上，制定法不仅有规定，而且通常有两个规定，即新法与旧法。因此，判断某个条文的新法能否溯及适用，在社会主义核心价值观层面，很大程度上乃判断新旧两个条文，何者更助于实现其契合社会主义核心价值观的规范目的。

其次，从方法论上看，规范目的充当着“社会主义核心价值观”与“具体规则正当溯及检验”间纽带之角色，为二者间的“交互澄清”构建桥梁。社会主义核心价值观作为位居内在体系最高层的“一般法律思想”，其本身内涵高度凝练抽象，无法直接作为具体规则得否溯及适用的检验基准，而若对其进行某种限缩亦可能引发内在体系被固化的风险，但是《社会主义核心价值观融入裁判文书意见》第5条将其核心功能明确为“阐明立法目的”后，其便能通过“先行阐明具体条文的规范目的，而后以该规范目的为标尺检验新法得否溯及既往”这一进路，发挥其作为检验标准的作用。事实上，“弘扬社会主义核心价值观”被写入《民法典》第1条后，其成为《民法典》规范目的之一部，这是一般条款；而社会主义核心价值观被置于《民法典》具体章节考察时，其应有特殊面向，即具体章节自身的契合社会主义核心价值观的规范目的。

再次，从司法实践角度看，实务中以规范目的作为标尺检验民事法律于个案中能否溯及适用的裁判不在少数。譬如某法院法官在评析其审判的某收养纠纷案时指出，依法不溯及既往原则，本案发生于1998年《收养法》修订前，似应适用1991年《收养法》认定收养行为无效，但《收养法》的立法目的乃规范收养行为……维护家庭及身份关系的稳定等。故本案中，如果法院不考

〔37〕 参见前引〔30〕卡尔·拉伦茨书，第595页。

〔38〕 《社会主义核心价值观融入裁判文书意见》第5条规定：“有规范性法律文件作为裁判依据的，法官应当结合案情，先行释明规范性法律文件的相关规定，再结合法律原意，运用社会主义核心价值观进一步明晰法律内涵、阐明立法目的、论述裁判理由。”就社会主义核心价值观融入裁判文书的功能而言，上述规定列举了三项：明晰法律内涵、阐明立法目的、论述裁判理由。笔者认为，“阐明立法目的”为核心功能，因为其是另外两项功能得以发挥的前提和基础，唯有参透特定条文的规范目的，才能明晰其内涵并进行裁判说理。以作为明晰法律内涵手段的法律解释方法为例，目的解释在法律解释方法中居于核心地位。从本质上看，其他传统法律解释方法——文义解释、体系解释、历史解释等，均根植于对立法目的之探求，唯角度有别耳。诚如耶林所述，目的是所有法律的创造者。故解释法律，必先洞悉其所欲实现之目的。

虑这些因素,机械适用旧法认定收养行为无效,……显然有悖于收养法的立法目的。〔39〕

最后,从比较法角度看,美国司法实践中法官在运用正当程序原则检验溯及适用正当性时,规范目的发挥着举足轻重的作用。格林布拉特(Greenblatt)教授认为,在所有正当程序审查中,法院必须首先判断立法目标是否合理。如果法院认为这些目标是合理的(毫无疑问它几乎总是这样认为的),则法院必须根据对因溯及既往致所涉利益的破坏与实现法律规范目的之间的权衡来判定溯及既往型法律是否符合正当程序。〔40〕在Kopec v. City of Elmhurst案中,法院更是直截了当地指出,只要法的溯及适用与正当的立法目的合理相关,正当程序的约束就得到了践行。〔41〕

## (二)“改变溯及”正当性检验的层次结构

经过法律解释及漏洞填补,有利溯及标准重塑为:无损一方利益前提下提升他方利益、更有利于维护公序良俗、更有利于实现与社会主义核心价值观相契合的规范目的。不难发觉,上述三项子标准分别从当事人利益、社会公共利益与制度利益〔42〕维度,为正当溯及之检验构建了全面系统的利益衡量体系。笔者认为,在运用上述体系对具体条文溯及适用的正当性进行检验时,应当注意以下三点:

第一,关于检验顺序。首先,当事人利益维度应作为检验之起点,因为溯及适用被谴责的根本原因是其侵犯人们的自由并可能损及其预期收益,而倘若“改变溯及”能够在当事人间实现“无损一方利益的同时增加他方利益”,则在此维度上自无被责难之虞。然而,这并不意味着“改变溯及”已然具备正当性,因为当事人间订立的甚至能实现个体效用最大化的合同有时未必会改进社会效率〔43〕或增进社会福祉,〔44〕故在此维度后,社会公共利益、制度利益这两维度之检视仍显必要。那么如何判断制度利益值得维护呢?笔者认为,应以社会公共利益为指引。因为对于既存的法律制度,不论是对其进行价值评判,抑或是提出改进意见,均须以人民大众的利益与需要作为出发点。〔45〕这里“人民大众的利益与需要”并非纯主观的产物,而是导源于特定时代的物质生活条件,置于我国当下,可表述为“顺应中国特色社会主义之发展”,〔46〕判断基准乃社会主义核心价值观。这也恰好印证了笔者在前文所提出的“契合社会主义核心价值观的规范目的”。

第二,如果出现当事人利益维度与社会公共利益、制度利益维度的检验结果相左之情形,则意味着私益与公益产生冲突,具体包括两类情形:一是私益增加,公益减损;二是私益减损,公

〔39〕 参见刘碧波、刘昌海:《亲子关系认定与收养行为的效力审查》,载《人民司法》2019年第14期。相关裁判,参见江苏省南通市(2017)苏06民终1496号民事判决书。

〔40〕 See Ray H. Greenblatt, Judicial Limitations on Retroactive Civil Legislation, 51 Nw.U.L.Rev., 540, 554 (1956-1957).

〔41〕 See Kopec v. City of Elmhurst, 193 F.3d 894, 903 (7th Cir.1999).

〔42〕 在利益衡量体系中,“规范目的的实现程度”应纳入制度利益的范畴,二者是一体两面的关系。参见梁上上:《制度利益衡量的逻辑》,载《中国法学》2012年第4期。

〔43〕 See Barbara Ann White, Coase and the Courts: Economics for the Common Man, 72 Iowa.L.Rev., 577, 593 (1987).

〔44〕 譬如,双方就排污订立合同,一方承诺支付更多的排污费以换取他方容忍其排放更多污水。这在当事人之间可能实现“利益共赢”,但对于社会并无益处。See Richard Craswell, In That Case, What Is the Question-Economics and the Demands of Contract Theory, 112 Yale L.J., 903, 909 (2003)。我国司法实践中亦有观点认为,法官不能仅凭“新法能够更好地保护民事主体合法权益”而于个案中赋予新法溯及力。参见徐万鑫、郑智杨:《未经登记的农村房产的有效转让和善意取得》,载《人民司法》2010年第12期。

〔45〕 参见梁上上:《利益的层次结构与利益衡量的展开》,载《法学研究》2002年第1期。

〔46〕 《民法典》第1条亦将“适应中国特色社会主义发展要求”写入立法目的。

益增加。前一种情形判断较易，因为法以不溯及既往为原则，对于当事人来说“溯及适用导致私益增加”在某种程度上是“意外之喜”，当事人对此不会产生任何预期；又因为该情形损及公益，故于此场合应认定“不得溯及”。后一种情形判断相对较难，笔者认为，此处应引入比例原则，权衡以“溯及适用”作为手段与“实现公益”目的间是否合比例。因为溯及适用侵犯人们的自由，而自由是“任何恰当底线的核心内容”<sup>〔47〕</sup>，上述侵犯属于公权力对私益的干预，应受作为公法上“帝王条款”的比例原则<sup>〔48〕</sup>之审查。正如德沃金所述，一个负责任的政府必须准备证明它所做的任何事情的正当性，特别是当它限制公民自由时。<sup>〔49〕</sup>比例原则的审查基准包括宽松审查、中度审查与严格审查三类，其严苛程度逐类递增。<sup>〔50〕</sup>在对具体条文的溯及适用进行合比例性审查时，法官应根据公益属性选择相应的审查基准。一般而言，公共利益的保护越迫切，就越应受到相对宽松的审查。<sup>〔51〕</sup>

第三，如果出现社会公共利益维度与制度利益维度检验结果相左之情形，<sup>〔52〕</sup>此时亦需分两种情况讨论：一是更有利于实现规范目的，但损及公序良俗；二是更有利于维护公序良俗，但不利于实现规范目的。前一种情形判断较易，因为《民法典》第8条规定了公序良俗原则，第153条第2款规定背俗法律行为无效，这就已然体现了立法者的价值判断，即“不得违背公序良俗”是民事主体从事民事活动时不可逾越的底线，故于此场合应认定“不得溯及”。后一种情形判断较难，笔者认为，此处可借鉴阿列克西提出的原则重力公式理论，<sup>〔53〕</sup>对“维护公序良俗”与“实现规范目的”的抽象重力进行权衡；申言之，若规范目的受损害程度愈高，则公序良俗被维护的重要性就必须愈大。<sup>〔54〕</sup>

综上，“改变溯及”正当性检验的层次结构如图1所示：

• 71 •

## 四、“空白溯及”正当性的检验进路

### （一）《时间效力规定》第3条之解释

#### 1. “可以适用”中“可以”的理解

就《时间效力规定》第3条中“可以”的理解而言，有学者认为，“可以适用”仅仅意味着

〔47〕 〔美〕罗纳德·德沃金：《至上的美德：平等的理论与实践》，冯克利译，江苏人民出版社2012年版，第151页。

〔48〕 参加蒋红珍：《比例原则位阶秩序的司法适用》，载《法学研究》2020年第4期。还有学者称比例原则为“终极法治”。See Bernhard Schlink, Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here, 22 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 291, 302 (2012).

〔49〕 参见〔美〕罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店2008年版，第255页。

〔50〕 在宽松审查中，法官作出合比例性推定，只要不存在明显不合比例的情形，即认为争讼行为符合比例原则；在中度审查中，法官对合比例性持保留态度；在严格审查中，法官作出不合比例性的推定。参见刘权：《比例原则审查基准的构建与适用》，载《现代法学》2021年第1期。

〔51〕 参见前引〔50〕，刘权文。

〔52〕 需说明的是，尽管作为检验基准的规范目的已通过社会主义核心价值观的检视，但此处仍有可能出现制度利益维度与社会公共利益维度检验结果不一致的情形。原因是：作为社会公共利益维度检验基准的是公序良俗，公序良俗并不等同于社会主义核心价值观，前者较后者外延明显更小。这就意味着，此处作为检验基准的规范目的与公序良俗间亦可能呈互斥关系。

〔53〕 需说明的是，阿列克西提出的重力公式理论通常仅适用于原则间抽象重力的比较。但由于此处不论是“维护公序良俗”，抑或是“实现规范目的”，本质上皆属法的内在体系（原则）的范畴，故此处可得参鉴。

〔54〕 重力公式的原本表述是：一个原则的不满足程度或受损害程度越高，另一个原则被满足的重要性就必须越大。参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊编译，中国法制出版社2012年版，第150页。

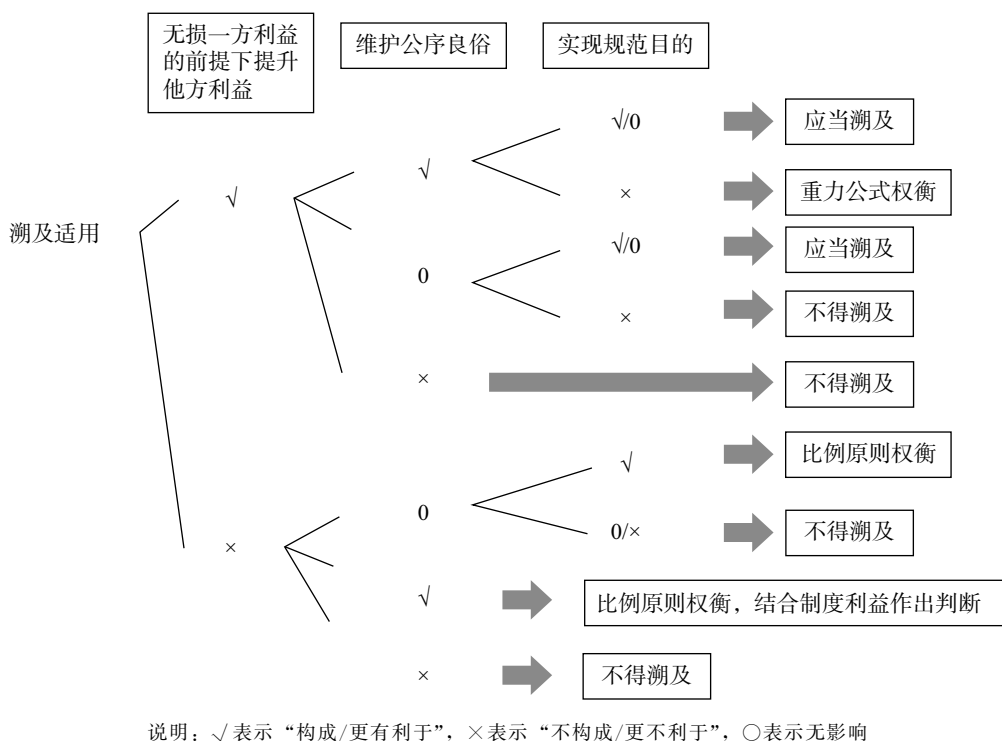


图1 有利溯及检验体系

不是必须适用, 原因在于该条但书中还有三个例外; 而不适用之处也仅限于这三个例外, 不再扩展。<sup>[55]</sup> 笔者认为该观点值得商榷。理由有三:

第一, 从方法论上看, 该解释方案有欠合理。首先, 意义脉络是理解法条中语词的重要依据。从语言表述的逻辑上看, 该条前半句与但书条款构成原则与例外的关系, 前半句中“可以适用”之措辞, 表明在原则层面法官握有裁量是否适用“空白溯及”的弹性空间, 而当但书情形出现时, “空白溯及”便不得被采, 但这并不意味着不适用之情形仅限于但书所列的三处例外。质言之, 该解释方案所对应的文本表述结构是“应当……但是”, 而这与《时间效力规定》第3条“可以……但是”的表述结构截然不同。退一步讲, 即使认可前述观点, 认为此处“可以”之措辞仅系呼应但书条款中“不予适用”的例外情形, 但问题是, 在最高人民法院此前发布的众多涉及“法的时间效力”的司法文件中, 就“空白溯及”的规定而言, 当采“可以适用”<sup>[56]</sup> 或“可以作为裁判依据”<sup>[57]</sup> 之类表述时, 其后并无例外性规定, 何来“呼应”一说? 因此, 不论从体

[55] 参见于飞:《“民法典时间效力规定”第三条评析——以“可以适用”为中心》,载《人民法院报》2021年1月3日,第2版。

[56] 如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第1条规定:“……合同法实施以前成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的,除本解释另有规定的以外,适用当时的法律规定,当时没有法律规定的,可以适用合同法的有关规定。”

[57] 如《全国法院民商事审判工作会议纪要》第4条规定:“……例如,对于虚伪意思表示、第三人实施欺诈行为,合同法均无规定,发生纠纷后,基于‘法官不得拒绝裁判’规则,可以将民法总则的相关规定作为裁判依据。又如,民法总则施行前成立的合同,根据当时的法律应当认定无效,而根据民法总则应当认定有效或者可撤销的,应当适用民法总则的规定。”该条中,最高人民法院就空白溯及与改变溯及分别举例时,对于前者采用了“可以作为裁判依据”的表述,而对于后者在符合有利溯及标准时采用了“应当适用”的表述,可见,最高人民法院在起草条文时,对于“可以”与“应当”这两种措辞的拿捏颇有讲究。



系解释角度，抑或历史解释角度，上述解释方案均有欠妥当。

第二，从规范效果角度看，该解释方案下“空白溯及”的正当性检验采“二分法”，即以是否存在《时间效力规定》第3条但书所规定之例外情形为分界，若存在，则不得溯及；反之则应当溯及。这种做法明显过于武断。因为正当溯及之判断本质上是一个利益权衡问题，涉及对当事人利益、制度利益与社会公共利益的精细衡量，而《时间效力规定》第3条但书所列举的三类例外情形均仅系从当事人利益角度考察。“二分法”的分析框架下，制度利益、社会公共利益的应有权衡被堂而皇之地忽视，据此得出结论的可靠性颇值怀疑。

第三，从司法实践角度看，诚如前文所述，在“不真正的空白溯及”场合，尽管先前并无狭义法律的规定，但是相关文件（如会议纪要）对当事人的权利义务作出了相应配置，这就在一定地域范围内使人们形成了相应预期。<sup>〔58〕</sup>因此，可以合理推断，起草者在《时间效力规定》第3条中采用“可以”表述的重要意图是：由于实践中能够在事实上使人们形成合理预期的各类文件纷繁，且时常因时因地而异，《时间效力规定》第3条对此不便细化展开，因而规定“可以适用”，希冀法官于具体个案中合理裁量是否溯及，以实现个案正义。

## 2. 《时间效力规定》第3条但书之解释

《时间效力规定》第3条但书规定了空白溯及的三类除外情形，即明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务、背离当事人合理预期。笔者认为，应当将上述三类情形作为一个整体，置于有利溯及检验体系中考察。理由有二：

第一，有利溯及检验体系对“空白溯及”正当性检验具有当然影响。前已述及，溯及既往被责难的根源在于其对人们预期的破坏，而相较于“改变溯及”，“空白溯及”对人们预期的损害（如有）通常更低。当符合有利溯及标准时，“改变溯及”具有正当性；举重以明轻，若“空白溯及”能够通过有利溯及标准之检验，其正当性自不待言。

第二，应当将《时间效力规定》第3条但书所列三类情形作为一个整体，置于有利溯及检验体系中当事人利益维度考察。首先，“减损当事人合法权益”与“增加当事人法定义务”，虽然一正一反，但却是同理的两种情况。<sup>〔59〕</sup>其次，前述两类情形与“背离当事人合理预期”构成由表及里的关系：一方面，此处“合理预期”应作限缩解释，解释为“不必担心遭受不利后果之预期”，因为假如“空白溯及”在当事人间实现“无损一方利益的同时提升他方利益”的结果，给当事人带来“意外之喜”，那么此虽超出当事人之预期，但在当事人利益维度其无疑具备正当性；另一方面，前述两类情形恰是“不必担心遭受不利后果之预期”中“不利后果”的具体表现。故《时间效力规定》第3条但书所列三类情形应作为一个整体对待。最后，为避免重复检验，应将前述整体置于有利溯及检验体系中当事人利益维度考察。

### （二）“空白溯及”正当性检验的层次结构

首先，“空白溯及”正当性检验可直接适用有利溯及检验体系。因为一方面，在“不真正的空白溯及”场合，当事人对既有相关文件产生信赖并形成相应预期，故在本质上此情形与“改变溯及”并无二致；另一方面，“真正的空白溯及”尽管不存在与新法相对应之旧法规定，但仍然

〔58〕 参见前引〔14〕，王国庆文。

〔59〕 参见前引〔55〕，于飞文。

可以通过对“溯及适用新法/完全空白”这两种情况下各维度利益的权衡比较得出相应结论。

其次, 尽管可直接适用有利溯及检验体系, 但须注意, 当出现“私益与公益发生冲突”之情形, 需借助比例原则进行权衡时, 应倾向于选择较为宽松的审查基准。原因是: “空白溯及”(尤其是“真正的空白溯及”) 对当事人预期的破坏程度通常低于“改变溯及”, 故于此场合对当事人利益的保护可适度放宽, 这也正是起草者在《时间效力规定》第3条但书中“减损当事人合法权益”之前添加“明显”二字的用意所在。

## 五、结 语

在《民法典》及相关司法解释的新旧衔接适用问题上, 必须从严把握溯及适用《民法典》规定的情形, 确保法律适用统一。<sup>〔60〕</sup>《时间效力规定》第二部分仅就《民法典》中少量条文的溯及适用作出具体规定, 至于其余大量条文得否溯及适用, 仍须以《时间效力规定》第一部分(一般规定)为据加以判断。正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型涵括“改变溯及”与“空白溯及”两类, 基于对《时间效力规定》第2条但书与第3条之解释, 本文提出《民法典》正当溯及既往的检验进路, 以期抛砖引玉之同时, 为司法适用提供有益参考, 服务于司法实践。

---

**Abstract:** In the aspect of retrospective legitimacy test, retrospective application of Civil Code includes two categories, which are change retrospective and blank retrospective. As far as change retroactivity is concerned, the criterion of justification is favorable retroactivity. Based on the interpretation of the proviso of Article 2 of the Provisions on the Validity of Time, the retroactive standard is reconstructed as: to promote the interests of other parties without harming the interests of one party, to be more conducive to maintaining public order and good customs, and to achieve the normative purpose consistent with the socialist core values. Based on this, a favorable traceability test system can be constructed. In terms of blank retroactivity, its legitimacy test can be directly applied to the favorable retroactivity test system, but when there is a conflict between private interests and public interests, it is necessary to use the principle of proportionality to weigh, and we should tend to choose a more relaxed standard of review.

**Key Words:** civil code, inspection of proper retroactive application, changing retroactive application, blank retroactive application, proportionality

---

(责任编辑: 武 腾 赵建蕊)

---

〔60〕 参见《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第18条。

## 《民法典》中“依法”的规范功能

钟瑞栋 毛仙鹏\*

**内容提要：**我国《民法典》中“依法”的规范功能包括规范衔接功能、价值补充功能以及体系修补功能。其中，发挥规范衔接功能的“依法”多具有实义，充当连通相关规范的媒介，实现了对传统引致规范形式和实质上的补充；价值补充功能主要由不具有实义的“依法”承担，其赋予法官在个案中根据私法价值与公法价值再行衡量的权力；体系修补功能则在于平衡“稳定”与“变化”的立法悖论，助力法典化的立法修正及体系整合。但是，“依法”在表现形式以及功能用法上均未能在《民法典》中一以贯之，实为立法缺憾。

**关键词：**民法典 依法 规范衔接 价值补充 体系修补

• 75 •

### 一、引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）实现了对既有立法技术的继受与创新，其中，“依法”的灵活、广泛使用即是重要表现形式之一。据统计，我国《民法典》“依法”的使用频次达 163 次，尚不包括“依照法律规定”等类似表述。<sup>〔1〕</sup>特别需要注意的是，各单行民事法律在“再法典化”的过程中，诸多条文仅单独新增“依法”一词，内容却未作任何变动，最典型的是《民法典》第 238 条、第 262 条、第 364 条、第 462 条、第 593 条等。<sup>〔2〕</sup>然而，如此高频次地使用“依法”一词，却并未引起民法理论界和实务界的足够重视。纵览现有文献，除部分法条评

\* 钟瑞栋，温州大学法学院教授、温州大学私法研究中心主任；毛仙鹏，温州大学私法研究中心助理研究员。

本文为国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观融入民法典编纂重大问题研究”（17VHJ002）、浙江省哲学社会科学规划领军人才培养专项课题重大项目“中国特色民法学话语体系构建研究”（22YJRC13ZD）的阶段性成果。

〔1〕 我国台湾地区“民法”使用“依法”12 次，“依法律”6 次；《德国民法典》使用类似表述二十余次；《日本民法典》十余次；《瑞士民法典》三十余次；《法国民法典》五十余次。差距悬殊可见一斑。

〔2〕 鉴于《民法典》体量庞大，同类用法众多，本文致力于类型阐述，所作法条陈列皆不为周延列举，仅供参考。

注涉及对“依法”的解释之外，暂无相关系统性研究，且多数学者将“依法”的规范功能仅定位为转介条款，更进一步的研究并不多见。本文的研究意欲表明，《民法典》中的“依法”至少具有“规范衔接”“价值补充”和“体系修补”等多重功能，厘清不同条款中“依法”的不同功能，是法官妥当解释并准确适用《民法典》相关条款的前提。

## 二、“依法”的规范衔接功能

### （一）“依法”规范衔接功能的缘起

按照启蒙时代法典化的思想，民法典应当是在一个协调的、按抽象程度逐级划分的概念系统下，将民事领域中的全部法律完整、和谐地汇编而成的一部法典。然而，建基于自然法信仰的“集大成”民法典已经被历史证明只是立法者的一种“理性的致命自负”，立法者的“实现规范整全”“降低法律适用者搜寻成本”“减少裁判恣意”等法典编纂初衷均未能如愿实现。正如苏永钦先生所指出的，法典作为一种立法形式，代表某一法律领域的完整规范，究竟是不是最好的选择，值不值得当成一个目标去追求，到了20世纪中期以后，已经在盛产法典的欧洲大陆引起越来越多的怀疑。<sup>〔3〕</sup> 现代社会的复杂性与日俱增，导致制定法的数量日益膨胀，在不同的制定法中，法律规范之间的重复或矛盾也不断显现。法律必须简化，唯此始能从源头制止法律规范的自我破坏，但简化的方式不能恣意而为，必须通过体系化的方式达成。<sup>〔4〕</sup> 体系化的优越性在于：在减少法律规范数量的同时，并不否认调整社会秩序的法律本身的复杂性；相反，其恰能优化民众对于此种法律复杂性的理解。就法律规范本身而言，制定法典的首要功能即是完成对法律规范的体系整合。<sup>〔5〕</sup> 因此，法律简化目标的实现需要通过法典化的方式来达成，而这正有赖于法典化立法技术的选取及运用：除“提取公因式”的立法技术之外，还应当通过使用特定的规范衔接手段，方能消除法律规范之间的重复或矛盾，实现法律规范的和谐共存。

法律规范的体系化是法典编纂的永恒使命。为满足民众对于“百科全书式”法典的需求，并兼顾针对性、技术性较强但稳定性偏弱的规范制定需要，制定法已经形成了法典与单行法并行的立法格局，法典与单行法之间的关系被形象地描绘为单行法是环绕法典这一“太阳”公转的“行星”，<sup>〔6〕</sup> 可谓是在宏观上相当程度地调和了“静态的法典”与“动态的法律体系”之间的矛盾。但更为重要的是，在微观视角下，尚需回答多种法律是如何相互联系以及整个法律体系如何能够维系在一起的问题。归根结底，解决方案仍要仰赖于立法技术的选取及运用，其中，有意识地铺设规范衔接“管道”即是所采取的法典化立法技术之一，“依法”正是在此意义上扮演着重要角色。

### （二）“依法”规范衔接功能的语用分析

“依法”，顾名思义，意为依照法律。其中，“依”的词性是介词，具有表示对象的语法意义；

〔3〕 参见苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，第51-52页。

〔4〕 参见陈爱娥：《法体系的意义与功能——借镜德国法学理论而为说明》，载《法治研究》2019年第5期。

〔5〕 参见王利明：《民法法典化与法律汇编之异同》，载《社会科学家》2019年第11期。

〔6〕 See Olivier Moréteau, Agustin Parise, Recodification in Louisiana and Latin America, 83 *Tulane Law Review* 1103, 1110 (2008).

“法”所指法律虽有广狭两义之别，但均有实义可循。故在法典编纂技术上，“依法”犹如一条“管道”，将本条与本法或他法的具体条文相联通。法解释学上称之为“引致规范”，即规范本身未能包含实质性构成要件或法律效果，需引用至其他规范方能适用的规范类型。<sup>〔7〕</sup>传统意义上引致规范包括法律基础引致（构成要件与法律效果一并引致）与法律效果引致（仅就法律效果作出引致）两种方式，<sup>〔8〕</sup>其标志性用语主要有“法律、（行政法规等）另有规定的，依照其规定”和“但是法律、（行政法规等）另有规定的除外”等，该规范类型也作为避免繁琐重复或挂一漏万的立法技术为各国民法典通用。

基于用法功能的同源性，我国《民法典》以“依法”为标志指示引致规范的情形亦不鲜见，大致有“构成要件引致”“法律效果引致”以及“构成要件与法律效果一并引致”三种类型。

首先，“构成要件引致”的典型例证是第77条、第88条、第92条分别规定的营利法人、事业单位法人以及捐助法人“经依法登记成立”，其中，“依法登记”为构成要件，“成立”为法律效果，“依法”将构成要件分别引致至《公司登记管理暂行条例》《事业单位登记管理暂行条例》《基金会管理条例》等规范进一步适用，以此形成“完全规范”。同类示例还包括第30条、第73条、第178条、第328条、第948条等。

其次，“法律效果引致”的典型可见于第593条第1句，其规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法向对方承担违约责任。”由于此条款规定得过于概括，若将其理解为具有明确的构成要件和法律效果的完全规范，则必然导致本条的适用难以达成确定及统一，为避免此种解释论上的自相矛盾，本条应当被界定为关于违约责任相对性的提示注意规定。<sup>〔9〕</sup>质言之，本条增加“依法”一词，主要在于明确本条并非对方当事人请求违约方承担违约责任的请求权基础，<sup>〔10〕</sup>法官进行判决必须依据第577条等其他有关违约责任的规定。由此可知，“依法”一词在此划定了条文的性质，并充当了法律效果引致的标志。类似示例还包括第83条、第238条、第462条、第994条、第1228条等。

最后，“构成要件与法律效果一并引致”的典型是第1133条第4款，其规定：“自然人可以依法设立遗嘱信托。”本款最初由人大代表提出，主张通过确立遗嘱信托充分保障自然人生前对私有财产的安排，宪法和法律委员会经研究认为，遗嘱信托应主要由信托法进行规范，《民法典》作为民事领域基本法，可以对此作衔接性规定，<sup>〔11〕</sup>遂有本款。由此可知，遗嘱信托的构成要件与法律效果均由《信托法》安排，“依法”正是在此充当了引致媒介。同类示例还包括第79条、第107条、第124条、第1037条、第1109条等。

综合以上所述，“依法”铺设的规范衔接管道通过“构成要件引致”“法律效果引致”以及“构成要件与法律效果一并引致”三种类型使诸多制定法有机串联，实为一剂医治“法律膨胀”的良方。但是，此功能项下所“依”之“法”的具体范围究竟为何，尚未明晰，有必要进一步厘清。

〔7〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第172页。

〔8〕 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第47页。

〔9〕 参见王利明主编：《中国民法典释评：合同编通则》，中国人民大学出版社2020年版，第637页。

〔10〕 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注：合同编通则》（2），中国法制出版社2021年版，第498页。

〔11〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典继承编解读》，中国法制出版社2020年版，第74页。

### （三）所“依”之“法”的范围

对发挥规范衔接功能的“依法”进行解释的过程，就是在进一步寻找能够确定民事纠纷中的民事权利义务关系并能作为实体裁判依据的规范的过程。质言之，所依之“法”涵摄的范围应及于能为民事纠纷妥善解决提供效力来源的规范。据此可知，捋清民法渊源的体系脉络即具有必要性，《民法典》中“依法”所依之“法”亦必然是在此框架内展开。

《民法典》第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”本条即是统领《民法典》全篇的法律渊源条款，循此，所依之“法”具体可包括以下几个方面：

其一，所依之“法”可为狭义的法律，既包括本法（《民法典》），又包括全国人大及其常委会制定的其他法律。前者如第30条所指称“依法具有监护资格的人”中所依之“法”即为本法第27条、第28条关于监护人资格的规定；后者如第328条规定：“依法取得的海域使用权受法律保护。”本条功能在于确认海域使用权为用益物权，并以“依法”将海域使用权的调整引至规定得更为详尽的其他法律，主要是《海域使用管理法》。<sup>〔12〕</sup>

其二，所依之“法”可为行政法规。如第64条“法人存续期间登记事项发生变化的，应当依法向登记机关申请变更登记”以及第66条“登记机关应当依法及时公示法人登记的有关信息”中“依法”一词皆为《民法典》新增，具体引致至《市场主体登记管理条例》《社会团体登记管理条例》《事业单位登记管理暂行条例》等行政法规。

其三，所依之“法”可为部门规章或者地方性法规、自治条例及单行条例。如第52条规定的“其子女被他人依法收养”所依之“法”即为民政部发布的《中国公民收养子女登记办法》与《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》；再如第55条规定的“依法取得农村土地承包经营权”中“依法”通常应引致至《农村土地承包法》，但是《农村土地承包法》第68条规定：“各省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会可以根据本法，结合本行政区域的实际情况，制定实施办法。”因此，此处“依法”的“法”尚可指地方性法规、自治条例或单行条例。

其四，所依之“法”可为司法解释。如第196条第四项所规定的“依法不适用诉讼时效的其他请求权”中，“法”的范围应包括《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2020〕17号）第1条的内容。当然，也有观点指出需对本项规定的“依法”作扩张解释始有该司法解释的适用余地。<sup>〔13〕</sup>

其五，所依之“法”可为制定法之外的习惯法。如第1105条第5款规定：“县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。”收养评估尚未有现行立法，但民政部已探索数年，在地方层面基本形成了具体的评估方式、标准和流程。<sup>〔14〕</sup>管见以为，在形成正式制定法之前，此处所依之“法”，正是与收养评估相关且并未与公序良俗相违背的习惯法。

### （四）“依法”的其他语用形式

“依法”的其他语用形式主要包括“依照法律的规定”“依照法律、行政法规的规定”以及

〔12〕 参见崔建远：《中国民法典释评：物权编》（下卷），中国人民大学出版社2020年版，第35页。

〔13〕 参见陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第1421页。

〔14〕 参见薛宁兰、谢鸿飞主编：《民法典评注：婚姻家庭篇》，中国法制出版社2021年版，第549页。



“依照法律、法规的规定”，语用形式分化的缘由或为兼顾语义通顺、连贯，或为立法者有意强调。例如，第163条第2款规定：“委托代理人按照被代理人的委托行使代理权。法定代理人依照法律的规定行使代理权。”本款两句内容分别调整处于并列关系的委托代理人、法定代理人代理权的行使，在词句用法上，以“依照法律的规定”对仗“按照被代理人的委托”，彰显语言表达的形式之美。再如第61条、第62条等，因“管道”连接之处除制定法之外尚有法人章程，遂有“依照法律或法人章程的规定”将其连成一贯。以上均足以体现立法文本为追求语法逻辑的正当性而有所变通。

语用形式分化是为立法者有意强调的情形亦不鲜见，主要包括以下三种情形：

一是强调依照狭义法律的规定。如第103条第1款在《民法总则（草案）》一审稿第92条中被规定为“非法人组织应当依法登记”，后二审稿第101条将措辞修改为“非法人组织应当依照法律的规定登记”，将“依法登记”更改为“依照法律的规定登记”足见立法者试图对“法”字的内涵进行说明，<sup>[15]</sup>以此区别于第77条、第88条、第92条等规定的法人“依法登记”所引致的制定法范围。

二是强调依照法律、行政法规的规定。如第534条规定：“对当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的，市场监督管理和其他有关行政主管部门依照法律、行政法规的规定负责监督处理。”合同制度属于民事基本制度的范畴，故而狭义的法律是其主要表现形式，为执行法律的规定或者基于全国人大及其常委会授权，行政法规也可就相关事项作出规定。至于地方性法规，鉴于我国社会主义市场经济体制对规则统一的要求，显然不能对合同的干预作出规定；规章更是被严禁在没有上位法依据的情况下减损权利。<sup>[16]</sup>因此，对于关涉合同自由的监督处理仅限于法律、行政法规的规定。

三是强调依照法律、法规的规定。《民法典》全文共有4处规范使用了“法律、法规”，分别是第277条、第279条、第286条、第289条。上述条文中的“法规”的范围包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。以第277条为例，其在第1款第2句规定：“业主大会、业主委员会成立的具体条件和程序，依照法律、法规的规定。”本句是《民法典物权编（草案）》（征求意见稿）新增的内容，起初规定为“依照法律、行政法规的规定”，后在《民法典各分编（草案）》中将“行政法规”调整为“法规”。<sup>[17]</sup>业主大会、业主委员会作为基层群众自治组织以实现自我服务为宗旨，多需因地制宜，暂无全国统一规制之必要，以“依照法律、法规的规定”下放权力，张弛有度，实属恰当。

### 三、“依法”的价值补充功能

#### （一）“依法”的价值补充功能之证成

法律概念是构成民法体系的基本细胞，民法典则是构建在概念体系基础之上的科学文本。基

[15] 参见陈甦主编：《民法总则评注》（上册），法律出版社2017年版，第721页。

[16] 参见前引[9]，王利明主编书，第352页。

[17] 参见孙宪忠、朱广新主编：《民法典评注：物权编》（2），中国法制出版社2021年版，第115页。

于对语言的有限性以及社会生活现象无限性的认识，同时兼顾保障民法典作为民事基本法律的安定性，立法上只能通过法律概念的演进预留相当的解释空间以实现对社会生活的调整。<sup>〔18〕</sup>因此，法律概念形成了确定的法律概念与不确定的法律概念的二分格局，不确定的法律概念中，外延并不封闭的开放的不确定概念正是众多问题的症结所在。<sup>〔19〕</sup>概念的开放性似乎与法典所追求的安定性背道而驰，但事实却恰恰相反，通过解释来完善法典反而是法典稳定性的具体表现。<sup>〔20〕</sup>开放的的不确定概念正是立法者预设的解释对象，在法律适用中发挥着举足轻重的作用，其主要功能在于使法院能够以其为切入点，将存于社会上可以探知认识的客观伦理秩序及公平正义之原则引入对具体规范的补充、解释之中，以适应社会经济、伦理道德及价值观之变迁，而使法律能与时俱进，充分实践其规范功能。<sup>〔21〕</sup>这些概念虽然不能实质上具体地规定判决，但给予了判决逻辑上的支持。<sup>〔22〕</sup>由此可知，开放的的不确定概念的适用具有一项特色，即须于个案依价值判断予以具体化，理论上谓之价值补充。<sup>〔23〕</sup>

就“依法”一词单独而言，其内涵笼统，正是诸多不确定的法律概念中不可或缺的一员，前述发挥规范衔接功能的“依法”经由体系解释，其引致对象即可确定，属于封闭的不确定概念，但《民法典》文本中尚存在本身不具有实义，在规范构成中充当开放的的不确定概念的“依法”。此类“依法”在解释适用中或者并无特定规范与之对应，或者能形成对应关系的规范数量甚巨，以规范衔接的意蕴对其进行解释不具有解释价值。既然脱离了规范衔接的本意，在对其词义的理解上就不应再做拆分解读，而应将其整体看待，以探求其可能的引申含义。实际上，“依法”一词始终充当状语成分修饰句中谓语，结合“依照法律”的词语原意，或可将其识别为对规范中的“谓语”提出“依法秩序之目的”的限制，循此，“依法”即可作为开放的的不确定概念为法官提供价值补充通道，具体可从以下几例中窥知。

如第13条规定：“自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”在自生自发的社会秩序中，支配人之行为的规则是先于立法而存在的，立法者不过是将其揭示并表达而已。<sup>〔24〕</sup>若将本条中“‘依法’享有民事权利”理解为民事权利乃制定法所赋予则会引发逻辑上的悖论，实质上，此处的“依法”乃是强调民事主体在法律交往中获得的民事权利亦需通过价值补充而有所限制。

又如第130条规定：“民事主体按照自己的意愿依法行使民事权利，不受干涉。”此类条款隶属于非规范性条款中的宣示性条款，其在表达方式上仅仅是对某种权利或利益的保护进行宣示，但缺乏具体的对权利主体的赋权规范和违反救济规范，也因此没有权利的范围限定。<sup>〔25〕</sup>本条款

〔18〕 参见许中缘：《论法律概念——以民法典体系构成为视角》，载《法制与社会发展》2007年第2期。

〔19〕 参见梁慧星：《民法解释学》，法律出版社2015年版，第293-294页。

〔20〕 参见陈金钊：《民法典意义的法理诠释》，载《中国法学》2021年第1期。

〔21〕 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社2013年版，第185-186页。

〔22〕 参见〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2013年版，第161页。

〔23〕 参见王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第247页。

〔24〕 哈耶克认为，起初不同的人类群体遵循不同的行为规则，最终成功并胜出的只有那种增加所属群体生存机会的规则，这种规则继而被遵循、传播并发展，成为支配人之行为的规则。参见〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第1卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第15-18、115页。

〔25〕 参见李岩：《〈民法典〉中非规范性条款研究》，载《东北大学学报（社会科学版）》2020年第4期。

是权利人如何行使民事权利的原则性规定，立法者在宣示民事主体权利行使自主性的同时也通过“依法”预留了价值补充通道，以防矫枉过正。

再如第362条规定“宅基地使用权人……有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施”中的“依法”亦是在发挥价值补充功能，具体可从条文的演进过程探知。《物权法（草案）》曾规定：“宅基地使用权人有权自主利用该土地建造住宅及其附属设施。”但是，考虑到“自主”本就是私法自治的应有之义，并且宅基地使用权人也不能完全根据自己的意志来利用集体土地，应当受到相关法律法规的限制，最终条文遂将“自主”二字删除，以“依法”取而代之。<sup>〔26〕</sup>由此可见，自由不是放任，民事权利亦需“戴上脚镣跳舞”，“依法”于此进行价值补充可谓恰如其分。

综上所述，“依法”的价值补充功能已然证成，以之为例，立法者已经完成了向法律“引以为荣的不确定性”回归，唯需进一步厘清的是，法院在适用“依法”进行裁判补充时，所依据的“价值”究竟如何展开。

## （二）公私法融合背景下“依法”价值补充功能的实证分析

民法并非单一价值的体现，而是诸多冲突的价值在动态平衡中相互妥协的结果。开放的不确定概念的法教义学化不能由“私法自治”独自涵盖，对其适用需要横跨不同的法域或价值。<sup>〔27〕</sup>社会现代化发展的同时必然带动公法和私法的扩张，两者之间呈现的不只是反映分野格局之内的波段式拉锯，而是越来越多的交错纵横，<sup>〔28〕</sup>“私法公法化”以及“公法私法化”两股思潮也就在此背景下应运而生。民法作为典型的私法规范在发展潮流中自不能独善其身，也难逃公法规范的“入侵”。因此，在具体适用中，只有综合看待民法和公法及其相互影响，才能够对一个实际问题的法律状况作出正确的理解。<sup>〔29〕</sup>

私法规范和制度的设计始终以自由价值为核心展开，赋予民事主体在私法领域中广阔的自治空间，使民事主体得以借助“法律行为”这一自治工具实现行为自由与效果自主，公法价值原则上不主动介入民事事务。作为私法的根本价值追求，自由一方面通过非人格的抽象规则使个人免受他人的专断暴力侵犯，另一方面得使个人努力营造任何他人都不得干涉的受保护的领域，据此而言，我们之所以享有自由实是因我们对自由的拘束所致。<sup>〔30〕</sup>因此，现代私法语境下所主张的自由亦必然是受拘束的自由。私法以自治为核心理念，以自由为根本价值追求，但这绝不意味着自由是私法所追求的唯一价值，秩序、安全和正义等传统公法价值要素亦在私法之中占有一席之地。<sup>〔31〕</sup>由此可知，“依法”作为开放的不确定概念正是为秩序、安全和正义等公法价值提供进入私法领域的价值补充通道，使其能与自由价值相辅相成，实现规范之目的。

〔26〕 参见孙宪忠、朱广新主编：《民法典评注：物权编》（3），中国法制出版社2021年版，第210页。

〔27〕 参见刘亚东：《民法概括条款适用的方法论》，载《政治与法律》2019年第12期。

〔28〕 参见苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社2012年版，第249页。

〔29〕 参见〔德〕迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第67页。

〔30〕 参见〔英〕弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第2、3卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第512页。

〔31〕 参见钟瑞栋：《“私法公法化”的反思与超越——兼论公法与私法接轨的规范配置》，载《法商研究》2013年第4期。

首先，秩序是保障社会生活整体有序、社会机制平稳运行的公法价值，其遁入私法之中进行价值补充的情形可见以下几例。如第 240 条规定：“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”其中，“依法”可被认为是所有权相对保护主义的标志。在国家原则上不干预社会经济生活的自由资本主义时期，公共利益都必须让步于受绝对保护的财产所有权，在此背景下，私人财产权益固若金汤，各类社会生活主体容易动辄得咎，由此导致了资源的不充分利用或者潜藏其他隐性威胁，社会整体秩序难免陷入混沌。因此，此处“依法”的价值补充即应考量秩序价值，允许为实现社会整体秩序对私人所有权进行适当限制，以保障社会资源的统一规划与管理，实现个人利益与公共利益的平衡。再如第 652 条，在立法过程中曾有实务部门建议将“依法限电”修改为“执行有序用电要求”，但最终未获采纳，主要原因在于建议修改的内容本就包含在条文之中，并非实质性修改建议。<sup>〔32〕</sup>实际上，通过“依法”引入秩序价值即能解读出所谓“依法限电”应满足社会整体有序用电的要求。

其次，安全价值涉及人身安全与财产安全，主要在于追求稳定的、可预见的社会生活状态。通过“依法”以安全价值进行价值补充的情形可见于第 130 条，其规定：“民事主体按照自己的意愿依法行使民事权利，不受干涉。”本条规范旨在明确民事主体自愿行使权利，宣示权利行使的自主性。但是，若权利的行使涉及影响生态环境、威胁他人的生命安全等情形，安全价值即可通过“依法”进行规范补充，否认权利行使的正当性。又如在第 262 条规定的集体所有的不动产的使用中，《民法典》对于“村集体经济组织或者村民委员会”以及“村内各该集体经济组织或者村民小组”代表集体行使所有权提出了“依法”的要求，意味着可以期待上述各类主体代表集体行使所有权时必须确保集体财产安全，防止集体财产不当流失。

最后，法律规范是承载正义价值的主要载体，“依法”作为价值补充通道为正义价值进入民法创造了条件。如第 465 条第 1 款规定：“依法成立的合同，受法律保护。”以及第 502 条第 1 款规定：“依法成立的合同，自成立时生效……”其中，“依法”对于成立的合同即有符合正义价值的要求。在“自由订立的合同就是法律”的近代社会，在合同自由的美名之下，处于弱势地位的消费者、劳动者不得不接受企业提出的苛刻交换条件，恃强凌弱被合同自由允许，难有正义可言。<sup>〔33〕</sup>由此可知，此处的“依法”正是秉持实质正义对合同自由进行修正，要求成立的合同必须满足正义价值，否则法律不予保护或合同不生效力。

## 四、“依法”的体系修补功能

### （一）“依法”的体系整合功能

美国法学家罗斯特·庞德曾经適切地指出：“法律的哲学思考被两种需求左右。一方面是人们对普遍安全享有的至高之社会利益，作为一种和平与秩序利益，其引导人们建立一种稳定牢固的社会秩序。另一方面是为适应社会变化，我们需要对社会秩序的细节进行不断调整，此

〔32〕 参见谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注：合同编》（1），中国法制出版社 2021 年版，第 289 页。

〔33〕 参见田喜清：《私法公法化问题研究》，载《政治与法律》2011 年第 11 期。

种需求也一直要求我们全面检视法律内容,使它们与新的社会情势相适应。”〔34〕我们总是面临着“法律必须稳定,但又不能完全静止”〔35〕这一立法悖论,无论是静止不变抑或变动不居,若不加以调剂或制约,都同样具有破坏力。法律如同人类,若要存活下去,必须寻觅某些妥协途径。〔36〕

大陆法系以法典为法律的最高形式,通过完美法律体系的构筑实现法律稳定性的追求,我国亦如是。法典化有相当的必要性,但同时也最大规模地破坏了既有法律的稳定性,这主要体现在法典化本身具有的断裂效应——法典会隔断联系其条文和其本源之间的“脐带”,这些本源包括法典条文出处、制定者、特殊的印记和背景等。〔37〕法典化努力一旦告成,特定领域内的法律规范即面临新旧更迭,民法典施行之日,各单行民事基本法随即废止,法律秩序则需在新的法律规范之上重新建立。为尽量消减法典化的负面影响,缓和立法悖论,我国民法典编纂工作始终秉持“能保留则保留,能不改则不改”这一不成文的立法方针。该立法方针的具体落实,归根结底仍要依赖于微观上立法技术的运用,其中,“依法”在立法修正中即发挥了重要作用,具体可见于以下两个方面。

#### 1. 请求权基础的体系化整理

《物权法》在总则编专设第三章“物权的保护”,以求周延地确立物权保护方式,具体包括了第34条规定的返还原物请求权,第35条规定的排除妨害、消除危险请求权,第36条规定的修理、重作、更换或者恢复原状请求权以及第37条规定的损害赔偿请求权或请求承担其他民事责任的权利。上述请求权集合的形成可追溯至《民法通则》所确立的不同于传统民法的物权保护方式,〔38〕或可再归因于《侵权责任法》在当时未及制定实施,物权的保护缺乏配套的法律规范,《物权法》只能自解燃眉之急。由此也引发了关于各项请求权在性质上究竟是物权请求权还是债权请求权的争议。时至今日,理论上基本已经形成了以返还原物、排除妨害以及消除危险等请求权为内容的、不以过错为构成要件的物权请求权,并将修理、重作、更换或者恢复原状请求权以及损害赔偿请求权归属于债权请求权的通说。〔39〕民法典编纂过程中,不少学者一度主张在物权编中仅保留物权制度独有的物权请求权,有关恢复原状和损害赔偿的规则应当由侵权责任编统一调整,〔40〕但是,《民法典》最终并非完全采纳上述意见,第237条、第238条仍坚持将原《物权法》第36条、第37条予以保留,唯一不同之处即是在条文中单独新增了“依法”一词,以此回应学者关切。

• 83 •

〔34〕〔美〕罗斯特·庞德:《法哲学导论》,于柏华译,商务印书馆2019年版,第4页。

〔35〕Jean Beetz, Reflections on Continuity and Change in Law Reform, 22 *The University of Toronto Law Journal* 129, 132 (1972).

〔36〕参见〔美〕本杰明·N·卡多佐:《法律的成长:法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第4页。

〔37〕参见石佳友:《民法法典化的方法论问题研究》,法律出版社2007年版,第72页。

〔38〕参见王轶:《民法典如何保护物权》,载《中国法律评论》2019年第1期。

〔39〕参见杨立新、李怡雯:《民法典物权编对物权规制的修改与具体适用》,载《法律适用》2020年第11期。

〔40〕参见温世扬:《〈民法典〉物权编的守成、进步与缺憾》,载《法学杂志》2021年第2期;朱广新:《民法典物权编总则的三重体系透视》,载《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期;房绍坤:《论民法典物权编与合同编的立法协调》,载《现代法学》2018年第6期。

各项请求权构成要件已达成一致，至于如何对其进行分类则是纯粹民法学问题中的解释选择问题，<sup>〔41〕</sup>其出发点更多是基于法典体系完满的考虑。但是不可忽略的是，《物权法》施行十余年，“物权的保护”一章中诸项条款不负众望，功勋卓著，在民众社会生活中已经烙下了深刻印记，并且我国民法典的功能定位并非致力于形成一部“法官法”，而是倾向于容纳民众、法官为共同的目标读者，民法典编纂若贸然对部分条款进行否定、删除，势必会引起社会民众的无所适从，从而引发对法律安定性的质疑。

面对这一立法悖论，立法者必须作出适当妥协，因此，《民法典》选择在保留原条文的基础上进行“微调”。原条文在修改之前即被认为“虽具有请求权基础的外观，但并非独立的请求权基础规范”<sup>〔42〕</sup>，“依法”的加入更进一步抹去了其作为独立请求权基础的“外观”。“依法”一词作为“请求修理、重作、更换或者恢复原状”“请求损害赔偿”“请求承担其他民事责任”的状语，其作用在于表明，本条并非权利人请求对方承担相应民事责任的请求权基础，权利人必须另觅请求权基础才能实现上述目标。<sup>〔43〕</sup>质言之，“依法”作为引致规范的标志，将本条引向《民法典》关于债的相关具体规定。在此，“依法”即实现了请求权基础的体系化整理。类似条款还包括第462条、第593条、第987条、第1010条、第1027等。

## 2. 限制法律条款的过度解释

《民法典》第1186条继续规定了“公平责任”，其最早可追溯至《民法通则》第132条，但是几经辗转，二者早已不可同日而语。《民法通则》第132条可谓是“摸着石头过河”的产物，王泽鉴先生曾一针见血地指出：“本条款虽具有道德法律化的理念，但作为法律规范，在实务上难免造成法院不审慎认定加害人是否具有过失，而是基于方便、人情或其他因素从宽适用此项公平责任条款，致使过失责任和无过失责任不能发挥其应有的规范功能，软化侵权行为归责原则的体系构成。”<sup>〔44〕</sup>鉴于此，《侵权责任法》在起草过程中曾有过关于“公平责任”存废的争论，但是，考虑到实践中确有适用公平责任的特殊需求，为了保持法律的延续性，《侵权责任法》第24条保留了该内容，并将“分担民事责任”改为“分担损失”，以期在理论上避免与“无过错即无责任”的过错责任原则相冲突。<sup>〔45〕</sup>

但是，实践中仍有大量案件对于本条款的适用并非如立法者所预期，2017年广受关注的“电梯内劝阻吸烟致老人死亡”一案或许是“压死骆驼的最后一根稻草”。一审法院一方面认定劝阻者杨帆的行为与吸烟者段小立的死亡之间并无必然因果关系，另一方面又依据原《侵权责任法》第24条所规定的“可以根据实际情况”酌定杨帆负担相应补偿。在二审中，二审法院明确指出一审法院判决属于法律适用错误，强调本案应适用原《侵权责任法》第6条第1款过错责任

〔41〕 参见王轶：《民法典编纂争议问题的类型区分》，载《社会科学文摘》2020年第8期。

〔42〕 吴香香：《民法典编纂中请求权基础的体系化》，载《云南社会科学》2019年第5期，第98页。

〔43〕 参见崔建远：《中国民法典释评：物权编》（上卷），中国人民大学出版社2020年版，第218页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编解读》，中国法制出版社2020年版，第71-74页；前引〔39〕，杨立新、李怡雯文。

〔44〕 王泽鉴：《〈中华人民共和国民法通则〉之侵权责任：比较法的分析》，载《民法学说与判例研究》（第六册），北京大学出版社2009年版，第216-238页。

〔45〕 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2010年版，第93页。



的规定,在此基础上,若行为与损害结果之间存在因果关系且双方均无过错,始有第24条的适用余地。<sup>[46]</sup>公平责任的滥用极大挫伤了公民依法维护利益的积极性,既不利于社会发展,亦有悖于立法宗旨,因此,《民法典》再度对公平责任的内容进行了调整。

“公平责任”既然是公平原则的衍生产物,蕴含道德法律化的理念,民法典编纂自不能轻易将其删除。若贸然将其删除,则可能意味着全盘否定与之相关的所有裁判,这难免会引起社会公众不必要的误解,降低民法典的社会认同感。<sup>[47]</sup>基于上述立法政策的考量,《民法典》选择以“依照法律的规定”取代原条文中的“可以根据实际情况”,实现了条文性质的根本性改变。基于以上变动,本条规定的规范功能已由原《侵权责任法》第24条授权人民法院行使自由裁量权的一般裁判规范,转变为将法律适用指向法律具体规定的引致规范。将公平责任的适用法定化,限制其自由扩张,维护以过错责任原则和无过错责任原则构建的侵权责任法二元归责体系,成为本条规定的规范目的。<sup>[48]</sup>据此可言,“依照法律的规定”在此既照顾了社会公众对于法律演进的情绪,又最大限度地限制了条文的过度解释,实为法律“稳定”与“变化”平衡过程中的点睛之笔。同时,公平责任仍不失为过错责任与无过错责任二元体制的必要补充,实现了侵权责任归责原则的再体系化。

## (二)“依法”的授权填补未决事项功能

我国仍处在一个改革的时代,社会矛盾纷繁复杂,利益格局变动不居,法律问题不断涌现,在这样的时代背景下,我国民法典应当保持一定的前瞻性,为社会的发展预留空间。<sup>[49]</sup>换言之,尽管认同民法典编纂条件已经成熟,但是仍有大量的未决事项需要进一步研究方可作出规定,尚不能在《民法典》中具体体现,并且也能够预见不断会有新生事物涌现并挑战《民法典》的适用边界。因此,在立法技术选取上,《民法典》以“依法”为典型工具对未决事项进行了授权填补。

典型的授权填补规范可见于个人信息保护相关条文之中。为顺应时代的发展,我国立法机关亦高度重视个人信息保护的立法,但直至民法典编纂,亦未能形成成熟有效的法律规范。《民法典》为了保持前瞻性,对于未来可以预期的个人信息保护立法分别在总则编第111条以及人格权编中作了相应的原则性规定,并对部分内容授权未来立法进行填补。如第111条即较为保守地宣示了自然人对其个人信息享有民事权利,并赋予相关机关或组织进行特别立法或规定的权力,其中,个人信息如何“依法取得”,如何“依法确保信息安全”都有待于下一步的立法配套与司法适用。<sup>[50]</sup>再如第1037条第1款规定:“自然人可以依法向信息处理者查阅或者复制其个人信息;……”本条确立了自然人查阅或者复制其个人信息的权利,“依法”的存在表明,其具体的行使程序等还需要由未来的个人信息保护法等法律法规作出更加细化的规定。<sup>[51]</sup>2021年11月1日正式施行的《个人信息保护法》即是填补《民法典》个人信息保护规范的具体体现。其中,除

[46] 参见河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终14848号民事判决书。

[47] 参见张新宝:《中国民法典释评:侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第82-83页。

[48] 参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注:侵权责任编》(1),中国法制出版社2020年版,第257页。

[49] 参见王利明:《回顾与展望:中国民法立法四十年》,载《法学》2018年第6期。

[50] 参见前引[13],陈甦主编书,第785页。

[51] 参见王利明、程啸:《中国民法典释评:人格权编》,中国人民大学出版社2020年版,第476-477页。

总则之外，第二章“个人信息处理规则”以及第三章“个人信息跨境提供的规则”即系统性地规定了个人信息如何“依法取得”；第四章“个人在个人信息处理活动中的权利”与第五章“个人信息处理者的义务”分别规定了在信息处理活动中个人的权利以及信息处理者的义务，为确保实现信息安全提供了具体的法律规范；至于进一步细化自然人向信息处理者查阅或者复制其个人信息的权利的规定则可见于第45条。由此可见，《民法典》关于个人信息保护的授权填补规范在《个人信息保护法》中得到了回应。

另有一典型的授权填补规范可见于第359条第1款，其规定：“住宅建设用地使用权期限届满的，自动续期。续期费用的缴纳或者减免，依照法律、行政法规的规定办理。”自20世纪70年代末实行住房制度改革至今已逾四十年，越来越多的居住用地使用年限已过半数，至于到期后究竟应当如何处理逐渐成为广大群众密切关注的问题。早在《物权法》制定之时，就该关涉广大群众切身利益的问题，立法机关曾试图作出回应，但是对于应该如何合理地规定住宅建设用地使用权人使用期限届满时应承担的义务尚缺乏科学的依据，故《物权法》对此未作规定，但同时也明确了“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期”给老百姓吃了一颗“定心丸”。<sup>〔52〕</sup>辗转至民法典编纂之时，续期费用问题已经成为亟需解决的法律问题之一，《民法典》应当作出回应，理论上虽已不乏针对性研究，但争论却未曾消减，<sup>〔53〕</sup>实践试点更是未能进一步展开，《民法典》进行具体规定的条件仍未臻成熟，为求周全，遂规定“续期费用的缴纳或者减免，依照法律、行政法规的规定办理”以待立法计划的展开。本条以“依照法律、行政法规的规定”为引致标志，策略性地回避了续期费用缴纳问题，回应了广大群众关切，并授权其他法律、行政法规在条件成熟时作出规定，以此填补《民法典》空白。类似条款还包括第247条、第322条、第511条、第658条、第1105条等。

### （三）“依法”的修补民商事规范罅隙功能

在立法沿革上，《民法通则》即未区分民事主体与商事主体、民事行为与商事行为，《合同法》亦是采取民商合一的立法体例，甚至以商事合同制度为主要内容，并且上述法律的长期适用已经形成法律惯性并为社会公众所接受。民法典编纂既以总结中国成功实践经验为纲，那么继续采用民商合一的立法体例亦在情理之中。但是，作为共识之一，我国先后制定的一系列商事法律规范早已独立存在且运行良好，立法者并无将其纳入《民法典》的计划，故我国与意大利、瑞士等民商合一模式显然不同，形式上更近于北欧模式，但两相比较，内容构造又不完全一样，因而我国《民法典》在立法技术上面临前无古人的全新挑战。<sup>〔54〕</sup>既然采用民商合一的法典化体例，并形成与商事单行法律并行的立法格局，在《民法典》与商事单行法之间必然存在衔接上的罅隙。在立法技术的选取上，引致规范正是我国妥善调整民事基本法与商事特别法关系的基本手段之一，“依法”为其重要表现形式，具体示例可散见于《民法典》各编之中。

〔52〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第332-333页。

〔53〕 关于如何自动续期，续期是否需要缴纳费用，按照什么标准缴纳费用等众说纷纭，莫衷一是。参见杨立新：《住宅建设用地使用权期满自动续期的核心价值》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2016年第4期；王利明：《我国民法典物权编的修改与完善》，载《清华法学》2018年第2期；房绍坤：《民法典用益物权规范的修正与创设》，载《法商研究》2020年第4期。

〔54〕 参见李建伟：《〈民法总则〉民商合一中国模式之检讨》，载《中国法学》2019年第3期。

总则编如第58条第1款“法人应当依法成立”以及第2款第2句“法人成立的具体条件和程序,依照法律、行政法规的规定”均可以作为《民法典》与商事单行法的连接通道。如有有限责任公司的设立,依照《公司法》第二章第一节的规定,股份有限公司的设立可依照《公司法》第四章第一节的规定,第58条作为民商事领域法人成立条件的一般规定发挥着统筹全局的功能。

物权编如第387条第1款即是作为担保物权适用范围的一般规定,具体内容为:“债权人在借贷、买卖等民事活动中,为保障实现其债权,需要担保的,可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。”其中,“依照其他法律”可指向《海商法》第二章第二节确立的船舶抵押权、第87条确立的承运人货物留置权以及《民用航空法》第16条、第17条确立的民用航空器抵押权等。

合同编如第545条是债权转让的一般规定,第1款除外规定中的第三项“依照法律规定不得转让”可引致至《保险法》第34条第2款规定的“按照以死亡为给付保险金条件的合同所签发的保险单,未经被保险人书面同意,不得转让或者质押”,或引致至《信托法》第11条第4项规定不得专以诉讼或者讨债为目的设立信托而进行债权转让等。

人格权编如第1013条宣示“法人、非法人组织享有名称权”,并继续规定“法人、非法人组织有权依法决定、使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称”。其中,“依法”对于有限责任公司或股份有限公司而言可为依照《公司法》第37条规定的股东会或第99条规定的股东大会的表决程序进行;对于普通合伙企业则根据《合伙企业法》第31条的规定,除合伙协议另有约定外,应当经全体合伙人一致同意等。

至于婚姻家庭编、继承编则均以自然人为适用对象,与商事法律规范基本无涉;侵权责任的内容在商事法律规范中亦无特别规定,由侵权责任编统一调整。

• 87 •

## 五、《民法典》中“依法”的错置及其完善

在法典化进程中,法律概念的建构及其体系化是实现法律表达的基本工具,但是,法律概念并非单向自由发展,其亦需接受法典化本身的反作用。法典化的形式理性潜在要求法律概念的使用应一以贯之:一是要求法律概念内涵本身的一致性,如“法典化”鼻祖边沁在陈述其所认为的法典应满足的条件中所指出的“在叙述这些法则时,必须使用严格一致的术语,给这个作品中可能提到的每件事物以唯一的具有一个准确界定的名词”<sup>[55]</sup>;二是要求法律概念用法的统一性,即法律概念在相同语境下应使用相同的用法,使其能够经得起体系逻辑的检验。只有同时满足以上两项条件,法律概念承载特定价值的作用才能充分发挥。就“依法”这一法律概念而言,我国《民法典》未能实现其使用的一贯性,实为立法缺憾,具体可体现在以下几个方面。

### (一) 未贯彻“可以依法”和“依法可以”的区分

在汉语用法中,“依法”一词作为状语在谓词性短语中充当前置修饰语,“可以依法”与“依法可以”虽在表象上只是语词顺序之别,但其内涵确有实质性差异。“可以依法”中“可以”是

[55] [英]边沁:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆2017年版,第49-50页。

能愿动词，表示前置的主语一般性的“可能”，“依法”则是作为后接谓语的修饰词，连接具体的制定法，如第124条第2款规定：“自然人合法的私有财产，可以依法继承。”其中，“可以”表示自然人合法的私有财产一般性地能够被继承，“依法”则是修饰“继承”，表明继承必须依照继承编确定的具体继承规则进行，在性质上是对继承方式的限制。与之不同的是，“依法可以”中的“依法”首先修饰的是“可以”，强调的是依照制定法规定的“能够”，实质上是对资格的限制，如第268条规定：“国家、集体和私人依法可以出资设立有限公司、股份有限公司或者其他企业。……”其中“依法可以”即是对国家、集体和私人出资设立有限公司、股份有限公司或者其他企业资格的限制，如《合伙企业法》第3条规定的“国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人”可被视为“依法可以”的具体内容。

但是，上述“可以依法”与“依法可以”的区分在《民法典》中未能一以贯之。如第570条第2款规定：“标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。”其中，“标的物不适于提存或者提存费用过高”即是作为债务人行使“拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款”的权利的前提，亦可视为债务人行使该权利资格的限制。“依法”又同时作为“可以”的修饰词在语义上明显重复，且难具有任何含义，立法者的意图应与第571条一致，强调拍卖或者变卖标的物应当“依法”进行，故本条应使用“可以依法”的词语组合更为妥当。同理，第837条、第957条中“依法可以”皆应根据上述原理调整为“可以依法”。

## （二）“依法”的叠用与漏用

“依法”的叠用主要表现在民事权利一章，如第114条第1款规定：“民事主体依法享有物权。”第2款继续规定：“物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利……”其中，第1款是宣示条款，明确民事主体享有特定民事权利，“依法”在此主要发挥价值补充功能，合理地限制民事权利；第2款是定义条款，“依法”在其中亦无外乎上述功能。以上两个条款的组合即形成了“依法”的双重嵌套模式：民事主体“依法”享有民事权利，而民事权利本身就是民事主体“依法”享有的。如此，不仅在解释逻辑上制造了矛盾，而且也有滥用“依法”之嫌。管见以为，为维护《民法典》语言的准确、精炼，定义条款中“依法”一词应当删去。再反观第124条第1款规定的“自然人依法享有继承权”，以及第2款规定的“自然人合法的私有财产，可以依法继承”，其中，第1款中的“依法”主要是发挥价值补充功能，第2款中的“依法”则主要是起规范衔接功能，两者各有分工，始有共同存在的价值。

“依法”的漏用也可循迹于《民法典》之中，如第34条第3款规定：“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。”此处的法律责任包括民事责任、行政责任以及刑事责任等，《民法典》本身尚不能完全囊括，需要引致至相应的行政法律规范、刑事法律规范进一步适用，由此可知，本条款中欠缺相应的规范衔接管道，应将后半句补充为“应当依法承担法律责任”。第1228条第2款所规定的“干扰医疗秩序，妨碍医务人员工作、生活，侵害医务人员合法权益的，应当依法承担法律责任”即为正确示范。又如第110条第2款规定：“法人、非法人组织享有名称权、名誉权和荣誉权。”民事权利一章中对于民事主体享有民事权利的宣示条款中均含有“依法”作为价值补充通道，但唯独第110条两款欠缺。其中，第1款具体列举了自然人享有的人格权，受自然法精神以及“天赋人权”思想的影响，我们普遍承认与生存利

益相关的人格权利是人生而即享有的，立法者或许出于该种考虑特意予以回避；至于第2款法人、非法人组织的人格权则不存在相关顾虑，更应注重保持整体体系的一致，故将其规定为“法人、非法人组织依法享有名称权、名誉权和荣誉权”更为妥当。

### （三）“依照法律规定”的体系解释困局

《民法典》第387条、第388条是关于担保物权与担保合同的相关规定，该两个条款完全继承了《物权法》第171条、第172条。在条款的具体内容中，第387条、第388条均保留了“依照本法和其他法律的规定”的表述，其与“依照法律规定”的外延虽然在本质上并无二致，但是当二者同时出现在同一法律系统中时就可能引发体系解释的困局，即“依照法律规定”不能再解释为包括“本法”，否则“依照本法和其他法律的规定”与“依照法律规定”表达相同的内容将有悖于《法典化》用语一致性的要求。但是，这种设想并不符合实际，如第161条第2款规定：“依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。”其中，“依照法律规定”即包括依照本法第1049条、第1076条关于结婚、离婚应当由男女双方亲自到婚姻登记机关申请办理的情形。

另外，《民法典》中“依照法律规定”“依照法律、行政法规规定”“依照法律、法规规定”三者并行，依体系化视角观之，三者应各有分工，并行不悖，也即“依照法律规定”中的“法律”系指狭义的法律，而不包括行政法规、地方性法规等，但是，事实也并非如此。如第790条规定：“建设工程的招标投标活动，应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。”其中，所依照的“法律”不仅包括《招标投标法》，还应当包括国务院发布实施的《招标投标法实施条例》。当然，若是能够将其理解为立法者有意重新收归立法权限于法律之中，故在《民法典》中预先安排以待立法计划进一步铺开，那么上述矛盾将随着立法进程的深化而逐渐缓和，否则就只能将其视为“依照法律规定”体系解释的另一困局。

• 89 •

## 六、结 论

“依法”的民法法典化功能可归结为“规范衔接功能”“价值补充功能”以及“体系修补功能”，我国《民法典》中的“依法”均可在上述解释域中寻得归宿。“依法”在《民法典》文本中的功能具体为何，实际上亦是解释选择问题，同一“依法”可能以一项功能为主，另一项功能为辅，也可能是两项功能齐头并进，协同作用，究其根本，均是服务于法典化的规范表达以及体系化整理。

“依法”的规范功能也并非一成不变，随着立法进程的逐步展开，“无法可依”的情况渐被削减，部分“依法”的体系修补功能即可完成向规范衔接功能的转化，由此也从另一方面展现了《民法典》语言的兼容并包，这又是得益于“依法”法典化功能的多样性。

但颇为遗憾的是，“依法”虽已经被立法者有意识地用于法律条文的局部调整，却未能完成“依法”法典化价值的整体挖掘，更未能形成一项系统化的立法技术。《民法典》中随处可见立法者极为精妙地使用“依法”以适应中国实际情况，但却未能逻辑周延地一以贯之，这或许可归因于立法者并未意识到对“依法”进行体系化梳理的必要性，忽视了中国特色法典化立

法技术的提炼。

我国《民法典》的制定与实施实现了中华民族半个多世纪以来的宏伟夙愿，这不仅是中国特色社会主义法律体系进一步完善的重大成果，而且也是世界法典化历史进程中浓墨重彩的一笔，《民法典》的颁布实施并非终点而是新的起点，“中国智慧”的完善与总结有待于学界协力完成。

---

**Abstract:** The normative functions of “in accordance with law” in Civil Code of People’s Republic of China include norm-connected function, value-added function and system-repaired function. Among them, “in accordance with law”, which plays norm-connected function, has substantive meaning, acts as a medium to connect relevant norms, and realizes the formal and substantial supplement to the traditional induced norms. The value-added function is mainly undertaken by “in accordance with law”, which has no substantive meaning, and gives judges the right to judge according to the value of private law and public law in individual cases. The system-repaired function lies in balancing the legislative paradox of “stability” and “change” and helping the legislative amendment and system integration of codification. However, the pragmatic expression and functional usage of “in accordance with law” are not consistent in the civil code, which is actually a legislative defect.

**Key Words:** civil code, in accordance with law, norm-connected, value-added, system-repaired

---



## 论物权优先于债权原则及其例外情形

陈华彬\*

**内容提要：**物权为支配权、绝对权，债权为请求权、相对权，由于两者权利本旨属性的差异，物权优先于债权为物权法乃至民法的重要原则。其又具体表现为所有权、用益物权及担保物权皆优先于债权。唯于买卖不破租赁、预告登记、物权关系中债权约定以及基于公益和社会政策的因由，物权优先于债权又存在例外。也就是说，于此等情形，债权具有对抗第三人的优先效力，债权优先于物权。我国《民法典》对租赁权与预告登记的优先效力作了明文规定，但对其他情形下的债权具有优先效力则未予明示。对此，应借鉴大陆法系国家的共通做法与学理通说，以构筑起妥当、和谐和的物权优先于债权及其例外情形的理论与实务应用系统。

**关键词：**物权优先于债权 物权 绝对权 债权 相对权

• 91 •

按照法理、学理与物权立法成例，民法中的物权法规则系统或类型乃涵括所有权、用益物权、担保物权以及作为类（似）物权的占有。其中，根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）物权编的规定，用益物权又包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权及居住权，（典型）担保物权则计有抵押权、质权和留置权。值得注意的是，尽管此等物权因种类或类型的不同而于效力上存在差异，然它们既然皆为物权而有共同的特性，则其也就具有共同的效力。<sup>〔1〕</sup> 易言之，物权系权利人直接支配特定物而享受其利益的财产权，具有对客体的直接支配性与排他的保护绝对性，<sup>〔2〕</sup> 基于此二项特性，衍生出物权的排他效力、优先效力、追及效力及物权的物上请求权（含物权标的物的返还请求权、物权标的物的妨害排除请求权与物权标

\* 陈华彬，中央财经大学法学院教授。

〔1〕 参见谢在全：《民法物权论》（上），新学林出版股份有限公司 2020 年版，第 28 页。

〔2〕 参见温丰文：《民法物权案例研究》，新学林出版股份有限公司 2017 年版，第 7 页；王泽鉴：《民法物权》，2014 年自版，第 37 页以下；前引〔1〕，谢在全书，第 9 页以下。也就是说，对物的直接支配并享受其利益，与排他的保护绝对性，系来自物的归属，即法律将特定物归属于某权利主体，由其直接支配，享受其利益，并排除他人对此支配领域的侵害或干扰，此为物权的本质之所在。参见本注，王泽鉴书，第 38 页。

的物的妨害预防请求权)效力。<sup>〔3〕</sup>限于篇幅,本文着重研议物权优先于债权的效力(原则)及作为该效力(原则)的诸多例外情形或状态。尤其是后者,即物权优先于债权的例外情形或状态,本文乃拟加以翔实展开,力图作较深入的讨论。

## 一、物权优先于债权为物权法乃至民法重要原则

物权优先于债权系物权法乃至民法的重要原则。所谓“优先(效力)”又称“(物权的)优先权”,系指一物上若有物权与债权竞合而无法相容(或两立)时,无论物权是否成立于债权之前,其原则上具有优先于债权的效力。<sup>〔4〕</sup>之所以如是,盖因如前所述,物权系权利人直接支配特定物的权利,故其客体仅限于独立的特定物,而债权系为债权人得请求债务人为一定行为或不为一定行为的权利,故其客体为债务人的特定行为,即债务人的应为一定行为或不为一定行为的债务。<sup>〔5〕</sup>这其中,债务人的应为一定行为若以物的给付为内容,则债权人需透过债务人给付物的行为方能达到对物的支配的目的。概言之,债权不具有直接支配物的权能或功能。<sup>〔6〕</sup>物权乃对物的直接支配权、绝对权,债权仅为透过债务人的行为而间接支配物的请求权、相对权,于二者发生冲突时,物权的效力乃应优先于债权,<sup>〔7〕</sup>也就是说物权原则上具优先于债权的效力<sup>〔8〕</sup>。

如前述,同一个物上的物权与以该物为给付标的(物)的债权相冲突或无法相容时,物权无论成立于债权之前或之后,皆具有优先于债权的效力,<sup>〔9〕</sup>是为物权对债权的优先权抑或物权优先于债权的原则。而学理、实务与立法成例中,物权对债权的优先权抑或物权优先于债权的原则又具体表现为如下三种形态或场合。易言之,物权优先于债权的效力,抑或物权对债权的优先权,其乃涵括所有权对债权的优先性、用益物权对债权的优先性以及担保物权对债权的优先性。<sup>〔10〕</sup>兹逐一分述如下。

第一,一特定物已为债权的标的物,而于该特定物上又有物权存在时,无论该物权的成立系发生于债权成立之前或之后,该特定物上存在的物权皆有优先于债权的效力。<sup>〔11〕</sup>譬如于一特定物上既存在所有权又有债权时,所有权的效力得优先于债权即是。此在“一物二卖”的情

〔3〕 参见陈华彬:《论所有权人的物上请求权》,载《比较法研究》2020年第1期。应提及的是,关于物权的效力所涵括的类型或种类,陈荣隆在《物权之一般效力》(载杨建华教授七秩诞辰祝寿论文集《法制现代化之回顾与前瞻》,月旦出版股份有限公司1997年版,第432页以下)中对物权的一般(共同)效力的类型或种类归纳甚全,认为其计有6种或6类效力:排他效力(排他权)、优先效力(优先权)、追及效力(锁定效力)、去害效力(物权请求权、物上请求权)、别除效力(别除权)以及对世效力(绝对效力、对世权、绝对权)。又可参见陈华彬:《物权法论》,中国政法大学出版社2018年版,第71页以下。另外,有学者谓:排他效力与优先效力乃系源自物权的直接支配性,而追及效力则出自物权保护的绝对性。参见前引〔2〕,温丰文书,第7页。

〔4〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第8页。

〔5〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第8页。

〔6〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第8页。

〔7〕 参见郑冠宇:《民法物权》,新学林出版股份有限公司2018年版,第20页。

〔8〕 参见〔日〕我妻荣:《新订物权法》,有泉亨补订,岩波书店1997年4月第18刷发行,第20页。

〔9〕 参见前引〔1〕,谢在全书,第30页。

〔10〕 参见前引〔2〕,王泽鉴书,第59页。

〔11〕 参见前引〔8〕,我妻荣书,第20页。

形尤其如是。<sup>〔12〕</sup>也就是说，于此情形，后买者若已取得所有权，其所有权即当然优先于先买者的债权。<sup>〔13〕</sup>换言之，于“一物二卖”的情形，先买受人与后买受人间，对同一买卖标的物所有权的取得乃面临冲突，而后买受人并非当然应退居后位，若其已先取得所有权，即应受到保障，可对先买受人主张对于标的物的所有权。<sup>〔14〕</sup>

进一步而言，于“一物二卖”的情形，标的物若为动产，后买者若已受领该动产的交付，标的物如系不动产，后买者若已办理所有权的移转登记，则后买者已取得所有权，其取得的所有权（物权）即当然优先于先买者的请求移转标的物所有权的债权。<sup>〔15〕</sup>也就是说，于此情形，先买者对出卖人仅能依债务不履行（给付不能）的规则请求损害赔偿，而不可以其债权发生在先为由主张后买者不能取得标的物的所有权；于不动产，此种情形，先买者即使已受领交付而未办理标的物所有权的移转登记的，亦系如此。<sup>〔16〕</sup>

第二，一特定物尽管已为债权给付的内容（如为使用借贷——借用——的标的物），然若该特定物上有用益物权，则无论该用益物权是否成立于债权发生之前或之后，其皆有优先于债权的效力。<sup>〔17〕</sup>譬如甲借房屋给乙使用（使用借贷），之后甲根据《民法典》物权编有关居住权的规定将该房屋设定居住权于丙时，丙得向乙请求交付房屋，由其使用。反之，若甲先设立居住权于丙，之后复将同一房屋借给乙使用，乙不得向丙请求交付房屋。之所以如是，盖因居住权得优先于债权特性（性质）的借用权（使用借贷权）。亦即言，同一物上成立的用益物权得优先于该物上成立的债权。<sup>〔18〕</sup>

第三，债务人的特定财产上存在担保物权，而就该特定财产卖得的价金，担保物权人（如抵押权人、质权人、留置权人）有优先于债务人的一般（普通）债权人受偿的权利。此即担保物权优先于一般（普通）债权，<sup>〔19〕</sup>担保物权人较一般（普通）债权人具有优先受偿的权利。<sup>〔20〕</sup>具体包括如下情形。

1. 债务人（担保人）的物上存有担保物权的，于该担保物被拍卖时，无论债务人（担保人）的财产是否足够清偿债务，担保物权人（债权人）就拍卖（担保）标的物所得的价金，皆优先于债务人的一般（普通）债权人受清偿。<sup>〔21〕</sup>概言之，于同为债权人的情形，享有物权担保的债权人可优先于一般（普通）债权人而受清偿。<sup>〔22〕</sup>譬如甲有价值 1000 万元的一套房产，先向乙借款 800 万元，未以该套房产设立抵押，即乙以甲的总财产（责任财产）担保其对甲的一般（普通）债权。乙对甲的权利仅为债权。之后甲又向丙借款 500 万元，以该套房产为丙设立抵押，即丙以

〔12〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第 8 页。

〔13〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第 30 页。

〔14〕 参见前引〔7〕，郑冠宇书，第 20-21 页。

〔15〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第 8 页。

〔16〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第 8 页；前引〔2〕，王泽鉴书，第 59 页。

〔17〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第 30 页。

〔18〕 参见前引〔2〕，王泽鉴书，第 59 页；前引〔2〕，温丰文书，第 8-9 页。

〔19〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第 30 页。

〔20〕 参见吴光明：《新物权法论》，三民书局 2009 年版，第 10 页。

〔21〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第 30 页。

〔22〕 参见前引〔7〕，郑冠宇书，第 21 页。

甲的特定财产担保其对甲的特定债权，丙对甲的权利则为物权。于此情形，甲的房产尽管先为乙的权利标的物，之后为丙的权利标的物，然因乙对甲的权利为债权，丙对甲的权利为物权，丙就该房产被拍卖所得的价金便有优先受偿的权利。即使债务人甲已受破产宣告，此种优先效力也不因之而受影响。<sup>〔23〕</sup>

2. 根据我国台湾地区“民法”与实务，就同一不动产设立抵押权后复设立典权，抵押权人届期未受清偿，其实行抵押权而拍卖抵押物时，因有典权存在，若无人应买或所出价金不足以清偿抵押权所担保的债权，执行机构（法院）得除去典权负担而重新估价拍卖，所得价金于清偿抵押权所担保的债权后，若有余额，典权人的典价，对于登记在后的权利人（如后顺位抵押权人）享有优先受偿权。<sup>〔24〕</sup>以此推论进而言之，该典权人自也优先于一般债权人受偿。<sup>〔25〕</sup>

3. 根据我国台湾地区“强制执行法”第15条“第三人异议之诉”的规定，质权人、留置权人以及典权人于其标的物受他债权人的强制执行请求时，乃得基于物权优先效力而诉请加以排除。<sup>〔26〕</sup>

4. 标的物的所有权移转时，即使该所有权移转的原因债权业已先存在，然之后存在的担保物权与用益物权并不因此而受影响。譬如甲将其房产出卖给乙，于未移转房产所有权之前复将该房产为丙设立抵押权，以担保其对丙的债务，该抵押权即便成立或发生于买卖合同缔结之后，买受人乙于取得该房产所有权后，也不得主张丙的抵押权对其不生效力。<sup>〔27〕</sup>此种场合，若甲为丙设立《民法典》物权编的居住权（并经登记），买受人乙于取得该房产所有权后，也不得主张丙的居住权无效或对其不生效力。

行文至此，我们看到，物权优先于债权确为物权法乃至民法重要原则。此种优先效力系由物权与债权的本质差异所造成，<sup>〔28〕</sup>合于物权法法理，并有积极的实务与应用价值。然同时，物权优先于债权这一物权法原则又存在诸多例外。此等例外也可谓是对该原则的突破，或该原则不能适用（或作用）的特殊情形。如下乃逐一对其特殊情形展开讨论。

## 二、租赁权的优先效力

按照法理与立法规定，《民法典》中的租赁关系为纯粹的债之关系（《民法典》第703—734条），承租人对租赁物并不取得物权。其中第703条规定：“租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。”第725条规定：“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”此即买卖不破租赁，租赁权物权化，亦即其

〔23〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第9页；前引〔1〕，谢在全书，第30页。

〔24〕 参见我国台湾地区“司法院”大法官会议释字第119号解释；前引〔2〕，温丰文书，第9页；前引〔1〕，谢在全书，第30—31页。

〔25〕 参见我国台湾地区“司法院”大法官会议释字第119号解释；前引〔2〕，温丰文书，第9页；前引〔1〕，谢在全书，第31页。

〔26〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第31页。

〔27〕 参见前引〔7〕，郑冠宇书，第21页。

〔28〕 应值提及的是，正是由于物权与债权具有本质或根本属性的差异或不同，前者乃应优先于后者。也就是说，物权优先于债权乃是由物权与债权作为权利而存在构成上的差异所造成、所使然的。参见〔日〕原岛重义等：《民法讲义2：物权》，有斐阁1980年12月再版第4刷发行，第25页。

与物权乃有对等的地位，<sup>〔29〕</sup>也就是租赁权具优先效力的规定。

### （一）租赁权具优先效力的比较法观察

为更充分、全面地理解《民法典》中的买卖不破租赁即租赁权具有优先效力的规定，于此有必要考察日本、德国、瑞士、奥地利、法国以及我国台湾地区“民法”的租赁权具优先效力（即买卖不破租赁）的制度及学理梗概。<sup>〔30〕</sup>

#### 1. 日本法

日本民法将租赁权规定为债权，根据学理观点，该债权不应有优先效力。也就是说，租赁权不应有对抗第三人的效力。出租人若将租赁物出让给第三人，承租人仅可依债务不履行的规定受到保护，而不可根据租赁契约对抗作为受让人的第三人。<sup>〔31〕</sup>

应值指出的是，上述学理与立法远在罗马法时代即已存在。具体而言，按照罗马法，乙自甲所有人处租赁（承租）标的物，于甲将该租赁（标的）物出让给丙时，乙不得对标的物的新所有人丙主张租赁权。这也就是罗马法中的“买卖击破租赁”原则。<sup>〔32〕</sup>

1898年施行的《日本民法典》即采罗马法“买卖击破租赁”（Kauf bricht Miete<sup>〔33〕</sup>）原则。其第605条规定：“不动产租赁已登记的，对之后就其不动产取得物权的人也生效力。”<sup>〔34〕</sup>也就是说，据此条文（规定），不动产租赁已登记的，得对抗之后取得不动产物权的人。然根据实务做法，依据此条进行不动产租赁登记，乃需有出租人的协助方得为之，承租人自身无法单独申请登记，由此取得不动产租赁权的对抗力。故而，尽管有第605条的规定，但该法实际上并未脱离“买卖击破租赁”的轨道。<sup>〔35〕</sup>由于“买卖击破租赁”（原则）的施行，日本于1906—1908年间发生了严重的“地震买卖”的社会问题。<sup>〔36〕</sup>具体而言，1904—1905年日本因日俄战争（的胜利）而带动了社会经济的繁荣。地价由此飙涨，不少土地所有人趁机出售其业已出租的土地。买受人于买受土地后乃根据“买卖击破租赁”的规定，要求承租人拆屋还地。由是，土地承租人于基地（租赁土地）上建筑的房屋被迫拆除，以恢复土地原状，将土地返还于新地主（新土地所有人、土地买受人）。易言之，承租人于承租土地上建筑的房屋乃犹如被地震震垮，对土地的新买受人并无丝毫对抗力。其结果不仅造成承租人经济上的重大损失，且社会经济的发展也受到影响。<sup>〔37〕</sup>在此背景下，日本乃于1909年制定《建筑物保护法》，明定出租的土地只要承租人于基地（土地）上所建的房屋办理登记（承租人可单独申办建筑物的保存登记），即具对抗力（《建筑物保护法》第1条）。由是，基地（土地）承租人乃得到保护。及至1921年日本制定《借家法》<sup>〔1992〕</sup>

• 95 •

〔29〕 参见郑玉波：《民法物权》，黄宗乐修订，三民书局2007年版，第32页。

〔30〕 以下有关日本情况的考察主要参考前引〔2〕，温丰文书，第11-12页。

〔31〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第11页。

〔32〕 参见〔日〕山田晟：《德国法律用语辞典》，大学书林1994年版，第355页。

〔33〕 参见前引〔32〕，山田晟书，第355页。

〔34〕 应注意的是，此条文为平成29年（2017年）法律第44号修改前的条文，而平成29年（2017年）法律第44号修改本条文为：“不动产租赁已登记之时，得对抗就其不动产取得物权之人及其他第三人。”参见王融擎编译：《日本民法：条文与判例》，中国法制出版社2018年版，第509页。

〔35〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第11页。

〔36〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第11页。

〔37〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第11-12页。



年改(合)称《借地借家法》],明确出租人的房屋只要房屋交付于承租人后,即具对抗力(《借地借家法》第31条),由此以保护房屋承租人。〔38〕另外,日本于1938年制定《农地调整法》(1952年改称《农地法》),明确出租的农地,只要农地交付于承租人(小作人)后,即具对抗力(《农地法》第18条),由是以保护农地承租人。〔39〕据此我们可以看到,有关不动产租赁,在日本乃是透过特别法规定而将《日本民法典》中的买卖击破租赁原则逐渐转换为买卖不破租赁(Kauf bricht nicht Miete〔40〕)原则,由此以使不动产租赁权逐渐取得与物权对等(或相同)的地位,〔41〕也就是具有优先效力〔42〕。

## 2. 德国法

德国1887年公布的民法典第一草案采与《日本民法典》事实上相同的买卖击破租赁原则。之后因受到批判而于1896年正式公布的《德国民法典》中改采买卖不破租赁原则。其第571条(“买卖不能击破租赁”)第1项规定:使用出租人〔43〕将租赁的土地交付于承租人后,以之出让于第三人的,取得人就其所有权存续的时期中由于租赁关系所生的权利与义务,承受出租人的地位。〔44〕据此(规定)并依《德国民法典》第580条〔45〕规定,土地或房屋等的使用租赁人出让(让与)租赁物时,受让人得承继由使用租赁而生的权利义务。〔46〕至于动产的使用出租人出让(让与)动产时,承租人对受让人,得以其对于出租人(让与人、出租人)所为的占有的权利而得主张的抗辩对抗新所有人(受让人)(《德国民法典》第986条)。〔47〕动产租赁权由此具优先效力,亦即动产承租人得以其租赁权对抗租赁物的受让人(买受人、新所有人)。〔48〕2001年德国修改民法(典),调整条文的内容,于第566条规定房屋租赁(买卖不破租赁)、第578条规定准用于土地及其他非以居住为目的的房屋租用,也就是“土地与房屋的使用租赁关系”。〔49〕一言以蔽之,根据德国法,不动产与动产的承租人得以其租赁权对抗租赁物的受让人(买受人、新所有

〔38〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第12页。

〔39〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第12页。

〔40〕 参见前引〔32〕,山田晟书,第355页。

〔41〕 参见前引〔8〕,我妻荣书,第21页;〔日〕松坂佐一:《物权法》,有斐阁1980年12月四版1刷发行,第7页;〔日〕三和一博、平井一雄编:《物权法》,青林书院1989年12月初版第1刷发行,第13页;〔日〕高岛平藏:《物权法制的理论基础》,敬文堂1986年版,第43页;〔日〕田山辉明:《通说物权法》,三省堂1993年10月第3刷发行,第37页;〔日〕林良平:《物权法》,青林书院1986年4月初版第1刷发行,第20页。

〔42〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第11-12页;前引〔8〕,我妻荣书,第21页。

〔43〕 应值注意的是,德国民法将租赁分为使用租赁(Miete)与用益租赁(Pacht),《大清民律草案》效仿之而称为使用租赁借与用益贷借。参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第六册),1991年自版,第194页注释2。

〔44〕 参见台湾大学法律学研究所编译(梅仲协等编译):《德国民法》,1965年版,第404页。应值提及的是,本条中所称的“出让”(让与),乃系指使用出租人的任意让与(出让),而并不涵括依强制拍卖(RG. 71, 404; 103, 68; 124, 195)以及依破产管理人(《破产法》第21条第3项, RG, 127, 116)的让与(出让)在内。对此,参见该书,第405页。

〔45〕 《德国民法典》第580条规定:“关于土地租赁的规定,也适用于住宅及其他处所的租赁。”参见前引〔44〕,台湾大学法律学研究所编译(梅仲协等编译)书,第407页。

〔46〕 参见前引〔32〕,山田晟书,第355页。

〔47〕 参见前引〔32〕,山田晟书,第355页。应注意的是,此等规定即是德国民法(典)的买卖不破租赁的规定。唯根据德国现行法,仅有买卖标的物的所有权还不能移转,尚需有所有权让与(出让)的物权行为。对此,参见前引〔32〕,山田晟书,第355页;台湾大学法律学院、财团法人台大法学基金会:《德国民法(总则编、债编、物权编)》(上册),元照出版有限公司2016年版,第913-915页。

〔48〕 参见前引〔32〕,山田晟书,第355页。

〔49〕 参见前引〔47〕,台湾大学法律学院、财团法人台大法学基金会书,第570、593页。



人)，不动产租赁权与动产租赁权由此具有优先效力。

### 3. 瑞士法、奥地利法与法国法

瑞士民法、奥地利民法及法国民法，皆为现今大陆法系民法法圈的重要组成部分。对于租赁权优先效力的适用范围，按照《瑞士债务法》的规定，其不仅及于不动产租赁权，且也及于动产租赁权。对此，1989年12月15日的瑞士联邦法律第I项修正，自1990年7月1日起生效的《瑞士债务法》第八章“使用租赁”（第261条）明定：“租赁契约订立后，出租人让与租赁物，或者因强制执行程序或破产程序而丧失租赁物所有权者，其租赁关系随同租赁物的所有权移转于取得人。但是：（1）在住房租赁和营业场所租赁的情形，新所有人，如其本人、近亲属确有急迫需要者，得通知租赁关系在下一个法定许可的终止日期终止；（2）在其他租赁的情形，如契约未约定得更早终止租赁关系者，新所有人得通知租赁关系在下一个法定许可的终止日期终止；（3）新所有人终止租赁关系的日期，早于承租人与原出租人在契约中约定的终止日期者，原出租人对于承租人因此所受的一切损害，应负赔偿责任；（4）关于征收的规定，不受影响。”<sup>〔50〕</sup>

现行《奥地利普通民法典》对于租赁权经登记于公共登记簿后乃有优先效力予以明文规定。其第1095条规定：“租赁契约已登记于公共登记簿者，承租人的权利视为物权（对世权），在租赁关系存续期间，租赁物的占有承继人须容忍承租人继续行使其权利。”<sup>〔51〕</sup>第1120条又进一步明确：“承租人的权利未登记于公共登记簿者，如租赁物的所有权人将租赁物让与并交付于第三人，经以合法方式通知承租人终止契约后，承租人不得对抗新的占有人。但承租人就其所受的损害和所失的收益，得请求出租人完全赔偿。”<sup>〔52〕</sup>值得指出的是，《奥地利普通民法典》此等条文规定的租赁契约，是否既指不动产租赁契约，也涵括动产租赁契约，自条文的字面上看并不清楚，若是兼指二者，则根据《奥地利普通民法典》的这些规定，不动产租赁权与动产租赁权一经理办理登记，即皆具优先效力。

《法国民法典》对于租赁权的优先效力的适用范围规定于第1743条。按照经1945年10月17日第45—2380号法令、1946年4月13日第46—682号法律修改后的该1743条的规定，租赁权的优先效力仅得适用于不动产租赁（权）。也就是说，若（不动产，如土地）租赁契约经公证或定有确定日期，该不动产（如土地）租赁权具对抗第三人的效力。具体而言，现行《法国民法典》第1743条明定：“如出租人出卖其出租物，买受人不得辞走已订立经公证或规定有确定期日的租赁契约的土地承租人、佃农或房屋承租人。但是，如在租赁契约中原已保留此种权利，买受人得辞走非乡村财产的承租人。”<sup>〔53〕</sup>

### 4. 我国台湾地区“民法”

这里有必要提及我国台湾地区“民法”有关租赁权具优先效力的情况。对此，值指出的是，台湾地区1999年于其“民法”债编修改前，并不区分租赁标的物而一概规定，无论动产或不动

〔50〕 参见戴永盛译：《瑞士债务法》，中国政法大学出版社2016年版，第88—89页。

〔51〕 参见戴永盛译：《奥地利普通民法典》，中国政法大学出版社2016年版，第210页。

〔52〕 参见前引〔51〕，戴永盛译书，第215页。

〔53〕 参见罗结珍译：《法国民法典》，中国法制出版社1999年版，第393页；李浩培、吴传颐、孙鸣岗译：《法国民法典》（拿破仑法典），商务印书馆1979年版，第243页。

产,其租赁权皆有优先效力。<sup>[54]</sup> 尽管实务中较少有动产租赁权具优先效力的案例,但台湾地区多数学说认为动产租赁权也应具优先效力。进言之,动产租赁(权)具优先效力,系在(台湾地区)“民法”规定的租赁权具优先效力的射程范围内。<sup>[55]</sup> 1999年台湾地区修改其“民法”债编,将原不动产、动产租赁权皆具优先效力的条文(第425条)修改为:“出租人于租赁物交付后,承租人占有中,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人仍继续存在。前项规定,于未经公证之不动产租赁契约,其期限逾五年或未定期限者,不适用之。”<sup>[56]</sup> 该修改后的新条文的旨趣是:强化租赁契约应有一定的公示手段或方法(占有),方具优先效力,由是以维护交易安全。<sup>[57]</sup> 然将未经公证而期限逾五年与未定期限的不动产租赁排除于优先效力保护范围之外,学说上认为其有待商榷。<sup>[58]</sup> 譬如温丰文先生就此评判道:(台湾地区)现行“民法”第425条的(新增)规定,除为民间公证人提供一项业务诱因,并对诈害不动产受让人或拍定人的假租赁有防止功能外,其乃与资本运动法则相违背,且与现今外国立法成例相违和。<sup>[59]</sup> 具体而言,从前者看,于土地所有与土地利用分离时,应强化土地利用权,而强化土地利用权的方式,乃系以强化土地承租人的法律地位为首要。要强化土地租赁权,则需保障土地租赁权的存续期间。唯土地租赁期间长期化后,于其存续中,土地所有人主体常有更替的可能,租赁权的存续,应不因此情事而破坏,也就是赋予承租人得以其租赁权对抗新所有权人的权利,系保护承租人的不可或缺的方法或手段。故此,(台湾地区)现行“民法”第425条新增的第2项规定限缩了不动产租赁权对抗力的范围,明定期限逾五年或未定期限的不动产租赁需经公证方具对抗力,乃系不妥;而从后者即域外立法成例论,(台湾地区)现行“民法”(即修改后的第425条)限缩了不动产租赁权优先效力的适用范围,与现今域外立法成例也系相背道而驰,因而也系不妥。

此外,有必要提及的是,对台湾地区“民法”第425条的规定,有学说认为其不仅适用于买卖场合,且凡于所有权出让时,无论其原因为买卖、赠与或互易,而皆得适用。故而,“买卖不破租赁”宜改称为“所有权让与不破租赁”。<sup>[60]</sup> 而之所以如此,盖因“买卖不破租赁”的用语,容易使人误解为第425条的规定仅于买卖的场合方得适用。最后,学说还认为,第三人若得所有人的同意而出租标的物的,也应类推适用该第425条的规定。<sup>[61]</sup>

## (二) 我国租赁权优先效力的释明

由以上考察我们可以看到,对于租赁权的优先效力,如前述,日本乃系透过特别法的规定而将《日本民法典》中的买卖击破租赁原则逐渐改易为买卖不破租赁原则,由此使不动产租赁权取

[54] 我国台湾地区“民法”原第425条规定:“出租人于租赁物交付后,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人仍继续存在。”

[55] 参见史尚宽:《债法各论》,荣泰印书馆股份有限公司1977年版,第209页;林诚二:《民法债编各论》(上),瑞兴图书有限公司1994年版,第330页。

[56] 参见陈聪富主编:《月旦小六法》,元照出版有限公司2014年版,第3-44页。

[57] 参见温丰文:《台湾民法典物权优先效力规定之施行经验》,载前引〔2〕,温丰文书,第13页。

[58] 参见苏永钦:《关于租赁权物权效力的几个问题——从民法第425条的修正谈起》,载《律师杂志》1999年第241期;前引〔2〕,温丰文书,第13页以下。

[59] 参见前引〔2〕,温丰文书,第13-15页。

[60] 参见前引〔7〕,郑冠宇书,第22页。

[61] 参见前引〔7〕,郑冠宇书,第22页。

得优先效力。而现行《德国民法典》则是直接透过明文规定买卖不破租赁而使租赁权具对抗第三人的优先效力，且此对抗第三人的优先效力无论不动产租赁权抑或动产租赁权兼有之。现行瑞士法（《瑞士债务法》）采与德国法相同立场，明定无论不动产租赁权抑或动产租赁权，皆有对抗第三人的优先效力。之所以如此，大抵因瑞士民法属于德国民法支流的立法。此二国法对于租赁权的优先效力的适用范围采相同（立法）规定，这也大体表明它们于民法观念、民法史乃至民法实务方面具相当的同源性。奥地利法明定经登记的租赁权具优先效力，尽管其所称的租赁权（租赁契约）系指不动产租赁权（不动产租赁契约），但动产租赁权（动产租赁契约）自条文的文义规定看并不明确、清晰。唯根据法律的解释原则，将之解为无论不动产抑或动产租赁权皆有优先效力，也并不为过。法国民法对于租赁权的优先效力明定仅得适用于不动产租赁（权）。具体而言，若租赁契约经公证或定有确定日期，其不动产租赁权即具对抗第三人的效力。至于我国台湾地区现行“民法”第425条，其不独认可不动产租赁权具优先效力，也认为动产租赁权仍具对抗第三人的效力。只是基于不动产租赁权的物权化（即不动产租赁权具优先效力）而应有占有等公示方法的需要或要求，其“民法”第425条第2项乃对不动产租赁权的适用予以了限缩。此种限缩受到学说的批判，认为未臻妥当，值得商榷。

对于租赁权的对抗第三人的优先效力或曰租赁权的物权化（债权物权化，Verdinglichung obligatorischer Rechte<sup>〔62〕</sup>），抑或买卖不破租赁原则，我国学理上通常的解释是：租赁权是物权化的债权，承租人行使租赁权主要体现在对租赁物的使用、收益，故对人的依赖较弱而对物的依存较强，出租人为谁对于承租人使用租赁物并不具特别意义。<sup>〔63〕</sup>自保护承租人利益和维护交易秩序出发，我国通说采取“法定契约承受”（法定的契约承担，gesetzliche Vertragsübernahme<sup>〔64〕</sup>）观点以对买卖不破租赁进行解释。也就是说，于租赁期间转移租赁物所有权即发生所谓“先租后卖”时，受让人于受让该租赁物的所有权时就与承租人产生了租赁合同关系而成为一个新的出租人，继承原出租人的权利和义务，也就是买受人承受原租赁合同而成为原租赁合同的当事人，原出租人则脱离租赁合同。<sup>〔65〕</sup>一言以蔽之，租赁物所有权发生移转后存在于买受人和承租人之间的租赁合同与原先存在于出租人和承租人之间的租赁合同，系具有“债的同一性”，故而原租赁合同不受影响。<sup>〔66〕</sup>

如前述，我国《民法典》对于租赁权具对抗第三人的优先效力的规定乃见于第725条。<sup>〔67〕</sup>

〔62〕 参见前引〔43〕，王泽鉴书，第195页。

〔63〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（三）》，人民法院出版社2020年版，第1550页。

〔64〕 参见前引〔43〕，王泽鉴书，第215页。

〔65〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社2009年版，第339页。

〔66〕 参见黄凤龙：《“买卖不破租赁”与承租人保护——以对〈合同法〉第229条的理解为中心》，载《中外法学》2013年第3期；前引〔63〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第1550页。

〔67〕 另外，《民法典》第726条第1句规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。”第925条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人；但是，有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”此等规定也表明，租赁关系或其他债之关系尽管是相对性法律关系，其效力原则上仅存在于当事人之间，不能约束当事人以外的人，但于某些特殊情形（譬如此两条规定的情形）也存在债的相对性的例外，使原本仅于当事人之间发生效力的债，对第三人也有约束力。参见陈华彬：《债法通论》，中国政法大学出版社2018年版，第16页。

据此规定,租赁物于承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的,该租赁权具有对抗租赁物所有权的效力。也就是说,租赁权具有优先于租赁物所有权的效力。<sup>[68]</sup> 惟其前提须是承租人按照租赁合同而对租赁物加以占有的期限内,若并不在此期间中,则不发生或并无租赁权得对抗第三人的优先效力的问题。<sup>[69]</sup> 至于租赁权优先效力的适用范围,根据第 725 条规定,其也并不区分不动产和动产而有差异或不同,也就是说,无论不动产租赁权抑或动产租赁权,皆具对抗第三人的优先效力。<sup>[70]</sup> 此种立法立场与前述域外国家和地区中的德国、瑞士、我国台湾地区乃至奥地利相同,应值肯定。之所以如此,盖因租赁物所有权的受让人若不受原租赁合同的约束,则事实上相当于赋予出租人(即出租人)片面享有租赁合同终止权,从而听由出租人和受让人共同侵害承租人的债权,如是将对财产秩序产生破坏。<sup>[71]</sup> 故此,无论不动产租赁抑或动产租赁,皆应使之具有对抗第三人的优先效力。至于不动产买卖不破租赁,因在于保护承租人阶层的生存利益,其具对抗第三人的优先效力乃更属得当。此盖因“居住为人生之基本需求,物价高昂,购买不易,承租人多属经济上弱者,实有特别保护之必要”<sup>[72]</sup>。

应值提及的是,我国不仅民事立法认可租赁权具有对抗第三人的优先效力,而且民事审判实践长期以来也一直将“买卖不破租赁”作为处理涉及租赁关系案件的基本规则。譬如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(已废止)第 119 条第 2 款规定:“私有房屋在租赁期内,因买卖、赠与或者继承发生房屋产权转移的,原租赁合同对承租人和新房主继续有效。”还有,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28号)第 54 条第(二)项规定:“抵押人将抵押财产出租给他人并移转占有,抵押权人行使抵押权的,租赁关系不受影响,但是抵押权人能够举证证明承租人知道或者应当知道已经订立抵押合同的除外。”另外,《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 20 条也明确规定:“租赁房屋在租赁期间发生所有权变动,承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的,人民法院应予支持。”

### 三、预告登记的优先效力

预告登记,日本法又称假登记,<sup>[73]</sup> 系指为保全对于他人不动产物权变动请求权所实施的登记,其旨趣在于防止登记名义人(如不动产出卖人、不动产所有权人)对不动产物权实施有碍于

[68] 参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社 2014 年版,第 36 页。

[69] 参见前引〔43〕,王泽鉴书,第 202 页。

[70] 参见前引〔63〕,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第 1550 页。

[71] 参见陈鸣:《“买卖不破租赁”的司法续造及其局限性——兼论〈民法典·合同编〉中租赁合同对抗规则的重构》,载《西部法学评论》2017 年第 1 期。

[72] 参见前引〔43〕,王泽鉴书,第 194 页。

[73] 按照《日本不动产登记法》第 105 条 2 项、第 106 条的规定,请求产生不动产物权的变动的债权(或以不动产物权的变动为目的的请求权——债权)一经完成假登记,即具有优先于后成立的物权的效力。当然,对此的反面解释乃是:未进行假登记的,则无优先于后成立的物权的效力。参见前引〔8〕,我妻荣书,第 20-21 页;〔日〕松井宏兴:《物权法》,成文堂 2017 年版,第 21 页;〔日〕舟桥淳一:《物权法》,有斐阁 1970 年版,第 25 页。

保全请求权的处分，由此保护请求权人的权益。<sup>〔74〕</sup> 简言之，预先为保全对于他人土地或建筑物权利的取得、丧失、变更请求权所进行的登记，即为预告登记。<sup>〔75〕</sup> 也就是说，预告登记特性上为债权的保全措施，确保以不动产物权变动为内容的债权得以实现，因而限制不动产权利人的处分权。<sup>〔76〕</sup> 譬如不动产的买受人为确保对于出卖人基于买卖合同的债权（请求交付标的物与移转标的物所有权）得以实现，将其债权进行预告登记后，即使出卖人将该不动产所有权出让给第三人，买受人仍可基于其买卖合同的债权，对于就该买卖标的物取得所有权的人主张其权利。<sup>〔77〕</sup> 质言之，于不动产移转过程中，当事人间的债权合同生效后还不能进行本登记（正式登记），受让人只享有债权请求权，为保护自己利益，受让人（买受人）可以通过预告登记使出卖人处分行为中的妨碍其权利的行为无效。<sup>〔78〕</sup>

《民法典》第 221 条规定：“当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起九十日内未申请登记的，预告登记失效。”据此规定，请求不动产物权变动的债权，若经预告登记，其效力即优先于物权。<sup>〔79〕</sup> 也就是说，按照《民法典》的该条规定，有关房屋或其他不动产物权移转（变动）的请求权经预告登记后，未经预告登记的权利人同意，登记名义人（如房屋所有权人或其他不动产登记权利人）尽管仍可将其房屋或其他不动产物权出让给他人，但该出让与预告登记所保全的请求权发生抵触或有妨碍时，乃系无效。进言之，预告登记的权利人得以房屋或其他不动产物权变动的请求权已作保全登记为由，对抗受让人。譬如甲出卖房屋给乙，而作移转请求的预告（保全）登记后，仍可将其房屋所有权出让给丙，丙尽管可对抗任何人，但不得对抗乙。<sup>〔80〕</sup> 换言之，由于乙的移转请求权（债权）已经预告（保全）登记，丙无法完成房屋的过户登记而取得房屋的所有权（物权）。此即前述《民法典》第 221 条规定的“预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力”。另外，根据《民法典》该第 221 条的规定，为平衡预告登记中各方当事人的利益，预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起 90 日内未申请登记的，预告登记丧失其效力。

归纳言之，预告登记的优先效力具体表现为：（不动产）债权一经预告登记即具否定之后于不动产债权标的物上成立之物权的效力，未经预告登记的权利人同意，出卖人或转让人处分该不动产的，不发生物权效力（即不发生不动产物权变动的效力）。再举例言之，若买受人甲就其请

〔74〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第 9 页。

〔75〕 参见温丰文：《土地法》，洪记印刷有限公司 2017 年版，第 214 页。

〔76〕 参见前引〔7〕，郑冠宇书，第 23 页。

〔77〕 参见前引〔7〕，郑冠宇书，第 23 页。

〔78〕 参见申卫星：《物权法原理》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 162 页。

〔79〕 应值注意的是，此在日本法和我国台湾地区“法”上也系通说。对此，可参见前引〔2〕，温丰文书，第 10 页。然也有学者对此提出异议，谓：“预告登记有使土地权利人所为之处分归于无效之效力，根本无物权优先于请求权（债权）之意义存在，故均与物权优先于债权之效力无关。”姚瑞光：《民法物权论》，吉锋彩色印刷股份有限公司 2011 年版，第 9 页。

〔80〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第 10 页。



求开发商乙移转 A 商品房所有权的债权办理了预告登记后, 开发商乙将 A 商品房出卖给丙或抵押于丁, 即使办理了过户登记手续或抵押登记手续, 也不发生 A 商品房所有权的移转, A 商品房抵押权也不设立。<sup>〔81〕</sup> 另外, 若对《民法典》第 221 条第 1 款作反面推论, 则可作出如下结论: 于出卖人或转让人处分已经预告登记的债权标的物时, 预告登记权利人同意的, 则发生 (不动产) 物权变动的效力。<sup>〔82〕</sup>

#### 四、物权关系中债权约定的优先效力

此即于物权关系的场合, 若当事人之间存在关涉该物权的使用、收益、分割 (或禁止分割) 乃至管理的约定, 其经登记后, 则该特性 (或性质) 上为债权关系的约定即具对抗第三人的效力。若物权关系移转, 则该债权的约定也随同移转于受让人。易言之, 物权的 (新) 受让人得受该经登记后的债权约定的拘束。对此, 我国台湾地区“民法”第 826 条之 1 的 I 项规定: “不动产共有人间关于共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定或依第八百二十条第一项规定所为之决定, 于登记后, 对于应有部分之受让人或取得物权之人, 具有效力。其由法院裁定所定之管理, 经登记后, 亦同。”<sup>〔83〕</sup>

值得指出的是, 根据物权法定原则, 物权的种类与内容尽管不得创设, 然基于私法自治原则, 当事人之间可于物权关系上进行或实施债权 (关系) 的约定, 也就是可于物权关系中订立附随的债权契约。此种附随于物权关系中的债权契约有无反抗第三人的效力, 也就是有无物权效力或优先效力, 曾于我国台湾地区实务的共有物分管 (或分割) 契约场合发生争议。<sup>〔84〕</sup>

按照我国台湾地区实务, 共有物分管契约系指共有物的共有人之间就共有物的使用、收益或管理方法所订立的契约。该种契约特性上为共有人之间的契约, 而非共有物上的物权负担, 故仅具债权的效力, 且该契约也并不当然随应有部分 (份额) 的移转而移转于受让人。<sup>〔85〕</sup> 然为维护法律秩序的安定, 我国台湾地区“最高法院”于 1959 年台上字第 1065 号判例中谓: “共有人于与其他共有人订立共有物分割或分管之特约后, 纵将其应有部分让与第三人, 其分割或分管契约对于受让人仍继续存在。”据此, 应有部分 (份额) 的受让人应受前手所订立的分管 (或分割) 契约的拘束。质言之, 分管 (或分割) 契约尽管是债权契约, 然具物权效力 (优先效力)。<sup>〔86〕</sup> 不过, 至 1994 年时, 我国台湾地区“司法院”大法官会议释字第 349 号认为, 分管 (或分割) 契约的优先效力应受到限缩, 其应仅以应有部分 (份额) 的受让人知悉或可得而知者为限, 对受让人方有拘束力。也就是说, 应有部分 (份额) 的受让人 (第三人) 明知或可得而知存在分管 (或分割) 契约依然受让应有部分 (份额) 的, 该分管 (或分割) 契约对之具对抗力, 也就是有优先

〔81〕 参见前引〔68〕, 崔建远书, 第 62 页。

〔82〕 参见前引〔68〕, 崔建远书, 第 62 页。

〔83〕 陈聪富主编:《月旦小六法》, 元照出版有限公司 2014 年版, 第 3-95 页。

〔84〕 参见前引〔2〕, 温丰文书, 第 15 页。

〔85〕 参见前引〔2〕, 温丰文书, 第 16 页。

〔86〕 参见前引〔2〕, 温丰文书, 第 16 页。



效力。<sup>〔87〕</sup>但如此结果，恐难以维持物权法秩序的安定，并有妨碍交易安全之虞。有鉴于此，我国台湾地区“民法”遂作出前述规定，明确共有物分管（或分割）契约经登记后，其对应有部分（份额）的受让人具拘束力（对抗力、优先效力）。<sup>〔88〕</sup>

## 五、法律基于公益等明确规定的债权优先效力

基于公益或社会政策的理由，法律明定物权不具优先顺位，也就是债权具优先效力，譬如根据税法的规定，税收债权得优先于一切债权与抵押权。<sup>〔89〕</sup>另外，按照《海商法》第21条、第22条第1款及第25条第1款的规定，船长、船员和其他在编人员依法及劳动合同产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求权，于船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求权，船舶吨税、引航费、港务费及其他港口规费的缴付请求权，海难救助的救助款项的给付请求权，船舶于营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求权，就此类海事请求权而对该船舶主张时，各类请求权（债权）得优先于船舶所有权、船舶留置权及船舶抵押权受（清）偿。<sup>〔90〕</sup>还有，按照《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7号）（2020年修改前）第7条第1款规定：“拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置协议，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置，如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的，应予支持。”据此规定，若该第三人已经就房屋办理了过户登记手续，则该条款就确立了如下规则：被拆迁人的债权优先于该第三人的房屋所有权。也就是说，于此也就出现了债权优先于物权（所有权）的现象。<sup>〔91〕</sup>

• 103 •

## 六、结 语

经由以上考察可以明了，由物权与债权在本旨上的差异所造成的物权优先于债权原则系古罗马法以来的重要原则。此原则经中古世纪的淬炼而于近代民法（尤其是德国民法）中得以确立，于当代民法中获得完善，彰显其所具有的顽强法律生命力。然法谚云：举凡原则乃皆有例外。前文以较大篇幅论述的债权优先于物权的诸多情形，正为物权优先于债权这一原则的例外。换言之，此等特殊情形实际上属于例外，物权优先于债权的原则对之并不适用。“例外证明规则”（Exceptio probat regulam），“惟有例外，故知规则的存在”<sup>〔92〕</sup>。易言之，债权优先于物权的诸

〔87〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第16页。

〔88〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第16页。应值得注意的是，对于前述台湾地区“民法”第826条之1的第一项以“物权关系上的债权约定”为登记对象，且以登记为“对抗要件”，学说认为此业已完全逸出了台湾地区“法”的以“不动产物权变动”为登记对象，而登记为“生效要件”的权利登记制的范畴，立法政策上是否妥当及有无必要，实值检讨。参见温丰文：《论不动产登记——以探讨民法物权编修正草案之规定为主》，载《月旦法学杂志》2001年第68期。

〔89〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第31页。

〔90〕 参见前引〔68〕，崔建远书，第37页。

〔91〕 参见前引〔68〕，崔建远书，第36页。

〔92〕 参见陈卫佐：《拉丁语法律用语和法律格言词典》，法律出版社2009年版，第203页。

多特殊情形，实反过来证立物权优先于债权这一原则的确系存在，以及其所具有的价值、功用与意义。

《民法典》物权编尽管未明定物权优先于债权原则，也未逐一明示该原则的诸多例外情形，然本文的分析与论证表明，对于这一物权法乃至民法原则与例外情形，当依本文的阐释而为之。由此，方可建构起我国民法（典）中的物权优先于债权原则及其诸例外情形的妥适基础理论，进而发挥这一原则与例外情形的固有功用与价值。

---

**Abstract:** As real right is dominant and absolute right, while creditor's right is right of claim and relative right, the precedence of real right over creditor's right is an important principle of the property law and even the civil law. It is also specifically manifested as that ownership, usufruct right and security interest all have precedence over creditor's right respectively. However, there are exceptions only in the circumstances of no break of lease with bargain, advance notice registration, agreements on creditor's right in real right relations and for reasons of public interests and social policies. That is to say, in such cases, the creditor's right has priority effect against the third party, and the creditor's right has precedence over the real right. The Civil Code of the People's Republic of China stipulates that leasehold right and the advance notice registration have priority effect, but it does not stipulate that the creditor's right has priority effect in other cases. The explanatory theory (commentary theory and annotation theory) of that real right takes precedence over creditor's right in our country, especially its exceptions should draw on the common practice, general doctrines and jurisprudence from countries of civil law system for reference so as to construct a proper and harmonious theory and practice application system that real right takes precedence over creditor's right and its exceptions.

**Key Words:** real right taking precedence over creditor's right, real right, creditor's right

---

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

## 论共有物分割请求权的性质及行使方式

刘 宇\*

**内容提要：**《民法典》第 303 条承继《物权法》第 99 条的规定，赋予了按份共有人随时可以请求分割共有物的权利。就共有物分割请求权的性质而言，该权利名为请求权，实为形成权，其不受《民法典》时效制度的规制。共有人可依自己的私人意思自行行使共有物分割请求权，也可借由诉讼的方式行使。共有人通过诉讼方式行使共有物分割请求权时，不必事先经过前置的协商程序，得径行向法院提起分割之诉。在解释论上宜认定共有物分割之诉和共有物分割协议都是行使共有物分割请求权的方式，二者都应具有直接变动物权的效力。具有变动物权效力的分割协议实属共有物分割请求权为形成权的自然逻辑推论，其能更妥当地实现该权利存在的目的，落实自由分割之原则，同时并无妨害交易安全之虞。

**关键词：**共有物分割请求权 共有物分割协议 形成权 物权变动

• 105 •

### 一、问题的提出

关于共有物的分割，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 303 条规定：“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但是共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割造成其他共有人损害的，应当给予赔偿。”该条款完全承继自《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第 99 条，仅作了个别文字修改。<sup>〔1〕</sup>其中，“按份共有人可以随时请求分割”一语显然是理论上所称共有物分割请求权的实证法表述。但《民法典》未在《物权法》的基础上进一步明确民

\* 刘宇，中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

〔1〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社 2020 年版，第 583 页。

事主体应如何行使共有物分割请求权以及该权行使后的法律效果为何,仍采用了较为一般性的规定方式。因此,澄清、解释有关共有物分割请求权的基础性问题,特别是澄清该权利的性质、行使方式以及行使后的法律效果,对共有物分割问题的研究推进具有重要意义。<sup>〔2〕</sup>有鉴于此,本文将以共有物分割请求权为中心,依次论证共有物分割请求权的性质、共有物分割请求权的行使方式,以及共有物分割请求权行使的法律效果。

## 二、共有物分割请求权的性质

### (一) 学说判例见解

#### 1. 形成权说

关于共有物分割请求权的性质,形成权说流源已久,<sup>〔3〕</sup>该说认为,基于分割自由原则,<sup>〔4〕</sup>共有人可随时请求分割共有物。共有人请求分割后,将在共有人之间产生一种以一定方法分割共有物并最终消灭共有关系的法律效果,所以共有物分割请求权属于形成权。在共有关系存续期间内,各共有人可随时行使该权利,该权利不受诉讼时效的限制。<sup>〔5〕</sup>王泽鉴认为该说为我国台湾地区的通说观点。<sup>〔6〕</sup>

#### 2. 请求权说

虽然形成权说相对主流,但学界亦有诸多请求权说的力倡者。如有文献指出,共有人行使分割请求权只是请求他人一起分割共有财产,该权利的行使并不能直接导致共有物的分割,终局的分割结果还需要通过与其他共有人协商,或以裁判来确定。所以该权利不具有形成权的一般属性,<sup>〔7〕</sup>而应是请求权。<sup>〔8〕</sup>还有文献指出,就共有关系消灭的结果而言,共有物分割(作价分割)与全部共有人将各自应有部分均转让给同一人相同。言下之意,既然二者利益格局是等同的,那么提出分割共有物之人获得比提出让与份额之人更优越的形成权地位就缺乏合理性,所以该权应属请求权。<sup>〔9〕</sup>除此以外,最高人民法院物权法研究小组认为,虽然分割请求权一般情况下符合形成权的特征,但

〔2〕 值得指出的是,本文的理论背景及论证方向更多聚焦在按份共有物分割的场合,共同共有并非本文的核心关切,而且作为术语的“共有物分割请求权”通常也仅指代“按份共有物分割请求权”。但从一般私法逻辑上看,共同共有是比按份共有更为紧密的共有关系,按份共有场合所具有的构成要件,共同共有与之相比只多不少。所以按份共有中融通的理论路径原则上可以无碍地推论至共同共有,除非存在针对共同共有的私法的特别规定,例如婚姻法中对夫妻共同财产的分割特别规则,使这一理论路径发生某种适用性偏离。是故,本文不再类型化地讨论共同共有分割与按份共有分割,如无特指本文所称“分割”“分割协议”皆是在按份共有的语境下使用。参见唐勇:《共同共有词义考》,载王洪亮、张谷等主编:《中德私法研究》(14),北京大学出版社2016年版,第34页。

〔3〕 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第166页;王泽鉴:《民法物权》(通则·所有权),中国政法大学出版社2001年版,第356页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社2004年版,第552页;杨立新:《共有权理论与适用》,法律出版社2007版,第115页。

〔4〕 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第240页。

〔5〕 参见谢在全:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社2011年版,第367-368页。

〔6〕 参见前引〔3〕,王泽鉴书,第356页。

〔7〕 即不具有依照权利人单方意思表示即可变动法律关系的效力。

〔8〕 参见王利明:《物权法》,中国人民大学出版社2015年版,第202页。

〔9〕 参见陈荣传:《共有物分割请求权是否为形成权》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第189页。

如果存在不可分割的事先协议，同时，提出分割的共有人又没有举证证明存在重大理由，那么提出分割一方的请求无法获得支持，此时分割请求权就不符合形成权的特征，而应属请求权。<sup>〔10〕</sup>

### 3. 实务观点

司法实践中对该权利存在截然不同的定性。以近年中级人民法院以上的裁判为例，一些法院在裁判文书中明确将该权利定性为请求权，如佛山市中级人民法院指出：“虽然涉案股权的分红款在陈洪波死亡后由冯蜜收取，但并不改变股权共有的性质，而共有物分割请求权属物权确认请求权范畴。”<sup>〔11〕</sup>但亦有一些法院将该权利定性为形成权，如山东省高级人民法院认为：“分割涉案船舶的诉讼请求，系共有人合法行使分割共有物的权利，该项共有物分割请求权属形成权。”<sup>〔12〕</sup>就此而言，前述最高人民法院物权法研究小组相对权威的观点弥合实践分歧的效果着实有限。裁判文书环节的说理不同于理论论证，有关共有物分割请求权的定性问题在裁判文书中往往并不会得到特别关注，反而基本都是作为直接援引的大前提而存在。该权利的性质对于裁判者而言似乎是不证自明的，但不同裁判者看待该权利的性质实际又“各行其是”，于是，共有物分割案件的裁判结果难以统一。

### （二）本文见解

本文认为，应当将共有物分割请求权界定为形成权。请求权说主张者所指出的形成权说的瑕疵和不足并不真实，其自我论证也未必牢靠，主要理由在于如下几点。

#### 1. 共有物分割之诉作为形成诉难以与请求权说相兼容

关于共有物分割之诉的性质，鲜有争议。我国台湾地区理论与实务早就肯认，共有人之间的法律关系，因法院的分割之诉判决而发生了变动，该判决为典型的形成权判决。<sup>〔13〕</sup>我国民法学界对共有物分割之诉的形成性也未提出疑义。<sup>〔14〕</sup>即使单纯从民事诉讼法的理论分析看，既然形成之诉是指“原告要求法院变动或消灭一定法律状态（权利义务关系）的请求”<sup>〔15〕</sup>，那以终结共有关系为目的而开展的分割之诉自然具有无可非议的形成诉性质。<sup>〔16〕</sup>事实上，包括支持请求权说的王利明教授亦明确表示：“法院就分割所作出的裁判生效以后，将导致物权的变动。”<sup>〔17〕</sup>

因此，如果单纯从共有物分割之诉的性质反推共有物分割请求权的性质，那毫无疑问，该权利应为形成权才足够妥当。我们难以想象以一项请求权为基础提出的诉讼请求，最终会产生形成判决的效果。

〔10〕 参见最高人民法院物权法研究小组主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第307页。

〔11〕 参见陈某1与陈某2等继承纠纷案，广东省佛山市中级人民法院（2017）粤06民终9980号民事判决书；同样的观点可见陈某甲与陈军林、兰树容等共有纠纷案，浙江省丽水市中级人民法院（2016）浙11民终493号民事裁定书。

〔12〕 参见杨生雷、朱列证与刘学波船舶权属纠纷案，山东省高级人民法院（2017）鲁民终1610号民事判决书；同样的观点可见朵某与刘某、朵永艾等共有物分割纠纷案，云南省昆明市中级人民法院（2015）昆民一终字第700号民事判决书。

〔13〕 参见杨建华原著，陈心弘增订：《问题研析民事诉讼法》，三民书局有限公司2010年版，第1230页。

〔14〕 关于共有物分割之诉的性质，在我国法学界以形成之诉的见解为压倒性多数说。参见房绍坤：《论共有物分割判决的形成效力》，载《法学》2016年第11期；杨旭：《论共有物分割请求权的限制》，载《政治与法律》2017年第4期；李辉：《我国共有物分割之诉性质研究》，载《当代法学》2018年第2期。

〔15〕 张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2004年版，第38页。

〔16〕 实证法规定可见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》第7条。

〔17〕 王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2013年版，第747页。

当然有论者指出,我们只能基于当事人是在诉讼过程中行使成文法上的形成权,如撤销权、离婚请求权等,推论出该诉讼为形成诉,但相反的推论是不可行的。原因在于,法院所作形成权判决,“除了为原告实现其成文法的形成权效果外,也有依照司法机关本身应有的职权,对当事人之间的私法关系进行必要调整,而事实上此时原告并不存在成文法上形成权的情形”〔18〕。例如,宣告死亡判决和除权判决,似乎我们就难以找到实体上的形成权。然而笔者认为,论者依此例反对分割权的形成权说应有误会。其一,死亡宣告判决、除权判决虽然从结果上观察确实塑造了不同于判决之前的私法关系,但这并非是该判决固有的效力,相反其仅是基于该判决所确认的事实在私法上产生的反射效果。〔19〕其二,论者所举事例,都属并无特定实体法权利而提出的诉讼。私法主体并不存在一个死亡宣告权,也不存在一个除权判决权,而共有物分割场合却有一个实体上的共有物分割请求权。也就是说,即使我们承认论者的观点正确,那么依诉行使共有物分割请求权的情形应属于论者观点前半段所指称的“为原告实现其成文法的形成权效果”,而不是后半段所指称的“依照司法机关本身应有的职权……事实上此时原告并不存在成文法上形成权的情形”。论者以此反驳形成权一说,显属无效。

## 2. 分割的非即时性不能否认分割权的形成性

分割请求权行使后并不能立即消灭共有关系,似乎与形成权的特性有所龃龉。但本文以为,仅凭这一理由难以证成该权非形成权。

首先,我国《民法典》合同编中的减价权对此命题具有典型的说明意义。在债务人一方瑕疵履行的场合,债权人依《民法典》第582条规定,自可按其独立的意思表示要求债务人减价。但具体减价的方式、金额则有赖于合同双方协商,若双方达不成合致减价意思,则债务人应类推适用《民法典》第565条第1款后半段,“对方有异议的,可以请求人民法院或者仲裁机构确认减价的效力”〔20〕。也即协商不成减价金额之时,双方亦可通过诉请裁判减价的方式确定最终减价方案。然而不论是比较法上,还是国内学界,对减价权的形成权属性并没有太多疑问。〔21〕但不难发现,减价权行使后的效果却同分割请求权如出一辙。两项权利最初都是使基础关系之内的相对人负担一定的商讨义务。减价权商讨义务的内容是如何减价,分割请求权商讨义务的内容是如何分割。当商讨无法促成解决方案时,不论是减价权还是分割权,都还可以借由司法裁判最后化解困境。更为重要的是,减价权与分割请求权在法理基础上有极大的相似性。减价权的理念旨趣是按质论价,维持合同的均衡,其不具有损害赔偿的意义;〔22〕共有物分割请求权关注的则是合理地分割共有财产,同样不具有救济的意味。二者的目的都在于“公平”,而不是矫正。就此而言,减价权与分割权的技术处理和法理支撑都没有任何区别,所以找不出区别定性的道理。

其次,即使是在通常形成权行使的场合,终局的法效果也并非当然就可立即达成。以解除

〔18〕 前引〔9〕,陈荣传文,第188页。

〔19〕 也正因如此,死亡宣告判决、除权判决在我国民事诉讼法上分属特别程序与公示催告程序,而非一般的审判程序。

〔20〕 韩世远:《减价责任的逻辑构成》,载《清华法学》2008年第1期,第21页。

〔21〕 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第682页;武腾:《减价实现方式的重思与重构》,载《北方法学》2014年第3期。

〔22〕 参见前引〔20〕,韩世远文。



权为例，买卖合同一方当事人行使权利后，合同自然解除。但之后的清算关系中仍有许多未决问题。<sup>〔23〕</sup>如原物返还时他方占有使用原物的费用如何支付，原物无法返还时的作价赔偿的数额等等事项，尚需合同当事人协商解决，协商不成亦需裁判确定。<sup>〔24〕</sup>虽然逻辑上，自合同解除之时，当事人之间的利益状态、法律关系立即从合同履行状态转入特定的合同解除结果，然而合同解除权行使后不会立刻导致合同双方权利义务关系的终止，我们亦不会否认解除权的形成性。

最后，与其认为请求权说的论者否定了分割权的形成性，莫若说他们提醒我们关注，该如何配置分割请求权、减价权的法效果以使得该类权利能够符合形成权当有之义。具体来讲，就是我们应该如何看待在司法裁判之前已有的商讨结果，如减价协议、共有物分割协议，赋予它们怎样的效力，才能实现法体系的周延。后文将对此详论。

### 3. 共有物分割请求权与共有人的优先购买权属对等的形成性权利配置

有论者指出，出让应有份额和共有物分割都属于退出共有的方式，况且作价形式的分割与共有人将应有份额转让给同一人在利益格局上并无二致，然而出让应有份额时，交易模式是以要约承诺的传统形式展开的，出让人并不存在一项形成性的权利，于是，此时我们赋予要求分割之人一项形成性的权利是对分割人的变相优待，欠缺实质上的合理性。<sup>〔25〕</sup>

本文认为，上述见解并未完全把握共有人出让应有份额时完整的利益图景，也忽略了出让应有份额的复杂性。一方面，虽然共有人将各自应有部分均出让于同一人，利益格局确实与共有物分割并无二致，但出让应有部分的常态模式并非如此。之所以私法在分割共有物的场合中会赋予提出分割之人一项共有物分割请求权，是因为站在社会总体利益来考量，简化共有关系避免利用共有物时徒增的内部洽谈成本更能增加社会总体福祉。<sup>〔26〕</sup>而出让共有份额并不当然是在简化共有关系，甚至由于新加入共有关系的共有人与原共有人之间缺乏信赖而使共有关系进一步复杂化。另一方面，出让共有份额时，出让人之外的其他共有人享有的优先购买权完全可以看作是与分割请求权对等的权利配置，即二者都是为了简化共有关系，而赋予共有关系中特定人的优越地位。出让的份额被原共有人购得一定程度上简化了共有关系，<sup>〔27〕</sup>符合私法立法者的利益取向，所以为了激励人们如此行事，立法者为原共有人配置了具有形成效力的优先购买权。又因为利用优先购买权使共有份额聚合不是彻底解决共有关系的方式，其强度和便捷性远不如分割，数次份额让与交易同样会耗费不少交易成本，所以优先购买权强度不如共有物分割请求权就理所应当。只不过由于在出让份额时，简化关系的方向是其余共有人购得份额，所以优先购买权配置给了其余共有人；而分割时，提出分割者本身就在促使关系的简化，所以自然权利主体为分割者本人。其间自无什么不当的利益优待，反而相得益彰，彼此互证合理性。

### 4. 不存在形成权无法涵盖的特殊情形

最高人民法院物权法研究小组认为，虽然分割请求权一般情况下符合形成权的特征，但如果存在不可分割的事先协议，同时提出分割的共有人又没有举证证明存在重大理由，那么提出分割一方

〔23〕 参见朱虎：《解除权的行使和行使效果》，载《比较法研究》2020年第5期。

〔24〕 参见刘凯湘：《民法典合同解除制度评析与完善建议》，载《清华法学》2020年第3期。

〔25〕 参见前引〔9〕，陈荣传文，第189页。

〔26〕 参见张永健：《物权之经济分析：所有权》，北京大学出版社2019年版，第282页。

〔27〕 参见戴孟勇：《论按份共有人优先购买权的行使规则》，载《法学杂志》2020年第9期。

的请求无法获得支持,此时分割请求权就不符合形成权的特征。故该权利定性为请求权更为恰当。<sup>〔28〕</sup>

管见以为,物权法研究小组此处应有误会,其所谓例外情形不过是行使权利的前提条件而已。任何权利的成就都需要满足特定的构成要件,共有物分割请求权自不例外。虽然通常情况下,共有人可随时请求分割,但倘若共有人之间对分割事由有其他预先的安排,在私法自治的语境下,只要该安排不与禁止性规范相冲突,自然能够在共有人之间产生约束力。<sup>〔29〕</sup>换言之,于此情形,实际上是共有人之间对共有物分割请求权的行使作出了特定的私人限制。而在这种特定限制情形下,为了促进共有物的分割,立法者又另行重新调整了共有物分割请求权适用的前提条件,其本身无涉权利性质的问题。

#### 5. 小结

综合以上几点,本文认为,虽然请求权说的反对意见指出了形成权说论者未及阐述清晰的问题,但这些问题能够被融通地回答,并无不可挽救的矛盾存在。同时形成权说包含着强有力的自证性——只有形成性的共有物分割请求权才可逻辑无碍地引发形成性的共有物分割判决。所以本文认为,将共有物分割请求权认定为形成权可采,但本文文中仍将称该权利为共有物分割请求权,毕竟长期以来约定俗成的术语指称值得尊重。

### 三、共有物分割请求权的行使方法

#### (一) 分割请求权是否需要依诉行使

分割请求权为形成权并不意味着私人可以通过自己的意思表示运用这一私法上的“权力”。倘若分割请求权属于理论上所称之“形成诉权”,<sup>〔30〕</sup>则私人只能在诉讼中依诉行使该权利。因此,该权是否为形成诉权事关分割请求权的行使,值得预先考察。

形成权理论扩展了民法权利技术的维度,曾被喻为法学上重要的发现。<sup>〔31〕</sup>据文献考证,形成权的拟创者泽克尔在论述形成权行使方式时提出,通过形成之诉行使形成权的法律结构称为双重事实结构。<sup>〔32〕</sup>所谓双重事实结构是指法律行为与国家行为的结合。这种双重事实结构存在是因为对某些涉及重大公共利益的法律关系的塑造,私人的法律行为尚不可自给自足。于是基于法政策考量,立法者认为在某些特定的形成权场合,必须在法律行为之外另行耦合上一个具体的国家行为,即生效的形成判决,这类形成权(形成诉权)才可最终发挥其塑造私法关系的效力。

从形成诉权的双重事实结构不难看出,形成诉权的存在暗示的是立法者某种必要的管制思维。<sup>〔33〕</sup>苛加于私人行为之上的形成诉讼的负担,实际上是在限制私法意思的权能范围。其通过对形成权行使方式的限制,达致限制私人意思表示,进而实现为私法自治划出边界的目的。借此而言,依照私法自治的一般原理,对私法自治的限制应当有明文规定,否则应按法无禁止即可为

〔28〕 参见前引〔10〕,最高人民法院物权法研究小组主编书,第307页。

〔29〕 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第118页。

〔30〕 参见前引〔29〕,朱庆育书,第505页。

〔31〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第4册),北京大学出版社2009年版,第8页。

〔32〕 参见申海恩:《私法中的权力:形成权理论之新开展》,北京大学出版社2011年版,第202页。

〔33〕 参见胡晓、王雪羽:《私法形成权之涉诉形态研究》,载《南京社会科学》2020年第3期。

的逻辑展开。<sup>〔34〕</sup>典型的形成诉权，如债权人的撤销权，其成文规定于《民法典》第 539 条：“债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。”再如，情势变更中的合同解除权，其成文规定于《民法典》第 533 条：“在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”二者的实证法条文中都使用了“请求人民法院”的表述，以明确权利需依诉行使。而共有物分割请求权所寄生的《民法典》第 303 条，相比较于以上二者，却没有表达任何该权利需要依诉行使的要求，条文中“请求分割”的用语中间也没有插入人民法院一词，所以难以认为该条文如以上二者一样，明确地划出了不得单独私人行为的界限。<sup>〔35〕</sup>因此，该权为形成诉权的看法欠缺成文法的实证支撑。事实上，形成诉权作为私法权利行使的特别制度安排，<sup>〔36〕</sup>如果没有具体法律规定的要求，我们是不可能理论上杜撰出一项形成诉权的。

另外，运用司法裁判的方式分割共有物，介入了司法官个人的意志。而这种意志介入后，不可避免会使共有物分割中的某个共有人陷入他治的状态。虽然本文大体上承认，此种他治状态是我们化解共有物分割纠纷必须要付出的成本，<sup>〔37〕</sup>但作为以私法自治为基本价值取向的物权法领域，任何有违基本价值理念的路径都只应该看作是束手无策后的兜底性选择，而不应该将其作为常态化的制度正义原型。<sup>〔38〕</sup>因此在没有法律明确规定，也极度欠缺理论关联的情况下，本文认为，无法将共有物分割请求权认定为形成诉权，该权应属一般形成权，私人可依自己的意思表示行使，不必通过诉讼方式。

## （二）先行协商是否是通过诉讼行使该权利的前置条件

《民法典》第 304 条第 1 款规定：“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。”前述已论及，分割请求权无需依诉行使，所以在《民法典》303 条的规定中没有插入“人民法院”一词，然而令人困惑的是，规定分割方法的《民法典》第 304 条同样没有出现“人民法院”一词。不过按照体系解释，虽《民法典》第 304 条未规定在达不成协议时应由何人来主持分割，但能够在共有人达不成协议时运用“应当”强制力化解纠纷的唯人民法院或仲裁机构而已，共有人本身显然难以成为《民法典》第 304 条中“应当”之主语。因此，《民法典》第 304 条应解释为：“当无法达成协议时，共有人可提请法院裁判分割。”<sup>〔39〕</sup>而裁判分割同时又需要遵循本条关于实物分割、变价分割或折价赔偿的方法。

但共有人提请法院裁判分割之前是否需要先履行协商程序，而不可径直向法院提起分割之诉，《民法典》第 303 条、第 304 条未具明文。依学界通说见解，分割之诉需以共有人不能协议为要件，未经协议，不得径行起诉。<sup>〔40〕</sup>《民法典》第 304 条“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议……”的表述，从文义解释上而言可能也更靠近先协商后起诉的模式。不过正如学者指

〔34〕 参见易军：《“法不禁止皆自由”的私法精义》，载《中国社会科学》2014 年第 4 期。

〔35〕 换言之，此处认为分割请求权为形成诉权的看法已经超出条文本身“可能的文义”之范畴，于是其并非是一种法教义学观点。参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社 2019 年版，第 26-32 页。

〔36〕 参见前引〔33〕，胡晓、王雪羽文。

〔37〕 参见前引〔29〕，朱庆育书，第 319 页。

〔38〕 参见易军：《私人自治与私法品性》，载《法学研究》2012 年第 3 期。

〔39〕 前引〔1〕，黄薇主编书，第 589 页。

〔40〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第 244 页。

出的：若共有人未经协议而径行提起分割之诉，但作为被告的其他共有人对是否分割或分割方法有争议的，法院似乎也不能因提起诉讼的共有人未经协商而驳回其起诉。<sup>〔41〕</sup> 进一步而言，共有人起诉前虽没有协议分割，但起诉后，法院查明共有人之间的确存在不能协议分割的事实，法院此时应认定共有人的径行起诉具有诉讼利益，起诉应属合法起诉，是否事先经过分割协议并不重要。<sup>〔42〕</sup> 除此以外，我国司法实践中多有先行调解程序、庭前调解程序，<sup>〔43〕</sup> 而这类多元的调解机制往往先于法院的实体诉讼过程。甚至进入了实体诉讼过程中，也不妨碍当事人在法院的主持之下达成调解协议。<sup>〔44〕</sup> 易言之，共有人之间的“协议”程序，完全可以也能够在司法程序启动后再展开。所以本文认为，不必拘泥于传统学说中要提起分割之诉，需有协议在先的看法，共有人可不经协商直接向法院提起分割之诉，以最大程度保证分割之自由，减少不必要的限制。

#### 四、共有物分割请求权的行使效力——以分割协议为中心展开

共有物分割请求权既可由共有人自行行使，也可借由诉讼的方式行使。通过诉讼方式行使分割请求权时，该诉具有直接变动物权的效力，乃属学界和实务的一致观点。但倘若在分割之诉之前，诸共有人就达成了共有物分割协议，这一协议的性质和效力为何，仍值得探讨。以传统解释来看，在物债二分框架下，<sup>〔45〕</sup> 由于共有物分割协议未经公示程序支撑，<sup>〔46〕</sup> 基于交易安全的考虑，将其认定为债权协议似无不当。虽然不少学者认同共有物分割请求权是形成权，但他们却不认可共有物分割协议能够直接变动物权，恐怕很大一部分原因就是出于这一考虑。<sup>〔47〕</sup>

对于分割协议亦存另一种解释的可能，即共有物分割协议是行使共有物分割请求权的方式，所以依据该权利的形成性，分割协议就应能直接改变既有的法律关系，变动物权。“解释具有商谈的特点。在这过程中即使方法上无可争议的努力也不能提供绝对正确的，在专业眼光看来毫无疑问的断言，而只是提出一些理由，并列出与之相对的另一一些理由，最后选择（其中相比较之下）较好的理由”。<sup>〔48〕</sup> 本文以下即致力于此，意图说明为何相较于传统债权协议的解释，将分割协议解释为行使形成权的方式，从而具有变动物权的效力更妥当，更能在法体系上达致通融。

##### （一）分割协议具有物权效力不妨碍交易安全

交易安全在市场环境中殊为重要，<sup>〔49〕</sup> 比起债权协议而言，认定分割协议属于行使形成权的

〔41〕 参见前引〔5〕，谢在全书，第375页。

〔42〕 参见前引〔5〕，谢在全书，第376页。

〔43〕 参见卢腾达：《民事纠纷调解前置程序的法律规制研究——以上海法院诉调对接的“先行调解”模式为样板参考》，载《时代法学》2018年第2期。

〔44〕 参见徐炳熹、庄治国：《调解前置：多元化纠纷解决机制的优化路径选择》，载《延边大学学报（社会科学版）》2017年第5期。

〔45〕 参见李永军：《物权与债权的二元化分对民法内在体系外在体系的影响》，载《法学研究》2008年第5期。

〔46〕 参见郭明瑞：《关于物权法公示公信原则诸问题的思考》，载《清华法学》2017年第2期。

〔47〕 参见前引〔3〕，王泽鉴书，第363页；前引〔3〕，杨立新书，第118页；前引〔5〕，谢在全书，第371页。

〔48〕 〔德〕齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第69页。

〔49〕 参见张明：《物权法安全价值解析》，载《法制与社会发展》2006年第6期。

方式，从而可以直接变动物权，是否更不利于交易安全，<sup>〔50〕</sup> 值得进一步分析。以下分动产、不动产详论。

### 1. 动产

在分割之物是动产情形下，如果采债权协议说，签订分割协议后，共有人之间尚需依协议约定的方式转移物之占有，以完成公示程序，<sup>〔51〕</sup> 物权才可变动。这与分割协议可直接变动物权似乎没有相同之处。但倘若进一步追问，债权协议说的语境中共有人之间如何完成占有的转移，如何完成公示程序，问题则没有那么清晰了。原因在于，共有物分割之前，各个共有人即使没有直接占有共有物，起码各个共有人对共有物也处于间接占有状态。<sup>〔52〕</sup> 换言之，不论如何分割，最终获得共有物的共有人自始至终都持续占有着共有物，此时没有完成公示的空间，也没有完成公示的必要。虽然我们可以在规范层面，想象逻辑上的一秒钟，或者以简易交付的模型对共有物分割做同态处理，但终局结果都是债权协议生效之时，物权变动立即完成。<sup>〔53〕</sup>

借此而言，在分割之物是动产的情形，即使我们恪守物债二分的逻辑，债权协议性质的分割协议亦具有即刻变动物权的效果。第三人在债权协议说的状态中，并没有得到更为优越的交易安全保护。二者唯一可能存在的差别是，协议无效后，恢复权利时不同的理论路径。按行使形成权之见，倘若协议无效，形成权行使的私人意思也无效，则塑造新的法律关系的力未能成就，原共有关系不变，在规范视域中，视为自始至终无物权变动发生；而依债权协议之见，是否采取物权行为论，又会产生不同的结论。若不采物权行为论，债权协议无效，物权变动自然无效，其等同于行使形成权一说。<sup>〔54〕</sup> 若采物权行为论，则物权已经变动，债权协议无效只生不当得利返还的效果——只有此时，勉强能够认为交易安全得到了强化，然而这种强化与债权协议一说关联已不密切，因为强化的安全来自物权行为理论，而非合同相对性。<sup>〔55〕</sup>

### 2. 不动产

不动产的物权变动端赖登记簿的变更登记，这与仅凭占有就可完成公示的动产截然不同。也正因如此，对不动产分割协议的讨论，应依登记状态的区别，分而述之。

在各个共有人都在权利登记簿上时，主张分割协议直接发生物权变动并不会损害任何第三人的信赖利益。因为在这种情形下，即使分割直接生效，发生物权变动，共有物归某共有人独有，权利登记簿上仍然处于原有登记状态。此时真实情形与登记情形不相符，如果该物要对外进行流转，反而由于不相符的登记状态，更为提醒第三人谨慎交易，不存在妨害第三人信赖的危险。另

〔50〕 关于交易安全在物权变动过程中所应赋予的权重问题可进一步参见张淦纶：《关于“交易安全理论”：批判、反思与扬弃》，载《法学评论》2014年第4期。

〔51〕 值得指出的是，学界已有观点认为动产的占有无法真正公示动产物权。参见纪海龙：《解构动产公示、公信原则》，载《中外法学》2014年第3期。

〔52〕 参见庄加园：《自主占有与简易交付》，载《法学》2020年第1期。

〔53〕 有文献进一步指出，只要受让人对交易物具有事实上支配力，即使其未达法律上之占有状态，亦可基于简易交付而取得交易物之所有权。参见前引〔52〕，庄加园文。

〔54〕 参见茅少伟：《民法典编纂视野下物权变动的解释论》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2020年第2期。

〔55〕 参见朱庆育：《物权行为的规范结构与我国之所有权变动》，载《法学家》2013年第6期。

外,该共有物因直接分割而归特定人所有后,仍可类推适用《民法典》第232条的规定,<sup>[56]</sup>即该单独所有人在处分该物时,应该依照法律规定预先完成权利登记,如果没有登记,则对外交易不发生物权效力。<sup>[57]</sup>是故,在这种情况下,分割协议直接发生物权效力的终局结果其实与债权协议没有区别。债权协议一说并没有因为阻断物权变动的效果而当然强化了交易安全。

在原共有物权属登记簿上并没有完整登记所有共有人的情况下,问题反而更简单一些。此时,自始至终共有物的权属登记都处于登记错误的状态,<sup>[58]</sup>即使分割协议立即产生变动物权的效果,也不会丝毫恶化此等利益状态。最坏的结果无非是真实的最终权属人仍然不同于登记权利人。对比债权协议说,其签订后不生物权变动效果,只是仍然持续处于原有的登记错误状态,但仅凭此难以认为债权协议一说就更有利于保护交易安全。因为我们不可能认为此种错误优于彼种错误,原来的错误优于现在的错误。<sup>[59]</sup>

之所以无论不动产处于何种登记状态,分割协议直接变动物权都不会危害交易安全,是因为分割意在简化共有关系,是在由登记簿上的多人简化为单人,而简化法律关系总是有利于对外交往的。另外更为重要的是,不动产的物权变动登记簿具有无可替代的信赖保护作用。<sup>[60]</sup>不动产共有物的分割,并不需要另外采取新的债权协议说来加强登记簿的保护能力。

综上两点,即使分割协议具有物权效力,亦不会妨害交易安全,以保护交易安全之名将分割协议限制解释为债权协议,难谓合理。

## (二) 分割协议具有物权效力是分割请求权之意义所在

任何一项权利必定给权利人许诺了特定的利益,提供了一种没有该权利就不存在的便宜选择,以彰显其“利”。<sup>[61]</sup>否则,纸面上权利的宣言就是虚假的。这点对于我们解释一项权利的法律效果来说相当重要,毕竟“法律解释不仅仅意味着寻找字句背后的意义,而且还意味着:从字句所涵盖的各种不同的意义当中选择出正确的和决定性的意义”<sup>[62]</sup>。如果我们解释某项权利的法律效果的结论与这项权利不存在时竟然毫无差别,那么这样的结论就值得警惕。因为我们不可能预设立法者会在立法资源如此稀缺的情况下,还要在法律条文中安插废言妄语,也不可能怀疑立法者赋予权利人权利的诚实。换言之,此时的解释极有可能“解释”有误。<sup>[63]</sup>

遗憾的是,债权协议一说就面临此等困境。我们大可先不考虑《民法典》第303条和《物权法》第99条的规定,时光穿越到前物权法时代。此时,共有人分割共有物尚不享有共有物分割请求权的优势。但只要我们还认可共有人分割共有物属于私法问题,那么共有人之间通过达成协议进而约定共有物的分割方式,就总是属于可行的分割选择。毕竟通过私人协议解决私法问题乃

[56] 《民法典》第232条规定:“处分依照本节规定享有的不动产物权,依照法律规定需要办理登记的,未经登记,不发生物权效力。”

[57] 此观点已有实践经验肯认。参见最高人民法院办公厅编:《被告唐某乙与原告唐某法定继承纠纷案》,载《最高人民法院公报》2014年第12期。

[58] 参见程啸:《不动产登记簿的权利事项错误与不动产善意取得》,载《法学家》2017年第2期。

[59] 参见程啸:《不动产登记簿错误之类型与更正登记》,载《法律科学》2011年第4期。

[60] 参见前引[46],郭明瑞文。

[61] 参见胡元聪:《我国法律激励的类型化分析》,载《法商研究》2013年第4期。

[62] 前引[48],齐佩利乌斯书,第70页。

[63] 也即“法律上站不住脚的解释”。参见前引[35],恩斯特·A.克萊默书,第303页。



私法自治的当然之理，<sup>〔64〕</sup>不会因为《民法典》第303条不存在，此种方式就陷于非法。于是，在《民法典》第303条存在之前，共有人同样可以达成一项债权协议来约定分割，进而通过法律行为变动物权的一般模式，完成物权变更，最终结束共有关系。借此而言，假如《民法典》第303条实证化共有物分割请求权后，分割协议仍然只是债权协议，前后之差别在何处就颇费思量。

当然论者还可驳斥说，《民法典》第303条的关注核心不是为私主体提供行为指引，而是单纯的裁判规范。<sup>〔65〕</sup>通过《民法典》第303条，法院获得了塑造私法关系的正当性，其可依照共有人随时提出的分割要求，随时裁判分割，这就是该权利的优势所在。但此种看法在本文看来难谓合理。其一，认为《民法典》第303条是裁判规范的意见完全属于共有物分割请求权乃形成诉权的同义替换。前文已经指出过这种观点的问题。<sup>〔66〕</sup>其二，在民事领域司法官负有不得拒绝裁判的义务。<sup>〔67〕</sup>所以，不论《民法典》第303条是否存在，共有人如果因为分割而产生纠纷，自然都可以诉请法院裁判解决。<sup>〔68〕</sup>恐怕没人会认为，如果没有《民法典》第303条，法院会对共有人提起的分割之诉不予受理。

本文一再主张，共有物分割请求权背后暗含的其实是立法者的效率意识，<sup>〔69〕</sup>立法者借此此项权利帮助共有人简化共有关系，减少分割中的交易成本，<sup>〔70〕</sup>引导共有关系转化为单独所有。而这一切设想的建构前提是，这项权利确实给了共有人独特的优势，让其有动力去分割，便宜地进行分割。如果分割协议仅仅是债权协议，依前文所述，显然这没有体现出任何不同于一般法律行为的便捷性、便宜性，法律效果上与该权利不存在之时并无二致。相反，若采纳分割协议是行使形成权的方式，具有直接变动物权的效力，则共有物分割请求权为共有人提供的行为激励就能清晰地凸显出现。分割协议不同于一般债权协议的效力，正是共有物分割请求权的形成性体现，也是该权利的意义所在。

### （三）分割协议具有物权效力更契合私法体系

私法自治的重要性即“个人通过其意思表示形成私法关系的原则”的重要性，<sup>〔71〕</sup>已经在我国学界得到了相当程度的注意，此无需赘言。自己行为、自己责任贯穿了整个私法脉络，<sup>〔72〕</sup>应当是我们分析和论证私法问题的价值起点<sup>〔73〕</sup>。

在共有物分割的场合，共有人之间达成的分割协议虽然不可避免会有妥协因素，但没有疑问的是，分割协议是最能贯彻共有人之间意思自治的方式。载于分割协议之上的分割内容、分割方法都出自共有人的真实意思。倘若采债权协议说，当围绕该协议发生权属纠纷而诉至法院时，依诉讼属性的分类原理，该诉应属于给付之诉，其不会直接导致物权变动，消灭共有关系。<sup>〔74〕</sup>相

〔64〕 参见前引〔34〕，易军文。

〔65〕 关于私法中行为规范与裁判规范的讨论参见前引〔29〕，朱庆育书，第59-61页。

〔66〕 关于私法行为指引的讨论还可见前引〔38〕，易军文。

〔67〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，2020年自版发行，第5页。

〔68〕 参见庄绪龙：《“法无明文规定”的基本类型与裁判规则》，载《法制与社会发展》2018年第2期。

〔69〕 参见熊丙万：《中国民法学的效率意识》，载《中国法学》2018年第5期。

〔70〕 参见熊秉元：《科斯定理与民法结构》，载《财经问题研究》2017年第6期。

〔71〕 参见前引〔38〕，易军文。

〔72〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第432-433页。

〔73〕 参见〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2019年版，第27页。

〔74〕 参见毕潇潇：《实体法请求权视域下的给付之诉》，载《学习与探索》2020年第8期。

反,在债权协议说下,假如共有人之间没有形成分割协议,要求分割的共有人直接向法院提起分割之诉时,由于该诉的形成性,法院的判决却成为可以直接变动物权的法律文书,终结共有关系。<sup>〔75〕</sup>问题即在此处。在存在当事人的自由意思,已有一份一致分割方案的情况下,诉讼的判决效果强度反而不如不存在自由意思的判决效果强度。也就是说,我们采取债权协议一说的逻辑后果是,在后续的司法裁判中赋予了公权力意志更大的效力权重,而不当地轻视了私人的意思自治,意思自治没有成为共有物分割问题的展开中枢。

另一方面,债权协议只为共有人创制了债权性质的请求权。如同所有债权一样,这种请求权不得不面临着诉讼时效的规制。<sup>〔76〕</sup>以《民法典》的时效制度来看,由分割协议创制的请求权仅三年就陷于义务人的永久性抗辩之中。<sup>〔77〕</sup>那此等因为债权引致的消极后果,不知应如何同分割请求权本身不受时效限制的特性相兼容。<sup>〔78〕</sup>特别是学界通说观点又同时认为,共有物分割请求权于协议分割契约成立后“即已因行使而消灭”,故不得再请求以协议或裁判方式分割。<sup>〔79〕</sup>这时,共有人既无法再通过行使分割请求权消灭共有关系,也无法诉请诉讼时效经过的分割协议要求履行,共有关系就此堂而皇之地陷入了僵局。借此而言,不难看出债权协议一说与法体系存在的诸多不和谐之处。

但若采分割协议具有物权效力说,则不存在上述解释上的困境。在物权效力说视野下,由于分割协议是私人行使形成权的方式,分割协议引发的物权归属诉讼,应归结为确认之诉,其区别于由债务履行纠纷引发的给付之诉。<sup>〔80〕</sup>此时,一方面,债权协议说所面临的诉讼时效的难题将不再存在。因为自协议生效时物权就已经变动,分割协议引发的物权归属纠纷,只是要求法院确认这种已经变动的物权关系而已,其不受诉讼时效制度的规制。另一方面,不受时效限制的共有物分割协议,能同不受时效限制的共有物分割请求权较好契合,使共有人在任何时间维度上都能拆解共有关系,避免出现陷入僵局的共有,阻碍我们对物的有效利用。同时,由于确认之诉的定位还表达了司法权力对共有人意思自治的尊重,裁判分割与协议分割之间并无“赋值”不当的情形,在价值取向上相较于债权协议说显然也更稳妥。

当然,需要指出,若共有人未达成分割方案,而径直诉请法院裁判分割的分割之诉仍属形成之诉。因为这时共有人之间尚无分割的一致意见,无法将行使分割请求权的意思现实化,需要法院以裁判方式塑造私法关系。不过正如文献指出那样,这种形成诉是形式上的形成诉,<sup>〔81〕</sup>其形成力中包含的不是终结共有的意思,而是具体分割方案的意思。<sup>〔82〕</sup>

〔75〕 参见前引〔15〕,张卫平书,第38页。

〔76〕 参见杨巍:《〈民法典〉第192、193条(诉讼时效届满效力、职权禁用规则)评注》,载《法学家》2020年第6期。

〔77〕 《民法典》第188条第1款规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的,依照其规定。”

〔78〕 参见前引〔4〕,王泽鉴书,第241页。

〔79〕 参见前引〔5〕,谢在全书,第372页。

〔80〕 参见曹志勋:《论我国法上确认之诉的认定》,载《法学》2018年第11期。

〔81〕 参见前引〔5〕,谢在全书,第377页。

〔82〕 借此而言,大体上认为分割之诉是形成诉,但分割请求权非形成诉权是合适的。但鉴于此处所存的特殊情况,有学者提出,我们应在传统的形成权与形成诉权的分类之外,增列第三种类型的形成权。参见房绍坤:《导致物权变动之法院判决类型》,载《法学研究》2015年第1期。

#### （四）具有物权效力的分割协议：一种理由更好的解释

综合以上几点论证，本文认为，共有物分割协议包含了权利人行使分割请求权的意思，其不是仅具有债权效力的债权协议。由于共有人通过分割协议行使了分割请求权，作为行使分割请求权的结果，分割协议就具有终结共有法律关系、变动物权的效力。分割协议的效力采取这种解释立场益处明显。

其一，这种立场可以明确私人是如何得以自行行使共有物分割请求权的，指明未在诉讼中行使该权利时该权利的形成性之所在，并对其配置妥当的行使效力结果，赋予分割协议变动物权的效力，将共有物分割请求权落到实处，使之具有实际意义。

其二，这种立场能更好地同法体系相契合，避免共有物分割的相关法律适用过程中出现解释上的困境，在解释论层面实现对“法的统一”的维护作用。<sup>〔83〕</sup>

其三，分割协议具有物权效力也可同一些实践经验相吻合。<sup>〔84〕</sup>在最高人民法院的公报案例“被告唐某乙与原告唐某法定继承纠纷案”中，分割协议的物权效力得到了主审法院的肯定。该案的主要事实是：甲与乙为夫妻，育有一子丙。甲 2011 年在出差期间意外死亡，未留下遗嘱，但甲和乙于 2010 年签订一份《分居协议书》，协议书载明：“双方感情业已破裂，但为了儿子丙的成长采取分居不离婚的形式；双方对共有财产进行分割，约定财富中心和慧谷根园的房子归乙拥有，乙可任意处置这些房产，甲不得阻挠和反对，并有义务协办相关事务。其余房产归甲所有，甲享有乙前述任意处置权。”现约定为乙所有的财富中心房产仍登记在去世的甲名下。本案的焦点在于，约定为乙所有的登记在甲名下的房产是否属于甲的遗产，也即甲乙二人所签订的分割协议是否导致物权变动，进而使得该房产不在遗产范围内。本案主审法院采纳分割协议可直接变动物权的观点，认为：“虽然财富中心房屋登记在甲名下，双方因房屋贷款之故没有办理产权过户登记手续，但物权法的不动产登记原则不应影响婚内财产、分割协议关于房屋权属约定的效力。且结合甲与乙已依据《分居协议书》各自占有、使用、管理相应房产之情形，应当将财富中心房屋认定为乙的个人财产，而非甲之遗产予以法定继承。”<sup>〔85〕</sup>

最后，分割协议具有物权效力体现出了私法在共有物分割场合为共有人提供的促进其分割的激励。正因为分割协议不单单是普通债权协议，而能直接变动物权，所以共有人才享有了一般交易中普通私主体不曾享有的优越地位。这种简单便捷的分割方式，减少了一般物权变动过程中诸多繁琐的程序性工作。赋予了共有物分割请求权实际的实践意义，让其具有可得运用的生命力，而不是只存在于法律条文中的死胎。是故，倘若法律解释果真还意味着我们需要“从字句所涵盖的各种不同的意义当中选择出正确的和决定性的意义”<sup>〔86〕</sup>，那相较于债权协议说，将分割协议解释为具有物权效力的协议显然更为“正确”，也有更多好的理由来支撑。<sup>〔87〕</sup>

〔83〕 参见前引〔48〕，齐佩利乌斯书，第 61 页。

〔84〕 除正文所引公报案例，最高人民法院亦认为以物抵债协议“属给付性协议，而非确认权属或者类似共有物分割的协议，不生物权变动的效果”。对此的反向解释自然是分割协议具有物权变动的效力。参见上海必烨钢铁有限公司与江西萍钢实业股份有限公司等借款合同纠纷案，最高人民法院（2015）民一终字第 308 号民事裁定书。

〔85〕 前引〔57〕，最高人民法院办公厅编文。

〔86〕 前引〔48〕，齐佩利乌斯书，第 70 页。

〔87〕 参见前引〔35〕，恩斯特·A. 克莱默书，第 300 页。

## 五、结 语

《物权法》的出台一定程度上缓解了我国在共有物分割领域的立法空白，但其条文的概括性和抽象性导致理论与实践出现了不少的误解。新近出台的《民法典》承继了《物权法》的规定，并没有将《物权法》生效以来的理论研究和实践经验转化入新法典中，于是《物权法》时代的疑问和困惑在《民法典》中仍然存在。而之所以出现这些困惑，主要是因为我们在认识、分析共有物分割问题时，往往进行的是个别的观察、部分的判断，并没有以共有物分割请求权为中心，对共有物分割问题进行体系化的、全局性的思考。正如黄茂荣所言，为确保对法律问题的认识为真知，体系化是唯一可能的途径。<sup>〔88〕</sup>是故以更“卷入”法体系的视角分析共有物分割问题就不难发现，共有物分割请求权与共有物分割之诉、共有物分割协议实际上是相互支撑、相互依存的关系，三者结合形成合力，共同发挥规范功能，从而得以实现“分割之自由”和“促进物之利用”的规范目的：共有物分割请求权只有在是形成权的情况下，才能在不受时效规制的同时为共有人提供最便宜的权利工具。而作为便宜的权利工具，那对该权利的行使方式的限制自然以最小为宜，所以共有人既可自行行使，又可凭诉行使，如何选择端赖共有人自身的理性。随之而来，若共有人选择自行行使，那包含着权利人行使形成权意思的共有物分割协议就应当具有塑造法律关系的效力，能够直接引发物权变动。以上命题实属彼此啮合、环环相扣的逻辑链条。通过这一逻辑链条所澄清的理论脉络将有助于我们把共有物分割作为一个法秩序的“局部整体”来思考，<sup>〔89〕</sup>可能也将帮助我国推进在该问题上研究的纵深。

---

**Abstract:** As far as the nature of the claim for division of common property is concerned, it is called the right of claim, which is actually the right of formation. It is not regulated by the limitation system of Civil Code. The co-owner can exercise the claim right of the division of the common property according to his own private will, or by way of litigation. When the joint owner exercises the right to request for the division of the common property through litigation, he may file a lawsuit of division with the court without prior consultation procedure. In the interpretative theory, it should be recognized that both the litigation of division of common property and the agreement of division of common property are the ways to exercise the claim right of division of common property, and both of them should have the effect of directly changing the real right.

**Key Words:** the claim for division of common property, the common property division contract, the right of formation, the change of real right

---

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

〔88〕 参见前引〔67〕，黄茂荣书，第390页。

〔89〕 参见前引〔35〕，恩斯特·A. 克莱默书，第55页。

## 《民法典》相邻关系规范的体系化构造： 兼论容忍补偿请求权的独立性

韩光明\*

**内容提要：**法典化的技术核心是体系化构造，《民法典》包括相邻关系在内的诸多规范都存在法典化后的体系构造问题。相邻关系规范在《民法典》中可谓自成一体，作为单独一章仅有9个条文，既包括一般条款，如原则条款和法源条款，又在其他具体条文中以独特的容忍义务展开具体的规范构造。法典化后的相邻关系问题可以直接适用总则编的概括条款和法源条款解决，实无再单独保留专门的一般条款之必要。此外，与法典化之前的立法相比，相邻关系规范最大的变化是相邻关系损害救济问题，对此应遵循体系化思维，明确相邻关系规范的独立性，也即相邻关系容忍补偿请求权在整个民法典请求权规范体系中的独立性。

**关键词：**体系化构造 相邻关系 容忍义务 补偿请求权

• 119 •

《民法典》颁行更多的是形式意义上的法典化，法典颁行后尚需要进行体系化构造以完成实质意义上的法典化。体系化构造需要从价值融贯和概念体系两个方面入手。相邻关系规范属于典型的“规则体”(regelung)，<sup>[1]</sup> 但其在纳入《民法典》之后，如何确定在私法规范体系中的位阶是一个亟待分析论证的问题，此即需要在《民法典》框架下对相邻关系规范进行体系化构造。本文的核心内容即从相邻关系的概括条款、法源条款以及具体条文的法律技术特征等方面构造体系化的相邻关系规范，进而阐明其作为独立请求权规范基础的意义所在。

\* 韩光明，中山大学法学院副教授。

[1] 拉伦茨在《法学方法论》中的此一用词，陈爱娥将其翻译为“规整”，黄家镇采用“规则体”的译法。规则体主要是指由若干单一规则或法条整合而成的规则群。参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第636页。

## 一、民法法典化与体系化构造

体系化是法律科学最为重要的任务之一。<sup>〔2〕</sup>而从方法论的意义上来看,民法法典化主要是指私法规范的体系化,而此体系化的融贯程度决定了法典的法律适用的统一性。<sup>〔3〕</sup>关于法典的体系化通常有内在体系和外在体系的区分:<sup>〔4〕</sup>前者是指法典的价值体系,尤其以法律原则所彰显的价值为基础,<sup>〔5〕</sup>其追求法典内在价值的统一性或整体性;后者则指法典所引入的“抽象的、概念的体系”,是以法律概念为基础的形式体系。<sup>〔6〕</sup>法典编纂是实现体系化的一种方式或途径。一部法典的颁行首先意味着形式上的质料统一,但是否实现了内外两个层面的体系化则尚需进一步检验。换言之,形式意义上的《民法典》之颁行,并不当然意味着体系化的完成。<sup>〔7〕</sup>后法典时代法学的核心任务在于进一步的体系化构造。<sup>〔8〕</sup>体系化构造(Konstruktion)<sup>〔9〕</sup>是指基于法典编纂纳入的原则、概念对整个法规范进行内在价值体系和外在概念体系的解释、重构的过程。这一过程既包括整体体系的构造,如整体价值、法典体例结构,也包括子体系或下位体系的构造,如责任规范体系、违约救济体系、相邻关系规范体系、建筑物区分规范体系等。我国《民法典》颁行后,无论是学界集中进行的法典解释、评注,还是相关司法解释的出台,实际上都是对《民法典》的进一步体系化构造。

《民法典》的体系化构造可以大致区分为内在体系构造和外在体系构造两个方面。内在体系构造是指民法典价值体系的融贯性构造。主要涉及《民法典》中的价值规范,尤其是对第3—9条规定的平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则、公序良俗原则和绿色原则等概括性条款的解释与界定,涉及每一个具体法律原则的含义界定,以及不同原则之间的关系。<sup>〔10〕</sup>此外还涉及《民法典》第1条中规定的“社会主义核心价值观”与诸法律原则之间的关系,<sup>〔11〕</sup>以及财产自由

〔2〕 拉伦茨指出:“法律科学最为重要的任务之一就是发现单个的法规范相互之间和规则体相互之间,以及它们与法秩序的主导原则之间的意义脉络,并将该意义脉络以可被概观的方式,即以体系的形式表现出来。”前引〔1〕,拉伦茨书,第548页。

〔3〕 苏永钦指出,体系化程度越高,制定法的解释就越稳定。“作为一种实用的社会规范,法律的体系化追求不可能只是基于一种单纯的美感。体系化最原始的功能还是在帮助找法,法律适用形成的解释学,又会不断强化体系”。苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第75—76页。

〔4〕 此种体系区分源于菲利普·黑克在《概念建构与利益法学》中的理论,后由拉伦茨和卡纳里斯等进一步优化建构。参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第59页。

〔5〕 参见前引〔1〕,拉伦茨书,第603页。

〔6〕 参见前引〔1〕,拉伦茨书,第548—549页。

〔7〕 尤其是基于我国《民法典》编纂的实际情况,即此次《民法典》编纂的体系化工作是以整合既有民事单行法为基础的,更多是对既有单行法及相关司法解释的整理组合。

〔8〕 拉伦茨称之为“作为体系化手段的法学‘构造’”,并认为法学上的构造是法学努力的中心。参见前引〔1〕,拉伦茨书,第553页。

〔9〕 在相关德文法学文献的中文翻译中,Konstruktion有“构造”和“建构”两种译法。黄家镇翻译为“构造”(参见前引〔1〕,拉伦茨书,第553页);也有学者翻译为“建构”[参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订第5版),台湾大学法律学系法学丛书编辑委员会2006年版,第921页]。再如傅广宇在翻译黑克的《利益法学》时采用了概念建构(aequivalente Konstruktionen)的译法。参见〔德〕菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第44页。

〔10〕 参见于飞:《民法基本原则:理论反思与法典表达》,载《法学研究》2016年第3期;方新军:《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》,载《法制与社会发展》2019年第2期。

〔11〕 参见方新军:《社会主义核心价值观融入〈民法典〉解释的意义和方法》,载《苏州大学学报(法学版)》2022年第1期。



价值与人身保护、家庭伦理、共同体约束等方面的价值冲突与协调，等等。

《民法典》的外在体系构造则通常涉及两个方面，首先是基本概念的一致性。譬如“合同”这一概念是否在《民法典》中具有一致性，<sup>〔12〕</sup>尤其如何统一解释总则编的“合同”、物权编的“物权合同”以及合同编中作为债之发生原因的“合同”，还有特定人格权许可使用协议等；譬如“责任”的统一性解释问题，即在民法典规范中如何构建相对完整的责任规范体系，<sup>〔13〕</sup>包括责任的基本含义、责任类型、责任性质、责任的承担规则，等等。外在体系构造的第二个方面往往涉及规范与规范之间的逻辑关系，也就是要求对任何一个具体法条、单一规范都要放置在“语境”或“上下文”（context）中理解，因为“单个规范之间不是无组织、混乱地联系在一起，而是在理想情况下，法秩序被思考成一个整体、一个价值判断尽可能一致的体系和意义构造，法律适用者在解释其单个组成部分时，不能孤立、无视其规范性的语境”<sup>〔14〕</sup>。《民法典》的外在体系化构造在此方面最为重要的任务首先是各编之间关系的厘清，包括总则编对各分编的统摄程度，譬如总则编规定的法律行为概念对于各分编具体规定的涵摄，包括前面提到的合同的界定、与身份协议相关的规范适用，也涉及侵权责任编中有关责任能力规定的解释问题等。还有分编与分编之间的关系，尤其是《民法典》在各分编的第一条都设置了调整范围条款，看似清晰而实质上却为体系化构造设置了障碍。<sup>〔15〕</sup>譬如《民法典》第205条规定“本编调整因物的归属和利用产生的民事关系”，但就整个《民法典》来看，并不能排除其他各编也从不同角度规范调整物的归属和利用问题，譬如离婚财产分割和继承导致的物之归属问题、基于合同的物之利用问题等。<sup>〔16〕</sup>再如，发挥债总作用的合同编第一分编“通则”与侵权责任编的体系化构造问题，<sup>〔17〕</sup>等等。

如前所述，体系化不足的弊病首先体现为法典价值不具有一致性，尤其是基本原则规范之间不协调甚至冲突；其次是基本概念缺乏统一性，不能自总则统摄贯彻到各分编；再次，各分编之间、各规则体之间缺乏逻辑性，存在交叉错乱、规定冗余等情形。而这些最终都将导致法典适用欠缺融贯性，最终侵蚀法典本应具有的权威性。故此，体系化构造的任务尤为重要，其在某种程度上担负着再法典化的使命。接下来，本文即以《民法典》中的相邻关系规范为例展示体系化构造的基本作业方式。

## 二、相邻关系规范一般条款的体系化构造

《民法典》作为一个整体性的体系化“构造体”，是由不同的“规则体”构成的，而各个不同

〔12〕 参见李永军：《论民法典合同编中“合同”的功能定位》，载《东方法学》2020年第4期。

〔13〕 参见冯珏：《我国民事责任体系定位与功能理论反思》，载《政法论坛》2022年第4期。

〔14〕 前引〔4〕，克莱默书，第55-56页。

〔15〕 正是基于此种立法设置，有学者将《民法典》称之为活页式法典，认为“我国《民法典》系单行法的活页式汇聚”（参见朱庆育：《第三种体例：〈民法通则〉到〈民法典〉总则编》，载《法制与社会发展》2020年第4期）；也有学者认为《民法典》基本还沿袭了《民法通则》模式（参见李永军：《论民法典“合同编”与“总则编”和“物权编”的体系关联》，载《华东政法大学学报》2019年第2期）。

〔16〕 同样的问题也存在于第463条（本编调整因合同产生的民事关系）、第989条（本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系）、第1164条（本编调整因侵害民事权益产生的民事关系）。

〔17〕 参见李永军：《侵权责任编的内在与外在体系》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2021年第4期；尹志强：《侵权法的地位及与民法典各分编关系的协调》，载《华东政法大学学报》2019年第2期。

的规则体也需要进行体系化构造。<sup>〔18〕</sup> 不动产相邻关系是《民法典》中一项重要的法律规则体,就立法表达来看,《民法典》相邻关系规范基本沿袭了《民法通则》的立法模式,一方面继续保留了独立的一般条款,包括原则条款(第288条)与法源条款(第289条),另一方面在具体规范内容上也基本未做增删调整。但无论在法学理论还是司法实践中,对于相邻关系规则的性质以及规范意义都尚存在诸多需要澄清之处,譬如认定适用不动产相邻关系规则的事实条件或基础要件,即主体与客体的范围、容忍义务的限度如何判断,以及容忍损害救济和违反容忍义务的法律效果等。如前所述,对于这些问题,需要在《民法典》框架内进行体系化构造,也即进行整体性的体系化解释,甚至是重构,而不能仅仅“就事论事”。

#### (一) 原则条款的体系化构造

此涉及相邻关系规范中的原则条款,即《民法典》第288条的规定,与总则编中有关法律原则之规定的关系。具体言之,即第288条规定的“有利生产、方便生活、团结互助、公平合理”与第6条规定的公平原则、第7条规定的诚信原则在价值内涵上是否一致?如果两者价值内涵一致且后者足以涵摄前者,那么则无叠床架屋另行规定之必要,此涉及《民法典》内在价值体系的立法表达技术问题。此外,这一问题还涉及相邻关系的法律适用问题,也即是否需要通过第288条以填补《民法典》在相邻关系规范方面的法律漏洞,<sup>〔19〕</sup>譬如在不可量物排放条款(第294条)中没有规定震动的侵扰问题,再如相邻关系中电视电信信号的阻挡侵扰问题。对此,有学者认为采用类推适用的方法填补即足,而无需适用概括条款。<sup>〔20〕</sup>再进一步言之,即使存在无法通过类推等法律适用方法填补的法律漏洞,通过总则编的一般性条款或法律原则规范也足以完成找法作业。<sup>〔21〕</sup>

#### (二) 法源条款的设置与解释

法源条款即《民法典》第289条关于相邻关系规范依据的规定,其找法作用之发挥需要结合《民法典》第10条的法源条款来完成。由此产生的疑问首先是,就立法上的选择而言,在第10条的法源条款之外,是否还有必要就相邻关系规范单独另行规定法源条款。尽管关于法律渊源的含义存在不同层次的界定,但从立法表述上看,两个条文都采用了“处理”一词,而这里的“处理”应理解为司法裁判之意,也就是说这两个条文的性质同一,都应界定为司法裁判之依据,即一切得为裁判之大前提的规范的总称,<sup>〔22〕</sup>而非其他形式意义或广义上的法律渊源。其次,第10条规定的“法律”与第289条的“法律、法规”,以及两个条文中规定的“习惯”,是否可以做同一之解释?按照通常理解,第10条的“法律”乃属广义之谓,既包括全国人大及其常委会制定

〔18〕 有学者认为,《民法典》是一个具有外在逻辑体系和内在价值体系的“构造体”,而《民法典》的每一编也是遵循这样的构造。参见李永军:《论物权编外在体系的自治性》,载《比较法研究》2020年第4期。

〔19〕 有观点认为,该条具有法律漏洞填补功能,可以为法律没有明确规定的相邻关系,如越界建筑等引起的相邻关系,提供最基本的行为准则和裁判准则。参见孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注:物权编(2)》,中国法制出版社2020年版,第243页。

〔20〕 参见纪海龙:《法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例》,载《法律科学》2014年第4期。

〔21〕 此处或涉及一个深层次的问题,即或有不同主张认为,相邻关系规范内涵的价值区别于总则编通过基本原则之规定所彰显的价值,故应独立设置。基于基本的价值统一性或融贯性之要求,通常不能在同一法典中主张多种不相容之价值并存,且此一问题涉及整个《民法典》的价值统一性论证,也涉及基本原则规范的合理性论证。兹事体大,须专文论之。

〔22〕 参见黄茂荣:《法学方法论与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第371页;汪洋:《私法多元法源的观念、历史与中国实践——〈民法总则〉第10条的理论构造及司法适用》,载《中外法学》2018年第1期。

的规范性文件，也包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。<sup>〔23〕</sup>那么第289条中的“法律”即属狭义，即仅指全国人大及其常委会制定的规范性文件，而“法规”则指该条“法律”之外的其他规范性法律文件，用以补足该条狭义“法律”概念涵摄范围之不足。学理上有观点认为，第289条中的“法规”包括行政法规和地方性法规。<sup>〔24〕</sup>依此解释，第289条的“法律、法规”乃与第10条的“法律”可做同一理解。<sup>〔25〕</sup>至于两个条文中的“习惯”作为司法裁判之根据，自然应做“习惯法”而非具体的交易习惯或地方习俗理解。综前所述，第289条的内容完全可以为第10条所替代，亦无另行独立规定之必要。

此外，在相邻关系规则容忍义务限度的判定中，常常会涉及一些建筑、工程等方面的规章、国家标准或行业标准等。譬如第293条中规定的“国家有关工程建设标准”、第294条规定的“国家规定”等，该如何理解其性质？是否应纳入“法源”范畴？对该问题的回答实际上涉及行政许可等公法行为对相邻关系规则法律适用的影响问题。一种解释认为，此两条规定实际上是通过法律授权的方式赋予相关标准和规定（包括规章等）以法律效力，只要符合该相关标准和规定即属于容忍义务之合理限度内，并进而认为应排除容忍义务人的任何请求权。<sup>〔26〕</sup>而另有解释认为，不违反有关标准和规定仅仅是判断是否构成侵权的方法，也就是意味着即使符合相关标准或规定，也需要向容忍义务人承担相应的补偿责任。司法实践中也有法院承认：“行政许可也不能成为免除相邻方承担相邻妨害民事责任的依据，不动产获得行政许可并不当然排除民事侵权构成。”<sup>〔27〕</sup>由此可见，如果作为一种对法源最宽泛的理解，即“一切能够对裁判产生影响之事实”，自可称之为法源，但从严格的法教义学来看，“国家有关工程建设标准”“国家规定”等并不是作为裁判依据意义上的法源，而仅仅是认定相关事实的参照或依据，也即其是作为裁判说理之论据而非依据。<sup>〔28〕</sup>

综上所述，《民法典》中的相邻关系规范遵循《民法通则》模式而保留了一般条款，即原则条款与法源条款，但在《民法典》框架的体系化构造中，此处的一般条款并无独立设置之必要，因为总则编中关于基本原则和法源的规定足以实现其功能。

### 三、相邻关系规范具体条款的体系化构造

《民法典》相邻关系规范的具体条款包括第290—296条共7个条文，内容涉及相邻用水排水、相邻通行、相邻土地建筑物利用、相邻通风采光日照、相邻污染侵害、相邻损害防免等，而

〔23〕 参见王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》，中国法制出版社2017年版，第51—52页；张志坡：《民法法源与法学方法——〈民法总则〉第10条的法教义学分析》，载《法治研究》2019年第2期。

〔24〕 参见前引〔19〕，孙宪忠、朱广新主编书，第265页。

〔25〕 尽管有关相邻关系的法律往往涉及很多特别法，如《建筑法》《铁路法》《石油天然气管道保护法》《环境保护法》等，但这并不影响其性质或规范位阶之界定。

〔26〕 参见杜月秋、孙政编：《民法典条文对照与重点解读》，法律出版社2020年版，第104页；最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第203—204页。

〔27〕 《宁波市中级人民法院关于审理相邻关系纠纷案件的若干意见》（甬中法〔民二〕〔2014〕第46号）第8条。

〔28〕 《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》（法释〔2009〕14号）明确了法院判决书对于“应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用”；但是，并不包括国务院部门规章和地方政府规章。据此亦可进一步推断，“国家有关工程建设标准”“国家规定”等亦不能纳入裁判依据。

对其进行体系化构造实际上就是在《民法典》框架内进一步对相关规范的适用要件的理论构建,包括主体与客体的范围确定、容忍义务界定两个方面。

### (一) 事实要件的体系化阐释

相邻关系规范适用的事实要件之核心在于主体与客体范围,而作为法律概念的不动产相邻关系,需要从人与物两个方面进行界定。<sup>[29]</sup>

人的范围,也即不动产相邻关系的主体方面,在《民法通则》中的表述是“不动产的相邻各方”,《民法典》采用“不动产的相邻权利人”的表述。对此,在法律解释上需要进一步界定“不动产相邻权利人”的范围。我国学理较早的观点受到德国法<sup>[30]</sup>和我国台湾地区法学的影响,将相邻关系限定于不动产所有权人之间,<sup>[31]</sup>而在司法实践中,当事人往往从主体范围的角度对相邻关系规范的适用提出抗辩,主张相邻关系适用的主体范围仅限于所有权人。此种主张还表现在最高人民法院颁行的《民事案件案由规定》中“相邻关系纠纷”属于三级案由,而其对应的二级案由是“所有权纠纷”。<sup>[32]</sup>在立法设置上,自《物权法》至《民法典》也都将相邻关系规定在所有权之下。这实际上就是将相邻关系纳入所有权内容的范畴,认为相邻关系调整的是相邻不动产所有权之间的法律关系。然而,由于现实生活中不动产利用形式的不断丰富,将相邻关系限于不动产所有人之间已经明显不能适应现实需要,<sup>[33]</sup>从比较法上看,虽然法国、德国、荷兰以及我国台湾地区都将不动产相邻关系限定于所有权人之间,但司法实践则往往通过准用或类推的法技术将相邻关系规范扩展适用于他物权人、使用人、占有人等。<sup>[34]</sup>相应地,我国学界和实务界并未从准用或类推的法律适用方法角度进行推演,<sup>[35]</sup>而是径直对“相邻权利人”进行扩张解释。目前,我国学界和司法裁判中的多数观点认为,不动产相邻权利人不应仅仅局限于所有权人,而应该扩及他物权人以及债权性使用人、占有人等。<sup>[36]</sup>其中争议较大的占有和债权性利用人的界定问题,有必要在此予以澄清。有观点认为,对于占有人应做区分,其中无权占有人或非法占有人不

[29] 参见韩光明:《民法上相邻关系的界定:兼论法律概念的制作》,载《北方法学》2008年第5期。

[30] 鲍尔认为,相邻关系规则是“土地所有权内容在私法上的构造特征,体现为立法者对所有权利人利益和他人权利间的冲突,予以规范协调的种种努力。”参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第523页。

[31] 王泽鉴认为不动产相邻关系乃属不动产所有权的扩张和限制。参见王泽鉴:《民法物权》(第二版),北京大学出版社2010年版,第145页。另外,《德国民法典》在第三编物权第三章所有权项下对相邻关系作出规定。

[32] 参见《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》(法〔2020〕346号)。

[33] 参见张鹏、曹诗权:《相邻关系的民法调整》,载《法学研究》2000年第2期。该文敏锐地捕捉到了相邻关系所有权论存在的理论瑕疵,但可惜的是没有找到真正的原因,进而使其进一步的适用解释也失去了合理性基础。

[34] 参见苏永钦:《民法相邻关系规定可否类推适用于非物权人?》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,清华大学出版社2004年版;前引〔29〕,韩光明文。

[35] 有学者关注讨论相邻关系规则对法律未规定情形的类推适用,譬如对越界建筑的类推适用(参见前引〔20〕,纪海龙文);还有学者总结讨论对相邻关系规则的司法实践,进而从请求权基础的角度寻找其方法论意义(参见蔡养军:《论相邻关系纠纷的法律适用》,载《北方法学》2016年第2期)。

[36] 参见曾大鹏:《相邻关系的定义与本质》,载《南京大学法律评论》2012年春季卷;前引〔35〕,蔡养军文。司法实践中,法院也普遍认为“不动产的相邻权利人”包括不动产所有权人、不动产用益物权人以及不动产债权性利用人。如“某区建筑木材加工总厂诉某实业发展总公司房屋租赁纠纷上诉案”,中华人民共和国最高人民法院(2000)民终字第115号民事判决书(法公布〔2002〕第2号),载《最高人民法院公报》2002年第1期。“相邻关系是指相互毗邻的两个以上不动产所有人、用益物权人或占有人在用水、排水、通行、通风、采光等方面根据法律规定产生的权利义务关系。”广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终9号民事判决书。关于该案的具体分析,参见韩光明:《相邻关系中的容忍义务:陈某某诉广东某轨道交通有限公司案评析》,载彭诚信主编:《民法案例百选》(第2版),高等教育出版社2022年版,第157页。

应纳入“相邻权利人”范围，因为任何人不应因非法行为而获益。<sup>〔37〕</sup>而对于债权性利用人，有学者认为也应排除在外，否则会破坏债的相对性。<sup>〔38〕</sup>本文认为，对于该问题的分析应该秉持私法中基本的体系化思维即对人与对物的区分来展开。相邻关系是一种对物、而非对人的法律关系，也就是基于相邻关系的权利义务都是以相邻不动产为基础的，而不应受其基础性法律关系的影响，任何利用相邻不动产的人都可以基于物之需求而主张成为“相邻权利人”。而实际上，在我国司法实践中，也有裁判认定了占有人<sup>〔39〕</sup>和债权性利用人<sup>〔40〕</sup>得以主张相邻关系规范之适用。

关于物的范围，立法明确表述为不动产，尽管在理论上主张认为亦可适用于动产，但这属于少数意见，<sup>〔41〕</sup>且亦无必要。在法律解释上需要进一步澄清的是“相邻”的含义。对此，学界观点较为一致，即认为其并非以物理上直接毗邻为限，而应以抽象的法律界定为标准。“相邻关系调整的利益范围存在一个由相邻不动产利益（具有相邻特征的不动产利益）扩大到不动产相邻利益（因不动产相邻而发生的各种利益）的过程。”<sup>〔42〕</sup>也就是说，相邻因包括不动产在物理事实上的相互联结利益，而包括了基于一些媒介如流水、空气、光照、声音、粉尘等产生的相邻利益。相邻关系规范的不动产利益，必须是因不动产而客观存在的利益，即该利益是固在于或产生于该不动产，但该种利益可以进一步区分为固有利益和延伸利益两个方面。<sup>〔43〕</sup>延伸利益的范围会因具体案件的不同而有不同之范围界定，譬如司法实践中有裁判认定了相邻关系规范适用中的相邻商业利益。<sup>〔44〕</sup>

此外，在法典体系内尚需论及的是相邻关系规范与建筑物区分所有规范之间的关系。司法实践中有观点认为，在建筑物区分所有的情形中也有相邻关系规范适用之余地，如认为“建筑物区分所有权人行使自己专有部分的权利，一方面应遵守建筑物区分所有权的法律规定，还应遵守有关相邻关系的法律规定”<sup>〔45〕</sup>。此种错误认识的根本原因在于没有对两者进行体系化区分。相邻关系规范与建筑物区分所有规范属于两种独立的规范体系，前者需具备“相邻”的事实要件，而后者则需具备“建筑物区分所有”的事实要件，两种状况下物之间的物理状态完全不同，区分所有是以物理上构成不可分割的整体为前提的。

## （二）容忍义务及其限度

容忍义务是不动产相邻关系规则的价值体现，也是法律适用的核心技术，是该规则适用的核

〔37〕 参见丁海俊：《所有权》，中国法制出版社2007年版，第184页。也有学者认为，在绝大多数情形下，将相邻关系主体限定为合法的所有人或使用人，这是妥当的，但相邻关系的义务主体应扩及一切行为人，包括无权占有人。参见前引〔36〕，曾大鹏文。

〔38〕 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社2011年版，第444页。

〔39〕 如福建省三明市中级人民法院（2019）闽04民终1831号民事判决书。

〔40〕 参见“新疆维吾尔自治区建筑木材加工总厂与中国民主同盟新疆实业发展总公司房屋租赁纠纷案”，最高人民法院（2000）民终字第115号民事判决书，载《最高人民法院公报》2002年第1期。

〔41〕 参见谢哲胜：《民法上相邻关系与小区管理之探讨》，载蔡耀忠主编：《物权法报告》，中信出版社2005年版，第1-37页。

〔42〕 前引〔29〕，韩光明文，第55页。

〔43〕 有学者把有关不动产的利益区分为所有利益、资本利益和生存利益，并强调生存利益的优先性和保护特殊性。参见刘得宽：《土地所有权理论之新展开》，载氏著《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第70-71页。

〔44〕 参见广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终9号民事判决书。

〔45〕 “顾然地诉巨星物业排除妨碍、赔偿损失纠纷案”，载《最高人民法院公报》2003年第6期，第26-28页。



心要件。<sup>[46]</sup> 因此, 相邻关系规范的体系构造需要通过容忍义务的界定来完成。《民法典》立法表述中尽管没有直接采用容忍义务概念,<sup>[47]</sup> 但由于《民法典》规定了诚实信用原则, 而通常又认为容忍义务的价值渊源在于诚实信用原则,<sup>[48]</sup> 这就为容忍义务进入相邻关系规范体系提供了正当性基础; 而在相邻关系规范的多个法律条文的表述当中, 如“提供必要的便利”“不得违反规定”“不得危及安全”, 实际上是对容忍义务的换言表达, 构成容忍义务的规范基础。另外, 从目前我国学理及司法实践的立场来看, 相邻关系规范中的“容忍义务”概念也已获得普遍接受。<sup>[49]</sup>

从立法表达中提炼抽象出“容忍义务”是学说理论对相邻关系规范进行体系化构造的第一步, 接下来容忍义务法律适用的关键是判断或构造其“合理限度”,<sup>[50]</sup> 也即边界界定问题。“相邻关系中的容忍义务最显著的特征就是消极性, 其并不要求高尚, 并不要求你一定要‘爱你的邻人’, 那是宗教才有的情怀; 它甚至与道德无关, 容忍义务只是要求人的行为符合一个社会人的最起码标准, 即‘自己活, 别人也活’的道理。”<sup>[51]</sup> 这里的“社会人”也即通常所说的“一般人”或“理性人”“通情达理之人”。学理上对于容忍义务合理限度的判断标准即从“一般人”的角度展开提炼构造, 目前存在实质性损害(损害是否属于一般理性人所不能忍受的重大损害)、<sup>[52]</sup> 过错判断(对于过错行为不予容忍)、利益衡量(通常又称之为比例原则)三种主张。<sup>[53]</sup> 但是, 由于容忍义务在实质上属于不确定性法律概念, 所以对于容忍义务的程度判断, 无论是抽象提炼还是类型化归纳, 都需要法官基于个案进行自由裁量, 也即在法律方法上终归于个案利益衡量。总结观察目前国内的司法实践, 虽然在裁判文书中法官已经普遍采用“容忍义务”这一概念, 但是对于容忍义务的负担理由以及容忍义务限度的判定理据的阐述尚有较大的完善充实空间。

[46] 参见韩光明:《财产权利与容忍义务: 不动产相邻关系规则分析》, 知识产权出版社2010年版, 第166页。除相邻关系中的容忍义务外, 有学者主张应将容忍义务上升为民事权利、义务的一般性规定。参见王雷:《论容忍义务在我国民法典中的体系位置》, 载《河南财经政法大学学报》2017年第1期。

[47] 比较立法例上明文规定容忍义务的如《德国民法典》第906条、第912条、第1004条;《瑞士民法典》第684条;《意大利民法典》第844条、第890条, 等。也可参见李云波:《相邻不可量物排放的私法调整》, 光明日报出版社2020年版, 第120-127页。

[48] 这一论断涉及自由与容忍的关系, 以及诚信原则的历史起源, 尤其是罗马法上的“诚信”“善意”的含义, 具体可以进一步参见徐国栋:《民法基本原则解释: 诚信原则的历史、实务、法理研究》(再造版), 北京大学出版社2012年版; 徐国栋:《诚信原则研究》, 中国人民大学出版社2002年版。

[49] 参见王利明:《论相邻关系中的容忍义务》, 载《社会科学研究》2020年第4期; 韩光明:《权利冲突、相邻关系与义务理性》, 载《比较法研究》2008年第5期; 焦富民:《容忍义务: 相邻权扩张与限制的基点——以不可量物侵扰制度为中心》, 载《政法论坛》2013年第4期; 胡杰:《论私法意义上的容忍义务》, 载《江海学刊》2015年第2期, 等。相关司法裁判如广东省高级人民法院(2020)粤民申6023号民事裁定书; 河南省高级人民法院(2020)豫民申381号民事裁定书; 福建省高级人民法院(2020)闽民申1959号民事裁定书; 吉林省高级人民法院(2020)吉民申439号民事裁定书; 江苏省高级人民法院(2019)苏民申6805号民事裁定书; 广西壮族自治区高级人民法院(2019)桂民申5415号民事裁定书; 贵州省高级人民法院(2019)黔民申4835号民事裁定书。

[50] 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)曾采用“必要限度”的提法(第99条)。

[51] 前引[49], 韩光明文, 第127页。

[52] 参见〔德〕M·沃尔夫:《物权法》, 吴越、李大雪译, 法律出版社2004年版, 第155-157页。

[53] 参见前引[49], 王利明文。比较法上有德国的“场所的惯行性”、瑞士的“必要权”、日本的“忍受限度论”、法国的“异常性”或“过度性”标准, 等。参见汤大好:《相邻不可量物侵害之受害人容忍义务比较法研究》, 载《太原师范学院学报(社会科学版)》2008年第3期; 张利春:《日本公害侵权中的“容忍限度论”述评——兼论对我国民法学研究的启示》, 载《法商研究》2010年第3期; 夏沁:《论民法典中的容忍义务》, 载《研究生法学》2016年第6期。



#### 四、相邻妨害救济的体系化构造：容忍补偿请求权的独立性

论证容忍义务的负担理由以及判定其合理限度，其最终目标都将归于相邻妨害的救济问题。容忍义务的规范效力可以概括为正反两个方面：正向的是指承担容忍义务而遭受的妨害是否能够请求补偿，以及请求补偿的范围应如何判定；反向的则是指拒绝承担容忍义务的法律后果问题，也即相邻不动产权利人违反容忍义务或不承担容忍义务时，相对人可以寻求何种救济的问题。但这仅仅是在容忍义务限度的讨论，而在体系化构造上还需要注意到容忍义务限度外的规范效力问题，也即需顾及“容忍义务限度内的妨害救济”与“容忍义务限度外的损害救济”两个层面，而这又往往涉及相邻关系规则与物权请求权、侵权责任请求权等规则的体系协调问题。

不妨具体展开：相邻一方因负担容忍义务而遭受妨害，但相对方的行为并未超越合理限度，那么负担容忍方是否有权请求对方给予相应的补偿？如果对方的行为超出了容忍义务的合理限度，那么可以寻求何种救济？如果超出容忍义务合理限度的行为导致容忍方遭受损害，那么其是否有权请求被告赔偿损失？此一问题的实质涉及容忍义务补偿请求权的性质与独立性，及其与物权请求权、<sup>〔54〕</sup>侵权责任请求权<sup>〔55〕</sup>的关系。对于有实际损失发生的情形，根据容忍义务的限度，可以区分“容忍义务限度内的妨害救济”和“容忍义务限度外的损害救济”两个层面，前者即容忍义务补偿请求权，后者则包括物权请求权、占有保护请求权<sup>〔56〕</sup>和侵权责任请求权三种不同情形。<sup>〔57〕</sup>此涉及整个《民法典》的请求权基础体系问题，<sup>〔58〕</sup>需从请求权规范体系的角度进一步对相邻关系规范进行构造。

相邻关系容忍补偿请求权的前提或基础是容忍义务之负担，因此其属于容忍义务限度内的妨害救济。该法定容忍义务的存在是以合理界限为前提的，一旦越过合理界限也就不存在容忍义务了，因此也就丧失了补偿请求权之基础，此时不动产权利人即可径直行使物权请求权或占有保护请求权要求返还原物、排除妨害或消除危险，<sup>〔59〕</sup>抑或行使侵权责任请求权，要求停止侵害、排

• 127 •

〔54〕 物权请求权的规范基础是《民法典》第 235 条（无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物）、236 条（妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险），而第 237 条规定（造成不动产或者动产毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复原状）、第 238 条（侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以依法请求损害赔偿，也可以依法请求承担其他民事责任）并非独立的物权请求权之规范基础，该两条强调“依法”，即指须依有关侵权责任等其他具体规定方可主张恢复原状、损害赔偿等请求权。

〔55〕 侵权责任请求权的规范基础是《民法典》第 120 条（民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任）以及民法典中有关侵权责任的具体规定，如第 1165 条（行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任）。

〔56〕 如果相邻不动产权利人为债权性利用人，那么则会涉及占有保护请求权的行使问题。

〔57〕 有关容忍义务限度外的损害救济中物权请求权、占有保护请求权与侵权责任请求权的竞合问题对于本文的中心议题意义不大，故不在此展开。

〔58〕 关于《民法典》的请求权基础体系，参见吴香香：《请求权基础：方法、体系与实例》，北京大学出版社 2021 年版。但作者在该书中并没有构造出独立的相邻关系容忍补偿请求权。

〔59〕 如果负担容忍义务一方为债权性不动产使用人，这可以通过占有保护寻求救济。限于篇幅，对此问题暂且不赘。此外，有学者提出，相邻关系请求权与物权请求权属于交叉关系，但这其实是颇令人费解的。参见前引〔35〕，蔡养军文。按照本文观点，基于容忍义务限度之内外区分，两者乃属泾渭分明，不存在交叉问题。

除妨碍、消除危险,而遭受损害时即可请求侵权损害赔偿。当然,这同时也意味着,只要在容忍义务的合理限度内,也即存在容忍义务之合理负担,那么容忍义务人即无权主张物权请求权、占有保护请求权和侵权责任请求权。

关于相邻关系容忍补偿请求权与损害赔偿请求权的关系,在我国相关立法的演变中清晰地体现了出来。<sup>[60]</sup> 最早的《民法通则》仅对包括损害赔偿在内的侵权责任请求权作出规定,即第83条第2款规定“给相邻方造成妨碍或者损失的,应当停止侵害,排除妨碍,赔偿损失”。<sup>[61]</sup> 但《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)则对补偿与赔偿两种不同的请求权有所区分,如其在第99条第1款规定了排水相邻权利人对受益人享有的“合理补偿”请求权,在第2款则规定了损害赔偿请求权,<sup>[62]</sup> 在第100条规定了通行相邻权利人对受益人享有的“适当补偿”请求权。<sup>[63]</sup> 之后的《物权法》一方面在第84条删除了《民法通则》第83条第2款有关侵权责任请求权的条款,另一方面又在第92条增加了有关排水、用水、通行、铺设管道等利用相邻不动产情形下的损害赔偿请求权。<sup>[64]</sup> 而至《民法典》颁行,第288条完全保留了《物权法》第84条的表述,未做修改;同时又通过第296条<sup>[65]</sup>删除了《物权法》第92条中有关“造成损害的,应当给予赔偿”的规定。这也就意味着,《民法典》物权编关于相邻关系的部分未对容忍义务违反救济作出任何规定。对于《民法典》的此种立法方式,有解释指出:“民法典编纂过程中,有的意见指出,造成损害的,应当给予赔偿,可以由侵权责任法调整,无需在本条作出特别规定。经研究,2018年8月审议的民法典各分编草案删除了‘造成损害的,应当给予赔偿’的规定,删除此规定,并非是造成损害无需赔偿,而是如果造成损害,可以依据侵权责任法的规定请求损害赔偿。”<sup>[66]</sup> 按照此种解释思路,随着《民法通则》的废止,《民通意见》也自然废止,这也就意味着对于相邻关系损害的救济不再区分补偿与赔偿,而是统一为侵权责任请求权。

本文认为,前述解释看似照顾到了法典体系化的要求,即将责任救济统一适用第七编侵权责任的有关规定,但却并不符合相邻关系规则之实质,尤其是没有认识到容忍义务的特殊规范意义。尽管《民法典》没有吸纳《民通意见》对补偿和赔偿作出的有益区分,没有在物权编对相邻关系损害救济亦即对容忍义务补偿请求权作出明确规定,但却并不妨碍在理论和司法实践中作出

[60] 本文从《民法通则》说起,而在《民法通则》之前的立法或法律起草中也曾用过“补偿”和“赔偿”两种不同的提法,具体可参见何勤华、李秀清、陈颐:《新中国民法典草案要览(增订本)》(上、中、下),北京大学出版社2017年版。

[61] 严格来讲,对于《民法通则》第83条第2款中规定的“停止侵害、排除妨碍”,存在物权请求权与侵权责任两种解释之可能。但从相关司法实践来看,通常将其统一解释为侵权责任。

[62] 《民通意见》第99条规定:“相邻一方必须使用另一方的土地排水的,应当予以准许;但应在必要限度内使用并采取适当的保护措施排水,如仍造成损失的,由受益人合理补偿。相邻一方可以采取其他合理的措施排水而未采取,向他方土地排水毁损或者可能毁损他方财产,他方要求致害人停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失的,应当予以支持。”

[63] 《民通意见》第100条规定:“一方必须在相邻一方使用的土地上通行的,应当予以准许;因此造成损失的,应当给予适当补偿。”

[64] 关于《物权法》颁行后,相邻关系规则的法律适用情况,可参见前引[35],蔡养军文。在《物权法》立法过程中也存在补偿与赔偿的不同用法,物权法草案一审稿到六审稿都采用了补偿的提法,而直到七审稿才修改为“赔偿”。

[65] 《民法典》第296条规定:“不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的,应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害。”

[66] 黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编解读》,中国法制出版社2020年版,第313页。

另一种法律解释，即相邻关系规则是独立的请求权规范基础，即存在独立的、区别于物权请求权和侵权责任请求权的容忍补偿请求权。此种解释或许有人会认为不符合立法原意，但却符合规范（独立）目的之解释。

在学理上，一直都存在相邻关系损害赔偿救济之说，只是尚未从独立请求权的角度阐述，但此无害其实。譬如有学者为，在合理利用相邻不动产而产生损失的情形即应为补偿；〔67〕有学者认为，超出应当的容忍限度，受损害一方即可请求赔偿。〔68〕而对《民法典》的相关规定，也已有学者提出了更为合理的解释。譬如针对《民法典》第296条的规定，有学者指出，该条应界定为四重含义，即尽量避免造成损害原则、最小损害原则、正常行使权利造成损害的补偿义务、非正常行使权利造成损害的赔偿义务。〔69〕后两项实际上就对应于本文提出的容忍义务补偿请求权和侵权损害赔偿请求权。

相邻关系规则因其独特的法律技术，也即容忍义务，而构成独立的请求权规范基础，即容忍义务补偿请求权。有学者指出，相邻关系是否产生独立的请求权需要考虑三个方面的因素，即法律是否规定了独立的构成要件与法律效果、是否具有特殊的价值评判标准，以及能否促进法律的适用。〔70〕但其实这三者最终都需归结于容忍义务。申言之，作为独立请求权的构成要件、法律效果、特殊价值评判都是以容忍义务这一特殊法律技术为前提或基础的。在容忍义务限度内，义务人有权请求相邻权利人补偿其所遭受的损失，而如果相邻权利人的行为超过了对方的容忍义务范围并导致损害发生，则受害人即可寻求侵权损害赔偿救济。两者亦并非竞合关系，其根本区别在于是否超出了容忍义务的合理限度，而其更深层的区别在于理论基础之不同。容忍义务补偿请求权的理论基础是特别利益牺牲或强制牺牲理论，〔71〕在此情形中并不存在不法行为，更不要求过错之存在；而侵权损害赔偿请求权的理论基础则是对不法侵害行为的救济，其前提是对法定注意义务的违反。〔72〕

• 129 •

〔67〕 参见王利明：《物权法研究》（上册），中国人民大学出版社2016年版，第617页。

〔68〕 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社2011年版，第455页。

〔69〕 参见前引〔19〕，孙宪忠、朱广新主编书（相邻关系部分第288条—296条的评注撰稿人是申惠文）。

〔70〕 参见前引〔35〕，蔡养军文。尽管蔡养军赞同相邻关系是独立的请求权基础，但其论证并不充分或彻底。正如还有学者一方面指出，相邻关系本身可以成为请求权的基础，具有相对独立性，因为相邻规则作为独立的法律规则，具有独立的规范对象、规范技术和规范方式，但另一方面则令人困惑地认为，《民法典》相邻关系与侵权责任的相关规定是特殊与一般的关系。参见前引〔19〕，孙宪忠、朱广新主编书，第255页。此种论证不彻底的原因在于他们只是模糊地意识到了相邻关系规则的独立性，但却没有直接提出“容忍义务补偿请求权”，而是仅仅认识到了相邻关系规则这一整体规范与物权请求权、侵权责任请求权的不同，以至于难以厘清规范独立之基础。

〔71〕 该理论源于德国，其主要观点是认为容忍义务人限制约束了自己的权利，实际上是为相对方利益作出了特别牺牲，因此应给予相应的补偿以达衡平正义。参见陈华彬：《德国相邻关系制度研究：以不可量物侵害制度为中心》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第4卷，法律出版社1996年版，第299页。我国台湾地区有学者将相邻关系补偿金阐释为法定物权负担（参见苏永钦：《相邻关系在民法上的几个主要问题》，载氏著《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第216—253页），但这种说法其实只是转换为容忍义务相对人的角度，而与特别牺牲论并没有实质性的区别，而从便于理解的角度，特别牺牲论从请求权人的角度予以阐释更具便宜性和准确性。

〔72〕 在理论上存在容忍义务扩展适用的观点，譬如有学者认为容忍义务可以扩展适用于人格权、知识产权和环境侵权领域。参见前引〔49〕，王利明文。对此，需要注意其中的细微差别，容忍义务在相邻关系规则和前述三个扩张领域的法律意义完全不同，在人格权、知识产权和环境保护领域，容忍义务只是被借助用于判断行为人是否存在过错，其更类似于一般的注意义务。

## 五、结 论

不动产相邻关系规范属于一个特定的规则体,基于总则编与分编之间的涵摄关系,在此规则体内无需设置一般条款,通过总则编的一般条款完全可以完成法律漏洞填补等法律适用任务。在相邻关系规范的具体条款中,需要对其用词和概念进行体系化解释,而对其规范效力则应该通过容忍义务进行体系化构造,进而在《民法典》的请求权基础体系中发现独立的容忍补偿请求权。

本文以不动产相邻关系规范的体系化构造为示例,尝试揭示《民法典》颁行后,民法学的核心任务应该是法典的体系化构造。基于我国《民法典》编纂颁行的特定背景,法典的体系化构造任务是极为繁重的,其既包括内在价值体系的构造也包括具体规范和概念体系的构造。不动产相邻关系规范则为其中一个示例。经过体系化构造,一方面可以发现其在立法体例设置上的不必要及其背后的诱导因素,另一方面可以将法律适用严格限定在体系化的约束之内,防止背离法律科学的粗放式找法。与此同时,也希望达到“牵一发而动全身”之效果,即通过特定规则体的体系化构造促进实现整个法典的体系化,最终完成实质性的法典化。

---

---

**Abstract:** Systematic construction is the essential technique of codification. Many norms of the Civil Code, including the adjacent relations, should be constructed systematically. The adjacent relationship norms, as a separate chapter, only have nine independent provisions, including two general provisions, relating to its principles and legal source, and seven other specific provisions, which are based on the unique duty of tolerance. However, the basic principles of the whole Civil Code should applied to adjacent relationship norms directly, and there is no need to retain the general provisions separately. In addition, following the systematic method, the independence of the compensation claim based on duty of tolerance in the whole claim system of the Civil Code should be confirmed.

**Key Words:** systematic construction, adjacent relationship, duty of tolerance, claims for compensation

---

---

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

## 担保制度司法解释的制度创新与难点释疑

崔建远\*

**内容提要：**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》尽其所能地明确、细化担保的规则，补充《民法典》欠缺的某些规则。增设反担保人的责任范围不因担保合同无效而缩减的规则，看似不合逻辑实则确有道理。约定的担保责任范围超出主债务的范围，可被允许，只要不准予担保人就超出部分向主债务人追偿就足够了，司法解释却反对之，需要再思。担保人知晓新贷与否不宜作为其是否就新贷承担担保责任的原因，只有其同意方可负责，司法解释在这点上亦应反思。担保合同关于抵押物转让须经抵押权人同意的约定经过登记，可发生对抗第三人的效力，这是司法解释较《民法典》第406条第1款中段的规定合理之处，但仍难扭转有利于金融机构的倾向。抵押权的效力不及于其设立之后续建、新建的部分，符合法理。抵押权担保的债权罹于时效后抵押人有权对抗抵押权人关于行使抵押权的主张，这虽符合法理，但时间一长便滞碍抵押物的流转，有时还耽误买受抵押物之人完成过户登记，应提出解决之道。以现有的应收账款出质，第三债务人向质权人确认应收账款的真实性后，无权以应收账款不存在或已经消灭为由对抗质权人实行质权，该创设符合法理。

**关键词：**反担保 约定担保责任范围 追及效力 房地权属一体 诉讼时效完成

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）设计的担保规则较为抽象，需经解释方可妥当地适用；让与担保等规则尚付阙如，须经漏洞补充，才能胜任规范担保关系的重任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度司法解释》）正是这方面的代表。饶有趣味的是，《担保制度司法解释》也需要解释，澄清其意思，理顺其逻辑，评论其得失，为学术研讨和实务裁判提供素材。

\* 崔建远，清华大学法学院教授。

本文为国家哲学社会科学基金重点项目“担保制度新发展及其法律规制研究”（19AFX013）的阶段性成果。

## 一、关于反担保

《担保制度司法解释》第19条的规定有无合理的根据？如果遵循《民法典》第388条第1款中段关于“担保合同是主债权债务合同的从合同”的规定以及担保的从属性即担保合同从属于被担保合同之说，那么，《担保制度司法解释》第19条第2款后段关于“当事人仅以担保合同无效为由主张反担保合同无效的，人民法院不予支持”的规定、第19条第1款关于“担保合同无效，承担了赔偿责任的担保人按照反担保合同的约定，在其承担赔偿责任的范围内请求反担保人承担担保责任的，人民法院应予支持”的规定，似乎不合逻辑，即所谓的“皮之不存毛将焉附”。不过，担保的从属性还表现在担保债务从属于被担保债务这点上，并且此种表现更为本质。具体到反担保制度，就是反担保债务从属于担保债务。所谓担保债务，不限于担保合同有效成立阶段担保人对于主债权人所负有的担保债务（中性的），担保人依约向主债权人实际承担的担保责任这种担保债务的延伸和变形，以及担保人依法向主债权人实际承担的缔约过失责任性质的担保责任，均为其表现形式。相应地，反担保债务/反担保责任不但从属于常态的担保债务，而且从属于担保责任，包括缔约过失责任性质的担保责任。既然如此，在担保合同无效但担保人却实际承担了担保责任的情况下，反担保债务/反担保责任就客观地存在着，担保人就有请求反担保人实际承担相应的反担保责任。

上述理念及观点还可从反担保的本质得到印证和支持。原来，反担保系“求偿担保”，即为保障担保人实际承担担保责任后易于实现其追偿权而设置的担保方式。担保人的追偿，重在其付出得到填补，不作茧自缚地聚焦于主债务人。只要担保人实际承担了担保责任，只要其追偿权存在，不但主债务人负有容忍担保人追偿的义务，而且反担保人也有义务满足担保人实现追偿的请求。既然反担保债务/反担保责任从属于担保债务/担保责任，其目的是保障担保人追偿权的切实实现，那么，只要担保责任实际承担了，只要担保人的追偿权存在，反担保债务/反担保责任就不会因担保合同无效而化为乌有。<sup>〔1〕</sup>

《担保制度司法解释》第17条规定：“主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：（一）债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；（二）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；（三）债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”另外，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称法〔2019〕254号）第54条后段规定：“如果主合同有效，则担保合同有效，担保人与主债务人承担连带保证责任。主合同无效，则该所谓的独立担保也随之无效，担保人无过错的，不承担责任；担保人有过错的，其承担民事责任的部分，不应超

〔1〕 在北京市物权法学会于2021年1月28日举办的“第三届产权保护法治论坛：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》研讨会”上，中国人民大学法学院的高圣平教授主张：反担保的主债务不是担保合同项下的债务，而是担保人向主债务人追偿的债务。



过债务人不能清偿部分的三分之一。”因此即使《民法典》生效实施，法〔2019〕254号也未被废止，其精神也应予以延续，何况《担保制度司法解释》就是解释《民法典》关于担保的规定的。

## 二、关于担保责任范围约定的法律效力

法〔2019〕254号第55条规定：“担保人承担的担保责任范围不应当大于主债务，是担保从属性的必然要求。当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，如针对担保责任约定专门的违约责任、担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满，等等，均应当认定大于主债务部分的约定无效，从而使担保责任缩减至主债务的范围。”《担保制度司法解释》第3条第1款规定：“当事人对担保责任的承担约定专门的违约责任，或者约定的担保责任范围超出债务人应当承担的责任范围，担保人主张仅在债务人应当承担的责任范围内承担责任的，人民法院应予支持。”

评论以上规定妥当与否时，有必要综合考量以下因素：

第一，担保制度旨在保障债权人对于主债务人的债权切实实现，不具有放大该债权的范围的规范意旨，无使债权人获得“不当得利”之意。在这层意思上，债权人不应因担保的设立而取得超出该债权正常实现时所获清偿的数额。

第二，担保人所负债务，系为主债务人与债权人之间的事务所承受的负担，而非为自己事务所必须为之的给付。由此决定，担保人的负担范围和强度不应超出主债务人的债务范围和强度。

第三，担保人实际承担担保责任之后，有权向主债务人追偿，从主债务人的角度看，是自己责任原则的一种迂回体现，同时决定了担保人追偿的范围应限于主债务人自己清偿时的负担总额。

第四，担保人与债权人之间形成担保关系，在该关系之内债的相对性起着重要的作用，自己责任原则也不退出舞台，债权人对其不当行为向担保人负责，担保人对其不当行为向债权人负责。

第五，债权人、主债务人和担保人之间的关系虽然牵连紧密，相互间确有影响，但仍然无法也不应该完全挣脱债的相对性的锁链，不得混淆不同的法律关系。

如果重视以上五点考虑因素，那么，法〔2019〕254号第55条关于“当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，如针对……担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满，等等，均应当认定大于主债务部分的约定无效”的规定，符合法理，值得赞同。但是，《担保制度司法解释》第3条的规定，则应予反思，这是没有厘清法律关系、错用担保从属性的表现。稍微展开来说：

第一，为确保担保责任的切实履行，对不履行担保责任的行为约定违约责任条款，诸如违约金条款、违约损害赔偿的计算方法条款，它们不是直接从属于被担保债权合同的，而是从属于担保合同的。抽象地说，后一个从属性不必然与前一个从属性挂钩，究竟挂钩不挂钩，需要结合其他因素，综合考虑，才可下结论。具体到此处，担保人不履行担保债务，构成独立于主债务人违约的一个违约行为，该违约行为给债权人造成了独立于主债务人违约所致损失的另外的损失，担

保人对其不当行为应当独自承担不利后果。该不利后果包括支付违约金、赔偿损失等形态。就此说来，针对担保人不承担担保责任而约定违约责任，符合逻辑。

第二，《担保制度司法解释》第3条第1款对担保合同约定的超出债务人应负责任范围的担保责任，不认可其法律效力，未赋予其强制执行力。不认可法律效力，接近于法定无效。违约责任条款作为合同条款的一种，其有效、生效、无强制执行力、无效宜由《民法典》等法律、行政法规来设计，司法解释可否抛开法律、行政法规而创设此类制度，需要深思。至于法定无效，即担保合同约定的担保人所负违约责任的条款无效，在法律未规定特别的无效原因的背景下，其无效应与其他合同条款无效在确定标准上同等对待。在该违约责任条款不存在《民法典》第146条第1款、第153条、第154条等条款规定的无效原因的情况下，司法解释不得径直规定《民法典》未设计的无效原因。总之，《担保制度司法解释》第3条第1款的规定存在瑕疵。

第三，正因为“第一”中的法理，所以，在担保人向债权人承担了超出债务人应负责任范围的违约责任之后，就超出部分无权向主债务人追偿，因为这是担保人对自己的行为负责，而非对主债务人的行为承担担保责任的救济措施。

一句话，《担保制度司法解释》第3条第2款的规定具有正当性，可资赞同。<sup>〔2〕</sup>

### 三、旧贷、新贷与担保

金融机构出于自身利益的考虑，时常采取以新贷还旧贷的方式平衡账目，这牵涉到既存的担保是否为新贷的担保，法〔2019〕254号奉行的立场是：（1）当事人之间有约定的，依其约定。（2）当事人之间无约定的，将新贷用于归还旧贷，旧贷因清偿而消灭，为旧贷设立的担保物权也随之消灭。贷款人以旧贷上的担保物权尚未进行涂销登记为由，主张对新贷行使担保物权的，人民法院不予支持（第57条）。《担保制度司法解释》没有完全承继法〔2019〕254号的上述规定，受《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称法释〔2000〕44号）第39条的影响颇大，区分新贷与旧贷的担保人是否同一而有不同的规则：新贷与旧贷系同一担保人的，债权人请求担保人承担担保责任，人民法院应予支持；新贷与旧贷系不同担保人，或者旧贷无担保新贷有担保的，债权人请求新贷的担保人承担担保责任的，人民法院不予支持，但是债权人有证据证明担保人提供担保时对以新贷偿还旧贷的事实知道或者应当知道的除外（第16条第1款）。物的担保人在登记尚未注销的情形下愿意继续为新贷提供担保，但在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权，其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的，人民法院不予支持（第16条第2款）。

在笔者看来，法〔2019〕254号第57条的规定符合意思自治原则、担保权为从权利的基本属性，逻辑谨严，利益衡量妥当，值得赞同。《担保制度司法解释》第16条的规定存在如下问题，需要澄清甚至应予反思：

〔2〕在2020年11月28日由“担保制度新发展及其法律规制研究”课题组与最高人民法院民二庭主办的“最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保制度的解释（征求意见稿）”研讨会上，华东政法大学副教授姚明斌博士指出，规定违约金条款无效没有法律依据，承认违约金条款的效力但不允许担保人就此项付出向主债务人追偿，更为合理。

第一,所谓新贷与旧贷系同一担保人,应指担保人已经同意充任新贷的担保人的情形,或是担保人与债权人达成了担保新贷的合意,或是担保人已经单方表示担保新贷,或是旧贷合同载有在以新贷还旧贷的场合担保人仍为新贷提供担保。否则,不得谓新贷与旧贷系同一担保人。

第二,在此前提下,即担保人确实是新贷的担保人时,担保人以其对以新贷偿还旧贷的事实不知道并且不应当知道为由主张不承担担保责任的,不应得到支持。如果不存在担保人仍为新贷提供担保的意思表示,则担保人以其对以新贷偿还旧贷的事实不知道并且不应当知道为由主张不承担担保责任的,应当得到支持。

第三,问题的关键在于,担保人仍为新贷的担保人取决于设立担保的合同或担保人的单独行为已经有效成立(有时加上登记,有时加上交付),不取决于担保人对以新贷偿还旧贷的事实知道还是不知道,不取决于担保人对以新贷偿还旧贷的事实应当知道还是不应当知道。《担保制度司法解释》第16条第1款引入担保人知道、应当知道的因素来认定担保人是否承担担保责任,除了增添困惑以外,似无积极价值。

第四,旧贷附有物的担保(包括担保的意思表示加上相应的登记),该担保移至新贷的意思表示和相应的登记已经具备,或者既有的担保登记在外观上显示出新贷附有该担保,或者就新贷虽无担保的意思表示但既有的担保登记在外观上显示出新贷附有该担保,在这些情况下,《担保制度司法解释》第16条第2款所谓担保人“在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持”,才可成立。

第五,与此不同,如果担保登记在外观上显示出旧贷附有担保,新贷没有担保,担保人在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,应当适用或类推适用《民法典》第414条第1项关于“抵押权已经登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序”的规定,新贷的债权人无力对抗其他债权人关于担保物权顺位的主张。就是说,在这点上,《担保制度司法解释》第16条第2款违反《民法典》第414条的规定,违反《民法典》第214条所示不动产物权的变动自记载于不动产登记簿时发生效力的物权法原则。

第六,在担保人和贷款债权人之间,旧贷附有的担保是否移至新贷,取决于有无此种意思表示:若有,即使新贷的担保登记没有办理,新贷债权人可以请求担保人办理;若无,即使新贷的担保登记已经办理,只要担保人不承认为新贷担保,也有权请求注销担保登记。《担保制度司法解释》第16条忽略了这些规则及理论,应予反思。

第七,法释〔2000〕44号第39条和《担保制度司法解释》第16条的设计出发点是:担保登记在外观上往往识别不出被担保债权是旧贷还是新贷,无需变更登记即认定新贷附有担保(旧贷附有的担保移至此债上)可节约成本;特别是若强求新贷的担保必须重新办理登记,则会出现担保人乘旧贷担保登记注销之际以该担保财产为其他债权人办理担保登记,使新贷债权人的担保权顺位在后,遭受损失。为避免这种局面出现,特设法释〔2000〕44号第39条和《担保制度司法解释》第16条。其实,新贷债权人令担保人出具不为其他债权人设立顺位在先的担保权的承诺书,并将之提供给登记机构,附在登记簿的相应簿页,或其他措施,也能达到目的。这样,既维

护了物权法的基本制度及原理，又合理地保护了新贷债权人的权益，何乐而不为？就是说，法释〔2000〕44号第39条和《担保制度司法解释》第16条未采上策。

《担保制度司法解释》第29条第2款关于“同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权，债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利，导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权，其他保证人主张在其不能追偿的范围内免除保证责任的，人民法院应予支持”的规定，似可解释出上述结论，主要理由是共同保证人对外承担连带责任。所谓“同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权”，并未限定共同保证人之间有明确约定时方可如此，即使共同保证人之间未明确约定相互间享有追偿权，只要他们对外承担连带债务/连带责任，也应当相互间享有追偿权。

#### 四、抵押权的追及效力可否被约定排除

《民法典》第406条第1款中段增设“当事人另有约定的，按照其约定”，尊重了抵押人和抵押权人的合意，贯彻了意思自治原则。不过，在这里存在着解释路径方向的不同会致结论相反的现象。如果把该规定看作修饰、限制着本条第1款前段关于“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产”的规定，则完全符合意思自治原则与合同的相对性，依逻辑也符合抵押人和抵押权人之间的利益关系，还不破坏交易安全。但是，如果将之看作限制本条第1款后段关于“抵押财产转让的，抵押权不受影响”的规定，那么，就很容易使人得出禁止转让抵押物的约定限制“抵押财产转让”的结论。如果是这样，则其与合同的相对性就未尽契合，与《民法典》在债权让与等制度修正《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）设计的大趋势相悖。稍微展开来说：

第一，抵押权人和抵押人约定抵押物非经抵押权人的同意不得转让，这约束抵押人不成问题，抵押人倘若违反该约定，则向抵押权人承担违约责任，这有《民法典》第577条等作为法律依据，合法合理。但是，按照《民法典》第465条第2款关于“依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外”的规定，在无“法律另有规定”的情况下，该约定不具有阻碍第三人取得抵押物所有权或其他物权的效力，甚至不是影响抵押物买卖合同/转让合同的法律效力的因素。就此看来，如果把《民法典》第406条第1款中段关于“当事人另有约定的，按照其约定”的规定看作是限制该条款后段所谓“抵押财产转让的”，就欠考虑，至少不周延。

第二，《合同法》第79条第2项规定债权人不得转让其与债务人约定不得转让的债权。至少为数众多的专家学者在相当长的时期把该规定理解为强制性规定，认为违反该规定的债权让与合同无效。这有负面结果，不合国际发展趋势，《民法典》顺应潮流，于第545条第2款规定：“当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。”其言外之意是，债权不得让与的约定不影响债权让与合同的效力。不难发现，将《民法典》第406条第1款中段的规定看作限制该条款后段所谓“抵押财产转让的”，似乎又回归了《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第191条第2款正文规定的“抵押期间，

抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产”,其消极作用是显而易见的。

究竟选择哪条解释路径?笔者赞同第一条,但《担保制度司法解释》选取了第二条,同时兼顾合同的相对性和公示的效果。一方面坚持《民法典》第406条第1款前段正文的精神,明确“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产但是未将约定登记,抵押人违反约定转让抵押财产,抵押权人请求确认转让合同无效的,人民法院不予支持;抵押财产已经交付或者登记,抵押权人请求确认转让不发生物权效力的,人民法院不予支持”。另一方面又限缩《民法典》第406条第1款中段“当事人另有约定的,按照其约定”的适用范围:“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经将约定登记,抵押人违反约定转让抵押财产,抵押权人请求确认转让合同无效的,人民法院不予支持;抵押财产已经交付或者登记,抵押权人主张转让不发生物权效力的,人民法院应予支持,但是因受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外”(第43条第2款);即使禁止或者限制转让抵押财产的约定未经登记,抵押人违反约定转让抵押财产,“抵押权人请求抵押人承担违约责任的,人民法院依法予以支持”(第43条第1款后段)。

《担保制度司法解释》第43条符合这样的原理:法律规定(包括司法解释)一经公布就具有公示的效力,使人们有义务注意并遵守法律的有关要求,否则,就具有过错,甚至是重大过失。对于故意、重大过失之人法律没有必要优先保护,令其承受不利后果,符合公平正义。具体到抵押物转让,抵押权人和抵押人关于不得转让抵押物的约定一经登记,就公示于天下,交易相对人在这方面负有注意义务,违反此项注意义务,在抵押物已经交付(抵押物为动产的场合)或者登记(抵押物为不动产的场合)时,发生物权变动的效力;无论何种情形,抵押物转让合同的效力不受影响。

《担保制度司法解释》第43条的负面结果也是明显的:一是抵押权人多为银行等金融机构,其经济实力、法律团队均大大强于交易相对人,非常容易在抵押合同中设置限制甚至禁止抵押物转让的条款,迫使急需资金的借款人就范,接受此类约定;并且及时办理登记手续,以达阻止抵押物所有权或其他物权变动的效力,实现自己利益的最大化。《担保制度司法解释》第43条在实质上默许甚至纵容了银行等金融机构如此行事。二是多年实践证明此类约定被赋予法律效力是弊多利少的,《物权法》第191条第2款正文实施的结果亦然,立法机关及众多的专家学者努力克服之,千辛万苦地结成《民法典》第406条第1款前段和后段“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产”“抵押财产转让的,抵押权不受影响”之果,转瞬间便有南橘北枳的意味。三是《民法典》第406条认可抵押物为可流通物,《担保制度司法解释》第43条第2款赋权金融机构借助约定和登记将之在当事人之间变成禁止流通物或限制流通物,这是否构成司法权超越了立法权?需要深思。

• 137 •

## 五、续建和新建的部分与抵押物的范围

《担保制度司法解释》基于社会生活的实际,总结裁判经验,区分情况而定不尽一致的规则:

第一,第51条第1款前段关于“当事人仅以建设用地使用权抵押,债权人主张抵押权的效



力及于土地上已有的建筑物以及正在建造的建筑物已完成部分的，人民法院应予支持”的规定，系通过示例案型的方式适用《民法典》第397条的表现，值得肯定。

第二，第51条第1款后段关于“债权人主张抵押权的效力及于正在建造的建筑物的续建部分以及新增建筑物的，人民法院不予支持”的规定，是把“正在建造的建筑物的续建部分”作为抵押权设立后“该土地上新增的建筑物”，因而适用《民法典》第417条前段的规定。至于抵押权设立后“新增建筑物”，就完全是《民法典》第417条前段规范的对象，认定抵押权的效力不及于它，是非常正确的。

第三，第51条第2款前段关于“当事人以正在建造的建筑物抵押，抵押权的效力范围限于已办理抵押登记的部分”的规定，符合《民法典》第402条关于“以……正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立”的规定，系第214条关于“不动产物权的设立……自记载于不动产登记簿时发生效力”的规定的具体落实。至于尚未登记的“正在建造的建筑物”，不属于独立于土地的不动产，也不属于独立于建筑物的不动产，而是附合于建筑物的动产，或是附合于土地或建设用地使用权的动产。当然，也有观点认为“正在建造的建筑物”具备物理上的独立性、功能上的独立性和法律上的独立性的，应以不动产论。但《担保制度司法解释》第51条似乎没有采纳此种观点。

第四，第51条第2款后段关于“当事人按照担保合同的约定，主张抵押权的效力及于续建部分、新增建筑物以及规划中尚未建造的建筑物的，人民法院不予支持”的规定，有抵押权的效力（及范围）法定、不允许当事人任意创设之义。

第五，第51条第3款关于“抵押人将建设用地使用权、土地上的建筑物或者正在建造的建筑物分别抵押给不同债权人的，人民法院应当根据抵押登记的时间先后确定清偿顺序”的规定，系适用《民法典》第414条第1款第1项的表现。当然，此处所谓抵押权都是依法办理完毕抵押登记的。

## 六、抵押权的效力与时效完成

《担保制度司法解释》第44条第1款前段所谓“主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院不予支持；抵押人以主债权诉讼时效期间届满为由，主张不承担担保责任的，人民法院应予支持”，从正反两面揭示《民法典》第419条的文义和适用范围。第44条第1款后段所谓“主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持”，则将《民法典》第419条的精神引至民事程序之中，并且把诉讼时效与执行时效等量齐观，至少在这个事项上如此。第44条第2款前段关于“主债权诉讼时效期间届满后，财产被留置的债务人或者对留置财产享有所有权的第三人请求债权人返还留置财产的，人民法院不予支持”的规定，把《民法典》第419条的规定适用于留置权的场合，但限于物的返还请求权或债法意义上的留置物返还请求权。至于留置权的第二次效力，第44条第2款



后段则变通了《民法典》第419条的适用，是巧妙地对待和处理“残疾”的留置权的“战术”动作：即使留置权担保的主债权已经罹于诉讼时效，债务人或者第三人也有权请求拍卖、变卖留置财产并以所得价款清偿债务。

如何看待《担保制度司法解释》第44条第2款后段对《民法典》第419条的变通适用？单纯地从《立法法》的层面看，这在表面上不符合《立法法》未赋予人民法院立法权的原则。但它满足了社会生活实际的要求，在利益衡量的层面具有合理性：在留置权人一侧，“拍卖、变卖留置财产并以所得价款清偿债务”正是留置权的效力的实现结果，留置权人的债权获得清偿，其该得利益没有减少；在作为留置物的所有权人或其他权利人的债务人或第三人一侧，虽然返还原物的目标不能达到（在某些案件中还特别重要），但在留置物的变价有剩余时能够较为及时地回归自己，发挥其效能，总比较长期间地无法占有、使用留置物要好得多；在社会利益的层面，物尽其用，各取所需。此其一。如果放眼于整个物权制度，那么，《担保制度司法解释》第44条第2款后段是尊重所有权及其行使的体现。常态的留置权抑制留置物所有权的运行，为保护留置权人权益所必需；但主债权已经罹于诉讼时效的留置权，不但其自身“残疾”，而且“囚禁”着留置物的所有权，还未能及时、高效地清结留置权人和债务人之间的债权债务，放任这种状态持续，显非上策，而适当地突破机械适用《民法典》第419条的模式，“拆除”一些已经罹于诉讼时效的留置权的“藩篱”，如《担保制度司法解释》第44条第2款后段设计的那样，是明智的。此其二。

• 139 •

## 七、担保物的毁损灭失与监管人的责任

《民法典》第432条第1款所设质权人承担损害赔偿责任毕竟属于消极的事后救济，在质押财产对于出质人特别重要时，此类救济难以使出质人恢复到未受侵害时的利益状态，再考虑到社会成本，实在有必要赋予出质人更为积极的法律手段，以便保全质押财产。现行法确实给出质人配置了保全质押财产的权利，《民法典》第432条第2款规定：“质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以请求质权人将质押财产提存，或者请求提前清偿债务并返还质押财产。”在质押财产由债权人委托的第三人也就是监管人占有的情况下，《担保制度司法解释》第55条第1款后段规定：“监管人违反约定向出质人或者其他人放货、因保管不善导致货物毁损灭失，债权人请求监管人承担违约责任的，人民法院依法予以支持。”至于监管人受出质人的委托而占有货物，监管人保管不善导致该货物毁损灭失，《担保制度司法解释》第55条第2款中段和后段规定：“债权人可以基于质押合同的约定请求出质人承担违约责任，但是不得超过质权有效设立时出质人应当承担的责任范围。监管人未履行监管职责，债权人请求监管人承担责任的，人民法院依法予以支持。”其中所谓“债权人可以基于质押合同的约定请求出质人承担违约责任”，依据的法理是质押合同的相对性，以及出质人违反质押合同关于其交付质押财产的约定，构成违约。但书所谓出质人承担违约责任“不得超过质权有效设立时出质人应当承担的责任范围”，原因在于质押合同与买卖合同在计算违约责任的范围时具有特殊性——违反质押合同给债权人造成的损

失，单纯地、孤立地从质押合同本身考察是难以确定的，必须从对比有质权担保的主债务与无质权担保的主债务被违反时致债权人损失的角度来确定违反质押合同所造成的损失，两者的差额即为违反质押合同给债权人造成的损失。所谓“监管人未履行监管职责，债权人请求监管人承担责任的，人民法院依法予以支持”，是因为在一般情况下，相对于债权人来说，监管人系出质人的占有辅助人，不是一个独立的当事人。就此说来，债权人无权请求监管人向自己承担责任。但是，也可能存在例外：其一，监管人向债权人承诺以勤勉注意的精神保管货物时，债权人可以监管人违反注意义务为由请求监管人承担赔偿责任；其二，监管人作为一方参与含有质押合同条款的“三方协议”订立，监管人保管不善致使货物毁损灭失是违反该“三方协议”，构成违约；其三，债权人代出质人之位请求监管人承担因保管不善致使货物毁损灭失的责任；等等。既然如此，《担保制度司法解释》第55条第2款后段明确“人民法院依法予以支持”，强调“依法”，是慎重的，妥当的。

## 八、第三债务人的权利义务

应收账款质权的设立必须对第三债务人为出质的通知。<sup>〔3〕</sup>第三债务人若得到应收账款质权设立的通知，则有义务应债权人关于实行质权的主张而直接向质权人为清偿。第三债务人未得应收账款质权设立的通知的，应收账款质权对于第三债务人不发生效力，第三债务人仍有权向出质人（应收账款请求权人）为清偿，并可以对抗应收账款质权人。于此场合，应收账款质权固因其标的物灭失而归于消灭，但出质人本不得受领第三债务人的清偿，而仍受领致应收账款请求权消灭，具有过错，应就此向应收账款质权人承担损害赔偿责任。再者，第三债务人虽然未获应收账款质权设立的通知，但若通过其他途径（如质押登记）而获知质权已经设立的事实，则径直向质权人为清偿的，质权人有权保有该清偿。反过来说，第三债务人以其未得应收账款债权人关于出质的通知为由，对抗质权人行使其质权，拒绝向该质权人为清偿时，质权人如何做才有权请求第三债务人向自己为清偿？这主要取决于质权人的举证证明。如果质权人仅仅举证其应收账款质权已经登记完毕，则并不足够，因为此类登记由应收账款债权人、应收账款质权人自由操作，登记机关并不审核其载明信息是否属实。这就难以保障应收账款质权的真实性。一旦登记不真实，所谓质权人并不拥有应收账款质权，于此场合第三债务人向质权人为清偿，会带来不当得利返还等复杂关系，不当地增加交易成本。有鉴于此，笔者提出的方案是：（1）最好由质权人请求应收账款债权人向第三债务人为出质的通知。只要具备该项要件，即第三债务人就有义务向质权人为清偿，无权拒绝之。（2）质权人举证应收账款债权质押合同、应收账款质权登记。于此场合，虽然允许第三债务人拒绝向质权人为清偿，但这是有条件的，即第三债务人必须提出反证（如质权人所举质押合同系伪造的，等等），推翻质权人的举证证明；只要该第三债务人未能举出确凿、充分的反证，就令其承担不利后果，该第三债务人无权对抗质权人行使质权，必须满足质权人关于

〔3〕参见〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第742页；〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，法律出版社2000年版，第279页。

向其为清偿的请求。

以现有的应收账款出质，第三债务人向质权人确认应收账款的真实性后，无权以应收账款不存在或已经消灭为由对抗质权人实行质权（《担保制度司法解释》第61条第1款）。这意味着在权利义务的层面，就是在应收账款产生的合同关系中，本不存在的“应收账款债权”被法律认可为具有完全效力的债权，置债权人和债务人的真实意思于不顾地拟制了一个应收账款债权——《民法典》创造地、强加于应收账款合同关系中的债权人的应收账款债权，可被简称为法定债权；从应收账款债权质权的效力层面看，就是应收账款债权质权不因应收账款债权于质权设立时在实际上（逻辑上）欠缺标的物而归于不成立/无效，质权人可以基于此种应收账款产生的合同而请求债务人清偿本不存在但法律拟制存在的应收账款债权。之所以如此，是保护无辜的质权人的立法政策使然，而非标的之于质押合同成立的逻辑必然。当然，如果应收账款债权人的质权人于质权设立时明知甚至于重大过失地不知应收账款债权根本不存下，是否仍然享受此等优惠保护，就可能见仁见智。若遵循法律不保护恶意之人的信条，则不应如此优惠质权人。

以现有的应收账款出质，第三债务人未确认应收账款的真实性，质权人于其举证证明办理出质登记时确实存在应收账款时，有权以应收账款债务人为被告，请求就应收账款优先受偿（《担保制度司法解释》第61条第2款前段）。该项规则在质权实行的条件成就时应收账款债权确实存在的场合是符合法理和利益衡量规则的，在质权实行的条件成就时应收账款债权已因可归责于应收账款的债务人、债权人的原因不复存在的场合也依然是符合法理和利益衡量规则的，至于不可归责于应收账款的债权人、债务人的原因，实际上非常罕见，所谓金钱债务没有不能是也。

• 141 •

质权人不能举证证明办理出质登记时应收账款真实存在，仅以已经办理出质登记为由，请求就应收账款优先受偿的，难获支持（《担保制度司法解释》第61条第2款后段）。这是对未尽勤勉注意义务的质权人不予特别保护的体现。

以基础设施和公用事业项目收益权、提供服务或劳务产生的债权以及其他将有的应收账款出质，当事人为应收账款设立特定账户，发生法定或约定的质权实现事由时，质权人有权就该特定账户内的款项使被担保债权优先受偿；特定账户内的款项不足以清偿债务或未设立特定账户，质权人请求折价或拍卖、变卖项目收益权等将有的应收账款，并以所得的价款优先受偿的，人民法院依法予以支持（《担保制度司法解释》第61条第4款）。这是特定账户质权和质权一般原则的题中应有之义。

---

**Abstract:** The judicial interpretation of the Supreme People's Court on the application of guarantee in the Civil Code does its best to clarify and refine the rules of guarantee, and to supplement some rules lacking in the Civil Code. It seems illogical to add the rule that the scope of liability of the counter guarantor should not be reduced due to the invalidity of the guarantee contract, but it is reasonable. If the agreed scope of guarantee liability is beyond the scope of the principal debt, it can be allowed, as long as the guarantor is not allowed to recover the excess from the principal

debtor. However, the judicial interpretation holds the opposite view, which needs to be reconsidered. Whether the guarantor knows the new loan should not be taken as the reason for the guarantor to undertake the guarantee responsibility for the new loan, and only with his consent he can be responsible. Judicial interpretation should also reflect on this point. The agreement that the transfer of the mortgaged property must be agreed by the mortgagee in the security contract can be effective against the third party after registration, which is more reasonable than the middle section of the first paragraph of article 406 of the Civil Code in the judicial interpretation, but it is still difficult to change the tendency that the rule is beneficial to financial institutions. The effect of mortgage is not as good as the part that is renewed or newly built after its establishment, which is in line with the legal principle. The mortgagor has the right to fight against the mortgagee's claim to exercise the mortgage right after the time limit of the creditor's right secured by the mortgage. Although this is in line with the legal principle, it will hinder the circulation of the mortgaged property and even affect the transfer registration. After the third debtor confirms the authenticity of the accounts receivable to the pledgee, he has no right to pledge against the pledgee on the ground that the accounts receivable do not exist or have been eliminated. The establishment is in line with the balance of interests.

**Key Words:** counter guarantee, agreed scope of guarantee liability, tracing effect, integration of land and house, completion of limitation of action

---

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

## 动态质押设立中实际控制要件的解释与适用

黄彦霁\*

**内容提要：**浮动抵押的弊端决定了动态质押自其产生之时就附带着一种特有的价值判断：偏重对债权人利益的保护，保障其债权的实现。《民法典担保制度司法解释》第 55 条采用“实际控制”作为动态质押设立的要件，虽可能会与体系不相协调，但更多是源于功能主义的需要。第 55 条强调实际控制为占有的实质，提醒债权人注意排除出质人的干涉，避免债权人因误信占有的外观而遭受损害。实际控制要件更具有弹性与广泛的适用空间，其可以涵盖基于占有辅助而设立动态质押。尽管实际控制要件较为抽象，但监管人的身份、质物的存放场所以及监管合同的约定都可以为实际控制的认定提供客观的依据。实际控制要件通常伴随监管人取得质物而满足，可在特殊情形下，二者也存在分离的情形，从而形成一个过渡区间。于该区间内，动态质押虽未设立，但为保护债权人的利益与合理信赖，法官应当参照适用浮动抵押规则。实际控制的证明责任会因举证的主体不同而呈现一定差异性，质权人、出质人和监管人应分别承担不同的证明责任。

**关键词：**动态质押 实际控制 占有 功能主义

• 143 •

### 一、引言

动态质押作为一种新型融资担保模式，允许债权人借由第三方物流企业的监管来占有和支配质物，并且容许质物在最低价值控制线之上进行动态置换。为弥补动态质押制度在《民法典》中的缺失，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）（以下简称《民法典担保制度司法解释》）第 55 条专门对动态质押进行规定。依据该条的规定，监管人实际控制质物是动态质押的设立要件（以下简称“实际控制要件”）。可是，这明显区别于最高人民法院曾在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪

\* 黄彦霁，中国社会科学院大学法学院博士研究生。

要》)第63条中所作出的规定,即监管人占有质物便可设立动态质押。<sup>〔1〕</sup>至于为何如此修改,最高人民法院尚未在其编写的相关释义书中予以解释,甚至连实际控制的概念都未明确界定。<sup>〔2〕</sup>部分学者敏锐地注意到该问题,并进行了有价值的理论探索,努力地证明实际控制要件的合理性。<sup>〔3〕</sup>但是以下四个因设立要件的转变而产生的问题,学界尚未进行专门和细致的研究:(1)占有和实际控制的关系为何,二者仅是形式意义上用语的替换,还是存在实质意义上的差异;(2)如何理解和判定监管人构成对质物的实际控制;(3)监管人在不同阶段对实际控制要件的违反会造成何种法律后果;(4)如何分配不同当事人间的证明责任。鉴于此,本文拟围绕实际控制要件展开,以期阐明“实际控制”概念的内涵,并为实际控制要件的具体理解与适用提供相应的指引。

## 二、实际控制概念的辨析

欲理解动态质押的设立要件,何为实际控制这一问题就无法绕开。然而,实际控制的内涵在理论界却是含混不清的。相较于传统的动产占有的交付,部分学者虽肯定实际控制要件更贴合动态质押模式的本质,但在论述实际控制与占有的关系时却表现得模棱两可,无法明确实际控制在民法典中的体系地位。<sup>〔4〕</sup>另有部分学者在探究动态质押相关问题时直接将实际控制等同于占有来处理,但未提供相应的理论依据。<sup>〔5〕</sup>因此,笔者将从不同的视野出发,对实际控制概念予以分析和界定,致力于厘清其与占有的关系。

### (一) 比较法视野下实际控制的考察

尽管动态质押是我国特有的制度,但如何区分实际控制和占有却是各国共同面临的问题。纵观各国立法,实际控制总是和占有形影不离。在美国《统一商法典》中,担保权益获得完善的方式可以分为三种,即登记、占有和控制。<sup>〔6〕</sup>《统一商法典》明确将控制视为一种虚拟的占有,主要用于投资财产、电子动产契据和电子所有权凭证等无形担保财产。<sup>〔7〕</sup>对于此类担保物,权利人虽无实际占有的可能,却能通过对财产控制权或支配权的取得,达到与占有相似的效果。例如,虽然担保权人无法占有设立在银行的账户,但是,倘若担保权人能获取支配该账户的权利,其就相当于占有该账户。就控制和占有的关系而言,美国《统一商法典》认为控制实际上是占有的替代方式,二者是不能兼容的。<sup>〔8〕</sup>这就意味着对于上述无形的担保物,控制是其担保权益获

〔1〕 参见最高人民法院民事审判第二庭主编:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第374-378页。

〔2〕 参见最高人民法院民事审判第二庭主编:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第475-481页。

〔3〕 参见常鹏翱:《供应链金融背景下存货动态质押的难点问题研究》,载《清华法学》2021年第4期;冉克平、侯曼曼:《企业动产动态质押的体系化释论》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2022年第2期。

〔4〕 参见前引〔3〕,冉克平、侯曼曼文。

〔5〕 参见刘平:《民法典视阈下动产质权的死亡与再生》,载《商业研究》2021年第6期。

〔6〕 参见潘琪:《美国〈统一商法典〉解读》,法律出版社2020年版,第663页。

〔7〕 See Uniform Commercial Code §9-312(b).

〔8〕 See Steven O. Weise, U. C. C. Article 9: Personal Property Secured Transactions, 62 *The Business lawyer* 1633, 1633-1640 (2007).



得完善的唯一方式。

与美国法不同,英国法提供了一种不同的范式,即不区分占有和控制。在英国法中,占有往往被认为是难以捉摸和晦涩莫深的。<sup>〔9〕</sup>这种不确定的缘由在于英国的法律很难对占有给出一个精确的定义,进而难以对占有的转移做出相应的描述。但在一般意义上,英国法普遍且长期地承认占有其实是包含着一种排斥他人的意图,即占有人能够不受他人干扰地控制特定财产。<sup>〔10〕</sup>为实现该目的,质权人既可以选择直接控制质物的方式,亦可选择控制具有代表意义的象征物的方式,例如控制仓库的钥匙。<sup>〔11〕</sup>质言之,英国普通法实际上将这种不受出质人干预的控制视为占有的标志。不过,这种观点的合理性却因无形财产的出现而遭受挑战。在2003年之前,英国法院达成的共识是,占有不存在于任何无形财产之上。<sup>〔12〕</sup>为填补法律关于无形财产担保的漏洞,《金融担保安排规例(第2号)》应际而生。耐人寻味的是,该规例并未直接引入控制这一概念,而是对占有采取了新的理解。<sup>〔13〕</sup>所谓新的理解就是对占有进行了扩大解释,将法律所允许占有的财产范围从有形财产扩展到无形财产。此种见解不仅推翻了无形财产在普通法中不能被占有的传统观点,并且将美国法上所谓的“控制”纳入占有的范畴之内。这其实反映了英国法律中根深蒂固的传统,即通过不断延伸财产的概念来适应市场需求,而非创设新的概念。可事实上,更深层的原因在于占有和控制的区分在英国法上是极其困难的。<sup>〔14〕</sup>

由上述比较法可知,尽管美国法和英国法就是否区分占有和控制作出了不同的立法选择,但这并非代表着二者对占有和控制的关系持有截然不同的态度。这是因为美国式占有和控制的区分只不过是基于担保物的种类所作出的形式意义上的划分,而并非在实质上否认占有具有对物的控制力。从这个意义上而言,控制和占有在美国法中并无较大差异,仅在适用对象方面存在不同。可见,英美两国是否对占有和控制进行区分,主要是基于不同的立法技术和立法传统的考量。然而,即便存在这些不同,两国实质上也都承认控制和占有具有内在的一致性。

## (二) 功能视野下实际控制的阐释

法律的目的不是单纯地制定规范,而是欲通过这些规范对生活产生影响,<sup>〔15〕</sup>实现公平正义。基于此,法律概念应当具备实现其所期待之目的功能。<sup>〔16〕</sup>当新型的概念被建构出来时,判定该概念之设计的好坏亦应当从其规范目的出发。<sup>〔17〕</sup>这是目的或功能决定法律概念之建构的道理。“实际控制”这一概念也不外乎如此。

实际控制的目的取向与浮动抵押的具体适用息息相关。设立浮动抵押制度的初衷是为了提高

〔9〕 See Philippe Rochat, *Origins of Possession: Owning and Sharing in Development*, Cambridge University Press, 2014, p. 52.

〔10〕 See Richard Calnan, *Taking Security* (4th edn), LexisNexis, 2018, p. 30.

〔11〕 See *Hilton v. Tucker* [1888] LR 39 Ch D 669.

〔12〕 See Michael Bridge, *Personal Property Law* (3rd edn), OUP, 2002, p. 15, 144; *Response Ltd v Datateam Business Media Ltd* [2014] EWCA Civ 281.

〔13〕 See Regulation 3 (2) of the 2003 Financial Collateral Arrangements (No. 2) Regulations.

〔14〕 See Elena Christine Zaccaria, *An Inquiry into the Meaning of Possession and Control Over Financial Assets and the Effects on Third Parties*, 18 *the Journal of Corporate Law Studies* 217, 217-219 (2018).

〔15〕 参见〔德〕菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第10页。

〔16〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第五版),法律出版社2007年版,第66页。

〔17〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第265、266页。

企业的融资能力，促进担保财产的融资效率。<sup>〔18〕</sup>可是，由于缺乏有效的监管机制，浮动抵押的适用效果并不理想。<sup>〔19〕</sup>其问题在于，浮动抵押人在日常经营活动中拥有较大的自由处分财产，而抵押权人只能在约定或法定情形出现时才能加以干预。是故，抵押权人可能会因抵押人随意处分质物，而面临债权难以被清偿的风险。<sup>〔20〕</sup>为确保交易安全，当事人在商事交易中也会借助特别约款，将监管机制引入浮动抵押之中。不过，当事人所约定的监管条款往往千差万别，尚未形成较为统一的监管规则，<sup>〔21〕</sup>由此导致浮动抵押的不确定难以消除。

鉴于此，为避免浮动抵押给抵押权人带来风险，但同时又欲保留其特有的社会机能，动态质押在我国金融实践中应运而生。其优势随即也获得最高人民法院的肯定，所以动态质押最终被我国担保制度司法解释予以承认与保留，成为一种特殊的动产质押制度。<sup>〔22〕</sup>一方面，动态质押通过纳入监管人这一第三方主体，加强了对担保物的监管。<sup>〔23〕</sup>与浮动抵押不同，动态质押要求出质人向质权人转移财产的占有。这就在一定程度上限制了出质人在其管理范围内随意处分质物。即便质权人在现实中通常并非直接占有质物，而是通过签订质物监管协议由监管人代而为之，可这同样也能实现对出质人日常交易活动的监督和管理。另一方面，动态质押凭借最低价值控制线的设置，确保了担保财产价值的可预期性。在动态质押设立时，质权人可以预先设定质物的最低价值。在该价值之上，出质人便可不受监管人或质权人的干预，自行对质物进行流动循环销售。然而，一旦质物的价值接近抑或达到最低价值控制线时，监管人就有权拒绝出质人提取货物的要求，从而使得质物不再进行流动。<sup>〔24〕</sup>出质人欲恢复其处分质物的权利，须追加或补充保证金，或归还融资款项（打款赎货），或提供其他经质权人认可的、具有相当价值的质物（以货换货）。<sup>〔25〕</sup>由此可知，最低价值控制线的运用减少了质押财产价值的不确定性，避免了质权人预期利益的落空。准此而言，动态质押实际上是对浮动抵押的完善。在保障质物流动性的前提下，动态质押制度通过引入监管人机制和最低价值控制线，克服了浮动抵押的弊端，降低了债权人债权不能实现的风险。这就表明动态质押自其产生之日起就附着着特有的价值判断，即偏重对债权人利益的保护，保障其债权的实现。

不过，动态质押自身能否真正地实现这一目的却值得怀疑。产生该疑问的根源是占有的观念化。占有的观念化主要是承认间接占有。<sup>〔26〕</sup>在动态质押中，倘若质权人直接占有质物，动态质押所追求的目的会因质权人可以管控质物的流动而实现，自不待言。但在实践中，质权人出于经济上的考虑，通常不会采取直接占有质物的方式。取而代之的是，质权人选择与特定的监管人签

〔18〕 参见侯国跃：《浮动抵押逸出担保物权体系的理论证成》，载《现代法学》2020年第1期。

〔19〕 参见李敏：《论我国浮动担保制度的系统性完善——以适用实况为切入点》，载《法学》2020年第1期。

〔20〕 See Daniel Wei En Ang & Hans Tjio, The Inherent Weakness of Floating Charges, 33 *Singapore Academy of Law Journal* 625, 625 (2021).

