



□ 总则编

|  |    |
|--|----|
| 《民法典》概括条款的识别标准与类型构造·····刘亚东 2023（1·76） | 5  |
| “职务代理”独立性之质疑·····刘骏 2023（2·178）        | 21 |
| 论民法中的回溯效力·····张焕然 2024（6·141）          | 36 |

□ 物权编

|  |     |
|--|-----|
| 预售房抵押预告登记之优先受偿论·····国凯 2023（1·106）                           | 52  |
| 商品房买卖合同与借款合同的效力关联<br>——以最高人民法院“王忠诚案”为例·····罗亚文 2023（1·179）   | 66  |
| 商事交易中担保物权代持的解释论<br>——以《民法典担保制度司法解释》第4条为中心·····熊敬 2023（2·112） | 80  |
| 转让可能损害抵押权司法适用的类型化研究<br>——以不动产抵押为中心·····李欢欢 2023（6·136）       | 96  |
| 典型动产和权利担保物权顺位规则研究·····李勇德 2023（6·149）                        | 109 |
| 发包方终止土地经营权流转合同探究·····房绍坤 李俊 2024（3·3）                        | 123 |
| 农地资源市场配置法律机制的完善·····韩松 2024（3·19）                            | 139 |
| 集体经营性财产收益权量化的困境与破解之策·····宋志红 2024（3·35）                      | 155 |
| 居住权物上代位论质疑·····崔炜 2024（5·165）                                | 171 |

□ 合同编

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 安慰函的法律构造与规范进路·····刘斌 王洁宇 2023（2·144） | 185 |
| 违反强制性标准的合同效力认定·····周宇 2023（3·80）     | 202 |

|   |     |
|---|-----|
| 非典型合同和典型合同中的参照适用·····王 雷 2023 (3·93)            | 215 |
| 《民法典》视阈下违约金司法酌减规则的区分适用论·····覃榆翔 2023 (3·126)    | 232 |
| 论违约金的履约担保功能                                     |     |
| ——兼论违约金酌减规则·····张厚东 2023 (3·144)                | 250 |
| 第三人缔约过失的责任性质及规则适用·····孙 娟 2023 (5·161)          | 267 |
| 论合同无效后利息的返还                                     |     |
| ——基于对司法案例的实证考察·····邵永乐 2024 (1·145)             | 283 |
| 类型区分视角下将来债权担保的私法规制·····赵申豪 2024 (2·131)         | 299 |
| 应当如何对待法律的沉默                                     |     |
| ——以《合同编通则解释》为例·····崔建远 2024 (4·3)               | 315 |
| 合同解除规则的细化完善与司法适用·····陈龙业 2024 (4·15)            | 327 |
| 债权人撤销权行使的法律效果·····朱广新 2024 (4·29)               | 341 |
| 替代交易的中国景象·····孙良国 2024 (4·48)                   | 360 |
| 代位清偿制度释论·····张金海 2024 (4·63)                    | 375 |
| 代位权债权收取功能的解释论重构                                 |     |
| ——以《民法典》合同编及司法解释为中心·····曹舒然 2024 (4·77)         | 389 |
| 商事合同格式条款的效力评价方法                                 |     |
| ——以《民法典》第 497 条的合理性评价要件为中心·····黄 帅 2024 (5·132) | 404 |

## □ 人格权编

|   |     |
|---|-----|
| 《民法典》违约精神损害赔偿条款的司法适用                          |     |
| ——基于《民法典》生效后 202 个案例的实证考察·····许素敏 2023 (1·92) | 422 |
| 敏感个人信息的界定及其完善·····莫 琳 2023 (2·21)             | 436 |
| 论私密个人信息的合理使用困境与出路·····刘 磊 2023 (2·36)         | 451 |
| 数字政府建设中个人信息保护的风险规制路径·····刘绍宇 2023 (2·51)      | 466 |
| 安全作为个人信息保护的法益·····贺 彤 2023 (3·110)            | 483 |
| 论侵害个人信息权益的精神损害赔偿·····李东宇 2023 (4·134)         | 499 |

|                                |                     |     |
|--------------------------------|---------------------|-----|
| 人格权禁令独立性的保全路径                  |                     |     |
| ——以起诉期间制度为核心·····              | 刘子赫 2023 (5·177)    | 514 |
| 未成年人个人信息同意能力的理论证成及判定·····      | 张素华 尹晓坤 2023 (6·3)  | 530 |
| 消费性基因检测场景下的个人基因信息保护·····       | 田 野 2023 (6·18)     | 545 |
| 论声音权益的法律保护模式·····              | 王利明 2024 (1·3)      | 560 |
| 敏感个人信息告知同意规则的制度逻辑、规范解释与补强····· | 杨惟钦 2024 (1·100)    | 578 |
| 个人信息对价化交易的定性和法律适用·····         | 杨 芳 2024 (4·139)    | 594 |
| 复活僵尸法条：个人信息匿名化制度的再造·····       | 许 可 2024 (4·160)    | 615 |
| 个人信息匿名化制度的反思与改进·····           | 夏庆锋 2024 (5·41)     | 633 |
| <br><b>□ 侵权责任编</b>             |                     |     |
| 侵权法生存机会丧失理论的重构·····            | 王浩然 2023 (2·161)    | 651 |
| 消除影响请求权的体系整合与制度构造·····         | 温世扬 刘 昶 2023 (4·66) | 668 |
| 操纵市场民事索赔中因果关系推定的法理与适用·····     | 刘东辉 2023 (5·67)     | 684 |
| 比例连带责任在无意思联络数人侵权中的适用·····      | 陈 霖 2023 (5·100)    | 701 |
| 《民法典》第 1222 条（诊疗过错推定）评注·····   | 武亦文 2024 (3·175)    | 715 |
| <br><b>□ 著作权法</b>              |                     |     |
| 著作权合理使用算法化：必要、可能与限度·····       | 邵红红 2023 (4·149)    | 733 |
| 作品元素商品化利用的法律规制                 |                     |     |
| ——兼论对独立商品化权益的否定·····           | 虞婷婷 2024 (1·161)    | 749 |
| 创设知识财产的中国范式及其国际扩张·····         | 曹 博 2024 (2·178)    | 763 |
| <br><b>□ 民事诉讼法</b>             |                     |     |
| 民事执行根据问题探究·····                | 张卫平 2023 (3·3)      | 778 |
| 债权共相与效力殊相：执行债权的概念厘定·····       | 肖建国 张苏平 2023 (3·19) | 794 |

|                            |                       |     |
|----------------------------|-----------------------|-----|
| 论我国民事执行立法内容确定技术的四对关系·····  | 谭秋桂 2023 (3·34)       | 809 |
| 禁诉令成文立法模式探究                |                       |     |
| ——以国际民事诉讼管辖冲突为背景·····      | 季澄珏 2023 (3·178)      | 823 |
| 小额诉讼四重独立性的理论建构·····        | 唐玉富 2024 (2·147)      | 838 |
| 中国反海外腐败执法障碍的类型化及其应对·····   | 敖  博 2024 (3·161)     | 853 |
| 实体关联纠纷审理中诉讼主体的扩张及其限度·····  | 卢  佩 2024 (4·178)     | 870 |
| 对司法智能化应用局限性的观察与思考          |                       |     |
| ——以民事司法智能化应用为中心·····       | 张卫平  冉  博 2024 (5·94) | 885 |
| “执行转破产”中的基本理论问题：民法的视角····· | 韩世远 2024 (6·128)      | 900 |

## 《民法典》概括条款的识别标准与类型构造

刘亚东\*

**内容提要：**民法学界对于概括条款的认识存有分歧，至今仍无共识。精准界定概括条款必须遵循“形式特征+实质功能”双重标准。形式特征为不确定性、要求价值补充、不可直接涵摄以及结构上的兜底性；实质功能为接受援引、灵活适应以及授权。遵循此标准，《民法典》中存在微观层次、中观层次以及宏观层次三类概括条款。微观层次的概括条款可称之为小概括条款，调整的是民法中的某一条规范，作为某一条款的兜底条款；中观层次的概括条款可称之为中概括条款，调整的是《民法典》中的某一分编，作为某一分编的兜底条款；宏观层次的概括条款可称之为大概括条款，作为整个《民法典》的兜底条款。三类条款均是转介条款，均适用案例群方法，但是由于各类条款解决问题的不同，形成各自案例群所转介的因素也遵循从微观到宏观的原则。

**关键词：**小概括条款 中概括条款 大概括条款 《民法典》

• 5 •

### 一、问题的提出

民法学界一般将《民法典》第7条所规定的诚实信用、第8条所规定的公序良俗称为典型的概括条款，<sup>〔1〕</sup> 在比较法上亦如是，<sup>〔2〕</sup> 但是这并非概括条款的全部。我国民法学界对于概括条款存在多种认识，例如有的学者将《民法典》侵权责任编第1165条规定的过错责任、1236条规定

\* 刘亚东，首都经济贸易大学法学院讲师。

本文受首都经济贸易大学北京市属高校基本科研业务费专项资金资助（XRZ2021022）。

〔1〕 参见梁慧星：《诚实信用原则与漏洞填补》，载《法学研究》1994年第2期；于飞：《民法基本原则：理论反思与法典表达》，载《法学研究》2016年第3期；易军：《民法基本原则的意义脉络》，载《法学研究》2018年第6期。

〔2〕 Vgl. Wiedemann, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW Heft 33 (2014, 2407, 2410；吴从周：《论暴利行为：兼评“最高法院”103年度台上字第2445号判决》，载《台大法学论丛》第47卷第2期；苏永钦：《寻找新民法》（增订版），北京大学出版社2012年版，第317-338页。

的危险责任条款称为概括条款；〔3〕有的学者从立法技术的角度将某一条款的兜底性规定也称为概括条款。〔4〕由此可知，对于《民法典》中的概括条款至少有如上三种认识，在此存在的问题便是到底应该如何认识概括条款，这三类规范是否为同一事物，也就是说对于概括条款到底是应该做统一性的处理，还是应当做层次化处理，民法学界对此未有体系化的认识。这也决定了必须在体系化的视角下来重新认识概括条款，将以上都有概括条款之称的规范一并考察，厘清彼此之间的区别。基于此，本文要回答的问题便是在《民法典》的规范体系之中如何认识概括条款这一问题。本文的行文结构为首先介绍概括条款的识别标准，然后以此为标准——检视我国民法上那些被称为概括条款的法规范是否能够被称为概括条款，最后将概括条款区分为微观、中观、宏观三个层次，分别称为小概括条款、中概括条款、大概括条款。

## 二、概括条款的识别标准

概括条款在法理论以及方法论上具有重要地位。虽然学界对于概括条款的认识已经取得了相当多的共识，但是对于如何定义、识别概括条款这一最低限度的共识却仍然无法达成。〔5〕在概括条款的识别上唯一存在的认识就是，概括条款在规范表述上以语言上的不确定法律概念为基本特征，〔6〕内容高度抽象且需要价值评价。〔7〕例如诚信、善良风俗等典型的概括条款均包含了不确定法律概念且需要价值评价。如果对于上述的识别标准进行细分，则分别对应于概括条款的形式特征和实质功能。因此虽然对概括条款进行定义存在诸多困难，但是可以将概括条款的形式特征和实质功能作为概括条款的识别标准，以及作为与其他规范进行区分的依据。

### （一）基于形式特征的识别标准

如果考察不同的定义和解释方法，可以总结出一些概括条款的固定特征。一些特征与所使用的概念相关，如不确定性、价值填充需要（Unbestimmtheit, Wertausfüllungsbedürftigkeit）；一些特征在形式上与规范结构和制定法技术有关。〔8〕综合而言，关于概括条款的形式特征，可以总结为如下四个层面：不确定性、价值填充性、不可涵摄性以及结构上的兜底性。

#### 1. 不确定性

概括条款主要通过模糊性、需要精确化以及不确定性的语言来表述。概括条款在规范文义上具有不确定性。〔9〕因此，概括条款在需要补充的程度上的其他法律条款有所不同，它们特别模

〔3〕 参见王利明：《侵权责任法研究》（上），中国人民大学出版社2016年版，第137页。

〔4〕 参见于是：《〈反不正当竞争法〉一般条款适用的泛化困局与绕行破解——以重构“二维指征下的三元目标叠加”标准为进路》，载《中国应用法学》2020年第1期；吴峻：《反不正当竞争法一般条款的司法适用模式》，载《法学研究》2016年第2期。

〔5〕 Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516, 523; Röthel, Normkonkretisierung, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 30; Kamanabrou, Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 202 (2002), 662, 663. 根据笔者统计，对于概括条款至少存在7种界定方式。

〔6〕 Vgl. Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2010, S. 247f., S. 261.; Müller/Christensen, Juristische Methodik I, 9. Aufl., 2004, S. 279f.

〔7〕 Vgl. Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 135f.

〔8〕 Vgl. Auer, Materialisierung Flexibilisierung Richterfreiheit, 2005, S. 127ff.

〔9〕 Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 82; Rütters, Die Unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl., 2005, S. 212; Ohly, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), 1, 5; Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 316.

糊,特别抽象。<sup>〔10〕</sup>概括条款的模糊性取决于其规范文本的抽象程度。

如果将民法典的规范体系理解为一段频谱,频谱的一端是诸如期限和年龄等最为固定的纯粹数字规定,而频谱的另一端则是居于最大抽象层次的概括条款。而最大抽象层次的概括条款之所以不确定,其原因就是所使用的构成要件概念(Tatbestandsbegriffe)带有不可避免的不精确性,这一不精确性不仅体现在概念边缘(Begriffshof)部分,在概念核心(Begriffskern)部分同样无法得到澄清,如此便使整个规范具有模糊性。<sup>〔11〕</sup>也就是说,在概括条款所使用的不确定概念之中,概念核心尚且无法辨明,更何况概念边缘。<sup>〔12〕</sup>

某一概念除概念核心和概念边缘的区别外,从语言学上,还可以将其区分为“三领域模型”(Drei-Bereiche-Modell),分别为“肯定候选项”(positive Kandidaten)、“否定候选项”(negative Kandidaten)和“中性候选项”(neutral Kandidaten)。所谓肯定候选项,就是某些对象能够明确适应于这一概念;所谓否定候选项,就是某些对象不能适应于此概念;所谓中性候选项,就是无法确定是否适用于此概念。<sup>〔13〕</sup>如果采用此种区分标准,则可以说概括条款基本上处于中性候选项之下,属于积极候选者的情形基本趋近于零。这也就同时说明了为什么文义解释难以适用于概括条款。

在这里,区分不确定法律概念与概括条款的标准是,不确定法律概念即使概念核心或肯定候选项很小,但是也具备概念核心;而概括条款则不存在概念核心或肯定候选项。<sup>〔14〕</sup>概括条款是立法者使用具有高度抽象性和内容上极度不确定的概念来指称无法详尽描述的大前提,而所使用的这一概念不仅概念边缘无法澄清,概念核心也不存在。<sup>〔15〕</sup>

## 2. 要求价值补充

概括条款的另一个特征是要求价值填充(Wertausfüllungsbedürftigkeit)。诸如诚信、善良风俗等概括条款通常具有价值开放性,并且只能在具体个案中运用价值权衡的方法转化为具体的规范予以适用。<sup>〔16〕</sup>概括条款的价值填充性主要是通过规范性概念予以实现。<sup>〔17〕</sup>在此一层面上,众多学者将规范性概念称为“价值概念”(Wertbegriff)或者是“需要价值补充的概念”(wertausfüllungsbedürftigen),它包含了“价值授权”(Wertungsermächtigung)的暗示。<sup>〔18〕</sup>

〔10〕 Vgl. Naucke: Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, ders. in: NS-Recht in historischer Perspektive (1981), S. 71ff; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl, 1991, S. 582.

〔11〕 概念核心和概念边缘的区分首先要追溯到黑克,他借助概念核心和概念边缘的区分清晰地介绍了法律概念的不确定性。在概念核心里,事实毫无疑问可以归属于该概念之下,也就是说事实可以直接涵摄入该概念。相反,案件事实是否归属于概念边缘部分,则需要视情况一一检视。Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1, 173.; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl, 2008, S. 34.

〔12〕 Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516, 524.

〔13〕 参见〔奥〕克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第29页。

〔14〕 Vgl. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl, 1972, S. 56.

〔15〕 Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516, 524.

〔16〕 Vgl. Rüthers, Rechtstheorie, 4. Aufl., 2008, S. 128f.

〔17〕 规范性概念与描述性概念相对,详见前引〔13〕,克莱默书,第27、33页;王利明:《法学方法论》,中国人民大学出版社2016年版,第307页。

〔18〕 Vgl. D. Looschelders/W. Roth, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 135f.; H.-J. Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 21ff.

### 3. 不可直接涵摄性

概括条款的另一项特征是不能直接涵摄性（Nichtsubsumierbarkeit）。据此，概括条款不允许直接涵摄适用，因为不具备直接涵摄的能力，也就是说，没有足够确定的大前提（Obersatz）。〔19〕这也就再次证明了以下事实：在概括条款中所使用构成要件概念的不确定性不仅存在于概念边缘，更扩展到了概念核心。在概念核心部分，案件事实可以直接涵摄于某概念之下。但是由于概括条款缺乏清晰的概念核心，涵摄方法在概括条款中无法适用，也就是说传统的法律适用三段论方法对于概括条款是不适合的。〔20〕如果在“三领域模式”之下观察概括条款，中立候选项的数量占主导地位，而积极候选的数量则可以忽略不计，同样可以看出概括条款无法直接涵摄适用。这也同时表明不确定性和不可涵摄性是同一枚硬币的两个方面。

### 4. 结构上具有兜底性质

概括条款最后一个特征存在于立法技术领域。由于其很大的普适性，概括条款可以使一大组事实构成无漏洞地和有适应能力地承受一个法律结果。〔21〕概括条款是与具体列举构成要件相对应的一种立法技术。这种立法技术可以满足两方面的要求，一方面列举规定可以满足法的确定性要求，另一方面概括条款也为个案正义以及未来法律发展提供了规范基础。〔22〕因此在概括条款的框架内，立法机关放弃了具体列举的构成要件，而是仅规定一个一般的案件领域。〔23〕立法者这样规定的目的是应对社会价值的快速变迁所引发的新型法律关系，因此选择具有兜底性质的概括条款，以实现较低程度的“规范密度”。虽然这种纯形式的特征有时候并不包含诸如不确定性、需要价值填充性之类的内容标准，〔24〕但是需要注意的是，即使是不包含上述特征的立法技术意义上的概括条款，它的目的也是将那些未被法律所规制的情形涵摄到法律规范之内，而非仅仅是引致性规范所援引的其他规定。

也就是说，概括条款的表现形式，依据法条结构的形式来看，以是否为列举规定的部分，而可分为列举规定中的概括条款及非列举规定的概括条款两种。笔者在此将列举规定中的概括条款称为“补充性的概括条款”，因其在列举规定中，是作为补充列举事项的概括规定的部分。立法技术意义上的概括条款与上述包含不确定性以及价值填充性的概括条款在适用方法以及功能担当上并无二致，只是表现形式存在差异。

### （二）基于实质功能的识别标准

概括条款与其他法律条款的区分除了上述所介绍的形式特征之外，另一种区分标准就是实质

〔19〕 Vgl. Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 317; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl., 2015, S. 51.

〔20〕 Vgl. Ohly, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), 1, 2.

〔21〕 参见〔德〕恩吉斯：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第152-153页。

〔22〕 Vgl. Schünemann, Generalklausel und Regelbeispiele, JZ 6 (2005), 271, 271.

〔23〕 Vgl. Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, 1966, S. 7.

〔24〕 有的时候作为概括条款的兜底条款，包含不确定性以及需要价值填充的内容。如我国《民法典》第500条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为。”还有纯粹形式意义上的概括条款，如《民法典》第527条规定的不安抗辩权，即“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”。类似情形在《民法典》中还有许多，如第39条、第194条、第195条、第278条、第414条、第1033条等。

功能,即在法律体系内概括条款具备何种功能。概括条款的本质就是转介条款。<sup>[25]</sup> 详言之,概括条款作为转介条款,主要可以区分为三大功能群:接收援引功能(Rezeption, Verweisung)、灵活性和适应性(Flexibilität und Anpassung)、授权功能(Delegation und Ermächtigung)。

### 1. 接收援引功能

根据接收援引功能,概括条款的任务是充当法律体系的切入点(Einbruchsstellen),也就是说,对法外规范保持开放性,并通过概括条款将其纳入法律体系之中。<sup>[26]</sup> 根据奥利(Ohly)的观点,诸如诚信、善良风俗等典型的概括条款,具备援引结构特征,这些条款本身并不包含实质内容,而是根据其结构特征,援引法律以外的价值。<sup>[27]</sup> 陶皮兹(Taupitz)认为,概括条款甚至不确定法律概念是“窗口”或“制定法的阀门”(Fenster, gesetzliche Einfallstore),通过这些窗口,法典以外的价值评价和社会观点就会进入一个明显封闭的法典体系。<sup>[28]</sup> 德雷尔(Dreier)认为,概括条款甚至不确定的法律概念均具有将非法律方面,特别是伦理道德引入法律体系的功能。<sup>[29]</sup> 比德林斯基认为,概括条款为在社会中直接占主导地位的价值开启了阀门。概括条款应理解为对不同具体化材料的引用,例如法律内的宪法及其价值(Gesetzliche Grundwertungen einschließlich solcher der Verfassung)、法律公认的法伦理以及社会伦理原则规范(Anerkannte rechtsethische Prinzipien, die sozialetischen Anschauungen)等等。<sup>[30]</sup> 维亚克尔也认为,概括条款是对超实证法的社会道德的一种让步。<sup>[31]</sup> 概括条款使得法典对于不断变迁的社会价值及其产生的新型社会关系始终保持开放,以此体现法典的与时俱进性,因而也就无需立法者频繁地修正法典。因此,这也就是为什么在高速发展的现代社会,在立法技术上,越来越多的法典规定概括条款。

### 2. 灵活适应功能

此外,概括条款经常被描述为具备灵活性功能。这一功能的目的是为了促进个案正义。<sup>[32]</sup> 正是由于概括条款极度抽象不确定,或者具有具体列举的构成要件无法涵盖全部案件事实这一特征,法官才可以使用概括条款这一工具,面对不可预见的新情况,在无需更改规范文本的情形下,为非典型个案的公正裁判创造空间,并使法律能够不断适应社会发展变化。<sup>[33]</sup>

[25] 参见前引[2],苏永钦书,第277页。

[26] 这种区分来源于托伊布纳(Teubner)对于概括条款的功能划分,他将概括条款区分为三大功能,分别为接纳功能(Rezeptionsfunktion),转移功能(Transformationsfunktion),授权功能(Delegationsfunktion)。Vgl. Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 2. Aufl., 1971, S. 39, 61, 65ff.; Bydliniski, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 1991, S. 583; ders., Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2005, S. 91f.

[27] Vgl. Ohly, Generalklausel und Richterrecht AcP 201 (2001), 1, 11.

[28] Vgl. Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 1107.

[29] Vgl. Dreier, Rechtsphilosophische Standpunktprobleme, in: Brügger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 332.

[30] Vgl. Bydliniski, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker. Hrsg. von Okko. Behrends., 1990, S. 203. 托伊布纳也持类似观点。Vgl. Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 2. Aufl., 1971, S. 61, 117f.

[31] Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., 1967, S. 476.

[32] Vgl. Schwacke, Juristische Methodik, 5. Aufl., 2011., S. 49.

[33] Vgl. Beater, Generalklauseln und Fallgruppen, AcP 194 (1994), 82, 86; Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 31.

### 3. 授权功能

除此之外，在概括条款授权功能的框架内法官还被赋予了法律续造的功能。赫德曼除了提及概括条款特别的不确定和委托理念外，还将概括条款作为公开立法（*offengelassener Gesetzgebung*）的一部分。<sup>〔34〕</sup>比德林斯基（Bydlinki）将概括条款视为授权规范，使法官能够通过自我评价在个案中制定特定规则。<sup>〔35〕</sup>埃塞尔认为，法官可以在概括条款框架内自行设计规范。<sup>〔36〕</sup>诺瓦克（Nowak）认为，立法机构已将需要制定规范的权力授予司法机构。<sup>〔37〕</sup>根据希曼（Seelmann）的说法，要求价值实现的概括条款包含立法者对于法律适用者的隐含授权。<sup>〔38〕</sup>吕特（Röthel）认为，由于接受和转介功能逐渐趋于授权功能，概括条款已成为法官自我评价和法律创造的主要授权规范。<sup>〔39〕</sup>因此概括条款的具体化就是授权法律发现。

总之，概括条款在概念界定上存在困难，因此必须以形式特征和实质功能作为与其他类型规范区分的标准。以此为识别标准可以判断出我国《民法典》中存在三种类型的概括条款，下文对其辨别同异，实现对概括条款的层次化认识。

## 三、微观层次的概括条款

虽然我国民法学界经常将某一条款的兜底性规定作为概括条款，<sup>〔40〕</sup>或曰例示规定，<sup>〔41〕</sup>但是对于此类兜底条款的认识还较为粗糙，并且经常与引致性规定混为一谈，<sup>〔42〕</sup>因此某一兜底性规定是否为概括条款必须经过上述识别标准的系统检视。

### （一）引致性的兜底条款不是概括条款

引致性规范（*Verweisungsnorm*），是指规范本身没有独立的内涵，甚至不具有解释规则的意义，而是单纯引致到某一具体规范，法官需要从所引致的具体规范的目的去确定其效果的法律条款。<sup>〔43〕</sup>《民法典》第68条法人清算的原因第3项所规定的“法律规定的其他原因”、第69条法人解散事由第5项所规定的“法律规定的其他情形”、第106条非法人组织解散事由的第3项“法律规定的其他情形”、第123条对于知识产权客体的规定第8项“法律规定的其他客体”、第153条第1款“违反法律行政法规的强制性规定”、第175条关于法定代理终止事由第4项所规定的“法律规定的其他情形”、第261条集体成员决定事项第5项“法律规定的其他情形”、第393

〔34〕 Vgl. Hedemann, *Flucht in die Generalklauseln*, 1933, S. 58.

〔35〕 Vgl. Bydlinki, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 2005, S. 92.

〔36〕 Vgl. Esser, *Grundsatz und Norm in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2. Aufl., 1972, S. 150f. 还有诸多学者也持类似观点，如 Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, 2. Aufl., 1971, S. 61, 106ff.

〔37〕 Vgl. Nowak, *Die praktische Bedeutung der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe in den großen Kodifikationen der Deutschen Demokratischen Republik*, 1993, S. 4.

〔38〕 Vgl. Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 2001, S. 127.

〔39〕 Vgl. Röthel, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 49, 59.

〔40〕 参见王利明：《法律解释学导论——以民法为视角》（第2版），法律出版社2017年版，第512页。

〔41〕 参见刘风景：《例示规定的法理与创制》，载《中国社会科学》2009年第4期。

〔42〕 参见江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第80页。

〔43〕 参见苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第35页。

条担保物权消灭事由第4项“法律规定担保物权消灭的其他情形”、第423条最高额抵押权债权人债权确定第6项“法律规定债权确定的其他情形”、第557条第6项“法律规定债权债务终止的其他情形”、第563条合同解除第1款第5项“法律规定的其他情形”、第570条提存规则第4项“法律规定的其他情形”、第1186条法定补偿条款按照法律规定由双方分担损失等等均属于引致性规定。<sup>〔44〕</sup>

以《民法典》第563条第1款第5项为例,“法律规定的其他情形”涵盖两种情形:一是《民法典》在第563条之外规定的合同解除,例如在《民法典》合同编分则部分规定的买卖合同的解除、租赁合同的解除以及委托合同的解除等等;二是在民事特别法中规定的合同解除,如《保险法》中保险合同的解除。<sup>〔45〕</sup>按照上文对于概括条款形式特征以及实质功能的理解,《民法典》第563条第1款第5项的内容虽然是合同解除的兜底条款,但是并不符合上文关于概括条款的识别标准,因为在此意义上的兜底条款,仅仅具有引致其他法律规范的功能,而不具备将那些未被法律所涵盖的情形涵摄到法律规范之内这一功能。因此,《民法典》第563条第1款第5项并非合同解除的概括条款。

## (二) 具有裁量性质的兜底条款是概括条款

裁量条款(Ermessenklauseln)由法律所承认。裁量条款取决于个人信念(如法官)在具体案件中的正确性决定。被委托和托付给能胜任具体决定的个人,不仅是因为理性人不能通过更加具体的规则排除不确定性的剩余,而且在一定的活动余地内,一个被认为有责任意识的人,使自己的观点发挥作用是更好的安排。因此具体案件的客观独立性和判断者的主观独特性彼此相遇。<sup>〔46〕</sup>裁量条款具有产生新的案例群或构成要件特征的功能,完全符合概括条款所具备的形式特征和实质功能。

裁量条款的司法适用,就是法院在具体案件中将当前法律所体现的公平正义在个案中体现出来。这时候法官虽然存在多种选择的可能性,必要时可以依据自己个人的观点做出选择,但是也必须要注意裁量必须紧贴所要裁判的案件事实以及立法者已经明示和暗示出的价值取向。《民法典》中存在大量的裁量条款。<sup>〔47〕</sup>具体可以区分为两类:一类是与列举性规定一并规定的裁量条款;另一类是没有具体列举规定,而仅仅是给出了一些供法官参考的因素。

属于前一类的,如我国《民法典》第36条撤销监护人资格第3项“实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为”、第39条监护关系终止的第4项“人民法院认定监护关系终止的其他情形”、第194条诉讼时效终止的第5项“其他导致权利人不能行使请求权的障碍”、第278条业主共同决定的事项第9项“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”、第500条缔约过失责任第3

〔44〕 在本文处,引致性规定主要是指开放引致性规定。又可以分为常态开放引致条款和例外开放引致条款。所谓常态开放引致条款,即《民法典》有意预留的、由其他法律进行规定的内容,通过在《民法典》法条中进行叙述达到引用的目的。所谓例外开放引致条款,即《民法典》作出了一般性规定,但例外地允许其他法律对该问题作出特别规定,通过“法律另有规定”的导语,达到引致的目的。具体参见王竹:《论实质意义上侵权法的确定与立法展望》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2011年第3期。

〔45〕 参见杜景林:《合同解除的体系建构》,载《法商研究》2020年第3期。

〔46〕 参见前引〔21〕,恩吉斯书,第145页。

〔47〕 有的学者具体分析了我国《民法典》中存在大量裁量规范的五种原因,具体参见王成:《民法典与法官自由裁量的规范》,载《清华法学》2020年第3期。

项“有其他违背诚信原则的行为”、第527条不安抗辩权第4项“有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”、第1015条在父姓和母姓之外选取姓氏第3项“有不违背公序良俗的其他正当理由”、1033条第6项“以其他方式侵害他人隐私权”、第1036条处理个人信息不承担责任的第3项“为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为”、第1079条判决离婚时第3款第5项“其他导致夫妻感情破裂的情形”等等。

属于后一类的，如《民法典》第998条规定：“认定行为人承担侵害除生命权、身体权和健康权外的人格权的民事责任，应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素。”又如最高人民法院发布的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》在调整违约金数额部分要求各级法官充分考量国家宏观经济形势以及企业的经营状况等。

总之，对于裁量条款，法律会通过例示规则或要考虑的因素给出一些参考，如前一类裁量性概括条款的适用总是要受到例示性规定所蕴含的价值取向束缚，而后一类裁量性概括条款虽然没有前一类明确的价值判断结论作为依据，但立法者也给出了可以参考的动态因素。必须要注意的是上述参考因素并不构成对于法官的束缚，恰恰相反，其仅仅是法官思考的出发点，概括条款的实质功能就在于因应社会关系的发展，因此，法官的造法因素在概括条款中尤为重要。更有学者将此处的兜底性概括条款称为法内漏洞，在方法论上属于授权式类推适用。<sup>〔48〕</sup>

### （三）裁量性的兜底条款是微观层面的概括条款

针对某一条款或某一制度的概括条款，本文将其称为微观层面的概括条款，或小概括条款、补充性的概括条款。因为它的适用范围较窄，仅适用于某一制度或规范。但是这种类型的概括条款的适用同样会牵涉到互相冲突的利益权衡问题，只不过这些判断必须以某一条款或制度所体现出来的价值观点或标准为基础。<sup>〔49〕</sup>

例如在判断《民法典》第500条第3项规定的“其他违反诚信原则的行为”时，需要权衡的价值就是缔约阶段缔约人的缔约自由与相对人的信赖保护，这也是这一制度必须始终处理的矛盾。虽然立法者已经明确肯定第500条前两项以及第501条所确立的违反先合同义务的行为（诚信缔约义务、告知义务、保密义务），但这仅仅是缔约过失责任所要平衡的基本矛盾的当前思考。随着社会的发展，先合同义务的内涵也会不断发展，日益丰富。因此就需要法官结合具体时空，面对不断涌现出的需要处理的个案逐个提炼，随着个案的不断增多，运用案例群方法，发展成为新型的案例类型或者形成新的例示规则。<sup>〔50〕</sup>需要提及的是，有的学者未雨绸缪，从理论上为第500条第3项的司法适用构想出恶意并行磋商行为、胁迫行为、未按规定或约定办理申请批准或申请登记的行为、以法定书面形式为手段实施的欺诈行为等先合同义务类型，<sup>〔51〕</sup>但是否适当还需要法官在具体的司法实务中进行检验。

〔48〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第309页。

〔49〕 参见李军：《兜底条款中同质性解释规则的适用困境与目的解释之补足》，载《环球法律评论》2019年第4期。

〔50〕 参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第183页。

〔51〕 参见朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第171-172页。

微观层面概括条款的适用需要遵循案例群方法。<sup>[52]</sup> 微观层次的概括条款着眼于某一制度、某一具体规范的发展,需要权衡的价值较为具体,并且微观层面的概括条款具有例示性规定,从这些例示性规定中可以凝练出立法目的,因而,可以为对应的兜底性规定提供指引,兜底性规定细化发展出案例类型之后再行涵摄。从这个意义上讲,微观层次的概括条款在《民法典》上应该被称为小概括条款。

#### 四、中观层次的概括条款

我国民法学者经常将《民法典》第1165条(《侵权责任法》第6条)的过错责任、第1236条所规定的危险责任<sup>[53]</sup>称为侵权法上的大概括条款,本文认为应该称之为中观层次的概括条款,因为其适用范围仅限于《民法典》侵权责任编,其所权衡的价值也仅限于成立侵权责任所要处理的基本矛盾。除了学界谈论较多的过错责任作为概括条款之外,能够称为中观层次概括条款的法规在我国《民法典》中还有很多,例如合同编第153条控制合同效力的善良风俗条款、人格权编第990条第2款规定的一般人格权条款皆可称为中观层次的概括条款。中观层次的概括条款主要针对《民法典》的某分编,处理《民法典》某一分编所要协调的法律关系的基本矛盾。<sup>[54]</sup> 中观层次的概括条款在司法实践中同样不能直接涵摄适用,虽然从表象上法官是以诸如过错责任、危险责任、善良风俗、一般人格权等作为裁判依据,但是实质上均需要法官对这些抽象构成要件运用各种方法进行具体化之后才能适用,并不能直接涵摄,这也正是不可直接涵摄性的真正意义所在。<sup>[55]</sup> 所以上述条款完全符合概括条款的识别标准。

##### (一) 合同编的概括条款

在意思自治的合同领域,根据所协调的利益关系是处于当事人之间还是处于当事人与社会公共利益之间,可将《民法典》合同编的概括条款区分为两个,一个是协调当事人之间或私人利益的兜底条款,即诚实信用;另一个是协调当事人利益与社会公共利益或私人利益与社会公益的兜底条款,即公序良俗。<sup>[56]</sup>

诚信规制权利的产生以及行使,要求双方之间存在一定的接触信赖关系,贯彻于合同双方从缔约接触至合同的履行、履行的障碍,以及履行完毕之后的全过程,由此产生一系列已被《民法典》实证法化的缔约过失、格式条款的控制、情势变更、权利滥用等制度。这些制度均是通过合同行为“不存在”“可撤销”或者《民法典》第466条第2款等安排,矫正因意思表示不真实或不自由而导致的当事人之间的利益失衡,其并不涉及合同的有效性。所以,此概括条款的目的是保护私益。<sup>[57]</sup> 当然在此处适用诚信这一概括条款,也必须是穷尽上述所有的实证法化的制度安

[52] 关于概括条款适用的案例群方法,详见刘亚东:《民法案例群方法适用的中国模式》,载《环球法律评论》2021年第1期。

[53] 参见朱岩:《危险责任的一般条款立法模式研究》,载《中国法学》2009年第3期。

[54] 由于物权编实施严格的物权法定,不容许当事人创设法律以外的物权,在物权编领域不存在中观意义上的概括条款。婚姻家庭以及继承编在《民法典》上也缺乏中观层次意义上的概括条款。

[55] 参见前引[40],王利明书,第519-520页。

[56] 参见董学立:《诚实信用原则与公序良俗原则的界分》,载《法学论坛》2013年第6期。

[57] 参见于飞:《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》,载《中国社会科学》2015年第11期。

排之后的选择。

公序良俗是规制权利行使的内容，是底线性法律评价标准。<sup>〔58〕</sup>此概括条款设定了私法自治的基本框架，将合同双方违反社会公共秩序和公共利益的行为作为限制法律行为效力的消极要件，通过主体均可以主张绝对无效的制度安排，彻底否定合同的效力，以维护公共利益。<sup>〔59〕</sup>当然在此处与诚信的适用一样，必须检索是否有《民法典》第153条第1款的适用余地。如果不能适用第1款，方可适用公序良俗这一兜底性规定。针对公序良俗这一概括条款，我国学者立足本土司法实践总结出一系列案例群，如请托行为、违反性道德而为之赠与等等。<sup>〔60〕</sup>

## （二）人格权编的概括条款

滥觞于德国民法的一般人格权由我国《民法典》第109条、第990条第2款予以实证法化，其实质是作为人格权的概括条款。<sup>〔61〕</sup>《民法典》总则编第110条以及人格权编对于具体人格权的列举性规定，共同形成“一般人格权概括条款+具体人格权”的人格权体系。<sup>〔62〕</sup>一般人格权作为《民法典》人格权编的概括条款，以人格尊严、人格自由等法秩序内涵的基本价值为基础，这也就决定了一般人格权并非像列举的那些具体人格权一样具体确定、可以直接涵摄适用，而是一个非常广泛、难以界定、非终局性与待具体化的条款。<sup>〔63〕</sup>同时也表明一般人格权具有极强的包容能力、巨大的扩展和伸缩功能，以便法官能够以此为基础利用一般人格权这一概括条款补充生成具体人格权，<sup>〔64〕</sup>从而应对社会的不断发展对于人格权发展造成的新挑战和新要求。

作为概括条款的一般人格权理论没有确定内涵，是一种框架性权益，<sup>〔65〕</sup>虽然赋予法官根据具体情况判断是否对某项利益进行保护的自由裁量权，但是法官也并非随意发挥，而是应该基于人格权编最为基本的价值取向来作出决定，具体来讲就是某一项人格利益是否具有保护的必要性。其所调和的人格权编的基本矛盾就是：充分为人格利益遭受侵害的权利主体提供救济，充分实现人之尊严和人格自由，尽可能地将涉及该领域的人格利益纳入人格权法保护体系；但另一方面，一般人格权所包含的人格利益并没有明确的界限，如果对其保护过于宽泛，则难免会有侵蚀其他主体行为自由及社会公共利益之嫌。<sup>〔66〕</sup>例如有学者就基于我国的司法实践，对一般人格权

〔58〕 参见于飞：《〈民法典〉公序良俗概括条款司法适用的谦抑性》，载《中国法律评论》2022年第4期。

〔59〕 参见王利明：《论公序良俗原则与诚实信用原则的界分》，载《江汉论坛》2019年第3期。

〔60〕 关于公序良俗的案例群，各位学者的总结有所不同。具体参见李岩：《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》，载《法学》2015年第11期；蔡唱：《公序良俗在我国的司法适用研究》，载《中国法学》2016年第6期；黄喆：《合同效力之判定与公序良俗》，载《南京社会科学》2014年第4期。

〔61〕 参见朱晓峰：《民法一般人格权的价值基础与表达方式》，载《比较法研究》2019年第2期；房绍坤、曹相见：《论人格权一般条款的立法表达》，载《江汉论坛》2018年第1期；叶金强：《民法总则“民事权利章”的得与失》，载《中外法学》2017年第3期；尹志强：《论人格权一般保护之民法实现——兼评〈中华人民共和国民法总则〉第109条》，载《新疆社会科学》2017年第4期；易军：《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》，载《法学》2011年第8期。

〔62〕 参见梁慧星：《民法总则讲义》，法律出版社2018年版，第97页；张新宝：《中华人民共和国民法总则释义》，中国人民大学出版社2017年版，第215页；杨立新主编：《中华人民共和国民法总则释义与案例解读》，中国法制出版社2017年版，第404页；陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第750页。

〔63〕 参见冉克平：《一般人格权理论的反思与我国人格权立法》，载《法学》2009年第8期；韩强：《人格权确认与构造的法律依据》，载《中国法学》2015年第3期。

〔64〕 参见刘召成：《民法一般人格权的创设技术与规范构造》，载《法学》2019年第10期。关于一项权利如何生成的过程，详见方新军：《一项权利如何成为可能？——以隐私权的演进为中心》，载《法学评论》2017年第6期。

〔65〕 参见鲁晓明：《论一般人格权理论的反思与我国人格权立法》，载《法律科学》2013年第4期。

〔66〕 参见朱晓峰：《作为一般人格权的人格尊严权》，载《清华法学》2014年第1期。

这一概括条款的适用归纳出如下类型：一是对生命周期的破坏行为，二是欺诈性抚养行为，三是严重侮辱他人的行为，四是非法剥夺人身自由的行为，五是侵犯他人信用的行为等。<sup>〔67〕</sup>虽然这些类型的合理性有待考察，但是这毕竟是我国本土司法实践对于一般人格权创新发展作出的有益尝试，为我国新型具体人格权的创设奠定实践基础。因此，一般人格权作为人格权编的概括条款是整个人格权编的兜底条款，不仅弥补了各具体人格权列举不足的缺点，更是作为各具体人格权生成的规范基础。

### （三）侵权责任编的概括条款

传统上侵权法均以过错归责作为侵权行为的概括条款，然后对一些比较典型的类型作出列举式的规定，如我国《民法典》侵权责任编部分对于各种特殊侵权行为的调整。当这种列举式所规定的侵权类型，滞后于经济社会的发展时，过错归责的概括条款就会起到兜底的作用。<sup>〔68〕</sup>

在德国，侵权行为过错归责具体由《德国民法典》第 823 条以及第 826 条来调整，这就是著名的“三个小概括条款”（drei kleine Generalklausel）。<sup>〔69〕</sup>从法条上看，《德国民法典》第 823 条以及第 826 条均是具有完整构成要件的完全法条，但是为什么其会被称为概括条款呢？德国法学的主流观点认为，《德国民法典》第 823 条所保护的客体是“法益”以及“所有权和其他权利”，<sup>〔70〕</sup>“法益”具体是指“生命、身体、健康、自由”，“所有权”就是指那些符合“归属效能、排除效能和社会典型公开性”特征的权利，立法者将这两类对象运用过错原则予以保护。<sup>〔71〕</sup>问题就出在“其他权利”之上，在近几十年关于“其他权利”的司法适用上，已经呈现出了非常成熟的并且已经教义学化的“一般人格权”“企业框架权”等“其他权利”，也正是在此意义上本条被称为概括条款，<sup>〔72〕</sup>“其他权利”同时也是利益发展成为权利并与“法益以及所有权”同等保护的通道。<sup>〔73〕</sup>《德国民法典》第 823 条第 1 款是针对权利保护的条款。但是对于利益的保护，主要是以《德国民法典》第 826 条作为规范依据。

如上文所述，从历史上看，《德国民法典》第 826 条最早应用于《德国反不正当竞争法》（UWG）对于利益进行的保护，在司法适用上，第 826 条的“故意以违反善良风俗的方式”应该是最早被司法适用的概括条款。<sup>〔74〕</sup>利益的内涵和外延均极度不确定，因此，立法者对于利益的保护明显要严格于对权利的保护，比如第 826 条增加了“故意”以及“善良风俗”作为特别的构成要件。这一条款就是对所有利益进行保护的规范基础，至于哪些利益应该受到保护，这取决于

• 15 •

〔67〕 参见李岩：《一般人格权的类型化分析》，载《法学》2014年第4期。

〔68〕 参见前引〔3〕，王利明书，第134页。

〔69〕 Vgl. Medicus /Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., 2014, S. 454f.

〔70〕 Vgl. Esser /Weyers, Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, Teilband 2, 8. Aufl., 2000, S. 151ff.

〔71〕 具体参见于飞：《侵权法中权利与利益的区分方法》，载《法学研究》2011年第4期。

〔72〕 Vgl. Thomas Zeres, Bürgerliches Recht: Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., 2013, S. 336.

〔73〕 这里的处理方式，在我国已经为人格权编的一般人格权条款取代。

〔74〕 之前的《德国反不正当竞争法》第3条被认为是列举性条款，它将“疏忽”的定义与下列事实构成联系在一起：“凡在以竞争为目的的交易行为中，对交易关系，尤其是对具体的商品或产品性能或总的供给的性质，原产地，制造方式或价格安排，对价格清单……作出欺骗的说明的……”而没有现在该法第1条规定的概括条款：“凡是在以竞争为目的的交易行为中作出有违善良风俗的……”参见前引〔21〕，恩吉斯书，第150页。

社会的发展，并未有固定的标准，这也就是为什么这个条款被称为概括条款的原因。<sup>〔75〕</sup>《德国反不正当竞争法》修改之后补充了概括条款（现《德国反不正当竞争法》第3条），且包含了善良风俗这一价值判断标准。<sup>〔76〕</sup>《德国民法典》的立法者已经意识到概括条款在法律适用时，为法官提供了较大的自由裁量空间。善良风俗的内涵不断地改变，特别是在一战以及以后的经济领域中。借助同样的方式，政治变革也很快得以完成。<sup>〔77〕</sup>当然，虽然名义上《德国民法典》第823条第2款被笼统地称为概括条款，但是其与真正的概括条款有所不同，本款所援引的“保护性法律”依然在法律之内，因此属于上文所介绍的“引致性规定”。

我国侵权法采取的模式是“全面的概括条款+全面列举”，即《民法典》第1165条规定过错责任的大概括条款，在保护范围上采取的是“权益一体保护”模式，二者结合构成了我国侵权法不区分权利与利益的“大概括条款”（eine große Generalklausel）模式。<sup>〔78〕</sup>在分则部分对侵权的特殊主体以及特殊行为加以全面列举。<sup>〔79〕</sup>从法律文本上来看，对权利与利益的侵害认定采用一套标准，虽然被侵害的民事主体得到了全方位的保护，但是其缺点也显而易见，就是保护的范围过于宽泛，过度限制行为人的行为自由。<sup>〔80〕</sup>这也无怪乎诸多学者还是运用解释论将我国立法上所规定的“大概括条款”解释为德国式的“三个小概括条款”。<sup>〔81〕</sup>

《德国民法典》的三个小概括条款模式相比于我国侵权法上的大概括条款，概括程度显然更低，但这也并非质的区别，而仅仅是程度的差异。二者都为陌生人领域的行为提供了最低限度的标准，即过错归责，只是德国法的标准在判断上更为细致清晰，而我国侵权法的标准更为概括。<sup>〔82〕</sup>

传统大陆法系侵权法中所规定的危险责任非常有限，即“动物侵权”以及“建筑物侵权”两类，各国民法典中并没有所谓的“危险责任概括条款”，也就是说，危险责任并没有取得与过错责任等量齐观的地位，仅仅是例外规则。但是侵权法发展至当代，早已突破了传统过错归责的范畴，危险责任正在慢慢地走向概括条款化。<sup>〔83〕</sup>当然，在侵权责任编中危险责任是否能够成为与过错归责并驾齐驱的概括条款，还有待理论的进一步发展观察。<sup>〔84〕</sup>

侵权法的过错责任条款作为《民法典》侵权责任编的大概括条款，像一般人格权条款一样具有发展功能，兼顾权利救济与行为自由，在二者之间实现动态平衡。在此意义上，无论是人格权

〔75〕 Vgl. Maximilian Fuchs/Werner Pauker, Delikts- und Schadensersatzrecht, 8. Aufl., 2012, S. 3.

〔76〕 参见前引〔13〕，克莱默书，第43页。

〔77〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，吴越、丁晓春译，法律出版社2003年版，第83-84页。

〔78〕 参见王利明：《我国侵权责任法的体系建构——以救济法为中心的思考》，载《中国法学》2008年第4期；杨立新：《论埃塞俄比亚侵权行为法对中国侵权行为法的借鉴意义》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2005年第9期。

〔79〕 参见张新宝：《侵权行为法一般条款》，载《法学研究》2001年第4期；张新宝：《侵权法立法模式：全面的一般条款+全面列举》，载《法学家》2003年第4期。

〔80〕 之所以造成这种适用不清楚的情况，完全是因为保护范围中囊括了本应该由一般人格权这一概括条款调整的内容。

〔81〕 参见王成：《侵权之“权”的认定与民事主体利益的规范路径——兼论〈侵权责任法〉的一般条款》，载《清华法学》2011年第2期；葛云松：《侵权责任法保护的民事权益》，载《中国法学》2010年第3期；陈现杰：《〈侵权责任法〉一般条款中的违法性判断要件》，载《法律适用》2010年第7期。

〔82〕 关于大小概括条款的讨论，详细参见李承亮：《侵权责任的违法性要件及其类型化——以过错侵权责任一般条款的兴起与演变为背景》，载《清华法学》2010年第5期。

〔83〕 参见前引〔53〕，朱岩文：前引〔3〕，王利明书，第137页。

〔84〕 侵权法的理念主要着眼于“矫正正义”，因此过错归责可以成为侵权法的概括条款，但是危险责任着眼于“分配正义”，这明显与侵权法的基本理念相矛盾，因此将其作为例外尚能接受，如果将其一般化，则不甚妥当。

编的一般人格权抑或是侵权责任编的过错制度均是筛选机制,通过此筛选机制,将利益区分为两个层次,要么将部分利益认定为可赔偿的利益,要么将部分利益的损失认定为受害人自行承担。因此过错责任以及一般人格权均构成各自分编的兜底条款。

中观层面的概括条款同样适用案例群方法,相比于微观层面的概括条款有指引性规定,中观层面的概括条款需要权衡的因素更为宽泛,需要法官在每一编中寻找本编所要解决的基本矛盾,并从中寻找需要权衡的因素,进而形成案例群。

## 五、宏观层次的概括条款

总则编一般规定部分规定的概括条款是第7条的诚信以及第8条的公序良俗。<sup>〔85〕</sup>可以发现这两个概括条款在中观层次的合同编中已经出现,这时候面临的问题就是一般规定部分中的这两个概括条款与合同编中的两个概括条款是否相同。如果相同,为什么要重复规定两次;如果不同,有何实质差异。有学者认为此部分的诚实信用和公序良俗在规范属性上是法律原则,是从《民法典》各分编中的诚信和公序良俗通过整体类推的方式所得出,不能直接作为裁判依据充当三段论的大前提。<sup>〔86〕</sup>笔者认为,一般规定部分的诚信与公序良俗与分编部分的诚信与公序良俗在解释论上构成“一般与特殊”的关系,在合同编中需要适用概括条款时,直接适用合同编中的规定,而无需援引一般规定部分的概括条款。这仅是在合同编中遇到的情况,其他的各编较少或不存在类似情况。无论各编独立成编的理由有何不同,但是一般规定部分的诚信与公序良俗总是存在适用于各编的空间。总则编一般规定部分的概括条款作为宏观层次的概括条款,主要体现在两个层面:一是适用领域较广,主要承担补漏作用,如第8条的公序良俗条款也可以用于侵权领域用来调节对于利益的保护程度;二是所调节的私法基本矛盾更为根本,辐射的利益更为广泛。因此这两个条款可以称为整个《民法典》的兜底条款。

### (一) 适用领域的广泛性

诚信作为帝王条款适用领域宽泛,自不待言。<sup>〔87〕</sup>这里着重以公序良俗为例来谈宏观层次概括条款适用领域的广泛性。<sup>〔88〕</sup>在比较法上大多数国家和地区的侵权法均采取“权益区分保护”的思路,因此,均在侵权法中规定善良风俗条款作为利益保护的调节器,如《德国民法典》第826条,我国台湾地区“民法”第184条第1款第2句,均规定了故意以悖于善良风俗之方法损害他人的情形。但是我国《民法典》侵权责任编继续沿袭《侵权责任法》“权利与利益一体保护”的思路,在形式上并没有直接规定违反善良风俗这类侵权行为。

但是这种形式上不区分权利利益进行一体保护的思路,并不意味着司法实务遵循相同的方法论。恰恰相反,为了避免对于行为自由、市场竞争等价值造成过度侵害,<sup>〔89〕</sup>我国学界的主流意

• 17 •

〔85〕 诚信和公序良俗与平等、自愿、公平、绿色不同,前者对于民事交往具有消极控制的意义,而其他的均是私法的基本理念,并不能被直接援引为裁判依据,不具有适用性。详见朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第32页。

〔86〕 详见于飞:《基本原则与概括条款的区分:我国诚实信用与公序良俗的解释论构造》,载《中国法学》2021年第4期。

〔87〕 参见梁慧星:《民法总论》(第5版),法律出版社2017年版,第274-275页。

〔88〕 公序良俗可以区分为公共秩序和善良风俗,在本文中不严格区分二者,在同一意义上使用。

〔89〕 参见陈忠五:《契约责任与侵权责任的保护客体——权利与利益区别正当性的再反省》,新华林出版股份有限公司2008年版,第102页。

见还是主张对利益进行有限度的保护，在解释论上均主张借鉴比较法上的经验，进行限缩。<sup>〔90〕</sup>在目标设定上，理论界将立法上的“权益一体保护”转向司法适用上的“权益区分保护”，但是这一目标的达成，需要考虑在我国法上是否具有可行性。显然，合同编领域的善良风俗无法在这里适用，能够起作用的只有总则编一般规定部分第8条所规定的公序良俗条款，从这个意义上讲，公序良俗条款也同样适用于《民法典》侵权责任编。<sup>〔91〕</sup>另外遍观我国《民法典》的规定，可以发现公序良俗条款还适用在第10条法源条款用来限制习惯的适用、第979条第2款无因管理中限制受益人的真实意思、第1012条姓名权不得违反公序良俗、第1015条姓氏选取不得违反公序良俗等等。因此，总则编一般规定部分的公序良俗起到补漏的作用，适用范围宽广，但是在适用上具有劣后性。

## （二）调节利益的根本性

民法调整的关系为私人与私人之间的关系、私人与公共利益之间的关系。<sup>〔92〕</sup>虽然传统的民法理论倾向于将私法的价值基础作为规范统一和无矛盾的一致原则体系或内在体系，<sup>〔93〕</sup>但概括条款功能恰恰反映出私法基本价值之间存在冲突，需要动态平衡。宏观层次的概括条款针对整个《民法典》，需要权衡的价值也是民法最为基本的价值，可以概括为民法的三大基本矛盾。<sup>〔94〕</sup>

### 1. 实质性冲突：从意思自治到实质化价值的变迁

实质性价值冲突主要表现为意思自治与实质化价值之间的矛盾。意思自治和实质化价值这一对价值矛盾时刻处于紧张关系之中，民法中的任何一种制度均能找到其身影。也就是说，整体民法秩序不可避免地表现为意思自治和实质化价值两个相反极点之间的折中方案，民法的价值体系既不基于单一的意思自治也不基于单一的实质化价值，而始终是二者相互妥协的中间方案。这两个基本价值之间相冲突的张力始终存在。

概括条款在理论上被描述为“在个案中遁入实质化价值之门”（Einfallstore materialer Wertungen）。概括条款与民法中的其他规范不同，正因为存在概括条款，实质化价值的突破才在规范逻辑上成为可能。在法典中，概括条款被设置为开放的价值构成要件，从法典通过之初就将其作为私法秩序的基础，特别是在社会价值观剧烈变化需要寻找突破口的时期，作为平衡意思自治和实质化价值之间的价值差异，以及修正形式化私法所导致的不正义的法律效果的规范基础。比如在德国法上，有学者认为，如果《德国民法典》最初没有规定第242条的诚信作为适当的规范起点，那么就没有行为基础丧失理论（情势变更），或者换句话说，像行为基础丧失理论一样的其他法律制度几乎都以《德国民法典》第242条为规范依据。<sup>〔95〕</sup>

意思自治和实质化价值之间的价值差异导致了概括条款的出现。概括条款并非原因，而是民

〔90〕 参见于飞：《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》，法律出版社2012年版，第245页；前引〔81〕，葛云松文。

〔91〕 参见王道发：《公序良俗原则在侵权法上的展开》，载《法学评论》2019年第2期。

〔92〕 参见王轶：《民法典物权编规范配置的新思考》，载《法学杂志》2019年第7期。

〔93〕 参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第348页以下；前引〔48〕，黄茂荣书，第405页以下。

〔94〕 Vgl. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 10ff.

〔95〕 Vgl. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 43.; Rüthers, Die Unbegrenzte Auslegung, 6. Auf., 2005, S. 13ff.

法中存在实质化价值的结果；它的目的不是单一地将实质化的价值纳入民法中，而是在意思自治和社会化价值这对紧张的价值冲突中不断地进行新的权衡。

### 2. 形式性冲突：从形式理性到实质理性的变迁

形式性冲突就是法律安定性与个案正义之间的冲突，或称为形式理性与实质理性之间的冲突。通常认为，概括条款被用于个案正义和公平。<sup>〔96〕</sup>因此在形式理性和实质理性这一结构中，这一观点完全对应于上文已经提到的“实质价值之突破口”这一概括条款的主要特征。在此之后，概括条款似乎不仅要考虑社会化价值的可能性，而且由于其具备不确定性的形式特征，也同时承担着确保个案正义的任务。正是在法典中嵌入的概括条款，似乎使法官有机会在个别情况下修正因严格实施法律规则而引起的不公平现象。<sup>〔97〕</sup>因此可以得出结论：基于概括条款固有的创设性特征，它与法典中其他法律规范均有所不同。

最终，如维亚克尔所承认的那样，诸如《德国民法典》第242条之类的概括条款不过是法律确定性与个案正义之间冲突的表达：合目的性和可预测性，或更确切地说，个案正义和普遍性都是法律和正义的必要组成部分，但它们通常在实际的司法实践中会发生冲突。<sup>〔98〕</sup>因此概括条款是为了确保个案正义的开放式条款。

### 3. 制度性冲突：从法官拘束到法官造法

除了前面所讨论的实质以及形式冲突之外，现代民法的第三对价值冲突是制度层面的冲突，这主要涉及法官的法律续造问题。概括条款在处理法官拘束与法官自由之间的价值冲突时也扮演着重要角色。在关于法官造法的正当性讨论中，概括条款扮演了一个极为重要的角色。概括条款在民法中成为法官拘束与法官自由之间价值冲突的缓冲器。

概括条款作为“授权规范”，是司法自由裁量权和接纳法律外论证的突破口。例如行为基础丧失理论的出现，只有概括条款才能使法官创造成为可能。简言之，概括条款在法典中的规定似乎成为在其基础上发展法官法的必要条件。在此背景下，将概括条款称为“授权规范”，也就是说把本该属于立法者的权力转移给法官。<sup>〔99〕</sup>进一步讲，概括条款是立法部门和司法部门之间权力正常分配的例外情形，该条款授权法官具有造法权限，否则法官的任务仅在于执行宪法和法律的规定。概括条款的授权功能充当法官造法的依据。简言之，概括条款是法官约束和法官自由之间价值互相权衡的结果，并努力实现法官约束与法官自由之间的动态平衡。

总之，宏观层次的概括条款不仅适用范围广泛，而且协调的私法利益更为根本，宏观层次的概括条款明确地揭示出民法本身所蕴含的价值冲突。在具体适用时，相对于微观以及中观层面的

〔96〕 Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991., S. 366f.; Teubner, Standards und Direktiven, in: Generalklauseln, 2. Aufl., 1971, S. 59.

〔97〕 参见黄忠正：《论 Radbruch 公式》，载《政法法律评论》2013 年第 1 期；雷磊：《再访拉德布鲁赫公式》，载《法制与社会发展》2015 年第 1 期。

〔98〕 Vgl. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 10.

〔99〕 关于“授权规范”这一提法，最早可以追溯到利益法学派的主张。Vgl. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 4, S. 11ff.; Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 58; 最近的讨论可以参见 Teubner, Standards und Direktiven, 1971, S. 61; Bydlinski, Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung aktueller Generalklauseln, in: O. Behrends/M. Diebelhorst/R. Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990, S. 189, 199; Ohly, Generalklausel und Richterrecht, AcP201 (2001), 1, 7.

概括条款，宏观层面的概括条款在形成案例群时需要权衡的因素必须聚焦于民法学本身，基于民法学本身要权衡的基本矛盾来形成案例群。在此基础上宏观层次的概括条款通常被称为“实质性价值的阀门”“考虑个案正义的开放式条款”或“立法者对法官的授权规范”。

## 六、结 论

在民法中笼统地谈论概括条款，并不精确。虽然不同层次的概括条款都使用“概括条款”这一表述，但是各自的适用场域、承担功能均存在明显不同，因此在以后的学术研究、司法适用中必须仔细甄别，防止误用滥用。三个层次概括条款这一立法技术的安排，代表《民法典》的某一规范、《民法典》某一分编、整个《民法典》三种类型由内及外的渐次开放性，这同时也表明我国《民法典》并不拘泥于单一价值，而是秉持开放多元的立法理念，积极回应时代变迁，努力实现“以不变应万变”的法典理念。

---

---

**Abstract:** There are differences in the academic understanding of the general terms in the civil law, and there is still no consensus. The precise definition of general terms must follow the double standard of “formal features” and “substantial functions”. The formal features are uncertainty, requiring value supplementation, non-direct sufficiency, and structural ambiguity, and the substantial functions are accepting and citing, flexible adaptation, and authorization. Therefore, there should be three types of general clauses in Civil Code: micro-level, meso-level and macro-level. The general clauses at the micro level, or small general clauses, regulate a certain norm in civil law and serve as the bottom line of a clause. The general clauses at the meso level, or medium general clauses, refer to a certain subsection of the Civil Code, and serve as the bottom line clause of a subsection. The generalized clauses at the macro level, or generalized clauses, serve as the bottom line clauses of the entire Civil Code. These three types of clauses are all referral clauses, and they all apply the case group method. However, due to the different problems solved by each type of clause, the factors that form the referral of each case group also follow the principle from micro to macro.

**Key Words:** small general clause, medium general clause, big general clause, hierarchy, civil code

---

---

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

## “职务代理”独立性之质疑

刘 骏\*

**内容提要：**“职务代理”术语是受苏俄民法启发而来，苏俄民法上类似制度的特征有二：其一，代理人具有行政文件所任命的职务；其二，相对人因代理人的工作环境而信赖其被授权。《民法典》第 170 条不应适用于法人或非法人组织的法定代表人或负责人，担任某一职务的工作人员以组织名义的行为是否产生有权代理的效果，仍须求诸委托授权或表见代理进行具体判断。也不宜以经理权、代办权和店员代理权阐释或建构职务代理。从立法论上检讨，单独规定职务代理的意义较小。

**关键词：**职务代理 表见代理 默示授权 经理权 代办权

• 21 •

2017 年通过的《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）在争议声中规定了职务代理制度〔现为《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 170 条〕，其旨在规范法人或非法人组织的职员以组织名义行为时能否拘束该组织。《民法总则》制定过程中，职务代理人是否具有“无须特别授权”的特征，以及“职务”本身能否等于本人的授权意思表示，都富有争议。值得注意的是，相关讨论未明确指出这一概念的出处和其必要性。<sup>〔1〕</sup>从比较法来看，在大陆法系的德国法与法国法中，并无与此直接对应的术语或代理制度，而我国民法主要继受于大陆法系，首先可以追问职务代理到底来自何处，这一回答必须追溯自改革开放以来，中国法是如何表达职务代理的。其次，职务代理概念宽泛，并非法人或非法人组织内部的任一职务皆能授予代理权，“职务”是否有别于当事人意思而成为独立的代理权来源？实践中的确有不少法院通过认定行为人订立合同的行为属于职务行为，进而将其效果归属于法人或非法人组织。这导致我们追问，从适用范围和权限确定角度观察，职务代理相比委托代理和表见代理有何独立性？最后，《民法总则》通过前，有代表性观点主张参酌比较法，建议以经理权、代办权等完善职务代理制

\* 刘骏，华东政法大学法律学院特聘副研究员。

〔1〕 若干代表性论文，参见余延满、郭玉军：《试论企业法人一般工作人员的身份兼论职务代理》，载《法律学习与研究》1989 年第 3 期；尹西明：《职务代理初探》，载《河北法学》1998 年第 5 期；刘文科：《职务行为：商事司法与商事立法》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 51 卷，法律出版社 2012 年版，第 314 页；尹飞：《体系化视角下的意定代理权来源》，载《法学研究》2016 年第 6 期。

度，建立职务代理人的登记制度。<sup>〔2〕</sup> 遵循这一思路，《民法总则》通过后，有观点继续以经理权、代办权等阐释职务代理制度。<sup>〔3〕</sup> 这一路径果真合理吗？

为此，本文先明晰我国法是如何讨论职务代理的，追问其来源。随后，结合职务代理的适用范围和职务代理权限之确定，辨析这一制度的独立性。最后，本文尝试结合比较法考察和我国实证法状况，探讨以经理权、代办权和店员代理权阐释或建构职务代理的可行性。

## 一、职务代理之来源

### （一）中国法

#### 1. 法律依据

《民法总则》通过之前，主流学说认为职务代理的依据之一是《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第43条，<sup>〔4〕</sup> 该条规定：“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。”另依据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（法〔办〕发〔1988〕6号，2021年失效）第58条之规定，企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人的名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应承担民事责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（法发〔1992〕22号，2008年失效）第42条、《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》（法释〔2020〕17号，2020修正）第3条也规定了职务行为归属于法人或其他组织的效果。从上述法条使用的“承担民事责任”用语可看出，“职务行为”不仅包括法律行为的归属，还包括侵权行为的责任归属。

中国法学会的《民法总则草案专家建议稿》的征求意见稿（2015年4月19日）和提交稿（2015年6月24日）分别在“代理”章中第165条和第163条定义了“职务代理”。提交稿第163条第1款规定：“执行法人或者其他组织职务的人，就其职权范围内的事项，无须特别授权，就可以法人或者其他组织名义实施法律行为，其法律后果由法人或者其他组织承受。”该条第2款规定：“法人或者其他组织对其成员职权范围的限制，不得对抗善意第三人，法律另有规定的除外。”第1款规范职务行为的法律行为归属效果，第2款规范职务代理权的内部限制针对第三人的效力。2015年8月28日的民法室室内稿第130条的措辞基本未变化。后来的《民法总则（草案）》一审稿（2016年7月5日）在第150条中删去了“无须特别授权”的表达，将“职务”改为“工作任务”，并删除了但书。这些改动，特别是删去“无须特别授权”表明了立法者的犹豫。而在这之后的草案对职务代理的规定则变动不大。<sup>〔5〕</sup> 最终，《民法总则》第170条正式确立职务

〔2〕 参见前引〔1〕，尹飞文。

〔3〕 参见李宇：《民法总则要义》，法律出版社2017年版，第797页；徐深澄：《〈民法总则〉职务代理规则的体系化阐释》，载《法学家》2019年第2期。

〔4〕 参见江平、张佩霖主编：《民法教程》，中国政法大学出版社1986年版，第95页；佟柔、顾昂然、谢怀栻等：《中华人民共和国民法通则讲座》，中国法制出版社2000年版，第116页。

〔5〕 2016年10月31日《民法总则（草案）》二审稿第165条、2016年12月12日《民法总则（草案）》三审稿第174条、2017年3月8日《民法总则（草案）》四审稿相对于一审稿措辞几无变化，只是条文顺序有所变化；在学者建议稿方面，北京航空航天大学法学院的《民法典通则编建议稿》和中国政法大学的《民法总则建议稿》未规定职务代理，《中国民法典学者建议稿·总则编》第221条规定了职务代理。参见王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》，法律出版社2005年版，第359页。

代理。这些规定根植于之前有关职务代理的学说论述。

## 2. 构成要件

较早讨论职务代理的江平、张佩霖先生认为,依据代理权产生的根据不同,可将代理分为法定代理、指定代理、委托代理和职务代理,将职务代理作为一种特殊的代理制度。<sup>〔6〕</sup>他们认为职务代理权是根据行为人所担任的职务而产生的,法律依据是《民法通则》第43条,同时强调只有代理人的职务使得他必须与其他人产生财产关系时才是职务代理,例如商店的售货员、收款员等,虽然这些人无正式的委托,但根据其职务顾客可以判断其是代表企业在收货、收款等。<sup>〔7〕</sup>另一经典教科书认为,职务代理是根据劳动或雇佣关系中的职务而取得代理权,即其权限是因授权行为而取得,属于意定代理的具体类型,例如商店售货员依其职务售货、公共汽车的售票员售票、工厂的采购员为该厂订立采购合同。<sup>〔8〕</sup>但是,也有认为职务代理属于法定代理的少数观点。<sup>〔9〕</sup>对此笔者难以赞同,即使是公法人通过其工作人员参与民事法律生活,这也并非法定代理。

《民法总则》通过后,有观点主张职务代理权的范围是由法律直接规定的,诸如经理权、代办权等,但其取得来源于当事人的意思。<sup>〔10〕</sup>这值得商榷,法律直接规定权限范围仅能适用于经理权,不能适用于代办权,代办权实乃一般委托代理(见下文)。类似观点认为,意定代理权除可来自授权行为外,还可来自职务,即职务代理属于意定代理。<sup>〔11〕</sup>“职务”不关涉代理权的来源问题,而是解释代理权范围的因素之一,代理权来源和范围是两码事,所谓“意定代理权来源多元性”有待商榷。<sup>〔12〕</sup>结合《民法典》第170条第1款的体系位置,我们赞同职务的授予或授予何种职务仍取决于法人或非法人组织的意思,这原则上属于委托代理范畴。当然,职务或雇佣关系存在本身并不意味着同时授予代理权,具体还要看当事人的意思、职务类型等情况。<sup>〔13〕</sup>

从学说和上述草案的条文表述来看,一般认为职务代理的构成需要三个要件。首先,代理人需要是法人或者非法人组织的工作人员,二者存在劳动关系或委托关系,即职务代理人被纳入法人或非法人组织的机构内,为其工作。第二,需以法人或者非法人组织名义实施法律行为,这是显名主义的具体应用,以区分个人行为与职务行为。第三,该行为需与其职务范围有关,这涉及是否为有权代理,这一要件最为关键。对此有学者指出,职务代理必须发生在被代理人单位的办

〔6〕 参见前引〔4〕,江平、张佩霖主编书,第95页;吕文江、赵军:《浅谈职务代理》,载《山东法学》1989年第3期;前引〔1〕,余延满、郭玉军文;前引〔1〕,尹西明文。

〔7〕 参见前引〔4〕,江平、张佩霖主编书,第95页。

〔8〕 参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社2001年版,第314页;佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,第99页(该书中将职务关系作为委托代理的基础关系之一);佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,人民法院出版社2008年,第201页;马俊驹、余延满:《民法原论》(第4版),法律出版社2010年版,第224-225页;王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第629页;前引〔3〕,李宇书,第793页;陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1206页。

〔9〕 参见佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第75页。

〔10〕 参见杨秋宇:《融贯民商:职务代理的构造逻辑与规范表达》,载《法律科学》2020年第1期。

〔11〕 参见前引〔1〕,尹飞文。

〔12〕 参见郑泰安、钟凯:《民法总则与商事立法:共识、问题及选项——以商事代理为例》,载《现代法学》2018年第2期。

〔13〕 参见许德风:《意思与信赖之间的代理授权行为》,载《清华法学》2020年第3期。

事机构所在地，<sup>〔14〕</sup> 这一理解似乎更符合其所参考的苏俄民法中的“代理人因工作环境而表明其被授权”（见下文）。但是，《民法总则》历次草案和司法判决并未强调这一要件。然而，我们可以追问，上述有关职务代理的规定和学者们的阐释是受比较法上哪个代理制度的启发而来？

## （二）苏俄民法上之“职务代理”

我国属于民法继受国家，“职务代理”或“职务行为”应是受苏俄民法启发而来，后被我国学者演绎。一方面，从历史背景来看，20 个世纪 70、80 年代，民法教学和研究刚复兴，苏联的民法学说和理论在这一期间发挥了重要作用，特别是对《民法通则》的制定影响较大。另一方面，从具体构成要件来看，我国学者所言的“职务代理”几乎等于苏俄民法中的“因代理人所处之环境而可得出其被授权”。

在代理方面，依据 1964 年《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国民法典》（以下简称《苏俄民法典》）第 62 条第 1 款<sup>〔15〕</sup>和 1992 年《俄罗斯民法典》第 184 条第 1 款第 1 段<sup>〔16〕</sup>之规定，苏俄民法将代理分为三种：<sup>〔17〕</sup> 第一，以委托书所体现的某人的意思表示为根据的代理，即委托代理；第二，以行政文件中所体现的意思表示为根据的代理；第三，因法律文件中特别规定的行为和事件而产生的代理，指法定代理。

苏联学者认为第二种代理形式常常在颁布关于委任职务的命令时发生，被代理人是指颁布行政文件的组织或法人，而代理人则是指文件所指明的某个具体人。<sup>〔18〕</sup> 而这种行政文件是由为居民需要服务的企业和国家机关等（如商店、车站和洗衣房）发布的，售货员、出纳员、收货员和收件员等都是代理人。这类代理人的代理权是在有关的行政文件发布后产生的，而代理权则是在代理人即工作人员履行他的劳动义务的过程中实现的。<sup>〔19〕</sup> 至于权限范围，这类代理人在进行代理活动时多不被要求出示能够证明代理权的文件，因为他们从事活动的环境就可以表明其被授权。<sup>〔20〕</sup> 这一权限判断的法律依据是 1964 年《苏俄民法典》第 62 条第 2 款，该款规定：“代理人（零售商店的售货员、售票员等）从事活动的环境，也可以表明其被授权。”1992 年的《俄罗斯民法典》第 182 条第 1 款第 2 段保留了这一规定。

可以看出，苏俄民法上这种“职务代理”产生于政企不分的计划经济时代，其主要特征在于：第一，被行政管理部门任命的代理人属于国家或企业的工作人员，后者从事代理行为既属于权利也属于职责；第二，这类代理人通常所处的工作环境即可使第三人相信其有权，即在权限判断上属于默示授权或权利外观法理。对比苏俄民法上的“职务代理”规定，20 世纪 80 年代以来

〔14〕 参见前引〔1〕，尹西明文。

〔15〕 参见中国社会科学院法学研究所民法研究室译：《苏俄民法典》，中国社会科学出版社 1980 年版，第 23 页。下文中《苏俄民法典》条文均引自本书。

〔16〕 参见黄道秀译：《俄罗斯联邦民法典》，北京大学出版社 2007 年版，第 103 页。下文中《俄罗斯民法典》条文均引自本书。

〔17〕 参见〔苏〕格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编：《苏联民法》（上），中国社会科学院法学所民法经济法研究室译，法律出版社 1984 年版，第 199-201 页；〔苏〕B. T. 斯米尔诺夫等：《苏联民法》（上卷），黄良平、丁文琪译，中国人民大学出版社 1987 年版，第 202 页；〔俄〕E. A. 苏哈诺夫主编：《俄罗斯民法》（第 1 册），黄道秀译，中国政法大学出版社 2011 年版，第 378 页。

〔18〕 参见前引〔17〕，格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编书，第 201 页；前引〔17〕，B. T. 斯米尔诺夫等书，第 202 页。

〔19〕 参见前引〔17〕，格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编书，第 201-202 页。

〔20〕 参见前引〔17〕，格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编书，第 201-202 页；前引〔17〕，E. A. 苏哈诺夫主编书，第 379 页。

我国学者有关职务代理的论述应属于取法苏俄。比如,有学者在讨论企业法人通过职务授权其工作人员时,参引《苏俄民法典》第62条第2款。<sup>〔21〕</sup>至于典型的“无须特别授权”的职务代理人,诸如售货员、售票员等,也是与苏俄民法上的论述相同,在政企不分的计划经济时代,这些职员对外行为属于其职责。类似地,张谷从江平等先生20世纪80年代编著的民法学教材推测,职务代理应从苏俄借鉴而来,而民商合一的苏俄法似是在学习、简化德国民商法的时候,把《德国商法典》当中非独立的商事辅助人拥有的代理权,包括经理权、代办权以及商店和仓库职员的代理权等,合并成了职务代理。<sup>〔22〕</sup>考虑到1992年的《俄罗斯民法典》在第1005条以下单独规定了“代办”,又考虑到经理权、代办权与商店和仓库职员的代理权显然不同,苏俄法上的“职务代理”很可能仅对应着后者。<sup>〔23〕</sup>不过,从我国《民法典》第170条第2句“对职权范围的限制不可对抗善意第三人”来看,这一表达多少受到了代办权和经理权之影响(见下文)。

在法律借鉴时,我国的职务代理未强调苏俄民法上“因工作环境而得出代理人已被授权”这一重要特征,即代理权限的判定需要结合行为人的工作场所以及交易的典型性,如售货员、售票员等。我国不强调这些特征而涉及法人和非法人组织内的所有职务,从而扩大了职务代理的适用范围,成为一种不完全规范,<sup>〔24〕</sup>适用时明确性较低。在回顾“职务代理”这一概念的来源之后,有必要通过探究职务代理的适用范围和权限确定,追问职务代理的独立性。

## 二、职务代理之适用范围和权限

• 25 •

判断职务代理的适用范围及其权限,对于区别职务代理与包括委托代理、表见代理在内的一般代理制度有着重要意义。为此,应先明确职务代理的适用范围,接着讨论职务代理权限之确定。

### (一) 适用范围

从适用范围上看,法定代表人和非法人组织的负责人以法人或非法人组织名义行为的也属于广义的职务代理,因代表法人或非法人组织也属于法定代表人履行其职责的职务行为。因此有观点主张,规范上应当以商事职务代理概括法定代表人的代表权和其他具有职务的工作人员代理权,统一对待《民法典》第61条第3款和第170条。<sup>〔25〕</sup>类似观点认为职务代理人应囊括公司法定代表人、合伙企业的业务执行人等。<sup>〔26〕</sup>但因有《民法典》第61条、第108条、第504条(《中华人民共和国合同法》第50条)以及《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》第37条等特别规范,《民法典》第170条的适用范围中应排除法人、非法人组织的代表人或负责人。<sup>〔27〕</sup>实

〔21〕 参见前引〔1〕,余延满、郭玉军文。

〔22〕 参见张谷:《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》,载《中国应用法学》2017年第4期。

〔23〕 从比较法来看,苏俄法上的规定大致相当于德国法和瑞士法上的“店员或仓库职员的商事代理权”(《德国商法典》第56条、《瑞士债法典》第462条),都是对特定营业环境下工作人员代理权的推定,二者之间的亲缘关系有待进一步考证。

〔24〕 参见杨芳:《第172条表见代理规则评注》,载朱庆育主编:《中国民法典评注》,中国民主法制出版社2021年版,第168页。

〔25〕 参见前引〔8〕,陈甦主编书,第1206页;冉克平:《论商事职务代理及其体系构造》,载《法商研究》2021年第1期。

〔26〕 参见聂卫锋:《职权代理的规范思路与法律表达——〈民法总则〉第170条评析》,载《北方法学》2018年第2期。

〔27〕 参见前引〔3〕,李宇书,第793页。

际上，在尊重法律对其权限规定的前提下，经登记的法定代表人或负责人当然有权以组织名义行为，属全权代理人且有明确的归属规范，<sup>〔28〕</sup>不必将其纳入《民法典》第170条适用范围之内。<sup>〔29〕</sup>以公司为例，法定代表人当然有权代理公司，无须授权即可以公司名义行为，其他工作人员并无此项权力；与此相应，法定代表人须经工商登记，其他工作人员并无此对待，二者并不能等量齐观。适用《民法典》第170条职务代理时应排除法人、非法人组织的法定代表人或负责人等全权代理人。

在《民法总则》通过前，有观点认为，法人或者其他组织成员的职务行为仅限于法定代表人或负责人的行为，其他人员以团体名义从事的行为不属于职务行为，除非构成表见代理，否则行为后果不应由法人承担。<sup>〔30〕</sup>该观点意图限制职务代理的适用范围，意味着其他工作人员以团体名义行为也需要经授权或其行为需构成表见代理。据此，职务代理相比委托代理或表见代理属多余。但实务中的案例并未遵守这一观点，非属法定代表人或负责人的其他工作人员的行为也可能构成职务代理，江苏省高级人民法院更是将职务行为细分为职务代理和职务代表。<sup>〔31〕</sup>

在承认《民法典》第170条主要适用于法人或非法人组织中低层职员的前提下，法律也未限定职务代理人的权限范围。我国实证法上很少见法律规定职务代理人及其权限范围。<sup>〔32〕</sup>比较法上，法律多明确规定全权代理人的权限范围并配合登记制度，诸如经理权、公司机关代理权等，而不会去规定企业中低层职员的权限范围。盖这一规定既不可能也难称合理，毕竟企业中低层职员众多、类型多样，各职务所体现的授权范围并不一致。

性质上，职务代理多属概括代理或种类代理，而非就某一特定事项有代理权，凡是与职务范围有关的行为皆属有权代理。就职务代理人拟作出的法律行为，若相对人提前仔细核对了代理人的授权委托书，则出现争议的情形较少。被纳入企业组织机构的代理人实乃企业运转所不可缺少，在商事交易快捷性的要求下，第三人多从其所处的地位和职务称号等推断出其有相应的代理权，<sup>〔33〕</sup>如“主任”“经理”等称号，而无须每次交易时皆要求这些商事代理人出示其授权委托书。无具体授权委托书，而仅凭借其称号或地位参与交易的代理人属《民法典》第170条的主要规范对象。

综上，我们认为，职务代理旨在调整法人或非法人组织内部中低层工作人员以法人或非法人组织名义完成法律行为的效力。对于这些职员，考虑到我国法几乎未规定这些职务代理人的类型、权力以及相应的登记，该如何确定其权限范围呢？

## （二）权限之确定

职务代理人权限之确定须求诸民法关于代理权的一般规定。以他人名义行为之所以并非私人

〔28〕 参见刘骏：《揭开机关理论的面纱：区分“代表”与“代理”以及“雇员”与“机关”之无益论》，载《河南大学学报（社会科学版）》2020年第5期。

〔29〕 相反观点认为，与非法人组织负责人相关的“职权代表”行为在规范体系上似仍属于第170条的适用范围。参见前引〔26〕，聂卫峰文。

〔30〕 参见宋晓明、朱海年、王闯、张雪梅：《民商事审判若干疑难问题》，载《人民法院报》2006年9月20日，第005版。

〔31〕 参见《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》（苏高法审委〔2005〕16号）第16条。

〔32〕 仅有部门规章规定了职务代理人，例如《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第2条有关建筑企业项目经理的规定，但法律并未要求其必须经登记。

〔33〕 参见陈自强：《代理权与经理权之间》，北京大学出版社2008年版，第102页。

自治的例外，是因为行为人具有代理权限，职务代理人也不例外。第一，代理人的权限可基于本人明示或默示的委托授权。明示授权是指本人向代理人口头或书面明确表示授予其代理权限，此时代理人的权限范围取决于本人作出的、代理人所受领的授权意思，所谓本人向相对人所作的外部授权在我国并无规范基础，也无必要。<sup>〔34〕</sup>然而，很多场合本人并未明确表示其授予代理权于代理人，而该授权可从交易的具体环境中推出。默示授权即是结合交易时的具体场景，包括被代理人的行为和代理人所处之地位等，而推断出代理人具有相应的代理权。质言之，默示授权是在本人未明确表达授权意思表示的情况下，结合交易时的具体场景、交易习惯等具体因素，对代理权予以推定。<sup>〔35〕</sup>公交车售票员当然可被认为有以公司名义接受款项和售票的权限，代理公司售票的权利是其劳动合同的一部分；商店雇佣的售货员当然就商店营业事务有默示代理权限。我国法上只在《民法通则》第66条第1款提及了一种类型的默示授权，即被代理人知道他人以其名义行事而不反对的，产生代理法效果。<sup>〔36〕</sup>但默示授权这一法理应是予以认可的。第二，代理人的权限还可来自本人所创造的权利外观，即表见权限，自不待言。<sup>〔37〕</sup>

#### 1. 职务：授权行为抑或权利外观？

依据《民法典》第170条第1款的规定，代理人在“职权范围内”和“以法人或非法人组织的名义”导致法律行为效果的有效归属。依据《民法典》第170条第2款之规定，对职务代理人权限的限制不可对抗善意第三人。问题是如何理解“职权范围”。判决在判定法人或非法人组织内部中低级职务人员以组织名义行为的效果归属时，主要有职务行为和表见代理两种路径。

有判决认为，法人或非法人组织工作人员以组织名义的行为构成职务行为，<sup>〔38〕</sup>进而产生有权代理的效果。其逻辑是，某些职务的授予同时蕴含着代理权之授予，<sup>〔39〕</sup>代理人在其职权范围内的行为属有权代理。《民法总则》通过前，主流观点即认为职务代理人无须特殊授权，就职务范围内的事项可以代理法人。换句话说，他的职务或地位就表明了其有权代理法人，<sup>〔40〕</sup>第三人无须要求代理人向其出示授权委托书，而是径行依据其职务进行权限推定。在这一理解下，职务代理与默示授权非常接近，前者是从代理人之职务得出其具有相应的代理权限，后者是相对人从交易客观环境（包括代理人的职务等）得出代理人的权限，二者都非属明确授权。这一路径贯穿于《民法总则》适用前和适用后。

还有判决认为法人或非法人组织工作人员的行为构成表见代理，<sup>〔41〕</sup>虽然被代理人争议其工

• 27 •

〔34〕 参见王浩：《论“代理权滥用法律”之滥用》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2021年第3期。

〔35〕 See Christian von Bar & Eric Clive eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol 1, Sellier, 2009, pp. 416–417, 419; [德]海因·克茨：《欧洲合同法》（上），周忠海等译，法律出版社2001年，第323页；Art. 2.2.2 (1) Unidroit Principles 2016, p. 82.

〔36〕 参见杨代雄：《容忍代理或默示授权》，载《政治与法律》2012年第4期。

〔37〕 See P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge—Tome II : Les obligations*, Bruylant, 2013, n° 1177, p. 1749.

〔38〕 参见新疆维吾尔自治区巴音郭楞蒙古自治州中级人民法院（2021）新28民终1564号民事判决书；最高人民法院（2016）民申591号民事裁定书；北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第5800号民事判决书；广东省佛山市中级人民法院（2005）佛中法民一终字第746号民事判决书；刘文科：《企业职员的代理权研究——商法思维与民法思维的异同》，载王保树主编：《中国商法年刊（2013）》，法律出版社2013年版，第163页。

〔39〕 参见前引〔24〕，杨芳文，第166页。

〔40〕 参见前引〔1〕，尹西明文；前引〔8〕，王利明书，第629页；前引〔1〕，刘文科文，第314页。

〔41〕 参见潘军锋：《建设工程施工合同案件审判疑难问题研究》，载《法律适用》2014年第7期；周功灿、绍兴仲：《浅谈项目经理行为定性为表见代理的构成》，载 <http://www.civillaw.com.cn/bo/zwz/?id=28967#>，最后访问时间：2022年11月15日；最高人民法院（2014）民申字第545号民事裁定书；安徽省高级人民法院（2013）皖民二终字第00443号民事判决书。

作人员享有代理权，但结合案涉具体情形，诸如职务高低、交易习惯和交易场景等，行为人的“职务”构成相对人可合理信赖的权利外观。基于这一信赖相对人无需核实行为人是否被授权，代理权外观表征着权限的大小。即真实的权限不符合第三人依据职务代理人所处情形（包括职务）作出的通常推断，那么应由本人承担这一不利后果。在一起典型案件中，<sup>〔42〕</sup>某保险公司在某地的营销部负责人在任职期间，私自伪造保险单和保险业务专用章，通过营销部的销售门市销售给第三人，后购买该保单的投保人的车辆发生了交通事故。保险公司抗辩其与投保人未形成保险合同关系，不应当承担赔偿责任。二审认为，作为善意相对人的投保人有理由相信其购买的保险是真实的，伪造保单的营销部负责人行为属于职务行为，不能免除保险公司的责任。有观点将该负责人的行为解读为表见代理。<sup>〔43〕</sup>裁判文书中强调的“有理由相信”极易使人想到表见代理的构成要件。类似地，在有些案件中，法院判断工作人员的行为是否产生有权代理效果时，同时诉诸职务行为或表见代理，<sup>〔44〕</sup>或者本人抗辩所涉行为不构成表见代理时，法院结合案涉事实不认可该抗辩而认为该行为构成职务行为。<sup>〔45〕</sup>

## 2. 功能视角

实际上，授权行为说（或职务行为说）和表见代理的功能类似。

第一，就代理行为而言，通常情形下与职务代理人或表见代理人交易的相对人未在交易前明确要求他们明示授权委托书并详细审查之。有力说认为，表见代理所谓“有理由相信行为人有代理权”实质是指本人对外作出了旨在证明代理权存在的通知，故相对人无需再对行为人是否有代理权进行核实。<sup>〔46〕</sup>而依授权行为说，相对人依据包括代理人职务在内的客观环境进行权限推定，相信代理人有与其职务相应的权限。即二者皆是相对人直接信赖代理人有权限，而无需进一步核实。

第二，职务行为说和表见代理皆产生有权代理的效果，且判断路径相似。职务行为说是从代理人所担任的职务出发，同时结合相对人对该职务的合理信赖。表见代理也是结合第三人的合理信赖和代理权外观。一方面，在本人否认行为人为有权代理的前提下，<sup>〔47〕</sup>依职务行为说，相对人通过观察代理人履行职务的行为而信赖其有与其职务相应的代理权；表见代理的逻辑则是以第三人善意信赖权利表象来弥补代理人内部真实代理权的缺失，<sup>〔48〕</sup>二者相差不大。另一方面，从代理人与本人之内部关系和代理人与第三人之外部关系区分的角度看，职务行为说区分内部真实授权和外部代理权，而表见代理也能起到界定外部法律关系以及区分内外法律关系的效果。<sup>〔49〕</sup>也就是说，尽管本人否认其代理人的行为属有权代理、否认该行为符合其和代理人之间的内部关系，但在对外层面上并不妨碍本人被拘束。在实际操作中，职务这一因素以及交易时的其他客观

〔42〕 参见“刘雷诉汪维剑、朱开荣、天安保险盐城中心支公司交通事故人身损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2012年第3期。类似案件参见最高人民法院（2002）民二终字第42号民事判决书。

〔43〕 参见北大法宝对该案的解读，【法宝引证码】CLI.C.826702。

〔44〕 参见最高人民法院（2015）民申字第418号民事裁定书。

〔45〕 参见广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终25409号民事判决书。

〔46〕 参见王浩：《“有理由相信行为人有代理权”之重构》，载《华东政法大学学报》2020年第4期。

〔47〕 若本人不争议行为人实施的代理行为，很难出现表见代理或《民法典》第170条第2款的适用。

〔48〕 参见叶金强：《论代理权授予行为的有因构造》，《政法论坛》2010年第1期。

〔49〕 参见前引〔46〕，王浩文。

环境要素和第三人的善意互为补充、相辅相成，主观信赖需要客观因素来证成，客观因素促成主观信赖之生成，二者很难截然分开。或有观点认为，以授权行为阐释职务行为与表见代理并不相同，因为表见代理需要本人具有归责性，而且相对人需要对此予以举证。主流学说提倡表见代理构成要件中应包括本人的归责性，<sup>〔50〕</sup>而赋予代理人特定职务、将代理人纳入法人组织结构并允许或任其以法人名义行为，也可证成归责性之判断。在归责性这一问题上，二者在实际运作中差别甚微。

至于举证责任，在授权行为框架下，相对人需要结合交易具体情形，证明代理人的职务构成代理权通知。即第三人举证其相信所缔结交易属于代理人的职务范围之内，辅以交易时的客观环境因素，概因主张有代理权者，得负举证责任。然后由本人来证明相对人的信赖不合理或属恶意。在表见代理框架下，相对人需要证明其可合理信赖与本人有关的代理权外观，包括赋予职务、交易环境等，而由本人来证明相对人的非善意。<sup>〔51〕</sup>二者在这方面差别不明显。

因此，可以说表见代理与授权行为形成适用上相竞争的趋势，二者发挥类似的功能，皆考虑相对人对职务外观的合理信赖以及本人可归责性，外观上并非履行职务的行为很难同时构成表见代理。

这一判断有助于明晰对《民法典》第170条第2款所谓“内部限制不可对抗善意第三人”存在的理解争议。第一种观点认为这属于权利外观机制。<sup>〔52〕</sup>相反观点认为，职务代理中的相对人虽可对代理人的权限产生信赖，但它产生于商事登记和法律对代理权范围的直接规定，原则上与本人无关，因此不能认为职务代理与表见代理的构成要件相同。<sup>〔53〕</sup>第三种观点认为，其属于代理权滥用，<sup>〔54〕</sup>即本人的内部指示不影响外部代理权。就第二种观点而言，无论是比较法还是中国法，存在商事登记以及法律对代理权范围直接规定的主要是全权代理人，即经理权人、法定代表人和合伙企业业务执行人等，如前所述，这些并非《民法典》第170条职务代理的适用范围，而且《民法典》第170条不宜解释为关于经理权的表达（见下文）。至于第三种观点，其一，代理权滥用的主要适用领域是代理人损害本人利益场合；<sup>〔55〕</sup>其二，内部限制或指示不影响外部权限符合经理权机制而不适用《民法典》第170条第2款，经理权人的权限法定，而本人对职务代理人的内部指示构成权限的部分撤回或限制，至于这些限制能否对抗第三人则是另一问题。

我们更赞同第一种观点，给予代理人职务的同时蕴含着（内部）授权，<sup>〔56〕</sup>在这一授权被通知于外后，哪怕事后就权限之行使本人给予代理人更具体的指示或限制，只要这些限制未被有效

• 29 •

〔50〕 参见叶金强：《表见代理构成中的本人归责性要件》，载《法律科学》2010年第5期；杨代雄：《表见代理的特别构成要件》，载《法学》2013年第2期。

〔51〕 参见前引〔46〕，王浩文。

〔52〕 参见王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》（下），中国法制出版社2017年版，第765页；沈德咏主编：《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》（下），人民法院出版社2017年版，第1123页。相反观点参见前引〔3〕，李宇书，第796页。

〔53〕 参见前引〔10〕，杨秋宇文。

〔54〕 参见前引〔3〕，徐深澄文。

〔55〕 参见前引〔34〕，王浩文。

〔56〕 即使从外部授权的观点观察，法人或其他组织对其工作人员公开赋予职务，也可解释为外部授权，这与内部授权、外部通知并无实质差别。

传达给外部第三人即不影响代理人据此行为的有效性。《民法典》第170条第2款旨在解决本人应承受内部代理权与外部职务所蕴含的通常代理权不一致之风险。还有观点认为《民法典》第170条第1款和第2款存在逻辑矛盾，因为既然职务代理人的职权本来就基于内部授权产生，并且职权范围受到所谓的内部限制也属职权的常态，何以第1款满足代理行使要件的职权行为，要受到第2款的例外性限制。<sup>〔57〕</sup>这一质疑值得商榷，在范围非常具体的授权情形下，出现外部权限和内部权限之差异的可能性较小，但在概括授权时，外部展现的代理权和内部权限可能有差异。《民法典》第170条第2款规范的并非内部授权符合外部代理权外观的情形，而是代理权外观大于内部授权范围。比如某人被委任担任商店的售货员，在履行职责的过程中其可能收到雇主更具体的指示，原则上这些指示并不影响其对外权限，因为通常这些具体指示并不能被有效通知于外。

因此，从功能角度考虑，所谓的“职务行为”可被授权行为或表见代理所代替，其独立性成疑。既然可以现有的制度规范之，为何要单独规定职务代理？未意识到职务代理的身份危机，不同观点则认为须以经理权、代办权和店员代理权来阐释职务代理。

### 三、质疑以经理权、代办权和店员代理权阐释职务代理

《民法总则》通过前，有代表性观点主张参考比较法做法，对法人或非法人组织中经理人、代办人和商店等公开经营场所的职员等的代理权以及实践中各代理商的代理权分别加以规定，并配合相应的登记制度。<sup>〔58〕</sup>与此类似，有观点主张，应在总则编代理制度中设置商事代理的转介规范，指明经理人及其他商业使用人的职务代理、代理商的商事代理在《民法典》中的体系位置，并在合同编部分规定经理权、其他商业使用人合同（企业销售人员、店员代理权等）以及代理商合同。<sup>〔59〕</sup>《民法总则》通过后，类似观点进一步指出《民法典》第170条关于职务代理的规定过于简略，可操作性不强，应结合比较法上的经理权、代办权等类型完善职务代理。<sup>〔60〕</sup>另有观点主张《民法典》第170条可涵盖商法上的经理权和代办权，融贯民事代理和商事代理。<sup>〔61〕</sup>然而果真需要一并规定经理权、代办权和店员代理权，或者以之来阐释《民法典》第170条吗？处理这一争议问题，要求我们首先探讨何为经理权、代办权和店员或雇员代理权，考虑到当前存在对其理解不准确的现象，随后结合比较法和我国实证法，评析这一建议。

#### （一）经理权、代办权和店员代理权模式

《德国民法典》在总则编规定了一般代理制度，《德国商法典》还规定了若干商事代理人，从第三人和本人与人之间关系角度考虑，主要有经理权、代办权和店员或仓库职员代理权。采纳这一代

〔57〕 参见前引〔26〕，聂卫锋文。

〔58〕 参见前引〔1〕，尹飞文。

〔59〕 参见曾大鹏：《民法典编纂中商事代理的制度构造》，载《法学》2017年第8期。

〔60〕 参见前引〔10〕，杨秋宇文。

〔61〕 参见前引〔3〕，李宇书，第797页。

表性立法模式的还有瑞士法、〔62〕葡萄牙法〔63〕和日本法〔64〕等。有观点在讨论商事代理时提及有必要规定代理商，〔65〕比较法上对代理商的规范重心在于其与委托人之间的内部关系，而非外部关系，〔66〕代理商是否有缔约权限仍取决于其是否被授权，仍属于委托代理，故我们在此不予讨论。

### 1. 经理权

《德国商法典》第43条至第50条规定了经理权（Prokura）制度，〔67〕其主要特征有二：第一，除法律规定的限制之外，经理权享有概括权限，对经理权的内部限制不得对抗第三人，第三人对该内部限制的简单知情不足以认定为恶意；第二，经理权人必须经商事登记。以法律明确全权代理人的权限以及强制登记，有利于维护交易安全和迅捷。除个体商人可授予经理权外，经理权还适用于公司等团体，具体规范有德国《有限责任公司法》第37条、《股份有限公司法》第82条和《德国商法典》第125条等。值得一提的是，自1968年以来，经理权制度统一了欧盟（及其前身“欧洲共同体”）资合公司的机关代理制度。〔68〕这表明了源于中世纪商事习惯的经理权制度具有强大的生命力。我国有观点认为在法律直接规定某类代理人的代理权范围情况下，诸如经理权情形，无需单独的授权行为，〔69〕这一理解忽略了权限法定和授权行为是两码事，完全可出现权限发生意定但权限内容法定的情况。

### 2. 代办权

依据《德国商法典》第54条第1款和第2款之规定，代办权是指未经授予经理权而有权经营营业，或实施属于商事营业的某种或某个别行为，在尊重法律关于代理权的限制或提示的前提下，其代理权及于此种商事营业的经营或实施此类行为通常会产生的一切法律行为。同时，依据《德国商法典》第54条第3款之规定，对于代办权的其他限制只有在第三人明知或应知时，才对第三人有效。有观点似认为代办人的权限范围乃法定，这并不准确。〔70〕虽然代办权被列入商法典，但相比《德国民法典》第167条的一般授权并无太大特色，其本质上属于意定代理。〔71〕《德国商法典》第54条第1款规定了对于权限范围的推断，本人可以自由决定授予代办人的权限范围，第3款则规定了在代办权偏离通常推断范围的情况下的善意保护。这就意味着第54条第1

• 31 •

〔62〕《瑞士债法典》第32条及其以下规定了一般代理制度，而在第十七编“经理人和其他商事代理人”中规定了经理人（第458条及其以下）和代办人（第462条）。

〔63〕参见〔葡〕乔治·曼努埃尔·高迪纽德·阿布莱乌：《商法教程》（第一卷），王薇译，法律出版社2017年版，第111页。

〔64〕《日本商法典》第21条、第25条和第26条分别规定了经理权、代办权和店员或仓库职员代理权。参见刘成杰编：《日本最新商法典译注》，中国政法大学出版社2012年版，第55、61页。

〔65〕参见樊涛：《我国民法典的制定与商事规范的构建》，载《法学杂志》2016年第11期。

〔66〕参见陈自强：《从欧盟及德国代理商法看我国民法之代办商》，载《政法法学评论》第113期。

〔67〕本文中《德国商法典》条文均引自杜景林、卢湛译：《德国商法典》，法律出版社2010年版。

〔68〕See Article 9 of Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law；刘骏：《“表见代表”之虚与实》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2022年第10期。

〔69〕参见前引〔1〕，尹飞文。

〔70〕参见前引〔10〕，杨秋宇文；前引〔12〕，郑泰安、钟凯文；前引〔22〕，张谷文。

〔71〕参见〔德〕C·W·卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第384页；卢湛：《〈德国商法典〉：解构抑或重构》，载《德国研究》2014年第2期；〔德〕保尔·拉邦德：《依〈德国普通商法典〉缔结法律行为时的代理》，刘洋译，载《苏州大学学报·法学版》2021年第4期。

款的规定是一个可以推翻的推断，而且代办权没有法律强制规定的范围；〔72〕另外，代办人也不需要经商事登记。即在权限范围和登记上，其与经理权明显不同。代办人是否被授权及其权限范围，需要结合营业规模、类型和交易具体情况等判断是否构成本人的授权或表见权限。

### 3. 店员代理权

依据《德国商法典》第 56 条之规定，在店铺或公共仓库受雇之人，视作有权进行在此类店铺或仓库中被认为通常的买卖和受领。店员或仓库雇员身份不须商事登记，对第三人而言其所处之外观证成其享有的权限，通说认为《德国商法典》第 56 条属于权利外观责任。〔73〕因为通常情形下雇员本人知道其未被内部有效授权。相反，弗卢梅认为，《德国商法典》第 56 条属于基于法律行为授予的意定代理权，即某人赋予他人某一职位且从交易习惯上来看该职位形成代理权，那么他通过自己的行为宣示他人享有代理权。〔74〕外部第三人可以合理信赖该外部授权。其实从法律效果上观察，两种观点之间并无太大的差别。权利外观理论是本人就代理行为未予以内部授权时，其不得向相对人主张与外观不符合的内部授权之限制。而弗卢梅的授权行为说认为通常情况下，被代理人将店铺或仓库雇员置于营业场所就等于向外部作出了授权，针对不特定的相对人而言，店铺或仓库职员拥有通常的买卖和受领的权限，除非相对人属恶意。这一问题与其对《德国民法典》第 171 条、第 172 条的外部授权之理解有关，他认为它们是基于法律行为所作出的授权，〔75〕而另有学说认为其是权利表象。〔76〕

综上所述，德国法上具有特色的是权限法定和须经登记的全权代理人，即经理权制度。至于代办权、店员或仓库职员代理权仍属意定代理和表见代理范畴之内，不具有特殊性。《德国商法典》的上述规定早在 1861 年《德国普通商法典》中即已存在，〔77〕属于对商事习惯的总结，这些代理权类型早于《德国民法典》的制定以及表见代理法理之广泛肯认。〔78〕这种立法格局是特定历史的产物而非逻辑必然，今日我国已有成熟的委托代理、表见代理理论且采民商合一体例，果真有必要遵循此模式吗？

### （二）我国法之定位

以经理权、代办权等完善职务代理的建议因未准确认识经理权、代办权和店员代理权的机制以及我国实证法相应状况而不可行。我国实证法并非不存在类似经理权的制度。我国虽然未如《德国商法典》那样明确规定经理权，但并非不存在经理权的应用，用经理权来阐释合伙企业业务执行人、公司法定代表人的权限完全是可行的。首先，法定代表人制度与经理权制度有相同法理，〔79〕

〔72〕 参见前引〔71〕，卡纳里斯书，第 385 页；前引〔71〕，拉邦德文。

〔73〕 参见前引〔71〕，卡纳里斯书，第 398 页；〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2013 年版，第 734 页。

〔74〕 参见〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 989 页；〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社 2013 年版，第 856 页。

〔75〕 参见前引〔74〕，弗卢梅书，第 984 页。

〔76〕 参见前引〔74〕，弗卢梅书，第 987 页。

〔77〕 参见前引〔71〕，拉邦德文。

〔78〕 德国法上，表见理论在 20 世纪上半叶才成为通说。参见黄卉：《论法学通说》，载《北大法律评论》2011 年第 2 辑。

〔79〕 参见张舫、李先映：《论商法中的经理权》，载《河北法学》2007 年第 5 期；刘骏：《再论意定代理权授予之无因性》，载《交大法学》2020 年第 2 期。不同观点认为《民法典》第 61 条第 3 款和第 504 条属权利外观责任。参见前引〔34〕，王浩文。

法定代表人或负责人的行为无需特别授权，他是法人唯一的、法定的签字人。<sup>〔80〕</sup>就公示而言，只有法定代表人需登记并公示，企业法人营业执照、企业信息公示系统都记载法定代表人的任命，<sup>〔81〕</sup>而公司其他董事或经理的变更只需工商备案。<sup>〔82〕</sup>另外，依《合伙企业法》第37条之规定，合伙企业的业务执行人对营业享有概括权限，而且需经登记，类似的还有法人的清算人、合作社的社长等。对这些享有概括权限的代理人，因已有法律规范，无需诉诸职务代理。

还有观点将我国公司经理的权力与经理权相类比。<sup>〔83〕</sup>类似观点认为经理权既包括对内的事务管理权（《公司法》第49条和第113条），也包括对外代理权，并以德国商法、法国商法中有关经理权的规定为佐证。<sup>〔84〕</sup>这值得商榷，我国公司经理制度与经理权制度本身无关。其一，经理权制度需要公示经理权人的身份，自20世纪末《公司法》制定以来，除经理兼任法定代表人之外，公司法上的经理只要求备案而非登记，工商登记只显示法定代表人。或有反对者认为，依据2016年《企业信息公示暂行条例》第6条之规定，登记信息和备案信息都应该公示，二者区别已经模糊化。实则并非如此，相比备案信息，营业执照和工商登记更原始、更具有权威性和可信性。其二，须备案的董事、监事和高级管理人员（包括经理）并不当然具有代表权。因为在代表权配置上，我国目前实行单一的法定代表制，公司经理并不像法定代表人那样就公司营业事务享有概括签字权，而且法律主要是从公司内部角度对经理配置权力。<sup>〔85〕</sup>即从公示和代表权配置两层次上，我国经理的权限并非经理权。虽然可承认公司经理就公司日常经营事务具有概括代理权，<sup>〔86〕</sup>但不能因此将其与全权代理人或法定代表人等量齐观。<sup>〔87〕</sup>据此，经理能否拘束公司需依据一般代理制度，看其是否被授权，<sup>〔88〕</sup>未被授权时可否有表见代理之适用。

综上，除非在立法上引入经理权制度并配合登记制度上的改革，否则将职务代理和经理权联系起来的意义有限。即使进行立法上的改革，带来的收益主要是：第一，企业可以在法定代表机关之外另行设置具有代理全权的经理权人；第二，个体商人也可以设立经理权人。后者的必要性较低，当今商业社会的典型形态是企业组织体，而非个体商，授予经理权的多是企业而非商个人。第一个交给《公司法》处理即可。立法论上，当前更务实的选择可能是，坚持董事会中心主义下，赋予董事会概括权限，<sup>〔89〕</sup>同时允许董事会结合本公司股权结构等情况，选任其成员或经理个别或共同地担任代表人，并配套进行相应的商事登记改革，全权代理人须经公示。

职务代理也无必要依据代办权、店员或仓库职员代理权进行完善，后者相比一般代理制度，

〔80〕 参见《企业法人登记管理条例》第11条。

〔81〕 依据《公司登记管理条例》（2016年修订）第9条、第30条，《市场主体登记管理条例》第8条和《公司法》第7条之规定，法定代表人的姓名需要登记，且营业执照应记载之。

〔82〕 依据《公司登记管理条例》（2016年修订）第37条和《市场主体登记管理条例》第9条之规定，公司董事、监事、经理发生变动的，应向原公司登记机关备案。

〔83〕 参见前引〔3〕，徐深澄文；前引〔10〕，杨秋宇文。

〔84〕 参见前引〔25〕，冉克平文。

〔85〕 参见前引〔12〕，郑泰安、钟凯文；前引〔79〕，张筋、李先映文。

〔86〕 参见殷秋实：《法定代表人的内涵界定与制度定位》，载《法学》2017年第2期。

〔87〕 不同观点，参见赵旭东：《再思公司经理的法律定位与制度设计》，载《法律科学》2021年第3期，第36页。

〔88〕 参见全国人大常委会2022年12月30日公布的《公司法（修订草案二次审议稿）》第74条。

〔89〕 参见前引〔86〕，殷秋实文；全国人大常委会2021年12月24日发布的《公司法修订草案（征求意见稿）》第62条、第124条。

诸如委托代理和表见代理，并无特色，法律不可能确定其代理权范围以及进行相应的配套登记，只能做一定的可推翻的权限推断。反对观点认为，大陆法系相关立法中，诸如经理权、代办权和店员代理权，各类职务代理的范围具有法定性，即法律对上述几种形式的职务代理予以类型化。<sup>〔90〕</sup>这值得商榷，在代办权和店员代理权情形中，其权限范围并不具有法定性，而是法律做出的推断或权利外观责任。代办权仍属于委托代理，店员代理权属于表见代理范畴，二者并不具有特殊性。

从立法论上检讨，考虑到我国并未详细规定法定代表人之外的代理人权限和公示措施，这一规定也无可能，单独规范职务代理的意义并不大。首先，囊括任何职务类型且无相应法律规定代理权限和公示措施，职务代理与一般代理制度中的委托代理和表见代理又有何区别，其特色在哪呢？其次，从功能上看，职务代理也并非必不可少。法律行为归属上，针对法人内部中低层工作人员完成的职务行为，若这些工作人员已经法人或非法人组织委托授权，则其属于委托代理的范畴，至于其超越授权能否构成表见代理，借助表见理论判断即可。若这些工作人员未被明确委托授权，其以组织名义行为是否构成有权代理取决于表见代理或默示授权之满足。职务代理实质是指从事代理行为时包括代理人职务在内的客观环境使相对人相信其有权限，这一功能可由表见代理或默示授权实现。最后，渊源上我国职务代理受苏俄法上相关代理制度的启发，后者的特色是相对人可因代理人所处之地位相信其有权限，在权限判断上属默示授权或表见代理，并无特色。

因此，职务代理相比一般代理并无特色，在适用《民法典》第170条时应该具体地判断法人或非法人组织的工作人员在其职务范围内的行为是否构成有权代理。<sup>〔91〕</sup>《民法总则》制定前后，有不少关于民事代理和商事代理及其区别的讨论，诚然，在功能上、内部关系上商事代理存在其特色，但这并非代理制度的主要规范内容，交由合同法或当事人自治即可。在外部关系上，商事代理仍然应遵循以他人名义行为的一般规范，结合我国实证法情况，不宜过于夸大其特色。

## 四、结 论

综上，职务代理受苏俄民法影响而来，苏俄民法上的类似制度具有两项特征：第一，代理人由行政文件任命，完成代理行为属于行为人之职责；第二，相对人无须审查授权委托书，可因工作环境而得出代理人已被授权。法律借鉴时，我国未如苏俄民法那样特别强调职务代理是发生在工作场所之内以及职务类型的典型性，扩大了职务代理的适用范围。由于已有特别规范，法定代表人或负责人并不适用《民法典》第170条。法人或非法人组织的工作人员以组织名义行为的效果归属需要看行为人是否经有效授权，未经授权时可否有表见代理之适用，即外部客观表象可否证成第三人信赖行为人被授权。从功能和具体权限判断角度观察，职务代理与默示授权、表见代理很难区分，可被两者所替代，独立性甚小。代表性观点主张以比较法上的经理权、代办权和店员代理权阐释或建构职务代理，这并不必要。一方面，若在立法上引进经理权，带来的实益主要

〔90〕 参见前引〔12〕，郑泰安、钟凯文；刘静波：《以职务代理完善我国代理制度》，载《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）》2012年第2期。

〔91〕 参见前引〔24〕，杨芳文，第166页。

是允许个体商人授予经理权以及企业可在法定代表人之外设立经理权。考虑到个体商人的式微，前者必要性较低。当前更现实的选择是在董事会权力中心下，允许董事会选任一人或数人单独或共同作为公司的法定代表人，并配合以商事登记。另一方面，代办权和店员代理权并不区别于一般代理制度，单独予以规定的必要性较低。

孟德斯鸠说：“只能以颤抖的手制定法律。”<sup>〔92〕</sup>通过对职务代理的探讨，提醒我们立法时应明确某一制度的来源和功能，径行规定不仅无益于问题之解决，而且依奥卡姆剃刀原则“如无必要，勿增实体”，也构成资源浪费。作为继受国家，探求民法某一制度的来龙去脉和制定过程中的争议，有助于我们制定最科学的规范以及正确适用相关法律。

---

**Abstract:** The conception of “agency in duty” in Chinese law was inspired by the Russian law. In Russian law, an agent who is appointed by the administrative regulating documents has the power to bind his principal and the counterpart is exempted from the verification of his power due to the agent’s work environment. The Article 170 of Civil Code shouldn’t be applied to the legal representative of a legal person or to the principal of an unincorporated organization. An act accomplished by the employee in the name of organization is valid only when he has real authority or apparent authority. There is also no need to interpret the Article 170 of Civil Code with prokura and the representation of employee. The Civil Code should not regulate the agency in duty.

**Key Words:** agency in duty, apparent authority, implied authority, prokura, representation of employee

---

• 35 •

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

---

〔92〕〔法〕孟德斯鸠：《波斯人信札》，罗国林译，译林出版社2000年版，第159页。

## 论民法中的回溯效力

张焕然\*

**内容提要：**回溯效力是民法中被广泛使用的立法技术，其与“法的溯及力”并不相同。以民法教义学体系为划分标准，可以归纳出民事主体资格回溯，法律行为的状态、内容与效果的回溯，时效是否中断的回溯以及债务是否消灭的回溯等典型类型。回溯效力的首要特征是立法者对同一事实作了前后两次评价，即第一次的不确定评价与第二次的确定评价。在此基础上，回溯效力中存在一个客观的悬置期间、法律拘束力不受影响的悬置状态、发生回溯的确定状态以及可能的恢复原状等特征。回溯效力规范是一种独立的规范类型，其既可以是强制规范，也可以是任意规范，且均为不完全规范；拟制规范、提示规范与例外规范都不具有回溯效力的特征，不能因为法条中使用了类似的表述就将其混同。应抛弃“回溯式拟制”这一不科学的概念。

**关键词：**回溯效力 悬置状态 确定状态

### 一、问题的提出

在《罗马法的精神》一书中，德国法学家耶林（Jhering）曾将法律制度分为两大类：一类是独立的（selbstständig），例如买卖、遗嘱等，另一类是非独立的（unselbstständig），例如错误、迟延等。其分类标准是：前者可以单独存在，而后者在出现时必然伴随着前者。<sup>〔1〕</sup>非独立的法律制度是法学家从既有的具体制度中抽象出来的共通内容。

\* 张焕然，中国政法大学民商经济法学院讲师。

本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“《民法典》中‘视为’与‘推定’法条的规范性质识别研究”（23YJC820049）、国家社会科学基金重点项目“社会主义核心价值观与民法典价值体系研究”（23AFX003）的阶段性成果。

〔1〕 Vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts, II/2, 4. Aufl., 1883, S. 344.

根据这一标准,回溯效力(德文为 Rückwirkung,英文为 retroactive effect)<sup>〔2〕</sup>就是一种典型的非独立制度,因为在民法的各项具体制度中均嵌有这一效力模式。以《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)为例:该法第145条第1款后段中的“追认”被认为可使限制民事行为能力人所订立的合同自始有效;<sup>〔3〕</sup>再如,根据该法第155条,事后被撤销的法律行为自始没有法律约束力;又如,通常认为该法第1124条第1款中的继承人“放弃或接受继承”亦具有回溯至继承开始时的效力。<sup>〔4〕</sup>

然而,关于回溯效力的诸多基本问题在当前的民法理论中仍付之阙如。例如回溯效力有哪些类型?在回溯效力中究竟是什么发生了回溯?包含了回溯效力的规范应是何种性质?何时运用回溯技术才具有妥当性?既然回溯效力是民法中较为普遍的现象,在学术上就不能满足于对它的分散式研究。<sup>〔5〕</sup>相反,就这些散落的回溯效力,应首先将其分门别类(详见本文第二部分),在此基础上抽象出其共同特征(详见本文第三部分),进而确定其性质,并廓清它与其他规范类型之间的区别(详见本文第四部分)。只有先厘清以上问题,今后才可能展开对各类回溯效力正当性的讨论。总之,对民法中的回溯效力应作整体式研究。

## 二、回溯效力的类型划分:以民法教义学体系为基础

划分回溯效力的类型是这一整体式研究的起点。本文认为应当以民法的教义学体系来统合实证法中的各种回溯效力,以使获得的类型更具系统性。我国《民法典》的相关规定即为较好的规范素材,下文将着重刻画其适用过程中的特点,以便为之后的共性抽取创造条件。

### (一)民事主体资格的回溯

#### 1.一般主体资格的回溯

私法上的权利须有民事主体才能有所依托。因此,客观世界中的哪些角色能够进入民法世界是立法者首先需要决定的,此即为权利能力问题,亦即主体资格问题。<sup>〔6〕</sup>在现代民法中,原则上所有于出生时存活的生物人均会被赋予权利能力。

但除了已出生者,立法者在某些特定情形下还会赋予尚未出生的胎儿以权利能力。根据《民法典》第16条,在其个人利益保护范围内,胎儿亦享有权利能力。然而,这种非常态的主体资

〔2〕目前我国法学界通常将民法上的“回溯效力”称为“溯及力”,本文基于以下两点原因而使用前一种表述:第一,法理学上亦有所谓的“法的溯及力”,其所涉及的问题是某一部新法能否适用于在其生效前所发生的法律事实,而民法中的“回溯效力”则与此不同,二者应有所区分,二者的具体区别详见下文;第二,称“回溯效力”更便于行文,例如可以称“……向前一时间点回溯”“……的回溯”“……发生回溯”,而“溯及”之后须添加宾语,多有不便。

〔3〕参见朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第316页以下。

〔4〕参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典继承编释义》,法律出版社2020年版,第33页。

〔5〕截至目前,我国民法学界对回溯效力的研究主要分散在以下各处:第一,合同因解除而消灭的回溯(参见陆青:《合同解除论》,法律出版社2022年版,第181页以下;李开国、李凡:《合同解除有溯及力可以休矣——基于我国民法的实证分析》,载《河北法学》2016年第5期);第二,债务因抵销而消灭的回溯(参见张保华:《抵销溯及力质疑》,载《环球法律评论》2019年第2期;杨勇:《法定抵销溯及力的反思与限缩》,载《华东政法大学学报》2023年第6期;朱虎:《法定抵销溯及力理论的现代反思》,载《法学》2024年第4期);第三,与条件成就有关的回溯[参见翟远见:《〈合同法〉第45条(附条件合同)评注》,载《法学家》2018年第5期]。

〔6〕参见王涌:《私权的分析与建构:民法的分析法学基础》,北京大学出版社2020年版,第153页。

格赋予却是不确定的：若该胎儿在出生时为死体，则从此时起确定该婴儿不享有权利能力，且这一无权利能力的状态须回溯至其胎儿阶段。<sup>〔7〕</sup>

## 2. 特殊主体资格的回溯

尽管享有权利能力，但某一民事主体仍可能因缺少特殊的主体资格而不能参与某些特殊的法律关系。因此，如果将权利能力称为“一般主体资格”，那么这些特别的资格要求就可被称为“特殊主体资格”，继承资格即为典型的一种。

根据《民法典》第1125条第1款第4项，若继承人在继承开始后才实施“伪造、篡改、隐匿或销毁遗嘱”的行为且情节严重，<sup>〔8〕</sup>则其继承资格于此时起确定丧失，且该资格丧失的状态回溯至继承开始之时。<sup>〔9〕</sup>换言之，他在继承开始时尽管享有继承资格，但这种资格的享有状态是不确定的，其能否于继承开始时确定享有该资格，取决于他此后是否实施了以上行为。

## （二）法律行为状态的回溯

### 1. 法律行为是否成立的回溯

（1）限制民事行为能力人与善意相对人之间的法律行为是否成立的回溯。根据《民法典》第145条第2款第3句，若善意相对人在限制民事行为能力人的法定代理人追认前撤销自己的意思表示，则合同于此时起自始不成立。<sup>〔10〕</sup>据此，当善意相对人享有该撤销权时，其与限制民事行为能力人之间的法律行为虽然自实施时起是成立的，但这一成立状态是不确定的：若他事后行使了撤销权，则该法律行为于此时起确定不成立，且该确定的不成立状态回溯至其实施之时；反之亦然。

（2）无权代理法律行为是否成立的回溯。根据《民法典》第171条第2款第3句，善意相对人在被代理人追认无权代理行为之前亦享有撤销权。就行使该撤销权的效果，结论应与上例相同，此处不赘。

（3）赠与合同是否成立的回溯。根据《民法典》第658条第1款，赠与人行使任意撤销权会使赠与合同自始不成立。据此，当赠与人和受赠人就赠与某物达成合意时，赠与合同尽管成立，但这一状态却是不确定的：若赠与人事后撤销了赠与的意思表示，则该赠与合同于此时起确定不成立，且该确定的不成立状态回溯至合同订立之时；反之亦然。

### 2. 法律行为是否有效的回溯

（1）以缺少“追认”为效力阻却事由的法律行为是否有效的回溯。第一，限制民事行为能力人所实施的法律行为是否有效的回溯。根据《民法典》第145条第1款后段第2种情形，若无法定代理人的事前同意（以下简称“允许”），则限制民事行为能力人所实施的法律行为原则上需要法定代理人的事后同意（以下简称“追认”）才有效。据此，在不考虑善意相对人撤销权的前提下，其所实施的法律行为虽已成立，但是否终局有效却是悬而未定的：若其法定代理人拒绝追

〔7〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编释义》，法律出版社2020年版，第50页。

〔8〕 不容混淆的是，在不考虑继承资格恢复的前提下，若继承人在继承开始前就实施这些行为的，则其继承资格于继承开始时确定丧失，无所谓任何回溯。

〔9〕 参见史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社2000年版，第109页。

〔10〕 参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第300页。

认,则该法律行为于此时起终局无效,且该确定无效状态回溯至该法律行为实施之时;反之亦然。第二,无权代理法律行为是否有效的回溯。根据《民法典》第171条第1款,无权代理人为被代理人所实施的法律行为虽已成立,但其对后者来说却是不生效的,然而此时的这一不生效状态是不确定的,其最终的效力取决于被代理人是否追认。

(2)可撤销法律行为是否有效的回溯。根据《民法典》第147条至第151条,意思表示具有瑕疵的法律行为可以被撤销;且根据第155条,被撤销的法律行为“自始没有法律约束力”。据此,此类法律行为自成立时起的效力状态是不确定的,它取决于撤销权人在撤销权的除斥期间内是否行使了撤销权:若不行使撤销权,则该法律行为于此时起终局有效,且该确定的有效状态回溯至该法律行为成立之时;反之亦然。

### (三)法律行为内容的回溯

#### 1.单方法律行为内容的回溯

为了贯彻遗嘱自由原则,作为单方法律行为的遗嘱原则上可在作成后随时撤回,对此《民法典》第1142条第1款亦有规定。应注意的是,此时的撤回并不涉及法律行为的成立层面。因为撤回遗嘱不仅可以是将其全部内容撤回,还可以是将其部分内容撤回,而在后者的场合下,遗嘱依然是成立的,发生变化的仅仅是其中的某些内容。至于在前者的场合下,虽然其最终效果与该遗嘱并未成立是相同的,但不能认为撤回全部内容使该遗嘱自始不成立。

据此,当遗嘱人立好遗嘱时,此时遗嘱所涉及的内容是不确定的,它取决于事后遗嘱人是否撤回遗嘱:若撤回,则该遗嘱于被撤回时内容最终确定,且该确定的内容回溯至遗嘱作成之时;若不撤回,则其内容于此时起最终确定,并回溯至遗嘱作成之时。

#### 2.双方法律行为内容的回溯

在双方法律行为中亦可能出现内容的回溯。例如根据《民法典》第515条第1款,在双方约定了选择之债的场合下,债务的内容于法律行为成立时并未确定,其取决于有选择权的一方事后是否行使选择权。若其行使,则债务的内容于此时起才最终确定,且这一确定了的内容回溯至债务成立之时。<sup>〔11〕</sup>

### (四)法律行为效果的回溯

#### 1.单方法律行为的效果回溯

典型的单方法律行为效果回溯出现在放弃遗嘱继承的场合。《民法典》继承编未明确此种情形是否产生回溯效力,而此前的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》(法〔民〕发〔1985〕22号)第51条规定:“放弃继承的效力,追溯到继承开始的时间。”据此,继承开始后至遗嘱继承人作出放弃的意思表示前,虽然遗嘱的效果于继承人死亡时实现,但这一状态是不确定的。遗嘱的效果能否终局实现要取决于事后遗嘱继承人是否放弃继承:若放弃,则遗嘱的效果于此时起确定不能实现,且这一确定状态回溯至继承开始之时。这样才能够解释,为何事后被放弃的这部分遗产从继承开始时就应自动由其他继承人继承。

〔11〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》[一],人民法院出版社2020年版,第378页。

## 2. 双方法律行为的效果回溯

典型的双方法律行为效果回溯出现在真正的利益第三人合同中。根据《民法典》第 522 条第 2 款，若双方约定第三人直接取得对债务人的请求权，则该合同是成立并生效的，其内容也是确定的，只是当事人所追求的效果（第三人于合同成立时终局取得对债务人的请求权）能否实现不确定。这一点取决于第三人事后是否行使拒绝权：若拒绝，则该合同的效果于此时起确定不能实现，且这一未实现的确定状态回溯至合同订立之时；反之亦然。

### （五）并非穷尽的类型归纳

至此，本文已对散落在民法官殿各处的回溯效力作了类型化归纳。但需说明的是，以上回溯效力类型并非穷尽，而仅仅是我国实证法中较为典型的。一方面，在比较法上，亦有某些回溯效力可被纳入以上类型中。例如在一般主体资格回溯的类型下，尚可纳入德国法上财团因事后认许而成立的回溯。<sup>〔12〕</sup> 另一方面，仍有其他类型的回溯效力尚待进一步分析。例如在时效制度中，诉讼时效不中断的状态会因权利人起诉后又撤诉或被驳回起诉而回溯到诉讼开始之时；<sup>〔13〕</sup> 再如在日本的占有制度中，当占有人在本权之诉中败诉时，其恶意占有状态会回溯到诉讼开始之时；<sup>〔14〕</sup> 又如在意大利法上，合同因解除而消灭的状态会回溯至合同订立之时；<sup>〔15〕</sup> 此外在德国和瑞士法上，债务因抵销而消灭的状态会回溯到抵销适状出现之时。<sup>〔16〕</sup> 总之，回溯效力具有多样性，对其分类也应保持开放态度。

## 三、回溯效力的必要特征：共性之提取

将民法中的回溯效力按教义学的体系归类之后，接下去的任务即是抽象出其中的共性，此种共性就构成回溯效力的总特征。只有找出其特征，才能尝试为其下一个恰当的定义，进而将不具有这些特征的规范剔除出回溯效力规范的范畴。

### （一）前后两次评价

#### 1. 同一事实的悬置状态与确定状态

首先可以发现，回溯效力中存在一个至为明显的特征，即立法者对同一事实作了前后两次评价。在第一次评价时，该事实在法律上的状态是不确定的或悬而未决的，因此本文称之为“悬置状态”；而在第二次评价时，它在法律上的状态才确定下来，故而本文称之为“确定状态”。例如，对于限制民事行为能力人在未得到法定代理人允许时所订立的合同，立法者的第一次评价是悬置的不生效状态；当法定代理人追认时，立法者才又对该合同作出第二次评价，使其进入确定的生效状态。

〔12〕 参见《德国民法典》第 84 条。

〔13〕 例如参见《中华人民共和国海商法》第 267 条第 1 款、我国台湾地区“民法”第 131 条、《奥地利民法典》第 1497 条。

〔14〕 《日本民法典》第 189 条第 2 款规定：“善意占有人于本权之诉中败诉时，自其诉提起之时起视为恶意占有人。”

〔15〕 《意大利民法典》第 1458 条第 1 款第 1 句规定：“合同因不履行而解除在当事人之间具有溯及力。”

〔16〕 参见《德国民法典》第 389 条、《瑞士债法典》第 124 条第 2 款。而根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第 55 条，抵销在我国民法上并无回溯效力。

## 2. 前一事实的悬置状态消除

由上可知,立法者在对同一个事实(以下简称“前一事实”)作第二次评价的前提总是之后另一个事实(以下简称“后一事实”)的发生与否。换言之,前一事实悬置状态的消除取决于后一事实是否出现。须注意的是,后一事实并未被单独评价;相反,后一事实总是触发了立法者对前一事实作第二次评价。而立法者之所以要对前一事实作出第二次确定的评价结果,就是因为有了后一事实的加入。质言之,立法者对前一事实作第二次评价的实质是对前后两个事实作了“捆绑式”的新评价。

例如,当无权代理人实施代理行为时,立法者首先对其作第一次评价,即该行为对被代理人而言系悬置的不生效状态。若之后被代理人追认,则作为前一事实的无权代理行为与作为后一事实的追认即被立法者合并起来作第二次评价,即无权代理行为对被代理人终局有效,且该有效状态回溯至代理行为被实施之时。

### (二) 一个悬置期间

#### 1. 悬置期间:起算与终止

前一事实在被第一次评价后进入了悬置状态,直到其被第二次评价后才具备确定状态,因此,在这两种状态之间的这段时间就是较为特殊的,本文称之为“悬置期间”。当前一事实被第一次评价时,悬置期间开始起算;当后一事实的出现或不出现触发了立法者对前一事实的第二次评价时,悬置期间终止。

#### 2. 悬置期间是客观的

切勿混淆的是,悬置期间内的悬置状态是基于立法者的客观评价而产生的,而非当事人主观所认为的。换言之,尽管某一事实同样可能被立法者评价两次,但如果其第一次被评价后的状态只是在当事人主观看来是不确定的,而从立法者的客观角度来看却是确定的,那么这一期间就并非回溯效力中的悬置期间。<sup>[17]</sup>

例如根据《民法典》第502条第2款,在某个报批义务尚未被履行的合同中,负责报批的一方在报批之前一直担心能否报批成功,尽管此时该合同在其主观看来能否生效是“很不确定”的,但从立法者的客观角度看,在未报批前合同确定不生效,在批准之后合同才确定生效,这前后两次评价均是“确定无疑”的,因而在这两次评价之间不存在任何悬置期间。

### (三) 悬置状态的界定

#### 1. 悬置状态的命名规则

在悬置期间内,与前一事实因“后一事实的不出现”而受到的确定评价结果相对应,可对悬置状态作不同的命名。通说对此已经有所意识:例如,若不出现追认这一事实,则无权代理行为对被代理人而言于此时起确定不生效,因此与这一确定状态对应,该法律行为在成立后的悬置状态就被称为“悬置的不生效”(schwebend unwirksam)。<sup>[18]</sup>再如,若享有撤销权的一方不撤销

• 41 •

[17] 由于并未区分主观与客观的“不确定性”(Ungewissheit),德国学者费廷(Fitting)将主观上的不确定性误解为客观上的不确定性。Vgl. Fitting, Über den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 21ff.

[18] Vgl. Neuner, BGB AT, 12. Aufl., 2020, § 55, Rdn. 12ff. 另一译法为“未决的不生效”,大致相当于传统民法理论中的“效力待定(的法律行为)”。

先前的法律行为，则这一可撤销的法律行为就于此时起确定生效，因此与这一确定状态对应，可撤销法律行为在成立后的悬置状态即被称为“悬置的生效”（schwebend wirksam）。〔19〕

根据本文提出的命名规则，除了这两种已被赋予特定名称的悬置状态，还可以将胎儿未以死体出生前的悬置状态称为“（胎儿享有）悬置的权利能力”，将任意撤销权未被行使前的赠与合同悬置状态称为“悬置的成立”，将债权人起诉后、未撤诉前的请求权诉讼时效状态称为“悬置的中断”，等等。总之，通说所谓的“悬置的（不）生效”只是较为典型的悬置状态名称，但并非唯一。若将视野放宽至整个回溯效力层面，则可以赋予更多悬置状态以新名称。

## 2. 悬置状态在悬置期间内的拘束力

随之而来的问题便是悬置状态本身的法律拘束力为何。本文认为，尽管实质上被冠以“悬置”，但这一状态的拘束力与“非悬置”的同一状态是相同的。因为“悬置”不是针对悬置状态的法律拘束力而言的，而只是就其在悬置期间内的整体存在而言的。换言之，“悬置”与“非悬置”的区别仅仅在于，前者会被此后的确定状态给刷新并覆盖，后者则不存在这样的可能。

正因如此，立法者在表述实质意义上的悬置状态时，并不会加上“悬置”一词，因为其法律拘束力并不会受影响，但从体系解释的角度看，必须将其解释为相应的悬置状态。例如，可撤销合同自成立时起即处于悬置的生效状态，〔20〕这一状态的拘束力与确定生效的合同是相同的，即在撤销权人未行使撤销权之前，其合同相对人可根据该合同向其请求给付，若其已给付，则该给付在合同被撤销前具有法律上的原因，撤销权人在撤销前不得依不当得利的规定要求对方返还。

### （四）什么发生回溯：客观事实抑或评价结果

#### 1. 确定的评价结果发生回溯

接着还需抽取的特征是在回溯效力中究竟是什么发生了回溯。从上文所归纳的诸多类型中，例如“权利能力产生的回溯”“法律行为成立的回溯”“法律行为有效的回溯”等，我们可以立即找到答案：前一事实受到第二次评价后得以最终确定的状态发生了回溯，即确定状态回溯至第一次评价的时点，并覆盖掉此前的悬置状态。当然，有时第二次的确定评价和第一次的不确定评价在结果上是相同的，但二者仍有是否具有终局性的差异。

例如在无权代理的情形中，无权代理人所订立的合同在第一次会被评价为悬置的不生效。若被代理人不追认，则其在第二次会被评价为确定的不生效，从“不生效”这一评价结果来看二者是相同的，但实际上二者仍有“悬置”与“非悬置”的区别。

在思维上必须廓清的是，发生回溯的始终不是前一事实或后一事实本身，而是前一事实所受的确定评价结果。因为客观事实的发生遵循的是时间上的因果律，之后发生的事实不能回溯到过去。〔21〕但相反，对客观事实的法律评价却可以发生回溯，因为这属于立法者的价值判断领域，

〔19〕 Vgl. Neuner, BGB AT, 12. Aufl., 2020, § 55, Rdn. 21f. 另一译法为“未决的生效”，大致相当于传统民法理论中的“可撤销（的法律行为）”。

〔20〕 不同观点，参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第318页。

〔21〕 Vgl. auch Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, FS für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum, 1907, S. 26.

其判断标准是可变的、任意的，并不受自然界中因果律的制约。<sup>〔22〕</sup>因此，确定状态发生回溯的本质不过是用当前对过去某事实的确定评价结果替换此前对该事实的不确定评价结果。其中改变的不过是评价标准与评价结果，而不涉及任何对事实的扭曲。

## 2. 对既有误解的澄清

一旦清楚是什么发生了回溯，就能澄清这一广为流传的误解，即“后一事实具有回溯效力”。这类表述在立法和理论中均被广泛使用。以追认为例，《德国民法典》第184条第1款规定“追认的效力回溯至法律行为实施之时”，我国学界亦经常言及“追认具有回溯效力”。<sup>〔23〕</sup>但实际上，某个具体的“追认”行为是一个事后发生的事实，尽管追认的表示里通常包含涉及“过去”的时间词（例如“我认可我小孩之前签的那个合同”），但该事实本身是不可能回溯到过去的。其实，此处被隐藏的真正逻辑是：出现了“追认”这一事实之后，立法者对此前限制民事行为能力人所订立的合同作了第二次评价，使该合同于此时起确定有效，并且该有效状态回溯至合同订立之时。在此，作为法学思维的“逻辑一秒钟”不能被省略。

因此本文认为，凡是类似于“后一事实具有回溯效力”的说法，实际上都应当解释为出于简洁考虑而采用的缩略表述，补全此类表述即为“后一事实（使得前一事实在法律上进入确定状态，并且该确定状态）具有回溯效力”。据此，上例中的“追认具有回溯效力”就应当解释成“追认（使得限制民事行为能力人订立的合同于此时起确定有效，并且该有效状态）具有回溯效力”，而不能理解为“追认（这一事实）具有回溯效力”。只有采这样的解释，此类表述才可以继续保留；若不采这样的解释，就会立即陷入后一事实可以发生回溯的错觉，进而误将回溯效力等同于虚构事实。<sup>〔24〕</sup>

## 3. 表达回溯效力的关键词：“自始”还是“往回”

至此，有必要就表达回溯效力的诸多概念做统一说明。众所周知，在德语法学文献中，用来表达这一效力的词除了 rückwirkend（往回产生效力的），还有 *ex tunc*（拉丁文，意为“从那时起”）和 von Anfang an（从开始时起，即相当于汉语中的“自始”），三者通常被视为等同。<sup>〔25〕</sup>然而从字面上看，这三个词的含义却并不相同。甚至可以说，前者与后两者是完全相反的，因为“往回”意为从现在起回到过去，而“从那时起”和“自始”则是指从过去来到现在。既然如此，为何三者均被用于表达回溯效力？

本文认为，只有“往回（产生效力）”才真正地表达了回溯效力，即前一事实受第二次评价后的确定状态往第一次评价的时点回溯。相反，“从那时起”或“自始”则是在回溯效力发生后，观察者站在第二次评价的时点上往回看时所产生的错觉，就仿佛这一确定状态是从第一次评价的时点朝他延伸过来似的。因此，“往回”或“溯及既往”准确揭示了回溯效力的本质，而“自始”

〔22〕 对立法者的评价不适用因果律的详细分析，参见 Kelsen, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, hrsg. von Matthias Jestaedt, 2017, S. 25ff., 49ff., 149ff.

〔23〕 例如参见王利明：《民法总则》（第3版），中国人民大学出版社2022年版，第410页；李永军：《民法典总则论》，中国法制出版社2022年版，第851页。

〔24〕 误以为是客观事实发生回溯的，例如参见 von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II/1, 1914, § 43, S. 21.

〔25〕 Vgl. Brox/Walker, BGB AT, 44. Aufl., 2020, § 16, Rdn. 12, § 18, Rdn. 37, § 25, Rdn. 37.

或“从那时起”则混淆了确定状态的实际作用方向。但就结果而言，三者所表达的实质含义是相同的，即此后才出现的确定状态覆盖了此前的悬置状态。

#### （五）回溯后的效果

##### 1. 并非必然的恢复原状

由上可知，当回溯效力发生后，确定状态即覆盖了此前的悬置状态。此时，前一事实曾以悬置状态为基础所适用的法律与它此时应自始以确定状态为基础所适用的法律之间就存在两种可能性：若悬置状态与确定状态所受的均为相同的肯定性评价（例如均为“有效”）或否定性评价（例如均为“无效”），则二者不发生冲突；若其中一个为肯定，另一个为否定（例如“悬置的生效”与“确定的无效”），则二者发生冲突，在已履行的场合下可能涉及返还清算关系。

然而，若悬置期间内已有被履行的给付（例如在无权代理的情形中）或已发生了财产转移（例如遗产已根据遗嘱发生了变动），则该给付或财产转移是否要在回溯后恢复原状，其判断标准并非“确定状态与悬置状态是否发生冲突”。相反，该问题的答案仅仅取决于“确定状态是否为否定”。换言之，只有当确定状态为否定时，例如“确定不成立”“确定无效”等，此时才应当恢复原状。<sup>〔26〕</sup>若确定状态为肯定，例如“确定成立”“确定有效”等，则无论此前的悬置状态为肯定抑或否定，已履行的给付或已发生的财产转移均自始有法律上的原因，不会导致恢复原状的适用。

##### 2. 不发生恢复原状的其他情形

除了确定状态为肯定时不发生恢复原状，以下情形中的回溯效力也不具备该特征：第一，不涉及给付时。例如当原告起诉自主占有人要求其返还占有时，无论占有人最后是否胜诉，都只能影响其取得时效的计算，此时在原被告之间不存在相互的给付，因而也就无所谓恢复原状。

第二，虽涉及给付，但已履行的给付被有效保有时。例如在诉讼时效是否中断的回溯中，即使其最后的确定状态是不中断，且债权人的请求权因此而罹于诉讼时效，但如果债务人在悬置期间内已向债权人给付，事后债权人也无需向其返还。因为，诉讼时效届满并不影响“给付利益受领权”。<sup>〔27〕</sup>

第三，虽涉及给付，但该给付因其特性无法恢复时。例如，在租赁合同、劳动合同等持续性债务关系中，即便一方行使了撤销权使合同自始确定无效，这一无效状态也不触发恢复原状制度，<sup>〔28〕</sup>因为在这类合同中，给付行为是存在于客观的时间经过之中的，通常因其特性无法被返还。

#### （六）小结：回溯效力与法的溯及力之异同

至此，民法中回溯效力的特征已被提取出来。基于其必要特征，可以为它下一个较为完整的

〔26〕 例如《民法典》第157条第1句前段规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还。”

〔27〕 参见刘心稳：《债权法总论》（第3版），中国政法大学出版社2022年版，第128页。

〔28〕 相同观点，参见王文军：《继续性合同研究》，法律出版社2015年版，第110页。

定义：回溯效力，是指前一事实因后一事实的出现或不出现而受到的第二次确定评价结果回溯至其第一次所受不确定评价结果所在的时点并将其覆盖的效力。

以上定义尽可能囊括了回溯效力所有的必要特征。当然，出于表达简洁的考虑，仍可沿用目前所谓的“后一事实具有回溯效力”这样的说法，例如“撤销的回溯效力”“追认的回溯效力”“放弃继承的回溯效力”“抵销的回溯效力”等。<sup>〔29〕</sup>但必须明确的是，这类表述并未揭示回溯效力的本质。综上所述，回溯效力的构造可参见图1：

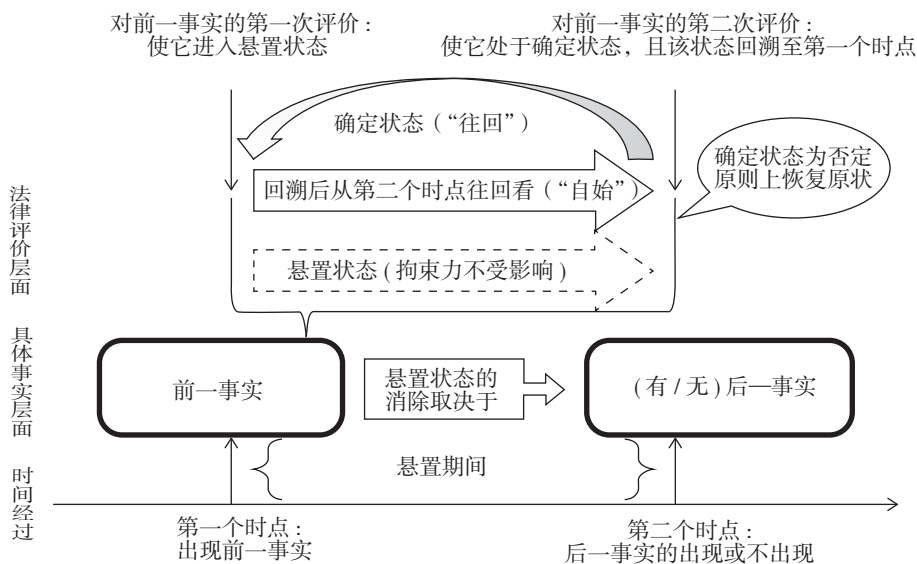


图1 回溯效力的结构与特征

需进一步说明的是，此前民法学界一直将民法中的回溯效力称为“溯及力”，<sup>〔30〕</sup>而法理和宪法学界在研究新法生效后能否适用于此前发生的法律事实时同样会使用“法的溯及力”（Rückwirkung von Gesetzen）一词。<sup>〔31〕</sup>通说认为，法的溯及既往是指新法能够适用于其生效之前所发生的法律事实，并改变该事实根据旧法已产生的法律效果。<sup>〔32〕</sup>法的溯及力的结构和特征请参见图2。据此，回溯效力与法的溯及力的共同点在于，二者均涉及对某一事实的前后两次评价，即在这两种效力模式中，均为第二次的新评价结果往回覆盖掉第一次的旧评价结果。

二者的区别则在于：第一，新评价标准的产生原因不同。回溯效力中的新评价标准系立法者在同一部法律中早已设置好的针对某种事实的新法律效果，而法的溯及力中的新评价标准则是立法者后来才制定的一整部新法。因此从这个意义上说，若将部门法中的各种回溯效力称为“个别回溯”，那么法的溯及既往就可以被称为“整体回溯”。第二，触发回溯的前提不同。回溯效力之

〔29〕 参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第317、322页；Eickelmann, Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2017, S. 36, 84, 167.

〔30〕 参见朱虎：《法定抵销溯及力理论的现代反思》，载《法学》2024年第4期。

〔31〕 参见姜秉曦：《法不溯及既往的宪法意涵及其界限》，载《清华法学》2024年第1期。

〔32〕 参见孙晓红：《法的溯及力问题研究》，中国法制出版社2008年版，第34页。

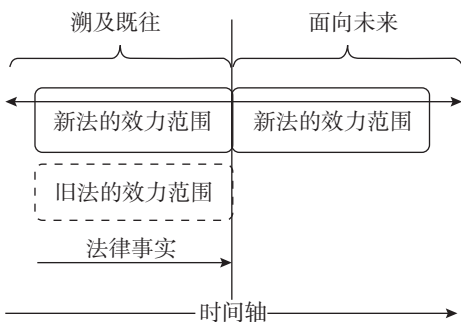


图2 法的溯及力的结构与特征

所以会发生，是由于在前一事实出现之后又出现了立法者认为应当对前一事实加以重新评价的后一事实，而法的溯及力则是由立法者修改法律的活动所引起的。第三，对当事人信赖利益的影响不同。回溯效力的发生通常不会损害当事人的信赖利益，因为回溯效力的适用条件均已被明确规定在某一部法律之中。而法的溯及力则与此相反，因为当事人无法预测何时会出现一部新法。正因如此，一般认为新法原则上是不溯及既往的。<sup>〔33〕</sup>

本文认为，回溯效力与法的溯及力之间的区别大于共性，尽管在外文表述上二者可能是相同的（例如在德语中均为 Rückwirkung），但是在汉语的表述上应当做一区分，即“溯及力”应仅用于指称“法的溯及力”，而各部门法中的回溯效力则不宜再使用“溯及力”一语。

• 46 •

#### 四、回溯效力的规范性质：区分不同的规范类型

在明确了回溯效力的特征之后，需要进一步讨论的问题便是规定了回溯效力的法律规范（以下简称“回溯效力规范”）应是何种性质。作为一种立法技术，立法者除了回溯效力规范中使用“视为”“自始”等字眼，还会在其他规范中使用类似表述，能否仅仅因为语词的相同就径直将这些规范等同于回溯效力规范？

（一）回溯效力规范既可以是任意规范，亦可以是强制规范

1. 回溯效力规范的性质应有所区别

以某规范能否被当事人排除适用为标准，可将不同的规范分为任意规范与强制规范，前者可以被排除适用，后者则否。<sup>〔34〕</sup>按照这一标准，回溯效力规范应属于哪一类？本文认为不能一概而论，应根据回溯效力所涉事项的不同而区别对待。若发生回溯的确定状态原本就属于强制规范的规制范畴，则该回溯效力规范亦属于强制规范；反之，若其原本就属于私法自治的领域，则该回溯效力规范也就属于任意规范。根据这一标准，在上文所归纳的回溯效力类型中，规定了“民事主体资格回溯”“时效是否中断回溯”的规范无疑均属强制规范。因为，哪一主体应享有权利能力、诉讼时效应于何时中断，当事人是不能够以与之不同的约定排除其适用的。<sup>〔35〕</sup>相反，规

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

〔34〕 参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第50页以下。

〔35〕 参见苏永钦：《私法自治中的国家强制》，中国法制出版社2005年版，第28页。

定有“债务是否消灭回溯”的规范则属任意规范，因为作为仅具相对效力的债务关系，其如何消灭、于何时消灭，都是意思自治的领域。

## 2. 与法律行为有关的回溯效力规范之性质

有疑问的是与法律行为有关的回溯效力规范。本文认为，对此应作进一步区分：涉及法律行为为外部评价的回溯效力规范通常是强制规范，而涉及法律行为内容和效果的回溯效力规范则是任意规范。原因在于，法律行为于何时成立、成立后是否立即生效，均属立法者对私人自治的干预，其标准往往具有强制性；而当法律行为成立并生效后，当事人具体约定了什么内容、他们又能否借此实现自己在私法上所追求的效果，这都是立法者原则上不加管制的领域。据此，规定了“法律行为是否成立的回溯”与“法律行为是否有效的回溯”的规范均为强制规范，而规定了“法律行为内容回溯”和“法律行为效果回溯”的规范则属任意规范。

### (二) 回溯效力规范是不完全规范，但并非拟制规范

#### 1. 拟制规范不具有回溯效力的特征

除了强制规范与任意规范的划分，根据某规范是否单独包含构成要件与法律效果，可将不同的规范分为完全规范与不完全规范，前者同时包含两者，后者则否；不完全规范又可进一步分为定义规范、拟制规范（Fiktion）等。<sup>〔36〕</sup>按照这一标准，回溯效力规范应属哪一类？德国通说认为，回溯效力规范和拟制规范通常都带有“视为”（gilt als）的表述，因此前者是后者的类型之一，简称“回溯式拟制”（rückwirkende Fiktion），<sup>〔37〕</sup>我国多数学者在论及回溯效力时亦将其径直等同于拟制。<sup>〔38〕</sup>

但在本文看来，这一观点把问题简单化了，因为法条表述相同并不能决定其规范性质亦相同，<sup>〔39〕</sup>其道理就好比不能将所有带“应当”表述的规范均认定为强制规范。<sup>〔40〕</sup>回溯效力规范是否属于拟制规范，关键在于二者是否具有相同的特征。而在这一方面，二者的差异是十分明显的。以下以《民法典》第18条第2款<sup>〔41〕</sup>规定的完全民事行为能力人拟制为例加以说明。

首先，拟制不具有回溯效力“两次评价”的特征。例如，某个17周岁且以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人，他在没有该拟制时原本会被评价为“限制民事行为能力人”，但在有了该拟制后，他就被另行评价为“完全民事行为能力人”。可见，在适用拟制规范时，立法者对该未成年人只有一次评价，并且这种评价是不同于原本评价的“另行评价”。

其次，拟制里不存在回溯效力中的悬置期间。例如，若在诉讼中查明某17周岁的未成年人以自己的劳动为主要生活来源，那么就适用该拟制，适用的后果是直接将其另行评价为“完全民

• 47 •

〔36〕 Vgl. Rüdigers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl., 2020, § 4, Rdn. 129ff.

〔37〕 Vgl. Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2. Aufl., 1969, S. 171ff.; Eickelmann, Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2017, S. 10.

〔38〕 参见曾祥生：《撤销权制度研究》，中国社会科学出版社2010年版，第165页；刘耀东：《继承法修改中的疑难问题研究》，法律出版社2014年版，第98页；韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第678页；舒国滢、王夏昊、雷磊：《法学方法论》，中国政法大学出版社2018年版，第134页；黄茂荣：《法学方法与现代民法》（第7版），厦门大学出版社2024年版，第171页。

〔39〕 参见张焕然：《论作为假定规范的死亡顺序规则——一种新规范类型的发现》，载《法学》2022年第11期。

〔40〕 参见王轶：《论物权法文本中“应当”的多重语境》，载《政治与法律》2018年第10期。

〔41〕 该款规定：“十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”

事行为能力人”，而不是先按初始规定将其评价为“限制民事行为能力人”，过一段时间后再根据该拟制将其评价为“完全民事行为能力人”。可见，拟制的这种“另行评价”是瞬时性的。

最后，拟制规范均属于强制规范，但回溯效力规范既可能是强制规范，也可能是任意规范。例如，当事人不能通过另外的约定排除“完全民事行为能力人拟制”的适用，这是立法者的强制规定；但回溯效力规范在涉及私法自治的范围内可以是任意规范，对此上文已述。易言之，仅就其特征而言，回溯效力规范与拟制规范即是两种截然不同的规范类型，不应混为一谈。

## 2. 回溯效力规范并无虚构事实

不得不产生疑惑的是，通说为何会将回溯效力规范与拟制规范相混同。语词表述的相同固然是大原因，但本文认为其更深层的原因在于，这两类规范都在一定程度上显得与日常的经验相悖，所以才会“在虚构”的意义上被等同，即拟制规范在虚构事实，<sup>〔42〕</sup> 回溯效力规范亦在虚构事实。

就拟制规范是否虚构了事实，此处暂且不论。<sup>〔43〕</sup> 就回溯效力规范是否虚构了事实，本文的回答是否定的。因为上文已清楚地揭示，在回溯效力的第四个特征中，发生回溯的只有前一事实受到第二次评价后的确定状态，<sup>〔44〕</sup> 而非该事实本身抑或后一事实发生了前因后果的颠倒；法律上的评价结果只存在于纯粹的规范领域，其并不描述具体事实，因而无需遵循时间上的因果律，所以立法者是否要将某一事实作前后两次评价、是否要用后来的评价结果覆盖之前的评价结果，这都是任意的，此时只有价值层面上合不合理的问题，而不存在事实层面上虚不虚构的问题。综上，回溯效力规范与拟制规范差异甚大，须严格区分。应当抛弃“回溯式拟制”这一不妥当的概念，从而将回溯效力规范从拟制规范中独立出来。

## 3. 回溯效力规范亦属于不完全规范

当然，若按完全规范与不完全规范区分的标准，回溯效力规范与拟制规范的确也有相同之处，即二者均属于不完全规范。因为如果单独看某一回溯效力规范，其并不包含完整的构成要件与法律效果，此类规范不过是将某一既定构成要件所引发的法律效果延伸至过去的某个时点。

以上文所举的“追认具有回溯效力”这一回溯效力规范为例，其并不能单独适用，而是只能和“合同因追认而于此时起确定有效”这一隐藏的、在时间层面上不完整的法律效果合并适用，二者结合才能形成完整的法律效果。由此可知，回溯效力规范是扩大某种法律效果在时间中延展范围的不完全规范。

### （三）提示规范不是回溯效力规范

#### 1. 提示规范不具有回溯效力的特征

所谓提示规范（Hinweis），是指立法者为了提示司法人员不要忽略既有法律规定的规范。<sup>〔45〕</sup>

〔42〕 在“虚构（事实）”的意义上使用“拟制”一词的，参见卢鹏：《拟制问题研究》，上海人民出版社2009年版，第37页；谢潇：《法律拟制的哲学基础》，载《法制与社会发展》2018年第1期。

〔43〕 对这一问题的详细分析，参见张焕然：《论拟制规范的一般结构——以民法中的拟制为分析对象》，载《法制与社会发展》2021年第4期。

〔44〕 过去的通说将“法律行为的成立”误认为是一个事实问题，进而可能将“法律行为成立的回溯”误解为客观事实发生了回溯。然而早已有学者正确指出，法律行为的成立与否同样是一个价值判断问题，而非事实问题。对此参见易军：《对民事法律行为成立“事实判断说”的质疑》，载《法学》2004年第9期。

〔45〕 我国法学界通常称此类规范为“注意规定”，本文更倾向于称之为“提示规范”。对此参见张焕然：《论拟制规范的一般结构——以民法中的拟制为分析对象》，载《法制与社会发展》2021年第4期。

据此，提示规范的最大特征是：即使被删除，其所规范的情形根据现有规定也能得出与之相同的结论。根据这一特征，它与回溯效力规范的差异是显而易见的，即提示规范（及其所提示的既有规范）不存在对同一事实的“两次评价”，而只有对某事实唯一的“一次评价”。因而，即使立法者在提示规范中使用类似于“自始”的表述，其也并不表达回溯效力，不能将此类规范误认为是回溯效力规范。

## 2. 带有“自始”表述的提示规范

典型的带有“自始”表述的提示规范是《民法典》第155条第1种情形、第1054条第1款第1句第1种情形以及第1113条第2款，三者均规定无效的法律行为“自始没有法律约束力”。<sup>〔46〕</sup>通说认为，因为出现了“自始”这一时间词，所以无效法律行为与可撤销的法律行为相同，其无效亦发生回溯。<sup>〔47〕</sup>然而本文认为，这一观点并不正确。因为即使删除“无效的法律行为自始没有法律约束力”这一规定，<sup>〔48〕</sup>其所规范的事项根据既有规定也能得出与之相同的结论：根据民法原理，无效的法律行为本来就会被评价为“自始确定无效”。<sup>〔49〕</sup>

此处必须明确的是，法院在事后才认定其为“自始无效”仅仅是在重申立法者此前的这一确定评价结果，而非立法者的第二次评价。换言之，这类规定的实质是立法者在提示司法者：“我已经评价过这一行为了，它从成立时起就是无效的，而不是你下判决时才开始无效，在适用相关规定时不要弄错了。”因此，这是最具代表性的提示规范，而非回溯效力规范。

那么，为何立法者要在该提示规范中使用与回溯效力规范相同的“自始无效”表述？本文认为其原因在于，站在回溯效力发生后的角度看，被撤销的法律行为与无效法律行为在结果上是一样的，即都是“自始无效”，因此二者就被立法者放在一起规定，以节约法条的文字表述。但务必要注意的是，这些条文中的“自始无效”必须两分来看：就可撤销法律行为而言，它表达的是回溯效力，对此前文已述；但就无效法律行为而言，它仅仅是立法者对司法人员的提示。

## （四）例外规范不是回溯效力规范

### 1. 例外规范不具有回溯效力的特征

在民法理论中，原则规范与例外规范亦是一种典型的规范分类。<sup>〔50〕</sup>其中，例外规范的特征为：第一，其所规范的事项属于原则规范所规范事项中的某一种特殊情形；第二，若适用例外规范，则原则规范即被排除适用。将例外规范的特征与上文所提取的回溯效力特征相比较，可以发现二者的最大差异在于，例外规范仅涉及对某事实的“一次评价”，并且该评价相对于原则规范而言是一种“例外评价”，所以，例外规范不具有回溯效力“两次评价”的特征。据此，立法者在例外规范中使用的类似于“自始”的表述并不表达回溯效力，不能将此类规范误以为是回溯效力规范。

〔46〕《民法典》第155条规定：“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。”第1054条第1款第1句规定：“无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。”第1113条第2款规定：“无效的收养行为自始没有法律约束力。”

〔47〕参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编释义》，法律出版社2020年版，第409页。

〔48〕例如《日本民法典》第121条就只规定了“被撤销之行为，视为自始无效”，而未言及无效法律行为。

〔49〕参见〔日〕近江幸治：《民法讲义I：民法总则》（第6版补订），渠涛等译，北京大学出版社2015年版，第286页。

〔50〕参见易军：《原则/例外关系的民法阐释》，载《中国社会科学》2019年第9期。

## 2. 带有类似于“自始”表述的例外规范

这样的误解相当常见。例如通说认为，因为《民法典》第984条带有“从……开始时起”这一类似于“自始”的表述，<sup>〔51〕</sup> 所以其性质应为回溯效力规范。<sup>〔52〕</sup> 但本文认为，这一观点并不正确，因为无论本人追认的是适法抑或不适法的无因管理，其与管理人之间始终都构成无因管理关系，这一关系自管理人满足无因管理的构成要件时起即确定无疑，而不会因本人的追认而转变为委托合同关系。<sup>〔53〕</sup>

实际上，该条所规范的情形只是无因管理中的一种特殊情形，即本人在事后认可了管理人先前的管理行为，而立法者规定在这种特殊情形下不再适用关于无因管理的规定，而是要准用（entsprechende Anwendung）委托合同的有关规定。<sup>〔54〕</sup> 在准用委托合同的规定时，其适用对象本就应该“从管理事务开始时起”的无因管理事实，这并非立法者对该事实的第二次评价，而仅仅是立法者对司法人员的提示。因此，《民法典》第984条的真正性质应当是“例外规范+准用规范+提示规范”，而与回溯效力无关，<sup>〔55〕</sup> 不能将无因管理关系中本人的追认与法定代理人或被代理人的追认相等同。

## 五、结 语

一百多年前，德国学者利普曼（Lippmann）曾感叹：“回溯效力至今仍是一个真正的谜。”<sup>〔56〕</sup> 但其实，只要将“事实”和“评价”作清楚的区分，并始终把握“事实不可改变、评价可以改变”“事实不可回溯、评价可以回溯”的原则，就不难揭开它的谜底。在坚持这一原则的前提下，仍需突破两个观念上的误区，方能看清回溯效力的真面目：第一，“撤销”“追认”“放弃继承”“抵销”等具有回溯效力的说法具有误导性，它们只是触发回溯效力的后一事实；相反，真正发生回溯的是“法律行为的效力状态”“遗嘱的效果是否实现”“债务是否消灭”等评价结果。第二，法条的语词表述只能在有限的程度上作为判断规范类型的外在标识，而不能决定规范的性质；相反，真正具有决定性的是规范的抽象结构和具体特征，清楚了这一点，才不至于将其他规范与回溯效力规范相混同。

对于回溯效力，我国以往的民法理论尚未给予应有的关注，本文试图在其整体研究方面做一突破。只有先厘清其基本构造与规范性质，才能更好地展开对个别回溯效力正当性的探讨。而实际上，回溯效力并不是民法中特有的制度，若考察其他部门法，同样会发现其诸多身影。例如在

〔51〕 该条规定：“管理人管理事务经受益人事后追认的，从管理事务开始时起，适用委托合同的有关规定，但是管理人另有意思表示的除外。”与之类似的规定，参见我国台湾地区“民法”第178条和《意大利民法典》第2032条。

〔52〕 参见金可可：《〈民法典〉无因管理规定的解释论方案》，载《法学》2020年第8期。

〔53〕 参见苏永钦：《无因管理中本人之承认》，载苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第60页以下。

〔54〕 相同观点，参见易军：《论中国法上“无因管理制度”与“委托合同制度”的体系关联》，载《法学评论》2020年第6期。

〔55〕 例如与本条类似的《瑞士债法典》第424条就没有使用任何类似于“自始”的语词。

〔56〕 Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, JherJb 43 (1901), 435, 436.

商法中，对股东会瑕疵决议的撤销会产生回溯效力；<sup>〔57〕</sup>再如在行政法中，行政确认行为同样可以使相应的法律关系发生回溯；<sup>〔58〕</sup>又如在税法中，税收债务因基础裁决的事后废弃而消灭的状态亦会出现回溯。<sup>〔59〕</sup>既然回溯效力是整个法律体系中均频繁出现的制度，其理应受到重视。因为对一项跨部门法制度的研究，往往能加深人们对整个法律学科的理解。

---

**Abstract:** Retroactive effect is a widely used legislative technique in civil law, which is not same as the retroactive effect of the law. The typical types of retroactive effect can be classified according to the doctrinal system of civil law, such as retroactive qualification of the civil subject, retroactive status, content and result of the legal transactions, retroactive interruption of the prescription and retroactive extinguished debt. The primary characteristic of retroactive effect is that the legislator makes two evaluations of the same fact, i. e. the first uncertain evaluation, and the second certain evaluation. On this basis, there is a objective period of suspension, a status of suspension in which the legal binding force is not affected, a definitive status with retroactive effect and a possible restitution are created. The norms of retroactive effect are an independent type of norm that can be either compulsory or dispositive, and are always incomplete; norms of exception, norms of notice and legal fiction don't correspond to the characteristics of the retroactive effect, so they should not be confused with each other because of the same expressions in the provisions. The unscientific concept of "rückwirkende Fiktion" should be discarded.

**Key Words:** retroactive effect, suspensive status, definitive status

---

• 51 •

(责任编辑：朱晓峰)

---

〔57〕 参见丁勇：《公司决议瑕疵诉讼：历史、功能与规则改进》，上海人民出版社 2020 年版，第 136 页。

〔58〕 参见章剑生：《现代行政法总论》（第 2 版），法律出版社 2019 年版，第 158 页。

〔59〕 参见陈敏：《税法总论》，2019 年自版发行，第 319 页以下。

## 预售房抵押预告登记之优先受偿论

国 凯<sup>\*</sup>

**内容提要：**就预售房抵押预告登记是否具有优先受偿效力，既有学说与实务多持否定态度。但否定说未注意到银行于诸多情形无法办理抵押登记，且若开发商完成首次登记后仍承担保证责任，颇为不公。此外，一味要求银行完成抵押登记亦将招致诉累、浪费司法资源。新近《担保解释》第52条转而持肯定立场，可堪赞同。抵押预告登记与抵押登记之利益状态类似，既通过抵押合同体现当事人意思自治，亦经由登记公示保护交易第三人利益，故肯定优先受偿具有正当性。无权处分说可为肯定立场提供教义学支持。预告登记时购房者并无设立抵押之处分权，而作为所有权人之开发商已作出事前同意，从而处分权瑕疵得以补正。基于处分权瑕疵补正之溯及力，此优先受偿效力溯及至预告登记之日。银行如欲基于抵押预告登记优先受偿，应满足开发商完成首次登记之要件，但90日失效期间之限定并无必要。

**关键词：**抵押预告登记 优先受偿 所有权预告登记 抵押登记 无权处分

### 一、问题的提出

在预售商品房交易中，购房人往往需向银行贷款以支付购房款。为确保此贷款顺利清偿，银行要求购房人以其购买之预售房设定抵押。然而，房屋尚未建成，相应之不动产登记簿尚不存在，银行无法进行抵押登记，仅得办理预售商品房抵押权预告登记（以下简称“抵押预告登记”）。由此，若购房者未按期偿还贷款，银行能否仅依抵押预告登记主张就该预售房已设立抵押权并优先受偿？

依《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称

<sup>\*</sup> 国凯，武汉大学法学院博士研究生。

本文为2020年司法部项目“未成年人财产监护制度研究”（20SFB2024）、2020年国家社科基金重点项目“《民法典》适用中的国家利益保护问题研究”（20AFX016）的阶段性成果。

《担保解释》)第52条第1款,若已办理房屋所有权首次登记,且不存在抵押预告登记失效等情形,法院应认定抵押权自预告登记之日起设立。可见,最高人民法院明确支持抵押预告登记之优先受偿效力。新近《不动产登记法(征求意见稿)》第94条第2款亦明确规定:“……当事人以预购商品房办理抵押预告登记的,办理不动产首次登记后,抵押权自办理抵押预告登记之日起设立。”然而,该规定不可谓不创新,因其与既往学说与司法实践反差巨大,学界多认为,抵押预告登记不可设立抵押权,无从优先受偿。<sup>〔1〕</sup>最高人民法院曾发布公报案例称抵押预告登记“非对系争房屋享有现实抵押权”<sup>〔2〕</sup>。在以往判决中,最高人民法院多次明确反对抵押预告登记之优先受偿效力。<sup>〔3〕</sup>或许在最高人民法院影响下,各地高院亦多持此立场。<sup>〔4〕</sup>不仅如此,《担保解释》出台后,许多法院仍未改变立场,如湖南省高级人民法院即在2021年的一则判决中坚持既往之否定态度。<sup>〔5〕</sup>不唯如此,亦有学者指出《担保解释》第52条第1款与物权法原理相悖,应值商榷。<sup>〔6〕</sup>否定说之深远影响,可见一斑。

抵押预告登记是否具优先受偿效力,事关房地产与金融行业之有序发展,社会影响深远。《担保解释》第52条第1款虽转而持肯定立场,但就此立场突变之必要性与正当性,学界尚欠缺细致说明。且在既往学说多持否定立场之背景下,抵押预告登记之优先受偿效力能否获得教义学理论之支撑,亦值得深究。故就抵押预告登记优先受偿效力之问题进行研究,自有其现实与理论意义。

## 二、否定优先受偿之现实困境

### (一) 银行无法办理抵押登记

第一,现实生活中大量存在开发商已完成首次登记而购房者未办理所有权移转登记之情形。<sup>〔7〕</sup>因为“只有房屋所有权转移登记至买受人名下后,方可具备办理抵押登记的条件”<sup>〔8〕</sup>,故若购房者未办理移转登记,即无从以该房屋设立抵押。而且,购房者基于预售房买卖合同对开

• 53 •

〔1〕 参见孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注·物权编(1)》,中国法制出版社2020年版,第134页;王利明:《论民法典物权编中预告登记的法律效力》,载《清华法学》2019年第3期;常鹏翱:《预购商品房抵押预告登记的法律效力》,载《法律科学》2016年第6期;庄加园:《预告登记在强制执行程序中的效力》,载《当代法学》2016年第4期。

〔2〕 参见“中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2014年第9期,第36-40页。

〔3〕 参见最高人民法院(2020)最高法民申57号民事裁定书;最高人民法院(2019)最高法民申5851号民事裁定书;最高人民法院(2019)最高法民申5831号民事裁定书。

〔4〕 参见江苏省高级人民法院(2015)苏商再提字第00001号民事判决书;四川省高级人民法院(2019)川民终344号民事判决书;安徽省高级人民法院(2015)皖民二终字第00891号民事判决书;福建省高级人民法院(2017)闽民终184号民事判决书;吉林省高级人民法院(2019)吉民终187号民事判决书;湖北省高级人民法院(2017)鄂民再243号民事判决书。

〔5〕 参见湖南省高级人民法院(2021)湘民终918号民事判决书。类似观点参见湖北省武汉市中级人民法院(2021)鄂01民终1730号民事判决书;海南省第二中级人民法院(2021)琼97民终649号民事裁定书;浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民终9524号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2021)豫01民终1639号民事判决书;辽宁省锦州市中级人民法院(2022)辽07民终236号民事判决书;河北省承德市中级人民法院(2022)冀08民再11号民事判决书;广东省汕尾市中级人民法院(2022)粤15民终49号民事判决书;山东省枣庄市中级人民法院(2021)鲁04民终3160号民事判决书。

〔6〕 参见张静:《将有债权处分的法律构造与顺位安排》,载《法学》2022年第2期;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(下册),清华大学出版社2021年版,第262页;尹田:《物权法》,北京大学出版社2022年版,第182页。

〔7〕 参见最高人民法院(2019)最高法民申1049号民事裁定书;广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终4584号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2016)川01民终895号民事判决书。

〔8〕 最高人民法院(2019)最高法民申4607号民事裁定书。

发商享有办理移转登记之请求权,该权利是否行使、何时行使应由购房者决定。开发商对购房者并无移转登记请求权,亦无权单方面将房屋移转于购房者。虽有法院以购房者负受领义务为由判决其办理移转登记,<sup>[9]</sup>但房屋受领义务系不真正义务,应无法强制履行。<sup>[10]</sup>

此外,尚有合同相对性问题。实务中往往系银行对购房者提起诉讼,而银行非买卖合同当事人,无权请求购房者办理移转登记。<sup>[11]</sup>有观点认为银行有代位权,若购房者未行使权利,银行可要求开发商办理移转登记。<sup>[12]</sup>但此观点值得探讨。从代位权客体看,购房者对开发商享有之移转登记请求权系特定物债权而非金钱债权,能否适用代位权规则即有疑问。有观点主张非金钱债权亦不妨作为代位权客体,同时原则上要求债权人之债权与债务人债权内容相同。<sup>[13]</sup>而银行对购房者享有办理抵押登记请求权,与购房者对开发商之权利内容并不相同,故代位权规则无从适用。

第二,开发商完成首次登记而尚未移转登记于购房者之时,若该房屋被债权人查封,银行亦无法完成抵押登记。就此可区分该房屋被查封之原因分别说明。具体而言,该房屋既可能作为开发商之责任财产被开发商之债权人查封,亦可能作为购房者之责任财产被购房者之债权人预查封。

一方面,在被开发商之债权人查封情形,购房者可基于所有权预告登记提出执行异议。在具备所有权登记条件时,购房者可要求解除查封、排除强制执行。<sup>[14]</sup>然应注意,即便在解除查封、排除强制执行后,购房者仍可能拒绝办理移转登记。前已述及,此时银行即无法办理抵押登记。

另一方面,在被购房者之债权人预查封情形,银行无权以抵押预告登记为由主张解除查封、排除强制执行。<sup>[15]</sup>从文义看,《执行异议复议规定》第30条系针对所有权预告登记而非抵押预告登记。<sup>[16]</sup>而且,即便现实取得抵押权,银行亦无权作此主张。<sup>[17]</sup>举重以明轻,仅办理抵押预告登记时,银行更无此权利。<sup>[18]</sup>此外,银行在预查封期间亦无法完成抵押登记。最高人民法院明确规定,在预查封期间不得办理转让、抵押等登记手续。<sup>[19]</sup>可能之例外为由开发商移转登记于购房者名下。<sup>[20]</sup>从规范目的看,预查封系为保护债权人利益而设,<sup>[21]</sup>由开发商移转于购

[9] 参见湖南省常德市中级人民法院(2017)湘07民终1567号民事判决书;安徽省芜湖市中级人民法院(2016)皖02民终893号民事判决书。

[10] 参见王洪亮:《〈民法典〉中给付障碍类型的创新与评释》,载《西北师大学报(社会科学版)》2020年第6期。

[11] 参见江苏省高级人民法院(2017)苏民终404号民事判决书。

[12] 参见司伟:《预购商品房抵押权预告登记权利保护的法律基础与路径选择》,载《人民司法(案例)》2016年第14期。类似观点参见广东省肇庆市中级人民法院(2017)粤12民终1405号民事判决书。

[13] 典型如同一房屋之连环买卖。参见龙俊:《民法典中的债之保全体系》,载《比较法研究》2020年第4期;韩世远:《债权人代位权的解释论问题》,载《法律适用》2021年第1期。

[14] 参见《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(以下简称《执行异议复议规定》)第30条。

[15] 江苏省高级人民法院以《执行异议复议规定》第30条为依据认为工行城西支行可排除其他法院对办理了抵押预告登记的房屋的执行行为。参见江苏省高级人民法院(2017)苏民终404号民事判决书。

[16] 参见蔡虹、邓沁婷:《预告登记权利人“排除异议”的判定——以〈异议复议规定〉第30条为中心》,载《河北法学》2020年第5期。

[17] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第508条第2款。

[18] 参见程啸:《论抵押权的预告登记》,载《中外法学》2017年第2期。实务观点参见最高人民法院(2019)最高法民申1049号民事裁定书。

[19] 参见《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》(以下简称《协助执行通知》)第22条。

[20] 参见《协助执行通知》第16条。

[21] 参见葛行军、范向阳:《〈关于人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知〉的理解与适用》,载《人民司法》2004年第4期。

房者名下并无损于债权人利益。然而，可办理移转登记并不意味着银行可办理抵押登记。既然抵押预告登记不能设立抵押权，若预查封之后仍可办理抵押登记，即意味着该房屋在查封期间新增权利负担，必然对债权人造成不利，与预查封之规范目的相悖。<sup>〔22〕</sup>因此，在房屋被购房者之债权人预查封情形，银行亦无法办理抵押登记。<sup>〔23〕</sup>

### （二）开发商无法解除保证责任

现实中银行往往要求开发商为购房者之贷款债务提供连带保证担保，并约定在银行完成抵押登记时保证责任解除。合同订立时抵押登记能否完成尚未可知，故此约定系附有解除条件。<sup>〔24〕</sup>

在开发商完成首次登记后，若购房者未办理移转登记，银行即无法办理抵押登记，保证责任之解除条件未能成就。但完成首次登记后，购房者是否办理所有权移转登记及抵押登记，非开发商所能控制，此时仍要求开发商承担保证责任，恐有苛责之嫌。在开发商完成所有权移转登记后，要求开发商承担保证责任更不合理。因为其后购房者是否办理抵押登记，开发商无从干涉。有观点试以“恶意阻止条件成就”为由解除开发商之保证责任。<sup>〔25〕</sup>因为银行本可请求购房者办理抵押登记，其却要求开发商承担保证责任。然而，在规范层面能否将银行之行为认定为“恶意”，尚存疑问。学理上认为，若所附条件为随意条件，即条件成就与否取决于当事人之意志或行为，则不得拟制条件成就，以免过分限制行为人自由。<sup>〔26〕</sup>而是否办理抵押登记本即为银行基于抵押合同享有之权利，是否行使应属自由。此外，即便银行有配合办理抵押登记之义务，亦应以抵押人给付义务之提出为必要。<sup>〔27〕</sup>因此，除非可证明购房者积极办理抵押登记而银行怠于配合，否则难以认定银行系“恶意阻止条件成就”。<sup>〔28〕</sup>可见，银行未完成抵押登记而要求开发商承担保证责任时，开发商难以解脱。

### （三）招致诉累、浪费司法资源

银行作为抵押合同之权利人，可依该合同请求购房者办理抵押登记。正是在此意义上，有观点认为若购房人怠于办理抵押登记，银行如欲行使优先受偿权，应先要求购房人协助办理登记。<sup>〔29〕</sup>在房屋移转登记后，银行确可依抵押合同起诉购房者请求办理抵押登记。若银行取得胜诉判决，则需携该判决至登记部门办理抵押登记。银行如欲实现抵押权，还需再次向法院起诉，要求拍卖该房并优先受偿。由此可见，若购房者不配合办理抵押登记，银行至少需向法院提起两次诉讼才可实现其债权，费时费力。如法院所言，此做法“付出的税费成本与诉讼成本过高，加大守约方成本付出与银行业金融风险”<sup>〔30〕</sup>。而且，这也将增加法院工作量，浪费司法资源。最高

• 55 •

〔22〕 参见广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终20649号民事判决书；山东省泰安市中级人民法院（2018）鲁09民终1645号民事判决书。

〔23〕 在购房者已经取得房屋所有权后，结论亦无不同，故不赘述。相同观点参见江苏省镇江市中级人民法院（2020）苏11民终2891号民事判决书。

〔24〕 参见北京市高级人民法院（2019）京民申859号民事裁定书；江苏省高级人民法院（2018）苏民再100号民事判决书。

〔25〕 参见江苏省高级人民法院（2018）苏民再100号民事判决书；甘肃省兰州市中级人民法院（2021）甘01民终146号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2021）川01民终8509号民事判决书。

〔26〕 详见翟远见：《〈合同法〉第45条（附条件合同）评注》，载《法学家》2018年第5期。

〔27〕 参见黄茂荣：《债务不履行与损害赔偿》，厦门大学出版社2014年版，第126页。

〔28〕 参见江苏省镇江市润州区人民法院（2020）苏1111民初426号民事判决书。

〔29〕 参见章诗迪：《民法典视阈下抵押权预告登记效力再探讨——中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案评析》，载《苏州大学学报（法学版）》2020年第4期。实务类似说理参见最高人民法院（2015）民申字第766号民事裁定书。

〔30〕 四川省南充市中级人民法院（2019）川13民终1461号民事判决书。

人民法院就此明确指出：“在未办理抵押登记的情况下，直接对抵押人提起诉讼，请求行使抵押权，如果此时一概驳回诉讼请求，要求其先办理抵押登记才能行使抵押权，则必将引起诉累……必然导致一个纠纷多次审理。”〔31〕

或有论者反驳，仅订立抵押合同而未办理抵押登记时，银行如欲取得抵押权，本应完成上述流程，银行未负担更多成本。然而，虽然同样未办理抵押登记，订立抵押合同并进行预告登记的银行相较于仅订立抵押合同时应获得更强保护。而且，仅进行预告登记非其本愿，因为实践中对预售房无法办理抵押登记。事实上，银行并非不愿取得抵押权，否则根本不必大费周章与购房者办理预告登记，更不必在要求开发商承担保证责任时一并约定解除条件。相较于债权性质之保证，抵押权之效力显然更为强大，银行当然倾向于取得抵押权。实务中有银行即指出：“商品房按揭贷款是重要的房地产金融产品，需要合法有效的抵押品予以保障，而买受人所购商品房，无疑是最佳选择。”〔32〕可见，若坚持要求银行完成抵押登记始得优先受偿，将给当事人带来不必要之诉累，亦将浪费司法资源。

欲破解此种不合理局面，肯定银行可基于抵押预告登记设立抵押权即成必要。具体而言，若房屋尚处于开发建设中或尚未完成首次登记，银行可要求开发商承担保证责任；而在首次登记完成后，银行即可取得房屋抵押权，同时开发商之保证责任因解除条件成就而消灭。〔33〕如此，应可实现二者之妥当衔接、兼顾银行与开发商之利益。

有法院指出，开发商自愿提供连带责任保证并同意将银行办理抵押登记作为解除条件，自应遵守约定而不必特别保护。〔34〕然而，对此约定之解释不应拘泥于文字表述，而应立足于当事人合同订立之目的、探求其真意。前已述及，银行之所以要求开发商承担保证责任，系未取得抵押权前为其贷款债权提供保障。因此，若肯定银行可基于抵押预告登记设立抵押权，自无必要继续要求开发商承担保证责任。此做法不仅合于合同目的，更可实现当事人之利益平衡，是为更优选择。〔35〕

### 三、优先受偿之正当性

#### （一）与抵押登记之利益状态类似

##### 1. 反面推论之误用

有法院援引《民法典》第402条作“反面推论”，〔36〕即仅在抵押登记完成时才能成立抵押权，而抵押预告登记不同于抵押登记，故不得优先受偿。就反面推论而言，其意味着“制定法

〔31〕 最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第457页。

〔32〕 广东省肇庆市中级人民法院（2017）粤12民终1405号民事判决书。

〔33〕 参见浙江省高级人民法院（2016）浙民申390号民事裁定书；山东省青岛市中级人民法院（2021）鲁02民终4373号民事判决书；上海市第二中级人民法院（2015）沪二中民六（商）终字第520号民事判决书。

〔34〕 参见青海省高级人民法院（2020）青民终301号民事判决书。

〔35〕 参见四川省成都市中级人民法院（2021）川01民终16469号民事判决书；山东省威海市中级人民法院（2021）鲁10民终1631号民事判决书；广东省佛山市中级人民法院（2021）粤06民终12774号民事判决书；广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终20561号民事判决书；湖南省益阳市中级人民法院（2022）湘09民终1027号民事判决书。

〔36〕 参见最高人民法院（2019）最高法民申4607号民事裁定书；吉林省高级人民法院（2019）吉民终187号民事判决书。

(只)对事实构成 A 赋予了法律后果 R, 因此 R 不适用于其他事实构成”〔37〕。而“只有当立法者有意或根据制定法目的命令只能将法律后果 R 适用于构成要件 A 时, 这种反面推论才能被正当化。是否如此, 首先要借助解释来查明。”〔38〕在现行法中是否仅能依据抵押登记才可设立抵押权, 非无疑问。如在不动产让与担保场合, 当事人并未进行抵押登记而仅办理所有权移转登记, 最高人民法院亦认可其优先受偿效力。〔39〕此一反例即可证明前述反面推论不能成立。

## 2. 意思自治之尊重

在不动产抵押权设立中, 包含双层利益关系。第一层涉及抵押人与抵押权人, 第二层则涉及交易第三人特别是抵押人之其他债权人。其中, 第一层利益关系仅具有相对性, 故应为其意思自治领域。双方通过订立表达其意愿之抵押合同以调整其利益状态, 自属正当。与抵押登记场合相同, 在抵押预告登记关系中, 同样存在作为抵押人的购房者与作为抵押权人的银行所订立之抵押合同, 此种利益安排亦属当事人意思自治之产物。〔40〕

## 3. 交易安全之维护

抵押物亦属于债务人之责任财产, 其他债权人自然有权要求以该抵押物实现其债权。〔41〕若抵押权人能就抵押物“优先”受偿, 即意味着此内部约定能够对抗该债务人之其他债权人, 内部约定公开化即成必要。〔42〕立法者所提供之技术手段为登记公示。经由登记系统, 抵押人与抵押权人之间内部约定得以公开, 其他债权人之利益亦可兼顾。〔43〕不无疑问的是, 就公示而言, 抵押预告登记与抵押登记能否作相同评价。

首先, 许多法院未意识到抵押合同已通过抵押预告登记予以公示之事实。从逻辑上讲, 既然法院认可预告登记后的抵押合同取得诸如排他、对抗、优先顺位等债权保全效力, 〔44〕必然意味着抵押合同已经公示, 否则无正当理由对第三人产生效力。有法院虽否认抵押预告登记可设立抵押权, 但已承认“第三人可通过抵押权预告登记情况知悉不动产将来可能设立抵押权, 故其实际已具备一定的公示效力”〔45〕。亦有学者指出, 第三人可经由预告登记识别可能存在之交易风险。〔46〕由此, 抵押预告登记亦可公示, 应无异议。

还有观点称, 抵押预告登记虽可起公示作用, 但其与抵押登记公示之程度存在差异。如有法院虽认可“第三人可通过抵押权预告登记情况知悉不动产将来可能设立抵押权”, 但同时谨慎指出抵押预告登记仅“具备一定的公示效力”, 从而对抵押预告登记与抵押登记之法律效果

〔37〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆 2020 年版，第 490 页。

〔38〕前引〔37〕，卡尔·拉伦茨书，第 490-491 页。

〔39〕参见崔建远：《对非典型担保司法解释的解读》，载《法治研究》2021 年第 4 期。

〔40〕参见江苏省高级人民法院（2019）苏民申 1765 号民事裁定书；浙江省高级人民法院（2016）浙民再 142 号民事判决书；湖北省高级人民法院（2017）鄂民再 243 号民事判决书。

〔41〕参见湖北省武汉市中级人民法院（2018）鄂 01 民终 5328 号民事判决书。

〔42〕参见常鹏翱：《〈民法典〉中真实物权的判断标准》，载《浙江工商大学学报》2020 年第 5 期。

〔43〕参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 666 页。

〔44〕参见贵州省高级人民法院（2019）黔民终 547 号民事判决书；黑龙江省高级人民法院（2017）黑民再 51 号民事判决书；江苏省高级人民法院（2015）苏商再提字第 00001 号民事判决书；四川省高级人民法院（2019）川民终 344 号民事判决书。

〔45〕山东省青岛市中级人民法院（2017）鲁 02 民终 1459 号民事判决书。类似观点参见李玉林：《〈民法典〉预告登记制度的司法适用——以效力问题为中心》，载《法律适用》2021 年第 8 期。

〔46〕参见前引〔1〕，王利明文。

予以区分。<sup>〔47〕</sup>但是,依《不动产登记暂行条例实施细则》第66条第1款、第78条第1款,当事人在申请办理抵押登记与预购商品房抵押登记时,均应当提交“抵押合同与主债权合同”等必要材料,就此二者并无不同。而且,依《不动产登记资料查询暂行办法》第21条第3项,有买卖、租赁、抵押不动产意向之交易第三人或者拟就不动产提起诉讼、仲裁等的利害关系人均可提交法定材料申请查询“不动产是否存在抵押权登记、预告登记”等情况,亦未将二者作区别对待。由此可知,抵押预告登记与抵押登记之公示程度不存在差异。

总之,抵押预告登记与抵押登记均可发挥公示功能以将内部约定公开化,从而保护交易第三人利益。既然如此,银行与购房者订立抵押合同并通过抵押预告登记予以公示后,应可取得抵押权。已有许多法院持此立场:“吴娜芬以其购买的位于厦门市世侨中心6层02单元的房产为讼争贷款提供抵押担保,该约定系双方当事人的真实意思表示,符合意思自治原则,而且并未违反法律法规的强制性规定。吴娜芬并与交行厦门分行办理了抵押预告登记手续,该预告登记手续通过在房产管理部门登记的方式对外进行了明确清楚的公示。因此预告抵押登记可以产生优先受偿的效力。”<sup>〔48〕</sup>此种裁判立场既尊重抵押双方之意思自治,亦无损于交易第三人之利益,颇值赞同。

## (二) 预告登记规则不可适用

### 1. 抵押预告登记非预告登记之规范对象

虽有观点以《民法典》第221条第1款为据否定抵押预告登记之优先受偿效力,但该规定实为规范所有权预告登记而设。该款第1句虽在文义上将抵押预告登记纳入射程范围,但立法者在制定该规范时,仅考量了预售房买卖合同中的利益状态。<sup>〔49〕</sup>具体而言,在预售房交易中,购房者与开发商所订立之买卖合同为法律上之债权行为,开发商仅负担交付并移转所有权之给付义务,购房者能否取得房屋所有权尚未可知。而立法者认为,购房者应获更优之法律地位,因其购买房屋以供居住关涉基本生存权利,故对此债权之实现提供特殊保护。其保护手段为,购房者可基于预售房买卖合同设定所有权预告登记,限制开发商对该房屋之转让、抵押等处分为行为。可见,《民法典》第221条第1款系以预售房买卖合同为预设规范对象,其规范目的在于保护购房者利益。

然而,在抵押预告登记场合,所涉主体并非开发商、购房者双方,而系银行与购房者。权利人亦非买卖合同之购房者,而系抵押合同之银行。就此而言,二者所涉之利益主体与法律关系并不相同。此外,若开发商提供阶段性保证,将涉及开发商、购房者、银行三方主体,存在预售房抵押合同、阶段性保证合同等多重法律关系。此时,规范预售房买卖合同利益状态的所有权预告登记规则更无从适用。可见,抵押预告登记关系并非其预设对象,不能径直依《民法典》第221条第1款否定抵押预告登记之优先受偿效力。

〔47〕 参见山东省青岛市中级人民法院(2017)鲁02民终1459号民事判决书。类似观点参见广东省广州市中级人民法院(2019)粤01民终21200号民事判决书。

〔48〕 福建省厦门市中级人民法院(2016)闽02民终3934号民事判决书。类似观点参见安徽省高级人民法院(2014)皖民二终字第00780号民事判决书;山东省青岛市中级人民法院(2014)青金商终字第210号民事判决书;浙江省温州市中级人民法院(2018)浙03民终5108号民事判决书;黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2015)哈民三商初字第137号民事判决书;湖南省常德市中级人民法院(2016)湘07民终1535号民事判决书。

〔49〕 参见前引〔43〕,黄薇主编书,第41-42页。

## 2. 预告登记规则不可类推适用于抵押预告登记

虽然立法者未将抵押预告登记作为预设规范对象，但若得以类推适用所有权预告登记之法效果，亦可否定抵押预告登记之优先受偿效力。在预售房买卖中，若开发商已办理首次登记，除非基于购房者自身原因（如购房者之债权人查封该房屋）而无法办理移转登记，购房者必将取得房屋所有权，毕竟开发商之再处分行为已受严格限制。<sup>〔50〕</sup>而在抵押预告登记场合，银行可能基于种种非自身原因无法设立抵押权，典型如购房者未办理所有权移转登记，<sup>〔51〕</sup>又如购房者拖欠债务使房屋被其债权人查封。<sup>〔52〕</sup>可见，相较于预售房买卖中的购房者，银行所处状态更为不利，其物权之实现面临更大障碍。而且，从保护目的与保护手段的配置关系看，抵押预告登记与所有权预告登记之保护效果相差甚大。对购房者施以处分限制，对于银行抵押权之设立与实现，既无必要、亦无助益。因此，抵押预告登记与所有权预告登记之利益状态并不相同，无法类推适用《民法典》第221条第1款否定抵押预告登记之优先受偿效力。

### （三）无悖于物权法定原则

有法院强调，认可银行基于抵押预告登记设立抵押权将违背物权法定原则，<sup>〔53〕</sup>亦有我国学者持此观点。<sup>〔54〕</sup>不过，此种观点应系误解。依学者总结，所谓物权法定原则，其基本含义为“物权的类型和内容应该由法律明确规定”<sup>〔55〕</sup>。其中，类型强制系指当事人所设定之物权种类应为实证法既有物权类型之一，内容强制则为当事人所设定物权之内容应依实证法之规定而确定。<sup>〔56〕</sup>就以抵押预告登记设立抵押权而言，其与物权法定原则并不相悖。因为其所设立者即为抵押权，当然属于实证法既有之物权类型，且优先受偿作为抵押权之效力内容，亦有实证法之依据。因此，以抵押预告登记设立抵押权，并无悖于物权法定原则。

• 59 •

## 四、抵押预告登记之学理构造

### （一）既有学理之分析

#### 1. 附条件法律行为说

该说认为，既然购房者取得所有权系银行设立抵押权之前提条件，则在购房者怠于办理移转登记时，应认定购房者之行为悖于诚信，故可拟制为购房者已办理移转登记而取得所有权，即银行设立抵押权之前提条件视为已经成就，银行由此可取得抵押权。<sup>〔57〕</sup>虽然此种主张颇为流行，但其无法成立。

〔50〕 参见马强伟：《预查封制度质疑及物上期待权的执行》，载《法学》2019年第10期。

〔51〕 参见浙江省台州市中级人民法院（2015）浙台商终字第655号民事判决书。

〔52〕 参见广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终20649号民事判决书。

〔53〕 参见湖北省高级人民法院（2017）鄂民再243号民事判决书；广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终14465号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2020）川01民终1907号民事判决书。

〔54〕 参见张双根：《商品房预售中预告登记制度之质疑》，载《清华法学》2014年第2期；前引〔29〕，章诗迪文。

〔55〕 孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2018年版，第283页。

〔56〕 参见前引〔55〕，孙宪忠书，第284-285页。

〔57〕 参见湖南省常德市中级人民法院（2017）湘07民终1567号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2021）川01民再52号民事判决书。

首先,从意思自治角度来看,当事人之所以就法律行为附以条件,系以将来之不确定事件控制该法律行为之生效或失效。<sup>〔58〕</sup>而在银行与购房者订立抵押合同时,双方并非意欲使该抵押合同暂不生效而待某条件实现时始得生效,而是希望合同订立后即时生效。<sup>〔59〕</sup>

其次,若认可物权行为之独立性,似乎不妨解释为抵押合同已经即时生效,而设立抵押权之处分行为则以购房者取得所有权或处分权作为银行取得抵押权之生效条件。然而,购房者享有所有权或处分权本就为银行取得抵押权之法定生效要件,当事人就此约定与否,并无影响。依学界通说,法律行为所附之条件以意定条件为限,并不包括法定条件。<sup>〔60〕</sup>就此,司法实践亦多予以认可。<sup>〔61〕</sup>

再次,即便认可法律行为不妨附法定条件,<sup>〔62〕</sup>亦无从适用意定条件之拟制成就规则。因为购房者是否办理移转登记并取得所有权或处分权,不仅影响银行之抵押权设立,更关乎交易第三人之利益。<sup>〔63〕</sup>具体而言,该商品房上是否存在抵押权事关第三人之交易活动是否能顺利进行,而购房者何时违反诚信急于办理移转登记具有时间上之不确定性,且交易第三人对于购房者何时存在违反诚信之行为并无法知悉。就此而言,若将购房者急于办理移转登记之违反诚信行为拟制为已经办理移转登记,且银行可据此取得抵押权,而交易第三人又无法判断抵押权何时成立,恐置第三人于不利。

因此,附条件法律行为说无法作为支撑抵押预告登记优先受偿之理论基础。

## 2. 不动产期待权说

依不动产期待权说,在办理移转登记前购房者尚未取得房屋之所有权,但其已基于买卖合同享有对该房屋之期待权。此期待权虽非完整之权利形态,但已具备完整权利之部分效力。购房者既然享有期待权,自可将此期待权处分于他人,故购房者可将该期待权设定抵押于银行,银行即取得对该期待权之抵押权。<sup>〔64〕</sup>此种理论构造看似顺畅,实则无法成立。

首先,购房者之期待权能否处分,非无疑问。最高人民法院虽认可所有权预告登记之权利人(购房者)可取得物权期待权,但亦明确指出此期待权仅具备“对抗所有权人和第三人的物权效力”<sup>〔65〕</sup>,未认可此权利可予处分。而且,其所预设之情境为,该房屋作为开发商之责任财产被查封,购房者作为所有权预告登记之权利人提出异议。<sup>〔66〕</sup>最高人民法院之所以认为此时具有对抗效力,不过意味着所有权预告登记之实体法效力在执行程序中的自然延续,故其称“执行程序中,对预告登记权利人的物权期待权也应依法予以保护”<sup>〔67〕</sup>。由此可知,最高人民法院援引物权

〔58〕 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第126页。

〔59〕 参见广东省广州市中级人民法院(2019)粤01民终21200号民事判决书;吉林省通化市中级人民法院(2020)吉05民终710号民事判决书。

〔60〕 参见前引〔26〕,翟远见文。

〔61〕 参见湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂01民终5521号民事判决书;辽宁省丹东市中级人民法院(2019)辽06民终2172号民事判决书。

〔62〕 偶有持此观点者,参见冯洁语:《论法定条件的教义学构造》,载《华东政法大学学报》2018年第5期。

〔63〕 参见前引〔26〕,翟远见文;前引〔62〕,冯洁语文。

〔64〕 参见江苏省徐州市中级人民法院(2014)徐商终字第0488号民事判决书;四川省乐山市中级人民法院(2021)川11民初2号民事判决书。

〔65〕 江必新、刘贵祥主编:《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第440页。

〔66〕 参见前引〔65〕,江必新、刘贵祥主编书,第438页。

〔67〕 前引〔65〕,江必新、刘贵祥主编书,第440页。

期待权理论系为保护购房者顺利取得房屋所有权，并无允许其处分该期待权之意图。

其次，虽然德国学理上认为期待权可以处分，<sup>〔68〕</sup>但我国法中的期待权与德国法中的期待权并不具可比性，故无法经由德国学理推出我国法中的期待权亦可处分之结论。在德国法中，期待权取得之要件颇为严格。对于不动产交易而言，期待权之取得不仅要求当事人双方达成所有权移转合意（物权合意），且应向登记部门提出登记申请，并需达致登记部门无法驳回之程度。<sup>〔69〕</sup>此际当事人双方已完成成为移转所有权所需之各项要求，仅待登记部门完成登记流程即可。<sup>〔70〕</sup>而且，依德国《土地登记簿法》第17条之规定，若有数个针对同一权利之登记申请，先申请者优先办理。此即意味着即便出卖人之后又将该不动产出卖于他人并申请办理所有权移转登记，后手买受人亦无法优先取得所有权。由此可见，在德国法中，只有受让人之“法律地位不能为交易对方单方恣意地挫败”时，其才取得期待权。<sup>〔71〕</sup>

有观点称，我国的所有权预告登记可排除开发商之处分行为，故与德国法中申请所有权登记功能类似，买受人亦可享有期待权。<sup>〔72〕</sup>但我国预售房交易中购房者之法律地位并不稳固，其能否顺利取得所有权尚难确定。其一，购房者虽可基于所有权预告登记排除开发商之再处分行为，但所有权如欲确定地移转于购房者名下，尚需购房者积极主张其移转所有权之权利。前已述及，现实交易中大量存在购房者怠于主张登记之情形，此时所有权自然无法移转。其二，所有权预告登记具有时效性，《民法典》第221条第2款为所有权预告登记设定了90日的消灭期间。此期间经过时，所有权预告登记即归于消灭，购房者将无权排除开发商之再处分行为。其三，所有权预告登记具有从属性。若商品房买卖合同被认定为无效或被撤销，所有权预告登记亦随之失效，此时购房者同样无权排除开发商之再处分行为。<sup>〔73〕</sup>其四，德国与我国的物权变动模式存在差异。德国采物权行为独立性与无因性，即便买卖合同存在效力瑕疵，所有权移转行为之效力亦不受影响。在登记程序完成后，买受人即可取得所有权。而在采债权形式主义的我国，若买卖合同存在效力瑕疵，则买受人根本无法取得所有权。<sup>〔74〕</sup>可见，在我国法中，若买卖合同无效或被撤销，不仅所有权预告登记随之失效，更重要的是买受人根本不可能取得所有权。由此可知，与德国相比，我国办理所有权预告登记的买受人的法律地位更不稳固，而与前述“应向登记部门提出登记申请”之要求则差距更大。因此，德国学理不可当然适用。

可见，不动产期待权亦无法作为支撑抵押预告登记优先受偿之理论基础。

## （二）无权处分说的提出

### 1. 抵押权设立系无权处分

抵押权之设立系属物权变动行为，应以购房者有处分权为必要，否则权利变动无从发生。与

〔68〕 参见张静：《论条件的溯及效力与即时效力》，载《中外法学》2021年第5期。

〔69〕 参见庄加园：《不动产买受人的实体法地位辨析——兼谈〈异议复议规定〉第28条》，载《法治研究》2018年第5期；前引〔50〕，马强伟文。

〔70〕 参见前引〔69〕，庄加园文。

〔71〕 参见前引〔69〕，庄加园文。

〔72〕 参见前引〔50〕，马强伟文。

〔73〕 参见前引〔69〕，庄加园文。

〔74〕 即便采有因性原则，结论亦无不同。

现房交易相比,预售房交易之特殊性有二:第一,购房者在与银行订立抵押合同时,该房屋尚未建造完成,抵押之物既未存在,开发商与购房者均无处分权;<sup>[75]</sup>第二,《担保解释》第52条第1款以开发商完成首次登记为要件,但在仅完成首次登记而未进行移转登记时,购房者同样未取得房屋所有权。可见,购房者为银行设立抵押权之行为应系无权处分。

有法院认为购房者系有权处分,其主要理由为,依《民法典》第395条第1款第5项,债务人有权以正在建造之建筑物为他人设立抵押权。<sup>[76]</sup>但此观点不能成立。购房者与银行在抵押合同中所约定之内容为购房者将其取得之房屋抵押给银行,银行之意愿亦为以该房屋而非以尚未完成之在建建筑物设定抵押权。最高人民法院即明确指出:“预购商品房抵押中,抵押财产并非正在建造的商品房。”<sup>[77]</sup>因此,将抵押物认定为在建建筑物将违背当事人之意思自治。而且,依立法者所述,之所以认可在建建筑物亦可抵押,系为解决建设者融资难题,从而保障工程顺利完工,<sup>[78]</sup>并无允许购房者抵押之意图。因此,认为购房者系有权处分在建建筑物之观点无法成立。

## 2. 处分权瑕疵补正:开发商之事前同意

依《民法典》第395条第1款,债务人应以其有权处分之财产设定抵押权。就此而言,抵押权设立之物权效果如欲发生,无处分权之瑕疵即须补正。若行为人嗣后取得所有权或处分权,物权变动自可发生。故购房者取得所有权后,银行即可取得抵押权。然而,正是此种构造使得银行对未办理移转登记之购房者无可奈何。况且,此构造与《担保解释》第52条第1款所设开发商完成首次登记之要件不符。除此之外,学理上认为若能得到有处分权人之事前同意或事后追认,物权变动亦可发生。<sup>[79]</sup>相较而言,事前同意之路径在此处更具解释力。此处将面临如下问题:其一,谁是有处分权人;其二,如何认定事前同意之存在。

首先,虽然在订立抵押合同、办理抵押预告登记之时,房屋尚不存在,开发商及购房者均无处分权,但依《民法典》第231条,随着房屋之开发建设完毕,开发商原始取得房屋所有权。而依《民法典》第232条,及至开发商完成首次登记时,开发商即取得法律上之所有权。是故,此时开发商系对该房屋有处分权之人。

不仅如此,在抵押合同订立时,开发商已作出事前同意购房者处分房屋之意思表示。依《民法典》第140条第1款,意思表示可依明示或默示作出。默示意思亦被称为“间接意思”或“可推断意思”,即意思表示可由行为人所实施之某项行为间接推断得出。<sup>[80]</sup>通常而言,开发商之同意意思虽非明示,但可依默示行为推出。<sup>[81]</sup>首先,在现实交易中,开发商同样参与抵押合同之

[75] 参见前引[54],张双根文;前引[18],程啸文。

[76] 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2015)沈中民四终字第290号民事判决书;福建省宁德市中级人民法院(2016)闽09民终1302号民事判决书。

[77] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第1041页。

[78] 参见前引[43],黄薇主编书,第639页。相同观点参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民终20649号民事判决书。

[79] 参见姚明斌:《民法典体系视角下的意思自治与法律行为》,载《东方法学》2021年第3期。

[80] 参见杨代雄:《意思表示理论中的沉默与拟制》,载《比较法研究》2016年第6期。

[81] 参见张芸:《单方法律行为理论基础的重构与阐释——兼论〈民法总则〉法律行为规范的若干难点问题》,载《清华法学》2017年第4期。

订立过程，自始知悉购房者以将来取得之房屋设立抵押权。开发商未作反对意思，而且积极促成交易进行。其次，开发商主张不承担保证责任，而抵押权设立与保证责任系前后承接关系，亦可推断开发商存在同意设立抵押权之意思。事实上，实务中多有开发商直接主张银行可取得抵押权的情形。<sup>〔82〕</sup>

而且，此种解释构造亦完全符合当事人之利益状态。第一，其并不会损害开发商利益，因为开发商并未负担更多义务。事实上，开发商可因此获益，银行既已取得抵押权，开发商之保证责任即可解除。第二，对于银行而言，即便购房者怠于移转登记或房屋被查封，银行亦可取得抵押权并优先受偿。第三，此构造亦不会给购房者带来不利益。既然纠纷系因购房者未能按期偿还贷款债务所起，则其无论如何无法终局保有房屋之所有权。即便由开发商承担保证责任，亦复如是，因为此时开发商所取得之购房款被银行悉数追回，开发商将解除与购房者之买卖合同，购房者无法取得房屋。准此，即可认定开发商事前同意之存在。

有法院认为即便开发商尚未完成首次登记，银行亦可取得抵押权并优先受偿。<sup>〔83〕</sup>然而，在开发商完成首次登记之前，开发商尚未取得房屋所有权，购房者之处分瑕疵并未补正，故无从发生权利变动，银行不能取得抵押权。此时银行可要求开发商承担连带保证责任，以担保其贷款债权之实现。

### 3. 抵押预告登记不应因期间经过而失效

《担保解释》第52条第1款就抵押预告登记施以90日失效期间之限定，但此限定并不合理。其一，既然银行已于首次登记完成时取得抵押权，是否有必要施以失效期间之限定？在所有权预告登记中，购房者能否取得房屋所有权系于购房者是否主张权利。而在抵押预告登记中，银行能否取得抵押权之关键在于开发商是否完成首次登记。故在逻辑上，银行并无怠于行使权利之可能，自无设定失效期间以督促其行使权利之必要。最高人民法院已指出立法者在规定预告登记时未虑及抵押预告登记之特殊性，<sup>〔84〕</sup>却又认为抵押预告登记如所有权预告登记一般存在失效期间，其间逻辑难以成立。其二，若施以失效期间之限定，则期间经过之法效果如何，即成难题。在首次登记完成后至失效期间经过前，银行本已取得抵押权，则期间经过后，是否意味着其所取得之抵押权归于消灭？进而，权利人是否必须办理抵押登记后才能重新取得抵押权？其三，最高人民法院将预告登记权利人主观上知道或应当知道作为失效期间之计算始点，<sup>〔85〕</sup>亦值得怀疑。权利人是否取得抵押权系于这一极具不确定性之主观状态，恐难与抵押权之物权特性相合。更重要的是，最高人民法院忽视了交易第三人利益之保护。由于抵押预告登记是否失效关涉抵押权之设立，而第三人对此失效期间何时起算或结束并无知悉途径，故其无法判断该标的物上是否存在抵押权。因此，90日失效期间之限定不合理，抵押预告登记不应因期间经过而失效。

〔82〕 参见安徽省高级人民法院（2014）皖民二终字第00780号民事判决书；江苏省高级人民法院（2018）苏民再100号民事判决书。

〔83〕 参见浙江省台州市中级人民法院（2018）浙10民终1011号民事判决书；福建省厦门市中级人民法院（2016）闽02民终3934号民事判决书。

〔84〕 参见前引〔31〕，最高人民法院民事审判第二庭编书，第454页。

〔85〕 参见前引〔31〕，最高人民法院民事审判第二庭编书，第460页。

#### 4. 抵押权自抵押预告登记之日起设立

《担保解释》第52条第1款规定抵押权自抵押预告登记之日起设立,值得肯定。<sup>〔86〕</sup>有疑问的是,既然在开发商办理首次登记时,购房者之处分权瑕疵即得以补正,依此逻辑,抵押权似应成立于首次登记完成之时。但抵押合同之订立与抵押预告登记之办理远远早于首次登记,就此而言,抵押权设立之时间即与抵押预告登记之时间不相符合。但此种担心并无必要。因处分权瑕疵之补正具有溯及力,即溯及至处分行为作出之时。此种溯及取得之解释路径并非空穴来风,在将来债权处分中多有学者认可。<sup>〔87〕</sup>而且,认定预售房抵押权自抵押预告登记之日起设立亦可与我国不动产登记生效主义物权变动模式相协调。就此而言,在规范层面,自应认定银行之抵押权溯及至抵押预告登记之日起设立。

还应说明的是,在抵押预告登记完成后、首次登记完成前,抵押预告登记所公示之权利状态尚不确定,但此种不确定状态并不会损及交易安全。其原因在于,预售房系将来之物,其能否顺利建造完成并进行首次登记本就为不确定事件。若交易第三人可依抵押预告登记之公示知悉该标的为预售房屋却仍选择与之交易,则交易第三人自应承担此种不确定性。

值得注意的是,抵押预告登记与抵押登记均可设立抵押权,在体系层面,此结论似可导致二者之混淆。<sup>〔88〕</sup>但此种担忧应无必要。以上讨论均以预售房交易为背景,故前述结论在现房交易并不当然适用。在预售房交易中,银行可基于抵押预告登记而优先受偿,但在现房交易中银行并无此权利。此区分之正当性在于,在预售房交易中,由于行政部门之设置,银行仅能办理抵押预告登记。而在现房交易中,银行完全可以进行抵押登记。若银行就现房仅办理抵押预告登记,自应认定其无意设立抵押权。在《不动产登记暂行条例实施细则》中,行政部门亦对二者分别规定。该细则第78条系就“预购商品房抵押登记”之规定,位于第四章第九节“抵押权登记”部分;而该细则第88条系就“现房抵押预告登记”之规定,位于第五章第三节“预告登记”部分。

此外,既然抵押预告登记权利人已经取得抵押权,其是否有必要继续完成抵押登记?既然预售房抵押预告登记与现房抵押登记具备相同功能,则抵押预告登记至抵押登记之转化仅具形式意义。<sup>〔89〕</sup>就此而言,若登记部门在移转登记时一并将抵押预告登记转为抵押登记,此问题即可化解。值得注意的是,已有地方行政部门作出尝试。如《重庆市土地房屋权属登记条例》第66条规定:“已设立预购商品房抵押权预告登记的,在办理土地房屋权属转移登记时,原土地房屋预购商品房抵押权预告登记自动转为土地房屋抵押登记,由登记机构记载于不动产登记簿。”<sup>〔90〕</sup>新近《不动产登记法(征求意见稿)》第97条第3款亦明确规定:“预购商品房办理房屋所有权转移登记时,不动产登记机构应当将预购商品房抵押权预告登记转为房屋抵押权登记。”

〔86〕 反对意见参见前引〔6〕,张静文。

〔87〕 参见朱晓喆:《资产证券化中的权利转让与“将来债权”让与》,载《财经法学》2019年第4期。

〔88〕 参见前引〔18〕,程啸文。

〔89〕 参见福建省福州市中级人民法院(2021)闽01民终7377号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2021)粤01民终9374号民事判决书。

〔90〕 类似地,《天津市不动产登记条例》第60条规定:“已经办理预购商品房抵押权预告登记的,购房人办理国有建设用地使用权及房屋所有权转移登记后,其抵押权预告登记转为抵押权登记,抵押权预告登记日期即为抵押权登记日期。”

总之，认可银行可基于抵押预告登记而优先受偿，既可在现实层面满足交易之迫切需求，在规范层面亦具备正当化之价值基础，并可获得教义学之理论支撑。因此，在预售商品房交易中，若购房者未按期偿还贷款，即便未办理抵押登记，在开发商将房屋建造完毕并办理首次登记时，银行亦可依抵押预告登记主张就该房屋已设立抵押权并优先受偿。

---

---

**Abstract:** As to whether the pre-sale housing mortgage notice registration has the effect of priority of compensation, the existing theories and practices mostly hold a negative attitude. But the negative position fails to notice that banks cannot handle mortgage registration in many situations, and it is unfair if developers still bear the guarantee responsibility after completing the first registration. In addition, requiring banks to complete mortgage registration will also result in a tiring lawsuit and a waste of judicial resources. The recent “Guarantee Interpretation” has turned to a positive position, which can be approved. Mortgage advance notice registration is similar to mortgage registration in terms of interests. It not only reflects the autonomy of the parties through the mortgage contract, but also protects the interests of third parties in the transaction through registration and publicity. Therefore, it is certainly legitimate to have priority. The theory of disposition without right can provide dogmatic support for the positive position. The buyer does not have the right to dispose at the time of advance notice registration, but the developer as the owner has given prior consent, so that the defect in the right of disposal can be corrected. Based on the retroactive force of corrections, this effect occurs from the date of advance notice registration. If the bank has priority of compensation, it should meet the requirements for the developer to complete the initial registration, but the 90-day expiration period is not necessary.

**Key Words:** mortgage advance notice registration, priority compensation, ownership advance notice registration, mortgage registration, disposition without right

---

---

## 商品房买卖合同与借款合同的效力关联 ——以最高人民法院“王忠诚案”为例

罗亚文\*

**内容提要：**开发商违约行为导致商品房买卖合同被解除的，借款合同应否解除、买受人是否承担还款责任等问题存在“同案不同判”的现象源于法官对“合同目的不能实现”、合同相对性及公平原则的不同理解。合同联立可作为我国商品房按揭中买卖合同与借款合同效力关联的解释路径，《民法典》第 673 条、第 634 条为效力关联的实定法规范基础。基于合同联立的法律效果，商品房买卖合同与借款合同中某一合同未能订立或被确认无效、被撤销、被解除的，当事人可请求解除另一合同。返还义务的分配规则应充分考虑三方主体的给付平衡。“王忠诚”等类案中，开发商负有返还义务，买受人不负有还款责任，银行也不负有返还买受人已偿付贷款的义务，银行向开发商追偿的请求权为不当得利返还请求权。

**关键词：**商品房 买卖合同 借款合同 合同联立

受疫情影响，经济下行，“烂尾楼”引发的停贷事件频发。开发商逾期不能交房的违约行为导致商品房买卖合同被解除，继而引发借款合同是否应被解除、解除后还款责任由谁承担的纠纷。尽管《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《商品房买卖司法解释》）已有相关规定，<sup>〔1〕</sup>但“同案不同判”的现象大量存在，甚至最高人民法院也存在前后不一致的裁判结果。基于此，笔者以最高人民法院再审案件“王忠诚案”、各地高级人民法院的类案裁判结果为例，以域外法的相关规范为参考，探索商品房买卖合同与借款合同效力关联的正当性基础以及司法裁判的适用规则。

\* 罗亚文，南京大学法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金项目“公共租赁住房法律制度研究”（16BFX102）的阶段性成果。

〔1〕《商品房买卖司法解释》已于 2020 年被修改，其中第 20 条、第 21 条与 2003 年《商品房买卖司法解释》第 24 条、25 条的内容一致，未作变动。本文相关裁判多适用 2003 年的《商品房买卖司法解释》。

## 一、案情梳理及类案裁判

### （一）“王忠诚案”

“王忠诚案”包含五次审判程序（详见表1），包括商品房预售合同纠纷的一审、二审程序以及借款合同纠纷的一审、二审和再审程序。2015年8月12日，王忠诚与青海越州房地产开发有限公司（以下简称“越州公司”）签订《商品房预售合同》，约定以147953124元的价格购买越州公司开发的一处商业用房，王忠诚于2015年7月15日首付73983124元，剩余7397万元办理按揭贷款，合同约定交房时间为2015年10月30日前，逾期交房超过120日，买受人有权解除合同。2015年8月14日，借款人王忠诚、王琪博、王琪宝（以下简称“王忠诚等”）与贷款人中国建设银行股份有限公司青海省分行（以下简称“建行”）、保证人越州公司签订《个人住房（商业用房）借款合同》（以下简称《借款合同》），借款金额7397万元，借款期限为2015年8月25日至2025年8月25日，采等额本息还款方法，每月归还本息金额为829227.74元，同时，越州公司、王忠诚分别与建行签订《保证合同》及《房地产抵押合同》，王忠诚以购买的商业用房及相应的土地使用权作为抵押标的物，并办理了抵押登记。截至2016年12月29日，越州公司未能依约交付房屋，因而王忠诚诉请解除《商品房预售合同》《借款合同》《房地产抵押合同》，判令越州公司返还王忠诚购房首付款、偿还王忠诚已向建行偿付的贷款本息、赔偿王忠诚购房首付款的利息损失、偿还建行借款担保合同项下剩余的贷款本息等。

• 67 •

### （二）裁判思路

一审法院认为越州公司应按照合同约定承担逾期交房的违约责任，王忠诚据此行使合同解除权符合约定，《商品房预售合同》应予解除，依据《商品房买卖司法解释》（2003）第24条、第25条的规定，支持王忠诚要求解除《借款合同》《房地产抵押合同》的诉请，越州公司应向王忠诚返还购房首付款及赔偿损失、返还已向建行偿付的贷款本金及利息，应向建行返还《借款合同》剩余的贷款及利息。<sup>〔2〕</sup>建行上诉请求判决王忠诚等返还借款本息，二审法院认为《商品房买卖司法解释》（2003）第25条并没有免除购房者（借款人）的还款义务，在法律关系中，出卖人将其收到的贷款本息返还银行的行为是受购房者的委托向银行归还贷款本息，根据合同相对性原理，还款义务人应当是借款合同的借款人，《商品房买卖司法解释》考虑到按揭合同的特殊性，而规定直接由出卖人将贷款本息归还银行。由于被告建行在一审中未对王忠诚等提出诉讼请求，根据不告不理原则，王忠诚等应当怎样承担责任，二审法院不予审理。<sup>〔3〕</sup>

随后，建行起诉王忠诚等与第三人越州公司共同向其偿还借款本金及利息。一审法院基于前述最高人民法院的裁判结果，明确了王忠诚等的还款责任，但认为王忠诚等应承担补充责任。建行回避越州公司的还款责任，而直接向借款人主张与越州公司共同承担剩余全部借款本息，存在补救措施不当，亦不能排除建行与越州公司恶意串通的可能。若单独要求借款人承担共同还款责任，不仅

〔2〕 参见青海省高级人民法院（2017）青民初13号民事判决书。

〔3〕 参见最高人民法院（2017）最高法民终683号民事判决书。

与生效判决和《商品房买卖司法解释》精神相悖，而且无限扩大借款人责任。故王忠诚等承担责任的前提是建行在穷尽对越州公司的救济方式仍不能受偿。<sup>〔4〕</sup> 建行随即上诉，二审法院认为“补充还款责任”认定错误，基于合同相对性，王忠诚等为越州公司债权请求权人及贷款本息返还的委托人，王忠诚等所负债务在未清偿的情况下，双方的借贷民事法律关系未消除，负有还款义务。<sup>〔5〕</sup>

最高人民法院再审认为：第一，依据《商品房买卖司法解释》（2003）第 25 条第 2 款的规定，王忠诚等不负有返还义务；第二，《借款合同》的相关格式条款意味着要求王忠诚等在既未取得所购房屋所有权，亦未实际占有购房贷款的情况下归还贷款，明显不合理地加重了王忠诚等三人的责任，<sup>〔6〕</sup> 对其不具有拘束力；第三，商品房按揭贷款商业模式下各方当事人的权利义务关系较为特殊，越州公司不能交付房屋的行为致使合同解除，导致合同约定的各方权利义务严重失衡，<sup>〔7〕</sup> 若按合同约定的权利义务关系处理，在王忠诚等对合同解除无过错的情况下，仍要求其剩余贷款承担还款责任，明显不合理地加重了其负担，各方权利义务失衡，有违公平原则，因而该案中“必须充分考虑商品房按揭贷款商业模式下各合同之间的密切联系和各方权利义务关系的平衡问题，避免因强调单个合同的相对性而造成三方权利义务的失衡”。<sup>〔8〕</sup>

表 1 “王忠诚案”裁判内容

| 案由及程序<br>裁判内容 | 商品房预售合同纠纷               |                         | 借款合同纠纷                       |                          |                         |
|---------------|-------------------------|-------------------------|------------------------------|--------------------------|-------------------------|
|               | 一审                      | 二审                      | 一审                           | 二审                       | 再审                      |
| 裁判案号          | 青海省高级人民法院（2017）青民初 13 号 | 最高人民法院（2017）最高法民终 683 号 | 西宁市中级人民法院（2018）青 01 民初 151 号 | 青海省高级人民法院（2018）青民终 199 号 | 最高人民法院（2019）最高法民再 245 号 |
| 裁判结果          | 解除合同；越州公司负有返还义务         | 解除合同；王忠诚等负有还款义务         | 王忠诚等承担补充还款责任                 | 王忠诚等负有还款义务，补充还款责任错误      | 王忠诚等不负有返还义务             |
| 裁判理由          | 《商品房买卖司法解释》第 24、25 条    | 合同相对性                   | 《商品房买卖司法解释》精神；公平原则           | 合同相对性                    | 公平原则；权利义务平衡             |

（三）类案裁判及争议焦点

“王忠诚案”中，各级法院的审判结果存在较大差异，即使是最高人民法院的裁判结果也存在前后矛盾之处，（2017）最高法民终 683 号判决书明确基于合同相对性认定王忠诚等负有返还义务，但（2019）最高法民再 245 号判决书却明确基于公平原则，认为王忠诚等不负有返还义务。笔者在北大法宝平台“司法案例”栏中，以“裁判依据”为检索依据、以“《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十五条第二款”为关键词进行

〔4〕 参见青海省西宁市中级人民法院（2018）青 01 民初 151 号民事判决书。

〔5〕 参见青海省高级人民法院（2018）青民终 199 号民事判决书。

〔6〕 《中华人民共和国合同法》（已失效）第 40 条规定：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”

〔7〕 具体表现为：越州公司违约不能交房导致各方合同解除，但却实际占有使用王忠诚等三人支付的首付款及建行的按揭贷款；建行依据合同约定既享有抵押权，又同时享有对越州公司、王忠诚等三人的债权；王忠诚等三人未取得房屋，却既支付了首付款，又需偿还按揭贷款。

〔8〕 参见最高人民法院（2019）最高法民再 245 号民事判决书。

检索,得到36份高级人民法院的裁判文书,经阅读排除11份与“王忠诚案”争议焦点无关的裁判文书,得到25份裁判文书,少数裁判文书认为买卖合同的解除并未致使借款担保合同的目的不能实现,因而不对借款担保合同产生法律效力,即借款合同不因买卖合同的解除而解除。<sup>〔9〕</sup>其中14份裁判文书认为购房人(借款人)不承担还款责任,<sup>〔10〕</sup>11份裁判文书则明确购房人负有还款义务。<sup>〔11〕</sup>认为购房人不承担还款责任的裁判理由包括:第一,基于交易特殊性的考量,法律关系上,开发商受购房者的委托向银行归还贷款本息,但考虑到按揭合同的特殊性,没有必要由开发商将贷款归还于购房者后,再由购房者归还银行,而应直接由开发商归还银行;<sup>〔12〕</sup>第二,基于公平原则及权利义务平衡的考量,买受人未直接占有购房贷款也未取得房屋,由买受人继续承担还款责任不符合立法本意、显失公平。<sup>〔13〕</sup>认为购房人应承担还款责任<sup>〔14〕</sup>的裁判理由包括:第一,秉持合同相对性原则,<sup>〔15〕</sup>第25条意在“充分发挥诉讼资源解决纠纷的功能,避免当事人的诉累,”未免除《借款合同》中借款人的还款义务;<sup>〔16〕</sup>第二,基于借款合同之约定,如合同约定买卖合同与贷款合同相互独立,买受人与开发商对贷款合同项下的全部债务承担连带清偿责任等,应依照约定内容;<sup>〔17〕</sup>第三,承担还款责任应当考虑顺序问题,购房人未取得案涉房屋所有权,基于公平原则,先由开发商返还贷款本息,未能实际全部返还的,由购房人承担剩余还款责任。<sup>〔18〕</sup>

类案裁判文书存在“同案不同判”的现象。总结而言,该类案件的争议焦点主要在于:第一,开发商与购房人之间的商品房买卖合同解除后,购房人与贷款人之间的借款合同是否当然解除,抵押合同、担保合同是否当然解除;第二,商品房买卖合同与借款合同均被解除后,借款

• 69 •

〔9〕 参见辽宁省高级人民法院(2016)辽民再12号民事判决书;江苏省高级人民法院(2021)苏民申1790号民事裁定书;江苏省南京市中级人民法院(2020)苏01民终631号民事判决书。

〔10〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2022)新民申979号民事裁定书;湖北省高级人民法院(2021)鄂民申5577号民事裁定书;四川省高级人民法院(2020)川民申4339号民事裁定书;广西壮族自治区高级人民法院(2020)桂民申3861号民事裁定书;河北省高级人民法院(2020)冀民申1043号民事裁定书;安徽省高级人民法院(2020)皖民申712号民事裁定书;江西省高级人民法院(2019)赣民申1545号民事裁定书。

〔11〕 参见江苏省高级人民法院(2021)苏民申1790号民事裁定书;山东省高级人民法院(2020)鲁民申6729号民事裁定书;广东省高级人民法院(2018)粤民申1241号民事裁定书;广东省高级人民法院(2018)粤民申4775号民事裁定书;江苏省高级人民法院(2018)苏民申312号民事裁定书;辽宁省高级人民法院(2016)辽民再12号民事判决书;河北省高级人民法院(2012)冀民一终字第93号民事判决书。

〔12〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2022)新民申979号民事裁定书;四川省高级人民法院(2020)川民申4339号民事裁定书。

〔13〕 参见湖北省高级人民法院(2021)鄂民申5577号民事裁定书;广西壮族自治区高级人民法院(2020)桂民申3861号民事裁定书。

〔14〕 参见沈君、陈迪金:《商品房买卖结算清理条款的理解与适用》,载《法律适用》2020年第12期;唐烈英:《论商品房担保贷款合同的连带责任》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2013年第12期。

〔15〕 参见李建华、彭诚信:《论合同相对性原则在处理商品房买卖合同纠纷中的司法适用——基于最高人民法院相关司法解释及其判决的评判和反思》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第5期。

〔16〕 参见江苏省高级人民法院(2021)苏民申1790号民事裁定书;山东省高级人民法院(2020)鲁民申6729号民事裁定书;广东省高级人民法院(2017)粤民再216号民事裁定书。

〔17〕 参见广东省高级人民法院(2018)粤民申1241号等民事裁定书。

〔18〕 参见青海省西宁市中级人民法院(2018)青01民初151号民事判决书。此外,认为购房人不承担还款责任的裁判理由还包括:非真实商品房买卖合同纠纷不适用第25条,当买受人并非以购房为目的,而意在贷款解决公司融资问题,或不存在真实的商品房买卖合同关系时,不适用25条,借款人仍承担相应的还款责任。因该类案情与“王忠诚案”有差异,本文不予分析。

合同项下剩余贷款本息的返还义务人如何确定，应承担何种还款责任。争议焦点一的问题核心在于如何理解《商品房买卖司法解释》第20条，买卖合同应否作为借款合同的合同目的，或者说，当买卖合同解除后借款合同的合同目的能否实现，此外主合同被解除后，担保合同应否解除，担保权能否继续担保债权的实现；争议焦点二的问题核心在于如何解释《商品房买卖司法解释》第21条第2款出卖人的返还义务，“合同相对性”应否突破，其与“公平原则”之间如何取舍，“权利义务平衡”的标准如何把握。

## 二、裁判分歧的成因剖析

### （一）理解差异：“合同目的无法实现”

“王忠诚案”及类案裁判中，多数法官通过适用《商品房买卖司法解释》第20条，认可借款合同因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除而解除，但也存在相左的裁判观点，部分法官认为基于借款合同中“排除效力关联”的特殊约定，买卖合同的解除不影响借款合同目的的实现，贷款人已履行借款合同的义务，则借款合同目的已实现，买受人停贷、请求解除借款合同的行为实质上构成违约，即使最终判决借款合同被解除，其解除原因为协商解除，买受人应承担相应违约责任。

进一步而言，裁判结果的差异源于对“合同目的不能实现”的不同理解，而对“合同目的无法实现”的理解差异取决于法官对“合同目的”概念的不同理解，以及法官看待商品房按揭法律关系的不同视角。合同目的分为主观目的和客观目的，<sup>〔19〕</sup>前者又称为缔约动机，是当事人欲通过合同实现的利益，后者则为规范意义上的典型交易目的，发生给付的效果意思。部分法官采客观目的的观点，将合同目的与合同给付义务内容相等同，如借款合同目的即给付/获取借款、支付/获取利息，但《商品房买卖司法解释》第20条将主观目的（缔约动机）纳入合同目的，将借款人获取借款而能够取得房屋所有权这一“远因”<sup>〔20〕</sup>作为规范中的合同目的，因而部分法官采主观目的说，将“给付义务内容之外的利益”<sup>〔21〕</sup>或“严重影响订立合同所期望的经济利益”<sup>〔22〕</sup>作为合同目的。除对“合同目的”概念的理解偏差，法官看待商品房按揭法律关系的视角也有所不同。从单一借款合同视角，于借款人而言，合同目的旨在取得借款，于贷款人而言，旨在取得相应利息，案例中借款人已取得借款，不存在合同目的不能实现；从商品房按揭交易模式的整体出发，商品房买卖合同与借款合同紧密联结，借款人的合同目的在于取得借款、获取房屋所有权，在这个层面，当开发商违约致使买卖合同解除时，借款合同的合同目的无法实现。笔者认为商品房按揭交易结构较为特殊，应以整体视角分析其中法律关系，将属缔结动机的主观目的归入“合同目的”的规范内容中。<sup>〔23〕</sup>就借款合同而言，应将给付义务内容之外的利益——取得房屋所

〔19〕 参见崔建远：《论合同目的及其不能实现》，载《吉林大学社会科学学报》2015年第3期。

〔20〕 参见尹田：《法国现代合同法》，法律出版社2009年版，第179页。

〔21〕 杨锐：《论〈民法典〉中的“不能实现合同目的”》，载《北方法学》2021年第2期，第33页。

〔22〕 崔建远：《合同一般法定解除条件探微》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2011年第6期，第121页。

〔23〕 参见陆青：《合同联立问题研究》，载《政治与法律》2014年第5期。

有权作为合同目的,该解释路径更符合《商品房买卖司法解释》第20条的规范意旨。

此外,借款合同的解除,引发抵押合同是否解除、抵押权是否存续的裁判争议。有法官认为抵押合同随之解除,抵押权灭失,不予考虑银行行使抵押权的救济路径。<sup>[24]</sup>部分法官认为担保权仍继续担保主合同清理结算时的返还义务,<sup>[25]</sup>有法官试图将抵押人的身份由借款人转变为出卖人,由此担保出卖人返还义务的履行。<sup>[26]</sup>事实上,依据《民法典》第566条第3款的规定,借款合同被解除后,抵押合同不当然解除,担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任。<sup>[27]</sup>但抵押权仍处于预告登记阶段,此时可依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第52条的规定判断银行能否行使优先受偿权,且开发商违约时“烂尾楼”较多,抵押物价值较低,因而类案中,银行难以通过行使抵押权获得受偿。若房屋已建造好,开发商违约的,应当认定即使主合同被解除,抵押权仍存在,以担保清理结算阶段债务人的返还义务。

## (二) 理论取舍:“合同相对性”或“公平原则”

当商品房买卖合同及借款合同均被解除后,依据《商品房买卖司法解释》第21条第2款的规定,出卖人应当将收取的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人,《商品房买卖司法解释》虽然明确了出卖人的返还义务,但买受人是否具有还款责任存在争议,“王忠诚案”及类案裁判中存在“完全责任说”“补充责任说”“无责任说”等不同结果,湖北省高级人民法院在采“无责任说”的基础上,判决银行向买受人返还已支付的贷款本息。英国《消费信贷法》<sup>[28]</sup>中,买受人不仅不承担还款责任,贷款人还对其负有连带责任。<sup>[29]</sup>据此,当开发商违约导致商品房买卖合同及借款合同被解除时,我国裁判结果及各国立法例对清理结算的返还义务存在不同的责任分配结果(详见表2)。<sup>[30]</sup>

欧盟《消费信贷指令》及英国《消费信贷法》出于对消费者的特殊保护,对贷款人课以关联责任,而我国法官则在“合同相对性原理”及“公平原则”之间进行取舍,“完全责任说”以合同相对性原理为基础,“无责任说”以公平原则为核心,“补充责任说”则试图权衡合同相对性及公平原则,以合同相对性的缓和以及公平原则的适用为裁判的基础。

返还义务承担形式的不同裁判结果源于法官的逻辑选择和价值取舍,具体表现为对“合同相对性”及“公平原则”的权衡,前者为符合法理逻辑和合同基本理论的原则性规定,后者则不具

[24] 参见最高人民法院(2017)最高法民终683号民事判决书。

[25] 参见上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民六(商)终字第138号民事判决书。

[26] 参见青海省西宁市中级人民法院(2018)青01民初151号民事判决书。

[27] 参见刘骏:《主合同无效后担保权存续论》,载《比较法研究》2021年第2期。

[28] See Consumer Credit Act 1974, Part VI, Art. 75.

[29] 参见尹腊梅:《消费信贷之贷款人关联责任——来自欧美的启示》,载《消费经济》2009年第6期。

[30] 不同的责任分配结果包括:(1)“买受人完全责任说”:法官或直接运用合同相对性原理说明借款合同中权利义务关系的独立性,或秉持借款合同“排除效力关联”的特殊约定认定买受人对债务的清偿责任;(2)“买受人补充责任说”:借款人在穷尽对出卖人追偿的救济仍不能实现的,才得以向买受人主张;(3)“买受人无还款责任说”:借鉴德国消费信贷中的“抗辩权延伸制度”,即买受人对出卖人违约行为的抗辩得以对抗贷款人;(4)“贷款人返还责任说”:在认定买受人不承担还款责任的基础上,由贷款人向买受人返还已偿还的贷款本息;(5)“贷款人补充责任说”:来源于欧盟《消费信贷指令》,旨在明确贷款人的关联责任,当买受人请求出卖人救济不能时,可向贷款人请求承担出卖人的责任;(6)“贷款人连带责任说”:来源于英国《消费信贷法》,对于出卖人的违约责任,买受人可直接向贷款人主张,由此给予消费者最大限度的保护。

有绝对判断标准，而是法官依据个案的权利义务关系进行的价值衡量。那么选择何种理论或原则更为适宜呢？笔者认为应当从商品房按揭的特殊结构出发，探究各合同之间的关联性，剖析结构内部的权利义务关系，当“缔约动机”成为合同目的，从整体视角看待按揭交易中的法律关系时，完全秉持合同相对性易造成权利义务严重失衡的结果，如买受人既支付了首付款、偿还了部分贷款，又未取得房屋所有权，在自己无过错的情况下仍需继续偿还贷款，而出卖人既未交付房屋，又长期占有首付款及贷款本金，由此造成权利义务严重失衡的局面。同时，“公平原则”虽具有合理性，但其本身难以作为司法裁判的唯一依据，公平原则指引下的裁判结果仍需具体实体规范的支撑。因此，如何兼顾法理逻辑和价值判断、如何统一司法裁判规则、选取何种解释路径来证成买受人责任的承担形式有待探索。

| 表 2 返还责任形式 |            |   |
|------------|------------|---|
| 责任形式       | 理论基础       | 来源  |
| 买受人完全责任    | 合同相对性      | 江苏省南京市中级人民法院（2020）苏 01 民终 631 号民事判决书、广东省高级人民法院（2018）粤民申 4775 号民事裁定书   |
| 买受人补充责任    | 合同相对性、公平原则 | 四川省成都市中级人民法院（2020）川 01 民终 6520 号民事判决书、青海省西宁市中级人民法院（2018）青 01 民初 151 号民事判决书  |
| 买受人无还款责任   | 公平原则、合同联立  | 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2022）新民申 979 号民事裁定书、广西壮族自治区高级人民法院（2020）桂民申 3861 号民事裁定书、安徽省淮北市中级人民法院（2018）皖 06 民终 913 号民事判决书、《德国民法典》第 359 条〔31〕 |
| 贷款人返还责任    | 公平原则       | 湖北省高级人民法院（2021）鄂民申 5577 号民事裁定书  |
| 贷款人补充责任    | 消费者保护      | 欧盟《消费信贷指令》（2008/48/EC）第 15 条〔32〕  |
| 贷款人连带责任    | 消费者保护      | 英国《消费信贷法》（1974）第 75 条〔33〕   |

（三）裁判视角：“独立”或“联立”

类案裁判中，对于商品房买卖合同与借款合同的关系，部分法官认为二者“紧密联系、互为因果”〔34〕“具有经济上的整体性和关联性”〔35〕，有法官认为二者之间虽有联系，但“系属类型和主体均存在区别，是不同的合同”〔36〕，商品房买卖合同和贷款合同是“相互独立的合同，虽存在密切联系，但不存在从属关系”〔37〕。

基于此，法官秉持不同的裁判视角，以“独立合同”为视角的裁判结果表现为借款合同效力不应受商品房买卖合同效力的影响，合同被解除时买受人具有返还贷款的义务；以“联立合同”为视角的裁判结果表现为商品房买卖合同与借款合同紧密联结，买卖合同的解除导致借款合同被

〔31〕 参见《德国民法典》，台湾大学法学院、台大法学基金会编译，北京大学出版社 2016 年版，第 342 页。

〔32〕 See Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and Repealing Council Directive 87/102/EEC., 133 (66) *Official Journal of the European Union* 66, 12–25 (2008).

〔33〕 See Consumer Credit Act 1974, Part VI, Art. 75.

〔34〕 湖北省高级人民法院（2019）鄂民申 4819 号民事裁定书。

〔35〕 最高人民法院第二巡回法庭（2017）最高法民申 2661 号民事裁定书。

〔36〕 江苏省南京市中级人民法院（2020）苏 01 民终 631 号民事判决书。

〔37〕 广东省高级人民法院（2016）粤民申 8163 号民事裁定书。

解除,应同时权衡三方权利义务关系,不应加重买受人的责任。

因此,视角的选择为导致裁判差异的根本原因。事实上,我国《民法典》主要以单一、独立的合同关系为规范重心,合同相对性为判定合同权利义务关系的基本准则,但随着交易模式的衍化,多个合同紧密联结的交易结构越来越多,包括已为立法所规范的融资租赁合同,<sup>[38]</sup>本质为买卖合同和租赁合同相互联结而成的新型合同形式。<sup>[39]</sup>因而合同的“联结”或“联立”具有一定的规范基础,其表现为多个债之关系相互联结、多方主体相互关联,某一合同的效力变化将致使相关联的另一合同的效力发生变化。<sup>[40]</sup>单一合同的立法规范未能考虑到多个合同紧密联结、相互关联的现实交易结构,未对合同联立后的权利义务关系进行通盘考量,片面追求客观的合同目的以及合同的相对性,无法全面、合理、正确地规范商品房按揭以及其他场景中的权利义务关系,因此,立法和司法应从“联立”的视角看待按揭中买卖合同和借款合同的合同关系,实现多方主体权利义务平衡。

### 三、关联效力的解释路径

如何解释前述裁判结果差异,如何证成商品房买卖合同和借款合同之间相互关联的效力结果,这一系列问题亟待思考。事实上,商品房买卖合同和借款合同之间的紧密关联效力并非我国特有,国外有关消费信贷的立法规范也存在类似的效力关联结果,那么,能否通过域外规范来解释或证成商品房按揭的效力结果,继而构筑起我国“合同联立”的立法规范呢?

#### (一) 比较法视阈:撤回穿越及抗辩权延伸

消费信贷中,域外法规定了“撤回穿越”和“抗辩权延伸”制度,<sup>[41]</sup>以保障消费者权益。《德国民法典》第358条规定,消费者撤回提供商品或服务合同时直接对借款合同发生效力。<sup>[42]</sup>简言之,撤回穿越指消费者对消费信贷中一个合同的撤回,将发生终止另一合同效力的效果,<sup>[43]</sup>而对于另一合同终止的理由,有学者将其解释为法律对当事人撤回另一合同的意思表示的拟制。<sup>[44]</sup>《德国民法典》第359条规定了抗辩权延伸制度,“消费者得以相结合之契约所生之抗辩,就制定相结合契约之企业经营者拒绝给付者,消费者得拒绝返还借款”<sup>[45]</sup>,消费者基于买卖合同所产生的抗辩权可向借款合同延伸,即消费者可以对出卖人的抗辩权来对抗贷款人。我

• 73 •

[38] 参见王延川:《商事行为类型化及多元立法模式——兼论商事行为的司法适用》,载《当代法学》2011年第4期。

[39] 参见崔建远主编:《合同法》(第7版),法律出版社2021年版,第355页。

[40] 参见迟颖:《德国消费信贷法规中的关联合同制度——兼论〈德国民法典〉第358条》,载《比较法研究》2006年第3期。

[41] 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢谔译,法律出版社2007年版,第235-240页。

[42] 参见前引〔31〕,台湾大学法律学院、台大法学基金会编译书,第341页。《德国民法典》第358条第1款规定:“消费者有效撤回因订立由企业经营者提供商品或给付其他服务之契约而所为之意思表示者,其亦不受因订立与该契约相结合之金钱借贷契约而所为意思表示之拘束。”

[43] 区别于德国的效力直接影响的立法规范,荷兰法采取“分别撤回”的方式,《荷兰民法典》第7章第46e第2款规定:“在因出卖人与第三人之间有协议,买受人与第三人订立借款合同以支付买卖合同中的价款时,如果远距离买卖合同根据7:46d条被解除,买受人也有权解除与第三人之间的借款合同,而无需赔偿。”

[44] Vgl. Barbara Grunewald, Vertragsverbindungen, JuS 2010, S. 94.

[45] 前引〔31〕,台湾大学法律学院、台大法学基金会编译书,第342页。

国台湾地区也有相关“抗辩穿透”“抗辩接续”的规定。<sup>〔46〕</sup>总之，当买受人撤回买卖合同时，借款合同也发生被撤回的效力，当出卖人违约时，包括买卖合同无效或被撤销、出卖人拒绝给付、出卖人履行瑕疵等情形，买受人可以其对出卖人的抗辩权对抗借款人。基于此，有关借款返还的义务，《德国民法典》第358条第4款规定，消费者有效撤回关联合同中的买卖合同时无须支付贷款的利息和费用，<sup>〔47〕</sup>德国联邦最高法院认为贷款人应向出卖人请求返还借款，其请求权基础为“严格不当得利返还请求权”，<sup>〔48〕</sup>且基于合同联立的效果，买受人仅返还买卖标的物，不承担返还借款的责任。德国联邦最高法院提出，由于交易结构的实践变化，经济上具有整体性的合同分立为两个合同时，消费者仍应获得相应的法律保护。<sup>〔49〕</sup>尽管有突破合同相对性之嫌，但域外法仍选择对消费者进行特殊保护，以法律规范拟制当事人撤回或抗辩的意思表示。

撤回穿越和抗辩权延伸制度为我国商品房按揭纠纷提供了一种解决思路，与《商品房买卖合同司法解释》第20条、第21条第2款的规范内容不谋而合。因而“王忠诚案”及类案裁判结果中，“合同解除的关联性”“买受人无还款责任”的裁判结果与域外法的立法规范更为接近，贴合域外法规范的立法意旨。但问题在于，域外法的适用场景为消费信贷，撤回穿越及抗辩权延伸的行使主体为消费者，非一般主体，虽然我国类案裁判中，多数主体为商品住房买受人，属于消费者范畴，但前述“王忠诚”为购置商业用房的买受人，非消费者范畴，然最高人民法院再审结果仍呈现出域外法中“撤回穿越”和“抗辩权延伸”的制度效果，由此，疑问在于：消费者保护是否为发生撤回穿越、抗辩权延伸的必要条件，其他联立合同或合同联立形式可否作为撤回穿越、抗辩权延伸发生的法理基础和充分条件，德国的合同联立制度可否作为我国商品房买卖及借款合同效力关联的理论基础，合同联立的正当性基础以及认定标准为何。

## （二）理论供给：合同联立

《德国民法典》第358条第3款规定：“依第一款及第二款规定之商品交付或其他服务给付之契约及金钱借贷契约，于该金钱借贷之全部或一部分供其他契约融资之用，且二者契约形成经济上一体者，为相互结合。”由此确立了“联立合同”的合同形式，且其认定标准为：贷款目的为支付买卖合同或其他服务合同的价金、买卖合同与借款合同构成经济上的一体性。<sup>〔50〕</sup>前述撤回穿越、抗辩权延伸可作为联立合同效力关联的体现。我国部分学者提出了合同联立的概念，有学者认为联立合同为数个合同“不失其个性，而相结合”<sup>〔51〕</sup>，或认为合同联立中“数个契约具有互相结合的关系”<sup>〔52〕</sup>，但尚缺乏有关合同联立的进一步理论探析。

尽管合同联立尚待理论探索，但我国实践中已出现合同联立的交易形式，如产权式酒店交易

〔46〕 参见陈自强：《德国消费借贷之修正与债法现代化》，载《台大法学论丛》第37卷第1期。

〔47〕 《德国民法典》第358条第4款第4句规定：“但于第一款规定之情形，对消费者无因金钱借贷契约恢复原状所生之利息及费用支付请求权。”

〔48〕 参见前引〔40〕，迟颖文。

〔49〕 参见迟颖：《关联合同中产生于买卖合同的抗辩权对贷款合同的适用性问题——从一则案例看德国消费信贷法抗辩权延伸制度》，载《法学论坛》2007年第5期。

〔50〕 参见刘怡：《论德国联立合同制度及其借鉴意义》，载《法律适用》2012年第9期。

〔51〕 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2013年版，第10-11页。

〔52〕 王泽鉴：《债法原理》（第2版），北京大学出版社2013年版，第139页。

模式、不良资产处置交易模式，<sup>〔53〕</sup>前者为商品房买卖合同与酒店委托经营管理合同的联立，后者为资产转让合同与委托清收合同的联立。我国立法规范虽未直接规定“合同联立”的内容，但合同联立却呈现出多样化的实践形式，《商品房买卖司法解释》第20条、第21条为最直接的规范内容。此外，还包括金融借款合同与质押监管合同的联立、二手房买卖合同与中介合同的联立等，最为直观的是融资物买卖合同与融资物租赁合同的联立，《民法典》将实践中此类联立形式整合为典型合同——融资租赁合同，事实上，融资租赁合同为合同联立入法的典型代表，表明合同联立具有一定的规范空间。<sup>〔54〕</sup>

合同联立可纳入立法规范的原因在于交易模式的多样化、交易结构的复杂化，多个合同紧密联结的交易结构越来越多，作为共同实现同一经济目的的多个合同，如果单独分析某一合同主体的权利义务关系，难免偏颇，遗漏权利人之间真实的对待给付的牵连关系。就按揭中的商品房买卖合同和借款合同而言，借款合同未能订立，则买卖合同不能继续履行，买卖合同被撤销、解除的，借款合同的合同目的亦难以实现，买受人欲实现的对待给付不仅为获取贷款，更体现为取得房屋所有权，因而按揭交易结构具有经济一体性，合同相对性的裁判依据不能实现公平的对待给付结果。既然为调整多个合同紧密联结的交易形式，合同联立的适用范围不应仅仅限缩于比较法的“消费信贷”范畴，多样化类型的交易结构均可由合同联立的效力结果所调整，因而有学者主张以德国关联合同制度为蓝本，将“消费者”身份扩张到其他一般当事人中，以此构筑我国的合同联立制度。<sup>〔55〕</sup>

商品房按揭交易结构既特殊又典型，按揭交易包含了商品房买卖合同、借款合同、抵押合同、保证合同等系列合同，商品房按揭实际上形成了以买卖合同与借款合同为结构主体的交易整体，符合经济一体性的认定标准，商品房买卖合同与借款合同自然形成合同联立状态，此为商品房按揭交易结构的应有之义。进一步需要思考的是，商品房买卖合同与借款合同联立状态下效力关联的实定法规范基础为何，《民法典》有无支撑效力关联的规范内容。《民法典》第673条规定，借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以解除合同，该条规范明确了未按约定使用借款的借款合同效力终止的可能，当买卖合同被解除时，借款人已无法按照约定的借款用途使用借款，因而借款合同具有解除的规范基础，即《民法典》第673条。当借款合同未订立或被解除时，商品房买卖合同被解除的实定法规范可类推适用《民法典》第634条的规定，出卖人因分期付款买受人未能支付部分价款可解除合同，虽然商品房按揭中出卖人与收款人的身份相分离，但买受人均未能支付价款，出卖人同样可选择解除合同，因而可类推适用第634条，作为效力关联的规范基础。

故而，合同联立可作为证成商品房买卖合同与借款合同效力相关联的理论基础，也为多合同

〔53〕 参见陆青：《合同联立问题研究》，载《政治与法律》2014年第5期。

〔54〕 有学者根据司法裁判中各级法院的裁判结果，总结出数个合同构成合同联立的典型类型如下：（1）商品房买卖合同与酒店委托经营管理合同；（2）二手房买卖合同与中介合同；（3）商品房买卖合同与担保贷款合同；（4）金融借款合同与质押监管合同；（5）车辆挂靠合同和车辆买卖合同；（6）民间借贷合同与让与担保合同；（7）消费合同与信贷合同；（8）融资物买卖合同与融资物租赁合同。参见舒金曦：《“合同联立”的司法认定标准》，载《人民法院报》2021年7月22日，第7版。

〔55〕 参见徐静：《对突破合同相对性原则的再认识——兼及对〈德国民法典〉第359条之借鉴》，载《法论坛》2012年第1期。

组合的交易形式提供了新的权利义务分配方式，有利于平衡当事人权利义务关系。

#### 四、关联效力的司法适用

《商品房买卖司法解释》、裁判案例中呈现出商品房买卖合同与借款合同效力关联的结果，合同联立可作为这一关联效力的理论基础，加之商品房按揭的特殊交易结构、公平原则以及消费者保护等考量因素，合同效力相关联、出卖人承担返还义务等效力结果得以证成。在此基础上，商品房买卖合同与借款合同联立的产生、认定标准、解除发生模式仍需探讨，返还义务的责任主体亦须明确。

##### （一）商品房买卖合同与借款合同联立的产生及认定标准

第一，当事人约定或客观交易状态均可产生合同联立的效果。合同联立的产生分为“主观说”和“客观说”，前者认为合同联立的形成取决于当事人的意思自治，后者则认为取决于客观的交易活动。王泽鉴教授持“主观说”，认为“具有依存关系的合同联立”基于当事人的意思表示所产生。<sup>〔56〕</sup>部分学者更倾向于客观利益的保护和平衡，认为法官应依据客观形成的交易结构判断是否构成合同联立。<sup>〔57〕</sup>笔者认为合同联立可依据约定产生，也可依据客观交易状态产生，当借款合同中明确约定以商品房买卖合同的履行为合同生效要件时，或约定借款合同未订立的，商品房买卖合同即被解除时，可产生合同联立的效果。同时，即使未有约定，当合同之间形成依存关系、产生效力传导、共同实现整体交易功能时，也应认可合同联立的状态。此外，当借款合同或买卖合同中存在“排除关联效力”或“排除买受人抗辩权”的约定时，意大利最高法院认为该类约定违反诚信原则和消费者保护的意旨，应认定无效。<sup>〔58〕</sup>事实上，在商品房按揭交易中，由开发商或银行提供格式合同，格式合同中排除买受人权益的条款，可依据《民法典》第497条中规定的“提供格式条款一方排除对方主要权利”，认定该格式条款无效。

商品房买卖合同与借款合同的交易结构具有特殊性和典型性，因而立法应当参考《德国民法典》的关联合同制度，将该合同联立类型法定化，搭建商品房买卖合同与借款合同联立的认定标准及关联规则，为法官裁判提供明确的适用规则。

第二，合同联立的认定标准。域外法及多数学者将“经济一体性”或“经济整体性”作为合同联立的认定标准，但该判断标准过于抽象，认定标准如何更方便法官适用值得思考。笔者认为应进一步细化“经济一体性”的认定标准。首先，区别于混合合同及主从合同关系，合同联立中的合同具有“设立、变更或终止民事权利义务关系”的独立性，每个合同均属于单一、独立、完整的法律行为；其次，合同之间具有紧密的依存、联结关系，一个合同的效力变化将引起另一合同的效力变化，包括未能订立、被确认无效、被撤销、被解除等，效力具有传导性；再次，多个合同之间致力于完成同一交易目的，实现同一交易功能；最后，数个合同形成的整体“交易形

〔56〕 参见前引〔52〕，王泽鉴书，第139页。

〔57〕 Giorgianni, Negozi giuridici collegati, in Riv. It. sc. giur., 1937, 3 ss. Bianca, I l contratto, in Diritto civile, vol. 3, Milano, 2000, p. 483.

〔58〕 Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, in I contratti, 2012, n. 12, p. 993 ss.

式”“交易功能”在实践中已经相当客观化和类型化。

就商品房买卖合同与借款合同而言,两合同分别独立,属于《民法典》中的典型合同类型,同时二者具有紧密的依存、联结关系,借款的合同目的为购置房屋,两合同共同实现购置房屋这一交易目的,且符合商品房按揭的交易结构。事实上,我国商品房按揭已为普遍固定的交易形式,这类交易形式已经具备法定为合同联立的客观条件,法官在判断买卖合同与借款合同符合商品房按揭交易结构的情况下可直接认定为合同分立,具体而言,借款合同中明确约定借款目的为购置商品房,开发商与银行有相关合作框架协议,开发商将买受人引荐至银行,开发商、银行与买受人之间签订有三方协议等各种情况,<sup>[59]</sup>均可作为联立的认定标准。

## (二)效力关联与解除模式

商品房买卖合同与借款合同的合同分立与比较法中撤回穿越、抗辩权延伸具有相似的关联效果,尽管《商品房买卖司法解释》第20条、第21条的规范内容已接近合同联立的法律效果,但存在一些解释漏洞,而合同联立的理论本身可作为《商品房买卖司法解释》规范漏洞的证成基础。

从法律效果<sup>[60]</sup>来看:第一,借款合同对商品房买卖合同的效力影响。《商品房买卖司法解释》第19条规定,借款未能订立,买卖合同不能继续履行的,当事人可请求解除合同,其中“合同不能继续履行”非合同解除的法律依据,但合同联立的法定效力可作为该解除效果的理论依据。当买受人未能订立借款合同、合同订立后因银行违约不能取得贷款导致合同解除的,均得以解除商品房买卖合同,由此买受人对银行的抗辩权、对借款合同的解除可延伸至开发商处。第二,商品房买卖合同对借款合同的效力影响。《商品房买卖司法解释》第20条规定,因买卖合同被确认无效或者被撤销、解除,致使商品房担保贷款合同的目的无法实现的,当事人可请求解除借款合同。其中“借款合同目的不能实现”也应通过合同联立的法律效果来证成——将分立合同的“整体交易目标”作为每个合同的合同目的,由此买卖商品房的整体交易目标未实现的,借款合同的目的也应视作不能实现。由此,买受人对买卖合同的解除效力可延伸至贷款人处。

同时,笔者认为效力延伸以及抗辩权延伸的关联后果,实则涉及对合约风险及相关利益的转移和重新分配,而该风险移转多以商品房买受人的利益保护为重心,因而关联效力不宜肆意适用,就买卖合同对借款合同的影响而言,应以开发商根本违约、买受人无过错为前提,而开发商的一般违约行为,如瑕疵交付等不应发生买受人的抗辩权延伸,否则贷款人将面临巨大的停贷风险,仅在开发商陷入给付不能的情况下买受人可得向银行行使对开发商的抗辩,包括合同解除后的清理结算阶段互负恢复原状义务时,可得类推适用同时履行等抗辩权,<sup>[61]</sup>由此产生返还义务履行阶段的抗辩权延伸。

此外,另一问题值得思考,《商品房买卖司法解释》第19条、第20条均以“当事人请求解除”关联合同为解除的发生模式,基于此,关联效果的发生存在两种解释路径:第一,当事人基

[59] 参见高翔:《第三者融资型信用交易的法律构造》,载《法学论坛》2017年第4期。

[60] 笔者认为合同联立的法律效果应具有双向性,虽然前述裁判案例多表现为商品房买卖合同对借款合同的效力影响,但借款合同也对商品房买卖合同产生效力影响。《法国消费法典》中就效力双向性的规定,第L312—12规定,借贷中买受人承诺的意思表示在作出起四个月内,附有买卖合同不能成立这一解除条件,第L312—16规定,在合同载明需以贷款方式支付价款时,该合同附有买受人能取得贷款这一生效条件。

[61] 参见李冬、陈林:《合同解除后的互负债务类推适用同时履行抗辩权》,载《人民司法》2011年第22期。

于合同目的不能实现而行使解除权的结果；第二，基于合同联立的法定效力，发生直接解除的结果。简言之，当商品房买卖合同被解除时，前者由买受人选择是否行使解除权，借款合同不当然解除，后者则直接发生借款合同解除的结果。有学者主张效力直接关联的结果更符合联立合同经济一体性的要求，<sup>〔62〕</sup> 欧盟、德国有关消费者保护的相关规定均选择效力的直接关联，笔者认为效力直接关联在司法适用中确实更为直观、便捷，但仍应允许当事人在特殊情况下行使选择权，即便买卖合同被解除后，买受人多选择解除借款合同、停止还贷，但当借款合同未订立或被解除时，商品房买卖合同是否被解除仍有转圜的余地，买受人或许仍希望且有能力继续履行买卖合同。

### （三）返还义务承担

合同解除后返还义务的明确应以商品房按揭的特殊性以及合同联立的关联性为出发点。合同联立所产生的效力关联、抗辩权延伸等效果突破合同相对性原理，即合同联立本身就与合同相对性原理对立，因而以合同联立构筑商品房买卖合同和借款合同的结构时，不再限于合同相对性原理的桎梏中，<sup>〔63〕</sup> 换言之，返还义务不必恪守合同相对性原理。

商品房买卖合同与借款合同具有经济一体性，商品房按揭的整体交易目标为买卖合同和借款合同的合同目的，开发商、买受人、银行三方的权利义务分配也应进行整体考量。尽管合同解除后清理结算的返还义务或恢复原状义务不具有合同关系中互为给付的对价关系，但这种返还义务仍具有本质上的牵连性，因此返还义务的分配规则应考虑到三方主体的对价平衡。就买受人而言，开发商的违约行为导致其未能实际取得房屋，联立合同中，买受人的权利在于取得房屋，义务在于偿还贷款，当买受人无法取得标的物时，此时可类推适用同时履行抗辩权规则，可得拒绝偿还贷款，因而买受人不负有还款责任；就开发商而言，权利为获取房款，义务为交付房屋，当开发商已获得权利但未履行义务时，必然负有返还价款的义务；就银行而言，向开发商支付贷款的行为意味着银行已履行完毕义务，但权利的行使因开发商的违约行为而中断，其追偿对象应为开发商，该请求权基础为不当得利返还请求权。此外，银行是否负有返还买受人已偿付的贷款的义务呢？笔者认为基于权利义务的平衡效果，在买受人与银行均无过错的情况下，不应过多苛责银行，除非基于消费者保护的特殊考量，可能出现（2021）鄂民申 5577 号案件中贷款人返还责任的结果，因为若买受人意图购置住房用于居住，将涉及对生存权的特殊保护问题，但若买受人购置商业用房，一般而言金额较大，负以返还责任将对银行造成极大的利益损失。因而欧盟及英国法中的贷款人补充责任、连带责任不宜适用。

事实上，通过阅读案例，不难发现早些年法官倾向于遵循合同相对性原理，而近年来，更多的判例则基于公平原则而排除买受人的还款义务。“王忠诚案”中，最高人民法院的裁判思路也发生了巨大转变，从对合同相对性的严格适用，转变为对权利义务的适度衡量——“必须充分考虑商品房按揭贷款商业模式下各合同之间的密切联系和各方权利义务关系的平衡问题，避免因强调单个合同的相对性而造成三方权利义务失衡”。（2019）最高法民再 245 号判决书为后续类案裁判提供了新方向，而“合同联立”制度为类案的裁判结果开辟了新思路。

〔62〕 参见潘重阳：《论联立合同的效力关联——以商品房买卖与借款合同联立为例》，载《政治与法律》2021年第11期。

〔63〕 参见马超、邵和平：《论合同相对性原则突破的原因、内涵与价值》，载《河北法学》2013年第7期。

## 五、结 语

合同联立为商品房买卖合同与借款合同效力关联的理论基础，其正当性源于商品房按揭交易结构的整体性以及合同之间的紧密关系，同时，《民法典》第 673 条、第 634 条可作为效力关联的实定法规范基础，联立效果指引下，买卖合同被解除时，借款人因无法按照约定用途使用借款而导致借款合同被解除。基于此，在与“王忠诚案”相似合同纠纷中，因开发商的违约行为导致买卖合同解除的，当事人可请求解除借款合同，法院应予支持，同时，出卖人承担向银行返还借款的义务，无过错买受人不承担返还借款的义务。借款合同未能订立的，当事人可选择解除买卖合同，依据过错承担相应赔偿责任，因不可归责于当事人的事由导致的，出卖人负有返还买受人支付的本息或定金的义务。最高人民法院关于“王忠诚案”的再审判决具有一定的指导意义，类案裁判中，应避免过度强调合同相对性而造成三方权利义务失衡，然公平原则作为裁判理由尚不充分，立法规范应当确立“合同联立”制度，不仅能为商品房买卖合同和借款合同的效力关联提供规范支撑，更利于平衡数合同紧密联结时各主体的法律关系，为多合同组合的交易形式提供新的权利义务分配方式。

---

---

**Abstract:** When the developer's breach leads to the termination of sale contract of commercial housing, there is the phenomenon of "the same case different judgment" regarding whether the loan contract should be terminated, whether the buyer bears the repayment responsibility and other problems. The difference stems from the different understanding and choice about "the purpose of the contract can not be realized", the contract relativity and the principle of fairness. The joint system of contract in foreign law can be used as the explanation path of the association between the sale contract and the loan contract in mortgage of commercial housing. The Article 673 and Article 634 of Civil Code are the practical legal standard basis of the association. Based on the legal effect of linked contracts, if a contract fails to be concluded or is confirmed invalid, revoked or terminated in the commercial housing sale contract and loan contract, the parties may request to terminate the other contract. The distribution rules of the obligation of restitution should take full account of the balance of benefits of the three parties. In the case of Wang Zhongcheng, the developer has the obligation to return, the buyer does not have the obligation to repay, and the bank does not have the obligation to return the loan paid by the buyer. The bank's claim to the developer is based on the claim to return unjust enrichment.

**Key Words:** commercial housing, sale contract, loan contract, linked contracts

---

---

(责任编辑: 武 腾 赵建蕊)

## 商事交易中担保物权代持的解释论 ——以《民法典担保制度司法解释》第4条为中心

熊 敬\*

**内容提要：**担保物权代持在商事交易中被大量运用，但其因不完全符合担保物权从属性的要求而遭受合法性质疑。《民法典担保制度司法解释》第4条回应了实践需求，确认了合法的担保物权代持情形。分析担保物权代持的正当性以及法律后果应以代持行为的性质为逻辑起点，但第4条对此未予明确。担保物权代持行为的性质可以解释为隐名代理和信托，这两种解释路径下的担保物权代持均不违反从属性规范。担保物权代持行为性质的解释本质上是对当事人意思表示的解释，解释时应借助意思表示解释规则，重点考察代持目的、受托人权限、公众债权人是否参与等因素。担保物权代持当事人的权利义务应在区分代持行为性质的基础上进行认定，应重点关注担保物权的归属、委托人的撤回权和解除权、受托人义务在不同法律关系类型中的区分。

**关键词：**担保物权受托持有 从属性 隐名代理型代持 信托型代持 担保物权归属

### 一、问题的提出

担保物权代持导致享有担保利益的债权人和登记的担保物权人不同一，其因形式上突破了担保物权从属性而在商事实践中引发了不少纠纷。由于法官对担保物权从属性的理解不一，不同法院对担保物权代持的效力作出了不同的法律评价。为统一法律的适用，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）（以下简称《民法典担保制度司法解释》）第4条（以下简称“第4条”）对担保物权代持作了规定，体现了保护债权人利益的政策考量。商事实践中债权人可能因主观或者客观原因未被登记为担保物权人，当实现担

\* 熊敬，南京航空航天大学人文与社会科学学院讲师。

本文为2020年度江苏省社会科学基金项目“拟制信托的法律构造研究”（20FXD003）的阶段性成果。

担保物权的条件满足时，登记的担保物权人可能怠于主张优先受偿权，即便其积极主张权利，担保人也可能基于登记的担保物权人并非债权人而提出抗辩。因此，在债务人不履行到期债务的情况下，债权人能否通过担保物权实现债权还存在不确定性。为保护债权人利益，第4条不仅确认了担保物权代持有效的情形，还明确了在这些情形下债权人及其受托人皆可主张优先受偿权。

第4条缓和了担保物权从属性的适用，也在不影响担保人利益的前提下突破了物权登记的公示公信原则。一方面，担保物权的发生从属性要求担保物权人与债权人同一，担保物权的效力从属性要求主债权债务合同有效，但担保物权代持不仅必然违反发生从属性，而且可能形式上违反效力从属性，这是因为当事人为了完成担保物权登记，担保物权代持人可能与债务人签订了一份虚构的主债权债务合同，而该合同因通谋虚伪意思表示应认定为无效。因此，在第4条确认担保物权代持有效情形的背后，担保物权从属性得到了缓和适用。另一方面，《民法典》第216条规定不动产登记簿是物权归属和内容判断的根据，而第4条赋予未登记为担保物权人的债权人优先受偿权，故其突破了物权登记的公示公信原则。有学者认为，第4条的主要规范目的是“在担保物权登记人与担保物权实际受益人存在不一致时，通过形式上突破担保物权的公示公信原则，确认部分情形下实际受益人可以主张实现担保物权”〔1〕。

《民法典担保制度司法解释》关注到了商事领域中担保物权代持的运用，回应了担保物权代持的实践。然而，第4条仍遗留了以下问题有待解释：第一，第4条以“列举加兜底”的方式有限度地确认了担保物权代持的有效情形，但至于这些情形为何不构成担保物权从属性的违反，第4条并未在法律逻辑层面给出答案；第二，担保物权代持行为的性质以及形成的法律关系关乎担保物权的归属和当事人权利义务的判断，是正确适用法律规范的前提，但第4条对此未予明确；第三，当事人在担保物权代持协议中往往未对选择的法律行为类型进行明确的意思表示，因此，解释代持行为性质的方法有待探讨；第四，关于担保物权代持的法律后果，第4条仅规定了债权人或者受托人可以主张优先受偿权，但是，一方面，第4条确立的债权人和受托人皆可行使担保物权的规则存在未区分代持行为性质的弊端，另一方面，担保物权代持当事人的其他权利义务关系仍有不清晰之处，需在区分代持行为性质的基础上进一步认定。

• 81 •

## 二、担保物权代持法律性质的解释路径

担保物权代持并非法定概念，其行为性质存在一定争议。从司法裁判观点和学界既有研究来看，担保物权代持行为的性质主要有隐名代理和信托两种解释路径。虽然隐名代理说和信托说各有侧重，从不同角度解释了担保物权代持的法律构造，但都可解释担保物权代持的正当性。第4条未认定担保物权代持行为的性质，这影响了担保物权代持法律关系类型的判断，故有必要对此进行解释。

### （一）担保物权代持的隐名代理解释路径

在担保物权代持的隐名代理解释路径下，享有担保利益的债权人是委托人，登记的担保物权

〔1〕 程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第127页。

人是代理人,双方之间是委托代理法律关系。以委托代理认定担保物权代持行为性质的思路在司法实践中有所体现。一方面,在委托贷款、公司发行债的场景,当事人明确表示以委托代理方式实现担保物权代持的,法院对代持行为的委托代理性质予以了肯定。<sup>〔2〕</sup>另一方面,对于涉及众多债权人的网络借贷,也有法官认为,为了解决网络上众多出借人不能依据现有法律规定办理抵押质押登记和行使权利的问题,可将担保物权代持理解为委托代理法律关系。<sup>〔3〕</sup>然而,对于当事人未明确行为性质的担保物权代持,法院能否直接认定构成委托代理,这不无疑问。就委托贷款情形而言,最高人民法院在一起案件中认定委托贷款合同本身形成隐名代理关系,但未定性基于委托贷款担保合同形成的担保物权代持行为。<sup>〔4〕</sup>因为涉及担保物权从属性规范的适用,后者的认定比前者的认定更加复杂。因此,有必要分析担保物权代持行为是否符合隐名代理的构成要件以及是否违反从属性规范。

以代理人是否以自己名义与第三人订立合同为标准,代理可以分为显名代理和隐名代理。依据《民法典》第925条,成立隐名代理应满足三个要件:受托人在授权范围内订立合同、受托人以自己名义与第三人订立合同、第三人在订立合同时知道委托人与受托人的代理关系。在担保物权代持中,若代持人在委托人(债权人)的授权下以自己名义与第三人订立了担保合同,且第三人在订立合同时通过了解基础债权债务关系等方式知晓代持人与委托人(债权人)之间有代理关系,那么隐名代理可以成立。例如,在委托贷款中,金融机构在委托人即债权人<sup>〔5〕</sup>的授权下以自己名义与第三人订立了担保合同,第三人因委托人(债权人)深度参与合同缔约过程、委托人(债权人)在三方协议中签字等事实而在订立合同时知道委托人(债权人)与金融机构之间存在代理关系的,担保物权代持行为符合隐名代理的要件。不过,依据《民法典》第925条的但书规定,如果有确切证据证明担保合同只约束代持人和担保人的,那么隐名代理因不满足消极要件而不能成立。

在隐名代理的解释路径下,担保物权代持不违反从属性规范。担保物权的从属性主要包括发生从属性、转移从属性、消灭从属性,其中,依据《民法典》第394条、第425条,发生从属性除了要求担保物权的成立以债权成立为前提外,还要求债权人为担保物权人。这是因为,若债权人不是担保物权人,则担保物权人行权后可能不将获得的优先受偿款交付给债权人,债权人的债权存在不能实现的风险。担保物权代持导致债权人与登记的担保物权人不同一,故其合法性存在争议。然而,代理的归属效果使得这种“不同一”仅是形式上的,担保物权实质上归属于委托人

〔2〕 参见最高人民法院(2018)最高法民终673号民事判决书;辽宁省高级人民法院(2021)辽民终2290号民事裁定书;重庆市高级人民法院(2018)渝民终603号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2020)京02民初131号民事判决书;江苏省常州市中级人民法院(2017)苏04民初135号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2016)川01民初1329号民事判决书。

〔3〕 参见吴景丽:《P2P网贷中的担保、保理、配资和对赌问题》,载《人民司法》2016年第7期。

〔4〕 参见最高人民法院(2016)最高法民终124号民事判决书。

〔5〕 委托贷款中的债权人是委托人还是金融机构曾存在一定争议,但相关规范性文件和司法裁判已经消除这一争议。《中国人民银行关于商业银行开办委托贷款业务有关问题的通知》(银办发〔2000〕100号)(已失效)规定:“商业银行开办委托贷款业务,只收取手续费,不得承担任何形式的贷款风险。”《商业银行委托贷款管理办法》延续了这一规则,其第4条规定商业银行在委托贷款业务中“收取代理手续费,不承担信用风险”。因为贷款风险或者信用风险是由债权人承担,故上述规则可解释为商业银行不是债权人。另外,最高人民法院在一起委托贷款纠纷案中从贷款具体事项的决定主体、贷款合同权利义务的实际承担情况分析,认定委托贷款中的委托人是债权人。参见最高人民法院(2021)最高法民申2140号民事裁定书。

（债权人）。代理的归属效果，是指代理人从事的法律行为直接对本人发生法律效力，即代理行为的法律效力与本人自为者同。<sup>〔6〕</sup>另外，代理的归属效果自动发生。代理人订立的合同自成立时就直接约束委托人和第三人；物权的取得需要交付或者登记的，物权自代理人接收交付或者完成登记手续之时就自动归属于委托人。虽然在隐名代理情形，代理人将物权登记在自己名下，造成了真实权利人与登记权利人不一致的现象，但是，依据《民法典》第 216、第 220 条，不动产登记簿仅具有物权归属推定的功能，是可被推翻的物权归属根据。因此，真实权利人与登记权利人不一致不影响物权归属的判断。在隐名代理解释路径下，代持人是代理人，其订立的担保合同以及办理担保物权登记的法律效力都直接自动归属于委托人（债权人）。也就是说，委托人（债权人）自担保物权成立时即享有担保物权，债权人与担保物权人实质上自始同一。因此，担保物权代持并未违反发生从属性规范。由于债权人是担保物权人，债权人在条件满足时可以直接主张优先受偿权，也可以授权代持人行使优先受偿权，这与第 4 条确立的债权人和受托人均可行使担保物权的规则相统一。

另外，在隐名代理型担保物权代持中，虽然登记公示的担保物权人并非真实权利人，但这并不会影响善意第三人的利益。一方面，担保物权登记的公示效果可以推定善意第三人知悉担保财产上存在权利负担，即使最终行使担保物权的主体并非登记的权利人，这也不会影响善意第三人对担保财产可能会被变价并有主体对变价款优先受偿的预期；另一方面，善意第三人基于对代持人享有担保物权的信赖而与其进行交易的，虽然代持人不能获得担保财产的变价款，但代持人因为不是真实债权人所以也不负担债务，其责任财产不因担保物权的登记推定效力被否定而受到影响，故善意第三人的利益不会因此受到损害。

## （二）担保物权代持的信托解释路径

信托是委托人基于对受托人的信任，将信托财产转移给受托人，受托人为了受益人的利益以自己的名义管理信托财产的行为。担保物权代持之所以有信托的解释路径，主要是因为信托财产的独立性原理、受托人负担信义义务等信托规则有助于实现第 4 条保护债权人利益的政策目标。特别是在第 4 条规定的第一种情形，由于公司债券投资者人数众多，相较于委托代理，信托制度更能为公众债权人提供周全保护。

因为信托财产的确定性是信托设立三个确定性要求之一，<sup>〔7〕</sup>我国《信托法》第 11 条对此也有规定，故以信托解释担保物权代持行为的性质，首先有必要厘清信托财产是什么。信托型担保物权代持中的信托财产自然包括担保物权，但是否包括被担保的债权，这在学界未形成共识。例如，有学者认为我国公司债券受托管理虽然宜确定为信托法律关系，但因为担保物权是从权利，不得与债权分离，故公司债券信托管理中信托财产应是公司债之债权及其附属权利。<sup>〔8〕</sup>从我国《证券法》第 92 条的“债券受托管理人”的表述来看，将受托人持有的财产理解为债权和担保物权具有一定合理性。但学理上信托型担保物权代持中的信托财产宜认定为委托人创设的或者转移的担保物权，不包括债权本身，理由在于：首先，虽然作为信托财产的担保物权是一种他

〔6〕 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 358 页。

〔7〕 参见何宝玉：《信托法原理与判例》，中国法制出版社 2013 年版，第 64 页。

〔8〕 参见刘迎霜：《公司债券受托管理的信托法构造》，载《法学评论》2020 年第 3 期。

物权,但这不影响信托财产确定性的判断。“换算为金钱的可能性”既是财产权成为信托财产的条件之一,<sup>[9]</sup>也是财产权确定性的判断方法。如果债务人或者第三人提供的是足额担保,那么担保物权可换算的金钱为被担保的债权额;反之,那么担保物权可换算的金钱为担保物的评估价值。依此,担保物权单独作为信托财产具有确定性。其次,第4条列举的第一种担保物权代持情形是“为债券持有人提供的担保物权登记在债券受托管理人名下”,从“为债券持有人”的表述来看,债权人并未将表征着债权的债券委托受托人持有。也就是说,受托人代持的仅为担保物权。最后,如果将信托型担保物权代持中的信托财产理解为既包括债权,也包括担保物权,那么,由于担保物权仅是从权利,此种代持与其说是担保物权代持,毋宁说是债权代持。鉴于此,信托型担保物权代持形成的信托可称为担保权信托。

担保权信托有两种成立方式,由此也形成了两种法律构造。第一种是担保权信托的直接设立方式,即委托人设立担保物权予受托人,受托人为了债权人的利益管理处分担保物权。由此形成的代持法律构造中,委托人是担保人,受托人是登记的担保物权人,受益人是债权人,信托财产是担保人创设的担保物权。第二种是担保权信托设立的二阶段方式,即担保人先设定担保物权予债权人,债权人再将担保物权转移给受托人,受托人为了债权人的利益管理处分担保物权。由此形成的代持法律构造中,委托人和受益人皆为债权人,受托人是登记的担保物权人,信托财产是委托人转移的担保物权。若以信托解释担保物权代持行为,那么第4条规定的第一种情形、第二种情形属于担保权信托的直接设立方式,第三种情形既可能属于担保权信托的直接设立方式,也可能属于二阶段设立方式。

信托型担保物权代持不实质违反从属性规范。<sup>[10]</sup>首先,担保权信托不因债权人和担保物权人的不同一而实质违反发生从属性规范。虽然担保权信托的受益人(债权人)并非名义担保物权人,但其可通过行使受益权获得担保利益,从而实现债权。因此,债权与担保物权通过受益权的桥梁紧密联系在了一起,两者并未发生实质的分离。其次,在发生债权让与时,若债权人一并让与了受益权,那么担保权信托也不因受托人继续持有担保物权而实质违反转移从属性规范。转移从属性服务于保障特定债权实现的目的,其要求担保物权应当附随债权转移。在担保权信托中,如果债权受让人同时获得了受益权,那么其可通过行使受益权获得担保利益,实现受让的债权。因此,受托人继续持有担保物权并不与转移从属性的规范目的冲突。

从比较法的角度观察,担保权信托已被诸多采用担保物权从属性原则的大陆法系国家和地区立法确认。除了一些国家和地区在公司发行附担保债券制度中承认了担保权信托之外,<sup>[11]</sup>还有国家在民法典和信托法层面直接确立了担保权信托制度。2017年《法国民法典》第四卷第三编增设“担保代理人”规定,虽然受托人名为“担保代理人”,但有学者依据《法国民法典》第2488—6条第2款,认为“受托人在其任务范围内获得的财产和权利构成独立的信托财产,与其

[9] 参见〔日〕新井诚:《信托法》(第4版),刘华译,中国政法大学出版社2017年版,第282页。

[10] 参见熊敬:《从属性规则对担保权信托的影响及其消除》,载《江西社会科学》2022年第11期。

[11] 日本在1905年颁布了《附担保公司债信托法》;属于大陆法系的加拿大魁北克省在1914年公司法修正案中承认了公司信托契约(the corporate trust deed),并对契约要素作了规定;我国台湾地区“公司法”第256条要求受托人应负责实行或保管因公司发行债券而取得的抵押权或质权。

自己的责任财产相区隔，由此可以看出担保代理人性质上属于信托之受托人”<sup>〔12〕</sup>。基于信托财产独立性原则，本文也认为已经引入信托制度的《法国民法典》实际上是以信托认定担保物权代持行为的性质。在日本，担保权信托能否适用于公司发行附担保债券之外的场合曾存在解释上的争议，<sup>〔13〕</sup>但日本2006年《信托法》消除了该争议，其第3条正式引入了担保权信托制度。上述国家和地区皆奉行担保物权从属性原则，但这并未成为担保权信托制度化的障碍。

### （三）第4条“其他情形”下担保物权代持性质的解释

第4条不仅确认了公司发行债券、委托贷款情形下担保物权代持的合法性，而且规定了发挥兜底作用的“其他情形”，为其他场景的担保物权代持预留了空间。第4条第3项规定了“其他情形”的前提条件，即“担保人知道债权人与他人之间存在委托关系”。《民法典担保制度司法解释（征求意见稿）》第4条第3项规定的“其他情形”的前提条件为“担保人知道担保物权未登记在债权人名下”，但最高人民法院可能考虑到过于宽松的条件会导致担保物权代持的有效情形过于宽泛，担保物权从属性被实质突破，因此在正式稿中规定了更严格的条件。那么，第4条第3项规定的前提条件对担保物权代持行为的性质判断有什么影响？担保人对委托关系知情具体时间未被第4条第3项明确，其可以分为担保人订立担保合同的时间和担保人订立担保合同之后的时间。为了准确判断第4条第3项规定的“其他情形”的担保物权代持行为的性质，有必要在区分担保人知情时间的基础上进行解释。

担保人在订立担保合同时知道债权人和他人之间存在委托关系的，第4条规定的“其他情形”的担保物权代持既可以隐名代理解释，也可以信托解释。首先，委托关系是代理关系的内部关系、基础关系，<sup>〔14〕</sup>债权人与他人在委托关系的基础上建立代理关系的，此时担保物权代持因符合《民法典》第925条规定的“第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系”要件而构成隐名代理。其次，第4条规定的“其他情形”下的担保物权代持也可能成立信托。委托关系是一种合同关系，依据《民法典》第919条，其以“受托人处理委托人事务”为合同内容。有学者认为，依据《信托法》对信托的定义，其属于为他人处理事务的合同，是一种特殊的委托，而信托法规则可以视为委托的特别规则。<sup>〔15〕</sup>从《信托法》第2条“将其财产权委托给受托人”的表述来看，信托与委托确实具有共通性，可以理解为广义上的委托。基于此，债权人与他人之间的委托关系可理解为包括信托关系，第4条“其他情形”下的担保物权代持可以信托解释。

担保人在订立担保合同之后知道债权人和他人之间存在委托关系的，第4条规定的“其他情形”下的担保物权代持仅能以信托解释。首先，此种情况的担保物权代持因不符合《民法典》第925条规定的要件而不能成立隐名代理。担保人在订立担保合同之后才因债权人或者他人公开委

〔12〕 刘骏：《抵押权代持的类型和效力》，载《经贸法律评论》2021年第2期，第111页。

〔13〕 有学者认为，《附担保公司债信托法》承认担保权信托是例外规定，在法律没有明文规定的场合，委托人将担保物权转移给受托人的信托设立方式不能被承认。参见〔日〕道垣内弘人：《信托法入门》，姜雪莲译，中国法制出版社2014年版，第38页。但也有学者认为，如果制度上保障了被担保债权的实现，那么担保权信托也不是不可能的。長谷川貞之『担保権信託の法理』（勁草書房、2011年）79-80頁参照。

〔14〕 参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第330页。

〔15〕 参见王利明：《信托合同与委托合同的比较》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2019年第4期。

托关系而知情的，担保物权代持符合间接代理的特征。有学者认为：“间接代理有三种含义。狭义说仅指本人身份未披露代理；中义说还包括本人身份部分披露的隐名代理；广义说还包括行纪。”<sup>〔16〕</sup>另有学者认为，大陆法系代理制度仅在学理上存在直接代理和间接代理的区分，因为大陆法系立法上不存在间接代理，间接代理就是行纪，而《合同法》第402条（《民法典》第925条）、第403条（《民法典》第926条）的雏形一直被规定在行纪合同中，其规范目的是解决外贸代理人以自己的名义与第三人进行法律行为时的法律效果归属问题。<sup>〔17〕</sup>本文以是否发生代理归属效果作为划分直接代理和间接代理的标准。依此，《民法典》第925条规定的隐名代理属于直接代理，而《民法典》第926条规定的本人未公开代理和《民法典》第951条规定的行纪属于间接代理。由于间接代理不产生代理归属效果，其实质上不属于真正意义上的代理。间接代理人“以自己名义与第三人为法律行为，负有将其法律效力移转于本人之债务”<sup>〔18〕</sup>。以间接代理处理事务的，“法律行为仅约束受托人和第三人，处理事务的经济利益先由受托人承受，再依委托合同转移给委托人”<sup>〔19〕</sup>。由此可见，间接代理适用的是合同法规则，委托人与第三人虽无直接合同关系，但两者依据债务转移和债权让与原理可以发生联系。担保物权代持成立间接代理的，受托人以自己名义与担保人订立的担保合同只能约束自己，而担保物权在办理登记手续后也不发生自动归属于债权人的效果。此时，担保物权与债权在形式上和实质上皆发生了分离，担保物权代持因突破了从属性应被认定为无效。其次，担保人在订立担保合同之后知道债权人和他人之间存在委托的，担保物权代持可以形成以债权人为委托人兼受益人的担保权信托。在担保权信托的二阶段设立方式中，担保人可能对债权人与受托人之后形成的担保权信托关系不知情，但这并不会加重担保人的负担。另外，如上文所述，基于信托原理，担保权信托也不实质突破从属性规范。因此，担保人订立担保合同时对债权人和他人之间存在委托关系不知情，这不影响担保权信托的成立。但当受托人行使担保物权时，为了获得担保人的配合和协助，受托人应向担保人披露委托人（债权人）与受托人之间的信托关系。

综上所述，担保人在订立担保合同时知道债权人和他人之间存在委托关系的，第4条规定的“其他情形”的担保物权代持可以隐名代理和信托解释；担保人在订立担保合同之后知道债权人和他人之间存在委托关系的，第4条规定的“其他情形”的担保物权代持仅能以信托解释。

### 三、担保物权代持法律性质解释的考量因素

担保物权代持行为性质的解释有隐名代理和信托的区分，但在当事人未明确选择法律行为类型的情况下，如何判断担保物权代持行为的性质是个难题。本质上，法律行为定性是“法律对当事人的意思表示作出规范意义上的评价，唯有确定了当事人通过意思表示构建的法律行为类型，

〔16〕 徐海燕：《间接代理制度法理阐释与规则解释》，载《社会科学》2021年第4期，第95页。

〔17〕 参见方新军：《民法典编纂视野下合同法第402条、第403条的存废》，载《法学研究》2019年第1期。

〔18〕 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第517页。

〔19〕 胡东海：《〈民法典〉第926条（间接代理）评注》，载《苏州大学学报（法学版）》2021年第2期，第95页。

方能判断法律针对该类型的法律行为所意图采取的规制方式”〔20〕。担保物权代持行为性质的判断应以当事人意思表示内容为中心，在意思表示内容不明时，应借助意思表示解释的原则确定意思表示的含义。

#### （一）担保物权代持的目的因素

《民法典》第142条第1款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”依此，行为目的是意思表示解释应考虑的因素。当事人选择担保物权代持的目的不一，在当事人未约定代持行为性质时，对当事人意思表示的解释应考虑代持的目的因素。

有的债权人选择担保物权代持仅是为了利用受托人的身份或者资质，满足登记机关的登记要求。《民法典》未对担保物权人的资质作特别规定，也未限制担保物权人的范围，但是，由于有些登记机关未充分理解规范性文件的精神〔21〕或者担保登记政策，〔22〕实践中存在债权人无法被登记为担保物权人的情况。对此，有学者指出：“我国登记制度尚不健全，法律上明定的登记部门并未践行其登记职责的，不在少数。”〔23〕如果债权人选择担保物权代持仅是为了利用受托人的身份或者资质办理担保物权登记，而非寄希望于受托人实质管理担保物权，那么这种担保物权代持的行为性质以隐名代理解释足矣，无需用更特殊的信托来解释。这是因为，债权人选择担保物权代持所追求的法律效果是实质享有担保物权，从而使得自己的债权处于被保障的地位，而隐名代理的归属效果已经可以确保债权人的目的实现。从担保物权代持人的角度而言，代持人签订担保合同和办理担保物权登记仅是为了提供名义，并无亲自参与担保物权管理的意思，也无参与事务性管理的事实，因此，以调整法律行为效果归属为中心的代理解释当事人的意思表示内容即可，无需借助更复杂的、同时调整法律行为和事实行为的信托予以解释。

有债权人选择担保物权代持是为了规避地方工商行政管理机关颁布的规范性文件。《公司法》第142条第5款禁止公司接受本公司的股票作为质押权的标的，但由于该款规定位于《公司法》“股份有限公司的股份发行和转让”的章节，其能否类推适用于有限责任公司接受本公司股权质押的情形在实践和理论中都存在争议。在司法实践中，有法院认为有限责任公司可以接受本公司股权质押。例如，在一起合同纠纷案中，一审法院认为：“公司法规定的只是股份有限公司不得

• 87 •

〔20〕 于程远：《论法律行为定性中的“名”与“实”》，载《法学》2021年第7期，第100页。

〔21〕 例如，《城市房地产抵押管理办法》第3条第4款规定：“本办法所称预购商品房贷款抵押，是指购房人在支付首期规定的房价款后，由贷款银行代其支付其余的购房款，将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”该办法第3条第5款规定：“本办法所称在建工程抵押，是指抵押人为取得在建工程继续建造资金的贷款，以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的投入资产，以不转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”有的登记机关甚至法院据此认为预购商品房贷款抵押和在建工程抵押的抵押权人只能为贷款银行。为此，《最高人民法院关于〈城市房地产抵押管理办法〉在建工程抵押规定与上位法是否冲突问题的答复》（〔2012〕行他字第8号）澄清了规则，指出：“法律对在建工程抵押权人的范围没有作出限制性规定，《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款有关在建工程抵押的规定，是针对贷款银行作为抵押权人时的特别规定，但并不限制贷款银行以外的主体成为在建工程的抵押权人。”

〔22〕 例如，《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》（国办发〔2019〕34号）第13条规定：“放宽对抵押权人的限制。自然人、企业均可作为抵押权人申请以建设用地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权办理不动产抵押相关手续，涉及企业之间债权债务合同的须符合有关法律法规的规定。”不过，这一规则还未在全国各地落实，“放宽对抵押权人的限制”的表述也间接表明之前登记机关对抵押权人的身份或资质有一定要求。

〔23〕 高圣平：《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用》（上），中国法制出版社2021年版，第388页。

接受本公司的股份作担保,并未限制有限责任公司不得接受本公司的股权作担保,而且有限责任公司的股东将其持有的本公司股权向本公司出质,公司股权总数并没有变化,注册资金并未减少,并不会损害公司利益,亦不违背公司法限制股权出质的立法原意。”〔24〕此观点被该案二审法院和再审法院认可。〔25〕类似观点还可见于其他裁判文书之中。〔26〕依公司法原理,公司不得持有本公司股权。有限责任公司接受本公司股权质押的,公司在实现质权时不能通过折价方式获得股权,这导致在无人参与股权拍卖、变卖程序的情况下公司不能实现质权。但是,质权不能实现并不是质权不能成立的理由,《公司法》第142条第5款不应类推适用于有限责任公司接受本公司股权质押的情形。然而,某些地方工商行政管理机关颁布的规范性文件〔27〕未区分公司形态,将“股权出质给本公司”列为不得办理股权出质登记的情形,这导致实践中股东与公司交易,前者作为债务人只能将其持有的公司股权质押在其他主体(如其他股东)名下。如果作为债权人的公司选择担保物权代持仅是为了借用他人的名义使自己债权处于被担保的地位,那么以隐名代理解释这种代持行为即可。

有的债权人选择担保物权代持是为了实现担保物权的统一管理。在单个债务人对多个债权人负有债务的场合,传统模式下债务人或者第三人会为各个债权人设定担保物权。当行使担保物权的条件成就时,各债权人可以分别行权。任一债权人固然可以将担保物变价并就所得价款按照自己的债权比例优先受偿,但在非足额担保的情形,任一债权人行使担保物权并不一定符合全体债权人的最大利益。部分债权人为了提高债权的实现率,可能认为赋予债务人履行宽限期或者修改当事人约定的实现担保物权的条件不失为更理性的选择。因此,债权人对是否立即行使担保物权可能无法形成统一意见。这种现象在商事融资交易中尤为明显。商事融资交易的增信措施较为复杂,涉及的利益相关者较多。债权人在行使担保物权之前需要进行全面评估,往往会考虑担保物的变价能力、担保物是否超额担保、企业债务人清偿能力的欠缺是否具有暂时性、企业债务人未来的盈利能力、担保物对企业经营的重要性、部分债权人与债务人的关联关系等因素。各债权人重点考虑的因素不同,债权人意见也就可能不同。因此,实践中有债权人将担保物权统一登记在某个债权人或者第三方名下,以此方便担保物权的统一管理和行使,化解债权人之间的意见分歧。例如,银团贷款中就有这样的操作。如果当事人选择担保物权代持是为了实现担保物权一元化管理,那么以信托解释代持行为的性质更为合理。这是因为,在信托型担保物权代持中,受托人应遵循最大比例实现总债权的信托目的,负有为全体受益人(债权人)而非个别受益人的最大利益管理担保物权的义务。同时,受托人享有的自由裁量权允许其独立决定是否行使担保物权,而委托人(债权人)对受托人的决策不能直接干预。若以隐名代理解释此种情况的担保物权代持,那么基于代理的归属效果,各债权人都可直接行使自己享有的担保物权。如此,委托人(债

〔24〕 贵州省黔南布依族苗族自治州惠水县人民法院(2014)惠民商初字第45号民事判决书。

〔25〕 参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2015)黔南民商终字第101号民事判决书;贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2017)黔27民再9号民事判决书。

〔26〕 参见河南省高级人民法院(2018)豫民终1307号民事判决书;江苏省扬州市中级人民法院(2017)苏1182民初1482号民事判决书。

〔27〕 例如《北京市工商局转发国家工商总局关于股权出质登记办法的通知(2008)》《江苏省工商行政管理机关公司股权出质登记暂行办法(2008)》《山东省公司股权出质登记暂行办法(2008)》。

权人)追求担保物权统一管理的目的将无法实现。

综上所述,当事人选择担保物权代持仅为满足登记机关的登记要求或者规避地方工商行政管理机关颁布的规范性文件的,将代持行为的性质解释为隐名代理已经能够实现当事人的行为目的。当事人为了实现担保物权的统一管理而选择担保物权代持的,将代持行为的性质解释为信托更符合当事人的行为目的。

## (二) 担保物权代持人的权限因素

当事人在法律行为中设置的权利义务是意思表示的主要内容,“解释者依据意思表示解释理论对法律行为进行定性,其实质是将具体的权利义务构造评价为某种法律关系从而正确适用法律”<sup>〔28〕</sup>。另外,在合同履行过程中,当事人实际享有的权利和负担的义务也是确定当事人意思表示含义的辅助因素。因此,对法律行为定性,当事人的权利义务需重点考量。鉴于代持人在不同性质的担保物权代持中享有的权限显著不同,有必要将受托人的权限因素作为代持行为性质认定的依据。

委托代理人与信托受托人在事务处理方面均享有一定的权限,但两者享有的权限范围不同。依据《民法典》第163条第2款,代理人的权限来源于被代理人的委托。<sup>〔29〕</sup>代理人应在权限范围内从事法律行为,否则构成无权代理。代理关系内部约定不明或者委托人授权内容不清晰的,《民法典》未明确代理权范围。为了防止代理人滥用代理权,大陆法系对代理权范围表现出了限制的态度。例如,日本《民法典》第103条将未规定权限的代理人有权作出的行为限定为“保存行为”和“于不改变代理标的物或权利之性质范围内,以利用或改良为目的之行为”<sup>〔30〕</sup>。换言之,在代理权范围不明的情形,代理人一般仅能从事必要的行为和使被代理人纯获益的行为,在处分行为方面享有较小的自由裁量权。在权限不明的情形,与委托代理人的权限受到严格限制不同,信托受托人被信托法赋予了宽泛的权力。以信托关系为典型的信义关系是财产所有者授予管理者对其财产享有开放式(open-endedness)权力而形成的关系,<sup>〔31〕</sup>其本质要素是受信人对受益人的现实重大利益享有自由裁量的权力(discretionary power)。<sup>〔32〕</sup>开放式的权力和自由裁量的权力意味着信托受托人享有宽泛的权力,除非受托人权限被信托文件明确限制。委托人之所以选择信托是为了利用受托人的专业技能、知识、经验等持续地为自己谋取福利,而这一目的的实现离不开受托人积极履职。因此,即便信托合同未明确约定受托人的权限,信托法也赋予受托人几乎所有为了实现信托目的而需要的权力。从这个角度而言,信托受托人的宽泛权限既来源于委托人的授予,也来源于信托法的赋予。

基于以上分析,在确定担保物权代持人意思表示的内容时,应将代持人依据协议享有的权限以及职责履行过程中代持人实际享有的权限作为考量要素。具体而言,担保物权代持人享有的权限可以从决策和执行两个层面考察。在决策层面,当行使担保物权的条件成就时,可以考察担保

〔28〕 前引〔20〕,于程远文,第111页。

〔29〕 依据授权行为独立于基础法律关系的分离原则,学理上代理权范围由授权行为界定,但基础法律关系中的约定内容亦可成为授权范围的依据。参见前引〔14〕,朱庆育书,第346页。

〔30〕 王融擎编译:《日本民法条文与判例》(上册),中国法制出版社2018年版,第80页。

〔31〕 See Larry E. Ribstein, Fencing Fiduciary Duties, 91 *Boston University Law Review* 901, 902 (2011).

〔32〕 See Paul B. Miller, A Theory of Fiduciary Liability, 56 *McGill Law Journal* 235, 261-263 (2011).

物权代持人是否享有最终决定行权的权力。当然,受托人在决策前应考虑何为所有受益人的最大利益、行使担保物权对所有受益人的最大利益有何影响、是否有必要赋予债务人宽限期或者修改约定的行使担保物权的条件。在执行层面,判断担保物权代持人享有的权限可以考察其在管理担保物权、选择实现担保物权的方式等方面是否享有权力。在担保物权管理方面,可以考察受托人是否前期参与了担保物的选定和评估、是否对担保物实施了监管、是否请求了担保人停止减少担保物价值的行为、是否请求了担保人增加担保价值等。在担保物权的实现方式方面,可以考察受托人是否享有在担保物折价、变卖、拍卖的变价方式中自主选择一种其认为最有利于受益人利益的方式。总之,担保物权代持人在决策和执行层面同时享有自由裁量权的,代持行为更符合信托的特征。反之,担保物权代持更符合委托代理的特征。

### (三) 担保物权代持中的公众利益因素

意思表示规范性解释中“表意符号的标准意义是价值考量基础上的具备一定弹性的标准意义”<sup>〔33〕</sup>。对当事人意思表示进行解释,应在具体情境中考量当事人的利益状态、能力与地位、交易经验等因素,在价值权衡的基础上确定意思表示的内容和含义。涉及公众利益的担保物权代持在交易情境方面具有特殊性,对处于弱势地位的公众债权人的利益有重大影响,故对担保物权代持当事人的意思表示进行解释时应考量公众利益因素。考虑到涉及公众利益的担保物权代持主要是债券受托管理人为债券持有人的代持,即第4条规定的第一种情形,下文将围绕此种情形进行讨论。

首先,公司公开发行附担保债券的,债券受托管理人代持担保物权的行难以成立隐名代理,宜将其性质解释为信托,以避免代持行为陷入违反从属性规范的争议。依据《民法典》第925条,隐名代理成立的要件之一是“第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系”,而“第三人在订立合同时知道委托人(被代理人)”是该要件应有之义。所谓知道被代理人,“必须知道具体的被代理人,即知道被代理人的姓名或名称”<sup>〔34〕</sup>。但是,《公司债券发行与交易管理办法》第59条第7项要求“债券受托管理人应在债券发行前或债券募集说明书约定的时间内取得担保的权利证明或其他有关文件”,也就是说,为了事先保护债券投资人的利益和提高担保物权登记的便捷性,债券受托管理人在投资者认购债券前就已经登记为了担保物权人,实际上在当时是为未来的债权人持有担保物权。申言之,提供担保的第三人在签订担保合同时不可能知道被债券受托管理人代理的具体公众投资者,隐名代理因不满足第三人知情要件而不能成立。以信托解释担保人、债券受托管理人、公众投资者之间的关系则不存在教义学上的障碍。在担保权信托结构中,委托人是担保人而非公众投资者,公众投资者的身份仅为受益人。《信托法》第9条第3项确立了受益人确定原则,要求设立信托的书面文件载明受益人或者受益人的范围。值得注意的是,此处“受益人范围”可以依确定未来受益人的方法而确定。债券受托管理中受益人范围为未来认购本期债券的所有公众投资者。因此,出于合法性的需要,在公司公开发行附担保债券的特殊交易情境,宜将担保物权代持当事人的意思表示内容解释为成立信托关系。

〔33〕 杨代雄:《意思表示解释的原则》,载《法学》2020年第7期,第52页。

〔34〕 胡东海:《〈合同法〉第402条(隐名代理)评注》,载《法学家》2019年第6期,第184页。

其次，从保护公众债权人的政策目标出发，宜将债券受托管理人的代持行为的性质解释为信托。公众债权人未参与债券受托管理协议的起草，与作为商事主体的发行人、债券受托管理人<sup>〔35〕</sup>在谈判能力方面有显著差距，因此，在价值考量上宜将担保物权代持成立的法律关系类型向有利于公众债权人的方向解释。信托的特殊性规则能为公众债权人提供更周全的保护，更适合约束拥有宽泛权力且具有优势地位的债券受托管理人。第一，信托财产具有独立性，这使得作为信托财产的担保物权或者担保物的变价款隔离于信托当事人的责任财产。委托人、受托人、受益人的债权人不能代位行使担保物权，也不能申请强制执行担保物的变价款。第二，受托人负担严苛的信义义务，应勤勉履职。《公司债券发行与交易管理办法》第59条规定了债券受托管理人的职责，但相关规则还有待完善。<sup>〔36〕</sup>信义义务的内涵丰富，其规则的抽象性可以在具体的情境中衍生出具体规则，发挥严格规制受托人行为的功能。第三，从救济角度而言，当受托人侵犯了受益人的利益，《信托法》为受益人提供了多种救济方式。除了损害赔偿等传统救济方式，委托人不仅可以撤销受托人违反信托目的处分信托财产的行为、导致信托财产受损的违反职责的行为或者不当处理信托事务的行为，还可以请求将受托人利用信托财产获得的非法利益归入信托财产。

#### 四、担保物权代持当事人权利义务的解釋

不同性质的担保物权代持行为形成不同的法律关系，不同的法律关系分配给当事人不同的权利义务。特别在商事法律关系中，当事人的权利义务具有特殊性。<sup>〔37〕</sup>隐名代理型担保物权代持产生法律行为归属效果，当事人权利义务规则以委托人中心展开。信托型担保物权代持以受托人向受托人让渡控制权为本质特征，当事人的权利义务规则以受托人中心展开。第4条未区分担保物权代持形成的法律关系，这不仅导致不同当事人主张的权利可能发生冲突，而且造成代持人履行义务的标准模糊。因此，有必要在区分担保物权代持行为性质的基础上对当事人的权利义务进行认定。

##### （一）担保物权的归属

担保物权代持导致债权人与登记的担保物权人不同一，进而带来了担保物权的归属判断问题。在《民法典担保制度司法解释》出台之前，法院一般基于隐名代理的归属效果认定债权人可以主张担保物权，不过司法实践中也出现了基于物权公示公信原则不支持债权人行使担保物权的判决。<sup>〔38〕</sup>第4条统一了担保物权行使规则，即债权人和受托人皆可主张优先受偿权。但是，第4条依然未明确担保物权的归属。担保物权究竟是否归属于债权人，这还应在区分担保物权代持

• 91 •

〔35〕 依据《公司债券发行与交易管理办法》第58条，债券受托管理人“由本次发行的承销机构或其他经中国证监会认可的机构担任。债券受托管理人应当为中国证券业协会会员”。

〔36〕 例如，债券受托管理人履职过程中的利益冲突防范规则有待完善。如果存在债券受托管理人与发行人同为一个实际控制人所控制、受托管理人持有发行人发行的债券股票等情形，债券受托管理人的自身利益与其受托管理人的身份极易产生冲突。参见田春雷：《新〈证券法〉视角下公司债券持有人保护困局的突破》，载《北京联合大学学报（人文社会科学版）》2021年第1期。

〔37〕 参见王建文：《论我国商事权利的体系化构建》，载《当代法学》2021年第4期。

〔38〕 参见江西省南昌市中级人民法院（2018）赣01民终2407号民事判决书。

行为性质的基础上进行判断。

在隐名代理型担保物权代持中,担保物权归属于债权人。基于隐名代理的归属效果,担保物权自成立时自动归属于债权人。受托人行使担保物权的,其权利来源于委托人的授权。债权人行使担保物权的,担保人不能以债权人并非登记的权利人为由进行抗辩。一方面,不动产登记簿记载的权利人是推定的权利人,在与真实权利人不一致时,权利应归属于真实权利人。对此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第2条规定:“当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人,请求确认其享有物权的,应予支持。”另一方面,担保人不受到物权公信原则的保护。物权公信原则是指“依公示方法表现出之物权与真实的物权状态不一致时,对于信赖此项公示方法所表示之物权状态,而为交易行为之人,法律仍承认其具有与真实物权状态相同之法律效果,以为保护之原则”<sup>[39]</sup>。隐名代理以第三人知道代理关系为要件,故作为第三人的担保人对登记为担保物权人的代持人并非真实权利人是知情的,其对登记文件上的记载不享有信赖利益。

在信托型担保物权代持中,担保物权严格意义上不归属于任何主体。基于信托财产独立性原理,当担保物权成为信托财产时,其就具有了独立于各信托当事人的财产的地位。尚需考虑的是担保物权行权主体的问题。受托人依其职权当然可以行权,但债权人能否直接行权?答案是否定的。一方面,委托人或者受益人不享有担保物权,其行使权利缺乏权源;另一方面,委托人自设立信托后就退出权力中心,而受益人作为信托财产剩余价值索取人<sup>[40]</sup>也仅能对可分配的信托利益主张权利。由此,第4条确立的债权人和受托人皆可主张优先受偿权的规则值得商榷。与第4条适用的逻辑不同,2020年最高人民法院印发的《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》第18条、第19条分别规定了担保物权由受托人集中行使、受托管理人所获利益归属于债券持有人的规则,这些规则与信托型担保物权代持规则相统一。因此,判断债权人在担保物权代持中能否直接行权,还应考察债权人所处的法律关系。

## (二) 委托人的撤回权和解除权

由于担保物权代持中债权人与登记的担保物权人分离,债权人有约束担保物权代持人的需求。委托人(债权人)享有的对授权行为的撤回权和对代持法律关系的解除权是约束受托人的重要权利,但委托人(债权人)的撤回权和解除权在不同的法律关系中有所不同。

隐名代理型担保物权代持人管理、处分担保物权的正当性来源于代理权。代理权“通常不为代理人带来法律上的利益,代理人亦不存在信赖利益保护问题,因而,原则上代理权可随时撤回,不受基础关系是否存续之影响”<sup>[41]</sup>。委托人行使撤回权的,依据《民法典》第173条第2项,<sup>[42]</sup>委托代理终止。此时,担保人、受托人应配合债权人办理担保物权变更登记。信托型担保物权代持人享有的管理、处分担保物权的宽泛权力一方面来源于委托人的授权,另一方面来源于信托法的默认性规则。前者是指委托人通过信托文件授予给受托人的权力,后者是信托法默认

[39] 谢在全:《民法物权论》(上),新学林出版股份有限公司2020年版,第52页。

[40] 参见赵廉慧:《信托受益权法律性质新解——“剩余索取权理论”的引入》,载《中国政法大学学报》2015年第5期。

[41] 前引[14],朱庆育书,第352页。

[42] 《民法典》第173条规定了委托代理终止的情形,其中第2项“被代理人取消委托”包括代理权的撤回。

赋予受托人的广泛权力。对于受托人享有的权力，委托人无权撤回。根本原因在于，倘若委托人可以随意行使撤回权，那么受益人的利益无法保障。基于此，英美法系信托法严格限制委托人的权利。有学者甚至认为：“一旦信托设立人设立了信托，他就失去了对该信托的一切权益，除非他是受益人或者受托人。”<sup>〔43〕</sup>我国《信托法》未规定能够发挥监督受托人、维持信托生命力和提供专业咨询功能的私益信托监察人制度，<sup>〔44〕</sup>因而赋予了委托人一定信托权力以约束受托人。尽管如此，《信托法》未规定委托人的撤回权。在担保物权代持中，当债务人或担保人是委托人时，委托人不享有撤回权有利于受益人（债权人）利益保护。例如，发行人公开发行附担保债券的，作为委托人的发行人或者担保人不能撤回授予受托人的权力，受托人应为了债权人的利益积极履行职责。

隐名代理型担保物权代持的委托人享有任意解除权。依据《民法典》第 933 条，无论是有偿委托还是无偿委托，委托合同的双方当事人都可以无理由地随时解除合同。至于委托合同当事人能否约定抛弃任意解除权，有法官认为有偿委托合同中的抛弃任意解除权的特约应为有效。<sup>〔45〕</sup>委托人行使解除权的，由于我国未采用基础关系与授权行为分离原则，委托代理直接终止。信托型担保物权代持中委托人的解除权需分情况认定。委托人是唯一受益人（债权人）的，此类信托属于自益信托，依据《信托法》第 50 条，委托人享有任意解除权。又依据《信托法》第 50 条“信托文件另有规定的，从其规定”，委托人的任意解除权可以约定排除。但是，信托属于他益信托的，依据《信托法》第 51 条，委托人仅能在特定情形下行使解除权，这些情形包括受益人对委托人重大侵权、经受益人同意、信托文件规定的情形。与委托代理不同，《信托法》限制委托人的解除权是为了保护受益人的利益。不过，为了兼顾委托人的利益，排除委托人解除权的约定应认定为无效。因此，在信托型担保物权代持的委托人不是唯一受益人（债权人）的情形，委托人的解除权受到严格限制，但不得约定排除。

### （三）受托人负担的法定义务

隐名代理型担保物权代持人负担的主要法定义务为禁止利益冲突义务和注意义务。禁止利益冲突义务是指《民法典》第 168 条规定的代理人不得从事自我代理和双方代理，除非代理人的利益冲突行为获得被代理人的同意或者追认。依此，隐名代理型担保物权代持人不能自己或者代理其他主体作为交易方参与担保物的拍卖、变卖，也不能利用担保物的变价款与自己或者代理的其他主体进行交易。代理人的注意义务要求代理人以一定的标准履行职责。《民法典》第 164 条仅规定了代理人不履行或者不完全履行职责的民事责任，未规定代理人履行职责的标准。理论上，代理人应以善良家长的标准履行注意义务。所谓善良家长的注意，是指“具有一般知识、经验的人诚实地处理事务时所用的注意，所以不需要专家们所用的特别注意”<sup>〔46〕</sup>。依此，隐名代理型担

〔43〕〔英〕斯蒂芬·加拉赫：《衡平法与信托法：数世纪的结晶》，冷霞译，法律出版社 2020 年版，第 125 页。

〔44〕参见楼建波、刘杰勇：《论私益信托监察人在我国的设计与运用》，载《河北法学》2022 年第 3 期。

〔45〕该法官认为，有偿委托合同中的抛弃任意解除权特约有效的理由主要有四点：第一，无否定该特约的理论基础存在；第二，认可该特约的效力，符合委托事务发展的商业属性和社会化属性；第三，认可该特约的效力，可发挥《民法典》第 933 条损失赔偿责任所不具有的功能；第四，认可该特约的效力，符合《民法典》对委托合同任意解除权进行限制的立法精神。参见仲伟珩：《有偿委托合同任意解除权的法律适用问题研究》，载《法律适用》2020 年第 17 期。

〔46〕周相：《罗马法原论》（下册），商务印书馆 2019 年版，第 715 页。

保物权代持人以一般人注意标准管理担保物权即可。

信托型担保物权代持人负担的主要法定义务是信义义务，包括忠实义务和注意义务。受托人的忠实义务要求受托人为了受益人的最大利益管理信托事务，主要包括禁止利益冲突义务和禁止利益取得义务。受托人的禁止利益冲突义务比代理人负担的更严格，除了包括与禁止自我代理和双方代理类似的义务外，基于基本忠实义务的抽象性，还可以解释出受托人不能从事关联交易、受托人不能利用属于信托的机会为自己谋利等内容。另外，受托人违反禁止利益冲突义务的，受益人请求受托人承担责任不以“一方不当取得利益、另外一方受有损失”为前提。<sup>〔47〕</sup> 受托人的禁止利益取得义务要求受托人仅能获得信托报酬，不能从信托事务管理中获得利益。受托人的注意义务是一种积极义务，其要求受托人为了信托目的之实现而主动、勤勉地履行职责。相较于代理人的注意义务，受托人的注意义务履行标准更高。在无特别约定的情况下，受托人应以同行业从业人员或者机构所具有的平均专业水平履行职责。<sup>〔48〕</sup> 倘若委托人基于受托人的承诺而对受托人的特殊技能、经验、知识有所信赖，那么受托人应以对应的主观标准履行义务。依此，信托型担保物权代持人应围绕保障债权实现的信托目的积极、勤勉地履行职责。在管理担保物权方面，受托人不仅应掌握担保物的评估价值、债务人的偿债能力、增信措施的合规性等可能影响债权人利益的信息，还应履行妥善保管质物、视情况与债务人和担保人谈判（如要求债务人增加担保、限制担保人出卖担保物）等职责。在实现担保物权方面，受托人应选择有利于债权人利益最大化的担保物权实现方式，包括以登记的担保物权人身份为了全体债权人的利益向法院起诉、寻找潜在的担保物买家、制定庭外执行方案等。

总体而言，担保物权代持人在信托关系中比在隐名代理关系中负担更严格的义务。虽然两种法律关系中的受托人负担的法定义务都禁止受托人侵犯受益人（债权人）的利益，要求受托人为了受益人（债权人）的利益管理事务，但信托受托人负担的信义义务不仅因其抽象性而能供给弹性的规则，而且其要求受托人以更高的标准履行职责。鉴于商事融资增信措施结构化、资金提供主体多方化甚至大众化、担保物权管理专业化和持续化等特点，信托受托人负担的信义义务更能保护债权人尤其是公众投资者的利益。

## 五、结 语

第4条未充分关注商事关系和商行为的特殊性，这与《民法典》以“民商合一”为编纂体例有关。<sup>〔49〕</sup> 商事交易中担保物权代持行为的性质有委托代理（隐名代理）和信托两种解释路径。隐名代理型担保物权代持因代理的归属效果使得担保物权自动直接归属于委托人（债权人），因此，该代持方式不违反担保物权从属性规范。信托型担保物权代持通过受益权将担保物权和债权紧密联系在一起，因而该代持方式未实质与担保物权从属性的规范目的冲突。由于当事人在订立

〔47〕 参见赵廉慧：《信托法解释论》，中国法制出版社2015年版，第312页。

〔48〕 参见熊敬：《受托人信义义务排除的限度——以被动管理型信托为视角》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2022年第6期。

〔49〕 参见范健：《中国〈民法典〉颁行后的民商关系思考》，载《政法论坛》2023年第2期。

担保物权代持合同时很可能未明确选择法律行为类型，故在解释担保物权代持行为性质时应以当事人的意思表示进行解释。解释时，应重点考量担保物权代持的行为目的、代持人享有的权限、是否涉及公共利益等因素。不同的法律关系分配给当事人不同的权利义务，故担保物权代持当事人的权利义务需在区分代持行为性质的基础上进行认定。

我国信托财产的登记制度还不健全，目前担保物权尚不能被登记为信托财产。虽然《信托法》第10条确定了信托登记生效主义，但该规定由于未区分信托内部关系和外部关系而被学界诟病，且在司法实践中法院也未严格适用该规定而否认信托的效力。因此，即便担保物权目前技术上不能被登记为信托财产，信托型担保物权代持并非不能成立，《信托法》在担保物权代持纠纷中也并非不存在适用的空间。随着我国信托财产登记制度的不断完善，<sup>[50]</sup>担保权信托在操作层面将会更加便捷。

---

---

**Abstract:** Nominee security interest holding is widely used in commercial transactions, but its legal validity could be questioned because it does not quite meet the requirements of subordination rule. Article 4 of judicial interpretation of security interest in the Civil Code has responded to the needs of practice and confirm the legal situation of nominee security interest holding. Analysis of nominee security interest holding's legitimacy and legal consequences should take the nature of nominee holding as a logical starting point. However, this has not specified in Article 4. There is a distinction of nominee security interest holding's nature between principal and trust. Interpretations according to these two methods are both compliance with subordination rule. In essence, the interpretation of nominee security interest holding is an interpretation of the parties' declaration of will. The interpretation of nominee security interest holding should use interpretation rules about declaration of will and focus on the following factors: the purpose of nominee security interest holding, the power of trustee, the fact about whether public creditor has involved or not. Rights and obligations of the parties should be identified on the basis of the nature of nominee holding. Distinction between different types of legal relationship about attribution of security interest, settlor's right of cancellation and withdrawing, and trustee's obligations should be focused on.

**Key Words:** nominee security interest holding, subordination rule, nominee holding in undisclosed agency, nominee holding in trust, attribution of security interest

---

---

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

---

[50] 有学者主张，利用传统物权登记体系进行信托登记或许是更适合我国的现实选择。参见缪因知：《信托财产登记制度功能的实现路径》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2022年第2期。

## 转让可能损害抵押权司法适用的类型化研究 ——以不动产抵押为中心

李欢欢\*

内容提要：“转让可能损害抵押权”是不确定性概念，从规范目的及类型化角度具体化该概念对平衡抵押关系当事人的利益至关重要。《民法典》第406条第2款是平衡担保债权安全性与抵押人期限利益的结果。不应将抵押人的转让行为本身、仅未履行通知义务或违反限制转让约定认定为“可能损害抵押权”的情形，否则会使“保护抵押权人单方利益”取代“利益平衡理念”，消解《民法典》第406条对抵押财产转让制度变革的意义。司法实践中倾向于保护弱势群体利益，认为商品房消费者的权利、被拆迁人的权利以及符合一定条件的居住权优先于抵押权，这事实上阻却了抵押权追及效力，可能危及担保债权的安全，因此属于“转让可能损害抵押权”的情形。

关键词：《民法典》第406条 抵押财产 损害抵押权 不动产抵押

### 一、问题的提出

抵押财产转让规则是充满学术魅力与实务关切的问题，<sup>〔1〕</sup>同时也是长期困扰我国立法者的问题。纵观我国民事立法历程，抵押财产转让规则总在不断变化。<sup>〔2〕</sup>《担保法》和《物权法》以限

\* 李欢欢，山西大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见刘家安：《〈民法典〉抵押物转让规则的体系解读——以第406条为中心》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期。

〔2〕 最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》的通知（已失效，以下简称《民通意见》）第115条第1款规定，非经债权人同意转让抵押财产的行为无效；《中华人民共和国担保法》（已失效，以下简称《担保法》）第49条第1款规定，已办理登记的抵押物转让应通知抵押权人并告知受让人，未尽通知或告知义务的转让无效，换言之，抵押人只要尽到通知或告知义务即可转让抵押财产；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（已失效，以下简称《担保法司法解释》）第67条第1款规定，抵押期间抵押人转让抵押物，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可行使抵押权；《中华人民共和国物权法》（已失效，以下简称《物权法》）第191条规定，抵押人未经抵押权人同意“不得转让”抵押财产，但没有规定未经同意转让的法律效果。

制转让为前提，一旦转让，抵押人须提前清偿债务或者提存转让款。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第406条规定只有当“转让可能损害抵押权”时，抵押人才需提前清偿债务或者提存转让款。这一限制条件对于平衡抵押关系当事人的利益具有重要意义。但《民法典》的表达过于抽象，并未明确其判断标准及具体类型。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号，以下简称《担保制度的解释》）的征求意见稿做了例示规定，列举了“转让可能损害抵押权”的情形，但最终颁行版本将其删除。理论界关于“转让可能损害抵押权”的研究极为缺乏。虽然有少数文献展开了初步研究，但论者要么顺带提到其定义，要么仅列举了可能损害抵押权的情形，但未系统论证和归纳。而且论者就同一事项是否属于“转让可能损害抵押权”的情形亦有不同观点。如有学者认为抵押人违反限制转让约定属于可能损害抵押权的情形，<sup>〔3〕</sup>但也有观点对此持否定意见。<sup>〔4〕</sup>

为了防止过高的调查成本，“转让可能损害抵押权”应予推定，并通过审判实践逐步进行类型化。类型化需要学术界评析、整理裁判文书。具言之，法院对“转让可能损害抵押权”的认定是否恰当？法院认定不恰当的情形及理由为何？值得认可的情形如何类型化？由于动产抵押的特殊性以及我国《民法典》对动产担保的重大变革，其所涉问题太过复杂，为聚焦起见，本文以不动产抵押为中心，分析“转让可能损害抵押权”的类型。本文将阐明《民法典》第406条第2款的规范目的，以此为基准并且以裁判文书为素材，类型化属于和不属于“转让可能损害抵押权”的情形。

• 97 •

## 二、《民法典》第406条第2款中段的规范目的

法学概念一般可区分为描述性概念和规范性概念。<sup>〔5〕</sup>规范性概念又可区分为规范性确定概念和规范性不确定概念。所谓规范性不确定概念是指在内容和范围上都极不确定的概念。<sup>〔6〕</sup>不确定性概念的立法语言多采抽象弹性表达，如“必要”“酌情”“显著的”“合理的”“情节严重”等。这类表达未有明确的指向对象，只是划定了适用对象的大致范围。换言之，不确定性概念内涵和外延具有模糊性和概括性，法律适用者对于是否将考察对象涵摄于此类概念具有自由裁量权。《担保制度的解释》征求意见稿列举“转让可能损害抵押权”的情形但最终颁行版本将其删除以及理论界对这一概念认识的不统一都可表明其为不确定概念。对此需要具体化研究。具体化不确定概念大致有两种研究进路，一是研究立法者在引入该不确定概念时对法官的授权与拘束，<sup>〔7〕</sup>二是分析相关判决并将其类型化。<sup>〔8〕</sup>本部分主要从规范目的出发研究“转让可能损害抵押权”这一不确定性概念对法官的授权与拘束。

〔3〕 参见王利明：《〈民法典〉抵押物转让规则新解——兼评〈民法典〉第406条》，载《法律科学》2021年第1期。

〔4〕 参见李泓霖：《〈民法典〉第四百零六条（抵押财产转让规则）评注》，载《南海法学》2022年第3期。

〔5〕 参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第27页。

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

〔7〕 参见程子薇：《域名纠纷中的恶意认定研究——以不确定概念理论为分析工具》，载《华东政法大学学报》2014年第1期。

〔8〕 参见于飞：《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》，载《法学研究》2012年第4期。

### （一）增加“转让可能损害抵押权”的规范目的

一方面，“转让可能损害抵押权”是立法对司法的授权，法官有一定自由裁量权；但另一方面，《民法典》采取不确定的规范结构同时意味着对法官的拘束，要求法官在自由裁量时应致力于实现不确定性概念所追求的目的。一般而言，不确定概念中对法官的拘束包括两种，一是法条中已明确的类型化，〔9〕二是规范目的。〔10〕《民法典》第406条未对“转让可能损害抵押权”类型化，《担保制度的解释》征求意见稿中例示情形亦被删除。故此，只能从立法目的来考察“转让可能损害抵押权”对法官的拘束。

《民法典》第406条第2款中增加“转让可能损害抵押权”限制性条件的目的是保护抵押人的期限利益。《物权法》第191条表明，只要抵押人转让抵押财产就应当将转让所得价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。这客观上使债务加速到期，实际上损害了抵押人的期限利益，与抵押权实现的或然性相悖。而且在第三人抵押时亦可能损害抵押人的抗辩权。〔11〕《民法典》第406条第2款增加“转让可能损害抵押权”条件限制了抵押权人在抵押人转让抵押财产时主张提前清偿债务或者提存的权利，将被《物权法》第191条剥夺的期限利益和抗辩权归还于抵押人。

或许有观点会质疑，对提前清偿债务或者提存转让价款的请求权增加限制性条件在保护抵押人利益的同时，也会损害抵押权人的利益。据《民法典》第406条第1款中抵押权追及效力的规定，可发现上述质疑不成立。自由转让加追及力并未忽略抵押权人利益，而是妥善平衡了各方利益。《物权法》第191条中抵押权人主张提前清偿或者提存的权利是以否定抵押权追及效力为前提的，但《民法典》已承认了抵押权的追及效力，故并无重复保护的必要。相反，依照《物权法》第191条的规则，抵押人收取的转让价款容易与其所有的一般财产混同，抵押权人不能优先受偿的风险增加。因此，《民法典》第406条第1款中的追及效力规则对抵押权的保障相较于《物权法》第191条规定的提前清偿债务方式更为充分。由是观之，增加限制条件是在不损害抵押权人利益的基础上保护抵押人的期限利益和抗辩权。

### （二）“提前清偿债务或者提存”的规范目的

有观点认为，《民法典》在承认抵押权追及效力的背景下依然赋予抵押权人在特定条件下有请求提前清偿债务或者提存的权利是为了在第406条适用范围过于宽泛的情况下保护动产抵押权人的合法权益。〔12〕事实上，由于不动产的不易移动性，追及效力一般即可保护抵押权，确实无需另外赋予抵押权人请求抵押人提前清偿债务或者提存的权利。从这一角度看，将《民法典》第406条第2款的规范目的定位为保护动产抵押权人的合法权益确有道理。但由于我国存在很多具有“中国元素”的规定和特色法律实践，即使不动产抵押，特定情形下的转让也可能损害抵押权，所以将其定位为保护动产抵押权人的合法权益有以偏概全之嫌。

〔9〕 参见前引〔7〕，程子薇文。

〔10〕 参见黄舒芑：《法律授权与法律拘束：Hans Kelsen的规范理论对德国行政法上不确定概念拘束功能的启示》，载《政治与社会哲学评论》2010年第33期。

〔11〕 参见孙宪忠、徐蓓：《〈物权法〉第191条的缺陷分析和修正方案》，载《清华法学》2017年第2期。

〔12〕 参见前引〔4〕，李泓霖文。

《民法典》第406条第2款中，抵押权人可以请求提前清偿或提存的规范目的是确保债权安全实现。传统大陆法的担保物权和英国早期的抵押制度都以保障债权安全为唯一目的。<sup>〔13〕</sup>抵押制度发展到现在，具备了更多的功能，如信用放大功能和激励交易功能，<sup>〔14〕</sup>但是确保债权安全依然是最基础的功能。最大限度地维护抵押权担保债权的安全性是抵押制度立法的价值取向。<sup>〔15〕</sup>如果偏离了保障债权安全及保护抵押权人利益的目标，则会使抵押财产转让制度失去其妥当性基础。<sup>〔16〕</sup>确保债权安全的核心是抵押权人的优先受偿权，此为抵押权之本体。<sup>〔17〕</sup>申言之，如果转让行为致使优先受偿权受到损害，即可认定为损害抵押权的情形，此时应允许抵押权人采取措施保护自己合法权益，否则抵押制度的初衷无法实现，抵押权也形同虚设。事实上，在我国的法律框架中，因转让使得抵押权人优先受偿权受损的情形屡见不鲜。如果不允许抵押权人采取措施保护其所担保债权的安全，显然不具合理性。因此，《民法典》赋予抵押权人请求抵押人将转让所得价款提前清偿债务或者提存的权利以确保债权安全。

由是观之，《民法典》第406条第2款其实是在抵押权所担保债权的安全性与抵押人的期限利益和抗辩权、抵押权实现的或然性之间平衡的结果，司法实践中应关注立法对当事人利益平衡的努力，而不应该厚此薄彼地仅仅关注某一方当事人的利益。

### 三、不属于“可能损害抵押权”的类型

司法实践对“转让可能损害抵押权”的认定趋于泛化。本部分基于《民法典》第406条第2款中段的规范目的考察法院判决对“可能损害抵押权”的认定不合理的情形并说明理由。

#### （一）转让本身不属于“可能损害抵押权”的情形

在《民法典》颁行前，司法实践通行观点认为，只要抵押财产权利主体变更就会损害抵押权人的优先受偿权。<sup>〔18〕</sup>但在《民法典》重塑抵押财产转让规则之后，仍然有判决认为，如果无法获得抵押权人同意，只有办理解除抵押登记手续后，才能为买受人办理过户登记；<sup>〔19〕</sup>在抵押物的交换价值实现之日即丧失了物上追及力，抵押权的效力仅及于转让价款，抵押人应向抵押权人提前清偿债务或者提存。<sup>〔20〕</sup>甚至有法院直接表明，在抵押人转让抵押财产之后，抵押权人有权要求抵押人提前清偿债务或者提存的权利。<sup>〔21〕</sup>

上述判决表明，司法实践存在对《物权法》的路径依赖，认为转让本身可能损害抵押权，

〔13〕 参见陈本寒：《担保物权法比较研究》，武汉大学出版社2003年版，第3-23页。

〔14〕 参见许明月：《抵押物转让制度之立法缺失及其司法解释补救——评〈中华人民共和国物权法〉第191条》，载《法商研究》2008年第2期。

〔15〕 参见张俊浩主编：《民法学原理》（修订第3版上册），中国政法大学出版社2000年版，第488页。

〔16〕 参见梁上上、贝金欣：《抵押物转让中的利益衡量与制度设计》，载《法学研究》2005年第4期。

〔17〕 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第290页。

〔18〕 参见江西省赣州市中级人民法院（2013）赣中民一终字第255号民事判决书。

〔19〕 参见广西壮族自治区乐业县人民法院（2022）桂1028民初298号民事判决书。

〔20〕 参见广西壮族自治区北海市中级人民法院（2021）桂05执异162号民事判决书。

〔21〕 参见四川省成都高新技术产业开发区人民法院（2021）川0191执异931号民事判决书；新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2022）新01民终940号民事裁定书；辽宁省铁岭市中级人民法院（2021）辽12民终1815号民事判决书。

抵押权人有权请求提前清偿债务或者提存转让款。但事实上,上述判决中所涉抵押财产都是不动产,仅有转让行为且不存在其他特殊事由时,抵押权的追及力即可保障转让不会损害抵押权。认为转让本身可能损害抵押权的判决未关注到《民法典》第406条第2款中段增加限制性条件的规范目的,忽略了抵押人的期限利益、抗辩权以及抵押权实现的或然性。最终导致的结果是,在抵押人转让抵押财产后,抵押权人既可以追及到抵押财产上实现抵押权,也可请求提前清偿债务或提存。<sup>〔22〕</sup>相较于《物权法》第191条而言,这一结果对抵押权人的偏袒有过之而无不及,保护抵押权人的单方利益已经取代了民法利益平衡理念,背离了《民法典》变革抵押制度的初衷。因此,在不动产抵押中,转让本身不属于可能损害抵押权的情形,上述裁判思路应予以纠正。

## (二) 违反限制转让约定不属于“可能损害抵押权”的情形

抵押人违反限制转让约定(包括已经登记或者未登记)转让抵押财产的行为是否属于“可能损害抵押权”的情形?司法实践中有不同的认识。有判决认为,抵押人违反限制转让约定的,抵押权人有权要求提前清偿债务。<sup>〔23〕</sup>这实际上肯定了仅违反限制转让约定属于“可能损害抵押权”的情形。但也有判决指出,限制转让约定仅仅在抵押关系当事人之间有约束力,不能对抗善意第三人,且根据抵押权的追及效力,抵押权人可向受让人主张抵押权,其抵押权并不受影响,抵押权人如能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存,否则,诉请将抵押物进行拍卖、变卖,并将所得价款予以提存,于法无据。<sup>〔24〕</sup>这一判决否认了违反限制转让约定和“可能损害抵押权”之间存在联系。《担保制度的解释》(征求意见稿)第42条持肯定意见,认为抵押人违反限制转让约定属于损害抵押权的情形。但最终颁布的《担保制度的解释》第43条删除了这一条规定。

抵押人仅违反限制转让约定不属于“可能损害抵押权”的情形。首先,认为违反限制转让约定可能损害抵押权的观点过度保护了抵押权,违背了《民法典》第406条平衡各方利益的初衷。一般而言,追及效力即可保护抵押权人利益,阻却抵押权追及效力危及优先受偿权会损害抵押权。而抵押人是否违反限制转让约定与抵押权追及效力被阻断风马牛不相及。申言之,当抵押人违反限制转让约定而追及效力未被阻断时,抵押权继续存在于抵押财产上,实现抵押权费用等都在优先受偿权范围内,抵押权人不会因为抵押人违反限制转让约定受到任何损害。认定其可能损害抵押权超出了“损害”所能承载的文义范围,最终使抵押权人同时获得追及效力和“价金物上代位”双重保护。而且如前文所述,《民法典》增加“转让可能损害抵押权”限制性条件的目的是限制抵押权。如果仅违反限制转让约定就可能损害抵押权,那么又会回到《物权法》确立的规则。抵押权人仅需花费几可忽略的成本,在抵押合同中约定“限制抵押财产转让”,那么当抵押人转让抵押财产时,抵押权人即可完成“损害”的证明,进而主张提前清偿或者提存。这事实上形成了转让即提前清偿或者提存的局面,背离了抵押制度变革的意义。其次,将违反限制转让约定认定为损害抵押权的情形实

〔22〕 参见黑龙江省大庆市中级人民法院(2021)黑06民终1577号民事判决书。

〔23〕 参见江苏省盐城市盐都区人民法院(2021)苏0903民初2384号民事判决书。

〔24〕 参见广西壮族自治区贺州市中级人民法院(2022)桂11民终813号民事判决书。

际混淆了合同层面因义务违反而导致的“损害”与侵权意义层面的“损害”。〔25〕限制转让约定仅仅是抵押关系当事人的债权性约定，抵押人违反约定转让的，应该依据《民法典》合同编第八章的违约责任部分承担相应的责任。而“转让可能损害抵押权”中的损害更接近于《民法典》侵权编中的损害概念。违约中的损害与侵权中的损害无论是在理论上，还是在判断方式上都不应混淆。

有观点可能会质疑，当抵押人和抵押权人约定“违反限制转让约定是实现抵押权的情形”时，这与将违反限制转让约定认定为可能损害抵押权在结果上并无二致。事实上，抵押关系当事人之间就“违反限制转让约定为实现抵押权情形”的约定是特别终止权，即当约定的事项发生时抵押权人可实现抵押权。〔26〕实现抵押权以当事人事前的约定为前提。有判决指出，如果抵押人与抵押权人存在限制转让约定以及违反该约定时抵押权人有权依本合同约定对抵押房屋行使抵押权，那么当抵押人违约时，抵押权人请求抵押人偿还贷款本息并要求对涉案房屋享有优先受偿权，法院将予以支持。〔27〕换言之，如果当事人未约定，即不能以《民法典》第394条为请求权基础主张就抵押财产优先受偿。因此，虽然从结果上看两者确实有相似性，即都是抵押权的实现，甚至依据《民法典》第394条第1款更能保护抵押权，但是两者的请求权基础全然不同，相应的构成要件也不同。在法律适用作业时应作细致区分，而非将违反限制转让约定也认定为可能损害抵押权的情形。

另外，可否以最终颁行的《担保制度的解释》删除了征求意见稿中违反限制转让约定属于损害抵押权情形为理由而做出相反解释？即以此为理由认定违反限制转让约定不会损害抵押权。笔者认为，上述论证思路不严谨。研究表明，立法者试图用固定的、细致的规定对法院的裁量空间作出非常不合理的限制，那么最终会适得其反，在法律结果的确定性上不如那些更富有弹性的规定。〔28〕最高人民法院可能为了避免适得其反，出于谨慎考量而删除了列举示例。另外，最高人民法院删除的原因有很多，可能是其他法律规范已经有所规定，不一定表明“立法者”与征求意见稿所持立场截然相反。如《担保制度的解释》删除征求意见稿第42条第2款第2项的原因是：商品房消费者的权利可以通过《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（2020年修正）（法释〔2020〕21号）（以下简称《执行异议和复议规定》）第29条予以保护，《担保制度的解释》不需要对此做出规定。〔29〕所以，不应以《担保制度的解释》最终颁行版本删除违反限制转让约定属于可能损害抵押权的情形为理由，认为违反限制转让约定不属于转让可能损害抵押权的情形。

### （三）违反通知义务不属于“可能损害抵押权”的情形

抵押人违反通知义务是否属于“可能损害抵押权”的情形？法院对此裁判不一。有判决认为

〔25〕 参见黄清新：《论抵押物转让时抵押权损害风险之认定》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2023年第5期。

〔26〕 特别终止权事项记载于登记簿上或为买受人所知悉时，可约束买受人。参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第158-159页。

〔27〕 参见河南省济源中级人民法院（2021）豫96民终619号民事判决书。

〔28〕 参见〔奥〕海尔穆特·库齐奥：《动态系统论导论》，张玉东译，载《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

〔29〕 参见最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第393页。

抵押人违反通知义务损害了抵押权。<sup>〔30〕</sup>有判决虽然未明确指出未履行通知义务可能损害抵押权,但认为违反该义务时,抵押权人有权要求抵押人提前清偿或者提存。<sup>〔31〕</sup>这实际上认可了未履行通知义务属于可能损害抵押权的情形。但有相反判决认为,通知义务的违反不一定损害抵押权。如有判决指出,通知的目的是防止抵押财产转让后可能损害抵押权人利益,如果转让抵押财产,不会给抵押权人造成损害,也无需通知抵押权人。<sup>〔32〕</sup>理论界认为抵押人未履行通知义务违反了诚实信用原则,致使抵押权人需要花费成本调查转让事宜,属于“可能损害抵押权”的情形。<sup>〔33〕</sup>

《民法典》第406条第2款规定了通知义务,但是未明确违反通知义务的法律后果。法工委关于《民法典》的权威释义书表明,通知义务不影响抵押权追及效力,并无多大意义。<sup>〔34〕</sup>这虽然正确阐明了通知义务不影响抵押权追及效力,但“并无意义”的说法似乎走得太远。通知义务是抵押人和抵押权人信息流通的“桥梁”,<sup>〔35〕</sup>意义在于保障抵押权人知悉抵押财产转让事宜。通知所传递的信息可能表现为损害抵押权或不损害抵押权。换言之,转让行为是否损害抵押权,还需要根据通知所传递的具体信息作出具体判断,而非仅以违反通知义务为由认定其可能损害抵押权。因此,仅因抵押人未履行通知义务而认定转让行为损害抵押权失之偏颇。

#### 四、属于“转让可能损害抵押权”的类型

对于不确定概念不能简单依赖逻辑涵摄方式判断。有时候需要法官进行价值补充和价值判断,以此使不确定性概念更好地发挥作用。<sup>〔36〕</sup>而价值评价要么采用所有人承认的标准,要么具有可比性的案例。<sup>〔37〕</sup>司法实践中法官正是基于价值判断权衡第三人与抵押权人的利益,阻却抵押权追及效力。

##### (一) 满足特定条件的商品房消费者权利优先于抵押权

##### 1. 《执行异议和复议规定》第29条阻断抵押权追及效力

满足特定条件的商品房消费者的债权可能阻却抵押权追及效力,影响其优先受偿权,属于转让可能损害抵押权的情形。依《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释〔2002〕16号,以下简称《批复》,已废止)第2条和《执行异议和复议规定》第29条,商品房消费者可以有条件地排除抵押权人的强制执行。对司法实践具有较大影响的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号,以下简称《九民会纪要》)第126条再次明确了两者的顺位,即交付了全部或者大部分款项的商品房消费者的债权优先于抵押权。上述规范表明商品房消

〔30〕 参见广西壮族自治区梧州市长洲区人民法院(2021)桂0405民初1911号民事判决书;山东省武城县人民法院(2021)鲁1428民初1212号民事判决书。

〔31〕 参见辽宁省铁岭市中级人民法院(2021)辽12民终1815号民事判决书。

〔32〕 参见安徽省蚌埠市龙子湖区人民法院(2021)皖0302民初1597号民事判决书。

〔33〕 参见前引〔3〕,王利明文。

〔34〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编释义》,法律出版社2020年版,第511页。

〔35〕 参见李欢欢:《〈民法典〉视域中不动产买受人的合理注意义务——以“执行异议和复议规定”第29条适用为视角》,载《太原理工大学学报(社会科学版)》2023年第4期。

〔36〕 参见吴国喆、梁琪:《不确定法律概念的界定、特征及其缺陷》,载《甘肃理论学刊》2013年第3期。

〔37〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第279页。

费者的债权会阻断抵押权追及效力，抵押权事实上等同于消灭。<sup>〔38〕</sup>

上述规范确立的裁判思路在《民法典》颁行后得以沿袭。<sup>〔39〕</sup>只是援引的法律依据以及论证理由略有差异。有的法院未具体阐明理由，直接援引《执行异议和复议规定》第29条裁判案件，认为符合其要件的商品房消费者的权利就可以排除抵押权强制执行。<sup>〔40〕</sup>有法院认为《批复》第1条和第2条构成《执行异议和复议规定》第27条的例外，处于弱势地位的商品房消费者的权利优先于抵押权。<sup>〔41〕</sup>有判决指出基于对生存权更高价值的维护，抵押权不能对抗商品房消费者权利。<sup>〔42〕</sup>消费购房的性质要比抵押权更具有优先保护的价值，抵押权已无存在的必要，注销抵押权有利于房屋的流转，更有利于维护市场经济的稳定和运行。<sup>〔43〕</sup>

理论界为商品房消费者债权优先于抵押权寻求依据，形成了“消费者生存权保护说”<sup>〔44〕</sup>“物权期待权说”。<sup>〔45〕</sup>虽有观点认为这些理论依据均不无商榷余地，但也承认在现实社会的约束条件下，商品房消费者的确需要特别关照，司法解释确立的裁判规则仍有适用的余地。<sup>〔46〕</sup>

由是观之，从立法、司法以及理论研究来看，符合《执行异议和复议规定》第29条的商品房消费者的权利优先于抵押权，事实上阻断了抵押权追及效力，损害了抵押权的优先受偿权。因此，当受让主体是符合《执行异议和复议规定》第29条要件的买受人时，转让行为可能损害抵押权。

## 2. 《执行异议和复议规定》第28条不阻断抵押权追及效力

需进一步澄清的是满足《执行异议和复议规定》第28条的一般买受人是否可以阻却抵押权追及效力。在《九民会纪要》出台及《民法典》颁行之前，买受人符合《执行异议和复议规定》第28条要件是否可以排除抵押权人的强制执行有争议。相较于《九民会纪要》第126条而言，第127条未确定一般买受人和抵押权人的权利顺位关系，只规定满足要件的买受人可以排除金钱债权的执行。《民法典》颁行之后，司法实践中通常认为一般买受人的权利不能优先于抵押权。

有判决认为，一般买受人的权利是否优先于抵押权，需从两者权利产生时间先后、权利性

〔38〕 参见高圣平、罗帅：《〈民法典〉不动产抵押权追及效力规则的解釋论》，载《社会科学研究》2020年第5期。

〔39〕 相关的判决可参见最高人民法院（2022）最高法民终17号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民申6052号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申6055号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申4906号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申1341号民事裁定书。

〔40〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终1316号民事判决书；最高人民法院（2022）最高法民终17号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民终987号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民终863号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2021）川01民终9550号民事判决书。

〔41〕 参见河南省信阳市中级人民法院（2021）豫15民初22号民事判决书。

〔42〕 参见广西壮族自治区防城港市中级人民法院（2021）桂06民终358号民事判决书；辽宁省沈阳市中级人民法院（2020）辽01民初1823号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民终784号民事判决书；广东省惠州市中级人民法院（2021）粤13民终8988号民事判决书；辽宁省沈阳市中级人民法院（2021）辽01民初3566号民事判决书。

〔43〕 参见宁夏回族自治区石嘴山市大武口区人民法院（2022）宁0202民初946号民事判决书。

〔44〕 参见陆晓燕：《保障生存利益与维护交易安全的平衡——房地产开发企业破产中购房人权利之顺位研究》，载《法律适用》2016年第3期；冉克平：《〈民法典〉视域中不动产买受人的法律地位——以“执行异议复议”的修改为中心》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2021年第3期。

〔45〕 参见江必新、刘贵祥主编：《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第432页。当然也有相反观点认为商品房消费者的权利不构成物权期待权。参见庄诗岳：《中国式不动产物权期待权的批判与反思》，载《河北法学》2021年第11期。

〔46〕 See GU Mingan & LI Huanhuan, *On Benefit Balance between the Mortgagee and the Consumer of the Commodity Housing: Based on Article 406 of the Civil Code and Article 29 of the Judicial Interpretation No. 21*, 6 China Legal Science 24 (2021).

质、当事人是否存在过错等方面综合分析。<sup>〔47〕</sup>一般买受人排除强制执行是权利取得在先原则的适用。<sup>〔48〕</sup>买卖及交付在先且买受人无过错是适用《执行异议和复议规定》第28条的前提。<sup>〔49〕</sup>但是,买卖在先设立抵押权行为在后并不涉及转让抵押财产的问题,故不属于本文研究范围。当抵押权设立在先买卖契约及交付行为在后时,法院会以一般买受人未尽到审慎的注意义务、对无法办理过户登记存在过错为由驳回异议。<sup>〔50〕</sup>甚至有判决认为即使买卖交付在先,一般买受人的债权不能对抗抵押权。<sup>〔51〕</sup>《执行异议和复议规定》第27条的“除外”情形仅指第29条,而不包括第28条。<sup>〔52〕</sup>满足《执行异议和复议规定》第28条要件的一般买受人的权利性质是债权或物权期待权,<sup>〔53〕</sup>虽然“物权期待权”被赋予“物权”名义,但不是既得的物权,本质上仍属于债权请求权。<sup>〔54〕</sup>轻易突破债权平等性及合同相对性会动摇我国物权制度存在之根基,借由执行异议之诉架空担保物权制度,不利于维护交易安全和促进社会经济之发展。<sup>〔55〕</sup>而且其不具有优先于抵押权的生存权至上的价值基础,因此仅能对抗一般债权人,不能对抗抵押权人。<sup>〔56〕</sup>

由是观之,符合《执行异议和复议规定》第28条要件的一般买受人的权利不能对抗抵押权。而且,随着我国不动产登记制度的完善,为解决无法办理移转登记的权宜之计的规则终将退出历史舞台。<sup>〔57〕</sup>因此转让给一般买受人并不属于转让可能损害抵押权的情形。

## (二) 被拆迁人的权利优先于抵押权

在抵押权与被拆迁人的权利发生冲突时,司法实践中形成的规则是优先保护被拆迁人的权利。有判决认为,根据《批复》第1条和第2条、《执行异议和复议规定》第29条,建设工程承包人权利优先于抵押权,商品房消费者权利优先于建设工程承包人权利,根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7号,已被修改,以下简称《商品房买卖合同的解释》)第7条第1款,被拆迁人的安置补偿权益优先于商品房消费者权利,故抵押权不能对抗被拆迁人的安置补偿权益,应优先保护被拆迁人的安置补偿权益。<sup>〔58〕</sup>

〔47〕 参见江苏省无锡市锡山区人民法院(2021)苏0205民初5083号民事判决书。

〔48〕 参见河南省高级人民法院(2021)豫民再785号民事判决书。

〔49〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民终65号民事判决书。

〔50〕 参见江苏省宿迁市中级人民法院(2020)苏13民终3278号民事判决书;河南省修武县人民法院(2021)豫0821民初96号民事判决书;江苏省南通市中级人民法院(2020)苏06民终3678号民事判决书;安徽省亳州市中级人民法院(2021)皖16民终736号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终2549号民事判决书;河南省濮阳市中级人民法院(2022)豫09民终287号民事判决书。

〔51〕 参见吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2022)吉24民终254号民事判决书。

〔52〕 参见最高人民法院(2021)最高法民申4659号民事裁定书;最高人民法院(2022)最高法民终72号民事判决书;最高人民法院(2021)最高法民申5426号民事裁定书;河南省高级人民法院(2022)豫民申1964号民事裁定书。

〔53〕 参见山西省太原市中级人民法院(2021)晋01民终2789号民事判决书。

〔54〕 参见最高人民法院(2021)最高法民终604号民事判决书;最高人民法院(2022)最高法民终77号民事判决书;最高人民法院(2022)最高法民终115号民事判决书。

〔55〕 参见广东省湛江市中级人民法院(2022)粤08民终1505号民事判决书。

〔56〕 参见最高人民法院(2021)最高法民申1131号民事裁定书;最高人民法院(2021)最高法民再189号民事判决书;最高人民法院(2021)最高法民申3574号民事裁定书;河南省许昌市中级人民法院(2022)豫10民终886号之十二民事判决书。

〔57〕 参见王道道:《案外人异议之诉权益冲突规则研究——以多重买卖与案外人异议规则的比较为切入点》,载《中南大学学报(社会科学版)》2019年第3期。

〔58〕 参见最高人民法院(2020)最高法民申5097号民事裁定书;黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2021)黑01民终170号民事判决书;辽宁省铁岭市中级人民法院(2022)辽12民终1589号民事判决书;河南省高级人民法院(2022)豫民终251号民事判决书;安徽省蚌埠市中级人民法院(2022)皖03民终413号民事判决书。

但是《商品房买卖合同的解释》（法释〔2003〕7号）已被修改，其中第7条被删除。理论上法院不应援引没有法律效力的条文作为裁判依据。但司法实践中依然从价值衡量角度论证被拆迁人权利优先于抵押权。有的法院在援引《商品房买卖合同的解释》第7条的基础上兼顾考量了被拆迁人的集体利益保护，认为拆迁补偿安置权益优先于抵押权。<sup>〔59〕</sup>有法院从公平角度指出，被征收人牺牲了存在于原房屋上的居住权来满足公共利益，其权利应优先于抵押权，这更符合公平正义精神且有助于社会稳定。<sup>〔60〕</sup>有法院认为无论是原有拆除房屋还是安置补偿房屋，都是被拆迁人的安身立命之本，与其生存权息息相关，被拆迁人因社会公共利益需要以丧失自己原有产权房屋为前提，所获得的安置补偿权益更是一种基本生存权，既然商品房消费者的权利优先于抵押权，那么举轻以明重，处于更优先地位的被拆迁人对补偿安置房屋的权利，亦应当能够排除担保物权等优先受偿权的执行。<sup>〔61〕</sup>

综上，虽然该第7条被删除，但被拆迁人的权利事实上优先于抵押权。因此，应将“转让给被拆迁人或者与被拆迁人签订置换协议或买卖协议的行为”认定为可能损害抵押权的行为。

### （三）符合特定条件的居住权优先于抵押权

#### 1. 考察抵押财产上设立居住权是否损害抵押权有必要性

有地方规范性文件规定，在已经设立抵押权的不动产上设立居住权需经抵押权人同意。<sup>〔62〕</sup>有的则规定了特定情形下须经抵押权人同意，即该文件实施前已经办理了抵押权首次登记，或者该规范性文件实施后办理的抵押权首次登记中有限制设立居住权的记载事项时，设立居住权需经抵押权人同意。<sup>〔63〕</sup>

如果按照上述思路，抵押权人就抵押财产上能否设立居住权有控制权，其权衡成本收益后往往倾向于不同意设立居住权。因此，讨论抵押财产上设立居住权是否会损害抵押权则稍显多余。但是，上述思路显然是对《物权法》第191条限制转让模式的路径依赖。《民法典》第406条重塑《物权法》第191条，明确规定抵押期间转让抵押财产无需抵押权人同意。地方规范性文件的思路与《民法典》第406条不符。有观点可能质疑，《民法典》第406条的“转让”的文义不能涵摄“设立居住权”，因此不能当然适用之。虽然“转让”是指对抵押财产法律上的处分，不包括事实上的处分，<sup>〔64〕</sup>但也不仅限于买卖，还应包括互易、赠与、投资等行为。<sup>〔65〕</sup>抵押财产上设立居住权可以类推适用《民法典》第406条。因此抵押权和居住权可能存在同一标的物上，产生权利冲突。但我国《民法典》并未规定两者的权利顺位，法官有较大自由裁量权，存在基于特定理由判定后设立的居住权优先于先成立的抵押权的可能。因此，有必要考察在抵押财产上设立居住权是否可能损害抵押权。

#### 2. 以居住权可能降低抵押财产价值为由论证其可能损害抵押权的反思

实务界认为设立居住权会降低房屋经济效用，<sup>〔66〕</sup>极有可能出现降低价格竞拍甚至无人竞拍

〔59〕 参见最高人民法院（2021）最高法民申5083号民事裁定书。

〔60〕 参见湖北省武汉市中级人民法院（2021）鄂01民终1456号民事判决书。

〔61〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院（2022）新民终200号民事判决书。

〔62〕 参见《长沙市居住权登记操作规定（试行）》（长资规发〔2021〕94号）。

〔63〕 参见《武汉市居住权登记操作规范（试行）》（武自然资规发〔2021〕60号）。

〔64〕 参见刘宝玉：《民法典担保物权制度新释评》，载《法商研究》2020年第5期。

〔65〕 参见房绍坤：《民法典物权编之检视》，载《东方法学》2020年第4期。

〔66〕 参见周英：《居住权登记的理论与实务操作》，载《中国房地产》2021年第7期。

的情形,导致拍卖价款不足以清偿其债权,<sup>[67]</sup>因此可能损害抵押权。司法实践也有判决认为在设立抵押权的标的物上确认居住权会减少抵押财产的价值,损害抵押权。<sup>[68]</sup>

由此可见,已有文献认为在抵押财产上设立居住权致使其价值贬损,可能导致担保债权无法实现,进而认为设立居住权的行为可能损害抵押权。但是,这一观点有待澄清。在抵押财产上设立用益物权等行为属于抵押人应有权利,并非不法侵害抵押权的行为。<sup>[69]</sup>而且,不动产抵押财产的价值受社会环境和公共政策等多种因素的影响,因政策等因素增加的价值可能对冲因居住权负担降低的价值。换言之,负担居住权的抵押财产的拍卖价值并非一定不能足额清偿担保债权。退一步讲,即使因居住权的存在导致标的物价值贬损,致使担保债权无法完全足额清偿时,抵押权人可以请求法院去除居住权负担后拍卖。<sup>[70]</sup>《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(2020年修正)(法释〔2020〕21号,以下简称《拍卖、变卖财产的规定》)第28条第2款也确立了去除后拍卖规则。因此,依此逻辑,在抵押财产上设立居住权在最终结果上不会影响担保债权的实现,不宜以此为由认定抵押财产上设立居住权属于损害抵押权的情形。

### 3. 居住权是否可能损害抵押权的关键在于管制因素

在抵押财产上设立居住权是否损害抵押权所涉及的核心问题是抵押权与居住权的权利顺位。虽然《民法典》并未明确居住权和抵押权的权利顺位,但依《民法典》第402条、第368条,抵押权及居住权自登记时设立。一般而言,两者的权利顺位依公示先后顺序确定,且未公示的“居住权”劣后于抵押权。<sup>[71]</sup>司法实践中也大体遵循这一思路。如有判决指出,合同中或者调解协议中约定了居住事宜但是未登记的,不享有居住权,不具有公示效力,不能对抗抵押权;<sup>[72]</sup>成立在先的抵押权优先于居住权,抵押权人有权就抵押财产享有优先受偿权。<sup>[73]</sup>

如果依照公示先后顺序确定抵押权和居住权的权利顺位,那么在抵押财产上设立居住权不会损害抵押权。但是,影响权利顺位的因素除了公示时间先后之外,还包括管制强度,背负了管制功能的权利优先于无此功能的权利。<sup>[74]</sup>从《民法典》制定过程来看,居住权蕴含了浓厚的管制因素。全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀指出,为落实党中央要求,认可和保护民事主体对住房保障的灵活安排,满足特定人群的居住需求,《民法典各分编(草案)》在用益物权部分增加一章,专门规定居住权。<sup>[75]</sup>王晨指出,居住权设立的目的在于贯彻党的十九大提出的加

[67] 参见徐珏、朱桐梅:《〈民法典〉背景下居住权登记若干问题》,载《中国房地产》2021年第7期。

[68] 参见广东省广州市越秀区人民法院(2021)粤0104民初45039号民事判决书;江苏省无锡市锡山区人民法院(2021)苏0205民初3239号民事判决书;上海市宝山区人民法院(2021)沪0113执6038号执行裁定书。

[69] 参见前引〔17〕,史尚宽书,第286页。

[70] 参见王荣珍:《解释论视角下的居住权客体》,载《比较法研究》2021年第6期。

[71] 参见高圣平、范佳慧:《不动产上抵押权与利用权的冲突与协调》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期。

[72] 参见浙江省绍兴市上虞区人民法院(2022)浙0604执异11号执行裁定书;山东省济南市市中区人民法院(2022)鲁0103执异30号执行裁定书;四川省成都高新技术产业开发区人民法院(2021)川0191民初14863号民事判决书;上海金融法院(2022)沪74执异101号执行裁定书。当然,也有极少数相反判决认为,虽然当事人未完成居住权登记,但因为离婚协议中约定的居住权在抵押权设立之前,为保护当事人合法权益,尊重老有所养、老有所居的社会公德,对在先的居住权予以保护。参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2020)浙0602执异24号执行裁定书。

[73] 参见广东省深圳市罗湖区人民法院(2022)粤0303民初4445号民事判决书。

[74] 参见常鹏翱:《民法中的财产权竞合规范——以优先规范为中心》,载《法学研究》2010年第5期。

[75] 参见荆龙:《民法典分编草案首次提请审议》,载《人民法院报》2018年8月28日,第004版。

快建立多主体供给、多渠道保障住房制度的要求。<sup>〔76〕</sup>无论是“住房保障”还是“特定人群”还是“多渠道保障住房制度”，都具有明确的保护弱者的价值取向。最高人民法院颁布的指导性案例也可以说明这一点。<sup>〔77〕</sup>理论界有观点认为私人自治才是居住权制度的核心价值，而弱者保护应处于附属地位，<sup>〔78〕</sup>而且居住权作为私法中财产权仅在家事范围内有住房保障功能，其与公法上的住宅权不是同一体系，不应该附加以国家为责任主体的住房保障功能。<sup>〔79〕</sup>但是通说依然认为居住权对住房保障具有重大意义，<sup>〔80〕</sup>其目的在于实现对社会弱势群体，如老年人、妇女、未成年人以及城市困难家庭住房权益的保护。<sup>〔81〕</sup>

无论是从立法目的还是从学界研究观察，我国《民法典》中的居住权倾向于弱者保护，蕴含了浓厚的管制色彩。正是这种“管制”可能致使设立在后的居住权优先于在先设立的抵押权。而且司法实践中也存在优先保护居住性权益的价值判断。《民法典》颁行之前，有判决就指出抵押权劣后于“居住权”。<sup>〔82〕</sup>《民法典》颁行之后，依然有判决以保护消费者“居住权”为理由，阻却抵押权追及效力。<sup>〔83〕</sup>虽然这些判决中所言之“居住权”实际上是前文所述的《执行异议和复议规定》第29条的规定，不是《民法典》第366条至第371条规定的居住权，但是也足以说明法院在进行价值判断时会优先考虑权利人的基本生活居住利益。事实上，《执行异议和复议规定》第29条的实务意义远未限于抵押权人和商品房消费者的权利冲突，其已经被“嫁接”于居住权和抵押权的冲突。有法官认为当居住权背后所暗含的基本生存权与债权人的经营利益发生冲突时，应首先考虑居住权。<sup>〔84〕</sup>甚至有观点指出，对于未经登记的“居住权”，可以参照《执行异议和复议规定》第28条确立“未登记的居住权期待权”排除强制执行。<sup>〔85〕</sup>满足在法院查封前签订居住权合同、居住权人已经实际占有使用该房屋、满足生活之必要性以及未登记非因居住权人过错导致这四个要件时，可以排除抵押权强制执行。<sup>〔86〕</sup>尤其是公益性居住权是为了保护社会弱势成员的居住利益，可用于满足孤寡老人、残疾人等无稳定收入群体的生活需求，因此先设立的抵押权不能对抗后成立的居住权，否则不利于社会稳定。<sup>〔87〕</sup>

由此可见，法官可能会基于对弱势群体的人文关怀而使居住权优先于抵押权，事实上阻断抵押权的追及效力。但是，此种对弱势群体的关怀并非一概而论，仅限于满足特定条件的居住权。

〔76〕 参见王晨：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》，载 [http://www.xinhuanet.com/politics/2020lh/2020-05/22/c\\_1126021017.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2020lh/2020-05/22/c_1126021017.htm)，最后访问时间：2023年10月6日。

〔77〕 参见“邱某光与董某军居住权执行案”，最高人民法院贯彻实施民法典典型案例（第一批）之五（2022年）。

〔78〕 参见申卫星、杨旭：《中国民法典应如何规定居住权？》，载《比较法研究》2019年第6期。

〔79〕 参见胡尔西旦·卡哈尔、金俭：《〈民法典〉视域中居住权制度价值功能及其适用限制》，载《法律适用》2021年第12期。

〔80〕 参见申卫星：《从“居住有其屋”到“住有所居”——我国民法典分则创设居住权制度的立法构想》，载《现代法学》2018年第2期；席志国：《居住权的法教义学分析》，载《南京社会科学》2020年第9期。

〔81〕 参见王利明：《我国民法典物权编的修改与完善》，载《清华法学》2018年第2期；肖业忠：《居者有其屋语境下的居住权研究》，载《理论学刊》2022年第4期。

〔82〕 参见贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院（2016）黔26民再49号民事判决书；最高人民法院（2018）最高法民申1536号民事裁定书。

〔83〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终1316号民事判决书。

〔84〕 参见何马根、吉卓桦：《居住权排除强制执行的实证分析和规则构建》，载《法律适用》2022年第5期。

〔85〕 参见李亚彬、李亚妮：《居住权期待权异议之诉裁判思路探究》，载《人民法院报》2021年8月5日，第007版。

〔86〕 参见前引〔84〕，何马根、吉卓桦文。

〔87〕 参见戴佳豫：《居住权与抵押权的顺位冲突》，载《上海房地》2022年第10期。

司法实践中,法官主要参考《执行异议和复议规定》第29条、第28条的要件,适当改造其要件以决定是否突破“公示在先,权利在先”的一般规则。因此,当居住权人满足特定条件时,在抵押财产上设立居住权就可能损害抵押权人的利益。

综上所述,在不动产抵押中,商品房消费者的权利、被拆迁人的权利以及符合特定条件的居住权优先于抵押权,可以认定为损害抵押权的情形。此类权利承载了保障弱势群体生存权益的期待,具有强烈的管制因素。另外值得注意的是,从司法裁判中归纳“转让可能损害抵押权”的情形受时间因素制约。上述归纳整理不具有终极性,变动不居的生产生活关系决定了可能出现新的转让可能损害抵押权的类型。

## 五、结 论

“转让可能损害抵押权”为平衡担保债权安全性和抵押人期限利益和处分自由所生,其抽象性表达赋予法官自由裁量权。司法实践对《物权法》第191条存在路径依赖,对“转让可能损害抵押权”的认定有泛化之趋势。一般而言,在不动产抵押中,转让行为、仅违反通知义务或者限制转让约定都不足以损害抵押权。真正可能损害抵押权的是法院基于保护弱势群体的价值判断认定其他权利优先于抵押权、阻却抵押权追及效力的情形,如商品房消费者和被拆迁人的权利以及符合一定要件的居住权。

---

**Abstract:** “Transfer may impair mortgage right” is an uncertain concept. Specifying this concept from the perspective of normative purposes and typification is crucial to balancing the interests of the parties involved in the mortgage relationship. Subparagraph 2 of Article 406 of the Civil Code is the result of balancing the security of the secured claim and the term interests of the mortgagor. Transfer of mortgage, mere failure to perform the notification obligation or violation of the agreement to restrict transfer should not be considered as a situation that may impair mortgage right. Otherwise, protecting the unilateral interests of the mortgagee will replace the concept of balanced interests, eliminating the significance of Article 406 of the Civil Code on the reform of the transfer system of the mortgaged property. Judicial practice tends to protect the interests of vulnerable groups, believing that the right of commercial apartment consumers, the right of evicted persons, and the right of habitation under certain conditions take precedence over mortgage rights. This actually blocks the tracing effect of mortgage and may endanger the security of the secured claim. Therefore, it is a situation where transfer may impair mortgage right.

**Key Words:** article 406 of the civil code, mortgaged property, impairment of mortgages, real estate mortgages

---

(责任编辑:王叶刚 赵建蕊)

## 典型动产和权利担保物权顺位规则研究

李勇德\*

**内容提要：**担保物权的竞存是在担保物权的种类、公示方式、担保财产等因素的共同作用下产生的，且在适用中存在不同类型的权利竞存。当多个动产和权利担保物权出现竞存时，若无特别规定，应遵循“公示在先，权利在先”的一般规则。对于特殊类型的担保物权，应当结合担保物权的表现形式和生效要件作特别考虑。在善意取得场合，为维护交易安全、保护第三人信赖利益，善意取得的担保物权的顺位应优先于在先的其他担保物权。在动产和权利担保物权顺位规则中，应当采取“一般规则—特殊规则”双重结构。

**关键词：**担保物权 权利竞存 善意取得 顺位规则

• 109 •

### 一、引言

担保物权以确保债权实现为目标，<sup>〔1〕</sup> 具有限制效力、变价效力、优先效力和受偿效力。<sup>〔2〕</sup> 在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）编纂过程中，我国立法机关结合国内外立法实践，联动修改物权编和合同编部分条文以及新增少数条文，大幅更新了担保物权制度，有助于进一步优化营商环境。<sup>〔3〕</sup> 《民法典》在担保制度现代化方面作出了诸多努力和改变，包括明确了担保物权竞存时的优先顺位规则。《民法典》第 414 条、第 415 条集中规定了不同形式的担保物权竞存时的优先顺位规则，具有重要意义。在具体规则的适用中，会涉及诸多方面的问题。第一，如何判断是否存在权利竞存？这是担保物权优先效力规则适用的元问题，只有厘清适用范围，明确法条的涵摄轮廓，才能正确适用优先顺位规则。第二，对于特殊类型的担保物权，如何确认其

\* 李勇德，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见崔建远：《物权法》（第 5 版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 415 页。

〔2〕 参见姚明斌：《〈民法典〉担保物权优先顺位规则之新观察》，载《中国政法大学学报》2022 年第 3 期。

〔3〕 参见黄薇：《〈民法典物权编草案〉（二审稿）对若干重点问题的回应》，载《中州学刊》2019 年第 7 期。

优先顺位?第三,因善意取得而发生权利竞存时,应当采取何种规则判断权利的优先性?有必要围绕上述问题,对担保物权优先顺位规则展开分析讨论,以便妥当适用《民法典》中的担保物权规则。本文所指典型动产和权利担保物权是指在《民法典》物权编中明文规定的担保物权类型,包含动产抵押权、动产质权、权利质权以及留置权。<sup>〔4〕</sup>

## 二、典型动产和权利担保物权的竞存

### (一) 动产和权利担保物权竞存之产生条件

#### 1. 在同一动产或权利上存在两个以上的担保物权

只有在同一动产或权利上存在两个以上的担保物权时,才会就有限的担保物的价值竞争以实现各自被担保的债权,由此引发出动产和权利担保物权的优先顺位问题,以解决竞存动产和权利担保物权的效力冲突。<sup>〔5〕</sup>我国《民法典》第414条、第415条、第456条表明,在同一个财产上可以设立多个动产抵押权、质权以及留置权,其中包括同种类或不同种类的担保物权。我国《民法典》第414条第2款规定了其他可以登记的担保物权之优先顺位规则,这表明在同一权利上亦可设立多个权利质权。

#### 2. 数个动产和权利担保物权之间不存在排斥关系

如果在同一动产或权利上的数个担保物权存在排斥关系,则不可能存在竞存情形。传统观点认为,以占有作为设立条件的质权因具有绝对排斥性而不能同时转给其他质权人占有,质押人自不能再将该财产现实交付给他人而为其设定质权。<sup>〔6〕</sup>传统观点之所以会得出这一结论,关键在于交付的解释,传统观点只将交付限缩解释为现实交付,而未将指示交付和简易交付囊括进来。在我国,通说认为设立质权时的交付并不局限于现实交付,还包括简易交付与指示交付。<sup>〔7〕</sup>同理,依托直接占有与间接占有两种占有之形态,两个以上的留置权可能并存于同一财产之上。作为法定担保物权的留置权,其设立并不依当事人间的合意,而是在满足法律规定的要件时依法设立。故此,在同一财产上可以成立多个留置权。<sup>〔8〕</sup>以登记作为公示方式的动产抵押权和部分权利质权,更是可以在同一标的物上成立数个担保物权,并不存在排斥关系。

#### 3. 数个动产和权利担保物权的存续期间上有交叉

多个担保物权的存续期间需要有交叉。如果在一段期间内多个担保物权的存续期间不存在交叉,而是先后分别存在于同一担保财产之上,那就不会构成竞存关系,也不会引发动产和权利担保物权优先效力的冲突。若在同一标的物上存在多个担保物权,且存续期间存在交叉,那就产生动产和权利担保物权竞存。

〔4〕 参见前引〔1〕,崔建远书,第422页。

〔5〕 参见徐海燕、柴伟伟、冯建生:《动产担保权公示及优先顺位规则研究》,法律出版社2016年版,第260页。

〔6〕 参见前引〔5〕,徐海燕、柴伟伟、冯建生书,第261页。

〔7〕 参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第5版),法律出版社2017年版,第484页。

〔8〕 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第512页。

#### 4. 实现担保物权的标的物须指向同一动产

本部分主要讨论的是，即便在不同标的物上存在动产和权利担保物权，在满足一定条件时，即在实现担保物权时均指向同一标的物的情况下，需要将其放在动产和权利担保物权竞存情况之中予以分析。最典型的情况就是，针对特定的仓储物，出质人以该仓储物为标的物设立动产质权。与此同时，出质人在以该仓储物作为客体的仓单上设立权利质权。无论质权人实现其动产质权还是权利质权，均需要通过折价、变卖、拍卖仓储物来优先受偿。原因在于，权利质权人在实现仓单质权时，并非将仓单进行折价、变卖、拍卖，而是由质权人向保管人提示仓单请求提取仓储物，从而依法处分所提取的仓储物，进而优先清偿其所担保之债权。<sup>〔9〕</sup>虽然权利质权与动产质权的标的物并不相同，分别为仓单与仓储物，但是在两个质权实现之时，其指向的均是同一批标的物，因此，需要通过担保物权顺位规则予以规制，将其视为在同一动产上竞存多个担保物权之情形。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保制度解释》）第59条便规定了在动产质权与权利质权竞存时的优先顺位规则。

#### （二）动产和权利担保物权竞存类型分析

##### 1. 担保物权种类视角下的竞存

意定担保物权根据当事人的约定而设立，只要当事人基于意思自由，在同一财产上设立多个担保物权，法律自无干涉的必要。而且，法律没有规定在同一财产上不能设立多个意定担保物权，故此，在同一财产上可以存在多个不同的意定担保物权。法定动产担保物权是依据法律规定而设立。《民法典》第447条规定了留置权。留置权的规定意味着，当债务人没有履行相关到期债务，即便双方当事人没有事先合意，依据法律规定会直接设立留置权。因此，即便在留置物上存在先前设立的意定担保物权，并不妨碍依法成立留置权。同样，若在同一动产上存在先前设立的留置权，留置权人有可能与善意第三人设立意定担保物权。据此，也就产生了意定担保物权与法定担保物权竞存之情形。

##### 2. 公示方式视角下的竞存

因公示方式而产生的竞存是因为不同或相同的公示方式之间均不存在排斥关系。第一，在采取登记作为公示方式的担保物权中，法律允许在特定担保物上进行多次担保登记，并不会使先前登记与嗣后登记产生冲突，因此在同一担保财产上可以竞存多个以登记作为公示方式的担保物权。第二，在采取交付作为公示方式的担保物权（质权）中，如果根据传统的观点，质权的设定和存续以现实交付和直接占有作为前提条件，<sup>〔10〕</sup>此时并不可能在同一财产上设立多个质权。但根据通说，除占有改定之外，出质人可以通过其他三种交付方式设立质权。<sup>〔11〕</sup>由于允许以多种方式的交付设立质权，在同一财产上可以竞存多个以交付为生效要件的质权。第三，留置权竞存与采取交付生效主义的质权竞存法理相同，可通过直接占有和间接占有的方式在同一担保财产上竞存多个留置权。

〔9〕 参见崔建远：《中国民法典释评·物权编》（下卷），中国人民大学出版社2020年版，第502页。

〔10〕 参见前引〔5〕，徐海燕、柴伟伟、冯建生书，第274页。

〔11〕 参见前引〔7〕，王利明、杨立新、王轶、程啸书，第484页。

### 3. 因善意取得而产生的竞存

从《民法典》第311条第3款可知,善意取得制度不但可以适用于所有权变动,而且在其他物权方面也存在适用空间。无论是抵押权、质权还是留置权,当担保物权人或第三人具有相应的权利外观,均得适用善意取得制度,使得善意第三人取得相应的担保物权。此时,在原有的担保物权的基础上会叠加一个新的担保物权。通常而言,因善意取得而设立的担保物权与该担保物上存在的其他担保物权出现竞存时,担保人非属同一人。

对于动产抵押权,有关善意的判断,需区分普通动产与特殊动产。针对普通动产,通过占有事实并结合权属证书等其他证据构成的权利外观,判断相对人是否善意。针对特殊动产,如机动车、船舶等,由于所有权变动采取登记对抗主义,除占有事实外,还应当结合特殊动产登记簿和权属证书来判断相对人是否善意。

对于质权,应区分采交付生效主义的质权与采登记生效主义的质权。采交付生效主义的质权之善意取得,与普通动产抵押权的善意取得构成要件相同。采取登记生效主义的部分权利质权,例如在证券登记结算机构登记的股权、其他股权以及在相应登记机构进行登记的基金份额等权利作为质权的客体时,需要查询相关登记簿的信息以认定质权人之善意,继而判断是否符合善意取得他物权之相关构成要件。

对于留置权,留置权以债务人有权处分的动产为客体,如果留置财产属于第三人所有,留置人并无相应处分权,此时就需要用留置权善意取得的规范进行调整,以维护交易安全。在留置权善意取得的构成上,既要满足留置权的构成要件,又要符合第三人善意之标准,相信债务人具有处分权。<sup>〔12〕</sup>我国多数学者予以赞同。<sup>〔13〕</sup>

## 三、特殊类型担保物权的顺位确认

### (一) 特殊抵押权:浮动抵押权的顺位确认

针对固定动产抵押权登记在先、浮动抵押权登记在后的情形,其顺位规则按照《民法典》第414条的规则解决。但如果浮动抵押权登记在前、固定动产抵押权登记在后的情形,学说上存在不同观点。一种观点采取的是英式浮动抵押。浮动抵押权的顺位确认依据是抵押财产的确定(亦被称为“结晶”)时间而非抵押权的设立或公示时间。<sup>〔14〕</sup>另一种观点采取的是美式浮动抵押,浮动抵押权的顺位确认依据是抵押登记时间,而非抵押财产确认时间。若浮动抵押权的登记时间先于固定动产抵押权的登记时间,那么浮动抵押权优先于固定抵押权。<sup>〔15〕</sup>笔者认为,英式浮动抵押的观点不可采纳,原因在于如果浮动抵押权的顺位是根据抵押财产确定时间而定,那么其顺位通常会劣后于在同一标的物上设立的其他担保物权。如此一来,由于在优先顺位上一直处于劣

〔12〕 参见常鹏翱:《留置权善意取得的解释论》,载《法商研究》2014年第6期。

〔13〕 参见王利明:《物权法研究》(第4版下卷),中国人民大学出版社2016年版,第1406页;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(下册),清华大学出版社2011年版,第944页以下。

〔14〕 参见高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第455页。

〔15〕 参见王洪亮:《动产抵押登记效力规则的独立性解析》,载《法学》2009年第11期;龙俊:《动产抵押对抗规则研究》,载《法学家》2016年第3期。

势地位，中小企业、个体工商户等民事主体向金融机构通过设立浮动抵押来进行贷款极为困难，不利于促进融资，这一制度将会形同虚设。相反，采取美式浮动抵押之观点，可以切实保障浮动抵押权人之各项利益，有利于促进企业融资。

此处，需要进一步辨析浮动抵押权设立与登记间的关系。有观点认为，为保全浮动抵押权之优先顺位，抵押权登记与设立可以相互分离。<sup>〔16〕</sup> 动产担保物权的设立，既不是动产担保物权登记的前提，也不是确定竞存权利之间优先顺位的决定性因素。这一观点完全是按照登记时间来确认抵押权的顺位，而无关乎抵押权在登记时是否设立。笔者认为，若浮动抵押权的顺位仅依据登记时间确立，对浮动抵押权是否设立在所不问，则会与担保物权顺位规则体系互不相容。无论是抵押权还是质权，根据《民法典》第 414 条应按照公示时间确认担保物权的顺位。关于质权，占有（交付）既是质权的设立要件，也是作为公示方式用作判断担保物权实现顺位的要件。若专门为浮动抵押权开创判断顺位标准的先河，仅凭登记时间来确认抵押权顺位的这种做法，似乎太过于优待浮动抵押权。故此，笔者认为，浮动抵押权的顺位不能仅依靠登记时间来确认，还要以抵押权设立为其前提。

## （二）特殊抵押权：最高额抵押权的顺位确认

在同一动产标的物上会竞存多个最高额抵押权。对于最高额抵押权间顺位之确认，根据《民法典》第 414 条，抵押权的顺位由抵押登记的时间确定。最高额抵押权的特殊之处在于，其担保的债权是在债权确定期间届满时确定，而在债权确定之时，最高额抵押权会变为一般抵押权。根据《民法典》第 422 条，在债权确定前，当事人可以协议变更债权确定期间、债权范围和最高债权额，但是变更内容不得对其他抵押权人产生不利影响。所谓不利影响，是指其他抵押权人的实际优先受偿数额减少。只有当变更事项破坏其他抵押权人的信赖基础时，需要经遭受不利影响的其他抵押权人的同意，该变更协议才有效。<sup>〔17〕</sup> 最高债权额的增加必然对后顺位抵押权人产生不利影响，而变更债权确定期间和债权范围未必对后顺位抵押权人不利。当在先顺位的抵押权人与抵押人变更确定债权的期间、变更债权范围、变更最高债权额，影响到后顺位抵押权人的权利实现时，如果后顺位抵押权人对该变更没有表示同意，则变更后所担保的债权不在在先顺位抵押权的优先受偿范围之内。<sup>〔18〕</sup>

在同一动产标的物上竞存最高额抵押权和浮动抵押权时，需要进一步讨论。最高额抵押权设立并登记在前，浮动抵押权设立并登记在后，优先顺位按照登记时间决定。如果浮动抵押权登记时间早于最高额抵押权登记时间，就需要判断在浮动抵押财产结晶时，该动产标的物是否纳入抵押财产之范围，如果纳入抵押财产范围，浮动抵押权要优先于最高额抵押权。但如果该动产标的物由抵押人进行转让，则该动产将不被纳入浮动抵押权财产范围之内，在浮动抵押权人实现抵押权时，不能主张在该动产上实现其抵押权，也就没有顺位问题。然而，在最高额抵押权中，无论抵押人是否转让，抵押权人均可以根据《民法典》第 406 条进行追及，可以向抵押财产受让人行使其抵押权。

〔16〕 参见高圣平：《民法典动产担保权优先顺位规则的解释论》，载《清华法学》2020 年第 3 期。

〔17〕 参见武腾：《不动产最高额抵押权的变更——兼评指导案例 95 号》，载《政治与法律》2020 年第 4 期。

〔18〕 参见程啸：《担保物权研究》（第 2 版），中国人民大学出版社 2019 年版，第 578—580 页。

### （三）特殊质权：最高额质权的顺位确认

最高额质权与浮动抵押权、动态质押不同，抵押物并非处于变动不居的状态，而始终是特定且确定的。最高额质权担保的是一定期间将要连续发生的债权，在没有发生债权确定之情形，质权所担保的债权处于变动状态。对于最高额质权所担保的债权确定情形，应当准用《民法典》第423条的规定。另外，最高额质权准用《民法典》第422条规定时，要注意该法条所提及的不利影响主要体现在质权顺位及质权实现相关的问题之上。具体法理与最高额抵押权相同，在此不再赘述。在同一动产标的物上可能有竞存多个最高额质权的情况。对于最高额质权间顺位之确认，与动产质权的确认原理相同，根据交付的时间先后顺序来确定多个最高额质权间的优先顺位。

### （四）特殊质权：动态质押的顺位确认

随着贸易行业的逐步发展，以企业库存的生产原料或商品诸如钢材、矿石等为标的物的质押在我国逐渐流行起来。<sup>〔19〕</sup>在设立质权时，如果质物交由质权人占有，会对出质人的生产经营造成影响。因此，出质人与质权人往往会约定以一定数量或一定价值的生产原料或商品作为质押财产，通过第三方监管的方式对质押财产进行管理。在保证质物维持一定数量或价值的前提下，通过出质人、质权人和监管人三方约定，出质人可以使用监管人管理的原材料和商品。<sup>〔20〕</sup>这种质押在实践中被称为动态质押。在动态质押的情形，质权人不实际占有这些标的物，而是由监管人根据质权人的指示管理质物。动态质押的设立需要满足一般质权的生效要件，即需要通过交付来设立质权。在动态质押中，质权人是间接占有的方式占有质物。需要注意的是，动态质押不同于浮动抵押。第一，在动态质押中，质权人对质物有实际控制力，质权人或监管人实际控制标的物的变动情况，如果没有他们的同意或配合，出质人所有的标的物不能随意流入或流出。而在浮动抵押中，抵押权人或其委托的监管人对标的物及其变化没有实际的控制力。<sup>〔21〕</sup>第二，动态质押属于质权，以交付为其生效要件，而浮动抵押属于抵押权，抵押登记为其对抗要件，双方当事人签订抵押权合同即可设立抵押权。第三，动态质押与静态质押（一般动产质权）一致，标的物在设立时就已经特定。在实现前，每次标的物的变动都是依据当事人间的协议，不存在浮动抵押制度中的确定机制。<sup>〔22〕</sup>表面上看，虽然质押财产处于变动状态，但由于质押财产是可替代物，其数量或价值均已特定。<sup>〔23〕</sup>而浮动抵押的标的物在抵押权实现前处于不特定状态，需要根据《民法典》第411条来确定抵押权实现时的抵押财产。

从理论上讲，出质人可以同时设立静态质押和动态质押。例如，出质人甲针对一批货物为质权人乙设立静态质押，同时针对同一批货物为丙设立动态质押，这批质物均由监管人占有和管理。这种竞存状态是可能的，但是动态质押以质物的变动为常态，如果质权人丙允许质物流出，势必会影响质权人乙的担保利益。若同一批货物全部流出，质权人乙的质权因丧失对质物的占有

〔19〕 参见常鹏翱：《论存货质押设立的法理》，载《中外法学》2019年第6期。

〔20〕 参见前引〔18〕，程啸书，第618页。

〔21〕 参见付旭东：《金融物流业务的沿革与发展》，载《中国储运》2010年第11期。

〔22〕 参见前引〔19〕，常鹏翱文。

〔23〕 参见前引〔18〕，程啸书，第619页。

而消灭。因此，在实践中，一般不会出现动态质押和静态质押竞存的情况。如果当事人自愿选择此种竞存情形，质权的优先顺位按照交付时间先后顺序来确定。当然，针对同一批货物存在多个动态质押的情形，此时质权的优先顺位按照质物交付的时间先后来确定。

#### （五）权利质权竞存

我国对权利质权的性质，不采取转让权利说，而采权利出质说，<sup>〔24〕</sup>因此，权利质权的设立并不意味着权利的转让，而是以财产性权利为客体设立了一种新的权利即权利质权。<sup>〔25〕</sup>权利质权依据其客体的不同，成立要件与存续要件也有所不同。根据《民法典》第441条，以票据、债券、存款单、仓单、提单为客体出质，且具有权利凭证的，占有是质权设立及存续的要件。我国《民法典》第443条至第445条规定，以基金份额、股权、知识产权中的财产权、应收账款为标的的出质的，登记是质权生效的要件。

关于票据质权竞存。根据《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》），票据可分为汇票、本票和支票。汇票、本票的转让需要背书交付，支票可以单纯交付转让。关于票据质权，《民法典》与《中华人民共和国物权法》的规定并无二致。在以汇票、本票为标的设立质权时，其要件是否仅要求设质背书，还是只要求交付权利凭证，抑或两者均需满足方可设立质权？第一种观点认为，票据质权是以交付权利凭证为生效要件，设质背书仅具对抗效力。《票据法》第31条规定除进行背书转让外，其他方式也可以举证证明票据权利，因此，设质背书并非生效要件，而是对抗要件。<sup>〔26〕</sup>第二种观点认为，票据质权是以设质背书为生效要件，而交付权利凭证并非生效要件，<sup>〔27〕</sup>其依据为《票据法》第35条第2款以及《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》（2000年）第55条。第三种观点认为，由于特别法优先适用于一般法，票据质权的规定应当优先适用《票据法》，票据质权的设立既要交付权利凭证，也要进行设质背书。<sup>〔28〕</sup>我国《票据法》只承认记名汇票与记名本票，上述两种票据的转让均需背书交付权利凭证，相应地，设立质权时交付权利凭证就要进行设质背书。<sup>〔29〕</sup>第四种观点认为，票据质权既可以通过交付权利凭证设立，也可以通过交付权利凭证且进行设质背书设立。上述两种不同的设立方式之区别在于，票据质权人可否行使票据权利和票据法上的权利。<sup>〔30〕</sup>票据权利人行使票据权利依赖必要的技术手段，通过出票、背书等票据行为，才能让票据权利人快捷、便利地行使上述相关权利。因此，如果票据质权人想要行使票据权利，就要成立“票据法上的票据质权”，交付权利凭证且进行设质背书。若质权人非经背书设立质权，根据《民法典》第441条的规定，通过交付权利凭证，抑可承认“物权法上的票据质权”。由于没有采取必要的《票据法》规定的技术手段——设质背书，票据质权人无法享有快速、便捷的票据权利。<sup>〔31〕</sup>此时，

〔24〕 参见前引〔13〕，王利明书，第1347页。

〔25〕 参见前引〔18〕，程啸书，第672页。

〔26〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编：《经济审判指导与参考》（第4卷），法律出版社2001年版，第83-86页。

〔27〕 参见国务院法制局财政金融法规司：《〈中华人民共和国票据法〉讲解》，法律出版社2000年版，第81页。

〔28〕 参见钟青：《权利质权研究》，法律出版社2004年版，第170-171页。

〔29〕 参见前引〔13〕，崔建远书，第897页。

〔30〕 参见熊丙万：《论票据质押背书的效力——〈票据法〉与〈物权法〉之间立法冲突的协调》，载《当代法学》2009年第4期。

〔31〕 参见崔建远：《票据质权之我见》，载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第3期。

质权人无法自己兑现票据,只能通过出质人的协助,要求出质人依据《票据法》兑现票据,将票款交付质权人,或者通过诉讼手段加以完成。“物权法上的票据质权”与债权质权并无二致,由于法律没有必要干涉当事人选择的自由,可以通过交付权利凭证的方式,设立“物权法上的票据质权”。

针对设立具有权利凭证的汇票质权的生效要件,《民法典担保制度解释》第58条采取的方式是:(1)记载“质押”字样;(2)出质人(持票人)签章;(3)交付权利凭证。在票据质权中,《民法典》调整的是票据质权的原因关系,而《票据法》调整票据关系,两者各司其职,互不影响。<sup>〔32〕</sup>《民法典》第441条中明确规定:“法律另有规定的,依照其规定。”虽然在《民法典》中并未明确规定以票据设质的,需要设质背书且由出质人(持票人)签章,但为了使票据质权人在实现其质权时可以行使票据权利,应当符合《票据法》第35条第2款的规定,进行设质背书。按照上述第四种观点,如果采取所谓“物权法上的票据质权”,由于其本质属于债权质权,名义上称作票据质权并无任何意义。由于我国目前没有无记名本票,与汇票相同,我国法律规定的本票亦属于指定式证券。虽然《民法典担保制度解释》中没有本票质权设立要件的相关规定,但具有权利凭证的本票质权应当与设立汇票质权的生效要件相同,除了交付权利凭证外,还要求进行设质背书,并由出质人(持票人)进行签章。

在同一票据上可以竞存多个质权。例如,甲通过设质背书且交付权利凭证的方式,将票据质押给乙。嗣后,甲以指示交付的方式将该票据质押给丙。虽然此时不成立丙的票据质权,但丙享有债权质权,当丙在实现其质权时,仅是不享有票据权利。在该案例中,同一票据上竞存多个质权,此时,可以根据“公示在先、权利在先”的原则,按照交付的时间先后来认定质权的顺位。

关于债券、存款单、仓单、提单质权竞存,与票据质权原理相同,《民法典》第441条第2句规定的“法律另有规定的,依照其规定”意味着在特别法中对于相关权利质权的设立有特殊要求的,需要同时满足特别法中关于设立质权的规定。在此情况下,在债券质权中,设立记名公司债券质权时,除了交付相应的权利凭证之外,出质人应根据《中华人民共和国公司法》第160条的规定在债券上背书记载“质押”或者履行法律、行政法规规定的其他方式,还要将质权人的姓名或名称记载于公司债券存根簿;在存款单质押中,在“大额可转让定期存单”质押中,不进行“质押”背书影响质权之设立;在仓单质押中,存货人或者仓单持有人在仓单上没有背书且没有经保管人签字或者盖章的,影响质权之设立;在提单质押中,在以指示提单为客体设立质押时,没有进行质押背书的,亦影响质权之设立。对于仓单质权,《民法典担保制度解释》第59条进行了明确规定,要求背书记载“质押”字样,并经保管人签章。由于在同一标的物上可以设立多个权利质权,根据交付或登记的时间确立权利质权的优先顺位。

关于股权、基金份额、知识产权、应收账款质权竞存,由于以本部分所述之权利为客体的权利质权是以登记作为其生效要件,当出质人为同一人时,出质人就同一权利标的物设立多个质权的,根据《民法典》第414条第2款,按照登记时间确定优先顺位。

〔32〕 参见程啸、高圣平、谢鸿飞:《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》,法律出版社2021年版,第368页。

## 四、因善意取得而产生的担保物权优先顺位

### （一）多个动产抵押权的竞存

在善意取得抵押权时，会出现抵押人非为同一人时的动产抵押权竞存。例如，甲在动产 A 上为乙设定抵押权，并办理了登记。甲将动产 A 租赁给了丙，丙根据租赁合同占有动产 A。丙为了向丁借款，声称动产 A 为自己的财产向丁抵押。此时，丁可以善意取得动产抵押权。在动产 A 上存在乙和丁的抵押权。需要讨论的是，对于动产抵押权的善意取得是否要以登记作为构成要件，善意取得担保物权是否意味着在先权利的消灭，善意取得担保物权的效力为何。

根据《民法典》第 403 条，动产抵押权采登记对抗主义，登记与否会影响抵押权实现时的优先顺位，但不影响抵押权的设立。有观点认为，动产抵押权的善意取得无需满足登记要件，只要满足第三人在签订抵押合同时为善意这一要件即可。<sup>〔33〕</sup>在司法实践中，亦有法院认为，动产抵押权的善意取得要件仅为第三人的善意，而不考虑抵押登记。<sup>〔34〕</sup>相反观点认为，在动产抵押权的善意取得中，若不以登记为要件，将导致善意取得条件过宽，对真实权利人造成的损害太大，应当承认抵押登记为善意取得动产抵押权的构成要件。<sup>〔35〕</sup>在相关裁判中，法院认可动产抵押权善意取得的要件为第三人的善意、支付合理对价以及抵押权登记。<sup>〔36〕</sup>

本文认为，动产抵押权的善意取得应当以抵押登记作为构成要件，主要原因如下。第一，根据我国《民法典》第 403 条，未经登记的动产抵押权，不得对抗善意第三人。即便承认未经登记而产生的动产抵押权善意取得，对于该善意取得人而言，动产所有权人为《民法典》第 403 条所规定的“第三人”。由于真正的所有权人至少在无权处分之人设立抵押时会相信自己的动产归自己所有，了解动产上的权利负担情况，且不知无权处分之人将自己的动产为第三人设定了担保物权，该当属于本条中的“善意第三人”。<sup>〔37〕</sup>故此，该抵押权无法对抗所有权。<sup>〔38〕</sup>如此一来，所谓善意取得人的信赖利益无从保护，无法体现善意取得担保物权的物权效力。具体原理后文详述。第二，善意取得制度本质上就是要平衡真正权利人与权利取得人之间的利益，对于权利取得人而言，应当具备其更受保护的理据。<sup>〔39〕</sup>在善意取得动产抵押权的场合，善意第三人只有通过抵押登记向外界进行公示，才会产生相较真正权利人更受保护的理据，保护相对人信赖利益，维护交易安全。<sup>〔40〕</sup>在没有进行抵押登记的场合，除抵押合同当事人外，没有任何第三人知晓抵押

• 117 •

〔33〕 参见曹士兵：《物权法关于物权善意取得的规定与检讨——以抵押权的善意取得为核心》，载《法律适用》2014 年第 8 期。

〔34〕 参见湖北省高级人民法院（2013）鄂民二终字第 00041 号民事判决书。

〔35〕 参见前引〔18〕，程啸书，第 305-306 页。

〔36〕 参见吉林省高级人民法院（2016）吉民终 291 号民事判决书；广东省珠海市中级人民法院（2015）珠中法民二终字第 284 号民事判决书。

〔37〕 在日本法上，如果让与人无权处分他人的不动产，则真实权利人属于未经登记不得对抗的第三人。参见〔日〕田山辉明：《物权法》，陆庆胜译，法律出版社 2001 年版，第 51 页。

〔38〕 参见冉克平：《抵押权善意取得争议问题研究》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2018 年第 11 期。

〔39〕 参见前引〔1〕，崔建远书，第 113 页。

〔40〕 参见王利明：《物权法研究》（第 4 版上卷），中国人民大学出版社 2016 年版，第 418 页。

权的设立,不具有优先保护之价值。正所谓善意取得必须依据一个外部标记,<sup>[41]</sup>在动产抵押权中,这个标记就当为登记。

由于担保物权可以发生竞存,潜在的担保物权人决定是否设立担保物权,需要考虑以下两个因素:第一,该财产之上是否业已存在担保物权;第二,若有在先权利,潜在担保物权人的权利顺位如何。一般而言,若只存在一个担保物权,担保财产的价值会大于担保债权,以保障担保债权的完全受偿。当然,若潜在的担保物权人评估特定财产的价值大于担保债权,即便该财产之上存在在先的担保物权,由该当事人自主决定是否设立担保物权,并承受担保物权实现顺位上的后果。故此,潜在的担保物权人会通过担保物权的公示时间来判断自己与担保人设立的担保物权之受偿次序,以决定是否设立担保物权。以善意取得普通动产抵押权为例,当第三人与担保人之间设立担保时,第三人会通过查询动产融资统一登记公示系统确认特定动产之上是否存在在先的担保物权,以决定是否设立抵押。由于动产融资统一登记公示系统采取人的编成主义,在特定动产不归属于担保人且其没有向其他第三人设立担保的情况下,第三人无法在登记系统上查询到“归属于”担保人名下的该动产设有担保的记录,就会使得该第三人误以为该特定动产之上不存在在先的担保物权。当第三人尽到合理的注意义务,相信该担保人系有权处分时,就可以认定为善意第三人。此时,善意第三人的信赖利益可以体现为两个层面:第一,对担保人享有处分权的信赖;第二,对担保物权实现顺位的信赖。具体而言,动产抵押权的善意取得源自对担保人处分权的信赖,而这种信赖是基于动产公示所展现出来的权利推定状态。对于普通动产而言,动产抵押登记不具有任何公信力,第三人是基于动产的直接占有而非基于动产抵押登记,相信担保人对普通动产具有处分权。<sup>[42]</sup>正是因为第三人相信担保人对普通动产享有处分权,才会进一步依据登记公示系统中的担保登记记录来决定是否设立抵押。即便动产抵押登记不具有公信力,但担保物权人所追求的核心利益就是担保物权的实现,担保物权的顺位对于决定是否设立抵押起到至关重要的作用,因此,应当保护第三人对登记公示系统中担保登记记录的信赖。

善意第三人的信赖利益可通过两种路径予以保护:第一种,消灭先前存在的担保物权,确保善意第三人的担保物权最优先实现;第二种,承认在先的担保物权,赋予因善意取得而设立的担保物权以最优先的实现顺位。《民法典》第313条是针对善意取得所有权的规定,那么善意取得担保物权是否应与善意取得所有权同理,采取原始取得说?本文认为不应采取该说,原因在于担保物权具有或然性特征,善意取得担保物权,并不意味着在未来一定会实现担保物权。如若通过善意取得制度一概否认先前的担保物权,则极大损害了在先设立的担保物权人之利益。在本案例中,乙的担保利益,因为丙的无权处分而自始消灭,实无道理,且极大破坏了担保交易的稳定性。故此,应当采取第二种路径,赋予因善意取得而设立的担保物权以第一实现顺位。担保物权人最关心的莫过于担保物权的顺位以及最终能否实现,<sup>[43]</sup>正是因为善意第三人通过查询担保记录,相信自己是第一顺位权利人,才决定设立抵押权。故此,应当保护善意第三人对担保物权实现

[41] 参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第64页。

[42] 对于特殊动产,第三人是基于特殊动产的所有权登记而非基于特殊动产的占有状态,相信担保人具有处分权。

[43] 参见高圣平:《动产担保交易制度比较研究》,中国人民大学出版社2008年版,第363页。

顺位上的信赖利益。因善意取得而设立的抵押权应优先于由有处分权的担保人在先设立的抵押权。

前面所讨论的情形是无处分权的担保人首次为善意第三人设立抵押的情形。当无处分权的担保人次设立抵押时，应当如何处理呢？首先，应承认因善意取得而设立的多个抵押权，其次，针对这些竞存抵押权应按照“公示在先、权利在先”的规则确立担保物权的实现次序。因为对于后顺位抵押权人而言，他们知悉抵押财产的登记情况，故此应当按照抵押权顺位的一般规则加以规制，这也符合他们对抵押权实现顺位的预期。当然，多个因善意取得而设立的担保物权要优先于有权处分人在动产上设立的抵押权，这种规制路径符合善意取得制度之主要功能，保护善意第三人的信赖利益。

与善意取得抵押权的优先顺位规则同理，质权与留置权的善意取得仍应保护善意第三人的信赖利益和先前设立的担保交易。这种保护主要体现为：第一，承认因善意取得而设立的质权与留置权，且不消灭在先存在的其他担保物权；第二，保护因担保公示方式所展现出的对担保物权受偿次序的信赖。故此，因善意取得而设立的担保物权的顺位都要优先于有处分权的担保人设立的担保物权。

## （二）多个动产质权的竞存

除了可以依据指示交付等方式设定动产质权使得在同一动产上竞存多个质权之外，在多数国家，转质也得到了承认。转质分为责任转质和承诺转质。《民法典》第434条可以解释为不否定承诺转质和责任转质。<sup>〔44〕</sup>

在承诺转质中，转质权是基于出质人的所有权，并非基于原质权人的质权，因此转质权独立于原质权而存在。在承诺转质中，可以认为质权人将自己取得的质权顺位让位于转质权人，故此转质权要优先于在先设定的质权。在责任转质中，转质权并非源于出质人的所有权，而源自原质权人的质权，因此要受制于原质权。换言之，转质权是原质权人所得支配交换价值内的另一优先支配权。<sup>〔45〕</sup>由于质权人将质物转质给转质权人，与承诺转质同理，转质权优先于在先设定的质权。当然，此时还涉及与动产质权善意取得之间的关系问题。

笔者认为，责任转质与动产质权的善意取得既有联系，又有所区别。两者的共同点在于质权人对质物均无相应处分权，且均没有经过出质人的同意。区别主要如下：第一，责任转质是质权人将质物所得直接支配的交换价值赋予转质权人于转质权实行的条件成就时优先用于清偿被担保债权，责任转质虽然对质物无处分权，但可以认为对质物所得直接支配的交换价值享有处分权，系基于质权的有权处分；而在善意取得中，质权人对质物的再次质押系基于质物所有权的无权处分。第二，责任转质中，转质权所担保的债权额度必须在质权所担保的债权额度之内；而在动产质权的善意取得中，由于因善意取得而取得质权的权利人无负担地获得担保物权，<sup>〔46〕</sup>该质权所担保的债权额度不应局限于在先设定质权所担保的债权范围。第三，当质权人将质物转质给第三人时，若第三人知晓在先设定的质权，即属恶意，无适用善意取得质权之空间，而应适用责任转质相关的规则；若第三人不知晓质权人对该质物并无处分权，且构成善意之时，应当适用善意取

〔44〕 参见前引〔1〕，崔建远书，第514页。

〔45〕 同上注。

〔46〕 此处是指无负担地获得质权的顺位及其质权实现范围，而非指在先权利的消灭。

得质权之相关规定。

因善意取得而设立的多个质权仍依照质权竞存的“公示在先、权利在先”的一般规则来确定优先顺位。例如，甲将动产A出质给乙，乙基于对动产A的占有，对丙谎称自己为该动产的所有权人，为善意的丙设立质权。随后，乙亦谎称自己为动产所有人，并告知善意的丁，在该动产上已经为他人设立在先的动产质权，通过指示交付的方式为丁设立质权。在这个例子中，丙、丁通过善意取得获得了质权，由于交付于丙的时间早于丁，丙的质权优先于丁的质权。由于丙、丁的质权是通过善意取得而成立的，丙丁的质权均优先于乙。故此，受偿次序应为丙、丁、乙。

### （三）权利质权的竞存

权利质权种类多样，且各自的生效和公示方式有所不同，如前文所述有善意取得之空间。下面按照三种不同类型的权利质权进行分析。

关于票据质权。通过采取“设质背书+签章+交付权利凭证”的方式设立汇票质权和本票质权的无善意取得之可能性，只有采取交付权利凭证的方式设立支票质权的才有构造善意取得之空间。例如，甲通过交付权利凭证的方式将票据质押给乙，乙通过出示相关证据，谎称其享有票据权利，从而将该票据质押给善意的丙。此时，丙可以善意取得债权质权。根据善意取得担保物权之法理，乙的质权并不消灭，只是由丙无负担地享有第一顺位的受偿次序。此时，丙的质权优先于乙。但是丙不能享有票据权利，因其没有经过“设质背书”，只能通过诉讼渠道或其他方式实现其质权。另外，在票据质权场合，应当承认质权人享有转质权。<sup>〔47〕</sup>理由在于，票据从出质人移转至质权人，如果不允许质权人转质，则意味着票据失去了流通性，必然阻碍票据应有的效率；根据转质的法理，转质权优先于质权，对出质人的利益并无大碍，更何况法律在规定转质权的同时，规定了质权人对质物因转质发生损害的赔偿责任，不会损害出质人的利益。<sup>〔48〕</sup>

关于债券、存款单、仓单、提单质权。对于要求进行“质押”背书设立权利质权的，与票据质权法理相同，无善意取得之可能。当然，与本文票据质权部分所述之原理相同，仍有构造债权质权之空间，在此情形下的善意取得问题，在此不予赘述。而以登记作为质权设立生效要件的，亦无善意取得之可能性。在以登记作为设立生效要件的，由于相关权利并无权利凭证，且登记需要提供质权标的物相关信息，可以具体识别到某一特定的债券、存款单、仓单或提单，加上电子化权利凭证可以在其相关文件上具体标明该权利所存在的权利负担，第三人只要尽到合理核实义务，就能判断质权人并非权利人，因此无善意取得之可能。若特别法没有规定在设立某一质权时需进行设质背书，仅通过交付权利凭证即可设立质权之情形下，具有善意取得制度之适用空间。

关于股权、基金份额、知识产权、应收账款质权，需要考虑的是，当出质人并非同一人时，即质权人或其他第三人能否通过出质该权利标的物，使得第三人善意取得权利质权的可能性。以股权质权为例，仍有善意取得权利质权之可能性。股东以将其股权转移至债权人名下的方式为债务履行提供担保，即属于通过让与担保的形式设立担保物权的情形。我国不承认让与担保，将这种交易模式构造成一般性的担保物权类型，出卖人为担保人，而买受人为担保物权人。由于股东

〔47〕 参见前引〔1〕，崔建远书，第530页。

〔48〕 参见于莹：《论票据质押的设立与效力》，载《法学评论》2009年第1期。

名册及相关登记部门账簿上所表征的信息足以造成合理的权利外观，此时作为担保物权人的名义股东将该股权出质给第三人，善意第三人可以善意取得股权质权。此时，因善意取得而设立的股权质权优先于既有的担保物权。此处所谓既有的担保物权，根据《民法典担保制度解释》第69条，是指由股权让与担保转化而成的普通担保物权。本部分讨论的权利质权与其他权利质权相同，质权人有权根据《民法典》第434条将质物进行转质，优先顺位规则适用转质之相关法理。

#### （四）留置权的竞存

留置权以债务人所有的动产为客体，一旦留置财产属于第三人所有，就需要用善意取得的规范予以调整。<sup>〔49〕</sup>留置权的生效和存续皆要求占有，其中应包括直接占有和间接占有。<sup>〔50〕</sup>我国台湾地区史尚宽先生持相同观点。<sup>〔51〕</sup>日本民法学者我妻荣先生认为：“在租赁和质押时，失去直接占有但并未失去间接占有（依代理人占有），不属于丧失占有。”<sup>〔52〕</sup>笔者认为，在留置权制度中，间接占有也应适用其中。留置权的设立与当事人的约定无关，故此，留置权竞存的情形只存在于善意取得。留置权依托直接占有与间接占有两种占有之形态，可能发生两个以上的留置权并存于同一动产之上的情形。对此，有观点认为留置权竞存时应当与质权适用同样之原则以确定优先顺位，即应以留置权成立先后定之。<sup>〔53〕</sup>另有观点认为，后成立的留置权应当优先于先成立的留置权，因为先留置权人为债务人，后留置权人为债权人，债务人负有履行债务以保证债权人的债权得到实现的义务。<sup>〔54〕</sup>本文赞同后一观点，根据善意取得担保物权之一般法理，基于保护交易安全之善意取得制度的立法目的，应当使善意取得留置权人相较原留置权人优先受偿。

#### （五）不同类型担保物权的竞存

动产质权与权利质权可因善意取得而竞存。在权利凭证项下的动产与设立的动产质权之标的物发生重叠时，存在动产质权与权利质权竞存的情况。在出质人非为同一人时，会涉及善意取得担保物权的问题。例如，出质人甲将仓储物为标的物出质给乙，并约定由保管人A进行监管。之后不久，保管人A接到甲的指令开具一份仓单，甲以该仓单为标的出质给丙，并进行了现实交付。半年后，保管人谎称该仓储物为自己所拥有质物，向丁出质，设立动产质权。如果丁属善意，符合善意取得之要件，应当承认丁善意取得动产质权。此时，担保物权的优先顺位为丁、乙、丙。提单与仓单的功能类似，会存在在上一批标的物上竞存提单质权与提单项下货物的动产质权的情形。具体原理与仓单质权与动产质权竞存时的原理相同。

动产抵押权与动产质权、留置权与动产抵押权、留置权与动产质权均可能因善意取得而发生竞存。在先设定质权后设定抵押权的情形，存在质权人向第三人设立抵押权的情况，涉及抵押权的善意取得。在先设定抵押权而后设定质权时，由于抵押人占有抵押物，其向第三人设定质权属于有权处分，不涉及善意取得。在先留置后抵押的情形，存在留置权人为第三人设立抵押权的情

〔49〕 参见前引〔12〕，常鹏翱文。

〔50〕 参见前引〔18〕，程啸书，第748页。

〔51〕 参见前引〔8〕，史尚宽书，第519页。

〔52〕 〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义III：新订担保物权法》，申政武、封涛、郑芙蓉译，中国法制出版社2008年版，第43页。

〔53〕 参见前引〔8〕，史尚宽书，第512页。

〔54〕 参见前引〔5〕，徐海燕、柴伟伟、冯建生书，第280页。

况,涉及抵押权的善意取得。在先抵押后留置的情形,由于抵押人对抵押物的处分系有权处分,不发生善意取得问题。在先留置后质押情形中,存在留置权人为第三人设立质权的情况。当留置权人具有处分留置物的权利外观时,第三人可以善意取得动产质权。在先质押后留置的情形,当质权人具有处分权的权利外观时,存在善意取得留置权的情形。上述所有类型的竞存,根据善意取得担保物权的基本原理,善意取得的担保物权优先于其他在先设立的担保物权。

## 五、结 论

在动产和权利担保物权竞存的顺位规则中,一般规则为“公示在先,权利在先”,根据登记、交付的时间先后来判断担保物权的优先顺位。<sup>[55]</sup>一般规则通常适用于担保人为同一人时的情形,此时所有的担保物权均为担保人有处分权而为,按照公示时间判断顺位并无不妥。然而,一般规则的例外是当担保人非为同一人时,如担保物权人或其他第三人通过构造合理的权利外观,无权处分担保物,使第三人善意取得担保物权的情形。由于善意取得担保物权并不消灭在该担保物上的其他担保物权,善意第三人只需要无负担地获得担保物权的优先顺位(第一顺位),即可符合善意取得担保物权的基本法理。因此,在善意取得担保物权的场合,因善意取得而设的担保物权的顺位优先于在先的其他担保物权。在动产和权利担保物权顺位规则中,应当采取“一般规则—特殊规则”双重结构,对于不同的权利竞存情形进行分析。

• 122 •

---

**Abstract:** The coexistence of security interests is formed under the joint influence of factors such as the types of security interests, methods of publicity, and secured property, and different types of rights coexist in its application. When multiple security interests in movables and rights co-exist, without special statutory requirements, according to Article 414 and Article 415 of the Civil Code, the rule of “first perfect, first right” shall be applied. For special types of security interests, special considerations should be made based on the manifestation and effective requirements of the security interests. In the case of bona fide acquisition of security interests, in order to maintain transaction safety and protect the interests of third parties, the security interests established as a result of bona fide acquisition has priority over other pre-existing security interests. In the priority rules of the security interests in movables and rights, a “general rule- special rule” dual structure should be adopted.

**Key Words:** security interests, coexistence of rights, bona fide acquisition, priority rule

---

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

---

[55] 参见庄加园:《动产抵押的登记对抗原理》,载《法学研究》2018年第5期。

## 发包方终止土地经营权流转合同探究

房绍坤 李 俊\*

**内容提要：**《农村土地承包法》第64条赋予了发包方终止土地经营权流转合同的权利，目的在于切实保护集体土地所有权，避免集体土地遭受损害。发包方终止土地经营权流转合同的权利属于形成权，但不是合同解除权，不仅适用于土地经营权流转合同，也适用于土地经营权再流转合同以及融资担保实现后流转的土地经营权，不适用于其他方式承包的承包合同。在土地经营权人擅自改变土地的农业用途、弃耕抛荒连续两年以上、给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境的情形下，若承包方不行使合同解除权，则发包方有权终止土地经营权流转合同。发包方行使终止土地经营权流转合同的权利可以采取通知终止与诉讼终止两种方式行使。在合同终止后，土地经营权人应当向承包方返还承包地，地上物应当按照充分发挥物的效用原则处理，承包地的权利负担随之消灭，同时应当办理注销登记。

**关键词：**土地经营权流转合同 合同终止 形成权 返还承包地

在承包地“三权分置”背景下，承包方可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向其他人流转土地经营权〔《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第339条〕。土地经营权的流转不仅涉及承包方和土地经营权人的权益，也涉及发包方的利益。为强化发包方在土地经营权流转中的监督作用，《中华人民共和国农村土地承包法》（以下简称《农村土地承包法》）第64条赋予了发包方终止土地经营权流转合同的权利。这是发包方在承包地“三权分置”中所享有的一种特殊权利（以下简称“发包方合同终止权”）。发包方合同终止权是一种新型权利，理论上对其法律属性、适用范围、行使条件、行使方式、法律后果等探讨不多，实务中认识态度不一，因而有必要进一步作深入分析。本文拟就上述五个问题展开论述，以期为统一理论认识和实

\* 房绍坤，吉林大学理论法学研究中心、法学院教授；李俊，吉林大学法学院博士研究生。

本文为教育部人文社会科学研究规划基金项目“双层经营体制下农村集体资产股份流转问题研究”（23YJA820016）的阶段性研究成果。

践作法提供借鉴。

## 一、发包方合同终止权的法律属性

关于发包方合同终止权的法律属性，理论上有不同的看法。一种观点认为，发包方终止土地经营权流转合同本质上是农村集体土地所有权人监督权的范畴和表现，是基于耕地保护国策而将农村集体土地所有权人监督权延伸至承包人与土地经营权人之间的土地经营权流转合同领域，进而派生出的特殊法定权利。<sup>〔1〕</sup>另一种观点认为，发包方合同终止权突破了合同的相对性，是《农村土地承包法》新创设的一项法定代位权，类似于保险人代位求偿权的“代位解除权”。具体而言，按照合同相对性规则，土地经营权流转合同的解除权本应归属于承包方，但因承包方怠于行使解除权，使得土地经营权人侵害集体所有权的违法行为无法消除，故发包方为维护集体土地所有权而代承包方之位行使本属于承包方的合同解除权，从而达到终止土地经营权流转合同的目的。<sup>〔2〕</sup>在司法实践中，各地对发包方合同终止权的法律属性也存在不同认识。例如，有的法官认为，发包方解除土地经营权流转合同的权利，类似于《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第43条<sup>〔3〕</sup>所规定的建设工程施工合同中实际施工人的权利。就实际施工人而言，其虽然与发包方并不存在直接合同关系，但是在发包方未付清承包方工程款或者承包方怠于行使工程债权时，有权向发包方主张相应权利。发包方解除土地经营权流转合同，其权利行使逻辑与实际施工人相同。有的法官认为，发包方终止土地经营权流转合同的权利是类似于公司法上的股东代位诉讼权利的一种特殊权利。具体而言，承包方负有保证承包地的土地用途不变等法定义务，在土地经营权人出现损害承包地而承包方又怠于行使合同解除权的情况下，发包方有权以自己的名义起诉解除土地经营权流转合同。<sup>〔4〕</sup>

本文认为，对于发包方合同终止权法律属性的分析，不应过分依赖或机械照搬既有权利理论和学说，而是要针对具体权利的类型确立不同的前提假设及分析逻辑，并形成不同类型权利各自特有的逻辑分析方法和模型。<sup>〔5〕</sup>基于此，对于发包方合同终止权的法律属性，可以从如下几个方面理解。

### （一）发包方合同终止权是法律赋予发包方的一种新型权利

发包方合同终止权并不是某种固有权利，而是为保护集体土地所有权由法律赋予发包方的一种新型特殊权利，是发包方行使集体所有权的一种表现。

首先，我国农村集体土地所有权的主体是农民集体，并由农村集体经济组织或者村民委员

〔1〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

〔2〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔3〕 《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第43条规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案的第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

〔4〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

〔5〕 参见李建华、麻锐：《论私权体系的理论构成与民法典的立法构建》，载《当代法学》2022年第5期。

会、村民小组依法代表农民集体行使集体所有权（《民法典》第262条）。依据《农村土地承包法》第14条的规定，在土地承包经营中，农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组作为发包方，享有监督承包方依照承包合同约定的用途合理利用和保护土地、制止承包方损害承包地和农业资源的行为的权利。虽然该规定是针对承包方的，但是发包方对集体土地的管理是法律赋予的一项职权（《中华人民共和国土地管理法》第11条）。基于这种职权，发包方对土地经营权人利用承包地的行为，当然也有权予以监督、管理，从而能够更好地实现集体土地所有权。其次，在土地经营权流转中，“不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途，不得破坏农业综合生产能力和农业生态环境”是流转双方应当遵循的基本原则（《农村土地承包法》第38条）。土地经营权人应当按照这一原则行使土地经营权，否则就属于一种违法行为，发包方当然有权予以监督、制止。再次，依据《民法典》第241条的规定，用益物权人在行使权利时，不得损害所有权人的权益。尽管理论上对于土地经营权是否为用益物权存在争议，但土地经营权人在行使土地经营权时不得损害所有权人的权益是毫无疑问的。最后，依据《农村土地承包法》第36条的规定，承包方在流转土地经营权时，应当向发包方备案。法律之所以要求备案，其目的就是确保发包方的知情权、监督权。<sup>〔6〕</sup>

综上，无论是哪种主体利用承包地，发包方作为集体所有权的代行主体，都享有对承包地的监督、管理的职权。因此，在土地经营权人实施损害承包地的行为时，发包方当然有权制止，并采取相应的救济措施，发包方合同终止权就是其中之一。可见，发包方合同终止权是法律为维护集体所有权而赋予发包方的一种特殊权利，属于法定权利，既不同于保险人代位求偿权、股东代位诉讼的权利，也不同于实际施工人的权利，是一种独立存在的权利。

## （二）发包方合同终止权不是合同解除权

在理论上，多数观点将发包方合同终止权解释为解除权，并主张适用合同解除权的规则。<sup>〔7〕</sup>实务中，多数法院也是按照合同解除权对待发包方合同终止权。本文认为，发包方合同终止权并不是合同解除权，主要理由在于：第一，《农村土地承包法》第42条规定，承包方在具备法定条件下对土地经营权流转合同享有解除权。但是，该法第64条并没有规定发包方享有解除权，而是规定“有权要求终止土地经营权流转合同”。显然，这并不是立法的疏忽，而是有意为之，即没有赋予发包方合同解除权。既然如此，我们就不能将“终止权”解释为“解除权”，否则就违背了立法文义。第二，解除仅是合同终止的原因之一。依据《民法典》第557条的规定，合同解除与清偿、抵销、提存、免除、混同均为合同终止的原因。此外，合同终止还包括法律规定或者当事人约定终止的其他情形。可见，合同解除仅是合同终止的原因之一。如果法律规定或者当事人约定其他终止原因的，合同亦因该原因而终止。在现行法上，发包方合同终止权以及《民法典》第580条第2款规定的合同司法终止权就属于法律规定的其他情形。第三，从结果上看，虽然合同解除与合同终止都使合同关系消灭，但解除与终止并不完全相同。例如，解除仅适用于合同关系，而终止适用于所有债的关系。既然如此，解除仅是合同当事人享有的权利，第三人无权

〔6〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国农村土地承包法释义》，法律出版社2019年版，第153页。

〔7〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

解除他人之间的合同。即使是司法解除,也是法院对当事人行使权利的一种确认。但是,有权终止合同的当事人并不限于合同当事人,在特定情况下,合同之外的第三人也可以终止或者撤销合同。例如,在债权人撤销权中,债务人实施影响债权实现的行为时,债权人有权请求法院撤销债务人与第三人之间的合同。这种撤销权虽然不是终止权,但与合同终止权发生类似的效果。就发包方合同终止权而言,其也是合同之外的第三人通过行使法定赋予的权利而终止土地经营权流转合同。第四,从《民法典》第580条第2款的规定来看,在非金钱债务不能继续履行致使不能实现合同目的时,法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同。对于该款规定,理论上存在很大争议。一种观点认为,该款赋予了当事人(违约方)解除权。<sup>〔8〕</sup>另一种观点认为,该款并没有赋予当事人解除权,仅是赋予当事人申请法院或者仲裁机构终止合同的权利。<sup>〔9〕</sup>本文赞同后一种观点。从文义解释而言,该款并没有赋予当事人特别是违约方以解除权,而只是确认了法院或者仲裁机构对合同的司法终止权。

综上,合同终止与合同解除并非同义。同理,发包方合同终止权也不是承认发包方的合同解除权。既然发包方合同终止权不是合同解除权,当然也就不存在发包方的代位解除权。当然,发包方合同终止权尽管不是合同解除权,但是可以参照合同解除权的规则处理。

### (三) 发包方合同终止权属于形成权

《农村土地承包法》第64条仅规定“发包方有权要求终止土地经营权流转合同”,但对于该终止权是请求权还是形成权并没有明确。对此,理论上存在不同的看法。一种观点认为,发包方合同终止权是一种请求权。<sup>〔10〕</sup>另一种观点认为,发包方合同终止权属于形成权。<sup>〔11〕</sup>有学者虽然没有直接肯定发包方合同终止权是形成权,但认为发包方有权通知土地经营权人解除合同,土地经营权流转合同自解除通知到达土地经营权人时即告解除。<sup>〔12〕</sup>这种观点显然也是将发包方合同终止权认定为形成权。

本文认为,发包方合同终止权是形成权,而不是请求权。一方面,从请求权与形成权的特性分析,发包方合同终止权是形成权。请求权是某人向他人请求作为或者不作为的权利。请求权始终存在于两个人之间,即请求权人与请求义务人。权利人可以请求义务人为特定行为,义务人负有向权利人为该行为的义务。<sup>〔13〕</sup>而形成权是仅凭权利人一方的意思表示就可以使法律关系发生变动的权利。在形成权中,权利人行使权利并不需要相对人的参与或者协助即可发生效力,相对人只能承受形成权人对法律关系进行变动的结果。<sup>〔14〕</sup>就发包方合同终止权而言,发包方行使合

〔8〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(二),人民法院出版社2020年版,第740页;崔建远:《合同法》(第4版),北京大学出版社2021年版,第297页。

〔9〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第274页;王利明主编:《中国民法典释评·合同编·通则》,中国人民大学出版社2020年版,第592页。

〔10〕 参见何宝玉主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,中国民主法制出版社2019年版,第157页。

〔11〕 参见赵风暴、李圣瑞:《论发包方终止土地经营权流转合同》,载《法律适用》2022年第7期。

〔12〕 参见王洪平:《发包方土地经营权流转合同终止权研究》,载《法学论坛》2019年第5期。

〔13〕 参见〔德〕汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(第41版),张艳译,中国人民大学出版社2019年版,第285页。

〔14〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第74页;申卫星:《民法基本范畴研究》,法律出版社2015年版,第179页。

同终止权并不是请求土地经营权人为某种特定行为，后者并不负有相应的作为或者不作为的义务，而只是要求终止土地经营权流转合同，并不需要相对人的参与。可见，发包方合同终止权并不符合请求权的要件，而完全符合形成权的要件。据此，终止权与解除权、撤销权一样都属于形成权。<sup>〔15〕</sup> 另一方面，从诉讼角度分析，发包方合同终止权是形成权。如果认定发包方合同终止权是请求权，则因请求权引起的诉讼应为给付之诉，相应的判决就是给付判决；如果认定发包方合同终止权是形成权，则因形成权行使引起的诉讼应为确认之诉，相应的判决就是确认判决，即确认形成权行使的效力。就发包方合同终止权而言，如果土地经营权人对发包方终止合同有异议，有权请求法院确认该终止行为的效力，法院只是就发包方请求终止合同的行为进行确认，并无相应的给付内容。可见，从诉讼属性上分析，发包方合同终止权是形成权，而不是请求权。应当指出，发包方合同终止权属于单纯形成权，而不是形成诉权，因为《农村土地承包法》第64条并没有规定发包方合同终止权须通过诉讼方式行使。在形成诉权中，权利人只能通过诉讼方式行使权利，法院判决为形成判决。如债权人撤销权为形成诉权，法院撤销债务人与第三人之间的行为之判决即为形成判决。而对单纯形成权而言，权利人虽也可以通过诉讼方式行使，但法院只是确定形成权的行使效力，判决也只是确认判决，而不是形成判决。如依据《民法典》565条的规定，解除权人直接以提起诉讼的方式主张解除合同的，法院确认该主张的，合同自起诉状副本送达对方时解除。即法院只是通过判决确认解除权人行使解除权的效力，其判决是确认判决。

综上，发包方合同终止权是我国农村双层经营体制下，为切实保护耕地而赋予发包方的一种法定权利，是在特殊情形下对承包方怠于行使合同解除权时的一种法定救济措施，不能归于其他权利之中。

• 127 •

## 二、发包方合同终止权的适用范围

从《农村土地承包法》第64条的文义来看，该条只适用于承包方流转土地经营权时所签订的土地经营权流转合同。但是，土地经营权流转并不限于上述一种情形，在其他土地经营权流转的情况下，能否有发包方合同终止权的适用空间呢？对此，如下三种情形需要探讨。

### （一）土地经营权再流转能否适用发包方合同终止权

依据《农村土地承包法》第46条的规定，经承包方书面同意，并向本集体经济组织备案，受让方可以再流转土地经营权。可见，受让方再流转土地经营权时，受让方与再流转的受让方（再流转土地经营权人）应当签订土地经营权再流转合同。那么，当再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为时，发包方能否终止土地经营权流转合同与土地经营权再流转合同呢？本文认为，发包方有权终止土地经营权再流转合同，但不能终止土地经营权流转合同。在土地经营权再流转的情形下，土地经营权人已经不再占有利用承包地，实际利用承包地的人为再流转土地经营权人。因此，只有再流转土地经营权人才有可能实施《农村土地承包法》第64条规定的行为。既然如此，发包方也只能终止土地经营权再流转合同，而不能终止土地经营

〔15〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第291页。

权流转合同。发包方之所以可以终止土地经营权再流转合同，其根本原因在于保护集体土地所有权，这也是发包方行使集体土地所有权的一种表现。这里的问题是，在再流转土地经营权人实施《农村土地承包法》第64条规定的行为时，承包方或者土地经营权人是否有权终止或者解除合同。从合同法角度看，再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，应当属于违反土地经营权再流转合同的违约行为，土地经营权人当然享有合同解除权。至于承包方是否有权终止土地经营权再流转合同，法律上并无规定。本文认为，因土地经营权再流转是在经承包方同意的情况下进行的，若再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，承包方可以撤销同意，从而终止土地经营权再流转合同，但前提是土地经营权人不解除土地经营权再流转合同。在承包方与发包方都享有终止土地经营权再流转合同的情况下，若一方行使了合同终止权，另一方即无须再行使。综上，对于《农村土地承包法》第64条的适用范围应当做适当的扩大解释，将适用范围扩大至土地经营权再流转合同，同时发包方和承包方均享有合同终止权。

### （二）融资担保实现后流转的土地经营权能否适用发包方合同终止权

依据《农村土地承包法》第47条的规定，土地经营权融资担保包括两种情形：其一，承包方以承包地的土地经营权融资担保；其二，土地经营权人以土地经营权融资担保。通说认为，这种融资担保为抵押。<sup>〔16〕</sup>在前一种情况下，抵押权实现后，受让人取得土地经营权，但此时承包方与土地经营权人之间并不存在直接的土地经营权流转合同；在后一种情况下，抵押权实现后，受让人取得土地经营权相当于土地经营权再流转，但这种再流转也不存在土地经营权人与受让人之间的土地经营权再流转合同。那么，在不存在合同关系的情况下，若土地经营权人或者再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，发包方能否通过合同终止权寻求救济呢？本文认为，《农村土地承包法》第64条的立法宗旨在于通过发包方终止合同达成保护集体土地所有权的目的。虽然在抵押权实现的情况下，当事人之间不存在直接的合同关系，但是他们之间仍基于承包地的利用存在一定的法律关系。基于这种法律关系，发包方仍有权依据《农村土地承包法》第64条的规定行使终止权。但应当指出，这里的终止权并不是针对合同的，而是仅针对土地经营权，故这里的终止权更类似于撤销权。据此，可以扩张解释《农村土地承包法》第64条，将其适用于上述情形。

### （三）其他方式承包的承包合同能否适用发包方合同终止权

依据《农村土地承包法》第49条的规定，以其他方式承包农村土地（主要是荒山、荒沟、荒丘、荒滩等）的，应当签订承包合同，承包方取得土地经营权。因为依据承包合同取得了土地经营权，所以，这里的承包合同也可称为“土地经营权流转合同”。那么，发包方能否依据《农村土地承包法》第64条的规定，终止这种土地经营权流转合同呢？对此，实践中有不同的做法。有的法院认为，只要承包方具备了《农村土地承包法》第64条规定的情形，发包方就可以解除承包合同。<sup>〔17〕</sup>有的法院认为，承包方将承包的土地转给他人耕种，只要该他人具备了《农村土

〔16〕 参见房绍坤、林广会：《解释论视角下的土地经营权融资担保》，载《吉林大学社会科学学报》2020年第1期。

〔17〕 参见江苏省宿迁市宿城区人民法院（2020）苏1302民初5267号民事判决书；吉林省前郭尔罗斯蒙古族自治县人民法院（2019）吉0721民初5509号民事判决书；山东省临沭县人民法院（2023）鲁1329民初144号民事判决书。

地承包法》第64条规定的情形，发包方就有权解除发包方与承包方的承包合同。<sup>〔18〕</sup>当然，也有法院认为，《农村土地承包法》第64条的规定不适用于其他方式承包的承包合同，发包方不能依据该条规定主张终止合同。<sup>〔19〕</sup>

本文认为，其他方式承包的承包合同不能适用《农村土地承包法》第64条的规定。一方面，《农村土地承包法》虽然没有规定其他方式承包的承包合同的解除或者终止问题，但这并不意味着发包方没有合同解除权。有关其他方式承包的承包合同的解除问题，发包方完全可以依据《民法典》有关合同解除的规定解除合同。例如，依据《民法典》第563条的规定，当承包方出现根本违约的情形时，发包方当然有权解除合同，无须借助于《农村土地承包法》第64条。另一方面，从《农村土地承包法》第64条的立法目的来看，其主要是在承包方不行使合同解除权而无法消除土地经营权人的违法行为时赋予发包方的一种特殊救济手段。而在其他方式承包的承包合同中，发包方本就是合同当事人，其完全可以依据当事人的身份行使合同解除权，无须借助《农村土地承包法》第64条实现终止承包合同的目的。

### 三、发包方合同终止权的行使条件

从《农村土地承包法》第64条的规定来看，发包方合同终止权的行使包括实质条件和形式条件。实质条件包括土地经营权人擅自改变土地的农业用途、弃耕抛荒连续两年以上、给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境，<sup>〔20〕</sup>形式条件为承包方在上述情形下于合理期限内不解除土地经营权流转合同。

#### （一）实质条件

发包方行使合同终止权的实质条件为土地经营权人实施了损害承包地的行为，具体包括如下三种情形。

##### 1. 擅自改变土地的农业用途

《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）将十分珍惜、合理利用土地和切实保护耕地规定为我国的基本国策（第3条），“禁止占用耕地建窑、建坟或者擅自在耕地上建房、挖砂、采石、采矿、取土等”（第37条）。同时，使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地（第4条）。因此，在土地经营权流转中，不得改变土地的农业用途（《农村土地承包法》第38条）。可见，擅自改变土地的农业用途既违背了国家土地用途

〔18〕 参见山东省威海市文登区人民法院（2020）鲁1003民初6492号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2023）京02民终192号民事判决书；河北省泊头市人民法院（2019）冀0981民初1733号民事判决书。

〔19〕 参见湖北省黄冈市中级人民法院（2020）鄂11民终1650号民事判决书。

〔20〕 应当指出，《农村土地经营权流转管理办法》第20条与《农村土地承包法》第64条的规定有差别。《农村土地经营权流转管理办法》第20条第1款与《农村土地承包法》第42条规定完全相同，即：承包方不得单方解除土地经营权流转合同，但受让方有下列情形之一的除外：（1）擅自改变土地的农业用途；（2）弃耕抛荒连续两年以上；（3）给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境；（4）其他严重违约行为。但该条第2款同时规定，有以上情形，承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同的，发包方有权要求终止土地经营权流转合同。可见，从该第2款规定来看，在受让方（土地经营权人）有其他严重违约行为时，承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同的，发包方亦有权要求终止土地经营权流转合同。这种规定显然违背了《农村土地承包法》第64条的规定，也与法律赋予发包方合同终止权的宗旨不符，应属于无效规定。

管制制度,也违背了承包地土地经营权流转的宗旨,属于严重的违法行为。擅自改变土地的农业用途包括如下两个方面的内容。

(1) 从客观方面看,土地经营权人须改变了土地的农业用途。依据《土地管理法》第4条的规定,土地分为农用地、建设用地和未利用地。所谓农用地,是指直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等;所谓建设用地,是指建造建筑物、构筑物的土地,包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等。如何判断改变土地的农业用途,理论与实践中有不同的认定标准。例如,有观点认为,判断改变土地农业用途的标准就是将农用地变更为建设用地,但是为发展规模化农业而搭建的农业配套基础设施不属于改变土地的农业用途。<sup>〔21〕</sup>也有观点认为,对是否改变土地的农业用途应当把握两个标准:一是形式标准,即基本农田不得改变为非基本农田;二是实质标准,即用途改变不得破坏耕作层。<sup>〔22〕</sup>在实务中,有的法院认为,耕地由旱地改水地,该地块仍然属于从事农业生产范围,并未改变土地用途。<sup>〔23〕</sup>有的地方行政机关认为:“基本农田只能用于农业种植,不用于农业观光、旅游等,对于一般农用地,仅从合同字面意思理解,不能必然推出改变农业用地用途转为建设用地,而是要根据当事人履行过程中具体承包行为。一般农用地如以农业种植为主,附带旅游、观光功能,一般不认为是改变农业用地用途,但如果另外建设住宿、餐饮等设施,则属于改变农业用地性质、用途。如在农业地上进行养殖,则需要向所在地乡镇政府报备。”<sup>〔24〕</sup>

本文认为,上述判断标准可供参考,但也存在一定问题。第一种判断标准未免过松,如将草地变更为耕地或者相反,均不能认定为改变了土地的用途;第二种判断标准又未免过严,如对草地、林地都无法适用。本文认为,是否改变了土地的农业用途应当以土地的原用途为依据进行判断,而不能以一般意义的农业用途进行判断。家庭承包的土地包括耕地、草地、林地,各类承包地的用途各不相同。《土地管理法实施条例》第12条和《中华人民共和国粮食安全保障法》(以下简称《粮食安全保障法》)第12条均规定,国家严格控制耕地转为林地、草地、园地等其他农用地。可见,承包地原为耕地的,不能变更为草地或者林地。同样,承包地原为草地的,不能变更为耕地或者林地;承包地原为林地的,不能变更为耕地或者草地。有上述行为的,就可以认定为改变了土地的用途。同时,《粮食安全保障法》第13条要求县级以上地方人民政府“加强耕地种植用途管控”。据此,土地经营权人违反耕地种植用途管控规定的,亦应认为改变土地的农业用途。至于在土地上建设的农业设施,一般不能认为改变了土地的农业用途。根据《自然资源部、农业农村部关于设施农业用地管理有关问题的通知》的规定,设施农业用地包括农业生产中直接用于作物种植和畜禽水产养殖的设施用地。设施农业属于农业内部结构调整,可以使用一般耕地。可见,设施农业用地并没有改变土地的农业用途。

(2) 从主观方面看,土地经营权人须擅自改变土地的农业用途。所谓擅自,就是没有经过主管部门审批而改变土地用途。在实务中,有的法院认为,在支付了土地租金,依法办理了建设弃

〔21〕 参见赵风暴、李圣瑞:《论发包方终止土地经营权流转合同》,载《法律适用》2022年第7期。

〔22〕 参见王洪平:《发包方土地经营权流转合同终止权研究》,载《法学论坛》2019年第5期。

〔23〕 参见广西壮族自治区崇左市中级人民法院(2022)桂14民终842号民事判决书。

〔24〕 江苏省淮安市中级人民法院(2022)苏08民终1493号民事二审民事判决书。

土（渣）场的审批手续，按规定缴纳了复垦费、森林植被恢复费，并相继取得环保、城管、税务等相关部门审批同意，经土地所有权人同意，在土地上建设弃土（渣）场，不属擅自改变土地的农业用途。<sup>〔25〕</sup>有的法院认为，土地经营权人利用林地从事种养殖业，并取得了相应的行政许可和用地审批，同时，第三人为了从事种养殖业在林地上建设农业生产附属、配套设施，并未改变争议林地的农业用途，不属于将林地用于非农建设的情形。<sup>〔26〕</sup>对于擅自的认定，应当严格以是否经过了主管部门审批作为判断标准。但是，以下两种情形仍应当认定为擅自：一是主管部门撤销审批后，土地经营权人没有改正的；二是土地经营权人超过审批范围而改变土地用途的。

## 2. 弃耕抛荒连续两年以上

《土地管理法》第38条规定，禁止任何单位和个人闲置、荒芜耕地。这是为保障国家粮食安全而设。从表面上看，弃耕抛荒并没有对土地造成损害，但这种行为会影响土地的生产力，也应当认定为对土地的损害。对于弃耕抛荒行为应当明确以下三点：第一，弃耕抛荒的对象仅限耕地。一方面，从《土地管理法》的规定来看，其强调的是“禁止闲置、荒芜耕地”，并不涉及草地、林地，而《中华人民共和国草原法》《中华人民共和国森林法》也没有“弃耕抛荒”的类似规定。另一方面，草地、林地不存在弃耕抛荒的问题。即使土地经营权人长期不予管理，也不会对草地、林地造成损害。第二，期限必须达到两年以上。这里的两年应当是连续计算，而不能合并计算。例如，土地经营权人弃耕抛荒一年后，又开始耕种，但耕种两年后又弃耕抛荒一年。这里弃耕抛荒的合并时间虽然达到了两年以上，但并不是连续的两年，故不具备发包方终止合同的条件。第三，土地经营权人主观上存在故意。也就是说，弃耕抛荒应当基于土地经营权人自身的原因。如果因客观原因而弃耕抛荒，则发包方不应终止合同。例如，因旱涝等自然灾害造成撂荒的，即使连续两年以上，发包方也不能终止合同。在司法实践中，有的法院即认为，若出于外部客观原因（如政府清理土地）使土地长期撂荒，就不能认定当事人存在土地撂荒的故意，该撂荒行为不构成合同的终止原因。<sup>〔27〕</sup>

• 131 •

## 3. 给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境

（1）给土地造成严重损害。给土地造成严重损害属于对土地的物理损害，从外观上即可判断。如何认定给土地造成严重损害，有观点认为，严重损害是使土地丧失了维系农业用途的功能。<sup>〔28〕</sup>也有观点认为，严重损害就是“种植条件被严重毁坏”，如造成耕作层的毁损灭失，主要表现为占用耕地建窑、建坟或者擅自在耕地上建房、挖砂、采石、采矿、取土等行为。<sup>〔29〕</sup>本文认为，是否构成严重损害，应当根据土地的类型加以认定。例如，对于耕地，破坏土地耕作层导致无法耕作或者严重影响耕地产量的，应认定为严重损害；对于草地，须达到不能再进行牧业生产的程度，才能认定为严重损害；对于林地，须达到无法使林木正常生长的程度，才能认定为严重损害。总之，给土地造成严重损害是一个事实判断问题，须根据个案的具体情况认定。

〔25〕 参见贵州省铜仁市中级人民法院（2020）黔06民终188号民事判决书。

〔26〕 参见云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院（2020）云26民1835号民事判决书。

〔27〕 参见北京市第三中级人民法院（2021）京03民终3398号民事判决书。

〔28〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

〔29〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

(2) 严重破坏土地生态环境。严重破坏生态环境也属于对土地的一种损害,但这种损害不属于物理上的损害,而属于生态环境的损害。破坏土地生态环境的情形主要包括土壤污染、土地沙漠化、土地盐碱化、水土流失、堆放固体污染物、过度放牧、过度砍伐等。这些行为都会对土地的生态环境造成严重损害,发包方据此有权终止土地经营权流转合同。

应当指出,土地经营权人只要具备了上述情形,发包方就具备了行使合同终止权的客观条件,而无论土地经营权人是否按照约定支付了流转费用。

## (二) 形式条件

发包方行使合同终止权的形式条件为承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同。

在具备《农村土地承包法》第64条规定的情形时,承包方有权解除合同。这里的合同解除应为法定解除,解除权属于形成权,应当按照《民法典》有关合同法定解除的规则处理。如果承包方解除了土地经营权流转合同,则发包方自无可能再终止合同。因此,承包方在合理期限内不解除合同就成为发包方终止土地经营权流转合同的前提条件。这里的关键问题在于如何确定合理期限。对于何谓合理期限,法律上并没有规定。合理期限是法律常用的一个概念,目的在于给予相关行为人一定的行权时间。但是,如何确定合理期限,法律上并没有确定的标准。有观点认为,合理期限应当以三个月为宜。<sup>[30]</sup> 这种观点有一定合理性,原则上可以将合理期限确定为三个月。但是,三个月期限不能绝对化,应当以避免损失或者避免扩大损失为必要限制。例如,在承包方不解除合同时,若不终止合同将错过耕作期,则即使不到三个月期限,在耕作期开始前也应允许发包方终止合同。再如,如果农作物收获期结束前,即使承包方不解除合同超过三个月,发包方也只能于收获期结束后才能终止合同。那么,合理期限应当如何起算呢?对此,有观点认为,应当自出现解除事由即承包方知道或者应当知道解除条件成就之日起计算。<sup>[31]</sup> 也有观点认为,合理期限应当自出现承包方解除合同事由之日起计算。<sup>[32]</sup> 本文认为,合理期限的起算应当视是否需要发包方催告而定。关于发包方行使合同终止权是否须经过催告程序,《农村土地承包法》第64条并没有规定。本文认为,发包方的催告是有必要的。一方面,承包方未必完全了解土地经营权人实施行为的具体情形,导致没有及时行使解除权;另一方面,通过发包方的催告也能促使承包方行使解除权。因此,在发包方催告的情况下,自催告之日起的合理期限内,承包方没有解除合同的,发包方即可以行使合同终止权。

在具备了上述条件的情况下,还有两个问题需要讨论。其一,在承包方不解除合同,而是对土地经营权人主张违约责任的情况下,发包方能否终止流转合同?依据《农村土地承包法》第64条的规定,只有在承包方在合理期限内不解除土地流转合同的情况下,发包方才有权终止土地流转合同。本文认为,在承包方主张违约责任的情况下,若土地经营权人纠正了违法行为,则发包方不必行使终止合同的权利。但是,在土地经营权人虽然承担了赔偿损失等违约责任,但并没有纠正违法行为的情况下,发包方仍有权终止合同。这是因为,发包方行使合同终止权的基础是集体土地所有权,而土地经营权人承担违约责任是基于违约行为,两者并不发生冲突。其二,土地

[30] 参见赵风暴、李圣瑞:《论发包方终止土地经营权流转合同》,载《法律适用》2022年第7期。

[31] 参见王洪平:《发包方土地经营权流转合同终止权研究》,载《法学论坛》2019年第5期。

[32] 参见赵风暴、李圣瑞:《论发包方终止土地经营权流转合同》,载《法律适用》2022年第7期。

经营权人停止实施了相应行为并改正后，如将改变的土地用途又恢复到原用途、在弃耕抛荒连续两年以上后又恢复耕种、将破坏的土地恢复原状等，发包方是否还能行使合同终止权？本文认为，发包方合同终止权是法律赋予发包方的一种特殊权利，只要具备了行使权利的条件，发包方就有权行使，不受其他因素影响。但应当指出，在土地经营权人已经停止实施损害土地的行为并改正后，发包方行使合同终止权的意义已经不大，发包方可以根据事实情况不行使合同终止权。如果土地经营权人改正后，土地仍有损害的，发包方可以请求赔偿损失。

#### 四、发包方合同终止权的行使程序

发包方行使合同终止权的程序如何取决于终止权的性质。如前所述，发包方合同终止权为形成权，因此应当按照形成权规则行使。据此，发包方合同终止权是否有除斥期间的限制就成为必须解决的一个问题。对此，有观点认为，发包方解除合同权的行使期限应当区分如下两种情形确定：一是土地经营权流转合同中未约定解除权行使期限的，因法律亦未对发包方解除合同权行使期限作出规定，解除权的行使期间应为《民法典》第564条规定的一年法定期限，发包方自知道或者应当知道解除事由之日起一年内未行使解除权，或者土地经营权人催告发包方后在三个月内未行使解除权的，发包方的解除权消灭；二是土地经营权流转合同约定解除权行使期限的，发包方自知道或者应当知道解除事由之日起未在该期限内行使解除权的，该解除权消灭。<sup>〔33〕</sup> 本文认为，这种观点不妥。土地经营权流转合同约定的期限与发包方无关，不能以该期限约束发包方。同时，如前所述，发包方合同终止权并不是解除权，故也不宜按照《民法典》有关合同解除权的期限认定终止权的行使期限。从形成权的行使原理上说，原则上形成权的行使应受除斥期间的限制，因形成权的行使直接影响相对人的利益。那么，发包方合同终止权作为形成权是否也应有除斥期间的限制呢？对此，本文认为，形成权的行使通常情况下应有除斥期间的适用，但也不能绝对化。《农村土地承包法》并没有规定发包方行使合同终止权须适用除斥期间，因此，从维护集体土地所有权的角度出发，发包方合同终止权不应适用除斥期间，即只要土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，无论经过多少时间，发包方均有权终止合同。这是因为，如果发包方合同终止权适用除斥期间，则除斥期间届满后，发包方就不能终止合同，法律赋予发包方合同终止权的立法目的就无法实现，损害集体土地所有权的违法行为可能就无法得到有效制止。

既然发包方合同终止权是形成权，就应当按照形成权的行使规则确定相应程序。具体而言，发包方行使合同终止权有通知和诉讼两种程序。

##### （一）通知程序

发包方合同终止权是形成权，但这种形成权仅是单纯形成权，而不是形成诉权。按照单纯形成权行使的一般规则，发包方行使合同终止权应当采取通知的方式，合同自通知到达对方时终止。当然，如果对方对合同终止有异议，可以请求法院确认终止合同的效力。关于发包方的通知

〔33〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

终止,有三个问题需要明确:

其一,发包方通知的对象如何确定?发包方终止合同,而该合同的当事人为承包方和土地经营权人。那么,发包方应当向哪一方通知呢?因发包方终止合同的原因在于土地经营权人的违法行为,故通知应向土地经营权人发出。当然,因合同终止也涉及承包方的利益,故发包方也应当通知承包方。但是,这两个通知的效力是不同的。对土地经营权人的通知发生合同终止的效力,而对承包方的通知并不发生终止合同的效力,只是一种事实通知,即告知合同终止的事实。

其二,发包方可否为土地经营权人确定异议期限?土地经营权人对发包方终止合同享有异议的权利,但该权利的行使是否有期限不无疑问。本文认为,即使发包方设置了异议期限,该期限对土地经营权人也没有拘束力。也就是说,即使该异议期限届满,也不能认定通知当然发生终止合同的效力。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第53条的规定,当事人一方以通知方式解除合同,并以对方未在约定的异议期限或者其他合理期限内提出异议为由主张合同已经解除的,人民法院应当对其是否享有法律规定或者合同约定的解除权进行审查。经审查,享有解除权的,合同自通知到达对方时解除;不享有解除权的,不发生合同解除的效力。可见,异议期限届满并不当然发生合同解除的效力,合同能否解除的关键还在于是否具备合同解除的条件。发包方合同终止权可以参照这一规定,即使土地经营权人没有在异议期限内提出异议,也应当根据事实情况认定是否具备合同终止权的条件。

其三,合同的终止时间如何确定?如前所述,发包方终止权是形成权,而按照形成权的一般原理,形成权的行使自通知到达对方时发生效力。因此,发包方采取通知程序终止土地经营权流转合同的,终止通知自到达土地经营权人时生效,土地经营权流转合同终止。当然,如果土地经营权人对终止合同有异议的,可以请求人民法院确认终止行为的效力。

## (二) 诉讼程序

发包方合同终止权虽然是形成权,但不妨碍通过诉讼程序行使,道理就如同合同解除权的诉讼行使。在发包方请求终止合同的诉讼中,如果法院认为发包方享有终止权,则应当判决终止合同,否则应当判决驳回诉讼请求。关于发包方通过诉讼程序终止合同,如下三个问题需要讨论:

其一,发包方通过诉讼程序行使合同终止权,应当如何确定诉讼当事人?在发包方提起的合同终止诉讼中,发包方作为原告自不待言。那么,土地经营权人、承包方在诉讼中处于何种诉讼地位呢?对此,有观点认为,土地经营权人应当为被告,承包方应为第三人。<sup>[34]</sup>在司法实践中,法院的处理方式并不一致。有的法院将土地经营权人列为被告,承包方列为第三人;<sup>[35]</sup>有的法院将承包方与土地经营权人列为共同被告。<sup>[36]</sup>应当说,在发包方请求终止合同的诉讼中,土地

[34] 参见赵风暴、李圣瑞:《论发包方终止土地经营权流转合同》,载《法律适用》2022年第7期。

[35] 参见云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院(2020)云26民1835号民事判决书;江苏省淮安市中级人民法院(2022)苏08民终1493号民事判决书。

[36] 参见山西省沁水县人民法院(2022)晋0521民初335号民事判决书;甘肃省天水市中级人民法院(2021)甘05民终888号民事判决书。

经营权人为被告自无疑问，关键是承包方的诉讼地位应当如何确定。本文认为，承包方应当作为共同被告，而不能作为第三人。主要理由如下：第一，承包方虽然没有对承包地实施侵害行为，但其没有积极采取措施防止这种侵害，从一定意义上说，承包方对土地经营权人侵害承包地的行为是有过错的。第二，发包方请求终止合同是终止承包方与土地经营权人之间的合同关系，承包方和土地经营权人均均为当事人，因此，诉讼上应当列为共同被告。第三，发包方终止合同涉及承包方和土地经营权人，与承包方有直接的利益关系，这正如债权人撤销权诉讼中债务人和债务人的相对人为共同被告，<sup>〔37〕</sup>两者道理是相同的。第四，如果将承包方列为第三人，其究竟是有独立请求权的第三人还是无独立请求权的第三人，实践中不易确定。如果认定为有独立请求权的第三人，则无从认定其请求权；如果将其列为无独立请求权的第三人，其又有权接受土地经营权人返还的承包地（后文详述）。

其二，法院在终止土地经营权流转合同时，能否一并终止发包方与承包方之间的土地承包合同？在司法实践中，有的法院在判决解除土地经营权流转合同时，也将土地承包合同解除。<sup>〔38〕</sup>有的法院认为，《农村土地承包法》第64条规定虽然针对的是土地经营权流转合同，但与承包合同的基本精神都是一样的，因此，根据该条规定，发包方亦有权解除承包合同。<sup>〔39〕</sup>上述认识显然是错误的。依据《农村土地承包法》第27条的规定，发包方不得收回承包地。若将土地承包合同也一并解除，就相当于发包方收回了承包地，这显然违反了法律规定。当然，也有的法院正确指出：土地经营权人即使存在《农村土地承包法》第64条规定的情形，发包方也只能终止土地经营权流转合同，而不能终止土地承包合同。<sup>〔40〕</sup>

其三，通过诉讼程序终止土地经营权流转合同的，终止时间如何确定？因发包方合同终止权并不是解除权，故不能完全按照合同解除诉讼中合同解除时间的规定处理，即不能完全以起诉状副本送达土地经营权人时确定合同终止的时间。对此，可以参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第59条规定处理，即当事人一方依据《民法典》第580条第2款的规定请求终止合同的，人民法院一般应当以起诉状副本送达对方的时间作为合同终止的时间。但是，根据案件的具体情况，以其他时间作为合同终止的时间更加符合公平原则和诚信原则的，人民法院可以以该时间作为合同权利义务关系终止的时间，但是应当在裁判文书中充分说明理由。应当指出，这里的起诉状副本送达对方，是指送达土地经营权人而非送达承包方，即应当以起诉状副本送达土地经营权人的时间作为土地经营权流转合同终止的时间。

• 135 •

## 五、发包方终止合同的法律后果

发包方终止土地经营权流转合同后，承包方与土地经营权人之间的合同消灭。因此，合同终止的一般法律后果对土地经营权流转合同的终止亦适用之。鉴于土地经营权流转合同的特殊性，

〔37〕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第44条规定：“债权人在提起撤销权诉讼时，应当以债务人和债务人的相对人为共同被告。”

〔38〕参见山东省威海市文登区人民法院（2020）鲁1003民初6492号民事判决书。

〔39〕参见广东省清远市中级人民法院（2019）粤18民终2467号民事判决书。

〔40〕参见吉林省大安市人民法院（2019）吉0882民初571号民事判决书。

发包方终止合同后，主要发生如下法律后果。

#### （一）承包地的处理

土地经营权流转合同终止后，土地经营权人即无权再占有使用承包地，而应当将承包地返还。在土地经营权人返还承包地上，如下两个问题需要探讨：

其一，土地经营权人应当向谁返还？对此，有观点认为，发包方有权要求土地经营权人直接向自己返还承包地，但发包方只是代领承包地，因为承包方急于解除合同也就意味着急于受领向其为交还的承包地。<sup>〔41〕</sup>这种观点存在不妥。一方面，发包方并不是土地经营权流转合同的当事人，其直接受领土地经营权人返还的承包地缺乏合同依据。另一方面，承包方急于解除合同不等于就不受领土地经营权人返还的承包地。本文认为，承包地的返还对象应当按照如下规则处理：土地经营权人应当直接向承包方返还承包地，在承包方拒不受领时由发包方代为受领。在法院强制土地经营权人返还承包地时，亦应按照上述规则处理。但是，发包方代为受领的，土地承包合同并不受到影响。

其二，承包方接受承包地后弃耕抛荒的，应当如何处理？对此，有观点认为，在承包方接受土地经营权人返还的承包地后，既不再次流转土地经营权且又继续弃耕抛荒两年以上的，发包方享有“强制代耕权”，即由发包方将收回的承包地转包给他人，由他人恢复耕作。<sup>〔42〕</sup>这种观点符合法律和政策相关规定，值得赞同。《国务院办公厅关于尽快恢复撂荒耕地生产的紧急通知》（国办发明电〔2004〕15号）指出，因弃农经商或长期外出务工无法耕种而长期撂荒的耕地，发包方要组织代耕，并采取办法通知撂荒农户，限期（下一季）恢复耕种；到期仍不能履行耕种义务的，乡镇人民政府和发包方要动员撂荒农户自愿流转承包地。《粮食安全保障法》第16条规定，家庭承包的发包方可以依法通过组织代耕代种等形式将撂荒地用于农业生产。依据《农村土地承包法》第27条的规定，承包期内，发包方不得收回承包地。因此，对于承包方弃耕抛荒的承包地，发包方只能组织代耕代种，而不能将承包地收回。发包方除组织代耕外，能否直接对外流转土地经营权呢？答案是否定的。因为承包方流转土地经营权实行自愿原则，任何组织和个人不得强迫土地经营权的流转。

#### （二）地上物的处理

在土地经营权流转合同终止后，如果土地经营权人在承包地建造了地上物，如建造了农业生产设施、因改变土地用途而建造房屋等，该地上物应当如何处理呢？在实务中，有的法院认为，在土地经营权流转合同终止后，土地经营权人应当将承包地上的建筑物以及构筑物拆除，并恢复到耕种状态。<sup>〔43〕</sup>有的法院认为，发包方终止合同后，承包方、土地经营权人应当负责恢复原状。<sup>〔44〕</sup>也有的法院认为，发包方无权要求承包方拆除地上物。<sup>〔45〕</sup>本文认为，本着充分发挥物的效用原则，对于地上物，应按如下规则处理：承包方同意利用的，可由承包方取得地上物的所

〔41〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔42〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔43〕 参见四川省乐山市市中区人民法院（2019）川1102民初3476号民事判决书；山西省沁水县人民法院（2022）晋0521民初335号民事判决书。

〔44〕 参见山东省临沂市中级人民法院（2020）鲁13民终4005号民事判决书。

〔45〕 参见山西省沁水县人民法院（2022）晋0521民初335号民事判决书。

有权并支付相应的补偿；承包方不同意利用的，应由土地经营权人拆除并恢复原状；若土地经营权人不予拆除的，发包方有权请求法院予以强制拆除。

### （三）承包地上权利负担的处理

土地经营权人取得土地经营权后，有权就土地经营权设立权利负担，如设立抵押权等。那么，在土地经营权流转合同终止后，这些权利负担是否亦随之消灭呢？对此，有学者认为，土地经营权上设定的抵押权等权利负担应当随土地经营权流转合同的终止而自动消灭，其主要理由在于，土地经营权流转合同的终止将导致土地经营权的自体权利本身消灭，因而以土地经营权为标的的他项权利当然会自动因标的之灭失而消灭。<sup>〔46〕</sup>也有学者提出了闲置的国有建设用地使用权消灭后，负载的抵押权并不消灭的观点。<sup>〔47〕</sup>若将这种观点适用于土地经营权，则按照类似情况类似处理的法律适用规则，也可以认为，土地经营权消灭后，抵押权不消灭。本文赞同抵押权消灭的观点。因为土地经营权流转合同终止后，土地经营权即归于消灭，而土地经营权的消灭意味抵押权客体的灭失，而该客体灭失后又不存在代位物，故抵押权因无客体而不复存在。但是，在发包方终止合同前，抵押权人针对土地经营权人实施的《农村土地承包法》第64条规定的行为，有权采取相应的救济措施。依据《民法典》第408条的规定，抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权请求抵押人停止其行为，也有权请求恢复抵押财产的价值或者提供增担保。如果抵押人不恢复抵押财产价值，也不提供增担保的，抵押权人有权请求债务人提前清偿债务。可见，土地经营权人作为抵押人，若实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，均会对抵押权造成损害，抵押权人有权采取相应的救济措施。当然，即使抵押权人没有采取上述救济措施，在抵押权因土地经营权流转合同终止而消灭的情况下，仍有权就受到的损害请求赔偿。

理论上有一种观点认为，在土地经营权再流转的情况下，发包方终止土地经营权流转合同的，再流转的土地经营权亦归于消灭。<sup>〔48〕</sup>这种观点不妥。在土地经营权再流转的情况下，土地经营权人已经不再占有使用承包地，而是由再流转土地经营权人占有使用。因此，土地经营权人不会实施《农村土地承包法》第64条所规定的行为，而只存在再流转土地经营权人实施这些行为的可能。如前所述，发包方合同终止权亦适用于土地经营权再流转合同。因此，再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条所规定的行为时，发包方只能终止土地经营权再流转合同，而不能终止土地经营权流转合同。由此，也不会存在因土地经营权流转合同终止而导致再流转土地经营权合同消灭的情形。

### （四）注销登记的办理

在土地经营权或者土地经营权抵押办理了登记的情况下，土地经营权流转合同终止后，应当注销土地经营权登记或者土地经营权抵押登记，即应当办理注销登记。根据土地经营权流转合同终止程序的不同，这种注销登记应当分别按照下列规则办理：其一，通过诉讼程序终止合同的，发包方、承包方、土地经营权人的任何一方均可以持法院判决书到不动产登记机构办理。其二，

〔46〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔47〕 参见常鹏翱：《财产权相对消灭论：经由民法和行政法的双重正当性检验》，载《浙江社会科学》2020年第6期。

〔48〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

通过通知程序终止合同的，承包方、土地经营权人可以共同到不动产登记机构办理。若承包方、土地经营权人不能共同办理，发包方可以申请公证机构公证合同终止的情况，并持公证书到不动产登记机构办理。

---

**Abstract:** Article 64 of the Rural Land Contracting Law grants the contract-issuing party the right to terminate the contract for the transfer of land management rights, with the aim of effectively protecting collective land ownership and avoiding damage to collective land. The right of the contract-issuing party to terminate the contract for the transfer of land management rights belongs to the right of formation, but not the right to terminate the contract. It applies not only to the contract for the transfer of land management rights, but also to the contract for the re-transfer of land management rights and the land management rights transferred after the realization of financing guarantees. It does not apply to the contract for other contracting methods. If the land management right holder changes the agricultural use of the land without authorization, abandons farmland for more than two consecutive years, causes serious damage to the land or seriously damages the ecological environment of the land, and the contractor fails to exercise the right to terminate the contract, the contract-issuing party has the right to terminate the transfer contract of the land management right. The right of the contract-issuing party to terminate the land management right transfer contract can be exercised through two methods: notification termination and litigation termination. After the termination of the contract, the land management right holder shall return the contracted land to the contractor, and the above ground property shall be disposed of in accordance with the principle of fully utilizing the property. The rights and burdens on the contracted land shall be eliminated accordingly, and the cancellation registration shall be processed at the same time.

**Key Words:** contract for the transfer of land management rights, termination of contract, formation right, return of contracted land

---

(责任编辑: 武 腾)

## 农地资源市场配置法律机制的完善

韩 松\*

**内容提要：**我国以土地承包经营权和土地经营权为基础的农地市场配置的法律机制，既存在市场机制的固有缺陷，也存在农村集体经济组织和集体土地所有权缺位的特定性局限。为实现市场对农地资源的有效配置，需充分发挥农村集体经济组织的民事治理作用和政府的市场管理与调控作用。应当完善农地市场民事法律机制，明确农村集体经济组织介入农户承包地经营权流转的法律地位和权利，扩大农村集体经济组织流转土地经营权的范围，完善农村集体经济组织的监督权利。应当完善对农地市场的管理调控法律机制，更好地发挥政府在农地用途管制、农业补贴政策 and 价格调控、产业政策引导、健全市场服务体系以及营造良好市场环境等方面的作用。

**关键词：**农地资源市场配置 农村集体经济组织 土地经营权

• 139 •

从新农村建设的“生产发展”到乡村振兴战略的“产业兴旺”，反映了农业农村经济适应市场需求变化、加快优化产业升级、促进产业融合的新要求。<sup>〔1〕</sup>改革的实践表明，市场机制的资源配置方式是最有效的。因此，促进乡村产业振兴、实现产业兴旺的关键是产业要素的市场化配置。农村产业要素的市场化配置一直以来是党关于农村改革和发展的政策所倡导和推进的。<sup>〔2〕</sup>而农村产业要素最基本的是土地要素。在全面实施乡村振兴战略的背景下，农村土地要素的市场化

\* 韩松，西北政法大学民商法学院教授。

〔1〕 参见刘焕鑫、王瑞贺：《中华人民共和国乡村振兴促进法解读》，中国农业出版社2021年版，第18页。

〔2〕 《中共中央 国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》（中发〔2016〕37号，以下简称《意见》）明确提出，农村集体产权改革要充分发挥市场在资源配置中的决定性作用和更好地发挥政府作用，明确农村集体经济组织的市场主体地位，完善农民对集体资产的股份权能，把实现好、维护好、发展好广大农民的根本利益作为改革的出发点和落脚点。《中共中央 国务院关于实施乡村振兴战略的意见》（中发〔2018〕1号）提出“要以完善产权制度和要素市场化配置为重点，激活主体、激活要素、激活市场，着力增强改革的系统性、整体性、协同性。”《中共中央 国务院关于全面推进乡村振兴加快农业农村现代化的意见》（中发〔2021〕1号）提出完善农村产权制度和要素市场化配置机制，充分激发农村发展内生动力。《中共中央 国务院关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》提出：“建立健全统一开放的要素市场。加快建设城乡统一的建设用地市场，建立同权同价、流转顺畅、收益共享的农村集体经营性建设用地入市制度。探索农村宅基地所有权、资格权、使用权‘三权分置’，深化农村宅基地改革试点。”

配置是促进乡村振兴的重要课题。我国自 20 世纪 70 年代末开始对计划经济体制下的农业经营制度和资源配置方式进行改革,实行了农地集体所有制基础上的农户承包经营权制度,特别是自 2014 年以来的以农地“三权分置”为主要内容的农地产权改革,确立了农地的集体所有权、农户承包经营权和农业经营者的土地经营权的多元产权结构,并进行了产权确权登记,培育了新型农业经营主体,为农地〔3〕资源的市场化配置奠定了基础。《中华人民共和国农村土地承包法》(2018 年修正)(以下简称《农村土地承包法》)、《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)等法律对改革成果的确认规定,为农地资源的市场化配置提供了法律制度保障。

农地资源市场配置的法律机制不仅包括对规范市场机制发挥作用的民商法律机制,也包括政府管理和调控市场的行政法、经济法法律机制。虽然《民法典》《农村土地承包法》等法律为农地资源市场机制的运行提供了民商法律机制保障,但总体而言,土地发包的配置方式仍然是非市场化的对本集体成员耕者有其田的保障性分配,〔4〕重在解决集体统一经营向农户分散经营的体制转化,由此形成的一家一户的小农式经营模式,其市场化、社会化程度并不高,与实现农业现代化所要求的市场在农地要素配置中起决定作用还有相当的差距。特别是在“三权分置”模式下,农地市场机制在构成上存在农村集体经济组织及其农地集体所有权的缺位,其作用难以发挥。在发挥市场机制作用的同时,发挥政府对农地资源市场配置的管理调控作用也存在职责不明、管理和调控不到位的问题。为此,本文拟在乡村振兴和优先实现中国式农业现代化背景下,围绕农地资源要素配置中市场的决定作用与更好发挥农村集体经济组织、政府的作用的问题,对农地资源市场配置的法律机制完善加以探讨,以期对农地资源的有效配置有所裨益。

## 一、我国农地资源市场法律机制的建立及其局限

农地资源的市场机制是市场主体通过农地经营权市场流转的价格、供需、竞争、风险诸要素的自发调节,实现农地资源配置最优和利益最大化的机制。保障农地资源市场机制自发调节作用实现的法律机制是农地资源市场法律机制。其内容构成包括:独立多元的产权主体、明晰的产权关系边界、公正的产权交易规则、有效的产权保障等法律制度和规则。在我国完备的民商法基本制度基础上,农地资源市场法律机制的建立主要包括以下几方面。

### (一) 农地资源的多元产权主体及其产权明晰

农地资源市场化配置的前提是农地资源产权主体多元及其产权明晰和权利的可转让。农村农地资源的所有权分别属于村集体、村内集体(村民小组)和乡镇集体,但主要是村内集体和村集体。农地所有权由本集体的成员集体享有,由集体经济组织代表成员集体行使,对集体土地进行经营、管理。虽然集体土地的所有权主体是多元化的不同集体,每个集体也有各自的集体经济组织代表其行使所有权,但《中华人民共和国宪法》(2018 年修正)第 10 条明确禁止土地所有权的买卖。因此,农民集体及其经济组织不可能直接以其所享有的农地所有权进行农地资源的市场交易,农民

〔3〕 本文所称农地是《中华人民共和国农村土地承包法》第 2 条所指的“农民集体所有或者国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地,以及其他依法用于农业的土地”。

〔4〕 参见温铁军:《小农均平地权与农业规模经营》,载《战略与管理》1997 年第 3 期。

集体和集体所有权也就不可能担当作为农地资源市场化配置前提要求的多元主体和多元产权。

虽然农村集体经济组织行使本集体土地的所有权，但经过农业经营体制的改革，并未采取由农村集体经济组织统一组织集体成员进行农业生产的经营形式，而是实行了集体成员家庭承包集体土地、依据承包合同从事承包经营的农业经营制度。本集体成员集体享有土地所有权的目的是要实现对集体成员的利益保障，即平等地保障每个集体成员家庭耕者有其田。因此，农村集体经济组织并没有采用市场方式给集体成员家庭配置农地的经营权，而是依照法律规定的原则和程序，经过集体成员的民主议定制定土地的承包方案，依据承包方案由农村集体经济组织与集体成员家庭签订土地承包合同，将集体所有的农地发包给集体成员家庭从事承包经营。集体成员家庭承包集体土地，依据承包合同取得土地承包经营权，从事家庭经营的就是承包经营户。这样就在农村集体经济组织统一行使本集体农地所有权的基础上，形成了分散化的农地承包经营主体及其所享有的土地承包经营权。承包制是耕者有其田的民生制度，其分配原则主要体现的是公平分配，而不是效率。每个集体成员家庭都公平地承包集体土地，在家庭经营中实现了家庭成员劳动与土地要素的直接结合，劳动成果直接归家庭所有。家庭承包的经营方式虽然也提高了劳动生产率，但是，其小农化、分散化的经济特点使得农业的社会化、市场化程度低，难以形成规模经济效益，不能适应农业现代化的发展要求；随着城镇化的发展，大量农村人口进入城市也出现土地闲置、撂荒等问题。<sup>〔5〕</sup>

因此，实现农业的现代化就不能完全依赖承包经营户主体，而应当在家庭承包经营基础上，创设效率化的农业经营主体；在承包经营的民生制度的基础上创设农地的生产要素制度，并通过市场机制决定农地要素的配置，提高配置效率，实现农业的规模经营。由此，关于农地“三权分置”的政策应运而生。<sup>〔6〕</sup>农地的“三权分置”改革，在坚持农地集体所有权和农户承包经营权的基础上，农户可保留其承包权、流转土地经营权，造就新型的农业经营主体。例如，通过受让其他农户转出的土地经营权，扩大家庭经营规模形成的家庭农场或者专业大户；通过土地经营权合作或者入股形成的专业合作社或者土地股份合作社；资本下乡租赁土地经营权形成的农业企业等等。农地市场流转交易主体主要有农户、农民合作社、农村集体经济组织、涉农企业和其他投资者。

集体经济组织代表集体行使土地所有权，依法将集体土地发包给本集体成员家庭承包经营，家庭承包经营户享有土地承包经营权；承包经营权人保留承包权，将土地的经营权流转给农业经营主体，农业经营主体取得土地的经营权。这样就形成了多元的农地产权主体和多元产权明晰的权利体系，为农地的市场化配置奠定了基础。而对于不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，则由农村集体经济组织通过招标、拍卖、公开协商等发包方式，直接将土地经营权配置给农业生产经营主体。

## （二）农地资源要素市场配置的核心是土地经营权的交易

农地资源的市场化配置机制就是农地产权主体之间通过市场交换转移和取得农地权利。依据

〔5〕 参见罗新远：《当代社会经济学》，西北大学出版社2023年版，第126页。

〔6〕 《中共中央办公厅 国务院办公厅关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》（中办发〔2014〕61号）指出：“坚持农村集体土地所有权，实现所有权、承包权、经营权三权分置，引导土地经营权有序流转。”

《农村土地承包法》的规定,农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。可见集体经济组织内部的家庭承包方式是承包经营的主要方式,其发包是承包地在本集体经济组织内部的分配,并非市场配置。但家庭承包的承包方承包土地后,享有土地承包经营权,可以自己经营承包地,也可以保留土地承包权,流转其承包地的经营权,承包地经营权的流转则属于农地的市场化配置。家庭外的承包则是承包地的市场化配置。<sup>〔7〕</sup>其市场配置机制就是土地经营权的交易机制。交易的主体就是代表农民集体行使“四荒”土地所有权的集体经济组织、承包了集体农地的承包经营权人、受让农地经营权的土地经营权人,而且受让农地经营权的受让人不再受集体成员身份的限制;交易的客体主要是土地经营权(在承包经营权转让中是承包经营权)。另外,农村集体经济组织对本集体未发包的农地行使所有权,集体经济组织也可以将土地的经营权流转。由此,可以通过市场交易流转的土地经营权,就包括了家庭承包方式取得的土地经营权、其他承包方式取得的“四荒”土地经营权、集体经济组织未发包的土地经营权以及其他依法可流转交易的土地经营权。

土地经营权交易的法律关系主要有:承包经营权人在本集体经济组织内部依法互换、转让土地承包经营权;承包经营权人保留承包权,依法出租(转包)、入股或者以其他方式流转土地经营权;经承包方同意,土地经营权人再流转土地经营权;承包方用承包地的土地经营权向金融机构融资担保;通过流转取得土地经营权的受让方,经发包方同意并向发包方备案,将其取得的土地经营权向金融机构融资担保;集体经济组织以招标、拍卖或者公开协商方式发包“四荒地”的经营权;通过招标、拍卖或者公开协商方式取得土地经营权的主体,采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。这些交易方式都是农地资源的市场配置方式。交易的法律机制是确立交易各方权利义务的农地经营权流转合同的订立,其核心是价格形成机制。所谓市场在农地要素配置中起决定作用,就是由市场机制决定土地经营权的交易价格,达成市场主体一致的意志,彼此让渡土地经营权和价款,实现农地资源在农业经营主体之间的有效配置。可见,我国农地市场配置的核心是土地经营权的市场交易。

### (三) 农地资源要素产权交易的市场化实现

《国务院办公厅关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》(国办发〔2014〕71号)提出,农村产权流转交易市场建设的基本原则首先是“坚持公益性为主。必须坚持为农服务宗旨,突出公益性,不以盈利为目的,引导、规范和扶持农村产权流转交易市场发展”。其明确指出:“农村产权流转交易市场是政府主导、服务‘三农’的非盈利性机构,可以是事业法人,也可以是企业法人。”这里明确提出农村产权交易市场建设要坚持公益性为主、突出公益性、不以盈利为目的和机构性质的非盈利性,但又指出可以是企业法人。2016年农业部发布的《农村土地经营权流转交易市场运行规范(试行)》规定,农村土地经营权流转交易市场,是指为农村土地经营权依法流转交易提供服务的平台,主要包括农村土地经营权流转服务中心、农村集体资产管理交易中心、农村产权交易中心(所)等,这里并没有指明这些机构的性质。有的学者指出:

〔7〕 参见《农村土地承包法》第3、9、49条。

“目前我国大多数的农村产权交易所仍然依附政府职能部门，属于公司制形式的非营利企业法人性质，其既具有属于公益性事业单位的性质，同时又是依靠政府购买服务的经营性组织机构。”〔8〕可见，这些认识与上述文件关于农村产权交易机构的非盈利目的公益机构性质的规定是不一致的，概念表述上也是混乱的。因为公司是典型的企业形式，而不是事业单位的组织形式。企业是以营利为目的的经济组织。所谓以营利为目的就是以取得利润并分配给出资人为目的。农村集体产权交易市场虽然由政府出资设立，但政府出资设立的目的并非取得利润，农村产权交易市场机构也并不向政府分配利润。既然农村产权交易市场机构是非营利的机构，就不应当是公司制的企业法人。而学者之所以主张将农村集体产权交易市场以公司制形式成立，是认为一方面可以有效规避政府机构的“权力寻租”问题，另一方面产权交易可以顺应市场趋势，充分实现资源优化配置，提高效率。〔9〕这种认识虽有其道理，但具体分析而言：我国农村产权交易市场是各级政府在推进农村产权改革中为服务集体产权交易建立起来的，其一经建立就与政府职能分离，是不以盈利为目的，旨在引导、规范和扶持农村产权流转交易市场发展的公益性机构。如果离开政府的主导推进，像这样服务农民的公益性机构是建立不起来的；而按照公司制建立的市场机构，也即以营利为目的的企业机构，是不可能以公益为目的服务“三农”的。至于受政府主导建立可能会发生权力寻租的问题，应当通过政府管理职能与市场服务机构的经营职能分离和监督加以解决，而不应当以此为由主张按照公司制设立。在目前农村产权交易市场还没有完全普遍设立的情况下，更应当发挥政府主导设立农村产权交易机构的作用。因此，由政府出资建立的农村产权交易市场机构的性质，依据《民法典》第87条的规定，应当是事业单位法人，不是企业法人。

• 143 •

有专家调研报告指出：“各类农村产权交易机构是农村产权交易有形市场的载体，其法人性质分为企业法人（分为营利、非营利性）和公益事业单位，其中营利性企业法人占据大多数。”〔10〕这里的企业法人分为营利、非营法人，实际上扩大了企业法人的范围。在农村集体产权交易机构建立的过程中，除了政府出资设立的事业法人，还有企业出资设立的企业法人或者由政府和企业共同出资设立的企业法人，其名称冠以有限责任公司。〔11〕至于所谓的企业法人中不以营利为目的的，就不应当称为企业法人，依据《民法典》第87条的规定，应当是社会团体法人或者社会服务机构法人。事业法人、社会团体法人、社会服务机构法人不以营利为目的符合农地产权交易市场服务“三农”的目的。营利性企业法人性质的农地产权交易市场机构适应市场化发展方向，在与政府主导的公益性服务的市场机构的竞争中，可以拟制其营利性、提高对农地市场交易的服务质量。

农村土地经营权流转市场，作为服务于农地产权交易的法人以其运行规范为土地经营权的流

〔8〕 兰玲、李清、王金娟：《农村土地产权交易市场现状及对策——基于吉林省的研究》，经济管理出版社2018年版，第16页。

〔9〕 参见兰玲、李清、王金娟：《农村土地产权交易市场现状及对策——基于吉林省的研究》，经济管理出版社2018年版，第16页。

〔10〕 王力、胡春梅、贾英姿、周晓亚、张红亮：《中国农村土地市场：建设、服务、创新》，载李光荣、王力主编：《中国农村土地市场发展报告（2018—2019）》，社会科学文献出版社2019年版，第7页。

〔11〕 参见周晓亚：《农村土地流转交易机构发展报告》，载李光荣、王力主编：《中国农村土地市场发展报告（2018—2019）》，社会科学文献出版社2019年版，第136页。

转提供服务,其中也包括管理,但其管理不同于行政的管理,属于市场机构对于进入市场交易的主体自律的管理,农地交易主体只有遵守市场机构的交易规则并接受其管理才能利用市场平台进行交易。市场机构是承担交易服务和对市场主体自律管理职责的事业单位法人。其主要作用在于:

一是通过有形的市场竞争,实现交易最优。在传统的农业社会,农户依托本集体社区的熟人社会关系将农地经营权流转,但不在有形的市场平台进行,就不能获得充分的市场信息,扩大交易范围,通过市场竞争机制实现交易最优。要素市场化配置的本质是通过市场的公开、公正、公平的竞争机制实现资源的优化配置。农地资源要素的市场化配置依托有形的市场平台才能提升交易价格。例如,天津市2014年竞价系统上线交易后,农村土地流转交易溢价率逐年攀升,2017年达到40.78%。<sup>[12]</sup>

二是通过规范的市场管理,防范交易风险。例如市场平台机构要审查进入市场交易的土地经营权主体的主体资格或者身份证明、受托交易土地经营权的书面委托手续、土地经营权权属证书、土地信息介绍书、符合规划的文件、集体成员同意流转集体未承包土地经营权的书面决议等,也要审查进入市场受让土地经营权的农业经营主体的资格证书或者身份、农业生产经营能力、流转土地申请、项目可行性报告以及有权批准机构准予流转的证明等。通过审查确保交易当事人身份真实和土地经营权权属清晰,从而确保交易安全。市场平台通过规范信息发布,确保交易信息公开、真实、充分。在交易过程中,交易双方合同签订前,遇有土地经营权存在权属争议且尚未解决的或者因不可抗力致使交易活动不能按约定期限和程序进行等情况的,经流出方、流入方或者第三方提出申请,农村土地经营权流转交易市场确认后,可以中止交易,从而避免交易风险。

三是通过为交易当事人提供服务,便捷交易,提高交易效率。例如,在土地经营权交易信息发布期满后,由土地经营权流转市场组织交易,提供土地经营权合同样本,提高订约效率;合同订立后及时提供签证服务;在交易过程中,农村土地经营权流转交易市场应交易双方的要求,可以组织提供法律咨询、资产评估、会计审计、项目策划、金融保险等服务。例如天津市农村产权流转交易系统上线之后,流转行为得到规范化管理,村集体经济组织通过交易系统提交申请材料,镇(街)区农经站、市农交所全部线上审核,意向受让方通过交易系统线上报名,双方通过网络竞价方式成交,不用亲自到现场办理,交易流程最快仅需14个工作日,大大提高了流转效率。<sup>[13]</sup>

四是提供市场平台管理,确保交易的合法性。进入市场平台的流转交易要符合法律法规和环境保护规划、农业产业发展规划、土地利用总体规划和城乡一体化建设规划等政策规定,对借流转土地之名、改变农地的农业用途等各种违法行为起到防范和制止的作用。

因此,农地资源的市场化配置应当通过有形的市场平台进行。但目前主要是在试点地区建立

[12] 参见李浩:《农村土地市场建设发展中的政府行为》,载李光荣、王力主编:《中国农村土地市场发展报告(2018—2019)》,社会科学文献出版社2019年版,第157页。

[13] 参见李浩:《农村土地市场建设发展中的政府行为》,载李光荣、王力主编:《中国农村土地市场发展报告(2018—2019)》,社会科学文献出版社2019年版,第135—136页。

了农地产权市场化流转交易平台，还有许多地方没有建立农地流转的市场平台，主要在场外交易。应当积极发展市场交易服务机构，实现服务全覆盖。

#### （四）我国农地资源市场法律机制的局限

经过经济体制和农村集体产权制度的改革，我国建立的适合农民集体公有制的农地资源市场法律机制，其特点是以集体成员家庭承包经营户的土地承包经营权作为农地资源市场配置的基础权利，而不是以土地所有权作为农地资源配置的基础权利。这一特点决定了我国农地资源的配置具有局限性，在农地市场配置的基本方面缺少集体经济组织的主体作用，集体经济组织并不以其代表农民集体行使集体农地所有权的主体身份参加农地资源的配置。虽然作为农地市场配置的基础权利的承包经营权是由农民集体土地所有权产生的，但是农村集体经济组织并没有以市场方式为集体成员家庭发包土地、设定土地承包经营权，而是以农地对集体成员的生存保障进行了公平分配。这与国有建设用地的市场配置机制是不同的。国有建设用地的市场配置首先是由国家向市场主体出让建设用地使用权的一级市场，其次是由建设用地使用权人转让或以其他方式流转建设用地使用权的二级市场；而在家庭承包制度下，农地资源的配置只有农地承包经营权人或者农地经营权人流转农地经营权的机制，并没有集体经济组织以其所有权为集体成员家庭出让承包经营权的机制。<sup>〔14〕</sup> 这是由农民集体土地公有制保障集体成员家庭耕者有其田的社会保障功能所决定的。由此就造成我国农地资源市场配置机制中集体经济组织的主体缺位和集体所有权的产权缺位。在中国式现代化进程中优先实现农业农村现代化的条件下，其局限性十分明显。

首先，农户拥有农地承包经营权，作为实现农地资源市场配置的主动方，其可以自己经营，也可以保留承包权、流转经营权。在小农模式下的农户，经营理念和眼界的局限性决定了其强烈的恋地情结，不轻易流转土地，甚至荒芜也不愿意流转；即使愿意流转土地也多是在熟人之间的短期、随机性流转；而且由于农户的分散性和各自独立性，难以形成协同流转。

其次，需要农地资源的农业经营主体作为实现农地资源市场化配置的受让方，其需求是规模化经营的农地资源，不是碎片化的几亩地；是需要长期稳定经营的土地，不是随机流转的土地；是产权关系明晰、交易关系顺畅的土地流转，而不是多重产权关系、权利期限不同的流转。而承包制导致了农地分散化、细碎化，主体多元、弱势化，流转行为短期化、关系复杂化。因此，就必然产生农地市场供需的矛盾。

最后，农地资源市场交易的竞争不足，效率不高。除了农地产权交易改革的试点地区以外，全国各地的农地交易有形市场尚未普遍建立；即使在已经建立了农地产权交易有形市场平台的地方，农户也不一定知晓和愿意使用交易平台进行农地经营权的交易；即使农户愿意使用有形市场平台进行产权交易，其发布的交易信息也往往是分散、细碎的农地经营权的交易信息，农业经营主体得不到所需要的规模化、连片的土地经营权交易信息，从而使得交易难以成交。同时，通过市场交易平台，在陌生人之间进行农地经营权交易，双方都存在风险戒备心理：农民担心土地交易出去收不回租金和土地，经营者担心与一家一户的众多农民不好打交道，担心农民反悔要求涨

〔14〕 对此，学者有不同观点。许明月教授认为“农户通过与代表农地所有权的农业集体经济组织或有关政府部门签订土地承包经营合同”产生土地承包经营权发包市场。参见许明月：《论农村土地经营权市场的法律规制》，载《法学评论》2021年第1期。

租金或者收回土地。这些因素的存在,就可能导致农地经营权交易仍然局限于乡村熟人范围之内,难以形成社会化的广泛市场,从而使得竞争不足、效率不高,农户难以获得合理交易价格,甚至导致农民宁可荒芜土地也不愿意流转土地经营权的情况,而农业经营者则难以获得其经营需要的土地经营权。

因此,在农户土地承包经营权的基础上,实现农地资源市场配置法律机制的设计具有一定的现实合理性,但在实现中国式的农业现代化过程中的农地资源市场配置机制中,农民家庭经营的个体性承包经营权相对于联合起来的农民集体所有权具有局限性。以家庭承包经营为基础的农业经营体制是需要长期坚持的基本经营制度。在这种条件下,仍然要坚持以农户的土地承包经营权为基础的农地资源市场配置法律机制,但同时为了弥补该机制的局限性,还要充分发挥农村集体经济组织以及由其代表农民集体行使的集体所有权的作用。

除了上述由我国农民集体土地公有制和我国农业基本经营制度所决定的农地资源市场配置机制的局限外,还应当明确市场机制本身并非完美,而是存在固有缺陷的。例如,市场竞争的作用决定了资源必将配置到最有效益的产业,在农业与工商产业的比较效益悬殊的情况下,农地资源市场化配置过程中土地的非农化、非粮化趋向就是市场机制的固有缺陷,这不是依靠市场机制所能解决的。因此,在发挥市场在农地资源配置中决定作用的同时,还必须强调更好地发挥政府的市场管理和调控作用,以弥补市场机制的缺陷。

## 二、农地市场民事法律机制的完善:发挥农村集体经济组织的作用

为了弥补我国农地市场配置机制的不足,更好地发挥市场配置农地资源的作用,理应发挥农村集体经济组织的作用。<sup>〔15〕</sup> 本文认为应当主要从以下方面完善农地市场民事法律机制,加强农村集体经济组织的作用:

### (一) 明确农村集体经济组织介入农户承包地经营权流转的法律地位和权利

依据法律的规定,无论家庭承包还是其他方式的承包,农地一经承包,其市场化配置就是由流转出土地经营权的承包方和受让土地经营权的农业经营主体通过订立流转合同自主实现的,与农村集体经济组织没有关系。但现实经济生活中,承包到户的土地经营权的流转逻辑并非都是由承包方与受让土地经营权的经营主体直接订立流转合同。除了在本集体经济组织的个别成员间的流转外,呈规模化的流转一般都是由农村集体经济组织参与流转的。因为,一方面个体、分散的农户缺乏市场信息,也难以协调行动组织规模化的土地经营权流转;另一方面农业经营主体的规模化经营需要土地经营权规模化流转,其与个体、分散的农户直接进行土地经营权流转谈判成本很高,而且往往难以实现。这就使得如果集体经济组织缺位,农地资源的市场化配置几乎不可能实现。因此,虽然修改后的《农村土地承包法》依然对农村集体经济组织在农地市场化配置中的地位和作用认识不足、规定不明,但在农地经营权市场化流转的现实生活中,农村集体经济组织

〔15〕 参见蔡键、刘雨竹、宁宾瑶、黄梓濠:《村集体以中介身份参与是否有助于优化农地流转市场?——来自广东的实践证据》,载《中国农业大学学报》2023年第7期。

并没有缺位，而且发挥着举足轻重的作用。<sup>〔16〕</sup> 集体经济组织介入本集体范围的土地经营权流转的方式主要有：一是取得承包经营权人的书面委托，代理承包方以承包人的名义或者以自己作为受托人与土地经营权受让方签订土地经营权流转合同。二是作为受让人受让承包方流转的土地经营权，从事农业经营。三是集体经济组织受让承包方转出的土地经营权，再流转给土地经营权的受让方。<sup>〔17〕</sup> 正是农村集体经济组织以这些方式的现实参与，才促成了规模化的土地经营权的流转。因此，对于集体经济组织参与农地经营权流转的这些做法应当给予推广。《农村土地承包法》仅仅在第三章规定了对不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农地由农村集体经济组织以招标、拍卖、公开协商等方式发包，而对农村集体经济组织介入农户承包土地的经营权流转的地位和权利并没有明确的规定。因此，对于各地实践中农村集体经济组织介入农户承包地的经营权流转的有益做法应当加以总结，从立法上对农村集体经济组织介入本集体范围农户承包地经营权流转的地位和权利予以明确。

## （二）扩大农村集体经济组织流转土地经营权的范围

依据《农村土地承包法》的规定，农村集体经济组织以市场方式发包和流转土地经营权的范围限于不宜采取家庭承包方式的“四荒”农地的经营权。对于“四荒”农地，集体经济组织可以直接通过招标、拍卖、公开协商等方式实行承包经营，也可以将土地经营权折股分给本集体经济组织成员后，再实行股份经营或者合作经营。<sup>〔18〕</sup> 对于其他农地则应当实行家庭承包经营，落实农民对承包地的承包经营权，农村集体经济组织则不得流转土地经营权。这样做的目的是实现农地对农民耕者有其田的社会保障。因此，对该项制度的执行应当具体分析，给予一定的缓和性。在工商经济不发达的纯农业产业的农村集体经济组织当然应当严格执行家庭承包经营制度。但在工商业经济比较发达的农村集体经济组织，工商业集体经济补偿、带动农业经济并举发展，就能够为农民提供比家庭承包经营更高的经济利益和保障福利。因此，只要能够更好地实现保障农民的生存和发展利益，在农民集体成员自愿的前提下，经过集体成员民主决策也可以不实行承包制，而由集体统一经营农业或者流转农地经营权，在统一的集体经济经营中，依照集体成员的集体收益分配权或者按劳分配实现集体经济对集体成员的保障利益。实际上，自改革开放以来的农村改革和发展过程中一直存在对实行承包制的缓和对待。虽然 1982 年后在全国农村基本上实行了家庭承包经营制度，但同时也有像河南省新乡市的刘庄村、河北省晋州市的周家庄等农村集体经济组织采取了统一经营的制度；河南省漯河市临颖县的南街村虽然在 1982 年实行了家庭承包责任制，但在四年后于 1986 年又重新实行了集体统一经营的制度。对这些农村集体经济组织的做法，法律和政策上都给予了宽容，并没有以不符合法律关于家庭承包制的规定而否定其统一经

• 147 •

〔16〕 例如陕西省宝鸡市凤翔区鑫丰农业专业合作社理事长刘海峰、广林农机合作社理事长齐广林等都表示：“非常愿意给村集体股份经济合作社提供服务协调金，服务好了，还可以考虑调高服务费标准，这有利于合作社实现流转土地面积 2 万亩、托管服务面积 3 万亩的目标……村委会和村股份经济合作社出面为我们流转土地，充当流转合同的‘中间人’，农户和合作社都有安全感，非常有利于农业生产，给村股份经济合作社出些费用是应该的，还有利于壮大集体经济，群众还会跟着受益。”吴武刚、张海潮、张清：《凤翔：让合作社成为服务“三农”的“生力军”》，载《陕西农村报》2022 年 7 月 4 日《农民专业合作社专刊》。

〔17〕 这一总结来源于笔者在 2022 年 8 月 5 日对陕西省宝鸡市凤翔区宋村合作社的调研。

〔18〕 参见《农村土地承包法》第 50 条。

营的做法。经过六十多年的发展,这些村集体都成为全国农村集体经济发展的成功典型,成为全国最美最富的名村之一。随着城镇化的发展,特别是乡村全面振兴战略的实施、以县域为中心的农村全产业链的建立,必然有大量的农民进城或者分离出农业,同时也为农业产业化提供了条件。因此,在允许农民自愿有偿退出承包地、流转土地经营权的同时,也应当允许农民自愿退出土地承包,不参加承包地的分配,将土地留给集体经济组织,由集体经济组织经营农业或者流转土地经营权,将集体成员的承包权转化为参加集体经营收益分配的权利,通过参加集体经营收益分配实现其利益。这样一来,就可以简化农地经营权法律关系,在集体经济组织手中掌握规模化的、优质化的农地资源,便于土地经营和土地经营权的市场化流转,适应产业化发展。在农民已经有条件不愿再经营农业的情况下,没有必要非得把土地发包给农民,再由其流转经营权,而应当由集体经济组织经营或者流转土地经营权,农民参加集体经营收益分配实现利益。既然对于“四荒”地,可以由农村集体经济组织将土地经营权折股分给本集体经济组织成员后,再实行股份经营或者合作经营,那么对于农民自愿退出承包的土地,也就可以由集体经济组织以同样的办法处置。中央政策早已明确指出:“集体经济组织要积极为承包农户开展多种形式的生产服务,通过统一服务降低生产成本、提高生产效率。有条件的地方根据农民意愿,可以统一连片整理耕地,将土地折股量化、确权到户,经营所得收益按股分配,也可以引导农民以承包地入股组建土地股份合作组织,通过自营或委托经营等方式发展农业规模经营。”<sup>〔19〕</sup>在农地流转实践中,有的农村集体经济组织已经进行了这样的实践探索,并取得了良好的效果。<sup>〔20〕</sup>因此,立法应当对这些实践探索加以总结,适时将成功的经验纳入法律制度规定,扩大农村集体经济组织经营集体土地或者流转土地经营权的范围。

### (三) 完善农村集体经济组织对农地经营权流转的民事监督

农村集体经济组织代表集体行使土地所有权,通过土地发包,依法为本集体成员家庭设定农地承包经营权后,承包方对其承包的集体土地享有的承包经营权就是具有用益物权性质的民事权利,承包方在从事农业经营的设定目的范围内依法直接支配承包地,对承包地占有、使用和收益,并排斥包括集体经济组织在内的任何他人的干涉,从而限制了集体所有权。但是依据用益物权法理,用益物权人对他人所有之物的直接支配权限于用益物权设定的特定目的范围和期限,超出设定的目的范围和期限,用益物权人就没有支配的权利;其超越设定目的范围和期限的支配就构成对所有权的侵害,所有权人就有权予以排除。承包方的承包经营权是依法对其承包的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。因

〔19〕《中共中央办公厅 国务院办公厅关于引导农村土地经营权有序流转 发展农业适度规模经营的意见》(中办发〔2014〕61号)。

〔20〕例如,安徽省淮北市庙前村一改分田到户的做法,对耕地重新丈量后,集体议定按照各户土地确权的法定面积,采取全村一块田,到册不到户的并地模式,建设成高标准农田,由村合作社与农户签订每年每亩1000元的土地经营权租赁合同后,又按照原价转租给国内现代农业领军企业——中化现代农业有限公司,由公司采用先进技术进行耕种,实现粮食亩均增产50公斤,同比增长10%。参见“综合消息”,载《改革内参》2022年综合第19期。广东省佛山市南海区创造土地股份制模式,就是村级成立土地股份合作社,农户将土地经营权入股,村集体土地股份合作社流转土地经营权,农户按股分红,保障权益。还有汕头市农村创造的村集体统一调整承包地,土地虚拟确权,收回土地,给有耕种意愿的农户重新发包土地,其余土地整合成连片大田,通过市场统一拍卖,实现流转价值。参见蔡键、刘雨竹、宁宾瑶、黄梓濠:《村集体以中介身份参与是否有助于优化农地流转市场?——来自广东的实践证据》,载《中国农业大学学报》2023年第7期。

此，承包方超出这一设定目的的支配就是对集体土地所有权的侵害，集体经济组织就有权予以排除。因此，集体经济组织依据其所有权对承包方行使土地经营权有监督的权利。

《农村土地承包法》第14条规定发包方有权监督承包方依照承包合同约定的用途合理利用和保护土地；有权制止承包方损害承包地和农业资源的行为。但如何监督、如何制止，《农村土地承包法》并没有具体规定，该法对发包方的权利除了抽象规定的监督权、制止权外，没有规定其他权利。即使在承包人超越承包经营权的设定目的、不合理利用土地、损害承包地和农业资源的情况下，发包方也不享有解除合同的权利。相反，倒是对发包方规定了不得非法变更、解除合同，不得收回承包地，不得调整承包地等多项义务。《农村土地承包法》第四章“争议的解决和法律责任”一章第63条第2款规定：“承包方给承包地造成永久性损害的，发包方有权制止，并有权要求赔偿由此造成的损失。”但这一规定表明发包方只有在承包方给承包地造成永久性损害时，才能被动地要求赔偿损失。在永久性损害已经造成的情况下，有权制止就毫无意义。关键是要在损害发生前发包方具有切实可行的防止损害发生的制止权。但恰恰是因为法条对发包方有权制止的性质和措施都没有明确规定，致使发包方无从着手制止。发包方有权制止属于自力救济，还是请求法院制止？如果法律规定不明确，集体经济组织则有可能对造成永久性损害承包地的行为不作为或者乱作为，例如集体经济组织以其有权制止采取推倒建筑、铲除作物，甚至伤害对方人身等过激行为。

对此，首先应当明确作为发包方的农村集体经济组织对承包方的监督、制止的权利来自集体所有权，属于民事的监督。《农村土地承包法》第14条将发包方监督承包方的内容限于依照承包合同约定的用途合理利用和保护土地，据此，承包方改变土地用途，违背农时的闲置、荒芜土地，不按照合同约定实施土地改良等行为，发包方都有权监督，监督的方式就是向其提出要求、督促其改正。但是，如果其置之不理怎么办呢？作为民事监督，依据合同原理就必须以守约方的合同解除权以及追究违约方的违约责任为后盾；否则守约一方对违约方的监督就不可能实现。然而，《农村土地承包法》并没有明确规定承包方不按照合同约定的用途合理利用土地和保护土地的违约责任，只是在第63条规定，承包方、土地经营权人违法将承包地用于非农建设的，由县级以上人民政府有关主管部门依法予以处罚。同时也没有规定承包方改变土地用途、将土地用于非农建设的行为，以及闲置荒芜土地的情况下，发包方解除合同和追究承包方违约责任的权利。因此，发包方对承包方的监督权利完全是一句空话。法律忽视了集体经济组织和集体土地所有权对承包方土地违法行为的民事治理功能。倒是对于土地经营权流转合同，《农村土地承包法》不仅第42条规定了因受让方擅自改变土地的农业用途、弃耕抛荒土地连续两年以上、给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境等其他严重违约行为，承包方有单方解除合同的权利；而且，在第64条还规定了上述情形下，承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同的，发包方有权终止土地经营权流转合同。土地经营权人对土地和土地生态环境造成的损害应当予以赔偿。这完全符合物权法、合同法、侵权责任法等民法原理，能够对农地经营权流转关系发挥良好的调整作用。依据同一法理，在土地承包合同关系中法律也应当规定承包方发生上述严重违约行为的，发包方有解除承包合同和追究其违约责任的权利。诚然家庭土地承包经营合同与土地经营权流转合同不同，家庭土地承包经营权具有保障农民集体成员家庭耕者有其田的社会保障功能，

但这不能成为否定集体经济组织的合同解除权,从而放任承包方滥用权利、损害公共利益的借口。因为承包方做出上述严重的违约行为,不仅损害国家耕地保护和粮食安全等公共利益,也与发包方为其发包土地、提供社会保障的合同目的是违背的,说明其自毁其受耕地社会保障的利益。因此,理应按照合同原理,赋予发包方追究其违约责任和进行相应处置的权利,对这样的后果予以消除。至于处置后如何恢复其承包权,是制度设计的问题。例如,承包方已经连续抛荒耕地两年以上,发包方就不能放任这种情况继续下去,应当有手段处置。法律应当赋予发包方组织代耕的权利;<sup>[21]</sup>代耕期间,承包方要求复耕的,应当对其抛荒行为做出处理,承担违约责任后,在合理情形下恢复其耕种。如果代耕经过了更长时间,仍不要求复耕的则可以解除合同。只有赋予发包方对承包方弃耕抛荒土地的违约行为有解除权,在土地经营权流转中土地经营权受让人弃耕抛荒土地,而承包方不在合理期限内解除合同时,发包方终止合同的权利才更符合逻辑。

承包方损害承包地和农业资源的行为是对物的侵害行为,应当将《农村土地承包法》第14条所规定的发包方制止承包方损害承包地和农业资源行为的权利解释为《民法典》中物权保护的物权请求权,即妨害排除和妨害防止请求权。当承包方出现侵害或者可能妨害土地或者农业资源的行为时,发包方可以依法请求其停止侵害、排除妨害或者消除危险。已经造成土地和农业资源损害的应当依法要求承包方承担损害赔偿责任。其权利行使可以通过和解、仲裁、诉讼途径解决。可以依法向人民法院起诉,也可以请求土地执法部门制止或者向农业主管部门报告处置。

集体经济组织对土地经营权流转的民事监督并不限于承包经营权人或者经营权人违反合同改变土地用途、损害土地和农业资源、弃耕抛荒土地的行为,还应当包括土地经营权流转合同订立和履行的各个方面,例如合同订立行为是否规范、合同风险防范的监督,合同履行中转出方和受让方合同履行行为的监督,违约责任承担的监督等。对此,法律都应予以明确。

### 三、农地资源市场管理调控法律机制的完善:更好地发挥政府作用

市场配置资源的决定作用与政府对市场的管理和调节是相辅相成的,不因为发挥市场决定作用就排斥政府的管理和调节作用。政府的管理和调节作用体现在:一方面为市场发挥决定作用创造条件,充分利用市场作用;一方面防止市场失灵,弥补市场的不足。在我国土地公有制基础上的计划体制向市场体制转型的过程中,农地资源的市场配置并非经济生活的自然发育,而是由政府直接推动的。农地资源市场化的初创阶段,从中央到地方各级政府直接推动的政策措施主要体现在:一是推动农村集体产权制度的基础性改革;二是政府专项资金扶持为市场“输血”,培育农业经营主体;三是组织保障,有力推动市场建设。<sup>[22]</sup>正是政府政策措施的直接推动,建立了农地多元产权主体,确立了对农地具有直接支配权能的独立产权,培育了新型农业经营主体,建设了规范化的土地经营权流转交易市场平台,制定了农地资源要素流转交易的市场规则和管理制度,从而奠定了农地资源市场配置的基础。同时也建立了政府对农地市场管理调控的法律制度。

[21] 参见肖鹏、贾心可:《耕地弃耕抛荒下的强制代耕合同制度研究》,载《中国土地科学》2023年第7期。

[22] 参见王力、胡春梅、贾英姿、周晓亚、张红亮:《中国农村土地市场:建设、服务、创新》,载李光荣、王力主编:《中国农村土地市场发展报告(2018~2019)》,社会科学文献出版社2019年版,第4页。

一方面，将土地管理制度应用于农地流转领域，例如耕地保护、土地用途管制等；另一方面，适应农地市场发展需要建立了新的制度，例如，《农村土地承包法》第45条规定的建立社会资本取得土地经营权的资格审查等制度。但总体而言，政府对农地流转调控管理的措施主要存在于政策文件，农地市场调控管理的法律机制尚不完善。

有的观点认为，在农村土地市场建设发展的初期，各级政府通过安排专门的扶持资金、组织推动规模化流转等方式直接推动农村土地市场交易行为，随着农村土地市场机制的规范完善和市场机制在推动农村土地流转交易方面作用的日益有效、直接和明显，可以断定在不远的将来，随着产权有效激励、要素自由流动、价格反应灵活、竞争公平有序、企业优胜劣汰的市场机制的完善，政府将不必再直接参与推动引导市场交易行为。<sup>〔23〕</sup>但从目前的现实情况看，距离这种理想的市场机制还有相当的差距，农业作为天然的弱势产业，为实现保护农业优先发展和确保粮食安全等发展目标，政府对农地交易行为的扶持不可能很快退出，或将长期存在。正如有学者指出的，对土地经营权市场进行法律规制，不仅因为土地经营权市场与其他市场一样存在市场失灵问题，而且因为土地经营权市场承载着诸多重要的社会功能，只有对农地市场进行适度规制，才能消除各种可能导致土地经营权市场失灵的因素，使土地经营权市场优化农地资源配置的效果得以充分发挥，为了保障我国农业的基础地位，有效防控土地经营权流转中出现的各种“损农”“坑农”现象，推进现代农业持续、稳定、高效发展，也需要对土地经营权市场进行必要的规制。<sup>〔24〕</sup>因此，在建立了农地市场的民事法律机制的同时，还应当完善农地市场管理调控的法律机制，以更好地发挥政府对农地市场交易的推动作用。

农地市场管理调控的法律机制是保障政府对农地市场发挥管理和调控作用、实现政府调控和管理目标的法律制度。其中包括农地流转市场管理法律制度和农地流转市场调节的法律制度。前者主要包括《中华人民共和国土地管理法》（2019年修正）、《农村土地承包法》等法律规定的有关土地管理法律制度在农地流转管理中的适用，以及针对农地流转市场规定的管理制度，包括集体所有权和农地基本经营制度保护、农地资源保护、土地承包经营权和土地经营权登记颁证、社会资本取得土地经营权的资格审查、农地市场交易管理等。后者主要是促进农地流转的政策措施和制度设计的法律制度，目前，主要表现为中央和国家有关部门的政策措施，对其法律化尚不完善。对农地市场的管理制度的实现往往离不开调控措施的激励，调控目标的实现也离不开严格的执法管理。目前对农地市场管理调控法律制度的完善方向就是要将对农地经营权流转市场调控政策措施法律化，在法律化的过程中将调控政策措施与管理制度的严格执法紧密结合，实现市场对农地资源优化配置的目标。

#### （一）农地经营权流转中严格农地用途管制制度的完善

农地的市场化流转必须严格限制在农业用途，优先确保粮食生产，这是国家管控农地市场的首要目标。虽然政策和法律一直明确强调实行严格的农地用途管制、耕地保护和基本农田保护制度，严禁借土地流转之名，将农业用地非农化，违规搞非农建设，也规定明确的法律责任，但这些行为屡禁不止，其原因主要是执法不严。有的地方政府擅自调整县乡国土空间规划，规避占用

〔23〕 参见李浩：《农村土地市场建设发展中的政府行为》，载李光荣、王力主编：《中国农村土地市场发展报告（2018—2019）》，社会科学文献出版社2019年版，第139页。

〔24〕 参见许明月：《论农村土地经营权市场的法律规制》，载《法学评论》2021年第1期。

永久基本农田审批；有的未批先用、批少占多、批甲占乙，又通过补办手续或者已有批准手续而不进行处理或者轻处理。因此，对土地经营权流转中改变土地用途的行为应当切实完善执法措施，加大监督、处罚力度。一是农地经营权流转经过农地流转交易平台进行的由交易平台审查予以制止；二是对未经过市场交易平台进行的或者在市场交易平台完成交易后改变土地用途的行为，应当通过建立“田长制”，由县、乡、村三级联动全覆盖的耕地保护网格化监管予以发现和制止；三是建立严格的执法责任制、错案追究制，确保严厉追责；四是建立部门联动的执法机制，将行政执法与刑事司法、纪检监察相衔接；五是对非农化占用的农地要坚决恢复耕种，不得变通处理。除严厉执法以外，也要通过规划和建设用地指标的统筹调节，合理安排建设用地，以减少违法占地行为的发生。

#### （二）农地经营权流转中防止农地的闲置撂荒和粗放利用制度的完善

土地经营权市场的功能就在于为承包经营权人提供流转土地经营权的机制，防止土地的闲置荒芜或者粗放经营。但现实中经常存在承包经营户闲置撂荒承包地或者粗放经营的情况。<sup>〔25〕</sup>政府应该采取措施激励承包经营权人精心经营土地或者通过土地经营权流转将土地流转给他人经营。受让土地经营权的农业经营主体，对土地的粗放经营主要表现在不能按照当地自然条件对农作物生长环节进行必要的良种、施肥、灌溉、除草等管护工作，导致农作物产量低下，或者减少种植面积、次数等。政府应当采取措施，促进土地承包经营权人要么自己经营、精耕细作，要么流转土地经营权，防止土地撂荒或者粗放经营。目前的问题是对各项农业补贴的发放注重对农民利益的补偿，而对其政策调节管理作用及其效果重视不够，简单地按照土地亩数将补贴资金直补到户，是否起到了促进农业经营的作用则无从考查。随着农村大数据数字化建设和智能化管理的推进，应当以管理的数字化、智能化手段发挥农业补贴的管理调节作用，细化补贴内容和发放的依据，注重补贴实效，确保补贴真正能够激励农业生产者的经营行为，起到对农地市场的调节作用。

#### （三）通过价格调控促进农用地流转趋向粮食生产

农地经营权的流转必须在保障粮食生产安全和符合用途管制的前提下进行，农地经营权的流转价格会受到国家粮食收购价格、其他农业生产资料价格以及粮食与其他农产品比价关系的影响。利用市场作用的关键是处理好粮食收购价、农资价格以及粮价与农业经济作物的比价关系。因此，除了从耕地用途管制上规定基本农田必须种植粮食外，还应当通过粮食价格和农业生产资料价格调整，促使粮食价格与经济作物的比价趋于合理，保证农业经营者种粮不亏损，能够获得与经济作物相当的收益，才能通过价格杠杆促使农地经营权的流转趋向粮食生产。为此，一方面要提高粮食的收购价格，同时要控制农业生产资料价格上涨、降低生产成本，以弥补市场机制的失灵。

#### （四）通过产业政策引导农业用地市场化流转

实现乡村产业振兴要构建现代乡村产业体系，依托乡村优势资源，打造农业全产业链，推动农村一二三产业的融合发展、城乡融合发展。这一方面为推动农地资源的市场化配置提供了条件和机遇，同时也要求农地资源的市场化配置服务于农村产业体系的现代化和农业全产业链、农村

〔25〕 参见《国务院办公厅关于坚决制止耕地“非农化”行为的通知》（国办发〔2020〕24号）；《国务院办公厅关于防止耕地“非粮化”稳定粮食生产的意见》（国办发〔2020〕44号）；《农业农村部关于统筹利用撂荒地促进农业生产发展的指导意见》（农规发〔2021〕1号）。

一二三产业融合发展的需要。农业全产业链的打造和农村一二三产业的融合发展，为农业劳动力的转移创造了机会，为土地经营权的流转创造了条件，使农民可能享受到更多的产业增值收益，从而增进其土地经营权流转的动力，也为政府通过政策引导土地经营权流转提供了契机。

在全产业链打造和一二三产业融合发展中，要引导和推动农地经营权的流转，主要涉及对待资本下乡的政策。《中共中央办公厅 国务院办公厅关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》曾明确提出，加强对工商企业租赁农户承包地的监督和风险防范。2015年，农业部、中央农村工作领导小组办公室、国土资源部、国家工商行政管理总局也出台了《关于加强工商资本租赁农地监管和风险防范的意见》（农经发〔2015〕3号），主要是从工商资本长时间、大面积租赁农地容易挤占农民就业空间，加剧耕地非农化和非粮化趋向，以及存在的经营风险隐患等方面对资本租赁农地持审慎态度，从规定工商资本的农业准入门槛和资格审查、项目审查、分级备案管理等制度和健全多方参与、管理规范的风险保障金制度等方面，严格监管工商资本租赁农地，防止耕地非农化、非粮化和农民权益受损。当前在继续执行对工商资本的监管和风险防范的制度的前提下，也要考虑在乡村振兴背景下，打造农业全产业链、融合发展农村一二三产业，有利于农业劳动力的转移和农民就业机会的增多，工商企业也会有更多的经营项目，因此应当采取更加积极的鼓励工商资本参与的政策，在准入资格、经营规模、经营范围等方面给予工商企业更多的机会，将资金、技术和先进经营方式及人才引入农业农村产业。在土地经营权流转中应当引导农户向符合资格和项目审查条件的工商企业流转土地经营权；或者引导农户将土地经营权流转给新型农业经营主体，新型农业经营主体与工商企业建立市场化的协作。特别要注重规模化的土地经营权流转，满足企业对农业用地的需求，助力农业全产业链的打造和农村一二三产业的融合发展，促进农业的发展。

#### （五）建立健全农业社会化服务体系促进农地市场化配置

影响农地经营权市场化配置的一个重要因素就是当地农业社会化服务的程度。随着土地经营权流转和农业经营规模的扩大，从农业生产的增产到农业经营风险的防范，农业经营主体都会有更多的社会化服务需求。例如农业经营者在良种种苗、病虫害的防治、测土施肥、灌溉、农业机械、农产品质量检测、秸秆综合利用、粪污处理、农产品烘干、仓储物流、人才培养、农业保险等方面都会有社会化的服务需求。社会化服务供给和服务质量对农业经营者的满足程度，与其对土地经营权的流转意愿呈正相关的关系。如果政府能够推动建立健全农业社会化服务机构，提供良好的社会化服务，农业经营者就愿意流转土地经营权，扩大经营规模。有的承包经营户自己不种地、又不流转承包地，是因为其在外打工没有时间办理流转，如果建立了承包地流转托管服务，则可以由服务机构提供流转服务或者托管，减少承包地的闲置。因此，政府应当制定和实施扶持农业社会化服务组织的政策，建立健全农业社会化服务体系，为农业经营者提供充分、良好的社会化服务，促进农地资源的市场化配置。

#### （六）加强市场监管，营造良好的市场环境

农地资源的市场化配置与农村的整体市场环境直接相关，良好的市场环境有利于农地经营权的市场化流转。政府营造良好的农地经营权流转的市场环境主要包括：一是消除农地流转的市场壁垒，建立统一市场规则，实行本集体成员和本集体以外的社会主体的平等的准入规则和交易规

则；二是培育主体，特别是农民的契约责任意识，防止随意要求涨租金、撂荒土地等违约、毁约行为；三是严格行政执法，切实保护农业经营者的农地产权和农产品所有权，制止干涉经营、破坏生产经营设施、偷窃哄抢农产品、阻止农产品运输和销售等不法行为；四是加强对政府自身的执法监督，防止权力寻租，确保廉洁执法和各项惠农政策的落实。通过这些措施，营造良好的农地市场环境，促进农地流转。

## 四、结 语

经过经济体制和农地产权制度改革，我国已经建立了以土地承包经营权和土地经营权为基础的农地市场配置的法律机制，但这一机制存在市场机制的固有缺陷，也存在农村集体经济组织和集体土地所有权缺位的特定性局限。在全面实施乡村振兴战略、实现中国式农业现代化的背景下，为实现市场对农地资源决定性配置作用，应当完善农地资源市场民事法律机制，充分发挥农村集体经济组织的民事治理作用；将政府对市场管理调控的政策措施法律化，将管理严格执法与调控激励相结合，完善农地资源市场管理调控法律机制，更好地发挥政府的市场调控管理作用，以弥补农地市场机制的不足，促进市场对农地资源的有效配置。

---

**Abstract:** In our country, the legal mechanism of agricultural land market allocation based on land contract management right and land management right has inherent defects in the market mechanism, but also has a specific limitation of the rural collective economic organization and the absence of collective land ownership. To realize the effective allocation of agricultural land resources by the market, it is necessary to give full play to the civil governance role of the rural collective economic organization and the market management and regulation role of the government. It is necessary to perfect the civil legal mechanism of agricultural land market, clarify the legal status and rights of rural collective economic organizations to intervene in the transfer of farm contracted land management rights, expand the scope of rural collective economic organizations to transfer land management rights, and improve the supervision rights of rural collective economic organizations. We should improve the legal mechanism for the management and regulation of the agricultural land market, and give better play to the role of the government in the control of agricultural land use, agricultural subsidy policies and price regulation, industrial policy guidance, improving the market service system and creating a good market environment.