〔21〕 参见前引〔3〕，常鹏翱文。

〔22〕 参见前引〔2〕，最高人民法院民事审判第二庭主编书，第477-479页。

〔23〕 参见陈本寒：《企业存货动态质押的裁判分歧与规范建构》，载《政治与法律》2019年第9期。

〔24〕 参见孙鹏、邓达江：《动产动态质押的生成逻辑与立法表达》，载《社会科学研究》2019年第5期。

〔25〕 参见刘保玉：《完善我国质权制度的建议》，载《现代法学》2017年第6期；孙鹏、邓达江：《动产动态质押的裁判分歧与应对路径》，载《河北法学》2020年第8期。

〔26〕 参见崔建远：《物权法》（第四版），中国人民大学出版社2017年版，第148页。

订质押监管协议,使质物被监管人直接占有。<sup>〔27〕</sup>在该模式下,质权人由于仍保有返还质物的请求权,所以成为质物的间接占有人。但这进而产生的问题是,质权人的质权可能会因其间接占有质物,而面临监管人和出质人双方的“挑战”。一方面,相较于质权人,监管人因直接监督和管理质物更具有权利外观。若监管人凭借此外观对质物加以处分,质权人的权益就会遭到损害。另外,完全可能出现监管人怠于履行监管义务或监管人和出质人恶意串通的情形,而这些情形也会加剧质权人不能受偿的风险。另一方面,当监管人在出质人自有的仓库中监管质物时,监管人的职权可能会受制于出质人。<sup>〔28〕</sup>于此种模式中,质物实际上仍受出质人支配。其原因是监管人虽然在表面上将质物置于其管理领域内,但根本无法对质物的提取和置换予以监督。这势必会危害质权人债权的实现。

是故,为了避免动态质押所欲追求的目的落空,如何理解监管人的占有就变得至为关键。尽管监管人的占有通常会的外观上体现为监管人管理和监督质物,可是,这并不意味着,仅根据监管人能够管理质物的事实就能认定监管人构成对质物的占有。判定监管人占有质物的核心在于监管人能否在事实上排除第三人的干涉,特别是出质人。该目标的实现是需要监管人对质物加以实际控制的。监管人能够实际控制质物,这既可以表明监管人已忠实地履行其监管义务,也可以表明监管人排除了出质人对质物的非法干预,保证了质权人的利益。可见,即便监管人占有质物可以被理解为,监管人具备占有质物的外观以及排斥第三人干涉的实际控制,但监管人只会因其实际控制质物而构成对质物的占有。这就解释了为何最高人民法院将“占有”修改为“实际控制”。通过采用“实际控制”这一概念,避免因采用“占有”这一概念而产生的误导性,防止出现因监管人无法控制质物而损害债权人利益的情形。这种以功能性为导向的做法其实是强调监管人管控的重要意义,凸显出动态质押所追求的价值目标。

• 147 •

### (三) 体系视野下实际控制的定位

承上所述,实际控制是出于功能上的需要被建构出来的。不过,如何将该概念融入我国民法体系之中,则值得进一步思考。从外部体系观察,《民法典担保制度司法解释》第55条很容易让人理解为,实际控制是一种设立质押的新型方式,区别于传统质押的设立方式。依据第55条的文义,监管人必须实际控制质物,动态质押才能设立;而监管人单纯地取得质物的占有,动态质押可能不会设立。而且,结合《九民纪要》第63条中的“占有”被加以修改的事实,这种观点的可信度可能会进一步提高。这也解释了为何有学者认为实际控制要件是对传统动产质押设立要件的突破。<sup>〔29〕</sup>然而,这种区分实际控制和转移占有的观点可能是一种误解。其原因在于该观点未意识到占有和实际控制的内在意旨的关联性。通过上述论证可得,占有和实际控制都在强调权利人对物的支配力,二者不存在太大差异。故此,仅仅基于形式逻辑而得出占有区别于实际控制的结论,背离了学界对占有有所达成的共识,并且会对动产质押的体系造成严重的冲击。

但引出新的问题是,既然实际控制和占有具有内在一致性,那能否认为实际控制其实是对占

〔27〕 参见前引〔23〕,陈本寒文。

〔28〕 参见王富博、李明卉:《质物监管纠纷中的法律争点及解决路径》,载《人民司法·应用》2019年第19期。

〔29〕 参见前引〔3〕,冉克平、侯曼曼文。

有的有限缩。该种观点多暗含于部分学者的论述之中，主要表现为建议法官在认定动态质押设立时甄别监管人是否取得质物的占有以及是否控制质物。<sup>〔30〕</sup>这其实意味着监管人直接占有质物并不一定成立动态质押，仍需要达到实际控制的标准。换言之，满足实际控制标准的占有才构成动态质押。所以，实际控制应属于占有的下属概念，二者形成了特殊与普通的关系。可是，这种见解可能会在理论上造成冲突。这是因为如果将实际控制视为占有的特殊形态，就会出现监管人虽占有质物而无法实际控制质物的情形。然而，倘若监管人无法实际控制质物，又何谈监管人构成对质物的占有。可知，这种对占有和实际控制的关系的理解明显存在矛盾之处。

实际上，实际控制的定位问题归根结底还是如何理解实际控制的内涵，以及如何把握好实际控制和其他概念关系的问题。按照本文对实际控制的功能性分析，实际控制其实就是占有的实质。这种观点亦可以在最高人民法院编写的相关释义书中寻到踪迹。尽管最高人民法院的相关人士未明确占有和实际控制的关系，但实际上默认当监管人取得质物的占有时，动态质押就可以成立。<sup>〔31〕</sup>这也从侧面印证了“实际控制”替代“占有”的原因仅在于强调“实际控制”的功能意义。质物处于监管人管理领域之内虽可以使监管人获得占有的外观，但监管人仅具有占有的外在形式无法被评价为法律意义上的占有人。监管人只有在事实上能实际控制质物、排除他人对质物的不正当干预时才能被认定为质物的占有人。<sup>〔32〕</sup>准此而言，“实际控制”和“占有”似乎并无本质上的区别。

需要提醒的是，上述论证所暗含的前提假设是，监管人能够成为质物的直接占有人。然而，当监管人为质权人的员工或者雇员时，监管人虽可能在事实上控制了质物，但依据通说，监管人只是质权人的占有辅助人。<sup>〔33〕</sup>据此可知，实际控制虽为占有的实质，但监管人实际控制质物并不必然构成对质物的占有。由此引出的疑问是，该种实际控制是否属于第55条所谓的实际控制的范畴之内。事实上，与作为占有媒介人的监管人相较，由占有辅助人担任的监管人，基于特定的从属关系，会更加服从质权人的指示。这不仅表现在监管人在质权人的指示范围内管领质物，还表现在监管人对超出指示范围的监管事项必须获得质权人的批准。从结果层面观察，质权人的利益可以获得更充分的保护。倘若此情形被第55条排除在适用范围之外，这明显不符合动态质押的价值取向，并且与当事人的预期相背离。因此，笔者认为第55条中的实际控制不仅是指监管人在占有媒介关系中直接占有质物，也包括其在占有辅助关系中对质物的事实上的控制。

综上，第55条术语的转变虽会造成体系的不协调，但更多是出于功能上的考虑，即克服浮动抵押的弊端、注重保护债权人利益。这种功能上的需要反映在第55条的表现为：一方面，明确实际控制作为占有之实质的重要意义，并将实际控制作为动态质押的设立要件；另一方面，赋予实际控制更广泛的适用空间，从而灵活地运用于基于占有辅助而设立的动态质押情形之中。

〔30〕 参见邓达江：《动产动态质押的理念阐释与制度建构》，载《中国流通经济》2021年第8期。

〔31〕 参见前引〔2〕，最高人民法院民事审判第二庭主编书，第479、480页。

〔32〕 参见前引〔26〕，崔建远书，第148页；刘家安《物权法论》（第二版），中国政法大学出版社2015年版，第191页。

〔33〕 参见王泽鉴：《民法物权》（第二版），北京大学出版社2010年版，第437页。

### 三、实际控制要件的具体化

司法实践中争议最大的问题就是动态质押设立的认定。在《民法典担保制度司法解释》出台前,各级法院由于在判定动态质押设立时采取不同的认定标准,所以未形成统一的裁判思路。<sup>[34]</sup> 尽管这一现象随着实际控制要件的确立得以改善,可问题是实际控制作为占有的实质,具有较强的抽象性,其认定亦不完全依据事实上的外观。这就为统一认定标准的形成制造了一定难度。不过,结合日常实践,相关可供考量因素是能够被提炼出来的,从而为实际控制的认定起到一定的指引作用。

#### (一) 类型化分析

在金融实践中,动态质押呈现出不同的交易模式,例如监管人直营库模式、第四方直营库模式和出质人直营库模式,以满足当事人的交易需求。因类型化兼具抽象化与具体化的作用,<sup>[35]</sup> 故笔者将在不同类型下探讨实际控制的认定。

##### 1. 监管人直营库模式

在该模式中,监管人接受出质人所交付的质物,并将其移转到自有的仓库中,从而实现对质物事实上的管领。虽然监管人在商事交易中也可以不提供质物存放的场所,而是直接前往质权人所拥有的场所加以监管,但该情形并不常见。这主要是因为质权人往往不具备单独保管质物的场所和条件,所以质物通常是被存放在监管人所提供的仓库之中。就移交质物的方式而言,最典型的是现实交付。出质人直接将对质物现实的支配力转移给监管人。不过,动态质押的设立不以现实地移转实际控制权为限,以简易交付或者指示交付的方式为之亦可。在简易交付中,鉴于监管人已因其他原因占有了质物,出质人无需转移质物。例如,出质人基于仓储合同将货物存放于监管人之处,后又与质权人就该货物签订动态质押合同,其中约定原仓储人为监管人。<sup>[36]</sup> 当质权人和出质人达成合意时,监管人继续保有质物的控制权就代表着动态质押已经设立。相较而言,指示交付就稍显复杂。在出质人转移质物的实际控制之前,该质物是被第三人所占有的。为设立动态质押,出质人须将其对该第三人所拥有的返还请求权出让给质权人以代交付。是故,质权人需向第三人行使返还请求权,请求第三人将质物转移给监管人。在监管人能够实际控制质物时,动态质押方可设立。

##### 2. 第四方直营库模式

于该情形中,监管人出于对监管成本的考量,采用租赁第四方的仓库的方法,以达到减少质

• 149 •

[34] 在实践中,多数法院采用的是传统的交付标准,即当监管人取得质物的占有时,动态质押设立[参见最高人民法院(2016)最高法民申3191号民事裁定书;重庆市高级人民法院(2017)渝民再113号民事判决书;辽宁省高级人民法院(2017)辽民初80号民事判决书];部分法院采取实际控制的标准,认为监管人需对所交付的质物进行实际控制[参见江苏省高级人民法院(2018)苏民再202号民事判决书];个别法院关注的重点在于书面凭证标准,即监管人在出具相应质物清单时就构成实际控制质物[参见湖南省长沙市中级人民法院(2014)长中民二终字第04693号民事判决书;安徽省高级人民法院(2018)皖民终862号民事判决书]。

[35] 参见前引[16],黄茂荣书,第577页。

[36] 参见辽宁省鞍山市中级人民法院(2018)辽03民终3103号民事判决书。

物运输成本以及相关管理费用的目的。在接受质权人的委托后，监管机构租赁第三方企业的仓库来存储质物，并派专员驻扎来监管质物。此时，监管人即便不拥有仓库的所有权，但凭借租赁协议形成了对仓库的有权占有，进而在直接占有质物的基础上实现对质物有效的监管。此外，实践中更为常见的做法是监管人直接租赁出质人的仓库进行监管。典型的情形为，出质人在将自己的仓库租给监管人后，退出对质物的直接占有，使质物不需要发生物理上的转移。<sup>〔37〕</sup>虽然质物被监管人单独直接地占有，可这种交付方式能否达到动态质押设立的标准，不无疑问。最高人民法院在某起合同纠纷中否认了该类型动态质押的设立。其认为监管人与出质人所签订的、租金为1元的《仓库租赁协议》不是真正的租赁，所以监管人未实际取得仓库的承租权。更为关键的是，法院发现出质人存在私自转移质物、不让监管人入库乃至驱逐监管人等非法行径，进而得出质物实际上仍处于出质人控制的结论。<sup>〔38〕</sup>然而，有些法院认为，因为监管人可以取得质物的控制权，故监管人租赁出质人仓库监管是可以顺利地设立动态质押的。<sup>〔39〕</sup>可见，在监管人租赁出质人仓库的情形下，倘若出质人将质物的控制权完全交于监管人，法院应当认定动态质押已设立。不过，在一些极端的情况下，出质人可能会采用不正当的行为或手段，使监管人无法对质物形成实际的控制。此时，法院应当根据第55条的规定，直接否认动态质押的设立。

### 3. 出质人直营库模式

此种模式之常见的表现为，在质押合同订立后，出质人无需转移质物，而是照旧将质物存放于自有仓库内。监管机构在接受质权人的委托后，派专员驻场对质物进行日常监督和管理。在该种情形中，监管人虽直接占有质物，但同时亦有和出质人共同占有质物的可能。<sup>〔40〕</sup>然而，该模式能否设立动态质押存在着较大争议。在司法裁判中，有部分法院认为，通过这种方式设定的动态质押是不成立的。其主要原因在于，质押的生效要件是对质物的交付，动态质押作为质押的特殊形式，自不例外；且该条款属于强制性规定，当事人不能通过约定予以排除。故出质人不进行交付，仍代质权人占有是不成立动态质押的。<sup>〔41〕</sup>而学界多持相反的意见并主张，在该情形中，如果监管人能够对质物实现有效的控制，或者满足出质人不能单独控制质物的前提，动态质押应当被认定为已设立。<sup>〔42〕</sup>

就共同占有的模式下动态质押能否设立的问题，笔者亦持肯定的态度。其一，以共同占有方式设定的质押是区别于以占有改定方式设定的。以占有改定设立的质押被否认的原因在于，占有改定会造成出质人对质物形成排他的占有，以致质权的留置效力难以发挥。可是，在共同占有模式之下，即使出质人和监管人共同对质物进行占有，监管人在一定程度上是能够对出质人的处分行为施加约束的。其二，《德国民法典》第1206条对共同占有进行了相应的规定，认为质押关系

〔37〕 参见最高人民法院（2018）最高法民终932号民事判决书；江苏省高级人民法院（2018）苏民再202号民事判决书。但需要提醒的是，监管人租赁出质人仓库的模式和后文的出质人自营库模式虽存在一定共同之处，但二者的关键差异在于出质人是否保有对质物的直接占有。

〔38〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终331号民事判决书。

〔39〕 参见吉林省高级人民法院（2017）吉民终151号民事判决书；江苏省高级人民法院（2014）苏商终字第0300号民事判决书。

〔40〕 参见山东省高级人民法院（2018）鲁民终584号民事判决书。

〔41〕 参见甘肃省高级人民法院（2013）甘民二终字第163号民事判决书。

〔42〕 参见前引〔23〕，陈本寒文；前引〔3〕，常鹏翱文。



中的当事人可以运用共同占有质物的方式以替代交付。<sup>〔43〕</sup>较为形象的表述是,数人共管一粮库,而该粮库配有不同的锁,且钥匙分别被数人保管。其结果是任何一人均无法单独开库取粮。<sup>〔44〕</sup>这样的做法不仅节省了交易的费用,而且具有防止出质人或质权人单方处分质押标的物的功效。<sup>〔45〕</sup>尽管共同占有未被明确地纳入我国《民法典》物权编之中,但有学者认为该种方式并未被我国《民法典》所排除,仍可以通过扩大解释的方法,将共同占有作为交付的替代方式。<sup>〔46〕</sup>其三,《民法典担保制度司法解释》第55条为以共同占有质物所设立的动态质押提供了正当性的来源。究其原因在于监管人与出质人共同占有质物只是动态质押的形式而已,共同占有质物并非绝对地意味着监管人无法控制质物。因此,即便是在共同占有模式之下,法院仍需就监管人是否控制质物作实质性判断。假设监管人不能对质物予以实际控制,则动态质押未设立;反之,则相反。准此而言,当共同占有模式的动态质押满足实际控制要件时,该类型的动态质押应当认定为已设立。这其实也能从侧面体现“实际控制”这一概念的弹性,可以将共同占有的模式包含在内。<sup>〔47〕</sup>

## (二) 衡量因素的归纳

### 1. 主体因素

第55条明确将动态质押的设立与监管人受何方委托相牵连,即在认定动态质押设立时,法院需要查明监管人是受何者委托的。其中,当监管人是由出质人所委托时,动态质押是被认定为未设立。按照该条的文义,动态质押的设立需要满足监管人受质权人委托,以及监管人实际控制质物的双重标准。<sup>〔48〕</sup>可事实上,监管人受何方委托只是衡量监管人能否实际控制质物的重要因素之一。委托强调的是委托方和受托方之间的信任关系。通常,委托人只会相信其选任的受托人才能忠实地、勤勉地完成受托事项。考虑到监管人的履行关系到质权人利益的实现,这种心理作用可能会进一步加强。这也难怪,为实现动态质押的目标,监管人须取得质权人的信任。相反,若监管人是出质人所委托时,质权人可能对监管人充满不信任,唯恐监管人不遵守合同约定,或与出质人串通对质物造成损害。从该种意义上讲,受出质人委托的监管人的确可能不利于质权人利益的保护。例如,出质人可能滥用其选任权,挑选业务能力差或具有利益关系的第三方主体充当监管人,以致质物难以被监管人实际控制。准此而言,受出质人委托的监管人能够满足实际控制要件的可能性较小,而受质权人委托的监管人则更可能实际控制质物。但需要强调的是,这并不意味着,凡受质权人委托的监管人都能实现对质物的实际控制。这只是说明监管人的主体因素对其实际控制质物的影响。第55条也对该观点表示赞同。该条认为,监管人虽受质权人委托但无法实际控制质物的,动态质押亦不成立。这其实表露出最高人民法院的真实意图,监管人受谁委托并不重要,重要的是监管人能否实际控制质物。因此,动态质押的设立标准只有监管人实际控制质物,而监管人受何者委托仅是衡量因素而已。

• 151 •

〔43〕 参见台湾大学法学院、台大法学基金编译:《德国民法典》(第二版),北京大学出版社2016年版,第957页。

〔44〕 参见谢在全:《民法物权论》(下),中国政法大学出版社2011年版,第1157页。

〔45〕 参见〔德〕鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》(下),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第542、543页。

〔46〕 参见梁远高:《动态质押的解释路径与法律效果》,载《河南财经政法大学学报》2020年第3期。

〔47〕 参见前引〔3〕,常鹏翱文。

〔48〕 参见前引〔30〕,邓达江文。

## 2. 场所因素

质物所存放的场所也是判断监管人能否达到实际控制质物的重要因素。在实践中，监管人需要为质物选择适宜的保管场所。<sup>〔49〕</sup>当事人对场所有约定的，应从其约定。在无约定时，只要出于利于质物保管的目的，监管人可以自由选择场所。基于日常社会经验，监管人在自有仓库中更可能实现对质物的实际控制。其原因在于监管人通常对自有的场所拥有较强的支配权。这种支配权表现为，监管人能够挑选适合质物安放的位置，配备有专门人员对质物进行安检，以及就质物的日常流动实现管控。此时，出质人一般难以接触到质物，除非其按照合同约定对质物予以提取与置换。可是，如果监管人是在出质人的仓库中监管质物，监管人能实际控制质物的可能性较小。背后的原因在于，出质人虽受监管人的监督与制约，但在事实上没有丧失对质物的控制权，其仍旧具备自由处分质物的可能。尤其当出质人保有对仓库的管理权、相关工作人员听命于出质人、质物的进出由出质人决定时，这种确信会进一步增强。因此，当质物存放的场所为出质人仓库时，法官可能需要更为严格地审查监管人能否实际控制质物，是否排除了出质人的干预。当监管人和出质人产生纠纷时，法官应当要求监管机构与出质人分别说明具体人员安排、员工执勤时间、相关措施手段等基本情况，并围绕着重复监管、相互未发现异常等不合常理之处加以解释与辩论。<sup>〔50〕</sup>

## 3. 合同内容因素

虽然《民法典担保制度司法解释》第55条将监管人实际控制质物作为动态质押设立的法定要件，但问题是当事人能否在质押合同中对实际控制的标准予以具体的约定。就该问题而言，《民法典》第427条给出了相应的答案。依据第427条第2款第5项，当事人订立的质押合同可以包括质押财产交付的方式。这其实表明当事人的约定是能够对质权的设立施以影响的。其中，动态质押作为质押的特殊模式，自然应受该条的规制。<sup>〔51〕</sup>因此，动态质押合同的约定是可以作为判定监管人是否构成实际控制的衡量因素之一。在实践中，质押合同可以具体约定监管人需在质押场地上设置保理设施及标识、监管人需就质押物的流动情况加以严格的管理，以及监管人及时出具监理报告等内容。<sup>〔52〕</sup>这些具体的约定实际上是监管人能够实际控制质物的具体表现，所以，监管人的履行情况关涉着其能否被认定为质物的实际控制人。通常，若质押合同对监管人的权限约定愈加详细，义务分配愈加明确，则当监管人按约履行时，法官更倾向于认定监管人实现了对质物的实际控制。不过，为了尽可能保障质权人的利益，质押合同可能会对出质人提取或置换质物施加严格的条件。监管人严格履行该约定的后果是质物难以流动。此时，虽然当事人的意思自治应当得到尊重，但该约定从根本上与动态质押的动态性相背离，故应当认为动态质押未设立，而成立静态质押。相反，若质押合同约定不明确，法官则不能借助合同内容的因素，而是需依据客观事实做出判断。可见，尽管当事人的约定能够使实际控制要件具象化，便于法官考量与判断，但实际控制的认定并非完全取决于合同的约定，而仍需诉诸合同的

〔49〕 参见黄盛秦：《动态质押的法律属性界定与内部关系厘清》，载《西部法学评论》2018年第4期。

〔50〕 参见最高人民法院（2018）最高法民终504号民事裁定书。

〔51〕 值得注意的是，虽然该观点获得多数学者的赞同，但理论界尚存在不同的见解。有部分学者主张动态质押属于非典型担保。参见姚辉、李付雷：《非典型担保的裁判规则》，载《社会科学》2019年第8期。

〔52〕 参见山东省滨州市中级人民法院（2019）鲁16民终1529号民事判决书。

履行与客观事实。

综上,实际控制的认定需要结合具体的事实,不能一概而论。不过,从客观第三人视角出发,监管人的主体、存放质物的场所以及监管合同内容等因素的综合考量能够为法官的具体判断起到一定指引作用。

#### 四、违反实际控制要件的法律后果

依据《民法典担保制度司法解释》第55条,监管人未能实际控制质物的法律后果是动态质押不设立。可是,这种法律后果的安排未考虑到社会生活的复杂性,在具体适用时可能会不利于保护债权人的利益,违背动态质押的规范目的。鉴于此,笔者将分别在动态质押的不同情形中对违反实际控制要件的法律后果予以深入分析。

##### (一) 质物的取得与实际控制相重合的情形

在探究违反后果之前,明确实际控制的认定时点实属必要。这是由于监管人的实际控制决定着动态质押何时成立。但需要明确的是,上述实际控制的具体化主要是探讨监管人是如何实现对质物的实际控制的,而这里关注的是监管人何时实际控制质物。二者虽具有一定关联性,但侧重点并不一致。在监管人自营库模式中,监管人通常在接受质物的移转后就构成对质物的实际控制。这是因为监管人能够凭借场所、人员等因素免于遭受出质人的干预,从而不会发生其仅取得质物但无法控制质物的情形。然而,在出质人自营库或者第四方直营库模式下,监管人就可能仅具有占有质物的外观,而在事实上因出质人的原因而无法支配质物。此时,实际控制要件不会伴随着监管人被派遣到出质人仓库而得到满足。动态质押也只会监管人采取相应措施排除出质人的干预后才开始生效。由此可知,监管人一般在取得质物的同时就能达到实际控制质物的要求。不过,在某些特殊情形下,实际控制的产生是与监管人何时取得质物无关的,而是需要结合具体案情加以认定。质言之,监管人占有的外观和监管人的实际控制原则上是不分离的,但二者有时也会出现相分离的情形。这就产生了一段特殊的过渡期间。

在澄清实际控制的认定时点后,《民法典担保制度司法解释》第55条的不完善之处就随之浮出水面了。第55条的合理性只限于监管人在取得质物转移时就能实际控制质物的情形(见图1)。于该情形之中,在监管人未取得质物前,动态质押不设立。这也表明在该期间内,倘若当事人之间产生了纠纷,债权人只能主张合同责任,而不享有质权。<sup>[53]</sup>

##### (二) 质物的取得与实际控制相分离的情形

然而,当出现占有外观与实际控制相分离的情形时,上述法律后果的设计可能就有待商榷。在此种模式下,监管人往往可能先具有占有质物的外观,嗣后才通过相关措施取得质物的实际控制。二者之间存在一定的时间差,进而形成一个特有的时间区间。该时间区间可能会因具体情况的不同而长短不一。如果按照第55条的理解,在该时间段内,由于监管人未能实际控制质物,所以动态质押未设立,债权人自然也享有质权。这种做法尽管在逻辑层面上是正确的,但其产

• 153 •

[53] 参见程啸:《担保物权研究》,中国人民大学出版社2017年版,第496页。

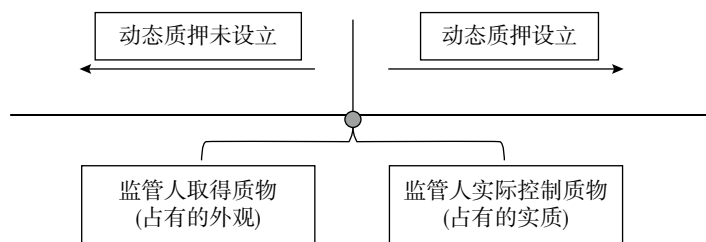


图1 监管人取得质物与实际控制质物重合的情形

生的结论明显具有不妥当之处。首先，该情形不同于出质人未转移质物或者监管人未被派遣到出质人仓库的情形。于后者而言，因为监管人根本无法取得质物的转移，故质权人能够明确地意识到，其在此时不拥有动态质权。相反，于占有外观与实际控制相分离的情形下，监管人占有质物的外观其实已经形成了。基于这种外观，债权人的内心可能已经生成了动态质押已设立的确信。试想，此时动态质押不成立，债权人只享有债权，这能符合质权人的预期吗？其所造成的危害就是，质权人遭受利益损失，进而丧失对动态质押制度的信赖。其次，鉴于实际控制通常难以判断，出质人完全可能采用不正当的手段使监管人误以为其构成对质物的实际控制。此时，无论债权人抑或监管人皆会因认为动态质押已经设立，而不采取相应补救措施。待该虚假质权即将到期之时，出质人反而主动向法院起诉，主张动态质押未设立，以此损害债权人的优先受偿权。可见，就违反后果而言，第55条容易诱发道德风险，为出质人逃避担保责任、损害债权人利益提供可能。最后，于该情形中，依据第55条得出的结论将与动态质押的目的相冲突。动态质押的目的是在允许质物流动的基础上注重对债权人利益的保护。在债权人有合理的理由相信动态质押已经设立时，倘若法律直接依据客观事实否认动态质押的设立，不承认债权人的优先受偿权，就会明显对债权人造成不利益。

事实上，上述问题的核心在于法律逻辑与价值判断的冲突。根据法律逻辑推理，动态质押的确因监管人无法实际控制质物而未设立；而基于价值因素的考量，动态质押未设立这一法律后果实属不利于保护债权人的利益，并有违背动态质押的规范目的之嫌。因此，解决问题的关键在于寻找到一个合适、恰当的法律后果，其既能最为符合第55条对实际控制的理解，又能起到保护债权人利益的作用。考虑到该情形与浮动抵押的类似性，参照适用浮动抵押规则就可以使该问题迎刃而解。其合理性在于三个方面。一是在事实层面上，于该情形中，由于担保物的流转与处分仍处于出质人的控制之中，所以出质人实际上就是在其管控领域内对担保物予以处分。这其实就和浮动抵押中的抵押人非常类似。此外，无论在动态质押还是在浮动抵押中，担保权人的真实意愿是允许担保人流转担保物。无非在动态质押中，出质人需要受到最低价值控制线的制约而已。二者意思表示的共同性为动态质押向浮动抵押的转化提供了合理的进路。二是在规范层面上，动态质押与浮动抵押存在补足关系。诚然，学界普遍认为浮动抵押和动态质押是不同的担保工具，隶属于不同的担保模式之中，在法律构造和法律效力等方面存在较大差异，不能混为一谈。<sup>〔54〕</sup>

〔54〕 参见常鹏翱：《论存货质押设立的法理》，载《中外法学》2019年第6期；刘平：《〈民法典〉背景下动态质押权利竞合论》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期。

可难以否认的是,动态质押是在允许担保物流转的基础上补足了浮动抵押对抵押权人保护不周的弊端。从这个意义上,浮动抵押可以被视为动态质押的上位概念。三是在法律后果层面,参照适用浮动抵押规则能够尽可能地保护债权人的利益。在上述过渡区间内,债权人虽不能获得动态质押权,但可以就该动产取得浮动抵押权。即便该权利未经登记不能对抗之后登记的抵押权人以及正常经营活动中的买受人,但债权人至少可以保有对该动产的优先受偿权,而不沦为普通的债权人。准此而言,在动态质押设立过程中,监管人未取得质物的,则动态质押未设立,债权人不具有优先受偿权;监管人虽取得质物,但无法实际控制质物的,动态质押未设立,但可以转化为浮动抵押,进而债权人享有浮动抵押权;监管人实际控制质物的,动态质押设立(见图2)。

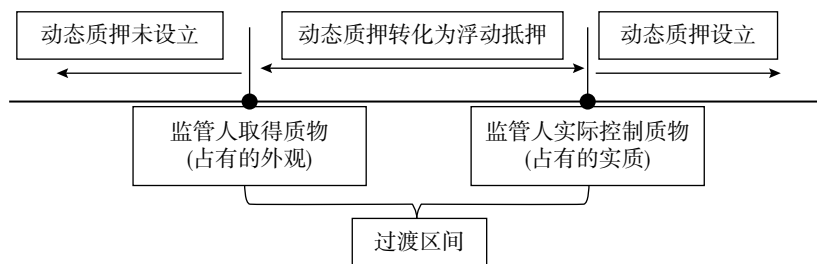


图2 监管人取得质物与实际控制质物分离的情形

## 五、实际控制要件的证明责任

• 155 •

尽管《民法典担保制度司法解释》第55条肯定了“当事人”须就实际控制要件加以证明,但其表述过于模糊,仍留有进一步解释的空间。在司法实践中,即便法院依据传统“谁主张,谁举证”的举证规则能够发挥对第55条的释明作用,可这种证明责任的分配实际上对当事人采用了同一的证明标准,忽视了不同当事人之间的差异,不利于当事人利益的实现。通常而言,动态质押中的当事人主要包括质权人、出质人以及监管人。三者分别作为不同的利益主体,在享有各自权利的同时担负着不同的义务。这种实体状态反映在程序法上就是三者对实际控制要件承担着不同的举证责任。

基于质权人的视角,质权人出于实现债权的目的,往往是主张动态质押成立的一方。因此,质权人一般肩负着证明监管人实际控制质物的举证责任。<sup>[55]</sup>有学者进一步强调了质权人需证明质物被监管人实际控制,并达到一定控制标准。<sup>[56]</sup>然而,在动态质押中,质权人只是质物的间接占有人,其无法深入了解监管人能否实际控制质物的状况。此时,质权人为达到证明目的需要监管人的配合,请求监管人提供相应的证明。但在实践中,监管人可能会因各种原因(例如,监管人和出质人串通等)不配合质权人的调查取证,以致质权人难以证明监管人获得质物的控制

[55] 参见内蒙古自治区包头市中级人民法院(2021)内02民终716号;广西壮族自治区桂林市象山区人民法院(2016)桂0304民初1688号民事判决书;黑龙江省高级人民法院(2016)黑民终32号民事判决书;江西省高级人民法院(2017)赣民终521号民事判决书;新疆维吾尔自治区高级人民法院(2016)新民终7号民事判决书。

[56] 参见前引[3],冉克平、侯曼曼文。



权。可见，倘若法律要求债权人直接证明监管人实际控制质物，这其实给债权人分配了较重的举证责任。其容易造成的后果是债权人难以达到证明标准，从而无法证明动态质押已经设立。这显然违背动态质押设立的初衷。是故，合适的做法是质权人仅须承担初步的举证责任，提供基本的证据，<sup>〔57〕</sup>证明监管人取得了质物的转移即可。该做法通过实际控制要件的具体化，降低了质权人的证明责任，同时，亦不会对出质人的利益造成损害。

至于出质人，其诉求在民事纠纷中更多表现为主张动态质押未设立。于该情形中，出质人需要就监管人未实际控制质物承担举证责任。出质人可以直接诉请法院否认动态质押的设立，<sup>〔58〕</sup>也完全可以在质权人举证后，提出反证来主张质物虽已交付，但监管人未实际控制质物。由于出质人作为质物的使用人，日常需要接触质物，所以其对质物能否受到监管人实际控制具备清晰的认识。特别是在出质人共同占有质物或出质人提供监管场所时，出质人甚至可能比监管人更加知悉质物的受控状态，从而处于一种信息优势的地位。可是，这就容易导致出质人凭借该信息优势决定着动态质押设立与否。在动态质押的设立有利于出质人时，出质人隐瞒监管人未控制质物的事实，使得质权人误以为动态质押已经设立；而在动态质押的设立不利于出质人时，出质人则主动披露相关事实，以致动态质押自始未设立。因此，为了避免出质人逃避义务、维护质权人的利益，法院应当要求出质人承担较高的证明标准，并予以严格审查。

与二者相较，监管人的举证责任较为特殊。一方面，监管人由于并非动态质权的利益主体，通常不需要主动证明动态质押的设立，只须为质权人提供辅助证明即可。另一方面，监管人因其为质物的直接占有人，也可能为主张相关权利而需要独立地证明动态质押已设立。例如，当质物的占有遭到侵害时，监管人为主张占有恢复请求权，需对动态质押的设立予以证明。<sup>〔59〕</sup>此时，监管人的证明责任可能会因侵害人的不同而有所差异。如果侵害人是质押关系外的第三人，法院不应要求监管人承担较高的证明标准，只须证明其已取得质物的转移即可。其原因在于监管人此时的证明并非关涉着动态质押的内部关系，而只是出于处理外部事务的需要。另外，鉴于监管人的该类行为既能保护质权人的质权，又能维护出质人的所有权，所以降低监管人证明责任能够对监管人产生一定的激励作用，从而带来巨大的社会效益。不过，一旦侵害人是质押关系内部当事人，这就关系到动态质押是否设立的根本问题。此刻，考虑到监管人是质物的直接占有人，其对质物是否被实际控制最为清楚，所以法院应适当地提高监管人的证明标准，并加以审慎判断。这表明监管人不能仅证明其取得质物的转移，还须就完全排除出质人干涉进行举证，否则其不得主张相应的权利。

## 六、结 论

创造法律的不是概念，而是目的。实际控制要件的建构正是基于功能主义的考量。《民法典

〔57〕 参见陈甦主编：《民法总则评注》（上），法律出版社2017年版，第586页。

〔58〕 参见辽宁省大连市中级人民法院（2014）大民三初字第152号民事判决书；重庆市第一中级人民法院（2014）渝一中法民初字第01304号民事判决书。

〔59〕 参见湖南省高级人民法院（2020）湘13民终510号民事判决书。



担保制度司法解释》第55条明确实际控制是占有的实质，防止债权人误信占有的外观，从而克服浮动抵押的弊端，加强对债权人利益的保护。尽管实际控制要件较为抽象，但法官能够通过衡量监管人的主体、存放质物的场所以及监管合同内容等因素将其具体化。在通常情况下，监管人实际控制质物是伴随着监管人取得质物而产生的。不过，在特殊情形下，二者也存在分离的可能，从而形成过渡区间。第55条没有意识到该期间的特殊性，因而一概否认动态质押的设立，使债权人不享有优先受偿权。于该情形中，鉴于动态质押与浮动抵押的相似性，法官可参照适用浮动抵押的规则，进而保护债权人的利益与合理信赖。这也会为裁判者在今后处理动态质押与浮动抵押竞合的纠纷提供一种可行的进路。而在具体适用中，实际控制要件的证明责任会因举证主体不同而有所差异。为平衡质权人和出质人的利益，质权人仅须证明监管人取得了质物的转移即可，而出质人则须对监管人未实际控制质物予以证明。

---

**Abstract:** The disadvantages of a floating charge have led to a particular value judgement being attached to dynamic pledges since their inception, which is the protection of the interests of the creditor and the fulfilment of his claim. Article 55 of the Judicial Interpretation of the Security Regime of the Civil Code adopts “actual control” as a requirement for the creation of a dynamic pledge, and although may be inconsistent with the system, it stems more from the need for functionalism. Article 55 emphasises actual control as the essence of possession, reminding creditors of the exclusion of interference by the pledgee, and avoiding creditors suffering damage from a misconception of the appearance of possession. The element of actual control is more flexible and broadly applicable, as it can cover dynamic pledges created on the basis of an auxiliary to possession. Although the element of physical control is abstract, the identity of the custodian, the place of deposit of the pledge and the agreement in the custody contract can provide an objective basis for the determination of physical control. The physical control element is usually satisfied when the custodian acquires the pledge, but in exceptional circumstances the two may be separated, thus creates a transitional zone. Within this zone, although a dynamic pledge has not been created, the judge should apply the floating charge rule in order to protect the interests of creditors and reasonable reliance. The burden of proving actual control will vary depending on the subject, with the pledgee, the pledgee and the custodian each bearing a different burden of proof.

**Key Words:** dynamic pledge, actual control, possession, functionalism

---

## 合伙合同的四个维度

周江洪\*

**内容提要：**作为《民法典》新增的典型合同，合伙合同具有异质性。作为法律行为，共同行为的特性决定了意思表示瑕疵导致的法律行为撤销、无效，在合伙合同领域具有特殊性。作为合同，合伙合同并不具有典型双务合同交换性的特点，合伙人之间的给付乃是统合给付，排除同时履行抗辩权、不安抗辩权、风险负担规则以及债务不履行解除制度的适用。作为典型合同，合伙合同规范在共同事业目的型合同及当事人三人以上的合同类型中的典型合同功能有待挖掘。作为组织型契约，合伙合同明显有别于交易型契约，当事人之间的相互协作、相互信任引发的、关涉组织的持续性、独立以及自律性的合同权利义务体系有待进一步完善。合伙合同的上述特质，亦凸显《民法典》合伙合同规范在法律行为相关规则适用、双务合同相关规则适用的排除方面，在入伙、除名、退伙等组织性规则建构方面仍然存在不足。

**关键词：**合伙合同 法律行为 双务合同 典型合同 组织型契约

依《民法典》第 967 条规定，合伙合同是两个以上合伙人为了共同的事业目的，订立的共享利益、共担风险的协议。关于合伙，《民法通则》曾从民事主体的角度对个人合伙和合伙型联营作出了规定。1997 年《合伙企业法》对合伙企业作了专门规定。2017 年制定《民法总则》时，删去了《民法通则》关于个人合伙和联营的规定，仅将要求依法规定登记的合伙企业作为非法人组织予以确认（《民法典》第 102 条、第 103 条）。由于其要求依法规定登记，也就意味着《合伙企业法》以外的合伙类型，特别是从协议角度、而不是从组织角度予以调整的合伙规范阙如。这是《民法典》将合伙合同作为典型合同予以规定的重要原因之一。从合伙立法变迁来看，无论是《民法通则》还是《合伙企业法》，其立足点都在于合伙的“组织性”，而非其“协议性”；而《民法典》合伙合同章则更多地立足于合伙人内部之间的关系，意味着其更多地带有“协议

\* 周江洪，浙江大学光华法学院教授。

本文系中宣部文化名家暨“四个一批”人才工程项目成果。

性”。但是,即使偏重于合伙的“协议性”,也无法忽视合伙合同所具有的“组织性”特点,这是合伙合同区别于其他合同类型的重要特质之一。当然,所谓“合伙”,既有组织意义上的“合伙”,也有合伙合同意义上的“合伙”,《民法典》合伙合同章的“合伙”,指的是合伙合同意义上的“合伙”。总之,《民法典》规定的19类典型合同中,合伙合同具有其鲜明的个性,存在着完全不同于其他典型合同的异质性,具有明显的组织性与契约性相融合的特点。但与此同时,既然作为合同之一,合伙合同仍然是需要意思表示的法律行为,仍然是合同类型之一,同时更是《民法典》规定的典型合同之一,需要从各自的侧面来进一步观察合伙合同的特点。虽然在《民法典》编纂过程中有不少意见建议就合伙合同是否适用《民法典》总则编法律行为相关规则、是否适用《民法典》合同编通则相关规则作出规定,<sup>[1]</sup>但《民法典》合伙合同章并未很好地回应此等问题,而只能留待学说和实务的进一步发展。以下就从合伙合同的四个维度对合伙合同性质及其法律适用作进一步的剖析。

## 一、作为法律行为的合伙合同

合伙合同,首先是法律行为,需以意思表示为之。与通常的法律行为一样,合伙合同基于双方或者多方的意思表示一致而成立(《民法典》第134条)。合伙人仅为两人时,为双方意思表示一致;合伙人为两人以上时,则为多方的意思表示一致。对于法律行为,行为人非依法律规定或者未经对方同意,不得擅自变更或者解除民事法律行为(《民法典》第136条第2款),当事人协商一致,可以变更合同(《民法典》第543条)。也就是说,若依当事人意思变更合同等法律行为,除非法律特别规定,通常需要全体当事人之间意思表示一致。在合伙合同中,合伙合同的成立虽然需各方意思表示一致,但合伙合同的变更,属于合伙事务之一,“合伙人就合伙事务作出决定的,除合伙合同另有约定外,应当经全体合伙人一致同意”(《民法典》第970条)。可见,就合伙合同具体条款的变更,合伙合同另有约定的,存在着采取多数决方式予以决定的可能,而并不一定需要全体合伙人意思表示一致。若是依照约定以多数决方式对合伙合同作出变更,则可归入《民法典》第134条第2款意义上的“决议”,适用决议相关的规则。<sup>[2]</sup>此处仅就合伙合同订立时的法律行为构造做分析。

民事法律行为能力方面的欠缺与合伙人资格问题,是法律行为方面面临的首要问题。在合伙人资格上,同样受限于法律行为能力的要求。若是以无民事行为能力人为合伙人,依《民法典》第144条,此等合伙合同无效。若是以限制民事行为能力人为合伙人,则依《民法典》第145条处理。但是,对于法定代理人对限制民事行为能力人订立的合伙合同的同意或者追认,如果涉及类似于成立合伙企业这种概括性、持续性经营的合伙合同,由于涉及行为能力不足者的全部财

• 159 •

[1] 参见周江洪:《关于〈民法典合同编〉(草案)(二次审议稿)的若干修改建议》,载《法治研究》2019年第2期。

[2] 当然,决议与意思表示合致的法律行为尚有不同。例如,关于公司决议,有观点认为,行为法规则无法回应公司决议的团体性,也与组织法的原则和价值相矛盾。法律行为制度以契约为原型,其规范重心在意思与表示的一致及双方意思表示的一致。公司决议制度则调整公司意思的形成,亦即部分成员或机关成员的意思如何成为公司的意思从而约束全部。公司决议本质是“公意”,而非“合意”。参见周淳:《组织法视阈中的公司决议及其法律适用》,载《中国法学》2019年第6期。

产，后果要严重于《民法典》第35条第1款规定的“处分被监护人的财产”。此时，基于最有利于被监护人的原则，应认为法定代理人超越代理权限，或者认为不能予以有效的同意或追认。<sup>〔3〕</sup>《合伙企业法》第14条规定合伙企业中的合伙人需要有完全民事行为能力，也是有此种考虑。当然，参加合伙企业与从事一般的民事活动毕竟有很大的不同。订立合伙协议、设立合伙企业不仅是一项重要的投资活动，需要各合伙人之间合伙经营、共担风险，还要求各合伙人必须为合伙企业的债务承担无限连带责任，所以这种投资决策以及随之而来的经营活动既关系到投资人个人全部财产的安危，也影响到其他合伙人的利益。既然如此，对于订立合伙协议、设立合伙企业以及参与合伙企业的经营等重大事务，就远非无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的智力与经验所及。可见，原《合伙企业法》第9条（现《合伙企业法》第14条）突破了《民法通则》和《合同法》关于限制民事行为能力人经其法定代理人同意或追认后可以从事民事活动的规定，要求合伙人应当是完全民事行为能力人，显然是有相应的立法政策基础的。<sup>〔4〕</sup>尽管在《合伙企业法》上有完全民事行为能力之要求，但就《民法典》合伙合同而言，因合伙事业目的的多样性，限制行为能力人是否得以成为合伙人，仍然需要根据《民法典》第145条规定，依所从事的共同事业的情况、合伙人责任风险、合伙期限等予以具体判断，判断其是否得以从事与其年龄、智力状况相适应的法律行为。

法律行为的核心要素在于意思表示，故意思表示瑕疵相关的法律行为效力规则是否得以适用于合伙合同领域是不可回避的问题之一。对此，有观点认为应当区分合伙是否开始其事业并与第三人发生交易关系来判断订立合伙合同的意思表示瑕疵效力问题。若在合伙开始其事业并与第三人发生交易关系之前，关于无能力及意思表示的总则编规定适用于合伙。其中，如果是三人以上合伙人缔结合伙契约之情形，其中一人的意思表示因瑕疵而无效或被撤销时，此时并不是仅仅该人脱离合伙关系，除非可以认定由剩下的人成立合伙这一意思，原则上应理解为合伙契约全部失去其效力。如果是在合伙开始其事业并与第三人发生交易关系之后，则着眼于交易关系及从信赖合伙这一外形的第三人来说，应类推商法关于设立无效之诉或者设立撤销之诉使得公司的存续面向将来解散的精神，意思表示瑕疵之人可以以此为由退伙，此时虽然可以依民法一般原理请求返还，但在与第三人的关系上与通常的退伙合伙人负同样责任；当然，因无行为能力而退伙的，则不负此等责任。<sup>〔5〕</sup>我国学理上亦有借鉴该观点主张区分交易前后予以判断者，认为当三人以上订立合伙合同时，其中一人的意思表示具有效力瑕疵而无效、被撤销或者确定不发生效力，基于合伙合同的特殊信任关系，可以考虑认为合伙合同全部丧失效力，而在其他合伙人之间也不能发生效力，除非可以认为其他合伙人有成立合伙的意思。即使合同效力仍然在其他合伙人之间发生，但其他合伙人可以因该重大事由而解除合伙合同。<sup>〔6〕</sup>但是，笔者认为，就合伙人一人之意思表示瑕疵是否影响合伙的存续，原则上应当是合伙人意思表示及合伙合同的解释问题；而且，

〔3〕 参见王铁等：《中国民法典释评 合同编 典型合同》（下卷），中国人民大学出版社2020年版，第596页。

〔4〕 参见戴孟勇：《未成年人及限制民事行为能力人的合伙行为能力问题》，载《人民司法》2004年第8期。

〔5〕 参见〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义 V3：债权各论》（中卷二），周江洪译，中国法制出版社2008年版，第230-232页。

〔6〕 参见朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期。

社团法人等之所以需考虑存续与否的问题，主要原因在于与第三人进行交易的效果归属于社团法人本身，而对于合伙来说，与第三人交易的效果归属于全体合伙人，是合伙人之间的“合有”〔7〕性的归属，其实质上就是归属于各个合伙人，并不以团体之存在为必要。因此，合伙人一人之意思表示瑕疵是否影响合伙合同的存续，应当由剩余合伙人之意思的解释而定。〔8〕对于此等学理争议，2017年修改后新增的《日本民法典》第667之3条规定：“合伙人之一人存在意思表示无效或撤销之原因时，于其他合伙人之间，亦不得合伙合同之效力。”据此，受有意思表示瑕疵之合伙人，无论是否与第三人开始交易前后，均得以主张无效、撤销等，只是此等无效、撤销并不妨碍其他合伙人之间的合伙合同效力。〔9〕我国《民法典》对此并未作出规定，但因合伙人之一存在意思表示瑕疵事由而撤销或无效之情形，其实质上是合伙人之一的退伙，可以参照退伙予以处理，原则上并不妨碍其他合伙人之间合伙合同的效力。对此，《合伙企业法》就行为能力欠缺问题作出规定，合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙（《合伙企业法》第48条第2款）。该规定实际上考虑了民事行为能力欠缺者的保护与合伙企业作为组织体存续之间的利益平衡。不仅如此，《民法典》合伙合同章也仅将合伙人丧失民事行为能力等作为合伙合同终止的事由，而并未对其他效力瑕疵作出考量，属于立法“留白”的领域，据此也可以认为《民法典》合伙合同章亦得以考量合伙合同的组织型契约特点，以合伙合同关系的存续作为其原则。当然，在因某一合伙人的意思表示瑕疵而撤销、无效，并进而参照退伙处理时，若因此导致出现合伙协议约定的合伙目的无法实现等事由，其他合伙人亦可解散合伙（参见《合伙企业法》第85条）。

• 161 •

## 二、作为合同的合伙合同

依《民法典》第463条“本编调整因合同产生的民事关系”的规定，《民法典》合同编通则作为合同法总则性规定，理论上应同样适用于合伙合同。但有观点认为，契约法总则的规定乃是关于当事人交换给付场合的规定，而如同合伙这样为了全体当事人共同目的而统合给付的情形，不适用契约法总则才是合理的。〔10〕其中最为重要的就是双务合同相关规则的不适用，尤其是同时履行抗辩权、风险负担、合同解除方面的规定应不予适用。事实上，因为合伙人不履行合伙契约上的债务时，并不应依解除来处理，将其作为除名、退伙、解散等团体组成变动的事由来处理才是合适的。〔11〕我国学理上亦有认为，原则上不适用一般规则，只有在基于合伙合同中不同给付义务之间的关系，产生了与典型双务合同类似的利益基础时，才可以适用一般规则；因此，就

〔7〕关于“合有”，有学说认为，日本学者所谓的“合有”其实就是德国学者所讲的“共同共有”，而德国学者所谓的“共同共有”与我国物权法及理论上的“共同共有”其实也是一样的。参见李永军：《民事合伙的组织性质疑——兼评〈民法总则〉及〈民法典各分编（草案）〉相关规定》，载《法商研究》2019年第2期。

〔8〕岡本裕樹「典型契約としての組合契約の意義」法政論集254号（2014年）723頁参照。

〔9〕河上正二「債権法講義〔各論〕第2部第10章組合（2）」法学セミナー786号（2020年）84頁参照。

〔10〕参见前引〔5〕，我妻荣书，第226页。

〔11〕参见前引〔5〕，我妻荣书，第230页。

出资义务的履行抗辩权，应区分是否为两人合伙或两人以上合伙、区分是否已有合伙人出资作区别对待。同时认为，合伙人之间的出资义务不存在交换关系，因此，即使只有两个合伙人，也应当认为这不属于《民法典》第568条第1款中“当事人互负债务”的抵销要件。<sup>〔12〕</sup>另有观点则主张，有必要通过司法解释对合伙合同中的出资义务抗辩权进行明确规定，主要是规定在合伙人人数较少并且没有对外从事经营活动的情况下，其他合伙人有抗辩权，在其他情况下不得行使出资义务的抗辩权。<sup>〔13〕</sup>亦有不少观点主张双务合同中的抗辩权在合伙中不能行使，认为民事合伙虽然是一种纯粹的契约关系，但这种契约关系具有不同于一般契约的特殊性，不能适用同时履行抗辩、不安抗辩等合同法上的抗辩权。<sup>〔14〕</sup>还有观点认为合伙合同本质上是一种共同行为，而非双务合同，某一合伙人履行其出资义务不是为了换取另一方的对待给付，也不是为了使另一方履行出资义务，而是为了共同的目的从事合伙经营活动，因此，在一方不履行其出资义务时，其他合伙人不能主张双务合同的同时履行抗辩权。<sup>〔15〕</sup>与此不同，我国学界长期以来主张合伙合同为双务合同。例如，有观点认为，合伙人有经过协商确定的对等义务，因而它又是双务合同。但同时特别指出，合伙人的义务不仅像一般双务合同那样，有对价的特点，而且内容也是相同的，如都负有出资的义务。这是其他双务合同不具有的特点。<sup>〔16〕</sup>《民法典》颁布后新修订的相关教材也认为，合伙合同当事人享有权利，以履行相应的义务为代价，各合伙人的出资义务互为对价，合伙合同为诺成性合同、双务合同、有偿合同、不要式合同。<sup>〔17〕</sup>

合伙合同是否为双务合同，关键在于双务合同的界定问题。对此，通常认为，双务合同指的是双方当事人互负具有对价意义的债务的合同，或者说双方互负具有给付与对待给付关系之义务的合同。双务合同的特色在于双方债务间的牵连关系或牵连性。<sup>〔18〕</sup>对于合伙合同中合伙人义务之间的牵连性，各学说多不否认，但持非双务合同说的多认为合伙人义务相互之间并不具有互为交换交付的交换性，因此合伙合同并非双务合同。<sup>〔19〕</sup>有观点认为，在典型的双务合同中，首先当然要求当事人的给付义务之间存在对价关系（牵连性），在合伙合同中也同样存在这种特征，例如合伙人出资的给付义务与其他合伙人出资的给付义务之间是相互依赖的。但是，在典型的双务合同中，当事人之间的给付义务还具有交换性，是为了各自的利益而交换给付，例如在买卖合同中，买方支付价款是为了获得卖方的交付并转移所有权。在合伙合同中，合伙人是“为了共同的事业目的”，是为了全体合伙人的利益而统合给付为目的，不限于一次性的或者具体化的交换，而是针对一个动态程序中的共同目的。<sup>〔20〕</sup>或者认为，合伙人履行出资义务不是为换取其他合伙人的对价，而是由各

〔12〕 参见前引〔3〕，王轶等书，第601-603页；前引〔6〕，朱虎文。

〔13〕 参见张其鉴：《股东出资义务的请求权主体研究——兼评〈民法典〉合伙合同、利他合同条款》，载《法商研究》2022年第1期。

〔14〕 参见李永军：《合同法》（第6版），中国人民大学出版社2021年版，第417页；前引〔7〕，李永军文。

〔15〕 参见王利明：《合同法》（下册），中国人民大学出版社2021年版，第438页；谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注：合同编 典型合同与准合同4》，中国法制出版社2020年版，第480-481页。

〔16〕 参见王家福、谢怀栻等：《合同法》，中国社会科学出版社1986年版，第390页。

〔17〕 参见魏振瀛：《民法》（第八版），北京大学出版社、高等教育出版社2021年版，第574页。

〔18〕 参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第76页。

〔19〕 参见前引〔5〕，我妻荣书，第226页。

〔20〕 参见前引〔6〕，朱虎文。



合伙人履行出资义务后形成共同的合伙财产,为实现共同事业目的奠定物质基础。合伙人实际上是通过合作的方式指向共同的目的,而非站在对立的角度进行等价交换。<sup>〔21〕</sup>据此,合伙合同并非双务合同。<sup>〔22〕</sup>但是,亦有学说认为,决定是否为双务合同的,并非存在交换关系债务的相互负担,而是当事人之间“因对方负担债务则自己也负担债务”的债务之间的相互牵连性,并不能以给付的非交换性否定其双务合同性质。而且,各典型合同是否适用合同编通则的规定,应根据合同编通则的具体规定逐一判断。不仅仅是合伙合同,就其他典型合同而言,合同编通则的规定也并非都得以适用,仍然需要根据各典型合同的性质和合同编通则的具体规定具体判断。<sup>〔23〕</sup>另外,也有一些合同法教科书只强调双务合同中的“互为原因”性。即一方承诺作出主给付恰恰是为了、也仅仅是为了得到另一方作出对待给付的承诺,是“我给你是为了你给我”的意义上相互关联。<sup>〔24〕</sup>

虽然对双务合同的理解与界定不同会导致合伙合同是否为双务合同的结论不同,但即使认为合伙合同是双务合同,也通常会认为其不同于一般的双务合同。合同编通则有关双务合同的规定对合伙合同并不予以适用。例如,在合伙合同不适用债务不履行合同解除和风险负担规则问题上,并无多大争议;而对于合伙人出资的同时履行抗辩权问题,则不管是持双务合同说还是非双务合同说,其争论也只是个别情形的同时履行请求权的肯定与否问题。<sup>〔25〕</sup>对此,2017年修订后新增的《日本民法典》第667条之2条明确规定:“(1)第533条及第536条之规定,不适用于合伙合同。(2)合伙人,不得以其他合伙人不履行基于合伙合同之债务为理由,解除合伙合同。”据此,在日本民法上,合伙合同不仅不适用债务不履行的解除,也不适用《日本民法典》第533条规定的同时履行抗辩权和第536条规定的风险负担规则。从这层意义上来说,至少在日本民法上,合伙合同越来越远离有偿双务合同的观念。当然,就出资瑕疵而言,若用于出资的标的物存在瑕疵,补救措施请求权及损害赔偿请求权等确保出资履行的合同编通则制度,在合伙合同中亦可适用。<sup>〔26〕</sup>

《民法典》对合伙合同是否适用双务合同的相关规则并未作出规定,反倒是在《民法典》976条规定了不定期合伙合同的任意解除制度。但是,该“解除”并非《民法典》第563条意义上的“解除”,而是合同的终止。虽然关于任意解除权的行使、解除方式、时间等,适用《民法典》第565条关于解除权的一般规定,但该解除乃是面向将来发生效力,其具体效力依《民法典》第566条第1款予以确定。<sup>〔27〕</sup>

关于合伙合同的解除,除了不定期合伙合同的任意解除,亦有观点主张得以适用债务不履行情形的法定解除。例如,有观点主张,合伙人迟延履行出资义务,经催告后在合理期限内仍未履

〔21〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(四)》,人民法院出版社2020年版,第2736页。

〔22〕 当然,亦有观点认为,合伙合同为非交换性的双务有偿合同,认为其仍然是双务有偿合同,原因在于,合伙合同的债务合同属性使得合伙人互负促进义务,尤其是互负出资义务,从而在此之间形成对价关系。参见龙卫球:《中华人民共和国民法典合同编释义》(下册),中国法制出版社2020年版,第1100页;严城:《民法典合同编(草案)合伙合同的成功与不足》,载《法治研究》2019年第1期。

〔23〕 参见前引〔8〕,岡本裕樹文,第732页。

〔24〕 参见〔德〕海因·克茨:《德国合同法》,叶玮星、张焕然译,中国人民大学出版社2022年版,第149页。

〔25〕 参见前引〔8〕,岡本裕樹文,第732-734页。

〔26〕 参见前引〔9〕,河上正二文,第84页;前引〔3〕,王轶等书,第608页。

〔27〕 参见前引〔3〕,王轶等书,第648页。

行，或者迟延履行出资义务，致使不能实现合同目的，其他合伙人可依据《民法典》第563条第1款解除合同。<sup>〔28〕</sup>或者认为，合伙人未出资或未适当出资，符合约定或法定解除条件的，其他合伙人可解除合伙合同；合伙合同解除的，合伙合同的权利义务终止，并依《民法典》第978条规定的合伙合同终止的清算程序处理。<sup>〔29〕</sup>但笔者认为，从合伙合同的特点来看，关于债务不履行的合同法定解除规则并不应予以适用。例如，若数十个合伙人之间订立的合伙合同，因合伙人之一未履行出资义务，且符合《民法典》第563条第1款法定解除之要件，其他合伙人之一以此为由要求解除合同，而另外的其他合伙人则希望维持合伙合同关系。若得以适用法定解除，意味着合伙合同的终止和合伙的解散。此时用解除的原理并不妥当，也不符合合伙合同具有组织型契约的特点。此时，即使能够适用关于解除的规定，此等解除权的行使亦应服从于解除权不可分原理，由其他合伙人共同“解除”。若是如此，其实质就是“除名”。因此，从这层意义上来说，此时依不同的构成要件，通过除名、退伙、解散合伙等合伙特有的方式予以救济更为妥当，更符合合伙的构造。

另外，部分观点将《合伙企业法》中规定的退伙、除名等事由亦作为合伙合同法定解除权产生的事由或法定终止事由；同时认为合伙合同另有约定或者合伙人另有约定时，可以认为该解除效果仅针对行使解除权的部分合伙人发生，合伙合同继续在其他合伙人中存续。<sup>〔30〕</sup>不少观点认为，合伙合同同样发生其他合同一样的法定解除问题。<sup>〔31〕</sup>该观点的实质在于坚持《民法典》合伙合同规范的契约型合伙本质，认为发生退伙、除名等事由，或因解除权行使而导致合伙合同终止，或者直接发生合伙合同终止；但当事人另有约定时除外。笔者认为，将《合伙企业法》规定的退伙、除名等涉及团体成员变动的组织性规则，非要借助“解除”的通道适用于合伙合同之中，不仅会造成“解除”概念含义的混乱，而且在“解除”的法律效果方面，还需要与退伙、除名等规则进行权衡，徒增混乱。合伙合同，原则上不适用因债务不履行解除的规则。而除名等事由中，明显存在着不履行出资义务等债务不履行的情形（参见《合伙企业法》第49条），也为采取非“合同”类的救济提供了重要的途径。更为妥当的方法，应当是在立法上规定合伙合同中的退伙、除名等规则；退而求其次的方法，则是参照适用《合伙企业法》的退伙、除名等规则予以填补漏洞，但在填补漏洞时，需注意《民法典》合伙合同章规范的体系协调。

从合伙合同不同于双务合同的特性以及同时履行抗辩权、不安抗辩权、风险负担规则、债务不履行解除的制度目的来看，笔者认为合伙合同并不适用此等规则。<sup>〔32〕</sup>而对于合同编通则中规定的其他规则，原则上仍应适用，但应根据各具体规则的制度目的及合伙合同的特性具体判断是

〔28〕 参见前引〔3〕，王轶等书，第609页。

〔29〕 参见徐涤宇、张家勇：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社2022年版，第997页。

〔30〕 参见前引〔3〕，王轶等书，第653页。

〔31〕 例如，不少观点将“解除合同”作为合伙合同终止的原因之一。参见前引〔17〕，魏振瀛书，第576页；黄薇：《中华人民共和国民法典合同编解读·下》，中国法制出版社2020年版，第1545页。

〔32〕 有观点认为，合伙合同的共同行为性决定了，不存在危险负担规则是否适用于合伙合同的问题，而只是使得因发生不可归责于自身事由无法出资的人无法成为合伙人而已。参见前引〔15〕，谢鸿飞、朱广新主编书，第484页。另外，亦有观点认为，无需就合伙人出资义务相关的风险负担规则作出规定，通过《民法典》第563条第1款第1项中的法定解除权统一解决即可。参见前引〔3〕，王轶等书，第609页。但就后一观点而言，会涉及合伙合同的“解除”能否适用《民法典》第563条规定的问题。笔者认为，无论是因不可抗力等不可归责于合伙人的事由引起的出资义务履行不能，抑或是因其他债务不履行引起的出资义务违反，并不适用法定解除的规定，而应当参照适用退伙规则予以处理。

否得以适用。例如,关于合同权利义务移转的规定,在合伙合同领域的适用也应当谨慎,合伙人以合同当事人的身份移转权利义务时,应当适用关于退伙与入伙的规则。《民法典》第974条为此规定了合伙人转让财产份额的规则。

### 三、作为典型合同的合伙合同

在《民法典》编纂过程中,是否新增典型合同以及如何新增典型合同,曾有各种观点。但立法机关经研究认为,在现实的社会经济生活中,合同类型多种多样,适应社会发展和纠纷处理的需要,适当增加新的合同类型是必要的,但并非所有合同类型都需要在合同编中加以规定,从立法技术的角度看,也不可能做到这点。原则上讲,应当作为典型合同加以规定的合同类型,须满足以下条件:一是合同的典型性,即该类合同要么适用比较普遍,要么问题较为突出;二是问题的特殊性,即该类合同涉及的问题较为特殊,适用合同编通则中的规则难以完全解决,需要作出特别规定;三是规则的可抽象性,即对该类合同的规则没有多大争议,且较为成熟,从立法技术上可以抽象提炼出来;四是规则的缺失性,即对该类合同,还没有法律作出专门的规定。基于此等考量,关于合伙合同,立法机关认为,实践中,民事主体通过签订合伙合同以实现共同事业目标的情形大量存在,且与其他合同相比,合伙合同中当事人的权利义务内容较为特殊,法律有必要对此加以规定。《民法通则》规定了个人合伙,个人合伙既包括民事合伙,也包括商事合伙。我国的《合伙企业法》主要规定了商事合伙。《民法典》实施后,《民法通则》被废止,商事合伙可由《合伙企业法》继续调整,但民事合伙将无处归依。为了解决这个问题,同时也为了更好地规范实践中存在的大量民事合伙合同关系,合同编专章规定了合伙合同,具体规定了合伙人之间的权利义务、合伙事务的执行等内容。<sup>〔33〕</sup>

但在考虑典型合同的规则设计时,不仅仅是要确定某一类型合同是否得以成为《民法典》上的典型合同,同时也需要考虑典型合同的功能。典型合同具有设定依据框架、分析基准等诸多功能,<sup>〔34〕</sup>更为重要的是,关于某典型合同的规范,不仅仅适用于该具体合同类型。在符合该类型合同相关规范旨趣的限度内,得以通过直接适用、准用或参照适用等方式补充当事人之间的具体合同内容,同时也是合同解释时的重要指南。事实上,《民法典》第467条第1款也规定:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”得以参照“最相类似合同的规定”这一规则,为各典型合同相关规范发挥更大作用奠定了规范依据。也就是说,即使某一合同并非严格意义上的合伙合同,特别是当事人从事共同事业目的的合同并不限于合伙合同形式,对于那些重视共同事业目的的合同类型等来说,合伙合同也就有可能具有典型合同的重要意义。不仅仅对于以共同事业为目的的合同具有“模型”或“典型”的意义,合伙合同还可以发挥三个当事人以上的合同类型的“模型”或“典型”的作用。<sup>〔35〕</sup>就这方面而言,究竟合伙合同相关规范中哪些可以适用或可以参照适用于以共

• 165 •

〔33〕 参见石宏:《合同编的重大发展和创新》,载《中国法学》2020年第4期。

〔34〕 参见周江洪:《典型合同与合同法分则的完善》,载《交大法学》2017年第1期。

〔35〕 参见前引〔8〕,岡本裕樹文,第753页。

同事业为目的的合同类型，哪些可以适用或可以参照适用于三个当事人以上的合同类型，仍有待学说和实务进一步发展。但至少可以考虑，从合伙的“共同事业目的”性质出发，合伙人之间的损益分配规则、狮子合伙（societas leonina）的禁止等等，在其他共同事业目的型合同中都有参照适用的余地。例如，有观点就认为，对于公司成立过程中的发起人协议，在公司不能成立时应适用关于合伙合同的法律规定而不能适用《合伙企业法》的规定。<sup>〔36〕</sup>而对于三个当事人以上的合同类型，合伙合同中关于多方意思表示一致的合同成立及意思表示瑕疵规则、同时履行抗辩权等双务合同规则的讨论，同样具有典型合同功能上的意义，得以作为参照对象予以参照适用。也正是从这层意义上来说，合伙合同不仅仅是区别于其他合同类型的合伙合同自身的“典型合同”，同时也是相类似合同的“典型合同”。

#### 四、作为组织型契约的合伙合同

在《民法典》编纂过程中，有不少文献从如何区分《合伙企业法》为代表的合伙组织体和《民法典》为代表的合伙合同角度，就合伙及合伙合同的组织性作出探讨。<sup>〔37〕</sup>对此，有观点认为，民事合伙的合伙协议也具有一定的组织规则的属性。因为民事合伙并不纯粹是一种单纯的合同关系，也可能具有组织体的属性，所以，合伙协议的成立也可能成为形成组织体的基础，从而发挥组织规则的功能。所谓组织规则，是指确定组织体及其成员内部和外部关系所应当遵循的规则。某一组织体制定组织规则的本质在于为主体资格的确认提供制度框架，明确组织决策与管理的协商机制，并为与该组织体进行交往的第三人提供保障。合伙协议在合伙组织中实际上发挥了类似于公司章程的组织规则的作用。就对内责任而言，合伙的双重属性决定了合伙人违反合伙协议的双重责任。即，一方面，合伙人违反合伙协议需要对其他合伙人承担相应的责任。此种责任仍然属于典型的债务不履行的责任。另一方面，违反合伙协议的合伙人需要对合伙组织体承担责任。所谓违反合伙协议的责任，是指合伙人违反法定或约定的义务，而应对其他合伙人及合伙组织体承担的责任。<sup>〔38〕</sup>

实际上，笔者此处所谓的合伙合同作为组织型契约，除了组织体意义上的“组织性”，还存在着替代市场功能的组织功能的“组织性”。在《民法典》规定的合同类型中，既存在着以买卖为代表的权利移转型合同、以租赁为代表的财产利用型合同、以委托合同为代表的服务型合同，也存在着以合伙为代表的“组织型”合同类型。组织型合同，以实现共同利益、且在特定情形形成组织体为目标。从合伙合同来看，一方面存在着将各合伙人聚在一起从事共同事业的特点，另一方面，也存在着将各合伙人的财产聚集为合伙财产的特点，存在着人与财产的集合，因此具有一定的共同体特征。虽然组织性存在着强弱之分，既存在着像合伙企业一样的具有较强组织性的非法人组织，也存在并不以形成组织体为目标的较弱组织性的合伙合同，但其具有一定的组织性本身无法否定，均是以共同事业为目标将人与财聚集起来。当然，“组织型”合同乃是与“交易

〔36〕 参见前引〔7〕，李永军文。

〔37〕 参见王利明：《论民法典对合伙协议与合伙组织体的规范》，载《甘肃社会科学》2019年第3期；前引〔7〕，李永军文。

〔38〕 参见前引〔37〕，王利明文。

型”合同相对应的概念，但实际上这亦是一个相对动态分类。按照“组织性”的强弱，既存在一般的买卖一样的较弱组织性的“交易型”契约，也存在着合伙合同一样的组织性较强的“组织型”契约，同时也存在着两者的中间状态，如保险合同、持续性买卖、连锁合同等“中间型”契约。<sup>〔39〕</sup>就“组织型”契约来说，组织性越强，当事人相互协作的必要性也就会增强；当事人之间越是追求持续性合作关系，当事人之间的人身信任关系等就会越强，进而在协作义务、合同终止等方面都会表现出不同于“交易型”契约的诸多特点。但就“组织型”契约整体而言，我国学界和实务界关注的并不多。从这层意义上来说，若就合伙合同中各合伙人围绕共同事业目的而形成的诸多权利义务关系作出梳理，特别是对组织性相关的组织的持续性、独立性，以及组织的自律性相关的权利义务关系作出分析，对于组织型契约的认识也会得到进一步的深入，进而也更能发挥前述合伙合同作为典型合同的重要意义。

论及合伙合同的组织性，势必会涉及《民法典》合伙合同章与《合伙企业法》相关规范之间的关系。一般来说，《民法典》合伙合同章的规定着重于合伙人之间的内部关系，主要是从合同的角度对合伙作出规范，但也涉及合伙财产、合伙事务执行、合伙债务的承担等诸多涉及外部关系的规范，具有一定的组织性。《合伙企业法》着重合伙企业这一组织体的规范，更多的是从主体角度对合伙作出规范，但也部分涉及合伙协议等。对此，有观点指出，商事合伙契约性与组织性（团体性）这一双重属性决定了商事合伙应通过《民法典》和商事单行法共同调整：商事合伙的主体地位需由《民法总则》加以确立，《合伙企业法》作为特别法将专门调整商事合伙。《民法典》与单行法分别调整商事合伙的立法模式具有内在合理性且符合域外法经验，《民法典》编纂后仍应当予以坚持；就法律适用顺位而言，商事合伙的法律适用秉承特别法优先于普通法的规则，《合伙企业法》优先于《民法典》适用，《民法典》同时具有补充法的性质。<sup>〔40〕</sup>类似的观点认为，《民法典》总则编确立了合伙企业的独立民事主体地位，为该类主体广泛从事市场交易活动奠定了基础。《民法典》合同编调整民事合伙法律关系，侧重合伙的内部关系，是处理合伙法律关系的一般规定。《合伙企业法》则全面规定了合伙企业内外部关系规则，属于对商事合伙的特别规定。<sup>〔41〕</sup>有观点亦主张《民法典》合伙合同规范的一般法地位，认为《合伙企业法》作为特别法优先于一般法，如果《合伙企业法》没有规定或规定不明，则适用《民法典》关于合伙合同的规定。但同时也认为，《合伙企业法》与《民法典》合伙合同章是分别规范不同合伙类型的，《合伙企业法》的有关规定不宜简单套用在合伙合同关系之中，对于那些较为长期性的合伙合同，如其已形成较为正式的管理制度，则完全可以适用《合伙企业法》有关规定，但应灵活处理。<sup>〔42〕</sup>另有观点则认为，与《合伙企业法》以形成组织的合伙（组织型合伙）为预设对象不同，《民法典》合伙合同一章的规范以未形成组织的合伙（合同型合伙）为预设对象，这决定了《民法典》中合伙合同有关合伙财产的归属、合伙债务的承担、合伙出资的价值确定以及入伙和退伙等方面的诸多具体规范与《合伙企业法》有明显差异。《民法典》中合伙合同的预设

〔39〕 大村敦志『新基本民法5契約編』（第2版）（有斐閣、2020年）（Maruzen eBook Library 電子書）175頁參照。

〔40〕 參見前引〔37〕，王利明文。

〔41〕 參見前引〔21〕，最高人民法院民法典貫彻實施工作領導小組書，第2733頁。

〔42〕 參見前引〔15〕，謝鴻飛、朱廣新主編書，第474-475頁。

对象与《合伙企业法》的预设对象分别构成了合伙类型光谱中的两个极点，大量中间类型的合伙根据其组织性的强弱个别考量适用或者类推适用何种规范，从而使得规范的适用更为灵活和更为符合当事人的利益安排，实现规范的最大体系效益。根据上述组织性的判断因素，具体类型合伙的组织性越强，越有理由类推适用《合伙企业法》的规范和《民法典》中非法人组织的规范；组织性越弱，越有理由类推适用《民法典》中合伙合同的规范。因此，也很难将《民法典》合伙合同的规范简单地认为是一般性规范，而将《合伙企业法》中关于合伙协议的规范认为是特别规范，否则就会出现一般性地适用《民法典》合伙合同规范的结果，丧失适用上的灵活性。<sup>〔43〕</sup>从目前的学说探讨来看，如何协调《民法典》合伙合同章中有关规范与《合伙企业法》相关规定的适用关系，仍有待在个案中根据具体案情做分析。但不管如何，《民法典》第467条关于无名合同得以参照适用“其他法律最相类似合同的规定”这一原理，在合伙合同领域亦可以适当借鉴。合伙合同属于《民法典》规定的典型合同，并不构成《民法典》第467条意义上的“本法或者其他法律没有明文规定的合同”，但因《民法典》合伙合同章规则的阙如，在特定情形参照适用《合伙企业法》的规则也是当下不得不选择的变通路径之一。《合伙企业法》关于合伙协议及合伙人之间权利义务关系的相关规范，恰恰构成了“其他法律最相类似合同的规定”。当然，在参照适用时，仍然需要根据特定的案情以及拟参照适用规范的立法目的等作出是否得以参照适用的慎重探讨。

## 五、结 语

上述四个维度意义上的分析表明，合伙合同具有独特的异质性，具备不同于其他典型合同的典型合同功能，《民法典》将其作为典型合同予以规定具有重要意义。但与此同时，正如有学说所主张的那样，《民法典》合伙合同的规范以何种类型的合伙作为预设对象，不同法域都有不同的预设。《德国民法典》关于合伙的规定侧重于合同性，而《德国商法典》关于普通合伙的规定侧重于主体性；《意大利民法典》和我国台湾地区“民法”关于合伙的规定更多地体现主体性；《瑞士债务法》区分规定了单纯合伙和普通合伙，前者强调合同性，后者强调主体性。而我国《民法典》中的合伙合同规范，以未形成组织的合伙为预设对象，与《合伙企业法》相结合能够发挥最大的体系效益，并通过代理制度解决未形成组织的合伙的对外行为效果归属问题。<sup>〔44〕</sup>但从总体上来说，《民法典》合伙合同规范虽然侧重其合同性，但制度供给明显不足，特别是关于合伙合同区别于其他合同的规范明显偏少，出现“契约化不足”的现象；与此同时，因刻意强调其合同性，忽略了入伙、退伙、散伙等方面的组织性规范，在法律适用上不得不求助《合伙企业法》等。<sup>〔45〕</sup>《民法典》合伙合同章规则“契约化不足”和“组织性规范缺失”，就会导致在法律适用和学理上出现不少争议点。也正是存在着这样的立法背景，在理解和适用《民法典》合伙合

〔43〕 参见前引〔6〕，朱虎文。

〔44〕 参见前引〔6〕，朱虎文。

〔45〕 有观点指出，合伙人的退伙、解散和清算应当拥有独立的规定或者类推适用《合伙企业法》。参见谢立敏：《民事合伙的体系勘误和适用完善》，载《经贸法律评论》2021年第5期。



同规范时,要时刻注意把握合伙的组织性和契约性双重法律属性,<sup>[46]</sup>要谨慎区分其与《合伙企业法》规定的不同点,以及与双务合同规则、通常的法律行为规则之间的不同。<sup>[47]</sup>上述分析也表明,《民法典》合伙合同规范的供给并不足,有待学说和实践中进一步发展。特别是在法律行为部分规则的不适用、双务合同部分规则的不适用、作为典型合同功能的扩展、组织型契约规则的构建等方面,均存在诸多发展和完善的空间。而在法律规则得以完善发展之前,作为规则阙如时“没有办法的办法”,在特定情形中则可以参照适用《合伙企业法》的部分规则。

---

**Abstract:** As one type of the nominate contracts in PRC Civil Code, there are many dissimilarity between the contracts of partnership and other nominate contracts. As juridical acts, the validity of declaration of will in the contracts of partnership is different from the others. As contract, it is different from reciprocal contract. The rules about exception on adimpleti contrattus, the rules about unsicherheitseinrede, the rules about risk-assuming, and the rules about rescission of contract are not applicable. As nominate contract, the functions of nominate contract should be valued. The possibility which the contracts for a joint enterprise and the contracts involving three or more parties shall apply mutatis contracts of partnership should be admitted. As organizing contract, the rules about the contracts of partnership is lacking.

**Key Words:** contracts of partnership, juridical acts, reciprocal contract, nominate contracts, organizing contract

---

• 169 •

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

---

[46] 参见前引[21],最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组书,第2733页。

[47] 参见周江洪:《民法典合同编的制度变迁》,载《地方立法研究》2020年第5期。

## 预约合同违约责任的争议与回应 ——基于动态缔约观的分析

王俐智\*

• 170 •

**内容提要：**预约合同的违约责任在理论和实践中存在三个主要争议问题，《民法典》第 495 条未能有效予以回应，理论上可运用动态缔约观予以解决。基于动态缔约观，预约可以区分为：最低合意型预约、主观障碍型预约、客观障碍型预约以及完全预约。预约违约责任的认定应以义务违反的动态认定与可归责性进行双重判断，区分预约类型分别适用不同的规则。针对预约违约责任能否适用强制履行问题，应以交易成熟度为参考，完全预约和客观障碍型预约可以适用强制履行，另两类预约则不适用强制履行。预约违约的损害赔偿范围以信赖利益为下限，以履行利益为上限，以机会损失为核心，综合考量交易成熟度、缔约投入与机会损失三个影响因素，根据预约类型动态调整。

**关键词：**预约 动态缔约观 强制履行 损害赔偿 机会损失

### 一、问题的提出

预约在复杂的商业交易中很常见，它们记录了当事各方已经达成协议的一组不完整的条款，同时将其余条款留待进一步讨论。<sup>〔1〕</sup> 预约被市场参与者所广泛接受，但同时它也是大量

\* 王俐智，东北师范大学政法学院讲师。

本文为中国博士后科学基金第 69 批面上资助项目“《民法典》合同法定解除权的法理基础研究”（2021M690586）、东北师范大学校内青年基金项目“《民法典》视野下合同僵局解除权研究”（21XQ020）的阶段性成果。

〔1〕 See Albert H. Choi, George Triantis, Designing and Enforcing Preliminary Agreements, 98 *Texas Law Review*, 439 (2020).

诉讼的来源。<sup>〔2〕</sup>原《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号）（以下简称《买卖合同司法解释》）第2条明确规定了预约合同及其违约责任。2020年5月28日，第十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第495条将预约合同由买卖合同的特殊规则上升为普适于所有合同的一般性规则，并对《买卖合同司法解释》第2条进行了一定的修改和完善，构成了合同编的重大创新之一。<sup>〔3〕</sup>但是，对于理论与实务界比较关注的预约合同的违约责任，该规定较为简单，未能进一步说明违约责任的构成要件及其责任形式。

理论上关于预约合同的违约责任长期存在着较大的争议，司法实践对预约合同违约责任的处理也存在重大的分歧。具体而言，理论和实践上存在以下三个争议问题：一是如何认定预约合同的“违约”，当事人之间未能订立本约是否一概构成违约，涉及的是“必须缔约说”<sup>〔4〕</sup>与“必须磋商说”<sup>〔5〕</sup>的争议；二是预约合同的违约责任形式能否包括强制履行，包括“肯定说”<sup>〔6〕</sup>“否定说”<sup>〔7〕</sup>以及“区分类型说”<sup>〔8〕</sup>的争议；三是违反预约合同的损害赔偿的范围如何确定，包括“信赖利益说”<sup>〔9〕</sup>和“履行利益说”<sup>〔10〕</sup>的争议。既有的理论争议多是从静态的角度对预约违约责任进行“一刀切”的处理，缺乏对预约以及预约责任的多元化认识。由于《民法典》第495条对预约合同的违约责任仅作了原则性的规定，实践中的具体适用仍然需要更为细致的回应。本文拟运用动态缔约观理论对既有的理论争议予以回应：首先，对动态缔约观理论进行深入解读，运用动态缔约观对预约违约责任进行动态定位，对预约进行类型化处理；其次，运用动态缔约观理论的全新视角，分别对违约责任的认定、强制履行的适用以及损害赔偿的范围三个争议问题予以回应，得出不同类型预约的不同适用规则；最后，得出本文的结论。

• 171 •

〔2〕 See Kathryn Marietta, The “Preliminary Agreement” — Framing or Frustrating the Deal? JDSUPRA, (June. 4, 2015), available at <https://www.jdsupra.com/legalnews/the-preliminary-agreement-framing-or-22759/>, last visited on Jul. 17, 2021.

〔3〕 参见石宏：《合同编的重大发展和创新》，载《中国法学》2020年第4期。

〔4〕 参见张燕玲、白帮武：《预约合同相关问题探讨》，载《山东社会科学》2005年第2期；史浩明、程俊：《论预约的法律效力及强制履行》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期。

〔5〕 参见“戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案”，载《最高人民法院公报》2006年第8期；“张励与徐州市同力创展房地产有限公司商品房预售合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2012年第11期。

〔6〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第170页。

〔7〕 参见刘俊臣：《合同预约若干法律问题初探》，载《法律适用》2002年第4期；白玉、牟宪魁：《预约合同若干法律问题探析》，载《齐鲁学刊》2009年第4期；林涸民：《预约学说之解构与重构——兼评〈民法典〉第495条》，载《北方法学》2020年第4期。

〔8〕 参见刘承睦：《预约层次论》，载《法学论坛》2013年第6期；李开国、张铤：《论预约的效力及其违约责任》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期；陆青：《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，载《法学家》2013年第3期。

〔9〕 预约违约的损害赔偿范围是预约合同的履行利益损失。唯预约合同的履行行为是订立本约，因此，其损害赔偿的范围近似于本约的信赖利益损失。参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第61-62页。美国学者亦有类似观点，参见 Alan Schwartz, Robert E Scott, Precontractual liability and preliminary agreements, 120 *Harvard Law Review*, 661, 667 (2007).

〔10〕 “履行利益说”主张特定情况下，损害赔偿可相当于本约的履行利益。参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第96页。美国学者亦有类似观点，参见 Gregory J. Marsden, George J. Siedel, The Duty to Negotiate in Good Faith: Are BATNA Strategies Legal? 14 *Berkeley Business Law Journal*, 127, 154 (2017).

## 二、动态缔约观下的预约定位

### （一）动态缔约观

法律分析存在静态分析与动态分析的不同方法，对法律的动态分析更真实、更重要。<sup>〔11〕</sup>早在1950年，奥地利学者瓦尔特·维尔伯格（Walter Wilburg）就提出了私法研究领域内的动态体系论，以克服概念法学的僵硬与自由法学的肆意。<sup>〔12〕</sup>动态体系论突破了构成要件式的全有或全无的缺陷，被广泛地应用到侵权法、合同法、人格权法等诸多领域。<sup>〔13〕</sup>大洋彼岸，2001年美国著名合同法学者艾森伯格（Melvin Aron Eisenberg）提出了动态合同法的观念：“合同法的适用并不仅仅取决于合同形成时发生的事情，而是取决于合同形成之前、之后或构成合同形成的一系列事件。”<sup>〔14〕</sup>艾森伯格认为，动态合同法贯穿于要约承诺、对价的认定、合同的解释以及损害赔偿等方面。<sup>〔15〕</sup>上述四个方面可以对应到我国合同法上合同的订立、效力、履行以及违约的全过程。维尔伯格的动态体系论与艾森伯格的动态合同法观念为动态缔约观的出现奠定了理论基础。动态缔约观的出现不仅有着充分的理论渊源，也存在着深刻的实践基础：

第一，交易的复杂化、阶段化要求对缔约过程进行动态考察。交易最初的形态是自然经济下的“以物易物”。<sup>〔16〕</sup>随着货币作为一般等价物的流通，“一手交钱一手交货”这种即时交易成为交易的基本形态。市场经济条件下，随着生产销售的分工层次加深、市场规模不断扩张，复杂的交易形态陆续出现，不仅空间拉大、时间拉长、交易主体也变得多元，交易的内容往往多层又环环相扣。在复杂的资产购买或租赁、公司收购或风险融资交易中，当事方几乎不可能在一次磋商或在很短的时间内达成一份完整的合同：这些交易的谈判通常是按顺序进行的，在每个阶段都会由众多具有不同专业知识的代理商来解决部分条款。<sup>〔17〕</sup>对于当事人而言，此时要计算的利害风险当然不同于即时交易，从接触到投入交易的第一阶段就要担心是否白忙乎一场。<sup>〔18〕</sup>

第二，国家对交易的管控导致客观上需要对缔约过程进行动态考察。契约自由虽然是合同法的基本原则，但契约自由从来不是绝对的。<sup>〔19〕</sup>国家的管控（许可、批准、登记、审查等）涉及

〔11〕 参见倪正茂：《法律的静态分析与动态分析》，载《法学》2001年第1期。

〔12〕 参见时明涛：《动态体系论在履行费用过高判断中的运用》，载《财经法学》2020年第6期。

〔13〕 参见王利明：《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020年第4期；刘媛媛：《共同危险行为法效果之重构——内部比例责任对平均担责的替代》，载《法律科学》2020年第5期；尚连杰：《缔约过程中说明义务的动态体系论》，载《法学研究》2016年第3期。

〔14〕 Melvin Aron Eisenberg, The Emergence of Dynamic Contract Law, 88 *California Law Review*, 1743, 1762 (2000).

〔15〕 参见前引〔14〕，Melvin Aron Eisenberg文，第1743、1762页。

〔16〕 See Nitin Thapar, The Evolution of Trading: Barter System to Algo Trading, Quantinsti's Blog (Jul. 18, 2017), available at <https://blog.quantinsti.com/evolution-trading-barter-system-algo-trading/>, last visited on Jul. 17, 2021.

〔17〕 参见前引〔1〕，Albert H. Choi、George Triantis文，第439、440页。

〔18〕 参见苏永钦：《缔约过失责任的经济分析——从现代交易的阶段化谈起》，载《台大法学论丛》2004年第1期。

〔19〕 See David P. Weber, Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition, 16 *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 51 (2013).

从合同的订立、效力到合同的履行与解除等各个方面，上述各阶段的管控会构成当事人缔约时的影响因素甚至是障碍。<sup>〔20〕</sup>例如，根据1976年《哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯改进法案》的要求，企业合并各方必须向司法部和公平贸易委员会提交一份已签署的协议，接受30日的交易审查。但是，企业提交的已签署协议不必具有约束力，也不必特别详细。<sup>〔21〕</sup>此时的缔约过程就变成了“接触——磋商——初步协议（提交审查）——磋商——最终协议”这样一个动态的过程。

从法律上的“要约——承诺”过程到现实中当事人之间反复谈判的过程，缔约均表现为一个动态的过程。<sup>〔22〕</sup>当事人之间由陌生关系逐渐进入合同拘束关系，当事人之间的信赖、利益交换存在一个由弱到强的动态过程。<sup>〔23〕</sup>另一方面，全有或者全无式的构成要件分析方法对合同缔结中当事人的权利、义务与责任的分析也存在局限性。从合同的整个缔约过程分析当事人之间的权利义务关系，从要素的强弱分析当事人的责任的理论就是动态缔约观。动态缔约观的要义包括以下几个方面：

第一，合同的缔结存在着不同的阶段。古典合同法中，要约因产生受要约人的承诺权而立即产生法律效力，承诺因订立合同而立即产生法律效力。初步谈判根本没有法律效力。在接受要约之前当事人没有任何责任，在接受要约之后当事人对预期损害承担全部责任。<sup>〔24〕</sup>古典合同法二元责任论的结果是当事人责任根据承诺与否而全有与全无，其只关注承诺的时点。根据古典合同法，合同缔结过程存在一个当事人权利与义务的真空状态。与之不同，动态缔约观强调合同缔结是一个持续性的过程，在合同的缔结过程中，当事人的权利、义务与责任会发生一定的变化。有学者将缔约过程分为三个阶段：第一个阶段，当事人有中断合同磋商的绝对自由；第二个阶段，当事人虽然仍然可以自由中断合同磋商，但须赔偿对方因此所受的信赖损失；第三个阶段，当事人不能再中断合同磋商，否则应赔偿相当于合同有效情况下的期待利益损失。<sup>〔25〕</sup>将合同缔结过程进行阶段性的划分并赋予其不同的效力正是动态缔约观的理论贡献。

第二，合同缔结阶段形成的阶段性文件并非没有法律意义，可能影响当事人的权利、义务与责任。当事人在合同缔结阶段可能会形成各种类型的初步协议，这些初步协议并非完全没有法律意义，而是确定地影响着当事人的义务和责任。美国学者范斯沃斯将初步协议区分为“带开放条

• 173 •

〔20〕 当事人在缔约过程中不可避免地要考虑合同的履行问题，因此国家对合同履行的管控也会对当事人的缔约行为产生影响。

〔21〕 See Neva B. Jeffries, Preliminary Negotiations or Binding Obligations? A Framework for Determining the Intent of the Parties, 48 *Gonzaga Law Review*, 1, 7 (2012).

〔22〕 美国有学者称之为交易的生命周期，参见 Cathy Hwang, Deal Momentum, 65 *UCLA Law Review*, 376, 404 (2018).

〔23〕 参见张家勇：《论前合同损害赔偿中的期待利益——基于动态缔约过程观的分析》，载《中外法学》2016年第3期。

〔24〕 参见前引〔14〕，Melvin Aron Eisenberg文，第1743、1794页。

〔25〕 See John Cartwright, Martijn Hesselink ed., *Precontractual liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 47.

款的初步协议”(preliminary agreements with open terms)和“须进一步磋商的初步协议”(preliminary agreements to negotiate)。<sup>[26]</sup>带开放条款的初步协议下,当事人负担的两项义务是:(1)在开放条款谈判中诚信磋商的义务;(2)在各方无法就开放条款达成协议时履行初步协议的义务。<sup>[27]</sup>须进一步磋商的初步协议下,当事人负担诚信磋商义务。<sup>[28]</sup>两者的区别在于,当事人未能达成最终协议时,前者的初步协议转化为当事人之间合同,后者的初步协议则相应失效。美国学者杰弗里斯将缔结阶段的初步协议区分为“带开放条款的初步协议”与“完全协议”(fully-formed contract),前者课以当事人诚信磋商的义务以及违反义务情形下的恢复原状责任,后者课以当事人完全的违约责任。<sup>[29]</sup>无论是范斯沃斯还是杰弗里斯均认为,不同类型的初步协议具有不同的效力。

合同缔结过程的阶段划分,以及不同类型初步协议对当事人权利、义务与责任的影响,构成了本文对预约违约责任进行分析和讨论的理论前提。基于当事人权利、义务与责任的动态化特征,预约违约责任的认定与承担应当以预约违约责任的准确定位和预约的类型化为前提,不同类型的预约应适用不同的违约责任认定规则与承担规则。

## (二) 动态缔约观下预约违约责任的定位

预约合同属于当事人缔结本约过程中的阶段性合同。在没有预约的情形下,合同缔结过程表现为“接触—磋商—合意”的三阶段。预约的存在使合同缔结过程进一步丰富为五阶段,即“接触—初步磋商—预约—(再磋商)—本约”。<sup>[30]</sup>从合同缔结的过程看,预约位于当事人接触与当事人达成最终合意(本约)之间的动态阶段,其既可以无限接近于本约,也可以无限接近于初步磋商。

基于预约的动态地位,预约的违约责任处在介于本约的缔约过失责任与本约的违约责任的中间状态,其既区别于本约的缔约过失责任,也不同于本约的违约责任。从缔约过失、预约到本约,这是一个责任强度递进的“序列”。<sup>[31]</sup>

第一,预约违约责任区别于本约的缔约过失责任,两者既存在互补关系,也可能构成竞合关系。预约违约责任与缔约过失责任存在本质的区别:前者是违反预约合同的约定责任;后者是违反合同义务的法定责任。<sup>[32]</sup>无论是研究预约合同的学者还是研究缔约过失的学者均认为,预约违约责任与缔约过失责任是相互独立的:(1)预约虽然发生于本约订立的过程中,但其作为独

[26] See E. Allan Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreement, 87 *Columbia Law Review*, 217, 250 (1987).

[27] 参见前引 [26], E. Allan Farnsworth 文, 第 217、253 页。

[28] 参见前引 [26], E. Allan Farnsworth 文, 第 217、263 页。

[29] 参见前引 [21], Neva B. Jeffries 文, 第 1、8 页。

[30] 在预约的情形下,再磋商这一阶段可能存在也可能不存在,例如预约已经全面地规定了本约的条款,只待时间到来或者条件具备时直接签订本约而不必另行再磋商的情形。因此,笔者将该阶段用括号标注。

[31] 参见汤文平:《论预约在法教义学体系中的地位——以类型序列之建构为基础》,载《中外法学》2014年第4期。

[32] 参见范硕、余延满:《预约合同立法阙如下若干问题之刍议》,载《私法》2017年第2辑。



立的合同就未来订立本约的合意的拘束力应当获得强化，不应适用缔约过失责任；<sup>〔33〕</sup>（2）从请求权基础的检索顺序角度看，有合同作为请求权基础时，无须诉诸缔约过失责任；<sup>〔34〕</sup>（3）缔约过失责任也不应适用于预约情形<sup>〔35〕</sup>。预约违约责任与本约缔约过失责任虽然相互独立，但是两者之间并非毫无关联，它们既存在互补关系，也存在竞合关系。一方面，缔约过失责任主要规范合同缔结过程中的故意行为，过失缔约行为与不当中断磋商行为难以纳入其责任范围，预约违约责任能补强缔约过失责任的乏力之处。<sup>〔36〕</sup>另一方面，预约违约责任与缔约过失责任均存在于合同缔结阶段，两者确实可能发生竞合。<sup>〔37〕</sup>违反预约的行为既构成预约违约行为，也可能构成违反先合同义务的缔约过失行为。<sup>〔38〕</sup>例如，当事人之间达成预约后，一方违反诚信原则恶意磋商，导致本约未能订立并造成对方损失。当事人依据《民法典》第495条与第500条分别享有两项独立的请求权，两者构成请求权竞合。<sup>〔39〕</sup>前述的理论争议中，无论是针对强制履行的“否定说”，还是针对损害赔偿的“信赖利益说”，其适用的结果均是预约违约责任与本约缔约过失责任同质化，贬损了预约违约责任的独特价值，不符合动态缔约观的理论。

第二，预约违约责任虽区别于本约的缔约过失责任和本约的违约责任，但是本约的缔约过失责任与违约责任为预约违约责任的认定和承担提供了重要的参考标准。本约缔约过失责任所保护的本约信赖利益与本约违约责任所保护的本约履行利益构成了界定预约违约损害赔偿范围的重要参照。前述的理论争议中，针对损害赔偿的“信赖利益说”是对本约缔约过失责任的参照，针对损害赔偿的“履行利益说”则是对本约违约责任的参照。主张区分说的学者更是将两者结合，共同界定预约违约责任的赔偿范围：具有善意磋商效力的预约的损害赔偿以本约信赖利益为参照，具有强制缔约效力的预约的损害赔偿范围以本约的履行利益为参照。<sup>〔40〕</sup>区分说的观点更符合动态缔约观的理论。当预约在位置上更接近于本约时，其责任强度应当接近于本约违约责任，当预约在位置上更接近于缔约接触时，其责任强度应当接近于本约缔约过失责任。

### （三）动态缔约观下预约的类型化展开

预约违约责任的动态性源于预约本身的多样性：预约可能处于合同缔结过程中的任何阶段，其既可能处于磋商谈判的初始阶段，也可能处于即将达成最终协议的收尾阶段。基于动态缔约观，处在不同阶段的预约应当对应不同的预约违约责任，因此，对预约进行类型化是深入讨论预约违约责任的前提。动态缔约观下，预约动态性的核心是其交易成熟度。交易成熟度越高，预约

• 175 •

〔33〕 参见王利明：《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》，载《法学论坛》2014年第1期。

〔34〕 参见前引〔10〕，韩世远书，第96页。

〔35〕 参见孙维飞：《〈合同法〉第42条（缔约过失责任）评注》，载《法学家》2018年第1期。

〔36〕 参见前引〔7〕，林涸民文。

〔37〕 参见王瑞玲：《预约、本约区分和衔接的主观解释论——兼对客观解释论商榷》，载《政治与法律》2016年第10期。

〔38〕 参见前引〔9〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第53页。

〔39〕 参见尚晓茜、刘衍：《〈民法典〉中订约失败责任的二元体系——预约合同违约责任与缔约过失责任之竞合》，载《上海政法学院学报》2020年第5期。

〔40〕 参见陈峻阳：《论预约合同的违约责任》，载《河南大学学报（社会科学版）》2021年第2期。

越接近于本约；交易成熟度越低，预约越接近于初步磋商。交易成熟度具体表现为两个方面：一是预约条款相对于本约的详细程度，二是订立本约所面临的障碍类型。<sup>〔41〕</sup> 据此，本文将预约分成四类：完全预约、客观障碍型预约、主观障碍型预约以及最低合意型预约。

其一，完全预约。所谓完全预约是指，当事人在安排其交易的所有条款方面已达成最终协议，并打算立即受该等条款的履行约束，但同时建议以一种更完整或更确切但在效力上无差异的形式重述该等条款。<sup>〔42〕</sup> 完全预约在缔约阶段最接近于本约，当事人之间的信赖程度最高，本约订立的可能性最高。根据动态缔约观，完全预约违约责任的认定和承担均趋近于本约，应当比照本约的违约责任认定和承担来处理。

其二，客观障碍型预约。客观障碍型预约是指，因为部分交易内容的确定存在客观的障碍，当事人仅在预约中约定了本约的一部分交易条款，尚有部分条款需待客观障碍消除后方能磋商的预约。客观障碍型预约在缔约阶段相对接近于本约，但又未达到完全预约的程度，当事人之间的信赖程度较高，本约订立的可能性较高。完全预约与客观障碍型预约的区别在于：前者条款齐备，只是当事人不欲其立即生效；后者则存在部分条款的缺失，并且当事人之间未能达成完整交易的原因在于存在客观障碍。根据动态缔约观，客观障碍型预约在违约责任的认定和承担方面均可比照本约，但与本约违约责任存在程度上的差异。

其三，主观障碍型预约。主观障碍型预约是指，当事人就本约的一部分交易条款达成一致，但又未能就其他部分条款达成一致，需要继续就争议条款进行磋商的预约。主观障碍型预约欠缺部分重要的交易条款，但同时也约定了未来订立本约的义务。主观障碍型预约中，当事人就部分条款的争议能否解决并不确定，当事人之间的信赖程度有限，本约订立的可能性不高。根据动态缔约观，主观障碍型预约在违约责任的认定和承担方面应当比照缔约过失责任并有所加强，其责任认定宽于缔约过失责任，而其责任承担亦重于缔约过失责任。

其四，最低合意型预约。最低合意型预约中，预约的内容仅满足合同成立的最低要求，即仅约定了当事人、标的和数量条款，当事人未就其他条款进行实质磋商。最低合意型预约仅仅具备合同成立的最低要求，当事人之间对于交易的具体条件尚未能进入实质磋商，遑论达成一致意见，因此，当事人之间的信赖程度最弱，本约订立的可能性最低。根据动态缔约观，最低合意型预约的违约责任认定和承担应当比照缔约过失责任处理。

根据动态缔约观，从最低合意型预约到完全预约，预约在缔约过程中的位置逐渐趋近于本约，相关交易的确定性和成熟度逐渐增强，当事人之间的信赖程度逐渐提高，本约最终订立的可能性也逐渐增大。因此，不同类型的预约对当事人的权利、义务以及责任的影响，随着其位置不断靠近本约而不断增强。

〔41〕 障碍类型可以区分为主观障碍和客观障碍，有学者称之为主观未决事项与客观未决事项，障碍为前者时说明交易还不成熟，障碍为后者时说明交易接近成熟。参见前引〔8〕，陆青文。

〔42〕 See John Tarrant, Preliminary Agreements, 3 *University of New England*, 151, 157 (2006).

### 三、动态缔约观下预约违约责任的认定

#### （一）动态缔约观下预约合同义务违反的弹性化认定

预约违约责任的认定问题，是指当事人未履行订立本约义务是否一概承担违约责任，即如果当事人依照预约进行了进一步的磋商，但最终未能就订立本约达成一致，当事人未履行订立本约的义务是否构成违约责任的问题。这一问题在理论上主要表现为预约的效力之争。理论上关于预约的效力存在“必须磋商说”“应当缔约说”以及“内容区分说”三种学说。“必须磋商说”强调当事人负有依诚实信用原则进行磋商的义务，但对于是否订立本约的结果在所不问。<sup>〔43〕</sup>“应当缔约说”强调除法定事由外当事人必须缔结本约，否则预约毫无意义。<sup>〔44〕</sup>“内容区分说”是两者的折中观点，主张根据预约的内容完备程度决定其效力。<sup>〔45〕</sup>有学者进一步指出“必须磋商说”与“应当缔约说”无本质差异，均归于诚信磋商。<sup>〔46〕</sup>上述学说的区分意义无非是在预约违约的责任认定上，依照“必须磋商说”，如经过诚信磋商后本约仍未订立，当事人不构成违约，不承担违约责任；依照“应当缔约说”，如经磋商后本约仍未订立，当事人构成违约，应承担违约责任。

本约最终未订立情形下，一概构成违约责任与一概不构成违约责任的路径均过于极端。动态缔约观的理论表明，合同的缔结存在着不同的阶段，不同类型的阶段性文件对当事人的权利、义务与责任有着不同的影响。因此，我们应当对预约合同义务进行弹性化认定，区分“诚信磋商义务”与“必须缔约义务”。

第一，“诚信磋商义务”（bargain in good faith）是预约合同必备的核心义务。不同学者对于不同类型预约合同当事人所负义务的认定存在一定差异，但是学者们的共识是不同类型预约合同的当事人均负担诚信磋商义务。<sup>〔47〕</sup>诚信磋商义务要求当事人善意地进行谈判。根据相关学者研究，违反诚信磋商义务的行为可以总结为以下几个方面：（1）对事实故意或者重大的失实陈述；（2）坚持与预约中规定的条款不同或不一致的条款；（3）违反预约关于排他性的约定，与第三方进行谈判。<sup>〔48〕</sup>诚信磋商义务并不要求各方当事人不得中断磋商。原则上缔约磋商阶段的当事人不负有不得中断磋商的义务，其原因在于，如果各方不能中断谈判，他们就会害怕进行任何形式的谈判，这将对贸易和商业的一种威慑。<sup>〔49〕</sup>磋商过程涉及不确定性、道德风险和沉没成本等

〔43〕 参见韩强：《论预约的效力与形态》，载《华东政法学院学报》2003年第1期。

〔44〕 参见前引〔9〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第59页；前引〔4〕，张燕玲、白帮武文。

〔45〕 参见前引〔8〕，李开国、张铤文。

〔46〕 参见前引〔8〕，陆青文。

〔47〕 参见前引〔26〕，E. Allan Farnsworth文，第217、250页；前引〔21〕，Neva B. Jeffries文，第1、8页；前引〔9〕，Alan Schwartz、Robert E. Scott文，第661、701页。

〔48〕 参见前引〔1〕，Albert H. Choi、George Triantis文，第439、450-451页。

〔49〕 参见前引〔26〕，E. Allan Farnsworth文，第217、221页。

因素,会产生当事人难以控制的风险。<sup>[50]</sup>因此,中断磋商并不必然违反诚实信用原则。诚信磋商义务意味着当当事人的严肃意图不再存在时,应当及时终止谈判。<sup>[51]</sup>诚信磋商义务也不要求当事人之间必须最终达成协议,即使是由于被告的自利和战略谈判未能达成协议显然也不是不诚信的充分指标。<sup>[52]</sup>

第二,“必须缔约义务”限于特定类型的预约,不能普遍适用于所有预约合同。根据动态缔约理论,不同缔约阶段的预约具有不同的功能,不同类型预约反映了不同的交易成熟度。一方面,预约具有多样化的功能,可能表现为:(1)保留与潜在缔约方的交易机会;(2)巩固交易谈判的阶段性成果;(3)排除潜在缔约方与第三方磋商;(4)保留变更交易条款的机会等。<sup>[53]</sup>多元化的预约功能表明,当事人对于订立预约合同的目的存在差异,当原本的交易计划落空时,不能要求当事人必须订立对己方明显不利的合同。因此,不应一概认为所有类型预约合同当事人均负有必须订立本约的义务。另一方面,不同类型的预约合同下,交易的成熟度有所差别,当事人就未决条款协商一致的可能性也存在差异,一概课以当事人必须缔约的义务也难谓公平。

总之,既有理论的错误之处在于预约合同义务的一元化,未能对不同类型的预约进行区别对待。基于动态缔约观,预约合同的义务表现为“诚信磋商义务”与“必须缔约义务”的弹性变化。预约合同违约责任的认定应当以义务违反的弹性化认定为基础,并辅之以违约责任理论进行综合判断。

## (二) 动态缔约观下不同类型预约的违约责任认定

根据动态缔约观,预约处于磋商与本约订立的中间阶段,其责任相应处于本约缔约过失责任与本约违约责任的中间阶段。缔约过失责任以过错为构成要件,系以过错责任为归责原则;违约责任原则上不考虑违约方过错,以严格责任为主要归责原则。<sup>[54]</sup>处于中间阶段的预约违约责任,虽名为违约责任,但又处于缔约阶段,因此,基于预约在缔约过程中的位置,预约的违约责任应当同时考虑义务违反的弹性化与可归责性的多样化。

其一,完全预约以未订立本约为违约责任构成要件,当事人主张法定免责事由方可免责。<sup>[55]</sup>完全预约处于缔约过程中最接近于本约的位置,完全预约下当事人负担必须缔约的义务。一方面因交易条款已经齐备,当事人无需再进行实质磋商即可订立本约,订立本约对于己方而言不存在

[50] See Juliet P. Kostritsky, Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard, and Sunk Costs: A Default Rule For Precontractual Negotiations, 44 *Hastings Law Journal*, 621, 629 (1993).

[51] 参见前引 [10], Gregory J. Marsden、George J. Siedel 文,第 127、134-135 页。

[52] 参见前引 [1], Albert H. Choi、George Triantis 文,第 439、450 页。

[53] 参见前引 [7], 林涸民文。

[54] 主流观点认为违约责任以严格责任为归责原则。参见前引 [10], 韩世远书,第 748 页;王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社 2015 年版,第 435 页。对此,理论上也有反对观点,陈自强认为《合同法》第 107 条关于违约责任之规定系以发生一定给付结果的债务为设想对象,并未涵盖全部债务类型。参见陈自强:《民法典草案违约归责原则评析》,载《环球法律评论》2019 年第 1 期。

[55] 参见耿利航:《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》,载《法学研究》2016 年第 5 期。

过多负担，对于对方而言具有重大的信赖和期待。另一方面，此预约类型最接近本约，其违约责任应比照本约违约责任认定，以严格责任为归责原则。此时，当事人违反必须缔约义务，足以构成其承担违约责任的理由，唯有法定免责事由方可免除当事人违约责任。<sup>〔56〕</sup>

其二，客观障碍型预约以当事人违反诚信磋商义务为违约责任构成要件。一方面，当事人诚信磋商之下仍不能达成本约的，属于不可归责于当事人的原因，当事人不承担违约责任；另一方面，当事人违反诚信磋商义务的行为本身具有可归责性，应承担违约责任。<sup>〔57〕</sup>客观障碍型预约处于缔约过程中相对接近于本约的位置，但双方当事人因客观障碍未能就部分条款进行协商，当事人在订立本约前仍需经历再磋商程序。再磋商程序决定了当事人存在着达成本约与未达成本约两种可能：如果不确定性解决后，交易最终是有利可图的，则双方将使协议更加具体（达成本约），然后进行交易；但如果交易结果是无利可图，双方将放弃该交易。<sup>〔58〕</sup>因此，当事人所负担的义务为诚信磋商的义务。诚信磋商义务隐含了可归责性的要求，当事人违反诚信磋商义务推定其存在过错。

其三，主观障碍型预约以当事人违反诚信磋商义务和过错为违约责任构成要件。当事人之间曾就主要条款进行了磋商，但因就部分条款未能形成合意而订立预约。此时，主观障碍型预约在缔约过程中处于距本约相对较远的位置，违约责任的认定上应当接近于本约缔约过失责任。一方面，当事人之间保留了继续磋商的机会，存在最终达成本约的信赖；另一方面，当事人对最终达成本约的信赖没有达到前两种预约的程度。此时，对当事人过错的考察从义务违反的要件中独立出来，成为判断当事人是否承担违约责任的关键。<sup>〔59〕</sup>

其四，最低合意型预约以当事人违反诚信磋商义务和故意为违约责任构成要件。当事人之间就交易仅达成了最低限度的合意，此时，预约在缔约过程中的位置更接近于初始磋商阶段，此种预约与不具有法律效力的意向书之间的差别，可能仅仅是受拘束意思的有无。<sup>〔60〕</sup>当事人之间对最终达成本约的信赖最为薄弱，甚至在没有预约的情况下，不足以支撑缔约过失责任的赔偿。此时，认定预约违约责任应当参照缔约过失责任的构成要件，强调当事人主观上的故意（恶意磋商）。

• 179 •

## 四、动态缔约观下强制履行的适用范围

### （一）强制履行：从“全有全无”到交易成熟度的动态考量

关于预约合同的违约责任能否包括强制履行，理论上存在“肯定说”和“否定说”等不同的

〔56〕 例如，在上海市金山区人民法院（2017）沪0116民初2764号民事判决书中，法院认为：“反观宋某2……其却未按约定履行，虽其因犯罪被逮捕后被判刑，但该事由并非一定导致其无法继续履行意向书……”

〔57〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院（2015）新民三终字第00060号民事判决书；湖北省黄石市中级人民法院（2018）鄂02民终304号民事判决书。

〔58〕 参见前引〔9〕，Alan Schwartz、Robert E. Scot文，第661、663页。

〔59〕 参见南靖县人民法院（2020）闽0627民初382号民事判决书；兰州市七里河区人民法院（2020）甘0103民初1937号民事判决书。

〔60〕 参见前引〔8〕，刘承魁文。

观点。反对强制履行作为违约责任形式的理由主要有以下几点：第一，强制订立本约构成对意思表示的强制，违反意思自治（缔约自由）原则；<sup>〔61〕</sup> 第二，强制订立本约使得预约最终产生与本约相同的法律效果，违反预约制度设计的初衷；<sup>〔62〕</sup> 第三，订立本约义务是实际履行的除外情形，或者属于“法律上不能履行”或者属于“债务标的不适于强制履行”。<sup>〔63〕</sup> 支持强制履行作为违约责任形式的理由主要有以下几点：第一，强制订立本约是对意思自治的尊重，因为当事人订立预约的根本目的是最终订立本约；第二，强制履行有助于保护守约方的信赖利益；第三，某些情况下，强制履行具有不可替代性；第四，比较法上，域外诸多立法例均认可强制履行的预约违约责任形式。<sup>〔64〕</sup>

“肯定说”与“否定说”均不足取。“肯定说”肯定了强制履行的责任形式，但是其认为强制履行适用于所有的预约情形显然失之偏颇。强制履行作为违约责任的责任形式之一，有其适用的范围和限度，《民法典》第580条就是对强制履行适用范围的限制。“否定说”以“人身不得强制”以及“缔约自由”的观点全面否定强制履行的可能性，亦不可取：一方面，缔约受限是当事人通过预约自我约束的结果；另一方面，订立本约可以法院拟制判决方式实现，并非人身强制。上述学说均属于“全有全无”式的静态判断，不足以应对不同缔约阶段下的不同预约类型。

动态缔约观下，强制履行责任的有无应当根据动态的衡量标准加以确定，而作为预约合同类型化标准的交易成熟度可堪当此任。有学者主张以未决条款的主客观原因区分强制履行的有无，其背后体现了交易成熟度的观念。<sup>〔65〕</sup> 全国人大法工委官方出版的《民法典》释义对于强制履行责任的适用也体现了交易成熟度的理念：“应将预约放在从预约订立到本约得到履行的整个交易链条中予以考虑。如果当事人在预约阶段就对整个交易的主要内容通过谈判达成一致，本约的内容不需要再作过多协商，那么对于预约合同，要求当事人承担强制履行的违约责任，即订立本约的责任也就有实现的空间。”<sup>〔66〕</sup> 全国人大法工委的相关解释体现了动态缔约观的理论，对于预约合同违约责任的理论与实践具有极高的参考价值。本文也赞同运用交易成熟度的因素衡量强制履行的可行性。

## （二）动态缔约观下强制履行适用范围的类型区分

根据动态缔约观，强制履行的适用主要由交易成熟度决定：预约交易的确定性和成熟度越高，其适用强制履行的可能性就越大；预约交易的确定性和成熟度越低，其适用强制履行的可能性就越低。

其一，完全预约可以适用强制履行。完全预约的交易成熟度最高：完全预约已经对当事人

〔61〕 参见前引〔7〕，刘俊臣文；前引〔7〕，白玉、牟宪魁文。

〔62〕 参见前引〔7〕，白玉、牟宪魁文。

〔63〕 参见前引〔8〕，李开国、张铎文。

〔64〕 参见黄绍坤：《论强制履行作为预约违约的责任形式》，载《甘肃政法学院学报》2019年第6期。

〔65〕 参见前引〔8〕，陆青文。

〔66〕 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第82页。



之间交易进行了较为详尽的安排，此时该合同之所以是预约而非本约，完全是当事人的特别限定，当事人另行订立本约时不必再对交易条款进行磋商，法院可以裁判违约方履行订立本约义务。违约方拒不履行订立本约义务的，法院可以裁判替代意思表示。<sup>〔67〕</sup> 预约是否具备完整条款可以参照以下几项：一是参照商业交易习惯或者各类合同的示范文本；二是参照典型合同中有关合同条款的规则，如买卖合同参照《民法典》第 596 条的规定；三是参照《民法典》合同编通则部分第 470 条规定的合同的一般条款；四是参照相关行政法规、规章规定的合同一般条款，如商品房买卖合同参照《商品房销售管理办法》第 16 条。上述四个判断标准均为参照标准而非绝对标准，预约是否属于完全预约需要结合当事人的意思以及交易成熟度综合判断。

其二，客观障碍型预约可以适用强制履行。客观障碍型预约的交易成熟度较高：当事人之间就预约部分条款已经达成一致，只是由于客观障碍未能对其他部分条款进行磋商，这说明各方当事人对于交易的具体内容和条件并无分歧。尤其是客观障碍表现为书面形式、第三方审核等方面的障碍时，当事人之间的交易已经具备了相当的成熟度。客观障碍型预约类似于范斯沃斯所主张的“带开放条款的初步协议”，当事人之间已经明确地表达了待条件成熟后受本约拘束的意思，<sup>〔68〕</sup> 预约相关未决事项也可以通过合同解释的相关规则予以补全<sup>〔69〕</sup>。另一方面，当事人因客观障碍未能对其他部分条款进行磋商，说明当事人就本约的条款尚无不一致的意见，强制履行符合当事人在订立预约时候的真实意思。<sup>〔70〕</sup>

• 181 •

其三，主观障碍型预约不宜强制履行。主观障碍型预约的交易成熟度不高，因为当事人在交易磋商时可能对交易的各种条款均进行了磋商，但由于对部分条款存在不一致意见，而仅就部分条款达成一致。此时，当事人之间已经投入了一定的缔约成本，<sup>〔71〕</sup> 直接更换新的交易对象重启谈判可能成本更高。<sup>〔72〕</sup> 因此，当事人可能选择先就已达成合意条款订立预约合同，其他条款留待后续磋商。后续的磋商可能会重新达成一致，也可能无法达成一致，当事人订立预约保留交易机会，但并不表明当事人之间最终一定会达成交易，尤其是在当事人之间已经存在分歧的情况下。这是主观障碍型预约与客观障碍型预约之间的重要区别，也说明两种预约下当事人受拘束意思的强弱有别。因此，主观障碍型预约不宜强制履行。

其四，最低合意型预约不适用强制履行。最低合意型预约中，当事人仅就当事人、标的以及数量条款达成最低限度的合意。作为理性经济人，当事人不太可能将作为交易核心的价格条款交由法律补充，至少要对价格条款进行磋商。<sup>〔73〕</sup> 价格不确定情况下，交易存在高度不确定性以及

〔67〕 参见汤文平：《德国预约制度研究》，载《北方法学》2012 年第 1 期；前引〔4〕，史浩明、程俊文。

〔68〕 参见前引〔37〕，王瑞玲文。

〔69〕 参见前引〔8〕，陆青文。

〔70〕 在当事人之间并无明显意见分歧的情况下，当事人在订立预约的时候真实意思是最终订立本约。虽然待客观障碍消除后，可能出现当事人就部分条款无法达成合意的新情况，但彼时的意思不能否定当事人在订立预约时候的意思。

〔71〕 缔约不是免费的，合同的缔结需要花费当事人大量的时间、金钱和精力。参见前引〔7〕，林涸民文。

〔72〕 参见前引〔50〕，Juliet P. Kostitsky 文，第 621、629 页。

〔73〕 参见前引〔8〕，刘承魁文。

很低的成熟度。从动态缔约过程看,此种预约处于初步磋商阶段,当事人之间的信赖程度低,对于本约最终订立的期待有限,强制履行的救济方式与当事人的真意相距过远。

## 五、动态缔约观下损害赔偿的范围

损害赔偿适用于预约违约责任不存在争议,有争议的问题是损害赔偿的范围。损害赔偿的范围争议表现在抽象和具象两个层面:抽象层面,赔偿范围的争议围绕“履行利益”“信赖利益”“机会损失”三个关键词展开;具象层面,损害赔偿范围的界定涉及对具体影响因素的考察。既有的理论中,“信赖利益说”将违反预约的损害赔偿局限于信赖损失,预约作为独立的请求权基础与缔约过失之间的界限模糊,<sup>[74]</sup>不具有合理性。“履行利益说”虽然强调损害赔偿范围只能接近而非等于履行利益,但是以单一的履行利益为参考坐标显然忽略了多样化的预约合同类型,也失之偏颇。损害赔偿范围的界定应借助于损害赔偿范围的抽象界定与具体影响因素的动态考量综合酌定。

### (一) 动态缔约观下损害赔偿范围的抽象界定

根据动态缔约观,预约处于先合同磋商与本约之间的动态位置。预约违约的损害赔偿范围也相应处于本约缔约过失责任与本约违约责任的损害赔偿范围之间。一般而言,缔约过失责任以信赖利益为损害赔偿范围,违约责任以履行利益为损害赔偿范围。<sup>[75]</sup>因此,预约违约的损害赔偿应介于本约信赖利益与本约期待利益之间。理论上,机会损失与信赖利益、履行利益之间存在错综复杂关系,同样是损害赔偿范围认定上不可规避的问题。<sup>[76]</sup>综合理论与实务的观点,笔者认为,预约违约损害赔偿的范围应作如下把握:

第一,预约违约损害赔偿的下限是本约信赖利益。缔约磋商阶段,当事人由陌生关系到缔约关系并相互产生一定的信赖,缔约过失责任就是为了保护这种信赖关系。但是,当事人毕竟享有缔约自由,单纯的缔约磋商行为并没有课以当事人订立合同的义务,此种信赖利益是有限度的。预约情形则明显不同,当事人之间不仅进行了实质磋商,还订立了预约,约定了将来订立本约的义务。因此,当事人对于订立本约的信赖程度明显高出普通的缔约磋商当事人。当事人之间没有预约的情况下,仅基于缔约磋商的信赖关系,法律尚且保护信赖利益损失,那么,当事人之间存

[74] 参见叶锋:《论预约合同的出路——以类型系列的构建为分析视角》,载《法律适用》2015年第9期。

[75] 主流观点参见苏惠祥主编:《中国当代合同法论》,吉林大学出版社1992年版,第129-130页。近年来,有部分学者对违约责任下的信赖利益保护和前合同责任下的履行利益保护进行了研究,反映了两种利益之间的交融与转化。参见王利明:《违约中的信赖利益赔偿》,载《法律科学》2019年第6期。

[76] 机会损失与信赖利益、履行利益之间均存在一定的关联,理论上存在四种不同的观点:一种观点认为机会损失属于信赖利益,信赖利益中的所失利益主要表现为机会损失;另一种观点认为,机会损失难以合理确定,不属于信赖利益;还有观点认为,机会损失既归属于信赖利益,也可以视为履行利益;最后一种观点认为,赔偿机会损失相当于赔偿了履行利益。参见前引[10],韩世远书,第185页;王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2015年版,第366页;于韞珩:《违约责任中的信赖利益赔偿》,载《环球法律评论》2015年第3期;张华:《预约合同的违约救济》,载《法律适用》2019年第2期。

在预约的情况下，当事人的受保护程度只能更高。因此，本约的信赖利益只是预约违约损害赔偿的下限，预约违约损害赔偿的范围应当大于本约的信赖利益损失。

第二，预约违约损害赔偿的上限是本约履行利益。《买卖合同司法解释》第2条以及《民法典》第495条均强调当事人所主张的是“预约的违约责任”，其文义解释的涵摄范围当然不包括本约的违约责任。<sup>〔77〕</sup>因此，预约违约损害赔偿范围也不能等同于本约的履行利益。其一，预约当事人虽意在订立本约，但毕竟尚未订立本约，不能产生本约履行利益；其二，如果赔偿相当于本约履行利益，预约被人为地拟制为本约，违背当事人的意思；其三，预约的违约责任同样受到《民法典》第584条所规定的可预见规则的限制，违约方在订立预约时难以预见到本约履行后可以获得的利益。

第三，预约违约损害赔偿的核心是机会损失。预约的核心功能是固定交易机会。<sup>〔78〕</sup>于当事人而言，交易内容尚未完全确定时，当事人自愿受到预约的拘束，表明当事人对交易机会的重视。经济学的机会成本理论表明，当事人选择与相对方订立预约，就放弃了与第三方订立合同的机会，也就放弃了与第三方订立合同可能获取的利益。<sup>〔79〕</sup>当事人之间若订立本约，当事人所放弃之机会获得了对价，自然不存在机会损失。但是，当事人既未能与预约相对人订立本约，又丧失了与第三人的交易机会，机会损失即确定地发生。学者多主张，机会损失应当在损害赔偿的范围内。<sup>〔80〕</sup>相比于缔约费用等直接的损失，机会损失构成了当事人履行订立本约义务就可以避免的损失，从而构成预约违约损害赔偿的核心内容。

• 183 •

总之，根据动态缔约观，信赖利益界定了预约损害赔偿的最小范围，履行利益界定了预约损害赔偿的最大范围，预约损害的赔偿范围在这样一个区间内游移；机会损失构成了预约损害赔偿的核心部分。

## （二）动态缔约观下损害赔偿的影响因素

损害赔偿范围的抽象界定只是为预约违约的损害赔偿责任划定了一个大致的范围，并未对损害赔偿的计算提供具体可供操作的方法。损害赔偿的计算方法往往是损害赔偿责任的难题，这样的难题在预约违约中同样存在。司法实践中，不同法院对于损害赔偿的认定可谓五花八门。动态缔约观为损害赔偿的计算难题提供了一种解决方法，即提供一定的损害赔偿的影响因素，由法官根据个案中相关因素的强弱对损害赔偿予以综合衡量。本文认为，影响预约损害赔偿范围的因素包括：（1）交易成熟度；（2）守约方的信赖投入；（3）守约方的机会损失。

第一，预约的成熟度影响预约违约的损害赔偿范围。根据动态缔约观，预约的成熟度越高，

〔77〕 参见前引〔66〕，黄薇主编书，第82页。

〔78〕 参见前引〔7〕，林涸民文。

〔79〕 参见〔美〕理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第7页；朱广新：《合同法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第221页。

〔80〕 参见前引〔26〕，E Allan Farnsworth文，第217、221页；前引〔10〕，Gregory J. Marsden、George J. Siedel文，第127、154页。

其越接近于本约,则赔偿范围可以越接近本约履行利益;反之,赔偿范围越接近本约信赖利益。<sup>[81]</sup>具体而言,完全预约显然具有最高的交易成熟度,当事人之间不必另行过多协商即可订立本约。如果依照预约条款既有内容,相关交易完全可以展开,那么当事人对于预约的履行利益就趋近于本约的履行利益。客观障碍型预约的交易成熟度较高,虽然当事人仍需进行再磋商程序,但是双方既有磋商并无意见分歧,影响本约订立的主要是当事人原因以外的客观障碍,当事人对于预约的履行利益的期待也相对较高。因此,客观障碍型预约的损害赔偿范围应当以本约履行利益为基础,适当减少。范斯沃斯将其界定为失去的履行利益 (lost expectation)。<sup>[82]</sup>主观障碍型预约的交易成熟度相对不高,当事人对于交易条款存在一定争议,说明各方对交易的设计还未臻成熟,交易的不确定性也相对较大。因此,主观障碍型预约的损害赔偿范围应当以本约的信赖利益为基础,适当增加。最低合意型预约只满足合同成立的最低要求,作为交易核心的价格条款的缺失使得其交易成熟度最低。因此,最低合意型预约的损害赔偿范围应当趋近于本约的信赖利益损失。

第二,守约方的信赖投入影响预约违约的损害赔偿范围。预约通常会激励当事人的“信赖投入”(reliance investment)。<sup>[83]</sup>守约方的信赖投入越多,其因违约行为遭受的损失就越大;守约方的信赖投入越少,其因违约行为遭受的损失相应也越小。信赖投入包括以下部分:(1)当事人就交易条款进行了磋商,付出了相应的时间成本、搜寻信息成本、磋商成本等缔约成本;<sup>[84]</sup>(2)当事人对预约的履行情况,例如一方已经支付了预约约定的全部价款;<sup>[85]</sup>(3)当事人可能已经着手安排下游交易。信赖投入应当是有限度的,如果不对信赖投入保护施加必要的限制,可能会激励过度信赖。<sup>[86]</sup>不同类型预约下,信赖投入也相应地存在不同的限度,交易成熟度高的预约,对其信赖投入的限制会低于交易成熟度低的预约。从完全预约到最低合意型预约,其信赖投入的赔偿范围也呈现从高到低的特征。

第三,守约方的机会损失影响预约违约的损害赔偿范围。前文已述,机会损失是预约违约损害赔偿的核心,机会损失的大小当然影响预约违约损害赔偿的范围。司法实践中,预约守约方多主张违约方赔偿其“差价损失”,而法院对于差价损失是否赔偿的认定也是五花八门。<sup>[87]</sup>一方

[81] 参见前引[8],陆青文;前引[66],黄薇主编书,第82页。

[82] 参见前引[26],E Allan Farnsworth文,第217、263页。

[83] 参见前引[9],Alan Schwartz、Robert E Scott文,第661、693页。

[84] See Carl J. Dahlman, The Problem of Externality, 22 *Journal of Law and Economics*, 141, 148 (1979).

[85] 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2019)黔01民终3606号民事判决书;陕西省西安市中级人民法院(2019)陕01民终5849号民事判决书;上海市金山区人民法院(2017)沪0116民初2764号民事判决书等。

[86] See Lucian Arye Bebchuk, Omri Ben-Shahar, Precontractual Reliance, 30 *Journal of Legal Studies*, 423, 434 (2001).

[87] 司法实践中对于差价损失是否赔偿存在三种观点:一是全部赔偿差价损失,参见贵州省铜仁市中级人民法院(2019)黔06民终2023号民事判决书,安徽省黄山市中级人民法院(2019)皖10民终559号民事判决书,金乡县人民法院(2019)鲁0828民初2986号民事判决书;二是部分赔偿差价损失,参见江苏省常州市中级人民法院(2020)苏04民终3232号民事判决书;江苏省宿迁市中级人民法院(2020)苏13民终1710号民事判决书;三是不予赔偿差价损失,参见四川省眉山市中级人民法院(2019)川14民终1423号民事判决书,安徽省宿州市中级人民法院(2020)皖13民终1959号民事判决书,广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终7008号民事判决书。

面，替代交易规则下，替代交易与原交易的价格差构成了守约方的履行利益损失。<sup>〔88〕</sup>而预约违约情形下，违约方的损害赔偿范围应当小于本约履行利益。另一方面，守约方放弃了与第三人缔约的机会，其再与第三人订立合同，往往在交易时机上更加急迫，不得不接受更高的交易价格，因此，交易价格增加导致的损失确实也是守约方的损失。其实，机会损失之所以不等同于差价损失的原因，在于机会损失的不确定性。在当事人之间已经订立本约的情形下，当事人对于对方依约履行的期待是100%的，因此，对方违约所造成的差价损失是确定的；而在当事人之间仅订立预约的情形下，当事人对于双方最终能否订立本约的期待不是100%的，既然本约能否订立存在不确定性，那么此种机会损失也是不确定的。依照机会损失的赔偿原则，预约违约方对守约方的机会损失的赔偿应遵循比例赔偿原则。<sup>〔89〕</sup>从完全预约到最低合意型预约，当事人对于本约订立可能性的期待是逐渐降低的，机会损失的概率也相应逐渐降低，违约方赔偿守约方机会损失的数额相应逐渐减少。

总之，交易成熟度、守约方的缔约投入与守约方的机会损失构成了衡量预约违约损害赔偿范围的三个影响因素，应当根据不同类型预约下三个影响因素的强度，在信赖利益损失与履行利益损失之间合理确定预约违约损害赔偿的具体数额。

## 六、结 论

预约作为现代交易复杂化、阶段化的产物，催生了动态缔约观的理论。随着经济与社会的持续发展，预约可能会呈现更为多面的样态、具有更为多样的功能。虽然基于动态缔约观理论的完全预约、客观障碍型预约、主观障碍型预约以及最低合意型预约的预约类型化方法，能较好地解决预约违约责任的认定、强制履行责任的适用以及损害赔偿范围三大理论与实践争议问题，但是，上述类型化方法并不能涵盖所有预约合同，仍然是一种不完全类型化方案，不能全面反映预约合同的复杂情况。譬如，复杂的商事交易往往涉及多项难易程度不一的谈判事项，有的主体更青睐于从易到难，先对最容易达成一致的条款进行磋商；有的主体更青睐于先难后易，先解决交易的最大障碍，后处理相对容易的问题。两种不同的思路下，当事人之间虽然都达成了预约，但是后续磋商难度存在明显差异，此时采用何种方案分别处理上述不同的情形，仍然是理论上需要解决的问题。动态缔约观下的“预约四分法”是一个开端，但不是结束。

有限的理论方案往往滞后于不断发展变化的实践，如何应对不断变化的实践是法学理论的永恒课题。本文针对预约违约责任这样一个细小问题进行讨论，目的不仅在于解决预约违约责任的理论与实践争议，更重要的是倡导动态缔约观理论在合同法学领域的应用，倡导动态分析方法在

〔88〕 参见张金海：《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》，载《法学》2017年第9期。

〔89〕 参见李显冬、王稳：《机会损失赔偿理论的反思与突破》，载《河南社会科学》2019年第3期；张民安、林泰松：《侵权法的机会损失规则研究》，载《私法》第15卷，华中科技大学出版社2008年版，第23页。

法学领域中的应用,“以静制动”不如“以动制动”。

---

**Abstract:** There are three main controversial issues in theory and practice about the liability for breach of precontract. Article 495 of the Civil Code fails to respond effectively. In theory, it can be solved by using the view of dynamic contracting. Based on the view of dynamic contracting, precontract can be divided into the following types: the lowest agreeable precontract, the precontract with objective obstacles, the precontract with subjective obstacles, and the complete precontract. The determination of the liability for breach of precontract should be based on the double judgment of breach of obligation and imputability, and the determination of liability for breach of contract of different types should be adjusted according to the difference of imputability. In view of whether the specific performance liability can be applied to breach of precontract, the answer is positive for the complete precontract and the precontract with objective obstacles, while specific performance is not applicable to the other two types of precontract. The scope of damages for breach of precontract is based on reliance interest, performance interest and opportunity loss. The damages should be adjusted dynamically according to the type of precontract, comprehensively considering the three influencing factors of transaction maturity, reliance investment and opportunity loss.

**Key Words:** precontract, view of dynamic contract, specific performance, damage compensation, opportunity loss

---

(责任编辑:殷秋实 赵建蕊)



## 强制售卖与合同僵局化解

——评“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”

刘 凝\*

**内容提要：**既有研究对“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”的分析主要着眼于履行费用过高场合的违约方解除权，但该案并不构成履行费用过高，裁判观点存在对“履行费用过高”概念的“不当限缩”和“不当扩张”，以履行费用过高推导出违约方解除权也存在法律解释上的错误。若要一般性地解决该案及类似案件中的争议，宜借鉴强制售卖制度。该制度成立的价值基础在于区分所有关系下所有权的固有限制以及禁止权利滥用的要求，核心目的在于维护区分所有关系下共同体的存续。强制售卖的实体性要件包括严重的义务违反和无法继续维持区分所有关系，程序性要件为须经业主的特别多数决通过。

**关键词：**履行费用过高 违约方解除权 强制售卖 区分所有关系

• 187 •

在《民法典》编纂过程中，合同僵局下的违约方解除权无疑是引发争议最大的问题之一。通常认为，解除权作为摆脱合同关系拘束的手段，其主要目的在于非违约方“合同义务的解放”，原则上仅得由非违约方行使。<sup>〔1〕</sup>但支持违约方解除权的学者往往强调，例外情况下允许违约方解除合同是源自司法实践的合理经验，应当采纳。<sup>〔2〕</sup>通过对司法实践进行考察不难发现，关于该话题的实务争议可追溯至“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”（以下简称“新宇公司案”），<sup>〔3〕</sup>学者也常援引该案以论证违约方解除权的必要性。所以，想要准确地评价违约方解除权的是非功过，有必要重新检视“新宇公司案”所体现的法律争议。

\* 刘凝，北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第649页。

〔2〕 参见孙良国：《违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计》，载《法学》2019年第7期；刘承彪：《论违约方解除合同规则写入民法典之必要与可行》，载《中国政法大学学报》2020年第3期。

〔3〕 “新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2006年第6期。后文关于案件基本情况的介绍亦主要出自该期公报。

## 一、“新宇公司案”及其类似案件中的主要争议

### （一）“新宇公司案”的基本情况

#### 1. 基本案情

南京市时代广场是新宇公司开发建设的商业用房。该建筑物总面积6万余平方米，地上第一至三层约6000平方米的区域被分割成商铺对外销售给150余家业主，其他建筑面积归新宇公司自有。1998年，新宇公司与冯玉梅签订商铺买卖合同，约定新宇公司向冯玉梅出售时代广场第二层编号为2B050的商铺，建筑面积22.5平方米，每平方米售价16363.73元，总价款368184元，交付后三个月内双方共同办理商铺权属过户手续。合同签订后，冯玉梅按约支付全部价款，新宇公司将商铺交付冯玉梅使用，但一直未办理产权过户手续。

而后，新宇公司将时代广场内的自有建筑面积租赁给嘉和公司经营，但因经营不善连续停业两次，导致购买商铺的小业主无法在时代广场内正常经营，部分小业主以及嘉和公司的债权人集体上访，要求退房及偿还债务。新宇公司的新股东为盘活资产、重新开业，拟对时代广场的全部经营面积进行调整，重新规划布局，为此陆续与大部分小业主解除了商铺买卖合同，并开始在时代广场内施工。2003年3月17日，新宇公司致函冯玉梅，通知其解除双方签订的商铺买卖合同。3月27日，新宇公司拆除了冯玉梅所购商铺的玻璃幕墙及部分管线设施。6月30日，新宇公司再次向冯玉梅致函，冯玉梅不同意解除合同。由于冯玉梅与另一户购买商铺的邵姓业主坚持不退商铺，新宇公司不能继续施工，6万余平方米建筑闲置，同时冯、邵两家业主也不能在他们约70平方米的商铺内经营。二审阶段法院还查明，新宇公司已取得案涉中山路18号的土地使用权证及房屋所有权证，正在对时代广场进行整体布局调整的施工。

#### 2. 裁判观点

##### （1）一审阶段

一审法院认为，新宇公司与冯玉梅签订的商铺买卖合同是双方当事人的真实意思表示，合法有效，依法对双方当事人都有约束力。合同签订后，冯玉梅履行了给付价款的义务，新宇公司也将商铺交付给冯玉梅使用。后由于他人经营不善，致使时代广场两次停业，该广场内的整体经营秩序一直不能建立，双方当事人通过签订合同想达到的营利目的无法实现，这是在签订合同时双方当事人没有预料也不希望出现的结局。

考虑到冯玉梅所购商铺只是新宇公司在时代广场里分割出售的150余间商铺中的一间，在以分割商铺为标的物的买卖合同中，买方对商铺享有的权利，不能等同于独立商铺。为有利于物业整体功能的发挥，买方行使权利必须符合其他商铺业主的整体意志。现在时代广场的大部分业主已经退回商铺，支持新宇公司对时代广场重新规划布局的工作，今后的时代广场内不再具有商铺经营的氛围条件。冯玉梅以其在时代广场中只占很小比例的商铺，要求新宇公司继续履行本案合同，不仅违背大多数商铺业主的意愿，影响时代广场物业整体功能的发挥，而且由于时代广场内失去了精品商铺的经营条件，再难以通过经营商铺营利，继续履行实非其本意。考虑到时代广场位于闹市区，现在仅因双方当事人之间的互不信任而被闲置，这种状况不仅使双方当事人的利益

受损，且造成社会财富的极大浪费，不利于社会经济发展。从平衡双方当事人目前利益受损状况和今后长远利益出发，依照公平和诚实信用原则，尽管双方当事人之间存在的商铺买卖合同关系合法有效，尽管冯玉梅在履行合同过程中没有任何违约行为，本案的商铺买卖合同也应当解除。

鉴于冯玉梅在履行商铺买卖合同中没有任何过错，在商铺买卖合同解除后，其因商铺买卖合同而获得的利益必须得到合理充分的补偿，补偿标准是保证冯玉梅能与时代广场同类的地区购得面积相同的类似商铺。新宇公司同意在商铺买卖合同解除后，除返还冯玉梅原付的购房价款、赔偿该商铺的增值款外，还给冯玉梅补款 48 万元，这一数额足以使冯玉梅的现实既得利益不因合同解除而减少，应予确认。

最终，一审法院判决如下：（1）新宇公司与冯玉梅签订的商铺买卖合同予以解除；（2）冯玉梅返还新宇公司时代广场内编号 2B050 的商铺；（3）新宇公司返还冯玉梅商铺价款 368184 元，赔偿商铺增值 163516 元，合计 531700 元；（4）新宇公司赔偿冯玉梅逾期办理房屋权属登记过户手续的违约金及其他经济损失 48 万元。

## （2）二审阶段

一审宣判后，冯玉梅提起上诉。在二审阶段，南京市中级人民法院认为，冯玉梅与新宇公司签订的商铺买卖合同合法有效。新宇公司在合同约定的期限内未办理产权过户手续，已构成违约，又在合同未依法解除的情况下，将编号为 2B050 商铺的玻璃幕墙及部分管线设施拆除，亦属不当。《合同法》第 107 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”从这条规定看，当发生违约时，继续履行是令违约方承担责任的首选方式。法律之所以这样规定，是由于继续履行比采取补救措施、赔偿损失或者支付违约金更有利于实现合同目的。但是，当继续履行也不能实现合同目的时，就不应再将其作为判令违约方承担责任的方式。《合同法》第 110 条规定：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。”此条规定了不适用继续履行的几种情形，其中第（二）项规定的“履行费用过高”，可以根据履约成本是否超过各方所获利益来进行判断。当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益时，应该允许违约方解除合同，用赔偿损失来代替继续履行。本案中，如果让新宇公司继续履行合同，则新宇公司必须以其 6 万余平方米的建筑面积来为冯玉梅的 22.5 平方米商铺提供服务，支付的履行费用过高；而在 6 万余平方米已失去经商环境和氛围的建筑中经营 22.5 平方米的商铺，事实上也达不到冯玉梅要求继续履行合同的的目的。一审平衡双方当事人利益判决解除商铺买卖合同，符合法律规定，是正确的。冯玉梅关于继续履行合同的上诉理由，不能成立。

考虑到冯玉梅在商铺买卖合同的履行过程中没有任何违约行为，一审在判决解除商铺买卖合同后，一并判决新宇公司向冯玉梅返还商铺价款、赔偿商铺增值款，并向冯玉梅给付违约金及赔偿其他经济损失。这虽然不是应冯玉梅请求作出的判决，但此举有利于公平合理地解决纠纷，也使当事人避免了讼累，并无不当。在二审中，新宇公司表示其愿给冯玉梅增加 20 万元赔偿款，应当允许。

最终,二审判决维持了一审判决的主要判项,仅基于新宇公司愿意增加赔偿款的表示将一审第四项中的赔偿损失数额由48万元变更为68万元。

## (二) 司法实践中的类似纠纷

更进一步观察司法实践不难发现,“新宇公司案”中区分所有关系下的意见分歧也存在于其他类型的纠纷中。其中较为典型的,即是商铺占有返还之诉中集中管理与个别业主请求返还的意见冲突以及附属设施加装中的意见冲突。

### 1. 商铺集中管理与个别返还的意见冲突

以利用方式为区分标准,可将商铺分为独立商铺和分割商铺。<sup>〔4〕</sup>二者的核心区别在于,分割商铺虽然也能够成为区分所有权的客体(因而具有构成和利用上的独立性),但在实际利用上需要统一安排和经营才能真正实现其经济价值。交易实践中,开发商通常采取售后回租的模式,在同买受人就商铺订立买卖合同的同时,还会另行订立商铺委托管理合同,基于该委托合同,全体业主将商铺交与开发商或开发商选定的第三人进行统一管理和经营,以保证物业整体功能和效益的实现。

在委托关系正常存续时,此种安排显然有助于避免因权利分散导致的业主集体行动困境,代表集体行使权利的受托人同承租人进行议价的能力也在权利集中后得到提升。问题在于,只要个别业主不愿继续维持委托关系,便可能对前述整体安排造成严重影响。例如,个别业主可能在委托合同到期后请求受托人返还商铺占有。此时,如果物业内绝大多数业主选择继续委托给该受托人进行经营管理,个别业主另行安排的计划和其余业主的整体计划便可能存在冲突。就此问题,学理上通常认为,对商铺业主区分所有权的限制不得损害其所有权。即使存在业主大会或者业主委员会的决议亦是如此。甚至,在没有预先约定的情况下,业主大会根本无权就物业利用方式作出决议。<sup>〔5〕</sup>所以,只要不是集体招租的情况,便不能因个别业主追求自身的商业经营利益而限制甚至剥夺其所有权。<sup>〔6〕</sup>由此可推知,当委托关系期限届满或个别业主解除委托关系后,个别业主作为所有权人请求受托人返还商铺占有的权利不应受到物业其余部分利用计划的限制。

然而,此种观点并未被司法实践接受。例如,在“戴金龙、王晓红等与太仓龙好生活家居广场有限公司、钱永刚等房屋租赁合同纠纷”一案中,苏州市中级人民法院就认为,涉案商铺的特点决定了其必须与其他商铺经过统一规划、布局、经营、管理后才能产生收益,故单个商铺的利益应当服从广大业主的共同利益,个别业主的权利必须受到其他业主整体意志的限制。<sup>〔7〕</sup>该意见也得到了上级法院的认可,在针对该案再审申请的裁定中,江苏省高级人民法院明确指出:“在以分割商铺为标的物的买卖合同中,买方对商铺享有的权利,不能等同于独立商铺。”<sup>〔8〕</sup>并

〔4〕 分割商铺包括实际分割和虚拟分割两种类型。严格来说,虚拟分割式商铺并不具有构造上的独立性和利用上的独立性,实践中常常不予进行所有权登记,因而不符合建筑物区分所有关系的要求。理论上的分析,参见戴炜:《虚拟产权式商铺的法理分析》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2015年第4期。

〔5〕 参见周友军:《论建筑物区分所有中专有权的限制》,载《法学论坛》2009年第6期。

〔6〕 参见王利明:《论商铺业主的专有权及其行使》,载《法学论坛》2009年第6期。需特别说明的是,王利明教授认为集体招租构成例外,原因在于此种情况通常不涉及区分所有权问题。

〔7〕 参见江苏省苏州市中级人民法院(2017)苏05民终2135号民事判决书。

〔8〕 江苏省高级人民法院(2018)苏民申4147号民事裁定书。

且，此种观点绝非仅是上述法院的“一家之言”，实则是司法实践中的主流意见。<sup>〔9〕</sup>值得注意的是，该主流意见所表达的核心理由其实出自《最高人民法院公报》在刊登“新宇公司案”时给出的裁判摘要。<sup>〔10〕</sup>

## 2. 附属设施加装中的意见冲突

除就个别业主专有权的行使存在分歧外，区分所有关系下的意见冲突还可能体现为专有权之外的事项，比如附属设施加装。近年来因为各地旧房改造政策而引发热议的电梯加装纠纷即是著例。<sup>〔11〕</sup>

一方面，根据《民法典》第278条第1款第（七）项，电梯等附属设施的改建和重建属于业主共同决定事项，只要满足第278条第2款关于业主表决条件的要求，有关附属设施加装的决议就应拘束全体业主。但另一方面，根据《民法典》第280条第2款，如果业主大会的决议侵害个别业主合法权益，受侵害的业主可以请求法院撤销决议。所以，在对加装电梯等附属设施持反对意见的个别业主存在可主张的合法权益时，<sup>〔12〕</sup>即使其他业主作出同意的多数决，持反对意见的个别业主仅需请求撤销决议即可。由此可能引发的问题是，当多数业主对于加装附属设施确有其利益所在，<sup>〔13〕</sup>且该利益明显超过个别业主所主张的“合法权益”时，是否应在双方当事人间进行利益平衡，以避免因为个别业主导致区分所有关系内部的整体福利水平受损。

实践中，法院在面对此类问题时采取了相当灵活且结果主义导向的处理方法。例如，在“刘厚文、韶关市博洋电梯有限公司等侵权责任纠纷”一案中，二审法院认为，仅是阳台位置采光的减弱并不足以影响到上诉人刘厚文的正常生活。此外，二审法院还提到，“若是有影响也不可能只影响到刘厚文一家，该电梯所对应位置的阳台自下到上均会受到影响，但其他住户均没有对此提出过异议”<sup>〔14〕</sup>。问题在于，其他住户之所以不提异议是为了享受加装电梯带来的好处，这一点并不足以说明刘厚文的合法权益未受影响。可见，法院实际上有意通过严格认定“合法权益受影响”这一要件来维持附属设施加装的结果。与之类似，在“林赫、刘波业主撤销权纠纷”一案中，二审法院认为，在电梯加装方案尚未经过有关行政部门审批且未安装时，当事人不得主张加

〔9〕 类似观点参见广东省高级人民法院（2017）粤民申5563号民事裁定书；上海市第二中级人民法院（2018）沪02民终6684号民事判决书；上海市高级人民法院（2019）沪民申1662号民事裁定书；四川省成都市中级人民法院（2019）川01民终915号民事判决书；山东省济南市中级人民法院（2019）鲁01民终5704号民事判决书；浙江省杭州市中级人民法院（2020）浙01民终4212号民事判决书；河北省保定市中级人民法院（2020）冀06民终5924号民事判决书。

〔10〕 裁判摘要原文为：“在以分割商铺为标的物的买卖合同中，买方对商铺享有的权利，不同于独立商铺。为保证物业整体功能的发挥，买方行使的权利必须受到其他商铺业主整体意志的限制。”

〔11〕 如福建省高级人民法院（2017）闽民申2891号民事裁定书。法理上关于类似问题一般性方案的探讨，可参见〔日〕道垣内正人：《法学之门》，张挺译，北京大学出版社2021年版，第15-27页。

〔12〕 此类案件中常出现的一种情况是当事人原本同意加装附属设施但事后反悔，除非该当事人能够证明自己在作出同意时存在意思表示瑕疵，否则均应认为其已经表示同意，因而不得以“合法权益受侵害”请求撤销业主决议。参见河南省郑州市中级人民法院（2021）豫01民终11318号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2020）川01民终18015号民事判决书；江苏省镇江市中级人民法院（2019）苏11民终3061号民事判决书。

〔13〕 以加装电梯为例，涉及此类纠纷的多是老旧多层住宅楼，如果不安装电梯，将对腿脚不便甚至行动困难的老年人造成极大不便。相关介绍和分析，参见胡伟强：《政府在老龄化社会中如何作为——以老旧住宅楼加装电梯困局为例》，载《中国法律评论》2018年第1期。实践中亦不乏考虑类似因素的裁判，如广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民终15508号民事判决书。

〔14〕 广东省韶关市中级人民法院（2021）粤02民终68号民事判决书。



装电梯影响其采光权和造成噪声污染。<sup>〔15〕</sup>问题在于,主张排除妨害请求权固然应以妨害现实存在为前提,但当事人主张的是撤销业主决议,这一请求不应以电梯安装完成后实际侵害业主权益为前提。换言之,对业主“合法权益受影响”的理解不应限于业主已经遭受实际损失。

### (三) 核心争议分析

通过前述梳理不难看出,司法实践中存在许多因区分所有关系的内部意见冲突引发的纠纷。以“新宇公司案”为例,该案中纠纷背后的实质在于案涉商铺的归属与整体商场规划之间的利用冲突。对于新宇公司而言,其有意整体重置商铺规划并进行了相关准备,但作为案涉商铺的所有权人,其已经将该商铺占有交付给冯玉梅,因而无权安排商铺的使用,影响了整个商场其余部分的后续利用。冯玉梅作为买受人虽未取得所有权,但基于买卖合同可以向新宇公司主张有权占有,进而凭借自己享有商铺占有、使用权能的地位同新宇公司进行议价。想要解决当事人之间的纠纷,核心便在于分配案涉商铺的归属。由此便不难理解两审法院为何都选择将合同解除作为裁判论证的核心问题,因为合同解除的法律效果首先体现为已经履行给付的返还。如果案涉合同解除,新宇公司便可向冯玉梅请求返还商铺占有,进而消解案涉商铺与整体商场规划之间的利用冲突。至于履行费用过高的判断、违约方解除权的证立,则是法院在规范层面上寻得的依据。

以合同解除作为化解纠纷的手段,核心是通过否认原本的交易安排实现案涉商铺归属的回转。但即使认为新宇公司应该享有系争商铺的占有,也未必需要通过合同解除实现。实际上,无论是“新宇公司案”中的两审裁判观点,还是后续关于违约方解除权的讨论,或许都未能准确把握该案的关键所在。<sup>〔16〕</sup>从裁判的角度出发,考虑到该案判决作出时尚不存在《民法典》第580条第2款,两审法院以履行费用过高和违约方解除权为基础解除案涉买卖合同的做法,不仅存在对法律概念的误解,在法律解释上也难言合理。而从学理分析的角度出发,“新宇公司案”确实反映了现有规则在处理类似案件时的无力,但无论是立法论层面还是解释论层面,试图以履行费用过高下的违约方解除权为解决方案都无法从根本上解决问题,因为类似争议广泛存在于当事人之间不存在合同关系的情况。

## 二、对“新宇公司案”裁判意见的反思

### (一) 有关履行费用过高的误解

在承认案涉买卖合同有效的基础上,二审法院认为,新宇公司必须以其6万余平方米的建筑面积来为冯玉梅22.5平方米的商铺提供服务,其继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益,构成履行费用过高,应允许新宇公司解除合同,以损害赔偿代替实际履行。但此种认定履行费用过高的思路值得商榷,可能同时存在“不当限缩”和“不当扩张”的问题。

〔15〕 参见福建省福州市中级人民法院(2019)闽01民终4301号民事判决书。

〔16〕 反对违约方解除的观点也常以该案属于履行费用过高为前提。参见蔡睿:《吸收还是摒弃:违约方合同解除权之反思——基于相关裁判案例的实证研究》,载《现代法学》2019年第3期。



所谓履行费用过高，是指履行在事实上虽然可能，但对标的物进行强制执行代价太大。<sup>〔17〕</sup>其判断标准的核心是比较债务人为履行所需支出的费用与债权人就履行所得的利益是否显著失衡。<sup>〔18〕</sup>具体而言，是指债务人为克服履行障碍而须额外支出的费用和债权人于实际履行上可得期待的经济性或物质性利益之间是否显著失衡。<sup>〔19〕</sup>例如，甲乙二人订立戒指买卖合同，交付之前戒指坠入湖中。<sup>〔20〕</sup>理论上讲，该戒指并未灭失，甲可以委托专业机构打捞该戒指后交付给乙，但从经济理性的角度出发，为打捞该戒指所花费的费用（债务人履行所需费用）和乙因该戒指所可获得的利益（债权人因履行所得利益）显失比例，因而有必要赋予甲拒绝履行的权利，即履行费用过高下的拒绝履行抗辩权。所以，二审法院在“新宇公司案”中确立的债务人的履行费用与双方（而非仅是债权人）基于合同所享有的利益进行比较的标准，存在对于履行费用过高的误解，其增加履行利益一端考量因素的做法，不当地限缩了履行费用过高的适用范围。<sup>〔21〕</sup>

不仅如此，就履行费用而言，新宇公司作为出卖人所负有的义务仅剩移转案涉房屋的所有权。此项义务的履行只需新宇公司协助冯玉梅办理所有权变更登记即可，并不会产生大量的履行费用，相较于冯玉梅获得房屋所有权的利益更是难言显著失衡。二审法院所考虑的“继续履约所需的财力、物力”并非债务人履行尚未履行的合同义务将产生的费用，而是维持已履行义务的费用，自然不应归入履行费用的范畴。可见，在履行费用的判断上，该案同时还存在“不当扩张”的问题。

或有质疑，履行费用关注的是债务人为履行所付出的经济成本，因为履行合同而闲置其他部分为何不能在实质意义上理解为履行费用？对此本文认为，作为对依约履行的违反，以障碍事由排除实际履行是法律基于诚信原则对债务人提供的特殊保护，如果债务人不愿或难以实际履行义务，这一特殊保护使得应依约履行合同义务的债务人获得豁免。此种定位决定了实际履行排除规则的适用对象仅为尚未履行的义务，如果不利局面是由已经履行的义务所造成，则超出了该规则的调整范围。并且，按照法院对于履行费用的理解，新宇公司只要不断地进行装修、改造，便可增加闲置部分相应的经济成本，进而人为地制造履行费用过高，这与履行费用过高的制度本意显然有所背离。

实际上，在“新宇公司案”中，所有权移转义务对合同僵局的产生与化解并无影响。试想，

〔17〕 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2015年版，第256页；前引〔1〕，韩世远书，第770页。

〔18〕 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第214页；朱广新：《合同法总则研究》（下册），中国人民大学出版社2018年版，第684页。不同意见认为，履行费用过高包括绝对大小审查和相对比例审查两种类型，除了履行所需费用和履行所得利益的比较（相对比例审查），如果履行费用本身的绝对大小达到难以容忍的程度，则同样构成履行费用过高（绝对大小审查）。参见张兰兰：《履行费用过高规则的动态适用——对〈合同法〉第110条第2项第2种情形的具体化》，载《华东政法大学学报》2020年第1期。但本文以为，绝对大小并不足以判断是否构成履行费用过高，因为履行费用极高时债权人利益也可能同时增长。此时，履行义务并非整体资源的浪费，当事人之间的利益关系即使失衡也可以通过情势变更制度调整。例如，在中东战争导致石油短缺时，卖方按照合同约定供给石油的费用可能显著提升，但买方获得履行的利益也相应提升。See Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd [1974] 1 WLR 576.

〔19〕 参见刘洋：《“履行费用过高”作为排除履行请求权的界限——“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”评析》，载《政治与法律》2018年第2期。

〔20〕 Vgl. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 38. Aufl., 2014, § 22, Rn. 20.

〔21〕 有观点还指出，法院衡量过高的参考标准是“履行费用超过利益”，未考虑“重大不成比例”这一要件。参见前引〔18〕，王洪亮书，第215页。

如果冯玉梅为了避免履行费用过高上的争议而免除了新宇公司移转所有权的义务,此时如何处理?两相对比不难看出,该案的关键根本就不在于未履行义务的履行费用过高。类似的,在可能的衍生案型中,如果新宇公司已经移转了案涉房屋的所有权,则无论如何都无法通过履行费用过高化解僵局,因为履行费用过高的适用前提是有合同义务尚未履行,在出卖人义务均已履行完毕的情况下,该规则无法适用。〔22〕

综上,从教义学的角度而言,新宇公司移转案涉房屋所有权的义务并不涉及履行费用过高的问题,履行费用过高也无法一般性地解决类似案件下的合同僵局。

## (二) 违约方解除权说的困境

在履行费用过高的基础上,二审法院认为“应该允许违约方解除合同,用赔偿损失来代替继续履行”,由此得出了违约方可以解除合同的结论,这也成为引发违约方解除权讨论的“导火索”。〔23〕问题在于,即使承认“新宇公司案”中存在履行费用过高,也不能由此推导出违约方可以解除合同。〔24〕

尽管中国法上自《合同法》以来并未在法律效果层面明确区分履行不能和履行费用过高,但学理上一般认为,履行费用过高的法律效果为抗辩权的产生(而非履行请求权的直接消灭),债务人可以借此对抗债权人的实际履行请求。〔25〕换言之,如果债务人未援引其抗辩权,法院将判决实际履行。〔26〕所以,在合同义务发生履行费用过高时,债务人仅享有抗辩权,可能享有解除权的恰恰是作为非违约方的债权人。至于抗辩权被动防御属性可能带来的问题,一般通过对抗辩权法律效果的解释处理。〔27〕可见,履行费用过高和违约方可以解除合同之间并不存在法律上的联系,在这个意义上,二审法院的做法无疑是错误的。

但问题还不止于此,在“新宇公司案”之后,有研究在为违约方解除权“正名”时指出,《合同法》并未禁止违约方解除合同,既有关于合同解除的规则本就存在容纳违约方解除权的可能性,〔28〕这一观点在司法实践中也得到了部分法院的认同〔29〕。此种观点认为,《合同法》第94条对合同解除权行使主体的表述采用的是“当事人”而非“非违约方”,且在双方均违约而导致

〔22〕既有讨论中已有学者意识到这一衍生案型。参见张家勇:《补洞与挖坑,仅一步之遥——关于〈民法典〉第580条第2款关联问题的问答》,载《法学教室》公众号2020年5月23日,载<https://mp.weixin.qq.com/s/9EGBei5btRQuCsUaYI1GOA>,最后访问时间:2022年1月12日。

〔23〕司法实践中的类似判决,参见江苏省连云港市中级人民法院(2014)连民终字第0035号民事判决书;湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂01民终7144号民事判决书。

〔24〕同旨参见柳经纬主编:《债法总论》,北京师范大学出版社2017年版,第168页;韩世远:《继续性合同的解除:违约方解除抑或重大事由解除》,载《中外法学》2019年第1期。

〔25〕参见王洪亮:《强制履行请求权的性质及其行使》,载《法学》2012年第1期;缪宇:《论买卖合同中的修理、更换》,载《清华法学》2016年第4期;冀放:《给付不能之履行费用过高问题探析》,载《法学论坛》2016年第6期;Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl., 2015, § 34, Rn. 418.

〔26〕Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., 2017, § 43, Rn. 396.

〔27〕例如,在德国法上,履行费用过高抗辩权是一种具有溯及力的抗辩权(rückwirkende rechtsgestaltende Einrede),可以溯及障碍事由对应的事实发生时,该时点后不产生迟延损害赔偿。Vgl. Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 2019, § 275 Rn. 103; Lorenz, in: BeckOK BGB, 56. Aufl., 2020, § 275 Rn. 57.

〔28〕参见陈耀东、沈明焱:《论买卖合同中违约方的解除权及适用范围》,载《中国应用法学》2017年第5期。

〔29〕如浙江省高级人民法院(2017)浙民申45号民事判决书;四川省广汉市人民法院(2015)广汉民初字第1702号民事判决书。

解除时其实无法区分究竟哪一方是非违约方，将“当事人”的范围限于“守约方”属于不合理的限缩解释，极可能会不当限制违约方应有的权利。<sup>〔30〕</sup>

但通过对《合同法》第94条的规范结构进行分析不难发现，该条在表述上之所以采用“当事人”而非“非违约方”或“守约方”，主要是因为该条第（一）项。在不可抗力导致合同目的不能实现时，比较法上部分立法例采合同自动解除（terminate automatically）的规则。<sup>〔31〕</sup>但中国法并未采取这一做法，在此种情况下仍然要求当事人通过意思表示解除合同，并允许当事人中的任意一方解除合同。至于该条第（二）至（四）项中的当事人，结合“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”“当事人一方迟延履行主要债务”“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为”的表述，显然指的是合同关系中违约一方。此时，如果认为“当事人可以解除合同”中的“当事人”同样包含违约方，则意味着违约一方可以基于自己的违约行为，通过单方面的意思表示解除合同，这不仅与合同法所确立的合同严守的基本立场（《合同法》第8条第1款）存在严重背离，即使是承认所谓“违约自由”的英美法也并不存在类似规则。<sup>〔32〕</sup>至于双方违约下无法区分“非违约方”的观点更是存在对合同义务关系的误解。双方违约下双方之所以均可能享有解除权，是因为双方各自违反了其所负担的义务，进而分别使得对方取得解除权。从其中任意一方的视角出发，在该方作为债权人的狭义债之关系下，对方作为债务人违反义务，而自己作为债权人并未违约，因而债权人可以主张解除权。

综上，《合同法》第94条并未承认违约方解除权，在当时尚不存在《民法典》第580条第2款的情况下，两审法院以履行费用过高为基础证成合同解除的做法在法律解释上无疑有失妥当。<sup>〔33〕</sup>

• 195 •

### 三、借鉴强制售卖制度化解合同僵局

前已述及，“新宇公司案”中的核心在于案涉商铺的归属与整体商场规划之间的利用冲突。想要化解此种冲突，除了通过解除合同使得冯玉梅有义务返还占有于新宇公司，还可以考虑通过合同义务使得新宇公司有权请求冯玉梅移转占有。假设新宇公司向冯玉梅就案涉商铺发出回购要约，而冯玉梅负有强制缔约义务，或者新宇公司作为该商业广场的多数份额拥有人，有权通过强制手段收回冯玉梅所享有的少数份额所有权，该案争议便可以化解。并且，针对衍生案型，如果新宇公司有权主张回购或收回所有权，则无论案涉商铺所有权是否移转、冯玉梅是否免除移转所有权义务均不会导致僵局出现。问题在于，新宇公司何以主张自己享有前述权利，就此，比较法

〔30〕 参见前引〔28〕，陈耀东、沈明焱文，第156页。

〔31〕 See The Principles of European Contract Law, Article 9: 303 (4); Draft Common Frame of Reference, Article 3-3: 104 (4).

〔32〕 “违约自由”的表述很容易被误认为违约方有单方面解除合同的权利，但英美法上“违约自由”的实质是实际履行排除范围的扩张（主要通过充分的损害赔偿规则实现），违约方并没有单方解除合同的权利。See J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, Anson's Law of Contract, Oxford University Press, 2010, pp. 507-508.

〔33〕 即使以《民法典》为裁判依据，第580条第2款也无法一般性地化解“新宇公司案”体现的争议，因为该款的适用以符合该条第1款中任何一种情形为前提。而结合前一部分的分析，该案并不存在履行费用过高。

上的强制售卖制度或可作为参考。<sup>〔34〕</sup>

### （一）强制售卖制度概述

所谓强制售卖（又称建筑物区分所有权剥夺），是指建筑物区分所有权下，多数份额拥有人（majority owner）可以通过请求公开拍卖的方式强制出售少数份额拥有人（minority owner）的份额。<sup>〔35〕</sup>类似制度在德国、日本、我国香港和台湾地区均已存在多年并运转良好，<sup>〔36〕</sup>深圳、珠海两地在最新通过的有关城市更新的地方性法规或者地方政府规章中也先后引入类似制度以解决城市更新中的“拆迁难”问题。<sup>〔37〕</sup>

以香港为例，香港特别行政区1999年正式颁布了《土地（为重新发展而强制售卖）条例》（香港法例第545章，以下简称为《香港强制售卖条例》）。根据官方说明，该条例旨在使在地段的不可分割份数中拥有达到一个指明多数份数的人可向土地审裁处提出申请，要求作出一项为重新发展该地段而强制售卖该地段所有不可分割份数的命令。从争议实质看，强制售卖所欲处理的问题与“新宇公司案”颇为相似：“新宇公司案”中，冯玉梅持有商铺面积尽管有限，但足以影响分割式商铺的整体规划；而强制售卖制度的产生，也是因为收取旧物业业权成为妨碍私人重新发展旧物业的主要障碍，整体发展规划往往会因为小业主不愿意出售其持有单位而难以实施。<sup>〔38〕</sup>

具体操作上，根据《香港强制售卖条例》第3条第1款的规定，想要启动强制售卖程序，申请人（可以是多个主体联合申请）要拥有某地段不少于90%的不可分割份数的所有权，<sup>〔39〕</sup>方可向土地审裁处申请作出命令，强制售卖该地段所有不可分割份数。在申请强制售卖时，申请人须提交一份估值报告，列明申请地段上各物业的评估市值，并将有关申请的文本送达每名小业主。<sup>〔40〕</sup>在收到申请后，土地审裁处首先需要确定小业主享有份额的价值，而后再考察该地段的

〔34〕 有观点认为，可以通过强制缔约制度解除“新宇公司案”中的房屋买卖合同。参见武腾：《民法典实施背景下合同僵局的化解》，载《法学》2021年第3期。此种观点值得参考，但正如前述，该案所反映的争议实质（区分所有关系内部分歧）广泛存在于当事人之间不存在合同关系的案型中。所以，仅以强制缔约的方式解除合同仍然不足以一般性化解类似争议。

〔35〕 早在制定《物权法》前后便有学者提出中国法应增加类似制度。参见张礼洪：《物权法草案中建筑物区分所有权规定之完善》，载《法学》2005年第10期；白江：《传统与发展：德国建筑物区分所有权法的现代化》，载《法学》2008年第7期。

〔36〕 参见德国《住宅所有权法》第17条（该法在2020年进行了修改，国内学者所介绍的多系修改前的第18条，但在2020年版的新法中，该规则移至第17条）；日本《有关建筑物区分所有等之法律》第59、63条；我国香港地区《土地（为重新发展而强制售卖）条例》第3条；我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第14、22条。如无特别说明，下述涉及德国2020年修改前《住宅所有权法》条文翻译的，参考自《德国住宅所有权与长期居住权法（德国住宅所有权法）》，胡晓静译，杨代雄校，载张双根、田士永、王洪亮主编：《中德私法研究》第5卷，北京大学出版社2009年版，第163-181页。涉及日本《有关建筑物区分所有等之法律》条文翻译的，出自陈华彬：《建筑物区分所有权法》，中国政法大学出版社2018年版，第503-525页。

〔37〕 参见《深圳经济特区城市更新条例》第36条、《珠海经济特区城市更新管理办法》第50条。但与我国香港地区的强制售卖略有不同的是，深圳和珠海并未允许私人直接申请拍卖整体份额，开发商想要最终取得剩余部分仍需借助政府征收。以深圳为例，在“旧住宅区已签订搬迁补偿协议的专有部分面积和物业权利人数占比均不低于百分之九十五，且经区人民政府调解未能达成一致”时，基于“维护和增进社会公共利益，推进城市规划的实施”的目的，区人民政府可以对未签约部分房屋实施征收。

〔38〕 参见林峰：《土地征收与补偿：香港的经验》，载《法学》2007年第8期。

〔39〕 根据2010年4月1日起生效的《土地（为重新发展而强制售卖）（指明较低百分比）公告》（香港法例第545A章）第3、4条的规定，对于以下三类地段申请强制售卖的，申请人拥有该地段不分割份数所有权的比例降低至80%：（1）地段上每个单位各占该地段不分割份数的10%以上；（2）地段上所有楼宇的楼龄均达50年或以上；（3）地段并非坐落于工业地带，而地段上的所有大厦均为楼龄达30年或以上的工业大厦。

〔40〕 参见《香港强制售卖条例》第3条第3款第（a）项。

实际情况以及大业主是否采取合理步骤获取该地段所有不可分割份数，以决定是否作出强制售卖令。<sup>〔41〕</sup>如果土地审裁处发出强制售卖令，则会委任售卖受托人负责出售，除非经所有相关人士书面同意，否则该出售只能采取公开拍卖的方式，且必须售予出价最高的竞投者。在强制售卖时，包括申请人（大业主）和小业主在内的任何人都可参与拍卖。最终所得的款项及相关费用，会根据估值报告所评估的大业主及小业主的物业价值，按比例分摊给各业主。

## （二）强制售卖的正当性基础

通常认为，在建筑物区分所有的结构之下，所有权人对于专有部分享有的所有权与一般的所有权无异，可以进行完全的占有、使用、收益和处分，能够自由地加以支配并排除他人的不法干预。<sup>〔42〕</sup>而《民法典》第243条第1款规定，在为公共利益需要时，才可以依照法律规定的权限和程序对私人享有所有权的财产进行征收。可见，即使是国家剥夺私人所有权也需要以符合公共利益为前提。进而引发的问题是，多数份额拥有人何以能够剥夺少数份额拥有人所享有的所有权。实际上，类似问题在香港也曾引发争议。有观点认为，考虑到旧物业的发展和私有财产权涉及的均是私人利益，政府不应该为了一种私人利益而限制另一种。但香港政府在制定《香港强制售卖条例》时指出，在促进城市发展与保护私人所有权之间应寻得平衡，城市重建本身便是一种公共利益，只是这种公共利益是通过开发商征收和重新发展旧物业而实现。<sup>〔43〕</sup>不过本文以为，除了在实质意义上理解城市开发和更新所体现的公共利益因素外，强制售卖制度或许本就可以在私法的内在体系中寻得正当性依据，这也在很大程度上决定了强制售卖制度在私法中的潜在适用范围。

• 197 •

### 1. 区分所有结构的固有限制

《最高人民法院公报》刊载“新宇公司案”时从一、二审裁判中各选择了一段作为裁判摘要，但较于二审确立的违约方解除权规则，一审关于分割式商铺限制的分析长期未受学界重视。该部分摘要指出，“在以分割商铺为标的物的买卖合同中，买方对商铺享有的权利，不能等同于独立商铺。为有利于物业整体功能的发挥，买方行使权利必须符合其他商铺业主的整体意志”。对司法实践进行考察不难发现，基于类似观点对分割式商铺权利人进行限制的做法其实不在少数，前述分割商铺委托关系中集中管理与个别请求返还的冲突即为著例。

考虑到专有部分所有权人所享有的排他性权利，上述裁判立场似乎有违所有权保护的基本原则（《民法典》第207条），但细思之下实则不然。在区分所有的结构之下，某一区分所有权人与其他区分所有权人构成了一种所有权人共同体。<sup>〔44〕</sup>鉴于区分所有权人互相之间的“捆绑关系”，

〔41〕 考察实际情况（如龄期、维修情况）主要是为了判断申请地段是否有重新发展之必要，以避免大业主任意剥夺小业主所有权。此外，根据我国香港地区土地审裁处发布的实务指示《LTPD CSI 2011 根据〈土地（为重新发展而强制售卖）条例〉（第545章）进行的强制售卖土地案件的调解》的第13条，在判断大业主是否采取合理步骤时，土地审裁处会考虑大业主是否不合理地不参与或拒绝同小业主进行调解。

〔42〕 参见刘家安：《物权法论》，中国政法大学出版社2015年版，第129页；王泽鉴：《民法物权》，三民书局2018年版，第218页。

〔43〕 参见前引〔38〕，林峰文。

〔44〕 德国法上称之为住宅所有人共同体（Wohnungseigentümergeinschaft），此种共同体的内部关系，较之通常的按份共有关系更为紧密。参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第639页。



当个别权利主体对于共同体产生严重的不利影响时,有必要纳入纠正机制。<sup>〔45〕</sup>《民法典》第272条也规定,区分所有权人在对其专有部分享有所有权的同时,其行使权利受到“不得损害其他业主的合法权益”的限制。在解释何为损害其他业主合法权益时,主流观点多以“住宅转经营性用房”为例进行说明(《民法典》第279条)。<sup>〔46〕</sup>将住宅改为经营性用房受到较为严格限制的原因在于,区分所有权人购买住宅的主要目的在于获得安宁的居住环境,经营性用房的出现无疑会增加人员流动,不利于住宅区域的日常管理与安全维护,对其他区分所有权人的正常生活可能造成严重干扰。

与之类似,在分割式商铺形成的区分所有结构中,少数区分所有权人拒绝整体商业安排的行为也可能构成“损害其他业主的合法权益”。不同于住宅下的区分所有关系,分割式商铺中买受人的主要目的并非获得法律上的所有权人地位,而是希望通过利用商铺而获利。相较于独立商铺在构成和利用上的独立性,分割式商铺的价值实现往往以统一规划为必要条件(许多分割式商铺在建筑设计上就不存在独立经营的条件)。“新宇公司案”中一审法院也强调,在时代广场的大部分业主腾退商铺、新宇公司已经开始重新规划的基础上,冯玉梅在该广场内的商铺其实已经失去了经营条件。此种情况下,可以认为冯玉梅坚持继续占有该商铺并拒绝统一规划的行为属于损害其他业主(新宇公司)的合法权益。

## 2. 禁止权利滥用的具体化

除了前述区分所有权的固有限制外,还可以考虑的是基于禁止权利滥用原则的限制。作为诚信原则的反面,禁止权利滥用被认为是权利行使自由原则的例外(《民法典》第132条)。<sup>〔47〕</sup>在构成上,禁止权利滥用包括主客观两方面的因素,即主观上要求权利人以损害他人或社会利益为主要目的,客观上要求权利行使损害他人或社会利益。<sup>〔48〕</sup>就“新宇公司案”所涉及的争议问题,以冯玉梅为代表的“钉子户”拒绝解除原本的买卖合同或拒绝出卖自己享有所有权的不动产在客观上无疑损害了新宇公司等“拆迁者”的利益。问题在于,此种因权利行使造成的损害是否以“损害他人利益”为主要目的。就此不妨结合“新宇公司案”的案情进行分析,一审法院在事实认定部分专门提及,由于冯玉梅和另一户业主坚持不退商铺,新宇公司不能施工,6万余平方米建筑闲置。与此同时,冯玉梅和另一户业主也不能在他们的商铺内经营,双方已然形成双输的僵持局面。而在一审庭前调解阶段,冯玉梅提出每平方米30万元的赔偿价格作为接受调解的条件,由此更能看出,冯玉梅是在自己产生经营损失的基础上,以新宇公司将产生更大的损失为谈判对价,可谓“损人不利己”。考虑到新宇公司提出的补偿条件(同类地区购买同等面积的门面房或增加补偿款到68万元)较为合理,应当认为冯玉梅在主观上系以损害新宇利益为主要目的。相比之下,如果新宇公司作为“拆迁者”并未向冯玉梅提供合理的补偿条件,则冯玉梅拒绝返还商

〔45〕 Vgl. Dötsch, in: Bärmann/Pick Kommentar zum WEG, 20. Aufl., 2020, § 18 Rn. 1.

〔46〕 参见王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2016年版,第562页;尹田:《物权法》,北京大学出版社2017年版,第347页。

〔47〕 参见李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第417页。

〔48〕 参见〔日〕山本敬三:《民法讲义I总则》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第502页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第282页。



铺的行为在主观上应被认为是对于所享有合同权利的正当维护，不构成权利滥用。

权利滥用的法律效果通常体现为行使权利的行为本身无效，但在符合必要性的前提下，权利滥用同样可能成为剥夺权利或权利消灭的事由。<sup>〔49〕</sup> 不过，考虑到剥夺权利的影响程度较高，因而有必要对强制售卖的适用进行教义学上的解释与限制，本文将在下一部分就此进行具体分析。

## 四、强制售卖制度的具体构造

### （一）强制售卖的构成要件

#### 1. 实体性要件

考虑到强制售卖的正当性基础源自区分所有关系下共同体的维护，在确定强制售卖的构成要件时自然也应该围绕如何有利于共同体内成员和谐共处展开。可兹参考的是，德国法上，住宅所有权的收回需要满足以下两项实体性要件：（1）住宅所有权人严重违反对其他住宅所有权人的义务；（2）其他所有权人无法与其继续维持区分所有关系。<sup>〔50〕</sup> 换言之，单纯的义务违反行为并不足以证成住宅所有权的收回，在违反行为是否严重的判断之外，还需要考量义务违对于区分所有关系的破坏是否是终局性的、不可挽回的。并且，学理上在解释这一制度时也强调，除收回所有权的其他惩罚手段应当优先纳入考虑，尤其是基于管理规约而产生的惩罚手段，只有在相对轻微的手段（如警告）不起作用或不足以解决问题时，才可以行使收回权。也就是说，强制售卖是最终救济手段。<sup>〔51〕</sup>

以德国法确立的构成要件为基础，本文以为，在判断区分所有权人是否存在严重的义务违反时，首先应当结合行为的最终结果和共同体组建的目的具体分析。例如，堆放垃圾导致健康或火灾隐患便属于典型的严重违反义务，因为其严重威胁共同体内其他成员对于财产的利用。<sup>〔52〕</sup> 改变房屋用途则需要区分具体情况，对于居住性的共同体其可能构成严重的义务违反，但对于商业性的共同体而言，如果改建行为没有影响其他区分所有权人的商业利用，则应认为属于区分所有权人的行为自由。其次，在尊重共同体整体意志的同时，也需要在基本权利的保护范围内尊重个人的选择，这既是公民基本权利受宪法保护的当然之义，也是每一位共同体成员在日常生活中不

• 199 •

〔49〕 参见陈华彬：《论民事权利的内容与行使的限制——兼议我国〈民法总则（草案）〉相关规定的完善》，载《法学杂志》2016年第11期；彭诚信：《论禁止权利滥用原则的法律适用》，载《中国法学》2018年第3期。

〔50〕 Vgl. Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 2. Aufl., 2012, § 24, S. 387; Dötsch (Fn. 45), § 18 Rn. 9. 日本法上就强制售卖设有三项构成要件：（1）业主为对建筑物的保存有害的行为，或其他有关建筑物的管理或使用违反业主共同利益的行为，或者有为这些行为之虞；（2）业主的前述行为导致业主间共同生活关系的维系发生显著障碍；（3）难以依其他方法除去此种障碍。参见前引〔36〕，陈华彬书，第143-144页。从实质来看，第二、三项实体要件结合的结果其实就是德国法上的“无法继续维持区分所有关系”。

〔51〕 Vgl. Hogenschurz, in: BeckOK WEG, 43. Aufl., 2021, § 17 Rn. 8; 陈华彬：《论建筑物区分所有权的剥夺——基于对德国法和日本法的分析》，载《法商研究》2011年第6期。香港法上，为了协助争议各方解决有关强制售卖引起的争议，政府发展局推出了调解先导计划，并提供财政支持，协助涉及或即将涉及强制拍卖申请的业主进行自愿性质的调解。

〔52〕 Vgl. Horst, Das „Messie-Syndrom“ im Immobilienrecht, NJW 2010, 827, 828; LG Hamburg, ZWE 2017, 34 (35).

得不接受的“轻微烦扰”。〔53〕

在判断区分所有关系是否可以继续维持时,需要考虑的核心问题是区分所有权人的义务违反是否可以纠正,以及将来是否存在持续影响共同体关系的风险。就此值得思考的是,如果区分所有权人长期违反对共同体的义务,区分所有关系是否必然难以维持。根据2020年修改前的德国《住宅所有权法》第18条第2款第2项,“超过三个月迟延履行其负担和费用承担义务”被认为是符合该条第1款的“典型情况”。即使区分所有权人在收回所有权判决生效后及时履行迟延债务,〔54〕也被德国联邦最高法院认为不影响该条第1款的适用。〔55〕但考虑到强制售卖的法律效果是剥夺区分所有权人享有的所有权,德国联邦最高法院的立场似乎过于严苛,在法律救济与所有权保护的平衡上有失妥当。区分所有关系能否维系的判断需从客观实际出发,如果义务违反者已经改正了之前的不当行为,且对其他区分所有权人的正常利用不存在潜在的影响可能,即使其他区分所有权人基于先前情况主观上不愿再信任该义务违反人,也不应证成所有权的收回。试想,在前述案例中,如果区分所有权人不仅及时清偿了延期债务,还为将来债务的履行提供了担保,此时如还坚持区分所有关系无法维系显然与客观实际不符,将使强制售卖制度沦为当事人主观恣意的利益实现工具,导致“多数人暴政”的出现。

## 2. 程序性要件

除了前述两项实体性要件,强制售卖还需要以共同体的多数决通过为程序性要件。就此,不同立法例设置的门槛有所不同。根据修改前的德国《住宅所有权法》第18条第3款的规定,收回所有权的决议需要有投票权的住宅所有权人的半数以上通过。相比之下,日本和我国台湾地区所要求的通过比例则相对较为严格,〔56〕我国香港地区“原则90%,例外80%”的要求更是和德国形成了鲜明对比。

法律上的各种比例要求本身是立法者政治决断的产物,但其间并非全无理性可言。在判断强制售卖中共同体多数决的比例要求时,不妨以立法者在关联或类似制度下表达的结论为基础,通过利益对比确定较为合理的范围。首先,根据《民法典》第278条第2款的规定,凡业主共同决定事项均需由“专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决”,就其中的重要事项(《民法典》第278条第1款第6—8项),还需经“参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意”。由此形成的结果是,在保证参与表决者数量符合规定的情况下,重要事项的通过最终仅需业主人数和区分所有权份额同时过

〔53〕例如,基于对政治立场自由的尊重,即使区分所有权人为某一政治组织工作,导致其他区分所有权人处于被其政敌攻击的危险下,也不属于严重违反对其他住宅所有权人的义务。Vgl. Hogenschurz (Fn. 51), 43. Aufl., 2021, § 17 Rn. 9. 2.

〔54〕2020年修改前的《住宅所有权法》第19条第2款规定:“在第18条第2款第2项的情况下,住宅所有权人可以在拍卖成交前阻止第1款规定的判决效力发生,为此,他要履行因其未被履行而引起判决发生的义务,包括赔偿因诉讼和拍卖程序产生的费用,以及履行其他到期的负担和费用承担之义务。”如果严格适用该款规定,在区分所有权人履行迟延债务后,原本的收回所有权判决效力本应废止。

〔55〕Vgl. BGH, ZWE 2007, 191 (191). 国内学者对该案的简要介绍,参见杨代雄:《〈德国住宅所有权与长期居住权法〉简要评注》,载前引〔36〕,张双根等主编书,第191页。

〔56〕根据日本《有关建筑物区分所有等之法律》第58条第2款和第59条第2款的规定,区分所有权拍卖决议需要区分所有权人及表决权各四分之三以上同意。根据我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第31条的规定,区分所有权人会议决议应有区分所有权人及区分所有权比例合计三分之二以上出席,并且以出席人数及区分所有权比例四分之三以上为通过条件。

半 ( $2/3 \times 3/4 = 1/2$ ) 即可。问题在于,第 278 条第 1 款第 6—8 项所针对的事项往往落入共有权的权利范围,并不涉及对于个别业主专有权利的剥夺。考虑到二者在权利可受限制上的程度差异,应认为《民法典》第 278 条第 2 款为强制售卖的比例设定了一条底线,即强制售卖的通过比例应高于该条规定。由此,德国和我国台湾地区的比例规则因为不高于该底线而不应被采纳。

其次,根据《民法典》第 301 条的规定,在按份共有关系下,对于共有物的处分或其他重要决定应经占份额三分之二以上的按份共有人同意。以处分为例,当少数共有人反对处分时,该条所确立的多数决规则实际上也是多数共有人对于少数共有人所有权(份额)的“强制售卖”。考虑到建筑物区分所有下专有权人对于专有部分的使用往往有着值得保护的利益(典型如居住利益),应认为《民法典》第 301 条也设置了一条底线,即强制售卖的决议比例应高于整体份额的三分之二。

对前述两条底线进行综合可得,强制售卖的决议比例应该高于“参加强制售卖决议的业主数占总人数的三分之二,同意强制售卖的业主人数占总人数的二分之一、专有部分面积占总面积的三分之二”。所以,日本法上的“双四分之三”和香港法上的“原则 90%,例外 80%”都可以作为候选规则。考虑到强制售卖制度在拆迁领域潜在的适用空间以及中国拆迁过程中的现实情况,本文更偏向于采纳类似香港法上的比例要求。鉴于此,《深圳经济特区城市更新条例》第 36 条规定的“双 95%”的严格规则应予赞同。

## (二) 强制售卖的实现机制

### 1. “强制缔约+公开拍卖”的双层结构

在承认强制售卖或类似制度的立法例下,所有权的剥夺大多通过公开拍卖实现,即其他业主或区分所有共同体向法院诉请拍卖存在严重义务违反行为的业主的区分所有权,香港法上的强制售卖更是将物业整体作为公开拍卖的标的物。采取公开拍卖的方式虽然可以通过市场化的竞拍机制最大程度保障被出售区分所有权的业主的利益,但仅依靠公开拍卖可能不利于区分所有共同体关系的长期稳定存续。<sup>[57]</sup> 原因在于,经过公开拍卖取得所有权的受让人可能来自外部。此时,其他业主或区分所有共同体无法对其直接进行约束,先前出让人引发的问题有可能再次出现。即使在公开拍卖程序中赋予其他业主在同等条件下的优先购买权,仍可能面临外部人士出价更高的情况。因此,采纳公开拍卖模式的立法例往往会针对特别情形通过法律规定直接限制受让人。例如,在涉及建筑物重建争议的强制售卖中,为了避免受让人对重建决议表示反对,取得所有权的受让人被视为同意重建(我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第 14 条第 2 款、日本《有关建筑物区分所有等之法律》第 64 条),但这些规则仍属于特殊规定,缺乏一般性。

并且,在以“新宇公司案”为典型的商业性区分所有关系纠纷中,申请强制售卖的业主对于待售卖的份额可能具有特殊的利益,如果使其获得被强制售卖的份额,在化解冲突的同时还可以减少区分所有的业主数量,这与法律上尽可能减少共有的倾向也一致。所以,本文以为,在比较法通行的公开拍卖模式的基础上,还可增设其他业主的强制缔约作为前置程序。在该模式下,有

[57] 此外,公开拍卖本身也可能导致被出售区分所有权的业主的利益无法得到充分保障,这主要是因为当前司法拍卖制度在评估定价机制上存在明显缺陷。相关分析参见刘东:《挑战及应对:网络司法拍卖新发展》,载《东岳论丛》2020 年第 6 期。

意购买待售卖区分所有权的其他业主可以向被强制出售的业主发出要约主张强制缔约,并最终通过有效的买卖合同请求其移转所有权。<sup>[58]</sup> 如果购买该专有部分业主无意转售,则区分所有关系下的业主总数量减少,产生纠纷的可能性也相应降低;如果有意转售,则可以通过买卖合同中的合同约定限制新进入共同体的业主,在该业主同样存在严重的义务违反行为时,该专有部分出卖人可以直接通过合同救济的方式解决问题,无需再次诉诸强制售卖制度。

当然,引入强制缔约作为前置程序并不排斥公开拍卖,如果区分所有关系下的业主均未表示购买待出售区分所有权,则进入公开拍卖程序。此种是否购买的表示应当在申请强制售卖时一并提出,否则视为不购买。并且,在强制缔约中也需要对区分所有权进行合理的估值,以保障被剥夺所有权的业主的正当利益。例如,申请人提出强制售卖申请时给出的缔约价格如果不符合合理价格的要求,且经法院释明后仍不改变,可视为放弃缔约,确定应强制售卖后直接进入公开拍卖程序。

## 2. 强制售卖价格的确定

不论是公开拍卖还是强制缔约,在进行强制售卖的过程中,一旦法院认可了强制售卖请求,争议各方当事人所关注的核心问题便基本聚焦于强制售卖的价格如何确定。公开拍卖主要通过司法拍卖的方式实现,就此,《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》已有具体规定。而在强制缔约下,法院并不直接参与交易定价,有意购买待出售份额的要约人在发出要约时便应明确价格,并附上其所提出的价格的估值依据,而受要约人如果对于该价格有异议,同样可以自行委托相关机构进行评估并出具证明。在双方无法就交易价格达成合意时,法院应结合双方提供的评估报告以及案件的实际情况裁定最终的售卖价格。但需注意的是,法院在裁定价格时仍应以尊重当事人意思自治为基础。具体而言,无论待出售份额的市场价格如何,法院最终确定的价格不应低于买卖双方提出的价格中较低者。<sup>[59]</sup> 背后的道理在于,当法院在价格确定机制中扮演最终决定者的角色时,其确定价格的行为实质上是在划分整个交易的总剩余。<sup>[60]</sup> 法院定价越低,被强制出售份额的业主的生产者剩余相应也就越少。考虑到强制出售的结果是所有权剥夺,在不损害购买份额一方利益的情况下,应当避免减少生产者剩余。而当购买份额一方提出的价格高于市场价格时,说明其主观效用高于市场定价,此时按照主观效用的水平分配资源也不会造成经济效率上的损失。所以,在“新宇公司案”中,考虑到该商铺的实际价值,法院以新宇公司在二审阶段表示愿意将赔偿增加至68万元为基础,对一审赔偿数额判项进行变更的做法应予赞同。

[58] 如果有多个业主表示希望购买且互相之间无法达成合意,首先应按照同等条件出价高者优先的规则进行排序,如果有多个业主提供了同等条件的要约且无法达成共有合意,则应由业主大会通过决议确定该部分区分所有权的利用与处分。

[59] 在香港土地审裁处的土地征收裁决实践中,曾经出现过裁定赔偿金同时低于政府提议数额和当事人请求数额的情况。参见前引[38],林峰文。

[60] 总剩余的概念以马歇尔提出的消费者剩余概念为基础,其等于交易中买方愿意支付的最高价格减去卖者的实际成本。根据福利经济学的观点,当资源配置使得总剩余最大化时便是最有效率的资源配置方式,在此基础上需要进一步考虑的是平等问题,即市场上的各个买者与卖者是否有相似的经济福利水平。相关介绍参见〔美〕格里高利·曼昆:《经济学原理:微观经济学分册》,梁小民、梁砾译,北京大学出版社2015年版,第156-157页。在正文所述情况下,总剩余已经确定,因而法院在确定价格时所关心的核心问题应该是如何尽可能实现平等。

## 五、结 语

综上所述，“新宇公司案”中真正引发当事人争议并值得深入研究的，并非所谓的履行费用过高下的违约方解除权，试图以合同履行规则解决该案可谓误入歧途。该案的关键实则在于如何处理区分所有关系下所有权人之间存在的意见冲突，以及在特殊情况下能否强制剥夺部分业主的专有部分所有权。就此问题我国现行法律明显关照不足，相关规定多集中于共有部分或共同管理事务。在现行法的框架下，以《民法典》第132条结合第272条论证出强制售卖制度当然可以作为权宜之计，但更为合适和彻底的做法，或许是直面这一问题，并在将来的法典修改或特别法中正面规定该制度。<sup>〔61〕</sup>

---

---

**Abstract:** Former literature on the case of commercial shop sales contract disputes between Xinyu Company and Feng Yumei mainly focused on the defaulting party's right of termination under excessive performance costs, which was a misconception. The undue limitation and expansion of "excessive performance costs", as well as the reasoning from costly performance to termination in the decision, were both wrong. Compulsory sale, which based on the inherent limitations of ownership under condominium relationship and the requirement to prohibit abuse of rights, can serve as the general solution to this case and similar dispute. Its essential lied on the preservation of the community under condominium ownership. Compulsory sale requires both a serious breach of duty and the inability to continue the relationship substantially, and a special majority vote of the owners procedurally.

**Key Words:** costly performance, the defaulting party's right of termination, compulsory sale, condominium relationship

---

---

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

---

〔61〕 在《民法典》编纂过程中也有学者再次提出应当明文认可建筑物区分所有权剥夺制度。参见陈华彬：《我国民法典物权编所有权规则立法研究》，载《政治与法律》2018年第10期。

## 论债券预期违约救济的法理基础及分类构造

季奎明 陈霖\*

**内容提要：**公司债券具有继续性和关系性合同的性质，是以信用为基础的金融工具，在持续履行过程中的信用风险如何解决，是一个重要议题。我国债券司法实践中有在发行人预期违约下提前解除债券合同之做法，其目标是为受侵害之投资者提供加速到期之救济。然而债券上不仅承载持有人的期待利益，亦存有债务人之期限利益，司法上需要考虑两者之间的平衡，避免风险负担的转嫁和扭曲。对此，我国法上虽无债券加速到期制度，但观诸域外立法例以及《民法典》中体现的信用交易的规范理念，应当对之有所区分和调和。司法上宜以信用风险程度之大小为基础分别适用渐进式解除权和径直式解除权；以合同目的无法实现作为共同要件，准确把握解除权的构成要件；以商事准则为基础进行综合判断，避免债权人解除的任意化；促进债券商事信用的建设。

**关键词：**预期违约 期限利益 法定解除权 债券信用风险

### 一、债券预期违约救济的“法”与“理”

#### （一）预期违约救济的现实基础：债券到期之前的信用风险

公司债券是典型的信用载体，这种信用具体而言是持有人相信发行人将按照发行债券时的承诺保障债权人的权益和未来收益，<sup>〔1〕</sup>在履行期限到来前发行人负有维持信用的义务，若发行人的商事信用因其自身行为或外部因素而贬损甚至丧失，则债券继续履行之信任基础也危在旦夕，信用风险转化为预期违约风险，这可以发生在债务履行期到来之前。金融领域双方交易的标的是未来净现金流入，各类金融工具都是预期未来净现金流入，这种预期会随着信息和激励约束条件的

\* 季奎明，华东政法大学经济法学院教授；陈霖，华东政法大学经济法学院硕士研究生。

〔1〕 参见刘迎霜：《公司债：法理与制度》，法律出版社2008年版，第26页。



变化而变化。<sup>〔2〕</sup>在履行期到来之前，发行人陷入违约风险时，持有人不可能无所作为而等待履行期限的到来，这就产生了持有人主动救济的需求。

但是，目前我国债券市场正处于剥离政府信用而转向商事信用的转型阵痛期，路径依赖下依然存在市场人为割裂、刚性兑付落空、多头监管套利等发行弊病，<sup>〔3〕</sup>具体而言，债券信用评级制度失灵、债券利率的风险定价机制失效、债券发行人信息披露失实、债券持有人集体行动机制失能，在信用风险下持有人与发行人的自主协商机制无法有效起到定分止争、化解风险的作用，债券信用基础丧失情况下持有人最终不得不选择终结双方合同关系，通过司法诉讼求偿机制解决纠纷，然而我国以股为中心的偏正结构型证券立法又无相应的债券加速到期等制度供给，在此背景下，投资者需要提前实现救济，要求发行人还本付息从而使自己的债权风险得到化解，这是法定解除权在债券纠纷中被应用的一个现实前提。

## （二）债券预期违约救济的民法逻辑

### 1. 债券合同论

法律不是完全的，所以在适用法律时需要借助法律解释和法律补充进行法条的组合，形成完全的法律规定。<sup>〔4〕</sup>在特别法上无法寻得解决救济的法律规范后，投资者和司法机关从合同法的债法原理中寻求规范补充供给。一般认为，民法和商法存在交叉部分，民法中债法的基本理论是公司债的法理基础。<sup>〔5〕</sup>正如钱玉林所言之商法与民法之“人”字交叉关系，民法基本法在我国商事纠纷解决中亦承担了一般性规则供给的作用。通说认为，债券交易的商事实质是基于契约自由的意定之债。<sup>〔6〕</sup>这包含了将“债券”这一经济生活事实涵摄于“合同之债”这一法律概念的逻辑判断，认定债券上所表征的权利不过就是“证券化了的债权”。而债权，依照《民法典》第118条第2款的规定，是权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。债券债权表现为债券持有人在债券到期时请求发行人偿还本息的请求权。<sup>〔7〕</sup>基于这样的判断，债券合同论成为我国司法实践的一种主流观点，并指导着合同法在债券纠纷中的援用。

### 2. 未到期债权、期限利益与履行迟延

韩世远认为，履行期到来前的债权是具有期待权色彩的、请求力不足的不完全债权。<sup>〔8〕</sup>申言之，若债券规定的还本期限未届至，债券持有人对发行人无本金请求权。在此期间，若发行人发生信用风险，为避免风险扩大至债权最终无法实现，债券持有人欲求摆脱双方之间的债务期限束缚，要求提前归还本金。但是由于约定的本金债务履行期限尚未届至，持有人无法基于履行迟延而主张强制履行和违约责任，则未到期之债券持有人应当如何实现救济？为了化解债权风险，提前收回本金，持有人期待绕开契约自治对债务履行期限的限制，寻求法定解除权等合同法制度

〔2〕 参见汪其昌：《金融本质和金融工具与合同法和金融法律关系》，载赵万一主编：《合同法视野下公司法与金融法的适用》，法律出版社2017年版，第195-216页。

〔3〕 参见范鑫：《公司信用类债券发行注册制的时代构建——以商事信用流转为中心展开》，载《证券法律评论》2020年卷，中国法制出版社2020年版，第174-196页。

〔4〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，台北元照出版社2019年版，第361页。

〔5〕 参见前引〔1〕，刘迎霜书，第62页。

〔6〕 参见冯果等：《债券市场风险防范的法治逻辑》，法律出版社2016年版，第236页。

〔7〕 参见《公司法》第153条、第154条；《银行间债券市场非金融企业债务融资工具管理办法》第2条。

〔8〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第563页。

填补其救济,嗣前消灭或者嗣后终止合同的约束力,从而剥夺发行人享有的债务期限利益和资金用益利益,实现投资的返还。

### 3. 预期违约下的解除合同:间接实现债券加速到期

因违约而发生的合同解除,在功能上具有守约方“合同义务的解放”与“交易自由的回复”,以及违约方“合同利益的剥夺”之效果。<sup>〔9〕</sup>债券持有人通过解除合同可以实现“加速到期”的效果,剥夺了发行人依据募集说明书条款享有的期限利益,得从消极地容忍发行人占用资金的义务中解脱出来。

在解除效果上,需要对一时性合同和继续性合同进行区分,继续性合同被解除通常不产生恢复原状义务。<sup>〔10〕</sup>债券发行人基于自身对市场的投资承诺及投资者的投资预期决定了债券合同的继续性质,<sup>〔11〕</sup>债券合同被解除后不产生恢复原状义务,但因债务人受领货币资金的法律上的原因被合同解除消灭,债务人因此而负担不当得利的返还义务。而且,在履行效果上,由于法定解除权属于当事人单方的形成权,无需经过债务人同意,则可以达到即时加速到期的效果,即使债务人对此表示异议,此后经过诉讼确认解除时点亦可追溯至债权人单方发出通知之时。同时,解除合同并不妨碍损害赔偿的主张,就合同解除之后的资金使用行为给债权人带来的损失,法院亦得判决债务人予以赔偿。对于合同解除之后损害赔偿的计算,实践中以《民法典》第584条的可得利益规则确定损失,参照债券票面利率而非同期银行同业存款利率进行确定。通过授予预期履行利益的损害赔偿,持有人按照债券合同享有的本息同时受到了法院的实质保护,实现了提前到期的效果。

### (三) 提前解除的司法政策之确立

追根溯源,对于民商事合同提前解除的司法政策,司法机关在2008年就已经通过司法文件的形式确定下来。根据最高人民法院发布的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第17条的精神,当事人一方已经完全履行给付义务,即使约定的价款期限未届至,债务人有拒绝履行、预期履行不能等情形,当事人诉请付款方支付未到期价款的,除非付款方已经提供适当的担保,否则收款人可以依据不安抗辩权、预期违约等规则解除合同。<sup>〔12〕</sup>提前解除合同成为解决债券纠纷的常用法律救济手段,使持有人可以绕开期限屏障请求偿付,主张还本付息。而2019年最高人民法院发布的《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》则将“债券募集文件关于预期违约、交叉违约等的具体约定以及发生事件的具体情形”作为发行人提前还本付息的考量因素。该《纪要》还规定,债券持有人依据发行人存在欺诈发行、虚假陈述等事由提前解除合同,法院应当综合考量行为是否足以导致合同目的不能实现等因素予以确认。上述两个司法文件规定了提前解除合同的做法,但是停留在确认司法政策的层面,并未对基层法院给予统一明确的审判指导。

〔9〕 参见前引〔8〕,韩世远书,第649页。

〔10〕 参见前引〔8〕,韩世远书,第674页。

〔11〕 参见前引〔6〕,冯果等书,第240页。

〔12〕 该文件规定了加速到期的一些参考因素:有确切证据证明付款方明确表示不履行给付价款义务,或者付款方被吊销营业执照、被注销、被有关部门撤销、处于歇业状态,或者付款方转移财产、抽逃资金以逃避债务,或者付款方丧失商业信誉,以及付款方以自己的行为表明不履行给付价款义务。

## 二、债券预期违约救济司法现状之梳理

### （一）“合同目的不能实现”的司法判定

在本金到期前，债务人可能出现利息违约的情况，根据多则判例，法院普遍认定利息违约属于根本违约：因投资者购买债券的主要合同目的在于“获取利息”，发行人利息违约的行为使投资者的合同目的无法实现，构成根本性违约，投资者可以解除合同。<sup>〔13〕</sup>这是实践中最为典型的做法，将按期受偿利息的投资目的认定为“合同目的”，迟延付息则造成“合同目的的落空”。

除了利息违约外，违反其他合同义务也可能被认定为“根本违约”。证券信息披露义务的履行确保发行人信息的透明，是市场定价、投资决策、风险警示等的重要基础。在债券投资中，发行人充分的信息披露揭示发行人的偿债能力和偿债意愿，保护债券持有人利益，属于债券发行人的一项重要附随义务。在发行人递延付息不构成违约的永续债券下，法院认为发行人的持续信息披露违规行为损害了债券的流通性，因而导致持有人欲通过出售票据收回本金的目的无法实现，构成根本违约。<sup>〔14〕</sup>除此之外，为保障债权人权益，在债券发行时投资者可能与发行人约定了若干投资者特别保护条款，其中亦可能规定发行人的担保义务以保障债券本息的实现，构成发行人的一项从给付义务。司法实践中，存在以发行人出现利息违约，且未能履行双方约定的维持担保物价值条款的义务，导致投资者获得投资收益的主要合同目的无法实现，而认定构成根本违约的做法。<sup>〔15〕</sup>此处我们可以看出，法院在论证过程中基本上把“合同目的的实现”推定为“合同义务的全部履行”，等同于合同履行的完满形态，债券发行人主给付义务、从给付义务和附随义务的违反都可能引致解除权的发生。

### （二）法定解除权依据选择及违约认定

#### 1. 法定解除权依据之选择

由于我国法定解除权制度具有混合继受的特征，规范之间可能存在适用上的重叠。在现行制度下，履行期到来前债券发行人陷入履行不能之虞时，债权人既有可能通过主张债务人构成预期违约而解除合同，也有可能通过行使所谓不安抗辩权继而解除合同。因此，在债券预期违约纠纷中对于解除权依据的选择，有原《合同法》第94条第2项和《合同法》第69条两种路径。在景顺长城诉中城建债券交易纠纷一案中，发行人出现多期债券违约，期间转让其名下多家公司股权，偿债能力严重下降，法院认为：其可能丧失履行债务的能力时，持有人行使不安抗辩权，中止履行并以函件、决议等形式要求增加担保，但是发行人拒绝履行，因此可以解除合同。<sup>〔16〕</sup>同样的情形，实践中更为主流的做法则是认定发行人是“以行为表明不履行主要债务”，构成默示的预期违约。以上规范对于解除权的构造是不同的，因此会对权利的行使要求和法律效果产生不同的影响，亦会产生不同的疑问，这在债券合同解除纠纷中亦然，其具体情况将在下文展开。

〔13〕 参见北京市第二中级人民法院（2019）京02民初409号民事判决书；广东省深圳市南山区人民法院（2019）粤0305民初5614号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2017）沪01民初716号民事判决书。

〔14〕 参见上海市黄浦区人民法院（2017）沪0101民初13670号民事判决书。

〔15〕 参见广东省深圳市南山区人民法院（2018）粤0305民初17751号民事判决书。

〔16〕 参见上海市黄浦区人民法院（2017）沪0101民初13670号民事判决书。

## 2. 债券发行人预期违约的判定

### (1) 明示不履行

若发行人在履行期限到来之前明确表示其无法履行兑付义务,则债权人可以依据《民法典》第578条主张债券发行人构成预期违约,要求其承担违约责任并解除合同。最高人民法院在一则判决中表示:债务人向债权人明确表示无法履行本案涉诉债券清偿义务,且在案件审理过程中债务人明确认可债权人要求提前到期的理由,因此即使债券募集说明书中没有约定加速到期条款,亦可以加速到期。<sup>〔17〕</sup>在华溢之星诉无锡五洲国际装饰城一案中,债券发行人无锡五洲发行的“16锡洲02”债券连续两年利息违约,且发行人在上交所官方网站发布公告表示公司经营困难无力支付债券本金及利息,法院结合债券发行人对外偿付能力、无力履行的意思表示等事实,认定发行人构成预期违约,对债权人提前解除合同的请求予以支持。<sup>〔18〕</sup>

### (2) 在本债中拒绝追加担保或采取补救措施

法院普遍认为在发行人偿债能力面临危机的背景下,发行人负有积极作为以保障债权人的履行期待的义务,故可以通过发行人的消极状态推定其存在拒绝履行主要债务的意思,从而得出违约的结论。具体而言,这种消极状态的“不作为”既包括发行人“未履行增加担保义务”的“不作为”,也包括发行人资信状况恶化时“未支付任何款项及采取相应补救措施”的“不作为”。

在债券募集文件条款对于债务人追加担保义务有明确约定的情况下,违约的认定也比较简单:在大成基金与神雾集团债券交易纠纷案中,案涉债券的募集说明书明确约定债券担保物价值下降时发行人有追加担保的义务,发行人未履行追加担保的义务,未能维持担保比例不低于140%,构成违约,结合发行人利息违约、涉案可转债不能依约换股等事实,法院确认并支持了持有人提前解除的请求。<sup>〔19〕</sup>在鹏华基金诉深圳一体投资一案中,案涉债券约定了发行人维持担保比例的义务,发行人未能依约使担保比例维持在110%以上,构成违约,法院认定该违约行为以及利息违约等情况共同导致投资者的主要合同目的无法实现,投资者有权解除合同。<sup>〔20〕</sup>

若债券募集说明书未约定追加担保义务条款,在发行人出现其他债券违约、资产冻结等偿付能力危机事件时,持有人另以持有人会议决议、催告函等形式要求发行人追加担保、采取补救措施等,但是发行人予以拒绝的,也可能认定其构成预期违约。在平安银行诉中冶和中城建一案中,尽管案涉债券为可递延付息的永续中期票据,但是发行人财务状况恶化,案涉债券评级下降,持有人会议作出决议要求中城建公司提供信用增进措施、增加交叉违约条款后,中城建公司均未同意,以行为表明不履行债务构成预期违约。<sup>〔21〕</sup>而在国联安诉中城建一案中,发行人资信状况恶化且不能支付案涉债券利息,持有人起诉要求解除合同,法院认为被告对未到期债务无法确保能如期支付,也不能提供进一步的保证措施,认定预期违约具有事实依据,<sup>〔22〕</sup>尽管该案中未有证据表明

〔17〕 参见最高人民法院(2016)最高法民终397号民事判决书。

〔18〕 参见北京市高级人民法院(2018)京民初字第188号民事判决书。

〔19〕 参见北京市第一中级人民法院(2018)京01民初460号民事判决书。

〔20〕 参见广东省深圳市南山区人民法院(2018)粤0305民初17751号民事判决书。

〔21〕 参见北京市高级人民法院(2017)京民初字第54号民事判决书。

〔22〕 参见上海市第一中级人民法院(2017)沪01民初716号民事判决书。

持有人向发行人提出过追加担保要求，法院仍以司法裁判方式推定发行人不提供担保，构成以行为表明拒绝履行，从而属于预期违约，这是一种司法上的拟制，但似乎存在逻辑论证上的跳跃。

### （3）其他债券中的违约

因为在债券到期前要认定债券发行人存在违约行为面临较大障碍，所以发行人其他债券的违约行为随之成为持有人起诉要求解除的重要依据，也是司法上判断预期违约的考量因素之一。对于发行人存在其他债券违约行为能否推导出涉案债券的预期违约，司法实践上有不同意见。一种观点认为，若没有规定交叉违约条款，则债券违约并不具有传染性。云南省高院认为，债券没有交叉违约的约定，其他案件中的违约情形及涉诉情形均不能成为永泰公司构成违约的依据。<sup>〔23〕</sup>上海浦东新区法院认为：“每一项债券的发行和兑付均系被告的独立履约行为，对其中任何一项债券丧失兑付能力并不必然延及其他债券的兑付结果。”<sup>〔24〕</sup>但是在徽商银行与安徽外经合同纠纷案中，债务人出现其他债券违约行为且至今未支付任何款项和采取补救措施，即使涉案债券未到期且无交叉违约规定，法院认为发行人仍构成预期违约。<sup>〔25〕</sup>而在一起永续债解除纠纷中，由于发行人递延付息不构成违约，法院则以发行人其他债券违约以及拒绝采取相应补救措施的行为作为依据，认定其对案涉永续债构成了违约，也属于违约具有传染性的观点。<sup>〔26〕</sup>

### （三）对现状的检讨

#### 1. 债券“合同目的无法实现”的认定

法院对于债券纠纷中“合同目的无法实现”的认定存在简化过度的缺陷，裁判说理不够充分，这模糊了“合同目的”的边界，导致“合同目的无法实现”异化为任意的兜底性规定，无法衡量违约行为后果的严重程度，失去了原有拘束解除权滥用的作用。司法应当精准定位特定金融产品投资的“合同目的”，不能将“合同目的”等同于“合同义务”；须仔细判断案涉行为后果的严重程度，并衡量其对于合同目的的最终实现造成的影响，而非以静态的合同实现状态概而论之，不能将“合同目的的实现”等同于“合同的完满履行”。

#### 2. 解除权规范竞合情形需要厘清

在处理规范竞合的情形时，法院对于不安抗辩权和预期违约解除权的适用关系未能厘清，导致出现法院表面上是在适用预期违约规则，但实践上却采取了类似不安抗辩权规范构造的说理思路，对债务人施加提供担保的要求，追加担保义务的履行成为法院判断预期违约的最主要依据。但是由于法院最终援引的并非不安抗辩权规范，故在判断和说理时又舍弃了不安抗辩权基础上解除权的期限、催告等限制性要件，这种法律适用上的错配可能导致实践效果的南辕北辙，使解除权的门槛过于宽松，这让法院保护投资者权益的初衷异化为扭曲的风险规避渠道。

### （四）争议核心的总结：信用风险与期限利益

信用风险的分配与预测是债券投资的基础。债券合同提前解除的争议本质在于债券发行人信用风险下的加速到期问题。债券发行人所享有的信用授予具有长期性，而信用风险由于金融市场的动态性和复杂性而具备多样形态。按照正常的债券市场逻辑，投资者基于债券信用评级和发行

〔23〕 参见云南省高级人民法院（2018）云民初122号民事判决书。

〔24〕 上海市浦东新区人民法院（2015）浦民六（商）初字第4310号民事判决书。

〔25〕 参见安徽省合肥市中级人民法院（2019）皖01民初1482号民事判决书。

〔26〕 参见北京市第二中级人民法院（2018）京02民初6号民事判决书。



人主体信用评级、债券本身的信用保障措施等判断债券的违约风险,作出投资决策后应当自行承担违约风险和违约的后果。<sup>〔27〕</sup> 据此应当着重思考:在履行期间出现的信用风险在何种情况下超越了合同约定安排甚至违背了金融市场秩序,从而使得加速到期具有正当性。

由于目前我国立法上尚无债券加速到期的特别规定,在债券募集文件中亦无明确约定的情况下,需要通过解除合同迂回地实现加速到期的效果。所以,亦须进一步考量:债券持有人对于债务人未来会履行债务的期待是否被直接危及甚至剥夺,从而使得提前解除的救济成为必需。合同的基本目的在于保证当事人对已同意的风险分配的服从。<sup>〔28〕</sup> 合同的解除是对原有风险分配的否定和推翻。从合同法的规范理念上考量,合同解除是“契约严守”原则的例外,法律规定的合同解除条件或原因必须严格,否则将危及交易安全与市场信心。<sup>〔29〕</sup> 所以解除不得任意化。风险计算是缔结契约的轴心,其等式计算包括预期收益和损失风险两个因素,缔约前提是通过“信任”和“制裁”实现等式的正值化,“制裁”以惩罚背叛行为的威胁降低了损失的风险,但信任具有更决定性的作用。<sup>〔30〕</sup> 即使是法定解除权,其在债券纠纷中的适用,也应当能发挥其预防和制裁债券发行人机会主义行为的作用,在维护信用的同时依照市场逻辑处置信用风险,并以最大努力促进契约义务的履行,这是一个非常重要的出发点。

### 三、债券发行人预期违约之分类模式

#### (一)“合同目的无法实现”作为共同限定要件

合同法规定根本违约规则的目的在于限制解除权的适用范围,<sup>〔31〕</sup> 一般而言非根本违约不得解除,其判断标准为违约结果的客观严重性,即是否实际剥夺了债权人的履行利益。<sup>〔32〕</sup> 在违约风险化解语境下债券违约是发行债券的根本性违约,即债券发行人实质上无法履行债券的本息兑付义务,债券持有人投资无法收回。<sup>〔33〕</sup> 所以,在债券纠纷中应用违约解除权,也需要以合同目的无法实现为共同的要件,在具体判断时从违约行为给守约方造成的经济损失的角度界定不能实现合同目的的意义,<sup>〔34〕</sup> 必须考虑债务人违约行为给持有人造成的损害后果的严重程度。

#### 1. 债券合同目的的识别

崔建远回溯原《合同法》立法过程,认为“不能实现合同目的”与“(严重)影响订立合同所期望的经济利益”具有相同或相似的含义。<sup>〔35〕</sup> 合同目的连接着最为核心的履行利益,是通过主要债务的履行实现的。债券投资者的收益权对公司而言是一种固定要求权,但由于投资资本的预付性,作为信用购买者的投资者承担着发行人商事信用风险。<sup>〔36〕</sup> 从债券投资的市场特性上考

〔27〕 参见窦鹏娟:《新常态下我国公司债券违约问题及其解决的法治逻辑》,载《法学评论》2016年第2期。

〔28〕 参见管斌:《金融法风险逻辑》,法律出版社2015年版,第93页。

〔29〕 参见刘凯湘:《民法典合同解除制度评析与完善建议》,载《清华法学》2020年第3期。

〔30〕 参见〔英〕休·科林斯:《规制合同》,郭小莉译,中国人民大学出版社2014年版,第106-111页。

〔31〕 参见王利明:《论根本违约与合同解除的关系》,载《中国法学》1995年第3期。

〔32〕 参见赵文杰:《〈合同法〉第94条(法定解除)评注》,载《法学家》2019年第4期。

〔33〕 参见前引〔6〕,冯果等书,第244页。

〔34〕 参见崔建远:《论合同目的及其不能实现》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第3期。

〔35〕 参见崔建远:《合同一般法定解除条件探微》,载《法律科学》2011年第6期。

〔36〕 参见刘迎霜:《公司债券投资者保护理论与制度》,载《月旦财经法杂志》2010年第12期。



察，债券投资者主要是通过授信获得固定投资收益，而收益与风险具有相称性，高收益债券（high-yield bonds）通常也是高风险债券。低风险的债券投资人的合同目的主要是隔离企业经营风险，投资企业的信用和偿付能力较好，而债券投资人的收益一般也不与该企业盈利情况挂钩，而是获得固定的投资收益；而高风险债券投资具有“冒险游戏”的特征，市场逻辑下的高收益债券的合同目的天然地包含着“无法实现”的潜在风险，发行企业的信用和偿付能力较差，其本息的偿还具有不确定性，融资需要付出更高的成本，投资者以较低的价格买入表征较高债权数额的高风险债券，享受较高的利息，若能实现本息偿付则可获得巨大的投资收益，故其投资本身具备射幸性质。法院在确定合同目的时应当考虑具体投资逻辑，依照投资产品的经济性质确定其“合同目的”，对此可以借助债券发行时的债务人主体信用评级、涉案债券信用评级、债务人公开披露的债券资金用途、债券利率和定价与市场平均水平的比较、债券的条款特殊约定等综合进行，这一点在股债区分日益模糊的现代金融产品下尤为重要，有助于贯彻“买者自负、卖者尽责”的原则。<sup>〔37〕</sup>

## 2. 违约后果严重程度的判断

范斯沃斯在其所著的合同法经典教材中认为，判断合同目的无法实现可以综合考量：债务人的违约行为在多大程度上剥夺了债权人合理期待的利益，以及其遭受剥夺的可能性、治愈违约的可能性、行为与诚实信用与公平交易的标准相符合的程度。<sup>〔38〕</sup>学理上认为，合同目的系通过给付义务的履行得以保障和实现。<sup>〔39〕</sup>如最高人民法院在一例判决中所言：“不能简单地由所违反条款的性质推断根本违约，而必须讨论这一违约是否会产生合同目的落空的结果。”<sup>〔40〕</sup>违反主给付义务以外的其他义务是否可以产生解除权，若合同中无约定，则需要个案中考察当事人的利益状态和合同目的。<sup>〔41〕</sup>债券信息披露义务属于合同附随义务，其违反并不必然影响发行人债券本息的完全清偿；履行过程中出现的利息迟延支付，属于有瑕疵的迟延履行，但是迟延履行并不必然导致根本违约，更何况是持续履行过程中的偶然迟延，在后期仍有治愈的可能性，裁判实践中将利息违约直接等同于根本违约的做法忽视了迟延履行与根本违约之间的程度差异，存在论证逻辑上的跳跃。

## （二）债券发行人预期违约的分类基础及理路：

### 1. 分类的必要性

#### （1）防止单方形成权的滥用

《民法典》合同编典型合同分编规定了部分信用交易的法定的加速到期规范以保护债权人利益，避免了债权人被动等待履行期届满方可行使相应权利的不利局面。例如，《民法典》第634条规定了分期付款买卖中的出卖人法定加速到期权利，以减小出卖人向买受人授予信用而面临的

〔37〕 最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要》中认为：在审理金融产品发行人、销售者以及金融服务提供者（以下简称卖方机构）与金融消费者之间因销售各类高风险等级金融产品和为金融消费者参与高风险等级投资活动提供服务而引发的民商事案件中，必须坚持“卖者尽责、买者自负”原则，将金融消费者是否充分了解相关金融产品、投资活动的性质及风险并在此基础上作出自主决定作为应当查明的案件基本事实，依法保护金融消费者的合法权益，规范卖方机构的经营行为，推动形成公开、公平、公正的市场环境和市场秩序。

〔38〕 参见〔美〕E·艾伦·范斯沃斯：《美国合同法》，葛云松、丁春燕译，中国政法大学出版社2006年版，第586页。

〔39〕 参见杜景林：《合同解除的体系建构》，载《法商研究》2020年第3期。

〔40〕 最高人民法院（2016）最高法再251号民事判决书。

〔41〕 参见谢鸿飞：《合同法学的新发展》，中国社会科学出版社2014年版，第389页。

风险,但是该加速到期权利亦对债权人设置了债务比例数额和合理期限催告的限制,防止出卖人任意提前到期。正因为其对法律效果产生的重大变更,所以加速到期应当以根本违约为前提。<sup>[42]</sup>法定加速到期权的行使攻击合同履行期限,产生了现时履行请求权,而解除权的行使攻击合同本身,变更了双方债务的性质,使意定之债变为法定之债,这是两者法效果上的区别。但是从实践意义上,两者均是对债权人的一种主动救济措施,且在适用上必须平衡考量双方当事人的权益,以防止单方形成权的滥用。在此前提下,分情形赋予债权人救济符合利益平衡原理的要求。

## (2) 衔接债券加速到期的原理

债券加速到期的原理与债券预期违约救济具有目标上的一致性,即同为在履行期限到来之前剥夺债务人基于契约享有的债务期限利益,实现授信的回转。所以,两者在法理上具有亲缘关系,从域外债券加速到期特别规定中提取债券加速到期原理,并以此作为衔接法定解除权规范适用与债券原理的一条重要线索,有助于优化债券合同提前解除的裁判效果,恰当平衡债券发行人与债券持有人之利益。

日本《公司法》中规定了债券的法定加速到期规范,其第739条规定了发行人出现利息违约的情况下,债权人会议作出决议后,执行人可以依据决议通知发行人在一定期间内清偿,若未按期清偿,则发行人丧失公司债总额的期限利益,但通知记载的期限不得少于两个月。<sup>[43]</sup>该条规定对利息违约采取了渐进式的加速到期模式,对债券持有人设置了“集体会议决议+通知催告”的程序性要求,并赋予发行人一定的保护期限,在该期限内发行人可以“治愈”自己的利息违约行为,从而避免加速到期的后果。而美国法上虽然债券加速到期权利没有在立法层面予以确认,但是作为示范法典的《美国统一商法典》第1—208条亦对加速到期的一般性权利进行了限制,要求提前履行或者提供额外担保的选择权只有“当诚信地认为清偿或者履行的前景堪忧时才能行使”<sup>[44]</sup>。同时,美国律师协会(ABA)起草的《信托契约示范文本(修订版)》对违约事件的认定和处置采取了详细而差异化的做法:对于利息的迟延支付需持续30天才构成违约事件;本金到期未兑付则构成违约事件;对于其他违反约定的行为,需要受托管理人或者债权达到一定比例的持有人向债务人送达违约通知,并经过60天的治愈期未能解决后才构成违约事件。对于上述违约事件情形,受托管理人或者持有代表超过25%的债权份额的持有人可以主张加速到期,但是该加速到期的主张也可以被持有相对多数债权份额的持有人所撤销。<sup>[45]</sup>

无论是日本还是美国,其债券加速到期实践均给予债务人一定的期限“治愈”,而不是径直地宣布加速到期;而且将加速到期的风险治理与债券上组织治理和程序治理进行了衔接,从而保障每个债券持有人在面临发行人信用风险时平等的知情权、表决权以及随之而来的受偿权,避免造成不公平的个别受偿;在加速到期的触发上,都对债权人的权利进行了限制,日本法将其限制在债务本息的实质性违约之情事,而美国法则对权利进行了“预期不能履行”的前置要求,以防止加速到期的随意化,保护债务人正当的期限利益;同时,不同类型的信用风险对于债权人的期

[42] 参见李建星:《法定加速到期的教义学构造》,载《法商研究》2019年第1期。

[43] 参见吴建斌:《日本公司法:附经典判例》,法律出版社2017年版,第349页。

[44] 美国法学会、美国统一州法委员会:《美国〈统一商法典〉及其正式评述》,孙新强译,中国人民大学出版社2004年版,第34—35页。

[45] See Section 6.01—6.02. Revised Model Simplified Indenture, 55 Bus. LAW. 1115 (2000).

待利益的损害和威胁程度是不同的，因此持有人享有的救济也进行了相应的区分。总体上，债券提前到期的门槛并不低，其标准细致而严格，尊重债务人依据契约享有的期限利益，依照风险事件的不同而设置了相应的程序对加速到期权进行缓和，促进双方通过再交涉妥善化解风险，这体现了商法上债务拯救之精神，避免了发行人债务的“硬着陆”。

## 2. 债券持有人救济的分类理路

### (1) 预期不能履行：渐进式模式

#### ① 从不安抗辩到预期不能履行

在我国法上，原大陆法系的不安抗辩权由于解除权的接入而超越了一般意义上的履行抗辩的范围。原《合同法》上基于不安抗辩权所设置的解除权经过《民法典》的修订后，成为预期不能履行下的解除权。《民法典》使预期不能履行被吸纳进入预期违约的规则体系。<sup>〔46〕</sup>该规则在债券发行人丧失偿债能力使得债券债务预期履行不能的情形中有适用空间，它赋予了债权人要求担保的权利和法定解除权，同时其以渐进式救济模式对双方合同利益进行了适当调和，对债权人施加了催告以及等待合理期限的前置门槛，可以避免径直解除带来的偏颇和破坏性后果，兼顾信用风险与期限利益。《民法典》第528条将不安抗辩后的合同解除视为预期不能履行下的解除，是对目前不安抗辩权规则与法定解除权规则的调和。在因发行人陷入预期不能履行之虞而适用《民法典》第563条第1款第2项时，可以参照《民法典》第528条的制度安排进行解释，以渐进式的解除权对预期不能履行进行处理，这样解释的原因主要在于：第一，由于是在第563条的基础上进行解释，故不会受到第527—528条的不安抗辩权规则体系的履行顺序要求限制，可以适当扩大预期不能履行规则的适用范围，避免“中止履行”的解释疑难；第二，预期不能履行下的解除权已经被纳入预期违约的规则体系，没有理由对同类情形因履行顺序的不同而作出差别化处理。

#### ② 适用情形

《民法典》第527条第1款列举了四种情形，但其在体系上既缺乏内部自洽性，也与其他规范发生了重叠冲突，因此需要进行解释上的加工以明确区分其适用情形。其第2项“转移财产、抽逃资金以逃避债务”规定的是债务人主观上拒绝履行的情形，应当属于《民法典》第563条第1款第2项的拒绝履行调整范围，因为在发行公司已积极主动地攻击契约履行基础的情况下，抗辩已经无法为债券持有人提供有效及时的救济。除第2项外，提炼第527条第1款各项共性，可以发现该条款核心在于第4项的“债务人丧失偿债能力”，不论是商业信誉还是经营状况，都与偿债能力存在牵连关系，从第528条规定的“恢复履行能力”考察也印证了这一点。所以，在债券纠纷中适用该条款也应当牢牢把握偿债能力这一中心，判断其对发行人偿债能力的影响，将“丧失或可能丧失偿债能力”作为适用该条预期不能履行规则的共同前提。

关于第1项中规定的“经营状况严重恶化”，发行公司的自治权是受保护的，可以在不受债权人干预的情况下管理其财产，即此时债务关系的天平是向债务人倾斜的，这种平衡仅在债务人破产或者濒临破产时才会被改变。<sup>〔47〕</sup>公司的经营状况一般与债权人无涉。如美国特拉华州衡平法院在一则判例中认为当公司“处于破产边缘”（in the vicinity of bankruptcy）时董事的信义义

〔46〕 参见叶金强：《不安抗辩中止履行后的制度安排》，载《法律科学》2020年第5期。

〔47〕 See William W. Bratton, Corporate Debt Relationships: Legal Theory in a Time of Restructuring, 1989 DUKE L. J., 92 (1989).

务则不仅局限于股东，而可以延及包括债权人在内的公司整体。<sup>〔48〕</sup> 公司的经营状况会受到宏观经济环境、公司经营管理层的经营决策、监管政策等内外因素的影响，而体现出一种周期性波动，这属于发行公司的一种常见的商业风险，债券投资者已经以固定利息排斥公司的盈亏影响，并以公司责任财产为基础进行适度的商业风险隔离，仅当这种隔离被突破从而危及债务清偿时，债权人先取的请求才具备正当性。换言之，只有当发行公司的亏损已经严重弱化甚至毁坏了发行公司根本偿债能力时，债券持有人才有不安的合理根据，可以采取救济行动请求提前偿还，一般意义上的业绩波动和流动性困难不足以突破这种隔离。在此前提上，对于发行公司的偿债能力状况，则可以借助发行公司其他债券的履行情况、涉及诉讼的判决执行状况、财务会计报表所呈现的资产状况等因素作综合性的判断。

关于第3项中的“丧失商业信誉”，在司法实践中债券信用评级被作为与偿债能力相关的“丧失商业信誉”的重要考量因素之一。债券信用评级制度对于投资者的风险预判以及债券的市场定价有着重要的影响。但是，由于目前我国债券市场信用评级的总体质量不高，存在评价虚高、区分度不够、跟踪评级不及时、风险预警功能弱等现象，“评级悬崖”等异常现象频发，<sup>〔49〕</sup> 债券信用评级在评价发行人信用时的参考价值受到限制。同时，债券信用评级属于资信中介机构对于债券投资属性的判断，而资信中介机构与司法机构在证券市场基础设施中的不同定位决定了信用评级与司法判断之间的不同方向：作为“看门人”的资信中介机构，其侧重于对发行人发行时债券本息偿还的可靠程度和风险程度进行评估；<sup>〔50〕</sup> 而司法机构是对通常已经出现信用风险的发行人与债权人之间的纠纷进行事后的裁处，其侧重于对发行人主观意图、双方风险分担平衡等进行综合判断，所以法院在裁量时亦不能有迷信信用评级的倾向，需要综合发行人的诉讼执行信息、其他契约履行情况、在涉案纠纷及其他债务纠纷中的补救行动等因素，对发行人债券市场商业信誉进行独立判断。

### ③ 渐进模式构成要件的理解

关于适当担保，首先，适当担保应当依商业标准判断，若发行人的履约风险较大、可靠程度较低，则担保比例可以适当提高；反之则可以适当降低；适当担保的判断需要尊重商业规律，而非机械适用民法上的填平的标准。其次，“适当担保”的类型不限于民事上的动产担保，还包括商事上具备足够增信作用的一切措施，属于广义上的偿债保障措施。《美国统一商法典》第2—609条规定了与大陆法系不安抗辩权规则相似的“期待贬损规则”（diminished expectation），卖方有不安的合理根据时得要求买方提供及时履行的“充分保证”，但其“充分性”需要依据商业准则判断。尽管商业准则较为抽象，但是美国统一州法委员会在其编纂《评注》中认为其充分性不能纯粹依照卖方单方“善意”的衡量标准，而必须是基于“理性”的，且卖方必须遵守诚信义务和商业准则。<sup>〔51〕</sup> 法院对于“适当担保”应当独立判断，需要结合发行人所出现的风险类型和危险程度进行情景化的

〔48〕 See Credit Lyonnais Bank Nederland, N. V. v. Pathe Communication Corp., 17 Del. J. Corp. L. 1099, 1155 (Del. Ch. 1991).

〔49〕 参见财新网：《财新周刊 | 信用评级如何去泡沫》，载 <https://weekly.caixin.com/2021-01-02/101645940.html>，最后访问时间：2021年3月1日。

〔50〕 参见前引〔1〕，刘迎霜书，第32页。

〔51〕 参见前引〔44〕，美国法学会、美国统一州法委员会书，第189—190页。

考察，遵循诚信和公平交易的准则，将债市交易习惯作为重要的参考依据。

关于解除权，《民法典》第528条的解除权规定与第563条的法定解除权规定进行了衔接，即在债务人满足“未提供适当担保+未恢复履行能力”要件的情况下，则视为“以自己的行为表明不履行主要债务”，这属于一种法律上的拟制，该条解除权的规定与第563条其他法定解除权规定适用同样的判断标准，否则将破坏法定解除权内在的体系，所以此处的法定解除权也应当以“合同目的无法实现”作为行使的前提。给付迟延导致债的关系分层推进，其效力具有动态性。<sup>〔52〕</sup>当存在预期违约情形时，债权人可先行依据《民法典》第578条请求对方承担违约责任，要求还本付息，进而实现加速到期的效果；在请求承担违约责任终不能实现救济效果，而合同目的完全落空时，债券持有人可以依法解除合同。

## （2）期前拒绝履行：径直模式

预期不能履行处理的是债券义务履行过程中债券发行人丧失或者可能丧失履行能力的情形，是对债券发行人偿债能力的一种客观判断，暂时履行不能的状态不能直接等同于拒绝履行，而需要等待一定的期间。但是实践中除债券发行人缺乏偿债能力之外，亦存在其缺乏偿债意愿的情形，其可能采取各种措施暗自毁约，对债权人造成的危害更甚，是故有必要赋予债权人以强度更高之救济，债权人无需像在“预期不能履行”的情形下那样等待债券发行人增信或者恢复履行能力，而可以直接要求解除，提前收回债券本息。《民法典》第563条第1款第2项属于广义的预期违约规则，该规定除“预期不能履行”外，亦包括了“期前拒绝履行”的行为类型，指债务人通过行为以一种非常明确且肯定的方式，表明自己主观上不愿再履行合同，其中，债务人通过自发且积极的行为造成合同不能履行的情形为其典型。<sup>〔53〕</sup>若债务人已经没有履行的意愿，则要求债权人继续受合同约束，坐等违约损害的发生会导致法秩序上的不正义。在发行人拒绝履行的情形下，契约的履行已经无期待可言，持有人解除无可厚非。但对于“拒绝履行”的判断仍需要谨慎，必须考虑该拒绝履行的义务属性。附随义务的违反通常不发生相对人的解除权。<sup>〔54〕</sup>持续信息披露属于发行人的附随义务，债券发行人信息披露违约的目的可能是为了掩盖发行人逃避债务的行为，如发行人对于重大资产转让事项等信息未对债券持有人及时披露等，但信息披露的违约本身并不能导出发行人拒绝履行本息偿还义务，实际危害债权人的是发行人秘密从事的逃废债行为。同时，一些轻微的、与偿债能力无重大关联的事项的信息披露义务瑕疵也并不导致合同目的落空的后果。除了发行人明确以其意思表示拒绝履行的外，期前拒绝履行以积极侵害债权行为为典型，该行为类型与第527条第1款第2项“逃避债务”发生竞合，但是从规范意旨和债权人保护的角度思考，在救济规范构造上宜采取“径直模式”。

合同法的一个重要功能在于制止当事人的机会主义行为，保障合同义务的履行。金融债权因其在商事上的特殊性而具备了可侵害性，《证券法》对于发行人欺诈发行、虚假陈述等行为亦采取了侵权责任规制路径而非违约责任规制路径，这也是证券债权成为侵权对象的一个例证。在债券履行过程中，债券发行人欺诈性转移财产，导致公司资本流失而掏空债权人的未来偿付基础的，属于积

〔52〕 参见黄茂荣：《债法通则之二：债务不履行与损害赔偿》，厦门大学出版社2014年版，第101页。

〔53〕 参见陈韵希：《合同预期不履行的救济及其法理基础——再论〈合同法〉不安抗辩权和预期违约的界分》，载《比较法研究》2017年第6期。

〔54〕 参见前引〔8〕，韩世远书，第664页。

极侵害债权的行为,债权人除请求撤销该财产转移行为外,可同时以预期拒绝履行为由要求提前还本付息。因为此时发行人不仅没有履行意愿,更存在恶意欺诈和违约之情形,并不属于正常商业风险的范畴,严重损害了债权人权益,在此异常情形下,持有人要求加速到期具有正当性和紧迫性。在发行公司及其控制股东以及其他相关人员抽逃出资、以关联交易形式转让公司财产、放弃债权等恶意减损公司偿债基础,导致公司丧失偿债能力的情形下,持有人可以依据《民法典》第563条第1款第2项之规定,解除双方的债券合同关系,同时要求对方承担违约责任。

#### 四、结 语

公司债券作为一种持续授信工具,其义务履行过程中出现信用风险并不特殊,其本身亦不违背债券市场规律,但是其在我国司法上的处置具有特殊性,这背后有我国债券市场信用转轨、合同立法的多元特性、合同基础法与金融合同义务履行的调适与衔接等多方面的原因,这对司法者无疑提出了更高的要求。在处置公司债券信用风险时,司法机关既需要对合同法基本规则有深度理解,亦需要对涉案金融产品的性质有充分认识,贯彻“买者自负、卖者尽责”的原则。债券合同提前解除的司法问题正是债券司法纠纷领域中观层次的一个重要议题,司法机关需要把握好“保护投资者”的度,区分信用风险的大小对解除合同的请求进行处置,从而更好地推动债券市场商事信用的形成。

• 216 •

---

**Abstract:** Corporate Bonds are continuing contracts and relational contracts, as well as financial instruments based on credit. The key issue is that, during the term of continuous performance, how to tackle with the credit risks. According to legal precedents of corporate bond disputes, the contract of bonds could be rescinded before maturity date by the bondholders. The goal of this judgment is to grant acceleration remedies to the aggrieved bond investors. However, the period benefit of the debtor is also agreed and protected under the bond contracts, and judges need to consider the balance of these rights, in order to avoid risk transference and distortion. Though there is not any domestic legislation on bond acceleration, foreign legislations and the provisions about credit transaction in the Civil Code could be our references. The courts could adopt direct rescission and gradual rescission respectively based on the level of credit risks, and take the frustration of purpose doctrine as common elements of the standard, also review the elements precisely with the business principles, to avoid arbitrary rescission by the creditors, and promote the business credit of bonds.

**Key Words:** anticipatory breach, period benefits, the right to rescission, credit risk

---

(责任编辑:周 游 赵建蕊)



## 《民法典》违约金制度的功能优化

邓 辉 王浩然\*

**内容提要：**《民法典》第 585 条主要延续了《合同法》第 114 条的违约金规定。目前，违约金制度的基本功能定位模糊，作为配套措施的司法调整规则适用混乱，无法厘清其与损害赔偿之间的关系，致使司法实践普遍遵循赔偿为主抑或功能均等的适用模式，难以充分发挥其担保履行和简化证明的作用。事实上，违约金兼具担保和赔偿的双重功能，在不同的历史时期和比较法例中各有侧重。在《民法典》出台的背景下，相关司法解释应当寻求更妥当的规制路径，充分尊重当事人意思自治，推动违约金的类型区分和功能重塑，构建担保为主、赔偿为辅的价值体系，明确违约金司法调整的适用范围、调整原则与主要考量因素，为违约金功能优化提供良好的制度环境。

**关键词：**惩罚性违约金 补偿性违约金 权重分配 司法调整 违约金酌减

• 217 •

《民法典》第 585 条以及相关配套的司法解释是人民法院处理违约金纠纷案件的实体法依据。但是，这些关于违约金制度的法律规范高度抽象，而且相关司法裁判也难以实现推理和释法的统一，极大地限制了违约金功效的发挥。其中，尤以违约金的法律属性争议、不同功能的权重分配和违约金数额的司法调整三个问题最为突出。在检讨违约金司法适用现状的基础上，本文试图以具体规则的理解和司法解释的制定为视角来构建契合我国实际的违约金功能理论，从而推动《民法典》违约金制度的完善。

### 一、违约金的属性争论和适用困境

按照通说，违约金是指当事人约定或法律规定的、在一方当事人不履行或不完全履行时向另一方当事人支付的一笔金钱。<sup>〔1〕</sup>与法定违约金（比如逾期罚息）不同，约定违约金的本质是一种

\* 邓辉，北京大学法学院博士研究生；王浩然，中冶置业集团石家庄分公司办公室（法律事务部）法务主管。

〔1〕 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2016 年版，第 272 - 274 页。

合同条款，是当事人基于意思自治形成的法律关系，属于典型的私法自治体现。<sup>〔2〕</sup>

按照法律制度功能的差异，违约金可以分为惩罚性违约金和补偿性违约金：前者为固有意义上的违约金，强调违约金的履约担保功能；后者是违约损害赔偿额的预定，侧重违约损害的赔偿功能。<sup>〔3〕</sup>不同功能和类型的违约金在合同约定效力、数额调整标准和举证责任分配等方面存在很大差异。

《民法典》第585条延续了《合同法》第114条关于违约金的规定，既没有为违约金担保属性的有无之争划下句号，也未明确地界定惩罚性（担保性）违约金和补偿性（赔偿性）违约金的区分标准，导致与惩罚性违约金相关的效力认定、司法酌减等问题依旧难以获得圆满解决，使得相关的违约金争议成为被带入民法典新时代的老问题。

#### （一）理论学说中的法律属性立场纷争

关于违约金性质的争论之一在于其是否具备从属性。独立说认为违反约定时即可支付违约金，其作为一种有条件的给付约定，并不取决于主债务履行与否；<sup>〔4〕</sup>而主张违约金具有从属性的观点则为主流学说，认为主合同的存续是违约金条款的逻辑起点，若主合同不成立、无效、被撤销或者消灭之时，违约金条款相应失效和消灭。当然，肯认违约金的从属性，不代表否认其在某些方面具有一定程度的独立性，例如违约导致合同解除时，守约方依旧享有违约金请求权。<sup>〔5〕</sup>

与之相对应，对于违约金是否具有担保属性，学说上存在肯定说和否定说。肯定说主张违约金条款本质上是具有从属性的担保条款，虽然无法如抵押、保证等典型担保形式一般令对方当事人提供财产性担保，然而这只是担保力度大小之分，并非担保属性有无之别。易言之，违约金的担保属性与赔偿功能并不冲突，而担保属性还可以使双方当事人进一步预先规划违约的法律后果，从而起到强化合同履行的作用。<sup>〔6〕</sup>相反地，否认说仅承认违约金具有督促当事人履行合同的作用，这不意味着所有的违约金之债都具有担保属性。<sup>〔7〕</sup>只有显著增强了债的效力，为债的实现提供可靠路径，具有保障债权实现的特征，才可以被认为具有担保属性。<sup>〔8〕</sup>

尽管关于惩罚性违约金与补偿性违约金的讨论颇多，但却始终缺乏令人信服的区分二者的标准。现今理论界的代表性学说包括：一是“损失比较说”，它最早可以溯源到20世纪80年代初，主张约定数额高于实际损失则为补偿性违约金，反之则为惩罚性违约金。<sup>〔9〕</sup>二是“责任并行说”，主张不排除强制履行或者损害赔偿的违约金为惩罚性违约金，反之则是补偿性违约金。<sup>〔10〕</sup>三是“目的说”，主张考量当事人订立约定时的主观目的，约定相对高额的违约金则为惩罚性违约金，约定不明则依据体系解释、当事人或者类似约定的交易习惯和行业惯例进行确定，<sup>〔11〕</sup>无

〔2〕 参见韩世远：《违约金散考》，载《清华大学学报》（哲学社会科学版）2003年第4期。

〔3〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第517页。

〔4〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第823页。

〔5〕 参见王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，中国人民大学出版社2016年版，第249页。

〔6〕 参见柳经纬：《债法总论》，北京师范大学出版社2011年版，第278页。

〔7〕 参见丁海俊：《违约金的性质与功能新论》，载《西南民族大学学报》（人文社科版）2005年第3期。

〔8〕 参见崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，载《政治与法律》2015年第12期。

〔9〕 参见王作堂、魏振瀛、李志敏、朱启超：《民法教程》，北京大学出版社1983年版，第235页。

〔10〕 参见前引〔4〕，韩世远书，第825页；前引〔1〕，崔建远主编书，第392页。

〔11〕 参见沈德咏主编：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第255-256页。

法确认时则推定为补偿性违约金<sup>〔12〕</sup>。

《民法典》第585条仅对《合同法》第114条第2款进行了表述语序的调整修改,虽然在“法政策”和“法技术”两方面使违约金调整规则的文义回归正确的规范逻辑,<sup>〔13〕</sup>但却没有为惩罚性违约金和补偿性违约金的区分提供清晰标准。具体来说,《民法典》第585条第1款和第2款规定了补偿性违约金和违约金的司法调整,<sup>〔14〕</sup>而第3款规定的迟延履行违约金在类型认定上是否可以归属于惩罚性违约金,仍存在着较大的争议,肯定说、<sup>〔15〕</sup>否定说<sup>〔16〕</sup>和折中说<sup>〔17〕</sup>的观点各有其道理。如前文所述,惩罚性违约金的类型确认和违约金的类型区分标准本质上是同一个问题,《民法典》在此并未起到定分止争、一锤定音的作用。这意味着,违约金功能的权重分配只能交由法官进行自由裁量,而法院往往采取较为保守和稳妥的功能均等适用模式,又进一步引发疑问。

## (二) 司法实践中的功能均等适用模式

笔者以“惩罚性违约金”为关键词在“北大法宝”(www.pkulaw.com)司法案例库中进行检索,共获得案件5451个,通过把“文书类型”限定为“判决”、“法院层级”限定为中级人民法院及以上、“审理程序”限定为二审,并排除惩罚性违约金并非争议焦点的案例,最终得到有效案例共162个,其中93个案件支持了当事人惩罚性违约金的诉讼请求,支持率达57.41%。在关于惩罚性违约金的裁判中,支持理由主要是尊重当事人的意思自治、维护合同稳定性、适用惩罚性违约金不违反公平原则和有利于对违约方进行相应的经济制裁等,<sup>〔18〕</sup>反对理由则在于强调民法应以赔偿为主、缺乏法律条文的直接规定和惩罚性违约金适用条件严格等<sup>〔19〕</sup>。即使在支持惩罚性违约金的裁判中,违约金的赔偿功能和担保功能也未能被清楚区分。在法律规定抽象和违约金功能模糊的背景下,司法实践创设了违约金功能均等适用模式,认为同一笔违约金不分主次地兼具担保性与补偿性功能。<sup>〔20〕</sup>实际上,近来违约金司法实践甚至逐渐转变为“补偿性为主、惩罚性为辅”的趋势,即认为“合同法第一百一十四条等规定已经确定违约金制度系以赔偿非违约方的损失为主要功能,而不是旨在严厉惩罚违约方”<sup>〔21〕</sup>。

在区分惩罚性违约金与补偿性违约金的三种理论中,占据主导地位的“损失比较说”似乎体现了司法公正和效率,但是,这种“后见之明”的观察视角难以对违约行为产生足够的震慑,进一步弱化了违约金的担保功能。再者,司法实践对违约金的赔偿和担保功能采取对半式权重分配的立场,不仅是实践一刀切思维的体现,更忽视了当事人的合意,难免损及违约金的制度价值和

• 219 •

〔12〕 参见前引〔4〕,韩世远书,第825页。

〔13〕 参见姚明斌:《〈民法典〉违约金规范的体系性发展》,载《比较法研究》2021年第1期。

〔14〕 参见王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第704-706页。

〔15〕 参见朱广新:《合同法总则研究》(下册),中国人民大学出版社2018年版,第733页。

〔16〕 参见韩世远:《违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论》,载《法学研究》2003年第4期。

〔17〕 参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第515页。

〔18〕 参见湖北省荆州市中级人民法院(2016)鄂10民终709号民事判决书;重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法民终字第0861号民事判决书;四川省乐山市中级人民法院(2015)乐民终字第1258号民事判决书。

〔19〕 参见河南省高级人民法院(2009)豫法民再字第00050号民事判决书;吉林省长春市中级人民法院(2015)长民四终字第19号民事判决书;新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院(2015)克中民二终字第149号民事判决书。

〔20〕 参见罗昆:《我国违约金司法酌减的限制与排除》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第2期。

〔21〕 最高人民法院(2004)民二终字第125号民事判决书。

意思自治。此外，不同法院对于“约定的违约金数额过高”的认定颇不统一，有的对照定金罚则依合同标的额20%进行调整，<sup>〔22〕</sup>有的依据实际损失的130%计算惩罚性违约金，<sup>〔23〕</sup>还有的依据同期银行贷款利率的四倍进行调整，<sup>〔24〕</sup>从而反映出违约金类型区分方法不明确对司法调整规则适用的负面影响。

在《民法典》出台以前，《合同法》第114条第2款为法官调整违约金提供了法律依据，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》〔法释〔2009〕5号，以下简称《合同法司法解释（二）》〕第29条<sup>〔25〕</sup>及《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号）第7条<sup>〔26〕</sup>进行了补充和细化，详细规定人民法院或仲裁机构在调整违约金时应当考虑的主要因素，并确认了证明责任的承担规则。2019年11月8日最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称《九民会议纪要》）第50条再次重申了审判实践中积累的违约金调整司法经验。<sup>〔27〕</sup>

然而，前述法律和司法解释规定的预设模式和考量因素未能跳出违约损害赔偿的范畴，而且也缺乏具体可行的操作方案，致使综合相关因素考虑后所得的结论与以实际损失作为调整基点的做法大体相当。长此以往，在比较损失法的指引下，法官逐渐舍弃违约金调整的综合考量，转而直接以债权人的实际损失作为调整基准，这就带来了三个方面的不利后果：其一，从法律效果来说，在债务人无视合同订立时的有效约定、不积极履行债务甚至肆意违反合同约定时，司法酌减的结果仅是要求当事人承担违约损害赔偿赔偿责任，相关规定易沦为违约方违反诚实信用原则的挡箭牌；其二，从证明责任考量，违约金酌减的成立（是否酌减）和幅度（酌减多少）需要债务人承担相应的证明责任，但债务人可能因其与实际违约损失的证据距离过于遥远而陷入举证困难，同时，为了对抗债务人的主张，债权人也可能需要证明自己的损失，这就难以实现违约金制度“减轻损失证明责任”的目的和功能；其三，从制度关联观察，损失比较说的广泛应用造成了违约金制度价值的异化，使其沦为违约损害赔偿制度的附庸，若约定金额与实际损失存在细微差额就允许司法增额，使得债权人最终获得的违约金成为实际损失的赔偿。

〔22〕 参见海南省三亚市中级人民法院（2008）三亚民二终字第48号民事判决书。

〔23〕 参见云南省高级人民法院（2014）云高民三终字第60号民事判决书。

〔24〕 参见江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商终字第1757号民事判决书。

〔25〕 该解释第29条规定：“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

〔26〕 该意见第7条规定：“人民法院根据合同法第一百一十四条第二款调整过高违约金时，应当根据案件的具体情形，以违约造成的损失为基准，综合衡量合同履行程度、当事人的过错、预期利益、当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款等多项因素，根据公平原则和诚实信用原则予以综合权衡，避免简单地采用固定比例等‘一刀切’的做法，防止机械司法而可能造成的实质不公平。”

〔27〕 《九民会议纪要》第50条规定：“认定约定违约金是否过高，一般应当以《合同法》第113条规定的损失为基础进行判断，这里的损失包括合同履行后可以获得的利益。除借款合同外的双务合同，作为对价的价款或者报酬给付之债，并非借款合同项下的还款义务，不能以受法律保护的民间借贷利率上限作为判断违约金是否过高的标准，而应当兼顾合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等因素综合确定。主张违约金过高的违约方应当对违约金是否过高承担举证责任。”

## 二、违约金的类型区分和比较法背景

### （一）惩罚性违约金

惩罚性违约金，又被称作固有意义违约金，其法律效果是违约发生后债务人除支付相应违约金以外，还应履行债务或承担因不履行所产生的损害赔偿责任。<sup>〔28〕</sup>有学者认为，在合同中将违约金与损害赔偿并列，即表明违约金具备惩罚性质，<sup>〔29〕</sup>然而，违约金制度的设立并不是为了惩罚债务人，而在于“向债务人施加尽可能有效果的压力，从而保障相对人履行在合同上所承担的一切义务”，实际上承担着担保债务履行的功能<sup>〔30〕</sup>。违约金在词源上也一直包含着“惩罚”的意思，<sup>〔31〕</sup>它把具备道德色彩的“惩罚”强加于“违约金”，其名为惩罚而实为担保<sup>〔32〕</sup>。

在2016年债法改革以前，《法国民法典》原第1126条对违约金条款的定义是：“违约金条款（clause pénale）是指一方当事人为确保契约的履行，承诺在不履行契约的情况下支付违约金的条款。”这种违约金条款多具有惩罚和威胁性质，其约定数额大都远多于可能发生的实际损失，因而具有担保功能。<sup>〔33〕</sup>按照《法国民法典》原第1229条第2款的规定，单纯迟延履行违约金与主债务履行（继续履行或替代履行的违约损害赔偿）请求权可以同时适用。<sup>〔34〕</sup>这意味着，违约金除损害赔偿功能以外，也有对债务人进行施压，促使其依约履行合同的的作用。<sup>〔35〕</sup>法国于1985年10月11日以法令方式赋予了法官增减违约金的司法调整权。《法国民法典》第1231—5条第3款规定：“在约定的违约金数额过分地高或少时，法院可以依职权进行调整。”<sup>〔36〕</sup>换言之，在当事人约定的赔偿总额明显不合理时，法官可以主动调整违约金数额。

《德国民法典》在立法之初即确认违约金具备担保和赔偿的双重功能。<sup>〔37〕</sup>德国法承认当事人之间惩罚性违约金约定的合法性，推定迟延履行违约金具备惩罚性功能，允许其与继续履行同时适用。在理论上，德国法上的违约金一直被视为一种担保债务人履行义务的压力工具，违约金的支付与损害的有无和大小均无关。<sup>〔38〕</sup>在体例上，“违约金”规定在“定金”之后，共同作为合同主债务履行的担保手段。德国最高法院持相同观点，其判决表明：“违约金既可以作担保工具，

〔28〕 参见前引〔4〕，韩世远书，第824页。

〔29〕 参见郑冠宇：《民法债编总论》，新学林出版股份有限公司2015年版，第230—231页。

〔30〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第343页。

〔31〕 参见王洪亮：《违约金功能定位的反思》，载《法律科学（西北政法学报）》2014年第2期。

〔32〕 参见韩强：《违约金担保功能的异化与回归——以违约金类型的考察为中心》，载《法学研究》2015年第3期。

〔33〕 参见《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版，第318页，注释2。

〔34〕 《法国民法典》原第1229条第2款规定：“（债权人）不得同时请求履行主债务和违约金，但就单纯的迟延履行而规定的违约金，不在此限。”

〔35〕 参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版，第65页。

〔36〕 法国在2016年2月10日颁布了《合同、债法总则和债之证据改革法令》（L'ordonnance n°2016—131），以前由旧民法典第三卷第三编第四章（债的种类）第六节规定的“附违约金条款的债”（原第1226—1233条）经过修改成为新民法典的第1231—5条。

〔37〕 Peter Gottwald, Kommentar zum § 339, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München: C. H. Beck, 2019, Rn. 1, 9.

〔38〕 参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第510页。

迫使债务人如约履行约定好的债务，又可以在违约发生后使债权人快速获取填补损害的可能性，省去债权人个别举证的繁琐程序。”〔39〕

在英国的法律传统中，只有补偿性违约金即预先计算违约损害的违约金条款才会得以认可。〔40〕与惩罚性违约金功能类似的制度为违约罚金制度（penalties），双方当事人可以事前预定高于可能发生的损害的违约金数额，它被认为是旨在促使债务人履行主要债务的“胁迫”（in terrorem）条款。〔41〕英国法认为，根据合同法的目的，守约方并不能对违约方进行惩罚，认可超出实际损害的巨额赔偿与效率违约的精神相左，惩罚性违约金（违约罚金）条款是不可执行的（will not be enforced）。〔42〕一旦法院认可了补偿性违约金，当事人就可以申请强制执行，不考虑实际损失与补偿性违约金之间是否存在差额。〔43〕在实践中，法官主要根据当事人订立合同的目的来进行判断。但是，这种固有立场近年来也有所缓和。目前，英国违约金条款的构造类似于事先的附解除条件约定，若当事人违约，守约方有权请求违约方依约支付合同罚金，实际上起到了确保合同履行的作用。比如，“在泊车眼公司诉比维斯”（Parking Eye Limited v. Beavis）案中，比维斯因超时停车近一小时须支付 85 欧元的违约金。英国最高法院认为，只要违约金条款试图保护合同当事人的利益而且没有超过维护这一利益的必要范围，那么，这种旨在威慑可能违约的债务人的条款就是有效的。〔44〕

通过配置司法调整规则来限制过高违约金的规范思路普遍体现在当代大陆法系主要国家和地区。〔45〕同样地，国际合同统一法或示范法（Model Law）也采取了这种做法。《欧洲民法典草案共同参考框架》（DCFR）第 3：712 条（不履行的约定支付）第 2 款规定：“若约定支付超出因债务的不履行所造成的实际损失过多及其他具体情况，可将合同约定的款项减至合理数额，而无须考虑相反的规定。”按照 DCFR 第 3：105 条（排除或限制债务不履行责任）的规定，如果合同条款违背了诚实信用或公平交易，它们不能被援引。换言之，如果约定的违约金明显低于守约方的损失，法院可以排除相关条款的效力而要求违约方填补造成的实际损害。〔46〕此外，苏格兰合同法改革也试图赋予惩罚性违约金条款可执行性（enforceability），同时允许法院对明显过高的违约金数额进行调整。〔47〕

〔39〕 BGH NJW 1993, 2993. 转引自姚明斌：《违约金双重功能论》，载《清华法学》2016 年第 5 期。

〔40〕 在英国法中，约定赔偿数额的条款（stipulated payment）通常分为惩罚性违约金（penalty）和补偿性违约金（liquidated damages），前者无效而后者有效。[See Christian von Bar and Eric Clive ed., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, Sellier European Law Publishers GmbH, 2009, pp. 966 - 967.]

〔41〕 根据相关判例规则，若违约金条款中的赔偿数额超过了违约情形中能被证明的最大损害范围，它就会被认为是惩罚性违约金（罚金条款）；若准确计算损失是不可能的，而且约定赔偿意在预先确定赔偿数额的话，这种条款就是补偿性违约金。（参见〔英〕P. S. 阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社 2002 年版，第 463 - 464 页。）

〔42〕 See Jan M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, Edward Elgar, 2017, p. 226.

〔43〕 参见何宝玉：《合同法原理与判例》，中国法制出版社 2013 年版，第 526 - 529 页。

〔44〕 See [2015] UKSC 67.

〔45〕 See Solène Rowan, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford University Press, 2012, pp. 143 - 144.

〔46〕 参见前引〔40〕，Christian von Bar, Eric Clive 主编书，第 801 - 802 页。

〔47〕 参见前引〔35〕，姚明斌书，第 287 页。



## （二）补偿性违约金

补偿性违约金也被称为损害赔偿额的预定（the predetermined sum），指当事人为了避免将来损害计算的繁琐而预先估计的损害赔偿总额。<sup>〔48〕</sup> 债权人只需要证明违约事实及违约产生的典型损害，不需要证明具体的损失额，即可要求债务人按照预先确定的数额承担责任，极大地提高了违约损害赔偿的效率：一方面，在传统损害无从举证时，债权人不必通过大量繁琐程序证明损害的详细状况和最终金额，既减轻了债权人对具体损害的证明责任，也减轻了法院或仲裁机构确定损害的工作压力；另一方面，在违约损害赔偿难以计算时，预先设定具体数额的补偿性违约金排除了损害大小和具体数额的争执，避免了进入诉讼程序可能导致的难以预测性。

作为大陆法系法典化浪潮的第一个高峰，《法国民法典》十分注重补偿性违约金的赔偿功能。《法国民法典》原第1229条第1款专门界定：“违约金条款是债权人因为主债权未得到适当履行，对所受损害的赔偿。”第1231—5条第1款（原第1152条）规定：“合同规定不履行契约的人应支付一定数额的款项作为损害赔偿时，给予他方当事人的款项数额不得高于也不得低于这一约定数额。”该条确定了违约金的不可减规则和固定规则。这两项规则构成了法国法违约金赔偿功能的基础：双方当事人通过合同事先约定违约的法律后果，排除了损害构成方面的认定、因果关系的争议与损害赔偿金额的繁琐计算，有助于违约损害赔偿的快速实现。<sup>〔49〕</sup> 不过，不可减规则的严格适用导致了诸多弊端，最终只能通过修法的方式来解决这一规则的适用窘境。<sup>〔50〕</sup> 与此同时，法国最高法院（Cour de cassation）通过一系列判决对法官裁量权的行使提供了具体化指引，要求在裁判中必须表明违约金数额约定不合理的具之处，此不合理必须达到相当程度（considerable）而且是足够明显的（manifest）。<sup>〔51〕</sup>

《德国民法典》第339—345条允许当事人事前预定违约赔偿总额，使其作为最低额的损害赔偿。按照《德国民法典》第340—341条，在约定违约金不足以填补实际损失时，债权人有权请求赔偿额外的损失。若违约金不足以弥补实际损失，债权人可选择针对超额部分的损害赔偿请求权，但金额不能超过实际损害的部分。<sup>〔52〕</sup> 《德国民法典》第343条第1款对法官进行了一定的限制，即法院在进行违约金调整时不得仅将“实际损失”作为唯一考量因素，而应全面考虑“债权人的一切正当利益”，后者包括“实际损失”所不能容纳的“期待利益”和“纯粹精神损害”。这一改变赋予了违约金补偿功能和担保功能同等的法律地位，从而保障违约金在合同履行的不同阶段都能发挥作用：在违约发生前，违约金凸显担保功能促进依约履行合同；在违约发生后，违约金能够发挥损害预估和赔偿简化的优势。<sup>〔53〕</sup> 为了应对与法国法类似的不可减规则，德国法还建构了具备强行法性质的司法酌减规则（《德国民法典》第345条第1款），在适用时须考量当事人的一切正当利益，而不能仅仅着眼于财产损失。但是，如果违约方是《德国商法典》

〔48〕 参见前引〔14〕，王利明书，第700—701页。

〔49〕 参见前引〔35〕，姚明斌书，第64页。

〔50〕 参见〔法〕勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，潘华仿、高鸿钧、贺卫方译，清华大学出版社2002年，第161页。

〔51〕 See Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, Clarendon Press, 1992, p. 236.

〔52〕 参见前引〔35〕，姚明斌书，第81页。

〔53〕 参见前引〔39〕，姚明斌文。

第348条中具有评估违约金负担能力的“商主体”，法院不得适用《德国民法典》第343条来调整违约金。<sup>〔54〕</sup>

在日本法中，违约金属于债务不履行损害赔偿的一个特别问题。1890年日本旧民法只规定了损害赔偿额的预定，关于违约金的规定仅见于特别商法。<sup>〔55〕</sup>1898年《日本民法典》第420条正式规定：“当事人得就债务不履行预定损害赔偿额。于此情形，法院不得增减其数额。（第1款）……违约金，推定为赔偿额之预定。（第3款）”简单地说，即使债务人能够证明实际损害较少或不存在实际损害，他仍不得要求减少违约金，<sup>〔56〕</sup>这就体现了相应的担保功能。同时，违约金被推定为赔偿额预定并不妨碍当事人依据自身的需要来约定惩罚性违约金。历史地看，根据当事人之间的特别约定或广泛存在的交易习惯，日本民法草案、<sup>〔57〕</sup>学说和司法实践已经接纳了具有担保功能的惩罚性违约金。但惩罚性违约金的约定也存在着一定限制。比如，若惩罚性违约金条款存在于格式合同中或不符合交易中的社会通常观念，可能被法院认定为未达成合意或因违背公平原则、公序良俗而无效。不过，2017年日本民法修订后删去了《日本民法典》原第420条第1款第2句关于排除法院司法调整权力的规定，进一步明确了补偿性违约金的核心地位。<sup>〔58〕</sup>易言之，日本法允许当事人事先预定损害赔偿总额和根据自身需要另行约定惩罚性赔偿金，但新的立法动态和司法实践都倾向于要求违约金接受合同正义的检验，法院可以在适当范围内进行调整或否定约定的效力，以实现个案公平。

我国台湾地区“民法”第250条规定：“当事人得约定债务人于债务不履行时，应支付违约金。违约金，除当事人另有订定外，视为因不履行而生损害之赔偿总额。其约定如债务人不于适当时期或不依适当方法履行债务时，即须支付违约金者，债权人除得请求履行债务外，违约金视为因不于适当时期或不依适当方法履行债务所生损害之赔偿总额。”与1999年修法前相比，本条规定的违约金不具备违约罚性质，而系债务不履行中给付迟延及不完全给付所生损害赔偿之预定。<sup>〔59〕</sup>除非当事人专门约定旨在“确保债权效力之强制罚”的惩罚性违约金，违约金即被推定为损害赔偿总额的预定，不能与债务履行请求或替代履行之损害赔偿同时适用。此外，台湾地区还有“部分履行之违约金酌减”（第251条）和“违约金过高之酌减”（第252条）规则，采取了违约金依职权调整、不得约定排除的立法模式，法院调整违约金应考量“一般客观事实、社会经济状况及当事人所受损害情形”等相关因素。<sup>〔60〕</sup>

### （三）违约金类型的中国化

自从违约金制度问世，担保功能和赔偿功能在不同时期和立法例中各有偏重。近现代以来，二者超脱非此即彼的对立关系，交融的趋势十分明显。大陆法系与英美法系关于惩罚性违约金的

〔54〕 See Hein Kötz, *European Contract Law*, Gill Mertens and Tony Weir trans., Oxford University Press, 2017, p. 276.

〔55〕 参见前引〔32〕，韩强文。

〔56〕 参见〔日〕我妻荣：《新订债权总论》，王赓译，中国法制出版社2008年版，第117-121页。

〔57〕 参见前引〔32〕，韩强文。

〔58〕 《日本民法典》经过多次修改，但违约金一直规定在“债务不履行责任”的章节中。相关法律条文以及修改，参见王擎融：《日本民法——条文与判例》（上册），中国法制出版社2018年版，第205页。

〔59〕 参见我国台湾地区“行政院”和“司法院”关于“民法”第250条修正的立法说明（1999年4月）。

〔60〕 参见邱聪智：《新订民法债编通则》（下册），作者台北印行2014年版，第163-166页。

规定迥然不同,其主要原因在于是否承认合同的强制履行。在大陆法系中,合同通常被视为当事人之间的法律即所谓“债即法锁”(obligatio est iuris vinculum),继续履行或强制履行优先于合同解除或损害赔偿。所以,在履行尚存在可能的前提下,债权人应当给债务人再次履行或补救的机会,不得径行解除合同或请求损害赔偿。相反地,在英美法系中,惩罚性违约金的本质是一种约定的“合同罚”或“私人惩罚”,无法通过合同正义的检验。在“效率违约理论”(theory of efficient breach)看来,违约不具有可罚性甚至是合乎道德的。<sup>[61]</sup>因此,选择继续履行合同或者替代履行的损害赔偿,都属于当事人的自由。<sup>[62]</sup>

在我国当今的“陌生人社会”中,频发的诚信危机严重阻碍了交易的缔结,同时,我国也缺乏效率违约理论生根发芽的土壤,诚实守信才是更符合我国国情的合同法基本原则。确立以担保功能为主的违约金制度具有独特价值:其一,增强履行担保。与其他形式的债之担保(例如保证、抵押、质押)相比,惩罚性违约金可以突破合同履行利益或完全赔偿原则的束缚,使得债务人可能因违约而负担超额赔偿责任,进一步起到敦促债务人积极履行义务的担保功效。<sup>[63]</sup>其二,填补违约损害。惩罚性违约金往往会约定高于预期损失的金额,通常能够填补相应的违约损害。其三,鼓励交易。对于尚未形成信赖关系而从事交易的当事人而言,约定较为严格的违约金责任对于获得交易信誉并成功订立合同是极为有利的。<sup>[64]</sup>换言之,惩罚性违约金有利于增强双方信任度,减轻债务人提供其他担保的压力,充分发挥合同法风险分配的功能。

### 三、违约金制度的功能重塑和矫正思路

• 225 •

#### (一) 完善违约金的类型区分

《民法典》第585条第1款明确界定补偿性违约金的性质,违约金由双方当事人事先约定,若嗣后违约则将承担支付违约金的不利后果,充分体现了违约金的赔偿功能;第2款相较于《合同法》的规定进行了条文优化,不仅进一步明确了违约金的司法调整规则,<sup>[65]</sup>而且本款中“造成的损失”在外延上还大于《民法典》第584条(可预见性规则)中的可赔偿损失,有利于填补法定违约损害赔偿不能涵盖的部分项目(比如精神利益);按照《民法典》第585条第3款的规定,当事人可以约定迟延履行违约金向对方当事人施加履行压力,从而彰显担保功能<sup>[66]</sup>。

法律解释成为后民法典时代的重要任务之一。<sup>[67]</sup>遗憾的是,《民法典》中的违约金规定似乎

[61] See Liao Wenqing, *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law: A Comparative Law and Economics Perspective*, Intersentia Ltd., 2016, pp. 45-61.

[62] 参见罗昆:《违约金的性质反思与类型重构》,载《法商研究》2015年第5期。

[63] 参见王利民、宫双霞:《惩罚性违约金的接纳与规制:以当事人中心主义为视角》,载《深圳大学学报》(人文社会科学版)2019年第2期。

[64] 参见〔美〕弗里德里奇·凯斯勒、格兰特·吉尔摩等:《合同法:案例与材料》(下),屈广清等译,中国政法大学出版社2005年版,第1111页。

[65] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》(上),法律出版社2020年版,第288页。

[66] 纵使迟延履行并未给债权人造成实际损害,债务人也应依约支付迟延履行违约金。(参见前引〔39〕,姚明斌文。)

[67] 参见姚辉:《当理想照进现实:从立法论迈向解释论》,载《清华法学》2020年第3期。

仍旧较为模糊，但这也为法律解释的精细和多样发展预留了相应空间。在一定程度上，惩罚性违约金和补偿性违约金的区分正是违约金功能发挥的逻辑起点。诚如前述，德国法与英国法为二者的区分提供了方法，前者本质上为违约金赔付与合同继续履行或违约损害赔偿并行，后者则依据可预见性规则进行推定。不过，惩罚性与补偿性违约金区分标准的构建需要立足于我国的立法和司法实践现状，无法照搬照抄德国与英国的经验。相对来说，探寻当事人违约金的约定目的更加符合当事人的意思自治和违约金制度的设立初衷。

在依据目的说进行区分时，应从惩罚性违约金和补偿性违约金的功能价值出发，根据当事人的意思表示及其约定目的来判断违约金的类型。按照《民法典》第142条第1款的规定，合同条款的词句表述、交易行为的性质和目的以及诚信原则在意思表示解释中具有重要意义。<sup>〔68〕</sup> 首先，如果合同条款中出现“惩罚性违约金”“惩罚”“罚金”等表述、约定金额明显超过同等条件下的违约损害、<sup>〔69〕</sup> 违约金随着迟延履行时间的增长而累加、在支付违约金后仍需履行原合同义务，<sup>〔70〕</sup> 或传递出增强合同效力以便于后续强制履行的信号，<sup>〔71〕</sup> 应认定为惩罚性违约金。其次，如果合同条款强调违约损失预先约定以避免举证与损害计算困难，或明示排除原定给付义务或者损害赔偿责任的，<sup>〔72〕</sup> 应认定为补偿性违约金。再次，如果没有约定或者约定不明时，应依据《民法典》第510条赋予双方当事人达成补充协议的机会，未达成补充协议的，按照当事人之间的交易习惯和《民法典》第584条中的可预见性规则来确定。最后，若依然不能区分（比如当事人从事新兴交易的首次合作，缺乏成熟的交易习惯或者行业惯例），应推定为以补偿性违约金为原则、惩罚性违约金为例外。<sup>〔73〕</sup> 但是，由于人们在法律知识和生活阅历上的局限，不排除当事人意图预定赔偿性违约金而实际约定金额过高进而产生担保的效果，此种情形未违反违约金的制度目的，因而是可以接受的。<sup>〔74〕</sup>

## （二）调整双重功能的权重分配

如果立法仅着眼于违约金的赔偿功能，却对相应的司法调整缺乏限制，可能使得违约金实质等同于违约损害赔偿制度。但是，违约金的损失认定作用往往较为间接，不如直接适用违约损害赔偿。比如，在买卖合同成立后，市场存在价格波动，买方需要承担商品贬值的风险，卖方也相应地放弃了商品价格上涨可能带来的利益，这是一种良性稳定的市场交易秩序。不过，违约金额仅以守约方所受损失为上限，双方当事人都可能因为缔约后商品价格波动而违约，导致合同锁定和分配风险的功能无法实现。与此同时，补偿性违约金的预先估计常常因为各种因素与实际损失发生偏差，违约损害实际发生的数额较大却难以证明的现象也时常出现，故违约方在支付违约金

〔68〕《民法典》第142条第1款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”

〔69〕参见王怡聪：《惩罚性违约金规则下的信用卡全额计息条款探析》，载《法律适用》2019年第22期。

〔70〕参见郭丹云：《各国立法上违约金性质比较研究》，载《河北法学》2005年第6期。

〔71〕参见张皓亮：《惩罚性违约金的认定与规制》，载《北京仲裁》2007年第2期。

〔72〕参见陈岳：《违约金酌减规则的适用对象——以〈合同法〉114条第2款为中心》，载《东南大学学报》（哲学社会科学版）2018年第3期。

〔73〕参见孙瑞玺：《论违约金的性质——以〈合同法〉第114条为视角》，载《法学杂志》2012年第4期。

〔74〕目的说不可脱离实际生活而过于依赖当事人天马行空的意志，防止违约金陷入不可知论的泥潭，避免缔约方借助违约金条款侵害对方当事人权益。（参见韩世远：《违约金的理论争议与实践问题》，载《北京仲裁》2009年第1期。）

后还可能保有一定的不当得利。<sup>〔75〕</sup>因此,建立担保功能为主的违约金制度可以阻止和威慑违约意图,为当事人提供一种有效率的保险。<sup>〔76〕</sup>

此外,以担保功能为主导的惩罚性违约金不仅符合我国民事法律体系重视促进交易的基本价值取向,也有利于与其他法律制度相衔接。比如,《民法典》第465条规定依法成立的合同受法律保护,对当事人具有法律约束力,同法第579—580条还规定可对债务人主张强制履行,其目的就在于维持合同的拘束力。所以,保障和强化《民法典》的合同强制履行制度,应当偏重惩罚性违约金的担保功能,进一步强调惩罚性违约金的重要价值与主导地位。

由前述可知,违约金的担保与赔偿双重属性并非不能兼容的对立关系,以担保功能为主的违约金功能定位也不否认当事人依据自身需求构造不同比重类型的违约金。具体而言,补偿性违约金能大大简化守约方的举证责任,在损害难以举证和损害数额难以计算之时具有方便快捷的程序优势,意义重大。但是,为了违约金制度的固有价值得以充分发挥,我国司法实践应当明确违约金规则与违约损害赔偿规则的分工与合作关系,重新调整违约金的权重分配比重,同时允许违约金的功能偏向可以依据当事人约定而变化,进而形成违约金担保履行为主、赔偿损失为辅的局面,最大程度地发挥违约金的作用。

### (三) 侧重履行担保的司法调整

通常来说,当事人是自身利益的最佳判断者。在双方的合意范围之内,违约方依约支付事前约定的违约金,对当事人来讲是严守契约和诚实守信的表现,对法院而言是司法克制和对当事人意思自治的尊重。不过,合同当事人并非总是处于平等的地位。一方面,任何人的理性都是有限的,无法期许所有的合同主体都是理性人,当事人由于对方利诱或自身认知局限可能承担巨大风险,使得高昂的违约金条款逐渐成为一种赌博游戏(gambling),引发了大量的显失公平现象。另一方面,如果允许不受限制的违约金约定,当事人可能利用其经济地位和格式合同条款设置高昂的违约金来侵害对方当事人的合法权益。此时,形式上的合同自由反而是实质上的不自由。按照诚信原则和公平原则的要求,当事人约定违约金数额的意思自治应当受到一定的限制,以实现缔约自由和实质正义之间的平衡。<sup>〔77〕</sup>

我国的司法实践中,即使合同约定的支付金额尚未达到显著低于违约实际损失的程度,当事人也可以申请法院增加违约金,以尽可能地填补债权人因违约所受的损害。但是,追求违约金赔偿功能的实用主义立场兼顾了审判效率和形式正义,却极易偏离当事人合同意思自治的轨道并以牺牲实体正义和个案公平为代价。所以,法院不宜轻易否定惩罚性违约金约定的效力,而是应当以惩罚性违约金的担保功能为导向,舍弃违约金司法调整具体要件化模式而采取利益动态考量模式,综合考量与违约金数额相关的各种因素,最终确定一个适当的违约金数额。<sup>〔78〕</sup>具体来说:首先,在“是否”进行司法调整上,应采取慎重态度。在本质上,司法调整

〔75〕 参见刘莉、王金娟:《违约金担保功能的回归》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2019年第2期。

〔76〕 参见刘廷华:《惩罚性违约金的经济分析》,载《北方法学》2013年第4期。

〔77〕 参见湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂01民初611号民事判决书。

〔78〕 参见姚明斌:《违约金的类型构造》,载《法学研究》2015年第4期;王雷:《违约金酌减中的利益动态衡量》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2018年第11期。



制度赋予了法院干涉或改变当事人约定的权力，属于私法规则中极为少见的特殊情形，法院行使司法调整权必须慎之又慎。<sup>〔79〕</sup>其次，在“如何”进行司法调整上，应考虑当事人的缔约意图和过错。在进行违约金额调整时，法院应尊重当事人吓阻违约的意图，不当直接将约定数额减至实际损失。<sup>〔80〕</sup>再次，在司法调整的“程序保障”上，法院应详细说明调整理由和具体考量因素，以维护司法裁判权威、促使双方当事人接受裁判结果。

#### 四、代结语：关于《民法典》第 585 条司法解释的具体建议

为了确保《民法典》正确实施，司法解释的清理和制定工作正在有序开展。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（一）》已经颁布实施。与此同时，物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权等方面的司法解释也在制定中，通过编纂、修改和新立等方式及时为各级法院提供裁判指引，维护法律适用的统一。<sup>〔81〕</sup>2020 年 12 月 30 日，最高人民法院发布了与《民法典》配套的第一批共 7 部新的司法解释，主要涉及适用《民法典》时间效力、担保制度、物权、婚姻家庭、继承、建筑工程合同、劳动争议等方面。<sup>〔82〕</sup>在此背景下，未来《民法典》合同编司法解释应当借助对原《合同法》司法解释中相关规定进行系统梳理和整合的契机，着重落实违约金制度的功能调整，以促进《民法典》的统一正确实施。

首先，司法解释应区分《民法典》第 585 条第 1 款规定的“违约金”和“损失赔偿额的计算方法”。这里的“违约金”应理解为同时规定补偿性违约金和惩罚性违约金，在个案中依当事人约定目的进行类型区分。此时，当事人的约定达到了同时兼容违约金担保和损害赔偿总额预定双重功能的法律效果，<sup>〔83〕</sup>以最大限度地保障债权人的损害赔偿债权。若债权人能证明还有其他损害的存在，可以主张增加赔偿数额，其实际上就是违约损害赔偿。补偿性违约金作为一种特殊的损害赔偿，也能够适用可预见性限制、过失相抵和损益相抵等损害赔偿共通规则。<sup>〔84〕</sup>

其次，司法解释应进一步完善《民法典》第 585 条第 2 款规定的违约金司法调整规则。违约金的司法调整是对当事人合同自由的干涉，须极为审慎。在此，完全将违约实际损失作为认定违约金是否过高的判断基准有欠妥当。违约金司法调整应当明确区分补偿性违约金和惩罚性违约

〔79〕 在“拉萨市国土资源局与拉萨玛吉阿米餐饮连锁有限责任公司建设用地使用权出让合同纠纷案”中，最高人民法院认为：“……虽然赋予人民法院适当调减违约金的裁量权，但结合本案实际情况，玛吉阿米公司无正当理由长期拒不支付土地出让金，导致产生高额违约金，之后又明确承诺愿意支付该高额违约金，以换取拉萨国土局继续为其办理土地使用权证，人民法院酌情调减违约金反而有悖公平原则和诚实信用原则。”〔参见最高人民法院（2018）民再 303 号民事判决书。〕

〔80〕 在“林敏东与漳浦金浦医院房屋租赁合同纠纷上诉案”中，福建省漳州市中级人民法院认为：“合同法对违约金的规定侧重于违约金的补偿性，同时有限地承认违约金的惩罚性……对于金钱给付类违约金过高的调整幅度，应以年利率的 24% 再上浮 30% 为标准适当减少为宜。”（林振通：《违约金过高的举证责任承担与调整》，载《人民司法·案例》2017 年第 2 期，第 60 页。）

〔81〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施小组：《统筹协调 蹄疾步稳 全力推进民法典贯彻实施》，载《中国审判》2020 年第 17 期。

〔82〕 参见乔文心：《最高法全面完成司法解释清理并发布首批民法典配套司法解释》，载《人民法院报》2020 年 12 月 31 日，第 1 版。

〔83〕 参见前引〔32〕，韩强文。

〔84〕 参见前引〔31〕，王洪亮文。



金：对于前者，法院应以违约造成的实际损失为主要判断基准；对于后者，关于违约金数额是否过高的认定，法院应在诚信原则和公平原则指引下充分考量合同履行状况和对价关系、当事人的主观过错程度、事后补救程度、违约金数额担保功能发挥的空间、债务人因违约的获利、债权人合同预期利益和精神利益以及违约损害继续发展等相关因素。<sup>〔85〕</sup> 在未来，违约金调整因素的考量还可以运用计量分析方法进行预测研究，利用人工智能技术和交叉学科理论应用来拓宽当事人意思自治的路径选择。<sup>〔86〕</sup>

与此同时，本款前半句关于“司法增额”中的“低于”应进行目的性限缩解释，即解释为“过分低于”。详言之，按照“约定的违约金低于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加”的规定，只要违约金与实际损失出现极小的偏差，当事人就可以提起司法调整的请求，由此可能导致“责任限制型违约金条款”毫无用武之地，这无疑对于合同自由的否定和司法资源的浪费，还会进一步诱发当事人在违约金和违约损害赔偿之间进行自由选择的投机行为。<sup>〔87〕</sup> 此时，司法解释不如赋予债权人针对额外损害请求赔偿的权利，以对债权人进行周延的救济，这也符合我国司法实践的处理经验。<sup>〔88〕</sup> 另一方面，对于“过分高于”的判断标准，《合同法司法解释（二）》认为违约金数额超过违约实际损失的30%即可，我国司法裁判也普遍遵循130%的司法调整启动条件。实际上，这一标准来源于《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7号）第16条，对于标的各异的其他类型合同来说可能并不适当。<sup>〔89〕</sup> 比如，在民间借贷纠纷案中，债权人的实际损失通常为应还本金的利息，但仅为利息损失1.3倍的违约成本明显过低。在《民法典》司法解释的制定过程中，这一标准应被定位为具体化指引的提示性或注意性规范，法院在具体个案中仍需综合相关因素确定一个合理的调整标准，来防止法律适用的僵化。<sup>〔90〕</sup>

• 229 •

再次，司法解释应将《民法典》第585条第3款规定的惩罚性违约金扩展至多数违约行为样态，而不是仅局限于迟延履行。具体来说，违约行为的核心是当事人合同义务的违反，不但存在债务人履行迟延这一种情形，也包括债务人无正当理由（抗辩权）拒绝履行、可归责于债务人的

〔85〕 立法机关虽未针对不同类型的违约金设置相应的酌减规则，但在《民法典》释义中也指出：“在判断约定违约金是否过高以及调低的幅度时，一般应当以对债权人造成的损失为基准。司法实践中对此掌握的标准一般是，当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认定为‘过分高于造成的损失’，但对此不应当机械适用，避免导致实质上的不公平。此时，可以综合考虑辩论终结前出现的以下因素：（1）合同履行情况；（2）当事人过错程度；（3）预期利益；（4）当事人的主体身份；（5）其他因素。”（参见前引〔65〕，黄薇主编书，第290-291页。）

〔86〕 参见屈茂辉：《违约金酌减预测研究》，载《中国社会科学》2020年第5期。

〔87〕 孙良国教授指出：“如果约定违约金数额过高或者过低，其不仅仅在当事人之间产生私人利益关系，而且还可能会对司法所代表的公共价值提出挑战……司法的功能是要确保作为社群的公平的代表。然而公平当然地不仅包括过高的情况，也包括过低的情况……为了实现上述价值判断，约定的违约金也必须过分低于实际损失才能够进行调整。”（孙良国：《论法院依职权调整违约金——〈民法典〉第585条第2款之评判》，载《北方法学》2020年第5期，第55-57页。）

〔88〕 在实践中，有法院在违约金数额低于实际损失的情况下判决赔偿额外损失。按照《合同法司法解释（二）》第28条后段，违约金司法增额和额外的损害赔偿不得同时主张。〔参见“北京王致和食品集团有限公司诉北京天相房地产开发有限公司联合开发合同纠纷案”，载刘言浩主编：《法院审理合同案件观点集成》（上册），中国法制出版社2013年版，第350页。〕

〔89〕 参见吴从周等：《违约金酌减之裁判分析》，元照出版公司2015年版，第313页。

〔90〕 参见李东琦：《论惩罚性违约金的调整》，载《当代法学》2013年第6期。

履行不能（比如因债务人过错导致标的物灭失）以及进行瑕疵给付或加害给付的不完全履行。<sup>〔91〕</sup>从反面来看，惩罚性违约金适用范围的扩大实质上是鼓励合同当事人在所有违约形态中预先约定债务不履行的法律后果，这有利于形成对债务人的履约压力，促使债务人清楚地感知违约后的不利处境，进而督促其依约行事。此时，惩罚性违约金既意味着对违约方相当程度的道德谴责，也意味着对守约方来说可能的更丰厚的经济回报，从而能够提供有效的制度激励。因此，相关司法解释应当修正惩罚性违约金的适用范围限制。此外，《民法典》采取了民商合一体例来统筹民事法律关系，人民法院还应充分考虑合同双方当事人之间的地位均衡性、具体交易的特征以及酌减后果对当事人生存状况的影响等因素来进行更加谨慎的考量。<sup>〔92〕</sup>

---

---

**Abstract:** Article 585 of China's Civil Code mainly repeats Article 114 of the Contract Law on agreed damages. At present, due to the vague orientation of the basic function, it is impossible to clarify the relationship between contractual penalty and compensatory damages. The application of the judicial adjustment rules as a supporting measure is chaotic, which makes the judicial practice generally follows the applicable mode of function equality or compensation, and makes it difficult to give full play to the role of the ensuring debt performance and reducing the burden of proof. In fact, agreed damages have dual functions in guarantee and compensation, which have different emphases in different periods and jurisdictions. China's Civil Code has been formally issued, and the relevant judicial interpretations should seek a more appropriate approach, respect the autonomy of the parties, promote a distinction between penalty and liquidated damages, construct the dual value system of agreed damages, clarify the scope of application, the principles and main considerations of judicial adjustment, as to provide a good institutional environment for the functional optimization of contractual agreed damages.

**Key Words:** punitive agreed penalty, compensatory liquidated damages, proportion allocation, judicial adjustment, discretionary reduction of liquidated damages

---

---

（责任编辑：武 腾 赵建蕊）

---

〔91〕 惩罚性违约金旨在通过行为控制和违约预防来实现履约担保功能，既然如此，债务人是否积极履行债务（是否存在过错）在此就具备规范评价的意义。同时，违约金责任的成立以违约金约定存在和违约情事发生为必要，违约的认定尤为关键。比如，对于因不可抗力造成的履行不能，债务人不承担违约责任，也无须支付违约金。所以，即使《民法典》第577条（《合同法》第107条）确立了违约责任不考虑债务人过错的严格归责立场，但在违约责任成立要件对债务人的可归责性无特别约定或特别规定时，应当具体区分债务人违反的是结果性义务还是手段性义务，再结合债务人是否存在过错，对是否构成违约进行综合判断。

〔92〕 参见王利明：《民法典合同编通则中的重大疑难问题研究》，载《云南社会科学》2020年第1期。

## 根本违约场合风险负担规则的适用

杨 勇\*

**内容提要：**《民法典》第 610 条已经成为根本违约场合风险回转的一般规则。该条继受自《美国统一商法典》，但继受并不完整。在比较法层面，合同撤销场合下限制标的物毁损或灭失风险由出卖人承担的模式，对于合同解除场合同样适用，出卖人的可归责性并不足以作为证成风险回转的正当性根据。风险与利益相一致原则，带来的是当事人所承担的相对人返还不能的风险失衡。风险回转优购买受人，有违双务合同中买受人所享有的信赖，也有违诚实信用原则。《民法典》第 611 条足以在买受人承担标的物毁损或灭失风险场合下为其提供充分救济。在因出卖人根本违约而导致合同解除时，风险负担规则应作如下解释：在买受人行使合同解除权之前，若标的物发生意外毁损或灭失，应由买受人承担标的物毁损或灭失风险；在买受人行使合同解除权之后，若标的物发生意外毁损或灭失，应由出卖人承担标的物毁损或灭失风险。

**关键词：**根本违约 风险负担 合同解除 信赖保护 双务合同

• 231 •

### 一、问题的提出

按照《民法典》第 610 条规定，在标的物因不符合质量要求，致使不能实现合同目的时，买受人可拒绝接受标的物或者解除合同，由此所引发的法律后果是：标的物因意外而毁损或灭失的风险由出卖人承担。《民法典》第 610 条在理论界、司法实践中存在诸多争议，在违约责任趋向于涵括瑕疵担保责任的背景下，<sup>〔1〕</sup> 法院将《民法典》第 610 条（《合同法》第 148 条）类推适用

\* 杨勇，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：合同编》（上册），法律出版社 2013 年版，第 295 页。

于因其他根本违约型态而解除合同的场合,〔2〕第610条本身的正当性仍然存疑,〔3〕理论界以比较法资源作为证成该条正当性的根据时,对比较法存在误读的倾向,而对第610条持批判态度的学者,一方面并未关注到赞成者对比较法的误读,另一方面也并未系统性地回应支持者的立场,因而对第610条的批判偏离了焦点。根本违约场合下的风险负担问题,一方面与合同解消后的返还清算问题存在体系上的联动效应,对于《民法典》的体系化解释论工作具有重要理论价值,另一方面,则关涉到作为给付人的违约方所应承担的违约损害赔偿范围及受领人在合同解除场合下所能够主张的返还范围问题,对当事人利益影响甚巨。若该条的正当性基础存在疑问,而理论与司法实务又倾向于扩张该条适用范围至所有因根本违约而解除的合同,则在因根本违约而导致合同解除时,第610条所体现的风险回转由出卖人承担的规则将会进一步侵蚀风险负担一般规则。在《民法典》并未针对该条规定进行修改的背景下,有必要进一步对该条的妥当适用进行研究。

《民法典》并未一般性地对根本违约与风险负担规则之间的关系进行明确规定,而主要是在第610条所规范的瑕疵给付场合下,明确了出卖人瑕疵给付致使根本违约时,在买受人拒绝接受标的物或解除合同时,标的物毁损或灭失风险应由出卖人承担的规则。但在我国瑕疵担保责任与违约责任之间的差异并不明显的背景下,第610条则成为所有的根本违约场合下风险负担规则的基点,因此,对第610条的继受来源的澄清,也就意味着对我国法中根本违约场合下风险负担规则的基点的厘清。有鉴于此,本文首先将回归到作为第610条的继受来源的《美国统一商法典》(以下简称UCC)中的制度,明晰UCC中对应制度的具体构造,在此基础上,针对理论界论证根本违约场合下风险回转由出卖人承担的正当性论据,进行全面的回应,与此同时,结合《民法典》第986条善意得利人的得利丧失抗辩规则,论证在合同解除场合下,将标的物毁损或灭失风险分配由不当得利债权人承担所产生的弊病,进而质疑根本违约场合下风险回转的正当性。最后,基于解释论的视角,针对根本违约场合下风险负担规则开展更为合理的解释论作业。

## 二、根本违约场合风险负担规则的继受

立法相关部门和理论界普遍认为,《民法典》第610条继受了UCC中的规则。〔4〕能够对应于《民法典》第610条的规则主要体现为UCC第2—510条及第2—608条。〔5〕如果能够在UCC中找到比较法资源的支撑,至少第610条也并非比较法上的孤例,对第610条的正当性证成至少可以依赖于比较法资源。然而,如果第610条在继受UCC时发生偏差,那么以UCC为

〔2〕参见浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03民终756号民事判决书。

〔3〕批判意见如陈自强:《契约解除原物返还嗣后不能》,载《政大法学评论》第165期(2021年);周江洪:《风险负担规则与合同解除》,载《法学研究》2010年第1期;靳羽:《合同解除效果:〈合同法〉第97条的解释论》,载《中南大学学报(社会科学版)》2014年第1期。肯定意见如刘洋:《根本违约对风险负担的影响——以〈合同法〉第148条的解释论为中心》,载《华东政法大学学报》2016年第6期。比较法层面的肯定与批判意见,野中贵弘「契約不適合物の危険移転法理—危険の移転と解除によるその帰帰」日本法学82卷4号(2017年)67頁以下参照。

〔4〕参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第525页;前引〔3〕,刘洋文;王洪亮主编:《合同法难点热点疑点理论研究》,中国人民公安大学出版社2000年版,第328页。

〔5〕参见武腾:《买卖标的物不违约研究》,中国政法大学出版社2017年版,第168页;王利明主编:《中国民法典建议稿及立法理由:债法总则编 合同编》,法律出版社2005年版,第343—344页。

第 610 条寻求正当性支撑的做法也就丧失了根基。有学者已经逐渐察知《民法典》第 610 条与 UCC 中规则的差异，但并未作进一步分析。<sup>〔6〕</sup> 基于此，本文将进一步对比《民法典》第 610 条与 UCC 第 2—510 条及第 2—608 条，分析两者之间的差异。

### （一）第 610 条的解释

按照全国人大法工委对《民法典》第 610 条的解释，在标的物不符合质量要求致使无法实现合同目的时，若买受人拒绝接受标的物或解除合同，相当于并未交付标的物，既然标的物并未交付，则标的物毁损或灭失的风险仍应由出卖人承担。<sup>〔7〕</sup> 这种解释在理论界、司法实践中也得到了支持。<sup>〔8〕</sup> 王利明教授针对这一问题作了更进一步的解释：在出卖人交付的标的物存在瑕疵致使构成根本违约时，若买受人拒绝接受标的物，买受人构成临时为出卖人保管标的物，但代为保管也并未构成真正的交付，并不发生风险移转的法律效果，仍应由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。<sup>〔9〕</sup> 相似的考量在 UCC 中同样存在，当标的物存在瑕疵时，直到出卖人治愈瑕疵或者买受人接受标的物时，出卖人对标的物仍处于控制、支配的地位，因而应由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。<sup>〔10〕</sup> 如果这一解释成立，意味着《民法典》第 610 条并不构成对风险负担规则的突破，标的物毁损或灭失风险，仍与交付主义的风险负担规则保持一致性，第 610 条正当性自然不存在疑问。

如果从风险负担移转的交付主义规则出发，似乎可得到结论：《民法典》第 610 条规定的拒绝受领标的物发生于受领标的物之前，产生的效果是出卖人并未将标的物交付于买受人，自然贯彻和遵循了风险负担移转的交付主义规则。<sup>〔11〕</sup> 就这点观察，《民法典》第 610 条所体现的并非标的物毁损或灭失风险复归于出卖人，而是标的物毁损或灭失的风险从来就未移转至买受人。但理论界并未都采取此种解释路径。

理论界除了从交付主义的风险负担规则，论证《民法典》第 610 条的正当性之外，还存在的一种观点是，从风险回转的角度解释《民法典》第 610 条。例如，在出卖人所交付的标的物存在瑕疵时，一方面，债权人可通过行使拒绝受领权来直接对抗风险向自己的转移，另一方面，即便是买受人在受领标的物后，交付也仅仅发生暂时性的风险移转的效果，买受人一旦行使合同解除权，则风险又会回转由出卖人承担。<sup>〔12〕</sup> 既然存在风险回转的问题，则说明标的物毁损或灭失的

• 233 •

〔6〕 参见韩世远：《中国合同法与 CISG》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2011 年第 2 期。

〔7〕 参见前引〔4〕，黄薇主编书，第 527 页。

〔8〕 参见王利明：《合同法》（上册），中国人民大学出版社 2021 年版，第 361 页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社 2020 年版，第 921 页。司法实践可参见辽宁省抚顺市中级人民法院（2021）辽 04 民终 2830 号民事判决书；重庆市第五中级人民法院（2021）渝 05 民终 1100 号民事判决书；山东省日照市中级人民法院（2020）鲁 11 民终 2480 号民事判决书；宁夏回族自治区石嘴山市中级人民法院（2020）宁 02 民终 639 号民事判决书。

〔9〕 参见前引〔8〕，王利明书，第 361 页。

〔10〕 See Charles S. Weems Jr., Passage of Title and Risk of Loss under the UCC and Louisiana Law, 27 Louisiana Law Review 299, 309 (1967).