**Key Words:** market allocation of agricultural land resources, rural collective economic organizations, land management right

---

(责任编辑：徐建刚)

## 集体经营性财产收益权量化的困境与破解之策

宋志红<sup>\*</sup>

**内容提要：**早期的集体经营性财产股份合作以“股”指向资产份额为底层逻辑，随着改革的深入遭受了实质性违反公有制的质疑，并陷入“股”之定性和权能困境。改良后的集体经营性财产收益权量化明确否定了“股”之资产份额属性，但面临量化对象与作用范围错位、量化理论依据不足等问题。农村集体经济组织分配集体财产收益的方式，应当以集体统筹提供服务和福利为主，以向成员个人分红为辅，前者之经费应当通过提取公积公益金的方式优先保障，并充分发挥此种方式“扶弱奖能”的作用。鉴于法理依据不足，农村集体经济组织没有必要进行收益权量化，在无足够充分且正当的理由推翻时，剩余可分配收益按人头平均分红是最不具争议和最经济的做法。

**关键词：**农村集体经济组织 集体经营性财产 收益权 股权 量化

• 155 •

### 一、问题的提出

收益分配制度是农村集体经济组织制度体系的重要内容。全国人大法工委于2023年12月底公开征求意见的《中华人民共和国农村集体经济组织法（草案二次审议稿）》（以下简称“二审稿”）第4、13、27、31、41、42条对农村集体经济组织收益分配的原则、顺序、依据、程序等作出了规定。总体上看，农村集体经济组织当年收益先提取公积公益金，剩余可分配收益向成员个体分配（亦被称为“分红”）的思路，借鉴了公司的收益分配制度。对于各成员分红份额的确定，其采取的做法是将经营性财产收益权以份额形式量化到成员，并以此作为成员分红份额的依据，所量化的“份额”在实践中被称为“股份”，成员据此享有的分红权被称为“股权”，该做法

<sup>\*</sup> 宋志红，中央财经大学法学院教授。

本文为国家社科基金重大项目“农村集体所有制法律实现机制研究”（22&ZD202）的阶段性研究成果。

亦被称为“按股分红”。该做法虽然看似模仿了股份公司的分红制度，但鉴于农村集体经济组织财产和成员基础的不同，其股权和分红制度与公司相关制度具有本质属性之不同，已是学术界共识。

二审稿第41条将前述股份界定为成员享有的“集体经营性财产收益权量化的份额”，意味着其属于成员享有的集体财产收益分配权之部分内容的份额量化。对于集体财产收益在成员间的分配逻辑，绝大多数学者均赞成成员平等原则，但对该平等原则的具体适用缺乏更为细致的研究。具体到成员按股分红的制度设计上，鉴于该量化份额并非每年调整，而是会成为成员（或成员家庭）在未来相当长的时期内享有的固定份额，<sup>〔1〕</sup>亦即未来若干年内成员间的分红比例被一次性相对固化，这意味着即便是成员持股数量上的轻微差异，累积若干年亦会带来成员分享集体财产收益总量的巨大差异，这种差异还会随着集体财产收益量的增加而放大。由此提出的问题是，舍弃按人头平均分红的朴素规则，耗费大量制度成本改为将成员对集体经营性财产收益享有的分配权量化为不同的份额，并形成成员分享分红数额的差异格局，其法理基础和正当性理由何在。

从政策变迁脉络看，集体经营性财产收益权份额量化的前身是集体经营性资产股份合作，作为改良版政策设计，其致力于摆脱将“股”定性为资产份额的嫌疑。但深入分析发现，此种半路起家的改革工程不仅无法彻底摆脱其“前身”的影响，还易出现制度设计上的法理和逻辑悖论。鉴于此，本文对集体经营性财产收益权份额量化政策的变迁脉络及其缘由予以梳理，剖析集体经营性资产股份合作与集体经营性财产收益权量化各自面临的困境，并提出破解之策。

• 156 •

## 二、前身：集体经营性资产股份合作及其困境

### （一）集体经营性资产股份合作的改革部署与实践探索

#### 1. 中央改革部署

十八大以后，中央开始大力推动农村集体产权制度改革。2013年《中共中央 国务院关于加快发展现代农业 进一步增强农村发展活力的若干意见》提出“鼓励具备条件的地方推进农村集体产权股份合作制改革”。2013年十八届三中全会发布的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出“保障农民集体经济组织成员权利，积极发展农民股份合作，赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权”。为了落实这一改革部署，2014年11月22日农业部、中央农村工作领导小组办公室、国家林业局联合印发《积极发展农民股份合作 赋予农民对集体资产股份权能改革试点方案》（农经发〔2014〕13号）（以下简称“2014年13号文”），在29个县（市、区）部署了农村集体产权股份合作制改革，要求“发展多种形式的股份合作”“积极发展农民股份合作”，并首次确立了将集体资产区分为资源性资产、经营性资产、非经营性资产三种类型并分类指导的思路。

2016年，中共中央、国务院印发《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》（以下简称

〔1〕《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》规定：“股权管理提倡实行不随人口增减变动而调整的方式。”这意味着股权固化是被提倡的方式。

“2016年37号文”），作为农村集体产权制度改革的蓝图，该文件继受了2014年13号文资产分类改革思路：对于土地等资源性资产，其改革重点是确权登记颁证；对于用于公共服务的非经营性资产，其改革重点是建立健全统一运行管护机制；对于用于经营的房屋等经营性资产，则要求着力推进资产确权到户和股份合作制改革。其中，经营性资产股份合作是整个改革的重点，〔2〕其内容和要求可以归纳为两项：一是在资产折股量化层面，要求“将农村集体经营性资产以股份或者份额形式量化到本集体成员，作为其参加集体收益分配的基本依据”〔3〕，在配股上要求“体现成员集体所有和特有的社区性，只能在农村集体经济组织内部进行”〔4〕；二是在股份流动层面，要求“赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权”〔5〕，并强调“现阶段农民持有的集体资产股份有偿退出不得突破本集体经济组织的范围，可以在本集体内部转让或者由本集体赎回”〔6〕。不难看出，第一项改革内容的目标在于量化成员对集体经营性资产的权益份额，也即“明晰份额”，第二项改革内容的目标则致力于权益份额的流动性，其偏重效率的市场化导向目标十分明确。

而之所以针对三类资产采取不同的改革思路，并将股份合作的资产范围限定为集体经营性资产，未见官方解读。但2014年13号文的相关表述明确了其将土地等资源性资产排除在外的主要原因：当时承包地的工作重点是土地承包经营权的确权登记颁证，宅基地和集体经营性建设用地则由当时的国土资源部牵头另行制定专门试点方案。〔7〕这揭示了此项安排背后改革任务条块分割和部门分工的现实考量。有实务界同志从操作层面解释：一方面，对于承包地、宅基地和集体经营性建设用地这“三块地”，国家已有政策安排；另一方面，当时土地等集体资产尚不能进入市场，价值一时难以显现，评估缺乏实际意义。〔8〕也有学者从主要矛盾视角解释：“改革之所以聚焦经营性资产，是因为经营性资产的清产核资最能为农民带来收益，农民最为关切，当前的问题也突出反映在经营性资产上。所以，农村集体产权制度改革应以经营性资产量化为主，其他资产也要按属性分类量化。”〔9〕综合上述解读，结合笔者在实践调研中同各方的交谈心得，笔者不妨揣测将其主要原因归纳为三方面：〔10〕一是考虑到大部分的集体土地等资源性资产已经通过承包经营、分配宅基地等方式无偿分配给集体成员占有使用，集体并无直接经营管理的权利，将其排除在集体资产量化的范围之外，可以避免一些地方产生将承包地或宅基地收回并予以量化的政策误区；二是以货币、厂房、机器设备等形式存在的集体经营性资产，在市场化的运营管理中更容易出现流失问题，在城镇化的过程中随着一些村社的撤并等也更容易被行政平调或者移转，通过折股量化和股份合作可以锁定资产范围和成员权益，给成员发放股权证以及分红的表现形式也可以给农民

• 157 •

〔2〕《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》第一（二）条提出“着力推进经营性资产确权到户和股份合作制改革”，第二（三）条提出“以推进集体经营性资产改革为重点任务，以发展股份合作等多种形式的合作与联合为导向”。

〔3〕《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》第四（九）条。

〔4〕《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》第四（九）条。

〔5〕《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》第四（十一）条。

〔6〕《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》第四（十一）条。

〔7〕参见《积极发展农民股份合作赋予农民对集体资产股份权能改革试点方案》第二（二）条。

〔8〕参见方志权：《中国农村集体经济组织产权制度改革若干问题思考》，载《科学发展》2014年第9期。

〔9〕程春丽：《深化农村集体产权制度改革的现实诉求与路径选择》，载《经济研究导刊》2018年第25期，第8页。

〔10〕此处归纳忽略农业农村和国土资源主管部门不同分工的影响。

带来极大的获得感；三是单纯就集体经营性资产量化不会涉及集体土地等公有制专属资产，可以避免将集体土地等公有制专属资产量化可能带来的“私分”顾虑或质疑，有助于凝聚改革共识。

## 2. 地方实践探索

地方探索则呈现出如下特色：

一是部分地方的非经营性资产和土地等资源性资产亦被纳入折股量化范围。虽然中央部署将资产量化的范围局限于集体经营性资产，但部分地方有不同程度的突破，例如浙江、<sup>〔11〕</sup>青海、<sup>〔12〕</sup>大连、<sup>〔13〕</sup>祁门县大坦乡<sup>〔14〕</sup>等。

二是成员持股数额不均的现象较为常见。其形成原因，主要是初始配股时考虑人头之外的多元因素。中央文件未对配股考量因素作出规定，从地方探索看，除了极少数地方只考虑人头并严格按照一人一股平均分配者外，<sup>〔15〕</sup>绝大多数地方均是考量多种因素，除了最常见的人口股（基本股）和劳龄股外，还存在土地股、扶贫股、敬老股、贡献股、奖励股、华侨股、福利股、村龄股、现金股、独生子女奖励股等等多种类型。<sup>〔16〕</sup>《农村集体经济组织示范章程（试行）》（农政改发〔2020〕5号）（以下简称《示范章程》）列举的成员股类型也涵盖了人口股、劳龄股、扶贫股、敬老股等。<sup>〔17〕</sup>“数人头”之外其他多种因素的考量意味着成员间在初始股权配置的数量上呈现出差异性。除此之外，股权的转让、继承等有可能进一步加剧此种差异。

三是非成员持有本集体经济组织股权的现象在试点实践中并非个例，其产生原因主要有三方面：（1）初始配股对象外溢。虽然中央部署要求初始配股对象仅限于本集体经济组织成员，但部分地方扩展至成员之外。典型如广州市黄埔区<sup>〔18〕</sup>和浙江省宁波市江北区。<sup>〔19〕</sup>（2）允许股权外部转让。中央部署要求股权转让限于本集体经济组织内部，对此，尽管大多数试点地方遵循了此规则，但也有个别地方适当扩展了范围，例如浙江省。<sup>〔20〕</sup>（3）允许非成员继承股权。从试点探索看，大多数试点地方均允许不具备本集体成员资格的继承人继承股权，但对其选举权和表决权

〔11〕 浙江省规定非经营性资产和集体经营性建设用地入市收益均可折股量化。参见《浙江省农村集体资产管理条例》（2020年修正）第27条。

〔12〕 青海省将除承包地之外的资源性资产予以量化。参见赵阳主编：《农村集体产权制度改革》，人民出版社2020年版，第177-178页。

〔13〕 大连市将未承包到户的集体土地等资源性资产区分为用于经营的和非经营的，将其中用于经营的部分予以量化。参见《大连市人民政府办公室关于农村集体经营性资产股份合作制改革的指导意见》（大政办发〔2019〕71号）第二（一）2条。

〔14〕 祁门县大坦乡将村集体的三类资产全部纳入折股量化范围。参见《祁门县大坦乡农村集体资产产权股份合作制改革试点推进工作实施方案》。

〔15〕 典型如笔者曾现场调研的天津市西青区李七庄街凌庄子村。

〔16〕 例如：湖南常宁有的地方设置人口股、土地股、农龄股、资金股、贡献股、扶贫股等不同股份；福建晋江设置华侨股、福利股、奖励股、贡献股、村龄股等；山东青州市王坟镇规定“有条件且有需要的地方也可根据实际设置扶贫股、独生子女奖励股等”[《中共王坟镇委员会、王坟镇人民政府关于扎实推进农村集体产权制度改革的实施意见》（2018年）第三4条]。

〔17〕 参见《农村集体经济组织示范章程（试行）》第39条。

〔18〕 广州市黄埔区规定：农村集体经济组织股权可根据实际情况设置社区股和社会股，社区股是指配给农村集体经济组织成员的股份，社会股是指配给在计股的起止时间内，曾是本村村民并在本村从事过劳动、承担了社员义务后因户口迁出或其他原因失去本集体经济组织成员身份的人员的股份。参见广州市黄埔区人民政府办公室于2020年10月12日印发的《黄埔区（永和街、九佛街、龙湖街、新龙镇）农村集体经济组织股份合作制改革的指导意见》三（二）条。

〔19〕 浙江省宁波市江北区全区共确认127310名股东，按照股权享受对象是否为社员，分为社员股东和非社员股东两类，其中，社员股东93124人，非社员股东34186人。

〔20〕 浙江省提出“努力创新农民个人拥有的集体股权流转交易途径，探索在县域范围内开展股权流转交易”。参见《浙江省人民政府办公厅关于全面开展村经济合作社股份合作制改革的意见》（浙政办发〔2014〕101号）第四（二）条。

等作出限制，典型如大连市〔21〕和天津市〔22〕等。当然，也有个别地方赋予继承者民主管理权利，例如北京市昌平区的北店嘉园社区，允许非成员居民继承后享受合作社的选举权、参与经营权、管理权等权利。〔23〕这些情形均会导致非成员持股现象的产生。

## （二）集体经营性资产股份合作的困境

各地在“股”之相关制度设计上的差异性探索只是表象，一些地方探索突破2016年37号文的现象也并不能归因于政策执行的偏差，其背后折射出的，恰好是困扰集体资产股份合作制改革深入推进的两大困境：一是“股”之内涵与定性困境，二是“股”之权能以及与此相关的股份经济合作社发展方向困境。

### 1. “股”之内涵与定性困境

集体资产股份合作并非新事物，作为一种具有中国特色的经济体，农村社区的股份合作制起源于20世纪90年代农民的自发创造，其致力于将股份制与合作制相结合，以便在坚持公有制性质的基础上解决因集体产权模糊或虚置带来的效率低下问题。而集体产权的模糊或虚置状态也通常被形象地描述为“名义上社区成员人人有份，但实际上人人又没有份”〔24〕。与此相应，股份合作制改革的一个重要内容就是希望通过资产的折股量化明确成员个体的权益，从而实现产权明晰的目标。

对于此轮股份合作改革探索中的“股”到底是何种内涵，在早期的改革探索中并未引起过多关注，实践中还经常见到用“从共同共有到按份共有”来描述此种产权关系变化的现象。〔25〕从2014年13号文和2016年37号文本身的用语看，“股”指向资产份额的迹象十分明显，典型如“将农村集体经营性资产以股份或者份额形式量化到本集体成员”的表述。2016年37号文中将“经营性资产确权到户”的表述，更是表明其意欲通过股份配置方式将集体的经营性资产确权到户。尽管2016年37号文亦有将股份作为成员“参加集体收益分配的基本依据”之表述，但这也只是对该股份之用途的表述，并不能视为对其资产份额之内涵的否认。从试点实践看，各地文件中关于将资产以份额形式量化或者转让资产份额的表述更是十分常见；从各地的折股量化操作看，“股”本身就是资产量化、折股并分配的结果；从股权证等的记载事项看，股份经济合作社章程中对股金总额和每股数额的记载，以及成员股权证上对股权（股份）数量和每股金额的记载，也均将“股”指向资产份额。

不仅如此，中央改革部署允许股权转让、继承的制度设计，本身就以“股”指向资产份额为基础，因为只有与资产份额相对应的“股”才可以被转让或者继承。对此，当年参与改革政策设计的同志有清晰的认识和论述：“由于集体资产收益分配权源于成员权，而成员权是有时限的，成员权的丧失意味着集体收益分配权的丧失，因此，单纯的集体收益分配权是不应该继承的。”

〔21〕 参见《大连市人民政府办公室关于农村集体经营性资产股份合作制改革的指导意见》（大政办发〔2019〕71号）第二（四）3条。

〔22〕 参见赵阳主编：《农村集体产权制度改革》，人民出版社2020年版，第44页。

〔23〕 参见赵阳主编：《农村集体产权制度改革》，人民出版社2020年版，第265页。

〔24〕 韩俊：《股份合作制与农村产权制度变革》，载《中国农村经济》1992年第11期，第21页。

〔25〕 参见黄中廷：《从“共同共有”到“按份共有”的变革——北京市乡村集体经济产权制度改革的理论与实践探索》，载《前线》2008年第6期。显然，民法上的共同共有和按份共有均不属于公有产权形态，鉴于此话题与本文讨论问题并不直接相关，此处不予回应。

“如果允许继承，则无论是按份量化还是按价值量化，这种股权就不再是单纯的收益分配权，而是真正意义上的产权。”〔26〕同时认为：“产权制度改革将集体资产折股量化到人，实现了集体资产从‘共同共有’到‘按份共有’的转变。”“只要农民作为集体经济组织成员资格合法、量化的集体资产合法、获得程序合法，农民对所量化集体资产的产权就是合法的，就可以依法继承。”〔27〕可见，其认为股权之所以允许继承，就是因为其指向资产份额，否则，是无法被继承的。尤其是对非成员股东而言，“股”指向资产份额是其参与集体财产收益分配的根基。〔28〕

由此可见，无论是从当初改革政策设计的底层逻辑看，还是从改革实践中“股”之产生实际过程看，“股”指向资产份额的意蕴十分明显。

在早期的改革探索中，股份合作改革“红利”效应凸显，“村民变股民”增强了农民的获得感，农民手持“股权证”喜笑颜开地说自己成了百万富翁，年底农民敲锣打鼓排队领取集体分红款的经典画面频频见诸媒体。但随着改革的深化，尤其是随着集体资源性资产等亦被纳入折股量化范围，以及随着股权抵押、担保、转让、继承等流转探索的深入，“股”之内涵和权能的问题逐渐被重视。

如前所述，股份合作的初心之一在于通过股份的分配明晰个体的产权份额，以此实现产权明晰的目标。但集体资产属于公有资产，而非任何形式的共有资产。公有制是对个体性私有产权的超越，共有制本质是私有财产的叠加与集合。〔29〕公有产权与共有产权的一个重大不同，即在于前者不承认个人的产权。从我国农民个人财产向集体公有财产转变的过程看，社会主义改造时期的初级农业生产合作社因为承认社员的出资份额并实行按份额分配，以及允许退社自由，被认为本质上属于“私”的产权形态；高级农业生产合作社因为不再存在出资份额、完全实行按劳分配，并取消了退社自由，从而被认为实现了从私有产权向公有产权的转变。〔30〕“农村土地的质变过程就是从否定农民对入社土地的股权为标志的。”〔31〕故此，合作制的终点被看作是集体所有制的起点。〔32〕但集体资产股份合作制改革则在某种程度上呈现出相反的表现形式：通过资产折股量化明确各成员的资产份额，集体资产收益实行按股（资产份额）分红，成员享有有限的退社自由（通过集体回购股权或者集体内部转让股权方式）。对此种产权安排到底是“公”还是“私”的不同判断，最终被聚焦于量化给成员个体的“股”之内涵和性质上。尤其引人忧虑的是，随着改革的深入，当股份合作的资产范围被扩及集体土地等公有制专属资产，叠加成员间持股数量差异性的扩大，以及股份持有向非成员的外溢，对该股份合作是否实质性违反集体公有制尤其是土地公有制的质疑也逐渐增多。

〔26〕 课题组（黄延信、余葵、师高康、王刚、黎阳、胡顺平、王安琪）：《对农村集体产权制度改革若干问题的思考》，载《农业经济问题》2014年第4期，第11页。

〔27〕 课题组（黄延信、余葵、师高康、王刚、黎阳、胡顺平、王安琪）：《对农村集体产权制度改革若干问题的思考》，载《农业经济问题》2014年第4期，第11页。

〔28〕 参见宋志红：《集体经营性资产股份合作与农村集体经济组织之关系重构》，载《法学研究》2022年第3期。

〔29〕 参见桂华：《产权秩序与农村基层治理：类型与比较——农村集体产权制度改革的政治分析》，载《开放时代》2019年第2期。

〔30〕 参见孙宪忠：《争议与思考——物权立法笔记》，中国人民大学出版社2006年版，第452-461页。

〔31〕 韩松：《论农民集体所有权的成员集体所有与集体经济组织行使》，载《法商研究》2021年第5期，第149页。

〔32〕 参见陈锡文：《集体经济、合作经济与股份合作经济》，载《中国农村经济》1992年第11期。

鉴于此问题的重要性，时任全国人大农业与农村委员会主任陈锡文同志于2018年开始在多个场合澄清“股”之内涵，强调集体产权制度改革中出现的所谓“股”，其实只是指每个成员在集体资产收益中的具体分配份额，并非代表资产，因为集体的资产是不可分割给个人的。否则容易混淆农村集体经济组织的性质。并进一步强调，农村集体经济组织有两大基本特征：一是集体的资产不可分割到个人；二是集体组织成员享有平等权利。<sup>〔33〕</sup>这一阐述旗帜鲜明地强调了农村集体经济组织的公有制属性，否定了“股”的资产份额之内涵，并强调其仅仅是资产收益分配份额，这对于农村集体经济组织正本清源非常重要。

但遗憾的是，此时很多地方的股份合作改革业已完成，其股份经济合作社早已遵循“股”之资产份额的逻辑设计相关制度并实际运转，无论是对集体资产进行折股量化的操作本身，还是每年按固定的股权（股份）比例分红，抑或是探索股权（股份）的转让或继承，均以“股”指向资产份额为基础，如果不改变相关的制度设计，只是在阐释上重新定性，并无法彻底摆脱此前“股”被指向资产份额所带来的影响。这导致“股”之定性陷入了两难困境：如果不承认“股”之内涵指向资产份额，折股量化、按股分红、股权流动等探索均将成为“空中楼阁”；如果承认“股”之内涵指向资产份额，又会与集体资产作为公有制资产不可分割或份额化到个人的基本要求相冲突，股权的不均衡配置、开放配置以及外部流动则会进一步加剧此种冲突。

## 2. “股”之权能与股份经济合作社发展方向困境

股份经济合作社的“股”之定性问题，不仅仅是停留在意识形态层面的争论，还事关股权之权能设计以及股份经济合作社的未来发展方向等一系列制度设计。对“股”的含糊定性导致股份经济合作社围绕股权权能的制度设计在坚守封闭与走向开放之间摇摆，并陷入治理困境。

作为一种具有鲜明中国特色的经济体，农村社区股份合作制组织一经诞生就受到了社会各界的广泛关注。学术界的大量研究普遍认为其属于过渡性的组织形态，向现代企业过渡是其未来发展方向。例如有学者认为：股份合作制运作面临产权不清、归属不清和管理梗阻、发展受限两大难题，并进一步指出此种组织形式在领导体制、管理机制、激励机制和流动发展方面存在诸多缺陷；<sup>〔34〕</sup>有学者指出：“如果将农村经济合作社的股份制视作是农村集体经济发展转型的第一步，那么，向现代企业过渡，使集体经济发展进一步符合市场经济体制的要求，则是农村集体经济发展转型的第二步。”<sup>〔35〕</sup>“社区型股份合作制改革的总体目标是实现三个转变，即社区型向企业型转变、封闭型向开放型转变、集体经济组织向现代企业制度转变。”<sup>〔36〕</sup>而此次的农村集体资产股份合作，实有“旧瓶装新酒”之意。

对于此次的股份合作制改革，一方面，其在组织治理机制上普遍设置了成员大会、理事会和监事会等，明显参考了现代公司治理的理念和制度设计；另一方面，为了维持其“公”的属性，中央文件特别强调“农村集体经营性资产的股份合作制改革，不同于工商企业的股份制改造，要

〔33〕 参见陈锡文：《从农村改革40年看乡村振兴战略的提出》，载《中国党政干部论坛》2018年第4期。

〔34〕 参见何国元：《股份合作制运作的两大难题》，载《中国集体经济》1999年第1期。

〔35〕 吴翔阳：《现代企业制度：农村股份合作制创新的一个方向》，载《理论前沿》2007年第15期，第36-37页。

〔36〕 罗必良、潘光辉、吴剑辉等：《社区型股份合作制改革面临创新——基于“龙岗模式”的理论与实证研究》，载《华南农业大学学报（社会科学版）》2004年第4期，第1页。

体现成员集体所有和特有的社区性，只能在农村集体经济组织内部进行。”〔37〕从现状看，虽然绝大多数的股份经济合作社基本上维持了社区性和封闭性，但走向开放性的声音和张力一直都存在。实际上，关于这些股份经济合作社未来的发展方向，一直面临着两种力量的较量：一种力量是基于效率的考量主张其向现代企业制度方向发展，与此相应，促使股权开放、流动、适度集中等，是其必然的选择；另一种力量则是基于公有制底线的考量主张应当维持社区性（封闭性）和人人有份的均等性。博弈的结果，是围绕股份经济合作社的理论主张和若干制度设计均在承认个人资产份额的现代企业制度逻辑与不承认个人资产份额的公有制逻辑之间纠结、摇摆或折中。例如：在表决上实行一人一票，在集体资产收益分享上则实行按股分红；允许外部主体继承股权但又不承认或限制其民主管理权利；股权配置适度突破成员边界但限于与集体有特殊渊源或有特殊贡献的人员；允许股权在内部转让但限制每人最高持股数量；等等。这些审慎折中的举措貌似稳妥，实则蕴藏隐患。

以允许非成员的继承人继承股权但不享有表决权为例，随着此类持股的非成员继承人人数增多，股份经济合作社内将出现较多的拥有分红权但无表决权的人，与此同时，由于股权的相对固化管理，股份经济合作社内还会出现一些新增人口虽属于成员但不拥有股权的情形，这些人虽然拥有表决权但无分红权，非成员股东与非股东成员的拉锯由此展开，必将影响股份经济合作社的有效运转。事实上，宁波市一些较早开展股份合作的村庄，已经出现了此种困境。由此可见，基于不同逻辑的制度设计混杂在一个组织体内，难免会出现制度运行中的张力、冲突和内耗。

### 三、后续：集体经营性财产收益权量化及其悖论

有关领导同志在2018年明确否定集体资产股份合作改革中的“股”之资产份额属性，并明确将其定性为“集体资产收益分配份额”之后，实践中对股份合作的探索逐步开始更为谨慎和保守。从农业农村部起草《农村集体经济组织法（草案）》的历程看，随着讨论中共识的逐步达成，草案中有关集体经营性资产股份合作的内容也逐步缩减和弱化，最终反映到《中华人民共和国农村集体经济组织法（草案一次审议稿）》（以下简称“一审稿”）中，只剩下两个轻描淡写的条文（第41和42条），并将具体办法授权给农业农村部制定，二审稿维持了这一局面。对此，有不少立法建议认为草案对实践中集体资产股份合作制改革的探索成果反映不充分，概因不了解这一政策变迁过程。但由此提出的疑问是，像二审稿一样明确将股份合作改革之“股”定性为“集体经营性资产收益分配份额”之后，相关探索是否就能彻底摆脱违反公有制的嫌疑并自圆其说地顺畅运转。

实际上，在早期的股份合作改革中，尽管将“股”指向资产份额的做法涉嫌违反公有制，但其制度设计的底层逻辑是清晰且周延的。例如：在配股时，除了按人头均分资产份额（人口股），还将成员过去的贡献（典型如集体劳动年龄、集体积累贡献）等亦折算成资产份额，成员基于分配的资产份额而享有股权，并基于该股权而获取分红；同样，鉴于其指向资产份额，所以其类似股权一样可以流转。但当将其定性改为仅是“集体经营性财产收益权量化份额”之后，无论是份

〔37〕《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》第四（九）条。

额量化还是按份额分红，均面临逻辑错位和法理依据不明的问题，例如：为何经营性财产收益权的量化份额可以作用于其他类型的财产收益？收益权量化的考量因素和理论依据为何？被量化的份额能否流转？量化的意义何在？在这些问题弄清之前，缺乏有效理论支撑的集体经营性财产收益权量化无异于“空中楼阁”，二审稿第41条授权农业农村部制定的具体办法也将会面临重重困难。

#### （一）量化对象与作用范围的错位

二审稿第41条中“集体经营性财产收益权量化”的表述，表明其量化的是针对集体经营性财产的收益，而不包含其他两类财产的收益。但第41条第1款后段中“作为其参与集体收益分配的基本依据”之表述，以及第43条最后一段中“剩余的可分配收益按照量化给本集体经济组织成员的集体经营性财产收益权份额进行分配”的表述，又意味着该量化份额不是仅指向集体经营性财产的收益分配，而是指向全部集体财产的收益分配。此种显然出现了逻辑错位。那么，如果将相关表述更改为“参与集体经营性财产收益分配的基本依据”以及“剩余的集体经营性财产可分配收益”，是否就妥当了呢？鉴于集体财产收益来源的多样性和混杂性，在动态的运营管理活动中，不仅集体经营性财产收益难以甄别和单独管理，此种做法还会导致集体其他财产收益的分配遁入真空。实际上，无论是从二审稿第41条和第43条的表述看，还是从改革实践看，无论是之前的“股份”还是现在的“量化份额”，其事实上均被当作了集体全部财产收益分配的依据，这意味着名义上的“集体经营性财产收益权量化”实则是“（全部）集体财产收益权的量化”。

按照《农村集体经济组织会计制度》的规定，农村集体经济组织的收益，是指农村集体经济组织在一定会计期间的经营成果。<sup>〔38〕</sup>从会计制度上说，农村集体经济组织在一定会计期间内的总收入减去总支出，即为其在该会计期间内的收益。而农村集体经济组织的收入，是指农村集体经济组织在日常活动中形成的、会导致所有者权益增加的、与成员投入资本无关的经济利益总流入，包括经营收入、投资收益、补助收入、其他收入等。<sup>〔39〕</sup>换言之，农村集体经济组织生产销售、提供服务、投资收益、让渡集体资产资源使用权和政府给予的经营性补贴等形成的经济利益总流入，均属于其收入。而农村集体经济组织的支出，是指农村集体经济组织在日常活动中发生的、会导致所有者权益减少的、与向成员分配无关的经济利益的总流出，包括经营支出、税金及附加、管理费用、公益支出、运转支出、其他支出等。<sup>〔40〕</sup>农村集体经济组织用于经营活动、日常管理、村内公益和综合服务、保障村级组织和村务运转等的各种支出，均属此列。

农村集体经济组织财产类型的多样性和职能范围的广泛性，使得其收入和收益来源也呈现出多样性，并非只有经营性财产才能带来收益。即便以二审稿第41条第2款对集体经营性财产的界定为依据，二审稿第37条第（三）项指向的集体非经营性财产，以及被包含在该条第（一）项中的集体土地所有权等资源性财产，亦能为集体带来财产收益。对于非经营性财产，例如集体所有的文旅和体育等公益设施，亦可以对外经营并获取收入和收益。至于土地所有权等资源性财产，<sup>〔41〕</sup>其为

〔38〕 参见《农村集体经济组织会计制度》（2023年修订）第62条。

〔39〕 参见《农村集体经济组织会计制度》（2023年修订）第50条。

〔40〕 参见《农村集体经济组织会计制度》（2023年修订）第55条。

〔41〕 此处的“土地”为宽泛意义，实则包含《中华人民共和国民法典》第260条规定的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂，这些均属于资源性财产，亦属于公有制专属财产，为了表述简便，本文统一用“集体土地所有权”称呼此类财产的所有权。至于土地上设立的可以入市流转的用益物权，则不属于公有制专属财产，二审稿亦将其界定为经营性财产。

集体带来财产收益的途径则更为丰富,数量也会更为可观,典型如:集体“四荒地”发包收入、集体经营性建设用地入市收入、集体闲置建设用地复垦指标收入、农村集体经济组织依据《中华人民共和国农村土地承包法》第45条第2款向转入土地经营权的工商企业等收取的管理费、在宅基地制度改革中农村集体经济组织收取的有偿使用费、择位竞价费、宅基地盘活利用中集体收取的增值收益金,等等,均属于来自集体土地所有权的收入。

理论上和实践中往往存在一种误解,认为集体“四荒地”发包收益、集体经营性建设用地入市收益等,是来自土地经营权、集体经营性建设用地使用权等用益物权的收益,而土地经营权、集体经营性建设用地使用权等用益物权可以入市流转,属于集体经营性财产,故此,此类收益亦属于集体经营性财产收益。为此,二审稿第41条还特意在一审稿第41条的基础上明确将集体土地等资源性财产所有权上设立的可以依法入市流转的用益物权纳入集体经营性财产的范围。笔者认为,这一认识混淆了交易标的和收益权源。以集体经营性建设用地入市为例,集体经营性建设用地使用权固然可以归类为经营性财产,但集体获取入市收益的权源,是其享有的土地所有权,正是因为其享有土地所有权,所以其得以通过权能分离方式在其所有权上设定一定年限的集体经营性建设用地使用权并让渡给他人,这是土地所有权人专享的权利,是其行使土地所有权的特定方式,是土地所有权人意志的体现,出让收益是其将土地所有权中的部分权能让渡出去的对价。故此,农村集体经济组织出让一定年限之集体经营性建设用地使用权的收益,本身就是来自集体土地所有权的收益,如果脱离了集体土地所有权的支撑,农村集体经济组织是无权出让并获取出让收入的。也正因为此,那些否定农村集体经济组织拥有土地所有权、但又认为农村集体经济组织拥有土地用益物权的观点,是站不住脚的,因为其忽视了该土地用益物权从何而来的问题。<sup>〔42〕</sup>土地用益物权必然来源于土地所有权,如果说农村集体经济组织不拥有土地所有权,但其又可以永远无偿地支配这些土地上的用益物权以及让渡这些用益物权获取收益归自己所有,这样的土地所有权已然被掏空。“四荒地”发包收益和宅基地制度改革中可能产生的直接来源于宅基地所有权的收益,亦是同理。

不仅集体土地所有权,集体的森林、山岭、草原、荒地、滩涂之所有权,亦可通过出租、发包或者使用权出让等方式产生收益。这些都属于集体资源性财产的收益,显然超越了集体经营性财产收益的范畴。这些财产收益该如何分配呢?从之前的改革实践看,其事实上也被归入了按股分红或者说按“集体经营性财产收益权量化份额”分红的范畴。例如,对于农村集体经济组织发包“四荒地”获取的收益,一些地方无论是将其视为经营性资产还是资源性资产,发包费收入均会纳入集体资产统一管理并形成最终的可分配收益,并进一步按股分红。再例如,对于农村集体经济组织从集体经营性建设用地入市获取的收益,由于农村集体产权制度改革和集体经营性建设用地入市改革的主管部门不同,在不同的业务口,其制定的规则往往存在差异。从一些地方出台的产权制度改革文件看,会就集体经营性建设用地入市收益规定特别的规则,例如浙江省规定入

〔42〕 有一种流行的观点认为,农村集体经济组织不享有土地所有权,但享有土地上的用益物权,依此逻辑,农村集体经济组织开展集体经营性建设用地入市就不能称为集体经营性建设用地使用权的出让,而只能称为集体经营性建设用地使用权的转让,一级市场也就变成了二级市场。这显然是荒谬的。

市收益作为集体资产可以折股量化但不得直接分配给成员。<sup>〔43〕</sup>《示范章程》则并不排斥此类收益向成员分配，只是强调分配时的年度均衡考虑。<sup>〔44〕</sup>从一些地方出台的集体经营性建设用地入市文件看，大多数地方规定入市货币收益先按规定比例留存集体，剩余部分在农村集体经济组织成员之间公平分配，在股份已经量化的地方则大多会走向按股分红。例如安徽金寨规定，按20%~25%的比例提取作为村集体提留，20%~25%的比例用于农户分配，余下部分结合农村“三变”改革，以股权增值方式追加量化成员股权，也可委托村股份经济合作社或本村创福公司对外投资、购买物业、股份合作、购买政府性债券等，所得收益再进行分配；上海松江则是将土地收益以股权增值方式追加量化为成员股份。北京大兴则结合其联营公司的制度设计，分两个层次进行分配：在镇级层面，扣除土地增值收益调节金和拆除腾退费、交易公告广告费等成本后，增值收益由镇集体联营公司按照各村的股权进行分配；在村级层面，已经分配到各村土地增值收益，村集体留存30%~35%，其余65%~70%再在全区2010年产权制度改革确定的集体经济组织成员之间按股分配。<sup>〔45〕</sup>由此可见，对于集体经营性建设用地入市收益，大多数地方是先提取一定比例留存集体，剩余部分再纳入集体财产收益实行统一管理和按股分红。

除此之外，征地补偿款中的土地补偿费，亦来源于集体土地所有权这一资源性财产，因为集体所得的土地补偿款实则是集体土地所有权的置换价值。现行立法对土地补偿费的管理和分配规定了特殊规则。例如：《农村集体经济组织会计制度》要求将土地补偿费列入公积公益金。<sup>〔46〕</sup>《示范章程》亦明确规定“本社留归集体的土地补偿费应列入公积公益金，不得作为集体收益进行分配”<sup>〔47〕</sup>。一些地方也明确规定集体所得的征地补偿费应列入公积金，不得作为集体资产收益进行分配。<sup>〔48〕</sup>对此，二审稿第13条将“参与分配集体收益”和“参与分配土地补偿费”并列规定为成员的权利，似乎也意味着土地补偿费不属于集体收益，并不和其他的集体资产收益一起进行分配，而是需要单独管理和分配。笔者认为，征地补偿款中的土地补偿费对应土地所有权的财产价值，但鉴于我国集体土地上权利的多层次性，例如集体土地所有权上往往设立了土地承包经营权等用益物权，所以土地补偿费本身也包含了农户用益物权的价值补偿，亦即其是对完整的土地所有权价值的补偿，土地承包经营权等用益物权的价值被包含在内。对于土地补偿费在集体和农户之间的分配方式，各地存在不同的做法。<sup>〔49〕</sup>但无论采用何种分配方式，绝大多数地方都不会将土地补偿费全部分给被征地农户或者集体成员，都会有集体留存的部分。对于这一部分集体

〔43〕 参见《浙江省农村集体资产管理条例》第27条。

〔44〕 《农村集体经济组织示范章程（试行）》第44条要求“充分考虑以后年度收入的持续稳定，不得全额在当年分配”。

〔45〕 数据来源于笔者调研。

〔46〕 参见《农村集体经济组织会计制度》第48条。

〔47〕 《农村集体经济组织示范章程（试行）》第44条。

〔48〕 参见《深圳市镇村集体资产管理规定》第22条。

〔49〕 如小王营村在《小王营村集体资产分配办法》中，将被征农户和集体经济组织成员进行区分补偿，实行“先按地分，后按人分”的分配办法，优先对被征农户进行额外补偿；光明股份合作社在《关于2023年土地征收补偿款分配通知》中，以集体经济组织成员为主要补偿对象，按股份份额进行补偿；南格村在《南格村2023年潢河产业园区征地补偿款分配方案》中、西北格村在《西北格村2023年晶科征地补偿款分配方案》中，主要以长期居住的本籍村民为主要分配补偿对象；后埔村在《陆丰海洋工程基地及其生活配套区征用后埔村土地补偿款发放分配方案》中，以原村民为准进行分配补偿，对港澳人士和外嫁女等特殊群体进行适当补偿；上南丰村在《西安高新区灵沼街办上南丰村征地补偿款分配方案》中，以长期居住生产生活的农民为分配对象，同时对计生户进行奖励分配。

留存的征地补偿款,其以货币形式存在,即便是将其列入公积公益金,其最终也会形成集体的经营性财产,并可能带来集体财产经营收入和收益,并最终走向分配。不仅如此,一些地方在征地补偿中还会辅之以留地、留物业等安置补偿方式,这些亦属集体土地所有权对价的一部分,所留的地和物业也均构成集体财产,从而亦会带来集体财产收入和收益,并涉及分配问题。

总之,农村集体经济组织的收入来源具有多样性,并不局限于其经营性财产,无论是从其已有集体经营性财产的原始来源看,还是从未来发展潜力看,来自集体土地等资源性财产的收入是农村集体经济组织财产收入的主要组成部分。不仅如此,农村集体经济组织多种来源的财产收益具有动态混杂性。在集体财产运营管理中的一切收入,无论最开始来源于何种财产,哪怕是来自集体留存的土地补偿费,或者来自提取为公积公益金的集体经营性建设用地入市收入,只要其是以货币形式或者其他可流通资产形式存在的收入,在后续的集体财产运营管理和积累的动态过程中,最终都会转化为集体经营性财产,并进一步带来集体经营性财产收益,并由此而被纳入集体经营性财产收益分配的“大池子”。亦即,在农村集体经济组织的经营活动和财务管理中,不同类型的财产会相互转化和渗透,<sup>[50]</sup>不同来源的收入和收益也最终都会归于一处并适用统一的分配规则,单独就集体经营性财产的收益进行分配,既存在财产和收益甄别的困难,亦存在单独管理核算的障碍。由此得出的结论是,在农村集体经济组织内部,其剩余可分配收益在分红时只能统一适用同一个规则,而无法区分为不同的资产类型和收益来源而区别分红。

以此倒推,出现问题的是“将集体经营性财产收益分配权以份额形式量化”之表述本身,其量化的并非“集体经营性财产的收益分配权”,而是“集体全部财产的收益分配权”,更确切地说,其量化的是成员对集体全部财产收益的分红权。

## (二) 量化的理论依据不足

基于集体所有为成员集体所有的定性,成员对集体财产享有收益分配权乃题中应有之义,收益分配权是成员权的重要内容。在收益分配权被量化之前,集体亦可按成员人头予以分红,对此并无障碍。那么,为何要将成员收益分配权量化为不同的份额呢?从理论上分析,大体是出于两方面理由:一是希望打破分红的绝对平均,通过为不同的成员配置不同的份额实现成员对集体分红的差异化获取;二是方便成员流转其分红权(乃至部分分红权),因为在量化之后其分红份额明确固定且通常持有书面凭证。但深入分析发现,基于集体财产和集体成员的特别性,这两点均属悖论。

较易反驳的是第二点。如前文所述,不对应资产份额的收益分配权具有浓厚的身份性,是单纯基于成员身份而享有的权利,此等权利当然不具有流转性。不仅如此,收益分配权份额仅仅代表参与集体财产收益分配的一定比例,并不指向特定的分红数额,在股份经济合作社于每一个会计年度内能否取得资产收益、能够取得多少资产收益、是否分配收益、拿出多少分配收益等均高度不确定的情形下,这样的收益分配权如何评估其价值?其又如何能够被流转呢?<sup>[51]</sup>

对于第一点,则需要展开剖析其基于多元因素差异化配置收益权份额所存在的悖论。基于集

[50] 参见宋志红:《集体经营性资产股份合作与农村集体经济组织之关系重构》,载《法学研究》2022年第3期。

[51] 参见宋志红:《集体经营性资产股份合作与农村集体经济组织之关系重构》,载《法学研究》2022年第3期。

体财产的公有性和来源的法定性（非出资性），以及成员权利的平等性，集体成员平等获取集体财产收益分红既符合公有制财产的理论逻辑，也符合广大农民群众对公平的朴素认知。虽然平等并不等同于绝对平均，但平等应以绝对平均为推定起点，在此基础上可以考虑一些正当合理的因素予以适当调整。故此，在成员享有的分红权配置上，应当以平均分配为推定的基本规则，在此基础上任何导致成员差异化分配的因素考虑和制度设计均应具备充分且正当的理由。

二审稿虽然未对“集体经营性财产收益权量化”的考量因素作出规定，但其大概率会借鉴甚至沿袭之前股权配置的做法，这就意味着除了最基本的人头之外，实践中颇为流行的劳龄、贡献、奖励、扶贫、养老、独生子女等多元化因素均可能成为影响量化份额的因素。那这些因素是否构成成员差异化分红的正当理由呢？

不少学者对股权配置的多元化考量因素予以了检视，对人口股和劳龄股的认可度较高，对其他考量因素则存在多少不等的批评。例如，有学者认为，在股份配置应当以人口股为核心、以劳龄股为辅助，此外不予设置其他股权类型。并认为实践中包括集体资产贡献标准在内的多元化股权量化标准，都严重违背了农村集体资产股权的基本原理，存在由集体所有制滑向资本所有制的错误倾向。<sup>〔52〕</sup>这一论述直击要害、十分精彩。但笔者认为，除了基于成员权逻辑的一人一股的人口股设置，劳龄股亦不符合农村集体资产股权的基本原理。对此，有学者归纳了劳龄股配置存在的四点偏差，聚焦于股份设置与成员对集体经营性资产积累劳动贡献度的匹配性问题，并提出了五点改进措施。<sup>〔53〕</sup>笔者认为，这些分析具有洞察力，但均属于技术层面的问题，劳龄股设置无法克服的真正问题，在于其依然滑向了以劳动积累作为资本入股农村集体经济组织的资本所有制逻辑。这是因为，即便认为现有集体资产的积累取决于部分成员过去的劳动贡献，其也仅指向过去的历史，而作为分红依据的股份配置是面向未来的集体收益的，将这些过去的劳动贡献折算成面向未来收益的股份，实则是将这些过去的劳动贡献折算成成员入股农村集体经济组织的资本，并以此作为其参与未来收益分配的依据。正如有学者所言，其实质是“通过给过去成员和现有成员以其农龄量化的资产股份的方式终止集体所有制”<sup>〔54〕</sup>。这显然既不符合集体财产作为公有制财产的法定性要求，也与股份不应指向资产份额的要求相悖。即便是《中华人民共和国宪法》规定的“按劳分配”原则亦不能论证劳龄股设置的合理性，“按劳分配是集体经济收益在劳动者与生产资料所有者之间的初次分配中支付给劳动者的劳动报酬”<sup>〔55〕</sup>，其应通过工资等劳动报酬体现，而非通过剩余可分配收益的分红体现。由此可见，劳龄股的设置本身就是成员以过去的劳动贡献入股农村集体经济组织之资本逻辑的体现，并不符合集体财产的公有制逻辑，集体劳动年龄并不能构成特定成员享有更多分红份额的正当理由。

亦有学者认为，集体经营性资产的股份量化实质是对集体经营性资产对集体成员提供的社会保障利益的分配，虽然按照成员人口的平均分配是最基本和最公平的分配，但对集体中的弱势成

〔52〕 参见房绍坤、任怡多：《论农村集体产权制度改革中成员股的设置》，载《学习与探索》2022年第3期。

〔53〕 参见高海、朱婷：《农村集体经济组织收益分配的特别性与规则完善》，载《南京农业大学学报（社会科学版）》2022年第4期。

〔54〕 韩松：《农民集体成员的集体资产股份权》，载《法学研究》2022年第3期，第13页。

〔55〕 韩松：《农民集体成员的集体资产股份权》，载《法学研究》2022年第3期，第12页。

员予以倾斜保护符合集体收益分配原则。对此,该观点将劳龄股解释为对集体劳动者社会贡献的尊重,认为其同养老股一样,是按照实质公平原则对弱势成员社会保障利益的分配。<sup>[56]</sup>笔者赞同其对这些基于特殊因素之收益分配的定性,但不赞同采取按股分红的方式实现该功能,这一论证发生了路径和结果错位。毫无疑问,集体财产的公有制属性及其“共同富裕”功能决定了其应当对集体中的弱势成员予以倾斜保护,但倾斜保护的主要方式应当体现于剩余可分配收益按股分红之前的环节,亦即体现于集体为成员提供服务和福利环节,例如为贫困成员家庭提供生活补助,为鳏寡孤独者或者残障人士提供照护或养老服务,或者为其他特殊困难群体提供补助等。甚至不仅仅是扶助弱势成员,用集体资产收益奖励先进成员亦无不可,例如奖励为本集体作出突出贡献的成员,或者奖励集体中的道德模范,甚至奖励子女考上大学的家庭,等等,只要其决策程序合法合规,均无不可,均属于集体财产收益的正当用途。真正的问题是,这些倾斜性收益分配的方式,只能是由集体基于实际情况从集体财产收益中统一列支,例如从集体提取的公积公益金中列支,而并不适合采用按股分红方式。道理很简单,无论是贫困对象,还是道德模范,抑或特别贡献,其都不是固定不变的,而在改革时点量化的股份份额则是固定到人头或者户的,意味着未来相当长的年限内成员均是按照这一固定的份额比例分红,此种面向未来收益的固定的量化份额无法因应特殊群体之对象不断变动的现实,如果将一时之影响因素固化,随着时间的变迁,其带来的可能不仅不是所谓的实质公平而恰恰可能加重实质不公平。

由此可见,无论是劳龄,还是特殊贡献、计划生育、道德模范、贫困等过去或现时的状况,均无法构成某一成员在未来的若干年固定且持续地多获取集体分红收益的正当理由,若将这些因素转化为成员分红权的基础,同样有违反公有制财产逻辑之嫌疑。这意味着集体财产收益分红最妥当的方式,就是按人头平均,即便是设置单一的人口股也无必要,因为一旦设置股份,就必然涉及股份是否随成员增减而调整、能否继承、能否转让等一系列延伸问题。这一最为原始和朴素的做法,不仅不会遭受“滑向资本逻辑”的质疑,而且可以有效避免股权管理的一系列麻烦和制度成本。

此外,有学者认为:“单一设置人口股存在陷入绝对平均主义之嫌。”<sup>[57]</sup>尽管笔者认为连设置单一的人口股都没有必要,但还是有必要回应“按人头平均分红”是否会陷入绝对平均主义的质疑。笔者认为,这一观点同样是将分红看作了集体财产收益分配的主体甚至是全部,忽视了集体财产收益分配的其他方式。实际上,基于集体财产功能的多元性,集体剩余可分配收益向成员分红只是集体财产收益分配的辅助方式,其主要方式仍然应是在集体统一支配下为成员提供服务和福利,典型如提供集体公共设施和公益事业、提供村民自治组织的运转经费、基于共同富裕原则“扶弱奖能”等。<sup>[58]</sup>不仅如此,集体这些功能的实现相比于集体成员分红更加具有优先性,其资金应当在成员分红之前通过提取公积公益金的方式优先保障。也正因为此,农村集体经济组

[56] 参见韩松:《农民集体成员的集体资产股份权》,载《法学研究》2022年第3期。

[57] 房绍坤、任怡多:《论农村集体产权制度改革中成员股的设置》,载《学习与探索》2022年第3期,第79页。

[58] 有学者将成员分享集体财产收益区分为共享利益和分享利益,其共享利益之内涵与本文所指的集体统一为成员提供服务和福利大体相当,其分享利益之内涵与本文所指的成员分红大体相当。参见高海、朱婷:《农村集体经济组织收益分配的特殊性与规则完善》,载《南京农业大学学报(社会科学版)》2022年第4期。

组织的收益分配与公司等营利法人的收益分配具有本质差异性。例如，公司为了防止对股东分红权的侵害，设置了公积金提取比例的上限，<sup>〔59〕</sup>但农村集体经济组织的公积公益金用途更为宽泛，其不仅不宜设置比例上限，在不设置集体股的情形下，其还应设置比例下限，避免集体统筹功能被架空，如此才能符合公有制的分配原则。对此，二审稿第43条在公积公益金的用途上删除了原一审稿第42条中“为成员提供服务和福利”之表述，实属不妥。即便该内容可被解释在该句的“等”之中，但将如此重要的内容不予列举，更容易让人产生将农村集体经济组织之收益分配与公司类同的误解。

## 四、结论与出路

综合全文论述，简要结论如下：

第一，农村集体经济组织将剩余可分配收益向成员分红具有必要性，但农村集体经济组织用集体财产收益为成员提供服务和福利才是集体财产收益分配更为主要的方式。此种服务和福利的经费应于每个会计年度内通过提取公积公益金的方式优先保障。农村集体经济组织可以基于“共同富裕”之目标、通过提供此种服务和福利充分发挥“扶弱奖能”的作用，其内容包括但不限于提供村庄公共设施和公益事业、为特殊困难成员家庭提供生活补助、为成员中的独居老人或失智失能人员提供养老或照护服务、为其他特殊困难群体提供补助、奖励为本集体作出突出贡献的人员、奖励集体中的先进或道德模范，等等。其具体方案连同成员分红方案均属于农村集体经济组织收益分配方案的内容，应由成员大会讨论决定。

第二，无论是集体经营性财产收益权还是集体财产收益权，均无开展份额量化的必要。作为收益权份额量化之前身的集体经营性财产股份合作面临“股”之内涵和权能困境，改良后的收益权份额量化虽否定了“股”之资产份额属性，但面临量化对象与作用范围错位、量化理论依据不足等问题。基于农村集体经济组织财产的公有制属性，在成员享有的针对剩余可分配收益的分红权配置上，应当以平均分配为推定的基本规则，如需差异化，必须有充分且正当的理由。鉴于劳龄、特殊贡献、计划生育、道德模范、贫困等因素均无法构成某一成员在未来的若干年固定且持续地多获取集体分红收益的正当理由，成员分红权应当平均配置。鉴于此，按人头平均分红这一最为原始和朴素的做法，亦是最不具争议和最经济的做法。

第三，考虑到此前大量的农村集体经济组织已经开展了股份合作和折股量化，在政策调整为不开展收益权份额量化后，这些已经开展了集体经营性财产股份合作的地方，可以将其集体经营性资产股份合作从农村集体经济组织治理结构内部挪出，让该股份合作的载体以农村集体经济组织和成员出资设立之子公司（可以是股份合作企业）的形式存在。<sup>〔60〕</sup>作为本体的农村集体经济组织既不开展股份合作亦不进行收益权量化。

同时针对二审稿的规定提出如下立法完善建议：

〔59〕 参见《中华人民共和国公司法》第210条。

〔60〕 详细论述和方案设计参见宋志红：《集体经营性资产股份合作与农村集体经济组织之关系重构》，载《法学研究》2022年第3期。

第一，删除二审稿第41条。

第二，将二审稿第42条修改为：“农村集体经济组织当年收益应当按照集体经济组织章程规定提取公积公益金，用于弥补亏损、扩大生产经营、为成员提供服务和福利等，剩余的可分配收益在成员间公平分配。”同时增加第2款：“农村集体经济组织理事会应当于每个会计年度末制定集体财产收益分配方案，经成员大会表决通过后执行。集体财产收益分配方案应当明确农村集体经济组织为成员提供服务和福利的方式、对象、数额等，以及参与分红的人员和分红数额。”

第三，将二审稿第27条第1款第（八）项和第31条第（五）项中的“集体经营性财产收益权份额量化”分别修改为“集体财产收益分配方案”和“集体财产收益分配”。

---

**Abstract:** Early collective business property share co-operation was established with the underlying logic of “shares” pointing to a share of assets. As the reform progressed, it was challenged as a substantial violation of the public ownership system, and fell into the dilemma of the characterization and empowerment of “shares”. The improved quantification of the right to income from collective operating property explicitly rejects the asset share attribute of “shares”, but faces problems such as the misalignment of the object of quantification and the scope of its effect, and the lack of a theoretical basis for quantification. The way in which rural collective economic organizations distribute the proceeds of their collective property should be based on the collective provision of services and benefits, supplemented by dividends to individual members, with priority given to the former through the withdrawal of public funds for the public good, and giving full play to the role of this method of “supporting the weak and rewarding the capable”. In view of the lack of a legal basis, there is no need for rural collective economic organizations to quantify the right to income, and in the absence of sufficiently strong and justifiable grounds for overruling this point, the distribution of the remaining distributable income on a per capita basis is the least controversial and the most economical way to proceed.

**Key Words:** rural collective economic organizations, rural collective operating property, right to income, equity, quantification

---

（责任编辑：王叶刚）

## 居住权物上代位论质疑

崔 炜\*

**内容提要：**《民法典》第 370 条没有将住宅灭失规定为居住权的消灭事由，由此产生了住宅灭失时居住权能否发生物上代位的争论。基于解释论的角度审视，居住权物上代位论错误地混淆了替代住宅上承载的经济利益和居住利益，不能实现恢复居住权人完整利益的矫正目标，且用益物权客体有限性会导致居住权物上代位发生过程中的权利缝隙无法得到弥合。在征收补偿的场景中，新住宅和旧住宅之间仅具有价值关联性，不具备法律上的直接关系，不能成为适格的代位物。在解释论层面不具备正当性的情况下，基于居住权上的伦理负载而坚持居住权物上代位，实际上是以伦理思维替代物权技术，偏离了私法理性的轨道。住宅灭失后，居住权应当归于消灭，居住权人有权独立地提出损害赔偿或征收补偿。当不存在统一的市场价格时，居住权的财产价值应根据设立时的对价和剩余期限确定，或参照类似住宅的租赁价格确定。

**关键词：**居住权消灭 征收补偿 物上代位 使用利益 人役性

• 171 •

### 一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的颁布实施，标志着持续多年的居住权入典之争尘埃落定。《民法典》物权编第十四章以六个条文的篇幅完成了居住权立法的创制，涵盖居住权的含义、设立与消灭等主要内容。由于我国《民法典》未继受德国法上的人役权传统而缺少相关准用规定，居住权立法的简约化将不可避免地给理论和实践带来困惑和争论。<sup>〔1〕</sup>

在罗马法上，基于用益权的强大权能，派生出用益权的所有权被称为“赤裸所有权”（nuda proprietas）。<sup>〔2〕</sup> 居住权虽然在权能上不及用益权完整，但设定居住权的住宅所有权内容也在很大

\* 崔炜，吉林大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金项目“民法典与领域法的关系形态研究”（23CFX004）的阶段性研究成果。

〔1〕 参见房绍坤：《论民法典中的居住权》，载《现代法学》2020 年第 4 期。

〔2〕 参见〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》（2017 年校订版），黄风译，中国政法大学出版社 2018 年版，第 210 页。

程度上被侵蚀和抽空。因此,立法如何设定居住权的消灭事由对平衡所有权人和居住权人之间的利益至关重要。《民法典》第370条第1句仅规定了期限届满和居住权人死亡两种消灭方式,而居住权客体灭失和居住权混同等情形,尚不明晰。立法规定的过于简陋,显然无法满足司法适用需求,实践中关于住宅灭失后的居住权应当如何处理也是观点各异。〔3〕

根据民法的一般原理,物权客体因毁损、被征收或被处分而与其主体相分离,将导致物权的消灭。因此,只要作为客体的住宅灭失,居住权即应归于消灭,此即居住权消灭论之立场。〔4〕与之对应的立场为居住权存续论,其核心观点为居住权在替代住宅上以物上代位的方式存续,故又称居住权物上代位论。〔5〕传统民法中物上代位的适用范围主要限定在担保物权、优先权和查封扣押衍生的优先受偿利益等追求经济价值的权利,而鲜少关注用益物权的物上代位性。与之形成鲜明对比的是,理论和实务界却热衷于使居住权在替代住宅上存续,甚至有观点主张,我国原则上没有必要承认用益物权的物上代位,但可以例外地承认居住权可以通过物上代位在替代住宅上存续。〔6〕

作为居住权存续论的工具依赖,物上代位制度并非私法承认的一般性原理,而是在特殊情形下为平衡各方利益所设的制度,须由法律明确规定方可适用。〔7〕这就意味着当物权客体损毁、灭失或被处分时,物权随之消灭才是一般性规则,物上代位论的发生必须具备特定条件。所以,当居住权不具备发生物上代位的条件时,即意味着完成了居住权消灭论的证立。因此,围绕居住权存续论和消灭论的争论,本文主要试图解决以下问题:居住权物上代位是否符合物上代位制度的解释论构造;若否,则居住权上是否存在某种伦理或价值负载,能够弥合解释论构造的缺陷;若居住权物上代位论最终无法证成,则居住权消灭后居住权人又应当如何获得救济。

## 二、居住权物上代位论的解释论之否定

### (一) 基于物上代位制度原理的否定

#### 1. 物上代位发生的实质价值标准

代位制度在民法中是一个庞大的法律体系,包括人的代位和物的代位。〔8〕而物的代位又包

〔3〕认为住宅消灭后居住权应当继续存续的观点,参见北京市通州区人民法院(2016)京0112民初39069号民事判决书、辽宁省大连市甘井子区人民法院(2021)辽0211民初3276号民事判决书、贵州省遵义市红花岗区人民法院(2021)黔0302民初12842号民事判决书;反对居住权继续存续的观点,参见北京市第三中级人民法院(2021)京03民终12589号民事判决书。而江苏省海安市人民法院(2020)苏0621民初5159号民事判决书则持折中观点,认为住宅灭失时居住权并不当然灭失,但居住权人仅能主张部分拆迁补偿利益。

〔4〕参见房绍坤:《论民法典中的居住权》,载《现代法学》2020年第4期;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》(第2版,下册),清华大学出版社2021年版,第162页;陈华彬:《人役权制度的构建——兼议我国〈民法典物权编(草案)〉的居住权规定》,载《比较法研究》2019年第2期;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第895页。

〔5〕参见肖俊:《“居住”如何成为一种物权——从罗马法传统到当代中国居住权立法》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2019年第3期;单平基:《〈民法典〉草案之居住权规范的检讨和完善》,载《当代法学》2019年第1期;曹险峰、程奕翔:《论〈民法典〉居住权于替代住宅上的存续》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2022年第2期。

〔6〕参见马强:《私法中的物上代位原则》,上海财经大学2022年博士学位论文,第267页。

〔7〕Vgl. Zie Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, Kluwer, 2017, nr. 294.

〔8〕参见郑玉波:《民法物权》(修订18版),三民书局2012年版,第320页。

括一般物上代位和特别物上代位。本文所讨论的物上代位，是指特别物上代位，即当事人之间基础法律关系所指向的物权客体毁损、被征收或被处分后，替代利益在代位物上的存续。<sup>〔9〕</sup>

物权因客体毁损、被征收或被处分消灭后，当事人之间的权利义务分配背离原本通过基础法律关系所确定的格局。基于矫正正义的理念，法律应当通过对当事人权利义务的调整，恢复到物权客体灭失前的利益格局。而作为矫正正义的一般实现方式，损害赔偿的矫正功能存在局限性，虽然其奉行“完全赔偿”的基本原则，要求对物权人的损害赔偿不仅要填补其财产差额，更要恢复权利主体对于具体权益乃至生活目的所拥有的完整利益。<sup>〔10〕</sup>但是，金钱赔偿的法律效果与“使赔偿权利人置身环境中，如同损害事故未发生然”之要求始终存在差距，<sup>〔11〕</sup>无法尽善尽美地实现完全赔偿的目标。如果物权客体的灭失并未产生任何替代利益，则此不完美之风险由当事人自行负担亦无可。但是，倘若存在适格的代位物能够完全承载原物灭失后产生的替代利益，为了保护物权人的权利不因意外或他人行为发生减损，法律借助物上代位的方式使该替代利益直接、自动存续于代位物之上，维持当事人之间的基础性法律关系，对于矫正正义的实现而言应当是更优选择。

据此，物上代位制度应当定位于矫正正义的特殊实现方式，是一项私法上的物权性损害救济机制。<sup>〔12〕</sup>当权利人面临丧失物权时，物上代位制度可以通过使物权在代位物上存续，实现“物权从未消灭”的矫正目标。相较于金钱赔偿等损害填补方式，物上代位制度的优势不仅在于其物权性的法律效果，更在于其可以通过维持基础法律关系的存在，恢复代位权人的完整利益。申言之，物权人对原物享有何种权利，对代位物就仍然享有何种权利，这更加符合矫正正义的“状态恢复”之要求，也是物上代位发生的实质价值标准。

此前，学者们大多将物上代位的理论基础归因于担保物权的价值权属性，只要交换价值依然存在，无论承载该交换价值的客体形态如何，担保物权均可及之。<sup>〔13〕</sup>由于担保物权人并不注重对于物本身的使用、收益，仅意在取得对担保财产价值的支配，则对于担保物权而言，金钱赔偿和物上代位的法律效果在某种程度上具有相当性，即只需要恢复担保物权人所支配的经济价值即可，物上代位的功能优势仅体现在其物权性的法律效果上。如此，价值权说将物上代位的发生归结于担保物权的价值权属性，不仅未能揭示物上代位制度的功能本质，反而会使人们产生物上代位仅能应用于价值权的误解。

基于矫正正义的理念，物上代位的适用范围并不全然局限于仅蕴含经济价值的权利，而是指向代位物与原物价值的共通性和等值性。只要存在适格的代位物能够实现对原物价值的承继，就存在物上代位发生的空间。<sup>〔14〕</sup>用益物权被评价为实体权，以对物之使用利益的支配为权利内容。<sup>〔15〕</sup>

〔9〕 参见张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期。

〔10〕 参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第758页。

〔11〕 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第147-148页。

〔12〕 Vgl. Dimitrios Devetziis, Die dingliche Surrogation als Rechtsprinzip, V & R unipress 2018, S. 220. 转引自马强：《私法中的物上代位原则》，上海财经大学2022年博士学位论文，第367页。

〔13〕 参见〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝娅等译，法律出版社2000年版，第63-64页；崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（第2版，下册），清华大学出版社2021年版，第190页。

〔14〕 参见张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期。

〔15〕 参见房绍坤：《用益物权基本问题研究》，北京大学出版社2006年版，第4-5页。

因此,用益物权物上代位应旨在实现对权利人使用利益的恢复。相较于使用利益的损害赔偿而言,物上代位显然能够更加完整地恢复用益物权人的利益。更何况在我国侵权法理论的“利益差额说”视野下,当不存在替代支出和可得利益时,抽象的物之使用利益本身只是属于一种状态,因忍受物无法使用而产生的“不舒适性”并不构成一项独立的财产损害,这显然难以实现保护受害人的功能。因此,有观点主张以“状态差额说”对“利益差额说”加以修正,将使用利益丧失后的“状态差”纳入损害赔偿范围。<sup>[16]</sup>即使如此,抽象的物之使用利益损害获得赔偿的条件在理论和实践中仍然有较大争议,如受害人的使用意愿及可能性、标的物的生活必需性等,均可能对受害人获得充分赔偿构成限制。<sup>[17]</sup>

值得讨论的是,与专注于经济价值的担保物权不同,用益物权的复杂性在于其可能同时承载着作为实体权和价值权两种不同的评价方式,既可能因其客体作为物的属性被评价,也可能因其所代表的价值而被评价。<sup>[18]</sup>既然如此,则居住权人能否基于居住权的经济价值实现物上代位?

在罗马法上,用益权是指“在保持物的本质情况下对他人之物使用和收益的权利”<sup>[19]</sup>,而“保持物的本质”就是以不改变物的社会经济用途为限,用益权人必须按照原所有权人的行使方式来使用和收益。<sup>[20]</sup>随着现代社会对物的利用方式的不断丰富,不动产上收益的具体形式向货币性收益转化,<sup>[21]</sup>“物权由本来注重对标的物的现实支配的实体权,演变为注重于收取代价或者获取融资的价值权”<sup>[22]</sup>。例如,土地承包经营权人既可以在土地上从事农业生产,以土地产出物作为收益,也可以选择以土地经营权入股或融资担保,获取土地使用权本身的价值收益。当财产被作为一种投资(investment)时,权利人所期待的是拥有这些资产的价值,而不关心这些资产到底是什么。<sup>[23]</sup>

可见,实体权和价值权的不同面向主要取决于权利人对物之利用方式。《民法典》第369条明确规定居住权不得转让,仅在是否有偿设立、出租等方面有所缓和,在有约定的情况下可以将住宅的一部分出租或用于经营民宿,获取租金或其他经营性收益。但这些收益仍然是依附于居住权的使用权能而得以实现,而非居住权的“货币化”收益。质言之,我国《民法典》中的居住权只作为实体权而存在,不存在被评价为价值权的可能。既然如此,基于居住权经济价值物上代位的方案就失去了意义。既然居住权人不能通过处分居住权来获取资本收益,仅能支配住宅的居住利益,基于居住权经济价值的物上代位只能达到和金钱赔偿类似的法律效果,不能恢复居住权人的居住利益,无法实现物上代位完整性的矫正功能。<sup>[24]</sup>

[16] 参见林志强:《论物之使用利益丧失的侵权损害赔偿》,载《南大法学》2023年第5期。

[17] 参见徐建刚:《论使用可能性丧失的损害赔偿》,载《法商研究》2018年第2期。

[18] See Alison Clarke & Paul Kohler, *Property Law: Commentary and Materials*, Cambridge University Press, 2005, p. 50.

[19] 米健译:《民法大全·学说汇纂》(第七卷:用益权),法律出版社1999年版,第1页。

[20] 参见汪洋:《从用益权到居住权:罗马法人役权的流变史》,载《学术月刊》2019年第7期。

[21] 参见宋刚:《论收益权能的用益物权化》,载《法商研究》2013年第6期。

[22] 梁上上:《物权法定主义:在自由与强制之间》,载《法学研究》2003年第3期,第49页。

[23] See Alison Clarke & Paul Kohler, *Property Law: Commentary and Materials*, Cambridge University Press, 2005, p. 51.

[24] 最高人民法院在审理有关住宅征收的案件时指出,尽管货币补偿和产权调换都是法定的征收补偿方式,但在维护权利人的居住利益方面,货币补偿与产权调换相比仍然存在差距。参见最高人民法院(2020)最高法行申11035号行政裁定书。

此外，居住权物上代位论者还援引比较法上关于用益权物上代位的立法例来论证居住权物上代位的合理性。比较法上的用益权物上代位获得承认，主要是在以债权、股票和证券等资产权利为客体的处分型用益权出现以后。<sup>〔25〕</sup>这种处分型用益权主要关注用益物的经济价值，从而对权利客体的要求更加开放，实际上已经成为一种价值权，用益权人将用益物处分后的财产所得依旧可以纳入用益权的客体。<sup>〔26〕</sup>这与我国法上居住权的利用方式大不相同，自然不能作为居住权物上代位论的支撑。

## 2. 替代住宅与原住宅是否具备使用利益的一致性

如上文所述，基于我国法上对居住权利用方式的限制，居住权物上代位只能基于住宅的居住利益展开，对于“居住权能否发生物上代位”的判断可以转换为对“替代住宅和原住宅是否具有使用利益的一致性”的判断。居住权物上代位论者也主要是着眼于居住权的居住利益，认为居住权物上代位能够使居住利益得以存续，否则将导致本可于替代住宅上存续的居住利益被迫转为金钱利益。<sup>〔27〕</sup>

根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》（以下简称《补偿条例》）第17条、第19条和第21条之规定，产权调换本身就是一种与经济补偿并列的，以被征收住宅的市场价值为基础的征收补偿方式，<sup>〔28〕</sup>是对原住宅经济价值的替代和补偿，而非对居住利益的替代。在实践中，影响住宅经济利益的计算因素有很多，<sup>〔29〕</sup>其中影响最为显著的应当是住宅占有的土地使用权的价值。<sup>〔30〕</sup>在旧城区改造中，政府通常采取异地重建的安置方式，基于不同区位土地使用权价值的差异，在经济价值大致相当的情况下，不同住宅的居住利益一致性很难得到维持。即使政府采取原址回迁的方式或者在就近地段提供安置，新住宅的楼层、面积、朝向、户型等重要物理特征发生改变，也会导致其与原住宅的居住利益不相匹配。

可能的质疑在于，这些社会生活中对居住利益的考量因素，是否需要进入到居住权的权利内容之中。本文对此持肯定态度。其一，“居住”是一个社会性概念，意味着在某一处所长久地生活，<sup>〔31〕</sup>从社会生活意义上而非仅从基本生存意义上理解居住权，符合现代社会对居住概念的一般认知。<sup>〔32〕</sup>其二，社会生活中的居住利益和法律上的居住利益之间界限的确定，应围绕《民

〔25〕 参见《瑞士民法典》第750条、《德国民法典》第1046条。

〔26〕 参见〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第701-702页；张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期。

〔27〕 参见曹险峰、程奕翔：《论〈民法典〉居住权于替代住宅上的存续》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期。

〔28〕 参见朱广新：《房屋征收范围与补偿标准的思考》，载《法学》2011年第5期。

〔29〕 《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》（2024年修正）第25条第1款规定：“被征收房屋价值评估应当考虑被征收房屋的区位、用途、建筑结构、新旧程度、建筑面积以及占地面积、土地使用权等因素。”

〔30〕 《国有土地上房屋征收评估办法》第14条规定，对被征收房屋的补偿包含了对被征收房屋所占用的土地使用权的补偿。司法实践中也普遍采此立场。参见最高人民法院（2016）最高法行再80号行政判决书。

〔31〕 参见肖俊：《“居住”如何成为一种物权——从罗马法传统到当代中国居住权立法》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2019年第3期。

〔32〕 法院在审理涉及居住权的案件时，通常会结合当事人的住所条件、当地基本生活居住水平等因素，综合判断是否满足当事人的生活居住需要。参见新疆维吾尔自治区呼图壁县人民法院（2021）新2323民初494号民事判决书；吉林省长春市南关区人民法院（2020）吉0102民初6053号民事判决书。

法典》第366条所确立的“满足生活居住的需要”标准展开。<sup>〔33〕</sup>解释论上也认为,居住权的权利范围应当根据居住权人的具体生活需要确定,<sup>〔34〕</sup>例如,居住权的受益对象除了居住权人本人之外,还应当包括其家庭成员或因为其提供家庭服务而共同生活的人员。<sup>〔35〕</sup>基于这一立场,居住权能否发生物上代位应当根据居住权人的实际生活居住条件判断,而这样的判断显然是具有个性化的。在侵权法上,完全赔偿原则要求损害赔偿应当充分考虑被侵权人个体的特殊情况,否则将无法充分反映被侵权人的实际利益,也就无法使被侵权人达到“如同损害没有发生”的状态。<sup>〔36〕</sup>举轻以明重,作为矫正正义特殊实现方式的物上代位制度自然也要充分考虑居住权人在原住宅的实际生活条件,以恢复其具体权益乃至生活目的所拥有的完整利益。

居住权物上代位论者之所以认为替代住宅和原住宅承载了相当的居住用途,是因为他们过度简化了对居住利益的理解,将居住权的应用场景狭义地限定在保障弱势群体生存需要的情形,对不同住宅上承载的居住利益等量齐观。这种简化认识,并不符合现实社会中居住权的复杂样态和丰富内涵,也不利于保护居住权人的正当利益。居住权物上代位论者试图用作为经济补偿的替代住宅填补居住权人的居住利益空白,注定难以实现物上代位的制度功能。当居住利益随着住宅条件的变化而发生改变时,居住权人无法获取与原住宅相当的居住利益,则物上代位制度就失去了其适用的必要性。此时,矫正正义的实现方式自然应当回归一般性的金钱赔偿,又何谈“被迫”之说呢?

## (二) 基于物上代位形式逻辑的否定

物上代位权的性质究竟是原物权在代位物上的延续,还是在代位物上取得一个新物权,法例与学说上均有分歧。以担保物权的物上代位为例,“原物权延续说”认为,担保物价值转化为代位物后,原担保物权并未消灭,继续存在于代位物之上。而“新物权取得说”则主张,担保物灭失后,担保物权归于消灭,担保物权人所享有的是以担保物灭失而产生的赔偿金请求权等债权为客体的法定债权质权。<sup>〔37〕</sup>

《民法典》将物上代位的客体限定在担保财产因毁损、灭失或被征收而获得的保险金、赔偿金或补偿金,但物上代位的范围应当包含担保财产价值转化负载的任何形式,保险金、赔偿金或补偿金请求权亦应归入其中,如此一来,在抵押权发生物上代位时就会面临抵押权以债权为客体的解释障碍。因此,有学者主张应改采更加符合逻辑的法定债权质权说,即担保物权人所享有的是以担保物灭失而产生的赔偿金请求权等债权为客体的法定债权质权。<sup>〔38〕</sup>值得注意的是,担保物权延续说为了弥补自身缺憾,也通过吸收实质担保观对代位物形式多元的兼容,强调担保物权人对实质担

〔33〕 参见路鹏宇:《论裁判设立居住权的正当性依据与司法逻辑》,载《中国不动产法研究》第29辑,社会科学文献出版社2024年版,第184页。

〔34〕 参见肖俊:《“居住”如何成为一种物权——从罗马法传统到当代中国居住权立法》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2019年第3期。

〔35〕 参见房绍坤:《论民法典中的居住权》,载《现代法学》2020年第4期。

〔36〕 参见周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,载《环球法律评论》2015年第2期。

〔37〕 参见〔日〕我妻荣:《新订担保物权法》,申政武等译,中国法制出版社2008年版,第264页;郑永宽:《论担保物权物上代位的实现》,载《社会科学战线》2023年第9期。

〔38〕 参见程啸:《担保物权人物上代位权实现程序的建构》,载《比较法研究》2015年第2期。

保权益之支配，不再拘泥于因构造或公示之不同而寻求担保权类型与客体的形式对应。<sup>〔39〕</sup>

上述两种学说虽然解释路径各异，但均注意到物上代位的解释论展开应当实现“原物—请求权—代位物”各个阶段之间权利的自动衔接和转换，以建构具有解释力的理论框架，弥合物上代位发生过程中的权利缝隙。但无论参照何种解释方法，用益物权的物上代位性在我国法上都难以得到融贯解释。大陆法系的用益权客体囊括了不动产和动产，甚至权利和集合财产也均在用益权客体之列，<sup>〔40〕</sup>这就意味着在用益权发生物上代位过程中的各个阶段均有权利的栖身之所。但是，我国《民法典》尚未创设动产和权利之上的用益物权类型，用益物权客体实际上仅限于土地和房屋等不动产。<sup>〔41〕</sup>在原所有权人取得替代住宅的所有权之前，其所拥有的仅是对替代住宅的请求权而已。此时，现行法上没有任何性质和内容相近的权利可以容纳用益物权人的权利状态。

根据物上代位的制度原理和规范构造，居住权物上代位既应当符合矫正正义的实质价值判断，也要符合法律的形式逻辑。但由于权利利用益物权的立法缺失，我国法上的居住权物上代位过程中不可避免地存在权利缝隙，构成解释论上的障碍。如此看来，居住权的物上代位既不能实现对原住宅居住利益的替代，有悖于矫正正义的实质价值标准，又欠缺法律形式逻辑的融贯性，则解释论上不宜承认居住权的物上代位性。

### （三）基于物上代位限制条件的否定

无论是一项新物权的取得，还是法律拟制物权的存续，从物权客体的角度观察，在物上代位过程中都发生了物权的变动。<sup>〔42〕</sup>相较于一般的物权取得方式，物上代位最大的特别性即在于无需当事人具有取得物权的合意，仅基于一定的事实即可自动发生。如果任由权利人基于价值关联性而对形态变换后的标的物主张权利，则权利人对于代位物的物权主张可能随着价值延伸而不断扩张，将给所有权人及其债务人带来沉重的负担。所以，尽管物上代位可以最大程度维持财产关系的平衡，却并非物权法上承认的一般性原理，而被视为一项“特别措施”<sup>〔43〕</sup>。学理层面不乏对物上代位会冲击物权法固有框架的担忧，将其视为一项“迷人”却又“危险”的制度。<sup>〔44〕</sup>

为了限制替代利益在代位物上的过度延伸，物上代位制度要求代位物的取得应当与原物的丧失存在法律上的直接关系，即原物的消灭和新物的产生是基于同一个法律事实而发生。<sup>〔45〕</sup>若代位物和新物之间不具备直接的法律关系，仅具备价值上的关联性，则决定新物权的归属显然不属于维系原基础法律关系的内容，而是创造了一项新的财产关系。与此类似，《美国统一商法典》第9-315（a）（2）条中也对收益设置了“可识别性”（identifiable）之限定，要求能够合理推断收益和担保财产之间存在直接联系，对滥用“收益”概念主张担保权益的延伸构成必要限制。<sup>〔46〕</sup>

〔39〕 参见郑永宽：《论担保物权物上代位的实现》，载《社会科学战线》2023年第9期。

〔40〕 参见《德国民法典》第1030条、第1032条、第1035条、第1068条。

〔41〕 尽管《民法典》第323条规定动产也能成为用益物权的客体，但我国目前尚未创设以动产为客体的用益物权类型，学理上认为用益物权的客体应限于不动产。参见房绍坤：《用益物权基本问题研究》，北京大学出版社2006年版，第11页。

〔42〕 参见张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期。

〔43〕 〔日〕我妻荣：《新订担保物权法》，申政武等译，中国法制出版社2008年版，第267页。

〔44〕 参见张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期。

〔45〕 参见张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期。

〔46〕 See Christopher W. Frost, *Secured Credit and Effective Entity Priority*, 51 Connecticut Law Review 575, 588 (2019).

当担保人用收益价款购买其他种类的资产时,这些其他类型的资产将不再具备自动顺延原始担保权的对抗和顺位效力。<sup>[47]</sup>

实践中有观点认为,住宅灭失后于同一位置新建住宅,新住宅将构成被拆迁住宅的代位物。<sup>[48]</sup>这一观点显然不能成立。当住宅损毁、灭失后,所有权人并不负有在原址上重建住宅之义务,即便所有权人重建住宅,建造和征收也是两个独立的行为,其间并无直接关联,所有权人是基于建造住宅的事实行为取得新住宅所有权,故不应认定新住宅为旧住宅之代位物。实际上,居住权物上代位论者更倾向于将征收补偿中的安置房视为被拆迁住宅的代位物。理论和实践中也普遍认为,在设定抵押权的房屋被征收时,用于产权调换的安置房就是原住宅抵押权的代位物。<sup>[49]</sup>这就不免令人产生疑问,安置房的取得和拆迁房的灭失是否基于同一法律关系?有观点认为,所谓产权调换在法律性质上应当属于拆迁房与安置房两个不动产所有权的互易,<sup>[50]</sup>这一观点符合人们的生活经验和一般认知,也可以得出安置房就是拆迁房代位物的结论。相反观点则认为,用于产权调换的安置住宅与原住宅不存在直接关系,被征收人是按照低于市场价格的购房价格优先向政府购买安置房。<sup>[51]</sup>显然,第一种观点将征收补偿法律关系简化理解为“拆迁房所有权——征收补偿请求权——安置房所有权”,这种理解显然混同了征收决定和征收补偿协议两个独立的法律行为,也混同了征收补偿请求权和安置房交付请求权,最终导向了安置住宅是原住宅代位物的结论。

征收决定是由征收人作出的行政行为,具有引起物权变动的效力。当征收决定生效时,住宅所有权及其上的居住权负担都归于消灭,同时产生被征收人的征收补偿请求权。<sup>[52]</sup>而征收补偿协议则是在征收决定作出后,征收人和被征收人就如何补偿等问题所达成的一项新的协议,是独立于征收决定的法律行为。既然被征收住宅所有权已经因征收决定而消灭,则征收补偿协议中的产权调换条款自然不可能属于所有权之互易,其性质应属于以物抵债协议。具言之,征收人与被征收人按产权调换的补偿方式签订补偿协议,实际上是被征收人与征收人约定以安置房所有权冲抵此前的征收补偿请求权。另外,当安置房和拆迁房存在价值差额时,协议通常还会约定被征收人另行支付差价。<sup>[53]</sup>根据征收补偿协议,被征收人享有债权性的安置房交付请求权,<sup>[54]</sup>同时负有差额价款的给付义务,被征收人取得安置房所有权系征收补偿协议履行的结果。由此可见,

[47] 近年来,为了应对动产担保的流动性挑战,有学者主张将物上代位的范围目的性扩张至担保物转让的收益所得,这与美国法上动产担保权益的自动延伸制度具有一致性。参见张素华、李鸣捷:《论动产抵押物转让中“收益”物上代位的实现》,载《社会科学》2022年第2期。

[48] 参见北京市第三中级人民法院(2020)京03民终6623号民事判决书。

[49] 参见程啸:《担保物权人物上代位权实现程序的建构》,载《比较法研究》2015年第2期。

[50] 参见袁野:《“债权物权化”之范畴厘定》,载《法学研究》2022年第4期。

[51] 参见朱广新:《房屋征收范围与补偿标准的思考》,载《法学》2011年第5期。

[52] 参见房绍坤、马浩:《论因征收导致的物权变动》,载《山东社会科学》2013年第10期。

[53] 例如,长春市某小区拆迁协议中含有如下内容:“安置房的建筑面积大于拆迁协议约定建筑面积部分的差价款,以协议约定的户型为基数,10平方米以下(含10平方米)属于自然增加面积,按照协议约定的上限价格执行;超出10平方米以上的部分,按××花园(安置小区)的房屋市场价收取。”《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》第26条第3款第1句规定:“因旧城区改建征收居住房屋的,作出房屋征收决定的区人民政府应当提供改建地段或者就近地段的房源,供被征收人、公有房屋承租人选择,并按照房地产市场价结清差价。”

[54] 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2003年)第7条第1款对安置房赋予物权性的处分保护,系“债权物权化”之效果。参见房绍坤、毛俊龙:《遗赠扶养协议优先效力的正当性基础与保障路径》,载《浙江工商大学学报》2023年第6期;袁野:《“债权物权化”之范畴厘定》,载《法学研究》2022年第4期。

在住宅征收补偿的场景中，用于产权调换的新住宅与原住宅之间仅具备价值关联性，而不存在法律上的直接关系，新住宅自然不能构成原住宅的代位物。

### 三、居住权物上代位论的价值负载及其澄清

居住权物上代位论者认为，所有权人设立居住权通常是基于亲情、友情等因素而希冀解决居住权人的生存困难问题，故使居住权在替代住宅上存续符合所有权人设立居住权的初衷，且居住权制度负载保障住有所居的制度目标，蕴含社会保障色彩，需要居住权人稳定与持续地享有权利。<sup>〔55〕</sup>上述观点实质上是将所有权人设立居住权的伦理动机和居住权的立法目的，归结为居住权所具有的人身性和社会保障性质，进而在价值层面强调居住权存续的必要性。

一直以来，我国法上的居住权解释论始终背负着沉重的价值负载，这种价值负载的根源应在于居住权的人役权属性。罗马法上的初始居住权最初创设时旨在解决家长亡故时没有继承权或者丧失了劳动能力的人的生活问题，其权利内核可以归结于保障弱者居住利益的家庭伦理性。<sup>〔56〕</sup>这种满足特定人利益的供养目的造就了居住权高度的专属性与人身性，此即居住权的人役性之本质。<sup>〔57〕</sup>但是，居住权的人役性并不意味着家庭伦理因素直接进入了居住权的权利内容，而是仅构成对居住权行使的限制，且这种限制主要是通过物权规则对居住权权利范围和期限的调整而实现的，与所有权人设立居住权时的伦理动机并不存在直接联系。

《民法典》第369条对居住权无偿性和不可出租的态度缓和，表明了立法者对于居住权功能持审慎开放的务实态度。具体而言，居住权制度的立法目的，不仅承载着“贯彻党的十九大提出的加快建立多主体供给、多渠道保障住房制度的要求”<sup>〔58〕</sup>，也包括了“认可和保护民事主体对住房保障的灵活安排”<sup>〔59〕</sup>，为所有权人提供更多支配住宅的途径和选择。因此，我国《民法典》中的居住权应包括保障性和市场性两种功能，既不能完全按照商业化建构，也不能完全与商业化脱钩。<sup>〔60〕</sup>所以，虽然《民法典》基本沿袭了比较法上居住权的人役性限制，也并不妨碍所有权人基于投资目的，在合资购房、酒店式公寓等房产投资领域为居住权人设立有偿性居住权，超越传统人役权的典型应用场景，<sup>〔61〕</sup>居住权不但可以发挥家庭保障功能，还可以作为房屋上财产价值利用和分化的工具。<sup>〔62〕</sup>此时，所有权人对家庭成员或其他弱势群体的帮扶仅表现在保障性居住

• 179 •

〔55〕 参见曹险峰、程奕翔：《论〈民法典〉居住权于替代住宅上的存续》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期。

〔56〕 参见汪洋：《从用益权到居住权：罗马法人役权的流变史》，载《学术月刊》2019年第7期；刘阅春：《居住权的源流及立法借鉴意义》，载《现代法学》2004年第6期。

〔57〕 参见李永军：《论我国民法典上用益物权的内涵与外延》，载《清华法学》2020年第3期。

〔58〕 王晨：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》，载《中国人大》2020年第12期，第17页。

〔59〕 荆龙：《民法典分编草案首次提请审议》，载《人民法院报》2018年8月28日，第004版。

〔60〕 参见李永军：《论居住权在民法典中的体系定位》，载《比较法研究》2024年第1期。

〔61〕 参见曾大鹏：《居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构》，载《法学》2019年第12期。

〔62〕 参见申卫星：《视野拓展与功能转换：我国设立居住权必要性的多重视角》，载《中国法学》2005年第5期。相同的观点可以参见王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019年第7期；汪洋：《民法典意定居住权与居住权合同解释论》，载《比较法研究》2020年第6期。

权的典型应用场景和所有权人设定居住权时的伦理动机。倘若仅根据居住权设立动机的不同,而使不同应用场景下的居住权法律效果有所差异,显然是不合理的。即使是在保障性居住权应用场景中,为他人设立居住权也仅仅是所有权人履行扶助义务的一种方式,所有权人也可以选择其他扶养方式。申言之,所有权人设定居住权的义务仅停留在合同义务层面,这与法律上的扶养义务存在本质区别。如果不存在设定居住权的法定义务,则这种价值负载也就不足以为居住权的存续提供正当性支撑。居住权物上代位论者着眼于保障性居住权设立时的伦理目的考量和社会价值负载,错误地将特定情形下的伦理义务置换为法律义务施加于所有权人之上。由此看来,坚持居住权物上代位论确实是“以弱者保护思维替代物权技术的观念,将法律行为中动机上的伦理目的与行为所要实现的特定的法律后果相混淆,由此偏离了民法形式理性的思维轨道”〔63〕。

《民法典》既然以意定居住权为规范对象,则从权利本质上来说,居住权的设立是所有权人对自己财产自由处置的结果。当居住权消灭后,所有权人如果希望居住权人的利益得以保障,自然可以在替代住宅上重新设立居住权。而在住宅所有权发生继承或遗赠后住宅又灭失的情形下,居住权人的生活需要可通过居住权消灭后的经济赔偿或补偿得到保障,也并不会导致遗嘱人的目的落空。至于是否在新住宅上设立居住权,应当尊重新所有权人的意思自治,而不可将原所有权人的意思强加于新所有权人之上。

#### 四、居住权消灭后居住权人的权利救济

• 180 •

居住权因住宅损毁、灭失而消灭后,居住权人既可以与所有权人重新协商设立居住权,也可以选择请求损害赔偿或者补偿。不可否认的是,居住权物上代位论虽然在解释论和价值论层面都不具备正当性,但在实践中便于理解和执行。因此,居住权消灭论的解释作业,亦应该重点关注居住权损害赔偿和征收补偿的制度设计,以便为司法实践提供确定指引。

##### (一) 居住权人的损害赔偿或征收补偿请求权

居住权作为一项独立的财产性权利,因他人侵权行为导致权利灭失时,居住权人自然得以向侵权人请求损害赔偿。但是,实践中对于居住权人在征收法律关系中的地位却有着不同认识。《中华人民共和国物权法(草案)》第二次和第三次审议稿中均规定了住宅消灭后,所有权人给予居住权人适当补偿或安置,部分地方性立法如《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》也要求被征收人在获得征收补偿后,应当负责安置房屋使用人。由此,实践中很容易产生对居住权人负有补偿或安置义务的是住宅所有权人而非征收人的误解,进而否定居住权人在征收补偿程序中的独立地位。有法院在判决中认为,居住权人作为房屋实际使用人不属于征收补偿法律关系的主体,也不属于可以主张分割征收补偿利益的适格主体,从而驳回了居住权人关于住宅征收补偿份额的请求。〔64〕

〔63〕 肖俊:《“居住”如何成为一种物权——从罗马法传统到当代中国居住权立法》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第3期,第101页。

〔64〕 参见上海市第二中级人民法院(2021)沪02民终3976号民事裁定书;北京市第二中级人民法院(2021)京02行终103号行政裁定书。

《补偿条例》制定时我国立法尚未创设居住权制度，因此，居住权人在征收补偿程序中的规范地位的确属于立法空白。但是，《民法典》第 327 条已经规定用益物权人有权获得征收补偿，在理论和实践中也得到了广泛的认可。<sup>〔65〕</sup>只是长期以来，我国征收立法仅在狭义概念上使用被征收人的概念，即只有被征收的土地、房屋等不动产所有权人属于被征收人，被征收不动产的用益物权人和担保物权人等非直接征收对象均属于征收关系人范畴。但是，尽管征收关系人在征收程序中无权干涉被征收人是否接受征收、选择以何种方式补偿等权利事项，但不影响其在面临财产损害时以自己的名义参与征收程序并作出一定的独立权利主张。<sup>〔66〕</sup>

与居住权人面临类似情况的还有房屋承租人。《补偿条例》在《城市房屋拆迁管理条例》的基础上将承租人从征收补偿对象中删除，理由在于房屋出租是所有权人和承租人之间形成的民事法律关系，征收人只需要支付给被征收人租金补偿，承租人和所有权人之间应当按照合同解除的规则处理。<sup>〔67〕</sup>但这一解释在理论和实践中均招致批评。理论界认为，对承租人的征收补偿应当是征收人的“国家义务”和被征收人的“社会义务”，必须赋予承租人在征收程序中的独立权利和地位。<sup>〔68〕</sup>司法实践也在试图修正这一立场，在征收人明知承租人的存在，但未与房屋所有权人或者承租人达成任何补偿安排，或者承租人因征收行为遭受实际经济损失时，应该认定承租人与房屋征收行为之间具有“利害关系”且有权独立提起行政诉讼。<sup>〔69〕</sup>

相较于所有权人而言，居住权人与承租人同处弱势地位，且居住权的市场价格评估机制尚不完善，如果居住权人不能参与征收补偿的协商程序，则其在对征收人和所有权人的权利主张在谈判过程中更容易落于下风。居住权人的权利在征收过程中被漠视，同样会衍生出严重的社会问题。<sup>〔70〕</sup>因此，应当明确居住权人在房屋征收过程中的直接补偿地位，在拟定补偿方案、签订补偿协议及作出补偿决定时，应把居住权人作为征收关系人纳入征收程序中，若居住权人的利益受到损害，其有权在征收程序中提出独立的请求，或者对征收人提起行政诉讼。

除了赋予居住权人在征收程序中的独立地位，还应当对居住权财产价值进行独立评估。理论上，征收补偿价格的计算规则有统一计算规则和分别计算规则之分。<sup>〔71〕</sup>前者认为，既然征收的标的是房屋和土地所有权，居住权是从所有权中分离而来的，居住权人仅在法定征收补偿费用中享有相应的份额，应先进行统一计算，再由房屋所有权人和居住权人参考市场价值进行

〔65〕 参见屈茂辉、周志芳：《中国土地征收补偿标准研究——基于地方立法文本分析》，载《法学研究》2009年第3期；黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编解读》，中国法制出版社2020年版，第548页。

〔66〕 参见房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，中国人民大学出版社2011年版，第157页。《补偿条例》第25条明确规定房屋征收部门直接与被征收人，也就是房屋所有权人签订征收补偿协议，第20、21、22条涉及房屋评估、补偿方式、支付对象等条款皆明确协商主体为“被征收人”。

〔67〕 参见国务院法制办公室农林城建资源环保法制司、住房城乡建设部法规司、房地产市场监管司编著：《国有土地上房屋征收与补偿条例释义》，中国法制出版社2011年版，第20页。

〔68〕 参见房绍坤：《国有土地上房屋征收的法律问题与对策》，载《中国法学》2012年第1期。

〔69〕 参见最高人民法院（2019）最高法行申13115号行政裁定书；最高人民法院（2020）最高法行再110号行政裁定书。

〔70〕 如河南省郑州市中级人民法院（2019）豫01民终24905号民事判决书中显示，所有权人拒绝将已经从征收人处实际领取的过渡费和生活补贴分发给居住权人，遂引发争议。

〔71〕 See Gideon Kanner, *And Now, for a Word from the Sponsor: People v. Lynbar, Inc. Revisited*, 5 University of San Francisco Law Review 39, 43-44 (1970).

内部分配,而后者则是分别计算所有权和居住权的财产价值。<sup>〔72〕</sup> 本文认为,基于程序便捷和避免纠纷的考量,对设定居住权住宅的征收补偿应当采取分别计算规则。其一,若采统一计算规则,则居住权人作为征收关系人在实体法上的独立地位无从彰显。被征收财产价值的评估和补偿是居住权人的核心诉求,如果不能在征收补偿程序中对居住权的财产价值作出明确的评估,居住权人作为征收关系人的独立请求权即沦为具文。其二,考虑到居住权人缺乏与所有权人议价的能力,在征收人主持的征收程序中就完成对居住权财产价值的评估和补偿款的分割更有利于居住权人的权利保护。当被征收人选择产权调换的补偿方式时,由于居住权人无权干涉被征收人选择征收补偿的方式,且征收人仅能向被征收人交付安置房,居住权人可以和被征收人、征收人事先在征收程序中就居住权财产的评估价值和履行方式进行协商,若被征收人未按照协商结果向居住权人支付征收补偿或者予以安置,则居住权人有权向所有权人主张居住权价值部分的不当得利返还。

## (二) 居住权损害赔偿或补偿范围的计算

### 1. 居住权损害赔偿或补偿的财产范围

侵权法上损害赔偿的范围应当包括财产价值的减少、消极财产的增加和所失之利益。<sup>〔73〕</sup> 就居住权损害而言,具体赔偿范围应当包括居住权的财产价值、居住权人搬迁和临时安置的损失,以及居住权人将部分住宅用于出租或经营民宿的收益损失。而征收补偿的范围与此类似,主要包括被征收土地(含地上建筑物、构筑物)损失、其他损失以及负担损失三类补偿,同样分别对应居住权的财产价值、居住权人搬迁和临时安置的损失,以及居住权人的营业损失。有的法院在判决中仅支持了居住权人的搬迁和临时安置损失补偿(过渡费),错误地忽视了居住权本身的财产价值。<sup>〔74〕</sup>

### 2. 居住权损害赔偿或补偿的计算方式

居住权损害赔偿的计算,应根据居住权人通过商业市场重新获得住宅使用利益之代价确定。<sup>〔75〕</sup> 采取市场价格基准的前提在于存在充分的公开市场,所涉财产具有充分的可交易性和可替代性。当不存在完全同一的替代物时,应当参照情况相似的物确定市场价格。考虑到现行规范中居住权的不可让与性在客观上阻碍了居住权统一市场之形成,在很多情况下可能并不存在公开的居住权交易市场。此时,应当根据居住权的设立是否存在对价而采取不同计算方式。

其一,当居住权人支付对价的情形下,为取得被侵害财产而支付的价款可以作为确定该财产市场价格的依据。<sup>〔76〕</sup> 所以在计算损害赔偿价格时,可以通过设立居住权所支付的价款和剩余期限来确定居住权的剩余财产价值,未约定期限的居住权可以参照人身损害赔偿中伤残赔偿金和死亡赔偿金的相关规则,以自然人80年的一般生存期限作为居住权存续期限。其二,当居住权设

〔72〕 参见陆剑、胡梦杰:《〈民法典〉视域下居住权征收补偿问题研究》,载《中国土地科学》2020年第12期。

〔73〕 参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第845-848页。

〔74〕 参见江苏省海安市人民法院(2020)苏0621民初5159号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2019)豫01民终24905号民事判决书。

〔75〕 参见徐建刚:《论使用可能性丧失的损害赔偿》,载《法商研究》2018年第2期。

〔76〕 参见李承亮:《〈民法典〉第1184条〈侵害财产造成财产损失的计算〉评注》,载《法学家》2021年第6期。

立时不存在相应的对价，或者居住权人支付的对价不足以反映居住权的经济价值时，可以参照类似住宅的租赁价格确定居住权的市场价值。<sup>〔77〕</sup> 所谓类似住宅，应根据就近原则，结合被征收住宅区位、套型、面积等具体因素确定。

值得讨论的是，有学者主张居住权的征收补偿数额应根据居住权是否有偿设立而有所区别，对于无偿设立的居住权应采适当补偿，其理由有二：第一，无偿设立居住权是为了保障特定群体居住权益，不应让设立人负担过重的义务，应对居住权人采适当补偿原则，其具体补偿份额应在有偿居住权所获补偿的基础上予以削减；第二，鉴于居住权人未付出任何代价，几乎等同于受赠与，故享有的补偿份额应低于有偿设立的情形。<sup>〔78〕</sup> 上述观点实质上将有偿设立时居住权人支付的费用等同于居住权之对价，错误地将是否支付对价作为市场性和保障性居住权的界分标准，模糊了二者之间的本质区别。诚然，《民法典》允许当事人就居住权的有偿设立进行例外约定，为市场性居住权的解释论作业留存了空间，但无偿设立绝非两种居住权之间的根本区别。市场性居住权在本质上体现为投入建筑资金的对待给付或对价（建筑造价补贴），<sup>〔79〕</sup> 而保障性居住权强调所有权人对弱势群体的帮扶，即使当事人约定有偿设立，其支付的费用亦不能等价于建筑资金的投入。换言之，即使是保障性居住权，原则上也不排除当事人约定有偿设立的可能性，但如果居住权人支付的费用不足以构成使用住宅之对价，则不能凭借居住权人支付的价款来衡量居住权的经济价值。因此，在实践中不能一概而论，以是否有偿设立来区分居住权的价值，而应当根据当事人的约定以及居住权人支付的费用是否能够反映居住权的经济价值进行综合考量和评估。无论何种方式设立的居住权，其财产价值的确定均应坚持市场价格基准，不能因财产权利取得方式不同而存在差异。居住权设立时是否支付对价影响的仅是居住权财产价值的计算方法，而非居住权财产价值本身。

• 183 •

除了“损失发生时的市场价格”，《民法典》第 1184 条还规定了“其他合理方式”的损害赔偿计算方法。在按“损失发生时的市场价格”计算财产损失时，只需考虑普通因素，无需考虑个性化和非客观性的因素。<sup>〔80〕</sup> 但当被侵害住宅对于居住权人而言所具有的主观价值高于市场价值时，应当通过“其他合理方式”计算方法将主观价值纳入损害赔偿的范围。再者，如果住宅当中蕴含着精神利益，如传承多代的祖宅已经构成具有人身意义的特定物，则居住权人亦可根据《民法典》第 1183 条主张寄托于特定财产的精神损害赔偿。<sup>〔81〕</sup> 而就征收补偿而言，《民法典》第 117 条、《补偿条例》第 2 条与《中华人民共和国土地管理法》（2019 年修正）第 48 条等相关规则均确立了征收补偿中“公平、合理”的补偿原则，关于“公平、合理”补偿的内涵，学理上存在完全补偿说、适当补偿说和公平补偿说等多种解读。其中，完全补偿将征收补偿和损害赔偿等量齐观，增加了征收成本，不利于公益实现；适当补偿有违宪法权利保障之精神；唯公平补偿能平衡公益和私益之矛盾，更加可取。因此，对于被征收财产的计算应严格以被征收财产的市场价格为基准，主观价值损失等原则上无法受偿。<sup>〔82〕</sup>

〔77〕 参见陆剑、胡梦杰：《〈民法典〉视域下居住权征收补偿问题研究》，载《中国土地科学》2020 年第 12 期。

〔78〕 参见陆剑、胡梦杰：《〈民法典〉视域下居住权征收补偿问题研究》，载《中国土地科学》2020 年第 12 期。

〔79〕 参见崔建远：《物权编对四种他物权制度的完善和发展》，载《中国法学》2020 年第 4 期。

〔80〕 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 162 页。

〔81〕 参见李承亮：《〈民法典〉第 1184 条（侵害财产造成财产损失的计算）评注》，载《法学家》2021 年第 6 期。

〔82〕 参见房绍坤、曹相见：《论国有土地上房屋征收的“公平、合理”补偿》，载《学习与探索》2018 年第 10 期。

## 五、结 语

“有恒产者有恒心”。安居乐业自古以来都是中国人民对于美好生活的向往和追求，而居住权制度作为在住宅上新创设的物权性利用方式，负载着实现全体人民住有所居的立法目标，其设立和运行关乎社会民心，意义不可不谓重大。然而，对于居住权稳定性和持续性的追求，应当沿着私法理性的轨道前进，而不宜动辄以居住权的价值负载扰乱解释论的展开。居住权物上代位论的解释方案虽然在一定程度上关注了居住权人的利益，但是既不能实现物上代位制度的矫正功能，又欠缺法律形式逻辑的融贯性，在解释论上难以获得支撑。因此，应当明确将住宅灭失作为居住权的消灭事由，使住宅消灭后居住权的法律后果回归物权消灭的一般样态，并通过金钱赔偿或补偿充分保障居住权人的利益。

---

---

**Abstract:** Article 370 of the Civil Code does not stipulate the loss of a dwelling as a cause of extinguishment of the right of habitation, which has given rise to the debate on whether the right of habitation can be subrogated in the event of the loss of a dwelling. Based on the perspective of interpretative theory, the subrogation theory of the right of habitation wrongly confuses the economic and residential interests carried by the replacement dwelling, failing to achieve the corrective goal of restoring the complete interests of the owner of the right of habitation, and the limited nature of the object of usufructuary right leads to the failure of bridging the gap of rights in the process of the occurrence of subrogation of the right of habitation. In the scenario of expropriation compensation, there is only a correlation of value between the old and the new dwellings, rather than a direct legal relationship, thus the new dwellings cannot become competent subrogation objects. In the absence of justification at the interpretative theory level, insisting on subrogation of the right of habitation based on the ethical load on the right of habitation is in fact replacing the real right technique with ethical thinking, which deviates from the track of private law rationality. The right of habitation should be extinguished upon the loss of the dwelling, and the owner of the right of habitation shall have the right to claim damages or expropriation compensation independently. When there is no uniform market price, the property value of the right of habitation shall be determined based on its consideration at the time it was established and its remaining period, or by reference to the rental price of a similar dwelling.

**Key Words:** extinguishment of the right of habitation, expropriation compensation, subrogation, interest of use, personal servitude

---

---

(责任编辑：徐建刚)

## 安慰函的法律构造与规范进路

刘 斌 王洁宇\*

**内容提要：**安慰函作为商事实践中发展出来的新型债权性担保工具，在促进融资、促成合同、增强信用等方面具有独立价值。在我国既有规则体系下，相关立法尚付阙如，加之安慰函自身的“模糊性”特征，其在实践运行中呈现出诸多解释困境。我国司法实践对安慰函的性质及效力认定通常高度依托于保证合同，以是否构成保证为基本判断标尺。事实上，安慰函区别于传统从属性保证，具有独立的交易需求与规范逻辑，基于保证合同视阈的审视逻辑实则是对安慰函制度之误读，有悖于商事自治，亦与商业交易需求相背离。为导正安慰函的构造逻辑，应将安慰函作为不同于保证合同的担保方式纳入人的担保体系范畴，并肯定、承认适格安慰函的担保效力。在未来的《商法典》或《商法总则》等商事立法中，应当予以典型化。

**关键词：**安慰函 保证合同 人的担保 法律构造

• 185 •

在国际商事实践中，保证的从属性特征导致保证责任的承担受制于保证人的多种抗辩权，无法满足商业实践的效率需求，借此突破了保证从属性与抗辩权制约的新型债权担保工具应运而生。安慰函作为商业实践的产物，因其独立性特征而在商事领域广泛运用，其勃兴乃是信用市场的创新与选择，是商人之自治安排。但囿于安慰函与生俱来的模糊性，其从产生伊始便争议不断，无论是地位抑或效力皆未受到立法肯定、承认。我国《民法典》第 682 条突破了保证从属性的桎梏，规定可以通过法律规定排除担保的从属性，为安慰函制度发展预留了法律解释的空间。在优化营商环境与推进“一带一路”倡议等背景下，系统审视安慰函作为商事工具之独特性，最大程度回应商事实践需求，系重要的制度完善面向。

\* 刘斌，中国政法大学民商经济法学院副教授；王洁宇，澳门科技大学法学院博士研究生。

## 一、安慰函的交易模型与效力争议

安慰函 (letter of comfort) 又称承诺函 (letter of acceptance), 在法国也被称为意图信 (Lettre d'intention)、赞助信 (Lettre de patronage),〔1〕 德语中将安慰函称为 Patronatserklärung。所谓安慰函, 系指出函人以支持债务人向债权人履行义务为目的, 承担作为或不作为的担保义务的法律行为。〔2〕 安慰函的交易模式通常表现为: 母公司或政府 (出函人) 以促进企业融资、增强债务人信用为目的, 向债权人单方出具的, 载明表示愿意为债务人贷款提供某种支持的书面文件, 内容大抵涵括督促债务人及时清偿债务、协助债务人及时还款、确保债务人履行债务、维持对债务人的控制权等支持性承诺。

### (一) 安慰函的交易模型

交易模型的创新是商业发展的动力之源。〔3〕 商事交易模型并非立法者、法官所创造, 而是商事主体在长期的商事交往中所形成的。商事交易模型充满着自发性与博弈性, 是商事主体各方基于自身的利益诉求谈判竞争的产物。这种复杂精巧的商事交易模型在产生之初往往饱受质疑, 个中缘由或许是其对传统稳固的交易模型造成冲击, 或许是既有规范难以解释并容纳, 但诸多商事法律规范正是基于交易模型自然演进的结果, 不妨以包容而开放的目光审视商人的这种创造。

安慰函作为商事实践的产物, 其产生是商事主体之间经过利益衡量所做之选择。在安慰函的交易模型中, 出函人与债权人有着各自的利益诉求, 就出函人而言, 其希望通过安慰函规避严格僵化的保证形式, 避免卷入复杂多变的基础交易中, 同时又能达到增信之目的。就债权人而言, 其希望接受一种既能够阻断保证人对基础交易项下的抗辩、免受保证期间的束缚, 又能快速达到担保目的的担保工具。银行债权人亦把接受传统担保方式以外的担保方式当作其竞争优势。〔4〕 安慰函在这种利益平衡与双向选择中应运而生, 并以独立的价值活跃于融资市场。某种意义上讲, 出函人并非真正想承担保证之下的法律责任, 否则便会使用明确具体的保证形式; 债权人亦能认识到安慰函并非保证, 否则便会要求出函人提供明确的保证文书。但安慰函正是因其独特的交易结构能够满足当事人双方的利益需求, 又能达到特定的增信目的而受到商人青睐。

在这种博弈与妥协下诞生的安慰函, 具有天然的模糊性特征, 有学者称其为“变色龙文件” (chameleonic documents)。〔5〕 诚然, 模糊性贯穿于安慰函交易模型始终, 既是安慰函产生的动因, 亦是安慰函发展之归宿。谓之动因, 是因为商人创造安慰函交易模型的初衷多是为了规避从属性保证中对其不利规则之适用, 这种动机往往是隐晦且模糊的; 谓之归宿, 是因为模糊性是安慰函的“生命”, 脱离模糊性的安慰函则易被其他规范框架吸收, 从而被剔除出安慰函之列。安慰函因其模糊性特征, 从产生伊始便面临着各种质疑。在面临否定与质疑后, 商事交易实践也对

〔1〕 参见李世刚:《安慰函制度的法国经验及其启示》,载《法学杂志》2012年第9期。

〔2〕 参见前引〔1〕,李世刚文。

〔3〕 参见王延川:《现代商法的生成:交易模型与价值结构》,法律出版社2015年版,第125页。

〔4〕 See Glibert, Comfort Letter: a Banker's View, 1982 *The Journal of Commercial Bank Lending* 48, 49 (1982).

〔5〕 See Anton Trichardt, Comfort Letters - A Quartet of Decisions Interrupt the Judicial Quiescence, 9 *Tilburg Foreign Law Review* 162, 166 (2001).

安慰函的交易模型进行不断修正,以一种更为恳切的措辞企图获得认可,并在与否定立场的博弈中获得自我革新。

在此背景下,安慰函的交易模型逐渐生成,并形成相对稳固的状态。安慰函的交易模型主要涉及三方主体:出函人、债务人以及债权人。出函人(通常是母公司或政府)以增强债务人信用为目的,应债务人请求或主动向债权人单方出具书面函件。<sup>〔6〕</sup>该函件措辞通常较为模糊,多表达愿意为债务人贷款提供某种支持,但并不承诺替代主债务人履行债务。函件承诺内容大抵包括:督促债务人及时清偿债务、协助债务人及时还款、确保债务人偿还债务、维持对债务人的控制权、确保不从公司抽走资金等,不一而足。根据函件目的及内容不同,安慰函存在不同的划分标准。英国学者将安慰函分为三类:知悉融资的声明;保持所有者权益的承诺;贷款人所要求的支持程度。<sup>〔7〕</sup>德国则将安慰函划分为“强安慰函”及“弱安慰函”。<sup>〔8〕</sup>法国学理上则将安慰函区分为“方法之债”与“结果之债”。<sup>〔9〕</sup>我国有学者将安慰函分为知悉函、支持函、允诺函三类。<sup>〔10〕</sup>由是观之,基于学者对措辞的不同侧面截取,安慰函表征形态各异。但无论采何种类型描述,仅为术语选择争议,不涉及对安慰函本质的价值判断。

## (二) 安慰函的效力争议

安慰函的交易模型是交易者基于自身利益考量的产物,当纠纷发生时交易者往往会作出对己方有利的解释。基于不同的利益诉求,债权人希望安慰函具有近乎保证的法律效力,反之,出函人则仅希望表达对债务人支持的意愿,而不承担法律责任。<sup>〔11〕</sup>安慰函作为双方意愿磋商妥协的法律产物,其措辞本身便具有模糊性特征。<sup>〔12〕</sup>我国关于安慰函的法律规范更是尚付阙如,仅有最高人民法院的复函<sup>〔13〕</sup>对安慰函的认定作出含糊回应,并不能为歧见纷生的实践乱象提供充分的规范指引。

在规范体系残缺的背景下,如何妥适地判断安慰函的效力系司法实践中的难点。为化解这一效力认定难题,法官面对安慰函这一新生事物,天然的滑向熟悉的领域寻找规范工具,并将目光落在与其相近的保证,反复比照安慰函是否构成保证,并将保证作为安慰函效力认定的基本标尺。通过检索案例<sup>〔14〕</sup>可以看出,目前司法实践在判定安慰函效力时的主流观点便是将安慰函与

〔6〕 值得注意的是,安慰函的签发在部分情况下是基于债权人的主动提出,但债权人并不直接向出函人提出,而是向其债务人申请,由债务人向出函人提出申请,以便为其提供担保。See Vasile Nemes, Bank Guarantees, 19 *Lex ET Scientia International Journal* 128, 135 (2012).

〔7〕 See Philip Wood, *The Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, 1980, p. 307.

〔8〕 See Schütze, *Münchener Vertrags-Handbuch*, 2. Aufl., 1985, S. 423 - 433.

〔9〕 参见前引〔1〕,李世刚文。

〔10〕 参见杭子晴:《浅析安慰函的法律效力——兼评最高人民法院关于佛山市人民政府与交通银行香港分行之间的保证合同纠纷案终审判决》,载《金融管理与研究》2006年第7期。

〔11〕 参见前引〔5〕,Anton Trichardt文,第166页。

〔12〕 参见焦美华:《模糊的安慰函——安慰函的法律效力》,载《国际贸易》1997年第11期。

〔13〕 《最高人民法院关于交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民政府等借款担保合同纠纷上诉一案〈承诺函〉是否构成担保问题的请示的复函》指出:“对于云浮市人民政府出具的《承诺函》是否构成我国《担保法》意义上的保证,应由你院根据云浮市人民政府出具《承诺函》的背景情况、《承诺函》的内容以及查明的其他事实情况作出认定。”

〔14〕 笔者在“中国裁判文书网”“无讼案例”“法信网”“北大法宝”等司法案例数据库以“安慰函”“承诺函”为关键词进行全文检索,检索时间为2022年4月1日,选取13件典型案例。

保证合同相比较,若安慰函构成保证则肯定其效力,<sup>[15]</sup>若不构成保证则否定其效力,<sup>[16]</sup>基本遵循“构成保证—有效,不构成保证—无效”的裁判逻辑。至于何种情况下构成保证,法院则倾向于依据安慰函的措辞作出判断,然而,囿于语义表达的模糊性,何种措辞下构成保证法院并未言明,又基于保证不能推定之规则,大量的安慰函因不构成保证而被否定效力。譬如在“广东国际信托投资公司破产案”<sup>[17]</sup>中,法院认为安慰函中没有明确代为清偿或代为还债的意思,不构成我国法上的保证,进而否定了安慰函的效力。在后续的“佛山市人民政府案”、<sup>[18]</sup>“中国银行(香港)有限公司案”<sup>[19]</sup>等典型案件中,法院亦持相同立场。这种效力判定立场影响至今,近年来仍有诸多判决以此为由否定安慰函的效力。反观少数安慰函被认定有效的案件,又存在罔顾当事人真意而强行嵌套进保证框架的蹩脚局面。例如,在“中国建设银行湖南省分行案”<sup>[20]</sup>中,出函人并无保证之意思,且当事人双方皆认为承诺函并非保证,法院却径直将安慰函解释为保证,进而适用保证规则。

应当认识到,安慰函本不是保证,以保证为标尺全盘否定安慰函之效力,或将其强行解释为保证,皆不符合实践需求及当事人真实意思所向。在既有效力判定立场下安慰函的效力多被否定,有悖于商事实践需求与商业发展规律,具体而言:其一,在商事交易场合,否认安慰函的效力易滋生商事欺诈进而有损交易诚信体系。倘若出函人抓住无效指向,出具安慰函以引诱或促使债权人向债务人贷款,嗣后出函人又能逃脱担保责任,<sup>[21]</sup>无异于诱人上房抽梯,有损债权人信赖利益,不利于交易双方作出合理的商业判断,进而破坏融资市场的规范运行。其二,简单否定安慰函的效力不利于优化我国营商环境。安慰函多应用于国际融资担保领域,我国政府或母公司为增强外资企业投资信心以安慰函的形式吸引境外企业投资,否定安慰函的效力将打消境外企业的投资动力,从而不利于境内企业融资。其三,安慰函具有独立的需求与价值,不因效力否定而减损。自早年最高人民法院明确了安慰函无效立场以降,有关安慰函案件数量明显减少,在效力否定阴霾的笼罩下,亦有银行从业者提出避免银行接受安慰函的建议。但通过近年来逐渐增加的安慰函案件观之,安慰函并未因此而消弭,反而以更强的生命力活跃于融资市场,这也代表了安慰函具有独立的实践需求与存在价值。有基于此,对待安慰函的正确态度并不是消灭其生存空间,而是应该承认并规范它,明确安慰函在何种条件下具有法律效力。

[15] 譬如最高人民法院(2019)最高法民终1006号案件中,法院以“安慰函担保意思明确,具有保证担保性质”而认定有效。持有类似观点的判决有最高人民法院(2011)民申字第1209号民事判决书、最高人民法院(2015)民申字第1276号民事判决书、最高人民法院(2017)最高法民终353号民事判决书、最高人民法院(2019)最高法民终1006号民事判决书、最高人民法院(2020)最高法民终244号民事判决书。

[16] 譬如最高人民法院(2014)民四终字第37号案件中,法院以“安慰函不符合《担保法》第六条关于保证的规定,不能构成法律意义上的保证”为由认定无效。持有类似观点的判决有广东国际信托投资公司破产案(载《最高人民法院公报》2003年第3期)、最高人民法院(2004)民四终字第5号民事判决书、广东省高级人民法院(2004)粤高法民四终字第231号民事判决书、最高人民法院(2011)民申字第1206号民事判决书、北京市高级人民法院(2016)京民申3103号民事判决书、最高人民法院(2017)最高法民终182号民事判决书、江苏省苏州市中级人民法院(2017)苏05民终3022号民事判决书。

[17] 参见《广东国际信托投资公司破产案》,载《最高人民法院公报》2003年第3期。

[18] 参见最高人民法院(2004)民四终字第5号民事判决书。

[19] 参见最高人民法院(2014)民四终字第37号民事判决书。

[20] 参见最高人民法院(2019)最高法民终1006号民事判决书。

[21] 参见吴一波、陈庭鹭:《公司担保行为的模糊边界——“安慰函”效力之探析》,载《金融法苑》2011年第2期。

然而抱憾的是,无论司法实践抑或理论研究皆未充分认识到安慰函的独立性属性,亦未厘清安慰函与保证之关系,这也导致安慰函的效力认定始终裹挟着保证标尺。在实践中,法院多以安慰函没有明确设定保证的意思为由否定其效力,甚至有判决直接将安慰函等同于道义上的承诺,由此减损甚至湮灭了具有担保意思的安慰函之效力,有悖于商人自治。在学理上,既有理论大多在保证的视阈下探讨安慰函,着眼于何种条件下构成保证,但鲜有学者关注安慰函与保证的实质区别。日前,亟须对安慰函的法律构造进行通盘检视,以廓清其与保证合同之关系,导正裁判逻辑,从而对商事担保之良好运行有所裨益。

## 二、安慰函的历史演进与规范立场

我国对安慰函效力判定逻辑之所以存在误区,其根源在于对安慰函与保证关系的理解错位。安慰函并非我国商事实践所固有,某种意义上属于“舶来品”,对安慰函进行探源并考诸域外实践有助于厘清安慰函与保证之间的关系。

### (一) 安慰函的商事发展脉络

安慰函缘起于20世纪60年代英美金融界,并于70年代开始流行。<sup>[22]</sup>关于安慰函的起源说辞不一,在英美国,子公司为顺利获得贷款融资,往往需要母公司提供保证以增强债权人贷款信心。<sup>[23]</sup>但是,根据法律规定,具有法律效力的保证应作为或有负债记载于公司的资产负债表中,<sup>[24]</sup>进而影响公司之信用,故而母公司更愿意采用无需承担法律责任的安慰函的方式为债务人提供一定支持。在德国,安慰函产生之初是为了规避法律对由母公司担保的子公司借款征收2%的资本投资税的规定。<sup>[25]</sup>准此以言,无论何种起源,安慰函被创设的起因在于出函人规避承担保证责任,而非旨在为债务人提供具有法律效力的担保。但随着安慰函在商事实践中的渗入,加之传统保证方式的弊端日益凸显,难以满足商业活动中的需求,安慰函的目的与功能发生转向。具体而言,我国港澳台地区90年代末经济陷入持续低迷,贷款人在穷尽保证与物权担保后仍难以保障债权的实现,转而寻求安慰函以填补损失。<sup>[26]</sup>除此之外,保证制度的严格僵化也促使交易当事人将安慰函作为新的补充机制,细言之:首先,传统保证奉从属性为圭臬,侧重于保障保证人的利益,并赋予保证人诸多抗辩权。保证合同受主合同成立、效力、抗辩、范围等方面的约束,<sup>[27]</sup>也在一定程度上减损了交易效率,难以适应诸多交易场合。其次,随着贸易范围的扩大,商事担保主体之间趋于陌生化,由此带来的信任机制缺失愈加呼唤安全稳定的交易环境,但从属性保证固有的不确定性,难以弥合担保主体之间信任缺失的天堑。最后,保证合同的形式要件繁琐。以公司对外提供保证为例,公司对外担保需经董事会或股东会、股东大会决议,在为

• 189 •

[22] 参见沈达明编著:《法国/德国担保法》,中国法制出版社2000年版,第84页。

[23] 参见王毓莹:《民法典背景下人的担保独立性之证成与适用——以独立担保为视角》,载《比较法研究》2021年第6期。

[24] See Michael Elland-Goldsmith, Comfort Letters in English Law and Practice, 1994 *International Business Law Journal* 527, 528 (1994).

[25] 参见前引〔7〕, Philip Wood书,第307页。

[26] 参见刘子平、易新华、梁朔梅:《涉外债务安慰函的性质及其效力》,载《人民司法》2004年第9期。

[27] 参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第880-882页。

境外机构提供担保时还应经外汇管理部门登记，形式过于繁杂，从而增加了交易成本。基于此，固守传统的保证方式难以满足担保实践发展之交易需求，安慰函基于对商事效率与安全的追求，能够补充保证无法涉足的领域，又因形式灵活、有效增信、交易成本低廉等优势而备受商人青睐，尤其在国际融资担保中得以广泛应用。

由是观之，安慰函具有独立的商事发展脉络，其产生与发展均独立于保证。安慰函与保证的关系历经了由规避向补充之转变，安慰函也逐渐演变为一项具有独立需求的有效增信措施，并作为一项旨在提供担保或担保替代品的商业工具活跃于国际金融市场。<sup>〔28〕</sup>

## （二）域外法上安慰函效力认定的基本立场

揆诸域外，反诸己身。综观域外对安慰函效力的判定立场，大抵可归为三种类型：英国和澳大利亚认为安慰函的效力取决于其措辞，但对是否拘泥于文字表达存在分歧；德国将安慰函类型化为强格式安慰函与弱格式安慰函，此间区别影响其效力判定；法国以立法形式将安慰函作为独立于保证的“人的担保”项下的种概念，并肯定其效力。兹分述之：

英国法院对安慰函的界定基本根据安慰函的措辞进行，认为安慰函是否能够产生具有法律约束力的义务，取决于当事人的意图和安慰函订立时的客观情况。<sup>〔29〕</sup>英国法院关于安慰函的判定立场以 *Kleinwort Benson Limited v. Malaysian Mining Corporation Berhad* 案<sup>〔30〕</sup>（以下简称“KB案”）为著例，法院重点关注安慰函的措辞本身，认为“这是我们的政策”的声明不等于MMC公司对未来政策的合同承诺，措辞必须表明这是而且将是我们的政策。<sup>〔31〕</sup>英国KB案作出的同年，澳大利亚新南威尔士州最高法院在 *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited* 案<sup>〔32〕</sup>（以下简称“BBL案”）中作出了截然相反的判决。罗杰斯（Rogers）法官认为，商人经过艰难磋商后所作出的声明（安慰函），在对效力没有明确约定的情况下，就断然认定所做声明仅具有道义上的责任，这对于正常的商业交易活动而言是不可取的。如今法律的主旨便是试图使商业交易具有适当的效力。<sup>〔33〕</sup>如果法院将审查商业纠纷的重点放在咬文嚼字分析字面含义，这将不利于司法在处理商业纠纷过程中的有效实施。<sup>〔34〕</sup>罗杰斯法官因此判定安慰函构成合同承诺，并承认了安慰函的法律效力，此判决也代表了澳大利亚法院认定安慰函的基本立场。

在德国，安慰函被划分为强安慰函（Harte Patronatserklärung）与弱安慰函（Weiche Patronatserklärung）。<sup>〔35〕</sup>在强安慰函中，出函人通常会在确认其对所涉及交易了解的基础上，为债务人及时履约做出明确承诺，抑或是承诺保持一定的持股比例、承诺处置股份时向债权人发出通知等，通常具有明确受义务约束的意思表示。<sup>〔36〕</sup>反观弱安慰函则更为模糊，出函人往往不

〔28〕 参见前引〔5〕，Anton Trichardt 文，第166页。

〔29〕 See Poh Chu Chai, *Law of Pledges, Guarantees and Letters of Credit*, LexisNexis, 2003, p. 949.

〔30〕 See *Kleinwort Benson Limited v. Malaysian Mining Corporation Berhad*, [1989] 1 WLR 379.

〔31〕 See Simon Deane, *Letters of Comfort*, 1 *Asia Pacific Law Review* 88, 91 (1992).

〔32〕 See *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited*, [1989] 21 NSWLR 502.

〔33〕 See *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited*, [1989] 21 NSWLR 523.

〔34〕 See *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited*, [1989] 21 NSWLR 524.

〔35〕 参见前引〔8〕，Schütze 文，第423-433页。

〔36〕 See Peter Ellinger, *Reflections on Letters of Comfort*, 1991 *Singapore Journal of Legal Studies* 1, 3 (1991).

会就债务人履约做出明确的承诺,而是做出旨在安抚债权人的善意声明,此类安慰函仅具有道德意义,通常不具有法律约束力。<sup>〔37〕</sup>相比之下,强安慰函则被视为具有法律约束力的承诺,以“OLG Celle”案<sup>〔38〕</sup>为例,母公司做出的“确保子公司履行其在信贷协议项下的义务”承诺被认定为具有法律约束力。<sup>〔39〕</sup>虽然上述两种形式的安慰函存在不同的效力走向,但无论哪种安慰函,都不被作为德国法上的保证对待,而是对相关人的信赖利益加以法定保护,作为一项损害赔偿请求权的基础。<sup>〔40〕</sup>

在法国实务中,当事人希望通过安慰函的方式替代保证,以避免保证中强制性规则的适用。<sup>〔41〕</sup>在此背景下,安慰函作为新型担保工具获得发展壮大的机遇,进而纳入2006年修改后的《法国民法典》第2322条,从而构成了与保证和独立担保相并列的担保方式。<sup>〔42〕</sup>该条将安慰函定义为“‘以支持债务人履行其对债权人的债务为目的’的作为或不作为的义务承诺”<sup>〔43〕</sup>。作为区别于保证的概念,安慰函中出函人不会替代债务人履行主债务,其仅对债权人作出某种会帮助、支持其债务人的承诺,此种支持通过作为或不作为方式表现。<sup>〔44〕</sup>关于安慰函的效力问题,法国早期似乎以一种更为直接的方式来处理,其创设了一种假设:理性的商主体会订立一个毫无意义且不可执行的函件吗?答案当然是否定的。<sup>〔45〕</sup>2006年,法国以立法形式确立安慰函作为一种具有法律效力的担保方式,从而在规范层面结束了长期以来关于安慰函效力的争论。

据上观之,各国关于安慰函的效力认定莫衷一是,盖因安慰函自身的模糊性特征,加之其在国际贸易中界定的复杂性,故而各国对此问题并未形成共识。但究其共性,无论是认定安慰函构成合同性承诺、损害赔偿请求权基础抑或是人的担保类型,各国皆承认安慰函区别于保证,并独立考察其效力。反观我国,司法实践及理论学说对安慰函效力的判定立场皆以其是否构成我国担保法意义上的保证为标准,若不构成保证则否定其效力,大量安慰函因不构成保证而被否定效力。在此基础上,无论基于何种考量,全盘否定安慰函的效力似不足取,域外经验值得我国借镜自省,至于如何借鉴域外有益实践寻求本土化规范路径尚需下文进一步探讨。

• 191 •

### 三、安慰函的商事法律结构

安慰函这种特殊的交易模型,面临的首要问题便是如何界定其法律性质,这不仅是判断安慰函效力的起点,亦是明确安慰函规范适用的前提。在其法律性质得以明晰的基础上,可进一步明确其法律结构与外延关系。

〔37〕 参见前引〔8〕,Schütze文,第433页。

〔38〕 NJW67 1425.

〔39〕 See Wilna Faul, Letters of Comfort, 1990 *Journal of South African Law* 73, 80 (1990).

〔40〕 参见前引〔36〕,Peter Ellinger文,第3页。

〔41〕 参见刘斌:《论民法典分则中人的担保之体系重构》,载《当代法学》2018年第5期。

〔42〕 参见前引〔1〕,李世刚文。

〔43〕 罗结珍译:《法国民法典》,北京大学出版社2010年版,第506页。

〔44〕 参见张民安:《法国民法》,清华大学出版社2015年版,第515页。

〔45〕 See Larry A. DiMatteo & Rene Sacasas, Credit and Value Comfort Instruments: Crossing the Line from Assurance to Legally Significant Reliance and toward a Theory of Enforceability, 47 *Baylor Law Review* 357, 371 (1995).

### （一）安慰函系单方商事允诺

综观既有界定立场，安慰函的性质主要存在道义说、合同说、单方允诺说之分野。道义说在安慰函发展初期颇为盛行，但随着安慰函的发展，多数国家或地区纷纷抛弃道义说立场，并重新审视安慰函的性质。反观我国，道义说可谓占据着“半壁江山”，早期司法实践皆以道义说为基本立场，<sup>〔46〕</sup> 晚近以来，虽有所缓和，但仍不乏主张道义说者。<sup>〔47〕</sup> 诚然，将安慰函仅视为道义义务，是对安慰函适用范围的不当限缩，安慰函中尚存在大量具有明确履行义务的措辞，这些措辞之外观足以使相对方产生信赖利益。道义说将安慰函中部分道义承诺扩张到安慰函全部，实则是对安慰函的误读。

合同说又可进一步分为允诺说、保证合同说。英国及澳大利亚倾向于将安慰函认定为合同允诺（contractual promise），从“KB案”到“BBL案”可揆诸其立场。英国理论与实务中认为安慰函构成合同义务，进而应承担合同责任，<sup>〔48〕</sup> 在解释方法上适用合同法的相关规定。保证合同说则颇受我国理论与实务偏爱，学界谈及安慰函性质时多着眼于安慰函满足何种条件时构成保证合同，或者保证合同之要约。<sup>〔49〕</sup> 合同说看似具有一定合理性，但细究之，其并不能反映安慰函的内在逻辑，亦存在诸多解释力不足。若认为安慰函是合同，则合同的成立、履行、解释等规则皆可适用，但根据安慰函的交易模型，安慰函是出函人单方出具的承诺，该承诺具有独立负担债务之意思表示，并不存在相对方的意思表示，难以套用合同“要约—承诺”的成立规则。此外，合同法上的诸多履行抗辩权与当事人选择安慰函的初衷相悖。当事人基于商事效率与安全的追求，企图摆脱合同履行中诸多抗辩权的束缚，以一种更为便捷、稳定的方式达致目的，若将安慰函界定为合同，则扼杀了安慰函的生命力。最后，合同的体系解释方法置重于条款之间的关联性、系统性，但在不断的关联比较中也将安慰函牵涉进基础交易之漩涡，未必符合当事人真实意思。

晚近以来，单方允诺说受到更多关注。“单方允诺是通过单方的意思表示而成立双方的债之关系”<sup>〔50〕</sup>，具有意思表示单方性、债因独立性、相对人特定性的特征，不同于合同的法律结构。实际上，单方允诺因其特殊的法律结构而广泛存在于商事领域，譬如，商家作出的假一罚十、有奖销售、免费服务等各项承诺，均属此类。<sup>〔51〕</sup> 安慰函作为应用于商事领域的产物，具有鲜明的单方属性，在一定程度上引起了学界及实务界的关注。有学者认为，安慰函本属为促成他人达成协议而出具的单方允诺。<sup>〔52〕</sup> 在“招商银行深圳分行诉湖南省高速公路管理局等合同纠纷案”<sup>〔53〕</sup>

〔46〕 譬如最高人民法院（2004）民四终字第5号民事判决书。

〔47〕 有学者认为安慰函没有法律约束力，但至少有道义上的约束力。参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2015年版，第135页。有学者将安慰函等同于仅承担道义上义务的函件。参见刘保玉、梁高远：《“增信措施”的担保定性及公司对外担保规则的适用》，载《法学论坛》2021年第2期。

〔48〕 参见前引〔24〕，Michael Elland-Goldsmith文，第531页。

〔49〕 参见李昊、邓辉：《论保证合同入典及其立法完善》，载《法治研究》2017年第6期。

〔50〕 陈华彬：《债法总论》，中国法制出版社2012年版，第94页。

〔51〕 参见杨海静：《单方允诺视角下的证券市场公开承诺》，载《南方金融》2018年第7期。

〔52〕 参见伯恩斯坦、泽克尔：《法律与美国现代实践双重视野下的君子协定》，载《美国比较法杂志》1998年增刊，第99-100页。转引自张平华：《君子协定的法律分析》，载《比较法研究》2006年第6期。

〔53〕 参见湖南省高级人民法院（2016）湘民初15号民事判决书。

中,法院认为“高管局所作承诺系其单方允诺的法律行为”。然而抱憾的是,提出单方允诺说者并未给予充分的理论阐释,以致单方允诺说解释力薄弱而未被重视。

通过检视安慰函的交易结构与制度需求,将安慰函的性质界定为单方允诺更符合其内在逻辑。其一,安慰函符合单方允诺之构成。首先,安慰函意思表示具有单方性。安慰函系出函人单方出具的函件,一经发出即生效力,其设立无需债权人的意思表示,仅凭出函人的意思表示即可发生法律效力。其次,安慰函的债因具有独立性。安慰函的出函人与债权人之间并无订立契约之合意,出函人作出承诺系独立的债因,仅限于为自己创设债务,与债权人之间并不存在对价(consideration)。最后,安慰函的相对人能够特定。早期有学者将悬赏广告作为典型的单方允诺类型,并提出单方允诺的构成要件应包括向社会不特定人发出。<sup>[54]</sup>但随着单方允诺类型的扩张,将单方允诺发出对象局限于不特定人的观点日渐式微。单方允诺发出对象是否特定,并不会影响债权债务的成立。<sup>[55]</sup>在安慰函中,基于安慰函交易结构及目的之限制,出函人的相对人具有特定性,符合单方允诺之构成。

其二,单方允诺说符合安慰函的内在价值。安慰函作为商事实践的产物,从产生伊始便表现出对商事效率与安全的极大追求。单方允诺恰是对交易关系的效率、稳定和诚实信用原则的最大维护,<sup>[56]</sup>契合了安慰函的制度需求。首先,单方允诺一经发出即生效力,具有相对独立性。债权人无需承诺,仅凭生效函件即可主张权利,避免陷入“要约—承诺”的繁复程序,从而保障了交易效率。其次,单方允诺具有不可撤销性,从而维护了交易的安全与稳定。试想,若将安慰函作为合同,出函人出函即为要约,在债权人承诺前出函人均可撤销,则易导致商事欺诈泛滥,有损诚实信用原则。出函人作为成熟的商事主体,为自己创设义务的行为理应尊重,无需家父主义的保护。故而,单方允诺说极大地满足了安慰函对商事效率与安全的需求,将安慰函解释为单方允诺符合安慰函的内在理路。

在将安慰函界定为单方允诺后,尚需说明的是,安慰函与同属单方允诺的独立保函应如何区分,以避免安慰函被独立保函所吸收。首先,义务的差异是二者最典型的区别。在独立保函中,若债务人未履行债务,担保人所承担的义务是将一笔数额的金钱支付给债权人的“支付义务”。<sup>[57]</sup>而在安慰函中,出函人并不具有替代给付的义务,其义务是一种“行为义务”,出函人所需完成的是在债务人履行债务过程中提供某种帮助或支持。<sup>[58]</sup>其次,担保人(出函人)采用模糊措辞的意图不同。模糊性是安慰函的重要特征,安慰函中措辞的模糊性往往是出函人有意为之,但独立保函措辞上的模糊却未必是担保人刻意而为,可能是具有不同法律效果的措辞叠加,导致难以分辨当事人的真实意图。<sup>[59]</sup>最后,二者可能产生的法律效果不同。安慰函中纯粹道义

[54] 参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由》,法律出版社2005年版,第675页;张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第58页。

[55] 参见高祥主编:《独立担保法律问题研究》,中国政法大学出版社2015年版,第53页。

[56] 参见王长发:《单方法律行为地位正常化研究》,载《法治研究》2010年第3期。

[57] 参见前引〔44〕,张民安书,第515页。

[58] See Laurent Aynès Pierre Crocq, Les sûretés La publicité foncière, 4e édition DEFRENOIS, p.163. 转引自前引〔44〕,张民安书,第516页。

[59] 参见前引〔23〕,王毓莹文。

性的承诺，因欠缺履行内容而无法律约束力，其法律效力或不被承认。但独立担保的效力通常被肯认，区别在于被认定为从属性保证抑或独立性担保。

在明确安慰函单方允诺法律性质的基础上，将其置于何种分析框架，殊值探讨。循功能视角观之，担保的功能即在于填补债权人因债务人不履行债务所受损害，其核心作用在于增强信用。<sup>〔60〕</sup>就实质担保观所强调的功能而言，安慰函具有增强信用的功能，其出发点是尽可能促成担保交易，最终成就基础交易。<sup>〔61〕</sup>正如有学者所言，当债务人的财产状况不足以获得银行贷款时，银行会要求母公司（出函人）出具安慰函以增强信用。<sup>〔62〕</sup>无论以何种措辞表述，出函人出具安慰函的目的都是为了增强债务人之信用，以取得贷款方信任，从而顺利获得贷款。由此可见，安慰函发挥着补足、增强债务人信用的功能，符合担保的核心特征。将安慰函置于担保的分析框架，符合安慰函之功能意涵，亦为当事人真实意思所向。由于安慰函指向的是人的信用而非物的信用，且安慰函的权利客体不确定，债权人仅具有债权性质的请求权，而不享有对标的物之变价权，故将其解释为债权担保为宜。

若进一步对安慰函的担保属性进行分析，则可将安慰函锚定在商事场域中，并将安慰函作为商事担保的类型。安慰函源于商事实践，从产生伊始便镌刻着鲜明的商事品格，具体表征为以下方面：其一，就担保主体而言，安慰函的出函人多为商事主体。商事主体因营利属性而被赋予了理性经济人的假设，其作为“强而智”的人无需过多的“父爱主义”保护。正是基于主体身份的特殊性，作为商事主体的出函人理应比普通民事主体具有更高的注意义务，乃至承担更为严格的责任。其二，就担保行为而言，出函人出具安慰函具有营利性。以母公司作出函人为例，母公司虽不以担保为直接营利目的，但该担保行为系其为子公司争取营业便利的间接营利行为，仍属于营利目的范畴。其三，安慰函集中体现了效率、安全的商事法理。效率与安全是内生于商事活动的两条主线，并在安慰函中得以彰显。基于对效率的追求，安慰函突破了从属性担保所设定的诸多限制，以独立承诺的灵活形式迅速达致增信目的，从而避免了传统保证因形式冗杂、抗辩频繁所带来的交易成本的增加。基于对安全的考虑，安慰函遵循外观主义，以函件内容为效力依据，从而保障了交易安全与稳定。基于此，安慰函具有典型的商事特征，较好地契合了商事担保的制度需求，将其归入商事担保体系范畴更符合安慰函的内在逻辑。

由是观之，安慰函或可基于性质归于单方允诺，或可基于功能归于担保，但无论如何归类皆为解释选择之差异，并不影响安慰函价值判断之意涵。在安慰函中，鲜明的商事属性内嵌其中并贯穿始终，成为界定安慰函法律结构的核心要素。基于此，综合安慰函性质与功能进行考量，安慰函的法律结构应为：具有担保功能的单方商事允诺。

## （二）安慰函具有不同于保证的法律结构

谈及安慰函与保证的关系，便又回归到本文的核心命题。传统大陆法系将担保体系分为人的担保与物的担保，保证与安慰函同属人的担保范畴。相较于物的担保，安慰函与保证具有更为相近的血缘关系，这也导致安慰函与保证的关系多被混淆，二者之差异亟待厘清。本文认为，安慰

〔60〕 参见前引〔55〕，高祥主编书，第54页。

〔61〕 参见谢鸿飞：《〈民法典〉实质担保观的规则适用与冲突化解》，载《法学》2020年第9期。

〔62〕 参见前引〔39〕，Wilna Faul文，第74页。

函与保证的差异表现在本源、本性、本质三个方面。

首先,若要真正厘清二者关系,尚需从保证的从属性本源与安慰函的独立性本源谈起。保证制度发轫于古罗马时期,从产生伊始便受到罗马人青睐。保证集中体现了罗马社会“友谊”的价值观,在这种价值导向下保证人通常以无偿的方式承担保证责任。<sup>〔63〕</sup>也正是基于无偿性担保的假设,保证人承担风险却未获对价,理应赋予保证责任以从属性来对抗风险。在这种公平观念的影响下,罗马法以从属性作为阻隔保证人风险的工具,其围绕从属性所设计的保证制度具有保护保证人的天然偏向。然而,随着担保实务的发展,作为营利手段的商事担保得以勃兴,在商事担保中传统从属性保证所假设的保证人无偿性、单务性的人像基础不再,并无特殊矫正之必要。此外,从属性担保所附着的基础债的不稳定性,以及保证自身的严格僵化、效率低下、成本高昂等特点,亦导致商事主体寻求新的替代方式,向更为灵活高效的独立性人的担保方式逃逸。在此背景下,商事主体对担保的独立性诉求不断扩张,新型担保模型频繁涌现,安慰函即为成例。安慰函作为商事担保发展中的产物,与以从属性为核心的民事保证存在不同的生长脉络。

其次,就本性而言,安慰函在与从属性保证的博弈中表现出对独立性的极大需求,独立性是安慰函的本质特性,亦是区别于保证的关键。在从属性保证中,保证债务与主债务有着共同的命运,随着主债务的成立而成立,随着主债务的生效而生效,随着主债务的消灭而消灭。<sup>〔64〕</sup>与保证的从属性特征不同,安慰函突破了从属性界限,从而独立于基础交易关系,<sup>〔65〕</sup>安慰函的独立性主要表现为与基础交易在成立、效力、履行、范围、抗辩等方面的独立性,兹分述之:

其一,安慰函的成立具有独立性。基于上文分析,安慰函系单方商事允诺,表意人作出意思表示即产生债之关系,不依赖于主债务的成立。通常而言,安慰函的出具早于基础交易成立。其二,安慰函的效力具有独立性。安慰函是一项能够自足的文件,是否有效建立于自身条款之上,不受基础交易效力影响。其三,安慰函的履行具有独立性。安慰函中出函人的义务履行取决于函件所载内容,与基础交易无涉,债权人请求出函人履行义务时无需证明基础交易的履行情况,出函人亦不能援用基础交易中的原因拒绝履行。其四,安慰函的责任范围具有独立性。安慰函的责任范围与基础交易相分离,安慰函项下的责任不以主债务范围为限,而是以函件允诺义务为准,出函人的负担往往轻于保证人。<sup>〔66〕</sup>其五,安慰函的抗辩具有独立性。出函人不得援用主债务人对债权人的抗辩,这也是出函人对其担保的基础法律关系所承担义务的独立性和自主性的结果。<sup>〔67〕</sup>基于上述独立性,安慰函获得了自身的独立性证成,并充分体现了独立性担保方式在节约交易成本、满足商事效率需求、体现当事人意思自治等方面之价值。

最后,就本质而言,安慰函与保证具有不同的法律性质。诚如前文所述,安慰函的性质为单

• 195 •

〔63〕 See Jones, Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Codes (1977), 52 *Tulane Law Review* 129, 129 (1977).

〔64〕 参见刘斌:《独立担保的独立性:法理内涵与制度张力——兼评最高人民法院独立保函司法解释》,载《比较法研究》2017年第5期。

〔65〕 See Reiner Stecher, „Harte“ Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme, 23. Aufl., 1978, S. 69.

〔66〕 参见李志刚:《法国担保法改革》,法律出版社2011年版,第57页。

〔67〕 参见前引〔6〕, Vasile Nemes文,第135页。

方法律行为中的单方允诺，而保证的本质则上则为合同。二者在意思表示的构成、形成、解释等方面存在明显差异，能够较易区分，但在义务方面，安慰函与保证皆具有单务属性，通常容易混淆，在此需予以辨别。安慰函中的出函人义务通常表现为支持、督促等协助性或支持性义务，这种义务是自身的义务，是不以代为偿付为必要的独立于主债务的义务；而保证中保证人所负担的是“履行与被担保债务同质”的义务，<sup>〔68〕</sup>在一般保证中，这种义务具有补充性，需以主债务人不履行为前提，且具有代偿性，保证人履行的是债务人的债务并非自己的债务。除此以外，安慰函与保证在交易模型、交易需求等方面亦判然有别，由于前文已述，此不赘述。

基于不同面向之差异可以看出，安慰函具有不同于保证的法律结构，我国将安慰函解释为保证，或以保证为安慰函的评价标尺，存在诸多解释力齟齬，在此予以导正。

## 四、安慰函的规范体系构建

### （一）安慰函典型化之理由

在厘清安慰函法律构造的基础上，规范模式的选取在问题属性上实则为立法技术问题，应进行立法技术优劣之判断。诚如前文所述，关于如何规范安慰函，域外国家或地区提供了两种进路：将安慰函作为人的担保方式予以典型化，抑或游离于立法之外作为债务之一种形式。<sup>〔69〕</sup>安慰函在我国具有典型化的现实需求与必要性，应作为人的担保方式予以典型化。理由兹述如下：

其一，安慰函具有独立的担保需求。安慰函作为独立性的人的担保工具，具有不同于传统从属性担保的内在理路，其在促进融资、促成合同、增强信用等方面存在独立的担保需求。通过近年来不断攀升的安慰函纠纷数量，<sup>〔70〕</sup>即可窥见安慰函在我国的应用愈加广泛。当事人试图通过安慰函挣脱严格僵化的保证制度之束缚，也代表了当事人不能够或不愿意通过保证担保方式设定担保责任的意思追求，设立不同于保证的担保方式亦是安慰函制度存在的重要价值基础。<sup>〔71〕</sup>

其二，既有判定立场及规范路径难以妥适解释安慰函逻辑。由于我国关于安慰函的法律规范尚付阙如，解决相关纠纷时法官习惯于从与其相近的保证中寻求规范依据。在既有判定立场下，安慰函或因不构成保证而被否定效力，或被强行嵌套进保证框架，如此一来，安慰函便存在双重解释障碍。第一层是安慰函具有独立的规范逻辑，为何要依附于保证判断其效力。安慰函是商人之间经过利益平衡谈判博弈的产物，是商人根据商业判断所做的自治安排。对标保证判断安慰函效力之做法实际是以法官逻辑取代商人逻辑，是对当事人意思自治之忽视。第二层是即便认定安

〔68〕 参见前引〔66〕，李世刚书，第56页。

〔69〕 参见前引〔41〕，刘斌文。

〔70〕 笔者在“中国裁判文书网”“无讼案例”“法信网”“北大法宝”等司法案例数据库以“安慰函”为关键词进行全文检索，检索日期为2022年4月17日，共有民事案件134件，剔除重复及不相关案例，尚余48件。其中，2003年1件，2004年1件，2005年3件，2007年1件，2010年2件，2011年3件，2013年3件，2016年5件，2017年7件，2018年4件，2019年5件，2020年6件，2021年7件。

〔71〕 参见前引〔41〕，刘斌文。

慰函构成保证, 安慰函能否适用保证规则。基于上文分析, 安慰函与保证合同存在本质区别, 安慰函的内容取决于其自身表述, 保证合同中的大量规则无法适用, 譬如, 保证合同的内容、保证方式、保证期间、保证范围均无法适用, 强行嵌套将导致规范体系上的削足适履。<sup>〔72〕</sup> 在安慰函规范阙如的背景下, 这种裁判乱象并不能得到真正解决。

其三, 典型化相较于其他规范路径更具适切性。上述理由从正面阐述安慰函典型化之现实需求, 但尚面临典型化是否为最优方案之质疑, 即为何不选择将安慰函作为游离于立法之外的债务之一种形式。首先, 将安慰函作为债务之一种形式过于片面地强调出函人所负担之义务, 而忽视了安慰函在整个交易体系中的担保功能。这不仅与当事人使用安慰函的初衷相悖, 亦剥夺了出函人行使追偿权之权利基础。此外, 若仍延续将安慰函游离于立法之外、交由法官作出判断的模式, 则易导致不同法院对同一安慰函作出不同的价值判断。譬如, 在“佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案”<sup>〔73〕</sup> 中, 一审法院认为安慰函构成保证, 二审法院则认定安慰函不构成保证而无效。又如, 在“招商银行深圳分行与湖南省高速公路管理局合同纠纷案”<sup>〔74〕</sup> 中, 一审法院认定安慰函系单方允诺, 二审法院则将承诺函认定为保证。故此, 应考虑到安慰函措辞的模糊性特征, 准确判断其效力本就不易, 若没有可资参照的客观尺度, 仅凭法官个案判断, 所做裁判不仅不利于当事人适用安慰函的可预期性, 亦不利于交易的安全稳定。

其四, 域外立法具有成熟经验。从比较法角度看, 《法国民法典》以立法形式确立了安慰函制度, 为我国安慰函典型化提供了可资借鉴之进路。《法国民法典》第 2322 条将安慰函作为区别于保证的独立的“人的担保”确定下来, 并在学理上引入“方法之债”与“结果之债”, 作为确定出函人最终责任的标准。<sup>〔75〕</sup> 在法国, 安慰函的立法进程并非一蹴而就, 其经历了由最初不被承认到逐渐缓和再到立法确立的过程。这一历程暗含着安慰函实践需求与传统保证方式从冲突到博弈再到共处的脉络。实际上, 多数法律规范, 尤其是商事规范的形成正是遵循着由实践凝结为习惯, 进而上升为规范的演绎过程。

由是观之, 安慰函在我国具有典型化的现实需求与可行性基础。安慰函本质上是债务人之外的第三人提供的信用担保, 属于人的担保范畴, 应作为人的担保方式典型化。选择典型化的方式并非不顾路径依赖性, 而是基于安慰函发展需求所做出的应然选择。我国对安慰函的体系建构应立足于本土资源并结合域外成熟的立法例, 以适应商人自治之规范逻辑需求。

## (二) 安慰函之类型辨析

将安慰函典型化为人的担保后面临的第一个问题, 便是明确能够构成人的担保的安慰函范畴。诚如上文对安慰函法律结构的分析, 安慰函系具有担保功能的单方商事允诺, 其结构主要围绕“独立的”“行为义务”展开, “担保性”“独立性”“义务性”构成了安慰函的典型要素。但这并不意味着只要具备上述要素就能当然地得出人的担保的安慰函范畴, 诚然, 即便是在安慰函发展较为成熟的域外, 也存在着对安慰函效力的类型区分。应当认识到, 并非所有安慰函都具有法

〔72〕 参见前引〔41〕, 刘斌文。

〔73〕 参见最高人民法院(2004)民四终字第5号民事判决书。

〔74〕 参见最高人民法院(2017)最高法民终353号民事判决书。

〔75〕 参见前引〔1〕, 李世刚文。

律约束力，安慰函中仍有部分纯粹道义性的安慰函存在，这部分安慰函不具有法律约束力，进而难以归入人的担保的安慰函范畴。故而，安慰函若要构成人的担保还需具备法律效力。在厘清安慰函价值判断的基础上，选择何种立法语言界定，此即立法技术问题。循安慰函成文化的法国法观之，《法国民法典》第2322条将安慰函界定为“以支持债务人向债权人履行义务为目的，承担作为或不作为的担保义务”〔76〕。此概念暗含了三层内涵，瓦西里·内梅斯（Vasile Nemes）教授作出解读：就目的而言，出函人需具有增强信用、担保债务履行之目的；就义务而言，出函人所负担的担保义务不是替代债务人履行的“支付义务”，而是给予债务人以支持的“行为义务”，此种义务包含作为与不作为义务，是不可撤销的、自主的承诺，〔77〕是“独立的”义务；就责任而言，作为与不作为义务产生的责任为损害赔偿，出函人只能被要求向债权人支付损害赔偿金，由于担保义务本质，出函人有权向债务人追偿。〔78〕法国法的界定揭示了安慰函的本质特征，较为准确地描绘出安慰函的核心要素，为我国定义安慰函提供了有益思路。有基于此，参酌域外成熟的立法经验，结合安慰函的性质以及法律行为本质，应将安慰函的概念界定为：“出函人以支持债务人向债权人履行义务为目的，承担作为或者不作为的担保义务的法律行为。”〔79〕

明确能够构成人的担保的安慰函的内容后，需继而对安慰函予以类型化。〔80〕基于前文所述，并非所有安慰函都具有法律约束力，具有法律约束力的安慰函和不具有法律约束力的安慰函将导向不同的法律效果，故而，以是否具有法律约束力为类型化标准不仅具有明确法律适用的归类意义，亦有利于交易主体选择安慰函工具的可预期性。正如林加德（Lingard）所言，安慰函中“重要的是区分具有法律约束力的安慰函和不具有法律约束力的安慰函”〔81〕。不具有法律约束力的安慰函并无继续分类之必要，具有法律约束力的安慰函仍需细化。安慰函本质上是一种债，基于给付内容的不同安慰函或可分为作为债务与不作为债务，或可分为金钱债务与非金钱债务，这取决于解释者之选择。立法上选取作为债务与不作为债务作为划分标准，能够全面地反映债之类型，对于安慰函的界定颇有实益。但就法律适用而言，尚需考虑分类之可操作性。传统担保方式以金钱债务为核心，而大量的安慰函是为特定行为的非金钱债务，采取金钱债务与非金钱债务的分类方式，有助于理解安慰函的内涵，同时也更方便法官识别安慰函工具。故此，安慰函应类型化为具有法律约束力的安慰函和不具有法律约束力的安慰函，在具有法律约束的安慰函项下进一步分为以金钱债务为内容的安慰函和以非金钱债务为内容的安慰函。具体而言：

其一，不具有法律约束力的安慰函。此类安慰函措辞模糊且欠缺履行内容，出函人往往给予债务人道义上的支持，不具有债法上的义务。典型的仅具有道义义务的安慰函为：“同意债务人贷款”“密切关注债务人财产状况”“督促债务人还款”等。此类措辞由于欠缺履行内容，通常不存在可执行内容，所谓皮之不存毛将焉附，违反纯粹道德义务当然不产生法律约束力。

〔76〕 前引〔1〕，李世刚文。

〔77〕 前引〔6〕，Vasile Nemes文，第134页。

〔78〕 参见前引〔6〕，Vasile Nemes文，第135页。

〔79〕 参见前引〔1〕，李世刚文，第165-166页。

〔80〕 此处所探讨的安慰函是广义上的安慰函，不构成人的担保的安慰函亦囊括于内。

〔81〕 James R. Lingard, Comfort Letters under English Law, 5 *International Financial Law Review* 36, 36 (1986).

其二,具有法律约束力的安慰函。此类安慰函的措辞可表现为“保持对借款人的持股比例”“不参与同业竞争”“提供公司财务报表”“承诺回购债务人部分或全部金额”“确保债务人还款”“为使债务人还款尽全部努力”“负责解决拖欠债务”等,不一而足。在以金钱债务为内容的安慰函中,出函人给付标的系货币(金钱),承诺内容通常类似于保证,但又没有保证之明确措辞。在上述所列函件中,“确保债务人还款”“为使债务人还款尽全部努力”“负责解决拖欠债务”应属此类。此类安慰函在给付内容上与保证同为金钱债务,因此容易与保证混淆,但安慰函项下的义务不同于保证人的保证义务,出函人所承担的义务并非替代给付义务,而是自己独立的义务。若函件措辞为“承担借款人的有关责任和义务”,则具有明确的替代债务人履行债务之意思,进而归于保证,不属于安慰函范畴。在以非金钱债务为内容的安慰函中,出函人给付标的系特定行为,承诺内容通常较为明确具体。在司法实践中,这类安慰函的适用越来越广泛,出函人通常会以“保持一定持股比例”“保持对子公司的控制权”“提供公司财务报表”“承诺回购部分或全部金额”等履行特定行为的措辞作出允诺,此类安慰函与保证在内容上较易区分。

无论何种类型的安慰函,出函人之责任皆根据承诺内容产生。通常各种不同的给付义务不能履行时,均可转化为损害赔偿之债,<sup>[82]</sup>出函人应就函件承诺内容根据债法上之损害承担相应损害赔偿责任。但当函件措辞模糊不清时,交易双方往往会对损害赔偿数额产生争议,此时法国法上对“方法之债”与“结果之债”的划分具有镜鉴意义。若函件措辞为“尽力而为”等主观意思则为方法之债,此时出函人承担因没有尽到勤勉义务而造成的损害赔偿责任;若出函人采“确保”“负责”等具有客观含义的结果之债的表述,则可能面临支付与主债务同等数额的损害赔偿金风险。<sup>[83]</sup>

• 199 •

至于如何识别安慰函系属何种类型,涉及对安慰函意思表示进行解释。基于安慰函单方允诺之性质,其核心即在于意思表示。意思表示的解释素有意思主义(主观说)与表示主义(客观说)之分,<sup>[84]</sup>前者强调当事人的真实意思,后者则强调相对人的信赖利益。在商事关系中,出于维护交易安全的需要,意思表示之探寻需以外观表征为前提,刺破外观直接探求真意会造成法官思维取代商人思维的蹩脚局面,有悖商业逻辑。“意思表示必须借助语言表达,文义往往成为进入意思表示意义世界的第一道关口。”<sup>[85]</sup>解释安慰函时应从函件所使用的词句出发,这不仅是文义的客观性所致,更是商事外观主义使然。但由于安慰函措辞的模糊性,文义解释往往难以作出妥当判断,此时,还应结合当事人的交易习惯、履行情况等客观因素综合判断,不过,这种因素必须是客观的,出函人未表征出的主观意图不能作为判断依据。值得注意的是,由于安慰函的单方允诺属性,合同的体系解释规则不宜简单地适用于安慰函中,在解释安慰函措辞时应尽量避免受到基础交易的侵扰。

### (三) 安慰函之体系构建

在厘清安慰函的法律结构后,如何进行外在体系篇章安排,实现安慰函制度之体系化,此即

[82] 参见魏振瀛:《论债与责任的融合与分离——兼论民法典体系之革新》,载《中国法学》1998年第1期。

[83] 参见前引[1],李世刚文。

[84] 参见朱庆育:《意思表示解释理论:精神科学视阈中的司法推理理论》,中国政法大学出版社2004年版,第252页。

[85] 朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第227页。

立法技术问题。《法国民法典》规定“人的担保”，将保证与安慰函、独立担保共同作为人的担保项下之概念。然而我国立法层面并未抽象出“人的担保”的上位概念，亦未对安慰函提供制度供给。《民法典》仅将保证归入合同编调整，对安慰函尚未着墨，且未设立债法总则为安慰函留有容纳空间。在此背景下，在业已形成稳定体系的《民法典》上增设条款，于立法成本与法的安定性上似不足取。目前较为现实的做法是，利用《民法典》第388条和第682条预留的解释空间，通过出台司法解释确立安慰函的合法性地位。但问题在于，即便将司法解释扩张解释为法律范畴，司法解释体量亦有限，难以对安慰函作出妥当安排，就安慰函制度长期发展而言仍为权宜之计。考诸我国澳门地区，《澳门商法典》单独规定独立担保规则具有镜鉴意义。安慰函为商事领域中的担保工具，其单方性、独立性等特征亦迎合了商事担保的需求，在未来我国决定制定《商法通则》时，留待《商法通则》予以接纳与安排，亦可避免安慰函作为单方商事行为对既有担保体系的冲击。基于此，可在《商法通则》中设置法条规定：“安慰函是出函人以支持债务人向债权人履行义务为目的，承担作为或者不作为的担保义务的法律行为。”规范层面确立安慰函独立性地位后，具体司法适用不宜规定过细，以保有制度的弹性与张力，为安慰函措辞留有解释空间，亦为商人自治留有余地。

安慰函典型化当然是最佳选择形式，但安慰函被规范所确定，往往历经漫长的过程。就短期而言，仍应考虑到既有规范体系的惯性原理，在相关司法解释或《商法通则》出台前，寻求既有体系内之共识。司法机关审理安慰函案件时应形成一种基本共识：

首先，承认安慰函具有区别于保证的独立性。安慰函系具有担保功能的单方商事允诺，具有独立的交易需求与规范逻辑，不同于保证，不应以保证为标尺判断安慰函之效力。

其次，根据措辞的不同从义务角度将安慰函类型化为：具有法律约束力的安慰函与不具有法律约束力的安慰函。不具有法律约束力的安慰函仅具有道义义务，不产生债法上之义务，但攸关出函人的信用。具有法律约束力的安慰函，又可进一步区分为以金钱债务为内容的安慰函和以非金钱债务为内容的安慰函。出函人应就函件承诺内容根据债法上之损害承担相应损害赔偿赔偿责任，但函件措辞模糊不清时，可以引入“方法之债”与“结果之债”来甄别损害赔偿数额。

在识别安慰函系属何种类型时，应基于外观主义尊重措辞的客观表达，依据文义做出解释，当措辞模糊而难以判断时，尚需结合当事人的交易习惯、履行情况等客观因素探求出函人真实意思，但不宜外溢至基础交易等法律事实，而应限于安慰函自身的解释范畴。

## 五、结 语

安慰函具有区别于保证的独立的担保需求。既有理论及实践以保证为标尺判定安慰函之性质与效力，实则抹煞了安慰函的特殊性，亦有悖于商人自治。就价值判断而言，安慰函具有典型化的现实需求与可行性基础，典型化为安慰函体系构建之最优方案。但考虑到既有规范体系的惯性原理，安慰函被规范所吸收往往历经漫长岁月，次优方案则为在司法实践中达成一种理论共识。无论何种方案，都应明确安慰函作为一项担保工具之独立性，并在承认独立性的基础上进行类型化，通过解释明确构成人的担保的安慰函内涵，为进一步凝聚共识奠定基础。安慰函的研究虽已

沉寂已久，但其在优化营商环境与推进“一带一路”倡议的背景下攸关我国信用体系，理应引起足够关注。导正安慰函的构造逻辑并建构规范体系，也是安慰函理论的长久课题。

---

**Abstract:** Letter of comfort, as a new form of security tool developed in commercial practice, has unique value in promoting financing, facilitating contracts, and enhancing credit. In China, the current legislation is inadequate and coupled with the “ambiguity” of the letter of comfort itself, it has caused many difficulties of interpretation in practice. The nature and effect of comfort letters in China’s judicial practice is usually highly dependent on the guarantee contract, with whether it constitutes a guarantee as the basic yardstick for judgment. In fact, letters of comfort are different from traditional subordinate guarantee and have independent transaction needs and legal logics. The logic based on the guarantee contract is a misinterpretation of the letters of comfort system, which is contrary to the principle of commercial autonomy and deviates from the needs of commercial transactions. The letter of comfort should be incorporated into the personal guarantee system as a form of security different from the guarantee contract, and the effectiveness of the guarantee of a qualified comfort letter should be recognized. This should be typified in future commercial legislation such as the Commercial Code or the General Rules of Commercial Law.

**Key Words:** letter of comfort, guarantee contract, personal security, the legal structure

---

• 201 •

(责任编辑:王叶刚 赵建蕊)

## 违反强制性标准的合同效力认定

周 宇\*

**内容提要：**强制性标准是为保障生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要，由法律规定强制实施的标准。当前违反强制性标准合同效力的解释路径存在不足，尚待重构。强制性标准与法律属于不同的范畴，应区分标准与法律；强制性标准不是法律，不能直接影响合同效力。强制性标准的强制效力来自法律，影响合同效力的是引用该标准的法律规范。法律引用标准是为了实现法律对技术领域的管理，其规范目的并非在于否认合同效力，因此，不能依据《民法典》第153条第1款认定合同因违反强制性标准而无效。强制性标准是科技伦理以及技术秩序的集中体现，违反强制性标准的合同本质上构成违背公序良俗。因此，违背公序良俗是认定违反强制性标准合同无效的主要依据。

**关键词：**强制性标准 技术法规 公序良俗 科技伦理

### 一、问题的提出

标准，或可称为技术标准，是指“通过标准化活动，按照规定的程序经协商一致制定，为各种活动或其结果提供规则、指南或特性，供共同使用和重复使用的文件”<sup>〔1〕</sup>。依据标准实施效力，可以将标准分为推荐性标准与强制性标准。强制性标准是保障生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要，由法律规定强制实施的标准。标准通过当事人约定或者法律的直接规定进入合同领域，并影响合同效力与合同履行（尤其是对合同漏洞填补发挥作用）。<sup>〔2〕</sup>《中

\* 周宇，福建江夏学院法学院讲师。

本文为2021年国家社科基金重大项目“基于法治、国家治理和全球治理的技术法规研究”（21&ZD192）的阶段性成果。

〔1〕《标准化工作指南 第1部分：标准化和相关活动的通用术语》（GB/T 20000.1—2014），定义5.3。

〔2〕参见柳经纬：《合同中的标准问题》，载《法商研究》2018年第1期。

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第511条直接规定采用标准填补合同漏洞规则，但《民法典》尚未规定依据标准对合同效力进行认定的规则，因此，尚需通过解释论寻求依据标准对合同效力进行认定规则的解釋路径。目前已有司法判例与理论学说从不同角度探索违反强制性标准的合同效力认定问题。

从司法实务层面看，不乏合同约定违反强制性标准的案例，其中以“北京沃野千里科贸有限公司诉陕西嘉亨实业发展有限公司（以下简称沃野公司、嘉亨公司）合作合同纠纷案”为著例。<sup>〔3〕</sup>双方约定某商场负一层场地租给沃野公司作为儿童乐园项目使用，但在消防验收工作中发现合同内容与《中华人民共和国消防法》《陕西省消防条例》及强制性国家标准《高层民用建筑设计防火规范》（GB50045—95）<sup>〔4〕</sup>的相关规定不符，双方因合同效力问题诉至法院。虽然实践中合同约定违反强制性标准案例的基本案情较为相似，但法院对违反强制性国家标准合同的效力，既有认为有效的观点，也有认为无效的观点（无效观点内部又有两种不同的解释路径），且裁判对效力认定的解释路径未作充分论证。有效观点理由主要是基于强制性国家标准是管理性强制性规定，非为效力性强制性规定。这种解释路径是基于标准具有法律属性的认识，即“标准是法律规范”，故才有管理性强制性规定之说。<sup>〔5〕</sup>而无效观点理由主要有两大类：违反公共利益以及违反法律。其一，“违反强制性标准的合同严重损害公共利益而无效”<sup>〔6〕</sup>；其二，违反法律同样是基于“标准是法律规范的认识”，从而依据“合同违法”的路径否定合同效力，“直接认定违反强制性标准的合同就是违反法律规定而无效”<sup>〔7〕</sup>与“违反强制性标准的合同就是违反效力性强制性规定而无效”<sup>〔8〕</sup>。司法判例之所以在该问题上存在多种裁判结果，究其原因是法律漏洞的存在，且尚未构建符合民法原理与标准化原理解释路径。因此，司法案例的多种解释路径不利于准确理解强制性标准对合同效力影响的问题，同时也不利于《民法典》的实施。该问题在学理研究中往往被忽略，但实际上，这是个交叉性、整合性和边界性问题，应当依据标准化法原理以及私法原理破解。<sup>〔9〕</sup>因此，本文在《民法典》语境下，寻求一种符合民法原理与标准化原理解释路径，旨在统一实践裁判中的多种观点以及为实践裁判提供论证思路。

从学说层面看，尽管学说均认为违反强制性标准的合同无效，但在解释路径上存在较大的分歧。有学说认为，违反强制性标准的合同无效解释论路径是违反了公共利益，法律依据是《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第52条第4款。<sup>〔10〕</sup>也有学说认为，违反强制性标准的合同无效解释论路径是违反了法律的强制性规定，即《中华人民共和国标准化法》（2017年修

〔3〕 参见陕西省高级人民法院（2015）陕民二终字第00021号民事判决书。另见山东省烟台市中级人民法院（2022）鲁06民终2747号民事判决书，该案是烟台秦通电力工程有限公司与烟台盛泽源实业有限公司的建设工程纠纷，双方争议焦点在于双方签订的《房地产住宅小区配电工程承包合同》中约定的“供电方案”多项技术要求不符合强制性国家标准，遂诉至法院。

〔4〕 《高层民用建筑设计防火规范》（GB50045—95）第4.1.6条款规定：“托儿所、幼儿园、游乐厅等儿童活动场所不应设置在高层建筑内，当必须设在高层建筑内时，应设置在建筑物的首层或二、三层，并应设置单独出入口。”

〔5〕 参见安徽省黄山市中级人民法院（2021）皖10民终22号民事判决书。

〔6〕 山西省晋中市中级人民法院（2019）晋07民终340号民事判决书。

〔7〕 陕西省高级人民法院（2015）陕民二终字第00021号民事判决书。

〔8〕 广东省深圳市宝安区人民法院（2019）粤0306民初22006号民事判决书。

〔9〕 参见谭启平、应建均：《强制性标准对合同效力的影响及规范路径》，载《求是学刊》2017年第4期。

〔10〕 参见前引〔9〕，谭启平、应建均文。

订) (下称《标准化法》) 第25条的规定, 从而违反了《合同法》第52条第5款。<sup>〔11〕</sup> 我国现有学说虽然对违反强制性标准合同效力已进行了有益讨论, 但均是依据《合同法》的相关规定而展开解释的, 且相关法条已被《民法典》第153条法律行为效力判定规则所替代。因此, 在后民法典时代, 本文基于《民法典》框架展开解释论研究, 重构违反强制性标准合同效力的解释路径, 以期对理论研究及实务运用有所裨益。

## 二、强制性标准本身不是认定合同效力的法律依据

上述大多数裁判直接将强制性标准认定为法律规范中的强制性规定, 据此认定违反强制性标准合同无效。此种解释路径误解了标准与法律的关系, 其产生有两大原因: 立法惯性以及对标准与法律属性的误解。

### (一) “强制性标准是法律”的误解源于立法惯性

“标准就是法律”的误解并非偶然, 而是源自计划经济时期至今数十年标准化领域立法传统累积而成的强大立法惯性。新中国成立后, 国家不仅要安排工业、农业产品生产, 也要安排供应和采购, 一切实行分配和调拨, 个人消费品凭票供应, 既没有商品的概念, 也没有质量意识, 更不存在市场竞争, 所有的经济活动都施行计划。在这种情况下, 我国的标准化活动同样受到计划经济的影响, 标准必然由各级政府制定、编写、宣贯、实施和检查, 标准化活动中的所有人员开支和费用支出由政府承担, 列入公共财政支出。<sup>〔12〕</sup> 在计划经济体制下, 标准化活动由政府主导, 生产部门必须执行政府主导制定的标准, 标准成为政府管理市场活动、指挥生产的行政手段, 标准的实施由行政权背书。这与国际上市场主导的标准化活动截然不同。1979年国务院《中华人民共和国标准化管理条例》明确规定“标准一经批准发布, 就是技术法规”, 标准的“法律属性”得到了立法的确认, 且“标准就是法律”的认识深入人心, 强化了标准在经济管理中的地位。

当前我国标准化活动虽朝着市场化改革, 但仍然由政府主导, 难以完全摆脱“标准法律属性论”误解的惯性, 这与社会主义市场经济体制不相兼容。1988年《标准化法》把标准分为强制性标准与推荐性标准, 是我国标准化活动朝着市场化改革迈出的第一步。2017年《标准化法》进一步扩大标准化活动的市场因素, 缩小强制性标准的范围, 大部分政府标准仅具有推荐性, 不再具有强制性, 但这些改革都暂不足以撼动政府在标准化活动中的绝对优势地位, 甚至推荐性政府标准仍然依托政府行政权威得到普遍遵守而成为“事实上的法律”。为了顺应标准化管理体制市场化改革趋向, 2015年以来中共中央、国务院先后发布《深化标准化工作改革方案》(2015年)、《国家标准化发展纲要》(2021年), 奠定了我国标准化管理体制市场化改革的总体框架, 其中最重要的认识就是将标准与法律区分开来, 明确标准的强制性效力来自法律, 并非标准本身具有强制性效力。随着一系列立法、政策的发布, 标准才逐渐从法律的范畴中被剥离出来, 形成

〔11〕 参见柳经纬:《论标准的私法效力》,载《中国高校社会科学》2019年第6期;前引〔2〕,柳经纬文。

〔12〕 参见王忠敏:《标准化改革要去除计划经济阴影》,载《中国标准化》2016年第12期(上)。

标准的范畴。近几年，立法才逐渐开始转向，学说才逐渐开始关注标准与法律的区分，<sup>〔13〕</sup>但尚未完全扭转实务界与学界过去对标准强制效力的误解。

近年来，在司法判例与学理研究中，关于“强制性标准就是法律且直接作为认定合同效力依据”的误解是受计划经济时期标准化管理体制的影响而产生的，仍然留有“标准就是技术法规”的影子，可见，过去的标准化管理体制对当前仍具有较大的制度惯性。本部分考察了标准法律属性论误解的来源，但尚未从原理层面回答两者的区分。之所以立法与学说逐渐开始接受标准与法律区分论，是因为二者存在本质区别，下一部分在于从原理上揭示两者的本质区别，得出标准不是法律的基本认识。

## （二）标准与法律是具有不同规范属性的规范性文件

标准与法律均具有规范性，两者因规范性相互缠绕，且均以追求秩序为目的，但两者规范性具有本质的差别，欲厘清标准与法律的区别，揭示两者规范属性的差别是关键。规范性由规范要素组成，法律规则之所以具有规范性，是因为法律规则内部具有严密的逻辑结构，学理上有“三要素说”与“二要素说”之区别，“三要素说”为主导学说，由假定、处理、制裁三部分构成。<sup>〔14〕</sup>“二要素说”认为，法律规则之所以具有规范性，是因为法律规则在逻辑意义上由行为模式和法律后果等要素组成。<sup>〔15〕</sup>因此，只要通过解构标准并能获得规范性各要素，就可确认标准具有规范属性。欲完整地检视标准是否具有规范性，更加系统地讨论标准与法律的规范属性，宜采“三要素说”。

1. 假定条件。“假定是指出适用这一规则的前提、条件或情况的部分。”<sup>〔16〕</sup>适用指向的特定人、特定场合与特定时间等特定条件，形成适用规则的前提条件，好似“开启规则之门”的钥匙。例如，《民法典》第686条中“当事人在保证合同中约定”是该法条之假定条件，一般保证的成立前提须由当事人特别约定，在约定不明或没有约定的情形下则为连带保证责任。标准也有假定条件，即在某种特定条件、特定主体或特定时间的情况下适用某种标准，通常在标准文件中表述为“适用范围或范围（scope）”。例如，强制性国家标准《生活饮用水卫生标准》（GB5749—2022）第1条“范围”“本文件适用于各类生活饮用水”，该条明确指出了该标准的假定条件，即适用条件，排除了工业用水等非生活饮用水的卫生标准。两者的假定条件尤其是适用对象上存在区别，法律适用对象为法律主体，是法律权利义务的承担者，而标准仅关注标准的适用主体是否具有专业技术上的资格，即能否依据该标准从事标准化活动。<sup>〔17〕</sup>尽管两者在假定条件上具有本质区别，但这并不妨碍标准的规范构成要素中“假定条件”的成立。

2. 处理（行为模式）。“处理是具体要求人们做什么或禁止人们做什么的那一部分。”<sup>〔18〕</sup>法律规范的行为模式因规范类型的不同而不同，一般包括“可以”（“有权”）、“应当”（“必须”）

• 205 •

〔13〕 参见柳经纬：《评标准法律属性论——兼谈区分标准与法律的意义》，载《现代法学》2018年第5期。

〔14〕 参见张文显：《法理学》（第4版），高等教育出版社2011年版，第69页。

〔15〕 参见舒国滢：《法理学导论》（第3版），北京大学出版社2019年版，第101—102页。

〔16〕 前引〔14〕，张文显书，第69页。

〔17〕 参见柳经纬：《标准的规范性与规范效力——基于标准著作权保护问题的视角》，载《法学》2014年第8期。

〔18〕 前引〔14〕，张文显书，第69页。

与“不得”（“禁止”）三种类型。“可以”“有权”意指权利，“应当”（“必须”）意指作为义务，“不得”（“禁止”）则意指不作为义务。法律通过权利义务关系实现其行为模式。反观标准，标准中也会采用一些行为导向的用语，类似法律的行为模式用语，例如《生活饮用水卫生标准》中出现“应”或“不应”以及“宜”或“不宜”等具有行为导向的措辞，向标准实施者提供明确的行为模式指引，旨在实现标准所追求的科学技术秩序。标准是技术规范，其价值取向主要是科学性和合理性，通过对人们行为进行引导，回答“如何做才是科学的、合理的”问题，标准的定义也凸显了标准的规范属性，例如，“为了获得最佳秩序”“共同使用和重复使用的规范性文件”等表述。<sup>〔19〕</sup>因此，标准的规范性是针对科学技术领域的事项提出具体的技术要求，其规范性仅具有技术要求的差别。如果生产经营者遵守标准，提供符合标准的产品和服务，那么采用标准的方案同样可以有助于解决安全、健康、消费者利益等涉及公共利益保护的问题。<sup>〔20〕</sup>

3. 制裁（后果）。制裁是指行为要承担的法律后果的部分，制裁是法律的否定性结果，而否定性结果只是法律结果的一种，法律结果还包含了肯定性与奖励性的结果，以“制裁”为名有以偏概全之嫌，这也是制裁作为法律规则要素受到集中批评之处。<sup>〔21〕</sup>因此，本部分嫁接“二要素说”的“法效果”用以分析标准与法律的规范性。为方便检视标准的规范性，此处称为“后果”，它指受规范主体依据行为模式而产生的效果，即受到规则的正面评价或负面评价。法律后果即权利义务关系的变动。标准也具有效果（后果），指遵守标准的肯定性效果或违反标准的否定性效果。标准的效果指“按标准的规定行事，限制了行为的随意性，使行为进入有序的状态”<sup>〔22〕</sup>。标准作为一种技术规范，“它们规定人们如何使用自然力、生产工具等，以有效地利用生产工具，开发自然资源。有些技术规范如不遵守可能引起伤亡事故，导致效率低下，危及生产秩序和交通秩序，或直接与其他人的生命财产攸关”<sup>〔23〕</sup>。与法律规则中言明的法律效果不同的是，通常标准并不会直接规定标准的效果，标准的效果需要执行标准或者不执行标准、不完整执行标准才能够显现，违反标准只会产生技术上的不利后果。例如违反《生活饮用水卫生标准》中对饮用水卫生指标的规定，那么这影响的是水的质量以及对人体产生危害结果，并不会直接产生法律效果。因此，违反标准仅能直接导致科学技术上的负面评价，这也是标准规范性的后果。

综上，标准具有完整的规范要素，故其具有规范属性。既然强制性标准作为标准的一种，那么其本身规范属性不具有法律效力或法律规范性，<sup>〔24〕</sup>仅具有标准化意义上的规范性。强制性标准与法律相区分，两者属于不同的范畴，形成“标准是标准，法律是法律”的二分局面。<sup>〔25〕</sup>因此，不能将强制性标准认定为《民法典》第153条第1款中的法律、行政法规，故强制性标准本身不能直接适用《民法典》第153条第1款之规定判定合同效力。司法案例在认定违反强制性标

〔19〕 参见柳经纬：《标准与法律的融合》，载《政法论坛》2016年第6期。

〔20〕 参见柳经纬：《论标准替代法律的可能及限度》，载《比较法研究》2020年第6期。

〔21〕 参见前引〔14〕，张文显书，第69页。

〔22〕 麦绿波：《标准学——标准的科学理论》，科学出版社2022年版，第121页。

〔23〕 前引〔14〕，张文显书，第45页。

〔24〕 See Eike Albrecht, *VSS and Legal Standards: Competition or an Added Value?* in Carsten Schmitz-Hoffmann, Michael Schmidt, Berthold Hansmann & Dmitry Palekhov eds., *Voluntary Standards Systems*, Springer (Heidelberg), 2014, p. 68.

〔25〕 Vgl. Manfred Wolf & Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck (München), 2012, S. 25; Peter Marburger, *Die Regeln der Technik im Recht*, Carl Heymanns Verlag KG, 1979, S. 283.

准合同效力时，直接将强制性标准认定为是法律规范中的强制性规定实属对标准与法律关系的误解，此解释路径不可取，故应寻求新的解释路径。

### 三、《民法典》第 153 条第 1 款不是认定违反强制性标准合同无效的依据

#### （一）强制性标准的法律效力来源——技术法规

既然上文区分了标准与法律的规范属性，那么本部分旨在通过厘清强制性标准与法律的关联，揭示强制性标准强制实施的效力来源，即法律引用标准的原因及其结果。

虽然强制性标准必须实施，具有强制实施的效力，但强制性标准的强制实施效力并非来源于标准本身，而是法律赋予标准强制实施的效力。这种赋予标准强制实施效力的法律规范就是技术法规，通常认为，技术法规指规定技术要求的法律规范。技术法规作为一种法律现象，普遍存在于我国各领域法律之中，集中体现在产品质量、食品安全、生态环境保护、工程建设、医药卫生、能源等领域的法律法规中，成为醒目的组成部分。《国家标准化发展纲要》明确指出应当建立“法规引用标准制度”，这意味着从政策层面上有意将我国的技术法规制度化。

法律之所以引用标准，是因为两者在其固有领域都存在规范障碍。静态且稳定的法律规范在技术治理中难以避免僵化，而动态且灵活的技术标准在调整技术问题更具有适应性，在分工和知识日益多样化的时期，技术专长通常汇聚于技术组织，而非在立法机构，因此，技术规范与法律规范之间应形成互补、借鉴的关系。<sup>[26]</sup> 在法律中引用技术标准规范技术要求的法律现象之所以产生，原因主要有二：标准与法律规范效力的互补（标准获得法律效力的支撑）以及标准与法律专业知识的互补（法律需充分利用标准化成果）。

原因之一是标准需获得法律效力的支撑。法律引用标准是标准参与社会治理的一种方式，法律能够支撑标准得到更好的贯彻与执行。<sup>[27]</sup> 法律的规范效力来源是国家的强制力保证，通过国家强制力产生制裁的压力促使人们遵守法律，保证法律得到执行。而标准的规范效力来源则是标准制定各方主体对“最佳秩序”“最佳技术方案”的客观性共识，即并非依据特定主体的主观意志能够完全决定。标准最显著的局限性就在于标准不具有法律强制约束力，仅具有推荐性效力（自愿实施），因此，标准具有需要法律支撑的动因。一方面，标准的效力不具有法律强制性，仅具有科学性与技术性，如果产品的提供者违标生产，会导致产品技术要求不够以及质量低下，从而使其市场承认度较低以及行业认可度较低；另一方面，尽管标准在一定范围内具有约束力，但标准的约束力不同于法律的普遍约束力，即法律一经颁布，对全体国民或在一国范围内的所有主体都具有约束力。标准的生命在于实施，囿于标准不具有强制效力与普遍适用效力，标准的采用（实施）与推广便受到限制，因此，标准的实效性就受到严重挑战以及具有较大的局限性，这就危及制定标准的目的及标准对秩序的追求。可见，标准体系对标准的实施保障具有较高的要求，也是标准所追求的秩序能否顺利实现的关键所在。标准需要借助外部力量，使其具有更强的约束

[26] Vgl. Jürgen Ensthaler, Dagmar Gesmann-Nuissl & Stefan Müller, Technikrecht: Rechtliche Grundlagen des Technologiemanagements, Springer Vieweg, 2012, Seiten. 3 – 5.

[27] See Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, 1982, pp. 112 – 114.

力以及更广的约束力范围,而法律的强制约束力与普遍约束效力可以弥补标准实施的不足。因此,标准就有需要进入法律领域的动因。

原因之二是法律需充分利用标准化成果。之所以要充分利用标准化成果,根本原因在于“法漏洞”(RechtsLücke)的存在。“有些学者还会区分‘制定法漏洞(GesetzesLücke)’与‘法漏洞(RechtsLücke)’。后者不是指根据调整计划衡量,个别制定法本身的不完整性,而是指法秩序在整体上不完整,这种情况表现为法律秩序对其应予调整的某领域整体上都没有设定规则。”〔28〕“法律漏洞”与“法漏洞”之区别是由“法律(das Gesetz)或称实证法”与“法”(das Recht)之间的区别产生。法漏洞与法律漏洞不同的是:法漏洞不能由立法者有意而为之,而法律漏洞可以是立法者有意为之,也可以是立法者无意为之,因此,法漏洞只能是法本身的问题。虽然德国法学界质疑“法漏洞”理论本身是否存在的论者大有人在,但支持论者认为,“若法律(das Gesetz)外之价值或观点在法律进化上,及其腐化的防止上所可能扮演的角色,那么‘法漏洞’理论至少当它被用来指称这些不妥当的状态时,应是可以被欢迎的”〔29〕。“因技术、经济或社会关系的发展,以前不重要、也没产生法律问题的领域,今天变得需要加以调整。”〔30〕

法律的发展远早于技术的发展。在法律产生、成熟的时代,法律还具有调整能力,科学技术领域的秩序尚不足以向法律发出挑战。标准化生产起源于近代工业革命,成熟于当代,随着科学技术的发展,标准化活动日趋完善与精细,深入到科学技术领域的最前沿处,已经超越了法律调整的范围,技术治理就成为法治的盲区,标准就自然成为替代法律调整科学技术领域秩序的规范性文件。法律规范难以调整科学技术领域,是由于法律规范本身以权利义务关系为对象的调整手段不适合调整科学技术领域的秩序。其不受立法者的意志影响。这种疲态源于法的本质属性,应属于“法漏洞”的类型之一。如果说“法漏洞”是由于法律固有缺陷而存在的,那么“超越法律的”(Gesetzesübersteigenden)法的续造的原因可能将成为填补“法漏洞”的工具。从“法漏洞”的角度看法律与标准的关系是为了维护法制体系的统一性与完整性,一系列国家立法明确承认了标准可以作为填补这种“法漏洞”的法之续造,鉴于此,技术标准就能填补法律调整科学技术领域秩序的“法漏洞”。许多标准的制定是基于标准制定者所具有的专业的科学技术知识,是经过严谨的科学试验而获得的秩序要求,即在表述某种被认为是最佳秩序的技术要求。所谓最佳秩序指产品或服务在符合某种标准的技术要求下能够发挥最好的功能,使其有助于解决安全、健康、消费者利益等公共利益保护的问题。“法律规定了人们的权利和义务,但在涉及科学技术的问题时,难以规定权利义务的具体内容,以科学、技术和经验为基础制定的标准使得法律规定的权利义务的内容得以具体化。”〔31〕因此,法律具有引用标准的动因,法律解决人们行为的“应为”或“不应为”,但标准解决法律规定中的“如何为”或“如何不为”。

由此可见,标准通过法律的引用进入法律领域,成为法律规范的一部分,形成二者相互融合

〔28〕〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第471-472页。

〔29〕黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订7版),2020年自版,第753页。

〔30〕Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2., überarbeitete Auflage, Duncker & Humblot, 1983, S. 141, 160ff.

〔31〕柳经纬、许林波:《法律中的标准——以法律文本为分析对象》,载《比较法研究》2018年第2期,第195页。

的法律现象，这种规定技术要求的法律是技术法规，也是法律引用标准产生的结果。通过分析法律引用标准的原因可知：强制性标准“必须执行”的效力并不是标准本身的效力，而是来自法律，进一步说，强制性标准的执行实际上不是执行标准本身，而是在实施技术法规，以满足法律对技术要求的规定。至此，违反法律、行政法规中的技术法规应是《民法典》第153条第1款检视的对象，而非强制性标准本身。

## （二）技术法规之于合同效力的解释路径

第一，强制性标准的法律效力来自《标准化法》第2条与第25条的概括规定，现行《标准化法》由全国人大常委会于2017年制定通过，故属于《民法典》第153条第1款中的“法律”。“《标准化法》是我国强制性标准最直接的法律渊源。”<sup>〔32〕</sup>强制性标准由《标准化法》第2条与第25条确认并与之结合而成为技术法规，具备法的规范性与法的其他效力，这两条对所有的强制性标准的法律效力做了概括性的规定，全盘性地赋予法律效力，所有的强制性标准的法律效力来源均是《标准化法》第2条与第25条。如上述，法律引用标准是为了实现法律对科学技术领域的治理，通过法律引用标准，把标准纳入法律的范畴，成为法律的一部分。因此，强制性标准中所规定的技术要求就成为技术法规中的“行为模式”，法的效果就指引到《标准化法》第2条与第25条，<sup>〔33〕</sup>即强制性标准必须执行以及不符合强制性标准的产品不得流通，此属于法律的强制性规定。如此，研究违反强制性标准合同的效力，实际上不是研究强制性标准本身，而是研究赋予强制性标准法律效力的法律条文本身。在现行法的体系下，《标准化法》第2条及第25条对合同能够产生强制性效果，因此，若该条存在效力否定因素，就具有影响合同效力的可能性。

第二，检视《标准化法》第2条及第25条是否为效力性强制性规定从而影响合同效力，其判定关键并非在“不得”“禁止”等词眼上，决定性因素应是其规范意旨，<sup>〔34〕</sup>因此，应从《标准化法》第2条与第25条的目的分析其是否为效力性强制性规定。

一方面，《标准化法》第2条规定“强制性标准必须执行”，该条赋予强制性标准法律效力，以《标准化法》作为强制性标准必须执行的依据，旨在实现法律充分利用标准化的成果，起到“引致条款”的功能，即将法律以外的标准引入法治领域内，延伸法治的作用，发挥法对科学技术领域的调整功能，实现法律对技术领域的管理或者规定某种技术要求，尤其是与人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全相关的技术要求。之所以法律规定强制性标准必须执行，是因为强制性标准的目的与《标准化法》第2条与第25条相契合，即为了规范行为，治理无序，促进技术进步，改进产品质量，维护国家和人民的利益，而国家法律、行政法规规定强制执行也正是基于公共利益的考量。“强制性标准通过设定量化的数值、指标、操作规程和技术规范，来直接规定技术目标和工艺流程，通过规制机构对标准的反复适用，来保障该领域的社会秩序。”<sup>〔35〕</sup>可以肯定的是，强制性标准制定的目的和初衷并非否定合同效力，强制性标准本身与法律行为效力不存在对应关系，而是实现科学、技术和实践经验成果符合安全价值的需要。《标准

〔32〕 于连超：《标准化法原论》，中国标准出版社2021年版，第312页。

〔33〕 参见甘藏春、田世宏主编：《中华人民共和国标准化法释义》，中国法制出版社2017年版，第67页。

〔34〕 参见〔德〕赫尔穆特·科勒：《德国民法总论》（第44版），刘洋译，北京大学出版社2022年版，第326页。

〔35〕 谭启平：《符合强制性标准与侵权责任承担的关系》，载《中国法学》2017年第4期，第183页。

化法》第2条的目的是实现法的技术管理功能,非否定合同本身的效力,故不能承载合同效力认定之重。因此,从强制性标准的制定及其价值追求层面可以看出,所有的强制性标准均在追求科学技术的安全价值,故可得结论,所有的强制性标准均无涉及合同效力,即无《民法典》第153条第1款之适用余地。

另一方面,《标准化法》第25条规定“不符合强制性标准的产品、服务,不得生产、销售、进口或者提供”,该条的功能有二:其一是明确第2条的法律效果,其二是规定违反强制性标准的产品、服务的效果,具体到合同领域,即合同标的或标的物,其法律效果是禁止生产、销售、进口或提供。本条是典型的强制性规定,但本条实际上是对标的资格或者市场准入条件的强制性规定,违反强制性标准的产品或服务并不同于毒品、假币等法律绝对禁止之物,本条并不是对相关产品或服务的根本否定或绝对禁止,仅是因为产品的质量与技术尚未达到强制性标准的要求,从而使其流通受到了限制。可见,第25条是法律对不符合强制性标准产品或服务的具体管理方式,并非否定合同本身的效力。《标准化法》第2条与第25条的根本功能在于概括性地赋予强制性标准法律效力,强调了法律对技术秩序的调整,突出了法律的治理、管理面向,而非效力性的规定。因此,违反强制性标准的合同实际上违反的是旨在实现技术管理的技术法规,违反技术法规并非效力性强制性规定,故并不会影响合同效力。

论证至此,尽管技术法规尚不足以否定合同效力,但这并不意味违反强制性标准合同为有效合同。有效说仍有疑义尚未厘清:违反强制性标准销售的产品应受到公法制裁,《民法典》第153条起到了引致条款的作用,即将公法秩序引入私法秩序中。为了公法与私法的接轨,私法也应当对违反公法行为作出相应的否定评价,但若私法不予评价,或仍维持其效力,那么将导致公法与私法衔接产生问题,不利于公法目的之实现。因此,应将违反强制性标准的合同认定为无效合同,产生私法制裁的效果。<sup>[36]</sup>

#### 四、违反强制性标准的合同因违背公序良俗而无效

无论是直接将强制性标准认定为法律规范,还是从赋予强制性标准法律效力的技术法规层面检视违反强制性标准的合同效力,均无法终局性地得到解释路径,甚至还将引出新的问题。不可否认的是,《民法典》第153条第1款中具有效力性规定的“法律、行政法规”同样蕴含着公共秩序,但在该款语境下,这种公共秩序是一类特殊类型的公共秩序,即能够承载直接否定合同效力之重的公共秩序。因此,《民法典》第153条第1款认定合同无效情形的口径较小,仅限“法律、行政法规”中蕴含效力性规定的公共秩序。实际上存在那些不直接涉及法律行为效力,却涉及社会管理秩序的法律、行政法规及其他规范性文件,违反这些规范虽不能直接影响合同效力,但可能导致的公法上的制裁不足以满足制裁的效果以及维护公共秩序的需要,即合同生效会有损于该领域的公共秩序,故尚需私法制裁配合。<sup>[37]</sup> 囿于《民法典》第153条第1款之规定,这些

[36] 参见杨代雄:《法律行为论》,北京大学出版社2021年版,第406页。

[37] 参见前引[36],杨代雄书,第419页。

涉及社会管理秩序的规范被排除在认定合同效力的阀门之外，因此，为了实现必要的私法制裁的需要，应将目光投向《民法典》第153条第2款，即通过违反公序良俗的路径认定合同无效。《民法典》第153条第2款公序良俗条款是第1款的兜底性条款，起到了填补第1款漏洞的作用，即对“违反效力性的法律、行政法规”以外且必要的情形进行私法制裁，第2款对法律行为无效认定情形的口径更大，其功能定位是捕获第1款的“漏网之鱼”。违反强制性标准的合同虽然不能依据《民法典》第153条第1款认定合同无效，但是若认定其为有效合同，又损害了法律对技术秩序的管理，因此，违反强制性标准的合同正是属于第1款的“漏网之鱼”。公序良俗对法律行为效力的判断存在于法律本身的价值体系（公共秩序），或法律外的伦理秩序（善良风俗），并非指向具体的法律规则。<sup>〔38〕</sup>因此，应当深入强制性标准背后的价值体系与伦理秩序，检视违反强制性标准的合同是否违反公序良俗，旨在实现公法秩序与私法秩序的统一。

#### （一）违反强制性标准的合同违反善良风俗

善良风俗是社会之既存及其发展所必要之一般道德，非指现在风俗中之善良者而言，而是道德律，即道德的人民意识。<sup>〔39〕</sup>善良风俗具体到强制性标准领域反映的是技术道德、科技伦理等问题。

虽然高速发展的科学技术极大地提高生产效率，改善人类的生存与发展条件，改变人类千年来的生活方式，激发巨大的经济潜能，但遗憾的是，技术并非永远尊崇于人类构建起来的一心向善的社会秩序体系，技术是一把双刃剑，其在拓展人类自由空间的同时，也不可避免地给人类社会带来困扰与不安。科技的发展给伦理道德带来更大的风险，加剧伦理与技术之间的鸿沟。因此，现代科技与伦理关联历来是一个被重点关注的时代性问题。<sup>〔40〕</sup>

技术不是法外之地，科学活动要受法律调整与规制，法律引用标准就是要利用标准调整科学技术活动，这正是技术法治化的过程。标准所追求的是该领域的最佳秩序，这种秩序是科学界所共同追求的良好秩序，不仅包括技术的合理性与先进性，更蕴含着人们对“正确使用技术，技术为人所用、造福人们”的初衷。作为技术规范的标准本身就反映了技术的合理性与先进性，是凝固的科学技术，是人们通过经验、科研活动取得的最佳的技术秩序。标准的生命在于实施，只有先进且实施效率高的技术才能够被广泛采用与实施，标准制定者追求的技术秩序才能够实现。而技术秩序代表的是技术在伦理秩序中的作用，鼓励技术的积极作用，否定技术的消极作用，这就反映了科技伦理问题。而且，尽管技术代表的是自然科学领域的成果或者是人们的实践经验总结，均是人类利用自然力的集中体现，是人们通过科学技术实现造福人类的目标，但技术作为社会生活中重要的一环，其最终目的是为人所用，解决人们的实际问题，因此，技术也应当受到一般社会生活的共同价值秩序的约束，不能遁逃于社会生活的一般价值以外，应遵守于社会道德、伦理秩序。虽然公序良俗代表的社会生活的一般价值过于抽象，但若具体化到科技伦理原则，就可以将其表述为增进人类福祉、尊重生命权利、坚持公平公正、合理控制风险、保持公

〔38〕 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2022年版，第294页。

〔39〕 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第335页。

〔40〕 参见黎四奇：《数据科技伦理法律化问题探究》，载《中国法学》2022年第4期。

开透明。<sup>〔41〕</sup> 这是所有科技活动都应当遵守的共同伦理目标。

随着生活水平和生活质量的提高,消费者对产品与服务的选择性、安全性、卫生性及性能质量的要求也越来越高,要求政府采取切实有效的技术性措施,来保障正常的生产、贸易与消费。<sup>〔42〕</sup> 强制性标准正是在这种背景下发展起来的,强制性标准的制定目标是“保障人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要的技术要求”(《标准化法》第10条),且强制性标准是由各方参与共同协商一致而制定的,体现了公开透明性。强制性标准是将科技伦理通过标准具体化、成文化,且通过法律赋予强制性效力而最终实现科技伦理的法律化,形成蕴含着科技伦理与技术道德的法律规范。因此,强制性标准就是受法律确认的科技伦理,强制性标准就是实现科技伦理法律化的最佳路径。

可见,标准本身就是技术团体对科技的治理工具,强制性标准是科技治理的最有效工具,科技治理已经从初期的纯粹关注科技的物理风险发展到现代的防止科技的社会伦理风险。<sup>〔43〕</sup> 强制性标准本身就蕴含着某种抽象的秩序利益,排除了民法上的私人自治,这种秩序利益就可以表述为强制性标准往往蕴含着科技伦理,也是当下提倡的科技伦理法律化的最佳途径,是科学理性与法治理性的融合。

赋予强制性标准法律效力的技术法规不涉及合同效力问题,仅涉及法律对技术领域的管理、治理,非效力性规定,故不能依据《民法典》第153条第1款判断违反强制性标准的合同的效力。但强制性标准中却蕴含着科技伦理,体现着科学技术共同体以及社会大众对科学技术造福人类的期待,因此,违反强制性标准就是违反科技伦理,科技伦理是《民法典》第153条第2款所述之善良风俗在技术领域的具体化,因此,违反强制性标准或技术法规的合同因违反善良风俗而无效。

## (二) 违反强制性标准的合同违反公共秩序

强制性标准是国家为了实现对特定领域的技术管理,通过法律引用标准而形成的,而这些领域又反映了极强的公共秩序属性。“公共秩序是以维持一般道德,结果即为维持社会国家之一般秩序,尊重社会国家之一般秩序。”<sup>〔44〕</sup> 公共秩序植根于法律的价值体系中,是一种强制性规范,是当事人意志自由的对立物,其本质在于反映和维护国家的根本利益,反映和保护国家与社会的根本利益,表现了国家对社会生活的积极干预。<sup>〔45〕</sup> 如上述,强制性标准保障人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要,这反映了在特定领域的公共利益与公共秩序,因此,强制性标准或者说技术法规实际上就是通过规定技术要求以保护他人、保护国民经济以及生态环境安全的法律规范。强制性标准具有两个面向:一是维护科学技术领域的公序良俗,即科技伦理;二是维持国家社会的一般道德与秩序,代表了法律赖以存在的价值体

〔41〕 参见《省委办公厅省政府办公厅印发〈实施意见〉加强科技伦理治理》,载《云南日报》2022年10月13日,第4版。

〔42〕 参见何鹰:《对外贸易中的技术性贸易措施法律问题研究》,法律出版社2009年版,第8-9页。

〔43〕 参见赵鹏:《科技治理“伦理化”的法律意涵》,载《中外法学》2022年第5期。

〔44〕 前引〔39〕,史尚宽书,第335页。

〔45〕 参见李永军:《民法总则》,中国政法大学出版社2018年版,第676-677页。

系所共同追求的利益，即公共秩序。进而违反强制性标准有两层含义：第一，违反了标准的技术要求，可能导致产品相关技术参数不符合要求、产品性能不能满足市场的需求、产品质量低下且产生危害，但这些消极结果仅具有科学技术上的意义，即回答了产品或服务是否满足某种技术要求，并不会引起权利义务关系的变动。第二，通过法律引用标准，仅具有科学技术层面意义的标准后果就具有法律上的意义，即标准的后果能够产生权利义务关系，这意味着强制性标准所确定的技术秩序与法律所追求的技术秩序是一致的，具有对共同公共秩序的追求。

值得一提的是，除法律直接概括规定赋予强制性标准效力外，在我国法律体系中，还有许多法律规范引用推荐性标准，从而使之获得强制实施的效力。但这种引用并不会改变推荐性标准的性质，也就是说，推荐性标准本身还是推荐性标准，并不会因为法律引用而成为强制性标准。<sup>〔46〕</sup>这些规定也是法律或公权力机关对技术要求的规定，尽管推荐性标准的性质不会改变，但法律引用推荐性标准在规范功能上也与强制性标准一样，其目的同样在于保护人身健康、生命财产安全等公共利益，违反这些规范性文件的合同不可避免地会牵扯到私法制裁问题。行政法规以下的部门规章、地方性法规，甚至是某些公共政策、行政规范性文件不属于《民法典》第153条第1款中的“法律、行政法规”，虽然不能直接作为认定合同效力的依据，但这些规范都是为了维护某一领域的社会公共利益而制定，尤其是涉及金融安全、市场秩序、保护他人等公共利益，<sup>〔47〕</sup>若这些规范规定了产品或服务的技术要求，那么这些规范也蕴含着科技伦理、技术道德等善良风俗。违反这些规范的公司，都将因被视为与公共利益相冲突以及与科技伦理相违背而无效。除此，仍需注意公共利益与私法自治的平衡问题。有裁判观点认为，法律行为违反公共利益，行政处罚足以维护社会公共利益，就不需要通过民事制裁的手段否定合同效力。<sup>〔48〕</sup>虽然这种观点具有可采之处，能够限制《民法典》第153条的适用从而保护私法自治，但是若合同违反强制性标准或者技术法规等保护他人、环境等公共利益的法律，那么合同的执行就可能会危害人身安全、财产安全、生态环境安全等，因此，若合同违反强制性标准或者技术法规，除了公法上的制裁，还需要有私法上的制裁，即否定合同效力。

例如，2020年4月21日实施的《广东省市场监督管理局关于广东省非医用口罩产品质量监督抽查实施细则的通告》（2020年第63号）规定了《一次性使用儿童口罩》（T/GDMDMA 0005—2020）、《日常防护口罩》（T/GDBX 025—2020）等多项团体标准为非医用口罩质量监督抽查的依据，成为行政规范性文件的一部分，填补了“无法可依”的空白，这些团体标准在效力上也具有了强制执行效力。之所以行政规范性文件将这些标准纳入，是因为这些标准维护了公共利益，代表了防疫领域的技术秩序，能够满足行政机关对标准化的需求。在新冠疫情发生之初，市场对口罩需求量增大，但市场上的口罩质量参差不齐，对于如何定义口罩的防护技术要求暂无明确规定，尤其是口罩的安全性、防护性等技术要求。若口罩防护性能低下，不仅违反了技术秩序，还可能会使防疫工作产生漏洞，妨碍疫情管理工作。即便该规定是行政规范性文件，且引用的是团体标准，但行政规范性文件蕴含着公共利益、公共秩序以及科技伦理，关乎“抗疫”事

〔46〕 强制性标准由法律直接概括规定赋予效力。

〔47〕 参见前引〔36〕，杨代雄书，第419—420页。

〔48〕 参见最高人民法院（2015）民二终字第117号民事判决书。

业,若合同违反该行政规范性文件,虽不能以《民法典》第153条第1款为依据认定无效,但是仍可以依据《民法典》第153条第2款公序良俗条款认定合同因违反公共(技术)秩序、损害公共利益而无效,《民法典》第153条第2款公序良俗条款为这些效力层级低于行政法规的规范提供了作为民事制裁依据的解释进路。

## 五、结 论

违反强制性标准的合同在司法实践中十分常见,本论题并非单纯合同效力的简单判定问题,尚需理解标准与法律、合同的关系。本文结合了标准化原理以及强制性标准形成的原理,揭示了依据强制性标准对合同效力进行认定的方法:违反强制性标准合同为无效合同的原因并非强制性标准本身,也并非规定或引用强制性标准的技术法规,而是违反强制性标准的合同本质上构成违反公序良俗。这种认定方法不仅具有解释论上的科学性以及实践适用的合理性,还符合了标准化原理以及法律引用标准的基本原理,以期与实践裁判提供参考。

---

**Abstract:** Mandatory standards are stipulated by law for the purpose of ensuring the safety of life and property, national security, ecological environment security and meeting the basic needs of economic and social management. The current interpretation path of validity of contract which violates mandatory standards is insufficient and needs to be reconstructed. Since mandatory standards and laws belong to different governance scopes, standards and laws should be distinguished. Therefore, mandatory standards are not laws and it cannot be directly used as the basis for determining the validity of the contract. The legal force of mandatory standards is originated from law which incorporate standard. The purpose of law incorporating standard is to realize the management of the law on the technical field, and its regulation purpose is not determining the validity of the contract. Therefore, Art. 153 (1) of the Civil Code cannot determine that the contract which violates mandatory standards is invalid. The mandatory standards are the concentrated embodiment of science and technology ethics and technology order. The contract violates mandatory standards essentially constitutes a violation of public order and good morals. Therefore, the violation of public order and good morals is the main reason for determining the invalidity of the contract which violates mandatory standards.

**Key Words:** mandatory standards, technical regulation, public order and good morals, science and technology ethics

---

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

## 非典型合同和典型合同中的参照适用

王 雷\*

**内容提要：**根据《民法典》第 467 条第 1 款，非典型合同在直接适用合同编通则和参照适用最相类似典型合同的规定之间，没有先后顺序之分。要根据区分技术，区分面对的是非典型合同法律适用的总则式问题还是分则式问题，通过直接适用合同编通则实现总则的归总则，通过参照适用典型合同规定实现分则的归分则。无论是非典型合同对典型合同有关规定的参照适用，还是典型合同彼此之间的参照适用，相似性论证是关键，相似性论证是要对比非典型合同和典型合同、两个典型合同彼此之间的给付义务，重点围绕合同的性质和目的，结合合同分类标准，多角度观察分析，求同存异，恰如其分。参照适用通过同其所同，填补法律漏洞；通过异其所异，对被参照适用的法律规定进行适当变通调适，避免不合宜的等量齐观。非典型合同和典型合同中的参照适用方法塑造了不同于补充适用方法语境下的别样总分关系，也释放了民法典的体系效应。

**关键词：**非典型合同 典型合同 参照适用 相似性论证

• 215 •

与物权法定不同，不存在针对合同种类或者内容的合同法定原则，合同类型自由，无名合同/非典型合同的出现也就事所必然。但无名合同参照适用有名合同规则在司法实践中却不被重视，相关规则经常被修辞式引用、一笔带过，缺乏参照适用时的相似性论证及充分说理。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 467 条第 1 款规定：“本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”该款作为参照适用技术本身属于不完全法条，不能单独作为请求权规范基础，因此在参照适用过程中不能满足于简单依据该款即得出裁判结论，必须一并援引被参照条文，必须对参照适用中的相似性论证做具体展开。

在非典型合同的参照适用外，《民法典》中还有不少典型合同彼此之间的参照适用条款，使

\* 王雷，中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员。

本文为 2022 年度法治建设与法学理论研究部级科研项目“民法典婚姻家庭编适用衔接问题研究”（22SFB4022）的研究成果。

得典型合同内部得以借此完成漏洞填补工作和实现再体系化。可以说,无论是对非典型合同,还是对典型合同,参照适用既是法律适用中的漏洞补充方法,又是实现合同再体系化和释放民法典体系效应的“密码”。

## 一、非典型合同“可以参照适用”典型合同的规定

### (一) 非典型合同参照适用的立法论

典型合同并非只是一个个的法律概念,它们同时也是现实社会中的生活现象。“非典型契约的主要问题,在于其契约内容不完备时,应如何适用法律,以资规范。”〔1〕对无名合同的法律适用应该区分无名合同的不同类型分别讨论。对此,在解释论上,有学者总结道:“我国学术界有关无名合同的研究才刚刚开始,无名合同研究的重要性和必要性,实务界人士的体会最为真切。”〔2〕立法论上,针对无名合同法律适用方法,有学者认为:“实际上总则应当是在最后才能适用的规则。因为在合同法中如果能够适用分则的规定,首先应当适用分则的规定,只有在不能适用分则规定的情况下,才能适用总则的规定。”〔3〕对于无名合同,在适用合同法总则和参照适用最相类似的有名合同法律规定的这两种法律适用方法之间,主流观点认为应当先具体后一般,应当先参照适用最相类似的有名合同的规则,再补充适用合同法的总则,因为其指向更加具体。但《民法典》没有采取这种观点。

2018年9月5日《民法典各分编(草案)》第258条规定:“本编或者其他法律没有明文规定的合同适用本编第一章至第八章的规定,并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”笔者曾建议将该条改为:“本编或者其他法律没有明文规定的合同,参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定,并可以适用本编第一章至第八章的规定。”即本编或者其他法律没有明文规定的合同,应该先用最相类似的合同的规定,没有最相类似的规定时,再用本编总则的一般规定。2019年1月4日《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)第258条规定:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。”有学者建议将第258条修改为:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。”理由在于:本编第254条已规定本编调整合同法律关系,故无名合同适用本编没有任何问题,无需就本编通则是否适用作出特别规定。即使未作规定,本编通则部分适用于无名合同,也是当然之理。无名合同的法律适用问题,究竟是优先适用通则编的规定,还是首先应参照分则最相类似合同的规定?有学者认为应优先适用最相类似的分则。〔4〕

从2018年9月5日《民法典各分编(草案)》第258条,2019年1月4日《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)第258条,再到《民法典》第467条第1款,通过历史解释,可以总结

〔1〕王泽鉴:《债法原理》(第2版),北京大学出版社2013年版,第106页。

〔2〕宁红丽:《我国典型合同理论与立法完善研究》,对外经济贸易大学出版社2016年版,第382页。

〔3〕王利明:《合同法研究》(修订版)(第一卷),中国人民大学出版社2011年版,第22-23页。

〔4〕参见周江洪:《关于〈民法典合同编〉(草案)(二次审议稿)的若干修改建议》,载《法治研究》2019年第2期。

如下结论：

第一，《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）第 258 条和《民法典》第 467 条第 1 款对无名合同的界定更科学，无名合同是指《民法典》或者其他法律没有明文规定的合同。无名合同不再等同于《民法典》合同编或者其他单行民事特别法没有明文规定的合同。反而言之，本编典型合同或者其他法律最相类似合同共同构成有名合同，有名合同的范围既可以包括《民法典》合同编和其他单行民事特别法明文规定的合同，也包括《民法典》其他编如物权编明文规定的合同。有名合同不简单等同于《民法典》合同编的典型合同，典型合同只是有名合同的子类型。

第二，参照适用的关键是对无名合同和有名合同“最相类似性”的判断，《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）第 258 条“最相类似”修饰限定的不局限于其他法律明文规定的合同，还应该包括本编典型合同的规定。为了文义更清晰起见，适合将“并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定”修改为“并可以参照适用本编第二分编或者其他法律最相类似合同的规定”。《民法典》第 467 条第 1 款作了一定改进。

第三，《民法典》第 467 条第 1 款“适用本编通则的规定”中的“适用”是直接适用的意思，而非第 3 句所言参照适用。

第四，《民法典》第 467 条第 1 款文义并未指明无名合同补充适用合同编通则和参照适用有名合同规定何者优先的问题，从立法论上看，不宜固定僵化其适用顺序。

## （二）非典型合同参照适用的解释论

非典型合同/无名合同参照适用的第一步是定性分析：认定涉案合同为无名合同。例如，使用他人肖像或者姓名的合同，过去属于纯粹非典型合同，<sup>〔5〕</sup>但《民法典》人格权编将肖像许可使用合同、姓名许可使用合同典型化，因此其不再属于非典型合同。司法实践中存在大量穿着无名合同外衣但实质上为有名合同的情形，形异实同。例如，商场的附赠，附赠的实质是打折出卖，本质上属于买卖合同，出卖人不能享受法律对赠与人的优待。将有名合同误作无名合同再配合参照适用方法，会增加法律适用的不确定性。如何区分无名合同与具体的有名合同，核心是主给付义务。主给付义务是合同固有的、必备的、用于决定合同类型的法律义务。无名合同本身须再类型化，包括纯粹的无名合同、合同联立和混合合同。合同联立不见得要简单还原适用对应的有名合同规则，因为合同联立中的多个有名合同之间可能存在主从关系，影响相应法律规则的适用。

合同性质和效力，往往是确定合同内容的前置环节。对合同定性时要本着实事求是和言行合一原则，考察当事人合同条款约定和实际履行情况。对无名合同定性的过程，也是寻找与之最相类似的有名合同的过程。在无名合同法律纠纷实践中，存在大量假托无名合同形式的有名合同。例如，合同当事人以《股权收益权转让及回购协议》之名、行融通资金之实，协议约定的回购价款中的基本价款实质上属于归还借款本金，回购价款中的溢价款实质上属于支付借款利息，此时究竟是将此种协议定性为无名合同并参照适用借款合同的相关规定，<sup>〔6〕</sup>还是直接定性为借款合同？又如，作为无名合同，以物抵债是诺成合同，当事人意思表示一致即可成立，不以抵债物的

〔5〕 参见崔建远主编：《合同法》（第 7 版），法律出版社 2021 年版，第 17 页。

〔6〕 参见“北京天悦投资发展有限公司与安信信托股份有限公司、北京天域新城房地产开发有限公司、王某瑛、黄某海合同纠纷案”，最高人民法院（2017）最高法民终 907 号民事判决书。

物权变动为成立要件。民事单行法时代的禁止流质规则不能作为否定以物抵债效力的依据,利益失衡的以物抵债可以通过显失公平规则来调整。民事执行领域的强制以物抵债裁定可以导致物权变动。

无名合同参照适用的第二步是遵照当事人约定:合同约定优先,只有当事人没有约定或者约定不合法时,方有参照适用技术展开的必要。当事人有约定,但约定不明确时,须做合同解释,以尽最大可能地尊重当事人的合同意思。

无名合同参照适用的第三步是区分/拆分技术:区分直接适用与参照适用。《民法典》第467条第1款中的“适用”是直接适用,<sup>〔7〕</sup>而非“应当适用”,不宜将《民法典》合同编通则规定一概理解为强行性规范。第2句中的“适用”不能解释为补充适用和优先适用,否则和“并”字相矛盾,此处就指直接适用的意思。有学者认为《民法典》第467条第1款第3句“实即类推适用”。<sup>〔8〕</sup>笔者认为,第467条第1款第3句中的“参照适用”是法定类推适用。虽然《民法典》第467条第1款第2句和第3句之间用“并”字连接,但不宜固定僵化无名合同直接适用合同编通则和参照适用有名合同规定的顺序。第3句中“并”字不是并驾齐驱、同时适用两种方法或者有顺序的先后,而是将这两种方法摆在一个层面以供选择。

在无名合同/非典型合同的实践纠纷中,要注意区分,面对的是总则式问题还是分则式问题。对无名合同的法律适用,要区分是无名合同权利义务的确立,还是权利义务的履行及违约责任:如果是前者,则有必要参照适用有名合同的规定;如果是后者,则主要是直接适用合同编通则的规定,除非最相类似有名合同对此类问题有特别规定。《民法典》合同编通则对所有合同均直接适用,不区分有名合同与无名合同。如果针对该无名合同纠纷,当事人没有纠结彼此的权利义务责任等内容,只关注合同中约定的违约金是否过高的问题,此时直接适用合同编通则的规定即可。《民法典》第467条第1款中的“并可以参照适用”,使得参照适用不是优先适用的意思,使得适用本编通则也不是补充适用的意思,这两种方法之间没有先后之别、优劣之分。第2句的“适用”就是直接适用,这不同于第3句的“参照适用”,我们从中提炼出来的方法就是总则的归总则,分则的归分则。

在动态法源观的思维下,在《民法典》第467条第1款各种法律适用方法之间,都要看具体语境,不能当然认定参照适用就一定要更优先。参照适用本身是一把双刃剑,一方面告诉法官漏洞补充方法,但另一方面又给了法官相当大的自由裁量权。是否参照适用的根本判断标准是事物的性质。应发挥参照适用正面的体系溢出效力,避免法官的自由裁量权过大。如果第467条第1款第2句的“适用”是补充适用,这就意味着后面第3句的“参照适用”被提高到了优先适用的地位,存在问题。因为并非每个个案中,都需要寻找与无名合同最相类似的有名合同。因此第467条第1款的法律适用规则是:或者直接适用合同编通则,或者参照适用最相类似的典型合同的法律规则。

无名合同参照适用的第四步是相似性论证:论证无名合同与被参照适用的有名合同之间“最

〔7〕 参见王利明:《合同法通则》,北京大学出版社2022年版,第19页。

〔8〕 参见韩世远:《合同法学》(第2版),高等教育出版社2022年版,第22页。

相类似”，这是参照适用方法的关键，也展现了《民法典》第467条第1款第3句作为兜底条款的补漏功能。相似性论证则是对比无名合同与有名合同的主给付义务，重点围绕合同的性质和目的，求同存异，大同小异。合同的性质和目的如何发挥作用并居于何种论证地位？不能将相似性论证完全寄托在主给付义务之上，还要结合合同分类的其他分类标准多角度观察分析，如合同是有偿还是无偿、是金钱还是非金钱合同，等等，这也是展示合同的性质和目的的过程。《民法典》第467条第1款第3句“并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定”，还属于概括性参照适用、裁判规范和衡平规定，本句中的“其他法律”当然包括合同编典型合同分编所对应有名合同的专项司法解释。因此，《民法典》第467条第1款第3句中的“其他法律”包括四项：合同编通则如预约合同规定，物权编规定的有名合同如抵押合同规定，保险法中的保险合同约定，有名合同的专项司法解释规定如商品房预售合同规定等。前三项是文义解释和体系解释的结论。第四项要结合民法法源理解，司法解释属于民法法源，“法律”一词在实定法上是有弹性的概念，作为实质法源的广义法律可以包括司法解释。

无名合同法律适用的第五步是适用交易习惯对应的习惯法，这符合《民法典》第10条的民法法源条款规定。

需要注意的是，不能将无名合同的范围扩展过宽，以形成合同法中心主义的思维。无名合同法律适用方法发挥作用的前提之一是案涉法律关系属于合同法律关系，能够进入合同法的调整范围。例如，民事诉讼实践中存在诉讼契约，诉讼契约是对合同概念的借用，二者都是平等当事人之间达成的合意。但合同的法律效果原则上仅及于当事人之间，而诉讼契约及于的主体还包括人民法院。因此，诉讼契约既不属于《民法典》第463条的调整范围，也不属于第464条第1款所指的“合同”，更不属于第467条第1款的适用对象。倘若按照字面意思解释第467条第1款，似乎可以得出这样的结论：由于民事诉讼法没有就诉讼契约作出明文规定，因而它属于“其他法律没有明文规定的合同”，所以就其成立要件和法律效果的解释和适用，可以“适用本编通则的规定”，“并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定”。但这种解释显然混淆了诉讼契约与民事合同在本质上的区别。

### （三）补充适用、参照适用与保理合同的典型化

对于无名合同而言，有些可以直接由合同编通则予以规范，而不必对之有名化，如储蓄存款合同。有些则可以被有名化，如保理合同、合伙合同、预约合同等等。因此，“合同的历史是非典型合同不断地变成典型合同的历史”〔9〕。

以保理合同为例，保理合同即经历了从无名合同到有名合同的发展过程。保理业务是以应收账款债权的转让为核心的综合性金融服务，所有保理合同均可补充适用债权转让的一般规定。在《民法典》将保理合同有名化、典型化之前，保理合同实际上属于同时包含金融借款、债权转让、账务管理乃至付款担保等有名合同和无名合同的混合合同。对此，实务中有观点认为：保理合同中既包含债权转让法律关系，也包含金融借款、应收账款催收等法律关系，并非单一的债权转让，此类案件不应确定为债权转让合同纠纷。保理合同中的基础债权是否真实，属于是否能够履

〔9〕 前引〔5〕，崔建远主编书，第17页。

行合同问题,与保理合同效力无关。保理商不存在缔约过错问题,且没有违反合同约定,不能以是否尽到审慎义务而判令其承担责任。<sup>〔10〕</sup>相应地,《民法典》第763条也特别规定债权人和债务人之间的应收账款债权基础合同因为虚假意思表示而无效的,原则上不影响保理合同的法律效力,债务人不得以债权瑕疵为由对抗已经尽到审查义务的善意保理人。这就对《民法典》第146条第1款做了调整变通,区分虚假民事法律行为的内部效力与外部效力。《民法典》第763条强调保理人须为善意,而且对善意做了极大扩展,只有“保理人明知虚构”时方属于非善意,保理人应当知道虚构而不知时仍构成善意。《民法典》第763条与(2018)吉民再111号案件不同的是,后者认为保理商是否尽到审慎义务与承担保理合同责任无关,保理合同中的基础债权是否真实,属于是否能够履行合同问题,与保理合同效力无关。因此,尽管保理合同实现了从无名合同到有名合同的转变,但鉴于其特殊性质,其在规则的参照适用问题上仍有进一步解释空间。

《民法典》第769条规定“本章没有规定的,适用本编第六章债权转让的有关规定”,这是关于保理合同补充适用债权转让规则的规定,但这一规定存在隐藏漏洞。一方面,结合《民法典》第761条可以确定,保理合同实际上是混合合同的有名化、典型化,其法律适用方法应该结合债权转让、资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等不同服务,分别确定补充适用的依据。第761条所列保理服务并不要求在所有保理合同中都同时存在。另一方面,保理合同并非单一的债权转让,结合第766条和第767条,保理包括当事人约定有追索权保理和当事人约定无追索权保理,二者在合同性质上存在根本差异,对无追索权保理(保理人风险收益自担)存在补充适用债权转让规定的可能,对有追索权保理(基于追索权,应收账款债权人兜底应收账款风险,追索权的功能相当于债权人作为债务人的偿债能力向保理人做付款担保)则无此可能。如果当事人在保理合同中对追索权未作约定,则属于无追索权保理,其效果等同于第767条所规定的“当事人约定无追索权保理”。

司法上成熟的类推适用有可能转化为立法上的参照适用,立法上的参照适用也不是对司法实践中类推适用的终结,在参照适用不及之处,仍有类推适用发挥作用的舞台。同样,补充适用和参照适用也是各司其职,互不替代。根据《民法典》第769条,保理合同可以补充适用《民法典》第545—550条债权转让的所有规定。根据合同自由原则,如果当事人在保理合同中对双方的权利义务存在明确的约定,则应当尊重相关的约定内容。例如,保理合同中经常存在债务人向保理人做无异议承诺,即预先承诺放弃行使抗辩权和抵销权,这就使得保理中的债权让与具有了特殊性,不再简单补充适用《民法典》第548条债务人的抗辩规则和第549条债务人的抵销规则,当然,债务人所享有的实体权利并未因此而消灭,其仍然可以向原债权人主张相关的权利。债务人对保理人预先承诺放弃抗辩权和抵销权也不会导致当事人之间利益的失衡。<sup>〔11〕</sup>

根据《民法典》第467条第1款,对于非因保理合同发生债权转让的法律适用方法,首先,适用《民法典》或者其他法律的明文规定;其次,适用《民法典》合同编第六章第545—550条

〔10〕 参见“中央储备粮长春直属库有限公司与前郭县阳光村镇银行股份有限公司等合同纠纷案”,吉林省高级人民法院(2018)吉民申248号民事裁定书。

〔11〕 参见“中国工商银行股份有限公司乌鲁木齐钢城支行与中铁物资集团新疆有限公司、广州诚通金属公司合同纠纷案”,最高人民法院(2014)民二终字第271号民事判决书。

关于债权转让的一般规定，同时参照适用最相类似的保理合同一章的规定，这就使得保理合同一章在一定程度上可以与合同编第六章第 545—550 条一起担纲债权转让“小总则”的功能。根据《民法典》第 646 条和《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2020 年修正）（以下简称《买卖合同司法解释》）第 32 条，对于非因保理合同发生的债权转让，还可以参照适用买卖合同的有关规定。《民法典》第 768 条突破债权平等原则，规定多重保理中保理人对应收账款的优先顺序规则，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》）第 66 条通过参照适用技术进一步释放了《民法典》第 768 条的体系效应，实现应收账款融资担保顺位规则的统一。由此，《民法典》第 768 条既可以作为所有债权转让的一般规则，又可以作为所有应收账款融资担保（如应收账款质押）的一般规则。

#### （四）其他常见非典型合同的参照适用

股权转让合同、采矿权转让合同均不属于《民法典》第 595 条所规定的“转移标的物的所有权”的买卖合同，但均存在参照适用买卖合同的可能。例如，股权转让合同中出让方须负担瑕疵担保义务，这就需要参照适用《民法典》买卖合同瑕疵担保义务的有关规定。<sup>〔12〕</sup>

不特定的社会公众作为捐赠人与募捐人之间形成募捐合同关系，该募捐合同属于为第三人利益订立的合同，使第三人成为当事人双方所订立的合同的受益人，使其取得该合同所设定的权利。为第三人利益的公开募捐合同不同于赠与合同，募捐人不是受赠人，捐赠人和受益人之间不存在赠与合同，募捐人也非受益人的代理人，但募捐合同具有社会公益、道德义务的性质，募捐合同可以参照适用赠与合同法律规则。募捐款项在用于特定用途之后的余款所有权应归哪方所有？如在受益人死亡的情况下，余款是由募捐人所有，还是应该作为受赠人的遗产由其继承人继承？捐赠人与募捐人之间存在的是一种债之关系，捐赠人与募捐人设定的第三人利益若因第三人死亡而使得目的不达，应认为募捐合同中的为第三人捐款的权利义务亦随之消灭，捐赠人可根据合同目的已无法实现而撤销合同并要求返还捐赠款，受益人的继承人对捐赠款余额不享有继承权。<sup>〔13〕</sup>

彩票合同，是指彩票购买人按照彩票票面金额支付价款，彩票发行人交付彩票并移转彩票的所有权于彩票购买人，彩票购买人按照彩票规则享有中奖机会的合同。彩票合同应采用书面形式订立，为要式合同。总体上，彩票合同应参照适用《民法典》中买卖合同的有关规定。彩票合同为无名合同，参照适用何种最相类似的规定，应兼顾彩票合同的特征和所欲解决的争议问题之性质两个方面。应当区分彩票合同在不同阶段和不同事项上，哪一个特征最为显著（买卖性、射幸性和权利凭证性），而分阶段和分事项地判断所应参照的法律规定。彩票合同是否成立，以及合同订立时买票人有无验票义务的问题存有争议，即涉及彩票合同的订立阶段。彩票合同在订立阶段，其主要特征与买卖合同最相类似，故应参照适用《民法典》中的买卖合同法律规则，而不是《中华人民共和国保险法》（2015 年修正）的有关规定。根据中国体育彩票购票须知，“兑奖号码以本张彩票记录的电脑打印数码为准”，在文义上似乎只是拘束彩票本身，但解释合同重在求得当事人的真实

〔12〕 参见王雷：《股权转让合同对民法典的参照适用》，载《广东社会科学》2022 年第 4 期。

〔13〕 参见张胜：《黄甲等与江苏省如皋师范学校附属小学返还捐赠余款纠纷上诉案——受赠人死亡，募捐余款归谁所有？》，载《人民司法·案例》2007 年第 2 期。

意思,而不是拘泥于文字。彩票合同是一种射幸合同,彩票发行人制定的购票须知所欲拘束的,不仅仅是兑奖行为,同时也包括缔约行为,即不仅兑奖以彩票的电脑打印数码为准,而且彩票合同的内容亦由此而确定。<sup>〔14〕</sup>而在彩票合同射幸性方面,则可参照适用保险合同法律规则。

包销合同属于无名合同,可参照适用与其最相类似的委托合同和买卖合同对应的法律规则。房屋包销合同是指房地产开发商与房地产销售商之间就特定的房屋予以销售,约定包销商在一定的期限内以开发商的名义销售房屋,商定双方之间结算的基价,并保证在期限届满后,由包销商按基价买入剩余包销房屋的一种合同。房屋包销行为既有代理销售的属性,又有保底买卖的性质。<sup>〔15〕</sup>

商品房委托代理销售合同和委托合同都是基于双方的信赖关系成立的合同,该两类合同之间具有很多共性。商品房委托代理销售合同并非《民法典》明确规定的典型合同,但关于合同解除可以参照适用委托合同任意解除权的规定。<sup>〔16〕</sup>

快递服务合同并不属于法律明确规定的典型合同,而属于非典型合同/无名合同。从寄件人与快递公司约定的权利义务内容来看,快递服务合同与货物运输合同最相类似。<sup>〔17〕</sup>

## 二、有偿合同和互易合同对买卖合同有关规定的“参照适用”

“民法总则中的法律行为规定也好,债编通则关于契约成立或债之效力的规定,立法者就是以买卖契约为典型案型。”<sup>〔18〕</sup>有学者指出:“有偿契约与无偿契约区别之实益,在于法律适用上有不同。”<sup>〔19〕</sup>我国民事立法对无偿合同无法律适用方面的一般规则,对无偿合同的开放法律漏洞,通常只能以整体类推的方式弥补。

如果有偿的无名合同,买卖合同无可资参照适用的规定,如何处理?笔者认为,此时可以回归《民法典》第467条,看其他最相类似的有名合同规则可否被参照适用,以及合同编通则是否有直接适用的可能。例如,对合伙人之间的补偿协议,参照适用买卖合同空间有限,此时可以基于补偿协议与借款合同的金钱之债共性,对合伙人之间的补偿协议参照适用借款合同规则。<sup>〔20〕</sup>

### (一) 其他有偿合同对买卖合同有关规定的参照适用

《民法典》第646条规定:“法律对其他有偿合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照适用买卖合同的有关规定。”从立法技术上看,“参照”即准用,是法定类推适用,对应明确授权法官补充的法内漏洞,属于辅助规范。参照适用(准用)是立法者为避免立法繁复,特将某种事

〔14〕 参见程建乐:《黄建军与徐东辉等彩票合同纠纷上诉案——错输彩票号码的法律分析》,载《人民司法·案例》2007年第14期。

〔15〕 参见“隼能有限公司诉联成亚洲有限公司等房屋包销合同纠纷案”,上海市高级人民法院(1997)沪高民终字第161号民事判决书。

〔16〕 参见“苏州华茂房地产投资顾问有限公司与向上(苏州)房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案”,江苏省高级人民法院(2015)苏民终字第00479号民事判决书。

〔17〕 参见“宋润健诉北京明源圆通快递服务有限公司赔偿纠纷案”,北京市西城区人民法院(2011)西民初字第15007号民事调解书。

〔18〕 陈自强:《契约法讲义I:契约之成立与生效》(第3版),元照出版有限公司2014年版,缘起X。

〔19〕 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第12页。

〔20〕 司法实践中的类似做法,参见“陈胜与潘松林合同纠纷案”,四川省渠县人民法院(2015)达渠民初字第911号民事判决书。

项，明确规定比照其类似事项已有的规定处理。《民法典》第 646 条还属于衡平规定、动态准用、概括准用。<sup>〔21〕</sup>

《民法典》第 646 条具有明显的特质与重要的功能。在规范性质上，该条为不完全法条、指示参引性法条与准用性法条，其实质是类推适用；该条表明立法者明确承认法律漏洞的存在，并明确授予民事法官宽泛的司法造法的权力。从文义上看，得参照适用买卖合同规定的主体应为民事法官；该条中隐含的规范模态词为“应该”；该条所言参照包括全部参照（构成要件与法律效果参照）与部分参照（构成要件或法律后果参照）两种类型。就被参照的规范而言，该条所言“买卖合同”的外延应为实质意义上的买卖合同规定。就拟处理的合同纠纷而言，该条所言“其他有偿合同”是一个开放的范畴，一些兼有有偿与无偿属性的中间型态能否为该条所涵盖不无疑义。法官对漏洞填补的论证负担比法律解释要大。有偿合同参照适用买卖合同有关规定时最为核心与关键的工作是类似性的认定，而合同性质当属类似性判断中最重要的因素。某有偿合同是一时性合同还是继续性合同，是财产性合同还是劳务性合同，是移转财产所有权合同还是移转财产使用权合同，是诺成合同还是实践合同，是有名合同还是无名合同等，都会对该条的适用即该有偿合同得否参照买卖合同规定产生决定性影响。若为一时性合同、财产性合同、移转财产所有权合同，则在参照适用买卖合同的有关规定时，不变通调适买卖合同规定的可能性较大。在类似性判断中，尤应避免不合时宜的等量齐观。<sup>〔22〕</sup>

《民法典》第 597 条替代了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 51 条，无权处分买卖合同不再是效力待定，买受人因为出卖人无权处分而最终无法取得标的物所有权的，可以主张出卖人承担违约责任。问题是，买卖合同之外的其他有偿合同甚至无偿合同如果存在无权处分情形，如何适用法律？对此，须结合《民法典》第 646 条其他有偿合同对买卖合同规定的参照适用制度，参照适用《民法典》第 597 条，予以解决。参照适用较之直接适用，的确存在法律适用者自由裁量权过大的问题，从立法论上看，更适合将第 597 条提升为处理所有无权处分合同的一般规则，置于“合同的效力”一章。

如果立法者明确排斥某项买卖合同法律规则的扩大适用，则不能将该规则参照适用或者类推适用到其他有偿合同领域。如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020 年修正）第 3 条关于要约与要约邀请的规定，调整的是商品房买卖合同关系，不适用商铺租赁和委托合同关系，不应作为认定商铺租赁合同案件和委托合同案件中广告性质的依据。<sup>〔23〕</sup>结合《民法典》合同编草案中对该条文的取舍态度，更能佐证立法者不拟扩大该规定的适用范围。

买卖合同有关规定的体系溢出效应还可被进一步释放。遗产分割时，各继承人对于其他继承人因分割而得之遗产，负与出卖人同一的瑕疵担保责任，可以直接适用《民法典》第 304 条第 2 款共有人对物的瑕疵担保责任。共有人单独所有权之取得与通过买卖取得的单独所有权无异，《民法典》第 612 条还规定了权利瑕疵担保责任，共有物分割还可以类推适用出卖人权利瑕疵担

〔21〕 参见易军：《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，载《法学研究》2016 年第 1 期。

〔22〕 参见前引〔21〕，易军文。

〔23〕 参见“公延清与哈尔滨市戴维斯商业经营管理有限公司等合同纠纷案”，哈尔滨市中级人民法院（2015）哈民二民终字第 443 号民事判决书。

保责任的规定。<sup>〔24〕</sup>

根据《民法典》第646条,买卖合同法律制度通过参照适用法律技术发挥有偿合同“小总则”的功能,能够被参照适用的也不仅限于合同编“买卖合同”一章的规定,还可以及于《买卖合同司法解释》的有关规定,对第646条“参照适用买卖合同的有关规定”中的“有关规定”宜作广义解释。例如,《买卖合同司法解释》第23条规定损益相抵规则,买卖合同损益相抵规则可以被参照适用到其他有偿合同。结合《民法典》第468条,买卖合同损益相抵规则还可以被类推适用到非合同之债。

#### (二) 互易合同对买卖合同有关规定的参照适用

互易合同也可以被解释为两个买卖合同,只是价款相互抵销而已。《民法典》第647条规定:“当事人约定易货交易,转移标的物的所有权的,参照适用买卖合同的有关规定。”例如,互易合同可以参照适用买卖合同相互交付标的物并移转标的物所有权于对方的义务,可以参照适用买卖合同权利瑕疵担保义务和物的瑕疵担保义务的规定等。当然,互易合同因标的物有瑕疵而减少价金时,在折算价额按比例计算方法上会有特殊性。<sup>〔25〕</sup>

根据《民法典》第646条、第647条,买卖合同是有偿合同、转移标的物所有权合同的“小总则”,买卖合同的有关规定发挥参照适用作用而非补充适用作用。补充适用针对的是另一类存在总分关系的条文,如《民法典》第808条中的“适用”为补充适用之义,承揽合同也就成为建设工程合同的“小总则”。类似地,根据《民法典》第918条的补充适用方法,保管合同成为仓储合同的“小总则”。参照适用对应的总分关系是一种弱约束,补充适用对应的总分关系是一种强约束。

### 三、服务类合同对委托合同有关规定的“参照适用”

#### (一) 物业服务合同对委托合同有关规定的参照适用

物业服务合同得否参照适用委托合同中的任意解除权规则?2018年9月5日《民法典各分编(草案)》第734条规定:“本章没有规定的,参照适用委托合同的有关规定。”这显然是承认可以参照适用,但2019年1月4日《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)未保留物业服务合同对委托合同法律规则“参照适用”的规定。笔者认为,对2018年9月5日《民法典各分编(草案)》第734条应该作类型化分析,物业服务合同中的主给付义务具有综合性特点,有些主给付义务属于结果义务,有些属于行为义务,对前者可以参照适用承揽合同的有关规定,对后者可以参照适用委托合同的有关规定。鉴于《民法典》未保留物业服务合同法律适用方法条款,解释论上,物业服务合同中的结果义务可以类推适用承揽合同的有关规定,物业服务合同中的行为义务可以类推适用委托合同的有关规定。

〔24〕 参见张一凡:《民法典遗赠效力解释论——以〈民法典〉第230条为中心》,载《西南政法大学学报》2021年第3期。

〔25〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著:《中国民法典适用大全:合同卷》(二),人民法院出版社2022年版,第1549页。

因此，可以考虑在平衡并处理好业主与物业服务人的利益关系的基础上确定物业服务合同可以参照适用委托合同中的解除权规则，并将业主可以解除物业服务合同的条件限定在物业服务合同期限内，业主或者物业服务人依照《民法典》第 562 条和第 563 条的规定行使合同的解除权。同时，鉴于物业服务合同团体性特点，个体业主如果享有单方面任意解除物业服务合同的权利，不利于物业服务的稳定性，因此个体业主不应享有任意解除权。

物业公司和开发商应否对被盗业主负赔偿责任？鉴于物业服务中存在的委托性质，物业服务合同适用委托合同的规定较为妥当。委托合同作为合同法所规定的一种有名合同，其归责原则是过错责任原则。业主财产被窃，若物业公司未能尽到善良管理人的防范义务，其应负赔偿责任；若开发商未能履行其对小区安全装备的承诺，其亦应承担相应责任。当然，窃贼系直接侵害人，对业主财产被盗所致的损失承担赔偿责任，乃理所当然。且窃贼系终局责任人，物业公司承担责任后有权向其追偿。<sup>〔26〕</sup>

## （二）中介合同对委托合同有关规定的参照适用

根据《民法典》第 966 条，中介合同一章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定，而非直接适用或者简单补充适用委托合同的有关规定。立法者在《合同法》中对行纪合同（居间合同）和中介合同法律规定的漏洞补充方法是“适用”委托合同的有关规定，《民法典》在“适用”前面加上了“参照”二字，有意识地进行修改，意味着立法者已经矫正了中介合同、行纪合同和委托合同之间的性质界定。《民法典》之前，委托合同是一般类型，居间合同和行纪合同是特别类型，特别法没有规定时，补充适用一般法。这是用委托合同来兜住后两类合同的法律适用之底，但其实这三类合同存在很大差别。

《民法典》第 963 条规定中介人促成合同成立的，中介人享有报酬请求权。第 965 条规定委托人“跳单”时中介人的报酬请求权。没有规定委托人在中介合同中是否有任意解除权，可否根据第 966 条的指引，参照适用第 933 条委托合同任意解除权规则。这需要根据中介合同的性质作分析判断。

委托合同和中介合同都属于提供服务类合同，具有类似性。委托合同和中介合同也具有差异性，参照适用过程中要注意变通，避免不合宜的等量齐观。第 963 条中介人报酬请求权显示中介合同属于结果之债，而非行为之债，中介人的报酬请求权以特定结果的产生为前提，这更类似于承揽合同中的报酬请求权，但《民法典》没有规定中介合同可以参照适用承揽合同法律规则。委托合同则属于行为之债，第 928 条受托人报酬请求权取决于委托事务的完成，但不取决于达致特定的结果。

有学者认为：“中介合同可参照适用委托合同的规定主要有：……任意解除权的规定（第 933 条）……”<sup>〔27〕</sup>有学者认为：“中介合同可以参照适用委托合同任意解除权的规定，但并不是完全适用。中介合同的委托人享有任意解除权，应无疑义。……不必赋予中介人任意解除权。”<sup>〔28〕</sup>《民法典》第 933 条第 1 句规定委托合同任意解除权规则，如果允许中介合同参照适用第 933 条，委托人行使任意解除权时，中介人可以请求赔偿直接损失和可得利益，则会架空第 964 条。这是

〔26〕 参见王雷：《房地产法学》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 190-191 页。

〔27〕 徐涤宇、张家勇主编：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社 2022 年版，第 994 页。

〔28〕 前引〔8〕，韩世远书，第 585 页。

因为：第一，根据第964条，对于直接损失，中介人一般自己承担。中介人一般以自己的费用完成中介服务，除非合同另有约定，否则在未促成合同成立前不能要求委托人承担费用。如果允许中介人参照适用第933条获得直接损失的赔偿，则会与第964条中介人以自己的费用完成中介服务规则相冲突。第二，中介人的报酬请求权只有在第963条和第965条对应情形下会发生，如果允许中介合同参照适用第933条，委托人行使任意解除权时，中介人可以请求赔偿可得利益，也会出现参照适用结论与中介合同一章的明确规定相冲突的情况。因此，即便中介合同不排除适用委托合同的任意解除权，对解除后的赔偿问题也不能简单参照适用第933条第2句，除非委托人的任意解除权对应发生于第965条“跳单”违约情形下。<sup>〔29〕</sup>

根据《民法典》第931条，委托合同中委托人经受托人同意，可以在委托人之外委托第三人处理委托事务。而中介合同具有特殊性，中介合同不能参照适用第931条。“一般认为，委托人在中介人之外又委托第三人处理中介事务的，无需经过中介人同意。比如，实践中，很多出售房屋的人都是委托多个房屋中介机构来寻找买家，哪个房屋中介机构能够实际促成交易，委托人就向其支付中介的报酬。”<sup>〔30〕</sup>

### （三）旅游合同对委托合同有关规定的参照适用

在旅游合同中，通常涉及组团社、地接社、履行辅助人和消费者，这几者之间的法律关系应适用何种规则调整，存在疑问。根据《民法典》第523条，第三人代为履行情形下，债务人并未发生主体变化。但是，根据《民法典》第923条，委托合同转委托情形下，受托人发生主体变化，转委托的第三人成为新的受托人，原受托人对自己的选任以及指示过失承担责任。同时，根据《中华人民共和国旅游法》（以下简称《旅游法》）第71条第2款第1句，组团社、地接社和履行辅助人对旅游者人身损害、财产损失承担不真正连带责任，地接社和履行辅助人的责任相对过重，但该条第1款责任形态和第2款第1句不一致，第1款与《民法典》第523条第三人代为履行规则保持一致。与此相比，《旅行社条例》（2020年修正）第37条第2款将作出委托的旅行社和接受委托的旅行社的关系等同于《民法典》第523条债务人和代为履行的第三人之间的关系，而非《民法典》第923条意义上的转委托关系。转委托关系下，委托人或者作出委托的旅行社法律责任相对更轻。另外，《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》（2020年修正）第10条和第13条区分旅游经营者擅自转让旅游业务与将部分旅游业务对外委托，前者配置连带责任，后者对应作出委托的旅游经营者责任。第13条第1款不同于《民法典》第923条意义上的转委托，而是与《民法典》第523条第三人代为履行规则保持一致。

总体上，作出委托的旅行社更接近《民法典》第523条第三人代为履行情形下的债务人地位，其责任更重；而不像《民法典》第923条作出转委托的受托人，其责任更轻。立法论上，宜区分履行辅助人（代为履行的第三人）、转让中的受让人（债务承担中的第三人或者合同权利义务概括移转中的第三人）、转委托中的受托人，分别其责任轻重，以保持《旅游法》特别法与

〔29〕 参见周江洪：《民法典中介合同的变革与理解——以委托合同与中介合同的参照适用关系为切入点》，载《比较法研究》2021年第2期。

〔30〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全：合同卷》（五），人民法院出版社2022年版，第3711页。

《民法典》一般法的体系融洽。此外,《旅游法》有法律漏洞时,根据《民法典》第467条第1款的指引,存在参照适用《民法典》第923条第4句后段的空间:未经旅游者同意或者追认、旅行社转委托的,旅行社应当对转委托的第三人的行为承担责任;但是,在紧急情况下旅行社为了维护旅游者的利益需要转委托第三人的除外。

#### (四) 定作人任意解除后赔偿范围的类推

《民法典》第933条规定的委托合同任意解除后的损害赔偿与《民法典》第584条相比有何特殊性?特别是有偿委托合同任意解除后损害赔偿中的可得利益损失和违约损害赔偿中的可得利益损失范围是否一致?笔者认为,不能将二者简单等同,毕竟委托合同中的任意解除权不同于违约行为,给对方带来的可得利益损失宜重点结合合同履行情况、合同各方当事人的可归责性等因素等比例确定。有偿委托合同中委托人行使任意解除权,其需就受托人已经处理的委托事务按比例支付报酬;如果要求委托人就受托人的全部可得利益予以赔偿,将之与第584条赔偿范围等同,也会与第928条出现评价矛盾。实际上,如果委托人行使任意解除权的事由不可归责于受托人,根据第928条第2款规定,“委托人应当向受托人支付相应的报酬”,当事人另有约定的按照其约定。

《民法典》第787条规定:“定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同,造成承揽人损失的,应当赔偿损失。”承揽合同中定作人在承揽人完成工作前享有任意解除权,但承揽人不享有此种任意解除权。承揽合同中定作人在承揽人完成工作后再主张解除合同,就构成违约,应当适用《民法典》第584条。承揽合同中定作人在承揽人完成工作前行使任意解除权,如果承揽人不具有可归责性,可类推适用第933条有偿委托合同任意解除后损害赔偿规则,要求定作人按照承揽人已经处理的委托事务比例支付报酬。尽管承揽合同属于提供工作成果的合同,而非提供服务的合同,但承揽合同和委托合同类似,都具有过程性和结果性的统一,都强调承揽人和受托人越努力越幸福,付出多大的努力收到多大的回报。类似地,《德国民法典》第675条第1款后段规定:“义务人享有不遵守终止期间而为终止之权利者,亦准用第六百七十一条第二款规定。”

• 227 •

## 四、典型合同中的其他“参照适用”

### (一) 居住权合同对租赁合同等法律规定的类推适用

《民法典》第366条至第370条配置5个条文具体规定居住权合同引发的居住权变动,第371条规定以遗嘱方式设立居住权对前述5个条文的参照适用问题。《民法典》物权编对居住权合同的法律适用存在规范供给不足,对租赁合同的规范供给相对充足。根据《民法典》第467条第1款,居住权合同属于《民法典》中的典型合同,无法“参照适用”最相类似合同的规定。《民法典》物权编对居住权合同存在法律漏洞时,可以通过类推适用方法填补漏洞。居住权合同与租赁合同在有权居住他人住宅问题上最相类似。

第一,居住权优先于在后设立的抵押权。

《民法典》第405条规定:“抵押权设立前,抵押财产已经出租并转移占有的,原租赁关系不受该抵押权的影响。”举轻以明重,就居住权与抵押权的关系,抵押权设立前,作为抵押财产的住宅已经设立居住权并做居住权登记的,居住权不受该抵押权的影响。

第二,居住权人无权将该他人住宅出租,否则住宅所有权人有权解除居住权合同。

就居住权与住宅所有权的关系,居住权是对住宅所有权人所有权的限制。一方面,《民法典》第369条规定:“居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租,但是当事人另有约定的除外。”居住权人无权将该他人住宅进行出租。住宅所有权人也不得将设立居住权的住宅出租,以免影响居住权人居权的实现,住宅所有权人和居住权人另有约定的除外。另一方面,根据《民法典》第366条,居住权人对他人住宅无收益权能。居住权人未经住宅所有权人同意将住宅出租的,类推适用《民法典》第716条第2款规定,住宅所有权人可以解除居住权合同。《民法典》第716条第2款规定:“承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同。”

第三,居住权期限具有特殊性,居住权合同没有约定居住权期限或者约定不明确时,宜认定居住权人死亡时居住权消灭。

居住权合同一般包括“居住权期限”条款。当居住权合同没有约定居住权期限时,不能类推适用《民法典》第730条将其拟制为不定期居住权合同。《民法典》第370条根据居住权期限设置了两种类型居住权——有确定期限居住权和无确定期限居住权,第370条规定:“居住权期限届满或者居住权人死亡的,居住权消灭。居住权消灭的,应当及时办理注销登记。”据此,当居住权合同没有约定居住权期限或者约定不明确时,宜结合居住权的人役权特点认定居住权人死亡时居住权消灭。

第四,居住权期限届满后,居住权人继续在住宅中居住使用,住宅所有权人在合理期限内没有提出异议的,宜认定居住权人死亡时居住权消灭。

不定期居住权不符合物权法定原则。物权要么是有期限的,要么是无期限的,不存在不定期的物权。合同约定的居住权期限届满后,居住权人继续在住宅中居住使用,住宅所有权人没有提出异议的,能否类推适用《民法典》第734条第1款认定为不定期居住权?笔者认为,合同约定的居住权期限届满后,居住权人继续在住宅中居住使用,住宅所有权人没有提出异议的,应该根据《民法典》第370条认定居住权人死亡时居住权消灭。

第五,居住权人在居住权期限内死亡的,与其生前共同居住的人也可以按照原居住权合同居住该住宅,居住权合同另有约定的除外。

《民法典》第732条规定:“承租人在房屋租赁期限内死亡的,与其生前共同居住的人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋。”就居住权人与和其共同居住人之间的关系,居住权人在居住权期限内死亡的,与其生前共同居住的人也可以按照原居住权合同居住该住宅,但居住权合同另有约定的除外,这一定程度上突破了居住权的人役性特点。但不能认定共同居住人与住宅所有权人之间形成新的以共同居住人死亡为期限的居住权合同。

第六,居住权人与住宅所有权人对住宅维修义务的负担,应区分有偿居住权合同与无偿居住权合同而有别。

一方面,对有偿设立的居住权,类推适用《民法典》第708条和第712条,住宅所有权人应当按照约定将住宅交付居住权人,并在居住权期限内保持住宅符合约定的用途。住宅所有权人应当履行住宅的维修义务,但是住宅所有权人和居住权人另有约定的除外。另一方面,对无偿设立的居住权,宜由居住权人负有一般维修义务,这方符合民事权利、义务和责任协调统一的法治原

则。有学者认为：“居住权人有义务以自己的费用对房屋进行日常维护。居住权人仅占用部分房屋的，应当按照占用的比例分担该费用，但遗嘱另有表示、合同另有约定或者法律另有规定的除外。”“房屋的所有权人有义务以自己的费用对房屋进行重大修缮。由于居住权人未履行一般维护义务而导致所有权人必须实施重大修缮的，费用由居住权人承担。”〔31〕

第七，居住权人应当妥善保管住宅，应当按照居住权合同约定的方法使用住宅。

类推适用《民法典》第 714 条、第 709 条和第 711 条，居住权人未按照居住权合同约定的方法使用住宅致使住宅受到损失的，住宅所有权人有权解除居住权合同并请求赔偿损失。

更进一步，居住权合同可以类推适用《民法典》第 722 条、第 724 条、第 729 条、第 731 条等法定解除权规定。

第八，居住权期限内发生住宅所有权变动的，不影响居住权合同的效力，住宅所有权变动不破居住权。

《民法典》第 725 条规定“所有权变动不破租赁”规则：“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”类推适用第 725 条，就居住权人与住宅买受人之间的关系，居住权期限内发生住宅所有权变动的，不影响居住权合同的效力。

第九，居住权人对住宅有优先购买权。

《民法典》第 726 条规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利；但是，房屋按份共有人行使优先购买权或者出租人将房屋出卖给近亲属的除外。出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权。”类推适用第 726 条，住宅所有权人出卖住宅时，居住权人对该住宅有优先购买权。

第十，居住权人与物业服务人之间的关系。《民法典》第 945 条第 2 款规定：“业主转让、出租物业专有部分、设立居住权或者依法改变共有部分用途的，应当及时将相关情况告知物业服务人。”支付物业费等义务的负担，允许住宅所有权人（业主）和居住权人自主约定。若业主与居住权人约定由居住权人支付物业费，基于合同相对性原理，此约定不能对抗物业服务企业。物业服务企业仍可请求业主支付物业费。

## （二）行政协议对民事合同法律规定的参照适用

行政协议是指行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。笔者认为，行政协议属于“其他法律明文规定的合同”。针对行政协议，且不论其性质为典型合同还是非典型合同，只讨论其法律漏洞补充问题。当《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（以下简称《行政协议司法解释》）有漏洞时，我们无法在整个行政法领域找到行政合同的基准点时，还是要回归借用民商事合同法律规则，展现跨部门法参照适用方法的魅力。

《行政协议司法解释》第 27 条规定：“人民法院审理行政协议案件，应当适用行政诉讼法的

〔31〕 李永军等：《中华人民共和国民法物权编（专家建议稿）》，载《比较法研究》2017 年第 4 期，第 192 页。相似观点另参见申卫星：《〈民法典〉居住权制度的体系展开》，载《吉林大学社会科学学报》2021 年第 3 期。

规定；行政诉讼法没有规定的，参照适用民事诉讼法的规定。人民法院审理行政协议案件，可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定。”该条第1款解决的是程序法问题，即《中华人民共和国行政诉讼法》（2017年修正）和《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）之间的适用关系，比如举证责任等。该条第2款将行政合同纳入《民法典》第467条第1款，体现了“大合同法”思想，此款是妥当合理的，此处没有“可以参照适用最相类似的民事合同有关规定”的类似表述，因此无论合同编通则还是典型合同分编，在解决行政协议纠纷案件的过程中，都通过参照适用方法来发挥漏洞补充作用。

行政协议不是《民法典》第464条第1款所规定的平等主体之间的合同。行政协议类似于合同联立，两个合同是并行不悖、并驾齐驱的。行政协议不同于普通民商事合同的根本特点在于行政优益权的存在，若无行政优益权，则为《民法典》第97条所规定的机关法人从事为履行职能所需要的民事活动。行政协议可被分为行政优益权对应的行政合同、与行政优益权没有任何关系的其他合同权利义务责任关系，具有行政性和协议性的双重属性。适用方法为民法的归民法，行政法的归行政法。相应地，对《行政协议司法解释》第27条第1款，更合理的解释方案是“行政性的部分适用行政诉讼法，协议性的部分参照民事诉讼法”〔32〕。

《民法典》第467条第1款呈现出的法律适用方法为区分技术，总则的归总则，分则的归分则。这种法律适用方法延伸到行政合同领域，就是行政的归行政，民事的归民事。行政优益权的行使会导致民事合同对应的权利义务关系随之变动或消灭，但这并不影响我们分别判断其各自的法律适用。当行政和民事有连接时，对它一体看待；当没有连接时，进行分别判断。

《行政协议司法解释》第10条规定：“被告对于自己具有法定职权、履行法定程序、履行相应法定职责以及订立、履行、变更、解除行政协议等行为的合法性承担举证责任。原告主张撤销、解除行政协议的，对撤销、解除行政协议的事由承担举证责任。对行政协议是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。”行政协议中的行政优益权，其权力来源、权力行使程序、权力行使主体，都要遵循第10条的三个法定，即职权法定、程序法定和主体法定，行政法定原则是行政法的首要基本原则。行政优益权是否存在、行政优益权由谁来行使、依据何种程序行使，这都属于具体行政行为，应当由行政主体来承担合法性的论证负担。但对于合同的订立、履行、变更、解除等，当不涉及行政优益权时，如征收、征用补偿协议中行政机关欠付拆迁补偿款，此时仅涉及要不要履行合同款项的问题，参照适用合同编通则的有关规定即可。第10条要求所有有关合同订立、履行、变更、解除等行为都由行政主体承担合法性的举证责任，没有落实行政的归行政，民事的归民事，并不妥当。

《行政协议司法解释》第12条第2款规定：“人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效。”该款的“适用”应改为“参照适用”。〔33〕民事法律规范不能直接适用于行政协议，只能参照适用，根据行政协议的性质作变通调适。《行政协议司法解释》第14条规定：“原告认为行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等情形而请求撤销，人民法院经审理认为符合法律规定可撤销情形的，可以依法判决撤销该协议。”如何判断一个行政协议是否存在欺诈、胁迫、

〔32〕 章程：《论行政协议变更解除权的性质与类型》，载《中外法学》2021年第2期，第480页。

〔33〕 参见王洪亮：《论民法典规范准用于行政协议》，载《行政管理改革》2020年第2期。

重大误解、显失公平等情形，行政法没有提供依据，结合《行政协议司法解释》第 27 条第 2 款，此时只能回归参照适用《民法典》总则编第六章第三节判断当事人之间的协议是否存在效力瑕疵情形，此为参照适用而非直接适用。

## 五、结 语

非典型合同的参照适用被集中规定在《民法典》第 467 条第 1 款。典型合同彼此之间的参照适用条款，则散落在《民法典》典型合同分编，使得典型合同内部得以完成漏洞填补工作和实现再体系化。

无论是对非典型合同，还是对典型合同，参照适用既是法律适用中立法者向法律适用者指引的漏洞补充方法，又是实现《民法典》再体系化的“密码”，还是破解和释放《民法典》体系效应的“密码”。

非典型合同和典型合同中的参照适用方法还塑造了不同于补充适用方法语境下的别样总分关系。

---

---

**Abstract:** According to Article 467 (1) of the Civil Code, there is no distinction in order between the direct application of the General Rules of Contract and the reference application of the provisions of the most similar typical contract for atypical contracts. Based on differentiation techniques, it is necessary to distinguish between general and specific issues related to the application of atypical contracts. The general principles should be directly applied to the general problems of the contract, and the specific problems should be implemented by referring to the provisions of typical contracts. Whether it is the reference application of atypical contracts to the relevant provisions of typical contracts or the reference application between typical contracts, similarity argument is the most important. Similarity argument is to compare atypical contracts and typical contracts, as well as the main payment obligations between two typical contracts. The focus of similarity argument is on the nature and purpose of the contract, combined with contract classification standards, observing and analyzing from multiple perspectives, seeking common ground while reserving differences, and being appropriate. Reference application fills in legal loopholes in order to realize equal treatment. By adjusting the legal provisions that are referenced and applied appropriately through differences, we can avoid inappropriate equal treatment. The reference application method in atypical contracts and typical contracts shapes a different general and specific relationship from that in the context of supplementary application method, and also releases the systemic effect of the Civil Code.