〔11〕 参见杜景林：《买卖法中瑕疵权利的规制问题》，载《法学》2009 年第 5 期。

〔12〕 参见刘洋：《对待给付风险负担的基本原则及其突破》，载《法学研究》2018 年第 5 期；谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注 合同编（典型合同与准合同）》，中国法制出版社 2020 年版，第 60 页；冯德淦：《效力瑕疵合同的返还清算问题》，载《法学》2022 年第 2 期。



风险曾移转至买受人,风险回转的解释与交付主义的解释已经大相径庭。

由此观之,尽管《民法典》第610条的正当性并未受到太多质疑,但对第610条的解释论路径却尚未形成共识。

## (二) UCC第2—510条及第2—608条与《民法典》第610条的对比<sup>[13]</sup>

立法相关部门明确指出,《民法典》第610条是在参考UCC的基础上所作的规定。<sup>[14]</sup>按照UCC第2—510条,需要澄清以下内容:首先,在交付的标的物并不符合合同约定,导致买方有权拒绝接受标的物时,标的物毁损或灭失的风险仍停留于出卖人,除非是买受人已接受标的物;其次,在买受人正确地撤回接受时,在买受人保单所承保的范围之外,视为损失风险自始由出卖人承担;再次,对于已经确定的符合买卖合同的标的物,在标的物毁损或灭失的风险移转于买受人之前,若买受人构成违约,在出卖人的保单所承保的范围之外,在商业上的合理时间内,损失风险由买受人承担。<sup>[15]</sup>

据此,按照UCC第2—510条第1款,当标的物存在瑕疵时,在买受人接受标的物之前,标的物毁损或灭失的风险仍旧由出卖人承担,该款等同于《民法典》第610条中“因标的物不符合质量要求,致使不能实现合同目的的,买受人可以拒绝接受标的物……买受人拒绝接受标的物……的,标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担”。因此,买受人以出卖人所提供的标的物不符合质量要求为由,而在出卖人交付标的物时拒绝接受标的物物的情形,在UCC第2—510条第1款中可寻找到支撑,此时也并未突破交付主义的风险移转规则,因而,对于第610条中买受人拒绝接受标的物物的情形,本文不作过多讨论,以下讨论重点集中于解除合同的情形。

UCC第2—510条第2款则指向UCC第2—608条,第2—608条的内容主要体现为:

第一,即使在买受人接受标的物时,买受人也可撤回其接受,但所需满足的条件是:买受人本可期待不符合约定的标的物的瑕疵可被治愈,但并未被治愈;或者在买受人接受标的物时,其并未发现标的物不符合约定,而买受人之所以并未发现标的物不符合约定,是因为在接受之前难以发现标的物不符合约定,或者因出卖人的保证所诱发。第二,撤回对标的物的接受必须发生在买受人发现标的物或应该发现标的物不符合约定后的一段合理时间内,并且撤回接受还应当发生在标的物并未产生任何实质性变化之前,不过,如果标的物发生实质性变化是因为标的物自身缺陷所导致的除外,此外,撤回接受必须在买受人通知出卖人时才发生效力。第三,如果买受人撤回自己对标的物的接受,买受人享有与拒绝接受标的物的买受人相同的权利。

UCC第2—608条主要规范的是买受人撤回对标的物的接受,该条用语为撤回而非合同的解除,在UCC语境下,撤回对标的物的接受并不等同于解除合同,<sup>[16]</sup>解除可被解释为既终结合同关系,同时又撤回对标的物的接受,在此意义上而言,撤回与解除并不构成UCC第2—608条与《民法典》第610条的实质性差异,两者的实质性差异在于:

[13] 以下关于UCC的内容可参见《美国统一商法典》,潘琪译,法律出版社2018年版,第75页、第84—85页。

[14] 参见前引[4],黄薇主编书,第525页。

[15] See Sarah Howard Jenkins, Rejection, Revocation of Acceptance, and Avoidance: Comparative Assessment of UCC and CISG Goods Oriented Remedies, 22 *Minnesota Journal of International Law* 152 (2013).

[16] 参见潘琪:《〈美国统一商法典〉解读》,法律出版社2020年版,第137页。



首先，按照 UCC 第 2—608 条第 2 款，买受人撤回对标的物的接受必须发生在标的物产生任何实质性变化之前，<sup>〔17〕</sup> 如果对该款作反对解释，这也就意味着：在标的物产生任何实质性变化后，买受人无法撤回对标的物的接受，<sup>〔18〕</sup> 此时如果标的物发生毁损或灭失的，则应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。<sup>〔19〕</sup> 而之所以作此规定，其原因在于：如果买受人受领的标的物发生实质性的改变，则可能使得出卖人缺乏“现成市场”，以出卖发生实质性变化的标的物，此时，买受人虽然无法享有撤回对标的物的接受的救济权利，但仍可以诉诸 UCC 第 2—714 条所规定的损害赔偿救济。<sup>〔20〕</sup> 而这一解释与《民法典》第 610 条形成了巨大反差，如果说《民法典》第 610 条关于合同解除的规定，与 UCC 第 2—608 条中撤回对标的物的接受存在亲和性的话，那么，第 610 条却并未对买受人解除合同施加标的物尚未发生实质性变化的限定条件，这使得第 610 条中标的物毁损或灭失的风险回转于出卖人的情形大大拓宽。从这个角度讲，《民法典》第 610 条没有完整继受 UCC 第 2—608 条的规定，因为 UCC 在一定程度上仍奉行了标的物毁损或灭失的风险仍应由买受人承担的规则，在买受人尚未撤回对标的物的接受时，标的物意外毁损或灭失的，应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，而在买受人已经撤回对标的物的接受后，标的物意外毁损或灭失的，则由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。<sup>〔21〕</sup>

其次，按照 UCC 第 2—510 条，标的物毁损或灭失风险回转于出卖人，仅限于买受人所投保的保险无法填补的损失范围，<sup>〔22〕</sup> 如果买受人所投保的保险能够填补全部损失，则仍旧由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，并不发生标的物毁损或灭失的风险回转于出卖人的法律后果。而《民法典》第 610 条则并未作此区分，只要标的物存在瑕疵使得出卖人构成根本违约，在买受人解除合同后，标的物毁损或灭失的风险便均由出卖人承担。

综上所述，在标的物不符合质量要求导致买受人合同目的无法实现时，UCC 并未完全贯彻买受人撤回对标的物的接受时，标的物毁损或灭失的风险回转于出卖人的规则。而我国法却作出了不同于 UCC 的规定，并未区分买受人行使解除权时标的物是否发生毁损或灭失等不同情形，呈现出继受偏差的状况。

### 三、因根本违约解除合同时风险回转的正当性检验

尽管《民法典》第 610 条的继受并不完整，但这不足以根本否定在买受人因出卖人根本违约而解除合同时风险回转的正当性，下文将进一步对根本违约场合下合同解除发生风险回转效果的正当性进行检验。

〔17〕 See Note, Uniform Commercial Code-Sales-Sections 2 - 508 and 2 - 608-Limitations on the Perfect-Tender Rule, 69 *Michigan Law Review* 130, 145 (1970).

〔18〕 See *Royal Typewriter Co., a Div. of Litton Bus. Sys., Inc. v. Xerographic Supplies Corp.*, 719 F.2d 1092, 1106 - 07 (11th Cir. 1983); 前引〔15〕, Sarah Howard Jenkins 文, 第 183 - 184 页。

〔19〕 長坂純「売買契約における危険負担—アメリカ統一商事法典を素材として」明治大学大学院紀要法学篇 24 卷 (1987 年) 160 頁参照。

〔20〕 参见前引〔15〕, Sarah Howard Jenkins 文, 第 184 页。

〔21〕 日本理论界对 UCC 第 2—608 条第 2 款的解释, 小野秀誠「給付障害と危険の法理」(信山社, 1996 年) 96 頁参照。

〔22〕 参见前引〔16〕, 潘琪书, 第 100 页。

### （一）合同撤销场合下标的物毁损或灭失风险分配的启示

我国通说认为，对于买卖合同等一时性合同，合同解除发生溯及既往的效果，合同关系自始归于消灭，这与合同撤销所发生的效果并无实质性差异，<sup>〔23〕</sup>下文想要阐明的一项问题是：如果买受人撤销买卖合同后，买受人尚需要承担标的物毁损或灭失的风险，那么，在合同解除场合下，并不存在充分理由对解除作区别对待，由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。<sup>〔24〕</sup>即便对合同解除不采直接效力说，也不会弱化本文的讨论，举重明轻，既然在具有溯及力的撤销场合下，都有必要要求买受人承担标的物毁损或灭失风险，在不自始消灭合同关系的解除场合下，<sup>〔25〕</sup>则更是如此。

在现行法框架下，合同的撤销构成一类典型的给付目的嗣后不存在的不当得利，受领人应当返还不当得利，而按照《民法典》第986条的规定，善意受领人还可主张得利丧失抗辩，在未知晓出卖人实施欺诈行为时，得利已经因意外原因而毁损或灭失，因而无需再承担不当得利返还义务，不过，这一论断是否成立也仍需进一步的探讨，其原因在于：善意得利人的得利丧失抗辩规则并不能无条件地适用于双务合同或有偿合同。

在此兹举一例以说明《民法典》第986条适用于双务合同或有偿合同中所出现的问题。

示例：甲以12万元的价格向乙购买一辆汽车，乙在买卖合同中向甲保证汽车虽然是二手车，但并未发生过交通事故，且该车零部件均处于完好状态，甲信以为真并与乙订立买卖合同，乙向甲交付汽车，后甲在驾驶汽车过程中与醉驾的丙相撞，汽车毁损已无法修理。事故后对汽车的检测显示，由于该车为事故车，乙驾驶该车发生事故后导致该车汽缸存在瑕疵，其实际价值仅值4万元，如果该车并非事故车的话，汽车价值为8万元。甲得知此一事实后，及时提起撤销之诉，以撤销买卖合同。<sup>〔26〕</sup>

在该例中，若甲通过提起撤销之诉撤销买卖合同后，乙提起诉讼，主张根据《民法典》第157条，要求甲对汽车进行折价补偿，由于在汽车毁损或灭失时，甲并不知晓自己受到欺诈，构成善意，如果认定甲可以援引《民法典》第986条作为抗辩，则甲无需向乙承担折价补偿义务，而如果甲在诉讼中提起反诉，要求乙返还价款，所呈现的结果是甲无需承担折价补偿义务，乙需返还价款。

在比较法上，普遍认为上述结果并不合理，因为这使得已经移转至买受人的标的物毁损或灭失的风险又回转于出卖人，因而，各国通过不同的方式来修正上述结果。德国判例通过差额说等理论，限缩善意得利人的得利丧失抗辩规则在双务或有偿合同中的适用空间。<sup>〔27〕</sup>所谓的差额说，适用到该案中，结果就呈现为：应当否认甲、乙分别享有的不当得利返还请求权，而认为甲、乙

〔23〕 参见前引〔8〕，王利明书，第247页。

〔24〕 比较法上类似的讨论方式，参见前引〔21〕，小野秀诚书，第104页。德国立法者也认为在解除法与不当得利法领域的返还清算关系应倾向于作相似处理，vgl. Begr. z. RegE, BT-Drs. 14/6040, S. 194. 日本法上相似的立场，磯村保「法律行為の無効・取消しと原状回復義務」Law & Practice 12号（2018年）25頁参照；陈自强：《民法典不当得利返还责任体系之展开》，载《法学研究》2021年第4期。

〔25〕 关于合同解除效力的各种学说，参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第669页以下。

〔26〕 该案例根据《欧洲示范民法典草案》评论中所举示例加以改编。参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、〔英〕埃里克·克莱夫：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（第一卷、第二卷、第三卷），高圣平等译，法律出版社2014年版，第782页。

〔27〕 Vgl. RGZ 54, 137 ff.

之间仅有一个不当得利返还请求权，而这一不当得利返还请求权体现为对双方各自的返还范围进行清算后所得到的剩余的不当得利返还请求权，以上文为例，若认为甲应向乙返还6万元（合同约定价款 $\times$ 汽车实际客观价值 $\div$ 汽车承诺给付价值，也即： $12\text{万元} \times 4\text{万元} \div 8\text{万元} = 6\text{万元}$ ），乙则应向甲返还12万元，对双方之间的返还义务进行清算后，乙应向甲返还6万元。<sup>〔28〕</sup>

2017年修改后的《日本民法典》第121条之2第2款，更是明文限制了不当得利法中善意得利人的得利丧失抗辩规则，在双务合同或有偿合同无效、被撤销时的适用可能性，<sup>〔29〕</sup>而我国理论界也在反思善意得利人的得利丧失抗辩规则在双务合同中适用的合理性。<sup>〔30〕</sup>

限制善意得利人的得利丧失抗辩规则在合同无效、被撤销场合下的适用空间，相当于在合同无效、被撤销的场合下，仍然承认了合同法领域内风险移转规则的正当性，标的物一经交付，便由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。这带给我们的启示是：如果在合同无效、被撤销场合下，都应该尊重合同法领域内交付主义的风险移转规则，在合同解除场合下，也同样不应轻易突破交付主义的风险移转规则。<sup>〔31〕</sup>

## （二）可归责性能否作为风险分配的基准

从可归责性考察，若因为在瑕疵给付场合下出卖人存在可归责性，而将标的物毁损或灭失的风险回转由出卖人承担，那么，在合同无效、被撤销等场合下，同样可能存在因可归责于出卖人的原因导致合同无效或被撤销，为贯彻相同的价值评判标准，在出卖人将标的物交付于买受人后，也应当认定标的物毁损或灭失的风险回转由出卖人承担。例如，出卖人对买受人实施欺诈，导致买受人订立买卖合同，出卖人存在可归责性，此时应当肯定善意得利人的得利丧失抗辩规则的适用空间，将标的物毁损或灭失的风险分配给具有可归责性的出卖人承担。德国联邦最高法院也曾认为，在出卖人对买受人进行欺诈使得买受人订立二手车买卖合同时，即便标的物在买受人撤销合同之前因其过失而毁损或灭失，买受人仍可请求出卖人返还全部价款。<sup>〔32〕</sup>由此，似乎印证了将出卖人的可归责性作为由其承担标的物毁损或灭失风险的合理性。

但是，本文认为，仅仅因为出卖人对合同的解除存在可归责性，而突破交付主义的风险移转规则并不合理。

第一，德国联邦最高法院在出卖人欺诈的场合下，认可标的物毁损或灭失风险由出卖人承担的做法本就遭到理论界的批评，<sup>〔33〕</sup>认为欺诈并未提升标的物毁损或灭失的风险，此时应当通过侵权责任等救济途径对买受人提供救济，而非改变风险负担主体。<sup>〔34〕</sup>《日本民法典》第121条之

〔28〕 差额说的介绍，vgl. Werner Flume, Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP 194 (1994), 427 ff. 中文相关研究可参见王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社2015年版，第263-266页；〔德〕格哈德·瓦格纳：《20世纪不当得利法理论的发展与不当得利法领域的法律文献》，马丁译，王倩校，载《中德私法研究》第8卷，北京大学出版社2012年版，第106页以下。

〔29〕 潮见佳男「売買契約の無効・取消しと不当利得（その1）」法学教室455号（2018年）94頁以下参照。

〔30〕 参见赵文杰：《论不当得利与法定解除中的价值偿还——以〈合同法〉第58条和第97条后段为中心》，载《中外法学》2015年第5期。

〔31〕 陈自强教授观点的变化，可参见陈自强：《双务契约不当得利返还之请求》，载《政大法学评论》第54期（1995年）；前引〔3〕，陈自强文。

〔32〕 Vgl. BGHZ 53, 144 ff.

〔33〕 事实上，产生出差额说的判例即为出卖人欺诈型案件，vgl. RGZ 54, 137 ff.

〔34〕 Vgl. Hans Josef Wieling, Bereicherungsrecht, Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1993, S. 68.

2 排除了在无效的有偿法律行为中适用善意得利人的得利丧失抗辩规则的可能性,第3款则增设例外,但例外仅限于无民事行为能力人作出民事法律行为的情形,而并未根据撤销权的相对人的可归责性作出不同处理。

第二,出卖人对合同的解除或具有可归责性,但这并不代表出卖人对标的物的毁损或灭失存在可归责性,典型的将合同解除后标的物毁损或灭失风险分配由出卖人承担的立法模式,多承认在买受人对标的物毁损或灭失存在可归责性的背景下,应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险,而非由对合同解除存在可归责性的出卖人承担。例如,《日本民法典》《联合国国际货物销售合同公约》是较为典型的将合同解除后标的物毁损或灭失风险分配由出卖人承担的立法模式,虽然两者在特定场合下通过将标的物毁损或灭失的风险规定由买受人承担,但这些情形较为有限,<sup>[35]</sup>通常限于买受人存在特定作为或不作为的场合之下,此时多认为买受人对标的物毁损或灭失存在可归责性,而在完全是因第三人或者不可抗力等事由导致标的物毁损或灭失时,买受人仍可行使解除权,并使得出卖人承担标的物毁损或灭失的风险,而即便这些较为典型的将合同解除后标的物毁损或灭失的风险分配由出卖人承担的立法模式,<sup>[36]</sup>尚且承认了由买受人承担标的物毁损或灭失风险的情形,《民法典》第610条并未考虑到类似问题,欠缺合理性。另需指出的是,这些将标的物毁损或灭失风险分配由买受人承担的前提条件是,买受人的行为导致标的物毁损或灭失,因而买受人对标的物毁损或灭失存在可归责性,但在此种场合下,若买受人信赖标的物为自己所有,并在此基础上使用标的物,难以认定买受人存在可归责性,其实质仍是由买受人承担标的物因意外原因而产生的毁损或灭失风险。若严格贯彻这一逻辑,所推导出来的结论是,在因不可抗力等事由导致标的物毁损或灭失时,也应当由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。

第三,从《民法典》第605条观察,在因买受人的原因导致出卖人无法按照约定期限交付标的物时,标的物毁损或灭失的风险应自买受人违反约定时发生移转,<sup>[37]</sup>按照该条,可能得到的结论是:标的物毁损或灭失风险的移转可能按照合同当事人是否具有可归责性进行确定,但在第605条中,之所以将标的物毁损或灭失风险的移转同买受人的违约事实相联系,是因为买受人的违约行为直接导致标的物毁损或灭失风险移转时点推迟,为了对作为非违约方的出卖人提供救济,应视为标的物毁损或灭失的风险自买受人违约时起便发生移转。但在出卖人交付的标的物存在瑕疵致使不能实现合同目的时,在瑕疵与标的物毁损或灭失之间并不具有因果关系的背景下,以出卖人存在可归责性为由,而要求出卖人承担标的物毁损或灭失风险并不合理。

第四,我国之所以在风险移转问题上将交付主义作为确定风险移转的标准,除将交付作为判断风险移转时点具有明确性外,<sup>[38]</sup>更重要的原因在于:其一,当出卖人将标的物交付至买受人后,标的物则处于买受人的控制之下,买受人能够更为有效地控制标的物毁损或灭失的风险,故

[35] 参见前引〔3〕,陈自强文。

[36] 但此类处理模式也受到批评, see Hein Kötz, *European Contract Law*, Second Edition, translated from the German by Gill Mertens & Tony Weir, Oxford University Press, 2017, pp. 239-240. 为了回应批评,日本2017年债法修改过程中,新增“若买受人不知自己享有解除权的,即便因故意或过失导致标的物毁损或灭失,也可解除合同”的规定。

[37] 体现类似精神的还包括《民法典》第608条,在此仅以第605条为例进行分析。

[38] 参见前引〔4〕,黄薇主编书,第515页。

而应当由买受人承担标的物毁损或灭失的风险；<sup>〔39〕</sup>其二，按照风险与利益相一致的原则，买受人获得对标的物的占有后，即便所有权尚未发生移转，买受人也获得了标的物的实际利益，<sup>〔40〕</sup>因而应当由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。<sup>〔41〕</sup>由此可见，标的物毁损或灭失风险的移转并不与可归责性挂钩。

综上所述，出卖人的可归责性并不足以证成标的物毁损或灭失风险回转于出卖人的正当性。

### （三）风险和利益相一致原则与合同解除场合下的风险回转

不过，既然风险与利益相一致原则可以作为交付主义的风险移转规则的正当性根据，那么，从风险与利益相一致原则的角度出发，似乎也可得出由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险的结论。在买受人以根本违约为由而解除合同的场合下，由于买受人应将标的物及其孳息一并返还至出卖人，标的物的实际利益事实上是由出卖人获得，故标的物毁损或灭失的风险也应由出卖人承担。<sup>〔42〕</sup>我国《民法典》第566条虽然并未就合同解除后的孳息及用益返还问题作出明确规定，但理论界仍可能借助于比较法得出合同解除后当事人应返还孳息及用益的结论，<sup>〔43〕</sup>如果能够得出这一结论，那么基于风险与利益相一致的原则，标的物毁损或灭失的风险便应当由出卖人承担。

不过，本文要指出的是，若将这一逻辑贯彻到双方均负担返还义务的场合下，则会产生严重的问题，在双务合同被解除时，不仅仅买受人一方负担返还标的物及其孳息、用益的义务，出卖人同样承担价金及其孳息的返还义务，但由于金钱债务不存在履行不能的问题，出卖人恒承担价款及其孳息的返还义务，若按照风险与利益相一致的原则，则会导致出卖人永远承担标的物毁损或灭失的风险，但买受人恒无需承担价款及其孳息返还不能的风险，风险与利益相一致原则所带来的是风险承担的不均衡。

对此，可能给出的一项解释是：在不承认物权行为无因性的我国，<sup>〔44〕</sup>在合同解除之后，标的物的所有权的移转便欠缺法律原因的支撑，标的物所有权自动复归于出卖人，既然出卖人是标的物的所有权人，此时由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险并无任何不公平之处，而出卖人应向买受人返还的价款为金钱，金钱适用占有即所有的规则，在买卖合同被解除后，买受人尚未获得价款的所有权，从出卖人与买受人的法律地位观察，将标的物毁损或灭失的风险分配由出卖人承担，正是平衡出卖人与买受人法律地位的有效措施，不存在不公正的问题。<sup>〔45〕</sup>

〔39〕 参见前引〔12〕，谢鸿飞、朱广新主编书，第37页。制定《合同法》时的讨论，参见崔建远：《关于制定合同法的若干建议》，载《法学前沿》编辑委员会编辑：《法学前沿》（第2辑），法律出版社1998年版，第46页。

〔40〕 参见《民法典》第630条。立法机关在解释《民法典》第630条时，明确地提出该条建立在风险利益共担原则的基础上。参见前引〔4〕，黄薇主编书，第585页。

〔41〕 参见前引〔4〕，黄薇主编书，第585页；朱晓喆：《买卖之房屋因地震灭失的政府补偿金归属——刘国秀诉杨丽群房屋买卖合同纠纷案评释》，载《交大法学》2013年第2期；赵家仪、陈华庭：《我国买卖合同中的“交付”与“风险转移”》，载《法商研究》2003年第2期；王轶：《论买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》1999年第4期。

〔42〕 参见吴香香：《〈合同法〉第142条（交付移转风险）评注》，载《法学家》2019年第3期；前引〔3〕，刘洋文。

〔43〕 德国法上的解释，vgl. Staudinger/Beckmann, 15. neubearb. Auf., 2013, § 446 Rn. 9.

〔44〕 相关的论据可参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》（法释〔2020〕24号）第20条。

〔45〕 相似的逻辑可见于王轶：《论买卖合同中债务履行不能风险的分配——以基于法律行为的物权变动模式的立法选择为考察背景》，载《中外法学》1999年第5期。

本文对上述解释的质疑是：第一，仅仅因为一方给付的是金钱，而另一方给付的是货物，而使得当事人在合同关系解除后所应承担的对方履行不能的风险呈现实质性差异，不具有实质正当性。第二，从下文买受人的信赖保护观察，在买受人尚不知道标的物瑕疵进而未解除合同期间，为了保护买受人所享有的终局性地取得标的物所有权的信赖，买受人对因使用标的物导致的标的物折旧、价值减损，在合同解除后，也无需向出卖人承担价值补偿义务，换言之，在此期间内，买受人享有了标的物的实际利益，如果从风险与利益相一致原则角度出发，此时应当是买受人承担标的物毁损或灭失风险。

#### （四）买受人的信赖保护优待与合同解除场合下的风险回转

买卖合同的特殊性在于，对于买受人而言，其之所以信赖自己能够终局性地取得标的物的所有权，是建立在买受人提出对待给付的基础之上。在买卖合同中，如果认定买卖合同因解除而使得标的物毁损或灭失的风险回转至出卖人，而买受人又能够请求出卖人返还全部价款，则使得买受人获得了不当的优待，这一优待并不合理：

首先，这一优待完全是因为标的物存在瑕疵使得出卖人构成根本违约，而标的物的瑕疵很可能仅仅是一项偶然事件，以标的物存在瑕疵这一偶然事件来使得买受人获得优待并不具有充分正当性。<sup>〔46〕</sup>

其次，如果说买受人在受领标的物时，买受人的信赖是在提出自己的对待给付的基础上获得标的物的所有权，而在标的物因不可归责于当事人的事由而毁损或灭失时，买受人却能够主张自己的信赖是无需提出对待给付的基础上便可获得标的物的所有权，明显有悖于诚实信用原则。在标的物毁损或灭失风险回转于出卖人时，所得到的结果实质上就等同于：买受人无需支付价款，便可获得标的物所有权。

再次，如果说将标的物毁损或灭失的风险分配由出卖人承担的话，可能产生的问题是：买受人获得了优待，那么，可能会存在观点指出，在出卖人向买受人移转的标的物存在瑕疵致使构成根本违约时，出卖人根本就无法期待标的物毁损或灭失的风险移转于买受人，因而，由买受人承担标的物毁损或灭失的风险具有充分正当性，换言之，出卖人并不享有标的物毁损或灭失的风险移转于买受人的正当信赖，但问题在于，在很多场合下出卖人并不知晓标的物存在瑕疵致使构成根本违约。<sup>〔47〕</sup>在我国合同法的违约责任归责原则采取无过错责任原则的背景下，<sup>〔48〕</sup>这一问题更为突出。在出卖人并不知道标的物存在瑕疵的场合下，出卖人反而会产生标的物毁损或灭失的风险移转于买受人的信赖，此时，如果因为《民法典》第610条的规定而使得标的物毁损或灭失的风险又回转于出卖人，恰恰会使得出卖人所享有的信赖利益无法获得保护。

最后，从比较法看，德国立法者指出，在出卖人根本违约的场合下，在买受人发现出卖人根本违约的事实之前，其相信自己终局性地取得了标的物的所有权，为了保护买受人的此种信

〔46〕 See Reinhard Zimmermann, Restitution After Termination for Breach of Contract; German Law After the Reform of 2002, in Andrew Burrows & Alan Rodger eds., *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006, p. 336.

〔47〕 参见前引〔46〕，Reinhard Zimmermann文，第336页。

〔48〕 参见前引〔25〕，韩世远书，第745页。



赖利益，只要买受人对标的物尽到了在自己事务中应当注意的义务，便不对出卖人负有价值补偿义务。<sup>〔49〕</sup>然而，即便在买受人尽到对自己事务的注意义务时，若标的物仍因意外而毁损或灭失，正是基于买受人所享有的自己终局性地获得标的物所有权的信赖，由买受人承担标的物意外毁损或灭失的风险才更为妥适。事实上，标的物因买受人正常使用而产生折旧、损耗时，买受人并不负有向出卖人进行折价补偿的义务，此时便足以保障买受人所享有的此种信赖利益，而在标的物因不可归责于买卖合同当事人双方的事由而毁损或灭失时，买受人并不拥有可值得保护的信赖利益。

#### （五）第 611 条与第 610 条的体系解释

第 610 条的支持者认为，第 610 条的实质正当性在于：避免因风险负担的一般规则，导致买受人基于出卖人瑕疵履行的救济权利无法获得保障。<sup>〔50〕</sup>如果这一论断成立，所能够得到的进一步的结论便是，只要出卖人的行为构成根本违约，买受人基于出卖人根本违约所享有的救济权利就不应当因风险负担规则而受到影响。

从《民法典》第 611 条观察，在买受人应承担标的物毁损或灭失的风险时，不影响出卖人因合同履行不符合约定而应承担的违约责任。该条意味着，风险负担问题与违约责任两个问题并不相互勾连，买受人可在承担标的物毁损或灭失风险的基础上，要求出卖人承担违约责任。<sup>〔51〕</sup>根据第 610 条，标的物毁损或灭失的风险回溯至出卖人承担，此时已不存在买受人承担标的物毁损或灭失风险的问题，当然不存在第 611 条的适用空间，从这个角度观察，第 611 条与第 610 条之间并不存在冲突。

不过，从第 611 条可以推导出的另一项结论是：即使买受人需承担标的物毁损或灭失的风险，也并不影响买受人请求出卖人承担违约责任，从这一点出发，如果将第 610 条的规则改变为由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，对于买受人而言，并不存在因出卖人瑕疵履行而在合同解除后无法获得救济的问题。因而，认为如果买受人承担标的物毁损或灭失的风险，便会影响买受人请求出卖人承担瑕疵担保责任的权利的论证并不成立。

综上所述，以《民法典》第 610 条为基点的根本违约场合下，买受人解除合同时的风险回转规则欠缺正当性。

• 241 •

## 四、根本违约场合下合同解除时风险负担的解释论

建立在上述分析基础上，下文将具体讨论如何对根本违约场合下风险负担规则进行合理的解释。

### （一）可否类推适用合同履行过程中的风险负担一般规则

《民法典》并未规定合同解除场合下返还清算关系中的风险负担规则，构成法律漏洞，而我

〔49〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》（第7版），沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第305页；Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 37. Auflage, C. H. Beck, 2013, S. 163. Rn. 27.

〔50〕 参见前引〔3〕，刘洋文。

〔51〕 参见最高人民法院经济审判庭编著：《合同法解释与适用》（上册），新华出版社1999年版，第694页；余延满：《货物所有权的移转与风险负担的比较法研究》，武汉大学出版社2002年版，第284页；郑旭文：《国际货物买卖中根本违约对风险转移的影响》，载《当代法学》2002年第7期。

国台湾地区“民法”第261条明确规定,因合同解除而产生的义务,准用第264条至第267条的规定,而第266条及第267条为双务合同中的风险负担规则,由此,即便是合同解除后的返还清算之债,也存在合同履行过程中风险负担一般规则的适用空间。<sup>[52]</sup>日本法在这一问题上也并不存在明确的规定,理论界存在类推适用合同履行过程中风险负担规则的观点,除可归责于出卖人的事由而导致标的物毁损或灭失外,标的物因不可归责于买受人的事由而毁损或灭失时,应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。<sup>[53]</sup>《民法典》并未针对合同解除后返还清算之债中的风险负担规则作出明确规定,是否意味着合同履行场合下的风险负担规则可类推适用于合同解除场合下的返还清算之债?由此,在买受人行使解除权解除合同之后,买受人将标的物交付给出卖人前,标的物毁损或灭失的风险仍应由买受人承担。<sup>[54]</sup>本文认为,类推适用合同履行过程中的风险负担一般规则并不可采。其原因在于:若类推适用合同履行过程中的风险负担一般规则,所导致的结果是,在买受人尚未将标的物交付至出卖人前,即便买受人已经解除合同,标的物毁损或灭失的风险仍停留于买受人,从风险与利益相一致原则的角度出发,买受人此时已无法获得标的物的实际利益,要求买受人承担标的物毁损或灭失的风险并不合理。

## (二) 可采的解释路径: UCC 第2—510条及第2—608条的启发

按照前文论述,既然《民法典》第610条确实继受了UCC中的规定,只是在继受过程中发生了偏离,那么,在对根本违约场合下的风险负担规则开展解释论作业时,可能的一个方向便是:朝着作为继受法来源的UCC第2—510条及第2—608条进行解释,由此,第610条的适用范围就应当得到限缩,按照UCC第2—608条第2款,在买受人解除合同时,若标的物已经毁损或灭失,则应否认买受人的合同解除权,此时买受人将承担标的物毁损或灭失的风险,对应于这一限定,在出卖人根本违约场合下,买受人解除合同也仅能发生在所受领的标的物尚未毁损或灭失之前,若标的物已经发生毁损或灭失,则不应承认买受人的解除权,但这一未作修正的解释结果可能并不合理。

在此,我们所要反思的是,按照UCC第2—510条及第2—608条,因标的物毁损或灭失发生于撤回对标的物的接受之前,而通过使得买受人解除权消灭,以实现标的物毁损或灭失的风险由买受人承担的规定是否合理。对此,本文将从两个层面进行分析:

第一,根据标的物毁损或灭失的时间,来决定买受人可否享有撤回对标的物的接受的权利,并不可采。德国法的转变历程为我们提供了启示,在2002年德国债法现代化之前,旧《德国民法典》第351条采取了类似于UCC的做法,按照旧《德国民法典》第351条,在因可归责于解除权人的事由而导致标的物毁损、灭失后,买受人的解除权消灭,但在买受人行使解除权之后,标的物毁损或灭失的,则买受人的解除行为仍有效。这一“过时”的处理模式遭到了理论界的批评,<sup>[55]</sup>单纯以标的物毁损或灭失发生于解除权行使之前还是之后,来决定买受人可否享有合同解除权,并不具

[52] 参见前引[3],陈自强文。

[53] 参见民法(債權關係)部会資料5—2:民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1)(詳細版),第87页。

[54] 参见海南省海口市中级人民法院(2020)琼01民终4620号民事判决书(一审部分)。该案一审法院认为,出卖人交付的标的物不符合合同约定,导致买受人不能实现合同目的,买受人有权拒收标的物,并要求承运人原路退回,自此时标的物的毁损或灭失的风险由出卖人承担,似乎认定在出卖人将标的物交付至承运人运输后,标的物毁损或灭失的风险便应由买受人承担。针对拒收的场合实际上是在类推适用合同履行过程中的风险负担规则。

[55] See Reinhard Zimmermann, Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-Projet d'un Code Européen des Contrats, 10 *Uniform Law Review* 719, 730 (2005).

有充分正当性。<sup>[56]</sup>从《民法典》观察，无论是第610条还是合同编通则部分有关合同解除的规定，都并未将标的物是否已经毁损或灭失，作为是否承认买受人合同解除权的一项考量因素，因而，即便UCC第2—608条构成《民法典》第610条的继受来源，也不能完全以UCC第2—608条为模板来解释我国法中根本违约场合下的风险负担规则。

第二，本文认为，UCC第2—510条、第2—608条仍可以作为我国解释根本违约场合下的风险负担规则的方向，但在规则具体构造层面与UCC会表现出较大差异。解释方向具体体现在：在买受人行使合同解除权之前，若标的物已经发生毁损或灭失，则仍然遵照风险负担的一般规则，由于标的物已经交付至买受人，因而应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，而在买受人行使合同解除权之后，若标的物发生毁损或灭失，则应当由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。在买受人尚未撤回对标的物的接受时，若标的物已经发生毁损或灭失，UCC实际上是通过否认买受人撤回对标的物的接受的权利，来实现将标的物毁损或灭失的风险分配由买受人承担的法律效果，而在《民法典》第610条之下，并未通过否定买受人的合同解除权，来实现由买受人承担标的物毁损或灭失风险的法律效果，而是通过要求买受人承担价值补偿义务，使得买受人承担标的物毁损或灭失的风险。之所以从上述方向开展解释论作业，具体理由如下：

首先，由于在买受人行使合同解除权之前，标的物发生毁损或灭失的，应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，这就激励着买受人有效地对标的物进行检验，并在发现标的物的瑕疵后通知出卖人。合同法有着强烈的效率取向，<sup>[57]</sup>《民法典》第621条至第624条所规定的买受人的检验及通知义务即为体现，<sup>[58]</sup>买受人承担标的物毁损或灭失的风险与合同法中的效率取向具有一致性。反之，如果在买受人行使合同解除权之前，便由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险，买受人便不存在充分的激励对标的物展开检验，尽管《民法典》第621条至第624条仍可在这一问题上发挥补强作用，但如果未辅之以风险负担规则，会使得出卖人对并不属于自己风险领域内的风险承担责任，也使得买受人在信赖保护层面获得了不当优待，并不合理，对此，前文已经阐明，在此不再详述。

其次，由于在买受人行使合同解除权之后，标的物发生毁损或灭失的，应由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险，这能够激励出卖人将买受人直接占有的标的物运送回至出卖人处，之后再由出卖人对标的物进行有效利用，如再以较低的价格与第三人签订买卖合同等等，实现资源的最大化利用。<sup>[59]</sup>反之，如果在买受人行使合同解除权之后，标的物毁损或灭失的风险仍应由买受人承担的话，则产生的问题是：一方面，买受人需承担标的物毁损或灭失的风险，另一方面，出卖人也不存在充足的动力取回标的物以对标的物进行最大程度的利用，买受人虽然此时可能会为避免承担标的物毁损或灭失的风险，而投入资源避免标的物发生毁损或灭失，但在合同解除场合下，标的物最终将要返还至出卖人的背景下，此种模式显然存在资源错配的问题，使得对标的物

• 243 •

[56] Vgl. Begr. z. RegE, BT-Drs. 14/6040, S. 194; Peter Schlechtriem, Ulrich G. Schroeter, Internationales UK-Kaufrecht, 6. Auflage, Mohr Siebeck, 2016, S. 340.

[57] 参见梁慧星：《从“三足鼎立”走向统一的合同法》，载《中国法学》1995年第3期。

[58] 参见金晶：《〈合同法〉第158条评注（买受人的通知义务）》，载《法学家》2020年第1期。

[59] 参见湖北省黄冈市中级人民法院（2020）鄂11民终2057号民事判决书。该案虽为拒绝受领情形，但和此处解除场合下的考量具有相似性。

没有使用需求的买受人对标的物进行维护、照管。<sup>〔60〕</sup>从信赖利益保护的角度出发,在买受人对出卖人行使合同解除权之后,出卖人无法享有标的物毁损或灭失的风险已经移转于买受人的信赖,要求出卖人承担标的物毁损或灭失的风险,也不至于对出卖人的信赖利益造成侵害。

再次,上述解释路径也并不违反我国法中风险负担的一般规则,在出卖人将标的物交付至买受人后,买受人承担标的物毁损或灭失的风险,存在疑问的是,在买受人行使合同解除权之后,买受人尚未将标的物返还至出卖人时,此时仍由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险,是否悖于我国法中交付主义的风险负担规则。对此,本文认为,买受人在解除合同后,买受人仅仅基于诚实信用原则负有对标的物的保管义务,在否认物权行为无因性的背景下,出卖人便成为标的物的所有权人,这类似于保管合同中保管人与寄存人之间的关系,<sup>〔61〕</sup>保管合同中标的物毁损或灭失风险应由寄存人承担,<sup>〔62〕</sup>寄存人自主选择保管人,保管人领域内的风险也为寄存人领域内的风险,由寄存人承担标的物毁损或灭失的风险具有合理性。<sup>〔63〕</sup>

最后,在我国司法实践中,除严格适用《民法典》第610条(《合同法》第148条)的观点之外,<sup>〔64〕</sup>有观点主张,在出卖人将标的物交付至买受人后,即便标的物存在瑕疵,若买受人退货,在此之前,标的物毁损或灭失的风险不由出卖人承担。<sup>〔65〕</sup>只有在买受人解除合同后,此后发生的标的物毁损或灭失的风险才由出卖人承担。<sup>〔66〕</sup>

由此,针对《民法典》第610条应作限缩解释:除出卖人在交付标的物时,买受人便以标的物存在瑕疵为由而拒绝受领标的物外,该条仅仅适用于买受人解除合同后标的物因意外而毁损或灭失的情形,而在标的物已经发生毁损或灭失而买受人尚未行使解除权时,标的物毁损或灭失的风险仍应由买受人承担。

### (三) 两种特殊情形的分析

第一,在合同解除之前标的物毁损或灭失的风险应由买受人承担,这符合买受人信赖自己终局性地取得标的物所有权的事实,而从买受人的此种信赖出发,其因信赖自己取得标的物的所有权,进而对标的物进行使用,由此导致标的物因折旧而产生贬值损失,对于此部分损失,如果认为同样应由买受人承担的话,所产生的后果是买受人终局性地取得标的物所有权并对标的物进行使用的信赖无法获得保护,为了保护买受人的此种信赖利益,应当否认买受人因使用标的物而导致标的物所产生的贬值损失同样应由买受人承担。<sup>〔67〕</sup>最终的结果是买受人享有在合同解除之前

〔60〕 司法实践中有法院认为,出卖人给付的标的物存在瑕疵致使构成根本违约,出卖人应承担的违约责任形式体现为,由出卖人负担自行取回标的物的义务,并负担相关的费用。参见江苏省南京市中级人民法院(2020)苏01民终11790号民事判决书;辽宁省沈阳市中级人民法院(2021)辽01民终999号民事判决书;广东省深圳市宝安区人民法院(2021)粤0306民初17351号民事判决书。

〔61〕 部分民法典草案学者建议稿认为,此时在买受人与出卖人之间构成保管合同关系。参见前引〔1〕,梁慧星书,第293页。

〔62〕 参见山东省青岛市中级人民法院(2020)鲁02民终10031号民事判决书。

〔63〕 司法实践中也有法院采取此种处理模式,比如江苏省常州市中级人民法院(2015)常商终字第562号民事判决书。

〔64〕 参见山东省平阴县人民法院(2021)鲁0124民初104号民事判决书;云南省维西傈僳族自治县人民法院(2016)云3423民初74号民事判决书;浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03民终4086号民事判决书。

〔65〕 参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2019)黔27民终2581号民事判决书。

〔66〕 参见宁夏回族自治区石嘴山市大武口区人民法院(2020)宁0202民初920号民事判决书。

〔67〕 参见山东省威海市中级人民法院(2016)鲁10民终2366号民事判决书。但也存在相反观点,如吉林省吉林市中级人民法院(2021)吉02民终426号民事判决书。类似判决参见浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03民终2958号民事判决书。

对标的物进行正常使用的利益，这也与买受人基于风险与利益相一致的原则承担标的物毁损或灭失的风险的处理模式，具有内在关联性。

第二，在标的物的瑕疵直接导致标的物毁损或灭失时，标的物毁损或灭失的风险发生于出卖人领域内，而非买受人可控制的范围，应当由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。<sup>〔68〕</sup>

## 五、结 语

根本违约场合下风险负担规则继受自《美国统一商法典》中的相关规定，但继受过程中出现继受偏差及比较法误读的现象，有必要研究如何完善其解释论方案。根本违约场合下风险负担规则的合理建构不仅仅是合同法自身特有的问题，还关系到民事法律行为解消后返还清算规则的体系融贯性，外在体系的融贯背后隐藏的是内在体系的融贯。从内在体系出发，以信赖等价值为支点，更合理的解释论方案是，在对《民法典》第 610 条进行解释时，应区分标的物毁损或灭失的时点，该条适用范围限于买受人解除合同后，标的物发生毁损或灭失的情形。

---

---

**Abstract:** Article 610 of Civil Code which inherits from Uniform Commercial Code is the general rule of risk return in the case of fundamental breach of contract. However, the inheritance is incomplete. Restriction of assumption of risk by the seller in comparative law can also be applied in the case of contract termination. Imputation of seller isn't a strong basis to justify the risk return rule. The principle of the consistency of risk and benefit brings about the imbalance of risk that the counterpart cannot return. Return of risk gives the buyer the preferential treatment which is opposed to the reliance of the buyer and violates the principle of good faith. Article of 611 is sufficient to provide adequate relief to the buyer who assumes the accidental destruction risk. In the case of termination of the contract due to a fundamental breach by the seller, the rules on the assumption of risk shall be interpreted as follows. The buyer should assume the risk of loss before the buyer terminates the contract in the case of accidental destruction, while under other circumstances the risk of loss remains on the seller.

**Key Words:** fundamental breach of contract, risk of loss, termination of contract, reliance protection, bilateral contract

---

---

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

---

〔68〕 比较法的参考如《德国民法典》346 条第 3 款第 1 项第 2 小项第一种情形。值得注意的是，《德国民法典》第 346 条第 3 款第 1 项第 2 小项还规定的一种情形是，损害在出卖人处同样会发生的，标的物毁损或灭失的风险也应由出卖人承担。本文认为，在此种情况下，同样应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，其原因在于导致标的物毁损或灭失的风险也同样处于买受人领域内。

## 民法典语境下交付移转风险规则的 体系联动效应辨识

刘 洋\*

**内容提要：**我国《民法典》在买卖合同一章（第 604 条以下）确立了交付移转风险的规则，这会在《民法典》规范框架内产生体系联动效应，表现为两个方面：一是风险负担配置格局对于物上瑕疵责任可适用性有决定功能；二是风险转移会引发损害向债权人迁移，令其溯源性转嫁的规范通道之型塑成为必要。在前一方面，又须从“时间”和“空间”两重维度切入观察。在时间轴线上，物上瑕疵责任得贯通性地适用于从缔约至合同依约履行的整个期间，风险转移不足以成为物上瑕疵责任适用的时间界限，这植根于风险未转移状态下债务人须为标的物性能质量概括负责的规范机理。在空间方向上，风险转移排除了物上瑕疵责任在非可归责性标的物减损案型的适用；但对可归责于债务人的标的物减损，纵在风险转移后亦应承认规范性“瑕疵”和物上瑕疵责任的成立，而非借用一般履行障碍法予以调整。在后一方面，因风险转移的制度作用而迁移至债权人的损害，亦可能基于规范体系联动的范式引导而溯源归咎至他处。其中，就可控的第三人行为造成的损害作为被转移风险指涉的对象时，应藉“附保护第三人效力契约”机制或经由《民法典》第 1181 条第 1 款第 1 句之准用，赋予债权人以直接请求权，以此疏通该等损害进一步对外转嫁的规范通道，而非求诸比较法上渐遭扬弃的“第三人损害清算理论”。

**关键词：**风险转移 物上瑕疵责任 时间界限 空间界限 损害转嫁

### 一、问题的提出

风险负担规则是镶嵌于履行障碍规范体系中的一个亚群落，<sup>〔1〕</sup> 其制度的构成和型塑无疑受到

\* 刘洋，上海财经大学法学院讲师。

本文为 2020 年度上海市哲学社会科学规划课题青年项目“民法典中风险负担制度的基础理论和司法适用研究”（2020EFX003）和 2019 年度上海市浦江人才计划“船舶油污风险防控及损害赔偿”（2019PJC049）的阶段成果。

〔1〕 参见韩世远、〔日〕下森定主编：《履行障碍法研究》，法律出版社 2006 版，第 25 页。在比较法层面，若以德国法为例，代表性的学理讨论，vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005, C. H. Beck, S. 154, 322.



履行障碍法的整体框架这一先在性条件的制约。但与此同时，风险负担规则自身的立法设计以及由此塑造的风险负担配置格局和转移时点，也能以反作用的方式对履行障碍法产生冲击，从而引发规范内部的彼此牵连和体系联动效应。

这种反作用的一个重要面向就表现为：立法者就风险分配状态所作的价值取舍和风险转移的时间界限形成的政策决断一旦落实于具体的法律规则之上，便直接影响物上瑕疵责任的成立和适用。在物上瑕疵责任因风险负担之转移而被排除的场合，有必要进一步追问，在合同当事人之间因风险现实化而发生的损失，得否经由法体系内其他合适的制度门径对外转嫁。在事实层面言，前述问题关涉当事人法律地位的优劣和面临风险的强弱；从规范角度论，前述问题牵连瑕疵给付的规范调整和法律体系的评价一贯，探究和释明的必要性应予肯定。然而，我国私法学理在此方面却着力不多。既有的关于风险负担制度的研究成果中，不论是聚焦于“交付”行为展开的讨论，<sup>〔2〕</sup>抑或在整体把握的思维脉络下对风险负担制度内部规范体系所作的梳理，<sup>〔3〕</sup>还是从法律移植角度对我国买卖合同风险负担规则和《联合国国际货物买卖合同公约》中的风险负担立法模式所作的比较观察，<sup>〔4〕</sup>视野都尚有局限，即主要致力于风险负担制度自身教义学构造澄清或其规范要素的厘定，未能有效地关照到风险配置的法政策和法规范对于整个履行障碍法体系，尤其是物上瑕疵责任所可能带来的“连锁反应”。

直观地看，这可能与我国私法学理中习惯于把风险负担的适用场景标签化、简单化地固定和指向标的物灭失所导致给付不能的案型有关。可是，只要从《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第604条的文义解释出发即能发现，风险负担规则的风险分配功能，也把标的物毁损所产生的标的物瑕疵状况延纳在内，而这却常遭忽视。鉴于此，本文意图以买卖合同中风险随交付转移的规则为切入点，在体系化思维的引导下，揭示和呈现风险转移规则的现行法格局对于物上瑕疵责任之适用及履行障碍法整体框架所产生的“逆向”影响，期能裨益于风险负担、物上瑕疵责任和履行障碍法的教义学理解与司法适用。

• 247 •

## 二、风险负担配置格局对瑕疵责任可适用性的决定功能

风险负担配置格局对于物上瑕疵责任之成立及其适用范围均能产生影响，此乃风险负担及其转移规则体系联动效应的一个关键面向。对它的认识，又要从风险转移作为物上瑕疵责任成立的“时间界限”和“空间界限”两个角度切入。

〔2〕 参见赵家仪、陈华庭：《我国买卖合同中的“交付”与“风险转移”》，载《法商研究》2003年第2期；王雪琴：《风险负担规则中的“交付主义”模式之质疑》，载《法商研究》2009年第4期；江海、石冠彬：《论买卖合同风险负担规则——〈合同法〉第142条释评》，载《现代法学》2013年第5期。

〔3〕 参见宁红丽、耿艺：《合同法分则中的风险负担制度研究》，载《私法研究》第3卷，中国政法大学出版社2003年版，第462页以下；崔建远：《风险负担规则之完善》，载《中州学刊》2018年第3期；刘洋：《对待给付风险负担的基本原则及其突破》，载《法学研究》2018年第5期。

〔4〕 参见朱晓喆：《我国买卖合同风险负担规则的比较法困境——以〈买卖合同司法解释〉第11条、14条为例》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第4期；吴志忠：《试论国际货物买卖中的风险转移》，载《中南财经政法大学学报》2002年第6期；李巍：《国际货物销售风险移转问题探讨》，载《政法论坛》2003年第4期；王传丽：《划拨的概念与法律意义》，载《政法论坛》2000年第2期。

(一) 风险转移作为物上瑕疵责任成立的时间界限?

《民法典》第617条是买卖合同中物上瑕疵责任的基础性规范,其规定:“出卖人交付的标的物不符合质量要求的,买受人可以依据本法第五百八十二条至第五百八十四条的规定请求承担违约责任。”从这一规则的文义解释出发,因标的物质质量不符合要求而产生的违约责任请求权,唯当出卖人已完成“交付”行为时方可主张。与此同时,《民法典》第604条又将“交付”设定为风险转移的基准时点。于是,在该两条款的关联与整合之下,就生成了一个学理中普遍接受且广为流传的命题,即:物上瑕疵责任的成立须以风险转移为前提,而风险转移的规范机制则直接划定了物上瑕疵责任的时间界限。<sup>〔5〕</sup>立法层面的实证规范和学理讨论中的基本观念,自然会反映和投射到裁判实践之中。对于物上瑕疵责任的案型而言,一旦面临请求权规范前提的判断时,可说“标的物的瑕疵在标的物风险转移时存在”之语已是习以为常并且理所当然的金科玉律。<sup>〔6〕</sup>

然而,对于物上瑕疵责任及其请求权为何在风险转移之前被排除的问题,我国履行障碍法的理论研究中,迄今少见认真的省思和讨论。在比较法层面,若以德国私法为参照,《德国民法典》第434条第1款亦存在直接将物上瑕疵的存在与风险移转相挂钩的现象,<sup>〔7〕</sup>由此引发的结果是:在德国私法学术界中,“风险负担移转的时点乃为买卖法中瑕疵担保责任的适用添加了必要的时间要素”这一观点也存在相当的市场和附和的声音。<sup>〔8〕</sup>这就是说,德国民法实证规范的文义解释脉络之下,也极易导出与我国民法典制度框架下相同的结论,即以风险移转的时点为界碑,此前的时段应当排除于瑕疵担保责任法律效果的涵盖范围之外。<sup>〔9〕</sup>甚至至今仍然有学者从“制度经济学”的角度切入,声援前述观点,强调风险移转对于瑕疵担保责任主张的压抑性功能。<sup>〔10〕</sup>但另一方面,不可忽视一股潮流是,德国学界主张废除第434条中“风险移转”一词的见解也越发受到重视。<sup>〔11〕</sup>在2002年德国债法现代化的进程中,履行障碍法作为应时更新的核心内容,买卖瑕疵担保责任制度更是被置于放大镜和聚光灯之下观察,在此背景下,呼吁将“物上瑕疵担保责任”与“风险转移”脱钩的方案浮出水面并受到关注。从债法改革的结局来看,虽“风险转移”之术语依然得以保留,但是,瑕疵担保责任并非唯有在风险移转之后方可适用的命题却正得

〔5〕 参见崔建远:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第446页;宁红丽:《试论出卖人物之瑕疵责任的构成》,载《社会科学》2013年第9期;杜景林:《现代买卖法瑕疵概念的考察》,载《法学论坛》2012年第3期;周友军:《论出卖人的物的瑕疵担保责任》,载《法学论坛》2014年第1期;许德风:《论瑕疵责任与缔约过失责任的竞合》,载《法学》2006年第1期。

〔6〕 参见江苏省常州市中级人民法院(2014)常商终字第479号民事判决书;河北省张家口市宣化区人民法院(2016)冀0705民初540号民事判决书;江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终9209号民事判决书;河南省民权县人民法院(2019)豫1421民初3516号民事判决书。

〔7〕 Vgl. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl., 2017, C. H. Beck, § 4, Rn. 21; auch MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 434, Rn. 50ff; und Staudinger/Annemarie Matusche-Beckmann, 15. neubearb. Aufl., 2014, § 434, Rn. 160.

〔8〕 Vgl. MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 437, Rn. 6; und Staudinger/Annemarie Matusche-Beckmann, 15. neubearb. Aufl. 2014, § 437, Rn. 20.

〔9〕 Vgl. BGH 10. 03. 1995 - V ZR 7/94; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil., 12. Aufl., 2017, Verlag Franz Vahlen, § 4, Rn. 82; andere Ansicht siehe aber Bamberger/Roth/Faust, 3. Aufl. 2012, BGB § 437, Rn. 4ff; und Erman/B. Grunewald, 14. Aufl. 2014, BGB § 434, Rn. 68.

〔10〕 Vgl. Jürgen Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 2017, Mohr Siebeck Tübingen, § 2, Rn. 83.

〔11〕 Vgl. Gregor Bachmann, Gefahrübergang und Gewährleistung, zum zeitlichen Anwendung des besonderen Leistungsstörungenrechts, AcP 211. Bd., H. 3/4, (2011), 395, 396ff.

到迅速传播和日益广泛的接受。<sup>〔12〕</sup>

深究此一动向形成的根基和正当性，免不了要追问和探寻到底是何种因由的刺激，导致了“风险转移”得以进入立法规则并扮演“物上瑕疵责任”启动机制和时间界限的角色。就此，仍须回归到瑕疵担保责任的属性界定和体系定位。自纵向的历史脉络以观，早期德国法继受并延续了罗马法的思维模式，于买卖交易关系中奉行“买者当心”（caveat emptor）的通行观念，<sup>〔13〕</sup>其投射到私法制度的建设和规范的设计，便以瑕疵担保责任作为独立、并行于违约行为且基于特有法政策考量而生成的“法定责任”为印迹和呈现方式。由此，在买卖瑕疵给付行为的私法规制问题上，便衍生出一般履行障碍法与瑕疵担保责任制度双轨并立、竞争共存的现象。为勘定二者的适用关系，风险转移的时点遂应时成为区隔和界分他们各自辐射领域或覆盖范围的法技术工具。然而，一个世纪的实践早已表明，瑕疵担保的“法定责任说”及建基于此的履行障碍双轨制引发大量评价矛盾和体系悖反，进而招致重重质疑。<sup>〔14〕</sup>2002年通过的《德国债法现代化法》正是围绕着整个履行障碍法的制度并轨与一体化统合而展开。该改革工程的实施和完成，令“风险转移”继续停留于物上瑕疵责任规范前提中的正当性危机更加凸显出来：平行式的双轨制履行障碍法体系既已消除，制度转轨和衔接的需求自亦无存，那么，原本担当着连接点和区界符使命的“风险转移”要素又有什么理由不消失呢？<sup>〔15〕</sup>

况且，据德国私法史学者的溯源性考证，《德国民法典》第434条第1款将瑕疵救济规则与风险转移时点相联结，其实是源自立法者对罗马法的错误解读和翻译。事实上，罗马法中对应性的市政官救济措施的触发和启动，并非与风险转移相联结，而是直接与合同缔结的时点相联结。<sup>〔16〕</sup>这意味着，罗马法语境下的市政官救济完全能够涵盖合同履行的全过程。只不过，在罗马法的规范框架中，随着合同的成立，将同时发生风险转移的法律效果。<sup>〔17〕</sup>缔约告成和风险转移两个时点的完全融合，极易给人带来的误会是，似乎买受人之所以可以物上瑕疵为由寻求市政官救济的庇护，恰由于标的物风险已经转移。而实际上，这背后真正机理的揭示和发掘，恐怕只有在结合罗马社会时空场域中唯以特定物买卖为常态和典型并且合同的缔结能直接促成所有权转移两项要素时，才算走上了正道。也就是说，缔约时点所承载的多重意义和复数功能之中，不是风险转移的伴生效果，而是给付内容瑕疵状态的基本定型，决定了市政官救济通道的开启。

• 249 •

〔12〕 Vgl. Wolfgang Ernst, Sachmängelhaftung und Gefahrtragung, Abgrenzung und Wechselwirkungen in der Dynamik des Vertragsvollzugs, in FS Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, Mohr Siebeck Tübingen, S. 165 und 169.

〔13〕 See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligation, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Juta & Co., Ltd, 1990, p. 307; auch vgl. Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, 8. Aufl., 2015, Springer, S. 132.

〔14〕 双轨制前提下，作为法定责任的买卖瑕疵担保责任与一般履行障碍法规则在时效制度建设方面的冲突，是评价矛盾和体系悖反的典型表现方式之一。Vgl. Giesela Rühl, Die Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche, AcP 207. Bd., H. 4/5 (2007), 614, 614.

〔15〕 《日本民法典》起初亦继受瑕疵担保责任与债务不履行责任二元并行的“双轨制”，但在长期的裁判实践和学理研究中，越来越多反思和批判的声音开始涌现。日本学者能见善久即明确指出，考虑从什么时点开始可以适用瑕疵担保责任的思维方式本来就是将瑕疵担保责任视为不同于债务不履行责任并且前者作为特别规则的残留现象。参见能见善久：《履行障碍：日本法改正的课题与方向》，于敏、韩世远译，载前引〔1〕，韩世远、下森定主编书，第77页。

〔16〕 Vgl. Jan Harke, Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht, AcP 205. Bd., H. 1 (2005), 67, 75.

〔17〕 参见〔德〕马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特：《罗马私法》，田士永译，法律出版社2018年版，第443页，边码21。

对上述判断结论,还可从风险转移时点在历史进程中的应时推移及其影响获得印证。在罗马早期,买卖合同主要呈现为现货即时交易形态,缔约、所有权变动、交付基本在同一时点发生,再把风险的转移附着于缔约之时,自然也不会有什么不妥之处。可是,随着历时交易模式的出现和逐渐膨胀,缔约和交付之间就形成了或长或短的时间缝隙,于尚未取得标的物直接占有之前,买受人却已须基于合同成立而承受无法自行掌控的风险,此无异于把买受人的命运置于对方支配之下。这种利益格局难以持久,在照顾买受人利益的价值取向下,风险转移机制所依托的规范基准终推迟至交付时点。该项制度变迁的意旨无非在于,买受人得因而免于为其尚未占有标的物的情况下所无从防范的标的物减损、灭失负责,反面言之,交付之前标的物的减损、灭失均应由出卖人承担。可见,风险转移时点的向后推移,非但没有抑制债权人就物上瑕疵寻求救济的内涵,其本旨反倒在于扩大债务人的负责范围和提升债权人的法律地位。

由上可知,自比较法的角度观察,对于摄入“风险转移”用语的《德国民法典》第434条,妥当的解释论方案应当是:迟至风险转移发生之前,只要标的物遭受性能、质量方面的降低、减损,皆须由债务人负责,并可界定为规范意义上的“瑕疵”;而非认为所谓的“风险转移”设定了物上瑕疵责任及其对应请求权得以适用的时间界限。

以此为鉴,回归到我国《民法典》的语境中,自亦不宜将第617条规则的适用主张和瑕疵责任法律效果的发生,限定于风险转移及交付行为发生之后。为此,须排除对该条作反面解释的方案。因为,它虽然从正面以积极的方式确认了,已交付的标的物被发现瑕疵的场合,应当赋予债权人以瑕疵担保责任的相关救济权,但却并没有直接从反面否认,如果尚未交付便已经能够终局性地确认物上瑕疵存在的情况下,径行于风险负担移转之前发动瑕疵担保责任之主张的可能性。只不过,对于“瑕疵”的存在和认定,应由债权人承担举证责任而已。这实际上也是“请求权人须就其所主张的请求权之成立应当具备的构成要件承担举证责任”之一般法理在瑕疵给付救济领域的具体应用和落实。就该举证责任之履行而言,固然不排除某些案型中举证难度的升高或负担的加重,比如瑕疵在性质上属于尚可消除者即为适例,但从反面而言,亦可能出现债务人严肃认真且终局性(ernsthaft und endgültig)地表示拒绝消除瑕疵、瑕疵在性质上属于无法消除者、综合案件事实和相关情事显然可推断出债务人将不会消除瑕疵等<sup>[18]</sup>举证难度降低或负担减轻的案型。总之,举证负担不应成为物上瑕疵责任之适用范围延伸及于风险转移之前的障碍。

实际上,类似于上述解释路径,允许债权人在履行期届至之前介入主张契约救济的规范性制度和条款,在我国《民法典》合同编中并非孤例。《民法典》第563条第1款第2项、第578条对预期违约的承认及其责任制度的配套建设,正是为债权人于履行期届至之前打开救济大门的极佳例证。故此,在体系解释的脉络之下,为避免评价矛盾发生和确保体系融贯的实现,<sup>[19]</sup>也应当摒弃以风险转移作为物上瑕疵责任必要条件或时间要素的观念。

另外,前已述及,风险转移作为物上瑕疵责任适用之时间界限的观念,历史上原为应对一般

[18] 参见詹森林:《危险负担转移之前,出卖人物之瑕疵担保责任及买受人拒绝受领标的物之权利》,载《台大法学论丛》1992年第1期;颜佑斌:《买受人之拒绝受领权》,载《台大法学论丛》2019年第3期。

[19] 参见雷磊:《融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化》,载《法学家》2012年第2期;方新军:《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现》,载《中外法学》2017年第3期。

和特别履行障碍法的界分机制问题及其规范需求而生成，嗣后又因统合性债法改革方案的推行而消褪。与此恰成对照的是，我国民法的履行障碍制度建设从来就没有因循和袭用僵化的“特定物教条”，以此为基础衍生的“法定责任说”和“双轨制”无由存在；债务人的无瑕疵给付义务在立法（《民法典》第 615 条、第 616 条）、学理<sup>〔20〕</sup>和裁判实践<sup>〔21〕</sup>中一向得到认可。这种立足于统合思维而塑造形成的“单轨制”规范框架下，<sup>〔22〕</sup>并没有调和、界分特殊性和一般性给付障碍法的规范需求，自然也不必假借风险转移的规范机制，追求或达成限缩物上瑕疵责任及其救济效果之适用范围的目标。单从这一点来看，可说我国民法在履行障碍制度的设计上，从一开始就站在了优于《德国民法典》的地基上。

由上可见，不论基于比较法的参照借鉴，还是从我国实证规范的体系、历史解释出发，均不应认为风险转移未发生具有阻碍物上瑕疵责任适用的效果。事实上，只要进一步挖掘风险负担配置的制度本旨和规范功能，恰会导出完全相反的结论。详细而言，风险转移规则及其法定范围的确定本质上是对合同当事人双方法律地位和负责范围的重新调整。精确地说，其主要是对债务人责任范围的限缩与负担的减轻；而债权人方面则会产生此消彼长的对应性变化，即直接导致其责任范围的扩张和负担的加重。反面言之，风险负担的不移转便意味着并且决定了，就标的物性能、质量降低进而偏离于应然状态的情形，不论债务人方面有无过错，其皆须一揽子地承担概括性的责任、自行吸收由此衍生的损失。而这正是物上瑕疵责任的内容。所以，风险尚未移转的状态与买受人对于瑕疵救济权利的主张绝非相互排斥、无法兼容的关系，而正是因为风险负担停留于出卖人方面的状态决定了其应当不分过错地为物上瑕疵承担责任。而从债权人的角度来说，其亦不必等到标的物交付完成、风险转移之后，方才行使瑕疵担保责任制度框架下的各项救济权，提前行权反而能在某种程度上发挥预防性的功能。

• 251 •

这清晰地显示了，买卖合同的法律关系中，于风险负担转移到买方之前，风险负担及相关损失均落于出卖方的肩头。但是，在该基本价值判断的具体执行过程中，又必须借助于物上瑕疵责任制度的规则加以实现。也就是说，物上瑕疵责任制度在风险移转之前的适用，本质上是承担了落实风险负担规则内容的功能。<sup>〔23〕</sup>简而言之，在风险移转之前的时段区间，以出卖人负担风险损失作为隐藏线索，债权人主张瑕疵担保责任作为外显线索，前者决定了后者应予适用，而后者则是前者的变相表现形式。

## （二）风险转移作为物上瑕疵责任成立的空间界限？

基于上文的分析论证可知，在时间坐标的维度，物上瑕疵责任的规范效力实际上得贯通于从缔约至给付义务完全如约履行的整个区间。但就风险转移与物上瑕疵责任互动关系的全面把握而

〔20〕 参见吴香香：《〈合同法〉第 142 条（交付转移风险）评注》，载《法学家》2019 年第 3 期；韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 555 页。也有学者以出卖人的“标的物适约义务”加以指称。参见武腾：《买卖标的物不适约研究》，中国政法大学出版 2017 年版，第 98 页。

〔21〕 参见上海市第一中级人民法院（2017）沪 01 民终 14135 号民事判决书；贵州省高级人民法院（2017）黔民初 137 号民事判决书；呼和浩特市赛罕区人民法院（2017）内 0105 民初 5461 号民事判决书。

〔22〕 详细的分析论证，参见韩世远：《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法》，载《中国法学》2007 年第 3 期；李永军：《论债法中本土化概念对统一的债法救济体系之影响》，载《中国法学》2014 年第 1 期。

〔23〕 参见前引〔12〕，Wolfgang Ernst 文，第 165 页以下。



言,仍有必要在度量的视野中添加“空间”的切口。这一面向的讨论意在勘定风险转移机制对于物上瑕疵责任“物的适用范围”所可能产生的影响。

前已论及,风险转移本身承载着对当事人负担进行调整和更新的功能。在固有内涵的意义上,相较于风险转移之前的区间,债务人于风险转移之后的法律地位得到优待和提升,肇因于非可归责于其的物上减损甚或灭失风险,均已跳转到债权人方面。因而致使标的物性能质量重新出现现实状态低于应然状态的场合,亦排除规范性“瑕疵”之存在。相应地,债权人也无权要求债务人承担瑕疵责任或者主张由此衍生的相应请求权。<sup>[24]</sup>可见,风险负担的转移直接压缩了物上瑕疵责任的适用空间和调整范围,致使风险转移时点之后,物上瑕疵责任制度的辐射能力止步于非可归责性的标的物减损现象之门前。这正是风险转移波及物上瑕疵责任“物的适用范围”的表现之一。

不过,设若嗣后肇致物之减损的因素可归属于债务人负责,则由此引发的损失不为“风险转移”的范围所覆盖,<sup>[25]</sup>必须转嫁到债务人一边。可有待厘清的是,应依托何种制度路径或借助怎样的规范管道以期有效地实现此种损失转嫁的目标。于此案型,单从外观考量,似乎能将可归责于债务人的标的物减损界定为规范意义上的“瑕疵”,并借以启动物上瑕疵责任的适用。然而,不应忽略的问题是,风险之转移是否会在体系效应上阻塞物上瑕疵责任制度适用的通道。

这种顾虑并非杞人忧天。从我国立法机关所主编的释义书针对《民法典》第617条所作的解释来看,在立法者的理念中,风险转移还构成了瑕疵判断的关键节点。<sup>[26]</sup>其实,这种观念在我国学界目前具有相当的影响。有学者明确指出,在买卖物之瑕疵的认定上,应以“风险转移之时”作为基准时。<sup>[27]</sup>换言之,只有在风险转移之前即已存在的标的物性能、质量方面与应然状态的偏离,<sup>[28]</sup>才能构成规范意义上的“瑕疵”,从而导致瑕疵给付语境下救济手段的触发和相应规范的启用<sup>[29]</sup>。反之,若风险转移完成之后出现的减损或性能、质量降低,就已经不再属于瑕疵给付救济手段能够辐射和覆盖的范围了。从效果来看,这种认识实质上通过“瑕疵”概念的外延框限,令风险转移取得了决定物上瑕疵责任及其相应救济制度得以适用的空间范围的功能。

如果把视野扩大至比较法,上述现象在德国同样存在。从《德国民法典》中履行障碍规范框架的设计及其演化历程观察,基于交付行为而引致的风险移转,直接在“物的范围”上严格框定了作为物上瑕疵责任必备要素的“瑕疵”出现的可能场合,<sup>[30]</sup>从而也同时划定了物上瑕疵责任可得适用和发挥损失转嫁功能的“空间界限”。由此,只有当风险负担移转之前即已存在,且于

[24] Vgl. Daniela Dylakiewicz, Kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung und allgemeine Prinzipien des Vertragsrechts, eine rechtsvergleichende Untersuchung der deutschen Sachmängelhaftung unter besonderer Berücksichtigung internationaler Entwicklungen, Dissertation der Universität Halle-Wittenberg, 2003, S. 80.

[25] 参见前引[10], Jürgen Oechsler书, 边码491。

[26] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第546页。

[27] 参见秦静云、宋汝庆:《论买卖物之瑕疵的认定》,载《河南财经政法大学学报》2017年第3期;卢湛:《现代买卖合同瑕疵担保责任制度——以法律原因引用为中心》,载《东方法学》2011年第1期;前引[5],崔建远书,第446页。

[28] 参见金晶:《〈合同法〉第111条(质量不符合约定之违约责任)评注》,载《法学家》2018年第3期;前引[5],杜景林文。

[29] 参见刘怡:《试论我国未来民法典中物之瑕疵担保制度的完善》,载《法学论坛》2018年第3期;王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第291页。

[30] Vgl. Palandt/Weidenkaff, 72. Aufl. 2013, § 434, Rn. 8; auch siehe AnwK-BGB/Büdenbender 2005, § 437, Rn. 7.



风险移转当时未被消除的性能偏差，才能认定为“瑕疵”，并受物上瑕疵责任的规范调整。<sup>〔31〕</sup>反之，若风险转移之时并无瑕疵，仅仅嗣后由可归责于债务人的因素引发的物上减损，虽亦应予以救济，但却并非通过债法分则专为买卖合同设计的瑕疵担保责任这一特殊制度，而是应当返回债法总则，以《德国民法典》第 280 条作为请求权基础，求助于积极契约违反的方式加以实现。<sup>〔32〕</sup>也就是说，站在《德国民法典》实证规范的框架下，风险负担对于整个履行障碍法体系的反作用还表现为，它将自身融入成为瑕疵救济请求权之构成要件意义上的“瑕疵”判定的前提，先在性地规定了物上瑕疵责任制度的适用空间，并直接型塑了债法分则与总则之间的交互关系。举例来说，如果出卖人交付货物于第一承运人时，未能合理妥善地履行包装义务，但标的物本身并无质量、性能等方面的瑕疵。在此场合，风险负担的移转将不受影响。然若在途货物恰因包装纰漏而遭受减损，此时便须否认“瑕疵”的存在与物上瑕疵责任特殊规则的适用。<sup>〔33〕</sup>如欲令瑕疵标的物的修理、更换等更适当的救济方式重新成为可能，除非迂回至债法总则损害赔偿法的规范群落，借“恢复原状”的手段（《德国民法典》第 249 条）落实“损害赔偿”的目的和效果，<sup>〔34〕</sup>否则别无他法，瑕疵担保责任特有的修补履行或者替代交付的救济方式将被排除适用。在此意义上，德国债法改革后，就履行障碍法的体系而言，分则买卖合同的瑕疵担保责任存在相当的特殊之处，改革之初所预设的整合目标，仍旧未能完全实现。<sup>〔35〕</sup>

回归到我国《民法典》合同编，须特别注意的是，从外在体系来看，作为瑕疵担保责任诸种救济方式的规范基础，《民法典》第 582 条直接位于合同编通则。这便已经与德国债法的规范体系设置有所不同。<sup>〔36〕</sup>更何况，该条所要求的适用前提中，唯以“履行不符合约定”的状态为必要条件，至于引发该状态的因素究竟出现于风险移转之前抑或其后，却并不具有《德国民法典》债法框架中那般重要的规范意义，亦非我国《民法典》瑕疵履行救济制度进行规范评价的对象。因而，德国法背景下，风险负担之移转对于物上瑕疵责任嗣后适用如此强烈的排斥效果，不宜直接植入对我国履行障碍法相应规则的解释适用之中。<sup>〔37〕</sup>所以，即便风险移转之后，只要合同义务的内容尚未得到完全履行，嗣后再因为可归责于债务人的事由导致标的物性能质量低于应然状态，没有理由不承认规范意义上“瑕疵”的存在以及物上瑕疵责任的适用和调整。<sup>〔38〕</sup>

一般而言，前述所谓“可归责于债务人的因素”往往由债务人附随性义务或者保护性义务的不完全履行而引发，比如货物包装不善、承运人选择不当、运输指示错误、航线选择疏失等等。诸如此类的场合，标的物本身并无瑕疵，风险自应移转。只不过，如若嗣后标的物自身亦受殃

〔31〕 Vgl. AnwK-BGB/Büdenbender 2005, § 434, Rn. 84 und 85.

〔32〕 参见前引〔10〕，Jürgen Oechsler 书，边码 88。

〔33〕 Vgl. Malte Stieper, Gefahrtragung und Haftung des Verkäufers bei Versendung fehlerhaft verpackter Sachen, AcP 208. Bd., H. 6 (2008), 818, 845.

〔34〕 参见李承亮：《损害赔偿与民事责任》，载《法学研究》2009 年第 3 期。

〔35〕 参见前引〔10〕，Jürgen Oechsler 书，边码 80、83；Vgl. Haas, NJW 1992, 2389.

〔36〕 有学者指出，《民法典》第 582 条已成为我国法语境下不完全履行的一般性条款，我国履行障碍法采取的是纯粹的救济进路作为规范建构理念，与德国履行障碍法差异明显，此观点和论证富有启发性。参见武腾：《救济路径下不完全履行的定位和效果》，载《法律科学》2021 年第 3 期。

〔37〕 参见王利明：《中德买卖合同制度的比较》，载《比较法研究》2001 年第 1 期。

〔38〕 参见余延满：《货物所有权的转移与风险负担的比较法研究》，武汉大学出版社 2002 年版，第 286 页。

及,则须受瑕疵担保责任的规制而已,<sup>[39]</sup> 风险移转的事实亦不足以对此有所妨害。

综上所述,风险负担规则不单是履行障碍法的重要组成部分,与此同时,它也能对履行障碍法产生非常重要的反作用。不论是对双方当事人法律地位和利益格局以法定的方式重新调整,抑或于风险移转之前,转用物上瑕疵责任的途径实现风险分配的内在功能,还是物上瑕疵责任的适用空间在风险移转完成之后的限缩与适用性的维持,可说均直接或者间接地联系着风险负担规范的正面功能或者反射效应。这也恰恰体现了大陆法系规范框架中相当重要的体系关联的思维方式。

另外,前述分析也展示了,就我国履行障碍法的体系而言,瑕疵担保责任整合入债法总则的力度,已经远远超越于改革之后的德国债法。不仅在构成要件上,“瑕疵”不被限定于风险移转之前,而且在法律效果上,瑕疵担保责任成立之主张也不必等待风险移转之后。从这个角度来看,我国履行障碍法规范框架下的物上瑕疵担保责任,不仅在外在体系上立足于债法总则,<sup>[40]</sup> 而且在内在体系上,也俨然呈现出一般性规范的明显特质。<sup>[41]</sup> 在这个意义上可以说,我国《民法典》合同编在履行障碍法规范体系的建构上,采纳和贯彻的思路乃是统合制和一元化的路径。<sup>[42]</sup> 至于检验期间与通知义务的规定,不过是根据买卖合同法自身所调整对象而做出的补充性规定,<sup>[43]</sup> 无法改变制度整合的事实。这相较于德国债法框架下买卖合同法瑕疵担保责任与债法总则履行障碍法关系上依旧残留的割裂或者二元对立,<sup>[44]</sup> 有明显的不同。围绕这一论题,我国民法学术界曾经一度展开热烈的讨论和激烈的争辩,且形成“二元竞合论”与“一元统合论”的观点对立,<sup>[45]</sup> 迄今尚未能达成共识。对此,如果从买卖合同价金风险及其对于瑕疵担保责任与履行障碍法体系反作用的角度切入观察,或许能够为问题的消解和共识的达成提供一种别样的视野。基于前文的释论,在上述两种对立的观点中,一元制及统合论更加契合我国《民法典》合同编实证规范的内容与体系架构,且在某种意义更能迎合未来契约法发展的基本潮流和趋势。

### 三、基于风险转移的损害错置及其填补路径

风险转移规则在与履行障碍法互动的过程中,还可能引发损害的迁移或错置,进而令此种损害转嫁管道的疏通或其填补路径之探寻成为颇值关注的问题。此乃风险转移规则之体系联动效应

[39] 同旨参见李大何:《论附随义务及其救济方式》,载《浙江工商大学学报》2018年第2期。该文中,作者明确指出,附随义务的保护对象并非仅限于固有利益,同样存在着将履行利益或积极利益纳入辐射及覆盖范围内的空间,故违反附随性义务的场合,完全可能导致“修理、重作、更换”等瑕疵责任制度框架下所特有的救济手段适用的结果出现。

[40] 我国《民法典》虽未设置形式意义上的债法总则,但仍应承认,合同编通则大量条文其实担当了债法总则性规范的功能和角色。司法实践中,只要裁判者精准辨识,就能妥当地确定相应法条的体系定位。换言之,形式债法总则的欠缺,并不影响对我国《民法典》中实质意义上债法总则规范群的承认。参见翟远见:《论民法典中债总规范的识别与适用》,载《比较法研究》2020年第4期。也有学者鲜明地提出,我国《民法典》合同编存在着“四阶层”的构造,其第一层也是适用范围最广、位阶最高一层的规范,便是实质意义上的债总规范。参见张谷:《民法典合同编若干问题漫谈》,载《法治研究》2019年第1期。

[41] 就内在体系与外在体系之贯通互动,详参方新军:《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》,载《法制与社会发展》2019年第2期;朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,载《中国社会科学》2010年第6期。

[42] 同旨参见前引[22],韩世远文;严之:《物之瑕疵担保责任制度的发展及其在我国〈合同法〉中的定位》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第3期。

[43] 一个批判性的分析讨论,参见武腾:《合同法上难以承受之混乱:围绕检验期间》,载《法律科学》2013年第5期。

[44] 参见王洪亮:《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约过失责任》,载《法律科学》2005年第4期。

[45] 参见崔建远:《物的瑕疵担保责任的定性及定位》,载《中国法学》2006年第6期。

的另一个面向。

具体而言，这种损害迁移现象的发生，集中于风险转移之后非可归责性因素造成标的物减损的场合。从直接的结果来看，此等案型中的物之减损，正是风险转移指涉的对象和涵括的内容，因而首先由买受人承受。<sup>〔46〕</sup>但若有意地追究和发掘背后的原因，便可发现该“非可归责性因素”的概念之下，涵盖了形形色色的具体表现形式。不同惹起原因的脉络之下，损害的进一步归咎和转嫁或许是可能的，故有必要再作考察。为此，可运用类型化的思维工具，将“非可归责性因素”整合区分成不可控的自然、社会性因素和可控的第三人行为两种基本情况。

对于不可控的自然、社会性因素来说，其表现形式同样丰富而多元。它既可以呈现为伴随着运输过程而存在的典型危险，比如装卸及在途磨损、温度变化而引发自燃、海水冲刷产生水渍等不可控的自然事件，<sup>〔47〕</sup>还囊括了长途乃至远洋运输过程中屡见不鲜的没收（征收）、<sup>〔48〕</sup>战乱或者其他不可控第三人导致标的物毁损灭失等社会性因素（比如海盗）<sup>〔49〕</sup>。当然，不论自然事件抑或社会性的因素，二者在法律效果方面的相同之处在于，它们都不是源于出卖人的作为或者不作为，其损失皆归属于债权人承受，并且债权人还无从借助于一定的规范管道将前述损害对外转嫁，除非存在保险机制的介入。不过，当存在保险合同之时，债权人多具有受利益第三人之法律地位，从而能够取得直接的保险金请求权，或者亦可经由代偿请求权的主张和适用，令保险金请求权归属于自己。这时的法律关系清晰明确，无待多论。

但若“非可归责性因素”导源于可控的第三人行为，这种案型中的利益格局与法律关系图景便呈现出另一种样态，故须详述。举例言之，出卖人将标的物交付给独立的第三方承运人，而运输途中，因承运人的过错导致标的物严重损毁。于此场合，买卖合同上的价金风险已经随着标的物的交付运输而从出卖方转移到买受方。纵使毁损灭失因承运人的不当行为导致，鉴于交付完成之后的运输行为已非出卖人的义务内容，亦超出其负责的范围，该承运人并非“债务人为履行其自身的义务而自愿纳入行为领域”<sup>〔50〕</sup>，故不得被界定为履行辅助人。从而，承运人的过错不得被归属为债务人负责的对象，亦即此时标的物上出现的毁损灭失乃因不可归责于债务人的因素导致。根据《民法典》第607条，该损失性质上属于风险的现实化，由买受人负担：一则其不得主张出卖人承担违约责任；二则，其自身根据买卖契约负担的价款义务不受任何影响。<sup>〔51〕</sup>然而，尚待

• 255 •

〔46〕 参见四川省成都市中级人民法院（2021）川01民终14322号民事判决书。本案涉及批量化的酒品买卖合同，出卖人办理托运并将标的物交付第一承运人后，货物在途灭失，买受人遂以未收到货物为由要求解除合同、返还已支付的货款和赔偿损失。法院以风险随交付行为的完成而转移为据，驳回买受人诉讼请求。实践中采用此种裁判思维并验证该种结论的案例十分常见，比如浙江省杭州市中级人民法院（2019）浙01民终6639号民事判决书、四川省自贡市中级人民法院（2020）川03民终3号民事判决书、辽宁省鞍山市中级人民法院（2020）辽03民终2187号民事判决书、湖南省永州市中级人民法院（2019）湘11民终331号民事判决书等。

〔47〕 参见江苏省无锡市新吴区人民法院（2017）苏0214民初4244号民事判决书。

〔48〕 参见江西省宜春市中级人民法院（2021）赣09民终133号民事判决书。

〔49〕 Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., 2014, C. H. Beck, § 75, Rn 56.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., 1986, C. H. Beck, § 42, S. 102; Staudinger/Roland Michael Beckmann, 15. neubearb. Aufl. 2014, § 447, Rn. 26; Soergel/Huber, 12. neubearb. Aufl. 1991, § 447, Rn. 63ff.

〔50〕 Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., 2017, De Gruyter, § 70, Rn. 826; 前引〔7〕, Brox、Walker书, 第3节, 边码29。

〔51〕 不同观点, 参见 Dietrich Schultz, Preisgefahr und Gehilfenhaftung beim Vesendungskauf, JZ 8/1975, 240, 240 ff.

澄清的问题是, 承运人的不当行为或者过错应当如何处理, 债权人如欲将损害向可归责的承运人归咎, 又应当借助于何种适当的制度路径。<sup>[52]</sup>

就此, 通常情况下, 出卖人与承运人之间订立了运输合同, 而且, 在途货物于其灭失之时, 所有权亦保留在出卖人方面。<sup>[53]</sup> 由此, 可供出卖人选择的路径, 除了可以是契约上的损害赔偿请求权, 侵权损害赔偿请求权也不无可能。不过根本性的障碍却在于, 出卖人并不存在需要填补的损失。究其原因, 其通过买卖合同订立而意欲获得的经济利益——价款——已经得到绝对的固定和保障。况且, 通过该买卖契约的履行, 其初衷本来就不欲继续保留该标的物的所有权。因此, 出卖人不得向承运人主张损害赔偿赔偿责任。

作为与出卖人相对的一方, 买受人虽然履行了全部的价金支付义务, 而物上利益的享有却未能如愿。且不言标的物所有权尚未转移, 即便标的物上的实际占有权能都无从获取。<sup>[54]</sup> 更有甚者, 设若买受人已经提前与其他第三人达成转卖契约, 不仅其通过转卖行为所可能赚取的增值利润消灭, 后手交易对象完全有可能主张其承担违约金给付或者损害赔偿等违约责任。诸此种种表明, 因物之毁损灭失衍生的损害已经转移到买受人一边。而问题的症结却在于, 买受人与承运人之间既无契约关系, 又由于买受人所有权的缺乏而不得主张绝对权(所有权)侵害的损害赔偿请求权。<sup>[55]</sup>

至此, 风险转移规则所肇致的体系悖论和规范冲突之窘境得以揭示: 出卖人固然享有请求权基础, 但“损害”这一规范要件的不备, 足以将其该请求权掏空和虚置; 与此相对, 买受人尽管遭受了实实在在的损害, 而主张损害填补所必要的请求权规范基础却无处找寻, 这使其主张损害赔偿的要求失所依托。<sup>[56]</sup> 设若严格拘泥于这一形式逻辑, 将造成受损害人保护不足、加害人却脱逸法外的不当结果。显然, 这种利益格局因有悖于正义的法感而令人难以接受, 应予修正。为此进行纠偏的具体方法选择上, 无非存在两种可能的途径, 即令出卖人或者买受人其中一者取得针对作为加害方的第三人的损害赔偿请求权。以下, 将分别就这两种可能的损害赔偿实现路径展开分析。

首先, 若采进路一, 即允许出卖人直接向承运人主张损害赔偿, 又可能存在契约上的损害赔偿请求权与侵权损害赔偿请求权的竞合。虽然从举证责任之轻重与加害人免责可能性之大小出发, 学理上一般认为, 契约上的损害赔偿请求权对于请求权人更加有利,<sup>[57]</sup> 但是此种情境下, 请求权的选择并非有待解决的首要问题, 损害要件的缺失才是根本阻碍。在我国现行民法的规范框架内, 目前尚未有合适的工具突破此一困局, 为出卖人的直接损害赔偿请求权打通规范渠道。考察我国审判实践中涉及风险转移所致的损害错置案型, 会发现司法者往往存在如下裁判趋势或

[52] 此乃我国交易及裁判实践中的常见纠纷, 比如上海市高级人民法院(2007)沪高民四(商)终字第13号民事判决书、广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终21645号民事判决书均属典型代表。

[53] 司法实践中, 也有些法院认为随着货物交付第一承运人, 标的物所有权便直接转移到了买受人一边。参见广东省湛江市中级人民法院(2021)粤08民终1583号民事判决书。不过, 货交第一承运人并非完成向买受人的交付, 在我国法语境下能否导致动产物权的直接变动实际是有疑问的。这在本案判决中却被完全忽略, 故判决径直认定货交第一承运人导致物权转移显得武断、值得商榷。

[54] 参见河南省高级人民法院(2020)豫民申5574号民事裁定书。

[55] Vgl. Jochen Bernhard, Holschuld, Schickschuld, Bringschuld-Auswirkung auf Gerichtsstand, Konkretisierung und Gefährübergang, JuS 2011 (1), 9, 12 ff.

[56] 相同的问题意识和分析描述, 也可参见朱晓喆:《寄送买卖的风险转移与损害赔偿》, 载《比较法研究》2015年第2期。

[57] Vgl. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl., 2017, C. H. Beck, § 20, Rn. 39.

倾向，即一方面基于风险的转移而否认债务人的责任承担，另一方面习惯性地将损害赔偿的实现或赔偿请求权的主张引向债权人和承运人之间的关系中。<sup>〔58〕</sup>个中原因，应当说出卖人方面损害要素的欠缺扮演着不可忽视的角色。于此背景下，若将视线投向比较法，或许能借横向比较之助力为问题解决方案的形成提供启示。以德国为例，也是为了该种问题的有效解决，其法学界发展所谓的“第三人损害清算理论”。其要义是，在请求权与损害相割裂的案型中，为了防止加害人不当免责，从公平正义的基本观念出发，例外地突破“请求权人不得要求赔偿己身之外第三人所受之损害”这一损害赔偿法基本原则，<sup>〔59〕</sup>使用“损害向请求权人处转移”的法技术，<sup>〔60〕</sup>借以填补损失缺乏的空隙，从而扫清出卖人主张损害赔偿请求权的道路。只不过，此时所请求的赔偿，并非填补卖方自己遭受的损害，而是作为买受方损害清算的工具而已。该道路固然缓解了债法上风险转移引发的损害赔偿法困局，却滋生了另一重窘境，即损害赔偿的范围应当如何划定。究竟仅限于该标的物的实际价值，还是应以买卖合同的价款额度为准，抑或买受人逸失的转卖利益以及可能承担的损害赔偿责任亦可纳入赔偿范围？对此问题的解答与澄清，该理论显得捉襟见肘，甚至置之不理，<sup>〔61〕</sup>以至于无法为损害赔偿义务人法律地位的安定性提供充分的防护。

当弊端随着时间的推移而愈发暴露出来，在此起彼伏的批评和反思浪潮中，要求完全废弃该理论的声音日益占据主导地位。为加速该“第三人损害清算理论”的死亡进程，新的解决方案应运而生。其中值得关注的一种观点是：探寻出路必须回归问题的缘起，而该语境下问题之产生，主要生发于风险转移与所有权的分离。所以，问题的解决也必须从此处入手。为此而不得不强调，债法上风险负担规则的根本目的在于，调整契约当事人之间的内部关系，并且主要局限于契约上的价款请求权何时应当被绝对性地固定下来。然而，与其他第三人的外部关系，却已经跃出了该规范预设的调整范围之外；<sup>〔62〕</sup>相应地，免除第三人本来应负的损害赔偿责任，自然亦非其期待的效果<sup>〔63〕</sup>。鉴于此，在进行损害赔偿法上的规范评价时，应当直接忽略债法上风险负担规则的存在。在此基础上，出卖人的损害赔偿请求权便可以顺畅地请求、主张和完全实现。其后，再重新回归到契约内部买卖双方关系的平衡上。在这个环节，再赋予买方以代偿请求权，通过债权让与，即可实现损害赔偿请求权从出卖人向买受人的转移。<sup>〔64〕</sup>

可见，这一方案的核心思想在于对风险负担与所有权的关系进行调整，精确地说，主要是变

〔58〕 比如陕西省西安市中级人民法院（2019）陕01民终12006号民事判决书、山东省潍坊市中级人民法院（2014）潍商终字第317号民事判决书、山东省德州市中级人民法院（2016）鲁14民终1605号民事判决书等案中，皆清晰地呈现出此种判决逻辑和惯性。

〔59〕 Vgl. Ulrich Bündenbender, Wechselwirkungen zwischen Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation, JZ 19/1995, 920, 920; „daß der Anspruchsinhaber stets nur seinen eigenen Schaden, nicht aber den Schaden eines Dritten geltend zu machen befugt ist.“

〔60〕 Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl., 2015, C. H. Beck, § 64, Rn. 864. „schlagwortartig kann man also sagen, dass bei der Drittschadensliquidation der Schaden zum Anspruch gezogen wird.“

〔61〕 Vgl. Frank Peters, Zum Problem der Drittschadensliquidation, AcP 180. Bd., H. 4 (1980), 329, 372.

〔62〕 参见江苏省无锡市锡山区人民法院（2018）苏0205民初2055号民事判决书。本案涉及大批量的墙地砖买卖合同，标的物在途因承运人过错而浸水全损，买受人针对承运人提起损害赔偿之诉，裁判文书明确指出：货交第一承运人的风险转移规则“只是对买卖合同双方的风险负担规定，并非对运输合同双方的规定”，承运人不得以此为由拒绝承担自己过错导致的货物损失。

〔63〕 参见前引〔61〕，Frank Peters文，第345页。

〔64〕 参见前引〔59〕，Ulrich Bündenbender文，第921页。



更风险负担的状态,使之与所有权的归属保持一致。于此,便产生如下疑问,即:既然能够对风险负担规则加以扭曲,使之服从于所有权归属,<sup>[65]</sup>那么,为何不能从反面入手,以风险负担规则为纲,而所有权归属随之作调整。况且,从利益归属的角度来看,交付主义风险负担规则之所以能够打破债务人主义的基本原则,其正当性基础恰在于,交付乃是买卖契约履行的核心要素,借此基本上实现了经济意义上所有权的实质性转移。本着“风险利益相一致”的基本原则,有必要赋予交付行为以转移风险负担的功能与法律效果。更为重要的是,后一路径经由“请求权向损害处转移”的法技术运用,能够使买受人本人获得针对承运人的损害赔偿请求权,不仅免除了经由代偿请求权之转介及债权让与而完成追索求偿的繁琐与曲折,并且有效地隔离了出卖人破产的风险,<sup>[66]</sup>使其救济的获取和满足不会因出卖人破产而受殃及,显得更加合理和可行<sup>[67]</sup>。于是,思维的脉络自然地引导到另一个方向,即买受人的赔偿请求权及其规范构造。

如欲切换并尝试通过转向第二条路径来建构恰当的规范通道,就要使买受人自行取得针对承运人的损害赔偿请求权,这与我国司法实践的通常判决模式和努力方向相吻合。不过,此目标的达成,尚须依托于具体、适切的制度管道。检索审视我国裁判实践,可以提取出一种频繁见诸判决书的理由说辞,其多以买受人与承运人之间存在所谓的“事实上的运输合同关系”为名,<sup>[68]</sup>推导出买受人由此可针对承运人直接主张赔偿请求权的结论。不得不指出,“事实上的运输合同关系”的概念运用,极易引发“事实契约说”的联想。而在纵向时间轴的视野中,该说早已在理论变迁和演进的历程中遭到扬弃,<sup>[69]</sup>故司法实践中的此种论证路径并不值得赞同。鉴于此,仍应另行探索妥当的规范路径。如从请求权基础搜寻的角度出发,可首先考虑经由“附保护第三人效力契约”的渠道实现买受人方面请求权获取的效果。为此,又要在案情事实(小前提)与规范要件(大前提)之间的匹配度进行目光往返和逻辑检验。尽管当事人可以根据个案的具体情形,针对合同内容作出个性化的特殊约定,但不应否认从教义学构造的视角切入并提炼出规范共性的可能性。基于学理通说中的共识,“附保护第三人效力契约”之适用所要求的前提条件包括:第三人须与债务人之给付义务及其履行具有“接近性”,以致其亦应被纳入基础合同关系的保护范围内;基础合同中的债权人须为第三人的“忧戚”或“福利”负责,从中导出债权人要求把第三人利益纳入基础合同保护领域存在充分且正当的理由;第三人对于债务人是可预见性的;第三人须值得保护。<sup>[70]</sup>对应到寄送买卖中,虽然运输合同大多由出卖人与承运人直接缔结,而被运输的标的物却以买受人作为收货人,且由其承受全部意外毁损、灭失之风险。可见,买受人与运输

[65] Vgl. Stamm, Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation im Wege eines originären und rein deliktsrechtlichen Drittschadensersatzanspruchs analog § 844 Abs. 1 BGB, AcP 203. Bd., H. 3 (2003), 367, 385ff.

[66] Vgl. Thomas Henn, Zur Daseinsberechtigung der so genannten „Drittschadensliquidation“, 2011, Duncker & Humboldt Berlin, S. 294 ff.

[67] 参见山西省运城市中级人民法院(2021)晋08民终2079号民事判决书。此案出卖人收款后将标的物交付承运人(本案第三人),法院明确指出:“第三人应按照约定将货物运送到原告处,交付给原告,而第三人至今未能将货物交付给原告,应承担货物不能交付的损害赔偿责任。”

[68] 参见江苏省无锡市锡山区人民法院(2018)苏0205民初2055号民事判决书、山东省潍坊市中级人民法院(2014)潍商终字第317号民事判决书。

[69] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第186-188页。

[70] 参见前引[57], Brox、Walker书,第33节,边码8以下。



契约的接近性及罹于风险的可能性应予肯定。而出卖人在买受人保护上的利益主要体现为，出卖人须做好充分的运输准备、谨慎选任运输人、合理指示并确定最佳运输路线、妥善包装标的物等保护性义务。更何况，运输契约的订立与履行也正是为了买卖契约的履行和结清。<sup>〔71〕</sup>至于承运人对于第三人存在的预见可能性，考虑到货物恰以买受人作为最终交付的对象，肯定此一要件的满足应无障碍。最后，由于买受人并不享有直接针对承运人的契约上履行请求权，故有必要对其给予特殊的保护。职是之故，于此场合，应当认可借“附保护第三人效力契约”的制度使损害赔偿请求权的主体范围扩张及于第三人（即买受人），允许其直接针对承运人主张损害赔偿，令“有损害但无请求权”的困局得以化解。我国《民法典》尽管并未直接将“附保护第三人效力契约”的制度固定下来，但这完全可以借助补充性的合同解释或依托诚信原则推导生成。<sup>〔72〕</sup>

当然，若契约上某些特殊因素或者当事人特别约定，排除了契约请求权主体范围扩大的可能性，则通过侵权损害赔偿请求权实现买受人的保护，也是值得考虑的突破口。前文曾提及，从风险转移之后法定的利益归属状态出发，可以经济视角下的所有权实质转移为由，修正所有权状态以适应风险移转的法律利益格局，达成赋予买受人以直接请求权的目的。不过，所谓的“经济性所有权实质转移”毕竟无法在实证法的规范体系中寻得确实的法条依据。因而，此种将经济生活中具体的商业现象混同于规范概念的思维方式难获赞同。不过，在侵权法的规范框架中，类如寄送买卖的法律关系，同一侵权行为导致实际损害转移至绝对权享有者以外第三人的情形并非绝对地无从寻找。恰相反，在生命权侵害的案型中，该“损害转移至别处”的状况并不鲜见。举例来说，根据我国《民法典》第1181条第1款第1句的规定，因侵权而死亡者的近亲属有权要求侵权人承担侵权赔偿责任。这一规则调整的对象正涉及绝对权（生命权）被侵害之后，损失却于并非该权利实际享有者的第三人（近亲属/死者承担抚养、扶养、赡养义务的人）处发生的情形。为应对该特殊状况，该条直接赋予第三人以法定的损害赔偿请求权。从法律关系与利益格局的基本构造观察，寄送买卖与之并无根本性的分殊。因而，可以通过类推适用的方式，<sup>〔73〕</sup>将《民法典》第1181条第1款第1句的规则直接准用于寄送买卖的案型，<sup>〔74〕</sup>一则能实现第三人（买受人）利益的有效保障，防止本该承担赔偿责任的侵权行为人（承运人）不当免责，二则，也不会向原本并无契约上请求权的第三人提供过分的优待，殊为可取，值得赞同。

对比前述两个路径可知，寄送买卖中之所以出现此种损害赔偿的困局，主要根源于所有权与风险负担未能完全实现同步的变动。相应地，补救之途也便在于，弥合二者之间的鸿沟与缝隙，最终使请求权基础与损害之所在同归一处。审视比较法的范式可知，德国学理为解决该问题而发展出的“第三人损害清算理论”存在损害赔偿范围不确定、制度繁复等难以克服的缺陷，不值得采纳和推崇。相反，“附保护第三人效力契约”的理论既能承担起促使请求权与损害再次粘合的重任，又与我国审判实践在此类案型中的一贯趋向相合致，颇值践行。从比较法的动向来看，德国法律改革与学术观点的变迁历程也能清晰印证此种方案的合理性。具体而言，德国1997年运

〔71〕 参见前引〔65〕，Stamm文，第396页。

〔72〕 Vgl. Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl., 2019, Verlag Franz Vahlen, § 9, Rn. 5 und 6.

〔73〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第258-267页；屈茂辉：《类推适用私法价值和司法适用》，载《法学研究》2005年第1期。

〔74〕 类似观点，参见前引〔65〕，Stamm文，第366页以下。

输法 (Frachtrecht) 改革进程中, 其立法者考虑到因寄送买卖而订立运输契约的案型, 该运输服务不仅时间上紧随买卖合同之后, 而且契约履行所追求的终极目的也是以促成买卖合同的完全履行为导向, 这些使得运输合同中“保护第三人”的特质尤为明显。结果, 修订后的运输法明确肯定了收货人 (买受人或其代理人) 针对承运人直接享有损害赔偿的请求权。<sup>〔75〕</sup> 另外, 即便个案的特殊情形或者契约当事人的特别约定排除了这一道路, 也能够借类推适用的方法, 将《民法典》第 1181 条第 1 款第 1 句的法理思想转用于此, 赋予买受人以直接的损害赔偿请求权。这就对出卖人—承运人—买受人三方各自的利益均给予了充分的关照, 是解决问题的最佳路径。

#### 四、结 论

基于交付的风险转移规则, 在我国私法实证规范体系中已经确立有年。然而可惜的是, 我国民法学理中对于该规则的认识, 迄今似仍未成功地发掘其“潜藏于水下”的另一面, 即其与物上瑕疵责任的适用之间密切的互动关系以及由此衍生的损害迁移效果和转嫁通道之型塑。如今随着民法典时代的到来, 理论研究和司法适用对于体系性的思维和视角的呼唤与需求, 比以往任何时候都更强。在此背景下, 考察和厘定风险转移规则的体系联动效应于理论及实务层面皆有不可小觑的意义。

就此种体系联动效应的辨识, 首先可从风险转移机制及其配置格局对于物上瑕疵责任之适用范围的影响切入。这一宏观视野之下, 又可析取出横向的“时间”维度和纵向的“空间”维度两个切面加以揭示。在“时间”维度的坐标轴上, 从风险负担及其转移规则本身对于合同当事人法律地位和负担轻重的调节功能出发, 恰恰是风险未转移的状态决定了, 债务人须不分过错地对于标的物性能、质量的降低和减损一揽子地承担概括式的责任, 进而导出物上瑕疵责任即便在风险转移之前亦可适用的结论。于“空间”维度的延伸线上, 在风险转移完成之后, 基于风险转移的规范机理, 非可归责于债务人的标的物减损正是被转移风险的内涵所指, 物上瑕疵责任之适用于此被径直排除; 不过, 一旦债务人就风险转移后标的物的性能、质量之降低和减损仍存可归责性, 则依然要承认规范意义上“瑕疵”的发生和瑕疵救济请求权的成立。由是可知, 风险转移并未划定物上瑕疵责任的时间界限, 也不足以阻碍物上瑕疵责任得从缔约到合同完全依约履行整个期间内的贯通性适用; 但从“物的范围”出发, 风险转移之后, 物上瑕疵责任的适用面临着“空间界限”的框定。由此看来, 风险配置格局其实决定了物上瑕疵责任的可适用性及其辐射领域的广狭。

风险之转移导致非可归责性的损失向债权人方面迁移, 在此利益格局下, 进一步追溯损失发生的缘由和源头, 债权人得否将自己蒙受的损失再次对外转嫁和归咎的问题便浮出水面。此属风险转移规则体系联动效应辨识的第二重任务。循此脉络探究, 损失源头植根于可控的第三人行为之案型, 须澄清的问题是: 应经由何种制度途径或规范管道, 令债权人之损失向第三人的转归成为可能和可行。

就此, 比较法的学理中曾提出所谓的“第三人损害清算理论”以为应对之策。但因其未能妥善界定赔偿范围, 以致沿循不同的规范依托可能导出殊异的结果, 又无法摆脱过分造作和繁复之

〔75〕 Vgl. Oetker, Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation, JuS 2001, Heft 9, 833, 841.

讯，且这一构造模式下，债权人须承受债务人破产的风险，故目前而言，该范式已在此起彼伏的批评声浪中渐遭扬弃，不宜引入我国现行法的框架。立足于我国民事立法的现行状态，可以站在“附保护第三人效力契约”制度的基点，使债权人得在承运合同“第三人”身份的庇佑之下，被纳入承运合同的保护领域；或在“附保护第三人效力契约”之制度门径难以畅行的场合，借助于《民法典》第1181条第1款第1句所蕴含法理思想的提取和准用，赋予债权人以针对第三人的直接请求权，由此跨越因损害和请求权相割裂离散所形成的规范鸿沟，促使债法上风险转移的效力得到恰当界定，并在体系联动的视野下实现损害迁移和顺畅溯源、精准归结的效果。

---

---

**Abstract:** The risk shifting rules on account of delivery can lead to system effects within the framework of the Civil Code, and this kind of system effects is to be divided into two aspects. Firstly, the risk allocation determines the applicability of seller's liability for defects in things. Secondly, the shift of risk will result in the migration of damages to creditors, making it necessary to form a normative access for the further recursion of damages. The former respect of system effects can be observed from the perspectives of "time" and "space". On the time axis, the liability for defects in things can be applied throughout the whole period from the conclusion of the contract to its complete performance. The shift of risk is not to be qualified as the time limit for the application of liability for defects in things, which is rooted in the normative mechanism that the debtor undertakes an overall responsibility for the subject matter's quality when the risk is not shifted. In the spatial direction, the shift of risk excludes the application of liability for defects in things in cases where the impairments of object matters are non-imputable. However, if the impairments of object matters are imputable, we should recognize the existence of normative "defects" and the application of seller's liability for defects in things, even though the price risk is already shifted to the side of creditor. This types of cases should not be governed by the general rules in the law for obstacles in performance. In the latter aspect, the damages moved to creditor resulting from the shift of risk may also be further passed on to other subjects based on the system effects of risk shifting rules. Under this background, when it comes to the situation where shifted risks direct to the damages caused by the controllable third party's behavior, the creditor should be given the right of direct claim by the mechanism of "contract with the effect of protecting the third party" or through application mutatis mutandis of Art. 1181 I (1) of Civil Code, in order that the damages borne by creditor at first can be further shifted to other subjects. In this case, the theory of "third party damage liquidation" is not to be applied.

**Key Words:** shift of risks, liability for defects in things, time limit, space limit, migration of damages

---

---

## 中国《民法典》买卖法中的开放式问题 ——与德国法及欧盟法相比较

[德] 托马斯·M.J. 默勒斯 著 李雨泽 译\*

内容提要：中国《民法典》的编纂吸收了欧陆法典与普通法的经验，其规定的买卖法即借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》，而后者吸收了两大法系的规则，由此显示出中国《民法典》自己的独有特点。就《民法典》规定的具体规则的理解与适用而言，仍需汲取比较法上的有益因素以发展完善自己。以买卖法中的检验义务、瑕疵担保权的顺位以及格式条款控制这三项问题为例，在检验义务范围方面，中国《民法典》制定了比《德国商法典》更为严格的标准，目的是鼓励交易，值得肯定，但前者在具体相关概念的运用上并未给予相应概念以清晰定义，并且也未对公开瑕疵和隐蔽瑕疵予以区分，对此应通过司法解释等予以明确，以为相应规则的准确适用奠定基础；在瑕疵担保权的顺位问题上，中国《民法典》亦未明确规定相应的顺位，而仅规定了权利人救济方式的选择取决于“损害大小”及“合理性”因素的判断，这一表述过于笼统，应通过司法解释予以具体化；在格式条款的控制问题上，中国《民法典》虽然没有明确规定消费者保护的内容，但在合同编有三项关于格式条款的规定，这与《德国民法典》相似，亦可被归入消费者保护的范畴，只是在格式条款的审查方面，法典编纂过程中关于增设相关实例的提议并未被最后通过的《民法典》采纳，由此导致的问题应在未来的司法实践中被重点关注，但无论如何，意思自治仍占据重要地位。

关键词：买卖法 瑕疵权利 消费者保护 格式条款控制 瑕疵检验及通知义务

### 一、引 论

#### （一）历史上之发展

法律是在不断发展变化的。直到 20 世纪初，清朝的民事法律关系仍受刑法和儒家道德规

\* 托马斯·M.J. 默勒斯，德国奥格斯堡大学法学院教席教授；李雨泽，德国帕绍大学法学院博士候选人。  
本译文受国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”（201808310090）资助。

则——“礼”——的制约。<sup>〔1〕</sup> 光绪帝在位时还在制定一部民法典，但由于光绪帝的下台，这部民法典一直没有生效。它是在《德国民法典》和《日本民法典》的影响下制定的。<sup>〔2〕</sup> 《中华民国民法》颁布于1929—1930年，共有1225条，施行到1949年。<sup>〔3〕</sup> 1979年以来，中华人民共和国进行了经济体制改革，开始发展市场经济。<sup>〔4〕</sup> 与此同时，中国民法的编纂也做了大量工作，由此产生了许多单行法。其中包括1999年的《合同法》、<sup>〔5〕</sup> 1993年的《消费者权益保护法》<sup>〔6〕</sup> 和1986年的《民法通则》（2017年修订为《民法总则》<sup>〔7〕</sup>）。这些法律不仅受到欧洲法典的影响，而且越来越多地受到普通法的影响。这次编纂运动的一个亮点是新民法典，各个单行法被合并为一部《民法典》，共1260条，于2020年5月28日经全国人民代表大会通过，2021年1月1日起施行。<sup>〔8〕</sup> 由于立法者以已有的单行法作为基础，使民法典的快速编纂成为可能。<sup>〔9〕</sup>

## （二）其他法源：最高人民法院的抽象—概括解释

### 1. 德国的法教义学

德国法院执掌国家司法权力。在这方面，规范之间体现为严格的等级特征：作为德国最高层级的法律渊源，德国《基本法》对“一般法”（das einfache Recht）具有决定性影响，对民法也有很大影响。<sup>〔10〕</sup> 中国法上，法院的判决原则上不具有约束力，因此不构成“判决先例”（stare decisis），德国也同样如此。<sup>〔11〕</sup> 但在德国，判决也可以具有很强的“事实上的约束力”（faktische Bindungswirkung），即法律适用者须以之为次级法源，如不能提出更好的理由，就必须遵循它们。<sup>〔12〕</sup> 德国法还以其法教义学、作为法之“文法”（Grammatik des Rechts）的立法、判例和法学文献之间的整合、成文和不成文的基本法律规则及法律原则而著称。<sup>〔13〕</sup>

• 263 •

〔1〕 相关历史，参见 Li, The Codification of Chinese Civil Law Innovations and Controversies, in: Möllers/Li, The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, pp. 21 ff.; Kroymann/Xu, Grundlagen, in: Binding/Piöbler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, Kap. 1 Rn. 1 ff.; Bu, Hintergrund, Bestandsaufnahme und Anmerkungen zum BT ZGB-mit dem Vertrags- und Erbrecht im Fokus, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3 ff.

〔2〕 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 286; Bu, Chinese Civil Code—The General Part, 2019, Chap. 1 Rn. 42.

〔3〕 如今仍施行于中国台湾地区。

〔4〕 Han, Consumer Sales in Peoples's Republic of China, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Lei (Eds.), Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 82.

〔5〕 《合同法》于1999年3月15日由第九届全国人民代表大会第二次会议通过，可通过 [http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content\\_4732.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4732.htm) 进行访问。

〔6〕 《消费者权益保护法》于1993年10月31日由第八届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过，2013年10月25日修正后的版本，刊载于《全国人民代表大会常委会公报》2013年第6期，第789页；德译本参见 Gresbrand/Martinek/Odom/Rotermund/Will/Piöbler, ZCHR 2014/1, 69-85。

〔7〕 《民法通则》于1986年4月12日由第六届全国人民代表大会第四次会议通过并发布，关于2017年3月15日颁布的《民法总则》，德文、英文及中文版本，可参见 Möllers/Li, The New General Principles of China Law, 2018, S. 295-371。须注意的是，《民法总则》并非《民法通则》的修订，译文为尊重作者原意，未作修改。——译者按

〔8〕 《民法典》于2020年5月28日由第十三届全国人民代表大会第三次会议通过，中华人民共和国主席令第四十五号公布，中文版可通过 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml> 访问；英文版可通过 [https://pkulaw.com/en\\_law/aa00daeb5a4fe4ebdfb.html](https://pkulaw.com/en_law/aa00daeb5a4fe4ebdfb.html) 访问；德文版尚待出版。

〔9〕 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3.

〔10〕 对此，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 11 Rn. 11 ff. und Rn. 55 ff.

〔11〕 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 3 ff.

〔12〕 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 14 ff.

〔13〕 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 3a.

## 2. 中国最高人民法院的司法解释

中国《民法典》第10条还提到,除了法律之外,习惯也是法源。这与《德国民法典》第157条和《瑞士民法典》第5条第2款相似。德国和中国的法律状况存在重要差异。中国的最高权力机关是全国人民代表大会。<sup>[14]</sup> 法院无须解释法律,而是适用法律。为了确保适用上的统一,立法解释由全国人大常委会进行,“司法解释”(Justizauslegung)由最高人民法院进行。<sup>[15]</sup> 近年来,司法解释,即最高人民法院的解释的出台,尤其具有现实意义。<sup>[16]</sup> 这些抽象的概括解释必须与具体法律程序中的具体个别解释加以区别。这些具体和个别的解释可与《欧盟运行条约》第267条规定的初步裁决程序相比较。<sup>[17]</sup> 欧洲法院和德国联邦宪法法院也意识到法律条款的适用和解释之间的区别。<sup>[18]</sup>

## 3. 最高人民法院司法解释的“法律特质”(Rechtsqualität)

抽象的一般解释旨在确保法律的统一适用。<sup>[19]</sup> 最高人民法院出台了数量众多的解释,如《民法通则》的解释、<sup>[20]</sup>《合同法》的解释、<sup>[21]</sup>买卖合同<sup>[22]</sup>及商品房买卖合同<sup>[23]</sup>的解释等。

解释的目的是为“解释法律”(Auslegung von Gesetzen):根据《立法法》第104条的规定,这应当探求规范目的以及立法者的原意。<sup>[24]</sup> 但实践中司法解释发展了新的法律制度,如情势变更或“不便管辖原则”(das forum non conveniens)。<sup>[25]</sup> 不过,这并不会被认为有特别的问题,只是在解释的法律效力和约束力上存在争议。有观点认为解释对法院具有约束力。<sup>[26]</sup> 在某些情况下,它们甚至被认为具有法律效力。<sup>[27]</sup> 这一点得到了《最高人民法院关于司法解释工作的规

[14] 《宪法》第1条规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的、人民民主专政的社会主义国家。……中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”

[15] 这是Ahl所选用的术语,参见Ahl, ZChinR 2007, 251; 在一些情况下,人们也会使用“说明”(Erläuterungen)或者“解释”(Interpretationen)一词,如PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373 ff., ZChinR 2007, 251。

[16] PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373, 374 ff.

[17] PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373, 375.

[18] 最近的区分,参见BverfG, Beschl. v. 6. 11. 2019, 1-BVR 276/17, NJW 2020, 314 = JZ 2020, 201 Rn. 68 ff. - Recht auf Vergessen II; Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 12 Rn. 118 f.。

[19] PiBler, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, 2009, Stichwort: Sozialistisches Recht.

[20] 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》,1988年1月26日通过,德译本参见Münzel, 可通过www.chinas-recht.de/zivilrecht.htm访问。该司法解释已被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件决定》废止(编者注)。

[21] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》,1999年12月19日通过,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》于2009年12月19日通过,德译本参见PiBler, ZChinR 2009, 288 ff.。该司法解释已被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》废止(编者注)。

[22] 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号),2012年3月31日通过,德译本参见von Cammerer, RIW 2013, 233-237以及PiBler, ZChinR 2014, 373 ff.。因应《民法典》的实施,该解释于2020年12月23日修订,本文使用的是修订前的版本(编者注)。

[23] 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》,2003年3月24日通过,载《法制日报》2003年5月7日,德译本参见Schmid和PiBler, ZChinR 2011, 131 ff.。因应《民法典》的实施,该解释于2020年12月23日修订,本文使用的是修订前的版本(编者注)。

[24] 《立法法》于2000年3月15日通过,德译本参见Martinek, ZChinR 2015, 259 ff.。

[25] PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373, 386 ff.

[26] 参见Kroymann/Xu, Grundlagen, in: Binding/PiBler/Xu, Chinesisches Zivil-und Wirtschaftsrecht, 2015, Kap. 1 Rn. 59.

[27] 相关争议,参见Ahl, ZChinR 2007, 251, 254 f.; PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373, 376 f.。



定》第5条<sup>[28]</sup>以及《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》<sup>[29]</sup>的肯定。司法解释的个别条款已被纳入新的《民法典》之中。<sup>[30]</sup> 司法解释的目的是实现对法律的统一解释。在欧盟法上，在具体的程序中要求欧洲法院进行解释，但最高人民法院的司法解释是一种抽象解释，对此更容易使人想起《普鲁士一般邦法》中的程序。《普鲁士一般邦法》第47条规定，对规范的解释有疑问时，法官必须将其提交立法委员会。<sup>[31]</sup>

### （三）德国潘德克顿法学的立法技术——抽象化及不确定的法律概念

潘德克顿学派<sup>[32]</sup>以罗马法为研究对象，并对之进行体系化，故又被称为“历史学派”（historische Schule）。它和上上世的概念法学派，是法律中清晰的建构思想、概念以及概念金字塔鲜明形成的基础。<sup>[33]</sup> 在这方面，具有简明外在体系的《德国民法典》是潘德克顿学派的产物。<sup>[34]</sup> 中国的法典亦采纳了这一做法。<sup>[35]</sup> 中国《民法典》的文本在结构上部分参照了《德国民法典》及《日本民法典》。民法总则之后，尚有六编：物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承及侵权责任。与《德国民法典》相比，中国《民法典》另有两编，即人格权编（第989条至第1039条）和侵权责任编（第1164条至第1258条）。中国《民法典》没有设立债法总则，只有合同总则。<sup>[36]</sup> 但结构上相类似的是，借助于总则而加以运作的立法技术。在各编中都可以找到总则部分，如关于法人、法律行为及代理的一般原则。合同法也分为通则（中国《民法典》第463条至第594条）和分则（中国《民法典》第595条至第988条），后者规定了个别合同类型。为了避免重复，这必然意味着对“援引技术”（Verweisungstechnik）的使用。<sup>[37]</sup> 另一个特点是不确定的法律概念，这在总则中有诸多表现，诸如平等（中国《民法典》第4条）、自愿（中国《民法典》第5条、第7条）、公平（中国《民法典》第6条）、诚实信用（中国《民法典》第7条）和公序良俗（中国《民法典》第8条）等概念被规范化。<sup>[38]</sup> 这需要进一步加以具体化，例

• 265 •

[28] 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条规定：“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。”1997年颁布的《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》，德译本刊载于：ZChinR 1997, 130 ff.; 2007年修订后的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，德译本刊载于：ZChinR 2007, 322 ff.。

[29] 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第3条至第5条之规定，德译本刊载于：ZChinR 2012, 31 ff.。

[30] 例如：关于检验义务的规定，即《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第15条及以下规定（前引[24]），参见下文标题二项下第二部分第一节。

[31] 对此，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 1 Fn. 105; Pißler, RabelsZ 80 (2016), 373, 375 f. Fn. 8 中也有提及。

[32] 指查士丁尼皇帝《民法大全》中的“潘德克顿”（德文为 Pandekten，源于希腊语）或者“学说汇纂”（德文为 Digesten，源于拉丁语）。

[33] 参见 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 367 ff.; Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 248.

[34] 对此，参见 Koschaker, Europa und das römische Recht, 1947, S. 258; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 475.

[35] Bu, Chinese Civil Code—The General Part, 2019, Chap. 1 Rn. 45, 46; dies., in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 5.

[36] 与此相关的争议，参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 5 Fn. 8.

[37] 关于德国法的援引技术，可参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 4 Rn. 104 ff.。

[38] 关于中国《民法典》第3条至第7条规定的基本原则，参见 Li, in: Möllers/Li, The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, S. 17, 24 ff.。

如通过最高人民法院出台的司法解释。最后,与《德国民法典》一样,中国《民法典》中也有许多旨在促进合同解释的规定,如关于意思表示的第142条、关于合同的第466条和关于对非合同关系准用合同规定的第468条。<sup>[39]</sup>德国法上,这些规定可在《德国民法典》第133条、第157条中找到。<sup>[40]</sup>下面我想着重就买卖法上的问题,如瑕疵的概念(标题二项下第一部分)、对所购商品的检验义务(标题二项下第二部分)以及就瑕疵物所享有的各种权利(标题二项下第三部分)加以探讨。之后为中国《民法典》与《消费者权益保护法》的关系(标题三项下第一部分),一般交易条款的控制规定(标题三项下第二部分)以及强制缔约(标题三项下第三部分)。最后以规范技术(标题四项下第一部分)和民法典中人的图像(标题四项下第二部分)的总体性评价结束。本研究旨在将中国法与德国法及欧盟法作比较研究。

## 二、买卖法中的核心议题

### (一) 合同约定与物之瑕疵

#### 1. 中国《民法典》第615条及以下结合第510条及以下规定

物之瑕疵和权利瑕疵之前由《合同法》第153条至第155条加以规定,以约定的质量要求为依据。中国《民法典》第615条第1句也同样以约定的质量要求为出发点,对此可通过相关的质量说明加以确定(第615条第2句)。如果合同没有约定,则需要对合同进行解释(第616条结合第510条、第511条第1项)。对第510条及以下条文的援引意味着与之前《合同法》第61条、第62条第1项所规定的一样,是以补充性解释、交易习惯和强制性国家标准为基础的。此外,中国《民法典》第612条规定,就所出卖的标的物,第三人不能向买受人主张任何权利(之前为《合同法》第150条)。如果出卖人出售本不属于他的物品,买受人可以根据《买卖合同司法解释》第3条第2款请求损害赔偿。<sup>[41]</sup>

#### 2. 德国及欧盟法上的瑕疵概念

这种主观上的瑕疵概念与《德国民法典》第434条相对应,它首先指约定的品质(《德国民法典》第434条第1款第1句)以及“合同预定的效用”(《德国民法典》第434条第1款第2句第1项)。<sup>[42]</sup>《德国民法典》第434条第1款第2句第2项规定对客观标准也有提及(“通常效用”或“期待品质”)。<sup>[43]</sup>欧盟新的《关于商品买卖若干问题的指令》(以下简称《商品买卖指令》——译者按)也未对这一主观瑕疵概念<sup>[44]</sup>作出改动。“与合同相符”(Vertragsmäßigkeit)包含主观要求和客观要求,据此须确保“买卖双方的正当利益”。<sup>[45]</sup> 契约自由允许当事人就标的

[39] 关于先前的规定,参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 10.

[40] Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 168 ff.

[41] 参见前引[22]。该条内容已被修订后的该司法解释删除(编者注)。

[42] 在确定这种用途时,除合同内容外,还必须考虑订立合同时的整体情况,参见 BGH, Urt. v. 20. 3. 2019, VIII ZR 213/18, NJW 2019, 1937, 1939.

[43] 参见《德国民法典》第434条第1款第2句第2项。

[44] Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 578 ff.

[45] 参见 2019 年 5 月 20 日欧盟《关于商品买卖若干问题的指令》(Richtlinie 2019/771), 权衡理由第 25 条第 3 句,载《欧盟官方公报》L 136, 第 28 页,《商品买卖指令》(Warenkauf-RL)。

物适约与否为消极性的约定，当然以双方明确达成一致为限。<sup>[46]</sup> 此种“消极的品质约定”（negative Beschaffenheitsvereinbarung）之前未被法律明确规定，<sup>[47]</sup> 而且今后会使得二手车出售等变得更加容易。<sup>[48]</sup> 客观标准提高了对商品符合合同的要求，例如欧盟《商品买卖指令》第7条第3款规定，对于含有数字元素的商品，出卖人有义务加以更新，包括安全更新在内。欧盟《商品买卖指令》第9条首次就权利瑕疵作出了规定。

### 3. 主观瑕疵概念为契约自由之体现

私法自治包括契约自由、所有权自由（《德国民法典》第903条）、结婚自由（《德国民法典》第1297条）以及遗嘱自由，即就身后财产自由处分之权利（《德国民法典》第1937条）。<sup>[49]</sup> 契约自由包括缔约自由、当事人自由、内容自由、方式自由以及变更与废除自由。<sup>[50]</sup> 契约自由的概念直到19世纪中叶才被提出。<sup>[51]</sup> 它以当事人的意志为基础。<sup>[52]</sup> 除法律另有规定外，当事人双方可自行决定其法律关系。除同时附有诸多限制之外，欧盟《商品买卖指令》也对当事人的契约自由<sup>[53]</sup>进行了强调。

中国《民法典》第5条以“自愿”（Prinzip der Freiwilligkeit）为民法的基本原则。除私法自治原则外，这别无所指。<sup>[54]</sup> 由此推导出的契约自由业已体现在《合同法》第4条之中，该条强调，当事人有权按照自己的意愿订立合同，第三人不得加以干涉。这一规定对于市场经济的引入非常重要。<sup>[55]</sup> 现在，中国《民法典》第130条规定（在表述上不够清晰），民事主体可以按照自己的意愿行使民事权利，不受干涉。

## （二）买卖物的检验义务

### 1. 中国《民法典》第620条至第624条规定的检验义务

中国买卖法上的检验义务有着悠久的历史。以前由《合同法》第157条、第158条加以规定，如今规定于中国《民法典》第620条、第621条。2012年，最高人民法院在《买卖合同司法

• 267 •

[46] 参见前引[45]，权衡理由第37条第1句，第7条第5款，以及2019年5月20日《关于提供电子内容及电子服务若干问题的指令》（Richtlinie 2019/770）第8条第5款规定，载《欧盟官方公报》L 136，第1页，《电子内容指令》（Digitale Inhalte-RL）。

[47] 1999年5月25日欧盟《关于消费品买卖以及相关担保若干问题的指令》（1999/44/EG）第2款第3句第1种情形，载《欧盟官方公报》L 171，第12页，《消费品买卖指令》（Verbrauchsgüterkauf-RL）已为2019年《商品买卖指令》所取代。

[48] Staudenmayer, NJW 2019, 2889, 2890. 关于先前之法律，参见 S. Lorenz, in: MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 476 Rn. 9 - 11.

[49] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1896, S. 2.

[50] Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 661; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 33 ff.; Möllers, JuS 1999, 1191, 1192.

[51] von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des römischen Rechts, Bd. 2, 1853, § § 72 - 78; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8. Aufl. 1900, § 312 Fn. 5 m. w. Nachw.; s. Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, 1948, S. 33 ff.; Rückert, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert: Kontinuität, Inhalt, Funktion, Wirkung, 1997, S. 135, 145 ff.

[52] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, 1896, S. 126: “草案中的法律行为系指一项私人之意思表示，追求某种法律效果之发生，且因其追求而由法律赋予该种效果而言。”

[53] 参见前引[45]，《商品买卖指令》权衡理由第46条，第63条第3句。

[54] Möllers, in: Möllers/Li, The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, S. 55, 67 ff.; Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 335 ff.; Bu, Chinese Civil Code—The General Part, 2019, Chap. 2 Rn. 16 ff.

[55] Han, General Principles under the CCL, in: DiMatteo/Chen, Chinese Contract Law: Civil and Common Law Perspectives, 2018, S. 29, 30.

解释》中又增加了6个条文,对这两条进行了具体化。<sup>[56]</sup>《买卖合同司法解释》第15条、第16条及第18条也(大体上)被纳入中国《民法典》第622条、第623条及第624条之中。《合同法》对当事人是否约定一定的瑕疵通知期间作了区分。在没有明确约定的情况下,买受人必须在“合理的时间”内将商品瑕疵通知出卖人。<sup>[57]</sup>如果没有进行此种通知,依中国《民法典》第621条第2款第2句规定(之前为《合同法》第158条第2款第2句),标的物视为符合约定。《买卖合同司法解释》第15条规定,买受人签署的确认书,也会产生这种推定效力。这一推定可以被推翻。例如,网购商品由快递送达时,如果买受人在送货单上签字,推定其对商品质量予以认可(该推定可被推翻)。<sup>[58]</sup>这一规定如今载于中国《民法典》第623条之中。

过去曾有两个问题得到过讨论:一是这些义务是否一并适用于公开的以及隐蔽的物之瑕疵。对此,最高人民法院在《买卖合同司法解释》第18条第1款中规定,在“隐蔽”瑕疵场合,法院可以延长合理期间。由中国《民法典》第622条第1款的措辞可知,如今期间为自动延长。另一方面,《买卖合同司法解释》第17条曾尝试使用不同标准,如根据瑕疵的可识别性或程序的难易程度等来确定期间的合理性,但该条未被采纳。该条也是区分公开瑕疵和隐蔽瑕疵的一种尝试。

二是有观点认为,《合同法》没有区分检验义务以及瑕疵通知义务是有问题的。<sup>[59]</sup>在《买卖合同司法解释》中,最高人民法院将检验期间限定为两年;<sup>[60]</sup>现体现在中国《民法典》第621条第2款第2句规定中。但有两项例外:双方约定了较长的保修期,或者出卖人知道有瑕疵。<sup>[61]</sup>中国《民法典》不区分普通买卖和消费品买卖。虽然有部分观点主张,消费者的检验期间应更长一些,<sup>[62]</sup>但《消费者权益保护法》未对检验义务加以规定。

## 2. 现行欧盟《商品买卖指令》及其拟议法规定的商品检验义务

欧盟法上,买受人的检验义务此前表现为所谓的“选项条款”(Optionsklausel)。因此,是否将这一规范转化为国内法由各成员国自行决定。最后,27个成员国中有21个转化了此种检验义务,但不包括德国。<sup>[63]</sup>在《联合国国际货物销售合同公约》<sup>[64]</sup>以及德国或者奥地利的立法中,<sup>[65]</sup>仅商事买受人负有瑕疵问责义务。

[56] 参见前引〔22〕,《买卖合同司法解释》第15条至第20条规定。

[57] 参见中国《民法典》第621条第2款第1句,也可见《合同法》第158条第2款第1句。

[58] Bu, ZfRV 2014, 261, 270.

[59] 如 Bu, ZfRV 2014, 261, 269.

[60] 参见前引〔22〕,《买卖合同司法解释》第17条第2款; Weidlich/Shen, in: Binding/PiBler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, 3. Kap. Rn. 110.

[61] 参见中国《民法典》第621条第2款第2句第2个半句及第621条第3款,也可见《合同法》第158条第3款。

[62] Weidlich/Shen, in: Binding/PiBler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, 3. Kap. Rn. 115 附有最高人民法院编写组的意见, 159 f.

[63] 仅德国、奥地利、法国、波兰、希腊和爱尔兰未对其进行转化,参见 Commission Staff Working Document on the Impacts of fully harmonised rules on contracts for the sales of goods supplementing the impact assessment v. 31. 10. 2017, SWD (2017) 354 final, S. 25.

[64] Art. 39 Abs. 1 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf v. 23. 10. 1990, BGBl. II, S. 1477 - UN-Kaufrecht.

[65] 《德国商法典》第377条,参见 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 bzw. § 373 UGB.

欧盟委员会此前一直是欧盟《商品买卖指令》规定“通知义务”(Anzeigepflicht)<sup>[66]</sup>的反对者。<sup>[67]</sup>它部分出于经验性的理由：通知义务的实际影响不大，因为当商品出现问题时，80%以上的买受人会通知出卖人。<sup>[68]</sup>文献中也有观点反对消费者的瑕疵通知义务，理由是消费者不知道有此种义务时，要求其进行通知是不合理的。<sup>[69]</sup>然而，上述论证的依据并不充分。如今依欧盟《商品买卖指令》第12条规定，消费者只有在“明知”(positiv erkennt)商品不符合要求的情况下，方需要进行通知。<sup>[70]</sup>也就是说，消费者在收到商品后，不必主动进行检验。这种弱化的表述，使两个月的通知期不能从商品交付时，而只能从消费者知道商品不合格时加以起算。<sup>[71]</sup>这对消费者来说是可期待且合理的。占主导地位的观点认为，瑕疵通知义务是适当的，而且符合消费者的利益，这在1999年《消费品买卖指令》<sup>[72]</sup>和欧盟《商品买卖指令》<sup>[73]</sup>的文献中都为多数学者所主张。美国也是以消费者的瑕疵告知义务<sup>[74]</sup>而著称。

通知义务具有证据保全功能，<sup>[75]</sup>因为买受人须将瑕疵记录下来并与出卖人进行沟通。如果他不这样做，则通知期间届满后拟制为不存在瑕疵。据此，出卖人可以提前获悉瑕疵的存在，并就自己即将面临的瑕疵担保权作出回应；另一方面，也应避免此种面临瑕疵请求权的局面持续过

[66] 德国法上称为“问责之不真正义务”(Rügeobliegenheit)，而非“通知义务”(Anzeigepflicht)，因为其履行不得为强制，而只是为了自己的利益加以遵守，以避免遭受法律上之不利，参见 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 19 Rn. 35。

[67] 2017年10月31日，欧盟《关于与商品买卖有关的合同法某些方面的指令的修正提案》权衡理由第25条第2句及第3句，COM (2017) 637 final 以及 Working Document Impact Assessment, Commission Staff Working Document on the Impacts of fully harmonised rules on contracts for the sales of goods supplementing the impact assessment v. 31. 10. 2017, SWD (2017) 354 final—Staff Working Document Impact Assessment, S. 25。

[68] 参见前引 [63]，Staff Working Document Impact Assessment, S. 25 声称有 37%~58%；ICF, Study on the costs and benefits of minimum harmonisation under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC and of potential full harmonisation and alignment of EU rules for different sales channels v. März 2017, S. 58 声称有 84%。

[69] 早先的观点，参见 Medicus, Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf im einem kodifikatorischen System—Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht—Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, 2000, S. 219, 228 (但须注意脚注 72 中该作者的文献)；Ernst/Gsell, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, 1410, 1426 (但须注意脚注 72 中该作者的文献)；Magnus, Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG, A 15, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der europäischen Union, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 5 Rn. 15 认为是“对出卖人不正当之优待”(ungerechtfertigte Privilegierung des Verkäufers)。

[70] 这与 1999 年《消费品买卖指令》第 5 条第 2 款规定相符，参见前引 [47]。欧盟法院也对此进行过确认，参见 Urt. v. 4. 6. 2015, C-497/12, ECLI: EU: C: 2015: 357, Rn. 61—Faber。

[71] 欧盟《消费品买卖及担保指令的建议案》，德文为“Vorschlag Verbrauchsgüterkauf-RL”，1996年6月18日公布，载于 COM (95) 520 中，认为问责之不真正义务，应取决于消费者“是否确定或者应当确定商品与合同不符”。前引 [47]，1999 年《消费品买卖指令》的最终文本则取消了对于过失的非难，且因此已经是一个明显受到削弱的有利于消费者的版本；对此，参见 Gsell, Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, ERPL 7 (1999), 151, 163 f.。

[72] Medicus, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, ZIP 1996, 1928: bei Vermeidung einer Untersuchungs-pflicht; Ehmann/Rust, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, JZ 1999, 853, 862; Gsell, ERPL 7 (1999), 151, 163 f.; Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 487。

[73] Dassbach, Untersuchungs-und Rügeobliegenheiten im Richtlinien-vorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, GPR 2016, 211, 216; Rudloff, Der Vorschlag einer Warenhandels-Richtlinie der EU—Fortschritt auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit, VuR 2018, 325, 327。

[74] 美国《统一商法典》第 2—602 条第 1 款规定：“拒收货物必须在交付或提示交付货物后的合理时间内作出。如果买方未能及时通知卖方，拒收无效。”

[75] 关于《德国商法典》第 377 条的证据保全利益，参见 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 Rn. 32。

长时间。<sup>〔76〕</sup>这也使得其能够与上游供应商取得联系。<sup>〔77〕</sup>以防止瑕疵造成进一步的损害。<sup>〔78〕</sup>因此,一种温和的瑕疵通知义务在经济上也是有意义的。如果对关于商品买卖的指令进行修正,则应根据拟议法完全统一检验义务,以便在所有成员国进行转化。<sup>〔79〕</sup>

### 3. 中国与欧盟法上检验义务的比较

(1) 在内容上,检验义务是以《联合国国际货物销售合同公约》为基础的。然而,《联合国国际货物销售合同公约》第39条和第40条规定明显简短得多。《德国商法典》第377条在这方面要明确许多,其规定有“毫不迟延”的检查 and 通知义务,且仅对隐蔽瑕疵规定了例外。这通常是一段两周到八周的时间;<sup>〔80〕</sup>消费品买卖中则为两个月。中国《民法典》第624条另设约定检验义务的规定,由于第621条第1款第1句业已有所规定,在体系上非属妥适。规范内容上,出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物,出卖人和买受人约定的检验标准与买受人和第三人约定的检验标准不一致的,应以出卖人和买受人约定的检验标准为准。这里买卖合同所约定的内容具有优先性(中国《民法典》第624条)。这似乎是不言而喻的,因此没有必要规定。中国《民法典》第622条第2款规定,法律、行政法规规定的期间优先于当事人约定的检验期间,也无规定必要。此外,如第621条第2款规定的“合理时间”<sup>〔81〕</sup>以及公开和隐蔽瑕疵的区分等问题,欠缺相关的定义。总之,这些规定过于繁琐重复了。清晰且简明的规定,能使各方当事人从中获益。

(2) 从经济角度看,必须致力于将消费者保护的成成本保持在最优性价比上。<sup>〔82〕</sup>过度保护消费者不符合买受人的利益,因为成本上的增加会加重其负担。从内容上看,瑕疵通知的功能是确定商品符合合同,从而确保法律平和。<sup>〔83〕</sup>然而,旨在鼓励交易的中国《民法典》,<sup>〔84〕</sup>在诸如时效期间届满前不久方发现隐蔽瑕疵的问题上,似乎比《德国商法典》更加严格。交付凭证上的签名事实上是否可引发对买受人不利的推定,也值得商榷。尤其是买受人没有合理的时间进行检验时,这一规定显得既不切合实际也不具有正当性。

### (三) 责任依据与买卖法上的瑕疵担保权

#### 1. 买卖法上救济选择权之不明确(中国《民法典》第582条)

1900年《德国民法典》针对瑕疵物规定了两种法律救济,这可以追溯到罗马法。罗马法上关于奴隶买卖的“解约之诉”(redhibitoria)和“价金减少之诉”( quanti minoris)构成德国法上“瑕疵解约”(Wandlung)以及“减价”(Minderung)的基础。<sup>〔85〕</sup>中国法上也是如此。但中国规

〔76〕 关于《德国商法典》第377条规定的问责任务,参见BGH, Urt. v 13. 5. 1987, VIII ZR 137/86, BGHZ 101, 49, 53.

〔77〕 Dassbach, GPR 2016, 211, 215.

〔78〕 Dassbach, GPR 2016, 211, 215.

〔79〕 对此,参见 Möllers, in: FS Grunewald, 2021 (即将出版)。

〔80〕 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 Rn. 23 m. w. Nachw.

〔81〕 Kritisch bereits Lichtenstein, IHR 2013, 98, 99.

〔82〕 Grundmann, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie-Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, 53, 63.

〔83〕 可参见前引〔71〕, Vorschlag Verbrauchsgüterkauf-RL, S. 16.

〔84〕 Weidlich/Shen, in: Binding/Piöbler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, 3. Kap. Rn. 115.

〔85〕 关于奴隶买卖中,解约之诉(Ulp. D. 21, 1; 19, 6)与减价之诉(Gell. 4. 2, 5; Ed. D. 21, 1, 38 pr.)的区分,参见 Kaser, Römisches Recht, 2. Aufl. 1971, S. 131. II. 4. S. 559 f.; Zimmermann, Law of Obligations, 1993, S. 331; Medicus, in: Zimmermann, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1999, S. 307 ff.。



定有所谓“三包制度”，包括修理、更换以及退货三种担保方式。<sup>[86]</sup>《合同法》规定了瑕疵情形（即不符合约定的质量要求）的违约责任，且援引了《合同法》总则中的相关规定，如《合同法》第155条及第111条的规定所示。《合同法》第111条和《消费者权益保护法》第24条第1款规定赋予买受人在违约情形下就修理、更换、重做、退货和减价之间加以选择的权利。《合同法》第113条则对损害赔偿请求权作了单独规定。

这些规定如今表现为中国《民法典》第617条结合第582条至第584条规定。据此，须首先考察当事人之间达成的约定（中国《民法典》第582条第1句）。依中国《民法典》第618条规定，瑕疵担保责任在很大程度上可以预先免除，但涉及故意或者重大过失的情形除外。在缺乏约定时，买受人可以依中国《民法典》第582条第2句就上述法律补救措施加以选择。该选择取决于“标的的性质和损害的大小”，以及选择的“合理性”。从这一规定中无法得出各种补救措施的其他要件。

有观点认为，由于法律没有对各担保权利之间的关系作出规定，结果是买受人享有选择权。<sup>[87]</sup>不过，这里要进行区分：在消费者保护法中，如果出现瑕疵，买受人可以在七天内退货，当事人对此有相反约定的除外（《消费者权益保护法》第24条第1款）。然而，中国《民法典》中没有纳入这种不合理的后悔权：中国《民法典》第610条（《合同法》第148条）规定，退货以合同目的不能实现为要件。<sup>[88]</sup>买卖法的这一规定也与合同编通则中的规定，即中国《民法典》第563条第4项（《合同法》第94条第4项）相对应。至于合同目的何时无法实现，仍不清楚。因此，修理和更换很可能优先。至于买受人之“自助”（Selbsthilfe），《买卖合同司法解释》对此曾有过相关规定，<sup>[89]</sup>但没有纳入中国《民法典》中。文献中也有观点认为，只有在根本违约的情况下才能要求更换。<sup>[90]</sup>最后，损害赔偿请求权受到中国《民法典》第584条的限制。据此，损害必须可以预见。

• 271 •

## 2. 《联合国国际货物销售合同公约》和欧洲消费品买卖中的不同补救方法

（1）中国《民法典》中的责任规定是借鉴英美法<sup>[91]</sup>和《联合国国际货物销售合同公约》<sup>[92]</sup>而加以制定的。《联合国国际货物销售合同公约》只规定了违约的一般规则，并就根本违约和非根本违约加以区分。在《联合国国际货物销售合同公约》中，买受人可以要求补正履行，但只有在根本违约的情况下才可以要求更换。<sup>[93]</sup>这源于英美法上以特定履行为例外性救济的做法。《联合国国际货物销售合同公约》第46条第2款规定，只有在合理期间届满后才有可能解除合同。出卖人也可以依第48条的规定进行补正。而欧盟买卖法针对消费者有自己的规定。中国《合同法》同样没有类似于德国法上特别买卖瑕疵担保法的存在。<sup>[94]</sup>中国《民法典》对此也只字未提。

（2）欧盟法上，各种补救措施之间有明确的等级关系：修理及更换具有优先性。例如《德国

[86] Han, Consumer Sales in Peoples's Republic of China, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Li, Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 82, 86.

[87] Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 25 认为缺乏法定的优先顺序。

[88] Eberl-Borges/Su, ZVglRWiss 11 (2012), 125, 131.

[89] 参见前引 [22]，《买卖合同司法解释》第22条。

[90] S. Rüffert, Das Recht der Sachmangelgewährleistung beim Kauf in der Volksrepublik China, 1994, S. 75.

[91] Shen, in: FS Horn, 2006, S. 125, 131.

[92] Eberl-Borges/Su, ZVglRWiss 11 (2012), 125, 130; Bu, ZfRV 2014, 261, 269; Art. 38 - 44 UN-Kaufrecht.

[93] Art. 46 UN-Kaufrecht, Bridge, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, 2016, Chap. 19 Rn. 102; Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 308.

[94] Bu, Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl. München 2017, § 12 Rn. 89.

民法典》第437条第1款、第439条规定的补正请求权,<sup>[95]</sup>是买受人起初可主张的唯一救济。<sup>[96]</sup>这就给了出卖人保有部分利润的机会。这在经济上是合理的。但是,如果修理和更换会导致不成比例的费用,则原则上会被排除。<sup>[97]</sup>在德国,《德国民法典》第439条第4款对此也作了明确规定;第475条第4款同时规定,消费品买卖中,出卖人不享有“全部拒绝权”(Totalverweigerungsrecht)。<sup>[98]</sup>相比之下,解除和减价则后位于修理及更换。如果只是“轻微”的不符合合同,消费者无权解除合同。<sup>[99]</sup>欧盟《商品买卖指令》第10条第1款规定,消费者原则上需要证明商品在交付时存在瑕疵。但迄今为止,在商品交付后的前六个月内,针对消费者适用举证责任倒置的规则,即由出卖人负证明责任(《德国民法典》第477条)。这一六个月的期间如今被延长至一年(欧盟《商品买卖指令》第11条第1款)。中国法上,关于机动车、计算机、电视机等商品及其他耐用品,针对消费者也设有类似的规定,即六个月内适用举证责任倒置的规则(《消费者权益保护法》第23条第3款)。

### 3. 对中国法律状况的评价

有两项法律问题中国立法者没有作出明确规定:一方面,强制性法律与任意性法律之间的关系不明。中国《民法典》第618条规定,出卖人故意或因重大过失不告知瑕疵的,担保责任排除的约定无效。但不清楚的是,是否有其他责任排除上的限制。像《德国民法典》第476条(对消费者禁止为不同之约定)这样的规定未被纳入。当然,中国《民法典》第496条及以下关于格式条款控制的规定似乎仍可介入,这一点马上讨论(标题三项下第二部分)。此外,中国立法者未对法律救济措施的次序关系发表意见,也很令人惊讶。如果没有达成相关约定,买受人似乎可以自由选择补救措施。这适用于《消费者权益保护法》第24条第1款中的消费者买卖,但也可能适用于普通买卖。中国《民法典》第582条第2句规定的选择取决于“损害的大小”或者“合理性”,这一要件过于模糊,需要进一步具体化。这一“不受限制”的选择权虽与《欧洲共同买卖法草案》第106条第3款a项规定相符,<sup>[100]</sup>却不符合其他国际以及欧盟买卖法上的规定。与之相对,在欧盟消费者保护法中,修理和更换具有优先性(仅见《德国民法典》第437条第1项、第439条),解除原则上居于后位。这是可以理解的,因为恣意的解除或减价会增加成本。如买受人发现某处的商品更便宜,或者对履行合同失去兴趣,他便可借此解除合同。<sup>[101]</sup>而买受人先接受修理或者更换也有其道理,因为他最终仍能获得无瑕疵的商品。因此,欧洲买卖法拒绝规定这一后悔权是为正确之举。<sup>[102]</sup>结果是,中国买卖法赋予当事人的“太多,同时又太少”(zu viel und gleichzeitig zu wenig):

[95] 德国买卖法上,“补正”(Nacherfüllung)是修理及更换的上位概念。

[96] BeckOK-BGB/Faust, 54. Ed. 1. 5. 2020, BGB § 439 Rn. 2.

[97] 前引[45],《商品买卖指令》第13条第2款、第3款及权衡理由48以下、以及51,和前引[47],1999年《消费品买卖指令》第3条第3款及第1款、第2款。相关判决,参见EuGH, Urt. v. 16. 6. 2011, C-65/09 u. a., EU: C: 2011: 396, Rn. 68 ff. — Weber; 对此持保留态度者,参见Zöchling-Jud, GPR 2019, 115, 128.

[98] 这一规定在引入《德国民法典》第475条第4款之前,已经由欧盟法院作出过判决,对此参见EuGH, Urt. v. 16. 6. 2011, C-65/09 u. a., ECLIU: C: 2011: 396, Rn. 68 ff. — Weber.

[99] 前引[45],欧盟《商品买卖指令》第13条第5款。

[100] 《欧洲共同买卖法草案》,英文全称为“Common European Sales Law”,简称“CESL”,德文全称为“Vorschlag für über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht”,2011年10月11日公布,参见KOM (2011) 635.

[101] 针对《欧洲共同买卖法草案》第106条的批评,可参见Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 310 f.

[102] 关于撤回中的后悔权问题,参见Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 15 Rn. 32 f.

从买受人的角度看，如果允许出卖人在合同中不加具体限制地排除瑕疵责任，则属保护不足；而如果允许买受人在没有约定的情况下可立即选择解除或者减价，则又保护过多。

### 三、契约自由的矫正与中国《民法典》中的消费者保护

#### （一）《消费者权益保护法》没有纳入中国《民法典》

##### 1. 《消费者权益保护法》与中国《民法典》

中国《消费者权益保护法》自1994年1月1日起生效，2009年和2013年分别进行了大幅度修订。中国《民法典》未将其纳入，仅有少数几个条文提到了消费者或者含有所谓消费者保护的手段。这是否令人遗憾？有观点为此辩护：《消费者权益保护法》在性质上并不是真正的民法，而是含有公法规范，且从比较法的角度来看，将其统合入民法典之中并不十分具有说服力。<sup>[103]</sup> 众所周知，尽管《德国民法典》在2002年德国债法改革过程中补充了许多欧盟指令中关于消费者保护的规定，<sup>[104]</sup> 欧盟一些成员国仍采取了与德国不同的进路。例如，法国、奥地利和意大利均没有将欧盟指令中的消费者保护规范转化到各自的民法典之中，而是单独制定有自己的消费者保护法。<sup>[105]</sup> 这一做法的优点在于，内国民法典本身基本上不需要因欧洲消费者保护法而进行改动，而且在二者出现分歧时，也不会因此发生转化以及解释上的难题。<sup>[106]</sup>

但在中国并不存在上述指令转化的问题，因为中国《民法典》可以直接适用于全中国。<sup>[107]</sup> 至于《消费者权益保护法》中个别具有公法性质的规定，说服力则很有限，因为当中的民法规范很容易被纳入《民法典》之中。而德国债法改革过程中，支持消费者保护统合入民法典的观点也可挪用于此：如果将当今消费者生活中的重要领域与民法典分开，单独用一部法律而加以规定，那么作为最为重要的调整民事法律关系的法律，国家编纂民法典的意义就会受损，因为每个国民都可以是消费者，除非是与商人进行商事往来。<sup>[108]</sup> 因此作为消费者保护的现代要素，如典型的格式条款控制以及网购商品的撤回权问题，<sup>[109]</sup> 其核心内容仍为民事关系，应由民法典调整。<sup>[110]</sup>

• 273 •

[103] Wu, Die Eingliederung der Verbraucherverträge in das chinesische ZGB, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 114, 118.

[104] 具体而言，有13项欧盟指令被纳入《德国民法典》之中，关于《德国民法典》2002年1月2日的版本，参见 BGBl. I S. 42, 45 Anm.; 详可参见 Möllers, Europäische Richtlinien des bürgerlichen Rechts, JZ 2002, 121 ff.; 被翻译的版本，参见 ERPL 10 (2002), 777 ff.。对于没有以体系化方式将消费者保护法整合入民法典之中的批评，参见 Micklitz, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, S. 31.

[105] 可参见法国《消费法典》(Code de la consommation)、奥地利《消费者法》(das österreichische Konsumentengesetz) 以及意大利《消费者法》(Codice del consumo)。

[106] 关于这种对内国法规定进行解释的范围上的探讨，参见 Möllers, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil einer modernen Methodenlehre-Zur Neubestimmung der Contra-legem-Grenze bei der Berücksichtigung von europäischem Recht, in: Torggler, Richterliche Rechtsfortbildung, 2019, S. 77 ff.。

[107] 与之相对，欧盟指令采取了不同的立法技术，参见《欧盟运行条约》第288条第3款规定。

[108] Möllers, JZ 2002, 121, 126, 134.

[109] 2015年电子商务市场交易额达到3.8万亿人民币，参见 Han, Consumer Sales in Peoples's Republic of China, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Li, Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 82.

[110] 与此相关的讨论，参见 Wu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 116 f. in den Fn. 35–40; 对此持批评态度者，亦可见 Binding, Consumer protection law in the People's Republic of China, China-EU Law Journal 2014, 223, 241.

## 2. 消费者的概念、撤回权与信息义务

中国《民法典》中关于消费者保护的规定非常简单：在总则部分，第128条对于消费者虽有提及，但只是对其他法律进行了援引。中国《民法典》中并无像《德国民法典》第13条那样关于消费者的定义性规定。这令人遗憾，因为其本可以借此机会发出一个重要信号。<sup>[111]</sup>《消费者权益保护法》第25条规定的撤回权仅适用于远程交易，而欧盟关于消费者保护指令的规定同样适用于上门交易、分期交付合同及其他交易类型（也可参见《德国民法典》第312g条，第485条，第495条，第510条，第514条及第650i条）。对此，中国《民法典》本可借此机会澄清解除、撤销、终止等形成权与撤回权之间的关系。<sup>[112]</sup>中国《民法典》也完全没有提及信息义务这一典型的消费者保护要素，至少应可以援引《消费者权益保护法》的相关规定。<sup>[113]</sup>这十分令人遗憾，因为德国立法及判例均特意使用这一手段来确保风险的合理分配。<sup>[114]</sup>

### （二）中国《民法典》第496条至第498条关于格式条款的控制

有些规定很容易被归入消费者保护的范畴，关于格式条款控制的三项规定即属此类。其中，中国《民法典》第496条涉及格式条款的可适用性，第497条列举了无效的原因，第498条则要求作不利于格式条款提供者的解释。这一解释规则大体上对应于《德国民法典》第305c条第2款规定。此外，中国《民法典》第496条规定，格式条款的提供者有提醒对方注意的义务，有疑问时，该条款视作未被有效地纳入合同。对此，德国读者从《德国民法典》第305条第2款、第305c条规定中也可有所了解。<sup>[115]</sup>但德国法关于有效纳入问题的规定要比中国《民法典》详尽得多。此外，中国《民法典》第496条与《消费者权益保护法》第26条第1款之间也缺乏协调，后者要求以“显著方式”提醒注意，而前者却没有增加这一内容。这两部法律都规定，格式条款的提供方有义务按照对方要求对相关条款予以说明。德国法上不存在此种义务。由于经常缺乏时间以及专业知识，如何对大众交易中的格式条款进行说明，目前仍不清楚。

中国《民法典》第497条纳入了关于格式条款内容控制的规则。<sup>[116]</sup>这一规定也见于《消费者权益保护法》第26条第2款。第497条中的三项规定明显不如《德国民法典》第308条、第309条以及涵盖不同案型的欧盟《一般交易条款指令》<sup>[117]</sup>那样精确。第1项对中国《民法典》第143条及其后关于因未成年人、欺诈或错误导致无效后果的援引稍显多余。第2项涉及不被容许的责任限制，如排除故意和过失及不被容许的免责。《合同法》第40条和《消费者权益保护法》第26条第2款中已经出现过类似的规定。最后，第2项禁止限制对方的主要权利，第3项禁止排除对方的主要权利。这一用语上的重复并无必要。此外，排除主要权利的含义仍不明确。

[111] 参见前引[108]。关于消费者的概念，参见《德国民法典》第13条及中国《消费者权益保护法》第2条。

[112] 德国法上，参见 Möllers, JZ 2002, 121, 130 f.。对于中国《民法典》深感遗憾者，参见 Wu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 120 f.。

[113] 关于《消费者权益保护法》第8条及第28条规定，参见 Wu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 119 f.。

[114] Möllers, JZ 2002, 121, 129 f.; 更多示例，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.。

[115] BGH, Urt. v. 21. 4. 2009, XI ZR 78/08, NJW 2009, 2051; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, § 305c Rn. 19.

[116] 对于之前草案的批评，参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 13.

[117] 1993年4月5日《欧共体理事会关于消费者合同中的不公平条款的指令》（Richtlinie 93/13/EWG），载欧共体官方公报 L 95, 第 29 页，《一般交易条款指令》（AGB-RiL）。

德国及欧盟法上，一般交易条款内容上的控制通常仅指关于辅助协议的条款，以及其他合同组成部分，即“偶素”（accidentalia negotii）；而买卖标的物 and 价款作为合同基本内容，即“要素”（essentialia negotii），只有在例外情况下方为一般交易条款的控制所涵盖。<sup>[118]</sup> 这一主要元素受制于市场，只有在非常特殊的情况下才会进行价格控制。<sup>[119]</sup> 这也与亚当·斯密的自由主义方法相对应，他将市场描述为一只“看不见的手”，供求双方在这只手的作用下自我调节。<sup>[120]</sup> “主要权利”一词没有真正表明它指的是合同的哪一部分。也许与《消费者权益保护法》第 26 条从体系上进行比较，对此可以有所帮助，因为后者只笼统地提到“排除或限制消费者的权利”。文献中有观点认为，应允许当事人约定修理优先于更换。<sup>[121]</sup> 这一点得到了以下事实的支持：中国《民法典》第 618 条只禁止排除重大过失和故意的责任。但也有观点正确地批评道，对于什么时候仍应允许限制责任，什么时候不允许限制责任，并没有一个标准。<sup>[122]</sup> 立法技术上，欧洲和德国的立法者则借助于所谓半强制性法律。<sup>[123]</sup> 遗憾的是，关于将一般交易条款控制的具体示例进行规范化的提议被否决。<sup>[124]</sup>

### （三）中国《民法典》第 648 条、第 656 条关于电、水、气和热力供用的强制缔约

中国《民法典》第 494 条中包含了一项强制缔约义务，除危险预防和救灾之外，还有所谓“指令性任务”（德文称作 imperativen Pflichten，英文为 control）。文献中认为其适用范围并不明确。<sup>[125]</sup> 第十章规定的电、水、气和热力供用合同是为其中一个适用领域：向公众供电的供电人，不得拒绝用电人合理的订立合同要求（第 648 条）。第 656 条将上述强制缔约义务扩大到水、气和热力的供用上。电、水、气、热力的供应人不仅有义务提供服务，而且有义务设置相应的设施。此外，还规定有需要中断供应时的通知义务与损害赔偿责任。中国《民法典》第 648 条和第 656 条规定的强制缔约制度可以说是对弱势者的保护，因为此为后者日常生活所必需。

德国法上，在公民依赖对方为给付的情况下，经由判例发展而来的强制缔约义务，已经存在了近 100 年。<sup>[126]</sup> 对此，立法者针对诸多涉及基本生活供应的合同，规定有强制缔约义务。除电和气的供应外（德国《能源经济法》第 17 条第 1 款），还包括邮政服务（德国《邮政法》第 3 条）、电信（德国《电信法》第 84 条）、公共铁路（德国《通用铁路法》第 10 条）和公共汽车、电车和出租车等运输公司在日常公共交通中的运输义务（德国《客运法》第 22 条）以及保险保

• 275 •

[118] 对此参见《德国民法典》第 307 条第 3 款，关于价格条款不明时的例外，参见前引 [117]，欧盟《一般交易条款指令》第 4 条第 2 款；Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2020, § 307 Rn. 41 ff.; Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 9. Aufl. 2018, § 10 Rn. 12 ff.。

[119] 关于价格控制构成《德国民法典》第 138 条第 1 款悖俗欺诈行为的要件，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 51 ff., 54a。

[120] Smith, Wealth of Nations, 9th ed. 1799, Bd. III, Book IV, Chap. II, Of Restraints upon the Importation from foreign Countries of such Goods as can be produced at Home, S. 181.

[121] Bu, ZfR 2014, 261, 265.

[122] Bu, ZfR 2014, 261, 265.

[123] 参见前引 [47]，1999 年《消费品买卖指令》第 7 条；前引 [45]，《商品买卖指令》第 21 条及《德国民法典》第 476 条。对此，参见 Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 614 ff.。

[124] Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 13.

[125] 关于中国《民法典草案》第 286 条，参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 12 f.。

[126] 从关于戏剧评论家的判决开始，参见 RG, Urt. v. 7. 11. 1931, V 106/31, RGZ 133, 388, 392。关于缔约强制的教义学论证，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 33 f., Rn. 52 ff.。



障(德国《机动车所有人强制保险法》第5条)与转账账户(德国《支付账户法》第31条)。因此,德国法上强制缔约义务的范围比中国民法更为广泛,它还包括运输、保险保障或转账账户。从立法技术的角度来看,人们可能会问,把它们放在特别法中加以规定,在体系上是否更为妥适。

#### 四、比较分析的尝试

##### (一)《德国民法典》中“人的图像”

##### 1. 从“国民”法典到“消费者”法典

《德国民法典》反映了19世纪末的政治和经济观点。当时,资产阶级已经摆脱了身份等级的束缚,因此首先强调的是私法自治,即公民自行安排自己生活关系的自由。《德国民法典》的制定者仍然认为,私法交易的参与者实力大体相当,<sup>[127]</sup>因此似乎没有必要就合同是否妥当加以审查。只是针对《德国民法典》第138条第2款中规定的因急迫、缺乏经验等情形出现的个人谈判能力上的不足,以及《德国民法典》第119条以下规定的意思与表示之间的不一致,立法者特别进行了考虑。赌博、博彩和婚姻居间构成不完全债务(《德国民法典》第762条以下、第656条)。方式上的要求,比如《德国民法典》第313条、第766条的规定,具有警示和敦促功能。正如奥托·冯·吉尔克的名言所示,我们的私法中必须“渗入一滴社会主义的油”(ein Tropfen sozialistischen Oeles durchsickern)。<sup>[128]</sup>

然而,21世纪经济条件的变化表明,对谈判平衡的破坏并不局限于个人情况受不利影响的个体,更是在某些法律领域形成了结构上不平等的谈判力量,从而危及通常与合同相关的正确性保障。<sup>[129]</sup>最重要的是,一方在经济、信息或心理上的劣势会导致这种不平衡的出现。因此,立法和判例在许多领域对私法自治加以限制,在这些领域,消费者通常在经济、资讯或心理上处于弱势,因此应受到特别保护。为保护消费者而需要对契约自治例外地加以纠正时,就可以称为“消费者保护法”。<sup>[130]</sup>除消费者外,承租人、旅游者和受雇人也受到立法者的特别保护。需要提及的是社会租赁法(《德国民法典》第557条至第561条、第573条至第574c条)以及有利于受雇人的保护规定,如《德国民法典》第613a条。受雇人也受到《德国民法典》第616条至第618条的特别保护,如因一时障碍而无法提供劳务时,其不会因此丧失报酬请求权。判例还对《德国民法典》第626条第1款规定的雇佣关系因重大事由而为无终止期间之终止提出了特别高的要求。在《德国民法典》第138条第1款范围内进行的审查仅限于给付和对待给付之间的显著失衡,并取决于保护经济上较弱一方的需要。但由于对个人的生活安排具有特殊意义,法院对租

[127] Coing, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. (1995), Einl. zum BGB Rn. 33; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 481: “总之,立法者显然没有赋予立法以真正的社会任务。”

[128] Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 13; ders., Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 192; Wagner, Grundlegung der politischen Ökonomie, 2. Teil, 3. Aufl. 1894, S. 99 ff.; Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1886, S. 26, 153 f.

[129] 参见 BverfG, Beschl. v. 19. 10. 1993, 1 BvR 567/89 u. a., BVerfGE 89, 214, 231 ff. — 保证合同; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. vor § 145 Rn. 13.

[130] Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996, § 41 Rn. 1036; Larenz/Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 42 Rn. 19.



金、土地、借贷合同中对待给付显著失衡的情况也进行审查。<sup>[131]</sup> 针对消费者询问后的“信息义务”（Informationsobliegenheit），法院通过在缔约过失（《德国民法典》第 280 条第 1 款、第 311 条第 2 款、第 241 条第 2 款）或积极违反契约（《德国民法典》第 280 条及以下）的范围内引入诸多告知义务而加以修正，使得物或给付之提供者有义务提供充分的信息。除当事人之间的信息差异外，提供者的能力以及消费者对提供者的信任也起着决定性作用。<sup>[132]</sup> 相比于银行在经营风险交易时的充分告知义务，针对宣传册或者二手车经销商销售发生过事故的二手车的情形，法院仅在非常有限的范围内对私人之间的信息披露义务进行了肯定。<sup>[133]</sup> 为了保护弱势方，立法者采用强制或半强制性规定的方式，即不得作不利于弱势方的约定。如《德国民法典》第 444 条明确规定，瑕疵请求权原则上也可以被排除。但是，《德国民法典》第 476 条对消费品买卖，《德国民法典》第 309 条第 8b 款对一般交易条款的使用均进行了限制。此外，一般交易条款的控制必须以法律规定的基本理念为导向。<sup>[134]</sup> 最后，宪法对民法的影响也尤为重要。<sup>[135]</sup>

## 2. 《德国民法典》中的“正义原则”（Gerechtigkeitsprinzipien）

20 世纪的立法和判例在内容上从“民法典”到“消费者法典”的发展，也可以从法教义学的角度得到证成。有观点认为，契约正义是合同法的实质功能原则。<sup>[136]</sup> 作为弱势方，消费者原则上应受到保护。<sup>[137]</sup> 也有学者主张，私法自治“需要加以优化”（Optimierungsgebot），与其他法律原则一样，也受到其他法律原则的限制。<sup>[138]</sup> 部分法律文献发展出了可对契约自由进行限制的社会原则。<sup>[139]</sup> 除强制缔约外，还应包括信息义务<sup>[140]</sup> 或者使其“免受见识上的缺乏”（Schutz vor Perspektivlosigkeit）。出于这些考虑，可以说，近几十年来德国的立法和判例已经将市场经济发展为社会<sup>[141]</sup> 或环境市场经济<sup>[142]</sup>。但是，德国民法并不注重以社会原则对契约自由加以优化，而是注重维持当事人最低程度的契约自由。<sup>[143]</sup> 优化理念认为，契约自由与公法一样，应将

• 277 •

[131] BGH, Urt. v. 8. 12. 1981, 1 StR 416/81, NJW 1982, 896; BGH, Urt. v. 24. 3. 1988, III ZR 30/87, BGHZ 104, 102, 105—分期付款合同; BGH, Urt. v. 2. 7. 2004, V ZR 213/03, BGHZ 160, 8, 16 f.—价值比较方法; BGH, Urt. v. 10. 2. 2012, V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 Rn. 8 f.; BGH, Urt. v. 24. 1. 2014, V ZR 249/12, NJW 2014, 1652 Rn. 8; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 138 Rn. 25 ff.; 详可参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 41, § 9 Rn. 35 ff., 54.

[132] BGH, Urt. v. 11. 8. 2010, XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362, 3363—Thor Steinar; 类似判决已经见于 RG, Urt. v. 7. 7. 1925, II 494/24, RGZ 111, 233, 234 恶意欺诈; BGH, Urt. v. 28. 6. 2006, XII ZR 50/04, BGHZ 168, 168 Rn. 15; BGH, Urt. v. 21. 1. 1975, VIII ZR 101/73, BGHZ 63, 382, 386—二手车买卖; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 123 Rn. 5 ff.; Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.

[133] Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. vor § 145 Rn. 16; Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.

[134] 关于诚信原则的具体化，参见《德国民法典》第 307 条第 2 款第 1 项。

[135] 参见上文标题一项下第二部分第一节。

[136] Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. II, 2. Aufl. 1984, S. 7 ff.

[137] Atiyah, U. Toronto L. J. 35 (1981), 1, 14 ff.; Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract, 6th ed. 2005, S. 297 sowie Säcker, in: MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2018, Einl. Rn. 39.

[138] Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 30.

[139] Raiser, JZ 1958, 1, 6, 8; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 237 ff.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 42 ff.

[140] 如《德国民法典》第 355 条第 2 款关于撤回权的规定。

[141] Möllers, JuS 1999, 1191, 1192 f. 参见下文标题四项下第二部分第一节。

[142] 参见 Fikentscher, Die umweltsoziale Marktwirtschaft, 1991.

[143] 与此相关的详细内容，可参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 39 ff.。

基本权利与其他权利进行权衡,并使之在实践中达到相应的协调。在民法中,这种权衡理念基本上只能在有限的范围内进行。一般来说,需受国家的约束。这与《德国民法典》的自由主义基本思想相对应,它没有规定对合同内容进行一刀切的控制。<sup>[144]</sup>只要合同在可容忍的范围之内,国家就不得以控制的方式施加干预。只有当不公正的程度超出这些限度时,当事人的决定权才会移交给国家。教义学上,取而代之的是以“自决”(Selbstbestimmung)为主导。弗卢梅正确地强调,契约需要相互自决,实力状况的不平等或事实上的垄断地位会导致单方面的他决。<sup>[145]</sup>契约自由以自决为前提。<sup>[146]</sup>当然,双方都享有自决之权利。双方的自决也因此意味着“免受他决”(Schutz vor Fremdbestimmung)。<sup>[147]</sup>

## (二) 中国《民法典》中“人的图像”

### 1. 自由市场经济与事后控制

原则上,双方当事人有责任就标的物及价格等“要素”(essentialia negotii),即合同的基本内容达成协议。不会出现对价格加以管控的情况。当事人也可以订立不合理的合同。<sup>[148]</sup>这与上述亚当·斯密的自由主义做法相对应,他用“看不见的手”(unsichtbaren Hand)来描述市场。<sup>[149]</sup>其背后的观念在于,各方当事人的利益冲突可通过合同达致一项正确的结果;人们称为谈判的“正确性保证”(Richtigkeitsgewähr)。<sup>[150]</sup>霍布斯已经恰如其分地强调,最能决定物之价值的是立约者。<sup>[151]</sup>中华人民共和国是共产党领导下的社会主义国家,同时也是拥有14亿人口的世界最大的市场经济国家。

从内容上看,在劳动法或者租赁法等生活领域尚缺乏强有力的保护性规定。这一点在美国也有所体现。从程序上亦可以看出,在许多领域,契约自治占据着主导地位,优先于中国《民法典》中的相关规定。这适用于检验义务(标题二项下第二部分)和瑕疵请求权(标题二项下第三部分)。这意味着,相比于德国法和欧盟法而言,中国法上格式条款的控制更为有限。<sup>[152]</sup>最后,在民法中不适用比例原则。<sup>[153]</sup>

中国《民法典》是一个“混合物”(Zwitter):<sup>[154]</sup>它在形式上取径于19世纪德国的潘德克

[144] Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 208; Ritgen, JZ 2002, 114, 119; Hofer, Vertragsfreiheit am Scheideweg, 2006, S. 23 以及上文标题四项下第二部分第一节。

[145] Flume, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. 1, 1960, S. 135, 143; 同此观点者,参见 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, S. 41: “缔约双方的自由自决”。赞同此种观点者,参见 Säcker, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2018, Einl. Rn. 38。

[146] 在1900年《德国民法典》的《立法动议书》中已经可以找到这样的表述:“法秩序不能容许法律行为领域中的自决受到非法侵害。”参见 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, 1896, S. 204。

[147] Reich, JZ 1997, 609。

[148] OLG Köln, Urt. v. 8. 12. 2006, 19 U 109/06, MMR 2007, 446, 448; 在 ebay 拍卖会上以 51 欧元的价款购买了一台价值 6 万欧元的“甜菜挖掘机”(Rübenrodgers); 赞同此种观点者,参见 Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 170。

[149] 参见前引 [120]。Baron/Yin-Baron, Die Chinesen. Psychogramm einer Weltmacht, 7. Aufl. 2019, S. 265 中也提到了无形之手是中国经济生活的一部分。

[150] Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130, 149 ff.; ders., in: FS Raiser, 1974, S. 3, 5 f.; Lieb, AcP 178 (1978), 196, 206。

[151] 参见 Hobbes, Leviathan, 1651, Part I, Chap. 15, S. 75: “一切立约议价的东西,其价值是由立约者的欲求来测量的,因之其公正的价值便是其意愿。”可访问 <https://archive.org/details/leviathan00hobba/page/74/mode/2up>。

[152] 参见上文标题三项下第二部分。

[153] Möllers, in: Möllers/Li, The New General Principles of China Law, 2018, S. 55, 85。

[154] 关于混合法律制度的概念,参见 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 72。

顿法学。<sup>[155]</sup> 但规范内容上颇受英美法的影响，不太注重对“内容适当性”的控制，而是注重程序公正，旨在防止欺诈、错误等。<sup>[156]</sup> 这种自由的做法更多对应于一种具有威慑力的“事后控制”（ex-post-Kontrolle）。这包括一个广泛的制裁机制，例如惩罚性赔偿。<sup>[157]</sup>

2. 国家控制和国家的“看得见的手”——“拟议法”（de lege ferenda）的解释以及具体化

《合同法》已被认为是一部极其成功的法律。<sup>[158]</sup> 中国《民法典》是中国制定的一部重大的法典。该法典共七编，在很多方面都具有现代性，比如人格权的保护，或者是关于权利实施及制裁的详细目录。但法律不能也不应停滞不前，而必须对不同生活领域的发展做出回应。

德国法之所以精确，是因为有法教义学对立法、判例以及法学文献加以整合。<sup>[159]</sup> 一个重要的问题是，中国法是希望复刻这一结构，还是宁可效仿英美的做法，通过事后控制来对严重错误的行为施加制裁。又或许中国会采取自己的中间路线。国家的有形之手与市场的无形之手合二为一，形成自在体系。<sup>[160]</sup> 国家引导之“手”在法律层面主要由最高人民法院进行指挥。对此，可借助于抽象和具体的解释。<sup>[161]</sup> 正如已经表明的那样，最高人民法院往往能够将个别条款加以具体化。<sup>[162]</sup> 但是，目前抽象解释的程序仍显得极为繁琐。如今制定法典的工作虽然已经进行了25年，但明显的不足竟然没有得到解决，最终颁布的中国《民法典》在很大程度上仍与以前的单行法完全相同。各编之间还需要进一步加以协调，<sup>[163]</sup> 并强化法教义学的渗透。<sup>[164]</sup> 应考虑对契约自由的概念、检验期间的适当性以及合理选择作出进一步的法律定义。<sup>[165]</sup> 个别领域的协调应更加紧密，如中国《民法典》第618条与第497条第3项关于格式条款规定之间的关系，<sup>[166]</sup> 抑或第617条结合第582条规定的瑕疵担保权与第617条之间的关系。<sup>[167]</sup> 今后，最高人民法院的抽象和具体解释可能要增加。未来几年令人激动的问题还包括应在哪些领域对自由市场经济进行社会缓冲。这可能对买受人严格检验义务<sup>[168]</sup> 进行的实质性讨论，也可能是就买卖法上关于瑕疵担保权利<sup>[169]</sup> 排除尚不明确部分的进一步探讨。无论内容上的争论如何，仅出于法律确定性的原

• 279 •

[155] 参见上文标题一项下第三部分。

[156] 对此，参见 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 319; 关于英美法德做法，可参见 Twigg-Flesner, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Li, Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 44, 52 ff.。

[157] 例如中国《民法典》第179条、第1185条以及《消费者权益保护法》第55条。对此，参见 Möllers, in: Möllers/Li, The General Principles of Chinese Civil Law, 2018, S. 55, 65。关于《侵权责任法》第47条，参见 Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 355。主张加以扩张者，参见 Binding, Consumer protection law in the People's Republic of China, China-EU Law Journal 2014, 223, 239。但对此持批评态度者，参见 Bu, ZfRV 2014, 261, 273。

[158] Shen, in: FS Horn, 2006, S. 125: “精确、完整、体系化程度高”；Eberl-Borges/Su, ZVglRWiss 111 (2012), 125, 127 f.; Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 311, 330: 一部具有国际化水准的法律。

[159] 参见上文标题一项下第二部分第一节。

[160] Baron/Yin-Baron, Die Chinesen. Psychogramm einer Weltmacht, 7. Aufl. 2019, S. 265。

[161] 参见标题一项下第二部分第一节及第二节。

[162] 关于检验义务，参见前引 [22]，《买卖合同司法解释》第15条至第18条的规定，上文标题二项下第二部分第一节。

[163] Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 307。

[164] Bu, ZfRV 2014, 261, 274。关于《消费者权益保护法》，参见 Binding, China-EU Law Journal 2014, 223, 248, 250。

[165] 参见《消费者权益保护法》第4条，前引 [22]，《买卖合同司法解释》第17条以及中国《民法典》第582条第2句。

[166] 参见上文标题三项下第二部分及 Bu, ZfRV 2014, 261, 273: 缺乏体系考量。

[167] 参见上文标题二项下第三部分第一节。

[168] 参见上文标题二项下第二部分第三节。

[169] 参见上文标题二项下第三部分第三节。

因,即有进一步澄清之必要。检验义务、买卖法上瑕疵担保权的顺位以及格式条款控制上的要求<sup>〔170〕</sup>这三项问题或许可作为适例。

---

**Abstract:** The codification of the Chinese Civil Code is influenced not only by the European code, but also by the Common Law, with the UN Sales Convention as the main reference for its provisions on sales law, which absorbed the rules of both legal systems, thus showing the unique characteristics of the Chinese Civil Code itself. As for the understanding and application of the specific rules established in the Civil Code, it is still necessary to draw on the useful elements of comparative law to develop and improve itself. Taking the three issues of the duty to inspection, the tier of warranty rights and the control of general terms and conditions in the sales law as examples, regarding the scope of the duty to inspection, the Chinese Civil Code has set a stricter standard than the German Commercial Code with the aim of accelerating commerce, which is worthy of recognition, but the former does not include definitions of relevant concepts in its application, and does not distinguish between apparent and hidden defects, which should be clarified through judicial interpretation, etc., in order to lay the foundation for the accurate application of the respective provisions. In terms of the tier of warranty rights, the Chinese Civil Code also does not create a certain “hierarchy” between them. The only statement made is to make the choice of the remedy dependent on the “size of the damage” or “reasonability”, which is far too vague and needs to be concretised through the judicial interpretation. Although the Chinese Civil Code does not explicitly provide for consumer protection, there are three provisions on general terms and conditions in its Part on Contracts, which are similar to the German Civil Code and can be classified as consumer protection. Unfortunately, the proposal to add concrete examples for examining general terms and conditions during the codification process was rejected in the final adopted Civil Code, and the resulting problems should be of particular concern in future judicial practice, nonetheless, contractual autonomy is still in the foreground.

**Key Words:** sales law, warranty rights, consumer protection, examination of general terms and conditions, duty to inspection and duty to objection

---

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

---

〔170〕 参见上文标题三项下第二部分。

## 论我国《民法典》及其司法解释中的保证期间

程 啸\*

**内容提要：**《民法典》及《民法典担保制度司法解释》对保证期间作出了详细具体的规定。保证期间约定不明和没有约定时都应适用六个月的法定保证期间。法院和仲裁机构应当主动审查与保证期间相关的事实。债权人未依法在保证期间内主张权利的，保证期间届满保证人免除保证责任，除非债权人有证据证明成立了新的保证合同。债权人不能仅以一般保证人为被告提起诉讼或申请仲裁。一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁后又撤回起诉或者仲裁申请，且在保证期间届满前未再行提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任。保证合同无效时保证人的赔偿责任不应当适用保证期间的规定。

**关键词：**保证期间 保证合同 民法典 担保

• 281 •

### 一、引言

保证属于一种重要的担保方式，在社会经济生活中具有重要的融资担保功能。1995年的《担保法》就已对保证合同作出了规定。随着社会经济和司法实践的发展，《担保法》关于保证合同的规定存在不少明显过时、急需修改完善的地方。有鉴于此，2021年1月1日起施行的《民法典》在《担保法》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）等基础上，于合同编的第13章“保证合同”中对保证合同的含义、保证方式、保证人的权利、保证期间、保证债务的诉讼时效等问题作了更详细科学的规定。<sup>〔1〕</sup>为了配合《民法典》的施行，2020年12月31日，最高人民法院颁布了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保制度司法解释》），专门对保证方式的识别、保证期间、

\* 程啸，清华大学法学院教授。

〔1〕 参见王晨：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》，载《民法典立法背景与观点全集》编写组：《民法典立法背景与观点全集》，法律出版社2020年版，第12页。

保证债务的诉讼时效、保证合同无效的法律责任等问题作出了更具体的规定。

在保证合同中,保证期间是一项重要规则,它对于维护保证人的合法权益、更好地发挥保证合同的融资担保功能具有重要作用。所谓保证期间,也称“保证责任的期间”,是指确定保证人承担保证责任的期间(《民法典》第692条)。《民法典》第692—695条对保证期间作出了专门的规定,《民法典担保制度司法解释》中直接涉及保证期间的规定更是多达8条(第27—34条)。由于保证期间涉及的问题众多,法律关系较为复杂,一些问题理论上和实践中一直存在很大的争议。故此,本文将依据我国《民法典》与《民法典担保制度司法解释》的规定,对保证期间的一些重要问题加以讨论,以供理论界与实务界参考。

## 二、当事人对保证期间的约定

### (一) 约定保证期间的意义

依据《民法典》第692条,当事人可以约定保证期间,没有约定的,则适用法律规定的保证期间。故此,保证期间可以分为约定与法定两种。所谓约定的保证期间,即债权人与保证人合意确定的保证期间。之所以当事人可以约定保证期间,理由在于:首先,有利于保护保证人的权益。保证合同是单务合同、无偿合同,即保证人在没有从债权人处获得任何对待给付的情形下,单方面地负有保证债务。尽管通过抗辩权、追偿权、代位权等制度设计,《民法典》为保证人的权益提供了相应的保护,以免使其处于过分不利的地位,但仍存在因为长时间负担保证债务而对保证人产生不利后果的可能性。因此,保证人迫切需要与债权人约定一个保证责任的存续期限,即如果债权人在该期限内没有向保证人主张权利,那么保证人于期限届满后即免除保证责任。反之,一旦在该期限内债权人向保证人行使了权利,保证人就确定地负有保证债务,并且在其不履行该债务而损害债权人权利时,适用保证债务的诉讼时效。

其次,有利于限制保证债务的范围。保证债务的范围指当主债务人不履行债务时,债权人能够在何种范围内请求保证人履行债务或承担责任。《民法典》第691条对保证范围作了规定。如果当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的,保证人应当对全部债务承担责任。倘若对于保证责任的存续期间不作出限制,而主合同当事人又没有约定债务履行期限,那么主债务的范围发生变化就会导致保证债务的范围发生改变。通过约定保证期间,就可以及时地确定保证债务的范围,这对于保证人显然是有利的。

由此可见,《民法典》允许当事人约定保证期间,既可有效地减少保证人因无对待给付而单方面负有保证债务所产生的风险,又能督促债权人及时行使权利以确保债权得以圆满实现,有效地平衡了保证人与债权人的利益,实现了公平与效率的有机统一。

### (二) 保证期间约定不明与没有约定均应适用法定的保证期间

如果当事人对保证期间没有约定或者约定不明确时,适用法律规定的保证期间,即《民法典》第692条第2款规定的“保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月”。所谓当事人没有约定保证期间,既包括债权人与保证人根本没有就保证期间达成合意,也包括双方虽然有约定但该约定被法律视为没有约定的情形,即《民法典》第692条第2款第1分句规定的“约定的保证



期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定”。之所以这种情形下，当事人的约定被视为没有约定，是因为在债权人与保证人约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的情形下，如果还认可此种约定的效力的话，就会导致：一方面，债权人在债务履行期限尚未届满前，无法要求债务人履行债务，自然也不可能要求连带责任保证人承担保证责任；另一方面，在债务履行期间届满时，由于保证期间早已或同时届满，债权人虽然可以要求债务人履行债务，却又无法再要求保证人承担保证责任。显然，这种约定实际上使得保证人的保证责任形同虚设，违背了当事人订立保证合同的目的。故此，法律上将这种违反保证期间本质的约定视为没有约定，从而适用法定的保证期间。

《担保法解释》第32条曾规定：“保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。”显然，这种区分对待没有任何正当理由。有鉴于此，《民法典》第692条第2款修正了《担保法解释》的上述规定，对于约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的“视为没有约定”的情形，与“约定不明确”的情形作了相同处理。

### （三）视为保证期间约定不明的特殊情形

保证期间属于期间，那么无论长短，当事人一般都会通过数字确定一个明确的开始日与终止日。但是，从金融实践来看，作为债权人的银行等金融机构为确保债权能够受到保证债权强有力的担保常会与保证人就保证期间做如下一些比较特殊的约定，例如，约定“本担保书将持续有效至借款合同项下借款方所欠贷款方的全部贷款本息、逾期加息及其他费用完全清偿时为止”“本担保书至还清借款合同项下借款方所欠贷款方的全部款项后自动终止”〔2〕或“保证期限为从主合同生效开始至主合同项下贷款本息全部清偿完毕时止”〔3〕或“本保证合同的保证期限为主合同生效开始至主合同失效时止”〔4〕。如何看待当事人关于保证期间的这些约定？它究竟是对保证期间的明确约定，还是没有约定抑或约定不明，实践中曾存在很大的争议。

第一种观点认为，上述关于保证期间的约定不能认为没有约定，而是属于约定不明。〔5〕例如，在“厦门国际银行诉晋江厚泰鞋业有限公司、晋江晓升服装实业有限公司借款合同纠纷案”中，法院认为：“保证责任期限应当是一个恒定的时间段，即有明确的起始时间和终止时间。没有这个时间段，就无法确定义务人何时履行义务，履行义务是否违约。本案担保书第三条约定中，由于借款方的实际还款日期不能确定，保证人的保证责任期限也就无法确定。这种约定具有不确定性，实际操作中没有意义。保证责任与保证责任期限是两个不同的概念，保证责任明确不

• 283 •

〔2〕 厦门国际银行诉晋江厚泰鞋业有限公司、晋江晓升服装实业有限公司借款合同纠纷案，载《中华人民共和国最高人民法院公报》1998年第2期，第71页。

〔3〕 中国建设银行南海市支行诉南海市商贸实业企业集团、广东省南海市石油企业集团、南海市商贸房地产公司借款合同纠纷案，广东省佛山市中级人民法院（2003）佛中法民二初字第144号民事判决书。

〔4〕 中国建设银行忻州市地区支行诉山西省地方铁路局、山西省铁路工程公司借款担保合同纠纷案，山西省高级人民法院（2001）晋经二终字第19号民事判决书。

〔5〕 参见李国光：《确保司法公正 加强队伍建设 进一步推进经济审判工作的全面发展——在全国经济审判工作座谈会上的讲话》，载最高人民法院经济审判庭：《经济审判指导与参考》（总第1卷），法律出版社1999年版，第18页。

等于保证责任期限也是明确的。因此这一条约定,正是《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第十一条所指的情况。司法解释针对保证责任期限没有约定或者约定不明确的情况,规定了保证人向债权人行使催告权的期间,有利于督促债权人及时行使权利,保证人及时履行义务。”〔6〕

第二种观点认为,当事人此种对保证期间的约定属于明确的约定,且该约定当然有效,因此在主债务未得到清偿前,保证责任将一直存在。例如,有的法院认为:“上诉人在借款人债务到期未还时,又在《借款协议书》中签注‘延至款项还清之日止’,是对担保期限的延长,且‘延至款项还清之日止’的约定,是以债务人款项还清之日为担保期限,在主债务人未还清债务时其担保的责任永远存在。因此上诉人主张担保期限已超过,应予免责与事实不符,依法不能采纳。”〔7〕

第三种观点认为,当事人作出上述约定,肯定不能认为是没有约定,至于是否属于约定不明,也不能简单而武断地下结论,而应当按照当事人使用的语言文字判断该约定是否明确;如果按照当事人使用的语言文字无法判断的,应当按照当事人订立保证合同的目的、合同的其他条款、当事人之间的交易习惯以及诚实信用原则等,确定当事人约定的保证期间是否明确。〔8〕如果无法依据合同的解释有效地确定该保证期间的约定,那么应视为对保证期间没有约定,而适用法定保证期间。〔9〕

第四种观点认为,根据《民法典》第692条第2款的规定,此种约定应被认定为“没有约定”,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。这一约定在法律性质上,应当被认定为对条件而非期限的约定,因为所谓“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”属于“到期不确定,到来亦不确定”的情形,故此,应为条件。〔10〕

《担保法解释》采取了上述第一种观点。司法解释采取此种观点的理由在于:当事人作此约定不能简单地等同于当事人没有约定的情形,毕竟此种约定体现了债权人尽最大可能来确保自己债权实现的意旨,因此简单地适用六个月的法定保证期间,对于债权人不公平的。但从另一个角度说,如果一味承认这种约定的效力,确实会造成当事人以约定排除法律规定的诉讼时效的结果,使得保证人处于一种随时可能要承担责任的不利境地,显然也不合适。因此,最好的做法是以普通诉讼时效即两年的时间加以限制,即当事人约定的期间如果超过诉讼时效的,那么超出的部分应当认定无效,而没有超过的仍然有效。〔11〕

如前所述,《担保法解释》第32条区分当事人没有约定保证期间和对保证期间约定不明,而

〔6〕 前引〔2〕,第72页。

〔7〕 许琼英诉喻清廉、许国树、郭梅莺借贷、担保纠纷案,福建省高级人民法院(1999)闽民终字第117号民事判决书。类似观点可参见中国农业银行上海市分行国际业务部诉上海凯达房地产经营公司、上海三好制衣有限公司贷款合同欠款纠纷案,上海市第二中级人民法院(1998)沪二中经终字第1585号民事判决书。

〔8〕 参见邹海林:《论保证责任期间》,载梁慧星主编:《民商法论丛》总第14卷,法律出版社2000年版,第156页以下。

〔9〕 参见高圣平:《“保证期间约定不明”的处理——兼评保证期间法定主义》,载王利明主编:《合同法评论》总第1辑,人民法院出版社2004年版,第162页;杨巍:《〈民法典〉保证期间规则修改评释》,载《河北法学》2020年第9期。

〔10〕 参见包晓丽、司伟:《民法典保证期间规定理解适用中的几个问题》,载《法律适用》2021年第1期。

〔11〕 参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第146-147页以下。

分别规定不同长度的保证期间，是不合理的。《民法典》第 692 条已经加以修改。因此，无论是将“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容”的情形作为对保证期间没有约定，还是约定不明，都应当适用相同的法定保证期间，即“主债务履行期限届满之日起六个月”。《民法典担保制度司法解释》第 32 条进一步明确了《民法典》第 692 条的立场，亦即其并不承认此种约定的效力，而是将其作为对保证期间约定不明的情形处理，从而适用法定的保证期间。这一规定值得赞同。因为保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，该期间应当是确定的期间，不能中止、中断或延长。如果承认当事人可以约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止，实际上就等于使保证期间成为不确定的期间，违反了法律的规定，起不到限制保证责任的作用。所以此种约定应当视为当事人对保证期间约定不明确，从而适用法定的保证期间。

### 三、法院应否主动审查保证期间的相关事实

保证期间不仅决定保证人是否需要承担保证责任，在保证合同无效的情形下还决定了保证人是否要承担损害赔偿责任，故此，保证期间是审理保证担保案件中非常重要的法律事实。存在争议的问题是，法院是否应当依职权主动审查这些与保证期间相关的事实。

司法实践中对此有肯定说与否定说。肯定说认为，法院应当对保证期间的相关事实进行审查，理由在于：首先，保证期间在性质上并非是诉讼时效，保证期间届满的后果并非是保证人享有拒绝承担保证责任的抗辩权，而是保证债务消灭，保证期间是否经过关系到保证人的实体权利义务，属于人民法院应查明的事实，人民法院应主动予以审查。<sup>〔12〕</sup>其次，法院主动审查保证期间符合我国尚未建立答辩失权制度的现状。<sup>〔13〕</sup>如果法院在一审中不查明保证期间的相关事实而由保证人自行决定是否以保证期间届满为由拒绝承担保证责任，很容易导致案件事实不清，加之保证人如果又在二审中提出保证期间届满的主张，则不利于公平高效准确地裁判案件处理纠纷。例如，《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答（之三）》（京高法发〔2002〕51号）第 8 条认为：“保证期间内，债权人未要求连带责任保证人承担保证责任，或者债权人未对一般保证的主债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人和主债权人之间的实体权利义务消灭，保证人当然免责。无论保证人是否以此抗辩，法院都应当主动适用相关法律规定，免除保证人的保证责任。”上海市高级人民法院民二庭颁布的《关于审理担保、票据等民商事纠纷案件若干问题的处理意见》对此亦持同样立场<sup>〔14〕</sup>

否定说认为，保证期间是确定保证责任的期间，主要目的在于维护保证人的利益，并不涉及公共利益，况且，当保证期间届满而债权人没有依法定之方式行使权利时，保证人只是享有拒绝承担保证责任的抗辩权，此种抗辩权行使与否应由保证人自行决定，就如同诉讼时效届满的抗辩

〔12〕 参见高圣平：《民法典担保制度理解与适用》，中国法制出版社 2021 年版，第 130 页；于洪泽：《法院有主动审查保证期间是否已过的义务》，载《检察日报》2020 年 11 月 11 日，第 7 版。

〔13〕 参见司伟、肖峰：《担保法实务札记：担保纠纷裁判思路精解》，中国法制出版社 2019 年版，第 197 页。

〔14〕 参见最高人民法院民二庭：《中国民商审判》（总第 7 集），法律出版社 2004 年版，第 166 页。

一样,法院不应当主动审查,但是,法院可以对当事人进行释明。<sup>〔15〕</sup>

《民法典担保制度司法解释》第34条第1款采取了肯定说。笔者赞同司法解释的这一规定。由于保证期间直接涉及保证责任的承担问题,一旦保证期间届满而债权人未在该期间内按照法定方式行使权利,则保证人免除保证责任,故此保证期间不同于诉讼时效,而与除斥期间具有某种相似之处。既然保证期间是否届满、债权人是否在保证期间内依法行使权利等事实对于保证人是否承担保证责任至关重要,为及时高效地解决担保纠纷,法院或者仲裁机构在审理保证担保纠纷案件时就应当查明该等事实,无论当事人是否加以主张。

#### 四、债权人在保证期间向保证人主张权利的方式

《民法典》第693条分别对一般保证和连带责任保证中债权人于保证期间内向保证人主张权利的方式作出了规定,即:就一般保证而言,债权人应当在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁,否则保证期间届满后保证人不再承担保证责任;对于连带责任保证来说,债权人应当在保证期间请求保证人承担保证责任,否则保证人不再承担保证责任。关于债权人在保证期间内向保证人主张权利的方式,有以下问题需要研究。

##### (一) 债权人在保证期间依据公证债权文书申请强制执行是否属于主张权利

《公证法》第37条第1款规定:“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书,债务人不履行或者履行不适当的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”这一规定主要是考虑到,对于一些以给付为内容且债权债务关系非常简单明确,当事人又无争议的债权文书,可以通过公证赋予其强制执行效力,使之成为执行依据。债权人在债务人不履行债务时可以直接凭着此种经过公证的债权文书向人民法院申请强制执行,而无需经过诉讼或者仲裁程序。这样的规定既有利于发挥公证规范民事活动的功能,也有利于减轻当事人的讼累及法院、仲裁机构的负担,高效及时地保护当事人的合法权益。《民事诉讼法》第238条第1款对《公证法》的这一规定予以了确认。

在一般保证中,债权人取得被赋予强制执行效力的公证债权文书后,就可以依法直接向债务人申请强制执行,而无需再向债务人提起诉讼或者申请仲裁。此种行为的效果与债权人在保证期间针对债务人提起诉讼或申请仲裁并在取得生效的胜诉法律文书后申请强制执行是一样的,一般保证人当然也不得以债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁为由主张不承担保证责任。这一点应当说是不言自明的。不过,为了避免司法实践中一些法院僵化地理解《民法典》第693条第1款,《民法典担保制度司法解释》还是在第27条对此作出了明确规定。

##### (二) 债权人能否对一般保证人提起诉讼或申请仲裁

《民法典》第693条第1款规定:“一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申

〔15〕 在2020年11月22日,由清华大学法学院不动产法研究中心主办,北京市东卫律师事务所协办的“《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释〉(征求意见稿)专家研讨会”上,王利明教授、石佳友教授以及朱虎教授等学者均持此种观点。

请仲裁的，保证人不再承担保证责任。”该规定来自于《担保法》第25条第2款，有所不同的是，删除了《担保法》该款第2句，即“债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定”。《民法典》作此修改的理由在于：保证期间是确定期间，不发生中止、中断和延长。只要一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁，保证期间就失去作用了，接下来需要适用的只是保证债务的诉讼时效。《民法典》第694条规定：“一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。”所谓保证人拒绝承担保证责任的权利就是指一般保证中保证人享有的先诉抗辩权（《民法典》第687条第2款）。故此，不存在保证期间适用诉讼时效中断的规定的必要，原《担保法》第25条第2款第2句的规定是错误的。

就一般保证而言，虽然保证人享有先诉抗辩权，但是先诉抗辩权本身并不意味着债权人不能对一般保证人提起诉讼或者申请仲裁。因为先诉抗辩权的效力主要体现在债权的实现阶段，也就是说，如果债权人不能证明其对主债务人已经依法强制执行而无效果的话，一般保证人就可以拒绝清偿债权。换言之，如果主合同纠纷未经审判或者仲裁并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务，一般保证人有权拒绝向债权人承担保证责任。先诉抗辩权并不具有排除债权人以保证人为被告提起诉讼或申请仲裁的权利，故此，一般保证的债权人在保证期间内，既可以仅对债务人提起诉讼或申请仲裁，也可以将债务人与保证人作为共同被告（被申请人）而提起诉讼或申请仲裁。如果债权人一并起诉债务人和一般保证人，那么依据《民法典担保制度司法解释》第26条第2款，人民法院可以受理，但是在作出判决时，除有《民法典》第687条第2款但书规定的情形外，应当在判决书主文中明确，保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任。

• 287 •

值得研究的是，如果债权人仅起诉一般保证人，法院是否应当追加债务人作为共同被告？对此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第66条、《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第4条采取了肯定的观点。依据这两条司法解释的规定，债权人仅起诉一般保证人的，人民法院应当通知被保证人（借款人）作为共同被告参加诉讼。但是，《民法典担保制度司法解释》第26条第1款却作了不同规定。依据该规定，债权人可以单独起诉债务人，也可以将债务人和一般保证人作为共同被告起诉，但不能单独起诉一般保证人，否则法院将驳回债权人针对一般保证人的起诉，而非通知债务人作为共同被告参加诉讼。笔者认为，这一改变是有一定道理的。首先，债权人起诉一般保证人依据的是其与保证人之间的保证合同关系，在其并未就主合同纠纷起诉债务人的情形下，强行追加债务人，将其引入保证合同纠纷中来并不妥当。其次，一般保证人享有先诉抗辩权，并且依据《民法典》第693条第1款的规定，一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。故此，债权人仅以一般保证合同作为请求权基础而起诉保证人的，驳回该诉讼有利于更好落实《民法典》关于一般保证人先诉抗辩权的规定。

### （三）共同保证中的债权人向部分保证人主张权利的效力

保证人可以为一，也可以为二人以上。当两个以上的保证人为同一债务提供保证担保时，就是所谓的共同保证。依据《民法典》第699条的规定，以两个以上保证人是否约定了保证份额



为标准,可以将共同保证分为按份共同保证与连带共同保证。所谓按份共同保证,是指数个保证人与债权人在保证合同中约定了保证份额的共同保证;所谓连带共同保证,是指数个保证人没有约定保证份额的共同保证。<sup>〔16〕</sup>

无论是按份共同保证还是连带共同保证,债权人与保证人都可以约定保证期间。也就是说,每个共同保证人都可以与债权人分别约定不同的保证期间,当然也可以约定相同的保证期间,或者在没有约定或约定不明确的情形下都适用法定的保证期间。需要研究的是,如果债权人在保证期间依法行使了权利,如一般保证的情形下,债权人在保证期间内针对债务人提起诉讼或者申请仲裁,或者在连带责任保证的情形中,债权人请求某个共同保证人承担保证责任,此时,债权人的这种主张权利的行为是否会对其他共同保证人发生效力,即是否会使得其他共同保证人不得以保证期间届满债权人未主张权利为由拒绝承担保证责任。对此,应当区分共同保证中保证人承担的是一般保证还是连带责任保证而分别加以判断。

1. 如果共同保证人都是一般保证人,即共同保证人均享有先诉抗辩权,那么只要债权人在保证期间内针对债务人提起诉讼或者申请仲裁,显然就意味着债权人依法行使了权利,此时所有的共同保证人都不得以保证期间届满为由拒绝承担保证责任。但如果共同保证人中的部分保证人是一般保证人,部分保证人是连带责任保证人,那么债权人针对债务人提起诉讼或者申请仲裁,会使得承担一般保证的共同保证人不得以保证期间届满为由拒绝承担保证责任,但债权人此种仅仅针对债务人起诉或申请仲裁的行为,并不当然等于在保证期间内请求承担连带责任保证的共同保证人承担保证责任。故此,承担连带责任保证的共同保证人仍然有可能以保证期间届满而债权人未请求其承担保证责任为由,拒绝承担保证责任。

2. 如果共同保证人都是连带责任保证人,问题就比较复杂。因为这种情形下,保证期间对于每个保证人都具有保护作用,而《民法典》第693条第2款又明确规定了“连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的,保证人不再承担保证责任。”这一规定显然应当适用于每一个承担连带责任保证的共同保证人。故此,债权人应当在保证期间向所有的承担连带责任保证的共同保证人逐一请求他们承担保证责任,才会使得任何一个共同保证人都无法以保证期间届满为由拒绝承担保证责任。或许有人会认为,在共同保证中所有保证人均为连带责任保证且又没有约定保证份额的情况下,依据《民法典》第699条,债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任,既然如此,只要债权人在保证期间向一个连带责任保证人主张了权利,自然就对其他连带共同保证人发生效力。笔者认为,虽然在约定了追偿权的共同保证中,各个保证人之间是连带债务人的关系,适用《民法典》第519条关于连带债务的规则,保证人相互之间有追偿权,但这并不意味着债权人向连带共同保证中的一人主张权利的效力及于其他保证人。理由在于从《民法典》第520条关于连带债务人所生事项的绝对效力和相对效力的规定来看:该条仅明确规定了,部分连带债务人履行、抵销债务、提存标的物以及债权人受领迟延这四个事项属于发生绝对效力的事项;至于免除部分连带债务人的债务以及部分连带债务人的债务与

〔16〕 参见郭明瑞:《担保法》,法律出版社2004年版,第70页;曹士兵:《中国担保诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》,中国法制出版社2001年版,第72页。



债权人的债权混同，则属于限制绝对效力的事项。除此之外，连带债务人的其他事项都属于相对事项。既然如此，债权人在保证期间向连带共同保证人中的一人或数人主张权利的，不对其他连带共同保证人发生效力，当保证期间届满后，其他连带共同保证人可以主张免除保证责任。有鉴于此，《民法典担保制度司法解释》第29条第1款才明确规定：“同一债务有两个以上保证人，债权人以其已经在保证期间内依法向部分保证人行使权利为由，主张已经在保证期间内向其他保证人行使权利的，人民法院不予支持。”

3. 在连带共同保证中，共同保证人只有当约定了追偿权时，才能互相追偿，因为《民法典》无论是对保证人与物上保证人并存，还是对共同保证人，都要求除非明确约定了相互之间可以追偿，否则只能向主债务人追偿，相互不能追偿。在约定了追偿权的共同保证人之间，已经承担了保证责任的共同保证人中的一人或数人，不仅有权在承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利（《民法典》第700条），还可以就超出部分在其他共同保证人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有债权人的权利（《民法典》第519条第2款）。如果债权人没有在保证期间内向所有的承担连带责任保证的共同保证人主张权利，导致部分共同保证人因此可以拒绝承担保证责任，势必就会使得实际承担了保证责任的共同保证人无法向这些有权拒绝承担保证责任的保证人进行追偿，这就增加了实际承担保证责任的共同保证人追偿不能的风险，损害了其合法权益。由于该风险是因为债权人的原因所致，自然应由债权人承担。此外，依据《民法典》第520条第2款，部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。就相互之间有追偿权的连带共同保证而言，债权人没有向某个保证人主张权利，导致保证期间届满该保证人在保证范围内免责的，实际上就相当于债权人免除了部分连带债务人的债务，据此，其他保证人就应当在这个范围内免除保证责任。对此问题，《民法典担保制度司法解释》第29条第2款也作出了同样规定。

#### （四）债权人撤诉或撤回仲裁申请对保证期间的影响

实践中常常出现的情形是，一般保证的债权人虽然在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁，后又撤回起诉或者仲裁申请且未再行起诉或申请仲裁。此时，如果保证期间届满，保证人能否主张免除保证责任？对此，《民法典担保制度司法解释》第31条第1款作出了规定，即一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，债权人在保证期间届满前未再行提起诉讼或者申请仲裁，保证期间届满后，保证人主张不再承担保证责任的，人民法院应予支持。笔者认为这一规定是正确的。所谓保证期间，就是确定保证人承担保证责任的期间，该期间不发生中止、中断和延长。法律上设立保证期间的根本目的在于限制保证人的责任，维护保证人的利益。同时，该期间能够督促债权人按照法律规定的方式主张权利，即在一般保证中就是要求债权人针对债务人提起诉讼或者申请仲裁，并在取得生效判决或裁决后及时申请就债务人财产强制执行。如果依然不能实现债权的，则保证人丧失先诉抗辩权，债权人可以要求保证人承担保证责任。如果债权人只是起诉或申请仲裁，在取得生效的法律文书前又撤回起诉或仲裁申请的，并且在保证期间届满前没有再次起诉或申请仲裁的，倘若认为保证期间因此失去效力，保证人不得以保证期间届满为由免除保证责任，就会出现以下弊端：一方面，由于此时保证期间已经失去效力，保证人不能以保证期间届满为由免除保证责任；另一方面，由于一

般保证人依法并未丧失先诉抗辩权,故此,在保证期间失去效力的情形下,保证债务的诉讼时效却还没有开始起算。这就意味着债权人可以通过决定何时再行起诉或者申请仲裁来控制保证债务的诉讼时效的起算时间点,对于保证人显然是不利的。为了尽早确定保证期间的失效并且督促债权人通过起诉或仲裁以及后续的强制执行程序实现债权,从而开始起算保证债务的诉讼时效,有必要作出上述规定。

但是,连带责任保证中的情形则有所不同。在连带责任保证中,保证人和债务人对债务承担连带责任,债权人就既可以请求债务人履行债务,也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。因此,只要连带责任保证的债权人在保证期间请求保证人承担保证责任,保证期间就失去作用,从债权人请求保证人承担保证责任之日起,开始计算保证债务的诉讼时效。故此,即便债权人提起诉讼或者申请仲裁后又撤回起诉或仲裁申请,只要起诉书副本或者仲裁申请书副本已经送达了保证人,就意味着债权人请求了保证人承担保证责任。所以,从这一天保证期间就失去效力,应当开始起算保证债务的诉讼时效。连带责任保证中的债权人显然无法通过起诉或申请仲裁后又撤诉或撤回仲裁申请,然后又起诉或提出仲裁申请来操控保证债务的诉讼时效的起算。正因如此,《民法典担保制度司法解释》第31条第2款才规定,连带责任保证的债权人在保证期间内对保证人提起诉讼或者申请仲裁后,又撤回起诉或者仲裁申请,起诉状副本或者仲裁申请书副本已经送达保证人的,人民法院应当认定债权人已经在保证期间内向保证人主张了权利。

## 五、保证合同无效时保证人的赔偿责任是否适用保证期间

### (一) 两种不同的观点

保证合同可能因为自身原因而无效,也可能因为主合同无效而无效。申言之,一方面,保证合同可能因为违反法律、行政法规的强制性规定或者公序良俗等原因而归于无效(如《民法典》第153条、第683条);另一方面,由于保证合同是主债权债务合同的从合同,主债权债务合同无效的,保证合同无效,除非法律另有规定(《民法典》第682条第1款)。合同无效并不等于合同从来没有存在过,更不等于不发生任何法律效果。无论是保证合同因本身的原因而无效,还是因为主合同无效而归于无效,都可能产生相应的民事责任。《民法典》第157条、第682条第2款以及《民法典担保制度司法解释》第17条对此做了较为具体的规定。既然在保证合同无论是因主合同无效而无效还是因自身原因而无效的情形中,均可能发生保证人的赔偿责任问题,那么就产生了当事人约定的保证期间或者法定的保证期间在此时是否仍然适用的问题。对此,理论界与实务界存在很大的争议,有否定说与肯定说两种观点。

否定说认为,在保证合同无效或被撤销的情形下,不当再适用保证期间,理由在于:首先,债权人与保证人在保证合同中约定了保证期间,而保证合同无论是因主合同无效而无效还是因为自身的原因无效或被撤销,该保证期间的约定当然也失效。故此,不当适用当事人约定的保证期间。其次,保证期间是确定保证人的保证责任的期间,该期间适用的前提是保证合同合法有效,保证人依据合同的约定应当承担保证责任。在保证合同无效或被撤销的情形下不当适

用。<sup>〔17〕</sup>再次，保证合同无效后保证人因为过错而产生的赔偿责任在性质上不是担保责任而是缔约过失责任（或侵权赔偿责任），<sup>〔18〕</sup>对于缔约过失责任和侵权赔偿责任应当适用的是诉讼时效的规定。最高人民法院的某些判决采取了此种观点。例如，最高人民法院民事审判第二庭第七次法官会议纪要认为：“保证期间是对保证责任的限制期间，其适用的前提是保证合同有效。保证无效，保证人承担的是因缔约过失而产生的损害赔偿责任，并非保证责任。因此，保证责任不适用担保法有关保证期间的规定，债权人未在保证期间内向保证人主张赔偿损失的，只要该请求权未过诉讼时效期间，保证人仍应承担赔偿责任。”<sup>〔19〕</sup>这一观点在最高人民法院审理的“太原市融通信用合作社与山西省通宝能源股份有限公司保证合同纠纷案”中有明确的体现。<sup>〔20〕</sup>

肯定说认为，即便保证合同无效，保证期间仍然应当适用，理由在于：首先，保证合同无效时，也应当对于保证人需要承担的赔偿责任加以限制，而不能让保证人无期限地承担责任。故此，保证期间仍然具有其意义，应当适用。其次，在保证合同无效时，债权人所获得的利益不应超过保证合同有效时可以获得的利益，既然在保证合同有效时，如果债权人没有在保证期间内主张权利，保证人可以免除保证责任，那么，保证合同无效时也应同样处理。<sup>〔21〕</sup>再次，即使保证合同被认定无效，其中的清算条款和争议解决条款仍然是有效的。保证合同无效后，保证人虽然不需要承担担保责任，但仍然需要根据其对合同无效的过错承担相应的赔偿责任，故此，当事人关于保证期间的约定条款仍然可以解释为清算条款，即债权人应当在保证期间内进行清算。此外，如果在保证合同无效的情形下就不适用保证期间，会导致保证人承担的赔偿责任比保证合同有效时更重，从而出现利益失衡。<sup>〔22〕</sup>司法实践中，最高人民法院的一些法律文书和一些地方法院采取了此种观点，例如，最高人民法院（2011）民申字第1209号民事裁定书认为：“虽然案涉保证合同为无效合同，但是保证合同约定的或者法律规定的保证期间仍然具有法律意义，债权人在保证期间没有向保证人主张权利的，保证人不再承担无效保证的赔偿责任。因此，如果新华银行在保证期间没有向台山市政府主张保证责任，则台山市政府对无效保证合同的赔偿责任也相应免除。”再如，《陕西省高级人民法院民二庭关于审理担保纠纷案件若干法律问题的意见》（2007年12月6日）认为：“保证合同无效，债权人在保证期间内未向保证人主张权利的，保证人原则上不再承担保证合同无效的赔偿责任。”

《民法典担保制度司法解释》第33条采取了肯定说，亦即，保证合同无效的，如果债权人没有约定或者法定的保证期间内依法行使权利的，保证人可以保证期间届满为由拒绝承担保证合同无效时本应承担的赔偿责任。

〔17〕 参见高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版，第145页。

〔18〕 参见程啸：《保证合同研究》，法律出版社2006年版，第164-170页。

〔19〕 贺小荣主编：《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要：追寻裁判背后的法理》，人民法院出版社2018年版，第235页。

〔20〕 参见于松波：《担保合同无效，担保法规定的保证期间是否仍然适用》，载最高人民法院经济审判庭编：《经济审判指导与参考》（第2卷），法律出版社2000年版，第194页以下。类似案件参见中国信达资产管理公司郑州办事处与濮阳市石油公司等借款担保纠纷上诉案，最高人民法院（2002）民二终字第87号民事判决书，载最高人民法院民事审判第二庭：《民商审判指导与参考》（2003年第1卷），人民法院出版社2004年版，第436页以下。

〔21〕 相关理由的介绍，参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2017年版，第160页。

〔22〕 参见前引〔12〕，高圣平书，第125-126页。

## （二）保证人的赔偿责任不应适用保证期间

笔者不赞同《民法典担保制度司法解释》第33条的规定，理由在于：首先，从文义解释上看，《民法典》第692条第1款明确规定，保证期间是确定保证人承担保证责任的期间。保证责任是指保证人依据保证合同的约定于债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，履行债务或者承担责任。这是当事人基于意思自治而产生的权利义务关系。然而，在合同无效或被撤销时的损害赔偿责任是由法律直接规定的，保证责任显然并不包括合同无效或被撤销时的损害赔偿责任。将仅仅适用于保证责任的保证期间扩张至适用法定的损害赔偿责任，是不妥当的。

其次，从保证期间制度设立的功能来看，其根本目的是为了维护保证人的利益，因为保证合同是单务合同、无偿合同，保证人在没有从债权人处获得任何对待给付的情形下，单方面地负有债务。为了避免保证人因此处于过分不利的地位，法律才通过规定保证人的抗辩权、追偿权以及保证期间等对之提供相应的保护。但是，在保证合同因为主合同无效而无效或者因为自身原因而无效的情形下，保证人承担赔偿责任的前提是其具有过错，而在保证人具有过错的时候，从法政策上说，并无特别的理由应当对其加以保护。

再次，将保证期间解释为当事人的清算条款也并不合理。一则，保证期间既包括当事人约定的保证期间，也包括法律规定的保证期间；二则，《民法典》第567条规定：“合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。”合同无效或被撤销也不等于合同权利义务关系的终止。对于合同无效或被撤销后的民事责任问题，《民法典》第157条已经作出了明确的规定，不能将保证期间解释为结算和清理条款。

## 六、最高额保证中保证期间的起算

在市场经济活动中，当事人之间的交易行为常常是多次、连续发生的，如果为每一次交易所生的债权债务都分别提供一次保证担保，显然极不便利。因此，为了“简化保证的程序，方便当事人，促进资金融通和商品经济的发展”<sup>〔23〕</sup>，早在《担保法》第14条就明确规定了最高额保证。《民法典》第690条第1款延续了这一做法。

最高额保证也属于保证，自然也存在保证期间。但是，最高额保证担保的并非某个或某几个特定的债权，而是一定期间连续发生的债权，故此，最高额保证中保证期间的确定与非最高额保证有所不同。《民法典》第692条第2款第1句规定，债权人与保证人可以约定保证期间。该规定当然适用于最高额保证。在最高额保证中，债权人与保证人也可以对保证期间的计算方式、起算点等作出约定。《民法典担保制度司法解释》第30条第1款对此进行了细化。于此存在的问题是，如果当事人对于保证期间没有约定或者约定不明确的，如何确定最高额保证的保证期间。《民法典》第692条第2款第2句规定，如果债权人与保证人没有约定保证期间或者对保证期间的约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。但是，最高额保证与普通的保

〔23〕全国人大常委会法制工作委员会民法室：《中华人民共和国担保法释义》，法律出版社1995年版，第19页。

证担保不同，前者担保的是一定期间内连续发生的债权，而非普通的保证担保那样担保某个特定的债权。故此，在确定保证期间的起算点上，最高额保证有其独特之处。

当事人没有约定或约定不明时，最高额保证的法定保证期间究竟从何时起算，实践中曾有不同的观点。第一种观点认为，最高额保证担保的是一定期间内连续发生的债权，而法定的保证期间就是从债务履行期限届满之日起算的，故此应当分别从最高额保证被担保的每笔债务的履行期限届满之日起开始计算。<sup>〔24〕</sup>第二种观点认为，应当从最高额保证的决算日起开始计算。这是因为，最高额保证尽管是为连续发生的数个债权所为的保证，但与普通保证有着相同目的，即在决算日到来，对债权人未获清偿的债权承担保证责任。因此，最高额保证人只以决算日时债权人未获清偿的债权为限承担责任，而不是存续期间内发生的债权总额。故此，只有决算日到来才能确定保证人应当承担的保证责任，此时开始计算保证期间是合理的。<sup>〔25〕</sup>第三种观点认为，如果在债权确定之日前所有的被担保的债权的履行期限均已届满，则应当从债权确定之日起算法定保证期间，否则，就应当从最后到期债权的履行期限届满之日起算。《民法典担保制度司法解释》第30条第2款采取了第三种观点。

笔者认为，要明确最高额保证合同中法定保证期间的起算点，首先要正确地将债权确定日与被担保债权的履行期限（或债务履行期限）加以区分。所谓债权确定，是指因当事人约定的债权确定期间届满或者法律规定的情形而发生而使最高额保证所担保的债权被确定下来。债权确定日就是指当事人约定的债权确定期间届满之日或者发生了使得最高额保证所担保的债权被确定下来的事实之日。《民法典》第690条第2款规定：“最高额保证除适用本章规定外，参照适用本法第二编最高额抵押权的有关规定。”故此，最高额保证的债权确定也应当适用《民法典》第423条对债权确定的情形的规定。债权确定后，最高额保证所担保的债权数额就明确了，此时最高额保证实际上已经转为普通的保证。但是，债权确定并不等于最高额保证所担保的一定期间连续发生的债权中的每个被担保债权的履行期限都届满。就债权确定日与被担保债权的履行期限是否届满的关系而言，可能的情形就是两种：其一，债权确定日之前，被担保的每个债权的履行期限均已届满；其二，债权确定日之前，被担保的债权中部分债权的履行期限尚未届满，也就是说，有一些债权的履行期限是在债权确定后才届满的。如果是第一种情形，那么理论上说，分别从每个债权履行期限届满之日起算保证期间似乎也是可以的。但是这样做的问题在于不符合最高额保证的本质，因为最高额保证担保的就是一定期间连续发生的债权，在债权尚未确定前，就可能发生新的债权，消灭旧的债权。倘若区分每一个债权的履行期限分别确定保证期间的起算，显然不合理，而且也会很麻烦。故此，在第一种情形下，如果统一从债权确定之日起算保证期间更加合适，既符合最高额保证的特征，也不违反当事人的意思，更有利于发挥最高额保证的担保功能。如果是第二种情形，显然从债权确定之日起算保证期间就不合理了，因为有些被担保债权的履行期限尚未到来，此时就起算保证期间，对于债权人极为不利。可如果这种情形下，对于债权确定日前履行期限届满的债权统一从债权确定之日起算保证期间，而对于债权确定日之后履行期限届

• 293 •

〔24〕 参见汪明照：《连续最高额保证当事人未约定保证期间的法律适用》，载《法律适用》2000年第11期。

〔25〕 参见于玉、李曙光：《简论最高额保证的保证期间》，载《政法论丛》2000年第4期。



满的债权则从履行期限届满之日确定保证期间的起算点,就会导致一个最高额保证合同,出现多个保证期间的起算点,也不符合最高额保证的本质,同时人为制造麻烦。故此,笔者认为,《民法典担保制度司法解释》第30条第2款的做法值得赞同。

## 七、保证人在保证期间届满后承担保证责任的认定

依据《民法典》第693条,保证期间内债权人如果没有按照法定方式向保证人主张权利,则保证人不再承担保证责任,即保证债务消灭。保证债务消灭后,如果债权人书面通知保证人要求承担保证责任,而保证人又在该通知书上签字、盖章或者按指印,债权人能否据此请求保证人继续承担保证责任呢?换言之,保证人在保证期间届满从而免除保证责任后,能否放弃此种因保证期间届满而免责所带来的利益?对此,司法实践中曾有很大的争议。

一些法院采取了肯定的态度,并且把握的标准十分宽松,即只要保证人在债权人的催款通知书上签章的,就认定保证人继续承担保证责任。支持该做法的主要理由为:处理该问题时可以参考《最高人民法院关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》(法释〔1999〕7号),〔26〕由于该批复规定,债务人在享有时效抗辩权的情况下于债权人发出的催款通知单上签字或盖章时,“视为对原债务的重新确认”,同理保证人在这种催款通知单上签字或盖章也应视为在保证期间届满后对保证责任的重新确认。例如,广东省高级人民法院在《关于民商事审判适用〈中华人民共和国担保法〉及其司法解释若干问题的指导意见》(粤高法〔2003〕200号)第3条即采此观点。

另一些法院则采取了比较谨慎的态度,认为不能仅仅因保证人在债权人的催款通知书上签章就认定保证人须承担保证责任。例如,《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答(之三)》(京高法发〔2002〕51号)第7条认为:“保证期间是除斥期间,依照《中华人民共和国担保法》第二十六条之规定,债权人未在保证期间内向连带责任保证的保证人要求承担保证责任的,保证人享有免责抗辩权。保证人签收‘催收贷款通知书’的行为,不当然发生放弃免责抗辩权的法律后果。此种情况下,债权人向保证人主张权利的应当提交其他证据予以佐证。但‘催收贷款通知书’上明确要求保证人继续承担保证责任的除外。”《陕西省高级人民法院民二庭关于审理担保纠纷案件若干法律问题的意见》(2007年12月6日)第10条第1款亦持相同观点。

鉴于司法实践对该问题存在分歧,最高人民法院先后做了多个复函或批复。例如,2003年2月25日《最高人民法院关于锦州市商业银行与锦州市华鼎工贸商行、锦州市经济技术开发区实华通信设备安装公司借款纠纷一案的复函》(民监他字〔2002〕第14号函)指出:“保证期间届满后,保证人如无其他明示,仅在债权人发出的催收到期贷款通知单上签字或盖章的行为,不能成为重新承担保证责任的依据。本院法释〔1999〕7号《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》,不适用于保证人。”这一观点在2004年3月23日

〔26〕该批复指出:“根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第四条、第九十条规定的精神,对于超过诉讼时效期间,信用社向借款人发出催收到期贷款通知单,债务人在该通知单上签字或者盖章的,应当视为对原债务的重新确认,该债权债务关系应受法律保护。”



发布的《最高人民法院关于人民法院应当如何认定保证人在保证期间届满后又在催款通知书上签字问题的批复》中再次被确认。而《民法典担保制度司法解释》第34条第2款是对这一立场的延续。对此笔者予以赞同，理由阐述如下：

保证期间届满而债权人未于该期间内依法定方式主张权利，如一般保证债权人针对主债务人提起诉讼或者申请仲裁，或者连带责任保证的债权人要求连带责任保证人承担保证责任，那么，一旦保证期间届满，保证人就免除保证责任。由此可知，保证期间届满的这一法律效果显然不同于诉讼时效期间届满的法律效果。前者是彻底消灭了实体法上的权利义务关系，后者不消灭实体法上的权利义务关系，仅仅是债务人享有作为永久性抗辩权的时效抗辩权。因此，不存在保证人放弃免除保证责任抗辩权的问题。更重要的是，保证合同属于单务合同、无偿合同，只是保证人单方面负担给付义务，保证责任是一种很重的责任，决不能简单地根据某些事实就任意加以推定，对于保证人在已经免除保证责任后是否继续承担保证责任应当遵循当事人的真实意思表示从严认定。只有当保证人以书面形式明确表示为债权人提供保证担保，才能认为此时在债权人与保证人之间产生了新的保证合同关系，否则即便保证人在债权人发出的承担担保责任书、催收到逾期债务通知书上签字、盖章或按指印，或者与债权人重新签订还款协议或者以口头的方式答应继续担保等，也不能认为保证人重新提供了担保。<sup>〔27〕</sup>

---

---

**Abstract:** China Civil Code and Judicial Interpretation of the Civil Code Guarantee System have made detailed and specific regulations on the guarantee period. The six-month statutory guarantee period shall apply when the guarantee period is unclear or not agreed. The courts and arbitration commissions shall actively review the facts related to the guarantee period. If the creditor fails to claim the rights during the guarantee period, the guarantor shall be exempted from the guaranty liability when the guaranty period expires, unless the creditor has evidence to prove the establishment of a new guaranty contract. The creditor cannot file a lawsuit or apply for arbitration only with the general guarantor as the defendant. If the creditor of the general guarantee filed a lawsuit against the debtor or applied for arbitration within the guarantee period, and then withdraws the suit or arbitration application, and fails to file again a lawsuit or apply for arbitration before the end of the guarantee period, the guarantor shall be exempted from the guarantee liability. When the guarantee contract is invalid, the guarantor's liability for compensation shall not be governed by the guarantee period.

**Key Words:** guarantee period, contract of guarantee, civil code, guarantee

---

---

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

---

〔27〕 参见前引〔16〕，曹士兵书，第137页。

## 民商区分视角下委托合同任意解除权的适用

韩富鹏\*

**内容提要：**从《合同法》第410条到《民法典》第933条，委托合同任意解除权规范更加精细。但该规范还存在精细化不足的缺陷，无法体现民事委托和商事委托的差异。法律适用过程中，应对《民法典》第933条及相关理论进行必要的修正。针对有偿委托，在民事委托中，原则上应当否认排除或限制委托人任意解除权特约的效力；在商事委托中，原则上则应当承认此类特约的效力。当委托人行使任意解除权时，在民事委托中应对委托人履行利益赔偿进行适当限制；商事委托中则无需限制。当受托人行使任意解除权时，应当根据是否可以通过采取替代措施继续处理事务进行区分。委托人分别赔偿因解除而增加的费用或因解除而无法继续该事务处理所造成的损失。针对无偿委托，受托人利益规则构成对委托人任意解除权的限制。但在商事委托中，应更加注重对受托人利益的实质判断。

**关键词：**任意解除权 民事委托 商事委托 特约

### 一、问题的提出

《合同法》第410条规定委托合同中委托人和受托人双方都享有任意解除权，并规定除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿对方因解除合同遭受的损失。这一条文并没有根据合同类型，对双方是否都享有解除权及赔偿损失的范围进行区分，在理论界和实务界都引起了很大的争议。<sup>〔1〕</sup>在民法典编纂过程中，有学者建议，应当区分民事委托和商事委托，进行不同的规则设计。<sup>〔2〕</sup>但

\* 韩富鹏，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见崔建远、龙俊：《委托合同的任意解除权及其限制》，载《法学研究》2008年第6期；周江洪：《委托合同任意解除权的损害赔偿》，载《法学研究》2017年第3期。

〔2〕 参见李建伟：《我国民法典合同法编分则的重大立法问题研究》，载《政治与法律》2017年第7期；张良：《民法典编纂背景下我国〈合同法〉分则之完善》，载《法学杂志》2016年第9期。

这一建议并没有最终被《民法典》所采纳。《民法典》第933条采用了区分无偿合同和有偿合同的模式。

相较于民事委托和商事委托的区分路径,无偿合同和有偿合同区分难度较低,规范适用的确定性更强,但这一路径也不可避免地存在缺陷。商事合同双方拥有更强的缔约谈判与风险控制能力,更加注重追求合同效率、交易安全、信赖保护等价值;民事合同中一方或者双方当事人能力较弱,更加注重实质公平。民事合同和商事合同,各自具有相对独立且统一的价值意蕴。而无偿合同和有偿合同内部存在多元的子类型,尤其是有偿委托合同所能包容的类型十分多元,相互之间差异巨大。全国人大法工委出版的民法典释义书认为,有偿委托往往是商事合同,无偿委托通常基于个人间的信任与帮助。因此,法典区分了无偿委托和有偿委托中一方当事人任意解除后的赔偿范围。<sup>〔3〕</sup>可以看出,《民法典》第933条适用的核心领域为民事无偿委托和商事有偿委托,但实践中不乏有偿的民事委托和无偿的商事委托。有学者就此指出,有偿、无偿的分类标准终究不能尽显民商事合同的差异。<sup>〔4〕</sup>针对民事有偿委托和商事无偿委托,《民法典》第933条在适用中是否需要进一步校正?相较于形式意义的民商合一和民商分立争论,在具体规范中准确理解商事关系的特殊性,从而设计出适合商事交易特征的规则,更加具有紧迫性。<sup>〔5〕</sup>本文即从民商区分视角探讨委托合同任意解除权规则在民事委托和商事委托中适用的差异,并求教于法学诸同仁。

## 二、有偿委托中限制或排除任意解除权特约效力的民商区分

• 297 •

实践中,经常出现双方当事人达成协议,排除委托合同中一方或者双方的任意解除权,或者约定一方或者双方如果行使任意解除权,应当支付全部报酬或高额违约金。此类特约,构成对任意解除权的约定排除或限制。司法实践中,对是否承认此类特约效力存在很大争议。支持该类特约有效的理由主要包括:尊重当事人意思自治;<sup>〔6〕</sup>《民法典》第933条(原《合同法》第410条)为任意性规范;<sup>〔7〕</sup>该类特约不损害国家、集体或第三人的利益<sup>〔8〕</sup>。反对该特约有效的理由主要包括:《民法典》第933条(原《合同法》第410条)属于强制性规范;<sup>〔9〕</sup>限制任意解除

〔3〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(中),法律出版社2020年版,第1655页。

〔4〕 参见李建伟、帅雅文:《民法典合同编分则“二审稿”民商事规范的区分设置检讨》,载《法律适用》2019年第21期。

〔5〕 参见李建伟:《〈民法总则〉民商合一中国模式之检讨》,载《中国法学》2019年第3期。

〔6〕 参见广西融昌置业有限公司、广西弘毅营销顾问有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案,最高人民法院(2017)民再50号民事判决书;成都中美联城房地产营销有限公司、四川省天府房地产开发有限公司与中核四川环保工程有限责任公司因商品房委托代理销售合同纠纷案,四川省高级人民法院(2016)川民终147号民事判决书。

〔7〕 参见西安大明宫沣东建材家居股份有限公司与马文铎委托合同纠纷案,陕西省西安市中级人民法院(2019)陕01民终6633号民事判决书;徐军、胡红林与睢宁金港家居广场有限公司委托合同纠纷案,江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民终7418号民事判决书。

〔8〕 参见章百发、江奕雅等与盐城天街商业管理有限公司委托合同纠纷案,江苏省高级人民法院(2016)苏民申578号民事裁定书。

〔9〕 参见四川守信律师事务所与汤学全、廖建蓉、汤林昀代理合同纠纷案,四川省高级人民法院(2016)川民申284号民事裁定书;河北光显律师事务所、何建彬诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案,河北省高级人民法院(2018)冀01民终13064号民事裁定书。

权的约定违背委托合同的根本属性<sup>〔10〕</sup>。双方达成了放弃或限制任意解除权的特约，尽管是双方意思自治的结果，但仅以法不禁止即自由进行论证，恐怕仍停留在浅层论证层面。而从民法规范论角度判定第 933 条属于强制性规范抑或任意性规范，只构成形式理由而非实质理由。对此，有必要进行深入的探讨。

《民法典》并未明文规定该类特约的效力，学界通说认为，应当区分有偿委托和无偿委托。在无偿委托中，排除或限制任意解除权的特约无效；在有偿委托中，此类特约原则有效。<sup>〔11〕</sup>这一区分基于是否从合同中获得对价，判定受托人利益保护的必要性，具有一定的合理性。但是，在有偿合同中，是否应当根据民事有偿合同或商事有偿合同、排除委托人任意解除权或排除限制受托人任意解除权作进一步区分？

#### （一）民事有偿委托中排除或限制委托人任意解除权的特约

委托律师、会计师进行专业服务的委托合同，是实践中任意解除权争议案型中最常见的类型之一。基于律师、会计师等自由职业者的人身性、专业性和社会性，其不属于商人。<sup>〔12〕</sup>因此，此类合同属于典型的民事委托合同。以委托律师处理诉讼事务的诉讼委托合同为例，《律师法》第 32 条第 1 款规定：“委托人可以拒绝已委托的律师为其继续辩护或者代理，同时可以另行委托律师担任辩护人或者代理人。”有学者根据该规定，认为诉讼委托合同中任意解除权弃权条款无效；<sup>〔13〕</sup>也有学者认为此类特约因违背公序良俗而无效<sup>〔14〕</sup>。司法实践中，对此处理意见不一，在“河南弘创律师事务所诉洛阳农村商业银行股份有限公司诉讼代理合同纠纷案”中，最高人民法院认为该约定加重了委托人的诉讼风险，不利于社会和谐从而损害社会利益。<sup>〔15〕</sup>地方各地法院大部分判决认定诉讼委托合同中此类特约无效，<sup>〔16〕</sup>也有部分判决认定此类特约有效<sup>〔17〕</sup>。此外，有些法院通过《民法典》第 497 条格式条款效力控制规则认定通过格式条款订立的此类特约无效。<sup>〔18〕</sup>

笔者认为，在诉讼委托合同中，应当认定排除或限制委托人任意解除权的特约无效。首先，民事主体和商事主体存在差异。承认此类特约效力的预设前提是当事人具有较强的趋利避害、优化选择的能力，放弃任意解除权可以从其他方面获得优惠。但诉讼委托合同中，委托人很难达到

〔10〕 参见陈某与李某委托合同纠纷案，北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民终 4548 号民事判决书；青海华联商业管理有限公司与祁晓民、祁方民委托合同纠纷案，青海省西宁市中级人民法院（2018）青 01 民终 1135 号民事判决书。

〔11〕 参见前引〔1〕，崔建远、龙俊文；朱虎：《分合之间：民法典中的合同任意解除权》，载《中外法学》2020 年第 4 期；仲伟珩：《有偿委托合同任意解除权的法律适用问题研究》，载《法律适用》2020 年第 17 期。

〔12〕 参见施天涛：《商人概念的继受与商主体的二元结构》，载《政法论坛》2018 年第 3 期。

〔13〕 参见叶名怡：《论事前弃权的效力》，载《中外法学》2018 年第 2 期。

〔14〕 参见武腾：《委托合同任意解除权与违约责任》，载《现代法学》2020 年第 2 期。

〔15〕 参见河南弘创律师事务所诉洛阳农村商业银行股份有限公司诉讼代理合同纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民申 2833 号民事裁定书。

〔16〕 参见广东安国律师事务所、张锦宁委托合同纠纷案，广州市中级人民法院（2018）粤 01 民终 18483 号民事判决书；天津瀚洋律师事务所、天津市佰豪酒店管理有限公司旅店服务合同纠纷案，天津市高级人民法院（2019）津民申 355 号民事裁定书。

〔17〕 参见北京市元坤律师事务所与北京城建远东建设投资集团有限公司法律服务合同纠纷案，北京市高级人民法院（2016）京民再 11 号民事判决书。

〔18〕 参见广东敬业律师事务所、谢汝发诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案，广东省珠海市中级人民法院（2017）粤 04 民终 1434 号民事判决书。

这一要求。委托人和受托人在法律专业能力方面通常存在较大差距,应当对委托人倾斜保护。其次,承认此类特约效力目的在于尊重当事人之间的商业安排,保障交易的稳定性。商法以保障营利为基本目标。<sup>[19]</sup>如果受托人已经投入大量成本,旨在通过后续事务处理获得营利,双方已经在合同排除或限制了任意解除权,允许委托人任意解除合同确属不公。但是,在诉讼委托类合同中,不同阶段受托人的投入与合同中约定的报酬之间一般不会显著不成比例,通过限制委托人解除权来保障受托人利益欠缺必要性,并不符合比例原则。最后,撤诉、和解、接受调解为当事人的基本诉讼权利,体现了定分止争的基本价值目标。认定抛弃解除权的特约无效,是为了保护委托人上述诉讼权利。<sup>[20]</sup>总之,在此类委托合同中,应当认定限制或排除委托人任意解除权的特约无效,以倾斜保护委托人的利益。

在其他类型的民事有偿委托合同中,尽管不存在违背定分止争基本价值目标的问题,但笔者认为,原则上仍应认定此类特约无效。民法和商法中意思自治的范围不同。商事关系更加强调对意思自治和效率的追求。在商事合同中,双方当事人无疑拥有更大的意思自治空间;<sup>[21]</sup>但在民事合同中,意思自治受到的限制更大,承认此类特约效力的正当性较商事合同较低。民事委托合同更多地源于道德义务和友谊,以无偿为原则。即使民事有偿委托合同中约定了报酬,受托人通常并非以此为营业,对受托人保护必要性相对较低。民事委托中双方当事人信赖关系更强,委托人任意解除权正当性更强。因此,笔者认为,民事有偿委托合同中,双方当事人存在排除或限制委托人任意解除权的特约,原则应当否认其效力。

当然,如果委托事务的处理并非只为了委托人的利益,而且还为了受托人的利益,则应当别论。例如委托受托人代为收款,收回的款项可用于折抵委托人对受托人的债务。如果双方存在排除或限制任意解除权的特约,则应尊重当事人的安排。衡量双方利益,受托人的特殊利益使得对其进行保护的必要性增强。《欧洲示范民法典草案》(DCFR)第4:4—1:104第3款也规定此种情形下,双方当事人可以达成协议排除任意解除权的适用。此时,应当承认排除或限制任意解除权特约的效力,保障受托人利益。应当注意的是,应严格解释受托人利益,此处的受托人利益,应仅包括受托人除报酬以外的其他利益。<sup>[22]</sup>

## (二) 商事有偿委托中排除或限制委托人任意解除权的特约

在商事委托合同中,应当承认双方关于排除或限制委托人任意解除权约定的效力。实践中争议主要集中在委托代理销售合同。司法实践中,法院通常承认此类合同中排除或限制任意解除权特约的效力。<sup>[23]</sup>笔者认可这一观点。首先,在商事委托中,委托人更加看重受托人的规模、商誉、能力等因素,合同信赖性较弱,法律对此类特约干涉的必要性也就较低。其次,双方当事人

• 299 •

[19] 参见李长兵:《商法理念研究》,法律出版社2015年版,第269页。

[20] 参见前引[14],武腾文。

[21] 参见夏庆锋:《民法典合同编之商事合同规制刍议》,载《天津大学学报(社会科学版)》2018年第4期。

[22] 比较法上,《日本民法典》第651条第2款、DCFR第4:4—1:105均明确规定委托也以受托人获得价款之外的合法利益作为限制委托人任意解除权的情形之一。

[23] 参见湖南康帅房地产开发有限公司诉深圳天鹭投资策划有限公司委托合同纠纷案,最高人民法院(2015)最高法民申字第990号民事裁定书;什邡凯旋置业有限公司、成都广唯营销策划有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案,四川省高级人民法院(2020)川民申1127号民事裁定书。

均为商事主体，缔约谈判能力、信息获取能力、风险控制能力较强。商事主体是“为了达到其营利目的而进行最合理行动的人，因而不需要依据法律来监护的我行我素的人”〔24〕。在这样的预设背景下，应当更加尊重当事人的意思自治。最后，代理销售合同中，受托人酬金的大小往往取决于与第三人法律关系的成立或履行，具有很大的不确定性，受托人也难以举证。通过损害赔偿模式保护受托人利益，存在不足之处。综上所述，在商事委托中，原则上不应否认双方当事人排除或限制委托人任意解除权特约的效力。

值得注意的是，在实践中很多情形下，商事主体通过格式条款的方式排除或限制委托人的任意解除权。此时，认定此类特约的效力，不能忽视格式合同的控制规则。司法实践中，不乏法院认为，排除任意解除权的格式条款构成《民法典》第497条第（三）项“排除对方主要权利”而认定该协议无效。〔25〕对此，应注意以下问题：第一，对于格式条款的识别，应以未经个别协商为核心，重复使用并非格式条款的核心特征。但是，商事主体订立合同通常采用书面形式，在形式上与格式条款无法区别，重复使用特征可以作为格式条款的推定依据。〔26〕在不具有重复使用特征时，相对方也可举证未经个别磋商而主张认定为格式条款。第二，就格式条款的订入控制，提供格式条款一方应尽到提示说明义务，否则格式条款不成为合同内容。第三，尽管在文义上，商事合同也应适用《民法典》第497条，但是，格式条款规则旨在规制实质不平等的合同主体，保护消费者、实现实质公正。〔27〕商事合同并非格式条款规范群的主阵地，通过第497条对其进行效力审查，应持谨慎态度。此类约定确实偏离了《民法典》第933条，但之所以将任意性规范用于格式条款效力控制的判断准则，是因为任意性规定是立法者对某种交易类型的权利义务的预先合理配置，合乎双方当事人利益的高度均衡，是对诚信原则的具体化。〔28〕《民法典》第933条作为商事合同中的任意性规范，其只涉及任意解除权这一问题，很难直接代表当事人利益之间的高度均衡。一律以排除委托人任意解除权构成“排除对方主要权利”而认定该条款无效，并不可取。诚信原则是格式条款效力审查的概括标准。〔29〕对此，应根据商事交易习惯、双方合同的其他内容等要素，具体判断此类特约是否违反诚实信用原则。

还应明确的是，任意解除权是定期委托合同中委托人无理由解除合同的唯一途径。委托人需要对受托人处理委托事务尽到必要的协助义务，此类义务性质为附随义务。该类义务不适宜强制履行，委托人拒绝履行协助义务造成受托人损失的，受托人可以主张损害赔偿；构成根本违约的，受托人可以解除合同。有学者提出委托人拒绝协助配合，可适用《民法典》第580条第2款解决合同僵局。〔30〕如此说来，委托人只要拒绝履行协助义务，也有机会解除合同。笔者并不赞同。《民法典》第580条第2款规定双方当事人都可以申请法院或仲裁机构终止合同。但此种情

〔24〕〔日〕星野英一：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社2004年版，第35页。

〔25〕参见河北国大房地产经纪有限公司、赵建群委托合同纠纷案，河北省石家庄市中级人民法院（2018）冀01民终7850号民事判决书。

〔26〕参见贺栩栩：《〈民法典〉格式条款的效力审查规范解读》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020年第4期。

〔27〕参见梁慧星：《合同法的成功与不足（上）》，载《中外法学》1999年第6期。

〔28〕参见于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期。

〔29〕参见前引〔28〕，于飞文。

〔30〕参见前引〔11〕，仲伟珩文。



形下,赋予委托人申请司法终止权显属不当。赋予违约方申请终止合同权的前提是不能损害相对方的利益,委托人只是拒绝履行协助等义务,受托人对合同履行尚存利益,是否解除合同应由受托人决定。

当事人可以通过特约排除或限制委托人基于《民法典》第933条的任意解除权,但不能排除委托人基于重大事由的终止权。《德国民法典》第314条规定了继续性合同中双方基于重大事由的终止权,DCFR第4:4—6:103条和4:4—6:105条也明确规定了委托人和受托人基于特别、严重原因的解除权。我国欠缺定期继续性合同中重大事由终止权的一般规定,但是《民法典》第899条就保管合同、第1022条就肖像权许可使用合同都规定了特别事由的解除权。对此,可以采用整体类推的司法技术,将上述规定作为整体类推的基础,从中抽象出一般规定,整体类推于其他类型的合同。<sup>[31]</sup>基于重大事由终止权,是为了避免对缔约人自由过分束缚,属于强行性规定。<sup>[32]</sup>DCFR第4:4—6:104条也明确规定,重大事由终止权不能被特约排除。

### (三) 排除或限制受托人任意解除权的特约

受托人任意解除权与委托人任意解除权的正当性并不相同。除委托合同的信赖性外,有偿委托中受托人任意解除权的正当性在于委托合同作为行为之债,受托人的行为义务难以强制执行。<sup>[33]</sup>学界通常认为,有偿合同中受托人放弃任意解除权的特约应当有效。<sup>[34]</sup>笔者基本赞同这一观点,但认为应当进行更为精致的分析。

在诉讼委托合同等专业服务类委托合同中,委托人和受托人之间存在较大的知识和能力的差距,律师等受托人的服务具有较强的专业性和社会性。《律师法》第32条第2款规定:“律师接受委托后,无正当理由的,不得拒绝辩护或者代理。……”部分法院据此认为,此类委托中受托人不享有任意解除权。<sup>[35]</sup>笔者认为,这一规定尽管属于律师的职业规范,并不直接限制任意解除权。但可以说明,此类合同中,受托人任意解除权正当性较低。诉讼案件进程存在严格的时限要求,受托人任意解除后,委托人在短时间内再行寻找受托人存在困难。如果双方当事人约定排除或限制受托人解除权,应当认定双方的特约有效。

在双方不存在明显能力差距的民事委托合同中,排除或限制受托人任意解除权特约的效力,也存在与排除或限制委托人任意解除权特约效力同样进行差异化处理的理由。对于受托人的行为义务难以强制执行的问题,完全可以通过《民法典》第580条处理,并没有必要赋予其任意解除权。在《民法典》体系中,除第563条第2款中的不定期合同任意解除权<sup>[36]</sup>和此处的受托人任意解除权,其余情形下,有权获得报酬一方均不享有任意解除权。委托人享有收回自己事务处理

[31] 参见韩富鹏:《违约方申请司法终止权:质疑回应、规范解释与漏洞填补》,载《政治与法律》2020年第12期。

[32] 参见叶名怡:《论事前弃权的效力》,载《中外法学》2018年第2期。

[33] 参见前引[11],朱虎文。

[34] 参见前引[11],朱虎文。

[35] 参见临洮县建筑工程总公司直属公司与北京市齐致(兰州)律师事务所法律服务合同纠纷案,甘肃省高级人民法院(2015)甘民二终字第138号民事判决书。

[36] 此种情形下,双方任意解除权的正当性在于排除不定期继续性合同永久束缚可能性。这一权利,与本文所讨论的委托合同双方任意解除权及其他基于特定合同类型特殊性而规定的任意解除权在构成要件和法律后果方面均存在明显区别。有学者将第563条第2款中的权利称为“随时终止权”以示两者区别。(参见吴奕锋:《论不定期继续性合同随时终止制度》,载《中外法学》2019年第2期。)

权的自由，避免委托合同对委托人产生过分束缚，对合同解除存在特别利益；但受托人并不存在类似的值得特别考虑的利益。因此，受托人任意解除权的正当性较低，对其保护的必要性较弱，应当承认排除或限制其任意解除权特约的效力。承认排除任意解除权特约的效力，并不意味着受托人没有机会从丧失信赖关系的合同中解脱。因为重大事由终止权的正当性基础同样在于信赖关系破裂法理，当委托合同依赖于高度的信赖关系但出现了重大变化导致双方丧失信赖时，<sup>〔37〕</sup>通过行使上文所述的重大事由终止权，受托人依然可以解除合同。

在商事委托合同中，双方当事人拥有更强的风险控制能力，更应尊重当事人之间的意思自治。商事委托合同信赖关系较弱，欠缺强制赋予任意解除权的必要。在商事委托合同中，更应当肯认双方排除或限制受托人任意解除权的特约效力，自不待言。

应当注意，即使有效的特约排除受托人的任意解除权，但受托人原则上依然有机会无理由地摆脱合同原定义务的束缚。受托人所负债务为行为义务，符合《民法典》第580条第1款第（二）项前半句“债务标的不适合强制履行”的情形。根据《民法典》第580条第2款，在上述情形下，一方当事人有权申请终止合同。法院或仲裁机构裁判终止合同，不影响违约责任的承担。如果法院或仲裁机构裁判终止合同，委托人已经无法通过受托人处理委托事务获得利益，则只能求诸损害赔偿。此类特约效力体现在受托人如果拒绝履行原定合同义务，则构成违约，从而适用《民法典》第577条以下规范，而不再适用《民法典》第933条。

### 三、有偿委托中任意解除权赔偿范围的民商区分

《合同法》第410条没有明确任意解除权后的损害赔偿范围，导致实践中多数案例甚至是典型的商事委托案例，都将赔偿范围限定于直接损失。<sup>〔38〕</sup>同时也有学者认为，任意解除后赔偿范围为信赖利益。<sup>〔39〕</sup>但在商事合同中，这可能造成对方当事人利益保护不足，体现了民商合一下规范的商化不足。<sup>〔40〕</sup>学界通说认为，法律应对任意解除权进行必要的限制。限制的方式主要包括绝对限制和相对限制。绝对限制指的是在特定情形下排除委托人或受托人的解除权；相对限制指的是在某些情形下虽然双方仍然享有任意解除权，但解除合同需要赔偿对方的履行利益损失。<sup>〔41〕</sup>针对有偿合同，《民法典》第933条采取了相对限制的方式。按照《民法典》第933条之文义，有偿合同中一方当事人行使任意解除权后，除不可归责于该当事人的事由外，需要赔偿对方所受损失与可得利益，其赔偿范围与第584条规定的违约损害赔偿范围相同。这一规定并没有区分民事委托和商事委托。有偿的民事委托合同也适用该规定，是否可能造成商化过度？

〔37〕 参见韩世远：《继续性合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除》，载《中外法学》2020年第1期。

〔38〕 如山东省惠诺药业有限公司与范克等委托销售合同纠纷案，最高人民法院（2015）民二终字第323号民事判决书；苏州新柏利置业顾问有限公司与江苏嘉恒房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案，最高人民法院（2013）民申字第1891号民事裁定书。

〔39〕 参见陆青：《合同解除效果与违约责任》，载《北方法学》2012年第6期。

〔40〕 参见张谷：《商法这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》，载《清华法治论衡》2005年第2期。

〔41〕 参见前引〔1〕，崔建远、龙俊文。

### （一）民事有偿委托中委托人行使任意解除权的赔偿范围

如前所述，委托律师等专业服务人员的委托合同是最为常见的民事有偿委托合同类型。首先以此类合同为例，如果委托人提前行使任意解除权解除合同，是否需要按照约定支付全部报酬？按照《民法典》第933条之文义，答案似应为肯定。但是，司法实践中通常认为，受托人并不能要求支付全部报酬，而是只能就其作出的劳务部分对应的报酬和遭受的损失请求赔偿。<sup>〔42〕</sup>在笔者检索的最高人民法院和各地高院的裁判中，只有在“陈中年与湖北正德立律师事务所诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案”中，法院支持了受托人全部报酬请求权。<sup>〔43〕</sup>

笔者认为，在诉讼委托合同中，应对《民法典》第933条的适用进行必要的校正。首先，尽管信赖关系不是任意解除权正当性的唯一来源，但同样不可否认的是，信赖关系的强度可以影响委托合同中任意解除权正当性的强度。此类合同依赖于委托人对受托人专业能力和职业操守的认可，双方存在特殊的信赖关系。此类委托合同中，委托人很难对受托人的专业知识、职业操守、实际能力进行事先判断，任意解除权的正当性更强，仍然采用相对限制的方式限制双方的任意解除权正当性存疑。此外，诉讼事务的处理受诉讼进程的影响，而对于诉讼进程当事人在合同订立时无法预见也无法控制。其次，此类委托合同中，委托人通常欠缺足够的专业知识，缔约谈判能力、风险预见能力和风险控制能力也与受托人之间存在较大差距。通过赔偿履行利益的方式解除合同，实践中会导致委托人行使解除权往往需要付出较大的代价。再次，相较于代理商合同，此类委托合同中受托人保护的必要性较低。代理商合同中受托人长期处理委托事务，合同报酬可能为其维持企业正常经营开支的经济来源，对其进行特殊保护的必要性更强。<sup>〔44〕</sup>但是，在诉讼委托合同中，单个合同的报酬通常并不会危及受托人的基本生活和正常经营。最后，在销售代理类委托合同中，受托人前期往往需要大量投入而难以获得销售额，后期不需要大量投入便可获得较高的销售额。不同阶段成本收益不成比例。但是，在诉讼委托合同中，相对来讲并不需要受托人提前大量的专门投入，不同阶段投入与收益之间的比例关系较为稳定。因此，在诉讼委托合同中，委托人行使任意解除权后仅赋予受托人就已处理事务部分的报酬请求权，并不会过分损害其利益。

在代理民事案件的诉讼委托合同中，风险代理是一种常见的收费方式。在双方约定了风险代理的收费方式后，委托人的解除权并不丧失，关键是如何确定委托人单方解除后应当支付的报酬数额。笔者认为，对此也应分情况讨论。在风险代理中，最终胜诉或执行成功是委托人按照合同支付报酬义务的生效条件。如果委托人行使解除权已经构成违反诚实信用原则恶意阻止条件成就，则可类推适用《民法典》第159条，视为条件已成就，委托人应当按照约定支付报酬。但是，如果委托人解除合同时是否满足报酬支付条件尚不确定，但解除后委托人自行处理或者再行

〔42〕 参见北京市世纪律师事务所与濮阳市丰硕物资有限公司委托合同纠纷案，最高人民法院（2013）民申字第197号民事裁定书；王艳萍与陕西连邦律师事务所诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案，陕西省高级人民法院（2019）陕01民终3815号民事判决书。

〔43〕 参见陈中年与湖北正德立律师事务所诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案，湖北省高级人民法院（2015）鄂民申字第00468号民事裁定书。本案中，双方约定了如果委托人行使任意解除权解除合同，应当支付全部报酬。法院根据双方当事人特约判决委托人应当支付全部报酬，但根据前文的分析，特约的效力存疑。

〔44〕 参见〔德〕卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第417页。

委托他人处理事务最终满足了原合同约定的报酬支付条件，受托人应仅就其作出的劳务获得报酬，计算方式为按照受托人付出的劳务占最终执行成功所付出的劳务的比例计算。<sup>〔45〕</sup>当然，如果原合同约定的报酬支付条件最终没有被满足，受托人当然不能请求支付报酬，自不待言。

在其他类型的民事委托合同中，也应采相同的处理模式。民事委托中受托人通常不以报酬作为营利，对受托人赔偿实际损失，不会造成双方利益的显著失衡。

综上，笔者认为，应对《民法典》第933条第2句后半段进行目的性限缩，将其适用范围限缩在商事委托合同中。民事委托中委托人解除合同后，只需就受托人已经处理事务部分按比例支付报酬。相较于只赔偿受托人的实际损失，按比例支付的部分报酬考虑到了受托人实际支出的成本和利润，较好地平衡了委托人和受托人利益，值得赞同。当然，如果在行使任意解除权后，受托人徒然支出的费用超出了其已经履行部分劳务所占比例对应的报酬，受托人可以选择主张求偿徒然支出的费用。《德国民法典》第284条规定了无益费用请求权制度，我国《民法典》虽然没有明文规定无益费用偿还请求权，但有学者认为应采纳盈利性推定理论将其解释为在应赔偿的损失范围之内，<sup>〔46〕</sup>并有学者建议以《民法典》第577条作为其请求权基础<sup>〔47〕</sup>。在委托人行使任意解除权后，受托人可以主张无益费用请求权。当然，费用求偿应以费用具有合理性为前提。<sup>〔48〕</sup>

## （二）商事有偿委托中委托人行使任意解除权的赔偿范围

在商事委托中，委托人行使任意解除权后应按照《民法典》第933条第2句后半段赔偿对方履行利益损失，具有实质正当性。以实践中发生争议较多的房地产委托销售合同为例，在《民法典》出台之前，司法实践中对此类合同中委托人行使任意解除权后的赔偿范围，存在很大的争议。<sup>〔49〕</sup>《民法典》第933条很好地厘清了这一问题。比较法上，《德国商法典》第89b条、《瑞士债法典》第481u条和DCFR第4.5—2:305条均规定，委托人任意解除代理商合同后，受托人有权主张报酬请求权。

笔者也认为，在商事委托中，委托人行使任意解除权后需要赔偿对方履行利益。首先，不同于民事委托，商人以营利为目的，营利是商事关系的本质特征。<sup>〔50〕</sup>商法特别强调对营利性的保护，受托人以处理事务为业并旨在获得营利。其次，在商事委托中，受托人往往需要前期进行大量的投入，采用支付已经处理事务部门对应报酬的处理模式，显然不当损害了其利益。采纳无益费用求偿的模式，司法实践中也可能存在前期投入举证困难的问题。在“重庆黔江国际旅游集团房地产开发有限公司与重庆创美投资咨询有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案”中，法院便

〔45〕 参见前引〔14〕，武腾文。

〔46〕 参见张金海：《论违约救济中徒然支出的费用的补偿：必要性与路径选择》，载《政治与法律》2012年第5期，第104页。

〔47〕 参见徐建刚：《违约中落空费用的性质及赔偿——基于信赖与信赖利益的区分视角》，载《法学》2020年第2期。

〔48〕 参见前引〔47〕，徐建刚文。

〔49〕 认为只需赔偿实际损失的案例，参见苏州新柏利置业顾问有限公司与江苏嘉恒房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案，最高人民法院（2013）民申字第1891号民事裁定书；义乌市远大全程房产经纪有限公司与枣庄市泰诺置业有限公司委托合同纠纷案，山东省高级人民法院（2016）鲁民终651号民事判决书。认为还需赔偿可得利益的案例，参见洛阳市盈泰房地产经纪有限公司与洛阳宝城置业有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案，河南省高级人民法院（2014）豫法民一终字第24号民事判决书；文昌海石投资有限公司与海南臻美地产顾问有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案，最高人民法院（2013）民申字第1609号民事裁定书。

〔50〕 参见施天涛：《商事关系的重新发现与当今商法的使命》，载《清华法学》2017年第6期。

认为受托人支付的管理及销售人员的工资、佣金、税费、保险、社保统筹等费用及房租和中介费、交通费、食宿费及其他杂支费用、合同履行期间的法律服务费,均属于受托人正常经营成本,不能向委托人求偿。<sup>〔51〕</sup>此外,这一处理模式也没有体现对营利的保护。最后,商事委托中受托人在市场调研、品牌推广、营销策划等方面的前期投入,在委托人解除委托后自行处理委托事务或者再行委托他人时,也可以产生潜在的作用。因此,委托人只支付受托人已经完成的部分对应的报酬,对受托人显属不公。况且司法实践中,对受托人完成的部分的认定,存在争议。如在“深圳市天方房地产经纪代理有限公司与江西省恒奥实业发展有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案”中,法院认为,计提代理费的基数是正式房屋买卖合同的总金额,而不包括收到定金未签房屋买卖合同的户数。<sup>〔52〕</sup>这一认定方法进一步损害了受托人的正当利益。因此,商事委托中,委托人行使任意解除权应赔偿受托人履行利益,但应当扣减受托人从合同解脱出来可能获得的机会所产生的利益或者原本能够取得但怠于取得的利益。如果难以证明受托人从合同解脱出来转而将劳力用于他处获得了利益或本应获得利益,也可以扣除受托人未继续处理委托事务所节省的费用。

此外,还应注意,无论是在民事有偿委托还是在商事有偿委托中,如果受托人对委托事务享有报酬之外的其他利益,且该利益可以通过损害赔偿方式予以填补,委托人行使任意解除权后都应就该部分利益进行赔偿。

### (三) 有偿委托中受托人行使任意解除权的赔偿范围

根据《民法典》第933条,有偿委托中受托人行使任意解除权后,需要对委托人的履行利益进行赔偿。但是,委托人主张履行利益面临较大困难。首先,委托人的履行利益主要属于可得利益而非固有的交换利益,<sup>〔53〕</sup>具有很强的不确定性。如在诉讼委托中,委托人能否获得胜诉利益,取决于事实、法律、证据、程序等多方面因素;在委托代理销售等合同中,委托人能否获得利润取决于与第三人的法律关系、成本控制等多方面因素。可得利益的不确定性,导致我国司法实践中法官对可得利益赔偿表现出较强的谨慎、保守态度。<sup>〔54〕</sup>其次,根据减损规则,委托人在收到受托人解除合同的通知后,应当及时亲自处理委托事务或另行委托第三人。委托人怠于履行上述不真正义务的,将丧失扩大部分的损害赔偿请求权。

履行利益的不确定性和减损规则的适用,在民事关系和商事关系中均有所体现。因此,当受托人行使任意解除权时,不应简单地根据民事委托抑或商事委托设计不同的规则。笔者认为,就受托人行使任意解除权后的赔偿,应当根据委托事务是否市场化和委托事务是否可以由委托人自行处理而有所不同。民事委托和商事委托的分类,对于划定委托事务是否市场化具有重要的意义。在商事委托中,商业性一定程度代表了市场化,委托人通常可以在商业市场中另行委托他

• 305 •

〔51〕 参见重庆黔江国际旅游集团房地产开发有限公司与重庆创美投资咨询有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案,重庆市高级人民法院(2015)渝高法民终00294号民事判决书。

〔52〕 参见深圳市天方房地产经纪代理有限公司与江西省恒奥实业发展有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案,江西省高级人民法院(2015)赣民一终251号民事判决书。

〔53〕 关于可得利益和固有的交换利益的区分,参见刘承魁:《违约可得利益损失的确定规则》,载《法学研究》2013年第2期。

〔54〕 参见前引〔53〕,刘承魁文。



人。而民事委托则不可一概而论。在诉讼事务委托合同等专业服务类委托中，委托的市场化程度很强；但在诸如委托处理个人事务等情形，委托的市场化程度较低。就具体的赔偿范围，如果委托人可以再行委托他人或自行处理委托事务，当受托人行使任意解除权后，委托人应当及时再行寻找他人或自行处理委托事务。此时，委托人有权就增加的费用向受托人求偿。如果具体到特定场合，委托人难以再行委托他人或自行处理委托事务，受托人应就因解除合同而无法继续该事务处理所引起的损害承担赔偿责任。

#### 四、无偿委托中任意解除权法律适用的民商区分

无偿委托起源于慷慨美德的伦理学说，现代各国法律中，有偿合同与无偿合同是根据一方是否负有财产上的对待给付义务作出的划分。<sup>〔55〕</sup> 无偿合同通常只发生在民事领域，更有学者指出：“无偿的行为与商法完全绝缘。”<sup>〔56〕</sup> 商事合同是否可能是无偿合同，笔者认为从不同角度看待这一问题，会得出不同的答案。从形式角度看，双方均为商事主体也可能达成无偿的合同。但从实质角度看，商事主体之间的无偿协议，其功能与目的之间存在显著差异。商事主体以逐利为原则，尽管商事主体在单个协议中可能不会获得对价，但这可能是为了在其他合同中获得优惠，多个合同构成一个不可分的共同体。从实质角度观察，已经超出了法律对无偿和有偿区分的文义。因此，本文认为，商事合同也可能是无偿合同。

尽管商事合同也可能是无偿合同，但无偿的民事合同和无偿的商事合同之间显然存在一定的差异，法律对此不应忽视。无偿合同的规范设计以民事合同为原型，在商事合同中，应作必要的修正。就委托合同任意解除权的相关规范和理论，同样如此。

##### （一）排除或限制任意解除权的特约

如前所述，通说认为，在无偿委托中，排除或限制任意解除权的特约无效。这一观点在民事委托中，具有其正当性。民事委托更加依赖双方的信赖关系，任意解除权正当性更强。同时，类比赠与合同中赠与人任意撤销权的法律思想，受托人并不从委托中获得报酬，其应更为容易地从合同中解脱出来。同时，受托人本身不会就委托事务获得报酬，委托人行使任意解除权原则上并不会损害受托人利益。《德国民法典》规定的委托合同属于无偿合同，德国学界也认为，委托人完全委诸受托人意志的不受限制的束缚，与人身信赖关系无法兼容，此即撤回权不可放弃性之原则。<sup>〔57〕</sup> 但针对无偿的商事委托，这一规则应进行必要的修正。排除或限制任意解除权虽然属于事先弃权，但商事主体拥有更强的意思能力，法律应当尊重其意思自治。此外，商事主体达成了排除或限制任意解除权的特约，属于双方的商业安排，合同对双方当事人产生的信赖更强，法律应当保护这种信赖。因此，在无偿的商事委托中，应当承认排除或限制任意解除权特约的效力。

##### （二）无偿委托中委托人行使任意解除权

无偿委托合同中，因受托人并不从委托中获得报酬，原则上无需考虑保护其履行利益，委托

〔55〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2013年版，第446页。

〔56〕 宁红丽：《无偿合同：民法学与社会学之维》，载《政法论坛》2012年第1期，第107页。

〔57〕 Michael Martinek, in: Staudinger BGB Neubearbeitung 2006, § 671, Rdn. 2.



人行使任意解除权的正当性更强。尽管无偿合同委托人享有任意解除权,但是基于诚实信用原则,在解除时间上应合理照顾对方利益。《民法典》第933条第2句前半句即规定,无偿合同中一方当事人原则上仅须就因解除时间不当造成的损失承担赔偿责任,且不可归责于解除方时无需承担责任。因不存在对受托人报酬利益的差异保护的需求,这一规则应当同时适用于无偿民事委托和无偿商事委托。

如前所述,当委托合同不仅为了委托人的利益,而且为了受托人报酬利益以外的其他利益时,应当对委托人的任意解除权进行限制。无偿合同中,尽管受托人并不取得报酬,但可能对委托事务处理享有其他利益。此时,应当限制委托人的任意解除权。具体限制方式依然为绝对限制和相对限制两种方式。依照比例原则中的均衡性原则,在数个可供实现目的之手段的选择上,必须要采用干预最轻的手段。<sup>[58]</sup> 如果可以通过损害赔偿填补受托人利益损失,应采用相对限制方式。委托人行使任意解除权,应当赔偿受托人的损失。此处的损失赔偿,已经超出了《民法典》第933条第2句前半段之文义,应进行法律续造。但当受托人的利益诸如债权的担保利益,无法通过损害赔偿填补时,应当采用绝对限制模式,排除委托人的任意解除权,或者委托人可以选择诸如清偿债务等手段,消灭受托人正当利益存续之基础。在无偿民事委托抑或无偿商事委托中,受托人都可能对委托事务的处理存在利益。委托人行使解除权,都不得损害受托人的正当利益。因此,受托人利益限制委托人任意解除权的规则,应当同时适用于民事委托和商事委托。

但是,受托人利益的判断标准,在民事委托和商事委托中应当有所不同。针对受托人对委托事务是否享有利益,在民事委托中,应采用形式主义的判断标准,根据合同内容判定受托人对事务处理是否存在利益。受托人利益主要体现在享有对委托人债权的担保和保全利益。<sup>[59]</sup> 而在商事委托中,受托人的利益更加多元。如在著名的“上海盘起案”中,<sup>[60]</sup> 大连盘起有限公司委托上海盘起有限公司销售产品,上海盘起公司并不获得报酬,但双方协议约定大连盘起将以最优惠的价格供给其产品,并将中国地区的销售权、商标及无形资产等无偿提供给上海盘起使用。虽然有学者认为,本案在形式上仍属于无偿合同,<sup>[61]</sup> 但从实质角度分析,受托人对委托事务处理仍然享有利益。商事委托中,对受托人的利益应更加注重实质判断,不拘泥于单个合同,而应结合双方之间相关联的系列交易,在更大范围内考查受托人是否享有利益。

### (三) 无偿委托中受托人行使任意解除权

在信赖性因素之外,无偿委托中受托人享有任意解除权的正当性在于无偿合同义务的弱化。《民法典》第658条也规定了赠与合同中赠与人的任意撤销权,体现了相同的法律思想。商事委托中尽管信赖性因素较弱,但是受托人无偿处理事务,应赋予其更容易地从合同中解脱出来的权利。即使受托人对委托事务处理也可能享有利益,但该利益不构成委托合同之对价,不影响受托人的任意解除权。受托人虽然享有任意解除权,但如果不提前通知委托人,会妨碍委托人自行处

[58] 参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期。

[59] 参见前引[11],朱虎文。

[60] 参见《上海盘起贸易有限公司与盘起工业(大连)有限公司委托合同纠纷案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第4期。

[61] 参见前引[11],周江洪文。

理事务或者再行委托他人。<sup>〔62〕</sup>因此，根据《民法典》第933条第2句前半段之文义，受托人行使任意解除权后，应当赔偿因解除时间不当所造成的损失，除非具有不可归责之事由。

除此之外，受托人是否应当赔偿对方的信赖利益？例如受托人承诺处理委托事务后，委托人为协助事务处理、接收事务处理成果等准备工作支出了费用，委托人能否就该费用向受托人求偿？在赠与合同中，学者认为，赠与人出尔反尔撤销赠与，使得受赠人徒遭损失，应当赔偿受赠人的信赖利益损失。<sup>〔63〕</sup>有学者主张，委托合同也应作相同理解，受托人应当赔偿委托人合理信赖委托合同得以持续而遭受的信赖利益损失。<sup>〔64〕</sup>

但是，无偿委托合同和赠与合同存在较为显著的差异，直接类比赠与人任意撤销后的损害赔偿范围，欠缺妥当性。这主要体现在以下方面：首先，委托合同是继续性合同，受托人随着事务处理进程的深入，改变了其接受委托时的想法，很难评价为出尔反尔的背信行为。其次，接受赠与与较为可能违背受赠人的经济计划而导致受赠人支出的费用将很大可能因赠与人撤销赠与而落空。但是，委托事务的处理通常并不违背委托人的经济计划。委托人事前支出费用的目的较为可能在后续委托人自行处理或者再行委托他人处理事务过程中得到实现。

无益费用请求权的基础在于费用的支出产生于对获得给付的合理的信赖。<sup>〔65〕</sup>无偿委托合同中受托人任意解除权系法定权利，且具有较强的正当性，委托人对合同履行是否还可以产生值得保护的信赖？笔者认为，应区分民事委托和商事委托。在无偿的民事委托中，委托更多基于双方的友情和信任，合同本身的拘束力极为薄弱，委托人对受托人按照合同约定处理事务的信赖较弱，不能主张无益费用请求权。而商事委托中，更加强调对双方意思自治的尊重，委托人对受托人履行合同的合理信赖更强，确有值得保护的必要，可以向受托人主张求偿信赖合同履行而支出的无益费用。但该费用应以合理性为前提，且确因受托人解除合同而落空。如果在后续委托人自行处理事务或再行委托他人处理事务时，该费用的目的能够实现，则不再属于无益费用。

## 五、结 语

相较于形式上的民商合一或民商分立的争论，在具体规范设计和适用上妥当地处理民事关系和商事关系的异同，更具必要性。在规范设计和适用上，既要避免民事关系和商事关系区分的欠缺，也要避免过度区分民事关系和商事关系；既要避免商化不足，也要避免商化过度。

具体到合同任意解除权规范，应当认为民事委托中双方当事人排除或限制委托人任意解除权的特约，原则应当否认其效力；商事委托中原则上应当承认此类特约的效力。但在民事委托和商事委托中，原则上都应肯认排除或限制受托人任意解除权特约的效力。当委托人行使任意解除权时，民事有偿委托中受托人可主张支付已经处理部分劳务的报酬或主张无益费用求偿；商事有偿

〔62〕 参见〔日〕我妻荣：《债权各论》（中卷二），周江洪译，中国法制出版社2008年版，第161页。

〔63〕 参见宁红丽：《赠与人“撤销权”的厘定与赠与制度的基本构造》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2006年第4期。

〔64〕 参见前引〔1〕，周江洪文。

〔65〕 参见前引〔47〕，徐建刚文。

委托中受托人可以主张履行利益赔偿,但应当适用减损规则进行限制。当受托人行使任意解除权时,应当根据是否可以通过采取替代措施继续处理事务(包括本人亲自处理或再行委托他人处理),分别赔偿因解除而增加的费用或者因解除而无法继续该事务处理所引起的损失。在无偿委托中,受托人利益规则构成对委托人任意解除权的限制。但在商事委托中,应更加注重对受托人利益的实质判断。此外,无偿商事委托中受托人行使任意解除权后,应赔偿委托人信赖合同履行而支出的无益费用;而无偿的民事委托中,委托人不能主张此项权利。

---

**Abstract:** From Article 410 of the Contract Law to Article 933 of the Civil Code, the specification of the right to arbitrarily terminate in the entrusted contract is more refined. However, the standard still has the defect of insufficient refinement and cannot reflect the difference between civil commission and commercial commission. In the process of law application, Article 933 of the Civil Code and related theories should be amended as necessary. Regarding paid entrustment, in civil entrustment, the effectiveness of excluding or restricting the client's arbitrarily rescinding special contract should be denied in principle; in commercial entrustment, the validity of such special contract should be recognized in principle. When the client exercises the right of arbitrary rescission, appropriate restrictions should be imposed on the client's performance of benefit compensation in civil entrustment; there is no need for restrictions in commercial entrustment. When the trustee exercises the right of arbitrary rescission, different conditions should be distinguished according to whether the affairs can be continued to process by taking alternative measures. The client shall compensate for the increased expenses due to the termination or the losses caused by the inability to continue the transaction due to the termination. Regarding gratuitous entrustment, the trustee's interest rule constitutes a restriction on the principal's right of arbitrary cancellation. However, in commercial entrustment, more attention should be paid to the substantive judgment of the trustee's interests.

**Key Words:** arbitrary right to rescind, civil entrustment, commercial entrustment, special contract

---

• 309 •

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

## 论算法合同的归责

夏庆锋\*

**内容提要：**算法合同是指当事人一方或双方使用某种计算机算法来做出决策及履行义务的合同，这里的算法指计算或其他解决问题的操作，尤其指计算机所遵循的程序或规则。算法合同包括工具算法合同与自主算法合同两大类型。算法合同在实际适用中具有快速、全面、避免当事人的不合理偏见等优势，但也存在隐藏重要信息、导致不确定性损害等明显弊端。特别在黑箱算法合同场景下，由于无法判断算法使用者与算法执行之间的意志相连接性，难以依据现行法解决黑箱算法合同的归责问题。较为可行的归责方法是从三重维度出发，确定算法使用者的责任：第一，当算法决策与使用者决策具有意志相连接性时，由使用者承担算法致害的产品责任；第二，当算法决策与使用者决策不具有意志相连接性，但根据其他联系可以判断算法为使用者“人工代理人”时，由使用者基于代理规则承担被代理人责任；第三，当算法决策与使用者决策无任何关联时，依据算法使用者在先支付的保险费用要求保险公司承担赔偿责任。

**关键词：**算法合同 黑箱算法 产品责任 代理方法 保险赔偿

作为将输入转化为输出的指令序列，算法是当前数字世界的核心，计算机处理能力的提升以及搜索、社交、云计算的出现推动收集、存储和分析大数据算法的迅猛发展。算法支配着大量数字活动，从数据挖掘到区块链技术，从智能机器人到神经网络，包括对物联网所有设备的连接，算法已经渗透到社会发展的每一部分，具有巨大潜力。<sup>〔1〕</sup> 例如，搜索引擎和社交网络依靠算法提供并决定各项搜索结果的排名，金融公司、信贷机构和银行系统使用算法进行投资和决定贷款策略，保险公司通过算法找到客户群体中风险最低的被保险人，企业利用算法检测和定位消费者行

\* 夏庆锋，安徽大学法学院副教授。

本文为北京市社会科学基金青年项目“智能合同适用研究”（19FXC016）、国家社科基金重大项目“互联网交易制度与民事权利保护研究”（20205011483）的阶段性成果。

〔1〕 See Lucas D. Introna, Algorithms, Governance, and Governmentality: On Governing Academic Writing, 41 *Science Technology & Human Values*, 17, 29-30, 37-40 (2016).

为并改进产品与服务。<sup>〔2〕</sup>显然,算法可以为社会带来丰富收益,有助于释放大量信息中的价值、优化生产流程和公共私人服务的提供、节约能源、确定分配稀缺资源的最佳方式、发现和预防犯罪等,且算法在履行这些职能时往往比人类决策者更为迅速和准确。<sup>〔3〕</sup>当算法被引入合同时,有关交易事项的评估与合意的形成交由算法完成,算法合同在网络交易或其他非实体交易中发挥重要作用,决定交易发生的时间和价格。由于具备的信息收集与分析功能允许算法对市场的变化做出快速反应,个人可以利用算法做出有利于自身利益的合同决策,例如在金融市场中,投资者依据算法进行快速交易以获得收益或减少损失。<sup>〔4〕</sup>

我国《民法典》第469条第3款、第512条等条文虽然对电子形式的合同进行了规定,但并未涉及更为具体的算法合同。《个人信息保护法》第73条第2项规定“自动化决策”是指“通过计算机程序自动分析、评估个人的行为习惯、兴趣爱好或者经济、健康、信用状况等,并进行决策的活动”,包含对算法的定义。《电子商务法》第48条第1款规定“电子商务当事人使用自动信息系统订立或者履行合同的行为对使用该系统的当事人具有法律效力”,这里的“自动信息系统”是指按照事先设定的程序指令、算法、运行参数与条件,在无自然人确认或者干预的情况下,交易双方为了订立或者履行合同进行信息互动的计算机信息系统。<sup>〔5〕</sup>法律假定算法为一种工具,直接执行当事人的意志而没有学习或自主决定的能力,但是对于合同中普遍使用算法的现实来说,情况并非如此。一些算法合同将合同中决策的关键方面与当事人有意识的决定分离开来,自主履行合同义务的算法可能会选择等同于欺诈或非法歧视的做法,而这些策略是算法经过复杂运算所做出的决策,与使用它的个人或公司的意图相区别。因此,当算法合同在实际适用过程中造成损害结果时,由于某些情形下算法决策与使用者决策并无联系,若一概认定算法使用者承担产品责任而不顾及其是否存在过错或与算法决策存在其他联系,则必然降低算法使用者继续使用与发展算法技术的信心,也不利于算法合同在繁荣数字经济中的促进作用。但是,若仅仅基于算法决策与使用者无直接意志相连续性而不顾及其他关系进而否定使用者责任,则导致受到损害的相对方不能得到赔偿,也难以找到责任承担主体。

本文将算法合同中的算法视为算法使用者为实现合同目的而设立的“人工代理人”,利用代理法规则为算法合同造成损害后的救济活动提供法律依据,论文主要框架如下:第一部分定义算法合同并进行分类,对算法合同在实际适用过程中造成的损害情形进行分析;第二部分对算法合同致害的现有归责方案进行讨论,提出现行合同法的规制不足以及比较法上的不同做法,包括产品责任的适用以及数据与个人信息保护法的规定等;第三部分提出利用代理法规则来丰富与完善算法致害的归责机制,赋予合同中算法以代理人地位,使算法合同优势得以发挥的同时对其造成的损害进行弥补。本文还建议由算法使用者购买算法保险,当完全中性的算法决策导致相对人受损时,由于算法致害行为确与使用者无任何关联且无法进行提前预防,则由保险公司对损害结果进行

〔2〕 See Catherine O'Neill, Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy, 39 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 285 (2016).

〔3〕 参见张吉豫:《智能时代算法专利适格性的理论证成》,载《当代法学》2021年第3期。

〔4〕 See Harry Surden, Machine Learning and Law, 89 *Washington Law Review*, 87, 88 (2014).

〔5〕 参见电子商务法起草组编著:《中华人民共和国电子商务法条文释义》,法律出版社2018年版,第144页。

赔偿，该措施一方面降低算法使用者的风险防范成本，鼓励其使用算法技术，另一方面为可能的损害结果提供救济渠道，在适用算法合同促进社会进步的同时将风险分配给成本最低的一方当事人。

## 一、算法合同与算法致害

算法合同是指当事人一方或双方使用某种计算机算法来做出决策及履行义务的合同，这里的算法是计算或其他解决问题的操作，尤其指计算机所遵循的程序或规则。更具体地说，算法合同包含的条款内容是由算法而不是由当事人直接决定。当复杂的算法进入人类合同时，当事人控制合同履行过程以及预测合同履行结果的能力将受到限制，事实上，算法合同的优势就在于其可以结合当事人无法顾及的数据广度与条件数量进行决策。依据决策任务的复杂性和可预测性，当事人可以将算法作为单纯的工具或具有自主决策能力的“主体”在合同形成过程中使用，当算法的内部组件或逻辑程序被“破译”时，此时为白箱算法，而当算法逻辑在功能上是不透明时，此时为黑箱算法。<sup>〔6〕</sup> 算法在合同形成过程中扮演的角色具有多重性，不同类型的算法合同对合同法提出了不同的挑战，在算法仅具有工具功能以及当事人能够预测算法履行结果的合同中，符合合同法的规制要求，但其他类型的算法合同则需要额外的解释。

### （一）算法合同的分类

算法合同可以首先通过算法的角色区分为工具算法合同与自主算法合同，再通过分配给算法的任务区分为填补空隙型自主算法合同与协商型自主算法合同，最后，对于协商型自主算法合同进行细分，包括协商型自主黑箱算法合同与协商型自主白箱算法合同。算法合同与现有合同法规则之间存在匹配梯度，工具算法合同中的算法只是作为工具帮助当事人，通常不会为合同法提出任何新问题，这与当事人使用计算器或基本的商业办公软件进行决策或履行合同义务没有区别。填补空隙型自主算法合同属于合同法规制的范畴，类似于常见的在给定日期支付具有浮动性的市场价格的买卖合同，现有的不完全合同理论与相关法律规定可以对这种类型的算法合同进行规制。<sup>〔7〕</sup> 当算法在合同的订立或履行阶段扮演谈判者的角色时，需要更多的解释性作业来证明其是否符合合同法要求。经典合同模型的当事人行为与其所欲表达的意志相一致，而黑箱算法合同则不同，使用黑箱算法涉及当事人无法知悉的突变行为，即算法以其使用者无法预测的方式与意愿行动，黑箱算法合同在算法当事人的客观表现意图与自主决策行为之间引入一个缺口。白箱算法合同是一种中间情况，当事人可以预测算法的行为，并且在范围上是有限的，使用白箱算法来

〔6〕 算法进行的“输入输出”过程并不容易被除算法创建者或使用者以外的人知晓，导致对算法过程与算法结果的正义性进行质疑，即为算法黑箱，而算法白箱则是指相对人知晓。参见金梦：《立法伦理与算法争议——算法主体行为的法律规制》，载《政法论坛》2021年第1期。

〔7〕 参见〔法〕埃里克·布鲁索、让·米歇尔·格拉尚编：《契约经济学：理论和应用》，王秋石等译，中国人民大学出版社2011年版，第8-9页。我国《民法典》允许当事人订立不完全合同，并就相关内容进行事后补充，例如第510条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”美国《统一商法典》（Uniform Commercial Code, UCC）承认不完全合同并允许在合同订立后进行补充，如第2.305条对合同中缺少价格条款进行补充、第2.306条对货物数量进行补充、第2.308条对交货地点进行补充、第2.309条对某些行为的履行时间进行补充、第2.310条对价款支付时间进行补充等。参见潘琪：《美国〈统一商法典〉解读》，法律出版社2020年版，第63-66页。



协商与履行合同足以显示出被一个合理稳定的结果所约束的意图。

算法合同可进一步分为三种适用类型,分别是高频交易算法合同、动态定价算法合同以及智能合同。高频交易算法合同利用产生高频交易信号的算法与优化交易执行的算法,在符合用户利益的前提下辅助其作出选择。<sup>〔8〕</sup> 动态定价算法合同为不完全合同,采用直接填补空白的方式,以当事人达成合意为基础履行合同。<sup>〔9〕</sup> 智能合同也是一种算法合同,利用区块链技术使交易自动进行,并实现在合同订立与履行阶段的完全自动化,正如约书亚·费尔菲尔德 (Joshua Fairfield) 所说,“去中心化应用程序可能会导致用户广泛使用‘聪明的’算法来选择价格和条件”<sup>〔10〕</sup>。由于存在大量重复参与者、高频交易行业特定机构的监管以及智能合同使用社区的极端边缘化,算法合同适用过程中与订立履行及损害赔偿有关的诉讼较少。但是,随着网络技术的更新迭代,算法合同的适用范围不断扩大,在促进社会经济快速发展的同时也导致对特定人群的隐性歧视与具有不确定性的致害情形发生。<sup>〔11〕</sup>

## (二) 算法致害的具体情形

合同的意义不仅仅是交易价格的显示,也是一个场所,个人可以表达不基于理性主义市场定价的偏好,以促进社会信息共享。<sup>〔12〕</sup> 从法院过去试图客观分析交易是否公平的利益损害合同理论到承认合同法完全是关于接受个人的实际偏好的法,合同学说与立法的转变验证了当事人意思在民法中的重要地位。虽然算法合同在适用过程中较人类决策具有种种优势,包括快速性与全面性、避免不合理偏见等,但是,其存在的弊端以及导致的对当事人的损害也是不可忽视的。<sup>〔13〕</sup> 例如,算法可以通过其创建者的授权或根据有利于使用者利益的导向隐藏与合同订立或履行相关的重要信息,从而导致交易相对方无法共享相关信息并作出是否订立合同的真实意思表示。

### 1. 隐藏重要信息

如果算法被授权以及在合同履行中适用,其完全可以根据自身的学习能力采取最有利于使用者的方式筛选信息与履行义务,而这一方式可能并不符合当事人利益最大化的要求。例如,2009年亚马逊公司 (Amazon) 将近 57000 本支持同性恋的书籍从其销售书单中删除,原因在于这些书籍被错误地标示为“淫秽书籍”,这一删除行为是亚马逊公司编程的算法根据使用者“不得违法”的要求进行履行的结果。<sup>〔14〕</sup> 对于用户而言,算法的自动删除行为使其无法购买有关同性恋研究的书籍,该销售信息的隐藏是算法使用者非故意的错误行为,导致合同双方当事人都受有损

〔8〕 参见彭志:《量化投资和高频交易:风险,挑战及监管》,载《南方金融》2016年第10期。

〔9〕 参见崔立红、梁婉颖:《数字时代版权合同中未知使用方式问题研究:不完全契约理论的视角》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期。

〔10〕 See Joshua Fairfield, Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection, 71 *Washington and Lee Law Review Online*, 35, 40-45 (2014).

〔11〕 参见王利明:《论人格权保护的全面性和方法独特性》,载《财经法学》2020年第4期。

〔12〕 例如,甲花费2000元从乙处购买限量版篮球鞋,这一价格除了包括篮球鞋自身价值外,还包括甲、乙不同的背景、喜好等因素。2000元价格有可能代表篮球鞋的市场价值,但也有可能超出或低于市场价值,如果超出市场价值,则代表甲对篮球鞋的喜爱程度较高或该鞋在市场上存量较少,若低于市场价值,则表示乙可能对其收藏物品的价值不太看好或其他原因需要尽快出售。

〔13〕 See Avishalom Tor, Boundedly Rational Entrepreneurs and Antitrust, 62 *Antitrust Bull.*, 42-43 (2017).

〔14〕 See Tarleton Gillespie, The Relevance of Algorithms, in Tarleton Gillespie et al. ed., *Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society*, MIT Press, 2014, p. 171.

失。但是，如果供应商故意使用算法隐藏重要信息，并利用这一行为谋取非法利益，其最终结果将对合同相对方造成损害。例如，算法使用者认为某些信息不重要而予以忽略，使相对人无法得知，也无法对这一特定信息进行评估。又如，产品供应商为了提高缔约成功率，故意利用算法将产品的不利信息删除，使相对人在不了解重要信息的情形下订立合同。甚至，若算法使用者的律师认为相对人知情特定信息将使公司承担过重责任，则公司完全可能积极寻求确保算法不考虑这些信息的方式处理。合同是法律规制的一个独特领域，当事人之间的合同条款对其具有法律拘束力，而赋予算法在隐藏重要信息的前提下获得相对人同意的法律强制力，不仅在伦理上存在问题，还剥夺了相对人关于合同订立的有价值的、无法替代的信息来源的知情权利，在相对人获知隐藏信息后将做出相反意思表示的场合尤其如此。

## 2. 导致不确定性损害

复杂的算法可以迅速找到当事人不太可能或无法确定的与合同相关的事物之间的联系，但也可能产生当事人难以预见的后果。在物权法律关系中，物权的占有、使用、收益和处分等权能皆由物权人行使，法律只涉及边界，个人能够控制物权变动的各个方面，如当事人之间可以约定仅转移一块土地的使用权而非所有权。<sup>〔15〕</sup>而在算法合同法律关系中，算法的使用产生大量风险。<sup>〔16〕</sup>对于工具算法合同而言，算法风险是一种理性的、经过计算的风险，企业和个人可以管理自己的风险，当他们的冒险行为影响他人时，合同法与侵权责任法的规定允许受害人获得赔偿。但是，对于自主算法合同尤其是黑箱算法合同而言，不确定性问题逐渐凸显。使用黑箱算法重新分配当事人之间权利义务的不确定性在于该算法不在任何人控制的范围内运行，难以跟踪和最小化算法适用所带来负面结果的潜在风险。由于使用者无法确定黑箱算法自我学习将产生的具体行为，算法风险无法控制，也不能进行有效应对。例如，在动态定价算法合同中加入种族、性别等考量因素，使其从填补空隙型自主算法合同转变为协商型自主黑箱算法合同，不仅导致议价能力更为悬殊，甚至剥夺当事人订立合同的权利与资格。具体案例如优步（Uber）服务平台中女性和非洲裔美国乘客受到各种形式歧视的可能性更大，包括等待时间更长、取消次数增加等。<sup>〔17〕</sup>又如，根据爱彼迎（Airbnb）的研究显示，提供的姓名更像是非洲裔美国人的客人预订请求被接受的可能性要比平均水平低 16%。<sup>〔18〕</sup>

## 3. 降低社会福利水平

尽管多数算法正确地反映当事人偏好，但是，至少在黑箱算法合同场景下并不总是这样。黑箱算法合同可以使价格歧视成为可能，例如在“客观算法”的幌子下，利用复杂的算法和大数据从相对方获得超额利益，让优势一方变得富有且弱者失去更多权利，进而由对每一个消费者利益的侵害导致对社会整体的侵害，使社会福利水平降低。<sup>〔19〕</sup>“大数据杀熟”是一种典型的利用个人偏好进行

〔15〕 See Henry E. Smith, Property as the Law of Things, 125 *Harvard Law Review*, 1691 (2012).

〔16〕 参见张凌寒：《网络平台监管的算法问责制构建》，载《东方法学》2021年第3期。

〔17〕 See Yanbo Ge et al., Racial and Gender Discrimination in Transportation Network Companies, pp. 18–19 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 22776, 2016).

〔18〕 See Benjamin Edelman et al., Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment, 9 *American Economic Journal*, 1–2 (2017).

〔19〕 参见张吉豫：《智能社会法律的算法实施及其规制的法理基础——以著作权领域在线内容分享平台的自动侵权检测为例》，载《法制与社会发展》2019年第6期。

价格歧视的算法适用,网络交易平台对用户浏览、收藏、购买、评价等记录进行收集,形成个人购买偏好的大数据集,再利用算法的深度学习能力对这些信息进行分析,并智能化、自动化、高频化地推送用户“可接受”的高价产品。<sup>[20]</sup>“大数据杀熟”的网络操作已经完全背离基本商业道德与我国《民法典》要求的公平与诚信的基本民事行为准则,对社会群体造成普遍性损害。<sup>[21]</sup>

## 二、算法合同的立法归责模式及弊端

在算法合同中,利用算法可以做出更快、更全面、更少偏见的交易决策,降低成本并提高每个步骤的履行质量。但是,目前合同中算法的适用主要表现为由算法使用者一方控制,容易使本来就占据优势地位的产品、服务供应商为了获得更大利益而利用算法隐藏有关交易的重要信息,对合同弱势一方的普通当事人造成损害。有些算法合同的编码设计在履行过程中造成不确定性损害且无法提前应对,甚至造成社会整体福利水平下降。而对于算法合同致害的归责安排,主要包括依据合同法、产品责任法以及数据与个人信息保护法的规定要求过错方承担责任,这些立法模式虽然发挥一定的作用,但各自都存在明显的弊端,不利于对算法合同行为进行有效规制以及对合同相对人进行充分救济。

### (一) 合同法的规范限制

当合同中的算法只是工具以及算法使用者能够预测算法行为结果时,要求算法使用者承担合同责任符合法律要求。在商法中,传统的相互同意和对价要求有时由于对当事人复杂程度的假设而有所放宽。<sup>[22]</sup>但是,黑箱算法已经远远超出其授权实体意图和能力的范围,这是合同法立法者所没有考虑到的新现实,正如鲍尔金(Balkin)所言,“黑箱算法通过分类和风险评估构建身份和声誉,为歧视、限制和操纵创造机会,而没有足够的透明度、问责制、监控或正当程序”<sup>[23]</sup>。由于黑箱算法合同中起关键作用的算法的法律地位并不确定,算法使用者利用算法暗示同意给定交易的特定意图,但当涉及该算法交易造成的不良结果时,算法使用者很难被证明有足够、具体、客观的意思表示来承担责任。

#### 1. 黑箱算法合同具有突变属性

自愿、真实地表达同意受条款约束是合同生效的关键要素,合同法理论中的主要观点认为,合同从根本上来说是一种意志的表达,是双方或多方当事人受条款约束的有意识的、客观表现的意图。<sup>[24]</sup>当然,这里的客观同意也需要一定程度的主观意识,例如,在兰迪·巴奈特(Randy Barnett)以意志为导向和宽容的形式合同观点下,同意订立合同并不意味着当事人需要真正理解

• 315 •

[20] 参见郑智航、徐昭曦:《大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例》,载《比较法研究》2019年第4期。

[21] 法规层面已有相关规定,如国务院反垄断委员会印发的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄断发〔2021〕1号)第17条规定,禁止具有市场支配地位的平台经济领域经营者基于大数据和算法,根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等,实行差异性交易价格或者其他交易条件;《深圳经济特区数据条例》第69条规定“市场主体不得利用数据分析,对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇,但是有下列情形之一的除外”等。

[22] 参见范健:《从全球经济危机反思现代商法的制度价值》,载《河北法学》2009年第8期。

[23] See Jack Balkin, The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data, 78 Ohio State Law Journal, 1239 (2017).

[24] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第3-4页。

合同条款后才能做出承诺，相反，它是“表明同意接受法律约束”的主观表现。<sup>〔25〕</sup>即使个人选择不去阅读冗长的条款，也会有意识地在形式合同中表达同意，而这种同意意思表示只是确定“理性的无知”具有法律效力。但是，即便在形式上同意合同内容也是有限度的，超出合理范围的条款不应被视为合同的一部分。<sup>〔26〕</sup>

合同中的算法被视为工具，帮助当事人比较价格和质量并预测市场趋势，在不确定的条件下做出权衡利益的决定。但是，随着算法技术的发展以及黑箱算法合同的出现和适用，当事人对算法的授权可能导致这些算法完全绕过当事人意志而自主做出决定。接受一般格式合同的当事人可以说是“理性的无知”，而在黑箱算法合同中，由于条款内容或履行方式并非确定的且随时变化，与一般格式合同中“理性的无知”所需的条款内容虽未知但固定的要求不符，算法合同中相对方当事人的同意表示也不能称之为“理性的无知”。双方当事人都不知道算法将如何履行，虽然算法本身做出更为细致的选择，但自主选择与当事人有意识的选择具有不同的法律地位。<sup>〔27〕</sup>黑箱算法通过收集不同当事人个人信息与行为动机以及对缔约环境变化的及时学习来调整自己的决策逻辑，其合同行为具有突变属性。机器人法律专家雷恩·卡罗（Ryan Calo）将“突变”定义为“不可预测的有意义行为”，例如，在金融市场，虽然金融机构的定量分析师会利用编程算法的行为进行选股，但金融机构无法预测算法将选择哪些股票。<sup>〔28〕</sup>突变属性也是开发和使用黑箱算法合同的商业目标之一，商家可以利用这一属性为自己谋求更多利益且不用担心可能产生的责任追究问题。原因在于，在出现黑箱算法的情况下，法律必须对其致损的责任轮廓有连贯且清晰的说明，否则难以追究算法使用者的过错责任。除非法律包含了算法相对于人类主体所扮演角色的恰当规定，否则不能反映合同法基础理论的黑箱算法合同虽然属于合同范畴，但基于合同法的规范通式与黑箱算法合同之间存在巨大差距的客观事实无法要求算法使用者承担合同责任。因此，黑箱算法具有的突变属性不符合合同法要求当事人承担责任的场景化考量，当黑箱算法合同造成损害结果时也因为无法追究使用者责任而导致巨大的负面效应。

## 2. 黑箱算法合同缺乏当事人相互同意

相互同意是指合同双方达成的合意，现行合同法中相互同意的要求是由一个客观标准来决定的，即当事人通过其行为表现出来的明确意图，通常以要约和承诺的形式存在。在双边合同的传统解释中，一方提出要约，另一方对要约进行评估，然后选择接受或拒绝。然而，在算法合同的情况下，一方使用算法来确定价格和其他合同条款，而不是直接与对方达成相互同意内容。问题在于，一方使用算法为其选择价格和合同条款的明确意图，是否与算法选择的实际、客观的同意合同条款意图相同。算法在使用者意图与算法行为之间进行连结，如果算法在当事人设定的参数范围内行动，那么代表使用者的算法就是一个管道，使用者意图与算法行为具有一致性。但是，

〔25〕 See Randy E. Barnett, Consenting to Form Contracts, 71 *Fordham Law Review*, 627, 629-630 (2002).

〔26〕 参见夏庆锋：《网络合同中伪契约条款的排除》，载《经贸法律评论》2020年第2期。

〔27〕 See A. Michael Froomkin, P. Zak Colangelo, Self-Defense Against Robots and Drones, 48 *Connecticut Law Review*, 1, 6 (2015); Rebecca Crootof, The Killer Robots Are Here: Legal and Policy Implications, 36 *Cardozo Law Review*, 1837, 1844-1845 (2015).

〔28〕 See Ryan Calo, Robotics and the Lessons of Cyberlaw, 103 *California Law Review*, 513, 532 (2015).

在黑箱算法合同场景下,要约人同意黑箱算法履行合同事务只是一个虚幻的承诺,这种虚幻的意思表示与黑箱算法实际表达出来的义务履行缺乏意志上的一致性。换言之,算法所表达出来的意思与使用者意思存在不同,即使相对人同意算法决策,此时也难以证明其与算法使用者达成一致的意思表示。

基于工具层面对算法的使用,可以清晰地确定算法使用者的合同意图。但是,以太坊(Ethereum)的大规模盗窃以及股市闪电崩盘等重大事件的发生,是真实世界的案例,说明算法选择的行为可能会偏离有意识的自然人的意图。<sup>[29]</sup>如果当事人使用算法时列举宽泛的目标,例如“如果属于我的业务利益范围就做这件事”,这一意思并未承诺受算法操作的某一特定合同条款约束,在出现算法违法行为并造成损害结果时也无法对其进行追责。使用算法的当事人需要对算法损害行为负责,但是,“一方使用算法订立合同,但他们‘大概知道’将会发生什么”这一模糊概念并没有上升到合同中相互同意的水平。在工具算法合同中,各方对一个算法或未来的市场价格达成合意,然而,在黑箱算法合同的情况下,确定一种算法并不能代表合同内容是固定不变的,当算法同意的内容在当事人使用算法时无法确定时,该当事人没有客观地表现出受其约束并在出现损害后果时承担赔偿责任的意图。我国《民法典》规定承诺生效时合同成立,而承诺是指另一方当事人对一方当事人提出要约的同意,对于黑箱算法合同而言,在不具备当事人相互同意的前提下,当然也无法符合合同法关于责任承担的规范要求。

## (二) 产品责任法的适用缺陷

产品责任法来源于侵权责任法的规定,我国《民法典》第1202条至1205条对产品责任的一般情形进行定义,“因产品存在缺陷造成他人损害的,生产者应当承担侵权责任”。因此,对于算法角色仅为工具的或对于白箱算法合同而言,适用产品责任法要求算法使用者或创建者承担责任具有合理性,此时算法属于“产品”。美国学者关注嵌入算法的智能汽车和其他机器人物理对象,一些学者认为,算法使用者和创建者应遵守一般的侵权过错规则,或者算法产品的最终制造商根据产品责任规定对损害后果进行赔偿。<sup>[30]</sup>另一些学者建议对智能汽车等算法载体适用妨害责任规则,将智能汽车等同于雇员、儿童或动物,从而将替代责任或无过错责任强加给车主和所有者,并采取无过错赔偿规则,使受害者有权从车主和所有者处获得赔偿。<sup>[31]</sup>欧洲政府和专家机

• 317 •

[29] 以太坊创立的“去中心化自治组织”(Decentralized Autonomous Organizations, DAO)于2016年6月通过众筹融资1.5亿美元,用于投资加密货币初创公司,随后黑客利用该编码的设计漏洞盗走价值5000万美元的加密货币。学术争论的焦点在于黑客是否促成智能合同的正确履行,即虽然黑客盗取了价值高昂的加密货币,但这一行为事实上符合智能合同的程序要求。需要注意的是,即使按照智能合同预设的算法履行合同内容,DAO投资者意图也不可能允许他人对其网络财产进行非法占有,智能合同行为与投资者意图存在偏差。参见夏庆峰:《区块链智能合同的适用主张》,载《东方法学》2019年第3期。

[30] See David C. Vladek, *Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence*, 89 *Washington Law Review*, 128-129, 145-147 (2014); Mark A. Geistfeld, *The Regulatory Sweet Spot for Autonomous Vehicles*, 53 *Wake Forest Law Review*, 337, 354-359 (2018); Madeline Roe, *Who's Driving That Car? An Analysis of Regulatory and Potential Liability Frameworks for Driverless Cars*, 60 *Boston College Law Review*, 344 (2019); Andrew D. Selbst, *Negligence and AI's Human Users*, 100 *Boston University Law Review*, 43-52 (2020).

[31] See Sophia H. Duffy, Jamie Patrick Hopkins, Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability, 16 *SMU Science and Technology Law Review*, 471-473 (2013); David King, *Putting the Reins on Autonomous Vehicle Liability: Why Horse Accidents Are the Best Common Law Analogy*, 19 *North Carolina Journal of Law & Technology Online Edition*, 145-156 (2017).



构主要关注算法活动的事前治理，呼吁更好的自我监管和建立专家监督系统。<sup>〔32〕</sup>其中部分法律学者提出并探讨责任问题，特别是关于嵌入机器人和智能设备的算法，具体的解决方案包括从根据《欧盟产品责任指令》（1985/374/EEC）使智能产品制造商承担赔偿责任到对此类产品所有者和用户适用托管和替代责任的相关规则。<sup>〔33〕</sup>欧盟委员会认为，解决物理产品中嵌入算法造成损害的正确答案在于更新欧盟产品责任制度，制定针对智能设备的特别规则。<sup>〔34〕</sup>

但是，适用产品责任法解决算法合同的归责问题只能在算法作为工具或算法使用者完全控制算法活动的情形下发挥较好的规制作用，在自主算法合同尤其是黑箱算法合同场景下，要求算法使用者承担产品责任缺乏合理依据。我国《民法典》第1165条第1款规定“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任”，而承担无过错责任的情形需有法律明确规定，因此，当非工具算法造成对方当事人损害时，由于无法判断此时的算法使用者是否存在过错，要求其承担赔偿责任不符合产品责任法的规范要求。例如，高频交易涉及黑箱与白箱算法合同，在一个不断变革的专有算法环境中，进行有效监管是非常困难的。当白箱算法致害时，适用产品责任法要求算法使用者承担责任符合法律规定，而当黑箱算法致害时，由于其不符合产品责任法的适用前提，无法要求算法使用者承担责任。尽管高频交易盛行，但是算法使用者以掩盖计算痕迹的方式制定最佳盈利方法，其行为虽然对投资者整体造成巨大损害，却因为不符合产品责任法的规制要求而无需承担不利后果。<sup>〔35〕</sup>

### （三）数据与个人信息保护法的处理难题

在加强数据与个人信息保护的大背景下，欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, GDPR）颁布一项普遍禁止算法自动决策的规定，该法第22（1）条规定，“如果某种包括数据画像在内的自动化决策会对数据主体产生法律效力或对其造成类似的重大影响，数据主体有权不受上述决策的限制”，适用范围包括招聘、工作评估、信用申请、保险单、服务提供的决定，以及任何形式的价格歧视、商业助推、行为广告和营销等。<sup>〔36〕</sup>同时，GDPR第82（2）条规定：“参与处理的任何控制者应为违反本条例的数据处理导致的损害负责。任何处理者，仅在其未遵守本条例对于处理者义务的特别规定或采取超出控制者的合法指令或与控制者的指令相反的处理行为时，应为数据处理导致的损害负责。”GDPR通过对数据主体的保护规定间接赋予算法接受者拒绝的权利，以及其后条文中对算法致害的赔偿措施，但该法得以妥善适用需至少解决如下难题，即如何论证违反第22（1）条规定将直接触发第82（2）条适用于数据控制者和处理者的责任规则。第22（1）条规定的数据主体有权不受自动处理与分析而作出

〔32〕 参见沈岿：《数据治理与软法》，载《财经法学》2020年第1期。

〔33〕 See Cédric Coulon, Du robot en droit de la responsabilité civile: à propos des dommages causés par les choses intelligentes, 29 *Responsabilité Civile et Assurances*, 17–21 (2016); Jan De Bruyne, Jochen Tanghe, Liability for Damage Caused By Autonomous Vehicles: A Belgian Perspective, 8 *Journal of European Tort Law*, 354–363 (2017); Jean-Sebastien Borghetti, Extra-Strict Liability for Traffic Accidents in France, 53 *Wake Forest Law Review*, 265, 290–291 (2018).

〔34〕 See European Commission, Launch of Call for Experts for Group on Liability and New Technologies, available at <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/615947/en>, last visited on Jul. 19, 2021.

〔35〕 参见肖凯：《高频交易与操纵市场》，载《交大法学》2016年第2期。

〔36〕 See Gianclaudio Molgicri, Giovanni Comandé, Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation, 7 *Int'l Data Privacy Law*, 243–265 (2017).



决策的约束,如果算法决策对合同相对人产生重大影响,能否推导出算法使用者存在违反条例的行为,由于算法使用者与算法决策之间可能不存在意志相连接,此时也无法适用第82(2)条要求算法使用者承担责任。

我国《个人信息保护法》第24条规定:“个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策,应当保证决策的透明度和结果公平、公正,不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销,应当同时提供不针对其个人特征的选项,或者向个人提供便捷的拒绝方式。通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定,个人有权要求个人信息处理者予以说明,并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。”该法条相较于GDPR第22(1)条而言,除了赋予算法接受者拒绝权,还要求算法使用者保证算法决策的透明度以及决策结果的公平合理,这一设计的优势在于解决了GDPR第22(1)条面临的与其后责任追究条款的连结难题。《个人信息保护法》第66条对“违反本法规定处理个人信息,或者处理个人信息未履行本法规定的个人信息保护义务”的处理者进行处罚,只要算法决策过程为当事人所不知情或最终结果使合同相对人受到不公平对待并造成损害的,即违反第24条规定的透明度与结果公平合理要求,此时可直接依据法律责任条款要求算法使用者承担责任。

但是,《个人信息保护法》第24条的规定仍然产生新的难题,即如何设立决策透明度以及结果公平合理的判断标准。就决策透明度而言,工具算法合同及白箱算法合同当然可以保证。而黑箱算法合同的优势在于效率与算力的极大提升,这一优势来源于大数据时代数据收集、存储、计算和分析的进步,使算法能够将众多变量整合到决策树中,提供一种仅靠人类思维无法达到的复杂维度,也就是说,黑箱算法合同的适用存在大量的且不断变化的数据信息,无法满足一般认识中的透明度要求。因此,若依照《个人信息保护法》认定黑箱算法合同不符合透明度要求而予以否定,则不利于网络交易的发展,而认可黑箱算法合同的不透明性则不利于对损害后果的追究,导致进退两难的窘境。对于结果公平合理的认定问题,由于黑箱算法合同的履行结果具有不可预测性,这也为相对人先行同意再予反悔的行动提供土壤,诱发道德危机的产生。例如,算法合同相对人完全可以在订立合同之初表达对使用算法自动化决策的同意,当出现其不满意的履行结果时再以不符合公平合理标准为由要求解除合同,而不管该结果是否实质不公正。

• 319 •

### 三、三重维度的算法合同归责方法

我们需要承认算法不仅仅是工具,并且不能错误地假定只有算法使用者能够预测复杂算法的运算结果时才承担过错责任,而是根据利益归属进行判断,只要算法使用者与算法具有关联并最终获利,就应当承担算法自身错误行为的不利法律后果。将算法合同分为黑箱算法合同与非黑箱的一般算法合同进行讨论,对于一般算法合同而言,可以相对容易地发现使用者编码行为与算法之间的联系。<sup>[37]</sup>但是,对于黑箱算法合同而言,则不能一概判断使用者与算法执行之间的意志

[37] See Avigdor Gal, It's a Feature, Not a Bug: On Learning Algorithms and What They Teach Us (unpublished Note for the 127th meeting of OECD Roundtable on Algorithms and Collusion 21-23 June 2017).

相连接，也难以依据现行立法解决黑箱算法合同的归责问题。

#### （一）存在意志相连接的产品责任方法

一般算法合同具有透明性且能够传达有意识的要约与承诺，在实践中使用算法将相互同意转化为行动，可以作为未来合同活动的辅助工具。虽然算法合同中当事人合意的形成不会通过实际签字、口头陈述或点头表示同意，但算法使用者与相对方已经通过编码的形式对合同中的决策参数进行交流，且通过交流产生的结果来指导自己的行动。一般算法合同使用者的意志与算法意志具有相连接，算法目标由使用者设定，实际上为服务于特定目标而设计的算法就像软件工具一样，这些工具可以在计算机化的网络中进行民事活动并传递信息，与其他当事人控制的软件工具进行交互。而且，使用者可以对算法用于做出决策的具体程序进行限制，例如，通过编码的设计要求算法按照某种方式行事或在做出决策前向算法使用者发出申请。

产品责任法对合同中算法进行有效规制的前提是算法不能存在“有意图的心理状态”，在一般算法合同场景下，算法只是将使用者的意思自动地表达出来，这里所产生的一切后果由使用者承担，符合法律的规定。以无人驾驶为例，无人驾驶汽车的算法体现工具性，如果出现非驾驶人过错导致损害后果，需追究生产者提供瑕疵产品的侵权责任。<sup>〔38〕</sup>但是，当存在一种学习协调场景时，算法可以通过强化的自我学习能力独立地实现给定目标，而不是当事人专门编码做出的某种反应。当算法合同协调的不是明确的人类设计的结果，而是进化的、自我学习和独立执行的结果时，此时无法适用产品责任法对算法合同的法律关系进行规制。

#### （二）存在其他联系的被代理人责任方法

代理是指代理人以被代理人名义实施的法律行为，其法律效果由被代理人承担。在现代社会，代理既是交易的工具，也是人们从事社会交往所不可或缺的手段，具有辅助功能与延伸功能。<sup>〔39〕</sup>我国《民法典》第162条规定，“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力”，当代理人的行为方式违背与第三人的合同约定或造成利益损害时，只要其代理行为在被代理人授权范围内，则被代理人需承担责任。要求被代理人承担责任有利于促进其对代理人的代理行为进行监督，防止代理人的行为超出限度并对相对人造成损害，被代理人对代理人的代理活动更为熟悉，立法上的这一安排意在付出最少成本保证代理活动的正常进行以及对各当事人的权利保护。以代理规则规范算法合同具有可行性，尤其在黑箱算法合同类型中，虽然对于有些算法使用者的行为无法判断是否存在过错，但可以依据代理规则要求实际获利的算法使用者承担责任，代理方法是法院对黑箱算法合同进行规制的有效措施。

##### 1. 纯粹工具说与控制说的不周延性

我国立法上将算法视为一种“自动信息系统”，作为工具辅助人类合同的订立与履行，而“纯粹的工具”无法独立做出改变个人或公司法律关系的决定，例如《个人信息保护法》第24条第3款规定个人“有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定”。如果仅仅依赖于过时的假设认定算法只能作为工具，与算法签订合同的可执行性将受到质疑，这也导致算法使用者

〔38〕 参见袁曾：《无人驾驶汽车侵权责任的链式分配机制——以算法应用为切入点》，载《东方法学》2019年第5期。

〔39〕 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第600-601页。

丧失足够的动机来发展与监督算法行为。美国法律部门的认识较为先进,其并非将算法仅仅限定在工具的范畴,例如一家地方法院早在1992年的判决中就认为算法不能免于《信息自由法案》(Freedom of Information Act, FOIA)的要求,“因为它不是一种工具,而是法律规定的实质性部分”,当创建者委托算法在特定的参数范围内实现给定目标时,算法就承担着决策者的角色,其有创建者强加的特定目标和条件,但它了解并处理算法创建者所不了解的细节。<sup>[40]</sup> 欧洲立法机构认为,即使算法不仅仅是工具,其使用者也具有足够的能力来理解和预测算法行动的所有可能结果,就算法造成的损害应当由其使用者承担赔偿责任,如欧盟《通用数据保护条例》第82(2)条规定参与处理的任何控制者应为违反本条例的数据处理导致的损害负责。<sup>[41]</sup> 但是,事实上很多黑箱算法合同的使用者无法预测与控制算法行动的所有可能结果,以“控制说”要求算法使用者承担算法损害的赔偿责任并不合理。

## 2. “人工代理人”的最佳问责模式

山姆·威齐格(Sam Wilzig)认为对算法行为的归责可采用的方法包括产品责任、危险动物责任、代理责任等。<sup>[42]</sup> 产品责任前文已经述及,仅对于工具算法合同与白箱算法合同具有较好的规制效果,危险动物责任指将算法拟定为“危险动物”,由其“看管人”即算法使用者承担损害后果的赔偿责任,其适用前提为“危险动物”行为受看管人支配。需要注意的是,当算法复杂到足以产生突变行为并被使用者授权签订和履行合同时,例如在黑箱算法合同中,没有足够的证据证明算法使用者可以支配或控制算法的合同行为。本文认为,考虑算法问责的最佳模式是将算法塑造为使用者的“代理人”,算法使用者可以通过正式授权、默示授权或追认授权等方式授权算法履行代理行为,并将意图和行为结果归责于没有直接参与事务但最终获利的使用者。

受欧洲大陆对自上而下、严格法律监管力量的信念启发,2017年2月欧洲议会通过一项关于“机器人民事法律规则”的决议,敦促欧盟委员会建立“网络物理系统、自主系统、智能自主机器人及其子类别的共同定义”,同时考虑为机器人建立长期的特定法律地位。<sup>[43]</sup> 这一措施的直接结果是使最为复杂的自主机器人具有“电子人”身份,负责赔偿它们造成的任何损害,并可能将电子人格扩大应用于机器人自主决策或与第三方独立互动的情形。<sup>[44]</sup> 激进观点认为,就未嵌入物理产品的算法的负外部性而言,也应当赋予算法以相关的法律人格,从而使其既能拥有资产,又能在法庭上被起诉。<sup>[45]</sup> 本文认为,虽然算法在语言与思维上接近人类甚至在计算能力上远超

[40] See *Don Ray Drive-A-Way Co. of California, Inc. v. Skinner*, 785 F. Supp. 198 (D. D. C. 1992).

[41] See Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GD-PR)*, Oxford University Press, 2020, pp. 1160-1179.

[42] See Sam N. Lehman-Wilzig, *Frankenstein Unbound: Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence*, 13 *Futures*, 442, 447-553 (1981).

[43] See Resolution of 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, Eur. Parl. Doc. A8-00059/2017.

[44] See Jean-Sebastien Borghetti, *L'accident généré par l'intelligence artificielle autonome*, 51 *La Semaine Juridique. Édition Générale*, 23-28 (2017); Luciano Floridi, Mariarosaria Taddeo, *Romans Would Have Denied Robots Legal Personhood*, 557 *Nature*, 309 (2018).

[45] See Lawrence B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, 70 *North Carolina Law Review*, 1231 (1992); John Lightbourne, *Algorithms & Fiduciaries: Existing and Proposed Regulatory Approaches to Artificially Intelligent Financial Planners*, 67 *Duke Law Journal*, 651, 673-675 (2017).

人类，但仓促赋予其独立的法律人格仍面临较多挑战，人工智能算法在社会经济活动中的独立地位存有质疑，仍有如怎样处理算法与其背后的使用者或创建者的紧密关系等较多问题需要先行解决。法律应该像对待代理法中被代理人的意图和行为一样对待使用算法订立合同的使用者，对其意图与行为进行分析，此时的算法为没有法律人格的“人工代理人”。“代理”一词的使用并不能赋予算法任何类似于人类实体的权利或义务，而出于责任承担的目的，算法合同的致害行为应由人类被代理人承担赔偿责任。算法不是自然人、法人或其他组织，缺乏民法上的主体地位，不能代表自己的法律利益订立合同，但其可以代表使用者改变合同利益。美国《统一电子交易法》（Uniform Electronic Transactions Act, UETA）包括对算法作为代理的理解，该法第2（6）条规定，“电子代理系指非经人的行为或审核，全部或部分独立地发起某种行为或应对电子记录或履行的计算机程序、电子手段或其他自动化手段”，第2（7）条与第2（8）条分别对电子记录与电子签名进行规定，通过允许电子记录和签名形成合同来促进算法合同的创建，从而给予电子记录和签名与传统的纸质记录和手工签名相同的法律对待。<sup>〔46〕</sup>

### 3. 代理关系的确认

算法使用者利用算法在其与合同相对人之间建立虚假的法律距离，将算法作为他们订立与履行合同的“中间人”，使自己获得利益的同时远离责任与风险。就合同相对人而言，算法行为并不透明，相对人无法采取任何措施预防算法致害的发生，而作为被代理人的算法使用者是最适合采取主动行动防止损害发生的当事人。虽然算法使用者无法直接控制黑箱算法，但仍可以对各类算法活动进行监控、引导，使算法使用者与算法之间产生其他联系。在算法使用者与算法不存在意志相连性的场合下，只要其与算法合同行为存在代理法上认可的联系，就应当承担赔偿责任。因此，如何分析算法使用者与其使用的具体算法之间的其他联系并使之转换为责任承担依据的代理关系，对于我们理解算法合同归责的责任制度以及识别责任方至关重要。

算法使用者作为影响算法的重要主体，要求其承担被代理人责任有利于防止算法致害并实现最优合同行为，迫使算法使用者对算法行为进行更为细致的分析与监督，抵御潜在损害风险。虽然算法使用者利用算法创造承担责任的间隔，但只要能够确认其与算法之间具有代理关系，则其需承担算法致害行为导致合同相对人受损的赔偿责任。建立代理关系有两种方式，通过协议或通过批准，代理协议是常见的被代理人与代理人之间建立代理关系的方式，但是，当行使代理人职责的主体是算法而非一般民事主体时，代理关系的建立主要通过批准方式完成。批准产生代理关系，需由被代理人接受利益或者允许代理人代表其行事的行为确定。重要的是，必须有一些客观的证据证明被代理人知道该行为并选择受其约束。批准方式是授权算法为“人工代理人”的主要方法，对于当事人而言，预测并授权算法可能做出的每一个决定是不可能的，也并不可取。算法代理模型增加了法理解的难度，一般而言，只要算法使用者存在以下情形之一，即可证明其授权算法为“人工代理人”并应当承担不利后果：第一，使用者跟踪算法行为，实时更新算法的合同行为并进行总结；第二，使用者为算法决策等算法行为的每一

〔46〕 See Uniform Electronic Transactions Act, Unif. Law Comm'n, available at <http://uniformlaws.org/act.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act>, last visited on Jul. 19, 2021.

事务引入人工审批节点；第三，使用者通过其他行为表达其与算法存在某种关联，如为算法决策提供参考数据等。

利用代理的归责方法在实现减少外部性和维护公平缔约行为的目标方面明显优于忽视算法合同作为一种特殊协议类别的模糊现状，也可以公正地对待合同各方所承担的责任和风险。虽然代理问题在私法领域争论较多，但就算法合同归责的代理方法这一可行措施而言，重新关注与澄清代理行为具有现实意义。

### （三）不存在联系的保险赔偿方法

作为代理方法的补充，算法使用者还可以购买或与保险公司合作设立算法保险机制。当算法使用者与算法决策既不存在意志相连接性，也无其他关联时，若算法合同的履行结果造成相对人损害，由保险公司进行赔偿。自主算法合同尤其是黑箱算法合同被设计成超越人类思维极限的决策程序，算法模型越复杂，理解和预见这些算法的选择就越困难，例如深度学习对算法使用者解释算法在多层逻辑维度中的决策能力构成巨大挑战。<sup>〔47〕</sup>而且，算法决策往往基于天文数字的组合，每一个组合又包含天文数字的参数和潜在混合物，远远超出人类可以预测或控制的最大值。<sup>〔48〕</sup>虽然工具算法合同反映使用者有意识的选择，但是对于黑箱算法合同等自主算法合同而言，算法决策具有独立意义。因此，只要算法决策导致的损害结果确与使用者无任何关联，则可以适用保险赔偿的补充方法对受损害方进行救济。保险赔偿是一个有效弥补无过错方损害结果的赔偿解决机制，该责任的承担填补了算法合同致害的归责空缺。<sup>〔49〕</sup>在以受害人得到赔偿为前提的设定下，应要求算法使用者在尚未出现损害结果时支付少量保险费用，在发生与其无任何联系的算法损害事故时由保险公司进行充分赔偿。

• 323 •

## 四、结 论

本文对算法合同进行讨论，列举重要的算法合同类型，并分析算法合同在适用中具有致害风险以及归责方法。算法合同的归责法理要求算法使用者承担责任由强至弱包括三重维度：第一，当算法决策与使用者决策具有意志相连接性时，由使用者承担算法致害的产品责任；第二，当算法决策与使用者决策不具有意志相连接性，但根据其他联系可以判断算法为使用者“人工代理人”时，造成损害的由使用者基于代理规则承担被代理人责任；第三，当算法决策与使用者决策无任何关联时，此时以算法使用者在先购买的算法保险为保障，由保险公司承担赔偿责任，这里实际上是由保险公司承担仅向未来且具有不确定性的算法致害责任，但由于算法使用者已经支付保险费用，也将其归为使用者承担责任的维度之一。随着具有隐蔽性与复杂性的算法合同越来越多地控制日常网络行为，包括管理社交平台、网络交易、新闻推送等在线行为，对它们进行充分

〔47〕 See Joshua A. Kroll et al., Accountable Algorithms, 165 *University of Pennsylvania Law Review*, 633, 653-656 (2017).

〔48〕 See Nicholas Gane et al., Ubiquitous Surveillance: Interview with Katherine Hayles, 24 *Theory, Culture & Society*, 349, 350 (2007).

〔49〕 参加夏庆锋：《〈民法典〉视阈下保险赔偿的近因认定》，载《当代法学》2021年第3期。

的规制是至关重要的，同时也需要立法、司法部门与学者积极参与对未知的、可能有偏见的算法治理系统进行研究。

---

---

**Abstract:** Algorithmic contracts refer to a contract in which one or both parties use a computer algorithm to make decisions and fulfill obligations. Algorithms here refer to calculation or other problem-solving operations, especially the procedures or rules followed by computer. Algorithmic contract includes instrumental algorithmic contract and autonomous algorithmic contract. In practice, algorithmic contracts have advantages such as rapidity and all-sidedness, avoiding unreasonable prejudice of the parties, etc., but they also have obvious disadvantages such as hiding important information and causing uncertainty damage. Especially in the black-box algorithmic contract scenario, it is difficult to solve the liability problem of the black-box algorithmic contract according to the current law because of the inability to judge the will connection between the algorithm user and the algorithm execution. The more feasible method of imputation is to use the three-dimension regulation. First, when the algorithm decision is connected with the user's decision, the user should bear the product liability caused by the algorithm. Second, when there is no will connection between the algorithm decision and the user decision, but the algorithm can be judged as the user's "human agent" according to other connections, the user shall assume the responsibility of the principal based on the agent rule; Thirdly, when there is no correlation between the algorithm decision and the user's decision, the insurance company is required to assume compensation liability according to the insurance fee paid by the user in advance.

**Key Words:** algorithmic contract, black-box algorithm, product liability, agency, insurance compensation

---

---

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)



## 体系考量下管理人致受益人损害的赔偿责任

冯德淦\*

**内容提要：**无因管理中管理人致使受益人遭受损害，受益人是否可以主张损害赔偿，以及对此是否需要进行减免，理论和实践颇有争论。从整体构造来看，管理人致害徘徊在合同规则和侵权规则之间，既可以按照债务不履行规则处理，也可以根据侵权规则规制。合同法中的无偿合同规则为一般无因管理提供了参照，侵权法中的正当防卫和紧急避险规则为紧急无因管理提供了参照，这两套规则遵循的是不同的损害赔偿理论，但是都呈现出减轻管理人责任的趋势。《民法典》对紧急无因管理下管理人致害予以了规定，但是却不恰当地排除了管理人一切过失责任，解释论上应对此进行限缩解释。就管理人责任减轻的路径选择，侵权法所采纳的责任承担构造模式更加具有弹性，解释论上应当予以遵循，但是也不能忽视合同法路径的作用。就管理人责任范围，应当综合考量遭受损害的利益性质、管理人的主观过错形态和实施管理时的紧迫程度等因素，在公平原则的指引下最终确定。

**关键词：**无因管理 无偿合同 重大过失 责任减免 公平原则

• 325 •

### 一、问题的提出

无因管理中管理人致受益人遭受损害之时，究竟该如何承担赔偿责任，相关归责标准到底该如何选择，理论和实践一直未能合理界定，实证法上对此也未予以明确。学理上多认为应当按照债务不履行或者侵权来处理，管理人在过错的情况下，对受益人承担赔偿责任，也即管理人需要承担一般过失责任。而从我国《民法典》无偿合同的规定来看，未获得对价的保管人或者受托人，原则上仅就故意和重大过失承担责任。通常而言，无因管理中管理人除非实施的是职业行

\* 冯德淦，华东师范大学法学院讲师。

本文为中央高校基本科研业务费项目华东师范大学引进人才启动费项目“法定之债的外在体系研究”（2021ECNU-HLYT022）的阶段性成果。

为,否则也无法从受益人那里获得劳务费。那么由此带来的问题是,为何同为无偿性付出的行为,无因管理中的管理人相较于一般无偿合同中负担给付义务的债务人,承担更为严格的责任,这是否与现行法存在评价上的矛盾。这种差异的存在是否具有正当性,体系上是否有重构的必要性,均有待进一步研究。

为了鼓励紧急状况下的救助行为,《民法典》第184条规定:“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的,救助人不承担民事责任。”从文义解释来看,在紧急无因管理之时,管理人无需承担任何责任。管理人主观故意致害与无因管理的价值相矛盾,因而该条一般被限缩解释为,管理人无需就一般过失和重大过失承担责任。该种做法出发点是为了进一步倡导救助他人,但是却有别于比较法上主流的规定。一般无因管理中管理人致害并不减轻责任、而紧急无因管理中管理人致害大幅减轻责任的做法是否合理,值得我们进一步反思。《民法典》中存在许多减轻“好人”责任的条款,这些条款分散规定在合同编和侵权责任编中,如何在体系解释下构造管理人致受益人损害的赔偿责任,则是解释论应当关注的重点。有鉴于此,下文将从现有解释和理论的梳理出发,对管理人致害的请求权基础进行反思,以期最终为《民法典》的理解适用有所助益。

## 二、解释的困境和理论的争鸣

### (一) 既有规定的问题

按照管理情形的紧迫性,无因管理分为一般无因管理和紧急无因管理。前者指通常情形下的管理,并不存在现实危险性,诸如邻居有事离开,帮助邻居照顾花草;后者则指特殊情形下的管理,主要是危难状态或者紧迫情势下,管理人不能拖延的情形,诸如不会游泳的未成年人落水,路人见义勇为实施救助。国内学说通常对二者予以区分,分别确定管理人致使受益人遭受损害的归责标准。针对一般无因管理中管理人的归责标准,立法虽未具体明晰,但从形式上看,最直接的结论是采用债务不履行的一般过错原则。<sup>〔1〕</sup>而针对紧急无因管理,新近立法释义书认为,管理人仅在故意下才承担责任,实际上完全排除了管理人承担责任的可能性。<sup>〔2〕</sup>该种立法选择在解释论上至少在三个方面存在困境,分别是无偿行为之间体系的一致性、无因管理之间评价的连续性和紧急无因管理承担责任的可能性。

首先,无偿行为之间体系的一致性。民法中较为典型的三种无偿行为分别是无偿合同、情谊行为和无因管理。从《民法典》关于无偿合同的规定来看,原则上会降低债务人的赔偿责任标准,排除一般过失责任,仅要求债务人在故意和重大过失情形下承担责任,有的甚至排除了重大过失责任。这些规定散见于赠与合同、保管合同和委托合同中,如第662条第2款将赠与人的赔偿责任限定为“故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵”,第897条中的保管人责任和第929条中的受托人责任均限定为故意和重大过失。总体来看,《民法典》总的趋势是给予无偿承担

〔1〕 参见王利明:《债法总则研究》,中国人民大学出版社2015年版,第547页。

〔2〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第603页。

债务的一方以优待，降低债务人归责标准。<sup>〔3〕</sup>类似地，在无偿的情谊行为中，虽然我国学者对其法律定性及法律效果的具体把握上存在分歧，但无论何种学说，都不会忽略无偿性特征，主张减轻情谊行为人的责任。<sup>〔4〕</sup>然而，在同样为无偿性的一般无因管理中，针对管理人却采用了一般的归责原则，即需要对一切过错承担责任，该种体系安排是否有违相同案型同等评价的原则？

其次，无因管理之间评价的连续性。德国和我国台湾地区就一般无因管理均采用过错责任原则，而在紧急无因管理中则免除一般过失责任，仅就故意和重大过失承担责任。如《德国民法典》第 680 条规定，为了避开危险而管理事务的，仅需要就故意和重大过失承担责任。就一般无因管理，《德国民法典》第 677 条规定了管理人的义务，学说上认为管理人不履行该义务，应当根据第 276 条以下承担债务不履行责任，适用传统的过错责任原则。<sup>〔5〕</sup>类似地，我国台湾地区“民法”第 175 条规定，因急迫危险而实施管理的，管理人仅就恶意或重大过失承担责任。而对于一般无因管理中管理人归责原则同样没有规定，解释论上通常也认为管理人承担债务不履行的一般过错责任。<sup>〔6〕</sup>且不论德国和我国台湾地区关于无因管理中管理人致害的归责原则是否合理，至少从一般无因管理和紧急无因管理的内在关系上，保持了评价的连续性，没有出现断崖式免责的情况。然而，我国《民法典》针对一般无因管理采用了一般过错的归责原则，但是就紧急无因管理却免除了一般过失和重大过失下的责任，仅需要就故意承担赔偿责任。该种断崖式的免责规定，导致无因管理紧急性的判断对责任的确定产生重大影响，从而直接影响管理人和受益人的利益。

• 327 •

最后，紧急无因管理赔偿的可能性。《民法典》第 184 条规定：“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。”该条的立法背景是我国现阶段频繁发生“英雄流血又流泪”的现象，立法者为了进一步鼓励社会救助之风，尤其在紧急情况下消除救助者后顾之忧，免除了救助者的一般过失和重大过失下的责任。<sup>〔7〕</sup>如果救助人主观上对损害的发生持有故意态度，本身是否可以被评价为无因管理就存在疑问，因此我国《民法典》实际上在紧急无因管理框架下，免除了管理人的一切责任。由此带来的问题是，紧急无因管理之下，管理人实施管理行为不受任何约束，无疑赋予了管理人过多的行为自由，对于受益人而言，可能会面临着双重困境，外部受到侵害的同时，自身利益也无法得到合理的保护。<sup>〔8〕</sup>正如有些学者所提出的那样，在该种立法选择之下，实践中甚至会出现管理人造成的损害，远远大于受益人所面临的风险，该

〔3〕 参见朱广新：《论合同法分则的再法典化》，载《华东政法大学学报》2019年第1期。仅有的例外是客运合同，即便是无偿客运合同，承运人也需要对搭载的乘客承担严格责任。这主要是考虑到客运合同本身就是以保护乘客安全为目的，其所涉及的利益主要是人身利益，且该行业也需要特许经营，所以区别于一般无偿合同规定。

〔4〕 参见张家勇：《因情谊给付所致损害的赔偿责任》，载《东方法学》2013年第1期；王雷：《好意同乘中的车主责任问题》，载《云南大学学报法学版》2009年第5期。

〔5〕 Vgl. Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2019, S. 73.

〔6〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年，第323页。

〔7〕 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第574页。

〔8〕 比较法上无论是针对侵权责任还是合同责任，预先免除重大过失责任往往会被认为是违背善良风俗的行为。参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希：《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》，吴越等译，法律出版社2007年版，第146页。

种立法是否恰当,值得进一步反思。<sup>〔9〕</sup>从立法史的角度来看,《民法总则(三审稿)》第187条规定,紧急救助行为造成受助人损害的,救助人需要就故意和重大过失承担赔偿责任。后来的《民法总则(四审稿)》试图进一步减轻救助人的责任,原则上认为救助人不需要承担任何责任,但是同时为了平衡受助人的利益,第187条规定救助人因重大过失造成受助人不应有的重大损害的,承担适当的民事责任。由此不难看出,立法者在价值上越来越偏向于对管理人的保护,并最终在《民法总则》和《民法典》中直接免除了管理人的责任,但是其中的合理性值得怀疑。<sup>〔10〕</sup>

## (二) 学术理论的分歧

与立法者的观点稍有出入,我国学术界在管理人致受益人遭受损害救济的问题上形成了相对独立的观点。就无因管理中管理人致受益人遭受损害的救济路径,理论上存在债务不履行,以及债务不履行和侵权竞合的观点。<sup>〔11〕</sup>而就管理人致受益人损害的归责原则,基于无因管理的不同类型,不同的学者持有不同的观点。有学者持二分法的观点,将无因管理区分为一般无因管理和紧急无因管理:就一般无因管理,原则上管理人需要承担过错责任;而就紧急无因管理,尤其是见义勇为行为,则降低管理人的注意义务,管理人仅在故意和重大过失的情况下才需要承担责任。<sup>〔12〕</sup>也有学者持修正的二分法观点,同样将无因管理按照紧急性予以区分,但是在一般无因管理的处理上,认为应当降低管理人的注意义务,管理人仅就具体过错承担责任,言外之意是以“处理自己事务之注意”作为归责标准。就紧急无因管理则与传统二分法并无二致,仍然是免除了一般过失责任。<sup>〔13〕</sup>还有学者持三分法的观点,在二分法的基础上引入公益性概念,将无因管理分为一般无因管理、公益无因管理和紧急无因管理。一般无因管理仍然以债务不履行或者侵权的过错原则进行归责,紧急无因管理则免除了一般过失责任,而就公益无因管理中管理人的归责,考虑到管理人自身的特征,采纳了具体过错原则,以“处理自己事务之注意”作为归责标准。<sup>〔14〕</sup>

上述三种学说,虽然在内部具体构造上存在一定的差异,但是所秉持的原则仍然是,一般无因管理按照债务不履行进行归责,尽管在采纳具体过错标准还是抽象过错标准,尚有一定的争议,但对于采用过错责任原则并无异议。<sup>〔15〕</sup>而针对紧急无因管理的处理,我国主流观点依然认为,应免除管理人一般过失下的责任,仅就故意和重大过失承担责任。与之相对的是,我国也有学者在对比侵权归责的基础上,对上述归责架构进行了反思。一般侵权给他人造成损失的,加害人仅仅承担过错责任,无因管理中管理人具有管理的意思,并且管理事务之时并不违反受益人的需要和社会常识,仅仅因为管理行为的实施存在不当,就需要与侵权归责一样采用过错责任原

〔9〕 参见王道发:《论中国式“好人法”面临的困境及其解决路径——兼论〈民法总则〉第184条的理解与适用》,载《法律科学》2018年第1期。

〔10〕 参见景光强:《〈民法总则〉中“好人免责条款”的评析与适用》,载《法律适用》2018年第11期;李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第870页。

〔11〕 债务不履行责任的观点,参见崔建远、韩世远、于敏:《债法》,清华大学出版社2010年版,第221页;债务不履行和侵权竞合的观点,参见刘凯湘:《债法总论》,北京大学出版社2011年版,第40页。

〔12〕 参见张广兴主编:《债法》,社会科学文献出版社2009年版,第382页。

〔13〕 参见魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社2017年版,第582页;前引〔11〕,刘凯湘书,第40页。

〔14〕 参见邱聪智:《新订民法债编通则》(上),中国人民大学出版社2003年版,第60页。

〔15〕 参见前引〔1〕,王利明书,第545页。

则, 该种做法对于管理要求较为苛刻, 难以谓之恰当。<sup>〔16〕</sup> 有鉴于此, 有观点认为我国民法应当采纳新的规则, 即一般无因管理中管理人仅就故意或重大过失承担责任, 一般过失给受益人造成损失的, 管理人无需承担赔偿责任。<sup>〔17〕</sup> 持该种观点的学者在紧急无因管理的处理上, 与前述主流观点保持了一致, 仍然认为除故意或重大过失之外, 管理人无需承担赔偿责任。这种观点对一般无因管理和紧急无因管理不加区分, 在形式上并未考虑两者的差异性, 未给予紧急无因管理中管理人优待, 也存在不合理性。但是重大过失的判断我们也会根据管理的紧迫性来综合认定, 紧急无因管理下重大过失的认定较之于一般无因管理要更为严格。不过, 将所有考量因素全部纳入重大过失的评价上是否妥当, 主观标准的判断是否具有该种张力, 则仍值得进一步检讨。

新近学术界在侵权损害赔偿讨论的背景下对完全赔偿原则展开了激烈的检讨, 有学者认为完全赔偿原则过于僵硬, 不能体现个案自身的特征, 因而主张突破完全赔偿原则, 借助于比例原则对损害赔偿原理予以重新构造。<sup>〔18〕</sup> 有观点主张, 在无因管理中, 管理人在实施紧急管理之时造成受益人损害的, 完全赔偿和完全不赔偿都不具有正当性。对此, 可引入弹性赔偿模式, 借助于比例原则实现实质正义, 而管理人存在重大过失也仅仅是承担责任的一个考量因素, 并不必然需要承担责任, 具体责任的承担还需要结合其他考量因素综合确定。这一观点实际上已经跳出了以传统过错划分来确定最终责任承担的路径, 转而开始全盘考量个案的具体情况, 以多个考量因素来确定最终需要承担的责任。这些学者进一步强调“比例原则中的手段与目的是否构成相当的必要性与均衡性, 需要裁判者依据个案的具体情形, 作出综合的判断。如果违反了比例原则, 即使救助人在主观上没有重大过失, 也应当承担民事责任”<sup>〔19〕</sup>。从直接的效果上来看, 弹性赔偿模式既有加重管理人责任的可能, 又有减轻管理人责任的可能, 该种可能性的实现完全交由法官在个案中予以具体衡量。从实践的具体展开来看, 我国法官一直都秉持倡导社会救助的理念, 减轻或者免除管理人责任的适用情形会较为常见。不过, 突破完全赔偿原则的方法也存在过于弹性的缺点, 现阶段许多学者对其弹性已经展开了批判, 如何对其予以适当控制, 这可能也是未来研究的主题之一。

### (三) 初步总结和反思

从上面关于条文的解释以及理论的梳理我们可以发现, 我国关于无因管理中管理人致害时的归责标准仍然存在较大的争议。现有学术研究将关注重点主要集中在紧急无因管理之上, 解释论上也就此不断降低管理人的注意义务, 希望借此避免给实施紧急管理的人带来负担。除此之外, 还有学者关注到一般无因管理行为的无偿性, 认为应当区别于无关联接触的侵权行为, 从整体上降低管理人的注意义务, 限制管理人归责的标准。就此来看, 虽然对降低管理人责任的范围和方式不同的学说存在不同的观点, 但是就适当降低管理人责任的趋势, 似乎并没有太大的争议。<sup>〔20〕</sup>

〔16〕 参见前引〔11〕, 崔建远、韩世远、于敏书, 第222页。

〔17〕 参见前引〔11〕, 崔建远、韩世远、于敏书, 第222页。

〔18〕 参见王磊:《完全赔偿原则与侵权损害赔偿之反思及构筑》, 载《法律科学》2019年第4期; 郑晓剑:《侵权损害完全赔偿原则之检讨》, 载《法学》2017年第12期。

〔19〕 前引〔9〕, 王道发, 第127页。

〔20〕 比较法上许多国家的法律都为管理人责任的减免提供了依据。参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则: 欧洲示范民法典草案》(第五卷至第七卷), 王文胜等译, 法律出版社2014年版, 第119页。



从降低管理人责任的方法来看,现阶段主要有两种,一种是以主观标准来进行构造,另一种则是弹性化赔偿标准。就主观标准的构造而言,通常情况下采用三分法,分别是故意、重大过失和一般过失,如果要降低债务人的注意义务,要么免除某些主观状态下的责任,要么改变某些主观状态的认定方式。就弹性化赔偿标准而言,该种损害赔偿确定的方式突破了传统理论全有全无的完全赔偿原则,不仅仅将管理人的主观状态纳入考量,还要考虑管理时的其他因素,甚至连管理之外的双方当事人的经济状况也需要被加以考量。<sup>〔21〕</sup>

如何合理地控制管理人的责任,既可以达到对社会互助行为的倡导,同时也可以在没有因管理内部起到区分作用,应当是未来立法和解释的重点。当然,一国立法和解释的选择不能脱离既有的法律传统,怎样在既有的规范性文件中寻找到适合自己的路径,才是理论研究者应有的担当。上述两种降低管理人责任的方法,即以主观标准来进行构造和弹性化赔偿标准,哪一种方法更加适合我国,或者我们是否需要寻找一条新的路径,这些还需要回归既有法律规定,基于体系的考量来综合确定。综合来看,没有得到合法的授权而对他人事务进行干涉,本来属于侵权行为,但是法律鼓励人们的互助精神,因而赋予适法无因管理以阻却违法的功能。<sup>〔22〕</sup>一旦管理人实施管理行为不当,自然也就不能再被阻却违法所涵盖,其有可能构成侵权行为。<sup>〔23〕</sup>除此之外,无因管理在德国法上一直被称为“无委任之事务管理”,其所涉及的权利和义务,诸如管理人支出的必要费用、遭受的损害,以及管理人和受益人的其他权利义务,都需要参照相关合同予以确定,一定程度上也揭示了无因管理和合同制度的关系。有鉴于此,为了不忽视制度之间的体系关联性,下文将在合同和侵权规则之间探寻管理人致害的请求权基础。

• 330 •

### 三、管理人致害的请求权基础

#### (一) 以合同规则作为参照

除非是职业行为,否则无因管理中的管理人通常情况下仅能主张必要费用,并不能向受益人主张相应的报酬,因而在对价的问题上,无因管理属于无偿行为,与合同法中的无偿合同具有一定的类似性。<sup>〔24〕</sup>一如上文所述,我国《民法典》中较为典型的无偿合同(赠与、保管和委托)与无因管理在内涵上具有一定的联系,尤其是委托合同与无因管理具有很强的相似性。<sup>〔25〕</sup>《德国民法典》第662条将委托合同限定为无偿合同,就受托人履行义务的标准,《德国民法典》并未区别于一般债务不履行单独规定,因而受托人需要对一般过错承担责任。德国学者在无因管理的处理上,一般类推适用委托合同的相关规定,以保持体系上的一致性。就管理人致害的赔偿问题,根据《德国民法典》第677条和第280条,管理人承担过错责任。<sup>〔26〕</sup>以此来看,德国法至

〔21〕 参见前引〔18〕,郑晓剑文。

〔22〕 参见朱岩:《侵权责任法通论》,法律出版社2011年版,第505页。

〔23〕 参见前引〔12〕,张广兴主编书,第382页。

〔24〕 我国主流学者也强调无因管理中的管理人不应享有报酬请求权。参见前引〔1〕,王利明书,第553页。

〔25〕 《民法典》第984条规定:“管理人管理事务经受益人事后追认的,从管理事务开始时起,适用委托合同的有关规定,但是管理人另有意思表示的除外。”这一规定一定程度上在立法层面揭示了无因管理和委托合同的关系。

〔26〕 参见前引〔5〕,Wandt书,第71页。



少在形式上对一般无因管理和无偿合同采取了相同的处理，保持了体系上的一致性。日本法较之于德国法有所不同，其虽然以无偿委托合同作为原则，但是也例外地承认可以约定为有偿。就受托人的注意义务，《日本民法典》第 644 条统一规定为，受托人在处理委任事务之时，应当尽到善良管理人的注意。日本法就一般无因管理同样要求管理人根据事务的性质，以最适于受益人利益的方法进行管理。由此来看，日本法中无因管理同样与委托合同保持了一致。<sup>〔27〕</sup>在此基础上，为了更进一步保护紧急无因管理下的管理人，德国法和日本法都降低了紧急情况下管理人的注意义务，管理人仅就故意和重大过失承担责任。<sup>〔28〕</sup>

从上述德国法和日本法的规定来看，两国在委托合同和无因管理上保持了一致，这主要是委托合同在两国原则上都是无偿合同，其与一般无因管理较为相似，一般无因管理以无偿委托作为参照具有一定的正当性。我国《民法典》并没有将委托合同限定为无偿合同，在立法上肯定了有偿委托和无偿委托。《民法典》第 929 条第 1 款前段规定，在有偿委托合同中，受托人在处理事务之时如果存在过错，使得委托人遭受损害的，应当承担赔偿责任。第 929 条第 1 款后段规定，在无偿委托合同中，受托人在处理事务之时仅就故意和重大过失承担赔偿责任。以此来看，《民法典》实际上确立了有偿委托中受托人的一般过错责任原则，而无偿委托中，受托人仅就故意和重大过失承担损害赔偿责任。因而，如果对无因管理参照合同规则予以处理，那么一般无因管理中的管理人满足无偿性的要求，应当仅就故意和重大过失承担责任。以此为基准，如果要在紧急无因管理中，进一步偏向于对管理人的保护，此时较为直接的做法就是免除管理人一般过失和重大过失下的责任，仅在主观故意的情形下才承担责任。在不讨论价值实质合理性的前提下，从形式构造而言，无因管理类推适用委托合同的相关规定，似乎并没有立法论层面的障碍，某种意义上反而更加迎合了我国《民法典》的规定。<sup>〔29〕</sup>

## （二）以侵权规则作为参照

适法的无因管理不具有违法性，通常排斥侵权规则的适用，但是即便具有适法性，如果不恰当地实施了管理行为，侵权规则仍有介入的可能性。<sup>〔30〕</sup>我国有学者也认为，管理人如果在管理中过错侵害了受益人的权利，会发生债务不履行责任和侵权责任的竞合，因而侵权法规则对于管理人致害具有很强的参考性。<sup>〔31〕</sup>就侵权归责原则，我国《民法典》第 1165 条和第 1166 条分别确立了过错责任原则和无过错责任原则，后者以法律特别规定作为前提，前者则具有一般适用的特征。<sup>〔32〕</sup>无因管理人实施的管理行为，一般情况下并不符合无过错责任的规定，所以应当适用过错责任原则。如此一来，管理人需要就所有过错致害承担赔偿责任，就等于将带有很强社会互助性质的无因管理行为和通常的侵权行为等同视之，这对于管理人要求可能过于苛刻，在管理人

〔27〕 参见〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义：债权各论》（下卷一），冷罗生等译，中国法制出版社 2008 年版，第 27 页。

〔28〕 参见前引〔27〕，我妻荣书，第 27 页。

〔29〕 我国学者在论证紧急救助之时，往往会强调“无法定及约定义务而救助他人的行为，系无偿行为，类似于无偿委托，区别仅在于前者无义务、后者有约定之义务而已，在责任承担上不应因义务有无发生根据而有区别”。前引〔10〕，李宇书，第 872 页。

〔30〕 参见房绍坤、张玉东：《论紧急救助情形下救助人不承担责任的条件——以〈民法总则〉第 184 条为分析对象》，载《比较法研究》2018 年第 6 期。

〔31〕 参见前引〔11〕，刘凯湘书，第 40 页。

〔32〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 5 页。

和受益人的利益衡量上难以谓之妥当。不过侵权法针对“好人办坏事”也有自己的特殊规则,最为典型的就是防卫过当和避险过当的规定,其中《民法典》第181条第2款规定:“正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,正当防卫人应当承担适当的民事责任。”第182条第3款规定:“紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。”

正当防卫是指为了避免不法侵害而采取的制止不法侵害的行为,主要是为了保护国家、公共利益、本人或他人的人身、财产和其他权利。正当防卫超过必要的限度,通常是指实施防卫行为不符合比例原则,对加害人造成了额外的损害。考虑到加害人毕竟实施了加害行为,正当防卫之时情形相对紧急,所以不能过于苛责防卫人,因而侵权法只规定防卫人承担适当的侵权责任。<sup>[33]</sup>紧急避险与正当防卫存在一定的区别,主要是为了自己或他人生命、身体、自由以及财产上的紧迫危险,不得已实施的加害他人的行为。<sup>[34]</sup>正当防卫主要是为了保护自己或他人的利益免受加害人的侵害,直接针对加害人或加害人之物实施的“攻击”行为,紧急避险则是针对第三人或第三人之物实施的“攻击”行为,从正当性程度上来看正当防卫要强于紧急避险。因而,如果构成正当防卫,那么就不需要对防卫相对人给予赔偿,只有防卫过当才需要给予适当赔偿,紧急避险则更为严格,即便是正当的紧急避险造成损害的,也需要给予受害人公平性质的适当补偿,如果避险过当则也需要承担适当赔偿责任,后一种是损害赔偿。<sup>[35]</sup>上述行为都具有紧急性的特征,紧急无因管理同样具有紧急性的特征,而且紧急无因管理是为了救助受益人的利益免遭侵害,最终因为方法或者方式不恰当导致受益人的损害,其正当性一般要高于紧急避险,与正当防卫难分伯仲。既然侵权法在紧急情形下的避险过当和防卫过当,都采用了“承担适当的责任”规则,紧急无因管理似乎也有遵循的可能性。

### (三) 相关可能路径的分析

无因管理作为债的发生原因之一,其在构造之上与合同和侵权相并列,有自己独立的适用规则。然而,无因管理本身兼具了合同和侵权的某些特征,其虽然不存在意思表示,但确实也是为他人管理事务;虽然具备违法性阻却的特征,但确实也是在干预他人生活。因此,在具体无因管理规则设置,或者构造相应法效果之时,我们需要综合考量合同规则和侵权规则。通过上文对合同规则的分析,我们可以发现一般无因管理和无偿合同具有一定的相似性,尤其是在符合受益人可推知的意思之时,而且无因管理还是发扬社会互助之风,因而其与无偿合同没有加以区分规制的正当性。既然我国在无偿合同的处理上通常降低债务人的注意义务,尤其是在与无因管理较为相似的无偿委托之上,要求受托人仅就故意和重大过失承担责任,那么无因管理中管理人的归责标准似乎应当与之保持一致,否则有违我国民法鼓励社会互助的价值取向。同样,通过上文对侵权规则的分析,我们可以发现紧急无因管理和正当防卫、紧急避险具有一定的内在联系,当事人在实施相关行为之时都具有紧迫性,管理人没有合理的实施管理造成损害的,也与防卫过当和避险过当具有一定的相似性。既然我国在防卫过当和避险过当的处理上要求当事人承担适当的责

[33] 参见陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1298页。

[34] 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第333页。

[35] 参见张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第120页。

任，那么管理人似乎也应当遵循上述规定，以保持体系上的一致性。

由此一来，如果从体系角度出发，分别考量合同规则和侵权规则，我们得出的结论如下：首先，如果参照无偿合同的规定，一般无因管理中，管理人造成受益人损害的，管理人应当免除一般过失的责任，仅在故意和重大过失的情况下承担赔偿责任；其次，如果参照侵权中紧急行为的规定，紧急无因管理中管理人造成受益人损害的，管理人虽然需要承担赔偿责任，但仅需在综合考量下承担适当的责任。上述结论是在外部规则体系考量下得出的，如果回归无因管理制度内部的体系考量，我们可以发现，紧急无因管理也属于无因管理，由于其管理情形的紧迫性，对于管理人注意义务的要求应当更低。因而，在双层借鉴合同规则和侵权规则的前提下，如果要保证合同规则和侵权规则内部体系的一致性，则需要对某一赔偿规则再进行限定。由于合同规则采用的是借助于主观标准分类来构造责任，技术上对此予以限定的可能性并不大，所以只能对侵权规则中的“承担适当的责任”予以再解释。该种适当的责任应当排除掉一般过失下的责任，为了体现对紧急无因管理人的特殊保护，即便在重大过失情形下，管理人也仅承担适当的赔偿责任。实际上我国《民法总则（四审稿）》第187条正是采用了上述规定，不过到底是“有心栽花”还是“无心插柳”则不得而知。

当然，上面综合借鉴合同规则和侵权规则的结论，也仅仅是一种可能路径，并不是唯一的可能性。<sup>〔36〕</sup>在逻辑上至少还有两种相对独立的可能性，一种是将合同规则推广至紧急无因管理，另一种则是将侵权规则推广至一般无因管理。正如上文所述，如果将合同规则推广至整个无因管理中，借助于主观归责要件来划分责任是唯一的出路，既然无偿委托中受托人仅需就故意和重大过失承担责任，一般无因管理中的管理人也应当遵循上述价值，仅就故意和重大过失承担责任。紧急无因管理中的管理人应当较之于一般无因管理中的管理人获得更多优待，因而最直接的结论是进一步放宽主观要件。在主观三分法的前提之下，免除紧急无因管理人一般过失和重大过失下责任，应当是形式上最直接的结论。如上文所述，这正是我国《民法典》第184条所采用的版本。由此可以看出，我国现有《民法典》关于无因管理的规定，在很大程度上是参照合同规则进行设计的。另一方面，我们也应当看到侵权规则也有独立推广的可能性，侵权规则并没有严格按照主观标准的划分来构造责任承担，而是采用了相对弹性的规则，紧急无因管理采用上述规则，解释上并无太大的障碍。同时，“适当的责任”的表述本身具有极强的弹性，可以纳入诸多考量因素，因而推广至一般无因管理之中，也并没有任何解释上的难题，仅有的注意事项是如何适当控制其具有的弹性，以便贯彻好比例原则，合理平衡管理人和受益人利益。

• 333 •

## 四、未来民法典解释论的展开

### （一）管理人责任减轻

我国民法上诸多理论继受自德国法，无因管理中管理人致害问题也不例外，学者们通常认

〔36〕 德国有学者注意到无因管理中的规定和侵权规定的差异，主张无因管理中对管理人主观上的优待，可以类推适用到侵权归责中，以此来保证无因管理和侵权的协调。Vgl. Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 14., neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2019, S. 366.

为,紧急无因管理中应当降低管理人的注意义务,管理人仅就故意和重大过失承担责任,而针对一般无因管理,管理人需要根据债务不履行承担责任,言外之意,需要就一切过错承担责任。我国有些学者认为上述规定过于严苛,为了实现对实施社会互助行为一般管理人的保护,学者们在解释上提出了“处理自己事务之注意标准”,该种归责标准典型的代表是《德国民法典》第277条。<sup>〔37〕</sup>然而该条在德国法上的解释存在诸多困境,“自己事务之注意标准”究竟是什么,很难简单地断定,甚至有德国学者直接主张将之解释为免除一般轻过失。<sup>〔38〕</sup>我国实证法并无该种注意标准,囿于比较法上针对该条存在的争论,解释论上是否需要遵循还有待进一步检讨。不过,虽然所选择的方法存在争论,但是也可以看出我国理论上存在减轻一般管理人责任的倾向。除此之外,我国还有学者主张直接将一般无因管理中管理人的归责标准限定为故意和重大过失,也即直接排除了一般过失承担责任的可能性。<sup>〔39〕</sup>结合紧急无因管理和一般无因管理来看,在紧急无因管理中,降低管理人注意义务,除了在如何降低上存在分歧,学界并不存在其他争论,但是就一般无因管理降低管理人的注意义务,学界并没有形成统一的观点,我国既有支持者,同时也存在反对者。综合来看,适当减轻一般无因管理中管理人责任有其正当性,具体理由有如下三点:

其一,从法政策角度考量,应当提倡社会互助行为,避免阻碍具有积极社会价值的行为。人虽然是独立的个体,但是依然是社会中的人,我们生活在复杂的社会之中,互相依靠、互相帮助、见义勇为等等,对于维持和促进社会和平和稳定具有积极的意义。我国学者也强调法律对无偿行为持有宽容的态度,并且主张贯彻“法律宽恕无偿奉献者的精神”。<sup>〔40〕</sup>无因管理行为有利于社会发展,符合共同利益的需要,也是社会道德的内在要求,民法规范对此应当予以鼓励和褒扬。如果法律仍然规定按照一般过错原则承担责任,虽然受益人未必一定会主张损害赔偿,但是该种责任会潜在影响实施无因管理的积极性。<sup>〔41〕</sup>

其二,从利益平衡角度考量,无因管理行为的无偿性也要求对管理人减轻责任。除非是职业行为,诸如医生实施救助,通常情况下无因管理具有无偿性,管理人实施管理行为只能主张必要费用和对固有风险下的损害进行主张,并不能向受益人主张报酬。无因管理行为的无偿性表明管理人是在为了受益人利益实施管理行为,因而只有通过减轻管理人执行管理事务所致损害的赔偿责任,才能平衡双方当事人利益。《民法典》侵权责任编就好意同乘减轻施惠者责任的做法,一定程度上也能为此提供支撑。<sup>〔42〕</sup>对于不为自己利益而造成损害承担责任的减轻也有例可寻,诸如《瑞士债法典》第99条第2款和我国台湾地区“民法”第220条第2款。

其三,基于无因管理与典型的无偿合同的相似性,需要对管理人的责任予以减轻。我国《民

〔37〕 我国学者在引入“处理自己事务之注意标准”之时,主要还是担心对管理人课以严重的责任,认为不应当要求过高。参见前引〔13〕,魏振瀛主编书,第582页。

〔38〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,沈小军校,中国人民大学出版社2014年版,第304页。

〔39〕 参见前引〔11〕,崔建远、韩世远、于敏书,第222页。

〔40〕 参见前引〔11〕,崔建远、韩世远、于敏书,第446页。

〔41〕 对无因管理中管理人的优待不仅仅体现在管理人致受益人损害的赔偿上,在无因管理人自己遭受损害的救济之上,我们同样应当给予其优待。参见冯德淦:《论无因管理中管理人遭受损害的救济》,载《财经法学》2021年第6期。

〔42〕 我国学者常常会将无因管理和情谊行为放置在一起讨论。参见王雷:《情谊行为基础理论研究》,载《法学评论》2014年第3期。

法典》关于典型的无偿合同的构造，采用了降低无偿债务人责任的方式，诸如赠与人、无偿保管人和无偿受托人，都获得了减轻责任的优待。学理上我们一直将无因管理看作准合同，并且认为应当类推适用委托合同的某些规定。<sup>〔43〕</sup>无因管理和无偿合同有诸多相似性，从价值体系一致性角度考量，管理人致害之时应当获得责任承担上的优待，这也有利于管理人在必要之时积极地实施管理行为，避免后顾之忧。

不过，我国亦有学者指出，无因管理中管理人毕竟没有经过受益人同意，就对受益人的事务予以干涉，与委托合同存在较大的区别，因而不应当降低管理人的责任。<sup>〔44〕</sup>持该观点的学者主要强调，无因管理本质上是无法律权源干预他人事务，这与委托合同存在本质区别，因而没有办法将委托合同的规定类推适用。但是该种观点值得商榷。无因管理分为适法无因管理和不适法无因管理，针对不适法无因管理，因为违背受益人的真实意思，通常没有类推适用委托合同规定的可能性。而针对适法无因管理，法律上以符合受益人可推知的意思作为前提，因而与典型的委托合同具有很强的相似性。我国《民法典》降低无偿受托人的责任，其基本考量亦是无偿性这一要素，并非来源于当事人之间的意思联络。<sup>〔45〕</sup>这一点亦可以从体系解释中得出，即有偿委托并未降低受托人的责任，依然按照债务不履行来处理，这恰恰说明了减轻责任无法从基于当事人意思的信赖中得出。从弘扬社会互助的角度更有降低管理人责任的必要性。此外，以比较法上一般无因管理的规定来否认降低管理注意标准的观点，忽视了比较法国家关于委托合同的规定，并没有注意到我国实证法与之存在的差异。综合来看，将委托合同中降低无偿受托人责任的规定，延续到无因管理中管理人致害的情形中，更加符合内在价值体系统一的要求。<sup>〔46〕</sup>

## （二）具体模式的选择

一如上文分析，减轻管理人责任的方式，主要有两种基本方法：一种是以合同规则作为参照，另一种则是以侵权规则作为出发点。与之相对应，比较法上同样存在两种做法：一种是从主观归责标准出发，通过提高归责标准，排除责任人在特定主观状态下的责任，较为典型的是排除一般过失或者轻微过失下的责任；另一种是考虑“当事人间法律关系”，并以之作为减轻侵权人责任的考量因素，从而建立起无偿行为导致侵权的责任减轻制度，如《荷兰民法典》第6:109条规定，法官得斟酌责任类型、当事人间的关系以及双方的给付能力而酌减赔偿额。<sup>〔47〕</sup>通常情况下只要操作得当，上述两种做法并不会导致显著的差异，往往会殊途同归地对管理人的责任予以限制。不过从本质上看，两种做法在方法论上仍然存在区别，该种差异主要表现为弹性的不同。具体而言，体现在如下两点上：首先，两种做法减轻责任的逻辑不一样。第一种做法是在责任构成上限制责任成立，第二种做法则是在责任承担上限制责任范围。其次，两种做法适用的限度存在差别。第一种做法是在“全有全无”的完全赔偿原则下展开，重大过失下要么完全承担责

〔43〕《民法典》亦将无因管理设置在准合同分编下，其中第984条更是认为经过追认的无因管理可以适用委托合同的规定，一定程度上认可了无因管理和委托合同之间的关系。

〔44〕参见易军：《论中国法上“无因管理制度”与“委托合同制度”的体系关联》，载《法学评论》2020年第6期。

〔45〕参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（下册），中国法制出版社2020年版，第1339页。

〔46〕无因管理、无偿合同和情谊行为一直被学者们放在一起讨论，其中的责任确定也存在许多关联。Vgl. Stefan Witschen, Haftung und Versicherung bei Gefälligkeiten, AcP 2019, S. 301ff.

〔47〕参见前引〔4〕，张家勇文。



任,要么完全不承担责任,只能采用极端的处理,第二种做法则更加具有弹性,即便在管理人重大过失的情况下,仍然可以减轻管理人的责任。我国《民法典》合同编采纳了第一种做法,侵权责任编则采纳了第二种做法。我国的理论研究和立法实践似乎偏向于采纳第一种做法,但新近在对完全赔偿原则反思的思潮下,也开始有学者主张采纳第二种做法。<sup>〔48〕</sup>

当然,如果将目光回溯到《民法典》中的一些新规定,我们可以发现上述责任构成和责任承担限制的模式也存在杂糅的趋势。典型如《民法典》第1217条规定:“非营运机动车发生交通事故造成无偿搭乘人损害,属于该机动车一方责任的,应当减轻其赔偿责任,但是机动车使用人有故意或者重大过失的除外。”就该条的规定来看,主要有两层含义:其一,从责任构成角度来理解,不管是一般过失,还是故意和重大过失,加害人均需要承担赔偿责任;其二,从责任承担角度来理解,故意和重大过失的加害人需要对造成的全部损害承担责任,而如果是一般过失,则可以减轻加害人赔偿责任。就善意同乘致害责任的承担,我国学者一直以来都存在争论,具体是要减轻责任以及如何减轻责任,不同的学者持有不同的观点。但是综合学者的观点来看,针对善意行为或者无偿行为,无论是理论研究还是具体的实践,通常均有适当减轻责任的倾向,而具体选择责任构成模式还是责任承担模式,依然存在不同的观点。<sup>〔49〕</sup>立法层面的多元使用,无疑使具体规则的解构构造存在一定的难度。

上述第二种做法以弹性化著称,避免依靠主观标准来限定责任的单一弊端,为比较法上许多国家所采纳。就损害赔偿弹性模式,我国学者存在两种不同的观点,一种是直接在责任构成和责任承担一体把握之上来理解,另一种则是在责任构成之后的责任承担之上来理解。前者是直接在责任构成上考量,突破传统责任构成要件理论,并不严格遵循过错、损害、因果关系和违法性要件;后者则是在责任承担上考量,原则上先依据责任构成要件判断责任是否成立,再在此基础上对责任范围予以限定。<sup>〔50〕</sup>前者颠覆性的重塑损害赔偿法,操作不当有可能落入自由法学,增加法官裁判的任意性,不利于当事人固有利益和行为自由的保护。<sup>〔51〕</sup>后者在责任构成的基础上,通过责任承担来实现减轻的效果,一定程度上既遵循了责任构成的理论,同时也可以引入其他考量因素来确定损害范围。最为关键的是,管理人的主观状态,诸如轻过失、一般过失、重大过失均可以作为损害范围确定的因素,因而该种做法实际上可以涵盖合同规则所确立的方法,即以主观归责标准出发、通过提高归责标准减轻管理人的责任承担,而且较之于合同规则更加具有弹性和包容性。比较法上诸如《意大利民法典》第2030条、《法国民法典》第1374条都规定在确定具体损害的前提下,法官可以根据具体情况减轻管理人的责任。<sup>〔52〕</sup>该种方案可以兼采合同规则和侵权规则的优势,笔者认为我国解释论上也应当遵循该种做法。<sup>〔53〕</sup>

〔48〕 参见前引〔9〕,王道发文。

〔49〕 参见前引〔4〕,张家勇文。

〔50〕 前一种观点参见前引〔18〕,郑晓剑文;后一种观点参见冯德淦:《侵权损害完全赔偿原则之新阐释》,载《西南政法大学学报》2018年第3期。

〔51〕 参见周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,载《环球法律评论》2015年第2期。

〔52〕 参见前引〔33〕,陈甦主编书,第1317页。

〔53〕 比较法上许多国家都设置了责任减轻条款,认为在例外情况下法官可以适当减少特定民事主体的责任,参见前引〔8〕,克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希书,第136页。



具体而言，在确定具体损害赔偿之时，仍然应当以责任构成作为前提判断，只有管理人的行为和受益人所遭受的损害之间存在因果关系的情况下，才会进一步判断管理人所需承担责任的范围。就管理人责任范围的确定，不同的学者可能会提出不同的因素，但是笔者认为重点应当考虑如下三个因素：遭受损害的利益性质、管理人的主观过错形态和实施管理时的紧迫程度。首先，无因管理中管理人致受益人遭受损害，可以分为财产利益和人身利益。通常情况下，法律对人身权益的保护力度要强于财产利益。其次，管理人主观过错形态分为一般过失和重大过失，如果再精细一点划分，可以分为轻微过失、一般过失和重大过失三种形态。过失程度越高可归责性也就越高，原则上轻微过失和一般过失不承担赔偿责任，只有在例外情况下才承担一定的责任。最后，关于实施管理时的紧迫程度，德国、日本和我国台湾地区都在构造上区分了一般无因管理和紧急无因管理，我国立法者则确立一般无因管理和见义勇为二分法，虽然在表述上并不严谨，但是解释论上同样可以认为我们是按照紧迫程度进行区分。原则上，情形越紧迫，对管理人的要求也就越低，同等情况下承担的责任也应当越少；如果情形并不紧迫，甚至有足够的时间准备，此时即便是无偿性的行为，承担的责任也应当相当于或者至少接近有偿性的行为。

### （三）民法典解释适用

在《民法通则》时代，我国实证法对无因管理的规定相对粗糙，并未对管理人致使受益人遭受损害问题予以明文规定。理论上主要借助于比较法上的规定和学说，构造起我国法上的适用规则，在一定程度上也忽略了我国实证法上既有的其他制度的规定。《民法典》为了提倡见义勇为，避免实践中频发的“英雄流血又流泪”，在第184条明确规定：“因自愿实施紧急救助行为造成助人人损害的，救助人不承担民事责任。”<sup>〔54〕</sup>该条以见义勇为为立法想象，但实质上确立起我国紧急无因管理下，管理人致受益人遭受损害的赔偿规则。不过该条较为极端，在文义上直接限定为“救助人不承担民事责任”，言外之意管理人除了具有主观故意，原则上无需就所有过失承担责任。<sup>〔55〕</sup>上述规定在司法实践中并没有得到完全贯彻，如有裁判认为该条虽然是免责规定，但是针对违法行为和重大过失行为，仍然需要承担相应的民事责任。<sup>〔56〕</sup>针对一般无因管理中管理人致害，《民法典》第979条以下并未具体规定相应的责任承担，解释论上有多种可能性，分别是适用一般的债务不履行规则、适用一般的侵权责任规则和类推适用无偿合同规则，如何恰当地选择是民法解释的难题。上文已经为我国解释论的具体选择提供了基本方向，但是如何结合我国既有的实证法的规定具体展开，则还需要借助价值平衡来合理解释确定。

从利益衡量的角度来看，我国现有立法针对紧急无因管理偏向对管理人的保护，而在一般无因管理上，则又偏向对受益人的保护。紧急无因管理中免除管理人一切过失责任，虽然有彰显社会救助之风，消除救助人后顾之忧的功能，但若不加约束放任管理人随意救助，反而会适得其反，有时造成的损害比本来的损害还要大。同时，《民法典》第184条的解释不应忽视侵权法中类似制度的规定，诸如防卫过当和避险过当都给紧急无因管理致害提供了参照，尤其是防卫过当

〔54〕 参见王利明：《〈民法总则〉的本土性与时代性》，载《交大法学》2017年第3期。

〔55〕 参见前引〔10〕，李宇书，第871页。

〔56〕 参见辽宁省阜新市中级人民法院（2018）辽09民终237号民事判决书。

尚要承担适当的责任,管理人更无优待的必要性。以此来看,《民法典》第184条在规定的上存在漏洞,我们需要对该条做限缩解释。该条规定实际上只是表明紧急情形下,管理人在重大过失之下仍有不承担责任的可能,并不当然的解释为管理人无需就一切过失承担责任。与紧急无因管理存在立法明确规定稍有不同,就一般无因管理中的致害问题,我国实证法则并未具体明晰。一如前文所述,主流学者认为,一般无因管理应当按照债务不履行或者侵权来处理,这要求管理人管理他人事务之时要管理得当,否则有承担责任的可能性,该种做法不利于鼓励社会互助,与我国法价值存在一定的冲突。未来解释上,我们应当重新审视体系解释因素,尽量与我国《民法典》中关于无偿合同的规定保持统一,但是在考量因素上不限于主观标准,还需要纳入利益类型等其他因素予以共同考量。

综合而言,无论是紧急无因管理,还是一般无因管理,《民法典》关于管理人致使受益人遭受损害的赔偿责任规定,仍然存在许多有待完善之处。司法实践亦有将裁量权交由法官的传统,按照特定的比例确定相应的赔偿额。但是在具体论证之时,司法实践则表现得较为单薄,有时甚至借助于因果关系来确定具体的赔偿额,这给司法实践的统一适用带来了巨大的困难。为了有效限制司法实践中的任意性,在具体解释适用之时,我们可以为赔偿额的确定限定一个基本框架。具体而言,我们应当结合遭受损害的利益性质、管理人的主观过错形态和实施管理时的紧迫程度等因素进行衡量,确定具体的赔偿额。首先,考虑到无因管理行为的无偿性,我国又有鼓励社会救助的传统,因而管理人轻微过失导致的损害,无论管理是否具有紧迫性,也不论侵害利益的类型,管理人并不需要承担责任。其次,如果管理人侵害的利益是财产利益,而且管理并不具有紧迫性,应当继续参照合同法中关于无偿合同的规定,免除轻微过失和一般过失下管理人的责任。如果管理具有紧迫性,那么原则上管理人仍然仅就故意或者重大过失承担责任,不过重大过失的认定应当更为严格。如果情形特别紧迫,也可以减轻重大过失下的责任承担,管理人仅需承担适当的责任。最后,如果管理人侵害的利益是人身利益,而且管理并不具有紧迫性,管理人原则上需要就轻微过失之外的所有过错承担责任。<sup>[57]</sup>如果管理具有紧迫性,那么管理人原则上仅就故意和重大过失承担责任。当然,上述基本轮廓也有修正的可能性,基于公平原则的考量,管理人自己举证证明存在其他需要考量的减免事由的,法官得在综合考量其他因素的基础上,对上述结论予以适当修正。<sup>[58]</sup>

上面主要分析的是受益人的事务确实需要管理,只不过管理人在实施管理行为之时,存在一定的过错造成损害的情形。除此之外,如管理人错误地以为他人事务需要管理,此时是否可以适用责任减轻的规定?在一般无因管理中,由于管理情形并不具有紧迫性,管理人可以充分了解情况再实施管理,如果错误地进行管理,通常情况下过错程度较高,可以依照侵权规则 and 不当得利规则进行处理,并不需要给予管理人优待。然而,在紧急无因管理中,如果管理人错误地认为存在紧急的危险,此时减轻规则是否需要予以适用,解释论上存在较大的争论。<sup>[59]</sup>我国主流学者

[57] 比较法上,各个国家对于人身利益的保护,一般要强于对财产利益的保护,许多国家的学者都认为不能事先免除对人身造成伤害的责任。参见前引〔8〕,克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希书,第132页。

[58] 参见前引〔4〕,张家勇文。

[59] 参见前引〔36〕,Looschelders书,第370页。

认为，只有存在真正的紧迫危险之时，才可以适用减轻规则。<sup>〔60〕</sup>比较法上大部分文献和法院判决同样遵循这一观点。<sup>〔61〕</sup>从《民法典》第184条文义表达来看，并不能将之直接适用于误以为存在紧迫危险的情形，但是第184条的规范目的是对紧急容易出错的救助行为加以保护，这就意味着该条有扩张解释的可能性。<sup>〔62〕</sup>误以为存在紧迫风险予以管理，管理人并不是为了自己的利益，而是为了他人的利益，管理人很难在紧迫的情形下，做出是否管理的合理决定，解释论上不应严苛要求。根据案件的具体情况，适当减轻责任符合法价值的要求。<sup>〔63〕</sup>

---

**Abstract:** Whether the beneficiary can claim compensation for the damage caused by the manager and whether it needs to be reduced or exempted in the no cause management is controversial in theory and practice. From the perspective of the overall structure, the damage caused by the manager lingers between the contract rules and the tort rules. It can be handled with the rules of non-performance of debts or regulated by the tort rules. The gratuitous contract rules in the contract law provide a reference for general management without cause, and the self-defense and emergency avoidance rules in the tort law provide a reference for emergency no cause management. These two sets of rules follow different damage compensation theories, but show the same trend of reducing the liability of the manager. The Civil Code stipulates the harm caused by the manager under the emergency no cause management, but it inappropriately excludes all the fault liability of the manager. The future interpretation theory needs to limit this. As for the choice of the path for the reduction of the manager's liability, the construction mode of liability bearing adopted by the tort law is more flexible, which should be followed in the interpretation theory, but the role of the path of contract law cannot be ignored. As for the scope of the manager's liability, it should be finally determined under the guidance of the principle of fairness by comprehensively considering the nature of the interests suffered, the subjective fault pattern of the manager and the urgency of the implementation of the management.

**Key Words:** no cause management, gratuitous contract, gross negligence, liability relief, principle of fairness

---

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

---

〔60〕 我国学者认为，若现实情形非属紧急情形，而救助入因其自身原因误认为紧急情形的，并无第184条的适用。参见前引〔30〕，房绍坤、张玉东文；前引〔12〕，张广兴主编书，第382页。

〔61〕 Vgl. MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 680, Rn. 7; OLG Koblenz NJW 1962, 1515; OLG Bamberg VersR 1976, 997.

〔62〕 参见前引〔5〕，Wandt书，第75页。

〔63〕 我国台湾地区学者也认为误信紧迫危险而管理，可以减轻管理人的注意义务。参见前引〔6〕，王泽鉴书，第329页。

## 论无因管理中管理人遭受损害的救济

冯德淦\*

**内容提要：**无因管理中管理人遭受损害的救济模式，解释论上存在着借助于必要费用统合自愿性支出费用和非自愿性遭受损害的一元模式，也有区分两者进行规制的二元模式。我国早期实证法不恰当地采用了杂糅模式，分别就一般无因管理和特殊无因管理进行构造，针对管理人遭受的损害，前者适用损害赔偿原理，后者则架构在公平责任之上，反而带来了价值上的错位。《民法典》为了调和前述矛盾，统一了一般无因管理和特殊无因管理，却不恰当地采用了二元模式，将遭受损害的救济架构在公平责任之上。虽然必要费用和损害赔偿不具有同一性，但是只要与执行事务高度相关的合理利益减少，实证法都需要对此予以救济。就损害赔偿额较高时的控制，应当采用内外部协作的方法，借助于事务固有风险和损害额酌减制度来完善。对于紧急救助行为之下救助人所遭受损害的救济，可以放宽赔偿标准，引入公平责任予以完善。

**关键词：**无因管理 遭受损害 必要费用 公平责任 适当补偿

### 一、问题的提出

无因管理中管理人遭受损害时应如何救济？自《民法通则》以来的规范性文件对此均有所涉及，但并无定论；司法实践对此亦无统一立场。早期无因管理的规定，直接借助于必要费用一统自愿性支出的费用和非自愿性遭受的损害，但是针对特殊无因管理也即见义勇为行为，却采用了二分法的构造，即自愿性支出的费用全部赔偿，而非自愿性遭受的损害适当补偿。针对费用的支出，原则上并不设置任何限额，但是就管理人遭受损害，尤其是在见义勇为案型中，司法解释却引入了本人受益范围作为限制，其中的合理性颇值怀疑。

特殊无因管理中费用和损害二元规制的方法，在《民法典》制定讨论阶段，被推广至整个无

\* 冯德淦，华东师范大学法学院讲师。

因管理之中。《民法典》第979条第1款针对管理人遭受损害的救济采纳了适当补偿的做法,与必要费用的完全赔偿有所区别。在我国既有责任体系下,适当补偿一般被归为公平责任,其基本意蕴在于本来无需进行赔偿,但是出于公平考量予以补偿。那种从无到有的思维路径必然会降低对管理人的救济。除此之外,适当补偿在我国司法实践中一直存在较大弹性,具体操作中如何控制确实是未来解释的难题。为了厘清管理人遭受损害的救济,下文将从立法和裁判的嬗变出发,在既有立法史和比较法的基础上反思解释论的可能路径,并最终为我国无因管理中管理人遭受损害的救济,寻求解释论上的合理出路。

## 二、立法和裁判的嬗变

### (一) 规范性文件的沿革

自《民法通则》实施以来,我国针对无因管理中管理人遭受损害的救济就一直存在争论。其中《民法通则》第93条明确规定管理人有权要求受益人偿付因为管理而支付的必要费用,但是该条并没有直接涉及管理人遭受损害救济的问题。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(下称《民通意见》)第132条则指出,《民法通则》第93条中所规定的必要费用,包括在管理或者服务活动中直接支出的费用,以及在该活动中受到的实际损失。主流学说也认为,《民通意见》第132条中的实际损失包括损害赔偿。因而从上述规定来看,在《民法通则》时代,就管理人遭受损害的救济,似乎采取的是肯定的态度,只是在类型上稍加限定。<sup>〔1〕</sup>不过较为有趣的是,针对特殊无因管理之见义勇为行为,《民法通则》第109条却有别于一般无因管理的规定,在侵权法救济模式之下,认为救助人仅可以主张适当补偿,《民通意见》第142条则对此予以了进一步明确,认为救助人可以根据受益人受益多少和经济状况获得适当补偿。在上述损害限制的基础上,就见义勇为过程中遭受的人身损害,《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2003)[下称《人身损害赔偿司法解释》(2003)]予以额外限定,其第15条规定适当补偿应当以受益人受益的范围为限额。

从上面的梳理来看,在《民法通则》时代,我国规范性文件区分一般无因管理和特殊无因管理,分别确立了管理人遭受损害的救济。具体而言,在一般无因管理中肯定了管理人遭受损害的完全赔偿原则,而在特殊无因管理中则只确立了管理人遭受损害的适当补偿原则。主流解释论认为,适当补偿和完全赔偿各自都有自己的适用范围,但是这种解释带来的问题是,特殊无因管理中管理人的保护反而低于一般无因管理,尤其在特殊无因管理的见义勇为案型中,上述立法安排则显得极不恰当。<sup>〔2〕</sup>《侵权责任法》并没有改变上述格局,虽然第23条并没有继续受制于《人身损害赔偿司法解释》(2003)中所设定的以受益范围为限额的限制,但是其仍然坚持了适当补偿原则。此外,从体系的安排来看,与该条紧密相邻的即为我国侵权法上著名的公平责任条款,

〔1〕 参见崔建远、韩世远、于敏:《债法》,清华大学出版社2010年版,第224页。

〔2〕 有学者认为该种立法安排“反倒会使见义勇为为行为人得不到充分赔偿,从而造成背离实质正义的尴尬结局”。高圣平主编:《中华人民共和国侵权责任法:立法争点、立法例及经典案例》,北京大学出版社2010年版,第299页。

这似乎更加明晰了责任类型，一定程度上也决定了司法实践中对管理人遭受损害的救济力度。<sup>〔3〕</sup>《民法总则》第121条规定了一般无因管理中管理人的必要费用偿还请求权，在解释上通常认为，该条延续了《民法通则》第93条的解释，涵盖了损害的救济，仍然肯定了管理人遭受损害的完全赔偿原则。而《民法总则》第183条在特殊无因管理（以见义勇为为典型）的处理上，对管理人遭受的损失遵循适当补偿原则。<sup>〔4〕</sup>

无论是《民法通则》时代，还是《民法总则》时代，我国实证法在处理无因管理中管理人遭受损害的救济问题上，区分规制所带来的矛盾贯穿始终。民法典编纂的过程中，立法者为了妥善解决上述争论，在无因管理制度中作出了巨大的变革。《民法典》第979条第1款对必要费用和遭受损害分别予以了明确，原则上认为必要费用需要予以赔偿，但是遭受损害则是适当补偿。《民法典》第183条针对特殊无因管理中管理人遭受损害的救济，与《民法总则》第183条并无区别，继续保持遭受损害的适当补偿原则。从这个角度来看，在民法典时代，无论是一般无因管理还是特殊无因管理，管理人遭受损害的救济，都采取了适当补偿原则，因而区分规制所带来的矛盾也因为统一规定被消解。不过这种统一规定并不当然化解所有矛盾，适当补偿本身的性质究竟是什么，具体在司法实践中如何确定其适当性，仍然是未来解释适用的难点。除此之外，适当补偿本身所承载的问题可能介入一般无因管理制度之中，管理人遭受损害的救济力度可能大幅下降。未来如何妥善解释必要费用和损害赔偿之间的关系，则仍然是解释论的重中之重。

## （二）司法实践的不统一

一般无因管理中管理人遭受损害该如何救济，司法实践主要有四种不同的做法。首先，有的判决直接将一般无因管理和特殊无因管理杂糅，一开始明确应当根据《民法通则》第93条的规定，肯定管理人享有必要费用求偿权，再根据《民通意见》第132条的规定，认为必要费用包括直接支出的费用和遭受的损失。但是在遭受人身损害问题上，又直接援引特殊无因管理的规定，认为应当适用《人身损害赔偿司法解释》（2003）第15条的规定，适用适当补偿原则。<sup>〔5〕</sup>其次，有的判决则并不认为一般无因管理可以适用特殊无因管理的规定，仍然强调本人需要对管理人的必要费用和实际损失进行赔偿，并不适用适当补偿的规定。不过在实际损失的具体确定上，该种判决认为残疾赔偿金、精神损害抚慰金、营养费等均不属于支出的必要费用或实际损失，而对于医疗费、护理费、鉴定费和伙食补助费都全额予以支持。<sup>〔6〕</sup>再次，有的判决虽然认为本人无需全部予以赔偿，但是其基本思路是认为无因管理仍然需要对实际损失全部赔偿，只不过在具体操作的过程中，管理人往往自身也具有过错，因而适用过错相抵原则减少责任的承担。<sup>〔7〕</sup>最后，还有的判决虽然以过错相抵原则为出发点，但是认为应当综合考量事故原因、损害事实、损害后

〔3〕 参见刘凯湘：《债法总论》，北京大学出版社2011年版，第41页。

〔4〕 参见王竹：《见义勇为人为受损受益人补偿责任论——以〈民法总则〉第183条为中心》，载《法学论坛》2018年第1期。

〔5〕 参见广西壮族自治区河池市中级人民法院（2016）桂12民终1264号民事判决书。

〔6〕 参见浙江省宁波市中级人民法院（2010）浙甬民一终字第419号民事判决书。

〔7〕 参见江苏省南通市中级人民法院（2016）苏06民终3439号民事判决书；湖北省咸宁市中级人民法院（2015）鄂咸宁中民终字第468号民事判决书。



果等因素,最终确定所需承担的赔偿责任,运用多因素考量确定责任范围。〔8〕

就特殊无因管理而言,管理人或救助入遭受损害的救济,其实主要体现为人身损害,司法实践中主要有四种不同的做法。首先,有的判决在救助入遭受人身损害之时,直接根据《民法通则》第109条和《人身损害赔偿司法解释》(2003)第15条的规定,不管发生损害的具体情形,直接确定一个补偿数额,对补偿数额并没有进行解释,同时该数额往往大幅度低于遭受的损害。〔9〕其次,有的判决在救助入遭受人身损害之时,并没有援引特殊无因管理的规定,即关于见义勇为的规定,而是直接适用一般无因管理的规定,主张应当对必要费用和实际损失全部赔偿,这些案件主要适用的法条是《民通意见》第132条。〔10〕再次,有的判决是针对特殊情况的处理,在管理人自身因素引发损害之时,如管理人本身有高血压病史,实施救助行为导致病发,此时考虑到救助行为属于诱发原因,因而让受益人承担一定比例的责任。〔11〕最后,还有的判决并没有明确界定见义勇为和无因管理的关系,同时也没有援引特殊无因管理中遭受损害的规定,而是直接适用我国《民法通则》和《侵权责任法》中关于公平责任的规定,认为本人并无过错,但从公平原则及弘扬社会互助等方面考虑,应当给予救助入一定的经济补偿。〔12〕

司法实践所呈现出来的态势,一种是一般无因管理会援引特殊无因管理的规定,另一种则是特殊无因管理会直接适用一般无因管理的规定。针对管理人所遭受的损害,如果适用适当补偿的规定,补偿的数额往往较低,难以和管理人遭受的损害相匹配。司法实践中对适当补偿的定位,似乎并没有定性为损害赔偿,而是纳入公平责任范畴,该种选择表现为,一些判决并没有援引特殊无因管理的规定,而是直接适用了《民法通则》和《侵权责任法》中公平责任条款。此外,通过对大量案例的分析,我们也不难发现,如果管理人遭受损害的数额相对较低,通常是财产损害的情形下,往往法院会对全部损害予以支持,但是如果管理人遭受损害的数额相对较高,尤其是管理人遭受重大人身伤害或者丧失生命之时,法院通常情况下会适用适当补偿的规定,并且补偿的数额一般较低。司法实践中这种区分人身损害和财产损害进行处理的方式,一定程度上来源于我国《人身损害赔偿司法解释》(2003)的规定。该解释第15条针对特殊无因管理中管理人遭受人身损害的赔偿,认为受益人可以在受益范围内给予适当补偿,从司法解释的考量来看,主要是担心人身损害的赔偿额较高,如果对此全部予以赔偿,反而会给受益人带来巨大的负担。但是,这种区分本身是否合理,一直以来是理论争论的焦点,再加上《侵权责任法》《民法总则》和《民法典》并没有延续《人身损害赔偿司法解释》(2003)中限定人身损害和受益范围的规定,司法实践中适用的不统一也由此而生,何时全部赔偿、何时适当补偿,法官无法对此准确把握。

### (三) 损害救济初步结论

从规范性文件的沿革以及司法实践的不统一,我们不难看出,无因管理中管理人遭受损害的

〔8〕 参见安徽省宣城市中级人民法院(2015)宣中民一终字第00222号民事判决书。

〔9〕 参见福建省闽侯县人民法院(2016)闽0121民初2357号民事判决书;渭南市中级人民法院(2012)渭中法民一终字第00267号民事判决书。

〔10〕 参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2002)越民初字第767号民事判决书。

〔11〕 参见黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2018)黑01民终5872号民事判决书。

〔12〕 参见江苏省徐州市中级人民法院(2015)徐民终字第3330号民事判决书。

救济确实存在不同的观点。早期规范性法律文件并没有对管理人遭受损害予以重视，只是强调对管理人支出的必要费用予以赔偿，但是随着实践不断发展，管理人在实施管理行为之时遭受损害的情形越来越常见，尤其是在特殊无因管理中，因为管理情形的紧迫性，遭受损害的情形则更为常见。为了鼓励社会互帮互助之风，我国司法解释对必要费用做了扩大解释，认为其涵盖管理活动中直接支出的费用和实际受到的损失。<sup>〔13〕</sup>由此来看，从一般无因管理的宏观理解上，我国司法实践似乎初步肯定了对管理人遭受损害的救济。但是这种完全赔偿的方式，在许多案件中，尤其是管理人因为管理遭受人身损害的情形下，本人将会面临巨大的赔偿责任，这给本人带来了难以预估的负担。这在特殊无因管理中尤为典型。为了限制这种超出本人预估的责任，无论是《民法通则》和《民通意见》，还是《侵权责任法》和《民法总则》，都认为特殊无因管理人，也就是见义勇为中的救助人，仅享有适当补偿的权利。

基于立法和裁判的变革，我们可以确定的是，我国实际上从早期肯定对管理人实际损失救济，发展到限制部分无因管理中管理人遭受损害的救济。针对限制的部分，从早期只限定遭受人身损害的救济，后来逐步扩展到对管理人遭受所有损害的限制。从现阶段的发展来看，尤其是随着《民法典》的实施，该种对损害的限制，已经扩展到所有的无因管理案件中，并不局限于见义勇为为案型。<sup>〔14〕</sup>但不可否认的是，适当补偿在我国一直架构在公平责任原则之上，其基本的理论出发点是对本来不需要予以救济的损失，基于公平原则考量给予适当补偿。<sup>〔15〕</sup>该种从本来不需要予以救济、到后来基于公平原则考量给予适当救济的路径，必然只能是基于社会人道的原因，因而其救济的力度往往较低，甚至仅仅是象征性的救济。<sup>〔16〕</sup>其实，无因管理中管理人遭受损害的救济，与上述公平责任原则存在一定的差异，其根本出发点在于本来就需要救济，但是因为某些情形下，尤其是管理人遭受人身损害之时，考虑到救济赔偿额畸高，因而需要予以适当限制。在此基础上，从《民法通则》以来，我国一直有限制管理人损害救济的倾向，但是其与公平责任原则仍然存在巨大差异。如果不恰当地架构在公平责任原则之上，反而会降低对管理人的保护，不利于提倡社会互帮互助之风。<sup>〔17〕</sup>因而，解释论上如何妥善安排管理人遭受损害的救济，在何种情形下需要全部予以救济，在何种情形下需要予以限制，限制的考量因素是什么，这些都是未来理论研究的重中之重。

### 三、解释论的可能路径

管理人遭受损害的救济是和必要费用的偿还一致，按照无因管理之债来展开，原则上肯定其

〔13〕 我国学者在经典教科书上亦多支持对管理人遭受的损害予以救济。参见张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第859页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社2017年版，第583页。

〔14〕 我国早期有学者在论著中已经认为一般无因管理中管理人遭受损害的救济，也应当适用适当补偿。参见前引〔3〕，刘凯湘书，第41页。

〔15〕 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第104页。

〔16〕 参见河南省罗山县人民法院（2008）罗民初字第517号民事判决书；河南省南阳市中级人民法院（2004）南民一终字第75号民事判决书；四川省雅安市中级人民法院（2016）川18民终1272号民事判决书。前两个判决几乎是在对半补偿，最后一个则象征性的确定补偿额，总的来说确定数额的原因未进行分析，补偿额远远低于损害额。

〔17〕 我国还有学者提出了“法定补偿义务说”来代替公平责任，但是两者均强调分担损失的功能，除了解释路径上的差异，并没有本质区别。参见王轶：《作为债之独立类型的法定补偿义务》，载《法学研究》2014年第2期。

完全救济,仅在遭受损害的类型上进行控制,还是采用和必要费用偿还不一致的做法,仅引入适当补偿的救济方式,并不就管理人遭受的损害全部赔偿,对此,比较法上不同的国家采用了不同的做法,综合来看如果对必要费用和遭受损害采取统一态度,我们可以称之为二元模式,如果对必要费用和遭受损害采取不同态度,我们可以称之为二元模式。当然我们还应当注意的是,如果对无因管理的类型进行分类,针对不同的无因管理类型采用不同的模式,立法论上还会出现一元模式和二元模式的杂糅情形。下面笔者将结合比较法和我国的立法、解释现状予以展开。

### (一) 一元模式构造

一元模式的核心在于,无论是基于主观自愿而支出的费用,还是非基于主观自愿而遭受的损害,原则上都需要予以赔偿,并不会采取不同的救济理论。一元模式具体则又体现为两种构造,一种是直接利用“必要费用”来统合自愿性支出和非自愿性损害,另一种则是分别规定自愿性支出和非自愿性损害,但是无论如何规定,都肯定了对管理人予以赔偿。一元模式构造最为典型的立法例即为德国和我国台湾地区,德国法在立法上对遭受损害的救济保持了沉默,解释论上借助于“必要费用”来统合,而我国台湾地区则直接在相关规定中区分自愿性支出费用和非自愿性遭受损害,并且认为都需要予以赔偿。

就德国法而言,根据《德国民法典》第683条第1句和第670条,本人需要承担管理人所产生的费用,这个请求权比不当得利范围还要广,并不限于受害人获利的范围,而是包括一切被认为有必要的费用,更进一步,德国法扩张解释了必要费用的范围,将损害赔偿请求权纳入其中。<sup>〔18〕</sup>即便如此,德国法也不是对管理人受到的所有损失进行救济,而是认为应当对该种损害赔偿请求权进行限制。德国学者认为,除了损害和事务执行具有事实因果关系之外,损害必须归因于委托的执行,两者之间具有相当性。当然,也并非所有具有相当因果关系的损害都需要进行救济,在讨论委托合同受托人损害赔偿之时,德国学者就认为《德国商法典》第110条第1款的规定提供了一个重要的指引,该条认为公司对“直接因执行业务或与执行业务不可分离地联系在一起的危险而遭受损失的”股东应当负担赔偿义务。<sup>〔19〕</sup>因而,委托合同应当类推适用上述标准,无因管理制度借助委托合同的媒介,也应遵循这一判断方法。根据该标准,本人实际上承担的是风险责任,如果损害来自与管理密不可分的风险,则损害应当与费用等同视之。<sup>〔20〕</sup>德国学者认为,不能仅仅因为本人没有过错,就排除完全赔偿原则的适用,因而固有风险下的损害都需要救济。<sup>〔21〕</sup>除此之外,德国有学者对精神损害和死亡赔偿金等问题,也保留了救济的可能性。<sup>〔22〕</sup>

与德国法模式不同的是我国台湾地区的规定,台湾地区“民法”第176条表现得极为直接,其认为管理人在管理的过程中,无论是支出的必要或有益的费用,或者是为管理所负担的债务,

〔18〕 Vgl. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht 10., völlig neu bearbeitete Auflage, Rn.1270, Rn.1273.

〔19〕 Vgl. MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, BGB § 670, Rn. 16; Peifer, Schuldrecht-Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Nomos, 2017, S. 302.

〔20〕 德国学者将需要救济的损害称为“典型风险下的伴随损害”。参见前引〔19〕, Peifer书,第302页。

〔21〕 当然司法实践也有例外,有的判决类推适用《德国民法典》第670条的规定,认为仅就典型的与风险相关的损害给予适当、公平的赔偿。Vgl. Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Auflage, 2019, Verlag Franz Vahlen, S. 64.

〔22〕 参见前引〔21〕, Wandt书,第64页。

抑或者是管理活动中遭受的损害，管理人都可以向本人请求赔偿。台湾地区学者在此基础上认为，并非所有的损失都需要予以救济，只有那些与管理行为具有相当因果关系的损害需要进行救济。<sup>〔23〕</sup> 基于此可知，我国台湾地区并没有对无因管理中管理人的损害赔偿请求权进行额外的限制，仅仅是采用了确定损害的一般理论即相当因果关系理论。从形式上来看，台湾地区的规定似乎最为宽泛，并不去限制遭受损害的救济，这较之于德国法显得相对宽松。<sup>〔24〕</sup> 不过相当因果关系理论中也暗含着可预见性理论，其本身具有一定的连通性，在规范性评价之下，对于遭受损害的救济，同样可以起到限制的作用。<sup>〔25〕</sup> 例如在日本，许多学者主张采预见可能的类型化说，该种观点认为，应当根据无因管理人能否预见到损害的发生来决定，一般情况下“偶然损害”并不属于管理人预见的范围，对于自己可以预见的财产损害则应当纳入救济范围之内，如救助落水者而污损衣物等。<sup>〔26〕</sup> 对于管理人所遭受的人身损害，是否属于预见的范围，则存在不同的观点，但是日本主流学说似乎认为，人身损害并不在预见的范围之内，因而不需要予以救济。<sup>〔27〕</sup> 日本公法对见义勇为的救助则较为发达，一定程度上限制了私法的发展。

我国《民法通则》第93条和《民通意见》第132条就一般无因管理规定，管理人遭受损害之时本人应当给予赔偿。不过该种赔偿并非是对管理人在实施无因管理的过程中遭受的一切损害予以救济，同样需要考量哪些损害和管理行为具有相当因果关系，同时也要关注该种损害是否属于本人的预见范围之内，即对相关损害进行可预见性评价。从这个层面来理解，针对一般无因管理，认为我国法对管理人受到的全部损失予以救济并不完全准确，更准确的说法是，我国法强调的是对管理中合理的损害进行救济，而合理性的判断则借助于相当因果关系理论和可预见性理论。<sup>〔28〕</sup> 因而，在一元模式中，管理人遭受损害的救济，一般定性为损害赔偿赔偿责任，虽然均强调对管理人遭受损害的赔偿，但是该种赔偿针对的并不是一切损失，而是在规范评价下的特定损失。一般该种损失被纳入救济的范围中，那么自然也就需要予以全部赔偿，所以说一元模式下管理人遭受损害的救济，主要是通过对损害类型化，并最终确定哪些损害需要予以救济。

## （二）二元模式构造

二元模式的核心在于，区分自愿性支出的费用和非自愿性遭受的损害，运用不同的救济原则进行规制。对于必要或有益费用，原则上应予全部赔偿，但是针对非自愿性遭受的损害，则采用弹性条款的方式，放弃了完全赔偿原则。二元模式在具体的构造上，针对损害赔偿的救济存在两种不同的立法模式，一种模式是在公平责任原则下进行构造，进而认为需要对管理人予以适当补偿，另一种模式则是在完全赔偿原则下进行修正，认为对于管理人遭受的损害需要予以赔偿，但

〔23〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第68页；王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第325页。

〔24〕 我国学者也有持相当因果关系来限制损害赔偿的观点。参见前引〔1〕，崔建远、韩世远、于敏书，第224页。

〔25〕 参见李中原：《论侵权法上因果关系与过错的竞合及其解决路径》，载《法律科学》2013年第6期。此外，我国台湾地区学者还强调，无因管理下的损害赔偿与完全赔偿原则有一定的差距，原则上管理人不得请求报酬。参见邱智聪：《新订民法债编通则》（上），中国人民大学出版社2003年版，第64页。

〔26〕 参见〔日〕我妻荣：《债法各论》（下卷一），冷罗生、陶芸、江涛译，中国法制出版社2008年版，第32页。

〔27〕 参见章程：《见义勇为的民事责任——日本法的状况及其对我国法的启示》，载《华东政法大学学报》2014年第4期。

〔28〕 参见金可可：《〈民法典〉无因管理规定的解释论方案》，载《法学》2020年第8期。

是具体赔偿额的确定则需要多因素考量。<sup>〔29〕</sup>正如上文所述,适当补偿和损害赔偿是基于不同的出发点对管理人遭受损害进行救济,上述二元模式构造的选择,也决定了一国对管理人遭受损害救济的力度。比较法上持二元模式的主要有奥地利和瑞士,奥地利法属于在公平责任原则下进行构造的模式,而瑞士法则属于对完全赔偿原则予以修正的模式。

《奥地利民法典》并没有明确规定委托合同和无因管理中,受托人和管理人遭受损害的救济。但是,奥地利学术界一般认为,在委托合同中,受托人在处理委托事务之时,因为委托事务固有的风险遭受损害的,受托人可以依据《奥地利民法典》第1014条主张损害赔偿救济,该种责任是不以委托人过错为前提条件的风险责任。<sup>〔30〕</sup>就特殊无因管理中管理人遭受损害的救济,奥地利通说采用了同样的观点,认为也应当适用上述风险责任,有的学者甚至主张在一般无因管理中,也适用上述风险责任,不过应当以本人获益范围为限额。<sup>〔31〕</sup>但是奥地利本国的司法实践拒绝了上述观点,该国实际上采取了公平责任说的观点,认为无因管理中管理人遭受损害的救济,应当引用《奥地利民法典》第1306a条和第1310条对管理人进行适当补偿。其司法实践认为,本人是否需要承担损害赔偿,以及损害赔偿的范围具体是什么,取决于个案的具体情况。法官综合考量受益人所面临的危险、管理人致害的风险、损害的类型和程度、主体对危险产生的原因力、主体的经济承受能力等因素,最终确定损害赔偿的范围。<sup>〔32〕</sup>因而,奥地利法实际上并没有肯定管理人的损害赔偿请求权,只是认为受益人应当基于公平责任,给予管理人或者救助人适当补偿。我国有学者在见义勇为中救助人遭受损害的救济上即采纳了该种观点。<sup>〔33〕</sup>

其次,就瑞士法而言,主流观点认为对于费用和债务以外的财产损害和人身损害,并不予以完全赔偿,它的赔偿范围取决于法官在个案中具体的裁量,其并不完全以因果关系作为主要依据,考量重点在于事务的固有风险。<sup>〔34〕</sup>实际上瑞士法是在考虑管理事务固有风险的前提下,交由法官对损害进行具体裁定。根据《瑞士债务法》第422条以及瑞士联邦最高法院的相关审判实践,法官需要具体考量案件中的相关要素,进行综合衡量后予以具体确定。具体而言,法官应当考量的因素如下:危险的程度、法益的价值、主体的财产情况、危险和救助风险的比例关系、事务管理的效果、管理人是否具有专业身份、主体的过错、可归责于当事人的行为方式和具体情节等。<sup>〔35〕</sup>因而,从上述规定来看,瑞士法仍然是在损害赔偿原理下讨论管理人遭受损害的救济,但是认为应当对具体的损害赔偿额予以衡平裁减,在瑞士法语境之下,该种损害赔偿是公平责任和风险责任的结合。瑞士法的方案在欧洲范围内不乏支持者,德国和荷兰的学说也有所体现,判例中亦有上述理论的痕迹。<sup>〔36〕</sup>更进一步,在《欧洲示范民法典草案》中,第5—3:104条第2

〔29〕 参见王雷:《见义勇为为行为中受益人补偿义务的体系效应》,载《华东政法大学学报》2014年第4期。我国亦有学者对两种模式不加严格区分。参见李中原:《论无因管理的偿还请求权——基于解释论的视角》,载《法学》2017年第12期。

〔30〕 Vgl. Fitz, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse, Berlin: Duncker & Humboldt, 1985, S. 74ff.

〔31〕 参见缪宇:《论救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》,载《法学家》2016年第2期。

〔32〕 Vgl. OGH 2 Ob 46/95; 3 Ob 507/96.

〔33〕 参见前引〔15〕,程啸书,第111页。

〔34〕 Vgl. BGE 129 III 181.

〔35〕 参见前引〔31〕,缪宇文。

〔36〕 参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、〔英〕埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(全译本)(第5卷、第6卷、第7卷),王文胜等译,法律出版社2014年版,第164页。



款明确规定，在公平合理的范围内，应减少无因管理人请求权的金额或排除这些请求权。不管上述衡平裁量如何操作，瑞士法模式仍然是在损害赔偿理论下展开，只是介入了实质评价的因素。

就特殊无因管理也即见义勇为的规定，我国实证法同样采取了二元的模式，关于自愿性支出的费用，适用《民法通则》第93条的规定，原则上认为需要予以全部赔偿。但是针对非自愿性遭受的损害，则应当适用《民法通则》第109条的规定，对救助人遭受的损害予以适当补偿。从具体法律规定来看，《侵权责任法》对于见义勇为条款的位置设定为紧邻公平责任条款，在语词选择上采纳了公平责任的表述，同时，早期《民通意见》第142条在确定补偿额之时，所考量的因素仅有受益人受益的多少和受益人的经济状况，该种文义内涵揭示出公平责任的架构。<sup>〔37〕</sup>在司法实践中，法官关于见义勇为案件中救助人遭受损害的救济，往往也是基于公平原则或者根据救助人和受益人的经济状况确定适当补偿的数额，从最终确定的补偿额来看，并不能与救助人遭受的损害相匹配。即便有些学者试图跳出公平责任原则对适当补偿予以构造，但是就考量的因素来看，仍然带有很强的社会救助性质，无法摆脱公平责任的影响。<sup>〔38〕</sup>就此来看，我国制定法上针对特殊无因管理采纳了二元模式构造，并且归属于奥地利模式，但是在具体确定补偿额的时候，考量的因素相对较为单一，司法实践中所确定的补偿额一般较低，这反而不利于对特殊无因管理中管理人的保护。这虽然是实践的保守造成的，但是理论对此不得不加以审视。

### （三）杂糅模式矛盾

基于上面的分析，我们可以看出，我国早期的制定法实践，尤其是在《民法典》出台之前，在一般无因管理领域采纳了一元模式构造，而在特殊无因管理领域采纳了二元模式构造。如果严格贯彻我国制定法上的规定，特殊无因管理的规定属于特别法，因而特殊无因管理中管理人遭受损害的，可以向本人主张适当补偿，对其无法援用一般无因管理全部赔偿的规定。同样的，一般无因管理并不当然属于特殊无因管理，特殊无因管理的规定并不能适用于一般无因管理，因而一般无因管理中管理人可以对自己遭受的损害，至少是和管理行为紧密相关的损害，获得全部赔偿。适当补偿在我国适用的逻辑在于，原本不需要赔偿，基于社会救助观念，对管理人进行适当补偿，因而其救济的程度十分有限，从这个层面来看，我国的制定法实践对一般无因管理中管理人的保护，反而要强于特殊无因管理中管理人。解释论上通常认为我国《侵权责任法》第23条和《民法总则》第183条对应的是见义勇为案型，我国一直强调对见义勇为行为人的保护，但是在具体操作中，其保护力度反而低于对一般无因管理中管理人的保护，该种评价差异的妥当性颇值怀疑。<sup>〔39〕</sup>

正是由于评价上存在的问题，司法实践中许多判决并不受制于一般法条和特殊法条的规定，法院在许多特殊无因管理的案件中，会直接适用一般无因管理的规定，而在许多一般无因管理的案件中，同样会直接适用特殊无因管理的规定。之所以会出现如上突破法条理论适用法律的情形，主要有如下两个原因：第一，在特殊无因管理中，许多情形下管理人遭受的损害属于实施救助行为固有的风险，其发生的概率往往较高，受益人也能预见该种损害的发生，此时如果仍然适用适

〔37〕 适当补偿在我国侵权法上一直以来都和公平责任联系在一起，在条文设置上我国《侵权责任法》许多适当补偿条款都和公平责任相关联，此外从条文的安排上见义勇为的规定和公平责任条款也相毗邻。

〔38〕 参见前引〔17〕，王轶文。

〔39〕 参见冯德淦：《见义勇为中救助人损害救济解释论研究》，载《华东政法大学学报》2020年第2期。



当补偿的规定,显然难以合理保护管理人的利益,无异于扼杀民事主体实施救助行为的积极性;第二,在一般无因管理中,许多情形下管理人遭受的损害不属于管理行为固有的风险,或者即便属于管理行为固有的风险,但是其损害数额非常巨大,超出了无因管理中本人承受能力,在该种情形下,完全赔偿原则反而会给本人带来生计困难,难以合理平衡本人的利益。

我国早期立法就一般无因管理采一元模式的构造,本身并没有揭示管理人遭受的哪些损害需要予以救济,如果不加限制地予以救济,会忽略对无因管理中本人的保护。特殊无因管理中二元模式的构造,将适当补偿架构在公平责任原则之上,法院判决时象征性地确定补偿额,大幅度降低了对管理人的保护。上述两种做法都不具有正当性。客观地说,《民法典》将管理人遭受损害的救济统一规定,以此来化解一般无因管理和特殊无因管理之间的矛盾,在体系统一上确实有积极的意义。但是从横向比较来看,《民法典》却针对必要费用和遭受损害的救济,采取了不同的评价,认为必要费用全部赔偿,而遭受损害适当补偿,该种区分似乎预示着我国制定法想采用二元模式构造。然而,如果对司法实践稍加整理,我们不难发现,适当补偿在我国一直被架构在公平责任之上,相较于瑞士法和奥地利法,法官往往象征性地确定补偿额,很难实现对管理人或者救助人的保护。<sup>[40]</sup>从类型构造上来看,管理人支出的费用一般是基于主观意愿,管理人遭受的损害一般则是基于管理的风险,如果对支出的费用予以全部救济,而对遭受的损害仅仅是适当补偿,忽略了两者都是为了合理的实施无因管理和恰当的完成管理事务,对两者从根源上予以区别对待并不合理。其实不管《民法典》对管理人遭受损害的救济如何规定,其都无法改变损害救济的评价属性。合理的平衡管理人和本人的利益,通过对损害的类型区分,以及借助于外部平衡控制,仍然是未来解释论研究的重点。

• 349 •

## 四、我国解释论的展开

### (一) 必要费用和损害赔偿

一国法秩序对是否采纳无因管理制度可能存在不同观点,但是如果出于倡导社会互助价值而采纳该制度时,管理人因为管理而产生的合理财产性支出,本人应当予以赔偿,并不会存在太大争论,不过究竟救济到何种程度则仍然需要予以反思检讨。救济的范围主要涵盖两个层面的支出,一种是自愿性的财产支出,另一种则是非自愿性的利益减少。前者主要包括费用支出和所承担的债务,后者则主要是指执行事务过程中遭受的损害。<sup>[41]</sup>

首先,就执行事务自愿性的费用支出,理论上要求以必要性作为考量依据。该种必要性的判断,主要依赖于客观理性人的标准。<sup>[42]</sup>管理人在实施管理行为之时,必须去仔细考虑该种费用支出或者产生的债务,是否具有客观必要性,是否对于本人具有积极价值。<sup>[43]</sup>该种客观必要性

[40] 我国实证法中“适当补偿”在司法实践中带来的副作用是十分巨大的,在一些判决中,如果涉及第三人侵权的,甚至有裁判直接将之理解为“补充责任”,并且确定数额之时,酌情赔偿的比例甚至没有达到百分之五十。参见四川省南充市中级人民法院(2013)南中法民终字第232号民事判决书。

[41] 由于费用支出和债务承担在理论上具有一致性,下文在讨论过程中仅以费用支出作为讨论的切入点。

[42] 参见前引[23],王泽鉴书,第325页。在必要费用的判断上,亦有学者持主观标准说。参见前引[28],金可可文。

[43] Vgl. BGH 1989, 1285; RGZ 149, 205, 207.

的判断以执行管理时作为判断时间点。<sup>〔44〕</sup> 自愿性费用支出的赔偿与管理行为所追求的目的是否最终达成并无必然的关联性，也就是说只要管理人主观上有管理的意思，客观上也合理地实施了管理行为，即便并没有达到本来所欲追求的目的，本人也需要对管理人自愿性财产支出予以赔偿。<sup>〔45〕</sup> 自愿性费用支出必要性的判断，本身是一个评价问题，例如德国有学者就认为，在特殊无因管理中，尤其是紧急状态下的无因管理，对支出费用必要性的判断，可以准用《德国民法典》第 680 条的规定，无需继续以客观理性人作为标准，即便是一般过错所支出的费用，本人也需要予以赔偿。<sup>〔46〕</sup> 因而，我们可以确定并非所有自愿性财产支出都需要予以赔偿，仅在符合必要性的条件之时，才需要对管理人进行救济，但是必要性判断在不同的案件中需要不同的评价，其本身也不是不加区分的完全赔偿，而是结合损害和管理事务的内在联系予以确定。

其次，就执行管理事务遭受的损害，理论上仅对固有风险下的损害予以救济。因为管理人遭受损害并非自愿性支出费用，我国《民法通则》针对一般无因管理直接采纳必要费用的表述，实际上体现了立法者相对开放的观点，既可以扩张必要费用涵盖遭受损害的救济，也可以严格解释必要费用排除救济。<sup>〔47〕</sup> 值得强调的是，无论是基于意思表示的委托合同，还是非基于意思表示的无因管理，受托人或者管理人除了需要付出劳动之外，并不需要对执行事务过程中典型的业务风险承担责任。<sup>〔48〕</sup> 该种典型的业务风险实际上是事务固有的风险，可以被当事人预见，并且和事务的执行具有确定的概率关系。<sup>〔49〕</sup> 即便是委托人或者本人自己来执行事务，同样可能产生上述风险损害，因此委托人或者本人应当对该种损害予以赔偿。我国《合同法》第 398 条规定，委托人需要对受托人支出的费用予以偿还。第 407 条进一步规定，受托人在执行委托事务受到损失的，委托人应当予以赔偿。需要提及的是，上述规定在《民法典》中也并没有作出改变。之所以如此规定，不在于意思表示的存在，而在于无论是支出的费用还是所受到的损失，只要和执行事务具有必然相关性，受托人就应当对此予以赔偿。自愿支出的费用和非自愿遭受的损害，本质上都是因为执行事务，导致受托人或者管理人财产上的减少。因而，即便在缺乏委托意思的无因管理中，如果一国法秩序提倡无因管理，那么就不能否认管理人遭受损害的救济，仅有的控制只能是对损害的类型予以区分，排除那些非固有风险的损害。<sup>〔50〕</sup> 或许我国规范文义上的“适当补偿”的适当性要求意义恰恰在此。

综合上述自愿性支出的费用和非自愿性遭受的损害来看，两者之间以管理人自愿性作为区分依据，有学说认为自愿性支出需要予以全部救济，而非自愿性支出则不需要全部救济，也正是基于上述学说，比较法和我国理论一直对费用的赔偿予以支持，但是对于管理人遭受的损害则显得

〔44〕 参见前引〔21〕，Wandt 书，第 62 页。

〔45〕 BGH ZIP 1991, 862, 863.

〔46〕 参见前引〔21〕，Wandt 书，第 62 页。

〔47〕 我国也有学者主张严格解释必要费用，排除一般无因管理中遭受损害的赔偿，以此来避免矛盾。参见吴训祥：《论无因管理本人的偿还义务——兼论〈民法总则〉第 183 条第 2 句的适用问题》，载《法学家》2019 年第 2 期。

〔48〕 参见前引〔21〕，Wandt 书，第 63 页。

〔49〕 Vgl. BGHZ 52, 115; BGH NJW 1993, 2234, 2235.

〔50〕 其实，如果严格区分委托合同和无因管理，分别对遭受损害救济进行反思，有意思表示的委托合同，反而更有可能借助意思表示的解释，排除掉损害的救济。因为有偿委托合同中的对价，在某些情形中，有可能本来就包含遭受损害的对价，此时当然可以排除掉损害的救济，但是无因管理并无上述排除的可能性。

模糊不清。<sup>〔51〕</sup>有些理论直接认为不需要赔偿,有些理论则采取了折中的方法,认为应当基于公平责任原则予以适当补偿。不管采取什么样的理论,我们至少可以确定的是,我国主流学说一直对管理人遭受的损害,采取了限制救济的观点。自愿性支出的费用,如果是管理人理性支出的,通常情况下符合客观理性人标准,大部分都是合理的,所以我们一般都会认为自愿性支出的费用都需要救济。但是,自愿性仅仅为费用的合理性判断提供了基础保障,并不必然导致费用的可赔偿性,费用是否需要予以救济,仍然应当以“必要性”作为判断依据,上文已经就此指出,应当按照客观理性人的标准进行具体评价。同样地,非自愿性遭受的损害虽然不具备自愿性,但是自愿性的缺失应当仅仅影响损害的判断,具体方法上可能会选择不同的切入点。该种自愿和非自愿的区分,并不会一刀切地否定对损害的救济,如果管理人遭受的损害是事务执行的固有风险,即便是本人自己也会面临该种风险,那么该种固有风险下的损害和支出的必要费用并无本质区别,在具体案件中进行解释适用之时,更无区分规制的正当性。

自愿性支出的费用需要满足必要性,而非自愿性遭受的损害则需要基于固有风险而产生,就此来看,无论是借助于必要费用来统合两者,还是分别用费用和损害区分两者进行规制,我们都不能否定管理人就此产生的财产减少,本人需要对此予以填补。既然都是为了更好地实施无因管理而产生的财产性减少,制定法并无正当理由从根源上予以区别对待,恰当的做法是,在考量管理行为特征的情况下,对管理人财产上的减少予以赔偿。同时,基于体系上类似制度的比较,制定法关于互帮互助的法律制度,原则上也肯定了对提供帮助人遭受损害的赔偿,典型的是无偿帮工的规定,《人身损害赔偿司法解释》(2003)第14条就肯定了帮工人遭受人身损害的救济,而且采用的是赔偿而不是补偿。为了保持法价值在体系上的一致性,该种做法同样应当在无因管理中予以坚持。从赔偿的数额来看,自愿性支出的费用通常情况下并不会高于本人可能获得的利益,因而大多数情况下并不需要予以限制。但是非自愿性遭受的损害,尤其是管理人遭受人身损害的情形,此时赔偿额有时可能非常巨大,往往会给本人带来沉重的负担,尤其在本人没有任何过错之时,无因管理之债对此要求本人予以全部赔偿,正当性根基受到其他价值的冲击。也正是出于该种原因,我国许多学者主张对完全赔偿原则予以控制。<sup>〔52〕</sup>客观地说,如果对管理人遭受的损害进行赔偿已经超出了本人承受范围,或者说给本人的生计带来困难,法律确实应该对该种赔偿责任予以限制,但是究竟如何合理限制,仍然需要进一步探究。<sup>〔53〕</sup>

## (二) 适当补偿的理论架构

为了合理限制损害赔偿的数额,在特殊无因管理中,《民通意见》第142条规定,赔偿权利人可以根据受益人受益多少及其经济状况,请求受益人给予适当补偿。<sup>〔54〕</sup>由此不难看出,我国规范性文件为了限制损害赔偿的数额,引入了因素考量的方法,尤其以受益人受益多少和经济状

〔51〕 德国有学者认为对于特殊无因管理遭受损害应当予以救济,而对于一般无因管理下遭受损害的救济问题,则有一定争论。Vgl. MuKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, BGB § 670, Rn. 29.

〔52〕 参见前引〔29〕,王雷文。

〔53〕 我国近来许多学者在反思损害赔偿原则的框架下,主张引入生计酌减和公平酌减。具体可参见徐银波:《论侵权损害完全赔偿原则之缓和》,载《法商研究》2013年第3期。

〔54〕 许多学者正是在限制损害赔偿额的目的下主张引入适当补偿责任的,其把适当补偿责任理解为是对完全赔偿原则的突破,利用动态体系论来确定补偿责任。参见前引〔29〕,王雷文。

况作为考量依据。在人身损害赔偿的确定上,《人身损害赔偿司法解释》(2003)第15条规定,赔偿权利人可以请求受益人在受益范围内予以适当补偿,试图借助于受益范围来对损害赔偿的数额进行限制。该方法至少有如下两个问题:其一,错误的混淆了不当得利制度和无因管理制度,无因管理并不能以受益范围作为赔偿标准,统一限制的做法不利于提倡社会互助;其二,即便以受益范围作为赔偿标准,也不宜适用对人身利益实施救助的行为,尤其是救助他人生命的情况,因为生命的价值不能以金钱来评估,上述限制在许多情况下并不能起到作用。除此之外,我国规范性文件在限制损害赔偿数额之时,存在的最大问题在于,将管理人遭受损害的救济,借助于适当补偿的规定,直接嫁接到公平责任原则之上,这种救济逻辑的弊端是以本来不需要救济作为出发点,因而大幅度降低了对受害人的救济,不利于无因管理制度价值的实现,有矫枉过正的嫌疑。

适当补偿在文义上来看,确实有解释为公平责任的倾向,但是这与无因管理制度的价值并不契合。因而,如果要在解释论上正当化适当补偿,我们应当认识到,适当补偿的重点不在于补偿,而是在于其所强调的适当性,就补偿的解释来看,仍然应当以无因管理之债来展开,肯定其损害赔偿的性质。<sup>[55]</sup>至于适当性的解释,则需要借助于内外部协作控制的方法。

首先,就内部控制的方法,主要是借助于对损害的类型化构造,该种构造考量的标准就是管理事务固有的典型化风险。如果是管理事务固有的典型化风险,不管是财产损害,还是人身损害,原则上都需要予以救济。<sup>[56]</sup>典型的有如下几种情况,在陡峭山上救人并最终坠入山下、为了救助他人被加害人一并殴打和为了避免撞人自己的汽车受到损害等。<sup>[57]</sup>但是事务固有的典型化风险之外的损害,并不需要予以填补,例如一般生活风险导致的损害,应当被排除在救济范围之外,实践中的一个例子就是为了实施救援,驾车赶过去而引发交通事故。<sup>[58]</sup>更为典型的则是为他人处理一般事务,诸如付款或者运输等等,但是在路上发生交通事故,还有就是救火员在救火完毕之后,组装收拾灭火器之时发生损害等。<sup>[59]</sup>当然,固有风险下损害的确定也会因为管理事务的紧迫性,而采取不同的判断。如果是一般无因管理,原则上要求管理人没有过错,例如帮助外出的他人在台风到来之前收割水稻,因此导致衣服被弄脏,或者收割过程中被水稻划伤,这些损害只要在管理人没有过错之时,就需要予以全部救济。如果是特殊无因管理,相较于一般无因管理,可以降低对管理人的要求,即便管理人一般过错造成的损害,也应当纳入损害赔偿的范围中,例如为了救助落入水中的他人,管理人没有脱下衣物和拿出手机就跳入水中,最终导致衣物和手机损害,通常情况下该种损害也需要予以救济。<sup>[60]</sup>根据德国相关学说,合理的精神损害

[55] 参见前引〔28〕,金可可文。就司法实践中的情况来看,我国甚至有判决一审直接按照侵权责任来确定管理人的救济,二审虽然予以纠正,但是仍然以过错作为判断依据,受益人和介入的第三人按比例全部承担了责任。参见湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2019)鄂28民终1828号民事判决书。

[56] 我国司法实践中,许多判决在确定管理人遭受损害救济范围之时,其实也主张类比必要费用的救济,即强调其中的“必要性”。如有判决就认为“管理人因管理活动遭受损害而产生的实际损失确实属于管理费用,但受益人依法应当偿还的应为必要费用”。台州市黄岩区人民法院(2019)浙1003民初5508号民事判决书。

[57] MuKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 683 Rn. 38; BGH 38, 270.

[58] 参见前引〔21〕,Wandt书,第63页。

[59] MuKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 683 Rn. 38.

[60] 德国学者在必要费用的讨论上,同样区分一般无因管理和特殊无因管理,如在紧急救助的时候,为了将受伤的人送到医院,情急之下没有注意到附近就有医院,而是打车到了另一个医院,该种一般过错而导致的费用,受益人也应当予以赔偿。参见前引〔21〕,Wandt书,第62页以下。

同样需要予以赔偿。<sup>〔61〕</sup>我国司法实践对精神损害赔偿存在一定的争论,为了鼓励社会互助行为,笔者认为应当予以肯定。<sup>〔62〕</sup>同时,在确定损害赔偿额之时,还应当注意类推适用过错相抵的规定,如果管理人在一般无因管理中存在过错,或者在特殊无因管理中存在重大过失,应当减少遭受损害的赔偿。<sup>〔63〕</sup>

其次,就外部控制的方法,主要体现在两个方面,一个是损害额酌减制度,另一个则是公平责任制度。所谓损害额酌减制度,主要有生计酌减和公平酌减两种,前者是为了避免完全赔偿原则导致赔偿义务人生计困难,后者则是为了避免让善意的当事人承担全部责任。<sup>〔64〕</sup>无因管理中管理人遭受损害的救济所涉及的主要是生计酌减,也就是说如果无因管理中管理人的损害赔偿请求权给本人的生计带来了严重的困难,法官可以对损害赔偿额予以酌减。比较法上的依据主要有《瑞士债务法》第44条第2款和我国台湾地区“民法”第218条,这些规定都强调如果损害赔偿义务人非以故意或重大过失造成损害,履行赔偿义务会导致义务人陷入窘困的境地,法院可以予以酌减。<sup>〔65〕</sup>我国制定法虽然没有损害酌减制度,但是我国民法理论一直强调诚实信用原则和公平原则,从维持社会稳定和谐以及保护个人生存发展来看,解释论上我们应当采纳损害额酌减制度。当然,外部控制并不总是表现为减少损害赔偿额,有时还表现为加强对管理人的救济,尤其是在特殊无因管理的情况下。例如救助他人自身有心脏病,但是为了在紧急状况下救人,不顾自身安危跳入水中救人,最终心脏病发作导致死亡,该种损害其实并不是固有风险下的损害,仅仅是自己的一般生活风险,因而受益人并不需要承担损害赔偿责任。但是出于对见义勇为行为价值的提倡以及满足救助他人或者救助他人继承人基本的生活需要,法官可以援引公平责任对救助他人予以补偿。<sup>〔66〕</sup>

### (三)《民法典》解释构造

《民法典》第979条第1款针对适法的无因管理规定,管理人可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用,管理人因管理事务受到损失的,可以请求受益人给予适当补偿。结合第183条的规定,我们可以看出,《民法典》一改之前《民法通则》《侵权责任法》关于一般无因管理和特殊无因管理区分规定的做法,开始统合二者,对管理人遭受的损失一律采用适当补偿的规定。从立法的目的来看,该种统合对于避免体系内部的矛盾具有积极作用,但是规范目的却旨在对赔偿请求权予以限制。不过,较为吊诡的是,针对委托合同中受托人受到损失的,《民法典》第930条并没有采用适当补偿的规定,而是直接肯定受托人可以向委托人请求赔偿损失。因而,《民法典》区分了委托合同和无因管理,针对受托人和管理人遭受的损失,采用了不同的规范语词设计。从主流解释和实践操作来看,未来我国就无因管理中管理人遭受损害的救济,极有可能

• 353 •

〔61〕 Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 14., neu bearbeitete Auflage 2019, Verlag Franz Vahlen, S.367; Staahe, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014, Springer-Verlag, S.430.

〔62〕 否定精神损害赔偿的判决如广东省中山市中级人民法院(2003)中中法民一终字第948号民事判决书和台州市黄岩区人民法院(2019)浙1003民初5508号民事判决书等,肯定精神损害赔偿的判决书如湖北省咸宁市中级人民法院(2015)鄂咸宁中民终字第468号民事判决书等。

〔63〕 参见前引〔19〕,Peifer书,第302页;前引〔13〕,魏振瀛主编书,第584页。关于特殊无因管理,德国学者认为一般过失,排除过错相抵的适用,仍然需要全部救济。参见前引〔61〕,Looschelders书,第367页。

〔64〕 参见冯德淦:《侵权损害完全赔偿原则之新阐释》,载《西南政法大学学报》2018年第3期。

〔65〕 参见林易典:《论法院酌减损害赔偿金额之规范》,载《台大法学论丛》2007年(第36卷)第3期。

〔66〕 该种解释一定程度上也能进一步保障见义勇为者的利益。参见前引〔39〕,冯德淦文。



发展为以公平责任为根基的补偿责任，这种方式机械割裂委托合同和无因管理，仅仅因为意思表示是否存在，就对受托人和管理人遭受损害采用不同架构，前者仍然是完全赔偿，或者说是有条件的完全赔偿，后者则是象征性的部分补偿，该种区分并不具有正当性。<sup>〔67〕</sup>

委托合同和无因管理的核心差异在于是否具有意思表示，但是意思表示的存在能发挥作用的仅是，影响当事人对损害的预见可能性强度，以及某些管理人自身的特质是否纳入考量，并不会影响那些固有损害的救济。也就是说，即便没有意思表示的无因管理，只要是管理事务固有风险下的损害，依然需要救济。如果从根源上否定管理人遭受损害的救济，就等于改变了我国私法的价值，向不特定的民事主体昭示，我国法价值上不再支持无因管理，甚至包括见义勇为行为。因此，从条文设计的合理性角度来看，《民法典》中关于管理人遭受损害救济的规定存在一定的偏差，解释论上应当重新确立在适法无因管理中，管理人可以向本人请求赔偿损失。当然我们也要注意，在许多具体的案件中，如果本人赔偿管理人遭受的所有损失，反而会给本人带来巨大的负担，因此我们必须通过可预见性和事务固有风险之考量，确定真正需要救济之损害。而对于赔偿额超出本人承受能力的，应当借助于损害额酌减制度，遗憾的是《民法典》并未明确确立上述制度，我们只能借助公平原则和诚实信用原则对损害赔偿额予以限制。除此之外，如果不是管理事务固有风险下的损害，出于管理行为急迫性的考量，法官也可以基于公平责任原则给予管理人一定补偿，但是该种公平责任的适用需谨慎。

《民法典》第979条第1款和第183条针对管理人和救助人遭受之损害采用适当补偿之规定，已经被立法正式落实。但是即便如此，该种适当补偿不能解释为奥地利法上的公平责任，也不能直接解释为瑞士法上对完全赔偿原则之突破，仍然应当以无因管理之债来展开。就具体的操作而言，应当采用内外部控制的方法予以展开，仍然应当通过事务固有风险、损害额酌减制度和公平责任原则共同协力完成。不过，我国规范性文件针对无因管理，尤其是特殊无因管理，一直有强调根据受益人受益多少和经济状况来确定对管理人损害救济之倾向。上述两种考量因素已经在我国司法实践中形成了一定的影响力，就受益人经济状况之考量，这与损害额酌减制度是一脉相承的。而就受益人受益多少这一因素，虽然直接以此作为限制并不合理，但是纳入考量仍然有其现实价值。尤其在受益人获益的是财产收益时，管理人遭受之损害如果低于受益人获益范围的，应当予以全部救济，如果高于获益范围的，才需要考虑外部控制，因而，至少在受益人获得财产收益的范围内，没有必要引入损害额酌减制度。综合而言，《民法典》对于无因管理制度解释论之展开，仍然应当肯定管理人遭受损害之赔偿权利，至于损害数额较大的控制或者非固有风险下的损害之救济，则通过个案中具体考量的有条件介入来化解。

## 五、结 语

自《民法通则》时代以来，规范性文件一直区分一般无因管理和特殊无因管理，分别确定管

〔67〕《民法典》实施以后，在对第979条第1款的理解适用上，较之于《民法通则》时代呈现出更加混乱的态势，有时过错甚至被纳入公平原则之考量，判决前后对过错之认定有时也呈现出矛盾。具体可参见湖南省长沙市中级人民法院（2021）湘01民终691号民事判决书。



理人遭受损害的救济,前者架构在无因管理之债上,后者直接以公平责任为根基。该种区分虽然不具有正当性,但是却折射出我国实证法对损害赔偿限制与扩张的两种潜在倾向,限制主要体现在损害额巨大之时,扩张则体现在不是固有风险导致的损害之时。《民法典》虽然对此进行了统一,但却不恰当地使用了适当补偿制度,一定程度上错误地与公平责任建立了联系,反而降低了对管理人的保护,不利于无因管理价值的实现。我国《民法典》未来解释适用时应当对上述规定予以重新检讨,该种适当补偿仍然应当架构在损害赔偿之上,而不是象征性救济的公平责任,解释论上我们依然应当遵循内外部协作控制的方法,恰当地确定管理人的损害救济。

---

**Abstract:** Regarding the relief of damages suffered by managers in voluntary service, regulatory documents are constantly changing, and judicial practice is also difficult to deal with it in a unified manner. Possible paths of interpretation including a unitary model that integrates voluntary expenditures and involuntary damages with the help of necessary expenses, and a dual model that distinguishes between the two and regulates them. In our country, the early empirical law inappropriately adopted a hybrid model, which was structured separately for general voluntary service and special one. For the damage suffered by managers, the former applies the principle of damage compensation, while the latter is based on fair liability. Such an approach brings a dislocation in value. In order to reconcile the aforementioned contradictions, the Civil Code unifies the general voluntary service and the special one, but inappropriately adopts the dual model, and structure the relief of damages on the basis of fair liability. Although the necessary expenses and damages are not the same, as long as the reasonable benefits that are highly related to the execution of the affairs are reduced, the law needs to provide relief. As for the control of the high amount of compensation, the internal and external collaboration should be adopted, and the inherent risks of the affairs and the system of reducing the amount of damage should be used to improve it. For the relief of the damage suffered by the rescuer under the emergency rescue act, the compensation standard can be relaxed and fair liability can be introduced to improve it.

**Key Words:** voluntary service, suffering damage, necessary expenses, fair liability, appropriate compensation

---

## 民事独立禁令程序建构论

李 蔚 吴英姿\*

**内容提要：**我国学界研究人格权禁令程序问题时，在“应否建构适用于所有行为的独立禁令程序”上观点对立。既有具体禁令的程序适配是在法律或司法解释中逐一设定。在中央强调完善预防性法律制度的当下，应否及如何建构独立禁令程序，应予专门研究。提供禁令程序不仅是司法保障应有之义，防御性请求权的预防性功能也使其有诉诸禁令程序予以实现的必要。我国无行为禁令的一般司法程序的现状，客观上也要求建构独立的禁令程序。禁令程序的属性界定是建构该程序的基石。依据程序相称原理，禁令案件快速获取执行名义预防、制止紧迫性侵害的特征，使其适用程序逸出诉讼程序与非讼程序。从历史视角厘清略式程序是一种成熟的特别诉讼程序，这将为禁令程序属性提供归口，进而以略式程序理论指导独立禁令程序的建构。

**关键词：**人格权禁令 临时禁令 民事程序 略式程序 禁令程序

### 一、问题的提出

民事权益受法律保护一直是我国民法的基本精神。<sup>〔1〕</sup>为回应社会主体对损害预防的需求，《民法典》完善了防御性请求权体系。为与社会需求、实体法变化相适应，一贯强调纠纷解决的民事诉讼程序体系，在落实权利预防性保护上面临着程序发展问题。例如，在对《民法典》规定的人格权侵害禁令（以下简称为“人格权禁令”）的司法程序衔接研究中，学者们提出建构独立民事禁令程序的命题：张卫平教授指出，人格权禁令与行为保全性质不同，民诉法面临的任务是

\* 李蔚，南京大学法学院博士研究生；吴英姿，南京大学法学院教授。

本文为2021年国家社科基金青年项目“民法典人格权禁令民事程序构造研究”（21CFX025）的阶段性成果；南京市法学会2021年法学研究课题“民事禁令程序研究”[NJFX（2021）C06]的结项成果。

〔1〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编解读》，中国法制出版社2020年版，第6页。

如何建立一个适用于所有行为禁令的一般司法程序。<sup>〔2〕</sup>郭小冬教授认为，人身安全保护令与人格权禁令的审理程序衔接上，并非将二者纳入民事诉讼法既有某一程序，而是专门增设一种独立于普通诉讼程序的裁决程序。这个程序广泛适用于需要快速停止侵权但无需后续诉讼的领域。<sup>〔3〕</sup>吴英姿教授指出，人格权禁令规定将禁令制度扩大到了除人身安全保护令之外所有人格权保护领域，建立了一种独立于普通诉讼程序与非讼程序的独立禁令程序。<sup>〔4〕</sup>

前述研究仅是在论述人格权禁令适配程序时蜻蜓点水般地提出构建独立禁令程序任务，但对此程序性质的判断各持己见：“张文”认为，独立禁令程序实质上是既不同于非讼也不同于诉讼程序的速裁程序；“郭文”主张独立禁令程序应为准诉讼程序或准司法程序；“吴文”运用诉讼与非讼交错法理揭示该程序兼具诉讼与非讼程序性质。程序属性决定着程序地位及构造，具有基础理论作用。“张文”“郭文”将独立禁令程序界定为速裁程序、准司法程序，但都没有阐明如何安排该程序，以及基于何种程序理论来协调速裁程序或准司法程序与民事诉讼程序、非讼程序的关系。吴英姿教授在后续研究中提出行为禁令程序是略式程序属性，<sup>〔5〕</sup>对其在之前研究中的性质认识进行校正。

与建构独立禁令程序主张不同，一方面，有学者认为，《民事诉讼法》中的行为保全规范即为申请人格权禁令适用程序，无另行构建程序的必要，并且行为保全规范适用于所有有行为保全之需的案件。<sup>〔6〕</sup>另一方面，长期以来，我国采取了“出现一个禁令制度就制定或指示一套为其所用的程序规范”<sup>〔7〕</sup>的策略。目前，最高人民法院正在制定人格权禁令程序司法解释。各地法院处理人格权禁令案件由于缺乏统一的程序规范指引，既有参照行为保全程序的实践，也有参照人身安全保护令程序的实践。<sup>〔8〕</sup>适用程序不同影响着人格权禁令制度的效用。学界的不同见解、我国提供程序供给的方案、司法实务在方案缺失时的不同程序选择，都表明在我国应否构建独立禁令程序、其性质归属等问题亟待厘清。在中央强化预防性法律保护的背景下，<sup>〔9〕</sup>对应否以及如何建构及时预防、制止侵害的独立禁令程序进行专门研究，具有重要的现实意义及理论价值。

鉴于民事禁令在各主要法治国家的普遍性及其在形式、内容分类上的多样性，<sup>〔10〕</sup>为避免歧

〔2〕 参见张卫平：《民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接》，载《中外法学》2020年第4期。（文中以下简称“张文”）

〔3〕 参见郭小冬：《人格权禁令的基本原理与程序法落实》，载《法律科学》2021年第2期。（文中以下简称“郭文”）

〔4〕 参见吴英姿：《人格权禁令程序研究》，载《法律科学》2021年第2期。（文中以下简称“吴文”）

〔5〕 参见吴英姿：《民事禁令程序构建原理》，载《中国法学》2022年第2期。

〔6〕 参见严仁群：《人格权禁令之程序法路径》，载《法学评论》2021年第6期。

〔7〕 如海事强制令、知识产权禁令、人身保护令。见《海事诉讼特别程序法》及其司法解释、《反家庭暴力法》及《最高人民法院关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》（文中简称为《人身安全保护令案件批复》）。尽管我国知识产权禁令的司法解释《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》采“行为保全”称谓，但其具体规则与《民事诉讼法》及其司法解释中行为保全的规则本质不同。因此，本文采用“知识产权禁令”的称谓。

〔8〕 《民法典》施行后，广州互联网法院参照行为保全程序处理首份人格权侵害禁令案件，重庆市江津区人民法院参照人身安全保护令程序发出该院首份人格权侵害禁令。

〔9〕 在2020年11月16日至17日召开的中央全面依法治国工作会议上，习近平总书记提出完善预防性法律制度，促进社会和谐稳定。

〔10〕 在英美法系，法院作出的民事禁令依照不同的内容、分类标准，禁令名称各异，如禁诉令（anti-suit）、玛瑞瓦禁令（Mareva injunction）、临时禁令（temporary injunction）、临时限制令（temporary restraining orders）、初步禁令（preliminary injunction）、中间禁令（interim/interlocutory injunction）、永久禁令（permanent injunction）、因他害怕禁令（Quia timet injunction）等。

义,有必要于此界定本文所研究的禁令。就是否具有终局性和有期限性,禁令被分为永久禁令和临时禁令。永久禁令是在案件经过实质审理,对争议问题进行充分调查后,法庭认定被告侵权,作出终局判决时给予胜诉方的特定救济。<sup>[11]</sup>永久禁令裁决产生于终局性解决争议的完整诉讼程序(full procedure),具有既判力效力。<sup>[12]</sup>临时禁令是一种预防性法律保护救济形式,是申请人请求法院“在有限的时间和有限的信息基础上”核发强制被申请人做出或者阻止其做出特定行为的命令,通过迅速取得执行名义,预防尚未发生或制止正在发生的侵害行为。“在有限的时间和有限的信息基础上”,决定了临时禁令不以实体权利义务争议的终局性解决为请求对象,而仅指向暂时性的权利保护。我国法上多元行为禁令制度的共同功能是及时预防、制止侵害行为的发生或扩大,使权利免受侵害。权益面临或正在遭受紧迫性侵害,使禁令救济具有应急性、临时性特征,因此不同于强制或禁止被告从事特定行为的永久禁令。很明显,我国学者主张建构适用于紧急情形下快速取得权利保护的独立禁令程序,与充分、完整的永久禁令程序不符,与简速的临时禁令程序契合。因此,研究主题被聚焦在“应否及如何构建独立临时禁令程序”。为简使用语,若无特别言明,本文所指“禁令”限于临时禁令。对研究主题的认识及解决型塑着行文结构:通过对我国实体法发展后的程序适配需求及临时救济程序现状进行分析,阐明在我国建构独立禁令程序的必要性;紧随其后,对其在民事程序体系中的程序属性归属展开研究,进而为构建独立禁令程序提供法理指导。

## 二、构建独立禁令程序命题证成

构建独立禁令程序实则是在司法程序上供应一种简便、迅速的临时性裁决程序,满足一方当事人要求另一方当事人做出或不做出特定行为的预防性权利保护需求。在既有的司法保护现状下,“应否构建独立禁令程序”是先决问题。

### (一) 司法保障义务之独立禁令程序

通常的两造争讼程序因强制性的期间规定、严格的证据规则以及充分保障法定听审权等要求而耗时较长,终局性判决救济的滞后性日益成为影响司法救济公正与效益的重要因素。当面临紧迫的或正在进行的侵害行为时,任由侵害行为发生,而由权利人事后提起损害赔偿诉讼救济,此种司法救济并非总是权利人实现公正与效益的优选。临时救济司法供给需求被彰显,应有适用于紧急保护的民事程序供当事人选择使用,这也是国家本应承担的司法保障义务。<sup>[13]</sup>

域外法上为消解权利人诉诸通常诉讼进程将承受侵害行为这一弊端,准允权利人的预防、制止侵害需求经快速司法程序实现。在美国,当诉讼一方希望从法院获得临时或紧急援助时,主要采取临时禁令形式。临时禁令是在做出最终判决前采取的一种提供暂时保护的救济形式,并不解

[11] 参见张玲、金松:《美国专利侵权永久禁令制度及其启示》,载《知识产权》2012年第11期。

[12] See Doug Rendleman, The Triumph of Equity Revisited: The Stages of Equitable Discretion, 15 Nevada Law Journal 1397, 1412 (2015).

[13] Vgl. Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 301.

决争议的实质问题。<sup>〔14〕</sup>《联邦民事诉讼规则》第65条具体规定了前后相接的两种临时禁令程序：临时限制令（temporary restraining orders）程序与初步禁令（preliminary injunction）程序。<sup>〔15〕</sup>前者是“单方申请—裁定”结构，后者是“对审—裁定”结构。在法国，为应对紧急情形下预防、制止迫近的损害的司法需求，同样有两种相互独立的临时禁令程序：一是依申请的紧急审理命令（ordonnances sur requête）程序；二是紧急审理命令（ordonnances de référé）程序。这两种程序下的裁决在性质上是临时性的，不对案件的实体而是对紧急性诉讼请求进行处理，<sup>〔16〕</sup>快速出具请求特定行为的执行名义。在德国，《民事诉讼法》第935—945条是广泛适用于预防、制止侵害行为的临时禁令（einstweilige Verfügung<sup>〔17〕</sup>）程序的规定，是一种审理程序而非立法体例上的纯执行程序。<sup>〔18〕</sup>一方当事人诉诸法院要求对方当事人为或不为一定行为的临时禁令，以暂时维护权益。案件并未经过实体审理，法律关系并没有最终确定。<sup>〔19〕</sup>不难发现，两大法系的法制典型国家中，均设置有统一的临时禁令程序规范。临时禁令程序不以解决实体权利义务争议为目的，只是为民事主体提供一种快速获得暂时保护的执行名义的民事程序。临时禁令程序是预防性权利保护的司法机制而非维持现状，这种观点成为当前域外研究及实务的主张。<sup>〔20〕</sup>

受国外成熟的临时禁令制度影响，并因应权益保护需要，我国逐步建立了多种临时禁令制度：为避免或减少损失，及时保护当事人合法权益，我国在借鉴域外经验基础上设立了海事强制令，责令被申请人作为或不作为一定行为；为与TRIPS协议第50条规定的临时措施的要求相一致，对于正在实施或者即将实施的知识产权侵权行为，为保障权利人的合法权益在诉讼裁决前不受无法弥补的损害，在知识产权实体法——《专利法》《商标法》《著作权法》——中相继增设了知识产权行为禁令；借鉴国外及时性和预防性的民事保护令制度，总结我国人身安全保护试点经验，我国在《反家庭暴力法》中建立了人身安全保护令，遭受或者面临家庭暴力现实危险的当事人有权向法院申请人身安全保护令；在借鉴国外经验、总结我国司法实践经验的基础上，《民法典》第997条规定了人格权禁令，及时制止具有紧迫性的侵害人格权的行为，是一种临时禁令。<sup>〔21〕</sup>

• 359 •

〔14〕 See Linda J. Silberman, et al., *Civil Procedure: Theory and Practice*, 5<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer Law & Business Publisher, 2017, p. 730.

〔15〕 临时限制令是一项紧急命令，在诉前可经单方申请作出，直到就初步禁令举行听证会为止；初步禁令是要求被强制的一方在诉讼期间现在做（或不做）某事，避免原告在诉讼未决期间受到潜在的伤害。

〔16〕 参见〔法〕洛伊克·卡迪耶：《法国民事司法法》，杨艺宁译，中国政法大学出版社2010年版，第506页。

〔17〕 美国学者将德国民事诉讼法中的词组“einstweilige Verfügung”英译为temporary order，包括temporary restraining order和preliminary injunction。See Peterson, Courtland H., *Some Observations on Provisional Relief in American Law*, 14 *American Journal of Comparative Law* 266, 268-269 (1965)。在我国，少数学者将之译为临时禁令、临时命令，主流观点译为“假处分”，但对假处分的“假”应理解为临时/暂时。词组einstweilige Verfügung的含义由Verfügung决定，既能组成临时处分，也能结合为临时命令、临时禁令。相较于翻译为“假处分”，从原生词的所指看，翻译为“临时禁令”更为直观、达意。故本文采“临时禁令”称谓。

〔18〕 参见周翠：《中外民事临时救济制度比较研究》，清华大学出版社2014年版，第7页；Musielak/Voit, *Zivilprozessordnung*, 18. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2021, S. 8.

〔19〕 参见郭小冬：《民事诉讼侵害阻断制度研究》，知识产权出版社2010年版，第45页。

〔20〕 参见周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条的解释》，载《法律科学》2015年第4期。

〔21〕 分别参见最高人民法院：《关于〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法（草案）〉的说明》；国家知识产权局条法司：《〈中华人民共和国专利法〉修改条文的逐条说明》；全国人大社会建设委员会：《关于〈中华人民共和国反家庭暴力法（草案）〉的说明》；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第88—90页。

然而,由于缺少统一禁令程序规范指引,既有禁令程序规范存在令出多门、新增禁令制度亟需程序衔接等问题。

## (二) 权利实现之独立禁令程序对接

防御性请求权(Abwehransprüche)是权利遭受侵害及有受侵害之虞时权利自身的固有防御表达,具有禁止或要求被申请人做出特定行为的权能,而禁令是及时防范侵害的防御性请求权的外在表现。防御性请求权是德国私法学上重要的实体权利,目的在于制止正在发生的对请求权人权益的侵害,以及预防对请求权人的权益即将发生的侵害,分别被称为排除妨碍请求权与停止妨害请求权。<sup>[22]</sup>起初出现在所有权保护领域,经过判例的发展,防御性物上请求权上升为一般性请求权。<sup>[23]</sup>实体权利遭受妨害或有被妨害之虞时,都成为防御性请求权的基础,通过提起排除/停止妨害请求权加以保护。<sup>[24]</sup>在实践中,民事权利主体常常在诉诸民事诉讼救济前,就通过临时禁令程序来实现防御性请求权。<sup>[25]</sup>通行观点认为,德国《民事诉讼法》第935条、第940条的临时禁令裁决可作为保障防御性请求权的公权救济途径。<sup>[26]</sup>在已为防御性请求权提供给付之诉或确认之诉的情形下,之所以需要再开辟临时禁令程序途径,是因为防御性请求权对法律保护需求强度要求高,为及时制止侵害行为,需要司法机关迅速、简便作出裁决。临时禁令程序正是一种与法律保护需求强度相关的特殊程序,法律给予临时禁令特权,主要是为了满足案件申请人在紧急情况下的法律救济需求。<sup>[27]</sup>

我国《民法典》完善了防御性请求权体系,即以总则编第179条的停止侵害、排除妨碍、消除危险请求权作为防御性请求权的一般规定,<sup>[28]</sup>物权编第236条、人格权编第997条、侵权责任编第1167条则作为具体规定。这是权利人对威胁、阻碍其权利圆满状态的行为及时主张排除妨碍、消除危险、停止侵害的请求权基础。在我国,同样存在着诉诸繁琐、漫长的通常诉讼程序不利于该请求权实现的问题。与德国防御性请求权可经临时禁令程序实现相比,我国防御性请求权对司法快速实现程序的整体需求未被广泛认知。人格权禁令请求权的立法及形成的研究热点有望成为引入独立禁令程序的“支点”。

## (三) 程序法上无独立禁令程序规范

有观点指出,2012年修订的《民事诉讼法》形成了行为保全程序为一般性临时救济程序、知识产权禁令和海事强制令等为行为保全特殊种类的架构。<sup>[29]</sup>尽管行为保全是在海事强制令、知识产权禁令的宝贵经验上建构的,<sup>[30]</sup>并且在暂时制止损害及要求被申请人为或不为特定行为

[22] 参见〔德〕迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第275页。

[23] Vgl. Henckel/Wolfram, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, Archiv Für Die Civilistische Praxis, 174. Bd., H. 2/3, 1974, S. 114.

[24] 参见前引〔23〕, Henckel/Wolfram书,第114页。

[25] 参见王洪亮:《物上请求权的功能与理论基础》,北京大学出版社2011年版,第192页。

[26] Vgl. Zöller/Vollkommer, Zivilprozessordnung, Aufl. 2010, § 938 Rn. 3; Leipold/Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Verfahren, Aufl. 1971, S. 77ff.

[27] Vgl. Braun/Heiß, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2020, § 592 Rn. 2.

[28] 参见王涌:《私权的分析与建构:民法的分析法学基础》,北京大学出版社2020年版,第392页。

[29] 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》(第2版),高等教育出版社2021年版,第251页。

[30] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第158页。



上与临时禁令制度有相似之处，但是，以下主要的差别使得行为保全的一般性临时救济程序并非是统筹了适用于海事强制令、知识产权禁令、人身安全保护令、人格权禁令等制度的独立禁令程序。

其一，基于防御性请求权而生的临时禁令请求，不同于作为保障本案诉讼请求实现的行为保全。临时禁令是及时防范侵害实体权利的临时性救济手段，旨在保障合法权益不受侵害，与此相对应，其程序是快速获取执行名义的程序，是暂时性程序。而行为保全是与本案请求权联系起来的，即申请人所保全的行为应当与其提起的诉讼请求的内容相符或相等。尽管行为保全在客观上拥有诸多功能，但本质上与财产保全同属于民事诉讼程序保全范畴，保障申请人可能获得的胜诉判决得以执行。这是立法者将后入法的行为保全与财产保全一体化规范，从而使行为保全参照财产保全程序规则的原因。与本案请求权相连、忽视人身与财产权益差别下的行为保全程序，不能妥当对接我国民事实体法不断发展的以保护人身权、人格权为客体的行为禁令需求。例如，《反家庭暴力法》有关人身安全保护令的规定表明，人身安全保护令是一种救济措施，而非民事保全措施。人身安全保护令不是为离婚诉讼程序顺利进行而服务的，而是旨在预防、制止家庭暴力侵害行为的发生，维护权利人的人身安全权，以及保障身体权、健康权等权利的实现。

其二，禁令程序的运行不依附于实体判决程序（或称为本案诉讼程序）。如法国的紧急审理命令程序、依申请的紧急审理命令程序，皆独立于实体判决程序，即使当事人已经提起权利义务关系争议的诉讼，紧急审理命令程序、依申请的紧急审理命令程序仍能进行。<sup>〔31〕</sup>德国《家事事件和非讼事件程序法》中临时命令（*einstweilige Anordnung*）程序作为独立的程序，不以本案程序的进行为前提要件。我国海事强制令程序以紧急性为要件，不要求当事人在获得海事强制令批准裁定后起诉或者提起仲裁。显然，海事强制令程序是与实体判决程序相独立的程序。<sup>〔32〕</sup>这种程序独立性并没有被行为保全程序所承继，相反，行为保全程序的非独立性特征明显：《民事诉讼法》第103条、第104条是行为保全条款，其并没有区隔出一个独立于本案诉讼程序的诉中行为保全程序以受理、审裁保全申请；为保障本案执行，行为保全程序不排斥法院依职权启动诉前行为保全强制申请人提起本案诉讼程序的法定义务。在行为保全写入法律后颁行的《反家庭暴力法》，否定了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》将人身安全裁定作为离婚诉讼的保全程序的经验，明确了人身安全保护令程序是与离婚诉讼程序“解绑”的独立程序。

其三，尽管禁令裁定与行为保全裁定皆具有临时性，但其正当性依据不同。防御性权利的紧急性保护需求强度要求应为其提供与诉讼程序有本质不同的简速裁决程序，即禁令案件的裁决结果不是建立在充分的攻防对抗、全面的事实审理、严格的证明活动之上。此种程序运行机制决定了禁令裁定仅具有临时性，表现为裁定书指定的有效期间。与其不同，行为保全裁定的临时性是其附属于本案诉讼程序的结果，是否提起本案诉讼程序决定着保全裁定效力的长短。

随着我国禁令制度日渐壮大，由于欠缺独立禁令程序规范，新发展的禁令制度（如人格权禁

〔31〕 参见沈达明：《比较民事诉讼法初论》，中国法制出版社2002年版，第567页。

〔32〕 参见关正义、王琳：《论海事强制令的独立属性和功能》，载《法学杂志》2015年第4期。

令)存在程序适用规范滞后、程序适用不一等问题,而既有的禁令制度(如人身安全保护令)也因程序援引不明而不能有效适用。<sup>〔33〕</sup>这使提供独立禁令程序以衔接预防性法律制度的司法适用具有正当性和必要性。

### 三、独立禁令程序属性界定

清晰的程序属性是建构独立禁令程序的基点。见诸前文,学者对独立禁令程序属性有速裁程序、准司法程序、略式程序等不同见解。实际上,速裁程序只是停留于最高人民法院的构建阶段,其定性并不清晰,将禁令程序界定为速裁程序恐有草率。准司法程序的模糊性定位可能会放弃对独立禁令程序特质的理论证成。我国仅有少数学者提及略式程序、略式诉讼、略式诉讼程序等术语,并无略式程序理论研究,且使用相关术语者均未进行溯源考证,以致认识不一。<sup>〔34〕</sup>有鉴于此,略式程序是否独立、能否作为独立禁令程序的属性依据,应予专门论证。

#### (一) 略式程序厘清

为快速处理某些案件而需要简化法律程序,是所有时代法律制度共同的选择。适用于民事诉讼的简化程序源于罗马法,其表现形式是 *summaria cognitio*。<sup>〔35〕</sup>简化程序作为罗马法非常审判程序时期的一种特别审判程序,偏离了为罗马公民建立的普通程序,并与之并行,只适用于特定的或者明显需要加快审理速度的案件。它可以变通非常审判程序的某些程序规则,或压缩法定的诉讼期限,或简化证明、排除上诉,允许法官依据某些显而易见的事实及时地作出裁决。<sup>〔36〕</sup>在该程序中,允许在快速和不完整地审查后,对表面上看似合理、可信的证明材料进行采信并作出不会产生既判力效力的裁定。而允许适用这一程序的前提是,已设法排除了任何人因以简易方式作出的裁定而感到负担过重的可能性,即允许当事人在该程序后的另一个可以提出充分证据证明的审理程序中主张自己的权利。<sup>〔37〕</sup>

中世纪晚期,缩短司法程序的迫切需求再次出现, *summaria cognitio* 便由教皇克莱门特五世(Clementines V)的两个法令从罗马法律复兴过来,用作简化的程序形式,是与严格的、繁琐的 *ordo solennis* (普通诉讼程序)相对的一种简化的审判程序。14、15世纪, *summaria cognitio* 制度演变为取代 *ordo solennis* 的另一普通诉讼程序,成为大多数大陆法系现代普通民事程序制度的基础。<sup>〔38〕</sup>15、16世纪,在德国,由于普通诉讼程序的迂回和冗长,对缩短和简化的需要促使在

〔33〕 参见前引〔3〕,郭小冬文。

〔34〕 学者提及略式程序相关术语可概述为:第一,略式程序是特别的诉讼程序(本质属性是诉讼程序)(参见周翠:《再论督促程序电子化改革的重点》,载《当代法学》2016年第6期);第二,略式程序是诉讼程序非讼化的一种表现(参见胡学军:《对我国督促程序及若干相关完善建议的评述——以一般系统论为视角》,载张卫平主编:《民事程序法研究》第5辑,厦门大学出版社2010年版,第41页);第三,略式程序是非讼程序(参见赵蕾:《非讼程序论》,中国政法大学出版社2013年版,第39页)。

〔35〕 See McMahon, Henry G, Summary Procedure: A Comparative Study, 31 *Tulane Law Review* 573, 574 (1956-1957).

〔36〕 See Coretti, Michela, Del summatim cognoscere al proceso de plano: la sumariedad en el Derecho Romano y en la Edad Media, 8 *Vergentis: Revista de Investigacion de la Catedra Internacional conjunta Inocencio III* 45, 47 (2019).

〔37〕 Vgl. Biondo Biondi, Summatim Cognoscere, in BIDR, 1920, S. 258.

〔38〕 See Robert Wyness Millar, Three American Ventures in Summary Civil Procedure, 38 *Yale Law Journal* 193, 193 (1928).

summaria cognitio 的基础上发展出更有特性的简化程序。每一个偏离普通诉讼程序的程序都被冠以 summarische Process (略式程序<sup>〔39〕</sup>)。由于偏离的程序包括各种诉讼模式，以至于有必要采用“常规—不确定的略式程序”(regulär-unbestimmt summarische Process)和“非常规—确定的略式程序”(irregulär-bestimmt summarische Process)的分类法。<sup>〔40〕</sup>第一种程序与普通诉讼程序的差异在于司法自由裁量权，法官有权减少期日和诉状的数量，缩短期限等，具有不确定性。但是，在简化的同时，法官必须遵守普通诉讼程序基本规则，例如，对整个争议进行充分审理，特别是不限制抗辩权。因此，该程序被称为“常规—不确定的略式程序”。在任何适合的法律争议中，原告在诉请中可事先提出利用此程序的主张。第二种程序完全背离了普通诉讼程序规则，同时存在着背离程序的规范准则。由此，该程序被命名为“非常规—确定的略式程序”。其只适用于两类特定案件：(1)对某些能够立即证明且对方当事人不大可能提出异议的要求进行快速裁决；(2)给予债权人因债务人的侵害行为而面临遭受损失的危险时的快速保护。“非常规—确定的略式程序”之目的是对有理由的权利给予快速支持，裁决是在仅听取一方当事人意见后作出，而另一方的意见根本没有或只在特定的条件下被听取。该略式程序裁决建立在未全面考虑被申请人程序利益、未进行充分司法审理的基础上，因而法律要求债权人提供担保，只能导出临时性裁决。<sup>〔41〕</sup>若裁决不利于被申请人，其可通过普通诉讼程序回复权利。<sup>〔42〕</sup>

德国学者布里格尔布(Briegleb)认为二分法不妥当：普通诉讼程序“缩减化”的第一种略式程序不是真正的略式程序，因其还保有完全审理争议、对争议法律关系的最终裁决等实质特征，只是普通诉讼程序的一种加快形式，使争端极快地通过普通诉讼程序简化形式解决。真正的略式程序是通过实质性地缩小抗辩的范围来限制争议审理的程序，目的是在最终解决争议法律关系的普通诉讼程序性补救措施之外，带来更快但不完美的法律救济，或者直接防止每一项争议因在作出最终裁决前这段期间所引起的延迟救济而产生的不利影响。其对普通诉讼程序的偏离主要体现在：基于疏明认定事实，是一种不完全审理，被申请人只能提出即时可审查的抗辩，司法裁决具有临时性效力。总体而言，普通诉讼程序在形式上有别于自身的加快程序，却在争议审理上区别于略式程序。近年来的程序主义者也对将普通诉讼程序的加速程序与略式程序相结合的观点持反对意见。<sup>〔43〕</sup>因此，布里格尔布将略式程序由异质组合纯化为自治封闭的程序体系，仅以“非常规—确定的略式程序”为外延(见图1)。

当代德国学者认为，虽然德国《民事诉讼法》没有“略式程序”一词，但是，纯化后的略式程序确实存在于民事程序制度中，包含证书诉讼和票据诉讼程序、督促程序、扣押和临时禁令的特别程序规定。这些程序的目都是快速获得可执行的名义。<sup>〔44〕</sup>日本《民事诉讼法》也没有

〔39〕 summarische (r/n) Prozess/Process/Prozeß, 日本学者将此术语翻译为“略式诉讼”。松浦馨「略式訴訟の概念と本質」法協77卷5号(1961年)489頁以下参照，转引自小池和彦「ドイツ普通法における条件付命令訴訟——督促手続の前身として視点から」近畿大学法学第66卷第3・4号(2019年)280-281頁。鉴于Prozess/Processe/Prozeß也有“程序”之义，结合下文的分析，本文译为“略式程序”。

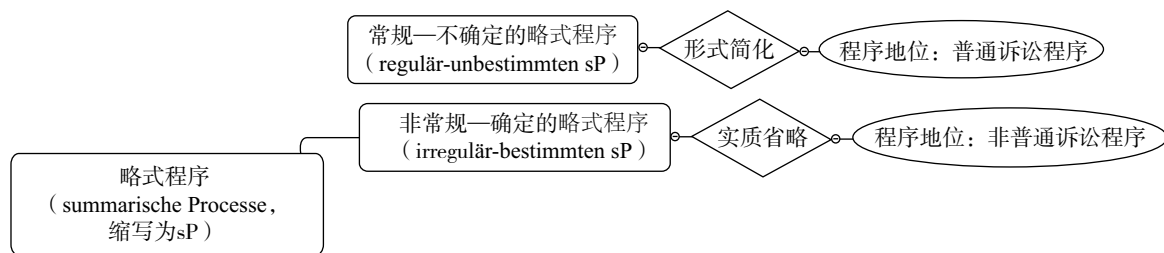
〔40〕 Vgl. Hans Carl Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Bernhard Tauchnitz Leipzig, 1859, S. 1-4.

〔41〕 See Engelmann, Arthur, *A History of Continental Civil Procedure*, Little Brown & Co., 1927, p. 582.

〔42〕 参见前引〔40〕, Hans Carl Briegleb书, 第351页。

〔43〕 参见前引〔40〕, Hans Carl Briegleb书, 第1-14, 351页。

〔44〕 Vgl. Meyers Großes Konversations-Lexikon, Band 19, Leipzig 1909, S. 204.



“略式程序”术语，但根据目前的法律，与普通诉讼程序不同的略式诉讼程序包括督促程序、票证诉讼以及假处分命令程序。<sup>〔45〕</sup>

在民事程序二分的传统理论下，略式程序只有与非讼程序有实质区别，才有存在意义。与非讼程序以法律事实或权利状态的确认为对象不同，略式程序审理的是民事主体寻求快速保护或实现权利的请求。这两种应用于不同程序标的的民事程序在程序运行机理上形成各自的程序结构、程序运行动力、程序效力内容：典型的非讼程序呈现出“申请人申请+法院职权裁量”的单方结构；略式程序是“申请人申请+(被申请人有限抗辩)+法院审理”的不充分性对审结构。非讼事务的非民事权益争议性使非讼程序依非讼法理展开运作，表现为在职权性干预、证明下对法律事实或权利状态作出认定；略式程序的权益对立性要求其运作于依申请、有疏明的诉讼程序，并且与充分的异议审理程序衔接。非讼程序裁决通常缺乏执行内容，也没有执行力，略式程序裁定以强制执行为后盾。

综上所述，略式程序是一种历史悠久的独立程序。作为一种明显的特别程序类型，<sup>〔46〕</sup> 略式程序独立于诉讼程序、非讼程序，<sup>〔47〕</sup> 形成独立、自足的程序体系：以提供临时性的迅速救济为基础理念，以有限的事实审理、不提供完整的抗辩保障、不对争议法律关系做终局性判断、裁决具有临时性为特征，以申请、疏明、担保等为制度构成，以配置声明不服救济程序为程序保障的重要内容，为追求简便、及时保护或实现权益的需求适配相应程序。

## (二) 独立禁令程序的略式程序属性

在域外法上，为了适应迅速审理的要求，临时禁令程序降低证明标准的要求，可采取单方审理结构进行。依据德国《民事诉讼法》第928条、第920条第2款的规定，申请临时禁令的证明标准为疏明(Glaubhaft)；根据第294条，对临时禁令请求权及请求理由承担疏明义务的申请人，只有提出可即时进行调查的证据时才能被法官采用；依据第937条规定，在急迫情形下可以不经言词辩论程序即可作出裁定。即便是在言词辩论程序下，排除被申请人以反诉的方式抗辩，仅能提出即时可调查的证据进行抗辩。<sup>〔48〕</sup> 基于此，临时禁令裁定仅具有临时性特征。该裁定不

〔45〕 参见《世界大百科事典》(第2版)「略式訴訟」の解説，载 <https://kotobank.jp/word/略式訴訟-1215774>，最后访问时间：2022年6月3日。

〔46〕 参见前引〔40〕，Hans Carl Briegleb书，第244页。

〔47〕 关于略式程序是特别程序的子类型之一，独立于特别程序体系外的通常诉讼程序，也独立于特别程序体系内的非讼程序，我国学者王强义早已论证。本文认同其观点。参见王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社1993年版，第1-31页。

〔48〕 Vgl. Jestaedt, u. a., Designgesetz, Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung, 6. Aufl. 2019, VO (EG) 6/2002 Art. 85 Rn. 33.

针对争议关系的最终解决，由法院在自由裁量权范围内发布。<sup>〔49〕</sup>为平衡对当事人双方的程序、实体保障，赋予被申请人多种声明不服救济程序选择权。

日本1989年《民事保全法》规定的假处分命令即临时禁令。为实现假处分命令程序的迅捷性，民事保全命令程序的裁判可以在不通知被申请人、不经口头辩论下进行，申请人在举证目标上达到疏明即可。日本学者新堂幸司指出，假处分命令程序“是对申请人对被申请人的主张妥当与否作出裁判的程序”，这一特征使其成为普通诉讼程序的替代，同时，其具有诉讼程序所载的“使申请人简单地获得债务名义”的程序目的，可以说是“诉讼”程序；另一方面，假处分命令程序“将举证限定于疏明、以决定或命令的形式作出裁判”，这与普通诉讼相异，可视略式程序为普通诉讼程序的简易化。<sup>〔50〕</sup>与布里格尔布明确将普通诉讼程序加快形式剥离出略式程序的主张相较，新堂幸司对假处分命令程序的略式程序表述似仍混合两种略式程序。林屋礼二对假处分命令程序与普通诉讼程序的差异认识则提供有力的理由，其指出，通常诉讼程序采取“原告的主张→被告的防御→审判→执行”的程序进行，而假处分命令程序在被告的防御之前进行审判、执行，此后，被告的防御以提出异议的形式进行。<sup>〔51〕</sup>这一差异将假处分命令程序并非普通诉讼程序的加速形式的本相凸显出来，揭示了假处分命令程序是纯化后的略式程序的属性。

可见，德国法、日本法上的临时禁令程序主要特征比较鲜明：不做实体权利义务争议处理、省略充分的攻击防御审理、采疏明的举证目标、法院有自由裁量权、裁决效力有暂时性外观。这些程序特征充分表明临时禁令程序在性质上与略式程序的契合性。

相比德国法、日本法，我国法上缺乏统一的禁令程序规范。不过，我国的禁令制度规则在实践中呈现出了略式程序的特征。在略式程序适用的第二类案件中，启动该程序不要求提供有关实体权利义务争议的终局性判定，是在急迫情形下迅速获得保护的司法救济。与此相同，我国海事强制令、知识产权禁令、人身安全保护令、人格权禁令等制度均是为避免紧急性的损害发生或正在遭受的损害扩大，由申请人向法院申请禁令救济的制度。虽然各具体程序设置因所保护权益的性质及实践特点不同有所差异，但都体现了与临时禁令快速救济相适配的一般性内容，如不处理实体权利义务争议、允许单方申请下的裁定、简短期限内作出裁定。“我国的禁令制度也不通过正常的诉讼程序进行，而是依据当事人申请，法院进行一定的审查即可作出决定，没有赋予申请人和被申请人足够的论证和辩驳的权利。”<sup>〔52〕</sup>不仅禁令请求诉诸非通常诉讼程序，而且禁令程序所采用的审查方式及审理原则也是特殊的。禁令程序不直接处理民事权利义务争议，而是对禁令请求是否符合防御性请求权的实体要件进行快速形式审查，主要通过询问谈话、听证会的方式<sup>〔53〕</sup>对

• 365 •

〔49〕 See Fritz Baur, Present German Practices in the Application for Temporary Relief: Attachment and Temporary Restraining Orders, 14 *American Journal of Comparative Law* 247, 247 (1965).

〔50〕 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第677页。

〔51〕 林屋礼二「民事保全の史的考察」『民事保全講座（第一巻）』（1996年）23頁以下参照，转引自前引〔39〕，小池和彦文，第281页。

〔52〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第95页。

〔53〕 采用询问方式的案件，如“上海假面信息科技有限公司与杭州网易公司等案”，陕西省西安市中级人民法院（2019）陕01行保1号民事裁定书。采用听证会方式的案件，如“北京快手科技有限公司与四川金蟾微网络科技有限公司案”，四川省成都市中级人民法院（2021）川01行保3号民事裁定书。

证据资料进行审查和判断,紧急情况下可以仅审查申请人提供的证据资料。申请人在申请书中应载明申请所依据的事实和理由并附上有关证据,需要证明他人正在实施或即将实施侵害申请人合法权益的行为。此要件中的“有关证据……证明”,在司法实践中被普遍表述为申请人提供的证据“初步证明/表明”。<sup>[54]</sup>在初步证明标准下,当事人提供有限的事实主张及表面证据供法院进行审查、作出判断即可。这种审查方式与略式程序的审查方式相同。禁令裁定是在表面审查原则下对特殊实体权利保护请求的非终局性判断,故其所具有的形式确定力和执行力是暂时的。这与略式程序裁定的临时性效力具有一致性。我国《反家庭暴力法》第30条规定人身安全保护令有效期间不超过6个月。比较有争议的是人格权禁令的有效期,有临时性与非临时性的观点分歧。<sup>[55]</sup>笔者认为,《民法典》第995条、第997条都是停止侵害的请求权基础,不同的是,第997条明确强调了申请人提出禁令申请时应证明侵害行为的“紧迫性”、损害的“难以弥补”要件,这要求法院对这种禁令申请及时、简便地作出裁决,否则,该实体请求权将因无实践力而成为“具文”。前后条文规定差异明显,如果将第997条也解释为非临时性效力的人格权禁令,则将面临与第995条人格权禁令(终局禁令)<sup>[56]</sup>关系厘定的难题。

综上所述,中外民事禁令制度皆具有略式程序的特征。识别略式程序的程序地位,探求禁令程序的略式程序定性,有利于指导建构我国的独立禁令程序。

#### 四、独立禁令程序设置

程序属性是程序建构的原点。明晰了禁令程序的略式程序属性,为其程序建构提供了理论指导。同时,从程序设置的基本原理上看,独立禁令程序也由民事程序运行的基础环节构成,申请程序、审理程序、裁决程序、救济程序等以实现程序功能为要求的环节揭示了设置独立禁令程序的任务。

##### (一) 申请程序

独立禁令申请程序应设定启动要件,以防止申请人滥用临时救济程序给被申请人及法院造成负担,其中包括:(1)向有管辖权的法院提出申请。临时禁令案件对效率具有极大需求,无须终局解决争议法律关系,其管辖应符合及时保护或实现权利的基本目的,兼顾法院审裁、执行的便利,结合2021年出台的《最高人民法院关于调整中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》两份司法文件,在级别管辖上,原则上由基层法院受理。在地域管辖上,当侵害行为尚未发生时,原则上应向被申请人所在地的基层法院提出申请;特殊案件中为平衡当事人利益保护,也可向申请人所在地的基层法院提出申请,如

[54] 如“深圳市腾讯计算机系统有限公司与重庆天极畅娱网络有限公司等案”,重庆自由贸易试验区人民法院(2019)渝0192行保1号民事裁定书;“百鲜食品(福建)有限公司与马士基有限公司案”,厦门海事法院(2020)闽72行保2号民事裁定书;“李雪琼与王华强案”,广东省惠州市惠城区人民法院(2021)粤1302民保令4号民事裁定书;《演员刘涛“被代言”?广互作出首份人格权侵害禁令!》,广州互联网法院官方微信“法脉准绳”,2021年8月25日。

[55] 持临时性观点的如张素华:《论人格权禁令的性质及司法适用》,载《比较法研究》2022年第6期。持非临时性观点的如朱虎:《人格权侵害禁令的程序实现》,载《现代法学》2022年第1期。

[56] 参见前引〔6〕,严仁群文。



人身安全保护令案件。当侵害行为正在进行，侵权行为实施地、结果发生地的基层法院也应有管辖权，但法定的专门法院除外。提出禁令请求时，如果实体判决程序已经启动，则出于诉讼经济、诉讼效率考虑，应由该实体判决法院管辖。(2) 申请的法定程式要求。一是申请必须符合法定的程式。为达到迅速审查的目的，原则以书面申请为主。申请书应当载明被申请人、请求权、具体的请求内容、所依据的事实与理由，并附上相关证据。首先，申请人应当依据实体法中防御性请求权基础申请禁令。其次，申请书中的请求内容及所依据的事实与理由应当具体化，以便于法院裁决。如果有排除侵害行为的紧迫性需求，不能合理地期望申请人忍受漫长的诉讼程序，就存在申请禁令的理由。可在总结海事强制令等申请理由之上作出原则性规定，并设定除外规则。<sup>〔57〕</sup>最后，与简便、快速获取具有暂时性的执行名义的程序目标相适应，在请求权、申请理由的存在及程序先决要件上采疏明的举证，即要求证据方法限于可被法官立即进行调查并作出判断。<sup>〔58〕</sup>二是交纳案件受理费。我国法规及司法解释根据权益性质不同要求有别，<sup>〔59〕</sup>此种做法具有合理性。(3) 申请还需符合其他要件，如属于法院主管范围、申请人适格、具有诉的利益，可适用民事诉讼一般规则，不再赘述。

## (二) 审理与裁决程序

首先，厘清独立禁令审理程序二元结构，重点把握不充分性审理本质。略式程序既有单方申请裁决，也有特定条件下的对审裁决。就禁令审理程序而言，考虑到权益对法律保护需求强度有差异，若采对审程序，就会拖延裁决，无法对权益紧急处置，这时可依法采单方结构。两大法系国家为保障被申请人法定听审权，都以对审裁决程序为一般情形、以单方审裁程序为例外。但在二者结构关系上：美国的单方临时限制令程序依附于对审的初步禁令程序；德国、日本、法国的单方审裁程序与对审裁决程序是互斥关系。尽管单方审裁程序会严重影响被申请人利益，但其本身仅在例外下适用，程序运作需由申请人疏明、担保，被申请人异议程序为后置程序保障，这些条件的聚合可将对被申请人的不利降至最低。再者，为及时救济被申请人利益，单方审裁对其不利的，就转为通常诉讼程序解决争议更为妥当。因而，禁令程序在结构设置上可采用互斥的二元结构。为实现迅速做出裁决的目的，按照略式程序原理，禁令程序的审理是不充分性的审理，在审查方式上是有限的形式审查：单方审裁程序是最不充分性的审理一端；对审程序在审查方式上也是不充分性的审理，主要表现在对当事人的攻击防御方法进行限制，仅允许提供即时可调查的证据方法，不允许提出反诉等。而即时可调查的证据要求也表达了法官心证的程度已达致疏明，即法官产生大致如“若不签发禁令则申请人陈述的侵害行为即将发生或正在发生的侵害行为将要扩大，致使其遭受重大的损害”的心证后，即应认可申请，否则驳回申请。

其次，在审查内容上，法院除依职权审查程序性要件外，还应审查签发禁令所需的实质要件。法官既要审查禁令请求权基础、请求依据的理由进行实质判断，还应衡量签发禁令对申请人与

〔57〕 如自我驳斥 (Selbstwiderlegung) 情形否定紧急性。自我驳斥，即如果申请人在知悉相关紧急性情况后很长一段时间后才提交禁令申请，则此容忍或拖延将驳斥紧急性的法律推定。

〔58〕 参见前引〔50〕，新堂幸司书，第373页。

〔59〕 我国《诉讼费用交纳办法》第10条要求申请海事强制令应交纳受理费，而《人身安全保护令案件批复》明示人身安全保护令案件不需要预交受理费。

被申请人、私人利益与公共利益的影响,根据案件情况进行“综合考量”的实质判断。

最后,禁令程序裁决方式及裁定效力。略式程序的子程序在裁决方式上有判决、决定、裁定、命令等形式。我国禁令制度采裁定方式。从程序特征角度看,裁定与我国法律体系也更为契合。在我国,与有关实体权利义务的判决相比,裁定主要为法院针对程序问题作出的判断或安排,但不排斥将裁定用于临时性的司法救济程序。例如,《反家庭暴力法》第26条规定,人身安全保护令由法院以裁定方式作出。尽管禁令裁定并非权利义务争议的终局性判断,但是,禁令裁定的内容也可能直接或间接指向当事人的实体权利义务。就设置临时禁令裁定有效期间来看,临时禁令虽以临时性为特征,但一旦生效,就会限制被申请人的行动自由,为将限制控制在合理限度,有必要明确裁定的有效期限。我国人身安全保护令的有效期不超过6个月,允许法官在具体案件中酌定期限的做法可暂予适用。“不超过”赋予了法官在具体案件中酌定期限的正当性,为个案中的具体情形具体适用预留了空间,使法官可在听取当事人意见的基础上,灵活地决定禁令有效期间。这种立法技术可用于禁令效力期间的设置。就禁令裁定效力而言,因裁定程序未充分给予当事人程序保障,使得禁令裁定缺乏既判力正当化根据,因而不具有既判力。

### (三) 送达与执行程序

在禁令程序中,高效送达裁定尤为重要,尤其是单方审裁程序下,被申请人只有在知悉裁定载明的被限制行为时才有可能履行特定行为。同时,送达裁定也是计算被申请人异议权存续的法定起点。然而,我国禁令制度送达程序规则不尽如人意,海事强制令程序无送达规则,人身安全保护令仅规定受送达主体,未(充分)重视送达时限在平衡当事人利益上具有的重要作用。德国《民事诉讼法》第929条第3款规定,对于送达被申请人之前先行执行的,若在执行后已满一周或在该条第2款规定的执行时效期间(一个月)届满时还未送达被申请人,将不能再有强制执行力。这种将送达与执行关联的立法,使送达制度具有了对被申请人提供程序保障之意。从禁令程序的紧急救济功能、裁定的临时性特征,以及我国将禁令裁定送达定性为法院权力来看,为使被申请人的知悉权得到及时保障,可采取较短的送达时限规定,期限届满未送达的,裁定将不再具有强制执行力。禁令裁定作出即产生执行力,对其申请执行的,应准用强制执行规则,法律另有规定的除外。

### (四) 救济程序

略式程序案件因无必要或因情况紧急无法提供充分性对抗,在略式程序中压缩了被申请人的程序保障空间,因此,在略式程序之后,应赋予被申请人通过实质性异议提起普通诉讼程序以充分行使各项程序权利的选择权,这是略式程序的后发性程序保障机制。<sup>[60]</sup>我国临时禁令制度的当事人声明不服程序是向作出裁定的法院申请复议,该程序的具体运行规则并不清晰。在当事人不服裁定时,仍要向本法院请求再度审查,难以消除当事人对裁决结果客观公正的疑虑。为了尊重并保障被申请人享有的程序权益,应当给予其在终局性判定权益的司法程序中充分表达意见的

[60] 在裁定的作出程序中采书面审查原则,对该裁定不服的救济程序,可给予适用言辞辩论程序进行保障。这种程序制度安排,在民事诉讼法学上被称为后发的程序保障。参见肖建国:《执行当事人变更与追加的救济制度研究——基于德、日、韩执行文制度的比较研究》,载《法律适用》2013年第7期。

机会。依据后发性程序保障理论，当被申请人提起实质性异议后，<sup>〔61〕</sup>应通过诉讼程序展开充分性审理，终局性地解决案件争议。德国法、日本法上为申请人在申请被驳回后提供了即时抗告的权利，<sup>〔62〕</sup>同时为被申请人创设了多种救济程序。其一，异议程序。异议审理程序实为异议之诉程序，由做出禁令裁定的法院对异议进行审理，但是，在同一审级内要转换为言词辩论程序进行审理，保障当事人充分行使攻击防御方法，作出认可、变更或撤销临时禁令裁决的终局判决（日本法上用“决定”）。对该终局判决可进行再救济。其二，申请命令起诉程序。为被申请人提供另一条通向诉讼程序的程序选择权。当申请人获取临时禁令裁定后未提起实体判决程序时，被申请人可向法院申请命令申请人于一定期间内提起实体判决程序，若申请人未提起该程序，则法院可依被申请人的撤销申请撤销临时禁令裁定。其三，临时禁令裁定所保护的權利或保护的必要性消灭或发生其他情况变更的，被申请人可向作出裁定的法院申请撤销临时禁令裁定。上述三种后发性程序保障机制交由被申请人选择，提供转轨为诉讼程序的民事程序转换机制，从而保障了被申请人在诉讼程序中进行充分抗辩的可能性，不会因临时禁令程序省略实质审理、限制抗辩手段致使其所遭遇的不公无法及时纠正。

德国法、日本法侧重于实质异议的诉讼性、诉权的对等性、程序保障的弥补性的救济程序设置，使当事人双方在充分对抗的判定程序中实现了权益维护的一种动态制衡，为构建我国禁令裁定救济程序提供了经验。概括地说，对于申请人的声明不服救济，即申请人不服驳回禁令申请裁定的，可允许其立即上诉，原因在于：一方面，申请与起诉是有相同效果的诉讼行为，裁定驳回起诉的救济方式也应适用于裁定驳回申请；另一方面，禁令裁定是审判组织运用审判权的结果，应由上一级法院对其行使审判权进行监督、审查，后者所适用的程序应为上诉审程序。出于效率考量，在这类案件的上诉审程序中，可以采用书面审查的方式。对于被申请人的声明不服救济：第一，当被申请人提出临时禁令裁定实有错误应予撤销或变更的实质性异议时，应为其提供转轨为诉讼程序的救济——异议之诉程序。在该程序中，法院应保障当事人行使充分的程序权利。第二，在临时禁令的有效期内，因出现新的立法或事实使临时禁令请求权、请求理由不复存在，或者出现被申请人提供充足的担保等法定情形，赋予被申请人提起撤销禁令裁定的诉讼程序。由于这些事由具有显而易见的特征，可经表面证据疏明，由被申请人借助简便的复议程序申请撤销。异议之诉程序及复议程序期间不停止禁令裁定的执行，但被申请人提供充足担保等法定情形除外。法院宣告撤销之时禁令裁定效力终止。

• 369 •

## 五、余 论

禁令案件对法律保护需求的紧急程度，使其难以经诉讼程序和非讼程序妥当实现。依据程序相称性原理，需要一种与此种需求适配的快速程序。因社会主体对快速获取执行名义的需求而衍

〔61〕 实质性异议，指被申请人提出的异议导致案件事实、权利义务关系需要经过充分的攻击防御的实质审理才能做出判断的情形。实质性异议不能以复议方式书面形式审查解决。

〔62〕 有关条文参见德国《民事诉讼法》第567条第（1）款第2项、第572条、第936条、第924—927条；日本《民事保全法》第19条、第26—42条。

生的不处理争议法律关系、仅允许当事人有限地行使攻击防御手段、法官基于表面审理即可作出裁决的略式程序，契合了禁令案件的需求。略式程序为独立禁令程序的规则建构提供了理论依据。独立禁令程序是申请人面临紧急侵害行为时快速获取执行名义，以维护权益的一般性程序。将目光投向具体的禁令制度可知，不同种类的权益有各自特定构造的禁令规则，如人身权与财产权；即便相同性质的权益，由于条件的不同，往往可以采取多种不同的禁令规则，如人格权与身份权。从程序设置原理看，对一般程序可以分层设置子程序，以延展一般程序的实践力。故而，在独立禁令程序之上，结合具体权利特征，如何对具体禁令程序规则进行设置或完善，将是进一步研究的对象。

---

**Abstract:** The scholarly community has incidentally put forward the proposition that “an independent injunction procedure applicable to all acts should be constructed” when studying the issue of procedural adaptation of personality rights injunction, but there are different understandings of the attributes of the procedure. Different from the opinions of academic circles, the practice of procedural adaptation of injunctive system in China is to be determined one by one in the law or by judicial interpretation. At a time when the central government emphasizes the improvement of the preventive legal system, whether and how to construct an independent injunction procedure should be specifically studied. The provision of injunction procedures is the right of judicial protection, and the preventive function of defensive claims makes it necessary to resort to injunction procedures to achieve. There is no independent injunction procedures in China, and it should be constructed. The definition of the properties of the independent injunction procedure is the cornerstone of the construction of the procedure. According to the principle of procedural proportionality, the characteristics of injunction cases to quickly obtain the enforcement name to stop and prevent urgent infringement make its procedures escape from the traditional dualism of civil procedures. To clarify the status of the abbreviated procedure as a mature third procedure from a historical perspective will provide an attribution for the properties of the injunction procedure, and then the independent injunction procedure will be constructed under the guidance of the abbreviated procedure theory.

**Key Words:** injunction against infringement of personality rights, temporary injunction, civil procedure, summary procedure, injunction procedure

---

(责任编辑:王叶刚 赵建蕊)

## 个人信息保护“目的限制原则”的反思与重构 ——以《个人信息保护法》第6条为中心

朱荣荣\*

**内容提要：**目的限制原则作为个人信息处理的基本原则，要求信息处理活动不得溢出信息收集时的初始目的，以保障信息主体对个人信息的自主控制与支配。然而，大数据时代个人信息的多维度利用日趋常态化与复杂化，导致信息处理目的难以在信息收集阶段完全确定下来，严格的的目的限制原则忽视了个人信息的利用价值。信息保护与信息利用均为法律追求的价值目标，不能顾此失彼，因此，有必要在个人信息类型化视角下重塑目的限制原则的规范内涵。申言之，处理个人敏感信息必须恪守目的限制原则，禁止超越初始目的范围处理之；处理个人一般信息原则上亦须遵从目的限制原则，但特殊情形下允许超越初始目的而处理信息，前提是不得引发高于信息主体所预期的风险。

**关键词：**目的限制原则 信息保护 信息利用 个人敏感信息 风险限定

大数据时代，对于个人信息的获取与利用愈益普遍，信息处理者在挖掘、分析个人信息时可能在一定程度上侵害信息主体的合法权益。为规制不当的信息处理行为，《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）第6条确立了目的限制原则，该条规定“处理个人信息应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式。收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息”。目的限制原则作为个人信息保护制度的基石，<sup>〔1〕</sup>能够有效避免滥用个人信息现象的发生。

随着大数据分析技术的不断发展，社会对于个人信息的利用需求达到了前所未有的高度，目的限制原则要求处理个人信息应当具有明确、合理的目的，且后续的信息处理应当与初始目

\* 朱荣荣，南京大学法学院博士研究生。

〔1〕 Vgl. Peter Schantz, DS-GVO Art. 5 Grundsätze für Die Verarbeitung Personenbezogener Daten, in Heinrich Amadeus Wolff, Stefan Brink (eds), BeckOK Datenschutzrecht (33rd edn, 2020), Rn. 12.

的直接相关，极大地压缩了信息利用的空间，不符合信息保护与信息利用动态平衡之立法理念。有鉴于此，有必要对目的限制原则进行深度考察，寻求其在新时代背景下合理的因应之道。

## 一、目的限制原则的内涵阐释与法理基础

### （一）目的限制原则的基本内涵

根据《个人信息保护法》第6条可知目的限制原则包含两个方面，即目的明确与使用限制。前者指收集个人信息应当具有明确、合理的目的，不得过度收集个人信息；后者指个人信息的处理应当与初始目的直接相关，如果信息处理行为超出了初始目的则为法律所不许。可见，目的明确与使用限制是不可分割的有机整体，两者相辅相成、相互制约，目的明确原则是信息处理行为的逻辑起点，只有在收集阶段明确告知信息处理的具体目的并获取信息主体的有效同意方可处理他人信息。同时，为确保信息处理目的的效力性，后续的信息处理行为应当与处理目的直接相关，不得超越初始目的可能的范围恣意处理个人信息，否则目的明确原则将形同具文。

目的明确原则是维护个人基本尊严的重要工具，在收集和利用个人信息时，忽视或淡化“目的”意味着人格尊严将受到严重的侵蚀。<sup>〔2〕</sup>信息主体与信息处理者之间信息不对称的客观事实要求信息处理者在收集信息之时应当善尽说明义务，避免信息主体因信息的不充分而做出错误的决策。目前，我国《民法典》第1035条、《网络安全法》第41条、《消费者权益保护法》第29条等诸多规范都要求信息处理者明示信息处理的目的，但对于“目的”的具体要求则未言明。《个人信息保护法》第6条规定，目的明确原则应当满足两个要件，即目的明确与目的合理。目的明确性要求收集个人信息应当具有明确的、特定的目的，过于宽泛与模糊的目的可能被认为是不合法的，目的明确性迫使信息处理者在收集信息之前审慎思考信息处理的目的，可以在一定程度上制约信息处理者恣意处理信息。信息处理者在形成明确的信息处理目的之后，还须将此目的以一种可被理解的方式清楚地表达出来，确保相关主体对信息处理目的的认知不存在歧义。关于目的明确性的形式要求，立法没有明文规定，从规范目的来看，目的明确性旨在保障信息主体充分知悉信息处理的目的，因此，信息处理者借助于何种形式表明其目的在所不问。目的合理性要求信息处理目的必须符合社会一般人的事理认知，不得违反基本的伦理道德与公序良俗。目的合理性包含两个要素，即制度层面的目的合法与价值层面的目的正当。目的合法是信息处理的最低要求，信息处理者处理他人个人信息应当具备合法性事由，包括约定事由与法定事由，约定事由指双方当事人可以自行约定信息处理的具体事项，法律不得无故加以干涉。法定事由则指法律所规定的无需获取信息主体同意即可处理信息的事由，包括订立或履行合同所必需、履行法定职责

〔2〕 See Joseph A. Cannataci, Jeanne Pia Mifsud Bonnici, The End of the Purpose-Specification Principle in Data Protection, 24 *International Review of Law, Computers & Technology*, 102 (2010).



或法定义务等。目的正当性指收集个人信息必须具有充足的价值基础,合理兼顾信息主体与信息处理者的利益,目的正当性的判定依附于个案具体情境,随着社会的发展以及立法理念的变迁而动态调整。

目前,我国对于使用限制的判定标准采取的是“关联性”,要求信息处理行为不得与初始目的不具有关联性。然而,立法对于“关联性”的具体内涵没有予以明确,《个人信息保护法》认为信息处理行为应当与信息收集时的初始目的具有“直接关联性”,张新宝教授起草的《个人信息保护法(专家建议稿)》主张信息处理行为应当与初始目的具有“合理关联性”。《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020年)则认为,“关联性”包括“直接关联性”与“合理关联性”,其规定“使用个人信息时,不应超出与收集个人信息时所声称的目的具有直接或合理关联的范围”。对于何谓“合理关联”,《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020)并没有给出明确的答案,而是具体描述了属于“合理关联”的信息利用情形,其认为“将所收集的个人信息用于学术研究或得出对自然、科学、社会、经济等现象总体状态的描述,属于与收集目的具有合理关联的范围之内”。不同于我国,域外立法采取的是“兼容性”标准,第29条数据保护工作组指出,不同于初始目的的进一步处理并不意味着与初始目的自动地不兼容,某些情况下,信息处理虽然与初始目的不同,但二者可能是相符的。<sup>〔3〕</sup>关于“关联性”与“兼容性”的关系,有学者认为,在大数据产业下,数据机构对数据的二次利用往往跟初始目的没有关联性,但这并不意味着一定不相兼容。<sup>〔4〕</sup>换句话说,较之“关联性”,“兼容性”的涵摄范围更广,“关联性”要求后续的信息处理对于初始目的的严格遵循,可能在一定程度上阻碍大数据产业的发展以及创新型社会的构建。

• 373 •

## (二) 目的限制原则的法理基础

第二次世界大战结束后,国际社会开始深刻反思战争期间各种非人道的行为,普遍呼吁建立尊重基本人权的法律制度。黑格尔认为,人格的要义在于,我作为这个人,在内部任性、冲动和情欲以及在直接外部的定在等一切方面都完全是被规定的和有限的,并在有限性中知道自己是某种无限的、普遍的、自由的东西。<sup>〔5〕</sup>当前,不论英美法系抑或大陆法系,相关制度安排均强调对于个人信息的利用不得以牺牲人格尊严为代价。受社会和他尊重是人的一种基本需要,是人作为法律关系主体所享有的最基本的人格价值,自然人维护个人信息的准确性、控制个人信息的利用范围是保证个人尊严得到社会认可的体现。<sup>〔6〕</sup>在“小数据时代”,由于信息收集技术与收集能力普遍处于不发达状态,信息主体尚能有效控制信息是否被处理以及处理的方式,然而,随着大数据技术的突飞猛进,通过个人信息介入个人生活的广度和深度实现了从量变到质变,当个人成为纯粹的“个人信息客体”,被随意监控、分析和操纵,个人的内在决策和外在形象都被控

〔3〕 See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03 /2013 on purpose limitation 15 (Article 29 Data Protection Working Party 00569/13/EN 2013), p. 21.

〔4〕 参见谢琳:《大数据时代个人信息使用的合法利益豁免》,载《政法论坛》2019年第1期。

〔5〕 参见〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆2017年版,第51页。

〔6〕 参见张涛:《个人信息的法学证成:两种价值维度的统一》,载《求索》2011年第12期。

制时，个人作为人的完整性和主体地位便已分崩离析，个人的独立和尊严将直接受到挑战。<sup>〔7〕</sup>为稳固个人的主体性地位，《个人信息保护法》构造了以“人”为中心的制度体系，确保个人对信息的自主性与控制性，目的限制原则即是个人控制体系中重要的组成部分。

目的限制原则要求信息处理者在收集信息时明确告知信息主体信息处理的具体目的，并严格限定后续信息处理的方式，同时给予信息主体同意或反对的权利，能够在一定程度上保障信息主体自主控制信息被以何种方式处理，防止信息处理者以信息主体未能预见到的方式处理信息。自主决定与自愿承担风险是私人自治的重要体现，尊重个人自主决定是否接受信息处理可能造成的风险形塑了个人自治空间，法律对于信息主体真实的意思表示应予尊重，不得任意干涉。作为个人信息的原始所有者，信息主体对于个人信息的收集与利用享有绝对的支配力与控制力，除法律明确规定信息处理的合法性基础外，信息处理者只有在获得信息主体的同意或授权时才能收集或利用信息。目的限制原则要求信息处理者在收集信息阶段应向信息主体详细披露信息处理的方式、可能产生的风险等事项，并承诺在约定的目的范围内处理信息。一般而言，借由信息处理者收集信息时的说明义务，信息主体能够预判让渡信息可能需要承受的风险，并在此基础上作出是否许可他人使用其信息的意思表示。信息主体对于自我信息的控制力与支配力是目的限制原则的理论基础，亦是制约信息处理者尊重目的限制原则的动力来源，只有承认信息主体有权自主决定信息被如何收集与利用，才能促使信息处理者主动寻求信息主体的授权许可。为了获得信息主体的有效同意，信息处理者须将信息处理的目的向信息主体明示，并承诺在约定的目的范围内处理信息，信息处理者超过约定的目的范畴处理信息可能承担违约或侵权责任。

• 374 •

## 二、大数据时代目的限制原则的现实困境

目的限制原则的效力范围从信息收集开始，及于整个信息处理过程，在包括个人信息的存储、变更、传递与使用等的各个阶段，始终可以发挥其作用。<sup>〔8〕</sup>目的限制原则这种充足的法律效力力求全面保障信息主体的合法权益，然而在具体实践中，目的限制原则面临以下诸多龃龉。

### （一）信息处理目的难以在收集阶段完全确定

目的限制原则要求信息处理的目的应在不迟于信息收集之时予以确定，且目的必须是明确的、合理的。目的限制原则可以有效保证信息主体事先知道信息利用的目的和范围，并能够控制信息收集在事先约定的范围内进行。<sup>〔9〕</sup>然而，在信息的流转、共享等信息的二次利用成为信息产业普遍遵循的商业运作模式的背景下，传统的目的限制原则受到挑战。目的限制原则依赖于一个前提条件，即信息处理目的在收集信息之时予以确定是可能的，然而大数据分析技术的价值恰恰在于提取隐藏的信息或对信息进行变革性利用，这使得信息处理者无法在信息收集阶段详细阐

〔7〕 参见郭瑜：《个人数据保护法研究》，北京大学出版社2012年版，第84页。

〔8〕 参见谢永志：《个人数据保护法立法研究》，人民法院出版社2013年版，第57页。

〔9〕 参见王秀哲：《大数据时代个人信息法律保护制度之重构》，载《法学论坛》2018年第6期。

明信息的所有可能用途。<sup>[10]</sup>于此情形,信息处理者为保障信息处理活动的顺畅进行,倾向于将信息处理目的以一种模糊或宽泛的方式表达出来,导致信息主体无法预期后续的信息处理行为,这种信息的不对称可能引发社会歧视、差别性对待等不公平现象。

目的限制原则要求对于信息的处理必须与信息收集时的初始目的具有直接相关性,反向推之,当信息处理目的与初始目的不一致时,信息处理者应当及时告知信息主体变更目的缘由并再次征得信息主体的同意。大数据技术的运用使得在信息收集、利用、存储等任何阶段都可能发生信息主体同意信息收集时所未预期的信息处理方式,过于频繁地向信息主体告知变更事项不仅增加了信息处理者的工作负担,也在一定程度上干扰了信息主体的正常生活。此外,目的限制原则植根于私人自治理论,该理论预设信息主体只有充分了解信息处理目的才能决定是否将信息移交给信息处理者。然而,大数据环境中信息处理的复杂性,尤其是自动化决策技术的运用,增加了信息主体理解与选择的难度。实践中,信息主体很少仔细阅读冗长而繁杂的隐私协议,或者囿于自身有限的理性及相关知识的匮乏难以理解具体条款的含义,减损了信息主体同意的有效性。更为重要者,由于信息主体与信息处理者在市场地位、议价能力等方面具有实质不对等性,信息主体即使认识到隐私协议的不合理性也无法要求信息处理者对相关事项予以更正。

## (二) 忽视了对个人信息的利用价值

个人信息所承载的利益形态具有多元性与复杂性,随着大数据处理技术逐渐渗入社会生活各个方面,在日常的人际交往与社会生活中,个人需要不断地与他人交换信息,公务机关与非公务机关亦频繁收集大量信息以改善行政管理或提供更好的服务,社会对于个人信息的客观需求愈益增多。实际上,个人信息不仅与人格尊严及人格自由密切相关,更是相关产业存在和发展的基石,因此不能只关注信息保护,而应将信息保护与信息利用放在同一维度。<sup>[11]</sup>值得肯定的是,立法不再单方面强调信息主体利益的保护,欧盟《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)及我国《个人信息保护法》都开宗明义地指出,应注重信息保护与信息利用之间的平衡。近年来,我国信息产业发展迅速,对个人信息利用的需求也越来越大,大数据分析技术通过结合不同来源的数据可能发现新的趋势、模式和关系,目的限制原则制约了大数据的规模和使用,可能造成经济和社会效益的重大损失。<sup>[12]</sup>根据目的限制原则的逻辑进路,当信息处理目的实现时信息处理者必须尽快删除个人信息,不得留存个人信息,更不得将信息用于其他目的,这严重降低了信息的利用效率,阻碍了信息价值的开发与再利用。从实际层面考量,多数情况下大数据分析所涉及的方法和使用模式是信息处理者以及信息主体在收集信息时没有预料到的,为了遵守目的限制原则,信息处理者必须密切监视处理过程以确保信息处理没有超出约定的范围,然而采取这些措施可能是代价高昂的、困难的甚至是不可能的。<sup>[13]</sup>

[10] See Alessandro Mantelero, The Future of Consumer Data Protection in the E. U. Rethinking the “notice and Consent” Paradigm in the New Era of Predictive Analytics, 30 *Computer Law & Security Review*, 643–660 (2014).

[11] 参见谢远扬:《〈民法典人格权编(草案)〉中“个人信息自决”的规范建构及其反思》,载《现代法学》2019年第6期。

[12] See Bart Custers, Helena Ursic, Big Data and Data Reuse: A Taxonomy of Data Reuse for Balancing Big Data Benefits and Personal Data Protection, 6 *International Data Privacy Law*, 5 (2016).

[13] See Tal Z. Zarsky, Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data, 47 *Seton Hall Law Review*, 1006 (2017).

大数据时代的一个显著特征是，个人信息价值不再单纯地来自其基本用途而更多源于信息的二次利用，很多信息在收集之时并无意用作其他用途，最终却产生了很多创新性的用途。<sup>〔14〕</sup>目的限制原则要求信息处理的方式应严格限定于初始目的范围内，不利于新产品、新服务的研发。此外，目的限制原则过于强调信息主体利益的保护，忽视了目的范围之外的信息利用可能造福于社会。2008年，Google公司利用用户的搜索关键词成功预测流感爆发趋势即为很好的例证，Google公司最初收集用户搜索关键词的目的在于改善搜索引擎功能，对于流感趋势的预测显然逾越了Google公司收集信息时的初始目的，但毋庸置疑的是，流感趋势预测对于公共卫生部门及时采取防治措施提供了较大帮助。可见，严格的目的是限制原则不符合大数据背景下信息多样性利用的现实需求，阻碍了信息经济与信息产业的进一步发展。

### 三、目的限制原则的改革方案及评价

#### （一）域外立法变革路径——以欧美为考察对象

目的限制原则最早由美国学者艾伦·威斯汀（Alan Westin）提出，威斯汀主张政府所收集的个人信息只能用于特定目的，不得用于其他目的或者进一步流转，除非提供信息的个人或群体的身份特征已经完全从该信息中移除，或者他们自由地对进一步流转表示同意。<sup>〔15〕</sup>立法上，目的限制原则可以追溯至1980年的《关于隐私保护与个人数据跨境流动的指南》，可以说，欧美国家对于目的限制原则关注的时间较早，积累了丰富的经验，通过考察欧美法的相关规定，可以为我国目的限制原则的优化调整寻求经验借鉴。

为缓和严格的目的是限制原则适用上的僵硬性，95指令规定了“兼容性使用”（compatible use），但并未正面规定“兼容性使用”的具体内涵以及判断标准，以致欧盟国家在评估兼容性时采取了不同的判定标准。具体来说，比利时主要根据信息主体的“合理期待”来判断兼容性，英国和希腊则通过“公平性”（fairness）与“合法性”（lawfulness）衡量兼容性，德国和荷兰则借助于“平衡测试”（balance tests）加以判定。<sup>〔16〕</sup>2013年，第29条数据保护工作组发布了有关目的限制原则的意见书，明确指出“不同于初始目的的进一步处理并不意味着与初始目的自动地不兼容，在某些情况下，虽然信息的处理与初始目的不同，但二者可能是相符的”<sup>〔17〕</sup>。关于如何判定“兼容性”，第29条数据保护工作组认为应当考虑信息收集目的与信息处理目的之间的关系、信息收集的具体情境与信息主体的合理预期、信息的性质与信息处理对信息主体的影响以及

〔14〕 参见〔英〕维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，盛杨燕、周涛译，浙江人民出版社2013年版，第197页。

〔15〕 参见梁泽宇：《个人信息保护中目的限制原则的解释与适用》，载《比较法研究》2018年第5期。

〔16〕 See Judith Rauhofer, Look to Yourselves, That We Lose Not Those Things Which We Have Wrought: What Do Proposed Changes to the Purpose Limitation Principle Mean for Public Bodies' Rights to Access Third-Party Data, 28 *International Review of Law, Computers & Technology*, 146-147 (2014).

〔17〕 前引〔3〕，第21页。

信息处理者采取的保障措施等。<sup>〔18〕</sup>《一般数据保护条例》承继了第29条数据保护工作组关于兼容性使用的判定方式,成为指导欧盟域内判断信息处理是否合乎初始目的的重要依据。有学者认为,虽然相关立法列举了“兼容性”的考量因素,但实践中判定信息处理是否与初始目的相兼容,仍需根据个案具体情境加以判断。<sup>〔19〕</sup>有学者更是直言,“兼容性评估”在大数据背景下有些抽象和困难,兼容性评估要求考虑信息收集时的具体情境、信息的性质等各种因素,而大数据的运行需要分析不同环境中的数据,使得静态的要素评价几无可能。<sup>〔20〕</sup>“兼容性使用”作为一个转接通道,为超越初始目的之外的信息利用提供了理论基础,缓和了信息保护与信息利用之间的紧张关系,拓展了信息利用的空间,具有一定的积极意义。然而,“兼容性使用”在判断后续的信息处理是否具有正当性时仍以信息收集时的初始目的为基点,忽视了时间、环境等外在因素的变迁可能导致信息处理目的的更迭。2017年,第108号公约协商委员会主张,不应以信息主体可能认为无法预料的、不适当的或令人反感的方式处理信息,将信息主体暴露于不同的风险或比初始目的所预设的更大的风险,可以视为以无法预料的方式处理信息。<sup>〔21〕</sup>指南改变了欧盟一直以来所遵循的目的限制原则的调整思路,为目的限制原则在新时代背景下的灵活运用开辟了新的方向,遗憾的是,指南仅具有参考性意义,不具有强制的法律效力。

不同于欧盟立法,美国主要通过场景规则的构建来改革目的限制原则所面临的困境,场景规则的提出与美国隐私概念的不确定性有关,自1890年沃伦(Samuel D. Warren)与布兰迪斯(Louis D. Brandeis)提出隐私这一概念以来,理论界关于隐私的具体内涵一直存在争议。在此背景下,美国学者海伦·尼森鲍姆(Helen Nissenbaum)提出了场景完整性理论(contextual integrity theory),主张隐私的保护应与特定情境联系起来,信息的收集和传播应当符合具体情境并遵守特定情境下的相应规则,隐私是否受到侵害需要综合考量具体场景下的多种因素。<sup>〔22〕</sup>场景完整性理论由于其强大的包容性与灵活性得到立法者的青睐,2012年,白宫在一份文件中明确提出“尊重场景原则”(respect for context principle),消费者有权期待企业收集、使用以及披露个人数据的方式与其提供数据时的场景相一致。<sup>〔23〕</sup>与此同时,联邦贸易委员会强调在符合一定场景下企业可以直接收集或使用消费者信息而无需征得消费者的同意,除非企业以信息收集时所声称的实质性不同的方式使用信息或出于某些目的而收集敏感信息。<sup>〔24〕</sup>2018

〔18〕 参见前引〔3〕,第23-26页。

〔19〕 See Bert-Jaap Koops, The (In) Flexibility of Techno-Regulation and the Case of Purpose-Binding, 5 *Legisprudence*, 179 (2011).

〔20〕 See Tal Z. Zarsky, Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data, 47 *Seton Hall Law Review*, 1008 (2017).

〔21〕 See Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data, available at <https://rm.coe.int/16806ebe7a>, last visited on May 27, 2021.

〔22〕 See Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 *Washington Law Review*, 136-157 (2004).

〔23〕 See White House, Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy, available at <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/privacy-final.pdf>, last visited on Aug. 20, 2021.

〔24〕 See Federal Trade Commission, Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid change, March 2012, available at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>, last visited on Jul. 19, 2021.

年,《加州消费者隐私法案》(California Consumer Privacy Act, CCPA)吸收了“尊重场景规则”,法案明确“若个人信息的处理符合信息收集时的具体情境,则认为信息处理行为是合理的、适当的”<sup>[25]</sup>。“尊重场景规则”主张不应严格固守信息收集时的初始目的,若后续的信息处理符合信息收集时的具体场景则判定信息处理行为是合法的,但“场景”具有流动性与易变性,不利于当事人合理预期的形成。有鉴于此,2020年的《加州隐私权法案》(The California Privacy Rights Act, CPRA)对目的限制原则进行了调整,采取“初始目的”与“场景路径”双重认定模式,其规定“企业收集、使用、存储、共享消费者个人信息应当是合理的、必要的,并且与信息收集时的初始目的相符,或具有与信息收集时的情境相适应的其他披露目的”。易言之,若个人信息的后续处理与初始目的或信息收集时的场景相符,就应当认定为正当的信息处理行为。

## (二) 理论界的改革方案

大数据环境下,目的限制原则暴露出来的弊端愈来愈多,学界对此进行了反思并提出不同的改革方案。“合法利益测试说”认为“目的限制原则”已经无法适应社会发展的需要,应当评估为实现某项合法利益可以在何种程度上正当化信息处理行为,以此决定信息处理行为是否妥当。<sup>[26]</sup>“扩张解释目的说”主张综合考量信息收集时的情形、信息的性质以及信息处理对信息可能造成的后果等因素,来扩张解释信息收集时初始目的,禁止任何逾越初始目的的信息利用行为。<sup>[27]</sup>“风险限定说”建议融入场景与风险的理念,以“风险限定”替代“目的限定”,亦即处理个人信息不能引发高于原有程度的、用户无法预期的风险。<sup>[28]</sup>风险限定论认为,判定信息的利用是否具有正当性关键在于信息处理是否引发了不合理的风险,这种不合理的风险包括精神压力、差别待遇、人身财产损害的可能性以及是否符合信息主体的预期与信息披露时的情境。<sup>[29]</sup>

关于前述改革方案,“合法利益测试说”的观点较为激进,其认为应当彻底放弃“目的限制原则”的基础性地位,主张以“合法利益”作为信息处理是否具有正当性的唯一判断标准,如果信息处理是为实现某项合法利益所必需,则该信息处理具有妥适性,反之则否。“合法利益测试说”在一定程度上缓和了后续信息处理受限于初始目的的局限性,能够为实践中信息处理的适时变动提供理论依据。然而,“合法利益”是模糊且抽象的法律概念,其具体内涵及外延有待于个案情境中予以判定,由此可能导致不同主体对于“合法利益”存在不同的解释,无法为司法实践提供明确的指导。从实际层面考量,信息主体由于信息不对称、专业能力的匮乏等现实因素很难举证证明信息处理者所声称的“合法利益”是否合理,可能致使“合法利益测试”异化为强势地

[25] The California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA), available at [https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201720180SB1121](https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SB1121), last visited on Jul. 11, 2021.

[26] See Lokke Moerel, Corien Prins, Privacy for the Homo Digitalis: Proposal for a New Regulatory Framework for Data Protection in the Light of Big Data and the Internet of Things, available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2784123](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784123), last visited on Apr. 23, 2021.

[27] 参见前引[15], 梁泽宇文。

[28] 参见范为:《大数据时代个人信息保护的路径重构》,载《环球法律评论》2016年第5期。

[29] 参见李媛:《大数据时代个人信息保护研究》,华中科技大学出版社2019年版,第200页。



位的信息处理者肆意处理他人信息的辩护工具。“扩张解释目的说”避免了后续信息处理溢出初始目的范围可能面临的“目的落空”之诘问,保障了“初始目的”存在的价值,但其通过采取综合考量模式来扩张解释信息处理的初始目的不仅不合理地改变了原本意义上的“目的”,还在一定程度上淡化了目的明确性,导致当事人无法产生合理的预期。需明确的是,个人信息保护并非旨在保护信息本身不被收集、利用,而是保护信息主体免受信息处理可能造成的伤害,严格限制信息的收集而放松信息的利用不符合时代发展趋势。“风险限定说”不要求信息处理者对于初始目的的严格遵循,只要信息处理者将信息处理可能引发的“风险”控制在合理范围之内就可以自由处理信息,符合实践中多元化的信息利用需求。然而,罔顾信息收集时的初始目的,不利于信息主体合理预期的形成以及社会的有序发展。

## 四、个人信息的类型化分析

### (一) 个人信息类型化的必要性

#### 1. 个人信息固有的差异性

个人信息范围广泛、种类繁多,不同的个人信息与自然人的关联性是不同的,面对丰富庞杂的个人信息集群,统一个人信息的保护模式忽视了个人信息的差异性及其对个人的影响程度,因此,区分规制个人信息从而提供更为细致的保护实乃现实必需。

司法实践中,法院首先认为信息的内容决定信息处理风险的高低,如果所涉信息的内容是普通个人信息,则诉请通常不会得到法院的支持,但如果相关的个人信息涉及当事人的隐私,或者个人信息属于敏感事项,那么相关的诉请就有很大的可能获得法院的支持,因此,只有对受保护的个人信息进行类型化处理,才能“避免个人信息概念的模糊性缺陷,防止规范适用的空洞化”〔30〕。个人信息固有的差异性要求我们对不同个人信息给予不同程度的保护,这是平等原则的内在要求,平等并非意味着忽视个人信息的差异性刻意追求均等化保护。平等原则包括两重含义:平等的必须平等对待,不平等的必须不平等对待。这意味着平等原则不仅仅允许差别的存在,而且允许差别对待。〔31〕个人信息之间天然地存在差异,不加区分地对所有个人信息实行同等保护,违背了平等原则的实质内涵。

#### 2. 促进信息市场有序发展

历史上,无数次思想启蒙与思想解放运动的经验告诫我们,人类从愚昧无知走向文明发展的关键就在于信息的获取与利用。目前,信息的共享与流通已成必然趋势,信息壁垒逐渐被打破,任何阻碍或隔绝信息流通的行为都是违背社会实际发展现状的。信息时代对于个人信息利用的内在需求要求我们必须摒弃传统的只关注于信息主体利益的滞后观念,适度地释放信息的经济价值才能有利于社会的有序发展。在信息处理过程中,信息主体的利益与信息处理者的利益处于持续

• 379 •

〔30〕 前引〔11〕,谢远扬文,第146页。

〔31〕 参见〔德〕伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第165页。

的博弈之中，过于强化信息主体利益的保护，必将侵蚀信息的合理利用空间；反之，偏重信息处理者的利益，则势必影响信息主体的利益。

大数据时代，信息经济已成为我国市场经济发展的重要组成部分，个人信息一体化的保护模式增加了信息处理者处理信息的顾虑，信息处理者可能因惧怕动辄承担法律责任而放弃信息产品的研发与升级，这对于我国信息产业的长足发展是不利的。从成本收益的角度分析，统一保护模式虽然使公民信息得到了绝对的保护，但国家为此投入了大量成本，包括司法成本、社会成本等，总体上无益于社会效益的增加，因而并非是最优的资源配置方式。<sup>〔32〕</sup>

## （二）个人信息类型化的路径选择

### 1. 个人信息类型化的理论尝试与规范应对

关于个人信息的类型化区分，我国理论层面与规范层面存在不同的观点，就理论层面来说，可谓众说纷纭，以下简要概述。有学者依据个人信息与人格关系的紧密程度将个人信息区分为人格紧密型个人信息和人格疏远型个人信息，凡符合直接识别性、敏感性、个体性强三个特征之一的个人信息即为人格紧密型个人信息，反之则为人格疏远型个人信息。<sup>〔33〕</sup>还有学者立足于个人信息生命周期及其在不同周期阶段呈现的利益形态，将个人信息划分为个人私密信息、个人事实信息以及个人预测信息。<sup>〔34〕</sup>还有学者将个人信息划分为自然性个人信息与社会性个人信息，自然性个人信息是信息主体与生俱来且无法轻易改变的信息，社会性个人信息是信息主体为了社会生活所必须而由个人主动或被动地获取的相应符号或信息。<sup>〔35〕</sup>由上述不完全列举可知，我国学者在个人信息类型化问题上各执己见，但其区别规制个人信息的意旨均在细化个人信息的保护方式，并在此基础上平衡信息主体与信息处理者的利益。

就规范层面来说，截至目前，我国诸多规范均对个人信息的类型化予以了明确规定。2012年发布的《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》第3.2条明确表示“个人信息可以分为个人敏感信息和个人一般信息”。《民法典》第1034条第3款依据信息的私密性将个人信息区分为私密信息与非私密信息，第1036条则根据公开与否将个人信息区分为已经合法公开的个人信息与未公开的个人信息。新近颁布的《个人信息保护法》延续了区别规制个人信息的立法理念，将个人信息区分为个人一般信息与个人敏感信息以及已公开的个人信息与未公开的个人信息。可见，我国立法对于个人信息的类型化存在不同的规定，由此引发的问题是，不同类型化的个人信息之间可能存在交叉重叠之处，例如，性取向可能同时属于个人敏感信息、私密信息以及非公开个人信息，此时应当选取何种保护路径不仅关系当事人合法权益的保护，还关系法律体系的内在协调。

〔32〕 参见董悦：《公民个人信息分类保护的刑法模式构建》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2020年第2期。

〔33〕 参见项定宜、申建平：《个人信息商业利用同意要件研究——以个人信息类型化为视角》，载《北方法学》2017年第5期。

〔34〕 参见袁泉、王思庆：《个人信息分类保护制度及其体系研究》，载《江西社会科学》2020年第7期。

〔35〕 参见刘迎霜：《大数据时代个人信息保护再思考——以大数据产业发展之公共福利为视角》，载《社会科学》2019年第3期。

## 2. 个人信息类型化的理想选择

上述个人信息类型化的学说有一定的说服力,但都不足以成为重构目的限制原则的根本性的类型划分。笔者认为,以信息的敏感度将个人信息区分为个人一般信息与个人敏感信息进而对目的限制原则采取不同的解释路径,能统筹兼顾信息主体利益与信息处理者利益,实现信息保护与信息利用之间的动态平衡。根据《个人信息保护法》第28条之规定,“敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用,容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息,包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息,以及不满十四周岁未成年人的个人信息”。可见,个人敏感信息与个人一般信息的区分触及了个人信息保护实质意义上的差异性,较之于个人一般信息,侵害个人敏感信息对信息主体造成的损害更为严重,因而需要对其予以更严格的保护。

此外,以个人敏感信息与个人一般信息的区分来构建个人信息保护规范体系符合国际立法趋势,也契合了我国的立法规范。目前,比较法上大多国家和地区采取区别规制个人敏感信息与个人一般信息的立法体例。例如,1981年欧洲理事会颁布的《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》、2018年生效的《欧盟一般数据保护条例》、2018年日本修正的《个人信息保护法》等。我国规范层面,《民法典》《个人信息保护法》《征信业管理条例》以及《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》《信息安全技术 个人信息安全规范》等诸多规范性文件或直接或间接规定了敏感信息。司法实践中,法院亦认为应当对于敏感信息予以特殊对待。在“罗某与巢某土地登记纠纷”一案中,法院认为,合法权利人对于房屋相关权属信息为个人敏感信息,在非法定情形下,未经权利人同意不应公开。<sup>〔36〕</sup>在“朱烨与百度网讯科技公司隐私权纠纷”一案中,法院认为,将个人信息区分为个人敏感信息和非个人敏感信息的一般个人信息而允许采用不同的知情同意模式,能够在保护个人人格尊严与促进技术创新之间寻求最大公约数。<sup>〔37〕</sup>可以说,个人敏感信息与个人一般信息的区别规制能够成为我国个人信息分类保护的基础性框架,是适合于我国个人信息类型化保护的理想的路径选择。

• 381 •

## 五、类型化视角下目的限制原则的重构

### (一) 个人敏感信息：禁止目的外利用

个人敏感信息与信息主体的人格尊严以及人格自由密切相关,非法收集或不当利用敏感信息可能对信息主体的人身权益造成严重损害,这种损害不局限于隐私侵害,而是包括财产损失、歧视性待遇、精神伤害等在内的各种形式的物质性以及非物质性损害。处理敏感信息具有高度的危险性,因而在处理敏感信息时应当恪守目的限制原则,禁止超越初始目的范围处理敏感信息。

〔36〕 参见江苏省南京市中级人民法院(2020)苏01行终480号行政判决书。

〔37〕 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第5028号民事判决书。

如前所述，收集个人敏感信息必须具有明确、合理的目的，其中“合理性”的判定涉及价值层面冲突关系的利益衡量，可以借助于公法上的比例原则进行判定。比例原则缘起于德国警察法，后发展为公法领域的“帝王条款”，比例原则内含三个子原则，即适当性原则（Geeignetheit）、必要性原则（Erforderlichkeit）及狭义比例原则（Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne）。〔38〕近年来，比例原则在我国呈现出不断扩张的趋势，不仅行政法、刑法等公法领域强调比例原则的指导价值，私法领域也逐渐认可比例原则的作用空间，更有学者主张比例原则应当作为民法的一项基本原则，强调比例原则在私法领域的普适性。〔39〕比例原则作为方法论意义上的工具性原则，〔40〕考察的是目的与手段之间是否均衡，处理敏感信息是否具有“合理性”亦在评价信息处理者的处理行为与其所意愿达成的目的之间是否合理，与比例原则内蕴的价值取向具有一致性。此外，比例原则内含的三个子原则呈现阶层式的构造，在具体适用上具有严格的顺序限制。比例原则的阶层式构造以及顺序判断模式提供了精致的分析工具，使得“合理性”的判定既不过于空洞也有章可循。具体来说，适当性原则要求信息处理者的行为应当有助于合法利益的实现，此处的“合法利益”应作广义的解释，不仅包括法律明确规定的正当性利益，还包括法律虽然没有明确规定但从规范目的可推导出的合法性利益。需注意的是，适当性原则要求信息处理者的行为具有实现合法权益之可能性即可，并不要求该合法利益必须真切地实现，由于事物的普遍联系性，客观上有利于实现合法利益的信息处理行为可能无限绵延，行为的作用力大小亦不相同，但不得将过于遥远的作用力纳入合理性范畴，否则可能堵塞信息主体获取救济的途径。必要性原则要求信息处理者在处理敏感信息时必须选择对信息主体侵害最小的处理措施，且所采取的措施必须具有经济性与便利性，若实现该信息处理目的成本过高，应否定信息处理行为的合理性。均衡性原则要求处理敏感信息可能对信息主体利益造成的损害应当与所要实现的目的具有相称性，不能显著失衡，相称性内蕴多元的价值评价，需要在具体个案中综合考量。

## （二）个人一般信息：适度允许目的外利用

大数据时代，个人的生活交往以及社会的存续发展离不开个人信息的收集与利用，对于与信息主体联系不甚紧密的个人一般信息，应更多关注于其在社会生活中的流转与利用，原则上来说，信息处理者必须谨遵目的限制原则，但为满足社会对于信息利用的需求，应当允许信息处理者在一定条件下超越初始目的范围利用信息，前提是不得给信息主体造成不合理的风险。

现代社会是风险社会，各种各样的风险无处不在。贝克认为，风险的概念直接与反思性现代

〔38〕 Vgl. Landessozialgericht Hamburg. Begrenzung der Erbschaftswirkung bei Nichtanzeige einer Beschäftigung, 2006 Heft 1, S. 18.

〔39〕 参见郑晓剑：《比例原则在民法上的适用及展开》，载《中国法学》2016年第2期；纪海龙：《比例原则在私法中的普适性及其例证》，载《政法论坛》2016年第3期。

〔40〕 See Aharon Barak, Proportionality, Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 131.

化的概念相关,风险可以被界定为系统地处理现代化自身引致的危险和不安全感的方式。<sup>[41]</sup> 还有学者认为,风险是某种不可预见情形出现的可能性,其可能是自然事件或人类活动的结果,也可能是两者共同作用的结果。<sup>[42]</sup> 可见,“风险”一词具有多重面向,其在不同语境中具有不同的含义。个人一般信息更多体现为信息利用价值,因此不宜片面强调信息处理对于初始目的的严格遵循,而应要求信息处理者将信息处理可能引发的风险控制在合理范围之内,以符合大数据时代信息多元利用的趋势。一般来说,影响信息处理风险程度的因素主要有以下几项:第一,信息的敏感性程度。个人信息的核心特征在于识别性,识别包括直接识别与间接识别,直接识别指通过该信息可以直接确认某一自然人的身份,间接识别指通过该信息虽然不能直接确认某人的身份,但可以结合其他信息加以确定。<sup>[43]</sup> 个人信息的此种特性决定了个人信息的范围具有广泛性与动态性,具体个案中,如果信息的敏感度越高,则信息处理行为受到的限制越多。第二,信息处理者的风险控制能力。特定的行为或活动与特定的风险相联系,当行为人以其行为开启一定的风险或者维持一定的风险状态时,该风险实现时则行为人难辞其咎。<sup>[44]</sup> 通常来说,信息处理活动产生的风险是由信息处理者制造的,信息处理者在享受信息处理带来利益的同时亦负有合理控制风险的义务。风险实现的可能性以及风险的严重性与信息处理者控制风险的能力密切相关,信息处理者控制风险的能力越强,则风险发生的可能性越低、风险的严重性亦越低。第三,信息主体的预见能力。合理的信赖受法律保护,信息处理者不得以信息主体基于信息收集时的初始目的所无法预期的方式处理信息。<sup>[45]</sup> 信息处理者对于信息主体信赖其以约定方式利用信息的合理预期负有保护义务,不得无故使信息主体的合理预期落空,否则有碍于构建良性的信息处理环境,若信息处理产生的风险高于信息主体的合理预期则为法律所不允许,信息处理者需将相关风险告知信息主体并重新获得信息主体的授权同意。须注意的是,即使信息处理产生的风险在合理范围之内,但信息主体明确表示拒绝接受信息处理的,信息处理者亦不得继续处理信息,除非信息处理者有证据证明信息处理的利益大于信息主体的利益。

• 383 •

## 六、结 语

法律需要稳定,但不能一成不变,所有关于法律的思考都是在努力调和稳定与变化这两种相互冲突的需求。<sup>[46]</sup> 目前,大数据技术渗透到社会生活的各个方面,信息科技的快速变革要求个人信息保护理念应从严格限制信息收集转向平衡兼顾信息保护与信息利用,传统的目的限制原则

[41] 参见〔德〕乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社 2004 年版,第 19 页。

[42] 参见〔英〕罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,宋华琳等译,上海三联书店出版社 2017 年版,第 348 页。

[43] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 209 页。

[44] 参见叶金强:《风险领域理论与侵权法二元归责体系》,载《法学研究》2009 年第 2 期。

[45] See Dag Elgesem, The Structure of Rights in Directive 95/46/EC on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and the Free Movement of Such Data, 1 *Ethics & Information Technology*, 283-287 (1999).

[46] See Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History*, Cambridge University Press, 1967, p. 1.

无法有效应对社会的发展变化，有必要对其加以修正。

个人信息种类繁多，不同个人信息与信息主体的紧密程度差异甚大，统一的个人信息保护模式无法合理兼顾信息保护与信息利用之双重价值目标，类型化构建个人信息保护制度实有必要。具体而言，由于个人敏感信息关系信息主体基本的人格尊严，在处理敏感信息时必须恪守目的限制原则，禁止恣意扩大初始目的应有的范围，而对于个人一般信息，可以适度允许超越初始目的范围的信息利用行为，但不得超过信息收集时信息主体能够合理预期的风险。我国《个人信息保护法》虽然规定了目的限制原则，但基本沿用传统的保护路径，存在不足之处，应适度调整目的限制原则的内涵以期助力我国信息产业与信息社会的有序发展。

---

**Abstract:** As the basic principle of personal information processing, the purpose limitation principle requires that information processing activities shall not overflow the scope of the original purpose at the time of information collection, which guarantees the subject of the information independent control and dominate over personal information. However, in the era of big data, the diverse use of information is becoming more and more normal, and the purpose of information processing is difficult to be fully determined at the information collection stage. Besides, the strict purpose limitation principle ignores the use value of personal information. Information protection and information utilization are both value goals pursued by the law, and we can't ignore one and lose the other. Therefore, it is necessary to reshape the connotation of the purpose limitation principle from the perspective of personal information typology. In other words, when dealing with personal sensitive information, we must strictly abide by the purpose limitation principle, and processing beyond the scope of the original purpose is prohibited. In principle, the processing of personal general information must also comply with the purpose limitation principle, but under special circumstances, it is allowed to process information beyond the initial purpose, provided that it shall not cause risks higher than expected by the subject of personal information.

**Key Words:** the purpose limitation principle, information protection, information utilization, personal sensitive information, the risk limitation

---

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)



## 人脸识别技术中的个人信息保护 ——兼论动态同意模式的建构

石佳友 刘思齐\*

**内容提要：**人脸识别技术在现有应用场景中已经被证明了其便捷性和高效性，但是，围绕该技术自身准确性、安全性、伦理性与合法性等问题的争议也从未停息。2020 年我国“人脸识别第一案”引发公众及学界关注与讨论，急需在快速扩散的技术应用中，寻找信息法益保护模式。完善人脸识别技术中个人信息保护模式的可能性如下：第一，坚持“合法、正当、必要”原则，引入“特殊审查许可”对技术适用和信息处理行为进行限制，以此作为第一道保护屏障；第二，基于准入限制，在必要技术实践中严格限制概括同意的适用范围并辅助以监管审查和退出权保障；第三，在技术日趋成熟的前提条件下，科学甄别并引入动态同意模式，以实现明确、清晰、特定且有效的同意授权，保障信息主体的合法权益。

**关键词：**人脸识别 生物识别信息 知情同意权 动态同意

• 385 •

### 一、引言

2020 年 6 月 15 日，杭州市富阳区人民法院公开审理郭兵诉杭州市野生动物园服务合同纠纷案。该案是由 2019 年杭州市野生动物园入园系统升级导致的纠纷。入园方式升级后，原告之前购买的年卡所采用的入园方式由指纹验证变更为人脸识别。原告诉称人脸信息作为敏感个人信息，对信息主体影响重大，被告就改变入园方式进行的短信、公告通知无效，且变相强制收集人脸信息，违反《消费者权益保护法》，要求动物园退还购卡费用，赔偿相关交通费用并且删除已

\* 石佳友，中国人民大学法学院教授；刘思齐，吉尼斯世界纪录咨询（北京）有限公司高级经理。

本文为国家社科基金重大课题“健全以公平为原则的产权保护制度研究”（20ZDA049）的阶段性成果。

采集的信息。<sup>〔1〕</sup>被告则辩称其进行的个人信息收集符合知情同意原则，因此双方服务合同依然合法有效。一审法院判决支持原告请求。<sup>〔2〕</sup>虽然此案被定性为服务合同纠纷，但有观点认为这是围绕敏感个人信息处理中“告知与选择”“最小必要”和“风险评估”三大原则的争议。<sup>〔3〕</sup>该案并非我国首次因人脸技术而产生争议。早在2017年，城市公共交通路口设置人脸识别查处违反交通规则人员的做法就引发了关于公共安全和公民个人隐私权如何进行价值平衡的热烈讨论。<sup>〔4〕</sup>2020年底，天津市人民代表大会表决通过了《天津市社会信用条例》，其第16条禁止社会信用信息提供单位采集生物识别等信息。<sup>〔5〕</sup>

国际范围内，人脸识别技术也同样争议不断。2019年5月英国南威尔士公民爱德华·布里斯奇（Edward Bridges）在英国知名人权组织的支持下，以午餐时间被人脸识别摄像头拍摄并被侵犯人格权利为由，将南威尔士警方告上法庭。2020年8月，上诉法院最终支持原告诉求，认为公共监控中使用人脸识别侵犯公民隐私权，违反《人权和基本自由欧洲公约》第8条、英国2018年《数据保护法》第64条以及2010年《平等法案》（The Equality Act 2010）第149条。<sup>〔6〕</sup>随后，当地人权组织将人脸识别技术称为“具有威胁性的危险技术”，<sup>〔7〕</sup>并呼吁禁止在公共领域使用该技术。在美国，脸书公司则因未经用户同意而收集、存储个人生物识别信息面临集体诉讼。<sup>〔8〕</sup>在最新的动议中，脸书公司将赔偿6.5亿美金，同时应在动议获批后的180天内关闭当地人脸识别“照片标签”功能，同时删除数据库中存储的人脸图像及人脸生物识别符模板信息。在政策层面，美国多个城市政府也相继表现出对于人脸识别的犹疑和抵制态度。基于技术歧视、叠加算法偏见、隐私与自由的压迫和公权力过多的多重顾虑，2020年9月，美国伊利诺伊州斯普林菲尔德市发布市政令，暂停人脸识别在公开政务中的使用。另外，加利福尼亚州、马萨诸塞州、俄勒冈州等州所属的10个城市亦相继发布市政令，直接禁止包括警察部门在内的政府机构在辖区内公共场合使用人脸识别技术。

20世纪50年代至今，生物识别技术迅速发展。有预测数据指出人脸识别行业未来年均增速可能高达25%，其市场规模在2022年将达到约67亿元。<sup>〔9〕</sup>人脸识别技术前景可观，但其风险

〔1〕 参见《国内“人脸识别第一案”在富阳法院开庭》，载微信公众号“富阳日报”，2020年6月16日。

〔2〕 参见《富法发布：原告郭兵与被告杭州野生动物世界有限公司服务合同纠纷案一审宣判》，载微信公众号“富阳法院”，2020年11月20日。

〔3〕 参见毛亚楠：《人脸识别第一案：告的是什么》，载《方圆》2019年第24期。

〔4〕 参见《人脸识别曝光闯红灯者是否涉及隐私，专家：把握尺度》，2017年6月17日，载 [https://www.sohu.com/a/149740580\\_400941](https://www.sohu.com/a/149740580_400941)，最后访问时间：2019年5月25日。

〔5〕 参见《天津市社会信用条例》，2020年12月1日，载 <http://app.myzaker.com/news/article.php?pk=5fc607d08e9f0960b129247c&f=huangli>，最后访问时间：2021年1月30日。

〔6〕 该案首次审理时，原告诉称公共场合使用人脸识别技术侵犯隐私权，违反数据保护条例。被告辩称该技术类似公共场合拍摄或监视手段，该行为在法律框架下依然合法。最终威尔士行政高等法院女王审判庭虽然认可人脸识别技术“干扰”个体隐私权，但认为警方将该技术用于公共安全符合法律框架规定，并未支持原告诉求。

〔7〕 See Liberty, Liberty wins Ground-breaking Victory against Facial Recognition Tech, Aug. 11, 2020, available at <https://www.libertyhumanrights.org.uk/issue/liberty-wins-ground-breaking-victory-against-facial-recognition-tech/>, last visited on Oct. 12, 2020.

〔8〕 诉讼起因于脸书公司2010年推出的照片标签功能，该功能通过识别用户上传照片中的人脸“标记朋友”，未经许可为当地年满18周岁的用户开启服务，该行为被认为违反《伊利诺伊州生物隐私保护法》相关数据处理规定。

〔9〕 参见杨智杰：《人脸识别十字路口：脸的恐慌》，载《中国新闻周刊》2019年第11期。

与收益比例关系依然存疑。<sup>[10]</sup> 人脸识别技术自身和所涉及的个人信息的特殊性,而这些特殊性则导致在技术应用过程中产生新的个人信息风险与威胁。因此,行业引领者和制度设计者应在技术发展和公民权利保护之间把握边界,<sup>[11]</sup> 在技术应用与发展中,同时构建相对应的隐私和个人信息权益保护模式。本文将从人脸识别技术的特殊性切入,结合我国社会经济体制和技术发展环境,顺应现有的立法趋势,对比甄别域外实践经验,探寻我国人脸识别技术实践中个人信息保护的适宜路径。

## 二、人脸识别对个人信息的特殊挑战

欧盟《互联网及移动设备人脸识别技术的意见书》(2012年)中将人脸识别技术定义为“通过自动处理包含人类面部图像的数字照片来识别、验证以及鉴别个体的技术”。美国司法部司法协助局定义该技术为“通过生物识别算法来检查和匹配自然人人脸的区别性特征的技术”,并称这项技术有助于快速识别无身份人和死者,在调查和预防犯罪活动上是“有价值的调查工具”。从技术应用场景划分,人脸识别目前主要应用于两大场景:一是政府机构进行公共管理和维护公共安全的场景;二是涉及身份认定和定制服务的多样化商业场景,包括照片分类与标签、安全访问、精准营销以及消费者服务等。在上述场景中,人脸识别技术所带来的便利性被日渐认可,但其背后的风险和隐患也逐步进入各界视野,带来重重顾虑。

第一,人脸识别技术的实践须基于拉网式的人脸信息收集,因此在收集过程中可能严重威胁个人隐私。美国学者经调查研究认为隐私权风险是人脸识别技术发展中最为核心的问题,同时在伦理、政策、安全、公平公正性方面都存在技术衍生问题。<sup>[12]</sup> 人脸识别技术与公共监控摄像头的融合,导致公民个人“随时随地活在镜头之下”,个人行动路径和习惯偏好都可能在拉网式的人脸图像捕捉中被分析、提取和窥探。斯坦福大学有研究者曾称可通过面部特征的智能分析,判断主体的性取向,<sup>[13]</sup> 触及个人隐私。

第二,人脸识别技术造成人身、财产以及心理上的安全隐忧。在某媒体发起的覆盖两万多人的人脸识别调查中,30.86%的受访者表示已经因为人脸信息泄露蒙受财产损失,而在“最担忧的安全隐患”中,个人行踪持续记录(54.4%)和账户盗刷导致财产受损(53.72%)仅次于“人脸信息泄露”被列为第二和第三。<sup>[14]</sup> 通过人脸识别,被系统判断为“本人”的用户可以远程

• 387 •

[10] 参见邢会强:《人脸识别的法律规制》,载《比较法研究》2020年第5期。

[11] 参见王梓辉:《人脸识别第一案:技术滥用下的隐私之殇》,载《三联生活周刊》2019年第46期。

[12] See Lucas D. Introna, Helen Nissenbaum, Facial Recognition Technology: A survey of Policy and Implementation Issues, working paper, Center for Catastrophe Preparedness and Response, New York University, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1437730>, last visited on Feb. 17, 2021.

[13] See Lisa Ryan, Artificial Intelligence Can Tell if You're Gay or Straight from a Pic of Your Face, Scientists Say, The Cut, Sept. 8, 2017, available at <https://www.thecut.com/2017/09/artificial-intelligence-gay-straight-stanford-study.html>, last visited on May 25, 2020.

[14] 参见南方都市报个人信息保护研究中心人工智能伦理课题组:《人脸识别应用公众调研报告2020》第8-9页,载 <http://www.chuangze.cn/attached/file/20201020/20201020205632833283.pdf>, 最后访问时间:2021年2月17日。

行使访问权或者决定权，例如进出某特定空间，或进行远程金融交易等。除此之外，有学者将人脸信息称为“生物密码”，<sup>〔15〕</sup>并且指出人们一旦丢失该密码，将无法通过更换来保障安全，也因此让“冒充者”有可乘之机。除了物理性的财产损失，有学者认为人的社会存在表征就是生物和哲学双重意义下的“脸”，因此脸的存在与否和人的社会存在直接相关，<sup>〔16〕</sup>若人脸信息泄露并遭遇侵权，则可能造成其精神上的社会存在受到压迫。

第三，人脸识别技术为肖像权保护带来新的忧虑。有学者指出人脸识别技术在人工智能发展的推动下在各领域进入实质性应用，也将对肖像权产生新的威胁。<sup>〔17〕</sup>首先，人脸识别依托于光学摄影技术，通过终端摄像头拍摄人脸照片并进行快速识别。随着技术的发展，不同拍摄环境对于镜头精确度的影响日益降低，对人脸肖像的提取和利用的门槛也随之降低。其次，人脸识别需要存储大量人脸图像或人脸生物识别符作为数据库进行后续识别比对，因此若人脸数据库遭遇泄露并用于技术深度伪造，其所造成的安全危害将无法预估。

第四，人脸识别算法可能造成自由危机。现如今，自动化技术和人工智能依然无法完全去除人工干预的痕迹，且在智能算法自动累积学习中，人的主观选择效应将被无限次叠加，从而引发“标签化”的歧视问题。从法理学视角出发，有学者认为“技术挤压自由”，技术便利性的强化将提高人类对技术判断的依赖性，从而潜移默化地逐步挤压自由，导致人性中的模糊状态异化为“好”与“坏”的两种极端选择。<sup>〔18〕</sup>基于我国公众普遍对公权力更为信任、对权威更为认可的这一社会心理特点，当技术结合公权力之后，这种挤压将更加明显。

为了进一步探寻人脸识别技术中的个人信息保护路径，做到有的放矢，应明确技术应用中个人信息风险的特殊性：

第一，人脸信息具有特殊属性。人脸信息属于活体数据，<sup>〔19〕</sup>来源于自然人身体，具有直接识别性、独特性、唯一性，极难变更或替代。相较于指纹或声纹等需要主体配合才能够采集的其他生物识别信息，人脸不可藏匿，“随身携带”且极易采集。<sup>〔20〕</sup>同时，人脸信息一定程度上可以关联到特定自然人的既往社会评价、名誉等人格利益，若遭遇泄露或冒用，则可能影响其在社会生活中的自由，且该影响在互联网时代犹如现代“刺黥”<sup>〔21〕</sup>，极难褪色消逝。2018年人工智能报告<sup>〔22〕</sup>显示出在广泛的人脸识别应用中，若是将数据主体根据“兴趣”进行分类，衍生出特定

〔15〕 参见高富平：《人脸识别的法律风险和规制》，2019年9月18日，载 [https://www.sohu.com/a/341722243\\_289260](https://www.sohu.com/a/341722243_289260)，最后访问时间：2020年8月9日。

〔16〕 参见袁治杰：《网络时代〈民法典〉对脸的保护》，2020年7月1日，载 [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_8070851](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_8070851)，最后访问时间：2020年8月9日。

〔17〕 参见王利明：《人工智能时代对民法学的新挑战》，载 [http://iolaw.cssn.cn/fxyjdt/201805/t20180516\\_4659264.shtml](http://iolaw.cssn.cn/fxyjdt/201805/t20180516_4659264.shtml)，最后访问时间：2020年8月29日。

〔18〕 参见《“人脸识别的运用与滥用——比较法上的回应”学术沙龙顺利举行》，载微信公众号“大数据和人工智能法律研究院”，2019年10月31日。

〔19〕 参见刘权：《警惕人脸识别技术的风险》，载《学习时报》2019年10月16日，第A2版。

〔20〕 参见前引〔10〕，邢会强文。

〔21〕 参见《别把人脸识别技术搞成现代“刺黥”》，2019年10月30日，载 [https://m.thepaper.cn/baijiahao\\_4816253](https://m.thepaper.cn/baijiahao_4816253)，最后访问时间：2019年10月30日。

〔22〕 See AI Now Report 2018, also see online archive of AI Now Institute, available at [https://ainowinstitute.org/AI\\_Now\\_2018\\_Report.pdf](https://ainowinstitute.org/AI_Now_2018_Report.pdf), last visited on Oct. 30, 2019.