**Key Words:** atypical contract, typical contract, reference application, similarity argument

---

---

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

## 《民法典》视阈下违约金司法酌减规则的区分适用论

覃榆翔\*

**内容提要：**衡诸学术、实务两界，素有违约金司法酌减规则是适用于惩罚性违约金，还是补偿性违约金的论争。在《民法典》时代，宜从功能主义出发，依据当事人的合意内容对违约金做出补偿功能与压力功能的区分。详言之，当事人若是以督促履约作为违约金的合意内容，构成压力功能的违约金；若是以损害赔偿的预定为合意内容，则构成补偿功能的违约金。至于对违约金功能的识别，可在附条件法律行为的技术理路下，通过观察违约金生效条件的内部构造得到实现。据此，在违约金发挥压力功能的场合，只需顾及违约金合意的形成是否符合合同效力控制规则的要求，而不存在违约金司法酌减规则的适用空间；但在违约金发挥补偿功能的场合，特别是对最高损害赔偿的预定而言，囿于违约金司法酌减规则适用过程的实质是损害赔偿规则思路的运用，因而适用违约金司法酌减规则有其法理基础和制度空间。

**关键词：**压力功能 补偿功能 功能的识别 合同效力控制规则 违约金司法酌减规则

最高人民法院在2022年11月发布了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》（下文简称《征求意见稿》），向全社会公开征求意见。《征求意见稿》第68至70条均是有关违约金司法酌减规则具体适用的规定，大体延续了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号）（以下简称《合同法解释（二）》），<sup>〔1〕</sup>但亦作出了一定的补充和完善，特别是：第68条明确指出，显失公平的违约金必然适用于违约金司法酌减规则，且合同当事人无法通过意思自治排除适用；第69条强调违约方具有严重违背诚信原则行为的，其减少违约金的请求不予支持。相比于之前的司法解释，《征求意见稿》明确了违约金司法酌减规则的区分适用情形，有利于营造诚实信用的市场交易氛围。

\* 覃榆翔，中国政法大学民商经济法学院博士研究生、经济师。

〔1〕 由于关于民法典合同编通则的司法解释尚未正式出台，为保持资料论证的有效性，对于内容大体相同且对本文论证不产生实质影响的条文将直接援引《合同法解释（二）》。

但是，《征求意见稿》的局限也是显而易见的，其延续着《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）时代根据违约金的补偿性或惩罚性区分适用违约金司法酌减规则的立场。质言之，违约金的“显失公平”表征着其为惩罚性违约金的定位，因而受到违约金司法酌减规则的调整，但若是在债务人发生严重违背诚信原则的情形下，惩罚性违约金将不受到调整。后者的排除适用固然可圈可点，但前者将显失公平作为构成要件的做法，不仅与合同效力控制规则在规范适用上发生重叠，同时也裁剪了当事人的意思自治，给违约金条款的履行增加了不确定性，如此安排是否合理值得商榷。申言之，《征求意见稿》做出区分适用违约金司法酌减规则的尝试是值得肯定的，但如何既兼顾违约金作为意思自治的产物，又能充分发挥违约金司法酌减规则的规范效用，形成体系融贯的区分适用路径，殊值深思。

## 一、困境溯源：违约金司法酌减规则的适用之争

### （一）实践：以损失为酌减基点抑或兼顾当事人的合理利益？

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第585条第2款第二个分句承继了《合同法》第114条第2款第二个分句的规定，将“约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少”作为我国民法上的违约金司法酌减规则。依文义解释可知，倘若当事人在合同中约定的违约金“过分”高于违约行为造成的损失，即可向裁判者提出减少违约金的请求。故而，在司法实践中，“违约金的实质是违约方对守约方造成损失的赔偿”的观点曾一度被奉为圭臬。<sup>〔2〕</sup>从违约金司法酌减规则的规范构造来看，“过分高于”“损失”等抽象化概念的表达往往因为价值判断的介入而在规范适用上带来或多或少的不确定性，以至于给法律的确定性带来严峻的挑战。为矫此弊，《合同法解释（二）》第29条第1款规定，法院应当根据公平原则和诚实信用原则，并结合合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等因素，判断违约金是否过高并作出调整。<sup>〔3〕</sup>但该条第2款却又以“违约金超过造成损失的百分之三十”作为认定“过分高于造成的损失”的一般标准。<sup>〔4〕</sup>由此可见，二者形成了迥然不同的判断方式。第1款提出了综合多种因素进行违约金调减作业的“综合衡量法”；而第2款却径直以超过损失的百分之三十作为衡量基准。就规范适用的便捷性而言，由于综合衡量法内生的模糊裁判尺度、严厉的举证责任要求与司法效率的追求相违背，且第2款所用的“一般可以”之表达又恰好令其具备得以普遍适用的解释论上的结果，自然就使得以损失为基准且易于量化的数字型酌减模式成为裁判实践的主流。<sup>〔5〕</sup>遂使得第1款的“综合衡量法”不再“综合”而是“简单”，也即“超过百分之三十”即可达致酌减违约金的条件。

〔2〕 参见最高人民法院（2016）最高法民申2384号民事裁定书。

〔3〕 相对应的条文参见《征求意见稿》第69条第1款，该款规定：“当事人依据民法典第五百八十五条第二款规定请求对违约金予以适当减少的，人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础，兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素，遵循公平原则和诚信原则进行衡量，并作出裁判。”

〔4〕 相对应的条文参见《征求意见稿》第69条第2款，该款规定：“当事人约定的违约金超过依据民法典第五百八十四条规定确定的损失的百分之三十的，一般可以认定为民法典第五百八十五条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

〔5〕 参见覃榆翔：《再论违约金的规制模式：异化与回归》，载《南大法学》2023年第1期。

职是之故，酌减违约金的司法实践一直将违约金作为债权人受有损失的预先约定，并通过对高额违约金的事后调减，将违约金的支付停留在补偿债权人受有损失的水平，但依此思路而为的违约金酌减已与损害赔偿规则的运用无异。<sup>〔6〕</sup>不妨说，我国的司法实践业已形成以数字型导向为酌减模型，将当事人的实际损失作为基准，强调从违约金的约定金额与实际损害的比较关系来适用酌减规则的裁判思路，<sup>〔7〕</sup>且该裁判思路由于具有便捷裁判的优势，正潜移默化地影响着法官调整违约金的意愿和习惯。虽然，这一裁判思路或许能带来形式上的公平，但却会对当事人的意思自治造成不合理的干预，甚至会造成在违约行为发生后出现当事人利益状态失衡的结果。因而，为防止机械司法而可能造成的实质不公平，《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号）（以下简称《民商事合同指导意见》）、《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）（以下简称《会议纪要》）等文件均指出，应当“充分尊重当事人的意思自治”，且不应只以“实际损失”或者“损失”作为调整违约金的基准。至此，数额上或将超出损失的违约金逐渐为司法实践所认可，而该类型的违约金多被冠以“惩罚性违约金”的称谓。<sup>〔8〕</sup>

溯源违约金的发展历程，惩罚性违约金与补偿性违约金并非一对“双胞胎”，而是在补偿性违约金发展到一定阶段之后，因补偿性违约金难以适应交易多样化之现实需求而产生了惩罚性违约金存在的实践空间。有判决就认为，违约金的数额兼具补偿损失和当事人对违约行为的惩罚意图；<sup>〔9〕</sup>还有的法院认为，若当事人约定的违约金旨在惩罚违约方之违约行为，防止违背诚实信用行为的发生，应将其认定为惩罚性违约金。<sup>〔10〕</sup>由此，违约金的意思自治属性也逐步为人们所肯认。

近年来，最高人民法院对违约金的酌减有了新的认识：违约金司法酌减规则的目的在于恢复契约实质自由，因而适用于惩罚性违约金而非补偿性违约金，因为补偿性违约金的实质是损害赔偿的预定，惩罚性违约金才是真正的违约金。<sup>〔11〕</sup>是故，违约金司法酌减规则的适用将不再只是以实际损失衡量双方的损益，而是赋予法官自由裁量权去恢复契约的实质自由，以期在当事人的意思自治和契约的公平正义中寻求平衡。因此，引入惩罚性违约金的观念实则是为了矫正实践中一律将违约金作为损害赔偿的预定来处理的裁判思路，从而为充分顾及当事人在合同中的合理利益提供理论基础。

然而，一方面，承认意思自治下惩罚性违约金的存在，另一方面，又为了追求公平正义，将违约金司法酌减规则作为约束惩罚性违约金的制度工具，若此，能否实现违约金司法酌减规则的制度价值则不无疑问。具言之，交由裁判者去实现意思自治与公平正义的平衡，但作为第三方的裁判者，唯有围绕并量化债权人的受有损失，才能为其定夺提供合法性和合理性的依据。倘若如

〔6〕 参见邓辉、王浩然：《〈民法典〉违约金制度的功能优化》，载《财经法学》2021年第2期。

〔7〕 参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版，第190页。

〔8〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年版，第777-780页。

〔9〕 参见最高人民法院（2016）最高法民终106号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民再333号民事判决书等。

〔10〕 参见北京市第二中级人民法院（2017）京02民终8676号民事判决书。

〔11〕 参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第777-780页。

此，则是变相地将“违约造成的损失+当事人对其他损失的合理预计”作为惩罚性违约金的内核。故而，惩罚性违约金概念的出现，无非提请裁判者在适用违约金司法酌减规则时，注意更为全面地考察当事人在合同中的合理利益，但却仍未让裁判者脱离将违约金与损失直接挂钩的逻辑窠臼。

## （二）学理：补偿性违约金的辅助工具抑或是惩罚性违约金的约束工具？

实际上，我国学界早已就违约金的补偿性和惩罚性展开如火如荼的讨论。但学界对于二者的区分并不唯当事人受有的损失而论，尚有违约金请求权能否与其他请求权并存之论调，进而产生了“损失比较说”和“责任关系说”的类型区分。<sup>〔12〕</sup>所谓的“损失比较说”，是将违约金的惩罚性与补偿性之区别立基于违约金与违约行为所造成的实际损失之比较上。若违约金过分高于损失的，那么构成惩罚性违约金；若违约金没有过分高于实际损失的，则属于补偿性违约金。<sup>〔13〕</sup>所谓的“责任关系说”系建立在违约金责任能否与其他违约责任同时存在的测度，即当违约方承担违约金责任后，非违约方能否要求违约方承担继续履行、损害赔偿的责任，倘若可以，便是惩罚性违约金，反之则是补偿性违约金。因此，补偿性违约金和惩罚性违约金所侧重实现的利益不同，导致违约金司法酌减规则究竟应以何者作为适用对象渐生分歧。

在体例设计和安排上，《民法典》第585条第1款是关于违约金的一般规定，第2款的第二个分句才是违约金司法酌减规则。因此，出于逻辑的融贯性和体例的关联性考量，违约金司法酌减规则的适用对象应当以第1款所规定的违约金类型为准。如此，第1款所规定的违约金性质究竟为何，便成为学界对违约金司法酌减规则适用对象论争之起点。有观点认为，我国实证法上的违约金从本质上看是补偿性违约金，因此需要通过违约金司法酌减规则将过高的违约金调整至与债权人的实际损失相当，<sup>〔14〕</sup>也即惩罚性违约金并不适用于违约金司法酌减规则。<sup>〔15〕</sup>与此相反的是，有学者认为，倘若认为我国实证法上的违约金属于损害赔偿的预定，那么对违约金应当适用损害赔偿法的一般规则，而惩罚性的违约金则可以通过违约金司法酌减规则达到与其所担保利益等价的效果。<sup>〔16〕</sup>

综上，违约金司法酌减规则适用对象的纷争，乃至其存在意义的分歧，皆缘起于补偿性违约金与惩罚性违约金的概念区分。从补偿性违约金与惩罚性违约金分化的流变来看，法国法将违约金视为损害赔偿的预定，在法国之后，民法法系国家便以补偿性违约金的观念为基础构建起违约金制度，而惩罚性违约金则是因制度供给不足而生之与补偿性违约金相对立的概念。详言之，在违约发生后，为避免债权人要通过损害的证明、因果关系的证明等繁琐的损害赔偿程序才能实现损失的填补，便在立法上明示当事人可以在订立合同时事先约定损害赔偿的总额，由此创设出民法法系国家的违约金制度。<sup>〔17〕</sup>基于该推论，违约金司法酌减规则便是为了达致当事人所约定

〔12〕 参见王家福主编：《民法债权》，中国社会科学出版社2015年版，第227页。

〔13〕 参见前引〔7〕，姚明斌书，第46页。

〔14〕 参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第825页。

〔15〕 参见王洪、李兆利：《我国惩罚性违约金条款规范路径的反思——由某“假一罚万”案所引发》，载《湖湘论坛》2020年第2期。

〔16〕 参见王洪亮：《违约金酌减规则论》，载《法学家》2015年第3期。

〔17〕 参见韩强：《违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心》，载《法学研究》2015年第3期。

的违约金符合实证法上补偿性违约金的定位,此即《法国民法典》设置违约金司法酌减规则的原因。<sup>〔18〕</sup>准此,为彰显违约金在立法上的补偿性定位,《法国民法典》<sup>〔19〕</sup>第1231—5条将违约金明确为债务之不履行的损害赔偿金。

但是,《民法典》第585条第1款却将违约金表述为“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金”,其并没有斩钉截铁地将违约金限定在损害赔偿的预定之范畴,同时,其以并列句式揭示出当事人既可以在合同中事先约定违约金,亦可以约定损失赔偿额的计算方法。于此,虽然在文义解释上可以将违约金解释为损失赔偿额的具体数额,由此在条文结构上形成同一范畴事物并列式列举的模式,但在逻辑上亦可能存在立法者有意采用违约金与损失赔偿额两个不同的概念以彰显违约金与损失赔偿额的不同。当然,两种解释各自有理,而这间接反映出我国法并没有明确将违约金归属于损害赔偿的预定。

我国法在违约金是否与损失必然联系的立场上较为暧昧,因此,可以通过另设惩罚性违约金的概念,将明显超出损失、多个请求权并存等诸如此类构造的违约金纳入其中,从而达到区别适用违约金司法酌减规则的目的。但受制于违约金司法酌减规则以损失作为构成要件,经由体系解释往往得出补偿性违约金为我国的法定模范类型,而惩罚性违约金为合意特例的结论。如此,依赖体系解释而生的违约金二分体系,不仅没有为违约金司法酌减规则的区分适用提供有效进路,还容易形成将损失与违约金的识别必然挂钩的思维定式,束缚了违约金效用的正常发挥。

## 二、纾困路径:违约金功能论的路径尝试

### (一) 以功能论革除违约金司法酌减规则之现实积弊

诚如前文所述,实践和学理所创设出补偿性违约金与惩罚性违约金二分的概念体系,两者皆将违约金与当事人的受有损失相比较,从而导致实践和学理对违约金的关注焦点集中于违约金是否会给债务人造成过重债务负担之测度,进而忽略了违约金应系当事人合意产物的根本性质,实有裁剪当事人意思自治之嫌,此举与《民法典》第585条第1款前半句的规范意旨相背离。

因与损失相勾连,且结合语义分析,惩罚性违约金中的“惩罚”二字表征着贬义色彩,遂被贴上非道德的标签,以至于其经常被理解为一种私罚的存在,<sup>〔20〕</sup>使得裁判者一开始就对惩罚性违约金持有否定的态度。在该错误理念的引导下频繁启动违约金司法酌减规则,使得惩罚性违约金频频受限或屡遭禁止,导致我国的违约金实践偏离违约金规范的正常航向。可以说,主流学说和裁判实践对惩罚性违约金的界定均是着眼于结果意义上的评价,忽略了《民法典》第585条第1款前半句将违约金定位为合意产物的规范意旨,造成违约金司法酌减规则于违约金法体系上的不融贯,以及实践与法政策的错配。因此,对于违约金的评价不能只从结果意义出发,而是应该回归违约金系属合意产物之法技术的定位与本质,消解对惩罚性违约金的误解。据此,立基于违

〔18〕 参见前引〔5〕,覃榆翔文。

〔19〕 本文的《法国民法典》中文译本来自 [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721/?isSuggest=true](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/?isSuggest=true)。

〔20〕 参见王利明:《合同法研究》(第3版)(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第701页。

约金合意所生之违约金效用的违约金功能论或将提供一种崭新的评价路径。

违约金的功能论是从功能主义的立场去构建违约金的体系。在现行民法典的技术框架下，对功能主义甚为关注的当为担保领域的研究。从功能测度观察担保，其更加关注当事人在民事法律事实中的意思自治，从而挣脱担保形式主义的束缚。现如今，将功能主义引入违约金的研究与实践的畛域，旨在通过当事人的意思自治去落实违约金制度的价值，以便于形成与当事人的意思自治相符的利益安排。正如帕森斯所说：“社会制度有着特定需要或需求，当此需要或需求满足时，特定的制度才能够存续或保持内在平衡。”<sup>〔21〕</sup> 违约金制度的确立，系为规范当事人的合同履行行为，保障当事人能够通过合同关系顺利实现利益的分配，而非一概对债权人受有的损失进行填补。

从违约金合意内容来看，其未必仅是填补违约行为造成的损失，亦可以是对履约行为的督促。具言之，违约金合意的达致，实质上是当事人希冀通过违约金的约定实现相应合同利益的安排。因此，从功能主义的角度出发，合同中的违约金不应再拘囿于数额之多少，而是关注当事人希冀通过违约金而实现的合同利益，以实现违约金的制度价值和平衡合同双方利益的旨归，达致规范适用与规范目的的融贯。

在功能主义的立场下，须依据违约金作为客观存在时的意义和影响，<sup>〔22〕</sup> 以及其作为法律概念在不同文本语境中所发挥作用的不同，<sup>〔23〕</sup> 做功能的异质性区分，进而将违约金类型化为“具有压力功能的违约金”和“具有补偿功能的违约金”。<sup>〔24〕</sup> 由此可见，以功能论对违约金进行类型化的区分，系从违约金产生的客观效用探究当事人约定违约金的合意内容。<sup>〔25〕</sup> 该判断方法遵循由客观功能定位主观合意内容的路径，更注重对合同当事人约定违约金的目的是违约金所含合同利益分配的考量。相比于惩罚性违约金与补偿性违约金所提供的理论框架，违约金功能论不仅能够促使违约金回归合意产物的正常航向，还能够化解违约金的一般规定与违约金司法酌减规则的扞格，有效搁置因惩罚性违约金与补偿性违约金的对立而生之论争，促进违约金实践与违约金规范的相互适应与协调，满足日益多样化的合同利益分配需求和交易现实需要，具有方法论上的重要意义。

## （二）以解释论形成违约金功能论的规范路径

从比较法上来看，《法国民法典》第1231—5条对违约金的损害赔偿性质作了明确定位，并在第1231—5条第2款确立了法官对违约金数额进行调整的调节权，即“约定的违约金明显过高或过低时，法官当然可以进行相应的调整”；<sup>〔26〕</sup> 此外，第4款明确规定法官调节违约金的规定为强制性规范。<sup>〔27〕</sup> 由于法国法深受自然法的影响，其将违约金的性质定位为损害赔偿的预定，旨

〔21〕 Tacott Parsons, *The Social System*, Routledge, 1991. pp. 1-14.

〔22〕 参见梁慧星：《民法解释学》（第4版），法律出版社2015年版，第94页。

〔23〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》（第5版），法律出版社2007年版，第66页。

〔24〕 对违约金做相同区分的观点可参见罗昆：《违约金的性质反思与类型重构——一种功能主义的视角》，载《法商研究》2015年第5期。

〔25〕 Vgl. Harm Peter Westermann/Peter Bydlinski/Ralph Weber, BGB—Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2010, Rn. 2, 56.

〔26〕 法律原文 C. civ., art. 1231—5, al. 2er. : Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

〔27〕 法律原文 C. civ., art. 1231—5, al. 4er. : Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

在通过违约金的支付使得债权人因债务人违约受有的损害得到赔偿。<sup>〔28〕</sup>所以,法官自然有权利调整合同中的违约金数额,使得债务人只需要支付与债权人损失相当的违约金即可。在德国法中,《德国民法典》并未与法国法一样将违约金作为损害赔偿的预定,而是作出了将违约金的给付与合同的给付障碍形态密切关联的制度安排。同时,出于“有利于债务人”的考虑,立法者在第343条设定了违约金司法酌减规则,<sup>〔29〕</sup>以避免当违约金“过巨”时,债权人对债务人的过分剥削致使债务人利益失衡的情形。

综合比较,我国关于违约金的立法例与法国法和德国法皆有所不同,既未直接将违约金作为损害赔偿的预定,也未能从现有的立法资料中得出立法者持“有利于债务人”之立场,但却将“过分高于造成的损失”作为违约金司法酌减规则启动的基准,由此引发了法体系上的不融贯。因此,亟需把我国法上的违约金一般规定与违约金司法酌减规则的相互关系梳理清楚。

观察《民法典》的体例结构,“支付违约金”作为民事责任置于《民法典》的“总则编”,且对于违约金的一般规定另置于“合同编”的“违约责任”一章中,所以,即便认为“支付违约金”在性质上属于责任承担方式的一种也未尝不可。<sup>〔30〕</sup>但“在民法中的任何定义都是危险的”<sup>〔31〕</sup>,从我国法对违约金一般规定的构造设计来看,似乎更应该注重违约金作为债的性质,而不宜直接解释为违约责任。<sup>〔32〕</sup>从风险与控制理论来看,合同是理性人风险分配的一种形式,基于合意而生的违约金是当事人对合同关系所带来的风险与收益的一种预期,将违约金作为违约责任的预定,其中便涵盖了发挥违约金的补偿功能、制裁功能、预防风险功能等多种约定意图。<sup>〔33〕</sup>从解释学上来看,违约金的一般规定放置于“违约责任”一章之下,这只能说明当事人可以通过违约金的约定,预先协商好违约行为发生后一方应当承担的义务,并不代表违约金只能是损害赔偿的预定。由此,违约金的压力功能便具有规范上的解释空间,为补偿功能与压力功能违约金体系的建构奠定了规范基础。

因此,裁判者应当对《民法典》第585条第1款前半句的违约金一般规定作目的性扩张性解释,使之回归于当事人合意产物的本位,将目前非补偿损失的违约金也框定在该条款的调整中,<sup>〔34〕</sup>以此构建起与交易实践相适应的违约金功能的类型系谱,并根据意思表示理论将现行法中的合同效力控制规则作为其规范进路。对于《民法典》第585条第2款第二个分句的违约金司法酌减规则而言,之前系因扩大解释使其得以在司法实践中无差别地适用于一切违约金,如今则应当根据“损失”要件的存在进行目的性限缩,将非损失填补功能的违约金排除在该规则的适用范围之外。<sup>〔35〕</sup>如此一来,通过对这两个条款双向度的漏洞填补,将可以达致法体系上的内部融

〔28〕 Vgl. Detlev Fischer, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, 1981, S. 115.

〔29〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》(第7版),沈小军、张金海译,沈小军校,中国人民大学出版社2014年版,第295页。

〔30〕 参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第6版)(上册),法律出版社2020年版,第272页。

〔31〕 费安玲:《论我国民法典编纂活动中的四个关系》,载《法制与社会发展》2015年第5期,第102页。

〔32〕 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第517页。

〔33〕 参见前引〔5〕,覃榆翔文。

〔34〕 参见杨仁寿:《法学方法论》(第2版),中国政法大学出版社2013年版,第203页。

〔35〕 参见前引〔23〕,黄茂荣书,第408-409页。

贯和法律规范适用的外部协调。

以上法律解释方法的落实，需要裁判者着眼于违约金合意的本质，探究当事人约定违约金的意图和作用，并依据规范目的和违约金的效用限制违约金司法酌减规则的适用场合。由此构建起违约金一般条款和违约金司法酌减规则的解释和适用路径，本质上是对规范功能的需求为导向形成法律解释的标准。准此，或将为我国法上的违约金规范提供新的解释论进路。<sup>〔36〕</sup>

### 三、理论重构：违约金功能图景的设计

#### （一）压力功能的违约金：基于督促履约合意的证立

违约金作为当事人意思自治的产物，在逻辑构成上，包括了当事人约定违约金的目的是、违约金的约定内容等。结合我国法上违约金一般条款的构造观察，违约金可以是合同当事人为督促对方履约在合同中订立的金钱给付义务之条款。准此以言，客观上具备给债务人施以履约压力且与损害无关的违约金系“压力功能的违约金”。<sup>〔37〕</sup>

罗马法上的违约金通常以罚金要式口约订立，其中，单纯罚金协议较为常见的表述为“在没有这样做的情况下，承担罚金责任”；而非单纯罚金协议会以如下句子结构进行表述，“如果你不给付土地，那么，你允诺给我 100 枚金币吗”<sup>〔38〕</sup>。该二者都表示出，如果一方不履行约定的行为，那么就要承担金钱给付的责任，该责任生之于债务人为了保证债务之履行而与债权人订立的契约，具有督促债务人为或者不为一定行为的压力。在比较法上，《德国民法典》就明确将违约金作为债务人对债务履行之督促而进行规定，<sup>〔39〕</sup>该法典第 339 条规定：“债务人就其不履行或不以适当方式履行债务的情形，向债权人约定支付某一金额作为违约金……”<sup>〔40〕</sup>在规范结构上，我国法对于违约金的一般规定与德国法的构造相似，都将违约金作为因违反约定义务而发生给付效力的金钱之债。综合《民法典》第 585 条的第 1 款和第 2 款来看，实证法虽明确违约金具有损失填补的功能，但并不排斥通过当事人的约定形成压力功能的违约金。因此，依据权利推定的法理，我国法并没有禁止具有压力功能的违约金的存在。<sup>〔41〕</sup>

依违约金系由意思自治而生的推论前提，有论者认为，当事人约定的违约金可以履行担保功能，即其可以在债之不履行、不完全履行的情形下，发挥替代履行或损害赔偿的效用，抑或是在法律关系的构造上为债务人多设定了一个金钱债务。<sup>〔42〕</sup>但实际上，由于违约金既没有使债务人责任财产特定化，也没有扩张其责任财产的范围，且违约金的给付义务往往依赖于债务人本人责任财产之多寡，故其并不符合我国法上担保的品格，如若仍旧将违约金视为非典型担保的类型，

• 239 •

〔36〕 参见陈辉：《论功能主义法律解释论的构建》，载《现代法学》2020年第6期。

〔37〕 参见王洪亮：《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》，载《法学》2013年第5期。值得说明的是，有学者将“向对方施加履约压力，督促其依约行事”的违约金称为“担保功能的违约金”。参见前引〔17〕，韩强文。但笔者认为，不宜将其称作“担保功能的违约金”，其原因已在文中详述。

〔38〕 费安玲主编：《罗马私法学》（第2版），法律出版社2020年版，第237页。

〔39〕 Vgl. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 141.

〔40〕 陈卫佐译：《德国民法典》，法律出版社2015年版，第126页。

〔41〕 参见姚明斌：《违约金双重功能论》，载《清华法学》2016年第5期。

〔42〕 参见前引〔17〕，韩强文。

则有担保泛化之嫌。<sup>〔43〕</sup>然而,不可否认的是,囿于违约金的约定,债务人除了要承担损害赔偿、强制履行的违约责任,<sup>〔44〕</sup>还要承担违约金的给付义务,甚至在债权人没有受到损害时,承担违约金的给付义务。换言之,虽然违约金并不具备担保的品格,但却可以创制相较于只有法定违约责任存在时更强的履约压力,故而不妨认为,违约金可以发挥加强债务履行的促进作用。<sup>〔45〕</sup>

关于违约金如何发挥督促债务履行的压力功能,在学界聚讼纷纭。大体而言,“数额比较论”“违约责任并行论”和“阶段功能论”是目前接受度较高的三种观点。数额比较论者认为,违约金的数额超出典型损害的,将对债务人形成履约的压力。<sup>〔46〕</sup>亦有论者认为,违约金的压力体现在违约金的数额超过债务人选择违约的成本上。<sup>〔47〕</sup>违约责任并行论者认为,压力功能的违约金并不排斥损害赔偿或继续履行的同时主张。<sup>〔48〕</sup>所谓的阶段功能论是指,违约金兼具双重功能,其压力功能主要体现在基于金钱给付义务的存在而使得债务人在履约阶段产生积极履约的心理压力。<sup>〔49〕</sup>除此之外,亦有论者认为,违约金的压力效用与当事人履约的主观过错相关联。<sup>〔50〕</sup>

观察上述对违约金压力功能的界定,可以发现,违约金的压力功能就在于通过违约金存在的事实给债务人形成一个额外金钱给付的负担。这一金钱给付的负担在数额上通常超过没有约定违约金场合下的损害赔偿额,使债务人慎重考虑违约引起的违约成本,积极践行“合同必须严守”的原则。譬如,在非民间借贷合同迟延履行场合,当事人对迟延给付金钱债务约定了压力功能的违约金,即便由此计算出的逾期违约金超过了债务人尚未完成给付的金钱债务,亦应当支持,同时可要求债务人支付逾期给付的利息并完成原给付义务。由此,通过多重金钱给付的要求,尤其是违约金能够随着迟延履行的持续时间而得到累加,增加了债务人及时履约的积极性,防止债务人对金钱债务的久拖不决。

至此,可以总结出违约金展现压力功能的机理,即通过约定一个有可能超过损害赔偿额的金钱给付,以及违约金与损害赔偿、继续履行等责任的并存,创设出违约行为发生后有利于债权人的利益格局,<sup>〔51〕</sup>从而给债务人带来违约的后果预示并发挥警示作用,<sup>〔52〕</sup>形成督促债务人积极履约的事实效用。由于压力功能的违约金系为了督促债务人的积极履约,故损失的发生与否及大小,皆非违约金请求权的构成要件,但债务人的过错却系压力功能违约金发生效力的构成要件之一。<sup>〔53〕</sup>

基于压力功能作用的机理,在不同的违约形态中展现出的压力形式也是不同的。在迟延履行

〔43〕 参见前引〔7〕,姚明斌书,第102页。

〔44〕 需要说明的是,本文多次出现“强制履行”和“继续履行”二词,其涵义具有严格的界分。在概念的定义上,强制履行包括了继续履行和修理、更换、重作等补救措施的违约责任。

〔45〕 参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第424页。

〔46〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第342页。

〔47〕 参见前引〔6〕,邓辉、王浩然文。

〔48〕 参见郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,第317页。

〔49〕 参见王洪亮:《违约金功能定位的反思》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第2期。

〔50〕 参见吴泽勇:《违约金调减的证明责任问题》,载《法学评论》2022年第1期。

〔51〕 参见前引〔41〕,姚明斌文。

〔52〕 Vgl. Isabel Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, 2000, S. 25f.

〔53〕 参见前引〔49〕,王洪亮文。

的场合，违约金、逾期利息和继续履行并存，且违约金会随着迟延履行持续而累加，促使债务人及时停止违约行为。在不完全履行的场合，债务人须同时承担违约金给付义务和相应的补救措施，若是该行为同时导致了损失，则要承担给付违约金、履行补救措施和损害赔偿三项义务。在拒绝履行的场合，违约金、继续履行或替代履行的损害赔偿皆由债务人承担，但后二者择一承担的选择权归属于债权人。若此时的违约金超出债务人拒绝履行的成本与得益，<sup>〔54〕</sup>其足以对债务人形成不敢违约的威慑。在不能履行的场合，因债务人之过错导致不能履行的，债务人在承担违约金之余，仍需要承担损害赔偿责任。在比较法上，《德国民法典》的违约金支付要件就与给付障碍法在功能上具有密切联系。<sup>〔55〕</sup>譬如，在给付迟延的情形下，当债权人请求债务人支付迟延履行的违约金后，债务人仍需承担继续履行的法定责任。与债务人未发生违约行为的情形相比，债务人的财产总数额外减少，足以使债务人在违约之前考虑清楚是否选择违约，以及在非故意违约的情况下是否有必要积极、及时地避免违约行为的发生和持续。

总而言之，违约金压力功能在客观效用系因额外的金钱给付与法定违约责任的并存而给债务人带来的履约压力，债务人承受这一压力的正当性就在于，其与债权人达成了接受督促履约的合意。

## （二）补偿功能的违约金：基于损害预定合意的证立

违约金对债权人最初的意义是，通过事先的违约金约定，使得债权人因违约受有的损失能得到直接补偿，而无须另行按照损害赔偿规则举证损失的大小，减轻自身的举证负担。故而，为避免深陷追诉损害赔偿但又无法证明损失之窘境，当事人立基于损害的填补而为之的违约金约定，可称其为补偿功能的违约金。

在比较法上，法国虽然经过2016年和2018年的债法改革，但其对违约金的性质定位并无立场上根本的转变。《法国民法典》第1217条规定了在债之不履行或不完全履行的场合下可供债权人选择的五种救济方式，但与金钱给付有关的唯有损害赔偿金的支付，而违约金规则集中规定在第1231条中，位于与第1217条同节的“不履行债务的损害赔偿”次节项下。第1231—5条第1款是关于损害赔偿金约定的一般规定；<sup>〔56〕</sup>而第2至4款是对违约金司法酌减规则的规定。从当事人角度看，因债之不履行或不完全履行造成的损害以债务人向债权人支付损害赔偿金的形式弥补，其形式既可以是在合同中约定损害赔偿金，亦可以是约定以损失为基准的违约金，而裁判者对该二者皆有调节权。从裁判者的角度看，实证法虽然允许在一定条件下违约金明显与损失不相符，但在债之不履行及不完全履行的场合，裁判者仍须以当事人受有的损失为基准调节违约金的数额；在迟延履行的场合，违约金亦需要与当事人受有损失相比，只是此时对损失的计算不如前二者直接。此外，新修订的《日本民法》在“债务不履行的责任”分节中的第420条第3款采取推定的立法技术对违约金的损害赔偿性质作了规定，如果违约金没有被当事人做特别的约定，则

• 241 •

〔54〕 此处的“得益”是指，债务人通过效率违约得到的利益。

〔55〕 参见前引〔29〕，迪尔克·罗歇尔德斯书，第290页。

〔56〕 修法后的法典部分译文可参见《〈法国民法典：合同法、债法总则和债之证据〉法律条文及评注》，秦立威译注，载《北航法律评论》第7辑，法律出版社2017年版，第184—257页。

应当做“赔偿额的预先确定”的推定，除非有相反证据证明。<sup>〔57〕</sup>

从体系化的角度去解读法国法与日本法关于违约金的立法定位可知，由于法国法将违约金作为损害赔偿的约定而置于“不履行债务的损害赔偿”一节中，故而，裁判者有权将违约金控制在与损害赔偿相当的数额内，当事人违约金约定的意思自治空间因此受限；而在日本法上，违约金虽然置于“债务不履行的责任”一节中，同时被推定为损害赔偿的约定，但立法例肯认当事人可以通过意思自治赋予违约金以非损害赔偿的类型定位，相较于法国法，当事人有更大的意思自治的空间。但毋庸置疑的是，违约金在法国与日本的实证法上确实扮演着损害赔偿的角色，发挥着损害填补的功能。

相较于压力功能，违约金的损害填补功能可能更易于国人的理解和接受，或许，这与我们立法者的规范意图和司法实践的惯常做法有关。于立法中，立法者希冀将我国实证法上的违约金定位为仅具有损害填补功能的违约金，具体体现在《民法典》第585条第2款设置的违约金司法酌减规则将当事人受有的损失作为可否调减违约金的阈值；于司法实践中，法院一再重申违约金应以填补守约方的损失为主要功能。<sup>〔58〕</sup>概言之，在我国法上，业已达成这一共识：违约金的损害填补功能是其初始功能，且为我国的违约金法定模范类型。<sup>〔59〕</sup>

诚然，若当事人在合同中约定的是补偿功能的违约金，其在性质上是损害赔偿的预定，旨在通过违约金的给付达到弥补当事人受有损失的效果，<sup>〔60〕</sup>故应当以损失作为违约金发生效力的要件。<sup>〔61〕</sup>在法效果上，若一方当事人发生违约金所指向的违约行为，该违约行为导致损失的产生，且债权人没有其他违背诚实信用原则的情形，违约金产生给付效力，债权人无须再通过冗杂的法定损害赔偿制度证明自己受到的损失、损失与行为的因果关系等，而只需负担较轻的举证责任即可弥补损失，但这这就要求违约金在数额上符合一般理性人所能预见的典型损害。所谓的典型损害，应当包括《民法典》第584条的损失、“合同编”和“人格权编”认可的精神损失以及其他无形的损失，<sup>〔62〕</sup>但不宜包括合同关系之外的利益。此时，通过主张补偿功能的违约金，债权人难以证明的损失往往可以得到填补，而这也为《征求意见稿》将“超过损失的百分之三十”作为违约金过高的标准提供了正当性基础。

依据当事人对补偿功能违约金的合意类型，可以将补偿功能的违约金区分为最低损害赔偿的预定和最高损害赔偿的预定，二者在利益的分配上具有或有利于债权人或有利于债务人的规范构造，但均受控于可预见规则。最低损害赔偿的预定是当事人在合同中约定以违约金作为损失的最低赔偿后，债权人无须通过举证即可请求支付，若不足以填补损害的，债权人仍可继续请求损害赔偿，<sup>〔63〕</sup>若是损失小于违约金的，亦要按照违约金的约定进行给付。最高损害赔偿的预定为当

〔57〕 参见刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译：《日本民法典》，中国法制出版社2018年版，第91页。

〔58〕 参见最高人民法院（2011）民再申字第84号民事裁定书。

〔59〕 参见姚明斌：《违约金的类型构造》，载《法学研究》2015年第4期。

〔60〕 参见前引〔17〕，韩强文。

〔61〕 参见前引〔14〕，韩世远书，第777页。

〔62〕 司法实务界业已有观点认为，违约金具有补偿不可赔损失的作用。参见邹双卫：《论不同损失状态下的违约金变更》，载《人民司法》2010年第17期。

〔63〕 参见《德国民法典》第340条第2款；前引〔40〕，陈卫佐译书，第126页。

事人在合同中就某一违约行为造成的损失预定损害赔偿的上限，债务人可以在诉讼中通过举证证明债权人受有的损失小于违约金，从而减少违约金的给付。进言之，该类型的违约金可作为债务人对违约行为的“对价”，当债务人给付违约金后，无须再对债权人承担损害赔偿的义务，而不论违约金是否能够填补债权人的损失；若是存在强制履行的可能且违约金所补偿的利益系与其同值的履行利益，亦排除强制履行的并存。当然，在正式启动诉讼之前，债权人有权选择是主张违约金抑或法定损害赔偿。于此，基于补偿功能违约金系损害赔偿的预定，为达致法律体系的融贯，需要在损害赔偿法的框架内寻得与其适配的规范。<sup>〔64〕</sup>

### （三）违约金功能的识别：从违约金所附的条件出发

学界就如何识别违约金的功能观点林立，虽各有所长，但亦各有不妥之处。前文已述及，对于压力功能的违约金，数额比较论是以违约金是否超过损失作为其是否具备压力功能的判断标准，但关键在于，以损失作为对照标准，这是在聚焦于合同履行的结果，而非合同的履行过程，而违约金的压力功能应当是在合同履行过程中对债务人产生的效用。所以，以违约造成的损失与违约金相比进而推定违约金的功能，这并非功能主义方法论下的正确思维。违约责任并行论系根据当事人的约定，将当事人允许与法定违约责任并行的违约金认定为压力功能的违约金，虽然恪守了违约金系合意产物的立场，但却对如何判断当事人是否约定了与法定违约责任并行的违约金未有深入探究，况且，简单地将违约金能否与法定违约责任并存作为识别进路，容易造成误判。

可以说，现有识别违约金功能的方法，大多数是立足于违约金与损失、法定违约责任之间的相互关系展开的，几乎忽略了违约金系合意产物的基本前提。为此，应当重返违约金意思自治的基本立场，以约定违约金时当事人的目的而为事前判断。<sup>〔65〕</sup>在实践中，这需从当事人所约定的违约金发生效力之情形而为观察；在理论上，可以附条件的法律行为理论作为违约金功能的识别路径。

端视我国法上违约金的规范构造，违约金是当事人在合同中约定的以“违约行为”作为给付效力要件的金钱给付协议。如果合同得到正常履行，违约金便处于成立但未生效的状态，反之，如果在合同履行的过程中发生了违约金所指向的违约行为，债务人随即负担违约金给付义务。因此，违约金效力取决于违约金所指向的某种违约行为是否发生。此种以某种条件的成就决定法律行为效力的，便是附条件的法律行为。因此，违约金请求权应当是一种附生效条件的债权。<sup>〔66〕</sup>

由此，判断违约金的功能应当着眼于违约金生效条件的意定内容。也即，根据语义解释提炼出当事人在生效条件中透露出的约定违约金的目的，并将其与压力功能和补偿功能违约金的各自特征进行交叉检视，方可检验出违约金的功能类型。

结合压力功能违约金与补偿功能违约金的内涵来看，违约金生效条件的内容是否在于损害赔偿的预定，成为识别违约金功能的主要进路。但是，姑且不论不同违约形态下债权人受有利益损

〔64〕 参见朱广新：《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第608页。

〔65〕 参见前引〔24〕，罗昆文。

〔66〕 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编通则Ⅱ》，中国法制出版社2020年版，第407页。

失的不同，<sup>〔67〕</sup>就文本的语义解释而言，其也会因不同类型合同的语境而有迥异的涵义和解释方法，这就为甄别违约金生效条件的意定内容是否不只包含损害赔偿的预定带来困难。下文将详述无法直接判断当事人约定违约金是否旨在预定损害赔偿之时，识别违约金功能的路径。

一般来说，违约形态分为迟延履行、不完全履行和拒绝履行。<sup>〔68〕</sup>迟延履行所造成的损害是指债权人无法如期取得标的物带来的利息、转卖利差等损失。若违约金生效条件指向的是迟延履行，但违约金的计算根据并非为利息、转卖利差，或者是数额上明显高出依据现有计算方式所得出的利息或可预期的转卖利差，皆应当认定为压力功能的违约金。<sup>〔69〕</sup>不完全履行的场合，债权人受有的损失为其受领的标的物与合格标的物之价值的差额。若违约金的生效条件系不完全履行，但其计算根据并非前述的差额或是数额上明显高于该差额，皆应当认定为压力功能的违约金。但若是在不完全履行导致的固有利益受损之场合，如果违约金系以此为计算根据，即便数额远超该损失，亦应当固守损害填补原则，认定其为补偿功能的违约金。在拒绝履行的场合中，债权人的履行利益必然受损，若违约金的计算根据为该履行利益，则应当认定为补偿功能的违约金，并排斥法定违约责任的并行；但如果明确约定违约金与法定违约责任并行，则为压力功能的违约金。

综上，压力功能的违约金总是出现在与债权人在相应违约形态下受有的损失不相关或不匹配的场所中，但如果是某一违约行为导致损害的盖然性很小，合同双方仍执意约定违约金，此时可直接认定为压力功能的违约金。除此之外，不同合同类型所形成的利益格局不同，需要进行利益衡量的基点也不同，因此可以在区分合同类型的基础上，结合不同违约形态下债权人受有损失的类型，识别违约金的功能。

划分合同类型并非易事，但根据合意主体的类型与合同目的进行划分，可将合同类型分为商事合同、民事合同、消费合同以及劳动合同等。<sup>〔70〕</sup>在商事合同中，若双方约定“逾期退还保证金的，按其的每日千分之十支付违约金”，<sup>〔71〕</sup>或者约定“逾期付款的，按所欠到期款项的每日X%计算违约金”，虽然前者是不完全履行，后者是迟延履行，但履行的均是金钱给付义务，对于商事主体而言，保证金和货款等流动资金皆为日常经营之必须，债务人的拖延，乃至故意拖延，都将对债权人带来不可小觑的损害。因此，商事主体对于违约金的约定，一般均是督促相对方履约，故应认定为压力功能的违约金。当然，商事主体在资金融通活动中约定违约金的，由于出借资金的行为就是为缓解债务人现金流的紧张，故而债权人不宜趁人之危甚或超额获利，即便其与债务人约定了压力功能的违约金，但数额的上限应受到民间借贷司法解释的约束。

在民事合同中，尤其是自然人之间的借贷中，自然人并不存在与商事主体同样的资金流需求，故而迟延履行的违约金应当认定为补偿功能的违约金，且为最高损害赔偿的预定，其不仅应

〔67〕 参见前引〔29〕，迪尔克·罗歇尔德斯书，第290页。

〔68〕 参见前引〔14〕，韩世远书，第522-567，820页。

〔69〕 迟延履行场合下补偿功能的违约金将与继续履行等违约责任并存，这看似与前文之结论相悖，但实则不然，因为违约金在客观上只是起到对迟延履行受有损失的补偿。相较于依据“责任关系说”所推出的迟延履行场合中的违约金属于惩罚性违约金的不妥结论，在功能视角下观察违约金，更有助于厘清违约金在合同中的价值。

〔70〕 参见前引〔5〕，覃榆翔文。

〔71〕 参见北京市第一中级人民法院（2020）京01民终7074号民事判决书。

受到民间借贷司法解释的上限控制，若是利息已经弥补或者冲抵资金占用的损失，则应做相应的调减。<sup>〔72〕</sup>再比如，在非金钱债务的拒绝履行中，若有“出现根本违约情形的，以相当于该房屋总价款的20%向乙方支付违约金”之约定，<sup>〔73〕</sup>宜认为这是替代履行的损害赔偿之预定。<sup>〔74〕</sup>循此思路，即便在其他民事合同中，亦应当认为违约金系补偿债权人受有的损失，除非明确约定违约金的给付与损害赔偿等其他法定违约责任并存。

在消费合同和劳动合同中，合同的一方主体处于预见能力不强、缔约地位较弱的位置。此时若有表面上不利于弱势一方的违约金条款，皆应当做有利于弱势一方的解释。譬如，竞业限制违约金虽然名曰“竞业限制”，但并非限制劳动者的人身自由，而是起到弥补用人单位受有损失的效果，因此竞业限制违约金应当认定为补偿功能的违约金。

据此，在附条件法律行为的技术框架下，压力功能和补偿功能违约金的识别便有了相应的技术进路，同时亦能为是否发生符合违约金生效条件的违约行为提供判断路径，为补偿功能违约金和压力功能违约金的规则适配奠定基础。

#### 四、实践出路：区分违约金的功能而适用违约金司法酌减规则

##### （一）压力功能的违约金适用于合同效力控制规则

在意思自治的视角下，当事人之所以接受压力功能违约金的约定，一定是其能够从合同中获取的利益远超因违约金的支付而带来的损失，抑或是，债务人有完全的信息和资源完成合同项下约定的义务，因而便以高额违约金的约定换取合同订立的机会。据此，压力功能的违约金当属于当事人意思自治的范畴。恰逢意思自治与合同效力控制规则有着天然的联系，遂应当以合同效力控制规则作为压力功能违约金的规制模式。质言之，压力功能的违约金系违约金作为法律行为的典型体现，故而，其将接受合同效力控制规则的约束，而不应当再适用违约金司法酌减规则。<sup>〔75〕</sup>

经过合同效力控制规则检验的违约金对当事人产生法律强制力，合同主体必须依据允诺完成约定的义务，除非发生不可抗力或者是合同基础条件丧失，否则任何一方不得擅自变更、解除违约金条款。<sup>〔76〕</sup>此外，在适用合同效力控制规则的过程中，需更注重利用显失公平的标准对违约金的妥当性和合法性进行检验，如此才能更好地促使其发挥压力功能。<sup>〔77〕</sup>

违约金的压力功能最突出的作用就是债务人会因忌惮债权人的违约金请求权而积极地履约，虽然这既有可能是基于在违约行为发生后，债权人多个请求权的并存带来的压力感，也有可能是高额的违约金带来的压迫感，但诸如此类的不利益，均是来源于债务人为了向债权人保证自己履约的能力和意愿而自愿缔结的违约金条款。可以说，其是希冀通过违约金条款的缔结促成合同关

〔72〕 实践中已有相类似的做法。参见最高人民法院（2017）最高法民终98号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民终884号民事判决书等。

〔73〕 参见北京市第二中级人民法院（2017）京02民终2814号民事判决书。

〔74〕 参见前引〔28〕，Detlev Fischer书，第57页。

〔75〕 实务界亦有相似观点，参见最高人民法院（2017）最高法民终455号民事判决书。

〔76〕 参见前引〔5〕，覃榆翔文。

〔77〕 参见陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第1032页。

系的达成,以实现利益的分配。但是,如果违约金条款的订立未满足合意度和均衡度的要求,致使债务人因违约金的支付而处于与违约金订立之前相比极为不利的状态,且该不利状态的结果是债权人利用了债务人的意思瑕疵,此时的债务人应当享有撤销权。另外,从利益平衡的角度来说,若违约金给付义务给债务人带来足以毁灭其经济生存基础的后果,且债务人并不会因允诺给付违约金而得以订立具有主观等价性的合同关系,那么,该违约金条款便有被认定为无效的可能。<sup>〔78〕</sup>

除了对违约金进行妥当性检验之外,亦需对其进行合法性检验,即违约金条款不能违反《民法典》第153条的规定。尤其是出于稳定金融秩序的需要,民间借贷领域的违约金将受到更为严苛的限制。惟其如此,在实现违约金的个案价值之余,亦能对金融商事领域中的违约金实践产生一定的导向作用。此外,需出台相应的规范性文件用以明确并放宽商事实践中违约金的自治限度,而这在比较法上已有可供比照的对象。《德国商法典》第348条就旨在提醒裁判者,在审理商事合同时注重违约金在商事合同中的行为意义,提高对商事行为基础的关注,以维护正常的商事交易秩序。此时,违约金无关于债权人的损失是否得到弥补,而只与违约金形成的合意机制和合意特性有关。

反观我国违约金司法酌减规则的适用现状,其工具价值显著,通常是作为对裁判者认为不当的违约金进行酌减的规范支撑。在这其中,裁判者通常只能看到违约金的结果价值,却不会从违约金的结果意义追溯违约金的行为意义,导致当事人对违约金约定的意定内容和其意欲通过违约金实现的效果意思均被忽略。倘若执意将违约金司法酌减规则普遍适用于作为法律行为的违约金上,不仅与现行法体系对法律行为的规制模式相抵牾,同时亦扭曲了违约金的压力功能。<sup>〔79〕</sup>总之,压力功能的违约金应当适用《民法典》“总则编”第六章关于法律行为效力的条款和“合同编”关于合同效力认定的规范群,<sup>〔80〕</sup>并着重围绕“主体合意度”和“合同均衡度”展开具体的规制。<sup>〔81〕</sup>

## (二) 适用违约金司法酌减规则的情形

补偿功能的违约金除了要经过合同效力控制规则的检验之外,为及时地定分止争,应允许违约金司法酌减规则作为其数额调整机制,这将对合同效力控制规则的有益补充。<sup>〔82〕</sup>

观察违约金司法酌减规则的构成要件和规范目的,可以发现该规则是为了将违约金数额控制

〔78〕 参见戴孟勇:《惩罚性违约金、违约金责任与定金》,载崔建远主编,韩世远执行主编:《民法9人行》(第2卷),金桥文化出版(香港)有限公司2004年版,第179页。

〔79〕 一方面,在文义解释的指引下,高于损失的违约金将受到司法酌减,此时,被酌减的部分在效力上可径直认定为无效。其实,这是裁判者将合同无效的裁判思路和规范逻辑运用到违约金酌减的过程中,只是未将其呈现在裁判文书上罢了。另一方面,对违约金为司法酌减之目的是将违约金调减到由一定的量化标准所确定的数值,而可视化数值尚需可量化的因素所确定,但违约金的压力功能之“压力”并没有可参考的量化标准。因此,不宜将违约金司法酌减规则运用到违约金发挥压力功能的场合。

〔80〕 依此路径,将可以避免上文所述的以违约金司法酌减规则之名,行运用合同效力控制规则之实的名不副实的裁判的发生。如此,既能强化裁判文书中裁判理由的论证逻辑,又能更好地指导民事活动和商事实践,从而促进法律在个案中的精确适用,提升司法的公信力。

〔81〕 具体方法参见覃愉翔:《论〈民法典〉合同无效判定规范体系的新建构》,载《北京化工大学学报(社会科学版)》2021年第3期。

〔82〕 相同观点参见姚明斌:《〈合同法〉第114条(约定违约金)评注》,载《法学家》2017年第5期。

在与当事人受有损失大致相同的范围内，具有明显的工具价值，且《征求意见稿》规定的酌减违约金须考察之因素，亦是依法定损害赔偿规则计算损害赔偿数额时需要斟酌的因素。因而该规则的规范目的与适用条件实质上业已与法定损害赔偿规则无异。如果当事人约定的违约金属于补偿功能的违约金，由于补偿功能的违约金与法定损害赔偿的制度价值相契合，为使得违约金的支付效果与损害赔偿相当，裁判者可根据当事人的请求适用违约金司法酌减规则，无须另行启动损害赔偿规则，以免徒增当事人的诉累。值得一提的是，由于违约金司法酌减规则的工具价值显著，其也可以适用于根据违约金数额确定当事人受有具体损失的场合中。以上情况详述如下：

第一，在违约金发挥补偿功能的场合。如前文所述，补偿功能的违约金分为最高损害赔偿的预定和最低损害赔偿的预定，对于二者的认定，皆需探明当事人在违约金订立之时，债务人对债权人可能遭受的典型损害的预期范围，但在细节上又有所不同：前者是当典型损害较为明确的情形下，债务人与债权人所达成的意在补偿债权人所受损失的违约金，其数额通常会比发生的损失要高；而后者则是在典型损害较为模糊的情形下，为了减轻举证负担而以违约金替代损害赔偿，其约定数额往往会比发生的损失要低。与此同时，由于补偿功能系有利于债务人的规范构造，根据有利者举证原则，债务人对其之前所预计的典型损害应当负有证明责任。两相比较，违约金司法酌减规则主要是用于调减最高损害赔偿的预定。

根据实证法的表达，违约金司法酌减规则的适用效果是将违约金的数额控制在以当事人受有的损失为标尺的一定范围之内。如果超出该损失的部分达到“过分”的临界值，裁判者可依据当事人的请求启动酌减程序，并最终决定是否予以减少。基于最高损害赔偿的预定的固有意涵，在违约行为发生后，其往往会被证明高于债权人因违约受有的损失，而这就与补偿功能违约金的制度定位不相匹配。因此，为促进最高损害赔偿的预定能够履行其作为补偿功能违约金的制度功能，须适用违约金司法酌减规则。当然，最高损害赔偿的预定系当事人对典型损害的预计，而当事人的预计往往会受到主客观因素的掣肘，因而既不能要求当事人事先对损失进行精准的约定，也不能排除当事人对损失事先约定的条款效力，故应当允许最高损害赔偿的预定未必与已证明的损失相吻合，并允许经过调减后的违约金与当事人能够证明的损失有一定的出入，<sup>〔83〕</sup>从而补偿债权人无法证明的损失。基于前述缘由，可以借违约金司法酌减规则之手，达违约金补偿功能之效果，尤其是在不完全履行的场合，裁判者可依据债权人因部分履行所获之利益减少违约金，以使得违约金能准确发挥补偿债权人受有损失的效用。<sup>〔84〕</sup>

第二，在合同的权利义务终止后，抑或是，通过合同效力控制规则判定违约金无效后，由于当事人在合同关系中受有的损失应当予以填补，故可将违约金数额作为损害赔偿认定的基准，进而运用违约金司法酌减规则最终确定损失额。<sup>〔85〕</sup>提请注意的是，严格意义上说，若非合同权利义

〔83〕《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第11条第3款规定：“当事人请求人民法院减少违约金的，人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素，根据公平原则和诚信原则予以衡量，并作出裁判……”

〔84〕参见邱聪智：《新订民法债编通则》（下册），中国人民大学出版社2004年版，第349页。

〔85〕比如，《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2020〕17号）第20条规定：“买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持；但约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院可以参照民法典第五百八十五条第二款的规定处理。”兹为实例。

务终止之情形,不宜一律称为对违约金司法酌减规则的适用,因为此时裁判者难以将该规则直接作为裁判的依据,而只是在裁判的过程中运用了该规则实为损害赔偿确定的内在思想。〔86〕

关于是否可以将合同中的违约金作为补偿债权人之损失的参照,有学者认为:“损害赔偿的约定可参照适用违约金酌减规则。”〔87〕在合同的权利义务终止或者违约金条款无效の場合中,虽然债务人免除了相应的给付义务,但债权人因违约行为遭受的损失仍需要得到补偿,因而,在双方当事人之间便形成了法定损害赔偿之债。由于我国法上的法定损害赔偿以补偿损失为主要目的,遵循完全补偿原则,且受到可预见性规则的限制,在此过程中,既不容许违约方因违约而获利,也不容许守约方从违约方的给付中获得超过其损失的财产利益,而应始终保持双方利益上的平衡,〔88〕而这个平衡则有赖于裁判者根据当事人受有的损失行使自由裁量权来达致。如此,违约金司法酌减规则的适用便有了一定的主观条件。〔89〕除此之外,其客观的现实基础在于:一方面,已有裁判者参照违约金数额确定损害赔偿额度的案例;〔90〕另一方面,以合同中明确约定的有关数额作为确定损失的参照方法业已被广泛运用于非违约金的案件中。〔91〕因而,借助合同中违约金的约定,同时综合判例、行业惯例等多种因素,通过运用违约金司法酌减规则或者其内在思想,来确定损害赔偿的合理范围,该技术性处理的手段未免不是一种具有实益的司法技术,值得尝试。

## 五、结 论

在何种情形下适用违约金司法酌减规则,应当交由当事人所约定的违约金发挥何种功能所决定。若执拗于将违约金区分为补偿性违约金和惩罚性违约金的做法,则容易因对“私罚”之抵触而倾向于借助违约金司法酌减规则将违约金控制在一定数额范围之内。此举不仅有损当事人对违约金的意思自治,更无助于违约金实践价值的发展。因此,不妨从功能主义的视阈对违约金做系统整理,通过法律解释的续造,将其区分为补偿功能的违约金和压力功能的违约金,以期疏解对惩罚性违约金的误解。

由此,为更好地促进法律体系的融贯和法律适用的协调,应当在附条件的法律行为之技术框架下重构违约金的理念、制度体系和规范适用。进言之,通过对违约金发生给付效力所附条件的关注,识别违约金在个案中所呈现的具体功能。在此基础上,结合违约金的功能设计及其制度价值的分异,对压力功能的违约金需要重返合同效力控制规则的领域而为规制,在违约金发挥补偿

〔86〕 参见前引〔5〕,覃榆翔文。

〔87〕 参见前引〔20〕,王利明书,第662-664页。

〔88〕 参见江平主编:《民法学》(第4版),中国政法大学出版社2019年版,第653页。

〔89〕 在损失的证明并不是很容易以及具体数额并非很清晰的场合中,为使得债权人能够得到公平合理的救济,裁判者可以依据当事人在合同中约定的违约金数额,结合现有的法律事实,通过自由裁量权的行使确定具体的损害赔偿金。其法理基础在于,债权人既然应允了某一违约行为的违约金,那么就意味着该违约金所填补的损害范围是经过债权人的同意且在预期值内的;同理,对于债务人而言,该违约金的负担也是其能够承受的。尽管最后可能是违约金难以填补损害或者违约金的负担过重,但根据权利自决原理,这是对自己权利的自由处分,且基于责任自负的原理,双方的肯认也为违约金的存在提供了合理性基础。

〔90〕 参见最高人民法院(2009)民提字第45号民事判决书。

〔91〕 参见浙江省诸暨市人民法院(2009)绍诸民再字第2号民事判决书。

功能的场合，囿于适用违约金司法酌减规则的实质是损害赔偿规则思路的运用，因而应当适用违约金司法酌减规则，尤其是最高损害赔偿的预定。值此，方能在最低制度变革成本下，实现违约金制度之于交易实践的最优价值效用，形成制度与实践相互促进的互动格局。

---

**Abstract:** In the theoretical and practical field, there is still no consensus over the objective of the rule of judicial discretionary reduction. Some believe the rule serves as a buffer against punitive measures while others insist on its compensatory function. In the era of the Civil Code, the parties' consensual content plays an important role in differentiating compensation and pressure of the agreed payment for breach of contract. For instance, constitute the pressure function if both parties demand for performance with respect to the contract. On the other hand, constitute the compensation function if the objective is to compensate for damages. With the help of the theory of civil juristic act subject to a condition, the function can be realized by observing the condition precedent attached to the agreed payment for breach of contract. Accordingly, where the agreed payment for breach of contract plays the pressure function, the rules for controlling the effectiveness of contracts rather than the rule of judicial discretionary reduction can be applied. However, since the process of applying the rule of judicial discretionary reduction is equivalent to the application of the rules of compensation for damages, the rule of judicial discretionary reduction can be applied where the agreed payment for breach of contract plays the compensation function, such as being the predetermined maximum damages.

**Key Words:** pressure function, compensation function, identification of the function, the rules for controlling the effectiveness of contracts, the rule of judicial discretionary reduction

---

• 249 •

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

## 论违约金的履约担保功能 ——兼论违约金酌减规则

张厚东<sup>\*</sup>

**内容提要：**补偿性违约金由合意事实直接上升为法定规范类型，致使出现名实不符之下的司法困境。补偿性违约金因系属损害赔偿之预估，难谓独立的私法制度，且事后调整也无需借助于酌减规则。与之相比，立足于交易实践，违约金附属于合同给付义务而存在，乃是作为债务履行的威慑机制发挥着履约担保功能，这构成了违约金的制度基础。同时，为了规制违约金内在惩罚性的异化倾向，法官根据违约方的请求可予以事后调整以防止不公情形，也即违约金酌减规则。在酌减过程中，一是应遵循不酌减为原则、酌减为例外的基本立场，结合具体的交易形态，准确把握过分高于损失的含义，而不能以违约金高于实际损失这一事实判断直接推演出酌减这一内含价值抉择的法律后果；二是酌减规则的目的在于发现真实的履约担保功能，而非直接降至实际损失的程度。随着社会经济的发展，违约金的制度面貌和内在功能日益呈现出多元化形态，法律亦应对此持开放态度，实现法律和社会的共同成长。

**关键词：**补偿性违约金 惩罚性违约金 履约担保 酌减规则 实际损失

### 一、引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）有关违约金的规定，以实际损失为参照标准，以求与私法中的公平正义理念契合交融，但是，这一规定立足于事后视角而漠视违约金的实践功能，反而延伸出诸多问题。对此，《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的

<sup>\*</sup> 张厚东，北京大学法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“社会主义核心价值观融入司法裁判的理论基础与实施对策研究”（19VHJ019）的阶段性成果。

解释（征求意见稿）》（以下简称《合同编通则解释（征求意见稿）》）专列三条就违约金的事后调整，尤其是针对酌减事宜予以详细规定。

通常而言，凡对意思自治作出限制者，须基于特定目的并承担相应的论证负担。<sup>〔1〕</sup>与之同理，违约金作为合意产物，事后酌减应为原则之例外。反观司法实践，酌减规则轻易突破当事人的初始合意，呈现出泛化趋势而未受到目的性及妥当性之检视。对此，当事人不得不另行安排以控制酌减泛化的负面效应，或以特约排除酌减规则的适用，<sup>〔2〕</sup>或通过约定虚高的违约金以规避酌减规则。<sup>〔3〕</sup>究其原因，乃是司法机关把具有高度抽象性的酌减规则奉为圭臬，无视具体的交易场景以及违约金的实践功能，以司法判断代替自治安排。具体而言，无视缔约场景或者交易过程中呈现的事实因素而直接诉诸高度抽象化的酌减规则，并在同案同判的形式压力下逐渐偏离酌减规则的规范目的，为民商事交易平添了许多伦理色彩。同时，以法律判断代替自治安排，并在规范意义上把补偿性作为违约金的功能定位，逐渐形成“以补偿性为主，惩罚性为辅”的双重模式。<sup>〔4〕</sup>

通常而言，违约金的实践功能，一是作为违约损害赔偿之预估，二是发挥履约担保功能，前者对应补偿性违约金，后者系属惩罚性违约金。值得注意的是，《合同编通则解释（征求意见稿）》与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》明显不同的是，专列一款规定“违约方的行为严重违背诚信原则，其请求减少违约金的，人民法院不予支持”，这体现了与以实际损失为核心的补偿性违约金之不同，显然更为重视违约金的履约担保功能，以打击恶意违约等投机行为。不过，我国对于违约金的功能定位及其体系展开还存在着诸多认知偏差。因此，在行文思路，本文以功能为视角，一方面，讨论补偿性和惩罚性违约金作为类型化产物之下的指涉范围，把补偿性违约金归属于损害赔偿规则体系之中。同时，审视违约金的内在功能，突出违约金的履约担保功能，并澄清关于惩罚性违约金的模糊性认识。另一方面，在违约金功能定位的主导下就酌减规则予以体系化展开，把违约金纳入具体的交易情景之中并以市场主体间的互动作为考量酌减事宜的核心要素。

• 251 •

## 二、补偿性违约金的体系归属与制度反思

在司法实践中，违约金的功能定位逐步发展成为“以补偿性为主，惩罚性为辅”的双重模式，其中“以补偿性为主”的底层逻辑仍是把违约金的功能局限在损害赔偿体系之中，虽然添加了“惩罚性为辅”的双重视角，但也只是把其作为控制调整幅度的考量因素，并不能在酌减与否的判断过程中发挥实际作用。换言之，双重模式看似兼顾两端，但在实质意义上与通常而言的补偿性违约金并无差异。

〔1〕 参见王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，载《中国社会科学》2004年第6期。

〔2〕 参见最高人民法院（2020）最高法民终104号民事判决书。

〔3〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终1848号民事判决书。

〔4〕 参见最高人民法院（2020）最高法民终1246号民事判决书。

### （一）补偿性违约金的合意内涵和功能价值

补偿性违约金，也称损害赔偿额之预定，是指当事人为了避免将来计算损害赔偿时的繁琐而预估的损害赔偿数额。<sup>〔5〕</sup>这种违约金以合意为基础，以典型损害为主要参照依据，着眼于违约时可能产生的损害赔偿，目的在于使守约方的损失获得实质、完整、迅速的填补，使债权人利益获得圆满保护。虽然这一约定与实际损失并无必然的等值关系，但在根本上仍受制于补偿性的基本属性。

从功能出发，补偿性违约金作为事先安排，目的在于追求违约损害赔偿的简便高效，这包括程序上的举证简化以及内容上的实质填补。首先，在主张损害赔偿时，守约方无需举证，便可直接以违约金金额请求损害赔偿，极大减轻了举证负担。<sup>〔6〕</sup>再者，弥补法定损害赔偿规则之不足。<sup>〔7〕</sup>当事人通过约定数额较高的违约金，把无形损害及间接损失等纳入其中，在赔偿结果上给予守约方更为圆满、完整的救济。<sup>〔8〕</sup>不难发现，补偿性违约金在本质上属于损害赔偿总额之预定，并弥补违约损害赔偿规则之不足。

### （二）事实与规范之间：补偿性违约金的实践困境

虽然“以补偿性为主”的底层逻辑是把违约金的功能定位在违约损害赔偿体系之中，排斥蕴含的惩罚性要素，守住了填补损失的底线，但是，这种关于违约金的功能定位与当事人的真实合意多有不符，在违约金类型化提取的过程中加入了过多的价值判断，反而产生诸多问题。

#### 1. 补偿性违约金由合意事实而成为规范性概念

从根本上说，作为法律概念或者类型区隔的补偿性违约金系由合意而来，是通过要素提取的方式对当事人合意的描述性、概括性呈现，是在类型化思维之下对实践理性、事物本质的特征描述。也即补偿性违约金属于描述性概念，<sup>〔9〕</sup>是对当事人合意这一经验事实的凝练提取，目的在于认识和分辨客观存在的社会事实。

但在我国视野下，补偿性违约金主要是法律层面类型化的他治产物，承载着特定的价值判断和法律需求，逐步成为违约金领域的规范类型或者说“理想类型”。这里的规范性是指它构成当事人行为举止的方向与尺度，是一种具备决定性或者约束力的观念。<sup>〔10〕</sup>换言之，补偿性违约金逐步脱离合意这一事实范畴而成为法律层面的规范类型，即当事人的违约金合意不是“是”补偿性违约金，而是“应当是”补偿性违约金，强行把惩罚性违约金排除在外。在此之时，由合意安排而上升为法定类型的补偿性违约金以实际损失为参照标准，直接导向违约金初始合意的事后调整。补偿性违约金不再是对经验事实和当事人合意的描述性概括，而是经过法律的包装成为合意之外的强制性力量。

#### 2. 名实之间：补偿性违约金的实践困境

“以补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式或者说注入法律意志的补偿性违约金看似兼顾自

〔5〕 参见邓辉、王浩然：《〈民法典〉违约金制度的功能优化》，载《财经法学》2021年第2期。

〔6〕 参见朱广新：《合同法总则研究》（下册），中国人民大学出版社2018年版，第729页。

〔7〕 参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版，第85页。

〔8〕 See Larry A. DiMatteo, *Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality*, 2006 Michigan State Law Review 883, 910 (2006).

〔9〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第85-86页。

〔10〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第246页。

治安排与公平正义，但从司法实践来看，这种模式下的违约金调整在具体操作中面临着诸多困境。同时，补偿性违约金以事后调整为直接导向反而掏空了酌减规则的内容。

首先，司法判断取代自治安排而导致合意的缺位。在司法实践中，若根据词句表达，难以发现合意系属何种类型的违约金，法官应借助于合同解释规则，根据举证情况以及相关事实予以综合判断。<sup>〔11〕</sup> 不过，法官大多直接赋予违约金“以补偿性为主，惩罚性为辅”的定性，或者直接排除惩罚性要素而归属为补偿性违约金。<sup>〔12〕</sup> 可见，司法机关在处理纠纷时在本属于事实查明项下的合意解释问题中掺入了目的性导向的价值抉择，将本属于类型之下的涵摄过程蜕变为合法性问题，强行把当事人合意纳入法律预设的轨道。

其次，守约方承担过重的举证义务。在司法实务中，关于实际损失的举证责任分配难言统一，但在整体上则过分加重守约方的举证负担。具体而言，除了明确要求由守约方承担举证责任外，<sup>〔13〕</sup> 更为常见的是违约方初步证明说，即违约方对损失事实进行初步举证，即使未能达到证明标准，只要法官对违约金的合理性产生怀疑，便将举证负担分配给守约方。<sup>〔14〕</sup> 这一做法甚至逐步发展成为，只要法官凭借办案经验对违约金产生怀疑，违约方便无需承担举证义务，或者法官不再关注举证问题，而是直接根据法律规定予以事后调减，即由法官的自由心证代替了当事人的事实证明过程。

究其原因，把补偿性奉为违约金的固有功能，基于对高额违约金预设的否定态度，事后调整实为顺理成章，在此之下，若守约方主张违约金具有合理性，反而应承担举证义务。这时，举证领域的程序控制机制让位于补偿性的功能定位，实体上的价值判断突破了举证责任的程序限制。可见，补偿性违约金以事后调整为体系延伸，因过分偏重违约方而背离了维护守约方利益的初衷，并最终影响到举证负担的分配，法官甚至代替当事人直接作出调减的决定。

再次，补偿性违约金掏空酌减规则的制度价值。在司法实践中，补偿性违约金的生成逻辑脱离合意机制从而使其上升为法定的违约金类型，本身蕴含着特定的功能要求，即以补偿性否定现实中大量存在的高额违约金，并服务于违约金的事后调整。换句话说，违约金的调整机理就蕴含在补偿性这一规范要义之中，而酌减规则反而成为补偿性违约金运行机制的一部分。<sup>〔15〕</sup> 也即，法官直接以“补偿性为主”便使事后调减正当化，根本无需援引酌减规则。

更为吊诡的是，在以补偿性导向事后调减的过程中，惩罚性反而成为控制调减的限制性因素。<sup>〔16〕</sup> 对此，违约金中蕴含的惩罚性本因与法定填补规则存在着体系矛盾，成为酌减规则的规制对象，但是在双重模式之下惩罚性反而成为控制酌减规则的考量因素，即在调减证立后，在补偿性之外通过“惩罚性为辅”体现对于违约金初始合意的尊重。

综上所述，面对现实中大量存在的高额违约金，司法机关通过类型提取这一注入功能导向的筛选机制，赋予补偿性违约金以规范要义，以限制当事人的初始合意并服务于事后调整的需要，

〔11〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第288页。

〔12〕 参见最高人民法院（2020）最高法民申4252号民事裁定书。

〔13〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终619号民事判决书。

〔14〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终751号民事判决书。

〔15〕 参见最高人民法院（2021）最高法民申4929号民事裁定书。

〔16〕 参见最高人民法院（2018）最高法民申5179号民事裁定书。

致使其名实分离。但是,这里的补偿性违约金不仅背离了制度本意而成为违约方的守护神,还逐步架空了举证责任分配之下的程序控制机制。同时,经过法律精心打造的补偿性违约金在创设之初便是为了服务于违约金的事后调整,在调减过程中根本无需借助于酌减规则,而逐步导致酌减规则的空洞化或者丧失制度层面的自主性。

### (三) 补偿性违约金调整机制的体系展开

补偿性违约金的预设功能在于填补因违约造成的实际损失,而非获取额外收益,或就合同履行施加额外压力。根据经验法则,若违约金为损害赔偿数额之预估,那么这一约定并非具有终局的确定性,应允许通过他证予以推翻或者修正。如若违约行为发生后,违约金与实际损失存在事实出入,那么就意味着违约金之预估出现了偏差并超出了当事人的合理预期。

本文认为,合同拘束力并非仅指遵循合同自由这一空泛的概念,而是应借助于合同解释规则,立足于合同条款的根本目的,依据诚实信用原则妥善处置当事人之间的权利义务关系。在此之下,合同作为当事人之间的法律,补偿性这一合意事实蕴含着规范效力。换句话说,通过合意解释,在当事人合意以及违约金的功能定位中蕴含着名实不符时事后调整的内在意思和体系要求。也即当事人应在初始合意、补偿性功能定位的基础上本着诚实信用原则通过磋商途径就违约金予以事后调整。不过,这一调整机制蕴含在合意目的以及功能定位之中,而非体现为法律作为外在力量的强行介入。这时,违约金调整仍属于合同框架的一部分,是当事人初始合意的具体化延伸,也即合意的事后变更。

即使就事后调整当事人难以达成合意而诉至法院,因违约金作为损害赔偿之预估,关键在于查明实际损失的大小。根据举证情况,若违约金确实高于实际损失,基于功能定位,法院应依据填补损失这一初始合意就违约金进行调整,使之降至合理水平。<sup>[17]</sup>在此过程中,法院并不享有自由裁量权,只能依据事实,就违约金合意予以事后变更。<sup>[18]</sup>这时,法院的职能在于查明事实,并提供一种类似于合意磋商的通道,而非作为外在力量对合意安排进行目的性干涉。正因如此,违约金调整非真正意义上的司法介入,而是基于当事人的原始合意以及合意中蕴含的补偿性这一功能定位,在发生争议时为当事人提供一种纯粹中立性的制度供给,司法机关根本无需进行实质意义上的价值判断。因此,违约金调整蕴含在补偿性这一功能定性的射程范围之内,通过合意解释和功能释放便可正当化,系属合同内容的事后变更,而非法律上的救济途径。

### (四) 补偿性违约金并非制度层面上的违约金

若违约金为损害赔偿总额之预定,其乃通过合意安排代替法定损害赔偿规则,本身并无独特的制度价值。具体而言,虽然补偿性违约金的功能在于减轻举证负担,但在纠纷发生后,双方围绕着实际损失必然展开角逐。同时,虽然补偿性违约金的调整并非降至实际损失,但是如何把握调整幅度尚无确定标准,至于无形损失等能否纳入其中也往往不得而知。因此,补偿性违约金及其法律适用与法定损害赔偿规则并无二致。进而言之,若以补偿性违约金作为违约金的主体类型,只能是把其淹没在损害赔偿体系之中,而无法发展出真正意义上的违约金制度。<sup>[19]</sup>此外,

[17] Vgl. Jan Dirk Harke, Allgemeines Schuldrecht, 2010, § 7, Rn. 154.

[18] 参见最高人民法院(2021)最高法民终340号民事判决书。

[19] 参见王洪亮:《违约金功能定位的反思》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第2期。

若赋予补偿性违约金以规范意义，极力压缩惩罚性违约金的范围，则又极易脱离自治安排，导致社会事实和法律规范之间的普遍张力，并掏空酌减规则的制度价值。同样的道理，若补偿性违约金根本无需借助于专门作为违约金调整途径的酌减规则而在合同解释项下便可实现事后调整，那么再以其作为违约金制度的主体，更无正当性基础。

### 三、主体间的制衡手段：违约金履约担保功能的回归

违约金作为交易实践的产物，虽然经法律程序由实践领域提升到规范层面，但是这种抽象化的提取不应是删繁就简并剔除核心要素的过程。违约金条款依附于债务履行，属于履约风险的事先安排。虽然违约金与损害赔偿共享违约行为这一事实形态，但在功能导向上却相差甚远。因此，立足于交易实践和功能视角，本文以市场实践为基础，通过描述性的方式，以实践理性矫正司法判断，并在规则体系中发现违约金的制度基因和功能。

#### （一）以市场理性矫正法律判断，违约金履约担保功能的回归

违约金通常高于实际损失而为超额担保形态，或形成信用表征，或对债务履行构成外在压力，服务于合同目的的实现。对此，无论着眼于违约金与债务履行之间的内在关联，还是从自治安排出发，违约金都发挥着履约担保功能。同时，这一履约担保功能还与合同严守规则等具有内在一致性。

##### 1. 合意安排：违约金依附于违约行为而存在

违约金条款与合同给付义务紧密相关，以债务履行为导向，以督促履约为目的，原则上只要违约行为发生，便可直接触及违约金责任，与是否发生实际损失没有直接关联。也即，违约金着眼于履约行为实为事先施压而非事后救济。对此，违约金与债务履行紧密相连，并在法律后果上表现为一种纯粹的责任条款。

发挥担保功能的关键在于就债的履行提供相应保障，增强债权人的法律地位。<sup>〔20〕</sup> 根据经验法则，违约金通常不以实际损失为限，而是高于因违约产生的典型损害。此时，债务人为了避免承担过重的经济负担而积极履行合同债务，违约金则以超额担保的形式为债之履行增添额外压力。因此，违约金难以目的自治，而是附属于合同义务，功能在于为合同债务的未来履行提供保障机制。虽然违约金与实际损害共享违约行为这一法律事实，但又超越实际损害而彰显威慑要素。<sup>〔21〕</sup>

##### 2. 实践理性：违约金履约担保功能的表现

以功能为视角，在于脱离意思自治这一近似虚妄的合意，在这层面纱之后寻找坚实的事实基础和经验依据，由合意转至社会事实，而不至于陷入“因合意而合意”这一形式上的循环论证之

〔20〕 参见陈自强：《无因债权契约论》，中国政法大学出版社2002年版，第84页。就通说而言，我国《民法典》遵循“实质担保观”，不但传统意义上的物权担保和保证具有担保功能，债务加入、所有权保留的买卖等非典型担保亦能发挥增强债权人法律地位之作用。参见李伟平：《〈民法典〉第552条（债务加入规则）评注》，载《民商法论丛》第74卷，社会科学文献出版社2023年版，第229页。

〔21〕 Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2009, Rn. 808.

中,也即从合同自由和矫正正义这种稍显先验的话语体系向实践理性转变,<sup>[22]</sup>以发现违约金的多重维度以及内在的经济理性。

首先,违约金作为履约能力的外在表征,发挥增信作用。由于信息不对称等因素,市场主体之间在短期内难以建立信赖关系,而违约金作为信号传递机制,成为履约态度、能力的外在表征,发挥着信息披露和构建商誉的作用。<sup>[23]</sup>通常而言,违约金金额与履约态度、能力呈现正相关关系,直接影响到相对方的预期判断以及当事人之间的信赖关系。此时,违约金作为特殊的信息披露机制,负载着通常社会观念下的合理预期,高额违约金也成为获取交易机会、扩大市场占有率的经济手段。这与担保物权等相同,都着眼于为市场主体提供信用保障,作为增信手段而其获取交易机会。

其次,违约金作为制衡手段,矫正主体间的力量失衡。因磋商能力等方面的显著差异,当事人形成强弱之分。<sup>[24]</sup>基于经济理性,强势方或通过错综复杂的社会网络,或凭借丰富的市场经验,就履约风险等作出于己有利的单方安排,而由相对方承担合同未来履行的风险,甚或形成“单边锁定”的状态。<sup>[25]</sup>弱势方不仅难以就强势方的合同履行施加实质性影响或者获取相应担保,在法律救济上也处于劣势,<sup>[26]</sup>遍览合同,除违约金条款外,再无其他保障措施。违约金条款恰好为当事人之间失衡的交易格局提供内在的制衡机制,成为弱势方维持自主状态的有力手段。借助于违约金这一威慑机制,弱势方的债权人地位得到强化。

再次,违约金因内含惩罚要素而成为治理手段。在民商事交易中,一方主体有时因特定交易模式而面对多个交易主体,比如特许经营以及平台经济等,甚至集聚表现为合同群。因追求集群效应,而不得不采取相应的监督机制,比如在特许经营中就减损特许方信誉的行为附加高额违约金。再以平台经济为例,电商平台与入驻商家约定,若商家销售假冒伪劣产品,则应支付一定数额的违约金。对于平台而言,除了维持平台信誉、弥补实际损失之外,违约金还是平台自治和行业自律的有力手段,并弥补行政执法或者司法力量之不足。<sup>[27]</sup>换言之,违约金构成社会自治领域中平台经济下不可或缺的环节,成为平台治理、行业自律的有效手段以及行政监管的延伸。

最后,违约金弥补法定违约救济措施之不足,以遏制投机主义。在中介合同等涉及人身信赖关系的交易中,为了防止委托人与第三方私下接触而发生跳单行为,多通过高额违约金加以防范。<sup>[28]</sup>与之相似,违约金条款在劳务合同或者竞业禁止等情形中也属多见。<sup>[29]</sup>申言之,因涉

[22] See Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 Columbia Law Review 809, 820-821 (1935).

[23] See Eric A. Posner, *Contract Law and Theory*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 207.

[24] See Daniel D. Barnhizer, *Inequality of Bargaining Power*, 76 University of Colorado Law Review 139, 144-153 (2005).

[25] 参见〔美〕奥利弗·E·威廉姆森:《资本主义经济制度》,段毅才、王伟译,商务印书馆2003年版,第86页。

[26] See Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 Wisconsin Law Review 465, 470 (1985).

[27] 参见上海市第一中级人民法院(2018)沪01民终13894号民事判决书;北京市第四中级人民法院(2021)京04民终602号民事判决书。

[28] 参见上海市第二中级人民法院(2011)沪二中民二(民)终字第1102号民事判决书;广西壮族自治区高级人民法院(2019)桂民申907号民事裁定书。

[29] 参见最高人民法院(2021)最高法民申6151号民事裁定书;上海市浦东新区人民法院(2021)沪0115民初35993号民事判决书。

及法律主体的行为自由或不作为义务，继续履行难言有效，而损害赔偿难以尽知。与之相比，违约金因不以实际损失为限反而为投机行为增添额外成本，为债务履行创设外在的控制机制，而达促进继续履行等法定救济措施所不能之事。<sup>〔30〕</sup>推而广之，违约金作为当事人选择违约与否的重要因素，成为吓阻违约的有效手段。

违约金无论作为信用表征机制，还是主体间的制衡抑或威慑手段，都在于为债务行为提供外在保障，以控制合同履行过程中的不确定性因素，在实质上发挥着履约担保功能。这一功能定位以市场交易为出发点，虽然立足于合意事实，却从当事人内部勾勒出一幅不同于法律视角的图像，彰显着国家力量之外个体知识的重要性。与之相比，抽象性的法律规范或者“以补偿性为主”的司法认知则阻却了个体智慧或者具体知识而垄断着认知模式，并强行灌输给“分散的”“现场的”市场主体，或许这才是“致命的自负”。<sup>〔31〕</sup>

### 3. 体系自治：合同拘束力作为履约担保功能的内在支撑

合同自由和合同严守作为意思自治的一体两面，贯穿合同法的始终。《民法典》第465条规定，依法成立的合同在当事人之间具有法律约束力，也即债为法锁。同时，第577条规定继续履行与赔偿损失共同作为违约救济手段，由债权人自主选择。虽然第580条第1款规定了非金钱债务继续履行的除外条款，但是根据反对解释，在例外情形之外，对于继续履行请求原则上都应予以支持，且这一立场还为第581条所强化。也就是说，《民法典》的基本立场仍是在合同严守规则之下，赋予继续履行以基础性地位。另外，根据《民法典》第583条的规定，损害赔偿与继续履行两种救济措施并行不悖，只是规范情形不同、功能相异。换言之，在法律视野里二者并非截然对立，抑或强以损害赔偿代替继续履行，而是相辅相成共同服务于合同利益的圆满实现。但也正因如此，更加凸显继续履行这一救济措施的基础性地位。

就此而言，以履约担保为功能的违约金制度在价值追求上与合同拘束力具有内在一致性。换言之，《民法典》对合同拘束力的肯认以及关于继续履行的体系定位为违约金内置的履约担保功能提供了内部体系的正当性依据，二者在法律评价上具有一致性，即以催促当事人履行债务为手段而实现合同目的。如果说作为法定违约救济措施且居于基础性地位的继续履行是合同拘束力的具体体现，那么基于相同理由，作为当事人自主安排以履约担保为功能的违约金合意也应予以尊重和维持。<sup>〔32〕</sup>

与之相比，英美法系普遍否认惩罚性违约金的正当性，视之为罚金条款而使之归于无效，<sup>〔33〕</sup>其中缘由除了惩罚性这一私法禁忌，还在于英美法系的违约救济措施中，损害赔偿占据着优先地位，特定履行仅在例外情形下才能获得支持。<sup>〔34〕</sup>因体现合同拘束力的特定履行未在违约救济体系中占据基础性地位，若承认内置履约担保功能的违约金类型反而会造成体系

〔30〕 See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, 1996, pp. 96–97.

〔31〕 See Frederick A. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, 35 *The American Economic Review* 519, 521–524 (1945).

〔32〕 参见前引〔19〕，王洪亮文。

〔33〕 See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law* (6<sup>th</sup> edn), Oxford University Press, 2018, p. 564.

〔34〕 See Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 *California Law Review* 975, 977 (2005).

内部的评价混乱。<sup>〔35〕</sup>若以效率违约为视角,高额违约金极有可能成为效率最大化的阻碍因素更应摒弃。<sup>〔36〕</sup>因此,在英美法系中,补偿性违约金作为损害赔偿的代替措施具有唯一正当性,且须是对实际损失的合理预估。

## (二) 履约担保的内涵:违约金与损害赔偿的角力场

有种观点认为,惩罚性违约金是指在违约行为发生后,在违约金责任之外,债权人还可主张损害赔偿或者债务继续履行。也即,违约金责任与其他违约救济方式并行存在。<sup>〔37〕</sup>但是,本文认为,这种关于惩罚性的内涵界定仅着眼于“并存”这一外在形式,并未触及根本,亦难以兼顾多样化的合意形态。

### 1. 违约金责任与继续履行并存:纯粹的注意规定

《民法典》第585条第3款规定,针对迟延履行,违约方支付违约金后还应履行债务,即违约金责任与继续履行并行存在。本文认为违约金责任与继续履行这一并行结构,看似是在期待利益之外由违约方承担额外的违约金责任,实乃基于迟延履行这一违约形态以及合同拘束力的内在要求,体现着法律对于继续履行这一救济措施的体系偏好,与违约金是否具有惩罚性并不关联。违约金责任与继续履行两线平行,并无交叉关系,而违约金究竟属于何种类型仍需结合合同解释规则加以确定。

如前所述,继续履行在我国违约救济体系中具有基础性地位。《民法典》第585条第3款中“还应当履行债务”的规定,乃是立足于合同拘束力以及迟延履行这一违约形态,在违约金责任之外,要求违约方仍按照债之本质继续履行合同义务。换言之,该款的规范重心在于履行债务,而非违约金责任。据此,《民法典》583条第3款并非为了突出违约金的惩罚性,而是再次强调继续履行这一救济措施的必要性,与第577、583条相呼应,系属注意性、重复性规定。<sup>〔38〕</sup>退一步讲,无论这里的违约金是损害赔偿总额之预定,抑或履约担保项下的违约金,都不能减免违约方的债务履行义务,除非当事人之间存在特殊约定。

推而广之,若以违约金合意与违约行为之间的关系为基础,违约金责任与继续履行之间并无必然关联,关键处在于当事人的合意安排。具体而言,如果违约金以迟延履行或者瑕疵履行等为对象,在违约行为发生后,违约金责任则与债务履行并行不悖。若违约金专以不履行为对象,债权人便只能主张违约金责任,则不能要求债务继续履行。也就是说,违约金责任能否与继续履行并行不能一概而论,尚需结合违约金的合意目的。因此,若以违约金责任与债务履行并存作为违约金具有惩罚性的依据,则未能切中要害。

### 2. 惩罚性的体系定位:违约金责任与损害赔偿的交织映衬

根据《民法典》第583条的规定,损害赔偿与继续履行等违约救济措施并存。这一规定除了

〔35〕 See Alan Schwartz, *The Myth That Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures*, 100 The Yale Law Journal 369, 387 (1990).

〔36〕 See Kenneth W. Clarkson et al., *Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?* 1978 Wisconsin Law Review 351, 368-372 (1978).

〔37〕 参见王洪亮:《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》,载《法学》2013年第5期。

〔38〕 参见林忠义:《违约金分类标准之建立暨现行法违约金相关问题之省思——评“最高法院”1994年台上字第2879号判决》,载赵万一、郑佳宁主编:《〈月旦法学〉民事判例研究汇编》,北京大学出版社2016年版,第130页。

强调继续履行这一基础性救济措施外，还明确了违约救济领域内的填补规则。与之相比，《民法典》第585条第3款规定，继续履行与违约金责任并行不悖。不难发现，继续履行并不因损失的发生或者违约金约定而受到影响，真正与违约金责任具有体系关联的乃是违约项下的损害赔偿责任。在违约金专以不履行为规范对象的情形中，违约金责任更是与代替履行的损害赔偿对应存在。进而言之，违约金是否具有惩罚性，体现在与损害赔偿责任的对比之中。

在私法体系中，虽然惩罚性违约金与法定惩罚性赔偿多有不同，前者作为违约罚系由当事人约定，后者是损害赔偿之外处罚加害人的法定手段，<sup>〔39〕</sup>但是就惩罚性的内涵而言两者应无差异，都体现为在法定损害赔偿之外额外增加债务人的经济负担。进而言之，履约担保之下的违约金并不是通过与其他违约救济措施共存而体现惩罚性，其落脚点仍是合意安排，以及违约金与法定损害赔偿规则之间的关系。

### （三）体系归属：二元并立，破除“补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式

惩罚性违约金与补偿性违约金虽同属于合意范畴，但分属不同的制度领域，发挥着不同的功能。无论是从合意出发，还是着眼于体系建构，都应在类型化之下就二者予以明确区分，以作为制度供给由当事人选择。

#### 1. 破除“补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式

针对惩罚性违约金，赞同说认为惩罚性违约金系属自治安排，以履约担保为功能，具有正当性，理应予以维持。<sup>〔40〕</sup>反对说认为惩罚性违约金与填补规则明显相悖，原则上不应予以承认。<sup>〔41〕</sup>司法实践则是兼采两说，形成“以补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式，对于惩罚性违约金似有欲遮还羞之嫌。

本文认为，双重模式实乃把两种类型不同的违约金杂糅在一起，并配置相应的权重比例，多有不妥。首先，双重模式乃是依据违约事实以及违约金金额的变化而把违约金合意拆解为不同的阶段和功能，导致原本单一化的违约金合意一部分反映为损害赔偿总额之预估，一部分演变为具有惩罚性的额外负担，人为地把一个行为分割为两种性质不同的法律制度。对此，一方面，若以类型划分为准，补偿性与惩罚性违约金截然不同，难以共存于同一行为之中，双重模式显然超出了当事人的合意安排，违反了通常的合意解释规则；另一方面，惩罚性违约金作为类型划分的产物，乃是单独存在的种属类别，也非指向超出实际损失的剩余部分。

再者，“惩罚性为辅”作为酌减幅度的控制机制，显然存在体系悖论。在双重模式中，“以补偿性为主”意味着以惩罚性为规范对象，并体现为对于违约金惩罚性的体系性否认，而以补偿性证立事后酌减的合理性。但是，在酌减过程中惩罚性作为辅助性的考量因素，似又死而复生。亦即在酌减证立中否认惩罚性的合理性，但在酌减过程中又要体现惩罚性。更为吊诡的是，惩罚性这一酌减规则的规范对象反而成为控制酌减的外在因素。对此，唯一的合理解释便是对违约金合意给予形式上的尊重，而“惩罚性为辅”也多是矫饰的技术。<sup>〔42〕</sup>

〔39〕 参见王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2017年版，第358页。

〔40〕 参见龚志军：《基于功能视角的违约金规则司法拓展研究》，载《湖南社会科学》2022年第3期。

〔41〕 参见崔建远：《合同法》，北京大学出版社2016年版，第392-402页。

〔42〕 参见李学尧、刘庄：《矫饰的技术：司法说理与判决中的偏见》，载《中国法律评论》2022年第2期。

## 2. 二元结构：《民法典》第585条第1款的体系化解释

本文认为，与其人为撕裂当事人的自治安排，不如承认违约金的惩罚性及其作为超额担保的合理性，至于这一约定潜在的不利后果，配置相应的事后调整机制便可。换言之，从这一合意整体出发，借助于合同解释规则，并结合具体的交易形态以决定是否予以事后调整，而不是在观念上先存了酌减的前见，然后硬生生地把违约金合意归属于补偿性违约金这一范畴。进而言之，破除双重模式，确立补偿性、惩罚性并存的二元结构。

《民法典》第585条第1款分别规定了“违约金”与“损失赔偿额的计算方法”。在解释上，不妨把“违约金”解释为惩罚性违约金，将“损失赔偿额的计算方法”解释为补偿性违约金。<sup>〔43〕</sup>对于该款的解释，或言人人殊。但本文认为，这看似属于法律解释问题，在本质上乃是违约金类型在法律层面的抽象化提取过程。也即，法律对个体知识或者市场共识进行概括化提取，通过描述性的方式予以规范化的表达。对此，二元结构的解释模式不仅能够切实尊重当事人的自治安排，还可摆脱双重模式之下的逻辑困境，回归私法赖以生存的市场空间。

私法规范多属于任意性规范，功能在于弥补自治安排的不足。不过，任意性规范的生成首先应当考量的是社会典型行为，而不是从抽象的层面看待行为本质。换言之，了解多数大众“正在做什么”，远比研究某一法定契约“应该是什么”更重要。同时，在类型化提取过程中，需要避免的不是违反学者对行为本质的认知，而是错把少数交易方式当作典型。<sup>〔44〕</sup>放眼实践，大多数违约金高于典型损害，很难归属于损害赔偿之预估。<sup>〔45〕</sup>若把惩罚性违约金纳入法律体系，则是对意思自治的最大尊重。至于属于何种类型的违约金，可根据合同解释规则予以确定。若约定明显高于实际损失，则可推定为惩罚性违约金。

同时，惩罚性违约金与补偿性违约金二元并立，还可以避免“补偿性为主、惩罚性为辅”这一逻辑难以自洽的行为定性，进而理顺各自的法律关系。在此之下，补偿性违约金回归合意这一事实层面，并与损害赔偿规则实现体系归属，无需在事实和规范之间左支右绌。同时，既然通过法定的形式肯认惩罚性违约金的合理性，那么当事人也无需通过特约排除等迂回方式规避法律规范，以致徒增成本。

### （四）法律的肯认：惩罚性违约金作为主体间的担保方式

惩罚性违约金不仅表现为缔约时的形式威慑，还应体现为违约后的实际负担，二者缺一不可，否则难谓履约担保。同时，惩罚性违约金虽属自治安排，但是欲从实践理性上升为法律制度尚需经过法律层面的肯认，实现惩罚性在法秩序中的归属。对此，核心问题仍在于法律对于惩罚性违约金的肯认。<sup>〔46〕</sup>

首先，违约金因内置惩罚性，尚需法律层面的肯认。正如弗卢梅所言：“基于私法自治形成的法律关系，从形式和可能具备的内容上看，由法律秩序所决定。”<sup>〔47〕</sup>也就是说，虽然违约金系

〔43〕 参见韩强：《违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心》，载《法学研究》2015年第3期。

〔44〕 参见苏永钦：《私法自治中的国家强制》，中国法制出版社2005年版，第49、52页。

〔45〕 参见宋焱：《三中院调研约定违约金司法调整案件四个特点》，载 <https://bj3zy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2022/01/id/6505014.shtml>，最后访问时间：2023年2月20日。

〔46〕 参见刘洋：《合同条款在私法渊源中的优先地位及其实现——以隐名合伙的商事实践为例》，载《法学》2021年第4期。

〔47〕 〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第2页。

属自治安排，但是欲具有法源地位而由当事人的特殊行为准则上升为个案规范，由个体知识上升为私法制度，仍需经过法律这一根本性前提的肯认，以实现私法自治与法秩序的良好互动。这与法律承认担保物权具有优先效力而损及债权平等一样，都体现着法律基于实践合理性而对于当事人特殊安排的体系接纳。更为重要的是，违约金制度只有得到法秩序的肯认，才能作为个案的裁判依据，在真正意义上发挥履约担保功能，实现内部自治和制度闭环。否则，只能作为法律的批判对象而难以自足。

其次，违约金以履约担保为内在功能，具有合理性内核，乃是法律为当事人提供的制度供给。虽然违约金责任不具有担保物权的优先效力，也无保证制度内生的双重保障，而仅依赖于债务人的清偿能力，其担保效能或会有所折扣，<sup>〔48〕</sup>但是，本文认为，惩罚性违约金乃是在法律肯认的前提下作为公共产品而为市场主体提供制度供给，由当事人在不同制度的利弊之间作出选择，而非着眼于创设十全十美的制度模型。从根本上讲，评判违约金是否具有担保作用的主体不是法律或者司法机关，亦非学者，而是制度运行的实际效果。

最后，以酌减规则作为违约金功能异化的救济措施。高额违约金因具备惩罚色彩且体现为潜在的巨额收益，难免会有失控或者异化的可能性。虽然这与填补规则多有抵触，但与其在根本上予以否认，不如就其潜在的不利后果设置救济措施以保障制度在预设的轨道上运行。换言之，关键在于能否为当事人提供法律上的事后救济，以矫正违约金在运行过程中出现的异化现象。也即，违约金酌减规则。因此，违约金制度在法律肯认之下，作为公共产品由当事人自主选择，若发生异化现象，酌减规则作为配套措施发挥作用，从而形成制度闭环。

• 261 •

#### 四、私人惩罚与法律规训：违约金酌减规则的体系展开

违约金作为主体间的制衡手段因数额高于实际损失而体现惩罚性。正因如此，违约金或因远高于实际损失，给违约方带来沉重的经济负担，从而导致主体间利益格局的失衡，体现着市场底层逻辑与上层法治思维之间的张力。此时，基于公平正义理念，应为违约方提供相应的救济途径。不过，出于对自治安排的尊重以及履约担保功能的维持，对于违约金合意之减损应为目的性之检视，而不能仅凭高于实际损失这一事实判断或者公平正义等内容稍显空洞的价值理念而轻易作出。

##### （一）酌减规则的制度目的：规制违约金的功能异化

本文认为，酌减规则作为对自治安排的外在干涉，应为目的性检视，而不能仅凭高于实际损失这一经验事实便给出酌减这一价值决断。同时，酌减规则在内容上表现为对于违约金责任这一给付内容的事后调整，宜与显失公平、利率规制等减损给付的法律规则实现体系协调。

##### 1. 酌减规则的规范对象：违约金功能的异化

当事人在缔约时，囿于有限理性以及行为偏好等人性弱点，或因过于自信而高估履约能力，或

〔48〕 参见崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，载《政治与法律》2015年第12期。

因过于乐观而对违约金的严重后果存在认知偏差,凭借着简单朴实的经验逻辑而贸然作出决策。<sup>[49]</sup> 违约金多显随意而超出合理预期,也与担保利益显著失衡。参照欺骗均衡原理,<sup>[50]</sup> 基于信息不对称的市场环境,凡是有利可图之处,必有逐利之徒实施欺骗抑或操纵行为。违约金领域亦不例外。同时,因磋商能力等方面的差异,合同一方在交易中占据着优势地位,<sup>[51]</sup> 把违约金条款强加给合同相对人;相对方即使明知内容苛刻,亦难以就违约金条款讨价还价。此时,违约金反而成为合同一方压榨对方的工具,抑或牟取暴利的手段,偏离了履约担保的制度本义。对此,违约金条款难言公平正当。

放眼私法体系,基于否认态度而针对合同给付内容予以事后调整的,以显失公平规则和利率规制最为明显。根据《民法典》第151条的规定,显失公平须以一方利用他方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,而非仅以对待给付失衡这一事实状态为依据。其中,“利用”足以表明合同一方以合同为形式而行欺压之实。我国对于民间借贷的利率做出了上限限制。这是因为在借贷关系中双方在话语权方面存在着天然的结构性的差异,出借方大多处于绝对优势地位。正因如此,若利率交由当事人任意处置,极易使债务人陷入困境并引发社会问题。<sup>[52]</sup> 也即,利率规制的深层次原因之一乃是借贷关系中内置的不平等关系,以及出借人的逐利本性。基于法律体系内部评价的一致性,因同表现为对于给付内容的外在干涉,酌减规则与显失公平等具有功能共性,即矫正当事人之间的利益失衡、防止合同自由滥觞下的市场失灵。

因此,酌减规则并非在于违约金高于实际损失这一事实判断,而是防止苛责的违约金条款沦为主体间盘剥的工具和牟利手段,造成违约金的功能异化,甚至颠覆违约金制度的根基,即防止违约金滥用而造成显著不公。<sup>[53]</sup>

## 2. 违约金责任与实际损失之间的体系交错

违约金因数额高于实际损失而发挥担保威慑功能,这构成违约金的制度基础。若以实际损失作为衡量违约金公平与否或者判断调整与否的标准,则是人为干涉缔约时的利益分配和风险负担,将抹杀违约金的特有功能。

首先,实际损失与违约金调整分属事实认定和价值判断的两端,并无必然关联。违约金高于实际损失乃是事实认定的范畴。相比之下,违约金调整是为了维持公平正义、防止违约金的功能异化,乃综合各种因素之后的价值判断。也即,违约金高于实际损失与违约金酌减分属事实认定和价值判断的两端,且存在着难以逾越的鸿沟,<sup>[54]</sup> 以违约金高于实际损失这一事实因素无法推出违约金酌减的必然结论。

[49] See Melvin A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract*, Oxford University Press, 2018, p. 291.

[50] See George A. Akerlof & Robert J. Shiller, *Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton University Press, 2015.

[51] 参见〔美〕马克·格兰诺维特:《社会与经济:信任、权力与制度》,罗家德、王水雄译,中信出版集团2019年版,第145-154页。

[52] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第364-365页。

[53] See Melvin Aron Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 Stanford Law Review 211, 227 (1995).

[54] 参见〔英〕休谟:《人性论》,关文运译,商务印书馆2016年版,第505页。

通常而言，违约金调整需要考虑当事人之间的交易场景、违约程度以及恶意与否等多种因素，体现着合同自由与公平正义的多重面向。<sup>〔55〕</sup>退一步讲，即使实际损失具有重要意义，也只是判断违约金是否过高以及应否调整的考虑因素之一，<sup>〔56〕</sup>或者作为酌减过程中的参考因素。但是，在司法实践中通常是把综合考量的过程由判断违约金是否应当酌减这一前置问题中置换在酌减过程中，<sup>〔57〕</sup>即直接以高于实际损失为由，便予以酌减，在酌减过程中再去考量违约程度、格式合同等诸多因素，这显然因果颠倒。

其次，违约金因合意纳入合同，实际损失以损失发生为基准，二者发生机制不同。违约金系由合意纳入合同，着眼于签约时的磋商事实，就违约风险提前作出安排，属于违约行为发生之前的事先判断。<sup>〔58〕</sup>与之相比，实际损失着眼于事后救济，以实际产生的违约损害为根本，若将其置换至违约金领域则是罔顾具体的交易形态，以事后视角随意改变签约时的利益平衡状态。

再次，填补规则内在的规范性难以企及违约金这一合意安排。填补规则虽对损害赔偿具有规范意义，但是这一规范性的范围无法直达违约金合意，其作为救济措施并非在之上设置一条不可逾越的红线以约束自治安排，而是作为兜底措施以实现私法体系内部最起码的公平正义，这乃是一种底线思维。正如《德国民法典》第340条的规定，若债权人可为主张损害赔偿者，得请求支付违约金作为损害之最低数额。<sup>〔59〕</sup>同时，私法中的公平正义存在着多维面向，并非仅有填补规则这一矫正正义机制。注重等价交换以及相关的逐利羞耻观念，乃根植于传统农业社会下的静态经济生活，而不再适应于经济形态多样化、风险挑战与机遇并存的现代社会。<sup>〔60〕</sup>

## （二）酌减规则的双层结构：《民法典》第585条第2款的解释论

在司法实务中，违约金酌减已成泛化之势，表现为酌减规则适用范围的不当扩大，即无视交易场景的差异而使本应自担风险的违约方获得额外保护，导致法律父爱主义的泛滥。本文认为，基于履约担保的功能定位，违约金应当秉持不酌减为原则、酌减为例外的基本立场，并就酌减过程予以合理把控，以防止违约金制度的虚置。概而言之，酌减规则包含着双层结构。

### 1. 在酌减证立过程中，坚持不酌减为原则、酌减为例外的基本立场

酌减规则的适用前提是违约金异化现象，其适用是为了维持私法秉持的公平正义理念，而非因违约金金额超出实际损失这一事实判断。因此，若无功能异化，违约金便无酌减之必要，这构成了酌减与否的唯一标准。对于何为异化，法官尚应结合合约安排、交易背景等信息予以综合判定。

首先，应当坚持不酌减为原则，维持违约金合意之下的履约担保功能。在合约安排以及功能定位的双重加持下，即使违约金内含惩罚性也属当事人之间的自愿选择和交易风险的自主分配，并无不妥之处，原则上不得予以事后干预。换言之，若违约金为自治安排之产物，便不得事后调减。据此，在以下几种情形中，违约金原则上都不得酌减。

〔55〕 See Larry A. DiMatteo, *A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages*, 38 American Business Law Journal 633, 707 (2001).

〔56〕 参见罗昆：《违约金的性质反思与类型重构——一种功能主义的视角》，载《法商研究》2015年第5期。

〔57〕 参见王雷：《违约金酌减中的利益动态衡量》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2018年第11期。

〔58〕 参见罗昆：《我国违约金司法酌减的限制与排除》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2016年第2期。

〔59〕 参见台湾大学法律学院、台大法学基金会编译：《德国民法典》，北京大学出版社2017年版，第319页。

〔60〕 See Robert L. Heilbroner & William Milberg, *The Making of Economic Society*, Pearson Hall, 2011, pp. 27-28.

第一,商事合同中的违约金不得减少。通常而言,商事合同的主体大多是具备市场理性的商事组织,具有较强的磋商能力以及风险甄别能力,违约金合意应属彼此协商、理性计算的结果,难言不公。<sup>〔61〕</sup>即使违约金远高于实际损失,也极可能是当事人争取缔约机会的增信措施,或者与合同价款等在交易决策上发生实质关联,并未损及公平原则。<sup>〔62〕</sup>

第二,格式条款提供方的违约金承诺不得事后调减。格式条款的提供方以单方意志主导着交易,其在合同中作出的违约金承诺并非与相对方讨价还价的结果,即使远高于实际损失,也属提供方单方自主意志的体现或者市场自由竞争的结果,亦无酌减空间。<sup>〔63〕</sup>

第三,违约方故意违约时的违约金不得减少。违约金以履约担保为功能,在违约方故意或恶意违约的情况下,若仍允违约金事后酌减,便是从根本上掏空了违约金的内在功能而损及制度根本,还会放纵违约行为和滋长投机主义。<sup>〔64〕</sup>正如《合同编通则解释(征求意见稿)》第69条第3款之规定,恶意违约系属严重违反诚实信用原则,违约金不得酌减。

第四,在交易中占据主导或者优势地位的一方的违约金承诺不得事后调减。<sup>〔65〕</sup>在交易中,因经济实力等因素的影响,当事人之间的地位难免会呈现出强弱之分,此时,强势方通常具备足够的市场理性,其作出的违约金承诺系属权衡风险和收益之后的产物,难言不公。同时,在交易地位已然显著失衡的状态下,若允许强势方事后调减,势必加剧失衡状态,那么违约金内含的履约担保功能便会丧失殆尽,强势方反而在整个交易过程中翻手为云覆手为雨,这与私法秉持的诚实信用原则多有不符。

在上述场合中,或因特殊的交易形态,比如商事合同或者格式合同等特殊的缔约模式,违约金合意难言不公,因而不在于酌减规则规范目的的范围之内;或基于违约金内在的履约担保功能,若事后酌减,则制度本身荡然无存。推而广之,凡是表意自由场合,<sup>〔66〕</sup>尤其是合同中强势方作出的违约金承诺,违约金便不得酌减。

其次,酌减规则作为法定的救济途径,乃是自治安排的例外情形,其目的在于防止合同不公这一特殊情形。因此,只有在交易中被压榨的弱势一方才有权提出酌减请求,这也构成了违约金酌减规则的适用范围。何为弱势方,比如格式条款的接受方。当然,这里的强弱之分仅为类型概括,尚需结合个案予以认定。也正因如此,以酌减作为例外情形,必须综合考虑合同类型、当事人的交易地位等多重因素,而非因违约金高于实际损失这一客观事实进行判断。

## 2. 在酌减过程中,合理确定参照因素以发现违约金的履约担保功能

违约金应在多少数额范围内发挥担保功能,属于无法计算甚至不可知的领域,即使在个案中也难以给出确切答案。因此,酌减过程实乃法官自由裁量权的领域,但其又非无迹可寻,基于功

〔61〕 参见最高人民法院(2018)最高法民再82号民事判决书。

〔62〕 参见江苏省高级人民法院(2012)苏商终字第0182号民事判决书。

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

〔64〕 参见最高人民法院(2019)最高法民终949号民事判决书;山东省济南市中级人民法院(2022)鲁01民终725号民事判决书。

〔65〕 参见最高人民法院(2019)最高法民终347号民事判决书。

〔66〕 参见刘勇:《论违约金之减额——从“实益”到“原理”》,载《北方法学》2017年第4期。

能定位，通过梳理相关要素以控制自由裁量幅度，便可避免酌减乱象。

首先，参照履约情况与违约程度确定酌减幅度。违约金以履约担保为内在功能，且酌减之目的亦在于实现真正意义上的担保功能。以此为基准，酌减参照的首要因素并非实际损失，而是违约方的履约情况及违约程度。也即，违约金金额与违约行为的比例关系。具体而言，若属于概括意义上的违约金，那么不仅要区分主义务、从义务以及附随义务，还要结合违约的实际情况，同时还涉及合同是否属于可分之债等。若违约金针对迟延履行等特定违约情形，则需考虑违约发生的时间以及违约的持续状况。若违约方部分履行，可按照履行部分所占比例予以酌减。

其次，以实际损失为底线。一方面，在酌减证立的情况下，基于履约担保功能，违约金酌减并非使违约金降至实际损失的程度。即使未造成实际损害，也不能直接否定违约金合意的约束力而酌减为零，否则难谓担保功能。另一方面，对于损失的理解不仅包括实际损失以及预期利益落空，<sup>〔67〕</sup> 还应考虑无形损害或者精神损害等内容，必须斟酌守约方的一切正当权益。

### 3. 酌减规则的展开：《民法典》第 585 条第 2 款的解释论

针对《民法典》第 585 条第 2 款的规定，首先，人民法院“可以”便意味着不必当然酌减，而应守住“不酌减为原则”的底线。<sup>〔68〕</sup> 再者，法官在判断违约金应否酌减时，不能以高于实际损失这一事实因素作为唯一标准，应基于酌减规则的规范目的予以综合考虑。从违约金功能异化这一基本点出发，通过审视缔约形态，发现违约金高于实际损失这一事实背后的法律评价要素。因此，对于“过分”的理解，不得以数额上的事实对比作为决断标准，正如《合同编通则解释（征求意见稿）》第 69 条第 1 款之规定，应与交易发生体系关联，比如兼顾合同主体、合同类型、交易结构以及合同履行情况等多种要素。也因如此，若立足于履约担保功能，对于《合同编通则解释（征求意见稿）》第 69 条第 2 款之规定，即以违约金超过实际损失的百分之三十作为“过分高于”之标准，多显单一而难以统摄类型多样的交易形态，似无存在之必要。

• 265 •

## 五、余论：违约金的多样化形态及法律的生长

立足于交易实践，违约金在合意形式之外发挥履约担保功能，并与合同严守等具有内在一致性。针对违约金潜在的功能异化现象，基于对惩罚性的体系规训，酌减规则作为法定救济途径使违约方摆脱严苛的违约金责任。同时，在违约金酌减过程中，一方面应结合具体的交易场景确定是否存在违约金严苛及合同不公情形，而不能因违约金高于实际损失这一事实便证立酌减结果；另一方面酌减规则意在发现真实的履约担保功能，而非降至损害赔偿总额之预估。

随着社会经济的发展，违约金的形态与功能属性必将更为多样化，平台经济中的违约金便是一例。因此，在功能主义的视角下，在法律判断之余理应为实践理性留出更多空间。正如图对违约金蕴含的惩罚性要素，更需要改变的是我们对于担保的认知，我们应以一种更为开放的态度看待市场交易中涌现出来的与担保相关的实践操作，从而激发制度本身蕴含的无限可能性。进

〔67〕 参见最高人民法院（2018）最高法民终 355 号民事判决书。

〔68〕 参见姚明斌：《〈民法典〉违约金规范的体系性发展》，载《比较法研究》2021 年第 1 期。

而言之,《民法典》应当秉持开放态度,不能以抽象化的法律规范去框定鲜活多彩的交易实践,应使违约金的制度发展保持相当的灵活性,守住制度供给的底线,以实现法律与社会的共同成长,争取做到老酒飘新香。

---

**Abstract:** The fact that compensatory liquidated damages are directly elevated from consensual facts to statutory norms leads to a judicial dilemma under the discrepancy between name and reality. Also, the compensatory liquidated damages are estimated damages, so it is difficult to say that rules relating to them forms an independent private law system, and there is no need to use the discretionary rules to adjust them afterwards. In contrast, based on transactional practice, punitive damages are attached to the contractual obligation and exist as a deterrent mechanism for the performance of contracts, which forms the basis of the system. At the same time, in order to regulate the tendency of punitive alienation, the judge can, by the request of the defaulting party, adjust the amount of punitive liquidated damages afterwards. Meanwhile, in the process of discretionary reduction, first is to keep the basic position of no discretionary reduction as the principle, discretionary reduction as the exception, and it needs to understand the real meaning of much higher than the amount of damages by combining with the specific transaction form rather than directly deducing the consequences of discretionary reduction because of the factual judgment that the liquidated damages are higher than the actual loss; second, the purpose of the discretionary rules is to discover the true guarantee function, rather than directly reduce to the extent of the actual loss. With the development of social economy, the system of liquidated damages and its inherent functions are increasingly diversified, so the law should uphold an open attitude to achieve the common growth of law and society.

**Key Words:** compensatory liquidated damages, punitive liquidated damages, performance guarantee, discretionary rule, actual loss

---

(责任编辑:徐建刚 赵建蕊)

## 第三人缔约过失的责任性质及规则适用

孙 娟\*

**内容提要：**为调整第三人缔约过失行为，《民法典合同编解释（征求意见稿）》第6条新增“合同订立中的第三人责任”，但其性质、与侵权责任的关系存疑，影响归责方式的认定。与此相关，实践中法院的相关判决中也存在归责方式混乱、责任主体范围模糊、可归责行为认定标准模糊、责任形态存疑等问题。事实上，“合同订立中的第三人责任”不同于德国法第三人缔约过失责任，其主要发挥界定第三人缔约过失行为之内涵的作用。该项责任并不独立于侵权责任而存在，但在具体认定时应当注意，以所从事法律行为中获得的信赖为交易安全提供担保而获得相对人特别信赖者，方可成为此责任主体。另外，对第三人的责任认定而言，第三人客观上须介入缔约过程并实施违背诚实信用原则的行为，主观上须意识到其行为将对他人产生影响，因果关系的认定应以“信赖”联结。

**关键词：**第三人缔约过失 合同订立中的第三人责任 侵权责任

• 267 •

### 一、引言

调整第三人缔约过失行为，给当事人信赖利益增加一层保护屏障，对交易安全保护意义重大。<sup>〔1〕</sup>但可惜的是，我国法未明定第三人缔约过失责任，对第三人缔约过失行为的调整，主要是通过《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1165条第1款的侵权责任以及其他特别法规范实现。与此相适应，我国学理上关于缔约过失责任的讨论主要集中于《民法典》第500

\* 孙娟，浙江大学光华法学院博士研究生。

〔1〕 参见杨立新：《债法》（第2版），中国人民大学出版社2018年版，第284页。

条缔约过失规范的性质、〔2〕德国法第三人缔约过失责任、〔3〕第三人缔约过失责任的构建、专家责任〔4〕等领域。在此背景下,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》(以下简称《民法典合同编解释》)第6条明确规定“合同订立中的第三人责任”,引起学理与实务上的关注与争议。该条规定是否与德国法上的第三人缔约过失责任一致?其性质为何?具体应如何适用?该等问题在《民法典合同编解释》正式发布生效前,仍有进一步检讨空间。

## 二、现行立法与司法实践现状及主要问题

### (一) 现行立法尚存解释空间

#### 1. 《民法典》的一般规定

《民法典》侵权责任编第1165条第1款规定了过错侵权责任的一般条款,其未将纯粹经济利益排除在外,为调整第三人缔约过失行为提供了解释空间。《民法典合同编解释》第6条新增规定“合同订立中的第三人责任”,并明定了第三人承担责任的三种情形,从而形成了第1165条第1款与第6条的适用竞合。值得注意的是,第6条未使用“第三人缔约过失责任”法条题要,而是使用“合同订立中的第三人责任”。如此观之,其似乎暗含了将“合同订立中的第三人责任”区别于第三人缔约过失责任的倾向。然而,合同订立中的第三人责任与缔约过失责任皆以诚实信用原则为法理基础;在制度目的上,与第三人缔约过失责任亦无本质区别。而且,合同订立中的第三人责任的法律效果参照适用缔约过失责任,表明二者在法律效果上亦具有同质性。因此,“合同订立中第三人责任”与“第三人缔约过失责任”二者究竟是何关系、合同订立中第三人责任的性质究竟为何,实值思考。而且,在现行法体系既然可以适用侵权责任一般条款调整第三人缔约过失行为,那么是否有必要在《民法典合同编解释》明确规定第三人缔约过失责任?若应明文规定,新增制度是否与现行法律体系相协调?若不应明文规定,现行法下第三人缔约过失行为的归责机制为何?欲解决此问题,第三人缔约过失行为归责方式的认定为关键。

#### 2. 特别法的特殊规定

除《民法典》侵权责任编第1165条第1款外,我国关于第三人缔约过失行为的调整主要通过特别法来实现,其中最为典型的是专家责任。例如,《中华人民共和国注册会计师法》(以下简称《注册会计师法》)第42条规定了会计师事务所违反规定而造成利害关系人损失的赔偿责任;

〔2〕参见孙维飞:《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》,载《法学家》2018年第1期;于飞:《我国〈合同法〉上缔约过失责任性质的再认识》,载《中国政法大学学报》2014年第5期;冉克平:《缔约过失责任性质新论——以德国学说与判例的变迁为视角》,载《河北法学》2010年第2期;王利明:《债法总则研究》(第2版),中国人民大学出版社2018年版,第283页;柳经纬:《债权法》(第6版),厦门大学出版社2018年版,第102页。

〔3〕参见丁勇:《论德国法中的第三人缔约过失责任》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2004年第3期;许德风:《对第三人具有保护效力的合同与信赖责任——以咨询责任为中心》,载《私法》第8卷,北京大学出版社2004年版,第253-291页;李昊:《德国缔约过失责任的成文化》,载《清华法学》2010年第2期。

〔4〕参见李昊:《德国专家责任的建构——以保护纯经济上损失的交易安全义务为基础》,载《私法》2013年第21期;周友军:《专家对第三人责任的规范模式与具体规则》,载《当代法学》2013年第1期;刘燕:《“专家责任”若干基本概念质疑》,载《比较法研究》2005年第5期。

最高人民法院《关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》（以下简称《会计师事务所侵权赔偿规定》）第1条表明利害关系人可向会计师事务所主张因出具不实报告而致损的赔偿责任。《中华人民共和国公证法》（以下简称《公证法》）第44条规定了相关人员实施违反诚实信用原则行为的责任承担。《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）第85条规定了发行人、保荐人、证券承销公司及其直接责任人员的信息披露义务；《证券法》第163条规定了证券服务机构的勤勉责任；《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称《证券投资基金法》）第99条规定了基金销售机构向投资人揭示投资风险、销售与投资人风险承受能力相当的基金产品的义务，《证券法》第88条对金融机构适当性义务予以规定。

然而，现行法中无论是特别法中的专家责任还是《民法典》中的一般侵权责任，缺漏均较为明显，主要表现为：第一，《民法典》侵权责任编第1165条第1款未规定责任主体的外延，特别法规范仅针对某一特定行业，此时可否将特别法规定类推适用于其他专业性较强但未有特别规定的行业以填补规范漏洞，尚不清楚。第二，于归责原则而言，《注册会计师法》《中华人民共和国律师法》《公证法》未对归责原则作特别规定，此时应适用一般过错责任原则，与《民法典》第1165条第1款的归责原则一致；但《证券法》第85条及第163条采过错推定责任原则，区别于一般侵权责任的归责原则。因此，现行法在对第三人缔约过失行为的调整上采不同归责原则是否合理、立法未规定的其他主体适用何种归责原则需进一步探讨。第三，第三人缔约过失的责任范围远大于专家责任，特别法无法涵盖第三人缔约过失所有类型，无法适应瞬息万变的市场交易。

## （二）司法裁判标准不一

### 1. 归责方式混乱

司法实践中第三人缔约过失行为的归责方式主要有三种，即缔约过失责任归责、依据特别法规定归责、侵权责任归责。其一，依据《民法典》第500条缔约过失责任归责，即将缔约过失责任扩张解释为包括第三人缔约过失责任。“新疆石河子交银村镇银行股份有限公司、杜伟等缔约过失责任纠纷案”，一审法院认为：“被告交银银行关于借贷安心意外险的陈述足以令贷款客户产生信任，并直接影响客户与新华人寿公司间保险合同的成立与否，故其属于保险合同缔结相关的第三人，应承担缔约过失责任。”〔5〕其二，依据特别法规定归责，未对特别法规范进行责任性质界定，主要体现为现行法中明确规定的专家责任。在“华宇国信投资基金（北京）有限公司与吴晓红合同纠纷案”中，法院判定第三人华宇国信公司是否承担责任的主要规范基础是其是否违反了《证券投资基金法》第99条、《私募投资基金监督管理暂行办法》第16条规定的适当性义务。〔6〕其三，依据侵权责任归责，将专家责任认定为侵权责任。在“北京市方正公证处等与张喜发公证损害责任纠纷案”中，二审法院认为：“公证损害责任纠纷作为特殊类型的侵权纠纷，其特殊性为公证机构承担的赔偿责任是专家责任；根据《中华人民共和国侵权责任法》规定，方正公证处应承担与其过错程度相应的侵权责任。”〔7〕其四，对特别法未规定的第三人缔约过失行

〔5〕 新疆生产建设兵团第八师中级人民法院（2022）兵08民终634号民事判决书。

〔6〕 参见北京金融法院（2022）京74民终809号民事判决书。

〔7〕 北京市第二中级人民法院（2020）京02民终468号民事判决书。

为,依据侵权责任归责。在“徐州市华辰科技小额贷款有限公司与江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司徐州分公司、江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司财产损害赔偿纠纷案”中,二审法院指出:“德道天诚徐州分公司进行涉案评估的目的,系为确定估价对象抵押贷款额度提供参考,应可以预见到利害关系人会信赖该评估结果;现华辰小贷公司向银丰公司出借款项后,房地产实际价值与评估价值存在巨大差距,致债权无法实现;德道天诚徐州分公司存在过错,故依据《侵权责任法》第6条,其应承担赔偿责任。”〔8〕

## 2. 责任主体范围模糊

在第三人缔约过失场合,可否扩展第三人的范围而将特别法未明确规定的第三人纳入责任主体范围,司法实践做法不一。在“顾叶红诉董善军等房屋买卖合同纠纷案”中,法院认为:“原告决策是基于对诚信法律服务所见证意见的合理信赖,诚信法律服务所的过失与原告受侵害之间存在因果关系,其应对此承担补充赔偿责任。”〔9〕在现行法未明确规定律师对第三人的责任下,法院将其纳入责任主体范围,是对特别法中“第三人”范围的扩展,属于对《注册会计师法》《公证法》等规定的类推适用,但这样扩展第三人范围的法理基础何在,法院并未作充分说明,需进一步探讨。类似的做法还有:在“魏君与义乌市预防医学会门诊部医疗服务合同纠纷案”中,法院径以医生为专家责任主体为前提展开论证;〔10〕在“徐州市华辰科技小额贷款有限公司与江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司徐州分公司、江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司财产损害赔偿纠纷案”中,法院认为房产评估公司可纳入责任主体范围。〔11〕

## 3. 可归责行为认定标准模糊

司法实践中缺乏统一的第三人缔约过失行为的认定标准,第三人实施何种行为可被归责,归责的认定路径欠缺统一指引。例如,在“谢忠伟与西山区、云南省昆明市明诚公证处公证损害责任纠纷案”中,虽然原告因证据不足而败诉,但法院判决并未解释违反公证程序不严谨、不细致是否属于违反专家义务,以及违反专家义务是否必然承担专家责任。〔12〕

## 4. 责任形态存疑

第三人缔约过失责任的具体形态为何,司法实务存在分歧。例如,《注册会计师法》第42条、《公证法》第44条均未规定相应专家责任的承担方式,导致司法实践中有法院采补充责任。在“上诉人河南省郑州市黄河公证处与被上诉人周学智、李贵岭、施永化借款合同纠纷案”中,法院认为:“黄河公证处进行本案债权公证事项时,未尽到严格核验义务,致使周学智权利受到侵害,一审判决其承担补充赔偿责任并无不当。”〔13〕也有法院并未采此立场,如在“北京市方正公证处等与张喜发公证损害责任纠纷”案中,法院则认为:“方正公证处应承担与其过错程度相应的侵权责任。”〔14〕再如,根据《最高人民法院关于金融机构为企业出具不实或者虚假验资报告

〔8〕 江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民终1097号民事判决书。

〔9〕 江苏省苏州市虎丘区人民法院(2007)虎民一初字第0403号民事判决书。

〔10〕 参见浙江省高级人民法院(2008)浙民一终字第159号民事判决书。

〔11〕 参见江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民终1097号民事判决书。

〔12〕 参见云南省高级人民法院(2016)云民终7号民事判决书。

〔13〕 河南省郑州市中级人民法院(2018)豫01民终20739号民事判决书。

〔14〕 北京市第二中级人民法院(2020)京02民终468号民事判决书。

资金证明如何承担民事责任问题的通知》，金融机构在验资不实部分或虚假资金证明金额范围内承担赔偿责任，但在“中国农业银行股份有限公司长春翔运支行与杨春花、吉林博大东方会计师事务所有限责任公司侵权责任纠纷案”中，法院判决“合法债权在依法强制执行后仍不能清偿的部分，会计师事务所在其出具的虚假证明范围内承担赔偿责任”<sup>〔15〕</sup>，采补充责任立场。此外，《证券法》第 85 条及第 163 条规定相关主体违反信息披露义务、勤勉责任承担连带责任。于此的连带责任究竟是部分连带还是全部连带，实务与学理认定上存在巨大分歧。

### 三、第三人缔约过失行为的归责依据

#### （一）第三人缔约过失行为归责的法理基础

为探讨缔约过失责任的内在合理性，德国法学界主要有信赖说、<sup>〔16〕</sup> 权利领域开放说、<sup>〔17〕</sup> 私法自治行为伴生说<sup>〔18〕</sup>等，信赖说为主流观点。本文亦赞同信赖说，但引入权利领域开放说提及的特别结合关系可增强信赖说的论证完整性。其中，巴勒施泰德为信赖说的实际奠基者，其指出当事人对他方所表示意图之信赖为磋商成为法律关系之关键。<sup>〔19〕</sup> 在此基础上，拉伦茨进一步区分了一般诚信期待与增强的个人信赖。一般诚信期待为客观信赖，即磋商之人可期待相对人如一个诚实正直之人般行为，其为交易往来顺利开展之前提，为先合同义务之来源。<sup>〔20〕</sup> 增强的个人信赖为主观信赖，为磋商之人对相对人产生人身信赖。<sup>〔21〕</sup> 此二者划分为区别当事人缔约过失和第三人缔约过失的重要标准，亦为责任主体范围界定之内核。再者，弗罗斯特将权利开放领域与特别结合关系相联系，即当事人通过自愿开放权利领域而进入特别结合关系，未进入特别结合关系前，因人与人之间处于防卫隔离状态，权利保护适用侵权法。特别结合关系之产生需满足两个要件：第一，当事人彼此自愿开放权利领域允许权利领域相结合；<sup>〔22〕</sup> 第二，当事人基于特别目的才承担权利领域结合引发的风险。<sup>〔23〕</sup> 合同磋商关系属于特别结合关系无疑，但特别结合关系不能用侵权法调整的观点有待商榷。

弗罗斯特认为信任责任仅在双方进入特别结合关系时方可适用，因信任责任以诚实信用原则为依据，而仅在特别结合关系情形下诚实信用原则方为衡量个人行为之标准。<sup>〔24〕</sup> 基于此观点可推导出缔约过失责任产生的完整逻辑链条，即：当事人间自愿开放权利领域而产生特别结合关系从而被纳入诚实信用原则的适用范畴，在此范畴内当事人对缔约存在客观信赖；在此客观信赖中一

• 271 •

〔15〕 吉林省高级人民法院（2014）吉民提字第 42 号民事判决书。

〔16〕 Vgl. Kurt Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, Archiv für die civilistische Praxis 151 (1951), 501, 506.

〔17〕 Vgl. Moritz Keller, Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung, 1. Aufl., 2007, S. 127.

〔18〕 Vgl. Frotz, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, Gedenkschrift für Gschnitzer, 1969, S. 173 - 174.

〔19〕 参见前引〔16〕，Kurt Ballerstedt 文，第 506 页。

〔20〕 Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 106.

〔21〕 Vgl. Karl Larenz, Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“, Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 415.

〔22〕 Vgl. Marina Frost, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflicht, 1. Aufl., 1981, S. 57.

〔23〕 参见前引〔22〕，Marina Frost 书，第 59 页。

〔24〕 参见前引〔22〕，Marina Frost 书，第 41 - 42 页。

方具有向对方在自己领域施加更高程度影响的可能性,其应顾虑他人权利、法益和利益;〔25〕若当事人辜负此信赖致人损害则应承担责任。鉴于此,特别结合关系为进入保护义务的“通道”,为产生信任责任的“工具”,承担缔约过失责任的根本原因仍为被辜负的信赖。〔26〕若第三人获得对当事人权利领域的影响可能,并施加个人信赖从而对磋商进程产生与潜在合同当事人同等地位的影响,保护义务亦于第三人与合同当事人之间产生。〔27〕故此,第三人缔约过失行为亦引发相应责任。

此外,虽然缔约过失责任源于缔约一方对另一方合理信赖的诱致,〔28〕但当事人缔约过失责任与第三人缔约过失行为所生责任的信任责任特征有所不同,即第三人缔约过失行为的责任更强调当事人对第三人的特殊信赖,其信任责任特征更明显、信赖认定要求更严格。于缔约过失责任而言,一方当事人对另一方当事人之信任主要来源于当事人的缔约行为,该信赖为一般诚信期待。然而,于第三人缔约过失行为的责任而言,当事人的信赖尚体现为增强的个人信赖,除信任第三人在缔约过程中的行为外,尚信任第三人本身,存在双重信任风险。第三人不能直接介入当事人缔约过程,当事人信赖并允许其行为影响合同缔结,盖因其自身具备让当事人信赖的特质,此为第三人责任产生之关键,亦为第三人范围界定之核心。

## (二) 第三人缔约过失行为的归责方式

第三人缔约过失行为采何者归责方式,因各国立法而异。《法国民法典》第1382条侵权责任为第三人缔约过失行为的归责方式。为弥补侵权法对财产保护的不足及雇主责任中雇主通过反证免责的不足,德国民法发展出较完备的缔约过失责任制度,《德国民法典》一体规定缔约过失责任(第311条第2款)和第三人缔约过失责任(第311条第3款)。〔29〕若《民法典合同编解释》顺利施行,则我国会形成侵权责任编中的侵权责任与合同编的“合同订立中的第三人责任”适用竞合。欲判定新增解释是否必要,应在厘定其内涵基础上,进一步分析其法律体系上的独立性。

### 1. “合同订立中的第三人责任”区别于德国法“第三人缔约过失责任”

根据《德国民法典》第311条第3款“第三人缔约过失责任”与《民法典合同编解释》第6条“合同订立中的第三人责任”之表述,二者概念内涵无本质区别,皆为调整缔约过程中第三人违背诚实信用原则的行为。但二者责任类型有所不同,德国法中第三人缔约过失责任主要包括代理人责任、磋商辅助人责任、事务管理人责任、专家责任。“合同订立中的第三人责任”则无法涵盖上述所有责任类型,从中二者差异性可见一斑。

#### (1) 代理人责任

德国法中,代理人、磋商辅助人以个人信任对交易的可靠性提供额外个人担保方有适用第三人缔约过失责任之可能性。〔30〕但是,二者无法契合我国现行法律体系,无适用“合同订立中第

〔25〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第69页。

〔26〕 Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1. Aufl., 1971, S. 532.

〔27〕 参见前引〔17〕, Moritz Keller 书,第212页。

〔28〕 参见朱广新:《合同法总则研究》(上册),中国人民大学出版社2018年版,第208页。

〔29〕 参见前引〔2〕,王利明书,第320页。

〔30〕 Vgl. Feldmann, in: Staudinger BGB, 17. Aufl., 2018, § 311, Rdn. 189ff.

三人责任”之空间。

其一，于有权代理而言，《民法典》采取被代理人先承担责任再追偿的责任承担逻辑。代理人实施的民事法律行为对被代理人有效（《民法典》第162条），即使代理人不当代理造成相对人损失，此损失亦由被代理人承担，但其可向有过错的代理人追偿（《民法典》第929条）。表见代理的责任承担逻辑与有权委托代理相同（《民法典》第172条）。其二，于无权代理而言，无权代理人与被代理人之间无代理法律关系，无追认行为代理人即非合同当事人（《民法典》第171条），无权代理人非“第三人”，亦无适用“合同订立中第三人责任”之余地。其三，于隐名代理而言，若相对人在缔约过程中不知道代理关系存在，隐名代理人应为缔约过失行为承担缔约过失责任；反之，缔约行为直接约束受托人，责任承担按照有权委托代理处理（《民法典》第925条）。其四，于本人以代理人名义实施“代理行为”而言，第三人假借代理人之名行自己交易之实，被代理人为其“傀儡”。（德国法上称之为代理人对合同缔结具有自身直接经济利益<sup>[31]</sup>）因不存委托事项代理行为，其不构成委托代理，第三人为真正合同当事人。此时可刺破“代理人”面纱，使其直接作为当事人承担缔约过失责任，而无需转引至“合同订立中第三人责任”。

### （2）磋商辅助人责任

磋商辅助人属于狭义履行辅助人<sup>[32]</sup>范畴，狭义履行辅助人与“合同订立过程中的第三人责任”中“第三人”的本质区别在于是否具备独立性。狭义履行辅助人，人格被债务人人格吸收，不具有独立主体地位，其合同履行行为在法律及法理上不被视为自己行为。<sup>[33]</sup>狭义辅助人仅为当事人意志的传声筒，此“工具人”因无施展个人意志之空间，对方当事人不会因信赖其而作决定，履行辅助人不会改变既有信赖关系。故此，即使在缔约阶段因磋商辅助人过错造成对方当事人损失，因不存在信赖空间，第三人缔约过失行为所生责任亦不适用。根据自己责任原则，债务人应为履行辅助人帮助自己履行债务的行为负责，如《中华人民共和国旅游法》第71条第1款规定了“组团社承担责任后向履行辅助人追偿”的违约责任承担路径，此路径可类推适用于缔约阶段。

### （3）事务管理人责任

事务管理人责任为德国法对代理人责任的扩展。事务管理人责任指作为事务代理人参与合同谈判的第三人，因自身特殊信赖而应为对方当事人合法权益承担照顾义务，若违反此义务则应承担缔约过失责任。<sup>[34]</sup>其与代理人责任的区别在于：其一，其非当事人就缔结合同所委托的代理人，而是当事人为管理其事务所委托之人，其不代表当事人参与合同缔结；其二，其自身的特殊信赖必须明显超过一般人就其谨慎程度和可靠性所表示的信赖程度，<sup>[35]</sup>此特殊信赖通常与专业能力相关。德国联邦最高法院在1971年判决中首次认定事务管理人缔约过失责任，我国法中并

[31] 参见前引[3]，丁勇文。

[32] 履行辅助人，分为狭义说、广义说、最广义说。狭义履行辅助人，系作为债务人债务履行帮手之人；广义履行辅助人，尚包括债务人的代理人；最广义履行辅助人，扩展至代为履行之人。参见崔建远：《第三人的原因造成违约时的责任分配论》，载《政法论坛》2023年第1期。

[33] 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第259页。

[34] Vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht Verlag, 1. Aufl., 2002, S. 190.

[35] 参见前引[34]，Lorenz/Riehm书，第190页。

无与事务管理人责任相类似之制度，且不存在法律适用冲突，事务管理人责任可纳入“合同订立过程中的第三人责任”范畴。

#### （4）专家责任

专家责任，指从事特定职业的人员基于其专业能力引起公众特别信任，其应对不正确的咨询、鉴定、证明等行为向第三人承担责任。<sup>〔36〕</sup>专家责任在司法实践中可分为专家遗嘱案群、专家意见案群、专家咨询案群，<sup>〔37〕</sup>意见案群、咨询案群属于第三人缔约过失行为调整范畴。

德国法中专家意见案群以招股说明书责任为典型代表。德国法中招股说明书责任分为狭义和广义，狭义招股说明书责任指不完整或不准确的招股说明书致使投资者损失而产生的责任；广义招股说明书责任尚涉及责任主体违反信息披露义务造成投资者损失所产生的责任。<sup>〔38〕</sup>于我国而言，《证券法》第85条、第163条中相关主体的信息披露义务、勤勉责任即为广义招股说明书责任的具象化。

德国法中投资预测责任即属专家咨询案群，投资预测责任指因给予不正确的或不完全的投资咨询意见而导致投资人受有损失所应承担的责任。<sup>〔39〕</sup>我国法则体现为金融机构违反适当性义务<sup>〔40〕</sup>所承担的责任：《私募投资基金监督管理暂行办法》第16条规定了私募基金销售机构对投资者的风险识别能力和风险承担能力的评估义务；《证券投资基金法》第99条规定了基金销售机构向投资人揭示投资风险、销售与投资人风险承受能力相当的基金产品的义务；《证券法》第88条对金融机构适当性义务予以明确规定。

概言之，“合同订立中的第三人责任”与“第三人缔约过失责任”因身处不同法律体系，二者所涵盖的第三人类型有所不同，二者非同一概念。二者皆以调整第三人缔约过失为立法目的，皆为弥补本国法律规定之阙如而生，但因各国法律体系、法律内容安排不同，所形成之制度具备明显本土化特征。《德国民法典》采“小侵权法”且相关制度存在缺陷，迫使其发展出完备的第三人缔约过失责任。而我国《民法典》侵权责任编第1165条第1款、特别法上的规定及《民法典》上的第三人欺诈、胁迫规则等，已经对第三人缔约过失行为的调整提供了较为完备的规范基础，因此《民法典合同编解释》第6条规定“合同订立中的第三人责任”的目的不应是系统性地构建德国法上的第三人缔约过失责任，其应着力于既有规范的漏洞填补或解释。故此，对“合同订立中第三人责任”必要性之探讨应立足我国法律体系，而非直接以“第三人缔约过失责任”的名义借他国制度施行之功效论证其存在意义。

#### 2. “合同订立中的第三人责任”非独立于“侵权责任”

针对《民法典》第500条缔约过失规范的性质，我国学理上存在侵权责任和独立的缔约过失责任的争议。这两种观点分歧的核心在于“独立性”，即缔约过失责任是否独立于侵权责任。<sup>〔41〕</sup>

〔36〕 参见前引〔3〕，丁勇文。

〔37〕 参见周友军：《论律师因见证行为对第三人承担的责任》，载《月旦民商法杂志》2017年第58期。

〔38〕 参见前引〔30〕，Feldmann书，边码201。

〔39〕 参见前引〔34〕，Lorenz/Riehm书，第190页。

〔40〕 适当性义务，系金融机构负有将适当的产品提供给适当的客户之义务。参见王锐：《金融机构适当性义务司法适用的实证分析》，载《法律适用（司法案例）》2017年第20期。

〔41〕 参见前引〔2〕，孙维飞文。

主张缔约过失责任具有独立性的学者主要从四个方面论证：（1）前提义务差异，即缔约过失责任中的先合同义务比侵权法要求的注意义务更重；（2）归责事由差异，即缔约过失责任以过错为归责原则，而侵权责任有大量无过错责任；（3）责任环境差异，即缔约过失责任以双方存在特别结合关系为前提，而侵权责任不需要此前提；（4）赔偿范围差异，即缔约过失责任的赔偿范围通常为信赖利益，侵权责任则为固有利益与完全性利益。<sup>〔42〕</sup>持反对观点的学者则认为：（1）因缔约磋商产生的先合同义务与侵权法上的一般安全注意义务无本质区别，皆为交易安全保护义务；（2）缔约过失责任中存在无过错责任情形，以归责原则区分缔约过失责任与侵权责任不可行；（3）缔约过失行为实质为一种致人损害行为，其仅借缔约磋商形式而已，缔约过程之中或之外致人损害无本质区别，而且侵权法中亦有特别结合关系，特别结合关系非区分二者之关键；（4）信赖利益实际为纯粹经济损失，侵权法赔偿范围可涵盖之，赔偿范围无法区分二者。<sup>〔43〕</sup>由此观之，缔约过失责任与侵权责任区分之关键不在于构成要件，因其调整目的相同，调整效果的区别方为“独立性”之所在，即“独立性”判定关键在于法律适用上的差别。<sup>〔44〕</sup>同样，对第三人缔约过失行为的调整而言，“合同订立中的第三人责任”是否具有“独立性”是厘定其性质之关键，且其“独立性”之评价通过与侵权责任的适用对比得出。

首先，于保护客体而言，《德国民法典》明确第三人缔约过失责任的目的是填补侵权法与合同法的缝隙，而我国《民法典》不存在需要弥合之裂缝。《德国民法典》第 823 条第 1 款关于一般侵权行为的规定，保护客体仅限于生命、身体、健康、自由四大法益及绝对权，纯粹经济损失被排除在外；而第 311 条第 3 款缔约过失责任则保护当事人的一切法益，因第三人缔约过失行为侵害对象主要为信赖利益，第三人缔约过失责任适用范围明显区别于侵权责任。于我国而言，“合同订立中的第三人责任”所保护的客体为信赖利益损失，而《民法典》侵权责任编所保护的民事权益可将其涵括在内，“合同订立中的第三人责任”并未扩展侵权法客体保护范围。

其次，于适用范围而言，侵权责任可涵盖“合同订立中的第三人责任”适用情形。“合同订立中的第三人责任”将第三人承担责任的情形分为三种：其一，第三人欺诈；其二，第三人胁迫；其三，合同的订立基于对第三人的特别信赖或者依赖于第三人提供的知识、经验、信息等，第三人实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错。其中，《民法典》总则编第 149 条、第 150 条、第 157 条对第三人欺诈、胁迫行为进行调整，《民法典合同编解释》第 6 条仅扮演了“搬运工”角色。第三种情形作为兜底条款揭示了一般适用要件，即合同订立过程中，具备特别信赖地位的第三人实施违背诚实信用原则的行为造成当事人损失。关于“合同订立过程”是否为区分缔约过失责任和侵权责任的要件，学界多有争论。有学者认为：若当事人之间因直接接触而产生“特别结合关系”，则损害处理适用缔约过失责任规则；若当事人处于未发生直接社会接触的“一般普通关系”中，则损害由侵权法调整。<sup>〔45〕</sup>正如上文所述，“特别结合关系”为第三人缔约行为的责任产生起点，在责任认定上占据重要位置。但是，

〔42〕 参见韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 171 页。

〔43〕 参见前引〔2〕，冉克平文；前引〔2〕，于飞文。

〔44〕 参见前引〔2〕，孙维飞文。

〔45〕 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第 4 册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 11 页。

此“特别结合关系”非仅发生于缔约领域，侵权法并未排除救济“特别结合关系”中所生损害，“一般普通关系”“特别结合关系”中的民事权益皆为侵权法保护范围。<sup>〔46〕</sup>根据《民法典》第1165条，只要行为人因过错侵害他人民事权益造成损害，皆应承担侵权责任，行为是否发生于合同订立过程中在所不问。第三人缔约过失行为仍属于致人损害行为，<sup>〔47〕</sup>宽泛的过错侵权责任条款完全可将其涵盖。

最后，于适用效果而言，“合同订立过程中的第三人责任”的目的为调整三人在订立合同中违背诚实信用原则的行为，其通过损害赔偿实现，且根据《民法典合同编解释》第5条损害赔偿的范围仅限于信赖利益，缔约过程中的所有权和身体损害赔偿则不包括在内，而侵权责任都能予以救济。

概言之，“合同订立中的第三人责任”性质之界定非论证其在我国民法体系中具有“独立性”之关键，即使“合同订立中的第三人责任”与“侵权责任”性质不同，其法律适用上仍无独特之处。性质界定更具学理意义，而观察制度能否与我国现行法律体系相协调方具现实意义。《民法典合同编解释》第6条将业已规定的第三人欺诈、胁迫予以归纳，并在此基础上总结出兜底条款，其目的更偏向于界定第三人缔约过失行为内涵，从而指引司法裁判，而不是单独建构第三人缔约过失责任。故此，我国现行法律体系下，第三人缔约过失行为之调整仍应诉诸侵权责任。但是，侵权责任仅为第三人缔约过失行为调整的“终点”，现有法律规定中搭乘第三人缔约过失行为的“列车”通向侵权责任的“路径”尚不清晰。故此，亟需厘清第三人缔约过失侵权的责任适用规则，此一般规则之探究以信赖原则为法理基础，以《民法典合同编解释》第6条和特别法规范为指引。即在以过错侵权责任条款调整第三人缔约过失基础上，从《民法典合同编解释》第6条和特别法中抽象出调整第三人缔约过失的一般规则，形成“一般规则+特别规定”的法律规制体系。

#### 四、第三人缔约过失行为归责的关键要素认定

##### （一）第三人范围界定

##### 1. 第三人具备“信赖特质”

第三人作为独立主体，因缔约过失行为承担责任的重要标准为合同当事人一方对其产生了人身性信赖，<sup>〔48〕</sup>责任成立以当事人一方对第三人的信赖为基础。《德国民法典》第311条第3款指出第三人须享有特殊信赖，且因而重大影响契约磋商或缔结；《民法典合同编解释》第6条亦强调“合同的订立基于对第三人的特别信赖”。质言之，当事人对第三人之人身性信赖，源于第三人具备的“信赖特质”，其来源可分为三个方面。其一，基于第三人专业能力而信赖，即第三人在特定领域具备为公众所信赖的专业能力，第三人专业能力以专业知识或从业资格为表征，以行业认可程度为评价标准，行业认可程度与社会公众信赖程度成正比。此者通常为专家责任的主

〔46〕 参见李中原：《缔约过失责任之独立性质疑》，载《法学》2008年第7期。

〔47〕 参见前引〔2〕，冉克平文。

〔48〕 参见前引〔25〕，迪尔克·罗歇尔德斯书，第80页。

体，如证券服务机构勤勉责任；《民法典合同编解释》第6条提及的因提供知识、经验、信息等而被依赖者即属于此。其二，基于第三人高尚品性而信赖，第三人在特定范围内具备足以让人信赖的声誉。第三人品性以人处世方式为表征，以社会评价为认定标准。此者通常在当地甚至全国享有较高社会声誉，为当地人甚至全国公众所尊重。其三，基于亲密社会关系<sup>[49]</sup>或其他原因而信赖：与受损人间有血缘关系、密切社交关系而被信赖，如亲属、朋友；与受损人间有利益关系而被信赖，如合作伙伴；向受损人提供了坚定的信赖要求表示而被信赖等。值得注意的是，第三人具备“信赖特质”为责任主体的必要非充分要件，即其为责任主体的必备特征，但并非具备“信赖特质”者皆可为责任承担者。

## 2. 第三人的信赖在从事法律行为时获得

具备“信赖特质”的第三人承担责任的前提为当事人对第三人的信赖是其从事法律行为时获得的，即当事人信任第三人在其所从事的法律行为上具备优势或具备施加更高程度影响的可能，纯粹私人生活领域内的信赖不会产生信赖责任。<sup>[50]</sup>如丈夫订立合同时咨询妻子的意见，不会引发第三人缔约过失侵权，盖因要求纯粹私人领域信赖之人承担信赖责任将破坏私人正常生活秩序使然。鉴于此，《民法典合同编解释》第6条“合同订立基于对第三人的特别信赖”应理解为“合同订立基于对第三人在缔约过程中所获得的特别信赖”。

## 3. 第三人获得的信赖为“特别信赖”

《民法典合同编解释》第6条强调当事人对第三人的信赖为“特别信赖”，即在一般诚信期待之外，尚需达到增强的个人信赖标准。“特别信赖”标准肇源于德国法判例，即第三人所提供之信赖应超过通常磋商信赖，<sup>[51]</sup>且仅单纯提及具备专业知识不足以引起特别信赖。<sup>[52]</sup>而且，其判例进一步丰富了“特别信赖”内涵，即第三人对意思表示的真实性和完整性做了“担保”，并对相对人做出决定发生了重要的影响，则构成特别信赖。<sup>[53]</sup>如“刘守义、锦州市太和区新民街道北壕村村民委员会等土地租赁合同纠纷案”中，法院认为：“被告北壕村委会与张守林签订的《协议书》实为遮阴损失补偿协议，并非土地承包经营权证，原告在租赁案涉土地时，应当向北壕村委会了解案涉土地是否能取得土地承包经营权证；而原告没有了解，单纯信赖北壕村委会与张守林签订的《协议书》，故此信赖只是一般信赖，缺乏法律保护依据，北壕村委会不应承担第三人缔约过失责任。”<sup>[54]</sup>质言之，特别信赖的形成实质为第三人获得个人信赖并积极使用之结果，即以其所从事法律行为上具备的优势为交易安全提供“担保”，进而影响当事人决策。如专家责任中，“特别信赖”之获得体现为因专业能力获得信赖基础上出具专家意见书。

概言之，以所从事的法律行为中获得的信赖为交易安全提供担保从而获得特别信赖者，方可成为第三人缔约过失行为的责任主体。

[49] Vgl. Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., 2017, S. 60.

[50] 参见前引〔4〕，李昊文。

[51] 通常磋商信赖，系在合同缔结过程中就谨慎程度和可靠性对每个人所表示之信赖。参见前引〔34〕，Lorenz/Riehmann, 第374页。

[52] Vgl. BGHZ 126, 181 (189).

[53] Vgl. NJW-RR 1991, 1241 (1242).

[54] 辽宁省锦州市中级人民法院（2021）辽07民终2730号民事判决书。

## （二）第三人行为可归责性的认定

### 1. 第三人介入缔约过程的认定

根据《民法典合同编解释》第6条规定，第三人缔约过失行为须发生于合同订立过程中，第三人须为合同缔结的“推动者”，其决定性地参与磋商，并对合同缔结有实质影响。第三人从“局外者”到合同缔结“推动者”的角色转变涉及责任起点之认定，其始于第三人与合同当事人产生“特别结合关系”（介入缔约过程）而负保护义务，<sup>〔55〕</sup>故第三人是否介入缔约过程关乎第三人能否实施缔约过失行为。缔约过失责任中当事人可径行进入缔约过程，但第三人无法独立径行开启缔约过程，需经由合同当事人方可为之，当事人缔约过失责任的始点与第三人介入缔约过程的时点并非完全吻合。

第三人经由当事人介入缔约过程主要有两种方式，即借由非受损方、直接与受损方实质接触。<sup>〔56〕</sup>首先，于第三人借由非受损方介入缔约过程而言，第三人通常与非受损方存在相关债权债务关系，且此债权债务关系可使第三人行为对缔约结果产生实质影响。此类债权债务关系主要包括二者：其一，其可产生第三人代替非受损方参与合同缔结之效果，如第三人为当事人的代理人；其二，第三人虽未亲自参与合同缔结，但其债务履行行为对合同缔结产生实质影响。如C为A委托的鉴定机构，B因相信C的鉴定结果而与A订立合同。此类第三人自履行其债务伊始介入当事人缔约过程而负保护义务。其次，于第三人直接与受损方实质接触而言，第三人与当事人间不存在可介入缔约过程的债权债务关系，第三人介入缔约过程主要有两种情形：其一，当事人尚未进入缔约阶段，第三人直接接触受损方而径行推动缔约开启。如“深圳市恒信财富资产管理有限公司、王俊香等金融委托理财合同纠纷案”中，恒信公司因向王俊香推荐金融产品而负适当性义务，并推动了王俊香的投资行为。<sup>〔57〕</sup>其二，当事人已进入缔约阶段，第三人与受损方的接触行为实质影响合同订立。如在Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd案中，当事人开始缔约谈判后，H向银行P咨询E的信用状况，P隐瞒E的不良信用情况导致H与E缔结合同而遭受损失。<sup>〔58〕</sup>

### 2. 第三人客观行为可归责性认定

《民法典》第500条规定的兜底条款，即“其他违背诚实信用原则的行为”，表明缔约过失行为本质为在缔约过程中违反诚实信用原则的行为，《民法典合同编解释》第6条第2款亦将第三人实施违背诚信原则的行为作为兜底条款。但其尚并列规定“对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错”的兜底条款，二者因不属同一评价范畴，并列规定存在逻辑悖论，且后者可为“违背诚实信用原则的行为”所涵盖，有重复规定之嫌。“合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力”涉及意思表示效力评价规范，其为第三人缔约过失行为之后果，以后果反推构成要件存在逻辑悖论。而《民法典》中因第三人过错导致合同被撤销的行为实为第三人欺诈、

〔55〕 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第70页；前引〔28〕，朱广新书，第210页。

〔56〕 有学者从受咨询人视角，将咨询责任中咨询人与受咨询人间的关系分为“一次性接触”型、“第三人转交”型，而本文此分类基于“第三人”视角。参见前引〔3〕，许德风文。

〔57〕 参见山东省高级人民法院（2022）鲁民终406号民事判决书。

〔58〕 See Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd [1963] UKHL4.

胁迫，其法律效果之外延似乎大于第三人缔约过失侵权的责任，即除损害赔偿责任外，尚涉及合同效力评价，但仍属“违背诚实信用原则”范畴而适用第三人缔约过失侵权的责任。具言之，第三人欺诈、胁迫立足于维护合同订立时当事人意思表示真实性，意欲解决意思表示效力认定问题，为意思表示效力评价手段；而第三人缔约过失侵权的责任则基于维护当事人合法权益视角，目的为损害救济，为责任承担方式。<sup>〔59〕</sup>鉴于此，第三人欺诈、胁迫作为意思表示效力评价规范不能当然引发由债务违反所生之责任承担，其所生之法律效果为合同可撤销，但将其转引至第三人缔约过失范畴内，则可适用之。同样，第三人缔约过失作为法定之债，不能直接引发对合同效力评价之效果，可将其置于第三人欺诈、胁迫中认定合同效力。概言之，在我国缔约过失制度不具备废除合同功能的情况下，不应苛求其成为全能救济方式，应重点着眼于“单效果”的欺诈与“单效果”的缔约过失之间的关系，如此方能实现法律制度联动、法律体系协调。<sup>〔60〕</sup>

此外，第三人违反诚实信用原则的行为，可具体化为因违反诚实信用原则所生的保护义务，<sup>〔61〕</sup>义务对象包括权利、法益、财产保护，义务内容包括诚信缔约、告知、保密等义务。<sup>〔62〕</sup>值得注意的是，第三人所负保护义务的具体内容应根据第三人的“身份”确定，但应以违反该义务将误导当事人决策为必要。如在“谢忠伟与西山区、云南省昆明市明诚公证处公证损害责任纠纷案”中，公证机关虽公证程序不严谨，但出具的公证结果真实，公证机关谨慎注意义务的违反不会误导当事人行为而造成损害，故此义务违反行为不具可归责性。<sup>〔63〕</sup>

### 3. 第三人主观可归责性认定

第三人缔约过失行为的责任以过错为归责要件，盖因诚实信用原则、契约自由原则之价值实现使然。<sup>〔64〕</sup>相较于缔约过失责任，第三人缔约过失行为中第三人主观上的可归责性尚体现为，第三人意识到或应当意识到其行为将展示给他人，且将成为他人作决定之基础。<sup>〔65〕</sup>因第三人非合同当事人，不能当然认定其能意识到其行为会影响他人，若受影响之人非第三人所意识或应当意识到之人，第三人承担责任则显失公平，且会不当扩大责任范围。如在“徐州市华辰科技小额贷款有限公司与江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司徐州分公司、江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司财产损害赔偿纠纷案”中，二审法院认定房地产评估公司责任时提及“其进行涉案评估的目的，系为确定估价对象抵押贷款额度提供参考，应可以预见到利害关系人会信赖该评估结果”<sup>〔66〕</sup>。事实上，第三人不需要意识到信赖其行为的具体为何人，只要了解其行为会影响他人即可，但第三人意识或应当意识到他人的范围因其行为的异质性而有所不同。如卡纳里斯教授针对咨询提供人承担责任对象的认定提出两个标准：其一，如果咨询意见是为了用于某个项目，则该项目中所涉及的人均属于受信赖责任保护之人；其二，咨询提供人的责任在时

〔59〕 参见前引〔42〕，韩世远书，第167页。

〔60〕 参见尚连杰：《缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线》，载《法学家》2017年第4期。

〔61〕 “广义而言，缔约阶段诚信原则引起的所有义务皆可称作保护义务，即防止对方遭受财产或精神上的损失。”前引〔2〕，孙维飞文，第189页。

〔62〕 参见前引〔42〕，韩世远书，第174页。

〔63〕 参见云南省高级人民法院（2016）云民终7号民事判决书。

〔64〕 参见丁海俊：《债权法教程》，对外经济贸易大学出版社2011年版，71页。

〔65〕 Vgl. BGHZ 159, 1.

〔66〕 江苏省徐州市中级人民法院（2018）苏03民终1097号民事判决书。

间上应以特定项目为限,若咨询意见被用于其他用途,则其不负责任。由此观之,他人范围与第三人行为的目的有关,只要在其行为目的范围内所涉及之人,皆为第三人应意识到之人。

#### 4. 第三人缔约过失行为与当事人损害间因果关系的认定

第三人缔约过失行为与当事人损失须具有因果关系,第三人须实质干预契约关系,即当事人因信任第三人而订立合同从而遭受信赖利益损失。鉴于此,二者间因果关系之认定以当事人信任第三人为关键。首先,当事人是否对第三人产生信赖,应采自身信赖标准,即根据当事人自身状况判断其对第三人产生信赖的可能性、其因信赖第三人而订立合同的可能性。其一,当事人是否对同一第三人产生信任因人而异。如专家责任中,相较于具备专业知识之人,一般社会公众更容易信赖专家的意见。其二,当事人对第三人的信赖为订立合同的原因力。即使当事人信赖第三人,亦可能存在订立合同的决定性因素为其他因素的情形。在“韦林诉利安达、中瑞岳华会计师事务所案”中,法院认为原告没有依赖被告的审计报告错失回购股权的最佳时机,被告的审计报告与原告的损失无关,而否定了相关责任。<sup>〔67〕</sup>其次,当事人对第三人的信赖应具有合理性,并非只要当事人对第三人产生了信赖,第三人即应承担责任。若当事人基于不合理信赖进行交易,属于自甘风险。当事人的信赖是否合理取决于当事人是否在判断第三人及其行为可信度时尽到了合理注意义务,具体体现为当事人对第三人及其行为的综合考察。如在专家责任中,有学者指出:“第三人的信赖是否合理,要综合考虑各种因素来认定,主要包括四个方面:其一,专家意见的出具时间;其二,专家意见的保护范围,或者目的项目的保护范围;其三,专家意见是否是最终版本;其四,专家的保留性声明。”<sup>〔68〕</sup>

#### (三) 第三人缔约过失行为侵权的归责原则厘定

具体第三人缔约过失行为是否适用过错推定责任原则,需基于过错推定责任的适用要求和立法目的予以解释。首先,依据《民法典》第1165条第2款,过错推定责任之适用以法律特别规定为准。对此,仅《证券法》第85条、第163条规定了相关主体的过错推定责任,未有法律特别规定时,第三人缔约过失行为应适用一般过错责任原则。其次,过错推定原则本质仍为过错责任,只是在适用过错原则下受害人难以举证时,方适用过错推定责任。<sup>〔69〕</sup>其立法功能在于,通过加重加害人责任,使受害人处于有力诉讼地位,保护受害人合法权益。<sup>〔70〕</sup>从《证券法》未对专家责任全然采过错推定责任,可窥探我国法对第三人缔约过失行为侵权的归责原则态度。《证券法》中仅两种情形适用过错推定责任:第一,发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员,违反信息披露义务的责任(《证券法》第85条);第二,证券服务机构违反勤勉义务的责任(《证券法》第163条)。而信息披露义务人违反信息披露义务(《证券法》第85条)、金融机构违反适当性义务(《证券法》第88条)的责任均未采过错推定责任,特别是第85条区分了不同主体的归责原则。由此可知,即使皆为《证券法》调整下的第三人缔约过失行为,亦存在不同归责原则,第三人缔

〔67〕 参见安徽省宣城市中级人民法院(2018)皖18民终975号民事判决书。

〔68〕 前引〔4〕,周友军文,第103页。

〔69〕 参见王利明:《侵权责任法》(第2版),中国人民大学出版社2021年版,第50页。

〔70〕 参见王成:《侵权责任法》(第4版),北京大学出版社2022年版,第47页。

约过失行为的归责原则未有统一为过错推定责任的倾向。此外，通过观察采过错推定责任情形的特征可知，过错推定场合相关主体的义务履行行为具有“隐秘性”，即从现有客观事实难以推断其义务是否履行，从而造成受害人举证困难。如证券服务机构的勤勉责任，证券服务机构出具的虚假记载文件无法直接说明其未尽勤勉责任，因该虚假记载可能为尽勤勉责任仍不能避免的，证券服务机构勤勉义务的履行不为受害人所明视。但金融机构适当性义务的履行则直面受害人，且其推荐的不适当金融产品即为违反注意义务的有力证明，受害人举证较为容易。针对不同缔约过失情形采不同归责原则，符合过错推定责任的立法目的。故此，法律未规定归责原则的第三人缔约过失行为一般采过错责任原则。

#### （四）第三人缔约过失行为侵权的责任形态辨析

司法实践中第三人缔约过失行为侵权的责任形态，主要为单独责任、连带责任、补充责任三种。其一，单独责任，第三人为一人，自己为自己的侵权行为承担责任。<sup>〔71〕</sup>如“北京市方正公证处等与张喜发公证损害责任纠纷案”。其二，连带责任，除适用于共同侵权行为外，法律规定或当事人约定亦可适用连带责任。<sup>〔72〕</sup>共同侵权行为包括两种情形：多数第三人共同缔约过失行为，第三人缔约过失行为与当事人行为构成共同侵权。如“大信会计师事务所、上海市锦天城律师事务所与北京四达星辰劳务服务有限公司、大公国际资信评估有限公司等证券虚假陈述责任纠纷”案，证券服务机构勤勉责任与五洋建设虚假陈述的缔约过失责任构成共同侵权，证券服务机构在其过错范围内对五洋建设公司的虚假陈述责任承担连带责任。<sup>〔73〕</sup>其三，补充责任适用于提供机会的竞合侵权行为。<sup>〔74〕</sup>竞合侵权行为，包括直接和间接侵权行为，分别对应直接和间接因果关系；提供机会的竞合侵权行为，进一步区分主行为和从行为，从行为给主行为的顺利实施提供了机会。<sup>〔75〕</sup>此责任之适用以两个以上侵权行为为必要，且第三人缔约过失行为作为从行为应与当事人损失间有间接因果关系。在“上诉人河南省郑州市黄河公证处与被上诉人周学智、李贵岭、施永化借款合同纠纷案”中，侵权行为实施者仅黄河公证处一人，李贵岭、施永化与周学智之间为借款合同纠纷；且黄河公证处造成周学智的损失非未偿还的借款，而是为维护权益所支出的费用，故法院判决黄河公证处对借款及利息承担补充赔偿责任存在不当。<sup>〔76〕</sup>

• 281 •

## 五、结 语

“法者，天下之程式也，万世之仪表也”。<sup>〔77〕</sup>本文基于立法和司法实践问题，重点探讨了第三人缔约过失的责任性质及规则适用，希冀以此为“天下之程式”予以解读，为司法裁判提供参考，真正实现“法之万世仪表”。本文未涉及第三人缔约过失侵权的法律效果，但其亦为化解现

〔71〕 参见杨立新：《侵权责任法》（第2版），高等教育出版社2021年版，第301页。

〔72〕 参见程啸：《侵权责任法教程》（第3版），中国人民大学出版社2017年版，第137页。

〔73〕 参见中华人民共和国最高人民法院（2022）最高法民申364号民事裁定书。

〔74〕 参见杨立新：《中国侵权责任法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2018年版，第249页。

〔75〕 参见前引〔71〕，杨立新书，第313页。

〔76〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01民终20739号民事判决书。

〔77〕 《管子·明法解》。

实纷争必须探究之问题。根据《民法典合同编解释》第6条规定,第三人缔约过失行为侵权的法律效果为赔偿责任,且赔偿范围参照适用第5条缔约过失赔偿范围之规定,即赔偿范围主要包括合理费用等直接损失和因丧失其他缔约机会而造成的损失二者。但此规定是否合理,除此二者外是否尚包含其他损失,学界多有论争。如有学者认为缔约过失责任的赔偿范围仅指信赖利益损失,<sup>〔78〕</sup>而有学者则认为履行利益亦可包含在内。<sup>〔79〕</sup>第三人缔约过失侵权的赔偿范围如何参照适用缔约过失责任,二者赔偿范围存在何者特殊性仍需进一步思考。

---

**Abstract:** In order to adjust the third party's culpa in contrahendo, Article 6 of the Interpretation of the Contract Compilation of the Civil Code (Draft for Soliciting Opinions) adds "third party liability in contract formation". However, there are doubts about its nature and relationship with tort liability, which affects the determination of liability attribution methods. In practice, there are also problems in the relevant judgments of the court, such as confusion in the way of attribution, ambiguity in the scope of the subject of responsibility, ambiguity in the criteria for determining attributable behavior, and doubts about the form of responsibility. In fact, the "third party liability in contract formation" is different from the third party's culpa in contrahendo. It mainly plays a role in defining the connotation of the third party's culpa in contrahendo. This liability does not exist independently of tort liability. However, in specific identification, it should be noted that only those who obtain special trust from the relative party through the trust obtained in the legal act they engage in as a guarantee for transaction security can become responsible subjects. In addition, for the determination of the responsibility of a third party, the third party objectively needs to intervene in the contracting process and engage in behaviors that violate the principle of good faith. Subjectively, the third party must be aware that their actions will have an impact on others and causality should be linked by trust.

**Key Words:** third party's culpa in contrahendo, the third party's liability in contract formation, tort liability

---

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

---

〔78〕 参见崔吉子:《债法原理》,北京大学出版社2021年版,第187页。

〔79〕 参见前引〔55〕,王洪亮书,第82页。

## 论合同无效后利息的返还 ——基于对司法案例的实证考察

邵永乐\*

**内容提要：**通过损害赔偿路径还是得利返还路径解决合同无效后的利息偿还问题，会有明显不同的法效果。《合同编通则司法解释》第 25 条将过错作为确定利息返还数额的条件，混淆了返还责任与损害赔偿责任的制度逻辑，对此应予修正。因无效合同导致资金占用情形，金钱用益价值的所得与所失之间可建立起直接的相关关系，在得利返还的路径下处理利息给付问题更为符合矫正正义的要求。从规范得利的角度观察，利息的返还数额应以贷款市场报价利率为计算标准。合同效力瑕疵规范的目的、对价值主观性的尊重、双务合同的牵连性等均对应返还利息的数额具有影响。

**关键词：**利息返还 用益价值 规范得利 贷款市场报价利率 规范目的

• 283 •

### 一、问题的提出

合同无效、被撤销或者确定不发生效力（以下简称为“合同无效”）的，已给付利益的返还清算问题在比较法上聚讼已久，其中尤以价值偿还和用益返还问题争议最甚。<sup>〔1〕</sup> 相较而言，《中华人民共和国民法典》（以下简称为《民法典》）第 157 条对孳息、利息、用益的偿还问题语焉不详，理论上的探讨多集中于原物返还不能时的价值偿还，对利息、用益的研究并不深入。在仅

\* 邵永乐，南京大学法学院博士研究生。

本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“债法请求权框架下行政法债务关系理论研究”（22YJCZH229）的阶段性成果。

〔1〕 参见〔日〕松冈久和：《法律行为被认定为无效后的已给付利益清算》，朱涛译，载《环球法律评论》2012 年第 2 期；〔德〕索尼娅·梅耶：《失败合同的返还清算：欧洲的新发展》，冯德淦译，载解亘主编：《南京大学法律评论》2019 年秋季卷，南京大学出版社 2020 年版，第 103 - 132 页；李世刚：《法国新债法——债之渊源（准合同）》，人民日报出版社 2017 年版，第 82 - 99 页；陈自强：《契约失败给付返还序说》，载《月旦法学杂志》2020 年第 6 期。

有的研究中,多数观点认为利息属于法定孳息,应与本金一并返还。<sup>〔2〕</sup>少数观点认为利息给付旨在补偿被损害的合同关系,其往往是损害赔偿的内容。<sup>〔3〕</sup>亦有观点认为,返还责任和损害赔偿责任在对资金占用利息的矫正方面表现为交错而非叠合,二者都可发挥作用。<sup>〔4〕</sup>具体到利息的计算标准又可分为存款利息说、<sup>〔5〕</sup>贷款利息说<sup>〔6〕</sup>和民商事交易区分说<sup>〔7〕</sup>等不同观点。

通过对最高人民法院裁判的500余份案例梳理可以发现,在合同无效后的利息偿还问题上,最高人民法院内部存在多种不同观点。<sup>〔8〕</sup>在利息偿还的路径选择方面,最高人民法院的处理路径大致可划分为两种:其一是在得利返还的路径下处理利息的给付问题,即认为利息属于法定孳息,合同无效后利息应与本金一并返还;<sup>〔9〕</sup>其二是在损害赔偿责任的路径下处理利息损失问题,过错因素对责任成立和责任范围的确定发挥了重要作用。<sup>〔10〕</sup>在利率的计算标准上,不同的处理路径下又有活期存款利率、<sup>〔11〕</sup>同期定期存款利率、<sup>〔12〕</sup>一年期定期存款利率<sup>〔13〕</sup>和同期同类贷款基准利率<sup>〔14〕</sup>等多种标准。上述问题的根本分歧在于究竟应当在得利返还的路径下还是损害赔偿的路径下解决资金占用利息的偿还问题,不同路径下责任的成立条件和责任范围的考量因素具有根本差异。

为统一裁判尺度,《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称为《九民纪要》)第34条对利息的偿还问题做了一般规定,即双务合同不成立、无效或者被撤销的,标的物的使用费与资金占用费可相互抵销,资金占用方仅须支付本金,而无须支付利息。此种基于裁判效率考量的简单化处理方式不仅掩盖了问题背后的实质,在法理上也未必是正当的。一方面,抵销只能在对应数额的范围内消灭债权,<sup>〔15〕</sup>但资金的占用费与物之使用利益并非都是客观等值的,相互抵销的正当性机理需要澄清。另一方面,该规定的适用范围仅为标的物所有权转移型的双务合同且要

〔2〕 参见李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第740页;吴至诚:《违法无效合同不当得利返还的比例分担——以股权代持为中心》,载《中外法学》2021年第3期。

〔3〕 参见唐世银、孙盈:《关于民事审判中利息给付问题研究》,载《法律适用》2011年第4期。

〔4〕 参见张家勇:《合同法与侵权法中间领域调整模式研究——以制度互动的实证分析为中心》,北京大学出版社2016年版,第191页;叶名怡:《〈民法典〉第157条(法律行为无效之法律后果)评注》,载《法学家》2022年第1期。

〔5〕 参见李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第740页;吴至诚:《违法无效合同不当得利返还的比例分担——以股权代持为中心》,载《中外法学》2021年第3期;刘勇:《溢缴税款的返还——〈税收征收管理法〉第51条的解释论》,载张仁善主编:《南京大学法律评论》2017年秋季卷,法律出版社2017年版,第182页。

〔6〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第790页。

〔7〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第267-268页。

〔8〕 以“合同无效”和“利息”为关键词,审结时间限定为“1999年10月1日《合同法》实施后”,法院级别限定为“最高人民法院”,在“北大法宝”进行司法案例的全文检索,得到裁判文书3000余份,筛除掉建设工程施工合同无效和其他无用案例,得到有效案例共计500余份。

〔9〕 参见最高人民法院(2013)民一终字第47号民事判决书;最高人民法院(2015)民一终字第149号民事判决书;最高人民法院(2018)最高法民终790号民事判决书。

〔10〕 参见最高人民法院(2019)最高法民终101号民事判决书;最高人民法院(2017)最高法民终171号民事判决书。

〔11〕 参见最高人民法院(2005)民二终字第29号民事判决书;最高人民法院(2006)民二终字第13号民事判决书。

〔12〕 参见最高人民法院(2009)民二终字第1号民事判决书。

〔13〕 参见最高人民法院(2006)民二终字第145号民事判决书。

〔14〕 参见最高人民法院(2014)民二终字第138号民事判决书;最高人民法院(2017)最高法民终215号民事判决书。

〔15〕 参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第180页。

求交易双方均已完成给付与对待给付，对于其他情形的利息偿还并无适用空间，并未从根本上解决问题。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号，以下简称为《合同编通则司法解释》）第25条第1款以资金占用当事人对合同无效是否有过错为标准，确定了两种利息的计算方式，表现出对无过错方的责任优待。但结合该条第2款的规定可推导出，资金占用费是被放在返还责任的领域加以设计的。但是，此种处理方式存在明显的逻辑漏洞：过错因素是确定损害赔偿责任的成立和范围的考量因素，但却不是确定得利返还数额的考量因素。若认为利息给付属于返还责任的内容，则利息的计算标准不应因资金占用方对合同无效是否具有过错而有不同。这种结果的产生与双务合同无效后返还关系中的多元价值冲突有很大关系，<sup>〔16〕</sup>但仅仅将过错作为评价因素并不能实现给付双方的利益平衡，为实现公平的结果，需要结合合同无效的原因和特殊规范目的具体考量。

有鉴于此，有必要在总结司法实践经验的基础上，厘清合同无效后资金占用利息的本质并择定利息偿还的应然路径，同时结合特殊规范目的等因素可能对清算关系产生的影响，确定利息的偿还标准，为司法实践提供切实可操作的方案，助力法律适用。

## 二、资金占用利息偿还的规范进路

从既有研究与裁判观点考察，合同无效后的利息偿还，主要有不当得利和损害赔偿两种救济路径可供选择。不当得利返还法旨在矫正不当利益变动而非赔偿损失，<sup>〔17〕</sup>损害赔偿法的基本目标在于损害填补，<sup>〔18〕</sup>二者救济功能的差异应予重视。要解决合同无效后的利息偿还问题，就必须关注得利返还责任与损害赔偿责任的制度差异，在此基础上择定利息偿还的规范路径。

### （一）得利返还进路的正当性检视

孳息返还说认为，无效合同返还请求权的内容不仅包括原物，也包括相应的孳息，利息属于法定孳息，因此资金占用方应当返还利息。<sup>〔19〕</sup>合同无效后，因给付关系导致的一切利益变动原则上都应当发生逆向的复归运动，在规范效果上表现为返还财产和折价补偿。矫正正义要求考量的是被告是否产生了规范性的盈余和原告是否产生了规范性的亏损，即对比自己之应得部分，原告是否有不足，被告是否另有所得。<sup>〔20〕</sup>如果依据法律的分配秩序得利应归属于原权利人，那么就应当准予返还，相反，如果法律秩序未将利益分配给原权利人，那么得利者就无需返还得利。<sup>〔21〕</sup>与物所生的天然孳息不同，利息并非当然产生，是否需要返还利息取决于对金钱用益价

• 285 •

〔16〕 参见刘亚东：《〈民法典〉中给付型返还法效果的内外体系与规范适用》，载《清华法学》2023年第2期。

〔17〕 参见王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社2015年版，第3页。

〔18〕 参见王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2017年版，第25页。

〔19〕 参见最高人民法院（2013）民一终字第47号民事判决书；最高人民法院（2015）民一终字第149号民事判决书；最高人民法院（2018）最高法民终790号民事判决书。

〔20〕 See Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 119.

〔21〕 See Gerhard Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, 2009, p. 94.

值的规范评价。因此,证成得利返还说的首要任务是确定金钱受领方是否获得了本应归属于给付方的利益。

因合同关系而发生的金钱给付,附带产生的效果是受领方获得了金钱的使用和收益价值。有学者将“货币的使用价值”看作是本身无可争议的利益,因为它很容易以货币形式量化并转换为货币,被告不能主张他没有因收到货币使用的机会而得利。<sup>[22]</sup>但作为一种非金钱得利,用益价值能否在法律上评价为受领方的规范所得需要受到更为严格的审查。一般来说,只有强行确定金钱价值不会侵犯个人自由选择如何运用可得资源的权利时,非金钱利益才可以计价。<sup>[23]</sup>例如,若因接收错误汇款而获得本金但接收方对此并不知情,因其未意识到自己有所得利,当然没有利用资金使用收益的可能,故不能认为其获得金钱用益价值的得利,原权利人要求接收方偿还利息就不具正当性,除非能够证明得利已经现实产生(比如存款账户会自动产生利息)。

然而,对于选择自由的尊重是相对的,如果基于特定的事实,一般理性人能够认定被告已有得利,那么得利就是不容反驳的。<sup>[24]</sup>特定的事实通常包括两种情况:其一,金钱已经被使用。例如,被告通过存款、投资或者其他方式已经将金钱的使用价值转化为现实的收益。其二,即使金钱未被使用,但金钱的受领符合被告的自由意志。例如,受领方明确要求对方给付金钱,或者是明知接收到金钱并且能够很轻松地将其退还却予以拒绝,抑或是事后知道金钱的接收而未能抓住合理的机会拒绝继续使用,那么同样不能主张金钱使用价值对其毫无意义。<sup>[25]</sup>同样是上述错误付款的例子,如果金钱接收方明知对方错误付款,或者事后意识到自己收到错误付款,却未能及时返还本金,则意味着接收方获得了金钱用益价值的得利,此时,要求其附加利息偿还就是正当的。

在当今市场驱动的经济中,几乎每个人都认为货币使用的机会对其是有益的,这也是银行要求使用货币付款的运作原则。<sup>[26]</sup>在缔约关系中,金钱的取得都是因受领相对方的给付所发生。所谓给付,是基于特定目的意思而增益他人财产的行为。<sup>[27]</sup>受领方的受领也并非无意识的行为,而是为获得财产上的增益而接受金钱,故与不知情的错误汇款而得利的情形有所不同。由此可见,在有偿交易中,只要是基于自愿交易而接受相对方的金钱即代表接受金钱的用益价值,那么金钱的用益价值在规范意义上被评价为一项独立于本金的得利便不成问题。即使交易是非自愿达成的,只要受领方已实际利用金钱使用收益,得利的检验仍可被满足。只不过在非自愿达成的交易中,受领方是基于意思表示具有瑕疵的合同而接受的给付,得利与否的判断需要特殊考量,对此下文详述。

正因如此,比较法上的多数观点都是在得利返还的层面处理利息偿还问题。<sup>[28]</sup>最高人民法院主张的孳息返还说亦是想要在得利返还的路径下解决资金占用利息的问题,只不过未能澄清利息的本质。在资金被占用期间,受领方不仅获得本金价值的得利,而且获得资金用益价值得利,

[22] See Man Yip, *The Use Value of Money in the Law of Unjust Enrichment*, 30 *Legal Studies* 586, 608 (2010).

[23] 参见〔英〕皮特·博克斯:《不当得利》,刘桥译,清华大学出版社2012年版,第62页。

[24] See Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford University Press, 1989, p. 116.

[25] See Andrew Lodder, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, 2012, p. 190.

[26] See Man Yip, *The Use Value of Money in the Law of Unjust Enrichment*, 30 *Legal Studies* 586, 593 (2010).

[27] 参见赵文杰:《给付概念和不当得利返还》,载《政治与法律》2012年第6期。

[28] 例如,我国台湾地区“民法”第259条第2项;《日本民法典》第545条第2款。

该部分得利虽无法主张原物返还，但却可以主张折价补偿。因此，从得利返还的角度证成利息偿还的正当性是可行的。

## （二）损害赔偿进路的正当性检视

损害赔偿责任说认为，对合同无效具有过错的当事人，应当赔偿资金被占用期间的利息损失，若双方当事人都有过错，则应进行损失分担。<sup>〔29〕</sup>

按照理论上对信赖损害的通常划分方式，金钱给付方的利息损失可表现为两种不同形态：一是给付方为履行或准备履行合同从银行贷款而遭受的贷款利息损失（直接损失）；二是因资金被占用所生的用益损失（间接损失）。<sup>〔30〕</sup>值得注意的是，学界讨论的利息损失的赔偿一般仅指前者，或者将二者统归于所受损害的范畴，但后者明显属于所失利益的范畴，二者不可同一而论。对于直接损失的赔偿，理论上并无争议，但是对间接损失的赔偿，理论上多持慎重态度。否定方的观点认为，机会损失存在举证上的困难，在范围上难以确定，因而否定间接损失的赔偿。<sup>〔31〕</sup>损害范围的不确定性难以构成损失不得获赔的充足理由，故多数观点肯定间接损失的赔偿。<sup>〔32〕</sup>但是即使是支持方的观点也认为，缔约机会损失并非在所有情形都能获得赔偿，只有被放弃的交易与本合同具有相同标的且属有效的情况下，缔约机会损失才有获赔的可能。<sup>〔33〕</sup>

虽然各国关于损害赔偿的制度设计并不相同，但都以被害人损害填补作为最高指导原则，即赔偿之结果，应有如损害事故未曾发生时当事人现在应处的状态。<sup>〔34〕</sup>不过，我国理论上一般认为，在合同不成立及合同无效的情形，受损方可以请求的只是合同缔结前（无加害行为时）所处的状态。<sup>〔35〕</sup>全国人大法工委同样认为在法律行为无效或者被撤销时，法律救济的目标应当是恢复到法律行为成立或者实施之前的状态。<sup>〔36〕</sup>

损害赔偿以恢复原状为原则固无疑问，但是，对于恢复原状的目的却存在两种不同的理解方式：一是将当事人的利益状态恢复到合同订立前所处之状态，如同该行为并未发生；二是假设合同不存在，当事人现在本应处之状态。<sup>〔37〕</sup>根据前种理解，合同无效后，金钱受领方仅需将收到的本金返还即可满足救济目标，而根据后种理解，资金被占用期间所导致的相关损失则应被纳入赔偿范围。从完全赔偿的角度考量，加害人应将被害人目前真实的财产状态（实然状态），恢复到假设损害未发生时应有的假设性财产状态（应然状态）。所谓应然状态，并非指原来状态，而

• 287 •

〔29〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终101号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民终171号民事判决书；最高人民法院（2016）最高法民再3号民事判决书；最高人民法院（2006）民二终字第134号民事判决书。

〔30〕 间接损失主要指存款利息等通过金钱利用关系所能获得的收益。理论上认为所失机会不仅包括同种类或同性质的缔约机会的损失，也包括异种类的缔约机会损失。参见朱广新：《合同法总则研究》（上卷），中国人民大学出版社2018年版，第219页。

〔31〕 参见王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社2015年版，第366页。

〔32〕 参见朱广新：《合同法总则研究》（上卷），中国人民大学出版社2018年版，第221页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第185页。

〔33〕 参见张家勇：《合同法与侵权法中间领域调整模式研究——以制度互动的实证分析为中心》，北京大学出版社2016年版，第157页。

〔34〕 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第16页。

〔35〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第185页。

〔36〕 参见黄薇主编：《〈中华人民共和国民法典〉总则编解读》，中国法制出版社2020年版，第510页。

〔37〕 荻野奈绪「財産権移転型契約が解消された場合の使用利益返還義務に関する覚書：カタラ準備草案の検討を手かりとして」同志社法学第63卷3号（2011年）101頁参照。

应将损害事故发生后的变动状况考虑在内。<sup>〔38〕</sup>如果无效的缔约行为没有发生,金钱给付方可以将本金用于储蓄、借贷或者投资而获得收益,故用益价值的损失属于可赔偿的范围。因此,从应然财产状态恢复的角度考虑,适用损害赔偿救济给付方的利息损失是可行的。

因此,金钱用益价值损失是与履行行为相关的最低层次的损害且具有相当的确定性,该笔用益的损失在合同有效时为本应支出的成本,但却因合同最终无效而转变为实际损失,故利息损失和缔约直接损失能够同时纳入损害赔偿的范围。

### (三) 利息偿还规范进路的择定

如果仅从得利或者损失的单方角度观察,则得利返还路径与损害赔偿路径都可独立发挥作用,但是若考虑到受领方的得利和给付方损失之间的相关关系,结论可能会有不同。《民法典》第157条同时规定了折价补偿与损害赔偿,作为不同的责任基础,折价补偿和损害赔偿的要件和效果各不相同,法律解释的目标是尽可能明确不同责任规范各自的适用对象和调整范围。

#### 1. 得利返还路径与损害赔偿路径的差异

首先,在得利返还的视角下,过错因素不会影响利息返还责任的成立;但在损害赔偿责任的视角下,过错是判断责任成立与否的重要考量因素。在双方当事人对合同无效都具有过错之时,对于给付方而言,主张得利返还路径明显是更优的选择。但对于金钱受领方而言,其无法主张相应的责任扣减,需要承担更多的负担。

其次,折价补偿是通过受保护权益的强制交易,达到合同标的物自身价值以及利用标的物所获利益的偿还,故与损害赔偿责任具有相似性,但二者在功能上仍不相同。<sup>〔39〕</sup>损害赔偿责任旨在补偿受害方的所受损失,而得利返还责任主要是矫正无法律依据的利益变动,前者关注的是金钱给付方的损失,后者关注的是金钱受领方的得利。在事实评价上,损失与得利的内容并非必然一致,尤其是一方有实际得利而对方无实际损失,或者一方有实际损失而对方无实际得利的情况下,适用不同的责任基础就会对责任内容的确定产生影响。另外,在诉讼程序中,不同责任基础对证明要件的要求并不完全相同,主张损害赔偿责任要求证明对方过错行为造成了己方损害,而主张不当得利仅需证明对方得利源于本应归属于己方的权益,况且证明己方损失与证明对方得利的难度不可相提并论。

再次,适用得利返还责任或损害赔偿责任解决利息问题时,相对方的抗辩事由明显不同:给付方主张利息损失赔偿时,相对方可主张与有过失的抗辩以实现减轻或者免除赔偿责任的效果;在给付方主张用益返还之时,与有过失规则无法适用,但如果满足相关条件,相对方可主张给付方的行为构成强迫得利从而无需进行价值偿还。<sup>〔40〕</sup>

最高人民法院在孳息返还与损害赔偿责任的路径之间来回反复的态度表明其内部对此问题并无统一认识,其中最主要的分歧是合同无效的原因是否会对责任的成立与责任范围产生影响。导致这种现象产生的原因可能是,法官在处理利息偿还问题时更多是采用结果导向的思考方式,合

〔38〕 参见叶新民:《因物之使用可能性丧失而生赔偿责任的法律效果》,载《月旦裁判时报》2020年第3期。

〔39〕 参见张家勇:《论统一民事责任制度的建构——基于责任融合的“后果模式”》,载《中国社会科学》2015年第8期。

〔40〕 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2015年版,第255-257页。

同效力判定时的价值判断会直接影响法官对于利息偿还与否以及偿还范围的态度，基于先前的价值预设倒推欲达到此种判决结果所应适用的裁判路径。

但是，不同法官对于同一事件可能会有不同的价值评价，最高人民法院在不同案件中的裁判观点分歧也说明如果不能在教义学上对利息偿还路径预先统一构造，司法实践中的裁判乱象便会一直存在。若允许法官的价值判断影响权益救济的标准与范围，将极大地损害法律适用的稳定性，裁判逻辑的分歧必将阻碍实质正义的生成，因此应当明确利息偿还的规制路径。

## 2. 得利返还路径的优越性

如果仅从事实层面评价资金受领方的得利和给付方的利息损失可能差异甚巨，但是矫正正义要求得利与损失应从规范性的而非事实性的层面评价。<sup>〔41〕</sup>这是因为超过用益价值本身的得利很难认定为与金钱给付方的权益相关，那么法律对于超过用益价值本身的得利便无权干涉，故只能从规范得利的角度建立所得与所失之间的相关性。另外，从规范得利的角度评价，受领方的得利与给付方的损失之间就不存在数额上的差异，前述损害赔偿路径与得利返还路径在救济内容上的不一致就可被消解。

既然得利与损失在规范评价的角度是一致的，那么在多数案件中适用得利返还路径与损害赔偿路径处理利息偿还的问题在结果上就是相同的，主要的效果差异存于金钱受领方对合同无效有过错或者双方对合同无效都有过错的情形。在损害赔偿路径下救济给付方的利息损失，受领方可主张与有过失的抗辩，利息偿还的数额会被相应缩减，由此受领方的得利将无法被全部剥夺。例如，企业间的资金拆借合同因违反强制性规定而无效时，适用得利返还路径还是损害赔偿路径处理利息问题会有明显的效果差异。在“广西威林木业有限公司、中铁物贸能源有限公司企业借贷纠纷案”中，最高人民法院考虑到各方对合同无效均具有过错而在损害赔偿路径下对利息赔偿范围予以限缩，尽管当事人之间存在数次转款行为，受领方只需从最后一次收到款项的次日开始计算利息损失。<sup>〔42〕</sup>但是，在“海南天雨国际投资控股有限公司、天源证券经纪有限公司与西宁天行投资控股有限公司借款合同纠纷案”中，最高人民法院认为虽然本案《借款协议》双方当事人均存在违法借贷的缔约过失，但天源证券公司占用海南天雨公司的资金所产生的利息亦应予以返还，利息返还标准按照贷款利率计算。<sup>〔43〕</sup>此时，损害赔偿路径与得利返还路径在救济范围上的差异体现得尤为明显。

但必须关注的是，宣告合同无效的理由不扩大及自愿交易通常所产生的所有后果。<sup>〔44〕</sup>只要交易是双方自愿达成的，即使最终因违反法律、行政法规的强制性规定而无效，也不影响给付关系所导致的利益变动的完全复归，除非涉及法律需要特别干预的理由。<sup>〔45〕</sup>适用损害赔偿责任救济利息损失不得不面临的是与有过失的抗辩，那么受领方因给付行为所获得的利益将无法被全部剥夺，如此将与矫正正义的要求相违背。

〔41〕 See Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 118.

〔42〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终101号民事判决书。

〔43〕 参见最高人民法院（2010）民二终字第134号民事判决书。

〔44〕 参见〔美〕詹姆斯·戈德雷：《私法的基础：财产、侵权、合同和不当得利》，张家勇译，法律出版社2007年版，第717页。

〔45〕 基于特殊的价值判断或者政策判断，不法无效合同的返还可能会因违反公共利益等原因而被限制。

于是,适用返还责任还是损害赔偿 responsibility 解决金钱占用利息问题在很大程度上取决于得利与损失之间的相关关系:金钱受领方的得利与给付方的损失之间的相关性越强,矫正正义所要求的利益状态复归的正当性就越强,责任施加所需考虑的因素就越少,此时法律救济的目标仅在于矫正无法法律依据的不当利益变动;反之,受领方的得利与给付方的损失之间的相关性越弱,剥夺得利的正当性就越弱,责任施加就需要考虑其他的正当理由,此时法律救济的目标便更趋向于预防或者威慑不法行为。如是观之,只要受领方的所得以给付方的所失为代价,给付方就有权要求返还该所得,此时法律评价的重心在于矫正不当的利益变动,而非给付方的事实损失以及相对方的主观过错。因此,过错因素并非利息偿还责任成立的必要条件,《民法典》第 157 条规定的损害赔偿 responsibility 所要求的过错要件明显不能满足救济目标,而返还责任在矫正利益状态的不当变动方面具有天然的制度优势。

根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕17 号)第 21 条第 2 款的规定,商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后,出卖人应当将收受的购房款本金及利息返还买受人。这说明我国实证法已有不区分过错而在得利返还路径下解决资金占用利息问题的先例,可作为进一步佐证。

因此,只要是本应归属于权利人的利益被不当僭取,那么利益返还就是正当的。在规范评价层面,金钱受领方的所得是以给付方所失为代价,矫正正义就要求金钱受领方交出该部分得利,对此不因受领方是否具有过错而有不同,故得利返还路径在利益矫正方面具有明显的优越性。

• 290 •

### 三、利息的计算标准

利息返还的范围取决于三个考量因素,即本金数额、资金占用的时间与利率标准。其中,本金的数额和占用时间根据金钱给付的具体数额和具体时间确定,对此只存在诉讼中的证明问题而不存在理论上的争议,唯一复杂的就是利率的确定问题。综合现有理论和实务中的观点,较有代表性的是民商事交易区分说和存款利息说,现一一评析。

#### (一) 民商事交易区分说之商榷

有观点认为借款合同无效,在商事审判中,原则上应当参照贷款利率支付利息。<sup>〔46〕</sup> 依此推导,在民事审判中应按照存款利率支付利息。

不过,区分民商事交易的性质而适用不同的利息标准明显违背了同等事务同样处理的原则。首先,无论是民事借贷还是商事借贷,借款方所获得的都是金钱的使用价值,既然得利的内容都是金钱的使用价值,那么就不能认为在商事交易中金钱使用价值的得利比民事借贷更高,尤其是在当前市场经济环境下,不能主观地认为民事主体运用资金增值的能力更弱。虽然我国立法区分自然人之间的借款和非自然人之间的借款而采用不同的利率标准,近来也有学者主张区分民商事借贷判断标准以明确法律适用的规则,<sup>〔47〕</sup> 但这主要是出于利率的管控和规制

〔46〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社 2019 年版,第 267-268 页。

〔47〕 参见王建文:《论我国民间借贷合同法律适用的民商区分》,载《现代法学》2020 年第 1 期。

的目的，而非为了确定金钱用益价值的不同标准。其次，虽然学界主张民商分立的呼声很高，但是民商合一的立法体例是我国一直以来的传统。在此背景下继续强调民事交易和商事交易的区分变得异常困难，无论是商主体说还是商行为说都难以标示出二者之间的差异。<sup>〔48〕</sup>最后，从法律适用的角度考量，民商事交易区分的二元标准会极大地增加法律适用的难度，进而影响司法裁判的统一性。

## （二）存款利息说之商榷

在实践中，有的判决以存款利率作为利息的计算依据。<sup>〔49〕</sup>学理上主张存款利息说的观点认为，综合我国现行民商事单行法、部门规章的规定，可以得出不当得利的返还对象原则上不包括金钱的用益价值而只能是金钱自然增长的本身价值，由此主张在合同无效时只需要按照存款利率标准计算返还利息的内容。<sup>〔50〕</sup>但是，存款利息并非金钱自然增长的本身价值，而是金钱的用益权能转交给银行所获得的对价，在此意义上存款利率是当事人双方约定的计价标准，既然是双方的合意约定，那么就不能当然地认为利息只能以存款利率为限。

虽然从前述学者列举的现行法律法规的规定确实可以得出投资关系无效或者没有法律依据取得金钱应返还本金并加算银行同期存款利息的一般规律。例如，《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称《税收征收管理法》）第51条规定，在错误纳税的场合，税务机关应当退还纳税人多缴的数额并加算同期存款利息。《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称《证券投资基金法》）第60条规定，募集期届满但未满足相关要求的，应加算同期存款利息退还投资人已缴纳的款项。《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第89条规定，募股设立未成功，应返还所缴股款并加算同期存款利息。<sup>〔51〕</sup>但是，上述规定与合同关系无效引发的已给付金钱的返还有着显著区别。在超额纳税的场合，如果是纳税人自己的原因导致税款多缴，那么税务机关是无意识的金钱得利方，因受领方不知自己得利，如果以金钱的用益价值的客观标准计价，会侵犯受领方选择如何运用财产的自由。此种情况类似于错误汇款的情形，除非能够证明得利是不容置疑的（例如存款账户会自动产生利息），否则他就没有因此获得用益价值的得利。此时受领方只需返还事实所得，即税收账户产生的存款利息。如果是税务机关违法超额征税的情形，税务机关的行为可能构成侵权，此时就无需受制于存款利率的标准，而应就实际损失主张损害赔偿。<sup>〔52〕</sup>更何况在税收的场合可能会涉及公共利益的考量，因此不能以《税收征收管理法》的规定反推民事合同中的利息返还规则。

另外，在基金募集、公司募股等场合给付方只能主张存款利息计价返还的原因是，资金受领方并没有获得资金自由使用收益的权利，其得利内容并非完整的金钱用益价值。例如，《证券投

〔48〕 民商合一是立法者就民法典编纂达成的普遍共识，传统商法可能具有的独立价值逐渐被民法借鉴和吸收。参见许中缘：《我国〈民法总则〉对民商合一体例的立法创新》，载《法学》2017年第7期。

〔49〕 参见最高人民法院（2009）民二终字第1号民事判决书；最高人民法院（2006）民二终字第134号民事判决书；最高人民法院（2006）民二终字第145号民事判决书。

〔50〕 参见吴至诚：《违法无效合同不当得利返还的比例分担——以股权代持为中心》，载《中外法学》2021年第3期。

〔51〕 类似的规定可参见原中国银行业监督管理委员会《信托公司集合资金信托计划管理办法》第17条，《中华人民共和国证券法》第24、33条，因其本质与证券募资相同，此处不再列举。

〔52〕 参见刘勇：《溢缴税款的返还——〈税收征收管理法〉第51条的解释论》，载张仁善主编：《南京大学法律评论》2017年秋季号，法律出版社2017年版，第183页。

《证券投资基金法》第 59 条规定，任何人不得动用基金募集期间的资金。同样，《公司法》第 88 条规定，公开募股的，由银行代收和保存股款。由此可见，在上述场合，资金受领方用益金钱的权利本身受到法律法规强制性规定的限制，其得利的内容也只能按照银行账户产生的存款利息计算，而不能按照金钱的客观用益价值计价。可见，从现有法规的特殊规定推导利息偿还的一般标准的做法忽视了对特殊制度背景的考察，进而陷入将特殊规定当作一般原则的思维误区。

### （三）规范评价路径下的利率标准

若仅仅观察得利的事实面向，那么金钱占用期间所取得的一切利益都可以被评价为得利内容。如果受领方将金钱存入银行，那么得利就是存款利息；如果用来偿还债务，那么得利就是因此节省的借款利息；甚至受领方可能将金钱放在家中闲置不用或者投资股票，那么用益价值的获利为零或者获得巨额收益。上述利益形态各异但并非都与给付方的权益相关，例如投资获益更多是基于个人能力、判断力、交易机会等其他因素，无论如何都不能被评价为来源于给付方的得利，即使是投资亏损了也不代表受领方没有获得金钱的用益价值。因此，事实得利既无法体现受领方得利的真实内容，也无法服务于矫正正义所要求的相关性。

立足于金钱的使用方法确定得利的内容具有明显的不足，如何能够认为受领方将金钱存入银行一定比将金钱用于购买物品或者用于投资的获益更少？受领方既然选择受领金钱，那么如何使用就是其个人自由，使用方法的不同对于得利的规范评价就不具意义。因此，金钱用益价值的估价应当是客观的，而不是被告事实上利用金钱所获取的价值。<sup>[53]</sup>

从规范所得的角度观察，受领方的得利内容是获得金钱的使用所节省的成本或本应支出的对价，即贷款利息。正如《美国第三次返还法重述》所指出的，有义务返还资产的接收方同样负有返还与资产相关的利息和实际收到的租金，通过获得许可的合理成本估算使用价值可能是衡量得利唯一可用的方式。<sup>[54]</sup> 在市场上获得金钱使用的合理成本只能是从银行获得贷款所应支出的成本。这表明从规范得利的角度评价受领方的得利内容才能真正符合受领方得利的真实内涵并且建立起损失与得利之间的相关性，受领方需要返还的得利是获取贷款的成本而非其他内容。自 2019 年起，中国人民银行贷款基准利率已经取消，取而代之的是中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的同期同类贷款市场报价利率（以下简称为 LPR），故金钱受领方原则上应以 LPR 为标准确定利息返还的范围。

《合同编通则司法解释》第 25 条同样是以 LPR 作为计算利息返还数额一般标准，该做法自 2019 年起已经具有稳固的实践基础。<sup>[55]</sup> 就比较法经验而言，清算关系中的利息返还标准适用的是贷款利率标准。例如，《日本民法典》第 545 条第 2 款规定，合同解除后的恢复原状义务包括返还金钱自受领之时起的附加利息。<sup>[56]</sup> 根据同法第 404 条的规定，各期的法定利率是依据法务省令规定的贷款利率确定。<sup>[57]</sup> 合同解除后金钱给付的利息返还可以对合同无效后已给付金钱的利息返还提供参考，同为金钱用益权能的价值偿还，在清算关系中并不存在区分处理的特殊理

[53] See Andrew Lodder, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, 2012, p. 76.

[54] See Restatement (Third) of Restitution And Unjust Enrichment § 53 Comment b, p. 2.

[55] 参见最高人民法院（2019）最高法民终 40 号民事判决书；甘肃省高级人民法院（2021）甘民 481 号民事判决书。

[56] 参见刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译：《日本民法典》，中国法制出版社 2018 年版，第 135 页。

[57] 参见刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译：《日本民法典》，中国法制出版社 2018 年版，第 87 页。

由。英美法系国家对此也存在同样的观点，金钱用益价值的计算标准原则上是被告从市场上获得相同金钱借款的通常利率。<sup>〔58〕</sup>由此可见，通行的做法是以贷款利率的标准作为金钱用益价值计价的方式。

综上所述，从规范的角度评价，受领方的得利内容为获得金钱使用权能所节省的成本，得利的内容只能是市场上获得金钱的使用所应支出的合理对价，以 LPR 为标准确定利息返还的数额具有正当性。

#### 四、影响利息返还数额的特殊考量

尽管得利返还立足于矫正正义，将其作为一般原则用以矫正没有正当理由被破坏的利益分配结果的正当性是极强的，但是合同的效力判断与清算效果的确定存在逻辑上的先后关系，返还责任的适用不得不考虑法律行为效力瑕疵规范的设置目的。

##### （一）公共利益的维护

磋商不成或者意思表示瑕疵而致合同最终无效与违反公共利益情形的合同无效所涉利益关系明显不同。前者情形是因合意欠缺而需要矫正被破坏的利益分配结果，后者情形则需要考量公共利益对于利益矫正的影响，尤其需要考虑允许返还是否会与公共利益相悖，或者会对不法交易产生变相激励作用。

因不法原因而为给付不得请求返还是大陆法系的一般规则，<sup>〔59〕</sup>英美法上也存在非法交易获得的利益禁止返还的做法。<sup>〔60〕</sup>尽管我国立法对此欠缺明文规定，但学说不乏观点支持引入不法原因给付的处理规则，<sup>〔61〕</sup>司法实践中支持不法原因所为给付不得请求返还的判决亦屡见不鲜。<sup>〔62〕</sup>因此，当不法交易触及公法利益时，给付应予以没收，此时并不存在返还的问题。例如，毒品交易、枪支买卖等违法交易获得的金钱无法主张返还，此时自然不存在返还利息的问题。

除前述情形外，某些法律行为效力规范的设置目的不会影响给付本身的返还，但是却会对价值形态的偿还产生影响，典型情形就是行为能力欠缺者作为金钱受领方时的价值偿还。例如，司法实践中认为，限制民事行为能力人所为的民间借贷行为，法定代理人拒绝追认的，限制民事行为能力人无需返还借款利息。<sup>〔63〕</sup>

各个国家的观点普遍认为，对于可免除合同责任的未成年人来说，他绝对不是对于根据合同所取得的全部的利益都要承担恢复原状之责。<sup>〔64〕</sup>无民事行为能力人或者限制民事行为能力人作

〔58〕 See Man Yip, *The Use Value of Money in the Law of Unjust Enrichment*, 30 Legal Studies 586, 607 (2010); Restatement (Third) of Restitution And Unjust Enrichment § 53 Comment b, p. 2.

〔59〕 例如《德国民法典》第 817 条、《日本民法典》第 708 条、我国台湾地区“民法”第 180 条等。

〔60〕 See Restatement (Third) of Restitution And Unjust Enrichment § 31-§ 32.

〔61〕 参见谭启平：《不法原因给付及其制度构建》，载《现代法学》2004 年第 3 期；汪绪文：《论基于不法原因给付的返还》，载《华东政法大学学报》2023 年第 2 期。

〔62〕 参见广东省江门市中级人民法院（2020）粤 07 民终 3517 号民事判决书；江苏省镇江市中级人民法院（2019）苏 11 民终 2173 号民事判决书。

〔63〕 参见重庆市高级人民法院发布的第三批 10 件未成年人司法保护典型案例之六；上海市第一中级人民法院（2017）沪 01 民终 8794 号民事判决书；浙江省台州市中级人民法院（2019）浙 10 民终 3015 号民事判决书。

〔64〕 参见〔德〕海因·克茨：《欧洲合同法》（上卷），周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社 2001 年版，第 150 页。

为法律交易中的金钱受领方时则不能要求其返还利息。

首先,要求行为能力欠缺者返还利息明显与行为能力制度的设置目的相违背。在返还关系中对金钱的用益价值进行折价补偿,实际上是对金钱用益价值的强制交易,而法律设置行为能力制度的目的在于保护无民事行为能力人或者限制民事行为能力人免受法律行为带来的负担,若允许相对人在合同自始无效或者未得到法定代理人追认而不生效时主张利息返还,则无异于让行为能力欠缺者遭受规范设置本欲避免的不利。

其次,行为能力欠缺的主体无法有效地参与交易。从资金利用的角度考虑,无法期待行为能力欠缺者能够按照通常经济规则对资金进行利用。依照《民法典》第 144 和 145 条的规定,无民事行为能力人实施的民事法律行为都归于无效,限制民事行为能力人也只能在纯获益的民事法律行为或者极其有限的范围内从事民事活动。因此,从规范的角度评价,行为能力欠缺的主体几乎无法利用资金进行法律交易,资金的使用价值对其并无意义,故不能将使用价值评价为行为能力欠缺者的规范得利。

最后,从相对方自身的可归责性方面考察,选择无民事行为能力人或者限制民事行为能力人作为交易的对象,属于在交易过程中未能尽到足够的注意义务,利息损失由其自行承担亦难谓不公。即使相对方是善意的,对于欠缺行为能力者的保护,也优先于交易安全,此种风险应当归属于相对方。学理上一般认为,合同因当事人一方无行为能力而无效时,对方无权要求赔偿损失,理由即在于无民事行为能力人受到法律的绝对保护。<sup>[65]</sup>正因如此,为贯彻对特殊规范的制度目的,即使本金返还是正当的,也不能要求行为能力欠缺的主体偿还利息,此时,金钱给付方的利息返还请求权会受到限制。

## (二) 个人意志自由的尊重

当合同效力被否定之时,磋商过程中达成的对价约定在何种情况下能继续发挥作用一直是比较法上热衷讨论的话题。<sup>[66]</sup>对此问题的回答应当关注合同无效的原因对价值主观性的影响,其中涉及无效规范的设置目的是否排斥合同上的对价约定,以及对价约定本身是否存在瑕疵,前者关乎公共利益介入私人自治的特殊理由,后者则属于私法自治的必然要求。

### 1. 强迫交易的阻遏

依规范所得确定利息返还的范围引出了一个重要问题,即任何情形下金钱受领方都需要按照 LPR 标准返还利息可能会产生不公平的结果,尤其是在合同无效是由对方的原因造成时,继续要求受领方支付利息会对不法行为产生变相激励作用。

日本民法改正委员会在修法过程中对此曾展开过激烈的讨论,基于无效法律行为之恢复性质上接近契约解除之恢复原状的理解,有建议增订金钱返还附加利息之规定,但是委员会认为无效及撤销原因多样,尤其是基于欺诈、胁迫撤销合同的情形,一律课以利息返还义务并不适当,故法律行为无效后的利息支付义务并未成为最终条文。<sup>[67]</sup>由于立法过程中争议甚巨,修订后的

[65] 参见朱广新:《合同法总则研究》(上卷),中国人民大学出版社 2018 年版,第 373 页。

[66] 参见〔日〕松冈久和:《法律行为被认定为无效后的已给付利益清算》,朱涛译,载《环球法律评论》2012 年第 2 期;〔德〕索尼娅·梅耶:《失败合同的返还清算:欧洲的新发展》,冯德淦译,载解亘主编:《南京大学法律评论》2019 年秋季卷,南京大学出版社 2020 年版,第 124-132 页。

[67] 松冈久和等编集『改正債権法コンメンタール』(法律文化社、2020 年) 107 頁参照。

《日本民法典》第121条之2仅原则性地规定了合同无效或者撤销后的恢复原状义务而未将其内容具体化，利息返还问题只能委诸学说判例发展。

或许正是考虑到了这一点，《欧洲共同买卖法》草案第174条根据合同无效或者被撤销的原因分别确定金钱受领方的利息支付义务。<sup>〔68〕</sup>合同无效的原因会对返还的范围产生影响已经成为世界各国的共识，但究竟何种因素能够对用益价值的返还发挥决定性作用并未形成统一观点。

该问题只能诉诸矫正正义的正当理由中寻求解答。矫正不当利益变动的正当理由在于本应属于权利人的利益发生了不当变动，但并非所有的利益对于接受方而言都是有价值的，最重要的问题是确定得利方是否获得了不容抗辩的利益。在有证据表明被告明确拒绝得利或者被告并未要求该利益，抑或是原告的行为导致被告产生该利益是无偿提供的合理预期，则被告就没有为该利益付款的义务。<sup>〔69〕</sup>在对价约定无瑕疵的双务合同中，金钱受领方明知金钱的给付不是无偿的而仍订立合同并接受给付，则不能主张使用价值不构成得利的抗辩。但是，如果受领方订立合同的意思决定自由受到了不当干预，那么结果就会大不相同，此时，利益的获取就是违反其意思，不合其计划的，可能会构成强迫得利。<sup>〔70〕</sup>

如是观之，真正能够构成抗辩的理由不在于受领方是否有贷款需求或者金钱是否被使用，而在于金钱的受领是否符合其自由意志。只有自愿无瑕疵的财产上的决定才能将受领财产的风险归属于得利人。<sup>〔71〕</sup>在受欺诈或者胁迫订立合同的场合，金钱受领方在意思形成阶段的意志自由就受到了不当干预，基于瑕疵的意思表示所受领的利益，不能当然地认为是符合其经济计划的。另外，基于责任原理的交错之故，在相对方欺诈或者胁迫订立合同的场合，合同被撤销的原因完全是由相对方导致的，此时，法律救济的目标不仅要矫正不当财货变动，而且要对不法行为人施加制裁，以达到预防和阻遏不法行为的目的，在此层面上排除相对方的利息返还请求权也具有正当性。

上述观点并非单纯的理论探讨，在实践层面也可找到支撑依据。《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》（已失效）第10条曾有规定，如果借贷关系是因债权人欺诈、胁迫或者乘人之危所形成的，那么债务人只需要返还本金；如果是债务人欺诈、胁迫或者乘人之危所形成的，则除返还本金外，还应当参照贷款利率标准给付利息。虽然该规定只针对借款合同，但是其中体现的一般法理对于其他类型的合同具有重要参考价值。

综上，在金钱的受领方被欺诈、胁迫等意志自由受到不当干预的场合，金钱用益权能的获取并不符合其自由意志，则受领方可以主张强迫得利的抗辩从而拒绝给付利息。

## 2. 约定利率标准的维持

有观点认为，合同无效、被撤销或者确定不发生效力的效果是相当于该行为未曾实施，既然

〔68〕 参见《欧洲共同买卖法》，张彤、戎璐译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第58卷，法律出版社2015年版，第685页。

〔69〕 See Man Yip, *The Use Value of Money in the Law of Unjust Enrichment*, 30 Legal Studies 586, 601-602 (2010).

〔70〕 参见王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社2015年版，第255-256页。

〔71〕 Vgl. Flume, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, 1953, S. 103ff.

合同无效,那么合同上的价金约定条款也当然无效,因此折价补偿应当依据市价标准。<sup>[72]</sup>从逻辑上推导,无效合同的规范目的是阻止该合同的实际执行,在标的物无法返还时依据合同约定价格折价补偿可能会变相地执行原合同,因而有实质性架空无效制度之嫌。上述观点立足于无效合同对合同履行的影响,有一定道理,但是清算返还关系对意思自治仍应予以必要尊重。对此,德国理论中存在不同观点,如果合同效力瑕疵原因不涉及合同上的对价约定,那么在返还清算关系中的等价牵连性可以继续发挥作用。<sup>[73]</sup>

不可否认,合同无效的原因具有多样性,不同无效原因对于价金约定的影响并不相同。如果合同是因欺诈或者胁迫等原因而被撤销的,允许合同上对价约定继续维持会不利于阻遏欺诈或其他不法行为,则合同上的价金约定无法作为被告得利的计算方式。<sup>[74]</sup>但如果合同无效原因与对价约定无涉,则不应排斥价金约定在返还关系中继续发挥作用。

对此,我国实证法上也有支持依据,因出租人未取得建设工程规划许可证,或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋而导致租赁合同无效时,司法解释肯定合同上的价金约定在清算关系中继续发挥作用,即参照合同约定的租金支付房屋占用费。<sup>[75]</sup>如果合同只是因为违反禁止性规定而无效,那么尊重合同上的对价约定在返还关系中的效力,并不会影响合同无效制度的规范目的。相反,如果按照客观标准对取得的利益折价补偿可能会强制当事人加入本欲避免的交易当中,这种情况在无偿交易中表现得尤为明显。例如,企业间无偿的资金拆借行为因违反金融法规的规定而无效,如果要求对资金的占用负担客观性价额返还义务,则明显忽视当事人之间的意思自治,无异于强制金钱受领方加入有偿交易。但是,如果无偿约定是因对方当事人欺诈或者胁迫等侵犯个人意志自由的原因而发生的,在合同撤销后,该对价约定不应继续有效。同样,在有偿的金钱借贷关系中,只要有偿约定不违反无效规范的目的,那么利息约定在返还关系中仍应被尊重。<sup>[76]</sup>

于是,问题的关键转化为合同效力瑕疵原因是否会对对价约定产生影响:如果合同无效的原因对价金约定没有影响,那么在返还关系中尊重有关约定就是私法自治的应有之义;如果价金约定本身存在瑕疵或者合同无效原因影响合同对价约定,那么其在返还关系中就不应继续维持。因此,只要合同无效的原因与合同上的对价约定无涉,则利息返还的数额就应根据当事人合意的内容确定。

### 3. 双务合同的牵连性

支持金钱用益价值的返还引出了另外一个重要的问题,即利息返还与物的使用利益返还之间的协调关系。《合同编通则司法解释》第 25 条第 2 款规定,占有标的物的一方对标的物存在使用或者依法可以使用的情形的,资金占用费与标的物使用费可相互抵销。但是物的使用费与资金占用费并非都是等值的,全额抵销必然面临着正当性缺失的诘难。<sup>[77]</sup>例如,因欺诈或者胁迫订立的合同,

[72] 参见黄薇主编:《〈中华人民共和国民法典〉总则编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 512 页。

[73] Vgl. Frank Bockholdt, Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP206 (2006), S. 773ff.

[74] See Ward Farnsworth, *Restitution: Civil Liability for Unjust Enrichment*, The University of Chicago Press, 2014, p. 109.

[75] 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕17号)第 4 条第 1 款规定:“房屋租赁合同无效,当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的,人民法院一般应予支持。”

[76] 参见最高人民法院(2015)民二终字第 39 号民事判决书。

[77] 参见冯德淦:《效力瑕疵合同的返还清算问题》,载《法学》2022 年第 2 期。

恶意受让方对标的物的使用费应与资金占用费相互抵销就存疑，对此应当寻求妥当的解释理由。

在自愿达成的双务合同关系中，给付义务的负担以相对方的对待给付为代价，因此给付义务不是独立存在的，而是相互牵连的。<sup>〔78〕</sup> 在合同无效的情形，给付义务之间的牵连性表现为返还义务的牵连性从而继续发挥作用，比较法上对此已经形成共识性的观点。<sup>〔79〕</sup> 不过，给付与对待给付之间具有牵连关系，能否认为给付的用益与对待给付的用益之间也同样具有牵连关系？对此，有学者持否定观点，认为当事人只决定以己方给付换取对方的对待给付，但并未决定以给付的用益换取对待给付用益。<sup>〔80〕</sup>

但是，既然当事人已经做出了以己方给付换取对待给付的决定，那么必然意味着双方交易是以放弃己方给付标的物用益价值来换取对方标的物的用益可能，由此可以推断出双方已经达成用益交换的合意。日本学者在判断是否肯定用益补偿之时，始终考虑的是物的使用利益返还与利息返还之间的平衡，二者的返还义务并非单独存在的而是相互关联的。<sup>〔81〕</sup> 此种用益交换的合意可通过合同关系中给付和对待给付的合意，以及已经放弃己方标的物的占有而取得对方标的物的占有的行为推知。可见，己方标的物用益的放弃是以获得对方标的物的用益为前提的，给付的用益与对待给付的用益之间也同样具有牵连关系。

因此，在自愿达成的交易中，只要双方完成了给付与对待给付，则可以视为双方已经就彼此标的物的用益价值的交换达成了默示合意，二者的主观价值对于交易双方而言是相等的，那么在合同无效时的返还关系中就可以完全抵销，双方就不必负担使用利益的价值偿还义务。<sup>〔82〕</sup> 如果交易并非自愿达成，则各标的物的使用价值应当分别计算，此时仅可在对等的数额范围内抵销债务而非双方互不承担返还义务。

### （三）小结

综上所述，利息的返还数额与多种因素紧密关联，《合同编通则司法解释》第25条仅考虑过错作为影响返还范围的方案不足为取，对此应予改造。一方面，基于特殊公共利益维护的目的，当合同不法无效或因金钱受领方欠缺行为能力而无效时，利息的返还受到绝对限制。另一方面，基于对价值主观性的尊重，若合同中的价金约定符合当事人的自由意志，则约定的利息计算标准在无效时可继续发挥作用；若受领方因受欺诈、胁迫而订立合同，为预防和阻却该类不法行为的发生，加之金钱用益权能的取得可能会构成强迫得利，此时受领方无需返还利息；在双方均已履行的双务合同无效时，若对价约定无瑕疵，则资金占用利息和物的使用利益可相互抵销，双方互不承担返还义务。除上述情形外，因缔结无效合同占用资金的一方，应按照LPR标准支付资金占用费。（具体参见表1）

〔78〕 参见张金海：《论双务合同中给付义务的牵连性》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013年第2期。

〔79〕 立法上对此明文规定的有《西班牙民法典》第1308条、《欧洲合同法原则》第4：115条、《国际商事合同通则》第3.2.15（1）条。

〔80〕 参见赵文杰：《论不当得利与法定解除中的价值偿还——以〈合同法〉第五十八条和第九十七条后段为中心》，载《中外法学》2015年第5期。

〔81〕 荻野奈绪「財産権移転型契約が解消された場合の使用利益返還義務に関する覚書：カタラ準備草案の検討を手がかりとして」同志社法学第63卷3号（2011年）102頁参照。

〔82〕 相关案例可参见最高人民法院（2021）最高法民再345号民事判决书；最高人民法院（2015）民二终字第39号民事判决书。

表 1

利息返还的不同情形

|           | 具体的考量情形                 | 利息的返还数额     |
|-----------|-------------------------|-------------|
| 社会公共利益的维护 | 合同不法无效                  | 0           |
|           | 受领方为行为能力欠缺主体            | 0           |
| 个人意志自由的尊重 | 受领方受欺诈或受胁迫              | 0           |
|           | 价金约定符合当事人的自由意志          | 从约定         |
|           | 对价约定无瑕疵的双务合同无效且双方均已完成履行 | 相互抵销        |
| 用益价值的规范评价 | 其他情形                    | 以 LPR 为标准计算 |

五、结语

无效合同引发利益冲突的调整需依靠返还责任和损害赔偿责任的协调配合，但返还责任和损害赔偿
 责任各有其独立适用的空间，不同责任类型的制度功能和内在逻辑差异不可忽视。因给付行为
 导致的利益变动应统一交由返还法调整，而将损害赔偿法醇化为其他信赖支出或者缔约机会的损害
 赔偿，如此可将复杂的法律关系简单化，进而保持法律适用的稳定性和逻辑思维的清晰度。因缔结
 和履行无效合同所导致资金占用费的给付问题，应交由返还法统一处理，损害赔偿法的原理不应强
 行注入。在无效合同的清算关系中，必须重视缔约主体的个人利益之间以及个人利益与公共利益之
 间的紧张关系，利益矫正的最终目标是要在上述两组对立关系中寻求适当的平衡点。

• 298 •

Abstract:

Whether to use the path of compensation for damages or the path of return of profits to solve the problem of interest repayment after a contract becomes invalid will have significantly different legal effects. Article 25 of the Judicial Interpretation of the General Principles of Contracts takes fault as the condition for determining the amount of interest return, which confuses the system logic of return responsibility and liability for damages, and this should be corrected. The essence of interest is a standardized evaluation of the value of money’s use. In cases where funds are occupied due to invalid contracts, a direct correlation can be established between the gains and losses of the value of money’s use. Dealing with the issue of interest repayment under the path of profit return is more in line with the requirements of corrective justice. From the perspective of regulating profits, the repayment amount of interest should be calculated based on the quoted interest rate in the loan market. At the same time, the purpose of setting standards for contract validity defects, respect for value subjectivity, and the involvement of dual contract factors will have an impact on the amount of interest repayment.

Key Words:

return of interest, useful value, standardize profits, LPR, purpose of regulation

(责任编辑：武 腾)

## 类型区分视角下将来债权担保的私法规制

赵申豪\*

**内容提要：**将来债权是指订立担保合同时尚未存在，但将来有可能发生的债权。根据底层资产的有无，将来债权可以分为孳息型将来债权与经营型将来债权。孳息型将来债权担保与经营型将来债权担保在底层资产、信用水平、过度担保等方面均存在显著区别，所以两者应适用不同的调整规则。孳息型将来债权担保不存在信用降维与过度担保的问题，其面临的问题有二，一是底层资产受侵害时担保权人的利益保护问题，二是孳息型将来债权担保与其他担保物权竞存时的顺位问题。前者需要构建特殊的侵权法规则，而后者只需适用现行法上的顺位规则即可。与之相反，经营型将来债权担保既会因信用降维而损害担保权人，也会因过度担保而损害担保人的其他债权人。对于过度担保，可以通过合同无效制度来解决。而对于信用降维，则应区分正常经营过程与破产清算程序来分析。在前者，可以采取合同安排或借鉴接管人制度；在后者，可以适用合同解除制度。

**关键词：**将来债权担保 孳息型将来债权 经营型将来债权 将来财产担保

• 299 •

在“融资难、融资贵”的背景下，企业一般需要提供担保才可以获得融资。与保证相比，担保物权往往因其风险较小而更受青睐。但是，担保物权制度有效运行的基础是高质量的担保财产，而当下的问题恰恰在于：很多企业没有不动产，或者虽有不动产，但由于土地所有制等原因（比如公路）而不得设立抵押。将来债权担保<sup>〔1〕</sup>的实践正是在此背景下逐渐形成的。20世纪90年代，作为将来债权之一的公路收费权最初被用于公路建设的担保融资。1997年的《中华人民共和国公路法》（以下简称《公路法》）第21条规定，公路收费权的出让收入必须用于公路建设。这是将来债权首次被规范性文件所承认。此后，一系列规范性文件相继承认了学生公寓收费

\* 赵申豪，中山大学法学院副教授。

本文为2022年度国家社科基金青年项目“将来财产担保的理论范式转型与规则体系构建研究”（22CFX075）的阶段性成果。

〔1〕《中华人民共和国民法典》第388条采取了实质担保观，凡具有担保功能之合同均可被界定为担保合同，从而在法律适用上尽可能趋同。本文的“担保”也指这种功能意义上的担保。因此，收费权让与、将来应收账款保理与将来债权资产证券化都是本文所指的将来债权担保。

权质押、将来应收账款保理等将来债权担保，而学界对它的研究也不断加深。

早期，学界关注的重点是“将来债权是不是法律上适格的担保财产”这一问题，而随着《应收账款质押登记办法》（2007年）第4条把将来债权纳入应收账款的范畴内，将来债权在实证法上的可担保性已成共识。此后，学界的研究重点逐步过渡到将来债权确定性的判断标准、〔2〕将来债权担保的生效要件与公示方式、〔3〕将来债权担保的顺位安排〔4〕等问题。

既有文献在外部视角上已对将来债权担保做了充分的研究，但尚未从内部视角对将来债权担保做出更精微的分析。详言之，将来债权的种类繁多，而不同的将来债权在权利结构与特征上存在较大区别，立法与学理本应就不同的将来债权担保构建针对性的调整规则，但是，既有文献均站在外部视角上，把“将来债权担保”作为一个整体来对待，而未形成类型区分的自觉。这种规则构建上的结构性偏差不仅会导致调整重心的偏离，也会破坏交易当事人的利益均衡状态。由此，本文采取类型分析的方法，提出将来债权担保的二元规制路径：对于孳息型将来债权，本文主要研究底层资产被侵害时担保权人的保护问题；对于经营型将来债权，本文主要研究如何解决信用降维与过度担保的问题。

## 一、将来债权担保的类型区分

将来债权，又称将来应收账款，是指订立担保合同时尚未存在，但将来有可能发生的债权。〔5〕与现实债权不同，将来债权的经济价值来源于“将来债权人将来通过订立合同而收取的对价”，所以它指向的是一种预期的经济利益。在实践中，将来债权包含公路收费权、特许经营收益权等不同类型，而这些不同类型的将来债权又因内部特征的不同应当区别规制，因此，“将来债权”一词不足以反映其外延的多元形态，有必要对其外延进行梳理与类型分析。

### （一）中国法上将来债权的外延变迁史

在我国，将来债权的外延是随着法律法规与政策文件而不断扩大的。早在1997年，《公路法》第21条就提及了公路收费权转让。这是将来债权第一次出现在法律中。后《国务院关于收费公路项目贷款担保问题的批复》规定，公路建设项目法人可以用公路收费权质押的方式向银行贷款。在这一时期，将来债权的外延在实证法上就限于公路收费权。

2000年，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》出台，其第97条明确承认了公路桥梁、公路隧道等不动产收益权可以出质。至此，将来债权的外延扩展到所有的不动产收益权。以此为起点，国务院与其各部委也发布了一系列法规与政策文件，提倡以公寓收费权、景区门票收益权等设立质押。〔6〕实践中，也出现了商铺租金收益权质押、停车场

〔2〕 参见张素华、李鸣捷：《保理合同中“将来应收账款”释论》，载《华东政法大学学报》2023年第2期。

〔3〕 参见陈本寒：《新类型担保的法律定位》，载《清华法学》2014年第2期。

〔4〕 参见张静：《将有债权处分的法律构造与顺位安排》，载《法学》2022年第2期。

〔5〕 参见赵申豪：《资产收益权交易的法律构造——基于最高人民法院与高级人民法院41份裁判文书的分析》，载《现代法学》2022年第4期。

〔6〕 如《国务院办公厅关于进一步促进旅游投资和消费的若干意见》第26条、《国务院关于加快发展旅游业的意见》第19条等。

收费权质押、知识产权收益权资产证券化等交易模式。2007年实施的《应收账款质押登记办法》进一步把将来债权纳入应收账款之中，从而使将来债权质押制度“间接”地被《中华人民共和国物权法》所确立。在这一时期，将来债权的外延主要包含各类不动产收益权与知识产权收益权。不动产收益权与知识产权收益权的共性是：两者的底层资产都是民法上的财产。

2008年，《国务院办公厅关于加快发展服务业若干政策措施的实施意见》提出，逐步将收费权质押贷款范围扩大到供水、供热、环保等城市基础设施项目。此后，收益权不再局限于不动产收益权或知识产权收益权，还包括供水供热收费权、环保企业收益权、学费收费权、旅游收费权等。<sup>〔7〕</sup>2015年，在指导案例53号中，最高人民法院承认了“以特许经营企业的将来经营收益设立质押”的法律效力。<sup>〔8〕</sup>2017年，修订后的《应收账款质押登记办法》第2条将收益权的外延从“不动产收费权”修改为“基础设施和公用事业项目收益权”。这标志着将来债权的外延进一步拓展到了公用事业项目收益权（简称“项目收益权”）。

如果说上述规范性文件只是承认某些具体类型将来债权的可担保性，那么2021年实施的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）则全面承认了将来债权的可担保性。《民法典》第440、761条分别规定了将来应收账款（即将来债权）的质押与保理。至此，将来债权担保作为一个整体被立法所确立。

将来债权的外延经历了“公路收费权—不动产收益权—项目收益权—将来应收账款”的变迁过程。这段变迁史一定程度上反映了筚路蓝缕的融资历程。最初，政府囿于财政预算所限无法进行大规模公路建设，因而探索出了公路收费权担保融资的方式。<sup>〔9〕</sup>后来，由于土地所有制与法律政策的原因，某些不动产的流通与设立担保受到了限制，拥有这些不动产的重资产企业逐渐探索出“以不动产上的将来收益担保融资”，不动产收益权质押因而盛行。然而，实践中还有很大一部分轻资产企业（主要是服务型企业），它们虽然经营状况与市场前景俱佳，但却无高价值的不动产，也无大量存货或者原材料，无法像制造业企业一样采用存货质押或浮动抵押。<sup>〔10〕</sup>因此，这类企业也采取了以将来经营收益担保融资的方式，从而有了将来债权外延的后续扩张。

## （二）将来债权的类型区分：孳息型将来债权与经营型将来债权

虽然将来债权担保本质上都是以将来获得的经济利益担保债权实现，但不同类型的将来债权在权利结构、将来经济利益的来源等方面存在显著区别，须要构建不同的私法规则予以调整。下文以不动产收益权与项目收益权为例予以说明。

所有权有占有、使用、收益和处分四大积极权能。收益权能是收取所有物天然孳息或法定孳息的能力。天然孳息是根据自然规律由原物所生成的收益，法定孳息是通过就原物实施一定法律

〔7〕 参见《“十二五”节能环保产业发展规划》第5节第3条、《重庆市人民政府关于促进民办教育发展的意见》第2条等。

〔8〕 参见福建省高级人民法院（2013）闽民终字第870号民事判决书。

〔9〕 参见吴文化：《关于收费公路收费权转让问题探讨》，载《综合运输》1998年第3期。

〔10〕 《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》第35条规定：“探索创新信贷服务。支持开展排污权、收费权、集体林权、特许经营权、购买服务协议预期收益、集体土地承包经营权质押贷款等担保创新类贷款业务。……”可见，将来债权担保对于服务型企业有特殊意义。

行为而获得的收益。<sup>〔11〕</sup>两者的本质都是“从原物中产生的财产增值”。基于此,笔者假定,收益权中“收益”的涵义也与此类似。该假定在不动产收益权与知识产权收益权中可以被验证。不动产收益权是一个双层结构。其中,上层结构是将来获得的经济利益,下层结构是该经济利益据以产生的财产(统称底层资产)。以不动产收益权为例,其包含公路收费权、商铺租金收益权等不同类型的将来债权,而这些将来债权都有一个共性:它们都是权利人将来基于底层资产而获取的法定孳息,而不是出卖底层资产所得的对价。<sup>〔12〕</sup>例如,在停车场收费权中,收费权人所收取的费用是车主们将来租用停车场而支付的对价,车主们与停车场所有人间是一个个的场地租用合同关系(在不构成保管合同关系时),因此该笔费用是法定孳息(租金)。

然而,项目收益权并不是将来的法定孳息。关于项目收益权的典型例证是指导案例53号。在该案中,质押人福州市政公司为担保债务人向银行的借款,以污水处理厂的特许经营收益权设立质押。双方约定,如果债务人届期不履行债务,银行对于质押人将来收取的污水处理费享有优先受偿权。可见,特许经营收益权实际上是将来质押人处理污水过程中所收取的费用。因此,项目收益权实际上是“企业在运营过程中获得的经营收益”。孳息是与原物或原权利相对应的概念,而项目收益权并没有对应的底层资产,其来源于企业的经营行为。

基于此,笔者将“以法定孳息为内容的将来债权”称为孳息型将来债权,将“以企业经营收益为内容的将来债权”称为经营型将来债权。在实践中,典型的孳息型将来债权包含不动产收益权、知识产权收益权等,而典型的经营型将来债权则包含特许经营收益权、电影票收费权等。

### (三) 将来财产担保面临的问题:信用降维与过度担保

在民事责任制度与保证制度中,清偿能力的大小不仅受到客观市场的影响,也受到民事主体的知识水平、道德品行等主观因素的影响。这种基于民事主体自身品质而表现出的信用,被称为主体信用。相反,担保物权制度中,因为担保财产已从一般责任财产中区隔出来而形成了一份“只用于清偿担保权人”的责任财产,且担保权人对其享有优先受偿权与物上请求权,所以清偿能力只受到市场波动等客观因素的影响。这种建立在特定财产之上、与债务人自身品质无涉的信用,被称为资产信用。在信用水平上,资产信用因其确定性而强于主体信用。担保物权制度之所以可以起到增信作用,正是因为其具有更高的确定性。<sup>〔13〕</sup>因此,担保物权的本质是将主体信用升格为资产信用。在此意义上,资产证券化也属于一种功能意义上的“担保物权”。

担保物权制度可以将担保人的一部分责任财产区隔出来,这减少了担保人的责任财产,会影响担保人的其他债权人或潜在交易人的利益。不过,考虑到公示制度,这种影响是可被接受的。而且,担保财产通常只包含担保人现有的财产,其将来获得的财产仍属于一般责任财产。

担保物权制度能实现信用升格。这是因为:其一,通过物上代位规则、追及效力规则与排除妨害请求权来保证担保财产价值的稳定性;其二,通过优先受偿规则来防范普通债权人追索担保财产。然而,这是建立在担保财产已经存在的基础上。在将来财产担保中,担保财产尚未取得,

〔11〕 参见王明锁:《对孳息的传统种类及所有权归属之检讨》,载《法商研究》2015年第5期。

〔12〕 参见张玉海:《收益权信托融资合法性检视——基于“安信信托案”的反思》,载《证券法苑》2015年第3期。

〔13〕 参见〔日〕近江幸治:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,法律出版社2000年版,第59页。

上述规则无法适用。相反，取得担保财产一般依赖于担保人的积极经营行为，而这体现了主体信用。这个意义上，将来财产担保是对担保物权本质的背离。本文将这一特征称为信用降维。

此外，将来财产担保中，如果担保人以其现有与将来的全部或大部分财产给他人设立担保，不仅会给自身造成经济上的沉重负担，而且会给其他债权人带来负外部性。尽管有公示制度，但这也无法保护因侵权等事实行为而形成的债权人。本文将这一特征称为过度担保。

#### （四）类型区分的理由：信用水平与过度担保的不同

将来债权担保也会面临信用降维的不确定性与过度担保的负外部性。本文之所以对将来债权担保做类型区分，正是因为上述问题在两种将来债权担保上体现的程度是不同的。

##### 1. 两种将来债权担保所反映的信用水平不同

孳息型将来债权是底层资产上的将来法定孳息。法定孳息是基于法律关系而获得的收益，它是一种被动型收益，即底层资产可以自动产生这种收益，而通常不需要人力的持续介入。这是法定孳息与天然孳息的区别所在。<sup>〔14〕</sup>比如，商铺租金与存款利息只需订立租赁或存款合同即可产生，而不依赖于担保人的劳动或经营行为。孳息型将来债权的产生不会受到底层资产所有人（担保人）的影响，因此，孳息型将来债权担保仍然体现了资产信用。

诚然，某些孳息型将来债权的产生也需要人力的介入。比如，公路收费权就需要依靠公路与维护人员的合力。尽管如此，公路收费权在很大程度上仍然体现了资产信用。理由是：其一，就将来收费而言，公路所做的贡献远高于维护人员，维护人员的劳动与将来收取的费用在价值上不构成“对等关系”。相反，在经营型将来债权中，将来收益主要源于企业经营行为，特定资产在其中的贡献较少。比如，对服务型企业来说，企业的将来收益蕴含的是员工的劳动价值，而不是资本价值。其二、公路维护人员具有较强的可替代性且替换成本较低，这种取代机制消弭了“维护人员主观行为对将来收费的影响”。

然而，经营型将来债权担保所体现的则是——至少主要是——主体信用。以电力收费权为例，在设定收费权质押时，电力公司尚未履行供电义务，将来收益能否产生不仅取决于客户是否依约缴费、市场情况等客观因素，更取决于电力公司的积极经营行为。而能否正常经营与担保人的主观意愿密不可分，怠于经营或决策失误都可能影响将来收益的多少。

两种将来债权之所以存在信用水平上的差异，源于它们在“自动产生收益”这一特征上的区别。孳息型将来债权是“底层资产+将来法定孳息”的双层结构，底层资产可以不依赖于担保人的劳动而自动产生收益，这使孳息型将来债权的价值不受主观行为的影响。其实，在资产证券化中，为了将主体信用提升为资产信用，基础资产就必须满足“自动产生收益”的特征。<sup>〔15〕</sup>相反，经营型将来债权没有底层资产，它是由担保人的经营行为而产生，这使得经营型将来债权的价值受到担保人行为的影响而具有高度不确定性。

〔14〕 参见赵申豪：《土地收益权质押：一个虚幻的担保》，载《西北农林科技大学学报（社会科学版）》2018年第6期。

〔15〕 基础资产的“自动产生收益”，是指现金流的产生不依赖于除债务人依约付款之外的其他因素。美国证券交易委员会认为，“自动产生收益”应当是资产支持证券的必要原则，资产支持证券主要由不必进行主动管理且具备独立性的资产池提供支持，入池资产应具备自我变现的属性，可在其自身期限内转变为现金。参见李力：《雕刻现金流——从证券化到项目融资》，中信出版社2017年版，第17页。

## 2. 两种将来债权担保的负外部性不同

经营型将来债权指向的是企业将来的经营收益，这是企业将来责任财产的主要组成部分。如其设立担保，将会导致企业将来的全部或大部分责任财产都被担保权人支配。尽管从理论上说，担保人的现有财产仍然是其责任财产。但是，当担保人以将来经营收益设立担保时，要么是其属于轻资产企业，现有财产价值不高或不适合设立担保，要么是其已经在现有财产上设立了担保，但担保物价值仍然不够。此外，由于将来的经营收益不仅取决于企业的经营行为，也与企业的生产设备挂钩，所以担保权人一般会在生产设备上设立担保，以限制处分。<sup>[16]</sup>

因此，以经营型将来债权设立担保的行为会损害担保人的其他债权人。如果是合同之债，那么尚可通过公示保护其他债权人的预期，但是，如果是侵权之债或其他事实行为之债，那对于债权人显然不公平。此外，过度担保也会对担保人造成沉重负担。如果担保人是自然人，过度担保会危及他的基本生存权利；如果担保人是企业，过度担保会降低它的持续经营能力。其理由是：其一、过度担保将导致其他主体不敢与担保人交易，金融机构也不敢对其放贷；<sup>[17]</sup> 第二、将来经营收益都由担保权人支配后，担保人会缺乏运营资金。然而，孳息型将来债权担保不存在过度担保的问题，因为担保人只是以特定底层资产上的将来法定孳息设立担保，底层资产、其他财产与担保人的将来经营收益仍是责任财产。

### （五）类型区分的意义：将来债权担保规则的差异

担保物权关系中，最重要的问题是担保权人、担保人与担保人的其他债权人的利益冲突与平衡。孳息型将来债权担保与经营型将来债权担保因为在信用水平与过度担保上存在差异，将会各自面临不同的利益冲突，具体说来：

孳息型将来债权担保与现实财产担保在信用水平与过度担保上都很相似，所以两者基本上可采取相同的调整规则，其特殊性仅体现为：首先，尽管孳息型将来债权是被动性收益，但也可能因为底层资产的类型而面临不确定性的问题（后文详述）。对于收益不确定的孳息型将来债权，是否应该禁止以其设立担保？其次，孳息型将来债权的价值与底层资产的完好程度挂钩。当底层资产因为侵权行为而受损时，将来收益一般也会相应地减少甚至消失。<sup>[18]</sup> 此时，底层资产所有人可以根据物权/知识产权主张损害赔偿，但担保权人应如何维护自身权利呢？最后，由于底层资产的存在，孳息型将来债权担保的权利竞存与顺位问题会更为复杂。

经营型将来债权担保与现实财产担保在信用水平与过度担保上都大相径庭。其一，担保人的经营行为直接影响着经营型将来债权的价值，所以经营型将来债权担保的规制重心应当是对担保人经营行为的约束。在正常经营过程中，这种约束尚属可行，但当担保人因破产而停止经营时，问题则比较棘手。其二，过度担保时，担保人及其债权人都可能遭受损害。其负外部性已经从担保合同当事人扩展到第三人。需要研究的是：其他债权人可否主张撤销该合同，抑或直接主张合同无效；购买价金担保权在这种情形下是否有适用空间。

[16] See Stephen W. Mayson, Derek French & Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Blackstone Press Limited, 1997, p. 315.

[17] 参见董学立：《浮动抵押的财产变动与效力限制》，载《法学研究》2010年第1期。

[18] 经营型将来债权没有对应的底层资产，所以不存在因侵害底层资产而损害经营型将来债权的情况。

综上所述，两种将来债权担保会面临不同的问题，必须因势利导构建相应的规则。必须承认的是，这种分类只是一种渐进式的区分，而很难在两种将来债权担保间划定一个泾渭分明的界限。如果以资产信用/主体信用的强弱作为一道光谱，那么典型的孳息型将来债权与典型的经营型将来债权分别位于这道光谱的两端，体现了完全的资产信用（如停车场收费权）与主体信用（如服务型企业的经营收益权）。但在这道光谱的中间，存在一些模糊状态的将来债权，其不能归入光谱的任何一端。以电力收费权为例，将来收益的产生既取决于电网公司职工的经营行为，也取决于发电站、电网等基础设施建设，资产信用与主体信用在这里都占了相当的比例。然而，不能仅以分类具有模糊状态，就否定其价值。首先，实践中不乏位于光谱两端的典型状态，至少对于这些典型状态，可以适用这种分类以及基于此分类而构建的规则；其次，除了规则适用的层面，这种分类更多起到了一种分析框架的指导意义，它能提供一种新的视角去分析与思考将来债权担保。这就如债物二分理论，虽然实践中不乏中间形态（物上之债、地役权等），但作为一种分析框架的物债二分仍有其重要意义。

## 二、孳息型将来债权担保的私法规制

孳息型将来债权担保的特殊性在于担保权人的保护上，而这又分为三个问题：其一，将来收益不确定的孳息型将来债权是否可以设立担保；其二，孳息型将来债权被侵害时，担保权人如何寻求保护；其三，孳息型将来债权担保与其他权利竞存时，如何确定其顺位关系。第一个问题与经营型将来债权担保密切相关，笔者拟在第三部分一并分析，本部分只分析后两个问题。

应说明的是，第二个问题在孳息型将来债权质押中很好解决，因为质权人可以基于物权请求权主张排除妨害或损害赔偿。但是，将来债权转让也可以实现担保功能，而这时受让人是不享有物权请求权的。此外，该问题在公路收费权担保中也不是问题。因为根据《公路法》第67条，侵权人因埋设管线、堆放货物等原因而占用公路，给公路经营企业（收费权人）造成损失的，应给予相应补偿。但是，该条无法适用于其他孳息型将来债权，而且侵权人也只承担补偿责任。

### （一）孳息型将来债权保护的实然现状：现行规则及其局限性

当底层资产因为侵权行为而受损时，将来收益也会相应地减少。底层资产所有人可基于物权主张停止侵害或损害赔偿，那么将来债权人应当如何保护自己呢？将来债权人不是底层资产所有人，且孳息型将来债权也非绝对权，因此，因侵害底层资产而导致将来经济利益的损失属于纯粹经济损失。将来债权人可考虑的救济手段有二：一是《民法典》第1165条（侵权责任的一般条款），二是通过合同约定予以保护。

《民法典》第1165条（侵权责任一般条款）的保护范围是“民事权益”，它也包含绝对权之外的其他人身、财产权益。该条未对民事权益做内部区分，似乎只要行为人因过错侵犯了民事权益且造成损害，都应当承担责任。但是，这种“权利与利益同等保护”的思路存在不足。因为侵权法承担着权利保护与维护行为自由的双重功能，而绝对权之外的其他民事权益缺少公示性与可预期性，同等保护将会导致行为人动辄得咎。因此，通说认为，有必要参照《德国民法典》第823、826条，对侵权责任一般条款作目的性限缩，以实现区别保护。经限缩之后，对于绝对权

的保护仍以过错为构成要件,而对于包括纯粹经济损失在内的其他权益,则须以“故意背俗”或“因过错违反保护他人的特别法律”为构成要件。<sup>[19]</sup>

孳息型将来债权不是绝对权,立法上也没有关于它的特殊法律,因此只得诉诸“故意背俗”侵权。“故意背俗”不仅要求侵权人主观上是故意的,而且要求侵权人在动机上违背了善良风俗。比如,侵权人故意侵犯底层资产而造成将来收益的损失时,将来债权人是不得主张赔偿的;只有当侵权人出于损害将来债权人的动机而故意侵犯基础资产时,将来债权人才可以主张纯粹经济损失的赔偿。可见,在大量“侵权人只有主观故意而无背俗动机”的情况下,将来债权人无法主张损害赔偿,更遑论侵权人过失的场景。然而,在现实中,底层资产受到侵害时,侵权人大多都无背俗动机。例如,修建通信设施或埋设管道时损坏了桥梁,将来债权人就不得主张修缮期间内的通行费用损失。

赔偿纯粹经济损失须以“故意背俗”为要件,这无疑降低了孳息型将来债权受保护的程度。但是,如果把将来收益损失解释为间接经济损失,则可以绕过该要件。然而,这种思路也不可行。间接经济损失并非一项独立的、受法律保护的利益,而是绝对权效力的体现。绝对权受到侵害时,受保护的利益范围也包含因绝对权被侵害而产生的间接经济损失。<sup>[20]</sup>因此,绝对权与间接经济损失应属于同一主体。但是,底层资产与孳息型将来债权分属不同主体,即使要主张间接经济损失,也只能是底层资产所有人主张。

尽管将来债权人不能向侵权人主张间接经济损失,但这部分损失总是应当获得赔偿的。有一种路径是:底层资产所有人向侵权人主张这部分损失,再转交将来债权人。这实际上是合同法的保护路径。

在交易实践中,对于“因底层资产受损而导致的将来收益减少”的问题,交易双方往往会通过合同约定。比如,有《公路收费权质押合同》约定,因自然灾害、第三人原因影响公路收费收入,出质人所获得的补偿金或赔偿金应优先用于清偿质权人的借款。<sup>[21]</sup>在质押中,该约定没有问题。因为质权人可以基于物上代位性直接对补偿金或赔偿金优先受偿,也可以根据物权直接向侵权人主张损害赔偿,而无须以底层资产所有人为中介。但在转让中,即使做出上述约定,受让人对该补偿金或赔偿金也没有优先受偿权,而无法规避转让人破产的风险。

## (二) 孳息型将来债权保护的应然要求:利益衡量下的选择

在解释论下,侵权法与合同法都无法充分地保护孳息型将来债权,所以有必要完善相关规则。这一观点的隐含前提是:法律保护不到的这些利益是应予保护的。而这需要论证。

现行法的局限是:当侵权人因过错——但非背俗——侵害底层资产时,将来债权人无权向侵权人主张损失。这时,需要考虑的问题是:第一,非背俗的情况下,侵权人是否应赔偿底层资产上的将来收益损失;第二,如果应该,是否应当将请求权赋予将来债权人。

第一个问题是“是否赔偿”的问题。侵权损害赔偿的范围应受因果关系的限制。底层资产的用途是收取孳息,一旦被侵害,将来收益必相应减少。这种损失与从事经营活动的车辆受损而产

[19] 参见葛云松:《〈侵权责任法〉保护的民事权益》,载《中国法学》2010年第3期。

[20] 参见葛云松:《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》,载《中外法学》2009年第5期。

[21] 参见《公路收费权质押合同》第10条,载 [http://www.haolietou.com/n\\_20541](http://www.haolietou.com/n_20541),最后访问时间:2023年9月3日。

生的合理停运损失、人身损害而生的误工费并无不同，而后两者都是可获赔偿的。其实，如果孳息型将来债权未被让与，那么将来收益的损失通常会被认定为间接经济损失，底层资产所有人可以主张侵权损害赔偿。虽然让与行为使得“所有人的间接经济损失”变成了“将来债权人的纯粹经济损失”，但这不会影响侵权人的可预见性。因此，侵权人应赔偿将来收益的损失。

第二个问题是“赔偿给谁”的问题。如果将请求权赋予所有人（方案一），那么将来债权人享有的只是对于所有人的转付请求权，这导致将来债权人必须承受所有人破产的风险。这反过来会降低金融机构提供融资的意愿。反之，如果将请求权赋予将来债权人（方案二），那么其就不须承受所有人破产风险。因此，方案二对于将来债权人更有利。

对所有人而言，这笔赔偿最终都不归自己所有，而且由侵权人直接向将来债权人履行，既减少了自己的转交风险，也防止了将来债权人因担心破产风险而拒绝放贷的情况。因此，方案二对所有人也更有利。

对于所有人的其他债权人，方案一更为有利，因为它在一定情况下增加了所有人的责任财产。但是，所有人在转让孳息型将来债权时，已经获得了对价，方案二不会使所有人的责任财产不当减少。即使其他债权人最终因破产不能完全受偿，那也属于正常的商业风险。此外，在电子支付的年代，履行对象的变更也不会过度增加侵权人的负担。

综上，通过利益衡量，方案二总体上更有利。况且，《公路法》第67条已规定，公路收费人可以直接向侵权人请求补偿。这说明立法者在价值判断上也倾向于方案二。

### （三）孳息型将来债权保护的规则完善

孳息型将来债权保护的实然现状与应然要求间存在紧张关系，这主要体现在责任构成要件与请求权的主体上。在立法论上，如果可以赋予孳息型将来债权以物权地位，则可一并解决这两个问题：物权的侵权责任不以“背俗”为构成要件，且物权人可以直接向侵权人主张停止侵害与损害赔偿。但是，《民法典》采取了严格的物权法定原则，而孳息型将来债权不是法定物权。

在解释论上，可以通过类推适用《公路法》第67条来保护孳息型将来债权。但这也只是权宜之计。首先，该条规定的是“补偿”而非“赔偿”，对将来债权人的保护力度不足；其次，该条只赋予将来债权人事后请求赔偿的权利，而没有赋予其事先停止侵害的权利；最关键的是，类推适用是对法条文义的超越，法官可能不敢采取类推适用。

另外一种思路是，通过扩张解释来缓和物权法定原则，即将行政法规与司法解释都解释为《民法典》第116条的“法律”，再通过司法解释将孳息型将来债权确立为物权。但是，根据立法者的解释，该条的“法律”是指“全国人大及其常委会制定的法律，除法律明确规定可以由行政法规、地方性法规规定之外，一般不包括行政法规与地方性法规”〔22〕。因此，这种解释也违背了立法者本意。而且，将来债权虽然与现实债权有着极大的区别，但毕竟被冠以“债权”之名，如将一种冠以“债权”之名的权利确立为物权，在观念上就很难被人接受。

笔者认为，现行法体系下可行的思路是：通过司法解释将停止侵害与损害赔偿请求权直接赋予将来债权人，但不明确承认其物权性，这样就可以绕开物权法定这一问题。但是，这种思路在

〔22〕 石宏主编：《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第273页。

理论上无法圆融的，因为无法解释一个非物权性的权利为何可以直接对抗第三人。但作为一种司法对策，它是有效的。

#### （四）孳息型将来债权担保的顺位问题

根据《民法典》第412条，抵押物被扣押后，抵押权的效力及于抵押财产的法定孳息。具体地说，底层资产所有人将不动产出租后，实施了如下交易：Ⅰ. 将租金债权质押给了甲；Ⅱ. 将底层资产抵押给了乙；Ⅲ. 将孳息型将来债权出质给了丙。当底层资产上同时存在上述交易时，担保权人之间的优先顺位应该如何确定？<sup>〔23〕</sup>

比较法将这一问题简单处理了。《美国统一商法典》（U.C.C.）第9—109条（d）（11）将因不动产租赁而产生的租金债权排除在应收账款之外；而《魁北克民法典》第2695条规定，担保不动产的现有及将来产生的租金的抵押视为不动产抵押，应在土地登记簿上公示。域外立法如此规定的原因是：若允许不动产租金债权作为应收账款单独质押，则会产生复杂的权利冲突关系，特别是考虑到应收账款质押与不动产抵押分属不同的登记机关，无法合理地确定优先顺序。<sup>〔24〕</sup>但我国并无类似立法，而且在不动产的法定孳息上设立质押能拓宽融资渠道，不宜一律禁止。因此，必须根据“公示在先、权利在先”的规则来处理它们之间的优先顺位问题。<sup>〔25〕</sup>具体说来：

首先，在交易Ⅱ与交易Ⅲ之间。这里分两种情形：

情形一：丙的质权成立在先，乙的抵押权成立在后。如果丙的质权已依法公示，乙可以预料到抵押权的效力将来可能无法及于租金，因此乙劣后于丙。而且，在乙实现抵押权时，后续受让人也应承受质权的负担，即此后抵押物的孳息应当由丙优先受偿。

情形二：乙的抵押权成立在先，丙的质权成立在后。这里应区分不同时间段考虑。在“将来债权质权成立之日到扣押日”这段时间内，抵押物产生的收益由丙优先受偿。因为在抵押期间，抵押人有权对抵押物进行使用与收益，而既然收取孳息的行为合法，那出质该权利的行为属合法。在扣押日之后，收益由乙优先受偿。这是基于“登记在先、权利优先”规则的当然结果。<sup>〔26〕</sup>

其次，在交易Ⅰ与交易Ⅲ之间。这也分两种情形：

情形一：甲的质权成立在先，丙的质权成立在后。假设所有人与承租人签订了租赁合同，租赁期间是从1月1日到12月1日。那么，这段时间内，所有人的孳息型将来债权实际上已经不存在了。即使所有人不将该租金债权出质，将来债权质押也会因客体不存在而无法设立，但所有人应向丙承担违约责任。

情形二：丙的质权成立在先，甲的质权成立在后。假设所有人与丙订立了孳息型将来债权质押，孳息型将来债权的期间是从1月1日到12月1日。那么，一旦这段时间内有人承租了抵押物，租金收益自动归于质权的效力范围之内。如果所有人将该租金债权出质给甲，丙基于在前的登记而对该笔收益享有优先权。

〔23〕 交易Ⅰ与交易Ⅱ因不涉及孳息型将来债权，不是本文的焦点，在此不赘述。

〔24〕 参见孙超：《应收账款融资的法律问题研究》，山东大学2011年博士学位论文，第21页。

〔25〕 参见李勇德：《典型动产和权利担保物权顺位规则研究》，载《财经法学》2023年第6期。

〔26〕 理论上抵押权的效力只及于抵押物本身，而不及于抵押物所产生的租金。但是，如果抵押权成立在先，在抵押权人实现抵押权时，抵押权所及的抵押物应该是一个没有任何负担的抵押物。唯有如此，抵押物才可以尽可能卖出高价。如果允许收益权质权继续存在于抵押物上，那么即使拍卖抵押物，由于抵押物上存在权利负担，抵押权人也可能不能完全受偿。

以上对孳息型将来债权担保可能面临的特殊法律问题做了一个较为详尽的分析。上述分析虽然是以商铺未来租金收益权为模版，但其结论也适用于其他孳息型将来债权。

### 三、经营型将来债权担保的私法规制

经营型将来债权担保的私法规制，应着眼于如何克服信用降维与过度担保的问题。就信用降维而言，其主要问题是，担保财产因主体信用而呈现高度不确定性；就过度担保而言，其主要问题是，如何防范担保人以过量的将来财产设立担保，从而损害自己及其债权人的利益。

#### （一）正常经营过程中担保权人的保护问题

经营型将来债权的价值具有高度不确定性。尽管登记可以使得担保权人对经营型将来债权享有优先受偿权，却不可以强制担保人积极经营；而如果担保人不积极经营，经营型将来债权将不能实现。因此，担保权人的利益保护应着眼于“如何约束担保人的经营行为”。

在担保人正常经营过程中，这个问题比较好解决。首先，从商业上看，担保人一般不会为了损害担保权人的利益而故意怠于经营。而且，担保合同一般会约定担保人的剩余索取权，以激励后者积极经营；抑或通过合同安排来保证担保人将来收益的稳定性。<sup>〔27〕</sup>例如，当事人往往通过采取照付不议合同（take-or-pay contract）来保证担保人将来收益的稳定性。该类合同约定，产品或服务的购买人必须保证一个周期内最小的购买数量，即使购买人后来未足量购买，购买人都有付款义务。该类合同一般是为了应对市场风险而设，确保不因市场波动而影响担保人（出卖人）的将来收益。因此，担保权人在与担保人订立担保合同时，有时会以存在该合同为条件。

其次，从法律上看，担保权人可以通过合同安排来约束担保人的行为。比如，担保合同可约定，担保人仅仅为了使担保权落空而在正常商业范围外实施的经营行为无效，<sup>〔28〕</sup>当事人甚至可在公司章程里载明这种限制；<sup>〔29〕</sup>又如，在英国，浮动抵押权人可以依合同约定指定接管人入驻担保人企业，来继续经营基础业务，这种取代机制也可以将主体信用提升为资产信用。<sup>〔30〕</sup>

需要说明的是，孳息型将来债权毕竟是将来财产，虽然其具有“自动产生收益”的特征，但其价值也会因为底层资产的类型而呈现出不确定性。公路收费权的确定性就高于知识产权收益权。因为公路通行针对的是不特定的多数人，将来收益根据大数定律才会呈现出确定性以及规律性，从而可以基于历史数据较为准确地预测出来。即使在同一种孳息型将来债权内部，其不确定性也有区别。比如，公路收费权的价值可能受到区域内经济人口增长率、路网结构、通行费收费标准与政策等因素的影响。又如，商铺租金收益权的价值可能受到出租率、地理位置等因素的影响。<sup>〔31〕</sup>那么，为保护担保权人，是否应该禁止以不确定性过高的孳息型将来债权设立担保呢？

〔27〕 参见朱宏文：《专案融资担保：中国大陆的实践与法律问题（下）》，载《法令月刊》2004年第7期。

〔28〕 参见李国安主编：《国际融资担保的创新与借鉴》，北京大学出版社2005年版，第177-179页。

〔29〕 参见李力：《雕刻现金流——从证券化到项目融资》，中信出版社2017年版，第254-257页。

〔30〕 参见〔美〕弗兰克·J·法博兹、莫德·休亨瑞：《欧洲结构金融产品手册》，王松奇、高广春、史文胜译，中国金融出版社2006版，第287页。

〔31〕 参见邹建等主编：《中国资产证券化项目剖析与实操指南》，法律出版社2018年版，第216、371页。

有学者认为,这类孳息型将来债权不得设立担保,否则不利于担保权人的保护。<sup>[32]</sup>但这在正当性与可行性上都存疑。在正当性方面,法律行为只要不损害第三人利益或社会公共利益,不违背公序良俗,就应有效。孳息型将来债权的不确定性只会损害担保权人的利益,如果不确定性过高,担保权人自会拒绝交易或者要求对方提供其他增信措施。在可行性方面,确定性是商业判断,一般须综合考虑交易对手、底层资产、历史数据等因素。而司法机关无从知悉这些信息,反而是担保权人更有可能通过尽职调查而获得。也许某类孳息型将来债权在法官看来具有不确定性,但担保权人基于专业知识可能做出相反的判断。如果将这一判断强加给法官,最后很可能导致以“孳息型将来债权未实现”反推出“孳息型将来债权有不确定性”。<sup>[33]</sup>

有鉴于此,确定性不应当作为判断孳息型将来债权担保效力的标准。但应指出,在将来债权资产证券化交易中,为保护众多投资者的利益(公共利益),须从源头上控制风险,禁止不确定性过高的孳息型将来债权作为基础资产,这是具有正当性的。

## (二) 破产清算程序中担保权人的保护问题

如果担保人破产,则无法通过“约束担保人的经营行为”来保护担保权人。举例而言:

某民办教育机构以将来2年的学费收费权向银行质押贷款,且已办理了登记。1年后,教育机构因经营不善而被破产清算,那么,该第2年的学费收费权是否属于破产财产?

银行对已设立质权的学费收费权享有别除权,所以当学费收费权变为现实债权后,质权的效力及于该现实债权。但是,由于经营型将来债权担保体现的是主体信用,当教育机构被破产清算时,其经营行为也随之停止,将来的经营收益永远也没办法实现,质权也因为没有质押物而成为“空头支票”。

如果强制教育机构继续经营,则会带来两方面的问题。首先,继续履行合同会推迟其他债权人的受偿时间。尽管破产管理人有权选择继续履行破产清算前订立的合同,但这必须为了全体债权人的利益,履行合同带来的收益属于破产财产。但在上述案例中,即使教育机构继续经营,所获收益也应由质权人优先受偿,因此,破产管理人一般不会选择继续履行这种“专门利人”的合同,即使选择,也无法征得债权人委员会之同意。其次,继续履行合同可能降低其他债权人的受偿比率。企业的财产是一个有机整体,需要互相配合才可以实现生产经营。在上述案例中,教育机构继续经营离不开相关的教学设备与教师。如果强制教育机构继续经营,势必得继续使用与耗损教学设备等财产,且须支付教师工资。这些行为都会减损破产财产的价值。

强制企业继续经营会置其他债权人利益于不顾,而若不如此,经营型将来债权担保又徒具虚名。对于破产程序中将来财产担保的问题,《美国破产法典》(United States Bankruptcy Code)第552条采取的是一种“原则—例外—再例外”的规制模式。<sup>[34]</sup>依该条,判断担保权是否及于将来财产的根本标准是:如果及于将来财产,是否会减损破产财产。而在经营型将来债权担保中,答案是肯定的,因为经营型将来债权的实现与经营行为密不可分,而经营行为必然会消耗破

[32] 参见罗欢平:《论普通债权质押》,法律出版社2012年版,第109页。

[33] 参见赵申豪:《〈民法典〉将来债权转让的规范基础与解释论构造》,载《政法论坛》2023年第1期。

[34] 关于该条的详细分析可参见赵申豪:《〈民法典〉将来债权转让的规范基础与解释论构造》,载《政法论坛》2023年第1期。

产财产。例如，在教育机构破产后，如果想将学费收费权变为现实债权，必须强制其继续经营，而继续经营所需要的员工工资须从破产财产中支出，这就会损害其他破产债权人的利益。因此，《美国破产法典》第 552 条无法解决担保权人的破产保护问题。

反观我国澳门地区，其虽未对该问题做总体性规定，但澳门地区《商法典》规定了将来债权保理商的破产保护问题，该规定对本文面临的问题有借鉴意义。

破产程序宣告后，破产人现有及将有之财产都属于破产财产。这一规定对将来债权保理商不利，因为保理商受让将来债权时已支付了对价。对此，澳门地区《商法典》第 888 条是通过“解除合同”来保护受让人的。该条规定，对让与人于宣告破产之日尚未实现的将来债权所作之让与合同，破产管理人可以解除；如果解除，破产管理人有权义务将与该将来债权有关且已支付给让与人之款项交还予保理人。依此，受让人至少可以退而求其次地追回相应的融资款。

但是，该条对于受让人的保护也有不足之处。首先，受让人的返还请求权是债权，只能与其他无担保债权人共同参与分配，而在破产程序中，让与人不可能全部受偿；其次，该单方解除权是由破产管人享有，破产管理人如不及时解除合同，则难免损害保理商之利益。

澳门法虽然对于保理商的保护力度略显不足，却也聊胜于无。

在商业实践中，债权人（担保权人）一般会通过分期发放融资款来降低风险。一旦解除贷款合同，债权人有权拒绝发放剩余款项；对已发放的，债权人可参与破产分配。不过，澳门地区《商法典》将单方解除权赋予管理人，这显然不利于保护受让人。因此，可以通过灵活解释《民法典》第 563 条第（二）项，赋予债权人以单方解除权。该项规定，在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务，另一方可以解除合同。尽管将来债权已被让与给了保理商，且办理了登记，让与人的义务似乎已经履行完毕。但是，将来债权之实现取决于“让与人与债务人继续维持业务往来关系”，如果让与人因破产而无法实现将来债权，那么依诚实信用原则，其可以被认定为违反保理合同。当然，这种情况下，保理商是否构成违约，很大程度上取决于对于该条的解释。为稳妥起见，双方可在保理合同中对此作出明确约定。

与保理这种非典型担保不同，典型的经营型将来债权担保中存在两个合同：贷款合同（主合同）与担保合同。担保合同可以因为担保人破产而被解除，那么贷款合同是否也可以随之解除呢？一般来说，从合同的效力瑕疵不必然影响主合同。但在合同联立中，数个合同相互结合成为一个交易整体，服务于同一交易目的。如果一个合同被解除，可能导致整个交易目的无法实现，那么，当事人可以此为由解除合同。<sup>〔35〕</sup>《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 20 条规定，在按揭购房的交易模式中，房屋买卖合同无效、被撤销或解除后，导致借款合同目的不能实现的，借款人可以请求解除借款合同。这是合同联立制度在我国法上的具体体现。与按揭购房交易相似，当担保合同解除后，债权人（担保权人）控制贷款合同风险的交易目的无法实现，继续履行对其明显不公，所以其也有权主张解除贷款合同。在解释论上，可考虑通过情势变更规则或意思表示附款规则来实现这一目的。<sup>〔36〕</sup>

〔35〕 参见陆青：《合同联立问题研究》，载《政治与法律》2014 年第 5 期。

〔36〕 相关论述参见潘重阳：《论联立合同的效力关联——以商品房买卖与借款合同联立为例》，载《政治与法律》2021 年第 11 期。

应当注意的是,《美国破产法典》第552条也为将来债权的类型区分提供了正当性基础。孳息型将来债权是由底层资产自动产生的,其价值是在破产之前已经确定的,而没有介入任何人工劳动或其他价值增量,即使这部分将来债权由担保权人优先受偿,也不会减损破产财产。因此,根据第552条的法理,破产后的孳息型将来债权是可以从破产财产里剔除的。当然,严格来说,如果担保权人只在孳息型将来债权上设定了担保,而未在底层资产上设定担保,那这不满足第552条“例外规定”的构成要件,担保权人无法就该孳息型将来债权优先受偿。

但是,第552条“例外规定”(如果该将来财产是债务人既有财产的收益、果实、幼崽或孳息,且担保权人在破产开始前已在该既有财产上设立担保权益,那么该将来财产不属于破产财产)之所以要求担保权人必须在底层资产上设立担保权益,主要是担心会推迟其他破产债权人的受偿时间。如果担保权人对于底层资产无担保物权,那么该底层资产将会作为破产财产被强制执行,而没有了底层资产,将来收益也将无从产生。有鉴于此,第552条才额外规定了“底层资产上设立了担保物权”的构成要件,以防止底层资产被强制执行。将来财产担保实践中,强势的债权人通常会采取“组合担保”(composite charge)的方式,即在担保人的将来收益与既有的固定资产上同时设立担保。<sup>[37]</sup>诚然,采取组合担保主要是为了限制担保人处分其固定资产,但这却“歪打正着”地满足了第552条“例外规定”的构成要件。但是,当以公路桥梁等收费权出质时,因土地国有的原因,底层资产不得设立抵押权。这时就无法满足第552条“例外规定”。

笔者认为,不论底层资产上是否设立了担保,都不应影响担保权人对孳息型将来债权的优先受偿权。担保人破产时,破产管理人可以正常拍卖该底层资产,只不过该底层资产上有利负负担,受让人有义务将其上的将来收益交由担保权人优先受偿。诚然,底层资产上的权利负担必然影响其拍卖时的成交价格,但只要能够登记公示,就不会损害交易安全。

### (三) 经营型将来债权过度担保的防范

有观点认为,对于担保人而言,将来财产担保减小了其融资成本,增大了其依约履行的可能性;<sup>[38]</sup>对于担保人的其他债权人而言,公示制度足以解决过度担保的负外部性问题。但是,上述观点忽略了商业实践的复杂性。首先,放任担保人过度担保可能增大企业的后续融资成本,影响其持续经营能力,<sup>[39]</sup>因为担保人以将来的大部分财产设立担保后,几乎没有金融机构愿意再向它提供融资。<sup>[40]</sup>其次,公示制度也无法保护基于侵权等事实行为而形成的债权人。

有鉴于此,澳门地区《商法典》第872条规定,只得让与将来24个月的将来债权,而日本最高裁判所则将该期限限制为8年。<sup>[41]</sup>在我国台湾地区,学界一般认为,以全部将来债权设立

[37] See Stephen W. Mayson, Derek French & Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Blackstone Press Limited, 1997, p. 315.

[38] See William A. Schnader, *The Unsecured Creditor- "The Little Businessman" -and the Uniform Commercial Code*, 1 Boston College Law Review 65, 70 (1959).

[39] See Anonymous, *Limitations on the Scope of the After-Acquired Property Clause*, 53 Columbia Law Review 392, 394 (1953).

[40] 参见董学立:《浮动抵押的财产变动与效力限制》,载《法学研究》2010年第1期。

[41] See Masaru Ono, *Unique Aspects of Japanese Securitization Relating to the Assignment of Financial Assets: A Comment on Raines & Wong*, 12 Duke Journal of Comparative & International Law 469, 471 (2002).

担保的合同会因违反公序良俗而无效。<sup>〔42〕</sup>我国有学者建议对将来债权处分设置时间限制，<sup>〔43〕</sup>但未被立法所采纳。过度担保不仅会给担保人自身造成经济压迫，而且会使担保人的责任财产减少甚至消失，从而使后续受让人、让与人的债权人在交易过程中处于不安全状态，也就会使其他市场主体在与让与人交易时产生顾虑。<sup>〔44〕</sup>因此，这类合同因违反公序良俗（市场交易秩序）而无效。关于过度担保的认定，主要标准是经营型将来债权的期限，具体期限可以结合具体案情酌定。当然，期限对于合同效力的影响也不应绝对化。有时企业会只让与部分业务的将来经营收益，其仍保有一定的将来责任财产，因此这类合同应当有效。

购买价金担保权制度（《民法典》第416条）同样是为了解决过度担保问题而存在的，其主要适用于以下情景：已经设定浮动抵押的担保人向银行贷款购买机器设备，或向设备供应商赊购设备，浮动抵押权因设立在先而自动及于该设备之上，即使银行或供应商立刻在设备上设立动产抵押权，顺位上也后于浮动抵押权人。为了排除担保权人的垄断性地位，《美国统一商法典》的起草者创设了购买价金担保权制度，既使得在后的购买价金担保权人获得“超级优先权”，又未损害在先担保权人的利益。<sup>〔45〕</sup>

然而，该制度在经营型将来债权担保中并无适用空间。经营型将来债权担保中，担保物权只及于企业的将来经营收益。当企业向银行贷款购买设备或原材料时，该设备或原材料不是企业的经营收益，不在担保权效力范围之内，因此购买价金担保权没有存在之必要。也许有反对观点认为，原材料虽非经营收益，但原材料最终会经由“原材料—成品—应收账款”的过程而体现为经营收益。但也不能因此认为购买价金担保权也可以及于企业的将来经营收益。首先，这种牵连关系过于间接了。其次，企业将来经营收益虽然有部分是原材料价值的体现，但也有其他部分是员工劳动价值的体现，而当这些价值转变为经营收益时，它们是混合在一起的，原材料的价值无法被特定。而一旦物权客体失去特定性，担保物权也随之消灭。

• 313 •

#### 四、代结语：将来财产担保理论的不足与展望

将来债权担保在商事交易中正变得越来越普遍。当下随着中国的经济转型，将来债权担保——尤其是经营型将来债权担保——将具有更广阔的实践需求，而相关法律纠纷与法律问题也将不断涌现。

尽管本文对将来债权担保做了有益的研究，但仍然有所不足。商事担保面临着一个悖论：商事融资数额通常远大于民间借贷，因此需要价值更高的担保财产；但是，企业如果为了设立担保而专门“闲置”出一批资产，反而不利于其经营。尽管不动产抵押权可以兼顾财产的使用价值与交换价值，但很多企业缺少这种理想型的担保财产。将来财产担保正是在这一背景下生成的。实践中，将来财产担保越来越普遍，除将来债权担保外，浮动抵押、动态质押等都是其具体体现。

〔42〕 参见陈自强：《契约之内容与消灭》，元照出版公司2018年版，第256页。

〔43〕 参见谢菁菁：《国际保理中应收账款转让问题研究》，中国检察出版社2011年版，第135页。

〔44〕 参见杨明刚：《合同转让论》，中国人民大学出版社2006年版，第79页。

〔45〕 See Robert M. Lloyd, *Refinancing Purchase Money Security Interests*, 53 *Tennessee Law Review* 1, 5 (1985).

这些将来财产担保有大量的共性法律问题有待解决，而本文显然已无能为力。虽然本文对将来债权担保做出了有益的研究，可也只是扬汤止沸，而构建将来财产担保的一般性理论与规则体系才是根本之策。当然，那远超出本文的射程范围了。不过，本文提出的“信用水平与过度担保的分析框架”对于将来财产担保理论体系的构建也许会有所裨益。

---

**Abstract:** Future claims are claims that do not exist at the time of the formation of the security contract but may arise in the future. Depending on whether the underlying asset exists, future claims can be divided into asset-based future claims and operating-based future claims. Asset-based future claims pledge and operating-based future claims pledge differ significantly in underlying assets, credit level, excessive guarantee, etc., so they should apply different rules. There are no problems of credit degradation and excessive guarantee in asset-based future claims pledge, and the main problems in it are the protection of secured creditors when the underlying assets are infringed, as well as the priority when the asset-based future claims pledge is in the competition with other security interests. In order to solve the former, we need to constitute special tort law rules, while the latter can be solved by applying the Civil Code. In contrast, operating-based future claims pledge would harm both secured creditors for credit degradation, and the other creditors of the secured debtor for excessive guarantee. Excessive guarantee can be resolved by confirming the contract invalid. While for credit degradation, if secured debtor is in ordinary course of business, it can be resolved by contractual arrangements or administrative receiver system, and if secured debtor is in bankruptcy, it can be resolved by contract termination rules.

**Key Words:** future claims pledge, asset-based future claims, operating-based future claims, after-acquired property clause

---

(责任编辑：武 腾)

## 应当如何对待法律的沉默 ——以《合同编通则解释》为例

崔建远\*

**内容提要：**对待中国现行法的沉默，不宜囿于要么属于法外空间、要么使用反面推论的桎梏，可将法律漏洞纳入其中。对越权代表订立的合同，在相对人为恶意时，不应采取反面推论的法技术确定其法律效力。《合同编通则解释》第21条第1款第3句所谓“前述情形”，究竟包括哪些情形，有澄清和确定的必要。对以物抵债协议应首先区分以担保物抵债的协议和非以担保物抵债的协议，其次区分代物清偿和除此之外的以物抵债协议（新债清偿），以便容易、清晰地确定原债权债务关系是否自以物抵债协议成立和生效时归于消灭。对当事人关于排除情事变更原则适用的约定，不宜一概否认其法律效力，而应区分情况确定其法律效力。适用“破解合同僵局规则”解除合同，在违约方诉请解除合同时合同目的尚未落空的，不应一律以起诉状副本送达守约方之处时作为合同解除的时间点，不然就背离“破解合同僵局规则”的规范意旨、公平和诚信原则。在诉讼、仲裁的程序进行符合事物发展规律的情况下，裁判合同解除的法律文书送达之日作为合同解除的时间点，具有正当性。

**关键词：**法律的沉默 反面推论 法律漏洞 越权代表 以物抵债协议

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）在若干领域未设规范，可称之为法律的沉默。权威专家认为，法律的沉默包含两层意义：要么想要借此明确表示，所涉情形根本不应该出现法律规整，此时问题就要落入所谓的“法外空间”；要么通过将法效果系于某一特定的构成要件来表明，对另一个未明确规定的情形不希望引起这种法效果，此时就属于“反面推论”。<sup>〔1〕</sup>反

\* 崔建远，清华大学谭兆讲席教授、法学院教授。

本文为2022年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“民法典违约责任规则的体系化审视研究”（22JJD820015）的阶段性成果。

〔1〕 参见〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第24页。

面推论常常否定法律漏洞的存在，因此拒绝类推适用。<sup>〔2〕</sup>这就明白无误地宣明，法律的沉默不构成法律漏洞，不允许使用类推适用、目的性限缩、目的性扩张等手段揭示法律的沉默的含义。

不过，完全拘泥于这种学说对待中国现行法上的沉默，会作茧自缚，不利于有些法律问题的顺利解决。《民法典》对某些情形沉默未语的缘由是复杂的：有些确实使用反面推论就足以解决问题，有些干脆属于法外空间，有些有意交由行政法规及部门规章、地方政府规章去调整（如寺庙的财产归属），有些留给最高人民法院出台司法解释、形成指导性案例以满足处理案件的需要，还有一些则属于因社会关系非常复杂而不易用简明扼要的法律条文准确“翻译”出来，莫不如采用“随着社会经济、生活的发展，由判决、学说总结经验、教训，抽象出解决问题的方案”的方法，待时机成熟时再形成法律规则。有鉴于此，本文在广义上使用法律的沉默，把法律漏洞纳入其中。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号，以下简称《合同编通则解释》）似乎也是如此，只是存在若干瑕疵，有必要进行检讨。本文在这方面作出尝试，就教于大家。

## 一、越权代表订立合同的法律效力

### （一）《民法典》的沉默被《合同编通则解释》揭示其意

越权代表订立的合同发生何种法律效力，《民法典》第504条设有一半规则——“除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生法律效力”。但是，“相对人知道或者应当知道其超越权限”的，法律效果如何？《民法典》却沉默未语。鉴于缺少规整不意味着从根本上不应该出现法效果，可能是法律借此表明对某种情形不追求特定效果，或曰沉默并非拒绝回答，而是反过来构成间接的消极答复，<sup>〔3〕</sup>《合同编通则解释》不认为《民法典》第504条构成法律漏洞，而是在实质上采用反面推论的法技术予以处理——“法律、行政法规为限制法人的法定代表人或者非法人组织的负责人的代表权，规定合同所涉事项应当由法人、非法人组织的权力机构或者决策机构决议，或者应当由法人、非法人组织的执行机构决定，法定代表人、负责人未取得授权而以法人、非法人组织的名义订立合同，未尽到合理审查义务的相对人主张该合同对法人、非法人组织发生法律效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持，但是法人、非法人组织有过错的，可以参照民法典第一百五十七条的规定判决其承担相应的赔偿责任。相对人已尽到合理审查义务，构成表见代表的，人民法院应当依据民法典第五百零四条的规定处理”（第20条）。如此处理是否妥当，需要探讨。

### （二）《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文错用反面推论

《合同编通则解释》第20条第1款第2句所谓“相对人已尽到合理审查义务”，可转换成“相对人善意”的表达。该句所谓“相对人已尽到合理审查义务，构成表见代表的，人民法院应当依据民法典第五百零四条的规定处理”，就是“相对人善意的，越权代表订立的合同有效”。

〔2〕 参见〔奥〕恩斯特·A·克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第178-179页；王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第204页。

〔3〕 参见〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第29页。

相对人恶意的，越权代表订立的合同的效力如何？《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文回答道：“未尽到合理审查义务的相对人主张该合同对法人、非法人组织发生效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持。”这可被转换成如下表达：相对人恶意的，越权代表订立的合同对越权代表所在的法人或非法人组织不发生法律效力。

所谓合同不发生法律效力，联系《民法典》第155条等条款理解之，就是合同无法律约束力。合同无效、合同经撤销权的行使而归于消灭、效力待定的合同确定地不生效可被包括其中。不过，合同在撤销权行使之前是有效的，甚至因撤销权一直不行使或超过除斥期间而终局地有效，而非合同自其成立伊始就确定地不发生法律效力。因而，人们使用“合同不发生法律效力”这个断语时把可撤销的合同涵盖在内，实在罕见。效力待定的合同不是自其成立伊始就确定地不发生法律效力，亦非确定地发生法律效力，而是由有权人表态该合同有效抑或无效。唯有合同无效是合同自始、绝对、确定地不发生法律效力。《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文所含意思，符合合同无效的内涵，即越权代表订立的合同对越权代表所在法人、非法人组织自始、绝对、确定地不发生法律效力，而距离可撤销的合同因撤销权的行使而没有法律约束力、效力待定的合同最终归于不发生法律效力的情形较远。该项结论的可取性，从《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第17条第3句关于“法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：债权人善意的，合同有效；反之，合同无效”的规定得到印证。如此，可以断言《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文对《民法典》第504条关于“相对人不知道也不应当知道其超越权限的，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力”的规定，采取了反面推论的法技术。

• 317 •

但这需要反思，因为《民法典》第504条的沉默是“意味深长的”，〔4〕存在多种可能的意思。第一种可能是，尽管合同系在越权代表的情况下订立的，而且相对人对此知道或应当知道，但该合同处于双方复杂交易环节中的一环，各方当事人之间于此存在着“堤内损失堤外补”的利益平衡和制约。既然如此，认定越权代表订立的合同对越权代表所在的法人或非法人组织不发生法律效力，或曰合同无效，既害及复杂交易的正常进展，不符合效率原则，也不符合鼓励交易原则，由越权代表所在的法人或非法人组织自主决定合同有效抑或不接受合同，应为上策。第二种可能是，越权代表订立的合同对越权代表所在的法人或非法人组织确实不利，不过这在其可接受的限度内，法人或非法人组织与其因不接受合同生效、履行的后果而毁掉各方之间的系列交易安排，因另觅交易对象而拉高交易成本，莫不如维持现状，认可合同的效力，避免更大的损失。于此场合，把对合同效力的决定权交给越权代表所在的法人或非法人组织，由其审时度势地作出决断，这优于法律直接令合同无效的方案。第三种可能是，越权代表订立合同严重损害了其所在的法人或非法人组织的权益，而且相对人对此知道或应当知道，令此种合同无效为上策。如果增加变量，比如区别相对人对越权代表明知、应知而不知，进而异其后果，或者考察有无欺诈、胁

〔4〕 Vgl. Binder, S. 977; Larenz, ML, S. 279; Dahm, S. 50. 转引自〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第24页。

迫、重大误解或处于危困状态、缺乏判断能力等因素，分别适用法律，那么，视个案情形而确定最佳或较佳的对策方案，显然更为可取。由此看来，类型化确有必要。不可否认，针对每种类型设计出相应的构成要件和法律效果，草拟出准确契合的、可操作性强的法律条文，实在困难，且难免挂一漏万。《民法典》第504条没有做费力不讨好的工作，而是暂且沉默，留给判决、学说于将来总结实践经验、教训，作出决断，〔5〕而后逐渐形成法律规则。尽管这样设计留下了法律漏洞，但较《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文采取反面推论的法技术显得明智。

上文的列举和分析显示出解决《民法典》第504条的沉默问题离不开价值判断、法律评价，〔6〕而《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文面对本有多种可能效果的情形，对为何舍去其他效力类型不加说明、论证，就径直断言“未尽到合理审查义务的相对人主张该合同对法人、非法人组织发生效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持”，这是违反只有在“构成要件已被穷尽列举出可能发生法律效力”的情况下方可反面推论〔7〕的基本要求的。人们难以发现价值判断伴随其中，所看到的只有纯粹的形式逻辑的推论。有学说主张，反面推论常常否定法律漏洞的存在。〔8〕据此可以说，用反面推论解决《民法典》第504条存在的法律漏洞，是不合适的。

### （三）《合同编通则解释》第20条第2款存在同样的瑕疵

《合同编通则解释》第20条第2款正文内容为：合同所涉事项未超越法律、行政法规规定的法定代表人或负责人的代表权限，但是超越法人、非法人组织的章程或权力机构等对代表权的限制，相对人主张该合同对法人、非法人组织发生效力并由其承担违约责任的，人民法院依法予以支持。该款的但书内容为：但是，法人、非法人组织举证证明相对人知道或应当知道该限制的除外。

笔者认为，《合同编通则解释》第20条第2款正文的规定，实际上在复述《民法典》第504条的规定，也符合越权代表的机理，值得赞同。对此试析如下：由于对代表权的限制不是源自法律、行政法规，而是来自法人、非法人组织的章程或权力机构，出于交易便捷、交易安全、交易相对人能否知晓法人和非法人组织的章程或权力机构的决定等因素的考量，不使相对人负有查阅交易对方章程或权力机构的决定的义务。在这种背景下，相对人与法人或非法人组织订立合同，即使法人的法定代表人、非法人组织的负责人违反了章程、权力机构对代表权的限制，也首先推定相对人不知也不应知越权代表，即善意。这有其道理，值得赞同。对于此种合同，法人或非法人组织即使被其法定代表人或负责人“坑害”了，也无权否认合同效力，这是交易安全原则的当然要求。

《合同编通则解释》第20条第2款但书有合理的一面，也有需要检讨的一面。其合理之处表现在：把举证证明相对人恶意的负担分配给越权代表所在的法人或非法人组织，这与交易相对人无义务查阅对方的章程或权力机构的决定相匹配；尽量不使恶意的相对人从合同有效之中取得不当利益。其需要检讨之处表现在，越权代表订立的合同并不总是不利于越权代表所在的法人或非法人组

〔5〕 参见〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第171页。

〔6〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（学生版），陈爱娥译，五南图书出版公司1996年版，第284、291页；〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第193页；〔奥〕恩斯特·A·克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第180页；王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第204页。

〔7〕 参见王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第204页。

〔8〕 参见〔奥〕恩斯特·A·克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第178-179页；王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第204页。

织，或是虽有不利，但否定合同效力而另觅新的交易可能不如维持合同效力。既然如此，在相对人为恶意的情况下，把合同效力的决定权交给法人或非法人组织，更为明智。但是《合同编通则解释》第20条第2款的但书没有赋予法人或非法人组织这样的权利，而是对《民法典》第504条关于“相对人不知道也不应当知道其超越权限的，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力”的规定，采取了反面推论的法技术，不是上策，道理已在上文阐释，不再赘言。

## 二、职务代理人越权缔约的法律效力

### （一）职务代理的表现形式

关于职务代理越权的表现形式，《民法典》也采取了沉默的法技术。《合同编通则解释》于第21条第2款通过列举的方式揭示其法律含义及其表现形式：（1）依法应当由法人的权力机构或决策机构决议的事项却由其工作人员以法人名义为之；（2）依法应当由法人的执行机构决定的事项却由其工作人员以法人名义为之；（3）依法应当由法人的法定代表人或负责人代表法人实施的事项却由其工作人员以法人名义为之；（4）不属于通常情形下依其职权可以处理的事项却由法人的工作人员以法人名义为之。对于非法人组织的工作人员以非法人组织的名义与他人订立合同，也依此规则处理。

认定《合同编通则解释》第21条第2款所言的谁有权处理的事项，应当依据法人或非法人组织的章程及有关文件、有关法律规定、行业惯例、交易习惯为之。

所谓法人的工作人员有权以法人名义缔约的通常情形，可有种种表现：（1）法人以其名义正式告知（最好是出具正式的法人文件）交易相对人，某工作人员有权以法人名义缔结某合同；（2）法人的法定代表人正式通知交易相对人，某工作人员有权以法人名义缔结某合同；（3）合同文本上明确某工作人员有权以法人名义缔结和履行某合同；（4）银行的分行、支行有权以银行的名义订立储蓄合同、借款合同以及实施有关行为，这属于法定授权；（5）保险公司的分公司有权以保险公司的名义订立保险合同以及实施有关行为，这也属于法定授权；（6）依行业惯例、交易习惯某工作人员拥有代理权，无相反证据排除该工作人员的代理权，4S店的正职负责人具有代理权的外观大多属于此类情况，某建筑公司的“某海外工程部”或“某项目工程部”的正职负责人拥有代理权的外观也时常属于此类情况，当然，若有充分、确凿的相反证据证明其无代理权，则不得认定为其有代理权。

### （二）《合同编通则解释》第21条第2款的缺陷

应当看到，《合同编通则解释》第21条第2款仍然无法合理解决如下问题：某个非法定代表人的工作人员实施了在外观上属其职权范围内但在法人内部却不允许其擅自作为的法律行为，这在外观上“属于通常情形下依其职权可以处理的事项”，依《合同编通则解释》第21条第2款第4项乃至整个条文的文义，构成表见代理。但笔者不赞同此说，理由如下：“属于通常情形下依其职权可以处理的事项”，只是表见代理的构成要件之一，即“存在代理权的外观”（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第28条第1款第1项），但不见得同时具备“相对人不知道行为人行为时没有代理权，且无过失”这项构成要件，下面的案型

即属其例。A公司的综合采购部主任张三擅自以A公司的名义购买B公司的货物,在采购订单上加盖有“A公司的综合采购部”的方章,没有加盖A公司的公章或合同专用章,也没有向B公司出示A公司的法定代表人的授权委托书。这不符合交易惯例和缔约法理。于此场合,B公司有义务向A公司核实张三有无代理权,却未加核实,有重大过失。此其一。案涉A公司和B公司之间交易,没有签署合同书、往来款项未走公司账户而是进入私人账户。这也反常,B公司也有义务向A公司核实张三有无代理权,B公司没有如此做,构成重大过失。此其二。所有这些,都表明诉争案件不具备“相对人不知道行为人行为时没有代理权,且无过失”这项构成要件。

其实,举证证明责任的分配可有助于该问题较为妥当地获得解决。例如,法人的规章制度明确了一般工作人员以法人名义与相对人缔约必须具备的要素(如法定代表人的授权委托书,或者在合同文本上加盖法人的公章或合同专用章,或者各方当事人在洽商之际明确了某一般工作人员专门负责该交易事宜,等等),交易相对人能够且有注意义务了解此类信息。于是,在某工作人员没有代理权同时欠缺上述要素的情况下,不应认定交易相对人于缔约时为善意,不构成职务代理、表见代理。

此外,对于《民法典》第172条所谓“相对人有理由相信行为人有代理权”的判断,应当限于“相对人”在代理行为成立之时或此前的洽商阶段“有理由相信行为人有代理权”。如果在此阶段相对人在判断“行为人有无代理权”方面存在过错乃至非善意,那么,即使在履行阶段出现了有代理权的外观,仍不可径直断言表见代理成立。其道理在于:如果此时行为人仍无代理权,所谓“存在代理权的外观”不会治愈相对人在判断“行为人有无代理权”方面存在的过错乃至非善意,相对人应当通过尽职调查查清行为人确实无代理权;如果此时行为人已经拥有代理权,那是被代理人追认了行为人的“代理行为”,赋予行为人以代理权。

再者,《合同编通则解释》第21条第1款共有三句,第一句为狭义的无权代理规则,第二句系缔约过失责任规则,第三句“前述情形,构成表见代理的,人民法院应当依据民法典第一百七十二条的规定处理”中的所谓“前述情形”,不知其仅限于第一句所述“情形”,还是也涵盖第二句所述“情形”?若单指第一句所述“情形”,因该“情形”可大致分为构成要件(“法人、非法人组织的工作人员就超越其职权范围的事项以法人、非法人组织的名义订立合同”)与法律效果(“相对人主张该合同对法人、非法人组织发生效力并由其承担违约责任的,人民法院不予支持”,即狭义的无权代理后果),则似乎采用了反面推论的法技术。这在方法论上是错误的,因为第一句“情形”下被代理人在选任、监督其工作人员方面具有过错的,应当产生法律责任,原因在于过错是过错责任的构成要件,而不当地成立表见代理。表见代理的成立所需要的善意、无过错,不是要求被代理人的,而是要求相对人的。只要相对人在判断行为人有无代理权方面具有过错乃至非善意,就仍不成立表见代理。

### 三、填补以物抵债协议的漏洞反倒酿成漏洞

《民法典》未就以物抵债设计完整的规范,只在流押条款(第401条)、抵押权实现方式(第410条)、流质条款(第428条)、质权实现方式(第436条第2款)涉及以物抵债的规定。《合同

编通则解释》不满足于此，推出具有普遍适用性的以物抵债协议规范（第27条、第28条），旨在填补《民法典》的漏洞。

但是，《合同编通则解释》第27条没有区分代物清偿与除此之外的以物抵债协议（新债清偿），也就没有清晰地就每一种类型设置相应的构成要件和赋予法律效果，这会严重地影响人们理解和适用其规定，且又酿出新的漏洞。

作为以物抵债协议之一种形态的代物清偿，是债权人受领他种给付以代原定给付而使合同关系消灭的现象。代物清偿合同为实践（要物）合同，作为他种给付的动产应当交付给债权人、作为他种给付的不动产应被登记于债权人的名下，即债权人拟于原交易取得标的物物权的目的是已经变相实现了。由此决定了代物清偿合同的法律效力为：原债权债务关系归于消灭，债权的从权利（如担保权）亦不存在，纵使代物清偿的他种给付存有瑕疵，原债权亦不复生，债权人也不能请求债务人为无瑕疵的给付，只得依据代物清偿合同的有偿性主张瑕疵担保责任。换句话说，代物清偿仅发生债的客体消灭的效力，并不能说当事人之间不存在其他法律关系，因其为有偿合同，故法律关于买卖合同中瑕疵担保的规定在代物清偿合同场合有准用的余地。但法律关于买卖合同中债权人受领标的物义务、价款支付义务、风险负担等规定，则不予准用。<sup>〔9〕</sup>

除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿）则与之不同，以物抵债协议不以作为抵债之物的动产交付、作为抵债之物的不动产转移登记作为成立要件，属于诺成合同。就是说，除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿）成立但尚未实际履行时，债权人的原债权尚未实现，债权人拟于原交易取得标的物物权的目的是尚未达到。此时此地令原债权债务关系消灭，遇有以物抵债协议不能履行的情形，债权人就会遭受损失。为避免这种不公正的结果出现，除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿）不应具有消灭原债权债务关系的法律效力，唯有以物抵债协议实际履行后才消灭原债权债务关系。

明确了上述原理，就不难发现《合同编通则解释》第27条的问题之所在。《合同编通则解释》第27条第2款正文前半句所谓“债务人或者第三人履行以物抵债协议后，人民法院应当认定相应的原债务同时消灭”，若指已将抵债之物的物权转移给了债权人即代物清偿，是正确的，但若涵盖抵债之物的物权尚未转移给债权人的情形，则是错误的，因为债务人的债务尚未清偿，债权人的债权并未实现，却消灭原债权债务关系，不但在逻辑上、法理上不通，而且在利益衡量方面也是非常不利于债权人的。第27条第1款正文后半句关于“债务人或者第三人未按照约定履行以物抵债协议，经催告后在合理期限内仍不履行，债权人选择请求履行原债务或者以物抵债协议的，人民法院应予支持”的规定，只有在适用于除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿）的场合，才是正确的，若适用于代物清偿合同的情形，则不正确，因为于此场合原债权债务关系已经消灭。

《合同编通则解释》第27条第3款关于“前款规定的以物抵债协议经人民法院确认或者人民法院根据当事人达成的以物抵债协议制作成调解书，债权人主张财产权利自确认书、调解书生效

〔9〕 参见郑玉波：《民法债编总论》（修订2版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，第484-485页；〔日〕於保不二雄：《日本民法债权总论》，庄胜荣校订，五南图书出版有限公司1998年版，第381页；邱聪智：《新订民法债编通则》（下），中国人民大学出版社2004年版，第453页；林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第539页；王利明：《合同法研究》（修订版，第二卷），中国人民大学出版社2011年版，第281页。

时发生变动或者具有对抗善意第三人效力的, 人民法院不予支持”的规定, 若适用于除代物清偿以外的以物抵债协议(新债清偿)的场合, 符合《民法典》关于物权变动的规则, 值得肯定。但它若适用于代物清偿的领域则不正确, 因为抵债之物为动产时, 动产已经交付给债权人, 符合《民法典》第224条的规定, 债权人取得动产物权, 且该权具有对世效力, 能够对抗善意第三人, 抵债之物为不动产时, 不动产物权已经转移登记在债权人的名下, 按照《民法典》第209条第1款正文和第214条的规定, 该不动产物权具有对世效力, 能够对抗善意第三人。在人民法院已就代物清偿制作成调解书时更应如此。

债务人以他人之物或物权、股权、知识产权向债权人抵债, 属于代物清偿且符合《民法典》第311条要求的构成要件的, 债权人能够取得并保有所有的权利, 其与债务人之间的原债权债务关系在相应的范围内消灭。《合同编通则解释》第27条第4款适用于这个领域是正确的, 值得赞同。但是, 如果《合同编通则解释》第27条第4款所谓权利指向的是欠缺公示方式的债权, 则不正确, 因为欠缺公示方式的债权不是善意取得的标的物, 不适用《民法典》第311条的规定, 债权人不能取得该债权。如此, 真正的债权人有权主张继续拥有该债权, 相应地, 债权人与债务人之间的原债权债务关系不消灭。

《合同编通则解释》第28条的字面意思给人的印象是以物抵债协议项下的“物”都是担保物。其实, 以物抵债协议项下的“物”, 既有担保物, 也有除此之外的物。这两种类型的以物抵债协议需要的构成要件和法律效力是不同的。从尽可能正面理解《合同编通则解释》第28条第1款的立场出发, 把其中所谓“人民法院应当在审理债权债务关系的基础上认定该协议的效力”解释为人民法院首先审理原债权债务关系有无担保, 以确定以物抵债协议是否涉及流质条款、流押条款, 最后才判定以物抵债协议的法律效力, 这是可取的立场及方法。

以担保物之外的有体物或权利抵债, 以物抵债协议的效力不涉及流质条款、流押条款, 在合同生效方面遵从一般的合同效力规则, 在是否消灭原债权债务关系方面, 因其为代物清偿类型或除此之外的以物抵债协议(新债清偿)类型而有不同, 这在上文已述, 此处不赘。有必要赘言的一点是, 新债清偿这种类型的以物抵债协议的效力不受债务履行期限届满的影响, 因为在这些领域缔约当事人不会因债务履行期限届满而承受额外的压力, 故不会因此而不得已地接受于己不利的条款。《合同编通则解释》第28条第1款要求在债务履行期限届满前达成以物抵债协议, 属于画蛇添足。

诚然, 有观点认为, 于债务履行期限届满前订立的以物抵债协议属于担保, 在债务履行期限届满后成立的以物抵债协议, 则无担保的效能。在笔者看来, 这是偏离担保的质的规定性、混淆担保与担保作用的表现, 其错误与所谓“后让与担保”之说如出一辙。其一, 于债务履行期限届满前订立的以物抵债协议, 若为代物清偿, 则其一经生效, 原债的关系即归于消灭。在抵债之物存在瑕疵时, 仅仅存在单一的以物抵债协议(代物清偿)。这不符合担保须并存着原债的关系与担保关系的规格要求。在抵债之物无瑕疵时, 原债的关系即可消灭, 以物抵债协议(代物清偿)也功成身退, 转换为物权关系或与之类似的法律关系(如知识产权关系、股权关系)。两种债的关系均已消失, 哪有担保的踪影? 其二, 于债务履行期限届满前订立的以物抵债协议, 若为除代物清偿以外的以物抵债协议(新债清偿), 则并存着原债的关系与新债清偿关系。尽管如此, 在

债务履行期限届满前订立的新债清偿，仅为两种债的关系并存，新债清偿不具有如下我国现行法承认的担保的效力：其无就抵债之物优先受偿的效力，未增加债务人清偿债务所需要的责任财产，亦未将一定数额的金钱先行交给债权人。其三，新债清偿若公平合理，与原债的关系并存，那么，债权人有权选择请求债务人实际履行哪种债务，处于较为有利的地位，这也是事实。尽管如此，新债清偿也至多具有担保作用，距离抵押权、质权、留置权、保证、定金、押金等我国现行法承认的担保相距甚远，根本不具有担保的质的规定性，不适用法律关于担保的规定。

接下来解读《合同编通则解释》第28条第2款。若将该条款看成专为以担保物抵债的协议而设的规定，则可有如下剖析及结论。

该条款第1句关于“当事人约定债务人到期没有清偿债务，债权人可以对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权的，人民法院应当认定该约定有效”的规定，符合《民法典》第410条第1款的规范意旨，值得赞同。但该条款第2句前半段所谓“当事人约定债务人到期没有清偿债务，抵债财产归债权人所有的，人民法院应当认定该约定无效，但是不影响其他部分的效力”，却是对《民法典》第401条关于流押条款、第428条关于流质条款的消极的、负面的解读，不符合鼓励交易原则，也与其第3条第3款选择有利于有效解释的规则不一致。换言之，属于流押条款、流质条款的以物抵债协议并非全都无效，应当区分情形而确定其法律效力：（1）如果担保权人主张履行以物抵债协议，不损害担保人的其他债权人（如担保人无其他债权人，或者即使存有其他债权人，但担保人的责任财产足以清偿那些债权，现金流处于正常状态）的正当权益的，法律自无干预的必要。即使对担保物的估价偏低，不利于担保人，只要担保人不行使撤销权，也应认可此种以物抵债协议为有效。该协议适当履行（包括担保物为动产时完成交付，担保物为不动产时已经完成转移登记）后，担保权人取得该担保物的物权。（2）在担保人的数个债权人都请求担保人为清偿，不涉及担保物、担保人也未进入破产程序的场合，担保人可以基于以物抵债协议的约定及其适当履行取得担保物的物权。（3）在担保人的数个债权人都请求担保人为清偿，且涉及担保物，但担保人尚未进入破产程序的情况下，担保权人无权请求担保人实际履行以物抵债协议，只可援用《民法典》第410条或第428条的规定，实行担保权，就担保物的变价使担保债权优先获得清偿。（4）在担保人已经进入破产程序的情况下，担保权人也无权请求担保人实际履行以物抵债协议，必须适用《中华人民共和国企业破产法》的有关规定，包括第109条关于“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”的规定。上述（1）（2）符合《民法典》第401条所说的“只能依法就抵押财产优先受偿”、第428条所说的“只能依法就质押财产优先受偿”，故不得认定这两种情况下的以物抵债协议无效。并且，第28条第3款前半句关于“当事人订立前款规定的以物抵债协议后，债务人或者第三人未将财产权利转移至债权人名下，债权人主张优先受偿的，人民法院不予支持”的规定，就以偏概全了，因为在上述（1）（2）的案型中，应当支持债权人关于优先受偿的请求，更遑论在上述（1）（2）的案型中“债务人或者第三人已将财产权利转移至债权人名下的”，应当支持债权人关于优先受偿的请求了。就此看来，《合同编通则解释》第28条第3款后半句“债务人或者第三人已将财产权利转移至债权人名下的，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第六十八条的规定处理”再次以偏概全了。在上述（3）（4）的案型中，即使担保物的权利已经转移至债权人的名下，因以物抵债协议违法而无效，债权人取得

并保有该权的原因不复存在，也要按照担保权实现的程序处理，债权人无权对抗拍卖、变卖担保物的程序（《合同编通则解释》第28条第3款后半句、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第68条）。

总之，在坚持《民法典》第401条、第428条并未一概否定流押条款、流质条款的法律效力之说的前提下，对待和处理以物抵债协议的思路及观点应为：首先区分以担保物抵债的协议和以非担保物抵债的协议，对前者必须适用《民法典》第401条或第428条的规定，对后者则不适用这些规定，而须再区分代物清偿和除此之外的以物抵债协议（新债清偿），以便容易、清晰地确定原债权债务关系是否因以物抵债协议成立和生效而归于消灭。其实，在流押条款、流质条款有效的情况下，以担保物抵债的协议也有必要区分代物清偿和除此之外的以物抵债协议，以便容易、清晰地确定原债权债务关系是否因以物抵债协议成立和生效而归于消灭。

#### 四、排除情事变更原则适用的特约的法律效力

当事人事先约定排除情事变更原则的适用，其效力如何？《民法典》依旧保持沉默，《合同编通则解释》打破此种状态，于第32条第4款规定：“当事人事前约定排除民法典第五百三十三条适用的，人民法院应当认定该约定无效。”对此，笔者总的看法是：它太过简单化，有些武断。笔者主张应当区分情形而有相应的结论：（1）情事变更原则的法律效果有变更合同与解除合同。对于排除合同变更效力的约定，不应被径直认定为无效，而应首先检索其是否存在《民法典》第146条第1款等条款规定的无效原因。若存在，则排除合同变更效力的约定归于无效；若不存在，就需要进一步检索其是否存在《民法典》第147条等条款规定的可撤销的原因。若存在，则允许撤销权人主张撤销排除合同变更效力的约定；若不存在，就应当承认、维护此类约定的法律效力。之所以如此主张，一个重要的原因是，当事人排除合同变更效力的约定，时常是当事人分配其交易成本、风险的表现，也是降低交易成本的法律措施。对于此类约定，显然不宜一股脑地否定之。例如，有的合同变更需要履行复杂、漫长的程序，这与特定交易必须迅捷的性质不相匹配。再如，有充分、确凿的证据证明一方当事人将自某个时间节点始更换主要股东或管理团队，双方无法继续合作，唯有解除合同方为上策。（2）对于排除解除合同的约定，不宜拘泥于《民法典》第533条的规定是否属于强制性规定的视角，因为对此作判断和下结论十分困难，而应依据合同解除制度的目的及功能、诚信原则、交易习惯，考量个案案情，综合多项因素进行判断，然后得出结论：有的约定无效，有的约定有效。（3）对《民法典》第533条的适用由当事人请求而启动，不告不理原则依然适合于此。由此决定，当事人约定排除合同变更或解除，不涉及无视公权力的问题，仍宜适用意思自治原则。

#### 五、适用“破解合同僵局规则”时合同解除的时间点

适用“破解合同僵局规则”时合同自何时解除？《民法典》未设明文，《合同编通则解释》第59条填补该种法律漏洞。不过，笔者认为其填补得不尽理想。

适用“破解合同僵局规则”如何确定合同解除之日，可有三个选项：其一，《合同编通则解释》第59条第1句规定的“人民法院一般应当以起诉状副本送达对方的时间作为合同权利义务关系终止的时间”。其二，裁判文书生效之时为合同解除之日。其三，《合同编通则解释》第59条第2句规定的“根据案件的具体情况，以其他时间作为合同权利义务关系终止的时间更加符合公平原则和诚信原则的，人民法院可以以该时间作为合同权利义务关系终止的时间”。

“其一”选项，有其合理的一面：合同存续使双方当事人的利益关系较为严重地失衡，合同不再具有积极价值，故应及时解除，不宜拖延不决。如果违约方请求裁判解除合同的时间点正好与此精神相符，那么，《合同编通则解释》第59条第1句的规定便为妥当。同时，该选项也有值得反思的一面：（1）违约方请求裁判者判决或裁决解除合同，仅仅在行使请求权（不具备“破解合同僵局”的条件），而非在行使形成权。<sup>〔10〕</sup>既然不是形成权的行使，违约方请求解除合同之日就不会发生合同解除这种结果。换言之，《民法典》第580条第2款规范的案型与《民法典》第565条调整的解除权行使场合确定解除之日的案型具有本质的不同，法律评价的关注点不一致，这决定了这两种案型中合同解除的时间点常常有异，尽管有时可以相同。既然如此，“人民法院一般应当以起诉状副本送达对方的时间作为合同权利义务关系终止的时间”，作为原则和首选，就未契合请求权和形成权的机理。（2）适用《民法典》第580条第2款的规定解除合同，系裁判权行使的表现和结果。裁判文书尚未生效意味着裁判权尚未行使完毕，此时难有裁判权行使的结果。无裁判权行使的结果却认可合同已被解除，不合逻辑，违背事理。（3）适用《民法典》第580条第2款的规定解除合同，违约方请求裁判者解除合同，其本身即为违约。对违约，特别是恶意违约，法律不应放纵之，而应予以否定。在违约方请求解除合同之际，合同目的尚未落空，双方当事人的利益关系没有严重失衡，依《民法典》第580条第2款的规范意旨，合同本不应被解除。如果此种状态持续下去，裁判者不应支持违约方关于解除合同的请求。如果在事物演进的过程中，合同目的才告落空，裁判者应当支持违约方关于解除合同的请求。面对这种案型，把合同目的落空之时作为合同解除的时间点，才有正当性；将违约方的起诉状副本送达给守约方的时间作为合同解除的时间点，则不正当。由此可见，《合同编通则解释》第59条第1句规定“人民法院一般应当以起诉状副本送达对方的时间作为合同权利义务关系终止的时间”，至少是偏概全的，在某些情况下是背离公平正义的。

“其二”选项贯彻和落实了裁判解除合同乃裁判权行使的结果的表现，且操作性很强。就此看来，该选项值得赞同。当然，该选项也确有不足：合同目的已经不能实现，合同存续已无积极价值，自合同目的不能实现之日将合同解除，方为上策；但是，诉讼或仲裁旷日持久，合同多存续一日，双方当事人之间的利益失衡状态就多持续一日，违约方的负担便愈发沉重，而这已经超出了违约方就其违约而应遭受的“惩罚”的上限。看来，一律以裁判文书生效之时作为合同解除之日，也不尽妥当。

从以上剖析“其一”选项和“其二”选项的利弊可知，从实质方面观察，以系争合同不能实现目的之时作为合同解除的时间点，最符合《民法典》第580条第2款的规范意旨。《合同编通则解释》第59条第2句关于“根据案件的具体情况，以其他时间作为合同权利义务关系终止的

〔10〕 中国政法大学的管晓峰教授在2024年3月11日召开的研讨会上发表了这种意见。特此感谢管晓峰教授！

时间更加符合公平原则和诚信原则的，人民法院可以以该时间作为合同权利义务关系终止的时间，但是应当在裁判文书中充分说明理由”的规定，相较于“其一”选项和“其二”选项为优，应当作为确定合同解除的时间点的原则，处于首选的地位。只是它过于抽象，赋权裁判者处理案件时进行价值补充，自由裁量权过大，遇有不公正的裁判者时也会出问题。这也是适用《合同编通则解释》第59条第2句的规定时应当注意的。

“其一”选项在有的系争案件中可取，在另外的系争案件中有违公平正义，《合同编通则解释》第59条第1句将之作为确定合同解除之日的首选，应被反思。一句话，该选项应被有条件地采纳。

“其二”契合裁判解除合同的本质，具有可操作性，《合同编通则解释》没有列举出该种选项，为其失误。不过，鉴于它在有些系争案件中不合理地加重了违约方的负担，在这点上不符合《民法典》第580条第2款的规范意旨，裁判者应当有条件地采纳该种选项。

---

**Abstract:** The silence on China's current law should not be confined to the shackles of either extralegal space or the use of negative inferences, and legal loopholes can be included in it. In the case of a contract concluded by an ultra vires representative, the legal effect of the contract should not be determined by negative inference, if the counterparty knew or ought to know that. It is necessary to clarify and determine what exactly the so-called "aforesaid circumstances" in the third sentence of paragraph 1 of Article 21 of the Interpretation of General Provisions of Contract Law include. For debt-in-rem agreements, a distinction should be made, firstly, between agreements in which debts are paid with collateral and agreements that are not secured by collateral, and secondly, between repayment in rem and agreements in rem (repayment of new debts), so that it is easy and clear to determine whether the original creditor-debtor relationship is extinguished when the agreement is concluded and takes effect. It is not appropriate to nullify the parties' agreement on exclusion of application of the principle of change of circumstances, but to determine its legal effect on a case-by-case basis. If the purpose of the contract has not been frustrated when the breaching party applies for the termination of the contract, the time of termination should not be the time when the copy of the complaint is sent to the non-breaching party, otherwise it will deviate from the purpose of the "rule for breaking the deadlock of contract", as well as the principle of fairness and good faith. Under the circumstance that the proceedings of litigation or arbitration conform to the law of development, the date of service of the legal document adjudicating the termination of the contract should be the time of termination of the contract.

**Key Words:** the silence of the law, negative inferences, legal loopholes, ultra vires representatives, debt in rem agreements

---

(责任编辑:武 腾)

## 合同解除规则的细化完善与司法适用

陈龙业\*

**内容提要：**《合同编通则解释》就合同解除领域中具有一定普遍性的几个问题，遵循意思自治原则与维护合同正义、实现纠纷的实质性解决的导向作了细化规定，明确了当事人主张行使解除权但不符合相应条件而对方同意解除等情形可以依法适用协议解除的规则，强调了通知解除合同的情形下应当对是否符合解除权行使的条件予以审查的规则，当事人撤诉后再次起诉主张解除合同的，原则上应当以再次起诉的起诉状副本送达对方时解除。对于显著轻微违约时能否限制约定解除权行使的问题，虽然《合同编通则解释》最终没有规定，但在具体适用中可以参考本司法解释起草过程中的一些考虑，在尊重当事人真实意思的前提下，体系化适用《民法典》第132条关于权利滥用之禁止的规定，采用动态系统论的方法，对约定解除权的行使予以适当限制，同时通过让违约方依法承担违约责任的方式来切实做好对守约方的救济。

**关键词：**合同解除 协议解除 解除权 轻微违约

合同解除是指合同有效成立以后，当具备合同解除条件时，因当事人一方或双方的意思表示而使合同关系自始消灭或向将来消灭的一种行为。解除合同是在特定情形下突破合同约束力的制度，是合同严守原则的例外和补充性制度。<sup>〔1〕</sup>法定解除、约定解除和协议解除是合同解除的基本类型。作为合同法律制度的重要内容，合同解除制度既底蕴深厚，又不断发展。一方面，理论研究不断深入、实务经验的积累逐渐丰富；另一方面，实务中也出现了一些具有普遍性的法律适用问题，亟须统一裁判尺度。在广泛调研、综合各方意见的基础上，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）在第52条至第54条对协议解除与法定解除交织情形的场景化适用问题、通知解除合同时解除权条件的审查、撤诉后又再次起诉时的合同解除时间确定等问题作了细化规定。下文拟结合笔者对《合同编

\* 陈龙业，最高人民法院研究室民事处处长、一级调研员。

〔1〕 参见杜万华主编：《中华人民共和国民法典实施精要》，法律出版社2021年版，第463页。

《通则解释》上述条文的一些理解与思考,就合同解除的有关具体法律适用问题做一探讨。

## 一、协议解除与当事人行使解除权的衔接适用问题

所谓协议解除,是指合同成立以后,在未履行或者未完全履行之前,当事人双方通过协商解除合同,使合同效力消灭的行为。<sup>〔2〕</sup>就协议解除的司法适用,目前实务中具有普遍性的问题主要有二:一是双方当事人就解除合同达成一致,但对于解除的后果没有约定时,如何认定合同是否解除以及后续如何处理;二是当事人一方虽然主张行使法定或者约定解除权但不符合相应条件而对方同意解除的情形下,如何认定合同解除。为统一裁判尺度,《合同编通则解释》第52条分三款对上述问题的法律适用规则作了规定。其中第1款规定:“当事人就解除合同协商一致时未对合同解除后的违约责任、结算和清理等问题作出处理,一方主张合同已经解除的,人民法院应予支持。但是,当事人另有约定的除外。”第2款规定:“有下列情形之一的,除当事人一方另有意思表示外,人民法院可以认定合同解除:(一)当事人一方主张行使法律规定或者合同约定的解除权,经审理认为不符合解除权行使条件但是对方同意解除;(二)双方当事人均不符合解除权行使的条件但是均主张解除合同。”至于与违约责任、清理结算等事项的衔接适用问题,在第3款规定:“前两款情形下的违约责任、结算和清理等问题,人民法院应当依据民法典第五百六十六条、第五百六十七条和有关违约责任的规定处理。”下面对此分别予以阐述。

### (一) 双方达成解除合意而未就清理结算等作出约定时的协议解除认定

关于当事人就解除合同协商一致,但未就合同解除后的违约责任、结算和清理事项作出处理时,合同是否解除,理论和实务中存在不同认识。有观点认为,只有当事人对违约责任、清理结算的事项作了明确约定才能构成协议解除。<sup>〔3〕</sup>另一种观点认为,只要双方当事人解除合同的意思表示一致,就可以解除合同,对违约责任、清理结算事项的约定,不影响合同解除的构成。至于解除合同的后果问题,可以由当事人协商,是否恢复原状、如何恢复原状可以由当事人协商决定。如果没有约定,则适用法律规定。<sup>〔4〕</sup>《合同编通则解释》第52条第1款采纳了第二种观点。此主要考虑协商解除在本质上也属于双方的合同行为,当然也要遵循双方意思表示一致的基本规则。概言之,协商解除合同是对合同当事人意思自治的维护,旨在最大限度鼓励当事人通过沟通、协商或事先约定合同解除事由的方式来解决合同履行中可能出现的各种主观、客观障碍,使当事人能够从合同的拘束中及时解脱出来,实现市场资源的有效再配置。<sup>〔5〕</sup>合意解除效力的核心单元,在于终结当事人基于特定交易目的而注入广义之债中的意定内容及与其相匹配的法律效果。当事人只要关于合意解除效力之最小单元已有共识,即便未对解除后的清算问题明确达成合

〔2〕 参见王利明:《合同法新问题研究》(修订版),中国社会科学出版社2011年版,第544页。

〔3〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(一),人民法院出版社2020年版,第633页。

〔4〕 参见王利明主编:《中国民法典评注·合同编》(一),人民法院出版社2021年版,第379页。

〔5〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(一),人民法院出版社2020年版,第632页。

意，仍可成立合意解除。<sup>〔6〕</sup>在立法机关的有关释义书中也认为，如果双方都明确同意解除，即使双方未就协商解除后的法律后果作出约定，只要双方解除合同的意思形成一致，一般也可以认为构成协商解除，除非协商解除的意思表示以对解除后果形成一致意见为前提。<sup>〔7〕</sup>当然，同样是基于对意思自治原则的遵循，《合同编通则解释》第52条第1款也作了但书规定，明确了当事人另有约定则依照其约定的规则。也就是说，当事人约定就清理、结算等事项协商一致时合同方可解除的，该约定应当依法予以认可。如果协商解除违反了民事法律行为有效的条件，如违背公序良俗，则解除协议不发生法律效力，原合同未被解除，仍然需要继续履行。<sup>〔8〕</sup>在认定协商解除时，最重要的是判断当事人是否具有解除合同的一致意思表示。有关意思表示可以是明示的，也可以是默示的；可以在诉讼外达成一致，也可以在诉讼中达成一致。<sup>〔9〕</sup>解除合同的协议本质上也是一个合同，类似于一种广义的和解协议。解除合同的合同应当符合合同成立与生效的一般条件。<sup>〔10〕</sup>

## （二）解除权条件不能成就时协商解除的适用

对于这一问题，以往的实务对此同样认识不一。有的认为这时应当适用法定解除或者约定解除的规则，如果不符合相应的解除权行使条件，则不能判决解除合同；有的则认为只要一方同意解除或者双方均主张解除，可以不必审查解除权行使的条件，而径行适用《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第562条第1款关于协商解除的规定，判决解除合同。为统一裁判尺度，《合同编通则解释》第52条第2款明确了两种情形下的协议解除规则：

其一，当事人一方主张行使法律规定或者合同约定的解除权，对方也同意解除的情形。这时人民法院仍然要审查主张行使解除权的一方当事人是否享有法定或约定的解除权。如果该解除权成立，则应当适用《民法典》第563条、第564条、第565条的规定，而不能直接适用协商解除的规定。特别是在解除合同的时间点上，行使解除权通过通知解除的，合同自通知到达时解除，通过起诉或者仲裁解除的，经人民法院或者仲裁机构审查确认该解除合同主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除，而协商解除的，合同应是自达成合意时解除。但是如果经审查认为该解除权不成立，而对方又同意解除的，这时可以适用协商解除的规定。比如在“武某灿与吴某东合伙协议纠纷”中，法院生效裁判认为，武某灿在原审中诉请解除其与吴某东签订的《合伙协议》，吴某东对此明确表示同意，再审庭审中，双方亦再次确认同意解除《合伙协议》，故当事人协议一致，可以解除合同。<sup>〔11〕</sup>此种情况下，双方所具有的解除合同的意愿是清晰明确的，故应尊重当事人之意愿发生合同解除的后果。<sup>〔12〕</sup>

需要注意的是，当法院经审理认为解除权不成立时，可以进行必要的释明，进一步明确当事人的诉求是解除合同还是行使解除权。经过释明，当事人仍然坚持解除合同的，则可以认为其提出了解除合同的要约，对方的同意构成承诺，解除协议成立。<sup>〔13〕</sup>就释明的问题，实务中还存在

〔6〕 参见姚明斌：《基于合意解除合同的规范构造》，载《法学研究》2021年第1期。

〔7〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（中），法律出版社2020年版，第1073页。

〔8〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第221页。

〔9〕 参见王利明主编：《中国民法典释评·合同编·通则》，中国人民大学出版社2020年版，第467页。

〔10〕 参见刘凯湘：《民法典合同解除规则在起草过程中的争议与条文理解》，载《判解研究》2022年第2辑。

〔11〕 参见最高人民法院（2017）最高法民再316号民事判决书。

〔12〕 参见于飞：《合同的权利义务终止、违约责任的重要发展及释评》，载《中国法律评论》2023年第6期。

〔13〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第580页。

当事人仅主张解除合同但对于赔偿损失或者恢复原状没有提出请求的情形,这时本着纠纷的实质性解决、减轻当事人诉累考虑,不宜机械适用不告不理原则。经过释明,当事人仍然坚持不提出请求,可以在裁判文书中指出另行诉讼的途径,以便尊重当事人的民事诉讼权利。<sup>〔14〕</sup>换言之,当事人请求解除合同的,原则上应当通过释明再结合当事人的诉请一并处理合同解除后的责任承担等相关后果。

其二,双方当事人均不符合解除权行使条件但是均主张解除合同的情形。依法理,双方当事人均主张行使解除权的,人民法院同样应当审查当事人的主张是否符合解除权行使的条件。只要有一方的主张符合解除权行使的条件,就应当适用法定或者约定解除的规定。如果双方的主张都符合解除权行使的条件,这时解除合同的时间点应当以最先到达对方的解除合同通知的时间为准。如果双方当事人的主张虽然都不符合解除权行使条件但却均主张解除合同,这就表明该双方当事人都不希望继续受合同约束,故可以认为已经就解除合同达成一致。对此情形,可以认定存在两个合意解除的要约,依交叉要约成立解除合意,成立时点以后到达之表示为准。<sup>〔15〕</sup>进而言之,双方当事人虽然对于解除的事由及清理结算后果持不同意见,似乎未以“要约—承诺”方式订立一个解除原合同之新协议,但双方均追求“即时终止合同”这一单一的解除效果,达成了最低限度的解除合意,即“均同意解除合同,解除后果交由法院裁量”。实务中,这种情形并不鲜见,例如在房屋租赁合同中,出租人与承租人可能均希望先确认合同解除,以尽快办理房屋交接,避免承担诉讼期间的租金或占有使用费。<sup>〔16〕</sup>合意解除相较法定和约定解除,其优势在于不必审查解除权行使是否符合法定要件即可直接确认解除生效,以尽快消除合同是否解除的不确定性,使得合同主体尽快重新安排经济生活,这也符合经济原则。

此外,《合同编通则解释》第52条第3款明确了《民法典》第566条关于合同解除的法律后果以及第567条关于合同权利义务终止不影响清理结算条款效力的规定,这些规则对于协议解除同样适用。这既是协议解除的一般规则,也是衔接该条前两款规定情形的细化规则。当然,对于有关协议解除后的清理结算以及违约责任承担的问题,当事人另有约定的,则依照其约定处理。有观点认为,当事人在合同中对违约责任作出约定的,如违约金的计算、约定违约定金等,也可以认为是合同中的结算、清理条款。<sup>〔17〕</sup>此对于相关实务问题的处理具有指导参考意义。

## 二、通知解除合同同时对合同解除权的审查问题

### (一)《合同编通则解释》第53条规定的由来

合同一方当事人通知对方解除合同是否需要以其享有合同解除权为前提的问题,具有普遍适用性且长期存在争议。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释

〔14〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第319页。

〔15〕 参见姚明斌:《基于合意解除合同的规范构造》,载《法学研究》2021年第1期。

〔16〕 参见《北京市高级人民法院关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第35条。

〔17〕 参见王利明主编:《中国民法典释评·合同编·通则》,中国人民大学出版社2020年版,第506页。

(二)》[以下简称《合同法司法解释(二)》]第24条规定:“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议,但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的,人民法院不予支持;当事人没有约定异议期间,在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的,人民法院不予支持。”对如何理解该司法解释的规定,实务中有不同看法,比如有观点认为,解除权人送达解除合同通知书后,合同相对方在收到解除合同通知书后应在异议期内请求人民法院确认解除合同的效力,但如果合同相对方没有在异议期内提起确认解除合同是否有效的确认之诉,而在合同纠纷中法院再对解除合同是否符合法定情形进行实质性审查,将使《合同法司法解释(二)》第24条的规定形同虚设,导致解除合同的效力长期处于不确定和不稳定状态,这与合同法立法目的相违背。这一观点的实质是,不论发出解除通知的一方是否享有法定或者约定的解除权,只要当事人在收到解除合同通知后,未在法定或者约定期限内提出异议,合同就直接解除。<sup>〔18〕</sup>进而言之,如果相对人未在约定或法定的异议期间内提出异议,则法院仅需要对此做形式审查,即一旦发现存在逾期情形,就可以驳回相对人的异议,而不必就解除权是否成立做实体审查。针对上述争议,《最高人民法院研究室对〈关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)〉第24条理解与适用的请示的答复》作了回应:“当事人根据合同法第九十六条的规定通知对方要求解除合同的,必须具备合同法第九十三条或者第九十四条规定的条件,才能发生解除合同的法律效力。”<sup>〔19〕</sup>2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《民商事审判会议纪要》)总结以往的经验做法,在第46条规定:“审判实践中,部分人民法院对合同法司法解释(二)第24条的理解存在偏差,认为不论发出解除通知的一方有无解除权,只要另一方未在异议期限内以起诉方式提出异议,就判令解除合同,这不符合合同法关于合同解除权行使的有关规定。对该条的准确理解是,只有享有法定或者约定解除权的当事人才能以通知方式解除合同。不享有解除权的一方向另一方发出解除通知,另一方即便未在异议期限内提起诉讼,也不发生合同解除的效果。人民法院在审理案件时,应当审查发出解除通知的一方是否享有约定或者法定的解除权来决定合同应否解除,不能仅以受通知一方在约定或者法定的异议期限届满内未起诉这一事实就认定合同已经解除。”这一规则已为审判实践所普遍遵循,比如在“某力公司与某星公司买卖合同纠纷案”中,法院生效裁判认为:“某力公司主张某星公司未对其发出的解除通知提出异议表明双方合同已经解除的观点能否成立,还应审查其解除合同的理由是否符合《合同法》第93条第2款、第94条规定的情形。《合同法》第93条第2款规定的是合同的约定解除,而本案合同并未对此作出约定,双方也未达成解除合

〔18〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第310页。

〔19〕 2014年最高人民法院有关部门作出的《关于如何理解与适用合同法解释(二)第24条问题的答复》,结合合同解除异议权的行使问题,指出:“如果合同当事人一方在不具有解除权的情况下,向对方发出了解除通知,对方在本条规定的异议期经过后才向人民法院起诉提出异议的,人民法院是否支持,无论是在学术界还是在各地法院的审判实践中均存在争议。肯定的观点主张,本条适用的前提是主张解除合同的一方应具有解除权,否则,对方提出异议的权利不受异议期的限制,本条不适用,人民法院对解除异议的诉讼请求仍应支持;否定的观点主张,异议期限经过,异议权不再受法律保护,此时无论解除合同的一方是否具有解除权,对方当事人均无权再对合同解除提出异议,故对此种情形下的异议诉请,人民法院不应支持。以上两种观点,均具有一定的理论依据和现实基础,根本差别在于对异议权的性质、异议期限经过的后果等认识不同。对此,最高法院将在进一步研究论证的基础上,以司法解释、司法政策或典型案例等形式,明确提出相应的意见,以统一裁判尺度。”

同的新的合意,因此本案不存在约定解除的情形。原审查明并认定,某星公司从2011年5月初即开始多次通知某力公司交付第二批货物的发货款,而某力公司一直未支付,已构成违约,某星公司有权行使先履行抗辩权拒绝履行交付货物的合同义务,此种情况下某力公司无法定解除权,其向某星公司发出的解除通知不发生解除劳动合同的法律效力。”〔20〕在系统论证,特别是重点吸收《民商事审判会议纪要》第46条规定的基础上,《合同编通则解释》第53条对通知解除合同是否必须以当事人享有解除权的问题作了明确规定:“当事人一方以通知方式解除合同,并以对方未在约定的异议期限或者其他合理期限内提出异议为由主张合同已经解除的,人民法院应当对其是否享有法律规定或者合同约定的解除权进行审查。经审查,享有解除权的,合同自通知到达对方时解除;不享有解除权的,不发生合同解除的效力。”这一规定不仅是以往审判实践经验的结晶,同时也是依照法理逻辑得出的必然结果:

其一,合同解除须以当事人享有解除权为条件是既有法律规定的题中应有之意。依体系解释,《民法典》第562条第2款规定了“解除合同的事由发生时,解除权人可以解除合同”,第563条也规定“有下列情形之一的,当事人可以解除合同”,这也就意味着,不具备相应条件,当事人即不享有解除权,自然不能行使解除权而单方解除合同,即使解除通知到达对方,对方未提出异议,也不发生解除合同的效果。〔21〕此外,《民法典》没有规定异议期间制度,在解释上,应当认为放弃了这一规则。在结果上,还是允许相对人无限期地提起解除权效力的确认之诉。这也能够印证本无解除权的当事人不能仅凭通知后对方未在异议期限或者其他合理期限内提出异议而主张合同已经解除。有观点进一步指出,《合同法司法解释(二)》所确定的异议期间,即使仍然保留,也应当弱化相对人未在异议期间内提出异议的效力。如果相对人在异议期间内提出异议,首先,解约方可以撤销解除通知,其次,解约方应当承担举证责任,举证证明自己享有合同解除权,否则就应承担败诉后果。但是,如果相对人未在异议期间内提出异议,则解约方只需初步举证证明其发出了解除合同通知、对方收到了解除合同通知,无需举证证明自己享有解除权,此时举证责任转移,由相对人举证证明解约方不享有解除权。〔22〕此观点通过合理分配举证责任较好平衡了解除权实体审查和异议期制度的冲突,对于督促合同双方及时行使权利、消除合同的不确定状态具有积极意义。

其二,合同解除须以当事人享有解除权为条件是遵循诚信原则乃至维护合同正义的必然要求。合同解除权是形成权,合同一旦解除对双方当事人权利义务影响巨大,世界各国都不约而同地对合同解除权加以严格限制,以维护社会经济秩序的稳定。〔23〕无论是法律规定的解除还是当事人事先约定解除权,都必须具备一定的条件。满足了这些条件,当事人才能行使解除权。〔24〕如果不以上述《民法典》规定的解除合同的实质要件为要求,那么当事人动辄以通知的形式解除合同,极易引发当事人滥用合同解除权。希望摆脱合同约束的一方当事人,无论是否明知自己缺

〔20〕 最高人民法院(2016)最高法民申1049号民事裁定书。

〔21〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第236页。

〔22〕 参见朱虎:《解除权的行使和行使效果》,载《比较法研究》2020年第5期。

〔23〕 参见姚宝华:《合同法解释(二)第24条的周延性适用》,载《人民司法》2011年第22期。

〔24〕 参见王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2011年版,第562页。

乏解除权，都会在投机心理驱使下更有动力发出解除通知，以求在异议期间经过后，解除原本无法解除的合同。<sup>〔25〕</sup>这无异于纵容违约一方或不愿意继续履行的一方“通过合同解除的方法逃避责任”<sup>〔26〕</sup>，不仅严重违反了“契约必须遵守”原则和诚实信用原则，还造成合同当事人之间权利义务失衡，严重冲击合同关系的稳定性，危害交易安全。<sup>〔27〕</sup>

其三，合同解除须以当事人享有解除权为条件，蕴含着权利义务平衡保护的基本理念。《民法典》第565条并未对发出通知的形式作出明确要求，但对受领通知的一方异议方式作出严格的规定，那就是，只能通过诉讼或者仲裁的方式提出异议。相比之下，发出解除通知成本很小，而以诉讼或者仲裁的方式提出异议，需要投入相对高昂的人力、物力、财力。为弥补此种权利义务的不均衡、不对等，有必要适当提高对发出通知一方的资格要求，这就要求其享有合同解除权这种实体权利。<sup>〔28〕</sup>如果不享有法定或者约定解除权的一方当事人甚至违约方径行发出解除合同的通知，这时仍然要求受通知一方必须以诉讼或者仲裁方式就此提出异议，其结果只能是不当加重该方当事人的负担，在政策导向上使得遵守合同约定的一方当事人利益受损。

## （二）人民法院对无解除权而通知解除合同的审查认定

如上所述，当事人之间因合同解除发生争议时，不论对方是否在合理期限内提出异议，人民法院均应当对主张解除的一方是否享有解除权进行审查。经审查确认其享有解除权的，即适用《民法典》第565条的规定，合同自通知到达时解除。假如通知解除合同的一方并不享有解除权，则不得单纯以解除通知到达相对人而认定系争合同已被解除。<sup>〔29〕</sup>人民法院对当事人是否享有解除权进行审查，主要就是审查是否符合《民法典》第562条规定的约定解除权、第563条规定的法定解除权以及《民法典》及其他法律规定的具体行使解除权的情形。至于当事人没有法定或者约定解除权而向对方发出解除通知是否构成违约的问题，理论上有不同看法。一种观点认为，无解除权而发出的“解除合同通知”只能视为一方当事人要求解除合同的要约，只有经过对方的承诺才能达致双方解除合同的效果。<sup>〔30〕</sup>另一种观点认为，当事人无解除权而单方发出“解除合同通知”即非法解除，构成违约，应承担违约责任。比如，在“郭某军、雷某波等股权转让纠纷案”中，法院生效裁判认为：“《合同法》第8条规定，依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或解除合同。《合同法》第108条规定，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。泓泽公司（编者注：被上诉人）在不享有解除权的情况下，擅自向郭某军发出解除通知，明确表示不履行合同，有违法律规定，构成根本违约。”<sup>〔31〕</sup>这一观点实质是将非法解除的行为视同于合同法上的预期违约，从而适用预期违约的法律效果。还有观点认为，对此应

• 333 •

〔25〕 参见贺剑：《合同解除异议制度研究》，载《中外法学》2013年第3期。

〔26〕 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2000年版，第719页。

〔27〕 参见陈龙业、宋韦韦：《合同解除异议权制度适用中的争议问题探讨》，载《人民司法》2014年第15期。

〔28〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第311页。

〔29〕 参见崔建远：《合同法》，法律出版社2016年版，第201页。

〔30〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第311页。

〔31〕 最高人民法院（2017）最高法民终607号民事判决书。

当区分具体情况：如果合同一方当事人明知或应知自己并无解除权而向对方发出解除合同通知，从而明确表明或以自己行为表明将不再履行合同，则无疑构成违约，应承担违约责任；但如果合同当事人一方有证据能证明其善意而合理地相信自己有单方解除权而发出解除合同通知，即便最终未得到法院认可，也不能轻易认定其承担违约责任。笔者认为，无解除权而发出“解除合同通知”并不当然等同于预期违约。前者的目的在于通过行使解除权解除合同，是否发生解除的法律后果需要法院对解除权之有无进行实质审查。后者系合同一方对履行承诺的违反，其法律效果为使另一方获得单方解除权。从维护契约精神、坚持有约必守的视角看，对于通知解除合同一方当事人是否承担违约责任，应当以其行为是否违反合同约定即其没有履行或者不当履行合同义务为基本判断条件，不能简单地认为当事人一方善意不知道自己没有解除权还发出解除通知从而就可以不履行合同义务。

### 三、一方当事人撤诉后再次起诉时合同解除时间的确定

#### （一）《合同编通则解释》第54条规则的确立

《民法典》建构起通知解除和司法解除二元并存的合同解除权行使模式。<sup>〔32〕</sup>在以往审判实践中，如果解除权人未通知对方而直接起诉或申请仲裁主张解除，人民法院在认定解除的时间方面有三种可能性，即起诉时、起诉状副本送达时或裁判作出时。本质上解除权的行使是一种意思表示，应按意思表示规则认定其生效时点，而将载有解除意思的起诉状或申请书副本送达对方，构成了意思表示的到达，从而发生效力。<sup>〔33〕</sup>《民法典》第565条第2款即采取了这一做法。该款规定了公力救济时合同解除的时间节点，赋予送达起诉状副本或者仲裁申请书副本以解除通知到达的效力，使得合同解除规则得到细化，殊值肯定。<sup>〔34〕</sup>但是，对于当事人起诉主张解除合同又撤诉，之后又再次诉请解除合同的，合同是自载有解除请求的前诉起诉状副本送达对方当事人时解除，还是自后诉的起诉状副本送达对方当事人时解除，理论和实务中普遍存在争议。有观点认为，原告撤诉不意味着撤销解除合同的意思表示。主要理由是，原告第一次起诉实际上主张了两个权利，一是通过起诉行使法定解除权，二是向被告主张返还财产、赔偿损失的权利。就形成权而言，解除通知一旦送达，解除权人是无权撤销的；就请求权而言，原告撤诉后仍可再行起诉。也就是说，就形成权范畴内的解除权行使而言，合同在前诉中已经因为解除而消灭。<sup>〔35〕</sup>也有观点认为，这涉及形成权行使理论中的一个重要问题，即在诉讼上行使实体法上的形成权时，由于实体法与民事诉讼法的不同规则，这种形成权之行使行为究竟应当依实体法或民事诉讼法，抑或兼采二者予以规范和评价，也即涉及诉讼上行使形成权的性质应当如何界定的问题。是故，对于原告以起诉方式主张解除合等同诉讼上合同解除权之行使的情形，性质上应认定为包括了实体法上行使合同解除权之意思表示与诉讼法上向法院主张合同解除之陈述，系法律行为与诉讼行为的

〔32〕 参见张海燕：《合同解除之诉的解释论展开》，载《环球法律评论》2022年第5期。

〔33〕 参见朱晓喆：《〈民法典〉法定解除权规则的体系重构》，载《财经法学》2020年第5期。

〔34〕 参见刘凯湘：《民法典合同解除制度评析与完善建议》，载《清华法学》2020年第3期。

〔35〕 参见郑倩：《解除权行使的疑难问题考析》，载《人民司法·应用》2009年第19期。

合体。原告以起诉方式主张解除合同之后又撤诉的，其撤诉行为不影响解除合同之表示在实体法上的效力。<sup>〔36〕</sup> 还有观点认为，依照《民法典》第 565 条第 2 款的规定，合同是否发生解除的后果取决于起诉要求解除合同的当事人行使解除权的条件是否成就，原告撤回起诉表明解除条件是否成就处于不确定状态，故应当视为原告撤回解除合同的意思表示。

综合各方意见，《合同编通则解释》第 54 条最终明确了以再次起诉的起诉状副本送达对方当事人时间作为合同解除的时间点的一般规则，“当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼的方式主张解除合同，撤诉后再次起诉主张解除合同，人民法院经审理支持该主张的，合同自再次起诉的起诉状副本送达对方时解除。但是，当事人一方撤诉后又通知对方解除合同且该通知已经到达对方的除外。”此主要理由在于：首先，这更符合《民法典》第 565 条第 2 款的文义，依据该款规定，人民法院或者仲裁机构确认当事人一方解除合同的主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除，当事人起诉后又撤诉相当于其对合同解除并未通过诉讼的方式主张，只有“再次起诉”予以主张，方可满足通过起诉状副本送达对方来确定合同解除时间的基本要求。其次，从逻辑上讲，合同在起诉状副本送达对方时解除的前提是人民法院确认当事人解除合同的主张。因此，即使当事人一方请求解除合同的起诉状副本已经到达对方当事人，在未经人民法院审理确认其主张之前，并不产生合同解除的法律效果。这与当事人通过诉讼或者仲裁的方式主张权利来中断诉讼时效有根本区别：诉讼时效中断的基本要求在于当事人有积极主张权利的行为，并无其他条件要求；而当事人通过诉讼方式解除合同的，其还需要经过法院确认这一基本条件，即享有法定或者约定的合同解除权。如果法院经审查认为其不享有解除权，合同当然不发生解除的法律效果。再次，当事人一方起诉后又撤诉的，对方当事人嗣后可能还有履行行为，或者两次起诉主张解除的理由不同，如果以第一次起诉状副本送达的时间为合同解除时间，这对对方当事人而言会存在有失公平的问题。最后，这样规定在实践中也较为便利：一是当事人一方起诉后又撤诉的，对方当事人嗣后可能还有履行行为，或者两次起诉主张解除的理由不同，如规定第一次起诉状副本送达时解除，可能产生不必要的麻烦；二是在两次起诉的诉讼请求和理由不变的情况下，如果按第一次起诉状副本送达时解除，势必导致受理第二次起诉的法院须对第一次起诉的材料进行审查，导致撤诉权利的滥用，认定第二次起诉的起诉状副本送达时合同解除，也有利于减轻法院的负担。<sup>〔37〕</sup> 事实上，对于这一规则的确立，实务中也积累了有益经验，比如在“宋某明与某交通枢纽场站建设管理有限公司、某投资管理有限公司商品房预售合同纠纷案”中，法院生效裁判认为，对于合同解除时间，原告宋某明认为应以前诉的民事起诉状副本送达场站公司的时间作为商品房买卖合同及其补充协议的解除时间，但其虽曾向法院提起过诉讼，可其在法院依法判决前自愿申请撤诉，其认为以前案起诉状副本送达时间作为本案认定合同解除时间于法无据。<sup>〔38〕</sup>

需要注意的是，原告起诉解除合同后又变更诉讼请求要求继续履行的，这时不能以起诉状副本已经送达对方当事人为由来认定合同已经解除。此理由也同于上述阐释，以起诉状副本送达对

〔36〕 参见曹志勋：《论我国法上确认之诉的认定》，载《法学》2018 年第 11 期。

〔37〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 600 页。

〔38〕 参见四川省成都市高新技术产业开发区人民法院（2020）川 0191 民初 4635 号民事判决书。

方时作为合同解除时间的基本条件是人民法院确认当事人解除合同的主张。在原告起诉解除合同后又变更诉讼请求的情形下,其解除主张未经人民法院审理并确认,不发生解除效力。特别是,如果这时当事人的诉请已变更为继续履行,这时再以前面起诉状副本送达对方当事人来认定合同已经解除,也明显与《民法典》第565条第2款规定的本意不符。

#### (二) 与通知解除规则的衔接适用

在当事人一方撤诉后又再次起诉前的期间内,如果发生该方当事人通知对方解除合同的情况,这时应当适用《民法典》第565条第1款的规定确定合同解除的时间。若解除权人先发出解除通知,而后又向法院诉请解除合同,因通知作为解除之意思表示在先,合同解除时间仍为解除通知到达生效之时。<sup>[39]</sup>对此,实务中还有两种情形需要注意:

一是当事人在第一次起诉主张解除合同前,已经在诉外自行通知对方解除合同且该通知到达对方的,那么其起诉仅是起到确认通知解除合同效力的效果,其撤诉后,合同仍自诉外通知到达对方时解除。

二是实务中还存在一种情形是解除权人直接诉请解除合同,后又直接向对方发出解除合同的通知,这时如何确定合同解除的时间也值得研究。对此笔者倾向于认为,从《民法典》第565条第2款的文义以及体系化理解的角度出发,有必要以载有解除合同内容的起诉状或仲裁申请书送达对方时作为合同解除的时间,因为这—时间点要早于后续的通知时间点,也就是说,经人民法院审理后在一个更早的时间点上已经解除合同,自然就没有后续解除合同的可能。但是,如果在后诉过程中,双方当事人达成解除合同的合意,即使是诉讼外达成,这时就应当适用协议解除的规则。

• 336 •

### 四、显著轻微违约情形下约定解除权行使的限制

就合同解除而言,由于其适用的广度,实务中还有其他具有普遍适用的争议问题,有的在《合同编通则解释》起草过程中曾作过规定,但因各种原因最终没有规定。当然,按照不得拒绝裁判的基本要求,针对实务中存在的某类问题,并不妨碍根据公平合理的思路,遵循基本的法理继续作有益探索。显著轻微违约情形下约定解除权的行使是否应当受到必要限制,就是其中较为典型的问题。究其实质,这涉及合同自由与合同正义价值理念的认识与协调问题。从世界范围看,强调合同自由仅仅是一个短暂的时期。在现代,合同正义是与合同自由并列的基本原理。<sup>[40]</sup>尽管无法否认合同自由在合同法制基本原则序列中的优势地位,但合同正义的确在很多方面起到了对合同自由的修正作用。要客观、准确理解合同自由的制度内涵,必须顾及各种管制性规则对合同自由的限制,认识到“自由”这一概念本身的边界。<sup>[41]</sup>作为合同严守的例外,解除权之行使必须严格按照明确严格的方式进行,以维护交易安全,防止其被滥用而危及合同之严肃性,同时避免合同当事人因不确定合同是否业已解除继续履行而造成损失,从而在意思自治与合同严守

[39] 参见最高人民法院(2010)民一终字第45号民事判决书。

[40] 参见〔日〕大村敦志:《近30年来日本的民法研究》,渠涛译,载《清华法学》2012年第3期。

[41] 参见许德风:《合同自由与分配正义》,载《中外法学》2020年第4期。

之间达致平衡。<sup>〔42〕</sup>

所谓“轻微违约”，是指不构成根本违约的违约行为。按照诚实信用原则，“轻微违约，视为不违约”<sup>〔43〕</sup>。比较法上，《德国民法典》第323条第5款明确规定：“违约并非重大时不得解除合同。”《国际商事合同通则》第7.1.5条第4项也规定了如果合同一方当事人的行为属于“轻微违约”，则不适用有关解除合同的规定。如果当事人约定“轻微违约”甚至“微不足道的违约”作为一方解除合同的事由，则法庭应当根据诚实信用原则认定该约定无效。在总结理论研究和实务经验的基础上，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》第55条曾分两款就显著轻微违约（类似于上述的“微不足道的违约”）不得解除合同的一般规则作了规定，其中第1款规定：“当事人一方以对方的违约行为符合约定的解除事由为由主张解除合同的，人民法院依法予以支持。但是，违约方的违约程度显著轻微，不影响非违约方合同目的的实现，解除合同对违约方显失公平的除外。”由此尽量实现合同自由与有约必守乃至鼓励交易、合同正义之间有机平衡。第2款进一步规定：“有前款规定的除外情形，非违约方主张对方承担相应的违约责任或者采取其他补救措施的，人民法院依法予以支持。”由此明确了显著轻微违约虽不予解除合同但并不影响违约责任承担的规则。但由于这一规定涉及对当事人约定解除权的限制，存在与《民法典》第562条第2款规定的在确定解除情形下“解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同”的契合问题，也就存在统一设置这一规则与意思自治原则是否完全吻合的争议，《合同编通则解释》最终对此没有予以规定。笔者认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》第55条的整体思路是符合基本法理判断的，也有既有实务经验的支持。如在“詹某、詹某运与百盈公司商品房销售合同纠纷案”中，法院裁判认为，百盈公司虽逾期完善涉案房屋的相关资料存在违约行为，但违约程度轻微，申请人亦未举证证明该违约行为导致影响合同目的实现。二审判决对申请人解除涉案合同的请求不予支持，并无不当。<sup>〔44〕</sup>上述处理思路可供在今后理论研究和实务裁判中参考探索，这也有利于为相关适用规则的成熟完善提供助力。只是在具体案件的裁判中必须吃透意思自治的基本原则和鼓励交易以及维护合同正义的基本价值导向，充分考虑各种具体因素来认定是否构成显著轻微违约，避免裁量权的不当运用，进而影响裁判尺度的统一和合同正义的实现。具体而言，就显著轻微违约对约定解除权的限制问题，在具体法律适用路径上，笔者考虑了以下法理考量和实现路径供参考指正：

其一，把握好基本理念。从法理上讲，在一方仅存在显著轻微违约行为，也未对合同履行造成严重影响的情况下，倘若赋予另一方解除权将产生严重的利益失衡，一概固守意思自治的话，会产生僵化适用的后果，不利于纠纷的实质性解决。但也要遵循衡平的理念，要对显著轻微违约行为作从严认定，避免形成对权利不得滥用规则的滥用，而对意思自治原则造成过大冲击。对于约定解除权的限制只能是合同自由的例外，必须严格掌握对显著轻微违约的认定标准，否则会进入践踏意思自由与放纵肆意违约的两难窘境。<sup>〔45〕</sup>

〔42〕 参见薄燕娜、李钟：《论合同解除权的行使——〈民法典〉合同编第565条评释》，载《法律适用》2021年第6期。

〔43〕 梁慧星：《合同通则讲义》，人民法院出版社2021年版，第293页。

〔44〕 参见广东省高级人民法院（2020）粤民申9775号、9776号民事裁定书。

〔45〕 参见王坤：《显著轻微违约对合同解除权的限制》，载《人民司法·案例》2021年第26期。

其二,用足现有规定。一方面,在裁判说理中要遵循《全国民商事审判工作会议纪要》第47条的既有规定处理。该条规定:“合同约定的解除条件成就时,守约方以此为由请求解除合同的,人民法院应当审查违约方的违约程度是否显著轻微,是否影响守约方合同目的实现,根据诚实信用原则,确定合同应否解除。违约方的违约程度显著轻微,不影响守约方合同目的实现,守约方请求解除合同的,人民法院不予支持;反之,则依法予以支持。”另一方面,要采取体系化适用的思路,用足《民法典》的现有规定,包括有关基本原则的规定,比如对诚信原则、公平原则的适用,以及在理念上对鼓励交易的遵循。据此就不应轻易否定一个已经生效甚至已经作出大部分履行的合同,尤其是在合同约定的解除条件较为宽泛的情况下,这一限制尤为必要。<sup>[46]</sup>特别是要根据案件具体情况直接适用《民法典》第132条关于权利滥用之禁止的规定。在违约方仅有显著轻微违约的场合,不解除合同对守约方没有实质影响,解除合同却会对违约方造成严重损害,如果审判实践中任由当事人约定的解除权事由发生即承认当事人行使合同解除权的效力,显然是对当事人意思自治的过度放任。而且,如果对当事人行使约定解除权的情形一概不作深入审查,极易产生变相鼓励解除权人滥用合同解除权,借机谋取不当利益或造成违约方过高损失的投机行为,诱发合同履行的道德风险。<sup>[47]</sup>

其三,用好动态系统论的方法。具体而言,就是在个案裁判中,综合考虑个案中的具体因素,比如轻微违约是否影响合同目的的实现、当事人的违约行为及过错程度、守约方是否以此解除合同而故意损害违约方利益、此违约行为对守约方所造成的损害以及对此损害通过其他救济方式能否救济、解除合同对对方当事人造成的损失和对社会财富的浪费、违约方因此合同履行的获益情况、双方当事人的交易习惯以及行业惯例等,来判定合同是否应予解除。这其中是否影响合同目的的实现是至关重要的因素,当然,这也要结合其他因素,比如能否通过其他救济措施(通常是损害赔偿)予以替代来实现合同目的。在一个融资租赁合同纠纷案件中,法院生效裁判认为,出租人的交易目的是通过支付融资款获取利润,而承租人的主要目的则是支付租金获得租赁物的使用权,在承租人仅逾期不足两期且保证金足以冲抵欠付租金的情况下,其迟延履行行为并不妨碍某融资租赁公司合同目的的实现。<sup>[48]</sup>特别是,在当事人约定一旦违反合同义务就要解除合同,甚至违反附随义务都可以解除合同,而违约方仅有轻微过错或者仅是违反附随义务的情况下,就有必要慎重把握守约方解除合同的主张。但是,如果守约方已经催告对方在合理期间内履行相应的合同义务,对方仍未履行,而此合同义务的违反已属于当事人约定的因违约解除合同的事由,则另当别论。尤其是,如果违约方的违约行为显著轻微且给守约方遭受的损失相对较为微小,比如一方已经履行了合同的主要义务(如已经支付了全部1亿元价款的9950万元,仅剩下50万元尾款未付),这时完全可以采取其他违约责任承担方式来救济守约方的损失,而一旦解除合同会对违约方造成巨大损害,作为例外情形,这时有必要对守约方的解除权予以限制;如果守

[46] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第315页。

[47] 参见刘浩:《合同约定解除权行使的限制暨“显著轻微”的认定》,载微信公众号“天水中院”,2022年3月16日。

[48] 参见刘永强、王浩:《显著轻微违约对合同解除权的限制——天津三中院判决某融资租赁公司诉宋某某融资租赁合同纠纷案》,载《人民法院报》2022年7月28日,第007版。

约方明知这一情形甚至就是以损害对方利益为目的而行使解除权，这时更有必要予以限制。实务中不乏这方面的典型案例可以参考，比如，“某贸易公司诉上海某建筑装饰工程公司等房屋租赁合同纠纷案”中，法院生效裁判认为：当违约方的违约行为显著轻微时，应依诚实信用原则对合同约定解除权予以适当限制。是否构成显著轻微违约，可从违约方的主观过错、违约行为程度、违约行为后果三个方面分析，并结合守约方行使合同约定解除权的方式和时间、合同当事人对于违约行为的态度、违约行为与解约损失的关系等因素予以综合认定。<sup>〔49〕</sup>又如，在“邓某华、文某英等诉某连锁酒店房屋租赁合同纠纷案”中，法院生效裁判认为：当事人有轻微违约行为导致合同约定的解除条件成就，但解除合同将导致缔约双方利益严重失衡的，人民法院可基于案件具体情形，运用公平原则限制约定解除权的行使，以维护正常的交易秩序。<sup>〔50〕</sup>但是，这也不意味着违约方存在显著轻微违约的情形下，守约方就一概不能解除合同，如果上述因素中当事人约定轻微违约能够解除合同的情形符合当事人之间以往的交易习惯、行业惯例，抑或在两个商主体之间，这一严格约定对应着违约方在这一合同履行中获得的高收益的情形，这时允许守约方行使解除权既符合有约必守的原则，也符合实质意义上合同正义的维护。

其四，做好对守约方的救济。在违约方显著轻微违约的情形下，守约方在此情形下虽未能通过合同解除得到救济，但这并不影响其通过主张对方承担违约责任，比如损害赔偿、继续履行或者其他补救方式来弥补自己的损害。比如，在“富尔达全息科技（深圳）有限公司诉深圳市义乌小商品批发城有限公司房屋租赁合同纠纷案”中，法院认为：虽然义乌公司就此构成违约，但违约情节较轻，基本不影响双方实现合同目的，富尔达公司可依法要求义乌公司对此予以恢复原状，义乌公司应在富尔达公司要求的合理期限内予以恢复原状。<sup>〔51〕</sup>在具体个案中，违约责任自然也包括违约金的适用，笔者认为，这时如果存在违约金的调整问题，在幅度上应该更加适当体现违约金的惩罚性，以在对违约方减少更大损失的同时，更加公平地体现对守约方适当有力的保护。

• 339 •

## 五、结 语

合同解除的法律适用规则是民法理论博大精深的典型体现。诚如崔建远教授所言，合同解除直接关乎合同效力的延续与否、既存权利义务是终止抑或清算、形成权和抗辩（权）的产生与援用，辐射至物的返还请求权、不当得利返还请求权、损害赔偿请求权、附着的担保的命运以至诉讼时效，遍及民法的半壁江山，实则“套牢”了民法的骨干。<sup>〔52〕</sup>《合同编通则解释》对有关协议解除与解除权行使的衔接适用、法定解除抑或约定解除情形下对解除权行使条件的审查以及当事人撤诉后再次起诉主张解除合同时合同解除时间的认定问题作了细化规定，对于统一相关案件的裁判尺度具有重要指导意义，在一定程度上也进一步助力和丰富了合同解除的理论体系。但由于

〔49〕 参见江苏省太仓市人民法院（2019）苏0585民初6492号民事判决书。

〔50〕 参见四川省南充市中级人民法院（2014）南中法民终字第1411号民事判决书。

〔51〕 参见广东省深圳市中级人民法院（2018）粤03民再29号民事判决书。

〔52〕 参见崔建远：《完善合同解除制度的立法建议》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018年第2期。

经济社会生活的复杂性，合同解除制度所覆盖纠纷案件的广泛性，必然需要法律适用规则上更加体系化和精细化，与之相伴生的就是有些规则还需要进一步研究论证甚至探索积累，本文第四部分所探讨的显著轻微违约情形下合同解除权的行使问题即是其中典型体现。除此之外，有关合同解除异议权的性质及其行使问题，涉他合同、未生效合同、可撤销合同的解除问题，金钱债务合同僵局打破路径下的违约方合同解除权问题等等，还需要理论上进一步研究、实务中进一步积累经验，通过理论界和实务界的共同努力，使合同解除相关法律适用规则更加成熟，进而在司法解释层面予以规定，发挥其在统一法律适用方面的更大效用。

---

**Abstract:** The Interpretation of the General Principles of Contracts has made detailed provisions on several general issues in the field of contract termination, following the principle of autonomy of meaning and the direction of maintaining contractual justice and realizing substantive settlement of disputes, and has clarified that the parties claiming to exercise the right to terminate the contract, but failing to comply with the corresponding conditions, and the other party agreeing to terminate the contract, etc., can be applied in accordance with the rule of termination by agreement. The rule that the conditions for exercising the right of rescission should be examined in the case of notice of rescission were emphasized. If the party withdraws the lawsuit and then sues again for rescission of the contract, the rescission should, in principle, be carried out when a copy of a bill of complaint of the second lawsuit is served on the other party. As to the question of whether it is possible to restrict the exercise of the right of rescission in the case of a significant minor breach of contract, although the Interpretation of the General Principles of the Contract did not stipulate in the end, it is necessary to refer to some of the considerations in the process of drafting this judicial interpretation for specific application, and to systematically apply the provision of the prohibition of the abuse of rights in Article 132 of the Civil Code under the premise of respect the true meaning of the parties, and to adopt a dynamic systematic approach to appropriately limit the exercise of the right of rescission of this agreement. The exercise of the right of termination shall be appropriately restricted, and the relief to the contractual party shall be effectively provided by making the defaulting party liable in accordance with the law.

**Key Words:** contract termination, agreement to terminate, right of rescission, minor breach of contract

---

(责任编辑: 朱晓峰)

## 债权人撤销权行使的法律效果

朱广新\*

**内容提要：**《民法典》第 542 条关于债权人撤销权行使效果的规定近年来争议颇大。根据《合同编通则解释》的最新规定，撤销权行使既可致使债务人的行为自始绝对无效，也可发挥债权人得请求相对人向债务人承担返还财产等法律后果的效力。根据我国现行强制执行规则，要使撤销权的请求力发挥一种不可替代的作用，应允许行使撤销权的债权人代位受领相对人向债务人提出的给付。为与代位权制度保持适度的规范体系平衡，行使撤销权的债权人可以通过《民法典》有关抵销的规定，代为受领相对人的给付而直接实现债权。当债务人为企业法人时，债权人撤销权的行使效果应注意与《企业破产法》规定的破产管理人撤销权的衔接适用。

**关键词：**债权人撤销权 相对无效 绝对无效 形成权 请求权

• 341 •

近年来，对于如何理解《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 542 条关于撤销权行使效果的规定，争议愈发显著，研讨日益深入。概括地看，学者与法官一般从两个维度解释或探究《民法典》第 542 条的规定。一是从权利的性质着眼，认为撤销权是一种形成（诉）权，<sup>〔1〕</sup> 或认为撤销权兼具形成权与请求权的属性（折中说）；<sup>〔2〕</sup> 二是根据撤销行为的影响力，认为撤销权行使仅在债权人与相对人之间发生效力（相对无效说），<sup>〔3〕</sup> 或认为撤销权行使产

\* 朱广新，中国社会科学院法学研究所研究员。

本文获中国社会科学院学科建设“登峰战略”资助计划资助（DF2023YS32）。

〔1〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（一），人民法院出版社 2020 年版，第 552 页；徐涤宇、张家勇主编：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社 2022 年版，第 595 - 596 页；龙俊：《民法典中的债之保全体系》，载《比较法研究》2020 年第 4 期。

〔2〕 参见崔建远主编：《合同法》（第 7 版），法律出版社 2021 年版，第 133 页；韩世远：《合同法学》（第 2 版），高等教育出版社 2022 年版，第 151 页。

〔3〕 参见许德风：《民法典中的债权人撤销权行使的法律效果》，载《人民法院报》2020 年 7 月 30 日，第 6 版；云晋升：《论债权人撤销权行使的法律效果——以〈民法典〉第 542 条为中心的分析》，载《社会科学》2022 年第 3 期；朱虎：《债权人撤销权的法律效果》，载《法学评论》2023 年第 6 期；张兆函：《不完全契约与公平交易：功能比较视域下债权人撤销权的解释性重构》，载《河北法学》2024 年第 1 期。

生使债务人的行为绝对无效的效力（绝对无效说）。〔4〕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）对撤销权诉讼的当事人、撤销权行使的法律效果及实现路径等的规定，为理解债权人撤销权行使的法律效果提供了新的规范基础。本文拟以《民法典》及其司法解释为基础，并结合《中华人民共和国民事诉讼法》（2023年修正）、《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）及其司法解释的规定，对债权人撤销权行使的法律效果作出探究。

## 一、撤销行为的影响力：相对无效抑或绝对无效

关于债权人撤销权行使的法律效果，应首先思考的一个问题是，撤销权行使能在多大范围内使债务人的行为自始没有法律约束力。立法与学说对此有相对无效（说）与绝对无效（说）之分。《民法典》第542条规定存在以两种学说作出不同解释的可能性。

相对无效说认为：债权人撤销权为保全债务人的责任财产而设，撤销权行使的法律效果应仅限于保全债务人的责任财产。使债务人的行为（诈害行为）在债权人与相对人（受益人）之间相对地归于无效，即足以达到保全责任财产的目的，无需否定诈害行为在债务人与受益人之间产生的效力。撤销之诉的被告应为诈害行为的受益人或转得人，实施诈害行为的债务人不应成为被告。〔5〕该说的典型立法例是《德国破产外撤销权法》第1条第1款的规定。

绝对无效说认为：债务人的行为被依法撤销后，该行为对任何人均自始绝对无效。因诈害行为而由债务人取得财产权益的受益人，向债务人负返还财产的义务。撤销之诉的被告为债务人与受益人。该说的最新立法例是2017年修订并自2020年4月1日施行的《日本民法典》第425条（承认判决的效力涉及范围）规定。〔6〕

对比两种学说，相对无效说显然不赞成为保全责任财产之故，完全否定债务人的处分行为，而认为应以最小干预原则对待债务人的行为。由于债权人只是债务人行为之外的第三人，与相对人之间不存在法律关系，所以仅使诈害行为在债权人与相对人之间无效的真正意义，在于债权人可以请求相对人返还由债务人取得的财产。因此，根据相对无效说，撤销权其实只是一种请求权而不可能是形成权。〔7〕

〔4〕参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（一），人民法院出版社2020年版，第552页；王利明主编：《中国民法典释评·合同编通则》，中国人民大学出版社2020年版，第384-385页；徐涤宇、张家勇主编：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社2022年版，第595-596页；崔建远主编：《合同法》（第7版），法律出版社2021年版，第140-141页；韩世远：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2022年版，第156页。

〔5〕参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第498-499页；孙森焱：《民法债编总论》（下册），法律出版社2006年版，第549-550页。

〔6〕2017年修订的《日本民法典》第425条规定：“承认诈害行为撤销请求的确定判决，对债务人及其所有债权人，有其效力。”参见《日本民法典》（2017年大修改），刘士国等译，中国法制出版社2018年版，第96页。

〔7〕对于同样采纳相对无效说的德国破产法上撤销权，德国主流观点认为：通过撤销，法律行为的物权效力并不会溯及性地消灭，而是仅产生一个债法之返还交付请求权。参见〔德〕莱因哈德·波克：《德国破产法导论》（第6版），王艳柯译，北京大学出版社2014年版，第123页。

相对无效说的优点主要是：第一，尽可能地尊重了债务人对其财产的处分自由；第二，维护了相对人的取得利益，因为债权人只能在其债权范围内请求相对人返回财产，超出其债权的部分应属于相对人而不是债务人。但是，相对无效说的弊端也相当明显。由于撤销权的行使不否定诈害行为在债务人与相对人之间的效力，故而，即使在债权人提起撤销之诉，甚至在法院作出撤销之诉判决后，不妨碍债务人向相对人履行移转财产的义务。这会激励债务人作出并完成诈害行为，使债权人、债务人及相对人之间的法律关系走向复杂化，并引发如下后果：不否定诈害行为在债务人与相对人之间的效力的情况下，相对人所负返还财产义务通常被理解为一种不当得利之债；而在撤销权行使产生绝对无效效力的情况下，撤销之诉判决生效后，债务人再向相对人移转财产，相对人所负返还财产义务，根据《民法典》第 985 条的规定，不属于不当得利之债，而应属于《民法典》第 235 条规定的原物返还义务。

绝对无效说的益处是：彻底否定诈害行为的效力，诈害行为未引发财产移转效果时，即可保全债务人的责任财产，避免法律关系的复杂化；诈害行为已发生财产移转效果时，可否定相对人取得财产的法律依据，使散失的责任财产有可能物归原主。绝对无效说常在两方面遭受诟病：一是在价值层面，“过度侵入了当事人的意思自治领域”〔8〕，或“似乎过分侧重债权人的保障，对交易安全的影响过于剧烈”〔9〕；二是在规范层面，“绝对无效说使得交易标的物的所有权立即回复至债务人处，这将导致标的物变价的余额归债务人所有，而非撤销权相对人所有”〔10〕。

据上所言，相对无效说与绝对无效说各有利弊。从法教义学上讲，法律规定不太明确时，采用哪一种学说解释《民法典》第 542 条的规定，不能仅仅着眼于学说本身的益处，而应将学说与相关法律规定结合起来作整体性分析。第 542 条不仅只是有关债权保全制度的一个条文，而且只是《民法典》的条文之一，以某种学说解释该条规定时，应考虑与该条规定相关的《民法典》及其司法解释的规定。

从规范构造上看，撤销权是针对债务人向第三人作出影响其债权人债权实现的行为而构建的一种权利。根据《民法典》第 538、539 条及《合同编通则解释》第 43 条的规定，作为撤销权行使对象的“债务人的行为”，主要是一些如免除债务、放弃权利、转让财产、提供担保之类的民事法律行为。这种行为在结构上与《民法典》第 154 条规定的恶意串通行为比较类似。恶意串通损害他人权益的行为，通常被理解为一种违背善良风俗的法律行为。《民法典》明确规定该类行为“无效”。由于无特别规定，此所谓无效，像《民法典》第 144、146、153 条规定的无效一样，属于一种自始、确定、绝对的无效。〔11〕

比较而言，作为债权人撤销权行使对象的“债务人的行为”，被《民法典》区分为两种类型，即不利于债务人的无偿行为与有偿行为。迥异于《民法典》第 147—151 条规定的可撤销民事法

〔8〕 云晋升：《论债权人撤销权行使的法律效果——以〈民法典〉第 542 条为中心的分析》，载《社会科学》2022 年第 3 期，第 108 页。

〔9〕 朱虎：《债权人撤销权的法律效果》，载《法学评论》2023 年第 6 期，第 87 页。

〔10〕 云晋升：《论债权人撤销权行使的法律效果——以〈民法典〉第 542 条为中心的分析》，载《社会科学》2022 年第 3 期，第 108 页。

〔11〕 参见朱广新：《恶意串通行为无效规定的体系地位与规范构造》，载《法学》2018 年第 7 期。

律行为,第538、539条规定的可撤销行为,撤销之原由不是法律行为本身或作为法律行为之基础的意思表示本身存在不当或瑕疵,而是“债务人的行为”会产生“影响债权人的债权实现的”负外部效应。“债务人的行为”只是撤销权的成立要件之一,该行为产生的负外部效应也是必不可少的构成条件。就“债务人的行为”本身而言,第538条对相对人实施行为时的主观状态未作任何要求,对债务人实施行为时的主观状态仅在延长相对人债务履行期限上作出了“恶意延长”的要求。如此构造的“债务人的行为”,很大程度上是对债权人保护与相对人获益予以利益衡量的结果:无偿取得的应受保护程度不应与有偿给付等同。<sup>[12]</sup>对于债务人与相对人实施的不合理交易行为,第539条在行为构造上仅对受益人提出了应具备“知道或者应当知道”的主观要求,并未明确规定债务人的主观要件。虽然理论上认为“文义和规范意旨决定了需要债务人实施诈害行为应当出于明知”,但该“明知”,只是“以债务人预见其行为可能引起或增加其无资力状态为已足,不以有积极损害的期望为必要,仅消极的有此认识为已足”<sup>[13]</sup>。而相对人的“知道或者应当知道”,也只是一种主观认知要求,而不是一种故意或恶意范畴下的主观意志要求。相比于第154条规定的“行为人与相对人恶意串通”,第539条构造可撤销的行为时,并未要求债务人与相对人在实施行为时需具有损害债权人权利的意思“串通”。因此,相比于第154条所作恶意串通损害他人权益的民事法律行为无效的规定,第538、539条将债务人实施的影响其债权人的债权实现的处分行为规定为一种可由债权人撤销的行为,而不是一种应自始当然无效的行为,在规范体系上是比较合理的。

• 344 •

鉴于债权人撤销权的发生事由不是债务人的行为本身存在不当或瑕疵,而是因为债务人之为行为引发的债权保全需求,所以对债权人撤销权的行使效果而言,只要不使债务人已放弃的权益或已转移于相对人的财产丧失其作为债务人之责任财产的属性,即可满足债权人的债权保全需求。基于此种规范目的,以相对无效说解释债权人撤销权行使的影响力,也未尝不可。如果将与《民法典》第154条规定的类比作为一个考量因素,以绝对无效说理解《民法典》第542条的规定,在类似规定形成的规范体系上也不存在规范失衡问题,<sup>[14]</sup>即是说,相比于《民法典》第154条的规定,以绝对无效说理解《民法典》第542条规定也行得通。

不过,须注意的是,上述看法只是就债权人撤销权与该制度之外类似规定之间的体系均衡性作出的比较分析(外部视角),未涉及《民法典》及其司法解释有关债权人撤销权的规范体系安排问题(内部视角)。《民法典》传承《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第74条的规定,将撤销权的行使对象规定为“债务人的行为”,并吸收《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》[以下简称《合同法解释(一)》]第25条的规定,于第542条规定了撤销权行使的法律效果:债务人的行为被撤销的,自始没有法律约束力。由于债务人的行为被撤销的原由,完全不同于《民法典》第147-151条规定的民事法律行为被

[12] 参见〔德〕莱因哈德·波克:《德国破产法导论》(第6版),王艳柯译,北京大学出版社2014年版,第116页。

[13] 崔建远:《论债权人撤销权的构成》,载《清华法学》2020年第3期,第147页。

[14] 有研究认为,《民法典》第154条与第542条“存在密切关联”,将恶意串通导致的行为无效理解为相对无效时,就可将《民法典》第542条规定的被撤销行为解释为相对无效。参见朱虎:《债权人撤销权的法律效果》,载《法学评论》2023年第6期。

撤销的原由，所以不能将第 542 条与第 155 条所作“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力”的规定，等同看待。<sup>〔15〕</sup> 比较而言，否定法律行为的效力是民事法律行为撤销权的根本目的；而债权人撤销权的根本目的是通过维持债务人的责任财产，保全债权人的债权，否定债务人行为的效力并非其根本目的，只是其达到目的的必要手段。

“自始没有法律约束力”在法教义学上存在两种解释可能性。除依据规范目的作出的解释外，从有关债权人撤销权的规定构成的规范体系着手，亦可对第 542 条作出解释。对理解撤销权行使的法律效果具有重要价值的是《合同法解释（一）》第 24 条关于撤销权诉讼当事人（主要是被告）的规定：提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。该条款虽然只是规定“只以债务人为被告”，未强制性地规定“应以债务人为被告”，但是由撤销权诉讼实践看，债务人是撤销权诉讼确定无疑的被告。债权人撤销权是一种须经诉讼予以行使的权利。根据此种权利行使方式，撤销权诉讼的原告只能是债权人，而谁作为被告则对理解撤销权行使的法律效果具有决定意义。如果认为撤销权的行使仅产生使债务人的行为在债权人与受益人之间相对无效的效果，那么撤销之诉的被告只能是作为债务人交易对象的受益人，而不可能是债务人。只有使撤销行为产生使债务人的行为在债务人与受益人之间绝对无效的效果时，债务人才有资格作为撤销之诉的被告。

对于撤销权诉讼的被告，《合同编通则解释》第 44 条第 1 款吸收《合同法解释（一）》第 24 条规定时将其修改为：债权人依据民法典第 538 条、第 539 条的规定提起撤销权诉讼的，应当以债务人和债务人的相对人为共同被告。“应当”一词确信无疑地将撤销权诉讼的被告确定为债务人及其交易相对人。考虑到可以撤销的债务人行为，既存在像免除、弃权、捐赠之类的单方行为，也包括像赠与、保证、买卖等之类的合同行为，司法解释起草者阐释“债务人的相对人”时认为，在单方法律行为中，债务人的相对人即为受益人，在双方法律行为中，债务人的相对人即为合同的相对方，如债务人的受让人。如此规定的原由是，债权人撤销权诉讼指向受益人的实体利益或受让人的财产，为充分保护受益人或受让人的诉讼权利，他们也应可以作为被告。<sup>〔16〕</sup> 既然债务人及其交易相对人应当为撤销权诉讼的被告，那么撤销权诉讼的胜诉判决应当在债权人、债务人及债务人的相对人之间产生既判力。从实体法的角度讲，唯有撤销权行使的法律效果发生自始绝对无效的效力，债务人才可能享有诉讼当事人资格。

另须注意的是，《合同编通则解释》第 46 条第 1 款规定：“债权人在撤销权诉讼中同时请求债务人的相对人向债务人承担返还财产、折价补偿、履行到期债务等法律后果的，人民法院依法予以支持。”该规定采纳的“债务人的相对人向债务人承担……法律后果”的语义结构，毫无疑问地表明，撤销权行使的法律效果发生在债务人与其相对人之间。尤其是对于“履行到期债务”这种法律后果，唯有撤销权的行使产生使债务人“放弃其债权”或“恶意延长其到期债权的履行

〔15〕 有著作认为，“虽然债权人撤销权不同于合同效力瑕疵中的撤销权，但两者法律效果具有相似之处”。王利明主编：《中国民法典释评·合同编通则》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 384 页。

〔16〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 493 页。

期限”的行为自始无效的效果，才可能发生。如果撤销权的行使仅能产生相对无效的效果，那么“放弃其债权”的处分行为应当在债务人与相对人之间发生效力，债权人只能请求相对人返还财产，不可能发生相对人向债务人承担“履行到期债务”的法律后果。因此，《合同编通则解释》第46条第1款规定同样是根据绝对无效说进行设计的。

进一步讲，绝对无效说是否存在过度侵入债务人的意思自治领域并有损相对人的交易安全的弊端呢？本文对此持不同意见。根据《民法典》第7条，民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。保有并维持一定财产是民事主体以自我负责精神从事民事活动的信用基础。债务人明知自己的财产相比于自己所负债务已臻匮乏边缘，仍然积极实施免除他人债务、放弃债权担保、无偿转让财产、恶意延长到期债权的期限、低价转让财产、高价受让财产、为他人债务提供担保等明显损己利人的行为，影响其债权人的债权实现，显然违背诚信原则，甚至可构成《民法典》第132条规定的权利滥用行为。此时纵论债务人的财产处分自由或意思自治，诚信原则岂不形同虚设？对债务人的相对人而言，明知（知道或者应当知道）债务人实施损己利人的行为会影响其债权人的债权实现，而仍然与其进行交易，从理性交易的角度看，相对人不可能不知道这种投机行为的潜在交易风险。在此情况下，维护相对人的交易安全则与公平、诚信原则发生冲突。相对人由债务人无偿获得财产权益时，即使相对人不知债务人的于己不利行为会影响其债权人的债权实现，允许债权人撤销债务人的行为，也不存在损及相对人的交易安全问题。道理在于，在与债务人相关的连环交易中，作为前手的交易安全保护应胜于作为交易后手的交易安全保护，尤其当债务人的财产濒临匮乏边缘时，无偿行为受保护程度应低于有偿行为。<sup>〔17〕</sup>

总之，绝对无效说在法律评价上并不存在严重干涉债务人的自由并损及相对人交易安全的理念性缺陷。最高人民法院以绝对无效说对《民法典》第542条作出解释并非不可行。由各种法典释义书看，绝对无效说得到了更多支持。<sup>〔18〕</sup>

## 二、撤销行为的作用力：形成力抑或形成力与请求力的结合

关于债权人撤销权是何种性质的权利，学说上存在请求权说、形成权说、折中说、责任说等观点。撤销权的性质在法律效果上体现为，撤销权行使会对债务人的行为产生什么样的作用力。我国学者与法官阐释债权人撤销权行使的法律效果时，以上述各种学说为基础探究《民法典》第542条者，皆不乏其人。以下先分析各种学说的利弊，然后根据《民法典》及其司法解释的规定

〔17〕 郑玉波认为：在无偿行为，第三人之受益既非付出代价而来，则虽剥夺之，亦不过丧失无偿所得之利益而已，并未发生何等积极的损害，故于此情形，与其保护无偿受益之人，何若保护债权将受危害之债权人。参见郑玉波：《民法债编总论》（修订2版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，第299页。

〔18〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第182页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（一），人民法院出版社2020年版，第552页；王利明主编：《中国民法典释评·合同编通则》，中国人民大学出版社2020年版，第384-385页；朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编·通则》（2），中国法制出版社2020年版，第67页；徐涤宇、张家勇主编：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社2022年版，第595-596页；崔建远主编：《合同法》（第7版），法律出版社2021年版，第140-141页；韩世远：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2022年版，第156页。

分析我国事实上采取了哪种学说。

形成权说认为，撤销权属于一种形成权，其行使产生否定由债务人行为产生的法律关系的效力——形成力。须经由诉讼行使的撤销权，属于一种形成诉权。撤销权诉讼的胜诉判决使债务人的单方行为或债务人与相对人之间的关系双方行为自始归于无效，已由债务人取得财产权益的相对人，负有返还财产义务。

请求权说认为，债权人行使撤销权的法律效果仅在于，债权人可请求相对人返还由债务人取得的财产权益——请求力，债务人与受益人之间业已发生的法律关系不受影响。相对人所负返还财产义务于撤销权的构成条件齐备时即能发生，无须先经判决之形成力撤销债务人的行为。

折中说认为，撤销权兼具形成权与请求权的性质，撤销权的行使既可否定由债务人的行为产生的法律关系，又可使债权人获得请求相对人返还财产的作用力。撤销权诉讼具有形成之诉与给付之诉的双重属性。

责任说的特色为，撤销权的行使既不否定债务人的行为，又不改变受益人由债务人取得的财产权益的归属效果。但是，受益人取得的财产权益尽管在物权上仍属其所有，但通过撤销的规定，它已经在责任法上被归入债务人的责任财产。该财产作为责任客体，仅供债务人的债权人而非受益人的债权人所用。<sup>〔19〕</sup>撤销权诉讼的胜诉判决生效后，债权人无须请求相对人返还财产，可直接强制执行事实上已属相对人所有的“责任财产”，实现其债权。

就以上诸说而言，形成权说的益处是，使债务人的行为直接遭到否定，由此可对债务人实施诈害行为产生一种负面激励，并可避免使债务人与受益人或相对人的关系趋于复杂化，即行为遭到否定后，债务人尚未向相对人移转财产的，不再移转。不过，该说也存在明显弊端，即债务人的行为被撤销后，在相对人已由债务人取得财产权益的情况下，如果债务人不向相对人积极行使返还财产请求权，债务人的责任财产事实上没有得到维持。债权人只有再行使代位权，才能达到保全债权目的。从比较法上看，鲜有国家或地区纯粹以形成权说为基础构建或理解撤销权行使的法律效果。

请求权说的益处为，可以经由相对人的财产返还而使债务人的责任财产直接得到维持。但是，该说的弊端也相当明显：一是其“难以说明撤销权何以具有请求权之性质；受益人之取得权利既属合法，又何以负有返还义务”<sup>〔20〕</sup>；二是它会激励实施诈害行为的债务人完全履行与相对人之间的交易，并使债务人与相对人之间的关系复杂化。

折中说实质上是以形成权说为基础并吸收请求权说之精华的产物。以该说为基础构造的撤销权，其行使效果一方面可以通过否定债务人的行为，使债务人放弃的财产权益直接得以复归，并使相对人由债务人取得的财产权益丧失存在依据，另一方面可以使债务人已移转于相对人的财产经由债权人的请求回归债务人，使债务人的责任财产真正得到维护。

责任说是德国学者保卢斯（G. Paulus）于1956年在请求权说基础上提出的新说，其同样是坚持相对无效说的产物。该说实质上可使行使撤销权的债权人获得一种已为受益人所有的“责任

〔19〕 参见〔德〕莱因哈德·波克：《德国破产法导论》（第6版），王艳柯译，北京大学出版社2014年版，第123页。

〔20〕 孙森焱：《民法债编总论》（下册），法律出版社2006年版，第532页。

财产”的强制执行请求权，相对人相应地负担一种容忍债权人对其财产予以强制执行的义务。行使撤销权的债权人因此无需担心其行使权利所得“果实”会被债务人的其他债权人争抢。责任说具有与请求说一样的弊端。

从以上各说为我国所用情况看，《民法典》颁行后，以形成权说为基础解释《民法典》第542条的规定得到更多支持。<sup>〔21〕</sup>由《民法典》编纂史看，《民法典合同编（草案）》（征求意见稿）第82条、《民法典各分编（草案）》第331条、《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）第331条皆明确规定：“债权人请求人民法院撤销债务人行为的，可同时依法以自己的名义代位行使债务人在其行为被撤销后对相对人所享有的权利。”该规定实质上想通过“两权并用于一诉”的方法，使撤销权像代位权那样真正发挥维持债务人责任财产、保全债权的目的。因招致各种批判意见，“合同编最终删去了合同编草案一审稿、二审稿关于代位权之诉和撤销权之诉可以一并提起的规定”<sup>〔22〕</sup>。有学者事后就此评价曰：“对于债权人撤销权制度，采取形成权说，使其效果仅限于消灭债务人与其相对人的诈害行为，就足以实现制度目的，并且如此安排使得其可以与代位权制度相衔接，避免了条文设计的叠床架屋。”<sup>〔23〕</sup>

《民法典》颁布几年来，以形成权说为基础解释债权人撤销权行使的法律效果的观点遭到越来越多的批判。<sup>〔24〕</sup>批判理由主要有两个：一是直接否定债务人之行为的形成权说，严重侵入债务人的意思自治领域，并损及相对人的交易安全；二是纯粹的形成权说仅能否定债务人的行为，并不能达到维持债务人的责任财产、保全债权的目的。关于第一个理由的合理性，前文已作分析，以下着重分析第二个理由的合理性。

形成权是可以单方意思表示影响业已形成的法律关系的权利。形成权之行使可以消灭或改变一项法律关系或其内容。认为债权人撤销权具有形成权的性质，意味着撤销权之行使至少可在债权人的债权范围内消灭债务人与其相对人业已发生的法律关系。然而，在规范逻辑上时常被忽视的是，债权人撤销权的根本目的在于保全债务人之普通债权人的债权，保全之方式是维持债务人的责任财产，仅以消灭债务人与其相对人之间业已发生的法律关系的方式，不能完全实现撤销权的根本目的。对此，可区分债务人行为的类型而作具体分析。债务人以免除他人债务、放弃其债权担保之类的单方行为积极减少其财产权益时，撤销权行使发生的使债务人之行为自始归于无效的效果，事实上可使债务人的财产状态恢复如初，债权由此得到保全。债务人以无偿转让财产、

〔21〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（一），人民法院出版社2020年版，第552页；王利明主编：《中国民法典释评·合同编通则》，中国人民大学出版社2020年版，第385页；朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编·通则》（2），中国法制出版社2020年版，第69页；徐涤宇、张家勇主编：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社2022年版，第596页。也有学者梳理评判有关撤销权性质的各种学说时，认为我国学者多认为撤销权兼具形成权与请求权的性质。参见崔建远主编：《合同法》（第7版），法律出版社2021年版，第133页；韩世远：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2022年版，第151页。

〔22〕 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第183页。

〔23〕 龙俊：《民法典中的债之保全体系》，载《比较法研究》2020年第4期，第130页。

〔24〕 参见陈韵希：《我国债权人撤销权制度的目标定位和法律效果》，载《求索》2020年第6期；朱晶晶：《论债权人撤销权的私益性及其实现》，载《新疆社会科学》2021年第6期；宋史超：《论债权人撤销权判决的实现路径——以指导案例118号为中心》，载《政治与法律》2021年第1期；云晋升：《论债权人撤销权行使的法律效果——以〈民法典〉第542条为中心的分析》，载《社会科学》2022年第3期；朱虎：《债权人撤销权的法律效果》，载《法学评论》2023年第6期；张兆函：《不完全契约与公平交易：功能比较视域下债权人撤销权的解释性重构》，载《河北法学》2024年第1期。

低价转让财产、高价受让财产之类的双方行为积极减少其财产权益时，债权人及时行使撤销权，法院作出的形成之诉胜诉判决生效之时，债务人尚未将其财产权益转移于相对人的，撤销权的行使在使债务人与其相对人的法律行为自始归于无效时，事实上亦使债务人的财产状态得到维持，债权人的债权也由此得到保全。最后一种情况是，债务人以无偿转让财产、低价转让财产、高价受让财产之类的双方行为积极减少其财产权益，债权人未及早行使撤销权，法院作出形成之诉胜诉判决之前，债务人已按约定履行了交付财产的义务，相对人已取得交易标的物的所有权或他物权的，撤销权的行使仅能发挥使相对人取得的权益丧失法律依据的功效，并不能产生使债务人已移转于相对人的财产权益自动回转于债务人的效果。债务人与其相对人各自由对方取得的财产权益，无论是作为一种无权占有的财产，还是作为一种不当得利的财产，如欲使它们恢复到被撤销行为发生前的状态，须依赖于债务人或相对人向对方积极行使财产返还权利的自主行为。就债务人而言，既然其积极以减少财产的方式逃避债务，那么以否定其与相对人之间法律关系的方式，希冀使其积极行使权利要回流失的财产，岂不是不切实际的幻想？！债务人不依撤销权诉讼的败诉判决积极要回财产时，其责任财产仅仅在法律层面上得到了维护，事实上并没有得到维持。<sup>〔25〕</sup>

就上述三种法律效果而言，在前两种情况下，撤销权的行使可有效阻止债务人行为的进一步发展，在债务人尚未向相对人移转财产时，即及时斩断了相对人受领债务人财产的法律基础，由此将法律后果限制在债务人与相对人之间，避免了法律关系的复杂化。债务人的责任财产直接得到维持，债权人的债权也同时得到保全。这是形成说相比于其他各种学说的优势。第三种情况充分暴露了形成权说的现实局限性。

从交易实践上看，债权人与债务人之间发生法律关系之后，债务人的财产状况会随债务人参与民事活动的情况而随时发生增减不定的变化，债权人不可能随时全面了解债务人财产的变化状态。退一步讲，即使债权人突然发现债务人的财产减少了，也不能由此断言债务人的财产已不能保全其债权，因为债务人的财产随后也可能突然增加。具体而言，合同之债发生后，至履行期限到来前，债权人通常不会刻意关注债务人的财产状况。债务人的财产变化状况通常在以下两种情形下会引起债权人的特别关注：第一，债务人在资产信誉明显不佳情况下作出于己不利的减少财产行为；第二，债权人与债务人之间的债权债务纠纷经法院或仲裁机构裁决并进入执行程序后，债务人的现有财产权益不足以实现债权。对于法定之债，债权人通常仅在民事裁判进入执行程序后，才会对债务人的财产状况予以特别关注。就上述情况而言，如果债务人想以积极减少财产的方式逃避债务，那么尽快将财产移转于相对人则是其实现逃债意图的必然选择。与相对人订立一个具有较长履行期限的合同，拖延财产之移转，不可能发生。因此，债权人撤销权行使的一般情形是，债权人察觉到债务人实施影响其债权实现的诈害行为时，债务人已将财产移转给相对人或已以财产为相对人设立了担保权益。

据上分析，上述第三种情况才可能是债权人撤销权制度应当着力解决的问题。认识到使撤销权的行为仅能发挥一种否定债务人行为的形成力并不足够，关于撤销权性质的讨论，在学说上向

〔25〕 日本学者我妻荣认为，债权人撤销权在结果上不请求返还财产则难以达到其目的。参见〔日〕我妻荣：《新订债法总论》，王赓译，中国法制出版社2008年版，第157页。

来存在如下分歧：是以否定欺诈行为为实质内容（形成权说），还是以恢复债务人的财产为实质内容（请求权说），或者两者兼而有之（折中说）。〔26〕从比较法上看，《日本民法典》第424条虽然被命名为“诈害行为撤销权”，并使用了“债权人可以请求法院，撤销债务人知有害于其债权人而实施的法律行为”的表达方式，但是在理解撤销权的性质上折中说成为通说。〔27〕2017年修订的《日本民法典》第424条之六采纳折中说，明确规定：（1）债权人对受益人提出诈害行为撤销请求的情形，请求撤销债务人所为行为的同时，也可以请求返还因其行为移转于受益人的财产。受益人返还该财产有困难时，债权人可以请求返还其价额。（2）债权人对转得人提出诈害行为撤销请求的情形，请求撤销债务人所为行为的同时，也可以请求返还转得人转得的财产。转得人返还该财产有困难时，债权人可以请求返还其价额。〔28〕我国台湾地区“民法”关于债权人撤销权行使效果的规定也不甚明了，学者比较分析各种学说的利弊后，也多认为折中说更为可取。〔29〕1999年修订“民法”债编时，台湾地区以折中说为基础于第244条增加一款规定：债权人依规定声请法院撤销时，“得并声请命受益人或转得人回复原状”。〔30〕

由我国审判实践看，在《合同法》及其司法解释适用时期，即有法院裁判意见认为，在提起撤销权诉讼时，债权人可以提出相对人向债务人返还财产的诉讼请求。〔31〕最高人民法院于2020年1月14日发布的指导案例118号“东北电气发展股份有限公司与国家开发银行股份有限公司、沈阳高压开关有限责任公司等执行复议案”的裁判要旨，不仅“判令受让人向债务人返还财产”，甚至作出了“受让人未履行返还义务的，债权人可以债务人、受让人为被执行人申请强制执行”的裁断。另外值得注意的是，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第9条对于破产管理人撤销权的行使效果作出了管理人可以请求撤销涉及债务人财产的相关行为并由相对人返还债务人财产的规定。这些判决意见和司法解释为理解《民法典》第542条规定提供了重要参考素材。

为弥补撤销权在债权保全效果上的局限性，《合同编通则解释》洞察最新立法发展趋势，总结我国审判实践，以折中说为基础，于第46条第1款将债权人行使撤销权的法律效果规定为：“债权人在撤销权诉讼中同时请求债务人的相对人向债务人承担返还财产、折价补偿、履行到期债务等法律后果的，人民法院依法予以支持。”〔32〕“同时请求”的潜台词是，使债务人的行为自始没有法律约束力是撤销权行使产生的不言而喻的法律效果（形成力），除具有撤销债务人行为的形成力外，撤销权还具有请求相对人向债务人承担返还财产、折价补偿、履行到期债务等法律后果的效力（请求力）。司法解释起草者就此认为：“债权人撤销权兼具撤销（形成权）和财产返还请求

〔26〕 参见〔日〕我妻荣：《新订债法总论》，王赓译，中国法制出版社2008年版，第154页。

〔27〕 参见〔日〕我妻荣：《新订债法总论》，王赓译，中国法制出版社2008年版，第154页。

〔28〕 参见《日本民法典》（2017年大修改），刘士国等译，中国法制出版社2018年版，第95页。

〔29〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第479页；郑玉波：《民法债编总论》（修订2版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，第298页；孙森焱：《民法债编总论》（下册），法律出版社2006年版，第532页。

〔30〕 关于此款规定的修正理由，参见林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第419页。

〔31〕 参见最高人民法院（2016）最高法民终310号民事判决书；福建省莆田市中级人民法院（2018）闽03民终1057号民事判决书；湖南省高级人民法院（2019）湘民终38号民事判决书；山东省高级人民法院（2019）鲁民终1092号民事判决书。

〔32〕 关于该条款形成理由的阐释，参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第504-507页。

（请求权）的性质，分属债权人撤销权的不同权能，债权人可以选择行使，也可以一并进行。”〔33〕

综上所述，《合同编通则解释》施行后，债权人撤销权行使的法律效果可以概括为：债权人撤销权是一种以形成权为基干并兼具请求权效力的权利。否定由债务人行为产生的法律关系的效力（形成力），是撤销权可以发挥的基本作用力。相对人已由债务人取得财产权益，或撤销权诉讼胜诉判决生效前相对人对债务人所负债务已经到期的，撤销权之行使也可发挥请求相对人返还财产甚至履行到期债务的效力（请求力）。撤销权之行使可产生使债务人的单方行为或债务人与相对人的双方行为自始绝对无效的效力。

### 三、债权人撤销权行使效果的实现路径

《合同编通则解释》第46条对债权人撤销权行使效果及实现路径所作规定，虽然使《民法典》第542条的规定更加明确并更具操作性，但从债权保全意旨的实现及相比于《民法典》第537条关于代位权行使效果的规定两方面看，关于如何理解该规定的意义与实践价值，存在诸多值得探讨之处。

#### （一）撤销权之请求力的实现路径

《合同编通则解释》第46条第1款的核心内容是，明确债权人撤销权具有请求相对人向债务人承担返还财产、折价补偿、履行到期债务等法律后果的请求力。该规范看似清晰明了，实则存在很大想象空间。值得研讨的一个重要问题为：法院依据债权人的请求，判决相对人向债务人承担返还财产等法律后果时，相对人是只能向债务人履行义务，还是行使撤销权的债权人有权代债务人受领相对人的给付。这两种履行方式会对债权保全产生差异悬殊的实践效果。司法解释起草者认为，第46条第1款“采用的仍是入库规则”，“相对人履行生效判决，应根据入库规则向债务人履行”，“如果相对人不履行的，债权人可以作为申请执行人申请强制执行”〔34〕。入库规则固然能够维持债务人的责任财产，但如果债务人将所受领给付，尤其金钱或动产，随即予以挥霍、再移转于他人或向其他债权人清偿债务，行使撤销权的债权人岂不徒劳无功！考虑到债务人以积极减少财产方式影响债权人的债权实现的客观现实，此种结果极可能会发生。

有人可能认为，相对人对债务人所负给付义务，进入执行程序之后，债权人在其债权范围内可直接以相对人的给付实现其债权，相对人的给付不能采取先入债务人的财产库，再由债务人向债权人履行债务的做法。但是，此种债权保全路径不是背弃了入库规则吗？与其以此方法实现债权保全目的，毋宁采取债权人可代位受领相对人的给付，并以该所受给付直接清偿债务人之债务的撤销权之请求力实现路径，因为后者更为简便易行，并且既不会加重相对人的债务，也不会使相对人遭受其他损害。

〔33〕 最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第507页。

〔34〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第507页。

比较而言,我国台湾地区于1999年修订“民法”债编时,对于撤销权行使的法律效果增补规定,债权人声请法院撤销时“得并声请命受益人或转得人回复原状”(第244条第4款)。对于受益人或转得人应如何履行恢复原状义务,理论与实务皆认为,债权人得请求受益人或转得人向自己为给付。<sup>[35]</sup>对于由债权人代位受领的理由,孙森焱认为:“盖如解释为仅得请求受益人或转得人向债务人为给付,则如债务人怠于受领给付的,债权人犹须行使代位权,以行使债务人之受领权,始得达成保全债权之目的。”<sup>[36]</sup>对于《民法典》第542条的规定,也有学者认为:“为了限制债务人不予受领或再施处分,解释上宜认为可由行使撤销权的债权人代位受领。”<sup>[37]</sup>为使撤销权真正实现债权保全的目的,也可以对《合同编通则解释》第46条第1款规定作出撤销权诉讼的胜诉判决生效后债权人可以代位受领相对人的给付的解释。

退一步讲,如果严格遵循“入库规则”,认为债权人不得直接受领相对人的给付,有一个问题值得思考,即第46条第1款究竟具有多大的现实意义。对此可作如下分析。债务人的行为被法院判决撤销后,相对人由债务人取得的财产权益则丧失保有依据,债务人与相对人之间产生法定的财产返还关系。如果按不当得利之债理解,这种法定之债仅发生在债务人与相对人之间,债权人作为第三人无权向相对人提出财产返还的请求。以此而言,第46条第1款的实践价值在于,超越债之相对性原理,使债权人获得一种以自己名义请求相对人向债务人承担返还财产等法律后果的特别权利——给付请求权。这是一种与代位权具有相同功能的权利。如果严格遵循“入库规则”,除非债权人与债务人之间的债权债务关系已由法院作出债权人胜诉的判决,并进入强制执行程序,否则撤销权的行使可能无法达到债权保全目的,因为受领相对人的给付后,债务人随时可以对受领的财产作出事实上或法律上的处分。撤销权的构成不以债务人对债权人所负债务的履行期间已经届满为条件。撤销权诉讼的胜诉判决生效时,如果债权人的债权尚未到期或债务人的债务履行期限尚未届满,“入库规则”很可能使行使撤销权的债权人空劳一场。鉴于此,理性的债权人则会决定,不在主债权债务诉讼提起前先行行使撤销权。如此一来,债权人撤销权制度发挥作用的机会则受到明显抑制。

更值得一提的是,根据我国现行强制执行规则,即使债权人撤销权不具有请求权的效力,在债务人的财产不足以清偿债务,但债务人对第三人享有债权的情况下,仅具有形成权效力的撤销权,也足以保全和实现债权人的债权。具言之,根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(2020年修正,以下简称《法院执行工作规定》)第45条第1款和第49、51条的规定:被执行人(债务人)不能清偿债务,但对本案以外的第三人享有到期债权的,法院可以依申请执行人(债权人)或被执行人的申请,向第三人直接送达履行到期债务的通知;第三人在履行通知指定期限内没有提出异议<sup>[38]</sup>而又不履行的,执行法院有权裁定对其强制执行;

[35] 参见郑玉波:《民法债编总论》(修订2版),陈荣隆修订,中国政法大学出版社2004年版,第305页;孙森焱:《民法债编总论》(下册),法律出版社2006年版,第552页;林诚二:《民法债总论——体系化解说》,中国人民大学出版社2003年版,第419页。

[36] 孙森焱:《民法债编总论》(下册),法律出版社2006年版,第552页。

[37] 韩世远:《合同法学》(第2版),高等教育出版社2022年版,第156页。

[38] 《法院执行工作规定》第48条规定:“第三人提出自己无履行能力或其与申请执行人无直接法律关系,不属于本规定所指的异议。”

第三人收到法院要求其履行到期债务的通知后，擅自向被执行人履行，造成已向被执行人履行的财产不能追回的，除在已履行的财产范围内与被执行人承担连带清偿责任外，可以追究其妨害执行的责任。据此规定，债权人所享债权经法院判决确认并进入执行程序后，如果债务人的财产不足以实现债权，但债务人在对债权人所负债务产生后实施《民法典》第 538、539 条规定的影响债权实现的行为的，债权人只要行使撤销权使债务人的行为自始归于无效即可，无须请求债务人的相对人向债务人承担返还财产等法律后果。<sup>〔39〕</sup>另外，如果能够确证其与债务人之间的债权债务，并能证明债务人实施了《民法典》第 538、539 条规定的影响债权实现的行为，债权人可在对债务人提起给付之诉时，同时提起撤销债务人行为的形成之诉。两种诉讼皆胜诉时，债权人也可根据《法院执行工作规定》的规定使其债权得到保全和实现。

据上分析，《合同编通则解释》第 46 条第 2 款所作“债权人请求受理撤销权诉讼的人民法院一并审理其与债务人之间的债权债务关系，属于该人民法院管辖的，可以合并审理”的规定，实际上是为诉讼经济之故，向法院作出的一种倡导性规定。之所以如此规定，是为了取得第 46 条第 3 款第 1 句规定的效果，即“债权人依据其与债务人的诉讼、撤销权诉讼产生的生效法律文书申请强制执行的，人民法院可以就债务人对相对人享有的权利采取强制执行措施以实现债权人的债权”。司法解释起草者诠释该句规定时认为：“采用这一方式虽然不是撤销权诉讼与代位权诉讼的一并提起，但是实现了一并提起的效果，且避免了二者构成要件之间的争议，免去了过于复杂的制度设计。”<sup>〔40〕</sup>其实，即使未作使撤销权具有请求权效力的规定（第 46 条第 1 款），根据我国现行强制执行规则，《合同编通则解释》第 46 条第 3 款规定的效果，同样可以保全和实现行使撤销权的债权人的债权。

总之，根据现行强制执行规则，如按“入库规则”理解第 46 条第 1 款规定，会使该规定丧失实际意义。如果认为应使第 46 条第 1 款规定发挥一种不可替代的作用，尤其是使其发挥一种民事实体法应该担当的债权保全效果，不可僵化地对待“入库规则”，更不能把该规则当作不可更改的教条。

就《合同编通则解释》第 46 条第 2、3 款而言，其适用其实存在多种局限性。第一，其所倡导的“两诉并举”的撤销权行使效果实现路径，须以主债权债务关系确证发生且债权数额确定为前提，否则，只能提起主债权债务关系诉讼，无法提起撤销权诉讼，因为撤销权的行使范围须以债权人的债权为限。对于法定之债，当事人之间的债权债务及其数额通常只有在法院判决生效之后，才能确定。撤销权诉讼通常在裁判进入执行程序且发现债务人的财产不足以清偿债务时才能提起。第二，对于合同之债，主债权债务关系诉讼只有在债务履行期限届满后才能提起。如果在债务履行期限届满之前，即能确证债务人不能清偿债务且债务人实施了《民法典》第 538、539 条规定的影响债权实现的行为，只能先行提起撤销权诉讼，等债务履行期限届满后再提起主债权债务关系诉讼。但是，如果严格坚持“入库规则”，先提起撤销权诉讼，使相对人的给付纳入债

〔39〕 参见宋史超：《论债权人撤销权判决的实现路径——以指导案例 118 号为中心》，载《政治与法律》2021 年第 1 期。

〔40〕 最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 510 页。

务人的财产库，当债务人有多数债权人时，行使撤销权的债权人可能会落个徒劳无功的下场。而如果等到债务履行期限届满之后再同时提起两种诉讼，则可能面临被债务人的其他债权人抢先行使撤销权的窘境。这种进退两难境地，会给债权人带来很大麻烦。第三，有些情形下，当事人之间的债权债务十分明确确定，如借款合同当事人之间的债权债务，无需经由诉讼予以确定，甚至无需经由强制执行程序。债务人有时不仅承认自己所负债务，而且愿意履行债务（回心转意），只是暂时无足够财产。债务人的行为经撤销权诉讼被撤销后，债权人代位受领相对人的给付，并不违背债务人的意思，且不会加重相对人的负担。债务人仅有行使撤销权的一人债权人时，尤其如此。

因此，对《合同编通则解释》第46条第1款规定而言，值得深究的问题是，债务人具有两个以上债权人时，行使撤销权的债权人代位受领相对人的给付，并通过该所受给付直接实现债权，是否可行。

## （二）债权人撤销权行使效果的可行实现路径

如前所言，如果将债权人撤销权的请求权效力严格限制在“入库规则”之下，根据我国现行强制执行规则，《合同编通则解释》第46条第1款并非不可或缺，只有承认行使撤销权的债权人可以代位受领相对人的给付，第46条第1款才可能在债权保全上发挥不可替代的功效。接下来深入分析此种解释取向的合理性。

一些人之所以主张严格遵循“入库规则”，其理论依据主要为：债权人撤销权旨在保全债务人的责任财产，该责任财产是债务人之全体普通债权人的共同担保；撤销权的行使效果不能由行使权利的债权人独享，应由债务人的全体普通债权人共享；允许行使撤销权的债权人代位受领相对人的给付，无异于使该债权人获得一种优先受偿权，这种结果违反债权平等原则。此种理据提出两个值得反思的问题：一是债权人撤销权是否属于一种纯粹为债务人之全体普通债权人着想的共益权；二是允许行使撤销权的债权人以积极行使权利的效果保全其债权，是否违背债权平等原则。

众所周知，私权以维护私人利益为宗旨。债权是典型的私权，依其而生、为其而存的撤销权，毫无疑义亦属私权。根据个人自由主义的近现代民法观念，私权为得保护权利主体之个人利益的法律之力。不过，私权并非清一色地纯粹为了满足权利主体的私人利益，某些私权，如亲权、监护权、代理权等，并非完全为了权利主体的私人利益，它们甚至是为了他人的私人利益。根据传统观点，债权人撤销权制度的目的是维持债务人为共同担保的资力。<sup>〔41〕</sup>不过，值得深究的是，为何须以赋予债权人一种撤销权的方式维持债务人的责任财产。以理性且自利的权利人假设看，撤销权之设置显然不能脱离债权人的私人利益，否则，除非另设特别强制措施，撤销权之享有者不会行使此种权利。因此，如郑玉波所言，直接维持债务人的财产状况，间接确保自己债权的获偿，是债之保全制度设立的目的。<sup>〔42〕</sup>正是这种可使权利行使者的债权获得清偿的个人利益驱动力，才使撤销权制度无须外力强制而积极运作起来。另外，债权具有相对性，特定债权人

〔41〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第475页。

〔42〕 参见郑玉波：《民法债编总论》（修订2版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，第291页。

通常只关注债务人对自己所负债务的履行，其无法也不可能知道债务人是否具有及具有多少其他债权人。所谓“维持债务人为共同担保的资力”，实质上是立足债权平等原则而对撤销权的一种抽象认识。然而，权利的行使向来都发生在具体法律关系中。撤销权的行使是特定债权人与债务人之间的法律关系发生具体作用的结果。为个人权利而斗争是特定债权人的必然选择。只有债务人的财产不能足额实现其全体债权人的权利时，抽象的全体债权人利益才可能与行使撤销权的特定债权人的具体的个人利益发生冲突，共益权之属性才会凸显。在不可能知道债务人具有多少债权人的情况下，对特定债权人而言，撤销权就是一种为了保全自己债权的权利。如果断言撤销权是一种为全体债权人而设的共益权，债权人行使该权利不应作出以其自身债权为限的强制性规定，债权人应当可以无所限制地撤销债务人的行为。因此，不能将债权人撤销权理解为一种纯粹的共益权。

不严格遵循“入库规则”是否违背债权平等原则？此问题兹事体大，不可轻慢。债权属于相对权，无排他效力，故数人对于同一债务人可以成立同一内容的债权，这些债权不论是同时产生还是先后发生，皆以同等地位并存。此即债权平等原则，也称作债权平等性或债权无排他、优先效力。<sup>〔43〕</sup>数人对于同一债务人当然也可同时或先后成立不同内容的数个债权，这些债权在存续与实现上也处于平等地位。

然而，就交易实践而言，债权的产生非为目的，只是人们获取利益的手段。因此，“债权原则上以其消灭而得到满足，故债权人利其速灭，而物权原则上因其存续始得满足，故物权人期其永存”<sup>〔44〕</sup>。债权的消灭通常表现为债权的实现。由同一债务人产生的数个债权，不管其成立先后及内容如何，虽然皆可以同等地位并存，但是这些债权的实现则可以具有先后顺序。对于具有同一内容的数个债权，当事人尤其会约定不同的权利实现时间。该时间安排属于债权债务关系的重要内容之一，任何一方皆必须遵守。债务人遵守合同约定或裁决者的判定，自愿履行债务时，数个债权可以按约定或确定的履行顺序先后或同时实现。债务人不遵守合同约定或裁判确定，债权人诉请债务人履行债务或法院强制执行裁判时，数个并存的债权会因申请强制执行的顺序而先后或同时得到实现。因此，同等并存的数个债权，在走向灭亡之路上则可能存在先后之别。

由于其产生及存在是为了走向灭亡（债权实现），所以从债权保护的角度看，对于由同一债务人产生的数个债权，实现顺序的差异性相对于存续状态的平等性，更具现实意义。在此情况下，“债务人应以其全部财产对每一个债务的履行，负其责任。某债权人先为强制执行而受清偿时，其他债权人，纵其债权发生在前，亦仅能就剩余财产受偿。债务人破产时，债权不论其发生先后，均依比例参加分配”<sup>〔45〕</sup>。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（2022年修正，以下简称《民事诉讼法解释》）第511、514条的规定，债务人所负债务之

〔43〕 参见郑玉波：《民法债编总论》（修订2版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，第4页；王泽鉴：《债法原理》（第2版），北京大学出版社2013年版，第8页；孙森焱：《民法债编总论》（上册），法律出版社2006年版，第13-14页。

〔44〕 郑玉波：《民法债编总论》（修订2版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，第4页。

〔45〕 王泽鉴：《债法原理》（第2版），北京大学出版社2013年版，第8页。

清偿进入执行程序的,作为被执行人的企业法人符合《企业破产法》第2条第1款规定情形的,但当事人不同意移送破产或者被执行人住所地法院不受理破产案件的,对于普通债权,按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。据此,债权平等原则是立足于债权存续或债务人破产而对由同一债务人产生的数个债权之间的关系作出的判断,债权实现一般遵守“先到先得”或“先申请先得”的规则。“先申请先得”规则可以发挥奖勤罚懒、激励债权人积极行使权利的社会功效。数个并存的债权同时到期或皆已到期时,由于债权只是一种请求权,债权人无权直接支配交易标的物或干涉债务人人身,除非这些债权的实现皆已进入强制执行程序,任何一个债权无法相对于其他债权获得优先受偿。

换个角度看,对于数个皆已到期的债务,哪怕是具有同一内容的数个债务,债务人享有先向哪一个债权人清偿债务的自由,即使该债务到期时间较晚。这被称作债务人的偏颇清偿。不过,这通常须以债务人的财产足以清偿其所有债务为条件,因为在此条件下,每一个债权皆可得到实现,只是各自实现的时间有先后之别而已。<sup>[46]</sup> 债务人的财产不足以清偿全部债务时,债务人作出偏颇清偿会引发债权平等性问题,防止偏颇清偿会为全体债权人的利益被提出。<sup>[47]</sup> “因此,任何防止偏颇性清偿的都必然是一个集体制度,在这种制度中,债权人如果不考虑其他债权人的利益,就不能从其债务人那里收回款项。”<sup>[48]</sup> 所谓集体制度,是指破产法确立的集体主义收债制度。以此而言,谈论债权人撤销权的行使效果对债务人之全体债权人的平等性问题时,应将债权人撤销权制度与《企业破产法》确立的集体主义收债制度结合起来一并思考。

在破产法依债权平等原则确立集体主义收债制度的情况下,为使撤销权真正发挥债权保全作用,不妨根据“先到先得”或“先申请先得”的规则,确定撤销权行使效果的实现路径。具言之,鉴于债务人对其债务清偿持逃避态度,应允许积极采取权利保护措施(行使撤销权)的债权人代位受领相对人的给付。这既会对债权人行使权利起到激励作用,也会对债务人的处分自由滥用发挥抑制效果。受领相对人的给付后,债权人对债务人负有返还财产的债务,如此种债务与债务人对债权人所负债务,满足《民法典》第568、569条规定的抵销条件时,债权人可以抵销方式直接实现自己的债权。毕竟,债权人撤销权并非一种纯粹的共益权,抵销亦是债权实现方式之一。<sup>[49]</sup> 但是,债务人的其他债权人已依法对债务人的财产采取财产保全或查封、扣押、冻结措施的除外。<sup>[50]</sup>

某个债权人以行使撤销权的方式实现其债权后,如果债务人不能清偿其他到期债务,并且其资产不足以清偿全部债务或者其明显缺乏清偿能力,其他债权人可以根据《企业破产法》第2条的规定,向法院提出债务人破产清算的申请。法院受理破产申请后,破产管理人可以依据《破产

[46] 如一位美国学者所言:“在破产程序之外,偏颇性清偿一般是允许的,因为债权人之间的权利主体一般受先到先得规则的控制。”〔美〕托马斯·H. 杰克逊:《破产法的逻辑与限制》,马学荣译,陕西人民出版社2023年版,第117页。

[47] 参见〔美〕托马斯·H. 杰克逊:《破产法的逻辑与限制》,马学荣译,陕西人民出版社2023年版,第117页。

[48] 〔美〕托马斯·H. 杰克逊:《破产法的逻辑与限制》,马学荣译,陕西人民出版社2023年版,第117页。

[49] 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第18页。

[50] 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(2020年修正)第2条第3款规定:“对于第三人占有的动产或者登记在第三人名下的不动产、特定动产及其他财产权,第三人书面确认该财产属于被执行人的,人民法院可以查封、扣押、冻结。”

企业法》第32条规定，撤销债务人对行使撤销权的债权人的债务清偿，全体债权人的债权根据平等原则按债权比例获得实现。<sup>〔51〕</sup>

债务人为自然人或非法人组织时，债权实现的机制则应另当别论。《企业破产法》规定的集体主义收债机制仅适用于企业法人。在目前尚无适用于自然人与非法人组织的破产法的情况下，对于债务人为自然人或非法人组织的债务清偿问题，只能适用个人主义的权利救济机制，即“先到先得”或“先申请先得”规则。为激励债权人积极行使权利，《民事诉讼法解释》对该规则在执行程序上作了例外规定。该司法解释第506、508条规定，被执行人为公民或者其他组织，在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向法院申请参与分配。在参与分配执行中，对于普通债权，原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。清偿后的剩余债务，被执行人应当继续清偿。这种按债权比例受偿的债权实现机制，仅适用于皆已进入执行程序的各个债权，债务人的其他未进入执行程序或虽进入执行程序但未申请参与分配执行的债权人，不能参与此种执行程序法上的集体主义收债机制。显而易见，这是一种以“先申请先得”规则为基础按债权比例受偿的债权实现机制。未积极行使权利的债权人，只是为自己的慵懒行为付出不能较早实现债权的代价，只要其债权未超过诉讼时效期限，俟债务人获得一定财产后，其债权仍有机会获得实现。

“先申请先得”的债权实现机制，奉行的是一种以奖勤罚懒为本质的“先行先得”原则。相比于不管行使权利的勤懒状况，一律平等对待所有债权的做法，“先行先得”原则明显有利于产生积极的社会效应。债务人非为企业法人时，撤销权行使效果的实现路径采纳此种原则，比较可取。为此，需要对《合同编通则解释》第46条第1款作出行使撤销权的债权人可以代位受领相对人给付的解释，同时允许债权人通过抵销制度便宜地实现自己的债权。究其实质，此种债权实现机制只是使先积极行使权利的债权人的债权率先得到实现，不会妨碍其他债权人的债权实现，仅可能延缓其他债权的实现。行使撤销权的债权人债权的率先实现，显著有别于担保物权或法定优先权之优先性产生的效果。根据担保法，具有优先顺位的担保物权，其权利之优先性有时会导致顺位在后的担保物权，根本无机会实现权利；根据破产法，享有优先受偿权的债权相比于普通债权，可以先行获得完全实现，同一债务人的普通债权人只能按债权比例使债权得到实现。但是，如果两个以上的债权人同时提起撤销权诉讼，且相对人对债务人作出的给付不能足额实现两个以上债权，可像代位权的规定那样采纳按债权比例受偿的机制。<sup>〔52〕</sup>

最后值得讨论的是，允许行使撤销权的债权人以抵销方式实现其债权，是否合理。允许债权人代位受领相对人的给付时，应否允许债权人以其债权与债务人请求其返还由相对人所受给付的

〔51〕 有研究认为：“债权人撤销权应被定位为破产外撤销权，承认债权人获得私益性个人清偿，同时承认这些清偿亦属于偏颇清偿，管理人可依《企业破产法》第31—34条判断可否撤销债权人获得的直接清偿，将债权人所受偏颇清偿之利益追还给破产财团。”张兆函：《不完全契约与公平交易：功能比较视域下债权人撤销权的解释性重构》，载《河北法学》2024年第1期，第176页。

〔52〕 《合同编通则解释》第37条就债权人对债务人的同一相对人提起的代位权诉讼，在债权实现上也采纳了按债权比例受偿规则。

债权根据抵销制度予以抵销,不仅直接关乎撤销权行使的激励效应,而且直接决定着债权人债权的受保护程度。对此存在两种对立观点。<sup>[53]</sup>如前所言,债权人撤销权并非一种纯粹的共益权,由于根本无法确知债务人是否还有其他普通债权人及其普通债权人之多寡,行使撤销权的债权人通常纯粹基于保全自己债权的需求提起撤销权诉讼,故而,允许行使撤销权的债权人以抵销方式直接实现债权,理论上并非绝对不可。对于同为债权保全措施的代位权,《民法典》第537条根据“先到先得”原则确立的“直接受偿规则”<sup>[54]</sup>,实质上即是运用抵销理论的结果。<sup>[55]</sup>《合同编通则解释》第46条第1款将请求力注入撤销权机体之后,撤销权像代位权一样具有使债权人以自己名义请求债务人的相对人履行债务的效力。债权保全规范体系由此面临如下质问:代位权为何可奉行“直接受偿规则”,而撤销权仍抱残守缺于严格的“入库规则”;撤销权为何不可像代位权那样一次性解决债权人的权利保全与实现问题,非得依赖“两诉并举”的方式。其实,获得请求力之后的撤销权,与代位权在权利之力上的差别,很大程度上已被抹平。作为两种不同的债权保全措施,撤销权与代位权之间的差别集中体现为各自应对着不同的问题。在此情况下,允许代位权按自动抵销思想使积极行使权利的债权人的债权直接得到清偿,而不允许积极行使撤销权的债权人利用《民法典》第568、569条规定,以抵销方式便宜地实现自己的债权,会使债权保全规范体系失衡。总之,是否允许行使撤销权的债权人代位受领相对人的给付,并允许其通过抵销方式便宜地保全和实现债权,根据《民法典》及其司法解释的规定,已非是否可行的问题,而是观念能否解放的问题。

• 358 •

#### 四、结 语

《民法典》第542条关于撤销权行使效果的规定较为模糊,存在多种解释可能性。根据《合同编通则解释》的规定,债权人撤销权是一种以形成权为基干兼具请求权效力的权利,撤销权的行使可产生致使债务人的行为自始绝对无效的效力,也可产生债权人得请求相对人向债务人承担返还财产、折价补偿、履行到期债务等法律后果的效力。根据我国现行强制执行规则,欲使撤销权的请求力发挥一种不可替代的作用,并以此使撤销权像代位权那样真正实现债权保全目的,应当允许撤销权之请求力以债权人可以代位受领相对人给付的方式发挥作用。撤销权不是一种纯粹为债务人之全体债权人利益而设的共益权。受债权之相对性所限,债权人行使撤销权的动力与目的是保全自己的债权。为维持与代位权制度的体系平衡,应允许行使撤销权的债权人通过《民法典》有关抵销的规定直接实现其债权。这种撤销权行使效果的实现路径未违背债权平等原则,因为其只是遵循“先到先得”的债权实现原则,使行使撤销权的债权人

[53] 反对者认为,债权人代位受领的给付属债务人的责任财产,债权人对债务人负有返还义务,该返还义务在性质上不适合与债务人的债务抵销。参见孙森焱:《民法债编总论》(下册),法律出版社2006年版,第552-553页。赞成者认为,撤销权行使的目的虽然在于保全一般担保,但返还的财产如与债权人的债权发生抵销适状,债权人得依抵销方式而收得事实上优先受偿效果。参见郑玉波:《民法债编总论》(修订2版),陈荣隆修订,中国政法大学出版社2004年版,第305页。

[54] 黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第173页。

[55] 参见韩世远:《债权人代位权的解释论问题》,载《法律适用》2021年第1期;龙俊:《民法典中的债之保全体系》,载《比较法研究》2020年第4期。

债权先行得到实现，未剥夺同一债务人的其他债权人的权利实现机会。不过，当债务人为企业法人时，债权人撤销权的行使效果可能会涉及与《企业破产法》规定的破产管理人撤销权的衔接适用问题。

---

**Abstract:** The provision of Article 542 of the Chinese Civil Code on the effectiveness of exercising the creditor's right of revocation has been controversial in recent years. According to the latest provisions of the Judicial Interpretation of the General Principles of Contract Book in the Chinese Civil Code, the exercise of the right of revocation can not only result in the debtor's behavior being absolutely invalid from the beginning, but may also have the effect of the creditor's right to request the counterparty to bear legal consequences such as returning property to the debtor. According to the current rules of civil judgment enforcement in our country, in order to make the requesting power of revocation right play an irreplaceable role, the creditor exercising the revocation right should be allowed to subrogate the performance made by the counterparty to the debtor. In order to maintain a moderate normative system balance with the system of subrogation right, creditors who exercise the right of revocation can directly realize their claims through the provisions of the Chinese Civil Code on offsetting, with the performance received by the counterparty through subrogation. When the debtor is an enterprise legal person, the exercise effect of the creditor's revocation right should pay attention to the applicable relationship with the revocation right of the bankruptcy administrator stipulated in the Enterprise Bankruptcy Law.

• 359 •

**Key Words:** creditor's right to revoke, relative invalidness, absolute invalidness, right of formation, right of claim

---

(责任编辑：徐建刚)

## 替代交易的中国景象

孙良国\*

**内容提要：**《合同编通则解释》第60条第2款首次确定了替代交易作为违约损害赔偿的优先计算方法，这是重要的观念变革与制度进步。本款具有很好的商事实践以及司法实践基础，并非简单的比较法借鉴。替代交易作为违约损害赔偿的优先计算方法，合乎道德，适当地分配了市场风险，有助于提升交易效率，能够实现完全赔偿原则。同一性是替代交易的通常要求，基于功能的考量，不具同一性的交易在特定语境下也可能是适格的。替代交易也存在两种特殊的案型。替代交易法律效果的核心是非违约方可以请求赔偿差额损失。基于完全赔偿，非违约方也可以索赔附随损失，同时须减去已经获得的利益。

**关键词：**替代交易 违约损害赔偿 替代性 差额损失 完全赔偿原则

替代交易是违约损害赔偿的计算方法。<sup>〔1〕</sup> 尽管《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）并没有规定替代交易，但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》（下称《合同编通则解释》）第60条第2款进行了明确规定：“非违约方依法行使合同解除权并实施了替代交易，主张按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院依法予以支持；替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地的市场价格，违约方主张按照市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院应予支持。”<sup>〔2〕</sup> 在违约损害赔偿计算方法的规则上，司法解释弥补了民法典的缺憾，值得称赞。更为重要的是，根据《民法典》第584条前段以及《合同编通则解释》第60条第2款，替代交易是违

\* 孙良国，大连海事大学法学院教授。

本文为国家社科基金重点项目“基于类型化的违约损害赔偿计算的公式化研究”（22AFX014）的阶段研究成果。

〔1〕 替代交易具有多重含义，既意指救济（违约损害赔偿的计算方法），也可意指行为，还可以意指减损措施中的替代安排。为了聚焦主题，本文不讨论替代交易作为减损措施的情况。

〔2〕 这一条文经历了数次修改。如果考虑替代交易的逻辑以及法官对条文理解的准确程度，最佳的表述应当是：非违约方依法行使合同解除权并实施了替代交易，主张按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院依法予以支持。

约损害赔偿的优先计算方法。这表征了违约损害赔偿计算中主观计算方法的兴起，突破了过去以客观计算方法为主的窠臼，是重要的观念更新和制度进步。整体而言，“替代交易”这一概念既不为国内权威的官方文献所确认，<sup>〔3〕</sup>又较少为国内的经典教科书所阐释，<sup>〔4〕</sup>即使目前主流的民法典评注也几乎不涉及此问题。<sup>〔5〕</sup>学界对替代交易的研究依然有待深入。<sup>〔6〕</sup>在《合同编通则解释》作出相关规定的背景下，非常有必要分析我国的司法实践，对替代交易的中国景象进行一个较为全面的整理、阐释和分析，使之具象化。仍然需要提醒的是，替代交易并非独属于西方合同法律制度的概念，其是市场经济条件下市场交易中的常规做法，也是私法应当确立的共通和共有的概念。从这一视角进行分析，对国际法或者比较法上案例的借鉴也有利于描绘我国法上替代交易的图景。

## 一、替代交易的名与实

替代交易是指，在特定条件下，当合同的一方当事人违约时，另一方当事人通过另一交易取代原合同的交易。替代交易包括替代购买（亦称“补进”）和替代销售（亦称“再卖”），在法律上其相当于或者接近于履行。<sup>〔7〕</sup>尽管在国际合同条约或者示范法中，替代交易是一个比较常见的概念，<sup>〔8〕</sup>但在我国法上这个概念确实是比较陌生的。可能有学者认为，在《民法典》或者其他法律文件中没有替代交易的概念并不影响法院适用，尤其是在国内普遍承认“替代履行的损害赔偿”（damages in lieu of performance）<sup>〔9〕</sup>的情况下，因此是否明确规定替代交易并无特别的实质意义。这一说法看似有一定道理，然而从替代交易的全部效果上审视则不尽全面，主要理由如下：第一，不明确规定替代交易，将会严重影响法官认知、理解和运用替代交易。经过在聚法案例数据库检索，替代交易的概念在发达地区法院判决中曾出现但出现次数极低，例如广东的互联网法院或者广州地区的法院，或者在部分国际货物买卖合同中出现。在笔者检索的欠发达地

• 361 •

〔3〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国合同法编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第432-434页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国合同法编理解与适用》（二），人民法院出版社2020年版，第767-771页。

〔4〕 参见《民法学》编写组主编：《民法学》（第2版，上册），高等教育出版社2022年版，第466-468页；崔建远主编：《合同法》（第7版），法律出版社2021年版，第242-254页。

〔5〕 参见徐涤宇、张家勇主编：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社2022年版，第647-648页；杨代雄主编：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第542-543页。

〔6〕 《合同编通则解释》通过之后的研究参见王利明、包丁裕睿：《论体系化视角下的替代交易——以〈合同编通则解释〉第60条为中心》，载《当代法学》2024年第3期；崔建远：《论违约损害赔偿的范围及计算——对〈民法典合同编通则解释〉第60条至第62条的释评》，载《清华法学》2024年第1期；孙良国：《论替代交易规则的适用要件》，载《法学》2024年第4期。之前的研究参见孙良国：《期望损害赔偿的实现：替代交易的研究》，载《当代法学》2009年第6期；张金海：《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》，载《法学》2017年第9期；王怡聪、孙良国：《作为违约损害赔偿计算方法的替代交易研究》，载《中国人民大学学报》2021年第2期；张梓萱：《替代交易与继续履行请求权》，载《南大法学》2022年第1期。

〔7〕 参见王怡聪、孙良国：《作为违约损害赔偿计算方法的替代交易研究》，载《中国人民大学学报》2021年第2期。

〔8〕 参见《联合国国际货物买卖合同公约》第75条；《国际商事合同通则》（2016年版）第5.4.5条等。

〔9〕 相关概念，参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第776页。在本文中，替代交易是违约损害赔偿的计算方法。替代交易意在实现“预期利益”，当然“预期利益”更准确的表达是“履行利益”（performance interests）。“替代履行的损害赔偿”一词表达的是违约损害赔偿的是“履行利益”，也正是在这一意义上以及根据《合同编通则解释》第60条的规定，替代交易是“替代履行的损害赔偿”的一种主要的和优先的计算方法。当然，替代交易与“替代履行的损害赔偿”在不同违约行为类型下的关系有不同的具体表现形式。

区的法院判决中,这一概念尚未出现过。第二,并非大多数法官在法官生涯的开始或者持续教育过程中都能够了解此类概念,遑论该概念的熟练运用了。即使在国内一流高校的私法学教育中,这一概念也鲜少提及。由此,我们可以设想,有多少学生(未来可能成为法官)可以熟练地掌握并运用这一概念呢。第三,这一说法对诸多商事主体或者消费者而言是不利的。欠缺描述商事实践的普遍做法和惯例的这一概念,将无法或很难给商人或者消费者的替代交易行为提供一个较为清晰的指引和法律确信。这无疑会严重降低交易效率。法律当然不是专为法官制定的,即,《民法典》不应也不能仅仅是“裁判法”,也需要为商人或者消费者在恰当范围内提供尽可能清晰的指示,或者能够为其习以为常的行为提供评判标准,如商人或者消费者在对方根本违约时是否可以大胆地进行替代购买或者替代销售,在进行替代购买或者替代销售时,需要遵循何种程序和具体要求才更加恰当,进而实现自己的最佳利益等等。第四,“替代交易”是法律职业共同体的常见术语,这一关键术语能够降低沟通障碍、提升司法效率、增加司法权威。法官、律师以及其他法律从业者作为职业共同体当然需要统一的术语体系。在重要和关键概念上,法律不能缺位。只有这样,更为顺畅地沟通和交流才能够得以实现,从而避免耗费精力和成本地去沟通或者产生无效的沟通。概念的明确自然就会降低沟通障碍,提升司法效率,进而提升司法权威。第五,替代交易的规定是与国际合同示范法和主要国家合同法对接的有效重要措施。替代交易以其独特优势被国际合同示范法和主要国家的合同法广泛接受,而如果我国法律欠缺此种概念及制度则显得“形单影只”,因此意欲对接,替代交易的规定就不可或缺。第六,欠缺此类概念影响对替代交易制度的深入研究。在《合同编通则解释》出台以前,以“替代交易”为题名对中国期刊网上的论文进行检索,在主流法学类期刊中只有三篇直接相关学术论文,<sup>[10]</sup>在主流的高校学报与综合类期刊中,只有一篇直接相关的学术论文。<sup>[11]</sup>对替代交易或其他问题的研究还远不充分。总之,替代交易不是可有可无的概念,更非是“不影响法官适用”这一措辞所能应对的,而是必须出现且应予以明确规定的。

由于缺乏替代交易的法律规定及权威理解,对替代交易的误解和误用就不可避免地存在。一个典型的情况是不区分替代交易损害赔偿(replacement transaction damages)与市场价格损害赔偿(market price damages),代表性案例是“诸暨市天洁建材有限公司(以下简称‘天洁公司’)与浙江广大建设有限公司(以下简称‘广大公司’)买卖合同纠纷案”。该判决涉及损害赔偿计算的部分可以分为两点:第一,被上诉人采取相应替代交易措施,(补进货物)作为救济方式,该救济方式应属正当,故被上诉人有权向上诉人索赔协议价款和替代货物交易价格之间差价的经济损失;第二,虽然上诉人向其他砖瓦企业购砖的价格不一致,同时双方协议约定砖块的价格在不同时期存在价格的波动,但在协议解除时当事人对购砖的价格却可以确定,故原审以协议解除时的中间价格作为基数确定赔偿金额,该计算方式合理。<sup>[12]</sup>毫无疑问,第一部分对替代

[10] 参见孙良国:《期望损害赔偿的实现:替代交易的研究》,载《当代法学》2009年第6期;张金海:《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》,载《法学》2017年第9期;张梓萱:《替代交易与继续履行请求权》,载《南大法学》2022年第1期。

[11] 参见王怡聪、孙良国:《作为违约损害赔偿计算方法的替代交易研究》,载《中国人民大学学报》2021年第2期。

[12] 参见绍兴市中级人民法院(2008)绍中民二终字第301号民事判决书。

交易的理解是完全正确的，而第二部分则是典型的市场价格损害赔偿中市场价格的确定。替代交易的损害赔偿计算方法与市场价格损害赔偿方法是计算可得利益的两种主要计算方法，然而从判决内容以及表述看，法院并没有正确区分两者。当然，笔者无意于批判一个距今十六年的判决，而仅仅是以此为例展现不规定替代交易产生的不利后果，需要提醒的是，上述判决所描述的交易关系是替代交易的典型适用场景。近年来，笔者一直呼吁要完善违约损害赔偿计算方法的规定，<sup>〔13〕</sup> 尽管在《民法典》的制定过程中由于各种原因没有获得重视，然而《合同编通则解释》勇于面对司法实践以及交易现实，对替代交易进行了规定，而且正本清源对替代交易准确定位，十分难得，应当给予充分肯定。

然而，正如笔者观察到的，替代交易是商事交易中常见的合理做法，而且替代交易也是非违约方履行减损义务的主要措施。在替代交易是非违约方履行减损义务的主要措施时，其与作为违约损害赔偿计算方法的替代交易往往重叠。概言之，替代交易在相当部分交易语境下是“一体两面”，其既是减损措施，也是违约救济（损害赔偿的计算方法）。因此无论法律是否直接规定替代交易都改变不了这一事实。曾有法院判决朴素地认为：“在信诚公司不付款的情况下，科固公司为减少损失将货物及时转售，所产生的差价损失理应由信诚公司承担。”<sup>〔14〕</sup> 然而是否直接规定替代交易还是有很大不同，如果予以直接规定，那么替代交易的发生概率以及在法官判决中出现的概率就会大幅增加。当然，鉴于替代交易内在的正当性，极少数法官基于经验直觉和理性思考，或经由创造性地法律条文解释，进而肯定替代交易这一违约损害赔偿的计算方法的现象偶尔可见。但就法律或者司法的应有状况而言，这种罕见的例外本应是自然且普遍的现象，本应自然和普遍的过程成为创新则非常不可取，典型地印证了法律缺位产生的非正常现象。实然不能证成应然，<sup>〔15〕</sup> 但应然（此处是指替代交易及其规则）可以在不断的演进中变成实然（即像《合同编通则解释》第60条第2款确认替代交易作为违约损害赔偿的计算方法）。<sup>〔16〕</sup> 这是替代交易的“实”。这就意味着，我们依然要认真挖掘我国司法实践中的案例。当然，基于《民法典》第584条规定的完全赔偿原则，学界形成的共识认为完全赔偿在损害赔偿计算上主要体现为差额法，<sup>〔17〕</sup> 即合同履行后的状态与违约时的状态之间的差额。差额法依然是抽象的观念，而非一个或一系列具体的公式，单纯根据抽象观念无法得出一个具体可行的结论或者一个特定数额。差额法必须细化为各种具体的公式才能够得到更为特定和具体的结果。这是民法体系化科学思维的表达和要求。<sup>〔18〕</sup> 替代交易损害赔偿公式是差额法的一种具体体现，也是《合同编通则解释》所规定的违约损害赔偿的优先计算方法。笔者认为，意欲研究实践中的替代交易，必须有效准确地把握替代交易在实践中的词语表达，基于通常的经验，替代交易可能表现为以下三个语词：一是替代交易。对在判决主文中出现“替代交易”的案件，我们当然要认真分析，同时做必要的筛选工作，

• 363 •

〔13〕 参见孙良国：《违约损害赔偿的具体计算方法》，中国法学会民法学研究会2018年年会会议简报第九期，载 <https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/13201/cid/>，最后访问时间：2023年11月14日。

〔14〕 浙江省高级人民法院（2009）浙商外终字第60号民事判决书。

〔15〕 See David Hume, *A Treatise of Human Nature*, John Noon, 1740, p. 335.

〔16〕 See Melvin A. Eisenberg, *Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2022, pp. 49–50.

〔17〕 参见韩世远：《合同法学》，高等教育出版社2022年版，第280–281页。

〔18〕 参见孙宪忠：《民法体系化科学思维的问题研究》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022年第1期。

筛选出符合上述定义的案例。二是差价损失。差价损失极可能表现为市场价格损害赔偿和替代交易损害赔偿或者其他计算方法,因此特别需要甄选案例,将市场价格损害赔偿以及其他计算方法筛选出去。如在“介休安益新昌煤化有限公司(以下简称‘新昌公司’)与南京钢铁股份有限公司(以下简称‘南钢公司’)买卖合同纠纷案”中,南京市中级人民法院认为,南钢公司在催促新昌公司履行合同并交涉无果的情况下,为了弥补新昌公司未履行合同的空缺与绿地公司签订采购主焦煤的《订购合同》,且该合同也实际履行了,南钢公司要求新昌公司赔偿其向绿地公司采购焦煤的货款差价损失,合法合理。<sup>[19]</sup> 本案即是典型的替代交易的案例。三是再卖利润(替代销售)或者再买成本(替代购买)等。替代交易包括替代购买或者替代销售两种方式,前者也称为补进(cover)等等。<sup>[20]</sup> 经过以上筛选后,我们才能够更好地确定替代交易在司法实践中的真实状况。笔者在本文援引的国内案例均是经过上述程序筛选出来的。

## 二、替代交易的实践功用

美国统一商法典研究的权威专家詹姆斯·怀特教授和罗伯特·萨默斯教授等认为:“《统一商法典》第2—712条(替代交易损害赔偿)的重要性怎么强调都不为过。第2—712条的损害赔偿公式接近于将作为受害方的买方置于与继续履行置于买方相同的经济地位,而且将使买方实现主要的目标,即所需的货物。”<sup>[21]</sup> 《国际商事合同通则》(2016)第5.4.5条、<sup>[22]</sup> 《联合国国际货物销售合同公约》第75条、<sup>[23]</sup> 《欧洲共同参考框架》第Ⅲ—3:706条<sup>[24]</sup>等对替代交易直接进行了规定。为什么《联合国国际货物销售合同公约》、部分国家的合同法等对替代交易进行了明确的规定,这是值得探索的。在探索这个问题之前,我们有必要认真对待《民法典》没有规定替代交易的可能理由。

由于我国立法没有立法理由书,也没有权威的文本作为支撑,我们只能基于既有的权威材料推测《民法典》没有规定替代交易的主要理由。主要理由可能是:第一,《民法典》编撰的基本理念。《民法典》的编纂主要贯彻继续“留”、善于“改”、大胆“立”等理念。编纂《民法典》保留了绝大部分现有民事法律制度,确保我国民事法律制度的稳定性;对现行法律中不适应现实情况的规定予以修改完善,提高法律的有效性;大胆“立”,就是针对经济社会生活中出现的新

[19] 参见南京市中级人民法院(2018)苏01民终1694号民事判决书。

[20] 参见〔美〕梅尔文·A. 艾森伯格:《合同法基础原理》,孙良国、王怡聪译,北京大学出版社2023年版,第224页。

[21] James J. White, Robert S. Summers, Daniel D. Barnhizer & Wayne Barnes. Franklin G. Snyder, *Uniform Commercial Code*, Seventh Edition, West Academic Publishing, 2022, p. 249.

[22] 该条规定:受损害方已终止合同并在合理时间内以合理方式进行了替代交易的,该方当事人可对合同价格与替代交易价格之间的差额以及任何进一步的损害要求赔偿。

[23] 该条规定:如果合同被宣告无效(终止),而在宣告无效后(终止后)一段合理时间内,买方已以合理方式购买替代货物,或者卖方已以合理方式把货物转卖,则要求损害赔偿的一方可以取得合同价格和替代货物交易价格之间的差额以及按照第74条规定可以取得的任何其他损害赔偿。

[24] 该条规定:债权人依据第五节的规定解除了全部或者部分合同关系,并在合理的时间以合理的方式进行了替代交易的,得在有权获得赔偿的范围内请求合同价格与替代交易价格之间的差额以及其他损失的赔偿。

情况、新问题，作出有针对性的新规定，确保法律的适应性、前瞻性等。<sup>〔25〕</sup>显然替代交易等违约损害赔偿的计算方法不属于“改”以及“立”的内容。第二，存在其他急需解决的紧要问题，如人格权是否独立成编、夫妻共同债务等更具有社会热点性和社会关注度高的问题。第三，即使在合同编内部，替代交易的问题也被违约方申请合同解除（司法终止）以及新类型合同、对合同编的准用等问题的讨论所掩盖或者淹没，违约损害赔偿的计算方法等“老问题”的显示度显然没有这些问题高，即使这些老问题的重要程度不是这些新问题所能匹敌的。第四，替代交易的问题并没有得到学术界的深入研究，也没有得到司法实务界的认真对待。就前者而言，如前所述，替代交易的系统研究尚付阙如，而且在权威学者的既有作品以及系统研究中该问题的讨论也极少。换言之，学界对该问题的敏感度是不足的，不能提供有效的学术供给。就后者而言，最高人民法院民二庭庭长林文学同志认为，违约损害赔偿的计算，尤其是可得利益的计算，是长期困扰司法实践的疑难问题。<sup>〔26〕</sup>从笔者检索到的既有案例看，这一问题在多数情况下是通过司法鉴定、价格鉴定或者法官行使自由裁量权解决的，尽管无论从原理基础还是实践效果看，后者并非理想的制度解决方案。<sup>〔27〕</sup>

由于没有规定替代交易，学者对替代交易的定性或许就存在一些误解。可能有学者认为，替代交易是违约损害赔偿的抽象计算方法。这一观点是错误的，因为替代交易考虑到了非违约方的主观偏好而非千篇一律地计算违约损害赔偿的数额。也可能有学者认为，替代交易作为违约损害赔偿的计算方法要优先于利润法。这一可能的观点也是错误的，因为两者适用于不同的语境，无法在一般意义上说何种方法更优先。法官往往不会运用或者不会明确运用此种计算方法，不仅如此，法官即使运用亦可能出现误用。例如，有法院指出“案涉货物为大宗商品，腾辉莱公司未举证证明相关货物在转售前已特定化为弘光公司所有”“腾辉莱公司并未适当履行有关沟通与协商的程序，而是在弘光公司不知情的情况下将货物出售后，单方测算损失，并要求弘光公司承担赔偿责任，上述行为与正常交易行为不符”<sup>〔28〕</sup>等等。在本案中，替代交易与货物是否已经特定化为买方或者卖方所有没有必然关系，而且替代交易是正常的替代行为且并不需要通知。只要掌握了替代交易的以上知识，上述判决对替代交易及其意义的误解本是可以避免的。

不可否认的是，替代交易是合同不履行后非违约方通常情况下会采取的做法。之所以如此，主要是因为这种做法符合商事交易的效率特征，能够实现最可取的交易秩序。尽管有些判决认为，差价损失的赔偿（包括替代交易损害赔偿的计算）理所应当，然而在合同法上并不存在所谓的公理，直觉上正当的制度都需要更为细致的证成。概言之，替代交易的正当性主要有

• 365 •

〔25〕 参见王博勋、官宜希：《民法典编纂，这六个字很重要》，载 [http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c513/c15935/202103/t20210312\\_310239.html](http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c513/c15935/202103/t20210312_310239.html)，最后访问时间：2023年6月27日。

〔26〕 参见林文学：《民法典合同编合同通则部分司法解释有关情况介绍——中国法学会民法学研究会2022年年会会议简报第七期》，载 [https://mp.weixin.qq.com/s?\\_\\_biz=MzA3OTEzMjMwNg==&mid=2651948881&idx=1&sn=a2a64f1e42da96d2891f65f03729acac&chksm=845d04acb32a8dba63204d7c250af9f0970c892ed3215943cc47b48461c50e4fcf16e6d85e30&scene=27](https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA3OTEzMjMwNg==&mid=2651948881&idx=1&sn=a2a64f1e42da96d2891f65f03729acac&chksm=845d04acb32a8dba63204d7c250af9f0970c892ed3215943cc47b48461c50e4fcf16e6d85e30&scene=27)，最后访问时间：2024年5月22日。

〔27〕 参见贺小荣主编：《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要》（第一辑），人民法院出版社2019年版，第15-17页。

〔28〕 沈阳市中级人民法院（2022）辽01民终10816号民事判决书。

以下几点：

首先，该种救济方式最能够实现无差异原则。违约损害赔偿的目标是实现与特定履行后状态完全一致。这一目标可称为“无差异原则”，<sup>〔29〕</sup>国内一般称为“填平原则”。此目标在相当情况下是不可能或者很难实现的，主要原因是，一旦出现违约行为，实际履行后的状态（包括主观与客观状态）的设想就是反事实的。然而在所有违约损害赔偿的计算方法中，替代交易是最能实现无差异原则的方式。<sup>〔30〕</sup>

其次，由于替代交易必须是实际发生的，而且通常是非违约方与第三方做出的交易，非违约方自然会考虑到自己的主观偏好以及合同目的，进而做出替代交易。这意味着，替代交易更多地反映了自己的主观偏好。违约损害赔偿若能够将主观偏好计算在内，无疑是很理想的，<sup>〔31〕</sup>当然也更为可取。

再次，此种计算方法能够实现有效的合理的风险转移。一个基本立场是，法律不能鼓励违约，更不能认同效率违约理论及其可能的规范意义。<sup>〔32〕</sup>基于此，违约方应当承受违约产生的不利后果，更具体而言是应当承受违约造成的额外市场风险及其所带来的不利后果。<sup>〔33〕</sup>那么，在所有的违约损害赔偿的计算中，替代交易对非违约方是最友善的。对此，以两种常见情形为例进行分析：在卖方违约后市场价格上涨或者持续上涨的情形下，如果以违约日作为损害赔偿计算的时间点，那么市场价格上涨的风险就在违约日从卖方转移给了守约之买方，然而替代交易则否定此种不合理的风险转移，它将市场价格上涨的风险继续交由卖方承担，这会产生抑制违约的效果；在买方违约后市场价格下跌的情形下，如果以违约日作为损害赔偿计算的时间点，那么市场价格下跌的风险在违约日就从违约之买方转移给了守约之卖方，然而替代交易也会否定此种不合理的转移，替代交易将市场价格下跌的风险继续交由买方承担，这同样会产生抑制违约的效果。前一情况的典型案例是“青岛百斯特钢构有限公司（下称‘百斯特公司’）与国家电投集团江西水电检修安装工程有限公司新余分公司（下称‘新余分公司’）买卖合同纠纷案”。在该案中，法院认为，由于百斯特公司违约，导致新余分公司另购各类型塔材构建单价高于原合同，由此遭受的差额部分经济损失百斯特公司应予以赔偿。<sup>〔34〕</sup>虽然法院判决并未明确此点，但该判决的内容实质上通过补进（补进在本案判决中表述为“另购”）而支持了替代交易。这就恰当地使违约方承担了市场风险。后一情况的典型案例是“ICD Alloys and Metals LLC（以下简称‘ICD公司’）与被上诉人陕西华钼实业有限公司（以下简称‘华钼公司’）买卖合同纠纷案”。在本案中，法院认为，华钼公司得知ICD公司单方解除合同后，鉴于市场价格下跌较快，为避免遭受更大损失及时将该60吨金属钼转售德国公司，因转售产生的差价损失客观存在，ICD公司理应承

〔29〕 See Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 California Law Review 975, 979 (2005).

〔30〕 参见〔美〕梅尔文·A. 艾森伯格：《合同法基础原理》，孙良国、王怡聪译，北京大学出版社2023年版，第224、276页。

〔31〕 参见韩世远：《合同法学》，高等教育出版社2022年版，第293页。

〔32〕 参见孙良国、单平基：《效率违约理论批判》，载《当代法学》2010年第6期。

〔33〕 See James Gordley, *Foundations of American Contract Law*, Oxford University Press, 2023, p. 8.

〔34〕 参见新余市中级人民法院（2022）赣05民终932号民事判决书。

担相应的赔偿责任。<sup>〔35〕</sup>同样在本案中，法院通过认可替代交易（替代交易在本案中表述为“转售”）否定了违约方不合理的市场风险转移。

最后，替代交易将实现更高层次的效率。一般而言，商人的通常行为往往是合乎效率的，这是商人群体的利益使然，所以商人既会积极地赚取利润，也会积极地减少损失。通过及时采取替代交易获得替代交易损害赔偿，防止了损失继续扩大，实现交易的整体效率。这一认识在以下判决中体现得淋漓尽致，“在信诚公司不付款的情况下，科固公司为减少损失将货物及时转售，所产生的差价损失理应由信诚公司承担”<sup>〔36〕</sup>。在国际商事交易中，效率是极为重要的价值，而适格的替代交易则能够实现商事合同的目标。当然，我们也必须有效地应对一个非常有特色的问题，即，替代交易之所以不能或者不应当成为一个主要的损害赔偿的计算方法，是因为替代交易自身的真实性、相关性等无法或者不能获得有效的证明。不得不承认的是，这的确是一个常见的担忧或者说是理由。典型情况是，A 与 B 订立合同，A 违反了与 B 的合同，拒绝向 B 提供货物。此时 B 与 C 缔结合同以替代原合同。在市场信用发达的制度体系下，极少会出现替代合同是虚假交易的情况。而在我国当下，虚假交易仍是一个特别需要警惕的现象，而且虚假交易加上虚假诉讼的加持就会更加危险。不过，这一担忧毋庸夸大，更不能因噎废食，主要原因是：第一，适格的替代交易有严格的构成要件，并非所有的替代交易都能够按照替代交易的规则获得损害赔偿。适格的替代交易需考虑的因素主要是合同已依法解除、交易标的的替代性、替代交易的合理性、决定的善意性等。<sup>〔37〕</sup>替代交易的构成要件对替代交易做出了明确的限制。第二，民事诉讼上的举证责任机制会减低虚假替代交易的发生几率。如前所述，在判断替代交易是否适格时，认为虚假替代交易的一方证明替代交易的价格不合理、时间不合理、决定不合乎善意等任一要件即可，当然也会就替代交易是否为真正的替代交易而发生纠纷，此时主张交易为非替代交易的一方就需要证明，系争交易与原合同没有替代性、不合理或者替代交易的决定并不合乎善意等。第三，法律制裁。如果替代交易为虚假交易，那么做出替代交易的人就可能构成诈骗罪、合同诈骗罪等。如果进行虚假诉讼，根据《中华人民共和国刑法》第 307 条之一的规定，当事人还可能构成虚假诉讼罪，这是一个非常严厉的制裁。第四，非法律制裁。非法律制裁在特定约束条件下能够发挥更大的作用。在一个小型或者中等规模的合同网络或者行业网络中，系争交易人的虚假交易被他人发现，此类信息会在该合同网络或者行业网络中传播，这会降低虚假交易方的商业信誉或者信用，进而会降低其融资能力或者再交易能力。<sup>〔38〕</sup>此种非法律制裁亦会抑制虚假交易的激励。

• 367 •

### 三、替代交易的类型

之所以称为替代性交易（substitution transaction），是因为替代交易就是作为原合同的替代。

〔35〕 陕西省高级人民法院（2020）陕民终 524 号民事判决书。

〔36〕 浙江省高级人民法院（2009）浙商外终字第 60 号民事判决书。

〔37〕 参见孙良国：《论替代交易规则的适用要件》，载《法学》2024 年第 4 期。

〔38〕 See Lisa Bernstein, *Contract Governance in Small-World Networks: The Case of the Maghribi Traders*, 113 Northwestern University Law Review 1009, 1009–1068 (2019).

因此,“替代性”是替代交易的本质属性。没有替代性的交易与原合同无关,进而在违约损害赔偿的计算上无任何规范意义。可能有学者认为,替代交易与原合同的标的需要相同。然而这一观点失之偏颇。替代性与同一性并不完全相同,替代性的典型表现之一是同一性,但又不以此为限。以替代交易与原合同的同一性为标准,替代交易整体可以区分为两种类型。这两种类型需要在不同的不履行情景下做更具体的分析。上述分类建立在替代交易是非违约方与第三人交易的基础上,这是替代交易的通常形态。基于规范价值的考量,替代交易也可能不涉及与第三人之间的交易,这是替代交易的特别形态。

#### (一) 具有同一性的替代交易

替代交易是替代原合同而订立的,因此损害赔偿作为合同履行的转化形态,原则上需要保持同一性。替代性与同一性在一般语境下是重叠的。

一般而言,不具有同一性的交易当然不能称为替代交易,进而不能适用替代交易规则。为了避免当事人虚假的或者不适当的替代交易,必须否定虚假或者不适当替代交易在违约损害赔偿上的意义,否则无异于鼓励虚假交易和投机行为。然而,如果当事人对替代性存有争议,该争议可通过举证责任解决,由否定交易效力的一方提出证据来证明交易并不具有同一性。同一性是合同标的的同一性,具体是指原合同与替代合同的商品和服务是完全一致的。然而,在不同意义上,同一性的表现形式也并不完全相同。这种不同在很大程度上取决于违约或者不履行的形态。例如,拒绝履行包括全部拒绝履行和部分拒绝履行。在全部拒绝履行时,替代交易的合同需要与原合同完全一致。如,A与B订立合同,向B提供100吨的HRB335二级螺纹钢。在履行期到来之前,A告诉B由于自身原因不能供货了,B当即解除了合同。此时B在3天内与C订立了100吨的HRB335二级螺纹钢的合同。替代合同与原合同的标的物完全一致,符合同一性的标准。在部分拒绝履行时,要求也是一样的,情形同上例,A告诉B由于自身原因不能供应30吨的货物。B就此部分解除合同。此时,B在3天内与C订立了30吨的HRB335二级螺纹钢的合同。此时标的物完全相同。瑕疵履行时,是否可以适用替代交易的计算方法呢?这是一个更为复杂的问题。一般而言,非违约方不能直接进行替代交易,因为就瑕疵履行而言,法律有更多的明确规定和更为复杂的规制技术。<sup>[39]</sup>但有一点是确定的,即,如果瑕疵履行部分不能通过修理、重做和更换解决,那么瑕疵履行的部分就成为全部拒绝履行或者部分拒绝履行,如符合合同解除的条件,那么合同解除后,非违约方则可以替代交易。

一个需要注意的问题是,同一性是否要求数量上的同一性。一般而言,如果全部拒绝履行,替代交易通常也需要全部履行。如果是部分履行,替代交易也要求是部分履行。然而,基于市场以及具体交易关系的考虑,上述要求并不是且也不应当是强制性的。在上述案例情形下,此时B在3天内与C订立了C所储存的50吨的HRB335二级螺纹钢的合同,尽管这一合同的数量是50吨,但并不妨碍该合同为适格的替代交易。就该部分的适格替代交易而言,当事人有权获得替代交易损害赔偿。由于替代交易并非法律义务,就未进行替代交易的部分,当事人可以请求市场价

<sup>[39]</sup> 如大连海事大学法学院的徐博瀚博士在对本文进行评议时认为,现行法应当以“供与利益”为核心对不完全履行的救济规则进行更为科学合理的顺位处理,此种处理可能会影响替代交易的适用。

格损害赔偿等。当然，替代交易也并不必须要求是一次交易完成，在上例中，B可在3天内与C订立50吨的HRB335二级螺纹钢合同，可与D订立30吨的HRB335二级螺纹钢合同。这些都是适格的替代交易。

在有些情况下，证明适格替代交易的要求是很高的，证明的程度也是当事人之间争议的焦点问题之一。如果原告提供了适当的证明，法院会驳回被告提出的非适格替代交易的抗辩。如在“海玛德里化学工业有限公司（以下简称‘海玛德里公司’）与天津开发区晟瑞普进出口贸易有限公司（以下简称‘晟瑞普公司’）、天津大川进出口有限公司（以下简称‘大川公司’）买卖合同纠纷案”中，法院明确认为，关于货物差价损失的问题，大川公司提交了其低价出售涉案货物的销售合同、发票、装箱单、提单及信用证等证据，海玛德里公司对以上证据的真实性无异议，又未提交任何相反证据，故本院认为上述证据能够证明大川公司低价销售剩余货物的事实，对其销售差价损失应予确认。<sup>〔40〕</sup>同时，我国法院在具体的司法裁判中积累了很多经验，整体出发点是抑制当事人的投机行为，否定不适格的替代交易。例如，在“宁波信诚儿童用品有限公司（以下简称‘信诚公司’）与被上诉人科固集团有限公司（以下简称‘科固公司’）国际货物买卖合同纠纷案”中，为了确定替代交易的适格性，当事人承担更重的举证责任，如合同交易真实存在的证据，合同已经履行的证据，合同开具发票的证据，以及可能存在某些交易习惯的证据，如当事人之间以传真件交易的习惯，石化行业有将乙烯—丙烯共聚物通称为“PP”的习惯等等。<sup>〔41〕</sup>

## （二）不具有同一性的替代交易

如上所述，替代交易可以实现或者尽可能实现违约损害赔偿的无差异原则。然而无差异原则也需要合乎“合同目的”，从消极的底线方面审视，无差异原则不能僵化到破坏合同目的的程度。替代交易与原合同要有替代性，然而这并不一定必须完全一致，是否要求完全的一致性取决于具体个案的情况。但无论如何替代交易必须在功能上是原合同的替代。“什么是适当的替代品部分取决于有什么可用的替代品，替代品具有更高的质量或者更次的质量这一事实自身并不排除其是补进。”<sup>〔42〕</sup>而且替代交易不具有同一性是一种特殊情况下的选择。如果市场上不存在完全相同的标的物，类似标的物的交易也可以作为替代交易，这一点法院的认识是很清醒的，“买方在卖方明确拒绝出售房屋后不久就另购了房屋，且房屋位于诉争房屋的同小区，面积相近，故二者价格具有一定的可比性……”<sup>〔43〕</sup>。

在合同标的物所在市场发生较大变化的情况下，依然坚守“同一性”的要求对替代交易来说就过于苛刻了，此时允许不具有同一性的替代交易发生合乎法律的价值判断。在合同标的物已经出现了技术变革的情况下，如果更好技术或者更高质量的标的物并没有给使用人带来更多的实际利益，最典型的如使用人自己使用时，此时更高质量的替代物也是适合的。如四速食物搅拌机已经被缺货或者被淘汰很长时间了，此时市场上只有八速食物搅拌机。在自用的情况下，八速食物搅拌机也是合适的替代物。

〔40〕 参见天津市高级人民法院（2007）津高民四终字第146号民事判决书。

〔41〕 参见浙江省高级人民法院（2009）浙商外终字第60号民事判决书。

〔42〕 E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, Vol. III, Third Edition, Aspen Publishers, 2004, p. 226.

〔43〕 广州市中级人民法院（2017）粤01民终13079号民事判决书。

### （三）替代交易的两种特别形式

替代交易的常态是非违约方与第三方达成的替代原合同的交易。然而交易形态多变，事实语境复杂，替代交易的双方主体并不必须是非违约方与第三方。在实践中，基于替代交易的规范判断，以下两种交易也应当或者确实被称为替代交易：一是非违约方与自己的交易，二是非违约方与违约方的交易。这两种特别形式的替代交易并不需要合同已解除这一适用要件。

#### 1. 非违约方与自己的交易

单纯从直觉上审视，非违约方与自己的交易不可能是替代交易。然而如果在具体场景下，以“替代交易”的功能为出发点，非违约方与自己的交易也可以是替代交易。

自我替代交易是指，在特殊情况下，为了替代原合同，非违约方自己与其内部机构所做的交易。这是笔者作为仲裁咨询专家时遇到的一个棘手问题。A是东北某地电力企业，B是东北某地电缆厂。A与B订立合同，由B向A提供某种特定规格的电缆。由于某种原因，B拒绝提供该规格电缆。A解除了合同。A作为电力企业有不同的分公司，当地的分公司储备了此规格电缆。此时A及时通过内部决策程序从分公司调用了相应规格的电缆。假设该电缆在A采购时市场价格是100万，A与B之间的合同价格为120万元，在及时调用时市场价格为140万元。此时替代交易的价格是按照100万、120万还是140万来计算呢？如果是按照损失100万来计算，那么结果是不公正的，也有违违约损害赔偿制度的目的。主要有以下几点原因：其一，A并未以100万的价格购买该电缆，即使其曾经以100万元价格购买过该电缆，也与AB之间的合同没有关联性。其二，如果与120万的合同价格相比，100万的价格低于合同价格，因此也就没有任何损失。非违约方就没有任何损失可言，自然也就没有违约损害赔偿请求权。其三，基于以上原因，上述结果会抑制非违约方及时采取替代交易这一优先的损害赔偿计算方法。其四，有人可能会认为，如果按照140万作为发生的替代交易的价格来计算，非违约方就能获得40万（140万-100万）的损害赔偿，他便有了意外所得，这并非意外所得，而是对其远见的奖赏。也有人可能认为，这是市场价格损害赔偿。从形式上看，这种计算方法有市场价格损害赔偿的外观，然而有如下几点不同：一是在此种情况下替代交易实际发生了，而且交易具有完全的同一性；二是自我替代交易是实际发生了，而市场价格损害赔偿则不要求实际发生交易，按照《合同编通则解释》第60条第2款的规定，替代交易的发生排斥市场价格损害赔偿计算方法的适用；三是交易价格的时间点不是按照违约时，而是按照替代交易发生时的价格来计算。因此，这不是市场价格损害赔偿。需补充的是，对自我替代交易是否为替代交易的确存有争议。

#### 2. 非违约方与违约方的替代交易

在很多情况下，双方当事人订立合同后，他们之间的谈判能力可能会随着市场变化而发生较大变化，此时违约方可能要求非违约方做出不利的合同变更，基于减轻损失的规范判断以及交易情况，非违约方应当予以接受。在上述情况发生时，通过替代交易损害赔偿的方式解决问题既能够对守约人的权利进行有效的保障，又能够抑制违约人的违约激励。典型的如“李某玉与广州嘉强投资有限公司（下称‘嘉强公司’）民事主体间房屋拆迁补偿合同纠纷案”。在本案中，广州市中级人民法院认为，因规划变更，回迁楼第七层变为架空转换层，并非住宅，事实上无法完全按照《房屋拆迁安置协议》的约定安置李某玉回迁第七层住宅。为此，嘉强公司已先后提出多种

变更履行方案供李某玉选择，尤其是 2507 房，面积、使用性质及产权性质均符合约定，楼层变更并不构成根本性违约，并未导致李某玉回迁安置的合同目的不能实现，李某玉有义务尽快选择其他合理的回迁方案。<sup>〔44〕</sup>

当然，如果双方当事人订立之合同的标的具有特殊性，标的所在的市场具有特殊性，而且客观上需要违约方与非违约方之间进行继续交易，此时基于替代交易的功能，不能否认两者之间继续交易的替代交易性质。如在“沃克尔公司诉阿什兰化学公司案”<sup>〔45〕</sup>中，阿什兰化学公司和哈里森公司（Ashland and Harrelson）（哈里森公司是沃克尔公司的子公司）从 1969 年就开始做生意。在 1973 年之前，阿什兰公司都是哈里森公司母料（masterbatch）的排他性供应商。在 1973 年 10 月，母料生产商在全国范围内开始分配他们的生产能力，由于石化产品短缺就拒绝新客户，哈里森公司处于危险地位。作为努力迫使哈里森公司同意更高价格的一部分，阿什兰公司在 1973 年 11 月 1 日就违反了合同。因为没有其他可用的供应来源，而且因为哈里森需要母料来避免停业。哈里森公司就同意了阿什兰公司的要求。沃克尔公司和哈里森公司随后就起诉阿什兰公司违反合同，要求获得上述价格与合同价格的差额作为补进损害赔偿。法院认为，阿什兰公司已经违约，因为案件的具体情况，哈里森公司在合同期间从阿什兰公司的购买构成补进。<sup>〔46〕</sup>然而此种接受对方新报价的情况也并不具有一般性和普遍性。上述情况必须受到交易公平的约束，同时须避免违约方的投机行为。违约方发出报价时，即使对方进行了较高的报价，基于合理因素的考量，如为了避免自己对下游买方的违约和避免因违约而导致的其他损失，此时无论在效率上还是在避免投机行为上，接受报价都不应当对违约方施加苛刻的要求。

当然也并非每个要求涨价的要求都构成恶意（bad faith），这在延期交易时（extended dealings）更为明显。在“凯尔西—海斯公司诉加拉克·雷德劳铸造公司案”中，一个三年期的按需供货合同规定，被告是原告某特定类型铸件的单一供应商，第一年以固定价格供应，余下的两年以约定的价格减少供应。在 1989 年终，被告已经亏本生产数年了，而且决定停止铸件生产。为了确保自己的客户获得充分的铸件，同时他们也尝试去补进，就以增加 30% 的价格报价以维持几个月的生产。为了使自己客户正常运营，原告接受了该报价。在此基础上被告再行要求增加 30% 的价格以再维持几个月的生产。法院认为，以更高的价格从同一卖方购买同一产品构成替代交易（补进）。<sup>〔47〕</sup>

• 371 •

#### 四、替代交易的法律效果

替代交易损害赔偿最能实现无差异原则或者说是完全赔偿。抽象意义的差额说“只能得出一个一般标准，而这一标准没有说明什么样的损失允许计算在内以及在个案中应如何应对”<sup>〔48〕</sup>。替

〔44〕 参见广州市越秀区人民法院（2021）粤 0104 民初 10039 号民事判决书。

〔45〕 See B. B. Walker Co. v. Ashland Chemical Co., 474 F. Supp. 651, 34 UC 561 (M. D. N. C. 1979).

〔46〕 See James J. White, Robert S. Summers, Daniel D. Barnhizer & Wayne Barnes. Franklin G. Snyder, *Uniform Commercial Code*, Seventh Edition, West Academic Publishing, 2022, pp. 247–248.

〔47〕 See Kelsey-Hayes Co. v. Galtaco Redlaw Castings Corp., 749 F. Supp. 794, 14 UCC2d 469 (E. D. Mich. 1990).

〔48〕 〔德〕海因·克茨：《德国合同法》（第 2 版），叶玮昱、张焕然译，中国人民大学出版社 2022 年版，第 328 页。

代交易损害赔偿的后果就是非违约方的预期利益（履行利益）得到了实现。需要说明的是，差价当然是可得赔偿的，然而基于完全赔偿原则，除了差价，因替代交易所产生的附属损失仍然可得赔偿，而且还可能会涉及一些利益的减项。

（一）作为核心的差额

如果非违约方进行了适格的替代交易，那么，替代交易的价格减去合同价格的差额，就是非违约方可得请求的赔偿数额。这是替代交易损害赔偿公式的核心，也是替代交易损害赔偿的主要法律效果。即使没有替代交易的明确规定，人民法院依然可能通过认同替代交易损害赔偿而保护受害方的预期利益。在“吴某绮与曹某会信息网络买卖合同纠纷案”中，广州互联网法院认为，原告因被告拒不发货，另行购买了价款为888元的99朵玫瑰花，原告有权请求被告赔偿因替代交易所造成的损失，原告诉请被告赔偿其购买鲜花的差价620元，于法有据，本院予以支持。<sup>〔49〕</sup>在“中山市浴皇电器有限公司与广州莱欧展览服务有限公司、钟某玲委托合同纠纷案”中，广州市天河区人民法院认为，由于莱欧公司违约导致浴皇公司在临近展期时无法如期参展，由此产生的展位差价损失38000元，对于浴皇公司要求莱欧公司赔偿展位差价损失38000元的主张，本院予以支持。<sup>〔50〕</sup>在“ICD公司与华铝公司买卖合同纠纷案”中，法院认为，与涉案合同约定单价及价款相比较，依据涉案合同约定钼金属每公斤25.5美元，60吨共计153万美元，现华铝公司转售该60吨金属钼售价总计99.4367万美元，其两方之间的差价为53.5633万美元。<sup>〔51〕</sup>

当然，在期前违约（anticipatory breach）的情况下，替代交易可能会使非违约方的状况比合同履行后的状态更好。在预期违约后，非违约方及时进行替代交易，之后，市场价格下跌，法律对期前违约后及时进行的补进提供了保护。此时买方依然可以获得全部的差额损失，该差额是更高的补进价格与合同价格之间的差额，而不是履行时更低的市场价格与合同价格之间的差额。<sup>〔52〕</sup>比如，2022年10月1日A与B订立合同向B购买一批货物，约定价格是100万元，约定履行日期为2023年5月1日。2023年1月5日，B明确通知A确定不会履行合同，A解除合同。1月8日，A从C那里购买了相同的该批货物，价格是130万元。在5月1日的时候，该货物的市场价格下跌到120万元。此时，A有权获得30万元（130万－100万）而非20万元（120万－100万）的赔偿。

需要注意的是，如果替代交易的标的物与原合同的标的物不完全相同，基于完全赔偿不允许非违约方得利的原理，那么在差额的计算上也应当做出相应调整。“买方在卖方明确拒绝出售房屋后不久就另购了房屋，且房屋位于诉争房屋的同小区，面积相近，故二者价格具有一定的可比性，综合考虑前后两套房屋在朝向、楼层等方面存在一定的差异性，酌情判令潘某另行赔偿15万元房屋差价损失，具有一定合理性。”<sup>〔53〕</sup>根据上述原理，本判决的问题意识是清楚的，但仍然可以更加细致化、具体化。

〔49〕 参见广州互联网法院（2021）粤0192民初24359号民事判决书。

〔50〕 参见广州市天河区人民法院（2019）粤0106民初24166号民事判决书。

〔51〕 参见陕西省高级人民法院（2020）陕民终524号民事判决书。

〔52〕 See E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, Vol. III, Third Edition, Aspen Publishers, 2004, p. 227.

〔53〕 广州市中级人民法院（2017）粤01民终13079号民事判决书。

## （二）替代交易附随的其他损失

替代交易的产生源自对原合同的违反。当事人只要按照原合同履行，替代交易就无需发生。基于守约人不能因为额外产生的替代交易而发生不利，而替代交易的确可能会增加非违约方的成本，因此非违约方自然可以主张赔偿附随的其他损失。最典型的是，因为替代交易而产生额外的运输费、通信费和住宿费等等。美国《统一商法典》第1—305条（a）款后段规定，除本法或其他法律另有具体规定外，受损方无权取得间接损失或特殊损失赔偿，也无权取得惩罚性赔偿。当然我们看到，在上述简单的替代交易的案例中，非违约方很少主张此类赔偿。一个原因是，简单的替代交易的谈判往往成本较低，甚至达到了忽略不计的程度。另外一个原因是，在替代交易中，谈判的时间成本可能比较高，然而该成本即使能够通过金钱量化通常也无法获得赔偿。同时替代交易可能会产生一些间接损失，诸如高额利润损失等，他们同样可能无法在现有制度体系下获得赔偿。

在不同类型的合同中，其他损失的内容可能随不同语境而有所不同，如有的替代交易会涉及仓储费、堆存费、税收损失等等。在“珠海长先新材料科技股份有限公司（以下简称‘珠海长先公司’）与南通化工轻工股份有限公司（以下简称‘南通化工公司’）买卖合同纠纷案”中，法院就认同了仓储费损失。<sup>〔54〕</sup>该损失即附随的损失。在另外一个典型的国外案例中，涉及的其他损失更多一些，在“拉雷多·海德思公司诉 H&H 肉类产品公司案”<sup>〔55〕</sup>中，“补进价格与合同价格之间的差额……总共是 142254.48 美元。另外，拉雷多·海德思公司提供了运输费用增加了 1435.77 美元的证据，以及处理费用增加了 2013.10 美元的证据。在选择补进时，这些费用作为附属的损害是可以获得赔偿的”<sup>〔56〕</sup>。

## （三）其他减项

如果替代交易节省了一些费用，那么基于损益相抵，这些费用要从完全赔偿中予以扣减。最典型的是节省的运输费，一个经典的例子是，如华盛顿 DC 的买方订立合同从西雅图的卖方那里购买 10000 美元的食物搅拌机（food blender），条件是 F.O.B（装运点：西雅图），运费 500 美元。卖方拒绝履行合同。替代合同的价格是 12000 美元。按照《统一商法典》第 2—712 条规定的公式，补进的成本（12000 美元）减去合同成本（10000 美元）加上其他损害（0 美元）减去节省的费用（500 美元）等于 1500 美元。<sup>〔57〕</sup>

# 五、结 语

替代交易是合理的商事实践，具有丰富的实用的功能，并且因此得到国际公约、国际合同示范法、国内合同法的广泛认同。《合同编通则解释》以明文的形式规定了替代交易，弥补了《民

〔54〕 参见珠海市中级人民法院（2015）珠中法民二终字第 399 号民事判决书。

〔55〕 See Laredo Hides Co., Inc. v. H&H Meat Products Co., Inc., 513 S.W.2d 210, 16 UCC 78 (Tex. Civ. App. 1974).

〔56〕 See Laredo Hides Co., Inc. v. H&H Meat Products Co., Inc., 513 S.W.2d at 221 - 22, 16 UC at 91 (Tex. Civ. App. 1974).

〔57〕 See James J. White, Robert S. Summers, Daniel D. Barnhizer & Wayne Barnes. Franklin G. Snyder, *Uniform Commercial Code*, Seventh Edition, West Academic Publishing, 2022, pp. 240 - 241.

法典》违约损害赔偿计算方法欠缺的缺憾，完善了违约损害赔偿法的核心领域。替代交易以其坚实的原理基础和独特优势，可以为我国每年上千万的违约损害赔偿计算案件提供更佳的解决方案。通过我国既有学术研究的反思以及实务案例的探索，《合同编通则解释》第 60 条第 2 款的抽象规定更加具体化了，同时也设定了两种特殊案型，丰富替代交易的内涵。该款所规定的差额损失只是替代交易损害赔偿的核心。基于《民法典》第 584 条规定的完全赔偿，因替代交易而产生的其他损失也在可赔偿范围内，当然基于损益相抵原理，因替代交易而避免的损失也应当作为减项从差额损失中减去。本文所从事的工作只是研究的起点，未来的研究也会随着司法实践以及理论探讨的丰富而逐渐深入。只有从违约损害赔偿抽象计算方法向具体计算方法转型的历史语境看，我们才能理解这是一项“重要性怎么强调都不为过”的工作。

---

**Abstract:** Article 60 paragraph 2 of Interpretation of the Supreme People's Court on the General Provisions of the Contract Part of the Civil Code of the People's Republic of China determines for the first time that the substitute transaction is the preferred calculation method of damages for breach of contract, which is worthy of highly praise. This rule also has a good basis for business and judicial practice. The explicit provision of the substitute transaction could promote the accurate understanding and wide application of the rule. The substitute transaction as the priority calculation method of damages for breach of contract is ethical. It could improve efficiency and realize the principle of indifference. Identity is a common but not the only requirement for substitute transactions, and non-identity transactions may also be appropriate under some particular circumstances. The effect of a substitute transaction is that the victim could claim the difference in value as well as collateral loss, and then minus the cost avoided.

**Key Words:** substitute transaction, calculation of damages for breach of contract, substitution, difference in value, full compensation

---

(责任编辑: 武 腾)

## 代位清偿制度释论

张金海\*

**内容提要：**代位清偿制度的正当性在于，在债权人、债务人的实际利益不受负面影响的情况下，第三人对于债务履行的合法利益优于债务关系不被他人介入的利益。作为核心要件，合法利益原则上指法律利益，例外地也涵盖第三人与债务人或债务关系有密切关联、从而有事实利益的情形。法律利益可分为保存权利、实现债权、避免纯粹经济损失、维护民事活动四大类型，相应的第三人有物上保证人、普通债权人、承租人、连环交易的后手、共有人、股东等具体类别。在法律后果方面，对担保权移转、债务人是否担责两个重要问题应采如是立场：物上保证人、担保财产受让人代位清偿后能否随同债权取得担保权须区分情形判断；倘第三人提出履行而未履行或者履行不适当，债务人原则上仍应担责。

**关键词：**第三人 代位清偿 合法利益 担保权转让 债务人责任

• 375 •

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 524 条就具有合法利益的第三人（以下简称“第三人”）<sup>〔1〕</sup> 的履行增设了规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）第 30 条进而作了细化。已植根、生长的我国法代位清偿<sup>〔2〕</sup> 制度也需要释疑和改进：代位清偿制度的正当性须加阐明；作为核心要件的“合法利益”弹性很大，究系何指需要确定；《合同编通则解释》对第三人所作的具体列举值得肯定，但有条理性不强等不足。为便适用法律，须对合法利益尤其是法律利益作类型化整

\* 张金海，四川大学法学院教授。

〔1〕 为便行文，文中一般将具有合法利益的第三人简称为第三人，但有的地方（主要是本文第一部分的一些地方）所称的第三人则是指各类第三人，根据上下文可以判断。

〔2〕 继受民法以来，我国不少学者用“代位清偿”一词指称具有合法利益的第三人的清偿。“代位清偿”一词来自法国法，得名于第三人清偿后发生债权移转，即第三人可代债权人之位请求债务人履行。法国法上的代位清偿（paiement avec subrogation，英译为 payment with subrogation）广于具有合法利益第三人的清偿，具有合法利益的第三人的清偿也未必都导致债权让与，从而代位清偿并非指称具有合法利益的第三人清偿的完美措辞。鉴于目前并无其他妥当的替代方案，并且如果不拘泥于原本含义，也可以将“代位”理解为具有合法利益的第三人可代债务人之位为清偿，从而含有第三人进行清偿之权的意味，本文仍采用之。

理；就法律后果言，两个重要问题应予解决，即是否各种第三人代位清偿后均能随同债权移转取得担保权，倘第三人向债权人提出履行而未履行或履行不适当，债务人是否担责。

## 一、第三人履行语境中的代位清偿及其正当性

### （一）第三人履行语境中的代位清偿

基于债务关系的相对性，履行义务者原则上为债务人，但法律上对第三人履行也有所应对。所谓第三人履行具备三个要件：第一，履行者非债务人。有观点将保证人、连带债务人当作具有合法利益的第三人。<sup>〔3〕</sup>此观点忽略了就外部关系而言保证人、连带债务人自身就是债务人，有履行义务。第二，履行者非履行辅助人。履行辅助人履行的效果直接归属于债务人，无从论及第三人履行。第三，履行者有清偿他人债务的意思。倘无此意思，债务不消灭，债权人方面成立不当得利。<sup>〔4〕</sup>

具备以上要件、构成第三人履行的情形进而可分为经过当事人同意与未经当事人同意的履行。如经同意，第三人介入债务关系与当事人的意思相符，法律不加干预。对于未经当事人同意的情形，法律将第三人区分为具有合法利益的与不具有合法利益的。与经过当事人同意的第三人相比，具有合法利益者如欲履行不须征求当事人的意见。与不具有合法利益者相比，具有合法利益者享有清偿权（Befriedungsrecht）或者说销除权（Ablösungsrecht）。债务人对此种第三人履行的反对是不重要的，债权人也不能以债务人反对为由拒绝受领，否则构成受领迟延。<sup>〔5〕</sup>具有合法利益者还享有其他优待：第一，履行方式多样。倘要件具备，第三人可以提存、抵销的方式履行。<sup>〔6〕</sup>能以提存的方式履行意味着，在债权人无正当理由拒绝受领等情况下，具有合法利益者也能使债务相对消灭。另外，其能以自己对于债权人的债权抵销债权人对于债务人的债权，<sup>〔7〕</sup>从而能便捷、低成本地消灭债务。第二，在代位清偿的范围内，债权人的债权移转给代位清偿人，担保权等从权利也随同移转，<sup>〔8〕</sup>代位清偿人受偿的可能性增加。

### （二）代位清偿制度的正当性

代位清偿制度赋予具有合法利益的第三人以清偿权并给予其他优待，正当性何在须作探讨，探讨的展开须结合三方主体的利益状态：

#### 1. 债权人

债权人不愿意受领第三人的给付的原因可能是：（1）基于法律规定、当事人约定或合同性质，系争债务是极为个人性的债务，债务人的履行不可替代；（2）债权人不愿第三人介入。就这两个原因来说，（1）是排斥第三人履行的强理由，从而在前端设计上应被规定为摒除代位清偿的因素。（2）不构成排斥第三人履行的理由，但也不能无视。如果债权人的利益仅在于不愿第三人介入，应允许一定范围的第三人在条件具备时提供给付。

〔3〕 参见郑玉波：《民法债编总论》（修订2版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，第478页。

〔4〕 Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 22. Aufl., 2021, S. 61.

〔5〕 Vgl. Bittner, in: Staudinger, 2009, § 268, Rdn. 1.

〔6〕 Vgl. Artz, in: Erman, 16. Aufl., 2020, § 268, Rdn. 1.

〔7〕 Vgl. Krüger, in: MünchKommBGB, 6. Aufl., 2012, § 268, Rdn. 11.

〔8〕 Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, Teilband 1, 1995, S. 282.

## 2. 债务人

债务人不愿意第三人履行可能有多种考虑：（1）倘第三人履行导致债务绝对消灭，其就提供给付具有的锻炼员工、清理库存等利益会丧失，并且其可能不愿受人之惠，而债务被消灭这一“恩惠”也可能有负面效果；（2）如果债务不是绝对消灭，其向第三人履行的成本可能高于向债权人履行的成本，从而增添了负担；（3）其不愿第三人介入，宁愿自己履行。就这三个因素来说，（1）（2）都事关债务人的实际利益，但不足以阻止第三人履行，在后端设计上加以处理即可；第三人履行不导致债务绝对消灭，而是债务人应转向第三人履行；倘向第三人履行的成本高于向债权人履行，高出的部分应由第三人承担。（3）是反对第三人履行的弱理由，但在前端设计上须加考虑。规定原则上倘债务人不违约第三人即无权介入，倘其违约第三人亦须有正当理由始能介入，即可谓照顾了债务人的不愿他人介入这一利益。

## 3. 第三人

第三人有意履行也可能出于多种考虑：（1）纯粹以令人不快的意图履行，通过追偿骚扰债务人；〔9〕（2）给债务人以资金帮助；（3）其乐善好施，不愿意看到债务人因履行债务或被追究法律责任陷入窘境；（4）借此对债务人清结自己的债务；〔10〕（5）避免因债务人不履行遭受不利影响。就这五种情形而言，（1）是恶意性质，此种第三人不得介入。（2）（3）是善意性质，但在法律上不应承认仅凭善意即可干预他人的债务关系。（4）（5）均关涉第三人的实际利益，但（4）仅为便捷利益，不应高于当事人的不愿意被介入的利益，（5）有重要意义，如果债务不是极为个人性的债务并且债务人已违约，债务关系的相对性应让步于第三人的不因债务人不履行而受负面影响这一利益。

综上所述，代位清偿制度的正当性在于，在债权人、债务人的利益不受实际不利影响的前提下，第三人具有的对于以履行使债务相对消灭的某种合法利益高于当事人的不被他人介入的利益，从而不经同意就可以履行。倘其提供了全部给付，债务相对消灭，债权人无从采取强制执行、财产保全、实现担保物权等措施，第三人的某种合法利益遂得以保存或实现。

• 377 •

## 二、何为合法利益

就代位清偿的适用条件来说，最为重要并且最为复杂的是第三人对于履行债务具有合法利益。关于合法利益，权威释义书指出在具体认定时要注意考量各方利益平衡问题，〔11〕但未作界定。对于合法利益的探讨宜从其是否以法律上的利益为限、法律利益应作何解两个维度展开。

### （一）是否以法律利益为限

主流观点认为合法利益仅指法律利益。比如，孙森焱认为，第三人就债之履行有利害关系〔12〕

〔9〕 See Reiner Schulze ed., *Common European Sales Law: Commentary*, C. H. Beck, 2012, p. 556.