个体标签,将直接导致背负标签的主体面临特殊对待或过度监控的问题。

第二,无接触信息采集中的知情同意障碍。人脸识别技术中的信息采集以摄像头自动拍摄为手段,不需要信息主体主动接触采集设备。因此,在整个采集过程中,被采集对象往往毫无察觉,从而错失判断风险并明确表达同意或拒绝的机会。同时,现有人脸识别服务存在“使用即同意”的乱象,例如某公共查询平台将人脸识别设置为“唯一”的识别方式,导致信息主体因需要选择服务而不得不同意。

第三,“同意”边界模糊且范围不明,导致人脸信息泄露后溯源无门。在现有人脸识别用户服务协议文本调查中,不少人脸识别服务协议中均约定了向“相关第三方”传输人脸图像用于比对识别。但是,该第三方身份通常无从知晓,仅仅以“相关性”进行约束,极可能导致人脸图像经过多次传输后无迹可查,无从溯源。以新型冠状病毒肺炎疫情防控初期实践为例,基层管控多处应用了人脸识别技术采集公民人脸,而后网络人脸“黑市”就随之出现,数千张戴口罩和不戴口罩的人脸照片被廉价出售,但是,这些人脸图像的源头却不得而知。

第四,技术滥用导致管制缺席。新技术如同“诱人的魔盒”,诱使各领域跃跃欲试:从校园管理到公共洗手间的厕纸取用,从线上账户登录查询到线下垃圾分类,包裹着“黑科技”或者“智慧”外衣的人脸识别技术,无限制地在各种场景下被推广使用,而这些使用场景是否符合信息处理的合法性、正当性和必要性,是否存在合理监管路径,依然存在巨大疑问。

第五,事后救济效力存在局限性。万物互联以及技术仿冒导致人脸信息的侵权结果扩散极快,极难恢复如初。同时,由于技术和信息的不对等地位,公民个人极易因为缺乏专业技术知识而维权困难。<sup>[23]</sup>另外,现有侵权赔偿救济模式的震慑效力仍然有待检验。值得注意的是,立法机关于2020年10月公布的《个人信息保护法(草案)》中规定了违法处理个人信息的法律责任,除勒令整改之外,还规定了违法处理者100万以下以及主管人员1万到10万人民币的处罚额度,情节严重时处罚额度最高可达非法所得的5%。同时,信息主体可根据实际损失或信息处理者违法营业额百分比请求赔偿,并允许在无法计算时由法院行使自由裁量权。<sup>[24]</sup>虽然现有草案通过提高违法成本对违法信息处理行为予以威慑,但是,从人脸识别行业现有规模来说,100万处罚额度是否具备足量的威慑力,是否能够有效阻止处理者因利益而“铤而走险”,尚且存疑。

• 389 •

### 三、人脸信息保护的现行法律框架

在2021年起正式施行的《民法典》中,“个人信息保护”与“隐私权”并列作为第四编第六章的主要内容,其通过固定的法律条款明确了个人信息定义、保护原则以及相关主体权利。2020年10月公开征求意见的《个人信息保护法(草案)》进一步区分一般个人信息和敏感个人信息,并分别对两类信息处理过程中涉及的处理者义务、主体权利以及责任部门都作出了具有针对性的

[23] 参见张延来:《“人脸识别第一案”一审宣判,听听原告代理律师谈人脸识别技术与法律的细节》,载微信公众号“网络法实务圈”,2020年11月20日。

[24] 《个人信息保护法(草案)》第62条规定了违法处理个人信息或未采取必要安全措施的法律后果,以及情节严重的责任;第65条规定了信息主体因个人信息被非法处理而产生的求偿权。

规定。同时，草案顺应时代需求，体现出对于个人信息流动必要性的认可，并以尊重信息流通需求、实现信息价值和保障合理合法利用为立法目的，充分体现了我国在个人信息保护领域的积极主动态度和未来立法趋势。

#### （一）人脸信息保护具备明确的法律基础

《民法典》第1034条第2款从信息记录形式、可识别属性两个角度定义个人信息，且明确罗列出“生物识别信息”属于个人信息，肯定其受保护的法律效力。但是，《民法典》并未进一步细化“生物识别信息”的定义。其他现行法律包括《消费者权益保护法》和《网络安全法》，对于生物识别信息均未做出明确的定义。从文义解释来看，生物识别信息应解释为生物活体上足以识别特定主体的信息。全国信息安全标准化技术委员会在2019年6月公开发布的《信息技术安全技术生物特征识别信息的保护要求》征求意见稿中，将生物识别信息定义为“生物特征样本、特性、特征模型、性质以及原始描述数据的识别特征，或上述数据的聚合”<sup>[25]</sup>。人脸信息来自活体，且作为原始生物特征具有识别性，符合该生物识别信息定义。

《民法典》第1034条第2款强调个人信息的“特定自然人的可识别性”。根据现有规定，具备“可识别性”的生物信息才符合保护对象的界定，反之，倘若人脸图像在经过模糊或遮挡处理，抑或是图像数字编码处理之后，则因丧失可识别性可能无法受到保护。这其中依然存在隐患：一是技术的流动性和发展变迁将导致当下无法被识别的人脸在未来有可能被新技术破译，恢复其可识别性；二是大数据共连的环境下，原本丧失识别性的信息，再次结合位置、行踪或者其他信息之后，可能重新具备整体识别性，足以指向特定自然人。

相较之下，欧盟和美国对于生物识别信息的定义则更为具体，且人脸信息均被明确纳入生物识别信息范畴。欧盟《通用数据保护条例》（英文简称“GDPR”）第4条第14款将“生物识别数据”定义为“对自然人的物理、生物或行为特征进行特定技术处理后所得到的具备识别性的个人数据”，例如人脸图像或指纹数据。美国《加利福尼亚州消费者隐私保护法案》（英文简称“CCPA”）将“生物识别信息”定义为个人“生理、生物或行为上的特征”，包括脱氧核糖核酸序列等一切可以单独或结合其他信息识别特定个体的信息。<sup>[26]</sup>美国《伊利诺伊州生物信息隐私法案》（英文简称“BIPA”）将“生物识别信息”直接概括定义为具有“个人生物识别标识符”的任何信息，<sup>[27]</sup>并以反例形式列举出不包含在“生物识别信息”里的信息种类。由此可见，美国从生物识别信息的定义上趋于囊括尽可能多的生物特征及相关数据，在实践中可以帮助执法者快速判断涉案数据是否属于生物识别数据，从而援引相关的保护性规定。

#### （二）人脸信息作为敏感信息进行特别保护的立法趋势

《民法典》对私密信息进行了“隐私权+个人信息”的双重保护，这被认为是“权利+利益”的二元保护模式。《民法典》第1034条第3款规定：“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权

[25] 《信息技术安全技术生物特征识别信息的保护要求》征求意见稿第3.1.4条采用了“生物特征识别数据”这一说法，并在第3.1.3条定义“生物特征”为可检测到的个体生理或行为特征，并可以从中提取可识别、可重复的特征，以便自动识别个体。

[26] See SB-1121 California Consumer Privacy Act of 2018, SEC. 9. Section 1798. 140 (b).

[27] See 740 ILCS 14/Biometric Information Privacy Act, Sec. 10.



的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。”按照这一规定，私密信息首先适用隐私权保护的规定。这些规定包括：第1032条第2款规定的“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息”；第1033条规定的“除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施下列行为……（五）处理他人的私密信息……”。根据《民法典》前引条款，仅在上述隐私权规定无法适用时，方可适用个人信息保护的有关规定。这一做法可以理解成，对于私密信息应优先适用隐私权的规定，类似于特别法，因为隐私权是《民法典》明确承认的“民事权利”类型，而个人信息保护由于未明确使用“权利”措辞，属于法律所保护的“利益”范畴，所以其规则属于普通法。这一做法正好与比较法上以隐私权涵盖个人信息的通例相反，具有独特性。<sup>〔28〕</sup>第1034条第3款在解释上的困惑在于，“没有规定”究竟是指隐私权保护范围未能涵盖（即可能存在隐私权范围以外的私密信息），还是指隐私权保护手段方面没有规定（即存在隐私权保护方式无法保护的私密信息）。但不难理解的是，此种保护模式可能并非最适宜的方式。<sup>〔29〕</sup>就信息特性而言，人脸信息并非不愿为人所知的信息，对周围的人来说也不具备足以比肩隐私的私密性（当然，对于陌生人具有一定的私密性）。在实际社会生活中“人脸”作为公民社会交往的“活体名片”，具备生理和心理的双重属性，蕴含丰富的非语言情感信息，<sup>〔30〕</sup>承载了对应主体的既往社会评价、信用评分，以及人格尊严。因此，人脸信息应属于“并不私密但却敏感”<sup>〔31〕</sup>的信息，如果简单适用一般类型的个人信息保护规则，则可能导致保护不力，致使信息主体权益遭受侵害。

值得注意的是，《个人信息保护法（草案）》摒弃了“私密信息”这一外延高度不确定的概念，转而采取了“一般信息—敏感信息”的分类方式，其第2章第2节明确以“敏感个人信息的处理规则”为标题，并且在第29条中明确列举个人生物特征属于敏感信息。相较而言，“敏感信息”的概念内涵更为明确具体（如种族、政治与宗教信仰、生物识别信息、健康信息、性取向等）；而“私密信息”在边界上则较为模糊，可涵盖所有未公开的个人信息，包括在特定范围内（如家庭成员、朋友间）分享的所有信息。从客体范围的确定性角度来看，《个人信息保护法（草案）》的做法似更可取。另外草案中第27条针对公共场所的图像采集、身份识别设备的规定，可以直接关联到人脸识别技术，足见草案对于这一特殊信息处理技术的关注和区别性规制。

对比国外现有规则，生物识别数据由于其特殊性，一致地被作为特殊数据予以单独保护。GDPR第9条第1款将生物识别数据列为特殊类别的个人数据之一，规定在通常情况下禁止处理。美国在人脸信息保护领域制定专项规范，例如BIPA中针对私人实体进行人脸数据处理提出特殊要求，同时美国信息技术与创新基金会在针对联邦数据隐私法案的建议中也明确将生物识别数据列为敏感数据。<sup>〔32〕</sup>

〔28〕 参见石佳友：《〈民法典〉：网络安全制度创新的新里程碑》，载《中国信息安全》2020年第10期。

〔29〕 参见潘林青：《我国个人敏感信息的界分基础及其立法表达——兼评民法典（草案）第一千零三十四条》，载《北京邮电大学学报》（社会科学版）2020年第2期。

〔30〕 参见郭春镇：《数字人权时代人脸识别技术应用的治理》，载《现代法学》2020年第4期。

〔31〕 前引〔29〕，潘林青文，第37页。

〔32〕 See Alan McQuinn, Daniel Castro, A Grand Bargain on Data Privacy Legislation for America, ITIF, Jan. 14, 2019, available at <https://itif.org/publications/2019/01/14/grand-bargain-data-privacy-legislation-america>, last visited on May 25, 2020.

### （三）人脸识别中个人信息处理原则的从严适用

《民法典》第1035条规定了个人信息处理的原则和条件，而《个人信息保护法（草案）》沿袭相关原则，并在第29条针对个人生物特征等敏感信息提出了更高要求，即“特定目的”和“充分必要性”，以及更严格的“知情同意”，并在第30条和第32条两次提及从严规定，<sup>〔33〕</sup>体现出对于该类型信息更坚定的保护态度。

其一，人脸识别技术中个人信息处理应具备严格的合法性前提。知情同意是个人信息处理的合法性基础，而《民法典》中则体现出不同程度的“同意”层级：第1035条规定个人信息处理的“同意”可以来自“自然人或其监护人”，或者是“法律、行政法规另有规定”；第1033条中处理隐私或私密信息可根据“法律另有规定”或“权利人明确同意”。有学者认为这一差异体现了《民法典》在私密信息和一般个人信息保护的三点不同：一是法定授权情形不同，即对于处理私密信息的法定授权，仅限于我国正式施行的法律，并不包含行政法规；二是作出同意的主体不同，在隐私权保护的框架下对于私密信息仅有信息主体本人有决定权，而在个人信息保护框架下允许监护人代为决定；三是“明示同意”是以书面或其他形式做出清晰的许可，而同意则可能包含了不反对、默认等被动暗示。<sup>〔34〕</sup>基于生物识别信息具备更高敏感度这一共识，如果直接适用一般个人信息的要求，是无法充分保障主体的权益的。《个人信息保护法（草案）》第30条规定个人生物特征等敏感信息的同意授权应该是本人单独、书面同意。对于“单独”一词，在文义上应解释为“独立的，不和其他一起的”，即该同意应该是独立且明确的“专项同意”，不能与其他信息混同或随意扩增其原有同意范围。在同意形式上，要求主体基于“完全知情”做出书面“具体、清晰、明确的”同意，这基本与域外做法一致。GDPR第9条规定在常规情况下禁止处理包含生物识别数据等的特殊数据，只允许在数据主体明确同意，且该同意具备对抗禁止处理规定效力的前提下才可以处理。BIPA中则明确要求处理生物识别数据必须基于书面同意，包括纸质或电子的形式，以保障信息主体通过“主动行为”，在形式上更为明确地表达对个人信息的决定。不难看出，各国对生物识别信息属于特殊数据已经达成共识，且认可一般性的同意会导致主体对于信息掌控和自决的效果有所折损，无法满足主体权益保护需求。

其二，人脸识别技术处理个人信息时应严格遵循“明确特定目的”及必要性要求。目的正当性的含义不仅仅是合法合规，还应同时符合目的限制、诚实信用和公开透明的要求，<sup>〔35〕</sup>即“相关、特定、明确且合法”，这也与第1035条规定的四条件中“公开处理规则”和“明示目的、方式和范围”相呼应。从这个角度来看，《个人信息保护法（草案）》第29条第1款规定仍有值得完善的地方。该款规定：“个人信息处理者具有特定的目的和充分的必要性，方可处理敏感个人信息。”此处“具有特定的目的和充分的必要性”，措辞过于宽泛，建议在“具有”之前增加“基于维护公共利益或个人的重大利益”。以GDPR第9条为参考，尽管该条第1款也使用了“特定

〔33〕《个人信息保护法（草案）》第30条提及若法律、行政法规要求书面同意则从其规定；第32条提及法律、行政法规上规定应当取得行政许可或做出更严格限制的，则从其规定。

〔34〕参见王春晖、程乐：《解读民法典“隐私权和个人信息保护”》，载《南京邮电大学学报》（社会科学版）2020年第3期。

〔35〕参见王洪亮：《民法典与信息社会——以个人信息为例》，载《政法论丛》2020年第4期。

目的”(specific purposes)这一说法,但该词语结合随后其他几项条款,可以被明确解读为个人的重大利益或者在健康、劳动、社会保险等领域的公共利益,具体包括:对信息数据主体的基本权利和利益是必要的、非营利机构的正当性活动中所进行的处理、处理是为了实现公共利益所必要的、科学或历史研究目的或统计目的是必要的并采取了合理的保护措施等。

人脸识别技术的实际应用,目前大致分为政府机构基于公共服务或社会管理目的的使用和企业基于商业目的的使用。政府部门应用人脸识别处理信息往往基于法定授权<sup>[36]</sup>而无需个人的单独同意,且通常覆盖面极广,因此应依法明确划定“警戒线”,寻求个人利益和公共利益的平衡。《个人信息保护法(草案)》第27条对公共场所设置图像采集以及身份识别设备有所规定,为这一场景下的人脸识别技术应用设置了三层约束:第一,以“维护公共安全”为目的,而“必需”则限制了政府机构在存在替代方案能够达成同一目的时对人脸信息等生物特征信息的使用;第二,设置明显标识保障个体知情权的有效落实;第三,禁止目的之外的对外公布和传输,即将生物识别信息限制在目的框架之中。但是,公共安全范畴伸缩性较强,<sup>[37]</sup>包含了信息、食品、卫生、交通、建筑物、环境等广泛领域,因此草案应考虑细化公共安全目的、技术使用主体以及批准审核程序等,确保个人法益的折损程度和所保护的法益符合比例原则,例如进一步明确列举出人脸识别等生物识别可以适用的具体公共安全场景,包括重大公共卫生健康所需、追踪调查重大违法犯罪嫌疑人,或为维护个人宪法性基本权利和公共安全所必需等。

在商业应用领域,人脸识别技术作为当下不断发展的新型技术,其技术的专业性和普通人的认知水平存在较大的落差,信息处理目的也更为动态,在处理过程中是否一直符合初始目的,对于个人来说难以充分监督。我国现有个人信息安全规范将审核监督的责任分配到信息控制者,要求信息控制者成立个人信息安全负责人和个人信息保护机构,履行隐私政策的制定签发,安全影响评估和审计等职责。<sup>[38]</sup>但是,作为信息控制者组建的下属机构,其并不独立,角色更趋近“责任人”而无法充分履行独立监管的责任。《个人信息保护法(草案)》第32条体现出在行政监管上的从严趋势,即在处理生物识别信息时,如果法律法规要求必须获得特殊许可或有更为严格的要求,应从严适用。这一规定体现出我国未来在敏感个人信息处理上从严治理的大方向,也为未来细分信息类型、“量身”制定行政法规提供可能性和空间。

其三,人脸信息处理应严守“最小必要”的限度。《民法典》第1035条强调“不得过度处理”,要求必须采取对权利人最小侵害的方式处理信息。<sup>[39]</sup>“过度”一词,文义上应该理解为超越常度或者超过制度规定,但是《民法典》第四编第六章中除了第1033条规定未经法律许可或主体明示同意时禁止处理私密信息之外,其他条款并没有明确“常度”的标准线。所以,生物识别信息处理的限制“常度”在现行法规下依然相对模糊。《个人信息保护法(草案)》第29条尝

• 393 •

[36] 《民法典》第1036条规定处理个人信息而无需承担责任的情形之三:维护公共利益或该自然人合法权益的合理处理;《个人信息保护法(草案)》第13条规定的允许处理情形之三、四、五,包括为履行法定职责或义务、应对突发公共卫生或保护更高位阶的法益以及公共利益和监督的目的,且依然设定了“合理范围”限制。

[37] 参见冯群星、蒋琳、潘颖新、周姝祺:《个人信息保护法草案公布,拟进一步规范公共场所人脸识别应用》,载微信公众号“AI前哨站”,2020年10月21日。

[38] 参见《信息安全技术个人信息安全规范》(GB/T 35273—2020)第11.4、11.7条。

[39] 参见何鹏、刘新宇:《民法典:大数据时代下个人信息保护的民法基础》,载《中国政协》2020年第14期。

试进一步定义“必要性”，将“特定目的”和“充分必要性”作为两个更为严苛的信息处理条件，并在第54条明确要求个人信息处理者在处理敏感信息前须进行事前风险评估，并全程受监管部门的监督管理。

就比较法的规定来看，考虑到生物识别信息敏感度的定性，欧盟和美国在生物识别信息处理领域采用更为保守的做法，即采取概括性“禁止”结合“例外情形”来反向明确允许处理的“必要场景”，即“原则禁止、例外允许”。GDPR第9条第1款规定生物识别信息等特殊数据禁止处理，而第2款列举十种允许处理的例外情形，并且没有包含“等”作为兜底，就意味着有且仅有这十种情形允许处理生物识别信息。与之相比，美国似乎趋向更为保守的做法，趋于以禁用的方式限缩技术应用的范围，且民间技术反对者们已经自发创建网络社群，呼吁抵制人脸识别技术的应用，<sup>[40]</sup>充分规避技术风险以及技术可能造成的个人权利侵害。《人脸识别道德使用法案》要求政府机构在没有形成技术应用准则和条件之前，禁止使用或投资购买人脸识别技术处理生物识别信息。同时，美国国会针对执法目的下的技术使用，出台《人脸识别技术保证法案》规定执法过程中的技术审批流程、期限和信息最小化原则，限制联邦政府的执法机构在执法过程中使用人脸识别。<sup>[41]</sup>旧金山市《通知秘密监视条例》中禁止政府和执法机构使用人脸识别技术进行拉网式的公共监控，并严格监督政府对于监控技术的购买和使用。纽约州立法机关也通过了禁止学校使用人脸识别以及其他生物识别技术的法令；波特兰市则禁止一切政府及商业私营机构在公开场合中应用人脸识别技术。反对者认为，全面禁止人脸识别技术会剥夺社会革新的可能性，降低犯罪调查等合法目的实现效率，应关注“预防滥用”或小范围试点，<sup>[42]</sup>至少无须全面禁止，<sup>[43]</sup>为技术发展保留必要空间；而支持者则呼吁全面禁止这项“危险的侵入性”<sup>[44]</sup>技术，这也符合美国宪法第四修正案中对于联邦公民隐私权和平等自由等基本权利的保护理念。

就人脸识别技术存废之争，笔者认为，人脸识别技术作为信息时代的产物，在一定范围内有助于提高社会管理效率，为公众带来便利，一刀切式的禁止可能会严重制约社会发展。不过，鉴于人脸识别技术可能对人的基本权利造成严重的影响，必须借助合法、正当、必要等原则来加以严格规制，而这也是抑制技术泛滥、保护个人权利的必要“防护盾”。

#### （四）初具雏形的行业自律机制

人脸识别技术区别于传统个人信息处理手段，在其技术保护中，行业自治组织基于专业知识，结合法律规范，以行业自律形式规范技术的设计、开发以及应用，可以有效填充法律规范和技术专业性中间的留白。2019中国刷脸支付市场调查数据显示，截至2018年刷脸支付用户达到

[40] 参见禁用人脸识别网站 <http://www.banfacialrecognition.com/> 的具体描述。

[41] See S. 2878 Facial Recognition Technology Warrant Act of 2019, SEC. 3 (a).

[42] See Kate Kaye, In Portland Debate, Facial Recognition Giants Hide Behind Tech Lobby Think Tank, Redtailmedia, Jan. 20, 2020, available at <https://redtailmedia.org/2020/01/20/in-portland-debate-facial-recognition-giants-hide-behind-tech-lobby-think-tank/>, last visited on Aug. 17, 2020.

[43] See Ashley Johnson, Opinion: Portland Can Address Facial-recognition Technology Concerns Without Banning It, Oregonlive, Jan. 15, 2020, available at <https://www.oregonlive.com/opinion/2020/01/opinion-portland-can-address-facial-recognition-technology-concerns-without-banning-it.html>, last visited on Aug. 17, 2020.

[44] Evan Selinger, Woodrow Hartzog, The Incondensability of Facial Recognition, 66 *Loyola Law Review*, 101-122 (2019).

0.61亿人,而在支付平台的推动下,未来预计可增长到7.6亿人。<sup>[45]</sup>中国支付清算协会发布的《人脸识别线下支付行业自律公约(试行)》对其会员单位提出安全管理、终端管理、风险管理和用户权利保护的要求,呼吁应在遵循国家法律法规的前提下,保障用户信息和财产安全。另外,目前已有互联网企业发起《生物识别用户隐私与安全保护倡议》,从隐私、安全、防止信息滥用、责任与监督、公平性五个方向发起行业倡议,结合我国法律规范,提出“最小、够用”这一基本原则,并建议企业内部设置风险小组,保护用户信息安全。<sup>[46]</sup>但目前此类行业公约覆盖范围仅限于互联网服务领域,对于线下其他领域的人脸识别应用,例如人脸识别门禁等更为普遍的现象,依然缺乏行业指引。

#### 四、人脸识别中个人信息保护路径探析

人脸识别技术的便捷性和效率性无可否认,一定程度上符合当代构建智能社会的需求,但其技术实现所依托的人脸信息,一旦遭到泄露或侵权后将可能严重影响信息主体的其他民事权益,甚至人格尊严、平等、自由等宪法性基本权利。因此,既要充分利用技术革新的便利,也要避免技术泛滥的弊端,理性评估并规制技术适用和个人法益间的平衡才是未来的趋势。有学者建议根据实际国情,在人脸识别规制中有甄别地借鉴域外的特别许可制度,即经由授权机构评估审核和许可,允许技术适用,同时辅助以定期技术准确性测试和技术应用审计,并设置惩罚性赔偿的制度。<sup>[47]</sup>另有观点也提出人脸识别信息的保护在于事前保护,包括必要性审查,确保信息处理和目的实现符合价值比例要求,以及细化技术适用标准以及知情同意的实际操作制度。<sup>[48]</sup>因此,人脸识别中的个人信息保护路径应从特别许可的准入审查以及更为合理的知情同意模式入手。

##### (一) 基于合法、正当、必要原则的技术准入审查制度

无论是合法、正当、必要这些基础原则还是其他具体原则,都应在生物识别信息处理中结合适用,而知情同意原则的适用应以基础原则适用为限制。<sup>[49]</sup>在人脸识别技术适用前,应经由法定授权机构根据理性设计的审查标准和步骤,对技术准确性、算法非歧视性设置、安全加密设置和主体权利保障路径等进行评估。

英美和欧盟等国家和地区均选择借助法案或规范强制要求在处理生物识别信息之前进行风险评估,其差别在于评估导向。英国深受欧盟GDPR影响,以数据保护为导向,明确针对生物识别数据等特殊数据强制适用评估制度。美国则以隐私保护为导向,对任何足以识别个体的信息的处

[45] 参见《2019中国刷脸支付技术应用社会价值专题研究报告》,2019年11月21日,载 <https://www.iimedia.cn/c400/66866.html>,最后访问时间:2020年5月10日。

[46] 以阿里巴巴支付宝为例,其发起的行业隐私安全保护倡议的原则在人脸识别用户授权协议条款中已有体现,且影响其他从业者复制相似规范和模式。

[47] 参见前引[10],邢会强文。

[48] 参见赵精武:《民法典视野下人脸识别信息的权益归属与保护路径》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2020年第5期。

[49] 参见张新宝:《个人信息收集:告知同意原则适用的限制》,载《比较法研究》2019年第6期。



理均进行评估，并要求在四种情形下必须进行隐私影响评估，即：开发或采购任何处理或采集个人识别信息的新技术时，创建涉及隐私的程序、系统、技术或信息收集方式时，涉及新的隐私风险的系统升级时，发布全新或升级的个人识别信息收集规则时。其核心目的在于保障个人信息收集的合法合规，提前识别风险和影响，同时评估保护措施的有效性。<sup>〔50〕</sup>

目前，《个人信息保护法（草案）》第六章拟指定国家网信部门进行统筹协调，结合国务院下辖部门和各地人民政府部门，在各自管辖领域内进行个人信息保护监管，但尚未细分到具体职能部门。全国信息安全标准化技术委员会发布的2020年《信息安全技术个人信息安全影响评估指南》旨在指导行业基于个人权益影响和安全措施设置情况，以访谈、检查、测试的方法对待评估的个人信息处理技术进行风险评估。无论是现有法律规定，还是现行行业规范，对于我国后续信息处理的安全影响评估模式，均有借鉴作用，但前者在其适用范围、后者在其强制力上都存在缺陷，仅能作为目前生物识别信息处理的参考性或国家推荐性评估制度予以参考。因此，未来人脸识别技术准入审查应考虑从以下三方面进行构建：

1. 借助国家强制力，以专项法律或行政法规的形式强制要求和技术适用前进行全面的检测和信息安全影响评估，并禁止豁免评估的例外情形。与设置公正、权威、独立保护机构的学者建议<sup>〔51〕</sup>和欧盟集中监管体制不同，《个人信息保护法（草案）》第56条所确立的监管体制依然是多机构混合且分散监管的模式：由国家网信部门负责统筹协调个人信息保护工作，而国务院其他有关部门在各自职责范围内负责个人信息处理活动的监管。在这一监管模式下，建议网信部门针对不同类型的个人信息（例如生物识别信息）设置单项评估机构，只有通过评估的技术才能获得应用许可，并对该技术应用进行定期回访、追踪与监督，<sup>〔52〕</sup>实现动态评估。《个人信息保护法（草案）》第54条具体规定了事前评估的实施主体、适用场景和评估内容。在评估内容上，草案提议的内容覆盖基本需求，但实践中如何评估其原则的适用程度、以何种标准和参考系进行评估，还需要更细致、更具可操作性的规定。

2. 设立合法、正当、必要三重审查维度。人脸识别技术应用中的个人信息处理应从严贯彻“合法、正当、必要”原则。根据比较法经验，生物特征信息作为敏感个人信息，原则上应禁止处理，<sup>〔53〕</sup>若出现“法定必需”情境，例如出于国家安全、公共安全、司法鉴定的目的，允许有限的法定授权机构进行处理，<sup>〔54〕</sup>但依然不允许豁免“合法、正当、必要”原则的适用。

就此而言，欧盟GDPR可以作为借鉴，其第35条规定数据保护影响评估的最少内容范畴，包括：数据处理目的和具体操作的系统性描述，数据控制者希望实现的具体合法利益描述（适用情形下）；数据处理与目的是否相称和必要；评估数据处理对个体权利和自由所产生的风险；为

〔50〕 See U. S. Department of Homeland Security Website, available at <https://www.dhs.gov/privacy-impact-assessments>, last visited on Feb. 17, 2021.

〔51〕 参见李慧琪：《个人信息保护法草案稿已形成，专家建议未来机构设置要明确独立性》，载《南方都市报》2020年7月27日，第A12版。

〔52〕 参见前引〔10〕，邢会强文。

〔53〕 GDPR第9条第1款规定：“对于那些显示种族或民族背景、政治观念、宗教或哲学信仰或工会成员的个人数据、基因数据、足以识别特定自然人的生物性识别数据以及和自然人健康、个人性生活或性取向相关的数据，应当禁止处理。”

〔54〕 参见石佳友：《人格权立法的进步与局限——评民法典人格权编草案（三审稿）》，载《清华法学》2019年第5期。



应对风险而设置的保障措施、安全措施以及个人数据保护机制；技术处理过程中如何将数据主体合法权利和法案相关规定纳入考量并适用的证明。以上规定分别与 GDPR 第 5 条第 1 款“合法性、合理性和透明性”、第 2 款“具体、清晰和正当的目的”以及第 3 款“为达到目的而适当的、相关的、必要的处理”相对应。

3. 人脸信息存储安全应作为准入审查重点。人脸识别技术的实践无可避免地需要筛选捕捉人脸图像进行数据库比对。因此，人脸识别数据库势必包含大量人脸信息样本。面对海量人脸信息存储需求，人脸识别技术中的存储安全设置必须作为事前准入评估重点，应从三方面予以审核：首先，信息存储的时限和分区。基于人脸信息的特性，若结合其他个人信息将导致信息主体面临急切的隐私、尊严及自由威胁，有学者认为人脸识别技术实践中应在原则上禁止存储原始人脸信息，或在必要时和其他个人信息分开存储。<sup>[55]</sup> 其次，人脸信息的匿名化存储设置。现有个人信息的规制中均要求信息应进行技术处理使其丧失指向特定自然人的识别性，且在当下技术条件下无法恢复，比如通过加密、假名、随机化处理，去除其标识性。但有学者提出信息匿名化程度的提高将降低其可用性，<sup>[56]</sup> 且不存在绝对不可技术复原的信息。因此，应借助法律规则，明确匿名化处理并非对外传输或共享信息的前提条件，二者并不具备充分条件关系。若须共享传输，则应再次审核第三方传输及二次处理设置是否合规合法、是否足以保障主体法益。最后，第三方介入情境下的存储服务审查。实践中人脸识别技术使用方可能向第三方采购技术或设备，或接入第三方人脸数据库，例如全国居民身份证系统等，实现其技术应用，因此，在涉及第三方服务时，应对第三方技术提供者协议里涉及信息采集和存储的条款进行审查。

• 397 •

## （二）人脸识别技术应用中的知情同意实践建议

### 1. 人脸识别中的知情同意应以告知义务的充分履行为前提

国外法中以“*Informed Consent*”作为一般个人信息处理的前提，其中 *Informed* 从文义上解释为“信息充分、知悉情况”，因此整体应被理解为“充分了解情况后的同意”。在处理生物识别信息时，则进一步提升其同意的要求：GDPR 第 9 条第 2 款要求在不违背禁止处理的条件下，由信息主体做出明确同意；BIPA 则升级为清晰严格的书面告知同意形式，从而固定信息传递的明确性和稳定性。<sup>[57]</sup> 在目前我国人脸识别的技术实践中，生物识别信息处理者存在未能充分履行告知义务的情形，包括告知“缺席”或者告知“失灵”。究其原因，一方面是由于生物识别信息处理者藏匿于终端设备之后，用户面对提供服务的终端机器无从查询，或者告知冗长造成阅读不便；另一方面，生物识别服务涉及专业技术领域，技术知识不对等可能导致信息主体难以理解告知内容。基于此，建议在生物识别信息处理的告知义务上给予两个维度的规范：

第一，针对生物识别信息等敏感个人信息的处理行为均统一要求履行告知义务，不得免除，

[55] 参见陈道英：《〈个人信息保护法（草案）〉之“得”与“失”》，载微信公众号“大数据和人工智能法律研究院”，2020年11月5日。

[56] 参见王春晖、程乐：《完善个人信息保护法（草案）的建议》，载《人民邮电报》2020年11月6日，第3版。

[57] 参见林凌、贺小石：《人脸识别的法律规制路径》，载《法学杂志》2020年第7期。

即任何组织或机构，无论出于何种目的（不违反禁止规定）处理生物识别信息之前，都应向所涉信息主体进行告知，且告知内容至少包括其处理的个人信息类型、收集方式、信息处理目的、存储方式与时限、安全设置以及信息处理者身份和联络方式等基本信息。<sup>〔58〕</sup>

第二，应采用清晰、通俗、易懂且明确的语言进行书面告知，同时对不易理解的部分或重点内容进行单独告知。<sup>〔59〕</sup>在处理人脸信息等敏感信息时，可能面临处理信息规模巨大或远程采集等情况，应考虑结合现代技术手段，通过移动端推送或服务内弹窗等形式进行单独告知。若告知中存在预设格式条款或系统预设模式，应由国家相关监管机构进行预先审查，在生物识别信息的处理周期开始之前保障信息主体的知情权。

## 2. 从严限制概括同意的适用

根据前文所述，人脸识别技术存在两种适用情形：第一，法律法规允许的、为实现重大的利益所需的情形，例如公共安全、公共健康所需等；第二，法律法规不禁止，且获得主体明示同意授权的情形。在知情同意领域，同意的模式不断发展演变。传统的知情同意要求明确、具体且详实，被称为特别同意，但特别同意在以往生物特征信息处理（基因研究或生物资料库等）的实践中，被证明存在效率较低无法满足实践所需的问题。<sup>〔60〕</sup>无论是法定许可还是基于主体知情同意的情形，人脸识别势必需要采集海量人脸图像，并和数据库中存储的人脸识别符进行比对，因此完全适用特别同意的难度和成本之大将超乎想象。作为同属于生物识别信息的基因，在其处理实践中，概括同意模式允许将信息主体的同意从当下处理目的延伸扩充至固定框架下的未来处理目的，凭借其灵活性和自由度受到推崇。<sup>〔61〕</sup>

我国个人信息的同意模式也普遍采用概括同意结合特定例外的形式，它给予信息处理者一定的自由，在设定的处理范围框架内合理处理信息，提高信息处理效率，以应对技术升级或场景变更的需求。但是，作为特别同意的矫正提案，反对观点认为概括同意在未加限制的情况下，可能导致告知程度下降，<sup>〔62〕</sup>造成同意虚化。因此，在人脸信息处理中，应甄别现有知情同意模式，适当采用附带严格限制条件的概括同意，保障信息价值实现，同时保持个人法益保护的应有水准。另外，可以仿效基因研究领域的医学伦理审查机制，设立科技伦理委员会，对人脸识别等可能引发伦理风险的科技应用，设置科技伦理审查机制，<sup>〔63〕</sup>规范同意模式的适用。

首先，人脸识别中概括同意的适用条件应予限制。由于概括同意涉及限制框架下一定程度的

〔58〕《个人信息保护法（草案）》第18条规定处理个人信息前应向个人告知信息处理者身份和联系方式，个人信息的目的、方式、种类和保存期限，以及个人行使权利的方式和程序，同时若发生变更，应将变更部分告知个人。若通过制定个人信息处理规则的方式告知，其处理规则应当公开，便于查阅和保存。

〔59〕《个人信息保护法（草案）》第31条规定处理敏感个人信息的，除第18条规定的告知事项，还应告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人的影响。

〔60〕 See Christine Grady et al., The Changing Face of Informed Consent, 376 (9) *The New England Journal of Medicine*, 856-867 (2017).

〔61〕 参见田野：《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》，载《法制与社会发展》2018年第6期。

〔62〕 See Björn Hofmann, Broadening Consent and Diluting Ethics, 35 (2) *Journal of Medical Ethics*, 125-129 (2009).

〔63〕 参见石佳友、庞伟伟：《人体基因编辑活动的民法规制——以〈民法典〉第1009条的适用为例》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期。

信息处理自由,在人脸信息等敏感信息处理前,必须经由严格的适用审查。生物资料库研究适用概括同意的探讨中,有学者建议伦理委员会对这种同意模式的采用进行提前审查,并允许主体自由选择是否愿意适用概括同意;也有观点建议根据信息对主体的重要性,将个人信息处理划分为四个层级,<sup>[64]</sup>并基于情境理论,考量并选择匹配的同意模式;另有观点认为针对生物识别信息等敏感性更高的信息,“以一概全”的同意模式无法有效避免风险,而应根据情境酌定。<sup>[65]</sup>无论是伦理审查,还是情境酌定,应由具备专业技术和法律知识的法定授权机构就人脸识别服务中的同意模式进行审查,或将其囊括在事前技术准入审查程序之中,以判断技术应用场景下概括同意模式是否足以有效规避风险、是否存在超额让渡主体权益的情形,<sup>[66]</sup>信息处理情形是否具备采用该同意模式的条件以及信息安全保障是否匹配和有效。

其次,人脸识别中概括同意的范围应予限制。其一,概括同意的框架范围必须合法且正当,符合目的限制。概括同意允许信息处理者在约定框架内处理信息,而无需再次取得信息主体的授权。但是,在人脸信息处理中,对该授权延展长度应做出明确的限制,例如规定仅允许在实现同一目的且情境一致的范围内,概括同意有效,若超越情境或变更目的,则需要二次评估并获得新的同意。其二,概括同意范围应以必要性为限度。“最小、够用”除了作为生物识别信息收集的实践标尺之外,也应作为主体概括同意范围的边界。其三,人脸信息加工后的跨境存储、共享或处理不应纳入概括同意范围。有学者针对我国网络服务隐私条款进行了文本调查,发现存在“当服务器位于境外时,主体同意其数据在境外存储”<sup>[67]</sup>的表述,这种情形下的概括同意可能导致人脸信息在未经确认的境外不特定区域存储、流转,信息风险急剧升高。

• 399 •

最后,人脸识别中采用概括同意应设有严格的监督审查机制,并设置个人选择权、退出权等保障机制。知情同意源自信息主体对于个人信息处理的自决权,这意味着主体不仅有作出同意的自由,也享有撤回同意的自由。为避免技术不对等造成主体难以监督的困境,国家法定授权机构应定期进行信息处理监督和审查,以确保概括授权框架持续符合“合法、正当、必要”原则,并将其审查结果及时披露和公示,使得信息主体能够充分了解风险,有机会更新或撤回同意。信息处理者还应设置人脸识别之外的替代选项,例如动态验证码识别或密码识别,保障用户的自由选择权。

### 3. 利用技术发展和超级平台创新引入动态知情同意模式

面对刷脸支付终端或者人脸识别门禁,个人难以真正理解其中的安全风险,并且可能无法做出出于真实意愿的同意的意思表示。另外,人脸识别技术的实现过程存在不确定性,例如,约定“必要时”需要将人脸图像与“法律法规允许的或政府机关授权的机构所保存的人脸图像”<sup>[68]</sup>进行比

[64] 参见邹晓玫、杜静:《大数据环境下个人信息利用之授权模式研究——重要性基础上的风险评估路径探索》,载《情报理论与实践》2020年第3期。

[65] 参见前引[60],Christine Grady等文,第856-867页。

[66] 《瑞士民法典》第27条禁止就人格权作出“过度承诺”,原文为Contre des engagements excessifs,防止民事主体过分地让渡或限制其人格权或自由(如婚姻自由)。

[67] 参见李延舜:《我国移动应用软件隐私政策的合规审查及完善——基于49例隐私政策的文本考察》,载《法商研究》2019年第5期。

[68] 参见淘宝网《生物识别服务通用规则》第1.4条,载<https://render.alipay.com/p/f/fd-jm0izzjs/index.html>,最后访问时间:2021年2月17日。

对核验，或者人脸图像处理所对应的服务可能因为适用场景和功能存续情况而发生未知的调整，<sup>〔69〕</sup>但具体是哪些法律规定或哪个政府授权的机构，所提供服务（即信息处理目的）与人脸信息采集的持续相适性，对于信息主体而言均无从判断，无法给出符合期待的同意授权。就此而言，美国学者提出的动态情境理论佐证这一现实问题。该理论要求信息保护应考虑情境关联因素，以及信息主体在当下情境中做出的同意和合理预期。<sup>〔70〕</sup>如今美国 CCPA 也已经认可且采纳了情境风险这一理论，要求信息处理应符合信息主体在其同意情境下的合理预期。<sup>〔71〕</sup>

其实，涉及人体基因、健康状况的生物医学领域也曾面临类似的情境困境——高敏感度的信息特性、技术门槛和不对等地位，以及快速迭代的技术手段和处理目的，导致知情同意原则遭遇前所未有的挑战。围绕这一困境，学者们进行了激烈的批判、反思甚至重构，最终在传统特别同意、概括同意、分段分层同意、附条件同意等众多理论中，提出了动态同意模式，<sup>〔72〕</sup>允许个人选择其偏好的知情方式、频率以及内容，并自由决定授予同意或退出同意，<sup>〔73〕</sup>以提高信息主体在信息处理过程中的参与度。动态同意模式的核心在于参与感和撤回权，<sup>〔74〕</sup>这一授权模式对于人脸识别技术应用中的人脸信息知情同意具备参考借鉴意义。

首先，动态同意模式下信息主体享有中心地位，能够提高同意授权的有效性，实现充分意思自治。在原有基因生物研究的背景下，动态同意要求在生物资料库和提供基因的参与者之间搭建沟通平台，参与者可以进行偏好设置，自由选择何时、以何种方式和频率、告知何种内容，进而做出同意选择。在现有人脸识别协议的文本调查中，发现几乎所有服务提供者都选择了加粗或使用着重符号提示用户注意阅读重点信息，但依然存在条款冗长的阅读负担，可能由于能力限制或时间紧迫而无法充分知情。动态同意模式下，个人将可以根据个人偏好，对国家法定人脸数据库中的人脸信息进行管理，定制告知的时间、频率、形式和内容等，提高知情效率。

其次，动态同意模式下信息披露程度和透明程度较高，满足生物识别信息等高敏感度信息处理的知情权要求。譬如，英国牛津大学研究者和部分产业界代表联合提出的同意确保和撤销研究项目（Ensuring Consent and Revocation, 2008-2012）是动态同意模式在生物资料研究中的实践探索。该项目中，研究者可以通过技术平台动态地、开放地、及时地披露研究进度和生物资料及信息的处理细节。人脸识别技术正在快速革新，从二维平面识别到三维景深识别，再到活体检测技术。在快速迭代的技术发展中，信息处理的透明性将成为人脸识别中个人信息保护的

〔69〕 实地调查中某便利商店线下微信刷脸支付终端在确认使用服务前可通过点击屏幕小字提示阅读《微信刷脸支付服务协议》。其中第 1.3 条提及对于人脸图像的处理“可能因适用场景和功能存续情况而发生调整，具体以实际提供服务为准”，但该协议尚未发布于其他平台或渠道。

〔70〕 See Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 *Washington Law Review*, 119 (2004).

〔71〕 See SB-1121 California Consumer Privacy Act of 2018, SEC 2, Section 1798.105 (d).

〔72〕 参见前引〔61〕，田野文。

〔73〕 See Richman Wee, Dynamic Consent in the Digital Age of Biology, 5 (3) *Journal of Primary Health Care*, 259-263 (2013).

〔74〕 See Arianna Schuler Scott et al., Why We Trust Dynamic Consent to Deliver on Privacy, PhD thesis: Investigating Dynamic Consent as a Privacy Control, available at [https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:b006cbc2-11b1-42fd-8528-9ca036672b4a/download\\_file?safe\\_filename=Camera\\_ready\\_IFIPTM\\_2019\\_paper\\_32.pdf&file\\_format=application%2Fpdf&type\\_of\\_work=Conference+item](https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:b006cbc2-11b1-42fd-8528-9ca036672b4a/download_file?safe_filename=Camera_ready_IFIPTM_2019_paper_32.pdf&file_format=application%2Fpdf&type_of_work=Conference+item), last visited on Feb. 17, 2021.

基础之一，<sup>[75]</sup>能够实时、有效地向个人传达其人脸信息正在由何种技术采集、如何处理、如何进行安全保障，以及实现了何种目的等信息处理细节，从而帮助个人做出判断。

再次，动态同意模式可以保障信息主体享有同意撤回权，将信息主体置于中心地位，允许其根据所了解到的事实决定选择进入和退出，打破既往“同意即终身”的弊端，符合情境理论中合理预期的需求。若将动态同意模式引入人脸识别应用，信息主体将有机会选择让自己的“人脸”消失于互联网络和信息世界之中，从而重获被大数据忘却的片刻自由。以新型冠状病毒肺炎疫情防控的场景为例，部分社区管理委员会执行严格的出入政策，采用人脸识别门禁，以限制非本社区人员的流动并追踪社区内人员的进出记录。在疫情防控的场景下，社区居民对于其人脸信息处理的预期是保护个人和社区健康安全，但在疫情逐渐缓解乃至有效控制之后，该期待即发生变化，此时作为信息主体，个人应有权根据更新后的处理目的（社区日常进出管理等），自由选择继续给予或撤回同意。

最后，动态同意在当今技术发展水平下具备实现可能性，且难度可控。万物互联时代的到来和5G网络技术的发展，使得轻便、快速、及时的移动小程序更加普及，搭建一个高效动态同意平台不再是难以克服的技术难题。与此同时，依托于现有极具实力的超级平台，人脸识别行业从业者将可能在控制成本的同时，实现高速有效的动态同意。例如，通过手机系统设置、统一用户中心或者加载在社交软件中的程序动态，及时披露公告附近人脸识别技术的细节，包括采集方式、处理目的、安全设置、存储时限、脱敏处理方式等等主体应当获知的信息。

动态同意模式也存在其制约因素，包括主体反复给予或撤回同意而影响信息处理效率，从而造成资源浪费和成本增加，而且信息主体是否能够从相关的、不相关的披露中有效识别潜藏风险也有待商榷。<sup>[76]</sup>但我们需要结合实践，结合其他同意模式，逐步构建我国高效科学的知情同意模式。

#### 4. 人脸识别中的未成年人信息处理限制

由于无差异无接触信息采集的形式，人脸识别适用过程中无法区分被采集者的年龄，因此不可避免地涉及大量未成年人人脸信息。同时，根据我国近年来发布的移动社交用户报告，用户日益年轻已成为趋势，未成年人使用人脸识别服务（例如游戏登录、AI图片编辑等）十分普遍。如果未成年人的人脸信息泄露或被侵权，其侵权影响将可能伴随一生，特别是技术歧视或算法偏见导致的不公平待遇，会直接严重影响未成年人步入正常社会生活。

未成年人的个人信息通常作为特殊类型的信息被予以特殊规定，且采用监护人代为同意的授权模式。GDPR规定未成年人生物识别信息处理，除了满足第9条关于特殊数据的规定之外，还应同时获得其监护人的同意。同时，处理涉及儿童的个人信息数据应该更谨慎的考虑数据处理的必要性，保障其目的实现不以过度侵犯基本权利为代价。英国教育部曾根据《自由保护法案》和1998

[75] See Facial Recognition Policy Principles, uschamber.com, available at [https://www.uschamber.com/sites/default/files/ctec\\_facial\\_recognition\\_policy\\_principles\\_002.pdf](https://www.uschamber.com/sites/default/files/ctec_facial_recognition_policy_principles_002.pdf), last visited on Feb. 17, 2021.

[76] See Kristin Solum Steinsbekk, Bjørn Kåre Myskja, Berge Solberg, Broad Consent Versus Dynamic Consent in Biobank Research: Is Passive Participation an Ethical Problem?, 21 (9) *European Journal of Human Genetics*, 897 - 902 (2013).



年《数据保护法案》发布针对教育机构的生物识别信息保护指导文件，规定学校在使用、计划安装生物识别系统之前，必须根据法律规定获得至少一位监护人的书面同意授权，并且提供了书面告知文件内容模板。<sup>〔77〕</sup>英国2018年《数据保护法案》中则提出“适龄设计规范”，要求如果某社会信息服务涉及儿童访问者或用户，应在其服务设计时，体现不同年龄差别适用的理念。

实践中，我国对于未成年人个人信息保护的年龄界限设定为14周岁。《民法典》第1036条第1款规定的行为人不承担责任的个人信息处理行为中包括“监护人同意的范围内”的“合理实施”。但是，结合第1034条个人信息定义和范围条款<sup>〔78〕</sup>来解读这一限制，可以理解为该限制仅适用于非私密信息的个人信息，而人脸信息由于其敏感特性，虽不私密但影响巨大，还应予以明确规范。笔者认为未成年人的人脸信息保护应在普遍保护标准之上予以更为严格的保护：第一，应普遍禁止处理未成年人的人脸信息；第二，在法定必要处理的例外情形下，借助识别系统的适龄设计保障和监护人同意授权模式对信息处理进行约束；第三，严格以“最小必要”为限。这里将衍生出一个问题：监护人同意的核实，包括个人年龄核实和监护人同意真实性核实两个方面。在主体年龄核实层面，随着网络用户的低龄化和普及化，实践中如果由服务提供者或信息处理者全权承担核查义务存在实际困难。因此，《个人信息保护法（草案）》第15条关于未成年人信息处理的规定，提出该条款的适用场景是信息处理者“知道”或“应当知道”，即要求处理者在其能力范围和注意义务内进行年龄核查，而非强加给处理者无限的义务。在一般个人信息处理过程中，有三种常见的年龄验证方式：第一，主体自查，即使用特定服务时个人在资料中心填写出生日期，但这种方式无法规避随意填写而导致误差率极高；第二，实名身份验证，即使用服务时需要提供身份证照文件进行验证，通过身份证照登记的年龄进行核对；第三，自动评审，即通过技术手段，结合个人提供的其他信息综合考评并预估用户年龄段。在人脸识别技术应用中，笔者建议首先应在技术中增加适龄设计，当检测到可能是未成年人用户时，提示应在获得其监护人书面同意后才可以使用服务；其次，限缩同意范围，严格禁止对于未成年人人脸信息的对外传输，并最小化其存储时限。

## 五、结 语

当今技术发展日新月异，“刷脸”已经日渐向更为广泛的领域蔓延。在可预测的未来，人脸识别技术在深度和广度上都将进一步延展，例如将识别技术扩展至毛细血管识别，以及基于主体内在情绪和心理变化等的情感识别，<sup>〔79〕</sup>或者基于数字孪生技术全方位捕捉复原生物的一切表征。同时，人脸识别的应用场景在未来也将日益广泛，而人脸信息也将逐步成为部分行业的核

〔77〕 See Protection of Biometric Information of Children in Schools and Colleges, Advice for Proprietors, Governing Bodies, Head Teachers, Principals and School and College Staff, March 2018, available at [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/692116/Protection\\_of\\_Biometric\\_Information.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/692116/Protection_of_Biometric_Information.pdf), last visited on Feb. 17, 2021.

〔78〕 《民法典》第1034条规定私密信息适用隐私权规定，没有规定的适用个人信息保护，由此可以推断第1036条作为个人信息处理行为的规范，应适用于非私密信息的一般个人信息。

〔79〕 参见前引〔22〕。



心生产要素,那么,基于人脸信息所产生的商业利益,信息主体是否享有相应的报酬请求权,都可能成为值得探讨的议题。但是,在享受技术所带来的便捷红利时,人脸识别的法律风险不容忽视:人脸识别技术的泛滥可能会严重威胁个人的隐私权、平等权、人身自由、人身及财产安全等。当前由于监管执法的真空,人脸识别应用已有失控的苗头,亟待出台相关具体法律法规和监管措施。

我国《民法典》对个人信息保护制度已经作出了重要的完善,对个人信息处理设定了基础性的法律框架,其所约束的义务主体“信息处理者”涵盖了从事个人信息处理活动的所有机构和个人,突破了《网络安全法》在适用对象上的限制,具有一般性意义。此外,立法机关当前也在紧锣密鼓地推进《个人信息保护法》的制定。在未来,相信与之相配套的行政法规、规章等规范性文件、实施准则也将陆续颁行。这些配套法律规则的实施,对人脸识别的法律规制而言,无疑是十分必要和大有助益的。

---

**Abstract:** Facial recognition technology demonstrated its promising efficiency in current applications, but it is always accompanied with massive concerns on its accuracy, safety, ethicality, and legitimacy. The first legal case upon the application of facial recognition in China acted as a signal to show the attention and discussion of the personal information protection in this area. There are three possible steps for improving the information protection mode in the application of facial recognition. First, the three core principles must be strictly followed as the front shield of information safety, and the technology should be prohibited unless there is special cautious authorization. Second, broad consent must be strictly regulated and the freedom of opt-in and opt-out must be guaranteed. Third, innovation on the format of informed consent could be given by getting proper experiences from dynamic informed consent based on the proven technologies, to secure the personal rights in information protection.

**Key Words:** facial recognition, biometric data, informed consent, dynamic informed consent

---

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

## 信息主体同意的适用边界

李群涛 高富平\*

**内容提要：**在欠缺其他合法性基础情形下，信息主体同意是否适用，关键在于处理的个人信息是否含直接标识符。直接标识符能单独表征信息主体身份，从而使信息处理风险与信息主体身份精准连结。因此，出于尊重陌生人社会信息主体隐匿身份的自由、尊重信息主体对处理风险的自主决策，信息主体可以通过同意控制含直接标识符的个人信息，即“单独识别个人信息”。但同意不适用于“结合识别个人信息”。首先，结合识别个人信息具有模糊性，个人信息处理者难以就此直接识别信息主体身份进而征求同意。其次，《个人信息保护法》确立了处理结合识别个人信息不需告知规则，逻辑上也要求有相应的不需同意规则。最后，结合识别个人信息不适用同意规则也是实现“促进个人信息合理利用”这一立法目的的可行路径。

**关键词：**单独识别个人信息 结合识别个人信息 同意 直接标识符 个人信息保护法

### 一、引言

《民法典》与《个人信息保护法》已经相继出台，作为个人信息保护制度重要内容的同意规则，其框架已经建构完成。无论《民法典》第1035条第1款第1项还是《个人信息保护法》第13条第1款第1项，都确认“信息主体同意”这一合法性基础的重要地位。然而在解释上尚未明确之问题为：当不具备《个人信息保护法》第13条第1款第2至7项所列举的合法性基础时，<sup>〔1〕</sup>信息主体同意是否适用于对各类个人信息的处理行为。此即本文尝试回答的信息主体同意之适用边界问题。

针对信息主体同意之适用边界问题，学界已有讨论，并形成四种学说。按照各学说主张的适

\* 李群涛，华东政法大学法律学院博士研究生；高富平，华东政法大学法律学院教授。

〔1〕 关于《个人信息保护法》第13条所列七项合法性基础的研究，参见程啸、王苑：《论个人信息处理中无需取得个人同意的情形》，载《人民司法》2021年第22期。

用范围从小到大排列,分别为“无适用空间说”“敏感个人信息说”“全部个人信息说”和“全部个人信息+匿名信息说”。笔者逐一简要述评。

“无适用空间说”认为,同意规则不能适用于任何个人信息之上,甚至不宜作为个人信息处理的合法性基础。<sup>〔2〕</sup>然而,《民法典》和《个人信息保护法》仍然坚守同意规则,故该说不为现行法所接纳。

“敏感个人信息说”认为,同意规则仅适用于敏感个人信息。<sup>〔3〕</sup>然而目前同意规则位于《个人信息保护法》“个人信息处理规则”章的“一般规定”中,该制度的体系位置至少表明一般个人信息并非一概不适用同意规则。故该说亦不为现行法所接纳。

“全部个人信息说”认为,同意规则适用于全部个人信息。<sup>〔4〕</sup>当然该说亦承认应当针对不同类型个人信息建构一套宽严有别的梯度保护体系。<sup>〔5〕</sup>该说似符合法条文义,但不利于实现《个人信息保护法》所确立的“促进个人信息合理利用”的立法目的。笔者将于本文第三、四部分详细论证,此处不赘。

“全部个人信息+匿名信息说”认为,同意规则适用于现行《个人信息保护法》中规定的个人信息与匿名信息。<sup>〔6〕</sup>然而无论《网络安全法》第42条第1款但书,还是《民法典》第1038条第1款但书,抑或《个人信息保护法》第4条第1款皆明定匿名信息不适用同意规则。因此,该说亦不为现行法所采。

综上,关于信息主体同意的适用边界问题,上述四说均难谓妥当。

个人信息是与个人有关的各种信息,同意是个人信息处理的合法性基础,个人信息处理者为取得同意,在收集个人信息之前即需判断信息主体身份。然而个人信息范围无边无界,大量个人信息在信息主体身份判断方面具有模糊性,这对个人信息处理者于处理前履行“取得同意义务”造成障碍。

于是,本文提出,按照是否含直接标识符的标准将个人信息划分为“单独识别个人信息”与“结合识别个人信息”,同意规则仅适用于单独识别个人信息。事实上此种对个人信息的分类方法在学界的讨论中并不少见,<sup>〔7〕</sup>甚至已经为现行法所接纳(《民法典》第1034条第2款),但是鲜有观点将此种分类与同意规则的适用边界相联系并进行证成。<sup>〔8〕</sup>本文首先勾勒该边界的轮廓,

• 405 •

〔2〕 参见任龙龙:《论同意不是个人信息处理的正当性基础》,载《政治与法律》2016年第1期。

〔3〕 参见汤敏:《论同意在个人信息处理中的作用——基于个人敏感信息和个人一般信息二维视角》,载《天府新论》2018年第2期。

〔4〕 参见陆青:《个人信息保护中“同意”规则的规范构造》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期;徐丽枝:《个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路》,载《图书情报知识》2017年第1期。

〔5〕 参见丁晓强:《个人数据保护中同意规则的“扬”与“抑”——卡—梅框架视域下的规则配置研究》,载《法学评论》2020年第4期。

〔6〕 参见林涓民:《个人信息保护中知情同意原则的困境与出路》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第3期。有必要指出,该说否认存在匿名信息,因为技术界人士已经明确表示不存在绝对不可复原的匿名信息。在此基础上,按照该说,仅当法律规定了不准复原义务时,现行法所述的匿名信息才豁免适用同意规则。

〔7〕 参见陶盈:《我国网络信息化进程中新型个人信息的合理利用与法律规制》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2016年第2期。

〔8〕 有学者曾提及此方面,但并未展开。参见胡文华、黄道丽、孔华锋:《个人数据保护“同意规则”的检视及修正》,载《计算机应用与软件》2018年第9期。

进而分别论证同意适用于单独识别个人信息，而不适用于结合识别个人信息。

## 二、信息主体同意规则适用的判断标准：含直接标识符

信息主体同意是否适用，其判断标准就在于个人信息是否含有直接标识符。在重视和重新界定直接标识符概念的基础上，个人信息分为单独识别个人信息与结合识别个人信息。

### （一）直接标识符概念的重视与重新界定

直接标识符是指能够单独识别特定自然人身份的信息。<sup>〔9〕</sup>直接标识符的典型特征在于具有唯一性<sup>〔10〕</sup>和身份指向性，例如身份证号、社会保险号码、人脸信息等。需要注意的是，直接标识符与特定自然人是单向唯一对应关系。具言之，一直接标识符只对应唯一特定自然人，但一特定自然人将有许多直接标识符。所谓身份指向性意味着存在直接标识符即足以识别信息主体真实身份。正如学者所言，信息的人格属性集中体现在其可识别特定自然人身份的性质。<sup>〔11〕</sup>

我国立法已经接纳了直接标识符概念。我国个人信息概念借鉴欧美，而这一来源于欧美的概念恰恰无法脱离直接标识符。例如，欧盟《一般数据保护条例》（GDPR）第4条a项后半句中的身份证号等系本文所述直接标识符。同样地，美国立法一直强调直接识别符（direct-identifier）概念作为个人可识别信息（PII）的重要判断标准。与这一国际趋势相一致，我国实质上已经接受直接标识符概念，《网络安全法》第76条第5项以及《民法典》第1034条第2款，都具体列举了不少直接标识符，如身份证号码、生物识别信息等。

直接标识符可谓信息主体风险的重要来源。现代社会是风险社会，技术应用确实会给人类带来一定风险。同样地，在个人信息领域，大数据技术应用可能导致风险产生。然而，如果风险产生无法对应特定身份、不会影响到特定自然人，那么对于该自然人而言这或许并非风险，即使也是不必过于关注和担忧。但如前所述，直接标识符的本质特征在于其唯一性和身份指向性，直接标识符恰恰使个人信息处理者可知晓特定自然人身份。直接标识符在个人信息中具有重要地位，个人信息与个人身份的勾连往往依赖直接标识符。个人信息处理风险主要在于风险能通过个人信息直接传导至具有特定身份的自然人，此中起桥梁作用者正是直接标识符。

随着时代发展，直接标识符的范围已日渐扩张。目前，直接标识符包括社会身份标识符和生物身份标识符，后者是对传统直接标识符概念的扩张。<sup>〔12〕</sup>以前，直接标识符主要指身份证号、驾照号码、护照号码、社会保险号码、军官证号、工作证号、出入证号、社保卡号、居住证号码等社会身份标识符。<sup>〔13〕</sup>生物身份标识符后来也成为直接标识符的重要来源。例如，随着人脸识别技术发展，人脸信息等与特定信息主体之间也形成了唯一对应和身份指向关系。总之，某符号

〔9〕 参见《中国互联网定向广告用户信息保护行业框架标准》。

〔10〕 参见范姜真嫩：《大数据时代下个人资料范围之再检讨——以日本为借镜》，载《东吴法律学报》2017年第2期。

〔11〕 参见刘士国：《信息控制权法理与我国个人信息保护立法》，载《政法论坛》2021年第6期。

〔12〕 参见《信息安全技术个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020），附录A，第23页；上海市地方标准《数据去标识化共享指南》（DB31/T 1311—2021）。

〔13〕 参见《信息安全技术个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020）之附录。

具有唯一性和身份指向性，即可被认定为直接标识符。

直接标识符与间接标识符、准标识符均非同一概念。一方面，直接标识符与间接标识符并非同一概念。如果仅就“唯一性”而言，手机等智能设备序列号（又称“国际移动设备识别码”，简称IMEI）也具有唯一性。仅依此虽能触及个人但不能识别个人身份，因此不具有前述直接标识符的“身份指向性”特征。于是，本文称之为“间接标识符”。另一方面，直接标识符与准标识符亦非同一概念，两者差异为是否具有唯一性。美欧都有实质意义上的准标识符概念。美国的准标识符（quasi-identifier）<sup>〔14〕</sup>对应欧盟GDPR第4条a项中的“个人属性”（factors），包括民族、种族、婚姻状况、身体、心理、基因、精神状态、经济、文化、社会因素等。准标识符中的“准”（quasi）字表明其本质上并非标识符。一个准标识符可能会对应多位自然人，不具有唯一性。例如，“研究生”是准标识符，能够对应千千万万研究生，无法指向特定自然人身份。

## （二）基于直接标识符对个人信息区分

以是否含有直接标识符为标准可将个人信息周延地分为单独识别个人信息和结合识别个人信息。

### 1. 单独识别个人信息

以前对个人信息相当部分的讨论恰以单独识别个人信息为基本思考模型。事实上20世纪即已经产生个人信息保护问题，当时个人信息即以单独识别个人信息为主。例如：“姓名张三，性别男，年龄65岁，身份证号123456789012345678，电话号码12345678901，家庭住址青海省西宁市湟源县胜利镇未来街道幸福小区1栋1单元1025号，银行卡号……”此为含有直接标识符个人信息（即单独识别个人信息）的典型样态。个人信息处理者据此能直接了解此个人信息对应的信息主体身份。单独识别个人信息的典型特征即在于含直接标识符。就此而言，《民法典》第1034条第2款中的“能够单独识别特定自然人的信息”与《个人信息保护法》第4条第1款中的“与已识别的自然人有关的各种信息”可表达同一含义。正因如此，本文一律用“单独识别个人信息”指代含直接标识符的个人信息。

单独识别个人信息，强调信息“含”直接标识符，而非除直接标识符之外没有其他信息。换言之，一旦数据集中含有直接标识符，直接标识符与其后跟随的购物记录、行踪轨迹等结合组成单独识别个人信息。如上所述，随着时代发展，直接标识符的概念有所扩张，生物身份标识符即为直接标识符的最新内容。因此，单独识别个人信息之范围亦相应扩张，兹不赘述。另外，是否“含”直接标识符，应当以数据集为单位全面审视，而非割裂个别数据项而单独看待。就此而言，直接标识符有可能是由一个数据集中多个数据项共同组成的，例如，在一个含有姓名、性别、学校、班级、行踪轨迹等数据项的数据集中，姓名、性别、学校、班级将共同构成直接标识符。

〔14〕 也有译为“间接标识符”，但须指出，此间接标识符与本文所谓间接标识符并非同一含义。参见刘颖、谷佳琪：《个人信息去身份化及其制度构建》，载《学术研究》2020年第12期；程海玲：《个人信息匿名化处理法律标准探究》，载《科技与法律》2021年第3期。

## 2. 结合识别个人信息

与单独识别个人信息相对的是结合识别个人信息，即不含直接标识符的个人信息。《民法典》第1034条第2款中“能够与其他信息结合识别特定自然人的各种信息”以及《个人信息保护法》第4条第1款中“与可识别的自然人有关的各种信息”，描述的均为不含直接标识符的个人信息。为表统一，本文一律用“结合识别个人信息”的概念。

结合识别个人信息也属于个人信息的范畴，但在未与直接标识符相结合的情况下，仅凭结合识别个人信息难以识别身份。换言之，信息主体以外的人仅通过结合识别个人信息来识别个人身份是需要成本的。目前个人信息定义无限扩张，这几乎成为国际社会的共识。欧盟第29条工作组出台的关于个人信息概念的意见对个人信息概念明显采广义理解，强调与其他信息结合能识别自然人身份或者特征，以及综合考虑内容、目的和影响三因素的情况下与个人有关系。<sup>〔15〕</sup>甚至按照欧洲学者分析，天气信息有时也能成为个人信息。<sup>〔16〕</sup>经扩张后的个人信息概念，其判断标准已经从能识别身份变为相关处理行为对人（不一定为特定自然人）有风险的信息。<sup>〔17〕</sup>按照《个人信息保护法》第4条第1款对个人信息的定义，我国接受了此种扩张标准。此标准非以信息当下状态为观察视角，而是要求立足当下预测充满无限可能之未来，即以未来看现在，这使得个人信息边界显著扩张且趋于模糊。从此角度而言，信息即使不含直接标识符，亦不妨碍被认定为个人信息从而适用个人信息保护相关规则。

结合识别个人信息大致有两类来源：一是各类传感器设备所收集的个人信息；二是从原始处理者或其他处理者处间接获取的经去标识化处理的信息。一方面，随着传感器的广泛布设，智能穿戴设备、网络设备的普及以及物联网技术的飞速发展与充分应用，海量的个人相关信息被快速采集供给、实时加工分析。但是相应地，部分传感器等设备能做到的只是实时记录个人有关情况而无法提供个人直接标识符等信息（信息主体主动提供的除外）。另一方面，随着信息实践不断开展，部分主体所控制的信息已经是经去标识化处理的信息。

需要注意结合识别个人信息与匿名信息的关系。所谓匿名信息是指经处理无法识别个人且不能复原的信息（《个人信息保护法》第73条第4项）。匿名信息制度通行于欧美而非我国独创。欧盟GDPR“鉴于条款”（recital）第26段明确指出，匿名信息（anonymous information）不适用于该法。该段同时指出，为了确定自然人是否可识别，应当考虑个人信息处理者或其他人（by another person）的识别能力，因此，匿名信息意味着任何人都无法通过匿名信息识别自然人身份。简言之，欧盟规定的匿名信息客观上不具有识别可能性。不过有专家已经声明，技术方面“匿名化是一种幻想”，只能达到识别可能性比较低的水平。<sup>〔18〕</sup>美国法学会2020年公布《数据隐私法律原则重述》，并在第2条中指出，无法识别个人的（non-identifiable）信息不适用数据隐私

〔15〕 See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data, 01248/07/EN WP 136.

〔16〕 See Nadezhda Purtova, The Law of Everything: Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law, 10 *Law, Innovation and Technology*, 40 (2018).

〔17〕 参见范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016年第5期。

〔18〕 See Ohm, Paul, Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization, 57 *UCLA Law Review*, 1701 (2010). 当然，由此观之欧盟规定的匿名信息认定标准并不合理，对此本文不再详述。



保护原则。<sup>〔19〕</sup>不同的是,欧盟匿名信息指客观上无识别可能性,而美国“无法识别的个人信息”是指识别可能性极低。然而此种无法识别的个人信息仍具有一定的识别可能性,如果不使其受制于个人信息保护规范,那么将使该部分信息暴露于风险之中。为了弥补这一点,美国的匿名信息制度有其预设前提,即禁止再识别。<sup>〔20〕</sup>或许是受欧美影响,我国《个人信息保护法》第4条第1款规定匿名信息不属于个人信息。然而借鉴比较法的重要前提是我国与借鉴对象有相同的制度环境。<sup>〔21〕</sup>我国《个人信息保护法》第73条第4项没有明确规定禁止再识别要求,且在难存此解释空间的情况下,一旦将我国匿名信息等同于美国无法识别的个人信息,将导致对匿名信息的处理失去控制。而且从笔者梳理的50多个法域的法律文本来看,极少有对个人信息定义作如此限制的先例。但《个人信息保护法》既已作如此规定,只能认为应对匿名信息进行严格把握,当无法确定是否满足客观“不能复原”要件时,应当认定该信息为结合识别个人信息而非匿名信息。

### 三、同意规则适用于单独识别个人信息

信息主体能够以同意来控制个人信息的处理行为,其正当性基础在于由宪法上的个人尊严、自由以及主体地位推演而得的个人事务自决。<sup>〔22〕</sup>笔者以下欲指出,在个人信息领域,个人事务自决主要体现为尊重陌生人社会个人隐匿身份的选择和自由,以及尊重信息主体对处理风险的决策。此二理由均仅指向单独识别个人信息。

#### (一) 尊重陌生人社会个人隐匿身份的自由

现代社会是陌生人社会,<sup>〔23〕</sup>隐匿身份是陌生人社会中的个人选择和自由。<sup>〔24〕</sup>人口增加、人口流动性增大和社会不安全因素混杂,导致公众轻易不愿意暴露身份。虽然社会交往要求社会中每个人必须允许其他人了解自己,但是此种要求也应仅限于与个人有交往关系之人。例如,一个人的亲朋好友、同事、老师、同学、交易对手,甚至欲与其缔结合同者。但不应无限扩展到千里之外与个人毫无瓜葛的陌生人。逐渐地,是否隐匿身份成为个人自主决定的事项,受到社会认可和法律保护。

• 409 •

〔19〕 See The American Law Institute, Principles of the law-Data Privacy (2020), available at <https://1.next.westlaw.com/Document/10f02ee65145811eb8a02f30620293de0/View/FullText.html?ppcid=1c4fd268d6b54fc98b7f1ebff22c23f3&-originationContext=documenttoc&-transitionType=CategoryPageItem&-contextData=%28sc.Search%29>, last visited on Dec. 3, 2021.

〔20〕 按照美国《数据隐私法律原则重述》(2020)的总结,其所谓不适用数据隐私法律原则的匿名信息条件有三:第一,采用合理方法去掉个人信息上的标识符;第二,使去标识符后的个人数据处于较低风险水平;第三,个人信息处理者不再重新识别个人。

〔21〕 参见〔德〕茨威格特、克茨:《比较法总论》(上),潘汉典等译,中国法制出版社2014年版,第30页。

〔22〕 参见田野:《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》,载《法制与社会发展》2018年第6期;王雪乔:《论欧盟GDPR中个人数据保护与“同意”细分》,载《政法论丛》2019年第4期;高富平:《同意≠授权——个人信息处理的核心问题辨析》,载《探索与争鸣》2021年第4期。

〔23〕 近年来已经有相关文件关注到陌生人社会这一社会转型现象。参见《东莞市人民政府办公室关于印发〈东莞市深化“二标四实”工作总体方案〉的通知》(东府办〔2018〕44号);《江苏省民政厅对省十三届人大一次会议第5015号建议的答复》。学理上的讨论,参见张清、王露:《陌生人社会与法治构建论略》,载《法商研究》2008年第5期;龚长宇、郑杭生:《陌生人社会秩序的价值基础》,载《科学社会主义》2011年第1期;何绍辉:《论陌生人社会的治理:中国经验的表达》,载《求索》2012年第12期。

〔24〕 参见龚长宇:《陌生人社会:价值基础与社会治理》,中国人民大学出版社2021年版,第105页。

然而，处理单独识别个人信息，将侵犯个人自主决定是否隐匿身份的自由。单独识别个人信息处理强调获得个人同意，其背后价值观与陌生人社会伦理基础不可分割。有学者称，“个体对于个人隐私和个人信息的身份识别的保护就是基于传统熟人环境社会下的潜在人格尊严和人格自由意识，而人们对于识别性的风险和恐惧多来自于传统观念下的身份泄露”〔25〕。显然，这种保护身份意识蔓延到了陌生人社会，成为个人典型的自由。如果毫不相干的主体欲全面了解一陌生人的单独识别个人信息（事实上就是了解身份），那么实在无任何正当性可言。虽然许多学者提及将分散的个人信息汇聚成大数据对于发挥数据经济价值、促进公共福利具有重大意义，但是直接标识符并非达致该目标所利用的大数据之必需。难以想象无任何交往关系的陌生私主体为了促进公共利益，需要利用他人之个人信息而且非含直接标识符不可。笔者强调，本文讨论的前提是不存在《个人信息保护法》第13条第1款第2—7项合法性基础，故为紧急救助而处理个人信息的情形不在本文讨论范围。正因如此，有学者指出，二次利用个人信息的首要条件是脱敏，即除去直接标识符。〔26〕简言之，陌生人可以收集他人的个人信息甚至进行个性特征分析，但是不允许其擅自知晓该“他人”的真实身份。社会学学者将这种秩序称为对陌生人“冷漠的尊重”。〔27〕

只有获得特定信息主体同意，才能使个人信息处理者与特定信息主体之间的显名交往正当化。在陌生人社会中，应然社会秩序是尊重他人的不同观念和不同选择。每个人相对于他人皆为“道德异乡人”，抱有不同信念、恪守不同行为规范；仅当取得他人“允许”“同意”“包容”时才能达成双方间新的共同行为规范。〔28〕陌生人社会的价值观在于每个人仅允许与其有关系的人了解其个人身份（当然随着关系远近了解程度会有不同），没有社会关系的陌生人不能了解其个人身份。与此相对应，允许与特定个人没有社会关系的人收集、使用该特定个人的个人信息，但仅限于收集、使用结合识别个人信息且不得在分析特征的过程中分析出真实身份。这便是个人信息领域陌生人的行为规范。如果处理单独识别个人信息，则等同于突破陌生人之间行为规范，因此，只有获得信息主体的同意以形成双方间新共同行为规范时，处理单独识别个人信息才被允许。或许出于类似考虑，有学者也指出信息主体能够支配自己的姓名、身份证号码、相貌特征等等。〔29〕此观点值得赞同。

## （二）尊重信息主体对处理风险的决策

直接标识符的存在使得信息处理风险得以精准传导至具有特定身份的自然人。“风险可以被界定为系统地处理现代化自身引致的危险和不安全感的方式。”〔30〕如直接标识符定义所阐释，其最大特征为与特定自然人身份具有唯一对应性。个人信息处理者通过其所控制的单独识别个人信

〔25〕 苏今：《〈民法总则〉中个人信息的“可识别性”特征及其规范路径》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2020年第1期，第86页。

〔26〕 参见姬蕾蕾：《论个人信息利用中同意要件的规范重塑》，载《图书馆》2018年第12期。

〔27〕 参见前引〔24〕，龚长宇书，第19页。

〔28〕 参见前引〔24〕，龚长宇书，第115—116页。

〔29〕 参见郭明龙：《论个人信息之商品化》，载《法学论坛》2012年第6期；韩强：《人格权确认与构造的法律依据》，载《中国法学》2015年第3期。

〔30〕 〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第19页。

息便能直接识别信息主体而不需要进行任何处理行为（识别行为）。对此类单独识别个人信息进行分析，其决策结果可以通过直接标识符的桥梁作用精准配置于特定自然人。此种结果对于特定自然人而言可能有好有坏。例如，银行处理特定自然人单独识别个人信息用以评估该特定自然人信用情况，当处理结果符合信用要求时对该自然人而言有正向反馈，但当处理结果不符合信贷政策所要求的信用等级时，对于该自然人而言具有不利影响，因为这将关系到信息主体是否能顺利申请贷款。但算法不同以及其他因素，导致处理分析行为结果是好是坏无确定性甚至不可预期，这本身对于信息主体而言即为一种风险。除此之外，此类个人信息的滥用以及被篡改、毁损、丢失等都是对信息主体的风险。从《居民身份证法》《统计法》《刑法》等条文来看，我国个人信息立法的重要目的恰是为维护自然人人身、财产安全免受威胁。<sup>[31]</sup>

既然直接标识符的存在客观上产生了个人信息处理的风险与信息主体身份连结的效果，那么出于个人事务自决，应当允许个人对其未来风险进行自主判断和决定。尤其是当个人信息处理者从信息主体处直接收集个人信息时，双方处于直接交互状态，同意机制落实也较为简单。<sup>[32]</sup> 如果立法者倾向于剥夺个人判断决策资格而一律允许个人信息处理者处理此类个人信息，那么即剥夺了个人自主决定、自主判断空间，此为典型的法律父爱主义，<sup>[33]</sup> 将使信息主体暴露于个人信息处理的风险之中。即使法律对个人信息处理者行为进行规范和要求，也不能保证个人信息处理者必然严格遵守规则，此即禁止性规定会配套法律责任条款的重要原因。不仅如此，即便个人信息处理者遵守各类规定，也不见得处理行为不产生任何风险。当然，允许信息主体自行决策，原理在于允许个人对于精准连结身份的未来风险进行判断和决策，而非出于个人对其个人信息的完全控制。<sup>[34]</sup> 关于该点，有学者通过细致考究已经指出，目前广为流传的个人信息自决权是对德国人口普查案的以讹传讹，<sup>[35]</sup> 所以此处信息主体同意是个人自治的具体体现，是个人事务自决的应有之义。

事实上，避免存在直接标识符而导致信息处理风险精准传导至个人，亦符合国际个人信息保护制度的基本逻辑。以下以具有代表性的美国和欧盟的制度分别说明。

美国的信息主体同意规则重点关注可识别个人信息（personally identifiable information，简称 PII），即本文所述单独识别个人信息。起初按照美国的隐私控制理论，信息主体有资格决定个人信息在何时、以何种程度和方式进行流动。<sup>[36]</sup> 但是隐私控制理论与美国人的信息自由信仰背道而驰。此种情况下，为了缓和信息控制和流动之间的张力，美国通过《儿童网络隐私法》等一系列法案将信息主体对个人信息的控制限制在 PII 范围内，即处理 PII 要经过信息主体同意，而 PII 恰恰相当于本文的单独识别个人信息。虽然美国分散式个人信息保护立法使 PII 的边界动态变化，但美国人的信息主体仅控制 PII 的立场却始终坚定。甚至根据美国最新出台的《统一个人

[31] 参见高富平：《个人信息保护立法研究》，光明日报出版社 2021 年版，第 195 页。

[32] 参见前引 [8]，胡文华等文。

[33] 参见孙笑侠、郭春镇：《法律父爱主义在中国的适用》，载《中国社会科学》2006 年第 1 期。

[34] 关于该问题的讨论，参见前引 [22]，王雪乔文；张勇：《APP 个人信息的刑法保护：以知情同意为视角》，载《法学》2020 年第 8 期；前引 [11]，刘士国文。

[35] 参见杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》，载《比较法研究》2015 年第 6 期。

[36] See Alan F. Westin, Privacy and Freedom, 25 Washington and Lee Law Review, 166 (1968).

数据保护法》(The Uniform Personal Data Protection Act, 简称 UPDPA)<sup>[37]</sup> 第 7 条第 b 款第 5 项结合合同条第 a 款第 1 句, 可以得出结论: 针对去直接标识符的个人信息进行处理不需要获得信息主体的同意。<sup>[38]</sup> 例如, 在针对群体的医学研究中, 为了研究某种疾病的地域分布关系, 在收集各地患者数据时, 至多同时收集患者所在省、市、县即可, 没有必要得知患者姓名、身份证号等数据项, 甚至患者的精确地址亦不具有必要性。此时个人信息处理者便不需要取得信息主体的同意。由是观之, 美国人基本认为若无 PII 则不存在权益威胁。

欧盟的制度也体现了类似的思路。欧盟 2016 年制定了 GDPR, 2018 年正式生效执行。部分关于 GDPR 的研究表明同意规则将赋予信息主体对其个人信息的超强控制力。<sup>[39]</sup> 但在 GDPR 尚未生效执行的 2017 年, 欧盟第 108 号公约协商委员会就出台了《大数据社会个人数据处理中的个人保护指南》。<sup>[40]</sup> 其中指出, “大数据应用的复杂性和模糊性应该促使规则制定者不再将控制概念局限于个人控制 (个人信息)。他们应该 (将控制个人信息概念) 理解为更广义的控制个人信息使用”<sup>[41]</sup>。显然欧盟欲澄清, 信息主体同意对其个人信息的控制范围远不及研究者所言之广泛。

因此, 为尊重陌生人社会个人隐匿身份的自由, 尊重信息主体对处理风险的决策, 信息主体同意适用于单独识别个人信息。

#### 四、同意规则不适用于结合识别个人信息

基于尊重信息主体对处理风险的决策, 以及尊重陌生人社会个人隐匿身份的自由, 可以得出同意适用于单独识别个人信息的结论。基于此二者, 同样能够从反面佐证同意不适用于结合识别个人信息。不仅如此, 本部分另从避免《个人信息保护法》两套识别标准的“基因缺陷”、避免同意规则与不需告知规则衔接不畅, 以及避免“促进个人信息合理利用”的立法目的不达三个角度证明, 同意规则不适用于结合识别个人信息。

[37] 《统一个人数据保护法》系由美国统一法律委员会制定, 于 2021 年 7 月通过的示范法案, 拟于 2022 年 1 月前后实施, 该法案载于 <https://uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments/viewdocument?DocumentKey=afdb7812-a7c6-4468-92f6-fac09416c0ac>。

[38] 根据 UPDPA 第 7 条第 b 款第 5 项, 对于创建假名或匿名化数据具有合理必要性的处理行为, 是兼容的数据处理行为。根据 UPDPA 第 7 条第 a 款第 1 句, 控制者或处理者可以在未经数据主体同意的情况下从事兼容的数据处理行为。因此, 根据 UPDPA 第 7 条第 b 款第 5 项结合合同条第 a 款第 1 句, 对于创建假名或匿名化数据具有合理必要性的处理行为, 不需要取得数据主体的同意。以举重以明轻的法学原理对该项规定深入研究可得出以下结论: 创建假名化数据的行为针对的是能单独、直接识别数据主体的个人数据, 该行为尚且不需要取得数据主体的同意, 则假名化完成后的数据不能单独、直接识别数据主体, 对该类数据的处理行为更不需要获得数据主体的同意。UPDPA 中的假名化数据为去除直接标识符的个人数据, 大致相当于本文所指“结合识别个人信息”。

[39] 参见王成:《个人信息民法保护的 mode 选择》, 载《中国社会科学》2019 年第 6 期。

[40] Guidelines on the Protection of Individuals With Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data, available at [https://ccdc.org/uploads/2019/09/CoE-170123\\_Guidelines-on-protection-of-individuals-with-regard-to-processing-of-personal-data-in-a-world-f-big-data.pdf](https://ccdc.org/uploads/2019/09/CoE-170123_Guidelines-on-protection-of-individuals-with-regard-to-processing-of-personal-data-in-a-world-f-big-data.pdf), last visited on Dec. 3, 2021.

[41] 《大数据社会个人数据处理中的个人保护指南》, 李群涛译, 高富平校, 载 <http://www.dataprotection.cn/news/126.html>, 最后访问时间: 2021 年 8 月 30 日。

### （一）避免个保法两套识别标准的“基因缺陷”

认定个人信息时，采较为宽松的识别可能性标准，个人信息处理者本身是否具有直接识别能力，在所不问；然而取得同意却恰以个人信息处理者本身具有直接识别能力为前提。两者所持标准差异导致同意规则不能及于全部个人信息，特别是不适用于结合识别个人信息。<sup>〔42〕</sup>

个人信息认定环节的判断标准是客观识别标准，其要求“个人信息处理者或者其他任何人”有能力根据信息识别信息主体身份，不仅限于个人信息处理者自身有此识别能力。单独识别个人信息是个人信息中最为典型的一类。然而，随着世界各国认识到个人信息处理活动涉及信息主体利益甚巨，出于加强信息主体权益保护目的，个人信息保护法适用范围相应扩张。<sup>〔43〕</sup>作为个人信息保护法适用门槛，个人信息范围也需随之扩张。于是国际上普遍认可，若个人信息处理者不能通过信息单独识别信息主体，而是结合其他信息可以间接识别，那么该信息（结合识别个人信息）亦属于个人信息。不仅如此，在欧盟 GDPR 影响下，国际社会进一步认同：即使个人信息处理者不能通过信息识别个人，而其他任何人（by another person）具有此种识别能力，那么该信息也属于个人信息。至此，作为个人信息判断重要标准的识别，已经从特定个人信息处理者能够识别，扩张到世界上（至少是个人信息处理者活动范围内）任何其他他人能够识别。此观点被欧盟第 29 条工作组严格贯彻，<sup>〔44〕</sup>欧洲法院也在相应判决中落实这一标准。<sup>〔45〕</sup>以至于欧洲学者嗟叹，个人信息保护法某种程度上已成为“万物之法”。<sup>〔46〕</sup>简言之，为了保护个人权益，已经以当前世界上先进识别技术和丰富信息量为标准（客观识别标准）判断特定信息是否为个人信息。

• 413 •

然而就同意规则而言，履行“取得同意”义务必然以主观识别标准——特定个人信息处理者的实际识别能力（甚至是直接识别能力）——为限。取得同意义务是个人信息处理者自身需要履行的义务，依照“法律不强人所难”的基本法理，个人信息处理者履行某义务必然要以有履行此义务的能力为限。个人信息处理者履行取得同意义务要以信息中含有直接标识符为限，此系同意的时间要求所致。按照《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 1 项规定，取得信息主体同意的，个人信息处理者方可处理个人信息。易言之，原则上取得同意应当先于处理行为进行方为合法。而结合其他信息进行间接身份识别也是处理行为，因此，同意也应当先于间接识别行为而进行，否则违法。同意这一时间要求，迫使个人信息处理者在取得同意之前不得以处

〔42〕 See Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford University Press, 2020, p. 395.

〔43〕 两份个人信息保护领域的重要文件引领了对信息主体的强保护，分别是世界经济合作与发展组织发布的《隐私保护与个人数据跨境流通指南》和欧洲理事会发布的《个人数据自动化处理中的个人保护公约》。此二文件成为之后各国立法的重要参照文件。

〔44〕 参见前引〔15〕，Article 29 Data Protection Working Party 文。

〔45〕 See Case T-670/16, *Digital Rights Ireland v. European Commission*, GC, order of 22 November 2017 (ECLI: EU: T: 2017: 838); Case C-434/16, *Peter Nowak v. Data Protection Commissioner*, judgment of 20 December 2017 (ECLI: EU: C: 2017: 994); Case C-345/17, *Proceedings brought by Sergejs Buivids*, judgment of 14 February 2019 (ECLI: EU: C: 2019: 122); Case C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG v. Verbraucherzentrale NRW eV.*, judgment of 29 July 2019 (ECLI: EU: C: 2019: 629).

〔46〕 参见前引〔16〕，Nadezhda Purtova 文，第 78 页。

理的方式进行识别。因此，同意方面的合规，要求个人信息处理者必须在取得同意之前能单独、直接识别信息主体的身份。个人信息认定环节的客观识别标准与同意规则中的主观识别标准间的差距，使得同意控制范围注定无法及于各类个人信息上的处理行为。有学者将客观标准概括为“识别可能性”（identifiability），而将主观识别标准概括为“识别本身”（identification），并指出同意规则仅关注后者，即识别本身。<sup>〔47〕</sup>两种识别标准只有在面对单独识别个人信息时才重合。揣测普遍漠视这一差距的原因，或许是个人信息保护制度研究基本以 APP 从信息主体处直接采集个人信息的场景作为典型思考模型。于是，收集、存储、分析个人信息，当然不存在不知信息主体身份的情形。此亦从侧面说明，同意规则适用范围的限缩，往往起因于个人信息处理者非从信息主体处直接收集个人信息情形（即俗称的“个人信息二手利用”）的广泛存在。总之，个人信息的外延比同意规则所能适用的个人信息外延大得多，超出的部分包括特定个人信息处理者能够结合识别出身份的个人信息以及特定个人信息处理者本身不能结合识别出身份的个人信息。

两标准范围的不完全重合，恰恰是由于个人信息认定环节“识别”标准的极大扩张为个人信息保护制度创设的“基因缺陷”。由此观之，对个人信息范围采广义理解的国家，只要其采取选进机制（opt-in），即取得同意应先于处理行为进行，则其个人信息保护体系中的同意规则亦需限缩于单独识别个人信息。欧盟发现了这一基因缺陷，并通过设置 GDPR 第 11 条试图进行解决。根据该条，个人信息处理者<sup>〔48〕</sup>有时不必仅为了合规而获取信息主体同意。也正因如此，欧洲学者赞扬 GDPR 第 11 条称，该条“弥合了（至少是试图弥合）由个人信息概念引发的鸿沟”<sup>〔49〕</sup>。

## （二）避免同意规则与不需告知规则衔接不畅

同意不适用于结合识别个人信息，即要求针对结合识别个人信息建立“不需同意”制度。此系对《个人信息保护法》“不需告知”制度的必要呼应。

《个人信息保护法》设立了不需告知规则。《个人信息保护法》第 18 条第 1 款为“不需告知”制度提供了依据。“不需告知”制度主要适用于三种情形：第一，信息主体已经知情，不再需要告知；第二，已经公开的个人信息，不再需要告知；<sup>〔50〕</sup>第三，当个人信息处理者客观不识别身份或基于合规要求不被允许识别身份时，基于法律不强人所难的基本法理，也应当作为前述不需要告知情形之一。GDPR 有类似制度，其第 13、14 条分别针对从信息主体处收集个人信息、非从信息主体处收集个人信息两种情形规定了告知义务的例外情形。尤其是第 14 条第 5 款 b 项提出，个人信息处理者提供相应信息被证明是不可能或者需要投入过多不必要精力时，个人信息处理者不需要告知。不过，GDPR 亦非完美：根据 GDPR 第 11 条第 2 款，当个人信息处理者的处

〔47〕 参见前引〔42〕，Christopher Kuner 等书，第 395 页。

〔48〕 GDPR 与我国《个人信息保护法》在术语使用上略有不同。GDPR 的数据控制者对应我国的个人信息处理者。GDPR 的数据主体，对应我国的个人，即本文所谓信息主体。术语上的不统一将导致文本阅读上的障碍，为避免这一问题，本文在介绍 GDPR 条文时一律使用我国的术语。

〔49〕 前引〔42〕，Christopher Kuner 等书，第 395 页。

〔50〕 参见程啸：《论个人信息处理者的告知义务》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2021 年第 5 期。



理目的不要求识别信息主体身份,且个人信息处理者能够证明自己无法识别信息主体时,如果个人信息处理者可以 (if possible),则需要履行告知义务。然而当个人信息处理者不能识别信息主体时,个人信息处理者如何能够履行告知义务。于是,欧洲学者亦无奈表示,只能依赖“如果可能的话”(if possible)这一条件弥补第 11 条第 2 款的缺憾。<sup>[51]</sup>换言之,一般宜认为此种情况下告知义务无履行可能。

因为告知是取得同意的前提和要求,所以不需告知规则应配以不需同意制度。按照《个人信息保护法》第 14 条第 1 款第 1 句,同意应当在信息主体充分知情的前提下作出。但当信息主体不知情时(此为常态),个人信息处理者必然需通过告知使其充分知情。是故,在逻辑上告知、知情、同意依次发生,通常情况下告知是同意的逻辑前提。“告知同意”或者“知情同意”这一学界和实务界通用且公认的提法事实上已经表明告知是同意的逻辑前提。<sup>[52]</sup>既然如此,那么由于客观或者合规等原因不能告知信息主体时,当然也就无法取得信息主体的同意。这就要求《个人信息保护法》有对应不需告知规则的不需同意制度。

然而《个人信息保护法》没有同步设计不需同意制度。我国虽然设计了不需告知规则,但显然同意规则与此不相适应,因为按照第 13 条规定的文义,当无其他合法性基础时,各类个人信息的处理都需要以获得信息主体同意为前提,其他因素在所不问(此亦为本文引言中“全部个人信息说”的依据)。从全国人大相关机构在立法过程中形成的一系列有关欧盟个人信息保护制度和美国隐私保护制度的研究材料,以及《个人信息保护法》众多条文的表述观之,我国《个人信息保护法》立法明显有参考 GDPR 的现象。然而仅就告知同意规则来看,我国并未做到全面、完整、正确地进行制度参考。上文已经提及,我国不需告知规则学习了 GDPR 第 13、14 条,但对应此种情形,GDPR 配套设置了第 11 条第 1 款不需同意规则,即如果个人信息处理者处理个人信息的目的不要求或不再要求识别信息主体身份,则不应强制个人信息处理者仅为合规而保留、获取或处理额外信息以识别信息主体身份。言下之意,当个人信息处理者不需识别身份时,其处理不需要取得同意。但是我国只吸收了不需告知规则,没有同步建立作为其逻辑后果的不需同意制度。

当然,GDPR 第 11 条第 1 款并非我国不需同意制度的最佳选择。相反,GDPR 第 11 条第 1 款本身存在严重的逻辑漏洞,此处简要分析。根据欧盟 GDPR 第 11 条第 1 款可推知,若处理之目的不要求识别信息主体身份,则以识别身份为前提的同意也不需要获得。简言之,根据该条,是否要求获得同意系以“是否需要识别身份”为根本判断标准。需要识别信息主体身份,则需要获得同意,反之则不需要。看似周延的结论掩盖了逻辑上的漏洞,此处逻辑上的漏洞主要是指遗漏考虑一种情形,即处理结合识别个人信息(即不含直接标识符的个人信息)且处理目的要求识别信息主体身份。根据 GDPR 第 11 条第 1 款,此种情形,由于“需要识别”所以需要获得同意。

[51] 参见前引 [42], Christopher Kuner 等书,第 396 页。

[52] 参见前引 [17], 范为文; 叶名怡:《论个人信息权的基本范畴》,载《清华法学》2018 年第 5 期; 前引 [22], 田野文; 王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》2019 年第 1 期; 张新宝:《个人信息收集:告知同意原则适用的限制》,载《比较法研究》2019 年第 6 期; 万方:《隐私政策中的告知同意原则及其异化》,载《法律科学(西北政法学报)》2019 年第 2 期; 吕炳斌:《个人信息保护的“同意”困境及其出路》,载《法商研究》2021 年第 2 期。

然而只有通过“识别身份”这一处理行为识别出信息主体身份才能得到其同意，而同意只能为同意之后的处理行为提供合法性基础，不能为同意之前的识别身份行为及其之前行为提供合法性基础。因此笔者指出的这种情况，根据 GDPR 第 11 条第 1 款，识别出身份之前阶段的处理行为必然将因无合法性基础而违法。法律不强人所难，所以识别身份及其之前的行为也不应当要求获得个人同意。因此，GDPR 以“是否需要识别”作为划分同意适用边界的标准并不合理，应当以是否含有直接标识符（无需进行处理即可识别身份）作为划分标准。我国没有移植 GDPR 第 11 条第 1 款，一定意义上避免了陷入前述逻辑漏洞，但这不能表明我国不应该设立不需同意制度。

于是，我国应建立的不需同意制度，不能盲目追随 GDPR，而是应基于《个人信息保护法》条文，在解释上将单独识别个人信息作为同意规则的适用范围，而将结合识别个人信息排除于同意规则适用范围之外。如前所述，我国应当存在不需同意制度。但显然，我国法缺失这一制度，导致同意规则与告知规则衔接不畅。而《个人信息保护法》生效后，必须从解释论层面寻找新出路。此即需在现行法框架下基于解释论提出具有相同功能的替代方案。而本文所提出的同意适用边界限缩恰恰是解释论下的一种有效解决方案。同意适用边界限于单独识别个人信息，并非意味着结合识别个人信息将不受控制，只是说明结合识别个人信息将不受信息主体的事前控制。但基于法律规定产生的个人信息处理者义务仍然继续适用，《个人信息保护法》规定的事前个人信息保护影响评估等措施仍然应当落实，以保护信息主体权益。并且，此时应当对个人信息处理者课以更高要求。<sup>〔53〕</sup>

### （三）避免个人信息流通利用的立法目的不达

确认结合识别个人信息的处理不需要同意，恰恰能激励个人信息处理者将个人信息处理活动维持于低风险状态。个人信息保护的本意是平衡个人信息处理利用与个人信息处理利用过程中信息主体权益维护。当个人信息已经为结合识别个人信息时，已经使个人信息处理活动处于低风险水平。如果仍然认为结合识别个人信息之处理亦须取得信息主体的同意，那么必然以重新识别信息主体身份为前提，则反而因为合规要求使得个人信息重新被暴露于高风险环境。<sup>〔54〕</sup>最终与个人信息保护法立法目的相悖。正是因为单独识别个人信息与结合识别个人信息的风险水平有异，所以对两者不应采相同保护水平。结合识别个人信息之处理不需要个人同意，是对此类信息处理的制度激励，有利于鼓励个人信息处理者积极主动地对个人信息进行去标识化处理。事实上，《个人信息保护法》本身也将去标识化作为安全技术措施（第 51 条第 3 项）。

《个人信息保护法》的重要目的之一在于“促进个人信息合理利用”。信息是自由的，个人信息亦未完全脱离自由的本质，只是因为个人信息以个人为主题，所以属于特殊信息类型，需要一定程度的特殊对待。而结合识别个人信息，多属于用以分析个性特征的信息，这些信息只

〔53〕 参见前引〔42〕，Christopher Kuner 等书，第 447 页。

〔54〕 See Paul M. Schwartz, Daniel J. Solove, The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information, 86 *New York University Law Review*, 1814 (2011).

有与特定个人身份关联起来,可以直接通过该信息识别信息主体身份时,才涉及隐私等人格利益问题,这意味着鼓励在不危及信息主体权益情形下对结合识别个人信息进行分析利用。当然,若导致不利后果,那么可以通过民事侵权救济而非事前控制机制,保证信息主体权益得到保护。现行法已经建立起这样的事后救济机制。当信息主体权益遭受侵害或有受侵害之虞但尚未造成损害时,《民法典》第1037条等已经提供了各类防御性人格权益请求权。<sup>〔55〕</sup>当信息主体权益遭受侵害并造成损害时,《个人信息保护法》第69条第1款确立了专门的损害赔偿制度。

不过,需要强调,结合识别个人信息与单独识别个人信息可能互相转换,一旦结合识别个人信息转化为单独识别个人信息,则又需要适用同意规则。处理结合识别个人信息不必获得同意,甚至连分析行为也不必获得同意。但是一旦通过处理行为识别到信息主体身份,结合识别个人信息瞬间转换为单独识别个人信息,于是应当立即寻求信息主体的同意。此时一旦同意没有取得,那么根据《个人信息保护法》第47条第1款,个人信息处理者应当删除所涉个人信息。某种意义上,结合识别个人信息转换为单独识别个人信息的时刻,很可能是个人信息处理者删除个人信息的时刻。

## 五、结 语

“保护个人信息权益”与“促进个人信息合理利用”是《个人信息保护法》第1条确立的同等重要的立法目的。该法给法律解释适用者提出的艰巨任务是实现两个目的的和谐与平衡。然而,若认为缺失《个人信息保护法》第13条第1款第2至7项的合法性基础时,对各类个人信息的处理都要经过同意,那么天平上的砝码已经过于向保护个人信息权益一侧倾斜。划定同意规则的适用范围正是“瞻前顾后”地通盘考虑两种目标的平衡之后在同意规则上的体现。本文主张信息主体的同意只能适用于对单独识别个人信息的处理行为。此结论在法律解释上体现为应当对《民法典》第1035条第1款第1项主文中的“自然人”以及《个人信息保护法》第13条第1款第1项中“个人”概念进行限缩,限缩至“个人信息中以直接标识符直接体现其身份的个人”。当然,个人信息处理的合法性须从目的合法、具有合法性基础,以及处理行为规范三个方面综合甄别。本文讨论的同意边界问题仅是合法性基础方面判断的问题,不涉及目的是否合法和处理行为是否规范两方面。

使结合识别个人信息摆脱信息主体同意的控制,也正是在法律上为目前国家提倡的数据流通机制提供法律基础。2020年3月公布的《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》提出加快数据要素市场建设,其内含的要求便是为数据流通创造法律上的途径。个人信息是数据中的重要类别,当然应该考虑其流通利用的合法性问题。但目前个人信息流通机制于法律方面的困境在于逐一获取信息主体的同意,合规成本极大。本文试图为结合识别个

• 417 •

〔55〕 参见高富平、李群涛:《个人信息主体权利的性质和行使规范——〈民法典〉第1037条的解释论展开》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2020年第6期。

人信息未经信息主体同意而流通利用的可行性提供法理支撑，以便在一定程度上为个人信息的流通利用松绑。

---

**Abstract:** In the absence of other legal basis, the key to the applicability of personal information subject's consent lies in whether the personal information contains a direct identifier. The direct identifier can directly represent the identity of the personal information subject, so as to accurately link the information processing risk with the personal identity. In addition, in the stranger society, the choice and freedom of individual hiding identity should be respected. Therefore, the direct identifier representing identity information should be controlled by the personal information subject, that is, applicable boundary of personal information subject's consent is individually identifiable personal information. However, consent does not apply to personal information without direct identifier. Firstly, as the fuzziness of this kind of personal information, it is difficult for personal information processors to directly identify the subject of personal information and ask for consent. Secondly, logically, the non disclosure system established by the personal information protection law needs the non consent system. Finally, the non application of consent system is also the important way to achieve the legislative purpose of personal information circulation and utilization.

**Key Words:** individually identifiable personal information, personal information without direct identifier, agree, direct identifier, personal information protection law

---

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

## 无过错归责原则： 个人信息侵权损害赔偿的应然走向

蒋丽华\*

**内容提要：**将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为，其损害赔偿主观要件采过错归责原则，是《民法典》中个人信息侵权损害赔偿的既有逻辑。然而证据偏在和过错要件事实识别的困境阻碍了受害人获得诉讼上的有效救济，降低证明标准的缓和方案难有作为。《个人信息保护法》采过错推定的主观归责原则，但证明责任倒置方式救济乏力，亦难以从根本上扭转受害人的弱势地位。重塑个人信息侵权损害赔偿请求权构成要件，确立无过错归责原则并未突破现有的立法框架，且有利于个人信息权的有效保护，能够更好地维持当事人之间的利益平衡，并符合成本收益原则和社会公益原则。在此基础上，应将个人信息侵权行为定位为特殊侵权行为。个人信息侵权案件的证明及庭审程序的推进围绕侵权行为、损害后果和因果关系三个法律构成要件展开。

**关键词：**个人信息侵权 归责原则 无过错责任 要件事实 证明

• 419 •

信息技术的发展推进了个人信息的流通和经济价值的实现，也频繁导致个人信息的泄露和恶意使用，司法实践中个人信息侵权案件不断增加。个人信息侵权损害赔偿主观归责原则是采《民法典》中的过错归责原则，还是采《个人信息保护法》中的过错推定原则？相关实体法规范并未就此提供明确的裁判指引。《民法典》未将个人信息侵权行为定性为特殊侵权行为，因而应将其归入一般侵权行为的范畴，由此产生的侵权损害赔偿请求权包含侵权行为、损害后果、因果关系和过错四个要件。《个人信息保护法》第69条第1款规定：“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。”此条款明

\* 蒋丽华，西北政法大学民商法学院讲师。

本文为2018年司法部国家法治与法学理论研究部级科研项目“民事庭审录音录像制度研究”（18SFB5010）、2020年中国博士后科学基金第68批面上资助“股东会决议瑕疵诉讼研究”（2020M683702XB）、2021年西安市社会科学规划基金重点项目“《民法典》视域下个人信息侵权损害赔偿请求权构成要件重塑”（FS119）的阶段性成果。

确了个人信息侵权损害赔偿采过错推定原则，依旧未将过错从个人信息侵权损害赔偿请求权的构成要件中剔除。

《民法典》视域下的四要件理论在实践中的运用导致对受害人的救济困难重重。基于证明责任分配原理，受害人（原告）须对权利发生要件承担证明责任，在证明责任的指引之下，原告负有具体的举证责任，需提供证据证明产生法律效果的具体要件，并承担要件事实真伪不明时的不利后果。然而，个人信息侵权行为具有高科技性，侵权人明显的技术优势和证据偏在增加了原告证明的难度。过错作为评价性要件，其要件事实的识别更加剧了问题的复杂性。《个人信息保护法》第69条意识到了对过错要件证明的困境，故采取了过错推定的方式，由被告证明其不存在过错。但在笔者看来，此举依旧不足以对受害人（原告）提供充分的救济。因此，本文主要从实体法和诉讼法的双重视角，对上述过错要件在个人信息侵权损害赔偿案件中的证明及其困境进行分析，尝试通过对实体法上个人信息侵权损害赔偿请求权构成要件的重塑，排除对过错要件的证明，并以此为基础设计个人信息侵权损害赔偿案件的审理和裁判路径。

## 一、《民法典》出台前的实务考察

### （一）实务裁判的类型化梳理

1. 将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为，采用过错责任归责原则。此种裁判逻辑不考虑原被告因证据距离远近不同面临的实质不公，严格按照一般侵权行为四要件的构成，由原告证明被告存在过错。

案例一：谢某在苏宁易购网站购买了一小米电源插座，后接到能够准确说出其姓名、订单编号、购买商品名称等订单信息的“苏宁客服”的电话，在信以为真的情况下被骗取14800元。谢某认为是由于苏宁易购电子商务有限公司（下文简称“苏宁易购公司”）网站漏洞才导致其个人信息泄露进而被骗。在双方协商未果的情况下，谢某向法院提起诉讼要求苏宁易购公司停止侵害、赔礼道歉并赔偿损失。法院认为谢某主张其被侵犯的个人信息应属隐私权范畴，应当适用《侵权责任法》第6条第1款规定的侵权归责原则，即过错责任原则，过错推定原则在本案中不适用。谢某无法提供有效证据证明被告网站存在漏洞，即便存在漏洞，谢某也无法证明其个人信息是通过该网站泄露。在法院看来，谢某提供的一系列事实仅能证明损害事实，无法证明包括过错在内的其他一般侵权行为构成要件，故判决谢某败诉，驳回其全部诉讼请求。<sup>〔1〕</sup>

2. 将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为，一方违约构成过错。比如一方未能履行合同规定的监管责任，则具备了主观上的过错。但若原告未能证明其他侵权要件，其诉讼请求依旧无法得到法院的支持。

案例二：庄某是中国电信股份有限公司泉州分公司（下文简称“泉州电信”）的手机用户，在原告未到场提供本人签名和身份证原件的情况下，其所持有的两套电话卡和数据卡先后被泉州电信营业厅过户给第三人。原告在协商未果的情况下，以中国电信股份有限公司和泉州电信作为

〔1〕 参见广东省阳江市江城区人民法院（2016）粤1702民初字第1098号民事判决书。



共同被告提起诉讼,请求法院判令两被告赔礼道歉和赔偿损失。一审法院认为原告无法提供确切证据证明其姓名权和隐私权等人格权受到侵犯,故驳回其全部诉讼请求。二审法院认为庄某的两个手机号在未经其本人同意的情况下,被泉州电信过户给第三人的事实表明泉州电信存在监管不利的过错,构成对双方电信合同的违约。二审法院虽认为对于一方的违约行为侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择侵权之诉来主张其权利,但由于庄某无法证明泉州电信的行为对其造成了损害,故判决驳回庄某上诉维持原判。〔2〕

3. 将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为,在由原告承担过错要件证明责任的同时,降低过错要件的证明标准。对于原告的主张,被告可以进行各种抗辩。法院通过事实推定的方式,将举证责任转换至被告,掌握大量信息的被告可通过有效的抗辩动摇法官对于被告存在过错的临时心证,原告依旧要承担过错要件证明不能的潜在风险。

案例三:庞某委托他人在“去哪网”订票遇到诈骗短信,故以其姓名、手机号码、行程安排等个人信息遭到泄露为由,以中国东方航空股份有限公司(下文简称“东方航空公司”)、北京趣拿信息技术有限公司(下文简称“趣拿公司”)为被告提起诉讼,要求被告赔礼道歉并赔偿损失。在本案一审中,法院采纳了一般侵权行为说,原告须证明传统的侵权损害赔偿责任的四个要件。根据证明责任分配原理,原告需要证明两被告存在过错。原告无法证明其个人信息由东方航空公司或趣拿公司泄露,因而在一审中败诉。在本案二审中,法院仍认为此案为一般侵权纠纷,主观归责原则为过错责任原则。与一审法院不同的是,二审法院基于《消费者权益保护法》第29条第2款的规定,认为东方航空公司和趣拿公司未对收集的消费者个人信息严格保密,两公司此前被媒体报道涉嫌泄露乘客隐私,但并未在诉讼过程中证明对此安全管理方面的漏洞采取有效的应对措施,也并未证明涉案信息由他人或原告自己泄露。因而二审法院认为本案中的信息泄露是由两公司疏于防范导致,判决两被告承担侵权责任。东方航空公司对二审裁判不服,向北京市高级人民法院提起再审。对此,北京市高级人民法院认为二审法院综合考虑了此案的实际情况和相关证据,认定事实并无不当,裁定驳回东方航空公司的再审申请。〔3〕

在案例三中,二审法院意识到了原告在过错要件证明上的困难,故采用了事实推定的方式对过错要件进行认定,降低了原告对于过错要件的证明标准。对东方航空公司和趣拿公司内部数据信息管理是否存在漏洞等情况,原告庞某作为普通人难以进行确切的举证,法院根据一般的生活经验推定两公司存在过错,从而将举证责任转换至被告。但被告在本案中无法举证进行有效的免责事由抗辩,无法动摇法官对于被告存在过错的临时心证,故而法官认定过错要件成立,结合其他证据最终认定两被告应承担侵权责任。

4. 将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为,法院根据案情适用诚实信用原则和公平原则倒置证明责任。对于个人信息侵权损害赔偿请求权中的过错要件,由被告承担无法证明其不存在过错的潜在风险。若被告无法证明自身不存在过错,则认定过错要件成立。

案例四:林某通过电话在四川航空股份有限公司(下文简称“四川航空公司”)订购了一张

〔2〕 参见福建省泉州市中级人民法院(2014)泉民终字第660号民事判决书。

〔3〕 参见北京市第一中级人民法院(2017)京01民终字第509号民事判决书;北京市高级人民法院(2017)京民申字第3835号民事裁定书。

机票，后被短信告知航班因故停飞，在另行购买机票后发现先前航班并未停飞。林某因此以四川航空公司为被告提起诉讼，要求被告承担包括赔礼道歉与赔偿损失在内的多项侵权责任。本案一审法院根据“谁主张、谁举证”的原则，认为应当由林某举证证明其信息由四川航空公司泄露。林某在收到的两次短信号码不一致的情况下即轻信诈骗短信，缺乏基本的安全警惕意识。林某由于无法证明航空公司的信息泄露行为并存在过错，故在一审中败诉。二审法院认为在本案中，应当根据案情适用诚实信用原则和公平原则，综合当事人举证能力等因素由四川航空对其不存在过错承担证明责任。在二审法院看来，林某远离证据材料并缺乏必要的收集证据的条件和手段，对该信息是由谁泄漏以及被泄露的具体环节不具备进一步举证的能力。四川航空公司占有证据材料并有能力收集证据，且未尽到保障个人信息安全等法定义务。虽然四川航空公司难以证明自身无过错，但可以通过举证采取了技术措施和其他必要措施等，来证明林某信息的泄露并非是其过错造成的。四川航空公司既没有举证证明信息系第三方泄露，也未对其采取了确保消费者信息安全的技术措施和其他必要措施的事实进行举证和说明。故二审法院撤销原判决，判决四川航空公司向林某赔礼道歉并承担一定的损害赔偿责任。<sup>〔4〕</sup>

在案例四中，法院同样意识到了原告在过错要件证明上的困难，由法官分配证明责任，采用了过错推定的方式对过错要件存在与否进行认定。然而，2019年新修改的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》删除了原第7条关于法官可综合当事人举证能力、基于诚实信用和公平原则分配证明责任的规定，意味着在诉讼中法官不能再以案件需要为由，通过自由裁量的方式改变原有的证明责任，而应对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（下文简称《民诉法司法解释》）第91条规定的证明责任进行严格的适用。因此，前文案例四中法院采取的依据公平原则分配个人信息侵权损害赔偿过错要件证明责任的做法已经成为历史。

## （二）小结

从上述四个案例可以看出，在《民法典》出台之前，司法实践中法官基于《侵权责任法》的规定，将个人信息侵权行为认定为一般侵权行为，采过错归责原则。但是，法院对于过错要件的证明采取了不同的态度。在案例一中法院以原告无法直接证明被告存在信息泄露的过错为由驳回其诉讼请求。在案例二中法院以被告监管不力推定其存在过错，但由于认为原告无法证明损害后果要件，仍判决其败诉。案例三中二审法院意识到了原告在过错要件证明上的困难，采用了事实推定的方式降低原告对过错要件的证明标准，但并未改变原告对过错要件的证明责任。在案例四中，法院充分考量了原被告双方的举证能力，由被告承担过错要件的证明责任，有效缓解了原告面临的证明困境。总体而言，虽然不少法院意识到了个人信息侵权损害赔偿采过错归责原则的不合理之处，并通过各种方式缓和过错要件证明的困境，但无法形成统一的方法和标准。若《民法典》能充分意识到个人信息侵权行为的特殊之处，并对其损害赔偿的主观归责原则进行明确，则可以有效消除实践中的多重乱象。

〔4〕 参见四川省成都市中级人民法院（2015）成民终字第1634号民事判决书。

## 二、《民法典》中个人信息侵权损害赔偿过错归责原则之解读

### (一)《民法典》中过错归责原则的逻辑推演

#### 1. 个人信息权属于人格权项下的权利

从学术梳理中可知,学术界对于个人信息权的讨论始于其与隐私权的区分及其是否具有独立地位。学者最初的研究为个人信息的独立寻求各种依据,如对于最具代表性的赋予个人一般性个人信息权的《德国联邦数据保护法》进行介绍,<sup>[5]</sup>《欧洲基本权利宪章》在第7条、第8条中对隐私权与个人信息权的区分也常被引用<sup>[6]</sup>。英国也采用了更具包容性和时代性的个人数据保护法模式。<sup>[7]</sup>美国个人信息以隐私权为权利基础,被认为是隐私权保护的对象,究其原因是因为美国的隐私权作为一个框架性体系内容具有扩展性,类似于德国的一般人格权。<sup>[8]</sup>因此,从域外规定来看,将个人信息权置于人格权的大体系之下是各国的普遍做法。

我国对于个人信息权的认识经历了从归属于隐私权范畴到独立的民事权利的演进路径,目前学界主流观点认为其独立于隐私权。《民法典》并未采用大隐私权的构造,而是采隐私权和个人信息权“二元制”保护模式,将个人信息权作为一项独立于隐私权的民事权利,归入人格权的范畴。个人信息与计算机技术相连接,和隐私权相比更具抽象性和开放性。前者可能已经公开或本属公共事务范畴,而后者更强调私人性,大隐私权未必能够跟上信息时代的步伐。<sup>[9]</sup>

我国《民法典》在第四编中正式将个人信息权纳入其体系之中,意味个人信息权在实体法层面具有了自己的准确定位。从2011年《民事案件案由规定》上看,个人信息侵权案件不能成为独立的案件类型,只能依附于隐私权或者其他人格权案由之下。随着《民法典》的颁布施行,最高人民法院在2020年对2011年《民事案件案由规定》进行了修订,2020年新案由规定明确了个人信息权案由和隐私权案由并列,属于人格权二级案由下的四级案由。进而,因个人信息权利受到侵害而产生的损害赔偿,自然适用人格权项下具体的请求权基础,其归责原则应当与人格权损害赔偿这一大框架的主观归责原则保持一致。我国对于人格权纠纷中的损害赔偿一直都是适用过错归责原则,<sup>[10]</sup>个人信息侵权损害赔偿的主观归责原则应与其保持一致。

#### 2. 个人信息侵权行为属于《民法典》体系下的一般侵权行为

学术界通常将侵权行为分为一般侵权行为和特殊侵权行为。按照构成要件说的观点,一般侵权行为和特殊侵权行为的区别在于法律构成要件数量的不同,一般侵权行为具备通常的法律构成要件,特殊侵权行为欠缺其中的某些要件。按照主观归责原则说的观点,一般侵权行为和特殊侵

• 423 •

[5] 参见王利明:《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》,载《现代法学》2013年第4期。

[6] 参见郭瑜:《个人数据保护法研究》,北京大学出版社2012年版,第86页。

[7] 参见齐爱民、张哲:《识别与再识别:个人信息的概念界定与立法选择》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2018年第2期。

[8] 参见谢远扬:《信息论视角下个人信息价值——兼对隐私权保护模式的检讨》,载《清华法学》2015年第3期。

[9] 参见冯源:《〈民法总则〉中新权利客体“个人信息”与“数据”的区分》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2018年第3期。

[10] 参见王利明:《人格权的积极确权模式探讨——兼论人格权法与侵权法之关系》,载《法学家》2016年第2期。

权行为的区别并不在于法律构成要件的数量，而在于采用的主观归责原则。一般侵权行为采过错责任原则，特殊侵权行为采无过错责任原则和过错推定原则。<sup>〔11〕</sup>我国《民法典》对个人信息侵权行为并未进行特殊的规定，对于侵犯此权利产生的侵权损害赔偿应当适用侵权责任编的一般规定。因此，基于学理解释和立法规定，个人信息侵权行为属于一般侵权行为，其有四个完备的法律构成要件，其中主观归责原则采过错责任原则。

## （二）个人信息侵权损害赔偿过错要件证明的困境

### 1. 证据偏在困境

所谓证据偏在是指大量能够证明要件事实的证据被集中控制于一方当事人，且往往是加害的当事人一方。<sup>〔12〕</sup>证据偏在加剧了举证难，在大型个人信息侵权案件中，双方当事人在证据掌握上处于严重不平衡状态，数据收集者和处理者掌握着先进的信息技术，个人难以知晓其中是否采用了加密技术以及是否存在技术上的过错。证据偏在导致个人信息权的救济困难重重，不仅是过错要件证明的层面，侵权行为与损害后果之间的因果关系层面也存在证明上的困难。

对于证据偏在的困境，诉讼法学者提出可通过对不负举证责任但掌握证据的一方课以事案阐明义务予以缓解。事案阐明义务目前已基本得到学术界的认可，学者也总结了其在实践中的具体形态，争议之处在于在何种程度和范围内承认此义务。<sup>〔13〕</sup>也有学者主张从证据协力义务的角度对证据偏在困境进行缓和，强调当事人和当事人以外的第三人具有协助受诉法院进行证据调查的义务。<sup>〔14〕</sup>但我国目前关于证据协力义务的规定多为行为规范，缺少效果性规范和适用范围的限制。此外，不少学者还希望通过摸索证明的方式，缓解证据偏在导致的困境，促使原告明确具体的主张。<sup>〔15〕</sup>摸索证明是指以获取信息为目的的证据申请现象，<sup>〔16〕</sup>其作为主张责任具体化的手段，在现代型诉讼案件中受到越来越多的关注，但至今未成为学界通说，也未建立起完整的理论体系。

在个人信息侵权损害赔偿案件中，证据偏在困境导致当事人举证能力的失衡，受害方对过错要件面临举证上的困难。一般来说，认为权利受到侵害的原告在提起诉讼时须向法院提交相关证据材料，特殊原因下可申请法院调查收集证据。对于审理案件需要的证据，法院也可基于职权主动进行证据的收集，但上述两种情形并非诉讼中的常态。除非侵权人身份特殊，证据偏在困境通常情况下不属于《民诉法司法解释》第94条规定的情形，因此原告难以成功申请法院调查取证。证据偏在困境也不属于《民诉法司法解释》第96条规定的涉及国家和社会公共利益、身份关系、公益诉讼、他人合法权利及程序性事项等情形，故难以由法院主动依职权调查取证。过错主观归责原则之下，现有的证据收集方法如律师调查令、文书提出命令等制度不足以抵消证据偏在产生

〔11〕 参见郭明瑞、房绍坤：《民法》，高等教育出版社2017年版，第479页。

〔12〕 参见张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2016年版，第248页。

〔13〕 参见胡学军：《前进抑或倒退：事案阐明义务论及其对我国的启示》，载《法学论坛》2014年第5期。

〔14〕 参见占善刚：《证据协力义务之比较法研究》，中国社会科学出版社2009年版，第8页。

〔15〕 参见周成泓：《论民事诉讼中的摸索证明》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2008年第4期；刘显鹏：《民事诉讼中的摸索证明探析》，载《法学论坛》2010年第4期；丁朋超：《民事诉讼中的摸索证明论》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2016年第2期。

〔16〕 参见〔日〕高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》，张卫平、许可译，法律出版社2007年版，第72页。

的困境。因此,个人信息侵权损害赔偿案件中面临的证据偏在困境及其救济渠道不畅,导致原告在过错要件的证明上面临困难,并因此承担了较重的证明负担。

## 2. 过错要件事实识别的困境

大陆法系国家从规范出发把握诉讼,围绕原告主张的权利是否存在及其保护进行诉讼。<sup>〔17〕</sup>规范出发型诉讼的审判逻辑遵循三段论的形式。法律构成要件为大前提,具体的案件事实为小前提,法官以此进行逻辑推理。法条编纂者从大量的自然事实抽出共同点作为法律要件,同时赋予要件充沛时相应的法律效果。案件事实通过法律构成要件筛选的事实为要件事实,也称主要事实。<sup>〔18〕</sup>我国属于规范出发型诉讼构造,根据相关法律的规定,对于个人信息侵权损害赔偿中的过错要件,原告需要提供相关的要件事实证据予以证明。

对于过错这一法律构成要件的识别面临诉讼法上的争议和困境。根据实体法规定要件中所含评价程度的高低,记载事实的法律要件成为事实性要件,记载评价的要件成为评价性要件,侵权行为中的过错要件被认为是评价性要件。<sup>〔19〕</sup>对于评价性要件事实的识别有间接事实说、主要事实说等观点。间接事实说将过错本身看成主要事实,作为裁判对象的具体事实仅为间接事实。该说认为当事人在诉讼中只要主张对方有过错即可,对于具体的事实法院可不经当事人主张直接将其作为裁判的依据。主要事实说认为过错评价并不能作为主要事实,而应当将评价根据的具体事实作为主要事实,当事人以此展开攻击防御。

在个人信息侵权损害赔偿案件中,对于过错要件事实的识别无论是采纳间接事实说还是主要事实说,均存在理论和实践上的缺陷。学术界通说认为辩论主义仅限于主要事实,间接事实不受辩论主义的约束,若采间接事实说,作为裁判对象的是否具有过错的事实仅是间接事实,此时难以特定当事人攻击防御的对象,法院不受当事人辩论的约束,还有可能出现当事人主张A事实法院认定B事实的突袭裁判的出现。若采主要事实说,虽然能够明确当事人攻击防御的对象,但作为评价根据的具体事实必须全部都在辩论中出现,当事人没有主张的事实,不论其对于法官做出最终评价如何有益,都不能作为判断评价的根据。在个人信息侵权案件中,无论是原告还是被告承担过错要件的证明责任,将其未主张的事实排除在法官最终评价之外有违实体公正。

## (三) 过错归责原则之下降低证明标准救济方式的乏力

证据偏在使受害人难以知晓具体的过错事由,由此产生的证明困难导致了学界对降低证明标准的讨论。证明标准是指法院在诉讼中认定案件事实所要达到的证明程度。<sup>〔20〕</sup>证明标准的降低并不改变实体法的证明责任分配,而是对于特定的案件为了克服规范说有可能导致的实质不公而采取的补救措施。降低证明标准的手段多样,如表见证明、大致推定及事实说明本身原则等。

在个人信息侵权损害赔偿过错要件的证明中,降低证明标准的方法有助于维护现有证明责任框架和辩论主义体系,又兼顾到了特定情形中出现的证明困境。在前文案例三中,二审法院认为

• 425 •

〔17〕 参见〔日〕中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第234页。

〔18〕 参见段文波:《规范出发型民事判决构造论》,法律出版社2012年版,第64页。

〔19〕 参见许可:《民事审判方法——要件事实引论》,法律出版社2009年版,第25-26页。

〔20〕 参见前引〔12〕,张卫平书,第241页。

本案中的信息泄露是由两被告公司疏于防范导致，实际上采用了事实推定的方式对过错要件进行认定，降低了原告对于过错要件的证明标准。但是此种做法仅是将举证责任转换至被告，被告可通过举证进行有效的抗辩，动摇法官对于被告存在过错的临时心证。因此，即便在个人信息侵权损害赔偿过错要件的证明上降低原告的证明标准，在一定程度上弥补原告方证据不足的缺陷，缩短证明的推理过程，但仍不能解决证据短缺问题给原告带来的证明困境。原告依旧要承担过错要件证明不能的潜在风险，对于原告的主张，掌握大量信息的被告可以进行各种抗辩。故过错归责原则难以有效保障受害人的合法权益。

可见，《民法典》虽然承认了个人信息权的独立地位，但其侵权责任编沿用了《侵权责任法》的态度，并未对个人信息侵权行为作出特别的规定，诉讼中原告依旧面临个人信息侵权损害赔偿主观归责原则证明上的困境。或许因为此种原因，《个人信息保护法》对个人信息侵权损害赔偿的主观归责原则进行了特殊规定。

### 三、《个人信息保护法》中个人信息侵权损害赔偿过错推定原则之解读

#### （一）《个人信息保护法》中过错推定原则的逻辑

对个人信息侵权损害赔偿归责原则的讨论中，学术界存在一元论、二元论和三元论三种不同的观点。《个人信息保护法》中的过错推定原则应归入一元论的范畴，同时也借鉴了二元论和三元论的优点。在《个人信息保护法》出台之前，一元论包含过错归责原则一元论和无过错归责原则一元论。在个人信息侵权归责原则讨论的初期，过错归责原则一元论在理论上处于通说地位。过错归责原则一元论认为，只有当侵权行为人存在主观上的故意或过失时，才承担个人信息侵权责任。<sup>〔21〕</sup>也有观点认为应将个人信息侵权责任分为赔偿损失责任和非赔偿损失责任两种类型，后者又进一步分为事后的行为补偿责任和事前事中的行为防控类责任。对于赔偿损失类责任适用过错责任原则，对于事后的行为补偿责任适用过错推定原则，对于事前事中的行为防控类责任适用无过错责任原则。<sup>〔22〕</sup>此种观点应归入个人信息侵权损害赔偿一元论的范畴。虽然该观点对个人信息侵权责任分三种情况进行讨论，但对于损害赔偿问题坚持适用单一的过错责任原则。除此之外，有观点认为“未来立法上对侵害个人信息的民事责任应适用无过错责任”，即对个人信息侵权责任应统一适用无过错归责原则，不因数据处理者的不同作区别对待，但在适用范围和免责事由上可作宽松规定。<sup>〔23〕</sup>

个人信息侵权损害赔偿责任归责原则二元论分为无过错责任原则和过错推定责任原则两个层面。有观点认为应当以侵权主体为基础来设定不同的归责原则：对于公务机关违反规定导致个人信息遭到不法收集、处理、利用或其他侵害当事人权利的，采无过错责任原则，其他主体造成上

〔21〕 参见杨立新：《侵害公民个人电子信息的侵权行为及其责任》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013年第3期。

〔22〕 参见刁胜先：《个人信息网络侵权责任形式的分类与构成要件》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2014年第2期。

〔23〕 参见程啸：《论侵害个人信息的民事责任》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。



述损害的采过错推定原则。<sup>〔24〕</sup>二元论的立论依据在于基于某种特定的分类标准,对个人信息侵权损害赔偿主观归责原则进行区别对待,此种逻辑思维在《德国联邦数据保护法》及我国台湾地区“个人资料保护法”中得到了充分的体现。

个人信息侵权损害赔偿归责原则三元论分为过错责任原则、过错推定责任原则和无过错责任原则三个层面。有观点认为应根据是否采用数据自动处理技术的不同,确立三元归责体系。政府部门在资金技术和诉讼能力上具有绝对优势,因此公务机关以数据自动处理技术实施的信息侵权,应适用无过错责任。非公务机关相对公务机关各方面能力有限,但考虑到大数据技术的复杂性,采用自动化处理系统的非公务机关,其信息侵权应适用过错推定责任。未采用自动数据处理系统的数据处理者,其信息侵权应适用过错责任。<sup>〔25〕</sup>三元论基于数据处理者采用技术手段的不同,对其行为导致的侵权责任适用不同的归责原则。此时不作损害赔偿和非损害赔偿的区分,只作主体和处理手段的区分。

从以上对各种学术观点的梳理中得出,一元论、二元论和三元论除在主观归责原则的总体分类形态上不同,其学说内部在具体的分类标准上也存在差异。一元论的逻辑干脆利落,对于个人信息侵权损害赔偿归责问题采取整齐划一的处理。二元论和三元论考虑到了信息网络主体、权利人及归责事由等问题的复杂性,在充分进行利益衡量的基础上,设定其认为合理的标准对个人信息侵权损害赔偿归责原则进行类型化处理。《个人信息保护法》吸收了一元论整齐划一的优点,同时考虑到受害人证明过错要件的困境,吸收了二元论和三元论中的过错推定原则,对个人信息侵权行为损害赔偿主观归责原则作出了单一的规定。

## (二)《个人信息保护法》与《民法典》的适用关系

和《民法典》对于个人信息侵权损害赔偿过错归责原则的层层逻辑推演不同,《个人信息保护法》在第69条中明确规定了个人信息处理者对其造成的损害赔偿采过错推定原则。此时《个人信息保护法》的具体规定与《民法典》的一般理念产生了冲突。《民法典》由全国人民代表大会审议通过,《个人信息保护法》由全国人民代表大会常务委员会审议通过,两部法律均根据《宪法》制定,虽然《民法典》是基本法,《个人信息保护法》是一般法,但因为两者均为法律,故笔者认为《民法典》和《个人信息保护法》的效力应在同一位阶,两者不是上下位法的关系。《民法典》于2021年1月1日施行,《个人信息保护法》于2021年11月1日施行,从生效时间上看《民法典》为旧法,《个人信息保护法》为新法。《民法典》调整所有的平等主体之间发生的民事财产和人身法律关系,《个人信息保护法》仅调整个人信息处理过程中产生的权利义务关系,按照法律适用范围的不同,《民法典》为普通法,《个人信息保护法》为特别法。

对于个人信息侵权损害赔偿请求权的主观归责原则,根据新法优于旧法的原则,以及特别法优于普通法的原则,应当适用《个人信息保护法》中的过错推定原则。此种过错推定源于立法上的直接规定,因此属于法律推定的范畴。

## (三)过错推定原则之下倒置证明责任救济方式的乏力

和过错责任相比,过错推定原则改变了原有的证明责任分配,实现了证明责任的倒置。客观

• 427 •

〔24〕 参见齐爱民:《个人信息保护法研究》,载《河北法学》2008年第4期。

〔25〕 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,载《法学研究》2018年第4期。

证明责任的实质是在要件事实处于真伪不明状态时由哪方当事人承担由此引起的法律后果。在过错的认定过程中，若法官认定被告有过错或无过错均不适用证明责任规则，证明责任规则作为最后的救济手段，只有在自由心证用尽时才登场。<sup>〔26〕</sup>因证明责任分配倒置，被告应承担不存在过错的具体举证责任，若未能使法官形成不存在过错或过错真伪不明的心证，则应承担由此产生的不利后果。但在过错推定原则之下，作为原告的受害人依旧承担过错的主张责任，并提供初步证据支持其主张。被告仍可通过提供证据证明其尽到了合理的注意和提示义务对原告的主张进行抗辩。

从前文案例四中可以看出，法院最终判决被告承担责任，是因为根据过错推定原则的要求，被告无法证明自己不存在过错，既没有举证证明信息系第三方泄露，也未对其采取了确保消费者信息安全的技术措施和其他必要措施的事实进行举证。反向推之，若被告能够举证其采取了信息安全的技术措施和其他必要措施，则有可能导致另一种案件裁判结果。在证据偏在的状态下，被告有多种方式证明采取了信息安全的技术措施和其他必要措施，且法官的相关判断也缺乏统一的标准。法官根据诚实信用和公平原则改变证明责任的方法因2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的修改失去了立法根基。《个人信息保护法》虽然对过错推定原则予以肯定，但也无法从根本上扭转对受害人利益保护不周的现况。

## 四、个人信息侵权损害赔偿无过错归责原则论

### （一）采无过错归责原则的实益

第一，采无过错归责原则并未突破现有的法律框架。我国《民法典》侵权责任编继受《侵权责任法》的规定，对于产品责任、高度危险作业致人损害等特定的侵权行为采无过错归责原则。对个人信息侵权损害赔偿采无过错责任原则并未对现有法律框架构成冲击，只是增加了采无过错归责原则的侵权行为类型。此外，通过对《德国联邦数据保护法》第7条的解读，可看出德国对于国家机关违反个人资料保护规定，在未经许可或不正确的处理对个人造成损害时，采无过错责任原则。<sup>〔27〕</sup>我国台湾地区“个人资料保护法”第28条规定，对于公务机关违反规定导致个人信息遭到不法收集、处理、利用或其他侵害当事人权利的，采无过错责任原则。<sup>〔28〕</sup>对个人信息侵权损害赔偿采用无过错归责原则也有比较法上的例证和借鉴。

第二，采无过错归责原则更有利于个人信息权的有效保护，消除过错要件的证明困境。非法窃取和使用个人信息案件引起社会广泛关注并未导致违法行为的减少，情况反而愈演愈烈，这很大程度上源于司法救济不力。举证困难降低了受害者成功维权的可能性，将个人信息侵权案件定位于一般侵权行为采取过错责任原则难以形成有效的威慑。在立法中明确个人信息侵权损害赔偿采无过错归责原则，有利于消除受害方在过错要件证明上的困境，增加其通过诉讼维护合法权益的可能性，更好地保护公民个人信息权不受侵害。

〔26〕 参见占善刚：《民事证据法研究》，武汉大学出版社2009年版，第147页。

〔27〕 参见肖少启、韩登池：《论我国个人信息法律保护的制度构建》，载《中南大学学报（社会科学版）》2013年第4期。

〔28〕 参见个人信息保护课题组：《个人信息保护国际比较研究》，中国金融出版社2017年版，第403页。

第三,采无过错归责原则才能更好地维持当事人之间的利益平衡。在公害案件中,之所以由过错推定原则转变为无过错归责原则,原因在于立法更加关注的是对受害人的赔偿,而不是强调归责的主观性。<sup>〔29〕</sup>无过错归责原则的基本思想不是对不法行为的制裁,而是对“不幸损害”的合理分配,更多的是立法上的价值衡量。<sup>〔30〕</sup>笔者认为在个人信息侵权案件中,对于泄露个人信息的行为的道德性应不作评价,而应强调分配正义的实现,采无过错归责原则可以更好地保护弱者,平衡当事人之间的利益。

第四,采无过错归责原则符合成本收益原则。对信息技术的支持和由此产生的对侵权行为的纵容固然可以促进信息技术的发展,但个人信息的特殊之处在于能通过此信息识别个人身份。一旦个人信息泄露并被不当利用,可能会对记录中确定的个人造成财务、声誉、感情甚至是生命上的伤害。在个人信息与信用和金钱存储联系日益密切的发展态势下,个人信息的泄露会导致更大的安全隐患。<sup>〔31〕</sup>进而会造成更大的社会冲突和经济损失,产生更大的治理成本。因此,对个人信息侵权损害赔偿采无过错归责原则符合成本收益原则的要求。

第五,采无过错归责原则符合社会公益的要求。个人信息侵权案件具有多发性,往往伴随着众多公民信息被集体泄露的情形,因而私益之外也具有很强的公益性。网络和数据产业的发展导致一旦出现个人信息侵权行为,受害主体一般众多,由此可能引发群体性的诉讼。与饲养动物致人损害和高度危险作业等特殊侵权行为相比,个人信息侵权案件处置不当会产生更大的社会不良效应,立法与司法对个人信息侵权行为的态度关系到社会的稳定。因此,对个人信息侵权损害赔偿采无过错归责原则,不仅有助于对受害人进行有效的救济,而且是维护社会公益的应有之意。

## (二)“三要件”的逻辑体系

首先,本文认为个人信息侵权行为属特殊侵权行为。个人信息侵权损害赔偿请求权三要件主张的提出在于对过错要件证明上的批判,在更为抽象的层面认为个人信息侵权行为应属特殊侵权行为。<sup>〔32〕</sup>其次,无论个人信息侵权者是国家机关还是非国家机关或个人,均应采无过错归责原则,对于被侵权人应给予同等的保护。笔者也不赞同根据是否采用数据自动处理技术作为多元归责体系分类的依据。政府机关虽然掌控着数据自动处理技术,但受到多重法律和内部规章的制约。相比行政机关,以追求利益最大化为目标的公司更有可能泄露他人的个人信息,造成更大的危害。<sup>〔33〕</sup>笔者认为后续立法应对此做出修改,明确个人信息侵权损害赔偿应采用无过错归责原则,同时明确可免除被告责任的法定免责事由。

## (三)“三要件”下庭审程序的推进

我国2012年《民事诉讼法》第133条第一次在审前程序中对争点整理程序进行了明确,随后《民诉法司法解释》第226条对如何明确争点和是否需要征求当事人同意进行了规定。争点整

〔29〕 参见魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第669页。

〔30〕 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第15页。

〔31〕 参见齐爱民:《大数据时代个人信息保护法国际比较研究》,法律出版社2015年版,第11页。

〔32〕 无论是按照构成要件说还是主观归责原则说,将过错要件从个人信息侵权损害赔偿请求权构成要件中剔除后,均应将个人信息侵权行为视为特殊侵权行为。

〔33〕 《个人信息保护法》对于主观归责原则的规定也采取了单一的归责体系,并未因个人信息处理主体的不同区别规定不同的主观归责原则。

理过程中的基本元素是基础规范的构成要件，<sup>〔34〕</sup>个人信息侵权案件的审前争点整理程序应围绕侵权行为、损害后果和因果关系三个要件展开，法官就通过诉讼请求、答辩意见和证据交换情况归纳的争点征求当事人的意见。在形成争点的过程中法官与当事人共同明确案情，争点也不断得到缩减。但原被告双方整理的争点不具有绝对的效力，当事人对此可以在庭审过程中进行修正。

在庭审过程中当事人的攻击与防御围绕要件事实展开。原告方基于辩论主义承担主张责任，只有经过其主张的主要事实才能作为法官裁判的依据。对于原告提出的主张，被告进行否认或者抗辩，通过“请求原因—抗辩—再抗辩”导致举证责任在原被告之间不断转换。根据《民事诉讼法解释》第91条第1款的规定，对于侵权行为和损害后果两个法律构成要件，由原告予以证明。这里需要证明的侵权行为既可以是作为，也可以是不作为。个人信息侵权导致的损害不仅包括精神损害，还可以是其他损害；不仅是无形损害，还可以是期待利益的损害。<sup>〔35〕</sup>由于存在证据偏在，应适当减轻原告的证明责任，被告对于其不负证明责任的事项有事案阐明义务，原告对于因客观原因无法收集的证据，可申请法院进行调取。

对于因果关系要件，应采证明责任倒置。即由被告证明其行为与损害之间无因果关系。对个人信息侵权损害赔偿请求权中因果关系要件的证明，存在权利人（原告）证明和侵权人（被告）证明两种路径。正如前文所述，在个人信息侵权损害赔偿案件中存在证据偏在现象，对于因果关系的证明同样给原告带来了困境。若由原告承担该证明责任不仅与其证明能力不匹配，而且容易纵容信息泄露的违法行为。<sup>〔36〕</sup>但因果关系要件无法像过错要件一样从法律构成要件中剔除，因为难以使某一主体对与其行为没有联系的损害承担赔偿责任。因此，从举证能力与对个人信息侵权行为的有效规制上考虑，由被告承担证明责任更为有益。当然，此时原告应该提供被告侵权行为与其损害后果之间具有因果关系的初步证据，并且在证明的顺序上，被告在原告证明了侵权行为和损害两个要件之后，才有必要证明其行为与原告损害之间不存在因果关系。结合《民事诉讼法解释》第108条和109条的规定，被告的证明应达到具有高度可能性的程度。

在个人信息侵权案件的审理过程中，法官指挥当事人进行举证和质证，对当事人自认的事实予以确认。法官基于自由心证对证据的证据能力和证明力进行综合评价，并基于证明责任的分配原理，认定由原告承担侵权行为和损害后果要件的证明责任，由被告承担因果关系要件证明不能的不利后果。法官释明权的行使应紧紧围绕个人信息侵权损害赔偿请求权的三个要件展开。对于涉及要件事实的证据，法院应在当事人举证不充分的情况下进行释明，督促当事人穷尽证明方法。由于个人信息侵权案件的特殊性，法院可在运用动态系统论对责任成立的要件及其各因素之间的互动进行综合考量的基础上，做出合理的裁判。<sup>〔37〕</sup>

〔34〕 参见邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社2010年版，第124页。

〔35〕 参见万发文、胡贤君：《大数据时代个人信息的司法保护》，载《上海法治报》2018年6月13日，第B05版。

〔36〕 参见刘海安：《个人信息泄露因果关系的证明责任——评庞某某与东航、趣拿公司人格权纠纷案》，载《交大法学》2019年第1期。

〔37〕 参见王利明：《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020年第4期。

## 五、结 语

每一项成熟制度的背后均有其漫长的演进过程，正如过错推定和无过错责任原则伴随着工业侵权案件增多和对弱势群体的特殊保护而逐渐确立一样。信息化时代，个人信息侵权损害赔偿从过错责任原则到过错推定再到无过错责任原则的论证与探索有一个不断认识 and 发展的过程。不论将来的立法对个人信息侵权损害赔偿案件的具体裁判规则作出何种细化，不可忽视的是在信息技术向各行各业强势渗透的过程中，应在实体法层面确立无过错归责原则，对受害者进行特殊的保护以防止可能产生的信息危机。

---

---

**Abstract:** It is the existing logic of Civil Code to define the infringement of personal information as a general infringement, and adopt the principle of fault liability as the subjective element of compensation for damage. However, the predicament of evidence bias and the identification of fault elements prevents the victim from obtaining effective remedies in litigation. Lowering the standard of proof is weak in relief. Even though the Personal Information Protection Law adopts the subjective imputation principle of fault presumption, it is difficult to fundamentally reverse the predicament of the proof of fault elements, as the inversion of the burden of proof is difficult to fundamentally reverse the vulnerable position of victims. In this regard, reshaping the constitutive elements of the right to claim damages for personal information infringement and establishing the no-fault liability is a feasible countermeasure, which are conducive to the effective protection of personal information rights, maintain the balance of interests between the parties better, conform to the cost-benefit principle and the requirements of social welfare, consist with the existing legislative framework also. On this basis, the infringement of personal information should be defined as a special infringement. Proof of personal information infringement cases and the promotion of court trial procedures centered on the three legal elements of infringement, damage consequences, and causality.

**Key Words:** personal information tort, principle of liability, no-fault liability, essential fact, proof

---

---

## 个人信息私法救济中的 “损害赔偿”困境与应对路径

赵贝贝\*

• 432 •

**内容提要：**作为救济个人信息权益损害的民事责任之一，损害赔偿责任在侵权责任承担方式体系中具有核心地位。然而，实证数据和案例分析表明，司法实践对侵害个人信息损害赔偿责任的适用多持严苛态度，其中损害的认定已成为其中的首要障碍。从风险规制理论的视角来看，将信息风险性损害纳入法律上的损害范畴是一种高效的风险分配路径，更是化解私法保护困境的有效出路。此外，为确保信息侵权损害赔偿责任的落实，应凭借“差额说”将信息风险性损害具体化为附带财产损失和焦虑引起的精神损害等样态；适当缓和精神损害的严重程度要求；明确财产损失、精神损害、惩罚性赔偿的赔偿数额之计算规则，以更好地发挥损害赔偿填补损失的功能。

**关键词：**个人信息权益 风险性损害 损害赔偿规则 惩罚性赔偿

### 一、问题的提出

我国公法对个人信息权益保护的立法回应虽早于私法，但因刑事责任或行政责任的着眼点在于向国家承担责任，对私权利的救济仍需仰赖具有财产性质的民事责任。正因如此，《个人信息保护法》第69条第1款规定：“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。”这使得损害赔偿成为信息侵权民事责任的“代名词”。但在个人信息侵权领域，单纯侵害个人信息极少伴随着信息主体财产、身体实际

\* 赵贝贝，武汉大学法学院博士研究生。

本文为教育部人文社会科学研究规划基金项目“民法典制定背景下程序法与实体法融合机制研究”（17YJA820017）的阶段性成果。



受损等直接物质性损害,通常带来的是风险或焦虑不安等非物质性损害。对此,信息主体主张的损害类型较为多元:一是实际发生了诈骗等侵权行为并造成现实经济或精神损害;二是个人信息的孤立经济价值减损;三是个人信息泄露带来的未来损害风险及内心焦虑不安;四是因信息侵权行为而增加的预防风险费、诉讼费、交通费等附带财产支出。然而,由于外部风险或内心焦虑等损害难以被传统侵权法损害概念所接纳,法院常以信息主体无法证明其已遭受实质性损害或无法法律依据为由否定第三、四种情形下的损害。在个人信息被过度收集、滥用等侵权行为不断见诸报端、而人的行为风险又无法根除的现代社会,为使处于风险中心的信息主体获得司法的有效救济,我们必须反思:信息主体可主张的损害是否应当包括外部风险或内心焦虑;若包括,需满足的条件要求是什么以及如何凭借“差额说”将风险性损害予以具体化;在信息损害确定后,又如何使事实上的损害真正转变为可获合理赔偿数额的法律上的损害。上述问题正是社会生活高度信息化带来的挑战,而及时应对这些挑战对积累裁判经验和消除实务分歧不无益处。

## 二、实务视角下的个人信息损害赔偿责任

损害赔偿是侵权法的核心功能,《民法典》侵权责任编将原《侵权责任法》第二章“责任构成和责任方式”修改为“损害赔偿”,进一步明确了以损害赔偿为中心的侵权责任承担方式体系。<sup>〔1〕</sup>为系统展现个人信息保护的损害赔偿现状,本部分以《民法典》施行后的个人信息保护纠纷案件作为分析样本,又虑及规范层面隐私权与个人信息权益在适用规则与案由上存在交叉之现实,笔者分别以“个人信息保护纠纷”“隐私权、个人信息保护纠纷”为案由在“聚法案例网”中做民事案件的检索,共获得裁判文书359份(截至2022年2月8日)。在排除撤诉、重复等无效样本的基础上,可将有效个人信息保护纠纷裁判文书进一步限缩为176份,围绕主要民事责任方式及审理程序而展开的实证统计结果如表1、表2:

表1 主要民事责任方式

	停止侵害	赔礼道歉	财产损失赔偿	精神损害赔偿
诉讼请求(份)	103	115	86	106
裁判支持率	82.52%(85/103)	75.65%(87/115)	40.69%(35/86)	26.41%(28/106)

如表1所示,信息主体寻求法律救济时,其所主张的停止侵害、赔礼道歉等非赔偿性民事责任诉求一般可通过诉讼程序实现,但对于财产损失赔偿和精神损害赔偿而言,司法实践多持严苛态度。其中法院对精神损害赔偿的裁判支持率仅为26.41%,呈现出信息主体对损害赔偿的急需与人民法院的微量供给之间的紧张关系。如表2所示,损害赔偿责任不仅成为一审和二审争论的问题,连再审率都达到了4.79%。这在一定程度上说明实务对个人信息损害赔偿责任的认定争议较大,进一步说明以个案为切入点立体剖析赔偿性民事责任之价值。

〔1〕 参见王利明:《我国〈民法典〉侵权责任编损害赔偿制度的亮点——以损害赔偿为中心的侵权责任形式》,载《政法论丛》2021年第5期。

表 2 审理程序

	一审	二审	再审
损害赔偿诉求（份）	102	37	7
占比	69.80%	25.41%	4.79%

微观视之，司法实务中的个人信息损害赔偿责任主要有以下几方面的问题需要解决：

（一）信息泄露等侵权行为本身是否造成财产损失认定不一

个人信息受侵害时可能会导致或促成下游侵害的发生，并产生相应的财产损失，如不法分子利用被泄露的个人信息实施金融诈骗、伪造证件等行为，〔2〕当引发明显财产性损失时，信息主体主张财产损失赔偿自不待言。问题在于，若下游侵害未现实发生，信息泄露或滥用等侵权行为本身是否造成财产损失呢？侵权法以填补损害为主要目的，若无损害则无填补之必要，〔3〕个人信息权益侵权领域也莫能外。实务中，针对信息被侵害而未造成现实的人身或财产损失时，信息主体主张的财产损失类型通常有两类，即个人信息自身经济价值减损和财产权益未来被侵害的风险。

就个人信息自身的经济价值而言，其以企业数据为表征后无疑蕴含经济利益，部分法院也对此予以了认可。〔4〕但孤立个人数据的经济价值并不高，据相关计算，单个普通人贡献的数据价值为 0.007 美元，而经常出差的富人价值为 1.78 美元。〔5〕在“俞某诉北京乐某达康科技有限公司等网络侵权责任纠纷案”〔6〕中，当事人也仅是根据个人信息的经济价值象征意义的主张 1 元或 2 元赔偿。因个人信息侵权呈现出损害轻微的特点，实务中也并无多少人花费一审、二审甚至再审的高额诉讼成本去追求几元赔偿，法院也常忽视个人信息本身的经济价值。事实上，个人信息的非法交易有着庞大的买家需求，信息泄露的源头行为容易成为其他网络犯罪的“抓手”，因此，人们对于信息泄露等侵权行为的恐惧不在于个人信息自身的价值，而是担忧下游侵害发生的可能性，亦即侵害风险增加或某种机会丧失等。诚然，相对于财产损失或人身伤害易于评估、量化而言，风险多少显得不那么真实。也正是风险与损害确定性标准之间的鸿沟，使得风险能否被损害概念所容并具有赔偿性面临着实践中的挑战。在“孙国燕与被告移动滨州分公司、山东移动公司隐私权、个人信息保护纠纷案”〔7〕中，法院认为被告的电话推销行为直接侵犯了信息主体的知情权与拒绝处理权等信息权利，但对信息主体以未来损害风险为由所主张的财产损失赔偿请求未予支持。而在“孙某某诉沈阳某某家居有限公司隐私权纠纷案”〔8〕中，法院虽然认为被告将个人信息发送到微信群中的侵权行为未造成现实财产损失，但仍认可了信息泄露行为本身造成了财产损失而酌定赔偿 800 元。在个人信息侵权领域，不乏因信息受到侵害而积极维权的当事人，而司法实践对未来风险是否属于侵权损害问题并未形成统一的认识，这无疑将对个人信息的

〔2〕 参见商希雪：《侵害公民个人信息民事归责路径的类型化分析——以信息安全与信息权利的“二分法”规范体系为视角》，载《法学论坛》2021 年第 4 期。

〔3〕 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年版，第 175-176 页。

〔4〕 参见广东省深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民终字第 20512 号民事判决书。

〔5〕 参见申卫星：《论数据用益权》，载《中国社会科学》2020 年第 11 期。

〔6〕 参见北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初字第 13661 号民事判决书。

〔7〕 参见山东省滨州市滨城区人民法院（2021）鲁 1602 民初字第 83 号民事判决书。

〔8〕 参见沈阳市大东区人民法院（2020）辽 0104 民初字第 6814 号民事判决书。

私法保护实践产生消极影响。

## （二）附带财产损失是否属于“合理费用”存在理解分歧

发生个人信息侵权行为后，信息主体在个人信息本身损害之外，还存在因利用国家审判制度以实现救济而产生的一些无法避免的律师费、打印费、误工费、交通费等维权成本，以及为避免身份盗用或欺诈风险升高而采取的预防风险支出，上述费用可被统称为附带财产损失，那么信息主体能够以此费用支出诉请赔偿吗？针对侵权损害赔偿范围的划定，我国《民法典》采纳了合理性标准，<sup>〔9〕</sup>在第1179条和第1181条第2款列举了交通费、误工费等法定赔偿项目，并以“合理费用”作为判断其他损害项目是否属于“等”范围内的标准。《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《网络侵权司法解释》）第12条第1款也明确将被侵权人为制止侵权行为所支付的调查费用以及律师费用视为合理费用。由此可见，预防风险支出、部分维权成本等附带财产损失并不属于现行规范明确列举的法定赔偿项目，那么，是否可以归入具有经济赔偿性的“合理费用”范围呢？对此，司法实践中也存在不同的认识。在“戴森、李玉梅与敖馨月隐私权纠纷案”<sup>〔10〕</sup>中法院认为，原告为维护合法权益委托其丈夫出庭参加诉讼，必然会产生误工损失，因此对其主张的误工费（法定赔偿项目）予以支持。而在“黄茂安与中国移动宜黄县分公司、中国移动抚州分公司等个人信息保护纠纷案”<sup>〔11〕</sup>中，对原告主张的打印费、交通费、咨询律师费，法院均以没有法律依据为由不予支持。就该案而言，法官在未对交通费、律师费等法定明确赔偿项目予以支持的情况下，反而对并非法定明确赔偿项目的鉴定费予以支持，令人费解。在司法实践中，诸如此类的问题并不在少数，且因为孤立个人信息本身的经济价值微小，受害人主张财产损失赔偿的主要依据又通常是附带财产损失，所以，明确附带财产损失的性质以遏制脱离合理性的裁判分歧现象，是个人信息侵权裁判中无法绕开的话题。

## （三）精神损害赔偿认定艰难

个人信息损害通常具有无形性，法院常以信息主体无法证明其已遭受实质损害为由，不支持其财产损失赔偿主张，这几乎挫败了所有基于未来侵害风险提出的财产损失赔偿请求，信息主体对信息侵权损害的救济也转而寄希望于被纳入精神损害赔偿。从个人信息的类型视之，私密信息具有隐私权与个人信息的双重特点。当个人私密信息因被泄露而直接或间接导致明显侵犯隐私权的侵害时，信息主体常通过隐私权保护逻辑主张精神损害赔偿。但在个人信息侵权案件中，精神损害赔偿的支持率仅为26.41%，而焦虑不安难以被认定为精神损害的子类型，是个人信息精神损害赔偿认定艰难的原因之一。由于个人信息具有数据属性，在个人信息被恶意电子化存储后，不法分子可能会永久获得个人信息数据，受害者因担忧未来被侵害也可能一直处于焦虑不安的精神状态中，<sup>〔12〕</sup>此种焦虑不安能否被解释为精神损害的子类型呢？与众多裁判文书否定未来风险

• 435 •

〔9〕 参见王磊：《侵权损害赔偿范围的确定机制》，载《法学》2021年第4期。

〔10〕 参见四川省攀枝花市仁和区人民法院（2021）川0411民初字第717号民事判决书。

〔11〕 参见江西省宜黄县人民法院（2021）赣1026民初字第422号民事判决书。

〔12〕 See Justin Dion & Nicholas M. Smith, Consumer Protection—Exploring Private Causes of Action for Victims of Data Breaches, 41 Western New England Law Review 253, 260 (2019).

性焦虑具有损害赔偿性相反，在“刘云超与被告北京顺丰速运有限公司，第三人严颜个人信息保护纠纷案”<sup>〔13〕</sup>中，法院不仅支持了原告的赔礼道歉请求，还将原告因个人信息失控产生的可能被用于违法事宜的焦虑不安情绪认定为损害，并部分支持了其主张的精神损害抚慰金。尽管在该案中法院认可了内心焦虑成立损害，但总体而言，法院在审判实践中对内心焦虑的认定持谨慎态度。

此外，即使此类内心焦虑能纳入精神损害的范畴，其也受《民法典》第1183条第1款规定的“严重”要件限制。实践中，法院在大量案件中以损害未达到严重程度为由，拒绝支持信息主体主张的精神损害诉求。例如，在“蔡小燕与赵延安隐私权、个人信息保护纠纷案”<sup>〔14〕</sup>中，被告未经原告同意将原告及其两子的户籍信息张贴在公开场合，法院支持了原告公开赔礼道歉的请求，但以精神损害未构成严重为由驳回了原告主张仅1元的精神损害赔偿请求。甚至在部分信息主体因个人信息泄露而导致被原公司解雇或遭遇诈骗等行为时，法院仍然认为其精神痛苦不够严重。<sup>〔15〕</sup>由此可见，法院在审判实践中是普遍默认赔礼道歉责任轻于精神损害赔偿的，即使该精神损害赔偿额为1元也倾向于作出赔礼道歉等非赔偿性民事责任，信息主体若想获得精神损害赔偿绝非易事。

### 三、对“损害”的界定应与风险规制理论相契合

从以上个人信息侵权案例反映的情况来看，审判实务中的问题主要围绕损害类型展开。按照损害赔偿的基本原理，受害人主张损害赔偿时需要证明自身遭受了法律上可补救的损害，<sup>〔16〕</sup>而信息风险性损害能否被纳入法律上的损害范畴，已成为信息主体寻求私法救济的阻碍。《民法典》第1165条第1款作为侵权责任的一般条款，仅提及“损害”一词而未否定风险成立损害的可能性，因此，本部分将从风险规制视角出发，探讨信息风险构成损害的正当性。

#### （一）风险规制路径：风险控制和风险分配

自20世纪伊始，伴随科技的多次革命性飞跃，愈益频繁爆发的风险致害造成的大规模损害引发人们对工业社会法律思维模式的批判，在此背景下，德国思想家乌尔里希·贝克首倡“风险社会”理论。风险社会中的“风险”是与自然风险（如各种自然灾害）相对应的风险，其内在于科学技术，“可被定义为以系统的方式应对由现代化自身引发的危险和不安”<sup>〔17〕</sup>。随着科学技术的广泛应用，人类面对和遭受的风险数量和级别大大提高。就风险分布而言，尽管有权势和财富的社会阶级也不能逃脱风险的危害，若不通过法律、政策对风险进行控制或分配，那么将形成风险与财富呈反比分配的不公状态。<sup>〔18〕</sup>基于此，国家的任务转向“以未来为目标的对科技发展

〔13〕 参见北京市顺义区人民法院（2020）京0113民初字第16062号民事判决书。

〔14〕 参见湖南省益阳市赫山区人民法院（2021）湘0903民初字第1506号民事判决书。

〔15〕 参见北京市第三中级人民法院（2020）京03民终字第2049号民事判决书；北京互联网法院（2018）京0491民初字第1905号民事判决书。

〔16〕 参见王叶刚：《论侵害人格权益财产损失赔偿中的法院酌定》，载《法学家》2021年第3期。

〔17〕 〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代化之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社2018年版，第7页。

〔18〕 参见何国强：《风险社会、风险分配与侵权责任法的变革》，载《广东社会科学》2018年第3期。

可能给社会造成的危险进行预防”<sup>〔19〕</sup>，即如何规制风险成为现代国家的一项重要任务。根据公共性程度可将风险分为公共风险和个体风险两类，<sup>〔20〕</sup> 两类风险的特点决定了规制方式的差异。个体风险是指“那些分散制造的，地方化的，可受个人控制或者是来自本体的风险”<sup>〔21〕</sup>，由于该风险的主体关系单一且损失相对固定，法律能够做到通过个案判断对个体风险进行分配与化解。因此，规制个体风险的路径是风险分配，重心在于对被害人的风险损害予以赔偿。而公共风险其实是个体风险扩散的结果，具有广泛的扩散性、蔓延性，显然难以简单依靠传统的私人自治或市场机制来防控。相较于个体风险而言，在公共风险的规制上，应注重从整体上控制风险的蔓延和扩张，即通常采取以追求秩序为价值取向的风险控制路径。风险控制路径和风险分配路径之间存在互补性的特点，前者是一种事前的规制思维，后者是一种事后的规制思维。鉴于此，在将风险作为规制目标时，常规的风险规制做法是并行适用上述两种路径，进而发挥出两种路径融合规制风险的优势。

## （二）引入风险分配路径的方式：认可信息风险性损害

在大数据背景下，人们对数据、信息的依赖导致风险不可避免地裹挟而至，信息流转共享本身即是一种典型的社会风险活动，这可从《个人信息保护法》多次使用“风险”概念中得到证实。因此，法律对个人信息的规范面临着如何有效平衡信息安全保障与信息流转共享之间的关系，即在最大程度地满足信息处理者对信息需求的情况下，通过设置合理的风险控制或者风险分配路径，避免信息主体在信息处理活动中承受不合理的风险。

个人信息具有典型的复合法益性质，信息之上不仅汇集了各方主体不同类型和性质的利益诉求，各类风险也相应伴生于各方主体的活动之中。就公共风险而言，我国现行规范规定的风险控制路径较为多元，不仅通过《刑法》《治安管理处罚法》等公法来达到风险控制的效果，更是在《个人信息保护法》中明确规定了国家网信部门承担的监督管理义务，个人信息处理者承担的风险评估、告知同意等义务，来应对个人信息领域的公共风险。但受社会认知的限制，在采取风险控制措施的情况下仍存在剩余风险的可能，这就涉及风险分配的问题。

鉴于“从危险中获取经济利益者也经常被视为具有制止危险义务的人”<sup>〔22〕</sup>，剩余风险理应由作为信息风险之源与主要获益者的信息处理者承担。按照法经济学理论，“纯粹的风险分配与损害分配是重合的”<sup>〔23〕</sup>，亦即在剩余风险转化为现实的诈骗、身份窃取等损害之前，信息处理者所承担的风险在资本逻辑中可通过赔偿的方式进行转移。然而，信息风险性损害与传统侵权损害概念的抵牾阻断了风险性损害的转移，这使得信息主体以私法手段特别是侵权责任手段寻求损害赔偿的整体效果不尽人意。归结而言，信息风险分配路径的缺位导致司法实务中频现信息损害认定难的问题，因此，在风险控制的基础上引入风险分配路径成为必要，而将满足特定条件的信息风

• 437 •

〔19〕〔德〕乌尔里希·巴斯特：《德国行政法读本》，于安等译，高等教育出版社2006年版，第53页。

〔20〕参见侯东德、周莉欣：《风险理论视角下智能投顾投资者的保护路径》，载《华东政法大学学报》2021年第4期。

〔21〕Peter Huber, Safety and The Second Best: The Hazards of Risk Management in the Courts, 85 *Columbia Law Review* 277, 278 (1985).

〔22〕〔德〕克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下册），张新宝译，法律出版社2001年版，第271页。

〔23〕前引〔18〕，何国强文，第233页。

险性损害视为法律上承认的损害，无疑是一种高效的风险分配路径。

### （三）认可信息风险性损害的正当性：符合风险分配正义

风险分配实质上是“风险成本、风险责任、风险损失在主体间的承担”<sup>〔24〕</sup>，由于风险具有不利益，为确保数字经济的健康发展，风险分配必须把实现正义作为最重要的目标追求。在个人信息保护的问题上，认可信息风险性损害不仅阻断了不公平分配风险现象的扩展，又能包容性地促进新兴信息产业的发展。具体而言：其一，认可信息风险性损害意味着让真正制造风险且获取收益的主体承担风险。个人信息侵权损害极少伴随着信息主体财产、人身受损等直接物质性损害，通常带来的是外部风险或焦虑不安等非物质性损害，该类损害具有不确定性、无限性和难以计量等特点。由于风险性损害与侵权法框架下的多数损害特征以及人们对损害的一般认识存在差异，法院常以损害不存在为由驳回受害人的损害赔偿请求，这等于纵容了信息处理者肆无忌惮地使用信息，并将风险转嫁给无辜且缺乏预防能力的信息主体。认可信息风险成立损害，并将损害分配给风险预防能力较高的信息处理者，客观上遏制了风险分配的不公现象，有助于保障处于弱势地位的信息主体的权益。其二，认可信息风险性损害具有预防风险的功能，有利于保障社会整体利益。风险分配正义以实现多数人的合法利益为目的，即通过合理的制度安排使风险对公众的总体损害降至最低。<sup>〔25〕</sup>相较于个人信息主体，信息处理者掌握更多资源和技术，在风险预防方面处于能力更强的位置，可以通过采取提高产品质量或采购风险防控设备等方式分散风险。而认可信息风险性损害相当于一种事后的惩戒机制，能够倒逼个人信息处理者积极采取上述措施，从而达到预防信息风险的目的。

事实上，司法实践中，风险性损害在环境污染、医疗损害赔偿、毒物侵害等领域已经得到认可与适用。在比较法上，欧盟立法也采用了抽象的损害概念，信息主体因数据泄露而导致身份盗窃或欺诈、声誉受损等非物质性损害，都有权要求信息处理者承担损害赔偿责任，<sup>〔26〕</sup>《德国联邦数据保护法》第83条第2款与《印度个人数据保护法案》第3条第20项同样也认可了个人信息风险性损害。

## 四、以信息损害为中心续造损害赔偿规则

损害与赔偿如影随形，是开启损害赔偿的“钥匙”。鉴于个人信息风险性损害的特点及既有损害赔偿规范的不足，为使事实上的信息损害真正转变为可获合理赔偿的法律上的损害，仍需回应信息风险性损害的具体样态、精神损害赔偿的条件以及损害赔偿数额的计算规则等问题。

### （一）明确信息风险性损害的样态和识别因素

#### 1. 风险性损害的具体样态

损害是权利或利益被侵害的后果，我国现有法律规范并未就损害这一概念进行正面界定。在

〔24〕 徐钝：《社会风险分配失衡的社会资本矫正——以法理型社会资本培育为中心》，载《学术论坛》2013年第7期，第70页。

〔25〕 参见张晒：《风险分配何以公正？——基于新冠肺炎疫情的哲学审视》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2020年第3期。

〔26〕 参见解正山：《数据泄露损害问题研究》，载《清华法学》2020年第4期。



损害赔偿法的历史上,“差额说”一直占据着重要地位,<sup>[27]</sup>认为对损害的界定起决定性作用的并非具体法益遭受的侵害,而是受害人在侵权行为发生后实际享有的利益状态(减数)与若侵权行为未发生时的假设利益状态(被减数)之差额。因此,在判断信息风险性损害的样态时,可凭借“差额说”将信息风险性损害具体化为信息主体遭受的各种损害。

#### (1) 外部风险性损害:附带财产损失

个人信息具有“可识别性”,且基因信息、生物识别信息等敏感信息又是不可更改和删除的,一旦暴露,将给信息主体带来身份被窃取或欺诈的风险。而个人信息在网络空间中又具有传播的即时性和复刻的便利性等特征,这使得信息主体面临未来遭受损害的风险升高。为避免未来损害的发生,信息主体通常会采取预防措施来应对风险,如购买风险监控服务、更换手机号等,以及因个人信息侵权行为而增加诉讼费、误工费等合理诉讼支出,这些实质上可被视为信息风险性损害。预防费用、诉讼成本支出等附带财产损失在性质上虽为“自愿的支出”,但这些费用在个人信息被侵权之前是无需支出的,在侵权行为发生之后则成为必要,且其中有些诉讼成本支出具有风险预防性质,实质上可被扩大解释为《网络侵权司法解释》第12条第1款规定中所称的“被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支”。<sup>[28]</sup>事实上,依《民法典》第995条规定的消除危险等人格权请求权,信息主体本就可向信息处理者主张消除危险等责任,若受害人已经采取相应措施,支出的合理预防费用和具有风险预防性质的诉讼成本支出当然构成事实上的损害。外部风险性损害直观传达的是一种面向未来的可能性,而将上述附带财产损失视为外部风险性损害,除了能够按照合理财产损失的标准对外部风险进行量化外,亦能增强信息主体界定信息损害赔偿范围的可预期性,从而调动个人采取预防措施的积极性,有助于避免更大损害的发生。

#### (2) 风险引发的内心焦虑:精神损害

“精神损害是指受害人在人格权或其他权利受到侵害后,而遭受的生理痛苦、精神痛苦以及其他不良情绪。”<sup>[29]</sup>循此定义及《民法典》第1183条的规定可知,精神损害赔偿救济的对象是人格权、身份权和人格利益、身份利益等人身权,基本形态包括身体疼痛和精神痛苦。尽管《民法典》《个人信息保护法》等规范将个人信息的保护层级界定为法益而非权利,但因个人信息权益属于人格利益而可通过精神损害赔偿获得救济,且其损害形态往往归于精神痛苦。实务中,通过隐私权保护逻辑获得精神损害赔偿自无争议,法律适用的最大瓶颈在于焦虑不安等精神状态能否构成精神损害。信息主体因信息泄露而使身份或财产处于风险之中的常态反应,通常是无法言明的担忧或焦虑等消极精神状态,与确定的身体疼痛和因侵犯隐私权或名誉权引起的精神痛苦相比,并不那么直观而不易被认可。其实,在个人信息特别是生物识别信息、行踪信息等敏感信息因泄露而发生现实损害之前实为一颗“不定时炸弹”,涉及此类信息的侵权行为无疑破坏了个人

[27] 参见徐建刚:《〈民法典〉背景下损害概念渊流论》,载《财经法学》2021年第2期。

[28] 参见杨立新:《侵害个人信息权益损害赔偿的规则与适用——〈个人信息保护法〉第69条的关键词释评》,载《上海政法学院学报》2022年第1期;田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期。

[29] 张新宝:《精神损害赔偿制度研究》,法律出版社2012年版,第17页。

生活安宁和安全稳定预期。由此产生的焦虑随着时间的流逝，足以造成精神损害。<sup>〔30〕</sup>此外，在信息侵权领域，因大规模数据泄露而频繁发生的受害者遭受财物或其他严重财产损失的事件表明，<sup>〔31〕</sup>还未遭受现实损害的信息主体对风险的担忧并非凭空产生的心理压力，损害后果不言而喻，因此，认可内心焦虑属于精神损害并具有可赔偿性无疑是大数据时代的大势所趋。

## 2. 确定风险性损害的参考因素

承认信息风险性损害具有正当性，但风险性损害是否确定发生应建立在合理可靠的未来风险预测基础之上。法官对个案中风险性损害的预判取决于未来的信息流通过程，应由法官参考相关因素裁量确定。具体而言，对风险性损害的认定有影响的因素主要包括如下几项：（1）个人信息的种类。个人信息被侵害后成立风险损害的可能性与信息的性质相关，一般而言，私密或敏感信息相较于一般信息更具重要性，故其被侵权后造成的风险更容易成立损害。因此，在我国信息风险性损害的认定普遍艰难的现状下，基于现行立法在私密或敏感信息的处理上以禁止为原则，以有条件允许为例外的立场之考量，<sup>〔32〕</sup>对个人信息保护采取分而治之的策略极有必要，即私密或敏感信息的暴露本身即视为“现实损害”，对一般个人信息风险需满足特定条件才予以认可成立损害。（2）信息处理者的主观目的。在无形的网络空间中，信息处理者实施侵害行为时的主观状态对损害的判断至关重要，该主观状态一般可通过间接的方式推知。例如，在黑客攻击导致的数据泄露事件以及因平台收集数据产生的消费操控或歧视等侵权案件中，侵权人恶意获取或违法使用个人数据的主观故意是非常明显的，即使未立即利用获取的信息开展欺诈或歧视等下游侵权行为，违法使用信息是迟早的事，认可该种情形下的风险成立损害具有合理性。（3）信息侵权损害的迹象。风险性损害具有伴随时间的推移逐渐显现的特点，若在同一信息泄露活动中已有部分信息主体遭受身份窃取或欺诈，这表明尚未遭受现实侵害的信息主体在未来也有受到类似损害的风险，这可成为法官裁量的重要参考因素。当然，现实中个人信息风险的情形千差万别，法院裁定参考因素的类型无法一一列举，司法实践中还需由法官根据个案的具体场景综合判断。

### （二）适当缓和可获赔偿的精神损害程度要求

精神损害赔偿意味着受害人能够通过金钱来缓解精神痛苦，更为关键的是实现了身体与灵魂在法律上的平等对待。<sup>〔33〕</sup>认可信息风险引发的内心焦虑成立精神损害，意味着信息主体可通过内心焦虑损害及隐私权损害两种途径主张精神损害赔偿，而以“严重”作为获取精神损害赔偿的条件，无疑将造成损害赔偿与精神损害之间的逻辑断裂。从理论视角观之，“严重”要件的基础主要是侵权法上的“忽略轻微损害”规则和现代侵权法中的“水闸理论”，两者都以协调权利保护与行动自由为目的。<sup>〔34〕</sup>然而，随着人们对人格尊严的逐渐重视，该限制条件的正当性正在受到挑战。其一，有违精神性人格权高于财产权利的民事权益位阶理论。精神层面的权益保护映射

〔30〕 See DJ. Solove, DK Citron, Risk and Anxiety: A Theory of Data Breach Harms, 96 *Texas Law Review* 737, 765 (2018).

〔31〕 参见湖南省张家界市中级人民法院（2021）湘08刑终字第112号刑事裁定书；云南省楚雄彝族自治州中级人民法院（2021）云23刑终字第229号刑事裁定书。

〔32〕 参见《民法典》第1033条，《个人信息保护法》第28条。

〔33〕 参见谢鸿飞：《精神损害赔偿的三个关键词》，载《法商研究》2010年第6期。

〔34〕 参见李昊：《纯经济上损失赔偿制度研究》，北京大学出版社2004年版，第53页。

出人类文明的发展程度,从《民法典》人格权编的规定可推知,“与其他法益,尤其是物质性的利益相比,人的生命和人格尊严处于更高的位阶”〔35〕,亦即精神性人格权因属高于财产权利的民事权益理应获得优先保护。〔36〕但现实是被侵权人主张财产损失赔偿并不以“严重”为限制条件,而是奉行全部赔偿原则(包括轻微损害),且在人身伤害案件中的精神损害赔偿请求通常都会被支持。与之相反,尽管当事人所受的精神痛苦在非物质性人身权益的损害中有可能处于唯一地位,立法仍以“严重”这一高门槛作为获得精神损害赔偿的前提条件,这不仅使得介于微小与严重之间的精神损害无法获得赔偿,更会变相助长侵权人侵权的动力。其二,非以“严重”作为限制条件并不会引发大量精神损害赔偿请求如洪水般涌向法院。从实证层面考察,对于真正受到精神痛苦的受害人而言,其坚持诉讼并不以赔偿金的数额为主要目的,而是“有”或者“没有”获得赔偿金。恶意诉讼主体虽以追求高额损害赔偿为目的,但赔偿金数额普遍并不高的现实会使其丧失诉讼的动力,所以无需过度担忧诉权被滥用。

此外,从比较法视角观之,《德国民法典》第253条未将“严重”作为适用精神损害赔偿的法定条件,欧盟《一般数据保护条例》第82条第1款与德国《联邦数据保护法》第83条第2款,也体现了取消精神损害严重性要求、降低精神损害赔偿门槛的趋势。〔37〕就我国而言,可获赔偿的精神损害的适用范围呈逐步扩大的趋势,如《民法典》肯定了违约精神损害赔偿、侵害“具有人身意义的特定物”的精神损害赔偿等,凸显了立法对人格尊严的重视。因此,为确保个人信息处理不逾越人格尊严底线,降低精神损害赔偿的条件实属必要。当然,适当降低精神损害严重性的条件并不意味着对精神损害的一概承认,而使信息处理者动辄因显著轻微的权益损害行为对信息主体赔偿精神损害,被侵权人因个人信息侵权而主张精神损害赔偿请求时,仍应向法院提供其遭受精神压力或痛苦的初步证据。

### (三)厘清信息损害赔偿数额的计算规则

#### 1. 损害赔偿数额的计算依据

损害赔偿责任的落实依赖于损害赔偿数额的计算依据。《个人信息保护法》第69条第2款借鉴了《民法典》第1182条规定的计算方法,将信息主体“受到的损失”和信息处理者“获得的利益”在适用顺位上合并为同一层次,赋予受害人在损害赔偿与返还获利之间进行选择的权利以实现保护的最大化,当根据以上两种计算方法难以确定赔偿数额时,则由法院“根据实际情况确定”。当个人信息因权益被侵害而遭受财产损失时,依据该计算规则主张损害赔偿数额自不待言,问题在于,《民法典》第1182条规定的损害赔偿性质是侵害他人人身权益造成的财产损失而非精神损害,那么,《个人信息保护法》第69条规定的损害赔偿性质如何呢?这涉及精神损害赔偿数额的计算依据。

上已述及,在个人信息侵权领域,风险引发的内心焦虑能够成立精神损害,这表明《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害赔偿”应当包括精神损害,而第2款规定的计算方法又是针对第1款中的损害赔偿设计,因此,无论是财产损失还是精神损害,都可以按照第2款的规定确定赔偿数额。但由于“受到的损失”和“获得的利益”这两种计算方法的侧重点不同,

〔35〕〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第421页。

〔36〕参见王利明:《论民事权益位阶:以〈民法典〉为中心》,载《中国法学》2022年第1期。

〔37〕参见张建文、时诚:《个人信息新型侵权形态及其救济》,载《法学杂志》2021年第4期。

财产损失和精神损害在具体计算规则的适用上存在差异。通说认为,“受到的损失”应被解释为财产损失,不宜扩张至精神损害,<sup>[38]</sup>这意味着“受到的损失”这一计算方法侧重救济的是个人信息权益人受到的财产损失,排除了精神损害赔偿通过该计算方法得以落实的可能。就“获得的利益”而言,利益是指个人信息处理者侵害个人信息权益获得的财产利益,而精神损害赔偿责任的最终体现方式是支付精神损害抚慰金,因此,将“获得的利益”作为落实精神损害赔偿责任的计算方法更为妥当,有助于解决精神损害难以量化之难题。所谓“根据实际情况确定赔偿数额”,其实是指由法院依职权酌定赔偿数额,财产损失和精神损害均是法官酌定的对象。需要注意的是,法官在酌定时的考量基础除了信息主体“受到的损失”和信息处理者“获得的利益”外,还需要“根据侵权人的过错程度、具体侵权行为和方式、造成的后果和影响等确定”<sup>[39]</sup>。

## 2. 惩罚性赔偿数额的确定

就个人信息侵权损害赔偿责任而言,除部分案件中存在能够按照合理财产损失的标准进行量化的预防风险支出和维权成本等实际损害外,多数案件中的信息损害具有个体损失数额较小的特点。在个人信息侵权行为发生后,若仅以单个个人信息的实际价值来计算赔偿数额,每笔赔偿1元或2元,这样的结果不仅不能惩治信息处理者利用个人信息非法获利的行为,也难以调动权利人维权的积极性,因此,有必要在个人信息侵权损害赔偿责任中规定惩罚性赔偿责任。“惩罚性赔偿又称报复性赔偿,是指由法院判决作出的赔偿数额超出实际损害数额,对侵权人具有惩罚功能的损害赔偿。”<sup>[40]</sup>相较于《侵权责任法》,《民法典》将惩罚性赔偿的适用范围扩展至知识产权和破坏生态领域,表明《民法典》注重对恶意侵权行为进行惩罚的态度。事实上,欧盟《一般数据保护条例》第83条已就高额罚款作出了规定,在英国的司法实践中,也存在因航空公司泄露乘客信息而被开出1.839亿英镑罚款的案例。<sup>[41]</sup>一旦明确应当在个人信息侵权领域设置惩罚性赔偿责任,就涉及惩罚性赔偿数额的确定问题。对此,应当从计算基数和倍数两方面着手。计算基数的一般规则应当是依照侵权行为造成的实际损失计算,<sup>[42]</sup>根据《个人信息保护法》第69条第2款的规定,在个人信息侵权领域,惩罚性赔偿的计算基数应当是信息主体“受到的损失”和信息处理者“获得的利益”。关于计算倍数,在已成熟适用惩罚性赔偿的知识产权、消费者权益保护等领域,并未形成统一的标准,但基本处于1~5倍之间,因此,信息侵权惩罚性赔偿中的计算倍数可由法官在1~5倍的范围内自由裁量。

综上可知,在个人信息侵权行为发生后,个人信息处理者需要对财产损失、精神损害、惩罚性赔偿承担责任。但由于多数信息侵权案件中被侵权人受到的损失较微小,按照计算依据得出的上述三种赔偿数额的总和通常也不能达到惩罚恶意侵权人的目的,因此,实行损害赔偿最低赔偿标准就十分必要。我国台湾地区“个人资料保护法”规定,每人每事件新台币500元以上2万元以下计算,美国《加州消费者隐私法案》所认定的赔偿范围是100美元至750美元之间。<sup>[43]</sup>其实,我国《消

[38] 参见王利明:《民法》(下册),中国人民大学出版社2020年版,第532页。

[39] 黄薇:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第57页。

[40] 杨立新:《〈民法典〉惩罚性赔偿规则的具体适用》,载《荆楚法学》2022年第1期,第65页。

[41] 参见孙莹:《大规模侵害个人信息高额罚款研究》,载《中国法学》2020年第5期。

[42] 参见前引[40],杨立新文。

[43] 参见刘云:《论个人信息非物质性损害的认定规则》,载《经贸法律评论》2021年第1期。

消费者权益保护法》《食品安全法》也早已规定了损害最低赔偿标准,分别是500元和1000元。就侵害个人信息的微额损害而言,因个人信息可被进一步分为普通和敏感两类,结合现行法在产品、食品领域的微额损害赔偿标准的规定,侵害普通信息时可以按照每人每事件500元,侵害敏感信息时可以参考每人每事件1000元,如此方能确保被侵权人的维权成本和胜诉利益之间的平衡。

## 五、结 语

在大数据时代,被转化为数据的海量个人信息是云计算、区块链等尖端科技的“燃料”,如何实现个人对自身信息的“脱控”而不“失控”,所受损害得到充分救济是法律适用最为关注之点。对此,《个人信息保护法》在以往信息保护规范的基础上全面规定了个人信息保护规则,但因个人信息侵权损害与传统侵权法上的损害认定标准间的不匹配性,通过私法保护个人信息的司法实践力有不逮。在风险社会背景下,立法者不应仅将着眼点置于非赔偿性民事责任,还应当在潜在损害风险转化为诈骗等现实损害之前对风险进行分配,即通过损害赔偿对信息主体承担的风险损害进行补偿。诚然,对风险性损害的认可无疑将对法律适用的稳定性造成一定程度的冲击,因此,笔者又从信息风险性损害的具体样态、精神损害赔偿的条件以及损害赔偿数额的计算依据等方面进一步完善了信息损害赔偿规则,以期能够破解个人信息权益保护之司法难题。

---

**Abstract:** As one of the civil liabilities for the relief of personal information rights and interests damage, the liability for damages has a core position in the system of tort liability. However, empirical data and case analysis show that the judicial practice of information protection takes a strict attitude towards the application of liability for damages, and the differences and difficulties in the identification of damages have become the primary obstacles for information subjects to seek relief of private law. From the perspective of risk regulation theory, it is an efficient way of risk distribution to bring information risk damage into the category of legal damage, and it is also an effective way to solve the dilemma of private law protection. In addition, in order to ensure the implementation of the liability of information tort damages, we should rely on the “difference theory” to concretize the information risk damage into collateral property loss and mental damage caused by anxiety. We need to take appropriate mitigation of the severity of mental injury requirements, and clarify the calculation rules of the amount of compensation for property loss, spiritual damage and punitive damages, so as to make compensation for damages play a better function of filling the loss.

**Key Words:** personal information rights, risk damage, rules for damages, punitive damages

---

## 论个人信息侵权中的损害

朱晓峰 夏 爽\*

**内容提要：**数字时代中个人信息侵害引发的特定风险具有不可逆性、不可测性和扩散性的特点，在侵害后果发生之前将这些风险认定为法律上的损害并通过侵权法予以救济，可以将侵权行为的成本内部化，既能发挥预防作用以实现帕累托最优，又能实现侵权法的震慑作用。对此，应当以规范损害说修正差额说，将满足特定条件的风险作为损害纳入侵权法上的可赔损害范畴，与财产损失、精神损害一样获得侵权法的救济。在风险性损害的具体认定上，应建立动态的评价体系，由法官在个案中综合考虑涉案的各考量因素进行利益权衡后确定。

**关键词：**个人信息侵权 差额说 规范损害说 风险社会 风险性损害

### 一、问题的提出

我们生活在个人信息可以广泛共享的时代，互联网平台将其掌握的海量兼具广度和深度的个人信息用于用户分析、精准广告投放；在虚拟货币加持下，不可控的暗网论坛等社交平台正成为信息贩卖的渠道；随处可见的身份绑定、过度索权加大了使用 APP 导致的个人信息泄露风险。根据《2021 年 App 个人信息使用态势分析报告》，在近 1 万款活跃的 APP 应用当中，有 56.3% 的应用涉嫌非法收集和使用个人信息，64.6% 的应用涉嫌“未经用户同意收集和使用个人信息”。<sup>〔1〕</sup>然而，与频繁发生的个人信息侵权事件形成鲜明对比的是，在个人信息侵权案件中，受害人主张侵权损害赔偿却并不容易。司法实践中，因原告无法举证证明实际损失而被驳

\* 朱晓峰，中央财经大学法学院教授；夏爽，中国人民大学法学院硕士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“大数据法制立法方案研究”（18ZDA136）的阶段性成果。

〔1〕 参见《2021 年 App 个人信息使用态势分析报告》，载 <https://www.donews.com/news/detail/4/3152878.html>，最后访问时间：2022 年 4 月 5 日。



回诉讼请求,并不鲜见。<sup>〔2〕</sup>导致这一悖论出现的重要因素之一是证成侵权责任成立所需的损害要件存在困难。<sup>〔3〕</sup>

在个人信息侵权案件中,受害人遭受不利益的情形既包括侵权行为人窃取个人信息后实行诈骗等行为而使受害人遭受财产损失,或者受害人隐私被非法泄露后而遭受精神损害,也包括各种难以纳入财产损失和精神损害范畴的新损害类型,例如,因个人信息泄露而引发的可能在未来转化为现实损害的风险,或担心因个人信息泄露导致不利后果而产生的焦虑等。对此,《个人信息保护法》第69条第2款只规定了确定损害赔偿额的三种方法,并没有关于个人信息泄露等情形所导致的风险是否可以纳入侵权法上损害范畴的直接规定。而《民法典》规定的侵权法上的可赔损害通常包括财产损失和精神损害,也没有将风险作为损害的明确规定。事实上,与《个人信息保护法》《民法典》规定的典型可赔损害类型相比,个人信息权益被侵害后所引发的一系列风险确实更具不确定性、难以计量性、无形性等特征,<sup>〔4〕</sup>受害人因侵害行为而承受“风险”时,通常并没有遭受现实财产减少的不利益,而只是发生了未来财产减少的可能性。因此,如果是依据界定财产损失和精神损害的方法来认定个人信息侵害引发的风险是否属于侵权法上的可赔损害,可能无法为受害人提供充分的救济。为了解决个人信息权益侵害中损害界定难的问题,学理上有“以风险作为损害”的革新损害概念的观点,<sup>〔5〕</sup>但是,反对观点却认为这些损害难以被传统的侵权法接受而拒绝将之纳入现行法律体系内。<sup>〔6〕</sup>鉴于此,本文将讨论的问题聚焦于:现行法上的损害是什么;个人信息侵权案件中哪些损害可被认定为侵权法上的可赔损害;尤其是“风险性损害”能否在现行法框架下被认定为独立于财产损失和精神损害而被纳入侵权可赔损害范畴;如果能,又应以何种标准和方式确定这种风险导致的损害。笔者期望以此来回应当前理论与实践关于个人信息侵权中损害认定的分歧,助益于个人信息的保护。

• 445 •

## 二、现行侵权法中损害概念的界定及修正

侵权法的首要职能是填补损害。<sup>〔7〕</sup>损害作为侵权损害赔偿成立的核心构成要件,一直占据基础性地位。何谓损害?如何认定损害?这些问题无论在现行法律规范的实践运用中还是在理论研究上都是一个基础性问题。如今,这一问题在层出不穷的个人信息侵权案件中又开始被重新提起,亟需重新界定。

〔2〕 参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终10179号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2019)沪02民终717号民事判决书;天津市第二中级人民法院(2020)津02民终4520号民事判决书;浙江省嘉兴市中级人民法院(2019)浙04民终3244号民事判决书。在比较法上,美国联邦最高法院在Clapper v. Amnesty(2013)案中明确指出,个人信息保护的诉讼请求必须证明存在客观实际的损害,“推测的”或“假设的”损害都不能得到法院支持。See Kristen Choi, Clapper v. Amnesty International USA: Balancing National Security and Individuals' Privacy, 34 (2) *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary* 444, 444 (2014).

〔3〕 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,载《法学研究》2018年第4期。

〔4〕 参见谢鸿飞:《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》,载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

〔5〕 参见田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期。

〔6〕 参见陈吉栋:《个人信息的侵权救济》,载《交大法学》2019年第4期。

〔7〕 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第175-176页。

### （一）我国现行法中的损害概念

考虑到损害的复杂性，各国民法典对于损害的内涵及其认定给予了不同规定，如《奥地利民法典》即明确规定了损害的概念，将损害定义为受害人的财产、权利或人身遭受的不利益。与《侵权责任法》第6条第1款相比，《民法典》在损害与侵害概念之间作了区分，<sup>〔8〕</sup>并且在损害与赔偿之间建立了规范联系，<sup>〔9〕</sup>但其并未明确损害概念的内涵。从《民法典》及相关司法解释来看，我国现行法律体系中的损害类型包括财产损失和精神损害，后者必须达到“严重”程度才可以获得赔偿。<sup>〔10〕</sup>据此，我国学理与实务上普遍认为，我国现行侵权责任法上已经构建起了固定的损害类型及项目，法官只需要对具体案件中的损害类型进行判断，再适用各自的损害赔偿项目即可。<sup>〔11〕</sup>对此，学理上有观点指出，随着损害的计算方法日益先进，统一的损害概念及其相关的上位理论似乎已经失去了实用性。<sup>〔12〕</sup>但本文认为，现行法对于损害类型及与之相对应的赔偿项目进行详细规定的核心目的在于简化司法实践中法官认定损害及确定赔偿金额的难度，而非以此取代损害概念本身。随着社会实践的不断发展，新损害类型会不断涌现，要判断这些新的损害类型是否可以被纳入侵权法上的可赔损害范畴，并不能当然以其是否能被现行法中的损害类型所囊括作为判断标准，毕竟现行法规定不同损害类型并确定相应的可赔项目，仅仅是出于对既往经验的总结而无法充分涵括未来可能发生的情形。以个人信息侵权为例，侵害个人信息可能导致各类下游犯罪的风险提高、加重社会分选和歧视、加剧消费操纵和关系操纵，并使受害者因此引发严重焦虑与不安等。若是以现行法规定的具体损害类型为标准进行判断，很难将权利人遭受的这些不利益纳入现行法上的可赔损害范畴。因此，对于个人信息侵害中的损害认定，仍有必要回归损害概念本身，继续讨论在具体损害项目之上的损害概念，以及损害认定背后的内在法律思想，从而解决将风险作为损害的理论难题。

### （二）损害概念的内核：差额说及其修正

在对损害本质的认识问题上，传统损害赔偿理论主要经历了差额说、客观损害说、规范损害说的发展演变。其中，差额说一直居于通说地位，其他学说则作为差额说的修正而存在。在差额说中，损害是指财产的实际状态与损害事件未发生时财产状态之间的差额。<sup>〔13〕</sup>差额说基于完全赔偿的理念，坚持认为应在金钱价值层面将受害人的状态恢复到损害并未发生时的假设状态，在具体适用时也具有简便明了的优点，因此其一经提出便为学界和司法实践所接受。

然而，差额并不等同于损害本身，作为损害是否存在的认定方法，差额说具有一定的局限性，在实践中经常会遭遇如下难题：其一，当介入因素使原有侵权行为导致的损害被填补，应有的利益差额被其他因素抵消，如亲属看护未收费用和雇主持续支付工资，若按照差额说来认定损

〔8〕 有学者据此进一步指出，侵害权益是侵害民事权益的客观事实，损害是侵害权益的进一步法律后果。参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第214页。

〔9〕 参见程啸：《中国民法典侵权责任编的创新与发展》，载《中国法律评论》2020年第3期。

〔10〕 参见《民法典》第1183条。

〔11〕 参见李昊：《损害概念的变迁及类型建构——以民法典侵权责任编的编纂为视角》，载《法学》2019年第2期。

〔12〕 参见陈聪富：《人身侵害之损害概念》，载《台大法学论丛》2006年第1期。

〔13〕 参见徐建刚：《〈民法典〉背景下损害概念渊流论》，载《财经法学》2021年第2期。

害,则难免得出并无损害的荒谬结论;<sup>[14]</sup>其二,财产在计算上的差额虽未发生,但却实际发生了价值上的减损,如物的商业价值的贬损将影响其未来交易所获利益,但这种不利益却未在现在发生。<sup>[15]</sup>亦即言,在前述两种情形当中,若按照差额说的观点,既然受害人在侵害行为发生前后并未出现财产计算上的差额,自然就没有损害,因此也无法得到金钱赔偿的救济。事实上,虽然受害人遭受的前述不利益无法转化为既有财产的减少,但受害人在侵害行为前后所处的实际状态和地位却发生了实质性的变化,这种状态上的变化是确定的、可以用金钱衡量的。而差额说则将受害人于此遭受的不利益完全排除出了侵权法上的损害范畴并拒绝予以赔偿,显然有失偏颇。差额说之所以会面临如此困境,是因为损害本身具有规范属性,而差额说却是去价值化的。损害赔偿在本质上是立法者对损失进行分配的问题,其背后是对各种价值利益的衡量和取舍。<sup>[16]</sup>差额说以侵权行为发生后的现存财产状况和应然财产状况之间的差额作为损害,这固然不失为对现实中异常复杂的损害的一种简便认定方式,并在绝大多数情形下符合立法者的规范意图和价值取舍,却难以避免在个别情形下无法承载立法者所有的价值立场,因此对差额说应予适当修正。

在此背景下,客观损害说与规范损害说在承认差额说基本立场的基础上,对其存在的缺陷作了必要修正。客观损害说并不把损害概念等同于受害人在侵害行为发生前后所享之利益的整体抽象差额,而是认为损害直接表现为对事物的损害、剥夺、身体伤害等具体形式。<sup>[17]</sup>在强调整体利益差额的差额说下,当其他介入因素的发生导致受害人的实际利益并未受到减损时,侵害行为入便可避开对受害人的赔偿,而客观损害说则可以避免差额说这一不足。规范损害赔偿理论强调损害赔偿在计算时不仅要考虑侵害行为发生前后受害人利益状态的差异,还要考虑规范目的,在损失的计算中要包括法律价值的评估。<sup>[18]</sup>该观点强调损害的确是一个价值评估的过程,而不是一个简单的自然事实,据此,被害人是否受到损害的实质就是法律规范所保护的利益是否受到损害,或受法律保护的状态是否不同。<sup>[19]</sup>规范损害说的提出是为了在不发生差额的例外情况下承认损害的存在,从而实现对受害人的保护。<sup>[20]</sup>进而言之,损害的本质是当事人遭受的不利益本身,<sup>[21]</sup>这种不利益通常可以通过差额说的认定方法来判断;对于差额说在认定中存在的问题,可以通过客观损害说和规范损害说来解决。

在我国现行法框架下,受害人因侵害行为所遭受的不利益既可以是财产损失,也可以是精神损害。其中,财产损失主要通过差额说的方法来确定,主要赔偿实际损失;精神损害虽然是无形的、难以确定的,无法用财产上的差额进行评价,但这种难以用金钱评价的特性并不影响其可赔性,因为在差额说的修正观点即规范损害说中,损害在本质上也是规范的概念,损害的确是

[14] 参见前引〔7〕,王泽鉴书,第142页。

[15] 参见徐建刚:《论使用可能性丧失的损害赔偿》,载《法商研究》2018年第2期。

[16] 参见前引〔15〕,徐建刚文。

[17] 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第119-120页。

[18] 参见姚辉、邱鹏:《侵权行为法上损害概念的梳理与抉择》,载陈小君主编:《私法研究》第7卷,法律出版社2009年版,第30-45页。

[19] 参见王志刚:《论民法上的损害概念的形成视角》,载《法学杂志》2008年第5期。

[20] 参见前引〔13〕,徐建刚文。

[21] 参见前引〔12〕,陈聪富文。

“质性评价”，所以《民法典》侵权责任编在承认精神损害存在的基础上，将精神损害赔偿数额难以确定的问题交由法官酌定。另外，即使在人身权益侵害导致的财产损失认定问题上，《民法典》第1182条等也规定了在实际损失、侵权人获利均无法确定时，由法院根据实际情况酌定赔偿额。这实质上表明，我国现行法框架下对损害的基本认识是围绕法律保护的地位或状态是否因侵害行为遭受不利益展开：当受害人遭受了可以用财产的一般等价物货币进行衡量的不利益时，若此种不利益具有确定性，应以侵害行为前后的财产利益差额即实际损失为标准确定可予赔偿的损害；若此种不利益具有不确定性，但属于法律明确应予赔偿的范围，则可依据实际损失的替代标准如侵权人获益或者法官酌定方法确定可予赔偿的损害；当受害人遭受了不可用货币衡量的不利益时，若此种不利益属于法律明确应予保护的范畴，则由法官在个案中综合考量涉案因素确定可予赔偿的损害。在第一种情形下，侵权法上可予赔偿的损害可以依差额说认定，在第二种与第三种情形下，侵权法上可予赔偿的损害应依客观损害说或规范损害说作为差额说的补充来认定。在此意义上，将个人信息侵害中受害人遭受的不利益，特别是实际财产损失和严重精神损害之外的其他不利益纳入现行法上的可赔损害类型范围，存在着可以解释的理论基础和规范空间。

### 三、个人信息侵权中的损害类型及风险性损害的引入

个人信息权益侵害案件中受害人可能遭受财产损失或精神损害，最常见的情况是通过购买互联网平台用户的个人信息进行诈骗导致受害人财产损失，或者通过发送垃圾信息破坏个人生活安宁，使其遭受精神损害。在这两种情形中，受害人所遭受的损害及对这些损害的侵权法上的救济，与一般侵权案件相同。除此之外，个人信息侵权案件中受害人还可能遭受新型损害。对这些新型损害，无论是在司法裁判中，<sup>〔22〕</sup>还是在域内外学理讨论上，相应的分歧均集中在因个人信息侵害导致的风险是否属于侵权法上的损害及其认定问题上。对于这些风险，可以归纳为如下几种类型：

一是个人信息泄露导致未来下游犯罪的风险剧增。如今各大网络平台掌握海量个人信息，这些个人信息往往在平台知情或不知情的情形下被攻破、盗用、收买、交易。一旦这些数据脱离合法处理者的控制范围而被不法分子利用，个人信息权人即可能会遭受他人敲诈勒索、网络攻击等风险。<sup>〔23〕</sup>

二是社会分选与歧视，即社会上的特定组织、个人可能根据个人信息中的年龄、经济实力等将自然人进行分类，并在此基础上对自然人进行区别对待或者歧视对待。<sup>〔24〕</sup>例如，低收入者必须承受更高的贷款利率，特定性别、婚育状况的求职者本应将自身状况作为隐私而不予透露，而雇主却非法获取了这些个人信息从而造成了就业市场的不当歧视，等等。

〔22〕 参见“北京蓝娃娃教育科技有限公司与吴文雯因服务合同纠纷案”，北京市第一中级人民法院（2017）京01民终579号民事判决书。

〔23〕 参见前引〔4〕，谢鸿飞文。

〔24〕 See David Lyon, *Surveillance as Social Sorting: Computer Codes and Mobile Bodies*, in David Lyon ed., *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk and Digital Discrimination*, Routledge, 2002, p. 13.

三是消费操纵和关系控制,如商家精准投放广告给特定受众,从而操纵购买者的消费冲动。有些平台和组织甚至通过对个人信息的精确控制来操纵其自主作出的决定,对受害者造成潜在的、甚至通常情形下无法被其认识到的伤害。<sup>〔25〕</sup>

四是受害人因个人信息泄露导致人身、财产权益遭受不确定的风险而产生焦虑与不安全感。受害人可能因为个人信息被泄露后无法掌控风险,从而处于无法摆脱的精神焦虑之中,这种精神焦虑并非基于财产或者人身权益被侵害而遭受的现实损害,而仅仅是对于未来风险的担忧,这能否被认定为现行法中的“严重的精神损害”,尚需进一步讨论。

前述风险在传统的侵权场景中并不常见,但随着个人信息被泄露和不法利用的情形逐渐加剧,这些不利益却很可能降临到社会中的任何一个人身上。受害人遭受的这些不利益通常并不表现为现实的财产减少,而仅仅表现为可能会发生的风险,但这些风险又会现实地影响每个受害人的生活,使受害人的利益状态发生显著的改变。在此背景下,这样的风险有无必要纳入侵权法的调整范畴?

#### (一) 将风险作为损害的必要性

我们生活在信息技术向纵深发展的数字时代,自然人个人信息泄露事件频发,侵害个人信息权益的风险已经呈现出逐渐加剧的态势,风险社会理论也随之复兴。该理论认为,后工业时代人类社会的风险来源已由自然风险转变为人为风险。<sup>〔26〕</sup>其中,最重要的表现就是随着科学技术的迅猛发展,个人信息安全处于越来越多的风险与不确定性之中。与其他风险相比,个人信息受损中的风险具有如下特殊性:第一,某些极具识别性的信息如基因信息等一旦泄露即具有不可挽回性,无法通过销毁、重置等手段使此类个人信息恢复到隐秘的状态,因而是一种不可逆的风险;第二,扩散性,以暗网为例,暗网上交易、转卖的个人信息正以极高的频率、极广的范围传播,如据江苏南通和如东公安机关调查,暗网上超过5000万份公民个人信息被出售;<sup>〔27〕</sup>第三,不可测性,一旦个人信息泄露,无法通过追踪、停止侵害等方式使个人信息重归于可控范围。

亦即言,数字时代的自然人,其个人信息泄露后可能以不可知的方式无限次地传播,从而使相应的自然人深受其害。若法律对此置之不理,而是坐等一切风险全部转化为不可逆的损害之后才予以救济,难免过于消极,并不利于法律充分保护民事主体合法权益之目的的实现。事实上,风险社会理论在数字时代复兴,其中蕴含的是一种在不可挽回的悲剧发生之前尝试避免的努力。为此,对于个人信息侵害导致前述风险的法律规制,最有效的途径之一便是将现实损害发生前已存在的特定风险纳入侵权法的调整范畴,通过侵权法上的责任认定与承担机制将最终的不利益转移到信息处理者一方,督促信息处理者提前规避个人信息侵害行为发生,从根源上加大保护个人信息的力度。事实上,通过承认特定风险在侵权法上的可赔性,从而将引发特定风险发生的不利益由受害人转移给信息处理者承受,在侵权法上亦具有充分的正当性基础:第一,个人信息泄露

• 449 •

〔25〕 参见前引〔3〕,叶名怡文。

〔26〕 参见〔德〕乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯:《自由与资本主义——与著名社会学家乌尔里希·贝克对话》,路国林译,浙江人民出版社2001年版,第119页。

〔27〕 参见苏锦安、戴红亮:《5000多万条个人信息在“暗网”倒卖》,载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1666342996935526862&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2022年4月5日。

后导致的种种风险均由信息处理者的行为产生，由开启危险源的人承担责任，符合侵权法的基本法理；第二，信息处理者通常比个人具有更强的风险规避能力；第三，信息处理者通过搜集海量个人信息从中获利，根据报偿理论，也应由信息处理者承担个人信息侵害导致的风险。<sup>〔28〕</sup>

在侵权法上，让加害人对其造成的损害进行赔偿，实质上是将其侵权行为带来的成本内部化，从而迫使行为人的行为符合社会预期，同时也能实现对他人利益的保护。<sup>〔29〕</sup>在风险社会背景下，对侵权损害赔偿的相关理论进行适时调整，适当地将个人信息侵害引发的特定风险纳入侵权法上的可赔范畴，在现实的损害发生之前即予以调整，既能发挥预防损害发生的作用，实现帕累托最优，又能实现侵权法的震慑作用，从而更好地发挥侵权法本身的保护作用，实现其规范目的。

## （二）将风险作为损害的理论分歧及评析

对于前述个人信息侵害引发的特定风险应否纳入我国侵权法上的可赔损害范畴，我国学理上存在较大分歧。持否定说的学者以损害须具有“确定性”为理由，认为个人信息被泄露只会带来未来发生损害的风险，而这种风险本身不具有“确定性”，因此不能被认定为侵权法上的损害。在否定论者看来，赔偿责任只有在个人信息被非法利用导致现实的人身、财产侵害时才会发生。<sup>〔30〕</sup>

持肯定说的学者则重申了损害概念需要革新这一命题，其立足于数字时代的风险社会这一背景，认为应将满足一定条件的风险认定为侵权法上的损害，这相当于将信息泄露而导致其他现实损害发生的风险由受害人转移给信息处理者承担。在肯定说看来，由信息处理者承担这种风险是风险社会分配风险的一种具体方式。至于风险性损害与损害的“确定性”之间的矛盾并非不可调和，其可以通过对“确定性”作进一步的开放性解释获得解决，而不是自始将“确定性”等同于“已发生”。<sup>〔31〕</sup>以此为基础，肯定说认为，对于将个人信息侵害引发的特定风险纳入侵权法上可赔偿损害范畴所面临的难题，应从对差额说的修正出发，将侵权行为导致的状态差额作为认定损害存否的标准，<sup>〔32〕</sup>然后建立起动态的评价体系，按照此标准对个案中发生的风险进行判断，予以灵活确定。<sup>〔33〕</sup>

在否定说和肯定说之间还存在折中立场。持此立场的学者一方面并未承认将风险本身视为一种损害，另一方面又认为个人信息泄露造成的风险本身也会带来现实的财产减损，在某些情况下会造成严重的精神损害，而这些不利益可以纳入侵权法的损害范畴并得到相应的救济。如受害人为了预防个人信息泄露导致的风险现实化而支出的预防费用，可以被认定为与侵权行为具有因果关系的财产损失。<sup>〔34〕</sup>此外，考虑到实践中精神损害的严重程度本身难以判断，折中说对个人信息侵害中承受风险的受害人是否存在严重精神损害进行推定。在其看来，只要是严重侵权，那么

〔28〕 参见刘水林：《风险社会大规模损害责任法的范式重构——从侵权赔偿到成本分担》，载《法学研究》2014年第3期。

〔29〕 参见前引〔12〕，陈聪富文。

〔30〕 参见程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，载《中国社会科学》2018年第3期。

〔31〕 参见前引〔5〕，田野文。

〔32〕 参见前引〔11〕，李昊文。

〔33〕 参见张建文、时诚：《个人信息的新型侵权形态及其救济》，载《法学杂志》2021年第4期。

〔34〕 参见前引〔4〕，谢鸿飞文。



相应的精神损害即可以推定为具有严重性。亦即言,在承认个人信息侵权行为属于“严重侵权行为”的基础上,也应承认这样的侵权行为会导致具有“严重性”的精神损害。因此,个人信息侵权本身也可能造成财产损失与严重的精神损害从而得到赔偿。<sup>〔35〕</sup>

从前述学理讨论可知,否定说和折中说均对于个人信息泄露导致的风险本身被认定为损害这一问题持否定态度,只有肯定说承认了个人信息泄露本身产生的风险可能被认定为损害。否定说和折中说对风险作为损害的否认是基于风险不具有确定性这一理由,而肯定说对确定性作出了不同的解释,从而得出一定的风险也可以具有确定性的结论。对此,本文认为,将风险作为损害认定问题上的分歧,根源在于对损害概念理解上的不同。持否定说的学者之所以否认风险作为损害,是基于对差额说的坚持,认为无现实的财产差额则不可能存在财产损失。因而对于损害本质的理解就成为理解这一问题的关键,本文认为,损害概念本身不应狭义地理解为差额,差额说仅为财产损失的一种认定方式,尽管其一直以来占据主流的地位,然而在个人信息侵权领域仍有对其修正适用的必要性。

### (三) 将风险作为损害的理论基础

如前所述,虽然差额说一直是侵权法上认定财产损失的基础理论,但不能将损害直接等同于差额,差额仅仅是损害的认定方式之一,去价值化的特性导致其在特殊情形下难以认定损害是否发生。以个人信息侵权中的损害为例,受害人除了遭受现实损害之外,还可能遭受个人信息泄露导致的一系列风险,如下游犯罪剧增、社会分选与歧视、消费操纵和关系控制,虽然信息泄露导致的这类风险并不直接体现为现实的财产差额,但是受害人所处的利益状态本身事实上已发生了实质变化,比如身份信息被盗窃后可能导致不良个人信用记录,或者隐私信息被雇主非法获取后变成“透明人”,在就业市场上的竞争力下降,获得雇主青睐的能力降低,等等。在差额说下,受害人这些状态的恶化均难以被认定为侵权法上的损害而获得赔偿,难免有失偏颇。

损害概念的本质是受法律保护的状态或地位遭受不利益,若这些状态的变化已具有相当的确定性,也足以用金钱衡量,那么自然应肯定相应损害的存在。若差额说无力解决这一问题,那么不应缘木求鱼,而是有必要引用学理上对差额说进行修正的其他学说来认定损害。如规范损害说主张,即使并无特定物或人身权益被侵害或者并不存在财产总额之价值变动,只要权利主体受法律保护的地位被侵害或者存在纳入法律规范评价领域的损害,那么这些侵害或者损害就属于侵权法上的可赔损害范畴。学理上存在对规范损害说的批判,认为其只是一种思维方式,难以避免缺乏客观标准导致的司法自由裁量权滥用等问题。<sup>〔36〕</sup>对此,本文认为,规范损害说虽然不能取代差额说的位置,但在差额说并不能解决的特殊问题上,可以通过引入规范损害说而赋予法官以自由裁量权,从而克服差额说之弊端,更好地服务于法律保护个人信息之目的。事实上,我国司法实践中已有法院采取了这样的观点。例如,在“孙长宝与北京搜狐互联网信息服务有限公司等人格权纠纷案”中,北京市互联网法院认为“个人信息在互联网经济的商业利用下,已呈现出一定的财产价值属性”,并且信息处理者从获取个人信息中获益,因此也应当承担相应风险导致的不

〔35〕 参见前引〔4〕,谢鸿飞文。

〔36〕 参见朱晓峰:《侵权可赔损害类型论》,法律出版社2017年版,第70页。

利益，对被侵权人的损失和利益没有证据的，应当根据实际情况确定赔偿数额。<sup>〔37〕</sup>

#### （四）将风险作为损害的比较法经验及启示

对于风险能否被认定为损害的争论并不仅存在于我国。在比较法上，如美国的司法实践中风险是否应作为侵权法上的损害而可以通过金钱赔偿的方式予以救济，也颇具争议。支持将特定风险作为损害的观点认为，在原告能初步证明未来发生损害的可能性非常高的情况下，应当承认原告有资格以这种风险作为损害起诉，并有资格获得赔偿。在 *Remijas v. Neiman Marcus Grp. LLC* 案中，法院便在原告并未受欺诈而仅仅存在风险的情形下认定原告遭遇了现实的损害。<sup>〔38〕</sup> 在 *Lewert v. P. F. Chang's China Bistro, Inc.* 案中，法院更进一步指出，两名被黑客窃取信用卡信息的原告，虽然其中一名已经遭受欺诈而另一名没有，但两名原告都因为得知自己的信用卡信息被泄露而费时费力地监控其账户，因此原告所主张的损害已然发生，<sup>〔39〕</sup> 亦即应将风险出现后受害人为了防范风险而付出的预防费用也认定为损害予以赔偿。与之相反，持否定立场的法院则认为风险本身并不具有实质性、确定性，因此不应纳入可以获得侵权赔偿的损害范畴。在 *Clapper v. Amnesty International USA* 案中，原告质疑美国《外国情报监视法》中允许监控境外非美国公民的通信的相关规定，原告认为这增大了自己的隐私或其他个人信息被泄露的风险，不但会使其一直处于不安全的焦虑状态，还会使其为了防止自己的隐私泄露而付出时间和金钱的成本，这已然构成损害。然而这一诉求被美国联邦最高法院拒绝。<sup>〔40〕</sup> 这一案例被很多法院在支持否定说时加以引用。因此，在许多被黑客攻击后个人信息泄露的案件中，法院并不支持仅仅以风险作为损害而起诉的做法，拒绝承认“实质性风险”的说法，比如 *Key v. DSW Inc.* 案<sup>〔41〕</sup> 与 *Beck v. McDonald* 案。<sup>〔42〕</sup>

相比之下，欧盟对个人信息保护力度更大，因而对新型损害的认定也持有与美国法院的否定说不同的态度。欧盟的《通用数据保护条例》即反映了放宽损害要件认定标准的立场，从而加大了个人信息的保护力度，以回应个人信息侵权愈演愈烈背景下保护个人信息权益的现实需求。例如，《通用数据保护条例》第 82 条将可以主张损害赔偿请求的范围扩大到了“遭受重大或非重大损害的人”，放弃了损害具有重大性才可主张赔偿的要求。另外，该条例第 146 条有更为明确地表示：“损害应根据欧盟法院的判例法作广义解释，并充分反映本条例的目标。”此条直接地为个人信息侵权所可能带来的社会分选与歧视、精神损害等被纳入新型损害的范畴，提供了可能性。

为追随欧盟《通用数据保护条例》保护个人信息的规范目的，德国法也降低了损害认定门槛，缓和了对“实际金钱损害”“精神损害之严重性”等要件的强调，以加大对个人信息的保护力度。这具体表现在两个方面：一是就风险本身是否具有经济价值、受害人是否可以因此主张赔偿而言，德国开始将“歧视、身份盗窃或欺诈、财务损失、声誉损害、数据泄露”等不利益纳入

〔37〕 参见北京互联网法院（2019）京 0491 民初 10989 号民事判决书。

〔38〕 See *Remijas v. Neiman Marcus Grp. LLC*, 794 F.3d 688 (7th Cir. 2015).

〔39〕 See *Lewert v. P. F. Chang's China Bistro, Inc.*, 819 F.3d 963 (7th Cir. 2016).

〔40〕 参见前引〔2〕，Kristen Choi 文，第 444 页。

〔41〕 See *Key v. DSW Inc.*, 454 F.Supp.2d 684 (S.D. Ohio 2006).

〔42〕 See *Beck v. McDonald*, 848 F.3d 262 (4th Cir. 2017).

损害的行列,并承认此类不利益可能带来财产损失;二是就风险是否会导致精神损害而可主张精神损害赔偿而言,2018年新修订的《德国数据保护法》已经将精神损害索赔门槛明显降低,删除了原本的“严重侵害人格权”这一要件。<sup>〔43〕</sup>

当然,各国对个人信息的保护力度存在明显差异,因为对个人信息采取何种保护本身就属于价值判断的问题。个人信息除了承载着个人受法律保护的利益之外,同时也承载着公共利益。一些学者甚至提出,个人信息对当代经济的重要性就像石油对工业革命的重要性一样。<sup>〔44〕</sup>将个人信息加以合理利用、整合,已经成为提高政府治理水平、提高生产力发展速度和质量必不可少的要素之一。因此,在个人信息权人的合法利益与社会公共利益保护的天平上,立法者如何进行价值取舍与权衡,将直接决定法律实践对个人信息的保护力度。典型的弱保护模式是美国模式,它几乎不保护一般的非隐私信息。<sup>〔45〕</sup>与此相对应,美国法院对于风险作为损害的态度以否定说为主即不足为奇。相比之下,欧盟及其成员国对个人信息的保护明显更强。因此,在借鉴域外经验时也应将此背景纳入考虑,结合我国立法对个人信息保护的态度进行取舍、有选择性地借鉴相应的有益经验。本文认为:一方面,我们不能不考虑个人信息侵权愈演愈烈、受害人主张侵权法上的损害赔偿却极难得到支持的司法现状,以及比较法上放宽损害要件、降低证明难度等以达到加强个人信息保护力度的趋势;另一方面,又不能在风险作为损害这一问题上捕风捉影,一概支持将风险认定为损害,以此造成对个人信息的过度保护进而抑制利用个人信息所内含的公共利益的保护。因此,对于哪些风险能被认定为侵权法上的损害予以赔偿这一问题不能采取“全有全无”的判断策略,而应该建立动态评价体系,在个案中结合规范目的具体判断,被予以承认的风险性损害应是客观的、合理的,而非主观臆测的、捕风捉影的。

• 453 •

#### 四、个人信息侵权中的损害认定方法

个人信息侵权案件中的损害认定相较其他侵权案件更为复杂。一是损害的类型更为复杂;二是损害可能发生在收集信息、处理信息、散布信息以及后续传播等各个环节,可能发生二次损害甚至多次损害。本文认为,发生个人信息泄露或其他个人信息侵权事件时,受害人可以主张的损害可以区分为现实损害与风险性损害。现实损害又可以进一步区分为财产损失和精神损害,至于风险性损害,法官需在个案中分别进行利益衡量,满足一定条件的风险性损害应纳入侵权法上的损害范畴而获得相应的赔偿。

##### (一) 财产损失

个人信息侵权导致的财产损失按照其产生原因不同,可大致分为三类:其一,个人信息权益作为可被商业化利用的人格权益,其本身具有财产利益的属性,在个人信息权益被侵害时,权利

〔43〕 参见前引〔3〕,叶名怡文。

〔44〕 See Sam Jossen, The World's Most Valuable Resource is No Longer Oil, But Data, *The Economist*, May 6, 2017.

〔45〕 See Shawn A. Johnson, A Law and Economics Approach to Privacy Policy Misstatements: Considering the Need for a Cost Benefits Analysis in the FTC's Deception Framework, 18 (1) *Columbia Science and Technology Law Review* 79, 79-138 (2016).

主体可主张对个人信息所具有的财产价值减损的赔偿；其二，侵权行为人在侵害个人信息权益的同时，很可能导致其他财产权益受损；其三，个人权益受到侵害时可能导致各类风险，受害人为了防范这类风险的现实化可能付出风险防范费用，这在一定条件下也可能成为受害人可主张的财产损失。

### 1. 个人信息权益本身的财产价值损失

尽管我国民法学界对个人信息权益属于权利抑或利益存在分歧，但这并不影响主流观点在个人信息属于独立的人格权益这一问题上达成共识。<sup>〔46〕</sup>即自然人享有的个人信息权益可归入《民法典》第990条第2款规定的人格权益范畴。

个人信息权益作为一种独立的人格权益不仅仅承载着权利主体的精神利益，还承载着经济利益。<sup>〔47〕</sup>比如权利主体通过将个人信息授权于他人使用或转让给他人进行商业化利用，实现对其个人信息权益的经济利益。当个人信息权益受侵害时，其本身的财产价值可能发生减损因而产生财产损失，这种财产损失是因个人信息权益作为一种人身权益被侵害而导致的，有别于财产权益直接受损而导致的财产损失。我国的法律实践坚持人格权一元保护模式，当受害人基于其人格权受损害而受到财产损失或精神损害时，无需分别主张财产利益和人格权利益受到侵害而获得赔偿，而是通过人格权制度对财产、精神利益同时予以保护。<sup>〔48〕</sup>《民法典》第1182条中规定，侵害人身权益造成财产损失的，赔偿数额的确定可以根据实际损害、侵权人获益确定，或者由法院酌定，这一规定也是为了适应人格权益受侵害导致财产损失的情形，即人格权益本身受损时也可直接主张财产损失。将财产性的考虑引入人格权的损害纠纷中，其目的是突破人格权损害以精神损害赔偿为主的藩篱，为权利人提供更为全面的权利救济。<sup>〔49〕</sup>

### 2. 下游财产损失

个人信息被信息处理者收集后，可能被第三人窃取或利用，第三人利用个人信息进一步实施侵权行为，最常见的有窃取个人信息实施诈骗或盗窃，此类情形下，受害人直接遭受财产损失，因而对侵权责任损害要件的认定并无太大争议。理论和司法实践中的争议主要集中在信息泄露造成的财产损失结果是否应当由信息收集平台承担、在多大程度上应当由其承担责任，以及不同责任人之间如何分担侵权损害赔偿责任。<sup>〔50〕</sup>至于财产损失的数额认定，可直接采差额说的界定标准，计算侵权行为发生后的实际情况与假设侵权行为未发生的应然情况之间的财产差额，以此作为赔偿金额。

### 3. 风险的预防费用

个人信息被信息处理者泄露后却并未被第三人立即进一步利用实施侵权行为，在这种情形下，虽然受害人财产并未发生现实的减少，但是由于其个人信息已经处于随时可能为第三人非法利用的状态，可能引发下游犯罪、社会分选和歧视、消费操纵和关系控制等等。这些情形均不能

〔46〕 参见张新宝：《论个人信息权益的构造》，载《中外法学》2021年第5期；彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期；付新华：《个人信息权的权利证成》，载《法制与社会发展》2021年第5期。

〔47〕 参见向秦、高富平：《论个人信息权益的财产属性》，载《南京社会科学》2022年第2期。

〔48〕 参见程啸：《论我国民法典中个人信息权益的性质》，载《政治与法律》2020年第8期。

〔49〕 参见姚辉：《关于人格权商业化利用的若干问题》，载《法学论坛》2011年第6期。

〔50〕 参见谢鸿飞：《个人信息处理者对信息侵权下游损害的侵权责任》，载《法律适用》2022年第1期。

直接认定为受害人财产状况现实的削减,而仅仅是未来可能产生财产损失或其他不利益的风险。受害人可能为了防止前述风险的实现,不得不采取一定措施将自己的状况保持在风险不会发生的状况。比如被黑客攻击电脑系统后,为防范数据为第三人不法利用而安装防火墙或更换系统并自费安装防护软件;又比如信用卡信息被非法盗取后挂失信用卡等措施均会带来一定的金钱成本,这些费用虽然区别于一般意义上的财产损失,但其支出目的在于防范第三人非法利用已泄露的个人信息对其权益造成侵害、避免将来可能的损害风险,是为了排除对权益的妨害,<sup>[51]</sup>与加害人侵害个人信息的行为之间具有因果关系,可以认定为损害而获得赔偿。

此外,个人信息侵权的司法解释也明确规定,为防止人身伤害的发生而采取的某些必要措施的合理费用也构成财产损失。<sup>[52]</sup>虽然司法解释中仅仅列举了律师费、调查取证的成本作为排除人身权益妨害的预防费用,可以作为损害而获得赔偿,但不排除其他的预防费用也可以通过类推解释的方法获得赔偿的可能性。

至于赔偿数额的问题,并非任何预防费用均可获得全额的赔偿,比如在美国 *Polanco v. Omnicell, Inc.* 案中,预防费用的可赔性受到严格的限制,在不存在法律上的因果关系的情形下,或者预防费用并非合理必要而仅仅是受害人故意“制造”的情形下,预防费用不可认定为损害而获得赔偿。<sup>[53]</sup>因此,在划定预防费用的可赔范围时,本文认为可以在比例原则下审视:此项预防费用的支出是否具有合理性、必要性和相称性,仅仅在合理范围内符合比例原则的预防费用可以获赔,以此防范受害人通过恶意“制造”预防费用引发的道德风险事件,以维护“禁止从损害中获益”这一法理。

## (二) 精神损害

根据《民法典》1183条第1款,受害人因人身权益被侵害而遭受的精神损害只有满足“严重性”要件时才可获得赔偿。在司法实践中,因个人信息泄露导致的精神损害往往因为达不到“严重性”要件而难以获得法官支持,比如“黄某诉腾讯科技(深圳)有限公司等隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案”中,受害人因其个人信息被泄露而主张精神赔偿,但却由于泄露的范围限于其微信好友,故原告主张的精神损害因达不到“严重性”标准而不被支持。<sup>[54]</sup>

事实上,精神损害是否满足“严重性”要件这一问题并不单单是在个人信息侵权中特有的问题,而是所有主张精神损害赔偿的案件中固有的问题,由于“严重”一词固有的模糊性和空洞性,学理上对其的认定标准缺乏共识甚至相互矛盾,导致无法对司法裁判起到有效的指导作用。因此,在司法实践中,法官往往滥用自由裁量权,难以对类似案件实现类似处理。<sup>[55]</sup>实际上,“严重性”作为法律条文中的表述,对其解释应该成为评价社会事实的一种应然价值标准,“精神损害是否具有严重性”这一问题绝非仅仅是事实的判断,更是根据社会一般观念、立法者的规范目的而进行一系列价值衡量的结果。

[51] 参见前引[8],程啸书,第170页。

[52] 参见《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第18条;《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》第8条。

[53] See *Polanco v. Omnicell Inc.*, 988 F. Supp. 2d 451, 470-71 (D. N. J. 2013).

[54] 参见北京互联网法院(2019)京0491民初16142号民事判决书。

[55] 参见朱震:《论侵害人格权精神损害赔偿中的“严重”》,载《法制与社会发展》2022年第2期。

因此，在个人信息侵权中受害者主张的精神损害是否具有“严重性”，也有赖于法官在个案中综合考量各种涉案因素的基础上进行价值衡量来确定。针对受害人因个人信息泄露导致的风险而产生的“焦虑”这一情形，首先，法官应该考虑社会中风险分配的问题，即哪些风险应该由处理者承担，哪些精神负担和心理压力应该由受害人自己负责。其次，法官也应该视被侵害的个人信息属于私密信息抑或非私密信息区分不同的保护力度，比如在隐私权受到侵害时，相比一般的个人信息被泄露的情形，受害人正常的生活安宁、平静和不受侵扰的状态往往受到更大的冲击，此时其主张的精神痛苦严重程度也就更高。最后，受害人主张的精神损害可能是基于个人信息受损，也可能是基于其他人格权益受损，比如因个人信息泄露导致的名誉权受损而产生的精神损害。《民法典》对于不同人身权益类型进行区分保护，这也会影响精神损害“严重性”要件的判定。《民法典》第998条中将生命权、身体权、健康权区别于其他人格权，可见其作为自然人赖以生存的基本人格权地位，因此对其保护程度也应相应最高。<sup>[56]</sup>对于第998条生命权、身体权、健康权之外的精神性人格权，立法者持有开放的态度而将相应的利益衡量授权给法官，在判断侵害精神性人格权的民事责任时，法官可以根据第998条中列举的因素自由裁量，这当然也适用于精神损害的“严重性”要件的判断。<sup>[57]</sup>

### （三）风险性损害

根据规范损害理论，损害的认定应以“受害人受法律保护的状态或地位是否发生变动”作为标准。就个人信息领域的损害认定而言，个人信息泄露带来的风险状态与零风险或低风险状态相比较，是否存在客观真实的利益差额？这种利益差额在立法者的价值立场上，究竟是由受害人自己承担还是由信息处理者承担？对此，法官在个案中应该围绕状态差额进行价值衡量，具体判断哪些风险可被认定为损害。为了约束法官的自由裁量权，法官在进行价值衡量时应在如下考虑因素框架下进行动态评价。

#### 1. 被侵害的个人信息类型

法官在进行利益衡量时，应首先考虑我国现行法律框架下立法者所持的价值立场以及追求的规范目的，损害的认定也应与现行法的规范目的和秩序相匹配。根据《民法典》第1032条第2款和第1034条第3款，个人信息中的私密信息属于隐私范畴，侵害私密信息后应优先适用关于隐私权的保护规定，这表明立法者对于私密个人信息和一般个人信息事实上进行区别保护。在侵犯隐私的情况下，由于损害的范围已经扩展到无形损害，侵犯私密信息本身即可以认定为损害。<sup>[58]</sup>《民法典》第1226条对此即作了明确规定。依据该条规定，医疗机构及其医务人员对披露患者病历承担侵权责任，该条隐去了损害要件，事实上表明立法者承认于此情形下私密信息披露本身就可以构成损害，而无需其他现实的损害结果。<sup>[59]</sup>在司法判决中，法官也持对隐私权进行绝对保护的立场，隐私权本身的侵害即可被认定为损害。<sup>[60]</sup>

[56] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编解读》，中国法制出版社2020年版，第47页。

[57] 参见前引[55]，朱震文。

[58] 参见徐明：《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》，载《中国法学》2017年第1期。

[59] 参见前引[5]，田野文。

[60] 参见贵州省贵阳市中级人民法院（2021）黔01民终975号民事判决书；北京市房山区人民法院（2020）京0111民初12513号民事判决书。



因此,如果被泄露的信息是私密信息,则可以适用对隐私权进行绝对保护的规定,无论这种信息泄露是否导致现实的财产损失或精神损害,无论会导致何种风险,这种泄露本身都可以直接被认定为损害,而不再需要法官对风险展开进一步的考察。然而,个人信息应因其私密程度差异而受到不同程度的保护,否则难免会抑制个人信息被传播、利用创造的社会价值。因此除了私密信息以外的个人信息被泄露导致的风险,需要进一步讨论是否构成损害。

## 2. 风险发生的盖然性

在私密信息以外的个人信息被泄露的情形下,各类风险需要进一步予以考察以认定是否能构成损害。对此,风险的界定有两个精细化方向:一方面,它包含了特定危害后果发生的可能性,即概率;另一方面,它包含了危害的结果及其影响的范围。<sup>[61]</sup>美国联邦最高法院在 *Spokeo, Inc. v. Robins* 案中指出,满足一定盖然性条件的无形风险也能被认定为确定、具体的损害。<sup>[62]</sup>只有具有较高盖然性的风险才会给受害人带来现实而紧迫的威胁,如不及时制止和排除,则很可能带来不可逆转的后果,因而有必要认定为损害并予以救济。有学者将不同盖然性的风险分为三类,即“危险”“风险”和“剩余风险”。<sup>[63]</sup>其中,“危险”的盖然性最高,社会一般人通过直观经验即可感受到权益受到侵害的威胁;“风险”的盖然性相较更低,但仍然在客观上对受害人带来威胁,与剩余风险的“几乎不可能发生”的状态相比,“风险”仍有救济的必要。对于什么样的风险值得保护,有不同的观点。有观点认为,应该证明伤害几乎肯定会发生,只有在因果关系不能充分证明的情况下才能预防;还有观点认为,只要有伤害发生的可能性,这种风险就应该提前预防。<sup>[64]</sup>尽管存在分歧,但这两种观点均认为:“风险”要求的证据充分程度应低于采取危险排除行为的证据要求,也即除了“危险”可以通过消除危险请求权加以救济之外,给受害人带来损害的盖然性达到一定标准的“风险”也可以认定为损害,受害人有权主张恢复原状或赔偿予以救济。<sup>[65]</sup>

• 457 •

判断个人信息泄露导致的风险发生的盖然性,可以结合以下几点具体判断:

第一,信息泄露的范围是否足够广泛。在通过网络侵害个人信息时,可以根据点击率、转载率、持续时间、传播范围等因素来评估影响范围。<sup>[66]</sup>如果个人信息在披露后的传播仍在可预见和可控范围内,不属于向不明人群或不明地区的传播,则风险转化为实际损害的可能性一般较小。<sup>[67]</sup>反之,如果影响范围足够大,则受害人受法律保护的财产、人身安全状况则会发生实质的变化,风险发生的盖然性则更大。

第二,结合信息出于何种目的被收集,又以何种方式被泄露、窃取等相关因素考察。从行为

[61] 参见赵鹏:《风险社会的行政法回应:以健康、环境风险规制为中心》,中国政法大学出版社2018年版,第10页。

[62] See Daniel J. Solove, Danielle Keats Citron, Risk and Anxiety: A Theory of Data Breach Harms (December 14, 2016), GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-2, GWU Legal Studies Research Paper No. 2017-2, p. 1244.

[63] 参见秦天宝、陆阳:《从损害预防到风险应对:预防性环境公益诉讼的适用基准和发展方向》,载《法律适用》2022年第3期。

[64] 1987年保护北海第二次会议部长级宣言指出:为保护北海免受危险物质损害的可能,采用预防措施十分有必要,要求在损害因果关系得到充分科学证据确认之前控制危险物质的注入。

[65] 参见前引[61],赵鹏文。

[66] 参见前引[33],张建文、时诚文。

[67] 参见“张某某等与俞某等隐私权纠纷上诉案”,浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民终3053号民事判决书。

目的来看，第三人出于黑客攻击的目的获取个人信息，和商家出于精准投放广告、营销的目的非法获取个人信息相比，显然前者的行为利用个人信息从事违法犯罪的可能性更大。从行为方式来看，如果第三人仅仅是盗窃有形财产比如电脑、手机等，行为人在将有形财产据为己有的同时，很可能通过解锁而获知手机里和电脑里的相关个人信息，但是这种非法获取个人信息的方式和黑客直接精准攻击大量的网络用户系统、定向获取特定数据相比，显然后者更具有直接的攻击性和危害性，其所引发的风险转化为现实损害的可能性更大。

第三，在诉讼程序中，受害人也可以在举证中通过类似的信息泄露事件中风险是否发生来证明风险的盖然性。例如，“庞理鹏与北京趣拿信息技术有限公司等隐私权纠纷案”中，原告收到虚假的航班信息取消短信，其通过列举出东航公司多次被媒体曝光存在泄露他人个人信息的风险先例，<sup>〔68〕</sup>加之近年来航班信息的诈骗事件多发的社会背景，以此证明自己个人信息被盗窃后被诈骗之风险的盖然性，该主张最终被法院采纳。通过列举类案中风险发生之盖然性之高，可以对受害人所遭受的风险发生之盖然性起到佐证的作用，因此也可以作为法院在认定风险性损害时的考量因素。

### 3. 风险可能导致的危害及其影响范围

正如上文所言，风险的另一个精细化方向为风险可能导致的危害及其影响范围，只有对于可能引发不可逆转的重大损失的风险才有必要提前采取预防措施。风险之所以有被认定为损害的必要性，也是基于个人信息领域某些信息泄露导致的风险将产生不可逆转的损害，而不得不提前采取预防措施。在环境法领域，《里约环境与发展宣言》第15条明确指出，那些严重的或者不可逆转损害的威胁属于需预防的风险。<sup>〔69〕</sup>这一规定对于哪些风险是值得预防的判断标准来说具有借鉴意义。因此，本文认为，要认定为损害的风险应首先满足损害后果不可补救或者事后补救将带来巨大的成本这一条件，否则将损害与赔偿的认定提前到实际损害发生之前便失去其必要性。就不能补救而言，如某些个人信息一旦泄露便难以通过更改个人信息的方式消除被泄露的风险，如生物识别信息或者基因信息，如果对于这些风险都采取一定的预防措施，即提前认定为损害而予以赔偿，那么便可消除信息处理者的侥幸心理，督促收集、保管生物基因信息的信息处理者更加谨慎行事，以免发生不可逆转的后果，从而发挥损害赔偿的预防作用。就补救所需成本巨大而言，被泄露的个人信息在“暗网”被倒卖后，无数下游处理者将随时都可以反复利用这些个人信息实施不法侵害活动，使可能的损害将在未来不定期地反复发生。受害人若是等到具体的损害结果发生后才能主张赔偿，将不得不在长期的不确定性状态中等待数月甚至数年才能得到救济，受害人为维权付出的时间成本和金钱成本也会随之增多。

## 五、结 论

整体而言，在数字时代，通过重新审视损害概念而在引入规范损害说修正差额说之不足的基

〔68〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终509号民事判决书。

〔69〕 《里约环境与发展宣言》第15条规定：“为了保护环境，各国应该根据它们的能力广泛采取预防性措施。凡有可能造成严重的或不可挽回的损害的地方，不能把缺乏充分的科学肯定性作为推迟采取防止环境退化的费用低廉的措施的理由。”

基础上,可以将特定条件下个人信息侵害引发的风险纳入侵权法上的可赔损害范畴,从而更好地落实法律充分保护自然人合法权益的目的。至于哪些风险可被认定为损害,应着重考虑的方向是:其一,我国现行法对私密信息和其他个人信息实行区别保护,因此在认定特定风险可否作为损害时,应区分个人信息私密程度不同而有所差异;其二,对于非私密信息的侵害,应从风险发生的盖然性和风险可能导致危害的影响范围两个维度考察风险是否具有被认定为损害的特质。法官在认定风险性损害和确定损害数额时,应在个案中综合以上考量因素进行利益衡量、动态评价。

---

**Abstract:** In view of the irreversibility, unpredictability and proliferation of certain risks in the context of modern society, identifying risks as legal damages before irreversible consequences occur and obtaining compensation through tort law can internalize the costs of tort, which can play a preventive role to achieve Pareto optimality and also achieve the deterrent effect of tort law. Therefore, in the case of personal information infringement, in addition to the actual damages such as property damages and moral damages, the risky damages that meet certain conditions should also be recognized as legally compensable damages. In the determination of risky damages, the normative damage theory should be used as the theoretical basis for the determination of damages, and a dynamic evaluation system should be established to determine the amount of damages based on specific considerations in individual cases.

**Key Words:** personal information infringement, differential theory, normative damage theory, risk society, risky damage

---

• 459 •

(责任编辑:徐建刚 赵建蕊)

## 论共同处理个人信息的侵权损害赔偿责任

刘琬乔\*

**内容提要：**《个人信息保护法》第20条对两个以上个人信息处理者的共同处理行为进行规制，规定了共同处理个人信息的侵权损害赔偿责任。第2款虽然采纳了“依法承担”之表述，但在性质上仍属于独立的请求权基础，包含完整的构成要件与法律效果。如果将其参引《民法典》多数人侵权责任的规定，将面临规范目的无法融洽、构成要件适用困难等难题。“个人信息处理者共同处理个人信息”构建了共同处理的基本场景，对此，应坚持功能性路径，借鉴动态系统论原理，结合协作意愿、目的相似性、相互访问数据库的可能性以及信息主体的客观预期等要素，综合考察具体场景中信息处理者实际施加的影响力，进行共同处理的场景识别。认定共同处理者承担侵权损害赔偿责任，应满足如下要件：共同处理者应参与处理行为，但无须均实施直接侵权行为；造成的损害包括财产及精神损害；主观归责采过错推定原则；因果关系证明采对受害者有利的证明规则以矫正信息主体证明能力不足、证明成本过高的劣势地位。

**关键词：**个人信息 共同处理 侵权损害赔偿 连带责任 请求权基础

### 一、问题的提出

互联网技术发展使个人信息共同处理成为不可避免的常态现象，不同运营商、众多服务者对个人信息的整合以及对信息主体生成内容的共享是互联网时代的潮流。<sup>〔1〕</sup>与数据共享伴生的复杂处理行为，使信息主体与信息处理者之间的信息不对称现象进一步恶化，加剧了个人信息权益被侵害的风险。我国《个人信息保护法》第20条在借鉴欧盟《通用数据保护条例》第26条

\* 刘琬乔，中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

本文受2021年国家建设高水平大学公派研究生项目资助。

〔1〕 Vgl. Radtke, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, Diss. Zur Uni. Freiburg, 2021, S. 36.

规制共同控制个人数据〔2〕行为的立法经验基础上,对共同处理行为予以规制。一方面,这促进了共同处理行为的规范化,强化了个人信息权益保护,确保信息主体在面对共同处理者时自身权益的风险状况不比面对单个处理者时更差。另一方面,肯定了不同机构、平台的数据交换可以服务于相互协作的共享经营模式,降低数据收集成本,实现数据开发的社会效益最大化。〔3〕从而最终实现《个人信息保护法》协调个人信息权益保护与个人信息合理利用的立法目标。

《个人信息保护法》第20条第2款规定:“个人信息处理者共同处理个人信息,侵害个人信息权益造成损害的,应当依法承担连带责任。”该款规定了完整的请求权构成要件与法律效果,但立法者采用“依法承担连带责任”之表述,因“依法”通常具有参引性规范的方法论意义,使该条规范是否为独立的请求权基础成疑。

更重要的是,就共同处理个人信息的侵权责任而言,如何识别“共同处理者”,在实践及理论层面均面临难题。第20条第1款虽明确了“共同决定个人信息的处理目的和处理方式”这一标准,但处理目的与方式并非具有确定内涵的法律概念,仅通过这一标准解释无法准确、全面地认定共同处理行为,需提出更具实践指引性的识别要素。

对此,本文以确定共同处理侵权责任损害赔偿为核心,首先从规范识别角度,对第20条第2款的规范性质进行分析,探究共同处理侵权责任与多数人侵权责任规范的关系;其次,从共同处理场景的功能性识别角度,为共同处理行为的判断提供可行的认定标准;最后,结合请求权基础,进一步分析共同处理承担侵权损害赔偿的构成要件,从而实现共同处理个人信息侵权损害赔偿责任的证成。

• 461 •

## 二、共同处理者承担责任与多数人侵权责任规范的关系

《个人信息保护法》第20条第2款虽规定了连带责任,但“依法承担”的表述,使该条款能否成为独立请求权基础颇具疑问。对此,需要结合“依法”在方法论上的具体含义,分析该款与《民法典》多数人侵权责任的规范适用区别。下文首先对“依法”用语产生的方法论问题进行阐述,其次分析共同处理行为如参引《民法典》多数人侵权责任规范时需满足的要件,继而揭开该款规范性质之谜。

### (一)“依法承担连带责任”的方法论意义

“依法”用语的方法论意义通常在于表明条文为参引性规范。根据参引内容不同,可分为法律效力的引用、适用前提(构成要件)的引用与法律原因的引用(即包括构成要件的引用)。〔4〕根据适用方法不同,可分为提示性参引与类推性参引。提示性参引规范常以“可以依法”“应当依法”等为指示语词,其功能在于提示法律适用者就该条文的规范事项应直接适用其他规范。〔5〕

〔2〕 本文在等同意上使用个人信息与个人数据,二者均为非匿名化的、以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息。在介绍欧盟相关法律制度时使用数据用语以保持对引文的遵照。

〔3〕 参见王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》2019年第1期。

〔4〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第186页。

〔5〕 参见吴香香:《请求权基础视角下〈民法典〉的规范类型》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2021年第4期。

赞同该条文为参引性条款的学者认为，拟被引用的条款为《民法典》多数人侵权责任规范，即第 1168—1172 条。<sup>〔6〕</sup>从立法过程来看，采纳“依法”二字，立法者并非无的放矢，而是经过权衡后的结果。该条在审议过程中，历经变动。“一审稿”第 21 条第 2 款规定：“个人信息处理者共同处理个人信息，侵害个人信息权益的，依法承担连带责任。”“二审稿”第 21 条第 2 款将之修改为“应当承担连带责任”。最终版本第 20 条第 2 款采取了“应当依法承担连带责任”之法律表述。

反对观点则认为，立法者使用“应当依法”等表述，并不必然意味着该条文功能即在于参引，应借助规范解释予以实质性识别。<sup>〔7〕</sup>从参引的内容来看，参引性条款一般明确指向所要参引的条文。而通过“依法”二字并不能清晰判断所要引用的规范条文。如认为引用构成要件，第 20 条第 2 款中已经包含个人信息处理者共同处理、侵害个人信息权益与造成损害等构成要件。如认为引用法律效果，该条款亦明确规定了连带责任之法律效果。因此，虽然该条采用了参引性表述，但其是否应认定为参引性规范，值得商榷。<sup>〔8〕</sup>

对此，问题的关键在于，《民法典》所规定的多数人侵权，能否直接适用于共同处理行为，从而使其与《民法典》第 1168—1172 条规范具有一致性。因此，有必要对《民法典》多数人侵权规范进行分析。

## （二）《民法典》多数人侵权责任规范的要件分析

以数人之间是否有共同的意思联络或共同过错、是否为同时行为人为标准，《民法典》多数人侵权行为可分为两类：第一类为第 1168 条规范的“共同加害行为”与第 1169 条规范的“教唆、帮助行为”，这类行为的特点在于行为人之间的意思联络与共同过错，本文称其“主观共同行为”；第二类为第 1170 条规范的“共同危险行为”、第 1171 条规范的“分别实施足以造成全部损害行为”及第 1172 条规范的“分别实施不足以造成全部损害行为”，这类行为的特点在于数个侵权人客观上分别实施的同时行为，本文称其“客观同时行为”。<sup>〔9〕</sup>

第 1168 条通过对共同实施侵权人的认定，将原本可能与个别侵权人没有直接因果关系的损害后果与其行为结合在一起，缓和了受害人对每个侵权人责任成立因果关系的举证责任。<sup>〔10〕</sup>对于该条规定的“共同实施侵权行为”，存在“共同故意说”<sup>〔11〕</sup>“共同过错说”<sup>〔12〕</sup>及“折中说”<sup>〔13〕</sup>的争论。“共同故意说”涵摄的案型范围狭窄，导致许多应承担连带责任的典型案型无法找到恰当的适用条文。从比较法上看，虽然《德国民法典》第 830 条第 1 款第 1 句中的共同实施指向的也是故意行为，<sup>〔14〕</sup>但第 840 条第 1 款的规定弥补了其涵摄案型狭窄之不足。<sup>〔15〕</sup>我国法

〔6〕 参见程啸：《论个人信息共同处理者的民事责任》，载《法学家》2021 年第 6 期。

〔7〕 参见前引〔5〕，吴香香文。

〔8〕 参见程啸：《个人信息保护法的理解与适用》，中国法制出版社 2021 年版，第 197 页。

〔9〕 参见叶金强：《共同危险行为争议问题探析》，载《法学论坛》2012 年第 2 期。

〔10〕 参见〔德〕马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社 2006 年版，第 233 页。

〔11〕 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社 2021 年版，第 387 页。

〔12〕 参见王利明：《侵权责任法归责原则研究》，中国政法大学 2003 年版，第 297—300 页。

〔13〕 参见张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 44 页。

〔14〕 Vgl. Staudinger/Eberl-Borges, 18. Aufl., 2018, § 830, Rn. 11.

〔15〕 Vgl. MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl., 2020, § 840, Rn. 1—4.



上并不存在类似规定。“共同过错说”的困境则在于如何构建共同过失案型。“折中说”包含了客观共同行为与第1171、1172条规范内容的冲突。这些争议的存在,给司法实践的适用带来相当困扰。如果在共同处理者的责任承担中参引该条文,这些争论也将同时存在,导致处理个人信息侵权纠纷时出现本不存在的难题。此外,参引第1168条认定共同处理者的责任时,受害人须证明每个处理者对受害人的损害均有故意或至少是过失,而这也与《个人信息保护法》所采纳的归责原则相悖。

第1169条规范的教唆行为,是指教唆人通过自身的教唆行为使被教唆人产生或加强侵权的决心并予以实施。教唆行为须故意为之,仅因教唆者的过失而促使行为人达成其决定是不够的。且被教唆行为亦须故意而为,教唆本质在于影响他人与具体目标有关的意愿。帮助行为亦是如此。故意协助、教唆过失行为,是为间接实施。<sup>[16]</sup>若参引第1169条,受害人须证明共同处理者中存在故意的直接侵权人与故意的教唆、帮助者,这将明显限制《个人信息保护法》第20条的适用范围。

第1170条规范的共同危险行为,旨在扭转受害人原本不利的举证地位,实质上是证据规则。<sup>[17]</sup>共同危险行为中,损害后果与具体行为之间的因果关系证明存在困难,有必要减轻受害人的举证责任。对于共同危险行为的参与者可否主张因果关系抗辩以求免责,学理上历来存在“肯定说”与“否定说”之争。“肯定说”认为共同危险行为参与者,可主张因果关系抗辩以求免责。<sup>[18]</sup>“否定说”认为共同危险行为参与者仅证明自己的危险行为与损害之间没有因果关系尚不能免责,还须证明损害到底是由哪一个(哪几个)危险行为人的行为造成的,才能免责。<sup>[19]</sup>《民法典》最终采纳了否定说观点。<sup>[20]</sup>据此,如径直认为共同处理者的责任可以引用共同危险行为中的因果关系抗辩,法院在适用该免责事由时与《民法典》的立法思想相悖,需承担较高的论证负担,且加剧“同案不同判”的风险。

第1171条规范的是累积因果关系案型,化解“若无则不”的条件说理论在此类案型中的适用困境。就如何认定“足以造成全部损害”,学说上存在“可能原因说”<sup>[21]</sup>与“现实原因说”<sup>[22]</sup>之分。但二者均要求每个侵权人的行为均可能是造成损害的客观充分原因。而司法实践中对于充分原因的判断出现了推定倾向,一种是采受害人保护价值立场,直接推定造成全部损害;<sup>[23]</sup>另一种认为直接结合、造成同一损害不可分即为足以造成全部损害。<sup>[24]</sup>如遵循立法规范目的,应在“可能原因说”理论下坚持充分原因才能适用该规范。共同处理者的侵权损害赔偿

[16] 参见前引[14], Staudinger/Eberl-Borges 评注, 边码 27-38。

[17] 参见前引[14], Staudinger/Eberl-Borges 评注, 边码 19。

[18] 参见梁慧星:《中国侵权责任法解说》,载《北方法学》2011年第1期。

[19] 参见前引[13], 张新宝书, 第47页。

[20] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第30页。

[21] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第44页。“可能原因说”认为,并不是每个侵权行为都实际上造成了全部损害,而是指即便没有其他侵权行为的共同作用,独立的单个侵权行为也可能造成全部损害。

[22] 参见包俊:《共同侵权行为解释论》,法律出版社2015年版,第307页。“现实原因说”认为不能将“可能原因”作为竞合加害人承担责任的依据。

[23] 参见湖南省怀化市中级人民法院(2017)湘12民监2号民事裁定书。

[24] 参见山东省潍坊市中级人民法院(2017)鲁07民终字第5758号民事判决书。

責任如參引該規範，需由受害人證明每一個共同處理行為均有可能造成全部損害。

第 1172 條規範同時行為不足以造成全部損害時的按份責任，有觀點認為，參引該條文可避免過重的連帶責任負擔，當共同處理者分別實施侵權行為時承擔按份責任。<sup>〔25〕</sup> 該觀點值得商榷。首先，雖然立法者在是否增加“依法”用語問題上態度有所反覆，但連帶責任之法律效果始終未變。其次，“依法承擔連帶責任”並不等同於“依法承擔責任”，如將連帶責任擴展到多數人侵權責任形態，需證明該條規定的法律效果過於狹窄，與立法者原意不符、需通過目的論擴張填補漏洞。而大部分的法律漏洞，並非涉及個別法條的不圓滿性，而是整個規整的不圓滿性，應從立法者根本的規整意向，考察應予規整的問題是否欠缺適當的規則。<sup>〔26〕</sup> 就《個人信息保護法》第 20 條而言，立法者規範目的應為實現個人信息權益保護與個人信息合理利用之間的平衡、確保連帶責任適用的正當性。實現這一立法目的不應單獨考慮連帶責任這一看似嚴格的法律效果，還需探究其構成要件。

總體而言，客觀同時行為是同時、分別實施的侵權行為，《個人信息保護法》第 20 條能否參引此類規範，需深入分析“共同處理行為”能否納入客觀同時行為之中。此外，客觀同時行為的侵權責任承擔，要求受害人證明每個行為人都實施了侵權行為，或每個行為人都實施了危及他人人身、財產安全的行为。即受害人需證明每個共同處理者均實施了侵權行為或危及個人信息權益的行為。在涉及共同處理個人信息的侵權責任情形，這對於受害人而言顯然過於苛刻。

參引性條款適用時應考慮被參引條款的構成要件。引用性法條具有將被引用之法條類推適用到引用性法條所規定的案型之性質，所以，二者之間必然存在大同中的小異。<sup>〔27〕</sup> 故此，須首先明確如何識別共同處理場景、何為共同處理者，才能回答《個人信息保護法》第 20 條的適用應否參引《民法典》多數人侵權責任規範之疑問。

### 三、共同處理場景的功能性識別

共同處理場景包含個人信息處理者與共同處理行為兩項重要特徵。個人信息處理者是履行義務、承擔責任之規範主體，故其認定標準應作前提性說明。共同處理行為是將數個信息處理者結合為共同處理者之鏈條，如何識別共同處理行為決定了處理場景的本質特徵。

《關於通用數據保護條例中的控制者和處理者概念的 07/2020 號指南》強調，控制者、共同控制者都是功能性概念，這些概念旨在根據不同主體在數據處理中的實際影響而分配義務，並以實際場景中的情況為基礎進行識別，而非形式上的識別。<sup>〔28〕</sup> 功能性概念在面對處理場景變化時具有良好的自我調整機制：其一，以數據處理中的實際影響為準繩識別控制者，通過靈活的識別機制確保自我調整的可行性；其二，通過立法、官方指引和司法實踐的聯動，將抽象的實際影響進一步具體化為識別因素並與個案相結合，確保自我調整的有效性。<sup>〔29〕</sup> 對此，下文將立足於功

〔25〕 參見前引〔6〕，程嘯文。

〔26〕 參見〔德〕卡爾·拉倫茨：《法學方法論》，陳愛娥譯，商務印書館 2003 年版，第 251 頁。

〔27〕 參見前引〔4〕，黃茂榮書，第 192 頁。

〔28〕 See EDPB, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, Rn. 7.

〔29〕 參見王海峰、何澤昊：《實現個人信息“控制者——處理者”模式的與時俱進》，載《寧夏社會科學》2021 年第 6 期。

能性识别的立场,对共同处理场景的两项重要特征分别予以详述。

### (一) 个人信息处理者的认定标准

《通用数据保护条例》区分了数据控制者与处理者,而我国《民法典》及《个人信息保护法》并未采纳此种区分模式。<sup>[30]</sup>《个人信息保护法》第73条第1项规定个人信息处理者是“在个人信息处理活动中自主决定处理目的、处理方式的组织、个人”。显然,我国法上的信息处理者更类似于欧盟法上的数据控制者,<sup>[31]</sup>强调其可以自主决定信息处理的目的与方式。<sup>[32]</sup>对此,可借鉴欧盟经验中数据控制者的识别要素,进一步完善个人信息处理者的识别路径。

#### 1. 决定处理目的和手段

数据控制者在处理活动中自主决定处理目的、方式,其可以被描述为一种“微型立法者”。<sup>[33]</sup>数据控制者在了解数据保护法适用性基础上,以抽象或概括的方式确定处理目的和基本手段。这持续对具体处理过程及其目的和手段产生影响。<sup>[34]</sup>即控制者通常只提前做出抽象的决定而不一定参与每一个具体的处理操作,但他行使的决策权最终必须反映在对具体处理操作的审查中。<sup>[35]</sup>

根据《关于“控制者”和“处理者”概念的第1/2010号意见》(Art-29-Datenschutzgruppe,以下简称“第29条工作组说明”),“目的”是数据处理的预期或预定结果。<sup>[36]</sup>也就是说,数据处理是“为什么”(Warum)和“为了什么”(Wofür)。<sup>[37]</sup>但这个定义又与设定目的的主体期望或意图相关,进一步取决于他的预见性,所以并无太大作用。<sup>[38]</sup>而处理手段,描述的是实现结果或目标的方式。<sup>[39]</sup>与目的概念相比,手段概念非常广阔,可以被看作是对其他处理情况的一种概括。<sup>[40]</sup>因此,关于处理手段的决定,可能既包括决定具体程序、技术基础设施或服务提供商,又涵盖处理操作的其他细节,如删除期限、个人数据类型等。<sup>[41]</sup>手段概念为全面考虑处理情况留下了空间,故在个别情况下不可能也没有必要精确确定,更重要的是根据数据保护之目的对数据处理场景进行全面权衡。<sup>[42]</sup>

因此,虽然我国《个人信息保护法》与《通用数据保护条例》在文义上都将处理目的与手段表述为累积性要求,但事实上,这是立法者对实际处理情形的本质特征描述,二者难以明确做出

[30] 参见前引[6],程啸文。

[31] 本文在等同意义上使用欧盟语境中的数据控制者与我国法中的个人信息处理者,在介绍欧盟相关法律制度时使用数据控制者,以保持对引文的遵照。

[32] 参见石佳友:《个人信息保护的私法维度》,载《比较法研究》2021年第5期。

[33] 参见前引[1],Radtke书,第134页。

[34] See. Rothkegel/Strassemeyer, Joint Control in European Data Protection Law-How to make Sense of the CJEU's Holy Trinity, A case study on the recent CJEU rulings (Facebook Fanpages; Jehovah's Witnesses; Fashion ID), CRi 2019, S. 161ff.

[35] 参见前引[1],Radtke书,第135页。

[36] Vgl. Art-29-Datenschutzgruppe, 00264/10/DE, WP 169, S. 16.

[37] Vgl. Jandt/Roßnagel, Datenschutz in Social Networks—Kollektive Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung, ZD 2011, S. 160.

[38] Vgl. Golland, Gemeinsame Verantwortlichkeit in mehrstufigen Verarbeitungsszenarien Zugleich Kommentar zu EuGH, Urteil vom 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, S. 475 ff.

[39] 参见前引[36],第29条工作组说明,第16页。

[40] 参见前引[1],Radtke书,第125页。

[41] 参见前引[36],第29条工作组说明,第17页。

[42] 参见前引[1],Radtke书,第125–126页。

清晰的区分；相反，目的和手段可以相互依存、部分重叠。<sup>〔43〕</sup>因此应将二者视为整体，考察在具体场景中处理行为对信息主体的影响。

## 2. 了解处理行为及可能性

对处理目的与手段的决定同时意味着对正在进行的处理操作的了解或了解可能性。<sup>〔44〕</sup>了解这一因素，在欧洲法院的判决中有明确体现。例如，在“Facebook 粉丝页案”中，粉丝专页的运营者在开设粉丝专页时与 Facebook 运营商签订了一份特别合同，其中包含了该粉丝专页的使用条款以及相应的 cookie 政策。<sup>〔45〕</sup>欧洲法院据此认为，Facebook 运营商了解存在争议的处理操作，可能知道处理操作的手段和目的。在“耶和华见证人案”中，欧洲法院认为，耶和华见证人团体普遍了解数据处理是为了传播他们的信仰而进行的。<sup>〔46〕</sup>类似的，在“时尚 ID 案”中，欧洲法院认为，将“点赞”按钮整合到其网站上的网站经营者完全了解“点赞”功能是收集和传输该网页访问者个人数据的工具。<sup>〔47〕</sup>

## 3. 访问数据库及可能性

数据控制者的责任以对数据库访问可能性为前提，这包括通过决策获取理论上的数据访问可能性。<sup>〔48〕</sup>如我国《个人信息保护法》与《通用数据保护条例》均规定，委托处理行为结束时，受托者须在处理后将个人信息归还给信息处理者。信息处理者对数据库的访问与可能性是相对客观的标准，故具体案件中可通过对个人信息处理者权限与决策权的考察认定。

## （二）共同处理的识别要素

《个人信息保护法》第 20 条第 1 款第 1 句规定：“两个以上的个人信息处理者共同决定个人信息的处理目的和处理方式的，应当约定各自的权利和义务。”“共同决定处理目的与方式”的表述，为共同处理的认定提供了可行的识别要素。共同处理行为的认定，旨在确定共同的责任。但脱离具体的案情，很难评估何时以及在何种程度上存在共同责任。<sup>〔49〕</sup>对此，须从功能上而不是形式上审查共同处理的识别要素。<sup>〔50〕</sup>

功能性识别路径，意味着共同处理者的认定是与实际的决策或事实上的决定贡献相关的，考察个人或机构对处理过程实际产生了多大的影响力。<sup>〔51〕</sup>对此，可借鉴动态系统论的原理，在具

〔43〕 参见前引〔34〕，Rothkegel/Strassemeyer 文，第 161-162 页。

〔44〕 参见前引〔1〕，Radtke 书，第 135 页。

〔45〕 Vgl. EuGH, NJW2018, 2537, Rn. 32. 在“Facebook 粉丝页案”中，欧洲法院需判断的是，当一个人或者商业实体在社交网站上运营一个粉丝页面，通过粉丝页收集用户个人信息，并且该个人信息会传输至社交网站时，粉丝页的运营者和社交网站是否构成共同控制者。

〔46〕 Vgl. EuGH, NJW2019, 285, Rn. 71. 在“耶和华见证人案”中，欧洲法院需判断的是，耶和华见证人组织中的成员记录拜访的详细情况以及记录不愿意接受访问的人之负面清单，其成员提供关于如何访问指导、并保留负面清单的情形是否为共同控制者。

〔47〕 Vgl. EuGH, NJW2019, 2755, Rn. 75. 在“时尚 ID 案”中，欧洲法院需判断的是，当网站的运营者在网站中植入一个允许收集个人信息的社交插件（如脸书的“点赞”按钮），收集到的个人信息会传输至社交插件的提供者，该网站的运营者和社交插件的提供者是否构成共同控制者。

〔48〕 参见前引〔36〕，第 29 条工作组说明，第 27 页。

〔49〕 参见前引〔38〕，Golland 文，第 475-476 页。

〔50〕 参见前引〔28〕，EDPB 指南，边码 12、49。

〔51〕 Vgl. Wagner, Disruption der Verantwortlichkeit-Private Nutzer als datenschutzrechtliche Verantwortliche im Internet of Things, ZD 2018, S. 309.

体案型中通过因素之间的强弱互补以适应多样、变动的信息处理场景,为法官识别共同处理者提供相对明确的指引,控制自由裁量权。<sup>[52]</sup>

### 1. 协定及其他合作的意愿

“共同”从广义上可以理解为“一起”(zusammen mit)或“不单独”(nicht alleine)。“一起”与“不单独”之间的区别不容忽视,只要求“不单独”而不是“一起”,会导致对合作要素要求降低。追求相同目的、使用相同手段,但完全相互独立而单独进行处理行为不足以谈得上“共同”。<sup>[53]</sup>“一起”需要考虑到合作要素,合作的典型特征是分工,即内部分配责任,例如关于个别处理手段或需要履行的个别法律义务。如果只有在对方的合作下才能进行处理、共同履行义务,也可以认为存在分工。在这些有关各方的活动紧密相连的情况下,可以认定相关方共同确定数据处理的目的和手段。<sup>[54]</sup>

《个人信息保护法》第20条第1款要求共同处理者应当约定各自的权利与义务。这意味着,对于共同处理的认定,通常要求各方在有意愿、有意识的合作基础上达成协议(Joint Control Agreement)。<sup>[55]</sup>对此,《通用数据保护条例》第26条亦有类似规定。该条的文义与体系解释表明,欧洲立法者意识到“协定”和“合同”之间的区别,有意识地支持基本不具约束力的“协定”这一用语。<sup>[56]</sup>双方订立具有约束力的合同是协作意愿的典型表现,如欧洲法院在“Facebook 粉丝页案”中强调,粉丝页经营者与 Facebook 运营商签订了一份合同。<sup>[57]</sup>通过协定,各方对其他共同处理者的操作、基本目标以及共同合作的愿景获得了解,并在其中约定各自的权利义务。因此,协定本身与对其他相关方的活动和贡献有一定程度的了解是相辅相成的。<sup>[58]</sup>

从形式要求来看,协定不一定采取书面形式。但基于透明原则的要求,需要使数据主体了解协定的基本内容,故实践中一般排除口头约定,应至少通过文本形式表达。从实质要求来看,《通用数据保护条例》第26条要求共同控制者应在协定中确定其内部合作的核心内容、记录实际情况和职责分配,这对数据主体有效行使权利和实现数据处理的透明原则至关重要。<sup>[59]</sup>

### 2. 处理目的的相似性

处理行为追求的目的越相似,进一步的协作就显得越紧密。目的相似性意味着在外界看来,尤其是从数据主体的角度,他们很有可能是共同组织的。<sup>[60]</sup>在“耶和华见证人案”中,欧洲法院认为社区和传教成员在传播信仰方面追求的目的不仅相似,甚至是共同的。<sup>[61]</sup>目的相似性标

• 467 •

[52] 参见王利明:《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》,载《法学家》2020年第4期。

[53] 参见前引[1],Radtke书,第158页。

[54] Vgl. Kremer, Gemeinsame Verantwortlichkeit: Die neue Auftragsverarbeitung? Analyse der tatsächlichen Lebenssachverhalte zur Abgrenzung zwischen gemeinsamer Verantwortlichkeit und Auftragsverarbeitung, CR 2019, S. 225ff.

[55] 参见前引[1],Radtke书,第186页。

[56] 参见前引[1],Radtke书,第232页。

[57] 参见前引[45],欧洲法院判决,边码32。

[58] Vgl. Sommer/Kugelman/ Schulz, Ein, zwei, viele—Datenschutz zwischen Arbeitsteilung und Outsourcing, PinG im Gespräch, PinG2019, S. 243.

[59] 参见前引[1],Radtke书,第228-235页。

[60] 参见前引[1],Radtke书,第190页。

[61] 参见前引[46],欧洲法院判决,边码71。

准的决定性因素是所比较目的的抽象程度。<sup>〔62〕</sup> 对处理目的的考虑越精确，共同责任就越难成立；反之，抽象程度越高，越能强化处理者各自目的的相似性。<sup>〔63〕</sup>

对共同目的的提取和各自目的的抽象化程度，在《通用数据保护条例》适用过程中也引起了广泛讨论。在“Facebook 粉丝页案”中，欧洲法院在微观层面确定了两个不同的目的：改善广告系统和提供培训机会。但因为 Facebook 运营商与粉丝专页运营者都希望从数据处理中获得经济利益，法院在宏观层面仍认可了共同目的。<sup>〔64〕</sup> 欧洲法院的裁决允许不同处理者有微观层次的目的，可认为其并未采取具体、精确的目的认定标准，而是在更高的抽象层面认定共同目的。这引起了学者的批评。德国有学者指出，在认定共同目的时，考虑到《通用数据保护条例》中处理个人信息的目的明确性要求，“Facebook 粉丝页案”中确立的较为抽象的识别标准并不妥当。<sup>〔65〕</sup> 过度抽象的目的是没有意义的，当处理目的抽象为获取商业利益时，实践中信息产业通常的处理操作均可以涵盖其中，进而导致目的相似性甄别标准流于形式。因此，在遵循目的明确性要求前提下，应将目的相似性的认定标准确定为相对精确的层次。

相似性可以基于目的相互依赖的程度、商业或非商业性质以及对数据主体干扰强度等综合判断。<sup>〔66〕</sup> 经济互利是可能的标准，其看似与追求各自的经济目的没有太大区别，但经济互利的本质体现于相互的依赖性，通过互相协作以促进各自的利益增长。<sup>〔67〕</sup> 另外需要注意的是，目的具有经济性与非经济性之分，即使追求的是非经济目的，也并不意味着对数据主体的风险比经济目的更低，不能因此而区别对待。

### 3. 相互访问数据库的可能性

共同责任并不要求每个共同控制者都接触到个人数据。然而，访问权的平等分配和数据的贡献说明了分工意义上的共同性，同时也表明了另一个共同性的标准，即所有相关方各自贡献个人数据并相互交换。例如，一方将已经存在的客户信息（如散列的、编码的电子邮件地址）传送给其他方，而接受方将客户名单与其自身的数据库相匹配。在“Facebook 粉丝页案”中，Facebook 运营商和粉丝页运营者都贡献了关于用户生成内容与互动的个人数据，有关各方对数据及由此产生的汇总数据进行相互访问并从个性化或汇总的统计结果中获益，此时共同使用的统计数据使多方变得相互关联。在“耶和华见证人案”中，一方以负面清单（不愿意接受访问的受访者信息清单）的形式提供数据，其他各方在受到负面清单的影响下进而决定自己要收集的个人数据，这也显示出其合作的共同性。<sup>〔68〕</sup>

### 4. 个人信息主体的合理预期

在解释“共同”时，还必须考虑到数据主体的可预期性以及在此背景下的合理预期。信息主

〔62〕 参见前引〔1〕，Radtke 书，第 191 页。

〔63〕 参见前引〔38〕，Golland 文，第 475 - 476 页。

〔64〕 参见前引〔45〕，欧洲法院判决，边码 34。

〔65〕 参见前引〔38〕，Golland 文，第 435 - 436 页。

〔66〕 参见前引〔1〕，Radtke 书，第 192 页。

〔67〕 Vgl. Golland, Reichweite des “Joint Controllershship”: Neue Fragen der gemeinsamen Verantwortlichkeit, Zugleich Kommentar zu EuGH, Urteil vom 29. 7. 2019 - C-40/17, K&R 2019, S. 562 ff.

〔68〕 参见前引〔1〕，Radtke 书，第 194 - 195 页。



体合理预期的正当性来源于对信息处理的透明性要求,《通用数据保护条例》与我国《个人信息保护法》均规定了处理个人信息的透明原则。

当共同控制者决定启动其他控制者的进一步处理,其实质上越过了数据主体的知情决定,基于对数据主体的保护,有必要使之承担共同责任,以平衡信息和决策的不对称性。<sup>[69]</sup>在“时尚ID案”中,欧洲法院强调,网站访问者在调用网站之前或之时,并不知道个人数据将传输给嵌入式“点赞”按钮的运营商,这是由浏览器进行的,故网站运营商和“点赞”按钮运营商承担共同责任。<sup>[70]</sup>如果“是否”合作以及“如何”合作与数据主体合理预期相矛盾,一般而言,鉴于透明度较低会对数据主体有较高的干扰强度,利益衡量时应优先考虑数据主体的合理预期。<sup>[71]</sup>信息主体的预期可以通过信息主体的参与及信息处理者的澄清来改变,如通过 cookie 横幅和两次点击确定以获得用户的同意,使用户参与其中。

对信息主体合理预期的倾向性考虑亦可作为违反“共同处理者应作文本形式上协定”的不利后果。如果他们未履行约定义务,这种透明性与明确性的不足促使法官在具体情形中利益平衡时倾向保护信息主体。第29条工作组说明亦显示出这样的倾向,把共同性的认定作为对严格透明义务违反的后果。<sup>[72]</sup>

### (三) 共同处理与其他多数主体参与处理行为的区分

《个人信息保护法》第20—23条规范了多数处理者参与信息处理的四类典型场景。对此,有必要在明晰共同处理行为的基础上,与其他场景进行合理区分,进一步厘清共同处理的识别边界。

#### 1. 共同处理与委托处理的区分

《个人信息保护法》第21条规制的是委托处理行为,要求委托合同应明确委托处理的目的、期限及处理方式等内容。如果缺少这些指示,而由受托人自己决定处理的目的,那么受托人自己就是处理者。<sup>[73]</sup>如果受托人基于自己的目的和利益处理个人信息,超出了信息控制者的委托范围,其自身亦可被视为信息控制者。<sup>[74]</sup>

当然,受托人在选择技术和组织措施开展其根据合同要求的工作手段时,也有自由裁量的余地。<sup>[75]</sup>关键区别在于,委托人必须能够从整体上决定赞成或反对受托人所使用的处理手段,并防止受托人对处理目的施加任何影响。<sup>[76]</sup>需注意的是,有必要区分有偿委托处理合同中受托人的报酬与共同处理认定中的经济互利性。经济互利性指向的是直接与个人数据本身或处理结果相关的既得利益,<sup>[77]</sup>如将处理过的数据纳入自己的数据池,用于质量保证、汇总评估或进行其他

• 469 •

[69] 参见前引 [1], Radtke 书,第199页。

[70] 参见前引 [47], 欧洲法院判决, 边码75。

[71] 参见前引 [1], Radtke 书,第201页。

[72] 参见前引 [36], 第29条工作组说明,第27页。

[73] 参见前引 [54], Kremer 文,第225-226页。

[74] 参见前引 [32], 石佳友文。

[75] Vgl. Schreiber, Gemeinsame Verantwortlichkeit gegenüber Betroffenen und Aufsichtsbehörde-Anwendungsbereiche, Vertragsgestaltung und Folgen nicht gleichwertiger Verantwortung, ZD 2019, S. 55.

[76] Vgl. Monreal, „Der für die Verarbeitung Verantwortliche“-das unbekannte Wesen des deutschen Datenschutzrechts-Mögliche Konsequenzen aus einem deutschen Missverständnis, ZD 2014, S. 614.

[77] Vgl. Hanloser, Keine gemeinsame Verantwortlichkeit für Datenspeicherung durch Facebook—Fashion ID, ZD 2019, S. 459.

联合数据存储。<sup>〔78〕</sup>而受托人的报酬是根据委托合同产生，而非基于处理行为获得。

## 2. 共同处理与集团内信息共享的区分

企业集团是指一个控制企业及其所控制的企业集合。<sup>〔79〕</sup>实践中常见的情形是集团内部共同使用的客户关系管理 IT 系统或统一的数据库。如当地公司只负责销售，营销活动和产品调度由其他公司或控股公司控制。此种情形能否构成共同控制者从而产生共同责任，值得讨论。<sup>〔80〕</sup>

《个人信息保护法》第 22 条规范了个人信息处理者因合并、分立等原因转移个人信息时的特殊规则。这种情况下的个人信息转移并非基于处理者自己的意愿，且接收方并未改变处理目的和方式，故无需取得信息主体的再次同意。<sup>〔81〕</sup>当法人的组织结构变动不影响原本处理目的和方式时，对信息主体权益的风险较小，保护强度也会相应降低，这种内在价值亦应适用于集团内部信息共享的行为。集团内所有获得客户信息的公司均由控股公司主导并统一协调，受到统一约束，相较于一般的信息共享，风险系数较小且可控。因此，虽然也发生在不同的主体之间，但这种集团内信息共享机制属于信息共享的特殊机制，应区别对待，无需遵循单独的“告知—同意”模式。<sup>〔82〕</sup>故不应将其视为独立的个人信息处理者，并排除其作为共同处理者承担责任的可能性。

## 3. 共同处理与提供个人信息行为的区分

《个人信息保护法》第 23 条规定，个人信息处理者向其他信息处理者提供个人信息的，应向信息主体告知接收者的基本信息并取得信息主体的单独同意。无论是个人信息的接收方还是提供方均是独立自主的信息处理者，即使提供者与接收者依据相同的处理目的、实施相同的处理手段，亦仅仅为各自“不单独”的处理行为，而非“一起”实施的共同处理行为。当然，如果提供者并未履行告知义务，而传输行为通过网站中的插件在信息主体不知情的情况下传输，如“时尚 ID 案”中体现的那样，法院亦可以综合其他情况将提供者与接收者确定为共同控制者。<sup>〔83〕</sup>

总体而言，共同处理行为认定的积极识别要素与消极识别要素均为裁判指引性要素，在具体案件中，信息主体只需提出数个信息处理者有参与处理涉案个人信息之初步证据，由法官根据场景分析确定是否为共同处理并识别其中独立承担责任的信息处理者。

## （四）小结：共同处理行为与多数人侵权行为的区分

通过对认定共同处理的要素分析，数个处理者通过共同处理行为结合的根本特征在于“一起”，而非“不单独”。而客观同时行为规范规制的行为恰恰是“不单独”的行为，“一起”与“不单独”之间相差的共同性因素不容忽视。当多个处理者分别实施处理行为的过程中造成同一损害，如上文提及的信息处理者向其他处理者提供个人信息后，接收者与提供者各自独立处理个人信息造成同一损害，客观同时行为规范才有适用空间。

共同处理者是数个处理者通过中性的共同处理行为结合形成的集合体，而主观共同行为中数

〔78〕 参见前引〔54〕，Kremer 文，第 225-226 页。

〔79〕 参见《通用数据保护条例》第 4 条第 19 款。

〔80〕 Vgl. Ebner/Schmidt: Verhängung von Bußgeldern nach Art. 83 DSGVO gegen deutsche Muttergesellschaften—Eine Praxisbetrachtung, CCZ2020, S. 84.

〔81〕 参见前引〔8〕，程啸书，第 282-283 页。

〔82〕 参见邢会强、姜帅：《数字经济背景下我国金融控股公司信息共享机制的完善》，载《金融评论》2021 年第 6 期。

〔83〕 参见前引〔1〕，Radtker 书，第 201 页。

个主体的结合本身即有侵权目的性，主观有故意（至少是过失）。按照第1168条，须数个处理者一开始就是要追求侵害个人信息权益的目的，而绝大多数因共同处理而侵害个人信息的情形，并不满足这一要件。<sup>〔84〕</sup>如果数个处理者满足第1168条的要件，自始即以侵害个人信息权益为目的的结合，当然可以纳入共同处理行为；而即使不构成第1169条规范中的教唆、帮助行为，如共同处理者商讨处理目的、互相提供帮助的合作行为，也可包含在共同处理行为之中。所以，共同处理的认定条件相比共同加害行为更加宽泛。如果将共同处理行为参引适用多数人侵权中的主观共同行为，将出现规范供给的不足。

有学者基于规范目的角度指出，采取“依法”表述方式旨在避免《个人信息保护法》采取比《民法典》更严格的连带责任形式。<sup>〔85〕</sup>但事实上，信息处理者与信息主体在实际地位上并不平等，在立法政策上应强化对处于弱势地位的信息主体的保护。《民法典》中的多数人侵权规则，本质上是将难以构成一般侵权责任的特殊情形，通过对过错、因果关系等要件或举证责任的弱化，强化对受害人的保护。二者在规范意旨上恰恰存在相通之处，无需通过“依法”实现参引规范之目的而限制连带责任之适用。

正如学者所述，“依法”这样内涵意旨与方法论指向均不明确的用语，对于法律体系的破坏不容忽视，其根源主要在于学术供给不足、立法技术不精、立法者的过虑情绪等原因，反映了对该问题缺乏深入思考和体系论证。<sup>〔86〕</sup>如此贸然引用其他规范条文，一则损伤《个人信息保护法》的独立价值，二则将其他法律体系中的固有问题不可避免的引致到新法规范中，其效果可谓得不偿失。因此，共同处理者侵犯个人信息权益时，应以《个人信息保护法》第20条第2款为独立请求权基础承担侵权损害赔偿赔偿责任。

• 471 •

#### 四、共同处理者承担侵权损害赔偿责任的构成要件

数据时代个人信息侵权的责任方式不应仅“向后看”，补偿已经出现的侵害事故，还须“向前看”，关注将来可能遭受破坏的法秩序。<sup>〔87〕</sup>在以《民法典》及《个人信息保护法》为基础构建起来的个人信息权益救济体系中，侵犯个人信息权益的责任形态分为三阶层：第一阶层为预防性责任，包含一般人格权侵权请求权以及针对个人信息侵权的特殊预防性责任方式，如删除、更正等；第二阶层为以侵权损害赔偿为主的补偿性责任；第三阶层为面向未来的惩罚性赔偿。<sup>〔88〕</sup>就个人信息侵权案件的损害赔偿赔偿责任而言，共同处理个人信息侵权案件的复杂性决定了构成要件的特殊性，需深入分析。

##### （一）参与处理行为

一般侵权责任构成要件之侵害行为具有三个特征，即侵害行为是行为人自己实施的行为、侵

〔84〕 参见前引〔6〕，程啸文。

〔85〕 参见前引〔6〕，程啸文。

〔86〕 参见贺剑：《民法的法条病理学——以僵尸法条或注意规定为中心》，载《法学》2019年第8期。

〔87〕 参见张平华：《事实与法律：损害的二象性及其展开》，载《现代法学》2016年第2期。

〔88〕 参见张建文、时诚：《个人信息新型侵权形态及其救济》，载《法学杂志》2021年第4期。

害行为在本质上具有不法性以及侵害行为侵害受害人的民事权益。<sup>〔89〕</sup>侵害个人信息权益行为的不法性主要以《民法典》《个人信息保护法》等法规中处理个人信息时的义务为判断依据。因共同处理行为之特殊性，不需要共同处理者均实施直接侵权行为，亦不需要其知道其他人的所有行为或预见甚至认可侵权行为的所有细节。<sup>〔90〕</sup>

《通用数据保护条例》第82条规定，任何参与处理的控制者都要对违反本条例的处理所造成的损害负责。参与应被理解为共同控制者的一种协作形式，通过参与行为共同控制者对决策或决定做出贡献，这种贡献构成与具体数据处理业务之间的联系。<sup>〔91〕</sup>分工行为亦是参与处理的典型表现，在“耶和华见证人案”中，由一个协会或社区协调和组织处理业务的上游活动，并由成员一定程度上自主支配积极发挥指定的作用，那么上游组织协调工作与下游具体实施行为均为实际参与处理的行为。

实践中造成侵权的可能是处理操作中的部分阶段，共同处理者中的个别处理者可能并未实施造成侵权的处理行为。但只要这种处理行为在共同处理者共同目的的指示下，即可认为共同处理者参与了造成侵权的处理行为。“参与”确实相比实际进行侵权的处理行为导致了责任的扩大，但这种广泛的参与概念根植于共同处理者的独特法律地位之中，且这种责任的广泛性可通过内部责任的分担进行协调与平衡。<sup>〔92〕</sup>

## （二）造成财产或精神损害

我国现行法多从具体形态的角度理解损害，认为损害是受害人人身或者财产、精神方面所遭受的不利后果。<sup>〔93〕</sup>鉴于损害的“规范性”特质，一个正确、适用于所有损害情形、逻辑上圆满的损害概念是不存在的。传统损害概念从差额假说到客观损害概念乃至规范损害概念的提出，都是为损害范围的认定提供更为确切的标准，揭示损害赔偿的功能。<sup>〔94〕</sup>

个人信息权益遭受侵害后可能会产生典型下游损害，如第三人通过欺诈等侵害财产权、人格权等。<sup>〔95〕</sup>下游损害发生时，可对下游损害进行赔偿，此时侵害个人信息权益本身往往被司法实践忽视或者直接被下游损害所吸收。<sup>〔96〕</sup>但如果下游损害并未发生，只有未来被侵害的风险以及由此带来的紧张焦虑，损害是否存在常常引发争议。<sup>〔97〕</sup>有学者认为，此时信息主体并未直接遭受财产损失。<sup>〔98〕</sup>由此可见，不管下游损害是否发生，都要面对个人信息权益本身遭受侵害时的损害认定问题。

〔89〕 参见前引〔13〕，张新宝书，第26页。

〔90〕 参见前引〔14〕，Staudinger/Eberl-Borges评注，边码12。

〔91〕 参见前引〔1〕，Radtke书，第296页。

〔92〕 Vgl. Lang, Gemeinsame Verantwortlichkeit in der Praxis—Zugleich Besprechung von EuGH C-40/17 („Fashion ID“), DSB2019, S. 208.

〔93〕 参见前引〔13〕，张新宝书，第27页。

〔94〕 参见徐建刚：《〈民法典〉背景下损害概念溯流论》，载《财经法学》2021年第2期。

〔95〕 参见叶名怡：《个人信息的侵权法保护》，载《法学研究》2018年第4期。

〔96〕 参见谢鸿飞：《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》，载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

〔97〕 参见解正山：《数据泄露损害问题研究》，载《清华法学》2020年第4期。

〔98〕 参见程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，载《中国社会科学》2018年第3期。

这一问题的根源在于,个人信息权益遭受侵害后损害的无形性、潜伏性、未知性以及评估和计算困难。<sup>〔99〕</sup>从个人信息的财产利益来看,单一的个人信息被不当利用后,其本身的利益状态无明显变化。且大数据时代,信息产业的信息处理常以海量数据库为基础,单个信息之财产价值可忽略不计。从个人信息的人格利益来看,个人信息权益遭受侵害后,受害人可能因此遭受相应的风险与焦虑,即未来发生隐私被窥探、身份被盗用或遭遇诈骗等侵害风险的显著增加,以及因担忧风险而产生难以言明的恐惧与焦虑等不良的精神或心理反应。<sup>〔100〕</sup>这种焦虑往往无法突破《民法典》第1183条精神损害赔偿的严重性要件,继而诉讼请求落空。<sup>〔101〕</sup>故在立法和学理中均认可个人信息蕴含的双重价值,但司法实践中却常常无法对其提供救济,实属矛盾。

解决这一问题的根本途径是损害的规范化认定,结合具体条文的立法目的以及损害赔偿法的功能确定损害范围。<sup>〔102〕</sup>在个人信息侵权案件中,以保护个人信息权益目标为指引,认可个人信息的风险性损害是可行之路。由此,个人信息暴露带来的风险升高、预防风险的成本支出和风险引发的焦虑皆可成立损害。<sup>〔103〕</sup>

风险性损害路径下,应首先肯认个人信息的独立财产价值。信息主体是个人信息的提供者,其可通过授权他人使用个人信息而获取相应对价,其对自身信息的决定利用进一步体现了自由意志。<sup>〔104〕</sup>个人信息权益损害的财产损失应由两部分构成:第一,个人信息本身的财产价值,可依《个人信息保护法》第69条第2款之侵权人利得规则进行确定。在市场经济条件下,侵害他人人格利益的主要冲动之一就是获利,所以预防侵害最好的方法就是剥夺获利。<sup>〔105〕</sup>如得利仍难以确定,可由法院在具体案件中根据个人信息的类型、被不当利用的范围等因素酌定赔偿数额。<sup>〔106〕</sup>第二,应肯定信息主体为预防风险而进行的成本支出。如信息主体为变更、删除个人信息产生的预防性成本,如银行卡信息泄露时更改银行卡信息而支出的交通费、误工费等。

此外,《个人信息保护法》第69条并未明确说明是否包括精神损害赔偿。有学者据此否定侵害个人信息时的精神损害赔偿。<sup>〔107〕</sup>反对观点则认为,该款规定的损害包括财产损失和精神损害。<sup>〔108〕</sup>本文认为,侵犯个人信息权益的损害赔偿应包含精神损害赔偿,一方面来源于个人信息权益中包含的人格属性,个人信息与主体人格评价、人格自由与人格尊严紧密相关。<sup>〔109〕</sup>另一方面,域外数据法中侵犯个人信息权益的精神损害赔偿责任也呈现扩张趋势。新修订的《德国联邦数据保护法》已摒弃旧法中精神损害赔偿的严重性要件,以期放宽精神损害赔偿的条件限制。《通用数据保护条例》第82条明确规定,数据主体权益遭受侵害的受害人可请求赔偿财产损失和

〔99〕 参见田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期。

〔100〕 参见前引〔97〕,解正山文。

〔101〕 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第5028号民事判决书。

〔102〕 参见前引〔94〕,徐建刚文。

〔103〕 参见前引〔99〕,田野文。

〔104〕 参见彭诚信:《论个人信息的双重法律属性》,载《清华法学》2021年第6期。

〔105〕 参见沈建峰:《一般人格权财产性内容的承认、论证及其限度——基于对德国理论和实践的考察》,载《比较法研究》2013年第2期。

〔106〕 参见北京互联网法院(2019)京0491民初字第6694号民事判决书。

〔107〕 参见杨立新:《个人信息处理者侵害个人信息权益的民事责任》,载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

〔108〕 参见程啸:《侵害个人信息权益的侵权责任》,载《中国法律评论》2021年第5期。

〔109〕 参见彭诚信、许素敏:《侵害个人信息权益精神损害赔偿的制度建构》,载《南京社会科学》2022年第3期。

非财产损害。

当然，即使肯定精神损害的可赔偿性，我国司法实践中也常常以无法证明“严重”而否定精神损害，或以极低数额（如1元）的精神损害赔偿额来进行象征性赔偿。<sup>〔110〕</sup>“严重”作为内容不确定的评价性概念，需通过《民法典》现有规定与内在价值证立其规范内容。个人信息权益被侵害后，若被侵权人存在医学证明的精神症状，则精神损害应得到赔偿。若被侵权人产生焦虑、不安等不良情绪，是否可以主张精神损害赔偿，应结合社会生活中应被警示或得到否定性评价的典型情形综合考虑，以发挥侵权法的预防功能。<sup>〔111〕</sup>在保护个人信息权益的背景下，不合理利用个人信息干扰信息主体生活安宁、算法歧视及泄露大量个人信息等情形均可被确定为应受到社会否定性评价的典型情形，此类案型可随着司法实践发展进行类型化构建。具体精神损害赔偿金额，可根据侵权的严重性和持续时间进行评估。需注意的是，此时既要避免通过高额损害赔偿额达致惩罚性赔偿的实际效果，也应避免象征性赔偿在保护上的不足。<sup>〔112〕</sup>

### （三）因果关系

个人信息侵权纠纷中，应由原告证明信息处理行为与个人信息权益被侵害之间存在因果关系。<sup>〔113〕</sup>在共同处理者责任中，受害人也须证明共同处理行为和损害之间存在足够的直接联系。<sup>〔114〕</sup>但这并不要求逐一证明每个处理者的行为与个人信息权益受侵害都存在因果关系。共同处理者的整体性认定，可以掩盖对个别处理者行为与损害后果之间因果关系的可能的怀疑。<sup>〔115〕</sup>

因果关系的认定应区分两个阶段：第一阶段认定条件性上的因果关系，若无此行为，即不会产生损害；第二阶段认定该条件的相当性，即有此行为通常会产生此种损害后果。<sup>〔116〕</sup>互联网时代信息处理行为具有高度复杂性与技术性，在一般证明规则下，信息主体面临证明能力不足、证明成本过高的难题；<sup>〔117〕</sup>当存在多个处理者的共同处理行为时，这一问题更加明显。对此，有必要在因果关系认定上做出相应的变通。

在条件性的判断中，有法院提出了证明加害人的合理盖然性判断标准，即原告提供的证据能够表明被告存在泄露原告个人隐私信息的高度可能性，而被告又不能推翻这种可能性，就可以认为被告实施了泄露个人信息的加害行为，证成条件性要求。<sup>〔118〕</sup>如在“庞某某与东航、趣拿公司人格权纠纷案”中法院认为，庞某某的举证能力无法与趣拿和东航公司匹敌，故降低了庞某某的

〔110〕 参见河北省石家庄市中级人民法院（2019）冀01民终字第10531号民事判决书。

〔111〕 参见朱震：《论侵害人格权精神损害赔偿中的“严重”》，载《法制与社会发展》2022年第2期。

〔112〕 Vgl. P. Paal/A. Pauly (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, 2021, Art. 82 Rn. 12a.

〔113〕 参见前引〔108〕，程啸文。

〔114〕 参见前引〔1〕，Radtke书，第297页。

〔115〕 参见〔德〕埃尔温·多伊奇、汉斯—于尔根·阿伦斯：《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》，叶名怡、温大军译，中国人民大学出版社2016年版，第73页。

〔116〕 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2016年版，第236页。

〔117〕 参见刘海安：《个人信息泄露因果关系的证明责任——评庞某某与东航、趣拿公司人格权纠纷案》，载《交大法学》2019年第1期。

〔118〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终字第509号民事判决书；北京市朝阳区人民法院（2018）京0105民初字第36658号民事判决书。



证明标准,认可其提出的因果关系事实。<sup>[119]</sup>以合理盖然性标准取代条件性要求,实际上是为了减轻受害人的举证责任,符合个人信息保护的宗旨。<sup>[120]</sup>

在相当性的判断中,应由信息处理者证明条件关系不具相当性。实践中,被告可通过多种方式证明不存在相当性,如不存在信息安全漏洞、处理信息流程合规、传递过程中未泄露信息等。因信息处理者掌握信息、技术等优势资源,在证明不具有相当性时应采高度盖然性标准。<sup>[121]</sup>《通用数据保护条例》亦逐步提高数据控制者责任免除证明标准,体现权责一致的法律思想。<sup>[122]</sup>采用此种缓和的证明规则一方面促进个人信息权益保护,另一方面为信息处理者留有责任免除的空间,在个人信息保护与促进个人信息合理利用之间达成平衡。

#### (四) 主观归责原则

《个人信息保护法》出台之前,学界对个人信息侵权损害赔偿责任的归责原则存在一元论、二元论及三元论的讨论。最终第69条吸收了一元论整齐划一的优点,同时考虑到受害人证明过错要件的困境,采纳了过错推定原则,与《民法典》中的过错原则有所不同。<sup>[123]</sup>在法律适用上,个人信息处理活动具有很强的专业性和技术性,信息主体与信息处理者存在信息、技术、资金等能力上的严重不对等,无法了解信息处理者在处理活动中具有什么过错,更无法提出证据加以证明,故《个人信息保护法》规范应为特别法,优先适用。

过错推定责任是可以反驳的法律上事实推定,侵权人可推翻法律上对其存在过错的推定。<sup>[124]</sup>这点与比较法上有所不同。《通用数据保护条例》第82条规定,如果责任方证明其处理行为不以任何方式(not in any way)负责,则责任免除。相比《数据保护指令》,《通用数据保护条例》增加了不以任何方式的限制,有意收紧免责事由的范围。当然,一般侵权责任的免责事由,如不可抗力等,在此仍有适用余地。

## 五、结 语

《个人信息保护法》第20条规定了共同处理个人信息的行为,为应对互联网时代大规模、大范围数据共享可能产生的侵权行为提供了规范依据。该条通过责任后果的强化,敦促多个信息处理者在各自处理行为造成的风险范围内履行个人信息保护义务,同时避免信息主体在面对多个处理者时处于比面对单个处理者更加不利的地位,以期实现保护个人信息权益与促进个人信息合理利用的双重立法目标。

第20条第2款规定了共同处理者的侵权损害赔偿 responsibility,其可以作为独立的请求权基础适用。“依法”一词包含的方法论意义引起规范适用疑问,实属立法技术不精、缺乏体系论证而产生的

[119] 参见北京市第一中级人民法院(2017)京01民终字第509号民事判决书。

[120] 参见崔聪聪:《个人信息损害赔偿问题研究》,载《北京邮电大学学报(社会科学版)》2014年第6期。

[121] 参见田野、张耀文:《个人信息侵权因果关系的证明困境及其破解——以相当因果关系理论为进路》,载《中南大学学报(社会科学版)》2022年第1期。

[122] 参见前引[1],Radtke书,第305页。

[123] 参见蒋丽华:《无过错归责原则:个人信息侵权损害赔偿的应然走向》,载《财经法学》2022年第1期。

[124] 参见前引[11],程啸书,第121页。

不良后果，应通过规范解释、体系协调破解，为司法实践提供明确的规范适用指引。

就具体适用而言，该条款的规范适用应以共同处理场景的识别为基础，对共同处理行为的认定，第20条第1款辅助性规定的指引作用有限。对此，应坚持功能性识别路径，从积极要素的角度看，应考虑数个处理者合作意愿、处理目的的相似性、相互访问数据库的可能性以及信息主体的合理预期四方面，并结合具体场景中的处理情形进行识别；从消极要素的角度看，应区分共同处理行为与委托处理行为、提供个人信息行为等存在数个主体参与的处理行为，进一步厘清共同处理的识别边界。共同处理者承担侵权损害赔偿责任的构成要件包含参与构成侵权的处理行为、造成财产或精神损害、特殊的因果关系证明规则、过错推定归责原则，在司法实践中应对逐个要件结合具体案情审视侵权损害赔偿责任的成立。

---

---

**Abstract:** Article 20 of the Personal Information Protection Law regulates the joint processing of personal information by two or more processors. Article 20 (2) stipulates the tort damages liability for the joint processing of personal information, and the expression of “in accordance with the law” leads to the myth of the application of the basis of the claim, which must be interpreted. The “joint processing of personal information by personal information processors” constructs a joint processing scenario, and the identification of the scenario should adhere to the functional path and draw on the principle of dynamic system theory, base on the willingness to collaborate, similarity of purpose, the possibility of mutual access to the database and the objective expectations of the information subject to comprehensively examine the actual influence exerted by information processors in the specific scenario. If we refer to Articles 1168 – 1172 of the Civil Code, the purpose of the norm cannot be harmonized and the application of the constituent elements is difficult, so the referential normative nature of Article 20 (2) should be rejected. The “infringement of the rights and interests of personal information causing damage” stipulates the constituent elements of the tort damages liability of the co-processor, and this provision can be applied as an independent basis of claim. The co-processors shall participate in the act of processing, but need not all commit direct infringement; the damage caused includes property and moral damage; the principle of presumption of fault is adopted for subjective imputation; the rules of proof of causation are adopted in favor of the victim to correct the disadvantageous position of the information subject’s insufficient ability to prove and high cost of proof.

**Key Words:** personal information, joint processing, tort damages, joint and several liability, entitlement basis

---

---

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

## 论信息主体的知情同意及其实现

常宇豪\*

**内容提要：**知情同意是各国个人信息保护法普遍采用的基本规则，也是我国个人信息保护法律的核心规则。知情同意制度的法理基础来源于对信息主体意思自治的保障，通过充分告知后的有效同意实现信息主体对其个人信息的自主控制。大数据时代，随着个人信息来源的多元化和二次利用的广泛化，知情同意正面临隐私政策晦涩冗长、信息主体知识匮乏、信息处理者强制“二选一”、新型个人信息处理行为难以适用知情同意、频繁知情同意导致的告知疲劳等一系列困境。鉴于知情同意的重要价值和在个人信息保护制度中的基石性地位，轻言放弃并非明智之举。应采取多元共治模式，通过信息处理者依法告知、信息主体增强知情能力和行权意识、公共机构完善法律制度和严格执法司法、社会组织强化行业自律和第三方认证等举措，保证信息主体知情同意的实现。

**关键词：**个人信息 意思自治 知情同意困境 多元共治

• 477 •

### 一、问题的提出

知情同意是个人信息保护法的基石和核心制度，也是个人信息自主控制的实现途径和处理个人信息的合法性基础。该制度肇始于1973年美国健康、教育和福利部报告（HEW报告）中提出的“公平信息实践原则”（FIPPS）。美国、日本等国家和欧盟、经合组织（OECD）等国际组织均将知情同意作为个人信息收集、使用的重要合法性基础，并建立了“告知—同意”（Notice/Consent）框架保证制度实施。受国际立法尤其是同属于成文法域的欧盟法影响，我国也将“告

\* 常宇豪，西南政法大学经济法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重点项目“创新社会治理背景下社会企业法律规制研究”（18AFX018）、国家社科基金项目“网络金融消费者个人信息保护研究”（17BFX096）的阶段性成果。

“告知—同意”确立为个人信息保护的基础性规则。2021年1月1日开始实施的《中华人民共和国民法典》和11月1日正式实施的《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）均将“告知—同意”确定为个人信息处理的核心规则。《个人信息保护法》更进一步将知情权和同意权确认为信息主体在个人信息处理过程中的权利，开启了个人信息法律保护的新篇章。<sup>〔1〕</sup>

然而，与立法中不断强化的趋势相悖，现实中的知情同意却面临着功能式微甚至可能被架空的风险。一方面，由于告知文本不友好、信息主体缺乏知情主动性等原因，信息主体“告而不知”，同意的有效性遭到质疑；另一方面，不加区分的适用知情同意形成巨大的经济和社会成本，限制了大数据产业发展和社会整体福利提升。如何克服知情同意的现实困境，弥合制度建构与法律实践之间的鸿沟，使知情同意真正成为信息主体自主控制、自我保护之良方和个人信息处理的“总阀门”，成为《个人信息保护法》实施亟待解决的重大问题。基于此，本文以《个人信息保护法》解释论为视角，在分析知情同意的规范内涵和制度价值基础上，针对其存在的现实困境提出解决策略，为《个人信息保护法》的实施提供智识支持。

## 二、知情同意的规范内涵与制度价值

### （一）同意的法理基础：意思自治

探究知情同意的规范内涵和制度价值，逻辑上应以其法理基础为依归。在历史上，“同意”一直发挥着认可他人行为的作用，“同意被认为是与他人‘有同样意向的状态’，被认为表达了一种‘心理上的赞成态度’或表明情感与意见方面的一致”<sup>〔2〕</sup>。洛克在《政府论》中提出“一切自然人都是自由的，除了他自己同意以外，无论什么事情都不能使他受制于任何世俗的权力”<sup>〔3〕</sup>。这是“同意”首次被赋予法哲学上的意义。可见，“同意”概念在被引入法学领域之初就与意思自治存在紧密联系。

由于个人信息和信息主体存在密切关联，信息处理者在收集使用个人信息时告知信息主体并获得其同意，是信息主体对个人信息控制和支配的体现。有学者即指出“同意证明了个人权利的存在”<sup>〔4〕</sup>。意思自治赋予了自然人根据自己的自由意志设立、变更、终止民事法律关系的权利，信息主体可以自由决定是否许可他人收集、处理、利用自己的个人信息。“同意”则是意思自治在个人信息保护中的实现机制和外在体现。在信息处理者收集信息主体的个人信息并进行加工利用而形成的法律关系中，信息主体享受信息处理者通过收集、利用个人信息提供的高质量服务，同时其对个人信息的支配权受到一定限制。在这一过程中，个人利益在不同方面出现了增益和减损，如何平衡这种增减进而使个人利益最大化即体现了每个个体的意思自治。信息主体可以选择“同意”信息处理者收集、利用个人信息的请求以换取大数据时代的种种便利，也可以选择“不

〔1〕《个人信息保护法》第44条规定：“个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权，有权限制或者拒绝他人对其个人信息进行处理；法律、行政法规另有规定的除外。”

〔2〕John Kleinig, The Ethics of Consent, 8 (12) *Canadian Journal of Philosophy*, 91-118 (1982).

〔3〕〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第74页。

〔4〕George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, 1996, p. 109.

同意”放弃分享数据红利以保证个人信息的安全。民事主体在自由、理性选择行为方式的同时,对于所选择的行为方式引发的后果,无论好坏,皆应自己承担。<sup>〔5〕</sup> 欧盟数据保护第二十九条工作组(Article 29 Data Protection Working Party)也在意见书中指出:“自由作出的同意意味着某个具有正常能力的人在不受任何胁迫(无论是社会的、经济的、心理上的或其他种类的)的情况下所作出的自愿的决定。”<sup>〔6〕</sup> 同时,信息主体的“同意”也使信息处理者获得了收集、利用个人信息的正当性。

信息主体同意作为个人信息处理中的基本原则具有法理和制度设计上的双重基础。在法理维度,“同意”体现了法律对个人根据自己意思自由决定自身事务的承认,是对人格尊严和主体性的尊重。洛克认为:“人是自己的主人,是自身和自身行动或劳动的所有者。”<sup>〔7〕</sup> 在美国法律语境下,借以保护个人信息的隐私权被认为是“对个人私生活领域的管控”<sup>〔8〕</sup>。可见,个人有权决定自己的私人事务,其中显然包含了个人信息。一个人在其基本权利行使的正当范围内,若缺乏自治自决的机会,将丧失尊严,因此,自决权应受到国家及他人之尊重。<sup>〔9〕</sup> 在法律规范维度,同意是在信息主体和信息处理者的事实不平等关系中,保护信息主体权利的一种制度设计。在信息主体与信息处理者的互动中,信息主体处于不可逆转的劣势地位。在此种情形下,基于理性人假设,将保护自己信息的权利赋予信息主体就成为最有效的选择。事实上,同意原则也的确是基于“假设几乎所有的人,在所有时候,做出的选择都是基于自己的利益最大化,或者至少比其他人人为自己做出选择好很多的考虑”设计的。<sup>〔10〕</sup> 由信息主体控制自己的个人信息并独立决定是否允许信息处理者收集、使用,使得信息主体拥有了对抗处于强势地位的信息处理者的筹码。一方面,信息处理者为使用个人信息必须承诺妥善保管信息主体的个人信息,并与信息主体分享利用个人信息带来的利益;另一方面,信息处理者的这种承诺事实上也成为信息主体维护自身信息权益的依据。因此有学者指出:“在个人和信息处理者的不对等关系中,权利人同意是一个最好的制约性权利。同意是个人对抗信息处理者的唯一对话途径,反映了信息处理者与个人的互动过程。”<sup>〔11〕</sup>

## (二) 有效同意的条件:知情、自愿、明确作出

既然同意关乎个人的意思自治和利益维护,同意的有效性就至为重要。那么,何种同意方为有效,其条件为何?只有厘清此问题,才能探知知情同意的规范内涵。根据《个人信息保护法》第14条第1款“基于个人同意处理个人信息的,该同意应当由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出”之规定,我国法上的有效同意应当具备充分知情、自愿做出、明确表示三个基本条件。其中,“知情”是有效同意的基础和前提。按照《现代汉语词典》的解释,知情是对某件事

〔5〕 参见谭启平:《中国民法学》,法律出版社2015年版,第55页。

〔6〕 Article 29 Data Protection Working Party, Working Document on the Processing of Personal Data relating to Health in Electronic Health Records (EHR), Feb. 15, 2005, available at [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp131\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp131_en.pdf), last visited on Jan. 24, 2022.

〔7〕 前引〔3〕,洛克书,第28页。

〔8〕 谢远扬:《信息论视角下个人信息的价值——兼对隐私权保护模式的检讨》,载《清华法学》2015年第3期,第100页。

〔9〕 参见李震山:《从生命权与自决权之关系论生前预嘱与安宁照护之法律问题》,载《中正大学法学集刊》1999年第2期。

〔10〕 See Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, p. 9.

〔11〕 徐丽枝:《个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路》,载《图书情报知识》2017年第1期,第110页。

情原委情状的了解，充分知情自然是对该事情的充分了解。只有在对个人信息处理相关情况充分了解的前提下，信息主体的同意才能体现自己的个人意志。“自愿”是信息主体做出决定时的状态，即信息主体必须是在无任何胁迫、欺诈或威胁状态下做出的同意决定。“明确”则是同意的外在表现形式，要求同意是明确、不含糊的肯定行为。我国法的这一规定与欧盟《关于涉及个人数据处理中的个人保护以及此类数据自由流动的第 95/46/EC 号指令》（以下简称《95 指令》）、《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称 GDPR）中的“同意”基本一致。按照 GDPR 第 4 条第 11 款之规定，“数据主体的‘同意’是指数据主体依照其意愿自愿作出的（freely given）、具体的/特定的（specific）、知情的（informed）及明确的（unambiguous）确认意思表示。通过声明或明确肯定的行为做出的这种意思表示，表明其同意对其相关的个人数据进行处理。”<sup>〔12〕</sup>但与欧盟法四要素不同的是，我国法并未将“具体的/特定的”（specific）作为限定条件。根据“欧盟数据保护第二十九条工作组关于同意的指南”（Guidelines on Consent under Regulation 2016/679）的解释，“具体的/特定的”要素包含两层含义：（1）个人信息处理的目的需要具体、特定，初始目的之外的个人信息处理行为，需要重新获得同意，此规定意在约束超预期目的处理行为；（2）同意请求事项需要与其他信息区隔，每个同意请求必须提供独立的信息，相应的同意必须是针对特定事项的，此要素意在防止捆绑请求、概括同意。<sup>〔13〕</sup>需要指出的是，尽管我国《个人信息保护法》未将“具体/特定”要素作为有效同意的必要条件，但“单独同意”制度的设置与此有异曲同工之效。

个人信息领域对于有效同意条件的规定有深厚的哲学基础和实践基础。约翰·克莱尼格（John Kleinig）在其《同意的伦理学》中将“同意”界定为“一个人倾向于便利他人的主动性行为，并且同意的主体要在这一便利中承担责任”<sup>〔14〕</sup>。即同意可以被理解成是一种个人与他人“交互作用”的行为。这种主客体之间交互作用的“同意行为”必须满足三个条件，即同意必须是自愿地（voluntarily）、知情地（knowingly）以及故意地/专门地（intentionally）做出的。同意的这三个特征共同保证了同意的真实性（genuineness），只有完全满足以上三个条件的主动性同意行为才能被认为是有效成效力的真实的（genuine）同意，而只有真实的同意才是人们真实意愿的表达。<sup>〔15〕</sup>因此，作为哲学意义上的“同意”，“知情”便成为其基础和前提。从行为逻辑学的视角看，同意是对他人意见、主张或者请求事项的赞同、准许，而赞同、准许等肯定性行为是对他人意见、主张或者请求事项全面了解、知情并做出理性判断的结果，因此，有效同意的基础必然是充分知情，不知情的同意则为无效同意。

医疗领域是知情同意研究最久、理念最成熟的领域，为个人信息保护中知情同意制度的设计奠定了实践基础。为了体现知情对患者做出同意决定的重要性，早在 1948 年《纽伦堡法典》就提出了“自愿同意”法则。<sup>〔16〕</sup>它指出：“自愿同意是指有关人员在法律上有资格提供同意；并应

〔12〕《欧盟〈一般数据保护条例〉GDPR（汉英对照）》，瑞柏律师事务所译，法律出版社 2018 年版，第 43 页。

〔13〕See Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, p. 16.

〔14〕前引〔2〕，John Kleinig 文，第 91 页。

〔15〕参见刘笑言：《同意的困境——基于以同意理论证成政府家长式干预的视角》，载《北京航空航天大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 3 期。

〔16〕参见马特：《民事视域下知情同意权的权利基础及规则建构》，载《江淮论坛》2014 年第 5 期。



处于能行使自由选择权利的境况下，而没有暴力、欺骗、欺诈、强迫、哄骗以及其他隐蔽形式的强制与强迫等因素干预；应该对所涉及的问题有充分的知识和领会，使他能够理解并作出明智的决定。”并且，法典还以“自愿”“法律上有行为能力”“理解”和“知情”四个要素来说明自愿同意。<sup>〔17〕</sup>法典将研究参与者的“知情”作为自愿同意的重要基础，同时将行为能力、理解能力和知识储备等保证参与者能充分知情的前提条件置于重要位置，足以表明知情对同意决定的重要性。纽伦堡审判之后，知情同意逐渐成为医患关系中，特别是人体试验领域最受关注的原则之一。<sup>〔18〕</sup>知情同意规则的建立标志着在医疗领域“知情”作为有效“同意”的基础性地位得以确立。鉴于“知情”对有效同意的重要性，英国法上甚至将知情同意称为“真正的同意”（true consent）。<sup>〔19〕</sup>

### （三）知情同意的基本内涵：充分告知、表意能力、完全理解和自愿同意

知情同意最初译自医疗领域的“informed consent”，字面意思是基于说明的同意或者被告知基础上的同意。日本学者植木哲将其译为“医生的说明”和“患者的同意”，<sup>〔20〕</sup>我国台湾地区学者一般将其译为“充分说明与同意”，<sup>〔21〕</sup>我国大陆地区通常译为“知情同意”。根据布莱克法律词典的解释，informed consent 的含义为：医生在对患者实施医疗行为时，应该就医疗处理方案、医疗风险以及其他可以考虑采取的措施向患者做出详细说明，并在此基础上得到患者的同意。<sup>〔22〕</sup>形式上，中国法语境下的“知情同意”由 informed 和 consent 两个部分组成，早期的知情同意二要素说即源于此。<sup>〔23〕</sup>然而，字面上对应着“告知”“说明”的 informed，在实践中能否做到使患者“知情”呢？换言之，医生履行了法定告知义务是否就代表患者充分“知情”了呢？答案是否定的，因为“情”的传达需要经过一个主观加工的过程，是否“知”以及“知”多少取决于主观加工是否契合所告知的“情”，“告”只是提供了基础和前提。<sup>〔24〕</sup>为了准确理解知情同意的基本内涵，需要对《纽伦堡法典》提出的自愿同意四要素作进一步考察。在四要素中，“自愿”是对患者意志自由的保护，任何强迫、胁迫、欺骗等非自愿状态下的同意都是无效的。“法律上有行为能力”为患者行为资格的表征，是对患者决定能力的客观要求。这一概念借鉴了民法上民事行为能力说的分类，即具备完全行为能力人的同意有效，无民事行为能力或者限制行为能力人的同意无效。然而，晚近研究表明，法律上的行为能力并非知情同意能力判定的绝对标准。发达国家的通说认为，医疗上同意能力的确定不是以民事能力为标准，而是以有无理解、认知医疗内容、意义和后果的能力为标准。<sup>〔25〕</sup>尽管现有研究成果对这一能力的表述并不一致，评价标准也不尽相同，但将其作为知情同意的构成要素并无分歧。<sup>〔26〕</sup>“理解”要求患者对医生告知的病情、诊治方案、

• 481 •

〔17〕 参见朱伟：《知情同意：困难和出路》，载《哲学动态》2008年第2期。

〔18〕 参见邱仁宗、卓小勤、冯建妹：《病人的权利》，北京医科大学、中国协和医科大学联合出版社1996年版，第53页。

〔19〕 参见曾凡昌：《医疗过失责任中的知情同意原则研究》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第2期。

〔20〕 参见〔日〕植木哲：《医疗法学》，冷罗生等译，法律出版社2006年版，第127页。

〔21〕 参见陈燕红：《困境与出路：我国患者知情同意权法律保护与使用的完善建议》，载《河北法学》2014年第2期。

〔22〕 See *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., 1989, p. 701.

〔23〕 二要素说以医生为视角，认为知情同意由提供信息和征得同意两个要素构成。参见〔美〕T. A. 波库连科：《知情同意原则对家长作风的挑战》，载《国外社会科学》1994年第11期。

〔24〕 参见胡国梁：《患者知情同意权制度构造之反思——从榆林待产孕妇跳楼案切入》，载《法学杂志》2018年第11期。

〔25〕 参见叶欣：《患者知情同意权的价值目标与法理思辨》，载《学习与实践》2019年第4期。

〔26〕 表征患者此种能力的概念有“识别能力”“同意能力”“表意能力”等。参见赵西巨：《知情同意：要素构成与过程优化》，载《中国医学伦理学》2005年第3期；前引〔25〕，叶欣文。

风险、诊疗所预期达成之后果、疗养中的注意事项等所有与病情有关的信息充分了解、领会。<sup>〔27〕</sup>关于“知情”，《纽伦堡法典》第1条设定了如下标准和要求：“（使受试者）对于试验的项目有充分的知识和理解，足以作出合理、明智决定之前，必须让他知道试验的性质、期限和目的；试验方法和采取的手段；可以预料的不便和危险，对其健康或可能参与试验人的影响。”<sup>〔28〕</sup>在自愿同意四要素基础上，后来研究者将告知（或称信息披露）纳入知情同意的构成要素，提出知情同意四要素说和五要素说。<sup>〔29〕</sup>在行为逻辑上，知情同意可表述为：具有同意能力的患者在医生告知的信息充分理解和知情的基础上，自愿就是否同意医生告知、请求事项做出选择决定。

在个人信息保护领域，欧盟《95指令》、GDPR和我国的《个人信息保护法》仅在“同意”的定义中规定“知情”作为其基础要素，但对知情同意的内涵并未明确。可资参考的是欧盟数据保护第二十九条工作组第15/2011号意见书。该意见书强调，“自由作出的同意意味着某个具有正常能力的人在不受任何胁迫（无论是社会的、经济的、心理的或其他种类的）情况下所做的自愿决定”。同时，“信息主体作出的同意必须基于一项行动及有关事实及其对含义的理解和认识。信息处理者必须向当事人提供全部事项的、清晰、易懂、准确且全面的信息，尤其是《95指令》第10条和第11条所规定的信息，例如数据处理的性质、目的、可能的数据接收者以及信息主体的权利，包括对有关数据处理作出拒绝可能导致后果的了解”。综上，意见书确定自愿同意的四个必要条件为：充分告知、表意能力、完全理解和自愿决定。这里的“充分告知”要求信息处理者以清晰、易懂、准确、全面的方式向信息主体提供《95指令》第10条、第11条规定的全部信息。同时提出了判断告知是否适当的两项标准：（1）资讯的质素——提供资讯的方式（文字通俗、不使用术语、易懂且清晰）对判断信息主体是否“知情”是至关重要的指标；（2）资讯的可见性和可用性——资讯必须向当事人直接提供，且必须清晰可见、明显且全面。<sup>〔30〕</sup>“表意能力”强调做出有效同意的主体需具备表示同意的能力。尽管《95指令》并未对无完全法律行为能力人（包括儿童）的同意作出具体规定，但欧盟数据保护第二十九条工作组认为有必要在法律层面进行一般规定，以增强法律的确定性。“完全理解”要求信息主体对告知事项和告知内容充分理解并知情。欲满足此要求，告知形式应简洁、易理解，同时信息主体应具备一定的与告知事项相关的知识储备和理解能力。“自愿决定”指信息主体做出同意决定时必须处于一种完全自由的状态，不能受到任何不正当限制，包括强制、胁迫、欺骗、诱惑等，同意是信息主体完全自愿、发自内心的意思表示。从四个必要条件的特点看，充分告知、表意能力、完全理解属于知情范畴，充分告知是知情的基础和前置要件，知情是信息主体对告知内容理解、认识后的内化过程，要求信息主体必须具有相应的理解能力和表意能力。自愿同意属于同意范畴，自愿为有效同意的先决条件和状态条件，同意则是信息主体在知情前提下自愿作出的肯定性决定，是对信息处理者收

〔27〕 参见前引〔21〕，陈燕红文。

〔28〕 丁镜：《论患者知情同意权的限度》，载《广西社会科学》2012年第4期，第82页。

〔29〕 四要素说认为知情同意包括充分告知、完全理解、表意能力和自愿决定；五要素说认为，知情同意具备信息披露、表意能力、充分理解、自愿和同意决定五个要素。参见前引〔26〕，赵西巨文。

〔30〕 参见《欧盟第二十九条数据保护工作组第15/2011号意见书：“同意”的定义》，澳门特别行政区政府个人资料保护办公室译，载 <https://www.gdpd.gov.mo/index.php?a=show&c=index&catid=112&id=12&m=content>，最后访问时间：2021年11月28日。

集、利用个人信息的明确授权。因此,本文认为个人信息知情同意应由充分告知、表意能力、完全理解和自愿同意四个要素组成,此四要素共同构成个人信息知情同意的基本内涵。知情同意以信息处理者告知为基础,信息主体充分知情后,继而自由作出有效的同意决定,其基本逻辑为:信息处理者的事先告知—信息主体的知情—信息主体做出同意的意思表示。<sup>[31]</sup>

需要指出的是,由于我们将 informed 译为“知情”,而英文中 inform、notice 均有告知、通知、信息披露等含义,故有观点认为“告知”即为“知情”,其实这是一种误解。从行为学视角看,告知的行为主体是信息处理者,而知情的行为主体是信息主体。告知是信息处理者为信息主体知情同意所提供的信息条件,属于一种信息提供机制;知情则是信息主体对告知内容进行阅读、理解、内化的结果。从告知到知情需要在两个不同主体之间进行角色转换和行为转换,要真正做到充分知情,信息主体必须发挥主观能动性,增强权利意识,提高知情能力。

#### (四) 知情同意的价值目标:保护信息主体权益

知情同意的价值目标是增强个人信息的自主控制,保护信息主体的人格利益和财产利益。其保护重点随社会发展阶段的不同而有所侧重。在小数据时代,个人信息的收集、利用仅局限于政府部门或者具有公共服务职能的社会机构,目的是为公共管理和公共服务等公共职能的履行提供依据。在此种情形下,知情同意的价值更多体现为对个人信息的个人性和人格性的保护,个人隐私保护成为此阶段知情同意的价值。由于政府部门对个人信息的收集、利用具有强制性,信息主体的决策空间并不大,其价值更多体现在对个人信息收集、利用行为的知情上,通过信息处理者告知义务的履行以及访问权、更正权等权利的行使,增强个人信息的自主控制能力。进入大数据时代,随着个人信息社会性和资源性的逐步凸显,个人信息的收集、使用行为不再局限于政府部门,数据企业等私营部门成为个人信息收集、利用的重要主体。私营部门对个人信息的收集、利用更多体现在对经济利益的追求上,因此大数据时代信息主体除关注个人信息安全外,也对个人信息经济价值和出让个人信息为自身带来的利益和风险更加重视。这一阶段知情同意的价值不仅体现为对信息主体隐私利益的保护,更重要的是成为信息主体与信息处理者谈判、争取个人信息经济利益的工具。因此,罗伯特·H. 斯隆(Robert H. Sloan)和理查德·瓦格纳(Richard Warner)认为,如果信息主体有足够的实践经验和知识能对信息披露带来的收益和风险进行恰当平衡,就可认为其同意是知情的。<sup>[32]</sup>

• 483 •

### 三、知情同意的现实困境与学理反思

个人信息领域的知情同意肇生于小数据时代单一来源的个人信息收集场景,随着大数据时代个人信息来源的多元化、二次利用的广泛化,知情同意面临诸多困境。

其一,作为主要告知载体的个人信息保护政策位置隐蔽查找困难、术语过多晦涩难懂、信息超载文本冗长,告知效果难言乐观。首先,作为主要告知形式的个人信息保护政策或隐私政策

[31] 参见高志明、张亚明:《论个人信息法的基本原则》,载《华东理工大学学报(社会科学版)》2013年第5期。

[32] See Robert H. Sloan, Richard Warner, Beyond Notice and Choice: Privacy, Norms, and Consent, 14 (2) *J. High Tech. L.*, 379 (2014).

(以下简称“隐私政策”)多以二次链接或者多次跳转链接的形式呈现,文本隐蔽、获取性差成为网站、手机APP的突出问题。<sup>[33]</sup>从点击次数看,用户平均需要点击3次才能找到相关的隐私政策。超过三分之一的APP需要点击3次或者4次才能到达隐私政策文本(占比分别为35.7%和33.9%),3.6%的APP需要点击5次。甚至有些APP必须在用户注册成为会员后,才可以查看隐私政策。<sup>[34]</sup>其次,隐私政策篇幅冗长、描述复杂、专业术语过多,一般信息主体阅读存在实质困难。即使信息处理者清楚、详尽地告知个人信息处理的方式、范围和后果,信息主体也难以真正理解其中的内容,即使理解了字面含义,也难以准确理解深层内涵和可能给自身带来的影响。<sup>[35]</sup>如美国隐私政策的阅读水平一般设定为10级(大学阅读水平),但社会平均阅读水平介于8~9级之间,<sup>[36]</sup>二者之间的差距限制了许多人对政策的阅读和理解。<sup>[37]</sup>我国隐私政策的可读性也不容乐观,一项对63款手机APP隐私政策的定量研究显示,多数隐私政策阅读水平要求为大学一年级水平,对现阶段国内大多数网民而言,隐私政策的可读性低、阅读理解难度大。<sup>[38]</sup>我国目前未设定隐私政策阅读标准,但有研究指出,“对于信息主体而言,信息收集者的告知若不能使具有一般知识水平和生活经验的信息主体掌握或基本掌握其信息被收集、利用的情况,即可判定信息收集者未良好履行告知义务”<sup>[39]</sup>。

其二,信息主体知识匮乏,对告知内容难以理解,主动知情意愿低。大数据时代,各种移动应用覆盖了人们生活的方方面面。为了自由、知情地决定是否同意各种应用对个人信息的收集,信息主体需要具备多种知识和能力,以对信息收集带来的收益和潜在危害进行准确评估。然而,多数信息主体缺乏相应的知识和能力,知识的缺乏导致许多人难以理解或应对信息披露。<sup>[40]</sup>大数据时代是知识和信息的爆炸时代,各类特色平台和APP层出不穷,需要信息主体不断拓展知识空间,“就收集主体个人信息本身而言并无特别令人费解的专业知识,因此其侧重点应当是令公众知晓其行为,而非理解”的观点属于误解。<sup>[41]</sup>尤其是多数隐私政策中都有履行法定义务需要收集的个人信息规定,比如《花椒直播用户隐私协议》载明,根据中华人民共和国相关的法律法规,在使用直播功能或服务时,需要收集真实身份信息(真实姓名、身份证号)、面部信息(用于芝麻信息识别)以完成实名验证。<sup>[42]</sup>这需要信息主体了解隐私政策依据的法律名称和具体规定,

[33] 参见刘娇、白净:《中外移动APP用户隐私保护文本比较研究》,载《汕头大学学报(哲学社会科学版)》2017年第3期。

[34] 参见朱颖:《我国移动APP隐私保护政策研究——基于96个移动应用APP的分析》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第12期。

[35] 参见武腾:《最小必要原则在平台处理个人信息实践中的适用》,载《法学研究》2021年第6期。

[36] See M. Ryan Calo, Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere), 87 *Notre Dame Law Review*, 1053 (2012).

[37] 也有研究者认为美国常用网站的隐私政策声明(the privacy policy statement)需要11~12级教育水平才能准确阅读和理解。See Stephen A. Rains, Leslie A. Bosch, Privacy and Health in the Information Age: A Content Analysis of Health Web Site Privacy Policy Statements, 24 *Health Communication*, 436 (2009).

[38] 参见秦克飞:《手机APP隐私政策的可读性研究》,载《情报探索》2019年第1期。

[39] 江帆、常宇豪:《个人信息保护中“知情同意”适用的困境与出路》,载岳彩申、盛学军主编:《经济法论坛》第21卷,法律出版社2018年版,第60页。

[40] 参见〔美〕欧姆瑞·本·沙哈尔、卡尔·E·施奈德:《过犹不及——强制披露的失败》,陈晓芳译,法律出版社2015年版,第95页。

[41] 参见万方:《隐私政策中的告知同意原则及其异化》,载《法律科学(西北政法学报)》2019年第2期。

[42] 参见《花椒直播用户隐私协议》,载<http://www.huajiao.com/agree/privacy>,最后访问时间:2022年2月22日。

以判断其要求是否合法,是否存在假借法律名义过度收集个人信息和信息滥用问题。

其三,平台和APP强制“二选一”削弱了知情同意功能,同意成为使用产品或者服务的符号,而非自己意思的真实表示。在许多平台和APP应用中,要求信息主体在“同意”和“不同意”之间进行选择,即“二选一”现象。同意代表对隐私政策的认可和收集相关个人信息的授权,是使用其产品或服务的前提;不同意则为相反意思之表示,相应地,无法使用其产品或享受其服务。目前平台隐私政策多为制式形式,信息主体对其内容无建议权和修改权,若同意,则表示全部接受其内容,无论是否合理;若不同意,则无法使用其产品或享受其服务。消费者若想使用其产品、享受其服务,只能点“同意”,别无选择。因此,在该种语境下隐私政策是否合理以及是否阅读、能否理解,对信息主体来讲已无关紧要,因为自己根本无法改变。按照知情同意机制设计的初衷,同意应是在无外力控制下自由地做出,但受互联网经济网络效应、消费者锁定效应影响,许多具有垄断地位企业的产品或服务,直接关系到消费者根本利益,加之转移成本高昂,拒绝这些服务变得越来越难。在这种情形下,这些根本利益本身的重要性以及其他消极压力和影响构成外力控制,胁迫信息主体在“同意”与“不同意”中做出选择。<sup>[43]</sup>只能选择“同意”的前提下,隐私政策的阅读和知情变得毫无必要,同意成为使用产品或享受服务的代名词。

其四,信息来源多元化、处理流程复杂化以及广泛的个人信息二次利用架空了知情同意。在大数据时代,信息收集、使用方式趋向多元化,除传统的“一对一”收集外,数据共享、cookies抓取、刷脸支付(门禁等)、监控设备、无人机或无人驾驶汽车等新型收集方式成为个人信息收集的重要途径,且占据了信息收集的主导地位。美国亚利桑那大学的一项研究表明,健康类网站的消费者个人信息中有80%来自自动抓取(collect automatically)。上述新型数据收集方式很难告知并征得信息主体同意。大数据聚合、挖掘所进行的“数据二次处理”也是如此。<sup>[44]</sup>

其五,不加区分的适用知情同意使信息主体陷入告知同意疲劳。根据法律规定,知情同意是个人信息收集、使用最主要的合法途径,多数信息收集、使用行为需要告知信息主体并获得同意,频繁告知、多次索取同意导致出现告知同意疲劳。据工业和信息化部统计,截止到2021年12月底,我国市场上监测到的移动应用252万款,其中本土第三方应用商店移动应用数量超过117万款,苹果商店(中国区)移动应用数量超过135万款,范围覆盖了人们日常生活涉及的诸多领域。<sup>[45]</sup>消费者初次使用任何一款APP均需在阅读其隐私政策后提供必需的个人信息;还有一些隐私政策根据法律规定属于定向推送或者邮寄送达,比如根据美国《金融服务现代化法案》规定,金融机构在向第三方分享消费者非公开个人信息前,必须明确告知消费者且之后不论隐私政策内容是否发生变化,需要每年至少邮寄送达一次。<sup>[46]</sup>频繁告知、多次同意给消费者带

• 485 •

[43] 参见王籍慧:《个人信息处理中同意原则的正当性——基于同意原则双重困境的视角》,载《江西社会科学》2018年第6期。

[44] 参见常宇豪:《论信息主体同意权的绝对化困境与相对性重构——兼论〈个人信息保护法(二审稿)〉同意制度的完善》,载《江西财经大学学报》2021年第5期。

[45] 参见工信部:《2021年我国APP总量持续下降 其中游戏类APP数量仍居首位》,载[https://www.sohu.com/a/520633632\\_121291394](https://www.sohu.com/a/520633632_121291394),最后访问时间:2022年2月17日。

[46] See Gramm-Leach-Bliley Act of 1999 (Financial service Modernization Act of 1999), Pub. L. No. 106 - 102, 113 Stat. 1338 (codified as amended in scattered sections of 12, 15 U. S. C.).



来沉重负担。据美国 2008 年进行的一次调查，消费者全部阅读常用网站隐私政策需要花费 244 个小时，甚至每年超过 30 个工作日。美国联邦贸易委员会主席乔恩·莱博维茨（Jon Leibowitz）在 2009 年指出：我们都知道，消费者根本不去阅读隐私政策。<sup>〔47〕</sup>

面对知情同意在实践中的诸多困境，国内外学界进行了集体性反思与争论。主张废除知情同意规则的学者认为该规则在大数据时代既无法有效保护个人信息，又阻碍了数据流通及创新应用，不应再成为个人信息处理的合法性基础。<sup>〔48〕</sup>支持者出于知情同意在个人信息保护法律体系中的重要性、维护人格完整性和人的主体性，以及平衡信息主体与信息处理者权利势差之需要，认为知情同意不应轻言放弃，但需要进行改良和完善，并提出若干改良方案。<sup>〔49〕</sup>较为典型的是基于场景风险理论的差别性适用探索，如有学者提出可根据不同场景中个人信息处理风险的高低适用不同的同意要求；<sup>〔50〕</sup>也有学者建议采用“场景合理+拟制同意=合法利用”模式化解知情同意的僵硬适用问题<sup>〔51〕</sup>。另一较为常见的探索是动态同意模式的适用，主张在信息主体和信息处理者之间搭建一个交流平台，信息主体可视个人信息处理情况随时选择加入或者退出。<sup>〔52〕</sup>还有学者提出通过经济激励方式完善知情同意规则的建议。<sup>〔53〕</sup>笔者认为，大数据时代知情同意的功能下降是不争的事实，但鉴于知情同意在个人信息保护法律体系中的基础性地位，放弃则意味着整个法律体系根基之动摇，况且“以用户的知情、同意、选择、控制为核心来建构整体个人信息保护制度，以对抗强大的商业组织和政治力量的模式，其必要性取得了大多数人的共识，且在可见的未来，其他情形都难以撼动同意原则的主流和基础地位”<sup>〔54〕</sup>。尤其在我国法已将知情同意确立为个人信息保护的核心规则背景下，理性的做法是立足于解释论原理研究提出消解或缓解知情同意困境的对策措施，赋予知情同意新的生命力。在方法论上，场景风险理论之运用、动态同意理论的探索以及经济激励方式均对解决知情同意困境有着积极意义，但并不符合我国严格个人信息保护的立法方向，在现有制度框架内通过规则解释和制度续造等方式探究知情同意的实现路径是较为妥帖之策。这也是本文以解释论视角探究知情同意实现路径的初衷。

• 486 •

#### 四、知情同意实现的多元共治路径

知情同意的实现涉及主体较多，本文将按照信息处理者、信息主体、公共机构和社会组织四类主体探究实现路径。

〔47〕 See Fred H. Cate, The Limits of Notice and Choice, *IEEE Security & Privacy Magazine*, 59-62 (2010).

〔48〕 持此观点的如范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016 年第 5 期；田野：《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》，载《法制与社会发展》2018 年第 6 期；任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，载《政治与法律》2016 年第 1 期。

〔49〕 参见前引〔11〕，徐丽枝文；王成：《个人信息民法保护模式选择》，载《中国社会科学》2019 年第 6 期；吕炳斌：《个人信息保护的“同意”困境及其出路》，载《法商研究》2021 年第 2 期。

〔50〕 参见前引〔48〕，范为文。

〔51〕 参见蔡星月：《数据主体的“弱同意”及其规范结构》，载《比较法研究》2019 年第 4 期。

〔52〕 参见前引〔48〕，田野文。

〔53〕 参见蔡培如、王锡锌：《论个人信息保护中的人格保护与经济激励机制》，载《比较法研究》2020 年第 1 期。

〔54〕 申卫星：《大数据时代个人信息保护的中国路径》，载《探索与争鸣》2020 年第 11 期，第 6-7 页。



### （一）信息处理者依法履行告知义务

在现行法律制度框架内，信息处理者告知义务的履行是知情同意实现的主要路径。在《个人信息保护法》中，信息处理者的告知义务主要包括第17条规定的个人信息处理前的一般告知义务，第22条规定的因合并、分立、解散、被宣告破产等原因需要转移个人信息前的告知义务，第23条规定的个人信息处理者向第三方提供其处理的个人信息前的告知义务，第30条规定的处理个人敏感信息前的告知义务等。这些告知义务中的内容和形式要求成为信息处理者履行告知义务的基本法律遵循。

一方面，信息处理者应严格遵守法律规定的告知事项，确保内容真实、准确、完整，不得遗漏、伪造相关信息，也不得采用陈旧过时的信息误导信息主体。一般告知内容应包括个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式，个人信息处理目的、处理方式，处理的个人信息种类、保存期限，个人行使法律规定权利的方式和程序等。对于特殊情形下的告知事项，法律作了特别规定，如：涉及转移个人信息的，除一般告知事项外还应当个人告知接收方的名称或者姓名和联系方式；需要向其他处理者提供个人信息的，需增加告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并取得个人的单独同意；需要处理敏感个人信息的，还需告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响等事项。

另一方面要严格依照法律规定的形式进行告知。《个人信息保护法》第17条规定“应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知”，此规定为解决告知文本不友好痼疾提供了指引。首先，告知文本位置应显著，便于查找和阅读。信息处理者应严格按照《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T35273—2020）的要求，将隐私政策链接在网站主页、移动应用程序安装页、社交媒体首页等显著位置进行设置。<sup>[55]</sup>其次，告知语言应清晰易懂，提高阅读体验感。做到条理清晰、语言简洁、通俗易懂、要求明确，而且告知请求事项要单独列出，不与其他事项混杂，使阅读者一目了然。近年来，针对隐私政策隐晦、难懂、可读性差等问题，学界和业界进行了多种创新，如通过法律术语通俗化、<sup>[56]</sup>分层通知、<sup>[57]</sup>表格化、图示化、标签化<sup>[58]</sup>和其他标准化披露、缩短篇幅等形式，<sup>[59]</sup>使隐私政策更易懂，内容更直观、突出。笔者进行的一项调查表明，有85.47%的被调查者认为将在隐私政策编写简洁、保证可读懂且不会占用过多时间的前提下认真阅读隐私政策。可见，改善告知语言和形式有利于消解隐私文本阅读体验差之顽疾。再次，告知形式应进行创新，满足不同群体诉求。隐私政策是针

• 487 •

[55] 参见《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T35273—2020）第5.5（d）条。

[56] See Mike Yang, Trimming Our Privacy Policies, Official Google Blog, Sept. 3, 2010, available at <http://googleblog.blogspot.com/2010/09/trimming-privacy-policies.html>, last visited on Nov. 8, 2021.

[57] See Center for Information Policy Leadership, Hunton & Williams LLP, Ten Steps to Develop a Multilayered Privacy Notice 1, 2007, available at <http://www.informationpolicycentre.com/files/Uploads/Documents/Centre/Ten Steps whitepaper.pdf>, last visited on Dec. 5, 2021.

[58] See Patrick Gage Kelley et al., Carnegie Mellon Univ., Standardizing Privacy Notice (2010), available at <http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=cylab>, last visited on Nov. 20, 2021; Alan Levy, Manoj Hastak, Consumer Comprehension of Financial Privacy Notices (2008).

[59] See Corey A. Ciocchetti, The Future of Privacy Policies: A Privacy Nutrition Label Filled with Fair Information Practices, 26 J. Marshall J. Computer & Info. L., 45 (2008).

对不特定主体进行告知的，由于不同人群需求不同、知识结构各异，对隐私政策的详略程度、专业化水平以及个人信息处理可能引发的风险要求并不完全一致。比如，执法人员、司法人员、研究人员、信息专业人士和第三方评估机构要求告知内容详尽、描述准确、用语专业；而一般信息主体则希望隐私政策内容简短、重点突出、语言平实、易于理解。多元化需求的存在，导致同一隐私政策难以协调明确性与具体性、简洁性与全面性、通俗性与专业性之间的冲突。为了回应不同群体之诉求，信息处理者需要进行告知形式创新。一个可行的方案是采用“长短版结合”的形式进行告知。长版隐私政策属专业型隐私政策，供执法者、司法者和专业人士阅读，突出内容的全面性、完整性、专业性，可以链接形式呈现；短板隐私政策属公众型隐私政策，主要服务于一般信息主体，需凸显内容的简洁性、明确性和通俗性，可在突出位置设置，便于公众阅读。对于特殊情形下对特定主体的告知，则采用因人而异的个性化告知形式，以精确匹配异质需求。<sup>〔60〕</sup>同时，隐私政策应目的明确、请求事项具体，以确保信息主体同意的真实、有效。

## （二）信息主体增强知情能力和行权意识

《个人信息保护法》第44条赋予了个人对其个人信息处理的知情权和决定权，个人有权限制或者拒绝他人对其个人信息的处理。因此，信息主体可在信息处理者依法告知的基础上依决定事项之需要，向信息处理者索取与自己有关的处理信息，以在充分知情的前提下做出是否同意信息处理者处理自己个人信息的理性选择。这要求信息主体具备足够的知识储备和知情能力，同时增强知情权和决定权的行权意识。

### 1. 增强知识储备和知情能力

知情是信息主体在信息处理者充分告知的基础上充分内化的结果。如何在告知基础上做到充分知情，信息主体有效增强知识储备、提高自身知情能力是关键。隐私政策内容一般包括拟收集信息的类型及数量、用途、收集者或与之共享的第三方信息等，要做到读懂、理解至少需要常识性和专业性两方面知识。其一，对于平台或者APP的通用功能，一般需要收集姓名、手机号码、出生日期等身份信息；当使用支付功能时，需收集姓名、银行卡类型及卡号、有效期及银行预留手机号码等信息；当需要发布音视频、图片文字和进行直播时，则需要授权使用相机、麦克风权限和设备所在位置信息权限。这些常识性知识是生活在大数据时代公民的必备知识。其二，根据功能差异，不同平台对独具特色的功能有特殊规定，如《微信隐私保护指引》第1.2条规定，当使用微信服务时，需要收集设备型号、操作系统、唯一设备标识符、登录IP地址、微信软件版本号、介入网络的方式和类型、设备加速器、操作日志等信息。<sup>〔61〕</sup>《蚂蚁金服隐私权政策》规定，为了进行业务风险评估，需要记录使用设备型号、IP地址、设备软件版本信息、设备识别码、设备标识符、位置、网络使用习惯以及其他与服务相关的日志信息等。要理解上述规定，首先需要了解相关功能的基本内容，其次需要知晓使用这些功能需要的基

〔60〕 See Christoph Busch, Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Privacy Law, 86 (2) *The University of Chicago Law Review*, 551-580 (2019).

〔61〕 参见《微信隐私保护指引》，载 [https://weixin.qq.com/agreement?lang=zh\\_CN&cc=CN&s=privacy&v=1&need](https://weixin.qq.com/agreement?lang=zh_CN&cc=CN&s=privacy&v=1&need)，最后访问时间：2022年1月28日。

本信息类型。这样才能准确甄别政策文本中规定收集的个人信息种类是否必要、是否存在过度收集情形。

## 2. 提高知情权和同意权行权意识

目前对隐私政策的法律性质尚存在争议,从国外法律实践看,美国普遍将隐私政策视为合同,正如马克·莱姆利(Mark Lemley)指出的:“双方同意合同条款是合同法的基本原则,同意赋予了合同私法上的合法性。”<sup>[62]</sup>这意味着只要信息主体有同意行为,即可认定其认同了隐私政策之约定,自然需要受该合同之约束。因此,信息主体应主动阅读、理解隐私政策的内容,了解其中规定的个人信息收集、使用、共享政策,收集的具体信息种类,以及个人信息处理可能带来的风险,在充分知情后慎重做出选择,避免因未认真阅读隐私政策而盲目同意带来不利后果。对于隐私政策中难以理解的专业术语,应积极行使知情权,要求信息处理者以通俗语言进行解释;对于法定告知内容无法满足同意权行使需要的情形,应及时向信息处理者要求所需信息,真正将个人同意建立在充分知情基础上,使同意充分体现自己的自由意志。

## (三) 公权力机构完善法律制度,严格执法司法

“建立健全个人信息保护制度,预防和惩治侵害个人信息权益的行为”是《个人信息保护法》赋予公共机构的职责,公共机构应通过完善法律制度、加强行政执法、强化司法保护等方式,保证信息主体知情同意之实现。

### 1. 完善法律制度,弥合告知事项与民众关切之错位

我国《个人信息保护法》规定的个人信息处理前告知事项包括:信息处理者名称或者姓名和联系方式;个人信息处理目的、处理方式,处理的个人信息种类、保存期限;信息主体权利的行使方式和程序等。但根据国内外对公众隐私关注的研究,信息主体在做出同意决定之前更多关注的是隐私保护和隐私损失(privacy loss)等问题。根据巴特·卡斯特斯(Bart Custers)、西蒙娜·范德霍夫(Simone Van der Hof)和巴特·舍默(Bart Schermer)等人的调查,向网站提供个人信息可能造成的隐私损失和个人隐私保护两个问题的关注值在里克特七分量表上分别达到5.78和5.28,表明信息主体对此两类问题高度关注。<sup>[63]</sup>塔玛拉·迪内夫(Dinev)和保罗·哈特(Hart)的研究也表明消费者关注重点是非授权访问、黑客攻击、安全漏洞、非授权二次使用、信息错误等与隐私泄露、隐私危害等与隐私安全相关的问题。<sup>[64]</sup>然而,现行《个人信息保护法》并未将个人信息安全保护措施、信息泄露可能给信息主体造成的危害等公众关心的问题纳入告知范围,法定告知内容与信息主体的隐私关注存在错位,现有告知信息无法满足信息主体同意决策之需要。应以《个人信息保护法》第17条第1款第(4)项“法律、行政法规规定应当告知的其他事项”为依托,在未来出台配套行政法规时,将个人信息处理可能给信息主体带来的风险以及与之相关的安全隐患列入依法必须告知范围,以回应信息主体之关切。

[62] Mark A. Lemley, Terms of Use, 91 Minn. L. Rev., 459, 464-465 (2006).

[63] See Bart Custers, Simone Van der Hof, Bart Schermer, Sandra Appleby-Arnold, Noëlie Brockdorff, Informed Consent in Social Media Use-The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law, 10 (4) SCRIPT-ed, 441 (2013).

[64] See Dinev T., Hart P., Internet Privacy Concerns and their Antecedents-measurement Validity and a Regression Model, 23 (6) Behaviour & Information Technology, 413 (2004).

## 2. 加强行政执法，削减权利势差

进入大数据时代，信息主体与信息处理者之间在信息拥有、技术能力等方面差距拉大，已然形成巨大的权利势差。在强势的信息处理者面前，强制“二选一”、超范围收集个人信息、不告知收集处理个人信息等问题突出，知情同意被架空，市场失灵现象明显。政府作为市场秩序的维护者和规则的制定者，有必要对个人信息处理者的义务履行进行监管，以解决告知义务履行不充分、模糊告知、强制同意等削弱知情同意的问题，迅速恢复个人信息利用秩序。一方面，严格执行《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》《App违法违规收集使用个人信息自评估指南》等政策规范，继续对违规收集用户个人信息、违规使用用户个人信息、不合理索取用户权限等突出问题进行整治，公开曝光、约谈、下架、关闭一批问题严重且整改不彻底的App和网站，使无隐私政策、捆绑授权和强制索权、超范围收集使用个人信息等典型问题得到根本改善。另一方面，坚持问题导向，对人脸识别等生物特征信息收集使用不规范，深度伪造，App后台自启动、关联启动、私自调用权限上传个人信息，录音、拍照等敏感权限滥用等社会反映强烈的重点问题进行集中整治，通过行政权力制约数据权力的方式，防止信息处理者利用权利势差刻意规避知情同意现象的发生。

## 3. 转化保护模式，强化司法保护

目前，我国司法审判普遍采用义务模式保护信息主体的知情同意。在义务模式下，法院将信息处理者法定义务之履行作为判断信息主体是否知情的标准。只要信息处理者履行了法定告知义务，且信息主体有机会阅读并了解告知内容，不论个人是否真正阅读或是否读懂、理解，法院都将认定信息主体做出的同意为“知情同意”。在“朱某与北京百度网讯科技有限公司隐私权纠纷案”中，二审法院即认为：“百度网讯公司在《使用百度前必读》中已经明确告知网络用户可以使用包括禁用cookie、清除cookie或者提供禁用按钮等方式阻止个性化推荐内容的展现，尊重了用户选择权。朱某在百度网讯公司已经明确告知上述事项后，仍然使用百度搜索引擎服务，应视为对百度网讯公司采用默认‘选择同意’方式的认可。”<sup>〔65〕</sup>此种裁判思路即为义务保护模式。但在一审法院采用的权利保护模式下，尽管百度网讯公司网页中的《使用百度前必读》有说明和提醒的内容，但文字放在了网页的最下方，不仅字体明显较小，而且还夹在“©2014baidu”与“京ICP证030173号”中间，难以识别并加以注意，无法起到规范的说明和提醒作用，不足以让消费者明了存在“选择同意”的权利，因此认定被告侵犯了消费者知情权和选择权。同一个案件，一审法院和二审法院得出了完全相反的结论，原因即在于两个法院采用了不同的裁判思路。当二审法院采用义务保护模式时，明知消费者的知情利益未受到应有的保护，但由于经营者未违反法定告知义务，仍然不能为消费者的知情利益提供充分的保护。<sup>〔66〕</sup>因此，在司法维度上，只有以信息主体为中心，变义务保护模式为权利保护模式，方可实现对信息主体知情同意的充分保护。尤其在《个人信息保护法》已经正式赋予信息主体知情权和决定权的背景下，权利保护模式更具有必要性和现实性。

〔65〕 江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第5028号民事判决书。

〔66〕 参见李友根：《论经济法权利的生成——以知情权为例》，载《法制与社会发展》2008年第6期。

#### （四）社会组织强化行业自律和第三方认证

##### 1. 制定科学的行业告知文本

遵守知情同意规则、强化个人信息保护符合企业和行业的根本利益。良好的行业自律既可以立法提供指引，避免盲目立法抑制信息产业发展，又可以以之提升经营者商誉，吸引消费者“用脚投票”。〔67〕因此，应当鼓励企业适应大数据时代的特点，确立数据安全观念，把数据当作核心资产，秉持用户个人信息至上的基本价值观，培育保护个人信息就是维护核心竞争力的意识，积极主动承担个人信息保护责任。〔68〕

一个可能的方向是由行业协会针对不同类型信息处理者开展不同业务时的不同需求，编写本行业自律公约和隐私政策示范文本。例如《国民经济行业分类》（GB/4754—2011）中邮政业的快递服务需要收集信息主体的姓名、地址、电话号码，而不需要收集网络邮箱号或指纹信息；又如淘宝、京东等互联网销售平台与优步、滴滴出行等互联网约车平台虽然同属于互联网生活服务平台，但业务模式、交易方式、实现功能都完全不同，即可在统一的保护细则或自律公约下分别编写不同的示范文本。信息处理者按照行业惯例收集本行业一般经营者所需的个人信息时可按照上述个人信息分类标准进行监管，而收集额外信息或将信息用于非常规用途时则必须向信息主体详细告知并征得同意，所受监管也将更加严格。这种保护模式一方面细化了个人信息保护场景，实现了法律稳定性、可预测性和针对性保护的有机统一，另一方面在隐私风险无法完全避免的前提下可将风险控制在最低限度。

##### 2. 强化第三方认证

充分发挥第三方认证机构专业性强、技术力量雄厚的优势，构建知情同意第三方认证体系，以此作为个人信息事前保护的重要内容。信息处理者如果希望取得认证机构的认证则需要符合该机构的个人信息保护标准。一旦认证机构形成公信力并为信息主体所熟知，具有该认证机构的认证就会成为信息处理者的核心竞争力，从而激励信息处理者自觉履行告知义务，提高个人信息保护水平。在通过认证的背景下，信息主体虽然可能仍无法完全理解隐私政策的全部内容，但可以通过信息处理者的认证资格对其个人信息保护水平产生信任，并基于信任做出同意。对于认证的作用，索罗夫教授以食品和汽车为例指出，我们并不具备食品和汽车安全的专业知识，但是食品和汽车制造商需要根据安全标准进行生产，消费者只需要了解其是否符合标准即可。〔69〕美国对于隐私认证已经发展出了一套较为完备的体系可供借鉴，我国也已经成立了互联网诚信联盟（iTrust）可提供个人信息安全认证，其核心成员包括了人民网、阿里巴巴、新浪、腾讯、百度、搜狐、网易、凤凰网等国内较有影响力的网络服务提供商，但其影响力（尤其是对信息主体而言）还有待提升。

• 491 •

## 五、结 语

信息主体的知情同意是我国个人信息保护法的法律基础，也是访问权、撤回权、修改权、携

〔67〕 参见张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015年第3期。

〔68〕 参见周汉华：《探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向》，载《法学研究》2018年第2期。

〔69〕 See Daniel J. Solove, Privacy Self-Management and the Consent Dilemma, 126 *Harvard Law Review*, 1880 (2013).

带权、删除权等个人信息权具体权能存在的前提和条件。<sup>〔70〕</sup> 尽管在大数据时代知情同意陷入困境，但轻言放弃并非明智之举。《个人信息保护法》创设信息主体知情权和决定权，昭示着我国个人信息保护立法坚持自主控制、弘扬“以人为本”理念的强化。当然，由于信息处理者和信息主体之间存在严重的权利势差，加之信息主体专业知识和信息技能的匮乏，仅仅依靠个人无法充分实现知情同意，必须借助公权力介入以监督信息处理者法定告知义务的履行，通过加强行政执法改善制约信息主体知情同意实现的社会环境、制度环境和技术环境，遏制信息处理者利用数据权力刻意规避、架空知情同意现象的发生。同时，积极发挥行业协会和第三方机构专业性强、技术力量雄厚之优势，共同营造有利于知情同意实现的氛围，打造具有中国本土特色的知情同意实现机制。《个人信息保护法》创设知情权和决定权仅是提高知情同意保护水平的开端，未来应通过配套法规、规章建设和法律解释，明确信息主体主动知情的程序和路径，同时将司法保护从义务模式转向权利模式，方能真正实现信息主体的知情同意，助力《个人信息保护法》的实施。需要指出的是，强调信息主体知情同意的实现并非将之绝对化，个人信息处理应以《个人信息保护法》第13条确立的多元合法性基础为依托，本文意图在于探讨以同意为合法性基础的处理情形中如何使同意建立在知情前提上，保证信息主体的同意决定真正体现自己的自由意志。

---

**Abstract:** Informed consent is a basic rule commonly adopted in personal information protection laws of various countries, and it is also the core rule of personal information protection laws in China. The legal basis of informed consent system comes from the guarantee of information subject's autonomy of will, and information subject's independent control of personal information can be realized through effective consent after full notification. In the era of big data, with the diversification of personal information sources and the extensive reuse, informed consent is facing a series of dilemmas, such as obscure privacy policy, lack of knowledge of information subjects, forced "two choices" by information processors, difficulty in applying informed consent to new personal information processing behaviors, and notification fatigue caused by frequent informed consent. Given the important value of informed consent and its cornerstone status in the personal information protection regime, giving up lightly is not a wise move. Multi-governance mode should be adopted to ensure the realization of information subject's informed consent, such as information processors informing according to law, information subjects enhancing their awareness of knowing and exercising, public institutions perfecting legal system and strictly enforcing the law, and social organizations strengthening industry self-discipline and third-party certification.

**Key Words:** personal information, autonomy of will, informed consent dilemma, multi-governance

---

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

〔70〕 参见前引〔49〕，王成文。



## 被遗忘权本土化的路径选择与规范重塑 ——以《个人信息保护法》第 47 条为中心

王义坤 刘金祥\*

**内容提要：**被遗忘权是大数据时代实现被忘却价值的一种基本方式，但也与知情权、言论自由等相关权益存在冲突。我国《个人信息保护法》没有单独规定被遗忘权，而是采取在第 47 条规定删除权制度的囊括规范方式。但被遗忘权依旧有其制度的核心价值，即消除合法公开的负面信息对个体利益和发展的不必要影响。在具体路径实现上，宜采取事后救济为主的要件个案判定方式，以信息主体案涉利益保护的正当性，以及保护方式的必要性为主要考量因素，通过对前置信息处理合法合规、主体和适用场景限定等一系列规范框架的建立，来实现被遗忘权的有限价值存在。

**关键词：**被遗忘权 被忘却价值 利益平衡 个人信息保护法

• 493 •

### 一、问题的提出：被遗忘权引入所导致的利益平衡困境

自 2013 年大数据时代全面来临起，大数据技术突破了人脑“遗忘易于记忆”的极限，以空前未有的方式挑战着社会对个体权益的保障。依赖网络强大的搜寻和记忆能力，个人信息痕迹广泛留存于网络空间中，他人的信息撷取与网络播散方式隐蔽、便捷且普遍，凡此种种无不使得信息主体对其个人信息的控制越发困难，致其面临着不可预料的自身权益损害。为了应对个人无法与网络超级记忆相抗衡的窘境，权利人将眼光投向侧重事前预防的被遗忘权（right to be forgotten）机制，试图以删除、禁链等方式让有负面影响的信息消失。为了应对侵袭个人权益的信息科技浪潮，欧盟沿袭其注重保障个体权益的惯例，在 2012 年欧盟《一般数据保护条例（草案）》（以下简称 GDPR 草案）中首次明确倡导被遗忘权，并在 2016 年最终通过的《一般数据保护条

\* 王义坤，华东理工大学法学院助理研究员；刘金祥，华东理工大学法学院教授。

例》(以下简称 GDPR) 中专设被遗忘权条款。欧盟法院在 2014 年“冈萨雷斯案”、2019 年“谷歌诉法国国家信息与自由委员会案”、2020 年“比利时谷歌案”中承认信息主体向搜索引擎主张删除信息链接的被遗忘权,更是将对被遗忘权的研究和讨论扩大到了全世界范围。

我国在有关个人信息保护的专项立法实施之前,针对被遗忘权制度的价值、引入必要性以及制度适用的利弊存在丰富的研究和理论争议。我国“被遗忘权第一案”,即“任甲玉与北京百度网讯科技有限公司人格权纠纷案”(以下简称“任某玉案”)<sup>〔1〕</sup>更是将这种理论的实践争议推向了白热化,甚至一度出现了我国否认被遗忘权制度的观点。2021 年 11 月 1 日生效的《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个保法》)也将这个问题基本定调:第 47 条个人信息处理者的删除义务以及信息主体的删除权条款已经将被遗忘权制度囊括其中,从而表明了我国个人信息立法对该舶来权利的态度。<sup>〔2〕</sup>这也是避开学界争议、从立法领域切入解决实践问题的例子,<sup>〔3〕</sup>为今后信息主体在满足法律、行政法规规定的情形下,主动要求信息处理者删除其相关信息的情形设置了基本适用依据。

在立法层面解决被遗忘权制度引入与否的问题之后,是该制度具体适用困境的解决和规范细化问题。欧盟式的被遗忘权保障模式所遇到的一系列问题,如技术障碍和成本、信息主体利益与其他所涉权益(如新闻自由、公众知情权等)的平衡,也会在我国出现。因此,如何在既有法律框架下,针对我国具体的国情,完善被遗忘权制度的本土化路径以及规范的具体细化,是本文研究的主要内容。

• 494 •

## 二、被遗忘权引入的必要性以及与现有制度的兼容

### (一) 被遗忘权引入的必要性:实现被忘却价值

被遗忘权制度的主要价值是解决网络环境下的忘却困境,并实现在传统社会中对个体发展有益的被忘却价值。被忘却价值与个人的人格自由发展密切相关,关系到犯错者能否重新开始生活。无法被遗忘可能会阻碍个人的健全人格发展,使其难以自主追求人生目标。例如罪犯、少年犯过去的负面记录,会致其一辈子受到社会排斥和他人歧视。为了保障行为人再社会化的人格利益,有必要涂销其前科资料,使其有改过自新的机会。<sup>〔4〕</sup>被遗忘的背后蕴含着社会宽恕行为人对过错和容许其匿名生活、使其迎接全新开始、去除负面标签使其免遭伤害的意涵。“没有遗忘,就没有原谅。”<sup>〔5〕</sup>遗忘能够辅助原谅的形成,犯错者在得到社会或者被害人原谅后,较容易塑造新的社会形象。然而,大数据时代极大地扩张了被忘却价值受损害的深度和广度,需要通过被遗忘权来应对网络科技带来的新挑战。

〔1〕 参见北京市海淀区人民法院(2015)海民初字第17417号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2015)一中民初字第09558号民事判决书。

〔2〕 参见程啸:《个人信息保护法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第371页。

〔3〕 参见刘文杰:《被遗忘权:传统元素、新语境与利益衡量》,载《法学研究》2018年第2期。

〔4〕 参见刘静怡:《社群网络时代的隐私权困境:以Facebook为讨论对象》,载《台湾大学法学论丛》2012年第1期。

〔5〕 Meg Lega Ambrose, Nicole Friess, Jill Van Matre, Seeking Digital redemption: The Future of Forgiveness in the Internet Age, 29 Santa Clara Computer & High Technology Law Review, 99, 110 (2012).

首先,网络环境的恒久存储导致“往事随着时间经过而被人们遗忘”的社会传统观念失灵。在现实社会,人们受制于有限的记忆力,逐渐形成“以忘却为原则,以记忆为例外”的模式。然而在虚拟环境中,任何人的行为踪迹都会在互联网上留下永久痕迹,出现“以记住为原则,以遗忘为例外”的情形。<sup>〔6〕</sup>这种情形导致侵权后果的加重,如精神损害与名誉损害的效果长期化。个人过去的负面记录或者错误行为完整保留在网络空间,容易招致社会偏见或者他人的负面固定印象。个人无法得到他人原谅,难以获得改过机会,或者意外地被陈旧的网络信息所伤,不利于个人人格的自我发展。

其次,搜索引擎等大数据搜集、存储技术加剧了信息主体对其自身信息掌控的不确定性。信息勘测、智能汇聚、数据恢复等手段可以发掘出任何网络活动轨迹。随意公布自己信息和转载他人信息变得普遍,滥用信息的情况也日益严重。另外,数据挖掘、比对和分析的结果具有不可预测性,而且整个过程很不透明。这种资料的相互比对和交换,能够从蛛丝马迹中拼凑出某人的各种样貌,进而造成隐私泄露。<sup>〔7〕</sup>这种对元数据的多元利用具有隐秘性,从而难以被发觉。

最后,大数据时代侵蚀被忘却价值、危及个人人格的情况下,现行的隐私权、名誉权等传统法律保障机制却显现出诸多窘境。第一,隐私权保障中“个人在公共场所自愿披露的信息不属于隐私”的传统规则过于僵化。网络空间的公共领域逐渐侵入私人领域,公私领域的界限日益模糊。<sup>〔8〕</sup>公共领域的私人信息可能会转化为隐私利益,给隐私权保障带来困难。而且信息收集使用者的多元化导致管理与控制趋于困难,传播行为与损害后果之间的因果关系也不易查明。第二,名誉权保障难以规制“片段信息拼凑导致名誉受损”现象。搜索引擎、网络媒体仅能提供未必真实的片段信息,无法完整客观地呈现个人的人品与名誉。由这些片面且可能虚假的信息拼凑而成的个人形象,容易误导社会公众。当事人可能面临名誉受损、不公平对待、经济损失等损害,名誉权保障机制对此却难以规制。另外,在保障效果方面,真实信息的持久存续使得名誉侵权的后果产生变异。网络空间的可搜索性与永久存续性使得人们“随时间而遗忘”的期待落空,足以损毁个人名誉的网络信息会成为“没有时间限制”的证据,不会随着时间流逝而消灭。<sup>〔9〕</sup>个人会与过去的过错永久联结,被侵权人无从请求损害赔偿或者恢复名誉。互联网不单是个人在社群中自由开展人格的媒介,也成为人格发展的危害来源。

## (二) 与现有制度兼容: 实现被遗忘权与相关权益的平衡

在现有法律框架下,占据主导地位的是对传统的隐私权、名誉权进行保障的规则。信息主体原则上仅能要求信息发布者、新闻媒体、搜索引擎等网络服务商限制使用而非删除信息链接。尽管在实践中部分法院有一定的弹性解释空间,但是迄今为止,并没有代表性的司法判例。鉴于传统的权利保障机制无法应对网络环境下被忘却价值和人格受损的困境,人们寻求通过被遗忘权来满足渴望在大数据时代“被遗忘”的需求。依据学者格律特的研究,被遗忘作为法律概念具有双

• 495 •

〔6〕 参见张勇:《个人信用信息法益及刑法保护》,载《东方法学》2019年第1期。

〔7〕 See Daniel J. Solve, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, Yale University Press, 2008, p. 95.

〔8〕 参见张新宝:《信息技术的发展与隐私权保护》,载《法制与社会发展》1996年第5期。

〔9〕 参见杨立新、韩煦:《被遗忘权的中国本土化及法律适用》,载《法律适用》2015年第2期。

重含义：在个人层面是对个人人格开展与表现的保护，“整个社会不再将个人与特定事实相链接，给予其重新开始的机会”；在社会层面则是指“再匿名的构建”，对维护包容开放的社会秩序意义重大。这种被忘却价值的保障需求希望通过所谓“数字橡皮擦”的信息技术，自始限制在线个人信息的存储和流通。例如欧盟法院在“冈萨雷斯案”判决中，就开创性地要求搜索引擎服务者移除特定搜索结果及其链接。

被遗忘权的引入虽然会对现有制度中的一些既有权利造成影响，但这些影响可以在相互协调中化解，在任何一种权益冲突的场景中，都可以根据利益的优先性进行取舍。

首先，被遗忘权的引入会对其他公民权利造成负面影响。从用户权利保障的角度来看，在保障被遗忘权的同时如何兼顾他人的言论自由、信息取得自由、新闻自由乃是困难的法律选择，会引发严重关切。之所以言其重大，是由于被遗忘权作为人人得以修改其自身评价的技术工具，如果删除标准不透明、不合理，就可能削弱其他人接受和记忆信息的自由，妨碍民主社会的健全发展。<sup>[10]</sup>具体到被遗忘权的实施，资料控制者需要承担证明“存在不应删除之例外事由”的责任，还面临若不及时删除就要被高额处罚的压力，因此，其倾向于在模糊的案例中直接删除信息。这就导致被遗忘权可能恣意侵害表达自由，引发网络言论市场的寒蝉效应，阻碍社会进步与个人发展。同时，如果仅仅保护表达自由而不保护接收思想的自由，则难以实现言论自由旨在保障个人思想的目的。这就意味着在网络的众多言论中，公民可以自由选择要接触和保存何种个人记忆、集体记忆。被遗忘权删除、隐藏信息的方式必然会阻碍第三人接收、记忆某些信息的自由，因而对言论自由造成影响。从欧盟的司法实践来看，网络新闻媒体相继收到搜索引擎删除新闻链接的通知，删除的标准既不透明也不合理，不仅侵犯新闻媒体的自主性，而且直接损害社会公众的知情权。

被遗忘权作为预防他人侵犯隐私的技术措施，主要是协助预防网络监视、数位永久记忆、深入的资料比对等侵权行为。在万物联网的数字社会，所有人的日常生活随时都在生产着“后设资料”（metadata），即有关信息本身而非信息内容的资讯，如上网、通话时的发言位置、对象、通讯时间等。<sup>[11]</sup>在大数据技术的监控下，这些线下生活所产生的资料都可能经由收集整理而成为线上资料库的内容。其他人、企业和政府监管能够通过深度比对，轻易地辨识每一个人的身份、喜好、人际脉络、政治倾向、私密生活等细节。通过内容资料、后设资料、商业资料库、公私部门相互往来的数据、监控所得资料的积累、比对和分析，每一个资料主体在大数据监控体系下都会成为完全透明的个体。大数据技术能够将以前无法进行数字化的资料全都进行数字化，每一个人都成为量化的个体。<sup>[12]</sup>由于数字记忆永久留存且获取性高，每个人对被忘却的需求大幅超越以往。在这样的情况下，在言论自由和被遗忘权的价值取舍上理应偏向后者。就被遗忘权与新闻自由的冲突而言，新闻媒体基于第四权理论监督政府、传递消息、满足知情权的使命在商业化社

[10] 这方面的讨论，参见郑志峰：《网络社会的被遗忘权研究》，载《法商研究》2015年第6期；万方：《终将被遗忘权的权利——我国引入被遗忘权的思考》，载《法学评论》2016年第6期；刘艳红：《人工智能法学研究的反智能化批判》，载《东方法学》2019年第5期。

[11] See Neil M. Richard, The Danger of Surveillance, 126 (7) Harvard Law Review, 1939 (2013).

[12] See Paul M. Schwartz, Daniel J. Solove, The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information, 4 New York Law Review, 1814 (2011).

会环境中遭到削弱,在竞逐商业利益中过度侵害个人权益。而被遗忘权通过删除过度侵犯隐私的自媒体内容和新闻报道,保障个人适度维系隐私和名声,并为个人对抗媒体滥用权利提供救济渠道。欧盟的立法者明确建立针对搜索引擎、网络新闻媒体的被遗忘权机制,为此对个人数据保护立法进行修改。对我国而言,在保障言论自由的前提下,有限接纳被遗忘权并加以严格管制,应当是一项明智选择。

其次,被遗忘权会产生造成社会公益减损的成本。有学者批评被遗忘权没有审慎考虑到信息具有存在周期、信息与社会价值的关联性,可能造成社会公共利益的减损。信息本身具有存在周期,会自然而然地促使侵害个人权益的信息慢慢消失。即便部分信息仍然存在,也无法集合成为有意义的资料。<sup>[13]</sup> 另外还有学者指出,网络汇集的完整、真实社会资讯已经成为现代社会共享的集体记忆,确保这些集体记忆不经审查并以原始状态留存是当代人的社会责任。“人类的文化建构于记忆之上。”<sup>[14]</sup> 其中,人类通过媒介增加自身记忆的方式属于“外部记忆”(external memory),如个人电邮。外部记忆仅具有个人特质而非公共性质,不产生被遗忘权问题。与此相对,“交互记忆”(transactive memory)则是个人与社会群体之间交互产生的记忆,反映出的是群体事件和群体认知,众多的交互记忆构筑成人类的历史。<sup>[15]</sup> 被遗忘权若要控制交互记忆,就有可能毁坏社会全体的“交互记忆”,或者由于信息缺失而使历史记录不真实、不准确。

上述担忧可以理解,但是结论有待商榷。第一,判断信息是否具有公益性、究竟有多大的潜在价值其实是相当困难的。而另一方面,数位记忆永恒和时间轴拉长导致对个人隐私的威胁,资料传播和比对分析更扩张了个人隐私受侵害的空间。在资料对个人隐私构成现实侵害,而其未来价值无法判断的情况下一概禁止资料主体行使被遗忘权,其正当性值得质疑。第二,信息的社会价值也可能遭到扭曲。信息随着时间流逝可能与现在的情形越发不相关,对个人的描述也趋向不正确,可能会成为负面价值的信息。在此情况下,当事人关注的是信息被忘却而非正确性,需要通过删除的方式,而非更正、限制使用,才能实质解决隐私问题,将该信息重归于私人隐私。第三,对于被遗忘权危及历史保存的质疑,何种事件属于历史事件本身就很难判断,不宜因噎废食,为保护历史记忆而忽略对个人隐私的保护。因此,需要综合考虑信息干预个人隐私的严重程度、一般社会公众的普遍感受、事件的社会价值等因素,在历史保存与个人私事之间进行利益平衡。

• 497 •

### 三、被遗忘权制度的核心功能及其路径选择

#### (一) 核心功能:消除负面信息对个体利益和发展的不必要影响

被遗忘权并非一经确立就具有清晰的概念框架,其内涵一直处于变化之中,大致包括如下三重。<sup>[16]</sup> 一是无法被搜索的权益,即原本经过合法手段而汇聚的正确信息在经过一段时间后,变

[13] See M. J. Kelly, D. Satola, The Right to be Forgotten, 1 *University of Illinois Law Review*, 1-64 (2017).

[14] I. Szekely, The Right to be Forgotten and the New Archival Paradigm, in A. Hoskins ed., *The Ethics of Memory in a Digital Age*, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 28-49.

[15] 参见徐凤:《人工智能算法黑箱的法律规制》,载《东方法学》2019年第6期。

[16] See Jeffry Rosen, The Right to be Forgotten, 6 *Stanford Law Review*, 88 (2015).

得“不相关、不适当或者不必要”，信息主体有权请求信息控制者删除该信息，突显出个人主动控制其过去经历的权利。以“冈萨雷斯案”判决为例，司法机关将难以被搜索的权利概念运用于搜索引擎服务者身上，通过移除特定搜索结果、排除强相关信息等积极方式，提高个人信息接入的难度。不过，因为原始信息来源并未从网络上消失，所以难以被搜索的权利概念似乎限缩了被遗忘权的范围。二是再度社会化，即个人得以摆脱过去社会负面信息的枷锁，再次以小白身份创造全新的社会角色与行为模式。这就意味着社会公众遗忘其过往经历。再度社会化的中心是管控个人负面信息的传播范围，如限制使用违法前科资料。三是不受限制的言论自由。言论自由的基本价值是保障个人、发展自我与实现自我。如果他人利用信息主体的过往言论对抗、束缚或者伤害本人，势必导致个人选择沉默来避免潜在损害，不愿公开发表意见。因此，被遗忘权的核心价值可以从既有理论对其本质的探讨中得以发现。

被遗忘权议题的第一个层面是其权利本质。无论是 GDPR 还是“冈萨雷斯案”判决，均未提及被遗忘权的权利本质究竟为何，学界对被遗忘权的本质和内涵也存在着争议，这就导致被遗忘权是由何种价值建构而出的问题存在模糊之处。目前关于被遗忘权本质的主流观点是“删除权”。删除权基于信息自决权而产生，是指“信息主体有要求信息控制者在一定期间内删除个人信息”的个人信息保护权。<sup>〔17〕</sup>删除权可以通过信息发布者事前预设信息有效期限的手段，或是事后提出信息删除请求的方式来实现。删除权为了应对大数据时代个人逐渐丧失信息掌控权的状况，赋予信息主体在特定情形下要求删除个人信息的权利。个人可以掌控信息控制者如何使用涉己信息，进而构筑起个人在虚拟世界中的身份，使其得以主宰个人存在的社会价值，按照个人认知安排生活，实现“维系个人尊严、自由发展人格”的终极目标。欧盟执委会在其 2012 年 GDPR 草案的说明中指出，被遗忘权所蕴含的本质是“请求信息控制者删除的权利”。GDPR 明确将现有条款中的“删除权”标签为“被遗忘权”。学者博纳等认为被遗忘权是从 GDPR 的“信息最小化原则”、<sup>〔18〕</sup>“合法处理信息原则”<sup>〔19〕</sup>衍生而来，本质上属于删除权。

但是，也有学者质疑以删除权作为被遗忘权本质的局限性。归纳起来，大致包括如下几个方面的理由。第一，删除权的预防性带来局限。删除信息的权利带有预防风险的性质，在启动时往往并未出现实际损害，因此，对“一定期间删除”的把握很难做到精确及时，对删除何种期限内的信息也缺乏有效判断。<sup>〔20〕</sup>第二，删除权的内涵和判断标准不明确。只有当信息主体掌握信息的利益大于他人处理信息的利益时，才有权删除。但是利益衡量的判断标准模糊不清，导致删除权的实施僵硬、绝对化，极易被滥用。第三，强制他人删除信息缺乏有力的科技手段和法律安排。由于信息技术日新月异，信息很容易被复制，难以界定谁是信息控制者，信息的彻底删除在

〔17〕这方面的讨论，参见前引〔3〕，刘文杰文：吴飞、傅正科：《大数据与被遗忘权》，载《浙江大学学报（人文社科版）》2015年第2期；陈吉栋：《智能合约的法律构造》，载《东方法学》2019年第3期。

〔18〕“数据最小化原则”（principle of data minimization）是指数据应当适当、相关、不超越收集目的，且在不必要时及时销毁。

〔19〕“合法处理数据原则”（principle of data）是指处理数据应当经过数据主体的同意或者符合法律规定。

〔20〕See Minhui Xue, Gabriel Magno, Evandro Cunha, Virgilio Almeida, Keith W. Ross, The Right to be Forgotten in the Media: A Data-Driven Study, 4 *Proceedings on Privacy Entrance Technology*, 394–402 (2016).



短期内很难实现。而且,目前无法逾越“删除涉嫌侵犯他人信息自由权”的法律障碍。<sup>[21]</sup>

因此,有学者主张被遗忘权是由保护个人更生价值之“忘却权”(right to oblivion)演化而来。忘却权的起源可以追溯到法国人格权法上的“忘却权”概念(Droit à l'oubli),亦即“让不会再浮现的过往永远沉默”。简言之,是指过时、负面的个人信息不得在未来过度伤害个人尊严、人格和名声,个人拥有不受过往记录束缚的权利。忘却权适用的场合主要是刑满释放人员为了回归社会,反对他人公开其过往的犯罪记录或者个人身份,着重保障的是“罪犯再社会化”的利益。如法国《刑法》第133条允许以“更生、回归社会的潜在威胁”为理由消除个人的犯罪记录,规定“任何人不得储存或者披露他人的犯罪违法记录资料,法庭审判或者档案记载除外”。在2009年德国“沃尔夫案”判决中,德国最高法院主张“社会受众在通常情况下对信息的需求优于当事人的人格利益和忘却权,但是报导利益将随着时间流逝而失去其合理性”<sup>[22]</sup>。法院强调忘却权需要弹性地考量时间和空间因素,空间转移会改变社会互动模式,而历时久远也可能使公开事件改变在空间脉络中的存在意义。当时间流逝、空间转移降低了已公开事件的公共性,当事人回归社会利益和个人隐私权已超过公共利益时,则信息就应当转回到私人空间,此时应承认忘却权。

从忘却权和删除权的概念发展来看,其有相似之处也有一定的区别。第一,权利内涵不同。前者是指“令他人作为”之权利,强制其遗忘信息,因此会同其他公民的言论自由、信息取得自由有所冲突,并导致重要的社会历史记录散失。而删除权近似于“自我行动”的权利,即允许个人掌控由信息控制者所收集、使用的个人信息,但不是允许个人任意删除所有涉己信息乃至篡改历史。第二,权利成立与否的判断不同。大数据环境下的信息获得难度由于搜索引擎技术的发展而降低,而个人信息不会由于时间流逝而灭失,个人会持续受到负面评价。因此,忘却权的判断核心是时空变迁对信息属性的影响。删除权的判断则不会受到时空因素的干扰。即便信息并未损害到信息主体,或者由于时空脉络的改变而不再产生负面影响,信息主体也仍然有权主张删除。

被遗忘权概念包括两个方面的内容:一是积极方面,即“令他人忘记自己的过往”,二是消极方面,即“避免个人被过往的负面信息所缠绕”,这两个方面的内容分别对应被遗忘权的两大权源——忘却权和删除权。这两种权源尽管具有不同的背景,但是在“维系社会价值和实现政治目标”“保障个人人格”方面的功能却存在重叠,因此,在被遗忘权议题上产生交错与结合。简言之,被遗忘权是将忘却权的实质内容和《个保法》中的删除程序融为一体。一方面,删除信息作为保护隐私的直接方式,属于忽略利益平衡的绝对权利行使,不是最合理、最符合比例原则的方式。另一方面,忘却权是权衡不同利益的手段,可以灵活地判断被遗忘权在个案中的适用合理性。由此可见,被遗忘权的本质应当是这两种权利的互相结合,共同解决信息流通和信息挖掘比对造成的威胁个体权益和发展的问題。而随着立法例的演化,这两种权利的功能逐渐转化成一种以删除权为主要表现形式的基本个人信息权益分支,很多忘却权所要体现出的显性社会功效也逐

• 499 •

[21] See Karen Eltis, Breaking Through the Tower of Babel: A Right to be Forgotten and how Trans-systemic Thinking can Help Re-conceptualize Privacy Harm in the Age of Analytic, 2 Ford Ham Intellectual Law Journal, 69-95 (2011).

[22] 许炳华:《被遗忘的权利:比较法之观察》,载《东吴法律学报》2005年第1期,第150-175页。

渐在删除权中实现。

删除权和忘却权的统一在欧洲立法实践中也得到过验证。欧盟法院在“冈萨雷斯案”判决中，从2012年GDPR草案的删除资料权推导出在“信息不适当、信息不相关、超越收集目的”的情况下，信息主体有删除信息链接的被遗忘权。据此观之，欧盟法院显然倾向于将被遗忘权定位于删除权。然而另一方面，欧盟法院又增加了利益平衡的标准，主张被遗忘权要视“信息属性、信息主体受到影响的程度、信息涉及的公共性程度”等因素，进行利益平衡后作出判断，并且强调时空因素对信息的影响。由此可见，欧盟法并不是完全以删除信息作为被遗忘权的行使手段，同时也结合了忘却权的利益衡量内涵，将消除负面信息对个体利益和发展的不必要影响作为被遗忘权制度的第一要务，只是这种功效需要通过删除的显性行为方式予以体现。

## （二）路径选择：在第47条下寻求事后救济的个案判定

正是被遗忘权制度的上述功能决定了其存在的价值。被遗忘权是对大数据时代被忘却价值危机的回应，开辟出一条人格权与个人信息保护的新路径。我国同样面临着数字永恒记忆带来的被忘却价值危机，理论界对被遗忘权也高度关注，司法实务中还出现了“任某玉案”等系列判决。欧盟的实践也表明被遗忘权的建构与一国法治状况，以及社会、经济等因素密切相关，贸然承认被遗忘权恐怕不但不能实现预期效果，而且会妨碍数据产业的良性发展，阻碍其他人的言论自由、网络信息取得自由等权益。因此，中国语境下的被遗忘权受到多大程度的保障，是否需要对接盟式的保护强度作必要调整，法律探索又如何成为制度改革的推动力，尚需进行深入探讨。

前文提到，自“任某玉案”之后，就有理论和实践观点认为中国从司法上拒绝了被遗忘权的引入和适用。其实这种观点是较为片面的，该案本身的案情特点使法院在特定情形下作出了一种较为合理的判定，但这种判定并非是在与被遗忘权制度完全契合的场景下作出的，简言之，该案中任某玉想要救济的利益，与被遗忘权核心价值所要救济的利益并不相同。我国学者也在研究中较为详细地将该案与“冈萨雷斯案”作了非常有说服力的比较。<sup>〔23〕</sup>首先，信息处理者对案涉个人信息的使用目的存在差异。在“任某玉案”中，任某玉与某教育公司的相关信息是合作期间后者自我宣传的推广结果，是任某玉的真实履历。其发布的目的以及现存的价值没有变化，都是对任某玉的一段真实职业经历的具体体现。而“冈萨雷斯案”中，信息主体的个人信息出现在《先锋报》的一份清单中，目的是为了在拍卖活动中吸引更多竞价者，而之后其使用目的和必要性已经丧失。其次，信息主体的诉争权益不同。“任某玉案”的原告诉争权益是对其职业发展利益的影响，而法院经过调查后发现，这种影响以及相关信息所涉及的公众知情利益之间有着较为激烈的博弈，个体利益在本案中并非占有绝对主导性的保护优势。而在“冈萨雷斯案”中，其个人信息最初发布在一家地方上极具影响力的报媒上，只要搜索其全名就会显现当时的案涉信息，且该信息已经对原告本人在该区域的生活造成了一定侵扰，甚至对其个人尊严都构成了实质性侵害。所以法院判定案涉信息存在不当性以及遗忘的必要性。也正是因为前两个原因，才会产生如果行使被遗忘权则会对相关涉他权益产生影响的问题。概言之，被遗忘权的适用应当对特定案件中的争议权益作出具体分析和考量，如果不执行被遗忘权，对信息主体的侵害将影响其基本权益乃至

〔23〕 参见前引〔10〕，万方文。

个人正当发展,那么就应当赋予信息主体被遗忘权,同时,也需要对执行被遗忘权的社会成本予以考量,来实现本文所提出的性价比问题,即当执行被遗忘权给信息处理者或者从广义上讲这个社会的整体成本带来了不必要的负担,那么就需要慎重。例如“冈萨雷斯案”中删除与原告有关的链接不会对谷歌造成过重的负担,而“任某玉案”中则需要对搜索引擎中的关键字进行涂除,会产生额外的负担,且会对其他享有知情权并需要搜寻该资讯的人带来额外的行动成本。

综上,我国《个保法》第47条已经将被遗忘权制度囊括其中,且依前文所述,被遗忘权的适用范围十分狭窄,因此,只有当相关负面信息对信息主体的合法生存发展带来不必要的影响时,才应当适用被遗忘权,而这需要依据案情的特殊性具体分析该不必要的影响。欧盟法院也提出了对于被遗忘权类案件的个案化处理倾向。<sup>[24]</sup>所以,个案分析以及要件认定的路径就在所难免。这也是在现有法律没有将被遗忘权独立成文的背景下,为了与一般删除权细化区分,实践必然要采用的路径。

#### 四、被遗忘权制度本土化的规范重塑

##### (一) 适用前提和规范兼容:在第47条之下寻求适用空间

在任某玉案中,任某玉的律师和主审法官都在说理部分将被遗忘权归入一般人格权的范畴中进行分析,这是基于彼时被遗忘权在我国的法律适用困境。而《个保法》第47条的存在使得被遗忘权可以寻求到更加“手段化”的适用条款,无需再向一般条款逃逸。根据王利明教授的观点,《个保法》所包含的关于个人信息的私法规则与《民法典》构成特别法与一般法的关系,《民法典》确立的个人信息性质及其在民事权利体系中的位置,是解释和适用《个保法》相关规则的基础和依据。换言之,《个保法》中的条款适用需要在《民法典》的框架体系中展开,其适用应当贯彻《民法典》确认的人格尊严价值,并结合《民法典》确认的人格权保护一般规则。<sup>[25]</sup>因此,在《个保法》第47条项下寻求被遗忘权的适用空间,依旧需要遵循《民法典》中针对一般人格权的相关立法宗旨和原则,只是无需再寻求一般人格权的直接保护。

尽管被遗忘权的适用范围逐渐被删除权所覆盖,但依旧有自己独特的适用空间。如前所述,被遗忘权的适用场景为:争议信息的处理以先手合法合规性为前提,之后由于争议信息公开后体现出的不必要性、不相关性(如时效已过),对信息主体造成不合理的、不利影响的情况。而删除权适用中的争议信息有可能在一开始处理时就是违法违规的(包括自始违规和事后违规),所以删除权适用范围会更宽泛。因此,《个保法》第47条虽然是以信息处理者删除义务和信息主体的删除权作为规范内容,但其中涵盖的被遗忘权适用条件包括第(一)项和第(五)项,即“处理目的已经实现、无法实现或者为实现处理目的不再必要”“法律、行政法规规定的其他情形”。此时,个人信息处理者应当主动删除个人信息;个人信息处理者未删除的,个人有权请求删除。而本条中的第(二)(三)(四)项更符合删除权实现的前提。第(一)项与欧盟基本定义中“不

[24] See Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Gostejá González, C-131/12 EU: C; 2014; 317.

[25] 参见王利明:《论〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的适用关系》,载《湖湘法学评论》2021年第1期。

恰当的、过时的、于自身不利的信息”范围基本契合。即当信息处理目的已经实现、无法实现，或者为实现处理目的已经不再必要，且该类信息可能随着时间的推移变得不恰当、过时、对信息主体不利。如果满足其他个案考量要件，信息主体即可以行使被遗忘权。

即使 GDPR 第 17 条第 2 款中的被遗忘权制度，也是将适用范围设定在一个合理的限度内。我国《个保法》虽然没有像 GDPR 一样明确规定该制度，但依旧存在一定的适用限制，即应当区分广义上的删除权利和被遗忘权，且我国《网络安全法》《民法典》中也都有相关个人信息删除的适用规范。如《民法典》第 1195 条规定，网络侵权中被侵权人有权要求网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，这就足以保证构成侵权的信息在网络上被删除。这就涉及信息主体的名誉权、隐私权等人格权或者人格尊严受到侵害时，相关信息处理者的删除义务。有人主张，当前的删除权规定是以存在违法侵权行为作为网络服务者采取删除、断开链接等措施的前提条件，并未承认信息主体在任意情形下的删除信息申请权利，因此与被遗忘权有本质差异。<sup>〔26〕</sup>

因此，《个保法》第 47 条中被遗忘权适用的前提，是其他现存法律规范对信息主体的保护都无法实现案涉权益的救济，即这是可能手段穷尽之后的最终选择。例如当信息主体人格权益、人格尊严受到侵害时，如果根据《民法典》相关侵权规范或者《网络安全法》第 47 条就可以救济，那么就不需要援引其他规范。当这些规范无法实现案涉权益救济，且案涉信息的删除场景又符合被遗忘权适用的其他条件时，才可以适用该制度。

## （二）被遗忘权适用的个案判定要素及限制要件

### 1. 目的限定与必要原则的遵循

如前所述，被遗忘权的实现是以前置信息处理行为合法合规为前提，否则直接适用删除权，而不牵涉被遗忘权。《个保法》第 47 条规定的适用删除权的前提首先是目的限定原则与必要原则。所谓目的限定原则，是指个人信息处理应当具有明确、合理的目的。例如，针对新闻报道中涉及对他人真实声誉的影响问题，如任某玉案，应当以适用被遗忘权所达到的最终结果是否符合正当性来考量，如果删除不良信息之后会对他人的知情利益以及后续的人身财产安全产生不必要的影响（如报名参加了任某玉的辅导班后受到损失），那么这种信息处理行为目的就不合理；反之，需要考量在被遗忘权适用过程中案涉冲突利益的取舍，根据目的合理和目的明确原则进行具体判定。

所谓必要原则，是指个人信息处理应当与处理目的直接相关，并采取对个人权益影响最小的方式处理信息，包括收集、使用、存储最小范围的信息。被遗忘权的适用也需要以这些原则的遵循为前提，并且在处理信息的过程中出现了信息处理目的已经实现、无法实现，或者为实现处理目的不再必要，以及其他法律规定的事由，使得争议信息对信息主体造成了一定的负面影响。而这种负面影响是通过其他途径无法消除的，即前文提到的被遗忘权的实现以其他必要手段穷尽为前提。

〔26〕 参见段卫利：《被遗忘权的概念分析——以分析法学的权利理论为工具》，载《河南大学学报（社会科学版）》2018 年第 5 期。

## 2. 权利主体和义务主体限定

在需要适用被遗忘权时,首先应当由个人信息处理者来执行被遗忘方式(如断开案涉信息链接或删除案涉信息内容)。个人信息处理者是被遗忘权的义务主体,即自主决策信息处理目的、方式的组织或个人。如果是共同处理者,即两个或者两个以上的个人信息处理者共同决定个人信息处理的目的与方式,那么其中任一个处理者都有义务执行遗忘措施。至于共同处理者内部约定如何,例如,仅约定其中一个处理者有执行遗忘措施的义务,在所不问。如果个人信息处理者存在合并、分立等情形导致案涉信息发生转移,则具体接收并控制该信息的处理者负有执行遗忘措施的义务。如果处理者向他方或者向境外提供案涉信息,提供方和接收方都负有删除的义务,个人也可以请求其删除。<sup>[27]</sup>

被遗忘权的权利主体,即案涉信息的信息主体。根据《个保法》第47条,当负有主动删除个人信息义务的信息处理者没有删除争议信息时,信息主体有权请求其删除。信息主体可以亲自行使该权利,也可以委托他人代为行使。无论是亲自行使还是委托他人行使,都应当采取书面或者可以存证的口头形式,并应当列举出案涉信息侵害其被遗忘权益的事实及理由。案涉信息控制者在收到诉求之后,在条件允许的情形下应当对诉求证据和理由进行查证,并将处理意见反馈给信息主体。信息主体不满意可以诉诸法院。除了信息主体本身自主决定委托他人代理之外,有两种情形的法定代理:第一种是当信息主体是未成年人时,《未成年人保护法》第72条第2款规定“未成年人、父母或者其他监护人要求信息处理者更正、删除未成年人个人信息的,信息处理者应当及时采取措施予以更正、删除,但法律、行政法规另有规定的除外”;第二种是当信息主体为逝者时,《个保法》第49条规定自然人死亡后,近亲属对死者个人信息享有“查阅、复制、更正、删除等权利”。

## 3. 遗忘场景及条件的限定

如前所述,被遗忘权作为难以被搜索的权利,其内涵并不限于删除不相关、过时、不必要信息,还包括在特定领域限制信息主体过往负面信息的披露和使用。这种保护路径属于个人信息权益保护的事后救济路径,更加关注信息主体重新塑造身份和周身舆论的自由。我国针对被遗忘权的理论探讨日趋保守。当然,已有一些学者指出我国法律法规中广泛存在着与被遗忘权内涵相近的删除权规定,这些既有规范足以代替被遗忘权来保障人格权。<sup>[28]</sup>司法实践则直接规避被遗忘权的理论争议,从人格权理论领域切入建立司法判断基准。可以看到,如果需要在司法个案中实现被遗忘权,必须具备两个限定要件:首先,对信息主体案涉争议的权益保护是必要的(即利益保护的正当性);其次,这种保护可以且仅能够通过被遗忘权实现(即保护方式的必要性)。如前文所述,需要争议信息给信息主体带来了不必要的负面影响,且这种负面影响的消除不会对其他权益的实现造成障碍。如“冈萨雷斯案”中的案涉利益,其负面影响已经严重影响了信息主体的自我发展,而反观“任某玉案”中的信息主体的发展利益与其他权益(知情权)的比较,这种发展利益的保护是不必要的。在保护方式的必要性上,除了权益保护的其他手段穷尽之外,采取被

[27] 参见前引[2],程啸书,第361页。

[28] 参见江溯:《自动化决策、刑事司法与算法规制——由卢米斯案引发的思考》,载《东方法学》2020年第3期。



遗忘权能够切实实现这种保护。

除了以上适用场景的基本限制之外，欧盟被遗忘权的执行情况也可以提供一些经验。首先是对数据市场发展的影响。GDPR 对搜索引擎服务者、电商平台、社交平台等设置了严格的合规要求和高额罚款，使得企业的运营成本大幅攀升。现阶段我国大数据产业刚起步，从经济和效率的角度来讲，被遗忘权的执行要与信息处理者履行义务的成本相协调。<sup>〔29〕</sup> 不能因为承担过于苛刻的合规成本，阻碍我国现阶段相关产业的良性发展。“冈萨雷斯案”后，要求实现被遗忘权的诉求非常多，<sup>〔30〕</sup> 如果不符合以上讨论的筛选要件，就会无形中加重社会不必要成本。其次是技术障碍及其克服。在大数据环境下，第三方对数据的拷贝、传播成本低廉，方式便捷，数据一经公开就难以杜绝他人的传播，且难以发现和删除，发布者的掌控权完全丧失。若要以删除网页的方式主张被遗忘权保护，几乎是不可能的任务。例如有报道称，在欧盟删除搜索引擎链接而不删除元数据网页的情况下，只要更换检索词就能够轻易获得相关信息。<sup>〔31〕</sup> 欧洲网络信息安全机构提出“不能完全阻止网络用户未经授权的复制和传播行为”乃是被遗忘权面临的最大难题。<sup>〔32〕</sup> 最后是法定数据留存期间的制度缺失问题。目前关于信息留存的期限缺乏规范化依据。例如，《网络安全法》规定网络服务商对网络日志的留存期限是 6 个月以上。《征信业管理条例》要求征信机构对个人不良信息的保存期限为 5 年。《网络交易监督管理办法》中规定交易信息的保存时间自交易完成之日起不少于 3 年。当处理个人信息的目的已经达到，信息主体要求信息控制者删除个人信息时，在法定的信息留存期限内，信息控制者有合法的抗辩事由，这将对用户维权产生直接影响。所以，法律另有时间期限的，也属于遗忘措施执行的考量因素。

#### 4. 遗忘措施的执行与保障

法律需要合理界定被遗忘权的保障方式，才能有效促进相关信息主体和信息控制者间的交往，同时避免被遗忘权造成“网络空间自由的终结”。关于被遗忘权的执行是否具有域外效力，在 2019 年“谷歌诉法国国家信息与自由委员会案”判决中，<sup>〔33〕</sup> 法院认为，被遗忘权不具备域外效力。法院首先提出 GDPR 并未明确禁止搜索引擎服务者监督、阻止访问或删除违反欧盟法律的信息，因此，欧盟成员国的相关机关向其提出的删除命令在法理上不受领土范围的限制，可及于“全世界的相关用户”。但是，法院接下来采取结果取向的论证方式，主张如果贸然给予谷歌等企

〔29〕 See Breznitz D. Delete, The Virtue of Forgetting in the Digital Age, 28 (3) *Review of Policy Research*, 307 – 308 (2011).

〔30〕 从 2014 年 5 月西班牙谷歌案之后至该年年末，谷歌在全世界范围内收到了公民行使被遗忘权而发出的对 498737 条链接的投诉，并成功移除了其中 41.8%。See Global Data Hub Google Spain and the “Right to be Forgotten”, available at [http://unitedkingdom.taylorwessing.com/globaldatahub/article\\_2014\\_google\\_spain.html](http://unitedkingdom.taylorwessing.com/globaldatahub/article_2014_google_spain.html), last visited on Sept. 10, 2020.

〔31〕 参见丁晓东：《被遗忘权的基本原理与场景化界定》，载《清华法学》2018 年第 6 期。

〔32〕 See George Christou, Problems with the EU’s proposed “Right to Be Forgotten”, 11 *Information Security*, 38 – 42 (2012).

〔33〕 法国国家信息与自由委员会在 2015 年的一起案件中，认为搜索引擎的姓名搜寻服务使信息扩散到全球而冲击信息主体的被遗忘权，因此要求谷歌删除当事人在全球网络上的系争信息链接。谷歌则以欧盟域外不适用《欧洲一般数据保护规则》为由拒绝履行，并且遭到 10 万欧元的罚款。双方围绕被遗忘权保护范围是否超出欧盟范围的争议，一直上诉到欧洲法院。See CNIL, CNIL Satisfied with Draft European Parliament Report on the Regulation Proposed by the European Commission (Jan. 16, 2020), available at <https://www.cnil.fr/en/cnil-satisfied-draft-european-parliament-report-regulation-proposed-european-commission>, last visited on Aug. 25, 2021.



业以全球性移除义务,则可能会出现该命令与其他国家的国内法相互冲突的局面。法院同时指出,不要求也不禁止搜索引擎服务者删除欧盟域外的链接结果,暗示在司法实务中仍有灵活空间。

至于遗忘措施的有效性,2020年“比利时谷歌案”判决可以为我们带来一些启发。在本案中,某公民在2019年申请比利时谷歌公司删除与其有关的新闻报道网页链接和过期网页,但是遭到谷歌拒绝。比利时个人信息保护局在接受公民申诉后,以违反GDPR为由对比利时谷歌公司处以60万欧元的罚款,并且要求其清晰说明被遗忘权监管的职责分配情况。双方围绕被遗忘权保护范围、删除决定是否通知原始网页管理者的争议,一直上诉到欧洲法院。法院作出如下裁决:第一,谷歌的删除表格信息不完整、不透明且不精确,而且对删除的网址作了狭隘的不当解释,未能完全履行搜索引擎的保障义务。第二,谷歌的删除程序要求将删除通知相关的原始网页管理者,这种做法可能误导公民认为被遗忘权保障需要征求原始网页管理者的同意,进而降低公民请求被遗忘权保障的积极性。上述做法均违反GDPR第5条有关“个人信息处理应当具有合法性、公正性、透明性”的原则要求。

欧盟信息委员会(EDPB)在2020年7月颁布《欧盟被遗忘权在搜索引擎案件中的保障指南》,总结归纳GDPR生效五年以来的实践经验,对被遗忘权的保障规则进行解释细化。主要内容包括:第一,公民向搜索引擎等个人信息处理者提出删除的理由。该文件对GDPR第17条的内涵作详尽描述,如由公司持有之有关他或她的数据已从公开信息中删除,公司网站的连结中包含离职员工的信息主体联络方式,或者个人信息的在线储存时间已超过法定期限,此类情形均可申请删除。此外,个人信息处理者需要将删除请求告知第三方,旨在赋予原始控制者更大责任。第二,明确拒绝删除的例外情形,包括为履行法定义务、公共利益或为行使公权力而执行的任务。<sup>〔34〕</sup>

实践表明,欧盟式的被遗忘权保障方式具有两项特征。在落实手段方面,是以“隐藏信息摘要”而非“完全删除信息”为主。公民不必通过完全删除网络空间的相关信息,而是通过要求搜索引擎等网络服务商删除搜索链接、隐藏信息链接摘要、屏蔽信息主体的身份等“隐藏”方式,来实现保障被遗忘权的目的。这种方式既能保障公民被遗忘权的实现,也不会对社会公共利益、他人的信息流通自由造成过度侵害。此即所谓相对化的遗忘,并且是在必要时,有权机关(主要是公权力机关)可以通过技术手段进入后台查验的一种遗忘。信息主体所期待达到的目的并非网络世界的绝对遗忘,这种遗忘也并不现实,而是一种在正常网络社交领域和线下社会氛围内的相对遗忘,使得信息主体可以在这样的环境中消除该信息给其带来的不必要困扰。网络服务商、新闻网站等需要回应信息主体而删除链接的“去列表权”,而非要求其永久地对所有信息负责。在权衡结果方面,具有个人信息保护优先的衡量取向。信息主体的被遗忘权不仅优先于搜索引擎服务者的经济利益,也优先于社会公众通过搜索取得信息的利益。尤其是当原始网页发布的信息并不具有违法情形时,法院往往是根据个人信息的重要性径行判定搜索引擎服务者具有隐藏搜索结

〔34〕 See EDPB, Guidelines 5/2019 on the Criteria of the Right to be Forgotten in the Search Engines Cases under the GDPR (part 1).

果的义务。对不同的案涉信息采取何种方式的遗忘，应当以具体适用场景为准，并以对案涉相关权益的损害最小化为必要考量标准。

## 五、结 语

大数据社会的个人不仅想要被记住，也想要被忘却。被遗忘权有望使大数据时代的人格权和个人信息保障模式发生颠覆性变革。信息主体通过删除和隐藏侵害个人隐私、名誉的信息来重新建构“忘却”的自然属性，让被忘却价值在大数据环境下得以存续，并且弥补传统个人权益保障机制的不足。被遗忘权的确有妨碍他人言论自由、信息获得自由和新闻自由，不利于历史保存价值，减损社会公共利益等缺陷，但是只要保持制度适用的范围限制，就不失为一种恰当的权利保障方式。在《个保法》实施的当下，基于我国国情，在删除权的基础上努力为被遗忘权探寻出一种不可替代的适用价值，并选择事后个案判定的路径，不失为一种对忘却价值的尊重与实践。

---

---

**Abstract:** The right to be forgotten is a basic way to realize the value of being forgotten in the era of big data, and there is a conflict between the right to be forgotten and the rights and interests related to the right to know and freedom of speech. The Personal Information Protection Law of China does not prescribe the right to be forgotten separately, but adopt the way of including it in the deletion right of the Article 47. But the right to be forgotten still has its core value, which is to eliminate the unnecessary impact of legal disclosure of negative information on individual interests and development. About the concrete approach of realization, it is appropriate to adopt the method of judging the main elements ex post, considering mainly the justification of interest protection, and the necessity of protection. The realization of the limited existence value of the right to be forgotten needs the establishment of a series of normative frameworks, such as the legal and regulatory framework for the pre-processing of information, subject and applicable scene qualification.

**Key Words:** right to be forgotten, forgotten value, balance of interests, personal information protection law

---

---

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

## 数字防疫中个人信息治理的 “链”“法”协同机制研究

胡元聪 龚家锋\*

**内容提要：**在本次疫情防控中，人工智能、大数据等数字技术在降低疫情传播风险的同时使个人信息治理面临新的风险。联盟链近年来在诸多领域得到广泛应用，成为化解数字防疫中个人信息治理风险的可行工具。但在应用联盟链治理风险的同时，还需要对相应制度予以优化，从而在技术迭代与制度优化的作用下实现联盟链与法律的“携手共治”。对此，应当消除联盟链与法律之间的张力，进而构建以法律治理为主、以联盟链治理为辅的“链”“法”协同机制。具体而言，通过构建与法律相匹配的联盟链治理机制及与联盟链相适应的法律治理机制，融合区块链技术和法律各自的优势，以此来提升“链”“法”协同机制在数字防疫中个人信息治理方面的能力，从而提高国家治理现代化水平。

**关键词：**数字防疫 个人信息治理 风险治理 联盟链 “链”“法”协同

• 507 •

### 一、研究背景与问题的提出

新型冠状病毒肺炎疫情（以下简称“疫情”）自暴发以来，即在全球迅速蔓延。预计到世界范围内的新冠肺炎疫苗普遍接种前，我国仍将长期处于“外防输入，内防扩散”的常态化疫情防控中。与之前历次突发重大公共卫生事件相比，本次疫情防控的最大特点是“将云计算、大数据、人工智能等新兴技术应用于疫情监测分析、人员流动和社区管理等联防联控的各个方面”<sup>〔1〕</sup> 进

\* 胡元聪，西南政法大学经济法学院教授、西南政法大学中国市场经济法治研究中心主任；龚家锋，西南政法大学人工智能法律研究院助理研究员。

本文为国家社科基金重点项目“人工智能研发与应用风险治理的财税法协同机制研究”（21AFX021）、重庆市研究生科研创新项目“疫情防控中个人信息保护的区块链技术进路研究”（CYS20152）的阶段性成果。

〔1〕 《工业和信息化部办公厅关于运用新一代信息技术支撑服务数字防疫和复工复产工作的通知》，载 [http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-02/19/content\\_5480843.htm](http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-02/19/content_5480843.htm)，最后访问时间：2021年1月17日。

行数字防疫。<sup>〔2〕</sup>但数字技术的不确定性和规制数字技术制度的不确定性导致疫情防控“危”“机”并存：通过对公民个人信息<sup>〔3〕</sup>的治理<sup>〔4〕</sup>进行数字防疫，一方面有效地降低了疫情传播风险，另一方面却使公民个人信息面临治理风险。易言之，数字技术为降低疫情传播风险而应用，但数字技术的应用又使个人信息治理产生了新的风险。如何消除数字防疫和个人信息治理之间的冲突齟齬问题以化解个人信息治理之“危”进而利用数字进行防疫之“机”，是数字防疫亟须解决的问题。

具体来讲，随着数字技术的不断应用，越来越多的部门开始大规模搜集和使用个人信息进行分析，与此同时，一些“不当利用个人信息的侵权行为愈发普遍”<sup>〔5〕</sup>。部分防疫部门实行“地毯式”搜查却可能疏于管理，一些有关疫情的图片、视频和数据等充斥于社交平台，部分确诊或疑似患者的个人信息在网络上广泛流传。在各地推出健康码、行程卡等应用程序和基层登记办法后，大量个人信息既留存于网页、应用程序等数字代码中，也广泛暴露在商超、银行等公共场所入口的纸质登记簿上。这使得为数字防疫而搜集的个人信息产生了治理风险。不同于传统商业领域的个人信息侵害行为，数字防疫搜集的个人信息搜集面广、覆盖人群多。不当利用行为不仅“侵犯了公民的个人隐私权益，可能成为下游犯罪的预备条件”<sup>〔6〕</sup>，而且增添社会恐慌情绪，给数字防疫增加阻力，甚至“可能危害国家政治安全与社会安全”<sup>〔7〕</sup>。

区块链技术具有去中心化、可溯源的特点，经过数年的研发创新，已针对不同的应用领域衍生出公有链、联盟链等多种类型。其在业界担忧的去中心化、总量、算力、跨链方面不断改进，<sup>〔8〕</sup>可能在全球范围内引起新的技术和产业变革<sup>〔9〕</sup>。我国已逐渐成为区块链技术大国，区块链专利数量位居世界前列。联盟链成为我国区块链技术应用的趋势，其在金融、政府治理、产品溯源等方面多有实践。习近平总书记强调，要发挥区块链技术在促进信息共享、提升协同效率等方面的作用，推进区块链和经济社会融合发展。<sup>〔10〕</sup>我国《“十四五”规划和2035年远景目标纲要》也提出要以联盟链为重点发展区块链服务平台和应用方案。具体在数字防疫的个人信息治理方面，联盟链在疫情防控和个人信息治理中均已有相关应用：如济南的“区块链+疫情防控”<sup>〔11〕</sup>系统、

〔2〕 本文所称“数字防疫”是云计算防疫、大数据防疫和人工智能防疫的总称。

〔3〕 本文所称“个人信息”是指《中华人民共和国民法典》第1034条规定的个人信息，即以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

〔4〕 依照《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）第4条的规定，个人信息的处理包括个人信息的收集、储存、使用、加工、传输、公开等活动。本文所称“个人信息治理”主要是指对个人信息处理行为进行规范的活动。

〔5〕 孙莹：《大规模侵害个人信息高额罚款研究》，载《中国法学》2020年第5期，第106页。

〔6〕 叶名怡：《个人信息的侵权法保护》，载《法学研究》2018年第4期，第88页。

〔7〕 《总体国家安全观视角下个人信息保护机制研究》，载 <http://www.gjbmj.gov.cn/n1/2020/0509/c411145-31702913.html>，最后访问时间：2021年1月19日。

〔8〕 参见《利用区块链促进税收管理现代化的研究》课题组、张国钧等：《基于区块链的“互联网+税务”创新探索——以深圳市税务局的实践为例》，载《税务研究》2019年第1期。

〔9〕 参见中国区块链技术和产业发展论坛：《中国区块链技术和应用发展白皮书（2016）》。

〔10〕 参见《习近平主持中央政治局第十八次集体学习并讲话》，载 [http://www.gov.cn/xinwen/2019-10/25/content\\_5444957.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2019-10/25/content_5444957.htm)，最后访问时间：2021年1月19日。

〔11〕 《济南全国首发“区块链+疫情防控”标准》，载 [http://www.jinan.gov.cn/art/2020/4/10/art\\_1861\\_4197790.html](http://www.jinan.gov.cn/art/2020/4/10/art_1861_4197790.html)，最后访问时间：2021年1月19日。

广州南沙的“疫情防控协同系统”<sup>〔12〕</sup>等，积极利用联盟链防控疫情；再如中国人民银行主导的“征信链”，利用联盟链确保包括个人信息在内的信用信息安全并推动信息共享<sup>〔13〕</sup>。此外，联盟链的技术特征与《个人信息保护法》的“信息保护义务”以及数字防疫中政府部门居中管理调度的要求相契合。基于此，本文拟探讨以下四方面的问题：数字防疫对个人信息治理产生了哪些风险，联盟链能否成为化解这些风险的工具，如何处理联盟链和法律在数字防疫中个人信息治理的关系，怎样构建全方位的数字防疫中个人信息治理“链”“法”协同机制。

## 二、数字防疫中个人信息治理面临的风险

在本次疫情防控中，大数据、人工智能等数字技术筑起了一道道防疫“数字长城”。但受技术特性和应用实践的限制，数字技术给个人信息治理带来了技术风险和制度风险。具体表现在以下三个维度：

### （一）个人信息数量激增，挑战防控信息真实性

在本次疫情防控中，政府利用电信企业的通信信息配合其他实名制信息建立了健康码、行程卡等防疫工具。这些工具可以动态跟踪人员流向，从而有效降低疫情传播风险。与此同时，需要处理的个人信息迎来“数据核爆”。以北京“健康宝”为例，其以个人信息和通信信息为基础，出入公共场所必须校验个人“健康宝”信息。这一特殊工具为有效防控疫情、排查人员流向发挥了巨大作用，同时在短时间内产生了海量信息。其自上线以来，使用人数和查询次数激增，后台所需存储的对应信息量持续增高。截至2021年8月13日，其累计查询、使用次数达79亿次。<sup>〔14〕</sup>信息的真实性是数字防疫中个人信息治理的前提。如果不能及时处理激增的个人信息，便会出现挑战防控信息真实性的风险，从而动摇防控信息的真实性基础。“个人信息是大数据和人工智能的原料。”<sup>〔15〕</sup>激增的海量个人信息具有多样性、价值性和快速性的特点，这就要求防疫部门具备高水平的信息治理能力，以保障数字防疫基础信息的真实性。这对于习惯传统治理模式的各级防疫部门而言可能是一个不小的挑战。部分防疫部门因为防控压力激增，忙于落实防控要求，可能来不及处理激增的海量涉疫信息，进而会影响到防控信息的真实性。同时，个别防疫部门出于政绩考虑或防控压力，主观上可能有漏报、瞒报行为，或者选择性收集对自己有利的信息，这也容易挑战防控信息真实性进而影响到数字防疫的准确性。

### （二）个人信息安全危殆，影响防控信息公信力

个人信息安全受到威胁的主要原因在于第三方的处理：若信息只在两个主体间传输，二者对信息的加工、处理涉及的安全问题通常有相关的合意，此时一般不易出现安全风险。但如果不能

〔12〕《打通防疫“数据烟囱”，广州南沙防疫信息化系统上线》，载 [http://zfsg.gd.gov.cn/xxfb/dsdt/content/post\\_2883625.html](http://zfsg.gd.gov.cn/xxfb/dsdt/content/post_2883625.html)，最后访问时间：2021年1月19日。

〔13〕参见《科技赋能金融，“链”上无限可能》，载 [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_14441734](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_14441734)，最后访问时间：2021年10月10日。

〔14〕参见《北京市新型冠状病毒肺炎疫情防控工作新闻发布会（第240场）》，载 <http://www.beijing.gov.cn/shipin/Interviewlive/514.html>，最后访问时间：2021年11月7日。

〔15〕王成：《个人信息民法保护的 mode 选择》，载《中国社会科学》2019年第6期，第125页。

在涉及第三方处理时实现可溯源，信息就容易被进一步转手并泄露。如在数字防疫中，个人信息往往辗转于多个防控主体之手。频繁的转移为恶意攻击提供了难得的机会，<sup>〔16〕</sup> 出现安全风险在所难免。同时，数字防疫搜集的海量个人信息储存在传统中心化服务器中，通过开放的互联网传输和整合。信息可能没有时间标识，复制成本低，存在较大的泄漏及篡改风险。而常规信息加密方法只能在一定程度上缓解安全风险，并不能彻底防范外部攻击，无法根本解决个人信息的安全问题。信息的安全性及公信力是数字防疫中个人信息治理的根基。如果不能保证数字防疫中个人信息安全，便会出现影响防控信息公信力的风险，进而可能影响到数字防疫的权威。涉疫个人信息一旦被泄漏或篡改，配合防疫的公民隐私便暴露在公众的视线之下，将使公民承受巨大的心理和舆论压力。这将影响公民填报信息的积极性并降低其对防控的信任度，进而影响到防控的效率、精度以及防控信息的公信力。以北京“健康宝”为例，其由公权力机关负责运营并受到多重技术保护和严格监管，却也出现了个人信息泄露事件：不法分子在网络上低价售卖大量明星的“健康宝”照片、身份证号码、核酸检测结果等相关个人信息。<sup>〔17〕</sup> 不同于涉疫信息表格、截图、流调报告等泄露事件，该事件源自公共防疫应用程序。即使事故由技术服务商的程序漏洞而非政府的原因引起，也可能使防控信息的公信力受损。

### （三）个人信息孤岛阻隔，降低防控信息共享度

“信息孤岛”是指信息被不同的主体储存，因储存、传输标准不统一或缺乏交流渠道等原因成为相互独立的数据集，而无法分享、整合的情形。在数字防疫中，个人信息控制主体众多，仅笔者就接触到三类：其一是基于法律法规授权的主体，如政府、医院等；其二是基于日常业务而成为信息控制者的主体，如电信企业、航空公司等；其三是处于模糊地带的主体，如商场、银行等需要统计人员流向的公共场所。每个信息控制主体都有各自的信息管理系统，信息控制主体之间相互独立，无法共享各自控制的信息。虽然近年来各界对破解“信息孤岛”提出了诸多观点并付诸实践，但受硬件设备和沟通渠道的限制，数字防疫中的“信息孤岛”现象仍然存在。信息的共享度是数字防疫中个人信息治理效率的衡量标准之一。如果不能解决“信息孤岛”问题，便会出现降低防控信息共享度的风险，从而降低防疫协同效率。个人信息控制主体本应相互配合，实现多向信息共享，减少不必要的重复步骤以提升效率。但实践中部分防疫部门仍在一定程度上各自为政，一些信息可能没有及时共享。以2021年春节地方政府为落实“就地过年”而排查外地返乡人员为例，部分相同的个人信息因缺乏共享而被多次重复统计。<sup>〔18〕</sup> 在冬季部分地区疫情发散的背景下，各地面临严峻的防控形势。多次重复统计个人信息符合防控形势需要。但相同的个人信息因缺乏共享而被不同的防疫部门多次重复统计，一定程度上提高了防控成本并降低了防控效率。如果防疫部门之间加强信息共享，减少不必要的重复步骤，起码不再要求已经排查过的人员重复填报其他部门已经登记过的信息，则可以在一定程度上加快排查速度，提高信息的利用

〔16〕 参见邢会强：《论数据可携权在我国的引入——以开放银行为视角》，载《政法论丛》2020年第2期。

〔17〕 参见《多名艺人“健康宝照片”遭泄露》，载 [https://mp.weixin.qq.com/s/D198CIQsh\\_R5jaNdFiXeJQ](https://mp.weixin.qq.com/s/D198CIQsh_R5jaNdFiXeJQ)，最后访问时间：2021年1月19日。

〔18〕 仅笔者春节返乡就接触到五次统计，其中部分统计内容相同：其一是公民主动上报及相互检举；其二是社区等基层人员逐户排查上报；其三是教育部门统计学生返乡信息；其四是公安部门利用交通实名信息统计；其五是电信、互联网公司 etc 对其用户流向进行分析。



效率。

### 三、数字防疫中联盟链应用于个人信息治理的可能性

个人信息的处理是数字防疫的必然要求,但数字防疫又给个人信息治理带来了新的风险。联盟链可以为数字防疫中的个人信息治理提供新的思路。联盟链存在多个中心,由多主体共同运行,<sup>[19]</sup> 强调效率与秩序的共存<sup>[20]</sup>。联盟链是在克服传统区块链弊端的基础上发展而成的新形态:其不需要引入算力竞争确定写入权,可以节省计算资源和耗能;其节点数量和区块信息存量较少,有效地提高了数据吞吐能力、系统运行速度,并相应扩展了储存空间;多中心化的特征使其更容易完成特定的任务和目标,有利于提升系统的可控性并实现规范、良性监管。联盟链融合了业务去中心化和管理中心化的双重特点,<sup>[21]</sup> 既可以解决信息不对称和隐私保护问题,又便于政府实现特定政策目标。因此,联盟链更适合在由政府主导的场景中应用,是各国政府普遍接受的区块链模式。具体在数字防疫的个人信息治理中,联盟链能够缓解当前数字防疫给个人信息治理带来的风险,且符合我国区块链政策推广和疫情防控的要求。因此,可以利用联盟链缓解数字防疫与个人信息治理之间的冲突齟齬问题。

#### (一) 联盟链可以确保信息真实,创建防控优良信息基础

一方面,联盟链可以激励相关主体提供真实信息。“区块链技术创设的激励机制类似于制度机制,是区块链技术的核心机制之一。”<sup>[22]</sup> 联盟链属于“无币区块链”<sup>[23]</sup>,一般不涉及节点争夺记账权问题,但也可根据实际需要设置激励层用来部署激励机制<sup>[24]</sup>。对于个人信息的真实性问题,联盟链可以以积分的方式激励防疫主体上传真实信息并激励有权限的部门积极验证信息的真实性。积分可以用于享有获取信息时的优先权或读取其他地域、部门信息的权限等。链上信息的真实性受到上传和验证的双重激励保证,虚假信息在上传或验证的过程中会被淘汰而不会被记录在系统中,从而保障信息的真实性以创建防控优良信息基础。

另一方面,联盟链可以保证信息真实不被篡改。联盟链具有区块链技术的基本链式结构,能够让链上信息一经储存就无法篡改。<sup>[25]</sup> 联盟链系统中的每个区块都包含相连区块的哈希值并相互对应,其中任何一个数值的改变都会导致该区块无法与相邻区块对应,进而不被系统承认。因主观原因上传的虚假信息将永久保存至系统中,无法通过先上传后篡改的方式瞒报、漏报。信息的上传和使用数据同样被记录至系统中。一旦发现不实信息,可以通过系统溯源定位责任主体和使用主体,以尽可能减少损失。对于误记、错记信息的更正和变动,如核酸检测结果变化等,可以通过

• 511 •

[19] 参见卜学民:《区块链下证券结算的变革、应用与法律回应》,载《财经法学》2019年第3期。

[20] 参见高奇琦:《智能革命与国家治理现代化初探》,载《中国社会科学》2020年第7期。

[21] 参见马理、朱硕:《区块链技术在支付结算领域的应用与风险》,载《金融评论》2018年第4期。

[22] 胡元聪:《正外部性的经济法激励机制研究》,人民出版社2021年版,第15页。

[23] 邓建鹏:《区块链的规范监管:困境和出路》,载《财经法学》2019年第3期,第36页。

[24] 参见张楠迪扬:《区块链政务服务:技术赋能与行政权力重构》,载《中国行政管理》2020年第1期。

[25] 参见徐琳、袁光:《区块链:大数据时代破解政府治理数字难题之有效工具》,载《上海大学学报(社会科学版)》2020年第2期。

覆盖原有信息以完成，但原有信息不能被删除。此外，“联盟链上的节点采用了实名制的方式”〔26〕，身份相对透明。如果某一节点尝试篡改链上信息，破坏诚信的成本高昂也会使其有所忌惮。

### （二）联盟链能够保障信息安全，增强防控信息公信力

一方面，联盟链可以保障信息系统内部安全。优化加密技术是个人信息和隐私保护领域的常用方案。而联盟链的非对称加密技术可以保障联盟链系统内部的信息使用和传输安全。在非对称加密技术的支持下，联盟链上的节点在其权限范围内读写信息。虽然各节点均储存全量账本，但在被系统授权之前，并不意味着该节点自动具备阅读全部账本的权限。这刚好契合防疫部门拥有的信息处理权限差异，即不同节点拥有不同的读写权限。如图 1 所示，可以通过哈希算法将防疫主体 A 上传的个人信息去标识化处理并储存，并借助非对称加密技术对读写权限进行限制，即权限不同的防疫主体对去标识化信息复原程度不同。防疫主体 B 根据其权限对信息复原后使用。这种根据权限非对称加密的有限共享方式，可以有效防控个人信息被泄露的风险。这就确保了个人信息不会从系统内部泄露从而增强防控信息公信力。

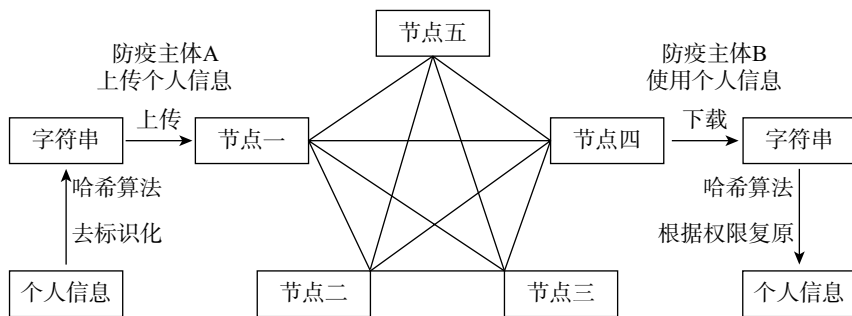


图 1 联盟链去标识化、复原个人信息示意图

另一方面，联盟链可以保证信息系统外部安全。哈希算法可以将储存的个人信息转化为无法破解的 256 位字符串。同时，系统仅保存由算法随机计算得来的字符串，系统外的其他主体无法获得系统内储存的字符串。而系统内的链上节点（即防疫主体）则可以通过匹配私钥和公钥的方式获取个人信息。即使系统因后门漏洞或外部攻击等原因泄露了字符串，也会因为私钥与公钥不匹配、没有签名等原因无法破解其代表的个人信息，不法分子也难以将有限的字符串用于其他用途。此外，联盟链的节点更容易达成新共识，便于进行系统的维护与升级，其算法、协议和加密技术都可以通过中心节点进行更新和审查，相较于其他区块链系统更利于抵抗黑客的外部攻击。〔27〕

### （三）联盟链可以促进信息共享，提升防控合作协同效率

一方面，联盟链可以破解信息共享壁垒。联盟链的分布式记账本实质上是一种在节点之间共享、复制和同步的数据库，可以破解信息壁垒，〔28〕 进而提高防控合作协同程度及信息治理效率。

〔26〕 翟晨曦、徐伟等：《区块链在我国证券市场的应用与监管研究》，载《金融监管研究》2018 年第 7 期，第 35 页。

〔27〕 参见王延川：《“除魅”区块链：去中心化、新中心化与再中心化》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2020 年第 3 期。

〔28〕 参见胡元聪、谢凤：《智慧司法下数据保护困境突破的区块链技术进路》，载《科技与法律（中英文）》2021 年第 6 期。

通过分布式记账本,防疫主体储存的信息、上传使用记录等储存在系统的每一个节点上。每个节点都是一个信息单元,系统储存的信息在每个单元上记录并共享。只要信息发生变动,就会自动同步记录至所有节点,其他节点则可以根据权限实时读取。同时联盟链只针对特定成员开放,成员需经准人才可参与。这就要求各节点统一信息的上传、储存和传输标准,否则便不能加入系统。这种准入机制一定程度上提高了系统交易性能,可以避免因成员的参差不齐而产生新问题,也在一定程度上缓解了信息不对称问题。<sup>〔29〕</sup>由此实现链上主体间的信息共享,有效打破“信息孤岛”以提升防控合作协同效率。

另一方面,联盟链可以提高信息共享程度。“代码即信任,是区块链技术的精髓。”<sup>〔30〕</sup>区块链技术通过算法加持信任以创造良性的去信任化环境,<sup>〔31〕</sup>利用计算机程序构建新型信任关系,实现点对点交流。联盟链中的节点均通过一定程序获得入链许可和准入,节点所代表的防疫主体资格有一定的保障。且上链信息已经过验证,原本并无合作关系、互不认识的防疫主体之间也无须担心信息的真实性与来源的可靠性,无须经过第三方认证或公证便可直接获取并使用。由此提升了防疫主体的信息共享程度进而提升防控合作效率。此外,可以通过智能合约技术确定信息共享程序,明确防疫主体获取信息的条件以及紧急情况下临时读取信息的处理规则,用代码的方式规范信息共享程序进而提高防控合作协同效率。

联盟链对于化解数字防疫给个人信息治理带来的风险具有天然的优势,在本次数字防疫中也有相关实践。如广州市南沙区基于“南沙城市大脑”建立了“疫情防控协同系统”,将公安部门、卫生部门、工信部门加入联盟链中。通过联盟链汇总整合了涉疫人员相关个人信息、物资信息等防疫信息,在确保信息真实性、安全性的同时打通了各部门的“信息壁垒”。该系统利用联盟链的不可篡改特征实现企业登记备案的防疫信息不可篡改,保证了信息治理的真实性基础;利用非对称加密机制和哈希算法保障防控重点区域人员涉疫信息安全,提升了防控信息公信力;利用分布式记账本等实现区域内各部门的相关信息实时共享,提高了信息治理效率;利用智能合约技术为相关企业疫情防控承诺提高可信度。“南沙疫情防控协同系统”利用联盟链构建了传播过程不可逆、可有效溯源追踪且有约束力的信息治理系统,为数字防疫中个人信息的治理联盟链的应用提供了一定的经验。

• 513 •

#### 四、数字防疫中“链”“法”协同机制的理论基础

联盟链因其特殊的技术架构对于化解数字防疫给个人信息治理带来的风险具有积极作用,但联盟链的技术特征与传统法律模式也存在天然的矛盾。联盟链虽然经过多中心化改造,对于政府实现特定政策目标和监管具有积极意义,但联盟链毕竟采用了区块链技术的基本架构,其应用将导致传统技术逻辑和业务逻辑发生较大变化,使传统法律法规的适用产生新问题。因此,应当妥善处理二者之间的关系。下面将对区块链技术与法律,即“链”“法”的关系模式进行分析,以

〔29〕 参见张礼卿、吴桐:《区块链在金融领域的应用:理论依据、现实困境与破解策略》,载《改革》2019年第12期。

〔30〕 任仲平:《区块链领导干部读本》,人民日报出版社2018年版,第10页。

〔31〕 参见赵增奎:《以区块链技术推动互联网金融稳健发展研究》,载《经济纵横》2017年第11期。

求得在数字防疫的个人信息治理中，联盟链与法律之间的最优“相处模式”，通过消除联盟链和法律之间的张力，使二者相互“磨合”，构建“链”“法”协同机制以提升其在数字防疫中个人信息治理方面的能力。

### （一）“链”“法”的关系模式类型及评析

#### 1. “链”“法”的关系模式类型

自科技革命以来，如何协调法律与新兴技术之间的关系成为人类社会面临的重要议题。新兴技术在基因改造、生物克隆、自动驾驶、信息交流等方面带来了空前的福利，也对现有法律产生了严峻的挑战。“技术一旦进入社会领域，必然会被社会制度、社会组织和社会群体的各种利益、诉求和价值判断所塑造和限制。”<sup>〔32〕</sup>目前，“链”“法”之间的关系主要有三种类型：管制模式、替代模式和互补模式。管制模式表现为国家通过法律对区块链技术进行严格管制，其坚持较为传统与保守的理念。如果区块链技术可以实现特定社会目标，就通过法律对区块链技术进行保护和激励；如果区块链技术不能实现目标，就要通过法律进行压制。<sup>〔33〕</sup>源于金融危机等历史原因，一些国家对虚拟货币和区块链技术采取非常谨慎的态度，因为担心技术创新和应用会对社会产生负面影响，所以对区块链技术进行严格管制。替代模式与管制模式截然相反，其是处理“链”“法”关系的前卫观点，认为区块链技术可以完全替代法律，即“政府可以利用区块链技术建立自己的规则系统，通过自动执行的代码系统以带来规则执行效果和效率的革命性提升”<sup>〔34〕</sup>。这种“代码即法律”的观点在国外已有诸多探讨。与前两种模式不同，互补模式介于管制模式和替代模式之间，其认为“链”“法”各有优势，应当发挥二者各自优势从而构建“链”“法”的共同应用模式。即应当在现有法律制度较为完备的情况下，应将区块链技术作为技术手段，补充现有法律以提高效率并降低交易成本。如“区块链+发票”，通过应用区块链技术加强税收征管，促进了税收管理制度的完善。

#### 2. “链”“法”的关系模式评析

管制模式和替代模式都是“链”“法”“分立”并相互“对抗”的结果。在管制模式中，法律占据了上风：面对区块链技术应用带来的挑战，法律拒绝做出大的调整，其强势要求区块链技术为符合社会利益而调整。这种模式可以最大程度上防范风险，对区块链技术应用暴露的安全性问题可以及时制止，但是其也会导致诸多负面影响：一方面简单将法律作为压制技术的工具，既否定了法律独特的治理价值，也破坏了法律实践的自主性及法律自身所具有的教义学结构；另一方面也否定了区块链技术的社会建构价值，最终破坏区块链技术的社会效用。在替代模式中，区块链技术获得了胜利：法律顺应区块链技术的价值进行自我调整和革新。但用区块链技术和代码完全替代法律未免过于极端。区块链技术是近年出现的新型信息技术，在智能合约、自动执行等方面迅猛发展。其作为一种去中心化的、安全的、难以破坏的数据簿，虽有自身的价值，但也有固

〔32〕 郑玉双：《破解技术中立难题——法律与科技之关系的法理学再思》，载《华东政法大学学报》2018年第1期，第87页。

〔33〕 参见赵小勇：《法律与技术如何相处：区块链时代犯罪治理模式的双重重构》，载《探索与争鸣》2020年第9期。

〔34〕 〔法〕普里马韦拉·德·菲利皮、〔美〕亚伦·赖特：《监管区块链——代码之治》，卫东亮译，中信出版集团2019年版，第211页。

有的缺陷。用代码完全取代法律规则并不可行,也不合常理。法律作为带有国家意志的强制性社会规范,有其自身的优势并可持续修改完善,仍将长期作为规制社会信任的规则。在互补模式中,区块链技术与法律非但不会相互“对抗”,还可能“携手共进”,呈现相辅相成的关系。易言之,法律展现了对区块链技术的宽容,在现有法律框架内对区块链技术的应用进行回应。事实上,法律和区块链技术各有优势,区块链技术可以利用代码更好地实现事前预防和事中规范,法律凭借其强制力、规范性等可以实施有力的事后追责救济和监管。总之,区块链技术和法律各具优势,可以取长补短,通过区块链技术的应用补充和保障法律的实施。

## (二)“链”“法”协同机制的选择原因及思路构想

### 1.“链”“法”协同机制的选择原因

联盟链对于化解数字防疫给个人信息治理带来的风险具有独特的优势,但是联盟链并不能完全替代法律,因为联盟链同样具有区块链技术自身的局限性。联盟链虽然经过多中心化改造,但同样具备分布式记账本的特征,其诞生之初就可能带有除实现特定目标之外的其他主观目的。<sup>[35]</sup>同时,“代码并不比制度更中立,其也受制于垄断和商业利益”<sup>[36]</sup>。此外,区块链技术虽然建立了特殊的信任系统,但信任系统并非完美无缺:其以现代密码技术为基础,仍存在被攻破的可能性;系统的安全和稳定还在不断地发展和变化之中,选择最优的运营模式还需一定时间;智能合约和其他软件代码一样也存在误差和安全漏洞,加之系统直接运作信息价值或财产权利,智能合约误差和漏洞的存在就显得极其危险;现有智能合约技术距离支撑法律的自动执行还有一定的差距。<sup>[37]</sup>因此,存在的悖论是:区块链技术为降低风险而应用,但区块链技术的应用带来了新的风险,其应用带来的外部性问题仍需要法律进行解决。

在数字防疫中,联盟链也无法全部取代法律在个人信息治理方面的作用。法律规范由人类语言构成,具有灵活性和模糊性,“具备通过不断的调试和进化来妥善处理新生事物的能力”<sup>[38]</sup>,可以适应立法者立法时不能预见到的各种偶然性。联盟链由代码语言构成,具有机械性和确定性,只能适用于可以客观验证并已经在底层代码中预先定义的规则。将人类语言构成的开放式法律转化为代码,容易产生歪曲法律含义的风险。这里存在的悖论是:虽然区块链技术是面向未来的技术,但其也无法适应编写时不可预见的未来。由于代码语言的确定性,用严格和正式语言编写的技术治理规则通常无法适用于处于法律灰色地带的意外案件,也很难提前充分考虑并在基础代码中写入即将出现的所有可能性。在出现更先进的“强人工智能系统”之前,代码对于数字防疫中个人信息治理方面可能出现的不可预见情况缺乏适应和解释能力。此外,法律可以通过强制力处罚公民财产、限制人身自由甚至剥夺公民生命,且有一定程度的纠错可能,而代码却无法承担如此重负:一旦代码误判、错判,当事人就会面临人身和财产被代码自动执行而受到严重侵害并无法纠错的巨大风险。因此,技术的迭代并不能完全代替制度的作用,联盟链也不能完全代替

• 515 •

[35] 参见赵蕾、曹建峰:《从“代码即法律”到“法律即代码”——以区块链作为一种互联网监管技术为切入点》,载《科技与法律》2018年第5期。

[36] [英] 罗伯特·赫里安:《批判区块链》,王延川、郭明龙译,上海人民出版社2019年版,第32页。

[37] 参见[美] 凯文·沃巴赫:《链之以法——区块链值得信任吗?》,林少伟译,上海人民出版社2019年版,第47页。

[38] 殷秋实:《智能汽车的侵权法问题与应对》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第5期,第48页。



法律。在应用联盟链治理风险的同时还需要对相应制度进行优化，从而在技术迭代与制度优化的作用下实现联盟链与法律的“携手共治”。基于此，我们认为，“技制共治”开辟了提升国家治理能力的新路径。

## 2. “链”“法”协同机制的思路构想

在数字防疫的个人信息治理中，可以采用互补模式，融合“链”“法”的优势构建协同治理机制。“如果现有法律信任结构仍可以普遍适用，按照现有的法律规则能够进行一定程度上的规制，那么区块链技术应该成为法律的补充和保障，其主要价值在于提升信息记录的效率和安全。”<sup>〔39〕</sup> 管制模式和替代模式都有其不足，二者代表的区块链技术与法律分立的观点会带来各种弊端并增加区块链技术创新和传统法律之间的冲突齟齬问题。此外，联盟链和法律在数字防疫的个人信息治理中均有规范、保护个人信息的功能，只是实施方式和手段有所不同。联盟链通过技术手段，利用代码建立自动执行模式，规范个人信息的储存、利用程序，从技术角度实现对个人信息的技术治理。而法律通过制度手段，利用强制力规范各方权利、义务和责任，从制度角度实现对个人信息的法律治理。技术治理与法律治理尽管在治理逻辑上存在差异，但二者也存在巨大的互补性。正确处理技术治理与法律治理的关系，形成共治结构，是提升我国治理水平和能力的前提。<sup>〔40〕</sup> 基于此，可以采用“链”“法”的互补模式。在数字防疫中，可以利用联盟链和法律各自的优点，采取联盟链和法律协同作用的个人信息综合治理模式，构建以法律为主体、以联盟链为辅助的“链”“法”协同治理机制。

具体而言，在“链”“法”协同治理机制中，联盟链和法律的分工有所不同。一方面，法律是数字防疫中个人信息治理的基础和前提。法律在此主要起到明确联盟链的法律地位和效力、实现追责救济、实现全程动态监管的作用。首先，法律可以明确联盟链在数字防疫中个人信息治理方面的法律地位和效力。法律具有普遍性的特征，可以根据数字技术的特征、个人信息的治理需求及疫情防控形势，明确联盟链的法律地位以及分布式记账本、智能合约等技术的法律效力，做到有法可依。其次，法律可以实现事后的追责与救济。法律具有国家强制力的特点，可以配合联盟链的溯源机制确定相关案件的事实问题，对相关案件起到定分止争的作用，对责任主体和损害主体进行强有力的追责和救济。最后，法律可以实现全程动态监管。法律具有规范性的特点，可以配合联盟链的多中心化特征进行实时监管，转变原有事前准入、事后监督的传统监管模式为实时发现风险、及时处理并加以预防的全程动态监管模式。

另一方面，联盟链是数字防疫中个人信息治理的保障和补充。联盟链在此主要起到降低个人信息治理风险、帮助法律进行追责和监管、一定程度上替代规则的作用。首先，联盟链可以降低数字技术对个人信息治理产生的风险。如前文所述，面对数字技术对个人信息治理可能产生的风险，联盟链可以提升个人信息治理的真实性以创建优良信息基础，能够保障个人信息的安全性以提升信息公信力，可以促进个人信息的共享程度以提升协同效率。其次，联盟链可以助力法律进行追责和监管。联盟链作为一种技术解决方案，有其自身的优势，从而帮助法律提升实施效果。

〔39〕〔美〕凯文·沃巴赫、林少伟：《信任，但需要验证：论区块链为何需要法律》，载《东方法学》2018年第4期，第107页。

〔40〕参见郑智航：《网络社会法律治理与技术治理的二元共治》，载《中国法学》2018年第2期。



如联盟链多中心化的特征可以帮助法律进行监管从而实现疫情的精准防控。再如数字时代个人信息保护的重点应当由传统的事前保护转移到事中、事后的保护,<sup>[41]</sup>而联盟链可以配合法律在数字防疫中规范个人信息的事前收集、事中处理的程序,以及在事后救济的取证方面提供助力。最后,联盟链可以实现一定程度上代替规则自动运行的作用。利用代码创设的自动化应用程序可以在一定程度上代替相关制度规则。如监管部门可以利用代码在监管节点创设自动执行的监管程序。当系统达到特定要求即可能产生风险时,自动发出警示以要求相关节点说明情况,甚至暂缓传输信息,以此代替原有规范性文件规定的相关程序性风险防范规则。

## 五、数字防疫中“链”“法”协同机制的构建思路

### (一) 构建与法律相匹配的联盟链治理机制

如前所述,联盟链是数字防疫中个人信息治理的保障和补充。在“链”“法”协同治理机制中,首先需要构建与法律相匹配的个人信息联盟链治理机制,即建立个人信息联盟链治理系统。这一过程既要动态认识联盟链的优势与法律的相对劣势,也要考虑我国数字防疫的现实,具体可以从以下三个方面展开:

#### 1. 制定联盟链底层技术标准

联盟链作为新兴技术,其在数字防疫中的应用应当首先明确其使用的底层技术标准。建设数字防疫中个人信息治理的联盟链系统将是一个复杂的系统性工程,“链”与“非链”信息系统将长期共存。如果不能采用统一的信息格式和标准,则“容易引发系统错误、混乱等风险”<sup>[42]</sup>,也无法实现不同信息系统之间的信息互通。信息只能在联盟链系统内流通,使联盟链系统成为更大的“信息孤岛”,即“区块链孤岛”<sup>[43]</sup>,从而不能实现本质上的信息共享。制定统一的联盟链底层技术标准,可以彻底打破“信息孤岛”现象,使个人信息在“链”与“非链”中有序共享,从而提升信息治理效率;也可以为联盟链在其他领域的应用提供标准和参考,从而推动区块链产业协同发展。当前区块链产业仍处于发展初期,存在一定程度的行业乱象,各区块链服务商的技术水平和研发能力均有待加强。制定统一的联盟链底层技术标准,可以为区块链技术服务商提供标准指导,从而推进防疫主体控制的个人信息持续上链存储;也可以为数字防疫中的个人信息治理提供相关决策和监督尺度参考,从而提升监管能力和安全保障水平。本文建议:应当由防疫主管部门和工信部门负责,会同科研机构、专家学者立足现有联盟链成果,参考现有技术规范,制定数字防疫中个人信息治理联盟链系统底层技术标准,明确数据接口、共识机制、分布式记账、智能合约等代码标准和加密程度、算力空间、登录IP地址限制等运行规则;应当围绕数字防疫的紧迫性、个人信息的安全性需求和联盟链的优势提出此联盟链系统的底层技术要求,明确该系统的建设及运行标准;确保数字防疫中个人信息治理联盟链系统规范建立并良性运行,保证其和其他“链”与“非链”信息系统协同发展。

[41] 参见邢会强:《大数据时代个人金融信息的保护与利用》,载《东方法学》2021年第1期。

[42] 杨东:《链金有法——区块链商业实践与法律指南》,北京航空航天大学出版社2017年版,第309页。

[43] 胡元聪:《区块链技术激励机制的制度价值考察》,载《现代法学》2021年第2期,第153页。

## 2. 构建联盟链应用平台框架

联盟链对于化解数字防疫给个人信息治理带来的风险具有天然的优势，其多中心化的特征也有利于政府统一管理，从而实现精准防控。可以利用联盟链搭建数字防疫中个人信息治理的应用平台框架，建立包括监管部门、防疫主体（包括公权力防疫部门和社会防疫主体）在内的多中心联盟链系统。疫情防控需要社会各界共同参与，在国家的统一管理下实现联防联控。因此，新系统既要强化国家的中心管理作用，也要注重各行各业的参与。<sup>〔44〕</sup>在联盟链治理系统中，应当由各级政府和监管部门成为中心节点，强化国家的中心管理作用；并采用政府主导、法律政策推动的形式，将数字防疫中涉及的其他公权力防疫部门、相关社会防疫主体作为普通节点纳入系统中，使涉及疫情防控和个人信息治理的部门、企业一起联防联控，形成“共治”<sup>〔45〕</sup>机制。并根据数字防疫和个人信息治理的特点，在系统存储总量、响应速度等方面优化改进。对此，可以通过规范性文件明确各级政府和监管部门的中心节点资格，并明确其他公权力防疫部门、相关社会防疫主体的普通节点资格，并排除其他主体的节点资格。此外，可以在系统中设立没有写入权限的访问节点，供其他没有成为系统节点的主体获取信息。在数字防疫中，自然人作为信息的被处理者具有随机性，而个别社会防疫主体如社区、村委会等不容易满足加入联盟链的设备条件和制度要求，因而这些主体不被纳入联盟链系统中。但是，可以通过联盟链上没有写入权限的统一访问节点，使自然人访问其在系统中储存的本人和亲属的个人信息供其他防疫主体校验，从而使社区、村委会等个别没有成为节点的社会防疫主体也可以通过联盟链获取其权限范围内的相关防疫信息，由此在保障联盟链技术性能的前提下提升联盟链的覆盖范围，使更多主体分享技术迭代带来的“红利”。

## 3. 建立联盟链技术处理规则

具有规范、安全的技术处理规则是联盟链系统有序运行的前提。在联盟链系统的建设及运行过程中，应当依托现有地方联盟链防疫系统，建立信息上传、利用的技术处理规则，保证数字防疫中个人信息的安全利用。

首先，应当建立信息上传的技术处理规则，结合实践分批上传个人信息。数字防疫中涉及的个人信息数量众多，信息入链的先后顺序需要得到规范。因此，应当建立信息上传的技术处理规则，结合当前我国疫情防控实际和联盟链发展现实，根据地域分批建立联盟链系统，依据涉疫程度分批上传个人信息：其一是依托现有济南、广州等地的联盟链防疫系统优先上传济南、广州等联盟链防疫实践地区的疫苗接种者、确诊、疑似、无症状感染者及密切接触者的个人信息；其二是上传当前及近期中、高风险地区疫苗接种者、确诊、疑似、无症状感染者及密切接触者的个人信息；其三是上传当前及近期中、高风险地区其他人员、境外入境人员、高危感染人员的个人信息；其四是进行疫苗接种者、曾经确诊、疑似及无症状感染者个人信息上传；其五是进行全国范围内的普遍上传。

其次，应当建立信息利用的技术处理规则，按照分层分级储存、根据权限下载的原则利用个

〔44〕 参见黄茂汉：《基于区块链技术的疫情防控情报系统模型研究》，载《情报科学》2021年第8期。

〔45〕 杨杨、杜剑等：《区块链技术对税收征纳双方的影响探析》，载《税务研究》2019年第2期，第116页。

人信息。数字防疫中涉及的信息处理主体众多,个人信息的利用程序需要得到规范。因此,应当建立信息利用的技术处理规则,将节点搜集到的个人信息根据不同属性和来源利用非对称加密技术分级、分层储存,并依照防疫部门的权限确定其访问和使用的边界。个人信息在节点去标识化上链储存后,分为不同保密级别的信息。保密级别较低的信息主要包括去标识化的身份信息、活动轨迹等基础信息,对防疫主体的访问权限限制较低。保密级别较高的信息主要包括实名身份信息、接触史等个人涉疫信息,只允许具有较高权限的防疫主体访问。应当通过联盟链的共识机制和非对称加密机制设立差异化的信息访问权限,以此保证个人信息安全。

## (二) 构建与联盟链相适应的法律治理机制

法律是数字防疫中个人信息治理的前提和基础。在“链”“法”协同治理机制中,需要构建与联盟链相适应的数字防疫个人信息法律治理机制。法律应当改变传统的治理模式,适应联盟链环境并与之共同构建全方位的协同治理机制。具体可以从以下三个方面展开:

### 1. 明确联盟链的法律地位和效力

推动联盟链在数字防疫中个人信息治理方面的应用,应当考虑相关技术应用的法律基础,明确联盟链的法律地位和法律效力是“链”“法”协同作用的前提。首先,应当明确联盟链的法律地位。目前,我国个人信息治理的法律规则规定于由《民法典》和《个人信息保护法》组成的个人信息保护制度体系中,但其未对重大突发公共卫生事件背景下个人信息的治理和智能技术的应用给予明确规定,而仅为一些纲领性的总括,导致这一特殊背景下智能技术在个人信息应用方面的相关法律规范仍分散于诸多法律文本中。而联盟链对个人信息治理具有重大促进作用,将从技术手段破解原有信息治理难题。对此,应当肯定联盟链作为治理手段和治理工具的法律地位,并制定相关激励条款,肯定并鼓励联盟链在个人信息治理方面的应用,促进联盟链乃至智能技术在个人信息治理方面相关产业的发展。其次,应当明确联盟链的法律效力。目前,联盟链已经在司法层面初步得到肯定。最高人民法院在《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》中对于利用哈希值校验、区块链技术搜集的证据予以认可,部分司法裁判中也已肯定利用区块链技术存证的法律效力。<sup>[46]</sup>但如果想让联盟链在数字防疫和个人信息治理中更好地发挥作用,需要给予更高层面的确认。联盟链可以成为法律的补充,和法律协同化解数字防疫给个人信息治理带来的风险。因此,应当出台相关法规或调整相应规范,对联盟链的分布式记账本的信息记录、智能合约等有效性进行确认,肯定联盟链在个人信息治理方面的法律效力。

### 2. 构建适合联盟链的节点责任制度

构建基于联盟链的节点责任制度是法律适应联盟链分布式分类账环境的重要转变。联盟链的分布式记账使得系统内并不存在传统平台上的唯一中心化管理主体,原中心化职能被分散给相关多个中心节点。故在“链”“法”协同机制中,为适应联盟链这一特征,可以立足于系统节点,建立适应联盟链的节点责任制度。

首先,应当通过法律明确节点为责任主体。节点对于分布式记账本具有重要意义,是整个联盟链系统的参与主体,系统通过节点之间的相互验证、记录得以运转。联盟链的节点身份固定且

[46] 参见吴京辉、胡兰:《区块链技术助推中小企业票据融资的法律完善》,载《江西社会科学》2019年第12期。

透明，由防疫部门、监管部门组成，可以准确定位节点对应的防控主体，并不存在其他区块链系统因节点匿名而无法追责的问题。根据本次防控实践，个人信息可能部分泄漏于防疫机关。因此，应当明确联盟链系统节点的责任主体资格，即节点应当作为承担责任的主体。其次，应当明确系统节点的责任内容。我国对区块链系统节点的义务与责任已有初步规定。国家网信办《区块链信息服务管理规定》规定了提供区块链信息服务的主体或节点的管理、配合监管等义务及相关的责任，但该文本中的规定较为粗糙，更多的是一些纲领性的宣誓条款，其中一些概念的具体含义并不明确。<sup>〔47〕</sup>因此，应当对该部门规章进行修改，或就该文本展开进一步的解释与探讨。在数字防疫中，应当明确防疫主体在原信息处理相关义务外，作为联盟链系统节点而具有的权利、义务和责任，并明确其责任形式及追责程序。通过追责弥补联盟链“技治”无法涵盖的部分漏洞和不足，如联盟链可以通过激励机制保证链上信息的真实性，但对于上传前信息的真实性无法保证，对此可以发挥法律的约束功能，明确上传虚假信息的责任和相关过错或知情方的责任以弥补联盟链的不足，实现联盟链的技术激励与法律的制度约束的协同。同时，对于节点责任的形式应当注重民事、刑事和行政责任的并用，在对违反义务的行为加大行政处罚力度的同时辅以民事赔偿责任。此外，还要明确节点代表主体责任人的责任并落实到人，对于达到刑事责任标准的行为加以刑法的规制以发挥刑法的震慑作用。

### 3. 建立适应联盟链的动态监管制度

建立基于联盟链系统的动态监管制度可以助推法律由事前准入、事后监督的传统监管模式转向全程动态监管模式以适应联盟链系统。联盟链的加密机制、链式结构等将联盟链系统分隔为链上链下两个世界，链上的空间运行状态公开透明，每个节点都在参与系统的运行，而基于联盟链的多中心化特征也适合嵌入若干监管节点。故在“链”“法”协同机制中，可以构建基于联盟链系统的全程动态监管模式，将部分中心节点设为监管节点并使监管部门加入其中。如此不仅能够借助联盟链实现实时监管，还可以监测并预防联盟链应用可能带来的未知风险。首先，应当成立超级监管节点。在系统中将部分中心节点改造为监管节点，监听链上广播、储存信息，更新全网总账，掌握系统动态。一方面，监管部门通过监管节点实时获取系统内的共享信息，掌握链上活动，可以及时发现违法违规现象，提高监管效率。另一方面，监管部门通过监管节点实现一定程度上的自动执行和实时决策，可以及时根据系统运行情况变动系统规则进而有效预防可能发生的风险。其次，应当成立公权力监管部门，并通过法规或部门规章赋予其超级监管节点资格。即明确将数字防疫中个人信息治理监管权交由国家统一调度，由国务院主导，工信部会同网信办负责，协调多方职能部门，设立中央和地方层面的数字防疫中个人信息治理联盟链系统监督管理委员会。该委员会统筹领导联盟链系统的推进及监管工作，并作为超级节点被加入系统中，对系统进行实时监测。<sup>〔48〕</sup>同时明确该监管部门在事前审查、事中管理以及事后追责等阶段使用的程序 and 对应职责。还要赋予该监管部门独立的执法权和管理权，避免部门之间互相推诿等情况，促进数字防疫中个人信息治理联盟链系统监管规范化。最后，应当设立社会层面的行业协会。有必要

〔47〕 参见贾翔：《区块链信息服务监管对象研究——以〈区块链信息服务管理规定〉第二条为中心》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2020年第2期。

〔48〕 参见时明生：《区块链技术在征信业的应用探析》，载《征信》2018年第1期。

在监管部门之外设立独立的行业协会,并给予其一定自主权限。该协会可以针对联盟链系统发展的形势制定行业自律标准和实施细则,对系统进行定期风险评估与调查监测,同时促进信息持续上链和系统平稳运营以减轻公权力机关负担。

## 六、结 语

联盟链对于化解数字防疫的个人信息治理风险具有天然优势,可望缓解数字防疫与个人信息传统法律治理之间的冲突齟齬问题,进而破解个人信息治理之“危”,利用数字进行防疫之“机”。但基于联盟链的“技治”并不能完全取代基于法律的“法治”,以代码替代法律的设想也不可行。应当发挥联盟链的长处,结合法律治理的优势来构建数字防疫中个人信息“链”“法”协同治理机制。在大数据、人工智能等技术基础上继续应用联盟链是一项系统工程,应当在不断实践的基础上充分把握联盟链、法律各自的优势,以及数字防疫和个人信息治理的发展趋势,缓解联盟链与法律、数字防疫与个人信息治理之间的双重张力。同时需要指出:以联盟链为代表的区块链技术毕竟属于新兴技术,在应用方面仍处于探索阶段。联盟链应用可能带来的风险和挑战还需要进一步的探讨。

---

**Abstract:** In this epidemic prevention and control, digital technologies such as artificial intelligence and big data not only reduce the risk of epidemic spread, but also make personal information management face new risks. Alliance chain has been widely used in many fields in recent years, and has become a feasible tool to resolve the risk of personal information governance in digital epidemic prevention. However, while applying alliance chain governance risk, it is also necessary to optimize the corresponding system, so as to realize the “joint governance” of alliance chain and law under the action of technical iteration and system optimization. Therefore, we should eliminate the tension between alliance chain and law, and then build a “chain” and “law” coordination mechanism based on legal governance and supplemented by alliance chain governance. Specifically, by building an alliance chain governance mechanism matching the law and a legal governance mechanism matching the alliance chain, and integrating the respective advantages of blockchain technology and law, the “chain” and “law” coordination mechanism can improve its ability in personal information governance in digital epidemic prevention, thus improve the level of modernization of national governance.

**Key Words:** digital epidemic prevention, personal information governance, risk government, alliance blockchain, synergy between “blockchain” and “law”

---

## 论超大型平台独立机构的功能构造 ——以《个人信息保护法》第 58 条为中心

韩 阳\*

**内容提要：**《个人信息保护法》第 58 条第 1 项规定超大型平台企业应成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督，目前存在三种制度设计方案。第三方独立机构方案比较优势不明显，不符合风险预防理念，难以承载监督功能期待，因此应当被舍弃。管理监督型独立机构方案属于日常性合规管理模式，是董事会对经理层的管理监督，独立机构在董事会领导下开展活动，无法解决合规动力问题，难以厘清董事会与执法机构之间的紧张关系。决策监督型独立机构方案属于危机性合规整改模式，是执法机构对董事会的整改督导，组建董事会专门委员会，依托独立董事进行内部控制，但独立董事法律责任模糊，容易造成董事会负担过重。两种方案各有优劣侧重，应当区分问题场景分别应用，实现对公民个人信息的系统性和持续性保护。

**关键词：**超大型平台 独立机构 管理监督 决策监督

### 一、问题的提出

为加强超大型平台监管，我国《个人信息保护法》新增了独立机构这一制度要求。《个人信息保护法》第 58 条第 1 项规定，提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者，应当按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系，成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督。问题随之而来：独立机构的功能定位、人员构成、权利义务和法律责任应如何设计？怎样保持该机构的独立性？如何实现有效监督？本文尝试对此进行探索。

为什么要求超大型平台成立独立的监督机构？与个人信息保护负责人是什么关系？缘何独立

\* 韩阳，北京大学法学院博士研究生。



机构主要由外部成员组成呢?对于这些问题,立法资料显示“有的部门、专家建议,强化超大型互联网平台的个人信息保护义务,并加强监督”,全国人大宪法和法律委员会经研究建议增加这一款。<sup>〔1〕</sup>2021年8月20日,经过三次审议,十三届全国人大常委会第三十次会议表决通过了《个人信息保护法》,全国人大常委会法工委经济法室副主任杨合庆对《个人信息保护法》进行了解读。他表示:“为了提高大型互联网平台经营业务的透明度,完善平台治理,强化外部监督,形成全社会共同参与的个人信息保护机制……个人信息保护法对这些大型互联网平台设定了特别的个人信息保护义务。”<sup>〔2〕</sup>由此可见,我国立法机关将独立机构的功能定位为外部监督,通过多元主体参与构建平台治理的开放式关系结构。

从法律条文看,独立和监督是该机构的两个显著特征,外部是对组成人员的要求。监督是该机构的功能定性,是设计这一机构的出发点和落脚点。独立性包含组织独立、职权独立和人员独立三个方面。只有在监督者和监督对象都明确的前提下,是否独立才能够最终研判。如何实现独立监督呢?学界和实践中存在三种方案,分别是第三方独立机构方案、管理监督型独立机构方案和决策监督型独立机构方案,以下分别进行讨论。部分方案内容较少,本文尝试进行拓展并做利弊分析。

## 二、第三方独立机构方案

在《个人信息保护法》生效前,部分超大型平台企业已经进行了初步尝试。腾讯在2021年10月15日公开招募外部成员,组建个人信息保护外部监督委员会,文字表述为“第三方独立监督机构”,职责包括独立评议腾讯公司及各产品隐私保护相关工作、提出指导和修改建议等。“委员会首批成员为15个人左右,计划包括法学专家、技术专家与行业协会等个人信息保护领域的专业人士,也将涵盖律师、媒体等其他公众。首批成员将通过公开招募和定向邀请等方式产生。”<sup>〔3〕</sup>携程在2021年10月25日发布公告,决定近期成立“个人信息保护外部监督专家团”,同样表述为“第三方独立机构”。<sup>〔4〕</sup>在外部监督的功能定位下,超大型平台希望通过第三方独立机构的形式实现外部监督效果,将独立性理解为“外部独立”,监督机构独立于本平台企业。但这种做法比较优势并不明显,不符合风险预防的治理理念。

第一,《个人信息保护法》第六章专门规定了履行个人信息保护职责的部门,这些职能部门完全独立于企业,属于纯粹外部监督的国家机构。无论立法目的追求的是“独立性”或是“监督性”,负有监管职责的国家机关都是最佳主体,而不是所谓的第三方独立机构。近年来行政执法强调柔性执法和治理导向,存在许多企业发声和公众参与的合法渠道。反观这些所谓的独立机

〔1〕 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国个人信息保护法(草案)〉修改情况的汇报》。

〔2〕 朱宁宁:《8章74条,个人信息保护法来了!权威解读十大亮点》,载 <https://mp.weixin.qq.com/s/Y-031EBzOsbN2JAEcOGBQ>,最后访问时间:2022年7月23日。

〔3〕 《这是一封来自鹅厂隐私官的邀请函,请查收!》,载 [https://mp.weixin.qq.com/s/2ZvcExeY\\_l-J3dfw02zTFg](https://mp.weixin.qq.com/s/2ZvcExeY_l-J3dfw02zTFg),最后访问时间:2022年7月23日。

〔4〕 参见《携程“个人信息保护外部监督专家团”招募公告》,载 <https://view.inews.qq.com/a/20211025A093AW00>,最后访问时间:2022年7月23日。

构，实际上难以摆脱超大型平台的干扰，平台企业主导之下的民主参与和监督强度都存在问题。用户代表或公众代表的产生，专家学者的挑选，都有可能被超大型平台把持，使所谓的独立监督机构沦为平台权力的装饰。

第二，即便追求平台治理的多元参与，实际上也并无必要。现实中已经广泛存在着第三方独立机构，各类行业协会、学会智库和科研高校等等，如在 APP 专项整治活动中发挥作用的中国网络空间安全协会，每年发布个人信息保护测评报告的北京大学互联网法律中心。这些机构或独立存在，或由政产学研媒一同发起成立，各大头部平台企业也参与其中。它们定期发布研究报告，组织企业调研、立法研讨和独立监督，实际上已经发挥了社会监督的客观作用。这些社会组织通过内部章程对成员形成约束力，通过法律程序获得登记备案，不需要专门立法予以合法性确认。这些社会组织的经费人员更具有独立性，它们通过声誉机制和竞争机制进行自我监督，相较企业自设机构具有一定的制度优势。

第三，外部监督无法实现事前事中监管，难以有效影响超大型平台企业决策。如果按照两家企业的制度设想展开，独立机构对超大型平台进行形式监督，仅仅作出指导、提出建议和咨询培训，那么独立机构极易沦为装饰企业形象的花瓶，监督功能将被完全掏空。独立机构无法深入平台企业内部决策，否则就将与外部监督的职能定位相冲突。超大型平台企业的各种业务和不同流程都与个人信息有关，个人信息被滥用有时候只是一个最终结果，更多问题可能出在事前决策和事中执行。尤其是很多敏感个人信息，如生物识别信息，一旦被泄露滥用将会给自然人带来不确定风险。有学者提出：“区别于传统的‘危险’，个人生物识别信息应用风险具有不确定性与复杂性，因果关系具有模糊性与非线性，损害具有严重性与不可逆性，因此政府监管理念应当从消极的‘危险消除’向积极的‘风险预防’转变。”〔5〕

### 三、管理监督型独立机构方案

该方案由张新宝教授提出，主张“作为企业内部的‘独立监督机构’，主要是指独立于企业的日常经营管理机构（如总经理）、产品或者服务研发推广机构等业务部门，因为这些机构和部门往往会以利润导向进行管理和经营而忽视个人信息保护”〔6〕。该方案下独立机构包含两项具体职责：其一，监督大型互联网平台企业自身的个人信息保护合规情况；其二，监督大型互联网企业对商业用户的个人信息处理活动予以规范的合规情况。〔7〕除此之外，独立机构在董事会的领导下，还有提出建议和合规指导的功能。超大型平台的业务部门是该方案的预设监督对象，本质是董事会对经理层的管理监督。数据合规在我国仍处于发展初期，该方案有助于专家参与企业合规制度建立，同时制度上防范经理层和业务部门的数据滥用行为，方案内容丰富具有很强的操作性和执行性。在讨论独立机构与国家个人信息保护部门的关系时，张新宝教授主张：“独立监督机构对企业个人信息保护事项作出的决定或者提出的鉴定意见，原则上将得到国家个人信息保护

〔5〕 于洋：《论个人生物识别信息应用风险的监管构造》，载《行政法学研究》2021年第6期，第111页。

〔6〕 张新宝：《大型互联网平台企业个人信息保护独立监督机构研究》，载《东方法学》2022年第4期，第44页。

〔7〕 参见前引〔6〕，张新宝文。

部门的认可。在发现企业在个人信息保护方面存在重大隐患或者严重违法情形时,独立监督机构应当及时向企业的权力机构提出意见和建议。企业权力机构拒绝接受的,经独立监督机构多数成员表决同意,应将相关情况报告国家个人信息保护部门。”〔8〕这一制度设计极大增强了独立机构的实际权力,仿佛达摩克利斯之剑一样悬在超大型平台企业头顶。但是产生两个问题需要解释:第一,如果独立机构受董事会领导,为什么决定和鉴定意见要征得监管部门认可,为什么可以越过董事会,直接向监管部门报告;第二,如果独立机构照此运行,会不会干扰企业的自主经营活动。

在规制理论中,该方案属于内部管理型规制理论(management-based regulation)〔9〕的实际运用,“实际上是行政权对企业内部治理的介入,在实质上构成对企业经营自主权的限制”〔10〕。对于内部管理型规制,国外学者将生产流程划分为规划、执行和产出三个部分,在不同阶段采取的规制策略,被称作内部管理型规制、技术标准规制(technology-based regulation)和绩效标准规制(outcome-based regulation)。根据内部管理型规制,公司应制定符合一般标准的计划,以促进有针对性的社会目标。监管标准规定了每个计划应该具备的要素,如危险识别、风险防范措施、监测纠正程序、员工培训政策,以及其他社会目标评估和完善公司管理的具体措施。〔11〕“内部管理型规制不规定特定的技术要求或绩效结果,而是要求企业针对行政目标,制定适合自身的内部经营计划、管理流程及决策规则,从而将社会价值内部化。”〔12〕这一规制类型属于元规制(meta regulation)的典型类型,与自我规制具有高度关联性。“元规制是指外部规制者有意促使规制对象本身针对公共问题,作出内部式的、自我规制性质的回应,来要求或塑造规制对象的自我规制。”〔13〕

• 525 •

结合内部规制理论,该方案具有三点积极意义:第一,针对个人信息风险,应该采用风险预防的规制策略。“互联网的复杂结构以及大数据处理过程随机性、相对性和模糊性特征,表明数据主体基于个人信息与数据控制者建立的信息关系影响因素存在高度的不确定性。传统规制模式以规则为规制工具,通过行为和结果的确定性联系进行危险排除,并不符合数字时代信息分享的风险特征。”〔14〕第二,当风险不明、标准不清时,实际上难以判断个人信息是否被滥用泄露,事后监督难以挽回实际损失。需要深入平台企业内部,对个人信息管理体系进行优化改造,政府规制视角应该由外入内。第三,个人信息保护问题异质性强,平台、部门和流程之间都不一样,需要编制细密的行动规范。但是,个人信息保护法律制度建立初期,诸多制度细节、技术标准和行

〔8〕前引〔6〕,张新宝文,第48页。

〔9〕也有学者将其翻译为“以管理为基础的规制”或“基于管理的规制”。参见洪延青:《“以管理为基础的规制”——对网络运营者安全保护义务的重构》,载《环球法律评论》2016年第4期;高秦伟:《社会自我规制与行政法的任务》,载《中国法学》2015年第5期。

〔10〕孔祥稳:《论个人信息保护的行政规制路径》,载《行政法学研究》2022年第1期,第144页。

〔11〕See Cary Coglianese & David Lazer, Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals, 37 Law & Society Review 694 (2003).

〔12〕谭冰霖:《论政府对企业的内部管理型规制》,载《法学家》2019年第6期,第75页。

〔13〕〔英〕罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇:《牛津规制手册》,宋华琳等译,上海三联书店2017年版,第167页。

〔14〕谢尧雯:《基于数字信任维系的个人信息保护路径》,载《浙江学刊》2021年第4期,第82页。

业要求都需要进一步明确。因此，应将规则自由裁量权下放给企业，监管机构不宜采取硬标准强要求。

但是，运用内部规制理论分析建构超大型平台独立机构，存在固有缺陷难以克服。内部管理型规制本质上仍是一种外部监督，无法解决合规动机问题。经过与监管机构的沟通确认，企业制定实施了各类内部管理制度，既有可能出于提升公司绩效考虑，也可能是为了应付检查粉饰门面。企业并非自发遵守合规计划，而是考虑制度成本、外界压力和管理层意见。制度运行成本较低，契合企业盈利模式，得到管理层的支持，内部管理制度可以有效运行；但如果遇到任何一个障碍，内部管理制度运行就可能是“部分的、象征性和半心半意（half-heated）”。<sup>〔15〕</sup> 监管者真正应该关心的是企业管理的实际行动，而不是浮于表面的规章制度，“管理远比管理体系重要”<sup>〔16〕</sup>。对企业行为的规制，仅仅停留在管理制度上是不够的，需要干预企业管理层或控股股东的合规动机。在这个层面上独立机构的监督职能或许更有意义。

2019年7月美国联邦贸易委员会（FTC）对脸书（Facebook）达成新的和解令，以惩罚脸书违反2012年和解令中“禁止虚假陈述”的要求。除了开具50亿美元的天价罚单，2019年和解令还要求脸书改变其董事会构成，设立专门独立隐私委员会。它的所有成员都必须是独立董事，由独立提名委员会产生，每年至少召开4次会议。有权任命或免职隐私合规官，每12个月审核隐私合规官提交的隐私计划执行情况书面说明。有权任命或免职第三方隐私评估机构，每季度应在没有管理层出席的情况下与其举行会议。每季度审核管理层提交的简报，内容涵盖隐私计划状态、和解令执行情况和存在重大风险情况等等。<sup>〔17〕</sup> 美国联邦贸易委员会的执法意图十分明确，约束限制管理层尤其是控股股东扎克伯格在隐私方面的权力。委员会委员罗希特·乔普拉（Rohit Chopra）发表声明称，脸书通过对外销售用户的行为数据换取广告收入，有强烈的动机获取越来越多的用户数据。只要广告商愿意为用户消费特定内容付费，像脸书这样的公司就有动机以影响用户的心理状态和实时偏好的方式来管理内容。作为一家上市公司，脸书需要与利润丰厚的第三方开发者保持合作，实现公司利益的最大化。<sup>〔18〕</sup> 委员会主席乔·西蒙斯（Joe Simons）和委员诺亚·约书亚·菲利普斯（Noah Joshua Phillips）、克里斯汀·S·威尔逊（Christine S. Wilson）发布声明称，该命令消除了扎克伯格单方面做出隐私决策的能力，赋予业务部门、首席隐私官和隐私委员会相关责任。尽管没有移除扎克伯格对董事会的全部控制权力，但明显地削弱了他的权力，这是迄今为止世界上没有哪个监管机构能做到的。<sup>〔19〕</sup>

〔15〕 See Christine Parker & Vibeke Lehmann Neelsen, Do Businesses Take Compliance Systems Seriously? An Empirical Study of Implementation of Trade Practices Compliance Systems in Australia, 30 *Melbourne University Law Review* 441 (2006).

〔16〕 前引〔13〕，罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇书，第154页。

〔17〕 See *United States of America v. Facebook Inc.*, Case No. 19-cv-2184 (United States District Court for the District of Columbia, 2019).

〔18〕 See Rohit Chopra, Dissenting Statement of Commissioner Rohit Chopra, In re Facebook, Inc. Commission File No. 1823109 (July 24, 2019), available at [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1536911/chopra\\_dissenting\\_statement\\_on\\_facebook\\_7-24-19.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1536911/chopra_dissenting_statement_on_facebook_7-24-19.pdf), last visited on Mar. 3, 2022.

〔19〕 See Joe Simons, Noah Joshua Phillips & Christine S. Wilson, Statement of Chairman Joe Simons and Commissioners Noah Joshua Phillips and Christine S. Wilson In re Facebook, Inc. (July 24, 2019), available at [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1536946/092\\_3184\\_facebook\\_majority\\_statement\\_7-24-19.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1536946/092_3184_facebook_majority_statement_7-24-19.pdf), last visited on Mar. 3, 2022.

通过分析脸书 2012 年和 2019 年两宗案件可知, 如果没有触及超大型平台的盈利模式, 以及管理层或控股股东对个人信息利用的绝对控制, 单纯对超大型平台进行事后监管和流程改造, 无法对平台企业的合规动机进行根本影响。因此, 需要监督的对象实际是超大型平台的管理层或控股股东。事实上, 2012 年和解令最终确定的 4 个月后, 脸书就允许第三方开发人员违规使用用户个人信息。<sup>〔20〕</sup>

由此可见, 超大型平台独立机构的制度建构, 不仅需要引入政府规制理论, 而且应该引入公司治理视角。超大型平台企业的迅速崛起只是近二十年的事情, 不少创始人仍然牢牢掌控已经上市的平台企业, 并未实现所有权与经营权的分离。脸书的公司结构为 B 级股股东提供了“超级投票权”, 扎克伯格的投票决定了董事选举和其他需要股东投票的事项。<sup>〔21〕</sup>“脸书股东厌倦了扎克伯格, 但对他们无能为力。”<sup>〔22〕</sup>我国存在类似的情况, “作为企业家的发起人或创始股东珍视控制权以实现自己的愿景和抱负, 这种对控制权的珍视体现为对发起人或创始股东权利的特殊安排”, 如 B 站的双层股权结构、京东的投票委托权和阿里巴巴的合伙人制度等等。<sup>〔23〕</sup>相较于美国, 中国互联网企业模式创新有余而技术创新不足, 更加依赖个人信息和人力资源投入。具有类似的公司结构, 承担着巨大的利润压力, 依靠大量采集个人信息以维持商业运转, 我国超级平台管理层或控股股东的合规动力更加匮乏。

#### 四、决策监督型独立机构方案

为加强对管理层或控股股东的控制, 不少国家规定董事会负责内控机制建设, 赋予董事一定的法律义务。如日本《公司法》规定了董事构建内控机制的任务, 《公司法实施规则》规定了构建内控机制的具体内容。<sup>〔24〕</sup>我国也有学者建议: “想让外部的监督发挥实效, 就必须通过内部的决策机构。而内部决策机构最好的做法就是仿效独立董事的相关制度——在董事会下面设立一个主要由独立董事承担监督作用的个人信息保护专门委员会。”<sup>〔25〕</sup>如果公司董事会全部由管理层组成, 那么董事会的存在就没有实际意义, 董事会就变成了一个拥有高级头衔的管理委员会了。决策监督型独立机构方案下, 我国不少学者建议将外部监督成员理解为公司的独立董事, 独立董事组成独立机构负责对企业的个人信息保护作出判断和监督。<sup>〔26〕</sup>该方案如何展开, 具有哪些优势

• 527 •

〔20〕 See FTC Imposes \$ 5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook, Federal Trade Commission (July. 24, 2019), available at <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions>, last visited on Mar. 3, 2022.

〔21〕 参见前引〔18〕, Rohit Chopra 文。

〔22〕 Michael Hiltzik, Facebook Shareholders are Getting Fed Up with Zuckerberg but Can't Do Anything about Him, Los Angeles Times: Business (Apr. 16, 2019), available at <https://www.latimes.com/business/hiltzik/la-fi-hiltzik-mark-zuckerberg-facebook-20190416-story.html>, last visited on Mar. 13, 2022.

〔23〕 参见汪青松、宋朗:《合规义务进入董事义务体系的公司法路径》,载《北方法学》2021年第4期。

〔24〕 参见梁爽:《内部控制机制的法律化路径——以日本法上董事内部控制义务为视角》,载《金融法苑》2015年第1期。

〔25〕 隐私护卫队:《外部机构如何监督企业个人信息保护? 许可: 不能存在经济依附》,载 [https://www.sohu.com/a/509672335\\_121258695](https://www.sohu.com/a/509672335_121258695), 最后访问时间: 2022 年 7 月 23 日。

〔26〕 参见张平主编:《中华人民共和国个人信息保护法理解适用与案例解读》,中国法制出版社 2021 年版,第 225 页;龙卫球主编:《中华人民共和国个人信息保护法释义》,中国法制出版社 2021 年版,第 260 页。

与弊端？现有文献没有对此进行讨论，本文尝试进行探索展开。

### （一）方案的理论渊源

该方案与公司治理中的内部控制理论有关。内部控制在会计学和审计学中较为常见，近年来随着法学界对企业合规的关注，逐渐进入法学视野。“内部控制起源于企业财务舞弊、财务失败事件的不断发生，内部控制的发展与美国公司会计造假、破产倒闭事件周期性的发生有着密不可分的关系，每一轮的公司财务舞弊、破产倒闭事件都促进了内部控制理论的发展。”<sup>〔27〕</sup>例如美国《反海外贿赂法》（FCPA）要求证券发行者必须设计和维持有效的内部会计控制系统。<sup>〔28〕</sup>我国法律对内部控制理论也有类似应用，例如2021年6月中国人民银行发布的《中华人民共和国反洗钱法（修订草案公开征求意见稿）》第3章“反洗钱义务”第27条第3款规定：“金融机构应当通过内部审计或者独立审计等方式，监督检查反洗钱内部控制制度的有效实施，金融机构的负责人对反洗钱内部控制制度的有效实施负责。”

个人信息保护与企业财务管理存在较大相似性，都涉及企业的不同环节和各个流程，与企业经营模式和利润收支息息相关，关乎企业的生死存亡。尤其在消费者信息隐私意识觉醒的今天，对于超大型平台企业而言，个人信息保护不仅应是其努力控制的成本线，而且应该是严格遵守的生命线。因此，类比财务风险管理，个人信息风险控制完全可以应用内部控制理论。正如学者所说：“内部控制发展到今天，已经演变成一种过程，内化于企业的各个流程、各个环节，和企业的各类人员相联系，但从内部控制的对象和目标来看，其本质并没有发生变化，依然是一种风险控制活动。”<sup>〔29〕</sup>内部控制与风险管理属于一体两面，本质上都是对风险的有意控制。“内部控制就是控制风险，控制风险就是风险管理。”“内部控制主要是从风险控制的方式和手段说明风险控制的，风险管理就是从风险控制的目的来说明风险控制的。”<sup>〔30〕</sup>为强调对管理层和控股股东的力量制衡，避免风险管理和企业管理概念混淆，本文采用内部控制的概念。

对于内部控制的定义，美国国家金融欺诈信息委员会（Treadway 委员会）下属的“发起组织委员会”（COSO）<sup>〔31〕</sup>发布的《COSO 内部控制—综合框架（2013）》指出，内部控制是一个由实体董事会、管理层和其他人员实施的过程，旨在为实现运营、报告和合规相关目标提供合理保证。合规目标与遵守实体法律法规有关。这一框架包含控制环境、风险评估、控制活动、信息交流和监控活动五个组成部分。<sup>〔32〕</sup>我国财政部、证监会、银监会等五部委于2008年5月发布的《企业内部控制基本规范》第3条规定：“本规范所称内部控制，是由企业董事会、监事会、经理

〔27〕 李维安、戴文涛：《公司治理、内部控制、风险管理的关系框架——基于战略管理视角》，载《审计与经济研究》2013年第4期，第5页。

〔28〕 See The Foreign Corrupt Practices Act of 1977 § 15 U.S.C. § 78dd-1, et seq.

〔29〕 前引〔27〕，李维安、戴文涛文，第6页。

〔30〕 谢志华：《内部控制、公司治理、风险管理：关系与整合》，载《会计研究》2007年第10期，第41页。

〔31〕 COSO 英文全称为 Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission。COSO 在美国成立于1985年，旨在赞助国家金融欺诈信息委员会（Treadway 委员会）。Treadway 委员会最初由位于美国的以下五家主要专业会计协会和机构发起和共同资助：美国注册会计师协会（AICPA）、美国会计协会（AAA）、国际财务执行官（FEI）、内部协会审计师（IIA）和管理会计师协会（IMA）。

〔32〕 See The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), COSO Internal Control-Integrated Framework (2013) (May 14, 2013), available at <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/05/2750-New-COSO-2013-Framework-WHITEPAPER-V4.pdf>, last visited on Feb. 13, 2022.



层和全体员工实施的、旨在实现控制目标的过程。内部控制的目标是合理保证企业经营管理合法合规、资产安全、财务报告及相关信息真实完整,提高经营效率和效果,促进企业实现发展战略。”企业控制目标的实现需要由股东会、董事会、监事会和管理层等各个组织机构共同完成。构建合规制度体系是内部控制目标,无论由董事会或监事会设置独立机构,它们开展的内部监督活动都属于风险控制的内部过程。

该理论强调应发挥董事会内部控制的主导作用,例如《上海证券交易所上市公司内部控制指引》第4条规定:“公司董事会对公司内控制度的建立健全、有效实施及其检查监督负责,董事会及其全体成员应保证内部控制相关信息披露内容的真实、准确、完整。”比较法上,韩国存在类似的“合规监查人”制度。“合规监查人通常从公司内部的董事或业务执行负责人中选任,其虽由董事会任命,但却独立履行职务,其业务活动不受董事会或代表董事的干预。为了保障其独立性地位,韩国《金融公司治理结构法》第30条要求金融公司应当通过章程保障合规监查人独立履行职务,并为其履行职务提供必要的资料和信息;对合规监视人的任免虽由公司自主决定,但须在作出决定之日起7天内向金融委员会报告。公司未按规定设置合规监视人或未按照合规要求进行报批和运营的,根据该法第43条第16—22款的规定,可对其处以罚款。”〔33〕

美国学者提出了应由董事会承担内部控制最终责任的两点理由:第一,企业高管有可能扭曲信息流动。解决信息不对称问题,创造竞争性的信息来源。第二,存在管理机会主义问题。管理层面临业绩压力,任期薪酬与企业盈利高度相关。在一笔违反公司政策或法律规则的交易中,预期的利润通常是巨大、现实和生动的。相比之下,从经理的角度来看,违反公司政策或法律规则可能造成的损失往往微不足道、苍白、非常遥远,尤其是考虑到发现的可能性极低时,情况更是如此。董事们不寻求晋升,通常不负责短期利润决策判断,因而对于公司整体和长远利益更加看重。〔34〕脸书案件体现了该学者的公司治理思路,2019年和解令创造了加强脸书隐私监管的四个信息流,建构了一种重叠的合规监督渠道(overlapping channels of compliance),以提高风险防控效率。〔35〕为加强对某一重要事项的整体管理,董事会设置专门委员会的做法在实践中已经很常见。如很多上市公司在董事会设立社会责任专门委员会和环境保护专门委员会。〔36〕

## (二) 设在董事会下而不是监事会下

内部控制职责的权能配置,实际上与不同国家公司法规定的组织结构有关。“英美法国家实行的主要是以外部董事为核心的监督制度,它与我国的独立董事制度相似。在以德国为代表的大陆法国家,实行的主要是以监事会为核心的监督制度。”〔37〕我国《公司法》规定董事会和监事会两个组织机构负责内部监督职能。有的学者认为转换到中国背景下监事同样负有内部控制义务。〔38〕我国《公司法》虽然没有明确规定外部监事制度,但是部分企业早已开始探索实施,如

〔33〕 赵万一:《合规制度的公司法设计及其实现路径》,载《中国法学》2020年第2期,第76页。

〔34〕 See Melvin A. Eisenberg, The Board of Directors and Internal Control, 19 *Cardozo Law Review* 237, 250 (1997).

〔35〕 参见前引〔19〕, Joe Simons、Noah Joshua Phillips、Christine S. Wilson 文。

〔36〕 参见蒋大兴:《公司社会责任如何成为“有牙的老虎”——董事会社会责任委员会之设计》,载《清华法学》2009年第4期。

〔37〕 高旭军:《对我国上市公司“双核心监督机制”的反思》,载《东方法学》2016年第2期,第58页。

〔38〕 参见邢会强:《上市公司虚假陈述行政处罚内部责任人认定逻辑之改进》,载《中国法学》2022年第1期。

中国人民银行 2002 年就曾发布《股份制商业银行独立董事和外部监事制度指引》。有学者提出独立董事的监督是决策中的监督，监事会的监督体现为事后监督。<sup>〔39〕</sup> 以上观点和实践都具有借鉴意义，存在两个内部监督机关的情况下，董事会和监事会都可以承担个人信息保护的内部控制职责。需要进一步思考的是，为落地实施《个人信息保护法》，是否需要《公司法》相应修改，董事会和监事会哪一个组织更具有设置独立机构的制度潜力。

本文认为在坚持现有公司法框架下，独立机构更适合设置在董事会中，主要成员由独立董事担任。为了解决监事会存在的问题，我国引入了独立董事制度。公司监事会作为专门监督机构，普遍存在“监事会地位低下、资源匮乏，职工监事制度徒具其形，监事缺乏适当的考核和激励机制，与独立董事关系不清、叠床架屋，受制于高管控股股东”等问题。<sup>〔40〕</sup> 不同学者总结的原因或有出入，但是监事会孱弱无力确是现实，无力对抗控股股东实施有效监督。我国《公司法》规定监事会由股东代表和职工代表组成，职工代表的比例不得低于三分之一，意图加强股东和雇员对公司的自我监督。但股东代表产生受制于控股股东，职工代表履职遭雇佣关系掣肘。即便允许外部监事加入，也难以改变监事会的固有缺陷。独立机构要求主要由外部成员组成，这与监事会的人员比例要求也存在出入。董事会拥有解聘或聘任管理层和制定规章制度等事项的决定权，可以有效建构个人信息保护内控合规体系。但是监事会仅具有建议、质询和调查等权利，只能列席董事会会议，没有投票表决权和否决权。我国超大型平台企业多赴美股和港股上市，就个人信息保护问题对董事会进行改造，与英美公司法传统不存在较大差异，更有利于企业降低合规成本。

### （三）独立董事需要平衡股东利益与公共利益

独立机构由独立董事构成，独立董事实际开展监督活动，但是独立董事应该对谁负责，却鲜有学者深入研究。有专家观察到存在利益冲突的可能，有针对性地提出“如果认为独立监督机构对社会公众负责，公司的发展利益或将不作为独立监督机构考虑的范畴，有可能导致公司发展利益受损”<sup>〔41〕</sup>。这些观察实际上点出了问题的实质，独立董事应该对公共利益负责，还是对企业利益和股东利益负责？《上市公司独立董事规则》第 5 条规定独立董事应该维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的合法权益不受损害。但是超大型平台收集了大量的公民个人信息，即便个人信息处理者投入了汗水劳动，个人信息蕴含的人格利益仍然属于公民或用户个人。空泛地说，公司利益、股东利益与社会公共利益当然是一致的，企业违反法律规定侵犯公共利益受到法律制裁，也会损害企业利益和股东利益。“但这个观点其实只是体现了一种‘大家好才是真的好’的良善价值导向，在逻辑上就如同个体利益和群体利益可以两全的论断一样脆弱，如果真的可以两全就不会有损公肥私和牺牲小我完成大我的问题。”<sup>〔42〕</sup> 事实上滥用公民个人信息的现象已经如此普遍，大量的违法行为并没有被发现惩处，有些人甚至怀疑是否还有继续保护的必要。因此，实践中公司利益、股东利益与公共利益广泛存在着利益冲突。努力追求私人利益，既有可能成为创

〔39〕 参见施天涛：《让监事会的腰杆硬起来——关于强化我国监事会制度功能的随想》，载《中国法律评论》2020 年第 3 期。

〔40〕 参见郭雳：《中国式监事会：安于何处，去向何方？》，载《比较法研究》2016 年第 2 期。

〔41〕 虞伟：《个保法要求建外部独立监督机构，互联网平台为何按兵不动》，载 <https://xw.qq.com/cmsid/20211111A009I900>，最后访问时间：2022 年 7 月 23 日。

〔42〕 前引〔23〕，汪青松、宋朗文，第 81 页。

新创业的动力源泉,也有可能是公地悲剧的罪魁祸首。盲目乐观与有意回避都不可取,在流通利用中个人信息才能发挥实际价值。真正值得思考的是,如何通过法律规则调整实现不同利益平衡。

传统公司法理论认为董事仅对股东利益负责,追求股东利益最大化。基于公司所有权与经营权分离的现实情况,股东选举产生董事负责实际经营,股东与董事之间属于委托代理关系,董事对股东负有信义义务,通说认为至少包含忠实义务和勤勉义务。尽管从19世纪30年代开始,美国学界开启的企业社会责任讨论一直延续至今,但是这一框架仍是公司法的基本理论模型。正如前美国特拉华州最高法院首席大法官小利奥·E·斯特林(Leo E. Strine, Jr.)所说,“这些公司的董事会认为,他们所管理的共和国应该对唯一公民忠诚,而这些公民被称为股东。这些公司的董事会并不认为自己对其他选区有任何国家的忠诚度,他们认为自己是股权资本共和国的民选官员。”<sup>[43]</sup>但是董事追求股东利益并非没有限度,必须遵守法律的各项要求,意味着对于法律强制性规定事项,董事不能进行成本收益比较,这实际上在法律框架内限制了股东利益。伴随着美国公司所有权与经营权的分离,众多学者提出应该考虑企业的社会责任,公司董事会不仅要为股东利益负责,而且要考虑消费者、社区、雇员、客户和环境保护等非股东利益,由此产生了诸如利益相关者理论、公司公民理论、公司善治运动等理论思潮。<sup>[44]</sup>公司生产经营会产生各种社会成本,污染环境、劳工、金融风险等问题都需要公司经营者认真考虑。立法者希望通过成文立法解决这些问题,规定企业相应的法律义务,我国《个人信息保护法》也是如此。企业毕竟不是政府,企业存在的根本目的仍是追逐利润。曾经有人建议在公司董事会设立代表不同群体利益的公益董事,有学者评论说,即便全部董事追求公司利益最大化,都不一定可以实现意见统一。如果董事会充斥着目标不同相互竞争的支持者,那将是大多数管理者的噩梦。<sup>[45]</sup>如果赋予企业过多的公共责任,可能会将企业经营变成政治活动,董事之间的实质性利益冲突会导致公司无法经营。由此可知,如同公司一样,董事会既不可能彻底坚持“股东至上”,也无法完全替代政府追求公共利益,坚持维护股东利益兼带平衡公共利益才是现实选择。在个人信息保护问题上同样如此,个人信息只有在聚合、加工和利用之后才能发挥最大价值,平台企业的产品创新和商业开发在其中发挥了不可替代的作用,规范利用是最终目的,违规惩戒只是手段。因此,独立机构作为董事会的下设机构,需要平衡股东利益和公共利益。部分学者认为它不对个人信息处理者负责、单纯维护公共利益、应该保持中立性的观点是错误的。

独立董事作为独立机构的成员,应追求实现企业利益,我国《公司法》第147条和《上市公司独立董事规则》第5条均有直接规定。与《公司法》立法目的不同,《个人信息保护法》不要求独立董事关注中小股东的合法权益,而是强调他们对个人信息保护情况进行有效监督,主要关注广大力量分散的公民个人信息权益,本质上属于一种利益相关者权益。这部分利益与中小股东利益风险偏好存在明显不同,但是它们都依附在公司整体利益之上。无论是维护中小股东利益,

[43] Leo E. Strine Jr., Corporate Power is Corporate Purpose II: An Encouragement for Future Consideration from Professors Johnson and Millon, 74 *Washington and Lee Law Review* 1, 13 (2017).

[44] 参见施天涛:《〈公司法〉第5条的理想与现实:公司社会责任何以实施?》,载《清华法学》2019年第5期。

[45] See Alfred F. Conard, Reflections on Public Interest Directors, 75 *Michigan Law Review* 941, 950 (1977).

还是为了公民个人信息权益，法律为分散的利益群体选派代表，都试图打破控股股东的非对称权利结构，努力干预影响公司决策。二者在规制思路上是相似的，这是嫁接独立机构职能与独立董事职责的基础。股东利益、公司利益和公共利益，三者在合规层面是一致的。法律底线不容利益权衡，遵纪守法保障企业长远。这解释了为什么设置独立机构是构建合规体系的一部分，为什么独立机构与合规体系共同组成《个人信息保护法》第58条第1项。

#### （四）独立董事承担的法律义务之性质

结合我国《公司法》，独立董事的这种内部控制行为属于什么法律义务？我国《公司法》第147条规定董事对公司负有忠实和勤勉义务，《上市公司独立董事规则》第5条规定独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。这里出现了三种义务类型：忠实义务、诚信义务和勤勉义务，内部控制与三者是什么关系？法律义务这一概念本质要求主体行为符合法律规定，文字意义上所有部门法规定的各项法律义务都属于“合规义务”，但是某一种“合规行为”能否成为独立具体的法律义务就值得讨论了。这些新增的合规义务是否属于信义义务？或者它们可以成为一种新的“合规义务”？存在独立的内部控制义务吗？目前主要存在三种观点：第一，内部控制行为属于忠实义务或诚信义务的一种。诚信义务是否属于一种单独的信义义务类型，在美国公司法上存在着“三分法”和“二分法”的争议。本文无意对此进行明确区分，故将忠实义务与诚信义务进行并列。有学者提出，美国法上在董事违反内部控制机制建构义务的案例中，如 Caremark 案以及 Stone 案，法院一般认为董事故意忽视自身职责，往往会判定董事违反忠实义务。<sup>〔46〕</sup> 第二，内部控制行为属于勤勉义务或注意义务的一种。有学者提出：“就履行个人信息保护法定义务而言，在学理上属于公司董事、高管应当履行的勤勉义务，即公司管理者应当保障公司能够切实履行法律规定的保护个人信息的义务，从而维护公司的利益，避免公司因义务不履行而遭受不利的法律后果，诸如，损害赔偿、行政处罚，甚至刑事处罚。”<sup>〔47〕</sup> 有学者认为内部控制义务是董事勤勉义务的具体化和内在化，认为“对企业发生的重大事件或事故，即使是无需董事亲自决策和具体实施的小事直接引起的，如果该重大事件或事故与内部控制的不健全有关联，是和未能建立健全能尽早发现纠正违法违规事件的源头原因，防止事件发生的公司内部控制有关联，在一定条件下，也应认定董事违反了内部控制义务，董事应对公司承担相应的损害赔偿责任”<sup>〔48〕</sup>。还有学者分析德国公司法，论证从业务执行机构的谨慎义务中引申出来的合法性管控义务可以成为合规组织义务的法律基础。<sup>〔49〕</sup> 第三，内部控制属于一种特殊的合规义务，与董事信义义务并列。有学者认为“董事信义义务的产生原因系董事与公司及股东间的委托代理关系和利益冲突，旨在减少公司治理中的代理成本。而董事的合规义务源于公司行为的合法性要求从组织层面向个体层面的下沉，旨在减少公司经营中的社会成本”，两种法律义务的产生原因存在根本不同，因此势

〔46〕 参见梁爽：《董事信义义务结构重组及对中国模式的反思——以美、日商业判断规则的运用为借鉴》，载《中外法学》2016年第1期。

〔47〕 张怀岭：《公司治理视域下个人信息保护的实现路径——以〈公司法〉第147条的具体化为中心》，载《财经法学》2018年第5期，第28页。

〔48〕 刘惠明、祁靖：《内部控制义务——董事勤勉义务的具体化与内在化》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2012年第5期，第76页。

〔49〕 参见王东光：《组织法视角下的公司合规：理论基础与制度阐释》，载《法治研究》2021年第6期。

必产生张力与冲突。<sup>〔50〕</sup>

客观分析上述观点学说都有其合理之处,内部控制并非一个法学概念,包括公司治理、风险管理和企业合规的各个流程,这决定了其行为本身可能属于广义信义义务其中的一种类型,需要将《个人信息保护法》第58条和信义义务的子义务做综合理解,利用忠实义务、诚信义务和勤勉义务拓展个人信息保护义务的实质内容。应该避免法律义务的“大词化”倾向,尽量提供一些充满血肉的制度安排。《公司法》修订过程中,部分学者建议将合规义务确立为公司和相关成员的基本义务,借此建构整个合规理论体系。<sup>〔51〕</sup>但是加入合规义务可能导致本就抽象的信义义务更加混乱,增加无谓的概念重叠与指向冲突。因此,本文不建议将内部控制行为作为一种新型合规义务,借由合规义务与信义义务并列的方式在《公司法》上确立下来。正如学者所说:“一个连注意义务都没有能力去具体界定的法律制度,如何去设定在此基础上更复杂的合规?”<sup>〔52〕</sup>

#### (五) 职能设计和人员构成

在职能设计上,独立机构的监督职能体现为两方面:第一,监督职能本质上是督导并举而非狭义监督,应该扩充独立机构的实际职能。不同于外部监督事后纠错,独立机构的监督活动是对个人信息风险的内部控制活动,不仅局限于监控活动,而且包括控制环境、风险评估、控制活动、信息交流四个环节。第二,监督职能属于系统监督而非具体监督,应该减轻独立机构的职责负担。超大型平台企业规模巨大,包含各种业务类型,难以指望任职董事进行具体监督。“董事负有对公司作为一个运行良好的系统的‘设计者’和‘维护者’的职责,负有督导(monitor)的义务。”<sup>〔53〕</sup>系统监督与具体监督的不同,是划分独立机构与个人信息保护负责人工作职责的重要标准。

在人员构成上,专门委员会人员数量应保持单数,由三名或三名以上成员组成。可根据实际情况,由董事会提名委员会动态调整。独立董事应至少占全部人员三分之二及以上。其余三分之一,控股股东和负责个人信息保护的高级管理人员不得担任。为不干扰企业正常经营,在日常性管理中独立董事由超大型平台企业自行选任,平台企业应及时向主管部门备案公示。在合规整改时,为保证整改措施及时到位,可由主管部门指定独立董事人选。独立董事的任职条件,除了符合《上市公司独立董事规则》的各项要求外,还应该强调专业性与多样性。鼓励企业聘请具有一定个人信息保护专业知识的法律、计算机、企业管理等领域专家进入专门委员会。考虑到承担系统监督的工作职责,专门委员会成员理应从平台企业领取适当报酬。

#### (六) 方案存在的弊端

决策监督型独立机构方案将独立机构设置在董事会内部,由独立董事具体履行监督职责,独立于董事经理等高级管理人员,具有一定的合理之处。同时也存在诸多弊端:第一,各种独立董事组成的专业委员会过多,容易造成董事会负担过重。机构人员臃肿效率低下。环境保护委员会、合规委员会、劳工权益委员会、可持续发展委员会、社会责任专门委员会等各种委员会都多

〔50〕 参见前引〔23〕,汪青松、宋朗文。

〔51〕 参见前引〔33〕,赵万一文。

〔52〕 邓峰:《公司合规的源流及中国的制度局限》,载《比较法研究》2020年第1期,第44页。

〔53〕 邓峰:《领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角》,载《中国社会科学》2006年第3期,第143-144页。



少已经存在，有些是法律强制规定的，有些是企业根据自身情况设立的，不同委员会之间存在职能重叠，很容易造成独立董事身兼多职负担过重。第二，独立董事平衡股东利益、利益相关者利益和公共利益，虽然理论上可以抽象证成，但实际操作存在困难。加之独立董事职能责任众多，很难周全各种利益诉求。第三，独立董事法律责任不明，容易挫伤独立董事的积极性。2021年11月12日广州市中级人民法院判决康美药业五名独立董事因违反勤勉义务承担连带责任，合计赔偿金额最高约3.69亿元。此案引发了有关独立董事法律责任的争论。我国独立董事多为兼职担任，无论是信息来源、时间精力，还是对企业业务的了解程度，实际上都无法与公司董监高相比，在客观条件受限的情况下倡导提高独立董事法律责任存在一定问题。我国《公司法》欠缺对勤勉或注意义务的制度化建构，二者本身是一个不确定法律概念，内涵外延都有待明确。《个人信息保护法》虽然已颁布实施，但是为时尚短仍需实践，不少具体规则也仍在探索之中，极有可能造成权责畸轻畸重。

## 五、结语：合规监督的模式选择

根据上文分析可知，第三方独立机构方案欠缺独立性，不具有比较优势，无法承载《个人信息保护法》第58条第1项的功能期待，因此该方案应该被否定舍弃。管理监督型独立机构方案可以实现对经理层和业务部门的日常监督，但无法解决独立机构对谁负责的问题，由于难以介入董事会决策，始终面临企业合规动力不足的问题。决策监督型独立机构方案，虽然实现了对企业管理层的全面监督，但是容易发生利益冲突，日常情况下难以区分不同利益诉求，受制于法律义务规定模糊，容易承担过重的法律责任。由此可见，无论是管理监督型独立机构方案，还是决策监督型独立机构方案，都存在合理之处与固有弊端。能否通过制度安排扬长避短呢？超大型平台侵犯个人信息具有隐蔽性，宏观决策、中观执行和微观操作都需要进行有效合规和必要监督。两种监督方案都属于合规监督的具体类型，只能在各自的制度场景下合理运行，无法通过一种模式解决所有问题，需要明确两种方案所属的合规监督模式。

根据已有文献研究，管理监督型独立机构方案应属于“日常性合规管理模式”的具体展开，该模式是指“企业在没有违法、违规或者犯罪的情况下，根据常态化的合规风险评估结果，为防范企业潜在的合规风险，开展合规管理体系建设”<sup>[54]</sup>。这种合规监督模式关注日常管理和风险预防，独立机构主要监督业务部门实际运作和搭建完整合规体系，在企业没有出现重大安全风险和受到法律制裁时，只需对董事会负责即可，显然无需任何决定和认定都向主管部门报告。决策监督型独立机构方案应属于“危机性合规整改模式”，该模式是指“企业在面临行政执法调查、刑事追诉或者国际组织制裁的情况下，针对自身在经营模式、管理方式、决策机制等方面存在的漏洞和隐患，进行有针对性的制度修复和错误纠正”<sup>[55]</sup>。在此种模式下，该方案的问题可迎刃而解。为指导涉事企业有针对性进行合规整改，执法机构可选派政府工作人员或法律专家担任企业

[54] 陈瑞华：《有效合规管理的两种模式》，载《法制与社会发展》2022年第2期，第6页。

[55] 前引[54]，陈瑞华文，第6页。



独立董事,此时仍处于危机应对阶段,因此各方利益诉求相对清晰,实现企业合规和恢复正常经营是多方主体的最大利益公约数。根据执法机构出具的合规整改意见,独立董事的监督义务明确,由此承担不合比例法律责任的情形很难出现。同时,独立机构的监督对象是整个企业管理层,外部监督直接介入企业运行,此时独立董事向主管部门汇报整改情况,在法律上也并不存在解释障碍。综上所述,管理监督型独立机构方案适用于日常性合规管理模式,决策监督型独立机构方案适用于危机性合规整改模式。在区分日常管理和危机应对两种合规监督场景下,两种方案的制度优势可以最大程度发挥,而制度劣势可以相对减弱。

---

**Abstract:** Paragraph 1 of Article 58 of the Personal Information Protection Law stipulates that super large platform enterprises should establish independent institutions mainly composed of external members to supervise the protection of personal information. At present, there are three system design schemes. The third-party independent institution scheme has no obvious comparative advantages, does not conform to the concept of risk prevention, and is difficult to carry the expectation of supervision function, so it should be abandoned. The plan of management and supervision independent institution belongs to the daily compliance management mode, which is the management supervision of the board of directors to the managers. The activities of independent institutions under the leadership of the board of directors can not solve the problem of compliance motivation, and it is difficult to clarify the tension between the board of directors and law enforcement agencies. The decision-making supervision type independent institution scheme belongs to the crisis compliance rectification mode, which is the rectification supervision of the law enforcement agency to the board of directors. A special committee of the board of directors is established to rely on independent directors for internal control. However, the legal responsibilities of independent directors are vague, which is easy to cause overburden on the board of directors. The two schemes have their own advantages and disadvantages, and should be applied separately according to the problem scenarios to realize the systematic and continuous protection of citizens' personal information.

**Key Words:** super large platform, independent institution, management supervision, decision supervision

---

(责任编辑:周游 赵建蕊)

## “国家在场”视角下个人信息保护的 实践检视与路径探索

王 娅\*

**内容提要：**个人信息保护与利用牵涉个人、企业和政府之间的利益与权力关系。国家需要作为独立的行为主体，调和参与者之间的冲突，整合个人信息保护实践。维护个人的知情同意规则、约束企业的隐私政策以及要求政府的行政规制这三种实践表明：在个人信息保护领域，国家在场是一个既成事实。然而，国家在场的实践存在两方面问题：一是内容上全面兼顾了个人权利、企业责任与政府义务，但各主体的履行实效欠佳，难以切实维护个人的合法权益；二是形式上以规范信息处理者的活动为主，但规制策略的取向不明，难以恰当界定企业自我规制与政府规制之间的关系。因此，信息时代国家的有效在场，需要重申人性尊严的基本理念，以维护个人的主体地位，也需要重述规制策略的主要共识，确立回应型规制，以妥善对待企业与政府之间的互动。

**关键词：**国家在场 个人信息保护 知情同意 企业自我规制 政府规制

### 一、问题的提出

全球个人信息保护立法的实践，如欧盟《通用数据保护条例》、美国《隐私权法》以及我国《个人信息保护法》，呈现出很强的国家引领和布局的色彩。个人信息保护立法的本质是国家对个人信息处理行使规制权。<sup>〔1〕</sup> 个人信息保护是国家事务的组成部分，也是国家治理的重要场域，深受国家影响与支配。国家自始至终伴随着个人信息的书写、解释和演进，与个人信息保护紧密相

\* 王娅，吉林大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重大专项项目“核心价值观融入法治建设研究：以公正司法为核心的考察”（17VHJ007）、教育部人文社会科学研究专项项目“新时代中国特色社会主义法治思想研究”（18JF210）的阶段性成果。

〔1〕 See Colin Bennett, Charles Rabb, *The Governance of Privacy: Policy Instruments in Global Perspective*, Ashgate, 2003, p. 95.

连并持续互动,国家的显现也是个人信息能被持续保护的重要动因。因此,在个人信息保护领域,国家以何种方式在场,产生了什么影响以及未来努力的方向何在,是必须予以清晰回答的重要问题。对这些问题的有效回答,一方面有助于提高国内整体的个人信息保护水平,另一方面也有助于增进国际社会对中国个人信息保护制度的认可,为后续推进跨境数据流通机制创造积极条件。

既有的学术探讨主要围绕个人信息保护的权益基础、〔2〕归属的法益领域、〔3〕实践中的价值取向、〔4〕理论导向、〔5〕以及未来的路径选择〔6〕等方面展开。这些研究虽贡献了诸多智识,但大都以个人信息为关注点,过滤了对个人信息保护进行宏观全面认识的可能。进而言之,既有研究多从“如何保护”这一内部路径探寻着手,忽略了“国家如何主导参与者的互动实践”这一外部视角的观察与省思,这导致既难以对参与者之间的互动与博弈进行细致观察,又难以精准把握未来个人信息保护的方向与行动。因此,有必要爬梳国家在个人信息保护中的表现形式及其影响,并探索如何更好地将《个人信息保护法》中的国家意志具体化,以实现宏观议题的微观切换。

本文拟采用“国家在场”视角审视个人、企业与政府〔7〕之间的具体互动与典型实践,阐明国家对个人信息保护实践的影响,并在此基础上探讨个人信息保护的未來方向与行动要旨。

## 二、个人信息保护领域“国家在场”视角的引入

• 537 •

“国家在场”视角被广泛用于解释我国的经济、社会、法律与文化等领域的诸多现象和问题,取得了丰硕成果。然而,学者们对此概念的内涵尚未形成完整明确的界定。因此,在考察“国家

〔2〕例如,欧盟有人格权保护模式,美国有隐私权保护模式。也有人称之为“数据保护法模式”和“消费者保护模式”。两者之间的主要区别在于默认规则,前者仅在法定理由之下才允许收集和处理数据;后者则相反,一般允许收集和处理个人信息,除非特别禁止。See William McGeeveran, *Friending the Privacy Regulators*, 58 *Arizona Law Review*, 966 (2016).

〔3〕主要有公法保护模式、私法保护模式和综合保护模式之争。参见赵宏:《〈民法典〉时代个人信息权的国家保护义务》,载《经贸法律评论》2021年第1期;宋亚辉:《个人信息的私法保护模式研究——〈民法总则〉第111条的解释论》,载《比较法研究》2019年第2期;程关松:《个人信息保护的中国权利话语》,载《法学家》2019年第5期。

〔4〕有过程保护与结果保护的分野,也有分享优先与控制优先的选择。参见蔡培如:《个人信息保护原理之辨:过程保护和结果保护》,载《行政法学研究》2021年第5期;陆青:《数字时代的身份构建及其法律保障:以个人信息保护为中心的思考》,载《法学研究》2021年第5期;杨贝:《个人信息保护进路的伦理审视》,载《法商研究》2021年第6期。

〔5〕主要有个人信息自决论、社会控制论和国家保护义务论的理念反思。参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018年第3期;王锡锌:《个人信息国家保护义务及展开》,载《中国法学》2021年第1期。

〔6〕主要有法律保护、技术设计与伦理审视等多种进路。参见郑志峰:《通过设计的个人信息保护》,载《华东政法大学学报》2018年第6期;肖成俊、许玉镇:《大数据时代个人信息泄露及其多中心治理》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2017年第2期;前引〔4〕,杨贝文。

〔7〕政府是国家意志的合法代理者,“国家”与“政府”往往相互替用。但本文将国家定位为超然的、中立的角色,用以居中调和个人、企业和政府之间的权益冲突。一方面是因为国家本身可以如西达·斯考切波(Theodore Skocpol)所期望的那样,作为独立的“行为体”参与并追求某些社会目标;另一方面,政府兼具利用者与监管者的双重身份,始终难以对这两类身份保持反思性隔离,甚至在实践中很可能不经意地以双重身份相互解释或者错位使用。因此,把政府置于国家视角之下思考,某种程度上避免了这种尴尬境地。再者,《个人信息保护法》中也将“国家”“处理个人信息的国家机关”“履行个人信息保护职责的部门”三者之间进行了称谓和职能上的区分,比如“国家”出现了2次,用以表明国家在个人信息保护方面的态度和行为,即建立健全个人信息保护制度以及积极参与个人信息保护国际规则的制定。See Peter B. Evans, Dietrich Rueschemeyer, Theda Skocpol, *Bringing the State Back in*, Cambridge University Press, 1985, p. 9.

在场”视角下个人信息保护实践之前，有必要对“国家在场”的学术意涵做进一步限定。从结构上考察，“国家在场”具备实体论与方法论两个维度。就实体内容而言，“国家在场”是重要的理论模式，表达的是国家及其公权力对传统公共领域乃至私权领域的渗透。<sup>〔8〕</sup>作为一种重要的方法论，“国家在场”有助于对复杂的社会关系网络和多样的社会生产结构做出二元化透视，便于揭示隐匿于人类生活中的社会规律。<sup>〔9〕</sup>学者们使用“国家在场”，多是基于方法论层面，将其作为一种分析框架实现对社会现象的合理认知。

#### （一）“国家在场”的学术意涵与理论脉络

“国家在场”最早出自美国学者乔尔·米格代尔（Joel S. Migdal），意指一种“国家在社会中”的研究视角（a state in society perspective），<sup>〔10〕</sup>被用来检视国家和社会之间分组整合及其合纵连横的互动过程。20世纪90年代初，我国学者高丙中较早使用这一方法并引起广泛关注。他把米格代尔的“国家在社会中”直译为“国家在场”，即“以国家的视角来研究社会问题，进而对既往社会研究中所普遍存在着的内生主义倾向进行纠偏”<sup>〔11〕</sup>。此后，这一分析框架不断扩充，先后渗透到民族学、政治学、社会学等相关领域，为重新认识国家与社会的关系提供了一种新的解释模式。<sup>〔12〕</sup>但是，已有的研究并没有明确界定这一概念，只是用来描述国家对社会的影响以及社会对国家的回应之现象。

除了上述整体性理解之外，“国家在场”的概念还存在“国家+在场”的组合式理解。作为概念组合的“国家在场”，其重点在于对“场（域）”的理解。“场域”概念的使用源于布尔迪厄（Pierre Bourdieu）。受黑格尔影响，他在“场域”的思考中加入“现实的关系”之因素。其后，他受马克思启发，给“场域”的思考注入“客观存在”的因素。因此，在布尔迪厄看来，场域是“在各种位置之间存在的客观关系的一个网络或一个构型（configuration）”<sup>〔13〕</sup>。他认为，当场与权力结合起来时，国家就是一个不可规避的权力结构，且与其他社会力量相结合，表现为一种多维度、多向度的运行。<sup>〔14〕</sup>因此，“国家在场”即是以国家的力量影响、作用或控制各种社会关系。

〔8〕 参见王建生：《西方国家与社会关系理论流变》，载《河南大学学报（社会科学版）》2010年第6期；邓正来：《国家与社会：中国市民社会研究》，中国法制出版社2018年版，第16-18页。

〔9〕 参见廉睿、高鹏怀：《“国家在场”与族群法治知识功能再造——基于西北T自治县生态保护的田野调查》，载《广西民族研究》2018年第4期。

〔10〕 20世纪80年代，以彼得·埃文斯（Peter Evans）为代表的学者仅关注国家自主权和国家能力等方面的研究，这被称为国家中心主义。但国家中心主义很快受到挑战，以米格代尔为代表的学者坚持社会中心主义的立场，以回应国家中心主义的研究。参见〔美〕乔尔·米格代尔等编：《国家权力与社会势力：第三世界的统治与变革》，郭为桂等译，江苏人民出版社2017年版，第1页。

〔11〕 高丙中：《民间的仪式与国家的在场》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2001年第1期。不过，仍有一些研究国家与社会关系的学者依然使用“国家处在社会中”或“社会中的国家”这样的表达。参见肖瑛：《从“国家与社会”到“制度与生活”：中国社会变迁研究的视角转换》，载《中国社会科学》2014年第9期；侯利文：《国家与社会：缘起、纷争与整合——兼论肖瑛〈从“国家与社会”到“制度与生活”〉》，载《社会学评论》2018年第2期。

〔12〕 其他研究参见何平：《“国家在场”下的妇女地位提升——以建国初期的妇女解放为例》，载《中共宁波市委党校学报》2008年第2期；秦永章：《藏传佛教活佛转世与“国家在场”》，载《西藏研究》2020年第5期；张锦鹏、刘丽凤：《国家在场：从清代滇南盐官营看国家边疆治理》，载《云南社会科学》2021年第4期。

〔13〕 〔法〕皮埃尔·布尔迪厄、〔美〕华康德：《实践与反思——反思社会学导引》，李猛、李康译，中央编译出版社1998年版，第133-134页。

〔14〕 参见前引〔13〕，皮埃尔·布尔迪厄、华康德书，第156页。

米格代尔的“国家”观念借用并改编了布尔迪厄关于“场域”的界定,<sup>[15]</sup>而且,米氏认为:“国家不是固定不变的实体,社会也不是。他们共同在相互作用的过程中改变各自的结构、目标、规则以及社会控制。它们是持续相互影响的。”<sup>[16]</sup>因此,无论是组合概念还是整体概念,“国家在场”就是被建构起来的一个研究方法,用来探讨国家权力在社会领域中的存在与体现,即国家通过政策、法律、行动、仪式等方式对社会产生影响,社会采取一定的方式和策略对国家进行回应。

## (二)“国家在场”引入个人信息保护的可行性与必要性

作为舶来品,“国家在场”在具体运用方面需要进行理论探讨与实践检验。<sup>[17]</sup>除了在民族学与社会学等领域的运用,一些学者对“国家在场”做了进一步的延伸理解与扩展运用。比如,卫跃宁用它来表达法益变迁时所坚持的一种国家本位主义,突出国家主导的优势及作用;<sup>[18]</sup>陈洪等学者用它来描述国家以某种形态,通过干预、分化、渗透、整合及引领等各种方式和途径参与经济和社会事务的运作;<sup>[19]</sup>廉睿和高鹏怀用它来透视族群法治知识以获得对民族法治现象的合理解读;<sup>[20]</sup>任文启用它来检讨涉罪未成年人服务个案的实践;<sup>[21]</sup>许超等学者用它来思考全球治理中国家的地位与作用<sup>[22]</sup>等。因此,对“国家在场”这一分析框架的价值挖掘,已成为学者们不谋而合的共识。

本文亦借鉴这一研究范式,试图通过研究视角上的革新,分析并反思国家如何干预、渗透、整合及引领个人信息保护实践,并寻求理念与制度上的突破。从表征上看,这是一种视角革新,在强调学科交融与知识共享的语境中,具备形式层面的可接受性。从实质上看,由于国家作用于个人信息保护领域是一个既成事实,这一分析框架可用来透视国家参与个人信息保护的实践、影响及其不足。个人信息保护作为重要的社会问题,不仅是个人、企业与政府表达利益需求的场域,而且是国家表达权威的舞台。因此,“国家在场”视角的引入,就是立足外部观察的视角,检视国家如何渗透并规范个人信息处理活动,从而实现个人信息保护与利用的平衡。换言之,本文的目的在于审视国家在个人信息保护方面的微观运作、实践影响以及后续的调整方向。

• 539 •

[15] 米格代尔放弃了韦伯关于理想型国家的界定,反而在借鉴布尔迪厄“场域”概念的基础上,认为国家是一个权力场,集观念和实然于一体。在观念上,国家是一个被公众承认的整体性组织概念,但在实践中,国家与社会之间的互动呈现出四类结果类型:一是国家渗透致使社会力量消亡或顺从的完全转型;二是国家吸纳社会力量建立统治模式,社会也影响了国家;三是社会力量吸纳国家,虽然统治模式没有变化,但国家各组成部分的面貌发生变化;四是国家在努力渗透(社会)时完全失败。参见〔美〕乔尔·米格代尔:《社会中的国家:国家与社会如何相互改变与相互构成》,李杨、郭一聪译,张长东校,江苏人民出版社2013年版,第22页。

[16] 前引〔15〕,乔尔·米格代尔书,第58页。

[17] 参见崔榕:《“国家在场”理论在中国的运用及发展》,载《理论月刊》2010年第9期。

[18] 参见卫跃宁:《由“国家在场”到“社会在场”:合规不起诉实践中的法益结构研究》,载《法学杂志》2021年第1期。

[19] 参见陈洪等:《“国家在场”视角下英国竞技体育治理实践研究》,载《体育科学》2019年第6期。

[20] 参见前引〔9〕,廉睿、高鹏怀文;廉睿、高鹏怀、卫跃宁:《由“乡土中国”到“国家在场”——族群法治知识在民族地区社会治理中的运行机制研究》,载《社会科学战线》2017年第10期。

[21] 参见任文启:《国家如何在场?——国家亲权视野下涉罪未成年人服务个案的实践与反思》,载《青少年犯罪问题》2020年第5期。

[22] 参见许超:《全球治理中国家如何在场——兼与刘建军教授商榷》,载《探索与争鸣》2021年第8期;任剑涛:《找回国家:全球治理中的国家凯旋》,载《探索与争鸣》2020年第3期;刘建军、莫丰玮:《国家从未离场,何须找回——兼与任剑涛教授商榷》,载《探索与争鸣》2021年第1期。

正是基于上述考虑,“国家在场”这一分析框架被引入个人信息保护领域,使得阐述并揭示国家与个人信息保护制度的互动成为可能。“国家在场”视角的引入主要有以下三点理由:(1)现有的个人信息保护以个人为中心来对抗企业与政府,但个人受限于认知能力和经济能力,难以应对动态化、复杂化和风险不确定的个人信息处理过程,也无法回应数据权力蕴含的技术性和资本性的基本特性。而且,个人信息保护的有效性有赖于国家规制,实践中处于维权第一线的往往是监管机构而非个人本身。<sup>[23]</sup>(2)国家保护个人信息具有规范基础。虽然我国《宪法》并未对个人信息保护做出明确规定,但《宪法》第33条第3款对人权保障的规定以及第38条关于公民人格尊严的强调,无不切实地指引并评价国家权力的行使。<sup>[24]</sup>《个人信息保护法》亦从国家层面建立个人信息保护制度,推动在政府、企业、相关社会组织和公众之间形成共同参与个人信息保护的良好环境。(3)国家介入具有强烈的现实需要。数字经济的蓬勃发展使得个人信息成为生产生活的关键环节和核心内容。各主体一方面共享某些价值追求和利益结构,另一方面却因立场、利益取向和社会角色不同而产生冲突。<sup>[25]</sup>但基于个人信息生成的数据权力,却被企业和政府垄断,<sup>[26]</sup>使得个人正处于并将长时间处于被观察、被记录与被操纵的境地。因此,需要国家以中立的姿态介入,运用多种方式或不同工具,去调整个人、企业与政府之间的互动。

### 三、“国家在场”视角下个人信息保护的实践与功能

个人信息保护是国家的权力实践,但国家意志的嵌入较为隐蔽,需要逐步解析国家的实践与功能,以便真切凸显“国家”的存在,进而促进对国家权威的认同。国家作为形塑力量在场,其姿态是主导者和施惠者,而政府、企业和个人则是参与者和受惠者。本部分就分别从“个人—企业—政府”的主体维度去观察并分析国家在个人信息保护实践中的在场。

#### (一) 维护个人利益的知情同意规则

原则、规则或标准等具有表达特定思想情感、传递主流价值取向、引导规范主体行为的作用。因此,个人信息保护才会成为日常生活的公共谈资,知情同意规则才会作为信息处理最重要的合法性基础。<sup>[27]</sup>国家嵌入的一条路径就是通过“知情同意”规则进行多渠道、多形式的输出,使公众不自觉地成为这一规则的“传导者”和“发酵者”,完成规则主导权的“潜在让渡”和规则精神的内在化。具体而言,公众在以实用和自利为导向的生活逻辑支配下,通过直接援引部分与日常生活相近的法律文本,如《民法典》《个人信息保护法》,将“知情同意”规则结合日常经验进行再理解或转换成“近经验”,从而实现这一规则的具体化。此外,知情同意规则的力量还在于塑造主体和客体的思想和行为,即通过宣传、鼓动、强制、引导与塑造等方面的功能,帮助个人建构、维持或瓦解社会权力关系。一方面,知情同意规则有助于维护和发展个人信息自决的

[23] 参见张新宝:《我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨》,载《吉林大学社会科学学报》2018年第5期。

[24] 参见前引[5],王锡锌文。

[25] 参见程啸:《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》,载《清华法学》2021年第3期。

[26] 参见前引[5],王锡锌文。

[27] 参见王成:《个人信息民法保护的 mode 选择》,载《中国社会科学》2019年第6期。



理念；另一方面，知情同意规则的形成及散播方式又深刻地影响各种社会力量及其相互关系。经由知情同意规则的确立与引导，国家意志就在个人信息保护中得以彰显，扎根于“民众的集体无意识之中”〔28〕。

因为信息主体与信息处理者之间存在着信息不对称和谈判力量不均衡的情况，所以在具体规则的设计上需要对个人进行倾斜保护，以平衡信息市场中出现的非对称权力结构。知情同意规则在发展过程中，通常与国家权力相伴相生、互为增益，呈现出一种“隐秘性共谋关系”。例如在“黄某诉微信读书案”中，原告指出，微信读书没有征得原告的有效同意，而随意迁移微信好友关系，默认向未关注的微信好友公开读书信息。在“凌某某诉抖音案”中，原告预先清空了手机通讯录并拒绝软件读取，但在“可能认识的人”一栏中，抖音依然向他推荐多年未联系的同学、朋友等。在两案中，北京互联网法院均支持了原告的诉讼请求。〔29〕这就说明，当知情同意规则深入人心，会激励用户积极维权，司法体系也会及时回应。知情同意规则的承认意味着，虽然个人信息具有很强的社会性和公共性，〔30〕但个人信息自决依然是应坚持的基本理念。换言之，个人信息的处理活动需要个人参与，个人信息不能不受限制地被轻易交换和出售。

## （二）约束企业行为的隐私政策

在知情同意规则指引之下，企业需要制定隐私政策以供用户选择产品和服务时参考，这是国家对企业所能提出的要求之一，也是世界多个国家和地区的通行做法。“仪式及其包含的符号是至关重要的，因为个人成为个人，社会成其为社会，国家成其为国家并不是自然天成的，而是通过文化、心理的认同而构成的，而这种认同又是通过符号和仪式的运作所造就的。”〔31〕隐私政策就是国家在保护个人信息时面向企业要求的文本实践。所谓隐私政策，是一种关于信息将如何被使用的通知形式，以及一种限制信息未来使用的默认合同承诺。〔32〕不过，它绝非透明的中性要素，而是表征了一种权力意志，即国家对于企业开展个人信息保护所持有的价值判断。因此，隐私政策被视为一种企业自我规制的工具。〔33〕当企业将个人信息保护实践公之于众时，也为行政机关提供了规制其行为的依据。〔34〕

隐私政策在个人信息保护领域中的绑定，不仅为保护个人信息注入“合法性”或部分“合法化”的国家力量，而且在借用国家力量的同时获得对企业行为的引导与塑造。比如美国联邦贸易委员会鼓励企业自我规制，自我规制在欧盟实践中也是不可或缺的组成部分。隐私政策是国家在场的文本具象，它负载着许多保护个人信息的说明与解释，而且文本的符号体系使这些描述呈现

〔28〕 申恒胜：《乡村社会中的“国家在场”》，载《理论与改革》，2007年第2期，第14页。

〔29〕 参见《微信读书被判侵犯用户隐私“流量变现”的边界在哪里》，载 <https://finance.eastmoney.com/a/202008031578777585.html>，最后访问时间：2021年11月9日。

〔30〕 参见前引〔5〕，高富平文。

〔31〕 前引〔11〕，高丙中文。

〔32〕 See Daniel J. Solove, Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy, 53 *Stanford Law Review*, 1448 (2001). 其后，丹尼尔·索洛夫 (Daniel J. Solove) 和伍德罗·哈佐格 (Woodrow Hartzog) 在2014年发表的一篇文章中这样定义隐私政策，它是指互联网企业以在线文件的方式自愿披露其对用户个人信息保护的原则和措施。See Daniel J. Solove, Woodrow Hartzog, The FTC and the New Common Law of Privacy, 114 *Columbia Law Review*, 594 (2014).

〔33〕 See Joel R. Reidenberg et al., Privacy Harms and the Effectiveness of the Notice and Choice Framework, 11 *I/S: A Journal of Law and Policy*, 490 (2015).

〔34〕 参见高秦伟：《个人信息保护中的企业隐私政策及政府规制》，载《法商研究》2019年第2期。

出某种规则和运行方向，比如企业如何收集、使用、存储和分享个人信息，如何保证信息安全，用户享有哪些权利，设置了哪些隐私功能等等。隐私政策虽然是被规定的，其功用也相对稳定，但这一切并非是固定不变的。在某些情况下，隐私政策也是变量。比如当企业变更或修订他们的隐私政策时，就应该在登录及版本更新时以推送通知、弹窗或其他符合法律要求的适当形式向个人展示变更后的指引。

### （三）要求政府作为的行政规制

隐私政策合规的过程中可能出现各种各样的困境，如企业违反承诺或自身能力不足等。因此，政府作为国家意志的直接代理人有必要加以干预，通过相应的积极作为，以回应个人对个人信息保护的高度关切。这是国家对于政府所能提出的要求之一，也与域外经验相一致。比如美国联邦贸易委员会会审查相关的信息或直接联系企业，如果必要，还会向企业发出正式函件，要求提供文件和信息，进行约谈或要求作证，并可能访谈第三方。欧盟各成员国政府会审查各行业的行为规范，在确保规范内容与法律一致的情况下，还会征求信息主体和其他利害关系人的意见。<sup>〔35〕</sup>政府规制强调的是外部监督和处罚，旨在使隐私政策真正产生拘束效果。同时，由于个人信息侵权案件举证困难，政府介入可以弥补个体举证能力的不足。政府规制表征的是一种权力意志的自上而下的传达，即国家对于政府履行个人信息保护职责的行为要求和立场预设。一方面，个人信息保护充分运用了政府资源，使自身价值得到政府的正式承认和维护；另一方面，政府也从个人信息保护中收获了“政治意义和经济价值”，并最终转化为政府规制的动力。

政府规制的提倡是因为国家充分意识到在个人信息保护中，仅靠知情同意规则和企业自我规制具有难以避免的消极作用。因此，国家充分运用积极的“功能替代”策略以实现相应的保护目标。从这个意义上来说，政府规制就是个人信息保护实践的强力后盾。不过，为了确保企业创新与经济发展，政府仅在个人和企业的行为难以维护个人利益时实施其规制。政府也可以主动组织开展个人信息保护的宣传教育，对应用程序的隐私保护情况进行测评，制定个人信息保护细则与标准等。政府运用科层治理的运作逻辑，自上而下地实现对个人信息保护的控制。一方面，由国家网信部门统筹协调个人信息保护工作和相关监督管理链条，让监管责任得以层层传达与落实。另一方面，在个人信息有序保护中，个人的信息保护需求与企业的信息利用需求也得到极大满足。政府通过治理链条的逐级向下延伸，也将企业与个人隐秘地吸纳到国家权力运作的规范框架内。

## 四、个人信息保护领域“国家在场”的影响与局限

“国家在场”的既成事实并不意味着国家恰当有效地在场。国家可能在某一方面过度在场，而在另一方面又在场不足，从而引发个人信息保护目的与效果之间的错位。<sup>〔36〕</sup>“国家在场”的实践评价不以程度来划分，而以效果为基准，即实现对个人信息保护的“负责任关怀”（respon-

〔35〕 参见前引〔34〕，高秦伟文。

〔36〕 参见丁晓东：《个人信息私法保护的困境与出路》，载《法学研究》2018年第6期。

sible care)。〔37〕正如诺思所言：“国家的存在是经济增长的关键，然而国家又是人为经济衰退的根源。”〔38〕这在个人信息保护中也得到了印证。国家一方面推动个人信息保护在意义和内容方面的转型升级，另一方面，国家的介入也打破了个人信息利用的原有格局，产生了预期内或预期外的新问题。

#### （一）内容上全面兼顾但实效欠佳

虽然我们仅用了知情同意规则、企业自我规制和政府规制这三种情形表征国家在场，但这并不意味着国家仅在这些方面实现了在场。围绕个人、企业和政府这三个主体的维度，国家分别找到了具体在场的意义和价值。个人信息保护关涉的参与者主要分为个人、企业和政府这三类，〔39〕因此，国家在场是全面的，且对每一主体都有相应的要求，只不过要求的兑现可能因各种情形而呈现差异。那么各个主体兑现承诺的实际情形是怎样的呢？

其一，关于知情同意规则的实践情形。知情同意规则是个人信息处理中应该坚持的基本前提，但实质上却处于履行弱化或无能的境地。〔40〕已有社会学研究证明，如果给予个人足够的信息控制能力与条件，反而增加他们披露敏感信息的意愿。也就是说，如果他们泄密的意愿增加得足够多，这种控制的增加反而会使他们更加脆弱。〔41〕因此，不假思索地点击同意按钮是当下普通人的常态操作，知情同意规则只是信息处理者娴熟使用的一块遮羞布而已。

其二，关于企业隐私政策合规的实践情形。隐私政策是对法律规定的具体内化，但往往也是相对简短的承诺，是一种语法上而不是实质性的公共关系；往往是为外部消费设计的，而不是为了影响企业的内部功能。〔42〕隐私政策的实践本身也存在流于形式、〔43〕搭便车、规避责任以及受控于其他机会主义行为诱惑等情形。〔44〕特别是，个人信息更多集中于少部分互联网企业手中，难以保证它们在信息市场上不会滥用支配地位，在非价格竞争要素的个人信息保护方面不会不当地削减服务水平。〔45〕因此，隐私政策更多是企业因应法律规定和现实情势而做出的面子工程，

• 543 •

〔37〕“负责任关怀”是一种很高的标准，是我们对个人信息保护实践中国家有效作用的最高期待。“负责任关怀”始于20世纪80年代中期的加拿大化学产品生产商协会，用以应对像博帕尔毒气泄露事件这样的严重化学品事故。负责任的关怀包括一系列自愿的行为守则，这些守则使参与的公司能够达到对环境负责任的管理的高标准。

〔38〕〔美〕道格拉斯·C·诺思：《经济史上的结构和变革》，厉以宁译，商务印书馆2011年版，第25页。

〔39〕本文为写作需要只列出了个人、企业与政府这三类主要的参与者，但个人信息保护实践中还存在一些其他的、独立的利益相关者，比如研究机构、记者和国际组织等等。有学者甚至认为数据应该被公认为“全球公域”（global commons），并被提供给所有可能的参与者加以利用以发挥数据的巨大社会价值。See Jennifer Shkabatur, *The Global Commons of Data*, 22 *Stanford Technology Law Review*, 354 (2019).

〔40〕比如隐私条款冗长且隐秘，专业且晦涩，个人没有时间、没有能力去阅读并理解；隐私条款简而无用，多而无功，但个人为了使用产品和服务默认同意；企业利用的内容与个人同意的内容不一致，或者超出个人同意的范围；个人信息处理的即时性特征也使得同意难以实际展开；现实中也确实存在着无须用户同意即可收集的情形等等。

〔41〕See Laura Brandimarte et al., *Misplaced Confidences Privacy and the Control Paradox*, 4 *Social Psychological and Personality Science*, 340 (2013).

〔42〕参见前引〔1〕，Colin Bennett、Charles Rabb书，第121-138页。

〔43〕有学者分析了美国1999年至2005年间50家金融公司在《格雷姆—里奇—比利亚法》生效以来的情况，发现金融隐私通知更加完整和合规，但它们仍然能够收集大量关于客户的信息，并与关联公司广泛共享这些信息，但提供给消费者的选择并没有重大变化。See Xinguang Sheng, Lorrie Faith Cranor, *An Evaluation of the Effect of US Financial Privacy Legislation Through the Analysis of Privacy Policies*, 2 *I/S: A Journal of Law and Policy*, 943 (2006).

〔44〕See Dennis Hirsch, *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?* 34 *Seattle University Law Review*, 468 (2011).

〔45〕参见韩伟、李正：《反垄断法框架下的数据隐私保护》，载《中国物价》2017年第7期。

纸面上的承诺与现实中的行动存在脱节。

其三，关于政府规制的实践情形。政府规制是对个人信息被侵犯的情形以及公众对隐私安全高度关切的回应。现代规制理论主张，在充分发挥市场机制和企业自我规制作用的前提下，政府规制也不能缺位。<sup>〔46〕</sup>但传统政府规制多以命令和控制为主，实施过于严格、僵化，存在阻碍创新与竞争的可能；<sup>〔47〕</sup>信息时代的政府规制又面临着平台权力、信息过载以及系统性威胁等方面的问题<sup>〔48〕</sup>。换言之，由于数据资源和处理能力的差异，政府呈现出无力通过传统治理机制作用于科技企业的算法型运作过程，由此产生治理失灵或监管真空的情况。<sup>〔49〕</sup>因此，政府规制的目标设置以及方向调整还需要进一步的细化和一致，否则就会导致行政成本上升、行动效益大打折扣，进而影响个人信息保护的治理效果。

## （二）形式上规制为主但取向不明

规范个人信息处理活动是国家的核心关注。赋权与规制是个人信息保护的常用手段。不过，赋权本身受制于个人的有限性与复杂的社会现实，难以有效实现，规制反而是可欲且可及的选择。<sup>〔50〕</sup>虽然知情同意规则、企业自我规制以及政府规制都存在或多或少的问题，但国家在场的核心关切依然落脚在企业自我规制与政府规制的博弈上。个人信息保护并非保护个人对其个人信息的控制性权益，而是为了规制个人信息处理风险，防范与救济个人数据处理与利用活动可能产生的侵害后果。<sup>〔51〕</sup>

综观各国规制实践，虽然美国一再强调以自我规制为主要形态，但其政府规制也发挥了巨大作用。同样地，企业自我规制与政府规制的结合，正成为欧盟及其成员国的主要做法。<sup>〔52〕</sup>因此，企业自我规制与政府规制并非互相排斥的关系。换言之，个人信息保护实践需要企业自我规制和政府规制的合力。这两种规制之间应该是什么关系，国外学者对此莫衷一是。<sup>〔53〕</sup>有学者认为自我规制是政府规制的同义词，可根据具体情况作为政府规制的有效补充。<sup>〔54〕</sup>有学者则认为自我

〔46〕 参见前引〔34〕，高秦伟文。

〔47〕 See Jerry Louis Mashaw, David Harfst, From Command and Control to Collaboration and Deference: The Transformation of Auto Safety Regulation, 34 *Yale Journal on Regulation*, 277 (2017).

〔48〕 See Julie Cohen, The Regulatory State in the Information Age, 17 *Theoretical Inquiries in Law*, 369 (2016).

〔49〕 参见张兆曙、段君：《网络平台的治理困境与数据使用权创新：走向基于网络公民权的数据权益共享机制》，载《浙江学刊》2020年第6期。

〔50〕 当然，规制本身也不是有效保护个人信息的灵丹妙药。相反，规制通常需要在不同情况下结合不同的策略。而所有的执行都是不完美的，规则总是会被一些人违反。

〔51〕 参见王锡锌：《个人信息权益的三层构造及保护机制》，载《现代法学》2021年第5期。

〔52〕 参见前引〔34〕，高秦伟文。不过之前的研究认为，自我规制与政府规制是根本不同的实体，这意味着它们不能很好地融合。See Darren Sinclair, Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies, 19 *Law and Policy*, 530 (1997).

〔53〕 有学者根据政府干预程度的不同，将自我规制分为纯粹的自我规制、替代的自我规制和条件的自我规制；有学者则根据规制力度的渐变确立了自我规制、强制性的自我规制、自由裁量惩罚的命令规制、无自由裁量惩罚的命令规制这一规制的金字塔结构；还有的学者将自我规制分为强制的、促进的和默认支持三种类型。See Philip Eijlander, Possibilities and Constraints in the Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands-Lessons to Be Learned for the EU? 9 *European Journal of Comparative Law*, 4 (2005); Ian Bartle, Peter Vass, Self-regulation within the Regulatory State: Towards a New Regulatory Paradigm? 85 *Public Administration*, 901 (2007); Ian Ayres, John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, p. 39.

〔54〕 See Anil K. Gupta, J. Lad Lawrence, Industry Self-Regulation: An Economic, Organizational, and Political Analysis, 8 *The Academy of Management Review*, 416 (1983).

规制是政府规制进程的一部分，必要时还可能加强政府规制。<sup>〔55〕</sup>

根据上述讨论，自我规制与政府规制处于理论坐标的两极，中间是连续的光谱，通过调整各自的占比，以形成适应一定国情、阶段和需要的规制进路。<sup>〔56〕</sup> 实证调研指出：在规制更加模糊的国家，如德国、美国，尽管文化和法律环境非常不同，但都具有最强大的企业隐私管理实践；而更受规则约束的国家，如法国和西班牙，倾向于遵从程序，而不是嵌入隐私。<sup>〔57〕</sup> 那么，在我国，企业自我规制与政府规制之间应该采取何种策略呢？

目前，我国《个人信息保护法》只是将企业自我规制与政府规制的内容分别纳入“个人信息处理者的义务”和“履行个人信息保护职责的部门”的法律条文之下，未曾就两者之间如何自处与互动做更进一步的规定，也未就现阶段采取什么样的规制策略给予明确的指引，政府在个人信息领域的规制边界也难以划定。<sup>〔58〕</sup> 因此，基于上述域外经验的启发与反思，在个人信息保护领域，关于我国规制策略的取向依然是一个开放的、可以继续讨论并完善的课题。

## 五、“国家在场”视角下个人信息保护的再造与表达

我们在前文既描述了国家的具体实践，也评价了国家实践的主要影响，并指出：国家虽然对各方主体有针对性的要求，但也未能有效地保护个人利益，维护个体尊严；虽然手段上以规制为主但也未能恰当地规范个人信息处理活动，安置好企业与政府之间的关系。因此，国家权力的参与有服务于个体权益与公共福祉的一面，但也难以避免国家在具体的制度设计或策略选择方面的缺憾。不过，所谓的不足或缺失，亦是进一步夯实国家实践的基石。

### （一）理念重申：内化人性尊严

虽然法律制度和背景存在差异，但各国个人信息保护的立法与执法实践都证明了尊重个体是不变的坚守。换言之，人性尊严作为宪法的基本原则能够从不同的制度和文化土壤中找到依据，虽然在具体内容上各有侧重，但都是国家意志的核心表征。<sup>〔59〕</sup> 因此，提倡个人信息保护，其目的在于保护个人的合法权益，使其人性尊严免于减损或矮化。重申人性尊严是对康德“任何时候以人作为目的，而不是仅仅当做手段”<sup>〔60〕</sup> 观念的具体确认，也是个人信息保护实践的保护依据与行动理由，用以调整、指引或辩护人们的行动选择。“只有本人能够控制自己的个人信息，才可能自由发展个人人格。如果个人无法知晓自己的个人信息在何种程度上、被何人获得并加以

〔55〕 参见前引〔53〕，Ian Bartle、Peter Vass文，第890页。

〔56〕 比格纳米（Francesca Bignami）认为，美国以透明的行政诉讼、惩罚性行政执行以及普遍的规制诉讼为主，而欧盟则以威慑导向的规制执行和企业自我规制为主。See Francesca Bignami, Cooperative Legalism and the Non-Americanization of European Regulatory Styles: The Case of Data Privacy, 59 *American Journal of Comparative Law*, 412 (2011).

〔57〕 See Kenneth A. Bamberger, Deirdre K. Mulligan, *Privacy on the Ground: Driving Corporate Behavior in the United States and Europe*, The MIT Press, 2015, pp. 12-14.

〔58〕 不过，在政府规制内部则体现出多主体监管的架构：一方面，国家网信部门对个人信息保护有统筹协调和监督管理的职能；另一方面，国务院有关部门、县级以上地方人民政府有关部门，在相应的职责范围内也负有监管职能。

〔59〕 参见〔德〕瓦尔特·施瓦德勒：《论人的尊严：人格的本源与生命的文化》，贺念译，人民出版社2017年版，第148-150页。

〔60〕 〔德〕康德：《道德形而上学的奠基》（注释本），李秋零译注，中国人民大学出版社2013年版，第55页。

利用，则个人将失去作为主体参与的可能性，而沦为他人刻意操纵的信息客体，被沦为客体正是人性尊严被侵害的同义语。”〔61〕因此，个人信息保护最终针对的不是个人信息本身，也不是要限制个人信息处理，而是保护个人信息之上的自然人的尊严。〔62〕当个人信息之于人的人格尊严、人格自由发展价值被渐次肯定时，法律规则从充分尊重市场交易自由逐渐向维护信息主体人性尊严倾斜。〔63〕

但是，现实场景中个人的主体性地位面临的挑战日渐增加，以致人性尊严的理念指引愈发无力并衰颓。个人基本上难以从信息网络，尤其是电子化场景中抽身退出，公民习惯于命令—服从模式，因此，通过个人信息的收集和处理，个人就不再是独立的个体，而是一个个以名字、符号和标识为载体的档案，〔64〕公民生活也越来越成为可见的、可计算的、可预期的资源库〔65〕。而企业与政府不仅无法切实地践行彼此的承诺与职责，而且在某种程度上实现了共谋，共同控制个人生活以谋取私利。当个人信息遭受侵权时，由于信息处理者的技术和资本优势，私人维权面临取证难、成本高和赔偿低的困境。因此，当个人在面对强大的组织和信息处理者，在面临动态化、复杂化和不确定的过程时，更需要强化人性尊严以维护自身的独立与自主性，更需要公私机构对个人利益保持尊重和克制。正如《迈向新的数字伦理：数据、尊严和技术》报告中所指出的那样，个人信息保护相关于个人的个性发展，只有更好地尊重和保障人的尊严，才可以制衡个人面临的无所不在的监视和权力不对称。〔66〕因此，我们需要在个人与企业、个人与政府的互动中，重申人性尊严的基本理念以规范具体的信息处理行为。

重申人性尊严的价值理念，其意义表现在两个方面：首先，人性尊严理念要求公私机构的行为必须受到限制，即企业与政府应依据法定权利和法定程序收集、处理、公开与共享个人信息，否则，公民就有沦为客体的风险，难以实现信息主体的自决与自主。在信息社会，每个公民客观上已成为数据权力项下的一个“信息符号”，并被视为可以被计算、预测和控制的客体来对待。〔67〕因此，当外部侵害的风险加剧时，为防范公民成为“被处理的客体”，必须树立人性尊严理念。其次，人性尊严具体指向个人自治以及随之得到保障的不歧视（平等）、身份识别（信息的正确与完整性）、信息安全与财产利益以及社会信任等附加的实体价值与其他基本权利。〔68〕因此，个人信息保护的标准应以人为尺度，体现人的目的性，并融入人类文化之中。比如企业可以听取用户的使用建议，不直接使用“不同意即退出”的模式，而是将网络产品与服务的功能区分

〔61〕 杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》，载《比较法研究》2015年第6期，第25-26页。

〔62〕 参见前引〔51〕，王锡锌文。

〔63〕 参见郑维伟：《个人信息权的权利属性、法理基础与保护路径》，载《法制与社会发展》2020年第6期。

〔64〕 See Ruth N. Cohen, *Whose File is it Anyway*, National Center for Civil Liberties, Civil Liberties Trust, 1982, p. 10.

〔65〕 参见胡水君：《全球化背景下的国家与公民》，载《法学研究》2003年第3期。

〔66〕 See European Data Protection Supervisor, *Towards a New Digital Ethics: Data, Dignity and Technology*, available at [https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/15-09-11\\_data\\_ethics\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf), Last visited on May 25, 2021.

〔67〕 See John Cheney-Lippold, *We Are Data: Algorithms and the Making of Our Digital Selves*, New York University Press, 2017, p. 141.

〔68〕 参见前引〔5〕，王锡锌文。



为核心业务功能和附加业务功能。<sup>〔69〕</sup>这一方面有助于吸纳新用户扩展注册信息的来源与数量,另一方面有助于老用户固着、细化关键信息的利用与共享。

正是通过这两方面的意义阐释,个人才能够真正参与到个人信息保护实践中,并从个人信息的利用中受益。因此,人性尊严的内化之于个人的重要性就在于,使个人得以找回被消解的主体性,重获参与群体生活与复杂理性活动的能力与品质。

## (二) 基本共识:重述规制理念

规范个人信息处理活动的首要难题并不是如何明确企业与政府之间的规制边界或设计某种规制方案,而是梳理规制背后应该坚持的主要共识,否则规制本身就是任意的或不切实际的,不仅治标不治本,而且遏制了数字红利和企业创新。那么,信息时代的规制策略应该坚守哪些共识呢?

其一,应该要求合作而不是对抗,<sup>〔70〕</sup>即以建立有序共赢的公私伙伴关系为目的。长期以来,我国的立法和实践普遍将政府规制、企业自我规制截然分开,要么放任企业恣意活动,要么由政府直接干预,突出两者的对抗而忽略合作的内涵,强调规制结果而忽略了规制的过程,导致规制效果不尽人意。<sup>〔71〕</sup>再者,企业自我规制与政府规制之间各有优劣,两者结合可能发挥更好的作用。比如巴特尔(Ian Bartle)和瓦斯(Peter Vass)根据英国近些年来的自律政策和实践指出,自我规制具有可实现的公共利益目标,虽然可能带来某些严重的系统性威胁,但可借助问责与透明的议程来实现政府规制对其的监督,以更好地实现个人数据的利用与管理。<sup>〔72〕</sup>

其二,正视市场自由化的反应,承认规制过程中的压力。在相互依存以及权力和知识分散的现代性条件下,规制不是单向的,即从公共到私人,而是私人行动者可以充当政府的监管者。<sup>〔73〕</sup>出于市场竞争或制度供给不完备的压力,因其规制者与规制对象的一体性,自我规制掌握了更多的知识与信息,从而可以找到最符合成本有效性要求的解决方案。因此,自我规制作为有效且高效的社会控制手段的正当性不能被低估。<sup>〔74〕</sup>而且,政府规制应保持自我克制的品性。一方面是因为政府规制往往具有极强的管制色彩,有可能阻碍个人信息的有效利用和增值提升。另一方面是因为政府权力运作本身受制于人力、金钱和时间等客观因素,不能想当然地“拍脑袋”决定,而是需要细致的成本收益分析。比如有学者就指出,政府规制的出场受制于无序成本与权力成本的比较。<sup>〔75〕</sup>

其三,规制应该是阶段性、动态的。“我们踩在一块完全陌生的薄冰上,很少有人了解约束

〔69〕 核心功能旨在满足用户注册产品或服务后的基本要求,附加功能则是为提升用户体验而设计。

〔70〕 参见前引〔47〕, Jerry Louis Mashaw、David Harfst 文,第167页。

〔71〕 参见前引〔34〕,高秦伟文。

〔72〕 参见前引〔53〕, Ian Bartle、Peter Vass 文,第885页。

〔73〕 See Colin Scott, Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance, 29 *Journal of Law and Society*, 56 (2002).

〔74〕 See Neil Gunningham, Joseph Rees, Industry Self-regulation: an Institutional Perspective, 19 *Law and Policy*, 363 (1997).

〔75〕 政府规制介入与否,依赖于对无序成本(disorder cost)与权力成本(dictatorship cost)的衡量。无序成本是指私人(此处指企业)损害其他人利益的能力,权力成本则是指政府或政府官员损害他人利益的能力。只有当自我规制已经无法控制无序成本时,才需要政府规制的介入。See Andrei Shleifer, Understanding Regulation, 11 *European Financial Management*, 443 (2005).

企业信息流动所产生的商业道德、法律问题和政治问题。”〔76〕而且，“无论是关乎私人信息保护，抑或是关乎国家安全，私人服务、公共服务和规制利益之间的界限本质上是模糊的”〔77〕。因此，我们不能僵硬地坚持某一种或混合的规制策略，而是要因应社会现实的变化增减不同规制手段的分量。传统观点认为，欧盟的规制要求过于严格，而美国的规制则较为松懈。但比格纳米的研究却发现，美国的规制较为严格精确，而欧盟的规制则趋于宽松。〔78〕因此，一国规制风格的选择并不是固定不变的，而是因时而异的。

### （三）具体路径：确立回应型规制

目前，国外规制实践的共识是企业自我规制与政府规制的结合，但具体如何安排却有不同的操作。有学者基于美国和爱尔兰对 Facebook 规制措施的调查与研究，提出了回应型规制（responsive regulation）的策略，即减少对抗，拒斥传统惩罚，政府规制更多的是最后的手段。〔79〕也有学者提出企业和政府之间进行合作规制（co-regulation）的混合模式，认为这是一种可执行的、严格的方法，既能保护个人隐私，又能跟上并满足日益增长的互联网经济的需求。〔80〕无论是回应型规制还是合作规制，都不是新的现象，也面临着不少质疑。比如合作规制被认为缺乏透明和问责，以致有做空社会公共利益，并致使企业俘获政府的可能；〔81〕回应型规制也被认为增加了政府被俘获的可能性，高估了企业的理性和道德行为，削弱了人们对执法严肃性的信心〔82〕等等。

每一种规制策略都包含风险。现阶段我们需要试验并评估哪种方式是适合我国的切实有效的策略。在充满变化和不确定性的技术革新时代，我国可以确立回应型规制的阶段性选择，这既能够较好地处理信息技术发展与个人信息保护的关系，又能够有效地促进企业自我规制机制的形成与发展。与任何良好的友谊一样，回应型规制对企业和政府都有利。之所以未选择合作规制，是因为合作规制之于具体实践更多的是一个想法，而不是现实。〔83〕而回应型规制在很大程度上本身就指向企业的善意与合作，强调较少的对抗技术以调动企业积极合规的能动性来实现。〔84〕回

〔76〕〔美〕阿尔文·托夫勒：《权力的转移》，黄锦桂译，中信出版社2018年版，第170页。

〔77〕Martin Lodge, Andrea Mennicken, Reflecting on Public Service Regulation by Algorithm, in Karen Yeung, Martin Lodge ed., *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, 2019, p. 195.

〔78〕See Francesca Bignami, Cooperative Legalism and the Non-Americanization of European Regulatory Styles: The Case of Data Privacy, 59 *American Journal of Comparative Law*, 416 (2011).

〔79〕参见前引〔2〕，William McGeeveran 文，第959页。

〔80〕合作规制又称协同规制，是指机构与行业团体或其他第三方合作，制定详细的实质性规则。这些规则随后可能成为可执行的法律，经常（虽然不总是）受到政府监管机构的批准或许可。See Dennis Hirsch, The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation? 34 *Seattle University Law Review*, 441 (2011). 艾拉·鲁宾斯坦（Ira S. Rubinstein）也主张，合作规制应该成为经济社会问题的重要思路和措施，他甚至提出了合作规制取得成功必备的五个标准：开放和透明、完整性、解决搭便车问题的策略、监督和执行，以及使用第二代设计特征。See Ira Rubinstein, Privacy and Regulatory Innovation: Moving Beyond Voluntary Codes, 6 *I/S, A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 380 (2011).

〔81〕参见前引〔44〕，Dennis Hirsch 文，第442页。

〔82〕See Steve Tombs, Understanding Regulation? 11 *Social and Legal Studies*, 126 (2002).

〔83〕合作规制是一个很有前途的机制，但存在重大局限性，比如受制于特定的历史文化影响，难以切实有效地达成共识。合作规制与回应型规制之间的区别主要有：（1）前者主要关注规则的内容，后者主要关注执行规则的方法，而不是规则的实质；（2）前者实践的前提是许多利益相关方达成广泛共识，后者只是影响监管机构对所有被监管实体的行为；（3）后者应用时也可着眼于合作；（4）后者切实地存在并运用着。参见前引〔2〕，William McGeeveran 文，第981页。

〔84〕参见前引〔52〕，Darren Sinclair 文，第534页。

应型规制本身也可以模糊不同地区间本应明显的区别,便于有效、灵活和合作地改进现实世界的  
数据保护实践。<sup>〔85〕</sup>

我国的立法实践虽然没有明确我国的规制策略,但也可以从一些具体规定解读出“先自我规制后政府规制”的意味。第一,《个人信息保护法》第58条规定,提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者,应当履行“按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系,成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督”的义务。这预示着,关于企业信息处理行为,优先适用内部合规并外部监督的行为规范策略,政府规制只有在有必要的时候出场。第二,《个人信息保护法》第61条关于个人信息保护主管部门的职责范围,主要提及宣传教育、接受投诉与举报、组织测评并公布结果以及调查与处理违法个人信息处理活动等,这些内容不同于常规的惩罚措施,而是一种内含企业自身改进的主动引导与被动回应的治理要求。第三,《个人信息保护法》第62条确立了国家网信部门承担统筹协调职责。这是一种辅助性(subsidiarity)的规制形式要求,意味着政府可以不直接或间接地积极参与,但政府对大多数规制计划必须保证有某种形式的参与。即自我规制构成对政府规制的一种回应,如果企业不采取任何行动,政府就会采取行动。<sup>〔86〕</sup>第四,《个人信息保护法》第63条与第64条是关于具体监管措施的规定,从询问、调查到约谈、审计,再到移送公安机关依法处理等,从中可以看出政府的力量根据情境的轻重缓急而相应地从“督促改进到直接惩罚”发生变化。这说明,“监管机构一开始假设美德(他们应该以合作作为回应),但当他们的期望落空时,他们会以逐步惩罚和以威慑为导向的策略做出回应,直到被监管机构顺从”<sup>〔87〕</sup>。

因此,回应型规制虽然不是国家应对新现实的唯一方式,却是现阶段的一种可为的经济性选择。<sup>〔88〕</sup>一方面,回应型规制体现了规制的灵活性、包容性和敏感性,实现了多主体参与动态性规制,大大降低政府规制的成本以及避免规制失灵的问题。<sup>〔89〕</sup>比如政府主动改变直接提供保障的全能角色,转变为向企业购买服务,并鼓励和支持企业开展个人信息保护的研究、推广、宣传、培训和咨询等服务。另一方面,回应型规制实现了从外在强制到内在激励的转化。换言之,回应型规制的采用可以使政府规制的外在要求同企业保护个人信息的内在激励相容,促使企业认真对待个人信息保护实践,将个人信息保护的期望实质性地整合进工作流程中,而不是单纯停留于“如果你同意,请点击”的形式保证或避免制裁的消极应对上。

• 549 •

## 六、结 语

个人信息保护表面上围绕着个人、企业与政府之间的权利义务责任关系而展开,但其运作的背后离不开国家这一行为主体的渗透、干预、整合与引领。国家形塑个人信息保护实践主要是通

〔85〕 参见前引〔2〕,William McGeeveran文,第959页。

〔86〕 See Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 2012, p. 138.