〔10〕 参见〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义Ⅳ：新订债权总论》，王隼译，中国法制出版社2008年版，第216页。

〔11〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第143页。

〔12〕 有概括式规定的立法例对享有清偿权的第三人的利益称谓有别。我国法采“合法利益”一词，《欧洲示范民法典草案》《法国民法典》也如此（其原文分别是 *legitimate interest*、*intérêt légitime*，也可以译为正当利益）。我国台湾地区“民法”第311条、《日本民法典》原第474条（现第474条使用汉字“正当利益”一词）则采利害关系一词。此称谓之别无实质差异。利害关系指第三人会因债务人不履行受影响，但不可能任何利益受影响均可使第三人享有清偿权，合法利益会受影响才能引发清偿权。

系指第三人因清偿而发生法律上的利害关系而言。如果仅有事实上的利害关系，不得适用代位清偿规定。<sup>〔13〕</sup>少数学者则认为合法利益不以法律利益为限。比如，於保不二雄认为，有无利害关系通常指是否具有法律上的利害关系及直接的利害关系，而如何确定这一关系在解释上可以有相当的弹性。一般认为比法定代位所需要的正当利害关系还要宽广。不过具体的事例并不太多。亲属上的利害关系，可以举出亲子、夫妻关系。<sup>〔14〕</sup>依其见解，合法利益还包括直接的利害关系，但其未作界定，所举亲子、夫妻关系之例似乎就是直接的利害关系。

合法利益仅以法律利益为限这一观点的理由应当是如果第三人的利益不具有法律意义，仅为事实上的利益，则该利益应被评价为低于债务关系不被他人介入的利益，进而第三人不应享有清偿权。这一理解是片面的，毕竟不受他人干涉这一利益是一种较弱的利益，受法律保护的程度也低一些。在满足债务非极为个人性的债务等条件的前提下，第三人的介入并没有使当事人的实际利益受负面影响。故此，有必要承认在少数情况下仅具有事实利益的第三人也有清偿权。此种情形大致有二：

第一，第三人与债务人有密切的人身关系，比如近亲属。关于近亲属是否具有合法利益有不同见解。肯定说认为，近亲属可以代位清偿。《合同编通则解释》第30条即采此见解。我国台湾地区的通说则持相反见解。比如，刘春堂认为，仅有亲属关系者不是当然有利害关系，与债务人有亲属关系且具有法律上之利害关系者，始足成为就债的履行有利害关系的第三人。例如依台湾地区“民法”第1088条第2项前段规定，父母对未成年子女的特有财产有使用收益权，从而与未成年子女有利害关系。<sup>〔15〕</sup>比较而言，肯定说更为合理，因为法律须适度考虑人情因素。关于代位清偿语境中近亲属的人情因素为何，有学者认为，与父母共同生活的成年子女不履行债务将使父母蒙羞。<sup>〔16〕</sup>实际上，更为重要的是对债务人的关切。《合同编通则解释》权威释义书也认为，允许近亲属代为履行有利于发挥家庭的积极作用，也有利于促进家庭氛围的融洽和亲属关系的亲密。<sup>〔17〕</sup>有观点认为，有共同生活关系的人也是具有合法利益者。<sup>〔18〕</sup>此类主体的范围如何限定、是否在通常情况下均享有清偿权可作探讨，不过有必要承认与债务人共用租赁物的有共同生活关系者对于支付租金具有合法利益。

第二，第三人与债务关系有密切联系。债务关系的中人、经手人、系争业务的负责人等第三人与债务关系密切关联。如果其会因债务人不履行名誉受损或遭受经济损失，即构成下文所概括的享有法律利益的保存权利型或避免纯粹经济损失型第三人。如果其不会因债务人不履行名誉受损或遭受经济损失，则不享有法律利益，而是有事实利益，其可能出于职业伦理、名誉感等因素愿意代偿，应享有清偿权。有观点认为，借款时在场的中人虽非保证人，但约明该中人有催收借款之责任者，就借款之退还非无利害关系，如其清偿此项债务，即能承受债权人的

〔13〕 参见孙森焱：《民法债编总论》（下册），法律出版社2006年版，第838页。

〔14〕 参见〔日〕於保不二雄：《日本民法债权总论》，庄胜荣译，五南图书出版公司1998年版，第335页。

〔15〕 参见刘春堂：《民法债编通则》（中），新学林出版股份有限公司2021年版，第426页。

〔16〕 参见郑健才：《债法通则》，三民书局1986年版，第343页。

〔17〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第353页。

〔18〕 参见徐涤宇、张家勇主编：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社2022年版，第572页。

权利。<sup>〔19〕</sup>于此的中人不是保证人，无偿还义务，所负的义务是催收借款。如已催收，其就履行了义务，无承担法律责任之虞，但其与借款债务有紧密关联，从而愿意偿债，法律上应承认其有清偿权。《民法典》施行后，也有法院认为民间借贷中的中人代债务人履行后，根据《民法典》第524条取得债权人对债务人的债权。<sup>〔20〕</sup>

## （二）法律利益辨析

合法利益主要是指法律利益，从而法律利益当作何解事关重大，其是否成立大体上决定了清偿权成立与否。对此问题，见解颇有不同：第一，利益损失说。史尚宽认为，就债的履行有利害关系是指因清偿当然受有法律上之利益。此等利害关系人处于如果不为清偿自己会遭受损失的法律地位。<sup>〔21〕</sup>另有学者认为，第三人对合同履行具有利害关系是指，其会因债务人不履行遭受利益损失，此种利益一般仅限于财产利益。<sup>〔22〕</sup>第二，取得利益或消除负担说。此说认为，对给付有利害关系指因代债务人履行而取得利益或消除负担。例如，第三人抵押人为消灭物上负担而实行给付；后顺位抵押权人为使自己顺位提前而向顺位在先者提供给付；无担保债权人向有担保债权人提供给付；受让人为消灭标的物上的抵押权而清偿债务。<sup>〔23〕</sup>第三，因强制执行而丧失物上权利或占有说。此说认为，第三人因债权人对标的物强制执行而有丧失其上的权利或占有的危险时，即对于清偿有特别利益。受保护的不仅是物权，也有占有，如租赁人的占有。<sup>〔24〕</sup>

以上三种观点各有见地，但也均有狭隘或含混等不足。如果对损失作广义理解，可以说利益损失说是含混的，甚至只是语言转换，亦即将第三人会因债务人不履行遭受不利影响转换为遭受损失，此种意义上的利益损失说没有实益。如果将利益损失理解为能作量化评价的不利影响，该说是狭隘的，有的合法利益未被涵盖进来。比如，后手买方会因前手卖方解除与前手买方暨后手卖方的合同无法取得标的物，但如果获得了完全赔偿，不会遭受损失。取得利益或消除负担说将具有法律利益分为两种情形。消除负担指的是消除财产上的他物权负担的情形。取得利益所指为何则并不明确。持该说者所举的例子指涉了增加受偿可能性这一利益，但此种利益涵盖面有限，承租人、次承租人等的利益无法被包括进来。因此，取得利益或消除负担说也有不足。丧失物上权利或占有说的优点在于指出了第三人遭受不利影响的路径，即强制执行。不过，债权人可能采取的会影响第三人的措施不止强制执行而已。债权人实现担保物权，行使解除权、抗辩权也能影响第三人的法律利益。此外，丧失物上权利或占有说对不利影响的概括较为偏狭，当系受《德国民法典》第268条的影响所致。实际上，不利影响远广于丧失物上权利或占有，丧失权利就不止于丧失物上权利。

本文认为，对法律利益的合理界定须明确两点：首先，宜指出第三人受影响的机制。第三人的法律利益因债务人不履行受影响的机制有多种：其一，财产上存在担保物权，不待债务人违约，物上保证人就会受影响。其二，债务人违约第三人就会受影响。比如，开发商因业主不交住

〔19〕 参见郑玉波：《民法债编总论》（修订2版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，第479页。

〔20〕 参见河北省衡水市中级人民法院（2021）冀11民终597号民事判决书。

〔21〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第806页。

〔22〕 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编·通则》（第1卷），中国法制出版社2020年版，第490页。

〔23〕 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由·债权总则编》，法律出版社2006年版，第94页。

〔24〕 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第105页。

宅专项维修资金无法办理初始登记。<sup>〔25〕</sup>其三,债务人违约,债权人对第三人采取行动。比如,银行扣减经办不良业务的业务员的绩效。其四,更常见也更重要的情形是,债权人因债务人违约对债务人方面采取行动,比如强制执行、实现担保物权、财产保全、解除合同、行使抗辩权等。甚至债权人因债务人不履行采取不法措施也会对第三人不利。比如,甲的狗咬伤了乙,之后将狗卖给丙,乙扬言倘甲不赔偿将杀死该犬泄愤。<sup>〔26〕</sup>其次,应全面理解第三人的法律利益。除上述三种见解提及的消除负担、增加受偿可能性、不丧失物上权利或占有外,具体的法律利益还有保存物权之外的其他民事权利、获得实际履行、维系共有格局等多个类别。这些具体的法律利益可以概括为下文将作阐述的保存权利、实现债权、避免纯粹经济损失、维护民事活动四大类型。但在作界定时不必详述第三人受影响的机制、法律利益的四大类型及各个具体类别,故此,第三人的法律利益可以概括为,避免由于债权人因债务人不履行采取强制执行、实现担保物权措施等因素受不利影响,进而保存权利、实现债权等利益。

### 三、具有合法利益第三人的类型化整理

合法利益的准确界定为适用《民法典》第524条提供了指引。为明了起见,须对具有合法利益的第三人作类型化整理,以统摄各具体类别。就立法例而言,迄今仅有(具体)列举式而无类型化规定式,《合同编通则解释》第30条第1款也是列举式规定。<sup>〔27〕</sup>就笔者目力所及,德、日及我国台湾地区学者均无相关类型化整理。值得重视的是,我国少数学者进行了类型化整理。其做法大致有三:第一,《合同编通则解释》权威释义书以该解释第30条第1款的列举为依托,将第三人概括为三类,即担保人,对特定财产享有物权、占有等权益的人以及债务人的特定关系人。<sup>〔28〕</sup>此方案未尽妥当:第一类中的保证人实非第三人,物上保证人则可以和第二类中的担保财产用益物权人等、对债务人财产享有权益者合并为一类,即会因债务人不履行丧失对于担保财产或债务人财产的权益者。即使如此合并,抽象程度也不足,会因债务人不履行丧失权益者还有其他类别。第二类下的后顺位担保权人的利益终究在于实现债权,不宜和担保财产用益物权人等归为一类。第三类涵盖了利益性质差异很大的债务人的出资人或者设立人以及债务人的近亲属,可以说是牵强的。第二,有学者将第三人分为对担保财产享有所有权益、担保权益、用益权益、占有权益者,以及因特定关

〔25〕 就具有事实利益的债务人的近亲属、中人等而言,债务人违约其就会遭受不利影响,也不需要债权人采取行动。

〔26〕 参见郑健才:《债法通则》,三民书局1986年版,第343页。

〔27〕 《合同编通则解释》第30条第1款规定:“下列民事主体,人民法院可以认定为民法典第五百二十四条第一款规定的对履行债务具有合法利益的第三人:(一)保证人或者提供物的担保的第三人;(二)担保财产的受让人、用益物权人、合法占有人;(三)担保财产上的后顺位担保权人;(四)对债务人的财产享有合法权益且该权益将因财产被强制执行而丧失的第三人;(五)债务人为法人或者非法人组织的,其出资人或者设立人;(六)债务人为自然人的,其近亲属;(七)其他对履行债务具有合法利益的第三人。”该款所做的列举颇有应用及学理价值,值得肯定,但也有不足:第一,其列举没有明确区分具有法律利益与事实利益的第三人,对具有法律利益的第三人的列举也缺乏体系性,未能揭明第三人的利益何在,从而其列举显得零散;第二,该款列举的第一种第三人就是保证人,定性不准;第三,该款未提及普通债权人、连环交易的后手等重要的第三人类别,可以说未尽全面。

〔28〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第350-353页。

系对债务履行具有合法利益者。<sup>〔29〕</sup>此方案中的第一类过于具体，第二类即为权威释义书中的第三类。第三，有学者将第三人概括为在财产关系上具有合法利益的第三人和在人身关系上具有合法利益的第三人。<sup>〔30〕</sup>此方案过于抽象，从而实益有限，并且“在人身关系上具有合法利益”一说并不准确，近亲属是对债务人而非债务有人身利益。依本文之见，类型化整理应凸显第三人的利益属性，并且抽象适度。申言之，在区分事实利益（包括债务人近亲属的情感利益、第三人与债务的密切联系）与法律利益后，进而将法律利益分为保存权利、实现债权、避免纯粹经济损失、维护民事活动四类，当能做到全面覆盖。有的类别的第三人遭受的不利影响不止一种，在归类时应根据其主利益为何。具有事实利益的第三人种类较少且上文已作探讨，故下文不再论述。

### （一）保存权利型

保存权利指第三人的既有权利不因债权人采取行动而丧失。《合同编通则解释》第30条规定的物上保证人、担保财产的用益物权人、将因强制执行而丧失对债务人的财产享有的合法权益的第三人等均为保存权利型第三人。

#### 1. 物上保证人

物上保证人即提供物的担保的第三人，是典型的具有合法利益的第三人，其利益主要在于，提供履行可避免债权人实现担保物权，进而保存其对担保财产享有的所有权、票据权利、股权等权利。另外，有学者以抵押权为例指出，如果债权一直存在，抵押权无法得到消除，会给抵押人转让抵押物造成风险折价，影响转让价格，不利于实现抵押物的交换价值。<sup>〔31〕</sup>此说有其见地。物上保证人对于通过清偿消除自己权利上的负担，进而便于转让物或者以正常价格转让物也享有利益。保存权利与消除负担或者说强化权利<sup>〔32〕</sup>这两种利益的任何一个均足以使物上保证人享有清偿权。法律不必过问物上保证人系出于何种考虑履行债务，相应地，物上保证人享有清偿权均不以债务人违约为前提，此点有别于其他代位清偿情形。

#### 2. 担保财产受让人

《民法典》第406条规定，转让抵押财产可能损害抵押权的，转让所得价款提前清偿或提存，故此在转让抵押财产的情况下，抵押权可能有也可能没有追及效力。倘有追及效力，担保财产的受让人或者说第三取得人对于消灭债务具有合法利益。已取得担保财产权利者享有清偿权的理由与物上保证人相同，清偿权的成立也不以债务人违约为条件。

#### 3. 其他情形

保存权利还有其他情形，比如：（1）保存所有权。除物上保证人以所有权设立担保物权外，保存所有权尚有其他情形。比如，吴某未及时向货物承运司机结清费用致使货物被扣留，与吴某有运输合同关系的某物流公司对履行债务有合法利益。该物流公司是所有权人。<sup>〔33〕</sup>上文提及的犬只购

〔29〕 参见谢鸿飞等：《中华人民共和国民法典合同编通则司法解释释义》，中国法制出版社2023年版，第246页。

〔30〕 参见石佳友、付一耀主编：《民法典合同编通则司法解释释评与案例指引》，中国法制出版社2024年版，第212页。

〔31〕 参见王利明主编：《中国民法典释评·合同编·通则》，中国人民大学出版社2020年版，第312页。

〔32〕 民法意义上的强化权利主要有消除权利上的负担、担保物权顺位升进、物权的客体因混合而扩大三种情形，其中前两种与代位清偿有关，不过，消除负担仅涉及物上保证人、已取得担保财产的受让人，后顺位担保物权人的利益则根本地在于实现债权。为简便起见，本文未将强化权利单列为一类，这几种第三人能够被涵盖在保存权利型、实现债权型之下。

〔33〕 参见《人民法院贯彻实施民法典典型案例（第一批）》，载 <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/347181.html>，最后访问时间：2024年5月7日。

买受人亦系所有权人。(2) 保存用益物权。如果债权人因债务人不履行采取实现担保物权、强制执行等措施,就担保财产、执行标的享有用益物权者会丧失权利,其应享有清偿权。(3) 保存形成权。比如,房屋承租人的居住不受强制执行影响,但其为保存优先购买权可以向债权人履行债务。<sup>〔34〕</sup>

## (二) 实现债权型

实现债权是第三人法律利益的一大类型。以标的为准,又可分为通过获得清偿或实物给付实现债权。实现债权不仅指获得给付,也意味着获得适当给付。比如,承租人欠付部分水电费,次承租人有清偿欠款之权,以免正常居住受影响。<sup>〔35〕</sup> 常见的实现债权型第三人有以下类别。

### 1. 后顺位担保权人

后顺位者的利益有时有保存担保物权的意味:倘先顺位者实现担保物权且无余额,后顺位者的担保物权即告消灭。不过,担保物权的意义在于确保债权实现,从而后顺位者的根本利益在于实现债权。不无疑问的是,后顺位者会因履行增加支出,不能获偿的风险也随之增加,何以其境况会改善?有学者称,后顺位抵押权人代为清偿可以使其选择担保财产价格上涨的有利时期实行抵押权以满足自己的债权。<sup>〔36〕</sup> 此说有其道理。另外,在担保财产系债务人的经营资产的情况下,后顺位者为清偿有助于维持债务人的经营活动,进而改善其财产状况,自己实现债权的可能性也随之提高。须强调的是,后顺位者因代位清偿而增加的债权应当是安全的,否则难有实益。

### 2. 普通债权人

债务人及物上保证人的普通债权人对于履行债务也有合法利益。有观点认为,如果听任有担保权的债权人实行担保权优先受偿,无担保债权人的债权难免发生不利,从而在解释上应认为其为有利害关系的第三人。<sup>〔37〕</sup> 这一解说并不清晰。普通债权人通过履行增加自己原本的债权获偿可能性的机制与后顺位担保权人相似。普通债权人因代位清偿增加的债权也应当是安全的。

### 3. 财产受让人

担保财产受让人如果已取得财产权,其利益在于保存权利。如果尚未取得财产权,债务人不履行债务导致担保财产有变价可能,影响受让人债权的实现,<sup>〔38〕</sup> 其应享有清偿权。同理,禁止或限制抵押财产转让约定已登记场合的受让人也可以代位清偿。如果债权人对债务人的普通财产而非担保财产采取强制执行、财产保全等措施,该财产的受让人也是具有合法利益的第三人。比如在我国台湾地区的一个案例中,甲购买乙的房屋,已付清价款,乙的债权人取得执行名义后请求查封该房屋,导致不能办理移转登记并交付房屋给甲。<sup>〔39〕</sup> 案件处理者认为,甲清偿债务可导致房屋启封,从而有法律上的利害关系。

〔34〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第352页。

〔35〕 参见王利明、朱虎主编:《民法典合同编通则司法解释评》,中国人民大学出版社2024年版,第346页。

〔36〕 参见郑健才:《债法通则》,三民书局1986年版,第344页。

〔37〕 参见郑玉波:《民法债编总论》(修订2版),陈荣隆修订,中国政法大学出版社2004年版,第478页。

〔38〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第351页。

〔39〕 参见邱聪智:《新订民法债编通则》(新订1版,下),中国人民大学出版社2004年版,第446页。

#### 4. 承租人

承租人受“买卖不破租赁”规则保护，通常不必求助代位清偿制度，但也有例外。首先，在“先抵后租”等情形下，担保物权的顺位优先于租赁权，实现担保物权会导致租赁关系终止，从而承租人对履行债务具有合法利益。<sup>〔40〕</sup>其次，在已签租赁合同、尚未占有租赁物的情况下，倘租赁物有被实现担保物权、查封等风险，承租人也可以履行债务，进而占有、使用租赁物。其利益属于实现债权型，亦即出租人在债务消灭后能实际履行租赁合同。如果承租人已占有租赁物，其利益也可以解释为避免丧失占有或租赁权，但其保持占有是为了实现对租赁物的使用，保持了租赁权也就是实现了债权，从而其利益归根结底在于实现债权。

#### 5. 连环交易的后手

《合同编通则解释》权威释义书将连环买卖合同中的后手买方当作仅有事实上的利害关系从而无清偿权的第三人，<sup>〔41〕</sup>其说难谓妥当。倘前手交易中的债权人负有交付物等义务，因债务人根本违约解除合同，或者因债务人不履行行使抗辩权，后手交易的受让人即无法获得履行或者一时面临障碍，从而对履行债务具有合法利益。次承租人是连环交易后手的一种，《民法典》第719条第1款也明定其享有清偿权。

#### （三）避免纯粹经济损失型

此类型是指借助代位清偿避免非因某项人身权、财产权受侵害而发生经济损失。此类第三人如：第一，营利法人的股东。其会因投资关系遭受经济损失：如果作为债务人的公司在清偿债务方面出现问题，信用评级会受影响，经济活动可能也会受阻，股东会因此蒙受不利，比如分红可能会减少、股权的价值也会贬损，进而又会影响到转让股权获利、以股权提供担保等利益。《合同编通则解释》第30条规定，法人或者非法人组织的出资人或者设立人是具有合法利益的第三人。实际上，非法人组织的创设者对组织债务负连带责任，不属于第三人，法人的出资人则涵盖了营利法人的股东。第二，会因不良交易的牵连遭受损失的债权人工作人员。在我国经济活动中，有金融机构规定，如果出现坏账，负责或经手贷款的业务人员的绩效考核会受影响。<sup>〔42〕</sup>此类人员对于履行债务有合法利益。避免纯粹经济损失型第三人此外还有哪些类别，可结合将来的实务状况作进一步探讨。比如，不能排除在具体情况下债务人的高管乃至普通雇员对于履行债务具有合法利益的可能性。如果债务人因债务问题陷入困境，他们也会遭受损失。

#### （四）维护民事活动型

在不涉及保存权利、实现债权问题的情况下，如果第三人的民事活动会因债务人不履行受阻，也应享有清偿权。此类型与避免纯粹经济损失型可能发生交集。比如，就营利法人的股东来说，其利益不仅在于避免经济损失，其对于机构存续和事业发展也有利益。<sup>〔43〕</sup>除法人、非法人组织的创设者外，维护民事活动型第三人还有：第一，保持法律地位者。共有人对于共同债务承

〔40〕 参见杨代雄主编：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第448页。

〔41〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第342页。

〔42〕 参见高圣平、陶鑫明：《论第三人代为清偿的法律适用——以〈民法典合同编通则解释〉第30条为分析对象》，载《社会科学研究》2024年第1期。

〔43〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第352页。

担连带责任,清偿债务是合伙人等共有人自己的义务,<sup>[44]</sup>不构成第三人清偿。如果合伙人、共同继承人等共有人自己负有债务而不清偿,其合伙份额、共有份额可能被执行、被实现担保物权,故此有观点认为其他共有人享有清偿权。比如,在德国法上,如果执行标的是合伙份额,其他合伙人可以代位清偿。类推适用《德国民法典》第268条提供了避免陌生人介入的手段。有限责任公司股权扣押时的收取也是如此。<sup>[45]</sup>就共同继承来说,继承人之一可以向扣押了其他继承人的份额的债权人清偿。<sup>[46]</sup>此类主体的利益不在于避免丧失权利,而在于保持原本的法律地位。如不允许其清偿,份额被执行或被实现担保物权会使他人参与到合伙、有限公司、共有中来。合伙人、有限责任公司的股东等人虽然对于份额的转让有优先购买权,但其可能不愿或无力购买,而愿意维持原本的法律关系状态。第二,开展业务活动者。比如,在“张某、徐州市美的新城房地产发展有限公司追偿权纠纷二审案”中,法院认为,案涉非住宅房屋业主张某在房屋交付时未交存住宅专项维修资金,美的新城公司不垫付该资金将导致包括案涉房屋在内的全部房屋不能完成初始登记,从而具有合法利益。<sup>[47]</sup>第三,维护共同活动者。有的第三人与债务人有共同活动或合作关系,如果债务人因不履行债务承担责任,第三人与债务人的合作会受影响,从而可以代位清偿。比如,供应链核心企业可以代偿其上下游企业的对外欠款。<sup>[48]</sup>第四,清理法律关系者。比如,兴顺达公司将房屋出租给群捷物业公司,后者又将房屋出租给刘某等。群捷物业公司未向刘某等退还房租,兴顺达公司为配合法院执行并推进鹅房村拆迁项目顺利进行,有权代其支付款项。<sup>[49]</sup>

• 384 •

#### 四、法律后果疑难问题探讨

代位清偿的法律后果体现在债权人、债务人、第三人之间的三边法律关系上。需要探讨的是:就第三人与债权人之间的效力而言,是否各类第三人清偿后均可随同债权取得担保权;就债权人与债务人之间的效力来说,倘第三人提出履行而未履行或履行不当,债务人是否担责。

##### (一) 物上保证人、担保财产受让人能否取得担保权

根据《民法典》第524条第2款、第547条第1款,第三人代位清偿后,除了债权还取得了非专属于债权人的从权利,比如抵押权、质权、保证债权等担保权,转让后产生的利息债权、违约金债权、损害赔偿请求权等。<sup>[50]</sup>如非以赠与的心态而为,第三人在清偿后即对债务人有求偿权,法律又规定债权移转的最主要的实益就是使受让债权人取得担保权,<sup>[51]</sup>借此增加债权实现

[44] 《民法典》第307条规定,共有人对于因共有的不动产或者动产产生的债务在对外关系上承担连带债务。第973条规定,合伙人对合伙债务承担连带责任。另外,《中华人民共和国合伙企业法》第2条规定,普通合伙企业的合伙人、有限合伙企业的普通合伙人对合伙企业债务承担连带无限责任。

[45] Vgl. Bittner, in: Staudinger, 2009, § 268, Rdn. 28.

[46] Vgl. Krüger, in: MünchKommBGB, 6. Aufl., 2012, § 268, Rdn. 6.

[47] 参见江苏省徐州市中级人民法院(2022)苏03民终4137号民事判决书。

[48] 参见高圣平、陶鑫明:《论第三人代为清偿的法律适用——以〈民法典合同编通则解释〉第30条为分析对象》,载《社会科学研究》2024年第1期。

[49] 参见北京市第二中级人民法院(2023)京02民终42号民事判决书。

[50] 参见王利明主编:《中国民法典评注·合同编》(一),人民法院出版社2021年版,第339页。

[51] 参见陈自强:《民法讲义II:契约之内容与消灭》,法律出版社2004年版,第313页。

的可能性。仅就第 524 条第 2 款的文义而言，各种第三人代位清偿后均可取得担保权，但物上保证人、担保财产受让人能否取得担保权不无疑问。探讨前须明确两点：首先，如果担保物权设立在债务人的财产上，由于债务人是最终责任人，物上保证人、受让人均应取得担保权。其次，如果清偿的数额高于担保财产价值，物上保证人、受让人就超出部分均应取得担保权，因为其法律责任本以担保财产价值为限。因此，以下探讨的是，就不高于担保财产价值的代位清偿数额能否取得对于第三人担保人的担保权。

### 1. 物上保证人

根据《合同编通则解释》第 30 条第 3 款的规定，担保人代为履行债务取得债权后，向其他担保人主张担保权利的，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》）第 13 条、第 14 条、第 18 条第 2 款处理。<sup>〔52〕</sup>就文义言，该款所称的担保人包括第 1 款规定的保证人和物上保证人，但保证人并非第三人，其向债权人履行是承担保证责任而非代位清偿，之后能否取得担保权已由《担保制度解释》第 13 条处理，不应再由《合同编通则解释》规定。《担保制度解释》第 13 条针对的是同一债务有两个以上第三人提供担保的情形，其立场是，除约定相互追偿或承担连带共同担保，在同一份合同书上签字、盖章或者按指印等情形外，承担了担保责任的担保人无请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分。该条之所以采担保人原则上不能相互追偿的立场，是为了尊重体现在全国人大常委会法工委《民法典》《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）释义书中的立法机关意见。<sup>〔53〕</sup>《民法典》权威释义书第 392 条部分认为，在没有明确约定的情况下，担保人不能相互追偿，理由有四：第一，没有履行担保义务的担保人除了为债务人提供担保外还必须为其他担保人提供担保既违背担保人的初衷，也不合法理；第二，可以向其他担保人追偿意味着其他担保人承担责任后还须向债务人追偿，就程序而言不经济；第三，除非另有约定，只能向债务人追偿体现了公平原则；第四，在保证与担保物权并存的情况下难以确定追偿份额，向其他担保人追偿可操作性很差。<sup>〔54〕</sup>

上述理由除第四个外都是成立的，因此，承担了担保责任的担保人原则上不得追偿的立场值得肯定。物上保证人代位清偿并非承担担保责任，但原则上也不得向其他担保人主张担保权利。《合同编通则解释》权威释义书给了一个理由，即如此处理能避免担保人代位清偿以规避承担担保责任后原则上禁止追偿的规定。<sup>〔55〕</sup>此外还有两个理由：首先，与其他具有合法利益的第三人不同，物上保证人对于债务履行负有法律责任。代位清偿后，物上保证人保住了自己的财产并且消除了其上的负担，如果随同债权取得担保权，进而凭借行使担保权全部获偿，可谓好处占尽、责任全无。即使物上保证人主张仅就自己担保份额以外的部分享有担保权，也须其与其他担保人

• 385 •

〔52〕《担保制度解释》第 14 条规定，担保人受让债权行为的性质系承担担保责任。此规定与本文无关，故不予探讨。第 18 条第 2 款规定，承担了担保责任或赔偿责任的第三人可以行使债权人对债务人享有的担保物权，对此问题上文已作论述。

〔53〕参见最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 185—186 页。

〔54〕参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编释义》，法律出版社 2020 年版，第 469 页。该书的这些观点延续了《物权法》释义书的相关解说，参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 381—382 页。

〔55〕参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 356 页。

之间为连带共同担保,而此点应根据《担保制度解释》第13条判断。其次,据《担保制度解释》,保证人承担保证责任后原则上不能向包括物上保证人在内的其他担保人追偿,倘物上保证人代位清偿后能取得担保权,此种区别对待没有根据。

## 2. 担保财产受让人

已取得担保财产权利的受让人可以被解释为《合同编通则解释》第30条第3款所说的担保人,但该款无法涵盖尚未取得权利的受让人,但对这两种受让人应作相同处理。在能否取得担保权方面,受让人与物上保证人既有相似之处也有差异,故应专作探讨。对此问题,史尚宽认为应区分而论。设立有担保物权的标的物如果是物上保证人让与的,受让人承受物上保证人的地位,可以代位。如果是债务人让与的,保证人得对受让人为代位,受让人不得对保证人为代位。盖设定抵押权的债务人原对于保证人无求偿权,不得以担保物之移转而使保证人蒙受不利益。<sup>[56]</sup> 本文认为,区分转让人是债务人还是物上保证人是正确的,不过该论述未考虑代位清偿数额是否高于担保财产价值等因素,从而未臻周全。另外,我国现今在物上保证人能否向其他担保人追偿问题上的立场与史尚宽不同,进而推导出的结论也不同,以下分述之。情形一:受让人受让了债务人的有担保负担的财产。在不转让该财产的情况下,债务人对于其他担保人无追偿权可言。其他担保人不因该财产转让而境况恶化,因此,受让人代位清偿后不能取得担保权,只能向债务人追偿。如果受让人与债务人的交易价格因财产上有担保物权低于市场价格,追偿时应扣除差价部分。情形二:受让人由物上保证人处取得担保财产。此种受让人的法律地位应与物上保证人相同,除非物上保证人与其他担保人之间为连带共同担保,不应取得担保权。倘能追偿,如果受让价格因财产上有担保物权低于正常价格,计算追偿数额时也应扣除差额部分。

## (二) 债务人是否承担违约责任

《民法典》《合同编通则解释》均未规定第三人提出代位清偿后债务人是否承担违约责任,但此问题并不简单通透。

### 1. 不同见解

第三人代位清偿并不导致其与债权人之间有合同关系,如果其向债权人表示履行而未履行或履行不适当,不承担违约责任。如果不适当履行致债权人完整利益受损,债权人可请求第三人承担侵权责任。关于债务人是否应担责,论者见解不同。有观点认为,如果第三人在履行期到来时未提供履行或者第三人的履行因为有瑕疵而被拒绝,债务人仍应担责。<sup>[57]</sup> 另有观点认为,在履行不适当或未履行的情况下,债务人仍然承担合同责任。<sup>[58]</sup> 这两种观点均可谓肯定说,只不过前一见解提到的仅为债权人未受领给付的情形,后一见解则涵盖范围广泛。关于何以债务人应担责,后一见解指出,在障碍(impediment)或者说指不可抗力导致债务人不履行的情况下责任才

[56] 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第811-812页。

[57] See Ole Lando & Hugh Beale eds., *Principles of European Contract Law: Part I & Part II*, Kluwer Law International, 1999, p. 339.

[58] See Stefan Leible & Matthias Lehmann eds., *European Contract Law and German Law*, Kluwer Law International, 2014, p. 364.

不成立，而第三人的行为并不构成超出债务人控制的障碍。<sup>〔59〕</sup>持否定说者则认为，第三人不完全给付或者违反附随义务时，由于第三人并非履行辅助人，故债务人对于该第三人的过错行为并不承担责任。<sup>〔60〕</sup>另有综合考虑说认为，因第三人自身原因履行不当造成债权人损失的，应综合考虑第三人代为履行有无明显或重大过错、债务人是否反对、违约责任与损失大小等因素，在债务人和第三人之间酌情分配赔偿责任。<sup>〔61〕</sup>该说认为债务人是否应担责难以一概而论，须综合考虑多种因素确定，不过并未说明具体如何操作。

## 2. 债务人承担责任的理由、形式及例外

本文认为，否定说及综合考虑说都忽略了债务人并未因第三人提出清偿而脱离债务关系。另外，前者误将债务人担责等同于对他人的行为负责，后者则将问题不必要地复杂化。肯定说是正确的，但理由不应当是第三人的不履行对债务人而言不构成不可抗力。在严格责任语境下，作为免责事由的不可抗力针对的是干扰债务人履行的因素，但第三人履行并非债务人履行，第三人的行为也不是干扰债务人履行的因素，从而不能以第三人的行为不构成不可抗力解释。正确的解释是，第三人履行并非免责的债务承担，债务人不因第三人向债权人提出履行脱离债务关系。如果第三人履行适当，债务相对消灭，第三人与债务人之间存在追偿关系。如果第三人提出履行而未履行或履行不适当，债务不相对消灭，债务人仍处于有义务而不履行的状态，对不履行的通常后果仍应担责。此责任的本质是自己责任，而非对第三人行为负责。如果第三人向债权人表示履行而未履行或者债权人因第三人提供的履行不适当拒绝受领，债权人仍可以要求债务人履行。如果第三人履行不适当而债权人已经受领，确切而言债务人自身的违约行为形态是未为履行而非履行不适当，从而债权人可以要求其更换、重作，但其原则上不对修理负责。另外，在第三人未履行或履行不适当的情况下，债务人也应对其迟延履行而非第三人的不适当履行造成的损害承担赔偿责任。由于性质为自己责任，债务人赔偿后不得向第三人追偿。

债务人承担责任有无例外也值得探讨。《欧洲示范民法典草案》的官方评论认为，如果第三人的不履行是障碍所致，而该障碍本来也能使债务人免责，债务人不应承担责任。<sup>〔62〕</sup>此见解未臻准确。如前所述，第三人介入通常以债务人现实违约为前提，从而阻却第三人履行的障碍是债务人迟延后的障碍，而依大陆法系传统及《民法典》第590条第2款，迟延后的障碍不阻却责任成立，债务人仍应担责。本文认为，在两种情形下债务人不承担责任：首先，债务人预期违约但不构成根本违约从而债权人不享有解除权，或者构成根本违约但债权人未行使解除权，合同关系仍然存续。此际，不需要等债务人现实违约，第三人在履行期届满前就享有清偿权。倘第三人向债权人提出履行后不履行或者因不可抗力不能履行，债务人也会因不可抗力不能履行，即不应担责。原因在于，债务人预期违约并未导致合同解除，履行期届满前是不可抗力导致债权人未获得给付。其

• 387 •

〔59〕 See Stefan Leible & Matthias Lehmann eds., *European Contract Law and German Law*, Kluwer Law International, 2014, p. 364.

〔60〕 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第104页。

〔61〕 参见江必新主编：《民法典重点修改及新条文解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第185页。

〔62〕 参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、〔英〕埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（全译本，第1卷、第2卷、第3卷），高圣平等译，法律出版社2014年版，第642页。

次,若债务人得知第三人向债权人表示履行后也提出履行,并且能够证明其履行将会是适当的,债权人仍选择受领第三人的给付。在这种情况下,债务人不应承担第三人不履行的风险。

## 五、结 语

在债权人、债务人的实际利益不受负面影响的情况下,第三人对于债务履行具有的合法利益高于当事人的债务关系不被他人介入的利益。合法利益主要指法律利益,也涵盖仅有事实利益的少量情形。《合同编通则解释》对第三人类别的具体列举值得肯定,但就条理性、准确性及全面性而言尚有发展空间。更有价值的是对合法利益尤其是法律利益进行抽象适度、逻辑周延、边界清楚的类型化整理。以利益属性为标准,可将法律利益概括为保存权利、实现债权、避免纯粹经济损失、维护民事活动四大类型,物上保证人、普通债权人、股东、保持法律地位者等多种第三人可分别归类于其下。此类型化方案是否做到了全面覆盖,还有哪些具体第三人类别应予承认,可借助法律实务予以检验、确证。在代位清偿效力方面,《合同编通则解释》就担保人代位清偿后能否取得担保权做了规定,但未涉及尚未取得担保财产权利的受让人,并且对受让人和物上保证人应作差别处理。关于第三人提出履行而未履行或履行不适当时债务人是否担责现无规定,此际债务人未脱离债务关系并且处于违约状态,原则上应就迟延履行通常后果负责。

• 388 •

**Abstract:** The justification of payment with subrogation institute is, on the premise that if both creditor and debtor' factual interests are not influenced negatively, the third party's legitimate interest exceeds the contract parties' interest of debt relationship not being intervened by other people. The third party has legitimate interest is the core requirement. Legitimate interest refers to legal interest in principle, and exceptionally covers factual interest, which the third party has because he is personally related to the debtor or closely related to the debt. Legal interest can be classified into four general types, i. e. preserving right, realizing obligatory right, avoiding pure economic loss, maintaining civil activities. The third party consists of specific types such as guarantor on thing, ordinary creditor, lessee, downstream party in lineal transaction, co-owner, shareholder and so on. As to questions of assignment of security rights and whether the debtor is still responsible, it should be made clear that, if the third party is guarantor on thing or acquirer of warranty property, the question of whether security right transfers should be settled by differentiating situations. When a third party has asserted performance but does not perform or performs inappropriately, the debtor is responsible generally.

**Key Words:** the third party, payment with subrogation, legitimate interest, assignment of security rights, obligor's liability

(责任编辑:武 腾)

## 代位权债权收取功能的解释论重构 ——以《民法典》合同编及司法解释为中心

曹舒然\*

**内容提要：**代位权最初是关于执行的制度，债权人由此收取债权，是其应有之义。尽管其后因与执行法相冲突而被重构，但仍以债权收取功能为重心，与保全制度存在区别。代位权的优先受偿源于查封效果，与收取模式无关。重构后，代位权的本旨在于消除义务人怠于状态的不利影响，无论债权收取抑或保全，均是统合于该本旨下的具体用法。允许债权人代位受领给付的目的同样在此，因而原则上无查封效果，且债权人不得直接受偿，而是负担返还义务，且只能抵销受偿。实践中，应构建嫁接执行的诉讼结构，允许债权人在提起代位权诉讼的同时起诉债务人，以取得查封效果，并作为查封债权人优先受偿，此时无论是否抵销适状，均可就标的直接或变价受偿。结合《民法典》合同编及司法解释的相关规定，可为前述结论构建合适的教义学路径，在遵循代位权本旨并兼容执行法规范的同时，更好保障债权人利益。

**关键词：**债权人代位权 优先受偿 债权收取 查封效果

• 389 •

### 一、问题的提出：传统理论与当下实践的抵牾

传统理论认为，代位权的功能在于保全债务人的责任财产、维护全部债权人的整体利益。因此，代位债权人不得绕过债务人，在代位受领次债务人的给付后由此收取自身债权。法律效果被限于入库规则——代位取得的财产应归入债务人的责任财产，作为全部债权人的共同担保。<sup>〔1〕</sup>

然而实践中，法院对代位权的理解截然不同。尽管也承认代位权的保全功能，但其所谓保全其实是执行保全——由于债权人的债权到期时，代位权诉讼具有剥夺债务人对被代位债权的

\* 曹舒然，北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第463页。

处分权限、查封债务人的债权财产的效果，代位权被认为是关于执行的制度，具有明确的债权收取功能。<sup>〔2〕</sup> 据此，法院经常突破入库规则的限制，允许债权人在代位受领给付后收取债权。<sup>〔3〕</sup> 存在直接收取和抵销收取两种模式：前者将代位受领的财产直接归入债权人财产，后者则在观念上将其先归入债务人财产，再令债权人的债权与债务人的返还请求权相抵销。这虽被认为背离了代位权的旨趣，但仍为现行法所承认。<sup>〔4〕</sup>

至此，代位权的实践与传统出现抵牾，并呈现类型化趋势：若债权未到期，则债权人仍须诉诸传统的保全用法，且限于入库规则，但反之即可突破传统，主张债权收取。

面对这一冲突，学界尝试重构代位权的理论基础。在要件方面，传统理论认为，代位权既以保全责任财产为目的，则应以无资力为前提，以平衡对债务人自由的保护，即使对于特定物债权，只要债务人尚有资力，即无法代位。<sup>〔5〕</sup> 然而，由于《中华人民共和国民法典》（下文简称《民法典》）第535条仅以“影响债权人的到期债权的实现”为前提，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（下文简称《合同编通则解释》）第33条亦仅作出“致使债权人的到期债权未能实现”的要求，无资力被认为只是非特定物债权的要件，而对于特定物债权则应另设标准——以债权实现是否受到影响为据。<sup>〔6〕</sup> 只是，当债务人的责任财产尚且充足时，对特定物债权的代位势必逾越保全责任财产的初衷，产生保障特定债权实现的效果。

与此类似，原则上只有当债务人的责任财产面临流失风险时，才有保全必要，然而理论及实践却均要求对代位权的适用范围进行扩张。<sup>〔7〕</sup> 例如，当不动产出卖人怠于要求涂销已消灭的抵押登记，导致买受人无法取得无负担的所有权登记时，尽管不会导致出卖人的责任财产流失，但买受人仍被允许代位涂销登记。<sup>〔8〕</sup> 此时，代位权的作用更多表现为令被代位权利的效果发生，保障个人债权的实现，与责任财产的维系无关。

在效果方面，《民法典》第537条规定次债务人应向债权人履行，此后，债权人和债务人的债权一并受偿。代位权由此被赋予债权收取功能，更有学者主张优先受偿效果。<sup>〔9〕</sup> 通说已承认债权收取功能的合理性，但在优先受偿问题上则有激烈争议。然而如下文所述，代位权能否优先受偿与有无查封效果相关，本质上是关于债权收取的强度应否强化至近乎执行的问题，无论如何已与传统保全理论相去甚远。

可见，以现行法为依托，如今的代位权理论较最初已发生重大变革，这已明显动摇代位权的传统定位，亦已触及制度根基，即代位权是否仍适宜被归入保全制度。事实上，现行法下的代位权与保全体系已愈发难以兼容，实践中，大多是代位权的债权收取功能在发挥作用，保全功能的

〔2〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（一），人民法院出版社2020年版，第517页。

〔3〕 参见广东省广州市中级人民法院（2023）粤01民终24487号民事判决书。

〔4〕 参见最高人民法院（2021）最高法民再50号民事判决书。

〔5〕 参见邱聪智：《新订民法债编通则》（下册），中国人民大学出版社2004年版，第306页。

〔6〕 参见申卫星：《合同保全制度三论》，载《中国法学》2000年第2期。

〔7〕 参见陈甦主编：《中国社会科学院民法典分则草案建议稿》，法律出版社2019年版，第113页。

〔8〕 参见天津市第一中级人民法院（2021）津01民终5809号民事判决书。

〔9〕 参见曹守晔、张进先等：《〈关于适用合同法若干问题的解释（一）〉的理解和适用》，载《人民司法》2000年第3期。

意义可谓相当有限，<sup>〔10〕</sup>同时如下文所述，历史上代位权的发展始终围绕债权收取功能的演变展开，保全只是次生用法。这些均表明，代位权与传统保全制度相去甚远，难以完全统合于一处。至此，对代位权的宏观描述同微观释义之间已然出现嫌隙，有必要重构代位权的定位以维系制度逻辑的统一。

我国的代位权制度曾受法国及日本民法的深刻影响，<sup>〔11〕</sup>上述争议在两国法的演变过程中均有迹可循。以日本法为例，其最初学说常以代位权的历史沿革作为将之归入保全制度的理由，但后世学者发现这其实源于对比较法的误解，且引发了诸多问题，遂推动了代位权的全面改革，并对其理论作出完善：目前认为，保全只是代位权的用法之一，未能反映其完整功能，关于代位权的本旨应作进一步抽象，即以消除义务人怠于状态的不利影响为旨趣，据此，在构建代位权的具体规则时，应着重考察怠于的形态、影响及被代位权利的类型，而无论债权收取抑或保全，均只是统合于该本旨下的具体用法，分享着共通的原理。

就此而言，我国代位权理论存在类似问题，对制度史的正本清源同样可以为我国法提供启示，而明确制度发展背后的争议实质，也有助于锚定《民法典》及《合同编通则解释》的应然立场。为此，本文将结合历史沿革展开分析。只是为便于讨论，将从代位权的优先受偿问题展开，因其与代位权的本旨演变密切相关，且学理亦对此争议颇多。

## 二、代位权优先受偿之机理： 查封效果与债权收取模式的意义及关联

• 391 •

传统理论认为，若承认代位权的债权收取功能，允许债权人在代位受领次债务人给付后，通过直接或抵销受偿的方式收取债权，便不可避免地会引起代位债权人的优先受偿，为此，只有采取入库规则，将债权人所代位受领之给付直接归入债务人的责任财产，并禁止代位债权人由此收取债权，<sup>〔12〕</sup>才能避免这一问题。<sup>〔13〕</sup>然而这其实有待商榷。

### （一）优先受偿源于代位权诉讼的查封效果

#### 1. 代位权向强制执行的转用：基于日本判例的考察

“代位债权人通过抵销获得优先受偿”的观点借鉴自日本法，<sup>〔14〕</sup>然而难以成立。结合判例说明，基本案情为：甲对乙、乙对丙分别有债权，甲对丙提起代位权诉讼并胜诉，要求执行丙的

〔10〕 根据案例检索，保全用法几乎仅见于债权人代位申报破产债权的情形，且相当稀少。

〔11〕 代位权最初由《法国民法典》创设，未被限于保全用法，后为《日本民法典》所继受，并原创性增设关于保全的限制，这也为《大清民律草案》所采纳。此后，关于代位权作为保全制度的理论对我国学界及立法形成深远影响，我国台湾地区通说认为，代位权乃是对日本及法国法之继受，早期讨论均立足于对法国、日本的比较研究，出现许多重要文献。大足知広「債権者代位権の立法趣旨に関する研究（一）」早稻田大学大学院法研論集 174 号（2020 年）68 頁参照；参见潘维和：《中国历次民律草案校释》，汉林出版社 1982 年版，第 206 页；史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 462 页；徐开墅、张国炎：《论债权的保全制度》，载《中国法学》1991 年第 4 期。

〔12〕 有学者将允许债权人抵销收取债权的做法称为“修正的入库规则”，而本文采传统理解。参见韩世远：《债权人代位权的解释论问题》，载《法律适用》2021 年第 1 期。

〔13〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 470 页。

〔14〕 参见崔建远、韩世远：《合同法中的债权人代位权制度》，载《中国法学》1999 年第 3 期。

财产,此后,丁作为乙的债权人,对乙提起给付之诉并胜诉,也要求执行乙对丙的债权,并取得了查封令,二者产生冲突。

本案的争议点即围绕代位债权人与其他债权人的顺位问题:甲、丁原均为乙的一般债权人,后甲成为代位债权人,而丁则成为查封债权人,二者围绕同一债权财产发生争夺。

法院判决甲可优先受偿,只是这并非基于甲获得了抵销受偿,因为其尚未实际受领给付,根本不存在受偿问题。法院解释道:“当债权人代位行使债务人的权利时,债务人不得再处分该权利……可以说债权人取得了对债权的管理权……仅凭与债权人在实质上处于平等地位的其他债权人依照法定程序进行查封的事实,不足以推翻债权人的上述地位……债权人提起代位权诉讼,与取得查封令的债权人提起收取诉讼并无不同,都是为收回属于债务人的债权以实现自身债权,因此关于代位权诉讼的处分限制效力应当类推适用关于查封令的规定。”〔15〕

对此可概括为:由于代位权具有对被代位债权的查封效果,实质上发挥了执行保全的功能,代位债权人应如同查封债权人一般获得优先受偿。这被日本学界称为“代位权向强制执行制度的转用”,使代位权成为“不需要执行名义的简易债权回收方法”〔16〕。

## 2. 基于本土法制及司法实践的检验

代位权的优先受偿源于同执行保全的密切联系,这也是我国最高人民法院的立场,后者曾明确指出,代位权的优先受偿,源于代位权诉讼的启动如同诉讼保全一般,具有程序在先、清偿在先的特性,理论基础则在于债权人对债务人的债权有提供财产和诉讼付出上的贡献。〔17〕

这也为实践所认同:当一般债权人与代位债权人围绕被代位债权相争夺时,若代位债权人在先取得代位权诉讼的胜诉判决,法院通常支持次债务人优先向其履行,〔18〕有时还会作出相应的查封裁定,〔19〕鉴于被代位债权尚属债务人的责任财产,而债务人仅为诉讼第三人,该裁定的依据只能是代位权诉讼的特殊查封效果。

然而,与我国法不同的是,日本法上的查封债权人处于绝对优先地位,除非涉及顺位在先的实体性优先权(如担保权),否则即使债务人破产或资不抵债,查封债权人亦可优先受偿,由此,代位债权人处于同样地位。然而,在我国,依据《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)第113条第2款和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第506条规定,一旦债务人破产或资不抵债,查封债权人即只能申报债权或平等参与分配,此时结合《民法典》第537条后段规定,代位债权人同样如此。

可见,在我国法下,即使同样承认代位权的查封效果,代位债权人的优先范围亦受更多限制。只是由于在一般情形,首封及轮候查封中,查封在先的债权人仍可先于查封在后的债权人或未查封的债权人受偿,对于在先取得代位权诉讼胜诉判决的债权人而言,同样具备顺位优势,因

〔15〕 大阪高判平成18.12.3『判例時報』1984号39頁。

〔16〕 平野裕之「債権者代位権の優先的債権回収制度への転用(一)——最終的な給付の帰属者の優先的保護の法的可能性」法律論叢72巻2・3号(1999年)19頁。

〔17〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(一),人民法院出版社2020年版,第517页。

〔18〕 参见最高人民法院(2021)最高法民申266号民事裁定书。

〔19〕 参见河南省高级人民法院(2020)豫03执407号之一执行裁定书。

此结论本身仍可成立。

## （二）查封效果、优先受偿、收取模式、入库规则之间的关系辨析

### 1. 收取模式与查封效果的组合

根据上文结论，代位权的优先受偿源于查封效果，由此也就与债权收取功能无关，即使承认某种债权收取模式，亦可否定查封效果，以避免优先受偿。日本法的改革即为例证，其最初同时承认抵销收取模式及查封效果，但在改革后则对后者予以否定。<sup>〔20〕</sup>

否定理由在于，抵销以承认债务人的返还请求权为前提，若认为被代位债权已在代位权诉讼中被查封，则债权人所代位受领之给付亦处于查封状态，在债权实现前，债务人无权要求返还，由此不存在抵销空间。二者难以兼容。

相反，对于直接收取模式而言，由于缺乏抵销适状的前提，债权人所代位受领之标的往往与自身债权标的不同，必须结合变价清算程序才能实现债权，而这又以申请司法拍卖为前提，也就有必要辅以查封效果。二者相辅相成。

据此，抵销受偿模式宜否认查封效果，而直接受偿则反之。

### 2. 入库规则的意义

由于入库规则只是对债权收取功能的否定，亦与避免优先受偿无关，采取入库规则并不代表否认查封效果，而当承认时，尽管在代位权诉讼中，债权人必须将代位受领之给付归入债务人财产，但并不妨碍其成为该财产的查封债权人，可在嗣后提起的对债务人诉讼中，以代位权诉讼的胜诉时点为查封时点，优先于在后的查封债权人或一般债权人受偿。

可见，避免优先受偿的关键始终在于否定查封效果。

### 3. 抵销收取模式与优先受偿

可能的疑问是，即使否认查封效果，代位债权人在抵销收取债权后，仍取得了较未受偿的其他债权人的更优结果，这是否属于优先受偿？

对此应当否定，因为在无查封效果的前提下，这种更优结果缺乏司法强制的支撑，完全依赖债务人及其他债权人的消极状态。具体而言，当否认查封效果时，即使债权人取得代位权诉讼的胜诉判决，债务人在债权人实际受领给付前，仍可要求自行受领给付或处分债权，以剥夺债权人的代位资格，其他债权人也可通过起诉债务人并查封被代位债权，或申请债务人破产等方式，实现相同效果，<sup>〔21〕</sup> 亦可通过提起代位权诉讼并依据《合同编通则解释》第37条第2款要求分配债权的方式，参与对被代位债权的争夺。这与优先受偿存在区别，后者的意义正在于赋予特定债权人以优先权保障，从而预先排除其他债权人的竞争机会。

相较而言，这与债务人自愿清偿更为接近，因为后者同样会使受偿债权人获得更优结果，且以其他债权人未参与司法争夺（如查封标的）为前提。事实上，由于债务人本可阻止债权人代位，却放任行事，似已默许抵销结果的发生；而对于其他债权人，代位权亦未妨碍其通过原有手段实现债权。在此意义上，应将此同债务人自愿清偿同等对待，亦即不构成对债权平等原则的破坏。

〔20〕 大足知広「債権者代位権の制度趣旨に関する学説の変遷と判例の展開（2・完）——現行規定に関する新たな解釈論の提示」早稲田法学会誌72巻1号（2021年）46頁参照。

〔21〕 山本浩美「債権者代位訴訟への債務者による参加について」國士館法學53号（2020年）123頁参照。

有观点认为,必须依据明确的清偿意愿才能排除优先受偿,因此代位债权人在受领给付后,主张抵销前,应取得债务人的清偿表示。<sup>〔22〕</sup>根据该观点,一旦债务人怠于作出清偿表示,则债权人将陷入困境,对于代位受领之给付,既无法返还债务人,亦无法抵销取得,这对其并不公平。毋宁认为,债权人可抵销收取债权,是在其代位受领给付后,随着抵销适状的形成而自然发展的结果,尽管由于未考虑债务人的清偿意愿,二者可能相悖,但鉴于该相悖的本质并非代位债权人要求债务人对自己清偿与债务人意图向他人清偿之间的矛盾,不涉及多方债权人的竞争,仅与抵销本身能否违背相对人的清偿意愿而发生清偿效果相关,那么由于这是抵销的应有之义,其适用性不应被否认。

据此,尽管相较自愿清偿而言,在代位权的抵销收取模式中,债务人的清偿表示被抵销的固有效果所取代,但二者在维持债权平等问题上仍可等同。

### 三、代位权债权收取功能的本旨演变及现代意义

根据上文结论,存在两种效果迥异的代位收取模式。其中,直接收取因具有查封效果而与债权执行近似,似乎反映了代位权向执行法的补充或转用;而抵销收取则更具个性。为明确不同收取模式的优劣及适用前提,本部分将对历史上代位权的演变过程及相关争议展开分析,再以现行法为基础,构建恰当的解释论方案。

#### (一) 误解澄清:债权收取功能作为制度的重心

依据《民法典》第537条规定,代位权的效果为次债务人向债权人履行,债权人由此受偿,这被认为是债权收取功能的体现,并作为我国代位权理论的创新,为学者所赞同。然而,《民法典》既已承认代位权的债权收取功能,又何以将其置于保全体系?其中暗含矛盾。原因大概是出于对传统理论的恪守,即坚持保全才是代位权的理论基础,而债权收取终究只是衍生用法。<sup>〔23〕</sup>然而这其实是一种误解。

#### 1. 制度演变及相关争议

代位权的债权收取功能可追溯至制度创设之初。代位权最早规定于《法国民法典》第1166条,目的即为突破债的相对性,允许债权人通过介入债务人与次债务人之间的关系,并代位要求次债务人向自己给付,以完成对债务人的债权财产的强制执行。<sup>〔24〕</sup>因此,代位权最初隶属于执行体系,收取债权是其应有之义。只是,作为执行制度的代位权本应依托于对债务人的执行程序,但实践却允许债权人绕过该程序,直接起诉次债务人,由此衍生了代位权的保全用法——即使债权人的债权尚未到期,亦可起诉次债务人,要求后者向债务人给付,以将债务人的债权财产转化为实物财产,便于将来收取债权。<sup>〔25〕</sup>

〔22〕 潮見佳男『プラクティス民法債権総論』〔第5版補訂〕(信山社、2020年)203頁参照。

〔23〕 參見王家福:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第181页。

〔24〕 《法国民法典》的起草者在解释第1166条时,提到了罗马法中的以下内容:“在执行债权时,有必要确定最合适的执行方法,是像如同有形财产一样变价执行,还是对次债务人提起诉讼并要求给付。”可见代位权最初是一种执行程序。松坂佐一『債権者代位権の研究』(有斐閣、1950年)15頁参照。

〔25〕 大足知広「債権者代位権の立法趣旨に関する研究(二)」早稲田大学大学院法研論集175号(2020年)37頁参照。

然而，随着执行法的完善，保全逐渐被认为是更合理的用法。理由在于，执行法要求债权人只有在取得对债务人的执行名义后，才能起诉次债务人并执行其财产，而债权人通过代位权诉讼，却可以绕过对债务人的执行名义，这使代位权成了一种允许债权人对债务人的债权财产进行私力执行的制度——债权人可以不经对债务人诉讼，直接剥夺后者对债权财产的处分权限，并由此收取自身债权。这与执行法的原则相悖。

据此，代位权的债权收取功能被削弱，形成了入库规则的雏形<sup>〔26〕</sup>——即使债权人的债权到期，且以收取债权为目的，亦只能先要求次债务人向债务人给付，再执行债务人的财产。<sup>〔27〕</sup>至此，代位权沦为对债务人执行的准备程序，意义仅限于方便债权人对债务人的后续执行。

然而，由于难以切实维护债权人的利益，上述规则很快便被打破，实践中形成代位权嫁接执行的做法——债权人被允许在提起代位权诉讼，并依法传唤债务人出庭后，同时对债务人提起给付之诉，两诉将合并审理，胜诉的债权人可基于代位权和对债务人的执行名义，受领次债务人给付并直接受偿。<sup>〔28〕</sup>债权收取功能由此被加强。

同时，当抵销适状时，法院也允许代位债权人通过结合抵销的方式间接受偿，此时无需嫁接执行。例如，对于商品连锁转售案件，最终买受人可直接要求最初出卖人交付商品，并向最终出卖人主张抵销。<sup>〔29〕</sup>只是，由于代位受领的标的在观念上仍需先归入债务人的财产，若出现破产或查封等情形，则无法抵销。

至此，代位权呈现出双重收取模式：基于嫁接执行的直接收取，以及基于抵销适状的抵销收取。依据上文结论，前者应具有查封效果，而后者则不然。事实上，这也是比较法的最终立场，具体于下文详述。

## 2. 对《民法典》体系设置的反思

如上所述，代位权的发展始终围绕债权收取功能的演变展开，后者尽管曾受到执行法的质疑，但从未被彻底否定，如今也是通过嫁接执行的诉讼结构和抵销受偿的收取模式，得到了进一步的完善和发展。

据此，《民法典》承认代位权的收取功能并非对传统学理的背离，反而是对代位权的实践需求和发展规律的准确把握。尽管由于被置于增设的债的保全章节，在体系定位上略显失当，但在司法实践中，仍应淡化体系定位的影响，明确以债权收取功能为重心，充分发挥代位权保障代位债权人的个人债权实现的立法目的，<sup>〔30〕</sup>同时树立以下观点：代位权即使具有不同于传统保全制度的规则亦是当然，因为其原本即具有保障代位债权人收取个人债权的立法初衷，自然无需强行恪守保全理论的限制。

〔26〕 此时的“入库规则”不允许债权人代位受领给付，可谓相当严格，但由于很快被突破，所以学理上通常所说的入库规则仅指债权人不得在代位受领给付后从中受偿，但代位受领给付本身仍被允许。参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第470页。

〔27〕 山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会、1986年）267頁参照。

〔28〕 工藤祐蔵『フランス法における債権者代位権の機能と構造——わが民法における解釈論の再検討に向けて（2）』民商法雑誌96巻1号（1987年）34-46頁参照。

〔29〕 Cass., 21décembre1983, Foroital., 1984, I, 727.

〔30〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（一），人民法院出版社2020年版，第506页。

## （二）代位权债权收取功能的现代意义：“不利影响”要件的启示

回顾代位权的演变过程，不免需要追问重构后的代位权如何克服先前的批评。《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）时期，学者强调，债权收取的正当性在于避免债务人坐享其成、其他债权人搭便车及徒增讼累，<sup>〔31〕</sup>反对观点主张这会导致代位债权人优先受偿。如上文所述，反对观点无法成立，问题关键仍在于如何回应执行法的责难——债权人何以在欠缺对债务人的执行名义的前提下，介入债务人与他人的债权关系，并由此实现自身债权。对此，必须回到债权保护与债务人自由之间的权衡。而《合同法》时期的观点未对此作出回应。

### 1. 本旨的重构与阐释：消除债务人怠于行使权利的不利影响

首先要明确，重构后的代位权较最初有何不同可从构成要件中挖掘。

重构后，通过代位权实现债权收取的要件包括：债权到期、债务人未履行、债务人怠于、债权人受有不利影响。后两点要件值得深究，因为代位权最初作为执行制度，显然无需债务人怠于，只是后来由于与执行法的冲突，导致正当性被质疑，同时由于债权执行制度的建立，导致存在意义被削弱，代位权才被重新定位，而债务人怠于要件的设立，恰恰标志着转型的完成——债务人的怠于状态可能给债权人造成不利影响，而代位权的本旨即为消除之，以保障债权实现。<sup>〔32〕</sup>

基于该定位，理论上当债务人仅怠于行使权利，而未怠于受领给付时，由于债权人代位行使权利即足以消除不利影响，应由债务人自行受领给付。然而，由于在逻辑上，主张自行受领给付的债务人必已同时行使权利，现实中只会存在同时怠于行使权利和受领给付的情形，此时，必须允许债权人同时代位才能根除影响。<sup>〔33〕</sup>例如，当债务人下落不明、次债务人的信用状况恶化时，只有允许债权人同时代位行使权利和受领给付，才能保证及时执行次债务人的财产。只是由于这已足以实现制度目的，不应给予债权人更多优待，因此其原则上不得保留给付，而是应向债务人返还，给付财产由此仍被作为债务人的财产。

至此，代位权似乎仅有保全意义，然而当出现抵销适状时，由于债权人可通过抵销法理消灭返还义务并收取债权，债权收取功能得以发挥。在此意义上，代位权的本旨使其必须针对债务人的不同怠于形态产生不同效果，入库规则仅对应保全的情形，但即使对于效力更强的债权收取的情形，亦应遵循本旨的限度，以抵销受偿为限。

同时，代位权的适用范围也得以扩张：即使不涉及财产变动，只要债务人怠于行使某种权利，影响债权实现，债权人亦可介入。例如，法国法下，当承租人将住宅改建为酒吧，扰乱社区安宁，出租人怠于制止时，业主协会可基于对违反协议的业主的请求权代位解除租赁合同并驱逐承租人。<sup>〔34〕</sup>此时尽管无涉对责任财产的保全或收取，代位权仍可发挥保障债权实现的效果。

### 2. 对执行法质疑的回应

由于不再以执行债务人的债权财产为内容，代位权得以摆脱执行法的责难而重生。

实体上的理由在于，既然债务人处于怠于的异常状态，且导致债权实现困难乃至不能，则理

〔31〕 参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第448页。

〔32〕 工藤祐藏「債権者代位権の機能と構造——債権者代位訴訟における債務者の地位」私法52卷（1990年）179頁参照。

〔33〕 参见黄立：《民法债编总论》，元照出版有限公司2006年版，第493页。

〔34〕 Civ. 3<sup>e</sup> 14nov. 1985, Bull. civ., III, n<sup>o</sup> 143.

应为债权人提供相应救济，中止异常状态的持续。为此，对债务人自由的程序性保护必须让渡于对债权的实体性救济，否则若如债权执行一般设置债权到期及执行名义的要求，则势必导致怠于状态长久持续，债权人将贻误时机，尤其是在次债务人资不抵债或一物二卖等急迫情形下。在此方面，其与撤销权存在共性，后者同样是基于债务人对脱逸财产的异常处置，允许债权人绕开执行而迅速介入债务人事务。<sup>〔35〕</sup>只是，为兼顾债务人自由，前述结论应以对“怠于”的严格解释为前提，对此将于下文详述。

程序上的理由在于，执行名义的意义是确立债权人剥夺债务人对财产的处分权限并由此受偿的合法性，而当代位权仅为消除债务人怠于状态的不利影响时，其不仅无法限制债务人处分，最终效果亦将归属于债务人。即使存在抵销适状，债务人亦可通过行使或处分权利阻却抵销的发生，此时无论动机为何，亦无论对债权人影响如何，代位权均将因目的实现而消灭，<sup>〔36〕</sup>由此也就为债务人留有必要的决策余地，无需执行名义的支撑。

在此意义上，正是代位权的谦抑性使其与执行法并存且延续。

可能的质疑是，既然债权人代位受领给付已足以中止怠于状态，允许抵销收取是否背离了代位的初衷。<sup>〔37〕</sup>结论是否定的，因为抵销收取本质上只是代位权在抵销法理下的延伸，其正当性可以独立于代位权而自行证成：一方面，由于债权人代位受领给付的目的正当性及效果谦抑性，由此所形成的抵销适状的状态本身并无合法性障碍，没有理由否定抵销权的正常行使；另一方面，对债务人清偿意愿的干预符合抵销的本意，难谓不当。

### 3. 与债权执行的差异：重构后的代位权的独特意义

代位权并非比较法上的通例，且在外观上也与债权执行相似，有学者据此认为，代位权的本质就是债权执行中的收取授权制度，在《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》<sup>〔以下简称《民事强制执行法（草案）》〕</sup>已规定收取诉讼的背景下，代位权制度已无存在必要。<sup>〔38〕</sup>

然而，这仅对最初的代位权可得成立，毕竟该阶段的代位权原本就是债权执行的替代机制。只是，对于重构后的代位权，在要件上，其强调“债务人怠于”，且无需债权到期和执行名义，这与债权执行存在区别；在效果上，只要明确债权收取只是代位权的衍生效果，其内涵比此更为丰富，即可理解二者的差异——暂不论被代位的权利可能由于无涉债权财产，根本无法通过执行实现（如上述租赁案），即使有涉债权财产，代位权亦有独特意义。以特定物连锁买卖为例，当债务人下落不明、次债务人欲将已售于债务人之物转卖时，债权人只有通过代位权诉讼，才能直接将次债务人拉入审理程序，并查封涉诉财产，以迅速消除不利影响；反观债权执行，一方面可能由于债权人的债权尚未到期而无法主张，另一方面，即使债权已到期，亦须先提起对债务人的给付之诉，在取得执行名义后，再提起对次债务人的收取诉讼，鉴于时间的推移和程序的复杂性，债权人很可能贻误时机。

〔35〕 参见朱禹臣：《债权人撤销权程序的诉判关系与审执关系——兼评最高人民法院118号指导案例》，载《法学》2023年第8期。

〔36〕 大判昭和10.10.23「法律新聞」3913号16頁参照。

〔37〕 参见黄茂荣：《债法通则之三债之保全、转移及消灭》，厦门大学出版社2014年版，第9-10页。

〔38〕 参见姜正涛：《债权人代位权制度之检讨》，载《比较法研究》2003年第1期。

可见,对于“债务人怠于”所引起的不利影响,代位权显然可以提供更有针对性的保护。

(三)“不利影响”的界定:基于《民法典》第535条、《合同编通则解释》第33条

由于债务人怠于状态的不利影响是代位权制度的起点,对“不利影响”的内涵界定至关重要(即代位的必要性问题)。《民法典》第535条将此规定为影响债权实现,《合同编通则解释》第33条将此描述为致使债权未能实现。立法者的本意是通过放宽代位权的限制,更好发挥其保障债权实现的作用,<sup>[39]</sup>却恰巧与代位权的本旨相契合。只是,由于《合同编通则解释》所描述的只是不利影响的极端情形,不能作为一般标准,对于相对轻微的不利影响,如债权实现困难,仍须回归《民法典》的规定。

对于特定物债权,由于标的不可替代,无法通过一般责任财产实现,与资力问题无涉,此时应一般承认代位的必要性。理由在于,在特定物转售等情形,债务人怠于主张权利会当然增加次债务人的违约风险,进而增加债务人本人的违约风险,从而对债权人的债权实现造成不利影响,应允许债权人代位消除之。

而对于非特定物债权,由于标的可替代,与资力问题相关,需个案判断,但相较于传统保全理论中的无资力标准,应有所降低,<sup>[40]</sup>即无需对债权数额和债务人资力进行严格比较,只要债权人通过债务人当前可控的财产实现债权,相较通过被代位债权之标的实现债权,更困难或程序上更复杂,即应承认代位的必要性。理由在于,与传统保全的功能在于维持责任财产不同,基于代位权的本旨,只要债权人通过被代位债权的标的收取债权,相较通过债务人的其他财产收取债权更为有利,即可说明怠于状态已对债权原本应有的实现方式造成不利影响,应允许债权人代位消除。

• 398 •

#### 四、查封效果否定论下双重收取模式的建构

基于代位权的本旨,可对其具体规则作出完善。首要问题是对查封效果的取舍,这与实践中广受关注的“如何避免债务人坐享其成及债权人丧失积极性”相关。其次是“怠于”的解释标准和代位权的法律效果问题,须结合不同收取模式分别分析。

(一)否定查封效果并嫁接执行的正当性证成

《民法典》第535条规定代位权应依诉行使,结合第537条关于次债务人应向债权人履行的规定,实践认为代位权具有查封效果,理由是这符合其作为执行保全的定位,可最大化保障债权实现,并解决代位权与其他查封措施的冲突。<sup>[41]</sup>

同时,依据《合同编通则解释》第41条新增规定,代位权诉讼中,债务人的处分受到限制,不得无正当理由减免次债务人的债务或延长履行期限,有法官认为这也佐证了上述结论。<sup>[42]</sup>

[39] 参见曹守晔、张进先等:《〈关于适用合同法若干问题的解释(一)〉的理解和适用》,载《人民司法》2000年第3期。

[40] 工藤祐蔵「債権者代位権の機能と構造債権者代位訴訟における債務者の地位」私法52卷(1990年)177頁参照。

[41] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一)》,人民法院出版社2020年版,第506页。

[42] 参见陈龙业:《代位权规则的细化完善与司法适用》,载《法律适用》2023年第12期。

然而，承认查封效果意味着将代位权的债权收取功能强化至与执行相当，不仅与其本旨相悖，更会对债务人的处分自由形成严重干涉，并引发优先受偿，须谨慎为之。

事实上，查封效果是代位权作为执行制度时的内容，若予以肯认，则为保持与执行法的兼容，代位权应被置于执行体系中适用，即以取得对债务人的执行名义为前提。然而对于重构后的代位权，随着要件与本旨的重新设立，其与查封效果已无法兼容。

首先，代位权既以债务人怠于行使权利的不利影响为要件，则效果理应在于消除该影响，令当事人间的利益恢复至如同债务人积极行使权利的状态，而查封效果却是对后者的否定，二者天然矛盾。

其次，代位权无需执行名义的正当性，不仅源于为债权人所受不利影响提供救济的必要性，更在于恪守对债务人自由的兼顾。然而，若代位权产生查封效果，则债务人对债权财产的支配将被彻底剥夺，即使从实体法来看，基于合同履行原则而允许债权人执行债务人财产难谓不合理，但在程序上则明显失当，尤其还会引致代位债权人的优先受偿，涉及对债权的平等保护问题，执行名义的欠缺必将招致质疑。

对此，有学者主张查封效果的正当性在于代位债权人的债权正面临迟延损害，应允许债权人免于债权执行的“两步走”而主张代位权诉讼的“一步走”以紧急减损。<sup>〔43〕</sup>然而，迟延损害不足以作为充分理由，否则任何到期债权均可采取一步走，债权执行将被架空。

最后，基于规范本旨的抽象性，即使无涉责任财产，只要存在消除债务人怠于状态的必要性，代位权亦可适用，然而此时根本不可能产生查封效果。例如，抵押人将抵押物出租，在承租人毁损抵押物时下落不明，此时的抵押权人为消除不利影响，可代位解除合同并要求返还，然而，其显然不可能据此查封抵押人的解除权和返还请求权。因此，若将查封作为代位权的一般效果，必将引发诸多例外，破坏代位权的体系性。

从反面视角来看，支持查封效果的观点大多基于实践考量。对此，比较法采用的代位权嫁接执行的诉讼结构巧妙地解决了这一问题：<sup>〔44〕</sup>债权人于债权到期后，可在代位权诉讼中同时对债务人提起给付之诉，两诉将合并审理，债权人可根据对债务人诉讼，申请诉前查封被代位债权，并在取得对债务人的执行名义后转为正式查封，以取得查封效果。借此，查封效果得以依托于嫁接的执行程序而与代位权分离，这不仅在理论上更契合代位权的现代定位，在实践中也可以在遵循执行法原则的前提下，满足债权人的需求。

除理论考量外，上述方案也更具经济合理性。在原本方案中，尽管基于查封效果，代位债权人可保留代为受领之标的，但只要其与自身债权标的不同，便无法实现债权，仍须起诉债务人以启动执行并申请拍卖。而通过嫁接执行，债权人可一举实现债权：若抵销不适状，可直接嫁接执行，并在执行程序中变价受偿；若抵销适状且无查封需求，则可仅提起代位权诉讼并抵销受偿。由此，形成与上文一致的债权收取的双重模式。

（二）否定查封效果的解释论依据：基于《民法典》第537条、《合同编通则解释》第41条作为对反对观点的回应，应当明确，代位权在当前定位下已不再属于执行保全制度，也不会

〔43〕 参见俞彦韬：《债权人代位权的类型化构造》，载《法学研究》2024年第2期。

〔44〕 潮見佳男『プラクティス民法債権総論』〔第5版補訂〕（信山社、2020年）182頁参照。

与其他执行规则相冲突,因为一旦债务人破产或债权已被查封,则由于债务人即使积极行使权利亦无意义,债权人未因债务人的怠于状态而受到不利影响,代位权无法成立。

在解释上,应认为第537条规定的“由债务人的相对人向债权人履行”须以“代位权成立”为前提,而一旦债务人提出行使权利或受领给付,则代位权即因要件不达或目的实现而无法成立或消灭,由此便可得出否认查封效果的解释。

至于《合同编通则解释》新增的第41条规定,其对债务人处分的限制限于“无正当理由减免相对人的债务或者延长相对人的履行期限”的情形,应将此理解为对撤销权的适用。因为若其确有承认查封效果的目的,则无需以无正当理由为前提,即使对于正常交易亦应禁止。并且依据《民法典》第538条规定,该情形完全可以落入债务人部分放弃债权及恶意延长履行期限的涵射范围。只是,从第41条的遣词来看,债务人无端减免或延长债务的结果是若次债务人“抗辩”则法院“不予支持”,这意味着法院对债务人处分行为的径自否认,与撤销权的行使规则相悖。对此的解释是:债权人要求撤销债务人处分行为的表示未必需要明确作出,只要债权人在次债务人提出抗辩后,坚持原本诉讼请求,即说明当然具有确认被代位债权存续且届期之意,从中可解释出对撤销权的适用意思,法院可据此认定次债务人的抗辩不成立;反之,若债权人放弃或变更原本诉讼请求,则说明其并无撤销之意,法院也不宜越俎代庖。

### (三) 嫁接执行的实体法基础:基于《合同编通则解释》第37、38条

实践中,代位债权人往往兼有中止债务人的怠于状态和查封债权的双重追求,<sup>[45]</sup>此时,应通过构建嫁接执行的诉讼结构与抵销受偿的双重收取路径予以回应。

依据《民法典》第535条和《合同编通则解释》第37条第1款规定,代位权应依诉行使,且若未将债务人列为第三人则法院应追加。这就保证了代位权的诉讼形式及债务人的参与,<sup>[46]</sup>债权人可方便地同时起诉债务人并查封债权。同时,相较《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第15条,《合同编通则解释》第38条前半句也作出改变,即债权人起诉债务人后,又对次债务人提起代位权诉讼,法院应合并审理,而非立案受理,而当债务人对次债务人提起代位权诉讼后又起诉债务人的,亦同。<sup>[47]</sup>这就为嫁接执行提供了程序上的可行性及实在法基础。

只是,《合同编通则解释》第38条后半句又规定,在起诉债务人的诉讼终结前,代位权诉讼应中止,这是否意味着对上述结论的否定?事实上,该中止属于《中华人民共和国民事诉讼法》第150条规定的“本案必须以另一案的审理结果为依据,而另一案尚未审结的”的情形,而对债务人诉讼的审理结果之所以成为代位权诉讼的依据,原因在于,我国目前的债权执行制度中缺少收取诉讼程序,债权人若想执行次债务人的财产,往往需要在对债务人的执行程序中提起对次债务人的代位权诉讼,后者在此发挥替代收取诉讼的作用,构成债权执行的组成部分,<sup>[48]</sup>自应以对债务人诉讼的结果为依据。然而,随着新《民事强制执行法(草案)》增设了收取诉讼制度,

[45] 参见最高人民法院(2014)民提字第223号民事判决书。

[46] 诉讼形式和债务人参与的必要性在于确认代位权的存在,同时赋予债务人在诉讼中的对抗机会。

[47] 参见陈龙业:《代位权规则的细化完善与司法适用》,载《法律适用》2023年第12期。

[48] 参见最高人民法院(2021)最高法执监361号执行裁定书。

这一做法的理论前提即将不复存在，今后应当令代位权诉讼回归其原有用法。据此，应对《合同编通则解释》第38条后半句作以下解释：仅当代位权诉讼仍然作为债权执行的组成部分时，法院才应中止诉讼，而在正常情形，对债务人诉讼和代位权诉讼应当并行。

#### （四）“怠于”的严格认定：基于《合同编通则解释》第33条

上文已提及，对“怠于”的内涵须作严格认定。依据《合同编通则解释》第33条，债务人不以诉讼或仲裁方式行使权利即为怠于。有观点据此认为我国采取了客观标准，即只要债务人客观上未提起诉讼或仲裁，则无论主观如何均为怠于，其优势在于简洁明快，且可将债务人下落不明，或既无行为能力又无监护人等主观无法主张权利的情形包含在内。<sup>〔49〕</sup>

##### 1. 客观说标准的优劣及其修正

客观说确有优势，因为代位权的目的并非苛责不法行为，即使债务人无主观过错，只要客观上处于怠于状态且造成不利影响，即应允许债权人代位消除。

只是，客观说也有重大缺陷。在严格解释的立场下，怠于要件的意义在于维系债权保护和债务人自由的平衡，并为其划定以下界限：对代位权的适用应让步于债务人自身在权利行使或保留过程中的作为要素。此时，债务人的主观方面不可忽视。

理由在于，一旦债务人保留权利而暂不行使的行为背后存在现实且清晰的作为的主观要素，则由于对债务人作为自由的干涉已由其他规范设置了更严格的标准（如取得执行名义或具备撤销权的要件），债权人必须满足更强的正当性才能介入，此时应排除代位权的适用，否则将导致不当的介入行为向代位权逃逸，进而削弱代位权本身的合法性。

对此，实践中法院的观点值得肯定，其明确强调从主客观角度综合分析怠于之成立，并对主观方面从严掌握。<sup>〔50〕</sup>此时，对作为要素的认定应结合债务人的主观标准作定性判断，而无需分析其客观的经济合理性，因为即使不经济的作为（如以不合理低价出售标的），亦属作为自由的涵射范畴，应于撤销权诉讼中考察，而不得通过代位权处理。

据此，若债务人已行使权利，则债权人自不得代位。而行使权利的形式显然不限于诉讼或仲裁，尽管后者可能是主要的。例如，债务人未起诉次债务人的原因在于计划出售债权并已与第三人达成债权合意，此时显然不应允许债权人通过代位权阻却交易，否则无异于剥夺了债务人的处分权限。

同时，若债务人保留权利的行为中存在作为要素，则债权人同样不得介入。例如，次债务人对债务人负有到期金钱债务，但由于约定较高利息，债务人要求保留权利暂不行使，以赚取更多利息，此时同样不应允许代位。

就此而言，正面定义“怠于”难免存在疏忽，反面界定也许更为周全：除行使权利，及保留权利但背后存在作为要素的两种情形外，均可构成怠于。由此，客观说的优势被保留，由于在界定除外情形时，不考虑债务人主观过错，债务人既无行为能力又无监护人等情形被包含在内；同时，客观说的缺陷也得以克服，对否定怠于的判断标准更为周全。

〔49〕 参见崔建远：《论中国〈民法典〉上的债权人代位权》，载《社会科学》2020年第11期。

〔50〕 参见福建省宁德市中级人民法院（2023）闽09民终170号民事判决书。

## 2. 诉讼或仲裁的必要性及对《合同编通则解释》第33条的解释重构

由于私下主张权利亦可表明债务人的作为意图，债权人应无法代位，然而，《合同编通则解释》第33条却作出相反规定，要求债务人必须诉诸诉讼或仲裁，理由是否则可能导致当事人恶意串通。<sup>〔51〕</sup>有学者对此提出批评，认为其不当增加了债务人的负担。<sup>〔52〕</sup>

然而，两者均有待商榷。事实上，以诉讼或仲裁方式行使权利的必要性在于，实体权利和诉权均为可代位之客体，应分别考察，即使债务人已私下行使实体权利，亦可能构成对诉权的怠于行使，此时无论有无恶意串通，债权人均可代位提起诉讼。并且，通过对怠于行使诉权的要件检验，债务人自由已被权衡，不会导致负担的不当增加。

即使债务人已提起诉讼或仲裁，甚至取得胜诉判决，亦不意味着当然排除怠于，因为其很可能在后续程序中消极行事，如在审理过程中怠于提出有利证据或反驳，或在对待债务人的执行程序中怠于配合拍卖查封财产，此时同样可能构成对程序上的权利的怠于行使，有必要允许债权人代位，这也是比较法普遍承认此类权利之可代位性的理由。<sup>〔53〕</sup>

曾有法院认为，债务人怠于要求次债务人履行胜诉判决不构成怠于行使权利，<sup>〔54〕</sup>这显然是将“权利”狭隘限于实体层面，忽视了代位权在程序中的适用价值。

据此，可对《合同编通则解释》第33条作如下解释：若债务人未以诉讼或仲裁等方式行使权利，或虽以诉讼或仲裁等方式行使权利，但在程序中消极行事，且背后欠缺作为要素，则构成怠于。同时结合查封效果否定论，除非代位债权人嫁接执行或被代位债权已因债务人给付而消灭，否则即使在代位权诉讼阶段，债务人仍可行使权利，且将导致代位权消灭。

### （五）代位权法律效果的限缩性解释：基于《民法典》第537条

《民法典》第537条规定，代位权的法律效果为“债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止”。“相应”二字为权利义务终止的范围留下了解释空间。

当债权人仅提起代位权诉讼，并代位受领给付后：若抵销适状，则通过抵销，债权人与债务人的债权均获实现；而若抵销不适状，则由于标的不同，债权人无法直接实现债权，而是必须变价受偿，由于代位权诉讼无查封效果，债权人须另行起诉债务人、查封并执行被代位债权的标的，否则即负担返还义务，此时，只有债务人的债权因次债务人的履行而实现。而当债权人同时嫁接执行并查封被代位债权时，若债权标的相同则可直接受偿，若标的不同亦可变价后直接受偿，此后，两项债权同时实现。

对于后半段的“债务人对相对人的权利被采取保全、执行措施，或者债务人破产”的情形，根据上文结论：若发生于代位权诉讼以前，则代位权无法成立，自应根据其他制度处理；若发生于代位权诉讼以后，则在未嫁接执行的前提下，除非债权人已抵销受偿（被代位债权消灭），否则，被代位债权或其标的将作为其他债权人的查封财产或破产财产，代位债权人无法由此收取债权；而当嫁接执行且已查封被代位债权时，若被代位债权又被其他债权人查封，则代位债权人作

〔51〕 参见曹守晔、张进先等：《〈关于适用合同法若干问题的解释（一）〉的理解和适用》，载《人民司法》2000年第3期。

〔52〕 参见崔建远：《论中国〈民法典〉上的债权人代位权》，载《社会科学》2020年第11期。

〔53〕 松坂佐一『債權者代位權の研究』（有斐閣、1950年）12-18頁参照。

〔54〕 参见天津市南开区人民法院（2023）津0104民初7936号民事判决书。

为在先查封债权人可优先受偿，但在破产情形，依据《企业破产法》第19条规定，查封措施将被解除，被代位债权仍将归入破产财产。与此类似，当债务人资不抵债时，为贯彻参与分配制度，应参照破产情形处理。

## 五、结 论

代位权起初是关于执行的制度，后经重构并被赋予全新意义——消除债务人怠于行使权利的不利影响。有必要明确代位权与传统保全的差异，着重对怠于和不利影响要件作出界定。而在效果上，为维系代位权的本旨并与执行法兼容，应否认查封效果。据此，允许债权人代位受领给付的目的仅在于中断债务人的怠于状态，债权人原则上负返还义务，仅当抵销适状时，可通过抵销收取债权。同时，应构建嫁接执行的诉讼结构，允许债权人取得查封效果，并据此优先受偿。通过对《民法典》及《合同编通则解释》的相关规定进行适当解释，可在保证与执行法相协调的基础上，充分发挥代位权的本旨，为债权人提供有力保障。

---

---

**Abstract:** Subrogation began as an enforcement system whereby creditors could collect their claims, and although it has been reconfigured because of the conflict with the law of enforcement, it is still centered on the function of collecting claims, being distinct from the system of preservation. The priority of subrogation is derived from the effect of seizure and has nothing to do with the mode of collection. After the reconstruction, subrogation is intended to eliminate the adverse effects of an obligor's laxity, and both the collection of claims and preservation are specific uses of this purpose. Allowing the creditor to subrogate to the payment has the same purpose, therefore in principle there is no seizure effect, and the creditor may not be paid directly, but bear the obligation to return, and can only be offset by the payment. In practice, should construct the litigation structure grafting the implementation, allow the creditor in the subrogation lawsuit to sue the debtor at the same time to obtain the effect of the seizure, and as the seizure creditor enjoying priority in compensation. Combined with the Civil Code and judicial interpretation of the relevant provisions of the Civil Code, the appropriate doctrinal path can be constructed for the foregoing conclusion to better protect the interests of creditors.

**Key Words:** creditor subrogation, priority payment, claim collection, seizure effect

---

---

(责任编辑：朱晓峰)

## 商事合同格式条款的效力评价方法 ——以《民法典》第 497 条的合理性评价要件为中心

黄 帅\*

**内容提要：**《民法典》第 497 条是格式条款的效力评价规则，其适用对象包括商事合同。司法裁判回避《民法典》第 497 条的适用，其裁判理由违背立法逻辑，也违反了《民法典合同编司法解释》的基本精神。借助《民法典》第 497 条的合理性评价要件，司法裁判应考量商事交易与民商合一规则设想相比的不同之处。常见条款、经济依赖和保护必要性是合理性评价的具体考量内容。常见条款是长期在相关行业或地域内普遍使用、具有典型性的合同条款。常见条款原则上对争议格式条款具有效力肯定功能，例外情况是相对方因经济依赖接受该格式条款。合理性评价如若无法依靠常见条款，则必须依据效力评价规则的内在设想，在个案中判断保护相对方的必要性，判定内容失衡的格式条款是否合理。

**关键词：**格式条款 合理性评价 常见条款 经济依赖 保护必要性

### 一、问题的提出

格式条款的法律规则可以适用于商事合同。在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）中，格式条款的法律规则包括第 496 条至第 498 条。依据适用顺序和功能定位的不同，格式条款的法律规则可被划分为四类：认定规则（第 496 条第 1 款）、订入规则（第 496 条第 2 款

\* 黄帅，中国政法大学比较法学研究院出版编辑。

本文为北京市社科基金青年项目“《民法典》获益返还制度的体系定位和解释论建构研究”（23FXC016）的阶段性成果。

第1句中后段和第2句)、效力评价规则<sup>〔1〕</sup>(第497条第2、3项)和解释适用规则(第498条)。需要注意的是,《民法典》第497条第1项并非格式条款的效力评价规则,而是一般意义上的合同效力评价规则,因此如无特别说明或限定,本文中的“效力评价规则”和“《民法典》第497条”,均仅指《民法典》第497条第2、3项。通常观念中,前述诸类规则主要针对消费者合同,而非商事合同。支持此观点的理由是,格式条款往往由经营者强加于消费者,以至于实质上合意度低,法律因而有必要予以规制。<sup>〔2〕</sup>然而,立法资料和司法解释从未将商事合同排除出适用范围。例如,全国人大常委会法工委所编写的释义书就明确指出,《民法典》第496条至第498条“不仅适用于普通的民事活动,也适用于商事交易”<sup>〔3〕</sup>。同时,当前已有司法案例确认这些规则对于商事合同的可适用性。<sup>〔4〕</sup>

商事合同格式条款的效力评价鲜少被实践触碰。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《民法典合同编司法解释》)在其第9条和第10条中,只针对认定规则和订入规则作出了说明,这也反映了格式条款的法律规则在当前司法实践中的适用重心所在。格式条款的认定规则和订入规则,远比效力评价规则的适用更加频繁,对于商事合同更是如此。究其原因,在格式条款的法律规则中,效力评价规则对格式条款的规制强度最高,如若适用于商事合同,显然与通常观念冲突最激烈。“基于后果考量的司法裁判”<sup>〔5〕</sup>在相关司法实践中占主导地位,法官往往先设定“商事合同格式条款有效”的这一结论,再逆向推导,常常从《民法典》第496条之中选取大前提,再构建能推导出预设结论的裁判理由。<sup>〔6〕</sup>在前述裁判思维主导下,法院有意识地绕开了效力评价规则,其所欲达成的目标是保护“商事自由”。<sup>〔7〕</sup>

无论评价结果如何,商事合同格式条款的效力评价过程本身都有现实必要性。一方面,很多情况下,法院意欲保护的“商事自由”仅是“海市蜃楼”。商事合同一般被默认为合意度高,但现实情况并不尽然如此。很多商事合同中当事人之间的磋商能力仍有天壤之别,甚至不亚于商人和消费者之间的差距。而在此等巨大差距下,商事合同的合意度并不必然比消费者合同高。维持商事合同格式条款的效力,也就不能简单地被等同于维护商事自由了。另一方面,即使针对应当被维持效力的商事合同格式条款,目前的裁判思维也面临合法性问题。依教义学分析之,“依法裁判”的基本立场要求,法院即便要维持商事合同格式条款的效力,也无权绕过《民法典》第497条设置的法定要件;相反,维持效力的论证还应围绕法定要件展开。否则,在很多商事合同

• 405 •

〔1〕 效力评价规则在学理中又有不同的称谓,例如格式条款无效的规定、效力审查规则、内容规制规则、内容审查规则、内容控制规则等,这些术语一般是混用的。参见解亘:《格式条款内容规制的规范体系》,载《法学研究》2013年第2期;贺栩栩:《合同法第40条后段(格式条款效力审查)评注》,载《法学家》2018年第6期;张良:《论消费者合同中格式条款的内容控制》,载《河南大学学报(社会科学版)》2016年第4期。“效力评价”或“格式条款无效的规定”强调结果,“内容规制”“内容审查”和“内容控制”强调过程,实为一体两面;从体系角度,“格式条款无效情形”属于合同成立后的效力评价层面,因而本文采用“效力评价规则”的表述。参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(中),法律出版社2020年版,第952页。

〔2〕 参见解亘:《格式条款内容规制的规范体系》,载《法学研究》2013年第2期。

〔3〕 黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(中),法律出版社2020年版,第955页。

〔4〕 参见最高人民法院(2018)最高法民申6080号民事裁定书;北京市昌平区人民法院(2023)京0114民初18号民事判决书。

〔5〕 孙海波:《在法律之内考量裁判后果》,载《比较法研究》2022年第4期,第186页以下。

〔6〕 针对具体裁判理由的分析见本文第二部分。

〔7〕 参见江必新:《商事审判与非商事民事审判之比较研究》,载《法律适用》2019年第15期。

中,即使法院理应维持格式条款的效力,在现行法面前其给出的裁判理由可能也很牵强。

当前亟须研究商事合同格式条款的效力评价方法。《民法典》第497条仍然比较宽泛,更多是充当司法价值判断的切入点而非落脚点。妥当的方法论帮助法官围绕法定要件,考虑必要因素并展开论证,能在一定程度上解决当前司法实践脱离现实、欠缺合法性和说服力不强的问题。本文的总体思路是,先把裁判思维从回避效力评价的误区中引导出来,同时正视当前司法裁判的顾虑,再遵循教义学立场,在法定要件中寻求解决之道。核心思想是,司法裁判必须在“双重目标”中求得平衡——不仅要顾及商事交易的特殊诉求,例如保护自由市场、保障交易的可预期性等,也要准确甄别出那些理应受到更强规制的商事合同。前述“双重目标”的实现,很大程度上依赖《民法典》第497条新增的合理性评价要件及在此之下的司法价值判断。如何在这一价值判断空间中平衡“双重目标”,是新近出台的《民法典合同编司法解释》尚未解决的问题,是司法实践必须面对的问题,也是本文所要回答的核心问题。

## 二、司法裁判忽视效力评价违背立法逻辑

### (一) 司法裁判违背立法逻辑

格式条款的法律规则遵循一定的立法逻辑。这一立法逻辑体现为:首先,认定什么样的合同条款是格式条款;其次,在合同订立层面上设置订入规则;再次,在合同解释层面上设置解释适用规则;<sup>〔8〕</sup>最后,在合同效力层面上设置效力评价规则。这就形成了一个依照教义学逻辑、逐层深入规制格式条款的法律规则体系,可以说是合同编通则基本架构的缩小版。

司法裁判与立法逻辑并不一致。目前在多数案例中,商事合同条款要么在认定规则层面就被否定格式条款的性质,要么仅适用订入规则。在司法裁判中,存在多种相互抵牾的裁判理由。这些裁判理由主要包括以下三类。理由一是“明知”,即当事人明确地知道合同条款的内容,合同条款就不再是格式条款。例如“公平交易条款案”。<sup>〔9〕</sup>理由二是“签字盖章”,即当事人已“签字盖章”,就意味着双方有过协商,合同的所有条款就均不是格式条款,<sup>〔10〕</sup>典型案例如“信用证管辖协议案”。<sup>〔11〕</sup>理由三是“特殊标记”,即合同条款已被“特殊标记”(例如加粗加黑),则为已提示说明,由此可推知其内容有效,典型案例如“斗殴免责条款案”。<sup>〔12〕</sup>这三类裁判理由不仅

〔8〕 格式条款的解释优先于该条款有效性的审查,这也体现在《民法典合同编司法解释》第1条第3款中。

〔9〕 “公平交易条款案”中,三茗公司与联想公司签订涉案合同,约定三茗公司许可联想公司使用《三茗网络卫士之联想教育应用方案 V.8.0》,该涉案合同包含“公平交易”条款,即三茗公司不得实施商业贿赂行为,一经发现,联想公司除可解除本合同外,还可要求供应商支付相关违约金。三茗公司起诉联想公司,要求其支付2017年度第三笔许可使用费;联想公司提出反诉称三茗公司工作人员杨某代表三茗公司向联想公司原工作人员楚某行贿,违反涉案合同的“公平交易条款”,联想公司主张据此解除合同并要求三茗公司支付违约金。参见最高人民法院(2021)最高法知民终716号民事判决书。

〔10〕 以“签字盖章”作为评价格式条款效力的裁判理由,在学理上又被称为“签字即视为同意”。参见韩世远:《中国法中的不公平合同条款规制》,载《财经法学》2017年第4期。

〔11〕 “信用证管辖协议案”中,案涉《贸易金融授信业务总协议》包含管辖权约定并声明:“双方经协商一致,特订立本合同。”该协议合同有双方签字盖章。法院根据上述事实认为,该协议中关于管辖权的约定是双方当事人真实意思表示,不符合格式条款的定义。参见最高人民法院(2018)最高法民辖终355号民事裁定书。

〔12〕 “斗殴免责条款案”中,鑫发公司向人保公司投保雇主责任保险。保险条款包含责任免除的情形,即雇员斗殴,造成自身人身伤亡的,人保公司不负责赔偿。鑫发公司两位雇员丛某和张某斗殴,致丛某死亡。法院以前述条款已特殊标记(加粗加黑方式印刷)为由,认定该免责条款有效。参见山东省高级人民法院(2021)鲁民终698号民事判决书。

频繁地被下级法院使用，更是长期共存于最高人民法院的裁判文书中。但是，“频繁出现”和“长期共存”并不意味着能自圆其说。

孤立地看三类裁判理由似乎各有道理，但在体系上难以自洽。除了《民法典》外，裁判理由也与《民法典合同编司法解释》的相关条文存在冲突。首先，如果“明知”或“签字盖章”的合同中都是非格式条款，那么几乎所有的合同条款都不可能被认为是格式条款，也就没有必要对其“特殊标记”了。根据《民法典合同编司法解释》第9条第1款，连“双方明确约定合同条款不属于格式条款”都不能作为主张非格式条款的理由，所谓“明知”和指向并不明确的“签字盖章”就更不能作为主张“不属于格式条款”的理由了。其次，如果商事合同中的格式条款只要被“特殊标记”就有效，效力评价规则也就没有存在的必要了。《民法典合同编司法解释》第10条第1款将“特殊标记”的效力仅限于《民法典》第496条第2款所规定的提示义务。可见，“特殊标记”并未超出订入规则的范畴。司法裁判若将“特殊标记”拓展至效力评价规则的范畴，就形同架空效力评价规则。

## （二）裁判理由忽视效力评价

前述三类裁判理由的根本问题在于与法律规则的基本定位不符。认定规则和订入规则均立足于缔约程序中的事实界定；效力评价规则有更多价值判断的空间，也更适合在其价值判断中考量商事合同的特殊问题。当然，与合同成立规则有所不同的是，格式条款认定和订入规则确实存在一定灵活判断的空间，这是因为《民法典》第496条使用了诸多较为不确定的概念，例如“未与对方协商”“合理的方式”等。但这并不意味着，认定和订入规则能取代效力评价规则。首先，前述不确定概念在本质上仍属于事实层面，而非规范层面，价值判断中对商事合同特殊问题的考量则是规范层面的问题。其次，认定和订入规则关注的是提供方在缔约程序上的优势地位，效力评价规则关注的则是其优势地位的现实转化（是否形成了过分失衡且不合理的条款），现实转化显然更为关键。最后，《民法典合同编司法解释》第9、10条通过对典型事由的描述，例如禁止将合同条款约定为非格式条款，再例如将明显标识定位为纯粹的提示义务，已经极大地压缩了认定规则和订入规则的灵活判断空间，也间接地为效力评价提供了更大的舞台。当前司法裁判没有着力于效力评价规则，既有其历史的惯性，又有现实背景下的不得已。

历史背景下，效力评价规则向来过于宽泛，以至于操作性不强。《民法典》第497条由《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第40条演变而来。若严格依据《合同法》第40条，几乎只要是争议格式条款都会无效。<sup>〔13〕</sup>这是因为，多数引发争议的格式条款都是以免责或除权的形式存在的，《合同法》第40条的适用也就随之会引发难以接受的评价结果。司法实践自然就更倾向于适用负面影响更小、操作性更强的认定规则和订入规则。从而，司法实践逐渐形成了以认定规则和订入规则取代效力评价规则的“路径依赖”。

现实背景下，合理性评价缺乏必要的方法论。《民法典》第497条增加了合理性评价，一定程度上修正了《合同法》第40条的立法瑕疵。《民法典合同编司法解释》第9、10条虽未直接涉及效力评价，但也理顺了格式条款法律规则的立法逻辑——格式条款的认定不宜过严，订入规则

〔13〕 参见梁慧星：《读条文 学民法》，人民法院出版社2014年版，第112页。

定位于缔约程序。在此背景下,应当顺应立法逻辑,在合理性评价中灵活处理商事合同格式条款,而非再倚重认定规则和订入规则。但这又谈何容易?合理性评价属于司法价值判断问题,传统的法律解释方法诸如文义、历史、体系和目的解释均难以直接奏效,因而亟须构建具体的价值判断方法,以使合理性评价真正发挥效能。

### 三、合理性评价弥合立法逻辑和司法裁判

#### (一) 效力评价的价值目标是实现合同正义

司法裁判意欲保护的商事自由,在实际操作中变成对合同自由的抱残守缺。合同自由应当包括形式和实质两个侧面。<sup>[14]</sup>形式合同自由(formale Vertragsfreiheit)是指,当事人有权决定与谁缔约、是否缔约;实质合同自由(materielle Vertragsfreiheit)是指,双方当事人有权共同塑造(而非单方决定)合同的具体内容,其主要防范较弱一方被较强一方“他治”(Fremdbestimmung)。<sup>[15]</sup>实质合同自由的核心要求是,合同内容必须由双方共同塑造,以充分体现双方的合意。格式条款仅体现单方意志,相对方无法参与塑造其内容。从而,格式条款仅能体现形式合同自由,缺少实质合同自由的支撑。当前司法裁判所持尽可能肯定格式条款效力之立场,并非保护合同自由,而是在协助阻碍实质合同自由。

形式和实质合同自由的充分度,分别依据合同的成立规则和格式条款的认定规则来验证。合同的成立规则包含法律行为规则,用以判断当事人是否充分行使了形式合同自由。合同已成立,是适用格式条款认定规则的当然前提。格式条款的认定规则主要判断实质合同自由是否充分行使。“单方提出”“重复使用”和“未经协商”三个要件,就是为了确认双方当事人是否共同塑造了合同条款的具体内容。如果没有,合同条款就是格式条款。由于实质合同自由的缺失,法律有必要从程序到实体规制格式条款。第一,相对方必须能注意到格式条款,并且理解其内容。“注意”和“理解”成为订入规则的核心精神,是对缔约的程序性要求,即法官回溯性地检验当事人之间的缔约情景。第二,格式条款不能过分不利于相对方,否则就违反理性人假设。这是对条款内容的实体性要求,主要由解释适用规则和效力评价规则实现。

从合同自由和合同正义的关系角度,可以理解效力评价规则的价值目标。合同自由和合同正义的通常关系是:自由的合同就是正义的,除非违背强制性规定和公序良俗。但这并不适用于格式条款,因为合同自由并不完整,也就无法自动导向合同正义。认定规则发现了实质合同自由的缺失。订入规则只能解决相对方“注意”和“理解”的问题,这和实质合同自由所要求的参与塑造合同内容相比,仍然相去甚远。合同自由依旧不完整,解释适用规则和效力评价规则仍是必要的。受制于合同架构和语义边界,解释适用规则有时仅能止步于缺乏正义的“合意”。相对方当然不可能事后重新参与塑造争议条款。合同正义此时必须从幕后走向前台,成为效力评价规则的价值目标,法官据以对格式条款进行事后的实质性审查。

[14] Vgl. Heinrich, Formale Freiheit, 2000, S. 53.

[15] Vgl. Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 374.

合同正义不仅包括均衡性，至少还应包括适当性。<sup>〔16〕</sup> 均衡性要求双方的权益分配均衡。而适当性要求权益分配与交易的具体情况相称。格式条款只有在均衡性和适当性上都被评价为负面，才违背合同正义。针对商事合同，适当性要求司法价值判断关注商事交易与民商合一立法设想相比的不同之处。<sup>〔17〕</sup> 具体而言，虽然都存在权益分配不均衡，但是须基于商事交易的特殊性，区分哪些格式条款有必要维持其效力，而哪些又必须被否定效力。

## （二）合理性评价修复效力评价的双重面向

司法裁判回避适用效力评价规则，反映了其对效力评价损及商事自由的警惕。此种警惕的根源在于，《合同法》第 40 条过分地将商事合同格式条款置于无效的风险之下。效力评价的价值目标既然是实现合同正义，就应该同时将均衡性考量和适当性考量都纳入其评价过程中。这在《民法典》第 497 条中得以实现，新增的合理性评价要件降低了商事合同格式条款被无差别地宣告无效的风险。

《民法典》第 497 条包含了权益减损判断和合理性评价。《民法典》第 497 条第 1 项适用于所有合同条款，仅为提示性规定；第 2、3 项才是效力评价规则。在第 497 条第 2、3 项中，以“责任”或“权利”作为基础概念列举的情形，早就存在于《合同法》第 40 条和《中华人民共和国消费者权益保护法》第 26 条中，实质上是在界定格式条款对相对方权益减损的方式或程度，也就是解决合同正义中的均衡性问题。《合同法》第 40 条仅包含这些情形，没有合理性评价，就仅有权益减损判断，缺乏考量合同正义中的适当性。相较于《合同法》第 40 条，《民法典》第 497 条第 2 项完整地包含前述双重面向：权益减损判断（“免除或者减轻其责任”“加重对方责任”“限制对方主要权利”）和合理性评价（不合理地）。第 497 条第 3 项仅包含权益减损判断单一面向（排除对方主要权利），这是不需要合理性评价的唯一情形。究其原因，如果格式条款内容造成合同目的完全落空，要维护合同的约束力，必然要将“掏空”合同目的的格式条款宣告无效，合同的其他内容也由此有了“活下去”的可能。

合理性评价考量合同正义中的适当性，防范效力评价规则损及商事自由，效力评价从而具备了完整的双重面向。权益减损判断针对合同正义中的均衡性，合理性评价针对合同正义中的适当性，效力评价规则的价值目标——合同正义也由此得以完整。对于《民法典》第 497 条第 2 项所规制的格式条款，其在均衡性上虽被评价为负面，但未达到第 3 项无差别否定效力之地步，所以在适当性上尚需进一步的合理性评价。这些不均衡的条款如果被评价为“合理的”，则应当被维持效力。从整个格式条款的法律规则体系来看，有了合理性评价，效力评价规则就有了本应具有的充足价值判断空间，就能在不同的商事合同格式条款之间实现区分适用，从而也就能实现认定规则、订入规则和解释适用规则无法完成的任务。

## （三）合理性评价考量商事实践拓展价值判断

权益减损判断要求，格式条款的内容与权益均衡的应然状态“大致相当”。在《民法典》第

〔16〕 具体而言，合同正义追求的目标至少包括利益均衡（angemessener Interessenausgleich）、结果适当（richtiges Vertragsergebnis）和社会公正（sozialer Ausgleich）。其中，社会公正指向更宏观的社会分配，利益均衡和结果适当分别指微观层面的均衡性和适当性。Vgl. Denking, Der Verbraucherbegriff: Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzzvorschriften in Europa, 2007, S. 46.

〔17〕 参见张谷：《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》，载《中国应用法学》2017年第4期；黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（中），法律出版社2020年版，第952页。

497条第2项中,权益减损判断基于以“责任”和“权利”构建的无效情形。“偏离任意规范”和“损害合同目的”是这些无效情形背后所隐藏的效力评价标准。<sup>〔18〕</sup>任意规范在格式条款的效力评价中具有“范式”作用。<sup>〔19〕</sup>任意规范所蕴含的基本思想是合同双方的权益均衡。格式条款不需要完全与任意规范的内容相同,但不能偏离这一基本思想。<sup>〔20〕</sup>换言之,任意规范确定一条双方权益均衡的应然“基准线”,权益减损判断并不要求格式条款与基准线重合,只要“大致相当”就是可以接受的。合同目的也具有类似平衡双方权益的“范式”作用。合同目的要求格式条款不能违背合同所欲达成的设想。合同无论有偿与否,其所欲达成的设想都是广义的权益均衡。所以,在权益减损判断中,法官要确定格式条款的内容与权益分配的应然状态是否“大致相当”。

合理性评价考量商事实践或情景,评价格式条款内容的适当性。对于商事合同,法院不仅要判断格式条款与权益分配的应然状态是否大致相当,还要在合理性评价中考量商事实践或情景,即商事交易的实践样态或者商事交易的具体情景。例如,合理性评价要考量能否在商事实践中提取出“范式”,发挥类似于任意规范和合同目的在权益减损判断中所起的作用。在商事领域,相对方的缔约能力一般较强。商事合同应具有更强的灵活性和自由度 (größere Flexibilität und Gestaltungsfreiheit)。<sup>〔21〕</sup>权益减损判断依据任意规范及通常以任意规范为基础推断出的合同目的,更是主要以民法规则或民法的公平思维为主,并在格式条款的效力评价中被赋予一定程度的强制力,<sup>〔22〕</sup>若无限制地适用于商事合同,显然不利于保护商事交易的可预见性。法官在效力评价中同时将商事实践或情景纳入考量范围,就能缓和权益减损判断的僵化,从而缓和民商合一的私法规则与商事实践多样性之间的矛盾。<sup>〔23〕</sup>但是,仅考量商事实践或情景也有其弊端。平台“二选一”条款所展现的商事主体间的恃强凌弱正是这一弊端的缩影。因而,合理性评价虽然要考量商事实践或情景,但也应有一定限制条件。

合理性评价和权益减损判断既是两个不同的步骤,又是两种范式不同的路径,彼此之间存在竞争性。在《民法典》第497条第2项中,权益减损判断(“免除或者减轻其责任”“加重对方责任”“限制对方主要权利”)只是可被推翻的初步判断。通过合理性评价(不合理地)对商事实践或情景加以考量,法官决定能否推翻这一初步判断。

## 四、合理性评价的方法论体系

合理性评价方法论的展开需要支点。“常见条款”“经济依赖”和“保护必要性”这三个要素,可作为支撑合理性评价过程的关键支点,为司法价值判断铺设较为确定的轨道。

〔18〕 参见贺栩栩:《〈民法典〉格式条款的效力审查规范解读——以零时生效条款和等待期条款为例》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

〔19〕 参见杜景林:《合同规范在格式条款规制上的范式作用》,载《法学》2010年第7期。

〔20〕 Vgl. Wendland, in: Staudinger BGB, 18. Aufl., 2019, § 307, Rdn. 254.

〔21〕 Vgl. Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht, 11. Aufl., 2011, § 310 Abs. 1, Rdn. 3f.

〔22〕 Vgl. Grüneberg, in: Palandt BGB, 80. Aufl., 2021, § 307, Rdn. 28ff.

〔23〕 参见刘凯湘:《剪不断,理还乱:民法典制定中民法与商法关系的再思考》,载《环球法律评论》2016年第6期。

### （一）符合常见条款原则上有效

#### 1. 常见条款弥补商事习惯法的缺位

传统观点认为，应当由商事习惯法确定商事实践。对于商事实践相关的问题，通常“解方”是“商事习惯优先”。〔24〕在我国，《民法典》中的“习惯”一般是指“习惯法”。〔25〕比较法上，商事习惯法适用于商事格式条款的典型立法例是《德国民法典》第310条第1款第2句后段。该法条明文规定：适用《德国民法典》第307条判定商事合同格式条款的效力时，应适当考量商事领域的“习惯和惯例”。一般认为，严格按照条文，〔26〕这里商事领域的“习惯和惯例”就是我国学界通常所理解的商事习惯法。〔27〕在可供参考的域外实践中，〔28〕商事习惯法对格式条款效力评价的作用远未如期待，几乎被束之高阁。

商事合同格式条款的合理性评价中，考量范围不应仅限于商事习惯法。商事习惯法一般与格式条款之间缺乏关联性，〔29〕以至于无法判断格式条款是否符合商事习惯法。更具有实践意义的是，合理性评价不囿于商事习惯法的范畴，拓宽考量范围，将其他可以反映商事实践的因素或现象纳入考量，以判断格式条款是否和商事实践相符。比较法上，德国法院一直在尝试拓宽考量范围，突破商事习惯法的构成要件，考察其他商事实践中的现象，虽尚未形成通说，但仍值得参考。例如，在“船厂合同案”中，德国联邦法院认为，案涉格式条款具有“行业惯常性”（Branchenüblichkeit），从而决定维持其效力。〔30〕换言之，商事合同格式条款只要在行业中是惯常使用的，就可能被认为有效。但是，亦有案例直接诉诸商事习惯法。例如，在“贷款手续费案”中，德国联邦法院的论证思路有所不同，其认为格式条款由于不违反商事习惯法而应当有效。〔31〕然而，即使在前述第二类案例中，商事习惯法也并非唯一考量因素，缔约方所处行业的特殊需要或利益（die branchentypischen Interesse）亦被纳入考量范围。〔32〕同时，德国学理上也不乏观点认为，效力评价应考量所有商事实践的“惯常做法”，而不应仅包含商事习惯法。〔33〕

常见条款能反映商事实践，应是合理性评价的考量对象。合理性评价要考量格式条款是否与商事实践相符。商事实践具体反映在由实践产生、补充或不同于成文法的“惯常做法”中。我国

〔24〕 参见张谷：《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》，载《中国应用法学》2017年第4期；刘凯湘：《剪不断，理还乱：民法典制定中民法与商法关系的再思考》，载《环球法律评论》2016年第6期；李建伟：《〈民法总则〉民商合一中国模式之检讨》，载《中国法学》2019年第3期。

〔25〕 参见王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》（上册），中国法制出版社2017年版，第53页以下；杨立新主编：《中华人民共和国民法总则要义与案例解读》，中国法制出版社2017年版，第68页；龙卫球、刘保玉主编：《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》，中国法制出版社2017年版，第39页以下；杜万华主编：《中华人民共和国民法总则实务指南》，中国法制出版社2017年版，第55页以下；于飞：《民法总则法源条款的缺失与补充》，载《法学研究》2018年第1期。

〔26〕 Vgl. Berger, Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmensverkehr, NJW 8 (2010), 465, 466; Basedow, in: MüKoBGB, 8. Aufl., 2019, § 310, Rn. 24ff.

〔27〕 Vgl. Maultzsch, in: MüKoHGB, 5. Aufl., 2021, § 346, Rdn. 1f.

〔28〕 Vgl. Axer, Rechtfertigung und Reichweite der AGB Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 1ff.

〔29〕 Vgl. BGH NJW 2017, 2986 (2890).

〔30〕 Vgl. BGH NJW 1988, 1785 (1788).

〔31〕 Vgl. BGH NJW 2017, 2986 (2990).

〔32〕 Vgl. BGH NJW 2014, 2708 (2712); NJW 2017, 2986 (2987).

〔33〕 Vgl. Richters/Friesen, in: BeckOGK, § 310 Rdn. 59-62; Piekenbrock, in: Staudinger BGB, 18. Aufl., 2019, § 310, Rdn. 31; Huth, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche, 2017, S. 233.

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第2条,将《民法典》第10条中的“习惯”不再简单地等同于习惯法,而是扩张到“惯常做法”。“惯常做法”虽然不一定如习惯法具有规范效力,但仍可被作为价值判断的考量因素。如若推及效力评价问题,符合商事实践的“惯常做法”也可被作为维持商事合同格式条款效力的理由。作为判断商事合同格式条款效力的参考标准,到底如何确定商事实践的“惯常做法”之具体内容?一个颇具启发性的比较法线索是,在前文提及的“船厂合同案”中,德国联邦法院指出,针对商事合同,要“判断被审查的格式条款是否长期在相关行业内普遍使用,而且具有典型性”。质言之,法院必须关注在相应行业中经常被使用、具有典型性的合同条款(包括格式条款)。这里的“行业”也可被替换为“地域”,以地理范围替代“行业”这一观念范围。<sup>[34]</sup> 前述长期在相关行业或地域内普遍使用、具有典型性的合同条款可被称为“常见条款”。常见条款反映商事实践,可被作为“惯常做法”的具体内容。判断格式条款是否与常见条款相符,可被作为合理性评价的考量内容之一,以确定格式条款是否符合商事实践。

常见条款原则上具有“效力肯定”的功能。正如格式条款的“异常性”为其带来消极影响(《民法典合同编司法解释》第10条第2款),其“惯常性”也应为其带来积极影响。这一积极影响反映在合理性评价中,就是符合常见条款的商事格式条款在原则上应被认为是合理的,<sup>[35]</sup> 进而在原则上是有效的。典型的例子是,在国际商事货运保险领域,对于由专业组织所制定、在本行业普遍使用的格式条款,法院通常会认定其有效,例如伦敦保险协会制定的货物保险条款。<sup>[36]</sup>

保护预期和缓和僵化是常见条款“效力肯定”功能的内在机理。常见条款是实然层面的;合理性评价是价值判断,是规范层面的。常见条款这一实然层面的现象,之所以能作为进行合理性评价的考量因素,根源在于常见条款在价值和功用上的双重正当性。在价值层面,“保护商事自由”的司法政策为常见条款这一实然层面的现象赋予规范意义。“保护商事自由”本质上是保护商人的预期免受公权力恣意干涉。常见条款基于自由市场形成,其根基是该行业或地域的商人自治,其内容反映商人的预期。虽然格式条款微观上包含的双方合意度不足,但常见条款所包含的宏观上商人整体合意度是充足的。以常见条款判断格式条款的效力,就是以“整体合意”补充难以追溯的“双方合意”,体现了商事自由的核心精神。在功用层面,常见条款缓和过分依赖权益减损判断所带来的僵化。权益减损判断显然没有考虑到商事交易的特点。常见条款作为商事实践的表现形式之一,对其进行考量才能做到依法裁判和个案正义相统一。

如何认定常见条款?在理论上,常见条款的认定过程,应当能充分反映相关行业或地域中类似交易行为的客观常态。将其与商事习惯法相比较,有助于厘清常见条款的认定方法。商事习惯法的认定包含“体素”(客观的惯常行为)和“心素”(主观的法律确信)两个层面。<sup>[37]</sup> 其中,客观的惯常行为反映相关行业或地域中类似交易行为的常态,与常见条款的内涵相契合。只要某

[34] Vgl. Huth, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche, 2017, S. 342.

[35] Vgl. Huth, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche, 2017, S. 341f.

[36] 参见上海海事法院(2018)沪72民初472号民事判决书。

[37] 参见张谷:《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》,载《中国应用法学》2017年第4期。

一合同条款长期在相关行业或地域内被普遍使用且具有典型性，这一合同条款就是常见条款，<sup>〔38〕</sup>无论这一合同条款是否为格式条款。参考商事习惯法的“体素”，<sup>〔39〕</sup>常见条款应非纯粹偶然性地重复使用，而应在效力范围和形成方式上满足特定条件。具体分析之，第一，在效力范围上，应能界定常见条款被使用的范围，即一定观念或物理的范围（行业或地域）。第二，在内容构成上，常见条款在前述范围内应为惯常从事交易的商事主体所了解，并客观上反映了特定行业或地域内商事主体的行为常态。由此，不能期待消费者或者非此行业或地域的商事主体受其约束。第三，在形成方式上，常见条款必须被反复使用足够的时间。由此，我们可以期待在相应行业或地域中，商事主体对于常见条款形成普遍而可靠的交往预期。<sup>〔40〕</sup>在实践中，常见条款要形成普遍而可靠的交往预期，至少要呈现“异主体、异标的”的多笔交易。常见条款反映客观层面的商事实践，不需要判断商事主体是否形成自愿受其约束之“法律确信”。<sup>〔41〕</sup>

常见条款比商事习惯法更能适配效力评价规则。常见条款不仅在形式上更符合效力评价的特点，而且构成要件上也更加宽松。第一，常见条款能以格式条款的形式存在。在格式条款的效力评价中，应该首先关注本行业或地域中，其他商事主体是否也使用类似内容的格式条款。这一定位使得常见条款比商事习惯法的聚焦点更明确，与争议条款的关联性更强。第二，常见条款不需要“法的确信”这一要件。“法的确信”具有主观性，适用难度大。常见条款的查明仅限于客观层面，更具有可操作性和可预期性。

常见条款的查明过程更易获得证据，证明标准低。首先，文本的公开性降低常见条款的查明难度。标准文本和示范文本是常见条款的通常存在形式。标准文本是企业自己制定的格式合同，或者适用于某类交易的文件，一般都会在其官方网站、营业地点或行业协会等场所公开，例如修船保险条款。<sup>〔42〕</sup>即使其未主动公开，标准文本大量重复使用，不适宜包含商业秘密等敏感信息，具体价格和交付条件由个别磋商条款体现，因而商人会主动将其标准文本发送给有交易意向的客户，导致少数未公开的标准条款取证难度也并不高。示范文本为权威组织或机关指定的具有示范性的格式合同（《民法典合同编司法解释》第9条第1款），其中往往包含本行业的常见条款。无论是在我国本土司法实践，还是在比较法视角，示范文本通常被认为是必须被尊重、被了解的行业常识，<sup>〔43〕</sup>是为本行业惯常参与者熟知的公开的缔约文本，例如我国的建设工程合同示范文本中的通用条款<sup>〔44〕</sup>和德意志运输业一般条款（Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen）。<sup>〔45〕</sup>

〔38〕 Vgl. Huth, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche, 2017, S. 342.

〔39〕 Vgl. Koller, in: Staub HGB, 5. Aufl., 2011, § 346, Rdn. 6.

〔40〕 Vgl. Oetker, in: Pamp HGB, 7. Aufl., 2021, § 346, Rdn. 9.

〔41〕 Vgl. Huth, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche, 2017, S. 342.

〔42〕 参见最高人民法院（2018）最高法民申6080号民事裁定书；辽宁省高级人民法院（2018）辽民终400号民事判决书。

〔43〕 Vgl. Fornasier, in: MüKoBGB, 9. Aufl., 2022, § 305 Rdn. 105.

〔44〕 在我国司法实践中，建设工程合同示范文本的通用条款可以由专用条款和补充协议改变，法院一般不直接否定通用条款的效力。参见江苏省淮安市中级人民法院（2021）苏08民终4847号民事判决书；最高人民法院（2019）最高法民再110号民事判决书。

〔45〕 Vgl. BGH NJW 1973, 2154 (2154ff. ).

其次,常见条款证明标准低。理想情况下,该行业所有或绝大多数参与者都使用某一条款,该条款才能被认定为常见条款。<sup>[46]</sup>但现实情况下,证明标准完全不必如此高。效力评价要考量常见条款,争议条款的双方当事人必然是该行业的惯常参与者,因此都有对本行业中惯常使用条款的充足举证能力。商事习惯法和常见条款的性质差异,决定了其证明标准完全不同。商事习惯法本身就具有规范性,法官厘清商事习惯法实质上是对规范的理解过程,并非案件相关事实查明的过程,因此商事习惯法的证明要达到极高的确信度,以满足规范性的“心素”。常见条款则不同,只有其能体现商事自由时,才被纳入合理性评价的考量范围,也才能被赋予有条件、规范意义上的效力肯定功能。查明常见条款在性质上仍是案件事实证明过程,遵循的是普通民事诉讼的证明标准。民事诉讼并非遵循排除合理怀疑的标准。提出方承担常见条款的证明责任,相对方也可以提出反证。提出方所举出使用常见条款交易的频率,只要比相对方盖然性占优即可。提出方并不需要去证明“该行业所有或绝大多数参与者都使用某一条款”,这却是商事习惯法所必需的。最后,并不要求争议格式条款完全符合常见条款。常见条款的效力肯定功能仍然是“范式”作用,争议格式条款只要与常见条款的内容“大致相当”即可。

具体案件中,合理性评价如何考量常见条款?针对前文提及的典型案列“斗殴免责条款案”,法院以“斗殴免责条款”已加粗加黑方式印刷为由,判定此格式条款有效;然而,本案的关键问题不在于“特殊标记”,而在于“斗殴免责条款”的内容。因为即使该条款有“特殊标记”,法官仍要检验案涉条款是否符合《民法典》第497条的所列情形,然后才能判定效力。“斗殴免责条款”是免除保险人(提出方)的责任,落入第497条第2项的适用范围。随之而来的问题是,“斗殴免责条款”是否合理呢?被保险人的斗殴行为是在故意升高风险。被保险人故意升高风险也是雇主责任保险常见的除外责任事由,即此类除外责任条款是雇主责任保险合同的常见条款。格式条款若符合常见条款,原则上有效,因而可以得出的初步结论是:案涉“斗殴免责条款”原则上是有效的。

综上,合理性评价考量常见条款,以考量商事实践的惯常做法来补充商事习惯法的缺位。常见条款缺少“法的确信”,其效力相应弱化,在效力层级上弱于商事习惯法。因而,符合常见条款的格式条款并非一定有效,而只是原则上有效。虽然常见条款能客观地反映商事交易的惯常形态,但是只有在相应行业或地域中商事自由充分的情况下,常见条款才有商人整体意思自治的支撑,与之“大致相当”的争议格式条款随之被评价为有效;反之,就不能根据常见条款评价争议格式条款的效力。

## 2. 经济依赖表明欠缺自由市场

“经济依赖”应用于商事合同格式条款的效力评价中,其核心要义是,对于相对方而言,与提供方的交易具有一定意义上的稀缺性,缺乏可替代的选项或可替代的选项成本过高,从而,相对方对提供方产生经济层面的依赖,导致相对方不得不接受对自己不利的格式条款。<sup>[47]</sup>经济依赖意味着“必须交易”,如果相对方一旦拒绝缔约,往往会面临被排挤出市场的后果,那么格式条款的内容无论多么不合理,相对方也不得不接受。当这一“必须交易”的情况,在某一行业或

[46] Vgl. Fornasier, in: MüKoBGB, 9. Aufl., 2022, § 305 Rdn. 106.

[47] Vgl. Stomps, Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2011, S. 286f.

地域内相当普遍，常见条款就不再能体现商人整体的自由意志。需要注意的是，经济依赖并非直接否定格式条款的效力，只是否定常见条款作为效力评价标准的正当性。

经济依赖的背后是自由市场的欠缺。根据通说，商事自由是指商人的营业自由。<sup>〔48〕</sup>基于不同视角，营业自由可细分为微观层面的合同自由和宏观层面的自由市场。在微观层面上，合同自由不完整，不能支撑格式条款的效力。在宏观层面上，自由市场是支撑格式条款效力的另一种可能。具体而言，常见条款基于自由市场形成，反映特定行业或地域的惯常做法，背后是该行业或地域的商人自治。当事人之间当然可以基于充分合意，作出背离商事交易实践的约定。但如若此种合意并未达成，当事人基于自由市场达成内容近似常见条款之约定，也并非异常。因而，常见条款完全可以当作标尺，衡量有无必要否定格式条款的效力。这一标尺作用的前提是自由市场。在自由市场中，商人之间运用格式条款缔约，目的只是减少交易成本。如若相对方在经济上依赖于提出方，市场是部分失灵的，常见条款也就不再具有适用于个案的正当性了。可见，经济依赖消解常见条款的效力肯定功能。这里的“经济依赖”当然是指相对方在经济上依赖于提出方。

类型化可辅助对经济依赖的判断。基于产生原因不同，经济依赖可分为四类：主体依赖、短缺依赖、需求依赖和品类依赖。第一，主体依赖。主体依赖是指，依赖特定商事主体所提供的产品或服务，缺乏足够且合理的替代性主体。<sup>〔49〕</sup>主体依赖的一个典型例子是，汽车制造业中，供应商往往对专属于特定品牌订制配件进行重大投资，而对该品牌汽车制造商具有主体依赖。<sup>〔50〕</sup>第二，短缺依赖。短缺依赖表现为，特定产品或服务持续供给不足，有需求的主体依赖于少数供给主体。<sup>〔51〕</sup>第三，需求依赖。需求依赖是由于供给相对过剩而产生，产品或服务的供给者不掌握其他有效的销售途径，依赖于部分特定买家或销售渠道，供给者与买家或居间的销售平台之间产生依赖。<sup>〔52〕</sup>第四，品类依赖。品类依赖是指需求者（零售商或批发商）依赖于某些特殊的供给（例如某一或某些品牌产品），以维持自身的竞争力。<sup>〔53〕</sup>在商事交易中，经济依赖带来颠覆性影响——即使被依赖方提供的格式条款隐藏着消极后果，依赖方对此也心知肚明，仍有可能被迫接受。<sup>〔54〕</sup>进一步，无论依赖方“明知”格式条款的内容与否，也无论被依赖方是否对具有消极后果的内容“特殊标记”，双方是否“签字盖章”，都不能说明双方的合意度充沛。

作为常见条款“效力肯定”功能的例外，如果相对方因经济依赖接受争议格式条款，那么常见条款不再具有效力肯定功能。经济依赖并非独立标准，不能用以确定格式条款是否符合商事实践。认定规则的第三个要件是“未与对方协商”，即格式条款的缔约过程缺少实质合同自由，相

〔48〕 参见张大为：《论营业自由的性质及其法律规制》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2013年第6期；肖海军：《论营业权入宪——比较宪法视野下的营业权》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2005年第2期；陈景善：《商事自由中的行政监管与司法判断界分》，载《行政法学研究》2021年第4期。

〔49〕 Vgl. Lettl, Kartellrecht, 5. Aufl., 2021, S. 325 f.; Emmerich/Lange, Kartellrecht, 14. Aufl., 2018, S. 264 f.; Stomps, Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2011, S. 286.

〔50〕 Vgl. Emmerich/Lange, Kartellrecht, 14. Aufl., 2018, S. 267.

〔51〕 Vgl. Markert, in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2014, § 20 GWB, Rdn. 75.

〔52〕 Vgl. Markert, in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2014, § 20 GWB, Rdn. 77.

〔53〕 Vgl. Nothdurft, in: Bunte/Lange Kartellrecht Kommentar, 14. Aufl. 2021, § 20 GWB, Rdn. 38ff.

〔54〕 Vgl. Stomps, Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2011, S. 289.

对方事实上未参与协商。<sup>[55]</sup> 未协商的原因可能是因经济依赖而必须交易,也可能只是商人之间为了降低交易成本。在这两个可能原因中,经济依赖否定自由市场,降低交易成本肯定自由市场,是“非此即彼”的关系。原则上是默认自由市场存在的,因而未协商的原因也就被推定为降低交易成本。相应地,自由市场条件下产生并获取正当性的常见条款,可用以判断格式条款是否符合自由市场条件下的商事实践。但是,相对方因经济依赖而接受格式条款,自由市场就被证伪了;市场不自由,“未协商”的原因是经济依赖,合理性评价不必去考量常见条款了,除非事实上能证明经济依赖与接受争议格式条款之间缺乏因果关系。

美团“二选一”条款案是经济依赖的典型案。国家市场监督管理总局对美团“二选一”条款作出的行政处罚决定书(国市监处罚〔2021〕74号)就提到:“截至2020年底,当事人网络餐饮外卖平台的消费者日均活跃用户数2230万,且用户黏性较强,对平台内经营者形成很强的跨边网络效应和锁定效应;当事人网络餐饮外卖平台是平台内经营者开展餐饮外卖交易的主要网络销售渠道,放弃当事人平台会较大程度影响其营收;用户和数据是平台内经营者在当事人平台积累的重要资源,难以迁移至其他平台。”<sup>[56]</sup> 由此可见,电商平台把握从供给端到需求端的居间渠道,商户如欲与需求端对接,则不得不通过具有优势地位的电商平台,电商平台借此要求商户“忠诚不二”,这是典型的“需求依赖”。“二选一”当然不利于商户的利益,商户仍然被迫接受。这早已不是理想情况下的商人自治,因而也就不必放任。“二选一”条款即使是“常见条款”,也无法肯认格式条款效力。但这并不意味着,依效力评价规则,美团“二选一”条款案应该被宣告无效,仍需要通过合理性评价进一步判定其是否符合效力评价规则的内在设想。

### 3. 常见条款和经济依赖构成“原则—例外”关系

从商事合同格式条款符合常见条款这一客观事实出发,原则上可推断出该条款的有效性,所遵循的理论模型是“征引”(indizieren)。该模型首先由王泽鉴先生从德国法引入,<sup>[57]</sup> 是指:事实符合规则的构成要件时,可推定(征引)违法性;在不存在例外事由的情况下,这一违法性不需要被进一步确认;例外事由的论证或证明负担一般由主张合法的当事方承担。“征引”模型中,一般会通过示例设定可被推翻的假定(widerlegbare Vermutung),为司法权衡提供更高的确定性。比较法上有诸多例子,例如《德国刑法典》243条第1款设置多种情形,满足这些情形之一则假定存在严重盗窃行为;<sup>[58]</sup> 再例如《德国民法典》310条第1款虽规定第308、309条不能直接适用

[55] 另一种观点认为,“未与对方协商”应该理解为“未能与对方协商”。参见张建军:《格式合同立法缺陷之分析》,载《法律适用》2005年第12期;张友连:《论合同格式条款的识别与解释》,载《济南大学学报(社会科学版)》2005年第6期;高圣平:《格式条款识别探析——兼评我国相关地方立法》,载《吉首大学学报(社会科学版)》2005年第2期;庄海丽:《论〈合同法〉对格式条款的法律规制——评析〈合同法〉第39、40、41条》,载《山东社会科学》2005年第12期。此种观点核心主张之一是,判断能否协商时要考量经济依赖之类的缔约环境因素,以考察相对方是否具有可能的协商机会。参见赵笋:《格式合同的认定标准》,载《人民司法·案例》2021年第5期。上述观点并未在《民法典》的制定过程中被接受,也与《民法典合同编司法解释》第9条的内在精神并不相符。根据该条,即使以个别约定声明主合同并非格式条款,也并不能排除格式条款的法律规则的适用。该条将认定规则的重点放在实际协商过程而非可能的协商机会上;即使有协商机会,但成本与合同价值不成比例,也应认定为“未与对方协商”。参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第126页;谢鸿飞、蔡睿、刘平、萧鑫、詹诗源、欧达婧:《中华人民共和国民法典合同编通则司法解释释义》(社科院版),中国法制出版社2023年版,第101页。

[56] 《国家市场监督管理总局行政处罚决定书 国市监处罚〔2021〕74号》,载 [https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art\\_31910760066b4f69aa119a20dee250ad.html](https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art_31910760066b4f69aa119a20dee250ad.html), 最后访问时间:2024年7月31日。

[57] “征引”也被称为“推定”“表征”或“指明”。参见王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第271页。

[58] Vgl. Eisele, Die Regelbeispielmethode: Tatbestands-oder Strafzumessungslösung, JA 4 (2006), 309, 310.

于商事合同格式条款，司法裁判中仍认为，商事合同格式条款一旦满足第 308 或 309 条所列举的情形，就会产生“征引”效果——格式条款应被假定为不合理。<sup>〔59〕</sup>“征引”模型通过设定预先保留的例外，弱化了预先设想情形的拘束力，同时又为司法权衡的展开铺设了确定的轨道。这恰与常见条款和经济依赖的关系相符，常见条款类似“预先设想的情形”，经济依赖则是“预先保留的例外”。

常见条款和经济依赖相互作用，所体现的核心思想是“原则—例外”。与常见条款相符的格式条款原则上有效，除非相对方因经济依赖而接受格式条款（例外）。与典型的“征引”稍有不同的是，格式条款“符合”常见条款，原则上可推导出（征引）格式条款的“合法性”（即《民法典》第 497 条第 2 项中的“合理”），而非违法性。相应地，“例外”事由的存在可推翻这一合法性假定。在“原则—例外”关系之外，客观而言，常见条款虽然查明难度小，但仍存在无法被查明的可能性；即使能查明，如若争议格式条款与常见条款并非“大致相当”，常见条款的效力肯定功能也就无法实际运行了。综上，相对方因经济依赖接受争议格式条款，或是常见条款无法被查明，抑或争议格式条款与常见条款并非“大致相当”，则意味着无法依靠常见条款进行合理性评价。在此情况下，合理性评价则必须在常见条款之外另辟路径了。

## （二）保护必要性决定审查强度

如果无法依靠常见条款进行合理性评价，合理性评价转为依靠保护必要性分析，以制约权益减损判断。本文所指的“保护必要性”，均是“保护相对方的必要性”，但表述上根据行文需要会有所简化。权益减损判断本质上是对格式条款相对方的一种“保护”；合理性评价考量商事交易的具体情景，判断施加此种“保护”的必要性。格式条款相对方的缔约能力和经济实力越强，保护必要性（Schutzbedürfnis）就越小。<sup>〔60〕</sup>虽然总体而言，商事主体的保护必要性相较于消费者更低，但是就个案而言，不同的商事主体的保护必要性仍有差异，需要具体判断。

### 1. 分析保护必要性确保合理性评价的差异化

合理性评价本质上是在格式条款提出方和相对方之间，选择更值得保护的一方。针对商事合同，我国当前司法实践无疑是更偏重保护提出方。比较法上的反例是，德国联邦法院较为偏重保护相对方，<sup>〔61〕</sup>其理由是：作为危险的创造者，提出格式条款一方更有理由承担不利后果。<sup>〔62〕</sup>相较于事先预定保护哪一方，差异化的合理性评价在个案中判断相对方是否属于效力评价规则的保护范围，因而更能体现个案差异，也更具有说服力。例如前文提及的“公平交易条款案”中，案涉条款（供应商不得实施商业贿赂行为，一经发现，联想公司除可解除本合同外，还可要求供应商支付相关违约金）显然不太可能在相应行业或地域内长期、普遍地被使用。在此情况下，就需要判断相对方三茗公司是否具有保护必要性。这显然比法院所使用的裁判理由（三茗公司缔约时明知合同条款内容，合同条款就不再是格式条款）更能体现个案的差异性，也就更具有说服力。

例如前文的“信用证管辖协议案”中，保护必要性分析能使裁判更具有说服力。在本案中，涉案合同声明“双方经协商一致，特订立本合同”，合同已由双方签字盖章。法院以此为由，认定所有合同条款均非格式条款。此类裁判理由显然站不住脚，因为此类“协商一致”的声明几乎

〔59〕 Vgl. BGH NJW 2016, 2173 (2176).

〔60〕 Vgl. Fornasier, in: MüKoBGB, 9. Aufl., 2022, § 305 Rdn. 4.

〔61〕 Vgl. BGH, NJW 1985, 914 (916).

〔62〕 Vgl. Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 959.

存在于所有格式或非格式合同中，不能证明实际有过协商与否。本案的核心争议在于管辖权条款的效力。更合适的路径是，基于消费者合同和商事合同的保护必要性差异——对商事合同的限制至多与对消费者合同的限制相当，确定审查强度。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第31条规定：“经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的，人民法院应予支持。”进一步，既然司法解释允许消费者合同包含以管辖协议为内容的格式条款，只是同时对经营者施以提示义务，那么对于商事合同，在当然解释上，合理性评价就更不可能认为相对方具有保护必要性了。所以，案涉商事合同管辖协议条款即使内容均衡度有所不足，也应被认为是“合理的”，但这与是否存在“签字盖章”或“协商一致”的声明并无关系。

保护必要性的分析如何在《民法典》第497条的具体适用中得以体现？保护必要性分析中并不能推导出直接适用的规则，只是用以调整裁判尺度，即法院根据保护必要性，决定是否接受权益减损判断的结论，从而达到立法逻辑中以合理性评价限制权益减损判断的效果。质言之，首先，列出相对方具有保护必要性的条件，即保护条件。其次，满足保护条件时，效力评价以权益减损判断为准，要求格式条款的内容与权益分配的应然状态“大致相当”，否则就是“不合理的”，但至多与对消费者合同的保护程度相同。最后，不满足保护条件时，不接受权益减损判断的结果，商事合同格式条款即使与权益分配的应然状态达不到“大致相当”，也被默认是“合理的”。可见，保护必要性分析并非权益减损判断本身，而是用于制约权益减损判断，属于合理性评价；保护必要性分析中，最重要的是如何确定保护条件。

## 2. 依据效力评价规则的内在设想分析保护必要性

保护必要性分析的根据是效力评价规则的内在设想。效力评价规则有自身的内在设想，即其设想要规制的对象或情况。效力评价规则的目标是实现合同正义，竞争法的目标是维护市场秩序。符合效力评价规则的内在设想，才能依据其判定无效，否则就需要由竞争法规制，或者属于商事主体责任自负的范围。任何规则的内在设想往往隐含在最常见的适用对象之中，即规则适用的最典型案例型。在效力评价规则的内在设想之中，消费者合同中内容显著不均衡的格式条款应当无效。论证其无效的理由不外乎：首先，格式条款的内容对于消费者而言显著失衡；其次，经营者和消费者的经济实力差异较大；最后，经营者和消费者之间存在信息不平衡。经济实力差异和信息不平衡都导致磋商能力差异过大。其中，信息不平衡原因可能有两种：一是与合同价值相比，消费者深入评估格式条款的交易成本过高，以至于成本收益不成比例，因而放弃评估；<sup>[63]</sup>二是消费者专业知识和交易经验显著不足，以至于无法评估。<sup>[64]</sup>总结之，内容不均衡、经济实力差异大和信息不平衡，是效力评价规则对无效格式条款的内在设想。

保护必要性的分析，是将效力评价规则的内在设想与商事交易的具体情景相对照。商事合同与效力评价规则的内在设想相符时，相对方就具有保护必要性。在上述内在设想中，是否均衡，属于权益减损判断的内容。无论商事合同还是消费者合同，无效的格式条款一定是内容不均衡的。经济实力差异大和信息不平衡，则属于合理性评价的内容。商事合同与效力评价规则的内在

[63] Vgl. BT-Drs. 7/3919, S. 13.

[64] Vgl. Maier-Reimer/Niemeyer, Unternehmenskaufvertrag und AGB-Recht, NJW 24 (2015), 1713, 1716.

设想相比，可能的不同之处在于：首先，商人的经济实力较强，当事人之间经济实力差异原则上属于正常的市场现象，一般无损自由市场的预设；其次，商人一般都具有充足的交易经验和专业知识，信息不平衡的风险较小。但是，这些假设并非必然。如若在经济实力差异大和信息不平衡等方面，有的商事合同符合效力评价规则的内在设想，法律又从未否定过效力评价规则对于商事合同的可适用性，也就很难否认相对方的保护必要性了。

基于经济实力差异，小微企业面对非小微企业时，可能具有保护必要性。根据经济实力差异的设想，保护弱者是格式条款效力评价规则的隐含前提。<sup>〔65〕</sup> 小微企业是典型的经济实力弱者。不同国家和地区分类标准和保护范围虽有所不同，<sup>〔66〕</sup> 但均有保护小微企业的共同取向。基于企业住所地法判定小微企业，能保护商事交易的可预期性。在格式条款的效力评价中，保护小微企业不可或缺的前提是，格式条款的相对方是小微企业，而提出方并非小微企业。满足此前提，仅意味着符合了效力评价规则内在设想中的“经济实力差异大”，要进一步检验是否存在“信息不平衡”才能判定是否确实存在保护必要性。

通过信息是否失衡的判定，可以进一步具体化小微企业应受保护的条件。原则上，商人丰富的交易经验和能力可以一定程度上矫正信息不平衡。而且，法律对商事主体责任自负（Selbstverantwortung）的要求也较高：信息劣势即便有可能难以为商事主体的交易经验和能力所弥补，原则上仍属于责任自负的范畴，因而商事主体原则上不在保护范围之内。<sup>〔67〕</sup> 但是，有原则就有例外。例外之一就是，当事人之间核心业务范围的显著差异，导致信息不平衡，这就涉及核心业务的判断。

依据合同当事方的核心业务，可判断信息是否失衡。商事主体交易经验和能力并非无死角、全覆盖。商事主体惯常从事业务（即核心业务）和仅是偶然参与的业务（即非核心业务）相比，在交易经验和能力上有显著差别。从核心业务到非核心业务，由于交易频率和经营资源分配等原因，商事主体的交易经验和能力骤减。<sup>〔68〕</sup> 如果合同的主给付义务不属于相对方的核心业务，相对方虽为商事主体，仍不具有矫正格式条款所导致信息失衡的交易经验和能力。<sup>〔69〕</sup> 换言之，如果合同的主给付义务属于提出方的核心业务，但属于相对方的非核心业务，双方之间的交易经验和能力的差别显而易见。如果商事主体具有强大的经济实力，一定程度上可弥补非核心业务的交易经验和能力的不足。相反，小微企业的经济实力显然无法弥补，因而对其责任自负的要求也应相应降低。

核心业务的认定应该以营业登记为基准，<sup>〔70〕</sup> 同时结合合同所归属的交易判断。首先，营业登记的内容是判定核心业务的基准。营业登记是依商事主体的申请而进行，一般记载有营业范

〔65〕 参见王利明：《标准合同的若干问题》，载《法商研究（中南政法学院学报）》1994年第3期；梁慧星：《合同法的成功与不足（上）》，载《中外法学》1999年第6期；Leuschner, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr-Zu den Grundlagen einer Reformdebatte, JZ 65 (2010), 875, 878.

〔66〕 参见《中小企业划型标准规定》、Commission Recommendation 2003/361/EC 和《德国商法典》第267条。

〔67〕 Vgl. Hellwege, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, 2010, S. 579.

〔68〕 Vgl. Uusitalo, Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr zwischen Deutschland und Finnland, 2012, S. 164.

〔69〕 Vgl. Axer, Rechtfertigung und Reichweite der AGB Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 136.

〔70〕 Vgl. Huth, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche, 2017, S. 323.

围。从合同双方的权益均衡出发,原则上超出相对方营业范围的交易不应被视为核心业务,相对方的营业登记有公示效力,让格式条款的提出方了解相对方的核心业务,也让相对方受到约束。其次,争议合同是否能直接归属于特定营利性交易的一部分,是判定核心业务的辅助标准。商人的交易行为可能超出自身的营业登记。并非任何涉及经营性活动的行为都是核心业务。核心业务的本质是开展特定的营利性交易,因而任何合同只要能直接归属于特定的营利性交易,就应该被视为开展核心业务。判断具体合同是否属于商人的核心业务时,应先判断是否属于其营业登记;如不属于营业登记,才有必要判断是否能直接归属于特定的营利性交易。典型案例是“租赁办公场所案”。<sup>[71]</sup> 本案涉及租赁合同,出租方为专业租赁公司,承租方租赁店面以开展营业活动,合同关系适用出租方的格式条款;租赁行为属于出租方的营业登记事项,并不属于承租方的营业登记事项。这一租赁合同只是概括地为了开展营业活动而达成,却不能直接归属于承租方特定的一笔或数笔营利性交易。因此,本案中的租赁合同属于出租方而非承租方的核心业务。

合理性评价确定相对方是否具有保护必要性,随之决定了权益减损判断的结果是否被接受。在权益减损判断中,格式条款如果无法做到与权益均衡的应然状态“大致相当”,就会被评价为“不均衡”。随之展开合理性评价。在合理性评价无法借助常见条款时,进行保护必要性分析。若相对方具有保护必要性,“不均衡”的格式条款就被评价为“不合理”;反之,则被评价为“合理”。基于前述关于小微企业和信息失衡的讨论可知,同时满足四个条件可认为相对方具有保护必要性:(1) 小微企业为相对方;(2) 格式条款提出方并非小微企业;(3) 合同属于提出方的核心业务;(4) 合同不属于相对方的核心业务。上述保护条件最大程度还原了效力评价规则的内在设想,也最为接近现有司法政策效力评价的审慎态度,既有助于提高裁判的可接受度,又能实现裁判的可预期性,最大程度兼容了立法逻辑与司法政策。尽管如此,个案中保护条件仍一定程度受司法政策的影响。如果司法政策要进一步倾向于保护小微企业,保护条件就要比前述条件更宽松;反之,保护条件则会比前述条件更严格。但无论如何,依照效力评价规则内在设想所设置的前述四个条件可作为司法政策调节的起点。

## 五、结 论

《民法典》第497条要求法院深度介入合同关系,审查格式条款内容是否符合合同正义这一价值目标。当前司法裁判有意识地绕开了《民法典》第497条,裁判理由与立法逻辑并不一致,且在体系上难以自洽。当前司法裁判意欲保护的商事自由,实际操作上变成对合同自由的抱残守缺。合同自由应当包括形式和实质两个侧面。格式条款特殊的缔约过程使得实质合同自由缺失,司法裁判的保护对象自然也就不可能完整。事实上对于格式条款,合同正义的实现无法再依赖合同自由。合同正义不仅包括均衡性,还应包括适当性。《民法典》第497条新增的合理性评价,主要是判断适当性,即考量商事交易与民商合一规则设想相比的不同之处,以决定是否有必要维持或否定格式条款的效力。

《民法典》第497条第2项由权益减损判断和合理性评价两个部分组成。权益减损判断只是

[71] Vgl. BGH NJW 2005, 2006 (2006ff. ).

可被推翻的初步判断。通过合理性评价对商事实践或情景加以考量，法官可以决定能否推翻这一初步判断。对商事实践的考量不应仅限于商事习惯法，还应包括常见条款。格式条款若与常见条款“大致相当”，则原则上有效。常见条款“效力肯定”功能的内在机理是保护预期和缓和僵化。常见条款的认定过程应当能充分反映相关行业或地域中类似交易行为的客观常态。常见条款的证明难度显著低于商事习惯法，证明常见条款更易获得证据，证明标准更低。当相对方因经济依赖接受争议格式条款时，常见条款不再具有“效力肯定”功能。相对方因经济依赖接受争议格式条款，或是常见条款无法被查明，抑或争议格式条款与常见条款并非“大致相当”，则意味着无法依靠常见条款进行合理性评价。在此情况下，合理性评价则应当基于效力评价规则的内在设想，分析保护相对方的必要性，确定施加保护的具体条件。符合保护的具体条件时，权益减损判断的结果被合理性评价所接受，即“不均衡”的格式条款会被评价为“不合理”。在不符合保护的具体条件时，权益减损判断的结果被合理性评价所推翻，即“不均衡”的格式条款会被评价为“合理”。

---

---

**Abstract:** Article 497 of the Chinese Civil Code applies to b2b contracts. The judicial rulings avoid the application of Article 497 of the Chinese Civil Code. The arguments of the rulings do not comply with the logic of the legal rules on standard business terms and the basic spirit of the Judicial Interpretation of the Contract Part of the Chinese Civil Code. With the help of the evaluation of reasonableness required by Article 497 of the Chinese Civil Code, the court should properly consider business practices when evaluating the validity of standard clauses in b2b contracts. Commonly used clauses, economic dependence and the necessity for protection are factors that must be considered in the evaluation of reasonableness. Commonly used clauses are typical contract clauses commonly used in b2b contracts in relevant fields or regions in the long term. Commonly used clauses have the function to confirm the validity of standard business terms in principle. If a standard business term is accepted because of the other party's economic dependence, or if the court is not able to prove relevant commonly used clauses, or if the standard business term and its relevant commonly used clause are not compatible, the necessity for protection must be judged based on the purposes of the legal rules from case to case in order to judge whether an imbalanced standard business term is reasonable.

**Key Words:** standard business terms, evaluation of reasonability, commonly used clauses, economic dependence, necessity for protection

---

---

## 《民法典》违约精神损害赔偿条款的司法适用 ——基于《民法典》生效后 202 个案例的实证考察

许素敏\*

**内容提要：**《民法典》第 996 条系真正的违约精神损害赔偿条款，该条规定的精神损害赔偿属于违约责任，守约方可直接在违约之诉中主张精神损害赔偿，而无需再绕道侵权之诉。违约精神损害赔偿不以守约方的人格权遭受侵害为前提条件，也适用于其他可能导致合同当事人精神利益受损的情形。违约精神损害赔偿适用的合同类型应以可预见性规则作为判断标准，从“合同目的与当事人精神利益紧密相关”“合同标的物具有情感价值”“合同与人身安全密切相关”三个维度判断具体合同纠纷是否可以适用违约精神损害赔偿。

**关键词：**违约精神损害赔偿 违约责任 精神利益 人格权

### 一、引言

违约精神损害赔偿一直是学术界争议比较大的话题。传统民法理论认为精神损害赔偿不属于违约责任的范畴。<sup>〔1〕</sup>《民法典》生效之前，多数法院认为违约责任不包括精神损害赔偿，<sup>〔2〕</sup>只有少数法院支持守约方在违约之诉中提出的精神损害赔偿诉求。<sup>〔3〕</sup>2010 年 11 月 1 日开始实施的原《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 21 条规定：“旅游者提起违约之诉，主张精神损害赔偿的，人民法院应告知其变更为侵权之诉；旅游者仍坚持提起违约之诉的，对于其精神损害赔偿的主张，人民法院不予支持。”该条款直接否定旅游纠纷中违约之诉的

\* 许素敏，上海交通大学凯原法学院博士研究生、上海交通大学中国法与社会研究院研究助理。

本文为国家社科基金重大项目“大数据时代个人数据保护与数据权利体系研究”（18ZDA145）的阶段性研究成果。

〔1〕 参见王利明：《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》，载《中国法学》2011 年第 3 期。

〔2〕 参见辽宁省盘锦市中级人民法院（2020）辽 11 民终 1201 号民事判决书。

〔3〕 参见江苏省镇江市中级人民法院（2019）苏 11 民终 2969 号民事判决书。

精神损害赔偿责任，多数法院据此直接驳回旅游者的精神损害赔偿诉求。<sup>〔4〕</sup> 违约之诉不支持精神损害赔偿几乎成为司法实践的惯常做法。对于此种现象，学界也不乏批评之声。例如，以崔建远教授为代表的多位学者主张精神损害赔偿责任并非侵权所独有，违约场合也可适用。<sup>〔5〕</sup> 《民法典》第 996 条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。”该条款首次在民事基本法层面明确违约产生的精神损害赔偿应获得支持，但其是否属于真正的违约精神损害赔偿条款，存有诸多疑惑，引发学界的激烈讨论。本文将以《民法典》生效后审结的 202 个民事案例<sup>〔6〕</sup>为主要研究对象，分析《民法典》第 996 条在司法适用中面临的困境，并提出解决建议。

## 二、违约精神损害赔偿的适用困境

《民法典》第 996 条虽然明确守约方主张违约责任不影响其主张精神损害赔偿，但该条款存在诸多尚不明朗之处，由此导致违约精神损害赔偿的司法适用存在诸多疑难问题，未能形成统一的司法裁判观念，有待进一步厘清与明确。

### （一）违约精神损害赔偿的正当性存疑

按照《民法典》第 996 条的规定，守约方提起违约之诉，并不影响其请求精神损害赔偿。由于立法者采用“不影响”的表述，导致该条款所规定的精神损害赔偿责任存在性质不明的问题，《民法典》第 996 条是否确立违约精神损害赔偿在理论和司法层面均存在较大分歧。所谓的“不影响”，指的是守约方请求违约方承担精神损害赔偿的权利不因其主张违约责任而消灭，具体存在三种可能。其一，守约方可以在违约之诉中同时主张精神损害赔偿的侵权责任。例如，有学者认为《民法典》第 996 条实际是采用诉的合并的方式，将违约之诉和精神损害赔偿合并审理，属于请求权的聚合。<sup>〔7〕</sup> 也有学者认为根据《民法典》第 996 条的规定，守约方既可以基于对方的违约行为主张财产损害赔偿，也可以基于对方的侵权行为主张精神损害赔偿。守约方可以同时行使两种请求权，这两种请求权不属于择一行使的相互排斥关系。<sup>〔8〕</sup> 其二，守约方可以在违约之诉之外另行提起侵权之诉，向违约方主张精神损害赔偿的侵权责任。例如，有学者指出，根据《民法典》第 996 条，对于违约行为引起的精神损害赔偿，需要在违约责任和侵权责任竞合时提起侵权之诉才可能获得。<sup>〔9〕</sup> 其三，守约方可以在违约之诉中主张精神损害赔偿的违约责任。例

• 423 •

〔4〕 参见山西省晋中市中级人民法院（2019）晋 07 民终 3013 号民事判决书。

〔5〕 参见崔建远：《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》，载《法学杂志》2012 年第 8 期；陆青：《违约精神损害赔偿问题研究》，载《清华法学》2011 年第 5 期。

〔6〕 在中国裁判文书网，笔者在“全文检索”部分输入“民法典”和“第九百九十六条”，检索日期为 2022 年 6 月 19 日，检索结果显示符合条件的裁判文书共有 247 份。经过进一步的阅读、筛选，以《民法典》第 996 条为裁判依据的民事案例共有 202 个。在这 202 个民事案例中，有 3 个案例虽未明确以《民法典》第 996 条为裁判依据，但法院在裁判说理部分明确论述适用《民法典》第 996 条的法律后果，能够反映该条款的司法适用情况，因此本文也将这 3 个案例列为样本案例。这 3 个案例分别参见天津市河东区人民法院（2021）津 0102 民初 527 号民事判决书；河北省唐山市古冶区人民法院（2021）冀 0204 民初 374 号民事判决书；广东省佛山市禅城区人民法院（2020）粤 0604 民初 29126 号民事判决书。

〔7〕 参见任明艳：《民法典中违约精神损害赔偿新规探析》，载《人民法院报》2021 年 1 月 7 日，第 7 版。

〔8〕 参见齐晓丹：《〈民法典〉人格权编理解与适用应注意的十个问题》，载《法律适用》2020 年第 17 期。

〔9〕 参见刘小璇：《论违约精神损害赔偿》，载《法学杂志》2021 年第 6 期。

如,薛军教授认为《民法典》第996条应作如此解释:处于合同关系中的当事人,如果一方的违约行为损害了对方的人格权并造成严重的精神损害,守约方可以选择通过违约损害赔偿之诉来追究对方的精神损害赔偿赔偿责任。而且这里不存在两个诉,只有一个违约之诉,而无需另行提起一个侵权之诉。通过这种解释模式,能够把精神损害赔偿问题真正纳入合同责任的框架中,直接将《民法典》第996条规定的精神损害赔偿视为真正的违约精神损害赔偿。<sup>[10]</sup>

司法实践中,多数法院在援引《民法典》第996条做出判决时,并未对该条规定的精神损害赔偿的性质作过多的阐述。当然,也有部分法院进一步阐述该条文的精神损害赔偿的责任性质以及守约方实现精神损害赔偿诉求的路径,但存在较大分歧。

有的法院认为《民法典》第996条规定的精神损害赔偿属于侵权责任。例如,在“黄某某、李某某与陈某某房屋买卖合同纠纷案”<sup>[11]</sup>中,法院认为黄某某、李某某主张的精神损害抚慰金,其请求权基础为侵权。违约赔偿与精神损害赔偿可同时主张,但能否支持要视案件情况是否符合侵权责任的有关规定而定。在“袁某某与淄博市公共汽车公司临淄分公司等公路旅客运输合同纠纷案”<sup>[12]</sup>中,法院在解读《民法典》第996条时指出,违约责任和精神损害赔偿在一定条件下可以并行赔偿,实际上否认该条款的精神损害赔偿属于违约责任,而是将其视为一种侵权责任。在“杨某某与石河子市公共交通有限责任公司、王某某等机动车交通事故责任纠纷案”<sup>[13]</sup>中,法院援引《民法典》第996条,并认为守约方在违约之诉中,可以同时主张侵权责任。上述三个案例实际上是采用“诉的合并”方式,在违约之诉中支持守约方关于侵权精神损害赔偿的诉求。

在“王某某等与台州朗高医养护理院有限公司服务合同纠纷案”<sup>[14]</sup>中,法院认为违约责任的一般原则是不适用精神损害赔偿的,但涉及人身权利或以精神利益满足为主要目的的合同,违约行为侵害对方人格权的,可以采用精神损害赔偿方式对人格权遭受的侵害实行救济。显然,该法院将特殊合同产生的精神损害赔偿视为违约责任。在“廖某某与桂林银行股份有限公司阳朔支行储蓄存款合同纠纷案”<sup>[15]</sup>中,法院认为《民法典》第996条表明只有非违约方遭受严重精神损害的情形下,才能在违约责任中主张精神损害赔偿,也将此处的精神损害赔偿视为违约责任。在“张某某与桃江万基旅游置业有限公司等合同纠纷案”<sup>[16]</sup>中,法院则直接指出,《民法典》第996条已正式确立违约精神损害赔偿制度。有的法院则只强调基于《民法典》第996条的规定,守约方可以在请求违约方承担违约责任时,一并要求其承担精神损害赔偿赔偿责任,但并未明确界定精神损害赔偿的责任性质。<sup>[17]</sup>由此可见,司法实践中,关于《民法典》第996条规定的精神损害赔偿的性质,未能形成统一认识。

## (二) 违约精神损害赔偿的适用要件不明

从文义解释的角度来看,适用《民法典》第996条中的精神损害赔偿应包含以下要件:(1)

[10] 参见薛军:《〈民法典〉对精神损害赔偿制度的发展》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2021年第3期。

[11] 参见上海市静安区人民法院(2020)沪0106民初14417号民事判决书。

[12] 参见山东省淄博市临淄区人民法院(2022)鲁0305民初459号民事判决书。

[13] 参见新疆维吾尔自治区石河子市人民法院(2021)兵9001民初389号民事判决书。

[14] 参见浙江省台州市路桥区人民法院(2021)浙1004民初50号民事判决书。

[15] 参见广西壮族自治区桂林市阳朔县人民法院(2021)桂0321民初1218号民事判决书。

[16] 参见湖南省益阳市中级人民法院(2022)湘09民终129号民事判决书。

[17] 参见湖北省宜昌市葛洲坝区人民法院(2021)鄂0592民初117号民事判决书。

双方当事人存在合同关系；（2）当事人一方存在违约行为；（3）违约行为侵害守约方的人格权并导致严重精神损害；（4）守约方已经提起违约之诉。从样本案例来看，很多法院并未严格遵循《民法典》第996条规定的适用要件。

首先，有的案件属于纯粹的人格权侵权案件，双方当事人之间并不存在合同关系，但法院仍适用《民法典》第996条做出相应的裁判。例如，在“刘某某与方城县农村信用合作联社名誉权纠纷案”<sup>〔18〕</sup>中，原告刘某某未在被告方城县农村信用合作联社处借款，其个人征信却有逾期贷款记录。法院基于《民法典》第996条，支持原告的精神损害赔偿诉求。该案双方当事人并不存在真实的借贷合同关系，故适用《民法典》第996条并不合理。此类案件属于纯粹的侵权案件，并不涉及违约精神损害赔偿。<sup>〔19〕</sup>没有违约行为，即便存在精神损害，也不适用违约精神损害赔偿，<sup>〔20〕</sup>不能适用《民法典》第996条，而只能考虑《民法典》第1183条第1款之规定。

其次，在部分案件中，双方当事人之间存在合同关系，守约方选择提起侵权之诉，法院仍适用《民法典》第996条进行裁判。例如，在“刘某某与川汇区玫瑰婚庆礼仪店一般人格权纠纷案”<sup>〔21〕</sup>中，原告刘某某与被告川汇区玫瑰婚庆礼仪店签订了婚庆服务合同，约定被告需保存好婚庆服务项目所拍摄的影像资料。被告因录像丢失未能如约提供婚礼的影像资料。法院认为被告的过失行为致使婚礼影像资料灭失，使原告无法获得婚礼场景的影像再现，侵害了原告享有结婚美好回忆这一具有人格象征意义的特定纪念权利，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任，依据《民法典》第996条判定被告赔偿原告精神损害抚慰金15000元。《民法典》第996条的适用要件之一在于守约方请求违约方承担违约责任。如果守约方请求违约方承担侵权责任，则可以直接依据《民法典》第1183条第1款请求精神损害赔偿，无须适用《民法典》第996条。<sup>〔22〕</sup>

最后，有的案件中，违约方的违约行为并未侵害守约方的人格权，法院仍依据《民法典》第996条支持守约方的精神损害赔偿诉求。样本案例中有多个“婚庆服务类”案件支持守约方的精神损害赔偿诉求。例如，在“龚某某、王某某与宁波市鄞州琪腾文化传媒有限公司服务合同纠纷案”<sup>〔23〕</sup>中，被告宁波市鄞州琪腾文化传媒有限公司为原告龚某某、王某某提供婚礼会场布置服务时出现新娘名字写错等违约行为。法院认为婚礼对于新人来说是一种精神利益的体现，是对美好生活的向往与祝福，这种场景不可复制、不可再现，其承载的人格和精神利益要远大于其本身的成本价值，被告的违约行为给原告造成了一定的精神损害，支持原告的精神损害赔偿诉求。婚礼固然承载一定的人格利益和精神利益，婚礼未能圆满举办会对新人造成一定的精神损害，但难以说明其侵害了新人的人格权。《民法典》第996条规定违约精神损害赔偿的适用以守约方的人格权遭受侵害为前提，可能导致该条款在司法适用层面存在明显的解释漏洞。

〔18〕 参见河南省南阳市方城县人民法院（2020）豫1322民初6295号民事判决书。

〔19〕 类似案件可参见湖南省永州市双牌县人民法院（2021）湘1123民初316号民事判决书。

〔20〕 参见徐静：《我国违约精神损害赔偿责任制度的构建——以〈合同法〉第113条解释论为中心》，载《甘肃政法学院学报》2012年第1期。

〔21〕 参见河南省周口市川汇区人民法院（2021）豫1602民初765号民事判决书。

〔22〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编解读》，中国法制出版社2020年版，第39-40页。

〔23〕 参见浙江省宁波市鄞州区人民法院（2021）浙0212民初3120号民事判决书。

### （三）违约精神损害赔偿的适用范围不清

《民法典》第996条并未明确精神损害赔偿的适用范围，是否意味着任何类型合同，只要满足该条款规定的要件，就能够适用精神损害赔偿？对此，司法实践也存在一定的分歧。以旅客运输合同为例，样本案例中，多数法院认为旅客运输合同纠纷中，守约方可以依据《民法典》第996条主张精神损害赔偿责任，<sup>〔24〕</sup>也有部分法院明确指出旅客运输合同纠纷不能适用《民法典》第996条。例如，在“刘某某与张家口通泰运输集团有限公司公路旅客运输合同纠纷案”<sup>〔25〕</sup>中，法院认为《民法典》第996条虽然规定非违约方可以请求精神损害赔偿，但当事人订立合同应主要以实现精神利益为目的，例如遗体、骨灰等人格物保管合同，医疗（美容）服务合同，婚礼服务合同，旅游服务合同等，本案属于旅客运输合同纠纷，刘某某要求精神损害抚慰金没有法律依据。该法院将“主要以实现精神利益为目的”作为界定违约所致精神损害赔偿适用范围的标准，具有一定的合理性，但并不周延。旅客运输合同虽不是以实现精神利益为主要目的，但如果发生交通事故，将损害旅客的人身权利，也会导致旅客的精神利益受损，故以合同目的为《民法典》第996条的唯一适用标准并不周延。关于适用范围的问题，也有法院提出不同的见解。在“王某某等与台州朗高医养护理院有限公司服务合同纠纷案”<sup>〔26〕</sup>中，法院则认为《民法典》第996条规定的精神损害赔偿适用于涉及人身权利或以精神利益满足为主要目的的合同，从而将与人身权利相关的养老服务合同纳入精神损害赔偿的适用范围。

## 三、违约精神损害赔偿的正当性证成

因违约所致精神损害可以在违约责任的体系之下予以救济，《民法典》第996条系真正的违约精神损害赔偿条款，守约方在违约之诉中主张违约精神损害赔偿具有充分的正当性，而无需绕道侵权之诉。

### （一）精神损害赔偿并非专属于侵权责任

在违约责任与侵权责任的二元救济体系下，一般认为非财产损害赔偿只适用于侵权领域，而违约损害赔偿应限定为财产损害责任，不包括非财产损害责任。<sup>〔27〕</sup>究其根源，在于传统理论认为精神损害赔偿通常由法律特别规定。<sup>〔28〕</sup>《民法典》生效以前，我国有关精神损害赔偿的内容分布于《侵权责任法》、2001年3月10日实施的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（以下简称“《精神损害赔偿解释》”）等规范性文件之中。有关精神损害赔偿的规定基本都要求人身权益遭受侵害。故而，精神损害赔偿只适用于侵权之诉成为一般性的规则。《合同法》并未明确规定精神损害赔偿属于违约责任，在此背景之下，违约精神损害赔偿缺乏正当性，多数法院以此为由不支持守约方的精神损害赔偿诉求。例如，在“罗某某等与重庆中

〔24〕 参见湖南省邵阳市北塔区人民法院（2021）湘0511民初43号民事判决书。

〔25〕 参见河北省张家口市中级人民法院（2021）冀07民终1354号民事判决书。

〔26〕 参见浙江省台州市路桥区人民法院（2021）浙1004民初50号民事判决书。

〔27〕 参见尹志强：《论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围》，载《中国政法大学学报》2014年第6期。

〔28〕 参见柳经纬：《违约精神损害赔偿立法问题探讨——以〈民法典各分编（草案）〉第七百七十九条为对象》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2019年第7期。

国青年旅行社有限公司旅游合同纠纷案”<sup>[29]</sup>中，法院认为精神损害赔偿属侵权之诉的赔偿范围，原告提起的系违约之诉，故不支持原告的精神损害赔偿诉求。在“叶某某与诸暨市长途汽车运输有限公司合同纠纷案”<sup>[30]</sup>中，法院认为精神损害赔偿责任不属于违约民事责任，请求赔偿精神损害的前提是存在侵权行为，由于被告并不存在故意侵害原告生命权的情节，故而不支持原告的精神损害赔偿诉求。

在比较法上，2002年债法改革以前，《德国民法典》亦将非财产损害赔偿限定于侵权领域。《德国民法典》原第253条明确规定：“损害为非物质上的损害时，仅在法律有规定的情形下，始得要求以金钱赔偿损害。”<sup>[31]</sup>《德国民法典》原第847条则规定精神损害赔偿金适用于以下两种情形：其一，侵害身体或者健康，以及剥夺人身自由的情况；其二，对妇女犯有违反道德的犯罪行为或者不法行为，或者以欺诈、威胁或者滥用从属关系，诱使妇女允诺婚姻以外的同居的。<sup>[32]</sup>从体系上看，该条位于《德国民法典》债法编的“侵权行为”之中。据此，精神损害赔偿只能在侵权之诉中主张。<sup>[33]</sup>2002年债法改革之后，《德国民法典》原第847条被重新整合，并作为《德国民法典》第253条第2款。<sup>[34]</sup>从体系上看，该条款位于《德国民法典》债法编的总则部分中，不仅适用于侵权领域，也适用于合同领域。故在侵权责任与违约责任竞合的情形下，守约方可以在违约之诉中直接主张精神损害赔偿的违约责任。《德国民法典》关于非财产损害赔偿制度的调整是一次历史性变革并具有划时代的意义。<sup>[35]</sup>类似的，《墨西哥民法典》也规定，精神损害可以在所有类型的责任中获得赔偿，侵权者以及违约者都可能被要求进行金钱赔偿。<sup>[36]</sup>

按照《合同法》第107条、第112条、第113条第1款的规定，违约方应赔偿守约方的损失，但上述条款所规定的损失应作何理解，存在较大争议。有的法院认为上述条款规定的损失仅指财产损失，不包括精神损失。<sup>[37]</sup>事实上，从文义解释的角度来看，上述条款所规定的损失并未排除“精神损失”。相关释义也指出，这里的损失包括一方当事人违反合同给另一方当事人造成的财产等损失，但同时也列举了一个摄影冲印单位因丢失客户具有历史纪念意义的照片底片进而需要赔偿客户的精神创伤的案例。<sup>[38]</sup>司法实践中，也不乏法院持相同立场。<sup>[39]</sup>如“谭某某

• 427 •

[29] 参见重庆市渝中区人民法院（2019）渝0103民初1207号民事判决书。

[30] 参见浙江省诸暨市人民法院（2008）诸民二初字第724号民事判决书。

[31] 参见郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，法律出版社1999年版，第51页。

[32] 参见前引[31]，郑冲、贾红梅译书，第201页。

[33] 2002年以前，《德国民法典》第651f条第2款规定：“旅游无法进行或者明显受损害时，游客也可以因无益地使用休假时间而要求以金钱作为适当赔偿。”参见前引[31]，郑冲、贾红梅译书，第158-159页。因此，旅游合同属于法律特别规定能够适用精神损害赔偿的情形。除此之外的其他类型合同均不得适用精神损害赔偿。

[34] 《德国民法典》第253条第2款规定：“因侵害身体、健康、自由或性的自主决定而须赔偿损害的，也可以因非财产损害而请求公平的金钱补偿。”参见陈卫佐译注：《德国民法典》（第5版），法律出版社2020年版，第95页。

[35] 参见韩赤风：《精神损害赔偿制度的划时代变革——〈德国民法典〉抚慰金条款的调整及其意义与启示》，载《比较法研究》2007年第2期。

[36] See Vernon Valentine Palmer ed., *The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2015, p. 8.

[37] 参见四川省成都市锦江区人民法院（2018）川0104民初7837号民事判决书；湖北省荆门市中级人民法院（2021）鄂08民终361号民事判决书。

[38] 参见全国人大常委会法制工作委员会编：《中华人民共和国合同法释义》（第2版），法律出版社2009年版，第182、184页。

[39] 相关案例亦可参见广东省茂名市中级人民法院（2020）粤09民终1702号民事判决书。

与湘运集团有限责任公司茶陵客运分公司等公路旅客运输合同纠纷案”<sup>〔40〕</sup>中,法院认为《合同法》第107条(《民法典》第577条)规定的赔偿损失并没有排除精神损害。《合同法》第113条第1款(《民法典》第584条)并未将违反合同所应赔偿的损失限定为物质损失,并没有排除违约精神损害赔偿。故而,法院支持原告的精神损害赔偿诉求。我国现行立法并未明确排除精神损害赔偿在合同法领域的适用。侵权责任法详细规定精神损害赔偿规则并不能当然推定精神损害赔偿不属于违约责任的范畴。“侵权责任不是精神损害赔偿请求权的唯一乐园,精神损害赔偿同样游弋于违约责任。”<sup>〔41〕</sup>违约和侵权只是造成损害后果的不同原因,“这些范畴本身不应该被赋予处置性的意义,因为它们只不过是一种便利的、能将那些在受保护利益、受制裁行为和制裁措施方面具有共同特征的诉因集中在一起的阐释性工具”<sup>〔42〕</sup>,不能直接决定精神损害赔偿的有无。《民法典》第186条肯定人身权益遭受损害时,违约责任所具有的补救功能,故伴随人身权益损害所发生的精神损害也理应在违约责任的救济范围之内,如果违约责任将精神损害赔偿排除在外,是人为地设置障碍,也与违约损害赔偿的完全赔偿原则相悖。<sup>〔43〕</sup>在民法体系内,同样受到精神损害,却因责任基础不同而结果各异,依侵权可获赔而依违约却无法获赔,有违民法公平正义的法律价值。<sup>〔44〕</sup>

## (二) 精神损害赔偿符合违约责任的“可预见性规则”

英美判例法通过1854年的Hadley v. Baxendale案<sup>〔45〕</sup>确立了违约责任的“可预见性规则”。而在Addis v. Gramophone Co. Ltd.案<sup>〔46〕</sup>中,英国判例法确立了违约精神损害不予赔偿的一般规则。美国和加拿大的一些法官也基于Hadley v. Baxendale案所确立的可预见性规则,认为精神损害赔偿在合同纠纷中不能获得支持,因为精神损害赔偿不可预见。<sup>〔47〕</sup>我国《民法典》第584条确立了违约责任的“可预见性标准”,即从一般理性人视角观察某种违约行为是否通常、很可能地造成某种损害。<sup>〔48〕</sup>精神损害赔偿是否满足违约责任所要求的可预见性标准,也存在分歧。有观点认为,违约所造成的精神损失是违约方在缔约时不可预见到的损失,也不是其应当预见到的因违约所造成的损失,因而不应该由违约方对该损失负赔偿责任。<sup>〔49〕</sup>无论是在英联邦的普通法体系

〔40〕 参见湖南省株洲市茶陵县人民法院(2018)湘0224民初275号民事判决书。

〔41〕 杨显滨:《违约精神损害赔偿制度的中国式建构》,载《当代法学》2017年第1期,第116页。

〔42〕 〔澳〕凯恩:《侵权法解剖》,汪志刚译,北京大学出版社2010年版,第225页。

〔43〕 参见熊金才:《违约侵权责任之证成——以社会养老服务合同为视角》,载《河北法学》2020年第2期。

〔44〕 参见前引〔27〕,尹志强文。

〔45〕 该案的基本案情为:哈德利(Hadley)经营一家磨坊,由于磨面机的曲轴断裂,于是委托巴克森德(Baxendale)运营的航运公司将断裂的曲轴运送至原厂,以便以此仿制新轴。由于航运公司的疏忽导致曲轴延迟几日交付。因此,哈德利向巴克森德提出索赔,要求其赔偿因曲轴延迟交付而导致磨坊停业的利润损失。法院认为如果双方订立了合同,其中一方违约,则另一方因违约而应获得的损害赔偿应公平、合理地被认为是自然的,即按照事物通常的进程产生于此种违约本身,或者可能被合理地认为双方在订立合同时所能考虑到的作为违约的可能后果。法院认为巴克森德不对磨坊的利润损失负责,因为他没有合理预见延迟的后果,哈德利也没有告知。See Hadley v. Baxendale, (1854) 9 Exch. 341.

〔46〕 See Addis v. Gramophone Co. Ltd., (1909) A. C. 488 (H. L.).

〔47〕 See Ronnie Cohen & Shannon O'Byrne, Cry Me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action—A North American Perspective, 42 American Business Law Journal 97, 97-98 (2005).

〔48〕 参见张红:《〈民法典(人格权编)〉一般规定的体系构建》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期。

〔49〕 参见王利明:《违约责任和侵权责任的区分标准》,载《法学》2002年第5期。

中，还是在苏格兰或法国的民事体系中，因违约产生的精神损害赔偿都可能受到远隔性检验<sup>〔50〕</sup>（remoteness test）的限制。<sup>〔51〕</sup>可预见性规则是合同法应当遵守的重要规则，但并非所有的精神损害赔偿都是对可预见性规则的违反，原因在于合同类型具有多样性和复杂性，当合同履行关乎当事人的精神利益时，违约方可以在订立合同之时合理预见到违约行为可能造成的精神损害。<sup>〔52〕</sup>可预见性规则根本不能成为反对违约精神损害赔偿的理由，反而是肯定的理由之一。<sup>〔53〕</sup>

#### 四、违约精神损害赔偿的适用要件

《民法典》第996条规定了违约精神损害赔偿的适用要件，但部分要件与违约精神损害赔偿制度设立的目的不符。鉴于该类型责任的目的在于救济因违约行为遭受精神损害的当事人，故现行法规定的违约精神损害赔偿适用要件应作适当调整，以契合制度设立的本质目的。

##### （一）《民法典》第996条规定的实然适用要件

按照前文归纳的《民法典》第996条关于违约精神损害赔偿的适用要件，守约方人格权遭受侵害是其请求违约精神损害赔偿的重要前提。结合《民法典》第990条之规定，《民法典》人格权编所保护的对象并不局限于生命权、隐私权等具备具体“名称”的人格权，也保护具体人格权之外的人格权益。虽然《民法典》第996条规定的条件是“损害守约方的人格权”，但可以扩大理解为“损害守约方的人格权益”。例如，《民法典》人格权编（草案征求意见稿）（2018年3月15日稿）第12条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权益造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，有权要求精神损害赔偿。”<sup>〔54〕</sup>该版本草案最初采用的是“人格权益”的表述，或许是基于“人格权益”的表述与《民法典》人格权编的“编名”不符，之后的版本在第一章“一般规定”的多个条款中均采用“人格权”的表述。从《民法典》人格权编所保护的对象来看，可以将《民法典》第996条规定的“人格权”理解为范围更广的“人格权益”。<sup>〔55〕</sup>因此，守约方在请求违约方承担精神损害赔偿责任之时，需要证明违约方的违约行为损害守约方的人格权益，除了生命权、隐私权等具体人格权，亦包括个人信息等具体人格权益以及一般人格权益。当然，该限制是否具有合理性，有待商榷。

##### （二）违约精神损害赔偿适用要件的应然调整：不以“损害守约方人格权”为前提

《民法典》第996条之所以将“人格权遭受侵害”作为违约精神损害赔偿适用的要件，在于

〔50〕“损害的远隔性”是英国法律使用的一项法律测试，以决定因违反合同或违反义务而造成的哪类损失应由被告赔偿。允诺人被默认为只对违反有关允诺的通常后果承担责任。如果允诺人知道（已被告知）如果他不履行合同，将会产生一种特殊的和不寻常的损害，并且没有获得另一方的免除或限制责任的同意，他将被视为默示地承担了这种损害的责任。参见前引〔36〕，Vernon Valentine Palmer主编书，第185页。

〔51〕 See Nelson Enonchong, Breach of Contract and Damages for Mental Distress, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 617, 638-639 (1996).

〔52〕 参见前引〔9〕，刘小璠文。

〔53〕 参见前引〔27〕，尹志强文。

〔54〕 参见何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览（增订本）续编》，北京大学出版社2020年版，第187页。

〔55〕《民法典》生效后审结的案件中，也有法院明确将《民法典》第996条规定的“人格权”解释为“人格权益”。参见辽宁省抚顺市望花区人民法院（2021）辽0404民初1400号民事判决书。

传统理论认为精神损害一般产生于人格权遭受侵害的场合。<sup>〔56〕</sup>《德国民法典》第253条所规定的“非财产损害赔偿”也是以身体、健康、自由和性的自主决定受侵害为适用前提，亦强调人格权益遭受侵害。该条款所规定的严格标准实际上排除了基于纯粹的痛苦、悲伤或者心理伤害的赔偿，例如未能按时交付婚纱的情形很少会上升到健康损害的程度。<sup>〔57〕</sup>从《民法典》生效后审结的案件来看，法院在适用《民法典》第996条做出裁判时，并未都要求违约方的人格权遭受侵害。

同为精神损害赔偿条款，为何《民法典》第996条与《民法典》第1183条之间在适用要件方面存在如此差别？《民法典》第996条只适用于侵害违约方人格权的情形，而《民法典》第1183条则较为全面地列举受损害方有权请求精神损害赔偿的情形。笔者认为主要原因在于《民法典》第996条位于《民法典》人格权编第一章“一般规定”，属于《民法典》人格权编的“总则性规定”，所以必须围绕“人格权”进行具体的条款设计。<sup>〔58〕</sup>如果直接规定身份权益以及具有人身意义的特定物，显然与人格权编不符，也必然造成体系的混乱。鉴于《民法典》第996条的限制过于严格，应该予以目的性的扩张解释，使之包括《民法典》第1183条所提到的人身权益以及具有人身意义的特定物。<sup>〔59〕</sup>也有学者指出，我国《民法典》强调民事责任概念，并以“侵权责任”为最后一编，故侵权责任规范在民法上应有更高价值，在其他编责任规范不足时可提供参照，故违约精神损害赔偿还可准用《民法典》侵权责任编第二章有关规定。<sup>〔60〕</sup>因为我国《民法典》并未采取《德国民法典》的体例设计，即并未设立统一的“债编”，而是采取“合同编”和“侵权责任编”并列的立法设计，所以未能在立法层面明确规定适用于合同领域和侵权领域的损害赔偿一般规则。损害赔偿规则是合同领域的重要规则，既然《民法典》侵权责任编规定了损害赔偿的一般规则，理应允许适用于合同领域。

首先，《民法典》第996条并未直接规定身份权益遭受侵害也可以请求违约精神损害赔偿，但按照《民法典》第1001条的规定，在特定情形下，身份权利保护可以参照适用《民法典》人格权编的相关规定，故当违约方的违约行为侵害违约方的身份权益时，违约方也可以依据《民法典》第996条请求精神损害赔偿。例如，司法实践中存在不少涉及“夫妻忠诚协议”的案例，亦有当事人基于双方签订的夫妻忠诚协议提出精神损害赔偿的诉求。<sup>〔61〕</sup>此类案件是否可以适用《民法典》第996条，取决于夫妻忠诚协议是否具有合同效力。按照《民法典》第464条第2款的规定，与婚姻有关的身份关系协议，如果没有相关法律规定，可以根据其性质参照适用合同编的规定。我国现行法律并未明确规定夫妻忠诚协议的效力。夫妻忠诚协议属于身份关系协议，可

〔56〕 参见王利明：《人格权法》，中国人民大学出版社2009年版，第334页。

〔57〕 参见前引〔36〕，Vernon Valentine Palmer主编书，第106页。

〔58〕 柳经纬教授认为：“在民法典合同编规定违约精神损害赔偿，较之在人格权编规定违约精神损害赔偿，更符合民法典内在体系的要求。”前引〔28〕，柳经纬文，第59页。笔者赞同此种观点。如在合同编规定违约精神损害赔偿，既可以构建涵盖财产损害赔偿与精神损害赔偿的违约损害赔偿框架，也可与侵权责任编所规定的精神损害赔偿（《民法典》第1183条）一同构建起完整的二元精神损害赔偿框架，较为合理。

〔59〕 参见前引〔10〕，薛军文。

〔60〕 参见张红：《中国七编制〈民法典〉中统一损害概念之证成》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2021年第1期。

〔61〕 参见上海市黄浦区人民法院（2011）黄民一（民）初字第2838号民事判决书。

以参照适用《民法典》合同编的相关规定，将其视为一种合同。只要夫妻忠诚协议满足合同生效的诸要件，就具有法律效力。当夫妻一方违反夫妻忠诚协议时，另一方可以基于该协议请求违约精神损害赔偿。

其次，一般来说，单纯侵害物权性质的财产权益或者纯粹经济利益、知识产权的财产权益部分，不会导致受害人的精神损害，即使受害人提出这样的主张，法院也不宜支持，<sup>〔62〕</sup>但具有人格象征意义的特定纪念物品遭受侵害可能产生严重精神损害。《精神损害赔偿解释》第4条规定，具有人格象征意义的特定纪念物品永久性灭失或者毁损，物品所有人可以主张精神损害赔偿。《民法典》第1183条在承继《侵权责任法》第22条的基础之上，吸纳《精神损害赔偿解释》第4条的规定，扩大精神损害赔偿的适用范围。《民法典》第1183条第2款规定：“因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。”因此，精神损害赔偿的适用条件首次在民事基本法层面从“人身权益遭受侵害”扩张至“具有人身意义的特定物遭受侵害”。而且，规定“人身权益遭受侵害”的《民法典》第1183条第1款与规定“具有人身意义的特定物遭受侵害”的《民法典》第1183条第2款，二者之间属于并列关系，故不能将《民法典》第1183条第2款规定的情形扩张解释为“具有人身意义的特定物遭受侵害”并导致自然人的人身权益遭受侵害。例如，在“陈某、李某与刘某某合同纠纷案”<sup>〔63〕</sup>中，被告刘某某为原告陈某、李某提供婚庆服务，后被告向二原告交付的婚礼录像不能正常播放，无法正常回放二原告婚礼的完整过程，原告主张精神损害赔偿。法院认为被告未向二原告交付完整清晰的婚礼录像视频，导致二原告无法回顾自己的婚礼过程，婚礼情景无法再现，侵害了二原告的一般人格权益，判决被告赔偿原告精神损害抚慰金5000元。本案属于“具有人身意义的特定物遭受侵害”所引发的精神损害赔偿，但法院最终却是基于“一般人格权益遭受侵害”支持原告的精神损害赔偿诉求。此种裁判思路显然是受《民法典》第996条“人格权遭受侵害”要件的影响。相比之下，在“何某某、陈某某与阆中市时尚婚纱婚礼摄影部服务合同纠纷案”<sup>〔64〕</sup>中，被告阆中市时尚婚纱婚礼摄影部为原告何某某、陈某某提供婚庆摄影服务，约定被告应当就原告婚礼进行摄影并保存好影像资料，交付给原告。之后，因为被告未将视频资料邮寄给原告，且被告无留存的影像资料，原告要求被告承担精神损害赔偿责任。法院认为，婚礼摄影影像资料对于二原告来说属于特定的纪念物品，具有人格象征意义，影像资料的灭失或损毁一定程度上侵害了二原告对结婚典礼享有美好回忆的特定纪念权利，判决被告承担8000元的精神损害赔偿责任。该案法院只是认同“婚礼摄影影像资料”具有人格象征意义，并未上升到侵害原告的人身权益层次，实值赞同。

最后，虽然“人身权益、具有人身意义的特定物侵害”能够涵盖大部分的违约精神损害赔偿情形，但司法实践当中存在人身权益、具有人身意义的特定物侵害所无法囊括的产生严重精神损害的情形。例如，在上文所提及的“龚某某、王某某等与宁波市鄞州琪腾文化传媒有限公司服务合同纠纷案”中，被告将新娘的名字打错等违约行为确实给原告造成一定的精神损害，但原告的

〔62〕 参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第57-58页。

〔63〕 参见辽宁省葫芦岛市绥中县人民法院（2021）辽1421民初1405号民事判决书。

〔64〕 参见四川省阆中市人民法院（2021）川1381民初1111号民事判决书。

人身权益并未受损,亦不存在具有人身意义的特定物,故需要设置兜底条款,以涵盖应当救济的其他情形。违约精神损害赔偿属于一种违约责任,而非侵权责任,这也意味着违约精神损害赔偿的适用不应比照侵权责任的要求,无需以侵害守约方人格权为前提,如此方与违约精神损害赔偿的责任性质相契合,也有助于充分救济守约方的精神损害。

## 五、违约精神损害赔偿的适用范围

虽然《民法典》第996条并未明确规定违约精神损害赔偿的适用范围,但作为一种违约责任,违约精神损害赔偿的适用必须满足可预见性规则。同时,鉴于可预见性规则的理解存在较强的主观性,应不断积累司法实践经验,归纳常见的适用案件类型,以求法院判决的确定性和法官自由裁量的适当限制。<sup>[65]</sup> 本文基于样本案例,归纳违约精神损害赔偿适用的常见案件类型,并以可预见性规则作为核心标准,合理地确定违约精神损害赔偿的适用范围。

### (一) 合同目的与当事人精神利益紧密相关

如果一方当事人缔结合同的主要目的是获得精神利益的满足,那么另一方当事人在缔约之时可以预见到自己违约可能导致对方遭受精神损害。以旅游服务合同为例,旅游者与旅游服务经营者签订旅游服务合同的主要目的在于通过参与旅游活动获得精神上的享受。如果旅游服务经营者违约并导致旅游者的旅游计划受阻或者不能圆满施行,显然会对旅游者的精神利益造成一定的损害。旅游服务经营者长期从事旅游服务行业,在缔结旅游服务合同之时理应预见到此种精神损害后果。在样本案例中,有16个案例的案由为旅游服务合同纠纷,法院均依据《民法典》第996条支持旅游者的精神损害赔偿诉求。又比如,婚礼庆典对于当事人来说不可重复,所以婚庆服务公司在与婚礼当事人缔结婚庆服务合同之时应当预见到婚礼的不圆满会对婚礼当事人造成一定的精神损害。例如,在“叶某某、刘某某与四川墨晟文化传播有限公司服务合同纠纷案”<sup>[66]</sup>中,原告叶某某、刘某某与被告墨晟公司签订《婚礼服务合同》,被告摄影师的工作疏忽导致无法制作婚礼全程录像光盘交付原告。法院认为被告作为专业婚庆服务公司,在订立合同时能预见到其违约行为会给原告造成精神损害,原告要求被告赔偿原告的精神损失符合违约责任的预见性原则。在样本案例中,有10个案例的案由为婚庆服务合同纠纷,法院亦依据《民法典》第996条支持原告的精神损害赔偿诉求。在英美法系国家,与婚礼相关的合同纠纷案件,也普遍支持精神损害赔偿。例如,在 *Baillargeon v. Zampano* 案<sup>[67]</sup>中,被告违反约定,未能为原告提供婚礼拍摄服务。法院认为被告的行为导致原告遭受情感痛苦,支持原告的精神损害赔偿诉求。在 *Diesen v. Samson* 案<sup>[68]</sup>中,一位同意在婚礼上拍照的摄影师未在婚礼上出现。法院认为婚礼照片有助于新郎和新娘回忆幸福时刻并带来愉悦。由于摄影师的违约,新郎和新娘已然无法享有这种感觉,故要求摄影师承担损害赔偿责任。

[65] 参见叶金强:《论违约导致的精神损害的赔偿》,载《安徽大学法律评论》2002年第2期。

[66] 参见四川省绵阳市中级人民法院(2015)绵民终字第1970号民事判决书。

[67] See *Baillargeon v. Zampano*, NO. CV90-0308672 (S), 1995 Conn. Super. LEXIS 3275.

[68] See *Diesen v. Samson*, (1971) S. L. T. 49 (Sh. Ct.).

## （二）合同标的物具有情感价值

如果合同标的物具有一定的情感价值，且违约方在缔约时对此能够合理预见，那么因违约行为导致该标的物毁损或者灭失时，应赔偿守约方的精神损害。例如，在“何某某等与马某某服务合同纠纷案”<sup>〔69〕</sup>中，何某某、赵某在其亲属去世后租用马某某的水晶棺，马某某跟随何某某、赵某将遗体装进棺材并将遗体运送至何某某、赵某住处。之后，何某某、赵某亲属的遗体出现了异味。法院认为马某某的行为给何某某、赵某造成了精神上的痛苦，应当向何某某、赵某支付精神抚慰金。在 *Mason v. Westside Cemeteries Ltd.* 案<sup>〔70〕</sup>中，被告丢失原告父母的骨灰。法院认为被告一定已经考虑到丢失原告父母的骨灰会导致他精神上的痛苦，故而支持原告的精神损害赔偿诉求。

有争议的是，以宠物为标的物的合同产生的纠纷可否适用精神损害赔偿。我国法院一般不支持此类案件的精神损害赔偿。例如，在“肖某某、田某某与郑州市郑东新区康诚宠物医院保管合同纠纷案”<sup>〔71〕</sup>中，原告肖某某、田某某将其饲养的泰迪犬送至被告郑州市郑东新区康诚宠物医院处，交给工作人员看管。原告离开后，宠物犬丢失，原告就此主张精神损害赔偿。法院认为原告主张的精神损害抚慰金于法无据，不予支持。<sup>〔72〕</sup>当然，也有少数法院支持此类案件的精神损害赔偿诉求。如“董某某与张店贝合宠物服务部服务合同纠纷案”<sup>〔73〕</sup>中，被告张店贝合宠物服务部将原告董某某的比熊犬丢失，法院依据《民法典》第 996 条判定被告赔偿原告精神损失费 1500 元。宠物的一个“宠”字，显示出主人所耗费的心力和倾注的情感。宠物身上承载着主人的精神利益，当宠物受到侵害时，主人将蒙受巨大的精神痛苦。<sup>〔74〕</sup>国外有不少判例在宠物遭受侵害的情形下支持主人提出的精神损害赔偿诉求。例如，在 *Newell v. Canadian Pacific Airlines Ltd.* 案<sup>〔75〕</sup>中，被告违反安全运送宠物狗的合同，导致原告的一只宠物狗在被告飞机的货舱中死亡，另一只重伤。法院认为，从原告对宠物狗的安全与健康的明显关切来看，被告很清楚如果它们发生任何事情，可能会导致原告的烦恼、沮丧和痛苦，这是被告可合理预见的后果，故支持原告的精神损害赔偿诉求。宠物对于主人而言具有一定的情感价值，因而在以宠物为标的物的合同中，违约方在缔约之时应合理预见到宠物的健康受损、死亡或者丢失等情形会导致主人的精神损害，故应承担相应的精神损害赔偿责任。

## （三）合同与人身安全密切相关

在与人身安全密切相关的合同关系中，提供服务的一方当事人也可以合理预见到另一方当事人人身权利受损时，将产生精神损害。例如，运输合同虽不以实现旅客精神利益为主要目的，但如果承运人在履行合同过程中造成旅客人身权利受损，将同时给旅客带来精神痛苦。作为长期从事旅客运输的承运人对此能够合理预见。在样本案例中，有 80 个案例的案由为运输合同纠纷，其中有 77 个案例依据《民法典》第 996 条支持原告的精神损害赔偿诉求。在“许某某与湖南省衡阳汽车运输

〔69〕 参见新疆维吾尔自治区巴音郭楞蒙古自治州中级人民法院（2016）新 28 民终 2262 号民事判决书。

〔70〕 See *Mason v. Westside Cemeteries Ltd.*, (1996) O.J. No. 1387 (Ont. Gen. Div.).

〔71〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2016）豫 01 民终 12738 号民事判决书。

〔72〕 类似案例参见重庆市第三中级人民法院（2021）渝 03 民终 362 号民事判决书。

〔73〕 参见山东省淄博市张店区人民法院（2022）鲁 0303 民初 1132 号民事判决书。

〔74〕 参见易继明、周琼：《论具有人格利益的财产》，载《法学研究》2008 年第 1 期。

〔75〕 See *Newell v. Canadian Pacific Airlines Ltd.*, (1976) 14 O.R. (2d) 752 (Co. Ct.).

集团有限公司、中国人民财产保险股份有限公司衡阳市分公司公路旅客运输合同纠纷案”〔76〕中，法院认为客运合同的履行关乎当事人的人身安全，违约方在订立合同时应当可以预见到，其违约行为将不但造成当事人的人身损害，同时也将造成精神损害，精神损害也是蒙受损失的一部分。医疗（美容）服务合同、养老服务合同也与人身安全紧密相关。如果医疗服务机构存在违反合同的行为，并导致患者人身权利受损，也应该承担精神损害赔偿赔偿责任。在样本案例中，有10个案例的案由为医疗（美容）服务合同纠纷，其中有9个案例依据《民法典》第996条支持原告的精神损害赔偿诉求。例如，在“姚某某与洛阳市瀍河区秀秀涵美美容院合同纠纷案”〔77〕中，原告姚某某到被告秀秀涵美美容院进行洗眉和祛斑，因被告在原告面部使用成分不明的药水，造成原告面部损害，故原告主张精神损害赔偿。法院依据《民法典》第996条判决被告承担900元的精神损害抚慰金。如果养老服务机构未尽到充分的注意义务和安全保障义务，导致老人人身权利遭受损害，应承担精神损害赔偿赔偿责任。在样本案例中，有9个案例的案由为养老服务合同纠纷，法院均依据《民法典》第996条支持原告的精神损害赔偿诉求。在“蔡某某与山东擎天医养集团有限公司龙垌医护养老中心服务合同纠纷案”〔78〕中，被告龙垌医护养老中心未尽护理义务，导致原告蔡某某健康权受损，法院依据《民法典》第996条判决被告承担3000元的精神损害赔偿赔偿责任。

#### （四）小结

在202个样本案例中，169个案例的案由为合同纠纷，其中以运输合同纠纷（80个）、旅游服务合同纠纷（16个）、婚庆服务合同纠纷（10个）、医疗（美容）服务合同纠纷（10个）、养老服务合同纠纷（9个）为主，共计125个案例，且只有4个案例未支持原告的精神损害赔偿诉求。〔79〕除此之外，还有44个案例涉及其他类型合同纠纷，涵盖网络服务合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、装饰装修合同纠纷等类型，仅有5个案例支持原告的精神损害赔偿诉求。这5个案例也可以纳入上述三类适用违约精神损害赔偿的常见情形。〔80〕虽然《民法典》第996条未明确限定违约精神损害赔偿适用的合同类型，但是司法实践中违约精神损害赔偿主要适用于运输合同、旅游服务合同等合同类型，同时，法院主要从“合同目的与当事人精神利益紧密相关”“合同标的物具有情感价值”“合同与人身安全密切相关”三个维度综合考量其他具体合同是否适用违约精神损害赔偿。上述三种情形只是基于司法实践经验的归纳，是能够适用违约精神损害赔偿最为常见的情形，也是法院在判断具体合同所引发的精神损害是否具有可预见性的重要考量标准，但并不意味着违约精神损害赔偿仅适用于上述三种情形。在具体个案中，仍应以可预见性为基本标准，以一般理性人的视角判断具体合同纠纷是否应适用违约精神损害赔偿。

〔76〕 参见湖南省衡阳市衡东县人民法院（2020）湘0424民初804号民事判决书。

〔77〕 参见河南省洛阳市瀍河回族区人民法院（2021）豫0304民初198号民事判决书。

〔78〕 参见山东省菏泽市中级人民法院（2021）鲁17民终2598号民事判决书。

〔79〕 运输合同纠纷、旅游服务合同纠纷、婚庆服务合同纠纷、医疗（美容）服务合同纠纷、养老服务合同纠纷案件中支持守约方精神损害赔偿诉求的比例分别为96.25%、100%、100%、90%、100%。

〔80〕 参见辽宁省抚顺市中级人民法院（2021）辽04民终3690号民事判决书；湖南省益阳市中级人民法院（2022）湘09民终129号民事判决书；山东省淄博市张店区人民法院（2022）鲁0303民初1132号民事判决书；辽宁省鞍山市中级人民法院（2021）辽03民终4634号民事判决书；天津市东丽区人民法院（2021）津0110民初3935号民事判决书。

## 六、结 语

违约精神损害赔偿系长期困扰理论界与实务界的重要问题。《民法典》第 996 条的出台某种程度上有助于解决这个问题，但相关概念的语焉不详引发了更多的歧义与争论，并导致该条款的司法适用面临诸多难题。我国应直接承认违约精神损害赔偿的正当性，明确精神损害亦属于违约责任救济的范围，由此，违约责任与侵权责任所救济的损害类型便无二致，均包括精神损害和财产损失，以构建完整的“违约损害赔偿”与“侵权损害赔偿”的二元损害赔偿体系。在《民法典》实施背景下，应从解释学的角度阐释违约精神损害赔偿的具体适用要件，通过对相关司法案例的考察与总结，进一步明确裁判规则，构建更为完善的违约精神损害赔偿制度。

---

**Abstract:** Article 996 of the Civil Code is a genuine clause on compensation for mental damages for breach of contract, which is a liability for breach of contract, and the non-breaching party may claim compensation for mental damages directly in the action for breach of contract, instead of bypassing the action for tort. The compensation for mental damages for breach of contract should not be based on the violation of the personality rights of the non-breaching party, but should be extended to other situations that may lead to damage to the mental interests of the parties to the contract. The type of contract to which compensation for mental damages for breach of contract apply should be judged by testing for predictability, and the court should judge whether the specific contract disputes could be applied to compensation for mental damages for breach of contract in three dimensions, namely, the close relation between the purpose of the contract and the mental interests of the parties, the emotional value embodied in the subject matter of the contract, and the close relation between the contract and personal safety.

**Key Words:** compensation for mental damages for breach of contract, liability for breach of contract, mental interests, personality rights

---

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

## 敏感个人信息的界定及其完善

莫 琳\*

**内容提要：**敏感个人信息的界定是我国《个人信息保护法》的重要内容。因为比非敏感个人信息更能反映和影响个人信息主体的重大利益，《个人信息保护法》对敏感个人信息采用更为严格的保护制度。《个人信息保护法》第 28 条第 1 款对敏感个人信息的界定采取客观风险标准。在法学视角下，“敏感”与“高度损害风险”相关联，敏感个人信息处理的损害风险程度较高。损害风险可以单独或同时来源于个人信息内容的固有性、个人信息被非法使用时的工具性以及非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性。《个人信息保护法》对敏感个人信息的界定尚不能涵盖所有损害风险来源，应在第 28 条第 1 款的基础上辅以场景化路径界定敏感个人信息，具体以个人信息是否揭示或关联敏感内容、受损害主体是否包括其他关联利益人为客观考虑因素。

**关键词：**个人信息保护法 敏感个人信息 损害风险 场景一致性理论

### 一、引言

2021 年 8 月 20 日，我国在个人信息保护领域的专门立法《个人信息保护法》出台，明确将个人信息分为敏感个人信息和非敏感个人信息。由于敏感个人信息比非敏感个人信息更能反映和影响个人信息主体的重大利益，且与个人人身、财产权利的联系更为密切，敏感个人信息在一般个人信息处理规则的基础上，适用更为严格的保护制度。《个人信息保护法》在第二章中设专节规定敏感个人信息的处理规则，主要包括：个人信息处理者处理敏感个人信息的前提条件为“具有特定目的+充分必要性+采取严格保护措施”（第 28 条第 2 款）；应当取得个人的单独同意或是书面同意（第 29 条）；处理不满 14 周岁未成年人个人信息应当取得其父母或者监护人的同意，

\* 莫琳，暨南大学法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“国际法与国内法视野下的跨境电子商务建设研究”（17ZDA141）的阶段性成果。

并为此制定专门规则（第31条）；应当遵守法律、行政法规规定的其他限制条件（第32条）。个人信息处理者处理敏感个人信息的义务还包括必须进行事前影响评估（第55条）。纵观不同法域的理论基础、立法情况以及行业规范，敏感个人信息保护规则存在的意义在于，防范其处理过程中极易产生的高度损害风险。敏感个人信息处理规则是我国《个人信息保护法》的重要内容之一，给予敏感个人信息特殊保护的做法与世界主流个人信息保护立法规则保持一致，标志着我国从制度上保证了个人信息保护体系的完善，为信息化社会中新型经济的有序发展提供了坚强有力的保障。

敏感个人信息特殊保护的首要问题应聚焦于如何界定敏感个人信息。《个人信息保护法》对此采取了“抽象概括+非穷尽式列举”的界定方式。“概括”涉及法律如何给出概念（即下定义），“列举”涉及行为如何罗列。<sup>〔1〕</sup>其第28条第1款规定，敏感个人信息是指“一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息”。此为在法律规范中抽象界定敏感个人信息的内涵和外延，给予综合性定义，并明确列举敏感个人信息的非穷尽性示例。列举类型既依据信息内容，又以年龄为划分界限。该款规定凸显了我国当下急需保护的敏感个人信息类型，具备实践上的指引性，该表述也为未来技术与商业模式变化所可能出现的新型敏感个人信息预留了一定空间。

我国《个人信息保护法》中的“敏感”一词已完成由日常语境向法律语境的含义转化，但敏感个人信息的界定依然存在边界模糊的争议，尚不能涵盖所有损害风险来源。虽体现了敏感个人信息损害风险来源中的个人信息内容的固有性和个人信息被非法使用时的工具性，但却忽略了非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性，难以及时跟上未来个人信息保护进程。因此，有必要进一步完善敏感个人信息的界定，以场景化路径丰富敏感个人信息的界定视角。本文首先深度剖析敏感个人信息的内涵，解释“敏感”一词在法律语境中的含义转化，对敏感个人信息的高度损害风险进行类型化分析。其次，基于损害风险来源检视我国《个人信息保护法》第28条第1款，进而结合场景一致性理论框架论述其在敏感个人信息方面的应用考量。最后，为推动我国构建多层次敏感个人信息保护体系而提出彰显时代性的敏感个人信息界定的完善建议。

• 437 •

## 二、敏感个人信息的内涵界定

### （一）“敏感”一词在法律语境中的含义转化

如何理解法律语境中的“敏感”一词，是明确界定敏感个人信息内涵的首要前提。“敏感”在日常语境下具有较强主观性，通常用来表示个人的强烈感官输入。在心理学领域，敏感通常与焦虑等情绪相生相伴。“焦虑敏感性”是指应激事件使个体产生的担心、恐惧等情绪，是个体身上的一种稳定人格特质。<sup>〔2〕</sup>“感觉加工敏感程度”（sensory processing sensitivity，简称SPS）

〔1〕 参见谢晓尧：《法律文本组织技术的方法危机——反思“互联网专条”》，载《交大法学》2021年第3期。

〔2〕 参见杜艳玲、郎红娟、高丽、贺世喆、曹宝花：《军人焦虑敏感与心理应激关系及心理弹性中介作用的研究》，载《华南国防医学杂志》2021年第2期。

被描述为一种由遗传决定的气质或人格特征，能够反映个体中枢神经系统敏感程度的增加以及个体对身体、社会 and 情绪刺激的深层次认知加工。<sup>〔3〕</sup>敏感情绪是一种“感官防御”（sensory defensiveness），与自身的经历、经验和行为有密切关系。<sup>〔4〕</sup>由于心理学上的个体敏感程度高低极具差异，“敏感”一词在法律语境中的含义需进行转化理解，不能直接以日常语义理解敏感个人信息。显然，敏感个人信息并非单纯指代“令个人产生敏感情绪的个人信息”。否则，无异于将界定敏感个人信息的决定权完全交由个人信息主体，缺乏明确标准。因此，在法学视角下，“敏感”与“高度损害风险”相关联，意味着处理敏感个人信息而产生的损害风险程度较高。通过剖析我国《个人信息保护法》第28条第1款的内在逻辑可知，界定敏感个人信息采取客观风险标准。正是由于敏感个人信息处理往往伴随着高度损害风险，才值得法律对其严格保护。

世界主流国家的敏感个人信息保护理论和实践，都基本完成了对“敏感”一词在法律语境中的含义转化。美欧信息隐私法认为敏感个人信息往往与更大的风险相关联，因此，对敏感个人信息处理进行风险评估是必不可少的步骤。<sup>〔5〕</sup>在个人信息保护中，风险评估具有重要意义。<sup>〔6〕</sup>根据美国法律，处理敏感个人信息被认为是高风险行为。21世纪初，美国《关于执行电子政府法案的指南》（Guidance on Implementing the E-Government Act）就已指出，考虑到个人健康和财务信息的隐私风险增强，要求监管机构在处理个人健康和财务信息前对其进行隐私风险影响评估。欧盟《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称GDPR）以个人信息的性质为基石，在其鉴于条款中指出，敏感个人信息值得法律特别保护的基本理由在于，敏感个人信息在具体处理场景下可能会对个人基本权利和自由造成重大风险。<sup>〔7〕</sup>即敏感个人信息是其处理可能给基础权利和自由带来高度损害风险的一类个人信息。

“敏感”一词的法律化过程虽弱化了其主观性，但并非完全摒弃个人信息主体的内在感受。界定敏感个人信息离不开社会公众基于一般经验和生活常识的整体性价值认可。<sup>〔8〕</sup>法律依然需要考虑社会公众在具体场景下对个人信息敏感与否的认可程度，而非指个案中单一个体信息主体的纯粹心理情绪。保罗·欧姆（Paul Ohm）评估某一个人信息是否敏感时指出，需要考虑处理该个人信息的风险是否反映了多数主体的利益。<sup>〔9〕</sup>有学者对比多个国家和地区的隐私保护法律后发现，法律规范已列举的敏感个人信息类型获得社会公众的较高认可。<sup>〔10〕</sup>受区域历史文化、道德观念等多方面因素的影响，大多数国家和地区都认可医疗健康信息是敏感个人信息。其来源

〔3〕 See E. N. Aron, A. Aron & J. Jagiellowicz, Sensory Processing Sensitivity: A Review in The Light of The Evolution of Biological Responsivity, 16 (3) *Personality and Social Psychology Review* 262 (2012).

〔4〕 See Sofie Boterberg & Petra Warreyn, Making Sense of it All: The Impact of Sensory Processing Sensitivity on Daily Functioning of Children, 92 *Personality and Individual Differences* 80, 81 (2016).

〔5〕 See Muge Fazlioglu, Beyond the “Nature” of Data: Obstacles to Protecting Sensitive Information in the European Union and the United States, 46 (2) *Fordham Urban Law Journal* 271, 306 (2019).

〔6〕 参见刘颖：《我国〈个人信息保护法〉中的“守门人”条款》，载《北方法学》2021年第6期。

〔7〕 See General Data Protection Regulation, Recital 51.

〔8〕 See Karen McCullagh, Data Sensitivity: Proposals for Resolving the Conundrum, 2 (4) *Journal of International Commercial Law and Technology* 190 (2007).

〔9〕 See Paul Ohm, Sensitive Information, 88 (5) *Southern California Law Review* 1125, 1155 (2015).

〔10〕 参见王敏：《敏感数据的定义模型与现实悖论：基于92个国家隐私相关法规以及200个数据泄露案例的分析》，载《新闻界》2017年第6期。

于个人信息主体在医疗、健康、卫生领域的社会活动，不仅是反映个人人格权益的信息载体，还是具有公共属性的社会工具。<sup>〔11〕</sup>这反映了社会公众对某类个人信息是否敏感存在着合理期待，具有不希望其被泄露和非法使用的诉求。<sup>〔12〕</sup>因此，在具体场景中判断敏感个人信息是否符合社会公众的合理期待，应是法律所允许的合理考虑。

## （二）敏感个人信息的高度损害风险

### 1. 损害的类型

敏感个人信息的高度损害风险不只是带来主观上的人格损害，即个人信息一旦被泄露或者被非法使用给个人信息主体造成的消极感受，还包括在客观上造成的人身损害和财产损害。第一，人格损害关乎个人基本权利与自由，如侮辱、羞耻以及遭受歧视性待遇等强烈主观性不适带来的精神损害。敏感个人信息的损害风险类型已从传统的识别型向歧视型、控制型扩散。<sup>〔13〕</sup>与非敏感个人信息相比，敏感个人信息更容易导致人格损害已在国际立法层面形成共识。1981年，欧洲理事会公布的《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》（Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data，简称108公约）特别指出，数据处理应采取保障措施防止敏感个人信息对个人信息主体的利益、权利和基本自由可能造成的风险，特别是造成歧视的风险。同时，反对任何形式的歧视行为也是联合国人权保护的重要内容。比如，未经本人同意透露一个人的遗传信息可能会使其在就业、保险、教育和社会生活的其他领域受到歧视。<sup>〔14〕</sup>“保障人权”和“守护人类尊严”等全球性伦理准则共同为保护敏感个人信息以防范人格损害提供了理论支撑。因此，宗教信仰、医疗健康以及特定身份等敏感个人信息被多数国家的个人信息保护立法所认可，并为不同国家的社会公众所普遍珍视。

第二，人身损害是指敏感个人信息的不当处理可能危及个人人身安全。涉及保障人身安全目的的敏感个人信息包括身份证件号码、电话号码、电子邮件地址、家庭和工作地址以及实时位置等信息。这些敏感个人信息的损害风险来源于，其能够高度识别个人身份并与个人人身安全相关联。一旦泄露极易被不法使用，容易导致个人信息主体遭受人身损害。

第三，财产损害指的是经济价值损失，包括财产实际损失和期待利益损失。例如，作为敏感个人信息的金融财务信息往往容易导致可以衡量的经济损害。支付宝平台中的花呗、芝麻信用等信贷产品改变了许多人的消费习惯。我国法院在案件处理过程中意识到，金融服务行业涉及诸多敏感个人信息类型，与公民的资金安全直接相关，若处理不当可能引发金融风险。<sup>〔15〕</sup>我国司法实践中已有不少案例表明，处理贷款情况、征信报告、银行流水账单等个人信息具有高度损害风

〔11〕 参见莫琳：《公共卫生安全视角下医疗健康个人信息的保护与限制》，载《电子知识产权》2022年第5期。

〔12〕 参见吴标兵、许和隆：《个人信息的边界、敏感度与中心度研究——基于专家和公众认知的数据分析》，载《南京邮电大学学报（社会科学版）》2018年第5期。

〔13〕 参见宁园：《敏感个人信息的法律基准与范畴界定——以〈个人信息保护法〉第28条第1款为中心》，载《比较法研究》2021年第5期。

〔14〕 参见联合国经济及社会理事会决议《基因隐私权与不歧视（E/2004/L.13/Rev.1）》（2004/9）。

〔15〕 参见“蚂蚁科技集团股份有限公司与海南庆德大信息科技有限公司侵害商标权纠纷案”，杭州铁路运输法院（2020）浙8601民初489号民事判决书；“芝麻信用管理有限公司、蚂蚁科技集团股份有限公司等与山西有码科技有限公司侵害商标权纠纷案”，浙江省杭州市西湖区人民法院（2020）浙0106民初4288号民事判决书；“蚂蚁科技集团股份有限公司与杭州融动科技有限公司侵害商标权纠纷案”，浙江省杭州市西湖区人民法院（2020）浙0106民初4289号民事判决书。

险，符合社会公众对此类信息的认知程度和整体性期待。此外，处理敏感个人信息还容易造成期待利益损失。在相关案例中，个人信息处理者不当处理医疗健康个人信息，容易造成个人信息主体的期待利益损失。例如，药店留存的个人用药记录存在错误录入的情况，将导致消费者无法购买商业保险保障自身权益，之后就医使用医保卡也难以得到相关保障，<sup>〔16〕</sup>这对医疗健康个人信息的应用活动造成了财产损害。

## 2. 损害发生的可能性

损害发生的可能性是界定敏感个人信息时必须考虑的因素，这是敏感个人信息与非敏感个人信息的关键区别。我国《个人信息保护法》第28条第1款使用“容易导致”这一表述，实际上指向的是一种相对的概率，即损害发生的可能性。对于一般自然人而言，敏感个人信息本身并不必然具有明确的实质性价值，而是更多地体现为一种价值载体。个人信息处理者处理敏感个人信息过程中更容易侵害人格权利和人身、财产安全等实质性价值目标。由于敏感个人信息处理行为并非必然使个人遭受明确的、固定的损害，对敏感个人信息严格保护的目的在于要求损害后果的实际发生，而是要求存在造成个人信息主体的不特定法益被侵害的可能性。

受个人信息处理者掌握的信息识别技术的应用能力、个人信息主体与个人信息处理者的特殊关系等因素影响，不同场景中损害发生的可能性存在差异。例如，随着现代电子信息技术逐渐成熟，电子交易类型的个人信息更容易被个人信息处理者非法使用。再如，在医疗、法律等专业服务场景中，个人信息主体和个人信息处理者存在较强的信赖关系，个人信息处理者作为特殊信赖主体对个人信息主体负有保密义务。此时，一旦个人信息处理者超出原始目的不当处理敏感个人信息，损害发生的可能性便迅速增高。在我国《个人信息保护法》的立法过程中，敏感个人信息损害发生的可能性要求发生了变化。《个人信息保护法（草案）》和《个人信息保护法（草案二次审议稿）》采取相对宽泛的标准，无论何种类型的损害，其发生存在可能性即可，仅仅要求“可能”导致个人受到歧视或者人身、财产安全受到严重危害。而最终出台的《个人信息保护法》则反映了立法者的严谨考量，规定敏感个人信息是“容易”导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，明确了敏感个人信息损害发生的可能性较高。从“可能导致”到“容易导致”的表述，《个人信息保护法》对敏感个人信息处理行为提出了更高的合规要求，清晰指出处理敏感个人信息比非敏感个人信息更容易导致损害的发生，进一步明确我国个人信息保护体系，有益于全面提升个人信息保护水平。

# 三、基于损害风险来源检视我国敏感个人信息的界定

## （一）敏感个人信息的损害风险来源

进一步而言，敏感个人信息的损害风险究竟来源于何处，是个人信息保护规范必须清晰认识到的另一重要问题。唯有如此，方能使敏感个人信息的界定趋于完善。保罗·欧姆认为隐私损害

〔16〕 参见“程某等与开州区亿鑫药品超市侵权责任纠纷案”，重庆市开州区人民法院（2020）渝0154民初5576号民事判决书；“程某等与开县长沙镇桔香村卫生室侵权责任纠纷案”，重庆市开州区人民法院（2020）渝0154民初5749号民事判决书。

(privacy harm) 揭示了敏感个人信息的多样性形式, 主要涵盖固有敏感个人信息 (inherently sensitive information)、工具敏感个人信息 (instrumentally sensitive information) 和推断敏感个人信息 (inferentially sensitive information)。<sup>[17]</sup> 本文借鉴此种分类方法, 认为敏感个人信息的损害风险来源可以分为以下三种类型: 个人信息内容的固有性、个人信息被非法使用时的工具性以及非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性。敏感个人信息的损害风险可以单独或同时来源于以上三种不同类型。换句话说, 只要个人信息满足三种来源中的一种, 即应界定为敏感个人信息。

### 1. 个人信息内容的固有性

个人信息内容的固有性是指, 信息内容所传达的实质含义是个人信息敏感与否的内在决定因素, 同时也影响了潜在处理风险的高低。在处理个人信息过程中, 信息内容本身一经泄露便容易导致个人信息主体遭受损害, 使其具备敏感性。如医疗健康信息, 其信息内容本身的泄露即可侵害人格尊严。欧盟立法机构始终坚持以保障人格权利为出发点进行个人信息保护, 他们意识到个人信息内容的固有性便足以引起个人权益侵害风险, 触发敏感个人信息的特殊保护机制。欧盟第29条数据保护工作组 (Article 29 Data Protection Working Party, 简称第29条工作组) 强调, 基于风险方法 (risk-based approaches) 评估个人数据处理风险时必须考虑个人数据的内容和性质。<sup>[18]</sup> 由于历史背景和文化传统不同, 损害风险来源于个人信息内容固有性的个人信息具体类别, 最终因各法域的公众整体性期待和社会包容度不同而存在差异。例如, 美国和欧盟法律均将政治观点明确列举为敏感个人信息, 但对于财务信息是否作为敏感个人信息保护则有不同的选择。<sup>[19]</sup> 而我国《个人信息保护法》列举的敏感个人信息中并未包括政治观点, 仅在标准和指南等规范性文件中提及政治观点具有一定程度的敏感性。<sup>[20]</sup>

### 2. 个人信息被非法使用时的工具性

个人信息被非法使用时的工具性是指个人信息作为工具被非法使用时的损害风险。个人信息的工具性决定其具有社会性与公共性, 体现在能够使得个人在社会中标识自己并与社会建立更为广泛的联系。<sup>[21]</sup> 个人信息不仅是反映个人权益的信息载体, 还是人类发挥主观能动性改造世界的重要决策依据, 承载着在公共领域中发挥信息交换功能以促进社会进步的使命。在信息化时代, 个人信息的财产属性日益凸显, 作为社会交往工具的个人信息的非法利用的可能性陡然剧增。美国经济学家霍肯在20世纪曾断言, 信息商品市场将取代传统的物质商品市场从而占据经济主导地位。在信息技术尚不发达的年代, 个人信息通常被记录于纸质载体, 不具备强烈的财产属性。但在信息化社会中, 海量增长的信息数据被用于投入生产物品与劳务, 成为实体经济产业

[17] 参见前引[9], Paul Ohm文, 第1170页。

[18] See Article 29 Data Protection Working Party, Statement on the Role of a Risk-Based Approach in Data Protection Legal Frameworks, 2014, p. 4.

[19] See Amitai Etzioni, A Cyber Age Privacy Doctrine: More Coherent, Less Subjective, and Operational, 80 (4) *Brooklyn Law Review* 1263, 1278 (2015).

[20] 参见《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273—2020) 第9.4条;《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》(GB/Z 28828—2012) 第3.7条。

[21] 参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018年第3期。

数字化发展的基础性战略资源。为了生活便利或获取经济利益，个人信息主体逐渐接受对敏感个人信息进行商业化利用的行为。随着技术允许虹膜、指纹、人脸等生物识别信息作为密码完成身份认证程序，生物识别信息的应用场景在不断拓展，指纹解锁、刷脸支付设备得到广泛应用。例如，被称为我国“人脸识别第一案”中的原告为了获取微信支付年卡费的便捷和经济利益，对身份证号、银行卡号等敏感个人信息采取了积极主动的商品化利用。<sup>〔22〕</sup>然而，在巨大的经济利益诱惑下，成熟的信息技术应用使得敏感个人信息容易被非法使用，从而导致高度损害风险。如今，个人信息处理者利用公民身份号码、电话号码、家庭地址等信息进行诈骗、跟踪等非法活动已经成为网络犯罪惩治的重中之重。

### 3. 非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性

敏感个人信息的损害风险还可以来源于非敏感个人信息与敏感个人信息之间的关联性。信息分析技术日新月异，个人信息范围快速扩张。个人信息大量聚合处理极易模糊非敏感个人信息和敏感个人信息之间的边界，使得原本不敏感的个人信息通过结合其他个人信息亦能够揭示或关联敏感内容，这些推断结果容易产生侵犯个人信息权益的高度损害风险。消费记录并非法律明文列举的敏感个人信息类型，但在具体处理场景中，消费记录可以推断得出敏感个人信息或与敏感个人信息相关联的其他信息。比如，保险公司根据饮食消费记录推断得出个人健康信息，并据此针对消费者调整健康保险费用，很可能导致投保成本增加，使个人遭受经济价值损失。再如，肤色、身高等信息可以揭示健康或种族信息等敏感内容。

进一步而言，非敏感个人信息和敏感个人信息并非泾渭分明，它们之间可以相互转换。2021年，荷兰数据保护局（DPA）对于其国内一政治党派泄露了支持者电子邮箱的行为进行处罚。<sup>〔23〕</sup>在这一场景中，电子邮箱信息的性质发生了变化。电子邮箱由原本的一般个人信息可以转化成揭示政治观点的敏感个人信息。该党派支持者的电子邮箱信息被泄露，意味着电子邮箱持有者的个人政治观点信息同时被披露。因此，应当合理地认为，个人信息是否敏感还应在不同的场景中加以具体判断。在“庞理鹏与趣拿公司等隐私权纠纷案”中，我国法院即是运用了场景化认定方法对个人信息敏感与否进行具体分析。法官充分考虑了本案中预订机票的特殊场景，结合当事人行程安排信息推断原本属于一般个人信息的姓名、电话号码具有整体上的敏感属性。<sup>〔24〕</sup>“黄某与腾讯公司隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案”的法官也认为，判断个人信息内容的性质时，有必要深入实际处理场景，以“场景化模式”探讨该场景中是否存在侵害隐私的行为。<sup>〔25〕</sup>

### （二）对我国《个人信息保护法》第28条第1款的检视

《个人信息保护法》第28条第1款以“抽象概括+非穷尽式列举”界定敏感个人信息具有可

〔22〕 参见“郭兵诉杭州市野生动物园服务合同纠纷案”，浙江省杭州市富阳区人民法院（2019）浙0111民初6971号民事判决书。

〔23〕 See European Data Protection Board News, Dutch DPA: PVV Overijssel fined for failing to report data breach, available at [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2021/dutch-dpa-pvv-overijssel-fined-failing-report-data-breach\\_en](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2021/dutch-dpa-pvv-overijssel-fined-failing-report-data-breach_en), last visited on Jan. 23, 2022.

〔24〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终509号民事判决书。

〔25〕 参见北京互联网法院（2019）京0491民初16142号民事判决书。

操作性,抽象概括为在法律实践中判断个人信息是否敏感提供了指引,非穷尽式列举又为新类型敏感个人信息的鉴别预留了一定空间。然而,明确列举的敏感个人信息类型具有强涵摄性,立法者的有限理性无法完全准确预测个人信息敏感程度之变化,现有的列举主义必将很快显得捉襟见肘,对判定普罗透斯之面似的敏感个人信息应接不暇。各列举项包含诸多具体的个人信息类型,应视作对敏感个人信息常见类别的提示。<sup>〔26〕</sup>若将列举信息类型一概认定为敏感个人信息,既能保护过度又可能保护不足。因此,敏感个人信息的界定仍需置于处理场景中作具体判断。

对敏感个人信息的部分列举,似乎表明敏感可以被客观地归因于特定的个人信息类型。这种理解并不全面,实际上掩盖了敏感与相关场景因素之间的相互依存关系。我国《个人信息保护法》第28条第1款明确敏感个人信息容易导致个人人格尊严和人身、财产安全受到损害,体现了损害风险来源中个人信息内容的固有性和个人信息被非法使用的工具性,但却忽略了非敏感个人信息与敏感个人信息之间的关联性。敏感个人信息的表现形式日益丰富,忽视非敏感个人信息与敏感个人信息之间的关联性容易导致该条款的实际适用障碍,无益于敏感个人信息主体的个人权益保护和信息化技术的更新迭代。

场景化界定路径是司法实践中具体判断敏感个人信息范畴的可行路径。敏感个人信息范畴之所以难以准确界定,与敏感个人信息保护和其他权利的冲突,以及实践中判断敏感与否高度依赖具体处理场景有关。个人信息保护立法需要特别关注非敏感个人信息和敏感个人信息之间的关联性和可转化性。在高度损害风险标准之下,敏感个人信息的界定须结合场景因素,融入场景化界定路径。如从血液中提取的蛋白酶信息和DNA信息是否敏感,需结合个人信息处理者应用能力、识别能力和识别目的等具体场景因素进行综合判断。为了避免敏感个人信息的界定无法回应科技进步带来的新问题、无法解决司法实践中出现的新情况,应在现有“抽象概括+非穷尽式列举”界定方式的基础上,辅以场景化界定路径构建多层次敏感个人信息保护体系,方能使我国《个人信息保护法》在基本理念上顺应历史发展规律,为敏感个人信息保护和信息化经济建设的长足发展预留充分的空间。

• 443 •

## 四、敏感个人信息场景化界定路径的理论框架及应用考量

### (一) 场景一致性理论框架

大数据处理场景的广泛性已然宣告场景化时代的到来,站在科技的风口上,便真如斯考伯和伊斯雷尔所预测的那样,占据场景便能赢得未来。<sup>〔27〕</sup>在复杂的网络传播环境下,能否掌握个人信息处理场景已经成为信息产业角力的重要考量。在信息传播场景化导向的背景下,个人信息处理场景日趋多元,个人信息保护立法及后续配套政策和标准文件必须尽快形成对策,以应对个人信息处理场景的复杂性。因此,个人信息场景化保护愈发受到学界的广泛关注。

〔26〕 参见前引〔13〕,宁园文。

〔27〕 参见〔美〕罗伯特·斯考伯、谢尔·伊斯雷尔:《即将到来的场景时代》,赵乾坤、周宝曜译,北京联合出版公司2014年版,第1页。

由于个人信息商品化活动持续活跃，<sup>〔28〕</sup> 美国学者较早重视个人信息保护，认为个人信息是一种新类别的“黄金”，大力倡导对个人信息的场景化保护。<sup>〔29〕</sup> 近年来，我国学者曾尝试论证场景化保护应用于我国个人信息保护领域的合理性，大多受到美国学者海伦·尼森鲍姆（Helen Nissenbaum）的场景一致性（contextual integrity）理论的启发。场景抽象地泛指日常生活中经历着的各种独立性社会空间，主要包括技术场景、商业场景、行业场景和社会场景四类理解，海伦·尼森鲍姆倾向于将场景理解为社会领域（social domain）。<sup>〔30〕</sup> 场景由决定和支配着行为者、行为和限制等关键方面的规范构成，来源包括历史、文化、法律、惯例等。<sup>〔31〕</sup> 场景既包括空间和环境，也包括具体行动的实时状态，其作为社会交往的基础条件和核心构成显示出强烈的流动性。<sup>〔32〕</sup> 尊重场景即是遵守各领域的内生规范。

在美国隐私政策碎片化的背景下，场景一致性理论深受迈克尔·沃尔泽（Michael Walzer）的多元正义理论（pluralist theory of justice）影响，倡导尊重隐私保护的场景以挑战传统隐私保护理论。场景一致性理论被称为“隐私的替代基准”，以“适当性规范（appropriateness）—流动性规范（distribution）”为保护框架探析公民对公共监控（public surveillance）的不安根源，以应对信息技术带来的隐私挑战。场景一致性理论立足于预期的个人信息流（personal information flow），依据不同场景中的具体因素来保护信息隐私，强调个人信息的衍生利用行为不得与初始场景相悖，以确保个人信息流通适当。以场景中的规范来评估个人信息处理行为是否侵犯隐私取决于三个关键变量，包括行为主体（actors）、信息类型（information types）和传输原则（transmission principles）。<sup>〔33〕</sup> 若有任何一个变量存在问题，就会出现“表面上的违反”（prima facie violation）。因此，个人信息的收集和传播必须在具体场景中是适当的，并遵守该场景的内部流通规范。

适当性规范是个人信息场景化保护的基础，要求在特定场景中，某一类信息的处理符合常理且具有必要性。如在医疗环境中，患者向就诊医生提供个人健康状况信息是恰当的，反之则为不恰当。流动性规范强调衍生数据的合理使用，要求个人信息从发送方向接收方或其他第三方的转移尊重个人信息流的场景规范。这与多元正义理论强调每个领域都有属于本领域的独特正义规范保持一致。“个人信息的使用和流通是否遵守信息流的场景规范”与“个人信息在某个特定场景中的使用具有适当性”同等重要，共同构建了有序利用个人信息的场景化监督体系。<sup>〔34〕</sup> 场景一致性理论揭示了社会领域对适当性个人信息流的高度依赖，强调信息隐私逐渐涵括个人信息被恰当流通的权利。在现代生活中，信息隐私极具相对独立的社会空间性，倘若脱离了场景而孤立地审视个人信息，便无法准确判断该个人信息处理行为是否侵犯个人隐私。因此，尊重场景，便是

〔28〕 See Paul M. Schwartz, Property, Privacy, and Personal Data, 117 (7) *Harvard Law Review* 2056, 2069 (2004).

〔29〕 See Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 (1) *Washington Law Review* 119, 121 (2004).

〔30〕 See Helen Nissenbaum, Respecting Context to Protect Privacy: Why Meaning Matters, 24 *Science and Engineering Ethics* 831 (2018).

〔31〕 参见前引〔29〕，Helen Nissenbaum 文，第 138 页。

〔32〕 参见王敏芝：《媒介化时代“云交往”的场景重构与伦理新困》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2021 年第 9 期。

〔33〕 参见前引〔30〕，Helen Nissenbaum 文。具体而言，信息类型与信息性质相关；行为者系场景中涉及的角色，包括主体、发送方和接收方的参与者；传输原则包括个人信息共享和进一步传播的条件以及在场景中因素变化的潜在影响阈值等。

〔34〕 参见林凌、程思凡：《个人信息场景化传播困境及保护研究》，载《当代传播》2021 年第 5 期。

尊重权利人在不同社会空间中的隐私诉求。

## （二）场景一致性理论应用于敏感个人信息界定的考量

场景一致性理论认为，个人信息的敏感程度是决定隐私侵权发生与否的关键因素。该理论解决隐私侵权问题的思路在于，摒弃传统上的敏感与非敏感个人信息的固定二分法，充分考虑信息处理场景判断个人信息敏感与否，并运用场景规范使个人信息处理活动符合“适当性规范—流动性规范”保护框架。<sup>〔35〕</sup>由于个人信息的敏感程度极不稳定，容易在不同的个人信息处理场景下发生变化，<sup>〔36〕</sup>需要对个人信息进行差别化场景保护。场景一致性理论中的“敏感”概念极具隐私意义，在很大程度上保留了心理学上的主观色彩。其认为界定敏感个人信息除了符合社会公众心理预期的客观标准之外，还应该在具体场景中考虑个人信息主体的主观感受，以此评估个人信息处理是否可能给个人信息主体带来损害风险。个人信息敏感与否取决于个人信息主体对信息处理场景的预测与假设，如果个人信息的处理活动违反了个人信息主体的合理期待，便会产生自身利益受到侵害的主观感受。<sup>〔37〕</sup>但即使是同一种类型的个人信息，个人信息主体在具体场景中依然会产生不同的主观感受，代表着不同的合理期待。<sup>〔38〕</sup>例如，个人政见信息在政治会议场景中处理是合适的，但不适合被应用于零售、医疗等场景。因此，当个人信息主体认为某一类型信息为敏感个人信息时，便同时确定了其对该类型个人信息在特定处理场景中的合理期待。《金融服务现代化法案》（Gramm-Leach-Bliley Act，简称 GLBA）中对敏感个人信息的保护便体现了极强的主观考量，从遵循个人信息主体的意愿角度区分敏感个人信息，一旦个人信息主体认为某一个人信息具有敏感程度，即可拒绝金融机构对该个人信息进行处理。<sup>〔39〕</sup>

场景一致性理论以多元正义理论为基石，力图避免某一场景内侵犯隐私的“暴政”，有助于应对信息科技时代下的公共监视问题，从而具有很强的政治哲学意义。在识别一种新的信息应用实践如何影响隐私权利方面，该理论是非常有效的。<sup>〔40〕</sup>然而，场景一致性理论有其自身的局限性，从而决定其无法具有独立的规范效力。场景是保护隐私的重要因素，但它不应该取代包括敏感个人信息保护规则在内的启发式规则。<sup>〔41〕</sup>许多学者试图进一步发展场景一致性理论思想并将其应用于实践，但均发现这一概念并不容易融入正式法律。<sup>〔42〕</sup>

〔35〕 参见前引〔29〕，Helen Nissenbaum 文，第 136 页。

〔36〕 See Kirsten Martin & Helen Nissenbaum, Measuring Privacy: An Empirical Test Using Context to Expose Confounding Variables, 18 (1) *Columbia Science and Technology Law Review* 176, 215 (2016).

〔37〕 See Helen Nissenbaum, A Contextual Approach to Privacy Online, 104 *the Journal of the American Academy of Arts & Sciences* 32, 38 (2011).

〔38〕 See Paula Kift & Helen Nissenbaum, Metadata in Context: An Ontological and Normative Analysis of the NSA's Bulk Telephony Metadata Collection Program, 13 (2) *A Journal of Law and Policy for the Information Society* 333 (2017).

〔39〕 See Federal Trade Commission, How To Comply with the Privacy of Consumer Financial Information Rule of the Gramm-Leach-Bliley Act, available at <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/how-comply-privacy-consumer-financial-information-rule-gramm>, last visited on Jan. 4, 2023.

〔40〕 See Gabe Maldoff & Omer Tene, Putting Data Benefits in Context: A Response to Kift and Nissenbaum, 13 (2) *A Journal of Law and Policy for the Information Society* 383 (2017).

〔41〕 参见前引〔9〕，Paul Ohm 文，第 1146 页。

〔42〕 See Bernd Justin Jütte & Annelies Vandendriessche, Responsible Information Sharing: Converging Boundaries between Private and Public in Privacy and Copyright Law, 10 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 310 (2019).

其一，场景一致性理论中的场景因素复杂繁多，若独立运用其界定敏感个人信息缺乏可供实践的明确标准。场景是一个模棱两可的术语，它有可能使任一个个人信息在某一场景下成为敏感个人信息。<sup>〔43〕</sup>并且，场景是影响个人信息处理风险的外因。<sup>〔44〕</sup>倘若判断个人信息敏感与否仅仅依据场景，则使敏感个人信息保护制度陷入被动，法律规则的预防功能将无法实现，进一步加深司法实践中认定敏感个人信息的标准鸿沟，为个案判断带来不堪重负的压力。其二，场景一致性理论下，从隐私权利中衍生的“敏感”概念过于宽泛，强调个人信息主体对敏感个人信息处理场景的个体性期待，以超强的主观感受界定敏感个人信息，并以此评估个人信息处理风险，难以达成充分发挥敏感个人信息保护兼具个人属性和社会属性的平衡效果。司法实践中，法院判断微信好友列表和读书信息的性质时，认识到敏感个人信息保护和隐私保护均体现了自然人的尊严和人格自由价值，但个人信息权益同时涉及信息利用和流通价值。<sup>〔45〕</sup>因此，敏感个人信息保护与隐私保护的不同之处在于，后者保护个人不愿为他人知晓的信息私密性，强调个人主观意愿，前者更强调个人信息不当利用导致信息主体遭受的客观风险。进一步而言，即使在相对一致的场景下，由于互联网产品和相应用户的广泛性和差异性，不同个人信息主体对同一信息具有不同程度的敏感期待。如在电子商务平台购物时，有的用户对针对性的广告推送十分反感，而有的用户则乐意接受该定向广告推送带来的便利。显而易见，若敏感个人信息是指信息被披露便使个人信息主体容易感到尴尬或不安的信息，那么在此定义下，所有的个人信息都有可能因其披露条件的变化而变得敏感。这会引起敏感个人信息过强保护的失控局面，“同案不同判”的司法诉累情况将不可避免。

鉴于场景一致性理论中个人信息“敏感”概念的自身局限性，场景化保护不能独立作为界定敏感个人信息的路径。因此，场景一致性理论可为我国《个人信息保护法》第28条第1款提供一种理论上的启发和制度上的有益补充，但实践难题的具体适用方案仍需进行适当调整。

## 五、我国敏感个人信息界定的完善

梅因深刻地指出，社会需求和社会主张总是或多或少地领先于法律，我们可能会无限地接近弥合它们之间的鸿沟，但永久的趋势是他们会重新拉开差距；因为法律是稳定的，社会是进步的，一个民族的幸福程度取决于鸿沟缩小的速度。<sup>〔46〕</sup>个人信息保护作为信息化社会经济生活迅猛发展的制度保障，必须紧密结合特定时期的社会需求和社会主张，不断适应社会生活变化，及时回应和解决个人信息保护面对的现实问题。目前，实践中我国《个人信息保护法》在界定敏感个人信息的具体类型方面存在较大解释空间。在科技爆炸时代，法律规范界定敏感个人信息应与时俱进，才能有针对性地回应由科技进步带来的种种新问题，并充分满足信息化社会中敏感个人信息保护的需要。我国尚未形成完善的敏感个人信息保护体系，此时寻求敏感个人信息界定的更

〔43〕 参见前引〔30〕，Helen Nissenbaum 文。

〔44〕 参见前引〔13〕，宁园文。

〔45〕 参见北京互联网法院（2019）京0491民初16142号民事判决书。

〔46〕 See Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, Cosimo Classics, 2005, p. 15.

优解,以有效发挥我国个人信息保护立法的后发优势可谓正当其时。本文建议在《个人信息保护法》第28条第1款的基础上,辅以场景化路径以完善敏感个人信息的界定,具体考虑个人信息是否可以揭示或关联敏感内容、受损害主体是否包括其他关联利益人,最终构建多层次敏感个人信息保护体系。

#### (一) 辅以场景化界定路径构建多层次敏感个人信息保护体系

我国个人信息保护理论和法律实践中应具备不采取一刀切的方式来理解和保护敏感个人信息的智识。将敏感个人信息概括划入相对固定的概念中,并不是有效保护敏感个人信息的唯一选择。实证研究已经表明,个人信息敏感与否离不开信息处理场景的考量。<sup>[47]</sup> 性别、出生日期、籍贯等人口统计学信息通常被认为不敏感。但在求职场景中,人口统计学信息与身份号码、照片、健康状况等个人信息相结合,其敏感程度陡然增高,应被认为属于敏感个人信息。此前,我国的行业标准指南在界定敏感个人信息时,已经体现场景化界定的思路。各行业敏感个人信息的具体内容根据接受服务的个人信息主体意愿和各自业务特点确定,<sup>[48]</sup> 为敏感个人信息的场景化界定留下解释空间。在我国司法实践中,场景化界定也已欣然可见,司法机关立足于具体场景衡量个人信息敏感程度。在一般生活场景中,特别是熟人群体中,真实姓名并不敏感,但在电子商务交易中真实姓名则被认为属于敏感个人信息。在“安娜与淘宝公司网络服务合同纠纷案”中,法院认为电子商务平台的自然人商家在开设淘宝店铺时留存的真实姓名、手机号码等个人信息具有敏感性,不宜全部对外公示。<sup>[49]</sup> 淘宝公司作为平台经营者,对自然人商家在开设店铺时留存的敏感个人信息有保障责任。

• 447 •

未来,针对不同的信息处理场景,单一的敏感程度衡量标准应当发展成一个差异化、动态调整的标准体系。我国《个人信息保护法》应在积极利用概括列举式界定保持敏感个人信息保护体系可操作性的同时,以场景化界定路径作为补充和辅助手段。一是规定其他规范性文件可以参考各行业特点,定期适当调整敏感个人信息范围;二是在具体个案中,由司法机关依据信息处理的特殊情况,判断法律规范明文列举范围之外的个人信息是否属于敏感个人信息;三是通过执法和司法实践的不断归纳总结,结合技术专家组的意见,形成更具场景操作性的敏感程度界定标准。把定期调整、更新敏感个人信息清单的权利适当下放给各行业领域,可以全面保障敏感个人信息保护的有效性。允许各行业领域进行场景化界定可使敏感个人信息保护更契合行业特征,有利于对法律规范并未明文列举的敏感个人信息作出差异化安排,加快构建多层次敏感个人信息保护体系。

#### (二) 敏感个人信息场景化界定路径的客观考虑因素

##### 1. 个人信息是否揭示或关联敏感内容

敏感个人信息的损害风险不仅来源于个人信息内容本身和被非法使用时的工具性,还来源于

[47] See David L. Mothersbaugh et al., Disclosure Antecedents in an Online Service Context: The Role of Sensitivity of Information, 15 (1) *Journal of Service Research* 76 (2012).

[48] 参见《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》(GB/Z 28828—2012)第3.7条。

[49] 参见杭州互联网法院(2019)浙0192民初5468号民事判决书。

非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性，后者往往容易被法律所忽视。在大数据和人工智能时代，我国《个人信息保护法》需要特别关注敏感个人信息和非敏感个人信息之间的转化可能。美欧个人信息保护法律中的敏感个人信息范围，包括能够揭示或关联所列信息种类的个人信息。欧盟1995年的《数据保护指令》（Data Protection Directive，简称DPD）和GDPR规定特殊类别的个人信息时，同时使用了“揭示”（revealing）和“关联”（concerning）的表述。根据GDPR第9条第1款规定，敏感个人信息包括可能揭示种族或民族起源、政治观点、宗教或哲学信仰、工会成员资格的个人数据，以及有关健康、自然人的性生活或性取向的数据。对此，应理解为敏感个人信息不仅涵盖了在信息性质上具有敏感程度的信息，还包括可以揭示和关联敏感内容的个人信息。<sup>〔50〕</sup>欧洲数据保护委员会（European Data Protection Board，简称EDPB）指出敏感个人信息除了明确列举的种类，还包括其他被认为敏感的个人信息。<sup>〔51〕</sup>举例而言，照片并非GDPR所列举的敏感个人信息种类，但GDPR仍然承认在具体场景中认定照片的敏感程度。如果处理照片时使用了能够识别自然人的特殊技术手段，照片可被敏感个人信息中的生物识别信息的定义所涵盖。第29条工作组也认为，如个人照片和图像可以显示种族或健康信息，可被视为敏感个人信息。<sup>〔52〕</sup>美国《弗吉尼亚州消费者数据保护法》（The Virginia Consumer Data Protection Act）、《加州隐私权利法案》（The California Privacy Rights Act）、《华盛顿州隐私法案》（The Washington Privacy Act）等法律界定敏感个人信息范围也使用了关键词“揭示”。美国的立法草案中，敏感个人信息范围囊括了处理或传输是为了识别敏感个人信息的其他任何类型的信息，以及与敏感个人信息定义中各信息种类相关的个人信息，<sup>〔53〕</sup>进一步强化了避免因为信息类型之间的相互转化而逃脱监管的情形。

敏感个人信息范围不局限于法律规范所列举的信息类型，非敏感个人信息结合其他额外信息可能与敏感个人信息相关联，或者可以揭示敏感内容。如电子商务平台收集的手机号码、收货地址等个人信息与购物列表、搜索记录等辅助个人信息结合起来，可以揭示或关联个人信息主体的宗教信仰等敏感内容。在此场景下，手机号码、收货地址、购物列表和搜索记录可一并属于敏感个人信息。假设个人信息处理者已知一个清真寺的地理位置，同时获取了个人信息主体前往该地理位置的频率信息，则个人宗教信仰信息已然被揭示。因此，此场景中的地理位置信息应当被认定为敏感个人信息进行特殊保护。此外，揭示犯罪历史和人物社会危险性的犯罪记录、能够从中推断学生品行的教育记录等个人信息，因与敏感内容密切关联也应属于敏感个人信息。然而，我国《个人信息保护法》并未强调能够揭示或关联敏感内容的个人信息为敏感个人信息。因此，《个人信息保护法》中敏感个人信息界定的完善思路应该着眼于能够覆盖损害风险来源的因素。揭示或关联敏感内容的个人信息也应列入敏感个人信息范围，此为场景化界定

〔50〕 See Artical 29 Data Protection Working Party, Advice paper on special categories of data (sensitive data), 2011, p. 5.

〔51〕 See European Data Protection Board, Recommendation 01/2019 on the draft list of the European Data Protection Supervisor regarding the processing operations subject to the requirement of a data protection impact assessment [Article 39.4 of Regulation (EU) 2018/1725], 2019, p. 5.

〔52〕 参见前引〔50〕，第29条工作组文件，第8页。

〔53〕 See United States Consumer Data Privacy Act of 2019; Consumer Online Privacy Rights Act.

路径的重要内容。

## 2. 受损害主体是否包括其他关联利益人

一般而言,非敏感个人信息仅仅影响个人信息主体。而敏感个人信息因具有高度损害风险,更容易导致个人信息主体本身以外的其他受到实质性影响的关联利益人同时遭受损害。因此,受损害主体包括其他关联利益人的个人信息也应被认为是敏感个人信息。敏感个人信息保护规则应同时保障个人信息主体以及其他受到实质性影响的关联利益人。唯有如此,才能真正保障敏感个人信息主体的切身利益免受损害。对于受损害主体问题,GDPR第82条规定“任何遭受物质或非物质损害的人”都有权获得控制者或处理者的赔偿。普遍的限制性解释是,GDPR最终旨在保护数据主体的权利,只有数据主体才能援引第82条获得民事救济。但有学者不同意这种限制性解释,认为有权获得损害救济的主体应扩大解释为任何可能遭受损害的人。<sup>[54]</sup>这符合GDPR的宗旨,即毫无例外地保护自然人的所有基本权利和自由。诸如,遗传基因信息的不当使用所造成的损害深远、长久而不可逆,且受损害主体难以预计。联合国经济及社会理事会决议《基因隐私权与不歧视》也承认,与一个可识别的人相关的遗传信息有时可能与该人家庭成员或其他人有关,因此在处理这类个人信息时也应考虑到关联利益人的权益。我国《个人信息保护法》要求网信部门统筹协调、推进敏感个人信息保护具体规则的制定工作,构建完善的敏感个人信息保护体系的重要性不言而喻。敏感个人信息的界定是较为复杂的系统工程,我国需充分考虑敏感个人信息场景化界定的客观因素,确保敏感个人信息保护的多维视角。

• 449 •

## 六、结 语

信息技术对人类社会影响的深度和广度都是空前的,个人信息保护和利用的角力在敏感个人信息方面表现得更为焦灼。敏感个人信息保护的目标应是在充分保护个人信息主体重大利益的同时,尽可能地释放敏感个人信息的社会价值。如今,部分敏感个人信息已存在合法进入数据市场的现实需求。如医疗健康个人信息不仅关乎个人权益,还在很多场景中蕴含极大的公共利用价值。《福州市健康医疗大数据开放开发实施细则》中就有关于根据不同的处理场景对敏感个人信息进行脱敏脱密处理后开放的规定。

法律无法脱离社会经验而存在。敏感个人信息保护体系不应也无法抛弃个人信息主体集合下的实质性利益,对敏感个人信息的界定正需要基于生活经验尽可能地反映社会公众对于“敏感”的整体认可度。即使我们无法全面预估科技发展的最终走向,但我们至少可以看到,敏感个人信息的损害风险来源、敏感个人信息处理导致的损害类型以及损害发生的可能性都是有增无减。我国《个人信息保护法》未来应在制度安排上作出有力回应,在现有“抽象概括+非穷尽式列举”界定方式的基础上,辅以场景化界定路径回应信息社会的风险需要。具体而言,需以个人信息是否揭示或关联敏感内容、受损害主体是否包括其他关联利益人为场景化界定路径的客观考虑因

[54] See A. B. Menezes Cordeiro, Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR, 5 (4) *European Data Protection Law Review* 492, 495 (2019).

素，有效控制敏感个人信息处理过程中的损害风险。如此，方能为科技发展带来的敏感个人信息界定变化预留足够的空间，也才能更好实现敏感个人信息保护与利用的平衡。

---

**Abstract:** The definition of sensitive personal information is an important content of the Personal Information Protection Law. Because it can reflect and affect the major interests of the subject of personal information more than non-sensitive personal information, the Personal Information Protection Law adopts a more strict protection system for sensitive personal information. Article 28 (1) of the Personal Information Protection Law defines the objective risk standard for sensitive personal information. From the perspective of law, “sensitive” is associated with “high risk of damage”, and sensitive personal information processing has a higher degree of risk of damage. The risk of damage can be derived independently or simultaneously from the inherence of personal information content, the instrumentality of illegal use of personal information, and the relevance of non-sensitive personal information and sensitive personal information. The definition of the sensitive personal information in the Personal Information Protection Law is still can not cover all damage risk sources, and should define sensitive personal information with contextualized aspects path on the basis of Article 28 (1). In particular, objective factors are considered based on whether the personal information reveals or concern sensitive content and whether the damaged subject includes other related interests.