〔87〕 Neil Gunningham, Darren Sinclair, *Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy*, 24 *Law and Society Inquiry*, 864 (1999).

〔88〕 参见前引〔53〕,Ian Bartle, Peter Vass文,第885页。

〔89〕 参见前引〔86〕,Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge书,第136-140页。

过其对个人、企业与政府这三类主体的要求与互动而展开。知情同意规则、企业隐私政策以及政府规制这三类实践某种程度上实现了国家对个人的赋权和对企业与政府的规制。不可否认的是，这些实践仍然存在着这样或那样的现实窘境与不利因素，以至于不仅个人利益的维护大打折扣，而且企业自我规制与政府规制之间的关系取向未定。因此，需要以国家之名，重申人性尊严的理念，避免个人被视为客体；重述规制策略的共识，酝酿信息时代规制国家的行动准则；确立回应型规制，指引个人信息保护的未来议程。

---

**Abstract:** The protection and utilization of personal information involves the interests and power relations among individual, enterprise and government. State need to act as independent actor to mediate conflicts among participants and integrate personal information protection practices. The three practices of maintaining informed consent rules of individual, restricting privacy policies of enterprise and requiring administrative regulation of the government show that state presence is a fait accompli in the field of personal information protection. However, there are two problems in the practice of state presence. One is that the content gives full consideration to individual rights, enterprise responsibilities and government obligations, but the performance of each subject is not effective enough to effectively protect the legitimate interests of individual. The other is that the form is mainly to regulate the activities of information processors, but the orientation of regulation strategies is unclear, and it is difficult to properly define the relationship between enterprise self-regulation and government regulation. Therefore, the effective presence of the state in the information age needs to reaffirm the basic idea of human dignity to maintain the subject status of the individual. At the same time, the main consensus of regulation strategy is restated and responsive regulation is established to properly treat the interaction between enterprise and government.

**Key Words:** a state in society, personal information protection, informed consent, enterprise self-regulation, government regulation

---

(责任编辑：赵 真 赵建蕊)

## 《民法典》背景下损害概念渊流论

徐建刚<sup>\*</sup>

**内容提要：**《民法典》对侵害与损害的区分，给损害赔偿的体系带来了深远影响。如何理解损害的概念，是认识这一损害赔偿体系的基础。损害概念的发展历经差额假说、客观损害说及规范损害说的演变。差额假说在实践操作中具有便利性优势，且实质上是损害赔偿的填补功能及完全赔偿原则的规范表述，其作为通说的地位依然应当肯定。客观损害说及规范损害说的提出，突破了“差额即损害”的公式化倾向，在一定程度上对差额假说有所修正；但这种修正的法律基础，恰恰也在于损害填补功能的实现。损害概念的这一演变过程，可以清晰地揭示出损害赔偿的规范属性。这一规范性集中体现在损害赔偿的填补功能与完全赔偿原则，构成了损害赔偿法的价值基础，是理解司法实践不同案中损害类型及其范围确定的依据。

**关键词：**损害概念 差额假说 客观损害 规范损害

• 551 •

何为损害，无人不知；唯独法律人不然。

(Jedermann weiß, was Schaden ist-nur die Juristen offenbar nicht.)

——Schlechtriem, ZEuP 1997, 232.

### 一、问题的提出

《民法典》第1165条第1款明确区分了侵害与损害，将损害认定为侵害（民事权益）所带来的后果。而《侵权责任法》并未刻意对此加以区分，第6条第1款与第7条将二者等同视之，存在一定的混淆。侵害与损害之间既有联系也有区别，对二者的区分，将在损害赔偿法中带来体系性效应，如侵害一词强调违法性，对应的是违法性要件，而侵害与损害在因果关系判断上的不同

<sup>\*</sup> 徐建刚，中央财经大学法学院讲师。

层次,对应的是责任成立与责任范围的两阶段因果关系问题。〔1〕

侵害作为一种事实结果(Tatsachenergebnis),描述的是人身、财产权益所遭受的不利变化(Beeinträchtigung),主要是作为一个事实问题而出现;而损害则是侵害事实所造成的后果在法律上所面临的评价。〔2〕区分二者的关键在于,法律上评价侵害后果的标准是什么,依据是什么,究竟什么是损害。

追问什么是损害,实质在于哪些侵害后果可以纳入法律的评价范围之内。损害的有无及其范围确定,并非单纯的事实问题,而是具有深刻的价值立场:损害赔偿的纠纷,最终都能回溯到“保护谁”的两难价值选择之中。

本文以《民法典》对侵害与损害的区分为契机,围绕损害概念的历史与比较法发展,对差额假说、客观损害概念及规范损害概念的理论脉络予以梳理、反思,在此基础上,揭示侵权责任编中损害赔偿的基本价值立场,明确损害赔偿范围确定时的价值基准与路径选择。

## 二、差额假说的含义与质疑

在损害赔偿法的历史上,差额假说一直占据着重要的地位。某种程度上可以说,损害赔偿法的历史就是差额假说的发展历史。差额假说是认识损害概念与本质的起点。

### (一) 差额假说的由来及含义

差额假说起源于蒙森(Mommsen)于1855年发表的《利益说》,其以拉丁文“id quod interest”为线索,追溯罗马法上关于利益(interest)的理解,认为在罗马法上其所表达的正是“二者之间”的含义。进而指出,所谓损害,指的就是两种状态下的利益差额,即实际财产状况与若致损事件未发生时的假设财产状况间的差额。〔3〕该说一经提出,便在德国司法实践中占据主导地位,并成为通说。〔4〕

差额假说意义下的损害概念具有如下特点:

其一,损害限于财产损害,指的是某种不利的财产影响,既包括现有财产的减少,也包括对

〔1〕 参见程啸:《中国民法典侵权责任编的创新与发展》,载《中国法律评论》2020年第3期。

〔2〕 Vgl. Fischer, Der Schaden nach Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1903, S. 37; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 24; 程啸:《侵权责任法教程》,中国人民大学出版社2017年版,第94页。

〔3〕 Vgl. Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, S. 4; Honsell, Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, In: Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich: Schulthess 2010, 255, 259.

〔4〕 蒙森被认为是提出差额假说这一理论的鼻祖,在蒙森之前,普赫塔(Puchta)在《潘德克顿》教科书(1845年)中以及翁特霍尔茨纳(Unterholzner)在《债务关系》教科书(1840年)中,已经对损害有过类似的定义。《潘德克顿》教科书中的表述与蒙森极为近似:“利益…是当前、即损害事件发生后财产状况,与损害事件若未发生时之状况的差额,其指向的是包括显示损害与将来损害在内的财产减损(Minderung des Vermögens)。”比普赫塔还早半个世纪的时候,赫普夫纳(Höpfner)表达过类似的含义:“当某人负有债务但实际上没有向我交付物或支付金钱时,或偷窃、毁灭我的物时,我遭受的损害包括:a)物本身,b)一些其他的损害,c)本来可以获得的利益。”蒙森的贡献在于,从概念上将损害与利益对应起来,并对interest一词在罗马法上的含义进行了详细的考证,指出其在法律史上的渊源,最终将该说发扬光大。(Vgl. Keuk, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972, S. 15; Schiemann, „Neues“ allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen? Festschrift für H. H. Seiler, Heidelberg 1999, S. 261.)



将来财产增益的妨碍；非基于财产所生的损害，并非法律意义上的损害，尤其是情感价值（Affektionswert）应排除在外。<sup>〔5〕</sup>

其二，损害系指整体损害。损害有无及其范围的确定，在于现实财产状况与假设财产状况的比较，是一种计算上的数额（rechnerische Größe），损害事故具体所造成的毁损破坏在损害概念中并无独立地位。<sup>〔6〕</sup>在确定这种计算上的数额时，应将受害人的整体财产变动考虑在内。因此，差额假说认定的是一种整体的损害（Gesamtschaden），而非单个、具体的损害（Einzelschaden）。<sup>〔7〕</sup>

其三，损害系指主观损害。财产价值有客观与主观之分：所谓客观损害，指的是财产对任何人都具有的价值；而主观损害是指对权利人所具有的特别价值。<sup>〔8〕</sup>依照差额假说确定损害范围，“若致损事件未发生时”的假设财产状况必须将全部利益状况考虑在内，尤其是因权利人所处特殊地位而产生的利益。<sup>〔9〕</sup>

其四，以差额取代损害类型的划分。通过区分损害类型来确定其赔偿标准，是比较法上认定损害赔偿范围的一种常见立法模式（如《法国民法典》第1149条、第1151条）。但这首先将面临损害类型区分标准的难题，典型如直接损害与间接损害的区分，在具体标准上存在巨大争议。<sup>〔10〕</sup>而根据差额假说判断损害时，只考虑是否存在整体财产利益的差额，并不区分损害类型。<sup>〔11〕</sup>如此一来，可避免损害分类标准的争议，有助于司法实践的操作。至于损害赔偿范围过宽的疑虑，则通过因果关系（Kausalnexus）的路径加以解决。<sup>〔12〕</sup>

## （二）差额假说的法律史疑云

对于 id quod interest 在罗马法上的含义，是否确如蒙森所称的那样，指的是两种财产状况的差额，洪泽尔（Honsell）与梅迪库斯（Medicus）对此存在不同看法。

洪泽尔认为，蒙森事实上误解了 interest 一词在罗马法上的含义，该词的真实含义是“此时的状况”（Was daran liegt），而非“二者之间的状况”（Was dazwischen liegt）。<sup>〔13〕</sup> quod interest 实际上源自 quod in re est，后者指的是“物所处的状态”（Was an der Sache liegt）。<sup>〔14〕</sup>罗马法上虽然有损害（damnum/Schaden）与得利（lucrum/Gewinn）的概念，但利益（Interesse）一词直到中世纪才开始出现；利益作为所受损失与所失利益的上位概念，则是在罗马—普通法时代

〔5〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第18-19页。

〔6〕 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第119-120页。

〔7〕 参见前引〔4〕，Keuk书，第16-17页。

〔8〕 Vgl. Brox, Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl., München 2017, § 31, Rn. 12f.

〔9〕 Vgl. Mot. II, S. 18, 21. 另参见前引〔6〕，曾世雄书，第120页。

〔10〕 参见前引〔6〕，曾世雄书，第137页；王利明：《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2003年版，第603页；〔德〕梅迪库斯：《直接与间接损害》，徐建刚译，载《财经法学》2017年第3期。

〔11〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第18页。

〔12〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第20页。

〔13〕 Vgl. Honsell, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, JuS 1973, 69ff; 前引〔3〕，Honsell文，第255页。

〔14〕 参见前引〔13〕，Honsell文，第70页。

(im römisch-gemeinen Recht) 才发展出来的。<sup>〔15〕</sup> 占主导地位的差额假说其实源于翻译的错误。<sup>〔16〕</sup>

与洪泽尔的看法不同,梅迪库斯在考证罗马法上的相关文献后认为,蒙森对 id quod interest 的理解,并不存在翻译错误。

蒙森所引用的《学说汇纂》片段确实包含了差额的含义,指的就是“奴隶没有品质瑕疵时的价值与其真实价值间的差额”;将 id quod interest 看作是两种状态间的差额,在罗马法上还有其他例证。<sup>〔17〕</sup> 但在罗马法上,这并非是一种计算公式 (Rechenformel),只需简单地把假设财产状况与真实财产状况进行比较,二者相减的结果就是损害。事实上,这仍然需要在个案中进行价值衡量。因此, id quod interest 与现代损害法上的损害概念并不具有同一性 (Identität)。<sup>〔18〕</sup> 此外, interest 在罗马法上还有多种含义,如存在多个诉讼权利人时,作为一种分配原则 (Verteilungsprinzip),作为主给付的附加内容 (Zuschlag zu einer Hauptleistung),以及作为“原告得向被告告诉请之内容”(这一用法大约占全部文本的 4/5) 等等。<sup>〔19〕</sup>

从洪泽尔与梅迪库斯翔实的考证来看,即使不能说蒙森的翻译有误,至少在罗马法上, interest 具有多种含义,作为差额理解的 interest,并非常见。差额假说在罗马法上的历史依据,纵然不说毫无根据,但也难谓确实无疑。

### (三) 对差额假说适用的批评与质疑

除了在法律史方面存在疑问,差额假说在具体案型中的适用,同样也面临批评与质疑。首先,从观念上看,将损害等同于利益差额,完全作为一种计算上的数额,而致损事件具体所造成的毁损破坏在损害观念中无独立地位,这与对损害概念的通常认知不相符合。其次,差额假说比较的是整体财产利益,必须考量受害人的全部财产变动,在具体操作上可能带来不便——计算某一微小损害时也必须将全部财产予以计算,过于复杂。<sup>〔20〕</sup> 从实践来看,损害的确定,更多的是通过把各个损害项相加而确定,并非比较整体的利益差额。再次,差额假说意义下的损害难以与恢复原状优先原则相协调:如果损害只存在于财产上的利益差额,那么填补该损害最直接的方式只能是金钱赔偿原则。<sup>〔21〕</sup> 而以恢复原状作为优先赔偿方式,其正当性恰恰在于对状态的维护,而

〔15〕 参见前引〔3〕, Honsell 文,第 258 页。

〔16〕 Vgl. Honsell, quod interest im bonae-fidei-iudicium; Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1969, S. 63; 前引〔3〕, Honsell 文,第 259 页。

〔17〕 Vgl. Medicus, Id quod interest; Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln 1962, S. 300. 但洪泽尔认为,梅迪库斯对这句话的理解是有误的,这句话只是偶然地同时提到了买卖物无瑕疵时的积极与消极表述,其本意并非两种状态的比较,更不涉及作为比较结果的差额。(参见前引〔16〕, Honsell 书,第 63 页。)

〔18〕 参见前引〔17〕, Medicus 书,第 307、310 页。

〔19〕 参见前引〔17〕, Medicus 书,第 300 页以下。

〔20〕 参见前引〔6〕,曾世雄书,第 120-123 页。

〔21〕 在罗马法上,损害赔偿都是通过金钱给付 (Geldleistung) 的方式来实现,并不存在恢复原状的损害赔偿方式。金钱给付的计算取决于诉讼形式:在惩罚性诉讼 (Strafklagen) 情形,金钱给付的数额为被损坏标的物的 1~4 倍价值,而在填补财产不利的诉讼情形,金钱给付为受损物的客观价值,一直到优士丁尼时期,损害赔偿被限定为物之价值的两倍。差额假说的这种特征,是否与其罗马法上的渊源存在某种关联,不得而知。(Vgl. Weyhardt, Wandlungen des Schadensbegriffes in der Rechtssprechung, Diss. Frankfurt a. M., 1965, S. 22ff; Möller, Summen-und Einzelschaden, Hamburg 1937, S. 22.)

非仅仅在于利益差额的填补。<sup>〔22〕</sup>最后，如果认为损害存在于两种财产数额之间的差额，则损益相抵制度将丧失独立存在的基础，因为在认定假设财产状况时，所有因致损事件导致的不利益和产生的利益均能包含在利益差额之内。如此一来，损益相抵只是认定损害范围的一种计算方法，并非对损害的扣减。这显然与认为损益相抵是一项独立于损害计算之外的法律制度的通说相悖。<sup>〔23〕</sup>

小结之，在19世纪实证主义思潮的影响下，损害概念呈现去价值化的趋势；而差额假说的计算方法，恰好具有排斥价值考量的作用（Wertungsfeindlichkeit des Differenzbegriffs）。<sup>〔24〕</sup>这也许是差额假说兴起的时代背景。然而，损害本身就是规范的概念，具有价值属性。这种看似价值中立的损害概念，固然可以为司法实践操作提供极大的便利，但为操作上的便利而去除损害的价值内涵，将不可避免地遇到许多难题。

### 三、差额假说的客观化修正：客观损害说

正是因为看到差额假说的诸多不足之处，学界与司法实践对该说的反思与修正从未停止，客观损害概念（Objektiver Schadensbegriff）是对差额假说的重大修正之一。<sup>〔25〕</sup>

#### （一）客观损害概念的发展历史

客观损害概念的提出最早可追溯到厄尔特曼（Oertmann），他认为损害的发生通常以物被侵夺、受毁损等真实形态出现，应承认这些真实损害（realer Schaden）的独立性。损害是法律主体因其财产之构成成分被剥夺或毁损，或其身体受侵害所遭受的不利益，而非观念上的数字。<sup>〔26〕</sup>当然，厄尔特曼主要是在论述损益相抵制度中探讨这一问题，旨在论证损益相抵制度的独立性以及恢复原状优先原则，其损害概念聚焦于单个、具体之物，而非整体财产。<sup>〔27〕</sup>

厄尔特曼关于损害的认识脱离了差额假说的束缚，其表述更接近自然意义下的损害概念。诺伊纳（Neuner）对此有更深刻的认识，在事实上推动了客观损害概念的出现，经嗣后学者的发扬，客观损害概念最终成为损害赔偿法历史上关于损害概念的重要学说。

诺伊纳首先将矛头指向差额假说，认为计算上的差额与通常观念上的损害概念并不一致。更重要的是，在诸多实践案型中，差额假说均面临不同层次的窘境，如真正与不真正连带债务人情形、第三人损害清算案型、专利侵权中的损害计算、超越因果关系情形以及非财产损害等等。<sup>〔28〕</sup>在他看来，损害指“对具有财产价值之利益——在交易上得以金钱取得或让渡之物——的侵害”。具

〔22〕 这里的状态，并非仅仅指致损事件发生前的状态，而是指“若无致损事件时本应处于的假设状态”。（Vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003, § 5, S. 215.）对于我国法上是否采纳了恢复原状优先规则，不同学者提出不同见解。（参见张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2013年版，第81-82页；程啸：《侵权责任法教程》，中国人民大学出版社2011年版，第273页。）

〔23〕 参见前引〔22〕，Lange/Schiemann书，第486-487页。

〔24〕 参见前引〔13〕，Honsell文，第72页。

〔25〕 曾世雄教授将其称为“组织说”。（参见前引〔6〕，曾世雄书，第124页以下。）

〔26〕 参见前引〔6〕，曾世雄书，第124页。

〔27〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第28页。

〔28〕 Vgl. Neuner, AcP 133 (1931), S. 277ff.

体而言,其基本主张为:(1)损害即利益的观点,应用起来难以解决诸多问题,故不可采;(2)损害是交易上以金钱取得或出售财物所遭受的直接侵害;(3)此项直接损害应依客观标准认定其存在与否及范围如何;(4)直接损害在任何情形下均应获得填补,无论其存在差额与否,而直接损害以外的损害(间接损害),仍然应考量差额存在与否。<sup>[29]</sup>换言之,以客观损害概念对差额假说予以修正,仅限于直接损害情形;对于间接损害,仍然需要通过差额假说加以判断。

诺伊纳认为,承认客观财产损害概念,有助于解决以下问题:(1)在第三人损害清算情形,所有权人可以主张标的物的客观价值赔偿;(2)抽象损害计算可解释为“未提供给付的客观价值之计算方法(Modus)”; (3)使用利益丧失的赔偿,不取决于权利人是否使用;(4)损益相抵可作为一项独立的制度;(5)假设因果关系在确定直接损害时不予考虑,但在依差额说计算间接损害时,应考虑在内。<sup>[30]</sup>由此,客观损害概念经由诺伊纳系统整理后,在学说与实践上持续产生重大影响,成为反思差额假说的一项利器,其内涵也进一步得到丰富。

在威尔伯格(Wilburg)看来,损害法建立在两项基础之上:客观价值及利益赔偿。<sup>[31]</sup>相较于诺伊纳,威尔伯格的客观说立场更为彻底,认为客观价值本身就代表了受侵害的权利。基于客观价值即为最低损害赔偿之理念,若受害人主张的是受侵害物客观价值之赔偿,则应排除损益相抵。<sup>[32]</sup>

比德林斯基(Bydlinski)进一步丰富了客观损害概念的内容。他认为,客观损害概念不仅适用于对物的损害,也可适用于人身损害情形。例如,对他人身体的侵害导致谋生能力(Erwerbsfähigkeit)的减损。和诺伊纳一样,比德林斯基也认为,客观损害原则上是须赔偿的最低损害,而且,对于假设因果关系应不予考虑,因为赔偿请求权直接因侵害而产生,在假设事件发生前已经存在,不因嗣后的假设事件而消灭。<sup>[33]</sup>当然,比德林斯基的观点也有其不同之处。在他看来,客观损害的确定还是要通过差额计算的方法进行:损害作为一种不利的财产变化,始终要通过对不同状况的比较进行确定。对此,必须观察整体财产在损害事件前后的变化。利益概念的确定应尽可能涵盖致损事件对受害人财产的影响。差额计算时间点应尽可能推后(最后言辞辩论或自愿履行时)。<sup>[34]</sup>

拉伦茨(Larenz)虽然没有直接表明其对“客观损害概念”的立场,但其有浓厚的客观损害说痕迹。拉伦茨指出,对特定权利或法益的侵害,除了造成该权利或法益的损害,还可能带来进一步的损害,如所失利益或用益丧失等。虽然根据完全赔偿原则,所有损害均须赔偿,但有必要对这两种损害加以区分,即发生在被侵害权利或法益自身的损害(直接损害或客体损害, unmit-

[29] 参见前引[28], Neuner文,第285页;另参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第125页。

[30] 参见前引[28], Neuner文,第297-298、302、306-307、310页。

[31] 在论证上主要跟随Neuner的观点。(参见前引[2], Mertens书,第56页。)

[32] Vgl. Wilburg, IherJb. 82, S. 132, 142.

[33] Vgl. Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964, S. 24ff.

[34] 参见前引[33], Bydlinski书,第53页。

telbaren oder Objektschaden), 以及发生在受害人处的其他损害 (间接损害或财产结果损害, mittelbaren oder Vermögensfolgeschaden)。〔35〕其中, 直接损害始终是一种真实的损害, 存在于相关法益的减损、恶化或灭失, 不需要进行整体财产比较、填补由此产生的差额, 而只需考虑被侵害法益本身的状况变化, 进行单个的价值衡量。而间接损害作为一种计算上的损害, 只能通过比较财产价值的计算而存在。〔36〕

## (二) 客观损害概念的主要内涵

在客观损害概念下, 损害首先是权利人既有权益状态的恶化, 关注状态的变化而非单纯考虑差额, 与现实意义上的损害更为贴切, 避免将损害等同于差额的僵化。其次, 这种权益状态的变化, 是可以在交易市场上通过金钱予以衡量的。法律绝非对任何细微状态的变化均加以保护, 以“能否在交易市场通过金钱衡量”作为法律介入保护的判断标准, 为状态保护划定了下限。〔37〕如此一来, 前述差额假说适用中遇到的难题, 可以借助客观损害说加以解决。例如, 对于差额偶然的移转情形, 标的物受侵害即产生利益状态的变动, 而其损害大小, 根据标的物市场价值认定; 在因身体侵害使得劳动力丧失情形、假设因果关系情形, 可以通过将劳动能力本身进行市场价值的评估, 用金钱加以衡量。〔38〕

与差额假说不同, 客观损害理论关注的不是受害人整体财产变动以及是否存在利益差额, 而着眼于具体的受侵害标的物, 关注的是单个权利状态, 并将衡量结果 (直接损害) 作为损害赔偿的最低限度 (Mindestschaden)。〔39〕之所以称之为“客观”, 理由有二: 其一, 损害在事实上已经发生, 是客观存在的 (而非以数字的形式存在于差额); 其二, 在认定损害范围时, 不首先考虑权利人的整体利益状态, 而是客观评估受侵害标的物 (在交易上) 的价值。〔40〕

## (三) 客观损害概念的适用: 以使用可能性的丧失为例

标的物受侵害后, 对权利人而言, 其损害首先在于物本身受损, 对于该项损害, 得请求恢复原状或主张相应金钱赔偿。其次, 标的物在修理或重置期间, 权利人无法使用, 由此可能产生额外损害情形: (1) 标的物具有经营用途, 不能使用导致营业利润的丧失; (2) 权利人采取替代措施 (如租赁同类物), 以避免不能使用带来的不利后果; (3) 权利人并未采取任何替代措施, 单方面忍受不能使用的不利。前述第 (3) 种情形, 即产生使用可能性丧失之赔偿问题。

〔35〕 多伊奇 (Deutsch) 将其区分为法益损害及结果损害 (Rechtsgut-und Folgeschaden)。(Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl., München 1987, S. 429f.)

〔36〕 参见前引〔35〕, Larenz 书, 第 430 页。

〔37〕 Vgl. Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Berlin 1982, S. 205; 前引〔35〕, Larenz 书, 第 483 页。

〔38〕 有学者对客观损害概念提出质疑, 认为: 以市场价格为标准, 将损害通过金钱的形式“客观化”, 会使得损害的范围过度扩大, 尤其是对健康、自由或者名誉等, 也可能通过金钱加以衡量, 在此基础上, 精神损害将遭到不必要的扩张。此外, 市场价格本身就是一个非常不确定的概念, 受标的物、市场、地点等一系列因素影响。另外, 在适用客观损害概念的情形, 于是以金钱作为衡量损害的标准, 一概排除了恢复原状的适用, 也与法典基本立场 (恢复原状优先原则) 不符。(Vgl. Wolf, Die Unhaltbarkeit der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes zum Schadensersatz bei Totalschäden an Kraftfahrzeugen, Berlin 1984, S. 86ff.)

〔39〕 虽然都是对差额假说的突破, 与规范损害概念相比, 客观损害概念有着较为清晰的适用情形, 二者并不相同, 应予以区分。(参见前引〔4〕, Keuk 书, 第 43 页。)

〔40〕 参见前引〔28〕, Neuner 文, 第 296 页以下。

从当前司法实践来看,标的物因无法使用所产生的损害,只在实际支出替代费用时,法院才支持其赔偿。换言之,单纯使用可能性丧失,权利人无法主张相应损害赔偿。<sup>[41]</sup>而之所以否定使用可能性丧失时的损害赔偿,主要原因即在于:若受害人并未租赁替代物,则并不存在差额假说意义下的损害。因为按照差额假说的判断方法,受害人事事实上的财产状态与假设的财产状态之间并不存在差额。<sup>[42]</sup>前后的唯一不同之处在于,如果未发生致损事件,受害人本来可以使用其物。<sup>[43]</sup>但不能使用本身,只是属于一种现实的状态,并不构成利益差额。<sup>[44]</sup>对于受害人而言,其遭受的“不利益”仅在于因不能使用标的物而带来的“不方便”(Unannehmlichkeit)。有观点认为,这种“不方便”属于精神损害的一种类型,仅在法律有明确规定时方可请求赔偿。<sup>[45]</sup>据此,使用利益丧失情形,如果没有租赁替代物、未产生替代费用,原则上不予赔偿。<sup>[46]</sup>

而在损害客观化的视野下,(直接)损害的存在,必须能够在交易市场上通过金钱予以衡量,具有独立的经济利益(财产价值)。因此,使用可能性的丧失是否产生一项财产损害,关键在于:对标的物的使用能否在交易市场上通过金钱予以衡量、是否具有交易上的独立财产价值。

物的使用本身无疑具有独立的经济价值,标的物的使用通常得以金钱在市场上购得或让渡(租赁即为其典型)。从市场交易的角度上看,使用可能性的变化,对于标的物市场价值的认定具有直接影响。<sup>[47]</sup>标的物因受损而无法使用,受害人遭受了(不利的)状态变化,而这种状态的变化是可以通过金钱加以衡量、能够在交易市场上予以实现的,具有客观价值的属性,能够成立一项可赔偿的财产损害。

#### 四、差额假说的规范化修正:规范损害说

客观损害概念对差额假说的适用提出了有力的修正途径,但这种修正也仅限于特定案型,尤其是针对差额假说中“主观性”损害的理解,其适用的前提是存在可供客观评价的受侵害标

[41] 参见徐建刚:《论使用可能性丧失的损害赔偿》,载《法商研究》2018年第1期。

[42] 这里仅仅指使用可能性的丧失这一内容。汽车修理费及可能的贬值损失等其他财产损失,仍然可以在差额假说中得以体现,受害人可以主张其赔偿。

[43] Vgl. Schmidt, Schuldrecht AT, 11. Aufl., Hamburg 2016, Rn. 934.

[44] 参见前引[22], Lange/Schiemann书,第27-28页。

[45] Vgl. Brückler, DRiZ 1963, S. 269f; Harke, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2011, S. 304. 而措伊纳(Zeuner)认为,在使用可能性丧失情形,若致损事件使得受害人产生一项额外需求(Bedarf),则可以考虑成立一项财产损害赔偿。但是对于这种需求具体是什么,并没有进一步的阐释。[Vgl. Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden? AcP 163 (1963), S. 380ff.]

[46] 大多数教科书在讨论使用利益丧失之赔偿问题时,都将其置于“财产损害与非财产损害”这一分目下,将该问题视为区分财产损害与非财产损害的一项难点。(参见前引[8], Brox书,第29节,边码3; Jousen, Schuldrecht I; AT, 3. Aufl., Stuttgart 2015, Rn. 1109; Looschelders, Schuldrecht AT, 14. ufl., München 2016 Rn. 1068.)瑞士法上也持类似观点,认为利益丧失属于情感利益(Affektionsinteresse),不予赔偿。但对于相应支出的费用,可以请求赔偿。(Vgl. Keller, Haftpflichtrecht, 8. Aufl., 1984, S. 64. zitiert nach Flessner, JZ 1987, S. 271, 274.)

[47] Vgl. Wilk, Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes, Berlin 1983, S. 26; Escher-Weingart, Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz, Frankfurt a. M. 1993, S. 76.



的。而在一些情形中，这一前提可能并不存在，此时，客观损害概念的适用即面临困境。“规范损害概念”（Normativen Schadensbegriff）作为对差额假说的修正，推动了损害概念的进一步发展。

### （一）规范损害的由来

规范损害概念较早由泽尔布（Selb）及施泰因多夫（Steindorff）提出，主要是为了应对司法实践中出现的一些疑难案例，尤其是适用差额假说难以给出妥当结果的情形。<sup>〔48〕</sup>

德国联邦最高法院在1968年的一则判决中遇到的情形是：某家庭主妇因第三人过错遭受身体侵害，致使无法从事家务活动。对于受害人无法从事家务是否存在损害，存在分歧。<sup>〔49〕</sup>如果受害人因此聘请了家政服务人员、产生额外支出，损害比较容易认定；但是在其他家庭成员承担本应由受害人负担的家务时，事实上并未产生财产上的不利益。此时，依照差额假说，难以成立一项赔偿请求权。<sup>〔50〕</sup>在雇员身体受侵害情形也出现类似的问题：雇员因第三人过错侵害，一段时期内丧失工作能力；但根据德国《继续支付报酬法》（EntgFG）的规定，雇主仍然对雇员负有报酬给付义务。就工作收入而言，雇员并不因此遭受损害。此时，能否对加害人主张这一损害赔偿，也存在疑问。<sup>〔51〕</sup>

前述案型争议的出现，都是由于将损害等同于差额、以差额有无作为损害确定的依据，但是因个案特殊性导致一项通常会产生差额的情形并未出现，使损害的存在产生疑问。对此，德国联邦最高法院明确指出：“损害概念应在此做规范性的理解。”<sup>〔52〕</sup>由此产生规范损害的讨论。

### （二）规范损害的含义

从德国法上的情形来看，“规范损害”这一概念在司法实践中出现时，法官并未就其给出明确定义，而只是指出“根据法典作出价值评判上的考量，从而确定损害”<sup>〔53〕</sup>。学者对于这一概念的具体含义，也存在不同的理解。

#### 1. 作为与自然损害相对的概念

拉伦茨认为，法律上的损害概念被深深烙上了价值评价的痕迹，就此而言，损害本身就具有“规范的”属性。他并没有明确指向“规范损害”这一概念，而是在区分“自然的损害”与“法律上的损害”时，笼统地揭示损害的规范属性，强调损害概念在法律上的理解应区别于先法律上的理解（vorrechtlichen Verständnis）。<sup>〔54〕</sup>罗歇尔德斯（Looschelders）等也认为，规范损害概念

〔48〕 Vgl. Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, Tübingen 1999, S. 61.

〔49〕 一开始，德国联邦最高法院基于《德国民法典》第1356条（旧法）的规定，即家庭妇女对其丈夫负有处理家务之义务，由于其身体受伤而无法履行其义务，结合《德国民法典》第854条，丈夫可以向加害人主张损害赔偿。[Vgl. BGHZ 4, 123 (130f.).] 但第1356条（旧法）中家庭妇女处理家务被看作是男性财产（Mannsvermögen）的一部分，明显带有男女不平等色彩，违反了《德国基本法》第3条第2款关于性别平等的规定。这一做法也被认为不妥。（Vgl. BGH NJW 1968, 1823.）

〔50〕 Vgl. BGH NJW 1968, 1823.

〔51〕 Vgl. BGHZ 7, 30ff.

〔52〕 Vgl. BGHZ 50, 304ff.

〔53〕 Vgl. Wolf, Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis, FS Gerhard Schiedermair, München 1976, S. 545, 548.

〔54〕 参见前引〔35〕，Larenz书，第346页以下；前引〔22〕，Lange/Schiemann书，第38-39页。

是对自然损害概念进行规范修正 (nomartive Korrekturen) 的结果。<sup>[55]</sup> 而菲肯切尔 (Fikentscher) 的立场就更为鲜明, 他认为, 损害及其范围的认定只能从具体规范目的中探知, “无规范即无损害” (Ohne Norm kein Schaden)。<sup>[56]</sup>

## 2. 作为所有情形下差额假说的修正概念

埃塞尔和施密特 (Esser/Schmidt) 在阐释规范损害时指出, 这是基于对 (严格的) 差额假说的修正与软化 (Auflockerung), 尤其在根据差额假说无法成立一项财产损害时, 借助 “规范损害” 这一概念, 软化差额假说的结果。除了前述情形, 还包括致损事件造成某种享受、需求或其他利益侵害时的损害认定。<sup>[57]</sup> 哈根 (Hagen) 也同样秉持这一立场, 其进一步指出, 规范损害概念对差额假说并没有根本性的偏离, 因为从区分内部关系与外部关系的角度上看, 加害人与受害人之间仍然是存在财产差额的; 只有当考虑第三人因素 (如雇主) 时, 才发生对差额假说的突破问题。<sup>[58]</sup> 大多数学者是在对损害概念进行客观化理解时, 使用了 “规范损害” 这一表述。<sup>[59]</sup> 当然, 德国司法实践中, 法官在这一理解下对差额假说进行修正时, 有时也避免使用 “规范损害” 这一概念, 而代之以对差额假说的 “规范性补充” (normative Ergänzung)。<sup>[60]</sup>

## 3. 作为特定情形下差额假说的修正概念

梅迪库斯认为, 对于 “规范损害” 的认识, 应结合司法实践判例, 在前述第二种含义基础上进一步限缩, 将其理解为: 对差额假说某种特定情形的修正。具体来说, 主要是: 由于第三方的介入, 一项本来已经产生的财产差额得以填补; 或差额从一开始即被阻止, 从而并未实际产生。<sup>[61]</sup> 布洛克斯 (Brox) 也认为, 规范损害的存在应具备两个前提: 其一, 财产减损由于加害人以外的其他方式得以填补; 其二, 基于法定评价, 此时不得使加害人免责。<sup>[62]</sup> 如此一来, “规范损害” 作为对差额假说的修正之一, 具有较为明确的指向, 适用范围更为确定。

## 4. 本文对 “规范损害” 的认识

所谓的 “先法律意义上” 或者 “自然意义上” 的损害, 本身就是一个不甚明了的概念。与之相对的 “规范损害”, 也只能表明 “法律上的损害具有法律 (规范) 上的含义”。这其实不能看作是损害赔偿法上的问题, 而是属于一般法律理论问题, 对于损害范围的确定并无实益。<sup>[63]</sup>

从对差额假说的修正角度上看, 损害概念在 “主观—客观” 之间徘徊, “规范性” 显然是其中重要的考量依据。但正如前述, “规范性” 作为一项一般性的法律命题, 具化到损害赔偿法上

[55] 参见前引 [46], Looschelders 书, 边码 961; Steindorff, AcP 158 (1958), 431, 453; Selb, Besprechung von Keuk „Vermögensschaden und Interesse“, AcP 173, 366ff.

[56] Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, Rn. 586. 梅迪库斯将其称为 “规范主义者” (Normativisten)。(Vgl. Medicus, Normativer Schaden, JuS 1979, 233, 237.)

[57] Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Karlsruhe 1976, S. 135f.

[58] Vgl. Hagen, in: Festschrift für Hauß, S. 84ff.

[59] 参见前引 [2], Mertens 书, 第 50 页以下。

[60] Vgl. BGHZ-GS 98, 212, 221; Steffen, NJW 1995, 2057ff.

[61] 参见前引 [56], Medicus 文, 第 237 页。

[62] 参见前引 [8], Brox 书, 第 29 节, 边码 7。

[63] 参见前引 [37], Brinker 书, 第 212 页。

的“规范损害”，属于不同层面的概念。从损害概念的发展来看，“规范损害”概念的提出，主要指向的是对差额假说的修正，尤其是在一些特定案型中，由于差额偶然的未产生，为了实现对受害人的保护，例外地肯定一项损害赔偿请求权。<sup>〔64〕</sup>在具体论述上，这种对损害概念规范化的理解，也体现在“客观损害”概念案型之中（曾世雄教授称之为“组织说”<sup>〔65〕</sup>）。

当然，有学者指出，将“规范损害”概念界定为对差额假说修正的所有情形，无异于设置一项价值判断的概括条款，事实上将损害赔偿范围的权限系诸法官自由裁量，有范围过大之虞。<sup>〔66〕</sup>正是基于这一顾虑，对“规范损害”这一概念也历来不乏批评。科伊可（Keuk）就明确指出，规范损害是一个多余的概念，其扩大了法官的自由裁量空间，有损法的安定性。<sup>〔67〕</sup>梅尔滕斯（Mertens）也认为，所谓的规范损害，与其说是一种损害类型，毋宁是一种法学方法的表述，尤其是确定损害范围的一种方法。<sup>〔68〕</sup>这种顾虑显然是正当的，如果规范性既是对差额假说修正的依据，同时也是修正的标准，必须进一步追问的是：损害的规范性，指的究竟是什么？

### （三）规范损害的本质

#### 1. “规范目的”及其依据

在前述第一种案型（家庭主妇受侵害案）中，德国联邦最高法院明确指出：家庭成员对损害后果的承受或克服，具有内部填补的属性，与加害人无关，尤其不能因此使加害人受益；就受害人与加害人之间的关系而言，受害人的损害并未得以填补，应该肯定家庭主妇对加害人的赔偿请求权。<sup>〔69〕</sup>而在后一案型中（雇员受伤案），雇员因身体受侵害遭受包括工资收入在内的损害，雇主所负担的报酬给付属于因致损事件带来的利益，如此一来，问题便转换为该项得利能否扣减。答案当然是否定的：根据《继续支付报酬法》的立法目的，其并不具有使加害人免责之考量。因此，在确定损害时，应将该项得利排除在外。<sup>〔70〕</sup>法官进一步指出，受害人因《继续支付报酬法》的保护，并未遭受经济上的损失，其损害并非两种财产状况的差额，毋宁仅仅源自立法目的考量。“损害只存在于观念上的、受害人在其具体劳动关系中通过劳动能力可持续获得的收入——虽然在丧失劳动力期间，事实上并未丧失这一收入。”<sup>〔71〕</sup>

可以看出，立法目的考量是前述案型中规范损害得以产生的重要原因。而立法目的在此应包含两个层次的含义：其一，具体条文的立法目的，如前述《继续支付报酬法》中，财产差额的填补系因雇主继续支付报酬义务的存在，而该法并非旨在使加害人免责，因此可以基于立法目的，对其加以修正；其二，损害赔偿法的功能与目的，即基于立法者对损害赔偿法的功能定位，对个案中的损害概念加以修正，如前述家庭主妇受侵害案中，如果否定损害的存在，将造成家庭内部

〔64〕 Vgl. Honsel/Harrer, Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht, JuS 1985, 161ff.

〔65〕 参见前引〔6〕，曾世雄书，第124页以下。

〔66〕 参见前引〔37〕，Brinker书，第214页。

〔67〕 参见前引〔4〕，Keuk书，第37-38页。

〔68〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第51、87页。

〔69〕 Vgl. BGHZ 38, 55 (59).

〔70〕 Vgl. BGHZ 30, 49f.

〔71〕 Vgl. BGHZ 43, 378 (381). 根据德国《继续支付报酬法》规定，此时对加害人的赔偿请求权依然成立，但在雇主已经支付报酬情况下，该请求权移转至雇主。如此以避免雇员重复得利的问题。

的“损害”填补使加害人免责的结果,这不符合损害赔偿法“损害填补”功能。此时,“立法目的”所指向的是损害的填补。基于损害填补目的的实现而对损害概念加以修正,在损害赔偿法上具有更为普遍、也更为重要的意义。

## 2. “规范性”的中国语境:社会妥当性

中国法上,学者对规范损害的理解也各有差异。有观点认为,所谓的规范损害,指的是损害认定过程中,必须规范地加以评价,“损害认定是一个规范评价的过程,损害是一个经过评价的法律事实乃至立法事实,而非单纯的自然事实”<sup>[72]</sup>。这一观点着重强调损害概念作为法律事实、而非单纯自然事实的属性。<sup>[73]</sup>也有学者从法律技术的角度出发,认为“规范损害”这一概念主要以“克服差额假说价值评价功能缺失为主旨,揭示损害作为一个规范的概念”,从而将其作为差额假说的相对概念。“只要受害人受法律保护的权利或利益地位受到侵害(法律保护地位说)或因损害事故产生了利益状态的差异(事实状态比较说),原则上就构成损害,至于差额是否存在,在所不问。”<sup>[74]</sup>

现行立法及司法实践中虽然没有出现“规范损害”这一明确表述,但在许多规定中,事实上存在这种理解。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕17号)(以下简称《人身赔偿解释》)规定了遭受人身损害时损害赔偿项。下文以误工费(第7条)及因伤致残时的收入损失(第12条)为例,对之加以详述。

按照差额假说的判断方法,在受害人遭受人身损害情形,其损害范围的认定须比较两种财产状态而定。就误工费而言,应根据受害人的务工时间及收入状况认定,相关释义认为,“误工费按照实际减少的收入计算”,与差额假说相符。但若受害人实际上处于失业状态,并无劳动收入,则在差额假说判断之下,其并未遭受误工费之损失,不得就该项损害主张损害赔偿。但释义显然并未认可这一结论,而认为,即使受害人无固定收入,也可主张误工费之损害赔偿。<sup>[75]</sup>

同样,对于因伤致残遭受的收入损失,受害人可否主张赔偿,从学说上看,存在“收入丧失说”(也称“所得丧失说”)、“劳动能力丧失说”及“生活来源丧失说”三种观点。<sup>[76]</sup>而根据《人身赔偿解释》的规定,是以上一年度城镇居民人均可支配收入或农村居民人均收入为计算标准,这显然摒弃了“收入丧失说”,与差额假说有所偏离。

护理费的赔偿也存在类似问题。例如,丈夫因他人过错而遭受身体损害,须在家静养,其妻本来也属全职太太,并无工作及收入。故丈夫所需之护理工作,由其妻子完成。此时,依差额假说,受伤之丈夫并未遭受护理费之损失,但根据《人身赔偿解释》第8条的规定,在护理人员没有收入情形,应“参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算”。这与前述规范损害之

[72] 徐银波:《侵权损害赔偿论》,西南政法大学2013年博士学位论文,第25页、第268页。

[73] 最新关于这一见解的论述,参见朱晓峰:《侵权可赔损害类型论》,法律出版社2017年版,第102页以下。

[74] 参见王志刚:《论民法上的损害概念的形成视角》,载《法学杂志》2008年第5期,第28页。

[75] “受害人无固定收入的,按照其最近三年的平均收入计算;受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的,可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。”(最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第251页。)

[76] 参见前引[75],最高人民法院民事审判第一庭编著书,第253-254页。

论述，并无二致：由于第三人给付介入（妻子的护理），财产差额（护理费支出）自始未产生；但从保护受害人的角度来看（规范性评价），若认为此时因无差额而否定损害存在，将使加害人因第三人介入而获得额外好处——而这与第三人介入时的主观意图是相悖的。因此，此时虽然不存在财产差额，但仍存在一项“规范损害”，加害人对此须负赔偿义务。<sup>〔77〕</sup>

在误工费或收入丧失并未实际产生的情况下，为何还应肯定该两项损害之赔偿？根据最高人民法院在释义中阐明的解释制定依据，除了“与过去的立法工作相衔接”“被审判实践所肯定并被社会普遍接受”外，还有一项重要原因，即“具有社会妥当性”。<sup>〔78〕</sup>何谓“社会妥当性”？释义虽未作进一步解释，但其内涵显然比较容易探知：此时纵无财产上之差额，但受害人（偶然的）没有实际收入，不应使加害人免责；从保护受害人角度来看，应肯定其误工费及收入丧失之赔偿。

## 五、损害概念演变中的损害赔偿法功能

损害概念的演变主要源自于实践案中产生的疑难问题。面对损害赔偿纠纷，法官首先需要自问的是：应该使受害人回复至何种地位？对此，差额假说的回答是：应该回复至“如同损害未发生时之地位”。据此，不仅能在价值层面实现损害赔偿的功能（完全赔偿），也能在技术层面为法官裁判提供必要的准则。

恰如梅迪库斯所言：“（差额假说）并非一项正式的规则，毋宁是一项价值评判的原则（*ein wertendes Prinzip*）；其在个案中的适用，并非逻辑上的涵摄（*Subsumtion*），毋宁是一种具有创造性的构造（*schöpferische Gestaltung*）。”<sup>〔79〕</sup>在差额假说的理解下，损害的本质是对受害人造成的财产上不利利益，财产损害对应的是利益而非数值上的差额；差额公式只是确定利益范围的方式（损害计算的方式）。<sup>〔80〕</sup>虽然差额假说面临种种质疑与不足，并由此发展出对该说的重要修正理论，但这并不动摇该说作为通说的地位。表面上看，差额假说具有去价值化的特征，但差额假说对于损害的认识，并非仅在于数值上的差额，其实也包含了损害类型的区分。<sup>〔81〕</sup>事实上，差额公式的判断方法本身就包含了重要的价值立场：全部赔偿之原则。假设财产状态的认定，不仅包括了受害人遭受的现实损害，也将可能的所失利益包含在内，如果仅仅考虑致损事件发生后的

• 563 •

〔77〕当然，如果第三人给付本身具有免除加害人义务的主观意图，则可以适用损益相抵规则，在第三人给付范围内免除加害人赔偿义务。

〔78〕参见前引〔75〕，最高人民法院民事审判第一庭编著，第260-261页。

〔79〕参见前引〔17〕，Medicus书，第327页。

〔80〕参见前引〔21〕，Weyhardt书，第22页以下；前引〔21〕，Möller书，第28、33页。

〔81〕科伊可对差额公式进行拆分，发现其实际上是所受损失与所失利益的综合。计算所受损失时应确定的是财产状况与致损事件发生前相比减少了多少，而对于所失利益，则应该比较的是，由于致损事件财产在多大程度上未增加。对于前者，比较的是致损事件前的真实财产状况（*a*），与致损事件后的真实财产状况（*b*）；而对于后者，比较的是致损事件前的真实财产状况（*a*），与若致损事件未发生时的假设财产状况（*c*）。所以全部损害计算公式为： $S = (a - b) + (c - a)$ ，即， $S = c - b$ 。因此，将前述规则进行简化，全部损害即存在于致损事件发生后真实财产状况与假定财产状况之差额，这就是蒙森的差额说。（参见前引〔4〕，Keuk书，第17页。）

既有状态,则难以将所失利益包含在内。<sup>〔82〕</sup>通过对差额损害的赔偿,使得受害人处于“如同致损事件从未发生之情形”,这正是完全赔偿原则的另一种表达方式。有学者明确指出,差额假说是“以一种特别强调的方式,生动地表达了完全赔偿原则”<sup>〔83〕</sup>。因此,差额假说与损害填补功能的契合,正是该说长期以来屹立不倒的根本原因。<sup>〔84〕</sup>

理论上的妥适性与实践操作上的便利性造就了差额假说一直以来的地位,但任何一项概念或制度,都无法承载损害赔偿中的全部价值取向。差额假说最大的价值即在于:其为损害的认定提供了一项可兹参照的重要标准。损害是否存在,首先应通过差额假说的公式,判断是否存在财产上的差额,若不存在差额,通常即不发生损害。<sup>〔85〕</sup>但是,这一规则绝非必然。在个案中,即使不存在利益差额,也可能存在应赔偿之损害;反之亦然。<sup>〔86〕</sup>但是,要推翻差额假说判断的结果,必须从个案情形及单个规范中推导出足够强烈的理由,法官对此负有更大的证成义务,而这正是差额假说作为损害概念通说意义之所在。

## 六、结 论

《民法典》第1165条第1款对侵害与损害的区分,给我们带来重新审视损害概念的契机。损害概念的背后蕴含的是损害赔偿法的价值立场与功能。对损害概念演变史的梳理与检讨,并非旨在寻找出一个“正确的”损害概念、创设一个可以适用于所有损害情形的概念、追求逻辑上的圆满——事实上,鉴于损害“规范性”的特质,这样一个损害概念是不存在的——毋宁是为了进一步揭示损害赔偿的功能,为损害范围的认定提供更为确切的标准。

差额假说将损害的认定简化为两种状态的差额,这种表面上去价值化的判断公式,为损害范围的确定提供了极为便利的操作方式,能够迅速获得司法实践的认可,并经久不衰。当然,将损害等同于差额,难免会出现无法周全应对的实践案型。对差额假说的批评与修正也随着实践的需要而不断发展。在这个过程中,损害的概念也显得越来越模糊,无怪乎人人皆知的损害落入法律人眼中却莫衷一是。

从差额假说到客观损害概念,乃至规范损害概念的提出,其实就是损害的规范性从幕后走向前台的过程。尤其是规范损害这一损害类型的提出,更是将规范性显露无遗。损害赔偿中最重

〔82〕 参见前引〔3〕,Honsell文,第260页。

〔83〕 Vgl. Sourlas, Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 I BGB, Berlin 1974, S. 63. 另参见周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,载《环球法律评论》2015年第2期;前引〔6〕,曾世雄书,第130-131页。

〔84〕 参见徐建刚:《论损害赔偿中完全赔偿原则的实质及其必要性》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

〔85〕 参见李昊:《损害概念的变迁及类型建构——以民法典侵权责任编的编纂为视角》,载《法学》2019年第2期。

〔86〕 不存在利益差额也可能存在应赔偿之损害,前述客观损害及规范损害,均属此类。反过来看,即使存在利益差额,也未必存在应赔偿之损害。典型情形即为所谓“纯粹经济损失赔偿”之案型。此时,利益差额纵然存在,但由于绝对权并未受到侵害,难以成立侵权法上之损害赔偿请求权。其最终衡量的是对受害人财产利益的保护与行为人的行为自由。当然,在不同的立法例下,立法者的价值立场有所差异,对此问题可能会得出不同的结论。参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第298页以下。



要的规范性，就是损害赔偿的基本价值立场。差额假说中两种状态的比较，指向的是损害赔偿填补功能的实现，与完全赔偿原则具有价值上的一致性。损害的填补以及由此所生的完全赔偿原则，正是损害赔偿中最基本的规范性，是差额假说得以成立的价值根源。如果抛弃这种基本的价值立场、否定基于填补功能的完全赔偿原则，将使得损害赔偿范围的确定只能回归个案的公平衡量，这无论对于损害赔偿理论体系的构建，抑或实践案例的裁决，均非良音。

---

---

**Abstract:** The distinction between infringement and damage in the Civil Code of China has a profound impact on the damage compensation system. The understanding of the concept of damage is the basis for understanding this damage compensation system. The development of the damage concept has gone through the difference hypothesis, objective damage theory and normative damage. The difference hypothesis has the advantage of convenience in practice, and it is essentially the standard expression of the compensation function of damage compensation and the principle of complete compensation. Its status as a general theory should still be affirmed. The proposal of objective damage theory and normative damage theory breaks through the formulaic tendency of “the difference is damage”, and to a certain extent has revised the difference hypothesis; but the legal basis of this modification lies in the realization of damage compensation function. The evolution of the concept of damage can clearly reveal the normative nature of damages. This normative is embodied in the compensation function of damage compensation and the principle of complete compensation, which constitutes the value basis of the damage compensation law, and is the basis for understanding the types and scope of damages in different cases in judicial practice.

**Key Words:** damage concept, difference hypothesis, objective damage, normative damage

---

---

• 565 •

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

## 相当因果关系的现代变迁与本土抉择

王 磊\*

**内容提要：**划定损害赔偿范围的法技术工具通常被认为是相当因果关系，相当因果关系缘起于完全赔偿原则对因果关系的采用，解释论上为弥补事实因果关系的不足发展出相当因果关系。相当因果关系以“一般地提高了损害发生的客观可能性”作为理论构成，随着社会经济的飞速发展，本源意义的相当因果关系已无法有效规范损害赔偿的范围，为达致法结论的妥当性，基于盖然性立场的相当因果关系开始转向法评价立场的相当因果关系。同时，规范目的说抛弃了相当因果关系的思考方法转而直接对损害赔偿范围实施规范性的评价工作。从相当因果关系的“输出国”来看，法评价立场的相当因果关系得到了压倒性的支持，相当因果关系的性质已经发生潜在的变迁，并受到其他理论构成的强烈冲击。从我国本土资源来看，立法上形成了以合理性为中心法律构成，司法上亦倾向于有别于因果关系的主观路径。基于此，损害赔偿范围的认定应摒弃相当因果关系的法技术，在区分归因与归责的基础上寻求规范性的理论构成，从而更具优越性。

**关键词：**相当因果关系 损害赔偿 规范目的 合理性 有责性

### 一、问题的提起

侵权法的外在体系存在责任成立法与责任后果法两大支柱，我国既往立法多关注责任成立法而忽视责任后果法，导致责任后果的规范群并未趋于体系化，颇为重要的原因即损害赔偿法的残缺。<sup>〔1〕</sup>《民法典·侵权责任编》将损害赔偿独立为一章，无疑显示出对责任后果法的重视。然而，损害赔偿的规范群仍非完善，侵权损害赔偿的规范技术尚未得到明确回答，此点在《民法典》编

\* 王磊，贵州大学法学院副教授。

本文为国家社科基金项目“侵权损害的限制赔偿原理及规范技术研究”（21CFX036）的阶段性成果。

〔1〕 参见张新宝：《民法分则侵权责任编立法研究》，载《中国法学》2017年第3期；徐银波：《侵权损害赔偿论》，中国法制出版社2014年版，第3-5页。

纂过程中已被部分学者所论及。<sup>〔2〕</sup>就损害赔偿范围的划定而言，目前大致存在两种不同的进路：一者着眼于损害的预见可能性，将有责性作为法技术；一者着眼于损害发生的通常进程，将损害发生的盖然性作为法技术。前者多见于英美法系，后者多由大陆法系所采纳，以德日侵权法为代表，即相当因果关系的法技术。从继受角度观之，中国近代侵权法从早期对日本法的借鉴过渡到对欧西侵权法的继受，带有强烈的德日色彩，以至在讨论相关论题时多以德日侵权理论作为分析工具，<sup>〔3〕</sup>相当因果关系亦非例外。在我国，相当因果关系的法律技术为相当部分学者所赞成。<sup>〔4〕</sup>以此，鉴于《民法典·侵权责任编》未对损害赔偿范围的确定给出明确的法技术，相当因果关系也被学者所支持，那么我国是否应该援用相当因果关系作为确定损害赔偿范围的法技术，也就成为尚需回答的问题。

## 二、相当因果关系的现代变迁

相当因果关系属于典型的继受产物，我国是否要援用该法技术，实质上也是应否维持此种法律继受的问题。对于该问题的回答，首先应予以明确的是相当因果关系在其“输出国”的进展，只有该法技术在其“输出国”得到良好的实施，方存在进一步讨论的基础，倘若该法技术在其“输出国”已然走向衰弱，则几无继受之必要。

### （一）相当因果关系的缘起及构成

相当因果关系缘起于德国法对因果关系法技术的采纳，因果关系则主要来自损害赔偿法的讨论。就损害赔偿法的规范模式而言，19世纪早期存在完全赔偿原则与限制赔偿主义的不同路径，耶林（Jhering）等学者主张从行为人的角度出发，将行为人的有责性作为判定损害赔偿范围的基准，<sup>〔5〕</sup>蒙森（Mommsen）则主张从受害人遭受的损害出发，将因果关系与差额说作为法技术手段，从而将作为责任基础事实的有责性隔绝于损害赔偿范围的划定，防止损害赔偿责任的“刑罚化”。<sup>〔6〕</sup>其后，温德沙伊德（Windscheid）也继承了蒙森的学说，选择以客观的进路构筑损害赔偿法。<sup>〔7〕</sup>在《德国民法典》第249条中采纳了以因果关系为基础的完全赔偿原则，损害赔偿法确立起“完全赔偿原则=因果关系=差额说”的基本构造图式。<sup>〔8〕</sup>

一般言之，从自然科学、哲学意义来看，因果关系是原因与结果之间独立于意识的“引起”

〔2〕 参见杨立新：《民法分则侵权责任编修订的主要问题及对策》，载《现代法学》2017年第1期；程啸：《论未来我国民法典中损害赔偿法的体系建构与完善》，载《法律科学》2015年第5期；王竹：《〈民法典·侵权责任编〉编纂背景与结构调整》，载《国家检察官学院学报》2017年第4期；张平华：《民法典侵权责任编应处理好的三对关系》，载《财经法学》2018年第6期。

〔3〕 参见蔡晓荣：《中国近代侵权行为法学的理论谱系：知识立场的回顾与梳理》，载《法制与社会发展》2013年第1期。

〔4〕 参见王利明：《侵权责任法研究》（上），中国人民大学出版2010年版，第378-386页；杨立新：《侵权损害赔偿》，法律出版社2010年版，第100-101页。

〔5〕 Vgl. Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, S. 55; Thibaut, System des Pandekten-Rechts. Bd I, 1905, S. 201f. 关于德国损害赔偿法的论述，主要参见梶见由美子「ドイツにおける損害概念の歴史的展開：ドイツ民法典成立前史」金沢法学38卷1号（1996年）。

〔6〕 Vgl. Mommsen, Zur lehre von dem Interesse, 1855, S. 165ff.

〔7〕 Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., Band II, 1882, S. 38f.

〔8〕 中井美雄「民事救济法理の展開」（有斐閣，1981年）197頁参照。

与“被引起”关系。然而,从责任法来看,问题的重点在于结果的发生应归属于谁,谁才是结果发生的法律原因。对此存在两个方面的诘问:首先,如果将这里的“因果关系”解读为一种完全客观的“引起”与“被引起”的关系,那么因果关系就将沦落为一种没有前者就没有后者的机械判断,无限连续的特点使结果的原因随意扩张,进而导出债务人“坚持一切皆须赔偿,这似乎太过分”〔9〕。其次,无论何种结果事实,考虑原因时都无法离开视角的选择,因为事件观察者的目的、立场各异,这仍关乎观察者的价值判断。以此,如何阐释损害赔偿法的因果关系就成为德国民法学的重要任务。

事实层面的因果关系导致责任无限扩张,对于债务人来说过于严苛,该法技术手段势必导向无法实现的损害赔偿法。为了解决该问题,德国学者指出,立法者采用该法技术手段并非做通常意义的理解,立法者对于原因的理解应该存在特殊的意蕴,损害赔偿法中的因果关系并非一般意义上的因果关系,这里特殊意义上的因果关系总与法的目的相伴,从而被理解为特殊的、法的因果关系。按照这样的脉络,一方面损害赔偿范围根据“因果关系”予以确定的完全赔偿法理得以维持,另一方面通过“法的因果关系”的限制性解读,损害赔偿范围也不会无限扩张。通说认为“法的因果关系”即相当因果关系,虽然同属因果关系理论,但其在因果关系之上增加了“相当性”的限制,通过“相当性”的限定一来不会对法律条文形成过度的背离,二来也为损害赔偿的确定增加了妥当的控制路径。按照德国法的理论框架,与加害行为存在相当因果关系的所有损害都应成为赔偿对象。

就具体构造而言,克里斯(von Kries)将数学理论与社会学理论上的盖然性引入法的视角,认为特定案件中的特定概率是以相对频率做出的表达,盖然性或概率虽然是客观的,但却是相对于那些为了比较而被选择的事件类型以及对于这种类型的描述而言的,相对频率的描述是事物类型之间更为基础性关系的表征。〔10〕在此基础上,某个行为作为损害的原因需要达到如下条件:该行为必须是损害发生的必要条件;该行为客观上极大地增加了损害发生的盖然性;在没有介入其他异常偶然因素的情况下损害的发生符合“事件的正常过程”。相当因果关系即以“一般地提高了损害发生的客观可能性”为核心构建判断程式,其不以直接为必要,间接的原因关系也可以达到充分的程度,同时也不以行为人对损害的预见或者应当预见为必要。〔11〕由此,相当因果关系秉承的是一种盖然性控制模式,判断的关键在于“统计学上”的现实可能性,盖然性的把控抑制了简单适用必要条件公式带来的严重错误。〔12〕某一损害是否应该归责于加害行为,其判断模式在于该类加害行为导致该类损害发生的概率大小,只要加害行为一般地、通常地提高了损害发生的可能性,相当因果关系即告成立,赔偿范围的判断也就转换为盖然性高低的判断。

## (二) 相当因果关系的“变异”

《德国民法典》颁布初期,由于社会结构并不复杂,社会交往风险多集中在故意侵权领域,

〔9〕〔德〕多伊奇、阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第25页。

〔10〕参见〔美〕H. L. A. 哈特、托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》,张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版,第423-425页。

〔11〕Vgl. Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II, 1954, S. 15.

〔12〕参见〔德〕克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2001年版,第563、565页。

相当因果关系法技术的应用尚可承载损害赔偿的判定，其被司法实践所接受并发展成为通说。然而，到了战后时期，德国社会环境相比战前日益复杂多变，“一般地增加了损害发生的可能性”的构造由于缺少规范评价的性格使其与现实社会脱节，“最佳观察者”的判断基准也使大多数损害难以排除于归责之外，<sup>〔13〕</sup>被认为招致了难以忍受的宽泛归责范围<sup>〔14〕</sup>。在特殊体质、介入第三人行为、受害人自杀等场合，行为人是否应对损害负责并非客观盖然性所能解决，而需诉诸规范性评价，盖然性的构造无法有效规范责任范围的划定。换言之，侵权损害的赔偿绝非盖然性高低的问题，相当因果关系试图简单以结果发生的盖然性掩盖法律判断的规范评价特性，注定要面临判定模式的改造。

面对相当因果关系的不足，德国司法实践为了判决结论的妥当性开始不顾本来的理论构成，转而以判决的可接受性为目标灵活运用相当因果关系。例如，面对被害人特殊体质的损害赔偿，有判例认为即使发生损害的概率比1:100000更小，因果关系的相当性也被认可，这实际上已经背离相当因果关系“通常性”或“一般性”的盖然性命题，因为通常人不会考虑到这种程度的稀有结果。<sup>〔15〕</sup>与此相对，部分案件中即使加害行为一般地增加了损害可能性，处理结论也与盖然性推论明显不同，典型的比如律师费用的赔偿问题，显然律师费用与加害行为是存在相当因果关系的，但有时却因律师费用不处于规范保护范围而被拒绝赔偿。<sup>〔16〕</sup>可见，相当因果关系本来的理论构成在结论的妥当性面前并未得到有效的遵循，相当因果关系的判断实质上取向于衡平的需要，从而屈服于责任范围的妥当性评价。相当因果关系作为归责的法技术已不再是盖然性的证明问题，而系裁判官的法评价，损害赔偿更多的是通过评价来实现归责判定，<sup>〔17〕</sup>在此种取向于实质妥当性的规范判断下，相当因果关系的先天性构造缺陷充分显露，其要么就做出自我调整以应对复杂的社会实践，要么就被其他法技术所取代。

实际上，战后期间联邦法院已倾向于以“公正性”或“对形势的控制”等理由来修正相当因果关系，鉴于相当因果关系内涵的实质变更，以前被称为“相当原因”的理论用语新近更多地被称为“相当性”理论。<sup>〔18〕</sup>晚近的德国司法实务进一步认为相当因果关系是实现法律政策或获得公平结论的工具，其判断程式并非因果律问题，而系为了导出符合“社会正当性”的结论对行为人课以责任的法律政策工具而已。<sup>〔19〕</sup>据此，相当因果关系业已背离其本源意义，现今相当性的判断更倾向于用“目的论”置换本来的、事实的相当因果关系，“相当性”的判断成为“掩饰实际的判决理由的技能”，或者“掩藏具有整体概念的法的政策”。现代因果关系理论虽在形式上还维持着“相当性”的判断，但实质的关注点已经有所变更，与传统因果关系理论旨趣大不相同。<sup>〔20〕</sup>潮见佳男教授指出，德国法上相当因果关系的判断存在两种立场：其一是从该当行为引

〔13〕 Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 2008, Rn. 641.

〔14〕 Vgl. Medicus, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1993, S. 270f.

〔15〕 Vgl. Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., 2009, Rn. 59.

〔16〕 Vgl. BGH 1958, 4, 22; BGHZ 27, 137.

〔17〕 Vgl. Kötz, Deliktsrecht, 7. Aufl., 1996, S. 62.

〔18〕 参见前引〔10〕H. L. A. 哈特、托尼·奥诺尔书，第429-430页。

〔19〕 参见陈聪富：《因果关系与损害赔偿》，北京大学出版社2006年版，第12-13页。

〔20〕 参见童德华：《规范刑法原理》，中国人民公安大学出版社2005年版，第152-153页。

起损害结果是否存在“异常性”出发，相当性是以经验知识为基础判断结果发生的通常性；其二是从损害赔偿规范目的出发进行“法的”相当性判断。<sup>〔21〕</sup>在《德国民法典》颁布初期，相当因果关系尚可以说是基于前一立场，但当下的相当因果关系则是立足于“法的”相当性立场。<sup>〔22〕</sup>

同样，相当因果关系的此种内在变迁在日本法中亦得以窥见。《日本民法典》缺乏规范损害赔偿范围的明确规定，侵权损害赔偿的划定有赖于解释论的努力。鉴于德国民法学对日本民法学的强烈影响，德国法的理论学说被广泛用以解释日本民法，相当因果关系也被日本民法学说所继承。但是，关于相当因果关系的判断，日本法上少有诉诸盖然性的概率判断，为了妥当导出损害赔偿的范围，相当因果关系的判断被融入了多元的规范因素。铃木禄弥教授指出：“损害赔偿的范围问题，对加害人来说是在有责行为产生的诸种损害中应该对哪一部分负担赔偿责任的问题，对于受害人来说是在遭受的损害中应转嫁哪一部分损害的问题。通说虽然通过预见可能性、相当因果关系来处理，但最终来看，各个事案所生损害的总额中哪一部分由受害人自己负担、哪一部分向加害人转嫁，都归结于一种实现衡平的政策问题。”<sup>〔23〕</sup>也就是说，真正发挥作用的并非相当因果关系本身的理论构造，而系基于实质公平的归责需要，相当因果关系的判断是以衡平为导向的。与此观点类似，实务上大隅一朗法官亦指出相当因果关系的判断“从公平的角度来看对于被认定为加害者应该赔偿的损害，将特别情形导致的损害拟制为通常产生的损害或者将没有预见或没有预见可能性的拟制为预见可能，不如说在侵权行为场合根据各场合的具体情形探求实际的损害，对照损害赔偿制度的基本理念的公平观念令加害者承担相当的损害”<sup>〔24〕</sup>。这里基于概率论的盖然性判断早已面目全非，相当因果关系更多的只是归责判断的载体而已，加藤雅信教授指出归责判断就是相当因果关系的一部分，但这里相当因果关系应该转换为“相当·因果关系”的规范构造，归责判断由事实因果关系与归责的相当性构成，归责的相当性判断具有多样化的机能，以实现损害赔偿的妥当判定。<sup>〔25〕</sup>以此，日本法上相当因果关系的着眼点最终也指向于法政策的导向，从而被称为“相当”因果关系，一定程度上其仅是惯用的名称而已，至于相当因果关系原有的理论构成，已非关注的重点。<sup>〔26〕</sup>平井宜雄教授在批判相当因果关系时就指出损害赔偿范围的确定作为责任限定的一个环节囊括了政策性的价值判断，其并非因果关系存在与否的问题，使用相当因果关系徒增理论混乱，建议用“保护范围”代替相当因果关系。<sup>〔27〕</sup>可见，不但德国法上相当因果关系从盖然性立场逐渐过渡到法评价立场，日本法上相当因果关系的法评价立场也得到压倒性的支持，<sup>〔28〕</sup>除了明确建议以其他理论来取代相当因果关系的观点之外，所谓的相当因果关系实则以“相当性”之实，行“因果关系”之名而已，站在盖然性立场的相当因果关系几乎被全然摒弃。

〔21〕 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（信山社，2009年）352-353頁参照。

〔22〕 北川善太郎『損害賠償論序説——契約責任における（1）』法学論叢73卷1号（1963年）参照。

〔23〕 鈴木禄弥『債權法講義』（創文社，1995年）87頁。

〔24〕 〔日〕圓谷峻：《判例形成的日本新侵权行为法》，赵莉译，法律出版社2008年版，第182页。

〔25〕 加藤雅信『事務管理・不当得利・不法行為』（有斐閣，2005年）235-244頁参照。

〔26〕 参见前引〔23〕，鈴木禄弥书，第35页。

〔27〕 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会，1971年）139頁参照。

〔28〕 参见前引〔21〕，潮見佳男书，第353页。



### （三）相当因果关系的“没落”

本源意义上的相当因果关系以概率论为依托，虽解决了因果关系无限连续的弊端，但面对社会现实的变迁也显现出自身的“贫困”。为了实现赔偿负担的正当化，相当因果关系在其内部进行了一定的“调整”，但此种仅从因果关系内部寻求解决之道的路径是否就是问题的终点，并非全无疑问。拉伦茨（Larenz）即指出在相当性的标准之外应该还并存着其他基准，从而更合理地限制赔偿义务人的归责范围。<sup>〔29〕</sup>所以，理论上还倾向不再拘束于因果关系的视角，进一步从因果关系的外部寻求解决之道，呈现出一种与相当因果关系相异的思维方式。

拉贝尔（Rabel）指出，相当因果关系调整赔偿范围的困境实则源于与债务射程的割裂，只有结合责任基础才可能有效限定损害赔偿的范围，债务人只对契约所保护的债权人利益负赔偿责任，损害赔偿的范围应归结于责任基础的解释。<sup>〔30〕</sup>同样，侵权领域这样的思考方法也可以适用于《德国民法典》第 823 条第 2 款的规定，且第 823 条第 2 款的思考方法也不限于违反保护法规的场合，可进一步扩展至第 823 条第 1 款的适用。克默雷尔（Caemmerer）认为相当因果关系对于责任的限制可能取得了一定的成功，但因技巧过于抽象，大体上并没有实现责任的限制机能，应当予以抛弃。德国判例学说中处于支配地位的相当因果关系说并非责任划定的全部，其不过是“限定责任”的多种途径之一，法学上并没有设立“特别的因果关系概念”的必要。作为解决路径，重要的是赔偿责任基础的规范目的与保护范围，责任的界限应通过具体规范的意义与保护目的来决定，而不是一般的因果公式，至于什么是保护目的，则归结于具体法规的解释。<sup>〔31〕</sup>与克默雷尔的观点类似，耶塞克也指出因果关系只是提供了责任限定的外部框架，并非问题的终点，责任范围的划定必须结合“特殊的规范标准”，这里“特殊的规范标准”不是相当性判断，而是规范保护目的判断。责任的界限问题应该结合责任的规范意义来解决，而不是诉诸不准确的盖然性判断。<sup>〔32〕</sup>可见，该等观点均抛弃了相关因果关系的思考模式，转而以规范目的作为考察的重点，在规范目的的视角下，损害赔偿范围关涉的是该当规范的目的或适用范围，责任限制的问题应深入至该当规范的含义内部加以观察与判定，而非一般的因果关系程式。

总的来说，相当因果关系到规范目的说的转向源于确定责任范围思维方式的变迁，基于盖然性立场的相当因果关系在性质上仍归结于因果关系问题，并没有赋予任何规范性的评价，无法用以判定损害是否属于加害行为的“作品”。规范目的说跳出因果关系的束缚，直接从法的规范性评价中寻求答案，强调“规范不能并且也不应提供对损害事件的一般性保护；相反，总是涉及的是对特定的法益侵害与损害的保护。哪些法益侵害与损害被保护目的所包括，必须通过解释具体规范来确定”，“所涉及的规范是否是保护人们免遭所发生的法益侵害或损害合适、必要与合理的手段的问题可以作为控制所考虑的内容”<sup>〔33〕</sup>。

〔29〕 Vgl. Larenz, Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, FS für Richard M. Honig, 1970, S. 8.

〔30〕 Vgl. Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd I, 1957, S. 452f.

〔31〕 Vgl. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956, S. 11.

〔32〕 参见李波：《规范保护目的理论》，载《中国刑事法杂志》2015年第1期。

〔33〕 〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第326页。

### 三、相当因果关系的机理缺陷与应对

#### （一）相当因果关系的困境分析

如前文所述，相当因果关系之起源在于对因果关系这一法技术工具的解释，其在“引起”与“被引起”的因果联系之间提出盖然性限制，即依据“生活经验法则”以数学的概率原理来判断某一行为是否一般地提高了损害可能性，但是，相当因果关系的出发点仅在于解决因果关系的弊端，并未将问题点进一步延伸至规范判断的妥当性之上。从此种本源的意蕴来看，“相当性”之实质在于“引起”与“被引起”的盖然性判断，秉承了因果关系“存在论”的特质。然而，现代社会侵权形态的多发性与复杂性使得损害的归责并非盖然性判断所能承受，个案中并非总能通过经验上的可能性判断来解决结果的归属问题，基于盖然性立场的相当因果关系虽可从行为时出发进行相当性判断，但对行为后因果关系的具体流变过程则无能为力。基于此，相当因果关系不但在民法学领域显得捉襟见肘，纵使在刑法学领域亦引发了“相当因果关系说的危机”。<sup>〔34〕</sup>

面对此种困境，解决之道无非有二：其一是在相当因果关系内部实现自我调整；其二是抛弃相当因果关系，在因果关系外部寻找其他规范构成。就前者而言，倘若继续在相当因果关系的内部寻求解决之道，就需要相当因果关系做出自我调整，从盖然性的相当因果关系转向法评价的相当因果关系。详言之，本源意义上的相当因果关系以盖然性为基础进行理论构造，其“存在论”的性格特征与现代社会对于规范评价的强烈需求相脱节，无法应对个案的复杂性。如果仅仅为了满足理论上的逻辑性或完满性而舍弃结论的妥当性，显然不足为采，相当因果关系不得不在“相当性”的外壳下经历潜在的变迁。可见，相当因果关系的症结点在于，传统因果关系理论从自然科学出发，即使在条件说上增加了“相当性”的限定，也是以盖然性为基础未溢出“存在论”的范畴，但损害赔偿范围的划定欲解决的却是损害结果的归属问题，根本无法离开规范性的评价。针对此一矛盾，如果不寻求新的规范路径，就只能将这种规范性评价变相地以“相当性”判断予以实现，从而出现以客观盖然性为基础的相当因果关系去融合主观规范评价的现象，相当因果关系产生了“变异”。相当因果关系的判断也就不再按照其本来的理论构成予以实施，而是用“目的论”置换本来的、事实的相当因果关系，“相当性”的判断实质上演化为超出其理论构成的法政策判断，与本源意义的理论旨趣大为不同。

纵观相当因果关系的现代变迁，基本上是从盖然性立场转向法评价立场，相当因果关系只是导出结论的“说辞”而已，真正决定损害赔偿范围的是裁判官基于公正或衡平的法评价，相当性判断实质上是一种妥当性判断，理论上则异化为一种囊括了规范评价的综合体。当然，若继续以此种“变异了的”相当因果关系作为损害赔偿范围的评价基准，一定程度上也可以实现法结论的妥当性。但是，若从因果关系理论的使命出发，归责并不是其应然目的，即使在因果关系之上增加“盖然性”的限定，也无法有效实现归责机能，若强行通过相当因果关系去实现此任务，结果就导致裁判官事先得出“归责”的结论，再用相当因果关系去说明结论的正当性，将相当因果关系作为一种形

〔34〕 福永俊輔「因果関係の認定」法学論集 47 卷 1 号（2014 年）参照。

式上的“借口”，此时的相当因果关系仅仅得到形式上的维持，事实上却只是一个外在的空壳而已。

## （二）归因与归责的分离

面对相当因果关系的困境，既有法实践呈现出不再从因果关系内部去解决问题的倾向，转而构筑更具规范评价功能的法技术，即从法的评价出发，严格地区分事实判断与规范判断，从因果关系的外在视角而非内在视角去确定赔偿范围的边界，强调划定损害赔偿范围与因果关系的独立。此种倾向在刑法学领域亦可明见，在相当因果关系转向客观归属论的进程中，如果严格审视因果关系与规范归责的构造，因果理论仅仅是归责的基础，“相当性”是在因果关系之上实施的进一步归责判断。为了避免相当因果关系以因果之名行归责之实的方法论误区，使掩藏在“相当性”中的规范性评价回归到“归责”的正确轨道上来，作为补足或者替代相当因果关系论的客观归属论应运而生，其严格区分事实判断与规范判断，推动归因判断与归责判断的独立化。<sup>〔35〕</sup> 以此，因果联系与责任归结应处于两个位阶，相对于归责的规范性判断，因果关系仅仅旨在确定结果归属的外部边界，也就是解决原因是否存在的问题；相当因果关系通过概率限定在因果关系的基础上只是相对缩小结果归属的边界而已。即使通过相当因果关系确定了界限范围，对归责的论题而言也只不过是结果归属的起点，它为结果归责奠定了生活经验的基础，但并不是责任归属本身。与此相似，英美法上虽然没有相当因果关系的理论学说，但事实因果关系和法律因果关系的区分与相当性理论具有类似的理论构造。近代社会工业化进程中，英美法为了限定过分宽泛的责任，在事实因果关系之上增加“近因”的限制，顺理成章地导出了法律因果关系。法律因果关系与相当因果关系既存在类似性，也存在差异性。相当因果关系是大陆法系的概念，其在相当因果关系的内部通过对“相当性”内涵的变更融入归责的判断，总体来说是在相当因果关系的单一概念下实现归因到归责的潜在变迁。法律上因果关系是英美法系的概念，其是通过从事实因果关系向法律因果关系的分化实现归因到归责的区别，事实因果关系发挥归因的功能，法律因果关系发挥归责的功能，并未将归因与归责一体化掩藏于单一概念之下，此为法律因果关系与相当因果关系处理归因、归责问题的技术性差异。然而，纵使法律因果关系实现了从事实因果关系的分化，但也并非重在强调“因果关系”的问题，其重点是在描述因果关系之上的“近因”，也就是规范评价问题，正是因为事实因果关系之上增加了“近因”的规范评价，事实因果关系与法律因果关系的二分格局才得以形成。从这个角度来看，所谓法律上的因果关系，同样是借由因果关系的名头从事规范评价的任务，也会遭受类似于相当因果关系的批判。正是基于此，赔偿范围领域内“法律上因果关系”的概念也开始受到越来越多的批判，《欧洲侵权法原则》（Principles of European Tort Law，简称“PETL”）第3：201条开始用“责任范围”（scope of liability）这一术语来表述赔偿范围的概念，与此类似，美国《侵权法重述（三）》亦采纳了这一术语。我国有学者认为这一术语并非否认了“法律上因果关系”所指涉的内容，而只是说明责任范围领域所涉及的内容并非“法律上因果关系”所涵盖，“责任范围”这一表述越过了因果关系理论的迷雾，直指问题的核心。<sup>〔36〕</sup>

〔35〕 关于相当因果关系在刑法学与民法学中的对比性审视，参见王磊：《侵权法中相当因果关系的再定位》，载《南京大学法律评论》2019年秋季卷。

〔36〕 参见刘海安：《法律上因果关系的反思与重构》，载《华东政法大学学报》2010年第4期。

实际上,责任范围的确定是由多元的规范要素所决定,而非诉诸某一个形式的概念,最近PETL就指出责任范围应受到被侵害法益之价值、明确性、风险程度、规范保护目的等因素影响,即通过不同法律原理的协同作用来正当化法律效果,从而实现损害赔偿法的再构筑(PETL第2:102条、第3:201条)。<sup>[37]</sup> 责任范围的确定依赖于多重要素的综合评价,理论构成亦应该是多元化的,采取哪一个概念证成结论,究其本质而言并没有实质性的差异,一定程度上只是语言上的差异而已,其共同目标在于通过妥当的理论构成实现结论的正当化,最终达致权益保障与行为自由的平衡。因果关系理论作为判断“引起”与“被引起”的理论,仅仅可以在自然意义上限定责任的边界而已,希冀其去实现更多的评价功能,显然难以实现。如果强行将法的规范性评价纳入因果关系理论,使其承载本源意义之外的其他功能,那么其就不再是本源意义上的因果理论,只是在称呼上仍当作“因果理论”而已,掩盖了思考问题的实质。以此,相当因果关系的法评价仅是凭借相当因果关系的概念假象实现结论的推导,真正的考量因素并未得到外显,法律判断被屏蔽于相当因果关系的表象之下,不利于厘清隐藏于其下的规范性要素。

基于此,何不如还原因果关系理论的真实面目,将其归位于归因判断的事实考察,在判断责任范围时则直面问题的本质,抛弃相当因果关系的假象问题,从规范性评价的角度直接对可赔偿损害的范围进行考察。因为这种蕴含了多元法律评价的判断机制并非客观的概率判断所能囊括,“相当性”概念没有办法承载权益保障与行为自由的平衡功能,若强行通过相当因果关系予以说明,势必会忽视法律评价的实质过程,在法律论证上也就只能通过“相当性”概念的形式倒推来证成结论的妥当性。反之,若剔除相当因果关系的名义性理由,转而明确区分“归因”与“归责”,在“归责”过程中去关注责任范围领域内的实质规范评价,不仅能为新的理论构成提供广阔的空间,防止形式性束缚对其他理论构成的压缩,而且能向第三人明示此过程中的评价性因素,展示其中的规范评价过程,为结论的论证提供明确的架构,实现价值判断与法律论证的结合,方法论上更具优越性。

#### 四、相当因果关系本土品格的缺失

相当因果关系显非划定损害赔偿范围的妥当技术,此种倾向不仅在其“输出国”中业已显现,从内在运行机理来看亦可成立。我国在《民法典·侵权责任编》的解释论上若对“输出国”的此等变迁视若不见,一味从法律继受的角度将相当因果关系视为划定损害赔偿范围的绝对教义,势必故步自封。当然,除了相当因果关系的现代演进与运行机理之外,更为重要的是,中国法视野下相当因果关系缺乏本土品格。

##### (一) 有责性因素的实践证成

损害赔偿范围的法技术手段一般存在有责性与因果关系两条进路,相当因果关系作为因果关系的一个“变种”,应属于因果关系的法技术衍生。然而,从我国既有司法实践观之,损害赔偿的认定并未完全遵循因果关系的技术进路,反而更重视有责性的规范机能。

<sup>[37]</sup> 关于PETL中责任范围的限定路径,参见欧洲侵权法小组编著:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第97页以下。

首先，我国司法实践中并未完全排斥相当因果关系的法技术，部分案例中相当因果关系亦被援引作为损害赔偿范围的判断机制。然而，就相当因果关系的认定而言，我国司法实践也非完全以损害可能性为基准，相当部分案例对于相当因果关系的认定同时还带有有责性的考察。两者的此种密切联系大致可以描述为两种形态：其一是合二为一的交融关系；其二是相互证成关系。就前者而言，两者的判定趋于一体化，比如有观点认为加害人怠于巡查和清障的不作为，与事故的发生有相当因果关系。<sup>〔38〕</sup>其中，加害人怠于履行巡查清障的不作为无疑存在过失，但仅以加害人存在过失即导向相当因果关系的成立，似乎将过失与相当因果关系的判断合二为一，而且关注的重点在于过失，而非损害发生的盖然性。同时，法院亦以未尽适当性义务或者以损害无法被预见为由否认相当因果关系的存在。<sup>〔39〕</sup>部分案例将相当因果关系作为过错成立与否的判断基准，比如有法院认为加害行为与受害人的死亡是否存在比较紧密的关联程度而具有相当因果关系，是判断加害人有无过错的关键。<sup>〔40〕</sup>以此，我国司法实践中部分论点将相当因果关系与有责性进行一体化的对待，其中一者的存在往往是判断另一者满足与否的条件，形成一种紧密的交融关系。就后者而言，部分司法判例在判断损害赔偿时除了援引相当因果关系之外还会将有责性作为论证手段，认为“侵权行为应承担侵权责任范围根据相当因果关系说并结合合理预见理论来确定”，当损害处于相当因果关系与可预见性的规范范围时才予以赔偿。<sup>〔41〕</sup>由此可见，我国司法实践中相当因果关系虽然得到了一定的应用，但其判断机制远未遵循本来的理论构成，而是与有责性相互交融，在形式上貌似采用了因果关系的判断路径，实质上却融合了有责性的考量。

• 575 •

其次，相当部分判例更是拒绝相当因果关系作为侵权损害赔偿的证成技术，径行选择有责性的规范手段，此点在我国司法实践中尤为明显。比如，最高人民法院在认定财产保全损害赔偿责任时指出保全申请人承担赔偿责任的范围应与其过错相适应，将主观过错程度作为认定损害赔偿的重要因素。<sup>〔42〕</sup>此种观点于最高人民法院的公报案例中亦常被论及，法院认定责任范围时均明确指出行为人过错程度的规范作用，并据此实施责任的分配。<sup>〔43〕</sup>此外，将行为人过错程度作为认定损害赔偿的要素也被相当部分司法判例所明认，<sup>〔44〕</sup>有法官更是指出应将违约责任中的可预见性规则引入侵权损害赔偿，在损害赔偿法中实施统一的可预见性技术<sup>〔45〕</sup>。所以，主观有责性在我国损害赔偿实践中已体现出重要的规范机能，当然，有责性的规范作用不仅在司法实践中得

〔38〕 参见“丁启章诉江苏京沪高速公路有限公司等人身损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2016年第10期。

〔39〕 参见最高人民法院（2013）民申字第1296号民事裁定书；南京市中级人民法院（2017）苏01民终字第10111号民事判决书。

〔40〕 参见南宁市中级人民法院（2012）南市民一终字第464号民事判决书。

〔41〕 参见青岛市中级人民法院（2019）鲁02民终字第10785号民事判决书。

〔42〕 参见最高人民法院（2017）最高法民申字第417号民事裁定书。

〔43〕 参见“谢某某诉上海动物园饲养动物致人损害纠纷案”，载《最高人民法院公报》2013年第8期；“宇斐诉沈丘县汽车运输有限公司、中国人民财产保险股份有限公司周口市分公司、中国人民财产保险股份有限公司沈丘支公司道路交通事故损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2010年第11期。

〔44〕 参见最高人民法院（2012）最高法民二终字第88号民事判决书；海南省高级人民法院（2019）琼民再字第62号民事判决书；南京市中级人民法院（2016）苏01民终字第1563号民事判决书；南京市中级人民法院（2017）苏01民终字第10111号民事判决书。

〔45〕 参见潘玮璘：《构建损害赔偿法中统一的可预见性规则》，载《法学家》2017年第4期。



以发现,我国部分规范文件亦已明认,如《道路交通安全法实施条例》第91条规定“公安机关交通管理部门应当根据交通事故当事人的行为对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度,确定当事人的责任”;《医疗事故处理条例》第49条也将“医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度”作为赔偿数额的影响因素。是故,虽然不能武断地得出主观有责性是认定损害赔偿的唯一要素,但可以明确的是,我国损害赔偿的规范路径并非纯然的因果关系进路。

## (二)“合理性”标准的立法意旨

就侵权损害赔偿范围的划定而言,从我国立法史的演进来看,典型特质在于一般规范的缺失,直到《民法典·侵权责任编》仍未确立损害赔偿范围的一般规范。如此,在我国司法实践并未完全采取因果关系进路的前提下,立法上是否接纳了相当因果关系的法技术,只能从零散的具体规范中窥见其态度。

从《民法典·侵权责任编》第二章(“损害赔偿”)的规范体系来看,现行法是以侵犯人身权益与侵犯财产权益的类型划分为基础分别规定损害赔偿效果。其中,侵犯人身权益造成的财产损害范围存在明确规定(第1179条、第1181条),至于侵犯财产权的损害赔偿,则仅存在损害的算定规范(第1184条),〔46〕赔偿范围的划定并无明确条文规定,应属于法律漏洞。就侵犯人身权益造成的财产损害而言,第1179条列举了医疗费、护理费、交通费、营养费等法定赔偿项目,同时该条亦以“等”作为兜底性表述为其他损害项目的赔偿提供了可能性,而判断其他损害项目是否属于赔偿范围的标准,则指向于“合理费用”的表述,即采纳了合理性标准。第1181条亦同。事实上,自2003年《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(下文简称《人身损害赔偿司法解释》)开始我国即将合理性作为人身损害赔偿的标准,后经由《侵权责任法》再到《民法典·侵权责任编》,我国均采用合理性的表述作为人身损害赔偿的基准。比如2003年的《人身损害赔偿司法解释》第17条第3款、第19条第1款、第23条第2款,《侵权责任法》第16条、第18条等。财产损害赔偿领域亦存在同样的思维路径,虽然《侵权责任法》与《民法典·侵权责任编》中关于侵犯财产权益的损害赔偿规范存有法律漏洞,但在侵犯具体财产权益的领域,合理性标准亦得到遵循。比如《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第12条规定“因无法从事相应经营活动所产生的合理停运损失”“非经营性车辆因无法继续使用,所产生的通常替代性交通工具的合理费用”等。依此可见,按照文义表述立法者实际上已经提炼出“合理性”的法律构成,根据立法者旨意,只有“合理部分应予赔偿”。〔47〕

我国侵权损害赔偿法一定程度上已经形成以“合理性”为中心的规范路径,一方面,合理性标准授予裁判官充分的自由裁量权以满足法律判断的实质性考量,就实现结论妥当性的功能而言与“相当性”理论无异,在已然具备类似本土理论的情况下似乎并无舍近求远之必要;另一方面,合理性标准抛弃了在因果关系内部寻求解决问题的考察路径,转而在因果关系的外部径直实施规范性的法律评价,旗帜鲜明地站在严格区分归因与归责的立场,方法论上亦更为优越。当

〔46〕《民法典》第1184条在性质上属于损害算定规范,无关损害赔偿范围的评价。参见王磊:《财产损害算定的基本原理与规范内涵——〈民法典〉第1184条的解释论展开》,载《环球法律评论》2021年第5期。

〔47〕从我国司法实践来看,部分司法判例也受立法旨意的影响,并未逾越规范射程,将合理性作为损害赔偿的判断标准。比如最高人民法院在判断律师费的赔偿问题时就认为律师费属于实现债权的合理支出项目,应予以赔偿。参见最高人民法院(2019)最高法民终字第109号民事判决书。



然，我国立法上虽然确立了合理性基准，但对如何判断合理与否仍未给出明确的标准，此点与相当性的抽象表述并无实质性区别。可见，无论是“相当性”标准，还是“合理性”标准，追求的都是一种抽象的理论定式，期待以抽象的定式实现侵权损害赔偿的规范，持有一种“简化论”的思维，使得规范侵权损害赔偿的法律原理被掩盖于抽象命题之下，裁判官据此进行着规范判断的“暗箱操作”，阻挡了对侵权损害赔偿形成实质性认识。不过，纵然如此，两者亦面临着同样的困境，彼此并无优劣，那么为何我国要采用存在同样弊端的相当性理论，而不维持产自我国本土的合理性标准呢？我国既有本土资源已存在与相当因果关系功能类似的理论构成，两者的现实机能并无实质性的差异，如若一味将视点聚焦于比较法的继受而忽视我国本土资源的挖掘与利用，似不可取。所以，既然相当因果关系在比较法上业已“没落”，我国也存在相当的本土资源，实无采用相当因果关系之必要。解释论上完全可将“合理性”类推为认定损害赔偿范围的一般标准，以此为基础加以系统地展开，构筑更为细化的法律构成。

### （三）“合理性”标准的规范展开〔48〕

针对“合理性”标准的判断，由于立法指示并未给出任何明确的规范内涵，属于需要借由评价予以补充的规范概念，到底应如何实现合理性的判断，或许尚需结合损害赔偿法的内在体系加以评判。因为在外在体系规则尚未明确的前提下，只能从内在体系获取提示，外在体系与内在体系本来就不是截然分离的，妥当的做法应当是通过特定技术将内在价值理念表现于外，从而达成内在体系与外在体系的融贯。侵权损害赔偿法的基本问题在于行为自由与权益保障的权衡，确定损害赔偿范围既需要考虑受害权益的保障，也要顾及行为自由的维护。以此为基点，若从统合内在体系与外在体系的路径出发，“合理性”的判断也应尽可能反映权益保障与行为自由的均衡，也就是说，“合理性”的判断要为行为自由与权益保障的权衡提供可据以评价的外在体系，此种外在体系规则对内在体系的贯彻就是提取出对应于行为自由与权益保障的因子，根据该因子构筑具体的法技术。

详言之，从权益保障来看，现代社会不断扩大与变化着的权益总体上朝着“主观化”与“公共化”的方向发展，在各种复杂的权益交织之网中，不同权益满足人的需求程度是存在差异的，侵权法对不同权益的保护程度自然不尽相同。〔49〕理想的状态应当是对不同重要程度的权益实施不同的保护，若重要性程度较高的权益没有得到足够的保护，权益保障之目标就无法达致，若对重要性程度较低的权益提供不必要的保护，权益保障的界限会过度扩张，行为自由被不当压缩。〔50〕这样，作为权益保障的“指示牌”，被侵害权益的重大性一定程度上就反映出权益保障的限度，若将此种判定机制予以要件化，就为权益保障机能提供了“被侵害权益重大性”的评价因子。从行为自由来看，侵权法维护行为自由的机能主要通过有责性实现，也就是过错，过错程度高的情况下行为自由应该受到更多的限制，过错程度低的情况下行为自由应该受到更少的限制，有责性的高低一定程度上就指向行为自由的保护限度，这也是为何我国司法实践中采纳有责性因素的原因。从体系机能观之，由于有责性要素的融入，完全赔偿模式秉承的因果关系法技术不再

〔48〕 关于合理性标准的详细展开，具体可参见王磊：《侵权损害赔偿范围的确定机制》，载《法学》2021年第4期。

〔49〕 例如绝对权与相对权在侵权法上保护程度的区分，参见“上海普鑫投资管理咨询有限公司诉中银国际证券有限责任公司财产损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2014年第10期。

〔50〕 参见王磊：《侵权责任体系的机能转换与解释论应对》，载《私法》2022年第1期。

具有决定性意义,责任效果法也不再完全以权益保障为唯一目标,有责性的评价使被压缩的自由空间得到一定的释放,责任效果法也就具备了兼顾行为自由的机能。<sup>〔51〕</sup>将有责性因素具体到责任范围的判定也体现出更加精细化的评价机制,责任效果的评价相较于责任成立而言旨在做出“多”或“少”的“量”的回答,如果导入弹性化的有责性技术,就使责任效果的调整具备开放的性格特征,行为自由与权益保障之间也可以通过“量”的分配实现均衡。于此,与“被侵害权益重大性”旨在反映权益保障的限度相对,有责性为行为自由的评价提供了尺度,若将其转换为外在体系的规范技术,就是有责性与被侵害权益重大性的协调。

既然“合理性”的判断要契合损害赔偿法的内在体系,损害赔偿法中行为自由与权益保障的内在体系又可以借由有责性与被侵害权益重大性提供评价指标,那么合理性标准的评价机制自然可以归结为“被侵害权益重大性”与“行为人有责性”的权衡。<sup>〔52〕</sup>站在行为人的角度,行为人的有责性程度越高,赔偿范围越广,反之赔偿范围则越小;站在受害人的角度,被侵犯权益越重大越应该得到赔偿,反之则越不存在赔偿的必要。更为重要的是,“利益的保护范围既取决于一个或多个既定因素,也取决于这些因素的权衡以及相互之间的联系。保护范围依赖诸等因素的整体权衡”<sup>〔53〕</sup>。也就是说,有责性与被侵害权益重大性的规范作用不仅能对赔偿范围产生独立影响,更会以相互作用的方式对赔偿范围产生综合影响。所以,认定某个损害是否属于赔偿对象,其判断机制大致在于有责性与被侵害权益重大性的权衡。当行为人存在恶意、故意等样态时,有责性达到极高的程度,此时,倘若被侵害权益亦属重大,就具备可赔偿的性格。纵使被侵害权益并非重大,其“重大性”的缺失也可能因有责性要素的充足而得到弥补,仍然具备可赔偿性。典型的事例比如纯粹经济损失、景观利益等,纯粹经济损失的赔偿一般要求行为人具备故意的主观状态,景观利益的救济也需要侵害行为达到对行政法规重大程度的违反。<sup>〔54〕</sup>反过来看,当被侵害的对象属于极为重大的权益时,基于权益保障的考量应更倾向于将此等权益归入赔偿范围,即使行为人的有责性程度较低,也可以因被侵害权益系属重大而得到补足。当然,倘若被侵害权益既非重大,行为人有责性程度亦属轻微,被侵害对象一般无法具备可赔偿的性格特征。按照该逻辑,就损害赔偿范围的判定而言,解释论上若抛弃相当因果关系的法技术,转而采纳更具有本土特色的“合理性”标准,那么,就“合理性”标准的规范填充而言,则可诉诸有责性与被侵害权益重大性的协调评价。

## 五、结 论

《民法典·侵权责任编》将“损害赔偿”独立为一章,但缺失损害赔偿范围的一般规范,如何

〔51〕 参见河南省高级人民法院(2019)豫民申字第6820号民事裁定书;甘肃省酒泉市中级人民法院(2019)甘09民终字第169号民事判决书;广东省高级人民法院(2017)粤民再字第51号民事判决书。

〔52〕 虽然有案例明确指出侵权损害赔偿范围的判定应结合行为自由与权益保障的权衡,但该等案例仅及于行为自由与权益保障的抽象论述,尚未提取具体的评价因子,可操作性有限。参见浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03民终字第1493号民事判决书;广西壮族自治区北海市中级人民法院(2019)桂05民终字第539号民事判决书;浙江省舟山市中级人民法院(2017)浙09民终字第370号民事判决书;江西省上高县人民法院(2018)赣0923民初字第1053号民事判决书。

〔53〕 前引〔37〕,欧洲侵权法小组编著书,第64页。

〔54〕 因纯粹经济损失的公示性及权利界限不够明晰,界定其赔偿范围时应充分考虑是否存在专门的、特殊的法律法规,以及侵权人侵犯民事利益时的主观状态。参见最高人民法院(2019)最高法民终字第1534号民事判决书。

选择规范技术成为后民法典时代需要回答的问题。就相当因果关系能否弥补此一法律漏洞而言，我国不应一味从法律继受的角度去解决问题，在借鉴比较法成果时尚应关注既有的本土资源。从“输出国”的态势来看，相当因果关系的理论构成无法在现代社会实现损害的归责，原因在于其缺乏规范评价的特质。相当因果关系的现代运行已背离了本来的理论构成，其将实质的规范评价掩藏于相当性之下发展成为“异种”，结果导致不得不从因果关系的外部去构建理论构成，相当因果关系的业已走向“没落”。从本土视域观之，我国立法表达实质已经确立起合理性标准，其虽未给出具体的判断机制，但作为固有法制的选择，在功能上与相当因果关系无异，同时我国损害赔偿实践业已形成重视行为人有责性的主观规范路径。针对于此，面对相当因果关系的抉择，可能仍需加以深入审视。事实上，既然我国已经形成合理性标准的判断进路，那么就应当立足本土实践采纳合理性标准替代相当因果关系，至于合理性标准的评价，则可根据损害赔偿法的内在体系提取出有责性与被侵害权益重大性的评价因子，赔偿范围合理与否实则取决于该两大因子的动态评价。

---

---

**Abstract:** The legal instrument used to delineate the extent of damages is generally considered to be adequate causation. The origin of adequate causation lies in the adoption of causality by the doctrine of full compensation and the remedy to causality's deficiency. In German law, adequate causation is constituted by the theory that "generally enhances the objective possibility of damage". In the post-war period, with the rapid development of social economy, the original adequate causation could not effectively regulate the scope of damages. In order to achieve the appropriateness of the legal conclusion, the adequate causation based on the probability position began to shift to the adequate causation based on the legal evaluation position. At the same time, normative goal theory abandons the thinking method of adequate causation and directly carries out normative evaluation on the scope of damages. The Japanese law influenced by the German civil law theory also inherited adequate causation. In terms of nature, adequate causation based on legal evaluation is overwhelmingly supported. In addition, in Japanese law, there is also a theoretical structure other than causality, which takes the mode of combining the cause of responsibility with the scope of responsibility, thus no longer following the thinking path of causality. From the perspective of "exporting country" of adequate causation, the nature of adequate causation has undergone potential changes and is strongly impacted by other theories. From the perspective of China's local resources, the legislation has formed the legal structure with rationality as the center, and the judicature tends to distinguish the subjective path from adequate causation. Therefore, the determination of the scope of damages should abandon the legal technique of adequate causation and seek normative theoretical composition on the basis of distinguishing attribution and imputation, so as to have more advantages.

**Key Words:** adequate causation, damages, normative purpose, rationality, accountability

---

---

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

## 破产程序中数据权益之保护 ——以信义义务为视角

程 威\*

**内容提要：**破产程序中数据权益保护问题渐受重视，而现行物权、合同、知识产权等适用规则对此面临保护不足、调整失当的困境。比较法所确立的个人控制论立场，从数据主体锁定数据使用流向的视角出发，对数据权益的商品化约束过甚，无法调息数据人格权益与财产权益的内在冲突，并与破产程序中债务人财产价值最大化的理念相悖离。应重视数据主体与数据控制者之间信赖关系的建构，根据信义义务构成要件理论与破产法的团队生产理论，在破产程序中为数据控制者施加保密、安全、透明与忠实的受托人义务，并根据场景化的路径在数据平台企业与经营管理层之间妥善分配责任，通过强制性的法定责任约束，为数据控制者在破产程序中提供行为指引，以强化对数据主体权益在破产程序中的保护。

**关键词：**数据权益 数据控制者 信义义务 团队生产理论 场景化规制

自 2012 年全国人大常委会通过《关于加强网络信息保护的決定》以来，对个人数据保护的立法活动不断加快脚步，采取强有力的策略保护个人数据已经成为共识。相关的中文研究成果迅速积累，但有关文献所侧重的场景，主要围绕数据平台企业（数据控制者）在企业正常、健康运转过程中与数据主体之间在法律利益上的配置。当企业因不能清偿到期债务或资产不足以清偿全部债务而面临破产时，如何处理相关数据，对此研究不足。特别是数据平台企业以数据资源为其资产增值的引擎，对数据权益的争夺将使得数据主体与数据控制者陷入紧张关系——平台企业是否以及如何处理数据资产及其权益？近年来，如小鸣单车等储备海量数据资源的企业陷入破产，

\* 程威，华东政法大学经济法学院助理研究员。

本文为国家社科基金项目“关联企业实质合并破产判断规则的制度化进路研究”（17CFX030）、安徽大学经济法制研究中心招标项目（pcs2021yjs-6）的阶段性成果。

其核心问题即在于此。<sup>〔1〕</sup>

破产程序中,数据权益处理需受重视。事实上,在财务稳健时期,企业数据资源向第三方出售、分享等处理行为已然有之,我国《个人信息保护法》将处理界定为收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等活动,尽管有学者认为这一界定因未对处理行为进行抽象提取且采开放列举,造成概念内涵与外延不甚清晰,<sup>〔2〕</sup>然而可以明确的是,其覆盖破产程序中使数据在主体之间单向与双向传输等行为。个人数据在传输过程中涉及个人对数据利益的期待,其内容不仅包括敏感信息所附载的隐私利益期待,还有数据主体对数据信息所享有的自决权的期待,即非敏感信息的自我保护。<sup>〔3〕</sup>取得数据主体同意是处理行为之前提与神圣法则。然而这一规则对数据权益的商品化约束过甚,不利于破产程序中债务人财产最大化目标的实现。对于这些问题,我国立法上并未给予明复。在《个人信息保护法》推行贯彻,以及《企业破产法》修订工作展开的现实背景下,有必要对此一问题给予立法论上的考量。在中文语境下,个人数据与个人信息可能存在内容与形式的差异,<sup>〔4〕</sup>但法律意义上二者内涵相同,具有内在一致性,为便于论述,本文主要使用“个人数据”的表达。

## 一、破产程序中数据权益保护的法律挑战

我国2020年《信息安全技术/个人信息安全规范》(以下简称“2020规范”)9.3条规定当个人信息控制者发生收购、兼并、重组、破产等变更时,应当满足以下要求:个人信息控制者应当向个人信息主体告知有关情况;变更后的控制者应继续履行原信息责任与义务,如变更个人信息使用目的,应重新取得信息主体明示同意;如破产且无承接方的,对数据做删除处理。这为解决破产中数据处理提供了原则性指导,但并不能真正解决破产程序中数据权益的处理问题,原因在于:首先,该规范本身的法律效力层级属于部门规章,缺乏对于数据权益性质的定义性规范,并不能产生确权与保护的效果,一定程度上是解决个案问题的权宜之计,难以构造稳定的权利保护预期;其次,如果将之视为在破产状态下的特定处理方式,从而绕开基本权益性质的探讨,尽管具有解释上的合理性,却缺乏法理上的规定性。破产程序作为一种集体清偿机制,其所赖以存在的原理基础是对原权利的默示认同,根据债权人谈判理论,尊重非破产法规范是破产制度的前提,只有当事人保有破产前之权利位序、强度,才得以在破产程序推进过程中展开有效的谈判,从而达致债务人财产价值最大化。<sup>〔5〕</sup>除非有特别的理由,否则不应支持对财产权益的调整。<sup>〔6〕</sup>

相应地,从现有的实体性法律规范出发界定数据权益之于破产程序的意义,属于必要的检验

〔1〕 参见广州市中级人民法院(2018)粤01破12—1号民事裁定书。

〔2〕 参见高富平:《个人信息处理——我国个人信息保护法的规范对象》,载《法商研究》2021年第2期。

〔3〕 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,载《法学研究》2018年第4期。

〔4〕 关于数据、隐私、信息之间法理关系的细化分析,参见彭诚信:《数据利用的根本矛盾何以消除——基于隐私、信息与数据的法理厘清》,载《探索与争鸣》2020年第2期。

〔5〕 See Douglas G. Baird, Thomas H. Jackson, Corporate Reorganization and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy, 51 *University of Chicago Law Review* 97, 103 (1984).

〔6〕 不轻易改变规则的主要原因是防止打破原有的实体法规范预期从而扭曲当事人的激励。参见前引〔5〕, Baird、Jackson文,第103页。

步骤，也是破产法律制度的基本要求。实际上，如后文的检验结果所示，传统物理世界的规范表达并不能够回应数字化时代企业破产时的权利诉求。

### （一）物权法的适用

适用物权机制理解数据权益必然着眼于权利主体。我国学者在这一论证视角下将其分为两种类型，即数据私有与数据公有，<sup>〔7〕</sup>在此基础上可进一步细化为四种子类型：数据个人所有、数据平台所有、数据个人与平台共有、数据公众所有。<sup>〔8〕</sup>但是将这一分类规范应用到破产法的世界，均会构成无法逾越的解释困境和不利后果。

如果将数据视为个人所有，破产时数据主体可以行使取回权以获取属于己身的权益，而此时别除权的对象是个人在使用平台企业提供服务过程中自行提交的数据信息，还是应当包括平台企业对该信息进行算法挖掘形成的加工数据？对于前者，数据主体并不需要通过行使权利的方式获取，因为该数据内容之于数据主体是不言自明的；而对于后者，设若将加工数据复制传输给所有被利用信息的数据主体，且不说该类信息之于数据主体而言不具实益，传输数据的成本对于陷入破产境地的企业而言更不可欲。

如果将数据视为平台所有，从根本上否定了数据主体提交数据行为时所含有的隐私期待，破产事件触发后将无法回应数据主体的利益保护。当认为数据归个人与平台共有时，个人与平台在破产程序中的权力边界划分仍然无法拆解。尽管我国司法机关在这一观点上走得很远，并发展出“用户授权+平台授权+用户授权”的“三重授权”模式，强调数据主体可以通过两重授权遏制平台不合理的行为，但这一裁判理念是以个案分析为基础，<sup>〔9〕</sup>当进入破产程序时，强行要求平台企业取得所有用户主体的同意并不现实。<sup>〔10〕</sup>将数据视为公共所有，建立在互联网公共属性认知的基础之上，<sup>〔11〕</sup>但其完全忽视私益保护，因为当企业破产时，该集体利益上的数据主体会产生集体行动的困境，各个主体理性漠视集体权益的维护，最终产生类似于公地悲剧式的权益毁损结果。

### （二）合同法的适用

适用合同法的立足点是将数据主体与数据控制者之间的关系设定为数据服务合同。在破产程序中，数据服务合同囿于相对性原则的约束，难以回应破产情事所对应的大规模债权清偿的问题，特别是服务合同作为未典型化的无名合同，因其标的之非物质性、劳务行为折算成金钱之不确定性等，造成与传统破产法待履行合同解除权与共益债务规则的冲突。

具言之，数据服务合同非即时性合同，而具有持续履行的特征，在平台企业破产时，可将其纳入待履行合同范畴。对此，《企业破产法》第18条规定管理人享有决定解除或继续履行的选择权，设若管理人选择解除合同（拒绝履行），“合同相对人基于双务合同的原给付非金钱债权便在

〔7〕 参见韩旭至：《数据确权的困境及破解之道》，载《东方法学》2020年第1期。

〔8〕 参见丁晓东：《数据到底属于谁？——从网络爬虫看平台数据权属与数据保护》，载《华东政法大学学报》2019年第5期。

〔9〕 参见北京市海淀区人民法院（2015）海民（知）初字第12602号民事判决书。

〔10〕 参见前引〔8〕，丁晓东文。

〔11〕 See Orin S. Kerr, Norms of Computer Trespass, 116 *Columbia Law Review* 1143, 1163 (2016).



破产程序中按照数额转化为金钱债权,作为普通债权向管理人申报”〔12〕,此时,数据控制者在数据服务合同履行期间对数据服务本身所享受到的利益,是否得与为数据主体提供服务所转化的利益相抵消,不无疑问;若管理人选择继续履行,则数据主体的普通债权便升级为“共益债务”,获得升级效果,〔13〕但问题在于,此时继续履行之数据服务并未给数据主体造成权益损失,破产企业或经由重整或经由收购至其他同类企业而得以延续,此时按照权益损害的救济逻辑而另行为数据主体提供价金之补偿,难谓有正当性。

### (三) 知识产权法的适用

知识产权法所适用的具体含义是:数据控制者通过对数据(特别是加工数据)享有汇编意义上的版权而反制爬虫等侵权行为;数据控制者以对数据信息享有商业秘密而获得竞争法与知识产权法上的保护;数据控制者对著作权保护之外的数据可根据数据库保护获得救济。然而破产视角下,知识产权法适用路径的根本缺陷,不仅在于保护范围局限于特定内容,更在于其单独偏向于数据控制者而造成法律天平上对数据主体的保护失衡。

首先,著作权虽然具有人格权与财产权双重属性,但该属性必然指向同一主体。〔14〕具言之,在企业破产时,将数据财产权置于数据控制者、将数据人格权置于数据主体的分割思想不合法理,数据主体对数据在人格权意义上的利益期待将会落空。其次,商业秘密的保护实际上是隐私法对商业化保护的延伸,〔15〕尽管注意到其价值意义,但仍然聚焦于数据控制者的利益。更为重要的是,平台企业破产时,商业秘密如严守秘密保护的政策,根本无益于破产企业穷尽一切途径变现增值的追求。最后,数据库保护限定在结构化数据,数据企业破产时是否必然拥有结构化的数据,不具有普遍性,即便针对具有数据库的企业,破产法仍然仅在尊重非破产法规范上保护数据控制者的诉求。

除了以上法律适用路径,对数据的保护尚存在竞争法、消费者保护法、刑法等工具选择。然而此类保护主要在公法层面,具有公共利益导向、社会倾斜性关照的意涵,因其在破产程序中需做例外处理,故不具一般性讨论价值。综上所述,当企业破产时,“不幸的人各有各的不幸”,现有制度无法解答彼时数据权益保护的问题。这也是信息时代对资产属性的界定与工业时代法律制度之间存在冲突的必然结果。企业破产时数据主体的数据隐私期待面临挑战,如何回应这一挑战关系到数据主体能否顺利从数据控制者的经营失败中抽身。比较法上的规则因应或可提供一定的参考。

## 二、破产程序中数据权益保护的实践因应:个人控制论

### (一) 美国破产程序中的数据权益

数字经济语境下,数据信息的资产价值甚至超越有形资产,承载姓名、物理地址、电子邮

〔12〕 庄加园、段磊:《待履行合同解除权之反思》,载《清华法学》2019年第5期,第133页。

〔13〕 参见前引〔12〕,庄加园、段磊文。

〔14〕 参见王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2015年版,第144页。

〔15〕 See Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2008, p. 130.

箱、电话号码、购买历史、个人偏好以及其他类型的数据信息，当破产发生时，平台企业可基于数据分发、算法挖掘等方式实现特定财产化的商业目标，<sup>〔16〕</sup> 损害个人隐私利益现象较易发生，对此理应提供更为切实的保护。

美国法实践中，在企业破产时产生数据隐私保护问题的案件一般是，债务人企业在收集数据主体信息时作出不会转让、共享的承诺，但在破产之前或破产要件触发不久后修改隐私政策以允许企业转让数据信息。<sup>〔17〕</sup>

### 1. 制定法立场

在 2000 年左右，伴随着互联网经济的快速发展，收集个人数据并转化为商业利益的盈利模式已经成熟运转，在企业并购、破产中数据主体更换引发的数据权益保护问题，成为美国破产立法的现实议程。当债务人计划出售个人数据时，为了保护消费者，美国国会修改破产法对“个人可识别数据”的出售施加限制，其前提要件是：（1）债务人企业在收集个人数据时，在隐私政策中明确允诺待破产程序开始时禁止转让个人数据；（2）该隐私政策在破产时仍然生效。<sup>〔18〕</sup> 也就是说，在破产申请时，如果债务人企业的隐私政策禁止出售个人数据，或该隐私政策未能明确披露债务人可以出售个人数据，此时债务人企业为了实现数据出售的目的，应满足以下两个条件之一：（1）出售行为与债务人在破产申请时继续生效的隐私政策相一致；（2）经任命的消费者隐私检察员向法院提供相关评估报告，当发现并无证据显示出售行为违反有效的非破产法规范，法院将批准出售。<sup>〔19〕</sup>

关于第一项条件，隐私政策的效力基础是告知同意规则，当且仅当数据控制者在收集数据过程中明确征得数据主体的同意，方可形成对数据在特定用途与方式中的使用权。从合同关系视角来看，隐私政策的发出视为要约，而数据主体点击同意视为承诺，两者意思合致构成有拘束力的合同。但为了防止“全有全无式”管理架构和信息茧房造成的心理预期偏差，如果无法判断数据主体是否对隐私政策作出了同意的意思表示（如数据主体点击同意仅仅是为了便于使用软件程序），则出于保护用户个人数据权利的立场，应认定数据主体并未同意隐私政策内容。<sup>〔20〕</sup> 这反映出，当债务人企业出售数据的行为与收集数据主体数据时隐私政策一致时，数据主体对数据隐私权益的预期已经做了肯定性的处分，是对个人权益自行筹划后的理性安排；但凡数据主体在隐私政策签订时并未给定明确同意，当破产开始时，即可要求数据控制者不得出售其数据，或令后者对出售行为承担无权处分的法律责任甚至是可以撤回出售行为。这种对于数据主体权益的保护，根源在于个人控制的强烈立场。

如果说第一项条件直接地反映了个人控制的立场，则第二项条件在一定意义上似乎增加了社会化的考量因素，但循其根本，仍然谨守个人控制的法理基础。具体而言，消费者隐私检察员作

〔16〕 See Walter W. Miller, Jr., Maureen A. O'Rourke, Bankruptcy Law v. Privacy Rights: Which Holds the Trump Card?, 38 *Houston Law Review* 777, 795 (2001).

〔17〕 See Michael St. Patrick Baxter, The Sale of Personally Identifiable Information in Bankruptcy, 27 *American Bankruptcy Institute Law Review* 1, 2 (2019).

〔18〕 See 11 U.S.C. § 363 (b) (1).

〔19〕 参见前引〔17〕，Baxter 文，第 4 页。

〔20〕 参见王叶刚：《论网络隐私政策的效力——以个人信息保护为中心》，载《比较法研究》2020 年第 1 期。

为美国联邦托管人 (US Trustee) 任命的具有公益属性的行政机构事务辅助专员, 会提出与可适用的隐私政策相一致的出售方式, 以及其他解决隐私问题或减轻隐私损害的手段。就内容上来看, 所建议的方式仍然要求拟议出售行为的前提是债务人向消费者通知了转让行为或建议债务人获得受损害消费者的明确同意。<sup>〔21〕</sup> 由是可知, 如果债务人破产时, 通知后未获得同意或受损害消费者明确表示个人数据从出售的数据包中退出, 则数据控制者对此显然须作剔除处理。

制定法的立场虽然考虑到市场效率在债务人破产财产处理中的必要性, 但是数据主体的防御性保护仍然是重要的价值判断, 增进财产处分便利性不能以牺牲个人控制的期待利益保护为代价。

## 2. 判例法回应

美国第一起处理破产程序中个人数据保护的案件是著名的 Toysmart 案。Toysmart 是一家在线儿童玩具零售商, 其隐私政策中承诺将永远不会与第三方分享所收集到的用户数据。然而在破产时, 该公司试图出售包括详细的客户数据在内的信息库等所有资产。该行为引起联邦贸易委员会的重视, 后者认为其行为违反了《联邦贸易委员会法案》第 5 条“不公平或欺骗行为”, 要求 Toysmart 公司不得违反隐私政策出售客户数据, 最终两者达成和解协议, Toysmart 获准在破产程序中出售消费者个人数据, 但必须符合以下条件: (1) 消费者数据与债务人其他资产一揽子出售而非单独出售; (2) 买受人须与债务人处于同一行业, 是为合格买受人; (3) 买受人同意遵守 Toysmart 此前对消费者个人数据的隐私政策; (4) 买受人将消费者个人数据转用其他任何用途之前, 须通知受影响消费者并取得后者的明确同意。<sup>〔22〕</sup>

除 Toysmart 案所确立的示范性规则之外, 破产程序中个人数据出售面临的另一项问题是, 当债务人企业早先的隐私政策进行了数次调整, 特别是为了迎合商业化需求对个人数据出售从保证不分享转为逐步解锁限制, 而消费者通常默示同意隐私政策的修改, 有观点认为, 先前隐私政策下所设定的限制转让的严格要件并不辖制此时的出售行为, 此时条件宽松的修改后隐私政策准允在破产程序中出售个人数据, 并不违反破产法的规定。但美国联邦贸易委员会对此明确指出, 债务人在破产申请日的隐私政策并不是唯一重要的隐私政策, 在某些情况下, 债务人收集的隐私政策可能受制于在此之前隐私政策中的规定。<sup>〔23〕</sup>

为了回应这一问题, 美国的判例法一般会施加相应的限定条件以保证消费者的数据权益在可控范围内。如 Borders 案中, 借助消费者隐私检察员的协助, 案涉利益各方在最后达成的拟售决定允许个人数据的出售, 而不考虑数据收集的时间点, 其前提是: (1) 买受人向拟转让其个人识别数据的每个消费者发送一封电子邮件, 通知他们要转让的数据信息, 并说明他们的个人识别数据将受买受人隐私权政策的约束, 并给予 15 天的时间选择退出与否; (2) 在 Borders 公司和买受人的官网上发布为期 30 天的转让和退出的通知; (3) 债务人在《今日美国》报刊上发布出售与

• 585 •

〔21〕 See *In re Old BPS US Holding, Inc.*, No. 16-12373 (Bankr. D. Del. Feb. 1, 2017); *In re Borders Group, Inc.*, 462 B. R. 42, No. 11-10614 (Bankr. S. D. N. Y. Dec. 7, 2011).

〔22〕 See FTC Announces Settlement With Bankrupt Website, Toysmart.com, Regarding Alleged Privacy Policy Violations, FTC: PRESS RELEASES (July 21, 2000), available at <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2000/07/ftc-announces-settlement-bankrupt-website-toysmartcom-regarding>, last visited on Jan. 19, 2022.

〔23〕 See *In re Gateway Learning Corp.*, FTC Docket No. C-4120 (F. T. C. Sept. 10, 2004).

选择退出的通知。<sup>[24]</sup> 这种面面俱到的附条件出售限制，均以对数据主体的充分知情保护为前提。

## （二）欧盟破产程序中的数据权益

在欧盟法上，隐私权被视为一项基本人权，而数据权益被视为隐私权的延伸。<sup>[25]</sup> 《欧盟基本权利宪章》（CFR）第 8 条第 1 款和《欧盟运行条约》（TFEU）第 16 条第 1 款几乎一致地规定“每个人都有权保护自己的个人数据”，欧盟法院（CJEU）同样承认保护数据的权利是一项基本权利。所以在欧盟法层面对于数据保护抱持高压态势，欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，以下简称“GDPR”）也是在此观念前提下制定。作为欧盟的二级法律，GDPR 的适用必须确保“对自然人的基本权利和自由特别是隐私权的全面有效保护”<sup>[26]</sup>。对于欧盟破产程序中的数据权益保护问题，并无欧盟层面统一化的破产条例，所以应当具体结合成员国的破产法律进行观察。一般而言，GDPR 作为超主权的欧洲法律，其适用上的优先性高于成员国法律，如成员国破产法。这意味着，成员国破产法的原则与规则需要符合 GDPR 的要求，否则不得强制执行。下文将主要以德国法为例。

根据《德国基本法》第 1（1）条以及第 2（1）条的“人格自由发展权”，德国联邦宪法法院在 1983 年创造了个人数据自决权，这一判决被视为德国数据保护法之滥觞。<sup>[27]</sup> 德国法上，个人数据是人格之一部分，受制于“人是目的”这一先验认知的权威性和人权保护的神圣性，因此，作为人格构成部分的个人数据断不可成为受处分之客体。也就是说，如果债务人进入破产程序，个人数据是不得作为财产转让给第三人的。如果坚守这一人格保护的传统观念，个人数据的商品化利用不具可能，显然脱离现实发展的客观需要。为了缓解这种理论预设与实践应用上的冲突，学者指出，如果仅将视角放在个人数据是否可以转移，则会陷入人格权属性与财产权属性之间的法政策矛盾，应当避开这一途径，转而将个人数据权益与同其类似的权益进行类推比较，进而援用其规范，而对标的合适对象正是著作权。<sup>[28]</sup> 著作权与数据权益一样，不仅具有人格权益，也包含巨大的商业价值，虽然因人身专属而不能转让给第三方，但是可以在授权的基础上许可他人使用。根据著作权法原理，享有著作权的意义在于，他人未经许可不得以特定方式利用作品，所以是排他权而非自用权，<sup>[29]</sup> 类推至数据权益可得，只要数据主体许可他人使用数据，即可形成法律意义上的权益转让。

由上可知，德国法上的数据权益在破产程序中的转让存在解释上的可能性，若不能得到数据主体许可使用的意思表示，数据流转并无它途。此时，应进一步从 GDPR 的规则层面进行检验。

GDPR 第 6（1）条规定了 6 项数据处理合法事由。<sup>[30]</sup> 据此，除了数据主体的同意之外，尚

[24] See In re Borders Groups, Inc., No. 11-10614 (Bankr. S. D. N. Y. Sept. 27, 2011).

[25] See EU Agency for Fundamental Rights (FRA), Data Protection in the European Union: the Role of National Data Protection Authorities, [2010] 14.

[26] Art. 7, 8 of Charter of Fundamental Rights.

[27] 参见杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨》，载《比较法研究》2015 年第 6 期；Ronny Hauck, Personal Data in Insolvency Proceedings: The Interface between the New General Data Protection Regulation and Insolvency Law, ECFR 2019: 724, 731.

[28] 参见前引 [27]，Hauck 文，第 732 页。

[29] 参见前引 [14]，王迁书，第 12 页。

[30] 译文主要参考瑞柏律师事务所译：《欧盟〈一般数据保护条例〉（汉英对照）》，法律出版社 2018 年版。

有其他可合法处理数据权益的特定事由,其中,第(3)项法律义务适用于法令或监管所施加的强制性要求,<sup>[31]</sup>第(4)项重大利益标准主要关乎自然人生命或其他人道主义利益,<sup>[32]</sup>第(5)项以公共利益为主,所以在破产程序语境下,如果仅考虑纯粹的市场化破产,则可能适用的合法事由只剩下为履行合同所必需与实现控制者或第三方所追求的合法利益。

在履行合同所必需的合法事由中,数据主体必须是待履行合同的当事方,或者,数据主体必须是为处理其数据所发起的合同之第三方受益人。欧洲数据保护委员会在对该条的指引中明确,进行“必要性”评估时,应当综合考虑网络行为广告、服务改进、私人定制、合同双方预期等,<sup>[33]</sup>数据主体的预期利益保护是必要性论证的核心,这直接显示出与目的限制的关联。换言之,破产程序中,除非数据主体在与数据控制者形成以数据为内容的法律关系时预期到,当数据控制者破产时会基于与交易对手的合同关系处理这些数据,否则该处理行为不应认为有效。这种对数据主体的过分期待已然有违数据主体的本意,因为数据主体在交付数据使用权时的合理期待一般是数据控制者稳健运营背景下的处理行为,而不应包括经营失败特别是破产时的出售行为,是故,该项合法事由在破产程序中的适用并不切实际。<sup>[34]</sup>

最后可能适用于破产程序中的数据处理合法事由是实现数据控制者或第三方合法利益所必需,这一事由越过了数据主体同意的要求,为司法机关提供了较大裁量权。根据立法说明,在数据主体未合理预期到数据将被进一步处理的情况下发生个人数据处理行为的,数据主体的利益和基本权利要优先于数据控制者的利益。<sup>[35]</sup>概言之,该合法事由本质上是利益衡量标准,需要对数据主体与数据控制者或第三人进行利益的平衡测试。对此,数据保护委员会的前身,也就是第29条工作小组曾细化过该指令所要综合考虑的因素,其中包括合法利益的性质与来源、对数据主体以及对数据处理之于合理预期的影响、是否有其他替代性保护措施如数据最小化、隐私增强技术等等。<sup>[36]</sup>破产程序中,一方是数据控制者与第三人对数据所附载商业价值的经济利益追求,另一方是数据主体的基本权利、基本自由等人格利益诉愿,形式上表现为数据自决权。在这两种利益之间进行权衡的司法与执法努力,显属不易,目前的实践尚未导出可一体适用的判例规则,是故,平衡的标准预期具有不确定性。<sup>[37]</sup>特别地,在GDPR第83条的罚款威慑下,破产管理人将个人数据作为有价资产进行出售的动力受到阻遏。由此决定了合法利益事由并不具有破产程序中数据处理的现实意义。

所以,在GDPR第6(1)条规定的6项数据处理合法事由中,仍然是以数据主体的同意为黄金标准,除非获得数据主体的明确同意,否则破产程序中的数据权益出售将面临合法性质疑。

### (三) 小结

综上所述,破产程序中的数据保护思想渊源即个人控制论,在美国法上体现为公平信息实

[31] See Peter Carey ed., *Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 55–56.

[32] See GDPR Recital (46); 前引 [31], Carey 书,第 56 页。

[33] See EDPB; Guidelines 2/2019 on the Processing of Personal Data under Article 6 (1) (b).

[34] 参见前引 [27], Hauck 文,第 740 页。

[35] See GDPR Recital (47).

[36] See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, available at [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm), last visited on Jan. 19, 2022.

[37] 参见余佳楠:《个人信息作为企业资产》,载《环球法律评论》2020年第1期;前引 [27], Hauck 文,第 742 页。

践，在欧盟法上表述为个人数据自决权。个人控制论是一项富含多元保护原则的价值体系，主要通过为数据主体赋权和施加数据控制者责任的方式保护数据主体的合理预期。<sup>〔38〕</sup>而在破产程序中，数据主体合理预期的稳定性被打破，围绕个体主义展开的风险防范制度必然以个人控制为核心，简言之，个人对数据的控制意愿决定了数据控制者进行数据处理的限度。

### 三、破产程序中个人控制论的困境与出路

个人控制论的预设前提是，数据主体具备充分理性并有能力权衡损益从而做出谨慎判断。然而在破产程序中，这一先验性的假设不仅高估了个体理性在数据关系中的可能性与必要性，也无法回应市场效率对于数据转让的客观要求。

首先，围绕个人控制的规则处于“主观上有控制意愿而客观上无控制可能”的尴尬境地，这在破产程序内外均属易见。数据主体的有限理性与认知不足，在相当程度上扭曲了个体在面对抉择时进行判断的成本收益结构，进而决定了个人控制无法保障数据主体在进行知情同意的选择之前已经展开充分的利益衡量。基于此，数据控制者通过利用并放大这种行为经济学意义上的不理性，以增加信息覆盖形成信息茧房、强化细节刻画制造阅读障碍，使得数据主体作出失真的判断。<sup>〔39〕</sup>一个典型的例子是，当数据主体在与数据控制者形成基于数据的法律关系时，很少特别留意后者所提供的隐私政策，仅仅是以便利使用为目的快速勾选同意条款，而忽视隐私政策中所涵括的涉及自身利益处置内容。此外，数据的算法处理被模糊为一种黑箱形态，导致回溯性证据获取几乎不可能，同时万物互联以企业之间的数据关联与共享为典型特征，当数据主体提交一份数据之后，多元化的信息融合令数据控制者身份复杂化和不易识别。<sup>〔40〕</sup>这都将限缩数据主体个人控制的成效。

其次，破产程序中的个人控制论无法回应市场效率对于数据转让的客观要求，根源上体现为与债务人财产价值最大化理念的冲突。破产法的立法目的在于扩充可供清偿的债务人财产，以集体性约束机制实现债权人公平受偿，<sup>〔41〕</sup>这就要求管理人或经管债务人在自动冻结程序开始之后尽可能地收集债务人财产。此时，数据的财产属性为破产债务人资产整理提供了财产法的理由，而数据的人格属性则限制了将数据作为交易所涉标的。数据主体与数据控制者及受让人之间的利益状态是不均衡的，个人控制论确有缓和、矫正这种不平等的作用，但其减弱了数据流通的合理频度和财产效度，抬高信息流通的成本，反而产生破坏性调整中的新一轮不平等状态。该种内在的冲突应由实定法的规则设计予以调整，而我国相关立法并未对此给予回应，进

〔38〕 参见丁晓东：《论个人信息法律保护的思想渊源与基本原理——基于“公平信息实践”的分析》，载《现代法学》2019年第3期。

〔39〕 参见解正山：《数据驱动时代的数据隐私保护》，载《法商研究》2020年第2期；John A. Rothchild, Against Notice and Choice: The Manifest Failure of the Proceduralist Paradigm to Protect Privacy Online (or Anywhere Else), 66 *Cleveland State Law Review* 559, 615 (2018).

〔40〕 See Daniel J. Solove, Introduction: Privacy Self-management and the Consent Dilemma, 126 *Harvard Law Review* 1880, 1881 (2013).

〔41〕 参见前引〔5〕，Baird、Jackson文，第103页。



一步加重了紧张关系。

从破产法的视角来看,个人控制对于数据的处理而言并不具有可欲性,如果强化个人控制,将衍生更多破产法上的难题。例如,在重整程序中,重整计划通过之前的“363 出售”一般要求在正常营业范围内,对于绝大多数非以数据处理为业务的企业而言,数据出售显然超出常规营业范围,而必须经过听证程序才能实现。<sup>[42]</sup> 如果听证程序中,数量庞大的数据主体利益代表人不同意出售方案,以“假马竞价”为基础所实现的趋向最大化资产出售目的将无法达成。另外,如果是按照常规的重整计划表决,基于数据享有权益的索取权人尚无法定依据成为具有法律地位的主体从而划入相应组别,即便法律为此提供了特别保护,现实中的操作也将类似于大规模证券代表诉讼一般复杂,程序参与成本奇高;如果将数据保护官(Data Protection Officer)作为代表人参与破产衍生诉讼,其所代表的权益比重界定将耗费更高的估测成本,反而与债务人财产最大化的目的背道而驰。

综上所述,个人控制论之于破产程序中的数据处理而言确有一定弊端。合适的方案应是对既有的讨论基础进行修正。传统数据保护的学理研究往往侧重个人与数据企业平台之间的对抗性状态,先验地推定后者对于前者权益的侵害,设置“通知—同意”规则可以降低这种侵害可能性。然而一味强调数据控制者会损害数据主体权益的观念,弱化了个人在与数据平台企业建立数据关系时所保有的信任,而且不利于数据控制者自行构建约束性规范、提高问责意识。

从卡拉布雷西与梅拉米德所构建的卡梅框架的角度进行解读,通过法律赋权并控制数据流动的个人控制论属于财产规则,<sup>[43]</sup> 而这一规则适用的核心问题在于行权障碍,特别是当数据主体与数据控制者存在实质上的权力地位不平等时,数据主体的行权成本将据此抬高。在破产程序中,要求数据主体根据数据控制者所提示的处理申请进行选择,其行权成本在于对可选方案进行量化评估和谨慎选择的识别成本,财产规则并不总是能够为数据主体提供妥善的保护。出路在于,当特定的情形发生时,压缩数据主体与数据控制者之间的协商空间,将其转化为半强制性的剥夺行为,并为该行为造成的负面效果提供补偿,是为责任规则。<sup>[44]</sup> 责任规则引入破产程序中的数据处理,其基本思路是将破产作为特定的事由,要求数据主体允许数据控制者为实现债务人财产最大化等目的处理个人数据,前提是数据控制者为此向数据主体提供充分的补偿。这一思路转向,将规范重点从数据控制者向数据主体请求授权,调整为当破产情事发生时,数据控制者应依循相关义务约束,并在违背义务时向数据主体负担法律上的责任,此时,义务约束内容是为数据主体的利益最大化服务,而法律责任则体现为因违反义务对数据主体承担的补偿性责任。

• 589 •

#### 四、破产程序中数据权益保护的路径优化：信义义务论

必须承认,数据平台企业对于现代社会已经不可或缺,特别是 COVID-19 大流行等灾难性事

[42] See 11 U. S. C. § 363.

[43] See Guido Calabresi, Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 *Harvard Law Review* 1089, 1092 (1972).

[44] 参见前引 [43], Guido Calabresi、Douglas Melamed 文,第 1092 页。

件更促进了在线生活的常态化。<sup>[45]</sup> 由于数据主体与数据控制者之间的严重信息不对称，数据主体极易受到数据控制者的伤害，前者必须相信后者不会背叛其信任以操纵之。<sup>[46]</sup> 从信任角度理解数据关系并为数据控制者施加更高的行为标准，成为对个人控制论理念弊端的有效补充。美国学者杰克·巴尔金等将信义法引入数据关系，认为数据主体基于其对数据控制者的信息不对称状态以及信任关系，从而形成信义关系，数据控制者对数据主体负有信义义务，并在违反义务条件下承担责任。<sup>[47]</sup> 印度《个人数据保护法》第26条即引入了数据受托人概念，显示出学理与实践的互动。毫无疑问，这一观点为企业正常运行时数据控制者与数据主体之间的关系构造提出了新的解释，然而在企业破产时能否提供同样的解释力，并非不言自明。

需说明的是，将数据控制者界定为数据受托人的解释模糊了数据平台企业与其运营者之间的身份界定，如印度《个人数据保护法》中将数据受托人界定为“单独或与他人共同决定处理个人数据的目的和手段的任何人，包括邦、公司、任何法律实体或任何个人”<sup>[48]</sup>。在数据关系中，数据控制者通常指平台企业实体，而具体履行控制职能的则是以公司董事会及管理层（以下合称“董事会”或“董事”）为代表的企业内行政管理团队。本文一体使用这两个概念，因为当数据平台企业作为受托人时，本质上就是董事会履行受托人义务，易言之，当我们在说数据控制者的信义义务，实际上就是指董事的信义义务，下文也主要围绕董事的信义义务展开。而必要的区分在责任分配层面。

#### （一）破产程序中数据控制者信义义务的法理基础

传统公司法理论认为，在企业正常运营时，由于所有权与控制权的分离，执掌公司运营权力的董事与暂居消极角色的股东之间形成紧张关系，为避免紧张关系产生的代理成本挫伤公司绩效、损害股东利益，公司法规定董事应对股东/公司负担信义义务，<sup>[49]</sup> 从而保证董事积极履职并维持忠诚。当企业破产时，为了防止董事懈怠必须为其行为提供清晰指引，比较法上进而发展出信义义务转化理论，即根据信托基金、风险负担等理论，认定信义义务受益人从股东转向债权人。<sup>[50]</sup> 然而这一转化理论似乎并不能够为数据主体的利益保护提供同等适用空间，因为，数据关系的定性并不能从债之关系加以把握。换言之，当企业进入破产时，数据主体具有特殊的法律地位，除非法律作了例外规定，否则信义义务转化理论无用武之地。事实上，这一争论的焦点在企业正常运营时便存在，如针对巴尔金的数据信义义务理论，美国反垄断新星丽娜·茵便结合特拉华州公司法的立场认为数据关系中的信义义务将使董事面临在股东与数据主体之间利益权衡的两难。<sup>[51]</sup> 这一问题在破产程序中更为突出。

[45] See Yan Xiao, Ziyang Fan, 10 Technology Trends to Watch in the COVID-19 Pandemic, WORLD ECON. F. (Apr. 27, 2020), available at <https://www.weforum.org/agenda/2020/04/10-technology-trends-coronavirus-covid19-pandemic-robotics-telehealth>, last visited on Jan. 19, 2022.

[46] See Jack M. Balkin, The Fiduciary Model of Privacy, 134 *Harvard Law Review* 11 (2020).

[47] See Jack M. Balkin, Information Fiduciaries and the First Amendment, 49 *U. C. Davis Law Review* 1183 (2016).

[48] 印度《个人数据保护法》第2(B)(13)条。

[49] See Stephen Bainbridge, *Corporate Law*, Foundation Press, 2015, p. 113.

[50] 参见陈鸣：《董事信义义务转化的法律构造——以美国判例法为研究中心》，载《比较法研究》2017年第5期。

[51] See Lina M. Khan, David E. Pozen, A Skeptical View of Information Fiduciaries, 133 *Harvard Law Review* 497 (2019).

证成数据控制者对数据主体的信义义务主要有两种路径,第一种是基于信义义务存在的实质条件,亦即,无论所处情事如何,只要满足信义义务认定的基本要求,即可承认信义义务存在,这也被称为构成要件理论;第二种是限于破产这一特定情形,从既有的理论资源中寻找信义义务涵括数据关系的可能性,笔者认为合适的理论资源是团队生产理论。以下分而述之。

### 1. 信义义务构成要件理论

通常而言,信义关系是信任、信心、信赖的多重结合关系,受益人将其对于特定事项的控制权转移至受托人,以期待受托人基于受益人的利益而行使权利。<sup>[52]</sup>塔玛·芙兰珂(Tamar Frankel)教授将信义关系构成要件归结为四项:首先,受托人所提供的主要是劳务服务(相对于商品而言),且其所提供之劳务服务内容,在一般社会观念之期待下,须具备一定专业技能,如提供医疗、法律、公司经营管理等;其次,为能有效提供前述劳务,受托人必须被赋予具有处理财产或授予权利之权限;再次,委托人须负担受托人有无法安全被信赖之风险,意即受托人可能会有违背职务或滥用权限之行为,或无法依所承诺之服务内容适当履行;最后,存在三项风险,(1)委托人在信义关系中,无法为适当之自我保护,(2)市场机制也无法对委托人之风险提供保障,(3)受托人如果要取信委托人,可能必须付出高于其可自信义关系所获利益之成本。<sup>[53]</sup>这一构成要件理论已深获学界认许。<sup>[54]</sup>

破产程序中数据控制者与数据主体之间是典型的信义关系。数据主体基于对数据控制者专业能力和职业操守的信任,将数据提交给控制者,在破产程序中所固定的数据承载着用户的原始期待;数据控制者在企业运行稳健时提供相对应的数字化服务,在破产程序中则根据可能的技术化条件延续或优化服务内容。这一服务在一般社会观念下具有专业性、技术性,数据控制者对于该数据行使相当程度的处理权限,而数据主体无从通过有效的市场机制对控制者行为进行约束,数据控制者滥用权力或怠于提供服务并以牺牲数据主体数据权益为代价增进自身利益的可能性抬升。此时必须借助强有力的私法保护机制约束数据控制者的行为,也就是信义义务规则。

### 2. 破产程序中的团队生产理论

团队生产理论起源于经济学上对生产团队与企业绩效关系的研究,其核心内容是囿于团队成员投入与最终产出之间对应关系的不确定性,将剩余索取权人列为团队监督者有利于实现有效激励。<sup>[55]</sup>公司法学者将其引入公司分析中,指出公司是由不同的参与人为了共同的利益而组成的一个生产团体,各种参与人贡献不同但是地位一样,比如股东出金钱,董事出管理,雇员出劳力等,为了准确地衡量并分配生产绩效,应将独立的董事会制度视为协调性科层安排(mediating hierarchy),进而最大限度鼓励并保证每一位主体均进行资产专用性投资、锁定资本,而向团队

• 591 •

[52] See Lawrence Mitchell, Fairness and Trust in Corporate Law, 43 *Duke Law Journal* 425, 430 (1993).

[53] See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 4-6.

[54] See Andrew S. Gold, Paul B. Miller, *Philosophical Foundation of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2016, pp. 1-17.

[55] See Armen A. Alchian, Harold Demsetz, Production, Information Cost and Economic Organization, 62 *American Economic Review* 777 (1972).

成员负担信义义务是董事履职的重要前提。<sup>〔56〕</sup> 循此思路，数据主体将数据提交给平台企业，从而成为企业生产团队之一员，并与雇员、股东等享受同样的保护，董事对数据主体负担信义义务属于团队生产理论应有之义。

进入破产重整程序，学者发展出重整中的团队生产理论，在这一框架下，团队成员在重整之前成立公司时的契约继续有效，团队成员基本上仍然保留下来参与重整，团队内部的各个成员将以重整程序为博弈空间，从而对团队契约进行一定程度的修正，为了避免团队成员协商的无效率，该理论认为应由董事会代表团队修正该契约。<sup>〔57〕</sup> 这一理论建构与重整程序中的债务人经营模式相一致，具有解释力。其中，为避免董事会修正团队契约过程消极懈怠或以权谋私，该理论强调应要求其继续负担对团队成员的信义义务。<sup>〔58〕</sup> 以此为前提，破产重整程序中，数据主体同样依据其投入数据的原始行动而成为团队生产合同的一员，并享有团队权利，数据主体在缺乏特别的保护机制下，无力对抗其他强势权利人如优先级债权人等，所以由董事会居中协调并履行对团队成员的信义义务，将最大限度地保护各类主体权益。

综合两种学说可以发现，尽管数据主体并非债权人，无法用信义义务转化理论加以涵摄，但其因对数据存有期待性法益，可借助信义义务构成要件理论与团队生产理论加以证成。

## （二）我国破产程序中数据控制者信义义务的实施机制

英美法上，往往以对衡平法益的保护在个案中阐释信义义务，数字平台畛域内要求增加信义义务的适用已经成为英美学界的主流取向，在破产程序中引入数据控制者的信义义务虽尚无判例法实践，但其符合适用语境，可在个案中激活。我国并无衡平法传统，也缺乏个案造法的司法权力，对实施机制的探寻则须另觅他路。

我国《企业破产法》第27条规定了破产管理人应当勤勉尽责，忠实执行职务，但并未对债务人自行经管情形下管理层的信义义务进行说明。前述构成要件理论和团队生产理论均为管理层对数据主体负担信义义务提供了观念资源，实证法应对此做出响应。换言之，在破产法修改之际，创设一部信息时代的破产法的目标决定了应当将对数据主体的保护纳入考虑范围，信义义务是为有益的制定法尝试。不过，我国《民法典》第7条规定的诚实信用原则，因在本质上与信义义务内容相当，<sup>〔59〕</sup> 均指向对不忠行为与懈怠行为的管制，在现阶段足为破产程序中董事的信义义务提供规范依据。《个人信息保护法》第5—9条从限制欺诈、合理目的、透明化、准确性、保密与安全等方面对个人数据处理行为设定了原则化要求，从所欲规范的行为而言，均与信义义务相符。司法层面，应遵循以上要求探索可供识别的标准，准确对应现实需求。首先，应尝试建立数据受托人的定义性规范，以便在破产程序中清晰地判定责任主体，关键在于是否任何涉及数据处理的企业均应负担类似信义义务，或是否应根据数据平台企业的体量进行分类规制。这不

〔56〕 See Margaret M. Blair, Lynn A. Stout, A Team Production Theory of Corporate Law, 85 *Virginia Law Review* 247, 248–257 (1999).

〔57〕 See Lynn M. LoPucki, A Team Production Theory of Bankruptcy Reorganization, 57 *Vanderbilt Law Review* 741 (2004).

〔58〕 参见前引〔57〕，LoPucki文，第741页。

〔59〕 参见楼建波、姜雪莲：《信义义务的法理研究——兼论大陆法系国家信托法与其他法律中信义义务规则的互动》，载《社会科学》2017年第1期。

仅取决于技术化时代企业的发展态势,更应结合反垄断等竞争性法律对相关平台企业地位的界定。尽管尚无确信的指引,但显而易见,在破产程序中,超级网络平台自然须负担更高标准的信义义务。其次,须明确合理期待标准具体指什么。与侵权法上的注意义务所承担的角色一样,合理期待标准决定了是否构成义务违反。注意义务是行为人的主观状态并通过具体行为予以客观化。细化合理期待标准,则不仅需要明晰企业正常运营时数据主体的期待可能,还应给定破产程序中数据主体的期待利益,将二者加以比较,甚至可以综合多项因素建立量化模型,测试是否违反信义义务。

### (三) 破产程序中数据控制者信义义务的内容构成

信义义务二元论是信义法理论的基石,即以忠实义务保证受托人在面临利益冲突时舍弃自身利益,以注意义务要求受托人在知情的基础上勤勉尽职。<sup>[60]</sup>破产程序中的数据权益处理,数据主体对数据平台企业的依赖性更强,而且对于数据平台企业所可能采取的危害行为控制力更弱,<sup>[61]</sup>是故,对数据控制者信义义务的要求也随之提升。信义义务是一个开放的体系,具有伸缩的概念禀赋,能够适应不同语境呈现更为丰富的内涵。

首先,应当将注意义务内容扩充为保密义务与安全义务。注意义务以知情判断为前提,从而勤勉尽职,敦促经营管理层采取合规手段保证内部信息传输系统高效完备,为谨慎的商业判断提供条件。然而在破产程序中,涉及数据处理时,知情判断已非主要诉求,数据主体对平台企业的合理期待中包含着数据保密与数据安全的内容,而这两项均可以在注意义务的文义解释范围内导出。注意,或者谨慎,主要指以一种方式行事或言谈以避免引起冒犯或暴露私人数据的品质,<sup>[62]</sup>保密是最有力的注意形式,它确保受托人必须在有限的范围内共享信息,并维持信任。<sup>[63]</sup>破产程序中,对数据权益的处理可能涉及多重复制、传输,有泄密的风险,谨慎的保密义务要求受托人保证其处理数据的行为特别是接受数据的第三方是值得信赖的,<sup>[64]</sup>在技术上可要求受托人采取措施保证通过搜索引擎乃至非法的爬虫等途径无从获得该类数据。安全义务与保密义务是一体两面,它进一步抬升了保护标准,将是否采用安全保障提高到是否采用符合行业标准或用户合理期待的程度。这一保护标准要求,根据用户数据的性质、质量、浓度等作出区分性和同一性保护,即同等数据同等保护,不同数据分类保护。在此项下,还须遵循适应性原则,即根据当前技术的发展水平和企业本身所能承受的成本约束等加以适应性的动态调整,如引入K-匿名、差分隐私等越来越成熟的技术减少重新识别的风险。<sup>[65]</sup>保密义务与安全义务的设置有利于数据主体信任受托人在破产程序中不危害自身,确保接收数据的下游是合法的适格买受人,从而放心大胆地将个人数据交付后者而非进行持续性监督成本投入,避免数据泄露产生的风险与焦虑以及对人

[60] 参见前引[49],Bainbridge书,第113页;前引[53],Frankel书,第52页。

[61] 参见前引[47],Balkin文,第1222页。

[62] See Discretion, Oxford English Dictionaries, available at [http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american\\_english/discretion](http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american_english/discretion), last visited on Jan. 19, 2022.

[63] See Neil Richards, Woodrow Hartzog, Taking Trust Seriously in Privacy Law, 19 *Stanford Technology Law Review* 431, 460 (2016).

[64] 参见前引[63],Richards、Hartzog文,第461-462页。

[65] See Felix T. Wu, Defining Privacy and Utility in Data Sets, 84 *University of Colorado Law Review* 1117 (2013).

格权益的损害。

其次，受托人应履行持续披露义务以实现透明性要求。当事人的有效谈判是破产程序特别是重整的灵魂，但是当事人自发谈判不等于有效谈判，其容易陷入囚徒困境，从而产生损人不利己的结果。<sup>〔66〕</sup>学理上，破产程序中持续披露的意义一方面在于引导当事人展开有效谈判，另一方面则通过当事人异议制度和灵活务实的披露内容设计，令信息披露更契合当事人表决的需要。<sup>〔67〕</sup>如前所述，尽管在个人控制论的视角下，在破产程序中持续性地披露数据处理细节，可能并不能够令数据主体采取行动以保障自身数据安全，但是披露行为本身可以使数据主体感到信赖，正如论者所言，“通过披露行为传递的信任信号，比收集数据时反复允诺不会随意与第三方公司共享的模糊保证，更为直观而实用”<sup>〔68〕</sup>。进而引出的问题是披露信息的内容与强度为何。应当认为，根据比例原则，披露的内容主要限于非商业秘密以及非加工后的数据，亦即仅仅针对数据主体而言具有保护必要性的数据。此外，在披露过程中应采取手段防范数据主体的恶意利用和非法反向工程，防止部分主体借破产程序推进之名，行盗用数据牟取非法利益之实。至于披露的程度，不应要求令所有数据主体完全了解数据处理细节，而只需要符合基本的商业规范或行业要求，可借鉴证券法上的真实、准确、完整标准。换言之，只要披露行为依循合理的操作规程，满足用户的信赖保护需求，即可认为透明性信义内容的实现。

最后，受托人须履行忠实义务以实现数据主体利益最大化。忠实义务是信义义务的核心，它奠定了数据关系中数据控制者不作恶的理论基础。破产程序中，受托人所面临的利益冲突尤甚，如果在破产程序中面临董事利益与团队生产中其他成员的利益冲突，董事自保的动机可能会促使牺牲其他成员的权益，其中就包括数据主体权益。忠实义务为受托人行为确立了明确的指引，在面临利益冲突时，必须以维护包括数据主体权益在内的团队权益为目的。忠实义务并不意味着受托人不获取利益，<sup>〔69〕</sup>而是要求受托人必须进行利益衡量，将数据主体权益置于自身利益之上。例言之，如果在破产程序推进过程中，受托人违背隐私政策与第三方共享数据、根据数据主体类型在维权层面的能力差异歧视性地捏软柿子、通过不当的信息提示误导数据主体选择次优的利益处置方案等，均将构成对忠实义务之违反。

#### （四）破产程序中数据控制者违反义务的责任分配

前述关于数据受托人的责任讨论，是从宽泛的视角论证责任承担的条件，在实践中，有必要进一步分析数据平台企业与董事会之间的责任分配。在破产程序中，可能存在的责任分配类型是：（1）数据平台企业单独承担责任；（2）数据平台企业与董事共同承担责任。两种责任分配方式的主要区分在于董事承担连带责任情形。根据学界主流观点，即对于数据保护的规范学说，场景化识别与规制是构建数据保护法律关系的重要原则，亦即，根据场景化分类谨慎识别行为属性

〔66〕 参见高丝敏：《重整计划强裁规则的误读与重释》，载《中外法学》2018年第1期。

〔67〕 参见高丝敏：《论破产重整中信息披露制度的建构》，载《山西大学学报（哲学社会科学版）》2021年第3期。

〔68〕 前引〔63〕，Richards、Hartzog文，第464页。

〔69〕 参见前引〔47〕，Balkin文，第1225页。



并加以控制。<sup>〔70〕</sup>当前,数据外包产业的迅速发展,<sup>〔71〕</sup>推动形成企业自建数据分析系统与企业外包数据服务两种场景。<sup>〔72〕</sup>

第一种场景,大型数据平台企业自行研发智能化机器进行数据分析。此时,进入破产程序,董事会应当负总责。责任分配应具体化为以下情形:第一,董事会若积极监督系统是否符合安全标准,以信义义务为指引,谨慎地在推进破产程序中改善、调整数据处理所需的安全技术环境,此时,如若发生数据损害,经过具有行业标准化水平和资质的第三方专业技术机构鉴定发现最终的不利后果由数据分析系统本身的故障所产生,且该故障非可由董事履职所能排除,则认其对最终的数据损害不具有可归责性,应由公司按照破产程序中的正常风险承担责任;第二,如果董事未能确保履职过程中达到信义义务标准、满足用户合理期待,产生了最终的损害后果,且数据分析系统并无设计上的故障,纯粹因董事行为失误所致,董事应当对此结果与公司承担连带赔偿责任。至于董事承担责任的形态应当是仅由技术背景董事担责还是与其他非技术背景董事共同承担连带责任,这一问题与数据处理事项对专业化系统的依赖程度、破产事件对数据处理造成的影响力度、技术董事的解释必要性与清晰度等等因素有关,应根据特定案情加以厘定,不应设定一刀切的规范基准,否则将损及破产程序中董事的行动预期。

第二种场景下,第三方提供数据外包服务。此际,虽然数据外包企业进行数据分析处理,但仍然以董事会指示为依据,两者之间的关系可比照电子代理人行为,令前者行为归诸董事会。<sup>〔73〕</sup>关键在于,数据外包企业会基于其成熟的数据处理经验,在破产程序中为董事会提供备选处理方案。在此模式下,首先,如果董事会对于数据外包企业提供的处理方案进行了技术层面的审查,如复盘和检测了记录数据处理过程的相应分析步骤,在保证其符合安全和保密性要求时,可视为已经适当履职,对于最终的数据泄露风险,应由公司承受。其次,如果董事会在未进行合理审查的条件下,误信数据外包公司的处理建议,从而导致数据损害,则需与公司承担连带责任。至于对数据外包公司的追偿,则由二者之间的合同关系加以调整。

• 595 •

## 五、结 论

通过信义义务为破产程序中数据权益提供实质性保护,与个人控制论的数据保护立场形成合力支撑的体系效用。企业破产对数据保护场景的调整决定了数据主体合理期待应受到更高标准和更为细化的延续,避免数据主体负载在数据之上的人格权益与财产权益的流失。对数据控制者施以信义义务的法定性标准,能在畅通数据财产权益流转和维护数据人格权益正当性之间获得平

〔70〕 See Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010, pp. 1–11. 相关中文介绍,参见前引〔8〕,丁晓东文。

〔71〕 See Pierangela Samarati, Sabrina De Capitani di Cimercati, *Data Protection in Outsourcing Scenarios: Issues and Directions*, ASIACCS' 10: Proceedings of the 5<sup>th</sup> ACM Symposium in Information, Computer and Communications Security, April 2010 Page 1–14, available at <http://doi.org/10.1145/1755688.1755690>, last visited on Jan. 19, 2022.

〔72〕 参见程威:《人工智能介入董事会的董事义务与责任更新》,载《东北大学学报(社会科学版)》2022年第2期。

〔73〕 参见高丝敏:《智能投资顾问模式中的主体识别与义务设定》,载《法学研究》2018年第5期。

衡。具体承担信义义务的董事会应与数据平台企业一同负担信义义务，并通过责任约束确保数据主体的合理期待得以满足。我国现行法对信义义务的认知仍有不足，仅通过诚信义务的知识体系提供类似保护固然有益，但仍缺乏信义义务的实质性判定规则。在《个人信息保护法》施行和即将启动的《破产法》修改过程中，应当注意数据控制者在破产程序中履行信义义务的内容，探讨适度追究数据控制者违反义务的责任，在破产程序中创造更为有效的数据主体权益的保护制度。

---

---

**Abstract:** The protection of data rights and interests in the bankruptcy procedure has been paid more and more attention, but the current applicable rules of real right, contract and intellectual property are facing the dilemma of insufficient protection and improper adjustment. The standpoint of personal cybernetics established by comparative law, from the perspective of data subject locking the direction of data use, restricts the commercialization of data rights too much, fails to adjust the internal conflict between data personality rights and property rights, and is inconsistent with the concept of maximizing the value of debtor's property in the bankruptcy procedure. Should pay attention to the establishment of trust relationship between the data subject and the data controller, based on faith obligations constitutive requirements theory and team production theory in bankruptcy law, apply confidentiality, security, transparency and faithful trustee obligations for the data controller in the bankruptcy proceedings, and properly allocate responsibility according to the path of scenario in a data platform between the enterprise and business management. Through the mandatory legal liability constraint, it provides the behavior guidance for the data controller in the bankruptcy procedure, so as to strengthen the protection of the rights and interests of the data subject in the bankruptcy procedure.

**Key Words:** data equity, data controller, fiduciary duty, team production theory, scenario-based regulation

---

---

(责任编辑：周 游 赵建蕊)

## 论个人破产法上免责考察制度的法律构造

靳岩岩\*

**内容提要：**免责考察制度是个人破产立法中的核心问题，其法律构造包括免责条件和免责程序两大部分。《深圳经济特区个人破产条例》确立了免责考察制度的初步框架，但其免责条件规则对不予免责的债务情形和债务人情形规定不尽完善、缺乏对债务人清偿能力的考量，免责程序规则对免责申请的启动缺乏前置性程序的制约、许可免责程序过于复杂、对债务人所受的权利能力限制的规定过于简单。应在整体主义和利益平衡的理念下完善我国个人破产法上免责考察制度的法律构造。在完善免责条件规则层面，应当删除不予免责债务中的雇佣之债、设置所欠税款年限限制、明晰兜底条款范围，增加不予免责债务人情形中的原则性规定、设置债务人不当行为的审查时间，并在免责条件中纳入对债务人清偿能力的考察。在完善免责程序规则层面，应当以和解作为免责考察的前置程序，简化适格债务人的许可免责程序，完善破产失权和复权制度，进而构建更为合理的个人破产制度规则，为全国性的个人破产立法提供有益经验。

**关键词：**个人破产 免责考察制度 免责例外 前置性审查 失权

• 597 •

2020年8月26日，深圳市人大常委会审议通过了《深圳经济特区个人破产条例》（以下简称《深圳条例》），以地方先行立法的形式开启了我国个人破产的正式立法进程。<sup>〔1〕</sup>2021年7月19日深圳市中级人民法院也发布了首例个人破产案件判决书。<sup>〔2〕</sup>未来不论是全面推广地方性立法还是在全国层面统一立法，抑或二者并行，《深圳条例》均具有极其重要的试验意义，其文本对于完善我国个人破产立法也具有极其重要的分析价值。在整体框架已经完备的情况下，核心制度的完善变得十分紧迫。免责考察制度即属于个人破产法上的核心制度之一，债务人在通过破产清算

\* 靳岩岩，对外经济贸易大学法学院博士研究生。

〔1〕 于此之前，2019年9月台州市中级人民法院出台了全国首个个人债务清理的工作规程——《执行程序转个人债务清理程序审理规程（暂行）》，该工作规程具备了个人破产的实质功能与相当程序，但其主要目的是解决法院的执行难问题，与个人破产法的社会功能与实质目标并不相同，也并未冠以“个人破产”之名，因此，该规程不应归于针对个人破产的规范性文件之中。

〔2〕 参见深圳市中级人民法院（2021）粤03破230号（个1）民事裁定书。由于本案裁定的内容为破产申请人的重整计划而非清算免责，本文不再展开评述。

程序被宣告破产并完成破产财产分配后，只有符合了免责考察制度规定的条件，才能经法院裁定免除未清偿的债务并恢复破产程序中被限制的权利。从法理而言，免责考察制度的法律构造包括免责条件和免责程序两大部分，《深圳条例》第95条至第105条以专节规定了我国的个人破产免责考察制度，其在免责条件和免责程序上均有完善的空间。本文拟循此思路，借鉴个人破产立法成熟国家的相关经验，分析我国个人破产免责考察制度的不足并就其法律构造的完善提出建议，以期对我国个人破产立法的整体完善有所裨益。

## 一、比较法视野下个人破产免责考察制度的法律构造

在现代个人破产法制度确立之前，对于债务的偿还不能多以人身罚论处。英国1705年《破产法》首次准许“诚实而合作”的债务人获得破产债务免责。<sup>〔3〕</sup>该法规定了债务人如果在特定的期限内遵循地方长官的指令，所有的行为都满足该法令的要求，便可在其破产时免除债务。<sup>〔4〕</sup>进入工业社会后，随着资本市场的发展与人权意识的强化，破产免责所内含的债务人保护的制度功能与社会效应日益得到关注，各国个人破产立法也开始向“债务人友好型”的模式转变。例如美国1841年颁布的《破产法》改变了1800年《破产法》中禁止债务人提出破产请求的限制，允许债务人提出自愿破产并予以免责，<sup>〔5〕</sup>并将个人破产制度的适用由商主体扩大至一般主体，自然人的财务困境也可以通过破产法予以纾解<sup>〔6〕</sup>。在德国1877年第一部《破产条例》颁布100多年后，1999年开始实施的《破产法》也正式确立破产免责考察制度。<sup>〔7〕</sup>日本《破产法》也在1952年修改时改变了不允许免除债务的规定，允许债务人向法院提交免责申请。<sup>〔8〕</sup>尽管各国免责考察制度的立法理念与具体规则设计有所差别，但其法律构造基本由两大部分组成，即免责条件规则和免责程序规则。

### （一）免责条件规则

免责条件规则解决的问题是哪些未清偿的债务可以免责，以及债务人在哪些情形下可以免责。各国立法通常以设置否定性规则的方法予以明确。

设置不予免责的债务情形是基于对特殊债权人的保护或对公共利益考量的目的，从而拒绝破产债务人特定种类的债务免责申请。美国2010年修订后的《破产法》对不可免责之债的规定较为详尽，破产法院并不享有通过其衡平权利创设新的免责例外的权利。<sup>〔9〕</sup>具体而言，下列债务被排除在了破产免责之外：破产程序过程中以及申请破产前三年所产生的债务税收、欺诈性债

〔3〕 参见徐阳光：《个人破产立法的英国经验与启示》，载《法学杂志》2020年第7期。

〔4〕 See Bankrupts Act 1705 (4 Anne c. 17: An act to prevent frauds frequently committed by bankrupts), VII, available at [https://en.wikisource.org/wiki/Bankrupts\\_Act\\_1705](https://en.wikisource.org/wiki/Bankrupts_Act_1705), last visited on Aug. 31, 2021.

〔5〕 参见韩中节、高丽：《破产免责制度立法模式的比较考察及借鉴》，载《法学杂志》2010年第10期。

〔6〕 参见张阳：《个人破产何以可能：溯源、证立与展望》，载《税务与经济》2019年第4期。

〔7〕 See Introduction to German Insolvency Law, available at [https://www.justiz.nrw.de/WebPortal\\_en/projects/ieci/documents/public\\_papers/german\\_insolvency.pdf](https://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/projects/ieci/documents/public_papers/german_insolvency.pdf), last visited on Aug. 31, 2021.

〔8〕 参见刘颖：《日本的个人破产免责制度及其借镜》，载《经贸法律评论》2020年第5期。

〔9〕 参见〔美〕查尔斯·J·泰步：《美国破产法新论》，韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第1061页。

务、未列明的债务、信义欺诈或挪用、盗窃、侵占所产生的债务、家庭抚养与赡养费、故意恶性致人损害的债务、行政罚款与处罚、行使赔偿责任、教育贷款债务、酒驾致人死亡或损害的债务、涉及联邦保险储蓄机构或信用合作社的信托欺诈或挪用所产生的债务、其他法律规定的不予免责的情形。<sup>[10]</sup> 英国 2004 年修订后《破产法》对不可免责之债的规定相对笼统，主要包括由家事法院判决需要支付的费用、破产人引发的人身侵权之债、法院的罚款以及因为欺诈或者其他犯罪行为引发的债务、在法院颁发破产令之后产生的债务、自 2004 年 9 月 1 日之后的所有到期的学生贷款等。<sup>[11]</sup> 德国 2002 年《破产法》设置了更为宽松的免责条件，仅将破产程序中提出的赡养费支付申请、破产程序中债务人因疏忽大意而对债权人的侵权之债、行政罚款等强制性罚款、零利息的破产费用贷款等纳入了不可免责的债务范围之中。<sup>[12]</sup>

设置不予免责的债务人情形旨在防范不诚实的债务人通过个人破产制度来躲避债务，各国在具体规则制定上各有侧重。例如美国《破产法》第 727 条规定存在以下行为的债务人不能获得免责：实际欺诈转让、无正当理由而未能保存簿册与记录、破产犯罪、财产损失原因不明、拒绝作证或不遵守法院命令、内部人员的破产案件所禁止的行为、违反连续免责的时间限制、放弃免责与未能完成个人财务管理课程。相较于美国《破产法》“结果主义”的禁止性规则，德国《破产法》对债务人不当行为的评判更注重对“疏忽大意”等主观状态的认定，具体而言主要有以下几种情形：实施了破产犯罪；在破产程序开始前的三年内，为取得公共基金的贷款或逃避公共基金的债务偿还而实施虚假陈述行为；<sup>[13]</sup> 在破产申请提交前的十年内获得过破产免责；债务人因疏忽大意或重大过失导致破产债权人在破产程序开始前的一年内，在无法证明经济条件好转的情况下不合理的挥霍浪费或延迟破产申请；债务人因疏忽大意或过失违反了破产程序中披露或相关法律规定的义务。<sup>[14]</sup> 日本《破产法》也规定了严格具体的不予免责情形，但同时赋予了法院“即使存在前述禁止性情形，但针对特例亦可批准免责”的权利。<sup>[15]</sup>

除了设置不可免责的情形，也有国家另行规定了免责应当具备的其他条件。比如美国将免责权利与清偿能力挂钩，如果债务人的收入高于所在州收入的中值，且每月的超额收入能够向债权人清偿至少 124.59~207.92 美元（具体数额取决于债务总额），便推定债务人存在滥用免责的主观意愿，<sup>[16]</sup> 除非债务人同意由第 7 章的破产清算程序转至第 13 章的个人债务清理程序，否则法院将驳回申请<sup>[17]</sup>。再比如日本规定了 7 年内禁止再次申请免责，美国也根据程序类型与清偿比

[10] See United States Bankruptcy Code, Section 532., available at <https://www.usbankruptcycode.org/chapter-5-creditors-the-debtor-and-the-estate/subchapter-ii-debtors-duties-and-benefits/section-523-exceptions-to-discharge/>, last visited on Aug. 31, 2021.

[11] 参见徐阳光：《英国个人破产与债务清理制度》，法律出版社 2020 年版，第 113 页。

[12] See German Insolvency Statute 2002, Section 302, available at <https://germanlawarchive. iuscomp. org/?p=773>, last visited on Aug. 31, 2021.

[13] 公共基金（public funds）是指政府以所有权人身份拥有及处理的基金，包括可用目的支出之一切基金，如普通基金、特别收入基金、资本计划基金等。

[14] See German Insolvency Statute, Section 290.

[15] See Japanese Bankruptcy Act, Section 252, available at <http://www.japaneselawtranslation. go. jp/law/detail/?id=1887&vm=04&re=02>, last visited on Aug. 31, 2021.

[16] 参见前引 [9]，查尔斯·J·泰步书，第 1325 页。

[17] See United States Bankruptcy Code, Section 707 (b).

例设置了相应的后续免责限制。<sup>〔18〕</sup>

## （二）免责程序规则

免责程序是指债务人在进入破产程序后，作出一定行为或满足一定条件而被裁定可以免除债务偿还等责任的程序。按照是否需要经过公权力主体的审查批准，免责程序可以分为当然免责和许可免责。

当然免责是指当法院批准破产程序时或经过一定期间的考察期限后，债务人无需再向法院或行政机关提交申请，便可自动从破产程序中获得免责。<sup>〔19〕</sup> 美国《破产法》实行的是典型的当然免责制度，即一旦法院做出了破产裁定，债务人在免责范围内的债务都将自动失效，债权人禁止采取任何正式或非正式的行动对已免责的债务进行追偿。英国《破产法》在当然免责制度之上增加了免责等待期，2002年《企业法令》将1986年《破产法》的3年等待期缩短至1年，<sup>〔20〕</sup> 规定了债务人只要不违反法律的强制性规定，便可以在破产令颁布之日起12个月后自动免责。<sup>〔21〕</sup> 我国台湾地区“破产法”也规定了债务人可以当然免责。<sup>〔22〕</sup>

许可免责则体现了更为严格的破产审查观念，将破产裁定与免责裁定相分离，债务人需额外提交免责申请且经法院的批准才能免责，且一般伴随着一定时间的考察期。德国最新的《破产法》采取了许可免责制度，第287条规定了欲以免责的债务人需向法院提交申请，第289条规定了法院应当在听取破产管理人以及债权人的意见后，根据债务人的申请作出免责与否的决定。<sup>〔23〕</sup> 日本《破产法》第248条规定了破产人自破产申请之日起到破产程序开始后的一个月内可向法院提出免责的申请，破产法院在审查破产人不存在法律规定的不可免责的事由后，便可作出免责裁决。<sup>〔24〕</sup>

除此之外，不同国家对于是否设置前置程序，以及失权与复权制度等也作出了规定。例如德国《破产法》将债务清偿和解程序设定为破产审判的前置程序，只有在和解不能且向法院提交和解失败的官方证明之后，债务人才能进入正式的破产审判程序。<sup>〔25〕</sup> 失权制度则是债务人免责的“对价”，多以一定期间的限制令增加债务人的义务。英国《破产法》规定了申请免责的破产人不得在没有告诉贷款人已经破产的情况下，借款超过500英镑，或未经法院允许擅自担任公司董事或创建管理或推广公司，或在未告知已经破产的情况下，债务人用另外一个名字去经营公司，同时禁止债务人从事破产从业者的工作。<sup>〔26〕</sup> 德国《破产法》则要求债务人履行申请破产时所提交

〔18〕 参见徐阳光：《个人破产免责的理论基础与规范构建》，载《中国法学》2021年第4期。

〔19〕 参见前引〔11〕，徐阳光书，第111页。

〔20〕 See UK Enterprise Act 2002, Section 256, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/section/256/enacted>, last visited on Aug. 31, 2021.

〔21〕 但如果英国法院一旦对债务人颁发了刑事破产令，破产人就只能在破产程序启动之日起5年期满后，向法院提出免责申请，而不能适用自动免责的规定。See Insolvency Act 1986, § 280.

〔22〕 参见我国台湾地区“破产法”第149条的相关规定，即“破产债权人依协调或破产程序已受清偿者，其债权未能受清偿之部分，请求权视为消灭。”载 <https://wenku.baidu.com/view/39818c14a1116c175f0e7cd184254b35eefd1aa5.html>，最后访问时间：2021年8月31日。

〔23〕 参见前引〔7〕。

〔24〕 See Japanese Bankruptcy Act, Section 248, available at <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1887&-vm=04&-re=02>, last visited on Aug. 31, 2021.

〔25〕 See German Insolvency Statute, Section 301.

〔26〕 参见前引〔11〕，徐阳光书，第182页。



的收入转让承诺,并及时披露工作地点和薪酬变动,且不得单独清偿部分债权人。<sup>〔27〕</sup>与失权制度对应的是复权制度。申请免责的债务人在特定期限内未违反禁令并履行了其义务,对其行为限制应当自动或依申请解除。香港破产法则规定了复权期限为4年,新加坡解除破产令的时间由5年缩短至3年,但同时要求所剩债务额不超过50万新元。<sup>〔28〕</sup>

## 二、我国个人破产免责考察制度法律构造的现状与不足

### (一)《深圳条例》确立的免责考察制度的法律构造

《深圳条例》在第七章“破产清算”项下以专节规定了我国的个人破产免责考察制度。<sup>〔29〕</sup>关于免责条件,《深圳条例》第97条规定的不予免责的债务情形包括:因故意或者重大过失侵犯他人身体权或者生命权产生的损害赔偿金;基于法定身份关系产生的赡养费、抚养费 and 扶养费等;基于雇用关系产生的报酬请求权和预付金返还请求权;债务人知悉而未记载于债权债务清册的债务,但债权人明知人民法院裁定宣告债务人破产的除外;恶意侵权行为产生的财产损害赔偿金;债务人所欠税款;因违法或者犯罪行为所欠的罚金类款项;法律规定的其他情形。第98条规定的不予免责的债务人情形包括:故意违反行为限制的规定,故意违反协助处理破产事务义务和财产申报义务的规定,因奢侈消费、赌博等行为承担重大债务或者引起财产显著减少,隐匿、毁弃、伪造或者变造财务凭证、印章、信函文书、电子文档等资料物件,隐匿、转移、毁损财产,不当处分财产权益或者不当减少财产价值,法律规定的其他不得免除的情形。

• 601 •

关于免责程序,《深圳条例》采取了许可免责模式。债务人只有考察期限届满才能向法院申请对未清偿债务予以免责,免责考察期设定为3年,债务人在考察期内继续履行行为限制等义务。债务人完成剩余债务的清偿或债权人免除全部清偿责任,或考察期经过1年的债务人清偿剩余债务达到2/3以上,或考察期经过2年的债务人清偿剩余债务达到1/3不足2/3,考察期限推定届满。在考察期届满后债务人申请免除未清偿债务,由管理人对债务人的情况进行调查,征询债权人和破产事务管理部门的意见,并向人民法院出具书面报告。人民法院根据债务人的申请和管理人的报告,裁定债务人是否免除债务并解除对债务人的行为限制。《深圳条例》还规定了一些免责考察的配套制度,包括债务人收支及财产状况的披露义务、管理人对新增或者新发现破产财产的接管分配义务、免责效力所涉及的债权人范围、免责裁定的撤销事由、债务人或债权人的异议机制等。

### (二)《深圳条例》中免责考察制度法律构造存在的不足

#### 1. 免责条件规则存在的不足

首先,对不予免责的债务情形规定不尽完善。如果说债务人不予免责情形的设置目的是防范

〔27〕 See German Insolvency Statute, Section 295.

〔28〕 参见陈建萍、孟军:《个人破产者的重生——新加坡个人破产法律制度的启示》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2004年第5期。

〔29〕《深圳条例》将免责制度置于第七章“破产清算”中,在重整章专门规定有关重整计划执行完毕后对债务的免责,本文对这一部分不予讨论。

债务人恶意逃废债，不予免责的债务规则则更多以特殊债权人以及公共利益为出发点进行考量。有学者认为，我国应当“从国情和制度需要出发，规定一个以普通债务为主的较窄的可申请破产债务类型范围”，进而以严格的申请门槛防止个人破产制度被滥用。<sup>〔30〕</sup>该观点的确在“我国信用体系建设仍在起步阶段、社会诚信环境有待加强、个人债权债务纠纷数量庞大、司法系统未完全做好应对准备”的现实国情下有其积极作用。但在立法层面，法律的适用范围和涵盖内容应当适应更为长期的市场发展与社会稳定的需求，任何立法者都难以预估所有的可能性，也无法探明所有的特定情势，因此，《深圳条例》通过“负面清单”将不予免责的债务予以固定的做法值得肯定。但尽管现有立法模式有利于避免在司法实践中出现立法空白或朝令夕改，其具体的范围与规则设置却依然有待斟酌。例如第97条第3款将“基于雇佣关系产生的报酬请求权和预付金返还请求权”纳入不免责的债务范畴的规定是否有违物权优先的原则？又例如第97条第6款“债务人所欠税款”是否可以理解为即便是因税务机关的过错而导致的税款的欠缴，也应在三年追缴期届满后依然追偿？这显然与现行的规定相冲突。种类设置的不合理以及相关解释的缺乏，导致不予免责的债务规定在司法实践中难免会产生适用障碍。

其次，对不予免责的债务人情形规定过于笼统。破产免责的考察归根到底是为了过滤掉恶意破产者，让真正诚实的债务人得到债务重生的机会。但《深圳条例》既有的规定略显笼统而易在司法适用中受阻。例如对不予免责事由的发生时间未作规定，《深圳条例》第98条前两款均为在破产程序中的不当行为，考察的时间范围也自然是在破产程序开始后到考察期届满时。但第3款“因奢侈消费、赌博等行为承担重大债务或引起财产显著减少”与第5款“隐匿、转移、损毁财产，不当处分财产权益或者不当减少财产价值”的行为，可能发生在破产前。对此，法院是仅对发生于考察期的不当行为进行认定，还是只要债务人存在上述行为就取消其免责的资格，《深圳条例》未做任何规定。除此之外，仅有的五个不得免责的条款显然难以涵盖所有情形。例如除了《深圳条例》中所列举的因债务人的主观故意而减损财产的情形外，还可能存在恶意将不免责债务转变为免责债务等情形。尽管《深圳条例》第98条援引了其他法律的禁止性规定作为兜底条款，但无论是《深圳条例》还是其他法律，都尚不存在对破产债务人的免责作出的任何禁止或限制性的规定。在立法规则还不完善且尚未经过司法实践检验其合理性时，原则性规范的重要性尤为凸显。尽管《民法典》中的“诚信原则”“不得违反国家与公共利益”等原则性规定，同样应当适用于拒绝不诚信的债务人申请免责，而且《深圳条例》第3条也提及债权债务的清理应当遵循诚信原则，但这些原则性规定因没有被具体加设在不予免责的规则之中，而在司法实践中的适用性较弱。另外，基于《深圳条例》中不予免责情形的体例设置，“法律规定不得免除的其他情形”应理解为与前五款规定性质相同的内容，即债务人具体的行为而非法律原则，因此通过该兜底性条款进行原则的援引也缺乏可适用性。但罗列所有的不予免责的情形显然是个人破产法运行初期难以实现的，在规范性规则难以达至立法目的时，原则性规定的缺乏必定会导致司法裁判在立法空白情形下面对不应免责的债务人时陷入困境。

最后，现有免责条件规则缺乏对债务人清偿能力的考量。通过负面清单的形式列举免责条

〔30〕 参见赵万一、高达：《论我国个人破产制度的构建》，载《法商研究》2014年第3期。

件,可以最大程度地发挥个人破产免责考察制度对于促进债务人重生的功能,但客观上也导致对债务人申请免责的宽松。免责制度使合法免除偿债责任成为可能,若不设置严格的资格审查规则,不仅难以对欲滥用免责制度的债务人进行“过滤”,还可能会导致破产案件过多而浪费司法资源。前述负面情形的规定看似严格,但实际上适用范围有限,而且并不符合免责应当侧重考虑债务人清偿能力这一基本原则。目前的规则在免责申请条件中未明确清偿能力标准,实质上是个人破产申请条件与免责申请条件混同。《深圳条例》规定的个人破产条件是“因生产经营、生活消费导致丧失清偿债务能力或者资产不足以清偿全部债务”,并未单独规定免责申请的积极条件。个人破产程序包括清算、重整和解三种,而免责是清算程序中债务人在被宣告破产和财产分配后的申请,申请标准理应高于破产申请。尤其是个人债务人的财产状况和清偿能力往往处于变动之中,此时,若不对债务人的清偿能力进行评估,给免责申请设置明确的标准,则债务人欲通过破产免责解决自身财务困境但并不适宜裁定免责的案件量将难以预估。相比之下,如前所述,美国《破产法》为了防止债务人滥用清算救济程序,设置了严格的滥用识别标准,以债务人清偿能力作为免责申请的必要条件,这一做法显然比我国目前的规定合理。

## 2. 免责程序规则存在的不足

首先,对免责申请的启动缺乏前置性程序的制约。根据《深圳条例》的规定,债务人只要满足前述免责条件即可申请免责,没有前置性程序的制约。尽管申请程序的简易增加了免责制度的适用便利性,但将“对债务人适格与否的审查义务”与“更为合理的债务解决方案的设计工作”全部交由法院承担,显然会加剧司法资源的紧缺。债务人的负债情况与清偿能力不同,不顾个案差异而直接“放水入闸”,会激发过度的免责申请。我国个人破产制度前置程序的缺乏,在导致法院工作量激增的同时,亦可能错过当事人双方和解而达至更为合理的债务偿还计划的机会。

其次,许可免责的程序过于复杂。许可免责制度本身无可厚非,其适应了我国个人信用体系不完善的现状,通过法院审核的程序设置有助于降低债务人恶意破产的风险,适当的司法干预也是个人破产制度处于发展初级阶段的必须之举。但是根据《深圳条例》第101条的规定,在债务人提出免责申请后,要求管理人对债务人予以实质审查,且必须在征询债权人和破产事务管理部门的意见后,才能向人民法院出具报告。此举实际上将债务人的免责的审查权分配给了管理人、债权人、破产事务管理部门与法院。尽管法院为最终的裁定者,但多方主体对于债务人的考察与意见陈述,无疑会降低债务人对免责结果的可能性预期,尤其是将债权人作为意见提出的主体,长期被债权人讨债所困扰的债务人难免会质疑免除债务的可能性。免责结果的不确定性阻碍了债务人对经济重生的预期。而在此之前,债务人除了需要对部分未清偿债务安排清偿,还要承受为期限最少三年的限制令以作为债务免责的代价,在较高的免责成本伴随着高风险的不被免责的可能性时,债务人难免会降低通过破产来解决财务困境的意愿,进而产生恶意逃债的主观想法。

最后,对债务人在免责程序中所受的权利能力限制的规定过于简单。对债务人权利能力的限制体现了对其无法履行偿债义务的惩戒与警示,《深圳条例》第23条和第86条分别规定了债务人在免责考察期间应受到的消费行为限制与任职资格限制。前者多是出于对债权人保护的目,防止债务人的高消费行为减损破产财产;后者则是对债务人从事资金密集控制性职业能力的否

定，也是预防债务人通过挪用、转移等行为弥补自身的财务困境。<sup>〔31〕</sup>但现有的规定与债务人应承担的权利能力限制相比尚有距离。尤其是《深圳条例》所限制的债务人任职资格仅包含特定种类的公司的董监高，这样简单的规则设计将法律对债务人的威慑与惩戒功能流于表面而难以发挥实质功效。

### 三、我国个人破产免责制度法律构造的完善

#### （一）强化债权人与债务人的利益平衡理念

规则正外部性的体现，往往不在于它们给予了行动者个人以任何一种可识别的益处，而是它们增加了行动者所属于的那个群体的生存机会。<sup>〔32〕</sup>个人破产是债务处置的特殊手段，是诚实的债务人摆脱财务困境的桎梏、获得经济重生的底线安排。<sup>〔33〕</sup>免责制度的目的不是给予特定的债务人以债务解除，而是通过平衡债权人债务人关系，使双方达至利益均衡点，实现整个社会收益的帕累托最优。一方面给予债务人对未来收入可支配的预期，能够更有动力实现经济重建，另一方面也通过一系列的制度设计，使债权人得到最大程度且公平的受偿。

对于债务人而言，个人破产制度的设计应当为其重新投入经济建设提供激励机制。庞大的债务人群体的存在引起了社会和政治的不安定，当诚信的债务人陷入绝望的债务危机之中，公众全体并不会因此获益。只有通过给予债务人群体恢复经济参与权的机会，优化其在经济社会中的生存环境，进而激励债务人重新投入经济建设，<sup>〔34〕</sup>才能最大程度的促进公共利益的实现<sup>〔35〕</sup>。因此免责制度的设计应当秉持宽严相济的原则，制定相对宽松的程序规则与严格的债务人诚信审查机制，促进债务人通过其诚实合作行为得到经济重生的机会，进而发挥制度应有的功能。<sup>〔36〕</sup>

对债权人而言，个人破产制度的设计应当为债权人得到更合理与公平的清偿提供便利。破产程序的本质在于对破产人的非豁免财产的收集、清理，并以公平方式分配给债权人。<sup>〔37〕</sup>免责制度原本就不是个人破产的不可或缺的组成本分。但由于人道主义与整体主义的发展，单纯的债权保护理念在个人破产法的制定与发展中日渐式微，债务救济理念的兴起也让免责制度的产生有了正当性。但债权人作为社会资源的提供者与出借者，其收回本金及收益的权利理应受到保护。若

〔31〕 消费行为限制包括：乘坐交通工具时，选择飞机商务舱或者头等舱、列车软卧、轮船二等以上舱位、高铁以及其他动车组列车一等以上座位；在夜总会、高尔夫球场以及三星级以上宾馆、酒店等场所消费；购买不动产、机动车辆；新建、扩建、装修房屋；供子女就读高收费私立学校；租赁高档写字楼、宾馆、公寓等场所办公；支付高额保费购买保险理财产品；其他非生活或者工作必需的消费行为。任职资格限制包括：不得担任上市公司、非上市公众公司和金融机构的董事、监事和高级管理人员职务。

〔32〕 参见〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社2000年版，第16页。

〔33〕 参见前引〔6〕，张阳文。

〔34〕 参见张晨颖：《破产免责制度中的平衡理念》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2006年第3期。

〔35〕 See Charles Jordan. Tabb, The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge, 65 *American Bankruptcy Law Journal*, 365 (1991).

〔36〕 参见前引〔34〕，张晨颖文。

〔37〕 参见前引〔9〕，查尔斯·J·泰步书，第1044页。

免责制度成为债务人逃避债务的避风港,借贷的风险转嫁给债权人一人承担,则会挫伤债权人发放借款的意愿,同时也有违公平原则,不利于社会资源的有效配置。因此在为债务人提供经济重生机会的同时,应当通过个人破产法具体的规则设计,最大程度地保障债权人的公平受偿权。例如发挥管理人的功能,对破产财产提出专业合理的分配意见,避免债务人的财产状态进一步恶化,为债权人提供尽可能多的财产用以偿还。另外,债务人如果存在违反债权人利益的不当行为,法院除了裁定不予免责之外,还应使其承担更为严格的处罚责任,以回应债权人因免责而减损的财产利益与信赖利益。

## (二) 免责条件规则的完善路径

### 1. 不予免责的债务情形

免责债务的例外规定要兼顾公共利益与债务人的合法权利,根据平衡原则将既有的规则具体化。首先,应当将“基于雇佣关系产生的报酬请求权和预付金返还请求权”置于优先受偿的债务范围之中,而非免责例外的债务。基于对劳动者切身权益的保护,给予劳动债权以清偿的优先权是合理的,而且《企业破产法》也在立法与实践中检验了其必要性与可行性。<sup>[38]</sup>在《企业破产法》制定之初,学界亦有相关“担保债权”和“职工债权”的清偿顺位的讨论,“破产立法的根本目的是为解决在债务人丧失清偿能力时债务公平清偿问题(包括但不限于对职工债权的公平清偿),并通过维护市场经济秩序以促进社会经济发展,而不仅仅是为了保护职工权益,并不能将此作为立法的首要目标”<sup>[39]</sup>,而此观点也为立法者所采纳。<sup>[40]</sup>尽管企业破产与个人破产因主体破产后的存续状态不同而导致立法中一些理念与具体操作手段有所不同,但因雇佣关系产生的报酬请求权与担保债权的优先顺位,本质上就是债权和物权的优先顺位,与当初对《企业破产法》的讨论并无二致。如果超出担保物价值外的部分可以免责,而劳动债权却不能被免责,无疑是认为劳动债权的清偿优先于担保债权。且一些个体工商户在经营维持阶段因难以周转而负担的大量的劳动债务可能会成为其主要债务,倘若在破产免责后依然需要清偿则也有碍破产免责发挥其功能。因此建议参照《企业破产法》的规定,将劳动债权与预付金返还请求权从免责例外中删除,置于《深圳条例》第89条规定的“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后”的第一顺位进行清偿。一方面通过统一企业破产与个人破产的规定,避免实践中出现企业所雇佣的劳动力在受偿中比为个体雇佣的劳动力更为劣势的不合理情形,另一方面在发挥免责制度的功能、减少债权人的负担的同时,也可通过优先受偿的制度安排给予劳动者合理的酬金支付,保护其正当权益。

其次,应当给“所欠税款”增加年限限制。《深圳条例》中税收的免责例外体现出给予债务人全新开始的机会政策依然要让步于保护公共财政的目标。<sup>[41]</sup>但《深圳条例》未做任何的特别规定或例外规定,因此所有的税务种类以及所欠税款都会被纳入其中。由于个人破产法的适用包

• 605 •

[38] 《企业破产法》第113条规定:“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后,依照下列顺序清偿:(一)破产人所欠职工的工资……,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金……”

[39] 王欣新:《论职工债权在破产清偿中的优先顺序问题》,载《法学杂志》2005年第4期,第36页。

[40] 《企业破产法》第109条规定:“对破产人的特定财产享有担保权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利。”

[41] 参见前引[9],查尔斯·J·泰步书,第1063页。



含个体工商户，其所涉及的税款种类不仅仅包括个人所得税，还有营业税、教育税、城建税以及教育费附加等。纳税是法定义务，但将所有欠缴税款的情形都作为免责例外并不合理。美国的《破产法》为税收的免责例外设定了范围，仅有破产程序中产生的税务、所得税等特定种类且报税截止日期在破产程序启动前的3年之内的税务<sup>〔42〕</sup>以及欺诈性税务不可免责。<sup>〔43〕</sup>我国法律也有对税收时效的规定。根据《税收征收管理法》，因税务机关的责任而致使纳税人、扣缴义务人未缴或少缴税款的，三年内的可以要求其补足；因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误造成的少缴与未缴，税务机关可以在三年内追征税款与滞纳金，特殊情况下可以延长到五年；而对于偷税、抗税、骗税的，税务机关追征其税款、滞纳金以及骗取的税款，不受期限限制。<sup>〔44〕</sup>因此，在个人破产法的税务免责例外条款制定时，可以与我国税收征收管理的相关规定相契合，实行税务人类型化免责，即对在破产申请前三年产生的因税务机关或个人过失而造成的未缴纳税款予以免责，但欺诈性逃避税收而产生的税务，一律不能免责。此举不仅维护了政府的财政权威性，也敦促了税务机关在征缴税款时履行勤勉义务。

最后，应当明晰“法律规定不得免除的其他债务”的兜底条款的范围。例如，民法中所规定的“人身性质”的债务能否纳入该兜底条款的范畴中？债务人作为被委托人，在完成委托事项前申请了破产，如果继续履行该合同会导致破产财产的减少，能否允许委托人作为一般债权人申请债权，该债权又是否应当免责？笔者认为，“人身性质”的债务尽管是非纯粹的金钱给付债务，但委托人作为债权主体依然有受偿的权利，而且基于其履行方式的特殊性与对债权人的保护，类似债务被纳入不可免责的债务更为合理。因此，在个人破产法制定时应当明晰哪些情形应纳入免责例外的范围，亦可配套出台相应的司法解释做更为详尽的规定。

## 2. 不予免责的债务人情形

不予免责的例外是过滤掉非诚信债务人的最直接制度工具。在个人破产法制定时，应发挥原则性规定对不予免责事项的统领与兜底功能。具体而言，首先应当增加“损害国家与社会公共利益的不得免责”的原则性规定。债务免责制度的社会功能在于通过免责机制提升债务人重新投入经济建设的可能性，激发市场主体投资与创业的积极性，提高市场资金分配效率，降低非法债务催收等恶性事件的发生，通过债务人与债权人的共同获益增加社会的整体福利。但若对个别债权人的免责会严重损害国家与社会的整体利益，导致免责的结果与制度的社会功用相违背，则该免责应当予以禁止。例如通过个人破产免除自身巨额债务进而会引起金融市场甚至整个社会不稳定的债务人，或是曾经出现过严重的经济犯罪或通过技术手段监管套利的行为人，在破产免责申请时，法院应当评估对其免责带来的社会效应，进而裁判是否应当予以免责。其次，应当增加“违背诚信原则的不得免责”的规定。个人破产法是给予诚实债务人以经济重生的机会，所以“诚实”应当成为债务人得以免责的最低标准。免责制度的正当性得以论证的一个重要理论便是“债务人诚实合作”，即以免责的结果作为对诚实与合作的债务人的奖励，从而挖掘尽可能多的债务

〔42〕 美国《破产法》在税收的免责例外中也列举了少数不受时间限制的税种，例如“信托基金”型代扣税，其优先顺位与不可免责性均不受时间影响。但这些税种数量十分有限且在我国实践中较少涉及，因此本文暂不予讨论。

〔43〕 See United States Bankruptcy Code, Section 523 (a) (7).

〔44〕 参见《税收征收管理法》第52条。



人财产,以用于债权人分配。而若债务人在免责程序进行中存在欺诈或隐瞒行为,则债权人会失去对该制度公平合理受偿功能的信任,进而形成“债务人失信—债权人丧失对破产制度的信任—个人破产制度难以运行—债务人财务状况恶化—债务人失信的可能性增加”的恶性循环。而随着技术的发展,债务人对财产的恶意处置的情形也愈发复杂,远远不是《深圳条例》中所能罗列完全的。因此,在列举不当行为以给予一定的确定性与类比指引的同时,还应当增加“违背诚信原则的不得免责”作为兜底条款,给予司法更大的自由裁量空间以应对债务人的不诚实行为。

除了原则性规定的增加,既有的条文也亟需进行完善,给《深圳条例》第98条第3款和第5款增加“破产前三年内”的时间限制。按照对立法目的的理解,债务人不可免责的原因是“引起财产的减少”,该规定旨在对债务人“奢侈消费与赌博”以及“隐匿、转移与损毁财产”行为的禁止,而无论该行为发生的时间。但债务人并不能预见长期的个人资产的恶化,不当财产处置行为也并非都会导致债务人的破产。而该不当处置的行为是否应当成为免除债务人责任的否定因素,不仅要评估债务人破产的因果关系、该行为对破产程序产生了何种实质性影响,还要评判债务人的主观上的善意或恶意状态。而该种评判的标准十分模糊,且每一笔大额交易是否是不当交易都要进行评价必定会浪费大量的司法资源。因此,笔者建议将不当行为的审查时间限制在三年内。三年的限制与《民法典》中的“诉讼时效”的规定相统一,对个人破产免责而言是对三年前的债务“不予追究”,<sup>[45]</sup>体现出立法的一致性,便于司法审判的标准统一。采取“合理行为推定”认定三年前的债务人无法对三年后的破产行为预知,三年内的行为才会实质性地影响破产程序的进程,一方面可以合理保护债务人对其财产的处分权,保障其不因与破产结果无关的财产处置行为而丧失经济重建的机会,另一方面也能减少对债务人交易的不合理审查,避免司法资源浪费。

• 607 •

### 3. 明确将债务人清偿能力作为免责条件

借鉴美国《破产法》的做法,应当给申请破产免责的债务人设置清偿能力标准。债务人如果有足额的固定收入,即便现阶段出现了资不抵债的情形,也因其存在债务完全清偿的可能性而更宜通过和解、重整而非破产清算对其进行债务处理。“足额”的评判标准应当由两个要件构成:个人可支配收入与能用以偿还债务人的“超额收入”。<sup>[46]</sup>个人可支配收入作为个人消费开支能力的决定性因素,也是债务清偿能力最直接的体现;能用以偿还债务人的“超额收入”,则是在扣除债务人基本生活开支与必要花费后可以用来清偿债务的部分,由债务人具体的生产经营或生活水平情况而决定。如果两个评判要件都高于特定的标准,可以认定债务人具有偿债能力,不应对其裁定免责。就具体的标准而言,个人前一年的可支配收入如果低于本地居民的人均和支配收入,且年“超额收入”占比债务小于1/6的,<sup>[47]</sup>应推定债务人满足申请破产的收入标准。与此相关的是《深圳条例》第14条关于破产受理条件中“债务人依照本条例免除未清偿债务未超过8

[45] 此处的“不予追究”并非债务免责,而是不因债务人三年前的不当行为影响破产免责的效力。因该不当行为而产生的债务,可以进行正常的债务申报。

[46] 参见前引[9],查尔斯·J·泰步书,第1325页。

[47] 此处1/6的比例设置是为了与《深圳条例》第100条的规定相匹配,若考察期经过两年可偿还债务依然无法达至1/3的,应当认定债务人在申请破产时的超额收入不具备清偿能力。

年”的规定，即债务人获得免责后8年内不得申请个人破产。免责是破产清算程序的组成部分，而破产程序包括和解、重整和清算，那么规定债务人获得免责后8年内不得再申请破产，固然有助于遏制连续免责行为，但也剥夺了债务人申请和解和重整的权利与获得更好债务偿还计划的机会。这意味着立法将连续破产申请限制与连续免责限制相混同。建议明确8年为不得再申请免责的限制，而不是对于和解和重整程序的限制（包括清算，因为清算程序有转化为和解与重整程序的可能）。值得补充的是，考虑到实践中债务人获得免责后也会发生后续清偿行为，与其施加8年的权利限制，不如借此塑造激励机制。如果债务人获得免责后又清偿部分已免责债务的，则按照偿还比例相应减少8年的限制期限。

### （三）免责程序规则的完善路径

#### 1. 以和解作为免责考察的前置程序

以和解作为免责考察的前置程序不仅可以通过筛选合格的可免责债务人以减少法院工作量，缓解司法资源的紧张，还可以依托和解程序促进债权债务双方的有效沟通与矛盾化解。与德国《破产法》中法官主导且被赋予强制通过协议权利的债务和解程序不同，我国和解程序应当发挥管理人的作用。一方面管理人对破产财产与破产债务有着最为系统全面的了解，其所具备的专业知识有助于作出最合理的分配决策；另一方面只有充分发挥管理人的作用才能真正减少司法负担，提高司法效率。应当在破产程序开始时进行强制性的庭前调解，由破产管理人协助债权人和债务人就债务履行及相关事项进行商议。若形成一致意见，则各方按照和解协议履行即可。<sup>〔48〕</sup>若和解失败则进入破产程序。而在管理人对免责的条件进行认定后，管理人基于破产以及破产免责的效力对当事人告知后可以再次主持庭中和解程序。若和解失败，则继续破产程序。

#### 2. 简化适格债务人的许可免责程序

应当简化适格债务人的免责程序，摒弃多方主体对债务人免责的审查。根据《深圳条例》规定，影响债务人免责的主体包括法院、管理人、债权人以及破产事务管理部门，尽管后两者仅是通过管理人向法院表达自己的意见，但在法院的免责裁定仅基于管理人的报告以及债务人的申请的情况下，债权人和破产事务管理部门的意见无疑会给裁定结果造成实质性影响。这种不合理性显而易见：债权人作为债务人破产的最直接的利益受损者，易对债务人的免责结果产生不满，一般会倾向于债务人正常还债或通过重整程序得到尽可能多的清偿，因此难以根据债务人的实际情况作出理性的免责意见。而破产事务管理部门作为行政事务的承担者，职责的重点在于对管理人的监督以及债务人的破产信息登记与公开，而非对债务人免责的结果产生实质性的影响。因此更为合理的做法是取消征询其他主体的程序，在破产人提交免责申请后，由管理人出具证明材料与意见，由破产事务管理部门监督管理人所提交材料内容的真实性，由破产法院对债务人的情况进行分析与判断，决定是否应当裁定免责。

#### 3. 完善破产失权和复权制度

破产程序的简化与宽松所带来的风险，应当通过实体性的规则予以预防与威慑。<sup>〔49〕</sup>在债务

〔48〕 参见杨显滨、陈风润：《个人破产制度的中国式建构》，载《南京社会科学》2017年第4期。

〔49〕 参见邢会强：《经济法程序的特色与逻辑》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2013年第4期。

人享有债务免责的“福利”之时,也应当对其进行必要的惩戒以平衡其履行不能的违约行为,因此建立合理的失权制度尤为重要。<sup>[50]</sup>《深圳条例》规定的限制措施的范围较窄,因此,扩大失权的范围是控制和威慑债务人破产后实施不当行为的必要手段。首先,在个人破产法制定初期,可以通过兜底条款将无法列举详尽的情形纳入规则范畴内,赋予法官一定的自由裁量权,基于现有规则对个案中债务人的行为和职务限制进行调整。其次,应当增加职务的限制范围,除了限制破产人担任上市公司、非上市公众公司与金融机构的董监高之外,资金控制性较强的职位都应当纳入考量范围,例如禁止免责考察期的债务人担任上市公司、金融机构以及其他对市场外部效应较强的企业的会计与财务管理人员。另外,债务人也不应当担任与破产案件相关的法院或检察院的公务人员,以防对经办的破产案件产生较强的主观上的倾向性,有违公正原则。

破产程序后债务人所获得的社会评价将直接影响个人破产制度的社会可接受度,<sup>[51]</sup>通过给予经济重生的机会来维护诚实债务人的人格尊严,是债务免责的重要目标之一。但对于债务人而言,债务的偿还是定量的,而破产给其带来的外部效应的正负与多寡,则是难以量化的。如果因破产而使债务人丢掉工作或丧失一些必需的资格,或无法为社会或群体所接受,则该制度将难以发挥其社会功能,亦与原本目标大相径庭。所以应当在立法中禁止歧视依法免责后的债务人。美国《破产法》中所规定的任何政府机构均不得仅因为债务人的破产而在许可、批准、特许设立、特许经营或其他类似的授权、雇佣以及学生贷款等方面对其进行歧视。<sup>[52]</sup>尽管该条款因涵盖范围过小、破产与遭到歧视事实的因果关系难以认定等原因在适用上颇受争议,<sup>[53]</sup>但其体现出的对债务人破产后权益的实质性保护是与破产免责的本质目标相一致的。在我国个人破产免责制度的构建过程中,应当加入有关对债务人破产后歧视禁止的条款,将债权人、政府以及涉及债务人生产经营的其他主体纳入规制的范围。具体而言,应当禁止债权人损害破产免责债务人的的人格权与生命健康权;应当禁止对已经免责的债务进行任何方式的索要与追偿,但免责裁定被撤销的除外;应当禁止政府仅因破产事由而剥夺或影响债务人的取得行政许可、执照颁发或其他相类似的行政授权;其他社会主体不得仅因破产事由而侵犯债务人的劳动权、受教育权等基本权利。另应当规定兜底性条款,以便于调整歧视禁止的情形范围,进而为债务人的顺利复权提供保障。

• 609 •

## 四、结 论

免责考察制度直接关系个人破产制度实施中的公平。以免责资格和免责程序为核心,完善个人破产免责考察制度的法律构造,对于完善《深圳条例》乃至我国未来的个人破产立法均具有突出意义。此外,从各国个人破产立法的进程来看,个人破产法律制度的实施效果与社会信用环境的质量密切相关。就整体而言,我国当前社会的信用环境建设尚存在许多顽疾,《深圳条例》以及未来个人破产法律制度的实施,也肩负着改善社会整体信用环境的重要使命。市场经济的重要

[50] 参见前引[6],张阳文。

[51] 参见缪因知:《新兴法领域的社会科学运用:以金融法为中心》,载《思想战线》2020年第6期。

[52] See United States Bankruptcy Code, Section 525.

[53] 参见前引[9],查尔斯·J·泰步书,第1111-1114页。

标志之一就是市场主体从无限责任向有限责任的转化，成熟的市场经济法律制度也应当具备及时和公平清理到期债务的能力。在社会主义市场经济不断深化和完善的背景下，个人破产法律制度不啻于是市场经济法律体系的最后一块奠基石。

---

**Abstract:** Discharge investigation system is the core problem in consumer bankruptcy legislation, and its legal structure includes two parts: discharge condition and discharge procedure. The Consumer Bankruptcy Regulations of Shenzhen Special Economic Zone has established the preliminary framework of the discharge investigation system, but its discharge conditions and rules are not perfect in terms of the circumstances of the debts that are not exempt from discharge and the circumstances of the debtor, and lack of consideration of the debtor's repayment ability. The discharge procedure rules lack the restriction of the prior procedure on the initiation of the discharge application, the procedure of licensing the discharge is too complicated, and the stipulation on the limitation of the debtor's right and capacity is too simple. We should perfect the legal structure of the discharge investigation system in the consumer bankruptcy law under the idea of holism and balance of interests. At the level of improving the rules of exemption conditions, it is necessary to delete the employment debts in the debts that are not exempted, set the limit on the years of tax owed, clarify the scope of the clauses, increase the principled provisions in the case of non-exempt debtors, and set up the review of the debtor's improper behavior period, and include the inspection of the debtor's solvency in the exemption conditions. At the level of improving the rules of exemption procedures, we should take the reconciliation as the pre-procedure for exemption inspection, simplify the procedures for exempting qualified debtors from liability, improve the bankruptcy failure and reinstatement system, and then construct a more reasonable personal bankruptcy system and rules, and provide useful experience to a nationwide personal bankruptcy legislation.

**Key Words:** consumer bankruptcy, discharge investigation system, discharge exception, preemptive review, loss of right

---

(责任编辑：周 游 赵建蕊)

## 权利正当性视野下代孕合法化的三重条件

李亭慧\*

**内容提要：**人类生殖辅助技术的更迭挑战了现有的法律，引发了关于代孕合法性问题的争论。支持代孕合法化最有力的理由是生育权，但事实上只有无法克服客观生育障碍的少数人的代孕需求才值得回应，并且，帮助一个人克服生育障碍不应以牺牲他人的人格利益为代价。因为，代孕行为直接关涉代孕人核心的物质性人格利益，这类人格利益直接影响人的生命健康，支配这类利益应当以尊重人格价值为基本前提，因此不宜以有偿的商业化方式进行交易。而在非交易关系中，无偿行为或可为代孕的合法性辩护。但即便是无偿的代孕行为，仍须符合一些禁止性条件。

**关键词：**代孕 生育权 物质性人格权 无偿行为

• 611 •

### 一、引 论

近年来，代孕愈加频繁地出现在人们的视野内，伴随着学界对新兴权利的关注，有关代孕能否合法化的问题也争议不断。虽然，一些国家对代孕已有较成熟的法律规定，但各国法律对代孕的接受程度各不相同，而其经验也不能直接借鉴参考。我国现行法律对代孕态度模糊，一方面仅在行政法规、部门规章等行政规范性文件中明确禁止代孕，例如，在2021年4月28日颁布的《中国反对拐卖人口行动计划（2021—2030年）》规定：“严禁以他人名义入院就医和分娩。严厉打击代孕等违法行为。”但宪法、法律对代孕却无明文规定。另一方面，虽然法规及规章明文禁止代孕，但是对代孕的行政处罚力度过轻，例如，尽管卫生部2001年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第22条规定开展人类辅助生殖技术的医疗机构实施代孕技术的，“由省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门给予警告、3万元以下罚款，并给予有关责任人行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任”，但在我国刑法中却未规定对应的罪名，甚至，法律法规并未对

\* 李亭慧，中国政法大学法学院博士研究生。

非医疗机构实施代孕的行为规定任何处罚措施。在这种情况下,现实中的代孕行为从未消失,有关代孕合法化的呼声也始终没有停止。那么,代孕能否被合法化呢?

目前学界已有诸多有关代孕问题的研究,具有代表性的研究角度有:在比较法视野下研究国外立法,<sup>〔1〕</sup>立足于国内代孕司法判决和立法制度的研究,<sup>〔2〕</sup>从权利视角探讨代孕正当性问题,如讨论生育权与代孕的关系,<sup>〔3〕</sup>代孕涉及的代孕妇女权利、代孕婴儿权利<sup>〔4〕</sup>等特殊群体的现实权益的保护问题等。本文仅从权利的正当性角度出发,讨论代孕的合法性条件。因为,代孕合法化争议的背后是生育权和代孕人人格权之间的冲突与权衡,每一种权利都有其正当性基础,承认代孕就是对代孕人人格权的正当性的漠视,把其人格权推向危险的边缘。出于对权利正当性的同等尊重,我们必须小心翼翼地寻找它们共存的空间,以一种“悬崖上玩跷跷板”的方式,在承认代孕的同时又把代孕限定在极其有限的领域,以寻求代孕的正当性为起点,将人格权的不容侵犯做为终点,最后得出代孕合法化的三重条件。

本文论证思路如下:首先,本文从最主流的代孕正当性理由——生育权的视角出发,讨论生育权的实现不应以牺牲代孕人的人格利益为代价;其次,通过区分物质性人格权和精神性人格权来探讨支配物质性人格利益的可能性及限度,进而探究代孕行为的可行性,由于代孕行为直接影响代孕人的核心人格利益,关涉物质性人格权利的让予问题,因此,此种对自身核心利益支配权的行使只能是无偿行为;最后,即便是无偿的代孕行为,既要谨防私下交易的风险,也要符合法律法规道德伦理的限制性条件,还不得损害代孕人的健康、不得违背代孕人的真实意愿等等。

• 612 •

## 二、代孕的正当理由:生育权的视角

目前,各国法律中代孕是否合法及其对代孕的接受程度各不相同。欧陆大部分国家的法律禁止代孕,例如,德国《胚胎保护法》(1990年)规定:“对意愿在分娩后将子女转让给第三方的妇女(代孕母亲)进行人工授精或将人类胚胎转移的任何人,最高可判处三年以下有期徒刑

〔1〕 比较典型的是肖永平和张弛根据代孕性质对其进行分类,梳理了世界各国法律对代孕的不同规定,并针对我国有关代孕的司法裁判,提出了根据当事人的诉求确定案件的性质等建议。参见肖永平、张弛:《比较法视野下代孕案件的处理》,载《法学杂志》2016年第4期。何悦和俞风雷通过研究英国的代孕模式,研究非商业代孕在我国的可行性。参见何悦、俞风雷:《我国代孕生殖立法研究——以英国代孕生殖立法为视角》,载《法学杂志》2017年第5期。又如,从亲子关系认定的视角,比对欧洲立法和中国的本土经验。参见黄志慧:《代孕亲子关系的跨国承认:欧洲经验与中国法上的选择》,载《环球法律评论》2021年第2期。

〔2〕 朱晓峰对全国首例非法代孕监护权纠纷案做出评释,认为部分代孕协议可以纳入我国现有法律体系,符合《收养法》的依据该法处理代孕子女的监护纠纷,并应依照未成年人最大利益原则为代孕子女寻找收养人。参见朱晓峰:《非法代孕与未成年人最大利益原则的实现——全国首例非法代孕监护权纠纷案评释》,载《清华法学》2017年第1期。徐明在现有法律禁止代孕的立场上,探讨对代孕行为的刑事治理问题,并认为对非法代孕行为应实行法定犯模式。参见徐明、高晟:《论代孕行为的刑事治理策略》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2021年第4期。

〔3〕 刘长秋反驳了支持代孕的权利学说,认为禁止代孕不构成对委托代孕者生育权以及代母身体权的侵害,反而法律为以上两种权利设置了合理边界。参见刘长秋:《权利视野下的代孕及其立法规制研究》,载《河南大学学报(社会科学版)》2015年第4期。

〔4〕 部分学者认为代孕不只是生理活动更涉及人格尊严,尤其是涉及代孕女性和代孕婴儿人格的内在价值。参见张新庆、梁立智、杨国利、王玉琼、廖新宇:《“生命尊严”系列讨论之四:代孕是否冒犯了人的尊严?》,载《中国医学伦理学》2018年第2期。



刑及罚款。”〔5〕《法国民法典》同样否认代孕合同的效力。与欧陆国家不同的是，英国法律虽然禁止了商业代孕，但为利他性代孕留有空间，英国《代孕协议法》（1985年）第3条第1至6款规定不得从事代孕的代理、中介活动，以及任何报纸、电视、出版物不得刊载或播出有关代孕的广告。〔6〕《人类授精与胚胎法》（1990年）又补充规定：“已婚夫妇可以（在一定条件下）简易要求法院作出命令，规定应将代孕母亲分娩的孩子在法律上视为他们自己的子女。”〔7〕而美国联邦法律没有关于代孕的统一规定，各州有着不同的规定，例如在加利福尼亚州代孕合法，路易斯安那州、新泽西州则对代孕有很多限制，而大部分州并未在法律中对代孕予以明确规定。虽然代孕问题在各国法律中各有规定，但大抵可以分为支持、禁止、部分开放三种态度。在支持代孕合法化的诸理由中，一种观点认为实现生育权是代孕合法化的正当理由。

### （一）代孕是实现生育权的一种方式

这种观点将代孕的正当性与保障生育权联系在一起，并提出了相应的文本支持，即世界卫生组织对生育权的内容做出了规定：生育权基于对所有配偶和个人基本权利的承认，包括自由和负责地决定其子女的数量、间隔和时间，并有权利获得这样做的信息和手段，以及有权利获得最高标准的性健康和生育健康，还包括有权利在不受歧视、强迫和暴力的情形下作出有关生育的决定。〔8〕需要注意的是，承认生育权的正当性不能等同于承认代孕的正当性。与其他权利不同，生育权具有某种特殊性，但其并非霍菲尔德意义上的特权（privileges）即“A对做 $\varphi$ 享有一项特权，当且仅当A没有义务不去做 $\varphi$ ”〔9〕。如果生育权是一项特权，就会出现这种情况，你有一项权利生育子女，也就意味着你没有义务不去生育子女。如果你决定放弃生育行为，你并没有违反任何义务。生育权的特殊性在于一个人单方无法实施生育行为，无法实现自身的生育权，生育权的实现需要异性的配合。

在我国法律中，男性和女性都享有生育权。首先，女性的生育权明确规定在《妇女权益保障法》第51条，该条第1款规定：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”其次，男性也同样享有生育权，有关男性生育权的内容则在司法审判中得到承认，例如河南省洛阳市中级人民法院2015年的一份判决书认为：由于不遵守交通规则，造成他人及其怀孕的妻子受伤，致使胎儿流产的，属于侵害了胎儿准父亲人格权中的生育权，侵害了其所享有的保护胎儿正常发育和出生的权利，应当赔偿精神损害抚慰金。〔10〕也就是说，我国法律同样保护男性的生育权。最后，还存在男性与女性生育权发生冲突的可能性。虽然每个人都享有生育自由，但当你行使生育权，放弃生育时，有可能会侵犯另一方的生育权。例如，我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第23条规定：“夫以妻擅自中止妊

〔5〕 Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz-ESchG), Dec. 13, 1990, § 1.

〔6〕 See Surrogacy Agreement Act 1985, Sec. 3.

〔7〕 Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Sec. 30.

〔8〕 See Reproductive Right, available at [https://en.wikipedia.org/wiki/Reproductive\\_rights#cite\\_note-autogenerated1-2](https://en.wikipedia.org/wiki/Reproductive_rights#cite_note-autogenerated1-2), last visited on Aug. 10, 2021.

〔9〕 [英] 莱夫·韦纳：《权利》，瞿郑龙、张梦婉译，载朱振、刘小平、瞿郑龙编译：《权利理论》，上海三联书店2020年版，第24页。

〔10〕 参见河南省洛阳市中级人民法院（2015）洛民终字第357号民事判决书。

娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的,人民法院不予支持……”生育权的特殊性就在于一个人无法实现生育行为,但是一个人生育权的实现不能以牺牲其他人的生育权为代价。

在婚姻关系中,男女双方的生育权存在相互冲突的可能性,但是由于怀孕、生产的过程主要由女性担负,女性在生育关系中理应得到更大的保护,因为剥夺女性生育权造成的伤害远远大于剥夺男性生育权造成的伤害,所以,女性应当享有选择生育还是不生育的自由。如果允许索赔,就会变相使女性沦为生育的工具。也就是说,无论是否存在婚姻关系,一方若想实现生育行为,必须有另一方的配合。生育权为男女双方共同享有,当女性不愿生育时,男性有义务不去强迫女性从事生育行为,这就说明男性享有的生育权不是一种特权,如此,生育权就突破了霍费尔德的特权模式,由此可见,生育权的实现是附有条件的,即不能牺牲另一方的生育权。

## (二) 生育障碍及其代孕理由

那么,当有人因客观原因遇到生育障碍时,是否可以以实现生育权为理由要求代孕,比较典型的就是因不孕不育或其他健康原因不能或不适宜生育的夫妻,以及想要养育下一代的同性恋伴侣。这类人群虽然在主观意愿上想要实现生育行为,但在客观上他们又无法通过正常途径孕育下一代。在这种情况下,领养也是解决生育难题的一种办法,但是人们普遍有一种延续自身基因的愿望,有些人始终抱有想要一个“自己的孩子”的想法,这是一种生育的意愿,这就导致了代孕的刚性需求。代孕行为是指借助现代生殖辅助技术,将胚胎植入代孕妈妈的子宫,由其替代他人进行孕育和分娩的行为。<sup>[11]</sup>这就意味着代孕需求方要想实现自己的生育权,就需要代孕妈妈部分地让渡自己的身体,而妊娠行为直接牵涉到代孕人的核心人格利益,尤其是在代孕涉及的生殖辅助技术存在一定风险时,这种人格利益的保护尤其重要。<sup>[12]</sup>因此,这就需要在一方的生育权和代孕方的人格利益之间慎重衡量,即这类群体的生育权能否对抗代孕人的身体权和健康权,<sup>[13]</sup>或者,一方生育权的实现能否以牺牲他人的人格利益为代价。

这时,首先要区分不同性质的代孕需求,一种是上文提及的由于身体上的客观原因导致的生育障碍需要请人代孕。还有一种情况是,需求方客观上不存在生育障碍,单纯在主观意愿上想要请人代孕。例如,一些职场女性因不想被生育影响工作寻求代孕;又如一些女性不希望经受孕给身体带来的痛苦而选择代孕。当然,这种需求不局限于女性,现实中也有很多男性通过代孕生

[11] 本文所述的代孕仅指人工代孕,而非自然代孕。自然代孕,是指代孕人通过有性生殖行为怀孕、生育的代孕行为。这种代孕方式突破了婚姻制度和伦理关系,有违社会的公序良俗,因此不被现行法律接纳。例如,北京市朝阳区人民法院的判决就不认可同居代孕协议的效力。参见北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初712号民事判决书。

[12] 临床表明辅助生殖技术已成为导致异位妊娠的主要因素之一,概率高达6.97%。参见李旒、刘风华、龙晓林、张伟良、杜红姿、石宇:《辅助生殖技术后异位妊娠82例临床分析》,载《实用妇产科杂志》2010年第5期。

[13] 这里之所以分别提及身体权和健康权,是因为与健康权相比,身体权除了表达了身体的完整,更加强调积极主动支配自己身体的器官或组织的自由。而对于身体权的范围学界始终存在争议,一种观点认为身体权与健康权、生命权共同构成了人格权的基础,三者同等重要,身体权是一项独立的人格权利,不能包括在健康权之中。参见杨立新:《论公民身体权及其民法保护》,载《法律科学》1994年第6期;李显东:《人身权法案例重述》,中国政法大学出版社2007年版,第50页。另一种观点认为,身体是生命健康的载体,有关身体的权益可以涵盖在健康权和生命权之中,若身体受到侵害,健康必然也会受到损害,如此相关的权益可通过健康权,甚至生命权的规定予以保护。因此,“身体权”无需单独作为一项独立的权利。参见唐德华:《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释的理解与适用》,人民法院出版社2001年版,第28页。最终,我国《民法典》人格权编第1003条明确认可了身体权的独立意义,规定:“自然人享有身体权。自然人的身体完整和行动自由受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的身体权。”以此强调人身自由和身体完整的重要意义。

育子女的例子。后一种代孕需求，仅仅是出于需求方的主观意愿，并非客观上不具备生育能力。由于代孕价格不菲，选择代孕的人群，一般都拥有优越的经济条件，具有较高的支付能力。那么，一个人能够仅仅出于主观意愿就购买使用他人的身体吗？如果可以，就会导致一种不公正的后果，即强者对弱者的剥削。并且，很多仅基于主观需求而产生的代孕案例在代孕过程中催生的生育行为已经超出了婚姻关系。一些女性误以为，代孕可以把女性从生育的桎梏中解放出来，但这种解放的代价是给弱勢的代孕女性套上更加沉重的生育枷锁，代孕反而成为致使女性物化的原罪。因此，后一种代孕需求早已超出了生育权所要保障的权益范围。

### （三）客观生育障碍作为代孕的正当理由

更为棘手的考量在于第一种情况，当少数人因客观上的身体障碍而无法生育时，法律是否应该为他们留有代孕的空间？首先要明确的是，这种生育障碍是源自个人原因，不能归为生育权利被剥夺或者被侵犯的情形。也就是说，一个人可能因为各种原因丧失生育能力，但导致不能生育的原因不属于我们要考虑的范围，也就是说，一个人没有生育能力是一个既定事实，即便一个人无法生育，但其仍然享有生育权。例如，某女患有先天性心脏病，如若生育会大概率导致其死亡，但她仍然有决定自己是否生育的权利。又如，某男没有生育能力，但其仍享有不因无法生育而受到歧视的权利。如上情况我们只能说这类人群具有生育障碍，而非丧失或被侵犯了生育权利。

但是，随着科技的进步，出现了各种辅助生殖技术帮助人类克服生育障碍，例如，人工授精、胚胎移植技术等。在这种情况下，一部分具有生育障碍的人群，就在技术的帮助下能够凭借自身的孕育实现生育行为，我们熟知的试管婴儿就是辅助生殖技术的产物。因此，比较理想的情况是，将胚胎植入母体之内，无论精子和卵子是来自父母亲本人还是来自其他人的捐献，该女性凭借自身怀孕、生产的孩子将成为其自然血亲子女。但是，技术不是万能的，仍旧有一部分人群无法凭借自身实施生育行为，例如，对女性来说，年龄过大就是很难克服的困难。而这部分人就产生了代孕诉求。也就是说，根据胚胎植入对象的不同会导致不同的结果：第一种情况是，当某人能够通过辅助生殖技术克服生育障碍，并通过自己的身体实施孕产行为时，我们认为她在行使自己的生育权，并且她在实施生育行为时没有违反任何义务；第二种情况是，具有生育诉求的某人，在生殖技术的帮助下也无法通过自身孕育子女，有可能会选择将胚胎植入代孕人体内，以获得延续后代的机会。那么，这种寻求代孕生育的行为可以被称为一种权利吗？

可以肯定的是这种行为并非是一种特权，否则就会出现如下情形：如果你有一项权利请求他人代孕，也就意味着你没有义务不去寻求代孕。如果你决定放弃寻求代孕，你并没有违反任何义务。这显然有违上文的讨论，因为，没有生育障碍的人以及通过技术可以克服生育障碍的人通过代孕实现生育行为是不正当的。另外，这种寻求代孕生育的行为是一项要求权吗？霍菲尔德认为要求（claims）就是“A享有B做 $\varphi$ 的一项要求权，当且仅当B对A负有做 $\varphi$ 的一项义务”<sup>〔14〕</sup>。如果代孕是一项要求权，就会变成代孕需求人享有代孕人为其代孕生育的一项要求权，当且仅当代孕人对代孕需求人负有其为其代孕生产的义务，这项要求权才能产生。如果代孕人与代孕需求人

〔14〕 前引〔9〕，莱夫·韦纳文，第25页。

之间达成契约, 这项要求权是否有可能基于契约而产生呢?

### 三、有偿代孕契约侵犯人格权吗?

#### (一) 两类人格权

无法解决生育障碍的代孕需求方与代孕人达成代孕的合意, 签订代孕契约。这时存在两种情况: 若此契约属于有偿契约, 双方存在交易关系; 若该代孕行为是无偿行为, 则双方属于非交易关系。有偿行为是指依法承担给付义务是以另一方承担对待给付义务为条件, 并且对待给付和给付具有对等价值的情形。如果根据当事人已成为行为内容的意愿, 另一方不需提供对待给付, 那么负担行为就是无偿的。<sup>〔15〕</sup> 有偿契约是最普遍的契约形式, 有偿代孕契约中需求方对代孕方负有给付义务, 也存在有中介参与的三方行为的可能。也就是说, 代孕方通过自己的子宫孕育胚胎, 代替需求方实施生育行为, 并通过这种“租赁”换取一定收益。在这种代孕关系中, 代孕行为与一定数额的金钱存在等价关系, 这就出现了用经济利益换取人格利益的情形。当然, 并非所有的人格利益都不能换取经济利益, 例如, 肖像权、姓名权。我国《民法典》第1018条至1022条<sup>〔16〕</sup>规定了肖像的制作、使用、许可使用及保护等内容, 肖像权人可以许可他人制作、使用、公开肖像权人的肖像。为什么同属于人格利益, 肖像可以合法地许可使用, 但子宫却不能用来换取经济利益呢?

民法学者认为, 人格权可以分为精神性人格权和物质性人格权, 精神性人格权是自然人对其精神性人格要素的不可转让的支配权的总称, 例如肖像权、名誉权、隐私权等。物质性人格权是指自然人对于生命、身体、健康等物质性人格要素的不可转让的支配权。<sup>〔17〕</sup> 这种划分主要是为了区分人格权保护的利益的不同性质, 其中物质性人格权属于固有性权利, 具有强烈的专属性, 与主体不可分离, 无需通过人的行为而取得, 并且物质性人格权的客体是生命、身体、健康等人身固有的人格利益, 因此这种人格权不得克减。<sup>〔18〕</sup> 从后果主义的角度讲, 物质性人格权关涉核心的人格利益, 一旦出现侵害, 很难用金钱或其他方式进行等价补偿。例如, 对比肖像权的使用和代孕行为, 如果肖像权受到侵害, 一般来说分为两种: 一是未经许可的使用有损肖像权人的经济利益, 另一种则是不合理的使用有损肖像权人的名誉、形象等人格利益。前者可以通过补偿经济损失的方式作为弥补, 后者可以通过恢复名誉、消除损害、道歉、赔偿精神损失等进行救济。相比较而言, 代孕则是通过子宫实施生育行为, 一旦代孕人在实施代孕的过程出现问题, 人格利益遭受损害的程度更加严重, 对代孕人的生命健康会产生重大影响。因此, 对代孕争议来说, 其中涉及的人格利益保护与物质性人格权的保护相关。

总体而言, 在我国法律中物质性人格权属于非商品化人格权, 而部分精神性人格权则可以在

〔15〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册), 王晓晔等译, 法律出版社2013年版, 第446页。

〔16〕 《民法典》第1022条规定:“当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的, 任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同, 但是应当在合理期限之前通知对方。当事人对肖像许可使用期限有明确约定, 肖像权人有正当理由的, 可以解除肖像许可使用合同, 但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的, 除不可归责于肖像权人的事由外, 应当赔偿损失。”

〔17〕 参见张俊浩:《民法学原理》, 中国政法大学出版社1997年版, 第135、138页。

〔18〕 参见王利明:《人格权法研究》, 中国人民大学出版社2005年版, 第45页。

具备相关权利能力的主体的意志决断下作为商品进行交易。之所以对物质性人格权的保护程度更高，对其利用的限制更为严格，是因为物质性人格权直接关涉人自身的物质存在，影响人的行动能力和生存质量，物质性人格权的特殊性也在于此。

## （二）契约自由与保护物质性人格权的冲突

对于部分精神性人格权，权利主体可以自我决断，那么，这种意志自决为什么不能突破对物质性人格权的保护呢？代孕人的同意能否对抗这种核心人格利益受损的巨大风险？这就涉及物质性人格利益的利用问题，而现实中对资源最普遍的利用方式就是以契约的方式进行交易。但由于物质性人格权的特殊性，各国法律对物质性人格利益的契约交易呈现出截然不同的态度。对比来讲，国外已有物质性人格利益商品化的先例，例如，美国是世界上人体资源利用最为开放的国家，在加利福尼亚等州代孕都属合法行为，并且，血液、卵子等人体组织都可以在相关组织的监管下进行交易。<sup>〔19〕</sup>但是人体器官买卖在世界上大部分国家都属违法，当然也有例外，在伊朗允许肾脏的合法买卖。<sup>〔20〕</sup>在我国，由于这些行为都会对供体的生命健康有不同程度的风险和影响，<sup>〔21〕</sup>因此为我国法律所禁止，例如对血液这种可再生的人体组织，根据《献血法》，<sup>〔22〕</sup>卖血和接受卖血均属于违法行为，而针对不可再生的人体器官，我国《刑法》规定了组织出卖人体器官罪。<sup>〔23〕</sup>即便如此，黑市中仍旧存在肾脏交易。也就是说，人体资源的利用和稀缺是始终存在的，这也从侧面反应了物质性人格利益的宝贵。

那么，人体资源的稀缺性和意志自治能否为物质性人格利益的契约交易提供正当理由呢？具体到代孕问题，代孕人能否为了换取经济利益选择自甘风险？代孕人是否有权对自己的子宫和身体自由处置呢？必须在物质性人格权特殊性的基础上考虑这一问题，“身体是自我普遍的、不可分割的、外部的定在”<sup>〔24〕</sup>，也就是说我只有拥有身体，我的生命及其外在活动才具有可能性，身体是我的前提，如果自由意志的外部定在消失了，人格本身也就失去了现实的依托。由此可见，物质性人格权的特殊性首先决定了物质性人格利益的利用不能导致人作为生物体的死亡，即自由意志外部定在的消失。

那么，自由意志能否对损害自身健康的契约做决定呢？理论上针对这一问题出现了明显的分歧，代孕契约是否合法的争议就源于此。一般法理论中认为，“人格一般包含着法权能力

• 617 •

〔19〕 美国的国家器官移植法对禁止买卖的人体器官作了列举式的规定，但并未将血液、卵子、精子列入禁止交易范围之内。除路易斯安那州外，美国各州没有禁止卵子的交易，弗吉尼亚州甚至通过法律明确规定了卵子的可交易属性。See Kara W. Swanson, Rethinking Body Property, 44 (1) *Florida State University Law Review*, 205-206 (2016).

〔20〕 See Dylan Fukai, Organ Donations: Why the Gift of Life Ideology is Losing Lives, 42 (2) *Hastings International and Comparative Review*, 509-539 (2019).

〔21〕 例如，一些供卵者在供卵之后感染了卵巢过度刺激综合征（ovarian hyperstimulation syndrome, OHSS）等卵巢疾病，导致不孕不育，甚至死亡。参见王雅琴、杨菁等：《取卵后黄体期应用来曲唑降低血中雌激素水平不降低卵巢过度刺激综合征发生率》，载《北京大学学报（医学版）》2013年第6期。

〔22〕 《献血法》第18条规定：“有下列行为之一的，由县级以上地方人民政府卫生行政部门予以取缔，没收违法所得，可以并处十万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）非法采集血液的；（二）血站、医疗机构出售无偿献血的血液的；（三）非法组织他人出卖血液的。”

〔23〕 《刑法》第234条之一第1款规定：“组织他人出卖人体器官的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

〔24〕 〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，邓安庆译，人民出版社2016年版，第100页。

(Rechtsfähigkeit), 并且构成抽象的、因而也是形式的法的概念和其本身权利的抽象基础。所以法的命令是: 成为一个人, 并尊敬他人为人”〔25〕。权利能力就是指我作为一个人, 法所规定的我具有的那些权利也就是使我成为人的那些权利, 如果我丧失了那些权利也就丧失了我的人格。所以, 法律要维护使人成为一个人的基本权益和人格尊严, 任何诉求想要成为合法的权利也必然要尊重人格尊严, 具有维护人格利益基本价值。契约是维护人格自由的典范, 但契约也存在否定人格的情形, 例如卖身契, 但这也是一个悖论, 因为否定人格价值的契约本身就属于不法 (Unrecht, iniustitia)。

并且, 黑格尔认为“从契约中产生的权利并不是人格的权利, 而只是对他外部的某种东西或者可以由他转让的某种东西的一种权利, 即始终是对物的权利”〔26〕。但现实中, 主客体、人与物的区分愈发困难。人们很难区分主体的客体化和把主体的部分客体化, 身体、时间等主体自身的许多方面都处在模糊地带, 它们能够被外化进入所有权领域。〔27〕将身体自身对象化就导致了人的物化, 进而导致人主体尊严的丧失。与此不同, 功利主义伦理学则鼓励交易和效率, 而市场经济导致的贫富差距也会促使穷人变卖自己的身体利益, 这也是人体资源黑市交易的重要原因。因此, 现实中支持物质性人格利益完全自由流通的国家并非主流, 即便是允许物质性人格利益交易的国家, 大都附有较为严格的监管。因为, 一旦以市场价值衡量人格价值, 人就失去了主体地位, 进而在客体中丧失自我, 现实中就出现了卖肾买苹果手机的例子。同样, 允许代孕契约合法化也会造成女性无法真正自主选择。因为, 一旦子宫成为工具, 人格就在金钱利益中沦丧, 这时权利主体消失, 权利也就形同虚设。

但是, 有一种观点认为, 掌握了一定的财富才能拥有更好的人生, 才能更好地实现人格价值, 没有掌握财产的人格权是空洞的。因此, 如果代孕可以帮助一些人获得更多的财富, 继而享有好的人生, 那就不应该禁止。〔28〕这种经验的考量使得当事人在很多情形下极易达成出卖人格利益的契约。这种处置将身体视为外在于人格的物, 最终陷入了一种悖论: 通过支配和利用部分人格利益, 换取更大的人格利益, 出卖人格尊严换取更高的人格尊严。映射到现实之中, 想要获得财富的人沦为金钱的奴隶, 为拥有大量社会财富的人役使; 想要在生活中获得更广阔自由的人, 最终丧失了人身自由和选择的自主性; 想要过一种更好生活的人, 反而丧失了生活本身的伦理意义。人是目的, 不是手段。一旦人沦为了工具, 就丧失了主体资格和尊严。也就是说, “权利的必要性限于否定的方面, 即不得伤害人格或从人格中产生的东西”〔29〕。因此, 契约自由是有一定限度的, 不得以牺牲物质性人格利益为代价。而有偿的代孕契约中代孕人为了金钱利益出让自身最为核心的人格利益, 违背了契约自由的初衷, 属于不法。

〔25〕 前引〔24〕, 黑格尔书, 第85页。

〔26〕 前引〔24〕, 黑格尔书, 第89页。

〔27〕 参见冯嘉荟:《物权的人格化还是人格权的物化——黑格尔论人格、人格权和物权》, 载《北京社会科学》2020年第5期。

〔28〕 See Daisy Deomampo, Transnational Surrogacy in India: Interrogating Power and Women's Agency, 34 (3) *A Journal of Women Studies*, 174-175 (2013).

〔29〕 前引〔24〕, 黑格尔书, 第86页。



## 四、物质性人格利益的支配属性与代孕的可能性

### （一）物质性人格利益的支配属性

如上所述，部分学者将物质性人格利益认定为支配权，凡权利人可以直接支配其标的并具有排他性之权利，均属于支配权。<sup>〔30〕</sup>但人格权尤其是物质性人格权属支配权这一观点在学界仍存在争议。部分学者否认生命权、身体权等物质性人格权具有支配权能，他们认为支配是人对物的支配，是主体对客体的一种关系，承认人对生命、身体等物质性人格要素的支配权，就是对人自身的物化，有损人格尊严。而《德国民法典》也持此态度，卡尔·拉伦茨认为，人身权根据他的实质是一种受尊重的权利，一种人身不可侵犯的权利，因此，人身权不是一种支配权。<sup>〔31〕</sup>甚至，更有学者认为人格具有主客观一体性，物质性人格与精神性人格不可分割，其作为人格自由的体现，不存在支配的可能。<sup>〔32〕</sup>而另一部分学者则认为物质性人格权本身具有支配属性，例如生命权体现的是自然人对自我生命的掌握与支配，而献身和安乐死则是生命支配权的具体实现方式，这类放弃生命的行为是正当的行为。<sup>〔33〕</sup>这种对物质性人格利益的自主支配，恰恰彰显了人的尊严和自由。现行《民法典》回避了人格权支配属性的争议，但实际上对部分人格权的支配做出了认可，例如《民法典》第1006条肯定了无偿捐献人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的行为，《民法典》第1008条规定了人体临床试验的内容。但物质性人格利益利用的现实问题却无法回避。绝对否定和绝对肯定都无法解释实践中的法律现象，法律一方面对部分物质性人格利益的支配予以肯定，例如，《民法典》第1006条肯定了捐献人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的行为；但另一方面，法律又否认人对物质性人格利益的支配，例如，《民法典》第1007条第1款规定：“禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。”如此，肯定前者就不能解释后者，肯定后者就无法解释前者，可见，否定说和肯定说的理论都会导致自相矛盾。

因此，法律对物质性人格利益的支配不应一味地肯定或否定，而是需要对支配物质性人格利益的目的做详细的考察，要区分支配的目的是出于公益还是私利。黑格尔认为，目的的确定内容的满足就是福（Wohl）。主观目的的“特殊性”使得行为人选择主观目的的内容是自由的，他既可以出于“个体自身的主观满足”而行动，也可以是为了实现“自在自为的有价值的目的”而行动。如上文所述，人可能为了获取金钱去卖血，也可能为了救人而去献血；代孕人可能为了获取报酬为人代孕，也可能为了帮助他人孕育孩子而代孕。如果是前者，主观目的的满足就是“私福”（das Privatwohl）<sup>〔34〕</sup>，私福又叫“个人的特殊的福”（besonderes Wohl des Einzelnen）<sup>〔35〕</sup>。如果是后者，就是全福（das Wohl aller）。<sup>〔36〕</sup>“全福”就是“自在自为地存在的普遍东西”（an

〔30〕 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第92页。

〔31〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2004年版，第379页。

〔32〕 参见曹相见：《人格权支配权说质疑》，载《当代法学》2021年第5期。

〔33〕 参见杨立新：《人身权法论》，人民法院出版社2002年版，第473页。

〔34〕 前引〔24〕，黑格尔书，第229页。

〔35〕 前引〔24〕，黑格尔书，第229页。

〔36〕 Hegel, Hegel Werke in zwanzig Bänden 7: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1970, S. 236.

und für sich seiende Allgemeine)。对涉及物质性人格利益的行为,要区分来看,如果行为目的是为了全人类的福祉或追求保障更为整全的人格价值和尊严,就属于黑格尔所说的“全福”,例如,医学试验、人体器官捐献等,看似是对物质性人格利益的支配,将人身作为客体,实则为了成就更大的人格利益。如果行为的目的仅是为了个人私利,即黑格尔所说的“私福”,例如卖血行为,为了获取金钱将人体组织作为客体,彻底将人物化。所以,不是要完全禁止对人体的支配,而是对人体的支配不得违背人格尊严。<sup>[37]</sup> 如果支配物质性人格利益的目的是实现“全福”,则不违背尊重人格尊严的原则,如果支配物质性人格利益的目的仅是实现“私福”,则是对人格尊严的践踏,因此,不应该承认以私福为目的对物质性人格利益的支配。

在我国,临床试验就属合法,因为是出于救人治病的公益目的。但是,只要是试验就会有风险,因此,合法的医疗试验也需要有一些限制条件:为着公共利益,即“为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法”;接受相关部门监管,“依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意”;医疗试验机构具有告知义务;不得向受试者收费。<sup>[38]</sup> 可以看到,为了科学的发展和医疗技术的提升,法律允许在一定范围内利用物质性人格权,甚至予以鼓励,允许向受试者付费。即便在相关机构的监管之下,试验依旧存在伤害受试者身体的可能,但是,为着人类能够克服更多的疾病和痛苦,法律允许这种风险的存在。这样的例子还有很多,如,卖血是违法行为,但捐献血液挽救其他人的生命为法律所允许。买卖器官是违法行为,而器官捐献为法律所允许。并且,这些为着公共利益、帮助他人的行为为道德所肯定。人格内在于人,是与人不可分离的本质性的东西。人格成为最具价值的东西,无法用金钱衡量或置换。可以发现,被法律所允许、道德所认可的支配部分人格利益的情形,是为了成就更大、更整全的人格价值。例如,医疗试验是在最低风险下维护全人类生命健康,献血是通过捐献部分可再生的人体组织挽救其他人的生命利益。可见,生命存在本身具有独立的价值,是实现其他人格价值的前提,但在某些情况下人们为了维护更高的人格价值,可以支配某些物质性人格权益。

## (二) 无偿性为代孕的合法性辩护吗?

如上可见,代孕似乎存在一定的合法空间,即,在为着“全福”或公共利益的情况下,或在无偿的非交易关系中,法律认可物质性人格利益的支配。那么,代孕作为无偿的行为能否被合法化呢?类比器官捐献行为,器官捐献一般默认为自然人死亡后捐献,但也存在活体捐赠的情况,但活体捐赠器官是有条件的,而捐赠的范围仅限于捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲,或者有证据证明与活体器官捐献人存在因帮扶等形成亲情关系的人员,并且不得摘取未满18周岁公民的活体器官。<sup>[39]</sup> 无论是捐赠器官给陌生人还是一定范围内的亲属,都属于牺牲自己的部分身体利益,帮助他人延续生命或者获得更完整的生命价值。而活体捐献直接影响捐献人的身

[37] 参见周平、严永和:《现代科技背景下生命支配权之理论审视与制度构建——兼论“民法典·人格权”编之生命权立法的完善》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2019年第1期。

[38] 《民法典》第1008条规定:“为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法,需要进行临床试验的,应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意,向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况,并经其书面同意。进行临床试验的,不得向受试者收取试验费用。”

[39] 《人体器官移植条例》第9条规定:“任何组织或者个人不得摘取未满18周岁公民的活体器官用于移植。”第10条规定:“活体器官的接受人限于活体器官捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲,或者有证据证明与活体器官捐献人存在因帮扶等形成亲情关系的人员。”

体完整、生命健康和生活质量，我国法律仅将活体捐赠局限于肝脏、肾脏等非单一数量的器官，摘取其一，在不会导致捐献人失去生命的同时挽救另一个生命，或者允许捐赠例如骨髓、血液等可再生的组织，不影响捐献人身体的完整性，仅将牺牲重大身体利益的活体捐献限制在捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲、因帮扶而形成亲情关系内。法律不允许陌生人活体捐献器官，避免名为捐献实为利益交换的情形发生。

同理，如果根据帮助的对象不同，无偿的代孕行为也可以分为两种情况：一种是针对不特定的对象，即无偿帮助陌生人代孕；另一种是针对特定对象，无偿帮助具有一定特殊（亲属）关系的人代孕。第一种情况在现实中极少存在，实践中很多政府和学者都担心代孕引发商业化风险，<sup>〔40〕</sup> 容易造成暗中利益交换，所以予以排除。需要重点讨论的是第二种针对特定对象的无偿代孕，通常是把这种特定关系设为亲属关系。虽然现实中也可能存在好友之间代孕的诉求，但友情无法实在地被法律鉴定，仍旧存在私下交易的风险。因此，只能把无偿代孕的主体限定在有特定亲属血缘关系的人之间。

这样，代孕合法化的路径就变得极其狭窄了，一方面，基于权利正当性，只能是基于保障有客观生育障碍人的生育权才能启动代孕；另一方面，为了避免代孕对人格权的侵犯，代孕只能是无偿的，并且仅限于有特定亲属血缘关系的人之间。但是，有特定亲属血缘关系的人之间的无偿代孕有可能违背伦理，例如母亲帮女儿代孕。所以，即便特定亲属血缘关系的人之间为了克服客观生育障碍的无偿代孕，也不一定能被合法化，还需要参照《民法典》第 1009 条的规定<sup>〔41〕</sup>附加四个禁止性条件：不得违反人伦道德、不得有损健康、不得违背真实意愿和不得违反法律法规。首先，代孕要符合伦理性要求。即便是出于自愿的无偿行为，此种代孕也不得违背伦理道德，即亲属之间的代孕行为不能有违人伦，例如，女儿为父母代孕，为养父母代孕。其次，代孕不得损害他人健康。代孕人不应具有某些基础性疾病，导致代孕人因妊娠行为而加重疾病或引起更严重的后果，甚至威胁生命。并且，代孕人也不能具有某些对婴儿健康有不良影响的疾病。再次，代孕不得违背代孕人的真实意愿，所以，代孕人必须是完全行为能力人，并符合我国法律的相关年龄要求，虽然《民法典》并未直接规定法定生育年龄，但可以参考法定的单身收养年龄，即“不得早于三十周岁”。<sup>〔42〕</sup> 尤其要知晓妊娠行为对其自身的生理性和社会性影响，甚至，可以要求代孕人须具有生育史，以此确保代孕是在代孕人知情前提下的自愿行为。总之，要履行详细告知的义务。最后，应当遵守法律、行政法规和国家对代孕的有关强制性规定。而这些具体的限制条件都需要专门机构的监督和管理，例如，独立于代孕双方当事人和实施代孕医疗技术的医疗机构的伦理委员会。

• 621 •

## 五、结 论

我国不孕不育人口逐年攀升，虽然代孕不是解决这一问题的唯一方式，但现实中代孕的数量

〔40〕 See Eva Steiner, Surrogacy Agreements in French Law, 41 (4) *The International and Comparative Law Quarterly*, 867 (1992).

〔41〕 《民法典》第 1009 条规定：“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。”

〔42〕 依据《民法典》第 1098 条，收养人应当同时具备一些条件，其中一个条件就是年满 30 周岁。

只增不减。至今,在我国代孕仍处于灰色地带,每年有大量的代孕婴儿被“生产”出来,而有关代孕的纠纷也层出不穷,但由于代孕的法律性质不明,处罚依据不足,现有法律法规不能约束代孕链条中的全部参与者,这导致大量司法判决对代孕性质、代孕协议的效力问题保持沉默,弱势群体的权利无法得到有力的保障。因此,无论是禁是放,都亟需对代孕概念进行严格界定,并明确代孕行为的法律后果。基于此,本文从权利的正当性视野分析了代孕合法性问题,既要保障具有客观生育障碍的人群的生育权,又要谨防代孕人的人格权遭受侵害,由此得出结论,代孕须同时满足如下三个限制条件才有可能为法律所认可:第一,代孕的起因限制条件:代孕只限于上文讨论的极少数特殊群体,即具有不可克服的客观生育障碍的群体,在此范围之内的代孕诉求才具有正当性;第二,代孕的公益限制条件,该代孕行为必须属于无偿行为;第三,代孕的主体限制条件,为了谨防代孕中潜在的商业化可能,应将代孕行为限制于近亲属之间,杜绝虚假串通以无偿之名行有偿之实,避免暗中交易。

总之,只有特定亲属血缘关系的人之间为了克服客观生育障碍的无偿代孕,才可能被合法化。可见,代孕合法化的路径极其狭窄。即便是这类代孕还须同时满足四个禁止性条件:不得违反人伦道德、不得有损健康、不得违背真实意愿和不得违反法律法规。需要注意的是,即便符合这些条件,也不一定意味着代孕行为能够被纳入现有的法律体系。因为除了抽象的理论推演,实践中还有很多现实因素需要考量,例如社会经济水平、配套法律的健全程度、对相关医疗行业的管理控制等因素,但这些经验层面的讨论超出了本文的范围。

• 622 •

---

**Abstract:** The development of assisted reproductive technology (ART) has challenged existing laws and has triggered controversy over the legality of surrogacy. The realization of reproductive rights is the most powerful reason to support the legalization of surrogacy. But in fact, only a few people can't overcome the objective barriers to fertility, and their surrogacy needs is truly reasonable. But helping a person overcome birth barriers should not be at the expense of others' personal interests. Surrogacy is directly related to the core material personality interests of the surrogate. Such personality interests directly affect the people's life and health. The transfer of such interests should be based on respect for the value of personality. Therefore, it is not suitable for commercial transactions. Then, in a non-transactional relationship, gratuitous act may justify the legality of surrogacy. However, even unpaid surrogacy should still be subject to multiple restrictions.

**Key Words:** surrogacy, reproductive rights, material personality rights, gratuitous act

---

(责任编辑:赵真 赵建蕊)

## 重大突发风险应对之保险法审思 ——系统性检视我国保险业应对新冠疫情举措

张力毅\*

**内容提要：**为应对新冠疫情带来的重大突发风险以及履行必要的社会责任，我国保险业紧急出台了诸如扩展已有险种的保障范围与保障期限、设计新的针对性险种、赠送保险等措施，但也因部分措施具有浓厚的“救急”色彩，而很大程度上偏离了保险法的基本原则和部分实定法规则，引发诸多争议。未来保险业在应对重大突发风险时，一方面，应在坚守对价平衡原则和既有保险法规则的基础上，充分发挥保险风险转移与分散功能；另一方面，也应认识到商业保险并非万能，需要妥善利用政策性保险的工具来应对可能存在的经验数据不足及巨灾风险等难题，从而提供更加符合市场需要的产品。此外，司法介入保险合同亦要保持必要克制，不但要尊重保险业运行的规律，也需遵守法定的调整路径。

**关键词：**新冠肺炎疫情 风险管理 对价平衡 政策性保险

• 623 •

### 一、问题提出

自2020年1月下旬起，一场前所未有的新型冠状病毒肺炎（COVID-19，以下简称“新冠肺炎”）疫情席卷全球，给人们的生产生活带来了巨大影响。不但民众的生命与健康受疫情威胁，而且政府为控制疫情而被迫采取的停产停工、封城等措施，使得部分行业及从业人员的经营与收入受到重挫。尤其对于部分企业而言，“营业中断，劳动力减少，生产费用增加，运送迟延，对于货物和服务的需要减少之现象确实不可避免”<sup>〔1〕</sup>。一般认为，保险业作为风险天然

\* 张力毅，南京大学法学院副教授。

本文受到南京大学2020年“完善重大疫情防控体制机制研究专项”项目资助。

〔1〕 Paul K. Stafford, Coping With Covid-19: Business & Insurance Considerations for The Virus That Made America Virtual, 18 *Journal of Texas Insurance Law*, 3, 4 (2020).

的转移者与分散者,〔2〕对于应对新冠肺炎疫情这样的重大突发风险可以发挥必要的风险防控与转移功能,毕竟“保险制度乃系伴随人类文明演进的一项重要制度,倘运用得当,几乎足以因应人类生存所面临之一切危险”〔3〕。而且,保险业特有的风险预防功能可以将其作为企业所具有的逐利本性和为促进社会大众的健康与安全保护而发挥的社会作用有机地结合起来。〔4〕

在此次疫情中,我国的保险业为体现自己的社会责任承担,确实采取了系列非常规的应急措施,引发了广泛关注与部分争议。那么这些措施究竟起到了何种作用,有无真正发挥保险理论上预设的功能,以及这些紧急措施是否符合保险法的既有规则等问题,就成为本文研究的焦点。本文首先探讨为应对此次疫情,我国的保险业采取了何种应对措施,其次对这些措施所可能引发的保险法问题进一步加以阐释,再次对照理论上所预设的保险为应对重大突发风险所应发挥的作用和既有的实定法规则,探讨现有法律体系下保险业应如何妥善发挥这些作用,最后是本文的结语。

## 二、保险行业应对新冠肺炎风险的传统措施梳理

疫情发生之后,中国保险业迅速出台了一系列包括捐款捐物在内的紧急应对措施,因为传统的捐款捐物无法体现保险业的特殊性,所以本文所聚焦保险行业应对新冠肺炎之传统举措主要着眼于其针对疫情而进行风险管理、控制和转移的措施。这是保险传统功能的集中体现,亦在一定程度上反映出重大突发风险来临之际大众对于保险的潜在期待。

### (一) 扩展已有险种的保障范围与保障期限

考虑到“全世界大多数财产保险产品都明确了除外疾病,特别是传染病风险,国际再保市场也不接受该风险(除特定业务外)”〔5〕,因此传统的财产保险合同之保障范围可能会把感染新冠肺炎而带来的损害事先予以排除,而部分医疗保险合同也可能存在将法定传染病作为免责规定的条款。此外,新冠肺炎也不能完全归入当时《重大疾病保险的疾病定义使用规范》所界定的25类重疾。正是由于商业保险在个人染疫及企业经营风险转移上的不完备,2020年1月26日银保监会发布的《关于加强银行业保险业金融服务配合做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》特别提出了“对感染新型冠状病毒的出险理赔客户要优先处理,适当扩展责任范围,应赔尽赔”。〔6〕基于此,保险公司纷纷出台措施,扩展既有合同的保险责任范围,主要是将医疗保险、疾病保险和意外保险等保障范围努力扩展至新冠肺炎所可能导致的损害,从而突破合同既有的保障范围限定和可能约定的“特定传染病”等免责事由。〔7〕另对于保险合同中的部分约定,诸如等待期、定点医院条款、免赔额,保险人对其适用也做出了必要限制。相对于借疫情为噱头商业化地推广短期保险产品,对现有保险产品保障范围进行扩展以及保险人主动放弃一些约定抗

〔2〕 See Tom Baker, Kyle D. Logue, *Insurance Law and Policy: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2017, p. 17.

〔3〕 江朝国:《保险法逐条释义》(第一卷 总则),元照出版有限公司2012年版,第51页。

〔4〕 See Ralph Nader, Loss Prevention and the Insurance Function, 21 *Suffolk University Law Review*, 679, 689 (1987).

〔5〕 皮立波:《从保险产品创新视角看我国公共卫生安全治理体系和能力建设》,载《中国保险》2020年第3期,第24页。

〔6〕 银保监会相关部门之后又发布了《关于做好财产保险业新型冠状病毒感染肺炎疫情保险理赔服务和保险产品开发有关工作的通知》《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控人身保险服务工作的通知》。

〔7〕 参见郭金龙、朱晶晶:《商业保险在重大疫情防控体系中的重要作用》,载《中国保险》2020年第2期。



辩权，确实有利于提高消费者的长期保险保障意识，鼓励消费者事先对于风险进行预防和分散，也塑造了保险人可以对长期风险进行有效管理的形象。<sup>〔8〕</sup>

此外，对于财产保险的重要组成部分——汽车保险（在我国主要为交强险和机动车综合商业保险），保费的计算并未采取基于使用量（usage-based insurance, UBI）的计算方式，因此在同一保险期间内，每天收取的保费是大致相同的。但在疫情期间，部分地区针对机动车做了限行甚至禁止通行的疫情防控措施，意味着该时间段内机动车的事故风险实际上大大降低，那么，保险公司是否要对此种风险明显降低的情形予以回应？为解决此问题，湖北省保险行业协会在2020年3月出台了《疫情防控期间湖北地区车辆保险期限自动延长的实施细则》，其基本原则是“对在车辆禁行当日仍有效的机动车辆保单保险期限作延长处理，延长天数等于疫情防控期天数，疫情期间保险责任仍有效”，即采取了主动延长保险期限的方法来应对机动车风险明显减少的情形。

## （二）设计新的有针对性保险险种

鉴于此次新冠肺炎传染性特别强以及群聚性传染现象高发的事实，在复产复工期间仍有可能发生因为突发疫情导致员工被隔离、生产被迫停工继而给企业带来极大财产损失的情况，亦即“一人染疫、全企隔离”，而传统的营业中断险主要承保因财产损害所带来的营业中断之损失，<sup>〔9〕</sup>所以并不能涵盖此类危险，<sup>〔10〕</sup>但在政府的号召下，保险业在疫情期间也致力于转移上述风险而设计新的保险险种。“保险公司在业务拓展方面要响应政府的号召与倡导，积极创造条件去开办暂时风险偏高的保险品种”<sup>〔11〕</sup>，这体现了保险业特有的对抗风险之社会功能。比如，海南在2020年2月中旬就集中推出了“海南省复工复产企业疫情防控综合保险”，主要应对因员工染疫而遵守政府为疫情防控所采取的封闭或隔离措施给企业带来的相关损失，保险金给付范围囊括员工工资、隔离费用和产品损失等。鉴于此类新型保险由于缺乏既有的大数据作为保费精算基础，故而初始保费设计时一般采较高费率，为此政府还提供了相应的保费补贴；此外，为系统应对此种风险，当地保险业还成立了共保体。<sup>〔12〕</sup>鉴于此种保险确实为企业复工提供了强有力的保障，故而这类专门针对新冠肺炎防控的新型企业财产保险形态很快在全国范围内被推广，且政府为鼓励企业投保，减轻企业可能的保费负担，也大多愿意提供保险费补贴。<sup>〔13〕</sup>

## （三）赠送保险

新冠疫情暴发后，大量的医护人员和志愿者投身到抗击疫情的第一线，他们也有感染疫情和

〔8〕 参见许闲等：《保险在应对公共卫生事件中的功能发挥与演进——基于2003年非典与2020年新冠肺炎疫情的比较视角》，载《财经理论与实践》2020年第2期。

〔9〕 例如中国平安财产保险股份有限公司营业中断保险条款就约定：“被保险人因物质损失保险合同主险条款所承保的风险造成营业所使用的物质财产遭受损失（以下简称‘物质保险损失’），导致被保险人营业受到干扰或中断，由此产生的赔偿期间的毛利润损失，保险人按照本保险合同的约定负责赔偿。”条款来源：中国保险行业协会财产险产品信息库，载 [www.iachina.cn/col/col2317/index.html](http://www.iachina.cn/col/col2317/index.html)，最后访问时间：2021年1月6日。

〔10〕 See Alisa Baird, *Litigating an Invisible Enemy: Will the United States Insurance Industry Survive the COVID-19 Pandemic?* 56 *Tulsa Law Review*, 169, 171-176 (2021).

〔11〕 徐卫东、崔楠：《保险公司社会责任论——公益性本质与社会性经营的法律契合》，载《法学杂志》2014年第3期，第62页。

〔12〕 参见李银：《海南推出综合保险助力复工复产》，载《海口日报》2020年2月17日，第003版；戴梦希：《海南省创新疫情防控保险产品 给复工复产企业吃下“定心丸”》，载《金融时报》2020年2月19日，第010版。

〔13〕 参见朱彬彬：《江苏初探为企业复工复产上保险》，载《中国财经报》2020年3月21日，第003版；侯冲：《保险产品“护航”企业复工复产》，载《四川日报》2020年3月25日，第012版。

遭遇其他意外事故的风险。为有效转移和分散这些抗疫战士的风险,保险业大量向他们赠送保险(主要包括医疗和意外伤害保险等),〔14〕保额一度累计达到11.58万亿元。〔15〕保险人赠送保险可谓保险行业履行社会责任、积极应对新冠肺炎风险的重要措施。

#### (四) 应用保险科技

疫情期间为避免群聚,保险行业传统的面对面宣传(推销)、投保、核保、订立合同、定损和理赔程序亟需变革。通过运用大数据、物联网、人工智能和既有的互联网平台,无接触式的保险合同订立和履行全流程本已存在,而疫情的来临无疑使得保险科技的运用更加频繁,使得各类业务流程的电子化程度更高。加之银保监会在《关于加强银行业保险业金融服务配合做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》中强调在全国范围特别是疫情较为严重的地区,相关金融机构要充分运用技术手段加强线上业务服务。因此在疫情期间,远程双录、云投保、保险运营的“线上化”等技术服务得到了更多的普及和推广。〔16〕

#### (五) 相对被动的应对措施

2020年5月最高人民法院出台了《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(二)》,其中第15条除了对赠送保险合同的效力予以确认外,还提出在审理与疫情或疫情防控措施相关的医疗保险合同纠纷案件时,一方面,保险人所提出的该疾病不属于商业医疗保险合同约定的重大疾病范围或者保险事故范围的抗辩不会得到承认;另一方面,被保险人因疫情或者疫情防控措施等客观原因未在保险合同约定的医疗服务机构接受治疗发生的约定费用保险人仍应进行赔付。这在事实上对商业医疗保险合同的保障范围及约定医疗机构条款做了抽象性的司法变更。鉴于司法机关是相关争议的最终裁决者,因此该指导意见也迫使保险公司被动接受此种风险安排,但其妥适性仍有可探讨空间。

• 626 •

### 三、保险业疫情风险应对措施引发的保险法思考

保险人为发挥保险的特有功能和展现自身社会责任,为应对疫情出台了系列措施,但这些紧急措施是否符合现行保险法存在争议。

#### (一) 保险人单方面扩展保险责任存在的问题

对于保险人单方面扩展保险责任,如以保险法原则和实定法规则加以审视,笔者认为至少存在以下三个问题:

首先,根据保险法的重要原则——对价平衡原则,投保人所缴纳的保险费与保险人的风险转移义务相对应。转移的风险越大,保险人自然应收取更高额的保费。是故对保险人而言,“保费的支出与收取必须合理,在保险人所承担的保险危险与投保人所支付的保费之间,有维持两者平

〔14〕 例如民政部联合中国人寿就为全国100万名疫情防控志愿者每人均提供一份专项保险(采取团体保险的形式),具体保障范围主要包括因确诊新冠肺炎住院定额给付和交通工具意外伤害保险责任。参见《民政部 中国人寿为疫情防控志愿者赠送专项保险》,载《中国民政》2020年第6期。

〔15〕 参见熊建:《保险业踊跃向抗疫一线人员捐赠保险》,载《人民日报》(海外版)2020年2月25日,第002版。

〔16〕 参见单鹏:《疫情加速保险科技进化》,载《中国银行保险报》2020年3月18日,第005版;聂国春:《疫情加速保险科技进化》,载《中国消费者报》2020年4月21日,第003版。

衡的必要性”<sup>〔17〕</sup>。对价平衡原则不仅关涉微观层面保险合同的公平，也涉及整个危险共同体成员之间的公平和整个危险共同体所欲实现的收支平衡目标的实现。<sup>〔18〕</sup> 保险人固然可以出于履行社会责任的目的，慷慨地将一些保险险种的保障范围拓展至新冠肺炎所导致的损害，但也理应说明此部分保险金支出所对应的纯保险费收入是如何提取的。正如有学者指出，如果保险责任可以随意扩展，是否代表着之前的保险产品定价本身存在问题，而且会使人怀疑作为保险业经营基础的精算究竟是如何实现的。<sup>〔19〕</sup> 所以，如不对前述问题加以阐释说明，似乎只能增加消费者对保险人的不信任感。

其次，新冠肺炎属于法定传染病的范畴，<sup>〔20〕</sup> 其主要危害在于通过传染直接影响人体肺部等器官的健康。在现有的法律体系下，将医疗和疾病保险的保障范围扩展至新冠肺炎似有可行性，因为感染新冠肺炎，被保险人有可能健康受到损害并产生相应的医疗支出。但部分保险公司将意外伤害保险的保障范围也扩展至新冠肺炎所产生的损害就略显激进。根据保险法理论，意外伤害保险必须是由于外在原因造成的事故，如果是因为被保险人自身身体原因所造成的损害并不属于意外伤害保险的责任范围，<sup>〔21〕</sup> “‘外来性’判断标准本身即意味着排除了由于疾病导致的残废或者死亡”<sup>〔22〕</sup>。显然新冠肺炎本身应属疾病之范畴，<sup>〔23〕</sup> 如强行将意外伤害保险之保障范围扩展至新冠肺炎会使得长久以来所坚持的疾病保险与意外伤害保险之间的区分变得模糊，影响可能的法律适用。且如果新冠肺炎可以纳入意外伤害保险的保障范围，那么所有的类似传染病都有纳入意外伤害保险保障范围的可能，这极大地突破了现有的保险法理论，妥当性有待考量。

最后，最高人民法院直接通过审判指导意见变相将新冠疫情纳入所有商业医疗保险合同的保障范围，可谓在某种程度上无视保险运行的规律和保险合同的既有约定，单方面地对保险人课以沉重的保险金给付责任。虽然保险业在追求自身利益的同时有必要承担一定的社会责任，<sup>〔24〕</sup> 但此种司法强制介入保险合同的法律依据和合理性何在显然值得商榷。

## （二）赠送保险的潜在法律障碍

作为保险营销的重要手段，人身保险公司赠送保险的行为并不稀奇。原保监会在 2015 年就出台了《中国保监会关于规范人身保险公司赠送保险有关行为的通知》，对赠送保险的主体、金额和险种做出了可能的限定，也对以公益事业为目的赠送保险做出了特别规定。在此次抗击疫情过程中，许多保险公司纷纷为站在抗击疫情第一线的医护人员等赠送保险，促使赠送保险再陷争议，甚至有法律界人士向中国银保监会申请公开赠送保险的相关信息。赠送保险本质上属民法的赠与行为，由保险人代替投保人缴纳相关保险费，但也受限于既有的保险法规则，存在三个法律问题尚待厘清。

〔17〕 李志强：《对价平衡原则的证成——从保险合同到保险业监管的考察》，载《法学》2017 年第 9 期，第 89 页。

〔18〕 参见武亦文、杨勇：《保险法对价平衡原则论》，载《华东政法大学学报》2018 年第 2 期。

〔19〕 参见王和：《保险业抗击新冠肺炎疫情的回顾、反思与启迪》，载《保险研究》2020 年第 3 期。

〔20〕 2020 年 1 月国家卫健委发布 1 号公告，已经将新冠肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病。

〔21〕 参见李玉泉：《保险法》，法律出版社 2019 年版，第 207 页；张静竹：《意外伤害保险之“意外”认定研究》，载《保险研究》2017 年第 12 期。

〔22〕 韩长印、韩永强：《保险法新论》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 191 页。

〔23〕 参见朱铭来等：《特殊疫情应急医疗及人身伤害保障机制建设和制度完善》，载《保险理论与实践》2020 年第 2 辑。

〔24〕 参见卓志、王寒：《保险企业社会责任探析》，载《保险研究》2009 年第 2 期。

其一,关于赠送保险的保费来源。考虑到对价平衡为保险法的根本性原则,因此虽然名为赠送保险,但对于保险人所分担的风险而言,也必须有相应的保费收入,否则不但有损危险共同体的整体利益,也会损及其他投保人的合法权益。因此,“保险公司必须对赠送保险的成本问题进行适当的财务安排,解决好保险费列支、责任准备金计提等问题”〔25〕,而绝不能挪用其他保费来源,这也是监管者应关注的。

其二,投保人的确定问题。我国的保险法体例主要沿袭大陆法系投保人、被保险人与保险人的三分法。其中,投保人为缴纳保险费的义务人,也是保险合同的当事人,保险人为收取保费继而负有风险转移义务之人,为保险合同的另一方当事人,被保险人则为保险事故发生时遭受损失继而享有保险金给付请求权之人。在赠送保险中,保险人为事实上缴纳保险费之人,但究竟谁是投保人不无疑问。理论上,保险受赠人,在此次疫情中主要为医护人员、志愿者,他们作为投保人最为合适,因为投保人除了需要缴纳保险费,还承担了一系列的不真正义务,诸如告知义务、危险增加通知义务、防灾减损义务、保险事故发生通知义务等,〔26〕对于这些情况他们本身最为了解(毕竟投保人和被保险人合一可以解决许多不必要的麻烦)。但考虑到医护人员、志愿者大多都已奔赴抗疫前线,能否自己订立合同仍未可知。至于保险人虽代缴保费,但其并不适合担任投保人,因为保险人不可能既承保又投保。也有部分观点主张,将抗疫人员的工作单位(如志愿者的话可以考虑组织单位如社区)统一作为投保人。该操作虽然较为简便,但也存在保险利益和被保险人同意该如何认定的问题。

其三,现行保险法为了尊重被保险人的人格自由,〔27〕防止投保人故意制造保险事故骗取保险金,在投保人与被保险人并非同一人的情况下,要求对于以死亡为给付条件的保险必须征得被保险人同意,且投保人与被保险人必须具有法律规定的保险利益关系,否则会产生保险合同无效的法律后果。此种无任何例外的规定无疑过于严格。有学者主张对于不太可能存在道德危险之情形,完全可以放弃对于保险利益之要求。〔28〕以公益目的赠送保险纯粹是为了被保险人利益,几乎不存在潜在的道德危险,那么严格的保险利益和被保险人同意权规定是否有放宽的必要性值得探讨。

### (三) 缺乏精算数据支撑的保费计算与巨灾风险应对难题

新冠肺炎属于突发性传染病,存在变异的可能,我们至今无法对其可能来源做出精准判断,有效治疗方法和疫苗也正在持续探索中,在保单开发的初期保险人确实无法依靠有效的经验数据,因为财产损失率、疾病发病率、人身死亡率等数据不足,〔29〕这使得大数法则无法得到彻底的应用,而“如果缺乏整个危险的经验数据,出售保险就更像赌博而非保险本身”〔30〕。此外,一旦发生大规模的群聚感染,新冠肺炎极有可能造成如地震、台风、海啸般的巨灾风险,也会给保险人的经营带来严重影响,使其承担极重的保险金给付责任。典型如1918年的大流感就曾给保

〔25〕 刘学生:《对赠送保险行为的简要评析》,载《保险理论与实践》2020年第3辑,第34页。

〔26〕 关于部分义务(诸如危险增加通知义务与减损义务),其义务主体是否包括投保人尚有争议。

〔27〕 参见张力毅:《死亡给付保险中被保险人同意撤销权的规则构建》,载《政治与法律》2015年第11期。

〔28〕 参见马宁:《保险利益原则:从绝对走向缓和,抑或最终消解?》,载《华东政法大学学报》2015年第5期。

〔29〕 参见刘轶、董敏:《重大疫情风险治理中的保险路径及其法律供给》,载《现代经济探讨》2020年第6期。

〔30〕 Kenneth S. Abraham, Risk Aversion, Insurance Insurance, and the Limits of Regulation, 5 UC Irvine Law Review, 513, 519 (2015).

险业带来巨大冲击，导致不少保险公司倒闭或被兼并。<sup>〔31〕</sup>因此保险人对于相应保单的开发确实较为谨慎，即使有针对性的险种推出（诸如“疫情防控综合保险”），费率也相对较高。是故为了推广此类保险，许多地方政府采取了保费补贴的手段，并且鼓励诸多保险人一起成立了风险共同体，以期可以有效转移保险人的风险，但在国家层面似乎仍缺乏有效的统筹。此外，公权力为何可以介入此种保险法律关系，在介入过程中有何注意点，也值得讨论。

#### （四）危险明显减少的处理难题

如前所述，针对在疫情防控期间因车辆限行乃至禁行而导致的车辆行驶危险显著减少的情形，湖北省保险行业协会主要采取了延长保险期间之做法，且各地也多有效仿。依据《保险法》第53条的规定，当据以确定保险费率的有关情况发生变化使得保险标的的危险程度明显减少时，保险人应当降低并退还相应的保险费。在美国确实有保险公司因为疫情退费（主要是车险）的报道。<sup>〔32〕</sup>那么，保险业现有的采取延长保险期限的做法就与实定法存在一定冲突，实际上是用可能的退费变相强迫投保人继续购买保险。毋庸置疑，相对于通知每一个投保人让其领取保险费退款，单方面延长保险期间的做法确实较为经济，避免较为复杂的通知和领取退还保险费程序（尤其在疫情防控期间可以避免群聚），但也在某种程度上剥夺了投保人决定是否继续投保以及向哪一家保险公司投保的自由。因此，保险业前述做法的合法性与合理性均存疑。

### 四、既有保险法体系下保险应对疫情风险之展望

经过数百年的发展，保险法本身发展出了一整套较为成熟的理论与规则体系，具有较强的张力。以此为依托，保险业本可以在疫情等重大风险来临之际兼顾自身经营与社会责任履行，无需以特事特办为借口，随意打破既有的理论与规则体系，否则极易损伤社会公众对保险业的信任。保险合同本身具特殊性，投保人先期缴纳的保费是为了换得保险人未来特定事故发生后给付保险金的承诺，因此保险人其实处于较为优势的地位，投保人本身就容易产生不信任感。<sup>〔33〕</sup>这就更需要保险人在实定法规则之下诚信地履行自己的赔付义务，遵守合同的既有约定。因此我们有必要结合基于我国实定法体系对保险人既有疫情应对措施の审视，来思考和展望应然层面保险业应该如何应对重大突发风险。讨论范畴在一定程度上会延伸至重大突发风险来临之际，监管部门和司法机构对于保险业和既有的保险合同究竟应持何种态度，本文主要以司法机构为例。

#### （一）善于利用政策性保险工具

在传统的保险法理论中，通常对社会保险与商业保险予以二分。一般认为商业保险以保险合同为基础，贯彻意思自治原则，而社会保险则作为一种法定保险，学界更多地从社会法而非保险合同法的角度对其加以解读。随着风险社会的来临，国家基于特殊政策目的の考量，对部分商业保险关系进行强力介入，不再满足只充当守夜人の角色，而在缔约自由限制、合同内容控制、风险

〔31〕 参见薛敏、郭金龙：《流行病疫情对保险业的影响和启示》，载《中国保险》2020年第4期。

〔32〕 参见涂颖浩：《驾驶量下降了约35%至50%受疫情影响，美国保险公司开始返还保费》，载《每日经济新闻》2020年4月9日，转引自<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1663468936627762089&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间：2020年8月25日。

〔33〕 参见前引〔2〕，Tom Baker书，第12页。



再分散模式确定等方面予以特别规制,使得这类保险与传统之商业保险有较大的差异,但仍将这类保险交由商业保险公司经营,且把保险合同作为纠纷解决的基础。这促使社会保险与商业保险的边界趋于模糊,一种处于商业保险与社会保险中间地带的特殊类型保险——政策性保险——应运而生,现有的强制汽车责任保险、农业保险与地震巨灾保险等都可以相当程度地纳入政策性保险的范畴。<sup>〔34〕</sup>另有学者特别强调,“政策性保险制度兴办上,多以法令规定承保范围及保险费率,以利政策目的达成,并减少不必要之价格竞争,期经营者更能专注于服务品质的提升”<sup>〔35〕</sup>。而政策性保险也为公权力介入传统的商业保险关系、利用保险转移特定受害者之风险提供了新工具,此次新冠疫情也确实为政策性保险的应用提供了新阵地。

新开发的专门针对新冠肺炎财产保险的最大难题为缺乏经验数据,进而使大数法则无法发挥作用,故在短期内无法预料损失发生的可能与大小,而且新冠肺炎这类传染病特别容易酿成巨灾损害。然而,新冠肺炎引发的相关风险也确实需要以保险的方式转移,若全部由国家财政承担,则成本巨大。但保险人开发相应险种时,在具体定价及风险分散模式确定上都存有困境。若保费定价过低,那么保险人所可能承担的巨灾风险无法得到有效转移,若收取的保费过高,会使投保人的负担过重进而影响此类保险的推广。此外,保险人也需要通过再保险等方式进行二次风险转移。正是为解决上述难题,多个地方政府为支持企业复工以保费补贴和组织保险业成立共保体以增强整体抗风险能力的方式来鼓励保险业推出相应保险,从而支持企业复工。由此可见,政策性保险工具在抗击疫情中得到了一定程度的应用,公权力在针对疫情而开发的商业保险的保费补贴及风险共同体(即风险再分配)构建方面进行了介入。这符合政策性保险的设立初衷,因为在这一特殊领域商业保险无法独立发挥作用,且国家基于公共政策需要也有加以规制的必要。但现有措施纯属个别地方政府的行为,缺乏国家层面必要的统筹。此外,考虑到为复工企业提供特殊风险分散渠道的政策目的,政府在强制缔约(保险公司不得拒绝符合要求的企业投保)以及保险合同所提供的最低保障方面仍应予以规制,但公权力现有的介入程度仍显不足。另鉴于新冠疫苗已大规模投入市场,根据2019年出台的《中华人民共和国疫苗管理法》,国家实行疫苗责任强制保险制度,而疫苗责任强制保险与交强险一样应属最为典型的政策性保险范畴,因此也需要提前筹划可能的方案,出台《疫苗责任强制保险条例》,对保险合同的最低保障范围、受害人的直接请求权等提供妥当的方案,以利于此类政策性保险的进一步推广和应用。

“临时性应急政策需要制度化”<sup>〔36〕</sup>,但无论是相关立法还是学界研究都对政策性保险这一极为重要的论题缺乏必要的关注。诸如何种保险可以成为政策性保险、不同的政策性保险如何实现其政策目的、公权力如何合理介入等问题都有待探索。

## (二) 既有保险法理论与规则的持守与调适

### 1. 对价平衡原则仍需坚守

大数法则下的对价平衡原则是保险业存在和发展的基础,需要坚守。鉴于保险人总的赔付主

〔34〕 参见张力毅:《政策性保险的理论定位与法制化关键问题分析》,载史际春主编:《经济法学评论》第19卷第2期,中国法制出版社2020年版,第165-174页。

〔35〕 前引〔3〕,江朝国书,第54页。

〔36〕 曹信邦:《重大疫情医疗费用公共化的理论逻辑与实现路径——基于新冠肺炎重大疫情的反思》,载《理论探讨》2020年第5期,第12页。



要来源于个别保险合同所缴纳的保险费相加，因此为维持收支平衡，保险人在个别保险合同中所收取的保险费（对价）自然应当与可能的危险相当。<sup>〔37〕</sup>如果保险人可以事前任意收取保险费或事后任意扩大、缩小保险责任，保险就沦为了欺诈游戏而非有效的风险管理与转移工具。因此，“保险费率必须建立在精算的基础上，保险契约条款必须符合对价平衡原则，以避免不合理的利润”<sup>〔38〕</sup>。对价平衡原则也在相当程度上构成了投保人对保险人信任的基础，只有坚持对价平衡原则，投保人才会信赖保险人管理的风险共同体并乐于成为其中一员。基于较为复杂的原因，我国民众对于部分保险产品本就持怀疑和不信任态度，因此保险业的公信力有进一步提高的必要。<sup>〔39〕</sup>如果在疫情来临之际，保险业又大肆践踏对价平衡原则，会加剧民众的怀疑和不信任。

需要特别指出的是，虽然晚近以来非常强调将保险合同视为一种社会工具或组织，突出保险在风险管理、促进商业发展和有益社会活动以及保护公众领域的特殊作用，而这一理念也为保险合同解释和争议解决提供了新的视角，<sup>〔40〕</sup>但这并不代表放弃对价平衡原则的坚守。在疫情来临之际，固然保险人可以基于履行社会责任之需要而在一定程度上将新冠疫情导致的损害纳入既有的保险合同范围，但也应采取合理的方式，否则极易引发社会公众的质疑和反感，让他们对之前的保险产品定价以及保障范围的确定产生不信任感。社会公众可能认为要么保险精算存在问题，保险人获得了不合理的利润，要么保险人单方面扩展保险责任实属决策盲目、经营管理不善。<sup>〔41〕</sup>赠送保险的问题与此相似，公众也会产生赠送保险部分的保险费从何而来的疑虑。为解决上述难题，较为妥适的方法在于：一方面，鉴于对价平衡原则只及于纯保险费而不包含附加保费，因为附加保费的范围包含保险人的经营成本及可能的预留利润，并不与风险转移完全对应。因此，保险人在扩展保险范围时必须明确，其扩充保险责任所对应的纯保费来源主要是其为承担社会责任而从自身利润中额外拨出的部分。另一方面，对于捐赠保险也须明确说明其保费来源（公司或员工捐款等）。

至于危险减少引发的保费退还问题（主要针对车险），本质上也涉及对价平衡原则。因为保险人预估的危险因为疫情而在保险合同实际履行过程中大大减少了，就使得此前多收取的纯保险费有必要退还。保险公司单方面延长保险期限的做法，与《保险法》第53条的规定不符，完全剥夺了投保人的选择权。此外，新的保险周期中投保人的保险费可能会随着费率因子的变化而增减，因此新延长的期限可否完全补偿投保人既有保费损失存疑。这些因素保险人都未加考虑，且在未征得投保人同意的情形下，完全采取延长保险期限一刀切的方案，实不足取。退费问题实际上更深层次地反映了在车险方面，我国现有的费率因子设置仍过粗，尤其对于驾驶行为费率因子的关注度不够，从而产生了相当多的问题，并未完全贯彻对价平衡原则。<sup>〔42〕</sup>

此外，对于保险人应对疫情新开设的保险，由于缺乏经验数据，保险人刚开始可能收取了较高保费，而考虑到保险业的特性，一般认为其有动机也有能力去尽可能获得相关危险信息。<sup>〔43〕</sup>

〔37〕 参见汪信君、廖世昌：《保险法理论与实务》，元照出版有限公司2015年版，第5页。

〔38〕 刘宗荣：《保险法——保险契约法暨保险业法》，作者台北2016年自版，第10页。

〔39〕 参见李鸿敏、张璐：《新冠肺炎疫情下保险业公信力的思考》，载《中国保险》2020年第9期。

〔40〕 See Jeffrey W. Stempel, The Insurance Policy as Social Instrument and Social Institution, 51 *William and Mary Law Review*, 1489, 1510 (2010).

〔41〕 参见钟美玲：《大灾面前保险基本职能的发挥——以新冠肺炎为例》，载《黑龙江金融》2020年第8期。

〔42〕 参见韩长印、郑洁文：《驾驶行为保险与车险规范重构》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2020年第5期。

〔43〕 See Omri Ben-Shahar, Kyle D. Logue, How Insurance Substitutes for Regulation, 36 *Regulation*, 36, 38 (2013).

随着时间的流逝,相关危险信息之变动也会逐渐趋于平稳,是故保险人应当及时对经验数据进行总结。如果经验数据证明之前收取的保险费确实过高,为贯彻对价平衡原则,也有退费的必要(这也是《保险法》第53条适用的应有之义),否则保险人有不当得利之可能,而在此时,“重新核定保险费,便是使该契约复归对价平衡的方法”〔44〕。

## 2. 保险利益与被保险人同意权规则的制定法内法律续造

在我国现行法下,为了预防道德风险和尊重被保险人的人格决定自由,立法明确规定人身保险合同订立时投保人对被保险人必须具有一定的保险利益;如果以死亡为给付条件,则必须征得被保险人同意。在保险人赠送保险的情况下,如何确定投保人,以及在此基础上证明投保人对被保险人具有保险利益并获得了被保险人同意,似乎都存在解释论上的难题,进而对合同效力产生影响。笔者认为,在保险公司基于公益目的赠送保险的情况下,毕竟是保险人承担保险费缴纳义务,且确实是由该保险人主动发起并希望给予第三人保险保障,依据现行《保险法》第10条关于投保人的规定,〔45〕可例外承认此种投保人和保险人为同一人的情况。若此种做法对实定法冲击过大,也可在保单实务操作中将抗疫人员的主管机关列为投保人(必须征得其事先同意)。至于投保人与被保险人之间的保险利益关系和被保险人同意的认定,因为保险公司基于抗击疫情需要赠送保险并无任何道德风险,特别是考虑到此类赠送保险具有保险事故发生的不可控性、浓厚的团体保险特征、保险期间也不长等特点,〔46〕而且是纯粹有利于被保险人,在此情形下,投保人与被保险人非同一人,若再按照现行法去强求保险利益和被保险人同意,并无任何实质意义。故可以按照目的性限缩的制定法内法律续造方案,将此种情况排除出《保险法》第12条第1款和第34条第1款的适用范畴。根据法学方法论,目的性限缩与类推适用(目的性扩张)相对,主要解决立法隐藏漏洞的填补问题。〔47〕“目的性限缩,系指对法律文义所涵盖的某一类型,由于立法者之疏忽,未将之排除在外,为贯彻规范意旨,乃将该一类型排除在该法律适用范围外之漏洞补充方法而言。”〔48〕由于保险人因公益目的赠送保险是极为特殊的保险合同成立方式,保险人(或其他投保人)根本无故意或重大过失造成保险事故的可能,加之赠送保险中被保险人纯粹获益,几乎不承担额外的负担,因此,基于规范目的限缩保险利益和被保险人同意的适用范畴符合目的性限缩适用前提。

## 3. 意外伤害保险与疾病保险之区分仍需贯彻

学界传统理论认为,意外伤害保险一般指被保险人在遭受意外伤害而导致伤残、死亡等事故发生时,由保险人给付相应的保险金之险种,因疾病导致的损害并不属于意外伤害保险的保障范围。〔49〕在最高人民法院的公报案例中,也特别强调“意外伤害是指由于外来的、突发的、非本意的、非疾病的原因导致身体受到伤害的客观事件”〔50〕。此种区分也在相当大的程度上构成

〔44〕 叶启洲:《保险法上对价平衡原则之规范拘束力》,载《台大法学论丛》第49卷第1期,第247页。

〔45〕 投保人是指与保险人订立保险合同,并按照合同约定负有支付保险费义务的人。

〔46〕 参见刘玉林、孙雪:《重大疫情下保险公司赠送保险法律问题研究》,载《金融理论探索》2021年第1期。

〔47〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第267-272页。

〔48〕 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社2013年版,第200页。

〔49〕 参见高宇:《中国保险法》,高等教育出版社2015年版,第208-209页。

〔50〕 《赵青、朱玉芳诉中美联泰大都会人寿保险有限公司意外伤害保险合同纠纷案》,载《最高人民法院公报》2017年第9期,第47页。

了两大中间型保险，即意外伤害保险与疾病保险的区隔。<sup>〔51〕</sup>对于如新冠肺炎之类的传染病，虽然其传播途径具有一定的意外性，但当患者感染之后，仍是通过疾病作用于机体，进而带来可能的伤害，因此，新冠肺炎造成的人身损害和可能的医疗支出主要属于健康保险中医疗保险与疾病保险的保障范围，并不符合意外伤害保险的传统定义。司法实践中确实对遭遇特殊意外事故（诸如生物叮咬）所导致的特定疾病（狂犬病、疟疾等）是否可以获得意外伤害保险的给付存在争议。<sup>〔52〕</sup>因此，意外伤害保险与疾病保险间存在一定的中间地带，其最大特点在于意外事故与最后的损害发生具有直接、连续且决定性的因果关系；此外，这类意外事故发生概率也不高，对保险精算影响有限。但感染新冠肺炎之情形与前述情形存在较大差别。

综上所述，保险人单方面扩展意外伤害保险至新冠肺炎造成的损害存在一定问题。如果作为法定传染病的新冠肺炎可以纳入意外伤害保险的保障范围，基于同等问题同等处理的原则，未来几乎所有的类似传染病都可以纳入，这无疑会对既有的险种区分和可能的精算产生极大影响。为避免前述问题，宜将保险人扩展保险责任的做法解释为保险人为履行社会责任而为既有意外伤害保险的保单提供了额外的附加保险，即保险人为新冠肺炎的可能患者（被保险人）在意外伤害保险的基础上提供了另外的附加医疗保险或疾病保险，如此才符合既有的意外伤害保险与疾病保险之区分理念，不至于对现有的保险法体系造成过大冲击。

### （三）保险人应根据市场需要适时调整保险产品的供给

疫情暴发后，保险公司普遍通过扩展既有保险的保障范围以最大程度地转移新冠疫情风险，暴露出现有保险产品所提供的保障实际上无法涵盖诸多重大突发风险。纯粹从合同自由的角度来看，保险人固然可以基于自身利益最大化通过免责条款或除外条款将部分风险排除出保险合同的保障范围，但也应考虑当被保险人确实面临这一现实风险时，而这一风险本身可以通过适当保费缴纳借助保险合同予以转移，那么轻易排除是否有损被保险人的合理期待，是否背离了保险风险转移功能的初衷。在保险实践中，保险人曾经试图在责任保险中通过约定的方式将保险人的责任承担仅限于被保险人在共同侵权中所承担的最后按份责任而非连带责任。但终被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（四）》第16条明文否定，这很大程度上反映了社会大众对保险保障功能是有特别期待的，保险人不能借合同自由原则随意逃避自身本应承担的责任，否则“可能会导致被保险人获得的保险保障处于极大的不确定性之中，甚至投保目的完全落空”<sup>〔53〕</sup>。现代风险社会所产生的风险本身就处于不断的变化中，从2003年的非典到2020年的新冠疫情，重大传染病风险已深刻地影响了人们的生活，因此保险人也应当意识到这一问题，根据市场需要适时调整自己各类保险产品的供给。在贯彻对价平衡原则的前提下，保险人应考虑如何尽可能将传染病风险纳入特定产品的保险保障范围之中（典型如将营业中断险仍然局限于企业财产损害所造成的损失显然范围过窄<sup>〔54〕</sup>），从而努力最大程度地实现自身风险转移功

〔51〕 根据《健康保险管理办法》第2条之规定，疾病保险为健康保险的重要类型。

〔52〕 参见潘红艳、高雅：《新冠肺炎能否获得意外伤害保险理赔——以特定情形患病意外伤害保险赔付争议案件为分析对象》，载王宝敏主编：《保险法评论2020》，南京大学出版社2020年版，第56-57页。

〔53〕 沈小军：《论责任保险中被保险人的责任免除请求权——兼评〈保险法司法解释四〉责任保险相关条文》，载《法学家》2019年第1期，第140页。

〔54〕 参见何伟：《营业中断保险特点及法律问题探究——兼论疫情营业中断指数保险可保性》，载《上海保险》2021年第6期。

能,也增加民众对保险的信赖。此外,现行车险在保费计算方面亦背离对价平衡原则的要求,尤其是在疫情期间产生的因疫情防控措施引发的退费难题,使得未来更符合民众需要与精算要求的UBI车险产品的设计与推广势在必行。

#### (四) 谨守司法介入保险合同的必要限度

一直以来,基于保险深口袋的原理,总有观点认为在强势的保险人与弱势的投保人(被保险人)之间,应给予投保人(被保险人)特殊保护,在责任保险中则特别关注受害人的利益,以实现特殊的公共政策目的。长期在司法裁判中被滥用的《保险法》第17条保险人对于免责条款的提示与说明义务<sup>[55]</sup>以及为实现受害人保护的政策目的,对交强险现行法下的分项限额大量予以突破的做法就是这一观点的体现。<sup>[56]</sup>但此种做法忽略了风险共同体实际上是由千千万万个投保人组成的,保险事实上承担了风险管理者的角色,如果不顾保险合同的既有约定以及对价平衡原则,一味地给予部分被保险人和受害人以优待,会损及风险共同体的整体利益。同时鉴于保险人最终会通过之后的保费分散风险,那么这部分额外成本实际上是由广大投保者来承担。是故,司法介入保险合同必须有一定限度。一般认为,只有在发生可能的纠纷时,法院才有管控的必要。<sup>[57]</sup>此外,司法介入保险合同特别要注重秉持实定法的要求和必要的前提要件。比如,保险法所规定的因保险人未履行对于免责条款的提示与说明义务而认定该免责条款直接无效规则(《保险法》第17条),格式条款中的对保险人不利解释规则(《保险法》第30条),以及对于格式条款的内容控制规则(《保险法》第19条)。司法万不可基于宽泛的政策目的,完全无视保险合同的约定,任意扩大或缩小保险合同的保障范围。

如前所述,最高人民法院出台的《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(二)》第15条,事实上将新冠疫情所造成的损害都纳入了商业医疗保险的保障范围,属于通过司法的手段强行拓展了保险合同的保障范围。然而,不同的商业医疗保险内容千差万别,费率基础也有很大差异,无视保险合同的既有约定(尤其是免责条款的存在)而进行统一的司法强制扩展存在问题。这并未遵守司法介入保险合同的必要限度,毕竟连保险业的监管机构都只是鼓励而非绝对强制保险业扩展保险责任以履行社会义务。因此,在解释论上对上述指导意见实有做矫正的必要。可以认为此条规定主要是对保险人在疫情发生后主动扩展部分保险责任的肯定,如果因为保险合同的保障范围发生争议而诉至法院的话,裁判者仍需依据既有的条款判断保险人的责任承担。

## 五、结 语

“保险作为人类社会进步的产物,天然有着保护人身财产安全和管理风险的能力和任务”<sup>[58]</sup>,此次新冠肺炎疫情来临之后,保险确应发挥可能的风险分散作用。当然,我们也不能忽略保险业

[55] 关于说明义务规则的滥用可参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,载《法学研究》2015年第3期。

[56] 参见张力毅:《政策性保险之政策目的如何融入司法裁判——以〈交强险条例〉第1条的司法适用为中心》,载《华东政法大学学报》2016年第4期。

[57] See Kenneth S. Abraham, Four Conceptions of Insurance, 161 *University of Pennsylvania Law Review*, 653, 667 (2013).

[58] 许闲:《新冠肺炎疫情中保险发挥了什么作用?》,载《上海保险》2020年第3期,第15页。

经营与发展的基础，通过大数法则进行风险计算，并在每一个具体的保险合同中贯彻对价平衡原则。但需认识到，在没有足够的经验数据之前，保险公司的风险估算能力确实受到极大的限制。<sup>〔59〕</sup>此外，保险也非万能，对于可能的巨灾风险力有不逮，对于需贯彻特别政策目的之险种，传统的商业保险也难以独立发挥作用。这些都需要公权力予以合理的介入。

疫情来临之后，保险业迅速采取了诸如扩展已有险种的保障范围与保障期限、设计新的针对性保险险种、赠送保险等措施，以彰显社会责任承担，但问题并存。总体而言，相对于国家的财政支出，我国保险业在此次疫情应对中所发挥的作用仍较为有限，与发达经济体的保险业相比也有不少的差距。<sup>〔60〕</sup>未来在应对重大突发风险时，监管者需在尊重对价平衡原则和既有实定法规则的前提下，妥善利用好政策性保险工具；司法者应坚守司法介入保险合同之边界；保险人也应根据市场需要和风险变化适时调整保险产品的供给，从而更好地发挥保险在风险社会治理中的特殊作用。但不能以重大灾难和履行社会责任为借口，随意突破既有的保险法原则与规则，这样会加大民众对于保险业的不信任感，无益于保险长期稳定地发挥风险分散之功能。

---

---

**Abstract:** In order to combat COVID-19 epidemic and bear the burden of social responsibility, insurers have adopted a lot of measures such as expanding the coverage of insurance contracts, prolonging insurance periods, designing new insurance products and offering free insurance protections. Some emergency measures have caused heated controversies because they depart further from the principles and rules of insurance law. In the future, first of all, the insurance industry should play an important role in the transferring of risks by complying with the principle of equilibrium between premium and coverage as well as existing insurance law. Secondly, they need to resolve the lack of commercial insurance and make use of the policy insurance to deal with the problems that the empirical data are not enough and catastrophe risks may come into being. In addition, insurers ought to offer suitable insurance products to adapt to market demands and changing risks. Finally, there are some limitations on judicial interventions about insurance contracts, especially, the rules related to the operation of insurance and legal procedure ought to be respected.

**Key Words:** COVID-19 epidemic, risk management, principle of equilibrium between premium and coverage, policy insurance

---

---

(责任编辑：李 敏 赵建蕊)

〔59〕 参见范娟娟：《疫情保险产品的开发逻辑》，载《中国银行保险报》2020年3月27日，第006版。

〔60〕 参见杨娟：《新冠肺炎疫情对我国保险业的影响——基于国家治理视角》，载《时代金融》2020年第32期。

## 论数字时代的美术作品原件 ——基于展览权的视角

李 强\*

**内容提要：**美术作品原件是我国著作权法上展览权的核心概念，然而却未得到应有的关注。面对新技术、新业态提出的新挑战，无论是传统美术作品还是数字化美术作品，都存在着如何理解和认定美术作品原件的困惑。对此，有必要突破著作权法上关于美术作品必有原件、美术作品原件唯一和美术作品原件必为实体等传统认识，顺应技术发展的要求，紧紧抓住可展览性和不可替代性两个关键特征来构建美术作品原件的概念，并创建认定美术作品原件的一般规则。对于数字化美术作品，在满足“间接”可展览性的前提下，可以借助 NFT 技术将数字化美术作品完成时所形成的电子文档认定为作品原件。

**关键词：**美术作品 作品原件 展览权 NFT

### 一、问题的提出

在众多著作财产权当中，展览权只是一个不起眼的小权利，但在现实生活中却有着大应用。近几年来，我国文博事业取得了大发展、大繁荣，从法律的角度而言，其兴旺发达最重要的权利基础就是展览权。我国著作权法上的展览权正是基于美术、摄影作品的原件或复制件（以下或简称为“作品原件或复制件”）而定义的，即“公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利”（《著作权法》第 10 条第 1 款第 8 项）；与展览权相关的第 20 条则几乎是作品原件的定制条款，<sup>〔1〕</sup>可见作品原件在展览权中的重要性。

\* 李强，武汉大学图书馆/万林艺术博物馆馆员。

本文为国家社科基金项目“当前国际版权制度发展趋势与我国路径选择研究”（17BFX117）、国家市场监督管理总局发展研究中心项目“数字经济时代知识产权保护与反垄断规制创新研究”的阶段性成果。

〔1〕《著作权法》第 20 条第 1 款规定作品原件所有权转移后原件展览权的归属，第 2 款解决原件受让人展览未发表的作品原件与作者发表权之间的冲突。



文化生活中,展示原件是举办文博类展览的基本要求和行业惯例,特别对美术作品而言更是艺术家展现创作才能、提高艺术声誉的主要途径,亦是美术作品实现艺术价值的主要方式。司法实践中,早年的“蔡迪安等与湖北晴川饭店有限公司等著作权侵权纠纷上诉案”(即《赤壁之战》壁画案)<sup>〔2〕</sup>曾引发大量的学术讨论,案件起因即为绘制于饭店墙壁上的唯一壁画原件遭到毁损灭失。近年来,再次引发诸多学术兴趣的“钱钟书书信拍卖案”<sup>〔3〕</sup>和“茅盾手稿拍卖案”<sup>〔4〕</sup>也聚焦于两位先生的手稿原件及其展览权,引来法院判决和学者观点的分歧甚至对立。<sup>〔5〕</sup>还有判例将“音乐喷泉喷射效果的呈现”认定为美术作品,<sup>〔6〕</sup>那么音乐喷泉的喷射就是在公开展示美术作品,学者对此也表示了明确的反对意见。<sup>〔7〕</sup>作为展览权的主要客体,如果充分认识到美术作品原件的展示并不限于美术馆、博物馆、会展中心等专门场馆,还包括商场(含任何借助展示美术作品而进行营销的现场)、酒店、宾馆甚至街道等数量庞大的公众场所,<sup>〔8〕</sup>那么,讨论美术作品原件既有重要理论价值又有重大实践意义,也充分展现了本文研究的问题导向。

然而,从法学角度对美术、摄影作品原件展开的研究非常少见。目前有限的国内研究主要集中在对现行《著作权法》第10条第1款第8项(展览权的定义)和第20条第1款<sup>〔9〕</sup>的理解与适用上。比如,作品原件转移后原件展览权的归属,<sup>〔10〕</sup>作品原件转移后由原件所有人享有原件展览权则引出了作品原件所有权和作品著作权之间的冲突与协调<sup>〔11〕</sup>。英文领域的研究则主要关注在公共场所展示宗教物品的政教分离条款(the establishment clause)或展示艺术品的言论自由等美国宪法第一修正案,<sup>〔12〕</sup>以及数字图书馆、Twitter等社交平台的网上展示,<sup>〔13〕</sup>极少提及作品原件或复制件。

• 637 •

〔2〕 参见湖北省高级人民法院(2003)鄂民三终字第18号民事判决书。

〔3〕 参见北京市第二中级人民法院(2013)二中保字第9727号民事裁定书。

〔4〕 参见江苏省南京市中级人民法院(2017)苏01民终8048号民事判决书。

〔5〕 参见金海军:《论书信上的物权、著作权与隐私权及其相互关系——从“钱钟书书信拍卖案”谈起》,载《法学》2013年第10期;李翔、曹雅晶:《失落的展览权——从“钱钟书书信拍卖案”谈起,兼论〈著作权法〉第十八条之理解》,载《中国版权》2014年第4期;石超:《手稿著作权客体类型探究——基于“茅盾手稿案”的分析与思考》,载《中国出版》2019年第1期;陈瑞雪:《论文字作品的亲笔手稿著作权保护问题——以茅盾先生手稿著作权纠纷案为例》,载《福建法学》2019年第1期。

〔6〕 参见北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

〔7〕 参见王迁:《论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”》,载《法学评论》2019年第3期;李扬:《著作权法基本原理》,知识产权出版社2019年版,第72页。

〔8〕 相关案例可参见北京市第二中级人民法院(2003)二中民终字第5951号民事判决书;北京市东城区人民法院(2007)东民初字第03991号民事判决书;湖北省武汉市中级人民法院(2010)武知初字第66号民事判决书;天津市第一中级人民法院(2016)津01民终6756号民事判决书。

〔9〕 该款规定:“作品原件所有权的转移,不改变作品著作权的归属,但美术、摄影作品原件的展览权由原件所有人享有。”

〔10〕 参见李明德、管育鹰、唐广良:《〈著作权法〉专家建议稿说明》,法律出版社2012年版,第97-98页;郑成思:《版权法》(上),社会科学文献出版社2016年版,第321页。

〔11〕 参见王福珍:《作品原件所有权与作品著作权的冲突及解决方案》,载《法学》1993年第9期;郭玉军、向在胜:《论美术作品著作权与原件所有权》,载《湖北美术学院学报》2001年第3期;唐昭红:《论美术作品著作权对美术作品原件所有权的限制》,载《法商研究》2003年第4期。

〔12〕 See Christina A. Mathes, Bery v. New York: Do Artists Have a First Amendment Right to Sell and Display Art in Public Place? 5 Villanova Sports & Ent. Law Journal, 103 (1998); Susan L. Trevarthen, Johanna Lundgren, Merry Litigation and Happy Attorney's Fees: Holiday Display on Downtown Public Property, 85 Florida Bar Journal, 19 (2011).

〔13〕 See David R. Hansen, The Public Display of Digital Library Collections, 14 N. C. Journal of Law & Technology, 145 (2012); Jie Lian, Twitters Beware: The Display and Performance Rights, 21 Yale Journal of Law & Technology, 227 (2019).

笔者在梳理这些研究时发现一个令人困惑的现象，即围绕展览权或美术作品原件展开的探讨似乎将美术作品原件本身当成一个不用言说、不言而喻的概念。但是，越来越多的艺术创新对这种“想当然”提出了有力的挑战。比如，用无人机编队或烟花燃放形成的艺术造型，用蘸水的笔在地面上写出的书法，还有将发型认定为立体美术作品的判例。<sup>〔14〕</sup>在这些美术创作中，什么是美术作品的原件，美术作品是不是必有原件？人类已经进入数字社会，元宇宙也开始占据大众的视野，数字财产的价值和重要性渐次攀升。传统时代，美术作品的原件是有体物；数字时代，作为一种数字财产形式，数字美术作品的原件又是什么？近两三年来，越炒越热的 NFT（non-fungible token，不可互替通证或非同质化代币）艺术作品逐渐成为数字时代收藏界的新宠和吸引流量的焦点，时不时报道出来的巨额拍卖令人咋舌。NFT 艺术作品即为经由 NFT 技术加持的数字美术作品，那么，使用画图软件在电子屏幕上绘制一幅美术作品，呈现在屏幕上的画面，由该作品形成的电子文档，存储电子文档的内存模块或硬盘、光盘，还有制作出来的第一份纸版作品，哪一个是原件？

为此，本文在辨析作品原件和作品载体之间关系的基础上，从实践出发，基于展览权的角度纳入适当的考量因素，构建了可以兼顾传统美术作品和数字美术作品的美术作品原件概念，并创建了认定美术作品原件特别是数字美术作品原件的若干规则。

## 二、作品原件和作品载体的关系辨析

• 638 •

根据我国著作权法，展览权的客体是美术作品和摄影作品，客体的载体是作品原件或复制件（以下或简称为“作品制件”），其本身也是物权的客体。

### （一）作品载体学理分类的局限性

通说认为，作品必须通过一定的形式表达，才能被他人感知；采取一定的形式固定，才能得到法律的保护。这不仅是作品创作的本质属性和实际需要，也是国际条约（《伯尔尼公约》第 2 条第 2 款）和相关立法例为作品提供法律保护的基本要求。这种固定的形式就是作品载体。

根据物理特性不同作品载体可以分为固定载体和瞬间载体，前者指有形的物质实体，后者指无形的物质，如口头作品之声波、表演作品之动作，数字作品的无形载体是电子脉冲。根据是否为首次依附分为原始载体和复制载体，前者又称原件，“是作品最初所附的载体”，后者又称复制件，“是承载原始载体上之作品的载体”<sup>〔15〕</sup>。

然而，与实践对比不难发现，除了通过最传统的纸笔或刻刀等方法创作的如著作手文稿、绘画、雕塑等作品外，上述原始载体和复制载体的分类不能直接用于确认作品的原件或复制件。比如，用计算机撰写的著作，其原始载体是电子脉冲，复制载体是硬盘、优盘等存储器，但什么是该作品的原件却颇费思量。再如，口述作品的原始载体是无形的声波，复制载体是固定声波的磁带；而在大众认知中，录音棚或现场录制的母带是原件，从母带翻录的都是复制件。

〔14〕 参见“何吉与杭州天蚕文化传播有限公司著作权纠纷上诉案”，浙江省杭州市中级人民法院（2011）浙杭知终字第 54 号民事判决书。

〔15〕 杨述兴：《论作品与载体的关系》，载《知识产权》2012 年第 6 期，第 42 页。

所以,作品载体的上述分类主要是一种学理认识,不能满足实践的需要。真正具有法律意义的作品载体是固定载体或称为实体载体,如《著作权法》及实施条例多次提到的作品原件或复制件。具体到美术作品原件亦是如此,比如,“美术作品的‘原件’,也就是通常所说的‘原稿’,或者是‘原本’、‘底本’”〔16〕;“美术作品必须被固定在物质载体上,不能像口述作品那样脱离物质载体而存在,否则也不可能有‘原件’和‘复制件’的区分了”〔17〕。

## (二) 其他作品原件和美术作品原件在司法实践中存在重要差异

从司法实践来看,对于美术、摄影作品以外的其他作品,作品原件的法律意义主要体现在由于没有备份而毁损丢失时会导致整个作品的灭失。比如,在被称为国内首例教案纠纷的“高丽娅诉重庆市南岸区四公里小学著作权纠纷案”中,〔18〕被告弄丢了原告12年间历次上交的大部分教案本(无备份)。其实,即便原告诉称被告遗失其作品原件系侵犯了其著作权,法院仍倾向于将之认定为侵犯了原告对作品原件的所有权,如“沈金钊诉上海远东出版社图书出版合同案”〔19〕和“邱传海与湖北电视剧制作中心等返还作品赔偿纠纷案”〔20〕(以下简称“邱传海案”)。在这两个案例中,原告的诉求都包括追究被告遗失其作品原件的著作权侵权责任,但是终审法院都没有支持原告的诉求,而是认定为涉及作品原件的财产权纠纷进行判决。

就美术、摄影作品以外的其他作品原件而言,从上述及类似案例可以得出三个重要推论。一是如果存有复制件,作品原件是否丢失无关紧要。二是如果缺乏复制件,作品原件的作用主要体现为是作品的唯一载体,一旦灭失即意味着整件作品的灭失,至于是什么形式的载体并不重要。三是作品原件彰显的主要是使用作品的财产价值,而不是其本身的价值。比如,在邱传海案中,原告就诉称由于被告遗失其唯一的相关手稿原件,导致有关合作方取消了原告书籍的出版和电视剧的拍摄,造成了财产损失。

但是,如果涉案作品原件有可能构成美术作品原件,则不仅会关联展览权,而且侵权认定的性质也完全不同。比如,在“钱钟书书信手稿拍卖案”和“茅盾手稿拍卖案”中,法院判决和学理研究均认为,在著作权法上,钱钟书先生和茅盾先生的手稿既是文字作品又是书法类美术作

〔16〕 李建国主编:《〈中华人民共和国著作权法〉条文释义》,人民法院出版社2001年版,第136页。

〔17〕 前引〔7〕,王迁文,第24页。

〔18〕 原告原为被告所属教师,每学期按照被告的安排编写和上交教案,自1990年至2002年先后交给被告教案本48册。在原告要求返还教案本后,被告只返还了4册,其余44册被被告以销毁或者变卖等方式处理,下落不明。原告起诉被告要求其返还教案本并赔偿经济损失。原告在以物权纠纷起诉、上诉和申诉均败诉后,转以著作权纠纷为由起诉,最终胜诉。参见重庆市第一中级人民法院(2005)渝一中民初字第603号民事判决书;重庆市第一中级人民法院(2005)渝一中民再终字第357号民事判决书。

〔19〕 原告按照出版合同约定将其唯一的手稿原件交由被告出版社出版,后被告将手稿的前两千页遗失。原告诉求之一即为被告侵犯了其对手稿原件的著作权。一审法院支持了原告请求,但二审法院认为被告侵犯了原告对书稿原件享有的所有权而非作品著作权。参见上海市第一中级人民法院(1997)沪一中民终(知)字第1469号民事判决书。

〔20〕 20世纪80年代后期至90年代,原告在先后三次参加被告组织的职称评审过程中,提交了包括文学剧本、电视剧分镜头剧本和著作手稿在内的大量作品手稿,绝大多数没有备份。评审结束后,原告多次向被告索要手稿材料未果,遂诉至法院。虽然湖北省检察机关在办案过程中找到了部分手稿(约150万字)并发还作者,但仍有70余万字的手稿材料没有找回。该案历经区、市、省三级人民法院和最高人民法院多次审理,原告虽然胜诉,但是湖北省高级人民法院的再审判决没有认可原告提出的著作权侵权主张,最高人民法院的再审判决也没有认可最高人民检察院提出的著作权侵权的抗诉意见,而是认定该案为“主张返还作品手稿原物及赔偿损失的物权纠纷”,维持了湖北省高级人民法院的再审判决。参见湖北省高级人民法院(2009)鄂民监二字第10号民事判决书;最高人民法院(2012)民抗字第50号民事判决书。

品，后者即为展览权的客体。<sup>〔21〕</sup>在这一类案例中，被告的涉案行为在侵犯原告物权的同时也可能侵犯了著作权，法院还需要判定被告公开展示美术作品原件的行为是否侵犯了原告的展览权。换言之，在涉及美术作品原件的案例中，即使存有海量复制件，作品原件本体的毁损或丢失即属于重大损失；作品原件本体不存，与其不可分离的原件展览权也归于消灭。

所以，上述针对其他作品原件的三点重要推论不能类推适用于美术作品的原件。主要原因在于美术作品与美术作品原件不可分离，以及美术作品原件所具有的可展览性。应该说，这两点都是美术作品原件的本质属性，且可展览性既是现行立法赋予美术作品原件的法律属性，又是其区别于其他作品原件的关键特征。《美国版权法》第 101 条定义的“公开展示权”不仅包括直接展示，还包括通过胶片、幻灯片、电视图像或任何其他设备或程序展示作品的载体；换言之，既包括直接展示和间接展示，也包括现场展示和网上展示。与之相比，一方面，我国的展览权定义没有使用诸如“借助其他任何设备或方法”的用语，应当是“直接展示”作品的载体即原件或复制件，不包括“间接展示”。另一方面，在我国著作权法的架构中，现场播放视频的展示行为适用放映权，现场网上展示作品适用信息网络传播权，只有现场直接展示作品原件或复制件本身才适用展览权。所以，在我国著作权法的语境下，美术作品原件的可展览性就是指不需要借助任何设备或方法在现场直接展示原件本身亦即作品载体。

对于传统美术作品如绘画、书法、雕塑等，不论原件还是复制件都具有可展览性，展示作品载体就是展示作品本身，作品原件就是作品的原始载体，复制件就是复制载体。对于数字化美术作品，展示储存作品电子文档的内存模块或硬盘、光盘等载体不能得到展示作品的效果，即这些载体不具有可展览性，不能认定为展览权意义上的原件或复制件，尽管可以作为作品的原始载体或复制载体。所以，有学者指出，“‘原件’这一概念仅于传统创作形式的美术作品之上才有意义，才能体现出原件与复制件之差异”<sup>〔22〕</sup>。摄影作品存在同样的问题，传统的胶卷可以作为原始载体，但不能作为原件；数码相机里的存储卡可以作为原始载体，也不能作为原件。正是因为数字化美术作品的原件和载体之间的关系迥异于传统美术作品，才导致不易判定数字化美术作品的原件，这也是技术的发展对著作权立法提出的具体挑战。所以，在构建美术作品原件的概念和创建美术作品原件的认定规则时，必须将数字化美术作品的特殊性纳入考量。

### 三、构建美术作品原件的概念

#### （一）两个重要区别

##### 1. 美术作品原件与复制件的区别

无论对创作者、观赏者还是所有者而言，美术作品的原件和复制件在价值上相差悬殊，本身存在着质的不同。尤其是作品原件与作者之间存在着强烈的人身联系，在精神和经济上均具有特殊重要的价值，蕴藏着作者最原初的艺术才情、创作技巧和身心投入，不能为复制件或任何同主题的再

〔21〕 参见前引〔5〕，金海军文；前引〔5〕，陈瑞雪文。

〔22〕 杨明：《文字作品 v. 美术作品：对几个基本理论问题的反思》，载《中外法学》2009 年第 2 期，第 261 页。

创作所替代,与美术作品不可分离。在文博行业,不论是文物还是艺术品,以展览真品和原件为基本原则和最低要求,观众也以欣赏到原物和真迹为最大期盼;如果展出的是复制件或所谓的高仿件,则必须特别标明,尽管这必然会贬损展览的档次。在最能体现美术作品经济价值的拍卖行业,也是以“原件为王”,拍品一般都要附上权威鉴定机构的“验真”证明,否则根本上不了拍卖目录或拍不出高价。所以,无论从哪个方面讲,作品原件都是展览权架构中的核心概念和主要保护对象,因此也突显出准确建构美术作品原件的概念和创建美术作品原件认定规则的极端重要性。

## 2. 作品原件的唯一性和作为原件载体的物的唯一性的区别

在严格意义上,不存在完全相同的两个物,每个物都是独一无二的,承载作品的原件亦是如此。在数字化技术出现之前,对于美术作品而言可以将作品原件的唯一性和作品载体物的唯一性等同起来,对于摄影作品原件则需要另外讨论。数字化技术出现之后,只能笼统地说,作品原件的唯一性不是其载体物的唯一性,载体物的唯一性也不能决定作品原件的唯一性。对于数字化美术作品,如果使用同样的方法和材质,得到在普通人视觉上一般无二的两份及以上作品,如果均认定为作品原件,那么即可认为其唯一性被打破了;而作为承载作品的物,其相互之间仍然保持了各自的唯一性。

### (二) 几点重要考虑

从展览权的角度构建美术作品原件的概念,应当将以下几个方面纳入考量。

#### 1. 美术作品的范围

《著作权法实施条例》第4条第8项规定:“美术作品,是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。”包括纯美术作品和实用美术作品。其中纯美术作品,是指仅能够供人们观赏的独立的艺术作品,比如油画、国画、版画、水彩画等。实用美术作品,是指将美术作品的内容与具有使用价值的物体相结合,物体借助于美术作品的艺术品位而兼具观赏价值和实用价值,比如陶瓷艺术等。<sup>[23]</sup> 无需(美术)专业审视就可知道,我们通常认知的美术作品显然比上述规定要宽泛得多,各国立法例中美术作品的范围多数也比较宽泛。对于美术作品的法律界定和范围,既有国际公约的规定(《伯尔尼公约》第2条第1款),又有学者的细致分析,<sup>[24]</sup> 均可借鉴。

实践中,符合大众认知和法律明确规定的美术作品较好判断,困难的是那些非典型的美术作品,比如名家的书信和手稿,还有音乐喷泉喷射效果的呈现和那些具有审美意义的建筑设计图、视觉效果图、手绘地图和模型等,也可以视为美术作品。随着《著作权法》的最新修订确立了“作品类型开放”的立法模式,还会出现更多不常见的美术作品类型,在事实上也增加了认定美术作品原件的难度。

#### 2. 兼顾通过传统方法和通过数字化技术得到的美术作品原件

考察法律释义和学理研究,我国著作权法上美术作品原件的概念是建立在有体物基础之上

[23] 参见国务院法制办公室:《中华人民共和国著作权法注解与配套》,中国法制出版社2017年版,第6页。

[24] 参见郭玉军、陈云:《美术作品概念、成立要件及其范围的法律探讨》,载《湖北美术学院学报》2000年第2期;王迁:《论平面美术作品著作权的保护范围——从“形象”与“图形”的区分视角》,载《法学》2020年第4期;赵书波:《美术作品作者财产权益保护研究》,中国艺术研究院2010年博士学位论文,第13-20页。



的。比如,“美术作品原件,是指美术作品首次固定之有形载体”<sup>[25]</sup>;“作品原件,即作品的原始载体,是指作品在创作完成之时被固定其上的有形物质载体”<sup>[26]</sup>。《伯尔尼公约》第2条第2款也规定,未以某种物质形式固定下来的作品不受保护。对于用传统方法创作的美术作品,如此理解并无疑义。有疑义的是,如何确定通过数字化技术得到的美术作品的原件。比如,通过画图软件得到一幅美术作品,当作品完成时呈现在显示器上的画面是不是原件,这种呈现是否属于“固定”在载体上。<sup>[27]</sup>《美国版权法》第101条规定,用于固定作品的载体,应当具有“足够的长期性与稳定性”,以使作品在不短的一段时间内可以被感知、复制或以其他方式传播。考虑到显示画面的暂时性和该美术作品形成的电子文档在计算机内存上存储的暂时性,显示画面和内存模块似乎不能成为作品原件。由美术作品所形成的电子文档和存储该文档的计算机硬盘或光盘由于不具有我国著作权法所要求的“直接”可展览性,也不能当然地认定为原件。

版画作品和3D打印作品的原件也存在类似问题。版画的制作具有特殊性,先制版再印刷。先行制成的模版不是完整的版画作品,<sup>[28]</sup>不能视为版画作品的原件。如果套色印刷一张或若干张版画后,作者为了保证作品的稀缺性而毁掉模版,则印出来的版画作品(不论几张)即为原件似无疑义。如果保留模版,随时都可以印制出同样的版画作品,那么什么才是原件?或者说,在留存模版的情况下,版画作品是不是没有原件、只有复制件,或者印制出来的都是原件?

### 3. 突破美术作品原件必为物质实体的传统认识

目前理论和实务上均以物质实体为基础来认识美术作品原件,如“美术作品原件,是指美术作品首次固定之有形载体”<sup>[29]</sup>。然而,随着2020年11月《著作权法》的最新修订,这种传统认识正在发生变化。作为修订的一项重要内容,《著作权法实施条例》第2条的作品定义被修改、提升为《著作权法》第3条,<sup>[30]</sup>定义中的关键要素“能以某种有形形式复制”改成“能以一定形式表现”。对前者的重要理解之一就是作品可以以某种有形形式固定,而改为“能以一定形式表现”即放弃强调形式的有形,在一定程度上降低了对作品的固定性要求。

换言之,作品是不是必须固定下来,是不是必须以实体的方式存在,已经不是作品的构成要件了。那么,这种改变必然会影响到对美术作品原件的认识。早在二十多年前,日本著名学者就曾预言:“数字技术正在逐步的切断以往传统的著作物商业交易中所见到的无体物对有体物的寄生关系……著作物不再借用有体物的外衣而独立存在,我们面对的是一个全新的局面。”<sup>[31]</sup>《巴西著作权法》第7条也规定:“受保护的智力作品是指智力创作成果,而无论其表达形式如何,也无论其以任何有形的或无形的、现在已知的或将来可能开发的载体固定。”<sup>[32]</sup>所以,为了适应

[25] 前引[7],李扬书,第136页。

[26] 曹新明:《作品原件所有人的告知义务研究——兼论〈著作权法〉第三次修订》,载《法治研究》2013年第11期,第42页。

[27] 有学者认为,数字作品的物质载体是无形的电子脉冲。参见前引[15],杨述兴文,第41页。

[28] 当然,具有审美意义的模版本身也是一种模型类的美术作品。

[29] 前引[7],李扬书,第136页。

[30] 该条规定:“本法所称的作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果,……”

[31] [日]北川善太郎:《网上信息、著作权与契约》,渠涛译,载《外国法译评》1998年第3期,第42页。

[32] 《十二国著作权法》,《十二国著作权法》翻译组译,清华大学出版社2011年版,第9页。



数字经济,有必要前瞻性地改造美术作品原件的传统认识。

#### 4. 突破美术作品原件唯一的传统认识

在学理研究和审判实践中,普遍认为作品原件具有唯一性。前者如,“对于具体的作品而言,每个作品对应的原件具有唯一性”<sup>[33]</sup>;美术作品原件“有着复制件无可取代的价值和唯一性”<sup>[34]</sup>。后者如“成都市黑蚁设计有限公司与东宏实业(重庆)有限公司等著作权纠纷上诉案”,法院认为:“作品原件一旦形成,就具有唯一性,创作者永远也不可能再创作出一件与原件完全一样的美术作品。”<sup>[35]</sup>在用传统手法创作的年代,这种认识无疑是正确的,但是数字技术的发展已经颠覆了这种认识。比如,将电脑绘制的美术作品使用同样的打印机和纸张制作若干纸版,有可能都会被认为是原件。版画作品和3D打印作品的原件也是如此。版画的制作一般是先制版再印刷,制好的模版不是完整的版画作品,不能视为版画作品的原件。如果套色印刷一张或若干张版画后,作者为了保证作品的稀缺性而毁掉模版,则印出来的版画作品不论几张都是原件。对此,《法国知识产权法典》第L.122—8条第2款也规定,作品原件是指由艺术家亲自创作的作品,以及由艺术家亲自或在其指导下完成的限量版作品。所以,对于某些特定的美术作品和摄影作品,作品原件有可能不唯一。

必须指出,突破美术作品原件唯一的传统认识并非认为所有美术作品原件已经不再具备唯一性特征,而是表明唯一性已经不能作为一个能够涵盖所有美术作品原件的绝对特征,但不妨碍其仍可作为绝大多数传统美术作品甚至数字化美术作品的特征。比如近年来火爆全球的NFT数字艺术作品,在NFT技术的加持下也具备了唯一性。NFT是在区块链的基础上发展起来的一种加密技术,通过区块链来记载上一个区块数字美术作品计算机文档的哈希值,其中就包括该作品每次流转的所有数据,并形成链接关系。任意一个区块发生人为的删改,后面相连的所有区块哈希值都会发生变化,于是链接上的每个环节都能发现数据被篡改,这样可以有效防止NFT数据被随意或恶意篡改。<sup>[36]</sup>同时,根据哈希算法,对数字艺术作品的任何修改都会产生不同的哈希值。因此,他人无法改变数字艺术作品以及链上哈希值而不被发现,也就保证了附有NFT数据的美术作品原件的唯一性。当然,这种唯一性并非通常意义上物理实体的唯一,也不是指在数字世界里只有一件数字美术作品,而是在无法篡改的技术保障下通过权属证明表现出来的“唯一”。

#### 5. 坚守美术作品原件的不可替代性

美术作品原件的唯一性与其不可替代性紧密联系,著作权法强调保护美术作品原件的一个主要原因就是其具有不可替代性。如果作品原件可以被替代,变成对创作者、收藏者和观赏者可以旧去新来的物件,法律也就没有必要加强保护了。对于多数传统美术作品,作品原件唯一就意味着不可替代;而对于某些特定的美术作品和摄影作品,突破作品原件唯一的传统认识并非否认其不可替代性。实际上,不可替代性是确认美术、摄影作品原件的关键要素之一。有的学者认为,

• 643 •

[33] 袁博:《著作权法解读与应用》,知识产权出版社2018年版,第123页。

[34] 前引[22],杨明文,第261页。

[35] 重庆市高级人民法院(2005)渝高法民终字第76号民事判决书。

[36] 参见王功明:《NFT艺术品的价值分析和问题探讨》,载《中国美术》2021年第4期。

可以根据底片（胶卷拍照）或数码照片文档（数码拍照）洗印出来的照片均认定为摄影作品原件，<sup>〔37〕</sup>实际上是否定了原件的不可替代性。必须认识到，正是不可替代才使得美术作品原件稀缺而珍贵。

对于数字化美术作品，NFT 作品的每一个 TokenID（token identity document，代币唯一编码）都是独一无二、无法替代的。<sup>〔38〕</sup>即通过 NFT 技术，防止篡改和无法消除的权属凭证伴随并记录着该“唯一”美术作品的每一次流转，与其不可分离，在观念上、事实上和法律上都得到公认，保证了 NFT 美术作品的不可替代、不可互换。也许存在跟某件特定 NFT 美术作品数字化质量完全一样的其他 NFT 美术作品或非 NFT 美术作品，但是在 NFT 技术的规则之下，不存在相互替代的可能性。

#### 6. 充实展览权的定义

现行著作权法赋予美术作品原件以“直接”可展览性，即现场直接展示作品原件本身。这对于展示作品载体即是展示作品的传统美术作品没有问题，但是却不能适用于以优盘、光盘为载体的数字化美术作品。当然，也可以将其打印出来展示，然而数字化美术作品的美感和价值更多的时候难以通过打印版展现出来。比如，三维美术作品的最佳展示方式是数字化的多角度展示，像素高度压缩的美术作品需要通过逐渐放大像素的方式来展现细微之美，还有动态的数字化美术作品也无法通过静置的方式展示。而且，同技术发展与时俱进的展览模式经常求新求变，那些比实物静置方式更活泼、效果更好的展览行为其实不受展览权的调整，比如常见的播放视频适用放映权，网上展示作品适用信息网络传播权。所以，有必要充实展览权的定义，参照《美国版权法》的“公开展示权”，明确规定既可以直接展示作品，也可以借助其他设备或方法间接展示作品。换言之，即赋予数字化美术作品以“间接”可展览性。

#### （三）构建美术作品原件的概念

虽然“作品原件”在我国著作权法中频频出现，却无相应定义。笔者认为，我国著作权法应当明确“美术作品原件”的法律含义。美术作品原件与复制件相对应，其概念必然要反映出二者的区别性，关键在于如何阐释“原”或“原件”的含义。笔者认为至少应当包括以下三个方面。

第一个方面是阐释为在时间上作品“首次”附着于载体或数字化作品的“首次”完成。前者是对传统上作品原件必为实体的理解，作者在载体物上完成作品之时，该载体物即成为原件；我国台湾地区“著作权法”第 3 条第 1 款第 14 项规定“原件指著作首次附着之物”，也是强调时间上的“首次”。后者是突破作品原件必为实体的认识，一幅数字化美术作品完成之时，即首次达到“能以一定形式表现”的法定要求，具备了成为作品原件的可能性。

第二个方面是阐释为作为复制件来源的原始件。原件先于复制件，复制件源于原件。复制可能是“二手”或“三手”，复制的维度也可能经历了二维和三维之间的转换，但是只有最原初的那件作品才是原件。

〔37〕 参见前引〔7〕，李扬书，第 137 页。

〔38〕 参见江哲丰、彭祝斌：《加密数字艺术产业发展过程中的监管逻辑——基于 NFT 艺术的快速传播与行业影响研究》，载《法学论坛》2021 年第 4 期；王铎、曹莹：《NFT 的境外法律监管》，载：<http://glo.com.cn/Content/2021/05-24/1410013404.html>，最后访问时间：2022 年 1 月 2 日。

如果原件已经遗失,作为原件的“一手”复制件,虽然是所有后续复制的来源,但显然不能认定为原件。此时就需要引入第三个方面,即“作者亲自创作完成”,这也正是作品创作的“原初”状态。其实,第一个方面和第三个方面只不过是同一事实的不同表述而已,作者亲自创作作品过程的结束之时也就是作品“首次”固定或完成之时。参考《法国知识产权法典》第L.122—8条第2款,对于某些特定的作品,在作者指导下完成的限量版作品亦可认定为原件。比如,作者完成了模版的制作,然后亲自或指导他人印制出限量版画。

综上所述,可以将美术作品原件定义为:作者亲自创作且具有可展览性和不可替代性,并能以一定形式表现的美术作品。这是一个比较典型的“属+种差”的逻辑定义,<sup>[39]</sup>可以从以下几个方面加以理解。

一是淡化了传统上强调美术作品在时间上的“首次”,将之隐含于“作者亲自创作”之中。凡是作者亲自创作的必然都是“首次”完成的作品,即便是作者反复创作主题、内容、布局、色彩等完全相同的作品,每一次创作都是单独创作,得到的每一件作品都是原件,而不是第一件作品或前一件作品的复制件。作者也许还会亲自复制,但既然不是创作,就只能是复制件。“作者亲自创作”实际上是所有作品原件的根本来源和本质属性。所以,如此定义表明了作品原件的本源,既强调了其在创作主体上的特定性,也涵摄了其在时间上的“首次”。

二是突出了美术作品原件相对于其他作品原件和美术作品复制件的差异性即“种差”。我国《著作权法》上的美术作品原件应当具有可展览性,这既是与其审美属性相辅相成的另一种本质属性,也是区别于其他作品原件的“种差”。在前文所述案例中,其他作品原件和美术作品原件的判决要旨截然不同,后者总是考虑是否侵犯了展览权。美术作品原件的不可替代性则是其区别于复制件的“种差”。作品复制件的可替代性决定了其不能像原件那样彰显作品与作者之间的人身联系,也无法达到作品原件的财产价值、收藏价值和观赏价值。如果说可展览性还可能会因为法律规定的不同而产生不同理解(即“直接”和“间接”之分),那么不可替代性则是美术作品原件坚定不移的本质属性之一。

三是淡化了传统上认为作品原件必为实体的认识,既符合《著作权法》对作品定义的最新修订,也极大地扩展了作品原件的表现形式。《著作权法》的最新修订以“能以一定形式表现”替换作品定义中的“能以某种有形形式复制”,顺应了技术发展的时代趋势。可以预见,越来越多的数字化美术作品(包括将传统美术作品数字化)将放弃实体化的展示,而采用形式更加多样的数字展示方式。在美术作品原件的概念中使用“一定形式”的表述,既包括物质载体的形式,也囊括了现在及将来数字技术、智能技术所能带来的一切展示形式,大大提升了立法的前瞻性和应变性。

#### 四、创建美术作品原件的认定规则

##### (一) 美术作品原件的一般认定

以前述对美术作品原件概念的理解为基础,笔者认为,现实中美术作品原件已经具备了以下

[39] 这是一种常用的逻辑定义方法,被定义项由其属概念和其区别于其他种概念的种差组成。

几种可能性。

第一种可能是作品原件唯一，绝大多数通过纸笔或刻刀等传统手法创作的美术作品如是。作品原件就是美术作品首次固定于其上的物质载体，其与复制件在载体性质、大小比例甚至平面还是立体上可能相同，也可能不同。比如将画作、书法编印成集，将雕塑作品按比例缩小或印成图册。

第二种可能是存在若干份作品原件。比如，已经毁掉模版且印制质量、尺寸完全一样的若干张版画作品，均为原件。如果作者反复创作相同的作品，每一次都是独立的创作，得到的作品是相互独立的作品原件，而不是同一作品的若干份原件，更不是第一件作品的复制件。在这种情形下，原件的认定需要辅之以作者在原件上的签名、编号、盖章、水印等客观性证明。

第三种可能是一些特殊类型的作品原件附有存续期限。比如，为了举办大型活动用灯具或花盆摆设的艺术造型。在“自贡市公共交通总公司诉自贡市五星广告灯饰公司侵犯著作权案”中，法院就认定原告设计、制作的“希望之光”大型灯组属于《著作权法》所称的美术作品。<sup>〔40〕</sup>活动结束后拆除艺术装置，则美术作品原件灭失，其存续期限即为活动期间。再如雪雕作品、沙画作品也有一定的存续期限。还有判例将发型认定为立体美术作品，亦为附有存续期间的作品原件。

第四种可能是并非所有美术作品都有原件。比如，曾有判例将音乐喷泉喷射效果的呈现认定为美术作品。音乐喷泉喷射出来的艺术造型转瞬即逝，无法固定，但是满足了作品“能以一定形式表现”的法定要求。再如，烟花燃放和无人机编队形成的艺术造型也是类似的“瞬间载体”。《著作权法》的最新修订确立了“作品类型开放”的立法模式，未来也许会出现更多没有原件的美术作品类型。

## （二）数字化美术作品原件的认定

首先，前文已述，存有电子文档的硬盘、光盘或优盘等存储器不具有“直接”可展览性和不可替代性，且该电子文档可以随时被删除，也不符合大众对作品原件的通常认知，不能作为作品原件。

其次，如同在画板上作画一样，数字化美术作品完成时呈现在显示器上的图片代表作品“首次”附着在物质载体上。但是，美术作品看似“固定”在屏幕上，其实只是暂存于计算机的内存中。而且，根据《美国版权法》第 101 条，用于固定作品的载体应当具有“足够的长期性与稳定性”，以使作品在不短的一段时间内可以被感知、复制或以其他方式传播。所以，这种短暂呈现的画面没有被真正固定下来，不具有稳定性，不能作为作品原件。

再次，如果坚持作品原件必为实体的传统认识，那么只能将打印出来的实体作品认定为原件。对照前述美术作品原件的概念，虽然其具备可展览性，但却不具备不可替代性，同样品质的作品制件可以反复制作。当然，作者可以通过签名、题词、盖章或印制时加入水印等技术手段将一张或若干张打印版特定化为不可替代的作品原件。但是，那些多维的、动态的或像素高度压缩的数字化美术作品只有通过数字化方式才能全方位展示出创作精髓。比如，2021 年 3 月，佳士得

〔40〕 参见四川省自贡市中级人民法院（1994）自民初字第 2 号民事判决书。

公司以 6934 万美元拍卖了一幅 NFT 数字化美术作品《Everydays-The First 5000 Days》，由作者从 2007 年 5 月以来 5000 个日夜所创作的数字化作品压缩而成，<sup>〔41〕</sup> 其艺术价值不只是体现在由这些作品拼凑而成的整幅图片上，还包括可以被放大的每幅被压缩的作品。换言之，不能真正展现数字化美术作品美感的打印版“作品原件”颠覆了其原本应当具有的观赏性，有可能还贬低了作品的艺术价值。艺术家们肯定不愿看到自己精心制作的多维或动态数字化美术作品，只能展示其中静止不动甚至索然无味的一面。

最后，笔者认为，如果突破作品原件必为实体的认识，可以将数字化美术作品完成时的原始图片或其形成的电子文档（通常带有“.gif”或“.jpeg”等专用扩展名）认定为作品原件。此处的图片或电子文档指的是作者亲自创作完成的同一件作品的不同表现形式，均为同一事物，借助于看图软件即可将电子文档打开为图片。图片需要借助电子屏幕展示，电子文档需要借助看图软件和电子屏幕展示，均能间接地满足可展览性的要求，即具备“间接”可展览性。电子文档本身附有权利管理信息，<sup>〔42〕</sup> 可以被特定化为不可替代物，作者还可以通过技术手段防止他人未经许可浏览、欣赏和复制作品。《著作权法》的最新修订不仅将原来规定于《信息网络传播权保护条例》的权利管理信息和技术措施提档升级，还正式纳入作品登记制度，亦可为数字化美术作品原件的认定提供公信力极强的证明。

现实中的主要问题在于权利管理信息或技术手段极易被他人攻破，安全性比较低，特别是价值越高的作品越容易遭到攻击；一旦权利管理信息被篡改或删除，数字化美术作品原件就失去不可替代性，和其他拷贝文档混同为彼此没有差别的复制件。

然而，NFT 技术的出现提出了一个有希望的解决途径，在数字化美术作品的真伪鉴定、确认所有权、打击盗版和保护、管理版权等方面都产生了积极的影响。<sup>〔43〕</sup> 2021 年 3 月有两则消息引人注目：一是推特（Twitter）联合创始人、首席执行官杰克·多西（Jack Dorsey），以 291 万美元拍卖了其 2006 年 3 月在 Twitter 上发表的第一条推文；<sup>〔44〕</sup> 二是佳士得公司以 6934 万美元拍卖 NFT 作品《Everydays-The First 5000 Days》<sup>〔45〕</sup>。两件数字化作品都采用 NFT 技术予以特定化，保证了买家与拍品之间唯一的对应关系。在 NFT 作品拍卖中，买卖的其实是一种所有权凭证。NFT 通过一种技术方法来证明对数字艺术作品享有相应权利，并由区块链技术确保无法篡改，成为牢不可破的权利管理信息。当作者将其数字化美术作品的哈希值上传区块链并经由 NFT 技术特定化后就成为作品原件，其后该原件的每一次流转都被记录下来并不可篡改，满足了唯一性和不可替代性的要求，亦可借助电子屏幕进行展示，具备了可以作为作品原件的基本特征。因此，通过 NFT 技术认定数字化美术作品原件在技术上可行，并已投入应用，国内外也已

• 647 •

〔41〕 参见司林威：《NFT 玩家，谁都不曾拥有，我们只是过客》，载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1695901624768440859&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间：2021 年 3 月 31 日。

〔42〕 根据《信息网络传播权保护条例》第 26 条，“权利管理信息”是指说明作品及其作者、表演及其表演者、录音录像制品及其制作者的信息，作品、表演、录音录像制品权利人的信息和使用条件的信息，以及表示上述信息的数字或者代码。

〔43〕 参见刘双舟、郭志伟：《论非同质化代币对数字艺术版权管理与保护的影响》，载《中国美术》2021 年第 4 期。

〔44〕 参见揭书宜：《卖出 290 万美元！推特 CEO 首条推文以 NFT 资产卖了》，载 [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_11836514](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_11836514)，最后访问时间：2021 年 3 月 23 日。

〔45〕 参见前引〔41〕。

经形成了一个创作和买卖、收藏 NFT 作品的新业态。

### （三）美术作品的复制件

与作品原件相比，美术作品复制件的特殊问题在于，与原件不同维度的复制件是否仍是展览权意义上的作品复制件。复制行为本身有广狭之分，狭义的复制仅指同一维度的平面到平面、立体到立体，广义的复制还包括从平面到立体、立体到平面的维度改变。

对此，有肯定和否定两种见解。否定见解采狭义复制论，认为改变了作品原件维度的复制件不是展览权意义上的作品复制件。在“范英海、李先飞诉北京市京沪不锈钢制品厂著作权纠纷案”中，法院认为：“对于包括雕塑作品在内的美术作品，其复制件应指由对该作品的复制行为所产生的与该作品完全相同或者相近似的作品。由于被告展览的涉案不锈钢雕塑作品构成了对原告雕塑作品《韵》的剽窃，该剽窃作品应属原告雕塑作品《韵》的复制件。”<sup>〔46〕</sup>肯定见解采广义复制论，认为与作品原件维度不同的复制件仍是展览权意义上的作品复制件。比如，在“广东原创动力文化传播有限公司（以下简称‘原创公司’）诉群光实业（武汉）有限公司（以下简称‘群光公司’）著作权纠纷案”中，群光公司购买了与原创公司美术作品美羊羊、喜羊羊、灰太狼在视觉上无明显差异的服装道具，派员工穿戴该卡通服装道具装扮成卡通角色在其周年庆活动上宣传造势，并与现场人群交流互动。其中，涉案侵权物品即为源于平面美术作品的立体卡通服装道具。法院认为：“被告的行为使原告美术作品美羊羊、喜羊羊、灰太狼的立体复制件向不特定公众展示，虽属于非典型的公开陈列美术作品的行为，但仍侵犯了原告对以上美术作品享有的展览权。”<sup>〔47〕</sup>

我国《著作权法》采用狭义复制的概念即否定见解，然而从著作权法鼓励和保护作品及其创作的目的出发，采肯定见解即广义复制的概念更为合理。盖因著作权法保护的是作品而非作品载体，如果将改变作品原件维度的复制件放任于法律调整之外，显然不利于维护著作权人的利益，也是一种纵容侵权的做法。

根据上述认定规则，经由 NFT 证明或其他类似证明的数字化美术作品的图片或电子文档是原件，没有相应证明和已经实体化的作品都是复制件；进而言之，对于数字化美术作品，其复制件具有数字化和实体化两种可能的属性。将实体化的美术作品原件进行数字化复制，得到的数字化作品也可称为复制件。这样无论通过什么方式创作作品，均突破了作品复制件必为实体的传统认识，和确定作品原件的规则保持了一致。《著作权法》的最新修订修改了第 10 条关于复制权的定义，专门将“数字化”的复制加入其中。有学者认为：“这一修改只是对理论和实务中的共识以立法形式加以体现，是对已有做法的确认，而不是创设新的规则。”<sup>〔48〕</sup>所以，改变美术作品原件和复制件必为实体的认识，在理论、实务和法律依据上都已具备了一定的基础。

## 五、结 语

展览权虽然在著作财产权中并不起眼，但却是文博事业存在和发展的重要基石。作为展览权

〔46〕 北京市第二中级人民法院（2002）二中民初字第 8042 号民事判决书。

〔47〕 湖北省武汉市中级人民法院（2010）武知初字第 66 号民事判决书。

〔48〕 王迁：《〈著作权法〉修改：关键条款的解读与分析》（上），载《知识产权》2021 年第 1 期，第 24 页。



的核心概念和拍卖场的竞逐对象，美术作品原件的重要性毋庸置疑。我们应当从实践出发，回应新技术、新业态提出的新挑战，正确理解和认识美术作品原件的概念，突破作品必有原件、作品原件唯一和作品原件必为实体的传统认识，顺应数字经济时代的发展趋势，构建出认定美术作品原件特别是数字化美术作品原件的新规则。

---

**Abstract:** The original copy of art works is the core concept of the display right in China's Copyright Law, but it has not received due attention. Facing the new challenges posed by new technologies and new business forms, regardless of traditional art works or digital art works, there is a confusion about how to understand the original copy of art works and how to identify the original copy of art works. In this regard, it is necessary to break through the traditional understanding in Copyright Law that art works must have the original copies, that the original copies of art works must be unique and that the original copies must be entities. Complying with the requirements of technological development, we should firmly grasp the two key characteristics of exhibitability and irreplaceable to construct the concept of the original copy of art works and create the general rules for identifying the original copy of art works. For digital art works, on the premise of meeting the "indirect" exhibitability, the electronic documents formed when the digital art works are completed can be recognized as the original copies with the help of NFT technology.

**Key Words:** art works, original copy, the display right, non-fungible token

---

• 649 •

(责任编辑: 张金平 赵建蕊)

## 算法解释在民法中的体系定位与类型区分

胡巧莉 刘征峰\*

**内容提要：**从民法视角观察，个人信息应作为法益保护。针对自动化决策的算法解释实际上是人格权衍生的非独立请求权，无需单独创设一项算法解释权。算法解释在合同领域中可被纳入保护义务的范畴，在侵权领域中则具有过错评价的功能，当个人信息处理者无法解释或拒绝解释时，可推定其存在过错。为保护个人信息处理者的商业秘密，减轻其解释负担，《个人信息保护法》第24条第3款所规定的算法解释应区分为事前解释与事后解释两种类型，两者在要件构造与解释程度上存在区别。事前解释应限定于“可能产生重大影响”的敏感个人信息处理场合，事后解释则发生在“对个人权益已经产生重大影响”的自动化决策场合。事前解释义务的程度应低于事后解释义务，二者分别对应系统功能的抽象解释和对具体决策的详细解释。因重大影响产生实际损害后，个人信息主体可通过主张违约或侵权损害赔偿实现救济。对事前解释义务的意定免除若违反《民法典》第497条或第506条应为无效，但事后解释义务及其衍生的损害赔偿请求权可被免除。

**关键词：**算法解释 个人信息权益 自动化决策 重大影响

在利用个人信息的自动化决策场合，难免在信息剖析时因“歧视性”因素而作出对个人存在重大影响或产生法律效力的决策。<sup>〔1〕</sup> 规制算法的方式是将存在实质性歧视、隐私风险以及其他重大影响的决策结果纳入法律调整的范围，如个人信息主体可要求作出“算法解释”。<sup>〔2〕</sup> 域外法上对“算法解释”的讨论聚焦于“算法解释（权）”的规范依据与权利性质。<sup>〔3〕</sup> 欧盟以《一般数据

\* 胡巧莉，中南财经政法大学法学院硕士研究生；刘征峰，中南财经政法大学法学院副教授。

〔1〕 See Bart Custers et al. ed., *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*, Springer, 2012, p. 138.

〔2〕 参见郑智航、徐昭曦：《大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例》，载《比较法研究》2019年第4期。

〔3〕 See Sandra Wachter et al., Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, 7 *International Data Privacy Law* 76, 77-81 (2017); Paul Vogel, A “Right to Explanation” for Algorithmic Decisions?, in Amedeo Santosuosso, Giulia Pinotti ed., *Data-Driven Decision Making. Law, Ethics, Robotics, Health*, Pavia University Press, 2020, pp. 49-52.

保护条例》(下文简称 GDPR)第22条和序言第71条为依据,保障个人有权不受对其产生法律效力或者类似重大影响的自动化决策之约束。为维护市场交易语境下的数据公平(或称免于受欺诈或不公平对待),美国以《信贷机会均等法》(The Equal Credit Opportunity Act)和《公平信用报告法》(Fair Credit Reporting Act)作为“算法解释(权)”的主要规范依据,专门规定了贷方需就不利的算法评分向消费者解释的义务。

我国立法文本中未出现“算法解释(权)”这样的表达,但根据《个人信息保护法》第24条第3款的规定,个人信息主体有权要求个人信息处理者说明对其权益有重大影响的自动化决策,并享有相应的拒绝权。值得探讨的是,该款规定隐含的“算法解释”在民法上究竟属于何种性质,又可产生何种法律效果。我国学界对“算法解释”是否为一项独立的民事权利存在争论,肯定者认为个体赋权式的治理模式可为个人信息提供更强保护,<sup>[4]</sup>并由此形成完整的个人信息权利体系。否定者则认为个人信息仅需作为利益保护,算法解释的功能可被现有的法律制度涵盖,创设算法解释权易形成保护功能的堆叠。<sup>[5]</sup>两种相反的观点虽各有理由,但未能就民法体系中如何理解算法解释作出圆满的回答。无论采何种规范模式,核心是如何在主观权利体系中厘清“算法解释”的保护目的与体系价值。

本文以利用个人信息的自动化决策为研究对象,首先从“算法解释”保护的个人信息权益的法律评价出发,判断算法解释能否被人格权中的个人信息保护(《民法典》第1032条至第1039条)、消费者知情权(《消费者权益保护法》第8条、第14条以及《个人信息保护法》第44条)、合同保护义务、侵权责任等民法保护模式的规范功能所涵括,明晰其性质与定位。在此基础上,尝试在民法体系中对算法解释进行类型区分,重点分析类型区分的实益以及不同类型算法解释的规范构造。

• 651 •

## 一、人格权体系中的算法解释

《个人信息保护法》第24条规定了利用个人信息的自动化决策和相应的“算法解释”义务。算法解释作为保护个人信息权益的方式,其体系定位与规范性质尚未明确,关键在于目前的民法体系中是否已经存在可以承载“算法解释”的规范制度。因此,首先,需要先明确个人信息权益的性质,再判断算法解释的体系位置是处于“个人信息保护体系”还是人格权保护体系,其性质为独立权利还是请求权。其次,基于算法解释的规范目的,自动化决策对个人权益的重大影响产生的时间不同,需区分不同的算法解释类型。

### (一) 作为非独立请求权的算法解释

《民法典》规定自然人的个人信息受法律保护,列明了个人信息处理中需遵循的原则和违反相应义务时需承担的责任。《个人信息保护法》对个人信息保护作出了更为详尽的规定,但均未

[4] 参见张凌寒:《商业自动化决策的算法解释权研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第3期;张恩典:《大数据时代的算法解释权:背景、逻辑与构造》,载《法学论坛》2019年第4期;解正山:《算法决策规制——以算法“解释权”为中心》,载《现代法学》2020年第1期。

[5] 参见贾章范:《论算法解释权不是一项法律权利——兼评〈个人信息保护法(草案)〉第二十五条》,载《电子知识产权》2020年第12期;辛巧巧:《算法解释权质疑》,载《求是学刊》2021年第3期。

言明“个人信息权”的存在，仅出现“个人信息权益”的表达。个人信息属于人格要素，与人格权的保护内容存在交叉，若重复性地创设独立的“个人信息权”，则会与人格权的保护体系产生叠合。<sup>〔6〕</sup>立法政策对个人信息保护采行为规制模式，正是由于个人信息权益尚未达致“权利的分配密度”（Zuweisungsdichte）。<sup>〔7〕</sup>行为规制模式将个人信息视为一项法益，规制信息处理行为，既可避免权利泛化，亦可缓解与个人信息利用与保护之间的紧张关系。<sup>〔8〕</sup>因此，个人信息法益可置于人格权规范体系下予以保护，尽管《个人信息保护法》第四章“个人在个人信息处理活动中的权利”中使用了“权利”，但其仅为技术意义上的表达，与《民法典》第五章“民事权利”中具体列举的生命权、身体权等权利的性质并不相同，将其理解为保护个人信息法益的请求权更为适宜。

在明确了个人信息权益属于人格权保护体系的法益后，作为其保护方式的“算法解释”，亦应当被置于人格权保护体系的范畴进行性质界定。对于“算法解释”的关键争议在于《个人信息保护法》第24条第3款是否创设了“算法解释权”。支持的观点认为目前的法律资源不敷适用，应配置独立的算法解释权，用以平衡自动化决策使用者与相对人不对称的权力关系。<sup>〔9〕</sup>只有通过赋权才能增强算法透明性，以破解“算法黑箱”的方式达到提高算法可责性的目的。<sup>〔10〕</sup>否定的观点认为算法解释的功能可通过其他规制手段实现，<sup>〔11〕</sup>创设权利的救济效果有限，会对商业秘密、国家利益和市场竞争秩序造成不良影响，徒增裁判成本。<sup>〔12〕</sup>深思之，支持算法解释“权利化”的观点未从民法体系的视角去观察算法解释的定位。算法解释所保护的法益可以被人格权规范体系所涵盖，在合同与侵权领域表现为不同的保护手段与规范功能。至于商业秘密，其仅构成对算法解释说明义务的限制，不能绝对地拒绝算法解释请求权的适用。<sup>〔13〕</sup>

域外法上，学者们以GDPR第22条及序言第71条为核心对算法解释的规范模式展开了讨论。有观点认为即便序言在欧盟法律下并不具有拘束力，但为了引导数据主体依据GDPR行使权利，至少应保障其从功能角度获得解释的利益。<sup>〔14〕</sup>相反观点则认为GDPR第22条并未明文规定“算法解释权”，序言第71条虽提及“算法解释权”（the right to obtain an explanation of the decision），但其未处于正式文本中，不可创设权利类型。<sup>〔15〕</sup>亦有观点主张“算法解释权”可能引发新的“透明性谬误”，通过被遗忘权、数据可携带权、隐私保护等即可使算法更加注重

〔6〕 参见郑晓剑：《个人信息的民法定位及保护模式》，载《法学》2021年第3期；程啸：《论我国民法典中个人信息权益的性质》，载《政治与法律》2020年第8期。

〔7〕 Vgl. Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 20. Aufl., 2016, Rdn. 263.

〔8〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编释义》，法律出版社2020年版，第196页。

〔9〕 参见前引〔4〕，张凌寒文；前引〔4〕，解正山文。

〔10〕 参见姜野、李拥军：《破解算法黑箱：算法解释权的功能证成与适用路径——以社会信用体系建设为场景》，载《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2019年第4期；许可、朱悦：《算法解释权：科技与法律的双重视角》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

〔11〕 参见前引〔5〕，辛巧巧文。

〔12〕 参见前引〔5〕，贾章范文；李天助：《算法解释权检视——对属性、构造及本土化的再思》，载《贵州师范大学学报（社会科学版）》2021年第5期。

〔13〕 参见吕炳斌：《论个人信息处理者的算法说明义务》，载《现代法学》2021年第4期。

〔14〕 See Bryan Casey et al., Rethinking Explainable Machines: The GDPR's "Right to Explanation" Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise, 34 Berkeley Technology Law 143, 159–161 (2019).

〔15〕 参见前引〔3〕，Sandra Wachter等文，第79–80页。

个体利益保护。<sup>〔16〕</sup>不同成员国对算法解释的规范模式并未与GDPR完全保持一致。德国、比利时并未肯认GDPR序言第71条所提及的“算法解释权”。<sup>〔17〕</sup>可能的原因在于,基于算法自动化决策所作出的歧视性结果可由其他法律规范进行规制。如德国《一般平等待遇法》不仅将损害赔偿作为救济方式,而且将救济方式扩展至可能对契约自由作根本性否定的强制缔约。<sup>〔18〕</sup>“如果歧视行为表现为拒绝订立合同,在只有通过订立合同才能排除妨碍的情况下,排除妨碍的外延中实际上包含了强制缔约这一方式。”<sup>〔19〕</sup>在英国与爱尔兰的《数据保护法》中,虽不能直接看出“算法解释权”,但其均要求数据控制者阐明算法分析的过程。<sup>〔20〕</sup>法国和匈牙利的相关法令将“算法解释权”纳入了规范范畴,只是在行使的具体要求上略有不同。<sup>〔21〕</sup>甚者,意大利最高上诉法院在判决中直接将“算法是否透明”作为个人信息处理中的“个人同意”是否有效的关键因素。若算法不透明则个人信息主体作出的“同意”归于无效,对利用算法进行自动化决策的手段进行严格规制。<sup>〔22〕</sup>

还有学者倾向于将概念限缩,不称其为“解释权”(right to explanation)而称其为“知情权”(right to be informed),认为知情内容包括算法系统功能与具体的自动化决策。<sup>〔23〕</sup>但知情权对应的是个人信息处理者的事前告知义务,披露的时间为收集信息时、处理个人信息前,不包括处理个人信息并作出决策后的情形。<sup>〔24〕</sup>在内容上,知情权旨在披露个人信息处理的主体、目的、内容、方式以及享有的访问权等权利,<sup>〔25〕</sup>不包括对具体自动化决策结果的解释。我国《个人信息保护法》第44条规定个人对其个人信息的处理享有知情权,并未言明知情的具体内容。第17条对告知义务内容的规定亦不包含针对个人的具体自动化决策。

因此,算法解释并不等同于算法透明原则项下的知情权。知情权的内容较算法解释更为狭窄,不要求“重大影响”作为要件,亦不包含复杂的事后解释类型。若不对事前与事后进行区分,统一以知情权保护,将会忽略对个人信息处理者商业秘密的保护和解释负担的关注。在规范效果上,算法解释不仅具备与告知义务类似的事前防御性效果,还有事后救济的功能,具体表现为合同领域中义务不履行责任的判断和侵权责任领域中过错的评价。无论是《消费者权益保护法》中的消费者知情权,还是《个人信息保护法》中的个人信息主体的知情权,均无法完全囊括

• 653 •

〔16〕 See Lilian Edwards, Michael Veale, *Slave to the Algorithm: Why a Right to An Explanation Is Probably Not the Remedy You Are Looking for*, 16 *Duke Law & Technology Review* 18, 19–20 (2017–2018).

〔17〕 See Gianclaudio Malgieri, *Automated Decision-making in the EU Member States: The Right to Explanation and other “Suitable Safeguards” in the National Legislations*, 35 *Computer Law & Security Review* 1, 8–13 (2019).

〔18〕 参见刘征峰:《从“反歧视原则”进入民事交易关系观察当代民法理念的革新》,载《法制与社会发展》2017年第1期。

〔19〕 Haberl, *Antidiskriminierungsrecht und Sanktionensystem: Die Konkretisierung gemeinschaftsrechtlicher Mindestvorgaben*, GPR 6 (2009), 202, 202–209.

〔20〕 See UK Data Protection Act 2018, Chapter 2, Section 14; Irish Data Protection Act 2018, Part 3, Chapter 3, Article 57.

〔21〕 参见前引〔17〕, Gianclaudio Malgieri文,第21–22页。

〔22〕 See Giorgia Bincoletto, *Italy Supreme Court of Cassation on Automated Decision Making: Invalid Consent if an Algorithm is Not Transparent*, 7 *European Data Protection Law Review* 248, 248–249 (2021).

〔23〕 参见前引〔14〕, Bryan Casey等文,第161页。

〔24〕 See Isak Mendoza, Lee A. Bygrave, *The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, in Synodinou et al. ed., *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, Springer, 2017, p. 93.

〔25〕 See GDPR Article 13, Article 14; 我国《个人信息保护法》第17条。

算法解释的规范功能。

综上所述，判断“算法解释（权）”是否存在，不应拘泥于立法文本的形式表达，应当充分结合背后的规范目的和价值考量。从《民法典》所采的立场来看，作为一般人格权条款的第990条第2款以“其他人格权益”保护一般人格权，与该条第1款所规定的具体人格权相区分。<sup>〔26〕</sup>个人信息保护的诸多内涵可被纳入具体人格权与一般人格权益的保护范畴。因此，在不存在独立的个人信息权的前提下，算法解释作为保护个人信息权益的方式，既不是作为个人信息权的权能，也不是作为独立的算法解释权，其民法性质为保护个人信息法益的非独立请求权。<sup>〔27〕</sup>

进一步而言，算法解释是依附于人格权保护体系、为实现人格利益保护而服务的非独立请求权。《个人信息保护法》第24条第3款和第48条规定的解释义务以及第44条所规定的“知情权”存在保护内容上的重合之处，均构成个人信息主体在个人信息处理中要求事前知情或者事后解释的权益保护手段。对于《个人信息保护法》与《民法典》之间的适用关系，合理的模式应为《民法典》人格权编仅对个人信息保护作出原则性和转介性的规定，《个人信息保护法》对具体问题作出更为细致的规范。在《个人信息保护法》中没有明文规定时，才可适用《民法典》中的一般条款。<sup>〔28〕</sup>

## （二）非独立请求权性质下的类型区分实益

正如前文所言，若不对算法解释进行事前事后的区分，可能导致其与知情权的混淆和对事后救济功能的忽视。个人信息属于人格要素，而保护人格权的方式在事前和事后有所区别，损害产生的事前表现为防御型请求权，损害产生的事后表现为救济型请求权。因此，值得探讨的是：算法解释作为人格权保护项下的非独立请求权，是否应参照人格权保护方式因事前事后的差异而区分不同的类型。

GDPR未对算法解释的性质属于事前解释还是事后解释作出明确规定。<sup>〔29〕</sup>事前解释发生于算法提供者基于用户同意开始收集个人信息后、自动化决策作出前，决策系统的规则设计可能对个人信息主体权益产生重大影响。事前解释提供的信息为系统功能，例如可能被考虑的数据类型及特征或决策树的分级标准等，未具体到个人信息主体。<sup>〔30〕</sup>事后解释则发生在自动化决策已经作出，且对个人信息主体的个人权益产生了重大影响的情形。事后解释的内容既包括系统功能也包括针对个人的具体决策，如某一特定主体被采纳的信息类型、个案中纳入自动化决策的因素和权重、对权益产生的重大影响等。<sup>〔31〕</sup>

与合同法上的保护义务以及侵权责任领域的交往安全义务相类似，只有当个人信息主体与个人信息处理者进入到一定程度的特别结合关系中，才可对其施加解释义务的负担，不可在尚未开

〔26〕 参见朱晓峰：《论一般人格权条款与具体人格权条款的规范适用关系》，载《比较法研究》2021年第3期。

〔27〕 “请求权有独立请求权与非独立请求权之分，独立的请求权不依赖于其他权利而独自存在，本身即属于一种权利，而非独立请求权则是为实现其他的权利服务的。”参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2013年版，第325页。

〔28〕 参见王苑：《个人信息保护在民法中的表达——兼论民法与个人信息保护法之关系》，载《华东政法大学学报》2021年第2期；石佳友：《个人信息保护的私法维度——兼论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》，载《比较法研究》2021年第5期。

〔29〕 参见前引〔3〕，Sandra Wachter等文，第82页。

〔30〕 参见前引〔3〕，Sandra Wachter等文，第78页。

〔31〕 参见前引〔17〕，Gianclaudio Malgieri文，第22-23页。



始收集个人信息时即要求作出事前解释。但我国《个人信息保护法》第24条第3款忽略了事前解释与事后解释在保护目的和解释内容上的区别。本文认为,应作事前解释和事后解释的类型区分,区分的实益如下:

首先,事前解释的功能无法被《个人信息保护法》第17条的事前告知义务所涵盖,该条第1款第2项规定,个人信息处理者在处理个人信息前,应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人信息主体告知个人信息的处理目的、处理方式、处理的个人信息种类、保存期限。其中的处理方式仅意味着选择人为还是自动化决策,<sup>[32]</sup>并不要求具体解释算法系统功能以及算法运行规则。《个人信息保护法》第48条规定个人信息主体可要求个人信息处理者解释说明的“个人信息处理规则”,与第17条的“处理的方式”亦不相同。

有学者提出“算法说明义务”这一概念,认为从告知义务中可推导出“算法说明义务”,其适用于算法决策的全过程,以避免陷入算法解释是否为独立权利类型的争议。算法解释仅包括自动化决策已经对个人权益产生重大影响的事后解释,而“算法说明义务”则不拘泥于“重大影响”这一条件。<sup>[33]</sup>该观点存在以下可供商榷之处:第一,“算法说明义务”是一个较为模糊的概念,其简单地将“告知义务”与“算法说明义务”等同,但无论是《个人信息保护法》第7条、第14条还是第17条均无法解释“算法说明义务”的具体内涵。第二,通过模糊概念规避算法解释的性质分析存在不妥。如前文所述,算法解释的性质应为人格权保护体系中的非独立请求权。《个人信息保护法》第24条第3款不仅包括事后解释,亦包括自动化决策作出前的事前解释。事前解释与事后解释在适用要件上有所区别,前者仅要求“可能的重大影响”,后者要求“已经产生重大影响”。第三,前文已述,《个人信息保护法》第17条规定的告知义务仅为事前告知义务,若将“告知义务”与“算法说明义务”等同,则“算法说明义务”无法包含事后说明的类型。第四,若“算法说明义务”无要求“重大影响”这一要件,会过度增加个人信息处理者的解释负担,不利于个人信息的流通。因此,通过“算法说明义务”无法否定算法解释存在事前解释和事后解释两种类型。

其次,事前解释注重防御性的保护,目的在于避免抽象的重大影响转化为针对个人的重大影响;事后解释则注重对已经发生的重大影响作出解释,并在重大影响转化为损害后对义务违反及过错要件进行评价。事前解释作为防御性请求权,可以为损害实际产生前的个人信息主体提供预防性的保护,尤其是以敏感个人信息为对象的处理行为。这与《民法典》第997条规定的防御性请求权的规范功能相似。该条的根本目的在于为人格权保护提供高效、便捷的预防性保护措施。<sup>[34]</sup>对于自动化决策中个人权益的保护亦应如此。虽然此时损害尚未发生,但损害赔偿带来的负担不仅仅发生在具体加害人与受害人之间,还会造成额外的社会支出,预防损害能够以最低成本产生最大收益。<sup>[35]</sup>不过,事前解释的适用场景需作限缩,否则会对个人信息处理者造成过

[32] 参见程啸:《个人信息保护法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第179页。

[33] 参见前引[13],吕炳斌文。

[34] 参见程啸:《论我国民法典中的人格权禁令制度》,载《比较法研究》2021年第3期。

[35] 参见朱岩:《侵权责任法通论·总论》,法律出版社2011年版,第107页;〔奥〕海尔姆特·库齐奥:《侵权责任法的基本问题(第一卷):德语国家的视角》,朱岩译,北京大学出版社2017年版,第78-80页。

重的解释负担。

再者，区分事前解释与事后解释更有利于实现对商业秘密的保护。在自动化决策作出前，个人权益尚未受到重大影响，应基于比例原则承认商业秘密对解释请求权的一般性抗辩。“合法、正当、必要原则”已成为个人信息处理的基本原则（《个人信息保护法》第5条），是比例原则在民法中的体现，有益于弥补数字时代意思自治与契约自由的缺陷。<sup>〔36〕</sup>比例原则的适用不应局限于个人信息处理者的处理行为，还应包括对个人信息主体算法解释请求权的限制。例如，作为框架权的一般人格权的效力弱于具体人格权，只有通过利益权衡，才能认定是否存在侵害这些权益的行为。在进行利益权衡时，必须考虑到其他人与此相冲突的权益。<sup>〔37〕</sup>基于人格权所衍生的非独立请求权更应如此，当事前解释与他人的商业秘密产生冲突时，由于此时对个人信息主体权益的重大影响尚未实际产生，故个人信息处理者的商业秘密应优先受到保护。

正如 GDPR 序言第 63 条所指明的，个人信息权利的行使不应对其他主体的合法权益产生不利影响，尤其是商业秘密、知识产权以及软件版权。<sup>〔38〕</sup>实践中，多数个人信息处理者在拒绝作出解释时给出的理由为“保护商业秘密”。如在“卢米斯案”中，上诉法院因“商业秘密保护”而拒绝了被告所提出的“打开再犯风险评估算法”的请求。<sup>〔39〕</sup>在“SCHUFA 案”中，当事人因较低的自动化信贷评分而失去了借贷机会，但其在申请评估公司公开计算评分的算法规则时，同样被法院以保护商业秘密的理由而驳回。<sup>〔40〕</sup>算法本身具有客观性，且往往蕴含着商业秘密，这已成为增强算法问责制和透明度的主要障碍之一。<sup>〔41〕</sup>有观点认为，只有在算法解释涉及公共利益的情形下才可考虑进行公开。<sup>〔42〕</sup>

我国《个人信息保护法》第 48 条未对解释说明的限度、个人信息处理者的抗辩事由作出规范。在实践中，如果缺乏法律的明确规定，平衡算法解释与商业秘密将会面临较大的困境。<sup>〔43〕</sup>商业秘密保护有效地在算法中创造了一种不需要公开的财产权益，但这并不意味着只要进行算法解释就会不利于商业秘密的保护。首先，算法解释的内容并非均属于商业秘密的范畴。复杂的代码与运算模型对于非专业人员而言并无解释的实质效果，只有将算法解释与具体的决策结果相联系，才能够达到个人信息主体主张解释的目的。其次，算法解释所寻求的是“有法律意义的信息”，通过对解释对象和解释内容的限制可以规避侵害商业秘密的风险。在解释对象上，可针对某些特定群体进行小范围的公开解释。在解释内容上，无需对核心算法进行公开解释，但至少应当公开影响算法决策过程的决定性因素及一般操作模式。<sup>〔44〕</sup>在解释条件上，限于法律明确规定

〔36〕 参见刘权：《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》，载《法学家》2021年第5期。

〔37〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第107页。

〔38〕 See GDPR Recital 63 sentence 5.

〔39〕 See State v. Loomis, 881 N. W. 2d 749 (Wis. 2016).

〔40〕 Vgl. BGHZ 200, 38.

〔41〕 See Sonia K. Katyal, Private Accountability in the Age of Artificial Intelligence, 66 U. C. L. A. Law Review 54, 54–59 (2019).

〔42〕 See Campbell v Frisbee [2002] EMLR 31; Guido Noto La Diega, Against the Dehumanisation of Decision-Making-Algorithmic Decisions at The Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information, 9 Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law 3, 13 (2018).

〔43〕 See Gianclaudio Malgieri, Trade Secrets v Personal Data: A Possible Solution for Balancing Rights, 6 International Data Privacy Law 102, 102–106 (2016); 前引〔42〕, Guido Noto La Diega 文, 第14–18页。

〔44〕 参见前引〔3〕, Paul Vogel 文, 第54–55页。

的情形或者仅在个案中向单个数据主体披露。<sup>〔45〕</sup>因此,将可能涉及商业秘密的解释内容限制在事后解释的范畴则可避免对个人信息处理者商业秘密的过度妨害。

综上所述,应以对个人权益的重大影响或损害实际发生的时间为节点,对算法解释的类型作出区分,分为收集信息后决策作出前可能产生重大影响的事前解释与决策作出后并产生重大影响的事后解释两种类型。类似于合同缔结前后双方当事人所承担的保护义务内容与程度的差异,事前解释的义务低于事后解释,以平衡个人信息主体的合法权益与个人信息处理者的商业秘密保护等利益。

## 二、事前的算法解释与基于同意的义务免除

根据《个人信息保护法》第24条第3款的规定,算法解释需遵循的规范要件有二:第一,自动化决策。《个人信息保护法》第24条第3款中“拒绝”所指向的是“仅通过自动化决策的方式作出决定”,不包括掺杂人工干预的自动化决策结果。第二,该决策对个人权益有重大影响。个人权益并不限于个人信息权益,亦包括《民法典》总则编第5章所规定的其他民事权利,如生命权、身体权、健康权、财产权等。因此,在事前解释与事后解释中,自动化决策方式与个人权益是两者的共同要件,但两者对“重大影响”的判断并不相同。

### (一) 敏感个人信息处理中对重大影响的推定

事前解释中的“重大影响”为“可能的重大影响”。对于“重大影响”这一要件,《个人信息保护法》第24条第3款与GDPR第22条的规范表述并不相同。GDPR第22条将数据主体不受自动化决策限制的要件列为“对数据主体产生法律效力或对其造成类似的重大影响”,从文义结构上看,产生法律效力应属于“重大影响”的一种具体表现。我国《个人信息保护法》第24条第3款仅要求“重大影响”,但从规范目的而言,“重大影响”应包含产生法律效力这一种表现形式。

遍阅《民法典》,并无“重大影响”这样的表达,与此类似的仅有《民法典》第496条中的“重大利害关系”。“重大利害关系”的认定可参考《消费者权益保护法》第26条第1款,如商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险提示、民事责任等内容属于与消费者有重大利害关系的范畴。通常认为,《民法典》第470条规定的合同一般条款均属于与当事人有重大利害关系的条款。<sup>〔46〕</sup>具体到个人信息保护领域,若个人信息处理者基于同意而实施个人信息处理行为,“重大利害关系”不仅表现为同意范围内的事项,而且包括可能对个人信息主体的民事权利产生重大影响的内容。若个人信息处理者基于订立合同必需而实施信息处理行为,“重大利害关系”则主要表现为合同这一基础关系所构建的权利义务关系。抽象而言,“重大利害关系”涵括任何对个人信息主体民事权益产生影响的内容。这样的理解也进一步回应了“重大影响”应该包含“产生法律效力”的解释。

《个人信息保护法》第55条及第56条对于个人信息保护影响评估作出了规范,要求个人信

〔45〕 参见前引〔4〕,解正文文。

〔46〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》[一],人民法院出版社2020年版,第246页。

息处理者在事前应当进行个人信息保护影响评估，评估的内容包含“对个人权益的影响及安全风险”。具体而言，《信息安全技术个人信息安全影响评估指南》（GB/T 39335—2020）第 5.5.1 对个人权益维度进行了细化。对个人权益的影响可分为以下四类：第一，限制个人自主决定权，例如无法选择拒绝个性化广告的推送，被蓄意推送影响个人价值观判断的资讯等。第二，引发差别性待遇，例如因疾病、婚史、学籍等信息泄露造成的针对个人权利的歧视。第三，使个人名誉受损或遭受精神压力，例如被他人冒用身份、监视追踪等。第四，人身财产受损，例如引发人身伤害、遭受诈骗、勒索等。这些可能对个人权益产生重大影响的内容与《个人信息保护法》第 28 条中的“人格尊严受到侵害、人身财产安全受到危害”高度吻合。因此，在事前解释中，通过个人信息的敏感度即可推定对个人权益的重大影响。

从《个人信息保护法》第 28 条至第 30 条的规定可以明显看出法律对敏感个人信息的特殊保护。敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用则容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息（《个人信息保护法》第 28 条），在个人信息处理过程中容易对个人权益产生重大影响。基于此，个人信息处理者处理敏感个人信息的，应当向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响，但在一般个人信息的处理中，并未要求个人信息处理者事前告知自动化决策对个人权益的影响。损害尚未实际发生时，对个人信息主体的保护力度应低于损害实际发生的时候。因此，需通过区分个人信息的类型对事前解释作出限制，事前解释的对象应限于对敏感个人信息的处理行为。非敏感的个人信息一般不会引起对个人权益的重大影响，且在事前难以证明。若将非敏感的个人信息处理纳入事前解释的范畴，会对个人信息处理者课加过重的解释负担。

在符合上述要件后，事前解释的具体内容不仅包括《个人信息保护法》第 17 条的内容，亦应包括向个人信息主体披露自动化决策适用的逻辑和可能的一般性后果。<sup>[47]</sup>但个人信息处理者仅需作抽象解释，并不具体到与相对人有关的自动化决策结果。<sup>[48]</sup>欧洲法院对算法解释的内容采取了较为谨慎的态度，其指出责任主体仅需对一般性的信息以可理解的方式作出解释。<sup>[49]</sup>事前解释的目的在于帮助个人信息主体了解预期或未来的自动化决策，以便在知情的基础上决定是否允许自己的个人信息被处理、评估自动化处理的合理性或者行使更正权、反对权等请求权。<sup>[50]</sup>通过对系统功能等抽象内容的解释，已经足够达到相应的防御效果。<sup>[51]</sup>

## （二）个人同意与解释义务的免除

若个人信息主体事前同意免除个人信息处理者的算法解释义务，会对该义务产生何种影响？免除算法解释义务的事前同意与《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 1 项中规定的“取得个人

[47] See GDPR Article 13 (2) (f)、Article 14 (2) (g)。

[48] 参见前引 [10]，姜野、李拥军文。

[49] See *YS v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* (C-141/12) and *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v M, S* (C-372/12), ECJ judgment of 17/07/2014 para. 50 et seq.

[50] See Sandra Wachter et al., Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR, 31 *Harvard Journal of Law & Technology* 841, 865-867 (2018).

[51] See Antoni Roig, Safeguards for the Right not to be Subject to a Decision Based Solely on Automated Processing (Article 22 GDPR), 8 *European Journal of Law and Technology* 1, 3 (2017).

的同意”并非等同的概念。前者同意的内容为免除将来的算法解释义务，是对责任的免除；而后者仅同意个人信息处理者对个人信息的处理行为，并非对责任的免除。对于何种情形下能够免除个人信息处理者的解释义务，目前并无细致的研究，仅有学者就免除告知义务主张应当以个人信息是否直接向信息主体收集作为区分标准。<sup>〔52〕</sup>但这与解释义务的免除并不相同，事前告知义务的内容仅可被事前算法解释所涵括，忽视了事后解释的类型。无论是告知义务的免除还是解释义务的免除，均属于对个人信息主体权益的处分，在适用情形上可参考类似的规范。

《个人信息保护法》第24条第3款未对算法解释请求权的行使设置例外。GDPR第22条第2款设置了3项例外情形，第一项是“该决定为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需”，合同作为双方当事人分配风险的工具，若该自动化决策系双方经过自由磋商而订入合同且合同不存在无效情形，则可视为对抗解释义务的事由。第二项是“该决定是由欧盟或其成员国的法律授权作出的，且该欧盟或其成员国的法律不仅约束控制者，并且明确了保护数据主体权利、自由和合法利益的适当措施由联盟或成员国的法律规定”，此种例外情形是指存在明确的法律授权保障该自动化决策的实施，置于我国法律规范的语境下类似于“法律、行政法规规定的其他情形”。如果该自动化决策的决定系为履行法定职责或者法定义务所必需，除非该法定职责或者义务包含无需针对自动化决策作出解释的内容，一般不允许其直接对抗解释义务。但我国《个人信息保护法》第13条第1款第4、5项的内容系基于保护公共利益的目的而设置，公共利益的保护可通过限制个人信息处理者的信息处理行为而实现，限制个人信息处理者的算法解释义务并不能达到此种规范目的，因此无需将其作为免除解释义务的场合处理。第三项是“该决定基于个人信息主体的明确同意”，此处的“明确同意”与个人信息保护中的“告知—同意”规则并不相同。“告知—同意”规则仅针对《个人信息保护法》第17条的告知事项，并不包含解释义务中所指向的算法规则与具体决策结果之间的关联。“明确同意”的实质为个人信息主体明知自动化所作出的决定可能会或者已经对个人权益产生重大影响仍愿意接受该种结果的发生。

• 659 •

关键在于，个人信息主体通过事前同意免除解释义务是否有效。个人同意系属于私主体对自己个人信息权益的处分，<sup>〔53〕</sup>对于个人信息保护中个人信息主体的“同意”的性质，学界存在诸多争议，大致为“法律行为许可说”<sup>〔54〕</sup>“信托授权行为说”<sup>〔55〕</sup>“持续性代理行为说”<sup>〔56〕</sup>等。从民法的角度而言，“同意”的性质应当区分合同与侵权不同的场合而定。在合同领域，同意可能成为合同中给付内容的一部分。在侵权领域，同意或可作为免责事由（受害人同意）免除个人信息处理主体的责任（发生在事后解释的情形下）。<sup>〔57〕</sup>

通过事前同意免除解释义务的方式分为三种，其一为个人信息处理者提供格式条款排除其解

〔52〕 参见程啸：《论个人信息处理者的告知义务》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2021年第5期。

〔53〕 参见万方：《个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”》，载《中国法学》2021年第1期。

〔54〕 参见刘召成：《人格商业化利用权的教义学构造》，载《清华法学》2014年第3期。

〔55〕 参见丁晓东：《个人信息权利的反思与重塑——论个人信息保护的适用、前提与法益基础》，载《中外法学》2020年第2期。

〔56〕 See Jennifer Barrigar et al., Let's Not Get Psyched Out of Privacy: Reflections on Withdrawing Consent to the Collection, Use and Disclosure of Personal Information, 44 *Canadian Business Law Journal* 54, 60 (2006).

〔57〕 参见前引〔53〕，万方文。

释义务，其二为个人信息主体与个人信息处理者磋商达成免除解释义务的约定，其三为个人信息主体单方免除个人信息处理者的解释义务。第一种方式较为常见，典型情形为网络平台设置格式条款，如“用户若同意上述内容，则本平台无需对自动化决策所作出的决定承担解释责任”。个人信息主体仅有是否接受免除解释义务的选择空间，并无磋商余地。但格式化条款可能因排除个人信息主体的主要权利而无效。根据网络平台对自身解释义务减轻或免除的不同程度，分别可能符合《民法典》第497条第2项或第3项，即个人信息处理者通过格式条款不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利和信息处理者直接排除对方主要权利的情形。个人信息主体对个人信息处理者所享有的算法解释请求权是否属于“主要权利”？前文虽否定独立的算法解释权，但算法解释在合同领域中可辅助主权利的实现，对该义务的违反会造成利用个人信息提供服务这一主给付义务的不适当履行。因此，对算法解释的保护应纳入该条所规定的“主要权利”的范畴。第二种方式是个人信息处理者与个人信息主体通过磋商达成免除解释义务的约定。解释义务产生的前提是对个人权益的重大影响，若此种影响已经足以造成对方人身损害或者属于因故意或重大过失造成对方财产损失的，则因违反《民法典》第506条而归于无效。第三种方式是个人信息主体直接单方免除其解释义务，其无效的情形与第二种方式相同。

事前同意免除解释义务，是否需要严格限定于“明确同意”的情形？若个人信息主体默示同意，是否发挥相应的免除效果？在意思表示的概念中，应区分两个方面：作为行动的意思表示以及作为客观逻辑的意义构造的意思表示。只有某一举动本身是被意愿的，才存在一项民法意义上的具有法律重要性的“行动”。<sup>〔58〕</sup> 设置为明确同意的意义在于，自动化决策可能对个人权益产生重大影响，若被免于解释，个人信息主体的同意实际上是对相关合同责任或侵权责任的豁免，意思表示必须清楚且确定，以避免引起权利义务关系的争议。对于默示的意思表示，由于在个人信息处理中存在个人信息主体知情权与个人信息处理者告知义务的断层，同意的意思表示本就存在不自由的空间，<sup>〔59〕</sup> 若允许默示同意，则难以避免个人信息主体作出含有效力瑕疵的意思表示。

因此，个人信息处理者的解释义务不可轻易被事前免除，若自动化决策可能对个人信息主体的权益产生重大影响，个人信息处理者需对自动化决策的相关内容作出清晰、通俗的解释。《个人信息保护法》第24条第3款并未规定违反该事前解释义务的民事责任，需具体分析：若双方将解释义务订入合同约定，则依照是否违反合同义务界定民事责任；在无合同约定的场合，个人信息主体可拒绝个人信息处理者仅依据自动化决策作出决定。而事后所产生的解释义务以及损害赔偿义务可被免除，原因在于当事人可对自己已经产生的算法解释请求权及损害赔偿请求权予以处分，与事前免除的效果存在本质区别。

### 三、事后解释在救济体系中的功能与损害赔偿

事后解释中的关键要件是“已经对个人权益产生实际的重大影响”，且无论是一般个人信息

〔58〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法律行为解释之方法——兼论意思表示理论》，范雪飞、吴训祥译，法律出版社2018年版，第36-37页。

〔59〕 参见前引〔53〕，万方文；武腾：《最小必要原则在平台处理个人信息实践中的适用》，载《法学研究》2021年第6期。



还是敏感个人信息，只要符合该要件即可要求事后解释。原因在于，重大影响或者损害已经实际产生，既不会对个人信息处理者造成过重的解释负担，亦有正当理由反驳以商业秘密为抗辩。至于何种结果构成“重大影响”，需在合同或侵权等不同场域分别判断。在重大影响已经实际产生的情况下，事后解释并不能发挥完全的救济效果，需辅之损害赔偿赔偿责任。

#### （一）事后解释中的重大影响

事后解释中重大影响的典型一般为不当处理个人信息，导致个人在工作机会、金融安排等方面遭受负面影响。<sup>〔60〕</sup>一方面包括自动化决策对个人信息主体的法律地位或合同权利等产生影响，如合同撤销、社会福利丧失、被拒绝给予公民身份等；另一方面也包括个人的法律权利或义务未因自动化决策而改变，但是该决策对个人的境遇、行为或选择产生显著影响，或导致其因歧视被排除在某种机会之外（如金融服务、就业或者教育机会丧失）。<sup>〔61〕</sup>但根据《个人信息保护法》第24条第3款的文义，“重大影响”并未限定于不利影响的层面，即便是产生有利的重大影响，个人信息主体仍有选择是否接受的自由。

鉴于上述讨论，何种行为可被评价为“对个人权益已经产生重大影响”乃问题的核心。个人权益的认定与影响是否重大存在直接的关联，该问题可转化为如何认定构成重大影响的个人权益。在合同关系中，个人信息处理对个人权益产生重大影响的典型表现为个人信息处理的格式条款，网络平台多基于此声明有权对个人信息进行收集、存储、使用等。因此，对《民法典》第497条中“主要权利”的判断可资借鉴，但何为“主要权利”，需要根据合同性质本身确定，不仅仅关注双方当事人签订合同的内容，而应就合同本身的性质来考察。<sup>〔62〕</sup>“主要权利”不可简单地解释为法律规定的权利，或由法院基于公平原则进行自由裁量所认定的权利。<sup>〔63〕</sup>因此，“对个人权益已经产生重大影响”在合同领域表现为违反主给付义务以及违反其他给付义务导致个人权益遭受损害，在侵权领域表现为对个人信息主体主要权利造成损害。

由于此时影响已经实际产生，对于影响程度的判断相较于事前解释中对重大影响的推定更为容易且准确。依据《信息安全技术个人信息安全影响评估指南》（GB/T 39335—2020）中所提供的个人权益影响程度判定准则，可以个人信息主体所遭受的困扰程度、付出的成本、生理疾病、财产权益损害、信用名誉损害等作为标准判断影响的严重程度。若该自动化决策行为使得个人信息主体遭受诈骗、信用评分和名誉受损、失去工作机会、产生生理疾病等，则可被评价为对个人权益产生了重大影响。当然，这些情况在限制个人自主决定权、引发差别性待遇、人身财产受损等不同场景中存在不同的表现，需具体判断。若只是对个人信息主体造成了精神上的厌烦与恼怒情绪，则仅被评价为低程度的影响，不符合要求事后解释的要件。

在事后解释中，算法控制者应当向个人信息主体披露的信息不限于算法系统功能的一般性事前解释，而应对具体的算法决策结果予以说明，如基础性数据、算法规则、决策结果三者之间的

〔60〕 See Christopher Kuner et al., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford University Press, 2020, p. 523, 666.

〔61〕 See A29WP: A29 WP, Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 17/EN.WP 251rev.01 (Feb. 6, 2018).

〔62〕 参见前引〔46〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第253页。

〔63〕 参见杨显滨：《网络平台个人信息处理格式条款的效力认定》，载《政治与法律》2021年第4期。

关联性。<sup>〔64〕</sup>可能面临的困境在于，打开“算法黑箱”不可避免地涉及对定义代码和算法规则的专业解释，高维机器学习人类解释风格在技术素养方面的差异造成了算法透明度的一大障碍。<sup>〔65〕</sup>此时需要由该自动化决策所涉及的具体领域的专业人士作出阐释，如医疗服务者可以解释手术与辐射治疗的差异，对每个技术细节进行解释，<sup>〔66〕</sup>以辅助判断决策作出的正当性。

## （二）损害赔偿认定中的算法解释

事后履行解释义务所发挥的效果弱于事前解释的防御效果，需要辅之以拒绝、删除，以及合同和侵权领域的损害赔偿责任。《个人信息保护法》第24条第3款赋予了个人信息主体对仅通过自动化决策作出决定予以拒绝的请求权，主张拒绝的要件应为该决定对个人权益产生了重大影响。因此，个人信息主体有权要求个人信息处理者予以解释说明，在个人信息处理者违反解释义务时，个人信息主体可主张拒绝仅受该自动化决策结果约束，亦可根据《个人信息保护法》第47条第1款第4项的规定主张删除。但“拒绝+删除”的处理模式仅能面向将来产生保护效力，并不能有效救济已经遭受重大影响的个人权益。

存在重大影响但未造成实际损害的情形下，个人信息主体仅可主张算法解释，存在重大影响且损害已经实际发生的情形则需在主张算法解释后，在个人信息处理者未对该行为作出合理解释的情况下才能主张损害赔偿。是否能够辅之以合同或者侵权责任意义上的损害赔偿请求权，关键在于判断重大影响的结果是否能够被评价为法律意义上的损害。<sup>〔67〕</sup>依《个人信息保护法》第24条第1款的规定，个人信息处理者不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。此种差别待遇构成价格歧视，在合同关系领域可能构成欺诈或者显失公平，其损害的是个人信息主体的财产权益。但该条第2款所提及的信息推送、商业营销等针对个人特征的选项若未采取滥用市场支配地位、故意悖俗地使用算法造成排除、限制竞争或者损害消费者福利等行为时，不可被直接认定为对个人信息主体构成了损害。因此，是否能够主张合同或者侵权责任上的损害赔偿请求权，需根据《民法典》第584条或第1182条至1185条的规定具体判断。

“未合理履行算法解释义务”这一行为在合同法上与侵权法上的评价存在区别。在传统民法中，侵权行为与违约行为均为债的发生原因，前者产生法定之债，后者产生意定之债。<sup>〔68〕</sup>从用户角度出发，数据活动关系人可通过用户协议（个人信息授权合同）的方式建立数据收集、利用的债之关系。<sup>〔69〕</sup>如在定制信息推送、智能投顾、搜索引擎等典型场合，算法提供者的主给付义务在于为个人提供上述核心服务功能，而算法解释旨在避免算法决策对当事人的个人权益产生重大影响，可被合同关系中的保护义务所涵盖。<sup>〔70〕</sup>算法解释义务在合同领域表现为对合同履行行

〔64〕 See GDPR Article 15 (1) (h).

〔65〕 See Bryce Goodman, Seth Flaxman, European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a Right to Explanation, 38 *AI Magazine* 50, 55 (2017).

〔66〕 See Tae Wan Kim, Bryan R. Routledge, Informational Privacy, A Right to Explanation, and Interpretable AI, in 2018 *IEEE Symposium on Privacy-Aware Computing (PAC)*, IEEE, 2018, pp. 64–74.

〔67〕 参见王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2017年版，第62页。

〔68〕 参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第79页。

〔69〕 参见龙卫球：《数据新型财产权构建及其体系研究》，载《政法论坛》2017年第4期。

〔70〕 对于“给付义务—保护义务”这一分类，参见张家勇：《合同法与侵权法中间领域调整模式研究——以制度互动的实证分析为中心》，北京大学出版社2016年版，第199–200页。

为符合双方缔约目的的解释义务。若个人信息处理者未能解释对个人权益产生重大影响的自动化决策条款或者自动化决策结果,则分别导致该条款未被订入合同或个人信息处理者承担相应违约责任的后果。有观点认为算法服务提供者的算法解释属于合同法上的从给付义务与附随义务,<sup>[71]</sup>实际上也是承认算法解释作为合同义务保护当事人合法权益的本质。

因此,当个人信息处理者与个人信息主体处于合同关系中时,“未合理履行算法解释义务”应被评价为债务不履行。当事人将“自动化决策决定对个人权益产生重大影响则可要求个人信息处理者作出解释”订入合同条款并不能将解释义务的性质划定为合同的主给付义务。原因在于,合同的主给付义务内容为个人信息主体按要求提供相关个人信息并获得服务,个人信息处理者依据个人信息主体提供的个人信息作出自动化决策并提供服务。但算法解释义务与主给付义务内容密切相关,其性质为合同保护义务,对该义务的违反亦构成主给付义务的不适当履行,个人信息主体可据此主张违约损害赔偿。

在个人信息处理者与个人信息主体并未进入合同这一特别结合关系时,“未合理履行算法解释义务”不可被评价为侵权法上的“侵权行为”,而应被评价为“过错”。对于侵权请求权中“过错”要件的举证需通过算法解释辅助说明,如个人信息处理者无法解释或者拒绝解释则应推定个人信息处理者存在过错。侵权行为所违反的是法定义务、绝对义务,<sup>[72]</sup>侵害的对象一般为绝对权。算法解释义务作为人格权所衍生的非独立性请求权,并不具有绝对义务的性质。违反算法解释义务本身并非侵权行为,对个人权益造成重大不利影响的个人信息处理才属于个人信息保护中的侵权行为。需要注意的是,《个人信息保护法》第24条第3款所规定的“个人权益”并不仅限于个人信息权益,亦包括其他权益。典型如算法处理个人信息过程中对个体的信用评级造成重大不利影响,侵害了信用权(《民法典》第1029条)。因此,应将“未合理履行算法解释义务”评价为过错,但需要厘清的是归责原则为一般的过错责任原则还是过错推定责任,这与举证责任的分配以及不利后果的承担密切相关。

本文从民法体系出发,将个人信息处理关系限定在采用自动化决策的非公务机关与个人信息主体之间。在此种关系类型中,双方当事人在举证责任和诉讼能力上的差异主要是由“自动化决策技术”造成的,若采用一般过错归责原则,鉴于自动化决策技术中蕴藏的算法复杂性,可能会对个人信息主体课加过重的举证负担,<sup>[73]</sup>因此应采过错推定原则。<sup>[74]</sup>《个人信息保护法》第69条第1款规定了个人信息权益致害以过错推定原则归责,<sup>[75]</sup>处理个人信息侵害个人信息权益造成损害,个人信息处理者不能证明自己没有过错的,应当承担损害赔偿等侵权责任,目的在于维持权益保护与产业发展的平衡。<sup>[76]</sup>虽然个人信息侵权中的损害具有无形性、潜伏性、未知性等

• 663 •

[71] 参见鲁春雅:《自动化决策的算法解释权——以合同义务为视角》,载《中国社会科学报》2020年12月23日,第4版。

[72] 绝对义务是指个人具有与不定数目的人或其他所有人有关的义务。参见〔奥〕凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第140页。

[73] 有法院认为:“从收集证据的资金、技术等成本上看,作为普通人的庞理鹏根本不具备对东航、趣拿公司内部数据信息管理是否存在漏洞等情况进行举证证明的能力。”北京市第一中级人民法院(2017)京01民终509号民事判决书。

[74] 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,载《法学研究》2018年第4期。

[75] 参见前引〔32〕,程啸书,第506页。

[76] 参见谢鸿飞:《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》,载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

诸多与传统侵权场域不同的特殊性，<sup>〔77〕</sup>但在自动化决策处理个人信息的场合，关键在于证明算法规则具有合理性且未对个人权益产生重大不利影响，以算法解释作为评价个人信息处理者过错的衡量标准。“不能证明自己没有过错的”不仅包括个人信息处理者履行解释义务后无法证明决策结果合理性情形，亦包括个人信息处理者拒绝履行算法解释义务的情形，拒绝解释视为放弃举证而直接负担不利后果。

值得讨论的是，是否需对敏感个人信息与非敏感个人信息的归责原则作区分处理。有观点认为处理敏感个人信息应适用无过错责任，处理非敏感个人信息适用过错推定责任，原因在于敏感个人信息的处理行为开启了危险源，处理者对处理行为具有控制力，应承担更严格的责任。<sup>〔78〕</sup>在本文的语境下，个人信息处理为私主体之间的关系，并不包括公务机关，双方对于危险控制的差异在于算法技术的控制权，采用过错推定责任已经对个人信息处理者设定了自律机制，以增强其处理过程中的责任心。<sup>〔79〕</sup>对敏感个人信息与非敏感个人信息的区别保护可通过调整算法解释义务即举证责任的方式实现。在敏感个人信息处理的场合，个人信息处理者的举证责任更重，原因在于敏感个人信息相较于一般个人信息更容易在处理过程中受到侵害，对算法规则设计的合理性要求更高。若在敏感个人信息处理中适用无过错原则，相当于将处理敏感个人信息的行为直接视为危险责任，既是对算法解释义务作为过错评价功能的忽视，亦不利于解决个人信息流通与个人信息保护之间的利益冲突。综上，若个人信息处理者拒绝履行解释义务或者履行解释义务后并不能证明其无过错，则损害赔偿的不利后果由其承担。至于损害赔偿的范围，依《个人信息保护法》第69条第2款具体确定，赔偿范围包括财产损失与精神损害。

• 664 •

## 四、结 论

现代性正以前所未有的方式，把我们抛离了所有类型的社会秩序的轨道，从而形成了其生活形态。这一点在技术方面表现得尤为显著，并逐渐渗透至其他领域，引发信任与风险的紧张关系。<sup>〔80〕</sup>个人信息应作为人格中纯粹的一部分，不可简单地沦为促进他人增益或者实现社会目的的手段。从民法体系的视角观察，算法解释背后所保护的个人信息权益应为人格权益，算法解释请求权的本质是为人格权服务的非独立请求权。在合同关系领域，算法解释可纳入合同保护义务的范畴以助于主给付义务的履行，个人信息处理者可能因违反解释义务承担相应的违约责任。在侵权领域，算法解释则作为过错评价的要素发挥作用，即自动化决策对个人权益产生重大影响可否被评价为侵权行为，需以个人信息处理者履行算法解释义务的结果作为辅助判断的标准。

为缓解个人信息权益保护与个人信息利用之间的紧张关系，算法解释应区分为事前解释与事后解释两种类型。事前解释仅适用于敏感个人信息的自动化决策场合，因为在事前无法对一般个人信息是否产生重大影响作出准确的判断，而敏感个人信息的处理基于其个人信息类型的敏感度

〔77〕 参见田野：《风险作为损害：大数据时代侵权“损害”概念的革新》，载《政治与法律》2021年第10期。

〔78〕 参见程啸：《侵害个人信息权益的侵权责任》，载《中国法律评论》2021年第5期。

〔79〕 参见申卫星：《论个人信息保护与利用的平衡》，载《中国法律评论》2021年第5期。

〔80〕 参见〔英〕安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社2011年版，第4-8页。

即可推定出可能会对个人权益产生重大影响。重大影响实际产生后的事后解释则无需区分个人信息的敏感程度。此时若产生了损害,单纯的事后解释与“拒绝+删除”模式并不能发挥全面的救济功能,需辅助以合同法或者侵权责任上的损害赔偿赔偿责任。是否承担合同损害赔偿赔偿责任取决于是否违反合同义务。在侵权损害赔偿中,若个人信息处理者无法解释或者拒绝解释则推定其存在过错并承担不利后果。

---

**Abstract:** From a civil law perspective, personal information should be protected as a legal interest. The algorithmic interpretation of automated decision-making is in fact a non-independent claim derived from personality rights and does not require the creation of a separate right of algorithmic interpretation. In the field of contract, algorithmic interpretation can be included in the scope of the duty of protection, while in the field of tort, it has the function of fault evaluation, and when the personal information processor is unable to explain or refuses to explain, it can be presumed to be at fault. In order to protect the commercial secrets of personal information processors and reduce their burden of interpretation, the algorithmic interpretation stipulated in Article 24 (3) of the Personal Information Protection Law shall be distinguished into two types: ex ante interpretation and ex post interpretation, which differ in terms of the construction of the elements and the degree of interpretation. The ex ante interpretation shall be limited to the handling of sensitive personal information that “may have a significant impact”, while the ex post interpretation shall occur in the case of automated decisions that “already have a significant impact on the rights and interests of individuals”. The duty of ex ante interpretation should be lower than that of the ex post interpretation, which corresponds to an abstract interpretation of the system’s function and a detailed interpretation of a specific decision respectively. In the event of actual damage arising from the material impact, the subject of personal data may claim liability for damages in breach of contract or tort. Intentional exemptions from the obligation to interpret ex ante shall be void if they violate Article 497 or Article 506 of the Civil Code, but the obligation to interpret ex post and the right to claim damages arising therefrom may be exempted.

**Key Words:** algorithmic interpretation, interest in personal information, automated decision-making, significant impact

---

## 电子商务平台经营者管理权的法理基础与规范进路 ——基于线上平台与线下市场的对比分析

王巧璐\*

**内容提要：**《电子商务法》规定了平台经营者对平台内经营者违法违规行为的处理权，但该权力的法理基础存疑、规范进路不明。平台经营者作为网络交易公共场所的出租人、“所有权人”兼技术管控者，在承担国家要求的空间管理权责的同时，凭借市场力量聚合了承租商户的自治授权，基于“空间所有”和“组织授权”双重法理生成管理权。平台经营者管理权属于网络商铺出租人管理权，该管理权在线下商品交易市场租赁关系中既已存在且运行良好。尽管平台经营者与线下市场开办者管理权行使方式类似，但平台行权限度、处置顺序、威慑效力都空前强化，可借鉴国家对商品交易市场的监管经验，加强平台规则审查及执行情况年报，合理限制合同解除权的行使，实施常态化监管，保障平台经营者管理权规范运行。

**关键词：**电子商务平台经营者 管理权 商品交易市场 租赁 平台规则

### 一、问题的提出

数字经济的快速发展推动着社会生产、生活和治理方式的深刻变革，平台经营者已经成为平台治理的关键一环。2021年12月，国务院印发的《“十四五”数字经济发展规划》和《“十四五”市场监管现代化规划》明确将科学界定平台责任与义务、引导平台经营者加强内部管理和安全保障作为形成数字经济治理新格局的举措之一，要求落实平台企业对平台内经营者资质、商品质量等的审核把关和监督责任。《电子商务法》第29条、第42条，《个人信息保护法》第58条以及《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第11条都要求平台经营者对平台内经营者进行

\* 王巧璐，南京大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重点项目“适应商业创新的市场规制体制研究”（21AFX020）的阶段性成果。



管理,即对其违法犯罪行为进行报告和处置。除立法规定之外,平台经营者对商户行为的管理处置在司法实践中也被广泛认可。在句容利威尔公司诉阿里巴巴案中,最高人民法院将阿里巴巴平台接到知识产权权利人通知后,删除被诉侵权产品链接的处置行为,认定为平台经营者履行其“管理义务”的体现。<sup>〔1〕</sup>类似地,在德克菲斯诉京东案中,北京市第二中级人民法院认为京东平台要求存在售假行为的德克菲斯公司依据平台规则赔付百万惩罚性违约金,是平台履行“自律管理权利”的彰显。<sup>〔2〕</sup>

根据复合型规范的基本法理,平台经营者对国家和社会履行自律管理的法定义务,也意味着其享有对平台内经营者进行管理的法定职责,具有权力色彩,本文称之为“平台经营者管理权”。<sup>〔3〕</sup>但是,根据传统理论共识,平台经营者与平台内经营者同属合同关系当事人,私权利主体之间应为抽象平等的法律关系,<sup>〔4〕</sup>平台经营者为何可以作为强势一方对平台内经营者的行为进行管理处置?平台经营者管理权的研究是平台规制领域一个基础性法理问题,若不对其法理基础进行充分解释和论证,将影响国家要求私主体承担公法义务的内在正当性,动摇落实平台主体责任、分级分类管理和要求超大型平台承担更多社会义务责任的合法性根基。同时,平台经营者管理权作为一种私人权力,若经过立法和司法认可成为法定权力,将对平台竞争秩序、商户经营自由、消费者权益保护及社会经济发展带来深远影响。

从现有文献来看,学界已从守门人理论、<sup>〔5〕</sup>公共承运人理论、<sup>〔6〕</sup>行政法的“第三方义务”理论<sup>〔7〕</sup>和“私权力”规制理论<sup>〔8〕</sup>等角度对平台管理的法理进行了分析,均有一定的解释力,但多数着墨于平台法定义务责任的研究,对于平台经营者对平台内经营者施加的权力关注较少,有的直接运用现有部门法理论可能遭遇功能主义解释进路的法理正当性不足的质疑,<sup>〔9〕</sup>私人规制理论面临现行法律空白和阻滞<sup>〔10〕</sup>。随着平台企业的全方位扩张,从权力视角认识与规范平台经营者管理权愈加紧迫且重要,<sup>〔11〕</sup>只有正视这种权力的内生逻辑,才能将其纳入“制度的笼子”更好地规范。同其他权力的生成现象一样,平台经营者管理权的形成并非“一蹴而就”,而是从我国社会商业实践中发展演变而来的,平台经营者管理权可视为线上商铺出租人对承租人行为的管理权,依商业发展脉络往前追溯就是线下商品交易市场中的开办者管理权,<sup>〔12〕</sup>从线上平台与线下市场管理权的历史对比和异同梳理中,或许能探究出新的平台经营者管理权规范进路。

〔1〕 参见最高人民法院(2020)最高法知民终986号民事判决书。

〔2〕 参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终4582号民事判决书。

〔3〕 为突出平台经营者对平台内经营者的合法强制力,本文主要从“权力”角度对管理权进行论证。

〔4〕 参见朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,载《中国社会科学》2010年第6期。

〔5〕 参见张新宝:《互联网生态“守门人”个人信息保护特别义务设置研究》,载《比较法研究》2021年第3期。

〔6〕 参见高薇:《互联网时代的公共承运人规制》,载《政法论坛》2016年第4期。

〔7〕 参见高秦伟:《论行政法上的第三方义务》,载《华东政法大学学报》2014年第1期。

〔8〕 参见周辉:《变革与选择:私权力视野下的网络治理》,北京大学出版社2016年版,第53-74页;刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,载《法学研究》2020年第2期。

〔9〕 参见赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,载《华东政法大学学报》2017年第1期。

〔10〕 参见胡斌:《私人规制的行政法治逻辑:理念与路径》,载《法制与社会发展》2017年第1期。

〔11〕 参见张乾友、许蓝志:《平台经济下消费者评价定价的权力逻辑及监管进路》,载《消费经济》2022年第1期。

〔12〕 根据《工商总局关于加强商品交易市场规范管理的指导意见》(工商市字〔2013〕210号)中的定义,商品交易市场是由开办者提供固定商位和相应设施,提供物业服务,实施经营管理,并收取一定租金等收益,有多个经营者入场独立从事商品交易活动的经营场所。

## 二、平台经营者管理权的法理基础：商铺出租人管理权

研究平台经营者的管理权，首先需要厘清平台经营者与平台内经营者之间的电子商务合同的性质。从世界各国的法学研究成果来看，根据具体数字给付内容，电子商务合同可被纳入买卖、服务、租赁等典型合同类型下，或者混同合同规则加以研究。<sup>〔13〕</sup>通过梳理我国立法和学说观点共性发现，从租赁角度对电子商务合同进行研究具有一定合理性。其一，《电子商务法》第9条关于平台的定义表明，电子商务平台以为他人从事电子商务活动搭建网络空间为基本特点，<sup>〔14〕</sup>是商务活动的虚拟交易空间和重要场所，<sup>〔15〕</sup>网络经营场所提供关系是电子商务合同的基础。其二，《消费者权益保护法》及其释义参照线下商铺租赁对平台法律关系进行规范，将网络交易平台分为B2C网上商厦平台和C2C网上集市平台。<sup>〔16〕</sup>其三，2009年商务部出台的《电子商务模式规范》中，明确了平台经营者与商户是租赁关系。<sup>〔17〕</sup>此外，法学界关于电子商务合同性质的讨论中，“柜台租赁合同说”认为，电子商务平台类似于“网络商场”，是出租由数据构成的虚拟交易空间的特殊租赁平台。<sup>〔18〕</sup>后期支持“服务合同说”观点的杨立新教授在早期研究中认可“租赁合同说”，也可作为平台服务关系具有租赁合同色彩的佐证之一。<sup>〔19〕</sup>经济学上也有学者认为互联网经济平台是平台所有者将“虚拟空间”出租给商户，通过营销手段吸引消费者线上交易的经营模式，并运用马克思地租理论对互联网时代的“平台地租”进行研究。<sup>〔20〕</sup>在商业实践中，基本已达成共识认为，线上平台与线下市场“租金”的本质都是商家付出的流量成本，电商平台相当于“网络商业地产”，其与线下市场的商业本质没有区别。<sup>〔21〕</sup>

综上，电子商务合同是以线上商铺租赁为基础的合同关系。尽管网络商铺的无形化与平台服务的多样化使其服务合同属性凸显，但若不建基于租赁关系这一立足点，平台服务缺乏“附着”空间，平台研究难免成为“无本之木”。由此，平台经营者管理权的法理基础，可以类比线下商铺租赁集合体——商品交易市场开办者的管理权进行研究。线下商铺租赁合同中，市场开办者（出租人）对商户（承租人）违法违规行为的权利义务，并通过租赁合同的约定授权，转化为对市场空间内承租人行为的管理，这与平台经营者管理权的生成法理异曲同工。

### （一）租赁物空间兼具开放性与封闭性：国家有权要求出租人实施管理

电子商务平台与商品交易市场作为线上线下商事租赁的标的物，该租赁物空间具有开放性与

〔13〕 参见金晶：《数字时代经典合同法的力量——以欧盟数字单一市场政策为背景》，载《欧洲研究》2017年第6期。

〔14〕 参见电子商务法起草组编著：《中华人民共和国电子商务法条文释义》，法律出版社2018年版，第50-51页。

〔15〕 参见郭峰等编著：《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》，人民法院出版社2018年版，第132页。

〔16〕 参见李适时主编：《中华人民共和国消费者权益保护法释义》，法律出版社2013年版，第191-195页。

〔17〕 《电子商务模式规范》（2009）第2.8条对“商户”的定义是“租用电子商务平台进行经营活动的法人、法人委派的行为主体、其他组织机构或自然人”。

〔18〕 参见赵自轩：《网店转让的法律解读与规制》，载《河北法学》2019年第1期。

〔19〕 参见杨立新主编：《电子商务侵权法》，知识产权出版社2005年版，第234-235页；杨立新：《网络交易法律关系构造》，载《中国社会科学》2016年第2期。

〔20〕 参见林光彬、徐振江：《互联网平台“虚拟空间”地租理论研究》，载《中国高校社会科学》2022年第1期。

〔21〕 参见刘润：《新零售：低价高效的数据赋能之路》，中信出版社2018年版，第14-16页。

封闭性的双重特点,开放性导致空间影响不特定公众利益,封闭性凝聚了集体品牌声誉,需强化对消费者信赖利益的保护,因此国家有权要求出租人加强对租赁空间的管理。

一方面,开放性成就了网络空间的公共性。线下商品交易市场的公共场所属性已成为社会共识,但是线上的电子商务平台是否属于“公共场所”,学界曾有过争议。有的学者认为公共场所仅指能让公众的身体自由进出的空间,<sup>[22]</sup>但也有学者从网络空间的开放性、深度社会化等角度论证了其公共场所属性。<sup>[23]</sup>从文义解释角度分析,“公共”是指公有的、公用的,即面向不特定公众;“场所”是指活动空间处所,其本质是一种行为载体。在网络空间出现之前,所有实体空间都具有身体可进入的特征,传统的线下商品交易市场可以用“围墙内的空间”来表示。但随着人们的交往活动与亲身到场的联系越松,受众通过传媒中介实现虚拟性在场,<sup>[24]</sup>对于场所“允许身体进入”的理解,需回归其本质内核——容纳行为参与的空间属性,线上电子商务平台容纳不特定公众开展商事交易的开放性和互动性,决定了其具备公共空间属性。正如有的法院曾在判决中指出:“网络空间的运行和信息交互活动,与现实场景下的社会性场所、群众性活动有行为模式的相似之处。物理世界中,先存在着一个公共空间,而后产生聚合的公共行为;而网络空间的虚拟性打破了传统的模式,先有人与人之间的互动,而后形成了一个虚拟的公共空间,虚拟性成就了网络空间所特有的公共性。”<sup>[25]</sup>美国首席大法官韦特在 Munn v. People of State of Illinois 案中曾论及:“当私有财产的使用方式产生公共后果时,其就不再只是私人的了,而与公共利益密切相关。”<sup>[26]</sup>平台经营者通过技术和商业模式创新,创建运营着具有公共产品属性的网络交易空间,对公共利益产生较大影响,国家有权要求空间出租人加强管理。

另一方面,封闭性集聚的消费者对平台的信赖利益需被保护。商品交易市场与电子商务平台都是商业集群合作行动的产物,封闭性产生了明确区隔的内外部空间,使内部的行为实践凝聚为集合整体,面向外部消费者产生统一的品牌效应。在商品交易市场中,因内部的承租商户多为个体户或中小微企业,消费者通常基于对市场整体品牌的信赖与其开展交易,导致市场品牌的维护和提升成为影响商品交易市场兴衰的关键。<sup>[27]</sup>电商平台上的商户同样具有低声誉、流动性强的特征,并且由于网络虚拟化导致的隐蔽性、不确定性增强,平台内经营者数量较之于线下大规模增长,消费者交易决策的判断将更大程度依赖于对平台整体的信赖。电商平台声誉形成平台经营者个体声誉与平台内经营者群体声誉结合的双元结构,平台企业向商户收取的服务费用甚至可以看出作“声誉租金”。<sup>[28]</sup>信赖利益保护是现代私法的重要原则之一,<sup>[29]</sup>商事法律关系中的信赖利

• 669 •

[22] 参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期。

[23] 参见卢勤忠、钟菁:《网络公共场所的教义学分析》,载《法学》2018年第12期。

[24] 参见〔德〕哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第445-446页。

[25] 北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初36658号民事判决书。

[26] Munn v. People of State of Illinois, 94 U. S. 113, 126 (1876).

[27] 参见周京:《我国专业市场兴衰规律和启示》,载《中国流通经济》2015年第11期。

[28] 参见汪旭晖、张其林:《平台型电商声誉的构建:平台企业和平台卖家价值共创视角》,载《中国工业经济》2017年第11期。

[29] 参见杨代雄:《法律行为制度中的积极信赖保护——兼谈我国民法典总则制定中的几个问题》,载《中外法学》2015年第5期。

益更是具有明显的财产属性。<sup>〔30〕</sup>平台经营者作为封闭交易空间的创设人、统一对外声誉的享有者、消费者信赖利益的归属方，且其从集体声誉中获得巨大经济利益。因此，无论从消费者信赖利益的保护角度，还是基于“收益—风险”相一致原则，平台经营者都理应承担该封闭空间的管理义务。

## （二）出租人与租赁物：以技术为后盾的“所有权人”有管物权责

尽管目前平台经营者对平台享有的权利属性尚无定论，有的学者认为平台经营者享有“平台所有权”，<sup>〔31〕</sup>依据所有权取得理论中最典型的先占取得或劳动取得的法理，<sup>〔32〕</sup>平台经营者对自己创建的平台空间享有类似所有权人“对物”管控的权利和义务，并基于标准化规则设置及技术控制实现对平台生态的管理。<sup>〔33〕</sup>网络平台作为现代信息技术的革命性成果，其技术性导致创设者对平台绝对控制和排他支配，代码、算法等技术已经成为构筑网络空间的“砖瓦和钢筋混凝土”，平台经营者构建了具有自主性和自治性的组织区域，具有以技术表现出来的公示性和排他性，<sup>〔34〕</sup>这从“代码即法律”“算法统治世界”等观点中亦可体现。<sup>〔35〕</sup>

平台上的所有行为，都需要转化为技术性语言才能得以实现。与在技术架构中作为物理层、逻辑层的电信、宽带运营商不同，平台经营者承担应用层和内容层的结构功能，是信息传输和交互活动的枢纽。<sup>〔36〕</sup>线下商品交易市场中的交易规则，很难内化于市场交易活动中；但电子商务平台协议表面上是交易规范，实施上却由代码技术规则加以体现，代码规则可以内化在交易活动中，具有直接实施效力。<sup>〔37〕</sup>平台经营者行使管理权、采取任何处置措施，均由其单方独立完成，不需要相对人配合，其管理行为的自主性和强制力远超商品交易市场开办者，甚至比行政机关实施罚款、扣押、限制生产经营等行政处罚行为更加自主高效。

网络空间技术性使其控制者享有了空前的自我空间和自我赋权。<sup>〔38〕</sup>《国家市场监督管理总局关于阿里巴巴“二选一”案的处罚决定书》中提及，阿里平台通过设定算法等方式，决定平台店铺和商品的搜索排名、展示位置，从而控制平台内经营者流量和交易机会。<sup>〔39〕</sup>平台经营者已在网络空间这个新的“大洲”上建立起了自己的领地，后发的法律可以对其领地边界进行权衡和再分配，却难以动摇平台经营者用技术搭建的坚实“堡垒”。由此，平台经营者不仅具备与传统所有权人相当的“对物”管控的权利义务，还凭借技术性后盾对平台空间拥有超强管控力。

〔30〕 参见赵磊：《商事信用：商法的内在逻辑与体系化根本》，载《中国法学》2018年第5期。

〔31〕 参见杨立新：《网络交易平台提供者民法地位之展开》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2016年第1期。

〔32〕 参见〔德〕G·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第138页。

〔33〕 参见孙国强、石海瑞、邱玉霞：《网络交易平台治理结构的靶盘模型——一个跨案例研究》，载《管理科学》2021年第2期。

〔34〕 参见吴伟光：《构建网络经济中的民事新权利：代码空间权》，载《政治与法律》2018年第4期。

〔35〕 参见〔美〕劳伦斯·莱斯格：《代码2.0：网络空间中的法律》（修订版），李旭、沈伟伟译，清华大学出版社2009年版，第6页；徐格等：《算法统治世界——智能经济的隐形秩序》，清华大学出版社2017年版，第323页。

〔36〕 参见赵鹏：《平台公正：互联网平台法律规制的基本原则》，载《人民论坛·学术前沿》2021年第21期。

〔37〕 参见周辉：《变革与选择：私权力视野下的网络治理》，北京大学出版社2016年版，第35—37页。

〔38〕 参见马长山：《智能互联网时代的法律变革》，载《法学研究》2018年第4期。

〔39〕 参见《国家市场监督管理总局关于阿里巴巴“二选一”案的处罚决定书》，载 <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.samr.gov.cn%2Fwx%2Fzj%2F202104%2FP020210410285606356273.docx&wdOrigin=BROWSELINK>，最后访问时间：2022年3月22日。

### （三）出租人与承租人：商业组织成员自治授予“管人”权力

从商业发展实践上看，市场组织的创新一直是我国商品流通体制改革变迁的重要推动力。商品交易市场是19世纪80年代的新兴商业组织，其基本运营模式是：市场开办者+承租商户+供应商+公共服务部门，不仅是广大分散小商户的组织者，也是物流、金融、经纪等其他商品服务供应商的生长土壤和磁场。<sup>〔40〕</sup>电子商务平台是1998年开始萌芽发展的新型流通组织，其将线下交易空间拓展至线上，使供需对接能在近乎无限空间的虚拟场所双向搜寻，带来了商品流通领域的数字化革命。<sup>〔41〕</sup>

立法和司法实践中，亦将电子商务平台定位为商业组织。《电子商务法》认为平台经营者不是纯粹的私人主体或者普通经营者，而是平台型的组织体制，<sup>〔42〕</sup>是具有独立组织架构和独特权力机制的新型市场主体。<sup>〔43〕</sup>《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》将平台界定为：“通过网络信息技术，使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互，以此共同创造价值的商业组织形态。”<sup>〔44〕</sup>在福州九农贸易公司与拼多多平台公司服务合同纠纷案中，法院明确将电商平台认定为“自律组织”，认为平台规则具有全体成员共同约定的管理规范性质。<sup>〔45〕</sup>在上海美询实业公司与淘宝平台等网络侵权责任纠纷案中，法院认为平台自治规则属于民法上的“团体协议”，团体组织享有自治性质的惩罚机制，有权对违反自治规则的用户或成员采取相应惩罚措施。<sup>〔46〕</sup>

电子商务平台、商品交易市场这类商事交易组织者，尽管不属于公司、合伙等传统的组织形式，但已有学者从团体组织法的角度进行了研究：有的学者认为互联网技术使平台组织替代传统企业成为网络社会的基本组织，由于网络企业的强势地位以及平台组织的封闭性和变化性，平台组织内可依据信义义务理论实现自律管理；<sup>〔47〕</sup>有的学者将平台作为聚合资本和社会关系的新型组织，研究其带来的技术、商业模式和治理结构三方面的变革。<sup>〔48〕</sup>

团体组织是同质性成员的结合，<sup>〔49〕</sup>从商业实践、立法司法以及学界研究可以看出，电子商务平台经营者与平台内经营者在追求商业利益集聚效应的目的上具有同质性，并在相对稳定的时空关系中形成了多方利益联结，具备商业组织属性。平台内经营者在选择加入平台时，就是为了利用平台集聚的流量、数据、信息等商业资源和交易服务，通过服务协议（含平台规则）的约定，完成了选择管理者、授予管理权、约定管理服务事项等经营权的自主分配。对于平台内经营

• 671 •

〔40〕 参见裴长洪、谢谦：《集聚、组织创新与外包模式——我国现代服务业发展的理论视角》，载《财贸经济》2009年第7期。

〔41〕 参见柳思维、陈薇：《改革开放以来中国消费品市场的历史性变化》，载《消费经济》2021年第3期。

〔42〕 参见电子商务法起草组编著：《中华人民共和国电子商务法条文解析与适用指引》，中国法制出版社2018年版，第116页。

〔43〕 参见薛军：《电子商务法平台责任的初步解读》，载《中国市场监管研究》2019年第1期。

〔44〕 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》，载 [http://www.gov.cn/xinwen/2021-02/07/content\\_5585758.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2021-02/07/content_5585758.htm)，最后访问时间：2022年3月15日。

〔45〕 参见上海市长宁区人民法院（2017）沪0105民初20204号民事判决书。

〔46〕 参见上海市第一中级人民法院（2020）沪01民终4923号民事判决书。

〔47〕 参见吴伟光：《平台组织内网络企业对个人信息保护的信义义务》，载《中国法学》2021年第6期。

〔48〕 参见王震宇、张晓磊：《平台治理的制度之维：基于中美英三国模式的比较》，载《国际关系研究》2021年第6期。

〔49〕 参见叶林：《私法权利的转型——一个团体法视角的观察》，载《法学家》2010年第4期。



者的违约违法行为，平台经营者可以依据服务协议采取删除商品链接、对店铺限权、扣分、降级、限制发布商品、扣除保证金、规定违约金等管理措施。“团体虽系由结社自由所形成，但团体本质上乃对个人自由之限制”<sup>〔50〕</sup>，商户将自主经营权的部分管理权能自愿授予平台经营者，“空间集聚—利益聚合—组织授权”的自治权力生成路径，使平台经营者开展对商业组织成员行为的自律管理具备了正当性根基。

综上，平台经营者管理权的法理基础主要源于线上商铺出租人“空间所有”和“组织授权”两方面。一方面，由于平台的网络公共交易场所属性，基于对公共利益及消费者信赖利益的保护，国家有权要求创设并凭借技术控制该空间的出租人兼“所有权人”——平台经营者——加强管理，并通过在法律法规中明确其法定义务的“复合型”规范细化充实其管理权责。另一方面，平台经营者与平台内经营者由于利益聚合组成商业组织，双方通过合同约定选择了平台经营者作为管理人、授予其管理权并明确了相应罚则，平台经营者依靠市场力量集成了商户自治授权，进一步强化其管理权力。

### 三、平台经营者管理权的历史基础与现状反思：与线下市场对比

平台经营者管理权与线下市场开办者管理权具有类似的法理基础，均属于商铺出租人管理权，该权力不是在数字经济时代横空出世的，其在线下市场中已经生成且运行良好。通过对线上平台与线下市场商铺出租人管理权的对比分析可以发现，两种管理权的行使方式基本相同，但是平台经营者管理权限空前强化，由此产生了一些新的问题和隐患需加以反思。

#### （一）历史基础：线上线下的管理方式趋同

从商业管理实践来看，线上平台经营者与线下市场开办者作为商铺出租人，对于承租人的违法违规行为的管理处置方式大致相同，包括“金钱罚”和“行为罚”两类，前者主要是罚扣违约金，后者则体现为出租人合同解除权的行使，这两种管理手段对线下市场治理发挥了积极作用。

首先，“金钱罚”方面。以商户销售假冒伪劣产品为例，在线下商品交易市场中，若市场开办者发现商户销售假冒伪劣产品，可要求商户按次承担1000~3000元、5000~10000元或5000~20000元的违约金；<sup>〔51〕</sup>若因商户过错给市场造成重大经济损失或严重商誉损害，开办者有权要求商户承担相当于三个月管理服务费（约3000元/月）的违约金。<sup>〔52〕</sup>在电子商务平台，对于商户售假行为，各个平台规则中规定了数额不同的违约金：淘宝网每次罚扣2000~6000元；<sup>〔53〕</sup>天猫平台根据不同扣分节点处以5000~80000元的违约金，商家违规情形特别严重时天猫有权扣划

〔50〕 蒋大兴：《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》，载《法学》2017年第4期。

〔51〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民终1715、1718号民事判决书；上海市杨浦区人民法院（2010）杨民三（知）初字第78号民事判决书。

〔52〕 参见江苏省高级人民法院（2013）苏知民终字第0059号民事判决书。

〔53〕 参见《淘宝网关于出售假冒商品实施细则》，载 <https://rulechannel.taobao.com/?type=detail&ruleId=506&cId=89&spm=a2177.7231205.0.0.3bd117eahy7xGO#/rule/detail?ruleId=506&cId=89&spm=a2177.7231205.0.0.3bd117eahy7xGO>，最后访问时间：2022年3月20日。



店铺全部保证金作为违约金（保证金为1~50万元不等）；<sup>〔54〕</sup> 京东平台要求售假商家承担100万元或该店铺累计销售金额10倍的违约金（以高者为准）；<sup>〔55〕</sup> 拼多多平台在发现疑似假货当天可将商家的保证金额增加至该商品历史总销售额的10倍，在判定假货后扣除商家保证金或账户余额作为消费者赔付金。<sup>〔56〕</sup>

其次，“行为罚”方面。商品交易市场开办者在发现售假行为后，可以采取三类处置措施：一是信用承诺，即要求商户签署保证书或承诺函；二是自律处罚，如书面警告、发出整改通知书；三是解除合同，如终止水电供应、停业整顿、终止合同、强制清退等。<sup>〔57〕</sup> 在电子商务领域，平台经营者凭借信用机制和技术工具，可对平台内经营者采取更多样的处置措施，归纳起来包括三类：一是信用处罚，如扣分、店铺降级；二是违规商品处置，包括删除商品链接、搜索降权、处理交互信息、删除店铺相关信息等；三是店铺经营权限管控，包括监管店铺、限制店铺资金提现、关闭店铺、限制发布商品、关闭订单、限制参加营销活动、清退店铺等。

综上，线上线下市场出租人管理方式具有共性，请参见表1。

表1 线上线下市场出租人管理方式共性

	商品交易市场	电子商务平台
金钱罚	1000~20000元	0.2~100万元/10倍违约金
行为罚	1. 信用承诺	1. 信用处罚（扣分、店铺降级）
	2. 自律处罚（如书面警告、发出整改通知书）	2. 违规商品处置（包括删除商品链接、搜索降权、处理交互信息、删除店铺相关信息等）
	3. 解除合同（终止水电供应、停业整顿、终止合同、强制清退等）	3. 店铺经营权限管控（包括监管店铺、限制店铺资金提现、关闭店铺、限制发布商品、关闭订单、限制参加营销活动、清退店铺等）

• 673 •

（二）现状反思：线上管理权限空前强化

纵观商品交易市场和电子商务平台中的商铺出租人管理权，尽管管理处置方式基本相同，但平台经营者管理权呈现趋近平台治理“舞台中心”之势，其在“金钱罚”和“行为罚”上的行使权限、裁决节点、威慑强度等方面都发生了较大变化。

1. 金钱罚：违约金数额畸高、类型各异且性质存疑

在线下商品交易市场，开办者对商户售假行为收取违约金的案件数量不多且金额较小，笔者在威科先行法律数据库中查找的377个商品交易市场商户售假纠纷案件中，仅有3个案件中开办

〔54〕 参见《天猫市场管理规范》第19、41条，载 <https://rule.tmall.com/tdetail-11000228.htm?spm=0.7731966.0.0.3fb83544V4Igis&tag=self>，最后访问时间：2022年3月20日。

〔55〕 参见《京东开放平台出售假冒商品细则》，载 <https://rule.jd.com/rule/ruleDetail.action?ruleId=3393>，最后访问时间：2022年3月20日。

〔56〕 参见《拼多多假货处理规则》，载 <https://mms.pinduoduo.com/other/rule?listId=3&id=3>，最后访问时间：2022年3月20日。

〔57〕 参见福建省高级人民法院（2016）闽民终1369号民事判决书；天津市高级人民法院（2020）津民终1299号民事判决书；江苏省高级人民法院（2019）苏民终1716号民事判决书；陕西省高级人民法院（2020）陕民终535号民事判决书；湖南省长沙市中级人民法院（2015）长中民五初字第01187号民事判决书。

者收取了售假商户 1000 元或 2000 元的违约金，难谓具有惩罚性。<sup>〔58〕</sup> 相较之，电子商务平台经营者对售假商户处以“金钱罚”的处罚力度空前强化，在威科先行法律数据库中搜索的 506 个电子商务平台商户售假纠纷案件中，有 29 个案件平台经营者扣划了售假商户 0.3~100 万元不等的违约金，<sup>〔59〕</sup> 违约金的数额、类型及性质存在一定程度的“乱象”。

其一，各大平台违约金数额参差且有的畸高。以淘宝、天猫、京东和拼多多四大平台为例，其对商户处罚的违约金数额相差较大，从几千元到百万元不等，大致可以分为倍数违约金、累进违约金、定额违约金、“不定额”违约金、承诺函违约金五种类型（参见表 2）。倍数违约金如京东和拼多多平台规定的 10 倍违约金，但二者的计算基数不同，拼多多是以假货商品的历史销售额为计算基数，而京东是以售假店铺累计销售金额为基数；累进违约金如淘宝对商户前三次售假行为分别罚扣 2000、2000、6000 元的违约金，天猫根据商户不同扣分节点的售假行为罚扣 5000~80000 万元的累进金额；定额违约金如京东平台要求售假商户承担 100 万元违约金，天猫平台根据不同网店的类型要求商户按年缴存一定数额的保证金，在商户出现售假等违规行为时将保证金全额扣除；<sup>〔60〕</sup> “不定额”违约金是拼多多平台在商家拒绝支付“十倍违约金”时，平台经营者有权以商家账户内的销售额抵扣违约金，此时违约金数额取决于账户余额；<sup>〔61〕</sup> 承诺函违约金是淘宝平台在个案中要求售假商户依据先前签订的“承诺函”中的约定数额支付违约金。<sup>〔62〕</sup>

表 2 平台违约金五种类型及数额

类型	电商平台	数额
倍数违约金	京东	售假店铺累计销售额的 10 倍
	拼多多	假货商品历史销售额的 10 倍
累进违约金	淘宝	前三次售假行为分别罚扣 2000、2000、6000 元
	天猫	根据不同扣分节点的售假行为罚扣 5000~80000 元的累进金额
定额违约金	天猫	店铺年度保证金（1~50 万元）
	京东	100 万元
“不定额”违约金	拼多多	商家拒绝支付违约金时扣划账户余额
承诺函违约金	淘宝	个案中承诺函约定金额（20 万元）

此外，从具体案例来看，在淘宝平台与李明网络服务纠纷合同中，李明经营的淘宝网店售假金额超 500 万元、非法获利 100 万元，其被判处有期徒刑的同时并处罚金 150 万元，追缴违法所得 100 万元，赔偿淘宝平台违约金 20 万元；<sup>〔63〕</sup> 而在京东平台与德克菲斯公司服务合同纠纷案

〔58〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民终 1715、1716、1718 号民事判决书。

〔59〕 参见杭州互联网法院（2020）浙 0192 民初 1895 号民事判决书；上海市长宁区人民法院（2017）沪 0105 民初 16473 号民事判决书；浙江省杭州市中级人民法院（2014）浙杭知终字第 207 号民事判决书；浙江省杭州市西湖区人民法院（2014）杭西知民初字第 321 号民事判决书；杭州互联网法院（2019）浙 0192 民初 11249 号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2018）沪 01 民终 13894 号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2020）京 02 民终 4582 号民事判决书。

〔60〕 参见浙江省杭州市中级人民法院（2014）浙杭知终字第 208 号民事判决书。

〔61〕 参见上海市第一中级人民法院（2018）沪 01 民终 13894 号民事判决书。

〔62〕 参见杭州互联网法院（2019）浙 0192 民初 11249 号民事判决书。

〔63〕 参见杭州互联网法院（2019）浙 0192 民初 11249 号民事判决书。

中，德克菲斯网店售假金额约 50 万元，却承担了 100 万元的违约金。<sup>〔64〕</sup> 前一个案件中刑事罚金、追缴违法所得加平台违约金的总和尚且不及售假金额；后者单是平台违约金即为售假金额的 2 倍。两者的对比请参见表 3。淘宝与京东平台同为国内电商巨头，违约金却差距如此之大，平台经营者“金钱罚”的乱局可见一斑。并且，在诸多售假情节严重已构成销售假冒注册商标罪的刑事案件中，罚金均未超过售假金额，<sup>〔65〕</sup> 而平台经营者依据平台规则却可径直划扣售假商品销售额或全店销售额 10 倍的违约金，平台行权限度是否妥当值得深思。

表 3 典型案例违约金数额对比

案件	售假金额	罚金	追缴违法所得	平台违约金	违约金/售假金额占比
淘宝与李明	500 万元	150 万元	100 万元	20 万元	4%
京东与德克菲斯	50 万元	无	无	100 万元	200%

其二，违约金性质不明。司法实务中，对于平台违约金的性质是否具有惩罚性、用于赔偿平台损失还是消费者、平台损失如何计算、消费者赔付方式等问题存在分歧。例如，有的法院明确认为平台规则中确定的百万违约金具有“惩罚性”，是平台经营者履行自律管理权利的体现；<sup>〔66〕</sup> 有的法院认为违约金具有补偿性，应以平台损失为限，售假商户需对平台的直接经济损失、商誉损失及对外支付的赔偿金、和解款、律师费、诉讼费等间接经济损失进行赔偿，但平台损失计算方式仍然不明；<sup>〔67〕</sup> 有的法院则认为平台规则中“假一赔十”的条款虽名为“违约金”，但实际并非用于弥补平台损失，而是以“消费者赔付金”的形式赔付给消费者。<sup>〔68〕</sup> 关于消费者赔付金的赔付方式，有的平台经营者以“现金券”而不是“现金”的方式赔偿消费者损失，<sup>〔69〕</sup> 其实质是补偿消费者还是平台引流促销方式？并且，无论《消费者权益保护法》第 55 条规定的“假一赔三”，还是《食品安全法》第 148 条的“假一赔十”，均是出于保护消费合同中消费者弱势地位的惩罚性赔偿条款，但在平台法律关系中，平台经营者、平台内经营者与消费者处于“强者一次强者一弱者”地位，由作为最强势一方的平台经营者，在缺乏任何监督的情况下，直接代替“弱者”（消费者）向“次强者”（商户）主张惩罚性赔偿，其正当性存疑，恐有平台经营者披着“保护消费者权益”的外衣行使“霸权”的风险。

2. 行为罚：僭越公权机关职责之嫌与精准打击商户之危

由于电子商务交易的虚拟性、快频性和技术性特征，法律通常要求平台经营者发现平台内经营者违法违规行为后及时管理处置，导致平台私力处置的行权顺序优先于公权机关对商户行为的违法性判定，加之当前平台具备强大的市场力量，平台经营者采取的管理措施对网络商户经营具有精准打击力和强制威慑力，“行为罚”的潜在隐患需加以重视。

〔64〕 参见北京市第二中级人民法院（2020）京 02 民终 4582 号民事判决书。  
〔65〕 参见浙江省平湖市人民法院（2018）浙 0482 民初 1344 号民事判决书；浙江省义乌市人民法院（2018）浙 0782 民初 12920 号民事判决书；浙江省杭州市余杭区人民法院（2018）浙 0110 民初 12276 号民事判决书。  
〔66〕 参见北京市第二中级人民法院（2020）京 02 民终 4582 号民事判决书。  
〔67〕 参见上海市奉贤区人民法院（2017）沪 0120 民初 6274 号民事判决书。  
〔68〕 参见上海市长宁区人民法院（2017）沪 0105 民初 20204 号民事判决书。  
〔69〕 参见上海市第一中级人民法院（2019）沪 01 民终 2936 号民事判决书。

其一，平台经营者管理处置顺序优先于公权机关，存在僭越其职责之嫌。出租人“行为罚”的主要管理方式是行使合同解除权，即采取私力处置措施中断租赁空间及相关服务的提供，使承租人的违法行为难以为继。线下市场出租人管理权发展到线上平台，从《工商总局关于加强商品交易市场规范管理的指导意见》中要求市场开办者“先报告—后处置”，到《电子商务法》第29条以及《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第11、12条中要求平台经营者“先处置—后报告”的行权顺序变化可以看出，平台经营者对平台内经营者违法违规行为的处理次序已经优先于公权机关。

尽管在瞬息万变的电子商务领域，由具备技术管控力的空间“所有权人”平台经营者在发现违法犯罪行为后及时处置是市场治理刚需，但也需要警惕的是，对承租人违法犯罪行为的认定本属公权机关职责，而平台经营者的私力处置优先于公法裁量，存在较大管理风险，若私力处置出现错判，平台交易快频性将乘数倍放大损失后果。以在电商平台涉知识产权恶意投诉案件为例，平台经营者依据知识产权权利人通知及时采取必要措施本是开展知识产权治理的有力举措，但有的不法分子却利用平台经营者私力处置的快捷性，以“维护知识产权”为名进行恶意投诉，行不正当竞争之实。根据阿里巴巴平台统计，截至2018年12月31日，各类恶意投诉占IPP平台（阿里巴巴知识产权保护平台）知识产权投诉总量的近24%，给平台内经营者造成上亿元经济损失。<sup>〔70〕</sup>

具体来看，恶意投诉导致平台错判对商户造成的损失具有三大特点：一是损失大且难计算。由于商品链接及排名具有很高的商业价值，在高频交易的平台竞争中，尤其是在“双11”等大型促销活动期间，如果商户被平台限制经营，将对其交易机会造成难以估量的损失。二是部分损失不可恢复且影响久远。线下市场商户若被错判清退，原店铺、商品尚可复原；但在线上平台，附着于商品链接上的好评、排名等引流资源删除后无法恢复，而爆款引流商品对网店的生存至关重要，平台处置错误会给商户带来不可逆转的影响，甚至使其多年经营付出和商誉积累毁于一旦。三是损失索赔困难。若市场监管部门对知识产权侵权案件误判造成商家损失，受损失方尚可申请行政赔偿，但面对依法履行知识产权管理义务却无行政执法授权的平台经营者，私主体“履责”错误时的救济途径阙如，被恶意投诉商家的索赔方式存疑、难度较大。

其二，平台经营者管理权与商户营业权、组织选择自由的冲突。商事活动的自主经营大致相当于所有权的自我行使，<sup>〔71〕</sup>是蕴含于宪法所确立的市场经济体制中的一项基本权利，<sup>〔72〕</sup>《优化营商环境条例》第11条也已对市场主体的“经营自主权”加以明确。然而，平台经营者管理权以市场运行机制和集聚规模效应为后盾，其采取的“行为罚”措施对商户有着较强的威慑力和打击力，<sup>〔73〕</sup>尤其是超大型平台具备较高市场份额、市场认可度和消费者黏性，以阿里平台为例，其2015—2019年服务收入及商品交易额的国内市场份额占比分别超过70%和60%，<sup>〔74〕</sup>平台经

〔70〕 参见《2018 阿里巴巴知识产权保护年度报告》，载 <https://files.alicdn.com/tpsservice/8d50874f56b43919e4cfa2256c93dd96.pdf>，最后访问时间：2022年3月25日。

〔71〕 参见叶林：《商行为的性质》，载《清华法学》2008年第4期。

〔72〕 参见《〈中华人民共和国商事主体登记管理条例（草案）〉的起草说明》，载 [https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202006/t20200615\\_317040.html](https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202006/t20200615_317040.html)，最后访问时间：2022年1月30日。

〔73〕 参见胡斌：《私人规制的行政法治逻辑：理念与路径》，载《法制与社会发展》2017年第1期。

〔74〕 参见前引〔39〕。

营者凭借信息、数据和技术资源优势占据了注意力经济的“制高点”，其采取的扣分、降级等信用处罚措施都可对网店的流量和人气造成较大打击，下架商品、关店等单方“解除”合同的管理方式，更会给网店带来“生死攸关”的影响力。

此外，团体组织是自愿聚合的利益整体，其内部“权力”生成的最大正当性基础是成员有加入或退出的选择自由。线下商户尚且具备是否加入商品交易市场的选择权，因为商品交易市场主要影响特定区域或行业市场且转换成本较低。但在平台经济对社会生活及商业运营已全面渗透的今天，电子商务平台发挥了类似于“商业基础设施”的功能，<sup>〔75〕</sup>平台内经营者很难放弃平台这一大型商业利益聚合体，“触网”已经成为不可阻挡的历史趋势。加入平台后积累的流量、人气等商业资源也难以转化到其他平台或者线下市场，平台内经营者的退出成本、切换成本都十分高昂，几乎没有选择退出的自由。

#### 四、平台经营者管理权的规范：规则审查和限制解除

尽管平台经营者管理权的强化是由数字经济时代市场力量变化引起的社会专业化、精细化分工所决定的，符合历史发展规律及社会治理大势，但由于私人主体的逐利性与“权力”行使的公平裁量要求的天然抵牾，公共利益与私人利益交织博弈，在平台“公权力—私权力—私权利”的三方结构中，公权机关若不对平台经营者的私人权力加以适当规范和制衡，将对平台内主体权益保护和电子商务的健康发展造成阻碍。民法中的“格式合同”“违约金调整”规则，行政法中的“双随机、一公开”监管模式，反垄断传统监管手段与平台竞争性义务的构建，<sup>〔76〕</sup>电子商务法中对平台规则制定程序的要求，这些现行法从不同角度发挥着约束平台经营者管理权的作用。但同时，基于平台经营者与商品交易市场开办者管理权在功能定位、法理依据、管理方式上的相似性，从线下市场提炼商铺出租人管理权的规范经验，或许能为线上平台治理贡献更具针对性和创新性的“历史智慧”。

##### （一）加强对平台规则的全过程审查

当前，国家公权机关依然对商品交易市场开办者施加较强的监管约束。根据《商品交易市场年度检验办法》的要求，市场开办者每年须向工商部门提交年检报告，工商部门依法对市场登记事项的变化情况、市场开办单位履行职责情况及市场运行情况等进行审查，有瞒报、不履职等情况的开办单位将被处以行政处罚。对此，或许会有异议观点认为，对商品交易市场实行强监管与其“公立属性”的历史根源有关，由于我国商品交易市场是政府在总结农副产品批发市场经验的基础上提供的“公共产品”，直至1993年国家提出“管办分离”要求才逐渐褪去行政管理色彩，后来吸引了更多民间资本投入建设，<sup>〔77〕</sup>线下市场“由公转私”的历史导致其与市场经济自生的电子商务平台的监管不宜相提并论。但是，笔者认为，组建线上线下公共交易场所和承担商品流通职能本就属于公共职责，无论是线下市场开办者“由公转私”，还是线上平台经营者市场力量

• 677 •

〔75〕 参见全国人大财政经济委员会电子商务法起草组编：《中国电子商务立法研究报告》，中国财政经济出版社2016年版，第10页。

〔76〕 参见张晨颖：《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》，载《法学研究》2021年第4期。

〔77〕 参见裴长洪、谢谦：《集聚、组织创新与外包模式——我国现代服务业发展的理论视角》，载《财贸经济》2009年第7期。

壮大后的“由私转公”，在这类由私人主体分担部分公共职能的领域，强化公权力的规范约束是平衡公益与私益的关键所在。由于平台规则是平台“权力”的外壳，<sup>〔78〕</sup>借鉴公权机关对商品交易市场开办者制定的规章制度审查和执行情况年检的监管经验可知，对平台经营者管理权的约束，也要抓住平台规则这个“牛鼻子”。

### 1. 事前审查：规则制定阶段完善磋商审查机制

面对强势的平台经营者，平台内商户谈判能力欠缺，双方难以实现平等讨论，但未经充分磋商的平台规则变动，可能造成“淘宝十月围城事件”等恶劣影响。<sup>〔79〕</sup>尽管《电子商务法》第32—36条、《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定（试行）》都对平台规则的制定程序进行了规定，但对于影响上亿商户和消费者利益的“私权力”规则，仅由平台经营者独立制定并在自身网站公示征求意见，缺乏公权机关监督和利益相关方参与，难以保证其“私权力”不会对平台内经营者和消费者的“私权利”造成侵害。因此，公权机关需加强对平台规则的事前指导，代表公共利益在制定程序中充分参与磋商，由政府部门、平台企业、学者专家、行业协会、平台商户及消费者代表等进行多方论证，实现各方充分参与、自由表达、利益平衡。对于平台经营者管理措施和违约处罚等重要内容，尤其是涉及“违约金”等实践中争议较大的关键条款，行政部门可出台指南细则，引导平台经营者管理权规范生成。

### 2. 事中审查：规则执行阶段依申请附带司法审查

即使平台规则经过多方民主磋商产生，但因合法性判断或者各方利益分配是否合理需在规则实施一段时间后才能显露出来，有时甚至需要通过极端的个案冲突加以体现，司法机关在进行合法性识别时具有较强的专业性、针对性和社会回应性的优势。<sup>〔80〕</sup>因此，既然平台规则发挥着具有权力色彩的团体组织管理规约功能，其影响主体范围甚至超过一般的地方性法规，那么可以参照行政规范性文件的附带司法审查制度，允许符合一定条件的平台内经营者，在不服平台经营者的管理措施提起侵权之诉时，附带启动对平台规则的司法审查，以此作为对规则进行动态监督的辅助审查机制。

### 3. 事后审查：建立电子商务平台年报制度

事前审查和个案附带司法审查难以实现对平台规则执行情况的全面监督，可在借鉴和改进商品交易市场年检制度的基础上，建立电子商务平台规则执行情况年报制度，加强事后监管。目前，我国尚未建立对平台经营者管理措施执行情况的报告或公示监督制度。《电子商务法》第36条、第44条虽要求平台经营者对其采取的警示、终止服务等管理措施进行公示，但并未明确公示的法定义务属性及“不公示”的罚则；第59条规定了平台经营者应建立投诉举报机制，但立法者却因顾虑可能涉及的商业秘密等因素，未要求平台公示或报告投诉举报的处理情况，<sup>〔81〕</sup>使

〔78〕 参见前引〔43〕，薛军文。

〔79〕 “淘宝十月围城事件”是指淘宝平台于2011年10月宣布修改收费规则、升级商家系统，单方调增商城费用造成部分中小卖家难以负担，导致商户集结近5万名网友组成“反淘宝联盟”，对部分淘宝平台大卖家实施“拍商品、给差评、拒付款”的恶意操作行为，抵制平台新规。参见《新规引发的“淘宝十月围城”事件始末》，载 [https://news.qq.com/a/20111102/000768\\_1.htm](https://news.qq.com/a/20111102/000768_1.htm)，最后访问时间：2022年3月26日。

〔80〕 参见封丽霞：《制度与能力：备案审查制度的困境与出路》，载《政治与法律》2018年12期。

〔81〕 参见前引〔14〕，电子商务法起草组编著书，第193页。



其坠入信息披露“黑箱”和行政监管“盲区”；《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第6条、第8条虽对设定超大型平台经营者的年度风险评估和委托审计义务进行了探索，但并未将风险评估及审计结果与行政监管措施相衔接，使之沦为“接受社会监督”的倡导性规则。

尽管我国商事制度改革已将普适于所有企业的年检改为年报制度，从政府包揽式监管向市场化柔性治理态势转变，<sup>〔82〕</sup>但对商品交易市场的年检制度依旧存续至今，暂且搁置“年检”与“年报”的定性之分，将我国线下市场年检报告内容与近年欧美规范平台行为的法案内容进行对比，可以发现均已明确平台经营者定期向行政机关报告自律管理执行情况的义务及罚则。《商品交易市场年度检验办法》第9条、第11条规定了开办者应将日常管理制度、交易规章制度、协助审查义务的执行情况作为其提交工商部门审查的年检报告重要内容之一，否则将被处以罚款或扣缴《登记证》。与此类似，欧盟《数字服务法案》第13条规定了平台经营者每年对用户非法活动、举报投诉的审查处理情况的透明性报告义务，第33条规定了超大型平台应当至少每半年公布一次透明性报告，每年公布并向数字服务协调员和欧盟委员会提交风险评估及处置情况报告、审计及其实施报告，若存在涉及商业秘密不宜公开的内容，可在公开报告中部分删除，但仍应向主管机关提交完整报告并说明删除理由，第42条规定了不遵守报告义务将被处以罚款，第50至66条还对超大型平台附加审计、现场检查、监测运行等加强监管措施进行了规定。<sup>〔83〕</sup>美国参议院《平台透明度、问责制和在线消费者保护议案》要求平台经营者每季度公布透明度报告，对用户违法或违反政策活动情况、平台管制措施、用户申诉情况的报告义务及公开方式等都进行了明确规定。<sup>〔84〕</sup>

从商品交易市场监管历史经验与欧美平台治理最新立法探索在年报（年检）制度内容的“不谋而合”可以看出，完善平台规则执行情况的定期报告制度是优化平台治理的必由之路。首先，应当明确平台经营者向行政机关进行年报的法定义务属性及具体罚则，改变目前由“社会监督”的倡导性规则定位。同时需要厘清的是，行政机关对平台年报的审查只是代表公共利益加强对平台自治的事后监督与定期“体检”，及时纠治“私权力侵害私权利”等系统性风险问题，指导平台经济健康发展，并非重回为企业年检“背书”的沉痾。其次，在报告内容上，可将平台规则实施状况、管理措施执行情况、投诉举报处理情况等内容纳入年报审查范围；对于涉及商业秘密等不宜公开的内容，可以选择部分不公开，同时向行政机关提交完整版并说明不公开理由。最后，关于报告主体，宜根据平台经营者的规模分级分类设置报告义务，或者参照欧美做法，免除中小平台经营者的相应义务；关于报告周期，可根据我国平台经济的发展情况与治理实践适时调整，在年度报告制度运行成熟时，向半年、季度和月度报告进一步探索。

## （二）合理限制平台经营者解除权的行使

无论线下市场还是线上平台的出租人管理权，最核心有力的管理方式是行使“合同解除权”，由于平台服务与技术的多样性，解除方式包括但不限于断开链接、下架商品、暂停服务、关闭店铺

〔82〕 参见施天涛：《公司资本制度改革：解读与辨析》，载《清华法学》2014年第5期。

〔83〕 See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and Amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final.

〔84〕 See Introduction by Brain Schatz, A Bill to Require Transparency Accountability, and Protections for Consumers Online, Hearing before the Commerce, Science, and Transportation Committee, 116th Congress, 2d Session on S. 4066, June 24, 2020.

等。因此，从内容层面上，对平台经营者管理权的规范，应以“解除权”的约束和限制为关键。

#### 1. 行权顺序：公权机关尽早介入

出租人的合同解除权属于形成权，仅发挥使出租人脱离不利法律关系和免受承租人不法行为牵连的功能。若承租人无异议，租赁合同自解除通知送达时生效；但在承租人对解除事由存在异议时，出租人合同解除权的行使需受限于公权机关对承租人行行为的违法性判定。因此，平台经营者行使解除权需回归“初心”，其可在自治权限内协助公权机关进行管理处置，但不能“喧宾夺主”。一方面，平台经营者采取的删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等措施，均产生合同解除之效，在收到通知或被采取措施后，平台内经营者可就该解除行为向法院提出异议。另一方面，由于平台服务的技术性，平台经营者的解除行为直接对合同产生单方处置效果，公权机关收到商户异议时，在对违法犯罪行为作出明确判定前应尽早介入，避免平台私力处置的影响过分扩大。有的学者在规制平台知识产权恶意投诉领域提出了“反向行为保全”，即被投诉商户对于平台经营者采取的处置措施有异议时，可向法院申请责令平台恢复链接的保全方式。<sup>〔85〕</sup>公权机关可探索诸如此类的规范途径，适当减小平台经营者的行权影响，尽量将合同解除效果限制在公权机关对违法犯罪行为的判定之后，并完善平台经营者不当解除合同的损害赔偿救济途径，防止私人裁量权僭越公法管控的“制度之笼”。

#### 2. 行权限度：处置措施须遵比例原则

在商品交易市场中，由于市场开办者“私人”裁量后作出的管理举措将对商户的经营权益带来较大影响，并且开办者依约可采取不同程度的管理措施，司法裁判中法院关于出租人解除权的行使限度出现了分歧：有的法院认为不能单纯以是否解除租赁合同或者禁止商户侵权现象，作为市场管理者履行管理义务的依据；<sup>〔86〕</sup>但有的法院却认为需要解除合同或禁止市场内侵犯知识产权行为，才能免除开办者管理责任。<sup>〔87〕</sup>由此表明，因开办者管理权与商户经营权的冲突，出租人解除权在商品交易市场中尚需进行利益权衡并审慎行使。

在电子商务领域，作为网络公共交易基础设施的平台具有普遍服务义务，<sup>〔88〕</sup>不能随意拒绝提供服务，其解除合同的影响较线下市场加倍扩大，因此平台经营者在行使合同解除权时更应慎之又慎，依据比例原则采取合理的处置措施，给予包括平台商户在内的社会成员一个稳定预期。从网络知识产权侵权管理立法和司法演变也可看出，审慎行使平台解除权、不以“删除”为纲符合平台治理共识。《信息网络传播权保护条例》第15条首次确立了知识产权侵权的“通知删除”规则，但《民法典》第1195条、《电子商务法》第42条则转变为“通知加采取必要措施”，最高人民法院也在第83号指导案例“威海嘉易烤生活家电公司诉永康市金仕德工贸公司、浙江天猫公司侵害发明专利权纠纷案”中明确表示：“网络服务提供者接到通知后所应采取的必要措施包括但不限于删除、屏蔽、断开链接。‘必要措施’应遵循审慎、合理的原则，根据所侵害权利的性质、侵权的具体情形和技术条件等来加以综合确定。”

〔85〕 参见房保国、李潇桐：《电商纠纷中的反向行为保全初探》，载《人民法院报》2021年12月9日，第01版。

〔86〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民终1715号民事判决书。

〔87〕 参见陕西省高级人民法院（2020）陕民终535号民事判决书。

〔88〕 参见赵鹏：《平台公正：互联网平台法律规制的基本原则》，载《人民论坛·学术前沿》2021年第21期。

## 五、结 论

通过类比线下市场可以发现,平台经营者对平台内经营者违法违规行为的管理权属于商铺出租人管理权,与商品交易市场开办者管理权有着类似的法理基础:一方面,平台经营者作为网络公共交易场所的出租人、“所有权人”兼技术管控者,国家有权通过设置法定义务强化出租人的空间管理权责;另一方面,平台经营者依靠市场力量集结了商业组织成员的管理授权,获得了自治权力。纵观平台经营者管理权的行使方式,尽管其采取的“金钱罚”与“行为罚”管理措施与线下市场基本相同,但管理权限却空前强化,具体表现在违约金的罚扣数额、行为罚行使顺序优先于公权机关及打击商户的威慑力方面。平台经营者管理权逐渐强化是顺应商业创新、科技发展和法治变革的大势所趋,但是在尊重其权力正当性的同时,还应正视电子商务合同双方当事人地位已实质失衡的现状。为避免出现“在经济地位有明显势差的交易者之间,契约自由变成弱肉强食的工具”的情形,<sup>〔89〕</sup>需要借鉴国家对商品交易市场开办者管理权的监管经验,以规则审查和限制解除为重点约束权力,优化常态化监管措施,确保平台经营者管理权在制度的笼子里生成、运转,形成高效规范的平台治理新格局。

---

---

**Abstract:** The e-commerce law stipulates the power of platform operators to manage the illegal acts of merchants, but the legal basis and regulation rules of this power is unclear. As the lessor, “owner” and technical controller of online trading public places, the platform operator not only undertakes the space management rights and responsibilities required by the state, but also aggregates the autonomous authorization of the tenants by virtue of market power, acquiring management power based on dual legal principles of “space ownership” and “organizational authorization”. The management power of the platform operator is part of the online shop lessor’s management power, which already existed and operates well in the leasehold relation of the offline commodity trading market. Although platform operators and offline market operators exercise their management power in a similar way, the authority limits, disposal order and deterrent effects of the platform have been unprecedentedly strengthened. We can learn from the experience of state supervision on commodity trading market, enhance the review of platform rules and the annual report of implementation, reasonably limit the exercise of contract cancellation right, implement regular supervision, and ensure the standardized operation of platform operators’ management power.

**Key Words:** e-commerce platform operator, management power, commodity trading market, leasehold relation, platform rules

---

---

(责任编辑:周 游 赵建蕊)

---

〔89〕 参见姚新华:《契约自由论》,载《比较法研究》1997年第1期。

## 元宇宙对著作权法的挑战与回应

张金平\*

**内容提要：**元宇宙是跨多个司法辖区的去中心化虚拟现实世界，供来自全球的用户利用元宇宙平台提供的工具自由创建和交易虚拟现实物品，因而可为人们提供与现实世界无异的创作环境。然而，元宇宙跨境去中心化运营会对著作权法的地域性带来一系列的挑战，导致元宇宙中作品著作权的归属、著作权具体权利内容和保护程度、著作权的利用以及侵权救济都会出现不确定性，但通过科学解释著作权基本原理和国际私法规则，并结合技术解决方案仍可以妥善应对。

**关键词：**元宇宙 著作权 NFT

### 一、元宇宙提出的著作权问题

元宇宙（metaverse）并非 2021 年才凭空提出。早在 1992 年，尼尔·斯蒂芬森在小说《雪崩》中就首次提出这个概念。在该小说中，尼尔将元宇宙描绘成一个由计算机协会全球多媒体协议组织管理的虚拟空间，当用户进入元宇宙时看到的是一条大街，楼宇和电子标志牌延伸到黑暗之中，消失在星球弯曲的地平线之外，用户实际看到的是一幕幕电脑图形表象，即一个个出自各大公司设计的软件用户界面。若想把这些东西放置在元宇宙大街上，各家大公司必须征得全球多媒体协议组织的批准，还要购买临街的门面土地，得到分区规划许可、获得相关执照；有关土地购买的资金全部流入由该组织拥有和运营的一项信托基金，用于开发和扩充机器设备，维持大街继续存在。在元宇宙中，每个用户都是编程高手，所以这片乐园显得品味不凡。<sup>〔1〕</sup>

\* 张金平，中央财经大学法学院副教授。

本文为中央财经大学青年教师发展基金资助项目“人工智能时代著作权制度的挑战与应对”（QJJ2003）、国家社科基金重大研究专项“社会主义核心价值观视角下个人信息保护立法研究”（20VHJ008）的阶段性成果。

〔1〕 参见〔美〕尼尔·斯蒂芬森：《雪崩》，郭泽译，四川科学技术出版社 2009 年版，第 29-32 页。

虽然元宇宙目前尚未完全构建出来，但已经有三次重大尝试。第一次突破性的尝试是林登实验室 2003 年创建的虚拟现实空间《第二人生》。<sup>〔2〕</sup> 林登实验室突破了传统游戏开发商对游戏内容和故事完全掌控的做法，仅为用户提供可购买的虚拟土地、可自由创建三维内容的工具，以及可自由交易创建内容的平台和可兑换现实货币的林登币，从而让用户充分根据自己的意愿去创建内容并与其他人交互。根据林登实验室 2022 年的数据，《第二人生》全球拥有 5000 万用户，用户自创 20 亿个虚拟物品，这些虚拟物品年交易额达到 6.5 亿美元。<sup>〔3〕</sup> 不过，这个元宇宙雏形仍然是中心化的大型在线虚拟现实空间，用户仍然要遵守林登实验室制定的平台规则，而且用户创建的内容无法在其他平台共享使用。第二次尝试是 2017 年开发的 Decentraland。不同于基于中心化管理的《第二人生》，Decentraland 基于区块链以太坊而创建，采用“去中心化自主组织”（decentralized autonomous organization, DAO）来管理，用户可以利用 NFT 技术交易自主创建的虚拟物品，<sup>〔4〕</sup> 还可以成为 Decentraland 的成员来参与管理。<sup>〔5〕</sup> Decentraland 使用以太坊钱包作为用户在元宇宙中的账号，为与其他同样使用以太坊创建元宇宙的平台进行跨平台交互提供了可能。第三次尝试则是扎克伯格 2021 年 10 月对元宇宙虚拟现实的设想。他通过长达 77 分钟的视频阐述了更为贴近尼尔·斯蒂芬森在《雪崩》中所要构建的元宇宙，即元宇宙有且只有一个，是由多平台共建、可互联互通的虚拟现实世界，而且用户在任一个元宇宙平台创建的内容都可以直接在另一个元宇宙平台使用。<sup>〔6〕</sup>

基于上述有关元宇宙的设定，我们可以结合作品创作、管理、利用和保护四大制度归纳元宇宙的特点。<sup>〔7〕</sup> 一是提供用户自我创作的充分自由度，即用户利用元宇宙平台提供的物品编辑器可以编辑三维虚拟物品。只要满足独创性，这些物品可以构成作品。二是具备社交属性，用户通过作品在多个元宇宙平台之间无缝传播自己的思想表达，并在好友或者粉丝中建立声誉。<sup>〔8〕</sup> 三是提供用户对其创设内容变现的环境和机会，即用户利用元宇宙平台提供的数字货币可以自主对虚拟物品标价并与其他用户交易，这些数字货币可以与现实货币兑换。<sup>〔9〕</sup> 从作品交易的角度而言，用户可以通过作品著作权许可或转让的形式获得版税收入。四是可以实现去中心化管理。通过成为去中心化组织成员的形式，用户可以享有对元宇宙尤其是用户自建内容的运营和管理的决定权。从作品保护的角度而言，用户作为去中心化管理的成员更有可能形成有利于作品在元宇宙中的创作、管理、利用和保护的平台规则共识，例如将作品交易中介费降低到让这个交易系统可

• 683 •

〔2〕 See Cory Ondrejka, Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse, 49 *New York Law School Law Review* 81, 87 (2004).

〔3〕 See Linden Lab, Tilia Partners With Unity to Power Virtual Economies for Game and Metaverse Developers, available at <https://www.lindenlab.com/releases/tilia-unity-partnership>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔4〕 See Decentraland, White Paper, 2017, pp. 5-14.

〔5〕 See Decentraland, DAO, available at <http://dao.decentraland.org/en/>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔6〕 不过扎克伯格希望用户在元宇宙的化身也采用真实世界的身份和外形，而且也更倾向于通过新成立的 Meta 公司来主导元宇宙内容的构建。See Meta, The Metaverse and How We'll Build It Together, Connect 2021, available at <http://www.facebook.com/facebookrealitylabs/videos/561535698440683/>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔7〕 这里借鉴了韩国李林福先生提出的元宇宙三大要素，即自由度、社交、收益化，但他并未从著作权法的角度加以解读。参见〔韩〕李林福：《极简元宇宙》，黄艳涛、孔军译，中译出版社 2022 年版，第 36-39 页。

〔8〕 创作者声誉需要在社交的环境下才能形成，如果作品仅对自己可见那么难以形成规模化创作的驱动力。

〔9〕 在国内目前尚不允许数字货币与现实货币兑换，但国家已经开发和采用数字货币，未来数字货币可作为交易货币。

以持续运转的程度即可。

不过,元宇宙的去中心化跨境运营与著作权法的地域性会产生一定冲突。这些冲突至少可以归纳为三大方面:<sup>[10]</sup>一是每个国家对作品的归属安排不尽相同,为了元宇宙全球同步运营,可能需要作品著作权统一归属的安排;二是作品的全球跨平台展示和传播涉及的具体著作权有所不同,例如各国采用不同的著作财产权来控制作品交互式传播,这对作品全球统一许可或转让带来一定的难度;三是元宇宙中散布全球的用户发生著作权侵权如何确定管辖和准据法,一旦确定侵权,元宇宙采用的交易记录不可篡改的区块链技术可能会对停止侵权等侵权责任的承担造成障碍。考虑到多平台互联互通并去中心化管理的元宇宙尚未完全建成,本文在对上述问题进行讨论时,将围绕中心化的《第二人生》和去中心化的 Decentraland 两个代表性元宇宙模型展开交叉分析,希望能够发掘元宇宙开发不同阶段上述著作权问题的不同解决方案,求教于各位方家。

## 二、作品著作权归属的挑战

基于著作权的绝对权属性,元宇宙中的作品创作完成即产生著作权,不因平台规则而消灭,但对这些作品在全球的统一著作权归属仍要基于《伯尔尼公约》相关规则来解决。<sup>[11]</sup>

### (一) 用户创作行为的决定性

《伯尔尼公约》规定只要作品创作完成,作者就对其作品享有著作权,不需要通过任何登记或审批等行政程序。<sup>[12]</sup>因此,在现实世界中,著作权始于作品创作这一事实行为。对于元宇宙,我们假定包括我国政府在内的各国政府都承认元宇宙的物品可以获得现实世界的价值,<sup>[13]</sup>那么用户创作的虚拟物品就不仅仅停留在虚拟空间,进而可通过赋予著作权的形式激励更多作品在元宇宙空间内的创作,打破过去由游戏开发商集中开发和控制的单一局面。

在元宇宙中,用户的哪些行为构成著作权法意义上的创作行为?在传统大型网络游戏构建的虚拟现实空间中,用户只能根据游戏开发商设计的内容和故事,进行竞技或者升级打怪,但这些行为都不是对游戏内容的创作。相比之下,元宇宙开发平台突破传统游戏开发商单方集中式创设内容的局限性,提供用户创制虚拟物品的工具或者编辑器,让用户创作更为丰富和复杂的虚拟现实世界。例如,林登实验室开发的《第二人生》直接提供游戏内的3D实时编辑器和脚本编辑工具,用户注册后就可以实时创制虚拟物品,并可以通过脚本程序设置指令让这些虚拟物品动起来。而且,林登实验室也不对用户创制内容设置单独的提交和审批程序。<sup>[14]</sup>相比之下,Decentraland在提供创制物品的编辑器和脚本程序的同时,<sup>[15]</sup>还提供了建造虚拟物品的3D模型和材

[10] 元宇宙中可能涉及人工智能生成物的著作权问题,但这个问题脱离元宇宙也同样成立,所以不再单独分析。

[11] 《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)要求成员国遵守《伯尔尼公约》规定的义务,所以在作品归属、权利保护程度、准据法等方面的规则都取决于《伯尔尼公约》。

[12] 参见《伯尔尼公约》第5条。

[13] 该问题超出本文有关著作权的探讨范围。

[14] 参见前引[2],Cory Ondrejka文,第87-93页。

[15] 参见前引[4],Decentraland书,第10页。



料的在线内容库，并兼容外部 3D 模型和材料内容库，<sup>〔16〕</sup> 让用户创建内容的门槛进一步降低，同时还可以借助 NFT 技术让创建内容变得可特定化。<sup>〔17〕</sup> 因此，在元宇宙平台中，用户的创作行为可以是完全自我创作原始作品的事实行为，也可以是在他人创制的 3D 模块基础之上创作演绎作品的演绎行为。世界各国著作权法都普遍承认这两类产生作品著作权的创作行为，只是演绎作者在行使演绎作品著作权时必须尊重被演绎作品的著作权。

创作者对具备独创性的虚拟物品享有著作权。一般而言，用户在元宇宙中创作的虚拟物品主要包括化身的造型及其装饰品、虚拟土地上的建筑物和建筑物内部和周边可以展示的任何跟真实世界物品外观类似的物品，包括墙上的广告和其他 2D 画面、地面上静态或动态的 3D 物品。<sup>〔18〕</sup> 其中，化身造型及装饰品是以线条、色彩或其他方式构成的有审美意义的立体造型艺术，可以作为美术作品得到保护。<sup>〔19〕</sup> 虚拟建筑物因表现出审美意义而可构成建筑作品得到保护。<sup>〔20〕</sup> 静态物品如以一定比例仿照现实物品的形状和结构则可以构成模型作品。<sup>〔21〕</sup> 动态物品涉及脚本程序，可作为计算机软件得到保护。<sup>〔22〕</sup> 在这些虚拟物品是否具备作品独创性的判断中，各国著作权法虽有差异，但随着《伯尔尼公约》和《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs) 对各国著作权法的融合，这种差异基本可以忽略，只要能够体现出作者在创作素材的选择和安排中的个性化即可。<sup>〔23〕</sup> 当然，仅仅复制他人 3D 模块不构成演绎，简单组合他人 3D 模块也因不具有独创性而无法产生著作权。

## (二) 平台规则不影响用户著作权的产生

著作权作为财产权具有绝对性，其权利的产生、权利的类型和保护期等不因私人的意志而变化，所以平台一旦提供用户创作作品的工具并允许这些作品可与现实世界交互，那么用户因创作而产生和享有的著作权就不因平台规则而消灭或者剥夺。在传统游戏中，游戏运营商为了绝对控制游戏，往往在平台规则中禁止玩家交易游戏装备，一旦玩家被发现通过第三方交易平台或者线下交易游戏装备就可以封号，剥夺用户参与游戏的权利，法院也普遍承认传统游戏运营商通过格式合同作出的这种限制。<sup>〔24〕</sup> 相比之下，元宇宙开发平台如果赋予用户创制内容的工具，同时又在其平台规则中不承认用户对其创制内容享有著作权，那么该服务协议的相关条款可以根据格式条款的相关规则判定为无效，即因构成排除和限制用户主要权利而无效。<sup>〔25〕</sup>

有鉴于此，目前致力于打造元宇宙的《第二人生》和 Decentraland 的平台规则都承认用户对

〔16〕 例如 Sketchfab 的 3D 材料库。

〔17〕 NFT 技术在第三部分再展开介绍。

〔18〕 元宇宙中的音乐往往是从现实世界中创作的音乐嵌入，因而这些音乐脱离元宇宙可以单独保护。元宇宙中用户在其虚拟土地上创作的连续动态画面也可以构成视听作品获得保护。

〔19〕 参见《著作权法实施条例》第 4 条对美术作品的定义。

〔20〕 参见《著作权法实施条例》第 4 条对建筑作品的定义。

〔21〕 参见《著作权法实施条例》第 4 条对模型作品的定义。

〔22〕 参见《计算机软件保护条例》第 3 条。

〔23〕 不过，李明德教授认为作者权体系国家在提供著作权和相关权二分保护的框架下，作品的独创性要求显然要高于版权体系下作品的独创性。参见李明德：《体育赛事直播画面的作品属性认定》，载管育鹰主编：《知识产权审判逻辑与案例：著作权卷》，法律出版社 2022 年版，第 18-20 页。

〔24〕 参见“李宏晨与北京北极冰科技发展有限公司娱乐合同纠纷案”，北京市第二中级人民法院（2004）二中民终字第 02877 号民事判决书。

〔25〕 参见《民法典》第 497 条。

其创作内容的著作权。其中,《第二人生》最新的平台规则并未直接强调用户对其内容享有著作权或其他知识产权,而是仅仅规定“您通过您的账号或使用 Tilia (《第二人生》开发商林登实验室的下属子公司) 服务而提交的细节、信息或者其他数据享有所有权”〔26〕。相比较而言,Decentraland 作为新兴元宇宙代表则在其平台规则中比较详细而明确地承认用户对其创制内容享有著作权等知识产权,即“用户对其创造的内容享有其上的所有权利、所有权和知识产权”〔27〕。

### (三) 元宇宙用户作品著作权归属的确定

《伯尔尼公约》的国民待遇原则足以确保元宇宙用户对其作品享有著作权。〔28〕世界上已经有 179 个国家加入《伯尔尼公约》,根据国民待遇原则,如果元宇宙用户属于成员国国民,其作品著作权自动在另一成员国获得同等保护;即使元宇宙用户不属于公约成员的国民或者属于无国籍人,只要在元宇宙上创作并发布作品,基于元宇宙的全球跨国同步运行的原理,该行为同样符合作品首次在成员国出版或者在一个非成员国和一个成员国同时出版的条件,其著作权也可以在该公约成员国获得同等保护。

在著作权归属上,世界各国的著作权法普遍提供两种规则:一般规则和特定作品的特殊规则。其中,《伯尔尼公约》明确了作品归属的一般规则,即作品著作权归属于作者,在作品之上署名的自然人推定为作者,但有相反证明的除外;即使作者采用假名,只要根据该假名可以准确识别作者身份,该推定同样成立。〔29〕在元宇宙中,用户通过元宇宙平台的账号创造的作品都会直接附属在这个账号之上,而且 Decentraland 等元宇宙平台本身是建立在区块链之上的,用户创制作品的著作权归属也可以借助区块链记载这一证据推定该用户所有人是作者,并借助区块链技术不可篡改的优点强化这一推定。不过,由于区块链只是将作品的哈希值而非作品本身记录在区块链之上,而且区块链平台并不审查作品上链前是否属于该特定区块链账户原始创作的作品,所以区块链记载也仅仅起到作品登记的证据效力,任何人有相反证据时,仍可以推翻前述权属推定。

相比之下,《伯尔尼公约》对于法人作品、职务作品、合作作品、委托作品、视听作品和演绎作品等特殊作品的著作权归属并未设定统一规则,留给成员国自行规定,〔30〕元宇宙的同一作品可能因不同国家对其归属的不同规定导致出现不同的著作权人,给该作品在元宇宙的跨国统一许可或转让等带来障碍。以其中最为复杂的视听作品为例,视听作品指的是一系列有伴音或无伴音的连续画面,包括电影、电视剧、短视频等形式,各国在规定其著作权归属时可能授予参与创作的自然人所有、制片人所有,或者自然人和制片人共同所有,也可以是自然人所有(即原始所有人)但默示转让给制片人(继受所有人),还可以是自然人所有但推定(可被推翻)转让给制片人。而且,各国的规定可能在不同时期出现变动,例如我国《著作权法》2020 年修订前采用电影作品和类电影作品概念,其著作权归属于制片人,编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权,但 2020 年修法时采用了视听作品的概念,其中电影作品、电视剧作品的著作权由制

〔26〕 Tilia Inc. User Terms of Service, available at <https://www.tilia.io/legal/tos>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔27〕 Decentraland Terms of Use, available at <https://decentraland.org/terms/>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔28〕 参见《伯尔尼公约》第 3 条、第 4 条。

〔29〕 参见《伯尔尼公约》第 15 条第 1 款。

〔30〕 参见《伯尔尼公约》第 14 条。

作者享有，可以单独决定电影作品的利用，编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，但短视频等其他类型视听作品则由参与创作的主体约定其著作权归属。<sup>〔31〕</sup>

有鉴于此，《伯尔尼公约》第14条之二专门协调电影作品的著作权归属及著作权人的权利边界。首先，电影作品著作权归属原则上由被要求保护国的著作权法来决定归属，并且在该国内的电影作品利用则按照该国的规则确定；其次，如果被要求保护国著作权法承认参加电影作品制作的剧本作者、配乐作者、台词作者、电影主要导演之外的自然人（如摄影、副导演）属于著作权人，该国法律除非另有特别规定，应当默示承认这些作者不能反对对电影作品的复制、发行、公开表演、演奏、向公众有线传播、广播、公开传播、配制字幕和配音。尽管做了这样的协调，成员国的这些规定仅适用于成员国内部，仍然会出现同一电影作品在不同成员国有不同权利人的局面，仍然无法解决全球统一许可和转让的问题。一种可能的解决方案是，以最密切联系国的著作权法来确定这些特殊作品的著作权归属并由该权利人统一决定后续利用，其中的最密切联系点可以体现为主要决定这些特殊作品的内容创作行为或者投资行为的实施地。

### 三、作品跨境同步利用的挑战

基于元宇宙在全球去中心化的同步运营，元宇宙中作品的利用因为涉及不同国家的不同著作权法，除了前述不同著作权归属带来的难题外，同一利用行为也可能涉及不同国家的不同具体著作权，这些权利的许可和转让都会给元宇宙作品全球跨境跨平台利用制造障碍。

#### （一）元宇宙利用涉及的具体著作权

元宇宙的全球去中心化运营表明它是一个公众中不特定成员可以自由访问并受现实法律规制的空间，那么，元宇宙用户创作完作品之后的利用行为都可以落入著作权法框架下具体权利控制范围，作品的许可和转让合同要协调不同国家的不同规定。

著作权主要分为人身权利和财产权利，人身权主要包括署名权、发表权、保护作品完整权，财产权利主要包括广义上的复制权、传播权和演绎权。在元宇宙中利用作品都要受到这些权利的控制。例如，用户利用元宇宙平台提供的工具创作完成作品之后，选择对外发布即公众可见，相当于行使了著作人身权中的发表权，而且发表权一经行使就用尽。又如，虚拟物品发布后向公众展示，让公众中的成员可以访问该作品，那么该行为就受传播权的控制。如果将虚拟物品铸造成NFT进行出售，其中铸造和发行可能涉及复制权、传播权。如果允许他人在自己作品之上继续创作可能涉及演绎权。值得注意的是，如果将不在元宇宙中创作的作品以NFT画框的形式展示在元宇宙空间内，<sup>〔32〕</sup>同样涉及作品的传播权。

然而，每个国家著作权法对人身权、复制权、传播权和演绎权的具体规定并不相同。例如，对公众可以在选定时间和地点获得作品的控制，在我国法规定为信息网络传播权，但在美国法则

〔31〕 参见《著作权法》（2010）第15条；《著作权法》（2020）第17条。

〔32〕 Decentraland就允许注册用户这样做。用户只需要在虚拟土地上设置一道墙，在墙上就可以装一个展示NFT数字藏品的画框。然后就可以将Decentraland之外的NFT的ID和NFT合同地址复制到这个NFT画框中，这个NFT就可以在这个虚拟空间中展示出来。

可能受制于公开展示权（针对作品单个复制品或者视听作品中图片的单独展示）或者公开表演权（针对视听作品图片的连续性表演）。这就造成对全球同一行为的控制到底应当通过许可或者转让哪一个权利来实现的技术性问题。

## （二）对元宇宙平台作品利用的全球授权模式

在元宇宙中作品的统一许可或转让更有利于著作权人进行作品管理和收益。一方面，虽然元宇宙未改变著作权法的地域性以及著作权的私权属性，著作权人对作品的利用可以选择各国的单独许可和转让，但著作权人这样做同时也要背负根据单一国家著作权法确定交易的合同条款和价格所带来交易成本。这种单独授权模式很大程度上贬损了元宇宙去中心化全球运行的价值。另一方面，元宇宙全球统一实时运行意味着作者的版权市场是全球市场，所有潜在买家都可以同时参与交易甚至是竞价，从而让作者以最低成本实现利益最大化。在这里，有两大技术帮助著作权人实现作品全球统一管理，并以最低的成本实现利益最大化。一是智能合约，它是合约（交易规则）的代码（即计算机程序），可在区块链上运行，一旦触发合同生效的条件即可自动执行。因此，著作权人可以通过智能合约自动执行作品的交易和营收分配，省去了各国层层中间商或者著作权集体管理组织的代理环节和利益分流。二是谷歌浏览器等语言自动翻译技术，传统环境下的作品传播和交易可能存在于不同国别有不同的语言和传播范围的局限，但是目前很多采用 NFT 形式开展的作品交易可以通过谷歌等浏览器实时进行作品内容和交易条件的翻译，<sup>〔33〕</sup>从而破除了过去的语言障碍。

实践中，元宇宙作品利用的主体主要有两大类，元宇宙平台和元宇宙用户。对于元宇宙平台的利用，著作权人往往不得不同意元宇宙平台制定的格式合同条款。其中，元宇宙平台根据其是否利用区块链技术可以分为中心化运营元宇宙和去中心化元宇宙，而中心化运营元宇宙是元宇宙的过渡形式。因此，《第二人生》这类中心化平台的平台规则往往要求用户对其创作作品的著作权提供宽泛的全球免费许可，“您同意授予一个全球、免费、可再许可、可再转让的，有关您上传、存储、发送、接收或者通过本服务而提供的任何内容的使用、复制、发行、演绎、展示等许可”<sup>〔34〕</sup>。在这里我们可以发现，该平台选择的许可规则已经超出了一国对作品利用应当明确具体许可的权利类型和一国地域范围之内的通常规则。<sup>〔35〕</sup>同时，考虑到元宇宙的全球运营以及各国著作权法对著作权具体权利的不同规定，该许可条款直接规定许可针对的是任何使用（并列主要的利用形式，如复制、展示），而不指向具体权利的许可。此外，可再许可的要求也对未来多平台互联互通的利用预留了空间。

相比之下，利用区块链技术的去中心化元宇宙平台则遵守区块链尤其是公链的去中心化运行的特性，不对用户创制作品进行集中存储、审核和事前管理，也不直接调用用户的作品。<sup>〔36〕</sup>例如，基于以太坊区块链运作的 Decentraland 在其平台规则中规定，用户在该平台购买虚拟土地后可以在该土地之上自主创设任何内容（包括符合作品条件的内容），并且对其拥有绝对的控制权，

〔33〕 Decentraland 默认要求通过谷歌浏览器来进行翻译。

〔34〕 Art. 6.3 of Tilia Inc. User Terms of Service.

〔35〕 例如我国《著作权法》第26条规定著作权许可使用合同应当包括许可使用的权利种类、许可使用的地域范围的形式要求等内容。

〔36〕 例如，Decentraland 对用户内容采用去中心化存储方式，用户计算机自行存储其创设的虚拟物品，平台服务器上仅存储可以调用该作品的区块链地址。参见前引〔4〕，Decentraland 书，第9页。

而未规定平台对用户作品的利用。<sup>〔37〕</sup>

### （三）NFT 形式的作品利用授权

元宇宙中作品利用的主要市场来自其他用户的交易和后续使用，具体交易对象主要有两种，用于装扮化身的可穿戴虚拟装备和其他虚拟现实物品（包括外形上与现实世界物品类似或一致的虚拟物品和数字化的传统艺术品）。这两种交易主要通过 NFT 技术来实现交易对象的确认、跟踪和流转。<sup>〔38〕</sup> NFT 即不可替代代币或者非同质化代币（Non-Fungible-Tokens），指的是一种基于智能合约管理的具有不可分割、不可替代、可验证、可流通等特性的数据单元（合同地址，unit256 代币标识），每一个代币标识都对应一个合同地址而可以代表对数字或者实物资产的所有权。<sup>〔39〕</sup> 目前，NFT 主要指的是通过以太坊《ERC-721：NFT 智能合约标准》发行的 NFT，该标准定义了以太坊智能合约上跟踪、流转 NFT 的应用接口规范。<sup>〔40〕</sup> 每个 NFT 在 ERC-721 智能合约中都通过 unit256 数据（即元数据）而获得唯一标识（简称 Token ID），该标识在合同有效期内不得更改，并以“合同地址，unit256 代币标识”的形式成为特定资产在以太坊链上的全球唯一的标识符，用于指示该合同地址所有者对代表数字资产的标识拥有所有权，可以决定对该资产是否进行交易以及交易的条件。<sup>〔41〕</sup>

在 ERC-721 标准下铸造 NFT 时通常会涉及著作权控制的有关作品利用行为。第一步：将数字内容上传至网络服务器（可以是集中或者分散的服务器）可能涉及作品的复制。拥有以太坊钱包（钱包地址就是合同地址）的用户，通过某个以太坊应用平台（如 OpenSea）将特定数字内容（如图片、视频、3D 模型等）上传至该平台的服务器，从而在该服务器上形成了有关该数字内容的复制品，并生成有关该内容的网络地址。如果数字内容构成作品，那么该上传行为构成作品复制行为，<sup>〔42〕</sup> 至于是否会演变为传播行为则取决于 NFT 铸造者的下一步行为。

第二步：用户在设定该 NFT 交易规则时可能涉及提出有关作品许可或转让的要约或者创设事实上的追续权规则。在创制 NFT 时，铸造者可以选择在智能合约用户界面上描述该数字内容，如著作权人是谁，购买者获得该 NFT 的意义（如可以获赠一张带有创作者签名的作品复制品），以及转售该 NFT 时创作者可以获得的利益分成（不高于交易费的 10%），用户也可以选择不对这些内容进行描述，而只描述该数字内容是什么。这一步骤可能发生两个关键著作权行为。一是提出有关 NFT 交易的著作权许可或转让条件，只要该条件非常明确则可以构成要约（如包括了交易标的、交易价格和附带的著作权许可或转让约定），一旦买方同意该交易条件并点击确认交易则构成承诺，交易双方根据智能合约的自动执行即可达成有法律约束力的著作权许可或转让合

〔37〕 参见前引〔27〕。

〔38〕 See Decentraland Content Policy, available at <https://decentraland.org/content/>, last visited on Jul. 11, 2022. 当然，在不依赖区块链技术的早期元宇宙平台如《第二人生》，则不必依赖 NFT 进行交易，而如同传统中心化组织管理下的交易。在该技术下的交易，玩家购买可穿戴等虚拟物品，如这些虚拟物品具有著作权，玩家仅仅获得了一份作品复制品的使用权，也未获得该复制品的所有权。

〔39〕 See EIP-721: Non-Fungible Token Standard, available at <https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔40〕 参见前引〔39〕。

〔41〕 参见前引〔39〕。通常合同地址也就是创制该 NFT 的用户，即 NFT 原始所有人。

〔42〕 参见陶乾：《论数字作品非同质代币化交易的法律意涵》，载《东方法学》2022 年第 2 期。

同。不过,ERC-721标准并不要求NFT铸造者作出有关作品著作权许可或转让方面的描述或约定,因为一旦描述就构成智能合约的一部分并在条件成就时自动执行合同条款。一方面,ERC-721标准制定者并不想干预铸造者在这方面的自由,另一方面智能合约只保障计算机环境下合约的自动执行,而不保证现实世界作品的许可和转让的自动执行。

第二步的第二个关键行为是NFT铸造者一旦设定了NFT二次交易时交易费用返回给NFT铸造者的比例,则构成通过智能合约设定事实上的作品追续权规则。为了吸引艺术家采用以太坊上NFT这种新型应用,形成良好生态,部分NFT平台允许艺术家选择在智能合约中设定NFT二次交易利益分享比例(例如Opensea平台要求不超过10%),在NFT二次交易时基于智能合约的自动执行产生类似法定追续权的效果。然而,这种做法并不满足法定追续权的三大要件。追续权指的是作家和作曲家对其艺术原作和原稿在二次交易时对二次交易价格享有一定比例的利益分配权。对此权利《伯尔尼公约》并未硬性规定,目前法国等80多个国家已有规定,我国不在此列。<sup>[43]</sup>追续权的第一要件是作品类型及载体限制,仅限于艺术作品的原作和原稿。NFT涉及的往往是上传至NFT平台的作品复制件。第二个要件是对作品原件和原稿首次交易后二次公开商业化交易,私下交易不受该权的限制。NFT二次交易会记录在区块链上,满足公开交易要求,因而可以满足该要件。三是二次交易利益分配的对象和比例由成员国法律确定,不能由当事人自行确定。<sup>[44]</sup>NFT二次交易的利益分成则在平台最高限框架下由作者自行决定,不能代表国家意志。

第三步:发布NFT可能涉及作品的传播行为。完成前面两步,该NFT尚未对外发布也未被写入区块链。区块链上记录内容的算力成本和燃费(gas)都非常高,因此所记录的仅仅是交易摘要的哈希值和时间戳。铸造NFT本身只是对上传到网络服务器上的数字内容复制品的所在网址根据特定算法生成了唯一标识码,只有其他用户购买该NFT时才能完成交易,这时形成的交易摘要的哈希值才会上链记录。同时,考虑到防止恶意交易和激励矿工耗费算力对交易进行上链,NFT铸造者在发布前往往被要求预付NFT交易上链的燃费。<sup>[45]</sup>只有支付足额燃费后,该NFT才会正式在NFT交易平台上发布,并在未来交易完成时上链。在NFT平台发布后,公众即可在选定时间和地点,通过NFT附带的网络地址或者哈希值全网搜索的形式,访问存储在网络服务器的作品。因此,发布NFT受传播权的控制,具体到我国则是信息网络传播权。<sup>[46]</sup>

第四步:交易NFT可能涉及作品利用的正式授权,但通常购买者仅通过交易获得了代表数字内容的唯一标识码,并未获得著作权法意义上的著作所有权。NFT在NFT平台发布后,任何公众只要用其数字签名确认接受该NFT的出售价格和附带的智能合约并完成支付,双方就通过要约和承诺形成了交易合同,区块链则根据智能合约自动记载此次交易摘要的哈希值,相应地该NFT的数据单元(合同地址,unit256代币标识)中的卖家合同地址就会替换为买家合同地址,买家据此持有了该NFT。然而,购买者实际上仍然没有获得作品本身,而仅仅持有该作品在

[43] 参见李雨峰:《论追续权制度在我国的构建》,载《法律科学》2014年第1期。

[44] 参见世界知识产权组织:《世界知识产权组织管理的版权及相关权条约指南以及版权及相关权术语汇编》,世界知识产权组织2004年版,第67页。

[45] 参见邹军等:《区块链技术指南》,机械工业出版社2018年版,第44页。

[46] 参见杭州互联网法院(2022)浙0192民初1008号民事判决书。



NFT 平台上对应的唯一标识码，也没有获得独家访问上链前存储在网络服务器上对应作品复制品的权利，因为该复制品为了后续 NFT 二次交易而仍存储在网络服务器上并供公众公开访问。<sup>〔47〕</sup> 值得注意的是，鉴于发行权必须涉及作品有形载体所有权的转移，<sup>〔48〕</sup> 卖家或者作者通过 NFT 交易也并非在行使发行权：一是因为 NFT 交易仅涉及作品数字化复制品的元数据（unit256 代币标识）的持有者改变（合同地址发生变化），而并非作品原件或复制件所有权的改变；二是《ERC-721：NFT 智能合约标准》并不要求 NFT 平台或者 NFT 铸造者必须在智能合约中约定交易完成即将存储在 NFT 平台上的作品复制品发送一份给买方，买方因而不必然获得作品原件或者复制件，而通常获得访问 NFT 平台上作品复制件的权利。<sup>〔49〕</sup>

因此，元宇宙用户利用以太坊《ERC-721：NFT 智能合约标准》铸造 NFT 与其他用户交易时，假设这些 NFT 所指向的数字内容构成受著作权法保护的作品，用户通过 NFT 平台发布 NFT 相当于默示授予该平台在全球范围内的作品使用许可，<sup>〔50〕</sup> 以供其存储一份复制品并在全球范围内公开展示该复制品；<sup>〔51〕</sup> 同时默示授予购买 NFT 的用户个人在全球范围内的非商业性使用许可，以供购买者在全球根据自己选定的时间和地点访问该复制品，甚至使用该复制品（如将可穿戴物品穿搭在化身上），但购买者持有该作品复制品的全球唯一标识码本身跟著作权没有任何关系。不过，作者如果在铸造 NFT 时在标准智能合约之外作出其他著作权许可或者转让要约，<sup>〔52〕</sup> 在购买者作出承诺并支付更大对价时，则与购买者达成相应的著作权许可或者转让合同。只要这类超出智能合约自动执行的合约部分符合法律的要求，完全可以通过法院加以强制执行。<sup>〔53〕</sup>

#### 四、作品侵权救济的挑战

• 691 •

元宇宙用户在自行创制作品的过程中可能有三个场景会发生著作权侵权：一是将他人现实世界的作品复制到元宇宙中，如将他人的名画数字化后制作成元宇宙内的虚拟物品进行售卖；二是在元宇宙中对他人元宇宙创作的作品进行复制，例如将他人元宇宙创造的 3D 作品超出其著作权许可范围进行演绎或者商业性使用；三是将他人元宇宙中的作品复制到现实世界，例如将他人的 3D 虚拟物品打印成平面图片印制在 T 恤上出售。在无授权的情况下使用他人作品即构成

〔47〕 当然，这里并不排除卖家通过智能合约对作品复制品作出其他专门安排，也不排除该 NFT 平台因为服务器故障或其他原因导致公众无法再次访问该作品复制品。

〔48〕 参见前引〔44〕，世界知识产权组织书，第 165 页；李明德、管育鹰、唐广良：《〈著作权法〉专家建议稿说明》，法律出版社 2012 年版，第 226 页。

〔49〕 在这个交易中，不排除卖家为买家提供其他承诺，如线下提供作品有形载体并附上签名，只有买家线下获得该作品有形载体时才会涉及发行权问题。对发行权的讨论，可参见前引〔42〕，陶乾文；杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

〔50〕 国内一些公司为了满足国内的监管需求采用联盟链或者私链供用户铸造 NFT，此时的许可通常限于国内。参见杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

〔51〕 参见前引〔42〕，陶乾文。

〔52〕 See Megan E. Noh, Sarah C. Odenkirk & Yayoi Shionoiri, GM! Time to Wake Up and Address Copyright and Other Legal Issues Impacting Visual Art NFTs, 45 (4) Columbia Journal of Law & the Arts, 7 (2022), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4028116>, last visited on Aug. 8, 2022.

〔53〕 有关实践可以参见耐克公司旗下的 RTFKT 公司的 NFT 许可协议。See RTFKT, Digital Collectible Limited Commercial Use License Terms, available at <https://rtfkt.com/legal-2A>, last visited on Jul. 11, 2022.

侵权,因而这些场景下的著作权侵权在侵权判断标准上跟现实世界没有差异,即首先确认原告是否享有著作权,然后判断被告行为是否落入著作权人专有权控制的范围。然而,元宇宙的去中心化运营却可能给著作权人维权带来挑战:一是司法管辖权的确定;二是准据法的确定;三是著作权停止侵权在区块链技术下的实现。

### (一) 司法管辖权的确定

基于元宇宙的全球去中心化运行,用户的账户采用区块链钱包(即私钥管理软件),用户的身份是匿名并且对平台而言通常也是匿名的,况且利用区块链的元宇宙平台管理者往往是去中心化组织(例如DAO)。那么,一旦发生著作权侵权,著作权人应当向哪里的法院起诉这些侵权人,法院又是否有权审理发生在他国的侵权行为?例如,拥有A国国籍的张三复制了拥有B国国籍的李四的作品,并利用王五在C国运营的NFT平台铸造了NFT,并利用在D国设立运营的元宇宙平台Decentraland中的NFT画框将该NFT植入Decentraland,那么全球公众可以通过上述NFT平台或者Decentraland访问到上述作品。这时,李四作为著作权人面对这种涉外侵权纠纷是选择在ABCD四个国家同时起诉,还是选择在某个国家起诉张三要求对在全球范围内造成的损害结果承担责任,上述主张又能否得到法院的支持,就成为问题。

《伯尔尼公约》第5条规定,作者享有的具体著作权、保护的程度以及为保护作者权利而向其提供的救济方法完全由被要求给予保护的国家的法律规定。WIPO在解释该条款时只强调被要求给予保护国著作权法的决定事项并不延及著作权的许可和转让等合同问题,并未明确涉外著作权案件的管辖权。<sup>[54]</sup>对此,国际著名版权法学家山姆·里基森、简·金斯伯格指出,涉外著作权侵权案件的司法管辖权由各国自行规定。<sup>[55]</sup>然而,各国对涉外案件的司法管辖权规定并不统一,可能采取属人管辖权或者对事管辖权,或者二者兼有。其中,前者的联结点是被被告所在地,包括了国籍地和经常居住地。后者的联结点多是侵权行为地、侵权结果地、被告可供扣押财产所在地。例如,我国《民事诉讼法》第272条规定,因财产权益造成的涉外纠纷,对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼,可以由诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。<sup>[56]</sup>

各国不同的司法管辖权规定可能带来的重要影响除了诉讼的成本之外,还有法院有权对原告提出的哪些诉求进行审理,最终影响原告能否通过单一诉讼获得充分救济。通常而言,限于著作权法的地域性,如果法院实施管辖的联结点侵权结果发生地,那么法院的审理权限也限于该国境内的损害,无权审理发生在他国的损害;当实施管辖的联结点侵权行为地或者被告所在地时,法院仍不能通盘考虑发生在其他国家的侵权,原告需对在其他国家产生的损害结果发起单独诉讼。<sup>[57]</sup>对

[54] 参见前引〔44〕,世界知识产权组织书,第31页。

[55] 参见〔澳〕山姆·里基森、〔美〕简·金斯伯格:《国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展》,郭寿康等译,中国人民大学出版社2016年版,第1145页。

[56] 对于其中涉及信息网络传播权的侵权行为地,《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第15条规定,侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地,但侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的,原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。

[57] 例如,在普通法系国家,这一规则被称为属地诉讼而不是追身诉讼。See Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, International Copyright: Principles, Law, and Practice, Oxford University Press, 2013, pp. 118-120.

此问题，欧盟《布鲁塞尔条例》允许侵权实施地或者被告住所地法院审理跨越多国的著作权侵权案件。<sup>〔58〕</sup>然而，我国对此问题尚未明确规定，未来我国法院在审理元宇宙著作权侵权案件时就要对此作出选择。目前而言，我国采用类似欧盟的做法更为可取，一方面国际上有这样的先例，另一方面能最大化保护著作权人的合法利益。

此外，如果多国法院依据本国法都有管辖权时，而且原被告就同一侵权行为在各国起诉时，那么各国诉讼之间应当如何处理，是最先受理法院先行审理、其他国家法院应等待先行审理判决后才能审理，还是不受先行审理法院的影响？对此，各国做法也不统一，目前中国法院<sup>〔59〕</sup>和美国法院认为不受影响，欧盟国家遵守《布鲁塞尔条约》则要等待先行审理法院的结果。<sup>〔60〕</sup>因此，元宇宙案件原告在A国提起侵权之诉，而被告在B国提起确认不侵权之诉时，两诉之间的关系受制于这两个国家之间是否存在管辖权的条约，如果缺少则完全取决于这两个国家的各自规定。<sup>〔61〕</sup>对此，可能的理想解决方案是鼓励当事人在双方协商确定的法院进行诉讼，从而避免陷入多国竞争诉讼的泥潭。

## （二）准据法的确定

按照《伯尔尼公约》第5条规定，一旦著作权人选择在某国提起著作权侵权之诉，那么其作品著作权的具体权利内容、保护的期限以及救济方法都归该国法律来确定。同时，《伯尔尼公约》仅规定了著作权保护的最低要求，各国在作者享有的著作权、保护的期限、行政救济或司法救济的单轨保护还是双轨保护、损害赔偿是否包括惩罚性赔偿及其计算方法等方面都各不相同。例如，德国法规定公开提供权控制作品的网络交互式传播，作品保护期持续到自然人作者死后七十年，但并未规定著作权侵权的惩罚性赔偿。相比之下，中国法规定信息网络传播权控制作品的交互式传播，作品保护期仅持续到自然人作者死后五十年，但提供了一至五倍的惩罚性赔偿。

由此，各国的规定可能导致著作权人获得的保护在结果上有违国民待遇原则，于是《伯尔尼公约》对第5条又做出了例外规定。<sup>〔62〕</sup>首先，各国可以自主决定对实用艺术品以及工业品平面和立体设计提供专门法保护或者著作权法保护（但保护期不得少于25年），如果起源国和被要求保护国都仅提供专门法保护，则按照被要求保护国的专门法保护，如果被要求保护国仅提供著作权法保护，则按照作品提供保护。<sup>〔63〕</sup>因此，如果元宇宙用户将现实世界的实用艺术品及工业品平面和立体设计复制到元宇宙中，要遵守这一例外规定。

其次，被要求保护国对作品的保护期限如果超过作品起源国，仍以起源国的保护期限为准。<sup>〔64〕</sup>其中，关于何为作品起源国：对于首次在《伯尔尼公约》成员国出版的作品，以该国家

〔58〕 参见前引〔55〕，山姆·里基森、简·金斯伯格书，第1146-1148页。

〔59〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第533条；张鹏：《跨境知识产权侵权纠纷的民事诉讼管辖规则研究》，载《知识产权》2022年第1期。

〔60〕 参见前引〔57〕，Paul Goldstein、Bernt Hugenholtz书，第125页。

〔61〕 类似问题在标准必要专利全球诉讼中尤为明显，各国对标准必要专利的FRAND许可原则的解释不一，而且还可能通过禁诉令的形式要求当事人不得在全球其他法院就同一问题进行起诉。参见前引〔59〕，张鹏文。

〔62〕 参见前引〔55〕，山姆·里基森、简·金斯伯格书，第1150页。

〔63〕 参见《伯尔尼公约》第2条第7款。

〔64〕 参见《伯尔尼公约》第7条第8款。

为起源国；对于在分别给予不同保护期的几个本同盟成员国同时出版的作品，以立法给予最短保护期的国家为起源国。<sup>〔65〕</sup>在元宇宙全球同步运行的情况下，元宇宙内创作的作品的保护期往往以《伯尔尼公约》成员国中给予最短保护期的国家为起源国。不过，在涉外诉讼中其保护期仍然可以按被要求保护国提供的更长保护期计算。

最后，对于追续权的保护，被要求保护国不提供追续权保护的，或者被要求保护国提供追续权保护但作者国籍国不提供追续权保护的，那么该追续权主张无法得到被要求保护国法院的支持；作者国籍国和被要求保护国同时提供追续权保护的，以被要求保护国为准提供保护。<sup>〔66〕</sup>因此，元宇宙用户如果选用 NFT 来出售作品，并且在智能合约中设定了二次销售的利益分享比例，那么借助智能合约的自动执行，铸造 NFT 的用户可以获得这些分成，不论被要求保护国和作者国籍国是否提供追续权保护。然而，如果该用户并非著作权人，著作权人起诉时，在被要求保护国提供追续权保护但作者国籍国不提供追续权保护的情况下，法院不保护著作权人的追续权诉求，但这里不排除法院将其作为侵权人获利计入其他侵权的损害赔偿额。此外，在被要求保护国提供的追续权二次交易利益分享比例高于作者国籍国保护程度且高于侵权人在智能合约中设定的比例时，著作权人应当获得的追续权利益要比智能合约自动执行的还要高。

因此，元宇宙本身对著作权侵权的准据法确定本身并未提出挑战，但对当事人维权设置了难题：当事人不仅要考虑哪国是否有管辖权、是否最适合管辖等程序问题，更要结合具体侵权情况考虑该国实体法是否更有利于保护自己的利益。

### （三）共同侵权的被告问题

在元宇宙环境下的著作权侵权涉及元宇宙平台和侵权用户的责任问题，然而元宇宙依靠区块链去中心化运行会带来两个问题：一是缺乏内容集中存储和统一控制的中心化平台，平台的管理组织通常是去中心化运行的 DAO 组织；二是在区块链上开发元宇宙并不要求用户在平台中提供身份信息注册才能登录元宇宙，相反该元宇宙平台往往允许拥有相应区块链账户的用户直接登录，此时元宇宙平台也不直接掌握用户的身份信息。那么，著作权人维权时应当如何确定和选择所要起诉的被告？

对此，我们仍然需要结合被要求保护国有关共同侵权或者间接侵权规则来确定起诉的主体。各国这些实体法通常直接适用于著作权领域，各国在具体规则上仍然存在差异。例如，美国的间接侵权规则主要是法院形成的判例法，包括了帮助侵权、替代侵权和引诱侵权，并在一系列涉及作品 P2P 共享的案件中引入著作权侵权领域，这些判例的特点是原告著作权人可以仅仅起诉提供共享技术的平台并要求其承担间接侵权责任，而无须起诉直接侵权人。那么，著作权人选择在美国起诉著作权侵权时，就可以不再单独考虑起诉直接侵权的用户，而可以选择起诉 DAO 组织承担间接侵权责任。虽然 DAO 组织不实际存储所有用户上传的内容，但它仍然是这个平台运行规则的实际制定者（可以通过成员投票改变平台运行规则，如加入作品上传的审查要求）并拥有财产（通常是信托财产）。<sup>〔67〕</sup>

〔65〕 参见《伯尔尼公约》第 5 条第 4 款。

〔66〕 参见《伯尔尼公约》第 14 条之三。

〔67〕 参见前引〔4〕，Decentraland 书，第 5-14 页。

相比之下,我国法下共同侵权规则有三个特点:一是起初《民法通则》虽然规定了帮助侵权条款,但法院在适用时往往要求原告同时起诉直接侵权人和帮助侵权的平台,否则以不能查明案件事实为由不予受理或者驳回起诉,<sup>[68]</sup>后来《侵权责任法》和《民法典》的网络侵权条款都直接规定了帮助侵权的平台因为自己的行为要独立承担侵权扩大责任,所以元宇宙平台也可以作为帮助侵权人被单独起诉;<sup>[69]</sup>二是我国没有对应的替代侵权,最高人民法院在相关著作权侵权司法解释中指出平台直接从直接侵权中获利的要承担更高的注意义务;<sup>[70]</sup>三是我国最高人民法院在相关著作权司法实践中也明确了引诱侵权,元宇宙平台以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励用户实施侵害信息网络传播权行为的,也可以被单独起诉要求承担责任。<sup>[71]</sup>由此可见,各国的共同侵权规则不仅存在差异,而且各自可能还在不断发展变化,著作权人在维权时要进一步考虑准据法中的共同侵权或者间接侵权规则,最终确定所要起诉的被告及其承担的具体侵权责任。

#### （四）停止侵权责任的承担方式

元宇宙的去中心化运行往往依赖区块链技术，该技术的分布式记账导致当事人无法篡改有关作品的交易记录，因而可以通过交易价格与区块链交易记账的燃费和中介费的差价来计算出交易的获利，以此确定损害赔偿的数额，从而让著作权人更容易获得准确的损害赔偿。

然而，区块链技术导致交易记录不可篡改和智能合约的自动执行也给著作权的停止侵权带来了一定的挑战，如可能导致侵权状态自动持续下去。对此，为了防止 NFT 交易的持续，国内法院在\*\*一起 NFT 案件中认为，“（NFT）平台可将该侵权 NFT 数字作品在区块链上予以断开并打入地址黑洞以达到停止侵权的法律效果”<sup>[72]</sup>。其中，黑洞地址指的是丢了私钥或者无法确定其私钥的地址，<sup>[73]</sup>而地址就是用户账户，即用户在区块链所用加密技术中分配的公钥，缺少了对应的唯一私钥用户就无法再操控该账户，由此 NFT 交易到这些地址后就像进入黑洞一样无法逃逸，尽管该 NFT 仍然存在但无法进行后续交易。<sup>[74]</sup>同时，由于用户在铸造 NFT 时将作品复制品上传于 NFT 平台并形成了该复制品的网络地址，任何人全网搜索该地址即可访问到该复制品。因此，法院认为在区块链上对数字作品的网络地址予以断开并将该 NFT 打入黑洞地址可以实现停止侵权的效果。<sup>[75]</sup>

对于法院的上述做法，我们应当回归到停止侵权的责任形式来评价。我国《著作权法》第52条规定停止侵权的责任形式是停止侵害，针对的是侵权人实施的侵害行为已经发生并且仍在继续的，<sup>[76]</sup>内容上不包括《民法典》第1167条规定的排除妨碍和消除危险这两种预防性责任形式。其中，排除妨碍适用的前提是侵权人实施的行为使他人无法行使或者不能正常行使人身、财产权

〔68〕 参见郑成思：《侵权责任、损害赔偿责任与知识产权保护》，载《环球法律评论》2003年冬季号。

〔69〕 在国内第一起 NFT 案中，原告就仅起诉了 NFT 平台，而未起诉铸造涉案 NFT 的用户。参见杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

[70] 参见《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第11条。

[71] 参见《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第7条。

〔72〕 杭州互联网法院（2022）浙0192民初1008号民事判决书。

[73] 以太坊官方黑洞地址为: 0x00000000000000000000000000000000dEaD. See Christian Heidorn, *How to Burn NFT on OpenSea in 4 Easy Steps*, available at <https://tokenizedhq.com/how-to-burn-nft-on-opensea/>, last visited on Jul. 11, 2022.

[74] 参见前引 [52], Megan E. Noh 文, 第 14 页。

〔75〕 参见杭州互联网法院（2022）浙0192民初1008号民事判决书。

[76] 参见王利明主编：《中国民法典评注：侵权责任编》，人民法院出版社2021年版，第39-41页。



益,<sup>[77]</sup>然而著作权的客体作品是非物质性或者非竞争性的,侵权人占有或以其他方式利用作品复制品并不妨碍著作权人行使著作权(如将作品许可他人使用),故著作权侵权不适用排除妨碍。消除危险是指负有责任的人支配下的物对他人人身和财产安全构成威胁,或者存在侵害他人人身或财产现实可能性的情况下,受到威胁的人有权请求消除这种危险,<sup>[78]</sup>然而如果他人仅仅持有一份作品复制品但未公开传播往往受隐私权或者著作权合理使用制度(如个人使用)的保护,并不必然威胁到著作权人的利益。在 NFT 侵权场景下,侵权行为首先表现为 NFT 平台用户未经许可将他人作品上传至 NFT 平台并生成一份复制品,这构成侵害复制权;其次,借助 NFT 平台的服务自动生成有关该作品复制品可公开访问的网络地址,该地址转化为 NFT 智能合约下的 unit256 代币标识并在后续交易完成时被写入区块链,而且任何人知悉或者持有作品复制品的网络地址或者其对应代币标识都可以访问该作品,这构成侵害我国法下的信息网络传播权。在这个过程中,用户是复制权和信息网络传播权直接侵权人,NFT 平台是帮助侵权人,但在该案中权利人仅向平台主张停止侵害,因此法院只要判令平台删除用户上传的侵权内容或者断开侵权链接即可。侵权用户持有 NFT 仅仅持有了侵权作品的网络访问地址并不等同于向公众提供侵权内容,一旦 NFT 平台断开了侵权链接,任何人持有的网络地址将不再能够访问涉案作品,著作权人停止侵害的诉求就可以满足,至于侵权用户继续交易 NFT,本质上并不会侵害著作权,<sup>[79]</sup>似乎造成了未来可能侵害著作权人的危险而需要请求消除危险,但著作权侵权不适用消除危险。况且,在以太坊等公链技术之下,NFT 平台通常无权操纵用户账户使涉案 NFT 与黑洞地址发生交易。当然,在该案中,NFT 平台刚好利用的是联盟链,平台在技术上仍能够操纵用户,但这对联盟链的声誉实质上是一种伤害。

回归到元宇宙中 NFT 的停止侵权问题,元宇宙平台理论上采用公链技术,平台无法直接操纵用户账户使之与黑洞地址发生交易。而且,元宇宙平台中的用户内容往往存储在用户自己的电脑终端或者其他分散的节点,只有用户删除该终端上的侵权内容或者将侵权内容移出共享文件才可以实现停止侵害,即侵权内容不再被访问。因此,著作权人主张停止侵害的应当起诉侵权的元宇宙用户。值得注意的是,采用公链技术的元宇宙平台往往不要求用户使用真名,也不要求注册时提供真实身份信息,甚至可能不要求用户注册而直接使用其公链钱包账户登录元宇宙平台,因此用户真实身份往往难以确定。<sup>[80]</sup>如果该侵权用户不主动表明身份就很可能逍遥法外,<sup>[81]</sup>这时的停止侵害可能得通过改变区块链共识机制来实现。然而,共识机制是区块链运行的重大机制,需要大多数节点同意才能修改共识机制,因此修改共识机制的成本与某个作品著作权侵权损失相比完全不合比例,采用这种方法来实现停止侵权不具有操作性。<sup>[82]</sup>例如,在以太坊 the DAO 事件中,黑客攻击 the DAO 项目将价值 6000 万美元的 360 多万以太币转走,为了解决这次危

[77] 参见前引〔76〕,王利明主编书,第 41-42 页。

[78] 参见前引〔76〕,王利明主编书,第 42-44 页。

[79] 这时可能构成欺诈。

[80] 扎克伯格希望建立的元宇宙就主张用户采用与真实身份相一致的化身,包括化身的名字和外形。这就容易将用户的行为纳入法律的监管。此外,我国《区块链信息服务管理规定》第 8 条也要求区块链服务提供商对用户进行身份认证。

[81] 参见前引〔52〕,Megan E. Noh 文,第 14 页。

[82] 这种技术上的无解或者高成本解决方案,法律上也很难处理,除非从一开始就禁止使用公链或者强制要求公链进行实名化,但这相当于因噎废食。



机，以太坊创始人维塔利（Vitalik）通过改变共识机制的形式来追回部分被盗资金。<sup>〔83〕</sup>通常情况下著作权侵权损失达不到这个数额，而且修改共识机制也会对区块链的声誉造成重大损失。

## 五、结 论

打造元宇宙的目的不是平台集权式开发内容让用户娱乐，而是解放人们的创造力，让用户可以自由在虚拟现实空间中自由创作，并通过作品的分享与交易获得其他用户认可的声誉乃至经济回报，从而进一步激发用户在元宇宙中创作更多作品，<sup>〔84〕</sup>推进人类“向内”发展。<sup>〔85〕</sup>要实现这样的目的，元宇宙开发平台通过区块链提供用户创作的工具、社交的媒介和作品交易变现的经济体。鉴于这种虚拟与现实的交互，现实世界的法律应当适用于元宇宙，且不因元宇宙开发者意志而转移，包括元宇宙中的作品创作完成自动产生著作权，作品的利用应当获得著作权人的授权，未获得授权的使用构成著作权侵权等。而且，元宇宙借助区块链这种去中心化的分布式记账技术得到了前所未有的发展。借助区块链上运行的智能合约和 NFT 技术，用户可以对创作的作品在不依靠中间商的前提下完成交易并获得经济回报，实现了著作权制度设计者们梦寐以求的愿望——作品目标受众与作者的直接市场化连接。<sup>〔86〕</sup>不过，元宇宙的去中心化全球运行，也为作品的著作权归属、全球跨国许可或转让、著作权侵权救济带来一定的挑战，但通过对著作权的基本原理、《伯尔尼公约》等规则的适当解释以及技术解决方案，仍然可以妥当解决这些新型问题，尚不至于说元宇宙会颠覆传统著作权法。

• 697 •

---

---

**Abstract:** Metaverse is a decentralized virtual reality world that spans multiple jurisdictions. It provides users around the world tools to create copyrightable virtual objects and to trade them, thus build an environment for them to live a life by creating. However, the decentralized and cross-border operation of metaverse will bring a series of challenges to the territoriality of copyright legal system, creating legal uncertainty to the works' copyright ownership, specific copyright and degree of protection, utilization and tort relief. Anyway, by combining the scientific explanation of the basic principle of copyright rules, private international law, and technical solutions, those challenges could still be properly solved.

**Key Words:** metaverse, copyright, NFT

---

---

（责任编辑：殷秋实 赵建蕊）

〔83〕 参见伍旭川、刘学：《The DAO 被攻击事件分析与思考》，载《金融纵横》2016年第7期。

〔84〕 参见邓建鹏：《元宇宙及其未来的规则治理》，载《人民论坛》2022年第7期。

〔85〕 即向虚拟现实世界发展，相对于人类向外太空的发展而言。

〔86〕 参见〔美〕保罗·戈斯汀：《著作权之道》，金海军译，北京大学出版社2008年版，第28页。

## NFT 交易模式下的著作权保护及平台责任

王江桥\*

**内容提要：**近年来，NFT 交易作为一种新兴的商业模式在快速发展的同时，亦对当前法律秩序带来挑战，产生了一系列新型法律问题。如何规制 NFT 市场，明确相关主体责任边界，依法保护各方主体的合法权益，从而引导 NFT 市场健康有序发展亦具有紧迫性。有必要从司法案例中反映的著作权问题出发，针对 NFT 模式下行为法律属性、NFT 交易平台的责任边界、数字作品是否适用权利穷尽原则、侵权责任承担方式等新型法律问题进行分析研究。NFT 数字作品交易并非著作权法上的发行，应纳入信息网络传播权控制范畴；NFT 交易平台属于一种新型网络服务提供者，综合 NFT 数字作品的法律属性、NFT 交易模式、技术特点、平台控制能力、营利模式等多种因素，其应当承担较高的注意义务；NFT 侵权责任承担方式应当结合区块链技术特点予以合理确定。

**关键词：**NFT 信息网络传播 平台责任 侵权不停止

### 一、问题提出

近年来，NFT 交易作为一种新兴的商业模式得以快速发展，特别是 2021 年以来，我国相关行业对 NFT 的关注度急速升温。据不完全统计，腾讯、蚂蚁金服等一百多家企业纷纷推出各自的 NFT 发行平台。头豹研究院以阿里蚂蚁链销售额为基础，结合腾讯科技、Nonfungible 数据分析认为我国 NFT 市场在未来 5 年增长率约为 150%，市值有望达到近三十亿元。国外仅 Opensea 平台 2021 年的交易额就达到了 140 亿美元。<sup>〔1〕</sup> NFT 交易快速发展的同时亦带来了一系列新的法律问题，比如 NFT 模式下行为法律属性、NFT 交易平台的责任边界、数字作品是否适用权利穷

\* 王江桥，杭州互联网法院副院长、三级高级法官。

〔1〕 参见头豹研究院：《2021 年中国 NFT 平台研究院报告》，第 19 页，载 [https://pdf.dfcfw.com/pdf/H3\\_AP202202081545653782\\_1.pdf?1644314982000.pdf](https://pdf.dfcfw.com/pdf/H3_AP202202081545653782_1.pdf?1644314982000.pdf)，最后访问时间：2022 年 8 月 5 日。

竭原则以及侵权责任承担方式等等，这无疑对当前法律秩序带来了新的挑战。目前相关法律规定尚属空白，相关理论界也鲜有深入研究。面对 NFT 交易引发的纠纷案件，司法并不能拒绝裁判，即使法律没有规定也不例外。法官或者运用法律解释方法，或者运用类推适用、目的性扩张等法律漏洞填补方法以及不确定性概念的价值补充方法、利益衡量方法来“发展”规则，为新的社会行为提供规则引导。<sup>〔2〕</sup>正如丹宁勋爵所言“法官不可以改变法律织物的编制材料，但是他可以也应该把皱褶熨平”<sup>〔3〕</sup>。2022 年 4 月 20 日，杭州互联网法院宣判了“NFT 侵权第一案”（以下简称 NFT 案），首次对 NFT 交易模式下的相关法律问题进行了分析和探索。<sup>〔4〕</sup>作为此案审理的参与者，现结合该案涉及的法律问题，从著作权保护角度就如何确定 NFT 交易模式下的行为属性、NFT 交易平台的责任边界以及侵权责任承担三个方面做一梳理和分析。

## 二、NFT 交易模式下的行为性质

### （一）NFT 与 NFT 数字作品

NFT，是英文 non-fungible token 的简称，中文翻译包括“非同质化代币”“非同质化通证”“非同质化权益凭证”，是一种基于区块链技术而产生的不可复制、篡改、分割的加密数字权益证明。NFT 具体表现为通过区块链、智能合约等技术手段将数字内容确定为特定的交易对象，形成唯一对应关系，从而使其具有一定的交易价值，并作为特定客体实现在 NFT 交易平台进行交易流转。从外在表现形式来看，NFT 表现为区块链上一组加盖时间戳的元数据，<sup>〔5〕</sup>其与存储在 NFT 交易平台上的某个数字文件具有唯一的指向性，对应为一串独一无二的元数据库。该组元数据显示为存储特定数字内容的具体网址链接或者一组哈希值，点击链接或使用哈希值进行检索，就能够访问被存储的特定数字内容。<sup>〔6〕</sup>NFT 作为区块链下的一个新兴应用场景，一旦 NFT 被铸造，它就已经在区块链上以加密方式发布，使得 NFT 无法更改。同时，智能合约代码定义了 NFT 购买条件等规则，将促使并记录发生的所有 NFT 交易，并在满足其条件时自行执行 NFT 所有权转让。NFT 利用区块链技术记录并验证真实性，能够记录 NFT 数字内容的初始发行者、发行日期以及未来的每一次流转信息，做到全流程记录，区块链上所有节点同步予以见证，可确保数字内容公开透明、安全可信。NFT 本质是权利凭证而非权利，是一种特殊的具有稀缺性的链上数字资产，通过智能合约来实现其权利的转移，并通过区块链来记录权利转让的整个过程。<sup>〔7〕</sup>

NFT 数字作品属于典型的 NFT 数字资产，系将数字作品上传 NFT 交易平台并铸造 NFT 后再进行流通的数字内容。笔者认为，当一件数字作品以 NFT 形式存在于交易平台上时，由于数字作品数量的限量性和区块链节点之间的信任和共识机制，从而产生“特定性”“稀缺性”“价值

〔2〕 参见李占国：《网络社会司法治理的实践探索与前景展望》，载《中国法学》2020 年第 6 期。

〔3〕 丹宁勋爵：《法官绝不可以改变法律织物的纺织材料，但是他可以也应该把皱折熨平》，载 <http://oppo.yidianzixun.com/article/0KUm3sQh?appid=oppobrowser&s=oppobrowser>，最后访问时间：2022 年 8 月 5 日。

〔4〕 参见杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

〔5〕 参见陶乾：《论数字作品非同质化代币化交易的法律内涵》，载《东方法学》2022 年第 2 期。

〔6〕 参见前引〔5〕，陶乾文。

〔7〕 参见陈吉栋：《超越元宇宙的法律想象：数字身份、NFT 与多元规制》，载《法治研究》2022 年第 3 期。

性”等效果。NFT 数字作品以数据代码形式存在于虚拟空间且具备价值属性时,已具有数字商品属性;同时其亦具备一定的独立性、特定性和支配性,符合虚拟财产的基本特征,应属于虚拟财产范畴。当然,虽然 NFT 数字作品交易双方形式上呈现的是所有权人的变更,但我国《民法典》中物权编在定义所有权时,将其规定为“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利”。可见,虚拟财产并不属于上述法律规定的动产或不动产范畴,自然不存在所有权一说。

因此,NFT 数字作品交易并非实质意义上的所有权转让,而是一种数字资产(虚拟财产)转让。我国《民法典》第 127 条首次对虚拟财产的保护作出了规定,但对其法律性质并未予以明确,只是进行了宣示性或指引性规定。对于虚拟财产的法律属性,当前理论界与司法界存在物权说、债权说、知识产权说、新型财产权利等不同观点,但主流观点认为虚拟财产具有财产性利益,可以作为一种财产性权益予以保护。故此,NFT 数字作品交易中转让的对象本质上是一种受法律保护的财产性权益而非财产权利。换言之,NFT 数字作品被特定化为一个具体的“数字商品(资产)”后,呈现出一定的投资和收藏价值属性,并具有受法律保护的财产权益。NFT 交易本质上属于以数字化内容为交易对象的转让关系,购买者所获得的并非对一项数字财产的使用许可,亦非知识产权的转让或许可,而是一项财产性权益。因 NFT 数字作品购买者无法直接获得该数字作品,其享有的权利实际上主要表现为“所有权身份”和二次交易时的支配权。诚如“澎湃新闻”专栏作家李奥尼德·波尔席斯基所言,NFT 购买方在多数情况下不过“是实施一个令人厌烦的摆显权”〔8〕。

## (二) NFT 数字作品交易的行为属性

NFT 数字作品交易流程通常涉及铸造、上链、出售等环节。首先,从 NFT 数字作品的铸造流程来看,须将作品上传到 NFT 交易平台,故此时上传者终端设备中存储的数字作品被同步复制到网络服务器。其次,从 NFT 数字作品的上链环节来看,系在 NFT 交易平台上以出售为目的呈现该 NFT 数字作品,在作品被呈现的情况下,该展示行为使公众可以在选定的时间和地点获得作品。再次,从 NFT 数字作品的出售环节来看,由于 NFT 数字作品的交易条件及交易过程采用了智能合约技术,整个交易过程由智能合约中嵌入的“自动执行”代码触发完成。故当 NFT 交易平台注册用户通过数字钱包支付对价和服务费后,即刻成为平台上公开显示的该 NFT 数字作品的所有者。下面就 NFT 交易模式下的上述行为是否属于著作权法上的“复制”“信息网络传播”“发行”,以及是否适用“权利穷竭原则”等问题进行分析。

### 1. 是否属于著作权法上的“复制”

复制行为包括广义上的“复制”和狭义上的“复制”,前者可以理解为“再现作品”的行为,包括表演、广播、放映、改编等行为都可以被称为对作品的“复制”;后者仅指以特定方式对作品“再现”才是复制行为。〔9〕当前大多数国家的著作权法采用的是狭义上的复制行为定义。《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)第 10 条第 1 款第 5 项规定:“复制权,即以

〔8〕 Leonid Bershidsky, NFT Art Is All About the Hype, March 4, 2021, available at <https://www.Bloomberg.com/opinion/articles/2021-03-04/the-nft-phenomenon-is-for-real>, last visited on Aug. 5, 2022.

〔9〕 参见王迁:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社 2021 年版,第 163 页。

印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作成一份或者多份的权利。”可见，我国著作权法上的复制权所控制的复制行为应当满足以下两个要件：一是该行为应当在有形物质载体（有体物）之上再现作品；二是该行为应当使作品被相对稳定和持久地“固定”在有形物质载体上之上，形成作品的有形复制件。<sup>〔10〕</sup>这里所指的复制件应当是产生新的复制件，即增加复制件的数量。当一件作品开始铸造 NFT 时，铸造者首先须按照平台要求上传作品，此时该作品的复制件已同步保存于平台网络服务器中。这种以数字化等方式将作品制作成一份的形式，一方面可以形成稳定的存储作品信息，另一方面亦形成了一个可以相对稳定、持久固定作品信息的有形物质载体，同时也具备作为信息源向其他载体进行信息传播的能力。因此，一件作品的铸造行为包含了著作权法所规制的复制行为。虽然上述复制行为的目的并非向他人提供作品复制件，但该复制件中的作品并未被后来的作品所替代，而是一种永久性的固定，因此，该行为亦并非临时复制。笔者认为，数字作品的铸造行为应属于复制权所控制范畴，其行为亦侵害了复制权。但因该复制是网络传播的一个必备步骤，其目的在于以互联网方式向社会公众提供作品，故复制本身给权利人造成的损害已经被信息网络传播给权利人造成的损害后果所吸收，<sup>〔11〕</sup>理应无需单独对此予以评价。当前司法实务中亦普遍采取此种做法，在认定构成信息网络传播权侵权的同时不再就复制行为进行评判。

## 2. 是否属于著作权法中的“信息网络传播”

信息网络传播权是随着互联网的迅速发展而产生，其目的是为了加强作品在互联网交互式传播中的著作权保护。《著作权法》第 10 条第 1 款第 12 项规定：“信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在选定的时间和地点获得作品的权利。”据此，我国著作权法上的信息网络传播权所控制的信息网络传播行为应当具备以下条件：一是从作品使用的方式来看，该行为应当通过信息网络向公众提供作品；二是从效果来看，能够使公众在其选定的时间和地点获得作品。由于 NFT 数字作品通过铸造上链后，该数字作品系直接置于开放的网络服务器上进行交易，交易对象为不特定公众，且公众可以在选定的时间和地点获得 NFT 数字作品，故 NFT 数字作品上链交易行为符合信息网络传播行为的特征。铸造者未经许可通过 NFT 交易平台上链交易 NFT 数字作品的行为，应认定为侵害作品的信息网络传播权。需要强调的是，当前大多数 NFT 交易平台采用的是全网可见或者平台用户可见，个别平台采用“盲盒”销售模式，仅在购买者支付对价后能看到其所购买的数字作品。因任何愿意购买的公众依然可以在个人选定的时间和地点进行购买从而获得该作品，故仍然属于信息网络传播权控制范畴。

## 3. 是否属于著作权法上的“发行”

著作权法上的发行是指权利人通过销售或赠送等转移作品所有权的方式提供作品原件或复制件。随着数字技术的进一步发展，传统权利也扩展到数字领域，以至于对数字作品是否适用于发行权存在不同的认识。尤其针对发行权中的作品原件或复制件是否包含有形和无形产生了诸多分歧。有观点认为，我国著作权法中的发行权定义中的“以出售或者赠与方式向公众提供作品的原

〔10〕 参见前引〔9〕，王迁书，第 164 页。

〔11〕 参见王迁：《复制权与信息网络传播权的关系》，载《湖南师范大学社会科学学报》2022 年第 2 期。

件或复制件”就是指将固定了的作品有形物质载体面向公众进行出售或赠与,即转移物质载体的所有权。<sup>〔12〕</sup>另一种观点认为,发行权应扩展至网络环境,以出售的方式向公众提供数字作品的复制件,应当落入发行权控制范围。发行权的核心特征在于作品原件或复制件的所有权转让,无关作品载体是有形还是无形。<sup>〔13〕</sup>我国加入的《世界知识产权组织版权条约》(WIPO Copyright Treaty,简称WCT)明确规定“发行权”是指作者、表演者和录音制作者享有的授权通过销售或其他所有权转让形式向公众提供其作品、录音制品和录制的表演原件或复制件的权利。同时在《通过条约的外交会议的议定声明》中指出,发行权条款中的“复制件”和“原件和复制件”是专指可作为有形物品投放流通的规定的复制件,“原件”是指首次被固定在有形物质载体之上形成的。WCT《基础提案》中亦指出,向公众提供权是指“除了发行复制件之外,使公众能够通过任何的方法和过程获取的权利”。欧盟立法亦采取与WCT一样的标准,其在《信息社会版权指令提案》明确发行权的复制件必须固定在有形载体之上,向公众传播权为“除了发行物质复制件之外”的权利。

《著作权法》第10条第1款第6项规定:“发行权,即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利。”虽然我国《著作权法》对发行权的载体并未做出明确的规定,但当前理论和实务界主流观点认为应理解为“有形物质载体”,也就是说构成著作权法上的发行行为应当符合以下要件:一是该行为应当面向“公众”提供作品的原件或复制件;二是该行为应当以转移作品有形物质载体所有权的方式提供作品的原件或复制件。笔者同意当前主流观点,理由如下:一是我国作为《世界知识产权组织版权条约》成员国,理应与其保持一致,遵守相应的规定。我国《著作权法》相关内容基本上移植于《世界知识产权组织版权条约》。《著作权法》对“发行权”“信息网络传播权”分别作出了规定,且两者之间的区别是非常清晰的。二是数字作品并没有原件或复制件一说,且数字作品的“发行”表现为“向公众提供作品”而非“向公众提供作品的原件或复制件”,此种情形下的存储作品的物质载体并没有发生转移。三是无论有形载体还是无形载体,发行权一定涉及作品原件或复制件所有权转让,而当前数字作品的“发行”并不产生一种作品原件或复制件所有权的转移。

基于上述分析,笔者认为,在NFT交易模式下,虽然NFT数字作品交易对象是作为“数字商品”的数字作品本身,交易产生的法律效果亦表现为所谓的“所有权”转移,但因发行权的核心特征在于作品原件或复制件的所有权转让,即当前著作权法中的发行权限定为有形载体上的作品原件或复制件的所有权转让或赠与,且我国当前法律尚未将“数字商品(虚拟财产)”纳入财产权利范畴予以保护,NFT数字作品出售并非实质意义上的所有权转让,故NFT数字作品出售并不属于发行行为,未经权利人许可将NFT数字作品在第三方交易平台的出售行为尚无法落入发行权控制范畴。也即,NFT数字作品的首次销售以及二次销售等均未侵害著作权人的发行权。需要指出的是,本文将NFT数字作品交易排除在发行权控制之外,是基于当前我国《民法典》《著作权法》的相关规定得出的结论。随着数字经济的快速发展,“数字商品”“数字资产”作为交易对象将成为一种常态。中央全面深化改革委员会第二十六次会议强调,要积极推进数据要素

〔12〕 参见前引〔9〕,王迁书,第175页。

〔13〕 参见何怀文:《网络环境下的发行权》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2013年第5期。



市场化，加快构建以数据为关键要素的数字经济，建立数据产权制度，健全数据要素权益保护制度。为此，立法理应及时修改相关法律，对“数字商品”这种虚拟财产的性质给出一个明确的法律身份。一旦“数字商品”纳入财产权利范畴，赋予其所有权法律地位，笔者亦赞同将《著作权法》中的发行权范围进行适当的扩大，将 NFT 数字作品出售纳入发行权控制范畴。

#### 4. 权利穷竭原则在 NFT 数字作品交易中是否适用

权利穷竭原则又称“首次销售原则”或“发行权用尽原则”，<sup>〔14〕</sup>是指合法获得该作品原件或复印件所有权人可以不经著作权人许可将其再次出售或赠与。权利穷竭原则是著作权法为平衡著作权人与所有权人利益而对发行权进行的限制，目的在于防止著作权人对他人所有权和有形财产的合法流通加以干涉，从而损害合法商品自由流通这一市场经济出现后存在的基本规则。我国《著作权法》虽然并没有明确规定这一原则，且在有形载体发行领域适用权利穷竭原则并无争议。然而，网络环境下数字作品是否适用该原则则产生了三种观点。其中，王迁教授认为，“权利穷竭原则”的价值在于澄清“发行权”与“信息网络传播权”之间的界限，数字作品的转售或网络传播属于信息流动，并不发生有形物的转移，发行权用尽当然是失去了存在的基础。也有学者认为，数字作品发行与传统有形作品发行均是以转移作品所有权的方式向公众提供作品，只要以转移所有权的方式向公众提供作品，就应该认定其为发行行为，从而适用“权利穷竭原则”。<sup>〔15〕</sup>还有观点认为应采用折中路径：权利穷竭原则有条件适用于数字作品发行中，即数字发行权有限用尽。具体而言，根据数字作品的不同类别、不同特性以及不同创作成本等，允许著作权人在一定次数或范围内继续控制数字作品的二次传播，发行权在一定次数或范围内暂时不用尽，超过次数或范围的限制，从而实现著作权人私益与社会公共利益之间的平衡。<sup>〔16〕</sup>

• 703 •

笔者同意第一种观点。我国著作权法采用了发行权和信息网络传播权分开规定的二元结构。发行权适用于作品的有形载体发生所有权转移的情形，而数字传播行为则全部由信息网络传播权控制，这也是当前司法实践中的通用做法。我国法院表明“复制权和发行权控制的行为需以作品存在于有形载体之上为必要要件，而将作品置于互联网之中系信息网络传播权的保护范围”<sup>〔17〕</sup>。基于此，笔者认为，NFT 数字作品交易同样亦不能适用权利穷竭原则。其一，如前所述，WCT 第 8 条将数字传输归入向公众传播权，并明确向公众提供权是指“除了发行复制件之外，使公众能够通过任何的方法和过程获取的权利”；WCT《基础提案》中亦指出，初始提供或二次提供均被纳入向公众提供权之中。由此可见，向公众二次提供行为必须经过权利人授权，即上述条约明确将数字作品排除在“权利穷竭原则”之外。而我国作为 WCT 成员国，自然应当与条约规定保持一致。其二，在著作权领域，权利穷竭原则主要适用于发行权权利限制，该原则主要目的是为了阻止他人出售作品的非法复制件，而非限制合法售出的作品原件或复制件的使用、处置权利。但著作权领域的“权利穷竭原则”的适用基础是作品与其有形载体的不可分性，是对作品有形载体的使用权利作出规制，具有物理空间和现实操作的可控性。但网络改变了作品的传播方式，公

〔14〕 “首次销售原则”是英美法系国家的提法，“权利穷竭原则”“发行权用尽原则”是大陆法系国家的提法。

〔15〕 参见前引〔5〕，陶乾文。

〔16〕 参见陈全真：《数字作品发行权用尽的解释立场即制度协调》，载《出版发行研究》2021 年第 9 期。

〔17〕 丁靖文：《论数字作品转售不适用首次销售原则》，载《学术研究》2021 年第 4 期，第 74 页。

众无需转移有形载体就可以获得作品的复制件。这一过程与传统传播途径的根本区别是不会导致作品有形载体在物理意义上的转移。其三,在当前法律框架下,NFT数字作品虽然可以作为特定化的“数字商品”进行交易,但法律并未赋予其一项财产性权利地位,这意味着NFT数字作品交易并非以作品载体所有权的方式提供作品原件或复制件,亦就缺乏了适用“权利穷竭”的前提和基础。同时,在NFT交易模式下,不特定公众可以在选定的时间和地点获得NFT数字作品,属于典型的信息网络传播行为。这种以信息网络途径传播作品属于信息流动,亦并不导致作品有形载体所有权或占有权的转移,自然不受发行权的控制。当然,本文之所以认为数字作品(含NFT数字作品)不适用“权利穷竭原则”,同样是基于当前的立法规定。

### 三、NFT交易平台性质及责任边界

根据《信息网络传播权保护条例》及相关司法解释规定,网络服务提供者一般提供自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、文件分享技术等网络服务。由于网络服务提供者不直接向网络用户提供信息或对信息进行组织、筛选和审查,只提供传输通道或者展示平台,相关内容由网络用户提供,故其责任认定时应遵循“避风港规则”和“应知标准(红旗标准)”,适用过错归责原则。然而,随着互联网技术的不断发展,商业模式的不断更新,网络服务提供者逐渐更深度地参与到信息的发布、传播当中,出现了明显不属于上述法律规定情形的“云服务平台”“小程序”“视频分享平台”等一系列新型网络服务提供者。同时,当前大量互联网技术发展,特别是人工智能、算法等技术的普遍使用,二十多年前从美国引进的“避风港规则”所设计的利益平衡和适用环境、技术内容等已经完全不同,亟需构建一套与目前技术状况相匹配的关于网络服务提供者注意义务的机制,以实现动态变化中的利益再平衡。当前,虽然存在不同的意见,但主流观点认为应当给网络服务提供者设置更高的注意义务。对此,笔者认为,对于互联网新技术带来的新类型互联网行为,司法理应秉持谦抑的司法理念,通常情况下不宜轻易做出肯定或否定评价。但是,在当前法律存在空白且亟需明确这些新型网络服务提供者责任边界时,司法应当及时通过个案裁判明确各方主体权利义务,合理界定平台责任,厘清责任边界,规范该新型商业模式市场秩序,发挥司法指引作用,从而引导其依法有序健康发展。对于新型网络服务提供者的责任确定,不能简单地适用现有法律规定予以裁判,而是应当根据网络服务提供者的具体服务方式、经营模式、控制能力、技术特点等因素,综合运用比例原则、利益平衡原则和权利义务一致原则等予以综合认定。

根据经营方式不同,NFT平台主要分为自营和他营两种模式;根据入驻方式不同,NFT平台主要分为邀请制和注册制;而根据是否允许二次交易可分为NFT交易平台和NFT非交易平台。本文仅针对采取他营模式和注册制的NFT交易平台进行探讨。从NFT交易平台提供的交易模式和服务内容来看,其系专门提供NFT交易服务平台,交易的NFT数字作品由平台注册用户提供,且不存在与用户以分工合作等方式参与NFT数字作品交易,故此,根据当前法律的相关规定,NFT交易平台应属于网络服务提供者而非内容提供平台。NFT交易平台作为一种为注册用户提供NFT数字商品交易服务的平台,明显不属于“提供自动接入、自动传输、信息存储空

间、搜索、链接、文件分享技术等网络服务”中的任何一种网络服务平台。NFT 数字作品交易系统伴随着互联网技术发展，并结合区块链、智能合约技术衍生出现的网络空间“数字商品”交易模式创新，属于新型商业模式。有学者称其“在国内外的数字版权交易活动中，在有效解决确权难、实现去中心化交易方面发挥了显著作用”<sup>〔18〕</sup>。对于像本 NFT 案所涉 Bigverse 平台这种提供 NFT 数字作品交易服务的网络平台的责任边界，应结合 NFT 数字作品的特殊性、NFT 数字作品交易模式、技术特点、平台控制能力、经营模式等方面综合认定。<sup>〔19〕</sup>

首先，从 NFT 数字作品交易模式来看，NFT 数字作品作为交易客体时表现为特定的“数字商品”，既涉及作为数字作品的著作权，也涉及作为“数字商品”的“所有权”。如前所述，NFT 交易模式下产生的法律后果将包括“所有权”的转移。因此，NFT 数字作品的铸造者（出售者）应当是作品原件或复制件的所有者。同时，根据《著作权法》的相关规定，所有权发生转移，但作品著作权并未发生改变。在 NFT 交易模式下，NFT 数字作品的铸造者（出售者）将 NFT 数字作品复制、上传至平台进行交易的行为，分别为《著作权法》中的复制权、信息网络传播权所控制，因此，NFT 数字作品的铸造者（出售者）不仅应当是作品复制件的所有者，而且应当系该数字作品的著作权人或授权人，否则该 NFT 数字作品属于明显侵害他人著作权的侵权商品。对此，Bigverse 平台作为专门从事 NFT 数字作品交易服务平台知道也应当知道，且应采取合理措施防止侵权发生，审查 NFT 数字作品来源的合法性和真实性，以及确认 NFT 铸造者获得适当权利或许可来从事这一行为。换言之，Bigverse 平台对用户上传用于铸造 NFT 的数字作品相关权利应当进行合理的事先审查，以防止该 NFT 数字作品存在权利瑕疵，侵害他人著作权。

其次，从 NFT 数字作品交易采用的技术来看，整个交易模式采用的是区块链和智能合约技术。作为区块链技术下的一个新兴应用场景，NFT 不仅解决了数字作品作为商品时的可流通性和稀缺性（非同质化），而且能够解决交易主体之间的信任缺乏和安全顾虑，构建了一种全新的互联网新业态之诚信体系。其中，NFT 数字作品之所以具有投资价值和收藏价值，最核心原因之一是基于区块链中的信任机制，智能合约是承载交易双方合意的载体，Bigverse 平台上的每一次交易因智能合约中已嵌入了“自动执行”代码将自动触发完成。因此，如果 NFT 数字作品存在权利瑕疵，不仅将破坏交易主体以及 NFT 交易平台业已建立的信任机制，而且将严重损害整个交易秩序的确定性，进而损害交易相对人的合法权益以及著作权人的权益。同时，因整个交易系统通过智能合约由代码自动执行，交易次数将无法人为控制，且 NFT 数字作品交易属于信息网络传播行为，并不适用权利利用尽原则。因此，一旦 NFT 数字作品构成侵权，往往会损害数个甚至几十个善意交易相对人的合法利益，导致交易双方纠纷频发，动摇 NFT 商业模式下的信任生态，将严重妨碍整个 NFT 行业的有序发展。

再次，从 Bigverse 平台控制能力来看，一是，所有 NFT 交易形成的数据均保存于 Bigverse 平台网络服务器中，特别是用户上传作品后至完成 NFT “铸造”前，均是由 Bigverse 平台控制整个流程以及所有内容，因此，Bigverse 平台具有较强的控制能力。二是，从 Bigverse 平台 NFT 数字作品铸造流程来看，用户按照平台要求，完成上传作品并提交后即进入平台审核环节，

〔18〕 薛晗：《基于区块链技术的数字版权交易机制完善路径》，载《出版发行研究》2020 年第 6 期，第 51 页。

〔19〕 参见杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

只有审核通过的才能上架,最终作为 NFT 数字作品在 Bigverse 平台上进行交易。可见,对 NFT 数字作品进行一定形式上的审查本身就是 Bigverse 平台所设置的必备流程之一。因此,赋予 Bigverse 平台一定的审查义务,并没有直接增加平台义务。三是,从 Bigverse 平台审查的对象来看,每个用户每次提交审查的均为单个作品,并不存在海量的数据内容,不会出现平台无法一一审查的情形。故此,Bigverse 平台对其平台上交易的 NFT 数字作品不仅具有较强的控制能力,而且也具备相应的审核能力和条件,同时亦并没有额外增加其审查内容和控制成本。

最后,从 Bigverse 平台的经营模式来看,其不同于电子商务平台和提供存储、链接服务等网络服务平台,并非免费或者采取会员费等方式获取经济利益,而是系直接通过佣金等方式从 NFT 数字作品交易中获得利益。从 NFT 数字作品交易流程来看,Bigverse 平台不但在铸造时收取作品燃费,而且在每次作品交易成功后收取一定比例的佣金及燃费。笔者认为,平台获得的经济利益应与其注意义务相适用,在平台用户的权利与著作权保护之间保持一种平衡。既要兼顾行业利益格局、主体利益分配和成本效率权衡三个维度进行考量,以实现各方主体的利益平衡,又应充分发挥司法引导作用,避免各方利益失衡的情况发生。《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 11 条第 1 款规定:“网络服务提供者从网络用户提供的作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益的,人民法院应当认定其对该网络用户侵害信息网络传播权的行为负有较高的注意义务。” Bigverse 平台这种营利模式明显属于上述法律规定范畴,即在 NFT 数字作品中直接获得经济利益,其自然应承担较高的注意义务。

综上,笔者认为,NFT 交易平台不仅需要履行一般网络服务提供者的责任,还应当承担较高的注意义务,包括但不限于对 NFT 数字作品权利的事先审查、明知或应知侵权时的主动下架删除等义务,否则应承担相应的法律责任。NFT 案中,Bigverse 平台正因为其未履行相应的审查义务,最终被法院认定构成帮助侵权。NFT 交易平台在履行上述注意义务时,理应建立一套有效的知识产权审查机制,对平台上交易的 NFT 作品的著作权做初步审查,如审查申请 NFT 铸造的用户是否提供了涉及著作权底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明等初步证据证明其为著作权、与著作权有关权益的权利人。当然,这种审查应当是基于网络服务提供者具有的善良管理者义务角度进行评价,并且应赋予网络服务提供者一定的自主决策权和审查空间,可以在法律规定的框架内,根据自身审查需要、知识产权权利类型、产业发展等实际情况等因素,对具体要求进行明确和细化。从判断标准来看,应当采用“一般可能性”标准。也就是说,该初步证据应当排除明显不能证明是著作权、与著作权有关权益权利人的证据,并具有使得一般理性人相信存在权利的可能性即可。同时,NFT 交易平台还应构建相应的侵权预防机制,形成有效的筛查、甄别体系,从源头上防止侵权发生,必要时可要求铸造用户提供担保机制,最大限度防止 NFT 数字作品存在瑕疵,以防止侵权发生。

#### 四、侵权责任承担方式的探索

按照侵权责任法的相关原理,“停止侵害”是侵权责任中最主要也是最重要的责任承担形式。我国《著作权法》亦秉持侵权责任法一般规定精神,明确著作权侵权人应当承担停止侵权责任。

也就是说，在 NFT 案中，Bigverse 理应立即删除侵权 NFT 数字作品等侵权内容，停止侵权。然而，根据 Bigverse 平台服务协议，Bigverse 平台对侵权的“NFT 数字作品”可以采取的措施仅为删除、屏蔽、断开侵权链接，无法将该“数字作品”对应的非同质化通证（NFT）及其他上链侵权内容予以删除。因 NFT 系采用区块链技术进行同步保存数据的，NFT 数字作品及其交易的相关数据均保存于区块链服务器和各节点服务器中。区块链中各节点均为匿名，且“共识机制”是区块链中各节点之间必须遵守的处理机制。故此，通常而言，各区块链节点之间无法形成共识，进而无法删除以哈希值形式存在的侵权数字作品所对应的“NFT”以及交易的相关数据。因该“NFT”及其交易的相关数据仍然保留在 NFT 交易平台服务器中，侵权内容并没有删除，理论上仍存在侵权的可能性，显然并没有达到“停止侵害”之法律效果。因此，NFT 案中最终采用 Bigverse 平台将该侵权 NFT 数字作品在区块链上予以断开并打入地址黑洞之方式以达到停止侵权的法律效果。笔者认为，NFT 案中对停止侵权的责任承担方式的处理无疑是一种契合区块链等互联网技术而创新的探索，一方面可以实现停止侵权的效果，另一方面又兼顾了 NFT 交易模式的技术特点，妥善平衡了 NFT 数字作品侵权中各方主体的利益，较好地解决了 NFT 交易模式下“停止侵权”这一棘手的问题，亦为今后类似案件的处理提供了新的思路和参考。

同时，笔者认为，除了 NFT 案所探索的责任承担方式之外，也可以探索“著作权侵权不停止制度”在 NFT 侵权责任承担中的适用。在知识产权领域，“侵权不停止”最早出现在美国司法判例中，其实质属于对权利人行使权利的一种限制，系关于知识产权保护的例外规定和利益平衡的有效手段。这种平衡机制不仅对知识产权人专有权给予保护，而且应当保护其他私权利、公共利益以及公平竞争等。<sup>〔20〕</sup>也就是说，通过适当限定知识产权人的专有权利，调整知识产权人与公众、利益关系人的关系，合理兼顾各方利益，使之处于利益平衡状态，以彰显立法的灵活性和司法的能动性和智慧性。<sup>〔21〕</sup>侵权不停止制度主要适用于对私人与公共利益、私人与私人利益平衡之情形。“侵权不停止”制度在我国最早出现在司法政策中。2009 年《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第 15 条指出，如果停止有关行为会造成当事人之间的重大利益失衡，或者有悖社会公共利益，或者实际上无法执行，可以根据案件具体情况进行利益衡量，不判决停止行为，而采取更充分的赔偿或经济补偿等替代性措施了断纠纷。之后，2016 年颁布的《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》第 26 条规定：“被告构成对专利权的侵犯，权利人请求判令其停止侵权行为的，人民法院应予支持，但基于国家利益、公共利益的考量，人民法院可以不判令被告停止被诉行为，而判令其支付相应的合理费用。”这是我国知识产权立法首次对这一制度作出规定。虽然我国《著作权法》及相关司法解释并没有明确规定侵权不停止制度，但其现已成为立法和司法的新趋势，尤其是被不断适用在著作权侵权案件中。比如“大头儿子”著作权纠纷案、<sup>〔22〕</sup>中国音乐著作权协会与长安影视公司等著作权侵权纠纷案、<sup>〔23〕</sup>正东公司与东上海分公司等著作权侵权纠纷案<sup>〔24〕</sup>等。可见，“著

〔20〕 参见田小军、刘洋：《“侵权不停止”在知识产权案件中的适用问题》，载《中国版权》2016 年第 6 期。

〔21〕 参见徐清云、张波：《著作权侵权不停止的利益平衡理论》，载《四川职业技术学院学报》2018 年第 4 期。

〔22〕 参见杭州市中级人民法院（2015）浙杭知终字第 356 号民事判决书。

〔23〕 参见北京市第一中级人民法院（2003）一中民初字第 2336 号民事判决书。

〔24〕 参见北京市朝阳区人民法院（2012）朝民初字第 12869 号民事判决书。

“侵权不停止”可以适用于著作权侵权纠纷中已经成为一种共识。正如有学者所言,《著作权法》第53条中的“应当根据情况”可理解为法律不要求停止侵害责任一律适用,即法院可以根据个案的具体情况自由裁量做出判决,通过以赔偿方式替代侵权责任的司法指导意见同样适用。<sup>〔25〕</sup>

笔者认为,作品的价值在于传播,著作权本身具有一定的社会公共属性。从这一角度上讲,“著作权侵权不停止制度”既符合我国著作权法所提倡的促进科学和文化事业发展与繁荣的根本目的,亦符合著作权法的基本原理。在NFT数字作品著作权侵权纠纷中,一方面因NFT采用了区块链技术来保障交易,实际上无法真正完全执行“停止侵权”之责任承担;另一方面,NFT交易是通过智能合约执行的,整个交易次数无法人为控制,因此一旦停止侵权往往会涉及多个善意交易主体的合法利益,既不利于整个NFT商业模式的发展,也会动摇NFT交易中的整个信任机制。同时,NFT交易模式下的著作权侵权大多数针对侵害著作财产权,这也为用经济补偿(类似于支付许可使用费)替代停止侵权提供了可能。因此,在NFT数字作品著作权侵权纠纷处理中,为了调整著作权人、NFT数字作品交易相对人与社会公众的利益关系,使之处于利益相对平衡状态,可用更充分的赔偿或经济补偿来替代“停止侵权”之责任承担,在充分保障著作权人合法权益的基础上,实现NFT交易主体之间的利益平衡,从而推动NFT交易这种新型商业模式有序健康发展。

---

**Abstract:** In recent years, NFT transaction, as a new business model, has developed rapidly, and it also brings challenges to the current legal order and produces a series of new problems. It is also urgent to regulate the NFT market, clarify the boundary of responsibility of relevant subjects, protect the legitimate rights and interests of all parties according to law, so as to guide the healthy and orderly development of the NFT market. It is necessary to analyze and study new legal issues such as the nature of behavior under the NFT mode, the boundary of liability of NFT trading platform, whether the exhaustion of rights principle applies to digital works, and the way of bearing tort liability, based from the copyright issues reflected in judicial cases. NFT digital works trading is not the distribution of copyright law, and should be included in the control of information network transmission rights. NFT trading platform is a new type of network service provider. Considering the legal attributes of NFT trading mode, technical characteristics, platform control ability, profit mode and other factors, it should assume a high duty of care. The mode of NFT tort liability shall be reasonably determined based on the characteristics of blockchain technology.

**Key Words:** NFT, information network dissemination, platform responsibility, infringement does not stop

---

(责任编辑:张金平 赵建蕊)

---

〔25〕 参见前引〔21〕,徐清云、张波文。