**Key Words:** personal information protection law, sensitive personal information, risk of damage, contextual integrity

---

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

## 论私密个人信息的合理使用困境与出路

刘 磊\*

**内容提要:**《民法典》第 1034 条第 3 款确立的私密信息隐私权保护优先规则导致私密信息应有的合理使用空间被不当限缩,有必要引入《个人信息保护法》中的个人信息合理使用规则。在将私密信息划分为非敏感私密信息和敏感私密信息的基础上,前者可通过《民法典》第 1034 条第 3 款后半句“没有规定的,适用有关个人信息保护的规定”直接适用《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项中的个人信息合理使用情形,后者则可基于敏感个人信息保护规则应优先于隐私权保护规则适用的解释思路,在符合《个人信息保护法》第 28 条第 2 款“敏感个人信息处理规则”的前提下,再适用《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项中的个人信息合理使用情形。

**关键词:** 隐私权 个人信息 私密信息 敏感信息 合理使用

• 451 •

### 一、引言

在著作权法中,合理使用是社会对他人著作财产权的一种限制,表现为在著作权人的专有领域内,法律通过直接规定在使用条件或方式上划分一定的“合理”范围,从而排除对该行为的侵权认定。<sup>〔1〕</sup>我国民法学者多认为,人格权或个人信息权益的合理使用制度是从著作权法中借鉴而来。<sup>〔2〕</sup>基于此,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)人格权编第一章“一般规定”部分第 999 条新增有关人格权合理使用制度的规定,即“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等

\* 刘磊,中国政法大学比较法学研究院博士研究生。

〔1〕 参见吴汉东:《论合理使用》,载《法学研究》1995 年第 4 期。

〔2〕 参见陈甦、谢鸿飞主编:《民法典评注·人格权编》,中国法制出版社 2020 年版,第 68 页;江波、张亚男:《大数据语境下的个人信息合理使用原则》,载《交大法学》2018 年第 3 期;卢震豪:《我国〈民法典〉个人信息合理使用的情形清单与评估清单——以“抖音案”为例》,载《政治与法律》2020 年第 11 期;张建文、刘啸天:《保护和利用之间:个人信息合理使用的判断标准》,载《北京邮电大学学报(社会科学版)》2021 年第 6 期。

行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”。不过，由于该条文并没有明确“合理使用”的定义，民法学者们多是围绕某项具体人格权益的合理使用进行学理上的概念界定。例如，有学者认为，肖像权的合理使用是指在法律规定的条件下，既不必征得肖像权人的同意，又不必向其支付报酬，基于正当目的而使用他人肖像的合法行为。<sup>〔3〕</sup>还有学者认为，个人信息的合理使用是指处理者可以不取得自然人或者其监护人的同意就对个人信息进行包括收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等在内的处理行为。<sup>〔4〕</sup>虽然上述定义的语言表述不同，但其本质上都是在表明，法律虽然尊重和保护民事主体的人格权益，但该保护力度并不是无限大的，仍需要为公共利益等正当目的的合理使用留出必要的空间。

就私密信息而言，其既属于隐私，也属于个人信息，这便会不可避免地导致隐私权保护规则和个人信息保护规则在保护上出现交叉。《民法典》第1034条第3款出于隐私权受保护程度更高的考虑而采取了隐私权保护规则优先的立场，<sup>〔5〕</sup>但这也同时导致私密信息的合理使用空间被不当限缩。例如：在新型冠状病毒感染疫情期间，政府部门为应对这种突发的公共卫生事件而收集自然人的私密信息，即使并未经自然人的知情同意，也不能说这是违法的个人信息处理行为；公安机关为侦破案件而收集犯罪嫌疑人的私密信息，也无需征得自然人的知情同意，这是履行法定职责所必须；用人单位基于规范用工管理的需要而处理劳动者必要的私密信息，也不能认为这种处理行为侵犯劳动者隐私，因为这应属于合理使用的范畴。<sup>〔6〕</sup>但在隐私权保护规则下，我们却很难找到直接的法律依据主张合理使用抗辩。即使存在个人信息保护规则中的合理使用抗辩事由，但由于隐私权保护优先规则的确立，这些抗辩事由无法适用于隐私权保护规则。

因此，我们有必要反思目前的隐私权保护规则优先的立场是否导致私密信息应有的合理使用空间被不当限缩；如果是的话，我们需要研究应当采取何种解释论的方案进行解决。本文将围绕这些问题展开讨论，并尝试提出可能的解决方案。

## 二、隐私权保护优先规则下私密信息的合理使用困境

在信息社会，要维护自然人的私生活安宁和私生活秘密不受侵害，就必须保护自然人的私密信息不被随意收集、公开或者滥用。<sup>〔7〕</sup>但是，由于私密信息在数字时代也具有重要的经济和社会价值，<sup>〔8〕</sup>法律在注重个人对其个人信息的保护诉求的同时，也应关注到信息业者及政府对个

〔3〕 参见张红：《肖像权保护中的利益平衡》，载《中国法学》2014年第1期。

〔4〕 参见程啸：《论我国民法典中的个人信息合理使用制度》，载《中外法学》2020年第4期。

〔5〕 尽管无论从《民法典》第1034条第3款的规定，还是从其释义书来看，都确立了私密信息隐私权保护优先的规则，但是，从学界的讨论情况来看，学者们已经逐渐认识到该条款引发的弊端，并对该规则持否定态度。参见李昊：《个人信息侵权责任的规范构造》，载《广东社会科学》2022年第1期；刘承魁、刘磊：《论私密信息隐私权保护优先规则的困局与破解——以〈民法典〉第1034条第3款为中心》，载《广东社会科学》2022年第3期；程啸：《论个人信息权益与隐私权的关系》，载《当代法学》2022年第4期；王道发：《个人信息处理者过错推定责任研究》，载《中国法学》2022年第5期。

〔6〕 参见上海市第一中级人民法院（2020）沪01民终10935号民事判决书。

〔7〕 参见程啸：《人格权研究》，中国人民大学出版社2022年版，第431页。

〔8〕 参见冉克平：《论〈民法典〉视野下个人隐私信息的保护与利用》，载《社会科学辑刊》2021年第5期。

人信息的利用需求,<sup>[9]</sup>这就需要妥当维系保护与利用之间的平衡关系。即使是在隐私权保护规则下,也应在信息利用和隐私权保护之间寻求动态平衡,<sup>[10]</sup>但通过比较隐私权保护规则与个人信息保护规则下的合理使用抗辩事由可以发现,隐私权保护规则下基本不存在可直接援引的合理使用抗辩事由,而隐私权保护优先规则的确立又排斥个人信息保护规则下合理使用抗辩事由的援引,从而导致私密信息的合理使用空间被过度限制。

#### (一) 隐私权保护规则与个人信息保护规则下合理使用抗辩的差异

在《民法典》人格权编第六章“隐私权和个人信息保护”中并没有关于隐私权合理使用的规定,而仅在第一章“一般规定”第999条规定“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”。那么该条中的“等”字,能否将隐私包含在内?从该条的立法沿革来看,立法者对隐私的合理使用持否定态度。全国人大常委会于2018年9月发布的《民法典各分编(草案)》第779条第2款曾规定:“行为人为维护公序良俗实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以在必要范围内合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、隐私、个人信息等。”但全国人大常委会于2019年4月发布的《民法典人格权编(草案二次审议稿)》第781条之一却将上述规定修改为“实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”。很显然,在草案二次审议稿中,针对隐私的合理使用规则未予保留,此后的历次审议稿及最后正式通过的《民法典》均保持同样的立法态度。

有学者认为,《民法典》总则编中的平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、公序良俗原则等民法的基本原则,以及紧急避险、正当防卫、自助行为等制度,属于人格权合理使用的抽象性规范,均可以对人格权的行使进行适当限制。<sup>[11]</sup>的确,上述基本原则或制度位于总则部分,对民法领域内的民事法律关系都能起到调整作用。不过,民法的基本原则只是民事法律法规的基本解释依据,仅在现行法上没有直接裁判依据而出现法律漏洞时,才可直接适用其裁判案件。<sup>[12]</sup>而紧急避险、正当防卫、自助行为等制度,尽管可以作为人格权合理使用的依据,但实践中能以此作为依据的情况实在太少,而且这几种制度所规制的人格权合理使用情形也极其有限。就此而言,隐私权保护规则下私密信息的合理使用抗辩基本上是不存在的。

与隐私权保护规则下的合理使用抗辩事由相比,个人信息保护规则下的合理使用抗辩不仅可以援引《民法典》总则编中的抽象性规范,还可以援引《民法典》人格权编第一章“一般规定”中关于人格权合理使用的共通性规范,以及《民法典》人格权编第六章“隐私权和个人信息保护”和《个人信息保护法》中关于个人信息合理使用的专门性规范。人格权合理使用的共通性规范主

[9] 参见张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,载《中国法学》2015年第3期。

[10] 参见郭秉贵:《大数据时代信息自由利用与隐私权保护的困境与出路——以“中国Cookie隐私第一案”为分析对象》,载《深圳社会科学》2021年第4期。

[11] 参见冷传莉、曾清河:《人格权合理使用制度的立法检视与司法展开》,载《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2021年第6期;前引[4],程啸文。

[12] 参见梁慧星:《民法总论》(第5版),法律出版社2017年版,第46页;王轶:《论民法诸项基本原则及其关系》,载《杭州师范大学学报(社会科学版)》2013年第3期。

要体现为《民法典》人格权编第 999 条关于人格权合理使用的规定。从该条“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”的表述来看，由于私密信息也属于个人信息，当然也可以被合理使用。而个人信息合理使用的专门性规范主要是指《民法典》人格权编第 1036 条第 2 项“合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息”、第 3 项“为维护公共利益或者该自然人合法权益”而合理使用的情形，以及《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项中的“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需”“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”“为履行法定职责或者法定义务所必需”“为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需”“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为”“对个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息”而进行的合理使用情形。此外，《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）第 26 条规定的“为维护公共安全所必需而在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备”的合理使用情形，以及第 34 条、第 35 条、第 37 条规定的国家机关或法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织“为履行法定职责处理个人信息”的合理使用情形，都属于上述专门性规范的进一步细化规定。

## （二）隐私权保护优先规则下私密信息合理使用的过度限制

《民法典》第 1034 条第 3 款规定：“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。”这显然是采取了隐私权保护规则优先的立场。之所以如此规定，立法机关释义书给出的理由是，隐私权对私密信息的保护程度更高。<sup>〔13〕</sup>有观点对此持肯定态度，并进一步认为，个人信息可能承载公共利益，法律对个人信息权益的保护需要在利益平衡中进行，始终协调保护和利用的关系，不能像隐私权那样受到绝对保护而不允许对隐私进行所谓的合理使用。<sup>〔14〕</sup>

问题在于，隐私权保护优先规则下的私密信息保护是否真的就不存在利益平衡或合理使用。至少从《民法典》第 998 条的规定来看，并非如此。《民法典》第 998 条引入动态系统论的观点，根据该条规定，除生命权、身体权和健康权这三种物质性人格权外，在判断其他非物质性人格权益是否遭受侵害时，应综合考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素。<sup>〔15〕</sup>无论是隐私权，还是个人信息权益，显然都应属于非物质性人格权益。两者在具体案件中是否应受到保护，都要根据第 998 条的规定结合具体案件情况进行动态的利益衡量。因此，无论信息主体是以隐私权还是以个人信息权益主张对私密信息的保护，法院都要结合案件中的具体因素进行衡量，但这与隐私权保护规则或个人信息保护规则本身并没有太多关系，两者对私密信息的保护程度应是相同的。或许有观点会质疑称，即使隐私权保护规则下的私密信息保护应结合第 998 条的规定进行动态的利益衡量，但隐私权作为民事权利

〔13〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 212 页。

〔14〕 参见王利明：《和而不同：隐私权与个人信息的规则界分和适用》，载《法学评论》2021 年第 2 期；程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社 2021 年版，第 525 页。

〔15〕 参见王利明：《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020 年第 4 期。

所具有的应比民事利益受保护程度更高的法律性质,也决定了隐私权保护规则在动态的利益衡量下可以受到更高层次的保护。但实际上,私密信息本身的特性才是决定其应受何种程度保护的根本因素,如果针对私密信息的处理涉及隐私权或个人信息权益与合理使用之间的利益平衡,也不应因以隐私权主张保护还是以个人信息权益主张保护而得出不同的结论,下文将会对此作进一步分析。

此外,还有观点受人格权商品化理论的影响,认为隐私权作为消极性人格权,仅具有防御功能而对其权利客体并不享有支配利用的积极权能,故隐私不能作为合理使用的权利对象。<sup>[16]</sup>该观点有待商榷。首先,人格权商品化更确切地说其实是指人格权主体对其人格要素享有的经济利益,<sup>[17]</sup>即人格权主体通过对其人格特征的商业化利用从而获得一定的经济利益。<sup>[18]</sup>尽管《民法典》第993条规定“民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用”,而未对“隐私”进行明确列举,但从实践中的典型情形来看,存在将“隐私”列入上述法条中“等”字的解释空间。例如,网络主播对其个人生活起居、工作等具体情况进行直播的,实际上便属于人格权主体对其隐私的商业化利用。<sup>[19]</sup>再例如,人们公开发表含有自己隐私的日记、利用自己的身体作为绘画或拍摄电影作品的素材,也都属于人格权主体对其个人隐私的积极利用。<sup>[20]</sup>其次,与人格权商品化强调人格权主体对其人格要素的商业化利用不同的是,合理使用是对人格权主体所享有的人格权利的限制,是人格权向国家利益、公共利益等更为优越的利益所做的必要让步。从侵权责任的构成上讲,合理使用是行为人可以主张的违法阻却事由,可免于侵权责任的承担。

• 455 •

总之,在目前的隐私权保护优先规则下,过于强调隐私权的保护强度,而忽略了私密信息应当具有的合理使用空间,导致个人信息保护规则中有关个人信息的合理使用规则无法适用于私密信息,从而形成了隐私权保护优先规则下合理使用抗辩被过度限制的局面。

### 三、隐私权保护优先规则下合理使用困境的反思

《民法典》第1034条第3款确立隐私权保护优先规则的出发点在于,隐私权作为民事权利的受保护力度更强。这便意味着在适用隐私权保护规则时,不能适用个人信息保护规则中的合理使用抗辩事由,否则便不能体现出这种保护强度的优越性。但问题在于,这种立场的坚持是否具有足够的正当性,对此有必要进行理论上的探讨。

#### (一) 隐私权的位阶并非绝对高于个人信息权益

有观点认为,现行立法分别对侵害隐私权和个人信息权益的行为进行了列举,但针对前者的列举属于权利化模式下的典型列举,在列举情形之外仍具有开放性,而针对后者的列举则属于行

[16] 参见前引[11],冷传莉、曾清河文。

[17] 参见前引[7],程啸书,第117页;前引[2],陈甦、谢鸿飞主编书,第32-33页。

[18] 参见王泽鉴:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第281页。

[19] 参见王利明:《人格权法》(第3版),中国人民大学出版社2021年版,第92页。

[20] 参见张红:《人格权各论》,高等教育出版社2015年版,第524页。

为规制模式下的封闭式完全列举，故权利化模式为行为人留下的自由空间比行为规制模式更狭小，保护力度当然也就相对更强一些。<sup>〔21〕</sup> 还有观点认为，隐私权系民事权利，而个人信息仅为民事权益，法律对前者的保护力度显然高于后者，德国法中的权利和利益区分保护模式即对此提供了有力例证。<sup>〔22〕</sup> 虽然上述观点的表达形式有所不同，但实际上却存在共同的论证基点，即民事权利在价值位阶上优于民事利益，那么隐私权作为民事权利的受保护程度便应高于作为民事利益的个人信息权益。具体而言，隐私权作为民事权利，性质上属于绝对权，法律对其保护的绝对性程度较高，可以最大限度地排斥合理使用、公共利益的干扰。而个人信息权益作为民事利益，立法仅在划定的封闭性行为样态范畴内对其进行保护，留给了行为人更为广阔的自由空间，而个人信息权益的保护空间当然也就更容易受到合理使用、公共利益的挤压。

但问题在于，民事权利的受保护程度是否一定比民事利益更高。学界一直以来都对此存在较大争议，尤其以《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）第6条第1款引发的民事权利与民事利益是否应当区别保护的争论最为激烈。《民法典》第1165条第1款是由《侵权责任法》第6条第1款演变而来，学界因《侵权责任法》第6条第1款引发的民事权利与民事利益是否应当区别保护的争议，在《民法典》第1165条第1款下同样适用。有学者认为，该条的文义解释含义是民事权利和民事利益能够获得同等程度保护，为避免产生理论上的灾难，应参照德国法上的权利和利益区分保护模式对该条文进行目的性限缩。<sup>〔23〕</sup> 还有学者也基本持同样观点，即民事权利和民事利益的受保护程度不同，应对前者设置较低的保护门槛，而对于后者的保护应进行严格限制，通常只有在行为人具有主观恶意等情况下，才能对民事主体遭受的利益侵害进行侵权法上的救济。<sup>〔24〕</sup> 更有学者进一步研究了德国民法中侵权法上的“归属效能”“排除效能”和“社会典型公开性”这三个权益区分标准，以此界定民事权利与利益的保护区分。<sup>〔25〕</sup> 上述观点受《德国民法典》中“三个小一般条款”的规定影响颇深，即第823条第1款对权利进行过错责任下的全面保护，而对利益，仅在违反第823条第2款的保护性法规以及第826条有关恶意违背善良风俗的规定时才提供保护。

值得注意的是，民法学界已开始对上述观点进行反思，民事权利的价值位阶并非绝对高于民事利益。首先，德国法的“三个小一般条款”本身存在着保护范围过于狭小的缺陷，为了弥补其不足，德国法因此发展出交往安全义务、营业权、一般人格权条款。<sup>〔26〕</sup> 其次，即使权利与利益应受不同程度的保护，也应是基于二者的不同特性，并且应将因特性不同而导致的受保护程度不同具体落实在侵权责任既有责任成立要件上，而非使权利或利益的侵害适用不同的归责原理。<sup>〔27〕</sup>

〔21〕 参见前引〔8〕，冉克平文；叶金强：《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》，载《中外法学》2017年第3期。

〔22〕 参见前引〔14〕，王利明文。

〔23〕 参见葛云松：《〈侵权责任法〉保护的民事权益》，载《中国法学》2010年第3期。

〔24〕 参见王利明：《侵权法一般条款的保护范围》，载《法学家》2009年第3期；王成：《侵权之“权”的认定与民事主体利益的规范途径——兼论〈侵权责任法〉的一般条款》，载《清华法学》2011年第2期。

〔25〕 参见于飞：《侵权法中权利与利益的区分方法》，载《法学研究》2011年第4期。

〔26〕 参见叶金强：《〈民法典〉第1165条第1款的展开路径》，载《法学》2020年第9期。

〔27〕 参见陈忠五：《论契约责任与侵权责任的保护客体：“权利”与“利益”区别正当性的再反思》，载《台大法学论丛》第36卷第3期。

最后,即使是仍赞同权益区分保护模式的学者,也开始认为这只是针对两者的保护在方法论上的区分,即侵害权利的违法性直接被认定,但侵害利益的违法性则需要民事主体的证明,故侵权责任法对两者的保护应有所区分。不过,这并不意味着民事权利在价值位阶上优于民事利益,因为如果法律明确规定了某种利益应受到保护,其与权利的保护在本质上并不存在差别,甚至还会出现遭受权利侵害的民事主体因无法证明其他构成要件导致侵权责任法对其保护程度还不如利益的情形。<sup>〔28〕</sup>

## (二) 隐私权保护规则下合理使用被过度限制的不合理性

也许有观点会质疑称,如果在同一个案件中私密信息遭受信息处理行为的侵害,即便需要按照《民法典》第998条的规定进行动态衡量,隐私权的绝对权性质决定了其在衡量过程中也会受到比个人信息权益更高程度的保护。这种质疑观点看似有力,实则经不起推敲。私密信息作为隐私内容之一,当然可以受到隐私权的保护,但这种保护并非没有限度,同样应为来自公共利益、社会正常交往、交易关系及人力资源管理等方面的合理使用留出足够的空间。

第一,根据我国《宪法》第51条规定,个人的自由和权利应在合理范围内向公共利益作出必要的让步。如果认为《民法典》第1036条第3项以及《个人信息保护法》第13条第1款第3项、第4项、第5项有关合理使用的规定仅适用于个人信息权益,便意味着针对私密信息最多可能适用《民法典》人格权编第999条规定的为公共利益实施新闻报道、舆论监督的合理使用。更有甚者,如果认为第999条的“个人信息”不包括私密信息,而该条又没有明确体现“隐私权”,那么针对私密信息的合理使用连第999条也不能适用。按照这种推论,针对私密信息的合理使用空间非常狭小,甚至可以说基本不存在。但问题在于,《民法典》第1036条第3项以及《个人信息保护法》第13条第1款第3项、第4项、第5项中有关为履行法定职责或者法定义务、为应对突发公共卫生事件等情形下的合理使用显然具备足够的正当性,也符合《宪法》第51条的规定。

第二,国务院的有关行政法规也认为,即使是自然人的个人隐私,在必要的情况下也应让位于公共利益。例如,根据国务院《政府信息公开条例》第15条的规定,涉及个人隐私的政府信息,考虑到一旦公开会对第三方合法权益造成损害,原则上行政机关不得公开,但如果不公开又会对公共利益造成重大影响的,予以公开。尽管有行政法学者认为,该条中的“个人隐私”存在不易识别、授权过于宽泛等方面的问题,但同时也认为应将“个人隐私”聚焦于“私密信息”以构建和完善私密信息的公开豁免制度。<sup>〔29〕</sup>

第三,私密信息也并非绝对的封闭,而多数是在不同场景中特定多数主体之间分享,只要该信息仍是在该特定群体间传播,并符合该信息主体的预期,这种合理使用就应当被允许。<sup>〔30〕</sup>就此而言,《民法典》第1036条第2项及《个人信息保护法》第13条第1款第6项中有关合理使用个人自行公开或法定公开的个人信息的规定可适用于私密信息,当然在合理使用的认定上,应

• 457 •

〔28〕 参见方新军:《侵权责任利益保护的解释论》,法律出版社2021年版,第354页。

〔29〕 参见李卫华:《民法典时代个人隐私信息公开豁免条款的困境及完善》,载《行政法学研究》2021年第6期。

〔30〕 参见胡凌:《个人私密信息如何转化为公共信息》,载《探索与争鸣》2020年第11期。

当尤其严格。

第四，基于交易关系对私密信息的处理一般表现为两种形式：一是私密信息本身的传输即涉及交易行为；二是其他交易行为的完成需要私密信息的提供。<sup>〔31〕</sup>前一种形式应以信息主体的知情同意为前提，并无合理使用的空间。后一种形式则属于《个人信息保护法》第13条第1款第2项规定的为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需而合理使用个人信息的情形。例如，在“庞某某诉东航公司、趣拿公司隐私权纠纷案”中，<sup>〔32〕</sup>庞某某通过趣拿公司下辖的网络平台购买机票，该网络平台只有在收集庞某某的姓名、身份号码、联系方式等私密信息后才可以提供购票服务，这便是为双方之间服务合同的履行而必须处理一方个人私密信息的情形。再例如，通过12306手机APP向中国国家铁路集团有限公司订购火车票时，在合同订立阶段就需要把姓名、身份号码、联系方式等私密信息输入，才能够进一步选定具体的座位，这也属于合理使用的情形。此外，《个人信息保护法》第13条第1款第2项规定的为实施人力资源管理所必需而合理使用也基本如此，招聘、社保办理、工资发放、绩效考核、业务培训等各个环节都涉及个人信息的处理，<sup>〔33〕</sup>为使企业的人力资源管理工作得以正常进行，应当允许这种对个人信息的合理使用。

第五，欧盟《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称GDPR）在第6条已经规定个人数据处理合法性的情况下，考虑到特殊种类的个人数据与自然人的基本权利和自由紧密相关，对该种类数据进行处理将对自然人的基本权利和自由产生重大影响，<sup>〔34〕</sup>第9条又特别规定了特殊种类的个人数据处理。该条第1款规定原则上应禁止对特殊种类的个人数据进行处理，但第2款除（a）项关于应取得数据主体的明示同意才能处理其个人数据的规定外，其余（b）～（j）共9项可以进行处理的事由其实都属于未经同意可以合理使用的范畴。GDPR第9条所称特殊种类的个人数据其实就是指敏感数据。<sup>〔35〕</sup>尽管敏感信息（数据）与私密信息不能等同，但不可否认的是二者之间至少存在一定交叉，在GDPR中至少可以解释出对敏感私密信息合理使用的空间。

#### 四、隐私权保护优先规则下私密信息合理使用的解释路径

通过上述分析可以发现，即使是私密信息也应当有足够的合理使用空间，当然在适用条件上应当严格把握。需要特别说明的是，这种从严把握是基于私密信息本身的特性，与采隐私权保护规则还是采个人信息保护规则并无关系。换言之，对私密信息进行保护无论是适用隐私权保护规则还是个人信息保护规则，针对私密信息的合理使用空间都应该是无差别的。因此，有必要对目

〔31〕 参见前引〔8〕，冉克平文。

〔32〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终509号民事判决书。

〔33〕 参见前引〔14〕，程啸书，第129页。

〔34〕 See Christopher Kuner, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford University Press, 2020, p. 366.

〔35〕 参见前引〔34〕，Christopher Kuner书，第373页。

前的隐私权保护优先规则采取缓和化的解释路径。

#### （一）私密信息合理使用规则的理论划分

有观点认为，为保持私密信息保护与利用之间的平衡，不妨将私密信息划分为敏感私密信息和非敏感私密信息，从而适用不同的合理使用标准。<sup>〔36〕</sup>法律应为敏感私密信息提供强化保护，虽然该保护仍包含保护和利用两个维度，但对其利用的标准和要求应更高。<sup>〔37〕</sup>该观点值得肯定，以敏感性程度对私密信息进行划分具有合理性。

首先，个人信息的敏感程度与人格尊严和自由呈现正相关的紧密关联，故敏感程度更高的个人信息应受到更高层次的保护，这种更高层次的保护便集中体现为法律对个人信息处理者的处理行为提出的更高要求。从另一个角度看，既然敏感程度更高的个人信息应受到更高层次的保护，便意味着个人信息处理者针对敏感程度更高的个人信息进行处理时可援引的合理使用抗辩空间相对较小。其次，在个人信息的类型划分方面，《民法典》与《个人信息保护法》具有不同的规范目的。前者将个人信息划分为私密信息与非私密信息，其规范目的在于协调个人信息权益与隐私权的关系，<sup>〔38〕</sup>即个人信息原则上并不适用隐私权保护规则而应适用个人信息保护规则，只有个人信息中的私密信息应优先适用隐私权保护规则；后者将个人信息划分为敏感信息与非敏感信息则是出于规范不同的个人信息处理行为、协调个人信息的保护与利用的考量，<sup>〔39〕</sup>对于敏感信息的保护程度更高，合理使用的标准也相对更为严格。由此来看，《民法典》划分私密信息与非私密信息的规范目的实则在于区分隐私权保护规则和个人信息保护规则，<sup>〔40〕</sup>以扭转适用隐私权保护规则保护个人信息传统做法。<sup>〔41〕</sup>而由于私密信息既属于隐私，又属于个人信息，注定了对于私密信息的保护不仅无法从隐私权保护规则中剥离，还会不可避免地造成隐私权保护规则与个人信息保护规则的交叉。为解决由此产生的法律适用问题，《民法典》第1034条第3款确立了私密信息隐私权保护规则优先的立场，但却导致了私密信息的合理使用空间被不当限缩的局面。《民法典》所作的私密信息与非私密信息的类型划分，其直接的出发点本身并不涉及个人信息的保护与利用问题。而从《个人信息保护法》划分敏感信息和非敏感信息的规范目的来看，其直接的出发点原本就是为了平衡个人信息的保护与利用问题。就此而言，即使是个人信息范畴内的私密信息与非私密信息，在衡量其存在多大的合理使用空间方面，仍应以敏感程度作为划分标准。此外，更有观点对《民法典》划分私密信息与非私密信息的做法提出了质疑。因为根据《民法典》第1032条第2款的规定，所有未公开的个人信息都可纳入私密信息的范畴，但未公开信息的范围实在过于宽泛，相比之下，敏感信息在客体范围上更具确定性，应以“敏感信息”取代

• 459 •

〔36〕 参见前引〔8〕，冉克平文。

〔37〕 参见前引〔9〕，张新宝文。

〔38〕 参见郑晓剑：《论〈个人信息保护法〉与〈民法典〉之关系定位及规范协调》，载《苏州大学学报（法学版）》2021年第4期。

〔39〕 参见程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021年第3期。

〔40〕 参见程啸：《个人信息保护中的敏感信息与私密信息》，载《人民法院报》2020年11月19日，第5版；江必新、李占国主编：《中华人民共和国个人信息保护法条文解读与法律适用》，中国法制出版社2021年版，第102页。

〔41〕 参见前引〔38〕，郑晓剑文。

“私密信息”。<sup>〔42〕</sup> 但无论如何,《民法典》既已施行,为了缓解《民法典》第 1034 条第 3 款确立的私密信息隐私权保护优先规则导致的私密信息合理使用空间被不当限缩,只能在目前的立法框架下寻求可能的缓和化解释方案。

不过,在将私密信息划分为非敏感私密信息和敏感私密信息的基础上,对于二者的合理使用,当存在不同的解释路径。原因在于,非敏感私密信息的考量因素仅为“私密”,而敏感私密信息的考虑要素为“敏感”和“私密”,前者仍需在隐私权保护优先规则内寻求解释方案,而后者则存在由于具有“敏感”因素而绕过隐私权保护优先规则的可能,从而在敏感个人信息的保护规则内寻求解释方案。对此,有学者提出了非常有意义的问题,那便是当敏感私密信息遭受侵害时,应优先适用隐私权保护规则,还是应优先适用个人信息保护规则。<sup>〔43〕</sup> 具体而言,《民法典》第 1034 条第 3 款只是确立了私密信息的隐私权保护优先规则,即当私密信息遭受侵害时,应优先适用隐私权保护规则,而个人信息保护规则仅在隐私权保护规则没有规定时才可以适用。但当敏感私密信息遭受侵害时,是否仍应优先适用隐私权保护规则呢?

实际上,对于敏感私密信息应如何保护的重要考量因素已不再是“私密”,而是“敏感”,敏感私密信息本身已经是私密信息范围内的进一步划分。因此,对于敏感私密信息的保护,个人信息保护规则中有关敏感个人信息的相关规定应作为特别规则而优先适用。此外,从私密信息的侵权责任构成上看,适用隐私权保护优先规则确实没有任何优势,甚至可以说存在一定的弊端。首先,隐私权保护规则适用的是过错责任,而个人信息保护规则适用的却是过错推定责任,这意味着适用个人信息保护规则实际上更有利于对信息主体的保护,<sup>〔44〕</sup> 因为信息主体无需再就过错要件进行举证证明,而是由法律直接推定个人信息处理者存在过错。其次,虽然法律应强调对敏感私密信息的高强度保护,但这种保护仍然应为合理使用留出足够的空间。但正如上文所述,在隐私权保护规则下,私密信息的合理使用抗辩都基本不存在,遑论敏感私密信息的合理使用抗辩。

此外,《个人信息保护法》第 28 条第 1 款规定敏感个人信息是“一旦泄露或者非法使用,容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息”,并将生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息及不满十四周岁未成年人的个人信息作为典型进行列举。但有观点认为,该条款只是确立了敏感个人信息的权益侵害风险基准和风险内容、风险程度及风险发生方式三个方面的具体风险维度,但对于如何判定个人信息处理者的处理行为是否达到了这种敏感的风险维度则没有明确。<sup>〔45〕</sup> 还有观点认为,上述法条中列举的 7 种类型的个人信息显然并不足以覆盖全部的敏感个人信息,对于未予以列举的敏感个人信息则需

〔42〕 参见石佳友:《隐私权与个人信息关系的再思考》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021 年第 5 期。

〔43〕 参见王利明:《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》,载《当代法学》2022 年第 1 期。

〔44〕 参见前引〔5〕,李昊文;前引〔5〕,刘承睦、刘磊文。

〔45〕 参见宁园:《敏感个人信息的法律基准与范畴界定——以〈个人信息保护法〉第 28 条第 1 款为中心》,载《比较法研究》2021 年第 5 期。

要结合理论标准予以明确。<sup>〔46〕</sup>实际上,上述问题本质上都是“敏感性”的确定问题。美国的尼森鲍姆(Nissenbaum)教授提出的场景理论,主张对于隐私是否应受到保护应结合所处的具体场景进行考量,<sup>〔47〕</sup>并将信息发送者、信息接收者、信息主体、信息类型及传输原则等作为具体的考量因素。<sup>〔48〕</sup>我国学者受此启发,多主张在敏感个人信息的“敏感性”判断上也应引入场景理论,<sup>〔49〕</sup>但对于“敏感性”判断的具体考量要素却并未达成一致。可以说,尼森鲍姆教授所提出的场景理论只是为“敏感性”的判断提供了一种思路,而具体的考量因素却因各国具体情况不同而有所不同,这有待于学者们的进一步努力。

有观点认为,场景理论中应考量的场景要素不仅可以作为判断“敏感性”的归入标准,还可以作为择出标准,即符合社会场景目的的个人信息处理行为,已经平衡了个人价值与公共价值及社会价值,原本的敏感个人信息在此情况下可被视为一般个人信息处理。<sup>〔50〕</sup>该观点有待商榷。按照该观点,有关敏感个人信息的保护与利用都将集中在“敏感性”的判断上,但该观点却忽视了合理使用本身作为判断标准的功能,而且也与我国民法理论中的侵权责任构成不相符。具体而言,在敏感个人信息的侵权责任构成中,合理使用是作为违法阻却事由予以考虑,有着自身独立的存在价值。而运用场景理论对“敏感性”的判断,其作用仅限于在具体的场景中判断某项个人信息是否为敏感信息,至于个人信息处理行为是否涉及社会利益和公共利益,则应由合理使用这一抗辩事由予以判断。

## (二) 非敏感私密信息的合理使用规则

如上所述,由于非敏感私密信息的重要考量因素仅为“私密”,故对于非敏感私密信息的合理使用,仍应以《民法典》第1034条第3款确定的隐私权保护优先规则为中心寻求可能的解释方案。《民法典》第1034条第3款前半句规定“个人信息中的私密信息,适用有关隐私权的规定”,确立了隐私权保护规则的优先性地位。《民法典》1034条第3款后半句则规定“没有规定的,适用有关个人信息保护的规定”,其立法目的在于明确个人信息保护规则是隐私权保护规则对私密信息在保护方式上的补充。<sup>〔51〕</sup>为避免目前的隐私权保护优先规则对非敏感私密信息保护过度而忽略了非敏感私密信息应有的合理使用空间,应对作为补充保护方式的个人信息保护规则的适用做广义上的理解。具体而言,《民法典》第1034条第3款后半句“没有规定的,适用有关个人信息保护的规定”应理解为不仅可以适用个人信息保护规则中的保护性规定,还可以适用个人信息保护规则中的合理使用抗辩事由。

• 461 •

〔46〕 参见前引〔43〕,王利明文;王苑:《敏感个人信息的概念界定与要素判断——以〈个人信息保护法〉第28条为中心》,载《环球法律评论》2022年第2期。

〔47〕 See Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 *Washington Law Review* 119 (2004).

〔48〕 See Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010, pp. 141-145.

〔49〕 参见前引〔43〕,王利明文;前引〔46〕,王苑文;前引〔45〕,宁园文;汤敏:《个人敏感信息保护的欧美经验及其启示》,载《图书馆建设》2018年第2期;陈红旭:《敏感个人数据的特殊保护》,载《重庆理工大学学报(自然科学版)》2019年第4期;张勇:《敏感个人信息的公私法一体化保护》,载《东方法学》2022年第1期;孙清白:《敏感个人信息保护的特别制度逻辑及其规制策略》,载《行政法学研究》2022年第1期。

〔50〕 参见前引〔46〕,王苑文。

〔51〕 参见前引〔13〕,黄薇主编书,第212页。

在隐私权保护优先规则下，可适用的个人信息保护规则中的合理使用抗辩事由分为两部分：第一部分是指《民法典》中有关个人信息保护规则的合理使用抗辩事由，《民法典》第 999 条和第 1036 条第 2 项、第 3 项都属于这部分；第二部分则是指《个人信息保护法》中有关个人信息保护规则的合理使用抗辩事由，主要是指《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项无需取得个人同意也可处理其个人信息的情形。

值得注意的是，《民法典》第 999 条和第 1036 条第 2 项、第 3 项中的合理使用抗辩事由都可以在《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项中找到对应条款。实际上，《民法典》与《个人信息保护法》中的私法规则部分本就是一般法与特别法的关系，前者确定的个人信息权益的性质及其在民事权利体系中的位置，是后者具体适用的基础和依据，<sup>〔52〕</sup>而后者则是前者在个人信息保护领域的具体的专门性规定。因此，《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项可以说是《民法典》第 999 条和第 1036 条第 2 项、第 3 项的具体化规定。《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 5 项基本对应《民法典》第 999 条中“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的个人信息”的规定；《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 6 项及第 27 条基本可对应《民法典》第 1036 条第 2 项“合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外”的规定；《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 3 项至第 4 项基本可对应《民法典》第 1036 条第 3 项“为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为”的规定，并将“公共利益”的情形细化为“履行法定职责”“履行法定义务”“应对突发公共卫生事件”这几种具体情形，将“该自然人合法权益”细化为“自然人的生命健康和财产安全”。此外，《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项还新增了“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”的情形作为合理使用事由，第 7 项新增了“法律、行政法规规定的其他情形”的兜底性规定。

因此，对于非敏感私密信息的合理使用，个人信息处理者原则上可直接援引《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项中的合理使用抗辩事由。另外，考虑到《个人信息保护法》第 72 条第 1 款“自然人因个人或者家庭事务处理个人信息的，不适用本法”的规定，个人信息处理者在无法援引《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项中的合理使用抗辩事由的情况下，可援引《民法典》第 999 条和第 1036 条第 2 项、第 3 项中的合理使用抗辩事由。

### （三）敏感私密信息的合理使用规则

虽然针对敏感私密信息的处理，应优先适用个人信息保护规则中有关敏感个人信息保护的规定，但对于我国《个人信息保护法》中有关敏感个人信息的合理使用规则应当如何具体适用，也是个值得讨论的问题。《个人信息保护法》第二章“个人信息处理规则”第一节“一般规定”的第 13 条第 1 款规定了 7 项个人信息处理者可合法处理个人信息的事由，除第 1 项应“取得个人

〔52〕 参见王利明：《论〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的适用关系》，载《湖湘法学评论》2021 年第 1 期。

的同意”的事由外，第2项至第7项均为无需取得信息主体个人同意的合理使用事由。而第二章“个人信息处理规则”第二节“敏感个人信息的处理规则”中共有第28条至第32条这5个条文，但却没有单独规定敏感个人信息合理使用的抗辩事由。从体系解释来看，似乎可以认为在同一章“一般规定”中第13条的合理使用抗辩事由可以直接适用于敏感个人信息的合理使用抗辩。但问题在于，如果是直接适用，又如何能体现出对敏感个人信息的特别保护呢？

以GDPR为例，第9条（特殊类别的个人数据处理）第2款规定了（b）～（j）9项合理使用事由，尽管这9项中的某些事由与第6条（处理的合法性）第2款的（b）～（f）中的某些事由相类似，但第9条第2款在具体要求上明显更为严格。例如，第6条的（d）项规定数据处理是为了保护数据主体或另一自然人的重大利益所必需时，可构成合理使用而无需数据主体同意。虽然第9条也作了类似的规定，但在前提条件的设置上，除满足第6条（d）项中的要求外，还需满足“数据主体物理上或法律上无法给予相关同意”的要件。再例如，第6条的（e）项规定数据处理是为执行公共利益领域的任务所必须时，可以构成合理使用而无需数据主体的同意。尽管第9条也作了类似的规定，但却分别在（g）项、（i）项及（j）项将公共利益限定于“为实现重大公共利益所必需”“为实现在公共健康领域的公共利益所必需”及“为公共利益进行档案管理”等具体情形，同时在各项规定中附加了依据的法律与实现的目的成比例、为数据主体的根本权益提供相应保障措施等条件。此外，GDPR“序言”第（53）部分还提及，对于敏感个人数据的处理，除了适用该等处理的特殊要求外，有关合法处理的条件方面的规则也应同时适用。这意味着，针对个人数据的处理，如果连第6条的合法处理条件都无法满足，就更不能满足第9条中的条件要求，前者是后者合法性处理的底限性要求。

在立法思路，我国《个人信息保护法》第13条基本对应GDPR第6条，而《个人信息保护法》第28条至第32条关于“敏感个人信息的处理规则”的规定则基本对应GDPR第9条。但通过比较可以发现，《个人信息保护法》第28条至第32条并未如GDPR第9条那样单独规定敏感个人信息的合理使用规则。对此，有学者认为，对于敏感个人信息的处理，GDPR采取的是“原则禁止+例外允许处理”的禁令模式，而我国《个人信息保护法》采取的则是对处理条件进行严格限制基础上的一般允许处理模式。<sup>〔53〕</sup>的确，虽然我国《个人信息保护法》对于敏感个人信息的处理也采取了一般允许处理的立法模式，但并不意味着敏感个人信息的处理条件与一般个人信息相同。《个人信息保护法》第28条第2款规定的“敏感个人信息的处理要件”便起到了对敏感个人信息的处理进行严格限制的功能：（1）《个人信息保护法》第6条第1款规定“处理个人信息应当具有明确、合理的目的”，《个人信息保护法》第28条第2款在此基础上，又进一步要求针对敏感个人信息的处理还应具有“特定的目的”。例如，《汽车数据安全若干规定（试行）》规定收集指纹、声纹、人脸、心律等生物识别特征信息，应出于增强行车安全的目的，而不能是出于智能驾驶、导航等其他目的。再例如，立法机关仅授权科研机构收集患者的敏感私密信息用于研发新冠疫苗，那么该科研机构便不得将收集的敏感私密信息用于研发其他用途的疫苗

〔53〕 参见前引〔46〕，王苑文。

或其他超出授权范围的用途。此外，对于“特定目的”的认定，还应结合个人信息处理者的身份以及其所提供的商品或服务、履行的法定职责或法定义务的性质等综合认定。例如，只有诊疗、体检、保险机构为特定目的才可以处理个人的医疗健康信息。<sup>〔54〕</sup>（2）《个人信息保护法》第28条第2款要求针对敏感个人信息的处理应具有“充分的必要性”，如果对于处理敏感个人信息的特定目的实现没有充分的必要性，仍不应处理自然人的敏感个人信息。例如，《汽车数据安全若干规定（试行）》规定收集指纹、声纹、人脸、心律等生物识别特征信息，应对于增强行车安全的目的有充分的必要性，如果对于增强汽车安全的目的实现是可有可无的，便不得收集上述敏感个人信息。（3）《个人信息保护法》第28条第2款要求针对敏感个人信息的处理应采取“严格保护措施”。例如，《个人信息保护法》第55条规定个人信息处理者处理敏感个人信息，应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录。再例如，针对个人生物识别信息的传输和储存，需要采取加密等安全措施，并将个人生物识别信息与个人身份信息分开储存，原则上不储存原始样本。<sup>〔55〕</sup>

因此，对于敏感个人信息的合理使用，应首先符合《个人信息保护法》第28条第2款的规定，才可以进一步适用《个人信息保护法》第13条第1款第2项至第7项中的合理使用情形。不过，有观点认为，《个人信息保护法》第28条第2款的规定过于抽象，存在任意解释的可能，可仿照GDPR的规定对敏感个人信息处理的法定事由进行列举，并以“公共利益”作为兜底性规定。<sup>〔56〕</sup>但实际上，《个人信息保护法》第28条第2款并非独自发挥功能，其实际上是对《个人信息保护法》第13条规定的个人信息处理者可处理个人信息的合法事由在敏感个人信息处理方面提供的强化保护标准，该强化标准当然也适用于敏感个人信息的合理使用。换言之，如果个人信息处理者主张其处理行为符合《个人信息保护法》第13条第1款第2项至第7项中的合理使用情形，但若不符合《个人信息保护法》第28条第2款规定，便不能构成对敏感个人信息的合理使用。这也是《个人信息保护法》与GDPR对于敏感个人信息处理的规定有所不同的地方。

## 五、结 语

在私密信息隐私权保护优先规则之下，出现了隐私权保护规则与个人信息保护规则在合理使用抗辩方面相冲突的局面。具体而言，隐私权保护规则下可直接援引的合理使用抗辩事由基本不存在，而《民法典》第1034条第3款确立的隐私权保护优先规则基于隐私权作为民事权利受保护程度更高的立场又排斥个人信息保护规则中合理使用抗辩事由的援引。尽管隐私权的位阶并非绝对高于个人信息权益，但《民法典》已然确立了私密信息隐私权保护模式优先的规则，也只能在解释论上为隐私权保护优先规则下私密信息合理使用被过度限制的困境寻求出路。基于此，本

〔54〕 参见杨合庆主编：《中华人民共和国个人信息保护法释义》，法律出版社2022年版，第86页。

〔55〕 参见前引〔54〕，江必新、李占国主编书，第103页。

〔56〕 参见孙清白：《敏感个人信息保护的特别制度逻辑及其规制策略》，载《行政法学研究》2022年第1期。

文在将私密信息划分为非敏感私密信息和敏感私密信息的基础上，分别适用不同的具体解释路径，从而在私密信息隐私权保护优先规则下引入个人信息保护规则中的合理使用情形，以解决私密信息的合理使用空间被不当限制的问题。

---

**Abstract:** The rule of priority protection of the right to privacy of private information established in paragraph 3 of Article 1034 of the Civil Code leads to the improper restriction of the fair use space of private information. It is necessary to introduce the rule of fair use of personal information in the Personal Information Protection Law. On the basis of dividing private information into non sensitive private information and sensitive private information, the former can directly apply the fair use of personal information in items 2 to 7 of paragraph 1 of Article 13 of the Personal Information Protection Law through the second half sentence of paragraph 3 of Article 1034 of the Civil Code. The latter can be based on the interpretation that the rules for the protection of sensitive personal information should take precedence over the rules for the protection of privacy. On the premise of complying with the “rules for the processing of sensitive personal information” in paragraph 2 of Article 28 of the Personal Information Protection Law, the fair use of personal information in items 2 to 7 of paragraph 1 of Article 13 of the Personal Information Protection Law can be applied.

**Key Words:** rights of privacy, personal information, private information, sensitive information, fair use

---

• 465 •

(责任编辑:殷秋实 赵建蕊)

## 数字政府建设中个人信息保护的风险规制路径

刘绍宇\*

**内容提要：**公共部门个人信息保护制度的完善是建构数字法治政府的必由之路。我国《个人信息保护法》采取了公私部门一体调整的宣示性立法模式，目前既无法为公共部门个人信息保护提供足够的规则指引，也未充分满足数字政府建设的需要。数字政府个人信息保护规则的建构，不仅需要考虑公共部门相对私人部门在个人信息处理活动中的特殊性，还要兼顾数字政府在技术和治理这两个层面的革新，进而制定专门规则。风险规制模式不仅是世界范围内个人信息保护制度的发展趋势，而且能够为一体调整模式提供理论基础。通过风险预防原则的适当运用，对个人信息权利的风险化解释与调适，风险管理、风险交流和风险评价等风险规制机制的灵活运用，以及合作治理、独立规制机构、技术治理、回应治理、试验规制和软法之治等风险规制策略的共同配合，建构以风险规制为导向的数字政府个人信息保护机制是我国未来的最优选择。

**关键词：**数字政府 个人信息保护 风险规制

### 一、问题的提出

近年来，我国一直致力于推动数字政府建设，并取得了令人瞩目的成绩。在数字政府建设中，政府汇集了整个社会的数据资源，并利用其实现大数据治理，这在提升行政服务水平、促进数字经济发展和推动国家治理现代化的同时，也带来了极大的数据安全和个人信息风险。数据安全和个人信息保护是数字政府建设中不可忽视的议题，一直受到我国政府的高度重视。中国共产党第十九届四中全会作出的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体

\* 刘绍宇，中国社会科学院法学研究所助理研究员。

本文为国家社会科学基金重大项目“行政诉讼类型制度的构建研究”（19ZDA163）、中国博士后科学基金第14批特别资助“论私法主体的公法管控：以网络平台为考察对象”（2021T140727）阶段性研究成果。

系和治理能力现代化若干重大问题的决定》明确提出“推进数字政府建设，加强数据有序共享，依法保护个人信息”。而在2022年6月23日发布的《国务院关于加强数字政府建设的指导意见》中，国务院更是以专章规定“构建数字政府全方位安全保障体系”，其中包括“加大对涉及国家秘密、工作秘密、商业秘密、个人隐私和个人信息等数据的保护力度”。

与此同时，我国个人信息保护法律体系建设也正稳步推进。尤其是2021年《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）和《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）这两部法律的颁行，标志着我国个人信息保护法律制度基本成型。然而，尽管个人信息保护对数字政府建设来说至关重要，但个人信息保护制度的建构似乎与数字政府建设平行进行，并未为后者提供足够的制度供给。《个人信息保护法》采取公共部门与私人部门一体调整模式，被认为是一种“象征性立法”<sup>〔1〕</sup>，远远无法满足数字法治政府建设的制度需求，“数字政府建设过程中的个人信息保护尚未得到应有的重视”<sup>〔2〕</sup>。一体调整模式既无法为公共部门个人信息保护提供足够明晰的规则指引，也未回应数字政府建设的需要，“个人数据权利保护的制度供给不足是当前掣肘数字政府变革的重要因素之一”<sup>〔3〕</sup>。

如何规范公共部门个人信息处理活动，尤其是如何建构与数字政府兼容的个人信息保护制度，是建设数字政府和完善个人信息保护制度的重大议题之一。尽管目前学界已对政府处理个人信息活动的规范展开了深入研究，<sup>〔4〕</sup>但绝大多数研究并未充分考虑政府数字化转型的时代背景，而仍是在传统政府视角下的探讨。事实上，学界普遍认为数字政府给个人信息保护制度带来了极大的挑战，有学者直接指出数字政府与个人信息保护之间存在难以弥合的矛盾，<sup>〔5〕</sup>还有学者考察了开放政府、数据治理、平台政府与个人信息保护之间的冲突，<sup>〔6〕</sup>以及知情同意原则、目的限制原则与数字政府之间的张力<sup>〔7〕</sup>。

对于如何建构数字政府个人信息保护制度这一问题，学界存在权利保护路径和风险管理路径之间的争议。权利保护路径侧重于探讨个人信息保护原则以及个人信息权利如何在数字政府中实现，风险管理路径则认为应通过政府内部风险管理实现个人信息保护。本文认为应整合上述两种

〔1〕 王锡锌：《行政机关处理个人信息活动的合法性分析框架》，载《比较法研究》2022年第3期，第94页。

〔2〕 马颜昕等：《数字政府：变革与法治》，中国人民大学出版社2021年版，第370页。

〔3〕 董筱文、胡雯：《以法治化赋能数字政府建设》，载《中国社会科学报》2022年8月10日，第8版。

〔4〕 参见赵宏：《告知同意在政府履职行为中的适用与限制》，载《环球法律评论》2022年第2期；喻文光、郑子璇：《数字时代政府机关处理个人信息告知义务制度的公法建构》，载《人权》2022年第3期；彭鐸：《论国家机关处理个人信息的合法性基础》，载《比较法研究》2022年第1期；孙清白：《国家机关处理个人信息的特殊风险及其法律规制》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2022年第3期；程子栋、王鹏彪、罗海宁：《对数字政府安全技术合规分析的建议》，载《中国信息安全》2022年第8期。

〔5〕 Vgl. Roßnagel/Laue, Zweckbindung im Elektronik Government, DÖV12 (2007), 543, 544; Hansen, Die ambivalente Beziehung zwischen eGovernment und Datenschutz, DuD 10 (2021), 664, 664; Stutz, Verantwortlichkeit und Datenschutz im E-government, in: Wind/Kröger (Hrsg.), Handbuch IT in der Verwaltung, 2006, S. 347.

〔6〕 参见宋烁：《论政府数据开放中个人信息保护的制度构建》，载《行政法学研究》2021年第6期；宋华琳、郑琛：《论政府数据开放中的数据安全保护制度》，载《中国司法》2022年第3期；彭箫剑：《平台型政府及行政法律关系初论》，载《兰州学刊》2020年第7期。

〔7〕 参见马颜昕、吴敏慧：《数字政府建设中〈个人信息保护法〉适用的挑战与展望》，载《网络信息法学研究》第11期，中国社会科学出版社2022年版，第122页。

路径的优劣，提出一种风险规制路径，为建构数字政府中的个人信息保护提供理论基础和制度指引。本文第一部分从权力、技术和组织这三个层面系统讨论数字政府建设如何对个人信息保护制度构成挑战，在此基础上，第二部分提出个人信息保护的风险规制路径，并对其在数字政府中的运用予以证成，最后探讨如何在风险规制路径下完善数字政府个人信息保护制度。

## 二、数字政府建设对个人信息保护制度带来的挑战

学界普遍认为我国个人信息保护制度与数字政府建设之间存在难以弥合的矛盾，数字政府建设给个人信息保护制度带来严峻挑战。这主要是因为，在目前的一体调整模式下，我国以私人部门为范式建构的个人信息保护规则并未考虑到公共部门的独特之处和数字政府的最新发展。本文结合数字政府的主要特征，从公共属性、技术进步和治理革新这三个层面分析数字政府建设何以对个人信息保护制度带来挑战。

### （一）公共属性给个人信息保护制度带来的挑战

我国《个人信息保护法》确立的一体调整模式，本质上是将以私人部门为范式建构的个人信息保护规则适用于公共部门，并未顾及数字政府的公共属性。公共属性是政府的固有属性，意味着政府主要是为了完成取向于公共福祉和公共利益的公共任务，进而被法律赋予职权。政府的公共属性并不因为其数字化转型而丧失，而应予以特别保护。公共部门之所以要有专门的个人信息保护规则，主要是基于其公共属性，这也是一体调整模式制度供给不足的首要原因。正基于此，在个人信息保护立法较为悠久的德国，公共部门个人信息保护立法一直独立于私人部门存在。

公共部门之所以给以私人部门为范式建构的个人信息保护制度带来挑战，主要是基于两个方面的原因。一方面，政府完成公共任务主要是为了维护公共利益，而个人信息保护制度主要是一种维护个人权益的机制。政府在履行公共职责时，个人信息保护原则和个人信息权利均会因为公共利益的优位性而受到限制。欧盟《保护警察和刑事司法当局使用的个人数据指令》（以下简称LED）和德国各州公共机构数据保护立法之中均对知情同意原则、目的限制原则和透明原则有不同程度的放宽，对个人信息权利也有一定限制。<sup>〔8〕</sup>甚至有学者认为目的限制原则被完全突破，因为与欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）不同的是，只要符合合法性和必要性原则的要求，个人信息被再次处理的目的并不需要与初始目的兼容。<sup>〔9〕</sup>另一方面，政府无论是从事秩序行政还是服务行政，个人信息主体均处于一种非对等关系的弱势地位，诸如“同意”这样的个人信息保护机制基本失灵。有德国学者以疫情防控软件为例，指出该情境下政府搜集个人信息获取的同意根本无法实现有效的权利保护。<sup>〔10〕</sup>

〔8〕 See Mark Leiser & Bart Custers, The Law Enforcement Directive: Conceptual Challenges of EU Directive 2016/680, 5 (5) *European Data Protection Law Review* 367, 373 (2019).

〔9〕 See Catherine Jasserand, Law Enforcement Access to Personal Data Originally Collected by Private Parties: Missing Data Subjects' Safeguards in Directive 2016/680?, 34 (1) *Computer Law & Security Review* 154, 163 (2018).

〔10〕 Vgl. Samardzic/Becker, Die Grenzen des Datenschutzes: Der beschränkte Schutz durch Freiwilligkeit und Einwilligung bei Corona-Apps, *EuZW* 31 (2020), 646, 646.

根据政府活动公共属性的高权程度不同,个人信息保护规则也应有所不同,而我国目前的一体调整模式并未作出这种区分。以欧盟为例,政府警察、刑事司法活动和一般行政活动的个人信息保护规则并不相同。一般来说,政府活动高权程度越高,相应的公共属性越强,对公民基本权利的影响越大,对以私人部门为范式建构的个人信息保护制度形成的挑战越大,特别规则的建立也越有必要。根据高权程度的不同,政府活动可以区分为警察和刑事司法活动、秩序行政、服务行政和私行政。结合前述原理,私行政活动可参照《个人信息保护法》其他部分的规定,因此“同意”在政府处理个人信息中也有适用空间。<sup>〔11〕</sup>警察和刑事司法活动高权属性最强,绝大多数国家建立了专门的个人信息保护规则。我国刑事诉讼法学界也对此展开了专门的深入研究,普遍认为应进行刑事诉讼个人信息保护专门立法。<sup>〔12〕</sup>一般秩序行政和服务行政则基本可以参照私部门个人信息保护规则,适用一体调整模式。不过,由于各个国家对警察、犯罪和刑事司法等概念的理解存在差异,警察、刑事司法活动和秩序行政实际上存在一定区分难度,在欧盟实践中已经造成困扰。<sup>〔13〕</sup>

## (二) 技术手段给个人信息保护制度带来的挑战

数字政府给个人信息保护制度带来挑战的另一关键原因在于,数字政府广泛运用了大数据、人工智能、区块链、云计算、物联网乃至虚拟现实和深度合成等新型数字技术。个人信息保护制度的本质是技术监管工具,<sup>〔14〕</sup>从监管理论上来说,其应随着技术进步而更新,否则会造成规制滞后。我国目前的个人信息保护制度整体上根植于20世纪80年代的公平信息实践,上述每一项技术革新均给其带来冲击,对此法律与技术界已展开了深入的探讨。<sup>〔15〕</sup>而数字政府是上述技术的综合运用,<sup>〔16〕</sup>更给个人信息保护带来系统性风险和根本性挑战。具体来说,数字技术的发展在以下几个方面给个人信息保护制度带来挑战,这些挑战目前已在数字政府建设中凸显。

### 1. 个人信息与非个人信息的区分

传统个人信息保护制度是建立在个人信息与非个人信息二分基础之上,个人信息被认为是个人信息保护立法的核心与前提。而在数字政府建设的大背景下,为了充分发挥大数据技术的治理潜力,数据融合越来越频繁,个人信息与非个人信息的区分开始模糊,非个人信息被重新识别的难度越来越低。早在《个人信息保护法》出台之前,关于个人信息的界定处于众说纷纭的状态,司法实践中也是莫衷一是。《个人信息保护法》出台后,尽管其对个人信息作出了较为明确的定义,但上述分歧并未完全消失。至今,个人信息的界定,仍然困扰着理论与实务界。在大数据时代,这一问题在未来根本无法得到解决,本质上是因为大数据技术使得重新识别越来越

〔11〕 参见前引〔4〕,彭鐸文。

〔12〕 参见裴炜、张桂贤:《论刑事诉讼中个人信息保护的知情规则》,载《成都理工大学学报(社会科学版)》2022年第4期;郭烁、杨默涵:《受限、契合与独立:论刑事诉讼数据处理原则》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2022年第4期;郑曦:《刑事诉讼个人信息保护论纲》,载《当代法学》2021年第2期。

〔13〕 Vgl. Kugelmann, Anwendungsbereich und Spielräume der Landesdatenschutzgesetze, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung Vernetztes E-government, 2. Aufl., 2019, S. 432.

〔14〕 Vgl. Vogel, Das Datenschutzrecht als Instrument der Technikregulierung, in: Susanne/Carsten/Brian (Hrsg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht. Festgabe zum 10-jährigen Bestehen der Forschungsstelle RobotRecht, 2020, S. 645.

〔15〕 See Tal Zarsky, Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data, 47 (4) *The Seton Hall Law Review* 995 (2016).

〔16〕 国务院发布的《全国一体化政务大数据体系建设指南》中指出,积极运用云计算、区块链、人工智能等技术提升数据治理和服务能力。

越容易。

## 2. 目的限制原则

目的限制原则是我国个人信息保护制度的基础原则，规定在《个人信息保护法》第6条第1款中。所谓目的限制原则，是指个人信息的收集和利用均限于最初确立的目的，与该目的保持一致。从一定程度上说，目的限制原则和大数据技术的运作模式存在根本冲突。在数字政府的大背景下，大数据技术的要义便在于不断去发掘数据的价值，使数据发挥在搜集时难以预料到的作用。而目的限制原则要求个人信息的利用限于搜集时的目的，阻碍了新功能和新服务的研发，不利于数据利用价值的发挥。因此，在数字经济建设的大背景下，目的限制原则受到越来越多的批判，不少国家也通过引入兼容性使用标准、无法预料标准和尊重场景原则等来缓和目的限制原则的严格要求。<sup>〔17〕</sup>而我国则仍坚持了严格的目的限制原则，因而加剧了个人信息保护制度与数字政府建设，尤其是大数据治理之间的冲突。<sup>〔18〕</sup>

## 3. 知情同意原则

知情同意原则是世界范围内个人信息保护法的核心机制，在我国个人信息保护制度中也发挥关键作用。《网络安全法》一度将同意作为个人信息处理唯一的合法性基础，《个人信息保护法》尽管规定了更加多元化的合法性基础，但知情同意原则仍具有基础地位。然而，知情同意原则作为落实个人信息自决的机制，其前提在于个人信息主体具有独立自主决定的能力，对此《个人信息保护法》也专门规定，要求知情同意必须“由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出”。而在数字政府背景下，数字技术的应用使得个人信息主体根本不可能满足这一前提条件，用户对其个人信息的控制是虚幻的。<sup>〔19〕</sup>由于个人根本无法理解隐私协议，也无法理解数字政府建设中的数字技术，以及其对个人信息所带来的风险，这种同意并不是建立在充分知情基础之上。

## 4. 个人信息权利

个人信息权利在不少数字技术中也难以实现，具有代表性的例子是人工智能、区块链和云计算技术。就人工智能来说，在机器学习中如何确保删除权和被遗忘权在国内外数据合规实践中已经成为一个难题，“数据删除的要求实际上已经游离在一种不可能的边缘”<sup>〔20〕</sup>，“完全删除数据是一项计算密集工作，既不经济实用也不环保”<sup>〔21〕</sup>。就区块链技术来说，删除权和被遗忘权<sup>〔22〕</sup>等个人信息权利的行使与区块链记录的完整性、防篡改性、可追溯性等原生特性存在悖论，在技术

〔17〕 参见朱荣荣：《个人信息保护“目的限制原则”的反思与重构——以〈个人信息保护法〉第6条为中心》，载《财经法学》2022年第1期。

〔18〕 参见刘权：《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》，载《法学家》2021年第5期。

〔19〕 See Neil Richards & Woodrow Hartzog, The Pathologies of Digital Consent, 96 (6) *Washington University Law Review* 1461, 1473 (2018).

〔20〕 翟凯：《论人工智能领域被遗忘权的保护：困局与破壁》，载《法学论坛》2021年第5期，第142页。

〔21〕 Michèle Finck, The Limits of the GDPR in the Personalisation Context, in U. Kohl & J. Eisler eds., *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 100.

〔22〕 Vgl. Martini/Weinzierl, Die Blockchain-Technologie und das Recht auf Vergessenwerden, *NVwZ* 17 (2017), 1251, 1251.

上难以实现。<sup>〔23〕</sup>就云计算技术来说,删除权和可携带权等个人信息权利在云计算架构中难以实现。<sup>〔24〕</sup>

### 5. 个人信息保护责任

数字技术的发展不仅给个人信息权利带来挑战,而且给个人信息保护责任分配也造成威胁,这在区块链和云计算技术中尤为明显。个人信息风险管理以确定个人信息处理者为前提,进而课以个人信息处理者一系列义务责任。在区块链技术中,由于其去中心化的架构特征,中心化的个人信息处理者并不存在,如何认定个人信息处理者,至今仍是困扰理论界和实务界的难题,导致个人信息保护责任难以明确。<sup>〔25〕</sup>在云计算技术中,由于涉及各方均难以决定个人信息处理目的,个人信息处理者与个人信息受托人,以及欧盟法上的数据控制者与数据处理者之间的区分很难明晰,<sup>〔26〕</sup>进而影响了个人信息保护责任的分配。

#### (三) 治理理念给个人信息保护制度带来的挑战

除了技术手段之外,数字政府所蕴含的治理理念也给传统个人信息保护制度带来极大的挑战。从传统政府到数字政府,本质上是为了“建设人民满意的服务型政府”,在治理理念上发生了整体政府、合作政府和平台政府的转变,传统个人信息保护制度无法满足变革所带来的制度需求。尽管数字技术在建构数字政府进程中发挥着举足轻重的作用,但治理理念的变革更为重要。理念是目的,技术只是工具,否则数字政府只会沦为一种形象工程。

首先,从政府内部关系来说,数字政府正在向整体政府转型。整体政府理念最早源自西方,核心在于整体性协作,其内容十分广泛,既包含不同层级政府之间的上下协作,也包含同一层级不同政府之间以及同一政府不同部门之间的左右协同,还包括政府与企业、和非营利组织之间的内外合作。近年来,我国行政管理改革和法治政府建设也被认为发生了向整体政府的转变,<sup>〔27〕</sup>尤其是数字政府建设更是贯穿了整体政府的理念。在数字时代,数字技术的兴起和运用使得整体政府的理念更容易得到贯彻,整体政府进而也成为数字政府的重要特征。尤其是政府组织内部的数据共享打破了以往各个机构之间的信息孤岛,在线协作、跨部门协同和线上线下的交互融合协同,实现了整体性协同运行的路径建设。

其次,从政府企业关系来说,数字政府正在向合作政府转型。数字政府建设需要大量的技术支撑和资源投入,政府根本没有足够的能力单独完成,此时只能引入民间资本和企业力量才能满足技术、资金、人力等方面的需求。因此,公私合作成为我国乃至全球数字政府建设的普遍模式,对私人企业的依赖是以往任何公私合作形式所无法比拟的,数字政府也基本成了一种合作政府。无论是数据治理、数据共享还是数据开放,公私合作均发挥着重要作用。以数据治理为例,

〔23〕 参见陈爱飞:《解释论视域下的区块链个人信息删除权》,载《南京社会科学》2022年第6期。

〔24〕 See Marina Škrinjar Vidović, EU Data Protection Reform: Challenges for Cloud Computing, 12 (1) *Croatian Yearbook of European Law & Policy* 171, 183 (2016).

〔25〕 参见前引〔22〕, Martini、Weinzierl文,第1257页。

〔26〕 参见前引〔24〕, Marina Škrinjar Vidović文,第176页。

〔27〕 参见王太高:《我国整体政府思想的形成及其展开——以〈法治政府建设实施纲要(2021—2025年)〉切入》,载《探索与争鸣》2022年第1期。

不少政府的大数据决策监测技术系统均是由私人企业提供；以数据共享为例，目前全国范围内各地政府均采取了公共数据授权运营的模式，将公共数据授权给企业运营。

最后，从政府公民关系来说，数字政府正在向平台政府转型。平台政府的理念与实践发源于英国，近年来受到我国学界的高度关注。平台政府是我国数字政府建构的重要面向，搭建政务服务平台是近年来的主要工作。尽管国内外理论与实务界对平台政府的界定尚未达成共识，但整体上来说其具有如下两个方面的特征：组织技术上借鉴平台企业运用了双边平台治理技术和组织架构；治理理念上突出社会开放性、权力多中心、双向互动和公众参与。从外部关系来说，平台政府体现了开放、参与、便民和透明的价值导向；从内部关系来说，平台政府体现了协作、整体、效能和集成的管理理念。

数字政府具有显著的整体性、系统性、开放性和协同性特征，不仅将公共部门各个实体有机融合，而且将公共部门和私人部门高度整合。正基于此，越来越多的学者提出数字生态理论，认为数字政府、数字社会和数字公民构成了一个生态系统，充分体现了数字政府的治理转型。<sup>〔28〕</sup>随着数字经济的发展和数字政府建设的推进，这种特性会越来越强。而传统个人信息保护制度是建立在公私部门相互隔离和数据处理器分散独立的基础之上的以数据处理器为中心的调控模式，难以满足数字治理生态系统下的个人信息保护需求。基于此种范式，公共部门与私人部门之间的数据传输并未受到足够的规范，这在欧盟数据保护法中已经有所体现，<sup>〔29〕</sup>数据使用中的公私合作被认为处于法律真空状态，<sup>〔30〕</sup>在我国则更为明显；政府机构之间，政府机构与私人企业之间以及私人企业之间任何跨实体的数据流动被严格规范，个人信息一旦在不同的实体之间流动，便受到法律的管控；个人信息保护主要依赖于政府的行政监管和数据处理器自身的内部控制，个人信息主体参与性较低。

随着数字政府的不断发展，数字政府与传统政府在治理理念上的不同，已经演化为原则冲突甚至规则冲突。政府数字化转型所带来的治理理念变革被形塑为数字政府原则，甚至被进一步具体化为规则，例如，政府数据共享中的“以共享为原则、不共享为例外”正是整体政府的体现，一次搜集原则则同时体现了整体政府和平台政府的理念。但目前个人信息保护制度仍是基于传统政府而建构，严格的目限制原则即是集中体现，即一旦个人信息被用于搜集时所确立目的之外的目的，均要得到授权。因此，有人提出一次搜集原则和目限制原则存在冲突，<sup>〔31〕</sup>目限制原则与整体政府之间存在冲突<sup>〔32〕</sup>。

〔28〕 参见孟天广：《数字治理生态：数字政府的理论迭代与模型演化》，载《政治学研究》2022年第5期；丁晓东：《从公开到服务：政府数据开放的法理反思与制度完善》，载《法商研究》2022年第2期；Groß/Krellmann, Das Ökosystem der Digitalisierung, in: Stember/Eixelsberger/Spichiger/Neuroni/Habbel/· (Hrsg.), Handbuch E-Government: Technikinduzierte Verwaltungsentwicklung, 2019, S. 7.

〔29〕 参见前引〔9〕，Catherine Jasserand文，第155页。

〔30〕 See Thilo Gottschalk, The Data-Laundromat? Public-Private-Partnerships and Publicly Available Data in the Area of Law Enforcement, 6 (1) *European Data Protection Law Review* 21, 21 (2020).

〔31〕 Vgl. Martini/Wenzel, „Once only“ versus „only once“: Das Prinzip einmaliger Erfassung zwischen Zweckbindungsggrundsatz und Bürgerfreundlichkeit, DVBL 132 (2017), 749, 749.

〔32〕 参见前引〔7〕，马颜昕、吴敏慧文，第122页。

### 三、风险规制路径下的个人信息保护及其在数字政府中的应用

基于上述分析可发现,数字政府建设与传统个人信息保护制度之间存在内在矛盾,数字政府个人信息保护制度须进行体系性重构。本文提出一种风险规制路径来回应数字政府给个人信息保护制度带来的挑战,认为应以风险控制为导向,坚持适度预防原则,完善风险管理机制,并以风险规制理念重构传统个人信息保护规则。

#### (一) 个人信息保护风险规制模式的提出及其与数字政府的契合

从全球范围来看,个人信息保护可以区分为“权利保护”和“风险管理”这两种模式,各国个人信息保护法均由这两种模式共同构成。权利保护模式起源于“公平信息实践”,随着个人信息保护在宪法层面的不断强化而被日益肯认,尤其是德国法上的信息自决理念和欧盟法上作为基本权利的个人信息保护观念的确立极大巩固了该模式。然而,该模式在如今互联网大数据时代受到越来越多的批判,其制度渊源(公平信息实践)和理论基础(信息自决)均受到各界的集体反思,不仅被认为无法满足时代发展的需求,<sup>[33]</sup>甚至还被批判有损于个人信息保护<sup>[34]</sup>。具体来说,一方面该模式依赖于个人信息主体对数据的控制,而这在互联网大数据时代由于数字技术的飞速发展、数据流动的日益频繁和平台权力的优势地位等因素根本无法真正实现;另一方面该模式使得人们陷入虚幻的安全,误以为对个人信息能够绝对控制,而忽视真正的风险。

在这一大背景下,各国数据保护法又开始了一场个人信息保护的风险革命,<sup>[35]</sup>风险管理的因素被越来越多地融入个人信息保护制度之中,进而形成了个人信息的风险管理模式。GDPR正是这一观念转变的产物,其中大量规定了风险管理的内容,包括第24条规定的控制者基于风险的责任、第25条规定的通过设计的数据保护和默认的数据保护、第35条规定的数据保护影响评估。以上三种机制环环相扣、相互协调,构成了所谓的“风险三角”。<sup>[36]</sup>因此,GDPR被认为发生了从权利保护法到市场监管法的转型。<sup>[37]</sup>

我国个人信息保护制度的建构过程尽管时间较短,但同样伴随着上述两种模式之间的争论。2016年出台的《网络安全法》首次以法律形式系统规定个人信息保护制度时,便将知情同意原则作为唯一的个人信息处理合法性基础,充分体现了权利保护模式的理念。而在《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)编纂过程之中,在民法学界的大力推动下,个人信息更是被写入《民法典》人格权编,个人信息权有成为一项独立的人格权的趋势,权利保护模式得到进一

[33] See Margot E. Kaminski, The Case for Data Privacy Rights (or, Please, a Little Optimism), 97 (5) *Notre Dame Law Review Reflection* 385 (2022).

[34] See Ari Ezra Waldman, Privacy's Rights Trap, 117 *Northwestern University Law Review Online* 88 (2022).

[35] See Claudia Quelle, The 'Risk Revolution' in EU Data Protection Law: We Can'T Have Our Cake and Eat It, Too, in R. Leenes et al. eds., *Data Protection and Privacy: The Age of intelligent Machines*, Hart Publishing, 2017, p. 33.

[36] See Claudia Quelle, Enhancing Compliance under the General Data Protection Regulation: the Risky Upshot of the Accountability-and Risk-based Approach, 9 (3) *European Journal of Risk Regulation* 502, 505 (2018).

[37] Vgl. Schröder, „Paradim Shift“ im Datenschutzrecht? -Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Instrumente in der Datenschutz-Grundverordnung, in: Kronke (Hrsg.), *Regulierung in Zeiten der Digitalwirtschaft: Ausgewählte Fragen des Öffentlichen Wirtschafts-, Informations-und Medienrechts*, 2019, S. 13f.

步强化。而在《个人信息保护法》立法过程中,《民法典》所秉持的权利保护模式开始受到质疑,越来越多的学者提出风险控制的理念,<sup>[38]</sup>风险管理模式开始形成。至今,尽管《个人信息保护法》已经颁行,但这场争论尚未结束。<sup>[39]</sup>而从《个人信息保护法》的文本来看,立法者采取了折中路线,同时保留了这两种模式。

事实上,无论是权利保护模式还是风险管理模式,均存在利弊之处。尽管与权利保护模式相比,风险管理模式被认为是互联网大数据时代的更优选择,但其仍存在难以克服的不足。风险管理模式依托于元规制的规制理念,主要依赖于企业自身的内部控制,而由于风险概念的不确定性,很可能会导致个人信息保护的不均衡。由于企业占据主导地位,其在自身利益驱动下一旦缺乏刚性监管机制便很容易走向形式主义。对此,不少学者表达了深深的担忧,认为依靠企业自我规制的个人信息保护可能只是“口头上说说而已”,<sup>[40]</sup>甚至沦为一个走过场的纸质清单<sup>[41]</sup>。实践也证明了这种担忧,美国是风险管理模式的代表,尽管各互联网巨头均建立了表面看起来十分完善的风险管理体系,但是个人信息风险事件仍层出不穷。

有鉴于此,近年来越来越多的学者提出个人信息保护的风险规制模式。<sup>[42]</sup>该模式将权利保护和风险管理两种模式有机融合,将个人信息保护视为对数字技术的风险规制,认为个人信息保护制度的根本目的在于规制个人信息处理活动给公民权利、社会利益和国家安全等法益带来的风险。在风险规制模式中,个人信息权利并不被完全放弃,只不过不再被视为一种绝对权利,而是在风险理念下予以重构,被视为风险预防原则的体现和风险规制的工具。<sup>[43]</sup>国内外实务界在落实个人信息原则和保障个人信息权利时同样运用了基于风险的方法,间接证明了这点。不仅如此,通过设计和默认的数据保护,个人信息原则和权利被整合到企业内部风险管理之中,成为数据处理的一部分。在风险规制模式下,无论是权利保护还是风险管理,均服务于个人信息风险的预防,只不过侧重点有所不同:前者是以一种定型化的刚性方式,为个人信息保护划定最低限度的标准,后者则是以量体裁衣的灵活模式,由个人信息处理者根据具体情境自行把控,两者形成了一种相互配合刚柔并济的协作关系。<sup>[44]</sup>不仅如此,风险规制中的公共治理特征,与近年来个人信息保护理论中强调人与人之间关系的集体利益面向呼应。

[38] 参见丁晓东:《个人信息私法保护的困境与出路》,载《法学研究》2018年第6期;吴伟光:《大数据技术下个人信息数据信息私权保护论批判》,载《政治与法律》2016年第7期;周汉华:《个人信息保护的法律定位》,载《法商研究》2020年第3期。

[39] 参见刘权:《个人信息保护的權利化分歧及其化解》,载《中国法律评论》2022年第6期。

[40] 参见前引[36], Claudia Quelle 文,第524页。

[41] See Bert-Jaap Koops, The Trouble with European Data Protection Law, 4 (4) *International Data Privacy Law* 250, 255 (2014).

[42] See Alessandro Spina, A Regulatory Marriage de Figaro: Risk Regulation, Data Protection, and Data Ethics, 8 (1) *European Journal of Risk Regulation* 88 (2017); Maximilian von Grafenstein, Refining the Concept of the Right to Data Protection in Article 8 ECFR-Part II: Controlling Risk through (Not to) Article 8 ECFR against Other Fundamental Rights, 7 (2) *European Data Protection Law Review* 190 (2021).

[43] 参见王锡锌:《重思个人信息权利束的保障机制:行政监管还是民事诉讼》,载《法学研究》2022年第5期。

[44] See Raphaël Gellert, We Have always Managed Risks in Data Protection Law: Understanding the Similarities and Differences between the Rights-based and the Risk-based Approaches to Data Protection, 2 (4) *European Data Protection Law Review* 481, 481 (2016).

本文认为,为了解决上文所述数字政府给个人信息保护带来的挑战,应以风险规制模式指导数字政府个人信息保护制度的建构。风险规制模式不仅是目前世界范围内个人信息保护的最优路径,而且能够为一体调整模式提供法理基础。近年来,世界范围内一体调整模式正在成为主流。在德国,尽管存在专门的公共部门数据保护规则,但是其与私人部门保护规则存在同构性。而在日本,分别立法模式也被转化为一体调整模式。这在风险规制模式下很容易理解,因为无论是私人部门还是公共部门的个人信息保护制度,其功能均在于规制数字技术带来的风险。风险规制模式不过分强调公共部门与私人部门之间的差异,而是侧重于在数字生态系统下数字风险本身的防范。正如德国联邦内政部在其发布的《数据保护法的现代化》报告中指出的那样,“一般数据保护原则同样适用于公共部门和非公共部门”,因为“在这两个领域必须保证同等的数据保护水平,这取决于风险而非领域”〔45〕。

## (二) 数字政府个人信息保护风险规制模式的建构

根据风险规制的理论与实践,风险规制是一种面向不确定性的规制,预防原则是其核心原则,风险管理、风险评价和风险交流是其主要内容,去中心化规制、试验规制、回应规制、技术规制、情境规制和独立规制机构是其规制特征,法律的不完整性与诸如标准等软法的突出地位是其表现形式。事实上,越来越多的研究和实践表明,目前个人信息保护法已经高度体现出了上述特征。考虑到数字政府本身的特点,本文就如何建构数字政府个人信息保护风险规制模式提出如下建议:

### 1. 数字政府个人信息保护风险预防原则的妥当运用

风险预防原则是要求决策者对不确定性引发的问题保持特殊注意的一项原则,〔46〕是风险规制的基本原则。近年来,越来越多的学者主张将风险预防原则引入个人信息保护制度之中。〔47〕其核心要义是于风险不确定之时即采取预防措施,这实际上早已在各国数据保护法之中充分体现。无论是传统个人信息保护原则,包括知情同意原则、目的限制原则、最小必要原则,还是新兴个人信息风险管理机制,例如个人信息保护影响评估,以及通过设计的个人信息保护,均是在风险尚未确定时即对数据处理活动进行限制,具有风险预防的功能。风险预防原则同样具有阻碍创新和限制产业的风险,因而也受到各界的诸多批评。在数字经济语境下,过于严苛的风险预防原则会阻碍数字技术的进步和数字经济的发展,如何平衡安全和创新之间的关系成为妥当运用风险预防原则的关键。德国学者将基于风险的路径与风险预防原则比较,在承认两者具有高度相似性的同时,指出前者由于风险评估等机制比后者更加精确。〔48〕风险预防原则被学界指责过于粗糙,因而也正在朝精细化的方向发展,例如苏宇提出在风险预防原则之中引入等级化或概率化的

• 475 •

〔45〕 Vgl. Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechtes-Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001, Bundesministerium des Innern, S. 14.

〔46〕 参见赵鹏:《风险、不确定性与风险预防原则——一个行政法视角的考察》,载《行政法论丛》第12卷,法律出版社2009年版,第105页。

〔47〕 See Raphaël Gellert, Data Protection: a Risk Regulation? Between the Risk Management of Everything and the Precautionary Alternative, 5 (1) *International Data Privacy Law* 3 (2015); Joanna Mazur, Automated Decision-making and the Precautionary Principle in EU Law, 9 (4) *TalTech Journal of European Studies* 3 (2019).

〔48〕 Vgl. Appel/Mielke, Strategien Der Risikoregulierung: Bedeutung und Funktion eines Risk-Based Approach bei der Regulierung im Umweltrecht, 2014, S. 17-32.

合比例性要求，普遍建立反向证明机制及风险预防措施动态调整机制。如此精细化的风险预防原则和基于风险的路径殊途同归。<sup>〔49〕</sup>

具体来说，政府引入数字技术时应进行充分的风险评价和分析，在证明确实存在高度不确定风险时应适用严格的风险预防原则。近年来，人脸识别技术在国内外私人部门和公共部门都得到日益广泛的应用。作为一项新技术，人脸识别的风险具有高度的不确定性，其造成的损害一旦发生很可能难以挽回。对于这种存在巨大不确定性风险的新技术，政府有义务基于风险预防原则限制其使用。除此之外，对于大规模政务数据共享平台的建立，也应严格进行风险评价和分析，如果没有切实可行的数据安全与个人信息保护保障机制，集中化数据库会带来大量数据泄露风险，此时应考虑适用风险预防原则。<sup>〔50〕</sup>

## 2. 数字政府个人信息主体权利的风险化解释与调适

权利保护路径不应被完全放弃，其在目前仍具有不可替代的功能，但在大数据互联网经济的时代背景下应发生风险化转型，即以风险管理的理念对其予以解释和调适。这一做法不仅在理论上被不少学者所主张，在实践中也已经广泛运用。具体来说，在落实个人信息保护原则和保障个人信息权利时，应将它们视为风险规制的工具进而采取基于风险的方法，结合具体场景进行风险与收益的权衡，并通过法律、管理和技术的手段将其融入个人信息处理者风险管理之中。

对于数字政府语境下个人信息的判定，也应结合场景根据风险管理的方法展开。将匿名化的信息视为非个人信息是全球数据保护的通行做法，匿名化成为区分个人信息与非个人信息的关键。而如何认定匿名化在实践中遭遇了难题，这是因为其是一个具有较大弹性的相对概念，最终的判断只能是一项风险收益的权衡。<sup>〔51〕</sup> 尽管匿名化措施能够在一定程度上降低个人信息风险，但绝对的匿名化在技术上不可能实现，且会损耗数据的使用价值，带来不菲的技术成本。如果数据进入公共领域，即便经过匿名化处理，其所面临的风险也更高。因此，在数字政府语境下，公共数据开放中的匿名化要求应比行政机关数据共享中更为严格。

就知情同意原则来说，同意机制在私人部门语境下尽管遭遇困境，但通过风险化转型仍能发挥重要作用。但是在数字政府语境下，其不仅面临互联网大数据时代的技术挑战，还受到公权力强制性和非对等性的侵蚀，进而基本丧失功能，甚至可能成为滥用数据权力的工具。不过本文认为，即便在数字政府语境下，同意机制也不应完全放弃，在服务行政领域仍有适用余地。此时同意机制构成了风险规制中的公众参与机制，即让公民自行决定是否承担个人信息风险。<sup>〔52〕</sup> 知情权则仍发挥着风险交流作用，我国《个人信息保护法》也采取了保留知情权废除同意机制的做法。在数字政府语境下，知情权保障尤为重要，只有为了保障重要的法益才能被限制，且应符合法律保留和比例原则等法律原则的要求。

就目的限制原则来说，其尽管同样在互联网大数据时代由于阻碍数据治理和数字技术革新受

〔49〕 参见苏宇：《风险预防原则的结构化阐释》，载《法学研究》2021年第1期。

〔50〕 参见邢会强：《政务数据共享与个人信息保护》，载《行政法学研究》2023年第2期。

〔51〕 See Michèle Finck & Frank Pallas, They Who Must Not be Identified-distinguishing Personal from Non-personal Data under the GDPR, 10 (1) *International Data Privacy Law* 11, 11 (2020).

〔52〕 参见前引〔47〕，Raphaël Gellert文，第10页。

到越来越多的批判,但是对于对抗数据权力、降低个人信息风险和保障公民基本权利来说发挥着关键作用,<sup>[53]</sup>尤其在数字政府中没有同意机制的情况下其重要性更加凸显。不过,为了避免目的限制原则过于僵化,应对其予以风险化转型,即放弃传统权利保护理念下的严格立场,而转向风险管理路径下的场景分析。此时目的限制原则构成了一种风险预防机制,即在风险尚未成为现实危害之前提前采取预防措施。在数字政府语境下,目的限制原则的适用同样应结合具体场景展开风险收益权衡。例如在反恐等涉及大量公民生命权等重要法益的情况下,可以考虑适当突破目的限制原则的要求,但仍应严格遵循比例原则和法律保留原则的要求,并采取法律、管理和技术等方面措施尽可能将风险降低。除此之外,目的限制原则应融入政府个人信息合规管理流程之中,成为内部风险管理机制的组成部分。罗斯纳格尔(Roßnagel)教授专门指出,目的限制原则与数字政府之间的矛盾可以通过诸如内部权限管理这样的适法技术架构来克服。<sup>[54]</sup>

把目光投向个人信息权利,也可以得出类似的结论。个人信息权利并非实现个人对其数据控制的工具,而是风险规制手段。与知情同意一样,查阅复制权、删除权和解释说明权仍是实现风险交流和公众参与的方式,而更正补充权则是为了避免数据错误所带来的风险。在这种风险规制路径下,个人信息权利只能在风险规制之中发挥次要作用。为了真正规制风险,政府应起到首要作用,主动承担风险交流责任,推动公众参与,而不是被动地等待公民主张自身权利。实践表明,个人信息权利在公共部门所发挥的作用有限,公民向政府主张个人信息权利的积极性不高。在欧盟,有学者指出,为了实现更好的个人信息保护,较少关注个人信息主体的权利似乎有违直觉,但是从实际角度来看可能更为现实。<sup>[55]</sup>以解释权为例,政府应主动履行风险交流义务,向社会公众解释数据治理中算法的风险,解释权所能发挥的作用十分有限,<sup>[56]</sup>这种义务应成为政府个人信息合规管理的组成部分。

• 477 •

### 3. 数字政府个人信息保护风险管理制度的稳步建构

《个人信息保护法》出台后,我国企业纷纷开始建立个人信息保护合规管理体系。尤其是对于大型个人信息处理者来说,建立个人信息保护合规管理体系是实现数据合规的必备之举。因此,《个人信息保护法》在第58条第1项对超大互联网平台课以“建立健全个人信息保护合规制度体系”的义务。正如前文所指出的那样,数字政府具有整体性和协同性特征,属于大型个人信息处理者,参考《个人信息保护法》第58条的规定同样具有建立个人信息保护合规管理体系的义务。然而从目前来看,我国尚没有政府尝试建立个人信息保护合规管理体系,更多的是建立政务数据安全治理体系。尽管这两者之间存在共同之处,例如均属于风险管理活动,但是仍存在不少差异,前者主要围绕权利展开具有法律面向,而后者则围绕安全展开以技术面向为主。今后应努力在政务数据安全治理体系之中融入个人信息保护合规内容,着重从如下几点入手:

[53] See Isabel Hahn, Purpose Limitation in the Time of Data Power: Is There a Way Forward?, 7 (1) *European Data Protection Law Review* 31, 31 (2021).

[54] 参见前引[5], Roßnagel、Laue文,第549页。

[55] 参见前引[8], Mark Leiser、Bart Custers文,第378页。

[56] See Lilian Edwards & Michael Veale, Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking for, 16 (1) *Duke Law & Technology Review* 18, 18 (2017).

(1) 完善数字政府个人信息保护合规管理。其一，设置专门个人信息保护负责人。《个人信息保护法》第52条规定，处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者应当指定个人信息保护负责人。如果严格根据一体调整原则，绝大多数政府处理个人信息均能达到国家网信部门规定数量，应指定个人信息保护负责人。从目前我国各地数字政府情况来看，不少地方开始探索设置政府首席数据官，而其主要职能在于数据治理，并不具有个人信息保护职责。在欧盟法中，GDPR也要求公共部门设立数据保护官。2022年5月31日，法国国家信息保护委员会(CNIL)向法国22个城市发出通知，要求22个城市的地方政府必须在4个月内任命一名数据保护官(DPO)，以符合GDPR的规定。在德国，设置数据保护官对于公共部门来说是一项强制性义务，而对于私人部门仅是一项自愿性义务。公共部门机构普遍设立了数据保护官，各州数据保护法均对数据保护官的任命、权限和职责问题进行了详细规定。这一模式未来也值得我国借鉴，未来可以考虑由政府首席数据官进一步承担个人信息保护职责，不过最优路径仍是设置专门的政府个人信息保护负责人。

其二，加强数字政府个人信息合规管理体系建设。私人部门丰富的个人信息合规管理实践经验为公共部门提供了参考，我国政务数据安全治理体系也基本包括了数据分级分类制度、内部管理制度和操作规范、安全技术使用规范、数据安全培训制度、安全审查和审计制度、第三方管理制度和突发事件应急管理制度。上述制度可以适用于个人信息保护，但并未充分考虑个人信息保护的的特殊性。就目前来说，一方面应在政务数据安全治理体系之中融入个人信息合规管理，例如将个人信息纳入数据分级分类制度，在数据安全审计中纳入个人信息保护指标等；另一方面，还应结合个人信息保护特殊性建立一些专门的个人信息保护合规管理机制，例如个人信息保护投诉举报机制、个人信息权利响应机制、个人信息风险交流机制和个人信息跨境管理机制等。

其三，加强政府工作人员个人信息保护培训工作，建设公共部门个人信息保护合规文化，尤其应强化领导干部个人信息保护意识。个人信息保护工作高度依赖于人的观念、意识和知识，因此各国均高度重视个人信息保护培训工作和合规文化建设。就目前来说，我国针对政府首席数据官的培训工作在个别地方已经展开，但是个人信息保护并未成为重点授课内容。通过个人信息保护培训，能够强化政府工作人员的个人信息保护知识和技能，提升个人信息保护意识，进而在整个系统形成隐私和个人信息保护的文化。

(2) 应建立政府个人信息风险评估机制。《个人信息保护法》第55条和第56条确立了个人信息保护影响评估制度，尽管该条文似乎是针对私人部门设计，但无论从法理还是域外实践来看，其应同样适用于公共部门。<sup>〔57〕</sup>随着数字政府建设的推进，大数据技术应用越来越广泛，政府个人信息处理活动的风险也与日俱增，不少风险存在不确定性，有必要予以评估。尽管我国政务数据安全治理体系之中已经包括数据安全风险评估，不少地方公共数据管理办法也规定了公共数据安全风险评估，但这并不意味着没有必要建立个人信息风险评估机制。前者仅能从技术角度对安全风险予以测评，而后者则是直接全面深入地对个人处理活动对公民权利、社会利益和国家

〔57〕 参见刘权：《论个人信息保护影响评估——以〈个人信息保护法〉第55、56条为中心》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2022年第5期。

安全可能带来的风险进行分析。

(3) 建立政府个人信息保护风险交流机制。风险交流是指风险信息的沟通,在风险规制中具有不可或缺的作用。<sup>[58]</sup> 具体来说,是由政府机构主导,在专家和公众之间建立一定的交流平台,如互联网、媒体等,使专家和公众可以相互交换风险信息和观点,在帮助公众克服风险信息认知中的障碍和偏见的同时,也使公众对风险认知的一些价值判断成为风险规制机构作出风险决策的考量因素,从而弥补专家知识与公众认知之间的信息不对称。作为一种风险规制机制,个人信息保护也有必要引入风险交流机制。个人信息风险交流的不顺畅,也可能像环境领域那样引发激烈的、具有潜在破坏性的社会抗争活动。近年来,美国多个地区先后发生了大规模的反对人脸识别的游行示威,这是各地出台立法禁止人脸识别技术应用的重要原因之一,亚马逊、IBM、微软等公司都宣布终止了人脸识别产品的销售。

我国应从如下方面建构数字政府个人信息保护风险交流机制:首先,建立个人信息保护风险交流的责任机制。须明确的是,对于数字政府个人信息保护风险交流,政府应承担主体责任。而在政府内部,个人信息保护监管部门应成为风险交流的组织者,明确各方责任,为利益相关者的风险交流搭建平台。各地方政府和政府部门应由个人信息保护负责人作为风险交流执行者,向社会公众传递和提示个人信息保护风险,并向个人信息保护监管部门传递个人信息保护风险信息。其次,探索个人信息风险交流工具。要建立个人信息保护风险交流机制,还应努力探索合适的风险交流工具。从域外经验来看,风险信息交流主要是通过软法实现。在数字政府个人信息保护之中,也应充分发挥软法作用实现风险信息交流,例如制定《政府个人信息风险交流指南》。对于大规模搜集个人信息的公共服务应用,应向社会发布个人信息保护风险情况。最后,发挥专家在风险交流中的作用。作为“诚实的代理人”,专家既可为规制者服务,也可可为被规制企业、利害关系方或一般公众服务。<sup>[59]</sup>

• 479 •

(4) 加强个人信息保护风险规制中的公众参与。公众参与也是风险规制活动中的必备要素,其与风险交流存在密切关联,但也存在区别,两者容易混淆。风险交流侧重对风险信息的沟通,包括社会公众对风险信息的了解,而公众参与则在风险交流基础之上更进一步,强调社会公众参与风险规制决策。在数字政府建构中,有学者提出在政府中心主义路径之外借助数字技术的力量采取市民授权机制,<sup>[60]</sup> 通过个人信息的公共信托和数据合作社等形式使利益相关者参与到数据治理体系之中,<sup>[61]</sup> 这本质上是一种电子化的公众参与形式,在今后数字政府建设中可以探索采用。

#### 4. 数字政府个人信息保护风险规制策略的灵活使用

从规制策略上来说,风险规制具有合作规制、独立规制机构、技术治理、回应治理、试验规制、软法之治和情境规制等诸多特征,这些规制策略对于数字政府个人信息保护建构来说也颇有

[58] 参见沈岩:《风险交流的软法构建》,载《清华法学》2015年第6期。

[59] 参见金自宁:《风险规制中的信息沟通及其制度建构》,载《北京行政学院学报》2012年第5期。

[60] 参见高翔:《超越政府中心主义:公共数据治理中的市民授权机制》,载《治理研究》2022年第2期。

[61] 参见王锡锌:《数治与法治:数字行政的法治约束》,载《中国人民大学学报》2022年第6期。

借鉴意义。

就合作规制来说，上述风险交流和公众参与，以及政务个人信息保护的政企合作均是合作规制的重要面向，即政府、企业和公民共同参与到政府个人信息保护的风险规制之中。除此之外，作为合作规制表现形式的公共部门的私人规制，<sup>〔62〕</sup>即通过私人规制公共部门的活动，在数字政府个人信息保护之中也应有所体现。例如可以鼓励多方主体参与推动数字政府个人信息保护国家标准、地方标准和团体标准等标准制定工作，考虑在法治政府评估指标体系中引入个人信息保护合规指标。

因为风险规制往往针对科技创新而开展，而科技一直处于高速发展之中，加上风险具有高度不确定性，所以回应规制和试验规制也构成了风险规制的惯常规制策略。<sup>〔63〕</sup>在数字政府建构中，诸多数字技术不断引入并更新迭代，这是个人信息风险的主要来源。为了应对数字技术所带来的不确定性风险，回应规制和试验规制的规制策略不可或缺。具体来说，应针对不断更新的数字技术及时通过试点和监管沙盒等形式探索与之匹配的规制机制。例如，近年来区块链和云计算技术在数字政府中的引入给个人信息保护带来挑战，应及时采取法律和技术应对措施进行回应。欧盟在2022年计划系统解决公共部门云服务数据合规问题，尤其是云服务中的控制者和处理者关系与数据国际传输问题。

就软法之治来说，一直以来诸如标准这样的软法在风险规制领域扮演着尤为重要的角色。这在个人信息保护领域同样如此，有学者指出数据保护立法的非完全性，而这种非完全性在很多情况下正是通过标准的形式来补充。以我国《个人信息保护法》的实施为例，标准在个人信息保护合规实践中发挥着不亚于《个人信息保护法》本身的作用。目前，数字政府数据安全与个人信息保护的标准起草工作正在进行之中，尚没有专门政务领域的个人信息保护标准，现有标准中关于个人信息保护的内容也较少。从风险规制原理来说，个人信息保护法律制度供给的不足是一种合理状态，因为这更多需要软法来补足。公共部门个人信息保护制度的建构同样如此，未来应加强数字政府个人信息保护标准建设。不过值得注意的是，对于警察与刑事司法这样高权性较强的领域，应遵循严格的法律保留原则，禁止通过标准的形式规定个人信息保护规则。<sup>〔64〕</sup>

就技术治理来说，技术治理是风险规制的重要特征，通过设计的保护（Protection by Design）的理念最早兴起于化学监管和药品监管等风险规制领域。<sup>〔65〕</sup>在私人部门，通过设计的个人信息保护已经成为国内外数据保护的普遍实践，在实现数据合规中发挥着重要作用。对于公共部门个人信息保护来说，该理念也有重要的价值。除此之外，隐私计算通过数据的可用不可见对于目前公共部门和私人部门日益融合的数据治理生态具有巨大的潜力，<sup>〔66〕</sup>已经在私人部门和

〔62〕 参见〔英〕科林·斯科特：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，清华大学出版社2018年版，第91页。

〔63〕 参见董正爱、王璐璐：《迈向回应型环境风险法律规制的变革路径——环境治理多元规范体系的法治重构》，载《社会科学》2015年第4期。

〔64〕 Vgl. Marsch / Rademacher, Generalklauseln im Datenschutzrecht: Zur Rehabilitierung eines zentralen Bausteins des allgemeinen Informationsverwaltungsrechts, VERW 54 (2021), 1, 35.

〔65〕 See Mirella Miettinen, “By Design” and Risk Regulation: Insights from Nanotechnologies, 12 (4) *European Journal of Risk Regulation* 775, 775 (2021).

〔66〕 参见郑谱维：《隐私计算在政务数据共享中的应用》，载《上海信息化》2022年第4期。

公共部门得到了一定的应用,国务院办公厅印发的《全国一体化政务大数据体系建设指南》多次提及隐私计算技术。技术治理还能够通过技术方案实现更加有效的个人信息保护、风险交流和公众参与。例如私人部门的个人信息管理系统和同意管理工具均可运用于公共部门,公民可在其系统之中管理授权、查看个人信息访问情况和及时更正个人信息,进而能够更好地实现其个人信息权利和获知个人信息风险。

就独立规制机构来说,史蒂芬·布雷耶在论述风险规制体系时,首先提出的建议是建立独立规制机构。<sup>[67]</sup>建立独立规制机构可以说是风险规制的共同特征。作为一种风险规制活动,个人信息保护也有必要建立独立规制机构,这也是全球数据保护监管的一个趋势。<sup>[68]</sup>在域外实践中,数据保护监管机构不仅要负责监督私人企业,而且还要监督公共部门,进而形成政府内规制。<sup>[69]</sup>在欧盟,数据保护监管机构一直以来同样负责监督公共部门的个人信息保护,并在LED指令的意见中建议各个成员国成立专门数据保护监管机构,同时负责公共部门和私人部门的个人信息保护监督。欧盟数据保护机构(EDPS)在2022年初要求欧洲刑警组织删除与犯罪活动无关的所有个人信息。日本2021年《个人信息保护法》修改过程中,赋予个人信息保护委员会(PPC)监督公共机构的权限。在我国,由于不存在个人信息保护独立监管机构,可以由《个人信息保护法》规定的履行个人信息保护职责的部门对各级政府个人信息保护合规状况进行监督。

#### 四、结 论

• 481 •

对于数字政府个人信息保护制度的建构,学界存在权利保护模式和风险管理模式之间的分歧。本文认为上述两种模式各有利弊,无论何种模式均无法单独担负起个人信息保护的任务,因此提出风险规制模式作为数字政府个人信息保护的理论基础与实践指引。该模式有机整合了权利保护模式和风险管理模式,是个人信息保护制度的最优选择。更为重要的是,风险规制模式着眼于数字政府、数字社会和数字公民构成的数字生态中数字风险的一体化防范,同样适用于数字政府,进而构成了公共部门与私人部门一体调整模式的法理基础。正基于此,私人部门在数字化转型中积累的丰富风险规制经验可以运用到公共部门。

数字政府个人信息保护的风险规制模式,在行政法上还具有更加深远的启发意义。一直以来,传统行政法主要关注外部法律关系,即便是近年来行政法中兴起的规制理论也主要侧重于政府对市场主体的监管。这是因为,在物理世界中,私人部门是主要的风险来源。公共部门对公民的威胁主要来自其高权性,控制权力和保护权利构成传统行政法的核心任务。而随着数字时代的到来,数字技术所带来的风险不仅来自私人部门,而且同样会由公共部门产生。面对公共部门中的数字技术风险,传统行政法中的权力控制和权利保护机制不足以应对,私人部门中的风险规制

[67] 参见〔美〕史蒂芬·布雷耶:《打破恶性循环——政府如何有效规制风险》,宋华琳译,法律出版社2009年版,第1页。

[68] 参见高秦伟:《论个人信息保护的专责机关》,载《法学评论》2021年第6期。

[69] 参见前引〔62〕,科林·斯科特书,第9页。

经验可以发挥重要作用。<sup>〔70〕</sup>这在不少国家行政管理实践中已经得到印证，公共部门开展风险管理、内部控制和合规管理的现象越来越多，<sup>〔71〕</sup>在个人信息保护领域尤为明显，这为内部行政法的进一步发展提供了新的素材。

---

**Abstract:** The improvement of the personal information protection system in the public sector is the only way to build a digital government ruled by law. China's personal information protection law adopts a declarative legislative model of integrated adjustment of the public and private sectors. At present, it can neither provide sufficient rules and guidance for the protection of personal information in the public sector, nor meet the needs of digital government construction. The construction of personal information protection rules of digital government should not only consider the particularity of the public sector compared with the private sector in personal information processing activities, but also take the innovation of digital government in terms of technology and governance into account, and then formulate special rules. The risk regulation model is not only the trend of personal information protection system worldwide, but also provides a theoretical basis for the integrated adjustment model. Through the proper application of the risk precautionary principle, the risk interpretation and adjustment of personal information rights, the flexible use of risk regulation mechanisms such as risk management, risk communication and risk evaluation, and the joint use of risk regulation strategies such as cooperative governance, independent regulatory institutions, technical governance, responsive governance, experimental regulation and soft law governance, it is the best choice for our country to construct a risk regulation-oriented digital government personal information protection mechanism.

**Key Words:** digital government, personal information protection, risk regulation

---

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

---

〔70〕 Vgl. Englisch/Schuh, Algorithmengestützte Verwaltungsverfahren-Einsatzfelder, Risiken und Notwendigkeit ergänzender Kontrollen, VERW 55 (2022), 155, 189.

〔71〕 Vgl. Stober/Ohrtmann, Compliance: Handbuch für die öffentliche Verwaltung, 2015.

## 安全作为个人信息保护的法益

贺 彤\*

**内容提要：**法律创设的查阅、更正、删除等权利不是个人信息保护的直接目的。人格、财产权利损害非由违法处理个人信息直接、定然造成，而应归咎于后续独立的实害行为，故人格、财产权利非违法处理的侵害对象，亦非个人信息保护的直接目的。违法处理的直接后果是使权利被侵害的风险升高，其侵犯的利益是安全。安全减损引起注意义务的增加和法律资源的消耗等利益变动，但由于此等利益差额无法举证和计算，亦未产生可预见的危险，故无法适用侵权救济。与侵权保护相区别，《个人信息保护法》设置了处理规则、权利义务、职权和责任等规范，其目的并非弥补损失，而是保护和恢复安全法益。个人信息保护与侵权保护相对独立，《个人信息保护法》第 69 条是两种保护规范的衔接规定。

**关键词：**违法处理个人信息 实害行为 识别性 侵权保护 安全法益

• 483 •

### 一、问题的提出：个人信息保护到底保护什么？

自 20 世纪 70 年代始，国外便已探索个人信息保护模式，防范泄露、篡改或过度利用个人信息对个人利益的损害。2018 年欧盟出台了严格保护个人信息的《通用数据保护条例》（以下简称 GDPR），赋予信息主体知情、更正、数据移转和清除等 8 种权利，<sup>〔1〕</sup> 使信息主体在一定情形和条件下对个人信息处理全过程进行控制或干预。<sup>〔2〕</sup> 《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）也规定了查阅、复制、更正、删除等权利（束），信息主体得以请求的方式向信息处

\* 贺彤，东南大学法学院博士研究生、东南大学人权研究基地研究人员。

本文为江苏高校项目“人格权重大疑难问题研究”（2020SJZDA091）、江苏省研究生科研创新计划项目“个人信息公法保护机制研究”（KYCX21\_0072）的阶段性成果。

〔1〕 参见《通用数据保护条例》，载 <https://gdpr.eu/tag/gdpr/>，最后访问时间：2021 年 12 月 26 日。

〔2〕 参见高富平：《论个人信息处理中的个人权益保护——“个保法”立法定位》，载《学术月刊》2021 年第 2 期。

理者行使之。但个人信息保护所保护的是这些请求权利吗？显然，它们本身没有分离或单独转让的价值，〔3〕非人身、财产等实体权利，而只是制定法所创设的、用以制衡信息处理者的工具。〔4〕假设这些请求权利未被设立，个人信息保护的利益依然存在。况且，个人信息保护更多依靠公权力来规制处理活动，无论是欧盟的 GDPR、美国的信息隐私保护执法实践，还是我国个人信息保护制度，行政监管占据了主导地位。〔5〕可见，《个保法》中的请求权利，不是法律所保护的利益目的，而只是保护利益的一种工具。

根据《个保法》第 1 条“为了保护个人信息权益……制定本法”可知，保护个人信息的目的是保护“个人信息权益”。但这一答案仍不清晰。目前，我国学者对个人信息权益的属性和内涵已作了大量讨论，主要思路是将之定性为财产、人格等权利；或认为个人信息是有价值的商品，需给予财产权（主要是知识产权）保护；〔6〕或认为个人信息是人格尊严的体现，主张权利人对个人信息享有支配与自主决定的权利，依人格权获得救济；〔7〕或持人格权兼财产权的观点，认为个人信息兼具人格要素和财产要素。〔8〕

与其陷入理论争执，不如观察生活实践。法律所保护的“利益本身并不是立法者创造的，立法者只是在法律中确认和保护某种利益”〔9〕。《个保法》的制定是为了规制个人信息被不当处理而引发利益侵害的失序状态，故违法处理侵害的对象就等于《个保法》所保护的利益。因此，可以通过考察实践中违法处理“侵害了什么”，来解答“个人信息权益是什么”。如果个人信息权益是人格、财产权利，那么违法处理个人信息将会造成信息主体权利受损的结果；而若违法处理不会造成信息主体上述权利受损，那么个人信息权益的财产权说、人格权说则值得怀疑。在著名的“人脸识别第一案”中，原告在事实理由中表达了对被告强制收集和利用个人信息所产生的安全隐患的担忧，法院在判决中未判定被告存在欺诈等权利侵害行为。因此，有关个人信息权益是权利的学说尚且存疑，个人信息权益是什么的问题，有待进一步发现。

## 二、违法处理未必损害权利但直接减损安全

违法处理个人信息一般包括对个人信息的非法收集、利用、买卖与泄露、篡改、丢失等。实

〔3〕 参见叶名怡：《论个人信息权的基本范畴》，载《清华法学》2018 年第 5 期。

〔4〕 参见王锡锌：《国家保护视野中的个人信息权利束》，载《中国社会科学》2021 年第 11 期。

〔5〕 参见王锡锌：《重思个人信息权利束的保障机制：行政监管还是民事诉讼》，载《法学研究》2022 年第 5 期。

〔6〕 参见谢立斌、李艺：《个人信息的宪法财产权保护》，载《江西财经大学学报》2021 年第 5 期；任丹丽：《民法典框架下个人数据财产法益的体系构建》，载《法学论坛》2021 年第 2 期。

〔7〕 参见程啸：《论个人信息权益》，载《华东政法大学学报》2023 年第 1 期；张新宝：《论个人信息权益的构造》，载《中外法学》2021 年第 5 期；程啸：《论我国民法典中个人信息权益的性质》，载《政治与法律》2020 年第 8 期；程啸：《民法典编纂视野下的个人信息保护》，载《中国法学》2019 年第 4 期；杨立新：《个人信息：法益抑或民事权利——对〈民法总则〉第 111 条规定的“个人信息”之解读》，载《法学论坛》2018 年第 1 期；王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013 年第 4 期。

〔8〕 参见彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021 年第 6 期；前引〔3〕，叶名怡文；任龙龙：《个人信息民法保护的理论基础》，载《河北法学》2017 年第 4 期；刘德良：《个人信息的财产权保护》，载《法学研究》2007 年第 3 期。

〔9〕 张明楷：《法益初论》（上），商务印书馆 2021 年版，第 180 页。

践中,违法处理并不直接、定然造成权利损害,二者之间隔着“风险的发生”这一条件。权利损害实际由违法处理之后的实害行为所致,而实害行为并不定然发生,违法处理只是为其提供了条件和可能性。故违法处理的直接后果是增加权利受损风险,易言之,减损安全。

#### (一) 违法处理未必直接、定然造成权利损害

考察案例中“行为—损害”的因果关系可知,违法处理与权利损害之间并无直接因果关系。首先考察违法处理个人信息引发财产权利受损的情况,以“周裕婵诉广东快客电子商务有限公司、东莞市易得网络科技有限公司网络侵权责任纠纷案”为例。<sup>[10]</sup>该案中,法院在认定第三人诈骗的基础上,以侵权规则来解决该民事纠纷,认为个人信息处理者违反了《中华人民共和国网络安全法》第40条的“用户信息严格保密”义务,使第三人利用获得的个人信息实施诈骗,遂应承担侵权赔偿责任。这一判决看似是将周某被诈骗的财产损失结果直接归因于个人信息的泄露,实则非也。根据法院的事实认定和判决结果可知,法院认为泄露信息与财产损失之间具有“间接”的因果关系:(1)法院将泄露用户信息的举证责任倒置于快客公司,而快客公司因无法排除自己的责任而被推定存在泄露用户信息的事实;(2)网名为“售后楚楚”者利用从快客公司获取的用户信息,以快客公司“售后”的名义欺诈周某,这种表见的代理行为使周某有理由产生合理信赖并向其转账,故造成周某财产损失的直接原因是“售后楚楚”的诈骗行为,这是独立于泄露行为的、另一主体实施的实害行为;(3)法院在判决书中认定,“快客公司作为网络运营者未能履行保护用户信息的义务,对于因此给周裕婵造成的损失负有一定的过错”,可见,法院并未将周某财产损失的结果直接、完全归因于个人信息泄露,而是认为泄露行为与财产损失之间具有间接、“一定”的因果关系。由此可见,利用个人信息实施诈骗,使被害人遭受财产损失,这一结果的直接原因是诈骗行为而非泄露行为。将诈骗行为造成的财产损失完全归责于泄露个人信息的行为,有悖法院判决的本意。

其次考察违法处理个人信息引发人格权利受损的情况,以“蔡小燕与赵延安个人信息保护纠纷案”为例。<sup>[11]</sup>该案中,法院认为,被告未经原告同意将原告及其两子的户籍与二孩出生证明泄露,侵害了原告及其两子的隐私权。显然,法院在明确被告泄露原告个人信息的事实后,却以隐私规则裁判案件,其间的因果关系需补充说明。本案中,被告除了泄露原告及其子女的个人信  
息外,还张贴了“寻找原告之子蔡子明生父”的寻人启事,据此宣扬蔡某二孩非婚内所生,有损原告及二孩的名誉,也构成对原告隐私的泄露、刺探。可见,户籍登记与出生证明中的信息都是能够为人共享的个人信息,而真正带给原告精神痛苦的则是“寻人启事”的发布,人们据此对蔡某的私生活品头论足或猜测打听,造成对蔡某名誉和隐私权的侵害。因此,人格权受损与违法处理是间接而非直接的因果关系,两者之间还存在独立实施的人格侵权行为。

通过分析上述案例可知,在违法处理个人信息引发的财产、人格侵权案件中,还存在独立的实害行为。违法处理行为只是为后续实害行为提供条件,本身并非造成权利损害的直接原因,故不能将权利损害直接归咎于违法处理。

[10] 参见广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民终3954号民事判决书。

[11] 参见湖南省益阳市中级人民法院(2021)湘09民终1585号民事判决书。

此外，在现实生活中，大多数违法处理个人信息行为并未引发财产、人格权利致损的结果，这充分证明违法处理与权利损害之间不是直接、定然的因果关系。如在“陈瑜婷与上海瑞慈瑞兆门诊部有限公司隐私权纠纷案”<sup>〔12〕</sup>中，原告虽认为被告对其个人信息的泄露造成其在“信息安全及居住安全”方面的较大精神及心理压力，但没有表示有关隐私、名誉以及财产等权利受到损害。法院审理后认为，本案因所涉个人信息“难以归入隐私权的私密信息范畴”，故不构成隐私侵权；尽管“被告在处理原告个人信息的过程中确实存在不妥之处”，但并未造成权利损害结果，遂驳回其精神损害赔偿的诉讼请求；判决被告赔礼道歉，并非有充分事实、法律依据，只是因为“被告愿意”且“于法不悖”。可见，违法处理有时并不会造成人格、财产权利的损害，既然如此，个人信息权益并不等同于人格或财产权利。

有学者已注意到违法处理个人信息行为并不直接、定然造成权利损害，但仍将权利损害视为违法处理的危害后果，称作“下游损害”。<sup>〔13〕</sup>谢鸿飞教授表示：“当下游损害发生时，信息泄露本身造成的权益损害往往被司法实践忽视，它往往被下游损害所吸收。”<sup>〔14〕</sup>这一观点已认识到违法处理带来的权益侵害与权利损害有所区别，但仍将二者合一，将权利损害直接归责于违法处理行为。对违法处理侵害权益的忽视，导致个人信息保护与侵权保护难以界分。显然，这种认识不符合“行为—结果”——对应的逻辑关系，也有悖于法治的基本精神，容易带来“连坐”之后果，即虽未实施欺诈等后续行为，却因具有一定关系而要连带承担欺诈等行为所对应的责任。

总之，在违法处理与权利损害之间，还有实害行为的介入，故须严格区分违法处理行为与后续实害行为。违法处理行为具有独立的侵害后果，不应将之与权利损害结果混为一谈，否则无法辨别个人信息上真正被侵害（或受保护）的对象。

## （二）违法处理的直接后果是减损安全

既然违法处理个人信息实施了独立的侵害，那其直接后果是什么？违法处理在客观上为后续可能的实害行为提供了有利条件，使权利更容易、更可能受到损害，即“风险升高”。有学者认为，个人信息的暴露本身即为损害，无须再寻找其他的损害，<sup>〔15〕</sup>这种观点较为极端。个人信息暴露必然会带来风险，但人们早已习惯或需要被陌生人了解，若将个人信息的暴露当作损害而排除个人信息上的任何风险，那么人类交往将局限在熟人社会而无法进入开放市场，故不能直接将之当作损害。此外，更多学者认为应当对个人信息的无形损害实行损害的推定，<sup>〔16〕</sup>或将风险升高视为损害，<sup>〔17〕</sup>由此适用侵权救济。尽管这些观点有待推敲，但违法处理所致风险升高的不利益性，显然已被较多人接受。风险升高只是描述了不利益状态，与之相对应的利益应当是

〔12〕 参见上海市普陀区人民法院（2020）沪0107民初5934号民事判决书。

〔13〕 参见商希雪：《侵害公民个人信息民事归责路径的类型化分析——以信息安全与信息权利的“二分法”规范体系为视角》，载《法学论坛》2021年第4期。

〔14〕 谢鸿飞：《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》，载《国家检察官学院学报》2021年第5期，第29页。

〔15〕 See Maxwell E. Loos, *Exposure as Distortion: Deciphering “Substantial Injury” for FTC Data Security Actions*, 87 George Washington Law Review Arguendo 42 (2019).

〔16〕 参见徐明：《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》，载《中国法学》2017年第1期。

〔17〕 See Jennifer Wilt, *Cancelled Credit Cards: Substantial Risk of Future Injury as a Basis for Standing in Data Breach Cases*, 71 Southern Methodist University Law Review 615 (2018).

安全。

在2021年4月由最高人民检察院发布的个人信息相关公益诉讼典型案例<sup>〔18〕</sup>中,行为人违法收集、使用、出售或泄露个人信息,因牵涉的人数和个人信息数量较大,涉及公共利益,故引发检察机关提起公益诉讼。在数起典型案例中公民权利未遭受损害,但违法处理行为仍应受法律规制,这是因为该行为减损了公民所信赖的安全。典型案例中检察机关对侵害后果和履职活动的表述,可以验证这一观点。一方面,公民“合法权益”和社会“公共利益”是检察机关频繁用来描述侵害对象的用语,但未能清晰展现被侵害对象的具体内涵。根据检察机关表述的“易引发犯罪”“威胁财产乃至生命安全”“具有危害财产安全的可能性”等用语可知,个人信息被违法处理后,诈骗等尚未发生,但这为侵权行为提供了有利条件,使不法者更易“趁虚而入”,增加了损害发生的可能性。因此,违法处理对公民合法权益和社会公共利益的侵害,实际上是对个人或群众人身、财产的安全造成减损。另一方面,“个人信息安全”是检察机关频繁用来描述保护目的的用语,其实质就是人身、财产权利的安全。安全是人所享有的利益或状态,作为工具和抓手的个人信息本身并不存在安全问题。<sup>〔19〕</sup>只有与信息主体利益相关时,信息安全才有保护的价值。检察机关打击个人信息违法犯罪的目的,是要消除违法处理给信息主体人身、财产权利带来的风险因素,使之恢复到合法安全状态。因此,“个人信息安全”就是信息主体的人身、财产安全。

综上,违法处理与公民人身、财产权利损害呈间接的因果关系,其间存在两个行为、两个结果、三层关系。如图1所示:违法处理直接造成安全减损结果;安全减损可能(而非定然)引发实害行为;违法处理后的实害行为是直接造成权利损失结果的原因。由于处理者造成了权利的高风险后果,且应当预见后续可能会发生权利侵害,故有义务采取妥当措施使信息主体脱离高风险状态,使之不会遭受后续实害行为的损害;若其放任风险发生,则应当对侵害结果承担一定的责任。<sup>〔20〕</sup>

• 487 •

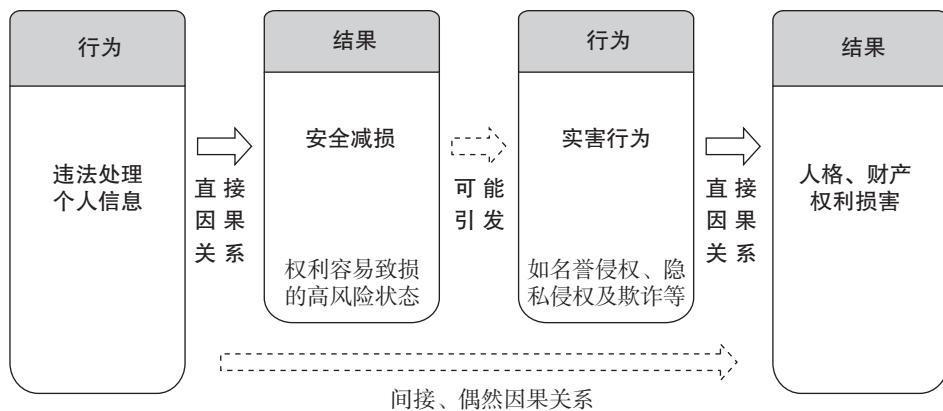


图1 违法处理个人信息行为与权利损害结果关系示意图

〔18〕 参见《最高检发布检察机关个人信息保护公益诉讼典型案例——斩断个人信息侵权与电信网络诈骗之间的利益链条》，载 [https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202104/t20210422\\_516357.shtml#1](https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202104/t20210422_516357.shtml#1)，最后访问时间：2021年11月26日。

〔19〕 参见梅夏英：《在分享和控制之间——数据保护的私法局限和公共秩序构建》，载《中外法学》2019年第4期；丁晓东：《个人信息的双重属性与行为主义规制》，载《法学家》2020年第1期。

〔20〕 参见杨会：《浅论间接结合行为的界定》，载《法治研究》2013年第5期。

### 三、安全减损源于个人信息识别特性

如前文所述，违法处理个人信息的直接后果是安全减损，而造成此种后果的根源就在于个人信息的“识别性”。他人识别个人信息的用途具有不确定性，故信息主体会因个人信息的不当处理而面临权利受损风险。如果无法识别个人，处理行为将不会引发针对个人的权利侵害。可见，不当处理个人信息减损安全的根源在于个人信息的识别本质，故个人信息识别性决定了个人信息保护的目的是安全。

#### （一）个人信息用于限缩范围以识别个人

国际标准化组织（ISO）将信息定义为“关于在特定语境下具有特定含义之客体——例如事实、事件、东西、过程或思想包括理念——的知识”<sup>〔21〕</sup>，这一定义凸显了信息对客体的“关联性”。作为信息的子项，“个人信息”增加了“个人”这一定语，故个人信息是与个人关联的信息。个人信息与个人的关联是“相关”还是“专属”，决定了个人信息的特性。

首先，个人信息不是专属于个人的信息，它向来为人们所共享。理由如下：其一，个人信息不是由个人生产出来的。记录个人信息的媒介往往由数据处理者提供，若没有记录媒介，个人信息难以存在，故个人和处理者均对个人信息的产生作出贡献，<sup>〔22〕</sup> 个人信息不能单独为个人所有。其二，个人信息无法被自主控制，其价值在于交流。从古至今，无论是国家赋税还是社会活动，都需要每位成员提供个人信息以便管理，不提供个人信息的人通常是社会不安定因素。不同于有形、有限的物质，个人信息一旦为他人所知，便“一传十传百”，不再受个人控制；个人信息可以被获得者同等、充分利用，再利用也不会使之贬值。故无论出于公共管理的目的还是社会生活的需要，信息主体必然会与他人分享个人信息而不将之独占。其三，个人信息由人共享。比如，每个人与亲朋共享自己的姓名以便相互称呼；熟人之间共享住址、联络方式等信息。显然，个人信息不专属于个人，且无论从伦理还是技术方面，我们都无法从与他人共享的信息中摘取专属个人的信息片段。而那些只有自己知道并不愿为他人所知的信息，是自己的隐私、秘密，而非用于交流的个人信息。

其次，个人信息不是泛指所有与个人有关的信息，而是在具体场景下对识别个人起到实质作用的信息。根据事物普遍联系的特性，一切信息都与个人具有千丝万缕的关联，若如此，个人信息将漫无边际。既然个人信息凸显的是与特定主体的关联性，故应当将其限定在有助于识别个人的信息范围内。一方面，个人信息是能够实质限缩识别范围的信息。前文案例中，行为人不当处理姓名、住址、电话号码、指纹和人脸信息等个人信息，减损信息主体的安全，这是因为以上个人信息能够反映个人特征、锁定个人并与之取得联系。其中，有的信息能够单独锁定个人，如指纹、虹膜和人脸信息（但需要相关技术支持）；而有的需结合其他信息，如姓名、住址、电话号

〔21〕 该定义原文为“Information: knowledge concerning objects, such as facts, events, things, processes, or ideas, including concepts, that within a certain context has a particular meaning”, 载 <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:v1:en>. 最后访问时间: 2021年12月13日。

〔22〕 参见前引〔8〕，彭诚信文。

码等需结合识别,从重名者或同一地区的人中锁定个人。尽管存在识别效率高低之分,但毋庸置疑,个人信息能够实际限缩识别范围。另一方面,个人信息是场景主义下的动态概念。识别是“根据特点辨别,做出判断,以便找出或认定某一对象”<sup>[23]</sup>的活动,是从不特定多数中辨认特定个体的过程,故那些不能反映个人特征、无法与他人区别的关联信息不属于个人信息。与集体成员共同的身份信息,相对于其他集体而言,能够反映一定的个人特征,属于个人信息;但在集体内部,则不具有缩小识别范围的作用,不属于个人信息。由此观之,个人信息的特性在于识别。

最后,个人信息处理活动正是利用了个人信息识别特性。在数字社会(尤其是数字经济)中,个人信息因作为商业分析的重要资源而具有商业价值,商家可运用个人信息形成的数据产品获得巨大商业利润。<sup>[24]</sup>而个人信息之所以能被分析和运用,正是因为它与个人稳定联系,据此得以把从真实的人身上得来的信息预测结果,再运用回真实的人身上,比如个性化推送抑或诈骗电话。如果个人信息处理针对的是抽象的或匿名的人,那么这种信息分析结果的利用将不具有针对性,只能依照所揭示的一般大众需要来开展商业活动,无法发挥个人信息的真正价值,如个性化推送和服务。因此,处理个人信息活动本质上是利用个人信息的识别特性开展后续的利益攫取。

有学者否定个人信息的识别本质,认为“随着大数据分析技术深度嵌入社会生活以及信息共享技术的广泛运用,大量不具有可识别性的信息能够按照特定的算法被关联、融合,进而能够将相关信息与特定的个人相联系”<sup>[25]</sup>。这种观点令人困惑,若不识别个人,将如何对抽象的分析结果进行具体运用呢?那些通过多重数据融合与交叉验证来确定信息主体的信息,<sup>[26]</sup>看似去除了个性化特征,但既然能够通过算法联系到个人,则说明这种“数据+算法”具有有限缩识别范围、辨别个人特征的作用。实际上,只要是从不特定多数中指向特定个人,则必然需要某些具备个性化因素的条件。

个人信息的识别本质,还可以由与其功能相反的“匿名”信息得出。根据《个保法》第73条可知,匿名的功能在于消除个性,使信息在客观上无法用于识别、锁定个人,并且,由于该信息不具有能够辨认个性化的内容,信息主体不会认为该信息与自己相关,即便发生违法处理也不会产生权利可能受到侵害的不安心理。因此,个人信息和匿名信息的根本区别就在于可识别性。《个保法》第4条第1款规定“个人信息……不包括匿名化处理后的信息”,将匿名化的信息排除在个人信息之外,这也意味着匿名信息不具有个人信息保护的利益。毋庸置疑,“识别”是个人信息的本质特征。

## (二) 可识别性决定个人信息保护的目的是安全

在利用个人信息识别特定主体的活动中,被识别者是具体、确定的,但识别者是谁、是否可被信任,以及识别后是否行为、行为对被识别者是否有害,这些问题在通信高度便利、违法成本极低的陌生人社会充满了不确定性。故识别活动本身具有风险,这决定了个人信息保护的目的是

[23] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第7版),商务印书馆2016年版,第83、1185页。

[24] 参见前引[8],彭诚信文。

[25] 郑晓剑:《个人信息的民法定位及保护模式》,载《法学》2021年第3期,第120页。

[26] 参见刘迎霜:《大数据时代个人信息保护再思考——以大数据产业发展之公共福利为视角》,载《社会科学》2019年第3期。

风险控制，即保障安全。

首先，非自主选择的识别者的可信任程度较低。在所有识别活动中，最明确且最值得信任的识别者就是自己，而社会交往的需要使得个人信息不为个人所私有，<sup>〔27〕</sup>必须被他人识别。在多数情况下，人们分享个人信息并被他人识别，不能完全依据自己意愿作出决定。出于顺利开展社会交往的需要，人们不得不与软件平台、服务机构、所在单位、政府部门等分享能够识别自己的信息。由于这些组织中的识别者难以确定且不为人知，而被识别者通常缺乏技术且精力不足，因而无法对其充分监督，故这些识别者的可信任程度较低，无法保证其在获取个人信息后不对被识别者实施侵害。实践中，违法处理个人信息的往往是那些有信息处理能力又隐藏在幕后的识别者。

其次，他人在识别后实施违法行为的成本较低。在信息时代，个人信息被电子或者其他方式记录，并通常被上传至网络空间。具备一定信息处理能力的识别者，能够通过搜索、购买等方式获取那些被电子化记录的个人信息。识别者掌握的信息技术越发达，则越隐蔽，其被发现、追究的可能性越低，故实施后续违法犯罪行为的成本也就越低。可见，识别者通过处理个人信息而具有实施后续实害行为的可能，并因行踪、身份隐蔽而具备实施侵害的有利条件。故被识别者在他人识别其个人信息后，便处于被动的不安全状态。

最后，他人在识别后可能造成不确定的损害。被识别者是确定的，识别者可以利用个人信息将之准确锁定，但识别者是不确定的，其在识别之后将在何时、何地以及如何行为，这对被识别者而言充满了不确定性，因此，他人尤其是缺乏信赖关系的人识别个人信息，就像是一颗“不定时炸弹”，给个人权利带来诸多不确定因素。有学者将风险进行量化，试图将风险解释为损害而囊括到侵权法体系之中。<sup>〔28〕</sup>风险若可被量化、确定，则可以准确预防利益侵害，也可以适用侵权救济。但风险的可怕之处正在于无法估计和预测，其辐射范围亦不可确定。正因如此，才需要强调国家履行保护义务，防范违法处理带来不可挽回的后果。

综上所述，处理者能够利用个人信息创造效益，并在不当处理后造成个人安全的减损，根源在于个人信息具有“识别”特性。正因如此，规制个人信息的违法处理，防范处理者对主体的任意识别，就是为了保障主体的安全。

#### 四、安全利益区别于侵权法益

在法经济学的视角下，各种权利义务充当法律行为的成本因素和收益因素，<sup>〔29〕</sup>而减损他人安全在客观上将增设防范风险的个人注意义务，并消耗国家预防违法犯罪的法律资源，这些在安全减损前后出现的利益变动表明，安全是一种包含人格、财产与公共利益的复合型利益。在违法处理个人信息引发权利损害的“事后环节”，权利损害能够“激活相关民事权益的救济机制”<sup>〔30〕</sup>，适用侵权法救济；但违法处理直接造成的安全减损，是一种理念上的抽象不利益，

〔27〕 参见欧阳本祺：《侵犯公民个人信息罪的法益重构：从私法权利回归公法权利》，载《比较法研究》2021年第3期。

〔28〕 参见田野：《风险作为损害：大数据时代侵权“损害”概念的革新》，载《政治与法律》2021年第10期。

〔29〕 参见冯玉军：《法经济学范式》，清华大学出版社2009年版，第231页。

〔30〕 王锡锌：《个人信息权益的三层构造及保护机制》，载《现代法学》2021年第5期，第115页。

不具有“已发生或迫近”与“具体”等侵权特点，且实践中风险防范支出要么不存在，要么因具有假设性或推测性而难以证明，<sup>〔31〕</sup>故亦不具有需要“填补”的利益损害。<sup>〔32〕</sup>因此，安全减损无法被视作侵权损害，安全利益区别于侵权责任保护的利益。

#### （一）安全是抽象的复合型利益

在现代化进程中，生产力的指数式增长，使风险和潜在自我威胁的释放达到了前所未有的程度，现代风险以系统的方式引发普遍甚至全球性的危险和不安。<sup>〔33〕</sup>贝克在提出风险社会的时候，人类还没有进入数字时代。时至今日，信息技术的威胁迫近。不当处理个人信息可能引发的权利损害，或许是大范围的甚至跨国性的。面对此等风险，国家积极采取保护措施，通过建构和运行一套关于个人信息处理的法律制度来履行保护义务，帮助个人对抗大规模、持续化信息处理中权利减损的风险，<sup>〔34〕</sup>“使风险处于社会观念可容忍的水准之下”<sup>〔35〕</sup>。是以在国家保护之下，违法处理个人信息将有损可信赖的安全秩序，引起个人和国家利益的变动。

一方面，违法处理个人信息为信息主体增设注意义务。数字背景下，个人信息与储蓄、不动产等私有财产以及人们重视的名誉、肖像等人格要素有着高度关联，而违法处理将突破国家对公民权利的基本安全保护，破坏被识别者对自身权利的安全预期，从而增加被识别者对自身权利的注意义务，即处理者将社会交往中应尽的控制或降低风险的危害防范义务转移给了被识别者。<sup>〔36〕</sup>注意义务的增设，迫使被识别者要么选择积极防御，以恢复至（令其感觉）安全的状态，由此承担实际支出和机会成本，即信息主体将有限资源用于防范风险而丧失其他用途的可能收益；<sup>〔37〕</sup>要么选择节省支出而忍受风险，由此承受可能出现的损害。可见，个人利益在违法处理前后产生变动，故安全是关乎信息主体权利的一项利益。

另一方面，违法处理个人信息将消耗国家机关的法律资源。由于违法处理个人信息为利用个人信息违法犯罪带来可能，而事后追究法律责任往往难以挽回受损利益，且难度大、耗时长，故国家机关出于正义和效率价值之考虑而倾向于采取事前预防，即通过规制违法处理个人信息活动，打击侵犯个人信息犯罪，以防范利用个人信息所实施的其他违法犯罪。正如检察机关所言：“打击利用互联网出售、提供、非法获取公民个人信息等侵犯公民个人信息犯罪，切断其与电信网络诈骗等犯罪的犯罪链条，从源头上预防和减少犯罪发生。”<sup>〔38〕</sup>显然，对违法处理行为的治理会增加国家机关的法律负担，消耗国家有限的司法资源，故检察机关常用“公共利益”来概括违法处理行为所侵害的对象。因此，保持权利处于安全状态，能节省国家机关在预防违法犯罪、维

〔31〕 See Emily Schmidt, *Article III Standing in Data-Breach Litigation: Does a Heightened Risk of Identity Theft Constitute an Injury-in-Fact?*, 49 *Cumberland Law Review* 389 (2019).

〔32〕 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第175-176页；王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社2010年版，第302页。

〔33〕 参见〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代化之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社2018年版，第3-7页。

〔34〕 参见王锡锌：《个人信息保护的国家义务及展开》，载《中国法学》2021年第1期。

〔35〕 王贵松：《论法治国家的安全观》，载《清华法学》2021年第2期，第24页。

〔36〕 参见张新宝、唐青林：《经营者对服务场所的安全保障义务》，载《法学研究》2003年第3期。

〔37〕 机会成本是指把一定的资源在用于某种用途时放弃其他用途所丧失的潜在利益。参见汪金锋、祁雄编：《西方经济学（微观部分）》，北京理工大学出版社2018年版，第69页。

〔38〕 2017年5月16日《最高检发布六起侵犯公民个人信息犯罪典型案例》典型案例3：“章某某等诈骗、侵犯公民个人信息案”，载 [https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201705/t20170516\\_190645.shtml#2](https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201705/t20170516_190645.shtml#2)。最后访问时间：2021年12月13日。

护法律秩序上的治理成本，故安全也包含公共利益。

综上可知，安全不仅是个人信息所蕴含的一种价值理念，<sup>〔39〕</sup> 还有一种能够保障人们合理预期且客观存在的“人的生活利益”（*menschliche Lebensinteressen*）或“生活条件”（*Lebensbedingung*），<sup>〔40〕</sup> 是一项包含人格、财产与公共利益的复合型利益。安全作为利益的成本收益分析，如图 2 所示。

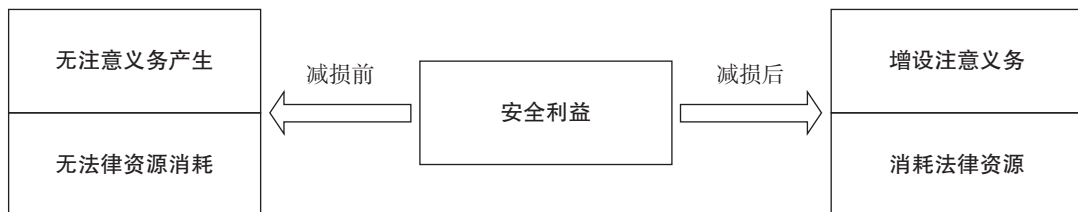


图 2 “安全”的利益分析

## （二）风险不属于侵权损害

为化解个人信息保护中信息处理者责任无从追究的困境，有学者尝试把违法处理个人信息造成的“风险”解释为具有确定性的“损害”，由此将个人信息权益纳入侵权保护的范畴，对处理者追究侵权责任。为满足成立侵权责任之要求，田野教授依靠证明风险的“高发性”和“利益差额”的可计算性，来解决风险作为“损害”的认定问题。<sup>〔41〕</sup> 尽管违法处理所造成的权利风险升高客观存在，但由于风险发生的几率极低，且无法对风险升高前后的利益进行客观比较以确定损害，故风险升高作为“损害”的观点难以成立。此外，违法处理个人信息造成的风险，与侵权责任法中防御性请求权所对抗的危险有显著区别。后者是已着手的侵权行为所带来的紧迫且可被证明的妨害，前者是指发生侵权行为可能性的提升，二者所保护的利益并不相同。因此，安全利益区别于侵权法益。

### 1. 对风险“高发”的质疑

风险不具有高度盖然性和损害紧迫性。正如前文所述，违法处理个人信息并不定然带来人身、财产权利致损之结果，风险的发生属于偶然事件。在生活中，泄露或不当处理个人信息的行为大量存在，很多人身上都发生过接到推销房产、培训、保险等的本地、外地甚至境外陌生电话的情况，不少推销者清楚地知道接听者的姓名等个人信息，但实际上，由此发生电信诈骗、隐私刺探、恐吓骚扰、冒名顶替等情况的概率极小。“腾讯守护者计划”发布的《2017 年第四季度反电信网络诈骗大数据报告》显示，全国“第四季度诈骗电话拨打 1.6 亿次，收到诈骗短信人数为 467 万……诈骗案件共 23.9 万件”，即月均泄露和违法利用个人信息 0.55 亿条以上，而每月发生诈骗案件为 8 万件，故违法处理个人信息后诈骗风险的发生几率为  $\leq 0.15\%$ 。<sup>〔42〕</sup> 综合这些数据

〔39〕 参见凌霞：《安全价值优先：大数据时代个人信息保护的法律路径》，载《湖南社会科学》2021 年第 6 期。

〔40〕 参见前引〔9〕，张明楷书，第 42 页。

〔41〕 参见前引〔28〕，田野文。

〔42〕 月均泄露和违法利用个人信息数量： $(1.6 + 0.0467)$  亿条 / 3 月  $\approx 0.55$  亿条 / 月；违法处理个人信息后诈骗风险的发生几率： $8 \text{ 万件} / 0.55 \text{ 亿条} = 0.15\%$ 。参见《反电信网络诈骗大数据报告》，载 [https://tg110.qq.com/newspage/report\\_center\\_20180208page1.html](https://tg110.qq.com/newspage/report_center_20180208page1.html)，最后访问时间：2021 年 11 月 17 日。

来看,在通信高度发达的数字时代,泄露、非法利用个人信息的行为在广泛、频繁地发生着,但是,利用个人信息实施诈骗等违法犯罪并造成实际损害的情况,相较于信息泄露等不当处理而言,少得多。因此,违法处理个人信息的风险“高发”实际指的是发生数量较多,而非发生几率较高。可见,个人信息处理致损的风险不具有高度盖然性。正因风险大概率不会暴发,且无法被预见何时何地暴发,故亦不具有紧迫性。

## 2. 对风险“损害”可计算的质疑

除不具有高发外,风险还不具有确定性。田野教授尝试用三种“利益差额”来甄别、计算风险的“损害”,包括“个人信息暴露导致的风险升高”“预防风险的支出”“风险引发的焦虑”,但因缺乏可操作性与客观标准而无法用作“损害”的确定方法。

首先,“个人信息暴露导致风险升高”的利益差额无法证明。田野教授认为,风险在成为现实损害之前看起来风平浪静,实则暗流涌动,一旦暴发,想要补救为时已晚,因此,有必要在悲剧发生之前认可风险本身即是一种可获赔偿的损害。<sup>[43]</sup>但是,风险施加有害作用是“多么飘忽不定和不可捉摸”<sup>[44]</sup>。一方面,由于尚未出现现实害行为,人身、财产权利在个人信息暴露前后不具明显差异,信息主体虽表示担忧,却仍能够正常行使权利。另一方面,风险升高是抽象的侵害,因不具有客观表现形态而不可预见,无从估算,无法举证,通常由主观感觉来认知,猜测权利在个人信息暴露后更易发生危害,而猜测性不符合侵权损害的确定性特征,故无法采取侵权救济。<sup>[45]</sup>

其次,预防风险的支出无法客观确定。基于理性经济人的理论假设,<sup>[46]</sup>面对权利风险,人们通常会在防御的支出与可能的损害之间进行利益对比,由此在忍受和防范之间进行选择。由于风险是否发生、何时何地发生以及发生的范围、程度等均无法预测,无法对风险升高前后的利益差额进行估计,遂无法作出理性选择。故在生活中,尽管违法处理个人信息案件频发,但多数人因无从对比而忍受权利风险,只有在侵害发生、权利受损后才选择维权,此时法院支持的诉讼请求是赔偿权利损害而非预防成本。田野教授以“沈晴与上海容蓁汽车用品有限公司姓名权纠纷案”为例,认为法院判令被告赔偿原告 2500 元中,有部分属于预防风险的成本。但据判决书所述,“原告沈晴作为具有会计从业资格的财务工作人员,在正常的执业中受到了影响,产生了一定的财产损失”<sup>[47]</sup>,法院综合被告所得收益(即“减少必要用工成本”)和原告必要维权成本等因素,确定赔偿金额。可见,法院计算得出的赔偿金额是用于恢复原告财产损失的,而预防风险的支出在其中并未体现。在美国司法判决中,法院同样以无法确定损害(lack of a cognizable harm)为由,驳回信息主体的侵权赔偿请求。<sup>[48]</sup>因此,在违法处理个人信息致损的案件中,适用侵权救济的是权利损害,而非安全减损。

[43] 参见前引[28],田野文。

[44] 前引[33],乌尔里希·贝克书,第15-16页。

[45] See Filippo Lancieri, *Narrowing Data Protection's Enforcement Gap*, 74 *Maine Law Review* 15 (2022); Steven Shavell, *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, 13 *Journal of Legal Studies* 357, 357-363 (1984).

[46] 参见周林彬、董淳鐸:《法律经济学》,湖南人民出版社2008年版,第86页。

[47] 上海市闵行区人民法院(2019)沪0112民初26438号民事判决书。

[48] See Daniel J. Solove & Danielle Keats Citron, *Risk and Anxiety: A Theory of Data-Breach Harms*, 96 *Texas Law Review* 737, 737-739 (2018).

少数人具有较强的风险防范意识，在权利损害发生前积极防范风险，但无法通过侵权救济途径填补有关防范风险的支出。在“人脸识别第一案”中，原告为了防范权利风险而向法院提起诉讼，最终得到“合同利益损失及部分交通费”的赔偿与部分诉讼费的承担。其中，交通费的赔偿是基于违约责任而非侵权责任，诉讼费的支出亦未弥补。同样地，在“陈瑜婷与上海瑞慈瑞兆门诊部有限公司隐私权纠纷案”中，作为胜诉方的原告不仅没有获得维权支出的赔偿，还要承担主要的诉讼费用。可见，信息主体试图以侵权救济来恢复安全，但实际上并未由此填补防范风险的诉讼支出。此外，为防范风险而购买的风险监控和管理等商业服务（如保险、信用状况监督），其实际支出和机会成本具有较强的主观性。这是因为，风险无法被准确预见，信息主体遂无法采取针对性的防范措施，故其为恢复安全所做的实际支出均为猜测而非必需；此外，机会成本是一种假计成本，没有实际支出且不可计量。<sup>〔49〕</sup>因此，把猜测的预防支出和抽象的机会成本归责于违法处理行为，这将突破“过错责任”“过错与责任相适应”等侵权法原则。由此观之，采用“预防风险的支出”来确定风险造成的“利益差额”不具有可行性。

最后，风险引发的焦虑不应属于侵权法中的精神损害。一方面，依据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1183条，侵权法的精神损害赔偿须以侵害“人身权益”或“具有人身意义的特定物”为基础，“只能对人格权受到侵害导致的精神痛苦、生理疼痛以及其他不良情绪提供补偿”<sup>〔50〕</sup>，故安全减损因缺乏人格权利损害而不能主张精神损害赔偿。另一方面，将焦虑这一主观感觉认定为精神损害，将造成法律秩序的混乱。如在陈瑜婷案中，信息主体虽表达了对安全的焦虑和担忧，但只停留在模糊的感觉上，对后续实害是否发生、何时何地发生、多大范围内发生以及造成何种程度的损失均不清楚。与这种焦虑相比，生活中因恋爱、婚姻、工作、学业等产生的诸般焦虑可能严重百倍，如果承认风险引发的焦虑为精神损害，那么将有无数伴侣、家人、单位、学校会出现在精神损害赔偿案件的被告席，造成滥诉。因此，将“风险引发的焦虑”解释为“利益差额”不具有可行性且将有害于法律秩序。

### 3. 与“危及人身、财产安全”之区别

《民法典》第1167条规定：“侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。”显然，该条作为防御型侵权责任的一般规定，也提到了“安全”。但是，这里的“安全”对应的是侵权行为带来的现实妨害和可预期危险，与个人信息保护的安全利益有显著不同。

根据民法学界通说，停止侵害、排除妨碍、消除危险可归结为妨害排除和妨害防止两个方面。<sup>〔51〕</sup>妨害排除适用于侵害行为已经发生或正在进行的情况，即以“因现存的妨害源而产生的妨害在持续”为要件。<sup>〔52〕</sup>在该情况下，人身、财产权利已实际受到妨害，亟需去除妨害权利行

〔49〕 参见李欣隆：《机会成本与道德的关系探微》，载《道德与文明》2018年第1期；毛洪涛：《西方经济学成本基本范畴研究》，载《会计研究》2000年第10期。

〔50〕 许中缘、崔雪炜：《论合同中的人格利益损害赔偿》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2018年第3期，第129页；张新宝主编：《精神损害赔偿制度研究》，法律出版社2012年版，第57页。

〔51〕 参见杨彪：《非损害赔偿侵权责任方式的法理与实践》，载《法制与社会发展》2011年第3期；茅少伟：《防御性请求权相关语词使用辨析》，载《法学》2016年第4期。

〔52〕 参见前引〔51〕，茅少伟文。

使的“瑕疵”以恢复至完满状态。故妨害排除请求权所保障的，实为自身、财产权利本身。

妨害防止请求权以存在重复发生之危险为要件，行使于侵权行为发生之前，目的是使行为人不从事威胁他人的特定行为。<sup>〔53〕</sup>其中，“危险”的概念决定了防御性请求权的边界。根据人格权法和物权法，防御性请求权所针对的危险应当是现实且可被证明的。《民法典》第997条的人格权禁令制度，是为更好实现《民法典》第1167条中有关人身利益安全的程序保障。<sup>〔54〕</sup>该条规定了权利人主张人格禁令的基本条件：行为人应当即将或正在实施侵害人格权的违法行为；且民事主体应就侵害行为以及可能造成的损害后果提交必要的证据等。<sup>〔55〕</sup>简言之，行使人格权妨害防止请求权，须能够证明存在紧迫或至少是可预见的现实威胁，而不能基于无法确定的、推测性的风险。<sup>〔56〕</sup>同样地，物权的妨害防止请求权并非请求权人主观上一感受到危险即可行使，<sup>〔57〕</sup>亦须满足对物的支配存在明确威胁之条件，即“根据一般的基准（标准）或情形，妨害（侵害）发生的危险性或可能性系明确、清楚”<sup>〔58〕</sup>。因此，妨害防止请求权所防范的是可预见、明确的现实威胁，且能够证明其权益受到的妨害存在着为社会所认可的确实可能性，而不能是无法预见、无法证明的风险。

总之，《民法典》第1167条规定的防御性请求权虽然涉及“安全”，但这与个人信息保护的安全并不相同。前者对应的是正在发生的妨害或可预见的现实危险，而后者对应的是无法预见和证明的风险，即相较于无违法处理时发生侵害行为的更大可能性。故个人信息保护的安全利益不是《民法典》第1167条中的“安全”，与侵权法益相互独立。

综上，个人信息保护的安全利益包含了人身、财产利益与公共利益，区别于侵权保护的法益。个人信息保护的安全利益是违法处理行为发生前，信息主体人身、财产保持原有低风险状态，以及公共法律资源未被增加使用的复合型利益。而侵权保护则主要是在侵权行为发生后对损害的填补，以及对正在发生的妨害和可预见的现实威胁的制止。有学者认为：“将个人信息权益理解为权益集合的观点会对整个侵权法的归责体系造成毁灭性破坏。”<sup>〔59〕</sup>但实际上，个人信息保护的利益目的和适用领域与侵权保护有着显著区别，前者并不会对后者取而代之。

• 495 •

## 五、《个保法》中安全法益的规范证成

违法处理造成的安全减损，因无法计算并证明损害结果而无法适用侵权法救济。但这并不意味着法律对该不利益状态的放任。通过规范分析可知，《个保法》正是用于防范和化解这种不利益，保护和恢复安全。

### （一）《个保法》对违法处理的防范是为了保护安全法益

《个保法》规定了个人信息处理规则、处理者义务以及对处理活动的监督机制等，用来预防

〔53〕 参见曹险峰：《防御性请求权论纲》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期。

〔54〕 参见程啸：《论我国民法典中的人格权禁令制度》，载《比较法研究》2021年第3期。

〔55〕 参见张红：《论〈民法典〉之人格权请求权体系》，载《广东社会科学》2021年第3期。

〔56〕 参见毕潇潇、房绍坤：《美国法上临时禁令的适用及借鉴》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2017年第2期。

〔57〕 参见范雪飞：《请求权的一种新的类型化方法：攻击性请求权与防御性请求权》，载《学海》2020年第1期。

〔58〕 陈华彬：《论所有权人的物上请求权》，载《比较法研究》2020年第1期，第88页。

〔59〕 前引〔7〕，程啸文，第9页。

违法处理行为的发生，规避信息主体的权利风险，保障信息主体的权利处于安全状态，即保护安全利益。

首先，《个保法》设置了规范个人信息处理的规则，约束处理活动以保护安全法益。一方面，“知情同意”是个人信息处理的合法基础与核心规则，<sup>〔60〕</sup> 据此，信息主体依靠自身意愿与风险评估，来理性地选择是否进入信息处理活动之中。<sup>〔61〕</sup> 另一方面，《个保法》要求处理活动符合必要（最小）原则，在有助于目的实现的必要范围内运用对个人权益影响最小的手段，包括收集最少够用的个人信息、个人信息不得用于其他目的、在授权目的与合理期限内合理使用或存储个人信息。可见，知情同意与必要原则的设置用于规制个人信息处理活动，使处理活动被限制在可容忍、可控的限度内，从而尽可能降低不当处理个人信息所引发的权利侵害可能，故其保障的是安全法益。

其次，《个保法》规定了处理者的义务，以保护安全法益。处理者采取必要措施最大程度保障个人信息安全，是个人信息处理必要原则的重要内涵。<sup>〔62〕</sup> 为防止对个人信息进行未经授权的访问或违法处理，法律规定个人信息处理者应当依据“可能存在的安全风险”采取系列措施，包括：制定内部管理制度和操作规程，对个人信息实行分级分类管理，采取相应的加密、去标识化等安全技术措施，合理确定个人信息处理的操作权限，并定期对从业人员进行安全教育和培训，制定并组织实施个人信息安全事件应急预案（《个保法》第 51 条）。《个保法》为处理者设置的管理和组织等义务，防范的是“可能存在的安全风险”而非权利危险或损害，即保障信息主体的安全法益。

最后，《个保法》对个人信息处理活动设立了监督机制以保护安全法益，包括自我监督、国家监督和公民监督。在自我监督方面，法律要求“处理个人信息达到国家网信部门规定数量”的个人信息处理者，安排专人或设立专门机构，负责个人信息保护事务，并公布责任人姓名和联系方式，还要求个人信息处理者对其开展的处理活动与保护措施进行定期的合法、合规审计，对信息处理活动产生的风险进行动态监督、风险评估、报告发布等（《个保法》第 52—56、58 条）。在国家监督方面，法律规定了国家网信部门及有关部门对处理活动的监管职责，包括询问、查阅、复制、检查和调查等（《个保法》第 60—63 条）。在公民监督方面，法律赋予信息主体查询、复制等监督权利，赋予组织、个人投诉、举报的权利（《个保法》第 45、65 条）。这些机制的设置均用于对个人信息处理活动的常态化监督，对可能的侵权风险进行监控，以避免违法处理个人信息的发生，对安全法益予以保护。

由此可见，《个保法》通过设置处理规则、处理者义务以及监督机制，防范违法处理的发生，规避权利受损风险，使处理活动按照法定轨道开展，使潜藏于其中的权利风险保持在人们普遍接受和可控的限度内，使权利处于可信赖的安全状态，<sup>〔63〕</sup> 即保护安全法益。

〔60〕 参见《关于〈中华人民共和国个人信息保护法（草案）〉的说明——2020 年 10 月 13 日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/fbc9ba044c2449c9bc6b6317b94694be.shtml>，最后访问时间：2021 年 12 月 26 日；张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》2019 年第 6 期；万方：《隐私政策中的告知同意原则及其异化》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 2 期。

〔61〕 参见前引〔19〕，梅夏英文；丁晓东：《个人信息保护：原理与实践》，法律出版社 2021 年版，第 67 页。

〔62〕 参见刘权：《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》，载《法学家》2021 年第 5 期。

〔63〕 参见周学峰：《个人信息保护立法中的基础问题探讨》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2020 年第 3 期。

(二)《个保法》对违法处理的规制是为了恢复安全法益

《个保法》规定了违法处理发生之后的规制,主要从处理者的义务履行、网信等部门的职责履行和信息主体的权利行使三个维度展开。分析可知,这些规制措施用于化解违法处理所升高的风险,对安全法益予以恢复。

首先,《个保法》要求处理者在违法处理后及时履行补救和通知义务,以降低风险,并使信息主体自主评估和控制风险。根据《个保法》第57条第1款,个人信息处理者采取补救措施的条件是“发生或可能发生个人信息泄露、篡改、丢失”,这表明此时尚未出现对信息主体权利的损害或威胁,故补救义务的内容是个人信息的不当处理状态而非权利损失。结合《个保法》第57条第2款可知,通知义务履行的条件是“履行个人信息保护职责的部门认为可能造成危害的”,其目的是使个人在知晓风险的基础上做好风险应对。若风险不可避免,及时告知个人泄露、篡改、丢失的信息种类、原因和可能造成的危害,已采取的补救措施和个人可以采取的减轻危害的措施,以及处理者的联系方式,亦是规避风险的必要之举。故《个保法》设置处理者在违法处理后的补救和通知义务,是出于恢复安全法益之目的。

其次,《个保法》设置了网信等部门对违法处理行为的惩治规则,为安全法益的恢复提供强制力保障。依据《个保法》第64条之规定,在监督过程中发现个人信息处理活动存在较大风险或者发生个人信息安全事件后,有关部门通过履行约谈、合规审计等职权,要求处理者“采取措施,进行整改,消除隐患”。从中可知,消除隐患是采取措施和进行整改的目的。“隐患”意指潜藏的祸患,即产生危害的可能,故对违法处理者的约谈、合规审计等是为了消除违法处理所带来的危害可能,即恢复安全。若处理者拒不改正,则依据《个保法》第66—67条之规定,有关部门有权对其处以罚款、没收违法所得等行政处罚。这正是《个保法》为安全法益的恢复所提供的强制力保障。

最后,《个保法》赋予公民“个人信息权利束”,目的是能够更高效地规制个人信息处理活动,<sup>[64]</sup>及时恢复安全法益。依据《个保法》第46—50条,信息主体通过行使更正、补充权利,使个人信息完整、正确;通过行使删除权利,使个人信息被最小化利用;在处理者拒绝个人行使权利请求之后,个人有权向法院提起诉讼。而保证个人信息的完整、正确和最小化利用,目的并非救济财产、人格损害,而是及时发现和纠正个人信息的违法处理行为,避免发生个人信息被违法利用并致其权利受损的情况。并且,这些“个人信息权利束”是在国家规制框架中对个人进行的赋权,是国家为保障安全法益而设置的监管机制的组成部分。<sup>[65]</sup>故《个保法》赋予工具性权利,亦是为了恢复安全法益。

综上,“个人信息权益”就是安全法益。《个保法》着重对违法处理行为本身进行规制,设置多种机制来保护和恢复安全。“安全”在我国《宪法》中以概括性的形式出现。《个保法》中的“根据宪法”条款表明,国家在个人信息保护制度中为个人安全提供保障,<sup>[66]</sup>故个人信息保护的

[64] 参见前引〔5〕,王锡锌文。

[65] 参见梅夏英:《社会风险控制抑或个人权益保护——理解个人信息保护法的两个维度》,载《环球法律评论》2022年第1期。

[66] 参见前引〔35〕,王贵松文。

安全法益具有宪法基础。

## 六、结 语

个人信息权益不是财产、人格权利，而是安全法益，故个人信息保护与侵权保护是相互独立的两种制度。《个保法》第 69 条涉及违法处理个人信息致损的侵权责任，容易发生个人信息保护与侵权保护的混淆，需要予以说明。如前所述，“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害”存在两个行为，即违法处理和实际侵害。违法处理不直接造成损害，故在损害发生前适用个人信息保护规则。在损害发生后的侵权救济中，由于处理者具有保障信息安全的严格的注意义务，并掌握证据资料和调查取证的技术优势，<sup>〔67〕</sup>更具有实施侵害的便利条件，故《个保法》第 69 条的侵权规则要求其承担过错推定责任。易言之，处理者若不能证明自己没有过错，则应当推定其对侵害行为发挥积极作用，应承担损害赔偿等侵权责任。可见，《个保法》第 69 条不是个人信息保护与侵权保护的混淆，而是权利损害发生后两种保护规则的衔接。

---

---

**Abstract:** The rights of access, correction and deletion created by law are not the purpose of personal information protection. The damage to personality and property rights is not directly and inevitably caused by the illegal handling of personal information, but should be attributed to the subsequent independent infringement. Therefore, personality and property rights are not the object of illegal handling, nor the direct purpose of personal information protection. The direct consequence of illegal handling is to increase the risk of infringement to rights. Thus the interest of the nuisance is security. Security derogation causes the increase of duty of care and the consumption of legal resources. However, since the difference of interests cannot be proved and calculated, nor did foreseeable danger occur, tort remedy cannot be applied. Different from tort protection, the Personal Information Protection Act sets up norms of handling rules, rights and obligations, powers and responsibilities, and the purpose of which is not to compensate for damage, but to protect and restore safety. Personal information protection and infringement protection are relatively independent. Article 69 of the Personal Information Protection Act is a convergence of the two protections.

**Key Words:** illegally handling personal information, harmfully infringing, identifiability, tort protection, security legal interest

---

---

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

---

〔67〕 参见孔祥稳：《论个人信息保护的行政规制路径》，载《行政法学研究》2022 年第 1 期。

## 论侵害个人信息权益的精神损害赔偿

李东宇\*

**内容提要：**个人信息权益被侵害者主张精神损害赔偿具有正当性，《民法典》第 1183 条第 1 款和《个人信息保护法》第 69 条第 1 款均可作为请求权基础，二者的区别在于侵权人是否为个人信息处理者。“严重精神损害”系价值开放概念，其决定了《民法典》第 1183 条第 1 款系精神损害赔偿领域的一般条款，作为该条款具体化的《个人信息保护法》第 69 条第 1 款应对其予以延续；在认定时，应以社会公众的容忍限度为准，考量被侵害个人信息的类型与数量、损害后果的辐射范围与持续时间等因素。现有计算赔偿数额的实际损害赔偿规则与侵权人获利赔偿规则缺乏可适用性，而法院酌定数额规则存在缺乏上下限约束与部分考量因素不合理的问题，故应补充法定个案赔偿限额与总额上限标准，并以侵权人的身份与主观状态、侵权行为的情节、损害后果的辐射范围与持续时间等作为确定赔偿数额的考量因素。

**关键词：**个人信息权益 严重精神损害 赔偿限额

• 499 •

### 一、问题的提出

《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）实施后，在因侵害个人信息权益而产生的损害赔偿纠纷中，被侵权人可依据《个人信息保护法》第 69 条第 1 款要求侵权人承担财产损害赔偿赔偿责任，赔偿数额可依据第 2 款计算。但个人信息权益受损的后果往往并不直接导致被侵权人的身体伤害或财产利益损失，焦虑、不安、恐惧等主观感受才系常态。对于后者，能否借助精神损害赔偿加以救济，实践中不无疑问。在“朱烨与北京百度网讯科技公司隐私

\* 李东宇，吉林大学司法数据应用研究中心研究人员。

本文为 2022 年度中国法学会民法学研究会青年学者研究项目“民法一般条款的规范体系与适用方法研究”（2022MFXH002）的阶段性成果。

权纠纷上诉案”中法官指出：“朱烨虽然在诉讼中强调自己因百度网讯公司的个性化推荐服务感到恐惧、精神高度紧张，但这仅是朱烨个人的主观感受，法院不能也不应仅凭朱烨的主观感受就认定百度网讯公司的个性化推荐服务对朱烨造成事实上的实质性损害。”〔1〕这主要涉及如下问题：第一，个人信息权益被侵害时能否主张精神损害赔偿？就现行法而言，可能的法律依据在于《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1183条第1款与《个人信息保护法》第69条。但《民法典》第1183条第1款往往被适用于具体人格权受侵害的场合，其能否将个人信息权益被侵害的情形囊括在内，尚需论证；而《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害”是否包括精神损害，亦存疑问。此外，如果上述两条均可作为请求权基础，二者的适用关系也须理清。第二，除归责原则的不同外，二者在具体表述上也存在差异：《民法典》第1183条第1款采“严重精神损害”一词，而《个人信息保护法》第69条第1款仅采“损害”一词。后者是否也需要满足前者中“严重”的要求？这涉及精神损害赔偿中损害后果要件的认定。第三，若侵权责任成立，相应的精神损害赔偿的数额应如何计算？实务中频现的1元精神损害抚慰金是否足以达成精神损害赔偿制度的意旨？

针对前述问题，下文将首先论证侵害个人信息权益时精神损害赔偿的正当性；其次，明确其精神损害后果的具体认定；最后，聚焦于侵害个人信息权益中精神损害数额的计算规则，为具体数额的认定提供方法依据。如此，以期解开精神损害赔偿这一个人信息权益保护的“戈尔迪之结”（Gordian Knot）。

• 500 •

## 二、个人信息权益被侵害者主张精神损害赔偿的正当性

“法律的空间是有界空间”〔2〕，并非所有的现实需求均可得到法律的回应。侵害个人信息权益造成他人精神损害者应承担精神损害赔偿责任的正当性在于：其一，以精神损害赔偿救济被侵权人的现实需求存在理论支撑；其二，这种现实需求能在现行法框架内得到回应。

### （一）侵害个人信息权益时精神损害赔偿的理论依据

侵害个人信息权益而生的损害后果以焦虑、忧惧、不安、羞耻等非财产性的后果为主要表现形式，财产损害并不具备普遍性。因此，立法、学理与实践必须对此作出针对性的回应，为其配置恰当的救济途径。与姓名、肖像、名誉等传统人格要素相比，数字社会中的个人信息同样具有天然的人格属性尤其是精神性人格属性，其“反映了自然人于社会中的运动、变化、发展状况”〔3〕，当无数的信息片段组合在一起时，主体的“数字人格”便就此被形塑。〔4〕是故，侵害个人信息权益的行为所影响的是自然人的人格评价，是对个人信息主体的精神利益而非财产利益的直接侵害。对此，近期微信视频号所引发的两个社会热议话题可为例证。一是微信用户在使用视频号服务的过程中往往会出现如下场面：某用户的一微信好友事实上并未对某视频“点赞”，

〔1〕 江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第5028号民事判决书。

〔2〕 〔美〕保罗·卡恩：《法律的文化研究：重构法学》，康向宇译，中国政法大学出版社2018年版，第117页。

〔3〕 陈吉栋：《个人信息的侵权救济》，载《交大法学》2019年第4期，第47页。

〔4〕 参见马长山：《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》，载《中国法学》2019年第5期。

但该用户却在自己的视频号界面看到了该好友的“点赞”，而被“点赞”的内容常常粗鄙不堪。<sup>〔5〕</sup>二是“视频号霸屏”，即某些软件被其运营者包装为“扫码领券”“线上抽奖”等，一旦微信用户扫码，便会无意间将自己的视频号授权给这些软件，而后者旋即在该微信用户的视频号中自动转发某些质量欠佳的视频，并“@好友”“打标签”等。无论是被动“点赞”还是“视频号霸屏”，由于被“点赞”或者转发的视频内容欠妥，且不乏“擦边”<sup>〔6〕</sup>的情形，故这些盗用、滥用个人信息的行为将降低特定用户在其微信好友眼中的人格评价，直接致使该用户的精神利益受损，于此场合鲜见物质损害的发生。

“当代民法中对人格权的规定主要是透过对具体人格要素的保护完成的，保护的终极目标都归结于作为人整体伦理价值的人的平等、自由和尊严。”<sup>〔7〕</sup>个人信息权益与其他人格权益一样也体现了自然人的人格伦理价值，在其他人格权益遭受侵害时可以主张精神损害赔偿的前提下，没有理由将个人信息权益从《民法典》第1183条第1款的“人身权益”中剔除。一方面，“个人信息的平等是民事主体法律地位平等的体现”<sup>〔8〕</sup>，每个民事主体所拥有的个人信息均互相独立，犹如一个主体与其他主体一样并无隶属关系。尽管每个主体的身份信息、电话号码、宗教信仰、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等个人信息存在量的差别，但其进入法律程序的条件和引发的法律效果并无二致。那些未经同意便擅自处理他人个人信息者，实际上是将他人当作“物”而非“人”来对待，即凌驾于他人之上，并视他人为可供自己随意支配的对象。这类行为既忽视了民事主体之间的平等关系，也消磨了个人信息的“人”的本质归属，由此造成的财产损失固然值得赔偿，但其因贬损他人人格而引发的精神损害更应受到法律的妥善处理。另一方面，个人信息处理者往往透过多种技术手段来收集与分析不同主体的个人信息，嗣后又以自动化决策的方式将商业营销广告定向投送到个人信息主体面前，从而实现利用个人信息外化的财产价值来盈利的目的。<sup>〔9〕</sup>但数据和算法都无法做到客观中立，它们反映着数据收集者或者算法设计者的某种主观性或偏见，故自动化决策的结论也可能带有偏见。<sup>〔10〕</sup>这种“算法偏见”将会干扰个人信息主体的行动自由。在前述“朱烨与北京百度网讯科技公司隐私权纠纷上诉案”中，百度利用自动化决策手段对朱烨进行的精准化信息推送之所以造成了后者的主观恐惧，恰是因为这种方式充斥着个人信息处理者的“算法偏见”；而同意规则的内生性缺陷又导致其虽在表面上尊重意思自治，但个人信息主体的“同意”在现实社会中往往是不得已而为之，否则便无从使用其他服务。受此双

〔5〕 此现象虽未见诸司法实践，但在“百度知道”“小红书”“知乎”等上已引起广泛讨论。至于成因为何，参与讨论者莫衷一是。

〔6〕 “擦边”是指临近边界但尚未突破边界的行为，现已成为短视频平台中的常见用语。例如，某短视频的创作者发布了裸露身体的视频，且该创作者的其他视频一贯与医学、健身等知识的科普不存在关联，但其在该视频中添加了如“本视频仅为健身知识科普，并无不良导向”等“花字”，以求规避短视频平台的监管。这种本着赚取“流量”目的而打着“知识科普”旗号的视频，即可被认定为“擦边”。

〔7〕 张涛：《个人信息法学证成：两种价值维度的统一》，载《求索》2011年第12期，第162页。

〔8〕 前引〔7〕，张涛文，第162页。

〔9〕 参见彭诚信、史晓宇：《个人信息财产价值外化路径新解——基于公开权路径的批判与超越》，载《华东政法大学学报》2022年第4期。

〔10〕 参见王莹：《算法侵害类型化研究与法律应对——以〈个人信息保护法〉为基点的算法规制扩展构想》，载《法制与社会发展》2021年第6期。

重因素的影响，个人信息主体的后续行为只能囿于个人信息处理者为其打造的“信息茧房”中，难以谈及所谓的自由意志。于此场合，仅凭财产损害赔偿并不能实现对个人信息主体的全面救济。此外，数字社会中几乎所有人都成为了一种“信息存在”，对自己个人信息控制应受到其他人的尊重。“自然人维护自己个人信息的准确性、控制自己个人信息的利用范围等正是保证自身的个人尊严得到社会的认可的体现。”<sup>〔11〕</sup> 前述的“算法偏见”在另一个角度即“算法歧视”，可能使得个人信息主体遭受歧视性伤害，进而贬损个人信息主体的人格尊严。由于人格尊严与主体的精神利益息息相关，如不从精神损害赔偿的途径对被侵权人加以救济，则被侵权人将永远无法得到精神慰藉。

## （二）侵害个人信息权益时精神损害赔偿的法律依据

个人信息权益具有人格属性，当然可以纳入《民法典》第1183条第1款中人身权益的范畴，从而据此主张精神损害赔偿。而《个人信息保护法》第69条第1款中“损害”一词并不明确，其是否包含精神损害并进而作为侵害个人信息权益时精神损害赔偿的依据，尚需论证。

### 1. 《个人信息保护法》第69条第1款可作为相应的法律依据

以往不乏论者笼统地称《个人信息保护法》未规定或未明确规定精神损害赔偿，但大都未阐明其理据。<sup>〔12〕</sup> 在为数不多的详细讨论中，就《个人信息保护法》第69条第1款能否作为精神损害赔偿的依据，存在不同观点。而争议的关键在于对该条款中“损害”一词存在不同理解。肯定观点以该条第2款中的“损失”来解读第1款中“损害”的内涵，认为该条第2款“使用的是‘损失’一词，而未如《民法典》第1182条那样使用‘财产损失’的表述。……损失……也包括精神损失或精神损害”<sup>〔13〕</sup>。而反对者声称，“精神利益只有损害而没有损失……对于精神损害也不能用受到的损失和获得的利益作为计算依据”<sup>〔14〕</sup>。对此，应回到法律解释的基本框架予以分析。

首先，《个人信息保护法》第69条第1款在文义上并未排除允许被侵权人主张精神损害赔偿的可能性。作为法律术语的“损害”，按照被侵害的权益之类型的不同可分为财产损害与精神损害。尽管在许多条款中，“损害”一词专指财产损害，如《民法典》第238条所规定的物权损害赔偿请求权，但也不乏兼指财产损害与精神损害者，如《民法典》第1091条所规定离婚损害赔偿。<sup>〔15〕</sup> 判断“专指”或者“兼指”的关键在于被侵害的对象之类型。在《个人信息保护法》第69条第1款中，潜在受损对象是个人信息权益，其“固有的人格与天然的财产双重价值，决定了个人信息权在本质上是包含财产利益的人格权”<sup>〔16〕</sup>。故侵害个人信息权益所造成的“损害”既可

〔11〕 前引〔7〕，张涛文，第162页。

〔12〕 主张《个人信息保护法》未规定或者未明确规定精神损害赔偿制度者颇多，具体参见刘云：《论个人信息非物质性损害的认定规则》，载《经贸法律评论》2021年第1期；杨立新：《个人信息处理者侵害个人信息权益的民事责任》，载《国家检察官学院学报》2021年第5期；周汉华主编：《〈个人信息保护法〉条文精解与适用指引》，法律出版社2022年版，第389页；李昊：《个人信息侵权责任的规范构造》，载《广东社会科学》2022年第1期。

〔13〕 程啸：《侵害个人信息权益的侵权责任》，载《中国法律评论》2021年第5期，第69页。

〔14〕 杨立新：《侵害个人信息权益损害赔偿的规则与适用——〈个人信息保护法〉第69条的关键词释评》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2022年第1期，第13页。

〔15〕 在离婚损害的情形中，因可能被侵害者不限于财产权益，故《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第86条第1句规定：“民法典第一千零九十一条规定的‘损害赔偿’，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。”

〔16〕 彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期，第78页。

能是财产损害,也可能是精神损害,还可能二者兼有。

其次,前述围绕以《个人信息保护法》第69条第2款的“损失”来解读第1款的“损害”之做法所生争议,实际上是体系解释的问题。所谓的“精神利益只有损害而没有损失”固然符合日常用语习惯,但法律语言毕竟不同于生活语言,不宜将二者作严格对应。《个人信息保护法》第69条第1款调整的是自然人与个人信息处理者这两类平等民事主体间的关系,故其系纯粹的民事法律规范,应受到《民法典》的统辖。《民法典》第179条第1款关于民事责任承担方式的规定采用了封闭列举,如若不将精神损害界定为该条款第8项赔偿损失中的“损失”,那么精神损害赔偿这一独立的民事责任样态便只得游离在《民法典》总则编之外,进而削弱总则编统辖各分编及其他民事规范的体系功能。至于“精神损害也不能用受到的损失和获得的利益作为计算依据”的观点也站不住脚。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称《精神损害赔偿解释》)第5条列明了确定精神损害赔偿数额的六项因素,其中第3项“侵权行为所造成的后果”和第4项“侵权人的获利情况”,恰与《个人信息保护法》第69条第2款中的“个人因此受到的损失”和“个人信息处理者因此获得的利益”分别对应。<sup>[17]</sup>故在体系解释的视角下,应认为《个人信息保护法》第69条第1款并未遗漏精神损害赔偿。

最后,就上述问题,还可以借由《个人信息保护法》的立法目的得到解答。《个人信息保护法》第1条的行文将“保护个人信息权益”置于“规范个人信息处理活动,促进个人信息合理利用”之前,意在彰显该法“贯彻以人民为中心的法治理念,将保护人民群众的个人信息权益作为首要目标”<sup>[18]</sup>的规范意旨。若将被侵权人的精神损害赔偿请求权排除在其唯一可能栖身的第69条第1款之外,则会致使该法构筑的个人信息权益保护途径存在体系性缺陷,无法全面落实该法的立法目的,并损及该法具有“全方位的制度规范”<sup>[19]</sup>的社会评价。更为重要的是,个人信息权益的本质属性决定了相关规范对于被侵权人的保护应当尤其重视被侵权人的人格权益。尽管在个人信息权益具有天然的财产价值、被侵权人往往难以举证证明其所遭受的精神损害等多重因素的影响下,司法裁判支持财产损害赔偿而驳回精神损害赔偿的情形屡见不鲜,但也不能因此忽视精神损害赔偿救济被侵权人人格权益的重要作用。将精神损害从《个人信息保护法》第69条第1款中剥离的观点,无疑是将财产损害赔偿与精神损害赔偿对个人信息权益的保护功能本末倒置。

## 2. 《个人信息保护法》第69条第1款与《民法典》第1183条第1款的区分适用

虽然都可以作为侵害个人信息权益时精神损害赔偿的法律依据,但对于《个人信息保护法》第69条第1款与《民法典》第1183条第1款在适用上的区分,存在不同观点。一种观点认为:“不能认为《个人信息保护法》没有规定,就不能适用精神损害赔偿救济个人信息权益损害,应当依照《民法典》第1183条第1款规定确定精神损害赔偿责任。”<sup>[20]</sup>另一种观点指出,《个人信息保护法》第69条第2款是“对《民法典》第1182条的细化规定”<sup>[21]</sup>,以此为基础继续推论,

[17] 值得一提,遍查我国现行法律、行政法规与司法解释,“精神损失”一词出现在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第175条第2款中,这意味着“精神损失”这种措辞亦被官方肯认。

[18] 杨合庆主编:《中华人民共和国个人信息保护法释义》,法律出版社2022年版,第13页。

[19] 前引[18],杨合庆主编书,第13页。

[20] 前引[12],杨立新文,第53页。

[21] 王利明、丁晓东:《论〈个人信息保护法〉的亮点、特色与适用》,载《法学家》2021年第6期,第9页。

《个人信息保护法》第69条第2款仅为“财产损失赔偿数额的计算规则，进而排除过错推定责任原则对精神损害赔偿责任的适用，转而诉诸《民法典》第1183条第1款适用过错责任原则具有合理性”<sup>〔22〕</sup>。与之不同，第三种观点则认为“《民法典》侵权责任编第二章‘损害赔偿’的条款属于民事侵权的一般性条款”，而《个人信息保护法》第69条“属于专门适用于个人信息权益侵害的特别条款，应该优先适用”<sup>〔23〕</sup>。如前所述，前两种观点的论证起点均是精神损害并未被包含在《个人信息保护法》第69条第1款的“损害”中，但上文已对此作出解释论修正，故不再赘言。至于《民法典》侵权责任编第二章关于损害赔偿的规范群和《个人信息保护法》第69条第1款之间，也并非严格的“一般—特别”关系。

我国学者围绕《民法典》与《个人信息保护法》的适用关系问题形成的各类学说，<sup>〔24〕</sup>虽然在实证法上有《民法典》第11条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》（以下简称《总则编解释》）第1条第2款作为支撑，但其预设的前提往往是《民法典》中的A规范与《个人信息保护法》中的B规范具有相互对应的规范内容。例如，《民法典》第1034条第2款与《个人信息保护法》第4条第1款同样界定了何为个人信息，唯二者的角度不同，故有观点认为“《个人信息保护法》对个人信息的界定是对《民法典》规定的发展和完善，二者实质是相同的，不存在矛盾冲突”<sup>〔25〕</sup>。然而，《民法典》第1183条第1款与《个人信息保护法》第69条第1款所包含的规范内容却并非完全对应。后者规定的过错推定、财产损失赔偿责任实已超出前者的规范范围，反倒与《民法典》第1165条第2款、第1182条第1分句分别对应。因此，不能认为《民法典》侵权责任编第二章“损害赔偿”的条款和《个人信息保护法》第69条第1款在整体上构成“一般—特别”关系，并赋后者以“优先适用”的效果。

从条文本身来看，《个人信息保护法》第69条第1款所规制的是个人信息处理者侵害个人信息权益的行为，而《民法典》第1183条第1款所规制的是民事主体侵害包括个人信息权益在内的自然人人身权益的行为。在精神损害赔偿的主体问题上，个人信息处理者无疑属于《民法典》所规定的民事主体的具体类型，因此依据《总则编解释》第1条第2款，《个人信息保护法》第69条第1款中关于精神损害赔偿主体部分的规范内容可被认定为是对《民法典》第1183条第1款的细化规定，故应被优先适用。换言之，当侵权人为个人信息处理者时，被侵权人应当依据《个人信息保护法》第69条第1款主张精神损害赔偿；当侵权人非为个人信息处理者时，被侵权人应当依据《民法典》第1183条第1款主张精神损害赔偿。因此，侵权人的身份系被侵权人选取请求权基础的关键所在。

〔22〕 杨显滨、王秉昌：《侵害个人信息权的民事责任——以〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的解释为中心》，载《江苏社会科学》2022年第2期，第79页。相似观点参见前引〔12〕，李昊文。

〔23〕 彭诚信、许素敏：《侵害个人信息权益精神损害赔偿的制度建构》，载《南京社会科学》2022年第3期，第90页。

〔24〕 这些学说大致包括“一般法与特别法关系”说（参见王利明：《论〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的适用关系》，载《湖湘法学评论》2021年第1期）、“二者均为基本法的并存关系”说（参见周汉华：《个人信息保护的法定定位》，载《法商研究》2020年第3期）、“民事基本法+领域法关系”说（参见何松威：《论领域法的私法研究范式——以〈个人信息保护法〉研究为例》，载《当代法学》2022年第4期）、“差别适用、优先适用、配合适用”关系说（参见常鹏翱：《〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的规范适用关系》，载《中国社会科学报》2022年7月6日，第4版）、“细化、转介、优先适用、分别适用”关系说〔参见程啸：《论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》，载《法律科学（西北政法学报）》2022年第3期〕。

〔25〕 前引〔24〕，程啸文，第22页。

### 三、侵害个人信息权益时精神损害后果的认定

在认可个人信息权益侵权精神损害赔偿的正当性及以侵权人身份区分请求权基础的适用后，裁判者需检视精神损害赔偿责任的成立要件。对此，关键在于“严重性”要件的认定。

#### （一）单纯讨论损害后果要件问题的原因及其焦点框定

在个人信息权益侵权精神损害赔偿的问题上，既往研究对行为人过错、侵害行为和因果关系几无争议。学界热议的私密信息受侵害时优先适用隐私权规则问题，固然会造成个人信息处理者侵害私密信息时适用过错原则、侵害非私密信息时适用过错推定原则的矛盾，<sup>〔26〕</sup>但因过错推定可大大减轻被侵权人的举证负担，故其在诉讼中当然不会刻意强调被侵害的个人信息为私密信息，进而无端增加证明义务。因此，归责原则冲突问题尽管在学理上具有研究价值，却未必会造成实务困境。余下便只剩损害后果要件认定问题。《民法典》第1183条第1款要求“严重精神损害”，而《个人信息保护法》第69条第1款却仅采“损害”一词，自此产生的问题是：在个人信息处理者侵权的情形，相应的损害后果是否需要满足《民法典》明定的“严重精神损害”的要求；倘若需要满足，应如何进行认定。

反对观点指出，“严重性”要件为精神损害赔偿责任的成立设置了较高的标准，不利于救济被侵权人。<sup>〔27〕</sup>在个人信息被侵害时，受害人难以证明其所遭受的精神损害属于《民法典》第1183条第1款中的“严重精神损害”，故应借鉴域外法放宽认定标准，将精神损害“严重”的要求从《个人信息保护法》中剔除。<sup>〔28〕</sup>即使不完全否定“严重性”要求，该要件也应隶属精神损害赔偿数额的酌定要素范畴，而非相应责任成立与否的条件。<sup>〔29〕</sup>而肯定观点则认为，该要件兼具传统侵权法“忽略轻微损害”规则（a de minimis-rule）和现代侵权法“水闸理论”（floodgate theory）的双重基础。<sup>〔30〕</sup>《个人信息保护法》第69条第1款中的损害后果要件仍需与《民法典》第1183条第1款中的“严重精神损害”保持一致，以此防止精神损害赔偿制度被滥用。<sup>〔31〕</sup>分歧的焦点在于：精神损害赔偿制度究竟是让被侵权人更容易得到救济为好，还是更应防止该制度被滥用进而妨碍“侵权人”的行动自由为妙。换言之，有关“严重精神损害”的所有论争，都集中在如何平衡权益保护与行为自由这两种价值取向的问题上。准此而论，当《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害”指向精神损害时，其与《民法典》第1183条第1款中的“严重精神损害”究竟应作同一解释抑或差别理解，取决于何种解读方法更能满足平衡不同价值的要求。

#### （二）“严重精神损害”的价值评价功能及其体系效应

因《个人信息保护法》第69条第1款中的损害后果要件系“损害”，除此之外别无附加条

• 505 •

〔26〕 参见刘承勋、刘磊：《论私密信息隐私权保护优先规则的困局与破解——以〈民法典〉第1034条第3款为中心》，载《广东社会科学》2022年第3期。

〔27〕 参见石佳友：《人格权立法的进步与局限——评〈民法典人格权编草案（三审稿）〉》，载《清华法学》2019年第5期。

〔28〕 参见前引〔23〕，彭诚信等文。

〔29〕 参见张新宝：《从司法解释到侵权责任法草案：精神损害赔偿制度的建立与完善》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2009年第2期。

〔30〕 参见谢鸿飞：《精神损害赔偿的三个关键词》，载《法商研究》2010年第6期。

〔31〕 参见朱晓峰、夏爽：《论个人信息侵权中的损害》，载《财经法学》2022年第4期。

件，所以当个人信息处理者侵权时，被侵权人只要证明其遭受了精神损害，即可主张精神损害赔偿，至于该种损害的程度如何，在所不问，此系差别理解该条中的“损害”和《民法典》第1183条第1款中的“严重精神损害”的应然结论。但无论赞成还是反对“严重”要件者，其共识系“轻微精神损害不赔”，也即“舍弃‘严重精神损害’标准并不意味着在任何个人信息权益侵权案件中个人信息主体均可以获得精神损害赔偿”<sup>〔32〕</sup>。是故，差别理解的做法不足采。而证成“损害”与“严重精神损害”应作同一解释的关键，系后者的评价功能及体系效应。

首先，“严重精神损害”是我国民法不确定概念中的价值开放概念，是立法者授权裁判者在个案中具体权衡权益保护与行动自由这两种价值的“通道”。精神损害这一概念本身能与财产损害作较为明确的区分，但其一旦同“严重”搭配使用，便会丧失原有的确定性，进而成为不确定概念。<sup>〔33〕</sup>法官在运用《民法典》第1183条第1款进行裁判时，其中一项重要工作就是释明何为“严重精神损害”，即将此不确定概念在具体纠纷中确定下来。这种“确定”工作可借助客观的因素和主观的评价两类工具开展。如《民法典》第311条关于善意取得行为构成要件的规定中，“价格合理”系为不确定概念，法官可凭借“转让标的物的性质、数量”“付款方式”<sup>〔34〕</sup>等诸多客观判断因素使“价格合理”的具体内涵在个案中确定化，无需额外的价值评判。但我国现行法并未树立判断“严重精神损害”的客观因素，学理中的权益位阶和容忍限度标准虽各有侧重，<sup>〔35〕</sup>但二者的共识系将“严重精神损害”解读为“根据社会一般观念、立法者的规范目的而进行一系列价值衡量的结果”<sup>〔36〕</sup>。因此，“严重精神损害”不仅是不确定概念，而且为价值开放概念，其设立意义在于：某行为是否使自然人遭受了“严重精神损害”，端赖裁判者在保护该自然人的权益和个人信息处理者的行为自由这两种价值中进行取舍。

其次，作为价值开放概念的“严重精神损害”是《民法典》第1183条第1款得以成为精神损害赔偿领域一般条款的关键。与同样作为立法技术的列举式规定相比，一般条款未规定具体的构成要件，而是意在透过价值开放概念整合同类事实，使其达成统一法效果。<sup>〔37〕</sup>立法者之所以设置一般条款，目的在于使法官借助该类条款中的价值开放概念来“应对社会价值的快速变迁所引发的新型法律关系”<sup>〔38〕</sup>，以此保证法的安定性与开放性的平衡，故一般条款具备兜底功能。《民法典》第1183条第1款恰是拥有此种品格的规范。如对因违约行为而产生的精神损害如何进行私法救济，理论与实务长期存在不同观点。为解决此问题，《民法典》第996条设置了“损害对方人格权并造成严重精神损害”这一已为第1183条第1款所明定的构成要件，至于相应精神损害赔偿责任是否成立，法官需要依据后者而非违约责任的相关规定作出判断。<sup>〔39〕</sup>是故在解释

〔32〕 前引〔23〕，彭诚信等文，第91页。

〔33〕 参见朱震：《论侵害人格权精神损害赔偿中的“严重”》，载《法制与社会发展》2022年第2期。

〔34〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》第18条。

〔35〕 关于权益位阶标准，参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第233页；关于容忍限度标准，参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社2020年版，第79页。

〔36〕 前引〔31〕，朱晓峰等文，第62页。

〔37〕 参见马新彦、李东宇：《合同违反政策时效力判定的裁判路径》，载《清华法学》2023年第2期。

〔38〕 刘亚东：《〈民法典〉概括条款的识别标准与类型构造》，载《财经法学》2023年第1期，第79页。

〔39〕 详细论证，参见曹险峰、程奕翔：《因违约而生之精神损害的救济路径——以〈民法典〉第996条的功能分析为中心》，载《北方法学》2022年第3期。

论上,应当认为第996条的精神损害赔偿规定是第1183条第1款的下位规定,后者对前者具有法体系上的兜底作用。这种立法立场正表明了第1183条第1款是精神损害赔偿领域的一般条款。

最后,《个人信息保护法》第69条第1款应延续“严重精神损害”,此系该价值开放概念与一般条款的体系效应所致。该条款的精神损害赔偿规定对《民法典》第1183条第1款所作具体化,系将侵权人限定为个人信息处理者。唯有争议者,系当《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害”为精神损害时,其是否仍应满足《民法典》第1183条第1款的“严重”之要求。回答此问题的关键,在于正视一般条款的体系地位与价值开放概念的评价功能。一方面,《民法典》第1183条第1款作为一般条款的体系地位决定了任何对其作出具体化的规范均需贯彻该条款的原旨,在无强有力的正当理由将“严重精神损害”剔除在《个人信息保护法》第69条第1款之外时,不应设置例外规定。另一方面,之所以设置“严重”要求,恰是立法者出于调和不同价值取向的目的而授权裁判者在具体纠纷中进行个案裁量,进而使精神损害赔偿规则具备应对世事差异的灵活性。如若《个人信息保护法》第69条第1款不要求精神损害的“严重”,则意味着被侵权人对于如个人信息处理者拨打一通骚扰电话等极轻微的侵害行为仍能主张精神损害赔偿,此时无疑是过度放大了权益保护的价值取向,造成被侵权人对精神损害赔偿的滥用,也便不符合“轻微精神损害不赔”的共识。

### (三)“严重精神损害”在个人信息权益侵权中的认定

将“损害”与“严重精神损害”作同一解释的做法能够满足“轻微精神损害不赔”的共识,但实践中被侵权人难以证明损害后果严重程度的问题,尚待解决。而这关键在于妥当构建“严重精神损害”在个人信息侵权中的具体认定方法,而非舍弃该要件。这种认定方法既需列举例示性的考量因素,以此应对目前常见的实务纠纷,也需明确总体的衡量标准,以免在将来出现新型案件时无所适从。

#### 1.“严重精神损害”的衡量标准

反对《个人信息保护法》第69条第1款沿用“严重精神损害”者往往以被侵权人举证不能的现实情况作为理据,但这更多是因既往裁判对“严重精神损害”的理解不足所致。倘若固执地以物质性人格权遭受侵害时的被侵权人之伤、病、残、死等作为个人信息权益受侵害情形中“严重精神损害”的界定标准,被侵权人自然难以举证,其在实践中极难获得精神损害赔偿的成因也在于此。在侵害个人信息权益时精神损害赔偿的场合,既往研究所提出的容忍限度标准可资利用,也即以一般第三人(或社会公众)的视角去衡量个案中的行动自由和权益保护这两项价值何者应居于优位,这正与“严重精神损害”这一价值开放概念的存在意义和评价功能相契合。并且,容忍限度标准可以妥善应对“轻微精神损害不赔”的情形。在“王强诉中宸文普科技(北京)有限公司侵权责任纠纷案”中,原告因收到被告未经其同意而发送的营销短信,遂向法院诉讼请求要求被告赔偿其精神损害。法院判决运用了容忍限度标准来说明为何“轻微精神损害不赔”,其认为侵权人“发送诉争短信的次数仅一条,且在短信内容上亦无违反法律或公序良俗之嫌,此种行为虽对王强的生活安宁、个人信息受保护的权益造成一定影响,影响方式及频率亦属低微尚不足以使民事主体产生精神上的痛苦,亦不可能产生……精神损害赔偿责任的事实基础。再次,类似具有轻微瑕疵的行为广泛存在于社会生活之中,尤其商业活动中更为多见,如均要求相关行为人承担民事侵权法律责任,不仅缺乏现实意义,亦将使民事主体限于动辄违法的境地,属不当

加重民事主体的义务，实有不妥”〔40〕。而在个别案件当中，法官一方面认为精神损害后果十分轻微，另一方面却又支持精神损害赔偿，〔41〕如此自相矛盾的做法，恰恰是因为没有重视容忍限度标准的作用，进而误将所有程度的精神损害都置于精神损害赔偿制度的救济范围内。

## 2. “严重精神损害”的考量因素

伤、病、残、死等可由现代医学技术鉴别轻重程度的损害后果多出现在物质性人格权受侵害的场合，按照权益位阶标准理论，其可直接作为认定“严重精神损害”的依据。而受辱、焦虑、恐惧等与精神性人格权受侵害相关联的损害后果极富主观性，在判定其是否构成“严重精神损害”时，法官只得以社会一般公众的容忍限度为准进行考量。此间差别意味着“严重精神损害”的认定，须因被侵害的人身权益之类型而有所区分，故在认定个人信息权益受侵害时的“严重精神损害”时，法官虽可考虑权益位阶的高低，但却无需拘泥于既往运用在物质性人格权和精神性人格权受损情形中的具体考量因素。有学者建议以《精神损害赔偿解释》第5条的前三项要件作为认定“严重精神损害”的具体考量要素，〔42〕这种观点值得商榷。一方面，侵权人的过错程度隶属该类侵权责任构成要件中的主观要件，无论故意还是过失，只要侵权人具有主观过错即可满足该要件的要求，其与损害后果要件无关；另一方面，按照容忍限度标准，侵权行为所造成的后果无非是超过或未超过容忍限度，其本质上与前述提及的衡量标准并无二致。

侵权行为的具体情节可以作为考量要素，但需作进一步细化处理：第一，被侵害个人信息的类型、数量等。一方面，在被侵害个人信息为同一类型的前提下，较之仅侵害了某一自然人的一条个人信息的行为，同时侵害了多条个人信息的行为自然更容易突破社会一般公众的容忍限度。另一方面，因为敏感个人信息一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害，所以对于侵害敏感个人信息的行为而言，社会一般公众的容忍限度较低；反之，对于侵害非敏感个人信息的行为，社会一般公众的容忍限度较高。〔43〕第二，损害后果的“辐射范围”，即损害后果是让不特定公众、特定的多数人还是特定的少数人所知悉，这是当前司法实践较多考虑的因素。在“黄某诉腾讯科技（深圳）有限公司等隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案”中，法院认为，案涉行为侵害个人信息权益的具体损害后果仅发生在原告与其微信好友间，仅造成原告的“精神负担”而未导致“严重精神损害”。〔44〕在“深圳市某科技有限公司与刘某侵权责任纠纷案”中，二审法院认为：“刘某本身并非公众人物，上述事件虽非上诉人第一时间报道，但由于上诉人对转载文章未进行合理审查，致使涉案网页及文章在互联网公开发布、公然传播，在该事件发酵过程中起到推波助澜的作用，是导致刘某成为社会焦点人物、社会评价降低的重要因素之一，于公民个体而言属于法律意义上的‘造成严重后果’。”〔45〕第三，损害后果的持续时间。持续时间长者更易受到社会公众的否定评价，进而将构成

〔40〕 北京市第二中级人民法院（2022）京02民终2009号民事判决书。

〔41〕 参见河南省鹤壁市淇滨区人民法院（2022）豫0611民初426号民事判决书。该案虽非侵害个人信息权益的案件，但从中可以窥见法院在认定精神损害时的“辗转反侧”。

〔42〕 参见前引〔12〕，李昊文。

〔43〕 侵害敏感信息的案例，参见贵州省贵阳市中级人民法院（2021）黔01民终5963号民事判决书。

〔44〕 参见北京互联网法院（2019）京0491民初16142号民事判决书。

〔45〕 辽宁省沈阳市中级人民法院（2018）辽01民终5411号民事判决书。

“严重精神损害”。

#### 四、侵害个人信息权益时精神损害赔偿数额的计算

在个人信息侵权精神损害赔偿责任被认定为成立的情况下，倘若法官无法确定相应赔偿的具体数额，则该责任的落实终将是一纸空谈，因此，赔偿数额的计算规则系个人信息侵权精神损害赔偿问题领域的又一重点。但现有计算规则存在颇多问题，有待改进。

##### （一）现有的三种赔偿数额计算规则及其问题

因《个人信息保护法》第69条第2款在行文上与《民法典》第1182条关于财产损害赔偿数额计算规则的规定几近一致，故有学者称其“仅对侵害人身权益造成的财产损失进行了规定”<sup>〔46〕</sup>。但如前所述，无论是《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害”还是第2款中的“损失”均应覆盖精神损害，所以“无论是财产损失还是精神损失，都可以按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定，如果……难以确定的，根据实际情况确定……”<sup>〔47〕</sup>因此，当侵权人系个人信息处理者时，相应赔偿数额的计算规则有三：一是按照被侵权人因侵权行为而受到的损失确定（以下简称“实际损害赔偿规则”）；二是按照个人信息处理者因侵权行为获得的利益确定（以下简称“侵权人获利赔偿规则”）；三是难以依据上述规则确定数额时，根据实际情况确定（以下简称“法院酌定数额规则”）。而在侵权人非为个人信息处理者的场合，因《民法典》第1183条第1款本身并未规定精神损害赔偿数额的计算规则，所以《精神损害赔偿解释》第5条设置了六项具体考量因素，故相应的数额计算规则亦为法院酌定数额规则。但这三种计算规则各有其问题。

• 509 •

##### 1. 实际损害赔偿规则与侵权人获利赔偿规则缺乏可适用性

一方面，由于精神损害具有天然的无形性，故被侵权人基本上无法证明其精神利益在遭受损害前后的差异性或者变化，也就无从谈起依据实际损害赔偿规则去认定具体数额。另一方面，尽管个人信息处理者因自身侵权行为所获利益可在客观层面有所体现，但这“涉及个人信息处理者的商业秘密，而且个人信息给个人信息处理者带来的经济利益也缺乏合理的计算标准”<sup>〔48〕</sup>，故被侵权人往往无法提供相应证据支持，<sup>〔49〕</sup>更不必说依据侵权人获利赔偿规则认定具体数额。因这些现实因素所限，三种计算规则中唯余法院酌定数额规则可资考虑。

##### 2. 法院酌定数额规则的缺陷

法院酌定数额规则系法官自由裁量权的具体体现，但自由裁量既有灵活应对复杂现实的利好，也兼具法官恣意的风险。因此，如何合理地行使自由裁量权是司法的永恒议题。法院酌定数额规则自身的问题之一，在于没有明确精神损害赔偿数额的上限与下限，由此导致该种自由裁量

〔46〕 前引〔12〕，李昊文，第259页。

〔47〕 前引〔13〕，程啸文，第69页。

〔48〕 前引〔23〕，彭诚信等文，第92页。

〔49〕 参见北京互联网法院（2019）京0491民初10989号民事判决书；北京互联网法院（2019）京0491民初6694号民事判决书。

缺乏约束。而该规则的另一问题，在于最高人民法院设置的确定精神损害赔偿数额的具体考量因素不尽合理。<sup>[50]</sup> 第一，“侵权行为所造成的后果”和“侵权人的获利情况”在实践中难以判断。一方面，何谓“侵权行为所造成的后果”，指代不明：若其指向的是被侵权人因侵权行为而遭受的损失，则其便是实际损害赔偿规则的代名词，被侵权人根本无从举证证明；若其指向的是《民法典》和《个人信息保护法》均应坚持的“严重精神损害”要件，则对其判断无疑要考量上文所提出的衡量标准与具体因素，此时便是在重复《精神损害赔偿解释》第5条第2项的规定。另一方面，“侵权人的获利情况”与侵权人获利赔偿规则的实质相同，而如上所述，被侵权人无法提供相应证据证明。第二，“受理诉讼法院所在地的平均生活水平”因素应被舍弃。财产损害赔偿的目的在于填补被侵权人的财产损失，故法官在依据《民法典》第1182条中的实际损害赔偿规则和侵权人获利赔偿规则无法确定具体的赔偿数额时，自然需要考虑受理诉讼法院所在地的平均生活水平，以此避免数额过低使得救济不足、数额过高使得被侵权人获利的局面出现。而精神损害无法被量化，只能让被侵权人通过社会的一般等价物来获得安慰，舒缓其精神痛苦。有学者称，设置此项考量因素“主要是因为精神损害赔偿的补偿和慰抚功能的实现依赖于被侵权人对金钱的态度，而这种态度又与当地平均生活水平有关”<sup>[51]</sup>。以被侵权人的视角观之，其所获得的精神损害赔偿金自然越多越好，平均生活水平并不会决定其主张的数额，毕竟在精神利益无从“恢复原状”的现实下，除获得尽可能多的金钱补偿外又能如何，故被侵权人的态度与平均生活水平并无直接关联。

## （二）改进法院酌定数额规则的具体方法之构想

依前所述，无论侵权人的身份是否为个人信息处理者，相应的计算规则都要落在法院酌定数额规则上，但这一计算规则存在“缺乏上下限约束”与“考量因素不合理”的问题。对此，不妨从以下两方面入手来对其作出改进。

### 1. 补充法定个案限额标准与赔偿总数限额标准

就赔偿数额上下限的问题，2019年12月内部征求意见的《中华人民共和国个人信息保护法（草案）》也曾经规定，个人的损失或者个人信息处理者获得的利益难以确定的，按照每人每事件500元至1000元确定，<sup>[52]</sup>但此条未见于《个人信息保护法》的正式文本。有学者称：“考虑到侵害个人信息案件往往涉及人数众多，如果作此规定，可能给个人信息处理者带来极大的赔偿责任。例如，泄露100万人的个人信息，即便按照500元每人，也意味着要赔偿5亿元。故此，立法机关没有采取这一观点。”<sup>[53]</sup>因此项规定而产生侵权人会赔到“倾家荡产”的担忧不无道理，但该观点对设置法定限额标准的意义及其具体做法欠缺足够重视。

一方面，在上述学者假设的案例中，5亿元的赔偿总额之所以骇人听闻，系因其足以使侵权人丧失继续从事市场活动的的能力，但这一假设并不足以推翻设置法定限额标准的必要性。因为假设案例将情景限定为个人信息被泄露的场合，但这一行为本身就牵连极广，受害者群体规模自然

[50] 《精神损害赔偿解释》第5条规定：“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：（一）侵权人的过错程度，但是法律另有规定的除外；（二）侵权行为的目的、方式、场合等具体情节；（三）侵权行为所造成的后果；（四）侵权人的获利情况；（五）侵权人承担责任的经济能力；（六）受理诉讼法院所在地的平均生活水平。”

[51] 张新宝：《侵权责任法》（第4版），中国人民大学出版社2016年版，第121页。

[52] 参见前引[12]，刘云文。

[53] 前引[13]，程啸文，第69页。

庞大。如果将情景限定为个人信息处理者未经同意拨打骚扰电话的场合,受害者的人数便不若前述场合,由此便不会引发天价赔偿。精神损害赔偿固然有惩戒侵权人的作用,但民事裁判的本来功能是调和不同私主体的权益。保护被侵权人的精神利益当然重要,但这并不意味着要彻底将侵权人从市场中“抹杀”。在权益保护和行动自由的价值取舍中,设置每人每事件的个案赔偿限额标准系抑制法官自由裁量恣意的有益推手,否则域外立法又何需无端作出限额规定。<sup>[54]</sup>

另一方面,法定个案限额标准并非限制法官自由裁量的唯一方法,因为这种限制并不仅限于划出每人每事件的赔偿数额范围,其也可以框定赔偿总额的上限。确立赔偿总额的上限能够有效防止前述学者的担忧,一旦赔偿总额的上限被确定,5亿元的天价赔偿自然不会出现。事实上,在人身权益遭受侵害而导致财产损失的情形中,最高人民法院即采取了设置赔偿总额上限的做法,《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条第2款规定:“被侵权人因人身权益受侵害造成的财产损失以及侵权人因此获得的利益难以确定的,人民法院可以根据具体案情在50万元以下的范围内确定赔偿数额。”而《精神损害赔偿解释》第5条第5项“侵权人承担责任的经济能力”的考量要素,恰恰证明对于精神损害赔偿数额的问题,法院需要避免侵权人“倾家荡产”的局面出现;从另一个角度来说,设立赔偿总额上限的观念已潜藏在裁判者心中。因此,未来最高人民法院在出台《个人信息保护法》的司法解释时,完全可以参照既有司法解释的做法,并在充分调研论证的基础上,为个人信息侵权精神损害赔偿数额的总量划定上限。

此外,每人每事件的个案限额和赔偿总额上限这两种法定限额标准并不冲突,二者更应协力发挥作用,以此排除受害者数量多寡对于确定个人信息权益侵权精神损害赔偿数额的影响。一旦此二项标准被确立,实务中便不会再出现1元精神损害抚慰金,“严重精神损害”之“严重”方能在赔偿数额上得以体现。<sup>[55]</sup>

## 2. 重新划定法院酌定数额规则的具体考量因素

承接上文分析,在舍弃“侵权行为所造成的后果”“侵权人的获利情况”和“受理诉讼法院所在地的平均生活水平”这三项考量因素后,《精神损害赔偿解释》第5条便只剩下“侵权人的过错程度”“侵权行为的目的、方式、场合等具体情节”和“侵权人承担责任的经济能力”可以继续适用。有学者表示,法院酌定数额规则的具体考量因素应当包括“个人信息处理的目的、处理行为的类型、被侵害的个人信息种类、被侵害的个人信息权益的类型、程度等”<sup>[56]</sup>。另有学者指出,具体的考量要素有四类,即个人信息的种类及其敏感度、个人信息处理违法行为的种类及其严重性、损害后果的可补救性及其风险等级、个人信息处理者的主观过错及其对损害的可预见性。<sup>[57]</sup>结合

[54] 如《加州消费者隐私法》(CCPA)第1798.150条设定了“为每个消费者每次事件赔偿不少于100美元且不超过750美元的损害赔偿金或实际损害赔偿金,以数额较大者为准”的标准;我国台湾地区“个人资料保护法”第28条第3项设定了“每人每一事件新台币五百元以上二万元以下”的标准。

[55] 有学者认为应将惩罚性赔偿引入侵害个人信息权益的情形,这类主张虽具有合理性,但却立足于立法论。因惩罚性赔偿的适用须以法律明文规定为前提(《民法典》第179条第2款),在个人信息保护领域尚未确立惩罚性赔偿规则的现状下,本文暂不讨论。倘若未来立法或者修法果真增添了这一规则,那么探讨其与精神损害赔偿规则在个人信息保护领域的衔接问题便殊具意义。引入惩罚性赔偿的观点,参见赵贝贝:《个人信息私法救济中的“损害赔偿”困境与应对路径》,载《财经法学》2022年第5期。

[56] 前引[13],程啸文,第69页。

[57] 参见前引[12],刘云文。

《精神损害赔偿解释》第5条和学者的观点，笔者认为，应从如下四方面来具体地确定赔偿数额。

第一，侵权人的身份。虽然法院酌定数额规则可同时适用于侵害个人信息时精神损害赔偿的两种情形，但对个人信息处理者侵权和非个人信息处理者侵权应作不同处理。与非个人信息处理者、个人信息主体等相比，个人信息处理者的“信息能力”在事实上更为强大，故其对于损害后果的发生应具有更高程度的可预见性与防范能力，因此个人信息处理者应较非个人信息处理者赔偿更多金额。

第二，侵权行为的具体情节，包括该行为的目的、方式、场合，以及被侵害的个人信息之类型、数量等。例如，敏感个人信息直接关系到自然人人格尊严和其人身、财产安全等重大权益，而非敏感个人信息与这些权益的关联程度则较低。故在侵害敏感信息时，侵权人应当赔偿更多金额，以此彰显法律对于敏感个人信息的特别保护。

第三，损害后果的“辐射范围”与持续时间。例如，因侵权行为使得个人信息被不特定的多数人所知悉的情形，应比只为特定的多数人知悉的情形赔偿更多金额。又如，侵权行为所造成的损害后果持续时间更长者，应对被侵权人赔偿更多金额。

第四，侵权人的主观状态。虽然侵害个人信息权益的精神损害赔偿责任之成立并不区分侵权人在主观上系属故意或者过失，但主观状态的不同可以影响侵权人赔偿数额的多少，故意侵权者应较过失侵权者赔偿更多金额。例如，以未取得个人同意而收集个人信息等作为方式侵权的情形，应比以未尽到安保义务而导致个人信息泄露、被他人窃取等不作为方式侵权的情形赔偿更多金额。

• 512 •

此外，当前实践在认定精神损害赔偿的数额时往往仅以简短的几句话笼统地概括计算过程。如在“贾友宝诉青岛远海教育服务有限公司等个人信息保护纠纷案”中，法院结合被告青岛远海教育服务有限公司拨打原告电话的次数、行为方式、后果、影响范围、过错程度等因素，酌定被告赔偿原告贾友宝精神损害抚慰金3000元。<sup>〔58〕</sup>但这些具体的考量因素究竟如何影响了最终的赔偿数额计算犹未可知，这无疑会削弱裁判文书释法说理的功能。为此，笔者认为，在确立法定赔偿限额标准和法院酌定数额规则的具体考量因素的基础上，法官不妨在裁判文书中按照如下步骤来明晰个案中的赔偿数额。第一步是比较由个案限额最高标准计算得出的赔偿总额与法定的赔偿总额上限：若前者低于后者，则无须考虑法定赔偿总额的上限；若前者高于后者，则将后者除以被侵权人的人数来得出新的个案限额上限。第二步是按照上述的四项考量因素，从前一步骤所确立的上限数额开始酌减。第三步是考虑侵权人承担责任的\*\*经济能力，如果侵权人确实无法承担经由前述两步骤确立的具体数额，则应结合其担责的经济能力再行酌减。之所以将其放置在最后一步来进行考虑，是为了避免“谁弱谁有理”“经济能力越高，赔偿越多”局面的出现。

## 五、结 语

“科学技术的进步、信息时代的到来、虚拟经济的发展不断冲击着现有的法律规范体系，推动产生了对新法律规范的需求，也造成了不断求新的科技与相对静止的法律规范体系之间的张力

〔58〕 参见山东省青岛市平度市人民法院（2022）鲁0283民初1447号民事判决书。

与冲突。”<sup>〔59〕</sup>以精神损害赔偿为代表的个人信息领域中的任何争论，在根源上都是保护与利用个人信息两种价值取向的角力所致，对一方的强化必然意味着对另一方的减等。《个人信息保护法》第69条第1款对此所做的努力，是从举证责任倒置的角度，强化对处于实际弱势一方信息主体的保护，尽量使得实际地位不一致的双方当事人之间达成利益的平衡。但绝不能因此认为《个人信息保护法》的出台彻底结束了这种价值取舍的两难困境，恰恰相反，其实践适用正在不断地促使立法者未曾预料的新问题浮出水面。身处个人信息保护制度剧变与革新的时代，法律人不可能抓对所有新问题予以立法配置。我们能够并且应当做的工作，是以平衡保护个人信息与利用个人信息这两种价值的不变理念去解释与适用实证法，以此应对永远变动的社会现实，从而激荡出个人信息保护相关法律规范的恒久活力。

---

**Abstract:** The person whose personal information interests have been infringed has the right to claim moral damage compensation. Both Article 1183 (1) of the Civil Code and Article 69 (1) of the Personal Information Protection Law can be used as the basis of the claim, and the most significant difference between the two articles is whether the infringer is a personal information processor. The serious moral damage is an open-valued concept, which determines that Article 1183 (1) of the Civil Code is a general clause in the field of moral damage compensation. Since the Article 69 (1) of the Personal Information Protection Law is the concrete implementation of Article 1183 (1) of the Civil Code, serious moral damage should be also applied in Article 69 (1). When interpret serious moral damage, the tolerance limit of the public shall be considered as the standard, and the type and quantity of personal information, the radiation range and duration of the damage, etc. should also be taken into account. The existing criteria of actual moral damages and infringer's profits for calculating the compensation are not applicable. Although the court's discretionary criterion is applicable, there are drawbacks of lack of limitation and unreasonable considerations. Therefore, the statutory compensation limit standard and the total upper limit standard should be supplemented, and the status and subjective states of the infringer, the circumstances of the infringement, and the radiation range and duration of the damage should be taken into consideration in determining the amount of compensation.

**Key Words:** personal information interests, serious moral damage, limit of compensation

---

• 513 •

(责任编辑:徐建刚 赵建蕊)

---

〔59〕 李东宇:《数据时代的新型权利——论被遗忘权的中国化路径》，载冷传莉主编：《人工智能与大数据法律问题研究》，知识产权出版社2022年版，第147页。

## 人格权禁令独立性的保全路径 ——以起诉期间制度为核心

刘子赫\*

**内容提要：**人格权禁令适用保全程序的主要障碍，是禁令独立性和保全辅助性之间的性质冲突，这尤其体现在诉前保全的起诉期间制度。但是，既有对人格权禁令与保全间差异的分析同样存在缺陷，禁令的独立性并非必然指向终局性裁判，也可以是减轻申请人起诉义务的制度安排。自我国诉前行为保全的立法制度史和相关比较法经验来看，起诉期间的制度设计存在更具当事人主义色彩的其他可能模式，故人格权禁令并非必须通过新设禁令制度解决。

**关键词：**人格权禁令 诉前保全 起诉期间 海事请求保全 当事人主义

### 一、问题的提出

自《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）颁行以来，第 997 条人格权禁令的程序定位颇受争议。从规范文本上看，“不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害”的表述与《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第 104 条诉前保全的要件高度近似。<sup>〔1〕</sup>但学者多认为，适用保全程序将导致禁令申请存在诸多障碍，保全无法独立于诉讼程序进行就是突出问题。

相比诉中保全，诉前保全的申请、审理、裁判虽然可以相对独立于诉讼程序进行，但申请人仍然负担提起诉讼或申请仲裁的义务，未在法定起诉期间内提起的，法院将依职权解除保全。为

\* 刘子赫，中国政法大学民商经济法学院助理研究员。

本文为国家社会科学基金重大项目“民法典与民事诉讼法的协同实施研究”（22&ZD206）的阶段性成果。

〔1〕 不仅如此，《民法典》第 997 条与已经由司法解释转化为知识产权行为保全的“诉前停止侵权”制度在《中华人民共和国著作权法》（2020 年修正）、《中华人民共和国专利法》（2020 年修正）、《中华人民共和国商标法》（2019 年修正）中的表述也高度相近。参见严仁群：《人格权禁令之程序法路径》，载《法学评论》2021 年第 6 期。

行文方便,本文将该制度称为“起诉期间”。保全程序的非独立性源于其辅助性,<sup>〔2〕</sup>起诉期间使相对独立的诉前保全仍然附从于审判程序。保全辅助性与学者普遍认同的人格权禁令独立性间存在显著冲突,使既往在实践中本能用于及时保障人格权的临时救济措施反陷僵局。<sup>〔3〕</sup>

为何实体法与诉讼法学者普遍看重人格权禁令的独立性特征?沿袭自海事强制令以及人身安全保护令的独立式程序是否能够支持建立新的“禁令”制度?“阻碍”诉前保全独立性提升的起诉期间是否存在改善可能?相比新设制度,使用已有保全规则本应是人格权禁令较为理想的程序选择。面对禁令独立性目标与保全辅助性定位的冲突,有必要审思独立化禁令的正当性,同时反思作为保全辅助性关键制度的起诉期间的其他可能实现方式。

## 二、人格权禁令的独立性考辨

自人格权禁令制度建立以来,围绕其是否属于行为保全的争论一直存在。立法者和最高人民法院的权威释义书中虽然均提及可参照保全程序,但又都没有明确禁令的程序性质,非独立的保全程序与可独立于诉讼申请的人身安全保护令被并列作为具体适用的规范。<sup>〔4〕</sup>循此逻辑,禁令在不同诉讼阶段(诉前、诉中)与不同领域(如家庭暴力)都将适用不同规则,甚至有反复开启不同条文授权程序之虞。<sup>〔5〕</sup>尽管如此,人格权禁令的独立性在当前仍是学者广泛强调的制度优势,对于该特征的分析,可以从人格权禁令与保全之间性质冲突的化解和“前《民法典》时代”下独立禁令的反思两个方面展开。

### (一) 人格权禁令与保全之间性质冲突的化解

最高人民法院释义书虽然将禁令视为临时性救济措施,<sup>〔6〕</sup>但在理论争论中不乏实体法和诉讼法学者认为,禁令不宜适用保全程序。无论具体主张禁令应当适用非讼程序抑或准诉讼程序(如略式程序、简易程序等),反对禁令适用保全程序的理由基本围绕禁令和保全程序的性质冲突展开。这些观点指明了当前保全制度的一些缺陷,但部分理由也存在逻辑问题。

首先,反对说认为二者归属于不同部门法体系,但条文来源并不决定规范性质。保全是诉讼法规定的诉讼制度,申请保全是诉讼行为,而禁令则基于实体法上的人格权请求权,是绝对权的

• 515 •

〔2〕 参见李仕春:《民事保全程序基本问题研究》,载《中外法学》2005年第1期。

〔3〕 《民法典》颁行之前,业已存在依托保全制度实现人格权预防性保护的实践。除最为著名的“杨绛书信案”外,行为保全还被用于删除网络不实负面文章[参见江苏省南京市玄武区人民法院(2020)苏0102民初3916号民事裁定书]、禁止提存亲属骨灰[参见上海市徐汇区人民法院(2018)沪0104民初29719号民事裁定书]、禁止直播发表不实言论[参见山东省济南市历下区人民法院(2019)鲁0102民初3505号民事判决书(提及保全裁定)]、停止在公共区域负面宣传[参见宁夏回族自治区中卫市沙坡头区人民法院(2020)宁0502民初272号民事判决书(提及保全裁定)]等。

〔4〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编解读》,中国法制出版社2020年版,第43-44页。

〔5〕 如有学者认为应通过解释明确在诉中不得申请禁令,法院驳回保护令后,也不得再申请禁令(参见徐伟:《〈民法典〉人格权侵害禁令的法律适用》,载《法制与社会发展》2021年第6期);有学者认为在保护令、人格权禁令、行为保全中只能择一申请(参见王超:《〈民法典〉中人格权禁令的程序法定位》,载《内蒙古社会科学》2022年第6期)。

〔6〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第90页。

一种保护方式。<sup>〔7〕</sup>立法者将人格权禁令设于《民法典》人格权编而非《民事诉讼法》即是二者性质差异的例证。然而，该观点看似界分清晰，但从本质上缺少对诉讼法诉权权源（亦包括申请保全等诉讼权利）同实体法请求权关系的正确理解。一方面，诉讼法上的诉权与实体法上请求权概念不能一一对应。除实体法上请求权外，绝对权、形成权、形成诉权都可以对应和成立相应的诉权，部分诉讼请求内容也不存在直接对应的实体权利（如消极确认之诉），故诉讼法上请求权并不完全对应实体法上请求权。<sup>〔8〕</sup>另一方面，合法合理的诉要求原告的主张应当具有符合实体法规定的利益，即虽然诉讼请求并不完全与实体权利吻合，但主张的理由和可得的救济不应违背实体法规定。这意味着，不仅原告提起的给付之诉通常需要基于实体法上的请求权，申请人申请的保全程序也对应需要保全的实体利益，在保全程序中同样存在实体权利的判断。<sup>〔9〕</sup>因此，保全和诉讼是诉讼法规定的满足不同需求的不同程序，都需要实体法指引法官作出应否给予救济的具体判断。无论人格权禁令是否属于实体法上新创设的人格权请求权，<sup>〔10〕</sup>都不影响当事人根据实际需求启动诉讼法规定的各种既有程序，没有无关实体的程序，也没有脱离程序的实体。

其次，反对说认为二者制度目的不同，但保全裁定也可实现保护效果。保全制度旨在保全裁判结果的实现，是一项程序性措施，而禁令可以直接提供以维持权利现状为目标的救济。<sup>〔11〕</sup>不可否认，人格权禁令从规范上看没有保全的意向，<sup>〔12〕</sup>但是，如果认定禁令不是保全，在保全制度之外可能难以合理地构建出一个独立、迅速、终局且程序保障充足的程序路径。通过极简程序获得终局性救济的期待本身违反了诉讼规律，背离了程序保障。<sup>〔13〕</sup>反之，虽然保全制度定位为辅助程序，但这并不阻碍其具有与禁令之间相当的适用效果，即保全裁定作出后可以作为执行依据，迅速地实现预防或阻断侵害的救济效果。更为重要的是，作为临时救济的保全程序，正是为了有效避免诉讼程序的裁判时间过长的弊病而设定的，故其具有一系列有助于加快裁判的制度安排，包括证明标准、保全担保等诸多方面。当前诉前保全制度与禁令之间真正的差异，并非在于保全裁定作出后的保护效果，而是保全持续时效上起诉期间的限制。

最后，反对说认为二者与诉讼程序的关系不同，但比较法经验不支持独立且简易的设计。正是基于第二点保全目的的考虑，保全程序无法完全独立于诉讼程序存在，诉前保全的申请人存在提起诉讼或申请仲裁以获得终局性裁判的义务；而人格权禁令申请无须伴随诉讼程序，学者普遍

〔7〕 参见程啸：《论我国民法典中的人格权禁令制度》，载《比较法研究》2021年第3期。吴英姿教授认为，禁令兼具实体法和程序法效力，而保全主要是程序性的。参见吴英姿：《民事禁令程序构建原理》，载《中国法学》2022年第2期。

〔8〕 参见〔德〕康拉德·赫尔维格：《诉权与诉的可能性》，任重译，法律出版社2018年版，第38-40页。甚至从根本上说，提起诉讼不需要依赖任何实体权利的存在，因为恰恰需要在诉讼程序中确定是否存在特定的实体权利。

〔9〕 参见郭小冬：《诉讼保全的实体法视角及其展开》，载《北方法学》2021年第1期。

〔10〕 实体法学者认为人格权禁令并未在构成要件和法律效果（责任形式）上有别于既有的人格权请求权（《民法典》第995条），故并非新创设的实体法请求权基础。参见前引〔7〕，程啸文。

〔11〕 参见前引〔7〕，程啸文；前引〔7〕，吴英姿文；谢绍静、陶相辉：《人格权禁令的独立性证成及程序构建》，载《河南财经政法大学学报》2022年第6期。

〔12〕 参见张卫平：《民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接》，载《中外法学》2020年第4期。也有学者认为，人格权禁令更接近大陆法系假执行（参见傅向宇：《人格权紧急救济之诉的程序机制与阶梯式证明》，载《国家检察官学院学报》2022年第6期），但假执行是判决作出但因上诉而未生效时的执行方式，判决作出前的临时救济仍属保全。

〔13〕 参见前引〔1〕，严仁群文。反对观点则认为可以通过扩张非讼程序实现简易化。参见张海燕、苏捷：《论人格权禁令程序的路径选择》，载《甘肃社会科学》2022年第6期。

认为禁令不应给申请人附加后续提起诉讼的义务。<sup>〔14〕</sup>然而,理论上围绕是否要以英美法上“禁令”(injunction)概念理解我国人格权禁令存在分歧,<sup>〔15〕</sup>以衡平法禁令救济与普通法法定救济的界分来说明禁令程序的独立性也存在误解,<sup>〔16〕</sup>因为英美司法体系中衡平法、普通法业已基本经改革由相同法院以相同程序作出裁判。<sup>〔17〕</sup>在普通法传统中,违约或侵权行为的法定救济方式是损害赔偿,包括继续履行在内的其他具体作为、不作为命令仅得依据衡平法作出,故禁令并不是独立于诉讼程序的一种独特程序,而更像我国法语境下的特殊责任承担形式。<sup>〔18〕</sup>

更重要的是,如果真正深入了解英美法上禁令的诉讼程序,不难发现中间禁令作出后同样需要双方当事人积极参与永久禁令的审理程序,而后者需要完备的程序保障以作出实体意义的终局裁判。<sup>〔19〕</sup>就此而言,我国学者预设的人格权禁令制度在独立性上与中间禁令不符,在程序简易性上又与永久禁令有别。名称“舶来”的人格权禁令终究无法从“母国”法中得到有效证立,只能重新考虑在本土构建新制是否正当、是否合乎既有规律。

从上述三方面对禁令与保全之间冲突的阐述来看,二者的差异更多是基于表面的规范差异以及理论预设的效果区别而产生的,通过比较法和理论的深入分析,这些冲突部分可以得到有效化解。但是,如果比较法上的禁令救济不能为我国禁令制度的独立性提供经验支持,这种独立性理念又是如何在制度移植过程中形成的呢?

## (二)“前《民法典》时代”下独立禁令的反思

独立于诉讼程序的救济措施并非由人格权禁令首创,早在《民法典》颁布之前,2000年《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》(以下简称《海事诉讼法》)中的海事强制令以及2016年《中华人民共和国反家庭暴力法》(以下简称《反家暴法》)中的人身安全保护令均有意设计为独立于诉讼程序而存在。相关制度在立法之时就已引发是否有别于保全的观点争论,从具体规则和设计目的来看,强调海事强制令和人身安全保护令的独立性亦有疑问。

• 517 •

〔14〕 参见前引〔7〕,程啸文;前引〔5〕,徐伟文;朱虎:《人格权侵害禁令的程序实现》,载《现代法学》2022年第1期;前引〔7〕,吴英姿文;朱晓峰:《〈民法典〉人格权禁令规范适用论》,载《中国政法大学学报》2022年第3期;郭小冬:《禁令程序在民事诉讼法典中的体系定位》,载《河北法学》2022年第8期。

〔15〕 例如,有学者认为无论是大陆法系的保全性假处分或普通法系中的禁令制度都无法准确对应我国人格权禁令制度(参见前引〔7〕,程啸文),也有学者认为人格权禁令可以对应英美法上的临时禁令[参见毋爱斌、范响:《〈民法典〉人格权侵害禁令溯源、性质及其制度构建》,载《重庆大学学报(社会科学版)》,网络首发时间:2022年1月10日;李蔚、吴英姿:《民事独立禁令程序建构论》,载《财经法学》2022年第4期]。

〔16〕 如郭小冬教授认为:“……英美法系的禁令是一个独立运行的程序系统,它并行于我们所理解的诉讼判决程序。”郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第2期,第147-148页。

〔17〕 参见王泽鉴主编:《英美法导论》,北京大学出版社2012年版,第55-57页。

〔18〕 参见傅郁林:《知识产权禁令中双方当事人权益保护》,载《现代法学》2023年第3期。以美国现代救济法为例,禁令只是救济体系中保护性救济的一种重要表现形式,同赔偿性、恢复性等其他救济类型共同组成救济法体系。See Douglas Laycock & Richard L. Hasen, *Modern American Remedies: Case and Materials*, 5th ed., Wolters Kluwer, 2019, p. 3.

〔19〕 美国《联邦民事诉讼规则》规定:法院可以将禁令听证程序与实体审判程序合并;当禁令在未经告知被申请人的情况下作出时,申请人应当尽快申请进行听证,否则法院可经被申请人申请或依职权解除之前的禁令。See Federal Rules of Civil Procedure, Rule 65 (a) (2), Rule 65 (b) (4). 英国《民事诉讼规则》规定:在诉前禁令作出后,法院可以要求申请人起诉;当诉讼非因双方当事人协议中止时(如原告撤诉),禁令也应当停止执行。See Civil Procedure Rules, Rule 25.2 (1), (3), Rule 25.10 (b); Adrian Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2013, pp. 465, 467-468.

## 1. 海事强制令

不同于《海事诉讼法》第18条第2款的“海事请求保全”，第61条规定海事强制令并不以限期不起诉作为保全解除的条件，而是仅表明当事人可以就强制令依据的实体请求在作出强制令的法院或其他有管辖权的法院提起诉讼。部分海商法学者认为，强制令的终局性、独立性使其有别于财产保全或行为保全，<sup>〔20〕</sup> 这些观点中关于强制令和保全制度目的的比较与前文对禁令和保全目的的比较也大致相同。

如果认为强制令自身已经构成终局性裁判，那么其裁判内容亦应当具有确定力，否则立法预设的终局性仅仅是没有起诉义务意义上的“终局性”，并不是生效后对同一实体问题（诉讼标的）仅得通过上诉或审判监督方式救济的形式确定力。<sup>〔21〕</sup> 尽管海事强制令并不要求申请人提起诉讼，但法律明确规定当事人可以基于相同的实体请求提起诉讼或申请仲裁，允许提起后诉就意味着以裁定作出的强制令不具有既判力。这也说明，强制令的“终局性”在本质上源于双方当事人选择放弃争议，而非其自身法律属性。

有海商法学者认为，海事强制令应当定位为一种“紧急审理程序”（或称“速裁程序”），即属于简化、加速的特殊诉讼程序。<sup>〔22〕</sup> 诚然，速审、速裁无论对于及时提供预防性保护，还是助力以繁简分流化解当前“案多人少”问题都具有积极意义，但此种以程序化简为手段的“多赢”策略，实质是以当事人程序保障的恣意缺损为代价。

一方面，我国目前除简易程序、小额诉讼程序外，并无其他成文的“紧急审理程序”方案，何种事项可以化简、具体程序如何化简没有成文法上支持，且在现行法中也不存在以“情况紧急”作为化简理由的程序，复杂、涉外的案件更被明文排除适用简易程序、小额诉讼程序。<sup>〔23〕</sup> 即使能够仿照前述两程序设计专用于“情况紧急”的简化程序，只要需要为双方提供质证、听证或辩论机会，恐怕也难以满足强制令要求在48小时内作出裁定的审限规定。<sup>〔24〕</sup>

另一方面，从比较法观察，“紧急审理程序”也可能属于在功能上与保全程序对应的制度。以法国民事诉讼法上紧急审理程序为例，其虽然与我国现行法有关保全的适用范围、具体措施等细节性规定存在出入，<sup>〔25〕</sup> 但其作为临时性质的、对诉讼程序没有既判力的可执行裁定，<sup>〔26〕</sup> 实质上对应保全程序。<sup>〔27〕</sup>

## 2. 人身安全保护令

人身安全保护令的独立性特征并不是一开始就确定的。其前身人身安全保护裁定是以保全为

〔20〕 参见关正义、王琳：《论海事强制令的独立属性和功能》，载《法学杂志》2015年第4期；彭阳：《论海事强制令的法律性质及其适用条件的司法续造》，载《中国海商法研究》2017年第1期。

〔21〕 判决的效力包括形式上的确定力和实质上的确定力，后者即为既判力，前者约束法院不得通过常规诉讼程序再次审理同一实体纠纷。参见张卫平：《民事诉讼法》（第6版），法律出版社2023年版，第511页。

〔22〕 参见前引〔20〕，彭阳文。

〔23〕 参见《民诉法》第160条、第166条第（二）项。

〔24〕 海事强制令的审限与保全相近（48小时），同简易、小额诉讼程序相差较大（3个月/2个月）。参见《海事诉讼法》第57条，《民诉法》第164条、第168条。

〔25〕 参见王艳：《法国商事紧急审理程序及司法适用》，载《河北法学》2015年第1期。

〔26〕 参见〔法〕让·文森、塞尔日·金沙尔：《法国民事诉讼法要义》，罗结珍译，中国法制出版社2001年版，第760-762页。

〔27〕 参见周翠：《论民事诉讼中的临时性救济制度》，载《诉讼法论丛》第6卷，法律出版社2001年版，第443-447页。

模板构建的,故《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》(以下简称《指南》)第31条第3款规定,人身保护裁定作出后一定时间内没有提起离婚诉讼的,保护裁定自动失效。但经历一段时间的实践后,人身安全保护裁定的非独立性受到实务和理论的诟病,原因在于此种规定使得保护裁定与离婚诉讼绑定,在申请人不欲提起离婚诉讼时,保护裁定的有效期限受到限定,申请意愿亦相应受到影响。<sup>[28]</sup>由此,2016年《反家暴法》不再规定起诉期间的要求,其后《最高人民法院关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》(法释〔2016〕15号)还进一步就担保和诉讼费用作出特别优待性规定。

强调人身安全保护令的独立性具有特殊背景的考量,但《指南》中关于起诉期间的规定本身也不无问题。从措施内容来看,保护令的法律效果不同于可包含给付以直接实现权利的海事强制令,而与人格权禁令相似,均基于绝对权保护性请求权的功能,仅旨在阻遏、预防侵害行为。既然保护令用于防护的是家庭暴力问题,那么相应保护的绝对权利则是家庭成员等亲密关系中的人格权利(尤以物质性人格权为主)。如若将保护令视为保全程序,后续对应的诉讼也不应径直指向离婚诉讼,而应是基于人格权请求权或侵权请求权的停止侵害、损害赔偿等诉讼请求。

之所以《指南》直接将人身安全保护裁定与离婚诉讼关联,一方面是由于家庭关系存续状态下,家庭成员内部间的侵权诉讼不便进行个别裁判,特别是在共同财产制下难以就损害赔偿进行执行;另一方面,《民法典》及此前的《中华人民共和国婚姻法》均将“家庭暴力”作为法定离婚事由,<sup>[29]</sup>从职权主义的视角来看,消除家庭暴力与离婚诉求高度关联。但是,人格权诉讼或侵权诉讼与离婚诉讼有着构成要件、法律效果完全不同的诉讼标的,恰恰是司法解释的错误关联使得申请人不得不提起其不愿主张的诉讼请求。同时,人身安全保护令认定的事实同样不具有既判力,既不能限制被申请人基于错误的保护令诉请损害赔偿,<sup>[30]</sup>也不能直接在离婚诉讼中证成法定事由。<sup>[31]</sup>将保护令作为程序保障充分的终局性裁判,甚至更不利于法官在签发保护令和裁判离婚诉讼时作出区分。<sup>[32]</sup>

当然,从尽量减少亲密关系主体间的诉讼纠纷的角度来看,不对申请人设置后续诉讼义务仍然存在合理性。但即使接受在人身安全保护令上作出的特殊安排,也不能当然地将对保护令的优待一般性地扩张于人格权禁令。其一,保护令的保护对象是人格权中双方当事人具有亲密关系的、以物质性人格权为主的特殊人格权利,人格权禁令保护的则更为广泛。相比于前者,后者的权利边界更具有不确定性,一律要求法官在简短程序中作出终局性裁判有违基层司法规律。

[28] 参见李瀚琰:《人身安全保护令独立性的制度价值及其实现》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期。

[29] 《民法典》第1079条第3款规定:“有下列情形之一的,调解无效的,应当准予离婚:……(二)实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员;……”

[30] 《反家暴法》未规定保护令申请错误的损害赔偿规则,但也有学者提及被申请人的权利救济问题。参见周安平:《〈反家庭暴力法〉亟须解决的几个问题——对〈反家庭暴力法(草案)〉的分析》,载《妇女研究论丛》2015年第2期。

[31] 离婚诉讼中的司法政策也决定了离婚裁判本身需要考虑法定事由之外的复杂因素。参见张剑源:《家庭暴力为何难以被认定?——以涉家暴离婚案件为中心的实证研究》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2018年第4期;贺欣、肖惠娜:《司法为何淡化家庭暴力》,载《中国法律评论》2019年第4期。

[32] 由于法官担心人身安全保护令对后续离婚诉讼产生决定性影响,故而在实务中更为谨慎,从既判力层面切断二者联系的规定参见《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2022〕17号)第9条。

其二，在人格权禁令中，双方当事人并不一定存在特殊人身关系，申请人不会被迫提起解除该关系的诉讼，也不存在避免因双方诉讼纠纷而损害关系的需求。

综上，无论是对禁令和保全之间性质冲突的分析，还是对《民法典》颁行之前的独立化禁令的解读，都无法有力支撑将人格权禁令完全独立于诉讼程序的制度设计。但从实践来看，即使禁令不被赋予终局性裁判的效力，在程序上如何减轻申请人提起诉讼的压力仍具有现实意义，而目前诉前行为保全制度起诉期间的规定是实现该目标的直接阻碍。欲探索该规定的其他设计可能，需要追溯其制度源流和比较法经验。

三、起诉期间的海事法起源

1982 年《民诉法（试行）》尚未区分诉前和诉中保全两个制度，该法第 92 条统一规定了保全程序。但实际上从立法用语“当事人”一词即可看出，立法者在一开始就没有设想存在诉讼程序之外的保全申请。<sup>〔33〕</sup>立法在保全制度中忽视诉前保全，与中华人民共和国成立后民事诉讼立法和实践的重要学习对象苏联法存在密切关系。从译著教科书来看，苏联民诉法理论认为保全的目的就是“保障原告人有可能执行判给所争财产的法院判决”<sup>〔34〕</sup>。由于保障判决执行是保全制度的核心目的，保全程序的申请时限为“在宣判以前之任何诉讼程序阶段中”<sup>〔35〕</sup>。我国早期司法实践中超出规范的诉前保全也容易出现错误申请、管辖混乱等问题，故亦为部分学者反对。<sup>〔36〕</sup>

诉前保全正式出现于民事诉讼立法，是在 1991 年《民诉法》正式颁布之时，该法新增第 93 条关于诉前保全的单独规则。诉前保全规则在保全必要、担保要求、裁判审限、起诉期间上均与诉中保全形成差别（详见表 1）。比较法上少见如此“泾渭分明”的诉前、诉中保全规定，这在中华人民共和国成立之前立法史上也并未出现过。<sup>〔37〕</sup>既然苏联并未给我们带来诉前保全的理念与制度，我国诉前保全的规则从何而来？又为何会形成对应规则呢？

表 1 诉中保全与诉前保全的内容比较

| 制度内容 | 诉中保全（现《民诉法》第 103 条）             | 诉前保全（现《民诉法》第 104 条）           |
|------|---------------------------------|-------------------------------|
| 保全必要 | 可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行 | 情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害 |

〔33〕 如果将视角回溯至中华人民共和国成立之后的此前其他民诉法规则，这一点将更为明显。1950 年《中华人民共和国诉讼程序试行通则（草案）》第 52 条规定了与保全相当的“暂行处置”，条文明确提到“民事案件原告的请求确有日后难于执行之虞者”；1956 年最高人民法院《关于各级人民法院民事案件审判程序总结》也指出，“案件经过初步调查后……人民法院可以根据原告人的申请……采取保全措施”；1979 年最高人民法院《人民法院审判民事案件程序制度的规定（试行）》也维持了保全措施在案件审理过程中作出的立场（参见杨荣新、叶志宏编：《民事诉讼法参考资料》，中央广播电视大学出版社 1986 年版，第 204、213、250 页）。相较而言，1991 年《民诉法》则使用“利害关系人”一语。

〔34〕 〔苏〕克列曼：《苏维埃民事诉讼》，王之相、王增润译，法律出版社 1957 年版，第 214 页。类似观点参见〔苏〕阿布拉莫夫：《苏维埃民事诉讼法》（上册），中国人民大学审判法教研室译，法律出版社 1957 年版，第 221 页。

〔35〕 《苏俄民事诉讼法典》（1947 年版）第 82 条。译文参见《苏俄民事诉讼法典》，徐福基、艾同藩译，大东书局 1950 年版，第 23 页。

〔36〕 参见王敬藩：《论诉讼保全》，载《政法论坛》1990 年第 3 期。

〔37〕 例如，德国法上即认为保全程序的申请与主诉程序系属与否不必然相关。参见〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚力山大·布伦斯：《德国强制执行法》（下册），王洪亮、郝丽燕、李云琦译，法律出版社 2020 年版，第 338 页。

续前表

|      |             |  |
|------|-------------|--|
| 申请主体 | 当事人或法院      | 利害关系人  |
| 担保要求 | 可以责令提供担保    | 应当提供担保   |
| 管辖法院 | 审理法院        | 被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院                   |
| 裁判审限 | 情况紧急时 48 小时 | 48 小时  |
| 起诉期间 | /           | 30 日（2012 年修法前为 15 日）<br>到期不起诉（或申请仲裁），人民法院应当解除保全 |
| 损害赔偿 | 申请有错误       | 申请有错误（知识产权诉前行为保全中明确包括到期不起诉〔38〕）                  |

从历史文献来看，我国诉前保全制度的建立受海事程序中扣押船舶（以下简称“扣船”）制度相关司法解释的影响。<sup>〔39〕</sup> 海事纠纷中的扣船，是一种民事司法临时救济措施，指通过法定程序扣留或限制船舶移动，进而为海事请求权的行使和实现提供财产保证。<sup>〔40〕</sup> 从保全客体来看，扣船属于一种财产保全，但在普通法中，申请扣船还额外具有独特的诉讼意义。普通法系延续了罗马法上对人诉讼与对物诉讼的类型区分，海事诉讼属于对物诉讼，而扣船正是使法院获得管辖权进而允许原告提起此类诉讼的前提条件。<sup>〔41〕</sup> 我国并无对人诉讼和对物诉讼的类型区分，但先于诉讼前进行扣船的诉讼传统在海商法领域被保留下来。

我国在海事领域的扣船实践在 1999 年颁布《海事诉讼法》之前就已存在。<sup>〔42〕</sup> 在《民诉法》规定诉前保全之前，1986 年最高人民法院结合审判经验及海事国际公约规定，制定了《最高人民法院关于诉讼前扣押船舶的具体规定》（以下简称《86 规定》）。在 1991 年《民诉法》正式颁布后，1994 年最高人民法院又制定了《最高人民法院关于海事法院诉讼前扣押船舶的规定》（法发〔1994〕14 号，以下简称《94 规定》），最终上述规则进入 1999 年《海事诉讼法》第三章“海事请求保全”之中。

比较三份规范在扣船这一诉前财产保全规则上的制度细节（详见表 2），可以看出，一方面，《民诉法》在设计诉前保全制度时显然参考了《86 规定》。相比于诉中保全，诉前保全留出了重要的 30 日的准备诉讼期限，而这一点与扣船裁定时限相对应，到期未起诉或申请仲裁则裁定失效，应当解除保全。另一方面，《民诉法》作出的一些特别调整在颁布后也对扣船制度产生一定影响。与《民诉法》中诉前保全规则保持一致，裁判审限被统一规定为 48 小时，同时在担保问题上《94 规定》明确改为应当提供担保。

〔38〕 参见《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第 16 条第（一）项。

〔39〕 参见赵钢：《关于修订我国民事诉讼法（试行）的几点建议》，载《法学评论》1986 年第 6 期。实务人员观点参见李守芹：《建立我国的诉前保全制度之我见》，载《山东法学》1991 年第 1 期；倪春南：《诉前保全亟需作出司法解释》，载《法学》1992 年第 2 期。

〔40〕 参见吴焕宁主编：《海商法学》（第 2 版），法律出版社 1996 年版，第 430 页。

〔41〕 我国学者对对物诉讼的介绍也主要集中在海商法领域。参见张鸿年：《简论对物诉讼》，载司玉琢主编：《中国海商法年刊》，大连海事大学出版社 1995 年版，第 199 - 206 页；向明华：《对物诉讼与我国的船舶扣押法律制度》，载《河北法学》2006 年第 4 期。

〔42〕 我国最早的扣船司法实践至少可以追溯至 1982 年。参见张进先：《一起维护我国权益的扣船申请案》，载《人民司法》1982 年第 7 期。

表 2 海事保全制度演进比较

| 制度内容   | 86 规定                                 | 94 规定               | 海事诉讼法                      |
|--------|---------------------------------------|---------------------|----------------------------|
| 担保要求   | 可以责令提供担保                              | 应当提供担保              | 可以责令提供担保（第 16 条）           |
| 扣押时间   | 30 日                                  | 涉外案件 30 日，国内案件 15 日 | 30 日（第 28 条）               |
| 裁判审限   | 情况紧急的 48 小时                           | 48 小时               | 48 小时（第 17 条）              |
| 期间内未起诉 | 到期后应当释放被扣押船舶，因船舶被扣押而使被申请人所遭受的损失由申请人负担 | 到期后释放被扣押船舶          | 解除保全、返还被申请人担保（第 18 条第 2 款） |

扣船属对物诉讼的必要前提，在扣船地法律授予法院管辖权的情况下，申请人提起后续诉讼亦属常态，因此，表现为扣船的海事请求保全之后衔接诉讼是通行做法。从国际公约来看，扣船期间的设置初衷，是在扣船地法院没有管辖权的情况下，为申请人留出寻找适宜管辖法院并提起诉讼的时间。<sup>〔43〕</sup>应用于海事纠纷的对物诉讼制度具有特殊性，该设计不可当然一概适用于整个民事实体法。

设立诉前保全的实际需求，同诉前、诉中保全二者的申请时间切分节点有直接关联。由于我国民事司法实践长期实行立案审批制度，<sup>〔44〕</sup>在原告向法院提起诉讼后，案件是否受理还存在一定的空档间隔时间。而《民诉法（试行）》限制为仅得由当事人申请保全，如果认为诉中保全的申请仅得在案件受理之后才可实施，这就意味着即使申请人在发现权利受侵害后迅速在起诉同时提交保全申请，仍可能无法适用保全程序，令及时保全的制度目的落空，由此存在设置诉前保全制度的需求。<sup>〔45〕</sup>在 1991 年《民诉法》第 93 条中明确将诉前保全的条件设置为“起诉前”，由此将诉前、诉中保全的适用界限划定为原告掌握主动权的起诉行为，这一明文规定大大减弱了此前修法理由中的担忧。

而没有明文规定诉前保全的苏联法则允许原告在起诉时申请保全，且特别强调为避免被告在知晓诉讼后隐匿财产，法院可以在起诉当日无需传唤被告的情况下作出保全裁定。<sup>〔46〕</sup>我国早期反对设立诉前保全制度的学者也认为，当事人在申请诉前保全时，“法院应告知当事人立即起诉，同时递交起诉状和诉前保全申请”<sup>〔47〕</sup>。不考虑申请人因准备申请保全和准备提起诉讼的资料翔实差异而决定分别实施的情况，如果诉前保全的功能仅相当于起诉后受理前的特殊诉中保全，<sup>〔48〕</sup>那么它的实际应用余地必然有限。加之立法者对错误保全的潜在可能性心存担忧，<sup>〔49〕</sup>因此整体来看诉前保全规范趋于严格似乎也就自然合理了。

〔43〕 参见 1952 年《关于扣留海运船舶的国际公约》第 7 条第 2 款、第 3 款；1999 年《国际扣船公约》第 7 条第 3 款。  
〔44〕 即使在当前立案登记制下，也存在 7 日的立案期限。参见《民诉法》第 126 条。  
〔45〕 参见前引〔39〕，赵钢文。  
〔46〕 参见前引〔34〕，克列曼书，第 215 页；前引〔34〕，阿布拉莫夫书，第 223 页。《苏俄民事诉讼法典》（1947 年版）第 86 条即规定：“保障请求之申请，应由人民审判员，或由审理本案之法院，不通知他造当事人而即日裁定之。”译文参见前引〔35〕，徐福基、艾同藩译书，第 24 页。  
〔47〕 前引〔36〕，王敬藩文，第 31 页。  
〔48〕 也有学者认为起诉时申请应属于诉前保全。参见前引〔2〕，李仕春文。  
〔49〕 参见张友渔：《正确认识、执行〈民法通则〉与〈民事诉讼法〉——在“〈民法通则〉颁布五周年、〈民事诉讼法〉公布施行座谈会”上的讲话》，载《法学》1991 年第 6 期。

保全在我国从始至终都被定位为消除执行风险的辅助性程序,几乎没有独立存在的价值。诉前保全制度仍处于无需独立性保全程序的背景理念之下,仅由海事纠纷领域扣船具体问题催生,意图解决的也是起诉、受理空隙间的有限问题,故在制度安排上不可能跳出诉中保全依附诉讼程序的既有观念,而仅将其作为诉中保全的一种例外情形。但当此种依附性定位成为保全程序进一步扩展权利保护功能的限制时,就有必要反思已有定位和规则是否属于不得动摇的客观规律,进而探究是否可能提出改进意见。

#### 四、起诉期间的比较法考察

在人格权禁令程序性质问题的讨论中,否定禁令属于保全的重要理由是保全程序不具有独立性。原因即是诉中保全当然必须在提起诉讼后申请,而诉前保全裁定作出后又存在依职权设置的30日起诉期间。这一规定极大削弱了申请人单独依靠诉前保全制度解决纠纷的效果。考虑独立性问题在诉前保全制度中突出表现为起诉期间的设置和申请人期间经过后不起诉时保全失效的后果,下文将围绕这一问题就比较法经验进行考察。

##### (一) 起诉命令模式

我国民事诉讼法的立法过程主要受两种法律文化的影响,其一是舶来德日的欧洲大陆法系制度,其二为承袭苏联的社会主义法系制度,二者存在一定联系但又具有差异。如前文所述,苏联理念中的保全非常强调对诉讼程序的辅助性,这无疑对中华人民共和国成立后我国立法、司法、法学理论上对保全程序的理解具有重要影响。但大陆法系民事诉讼规则却呈现出另一番景象。

保全按大陆法系传统被区分为假扣押和假处分。<sup>[50]</sup>德国法对诉讼系属前作出的假扣押作特殊规定,法院应当依被申请人申请,命令申请人在指定的期间内起诉,申请人不遵守的,可依申请撤销假扣押,我国台湾地区现行规则与之相近,<sup>[51]</sup>且该规则在两地亦可准用于假处分。<sup>[52]</sup>日本法则统一就保全裁定作出类似规定。<sup>[53]</sup>可见,大陆法系同样设置了促使诉前保全的申请人在保全裁定做出后提起诉讼的督促措施,且具体方法同样为设置期间及期间内不起诉可导致保全裁定失效。但是,与我国依职权设置期间和到期后依职权解除保全的规则不同,前述规则将设定期间和解除保全程序的启动权利均交给被申请人,法院仅得依申请实施。

我国台湾地区学者认为,由于法律并未规定申请人有提起诉讼的义务,故设置一定期间要求申请人起诉,是为避免申请人滥用或轻率申请,使被申请人不必长期陷于缺少终局判决的不确定

[50] 假扣押可大致等同于我国财产保全和限制被申请人处分财产的行为保全,假处分则对应其他行为保全。参见周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条的解释》,载《法律科学(西北政法学报)》2015年第4期。

[51] 参见《德国民事诉讼法》第926条(译文参见《德国民事诉讼法典》,赵秀举译,法律出版社2021年版,第328页)和我国台湾地区“民事诉讼法”第529条。

[52] 我国台湾地区学者观点参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(下)(第6版),三民书局股份有限公司2015年版,第244页;姜世明:《民事诉讼法》(下册)(第6版),新学林出版股份有限公司2018年版,第638—639页。Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO, Band 2, 6. Aufl., 2020, § 926 Rn. 2; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., 2014, Rn. 1649.

[53] 参见《日本民事保全法》第37条。译文参见《日本民事诉讼法典》,曹云吉译,厦门大学出版社2017年版,第296页。

状态。<sup>[54]</sup> 具体而言，德国法上认为，诉讼系属前申请的假扣押裁定作出后，申请人可能会安于保全保护而怠于提起诉讼，如其可能为进一步准备诉讼搜集证据而拖延时间，虽然被申请人也可以通过提起消极确认之诉的方式主动开启诉讼程序，但会使其在诉讼费用上面临不利，故设置起诉期间仍然是被申请人的一项优势选择。<sup>[55]</sup> 不过，正因为申请人、被申请人均享有开启诉讼程序的权利和机会，而起诉期间制度本质上仍属于被申请人的法律救济，故应当给予其自身选择适用的机会。

由于起诉期间的目的是督促申请人提起诉讼进而对纠纷作出终局判决，为了避免申请人在被申请人申请法院命令起诉时感到过于仓促，故在时间设置上需要留出一定的准备空间。德国法上认为这一期间与起诉状送达后指定言词辩论或书面答辩留出的时间保持一致，即至少两周，通常不超过1个月。<sup>[56]</sup> 日本法亦类似，指定期间应长于两周。<sup>[57]</sup> 循此逻辑，我国起诉期间的设计也不必固定为30日，而是应遵循《民事诉讼法》第128条对答辩时间的安排（15日）以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第51条第1款对举证期间的安排（一审普通程序15日），设定至少15日以上的起诉期间即可。在期间内未能起诉的，假扣押裁定亦非当然无效。虽然作出保全的裁判是临时性的，但解除保全意味着对临时保护的否定，而在考虑是否解除时又无紧迫作出判断的必要。故解除需要依被申请人申请，经由言词辩论作出。<sup>[58]</sup>

就此来看，大陆法系制度固然亦认为保全依附于诉讼程序，但对于后续诉讼的衔接则配设了分层结构：首先，申请人和被申请人都可以自行主动提起诉讼；其次，被申请人可以请求法院命令申请人在一定期间内提起诉讼；最后，申请人限期内不提起诉讼的，被申请人可以请求法院经言词辩论审理后裁判是否解除保全。

最后一种情形下的解除保全将直接导致申请人对被申请人承担赔偿责任。《德国民事诉讼法》第945条和我国台湾地区“民事诉讼法”第531条均有规定，假扣押裁定因申请人未遵守起诉命令而撤销的，申请人需要赔偿被申请人损失。需要注意的是，赔偿仍需被申请人以给付之诉的方式提起，只是无须单独考虑申请人是否存在过错，<sup>[59]</sup> 仍需计算诉讼时效，<sup>[60]</sup> 而非在申请解除后自动以担保清偿。从结果上看，该规则似与我国知识产权行为保全司法解释相通，但期间届满后不经审理直接解除并赔偿的措施相较而言仍突显出职权主义色彩。

需要承认的是，欧洲各国对保全申请人提起诉讼义务的规定存在差异，<sup>[61]</sup> 在意大利、西班牙、罗马尼亚等国即存在该法定义务，而在法国、德国、荷兰等国则不存在该法定义务。考虑到

[54] 参见前引〔52〕，陈荣宗、林庆苗书，第233页。

[55] Vgl. Michael Huber, in: Musielak/Voit Zivilprozessordnung, 19. Aufl., 2022, ZPO § 926 Rn. 1–2.

[56] Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 52), § 926 Rn. 10.

[57] 《日本民事保全法》第37条第2款规定：“（诉前保全）前项期间应为两周以上。”译文参见前引〔53〕，曹云吉译书，第296页。

[58] Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 52), § 926 Rn. 23; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (Fn. 52), Rn. 1532.

[59] 参见前引〔52〕，姜世明书，第628页。

[60] 该项请求权诉讼时效在保全裁定解除，且被申请人在诉讼程序中已经获得有利判决时可以起算。Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 52), § 945 Rn. 28.

[61] 就起诉期间规定而言，瑞士法规则与我国就较为相近。《瑞士民事诉讼法》第263条规定：“如果主诉尚未系属，法院应当要求申请人在规定期间内起诉，并命令到期后保全裁定将不可救济地失去效力。”

大部分保全均未经言词辩论而作出,欧洲法学会在2021年制定的《欧洲示范民事诉讼法》(Model European Rules of Civil Procedure)第188条关于起诉期间的规则,也确实采取了倾向于“职权”的方式。<sup>[62]</sup>当然,示范法是旨在方便统一适用而制定的规则,并不一定标志着诉前保全制度必然和唯一的发展方向。

## (二) 同时起诉模式

除前述大陆法系国家外,英美法系国家同样存在对应保全的临时救济制度。英国《民事诉讼规则》(Civil Procedure Rules,以下简称CPR)第25条规定的中间救济覆盖范围极广。英国学者尼尔·安德鲁斯(Neil Andrews)将其分为保护性措施和中间措施;<sup>[63]</sup>英国学者艾德里安·朱克曼(Adrian Zuckerman)则将其分为保护实体权利的保护令和用于获取证据、管理诉讼的程序令。<sup>[64]</sup>英国法上中间救济制度部分由衡平法禁令救济的判例积累而逐步生成,故更为强调实用导向,体系性相对较弱,但大略可以朱克曼所称“保护令”的概念对应我国保全制度。

美国法上的临时救济主要包括两种类型,其一是针对财产的措施,在联邦法院层面由《联邦民事诉讼规则》(Federal Rules of Civil Procedure,以下简称FRCP)第64条规定,一般具体内容由各州成文法安排;其二是FRCP第65条规定的要求被申请人作为或不作为的禁令措施。<sup>[65]</sup>二者大致可对应我国财产保全和行为保全规则。

英国法上,CPR第25.2(1)条规定中间救济裁定可以在包括起诉之前和判决之后的任何时刻作出,由此留出了诉前申请的空间。诉前申请仅可在紧急情况下得到认可,此时法院通常会要求申请人起诉并将保全的令状和起诉状一并送达,未能及时起诉的申请人可能会被法院解除保全。<sup>[66]</sup>

美国法上,FRCP并未直接提及是否可以在诉前作出保全及相应的制度安排。至于针对财产的措施,在部分州司法实践中允许于起诉前提出申请,亦有州成文法规定,例如,《阿拉巴马州法典》(Code of Alabama 1975)第6—6—140条规定申请人应当在扣押令签发后15天内提起诉讼。<sup>[67]</sup>而对于禁令措施,虽然在建立知识产权诉前禁令制度的过程中大量参考了美国禁令制度的裁量标准,但这一过程中学者并未明确美国法上临时限制令(temporary restrain order,以下简称TRO)、预备禁令两类中间禁令和永久禁令间的衔接关系。事实上,为补足正当程序保障,在无需将申请送达被申请人也未经辩论的TRO作出后,法院应当尽快安排听证程序,听证时申

• 525 •

[62] 《欧洲示范民事诉讼法》第188条规定:“申请人在根据第21条第1款、第53条提起诉讼之前被授予临时性或保护性措施裁定的,应当在法院设定的期日前起诉。当法院没有设定期日,或者准据法没有特别规定的,申请人应当在裁定作出两周内提起诉讼,法院可以依申请延长期间。(第1款)如果诉讼没有按照前款提起,除非法院另有裁定,措施将失效。(第2款)”笔者曾邮件请教示范法临时救济小组成员艾伦·乌兹来克(Alan Uzelac)教授,乌兹来克教授谈到,小组认为该部分定位需要强调“临时性”,故不能以裁定替代终局裁判,因而需要设置起诉责任。

[63] See Neil Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford University Press, 2003, pp. 423-490.

[64] 参见前引[19], Adrian Zuckerman书,第394页。

[65] 参见[美]杰克·弗兰德泰尔、玛丽·凯恩、阿瑟·米勒:《民事诉讼法》(第3版),夏登峻、黄娟、唐前宏、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第697-706页。

[66] See Practice Direction 25A 4.4; 前引[19], Adrian Zuckerman书,第468页。

[67] 参见前引[65], 杰克·弗兰德泰尔等书,第698-699页。

请人应当一并提交预备禁令的申请，否则法院将解除TRO。<sup>〔68〕</sup>而之所以不强调TRO是否要作为诉前禁令，是因为实践中可以要求在申请TRO时一并提交起诉状。<sup>〔69〕</sup>就此来看，美国法与英国法在处理最为紧迫的临时救济措施时，都类似地要求同时或在事后尽快提起诉讼，并及时安排后续听证或审理，其模式与大陆法系中强调起诉义务的国家更为相近。

### （三）家暴防治的特殊处理

是否在英美法系就不存在具有相对独立性的临时保护制度呢？或许可以将视角转移到人格权禁令的“前身”，针对家庭暴力伤害的人身安全保护令上。<sup>〔70〕</sup>英国1976年即制定《家庭暴力与婚姻程序法案》（Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act），现行的家庭暴力保护令则规定于2010年制定的《犯罪与安全法案》（Crime and Security Act）第27节以下。英国法上规定，警察将会在发现家庭暴力嫌疑时先作出家庭暴力保护通知，通知送达被申请人48小时内，警察应该向治安法院申请保护令；不同于通知，保护令的申请需要送达被申请人，同时法院应进行听证，听证延期的，通知将维持效力；保护令的时限为14至28日。<sup>〔71〕</sup>英国法通过警察和法院的相互配合，实现了紧急保护（通知）和中短期有程序保障之保护（保护令）的结合，但从时间长度来看，英国法上的保护令与我国诉前保全相差无几。

在美国，州法层面的保护令实践在70年代即已出现，在90年代初各州已普遍建立了通过民事保护令遏制家庭暴力的成文法规。<sup>〔72〕</sup>1994年，美国国家青少年和家庭法院法官委员会制定了《家庭暴力示范法》（Model Code on Domestic and Family Violence），该法在第3章规定了保护令。示范法规定了紧急和通常两种保护令：紧急保护令仅可由执法人员向法院申请，可不经听审程序而作出，同时具有固定时限；通常保护令根据内容分为“必须通过听审程序作出”和“可以不经听审程序作出”两种类型，签发后将长期有效，直到法院依申请再次调整，对于任何未经听审程序作出的通常保护令（及其调整），当事人可以申请进行听证。<sup>〔73〕</sup>相比英国法上的保护令，美国示范法中的通常保护令可以提供更长的保护期，其目的是将对保护令的程序保障机制设计得更为精细和倾向于由当事人主导。示范法认为，设计无期限的通常保护令是因为申请人利益受威胁而需要保护的时间很难给出确定答案，申请人延长临时保护的程序负担也转化为被申请人主动提出异议的机制。

在这一点上，德国法的规定与美国法近似。尽管德国在家事法领域适用单独的诉讼法，即《家事事件和非讼程序法》，但其在临时救济上的安排被视为民诉法上保全程序的对应制度，<sup>〔74〕</sup>且在起诉期间规则上亦有相通之处，均更倚重当事人异议程序的作用。该法第52条规定，暂时

〔68〕 See FRCP Rule 65 (b) (3).

〔69〕 例如，马萨诸塞州即要求在申请TRO的同时提交宣誓起诉状（verified complaint）。该州在租赁合同纠纷中租客对房东申请TRO的实践指引可参见<https://www.masslegalhelp.org/housing/lt1-form-15-tro.pdf>，最后访问时间：2023年5月31日。

〔70〕 我国《反家暴法》中的保护令制度在设计时参考了我国台湾地区保护令制度，同时进行了本土化（参见薛宁兰、胥丽：《论家庭暴力防治法中的民事保护令制度》，载《中华女子学院学报》2012年第4期），我国台湾地区“家庭暴力防治法”属法律移植，其第一版草案以美国《家庭暴力示范法》为蓝本（参见王晓丹、林三元：《法律移植与法律适应——婚姻受暴妇女声请民事通常保护令裁定之分析》，载《思与言》2009年第4期）。

〔71〕 See Crime and Security Act, Sec. 27-28.

〔72〕 See *Civil Protection Order*, 43 *Juvenile & Family Court Journal* 5, 5 (1992).

〔73〕 See Model Code on Domestic and Family Violence, Sec. 305-307.

〔74〕 参见〔德〕罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1312页；Michael Giers, in: *Sternal FamFG*, 21. Aufl., 2023, § 49 Rn. 3.

命令作出后利害关系人可以申请法院作出起诉命令,未遵守的暂时命令将被撤销。<sup>〔75〕</sup>如果在暂时命令作出后没有人基于第49条第2款提出异议,则暂时命令将可长期存在,申请人超出依申请设定的起诉期间不起诉的,也需要依申请而非依职权取消暂时命令,这里的逻辑和前文《德国民事诉讼法》第926条的规定基本一致。<sup>〔76〕</sup>

## 五、诉前保全的独立性重构

保全程序需要在短时间内平衡申请人权利被侵害的可能性和损害大小,以及保全措施对被申请人权利的制约力度。为协调被申请人程序保障和申请人权利救济间的紧张关系,基于上述比较法考察,我们大致能够看到两种诉前保全的设计模式:一种是更强调法院主动的模式,此时法院会主动要求申请人后续提起诉讼或设置听审程序,并以较短的保全时限来实现督促效果;另一种是更强调当事人主动的模式,在作出保全的程序和判断标准不变的情况下,将对保全的异议机会和促使开启诉讼程序的权利交由当事人(主要是被申请人)行使,此时保全的时限长度自然可以放宽。

上述比较法考察有助于打破固有认识,展现禁令独立性在保全程序中实现的“另一种可能”。一方面,早有学者指出,人格权禁令的制度设计本就不必完全脱离行为保全背景,<sup>〔77〕</sup>从体系解释来看也应当避免轻易因为特殊需求构建冗余制度、忽视既有规则。<sup>〔78〕</sup>保全程序在证明标准、保全要件等事项上已有的制度理念、规范文本和实践经验,可作为构建人格权禁令对应规则的基础,再结合禁令特殊需求进一步调整。如前所述,人格权禁令的独立性,或者说在诉讼程序外,当人格权受紧迫威胁时提供一个减轻受害人负担的特殊救济,正是攻讦人格权禁令保全定位的重要理由。在诉前行为保全语境下,围绕起诉期间提供保全的“独立化”方案,能够有效回应攻讦,帮助将禁令纳入既有体系,避免在制度设计上重复劳作,甚或因程序重叠引发冲突。<sup>〔79〕</sup>

另一方面,自保全定位出发,对于禁令同我国当前保全制度存在差异的法院管辖、审查时限、效力期限等问题,亦可以进一步参考比较法经验,以开放且尊重司法规律的方式改进保全制度,配合完成禁令效果。<sup>〔80〕</sup>

具体就起诉期间制度而言,以前述理念对诉前行为保全制度予以改造,则其中强调当事人主动的模式,就可打破当前诉前保全僵化的“起诉期间”限制,以保全“之身”实现学者预设禁令独立性“之魂”。基于两种不同模式,人格权禁令在法院作出支持申请人的裁判后,禁令持续期限及当事人后续诉讼状况可以存在两种不同设计:<sup>〔81〕</sup>

〔75〕 参见《德国国家事件和非讼程序法》,王葆蔚、张桃荣、王婉婷译注,武汉大学出版社2017年版,第27页。

〔76〕 Vgl. Michael Giers, in: Sternal FamFG (Fn. 74), § 52 Rn. 11; Jürgen Soyka, in: Münchener Kommentar zum FamFG, Band 1, 3. Aufl., 2018, § 52 Rn. 1.

〔77〕 参见张素华:《论人格权禁令的性质及司法适用》,载《比较法研究》2021年第6期。

〔78〕 参见前引〔1〕,严仁群文。

〔79〕 禁令程序与诉讼、保全、保护令等救济程序之间的定位模糊,已然令实践对《民法典》第997条的适用存在规范功能、裁判标准的困惑。参见刘子赫:《人格权禁令的实践反思、程序定位和诉讼实施》,载吴虹静、芮心怡编:《湘江青年法学》第7卷第1辑,湘潭大学出版社2022年版,第15-18页。

〔80〕 参见前引〔79〕,刘子赫文。

〔81〕 参见前引〔79〕,刘子赫文。

其一，在法院主动模式下（如图 1 所示），禁令将保留既有规则中诉前保全对诉讼程序的强依附性，申请人仍然需要在获得支持裁定的一定期限内提起诉讼，否则禁令将自动失效。申请人在起诉时，可以一并申请诉中保全，使诉前禁令自然过渡至诉中。

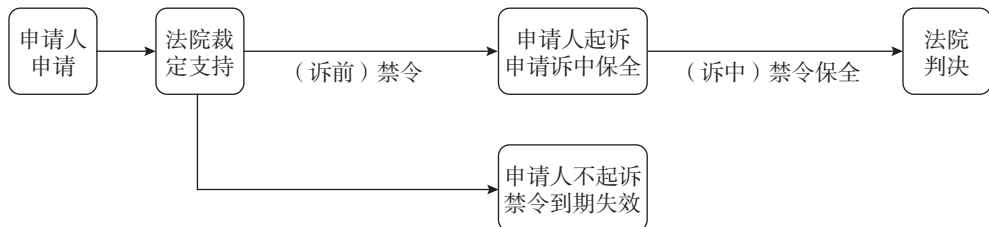


图 1 法院主动模式

其二，在当事人主动模式下（如图 2 所示），禁令虽不具备终局性裁判的效力，但可作为执行依据。被申请人不提出异议时，禁令将持续保持效力，减轻申请人获取救济的程序负担，实现相对于诉讼程序的独立性。申请人获得支持裁定后，法院并不依职权确定起诉期间，也即并不自动生成禁令效力期限，此时存在三种不同的发展后果：第一，申请人之后主动提起诉讼，同时申请保全；第二，被申请人请求法院作出起诉命令，要求申请人在一定期限内提起诉讼，若申请人在期限内起诉，也可申请保全，若申请人不及时起诉，逾期后被申请人可以请求法院撤销禁令；第三，被申请人自行评估后续诉讼成本，不对禁令提出任何异议，此时禁令即可在期限内保持有效。<sup>〔82〕</sup>

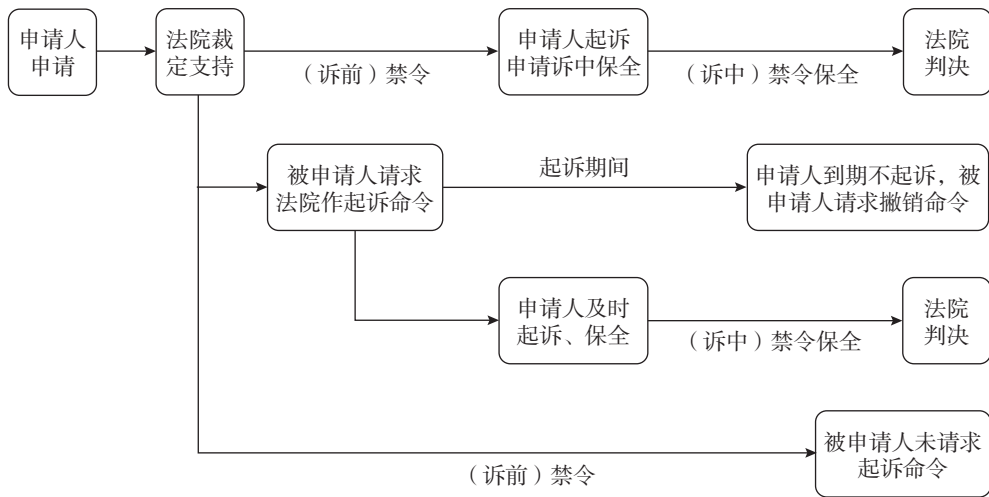


图 2 当事人主动模式

欲在保全程序基础上明确人格权禁令的独立性效果，主要需通过司法解释实现后一种模式的设想。该立法模式也可方便在担保数额、审理时限等人格权禁令希望与保全程序作出区分的事项上单独作出规定。参酌此前大陆法系立法用语，可在未来人格权编司法解释中增设条文如下：

〔82〕 由于人格权禁令保护的是绝对权人格权，故其内容可能表现为“停止侵害”一类持续性不作为义务，此类裁判的执行问题均具有时效共性。参见曹志勋：《停止侵害判决及其强制执行：以规制重复侵权的解释论为核心》，载《中外法学》2018年第4期；胡思博：《论对行为请求权的强制执行》，载《法学杂志》2020年第11期。

第 n 条 申请人在提起人格权诉讼前申请人格权禁令并得到法院支持的,被申请人可向作出禁令的法院或执行法院申请,命令申请人在一定期间内起诉。(第 1 款)申请人在第一款规定的期间内未起诉的,被申请人可向作出禁令的法院或执行法院申请撤销禁令。(第 2 款)

第 n+1 条 人格权禁令适用诉讼保全规则,法律另有规定的,参照其规定。

## 六、结 语

从学者和立法者对独立化禁令的需求分析和制度设计来看,人格权禁令的独立性并非指存在既判力的终局性速审裁判,而是申请人无须依职权负担起诉义务的临时救济。参照海事请求设计的诉前保全制度错误地固化了起诉期间制度,未考虑到保全民事权利的性质差异而直接确定了一律有利于被申请人的安排。从比较法经验来看,诉前临时救济的起诉期间规定可以有职权主义和当事人主义两种模式,我国法亦可在人格权禁令等特殊权利上设定特别规则,<sup>[83]</sup>将对保全的异议机会和促使开启诉讼程序的权利交由当事人(主要是被申请人)行使,此时保全的时限长度自然可以放宽,进而发挥非终局性裁判“终局性”解决纠纷的作用。<sup>[84]</sup>这并不违背保全制度的制度目的和性质定位,在减轻新设禁令制度负担的同时,也可以在当前实定法既有的保全制度的基础上完善临时救济制度。

---

**Abstract:** The main obstacle to the application of personality rights injunction through the preservation procedure is the conflict between the independence of the injunction and the subsidiarity of the preservation, and the duration to claim of the pre-litigation preservation procedure is the prominence of the problem. However, the analysis on the differences between the personality rights injunction and the preservation procedure has its drawbacks, which is the independence of the injunction does not only refer to a final decision, but also to reduction of the applicants' obligation to initiate the proceedings later. According to the legislative system history of China's pre-litigation behavior preservation and related comparative law, there is more party-oriented design for the rules of duration to claim, so the personality rights injunction is not necessarily applied through a newly established injunction procedure.

**Key Words:** personality rights injunction, pre-litigation preservation procedure, duration to claim, maritime preservation procedure, partyism

---

(责任编辑:曹建军 赵建蕊)

---

[83] 参见戴书成:《〈民法典〉第 997 条(人格权侵害禁令)诉讼评注》,载《云南社会科学》2023 年第 1 期。

[84] 例如,由于没有对起诉期间的强制性规定,法国法上的紧急审理程序虽然也仅仅是临时救济措施,但作出后当事人可能就不会提起后续诉讼,进而具有强化纠纷解决的效果。参见张卫平、陈刚编著:《法国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 275-276 页。

## 未成年人个人信息同意能力的理论证成及判定

张素华 尹晓坤\*

**内容提要：**基于未成年人独立发展以及未成年人个人信息自决权行使之需要，未成年人在个人信息处理活动中应具备独立的同意能力。同意能力具有不同于行为能力的独立价值，其仅涉及对信息主体自身权益的防御性处分与让渡，不涉及交易安全价值的维护，对意思能力的要求更低。同意的性质并不影响同意能力的独立价值。实践中同意能力与行为能力的混同源于对个人信息处理行为与基础的服务合同关系的混淆。在同意能力的判定上，应突破年龄标准的局限性，结合个人信息类型、处理目的及处理方式等因素综合判定。8周岁至14周岁之间的未成年人接受符合其认知的在线学习、网络社交、在线影音等基本功能服务，个人信息处理者以非共享方式处理满足最小化原则的非敏感个人信息时，不满14周岁的未成年人可独立同意；在个性化服务场景以及未成年人敏感个人信息处理场景下，即使已满14周岁的未成年人仍不具备相应的同意能力。

**关键词：**个人信息处理 未成年人个人信息 同意能力 行为能力

### 一、问题的提出

《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）第31条针对不满14周岁的未成年人<sup>〔1〕</sup>确立了监护人同意规则。依反对解释，该条文为已满14周岁的未成年人对其个人信息处理进行独立同意提供了法律依据。但14周岁的年龄标准在实践中的适用却颇为困惑，实践中绝大部分互联网平台在处理未成年人个人信息前，均要求要在监护人的指导下阅读隐私政策并征得监护人同意，并未区分未成年人是否已满14周岁。<sup>〔2〕</sup>上述情形意味着，实践中未成年人事实上

\* 张素华，武汉大学法学院教授；尹晓坤，武汉大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金项目“《民法典》的溯及力研究”（21BFX016）的阶段性成果。

〔1〕 本文所指“未成年人”与“儿童”同义，均指18岁以下的自然人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于18岁。

〔2〕 比如《抖音隐私政策》在“6.1 未成年人通用条款”章节中表明：“若你是未成年人，在使用抖音及相关服务前，应在你的父母或其他监护人监护、指导下共同阅读并同意本隐私政策。”参见《抖音隐私政策（2023年10月5日生效版）》，载 [https://www.douyin.com/draft/douyin\\_agreement/douyin\\_agreement\\_privacy.html?id=6773901168964798477](https://www.douyin.com/draft/douyin_agreement/douyin_agreement_privacy.html?id=6773901168964798477)，最后访问时间：2023年10月18日。

难以独立对其个人信息作出同意,《个保法》中14周岁的年龄标准处于难以适用之窘境。

究其根本,立法与实践的脱节源于个人信息处理活动中未成年人个人信息“同意能力”这一概念的模糊。下列事项仍有待理论的澄清与检讨。其一,现有对个人信息同意理论的研究多是將同意主体假定为具有完全辨识能力的理性人,鲜有从未成年人这一特殊主体的角度出发对其独立同意能力加以阐释,使得同意能力的概念及内容在个人信息同意理论的研究中并未形成共识。其二,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)将8周岁与18周岁作为民事行为能力区分的年龄标准,与《个保法》中的14周岁年龄标准形成立法缝隙,那么,在民事行为能力体系下,此种立法缝隙是否意味着同意能力有脱离行为能力制度而独立存在之空间?其与行为能力是否又存在某种体系上的关联?同意能力与行为能力及意思能力三者之关系在理论上应如何界定?其三,即使将同意能力作为未成年人个人信息同意的有效要件,那么未成年人是否具备同意能力应如何判定?在14周岁年龄标准之外是否存在其他考量因素?因此,本文将从《个保法》第31条第1款出发,对未成年人同意能力在理论层面予以证成,着重阐释在行为能力体系下同意能力独立存在的必要性,进而提出同意能力的判定标准及方法,并结合未成年人个人信息处理实践,探讨其同意能力的合理边界。

## 二、未成年人个人信息同意能力之理论证成

大数据时代,未成年人个人信息保护面临着“赋权”与“保护”的平衡,<sup>〔3〕</sup>这一平衡在以“监护人同意”规则为核心的未成年人个人信息同意制度中体现得尤为明显。而未成年人个人信息同意能力作为“赋权”与“保护”之桥梁,对于矫正未成年人个人信息保护的立法理念、强化未成年人个人信息赋权具有不可替代之作用。

### (一) 未成年人独立发展之需要

作为一类特殊群体,未成年人往往被贴上认知肤浅、经验匮乏、辨别能力薄弱等标签。而这种“理性瑕疵”使得未成年人在相当一段时间内无法真正作为权利的享有者,其独立发展的权利一度受到法律及社会观念的制约。追溯至罗马法时期,罗马法将父权视为一种支配权,家子处于家父几乎不受限制的支配之下。<sup>〔4〕</sup>受制于此种支配权的存在,在19世纪以前,未成年人被更多地作为一种纯粹的私人财产看待;随着欧洲儿童自由运动的不断兴起,儿童才开始从成年人的权利中解放出来。<sup>〔5〕</sup>直到19世纪,法律才最终确认儿童达到法定成年年龄得以自动脱离父权的掌控。<sup>〔6〕</sup>1924年国际联盟《儿童权利宣言》(Declaration of the Rights of the Child)首次在国际法律文件中提出“儿童权利”的概念,在儿童的物质、精神及社会福利层面提出一系列倡议。此后,联合国以此为蓝本在1959年通过更新版的《儿童权利宣言》。但在此期间,该宣言之核心仍

〔3〕 参见付新华:《大数据时代儿童数据法律保护的困境及其应对——兼评欧盟〈一般数据保护条例〉的相关规定》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2018年第12期。

〔4〕 参见〔德〕马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第639页。

〔5〕 See Clark Butler, *Children's Rights: An Historical and Conceptual Analysis*, in Clark Butler ed., *Child Rights: the Movement, International Law, and Opposition*, Purdue University Press, 2012, p. 14.

〔6〕 参见朱广新:《未成年人保护的民法问题研究》,中国人民大学出版社2021年版,第5页。

是强调儿童福利以及对儿童施加保护，儿童独立发展及自治的需要并未在宣言中予以认可。1989年，《联合国儿童权利公约》（以下简称《公约》）确立了儿童“不断发展的能力”的概念，即承认未成年人属于具有“渐进自治性”（progressive autonomy）的权利享有者，其独立行使权利需要经历监护人合理控制、引导的阶段，但在此过程中，监护人的介入与未成年人独立发展存在一种此消彼长的关系，其介入之范围伴随着未成年人理解力和成熟度的提升而不断限缩；《公约》第12条又原则性地规定了儿童的参与权，强调有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见，儿童的意见应当根据其年龄以及成熟程度被给予充分的尊重和保护。<sup>〔7〕</sup>《公约》的批准使得儿童独立发展的权利开始得到承认及普遍遵循。随着《公约》在我国批准生效，国内相关立法也将儿童的参与权纳入立法原则中加以规定。如《未成年人保护法》第3条规定：“国家保障未成年人的生存权、发展权、受保护权、参与权等权利。”

由此观之，未成年人独立发展之权利经历了从无到有的历史演变，逐步成为世界各国的理论共识，而这种演变历程实质上实现了未成年人从消极被动的受保护者地位向积极主动的权利享有者地位的转变，这其中以参与权的确立最为典型。但我国未成年人个人信息保护领域之立法理念却与尊重未成年人独立发展这一理论共识背道而驰。在纷繁复杂的网络空间中，未成年人由于心智尚未成熟，对于部分复杂的个人信息处理行为缺乏足够的理解与辨识能力。因此，立法者在未成年人个人信息的监护人同意立法中往往预设了未成年人难以理性且成熟地作出处理自己个人信息的决定这一前提。<sup>〔8〕</sup>而我国又长期处于父权家长制下儿童观的影响之下，这使得我国儿童个人信息保护之立法表现出重“保护”轻“赋权”的价值取向。其中，就有学者指出《个保法》第31条第1款是“建立在在对未成年人保护而非赋权的理念基础上的”<sup>〔9〕</sup>，即该条款所确立的监护人同意规则更加强调限制未成年人自主同意、保护其不受损害的消极功能，而忽略了具备一定成熟度的未成年人可独立进行个人信息处理的同意这一积极效能。<sup>〔10〕</sup>此种立法理念不仅会使儿童作为权利主体之地位受到抑制，也不利于儿童健全人格的发展。

同意能力的确立，顺应了儿童独立发展的理论趋势，使得适用范围遍及“所有影响儿童的事项”的参与权得以延伸至儿童个人信息处理活动中，肯定了儿童在其个人信息处理活动中的主体资格与地位。儿童不再仅仅只是“崇高的目的”（noble causes），而且是“有价值的公民”（worthy citizens）。<sup>〔11〕</sup>同意能力的确立也有助于未成年人在网络活动的决策参与中不断发展，在发展中不断健全其认知能力，进而形成良性循环。第十一次中国未成年人互联网运用状况调查结果显示，参与调查的未成年人互联网普及率达到99.9%，未成年人网络普及度基本趋于饱和。<sup>〔12〕</sup>而

〔7〕 参见前引〔6〕，朱广新书，第11-14页；刘雄：《儿童参与权研究》，光明日报出版社2020年版，第80-81页。

〔8〕 参见王苑：《中国未成年人网络个人信息保护的立法进路——对“监护人或家长同意”机制的反思》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2019年第6期。

〔9〕 江必新、郭锋：《〈中华人民共和国个人信息保护法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第294页。

〔10〕 参见李永军、张兰兰：《未成年人信息同意能力的双重功能及其法律实现》，载《南京社会科学》2022年第4期。

〔11〕 See Katherine Covell, *The Case for the Convention on the Rights of the Child from the Perspective of Child Psychology*, in Clark Butler ed., *Child Rights: the Movement, International Law, and Opposition*, Purdue University Press, 2012, p. 38.

〔12〕 参见方勇、季为民、沈杰、杨斌艳、季琳、叶俊主编：《中国未成年人互联网运用报告（2022）》，社会科学文献出版社2022年版，第3-4页。

在线学习、休闲娱乐等互联网服务的兴起也使得互联网线上活动在儿童成长的道路上不可或缺。随着互联网服务与个人信息处理深度绑定,儿童在使用互联网服务的过程中也必然伴随着个人信息的处理活动,儿童对互联网个人信息处理活动独立同意,也将成为儿童自我决策、自我发展的驱动力。儿童通过不断参与网络及信息处理活动,积极决策,增进对其自身有影响事项的认知,进而在发展中不断成长为能够独立思考的成年人。

## (二) 未成年人个人信息自决权之行使

同意能力在广泛意义上对未成年人主体地位的承认与尊重起到不可替代之作用,而聚焦至个人信息保护领域,确立未成年人信息同意能力,也是个人信息自决权行使之必然。首先,从儿童参与权的权利内容来看,“能够形成自己的看法”“能够自由表达这些看法”等表述表明,参与权实质上具有一种自我决定的属性,<sup>[13]</sup>这与个人信息领域的个人信息自决权理论不谋而合,是儿童参与权在个人信息保护领域的延伸。“个人信息自决权”的概念被德国学者施泰姆勒(Steinmüller)率先提出,并在1984年德国联邦法院著名的“人口普查案”判决后逐渐被学界所熟知和推崇。<sup>[14]</sup>个人信息自决权强调个人对其信息的自我控制,其核心要义在于信息主体得以独立决定是否向他人披露以及是否允许他人使用自己的个人信息。<sup>[15]</sup>而这种自我决定权并不限定享有该权利的主体类型,即使信息主体为未成年人,仍应有其自决之空间。其次,从个人信息自决权的内容来看,尽管个人信息主体在信息处理活动中的各种权利,如查阅复制权、删除权以及信息可携权等,均属广义上信息自决权之范畴,但知情同意规则仍是个人信息自决权的核心。“知情”是个人信息控制权的基础,而“同意”则是信息主体在判断信息处理活动中各种可能性的基础上做出对应选择的自由意志表达,对应了“决定权”的根本属性。<sup>[16]</sup>知情同意规则设置之目的在于从程序上保证个人信息处理活动的透明度,进而确保个人信息自决权的实现,顺应人的主体地位及人格自由发展之需要。由此,同意能力之于个人信息自决权,相当于行为能力之于权利能力,即对于未成年人这一法律主体而言,个人信息自决权何时能够行使、如何得以行使,有赖于同意能力之确立。当然,由于个人信息处理活动的复杂性,未成年人参与个人信息处理活动的认识、辨别能力存在一定的“理性瑕疵”。但这些“理性瑕疵”仅仅关涉在法秩序层面立法者应当在保护性规范中确立未成年人可独立自决的范围,而不是“一刀切”式否定未成年人独立有效之同意。而这也恰恰是同意能力理论提出之动因——确立未成年人可独立做出有效同意之临界节点,并结合未成年人个人信息保护实践明确其独立同意之边界。

此外,个人信息自决权的行使强调对个人信息的有效控制。未成年人的个人信息不同于一般主体的个人信息:一方面,未成年人的生活环境相较于成年人而言更为单一,这使得未成年人个人信息碎片化程度更低,更易进行身份识别,从而增加信息泄露的风险;另一方面,未成年人数据具有更高的成长性。未成年人触网低龄化使得个人信息处理者不仅会获取未成年人的实时网络

• 533 •

[13] 参见前引[6],朱广新书,第14页。

[14] 参见杨芳:《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》,载《比较法研究》2015年第6期。

[15] Vgl. BVerfG NJW 1984, 419 (422).

[16] 参见高志宏:《大数据时代“知情——同意”机制的实践困境与制度优化》,载《法学评论》2023年第2期。

数据，也包括其成长历程数据。<sup>〔17〕</sup>在数字技术的辅助下，将会形成对未成年人的行为偏好、性格特质等的精准分析和预测，从而完成对未成年人数字人格的深度塑造。根据角色理论，数字人格极有可能反哺儿童自我人格之成长与实现。<sup>〔18〕</sup>基于此，这种有效控制不仅强调具备一定成熟度的未成年人可自主控制其信息，也强调对不具备辨识能力的未成年人，通过监护人的介入辅助其有效控制，进而达到真正的符合其利益取向的“信息自决”。而这正是引入同意能力理论所意欲实现的双重功能——除了划定未成年人自我控制的边界外，基于儿童主体的特殊性，对需要监护人介入以达到信息的有效控制这一命题提供“解题思路”。

### （三）同意能力、行为能力与意思能力之区分

综合现有研究及合规实践来看，同意作为民事行为的一种，在其能力判定上仍受到行为能力理论的影响。<sup>〔19〕</sup>我国民法学界在阐述行为能力时也往往诉诸意思能力，并将其作为行为能力之基础。<sup>〔20〕</sup>因而，即使同意能力在未成年人个人信息处理中有存在之必要，但其能否脱离现有行为能力理论而独立存在，仍有赖于辨明同意能力、意思能力以及行为能力概念之关系。

意思能力一词在日本民法学界和司法实务中被长期使用。《日本民法典》于2017年修订时增加了关于意思能力的规定。<sup>〔21〕</sup>意思能力是一种一般人所具备的意思决定能力，指向将自身的意思对外传达给他人以形成一定的法律关系这一场景。<sup>〔22〕</sup>从构成要素上来看，意思能力首先需具备理解能力，即正确认识自己的行为，同时需能够按照该认识控制自己的行为，即自主决定能力。<sup>〔23〕</sup>由于意思能力往往取决于人的心智、经验等因素，多强调人的主观意思，在实务中需要就个案情况予以考察。这种个案审查的方法，一方面使当事人的举证极为困难，甚至需要花费大量的成本（如司法鉴定）才得以判定主体之意思能力；另一方面，意思能力的个案判断依赖法院裁判，这种后置的判定方式使当事人双方在前置的交易过程中均处于一种法律不确定性之中，难以兼顾交易安全。<sup>〔24〕</sup>因此，行为能力制度实际上是意思能力外在表现的特定化与类型化，通过采用标准的行为能力概括具体的意思能力判定，进而达到稳定交易者预期、降低交易成本之目的。<sup>〔25〕</sup>这一观点也被其他国家民法学说或判例采纳。如德国学者认为，行为能力本质上是一种“理智地形成意思的能力”<sup>〔26〕</sup>，即行为能力的判定有赖于具体个案中意思形成能力的判定，但法律交往会因此面临不确定性的困扰，这不符合交易便捷性和安全性的考虑，因而德国民法的地位

〔17〕 参见前引〔3〕，付新华文。

〔18〕 角色理论主张人格的塑造与个人的自我行动以及社会对此的反应有关，每个人都会根据角色的不同需要采取不同的行为方式。

〔19〕 实践中大部分APP均提示不满十八周岁的未成年人仍需就隐私政策获取监护人同意。参见《作业帮用户隐私政策》（2023年3月7日生效版）、《王者荣耀隐私保护指引》（2023年1月3日生效版）等。理论层面的探讨参见冯恺：《个人信息处理中“儿童同意”的年龄标准》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2021年第8期。

〔20〕 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第190页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2021年版，第56页。

〔21〕 参见《日本民法典2017年大修改》，刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译，中国法制出版社2018年版，第3页。

〔22〕 参见〔日〕池田真朗：《民法的精义》，朱大明、陈宇、金安妮、王梓译，清华大学出版社2020年版，第12-13页。

〔23〕 新井誠「権利能力、意思能力、行為能力、不法行為能力」法学教室144号（1999年）16頁参照。

〔24〕 参见前引〔6〕，朱广新书，第31页。

〔25〕 参见常鹏翱：《意思能力、行为能力与意思自治》，载《法学》2019年第3期。

〔26〕 〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第409页。

原则 (Statusprinzip) 得到普遍贯彻, 通过无行为能力和限制行为能力的规定使行为能力有了类型化、标准化的法律判定依据。<sup>〔27〕</sup>《瑞士民法典》则在第 13 条及以下规定: “成年且有判断能力者有行为能力。”这里的“判断能力”的概念意涵与意思能力别无二致, 均以智力因素与意志因素为构成要素。<sup>〔28〕</sup>而我国《民法典》也将“辨认能力”作为除年龄以外判定行为能力的基准, 实质上也肯定了“行为人的意思能力决定其行为能力, 以固化的行为能力标准覆盖大概率具备意思能力的场景, 进而减少交易成本”这一观点。<sup>〔29〕</sup>

综上, 行为能力实质上是意思能力的类型化表达, 其目的在于通过年龄等客观标准实现法律之安定性, 维护交易安全。但行为能力的核心仍是判断行为人的理解能力及自主决定能力, 而形式标准往往存在“一刀切”、忽略个体或情景差异的问题。<sup>〔30〕</sup>因而, 当僵化的行为能力制度在个案中无法确保当事人实现意思自治时 (如心理发育障碍者的意思能力评价), “年龄主义+有条件的个案审查”成为一种较为理想的模式。<sup>〔31〕</sup>

同意能力系指根据法律制度的评价, 自然人可独立且有效同意某种对其自身干预的能力。<sup>〔32〕</sup>这种同意能力既要求信息主体能够意识到自己所同意的范围、自身的行为性质及后果, 也要求信息主体能够具备支配上述认识意思的能力,<sup>〔33〕</sup>这与意思能力所要求的理解能力和自主决定能力相契合。因而, 无论是行为能力或是同意能力, 均以主观上具备一定的意思能力为前提, 这种意思能力包括基于理解行为性质、内容及目的的智力因素以及基于控制自我行为的意志因素, 这也是部分观点将同意能力与行为能力混同的原因之一。但同意能力对意思能力的要求往往比行为能力更低。首先, 行为能力制度的设立更多是基于交易成本和交易安全的考虑。而在交易行为中, 当事人除了需要对交易双方的行为和后果有相应的认知外, 还需要有交往关系中平衡和合理计算利益的智慧, 因而交易活动以更高的效果意思为要素, 此时主体需具备更高的意思能力才能取得其意欲发生的法律效果。<sup>〔34〕</sup>而在个人信息处理场景中, 根据《民法典》及《个保法》之规定, 个人信息处理活动包括收集、存储、加工、使用、提供等事实行为, 对该些行为的同意仅意味着同意他人在授予的权限内从事某项事实行为, 仅涉及个人信息主体对其自身权益的防御性让渡, 并不涉及双方交易中的取舍与权衡; 且该同意行为的法律效果也并非完全是信息主体“意欲”发生, 因为其在实现对应的服务场景外一般并不具备更多对信息主体来说可真实获益的处理目的。<sup>〔35〕</sup>因而, 即使是未成年人作为信息主体, 也仅需要具备认知到这一单方处分行为的性质和后果, 并能够根据自己的经验及利益作出是否接受的同意表示的意思能力即可。可以说, 信息同意能力对意思能力的要求仅及于建立在认知基础之上的判断能力层次; 而民事行为能力则将意思

〔27〕 参见〔德〕维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》, 迟颖译, 法律出版社 2013 年版, 第 214-215 页。

〔28〕 参见前引〔10〕, 李永军、张兰兰文。

〔29〕 参见前引〔25〕, 常鹏翱文。

〔30〕 参见朱庆育:《民法总论》, 北京大学出版社 2016 年版, 第 242-243 页。

〔31〕 参见张俊浩主编:《民法学原理》(上册), 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 109 页;

〔32〕 Vgl. Ansgar Ohly, Volenti non fit iniuria-Die Einwilligung im Privatrecht, 1. Aufl., 2002, S. 293-295.

〔33〕 参见黄芬:《侵权责任法中的受害人同意能力》, 载《暨南学报(哲学社会科学版)》2010 年第 2 期。

〔34〕 参见龙卫球:《民法总论》, 中国法制出版社 2002 年版, 第 218-219 页。

〔35〕 参见万芳:《个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”》, 载《中国法学》2021 年第 1 期。

能力推及更高的在运用认知判断的基础上形成的推理能力层次。<sup>[36]</sup> 其次,《中国未成年人互联网运用状况报告(2022)》调查结果显示,参与调查的未成年人中,10岁前首次接触互联网的比例高达44.6%。<sup>[37]</sup> 首次触网的低龄化意味着未成年人在网络个人信息处理环境中的意思能力显然与限制行为能力制度所划定的年龄界限(8~18周岁)存在较大的出入,过高的行为能力要求反而会阻碍未成年人除个人信息保护外其他利益的实现(如社交利益、社会参与权等),不符合有利于未成年人利益推定的基本原则。从比较法视角观之,同意能力与行为能力的区分论也逐渐成为主流观点。比如德国联邦最高法院的判例认为,如果考察一名未成年人内在的成熟程度,发现其能够对侵害行为以及同意该种侵害的后果进行理解并衡量,那么该未成年人可独立进行同意。<sup>[38]</sup> 美国判例中亦承认未成年人在其发展的不同阶段获得了同意不同种类的入侵和行为的能力,如果一个未成年人能够理解同意的事项、程度及可能的后果,则其就可以作出有效同意。<sup>[39]</sup> 这也能够说明《个保法》第31条所规定的14周岁标准,与民事行为能力制度所规定的18周岁产生一定程度背离之原因。

再者,同意能力具备与否决定了未成年人是否能够独立进行同意,行为能力具备与否则决定了行为主体能否独立实施法律行为。因而,有学者试图由上述关系推论出,同意行为的性质认定决定了同意能力与行为能力之间的关系。<sup>[40]</sup> 如果同意是一种意思表示,则同意能力当然为行为能力所涵括,反之则存在一定的独立价值。但本文认为,同意行为的法律定性并不能成为同意能力独立性论证的决定性因素,此种论证陷入了一种“非黑即白”的逻辑误区。个人信息同意的性质认定在学理上存在争议,大体上分为意思表示肯定说与否定说两类。<sup>[41]</sup> 支持“意思表示否定说”的学者认为,同意行为的法律效果在于阻却个人信息处理活动的违法性,这种法律效果经由《个保法》第13条所确立,而非依据信息主体的意愿所确立,其是一种准法律行为。<sup>[42]</sup> 但从学理角度而言,准法律行为在实定法中甚少着墨,在法律适用时原则上需类推适用法律行为相关规定,而法效意思的缺失势必会使得同意所需之意思能力显著降低,径行适用行为能力相关规定极有可能导致具备意思能力的未成年人的发展权及自决权受损。而在“意思表示肯定说”的阵营之中,多数学者也难以解释意思表示相关规则(如意思表示撤销与撤回)在个人信息同意中的适用困境,认为同意即使是一种意思表示,也属于一种“非典型意思表示”,与传统的意思表示并不完全契合,只有在《个保法》无特殊规定之情形下,才适用意思表示相关法律规则。<sup>[43]</sup> 此时,

[36] 参见李庆华:《论民事行为能力与民事责任能力》,载《法商研究》1999年第1期。

[37] 参见前引[12],方勇、季为民、沈杰、杨斌艳、季琳、叶俊主编书,第4页。

[38] 参见前引[26],迪特尔·梅迪库斯书,第162页。

[39] See Cardwell v. Bechtol 724 S. W. 2d 739.

[40] 参见前引[19],冯恺文。

[41] 支持“意思表示肯定说”的观点参见前引[10],李永军、张兰兰文;陆青:《个人信息保护中同意规则的规范构造》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期;郑佳宁:《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》,载《东方法学》2020年第2期。支持“意思表示否定说”的观点参见程啸:《论个人信息处理中的个人同意》,载《环球法律评论》2021年第6期;王琳琳:《个人信息处理“同意”行为解析及规则完善》,载《南京社会科学》2022年第2期;张新宝:《个人信息保护法的基础理论与制度安排》,载<https://www.civillaw.com.cn/gg/t/?id=38270#>,最后访问时间:2023年7月9日。

[42] 参见前引[41],程啸文。

[43] 参见于海防:《个人信息处理同意的性质与有效条件》,载《法学》2022年第8期。

即使同意属于意思表示的一种,但同意能力仍具备独立价值。由此来看,无论如何定性同意行为,实际上均不影响同意能力区别于行为能力而独立存在。况且,基于个人信息所具备的人格权益属性,同意确有阻却不法之功能,但同意作为意思自决的一种外化表达,也难以脱离作为私法自治工具的法律行为之束缚,同意之效果完全法定的结论亦与常识相悖。而此种非典型性的同意行为亦需通过同意能力体系之建构,跳脱法教义学视角之桎梏,为未成年人参与个人信息处理活动决策提供最佳保护。

实践中之所以出现以行为能力的年龄标准判定未成年人是否可独立同意的情形,是因为混淆了个人信息处理行为与基础的服务合同关系,进而将民事行为能力下的效力判定规则错误地适用于个人信息处理活动中。尽管实践中的个人信息处理活动通常会基于一定的服务场景,但这并不意味着基础的服务合同与个人信息处理行为为同一法律关系。首先,我国《个保法》第16条规定个人不同意处理信息或撤回同意,个人信息处理者不应拒绝提供服务,这表明个人信息的提供与否并不必然影响基础服务的合同成立。<sup>[44]</sup> 个人信息处理中的同意仅能作为对外提供个人信息的合法性依据,其因缺乏主给付义务而难以上升至债务合同意义上的合同同意。<sup>[45]</sup> 欧洲数据保护监督员(European Data Protection Supervisor)在2017年3月发布的《关于数字内容供应合同某些方面的指令提案的第4/2017号意见》中,亦否定个人信息可被作为对价换取数字内容服务这一观点,认为其不符合《欧盟基本权利宪章》第8条将个人数据保护作为一项涉及人格利益的基本权利的规范目的。<sup>[46]</sup> 其次,尽管《个保法》第13条将履行合同所必需作为个人信息处理活动的合法性基础之一,但这并不意味着立法者将个人信息处理活动本身作为合同之标的。欧洲数据保护委员会(European Data Protection Board)曾在其2019年发布的指南中明确指出,在线服务合同的签署并不等同于个人信息的同意,这是两种不同的合法性基础,而“履行合同所必需”这一合法性基础仅指向个人信息处理活动构成服务重要组成部分的情形,比如线上购买合同中获取信用卡支付信息及收货地址信息。<sup>[47]</sup> 在此情境下,提供个人信息的行为仅仅是作为一种辅助履行合同的情形,而非直接构成合同之标的。

• 537 •

### 三、未成年人个人信息同意能力之判定

前文在应然层面论证了未成年人在个人信息处理中同意能力的独立价值,在实然层面则需关注如何为同意能力的判定提供细化之依据。尽管《个保法》第31条似乎是将14周岁作为确定未成年人同意能力的唯一标准,但就同意能力的内涵而言,同意能力以具备一定的意思能力为前提,本应进行个案实质判断。考虑到个案判断势必会影响法律安定性,立法者采取固化年龄标准这一立法技

[44] 参见林涓民:《个人数据交易的双重法律构造》,载《法学研究》2022年第5期。

[45] Vgl. Patricia Maria Rogosch, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2013, S. 45f.

[46] See European Data Protection Supervisor, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on Certain Aspects concerning Contracts for the Supply of Digital Content*, 14 March 2017.

[47] See European Data Protection Board, *Guidelines 2/2019 on the Processing of Personal Data under Article 6 (1) (b) GDPR in the Context of the Provision of Online Services to Data Subjects*, Version 2.0, 8 October 2019.

术，强制将符合同一年龄条件的自然人同等对待，降低法律运行的不确定性。<sup>〔48〕</sup>由此，固化的年龄标准虽可以节约判断成本，但仍难以涵括同一年龄的儿童在其行为和思想层面的现实差异。<sup>〔49〕</sup>随着未成年人不断成长发育，其易变性也将随着年龄增长而不断增大，尤其是进入义务教育阶段之时，儿童开始深度参与社会生活，其意思能力也会发生跃进式突变。<sup>〔50〕</sup>此时，儿童意思能力与年龄标准之间的鸿沟将愈加明显。因此，为最大限度地平衡法律稳定性与个案的实质公平，同意能力之判定在以14周岁为原则的基础上，仍需适度扩张其裁量因素，以弥补年龄标准的局限性。

#### （一）未成年人个人信息同意能力判定的裁量因素

本文认为，应将个人信息类型、个人信息处理目的及个人信息处理方式纳入未成年人同意能力判定的考量范围。首先，同意能力是主体对其所作决定的性质、程度以及后果的理解能力，<sup>〔51〕</sup>这种理解能力关涉未成年人主观上对事物认知的成熟程度。当然，因主观心理内在的不易显现，法律主体主观意思能力的判定在实务中面临一定的困难。同为主观状态之判定，侵权法领域的过错认定也一度面临此种难题。在侵权法领域的过错理论中，主观过失理论曾一度占据主导地位，该理论认为对于行为人过错的判断应采取主观标准，即考察行为人的心理状态。但心理状态难以证明，且在新型危险事故中难以有效保护受害人之利益，为矫此弊，现代侵权法开始转向过错客观化的认定方式，根据社会生活共同需要，提出以客观标准来判断行为人之过错，并在此基础上形成“善良管理人”等客观化的判定标准。<sup>〔52〕</sup>这种客观化的判定路径可为同样以未成年人主观意思能力为基准的同意能力的判定所借鉴。未成年人的同意能力本质上是考察未成年人对个人信息处理行为的性质、内容及后果等事项同意之能力，因此，当此种主观意思转化为客观化认定时，必然需要将同意在客观上所指向的对象，即其所同意事项的客观标准纳入同意能力之考量范围。这在比较法上同样有迹可循，比如日本《个人信息保护指南》将需法定代理人代为同意的未成年人年龄限定在12周岁至15周岁的弹性区间内，并通过处理个人信息所涉事项的性质单独确定个案中未成年人可独立同意的具体年龄。<sup>〔53〕</sup>

而个人信息处理行为的性质、内容及后果这一同意事项在客观上可拆解为个人信息类型、处理目的及处理方式这三大核心要素。其一，个人信息处理活动均可以简化为“个人信息处理者因何种目的而处理信息主体（未成年人）的何种个人信息，该主体会获取何种服务之便利”这一基本构成。比如，工业和信息化部曾在2021年开启“信息通信服务感知提升行动”的监管活动，要求互联网平台企业建立个人信息保护“双清单”，即已收集个人信息清单和与第三方共享个人信息清单，“双清单”简明扼要地将信息主体最为关注的信息处理规则内容予以展示，但“双清单”的告知内容仍未脱离信息种类、使用目的、使用场景及共享方式等核心要素。<sup>〔54〕</sup>实践中绝大部分互联网服务的隐私政策中最核心的个人信息处理规则，也均表现为上述三大要素，比如《微博隐私政策》（2022年3月3日生效版）在“我们如何收集和使用您的个人信息”一章中，对

〔48〕 参见戴津伟：《年龄立法的原理与技术研究》，载《学术交流》2016年第12期。

〔49〕 参见前引〔19〕，冯恺文。

〔50〕 参见朱广新：《民事行为能力制度的体系性解读》，载《中外法学》2017年第3期。

〔51〕 参见前引〔41〕，程啸文。

〔52〕 参见程啸、张发靖：《现代侵权行为法中过错责任原则的发展》，载《当代法学》2006年第1期。

〔53〕 個人情報保護委員会「『個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン』に関するQ&A」，平成29年2月16日（令和5年5月25日更新），Q1—62，16頁参照。

〔54〕 参见工业和信息化部《关于开展信息通信服务感知提升行动的通知》（工信部信管函〔2021〕292号）。

注册和登录账号这一功能所涉及的个人信息处理活动表述为“在您注册微博账号或使用账号管理功能添加其他账号时，我们会通过注册和登录流程收集您的账户昵称、密码、密码保护选项、电子邮箱、手机号码”。其二，《个保法》第14条第2款规定，在个人信息种类、处理目的及处理方式发生变更时应重新获取信息主体的同意。该条款表明，立法者将个人信息种类、处理目的及处理方式作为对个人信息权益影响最大的三个要素。<sup>〔55〕</sup>《个保法》第6条要求针对个人信息的处理应与处理目的直接相关，这使处理目的成为个人信息处理活动中最基础之要素，即处理目的决定了个人信息的类型以及以何种方式来处理。当处理目的变更时，个人信息处理的范围也会随之变化。而处理方式的变更，也会对信息主体产生重大影响。在此基础上，未成年人个人信息的身分易识别性使得个人信息种类、处理目的及处理方式对未成年人个人权益的影响愈加突出。因此，个人信息类型、处理目的及处理方式应纳入同意能力判定的裁量范围。

其次，如文义解释无法揭示条文的真实含义，则应考虑以法律条文在体系上的关联性来探求其含义。<sup>〔56〕</sup>“不满14周岁未成年人个人信息”的表述使《个保法》第31条与第28条建立起体系上的关联。《个保法》第28条将不满14周岁的未成年人个人信息纳入敏感个人信息予以保护，这是因为未成年人对其个人信息的控制力较弱，极易在难以辨认个人信息处理活动风险的基础上随意授权，且又深度参与网络活动，信息暴露程度高，更易面临信息泄露所带来的权益侵害风险。<sup>〔57〕</sup>上述未成年人的特质也是监护人同意规则设立的根本原因。从敏感个人信息的界定来看，尽管《个保法》第28条通过列举的方式将部分个人信息类型纳入敏感个人信息予以规定，但已被列举的信息类型的敏感度并非一成不变。通说认为，个人信息敏感性应结合“场景要素”进行综合判定。<sup>〔58〕</sup>如若个人信息的敏感度不足以达到“一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害”的程度，已被明确列举的敏感个人信息类型也可在满足一定场景要素的前提下被择出。由此推论，不满14周岁未成年人的个人信息这一“敏感个人信息”也可因场景因素之影响而脱离权益侵害高风险的敏感度要求，从而不具备适用监护人同意规则之前提（随意授权带来的权益侵害高风险），进而具备同意能力。而对于场景要素的提取，尼森鲍姆教授将影响信息敏感度的场景变量归结为信息主体、信息性质、信息传输原则、信息发送者以及信息接收者五项。<sup>〔59〕</sup>有学者考虑将处理目的、处理条件、信息控制者和潜在的信息接收者之利益、处理后果等作为场景因素。<sup>〔60〕</sup>有国内学者进一步结合学说及立法，将场景要素区分为信息主体、信息处理者、第三方主体、信息性质及处理目的的五类。<sup>〔61〕</sup>但无论采取何

〔55〕 参见周汉华：《个人信息保护法条文精解与适用指引》，法律出版社2022年版，第120页。

〔56〕 参见王利明：《法律解释学导论：以民法为视角》（第3版），法律出版社2021年版，第287页。

〔57〕 参见宁园：《敏感个人信息的法律基准与范畴界定——以〈个人信息保护法〉第28条第1款为中心》，载《比较法研究》2021年第5期。

〔58〕 参见王利明：《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》，载《当代法学》2022年第1期；张勇：《敏感个人信息的公私法一体化保护》，载《东方法学》2022年第1期；孙清白：《敏感个人信息保护的特别制度逻辑及其规制策略》，载《行政法学研究》2022年第1期；前引〔58〕，宁园文。

〔59〕 See Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010, pp. 140–147.

〔60〕 See Spiros Simitis, *Revisiting Sensitive Data* (1999), *Review of the Answers to the Questionnaire of the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data* (ETS 108) (Strasbourg, 24–26 November 1999), available at <http://rm.coe.int/09000016806845af>, last visited on Jul. 9, 2023.

〔61〕 参见王苑：《敏感个人信息的概念界定与要素判断——以〈个人信息保护法〉第28条为中心》，载《环球法律评论》2022年第2期。

种要素提取之方式，个人信息类型、处理目的及处理方式这三大要素均包含在场景要素中，对此已形成一定程度的共识。<sup>〔62〕</sup>这也在我国立法上有所体现，比如《个保法》第26条从信息类型（个人图像、身份识别信息）、处理目的（维护公共安全）、处理方式（维护公共安全的组织采集或识别）等条件限定出发，排除了属于生物识别信息类别的人脸信息在上述场景中的敏感性。由此，即使依照个人信息主体之特殊性，将不满14周岁的未成年人个人信息纳入敏感个人信息之范畴，但如若信息的类型、处理目的以及涉及信息处理者和第三方共享等处理方式上并未表现出相当的敏感度，则仍可以将此场景从敏感个人信息中择出，判断其具备独立同意之能力。

## （二）未成年人个人信息同意能力裁量因素之具体适用

在将个人信息类型、处理目的及处理方式纳入同意能力判定的裁量因素后，未成年人个人信息同意能力将会以14周岁为分界，形成一定的例外性规范，即不满14周岁的未成年人在一定情形下仍具备辨识自己行为及后果的能力，进而得以判定其具有同意能力；相反，即使是已满14周岁的未成年人，仍可能存在不具备同意能力之例外情形。为防止个案判断的随意性，以下将通过同意能力判定裁量因素的具体适用，结合个人信息保护实践就例外性场景予以细化。

### 1. 不满14周岁未成年人同意能力判定中的具体适用

尽管不满14周岁的未成年人在一定情形下仍具备同意能力，但由于在未满14周岁的成长阶段，未成年人的心智发展程度仍存在较大的“理性瑕疵”，在结合个人信息类型、处理目的及处理方式等裁量因素对未成年人同意能力进行判定时，仍应依循未成年人最大利益原则对未成年人进行充分保护，以达到“赋权”与“保护”之平衡。因此，在对不满14周岁未成年人同意能力进行判定时，个人信息类型、处理目的及处理方式应为其必要条件，在具体适用时予以严格限制，只有同时满足下列条件方可认定未成年人具备独立同意能力。

（1）信息主体年龄：8周岁至14周岁。前述已论及，同意能力与行为能力因意思能力而相互关联又相互区分。同意作为广义上民事行为的一种，在其能力判定中仍需考虑与行为能力制度衔接的问题，以防止出现新的法律适用困境。尽管在《民法典》编纂期间，是否下调限制行为能力的年龄下限以及如何下调的问题引起了广泛的争议，但最终立法者按照“积极又稳妥的要求”，将限制民事行为能力人的年龄下限修改为8周岁。<sup>〔63〕</sup>8周岁作为取舍权衡后的年龄划分基准，表明8周岁以下儿童的意思能力难以支持其在个人信息处理活动中理性地形成同意。同时，《中国未成年人互联网运用状况报告（2021）》调查结果显示，未成年人首次触网年龄集中在6~10岁。<sup>〔64〕</sup>因而将不满14周岁但可独立同意的儿童限制在8周岁以上，既符合互联网相关实践，又能够与行为能力制度相衔接。

（2）处理目的：与未成年人认知相匹配的学习、生活、社交、娱乐等基本功能服务。实践中，基于最小必要原则的要求，个人信息处理活动往往伴随一定的处理目的，而多种处理目的构成了某一类产品或服务下的不同功能。2022年发布的数据显示，在未成年网民中使用占比较高（占比40%以上）的互联网活动主要集中于在线学习、听音乐、玩游戏、聊天、看短视频以及搜

〔62〕 部分学者所提及的信息性质实质上等同于信息类型，第三方主体、信息接收方等表述实际指向信息共享等处理方式。

〔63〕 参见《第十二届全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉审议结果的报告》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c12435/201703/23e1fcfe184d401597d3b03a796e5705.shtml>，最后访问时间：2023年7月9日。

〔64〕 参见季为民、沈杰、杨斌艳、季琳主编：《中国未成年人互联网运用报告（2021）》，社会科学文献出版社2021年版，第4页。

索信息,除此之外,社交网站、看视频、看动漫及直播等活动未成年人也可能涉猎。<sup>[65]</sup>从其他数据源来看,未成年人所集中高频使用的互联网服务类型也大致相同,在线学习、网络游戏、聊天、视频音乐等活动占比仍名列前茅。<sup>[66]</sup>这表明,学习教育类、在线影音类、即时通信类、网络社区类等以学习、生活、社交、娱乐为目的的服务,因与未成年人成长生活息息相关,被使用的频率较高。基本服务往往限定在大众所能理解的与互联网服务品类直接相关的服务,如学习教育类的基本服务为“在线辅导、网络课堂等”,<sup>[67]</sup>课程购买、个性化广告等场景则不在基本服务之列,未成年人对于基本服务的理解也达到了相当程度的认知水平。国家互联网信息办公室等四部门联合发布的《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》也根据实践的需要,将常见的互联网应用的基本服务与其所需的个人信息必要范围予以界定,能够为“与未成年人认知相匹配的学习、生活、社交、娱乐等基本功能服务”的处理目的认定提供实践指引。因而在此类场景下,应存在不满14周岁的未成年人独立同意之空间。

值得注意的是,尽管网络游戏也是未成年人娱乐的主要方式,但网络游戏领域是未成年人网络防沉迷监管的重点领域,存在诸多监管限制,且网络游戏往往具有一定的诱导性,未成年人会因网络游戏界面的绚丽以及玩法的多样而忽略其中的信息泄露风险。因而,未成年人网络游戏类服务不应被纳入独立同意能力判定的考量范围内。

(3) 信息类型:实现基本服务所必需的非敏感个人信息。在前述处理目的限制的前提下,对于该些处理目的所需要获取的未成年人个人信息,理应符合《个保法》所确立的信息最小化原则,包括收集的个人信息类型应与实现产品或服务的业务功能直接相关,以及在自动化采集的条件下应满足最小化频率之要求。<sup>[68]</sup>只有与处理目的直接相关的信息,才能够为未成年人所理解。如在线学习功能下,所必要的个人信息仅为注册用户移动电话号码及必要的学习记录,用于在服务内展示。至于为何将信息类型限定在非敏感个人信息,将在已满14周岁未成年人同意能力判定的适用中具体阐述。

(4) 处理方式:排除信息共享等可能加剧信息泄露风险之方式。数据共享是数据从数据控制者到数据使用者之间的流动。<sup>[69]</sup>一方面,在个人信息领域,信息共享往往意味着在个人信息处理活动中存在多个信息处理主体,尤其是信息主体为不满14周岁的未成年人时,信息处理链条越长,参与主体越多,他们往往越难以从表象判断被共享主体的数据安全保障能力及承责能力;另一方面,这种流动会进一步削弱未成年人对其个人信息的控制,进而使得个人信息泄露的风险更高。因而,出于对不满14周岁的未成年人的保护,如存在信息共享的处理方式,则难以确认其具备独立同意之能力。

## 2. 已满14周岁未成年人同意能力判定中的具体适用

已满14周岁的未成年人即使已具备一定的识别能力,但基于互联网服务的黑箱问题、诱导问题等现状,仍有可能被判定为不具备相应的同意能力。需注意的是,否定已满14周岁未成年

• 541 •

[65] 参见共青团中央维护青少年权益部、中国互联网络信息中心:《2021年全国未成年人互联网使用情况研究报告》,载 [http://news.cyol.com/gb/articles/2022-11/30/content\\_Q4V0qztjZm.html](http://news.cyol.com/gb/articles/2022-11/30/content_Q4V0qztjZm.html), 最后访问时间:2023年7月9日。

[66] 参见前引[12],方勇、季为民、沈杰、杨斌艳、季琳、叶俊主编书,第41页。

[67] 参见《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》中关于移动互联网应用服务基本功能的分类标准。

[68] 参见龙卫球:《〈中华人民共和国个人信息保护法〉释义》,中国法制出版社2021年版,第25页。

[69] 参见高富平:《数据流通理论——数据资源权利配置的基础》,载《中外法学》2019年第6期。

人的同意能力，是基于对未成年人实施特殊保护这一理念，将“赋权”劣后于“保护”。因此，只要某一处理场景（无论是否涉及全部的裁量因素）所带来的风险难以为已满14周岁的未成年人所识别，其风险足以危及未成年人特殊保护这一根本目标，仍可直接否定其同意能力。也即，裁量因素将会是已满14周岁未成年人同意能力判定的充分条件，只要具备下列其一即可判定其不具备相应的同意能力。

#### （1）处理目的：个性化推送服务

个性化推送服务的基本运行逻辑在于通过算法分析从各种渠道获取的用户个人信息，预测用户的偏好、行为习惯等特征，并进行精准信息推送或广告触达。<sup>〔70〕</sup> 个性化推送服务虽在一定程度上可以助益未成年人的成长，比如部分在线学习应用会根据未成年人不同年龄推荐课程内容，但个性化推送服务的终极目标在于吸引、诱导用户进而增加其用户黏性，扩大其线上营销收入，这表现为个性化推送服务的按钮在APP内往往极为隐秘且默认开启，如抖音（软件版本号为version24.5.0）将个性化内容推送开关的管理页面置于冗长的完整版隐私政策正文的超链接中，且完整版隐私政策的查看也需要通过点击简明版隐私政策正文中的超链接实现。这对缺乏自制力的未成年人来说会加剧其沉迷网络的风险。英国信息委员会在2019年的报告中也指出，儿童会受到擅长“轻推”技术的应用程序的诱导，在网络上花费越来越多的时间。<sup>〔71〕</sup>

更为关键的是，个性化推送服务所涉及的个人信息处理活动，其内容与后果均远超未成年人的理解能力范围。首先，个性化推送服务本质上是基于用户画像的服务，其运行机制的核心在于通过大量的个人信息投喂，以算法模型训练的方式达到固化用户画像标签的目的。对于未成年人而言，获取的个人信息越多，其画像标签越具体，个性化推送的机制则会越依赖于画像标签投放未成年人偏好的内容，所形成的浏览记录等信息则会重新进入画像标签训练的模型之中进一步修正其画像偏好，形成“信息—画像”的循环。一方面，这种模式会根据未成年人的偏好变化修正其画像标签的精准度，使得未成年人对平台所推送的内容难以拒绝，增加沉迷网络的风险；另一方面，个性化推送服务作为一种信息自动过滤和分发工具，依据此种画像机制所推送的内容将会越来越集中于未成年人所偏好的内容，进而带来“信息茧房”以及“过滤泡泡”（Filter Bubble）<sup>〔72〕</sup>等弊端，限缩其认识世界的视野，这对正处于成长中需要广泛接收信息以形成正确人生观的未成年人是极为不利的。其次，未成年人的个人信息相较于成年人而言具有一定的成长性，这种成长性意味着，一旦未成年人个人信息进入用户画像机制中，将难以有效删除，长此以往，这种差异化的预测分析可能会加剧未成年人的身份歧视，而这种歧视往往难以评估后果，致使事后追责也极为困难。<sup>〔73〕</sup> 此外，算法的不可解释性和“算法黑箱”的问题会加剧个性化推送所涉及的信息处理活动的复杂度，当数据的输入及画像标签的输出均需要通过算法模型进行时，未成年人往往难以理解相关处理活动的运算逻辑。即使算法服务提供方对外披露其个性化推荐算法运行机制，但在对

〔70〕 参见林涓民：《个性化推荐算法的多维治理》，载《法制与社会发展》2022年第4期。

〔71〕 See Information Commissioner's Office, *Age Appropriate Design: A Code of Practice for Online Services*, available at <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/childrens-information/childrens-code-guidance-and-resources/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services>, last visited on Sept. 30, 2023.

〔72〕 See Eli Pariser, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*, Penguin Books, 2011, p. 5.

〔73〕 参见孟晓丽：《数字时代父母对未成年子女信息权益的法律保护研究》，载 <https://doi.org/10.13624/j.cnki.jgupss.20221209.002>，最后访问时间：2023年7月9日。

外披露的表述上,平台往往会弱化甚至忽略可能造成的后果,<sup>[74]</sup>使得未成年人难以对个性化推送的负面影响形成有效认知。综上,在个性化推送服务场景下,因未成年人无法准确判断信息处理的内容及可能对其带来的后果,应认定其不具备同意能力。

## (2) 个人信息类型:未成年人敏感个人信息处理

《个保法》第28条将信息主体客观上所面临的权益侵害风险作为敏感个人信息界定的法律基准,<sup>[75]</sup>这意味着被界定为敏感个人信息的信息类型,无论该信息是否为未成年人的个人信息,均面临相当程度的权益侵害风险。而未成年人相较于成年信息主体信息控制能力更弱,且由于其在网络世界的活跃度较高,个人信息暴露程度更高,因此,未成年人的敏感个人信息的处理所面临的权益侵害风险实则比一般敏感个人信息要更为严峻,换言之,未成年人敏感个人信息的处理是一种“风险叠加”式的个人信息处理活动。比如就行踪轨迹而言,目前市面上的儿童电话手表为让父母实时掌握孩子的行踪,均在出厂时自带精准定位功能,部分品牌型号的电话手表甚至宣传能够精准定位孩子所在的具体楼层,<sup>[76]</sup>但此项行踪轨迹信息如被泄露或不当使用,将会使未成年人的人身安全面临巨大的风险,未成年人本人及其家庭均难以承受此种损害后果的发生。因而,此种个人信息处理活动的风险是未成年人自身难以独立做出权益让渡的。在一般敏感个人信息的处理中,针对成年且有判断能力的信息主体,《个保法》仍在知情同意环节设置了“单独同意”的要求,以补强信息主体对敏感个人信息权益侵害风险的认知及判断,举轻以明重,当面对未成年人敏感个人信息的处理活动时,应当在“单独同意”之外,纳入其他降低风险之措施。比如针对上述举例,国外对针对未成年人获取精确地理位置信息或轨迹追踪服务也设定了特殊保护义务,英国《适龄设计规范》(Age Appropriate Design Code)要求默认情况下在线服务应关闭地理位置选项,且当位置跟踪选项处于持续开启状态时,要以显著的标志提示儿童,并在每次服务后自动关闭跟踪。<sup>[77]</sup>而在我国,可结合敏感个人信息的类型,认定在此场景下未成年人不具有单独同意的能力,在知情同意阶段纳入监护人介入同意的额外环节,以对信息处理风险予以告知与控制。

• 543 •

## 四、结 语

“赋权”与“保护”始终是未成年人个人信息保护所面临的重大课题。赋予未成年人在个人信息处理中独立的同意能力,不仅顺应了未成年人独立成长、独立发展之需要,也是个人信息自决权在未成年人这一特殊主体上的延伸。同意能力不等同于行为能力,其并不涉及交易安全保障之价值目标,所需具备的意思能力的要求更低,这也是同意能力独立价值之所在。而在同意能力的判定上,应突破年龄标准的局限性,考虑个人信息类型、处理目的以及处理方式等因素进行综合判定。本文也以此裁量因素为蓝本进行同意能力判定的具体适用,提出了同意能力判定中的例

[74] 比如小红书(软件版本号为v7.77)仅在算法说明界面说明可能会处理“设备信息、地理位置信息、浏览记录和点击操作记录”,在处理方式上仅强调“会使用计算机算法对上述信息进行自动计算和分析,以此来提取您的个性化特征,并向您推荐您可能感兴趣的内容”,并未说明算法的运行机制及可能对个人尤其是未成年人产生的影响。

[75] 参见前引[57],宁园文。

[76] 如小天才z8少年版电话手表在其宣传页说明该款手表可以定位至所在楼层,且能够通过定位系统获取未成年人实时轨迹,详见<https://www.okii.com/html/pc/products/z8.html>,最后访问时间:2023年7月9日。

[77] 参见前引[71]。

外性规范场景。当 8 周岁至 14 周岁之间的未成年人接受符合其认知的在线学习、网络社交、在线影音等基本功能服务，个人信息处理者以非共享方式处理非敏感个人信息时，不满 14 周岁的未成年人可独立同意；当在个性化服务场景以及未成年人敏感个人信息处理场景下，即使已满 14 周岁的未成年人仍不具备相应的同意能力。

---

**Abstract:** Based on the needs of the independent development of minors and the exercise of their right to self-determination in personal information, minors should have the independent capacity for consent in the processing of personal information. The capacity for consent has an independent value, which makes it different from the legal capacity. The capacity for consent only involves the defensive disposition and transfer of the information subject's own rights and interests, and it does not involve the maintenance of transaction security value, so the requirement of the capacity for consent is often lower. The nature of consent does not affect the independent value of the capacity for consent. In practice, the confusion between the capacity for consent and the legal capacity stems from the confusion between the processing behavior of personal information and the basic contractual relationship of service. In the judgment of capacity for consent, the limitations of age standard should be broken, and the comprehensive judgment should be made by combining the types of personal information, processing purposes and processing methods. When minors between the ages of 8 and 14 engage in basic functional services such as online learning, online social networking, online video and audio that meet their cognition, and their non-sensitive personal information is processed to a minimum range in a non-shared manner, minors under the age of 14 may consent independently. In the context of personalized service and processing minors' sensitive personal information, even minors over 14 years old still do not have the corresponding consent capacity.

**Key Words:** processing of personal information, personal information of minors, capacity for consent, legal capacity

---

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

## 消费性基因检测场景下的个人基因信息保护

田野\*

**内容提要：**消费性基因检测的兴起催生了大量的个人基因信息处理活动，检测机构成为特殊的大数据公司。基因信息是一种高度敏感的个人信息，基因检测的商业化给个人基因信息的法律保护带来严峻挑战。消费性基因检测中的个人信息处理质量堪忧，检测报告的科学性和有用性不足，对此应通过完善基因信息处理的相关科学标准来解决。由于基因信息固有的极强的身份识别能力，匿名化作为基因信息处理合法基础的正当性存疑，应适度提高基因信息匿名化的认定标准，并对检测公司等信息处理者课以动态风险评估义务。针对消费者基因信息处理中的同意作用虚化问题，应实行严格的单独同意，不能将同意条款简单混杂在隐私政策或服务协议中。检测公司不能仅仅告知消费者可能与第三方共享基因信息，而应当向消费者如实告知可能通过与第三方共享基因信息而营利。

**关键词：**消费性基因检测 个人基因信息 标准化 匿名化 单独同意

• 545 •

随着基因技术的进步和应用普及，基因检测成为一种消费活动，走入寻常百姓之中。消费性基因检测，亦称直接面向消费者的基因检测（direct-to-consumer genetic testing，简称 DTC 基因检测），是指消费者可不经医疗机构开具处方而直接从市场上购买的基因检测。<sup>〔1〕</sup> 基因检测的获取方式便捷，在京东、淘宝等电商平台上以“基因检测”为关键词进行搜索可以得到成百上千条基因检测商品信息。<sup>〔2〕</sup> 消费者在线下单之后，只需用商家邮寄的工具包提取口腔黏膜或者唾液样本并寄给商家，过一段时间即可下载检测报告。市场上的基因检测商品名目繁多，包括健康体检、祖源检测、备孕检测、药物反应检测、营养检测、儿童天赋基因检测等等。基因检测

\* 田野，天津大学法学院教授。

本文为天津市哲学社会科学规划项目“个人生物识别信息的民法保护”（TJFX21-002）的阶段性成果。

〔1〕 See Juan Pablo Sarmiento Rojas, *Direct-to-Consumer Genetic Testing: Rethinking Privacy Laws in the United States*, 14 Health Law & Policy Brief 21 (2020).

〔2〕 笔者在京东上以“基因检测”为关键词进行搜索，得到了 4100 多条基因检测商品信息（截止到 2023 年 8 月 8 日），涉及数十家检测公司，价格从几百元到数万元不等。

在方便消费者获取个人健康资讯方面具有积极意义，但另一方面则给个人基因信息保护带来了严峻挑战。<sup>〔3〕</sup>

## 一、基因检测的商业帝国与个人基因信息危机

向消费者提供基因测序服务成为一桩火爆的生意，并逐渐发展成为一个庞大的新兴产业。越来越多消费者购买这项时髦的高科技服务，由此产生了大量的个人基因信息处理行为。基因信息是一种极为特殊和高度敏感的个人信息，消费性基因检测的市场乱象给个人基因信息保护蒙上一层阴影。<sup>〔4〕</sup>有的检测公司不满足于仅仅收取检测服务的对价，而是野心勃勃地希望成为大数据公司，通过向研究机构、生物科技公司、药品企业、司法部门有偿共享基因信息而获利丰厚。2018年，美国警方借助GEDmatch公司的基因数据库提供的DNA检测将一名臭名昭著的罪犯——“金州杀手”——绳之以法。<sup>〔5〕</sup>案件的侦破令人拍手称快，然而基因检测公司擅自向公权力机关分享个人基因信息的合法性问题却引起巨大争议。<sup>〔6〕</sup>在基因检测商业化的大背景下，保护消费者个人基因信息的迫切性愈发凸显。

### （一）基因检测及基因数据的商品化

随着基因检测产业化程度的不断提高，越来越多的消费者购买基因检测服务，基因检测公司借此积累了海量的基因数据。在数据被视为石油的数字时代，这些包含生命密码的基因数据库无疑是一笔巨大的财富。检测公司对基因数据的价值进行积极的挖掘利用而从中牟利，使基因数据成为一种被交易的商品。

基因检测从科学实验室和医院走向市场，空间像天空一样广阔，获取基因检测服务的便捷和廉价使基因数据越来越多地被创造出来，拥有这些珍贵数据的检测机构则摇身一变成为大数据公司。经过十几年的发展，消费性基因检测已积累的基因大数据规模十分庞大，并且仍在不断增长。《麻省理工科技评论》上的一份研究报告显示，截止到2019年初，美国4家头部基因检测公司已累计获取了2600多万消费者的基因数据。<sup>〔7〕</sup>其中两大行业巨头Ancestry和23andMe各自拥有1000多万用户的基因数据。我国消费性基因检测的起步比美国晚，不过有研究显示到2020年底，我国基因检测的用户数也已超过1200万，其中23魔方拥有60多万人的基因数据，微基因积累了50多万人的基因数据。<sup>〔8〕</sup>当然，相对于我国十几亿人口的庞大基数，基因数据库的扩

〔3〕 See Jacqueline Moran, *Privacy Perspectives on Direct-to-Consumer Genetic Testing in the Era of Big Data: Role of Blockchain Technology in Genomics*, 22 Tulane Journal of Technology and Intellectual Property 185 (2020).

〔4〕 See Gaia Bernstein, *Direct-to-Consumer Genetic Testing: Gatekeeping the Production of Genetic Information*, 79 UMKC Law Review 283 (2010).

〔5〕 从20世纪70年代到80年代，“金州杀手”制造了至少12起谋杀案、50起强奸案、100多起盗窃案，但一直到2018年“金州杀手”的真面目才被揭开——72岁的迪安吉洛（DeAngelo）。这归功于一家叫做GEDmatch的基因检测公司，这家公司原本致力于提供寻找失散亲人的DNA样本，而在他们的开放数据库里，警方通过上传凶犯的DNA匹配到了“金州杀手”一位远亲的DNA样本，并顺藤摸瓜地找到了“金州杀手”。

〔6〕 See Teneille R. Brown, *Why We Fear Genetic Informants: Using Genetic Genealogy to Catch Serial Killers*, 21 Columbia Science & Technology Law Review 114 (2019).

〔7〕 参见前引〔3〕，Jacqueline Moran文。

〔8〕 参见李秀芝：《消费级基因检测：智商税还是生命密码？》，载《中国企业家》2021年第10期。

张空间巨大。

在当下的大数据时代，掌握数据者为王，消费性基因检测领域也不例外。值得玩味的是，在激烈市场竞争下基因检测价格被压低至几百元的时代，检测公司究竟通过什么实现盈利？2017年8月，23魔方公司将其基因检测产品的价格从999元降到499元，2018年6月又再次降价到299元。对此，23魔方自己给出的解释是，降价与烧钱补贴不同，目的是获取更多的用户，基因大数据成为基因检测企业竞相逐鹿的资本。全球基因检测行业霸主23andMe也毫不掩饰这一动机，一名公司高管在一次采访中宣称，长远来看公司不是要靠卖基因检测包赚钱，尽管其对于获取基础数据必不可少。一旦拥有了数据，公司就将成为个性化健康服务领域里的“谷歌”。〔9〕这段采访暴露了基因检测公司成为大数据寡头的野心，检测机构不甘心于单纯提供检测服务的小角色，而渴望成为大数据领域里的狠角色。从表面来看，基因检测服务是交易的直接标的，收取价款是公司营利的直接来源，而获得基因数据只是其副产品。但从更长远和深刻的实质角度看，检测服务恐怕只是幌子和手段，积累基因数据才是终极目的。在野心勃勃的基因检测公司的未来蓝图里，检测价款在利润中所占的比重可能甚微，基因大数据才是财源滚滚的真正宝藏。消费者成为提供基因数据“原材料”的工具人，成千上万消费者的个人基因信息成就了检测公司的基因数据库。基因检测工具包不是产品，消费者自己才是。从一定意义上讲，这是大数据时代的背景使然，不能指望基因检测公司守着基因数据这个金矿而不动凡心。

基因检测公司的大数据战略并非只有蓝图，而是正在实施之中。基因数据的价值不是空头支票，而是现金。基因大数据的商品化正在悄无声息中一步步展开，一些头部公司已经初步尝到了甜头，从基因数据中获利丰厚。数据具有价值，基因数据作为一种特殊数据价值尤为突出。对科学研究而言，基因数据是珍贵的生物样本。对于医药企业而言，基因数据更是进行新药研发的基础性资源。在诸多领域基因数据皆大有用武之地。基因检测公司积极探索以各种方式兑现基因数据的潜在利用价值。首先，基因检测公司可能自己利用基因数据开展有关个性化健康医疗方面的研究。例如，23andMe已经发表了数百篇科学研究论文。一些研究甚至可能获得专利，从而带来经济利益。23andMe在2008年发起一项活动，号召消费者与公司开展攻克疾病的合作研究。消费者在疾病列表上投票，公司相应设计了一系列调查，要求参加者分享个人信息。公司宣传称该项目旨在帮助人们将个性化医疗从梦想转化到现实方面迈出一些步伐。可是，2012年，针对该项目数据进行的研究诞生了一项关于帕金森综合症患病倾向判断的专利。许多消费者对此感到了背叛。〔10〕其次，基因检测公司也可能与其他机构合作开展研究。在合作中，基因数据是检测公司最重要的“出资”。最后，基因检测公司可能直接出售基因数据库的访问权，以最直截了当的方式使基因数据转化为金钱。23andMe就通过授予药业巨头葛兰素史克公司基因数据许可使用权而获利3亿美元。〔11〕这些事例表明，基因数据的商业利用不是假想的，而是正在发生的事实。

〔9〕 See Sara A. Mahmoud-Davis, *Direct-to-Consumer Genetic Testing: Empowering EU Consumers and Giving Meaning to the Informed Consent Process within the IVDR and GDPR Frameworks*, 19 Washington University Global Studies Law Review 1 (2020).

〔10〕 Ibid.

〔11〕 See Ayesha K. Rasheed, *Personal Genetic Testing and the Fourth Amendment*, 2020 University of Illinois Law Review 1249 (2020).

当然，目前基因数据的商品化只是小荷才露尖尖角，未来将愈演愈烈。

## （二）消费者的个人基因信息危机

基因检测公司的基因大数据源自一个个消费者的基因信息累积，基因信息是一种极为敏感的个人信息，基因数据的商品化利用给消费者个人基因信息保护带来严峻挑战。

个人信息的种类繁多，与其他一般的个人信息相比，基因信息具有以下特性。第一，家族遗传性。基因信息不仅可以揭示个人的生物特征，还可以揭示该个人所属家庭成员乃至更大范围族群的生物特征。因此，基因信息的非法处理损害的不仅是消费者的个人权益，还可能包括其家族群体利益，带来族群污名化问题。第二，不可变性。人类基因组的排列顺序是不变的（排除基因编辑和基因突变的例外因素），这意味着基因信息泄露后，信息主体没有办法通过更改信息的方式避险。第三，增殖性。基因所蕴藏的信息十分丰富，特别体现在基因信息的可无限更新性。尽管个人DNA的碱基对排列顺序是固定不变的，但是对这些排列顺序进行科学分析所能揭示的意义却是可变的。随着生物技术的进步，对于相同的基因检测结果，通过新的科学分析手段，可以得出新的不同的数据结果。基因信息并不是一个固定的信息，而是一个源源不断地产生新信息的无尽宝藏。第四，难以真正匿名性。匿名化是个人信息保护的重要手段之一，然而对基因信息而言真正匿名化在客观上几乎是不可能完美实现的。每个人的DNA都是独一无二的，由于基因信息固有的强大识别功能，通过一定的科学手段进行分析足以使已经被匿名化处理的基因信息再次与特定自然人的身份建立联系。第五，高度的私密性和伦理性。<sup>〔12〕</sup> 基因信息被视为生命密码，控制生物特征的遗传和生成，因此可能引发基于基因信息评价个体优劣的社会问题，导致“基因决定论”之弊病。一些并不“光彩”的基因信息泄露可能使信息主体蒙羞，在社会生活中遭受不公正的对待。基因信息的上述特征使其有别于一般的个人信息，甚至比其他类型的敏感个人信息更加敏感，故此应当被“另眼相看”。<sup>〔13〕</sup> 在域外的个人信息保护立法上，基因信息常常被作为特殊类型的敏感个人信息，受到更高层级的保护。例如，欧盟《通用数据保护条例》就对基因信息保护作出了特别规定。<sup>〔14〕</sup>

在消费性基因检测的商业化模式下，极端重要的个人基因信息面临多重损害风险。尽管所有基因检测公司无一例外地均对保护消费者个人基因信息作出信誓旦旦的承诺——体现为隐私政策或检测协议中的相关条款，但现实则是另外一番景象。若从个人信息处理原则和规则的角度审视，在逐利动机下基因检测公司的很多操作均值得质疑。第一，超出目的范围的信息处理。基因检测中个人信息处理的原初目的本来是为消费者提供检测服务，在检测报告出具后该目的即已实现，但检测公司却将从消费者个人基因信息提取的基因数据存储起来，用作后续商业上的开发利用，甚至反客为主地将攫取数据作为首要目的，远远超出提供检测服务的目的，违反了个人信息处理的目的限制原则。第二，检测公司永久保留消费者基因数据，违反了依据最小化原则的最长

〔12〕 参见田野：《雇员基因信息保护的私法进路》，载《法商研究》2021年第1期。

〔13〕 See Kristen L. Burge, *Personalized Medicine, Genetic Exceptionalism, and the Rule of Law: An Analysis of the Prevailing Justification for Invalidating BRCA 1/2 Patents in Association of Molecular Pathology v. USPTO*, 8 Washington Journal of Law, Technology & Arts 501 (2013).

〔14〕 参见欧盟《通用数据保护条例》第9条“特殊种类的个人数据保护”。

保存期限限制和销毁义务。第三,与更严肃的医疗性基因检测相比,消费性基因检测的科学性、准确性堪忧,检测结果报告可能对消费者造成误导,违反个人信息处理的质量原则。第四,消费性基因检测市场乱象丛生,存在大量夸大宣传、虚假广告的现象,违反个人信息处理的诚信原则。第五,检测公司的告知义务履行不充分,消费者对基因检测的风险不能充分知情,检测公司在协议中通过格式条款为自己保留大量数据处理的权利,消费者的麻木同意徒具躯壳。第六,检测公司将取自消费者的基因数据与医药公司、研究机构等第三方分享而从中牟利,可能违反个人信息处理的分享规则。

如何平衡消费者个人基因信息保护和公司对基因数据商业化利用的关系,是主要问题之所在。如果不能禁止消费性基因检测,那么通过良法善治使基因数据的商业化利用在合法合规的轨道上运行,是应然的不二选择。

## 二、消费性基因检测中的个人信息处理质量

消费者购买基因检测服务的目的在于了解自身的基因信息以助力个人的自由发展,因此消费者所获取的基因信息的质量至关重要。《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)第8条规定:“处理个人信息应当保证个人信息的质量,避免因个人信息不准确、不完整对个人权益造成不利影响。”该条确立了个人信息处理的质量原则。<sup>[15]</sup>消费性基因检测作为个人信息处理的特殊场景,当然也必须贯彻质量原则。然而从现实的情况来看,消费性基因检测市场乱象丛生,个人信息处理质量堪忧。<sup>[16]</sup>

### (一) 基因检测的市场乱象与基因信息处理质量之忧

消费性基因检测下的个人信息处理质量之忧,首先是源于管制漏洞。相比于管制程度较高的医疗性基因检测,目前对于消费性基因检测的监管存在很大盲区。检测公司极力将自己提供的基因检测商品与医疗基因检测划清界限,刻意营造基因检测服务仅是为个人提供遗传资讯而非诊疗的印象,借此避开严厉的监管而觅得自由发展空间。<sup>[17]</sup>也因为如此,消费性基因检测下的个人信息处理质量与医疗基因检测不可同日而语。在京东、淘宝等电商平台上购买基因检测服务与购买普通商品没有任何差别,鉴于基因信息的高度敏感性,目前的管制强度是远远不够的,这是消费场景下个人基因信息处理质量不高的制度根源。

其次是基因检测结果科学性、有效性方面的局限。基因检测报告往往并不准确,并且对消费者没有什么实际效用。即使是针对相同的检测项目,不同检测公司所出具的检测报告结果却大相径庭。美国政府问责办公室(Government Accountability Office,简称GAO)曾于2006年和2010年两次开展针对DTC基因检测质量的调查。在2006年的调查中,GAO的工作人员以消费者的身份向四家DTC基因检测公司购买检测服务,结果证明被调查的四家公司提供的检测报告

[15] 参见张新宝:《个人信息处理的基本原则》,载《中国法律评论》2021年第5期。

[16] 参见耿姗姗、张莉:《商业化基因检测应用的法律规制研究》,载《河南社会科学》2019年第12期。

[17] 参见焦艳玲、田野:《论直接面对消费者的基因检测之法律规制》,载《武汉理工大学学报(社会科学版)》2014年第6期。

十分模糊，几乎没什么价值。一些公司提供的建议只是单纯的生活方式指导，诸如少吸烟。<sup>〔18〕</sup>

最后是过度营销。在逐利动机驱使下，检测公司对基因检测的包装夹杂着大量虚假广告、夸大宣传和推销行为，使消费者获取不实甚至欺诈性的信息，严重违背个人信息处理的质量原则。在检测公司的宣传攻势下，从患病风险预测到护肤检测、营养检测、天赋检测，基因检测无所不能，俨然成为“基因算命”的神器。而购买这些时髦的“高科技”服务的消费者，可能只是在缴纳“智商税”。有调查显示，在一份天赋基因检测报告中，用于检测孩子智力情况的一个叫作CPXCR1的基因，在国际权威基因数据库中根本查不到。<sup>〔19〕</sup>据《中国青年报》报道，一名老人在购买某公司的基因检测后，300多页的检测报告预测老人有严重的患癌风险，而公司推荐的解决办法是大量购买该公司的保健品，最终该名老人花光30多万元的毕生积蓄，在得知被骗后投河自尽。<sup>〔20〕</sup>

## （二）消费者基因信息处理质量的提升：以标准化为进路

基因检测的市场乱象令人担忧，检测公司只是醉心于攫取消费者的基因数据，而无视提供给消费者的基因信息的质量。不科学的信息、无用处的垃圾信息和误导性的虚假信息，不仅不能真正实现消费者的个人信息自决和自由发展，还使其陷入有害信息的牢笼。

缺乏统一的科学标准，是造成目前消费性基因检测结果混乱和基因信息处理质量低下的技术根源。虽然原始基因数据是固定不变的，但是各大基因检测公司形成检测报告所采用的科学分析手段却是多种多样的。实践中各基因检测机构根据自建的数据库确定相应检测位点、进行分析判断的结果一致性较差，导致不同检测机构检测报告大相径庭成为常态，使其可信度、权威性大打折扣。基因检测作为一项高科技服务，其科学性不足的缺陷仍需从科学本身的角度予以补足，加强基因检测及基因信息处理的标准化是对症下药之良策。

从最新的发展来看，基因检测及基因信息处理的标准化已经在路上。在国际上，ISO/TC 276 生物技术委员会（Biotechnology）和 ISO/TC 215/SC1 基因组信息学分委员会（Genomics Informatics）作为该领域的国际标准化组织，在推动基因检测及基因信息标准化方面做出了大量努力，已经出台了一些重要标准，如《健康信息学——电子健康记录中描述结构化临床基因组序列信息的数据元素及其元数据》（ISO/TS 20428: 2017 Health Informatics—Data Elements and Their Metadata for Describing Structured Clinical Genomic Sequence Information in Electronic Health Records）、《基因组信息学——高通量基因表达数据的可靠性评估标准》（ISO/TS 22690: 2021 Genomics Informatics—Reliability Assessment Criteria for high-throughput Gene-expression Data）、《基因组信息学——组学标记语言》（ISO 21393: 2021 Genomics Informatics—Omics Markup Language）、《生物技术——生命科学中数据格式化和描述的要求》（ISO 20691: 2022 Biotechnology—Requirements for Data Formatting and Description in the Life Sciences）等等。

〔18〕 See Kayte Spector-Bagdady & Elizabeth R. Pike, *Consuming Genomics: Regulating Direct-to-Consumer Genetic and Genomic Information*, 92 Nebraska Law Review 677 (2014).

〔19〕 参见《能预知未来？“基因检测”真有这么神奇吗？》，载 [http://www.china.com.cn/news/2017-06/26/content\\_41094805\\_2.htm](http://www.china.com.cn/news/2017-06/26/content_41094805_2.htm)，最后访问时间：2023年8月8日。

〔20〕 参高珮君：《藏在基因里的野心与欺骗》，载《中国青年报》2016年8月17日，第11版。

我国也已出台一些相关技术标准。如国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会颁布的《人体疾病易感DNA多态性检测基因芯片》(GB/T 29889—2013)、《高通量基因测序技术规程》(GB/T 30989—2014)、《染色体异常检测基因芯片通用技术要求》(GB/T 35533—2017)。除了国家标准之外,还有一些团体标准,如深圳基因产学研联盟于2018年发布的《人类全基因组遗传变异解读的高通量测序数据规范》(T/SZGIA 2—2018)。

从总体上看,对于基因检测及其基因信息处理的技术标准还是比较匮乏的,不能满足基因检测消费市场蓬勃发展和数字化时代的现实需要,因此标准化的步伐还应加快。围绕基因检测应当制定一系列行业标准,如基因测序、质谱关键技术、生物大数据分析核算、测序人员能力水平等方面的标准。对于基因检测中的个人基因信息处理,应逐步建立覆盖信息的收集、存储、传输、共享、分析评估、保密、销毁等全链条的权威科学标准。通过树立统一的标准体系,可在很大程度上避免基因检测市场的混乱,使消费者获得的基因信息的质量在科学层面得到确保。

### 三、消费者基因信息的匿名化困境与出路

匿名化是保护个人信息的重要技术手段之一。<sup>[21]</sup>《个人信息保护法》第4条第1款规定:“个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息,不包括匿名化处理后的信息。”根据该条文,已识别或可识别是个人信息的基本特征,经过匿名化处理的信息因失去识别能力而不再是法律意义上受保护的个人信息。<sup>[22]</sup>在消费性基因检测商业模式下,这一规则成为检测公司的“法宝”,只要将基因信息加以匿名化处理,就可名正言顺地将原本归属于消费者的个人基因信息转化为归自己控制的基因数据。当语境从“个人基因信息”转化为“基因数据”,也就完成了权利的交接,消费者失去了《个人信息保护法》的庇佑,而检测机构可以施展成为大数据公司的抱负了,匿名化则是完成这一神奇转化的催化剂。<sup>[23]</sup>问题的关键在于,匿名化对于个人信息的保护是否令人放心,匿名化后的消费者基因信息是否仍存在被再识别以及其他剩余风险。鉴于基因信息作为生命密码固有的超强识别能力,基因信息匿名化的可靠性比一般个人信息更加令人怀疑。

#### (一) 基因信息的匿名化难题

通过匿名化实现基因信息的数据化已成为基因检测公司的“常规操作”。各大头部检测公司的隐私政策或者用户协议格式条款中,均明确宣示对匿名化基因信息的数据主权。例如,23魔方公司的《隐私政策》就规定:“个人信息经匿名化处理后所得的信息不属于个人信息,23魔方有权对匿名化处理后的用户数据库进行挖掘、分析和利用,有权对产品/服务使用情况进行统计并与公众/第三方共享脱敏的统计信息。”<sup>[24]</sup>该政策阻断了匿名化信息与个人的联系,赋予公司

• 551 •

[21] 《个人信息保护法》第73条第4项规定:“匿名化,是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程。”

[22] 参见张新宝主编:《〈中华人民共和国个人信息保护法〉释义》,人民出版社2021年版,第40页。

[23] See Benjamin T. Van Meter, *Demanding Trust in the Private Genetic Data Market*, 105 Cornell Law Review 1527 (2020).

[24] 23魔方公司《隐私政策》,载 <https://www.23mofang.com/protocol/privacy>, 最后访问时间:2023年9月12日。

自由利用和与第三方分享的权利。美因基因的《用户服务协议》也规定：“美因基因对可以指向特定个人的信息分离后的相关数据和信息享有所有权，有权与美因基因合作伙伴（包括但不限于科学研究机构，药品研发中心、医疗卫生组织、经销商、关联公司等）进行共享。”〔25〕该条款将公司对匿名化数据信息的权利径称为“所有权”，对数据的权利欲一览无余。北京泛生子基因科技有限公司的《隐私政策》规定：“匿名化处理后的信息不再属于个人信息，因此不受本政策的约束和保护。”〔26〕这一政策明明白白地将匿名化信息排除在保护范围之外。由此观之，匿名化确实是使基因检测公司获取基因数据“白化”的神器。

从法律实施效果的社会评价来看，匿名化规则的适用面临不小的困境，消费性基因检测则是管窥这一困境的绝佳场域。《个人信息保护法》匿名化规则的立法初衷，乃在于实现个人信息保护与利用的平衡。这样的立法目的无可厚非，在大数据时代信息处理的需求无时无刻不在，为处理者保留一定的自由空间无疑是必要的。匿名化规则为信息处理者利用信息提供了极大的便利，其无需获得信息主体的同意，免除了个人信息保护法上的一切义务，并且是无期限限制的。〔27〕对于包括基因检测公司在内的众多信息处理者而言，这样的自由是弥足珍贵的。然而，立法确立的匿名化规则一直饱受诟病——无论在国际还是国内。批判的观点认为匿名化规则过于理想化了，真正的匿名化难以实现，试图通过匿名化技术手段保护个人信息被证明是失败的。〔28〕

匿名化规则获得正当性的预设前提是有关个人身份的识别性信息已经被有效剥离，不能再根据这些信息追溯到特定的个人，因此保护目标已经实现。然而在现实中这恐怕只是虚幻的理想，随着技术的进步对匿名信息的再识别变得越来越容易，真正的匿名化很难做到。在谈论匿名化时，还必须关注到不同类型个人信息识别能力的差异。相比于一般的个人信息，基因信息的识别能力更加强大，匿名化基因信息被再识别的风险更高，这是由基因信息作为生命密码的本质所决定的。基因信息的再识别不是一件难事，有研究已经证明，使用被认为是匿名化的公共基因数据库中的一小段基因就能识别出其所属的个人。不仅如此，由于基因信息的家族性特质，通过对个人匿名基因信息的再识别还能揭示出数据库中没有的其亲属的身份信息。一项研究表明，60%的欧裔美国人可以通过基因数据库的家族树匹配被识别出身份。〔29〕如果说个人信息的匿名化难题是一个带有普遍性的问题，那么基因信息的匿名化则是难上加难。

匿名化的另一个弊病是使信息的利用价值降低。当信息与个人的身份联系被彻底剥离，其有用性也就大打折扣了，基因信息尤其如此。由于基因信息最重要的价值就体现在被用于有关人类健康的研究或药品研发，而基因信息只有在与特定人建立对应关系时，才能更好地揭示健康意义。基因检测公司将消费者基因信息共享给生物医药公司，后者在进行新药研发时，真正完全匿名化的基因信息的价值可能是有限的。在精准医疗和个性化靶向用药的场景下，基因信息的匿名

〔25〕 美因基因公司《用户服务协议》，载 <https://www.megagenomics.cn/Index/index/id/5.html>，最后访问时间：2023年9月12日。

〔26〕 泛生子公司《隐私政策》，载 <https://www.genetronhealth.com/privacyPolicy.html>，最后访问时间：2023年9月12日。

〔27〕 参见王勇旗：《数字时代匿名化个人信息处理的正当性问题》，载《图书馆》2022年第1期。

〔28〕 参见齐英程：《我国个人信息匿名化规则的检视与替代选择》，载《环球法律评论》2021年第3期。

〔29〕 参见前引〔23〕，Benjamin T. Van Meter文。

化构成阻碍。要突破这些障碍而提升信息可用性,生物科技公司、制药公司难免有对匿名基因信息进行再识别的冲动。

## (二) 基因信息匿名化困境的破解之道

### 1. 路径抉择:不可匿名抑或严格规制下的有条件匿名

匿名化不能为消费者个人基因信息提供有效的保护,需要探索走出困境的道路。在笔者看来,匿名化的解困之路大概有二:一是将基因信息作为不可匿名的特殊信息对待,排除在匿名化规则适用范围之外;二是在肯定匿名化规则仍适用于基因信息的情况下,对其适用予以严格的限制。显然前者是更为彻底和简单直接的改革路径,对极为特殊的个人基因信息给予了更高程度的尊重和保护,其潜在的疑虑是处理者获得数据信息的便利程度降低,从而对基因信息利用产生阻抑效应。不过,匿名化不是检测公司积累和利用基因信息的唯一正当化途径。在排除匿名化规则的适用后,基因信息即回归到个人信息的范畴而须适用《个人信息保护法》的规定,检测公司可依据该法第13条规定,使基因信息处理行为获得正当性基础,包括征得消费者的同意或者存在无需同意的合理利用情形。后者是更为温和的道路,一方面为检测公司保留了仍得通过匿名化获得基因信息利用之便的可能,另一方面通过更严格的限制措施化解匿名基因信息的剩余风险,使消费者能够获得更好的保护。上述两条道路何者为优,不是一个非黑即白的是非问题而是政策取舍问题,其均具备一定的合理性和可行性,关键在于追求怎样的政策目标。相比较而言,第二条道路可能是阻力更小的易路,更有利于实现利用与保护的平衡。在严格规制模式下,重点是通过各种限制措施矫正匿名化规则的当然、绝对豁免效果,使之成为受约束的有条件豁免。具体而言,可大概从两个面向上限制基因信息的匿名化适用:一是适度提高匿名化认定标准的门槛,二是对匿名化基因信息的处理进行动态风险控制,对检测公司等处理者仍课以一定程度的持续保护义务。

### 2. 基因信息匿名化的认定标准

检测公司对消费者基因信息身份剥离的技术处理达到何种程度方可认为是匿名了,这是一个至关重要的前提性问题。是否真正匿名,不应仅凭检测公司的单方宣告认定,而应依据客观合理标准。因此,认定标准举足轻重。然而麻烦恰恰在于,匿名化的认定标准并不清晰。尽管《个人信息保护法》第73条第4项对匿名化下了定义,但对于什么是“无法识别”,没有更详细的认定标准和解释。

是否可识别究竟应以谁的识别能力为参照系?围绕这一中心问题,在理论上对匿名化的标准有众多学说,包括一般人标准、处理者标准、专家标准、有动机的入侵者标准和任何人标准等等。<sup>[30]</sup> 这些标准从宽松到严格,跨度很大,在域外个人信息保护法中均能找到一些影子。例如,欧盟《通用数据保护条例》序言部分第26条规定,为确定自然人是否可识别,应考虑控制者或其他人为直接或间接识别自然人而可能使用的所有合理手段。确定什么是可能被使用的合理地识别自然人的手段,应当综合考虑识别的成本和时间等所有客观要素,同时考虑识别时的可用技术

<sup>[30]</sup> 参见李润生:《个人信息匿名化的制度困境与优化路径——构建“前端宽松+过程控制”规制模式之探讨》,载《江淮论坛》2022年第5期。

及技术的发展。另据欧盟第 29 条数据保护工作组发布的《关于匿名化的意见》，只有当信息处理者和任何第三方在使用所有合理可能的方法仍无法识别特定自然人且无法复原时，才能认为是达到了匿名化的标准。分选（single out）、联结（linkability）和推断（inference）三种形式皆可认定为“可识别”。可见，欧盟对匿名化采取了较为严格的“任何人标准”。英国信息专员办公室发布的《匿名化：数据保护的风险管理实务守则》（Anonymization: Managing Data Protection Risk, Code of Practice）采取了相对宽松的具备动机的入侵者标准，美国《健康保险可携性和责任法隐私规则》（Privacy Rule of Health Insurance Portability and Accountability Act）以特定领域专家的识别能力为判断标准。

匿名化标准的宽严程度差异反映了各国不同的法律政策导向。过于宽松的认定标准可能导致大量的信息被排除在法律保护之外而产生蚁穴效应，使个人信息保护的千里之堤被掏空，过于严格的认定标准则会阻碍信息的利用，应在利益平衡后作出取舍。再者，匿名化的认定标准不是绝对化的，应当放在特定的场景下进行讨论。具体到基因信息，考虑到其极高的敏感性和可识别性，宜采取从严的认定标准。原则上，对基因信息应采取类似欧盟的任何人标准。当然，在消费性基因检测的特定场景下，那些与检测公司合作而获取基因信息共享利益的生物科技公司、制药公司和研究机构应作为“任何人”中的重点关注对象。事实上，由于天然的技术优势，科学家、生物科技公司对于基因信息的识别能力处于“任何人”中的顶层，如果连他们都不能还原匿名基因信息，缺乏科学背景的一般人更加难以做到。为了增强可操作性，逐步完善基因信息匿名化的技术标准十分重要，有利于消除匿名化的模糊性，匿名化标准是完整标准化体系中的重要一环。此外，在程序意义上，检测公司及其利益相关者应当对匿名化负担举证责任。

### 3. 匿名基因信息的动态风险评估

基因信息一旦符合前述认定标准而匿名化就可以一劳永逸了吗？处理者由此就可以免除一切义务了吗？答案是否定的，将匿名化豁免效果绝对化的倾向是有必要加以矫正的。

应当从动态的视角看待匿名化。当下暂时不能识别的基因信息，不代表将来不能识别。事实上，随着技术的发展，对信息的识别能力不断增强，之前的匿名基因信息可能随着时间的推移而变得可识别。为了应对不断增加的再识别风险，十分有必要对匿名基因信息进行动态化的风险评估。《个人信息保护法》规定了个人信息影响评估制度，遗憾的是匿名化信息被排除在该法适用范围之外。不过，《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）规定了数据安全风险评估制度，其既适用于个人数据，也适用于匿名化数据。《数据安全法》第 30 条规定：“重要数据的处理者应当按照规定对其数据处理活动定期开展风险评估，并向有关主管部门报送风险评估报告。风险评估报告应当包括处理的重要数据的种类、数量，开展数据处理活动的情况，面临的数据安全风险及其应对措施等。”该条确立的风险评估制度适用对象是“重要数据”。《数据安全法》第 21 条第 1 款规定：“国家建立数据分类分级保护制度，根据数据在经济社会发展中的重要程度，以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度，对数据实行分类分级保护。国家数据安全协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，加强对重要数据的保护。”根据该条规定，数据分类分级的标准是数据在经济社会发展中的重要程度，以及一旦遭受侵害可能造成的危害程度。按照这一标准，基因数据属于

“重要数据”当无疑问。此外，全国信息安全标准化技术委员会于2022年发布的《信息安全技术 重要数据识别指南》（征求意见稿）第5条h项规定：“反映群体健康生理状况、族群特征、遗传信息等的基础数据，如人口普查资料、人类遗传资源信息、基因测序原始数据属于重要数据。”因此，可以肯定基因数据（包括匿名基因数据）作为重要数据应适用数据安全风险评估制度。

基因检测公司以及生物科技公司、药品企业、研究机构等共享基因数据的第三方应当共同履行对匿名化基因数据开展风险评估的义务，特别是关注基因数据被再识别的风险。根据《数据安全法》第30条的规定，风险评估应当是定期展开的而不是一次性的，因此检测公司及共享数据的第三方应当周期性地对基因数据利用过程中的风险进行动态评估。此外，针对评估发现的匿名基因数据的剩余风险，检测公司及共享数据的第三方还应当采取与风险水平相当的保护措施。如果说提升基因信息匿名化的标准是事前规制，动态风险评估则是事中的过程规制，二者相互协同可有效消弭消费性基因检测中匿名化豁免制度适用中的风险。

#### 四、消费者同意的虚化与实化

对于那些没有经过匿名化处理的消费者基因信息，检测公司要进行处理就落入《个人信息保护法》的规制范围之内。根据该法第13条第1款第1项的规定，获得信息主体的同意是个人信息处理的首要正当性基础。<sup>〔31〕</sup>基于这一规则，基因检测公司通过获得消费者的同意，实现基因信息的收集、存储、利用和共享等目标。从形式上看，检测公司遵循了法律的要求，但是从实际效果看，知情同意则有空洞化之嫌。在不充分的告知下，消费者往往并不透彻知晓自己的基因信息将被如何利用，特别是不知晓自己的基因信息可能会被出售或者用于其他营利目的，由此所作出的同意决定可能不是消费者内心真意的表达而形同虚设。<sup>〔32〕</sup>如何使同意规则在消费性基因检测中发挥实效，是亟待解决的问题。

##### （一）消费者基因信息处理中同意作用的虚化

同意规则在消费性基因检测中有着十分广泛的应用。所有的检测公司都会在隐私政策或者用户协议中加入有关同意的格式条款，承诺未经消费者同意不会擅自处理其个人基因信息。例如，微基因公司的《隐私保护政策》规定：“我们不会将您的个人信息转让给任何公司、组织和个人，但以下情况除外：1. 事先获得您明确的同意或授权……”<sup>〔33〕</sup> 各色基因公司的《服务协议》规定：“各色科技未经您的同意或者由于特殊法律要求，不会将您的个人信息泄露给第三方；……”<sup>〔34〕</sup> 23魔方的《隐私政策》也规定：“我们不会向第三方分享您的个人信息，但以下情况除外：a) 在获取明确同意的情况下共享：获得您的明确同意后，我们会与其他方共享您的个人信息。”<sup>〔35〕</sup> 这些同意条款表面上看是为了保护消费者的个人信息自决权，但从实质上看则是

• 555 •

〔31〕 参见程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第118页。

〔32〕 See Brennan Canuteson, *The Risks of Relying on Direct-to-Consumer Genetic Testing Service Agreements to Protect Genetic Information*, 5 The Business, Entrepreneurship & Tax Law Review 35 (2021).

〔33〕 微基因公司《隐私保护政策》，载 <https://www.wegene.com/page/privacy>，最后访问时间：2023年9月12日。

〔34〕 各色基因公司《用户协议》，载 <https://www.gesedna.com/service-agreement/>，最后访问时间：2023年9月12日。

〔35〕 前引〔24〕。

使基因检测公司的信息处理行为获得阻却违法的“洗白”效应。

在大数据背景下，被寄予厚望的知情同意规则陷入重重困境。海量场景下高频次的个人信息处理，冗长的隐私政策，使消费者疲于招架，不同意就不能获得服务和便利，同意常常空洞化为不假思索的麻木点击。<sup>〔36〕</sup>这一困境在消费性基因检测场景下表现得尤为突出。检测公司基于自身获取信息便利的需要精心设计了同意条款，消费者很少特别关注到这些条款，不透彻了解个人基因信息处理背后可能涉及的利益和风险，同意徒具躯壳。<sup>〔37〕</sup>多方面的因素促成了这一困境。第一，在形式上，同意条款被“埋藏”于检测公司的隐私政策或与用户签订的服务协议中，不够引人注目。我国普通消费者的个人信息保护权利意识本就比较薄弱，对于隐藏在冗长政策或协议条款中的同意条款，很少给予特别的关注。第二，检测公司营造一种利他主义的氛围，使消费者沉浸其中。检测公司常常向消费者宣称，获取和利用基因信息是为了推动科学研究，用于找到攻克人类疾病的先进方法或者研发新的药物，以更好地为消费者乃至提升全人类健康水平服务，而消费者通过个人基因信息处理的同意授权为此作出了积极贡献。第三，检测公司的告知义务履行不充分，特别是刻意回避可能将消费者的基因信息有偿销售给第三方或者用于其他营利目的这一关键因素。大多数检测公司的同意条款通常只是笼统地表述为公司可能为了科学研究等目的而与第三方分享消费者的基因信息，却不挑明公司可能从消费者基因信息处理中获得巨大的经济利益。这与消费者的利他情结是相悖的，如果消费者得知自己无偿贡献的基因信息却被检测公司拿去赚钱，可能不会作出同意，但不了解检测公司商业模式的消费者没有机会作出这样的理性决定。美国的一项调查报告显示，40%左右的消费者不了解检测公司基因信息销售商业模式的存在。<sup>〔38〕</sup>充分知情是有效同意的前提，若知情不充分，则同意不自由。在检测公司的“攻略”下，大多数消费者都会顺从，签署协议也就意味着作出个人基因信息处理的同意授权。以行业巨头23andMe为例，约80%的消费者都会选择同意公司为研究等目的对个人基因信息的处理。现实的效果是，消费者一方面向检测公司付费，另一方面其向公司免费提供的个人基因信息被出售，公司获得两份利润。有观点尖锐地指出，这是伪装成同意的剥削。<sup>〔39〕</sup>

## （二）消费者基因信息处理中同意的“实化”

同意作用的虚化使保护消费者基因信息的一道重要关卡失守。如何摆脱这一困境，使同意得以真正发挥实效，值得更深入地思考。尽管对个人赋权的保护路径在学界受到不少质疑，批判的观点认为个人没有能力通过自我决定权保护自己，<sup>〔40〕</sup>但不可否认的是同意仍位列《个人信息保护法》第13条规定的个人信息处理的正当性基础之首。<sup>〔41〕</sup>面对基因检测中的同意虚化，出路不

〔36〕 参见田野：《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》，载《法制与社会发展》2018年第6期。

〔37〕 参见前引〔32〕，Brennan Canuteson文。

〔38〕 See Aviad E. Raz et al., *Transparency, Consent and Trust in the Use of Customers' Data by an Online Genetic Testing Company: An Exploratory Survey Among 23andme Users*, 39 *New Genetics and Society* 459 (2020).

〔39〕 See Reinaldo Franqui Machin, *Stop Looking at my Genes!: Direct-To-Consumer Genetic Testing and the Illusion of Privacy and Consent*, 61 *Revista de Derecho Puertorriqueno* 233 (2022).

〔40〕 参见任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，载《政治与法律》2016年第1期。

〔41〕 参见石佳友：《个人信息保护的私法维度——兼论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》，载《比较法研究》2021年第5期。

应当是放弃同意,而是通过有效的方法使同意由虚转实。在笔者看来,可大体从同意的形式和内容两个方面着手来实现同意的实化。

### 1. 消费者基因信息处理的“单独同意”

在个人信息保护法上同意具有层次性,对基因信息这样高度敏感的个人信息,应当实行更加严格的同意规则。<sup>〔42〕</sup>《个人信息保护法》第29条规定:“处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意;法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的,从其规定。”基因信息作为典型的敏感个人信息,根据该条规定应当适用“单独同意”规则。

单独同意是比一般同意要求更高的特殊同意类型。立法设置单独同意的旨意在于,鉴于特殊的个人信息处理活动的重大性和高风险性,以格外明显的方式提醒信息主体给予特别关注,审慎地作出决定。<sup>〔43〕</sup>“单独同意的要求本质上就是法律强制地要求个人信息处理者将个人针对某类处理活动作出的同意与对其他处理活动作出的同意区分、凸显出来。”<sup>〔44〕</sup>将敏感个人信息与一般个人信息相混杂,或者对未来各种不确定的信息处理行为作笼统的一揽子同意,是单独同意重点应对的两个突出问题。

从消费性基因检测的实践来看,很多公司的做法实际上违反了单独同意的法律规定。一方面,绝大多数检测公司都没有置备专门针对消费者基因信息处理的知情同意书,而是将同意条款混杂在隐私政策或者服务协议中。消费者的隐私不限于基因信息,还包括姓名、地址、电话号码等其他隐私信息,服务协议则是关于检测机构与消费者之间权利义务的完整约定,包含各种各样的条款,将基因信息处理的同意条款混杂在这些条款中,起到了掩护和淡化的效应,不利于引起消费者的注意和重视。另一方面,大多数检测公司对基因信息处理的同意条款都规定得十分含糊,常笼统地表述为基因信息可能被用于开展科学研究,或者是与第三方共享,至于用于何种研究、与谁共享等细节则言之不详。这样的一揽子同意条款为检测公司一方预留了极大的自由空间,却使消费者因一次不经意的同意就丧失了对个人基因信息的全面控制。这种状况应当得到改观。

要摆脱同意虚化的困境,就必须在消费性基因检测中真正贯彻单独同意的要求。首先,对消费者个人基因信息的处理必须采取独立的形式,不能与其他信息混杂在一起。在隐私政策或服务协议中加入同意条款的方式不符合这一要求,公司应当针对基因信息处理设计专门的知情同意书,具体形式可以是纸质书面的,也可以采取弹窗、界面、提示条、提示音等电子交互的方式。总之,要通过与其他一般信息的区分以足够明显的方式引起消费者的重视。其次,对消费者个人基因信息处理的目的必须予以特定,不能采取一揽子的概括同意。诸如“您同意对您的基因信息进行数据挖掘和相关科学研究”这样门户大开式的同意条款不符合单独同意的要求。数据挖掘活动到底指什么,相关研究是何种研究,如果在信息收集阶段尚无法确定,那么在该活动或研究实际展开时应当征得消费者单独同意。最后,需特别关注的是,对消费者基因信息的共享应当获得单独同意。《个人信息保护法》第23条规定:“个人信息处理者向其他个人信息处理者提供其处

• 557 •

〔42〕 参见王利明:《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》,载《当代法学》2022年第1期。

〔43〕 参见前引〔22〕,张新宝主编书,第245-246页。

〔44〕 程啸:《论个人信息处理中的个人同意》,载《环球法律评论》2021年第6期,第54页。

理的个人信息的，应当向个人告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息种类，并取得个人的单独同意。”该条特别强调了信息共享的单独同意。根据这一规定，基因检测公司必须针对基因信息共享这一处理环节设置专门的同意程序，不能含糊地表述为“您同意对您基因信息的共享”，应当向消费者提供生物科技公司、药品企业、研究机构等信息共享第三方的详细联络信息，以及基因信息处理的目的、方式等等。

## 2. 同意的透明度：对利用消费者基因信息牟利动机的披露

充分知情是有效同意的关键要素，这有赖于基因检测公司告知义务的适当履行。在既往的实践中，检测公司努力塑造利用消费者基因信息开展科学研究以增进人类健康福祉的高尚形象，使消费者作为样本捐献者而产生自豪感，却刻意回避和掩饰公司从中牟利的动机。<sup>〔45〕</sup>问题的关键不在于公司是否牟利，从发展生物经济的战略高度看，牟利无可厚非，关键在于透明度，检测公司应当将其可能从基因信息处理中获取经济利益这一点开诚布公地披露给消费者，使其充分知情。因此，同意条款不应是迷惑性地表述为“公司可能将您的基因信息与其他合作者共享”，而应是“公司可能从您的基因信息共享中获得经济利益”。<sup>〔46〕</sup>基因信息处理背后的利益，是影响同意决定的重要因素，因此是告知义务重点披露的对象。一部分消费者在得知公司的牟利动机之后，可能会拒绝授予同意，但有一部分消费者可能仍旧愿意作出同意决定。无论同意或者不同意，都是消费者在充分知情并权衡利弊之后的内心真意表达。消费者究竟是对什么作出同意，应该明明白白。透明度是同意正当性的保证。

• 558 •

## 五、结 论

消费性基因检测逐渐发展成为一个新兴产业，以高度自由的纯市场化方式使消费者获取自身的生命密码。检测公司一方面收取检测服务的对价，另一方面还从消费者基因信息的商业利用中牟利。基因信息是一种极为特殊和重要的敏感个人信息，基因检测的商业化将消费者个人基因信息置于险境。提升消费性基因检测中个人基因信息的处理质量是当务之急，完善基因检测及基因信息处理的科学标准是质量提升的重要手段。鉴于基因信息本身的强识别能力，对匿名化豁免规则的适用应加以限制，一是实行较严格的匿名化认定标准，二是使检测公司及其他共享消费者基因信息的第三方负担持续的动态风险评估义务。应严格贯彻《个人信息保护法》第29条“单独同意”的规定，对消费者基因信息处理的同意应区别于其他一般的个人信息处理，不能隐没在冗长的隐私政策或服务协议中。同意正当性所赖以建立的知情应当是充分的，检测公司应当坦诚地向消费者告知可能通过与第三方共享其基因信息获利，而不应是刻意隐藏营利动机和商业模式。

当下，对消费者的个人基因信息保护只能仰赖对《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）和《个人信息保护法》一般性条款的解释。展望未来，加强对个人基因信息保护的特别立法是长远之计。纵观全球，很多国家都有这方面的特别立法，大概有以下几种模式：（1）在民

〔45〕 See Gauri Prabhakar, *To Gene or Not to Gene: Genetic Privacy Implications in the Age of Big Data*, 8 Public Interest Law Journal of New Zealand 60 (2021).

〔46〕 参见前引〔39〕，Reinaldo Franqui Machin 文。

法典中加入个人基因信息保护特别条款。采取这种模式的典型国家是法国,在1994年和2004年的修订中,《法国民法典》加入了大量关于基因权保护的条文。<sup>[47]</sup> (2) 在个人信息保护一般法中将基因信息作为敏感个人信息加以特别保护。欧盟《通用数据保护条例》就采取了这种模式,许多欧洲国家都采此模式。(3) 制定专门的基因信息保护法。例如,美国就出台了《基因信息反歧视法》。(4) 针对特定场景的特别立法。例如,德国针对基因检测制定了专门的《人体基因检测法》。以上模式按照立法特别化的程度是逐步深入的。相比之下,我国个人基因信息特别保护立法则十分滞后,无论《民法典》还是《个人信息保护法》都没有任何条文提及基因信息的概念,更别提专门的基因信息保护法。鉴于个人基因信息的极端重要性和特殊性,特别立法具有充分的正当性,应被适时纳入立法规划。<sup>[48]</sup> 基因信息特别立法应当以场景化为重要的规范进路,消费性基因检测作为一个有广泛实践基础的特殊场景应当得到重点关注。进而,在未来时机成熟时还可考虑制定专门的消费性基因检测特别法。

---

**Abstract:** The thriving business of direct-to-consumer genetic testing has given rise to a large amount of personal genetic information processing, and those genetic testing institutions have become special big data companies. Genetic information is highly sensitive personal information, and the commercialization of genetic testing poses serious challenges to the legal protection of personal genetic information. The quality of personal information processing in DTC genetic testing is worrying, and the testing reports are not so scientific and useful. This should be addressed by improving relevant scientific standards for genetic information processing. Due to the inherent potential of genetic information to identify a person, the legitimacy of anonymization as the basis for processing genetic information is questionable. The standard for anonymization of genetic information should be strict in some degree, and dynamic risk assessment obligations should be imposed on information processors such as testing companies. In response to the problem of invalid consent in genetic information processing, specific consent should be adopted, and consent terms should not be simply mixed in privacy policies or service agreements. Testing companies should not only inform consumers that they may share genetic information with third parties, but should truthfully inform consumers that they may profit by sharing genetic information with third parties.

**Key Words:** direct-to-consumer genetic testing, genetic information, standardization, anonymization, specific consent

---

• 559 •

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

---

[47] 参见王康:《基因权的私法规范》,中国法制出版社2014年版,第180-181页。

[48] 参见郭少飞:《论个人信息法律体系下的基因信息保护》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2023年第5期。

## 论声音权益的法律保护模式

王利明\*

**内容提要：**声音具有独特性，是自然人身份识别与社会交往的媒介。比较法上主要通过公开权、一般人格权、独立人格权或人格利益等模式对声音权益予以保护。公开权模式仅保护声音的经济价值、弱化其人格权属性。声音虽然与知识产权存在密切关联，但其主要不是知识产权的客体。一般人格权在具体化过程中也面临保护对象与边界不清晰的问题。我国《民法典》并没有承认声音为独立的具體人格权类型，而对声音权益采取了法定的独立人格利益保护模式，是更为简明、清晰的制度安排。声音权益虽不属于具体人格权，但作为一项人格利益可参照适用肖像权保护的规定。

**关键词：**声音权益 人格利益 公开权 一般人格权 参照适用

### 一、引言

近日，成都互联网法庭审理了“全国首例影视剧台词声音权纠纷案”。在该案中，被告未经原告授权，在开发设计游戏时使用了原告在影视剧中的声音片段，原告主张该行为构成对其声音权益的侵害。法院认为，被告在未取得原告授权的情形下在游戏制作中使用其声音，构成对其声音权益的侵害，最终判决被告向原告赔礼道歉并赔偿原告经济损失 3 万元。<sup>〔1〕</sup> 该案即属于声音权益纠纷。个人的声音是由人的声带振动发出的具有独特性的声响。由于每个人的声带和口腔结构存在差异，每个人的声音都具有独特性。<sup>〔2〕</sup> 每个人都有声纹，其与指纹、掌纹等身体特征一样，均具有唯一性、稳定性的特征。<sup>〔3〕</sup> 从法律层面来看，声音是每个自然人人格的组成要素，彰显了

\* 王利明，中国人民大学民事法律研究中心研究员，中国人民大学法学院教授。

本文为中国人民大学重大课题“民法典新规则研究”（21XNLG01）的成果。

〔1〕 参见《全国首例影视剧台词声音权纠纷案宣判》，载《北京青年报》2023 年 10 月 14 日，第 7 版。

〔2〕 Vgl. Schierholz, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, München 2019, § 16, S. 320.

〔3〕 参见杨立新、袁雪石：《论声音权的独立及其民法保护》，载《法商研究》2005 年第 4 期。

个人的人格尊严，是每个人作为人格主体的重要特征，并可以用来识别每个自然人的身份。

互联网、高科技、大数据和人工智能的发展，对声音权益的保护也提出了新的要求。一方面，声音的记载、利用与传播的方式大为增加，借由声音识别技术的发展，声音与人格的关联也变得前所未有的紧密；另一方面，声音具有可复制性、可传播性，随着高科技特别是数字化技术、语音合成技术和人工智能技术的广泛应用，其被收集、合成、制作、模仿、篡改的现象越来越普遍，声音的利用价值也日益增多，但与此同时，未经许可擅自收集、模仿他人声音的现象也日益增多，尤其是随着人工智能技术的发展，作为“大模型+大数据”的人工智能不仅可以广泛收集大量的声音进行训练，同时可以利用收集的声音数据模仿、自动生成或者将某人的声音与其形体、动作结合起来，人工智能可以模仿任何人、说任何话。<sup>〔4〕</sup> 近来，互联网视频平台上也有不少“博主”利用人工智能技术合成歌手“翻唱”其他歌曲，牟取了不少经济利益。<sup>〔5〕</sup> 此类技术的使用可能会导致更多的虚假和误导性信息在网络上传播。生成式人工智能伪造某人从事某种活动的视频可以以假乱真，甚至达到连人工智能自己都难以识别的程度。<sup>〔6〕</sup> 这些现象都对声音的保护提出了前所未有的挑战。为了回应现代社会发展对声音保护的需求，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1023 条第 2 款明确规定了对自然人声音的保护，但关于声音权益的法律性质及其保护模式，在比较法上存在人格权说、人格利益说、著作权说等不同做法。笔者认为，依据我国《民法典》的相关规定，对声音权益应采取法定人格利益的保护模式，本文拟对此种保护模式的合理性及其适用等问题作出初步探讨。

• 561 •

## 二、声音权益应当采用人格权的保护模式

### （一）不宜采用公开权保护模式

美国法通过公开权对声音予以保护。公开权（publicity rights），又称为形象权，指公民对自己的姓名、肖像、角色、声音、姿态以及图像、卡通人物形象等要素所享有的进行商业利用和保护的权利。此种权利常常被界定为具有财产权性质的权利，<sup>〔7〕</sup> 1954 年尼默（Nimmer）发表了一篇《论公开权》的论文，最先使用了公开权的概念。他认为：“公开权是每个人对其创造和购买的公开的价值享有控制或获取利益的权利。”<sup>〔8〕</sup> 在典型案例“米德乐诉福特公司案”（Midler v. Ford Motor Co.）中，原告米德乐是著名歌手，被告福特公司在电视广告中使用了其代表曲，被告虽然从著作权人处获得了使用授权，但并未征得原告的同意，遂雇用另一歌手模仿原告的声音。美国联邦第九巡回法院指出，“声音和脸一样独特且个人化。人的声音是人格最为显著的表

〔4〕 参见罗亦丹：《四句之内难分真伪 AI 孙燕姿之后 AI 歌手站到台前？》，载《新京报》2023 年 6 月 22 日，转引自 <https://www.bjnews.com.cn/detail/1687423955168295.html>，最后访问时间：2024 年 1 月 3 日。

〔5〕 参见《AI 又惹事！德国杂志 AI 生成“F1 车王”舒马赫专访引愤怒 主编遭解雇》，载《科创板日报》2023 年 4 月 23 日，转引自 <https://www.chinastarmarket.cn/detail/1330636>，最后访问时间：2024 年 1 月 3 日。

〔6〕 参见张雨亭：《明星脸带货、虚假小作文，AI 生成内容监管走到哪一步了？》，载《南方都市报》2023 年 6 月 5 日，转引自 <https://m.mp.oeeee.com/a/BAAFRD000020230604805284.html>，最后访问时间：2024 年 1 月 3 日。

〔7〕 See Michael Henry ed., *International Privacy, Publicity and Personality Laws*, Reed Elsevier, 2001, p. 88.

〔8〕 Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 Law & Contemporary Problems 203, 216 (1954).

现方式之一”，“歌手通过歌曲展现自我，模仿她的声音就是盗用她的身份”，因而认定被告侵犯了原告的公开权。<sup>〔9〕</sup>在相似案例中，广告公司雇佣一名歌手故意模仿另一歌手独特的嘶哑嗓音也被认定为侵犯公开权。<sup>〔10〕</sup>因此，个人对其姓名、肖像、声音等就享有了一种类似于财产的利益（quasi-property interest）。<sup>〔11〕</sup>美国判例普遍承认声音应受公开权保护，如果行为人未经许可而出于商业目的使用、模仿他人声音，构成对他人公开权的侵害。此外，美国多个州也明确规定了对声音的保护，例如纽约州保护姓名、照片、肖像和声音，肯塔基州保护声音和肖像，加州保护姓名、声音、签名、照片和肖像，而印第安纳州则保护姓名、声音、签名、图画、形象、照片以及姿态动作等人身的财产利益。<sup>〔12〕</sup>

AI技术兴起后，公开权的理论与实践开始关注擅自利用AI技术合成他人声音形象的问题，许多歌星、演员被“虚拟选角”和“虚拟复活”，部分公开权主张获得了法院的支持。<sup>〔13〕</sup>例如在一则案例中，游戏开发商未经“No Doubt”乐队授权即在游戏中描绘了其虚拟形象，玩家在游戏中不仅可以让他们演奏自己乐队的歌曲，还可以演唱其他乐队的歌曲。法院认为游戏开发商侵犯了该乐队的公开权。<sup>〔14〕</sup>通过此种方式，个人特别是名人的声音权益得到了保护。

美国采用公开权保护模式保护声音权益的做法不宜为我国所借鉴，原因在于：一方面，公开权是美国法独有的概念，其主要是为了弥补隐私等人格权在调整人格标识商业化利用方面的不足，美国法中没有独立的人格权制度，因此，对于声音等人格标识的财产价值只能以公开权制度进行保护。此种保护模式存在一定的缺陷，其主要保护名人的声音，通常只有名人才能主张公开权，非名人只能主张隐私权。<sup>〔15〕</sup>例如，在某个案例中，纽约州法院认为，原告对其公开权遭受侵害并不构成诉因，因为原告无法证明其具有公众形象、具有公开的人格利益（public personality），只有公众人物才具有此种利益，原告要主张其照片、姓名、声音等遭受侵害，只能根据隐私权主张权利。<sup>〔16〕</sup>而我国一直存在体系化的人格权制度，对声音的保护已正式纳入《民法典》人格权编中，形成了对声音保护的独特方法，彰显了我们对于声音权益进行保护的实践特色，实践证明，这是一种行之有效的保护方法，因此，没有必要在人格权制度体系之外确立独立的公开权制度对声音权益进行保护。另一方面，美国法上的公开权在性质上是财产权，其保护的是人格标识的财产利益，而非精神利益，因此，在公开权遭受侵害后，并不存在精神损害赔偿的问题。而我国《民法典》将声音权益作为人格利益加以保护，在声音权益遭受侵害后，权利人可以依法主张精神损害赔偿，当然，权利人也可以依据《民法典》第1182条主张财产损害赔偿。此外，我国《民法典》将声音作为人格利益加以保护，也意味着声音权益具有人身专属性，不像公

〔9〕 See *Midler v. Ford Motor Co.* 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

〔10〕 See *Wait v. Frito-Lay Inc.*, 978 F.2d 1093 (C.A. 1992).

〔11〕 See Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi & Patrick O'Callaghan, *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 71.

〔12〕 See Thomas McCarthy, *The Right of Publicity and Privacy*, Clark Boardman Callaghan, 1995, p. 101.

〔13〕 See Eric E. Johnson, *Disentangling the Right of Publicity*, 111 Northwestern University Law Review 891, 934-937 (2017).

〔14〕 See *No Doubt v. Activision Publishing, Inc.*, 122 Cal. Rptr. 3d 397 (Cal. Ct. App. 2011).

〔15〕 参见姜新东、孙法柏：《形象权探讨》，载《山东科技大学学报（社会科学版）》2003年第2期。

〔16〕 See *Delan by Delan v. CBS, Inc.*, 458 N.Y.S.2d 608 (N.Y. A.D. 1983).

开权那样可以转让和继承，这也有利于保护个人的人格尊严。

## （二）不宜采用知识产权保护模式

声音的保护与知识产权具有难以分割的关系。一方面，声音可能受到表演者权利的保护。按照《罗马公约》的界定，表演者是指演员、演唱者、演奏家、舞蹈家和演出、演唱、朗诵、演讲或者以其他方式表演文学艺术作品的人。<sup>〔17〕</sup>表演者所表演的作品大多是著作权法意义上的作品，具有独创性。<sup>〔18〕</sup>《中华人民共和国著作权法》第四章第二节专门规定了表演者权利，表演者权的客体是表演者的表演，其受到著作权法的保护，任何人未经表演者同意不得擅自复制、传播或者公开这些表演。而声音则是大多数表演中必不可少的要素之一。例如，单田芳的评书或者郭德纲的相声均需要通过声音的表达对外展示。因此，声音也成为表演的要素之一，一般应当依法受到表演者权的保护。例如，他人未经同意不得直播、复制或者公开传播单田芳的评书，这一规则也同时保护了单田芳的声音。不过，此种方式保护的主要还是表演者权，而非著作权。另一方面，在实践中，以声音为表现形式的作品还可能导致声音权益与著作权的交织，或者声音作为作品的组成部分。例如，许多教材中插入了讲课的声音，直接扫描二维码，就可以听到他人的讲课内容，此外还有大量的具有独创性的视听作品受到著作权法的保护。

还应当看到，声音可以作为商标权的客体。声音本身的商业价值已被商标法律制度所承认与保护。有研究表明，在商业实践中，对声音的利用已经成为塑造商业品牌价值的重要方式。声音可以被用于区分不同的产品，增强消费者的记忆，并可建立消费者对特定产品或者服务的信任关系。例如，在美国的一项调查中，某铁路公司通过实施声音品牌计划，92%的受访者正确识别了其声音品牌，而88%的受访者仅听了两个音符就想起该品牌，71%的受访者认为该公司有吸引力。<sup>〔19〕</sup>这表明，具有品牌标识度的声音也可以成为企业的重要资产。声音受知识产权保护的典型形式是声音可以成为语音商标的客体，在美国，早在20世纪50年代即有成功登记的语音商标。语音商标必须具有识别商品或服务的功能、符合“显著性”（distinctiveness）要求。<sup>〔20〕</sup>语音商标的出现表明声音可以广泛应用于商标领域。<sup>〔21〕</sup>《中华人民共和国商标法》第8条规定：“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。”自从该法明确承认声音作为商标权的客体之后，语音商标的注册屡见不鲜。据此，将声音作为知识产权的保护客体具有一定的法律依据。

虽然声音权益已经纳入知识产权的保护范围，但我国《民法典》第123条在规定知识产权的客体时，并没有包含声音，这就表明声音不是一项独立的知识产权的客体。具体而言：

〔17〕 根据1961年《罗马公约》第3条（a）款所下的定义，表演者或演奏者是指“演员、歌唱者、演奏者、舞蹈演员和其他表演、歌唱、背诵、朗诵、演奏或以别的方式表演文学或艺术作品的人”。参见〔德〕德利娅·利普希克：《著作权与邻接权》，中国对外翻译出版公司、联合国教科文组织2000年版，第291页。

〔18〕 参见〔法〕克洛德·马苏耶：《罗马公约和录音制品公约指南》，刘波林译，中国人民大学出版社2002年版，第15页。

〔19〕 See Laurence Minsky & Colleen Fahey, *What Does Your Brand Sound Like*, Harvard Business Review, available at <https://hbr.org/2014/02/what-does-your-brand-sound-like>, last visited on Aug. 2, 2021.

〔20〕 See J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 5<sup>th</sup> Edition, Thomson West, 2017, p. 75.

〔21〕 See *In re General Electric Broadcasting Co.*, 199 U. S. P. Q. 560 (T. T. A. B. 1978).

第一，虽然通过保护表演者权利和语音商标也可以保护声音权益，但声音在上述情形下通常需要与其他要素结合起来，才能受到法律保护。在实践中，虽然声音也可以作为作品的一部分受到著作权的保护，但是，此时声音受到法律保护，不是因为该声音可以识别出特定主体，而是因为该声音所讲授的内容具有独创性，因此应当受到著作权法的保护。在此情形下，声音只是作品的组成部分，而非独立的人格利益。在法律上，声音权益与声音作品的归属并不必然相同，如一首声音作品的著作权可能并不属于其演唱者，这也意味着在行为人只是擅自利用作品中的声音时，演唱者将无权主张其著作权遭受侵害，这就难以对作品中的声音提供有效保护。虽然保护表演者权也可能同时保护声音权益，但其必须建立在对作品的表演的基础上，而实践中大量的声音并非对作品的表演，因此表演者权无法全面地保护声音权益。

第二，著作权保护的是作品的内容，而非声音本身，声音只不过是包含在作品的内容中从而一并受到著作权法的保护。从比较法上来看，在德国判例和学说中，有观点认为，私法领域内对声音的保护涉及著作权保护和人格权保护两种方式。<sup>〔22〕</sup> 著作权保护作为被优先考虑的保护模式，能够对人格权保护形成阻断效果（Sperrwirkung）。只有无法满足著作权保护模式的情况下，相关案例才会进入人格权保护模式中被考察。<sup>〔23〕</sup> 也有观点认为，声音的人格权保护应优先类推适用德国特别法中对于自然人肖像（德国《美术和摄影作品著作权法》第 22 条）和自然人姓名（《德国民法典》第 12 条）的规定以及司法先例中形成的规则。<sup>〔24〕</sup> 此外，《德国著作权法》第 75 条还规定了对艺术家所表演的作品不得歪曲及以其他损害其名誉的方式进行改变。事实上，在著作权保护模式中，著作权保护的实际上并非普通的声音，而是达到了作品条件的声音，所以这种模式直接保护的是声音所形成的作品，只是间接起到了保护声音的效果。<sup>〔25〕</sup>

但我国《民法典》第 123 条在规定知识产权的客体时只是规定了作品等客体，并没有规定声音权益。《民法典》第 1023 条将声音权益作为特殊的人格利益予以保护，开辟了对声音人格利益的新型保护渠道，较之于通过扩张著作权的方式对声音进行保护，此种保护模式更为合理。一方面，此种模式注重了声音权益中具有的人格属性，而非强调声音权益中的财产属性。著作权保护模式过多地强调了声音权益的财产属性。如前述，声音权益虽然与知识产权存在上述交叉，但声音主要不是知识产权的客体，而应该成为人格权益的组成部分。在德国判例中，虽然出现了以著作权保护声音权益的做法，但主要是因为德国法没有系统性地规定声音权益，所以法官不得不依据著作权规则对声音权益予以保护。我国《民法典》第 1023 条已经明确规定了对声音的保护参照适用肖像权的规定，法官可以直接援引人格权编的规定对声音权益提供法律保护。另一方面，著作权只保护具有独创性的声音作品。<sup>〔26〕</sup> 而声音若要成为作品，要符合独创性的要求，如果缺乏独创性，则无法受到著作权法的保护。此外，声音可能只是一个完整作品的片段或者组成部分，不能将其等同于作品本身，行为人未经同意擅自使用作品中的声音片段，并不等于构成作品

〔22〕 Vgl. Siehe Schierholz, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, München 2019, § 16, S. 322 ff.

〔23〕 Vgl. Siehe Schierholz, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, München 2019, § 16, S. 326.

〔24〕 Vgl. Peukert, Persönlichkeitsrechtsbezogene Immaterialgüter?, ZUM 2000, 710, 719 f.

〔25〕 Vgl. Lausen, Der Schauspieler und sein Replikant, ZUM 1997, 87, 89.

〔26〕 Vgl. Lausen, Der Schauspieler und sein Replikant, ZUM 1997, 87, 89.

上的著作权侵害。此时，著作权无法对声音权益提供保护。因为这一原因，在德国司法实践中，有的法院认为，对声音作品的片段的使用，应当采取人格权保护模式。<sup>〔27〕</sup> 这一观点不无道理。还应当看到，在实践中对声音的侵害大多表现为非法篡改、非法伪造他人的声音，这些声音可能与作品无关，因此著作权无法对此提供充分的保护。

第三，商标权规则在保护声音权益方面存在一定不足。一方面，就语音商标而言，其只是声音在商标领域的一种特殊利用。语音商标受到法律保护需要具备一定的条件，应当具有固定的载体或形式，并且需要完成特定的审批或登记程序。而声音作为人格利益，其受到法律保护的前提是其具有独特性、与个人身份的关联性，而没有其他限制性条件。另一方面，语音商标制度主要关注相关声音与商品或服务的关联性，其仅保护商品或服务提供者在市场竞争中的合法权益，而非声音来源或者发出者的人格利益。此外，声音作为商标，不能脱离相关的商品或者服务本身。更确切地说，在声音作为商标的情形下，语音商标的经济价值并不来源于语音本身，更多依附于其指向的商品或服务。因此，将声音作为人格利益与商业活动中语音商标的使用可以是并行不悖的，二者处理不同主体以及不同层次的利益关系。<sup>〔28〕</sup>

第四，将声音规定为一种人格利益，更有利于对声音权益的保护。将声音规定为人格利益，在声音遭受侵害后，受害人可以依法主张精神损害赔偿。与知识产权保护方式相比，这也是对声音作为人格利益的一种特有保护方式。另外，基于此种人格利益保护的的特殊性，还可以适用人格权的一些特有保护方法，如侵害人格权的禁令制度、人格权请求权等。

总之，由于声音权益并未完全作为著作权的客体，因而也不宜完全通过知识产权法规则对声音权益提供保护。

• 565 •

### （三）声音权益应当采用人格利益保护模式

声音权益作为一种人格利益，包括声音的可识别性和声音的内容。声音的可识别性是指社会公众可以根据声音识别出特定主体的身份。《民法典》第 1018 条第 2 款规定肖像是在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象。同时第 1023 条第 2 款规定对自然人声音的保护参照适用肖像权保护的有关规定。据此可知，声音的可识别性是声音权益具有人格属性、可作为一项人格利益保护的前提条件。倘若一段声音无法识别出特定主体的身份，那么其将难以受到法律保护。一方面，声音的可识别性源于声音的独特性，例如，单田芳的评书十分著名，就是因为单田芳的声线具有独特性，社会公众可以根据声线识别出一段评书的演说者是单田芳。在这个意义上，声音也具有标表型人格权的特征。<sup>〔29〕</sup> 另一方面，声音权益还包括声音的内容。声音的可识别性还应当与声音的内容结合起来。大多数人的声音很难像单田芳一样具有独特的声线或声调，可能需要通过声音的内容识别个人的身份。德国法经历了从狭义的声音权益和广义的声音权益二元区分向一元的声音权益的发展过程。狭义的声音权益将声音仅仅限定为人的声音，即个人可以

〔27〕 Vgl. Bortloff, Tonträgersampling als Vervielfältigung, ZUM 1993, S. 476.

〔28〕 See Joshua L. Simmons & Miranda D. Means, *Split Personality: Constructing a Coherent Right of Publicity Statute*, 10 *Landslide* 37, 37–43 (2018).

〔29〕 参见温世扬：《标表型人格权的制度价值与规范构造》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021 年第 6 期。

区别于其他人的声音，并且需要将声音本身与声音所表达的内容进行区分。<sup>〔30〕</sup>但在德国的司法实践中，狭义层面对声音权益保护的案例非常少。<sup>〔31〕</sup>其中较受关注的主要是1990年汉堡高等法院判决的Heinz Erhardt案。该案中，法院判定，对海因茨·埃尔哈特（Heinz Erhardt，一位喜剧演员、音乐家、诗人和演员）的独具特色的声音之模仿，系对他的一般人格权的侵害。<sup>〔32〕</sup>而广义的声音权益不仅包括声音本身，也包括声音所表达的内容，后者可以单独构成一般人格权下的自我话语权（Recht am eigenen Wort）。<sup>〔33〕</sup>不过，在2010年之后，特别是德国最新的民法典评注中，已经不再特别区分声音本身和声音所表达的内容，因为纯粹有关声音本身的案例很少，而声音所表达的内容即一般人格权下的话语权益，涉及的案例相对比较多。<sup>〔34〕</sup>这一发展过程也表明：声音作为标识自然人的格要素，既包括人的声音的可识别性，也包括人的声音的内容，两者难以截然分开。因此，讨论声音权益应当从声音的可识别性和声音内容两方面考量。

从我国《民法典》的相关规定来看，声音权益应当是自然人所享有的重要的人格利益，声音权益的特点主要体现在如下几个方面：

第一，声音权益的主体是自然人。虽然随着技术发展，人工智能作为拟制人，能够合成、创作人的声音，但这并不意味着人工智能产品可以成为声音权益的主体。人工智能产品作为法律上的客体，也无法享有声音权益。在实践中，借助语音合成软件制作的虚拟歌手“洛天依”这一网络形象已经成为风靡全球的虚拟偶像，但其仅有可能通过著作权法或反不正当竞争法等予以保护，该虚拟的网络形象无法成为声音权益的主体，虚拟歌手的创作者或持有公司也不因此享有基于此种声音而产生的人格利益。<sup>〔35〕</sup>这些虚拟偶像的声音有可能受到著作权法或者反不正当竞争法的保护，但其无法与特定的自然人联系在一起，因此不能成为人格利益受到保护。

第二，声音具有身份识别性。如前述，声音权益具有独特性，每个人的声音都不可能与他人的声音完全相同，通过声纹识别技术可以从声音中识别出具体的个人。声音也构成诸如演员、配音演员、播音员和歌手的重要识别特征（Erkennungsmerkmal），为公众所熟悉。<sup>〔36〕</sup>即使随着时间的推移，个人的声带可能发生变化，语音、语调也可能有所改变，但声纹却具有稳定性，仍然可以识别个人的身份。<sup>〔37〕</sup>虽然每个人声音的可识别性存在一定差异，但这仅是程度有别，并不影响其身份识别的性质。因此，声音权益与特定的自然人一一对应，与自然人人格直接关联。常言道“未见其人、先听其声”，人们听到一种声音之后判断该声音归属于某一特定主体。某人的声音与其人格是直接联系在一起的，与个人在社会生活中的主体地位也具有直接关联度。这也使得声音可以成为身份识别的重要依据。在规范层面，声音权益之所以受到法律的专门保护，最主要原因也是其身份识别性。当然，法律将声音作为重要的人格利益予以保护，其所保护的并不是

〔30〕 Vgl. Siehe Schierholz, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, München 2019, § 16, S. 320.

〔31〕 Vgl. Siehe Schierholz, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, München 2019, § 16, S. 319.

〔32〕 Vgl. OLG Hamburg NJW 1990, 1995 ff.

〔33〕 Vgl. Siehe Specht-Riemenschneider, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BGB Großkommentar, § 823, Rn. 1207.

〔34〕 Vgl. Siehe Förster, in: Hau/Poseck, BGB Kommentar, 66. Ed., 2023, § 12, Rn. 233 - 235.

〔35〕 参见芦琦：《虚拟数字人IP化法律问题及其知识产权保护应对》，载《科技与法律（中英文）》2023年第3期。

〔36〕 Vgl. Schierholz, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, München 2019, § 16, S. 320.

〔37〕 参见杨立新、袁雪石：《论声音权的独立及其民法保护》，载《法商研究》2005年第4期。

特定的声音载体，因此，行为人毁坏相关的声音载体通常并不构成对他人声音权益的侵害，但如果行为人擅自利用或者恶意模仿相关载体中的声音，并因此产生身份混淆的后果，则可能构成对他人声音权益的侵害。

第三，声音权益也彰显了个人的人格尊严。声音是一种人格利益，它是个人进行社会交往、形塑个人形象以及表达思想的媒介，与其个人尊严与社会评价密不可分。如前述，侵害声音权益，通常会侵害个人的人格尊严，保护声音权益，就是保护个人的人格尊严。例如，前述“全国首例影视剧台词声音权纠纷案”中，原告诉称，二被告未经其授权，以营利为目的开发并设计案涉游戏，客观上构成对其声音权益的侵害，并且此款游戏中使用原告的人格元素塑造坏人形象，有损其人格尊严。其理由不无道理。还应当看到，声音是标识自然人的人格要素，因此，每个人对自己的声音权益享有自主决定的权利，任何人未经许可，不得擅自使用他人的声音，在这一点上声音权益类似于个人信息中的“自主决定权”，每个人对于自己的声音享有自己独立决定的权利，禁止他人未经同意擅自使用权利人的声音，这也是法律保护声音权益的重要原因。<sup>〔38〕</sup>

第四，声音权益是具有财产价值的人格利益。声音不仅具有人格利益属性，也具有利用价值，声音权益不仅承载精神利益，而且包含一定的经济价值，能够成为商业化利用的对象。例如，授权他人将自己的声音应用于网络游戏、电视广告或智能产品之中，以此获取许可使用的费用。再如，声音可以用作语音商标，或者利用名人的声音为产品代言，或者利用他人的声音作为短视频的配音，不仅可以获得网络流量，更可以因此获得经济利益。从法律属性上看，声音与姓名、肖像等人格标识相似，可以在一定程度上与主体相分离，这与物质性人格权的客体显著不同，其也可以成为许可使用的对象。<sup>〔39〕</sup>

总之，声音具有身份识别性、唯一性与稳定性的特征，声音与人的主体性以及人格尊严紧密相关。正是因为对于声音权益可以采取人格利益保护模式，所以，在自然人的声音权益遭受侵害后，受害人可以主张人格权请求权等权利，并依法主张精神损害赔偿，从而充分维护其人格利益。

### 三、声音权益应当采用法定人格利益保护模式

声音权益应当受到人格权法保护，但问题在于，声音究竟是一种具体人格权，还是一般人格权，抑或是一种特殊的法定的人格利益。学界对此存在不同的观点，从我国《民法典》第1023条的规定来看，声音是一种法定的特殊人格利益，应采取法定人格利益的保护方式保护声音权益。

#### （一）《民法典》未采取具体人格权保护模式

从比较法上看，一些大陆法系国家和地区的判例通过扩张隐私权或者肖像权等具体人格权的方

〔38〕 Vgl. Siehe Specht-Riemenschneider, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl., 2022, KUG § 22, Rn. 7.

〔39〕 参见温世扬：《标表型人格权的制度价值与规范构造》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第6期。

式保护声音权益。例如,《魁北克民法典》第36条从隐私权的角度规定了声音权益的保护规则。<sup>[40]</sup>此种模式直接将声音纳入与其相类似的具体人格权之中,通过扩张隐私权或肖像权范围的方式,实现对声音的保护。在德国,有学者认为,对于声音的人格权保护模式,目前法律并无特别规定,因此适用一般人格权,但是也可以优先参考适用自然人肖像(德国《美术和摄影作品著作权法》第22条)和自然人姓名(《德国民法典》第12条)的相关规定及司法先例中形成的规则。<sup>[41]</sup>可见,声音也可以受到特殊人格权的保护。如果声音权益的保护无法适用特殊人格权的相关规定,则一般人格权为其提供补充保护。<sup>[42]</sup>

在我国《民法典》颁布前,有不少学者认为,在规定具体人格权时,不仅要规定传统人格权,对较为成熟、确实能够作为具体人格权进行保护的人格利益,也应将其规定为新的人格权,而声音权就是其中之一。<sup>[43]</sup>这种观点基于声音与姓名、肖像一样起到人格标识的作用,加之声音因窃听器、录音机的广泛使用而有强化保护的必要,遂认为声音应当构成一项具体人格权。<sup>[44]</sup>有观点主张,《民法典》第1023条第2款已经确认了独立的声音权,承认了权利人有自主支配自身声音权益的权利,并有权决定对自己的声音进行使用,或者许可他人使用。<sup>[45]</sup>还有观点认为,《民法典》第1023条第2款确认了声音权,可以对《民法典》施行前的声音权侵害行为溯及适用,以便更好地保护自然人人格权益。<sup>[46]</sup>在司法实践中,也有案例明确使用了声音权这一表述。<sup>[47]</sup>上述观点具有一定的合理性,但从我国《民法典》第990条第1款关于具体人格权的规定来看,其列举了9项人格权益,但并没有承认声音为独立的具体人格权类型。《民法典》之所以未承认声音为独立的具体人格权,主要是因为其边界并不清晰,而且与肖像、隐私等会发生一定的交叉,很难对其进行明确的界分,具体而言:

第一,声音是一种人格利益,而非具体人格权。从解释论看,我国《民法典》并未将声音权益规定为一种独立的具体人格权。按照权利法定原则,只有法律明确规定的权利才能成为具体人格权,否则只能作为利益存在。而无论是从《民法典》总则编第110条还是人格权编第990条第1款来看,其在列举具体人格权的类型时,并没有规定声音权,这表明声音权在我国《民法典》中并非独立的具体人格权。《民法典》第1023条第2款明确规定了对声音的保护参照适用肖像权

[40] 该条规定:“特别是有下列行为之一的,为侵犯他人隐私:(1)进入或者占领他人的住宅;(2)故意截取或者使用他人的私人通信工具;(3)盗用或者使用他人的肖像或者声音,即使在私人寓所内;(4)尽一切可能持续将他人的私生活公开;(5)使用他人的姓名、肖像、形象或者声音,但向大众合理公开信息的除外;(6)使用他人的信件、手稿或者其他私人文件。”该条实际上是通过隐私权对声音加以保护的。

[41] Vgl. Peukert, Persönlichkeitsrechtsbezogene Immaterialgüter?, ZUM 2000, 710, 719 f.

[42] Vgl. Landfermann, Handy-Klingeltöne im Urheber- und Markenrecht, 2006, S. 187.

[43] 参见杨立新、袁雪石:《论声音权的独立及其民法保护》,载《法商研究》2005年第4期。

[44] 参见隋彭生:《人格派生财产权初探》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2013年第5期。

[45] 参见杨立新:《我国民法典人格权立法的创新发展》,载《法商研究》2020年第4期。

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

[47] 例如,在“上海大承网络技术有限公司与北京天浩盛世娱乐文化有限公司合同纠纷案”中,法院认为:“×××授权天浩盛世公司代表其本人就其肖像和声音用于游戏《超××》的相关事宜对外授权,且在大承网络公司使用×××肖像权与声音权用于《超××》手机游戏营销传播期间,并没有证据证明×××本人提出异议。××公司与×××之间的合同争议抑或侵权争议,涉及独家经纪权的法律认定问题,不足以证明天浩盛世公司没有获得×××的相关授权,故对于大承网络公司主张的天浩盛世公司无权代表×××签署《合作协议》且《合作协议》效力待定的意见,该院不予采信。”参见北京市第一中级人民法院(2017)京01民终5532号民事判决书。

的规则,即“对自然人声音的保护,参照适用肖像保护的有关规定”。该条在规定声音权益的保护时,使用的表述也是“声音”而非“声音权”。因此,《民法典》并没有明确承认声音权是一种具体人格权,但将其规定为一种人格利益。

第二,具体人格权是指法律明确规定的人格权,凡是在《民法典》表达为“××权”的人格权均是具体人格权,相反,若是《民法典》没有规定“××权”的人格权益则不属于具体人格权。在这个意义上,尽管《民法典》规定了个人信息受到法律保护,但是没有规定“个人信息权”,因此也不能将个人信息认定为具体人格权。同样,尽管《民法典》第 1023 条第 2 款规定对自然人的声音进行保护,但是没有明确规定诸如“声音权”等法律概念,因此声音人格权益不是具体人格权。

第三,声音权益经常与其他人格权发生交叉,若是将声音规定为人格权,那么其与其他人格权的边界存在区分困难。从比较法来看,擅自生成他人的声音和图像,可能侵害他人的名誉权,<sup>[48]</sup>或者侵害他人的隐私权,<sup>[49]</sup>甚至可能涉及个人信息保护。<sup>[50]</sup>尤其是我国《民法典》第 1023 条规定声音参照适用肖像保护的规则,可能使人产生一定的误解,即认为声音属于肖像的内容,是肖像权的组成部分。应当承认,声音与肖像存在密切的关系,其与肖像一样,都具有身份识别的特点,而且从声音与肖像中都能够直接识别个人的身份,其都属于标表型人格权益的范畴。此外,虽然声音权益是参照适用肖像保护的规则,但并不是直接适用,且参照也只是参照与其最相类似的规则,而不是参照适用肖像保护的所有规则。从实践来看,声音与肖像虽然都可以成为许可使用的对象,但是二者之间也存在一定的区别:一方面,肖像权是独立的具体人格权类型,而声音在性质上只是一种人格利益;另一方面,肖像是通过一定的外在载体展现个人的形象,而声音与个人身份的关联则不需要有形的存在载体。

《民法典》虽然没有承认声音权益为一种具体人格权,但并不意味着无法通过人格权的保护规则保护声音权益。在此应当区分狭义的人格权概念和广义的人格权概念,《民法典》第 990 条第 1 款所使用的“人格权”是狭义的人格权概念,而人格权编所使用的人格权则是广义的人格权概念,凡是人格权编所规定的人格权益,都应当可以适用人格权编的保护规则,声音权益也概莫能外。在声音权益遭受侵害后,受害人也可以主张人格权请求权、精神损害赔偿等。从这一意义上说,虽然声音是一种人格利益而非具体人格权,但是不影响《民法典》以保护人格权的方式对声音权益进行保护。同时,通过人格权许可使用、合理使用等制度,便利声音权益的多元利用,也能更好地平衡不同利益主体间的关系。

## (二)《民法典》未采用一般人格权保护模式

一般人格权(Allgemeines Persönlichkeitsrecht/AGB)产生于德国。在德国法中,一般人格权属于“框架性权利”,具有母权的性质。<sup>[51]</sup>由于德国规定的人格权类型较少,大量的人格利益均通过一般人格权进行保护,因此,如果声音权益的保护无法适用特殊人格权的相关规定,则一

[48] Vgl. BGH NJW 2011, 3516 ff.

[49] Vgl. BVerfGE 54, 148 unter B. II. 2. a; Balthasar, Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht, Tübingen 2006, S. 112.

[50] Vgl. Volkszählungsurteil, NJW 1984, 419 ff.

[51] 参见〔德〕迪卡尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 808 页。

般人格权为其提供补充保护。<sup>[52]</sup> 实践中，声音被认为是私人生活领域和私人生活秘密，受到一般人格权的保护，他人不得窃听和记录个人的声音。<sup>[53]</sup> 同时，个人声音中所包含的经济价值也受到一般人格权的保护。<sup>[54]</sup> 例如，在 1990 年汉堡高等法院判决的“海因茨·埃尔哈特（Heinz Erhardt）”案中，原告的父亲海因茨·埃尔哈特是德国著名影星，但已经去世，被告未经原告同意而在其声音模仿秀节目中模仿了其父的声音，法院认为，对埃尔哈特独具特色、广为辨识的声音的模仿，系对其一般人格权的侵害，承认声音中所包含的经济价值应受一般人格权的保护。<sup>[55]</sup> 不过，一般人格权模式所保护的具体法益欠缺明确的界定，常在理论与实践引发争议，并影响其规范功能的发挥；一般人格权具体化过程中产生的各项具体人格权之间的区分也并不清晰，从而产生了体系上的重叠与紊乱。

在我国，《民法典》在第 990 条第 1 款列举了各项具体人格权后，于第 2 款专门规定：“除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”这就意味着，凡是没有被类型化为权利的人格利益，均属于《民法典》第 990 条规定的“其他人格权益”的范畴。《民法典》人格权编所保护的人格利益应当区分为两种：一是法律明确规定的人格利益，二是法律没有规定的人格利益。对于法律已经作出规定的人格利益，如个人信息、死者人格利益等，由于已经有法律的明确规定，应当适用该法律的具体规定，而非适用《民法典》第 990 条第 2 款的规定。诚然，声音是一种新型人格利益，与一般人格权一样，其主体都是自然人，且都是一种权益而非权利，因此，其与一般人格权确实具有相似性，但又不同于一般人格权，声音是法律明确规定予以保护的人格利益类型。进一步而言，《民法典》第 990 条第 2 款适用的前提是法律未对特定人格权益作出明确规定，也没有作出参照适用的规定，<sup>[56]</sup> 而声音权益则显然不在此列。《民法典》第 1023 条第 2 款规定的声音利用保护，应适用有关肖像的保护规则，而不再适用《民法典》第 990 条第 2 款规定。从这个意义上说，在我国《民法典》中，声音权益不属于一般人格权保护的范围。通过一般人格权规则保护声音权益，也可能赋予法官过大的自由裁量权，即法官需要判断行为人是否侵害了他人的人格自由和人格尊严，这也可能使声音权益的保护存在一定的不确定性。此外，一般人格权能否成为许可使用的对象仍然存在一定的争议，因此，通过一般人格权的规则保护声音权益，也难以调整声音权益的积极利用现象。

总之，声音权益不是一种一般人格权的范畴。我国《民法典》第 990 条第 2 款规定的一般人格权是法律没有规定但实践中产生的新型人格利益，并不应当包括已经由法律作出明确规定的声音权益。在前述“全国首例影视剧台词声音权纠纷案”中，原告主张其一般人格权受到侵害，法院未采纳该观点，仍然认为被告侵害的是原告的声音权益，此种观点值得赞同。

### （三）《民法典》采取法定人格利益保护模式

从《民法典》规定来看，我国对声音权益的保护采纳的是一种法定的、独立的人格利益的保

[52] Vgl. Landfermann, Handy-Klingeltöne im Urheber- und Markenrecht, 2006, S. 187.

[53] Vgl. Rixecker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2021, Anhang zu § 12, Rn. 82, 90.

[54] Vgl. Hartl, Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter, Konstanz 2005, S. 50.

[55] Vgl. OLG Hamburg NJW 1990, 1995 ff.

[56] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 16 页。

护模式,《民法典》第1023条第2款虽然是参照适用条款,但其也具有宣示作用,即声音权益也是受法律保护的人格利益,而且其在整个民事权益中具有重要的地位,是独立的人格利益类型。具体而言,此种保护模式对声音权益的保护具有如下特点:

第一,法定性。此种保护模式强调对声音权益的保护是由法律明确规定的,这就为声音权益的保护提供了明确的法律指引和依据,在当事人发生争议的情形下,也可以直接援引法律规定。法定性包含如下几个层次:一是法律对声音权益的保护作出了明确的规定,从而为声音权益的保护提供了制定法层面的依据;二是法律对声音权益发生纠纷应适用的裁判依据作出了具体的规定,与《民法典》第990条第2款一般人格权所保护的人格利益相比,声音权益的保护可以参照适用肖像保护的规定,该规则更为具体,能够为声音权益的保护提供更为精细化的规则。

第二,独立性。声音权益的独立性具体体现为:一是声音是《民法典》人格权编所规定的独立的人格利益类型,其无法被其他人格权益所涵盖。声音权益是法律明确规定的人格权益,属于法定的人格利益。这种人格利益不是一般人格权意义上的人格利益,一般人格权是指法律没有具体规定的人格利益。但是,声音和个人信息、死者人格利益一样是得到法律特别规定的人格利益。二是声音权益虽然与其他人格权益存在一定的交叉关系,但其本身具有明确的权利边界,可以与其他人格权益进行明确的区分。三是声音权益是我国《民法典》所规定的人格权益体系的组成部分。立法既没有将其作为一般人格权的客体,也没有将其作为肖像权或者其他具体人格权,而是使其呈现介于二者之间的权利过渡状态。立法者之所以没有将其权利化,主要是考虑到声音权益的保护属于新型问题,在司法实践中尚未形成充分的经验。采法定人格利益保护模式既可以为声音权益的保护提供明确的法律依据,也可以为其未来的权利化奠定基础。从比较法上来看,这种模式也是极为独特的,没有哪个国家的立法采取我国的这种模式。

• 571 •

第三,规则适用的特殊性。如前述,对法律没有规定的新型人格利益,若适用《民法典》第990条第2款关于一般人格权的规定,法官要对此种人格利益是否属于一般人格权的保护范围进行具体考量,尤其是对这些人格利益是否属于具体人格权之外的、体现了人身自由和人格尊严价值的人格利益作出判断,如果符合这些条件,则可以适用第990条第2款。而对声音权益而言,《民法典》第1023条已经将其规定为法定的人格利益,并规定参照适用肖像保护的规则,因而法官不需要考量声音权益是否属于人格利益。且从法律适用层面,不能适用《民法典》第990条第2款,而应当依据第1023条确定与声音保护具有相似性的肖像保护规则,并予以适用。当然,虽然《民法典》第1023条规定声音保护参照适用肖像权的规定,但是并不意味着声音就是肖像权的客体,参照适用的表达方式表明了声音和肖像不具有同一性,而只是具有相似性。

我国《民法典》第1023条第2款规定声音权益可以参照适用肖像保护的规则,从而确立了声音权益的法定人格利益的保护模式,此种保护模式的优点在于:

一是宣示了声音权益是应当受到人格权编保护的独立人格利益,其不属于具体人格权的范畴,与具有极大相似性的肖像权也不相同,且与个人信息等法定的人格利益存在区别。这里的“独立”主要指向声音权益与其他人格权益之间的关系:声音作为独立的人格标识,其保护不必依附于其他人格权。不可否认的是,声音权益常常和其他人格权交织在一起,如:歪曲声音内

容、“嫁接”声音可能侵犯名誉权；<sup>〔57〕</sup>深度伪造常以视频的方式体现，从而一并侵犯声音与肖像权；声音的内容可能涉及名誉权或隐私权。<sup>〔58〕</sup>在具体个案中若声音权益与上述人格权捆绑在一起，即使法律未作出特别规定，声音权益也能受到间接保护；但在声音独立存在时，就有必要对声音单独进行保护。例如，某广告只用了一段歌曲而未出现演唱者的肖像，或某 AI 音频只模仿了某人独特的嗓音，法律若不明确声音作为独立的人格利益，声音的保护就无所依从。既然声音本身能够单独识别个人身份，并不当然依赖肖像、姓名等人格标识，声音亦具有独立保护的必要。所以，强调声音权益的独立性，此种人格利益的边界与其他人格利益的边界是可以明确界分的，不能纳入其他人格权益之中。

二是强化了对声音权益的保护。在将声音规定为法定的人格利益后，其保护也可以适用人格权编关于人格权保护的一般规定，此时也不再需要按照一般人格权的规则，先判断声音是否属于应受法律保护的人格利益，这更有利于对声音权益的保护。当然，在确立有关该权利的行使与保护规则时，既要与肖像权规则结合起来，又要考虑其特殊性。例如，声音可以作为语音商标使用，其虽然受知识产权的保护，但也不能完全套用商标权的规则。

三是在规则适用方面限制了法官的自由裁量权，要求法官直接依据参照适用条款寻找相关的裁判规则，也不需要过多地考量声音权益是否为人格利益。若是采取一般人格利益的保护模式，那么法官在判断声音权益是否值得保护、在哪些场景下应当保护等具体问题时，可能产生不同的观点，造成同案异判的后果。相较之下，《民法典》第 1023 条第 2 款明确规定了声音权益应当受到我国法律体系的保护，并且应当参照适用肖像权的规定，从而为声音权益的相关纠纷处理提供了相对确定的判准，有利于同案同判。

四是有利于保持声音权益保护规则的开放性。相较于具体人格权的保护模式而言，法定人格利益的保护模式更具开放性。由于声音权益属于比较新型的人格权益，它的权益内容和边界还有不清楚的地方，尤其是随着数字技术特别是人工智能等技术的发展，声音的利用方式将越来越多样化，同时，纠纷的类型和数量也将大大增加。从未来的发展来看，声音权益的权利化应当是一个必然的发展趋势。在司法实践的经验成熟之后，也可能对声音进行权利化。因此，《民法典》第 1023 条第 2 款没有规定独立的聲音权这一具体人格权类型，而是规定其保护参照适用肖像权的相关规则。这意味着，对于与肖像权具有实质性相似的问题，可以参照适用肖像权的规定；而声音权益保护中的独特问题，以及随着数字技术的发展产生的新问题，则交由将来的立法或者司法解释再做进一步的细化规定。在这个意义上，法定人格利益的保护模式更具开放性。

#### 四、应当界分声音权益与个人信息保护模式

诚然，声音权益与个人信息都不是法定的具体人格权，而是法定的人格利益，且这两种人格

〔57〕 Vgl. BGH NJW 2011, 3516 ff.

〔58〕 Vgl. BVerfGE 54, 148 unter B. II. 2. a; Balthasar, Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht, Tübingen 2006, S. 112.

利益相互之间存在一定的交叉。一方面,随着科学技术尤其是数字化技术的发展,大量的声音可以转化为个人信息。例如,声音作为数据挖掘的对象,大数据工具通过对声音的分析可以获取大量个人信息,如通过声音辨别情绪与偏好。<sup>[59]</sup>声音本身也可以成为特殊类型的个人信息,因为其能够识别特定的自然人,并且可以信息的形式存在,甚至由于声音与个人的人格尊严、个人人身安全有直接关联度,声纹信息在性质上应当属于敏感个人信息。例如,实践中,网络诈骗可能通过非法收集他人声音后,模仿他人声音从事网络诈骗。由于声音信息作为一种重要的信息,也可能被处理者非法处理。例如,手机语音助手、智能音响、智能客服等工具通过用户声音直接收集了大量个人信息。有的信息处理者在大量收集个人的声音信息后,进行非法加工、合成,未经他人许可推出各种声音、语音视频、黄色影像等,从而侵害他人的声音信息。另一方面,个人信息保护规则也可以适用于声音权益的保护,即在声音体现为声音信息时,个人信息的保护规则可以为声音权益的保护提供更为系统、全面的保护。通过某个人特殊的声音,也能够识别特定的自然人,因此,个人信息中也包含了声音这一特殊类型的个人信息,而且随着技术的发展,声音的独特性已经成为识别自然人身份的非常有效的方法。从未来的发展趋势看,声音权益与个人信息重叠现象将日益普遍,声音权益也可以受到个人信息规则的保护。《民法典》第 1034 条第 2 款关于个人信息的类型中虽然没有明确列举声音,但该条采用了“等”字,表明符合个人信息特点的声音,也可以纳入个人信息的范畴。

正是因为声音与个人信息的交叉关系,从比较法上看,也存在一种以个人信息规则保护声音的做法。例如,在《一般数据保护条例》(GDPR)基础上,欧盟于 2021 年 7 月针对“虚拟语音助手”(VVA)专门制订了《虚拟语音助手指引》,针对不同语音服务任务明确了对应适用的个人信息保护规则。<sup>[60]</sup>美国法在金融、健康保险、劳动等行业法上针对语音或语音记录也有专门保护。<sup>[61]</sup>由此涉及声音能否通过个人信息进行保护的问题。在我国,《民法典》《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)有关个人信息保护的制度也可以适用于对声音的保护,这主要是在声音被他人非法处理之后,声音信息受到了侵害,受害人可以直接援引有关个人信息保护的规定,对声音信息予以保护。例如,在行为人非法收集他人声音信息时,受害人可以直接行使《个人信息保护法》所规定的删除权、更正权等权利;在他人将相关声音与他人共享时,权利人还可以请求停止侵害等;在个人信息遭受侵害时,也可以适用获利返还规则请求损害赔偿。毫无疑问,这种方式是对声音权益进行保护的非常有效的方式,尤其是,声音权益可能成为个人信息甚至是敏感个人信息的组成部分。例如,个人信息处理者未经许可擅自处理他人的谈话,就可能构成对个人敏感信息的侵害,受害人可以依据《个人信息保护法》敏感个人信息的规定请求保护。

但是应当看到,声音既然是一种独立的人格利益,其并不完全归入个人信息的范畴,两者的

[59] See Joseph Turow, *The Voice Catchers: How Marketers Listen in to Exploit Your Feelings, Your Privacy, and Your Wallet*, Yale University Press, 2021, p. 2.

[60] See *Guidelines 02/2021 on Virtual Voice Assistants*, Version 2.0, adopted on 7 July 2021, p. 3-4, available at [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-07/edpb\\_guidelines\\_202102\\_on\\_vva\\_v2.0\\_adopted\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-07/edpb_guidelines_202102_on_vva_v2.0_adopted_en.pdf), last visited on Aug. 1, 2023.

[61] See Emma Ritter, *Your Voice Gave You Away: the Privacy Risks of Voice-inferred Information*, 71 *Duke Law Journal* 735 (2021).

区别具体表现在：

第一，个人信息强调对自然人的识别性。《民法典》第 1034 条第 2 款规定：“个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息。”因此，只要是能够识别特定自然人的信息，都可以归入个人信息的范畴。但声音作为一种人格利益，其并不以识别性作为要件，法律保护声音权益旨在维护声音所彰显的人格尊严和人的主体性的密切关联度，并不一定强调身份识别的特点。

第二，声音权益并不一定以信息的形式表现出来。只有在声音已经成为个人信息的情况下，才能受到个人信息相关法律的保护。个人以唱歌、讲课等方式表现其声音，如果没有通过一定的数字化记载记录下来，则不能说声音就是一种个人信息并应受个人信息法的保护。但即便如此，任何人也不得恶意模仿他人的声音，甚至用于侮辱、贬低他人的形象，或者模仿他人声音从事网络诈骗等活动。如果实施此类行为，行为人并不是对他人的声音信息进行收集、储存等处理行为，而只是一种侵害他人声音的行为，在此种情形下，行为人并不构成对他人声音信息的侵害，而只是构成对声音权益的侵害。因此，不能完全基于个人信息保护的规则保护声音权益，而应当主要基于人格利益保护声音权益。

第三，个人信息保护的是信息主体对个人信息的自决权，即未经个人同意，个人信息处理者原则上不得处理个人信息，并且在个人信息处理过程中，个人可以行使查阅复制权、可携带权、更正补充权和删除权等请求权。相比之下，声音权益主要保护的是人格尊严，即防止他人通过非法使用、非法仿造的方式侵害声音主体的人格尊严。即便声音信息遭受侵害，可以适用个人信息的保护规则，此种情形下受害人也应当可以主张其人格利益遭受侵害，而不选择适用个人信息保护规则，即受害人可以选择依据《民法典》第 1023 条予以保护。

第四，从侵害方式上看，侵害个人信息主要体现为非法泄露、非法处理个人信息等方式。而侵害声音权益既可能体现为行为人未经许可擅自利用他人的声音，也可能体现为行为人恶意模仿他人的声音，造成身份的混淆等。同时，由于单个的个人信息利用价值有限，个人信息侵权通常体现为大规模侵权。而侵害个人声音权益的行为通常体现为个别侵权。

第五，权益遭受侵害后的责任构成要件不同。在个人信息遭受侵害后，依据《个人信息保护法》第 69 条，通常采用过错推定原则。关于声音权益遭受侵害后的归责原则，我国《民法典》并未作出专门规定，依据《民法典》第 1023 条第 2 款规定，对声音权益的保护参照适用肖像保护的规则，因此，在声音遭受侵害后，受害人在主张损害赔偿时，通常适用过错责任原则。

正是基于以上原因，《民法典》第 1023 条对声音权益的保护模式，没有采取直接适用既有的具体人格权的方式，而是采取参照适用肖像权的方式。

## 五、对声音权益的保护可参照肖像权的有关规定

声音权益作为一项人格权益受到人格权法的保护，任何人未经他人许可、侵害他人声音权益的，受害人有权依法主张民事责任。依据《民法典》第 1023 条第 2 款的规定，可以通过参照适用肖像权的相关保护规则对声音进行保护。声音与肖像具有密切联系，两者都具有显著表征个人

的功能。也正是基于这一原因,有的民法典如《秘鲁共和国新民法典》将声音权益和肖像权并列作出规定。从实践来看,二者也存在一定的交叉。例如,行为人在商业广告中利用他人模糊的肖像或者漫画、素描形象,同时配上个人特有的声音,将更会使人们据此联想到特定的个人。

正是因为声音与肖像具有相似性,有学者认为,为了便于对声音提供法律保护,我国立法可将肖像权与声音权益进行合并,从而创设了肖像声音权益这一概念。<sup>[62]</sup>也有观点认为,可将声音纳入肖像权的保护范围。<sup>[63]</sup>但《民法典》并未采取上述做法,而是采取了参照适用肖像权的规则对声音权益提供保护的方式。笔者认为,虽然声音权益和肖像权存在密切关联,但二者仍存在明显区别,不宜直接混同为一种权利,具体而言:

第一,两者的权益性质不同。肖像权在性质上属于具体人格权,而我国《民法典》并没有承认声音权的具体人格权地位,而将其规定为一种人格利益。虽然《民法典》第1023条规定声音的保护参照适用肖像权保护的规则,但并不意味着肖像权包含声音权益,也不意味着要将肖像权保护的规则均扩张适用于声音权益的保护。

第二,两者的客体不同。声音和肖像的载体形式不同,分别为听觉和视觉。虽然声音与肖像都具有唯一性和稳定性的特点,都能标明个人的身份,但二者标明个人身份的方式不同:肖像是可识别个人身份的外部形象,主要是指个人的面部形象,具有有形性;而声音虽然也能识别主体的身份,但属于无形的身体特征。例如,行为人在商业广告中可以仅利用他人特有的声音,而不需要出现个人的肖像,声音的利用方式具有独立性。

第三,两者的侵害方式不同。肖像需要存在于一定的载体之上,故对肖像权的侵害既可以表现为未经许可制作、使用他人肖像,也可以表现为污损、恶意毁坏他人肖像。而对声音的侵害则很难通过污损、毁坏的方式进行,如果对已经录制的光盘、影碟中的声音进行加工、改变,导致声音变形,这只是对著作权的侵害,而不应当构成对声音权益的侵害。当然,如果通过模仿他人声音恶意侮辱、诽谤他人,并因此导致声音权益的主体社会评价降低,则既构成对他人声音权益的侵害,也应当构成对他人名誉权的侵害。

第四,适用规则存在区别。《民法典》第1023条第2款规定:“对自然人声音的保护,参照适用肖像权保护的有关规定。”依据该规定,声音的保护规则与肖像权的保护规则存在区别,一方面,声音权益参照适用肖像权的保护,即不是直接适用肖像权的保护。这就表明声音权益和肖像权存在区别,如果直接适用肖像权的规则,则可能忽略声音权益自身的独特性。另一方面,由于声音的保护只能参照适用肖像保护的有关规定,这也意味着,并非肖像权保护的所有规则均可参照适用于声音权益的保护,在具体确定参照适用的规范时,应当考虑声音权益与肖像的区别,以确定可以参照适用的规则范围。

从今后的发展趋势来看,声音权益受法律保护的必要性将日益增强,其与肖像权相分离从而成为独立的人格权类型的特点将越来越明显。一方面,声音的可利用性和商业价值在现代社会中越来越高。一些名人的声音具有非常高的商业价值,但是并不意味着其肖像也具有相同的商业价

[62] 参见徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第151页。

[63] 参见杨立新等:《〈中国民法典·人格权编〉草案建议稿的说明》,载王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第337页。

值。例如，一些比较著名的配音演员，尽管没有出现在电视屏幕上，但是只要人们一听到声音，就可以识别出这个配音演员。从受众的角度看，人们可能只是为特定主体的声音支付对价（如单田芳的评书），而不是为其肖像支付对价。另一方面，随着现代科学技术的发展，尤其是声控技术、声纹识别技术以及人工智能等的发展，声音的利用方式越来越多样化。例如，声音可以直接发出指令，打开房门，开启电子设备，开启电脑、手机，启动汽车，声音具有替代指纹等其他个人特有标志的功能，但声音一旦被仿冒，就可能侵害个人的人格利益，也可能造成其他财产损害。语音识别与仿造技术将催生更多样的声音权益侵害形态。随着人工智能的发展，生成式 AI 通过输入、存储大量的个人语音，可以自动生成各种音频、视频。据统计，2016 年，机器在语音识别上的表现已经超过了人类的平均水平。<sup>〔64〕</sup>由此可见，声音作为一种人格利益的价值将日益凸显。还要看到，在数字社会中，侵害声音权益的纠纷会逐渐增多，甚至会伴随一些新型的危及人身、财产安全的重大风险。例如，犯罪嫌疑人收集了声音信息之后，可以仿造他人的声音实施电信诈骗，或者给声音主体进行换声，从而危及其人格尊严。在这个意义上，声音存在不同于肖像的独特的人格利益。

依据《民法典》第 1023 条第 2 款的规定，所谓参照适用肖像权的保护规则实际上就是法定类推。所谓法定类推，是指在具体案件的裁判中，如果缺乏具体的法律规则，法官应当按照参照适用的法律规定，援引与该案件类似的法律规定，从而将法律的明文规定适用于法律没有规定的类似情形。<sup>〔65〕</sup>法定类推适用中必须寻找在性质上具有“评价重心”的相似性。<sup>〔66〕</sup>具体而言，肖像权的如下规则可以参照适用于声音的保护：一是《民法典》第 1020 条所规定的肖像合理使用规则，可以参照适用于声音的合理使用。所谓声音权益的合理使用，是指在特定情形下，法律允许行为人使用他人的声音，该行为不必征得权利人的许可，也不构成侵权。声音权益的合理使用行为是一种合法行为。例如，在新闻报道中需要现场采访他人，录制和播放他人的声音。在录制广播电视节目时需要播放、储存他人的声音。这些行为是为了实现社会公共利益，构成声音权益的合理使用，因而不构成侵权。<sup>〔67〕</sup>二是《民法典》第 1021 条、第 1022 条关于肖像许可使用的规定，可以参照适用于声音的许可使用。三是《民法典》第 1019 条关于禁止他人擅自制作、使用、公开肖像权人的肖像的规定，也可参照适用于声音权益的保护。

## 六、结 语

从今后的发展趋势来看，声音权益的重要性将日益凸显，声音权益的保护将不断受到新技术发展所带来的挑战。如何在声音权益与其他权益交织的复杂情形下平衡声音权益的利用与保护，将是未来声音权益保护中常谈常新的问题。我国《民法典》第 1023 条对声音权益确立了法定人格利益的保护模式，从世界范围来看，此种保护模式体现了对声音权益保护的独特性和开放性，

〔64〕 参见杨澜：《人工智能真的来了》，江苏凤凰文艺出版社 2017 年版，第 17 页。

〔65〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》（第 5 版），法律出版社 2007 年版，第 492 页。

〔66〕 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（第 6 版），黄家镇译，商务印书馆 2020 年版，第 479 页。

〔67〕 参见李丽峰、李岩：《人格权——从传统走向现代：理论与实务双重视角》，中国法制出版社 2007 年版，第 271 页。

符合了声音权益保护的现实需求，彰显了我国《民法典》人格权编的特色。但在具体适用中，不仅需要将其与知识产权、公开权相区别，还应当与肖像权、隐私权等法定人格权相区分。在具体适用声音的保护规则时，应当兼顾声音作为法定人格利益的特点，准确区分声音权益与具体人格权以及一般人格权，从而准确适用《民法典》第 1023 条对声音权益提供全面、充分的保护。

---

**Abstract:** Voice is unique and is a medium for natural person identification and social communication. In comparative law, the rights and interests of voice are mainly protected through the modes of publicity, general personality rights, independent personality rights or personality interests. The publicity right model only protects the economic value of the voice and weakens its personality right attributes. Although voice is closely related to intellectual property, it is not primarily the object of intellectual property. In the process of concretization, general personality rights also face the problem of unclear objects of protection and boundaries. China's Civil Code does not recognize that voice is an independent type of personality right, but adopts a statutory independent personality interest protection model for voice interests, which is a more concise and clear institutional arrangement. Although the right to voice does not belong to a specific personality right, as a personality interest, the provisions on the protection of portrait rights can be applied by reference.

**Key Words:** voice interests, personality interests, right of publicity, general personality rights, reference application

---

• 577 •

(责任编辑: 王叶刚)

## 敏感个人信息告知同意规则的 制度逻辑、规范解释与补强

杨惟钦\*

**内容提要：**《个人信息保护法》区分信息类型，为敏感个人信息配置了强告知同意规则。告知同意规则以信息自主、自决为首要价值基础，有其自身制度逻辑，但也有诸多自限性缺陷。在信息风险社会，告知同意规则对于敏感个人信息的保护具有重要意义，应进一步发掘并赋予其新的价值功能内涵，即风险的预防与分配。为准确适用敏感个人信息之告知同意规则，消弭法规范中诸多不确定性及该制度的自身缺陷，应对告知同意规则之适用范围、告知事项与标准、同意形式与要求等做出恰当解释，以期在实现信息自决的同时能更好地实现风险的控制；同时，基于敏感个人信息“敏感度”与“风险性”的动态特征，应对其告知同意规则做动态性机制补强，以使信息处理符合信息主体的风险预期。

**关键词：**敏感个人信息 告知同意 风险控制 单独同意 动态性

### 一、引言

信息社会中，不同类型的个人信息所蕴含的主体价值、损害风险及所涉利益冲突各有不同，因此应被赋予不同的法律关切度。《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）与欧美等域外立法经验一致，区分一般个人信息与敏感个人信息，给予后者更高强度的保护。同时，不同立法例中个人信息保护制度虽有差异，但其发展历程基本都以个人信息自主控制模式为主线而展开，<sup>〔1〕</sup>强调信息主体积极参与、控制个人信息的使用范围、处理方式与目的及其正确性与完整性等。<sup>〔2〕</sup>

\* 杨惟钦，云南大学法学院副教授。

本文为国家社会科学基金项目“类型化视角下的个人信息私法保护研究”（21BFX088）的阶段性成果。

〔1〕 参见刘金瑞：《个人信息与权利配置——个人信息自决权的反思和出路》，法律出版社2017年版，第33页。

〔2〕 参见胡文涛：《我国个人敏感信息界定之构想》，载《中国法学》2018年第5期。

以“个人信息自决”“信息不对称理论”为基础的告知同意规则虽存在诸多缺陷，但仍然是处理个人信息的正当性基础，是规制信息处理行为、实现个人信息保护与信息自主控制的重要机制。在敏感个人信息领域，告知同意规则仍无可替代，但应结合信息风险社会特征及敏感个人信息保护需求对其进行新的价值阐释。鉴于敏感个人信息的高敏感度及高风险性特征，《个保法》为其设置了保护力强于一般个人信息的强告知同意规则，以期实现更严、更细的安全控制。同时，敏感个人信息的“敏感度”具有动态性特征，这种动态性不仅体现为其类型归入的动态，亦体现为其“风险”因场景转化而呈现的动态，因此，告知同意规则在关注敏感个人信息高风险性的同时，亦应回应其动态的风险控制要求。<sup>〔3〕</sup>

## 二、告知同意规则的内在逻辑及在敏感个人信息保护中的价值

### （一）告知同意规则的内在逻辑与自限性缺陷再认识

#### 1. 告知同意规则的内在逻辑

告知同意规则作为个人信息保护的基石性制度，植根于自主价值，要求对个人信息的处理必须经过本人真实的同意，且应当以事先充分的知情为前提。美国学者查尔斯·弗里德（Charles Fried）对此有准确描述：隐私（信息）的意义不仅仅是将我们的信息屏蔽而不为外界所知，而更应该理解为我们能够按自己的意愿控制自己的信息。<sup>〔4〕</sup>其逻辑起点在于信息主体具有信息自决的权利，从而保障人格自由与人格尊严。恰如洛克所言，“既然一切人自然都是自由的，除他自己同意以外，无论什么事情都不能使他受制于任何世俗的权力”<sup>〔5〕</sup>。由是，告知同意规则是信息处理者为获得处理他人个人信息之正当性基础而告知信息主体相关事项，个人信息主体在信息充分、可理解的情况下基于理性判断与风险评估而做出同意的程序性机制。

比较法上对告知同意机制所依托的基础性权利有不同的解释路径，以基本权利保障为视角展开个人信息保护的德国将其解释为“信息自决权”，欧盟沿袭了这一“基本权利和自由”的路径，将其阐释为“个人数据被保护的权利”，<sup>〔6〕</sup>从而将告知同意规则项下的义务视为一种公法义务。而注重消费者保护与行业自律的美国法采纳了由韦斯廷（Westin）提出的观点，为实现自由与自治，隐私应解释为包含个人得控制自己于何时公开何种个人信息之权利的宽泛隐私观念，<sup>〔7〕</sup>从而扩张了既有的隐私体系，创设出契合信息社会要求的积极隐私类型——信息隐私，以解决告知同意的基础权源问题。

告知同意规则早在1970年的《德国黑森州数据保护法》中便以原则的形式出现，而1973年美国发布的《记录、计算机和公民权利》报告（即“公平信息实践准则”报告）也包含了告知同意原则。其后无论是美国的《儿童在线隐私保护法》《影视隐私保护法》《公平信用报告

〔3〕 See Müge Fazlioglu, *Beyond the “Nature” of Data: Obstacles to Protecting Sensitive Information in the European Union and the United States*, 46 Fordham Urban Law Journal 271, 287–288 (2019).

〔4〕 See Charles Fried, *Privacy*, 77 Yale Law Journal 475, 482 (1968).

〔5〕 〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆2017年版，第74页。

〔6〕 欧盟《一般数据保护条例》第一章第1条第2款规定：“本条例保护自然人的基本权利与自由，特别是自然人享有的个人数据保护的权利。”

〔7〕 See Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, 1967, p. 7.

法》，还是80年代国际经合组织（OECD）颁布的《有关隐私保护个人数据跨国流通指南》《有关个人数据自动处理过程中的个人保护公约》，或者欧盟的《数据保护指令》及《一般数据保护条例》（GDPR）等都延续了这一规则，并发展了更加细致的内涵。

我国在《个保法》颁行之前，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1035条已将“告知同意”作为处理个人信息的首要合法条件予以规定，更早期的《中华人民共和国消费者权益保护法》（第29条）、《中华人民共和国网络安全法》（第22条）、《关于加强网络信息保护的决定》（第2条）、《征信业管理条例》（第12条），以及作为国家标准的《信息安全技术——个人信息安全规范》等一系列法律、法规及规范性文件中确立了告知同意规则，使其成为特定领域、特定行业信息保护中的重要行为遵循，《个保法》作为信息领域的基本法也最终确认了告知同意规则的地位。有学者进一步指出，《个保法》采取了与欧盟类似的立法进路，个人信息不仅是一项私法所保护的人格权益，也可视为一项公法上的基本权利，<sup>〔8〕</sup>这使得告知同意规则更容易被理解为公法意义上的保护机制。“无论是我国还是欧美，隐私政策都呈现公私法融合特征，是一种多维法律制度工具。”<sup>〔9〕</sup>有学者更明确指出，告知同意规则中的“告知”实则具有公法与私法的双重属性。<sup>〔10〕</sup>因此，告知同意规则亦是内含公法意蕴的合规行为准则。

## 2. 告知同意规则的自限性缺陷再认识

作为共识性的信息处理行为规范，告知同意规则在被各国立法及国际法规范普遍采纳的同时，其在大数据时代的实践效果也一直饱受诟病，究其原因在于，发端于“小数据”时代的“告知同意”跨进大数据时代后，面对海量信息的密集收集、多形式频繁处理、多主体交叉共享等情状，必然出现有效同意之成本与难度的增加，从而导致同意效果的虚化，甚至于整个规则的异化，<sup>〔11〕</sup>实践中“有效告知”与“真实同意”较难完整实现，告知同意机制渐有失灵之嫌，导致信息主体对个人信息实际上并未形成有效控制。

告知同意规则在实践中呈现的具体缺陷与不足主要有如下几点：其一，与告知内容相关的告知文件（如隐私政策），为满足“充分”“明确”等规范要求，复加规避合规风险的考虑，往往尽述其详，导致告知内容繁复、冗长，且包含太多专业术语与结构化描述，内容晦涩难懂。其二，面对不同生活情境中的众多告知文件，信息主体通常既无专业能力，也无时间和精力进行阅读和判断，其同意也不过是合并了侥幸心理的无奈之选，这种同意，因缺乏充分的知悉与理性的判断而没有实际意义。其三，基于背景知识与认知的不同、专业知识的普遍缺乏，信息主体对信息风险预见能力存在天壤之别，从而无法保证所有的被告知者皆能做出理性的判断与选择，此时信息自决一定程度上流于形式。其四，对信息风险的预见难度还会随着风险与损害的“远期性”“潜在性”“动态性”特征而加剧。此外，还存在被诱导的可能性，即信息主体往往被精心设计的告知形式所“套路”，如“捆绑式同意”“不经意的勾选同意”“默认勾选”等刻意地引导用户完成不真实的同意，这被学者哈里·布里吉努（Harry Brignull）称为“暗黑模式”（dark patterns）。<sup>〔12〕</sup>因此，

〔8〕 参见王锡锌：《个人信息国家保护义务及展开》，载《中国法学》2021年第1期。

〔9〕 丁晓东：《隐私政策的多维解读：告知同意性质的反思与制度重构》，载《现代法学》2023年第1期，第36页。

〔10〕 参见万方：《个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”》，载《中国法学》2021年第1期。

〔11〕 参见田野：《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》，载《法制与社会发展》2018年第6期。

〔12〕 See Jamie Luguri & Lior Jacob Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, 13 Journal of Legal Analysis 43, 44-46 (2021).

公法规制层面上不仅应重视“告知同意”的实质内容，也应关注告知与同意形式的正当性。更有甚者，告知同意机制的多元标准追求会导致内部悖论现象的发生，<sup>〔13〕</sup>即告知同意规则的各要求之间、要求与措施及效果之间，可能出现不易调和的冲突与矛盾。如上缺陷与困境源自告知同意机制内部构造本身，或关乎告知内容，或关乎告知人与同意人，其属于告知同意规则的内在自限性引发的缺陷与困境。

告知同意机制的失灵还会因外部环境——不确定的多方信息行为参与主体所构成的市场环境与经济结构等外部因素——而引发。这些因素引发处理者与信息主体间“持续性的信息不平等关系”<sup>〔14〕</sup>，形成告知同意机制的外部自限性缺陷，因为市场普遍存在缔约力能与缔约机会不对等的情况，数据市场也不例外。同时附加交易对象的有限可选择性，使得信息主体往往不具有与信息处理者讨价还价的空间与能力，导致不放弃信息权益就等于要放弃被提供服务，而许多这样的服务属于非竞争性服务，因此信息主体实际上毫无选择的余地。

由于理论与实践、理想与现实间的拉锯关系，告知同意规则在适用中始终面临如下争议：告知同意规则自限性缺陷引发的制度失灵能否消弭及如何消弭。较为激进的观点甚至建议放弃该规则以其他机制取而代之，如用以“知情权”为前提、以“严格责任”为保障的“宽进严出+删除权”机制取代告知同意规则。<sup>〔15〕</sup>告知同意规则在“弃”与“扬”之间如何选择？在弃与扬的争论中，“弃”方的力量还因“社会控制”的个人信息保护理念的影响而得以加强。对此，笔者认为，在《民法典》与《个保法》已经确认该规则的当下，直言应当放弃并非妥当之选。信息主体一定程度上享有信息自决的权利始终应当是被坚守的价值。即使该规则的诸多缺陷与不足导致信息自主与自决不易完整实现，但其仍然是保障信息安全的重要控制阀。正如学者所言：“在个人信息的‘全生命周期’中，知情同意是一道‘闸口’，无论是信息采集、利用，还是相应转换、转移，均绕不开‘知情同意’。”<sup>〔16〕</sup>按照实用主义的经验，选择法律规范，对其进行解释并进而适用时，应以现实需要为重要考量，<sup>〔17〕</sup>那么解困之道也许便是适度放松理论争议，回归工具主义理性，以大数据时代的信息生态环境及信息处理行为特征为考量，努力重塑告知同意规则，不断完善和改良规则细节，最大程度地消弭告知同意规则的缺陷。

## （二）告知同意规则在敏感个人信息保护中的价值

敏感个人信息由于“高敏感度”与“高风险性”特征，需要法律赋予更强的保护力，目前信息领域里告知同意规则的基础性地位仍然存在，而敏感个人信息高度关乎主体的人格尊严与人身、财产利益，若摒弃“告知同意”路径，采绝对禁止处分方案或有例外的绝对禁止处分方案，都无法契合当代信息实践需求。此外，敏感个人信息的“社会性”与“公共性”特征大大弱于一般个人信息，因此，即使主张放弃告知同意规则的学者也肯认，敏感个人信息领域应保留该规则的适用。如大力主张个人信息保护理念应当从“个人控制”转向“社会控制”的学者也认为：基

〔13〕 参见吕炳斌：《个人信息保护的“同意”困境及其出路》，载《法商研究》2021年第2期。

〔14〕 程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第154页。

〔15〕 参见任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，载《政治与法律》2016年第1期。

〔16〕 姚佳：《知情同意原则抑或信赖授权原则——兼论数字时代的信用重建》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第2期，第48页。

〔17〕 See Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993, pp. 423-470.

于敏感信息所蕴含的重要主体价值，应当给予个人必要的控制，对于敏感个人信息处理仍然需要经过个人的同意，由信息主体自我控制个人信息的收集和使用。<sup>〔18〕</sup> 因此，无论在逻辑上还是实践中，告知同意规则都依然是敏感个人信息的重要处理规则。需要思考的问题应当是，如何在敏感个人信息保护的特别要求下设计出切合价值追求与实践需要的告知同意规则，在敏感个人信息领域最大化地消除该规则的自限性缺陷，让这一“必要控制阀”发挥出最大效益。在比较法上，欧盟 GDPR 确认了告知同意规则于敏感个人信息领域的适用，且特别强化规定了敏感个人信息的具体告知内容与同意标准等；而历来注重行业自律及从业者与信息主体自治安排的美国虽没有针对敏感个人信息保护的统一立法，但在一些特别领域的立法中〔典型如《消费者隐私权利法案（草案）》（Administration Discussion Draft: Consumer Privacy Bill of Rights Act of 2015）〕也明确要求处理敏感个人信息的前提是取得信息主体的知情同意。更具代表性的伊利诺伊州立法《生物信息隐私法案》（The Biometric Information Privacy Act），要求个人、公司、合伙企业等私人实体收集他人生物信息时需要告知并取得同意，而且告知与同意都应当是书面的。<sup>〔19〕</sup> 如上立法正是通过告知同意内容的细化、标准的提高，强化告知同意规则的风险防范功能并努力实现其缺陷的消弭。

进一步言之，如果说告知同意规则的逻辑起点在于为实现个人信息保护而寻找处理他人个人信息的正当化基础，那么，在敏感信息的场域里，告知同意规则的存在意义更在于机制转化作用下的高风险防范。其具体机理在于：其一，更高要求下的敏感个人信息强告知同意规则可以强化主体风险意识，通过特定告知形式提醒信息主体权利状态、权利意识以及风险的可能性、风险的防范。其二，强告知同意要求也对信息处理者形成激励与警示。告知内容要求与同意形式要求的提高不仅强化了告知同意的规范意义，更促进信息处理者内部信息风险控制文件与机制的完善及相关流程的自我规范，最终达到信息风控机制的整体优化与健全的效果。其三，强告知同意规则对信息处理者提出了更高的要求，促使其采取更为审慎的行为与更高级别的风险防范技术，从而促进其信息技术手段上的革新与投入。因此，目标转化下的告知同意制度重塑，能够契合敏感个人信息保护中高风险防范的根本规范要求，同时也体现了对敏感个人信息处理行为的规制加强。故，针对敏感个人信息高度关联自然人人格尊严与各项权益的特点，合理、妥当设置强告知同意规则细节，可实现敏感个人信息保护与利用间的有效平衡，兼顾公益与私益。

### 三、我国敏感个人信息告知同意规则的进路与反思

#### （一）我国敏感个人信息告知同意规则的进路

在《个保法》之前，我国并没有体系化的敏感个人信息保护规则，《民法典》也没有区分一般个人信息与敏感个人信息分别进行规范。最早提及敏感个人信息保护的规范是《信息安全技术——个人信息安全规范》这一国家标准，该规范首次对敏感个人信息做出了定义。此外，涉及

〔18〕 参见高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，载《法学研究》2018年第3期。

〔19〕 参见邢会强：《人脸识别的法律规制》，载《比较法研究》2020年第5期。

敏感个人信息的规范主要体现在一些行业性的法规、规章及规范性文件中，典型如《征信业管理条例》《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》《国务院办公厅关于促进“互联网+医疗健康”发展的意见》等。以上文件均体现了敏感个人信息应采取严格保护的理念并做出了具体规范，其中《征信业管理条例》第14条第2款、《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》第三章都规定了征信机构、金融机构采集个人金融账户信息等敏感个人信息的告知同意规则。

《个保法》颁行后，我国从领域基本法的高度对敏感个人信息保护问题做出了基础性、系统性的规范，法律层面以《民法典》第1034条、1035条、1036条为个人信息保护的规范基础，《个保法》第28—32条为敏感个人信息保护的主要规范，该法对敏感个人信息的强告知同意规则做出了原则性规定，同时配合以《征信业管理条例》为代表的一系列行政法规、部门规章、地方性法规、司法解释及其他规范性文件等，<sup>〔20〕</sup>形成一般立法结合特别立法，体现行业与部门特征、数据信息属性特征与保护要求的敏感个人信息告知同意规则体系。总体上，适用于敏感个人信息的强告知同意规则更加注重风险控制，要求信息处理者负担更重的告知义务。但《个保法》的相关规范较为粗放，为法律的适用留下较大讨论空间。

## （二）《个保法》中敏感个人信息告知同意规则的反思

### 1. 告知内容与标准的含混模糊

《个保法》虽然明确了告知同意规则的基本要求，但标准却不甚清晰。根据该法第30条，除有特别规定不需要告知的以外，信息处理者不仅应告知信息处理中的一般告知事项，还应特别针对敏感个人信息处理的“必要性”及“对个人权益的影响”进行告知，而第28条第2款处理敏感信息的限制性规则是“只有在具有特定的目的和充分的必要性，并采取严格保护措施的情形下，个人信息处理者方可处理敏感个人信息”。据此，敏感个人信息被处理时，处理者所负担的告知义务内容除由第17条规定的事项外，还包括处理行为的“充分的必要性”“特定的目的”“对个人权益的影响”。而规范中“充分”与“特定”的表述实属模糊、抽象的概念，为避免实践中的争议，需要进一步解释。另外，第17条所要求的“显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整”也较为抽象，需要进一步明确其内涵。以上内容如不加以明确，无法杜绝告知同意中的陷阱，即信息处理者为规避风险使用过于抽象的表达、模糊的概念与高级的词汇来描述隐私政策等告知文件，从而隐藏针对敏感个人信息的潜在处理目的及对个人权益的影响等。<sup>〔21〕</sup>

### 2. 同意规则的实践难题

《个保法》规定，处理敏感个人信息应取得“单独同意”与特别法规定下的“书面同意”。<sup>〔22〕</sup>单独的同意与书面的同意属于何种同意，应当采取何种具体形式？“单独”具体以什么为标准？其与欧盟GDPR第9条第2款（a）项规定的“明确同意”（explicit consent）有何区别？单独同

〔20〕 地方性法规典型如《广东省社会信用条例》第22条第2款、第3款对征信机构采集敏感个人信息的范围及告知同意的条件作出规定。司法解释典型如《最高人民法院审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》，对使用人脸识别技术处理敏感个人信息的行为作出全面系统的规范。

〔21〕 See Sarah Wood, *Big Data's Exploitation of Social Determinants of Health: Human Rights Implications*, 22 Columbia Science and Technology Law Review 63, 81 (2021).

〔22〕 鉴于本文研究范畴的有限性，分析论证并不涉及未成年人个人信息保护中的“告知同意”规则。

意的反面意味着概括、笼统、一揽子式的同意，此时的单独同意所对应的告知内容应该如何细分拆解，方可使同意构成“单独同意”？是否意味着一项处理行为对应一个同意？抑或一项敏感信息对应一个同意？对于同意的形式又该如何确定，书面形式具体包括哪些？有学者将这样的形式标准阐释为“数据主体通过书面声明或主动做出肯定性动作来完成对其个人数据进行特定处理的明确授权”<sup>〔23〕</sup>，但实践中什么是肯定性动作值得思考。同意内容与形式的要求不仅涉及风险防范的效果，也涉及同意获得的成本及实现的可能性，因此消极的观点认为，再强的形式要求都无法保证信息主体是完全基于自愿作出同意。故有学者建议，敏感个人信息应当奉行绝对禁止处理原则，亦有学者提出应留下涉及“公共利益”“国家利益”等各种更高层级的利益需求（如科学研究等）之处理行为作为敏感个人信息禁止处理原则的例外事项。<sup>〔24〕</sup>

综上，强告知同意规则的诸多模糊与不确定必然导致其不能为信息处理者提供明确的行为指引，从而引发合规成本的提高，进而可能构成数据壁垒，阻碍数据信息的流通，制约数据信息价值的开发利用，同时亦为执法者与司法者留下过大的自由裁量空间。

### 3. 并未完全回应风险的动态性特征

信息的处理是动态的过程，信息所处场景亦可能不断转换，外加信息技术的发展与变革，致使信息处理风险呈现动态性特征，这使得信息主体很难基于静态的告知同意而形成信息风险的合理预期，这样的情势在敏感个人信息的处理中尤甚。一方面，敏感个人信息类型的归入已然具有动态性特征；另一方面，敏感个人信息在各处理环节中随着处理技术、处理主体、处理目的、储存设备、流动载体等要素的变化亦会发生敏感性的变动，信息风险高低随之变化。而告知同意规则建构在“个人信息处理活动应当符合信息主体对风险的合理预期”这一基础之上，因此，敏感信息告知同意规则体系亦应当满足动态性需求。但《个保法》仅在第 17 条第 3 款、第 22 条、第 23 条针对处理者、主体信息、处理目的、处理方式等事项的变化规定了再次告知的义务，却并未涉及因场景转换、数据聚合、算法技术等变化引发风险变动时的再次告知与同意，故而并没有充分回应敏感个人信息告知同意中的动态性需求，无法完全实现对大数据时代信息频繁、深度处理与多次流转、利用带来的利益冲突的平衡。如学者言，我国的信息保护立法没有很好体现应有的风险管理理念，也没有实现对敏感个人信息的动态保护。而静态的告知同意规则并不能满足敏感个人信息保护的需要。<sup>〔25〕</sup>因此，对敏感个人信息告知同意规则进行完善时，动态性机制补强应当予以考虑，使必要的过程性“披露”与“告知”能有效进行，与之相应的“同意”也能实时更新。

## 四、价值重塑下敏感个人信息告知同意规则的解释与补强

### （一）敏感个人信息告知同意规则的价值重塑

告知同意规则的自限性缺陷导致信息主体不能做出完全自愿且理性的决定时，其“个人控

〔23〕 韩新远：《个人行为轨迹信息的法律属性与分类保护研究》，载《交大法学》2021 年第 3 期，第 77 页。

〔24〕 参程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021 年第 3 期。

〔25〕 参见孙清白：《敏感个人信息保护的特殊制度逻辑及其规制策略》，载《行政法学研究》2022 年第 1 期。

制”功能被弱化，并且在技术层面“不管处理信息的技术有了多么显著的改进，人类的智能和意识在吸收信号方面将永远地受到限制”〔26〕。同时又必须承认，在信息主体与信息处理者的风险控制力量不对称的信息社会中，告知同意依然是一个最好的制约性保护构造。为此，让告知同意规则发挥“第一道阀门”的功能，将“自主”“自决”作为告知同意的核心价值的同时，其是否可以被发掘、赋予新的价值功能内涵与解释路径值得思考。

正如学者言，信息作为新型法益，其保护的理论基础等并不能仅从私权保护的角度展开，从公共维度出发，基于信息安全的社会控制角度理解应该更具有可行性。〔27〕对此，我们可以从风险控制的面向上重新解释告知同意规则的价值，深度理解告知同意并非仅仅为实现私法世界里的意思自治，其亦是公法意义上实现风险预防的有利构造。从比较法上看，“风险预防”理念其实已经应运而生，欧盟 GDPR 已经对此做出回应，有必要借此对告知同意规则进行完善。〔28〕风险的预防可作为客观法秩序建构的基础，而不应仅关注个体主观权利的保护。〔29〕“基于此，数据法建构的重心也应当从一味地强化个人控制权能转向规制具体的收集和使用行为，合理地界定个人控制在其中发挥的作用，通过精细化的利益平衡实现数据保护的私人价值与数据流通的公共价值之间的彼此促进和良性互动。”〔30〕

在规范的解释与设计上，敏感个人信息告知同意规则应转向风险控制功能与价值的实现，充分实践其公法规范意蕴，实现各方利益的恰当平衡。实际上，“意思自治”“信息的自主、自决”一直是告知同意规则风险控制功能实现的显性逻辑线，即由信息主体基于自愿，一定程度上自主控制个人信息的安全。在此之外，还存在一条隐性逻辑线——风险的分配，即通过国家之力的介入，要求信息处理者在何种限制性规定的约束下，履行何种告知同意义务，并配合设置何种退出机制方可处理敏感个人信息，从前提条件、行为规范、可选择路径等多个角度将风险在各方当事人间进行合理分配，最大限度地防止信息风险的发生。并且，以上规则的完备通过充沛其义务内容与标准，还有助于损害发生前职能部门对信息处理行为进行合规性监管，以及信息损害发生时过错的认定，并最终有助于损害责任的分配，从而促使风险防范义务承担者规范其信息处理行为，加强信息风险控制机制的建设。在告知同意规则的解释适用与完善上，应因循这两条“显”“隐”交错的逻辑线而展开。

就风险的分配而言，以一种概括的风险维度进行观察，在信息主体与信息处理者之间，前者的风险更多是被后者所控，〔31〕换言之，真正掌握并利用信息技术与风险控制系统的是处理者，在信息被收集、分析、挖掘、传输、共享等环节里，信息主体完全是个“局外人”，只能消极承受各种潜在的风险，因此，有学者指出：“《个人信息保护法》重点考虑了信息处理者特别是平台企业相对

〔26〕〔美〕肯尼斯·J·阿罗：《信息经济学》，何宝玉、姜忠孝、刘永强译，北京经济学院出版社1989年版，第168页。

〔27〕参见梅夏英：《民法权利思维的局限与社会公共维度的解释展开》，载《法学家》2019年第1期。

〔28〕参见杨显滨：《我国敏感个人信息处理规则的规范解释与体系构造》，载《学术月刊》2022年第10期。

〔29〕参见赵鹏：《“基于风险”的个人信息保护？》，载《法学评论》2023年第4期。

〔30〕丁晓强：《个人数据保护中同意规则的“扬”与“抑”——卡—梅框架视域下的规则配置研究》，载《法学评论》2020年第4期，第136页。

〔31〕参见姚佳：《知情同意原则抑或信赖授权原则——兼论数字时代的信用重建》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

于自然人所普遍具有的优势地位，强调信息处理者处理个人信息时应负有更大的责任……”<sup>〔32〕</sup>相较于一般个人信息，敏感个人信息的告知同意应该为处理者分配更多的风险，让其承担更多的义务与责任实属妥当。

综上所述，在对敏感个人信息告知同意规则之风险预防、风险分配的价值予以重新锚定后，以此作为价值基础，对规则体系进行新解释、新阐释与补强，使其法效果符合特定的价值追求，也许是克服告知同意规则的自限性缺陷且最大化地发挥其风险防控功能，进而实现信息保护与利用间的有效平衡的重要路径。

## （二）敏感个人信息告知同意规则的解释与补强

### 1. 告知同意规则的辐射范围——“合理使用”情形下是否需要告知与同意

根据《个保法》，处理他人敏感信息的权限可以基于第 29 条之规定获得，即经由告知同意而获得，另亦可根据“合理使用条款”（或称为“除外情形条款”），即第 13 条第 1 款第（二）至（七）项之规定而获得。“合理使用”情形中处理他人敏感信息势必在一定程度上限制当事人的自主与自决，此时按照逻辑自是不需要再获得信息主体的同意，否则，将从事实上架空“合理使用”条款，即无论是基于个人的意愿抑或是基于公共利益考量之“合理使用”等情形都需要先告知后同意。为此，有学者指出《个保法》第 29 条之规定“处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意……”，相较于《中华人民共和国个人信息保护法（草案二次审议稿）》第 29 条之表述“基于个人同意处理敏感个人信息的，个人信息处理者应当取得个人的单独同意……”，其删除了“基于个人同意处理敏感个人信息”这一前置限定仅是为了“使表述更加严谨凝练”<sup>〔33〕</sup>，而并非要将“单独同意”规则扩张适用于处理敏感个人信息的所有情形。

那么，在基于“合理使用”而处理敏感个人信息时虽无须获得个人的同意，但是否需要履行告知义务呢？即此时信息主体的知情权是否受到限制？从价值判断出发，“合理使用”条款限制了敏感个人信息主体自我决定的权利，即在信息权益保护与信息流通间更侧重于后者，此时是否有必要让信息主体再让渡出知悉自己的敏感个人信息被处理及被如何处理的权益呢？从信息主体的角度看，敏感个人信息毕竟高度关乎自身人格尊严与人身、财产安全，而每个人都是自己利益的最佳守护者，知情权能确保信息处理过程中个人“保持清醒的在场”<sup>〔34〕</sup>，这不仅让信息主体知情、了解自己敏感信息的去向与状态，更是其做出理性决策、风险评估及行使其他相关权利（如复制权、更正权等）、维护并救济信息权益的前提和基础。从处理者的角度看，恰当的信息披露将给处理者带来必要的合规压力，迫使其接受监督，<sup>〔35〕</sup>因此，在“合理使用”的情形下设置告知义务虽会增加处理者信息利用的成本，但也能促进其信息处理过程中的谨慎与勤勉。故而，应肯定“合理使用”情形下信息处理者仍有告知的义务。这也契合《个保法》第 44 条规定的知情权，符合《个保法》所规定的“公开”“透明”处理原则。

因此，在《个保法》框架下，告知同意规则中的“告知”，涉及基于“告知同意”及“合理

〔32〕 朱晓峰：《个人信息侵权责任构成要件研究》，载《比较法研究》2023 年第 4 期，第 135 页。

〔33〕 龙卫球主编：《中华人民共和国个人信息保护法释义》，中国法制出版社 2021 年版，第 140-141 页。

〔34〕 王锡锌：《国家保护视野中的个人信息权利束》，载《中国社会科学》2021 年第 11 期，第 130 页。

〔35〕 参见王锡锌：《国家保护视野中的个人信息权利束》，载《中国社会科学》2021 年第 11 期。

使用”情形下的敏感个人信息处理行为；而“同意”仅涉及基于告知同意规则而获准处理他人敏感个人信息的情形，“合理使用”情形无须同意。

## 2. 告知同意中的特别告知事项

《个保法》第30条在第17条的基础上增加了敏感个人信息的特别告知事项，再结合第28条第2款对“目的”与“必要性”的限制，相较于处理一般个人信息，处理敏感个人信息时所涉及的特别告知事项即为处理之“充分必要性”“特定目的”及“对个人权益的影响”。

在敏感个人信息领域，基于高风险与高敏感特征，信息处理行为的必要性被提升至“充分必要性”的高度，处理者的告知义务不仅仅针对处理行为与处理目的（往往表现为某种服务功能的实现）间的关联性而存在，也针对二者间联系的紧密程度而存在，告知需要说明处理之“高于一般的”“充分的”必要性的存在，即属于为实现特定目的而为的最小范围之处理。因此，在一般的必要性要求下，处理者需要向信息主体告知获取、处理其信息是为完成约定或法定的信息处理目的所需要的，其标准应遵循事物的普遍规律性，如用人单位在为入职者办理入职手续时为后续办理社保等事宜而获取其出生日期就满足必要性要求。而在“充分必要性”告知要求下，处理者还需要向信息主体说明此种必要性是“充分”的必要性，即信息的获取与利用不仅是目的实现不可或缺的条件，程度上应解释为一种“必要条件”的紧密关联，且在现有技术条件下不存在可行的替代方案，认知上可解释为“极其”必要，是“最小范围、最短期限、影响最小方式”<sup>〔36〕</sup>的处理。在告知的描述上不能过于笼统，仍然以入职信息的收集为例，用人单位需要向入职者说明要求其提供本人在某特定银行开户的“一类卡”银行账号是因为单位的开户银行为该银行且需要一类卡账号方能发放工资，即应有相关“充分必要性”要素的阐释，从而为信息主体提供完整、必要的判断要素，此时的告知即满足充分必要性的告知要求。

“特定目的”的告知，意在使信息主体充分、准确了解信息去向与用途，从而进一步判断处理行为的“充分必要性”与“妥当性”。而且，信息处理本就应由信息主体所知悉并形成预期，并且处理不应该超出其合理预期，而特定目的直接关联信息主体对可预见性的期待。<sup>〔37〕</sup>为便于形成准确、合理的预期，其必须是“特定化的、具体的、明确的目的，而不是泛泛的目的”<sup>〔38〕</sup>，是应当“符合社会场景价值的目的”<sup>〔39〕</sup>。这就要求信息处理者在履行告知义务前应将目的特定化下来，<sup>〔40〕</sup>而且，告知时应就目的做具体化、明确化、清晰化的陈述，不得含混其词，不得做概括式描述，如“为提供一系列服务”“为提供必要服务”“为完善、提升相应服务”等。

“对个人权益的影响”的告知应当针对信息主体人格尊严受到侵害以及人身、财产安全受到危害的可能性、范围、程度而展开，着力弥补信息主体对信息处理活动及潜在风险之专业性认知的不足，便于信息主体对风险形成预期。基于体系解释，这样的告知应当以《个保法》第55、56

〔36〕 徐磊、刘春：《敏感个人信息保护的实践困境与破解之道》，载《情报理论与实践》2022年第3期，第48页。

〔37〕 参见张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》2019年第6期。

〔38〕 王利明：《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》，载《当代法学》2022年第1期，第12页。

〔39〕 王苑：《敏感个人信息的概念界定与要素判断——以〈个人信息保护法〉第28条为中心》，载《环球法律评论》2022年第2期，第96页。

〔40〕 See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation 15 (00569/13/EN 2013), p. 20.

条规定之评估为基础。由于敏感个人信息的诸多特征,其侵害风险与后果往往滞后显现,且会随着场景的变化而不断发生,而且其损害结果通常不可逆。因此,对个人权益的影响之判断与告知应考虑到风险的“非即时性”“潜在性”与“不可逆性”特征。

### 3. 告知与同意的标准与要求

告知同意规则包括告知规则和同意规则两部分,二者有机联系,协调统一而不可分割。就告知而言,《个保法》第17条规定了敏感个人信息处理中的告知标准,但未限制具体形式。“显著方式”“清晰易懂”“真实”“准确”“完整”之标准往往可以采取“弹窗”“超链接”“加粗”“下划线”等形式,并结合语言表达的简练、准确、通俗、不遗漏而实现。在语言表达上,应以普通人而非专业人士之理解能力为标准,尽力弥合处理者与信息主体的技术认知鸿沟,在唤起信息主体对风险的高度警觉的同时,最大化地传递告知事项内涵,使其对信息处理形成充分、完整、准确的理解,便于其实现信息自决、风险自决。在形式的选择上,行业性的规范指引具有重要意义,以《App违法违规收集使用个人信息自评估指南》为例,其中“评估项2”之下第8点“是否显著标识个人敏感信息类型”之评估标准的列举示例为:字体加粗、标星号、下划线、斜体、颜色等。由是,告知形式的选择应当以能够引起被告知者的充分注意为必要,结合信息处理的具体场景、行业惯例、社会普遍接受的标准,并参酌适用相应领域之特别法与行业规范性文件,实现告知显著、清晰,便于对方知悉。

就同意而言,根据《个保法》第14条、第29条的规定,处理敏感个人信息的同意,应当“自愿”“明确”作出,且形式上必须是“单独同意”,在法律、行政法规有特别规定时,还涉及“书面同意”的形式要求。所谓“自愿”与“明确”,即同意是在意思自由的状态下,肯定、无疑义地作出。所谓“书面同意”,通常包括纸质确认书、合同书、电报、传真类确认书等。

何为“单独同意”?从《个保法》区分信息类型并赋予不同保护力度的立法态度看,这里的单独同意首先应该解释出信息类型的区隔性要求,即处理敏感个人信息的同意应与处理一般个人信息的同意有所区分,同意应该仅针对敏感个人信息的处理而作出,不得与一般个人信息的处理事项合并。此为对“单独”第一层次的理解。然则,“单独同意”在适用上的最大难点在于明确同意所对应的告知内容所涉事项的单复数、集合性、概括性与划分标准,即单独同意能够涵摄多广的处理事项内容。对此,《个保法》并没有明确规定,实践中争议颇多。“单独同意”是否意味着针对一项敏感信息、一种处理方式、一个处理目的,均需要分别逐项进行同意?有学者认为,敏感信息处理中的同意属于一种特别同意,其要求将一切信息和可能风险告知信息主体,而非一般信息所适用的概括同意,在概括同意中并不一定仅针对一个具体的事项,也可能是针对将来信息处理行为概括的、一揽子的同意。<sup>[41]</sup>有学者认为这里的“单独”应解释为“独立的,不和其他一起的”,即该同意不能与其他信息混同或随意扩增其原有同意范围,其是独立且明确的“专项同意”。<sup>[42]</sup>如何将语义学中的“单独”转化为法学规范层面的“单独”?应当据何标准将告知

[41] 参见韩旭至:《个人信息保护中告知同意的困境与出路——兼论个人信息保护法(草案)相关条款》,载《经贸法律评论》2021年第1期。

[42] 参见石佳友、刘思齐:《人脸识别技术中的个人信息保护——兼论动态同意模式的建构》,载《财经法学》2021年第2期。

内容解析为独立的单元，使每一个单元对应得到的同意构成“单独同意”？笔者认为，“单独同意”的规范旨趣在于对敏感个人信息主体的特别保护，力求敏感个人信息的处理风险不仅被突出显示，亦能清晰化、条理化，从而易读，便于信息主体风险自决，但制度设计不能顾此失彼，过于强调保护而严重妨碍信息流动。因此，告知内容要素过于细分的“逐项同意”方案并不可取，这一结论从体系解释出发已得到《个保法》第23条的验证。<sup>〔43〕</sup>同时，从实践层面出发，过细的逐项同意恐怕也只会让被告知者不胜其扰，无奈做出非理性选择，最终降低“告知同意”的实际效益。究其根源，信息主体同意处理者对其敏感信息进行处理的根本原因在于追求某种特定目的的实现。为此，建议以告知内容中的“特定目的”为框定标准，某项“特定目的”项下的所关联须告知内容（如敏感信息种类、处理方式等）即构成与“单独同意”对应的告知内容单元，该标准下所取得的同意即为“单独同意”。这样的标准粗细适中，不会造成告知内容过繁、告知频次过高，最为关键的是该标准能够使各项告知事项与信息处理目的之间形成明确的逻辑对应关系，使处理者的告知不仅易读，而且易懂，便于被告知者了解信息风险的同时亦能对信息处理之“充分必要性”作出准确判断，从而真正提高被告知者的知悉程度。此外，以“特定目的”为标准框定的告知内容单元，能够科学地划定“单独同意”的边界，合理化信息主体分别做出同意的空间，使就每个单元分别表达意愿成为可能，有效避免“搭售式”“捆绑式”同意的发生。同时，这样的标准也与欧盟GDPR序言所要求的“同意”涵盖的内容标准具有趋向上的一致性。

需要强调，由于告知与同意的对应关系，“单独同意”逻辑上必然要求“单独告知”与之对应，因此，“特定目的”所框定的内容标准同时成为“单独告知”与“单独同意”的标准。此外，按照国际惯例，“预先勾选”等不作为的同意不构成敏感个人信息领域的“单独同意”。

#### 4. 告知同意规则中的动态性机制补强

##### （1）基于“权益影响”“风险预期”的告知同意动态性机制补强

“信息应用场景的动态化是大数据背景下信息技术的生命力之所在，是信息革命的价值之所在。但是，这种动态化的处理模式也决定了信息主体对知情的要求处于动态化之中……”<sup>〔44〕</sup>毕竟信息主体在做出事前的同意之后，相关信息所经历的处理与利用及由此引发的风险，即便是处理者本人也未必能完全准确预知，更何况信息主体。而在敏感个人信息领域，对风险的不可完全预知性特征尤强，因此，告知同意规则应对动态性需求有所回应。

《个保法》第17条规定，当处理目的、处理方式、处理的个人信息种类等重要告知事项变化时，处理者应当告知信息主体并获得其同意。这在一定程度上契合了本文所主张的动态性需求。但遗憾的是，《个保法》却未对第30条所涉及的敏感个人信息告知事项——“必要性”“对个人权益的影响”做出动态性的告知同意规范。如前所述，敏感个人信息被侵害的风险高于一般个人信息，为此法律应为其设置更强效的保护规范。故此，学界已有不少呼声主张运用场景完整性理

〔43〕《个人信息保护法》第23条规定：“个人信息处理者向其他个人信息处理者提供其处理的个人信息的，应当向个人告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并取得个人的单独同意……”该条中，单独同意所涉及的告知内容显然是一系列事项集合形成的综合告知内容，而非一事项对应一告知、一同意。

〔44〕 万方：《个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”》，载《中国法学》2021年第1期，第173页。

论发展、完善敏感信息告知同意规则以满足动态性需求，<sup>〔45〕</sup>典型如“分层—分阶段—分类”之告知同意规则的提出等。<sup>〔46〕</sup>场景完整性理论立基于个人信息保护与信息流动间的平衡需以信息所处的不同具体场景而判断，强调对个人信息处理应维持信息获取时的场景，并遵循相应规则，信息处理者后续的处理行为若脱离原场景，相应的处理行为准则也应变化，以保证信息主体基于特定场景中作出的同意与场景风险相对应，并保障其合理的预期。<sup>〔47〕</sup>

场景完整性理论为个人信息处理与保护提供了一种动态调整的可能路径。但遗憾的是，目前该理论对告知同意规则的构建仍然停留在抽象的、一般化的场景导向上，在适用基准与细则上不甚清晰，<sup>〔48〕</sup>无法直接据此完成敏感个人信息的动态化告知同意，但其为我们提供了一种规制信息行为的思路，即场景转换导致信息风险变化，因而信息主体的期待落空，为此需要动态化的告知与同意，从而使合理预期可以动态地回应敏感个人信息的高风险性。场景完整性理论的适用难点在于决定场景的因素复杂繁多，从而难以形成场景类型化的一致性标准，且各因素的权重也不易确定，但无论使用何种标准完成场景类型构建，皆为实现基于场景的信息风险动态化识别与区分，进而完成动态化告知与同意。而在敏感个人信息的各告知事项中，“对个人权益的影响”最为关乎信息风险的识别，实则是信息风险的另一维度表达，其极具动态性特征的同时也是信息主体形成风险预期、完成信息自决的重要考量事项。在比较法上，美国《消费者隐私权利法案（草案）》提出了基于隐私信息的动态风险及对消费者的权益的影响而应获得动态同意的方案。因此，告知同意规则应针对“对个人权益的影响”这一告知事项作动态性补强，即突破事前的一次性告知规则，在敏感个人信息处理进程中，当发生“对个人权益的影响”的重要变化（或可理解为信息风险一定程度的升高）时，应再行告知义务并取得信息主体同意才能使信息处理行为继续维持合法性。正如学者言：“在风险分配客观性的基础上，由信息收集利用者成为控制和应对风险的主要主体更具客观性与可行性。”<sup>〔49〕</sup>因而，此种情况下要求信息处理者承担新的告知义务正当且合理。最终，告知同意规则动态性补强将有利于信息保护与信息流通利用之动态平衡空间的构建。

“对个人权益的影响”是否发生重要变化应当据何判断？在《个保法》框架下，这主要应依托于第55、56条规定的“个人信息保护影响评估”。换言之，基于风险控制与风险分配实现的告知同意规则的动态化设计，应该依赖动态化的影响评估。当然，目前《个保法》第56条中的评估仅为事前的一次性评估，这很难满足大数据时代个人信息保护的需要。针对敏感个人信息的保

〔45〕 正是基于风险的动态性，有学术观点认为应该用场景完整性理论取代“告知同意”规则，进行完全基于场景的动态性信息行为规制。

〔46〕 参见田野：《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》，载《法制与社会发展》2018年第6期。

〔47〕 See Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 Washington Law Review 119, 120–148 (2004); Daniel J. Solove & Paul M. Schwartz, *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, 86 New York University Law Review 1814, 1815–1859 (2011); Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2009, pp. 129–157.

〔48〕 参见廖丽环：《个人信息处理中同意规则弱化适用的路径优化——基于情境脉络完整性理论的场景细分》，载《法制与社会发展》2022年第6期。

〔49〕 姚佳：《知情同意原则抑或信赖授权原则——兼论数字时代的信用重建》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第2期，第50–51页。

护影响评估，亦应进行必要的动态化补强。正如有学者强调，“在相当长的一段时间内，理论界与实务界把敏感个人信息保护影响评估的焦点放在‘处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要’的单一评估模式上”，“理论界存在将敏感个人信息保护影响评估的重心转移到‘对个人权益的影响及安全风险’评估上来的趋势”<sup>[50]</sup>。由是，在场景完整性理论逻辑思路的启发下，我国法上告知同意规则的动态性补强可考虑引入动态系统论的评价体系，合理设置相关评价要素与权重，实现敏感个人信息保护影响的动态化评估，进而以此为依据实现“对个人权益的影响”的动态化告知同意，基于对风险变化的充分、及时知悉，使信息主体的同意动态地符合其预期，实现风险的分配正义。最终，动态化的风险披露与个人权益影响告知也必将使得“撤回权”的行使更有依据且有意义。

## （2）“潜在型”敏感个人信息的告知同意规则

此外，在场景完整性理论与动态化规制的思维背景下，存在潜在敏感个人信息的两种典型情况，其告知同意规则的适用转换需要予以考虑。一般而言，实定法应对敏感个人信息的范围、类型作出初步界定，一项信息最终是否归入敏感个人信息，往往还需要进行结合实际的衡量，衡量时“强调动态客观的判断标准”<sup>[51]</sup>。归入敏感个人信息者，即当适用相应的强告知同意规制。但在下列两种特殊情形下，会发生非敏感信息向敏感信息的转化，即在信息的首次采集阶段，信息仅属于一般个人信息，但在后续的处理过程中其转化为或识别出敏感个人信息，此时，信息的持有及处理应考虑适用敏感个人信息之强告知同意规则。

情形一：信息的敏感度与处理方式、算法技术、数据库类型，甚至是数据库的容量高度相关，因此，属于非敏感信息的原始数据，经过专业的大数据聚合分析、深度挖掘、数据库关联比对等信息技术的处理，很可能转化或识别出敏感个人信息。例如网络购物平台掌握消费者的实名手机号码、购物列表、搜索记录清单后可以分析出信息主体的性取向、医疗健康等敏感信息，再通过比对其他数据库信息，如购物平台注册账号信息数据库中的信息，完全可以实现主体身份的识别，实现匿名化突破，获得敏感个人信息。其实，早在20世纪90年代末期，技术人员已经意识到匿名化仅仅是一种技术上的理论假设。<sup>[52]</sup>又如，有信息处理者通过实验证明，在掌握邮政编码、出生日期、性别三项信息后，通过多个数据库的联合比对，可以有87%的可能识别出信息主体的名字（实践中这一比例经常接近100%），甚至最终破解多项与特定身份相关的信息。<sup>[53]</sup>再如，长期的、连续时间段的地理位置信息的采集可以通过数据合并识别出行踪轨迹及隐私行为偏好等敏感个人信息。<sup>[54]</sup>这种非敏感信息向敏感信息转化的可能性会随着信息技术的日益进步而不断提高，<sup>[55]</sup>亦会随着数据信息渠道的扩张与互通而不断提高，从而出现学者描述的，微小

• 591 •

[50] 杨显滨：《我国敏感个人信息处理规则的规范解释与体系构造》，载《学术月刊》2022年第10期，第116页。

[51] 朱晓峰、黎泓玥：《私密信息与敏感个人信息区分保护论》，载《经贸法律评论》2023年第1期，第23页。

[52] See Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, 57 UCLA Law Review 1701, 1716 (2010).

[53] See Jonathan Shaw, *Exposed: The Erosion of Privacy in the Internet Era*, September-October 2009 Harvard Magazine 38, 39 (2009).

[54] See Paul Ohm, *Sensitive Information*, 88 Southern California Law Review 1125, 1131-1189 (2015).

[55] See Sandra Wachter & Brent Mittelstadt, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, 2019 Columbia Business Law Review 494 (2019).

的隐私风险意外地成倍增加,形成累积性的风险效应现象。<sup>[56]</sup>为此,在静态的、事前的告知同意规则框架下,有学者甚至建议“禁止未经允许的以识别个人或推测个人敏感信息为目的的二次数据处理”<sup>[57]</sup>。当然,这样的禁止虽加强了对信息主体信息权益的保护,但却不利于数据信息的利用,有悖大数据时代信息社会的本质。何况,有的信息处理行为在处理之初并未预设或并不能预见处理后果将导出敏感个人信息,正如学者言,“大数据分析的奥秘就在于,在数据分析之前根本就没有‘目的’——分析师们也不知道会产生什么样的结果”<sup>[58]</sup>,因此,一刀切式的禁止处理并非良策,将其纳入敏感信息的保护框架、适用强告知同意规则,更能实现个人信息保护与个人信息利用的动态平衡。

情形二:个人信息的“敏感度”并不稳定,受很多变量因素的影响,因此,敏感度在不同的场景下有不同的呈现。<sup>[59]</sup>当属于非敏感个人信息的数据信息向其他信息处理者提供后,基于场景的转换,非敏感信息有可能异变为敏感信息。例如在某次文化活动中信息处理者获得了与基因有关的血型信息,基于场景,该信息或许并不敏感,但保险业者通过其他合法途径(如基于告知同意的向第三人传输)获取该信息后,该信息在新的场景下可能转化为敏感个人信息。<sup>[60]</sup>虽然针对信息传输行为《个保法》第 23 条已作出规定,即此时前位信息处理者需要进行单独的告知并取得同意,但这样的规定并未使信息处理行为受强告知同意规范的完整约束,亦未使之受“特定目的”“充分必要性”“采取严格保护措施”等限制性处理规则的约束,从而往往形成学者所描述的“多元信息处理主体的存在及与用户直接联系的缺失,使得对个人信息后续利用的第三方主体尤其是数据中间商的监管几近真空”<sup>[61]</sup>的局面。

因此,上述两种典型情况下,当信息类型发生异变时,信息风险增大,为重新建立信息主体的合理预期,处理者的告知义务应当加强,即针对类型异变后的信息,无论是知悉、持有,抑或是后续的处理,都应当适用敏感个人信息之强告知同意规则,此时如果不能取得信息主体的单独同意,处理者应当删除该敏感个人信息。

## 五、结 语

信息风险社会,告知同意规则的制度价值应该被重新认识,其不仅能实现信息自决,亦能发挥风险预防与风险分配之功能。敏感个人信息的高风险性特征决定了其应适用强告知同意规则;又基于其风险的动态性特征,信息保护和数据开发利用之间需要实现动态的利益平衡,应在立法

[56] See Aaron Fluitt, Aloni Cohen, Micah Altman, Kobbi Nissim, Salome Viljoen & Alexandra Wood, *Data Protection's Composition Problem*, 5 *European Data Protection Law Review* 285, 292 (2019).

[57] 吴标兵、许和隆:《个人信息的边界、敏感度与中心度研究——基于专家和公众认知的数据分析》,载《南京邮电大学学报(社会科学版)》2018 年第 5 期,第 52 页。

[58] 龙卫球主编:《中华人民共和国个人信息保护法释义》,中国法制出版社 2021 年版,第 65 页。

[59] See Kirsten Martin & Helen Nissenbaum, *Measuring Privacy: An Empirical Test Using Context to Expose Confounding Variables*, 18 *Columbia Science and Technology Law Review* 176, 215 (2016).

[60] 参见韩旭至:《个人信息类型化研究》,载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2017 年第 4 期。

[61] 范为:《大数据时代个人信息保护的路径重构》,载《环球法律评论》2016 年第 5 期,第 94 页。

完善上考虑增加以“权益影响”“风险预期”为考量指标的动态告知同意规则；同时，应通过对“告知”与“同意”之内容、形式、标准等规范要素的恰当解释实现规范意旨，努力克服告知同意规则的缺陷。

敏感个人信息的大数据利用场域丰富多样，各情境下敏感信息及处理行为各具特点，风险预防与风险分配实现中需要回应不同的需求，而作为领域基本法的《个保法》仅能对告知同意做出框架性规范。因此，由第17条、第30条等条款所规定的敏感个人信息告知事项、告知形式与告知标准等细节无法形成完全统一、细致且确定的规范标准。对此，一方面，针对其中的典型利用场景可考虑经由类型塑造而由特别法做出重点规范，在特别领域、特定行业，经由特别立法、司法解释或行业性特别规范予以确定，或提供范例指引；另一方面，敏感个人信息之保护与冲突利益间的平衡除仰仗信息行为规范的设计外，亦应强调保障其落实的机制。因此，应考虑在一定规模、掌握一定信息数据量的数据企业（平台）实行相关告知内容与同意形式的审查、备案制，并对其实施情况予以监督；同时可以考虑将如上企业的告知文件、隐私政策等参照格式合同条款予以规范和管理，从而通过国家之力消弭因“持续性的信息不平等关系”引发的告知同意规则的内、外部自限性缺陷。相信通过科学、合理、有效的“告知同意”设计，可以实现信息风险的有效控制及信息主体对风险的合理预期。

---

---

**Abstract:** The Personal Information Protection Law distinguishes between types of information and provides a reinforced informed consent rule for sensitive personal information. The informed rule has its own institutional logic and many self-limiting shortcomings. It is based on the primary value of information self-determination. In the information risk society, the informed consent rule is still of great significance in the protection of sensitive personal information. It should be explored and endowed with new values and functions, i. e., risk prevention and risk distribution. At present, in order to accurately apply the informed consent rule for sensitive personal information and eliminate the uncertainties in the law and the shortcomings of the system, the scope of application of the informed consent rule, the informing matters and standards, and the consenting forms and requirements should be appropriately interpreted to realize the self-determination of the information, and at the same time, achieve the control of the risks better. Meanwhile, according to the dynamic characteristics of the “sensitivity” and “risk” of sensitive personal information, the notice and consent rule should be supplemented with dynamic mechanism, so that the information processing meets the risk expectations of the subject of the information.

**Key Words:** sensitive personal information, informed consent, risk control, separate consent, dynamicity

---

---

## 个人信息对价化交易的定性和法律适用

杨 芳\*

**内容提要：**个人信息主体以同意个人信息处理换取特定服务，可称为个人信息对价化交易。当事人可自由选择将这一交易类型构造为双务合同，将同意构造为对待给付，法律上并无任何理由限缩其意思自治的空间并挫败这种交易安排，民法上的人格权益优先和人身债务不得强制执行、个人信息保护法上的任意撤回权和捆绑禁止规则均不构成制度障碍。个人信息对价化交易在法律性质上可归入个人信息许可使用合同。应当引入《民法典》格式条款内容控制制度，突破核心给付义务不受审查的原则，依据是否违反个人信息保护法基本原则与是否不当限制信息主体合同核心权利、加重合同核心义务两项标准，审查作为同意之原因行为的合同条款，以防止个人信息保护法知情同意规则被架空以及合同履行之必需场景被不当扩充。应当以双务合同中的交换关系为核心，同时兼顾个人信息保护法价值取向，配置特殊的履行障碍规则以平衡两造当事人之利益关系：个人信息主体违反同意之义务的，合同相对人并无履行请求权、同时履行抗辩权、损害赔偿请求权和违约金请求权，享有基于对待给付牵连性的合同解除权；信息处理者违反服务提供义务的，信息主体并无减价权，解除权发生条件可放宽至非根本违约情形。

**关键词：**个人信息对价化交易 对待给付 捆绑禁止 格式条款内容控制 解除权

### 一、提出问题

个人信息主体以同意或者允诺未来同意处理其个人信息，换取本应付费的服务或者产品，是数字经济时代下极为常见的全球通行的商业样态。许多服务看似免费或者打折——只要用户在订立合同时同意个人信息处理，在经济学层面上，个人信息在此处于类似金钱的“对价”的地位。

\* 杨芳，海南大学法学院教授。

本文为国家社会科学基金一般项目“企业间数据竞争法律问题研究”（20BFX121）的研究成果。

然而，法律上如何认识这种交易之本质、承载着特殊规范目的个人信息保护法规对于交易性质之识别有何种实质影响、个人信息主体和提供服务之信息处理者之间属于何种法律关系、这种关系应当适用何种具体法律规则，上述问题在实证法上皆未臻明确，学说仍有争议。而交易规则不仅攸关交易之稳定性，关系到多方参与的数字经济的顺利展开，更直接影响个人信息权益之保护，兹事体大，不可轻忽。

在“个人信息概念泛化”与“万物皆可电子化”的时代，许多商业模式都和个人信息相关，都不同程度上依赖于对个人信息的处理。服务提供商有时是根据《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）第 13 条第 1 款第 2 项之“订立或履行合同之必需”这一合法事由，为了信息主体之合同利益而处理其个人信息，亦即，个人信息处理是信息处理者合同中特定给付得以提出和完成之技术上的必要条件，信息处理者处理个人信息之目的仅在于辅助己方之主给付或者从给付义务。例如在线交易中的地址信息和账户信息、导航服务中的位置信息。而本文所称的个人信息对价化与此完全不同。首先，处理目的和处理者所负担之给付义务无关，信息处理并非给付义务之技术前提，并非为了信息主体的合同履行利益之实现。在此，个人信息处理者收集个人信息正是为了自身利益而利用信息本身独立的价值。比如，为了优化搜索引擎搜索结果的相关性、〔1〕精确导航结果、〔2〕精准广告投放、〔3〕改善产品性能、〔4〕创设训练模型和算法系统、〔5〕校准算法模型〔6〕等。其次，个人信息对价化交易中的信息处理合法事由只能是《个保法》第 13 条第 1 款第 1 项之信息主体同意（下文详述）。最后，同意个人信息处理之允诺往往对应了特定的服务，构成对特定服务的“支付”或者“购买”手段。而用户数据远比作为价款的金钱重要，前者具有远超出当前服务对应价格的潜在价值，信息的个人关联性越强，越能揭示个人偏好，可利用的可能性则越多。因此，尤其在价款数额较小的交易场景中，服务提供者往往倾向于“放弃索要”金钱，选择获得处理个人信息的机会。

个人信息处理之同意在法律性质上属于处分行为，〔7〕处分行为需标的明确特定，并无针对尚未产生之标的的处分行为，同理，若个人信息并未生成，个人信息处理之同意则无法事先作出，在概念上并不存在针对未来个人信息的一揽子处理同意，持续产生之个人信息需配套持续的同意。从而，在合同关系存续期间，个人信息主体往往需要持续作出同意。合同关系据此始终笼罩在《个保法》中同意特殊生效要件等严格规则的影响之下。《个保法》的价值判断和特别规范

• 595 •

〔1〕 参见《百度隐私政策》第 1 条第 3 项，载 <https://privacy.baidu.com/policy>，最后访问时间：2024 年 3 月 17 日。

〔2〕 参见高德开放平台发布的《Android 地图 SDK》，在《开发指南—出行路线规划》部分“第三步，设置搜索参数”要求用户设置搜索条件，其中包括路径的起点终点、出发时间、规划的时间间隔等数据，才能够使用“未来出行规划服务”，载 <https://lbs.amap.com/api/android-sdk/guide/route-plan/etd>，最后访问时间：2024 年 3 月 17 日。

〔3〕 参见《淘宝网隐私政策》第 2 条第 2 项第 3 款，载 [https://terms.alicdn.com/legal-agreement/terms/suit\\_bul\\_taobao/suit\\_bul\\_taobao201703241622\\_61002.html](https://terms.alicdn.com/legal-agreement/terms/suit_bul_taobao/suit_bul_taobao201703241622_61002.html)，最后访问时间：2024 年 3 月 17 日。

〔4〕 参见《百度隐私政策总则》第 1 条第 5、6 项，载 <https://privacy.baidu.com/policy>，最后访问时间：2024 年 3 月 17 日。

〔5〕 参见 IT 之家：《谷歌更新隐私政策规定，可使用互联网上的公开信息训练 AI 模型》，载 <https://www.ithome.com/0/703/713.htm>，最后访问时间：2024 年 3 月 17 日；中国支付清算协会金融大数据应用研究组：《大数据在金融领域的典型应用研究》，载 <http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/ztbg/201804/P020180327605403296958.pdf>，最后访问时间：2024 年 3 月 17 日。

〔6〕 参见《北京协和医院患者版隐私政策》第二部分第 1 条第（三）项，载 <https://xhknowledgebase.oss-cn-beijing.aliyuncs.com/173/privacyPolicy.html>，最后访问时间：2024 年 3 月 17 日。

〔7〕 具体论证详见杨芳：《合同关系中个人信息处理同意撤回权的限制与展开》，载《法学》2023 年第 12 期。

得以渗入合同关系。个人信息对价化交易的定性和法律适用问题争议遂生。

德国学说在这一问题上的主要争议焦点是，这种交换关系下的个人信息处理之同意能否被构造为双务合同的对待给付，是否存在债法和个人信息保护法层面上不可逾越的障碍。否定说理由如下：同意乃专属性人身债务，和人格尊严密切相关，不可强制执行；〔8〕同意需在完全排除所有类型的强制之下自愿作出才有效，方可正当化信息处理行为，若个人信息主体为了履行合同之义务“不得已”地作出同意，这一同意则属于非自愿；〔9〕个人信息主体得随时不问理由地毫无消极后果地撤回其同意，同意之允诺对于信息主体自始不具有拘束力。〔10〕肯定说认为上述的桎梏不足以否定同意得以构成对待给付。〔11〕国内学说上对于个人信息对价化的定性和合同法规则适用研究较少。在法律关系定性上，最具代表性的是有偿、单务劳务合同关系说〔12〕和双务合同说。〔13〕主要分歧仍在于如何理解任意撤回权和同意的不可强制性对于合同关系的影响。

实证法的模糊立场无法终结理论争议。欧盟地区对于个人信息对价化交易早有立法。欧盟2015年提出的《关于提供数字内容合同若干方面的指令（建议稿）》〔以下简称《数字内容指令（建议稿）》〕〔14〕第3条第1款曾把这种交换关系下的个人信息置于和金钱同一法律地位，且称为“对价”（Gegenleistung）。这一描述引起了欧洲数据保护委员会的严重关切和不满，认为应不惜一切代价避免使用“对价”一词，因为个人信息权益属于基本权，不当应被视为商品。该批评意见甚至将个人信息对价化和器官交易相提并论：如同器官买卖那样，虽然总是有人愿意付钱，但是立法者不应使这种需求和做法合法化。〔15〕2019年最终出台的《数字内容指令》部分接受了上述批评，第3条第1款修改措辞放弃了“对价”的提法，且在立法理由书第24条第3句明确澄清个人信息不应被视为商品。但是，需特别指出的是，措辞修改仅仅是为了避免触及监管者在个人信息保护上的敏感神经的象征性举措，并非法律构造上的实质性转变。〔16〕《数字内容指令》并未明确将个人信息对价化交易排除出双务合同范畴，其中的具体规范和双务合同的构造也并无明显冲突。2022年1月1日生效的《德国民法典》第327条至第327u条将《数字内容指令》转化为国内法，回答了个人信息权利对于合同关系的影响以及履行障碍规则等一系列核心问题，一定程度上消解了规则模糊对于交易稳定性的不利影响，但也遗留了许多未尽事宜。〔17〕值得注意的是，德国立法者遵照《数字内容指令》的立场，并未将交换服务之个人信息的法律地位描述为

〔8〕 Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld- und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (76).

〔9〕 Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB Vorbemerkung Vor § 327, Rn. 16.

〔10〕 Vgl. Stefan Korch, Vertragsrecht in der Datenökonomie Datenprivatrecht zwischen europäischem Datenschutz und technischer Realität, ZEuP 2021, 792 (801).

〔11〕 Vgl. Marcel Lerch / Lukas Tuschhoff, Zahlungsmittel Daten Der Datenvertrag im allgemein (er) en Schuldrecht, RD 2023, 11 (13).

〔12〕 参见武腾：《个人信息积极利用的类型区分与合同构造》，载《法学》2023年第6期。

〔13〕 参见郑观：《个人信息对价化及其基本制度构建》，载《中外法学》2019年第2期。

〔14〕 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 9. 12. 2015, COM (2015) 634 final.

〔15〕 Vgl. European Data Protection Supervisor, Stellungnahme 4/2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 14. 3. 2017, Rn. 14.

〔16〕 Vgl. Dirk Staudenmayer, Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht-Verträge über digitale Inhalte, NJW 2019, 2497.

〔17〕 MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB Vorbemerkung Vor § 327, Rn. 1-2.

“对待给付”(Gegenleistung)。其立法理由书也特别说明:“交出个人信息或者交出个人信息的允诺在债法上如何定位,是否涉及对待给付或者存在对待牵连法律关系,这都不重要。”<sup>〔18〕</sup> 这种说法显然有回避问题之嫌。概念和性质是思考和推演的起点,也是判断规则正当与否的重要依据,放弃对概念和定性的追问无异于否定法学的科学性,使法学理论沦为在不求甚解中提供片段化解决方案的权宜之计。双务合同和单务合同性质迥异,合同当事人利益平衡状态大有不同,个人信息对价化交易是否属于双务合同,同意是否可被构造为对待给付,关涉具体规则的配置,是极为重要的理论问题。或许正因如此,《德国民法典》上述条款出台后,德国理论界对于个人信息对价化的定性仍争论不休,对既有规则仍存在不同的解释。

数字经济的核心正是多方参与、多种方式、多重步骤和多元场景下的个人信息处理。个人信息对价化交易恰属于最前端的信息收集阶段,最前端的规则配置必然攸关数字经济之整体。本文旨在为个人信息对价化交易提供科学合理的法律规则,聚焦如下三个问题,以期推进当前理论研究,助力数字经济底层规则设计。第一,个人信息对价化交易类型在法律上可否构造为双务合同?属于何种类型之合同?个人信息处理之同意能否归入双务合同对待给付之范畴?如何理解并破除债法和《个保法》层面上所谓的制度障碍?当前尚无针对上述问题的体系化研究。第二,个人信息对价化交易在私法自治上是否存在边界,边界何在?法律上应配套何种制度予以应对?格式条款内容控制制度如何具体展开?当前研究并未触及这些问题。第三,在履行障碍规则设计上,个人信息换取服务和金钱换取服务交易有何实质性差异?个人信息保护法的规则对于合同关系存在何种影响?当前研究多着墨于比较法立场,较少涉及《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)具体规则的适用问题;且未见以个人信息和金钱两种“支付工具”之实质差异为逻辑起点构建履行障碍规则的研究成果。

• 597 •

## 二、个人信息处理之同意:双务合同之对待给付

在市民社会中,私人得享有自治之自由,若行为不害他人,不违背私法自治之最低限度,自损或增益,法律毫无置喙之理由。在个人信息对价化交易中,个人信息主体向私主体信息处理者作出允诺,以己之个人信息换取他人的有偿服务,本就属于个人信息主体私法自治和自我约束之范畴,从允许处理个人信息中获利和阻止他人未经同意处理其个人信息皆是个人信息自决权之体现。亦即,个人信息主体具有在合同关系中负担同意他人处理其个人信息的合同自由,这在法律上本来毫无疑义。

然而,个人信息这一交易客体不同于金钱,且自个人信息保护规则演变为全球立法标配以来,个人信息被形塑成位阶极高的和人格尊严密切相关的保护对象,任何个人信息,包括隐私信息、敏感信息和琐碎的一般信息,都承载着个人信息权益这一人格利益,个人信息主体被赋予了极为强大的个人信息控制权以对抗在法律上具有原罪的、非具法定合法事由即违法的信息处理行为。而控制权之核心即在于知情同意规则。各国的个人信息保护法皆以此为基础为个人信息主体

〔18〕 RegE BT-Drs. 19/27653, 39. 44.

提供了贯穿信息处理行为全流程的保护，设计了一系列规则以确保知情同意规则有效运行。在这一观念和立法政策影响之下，信息主体在个人信息对价化交易中负担同意信息处理之合同义务，为了履行合同义务需“不得已”地交出与其人格密切相关的个人信息，容忍他人的信息处理行为，这似乎存在不可摆脱的道德困境和不可逾越的制度障碍。学说上也据此否定个人信息处理同意得构成双务合同对待给付义务的可能性，转求其他解释方案：要么将其视为合同之停止条件，<sup>〔19〕</sup> 要么归入不真正义务之范畴，<sup>〔20〕</sup> 要么定位为附义务之赠与中的义务，<sup>〔21〕</sup> 另有观点从不当得利法角度解释个人信息对价化中的合同关系，认为既然合同关系中无法导出同意之义务，那么约定未来作出同意的合同在法教义学上最重要的功能即在于为同意创设一种不当得利法上的合理基础，以及为接下来对个人信息处理的容忍提供正当化基础。<sup>〔22〕</sup> 在私法领域中，以保护之名而限缩私主体自治之空间的制度安排极为罕见，那么为了保护信息主体，是否真的需要排除其承担双务合同中同意个人信息处理这一对待给付义务的可能性，所谓的价值和制度上的障碍是否仅是毫无必要的幻象，下文甄别。

#### （一）同意：个人信息对价化中信息处理之合法事由

个人信息保护规范体系对于个人信息处理事由皆采取封闭列举的立法模式。欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, GDPR）第6条第1款列举了包括同意和合同履行之必要等6项合法事由，我国《个保法》在第13条第1款明确规定了7项法定处理事由。首先需要明晰的是，个人信息对价化交易中个人信息处理合法事由是同意，抑或履行合同之必要？若是后者，则个人信息处理无需仰赖于信息主体之明确同意，信息主体无需在订立合同之外另行作出《个保法》上之同意以正当化合同相对人之信息处理，自然无需讨论同意是否属于双务合同之对待给付义务。

同意和履行合同之必要得以成为个人信息处理合法事由，其正当性皆源自信息主体之意愿和自决。前者是明示之意思表示（《个保法》第14条第1款）；后者是默示或者可推断之意思表示，信息主体以自愿加入合同关系之行为表明允许合同相对人出于履行合同之目的而处理其个人信息，只有当若非处理个人信息，信息处理者之给付义务将遭遇困难与障碍时，系争个人信息处理行为才因服务于信息主体所追求之履行利益，合乎信息主体之意愿。因此，应当依据上述规范目的严格解释合同履行之必要情形，将和信息主体可推知的合同利益无关之情形排除在外。此外，《个保法》就同意规定了一系列的严格的特殊条款，若对合同履行之必要采宽泛解释立场，把所有合同载明的情形都纳入其中，那么信息处理者就会将处理行为之合法事由建立在其单方决定的合同依据之上，同意这一合法事由及其特殊规制就会被架空。<sup>〔23〕</sup>

〔19〕 Vgl. Klink-Straub, Do ut des data-Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht, NJW 2021, 3217 (3219).

〔20〕 Vgl. Stefan Korch, Vertragsrecht in der Datenökonomie Datenprivatrecht zwischen europäischem Datenschutz und technischer Realität, ZEuP 2021, 792 (801).

〔21〕 Vgl. Tabea Bauermeister, Die „Bezahlung“ mit personenbezogenen Daten bei Verträgen über digitale Produkte, AcP 222 (2022), 372 (392).

〔22〕 Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld- und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (70).

〔23〕 Vgl. Wendehorst/Graf v. Westphalen, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, NJW 2016, 3745 (3746).

个人信息处理和合同目的之间必须具有一种直接的本质的联系，个人信息处理才可能属于合同履行之必要，且该合同目的必须被限制在极为核心的范围内。<sup>〔24〕</sup>从合同给付义务的角度而言，直接的本质的联系或许可以逻辑周延地划分为个人信息处理本身即是信息处理者的合同主给付义务，以及个人信息处理本身构成信息处理者合同主给付义务之辅助两种类型。前者通常发生在根据原始个人信息生成衍生数据的场景，例如信用信息之于资信报告之生成、身份信息之于尽调报告之生成、历年考试成绩之于未来考试排名之预测。后者例如密码和用户名之于系统登录、被保险人健康状况之于保险费之测算、用户通常通话时长之于移动通信套餐之推荐、IP地址之于付费数据库之登录。亦即，信息处理要么和处理者合同义务合一，要么是处理者合同义务之技术辅助，否则个人信息处理并非履行合同之必要。

个人信息对价化交易中，主动交出或者被动容忍信息处理以换取之服务往往和系争个人信息处理无关，信息处理既非服务本身，也非特定服务之辅助，个人信息在此不过扮演了类似于价款支付的交换地位。在此，信息处理和处理者负担之合同义务之关系不属于上述任何一种类型，个人信息处理合法事由并非履行合同之必要，只能是同意。合同相对人若要依据合同之约定获得处理个人信息的机会，并确保自己从事的并不是“亏本的买卖”，首先必须在法律上将己之服务允诺和信息主体之同意构造为双务合同下的牵连关系，亦即，同意必须能够被约定为个人信息对价化交易中的对待给付义务。

## （二）民法上之制度障碍及其破除

在民法既有制度框架下，同意作为对待给付义务可能具有两个障碍：一是价值层面上的个人信息权益优先论；二是债法具体规则层面上的同意不可强制执行论。

### 1. 个人信息权益优先论之破除：个人信息许可使用合同

有观点认为，信息主体在其个人信息之上所享有的个人信息权益具有人格属性，信息处理之同意与否恰是颇具人格权意义的自我决定，而相较于处理者之经济利益，人格属性优先，个人信息主体因此在法律上不承担作出同意之义务。<sup>〔25〕</sup>然而，这一似是而非的论断不过是仅具口号性质的观念言说罢了，不具法律推理功能。

在个人信息对价化交易中，个人信息主体需持续性或者一时性地就信息处理作出同意以换取相对人持续性或者一时性的服务。这一过程中，个人信息主体并未让渡任何权利，并未“出卖”个人信息，也并没有为服务商创设一种具有排他性的法律地位，允许他人处理其个人信息和买卖合同中移转特定价款的所有权完全不同。信息主体不过是赋予处理者一种在其个人信息这一无体物之上的有期限的使用权，在合同类型上属于许可使用合同。<sup>〔26〕</sup>而包括姓名和肖像等人格标志的许可使用合同已被《民法典》第993条、第1012条、第1018条所肯认，姓名和肖像与人格尊严关系之密切程度显然大于个人信息对价化交易中的琐碎信息，举重以明轻，其他个人信息之上

〔24〕 Vgl. Benedikt Buchner/Thomas Petri/Jürgen Kühling, Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar, 3. Aufl., 2020, § 6 Rn. 39-40.

〔25〕 Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld-und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (60).

〔26〕 Vgl. Axel Metzger, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 817 (837).

当然可成立个人信息许可使用合同关系。而正如肖像权人在肖像许可使用合同这一双务合同中负担同意并容忍他人依约使用其肖像的对待给付义务一样，个人信息对价化交易中信息主体也应负担同意信息处理之义务，二者在法律构造上不应存在差异。

## 2. 同意不可强制执行论之破除：债务存在和债务可执行性之二分

有观点认为同意具有高度的人格属性，不可被强制执行，从而不可能被归入合同义务。<sup>〔27〕</sup>这一主张显然混淆了债务之存在和债务强制执行之可能性两个完全不同层面的问题。第一，义务之存在和义务之履行分属不同领域，前者属于负担行为，后者可能属于处分行为。负担同意义务之合同属于负担行为，同意则属于现实地将信息处理行为正当化的处分行为，不可由处分行为不可被强制执行倒推出负担行为之不存在，否则就犯了倒因为果的逻辑错误。第二，义务存在之意义并不在于必然能够被现实地强制执行。单务合同之义务体现了对于加利允诺的自我约束，双务合同之义务则体现了双方给付义务之交换关系，即便该义务因具有高度人身属性而不可被强制执行，双务合同对当事人仍有其他如解除合同、损害赔偿请求权、同时履行抗辩权等纠正交换关系之失衡的救济手段。亦即，在履行障碍规则上，债务陷入履行不能的，债权人履行请求权消灭，其他救济权发生。第三，个人信息处理之同意义务在法律性质上属于行为债务，民法体系中从未否定行为债务之存在，自然也无理由否定同意得作为双务合同之对待给付义务。同意之义务在法律构造上和其他行为债务不应存在差异。

### （三）《个保法》上之制度障碍及其破除

同意能否构造为双务合同之对待给付义务，法律上最大的障碍实际上来自《个保法》的两项特殊规则：任意撤回权和禁止捆绑原则。

#### 1. 任意撤回权：潜在或行使皆无碍同意之义务

《个保法》第15条第1款规定：“基于个人同意处理个人信息的，个人有权撤回其同意。个人信息处理者应当提供便捷的撤回同意的方式。”GDPR第7条第3款也有任意撤回权的类似规定。至少在当前的规范框架内，任意撤回权不得被放弃。<sup>〔28〕</sup>正如上述，在个人信息对价化交易中，个人信息处理合法事由只能是信息主体之同意，不可能是履行合同之必要或者其他，而该同意始终隐含着“潜在”的撤回之可能，受到任意撤回权之威胁，且已经作出之同意可随时被无条件地撤回，从而信息处理合法依据可被抽离。有观点据此主张，如此不稳定的同意之允诺不可能具有债法的拘束力。<sup>〔29〕</sup>

实际上，任意撤回权制度并不妨碍同意可被构造为合同义务。这里需要在概念上明确区分负担同意之义务的合同和作为合同履行行为的同意，前者是后者法律上的原因。第一，潜在的撤回可能性不影响同意义务之发生。撤回权行使之前，信息主体始终负担作出同意之义务。<sup>〔30〕</sup>《民法

〔27〕 Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld- und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (76).

〔28〕 Vgl. Benedikt Buchner/Jürgen Kühling, Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar, 3. Aufl., 2020, § 7 Rn. 35.

〔29〕 Vgl. Stefan Korch, Vertragsrecht in der Datenökonomie Datenprivatrecht zwischen europäischem Datenschutz und technischer Realität, ZEuP 2021, 792 (802).

〔30〕 Vgl. Andreas Scheibenpflug, Personenbezogene Daten als Gegenleistung, 2022, S. 254.

典》中也有类似的单方即可终止合同的“不稳定的合同关系”，例如第 658 条第 1 款赠与合同中赠与人之任意撤销权、第 787 条承揽合同之定作人任意解除权、第 829 条货运合同托运人之任意解除权、第 899 条保管合同寄存人之任意解除权、第 933 条委托合同双方当事人之任意解除权以及第 946 条物业服务合同业主之任意解除权。上述潜在的直接触及合同效力的任意解除权尚且无法否定合同义务之存在，仅仅针对合同履行层面之同意的撤回权自然也无法否定信息主体依据合同负担同意义务之可能性。第二，向后发生效力之撤回权不影响同意在撤回权行使之前的效力。撤回权并非拒绝同意的自由，而是就已经作出的同意，重新作出一个效果意思旨在中断之前同意的新的意思表示。同意之效力止于撤回权之行使，在后之撤回权不影响同意的在先效力，罔论对合同关系及其合同关系下的同意义务有任何实质影响。第三，撤回权指向的对象是同意，而非个人信息对价化关系中的合同。撤回权之行使影响同意义务之成立，这一观点的逻辑前提在于将撤回权效果意思范围由同意扩及合同，这显然是对信息主体意思表示法效意识和撤回权制度价值的曲解。

## 2. 捆绑禁止原则：仅是同意自愿性非终局判断标准之一

《个保法》第 16 条规定：“信息处理者不得以个人不同意处理其个人信息或者撤回同意为由，拒绝提供产品或者服务；处理个人信息属于提供产品或者服务所必需的除外。”GDPR 第 7 条第 4 款也有类似规定，只不过从立法措辞上看，其适用范围仅限于禁止捆绑合同之履行和同意，<sup>[31]</sup>而《个保法》第 16 条似乎适用于合同缔结与合同履行两个阶段。这一制度被称为“捆绑禁止”（Koppelungsverbot）。双务合同的意义在于以己之允诺交换对方之允诺：若对方不允诺，则吾不交出允诺；若对方不依允诺履行，则吾也不履行。因此，若同意之允诺被构造成为双务合同之对待给付义务，则意味着若非个人信息主体允诺作出同意并实际作出同意，作为合同相对人则可不允诺提供服务且不实际提供服务。在合同履行层面，同意和服务互为交换关系，同意是服务提供的“前提”。而这似乎正是捆绑禁止制度所禁止的做法。有学者据此主张，捆绑禁止原则是同意允诺作为对待给付义务的天然的不可逾越的障碍。<sup>[32]</sup>

需从正确把握捆绑禁止原则的制度价值入手，澄清并破除捆绑禁止原则对于同意之对待给付可能性的影响。一种可能的解释路径是扩张解释“处理个人信息属于提供产品或者服务所必需”的情形，按照作为信息处理者的合同相对人的主观意愿，将个人信息对价化交易中的交换关系纳入“必需情形”，从而排除捆绑禁止原则的适用，亦即，既然在个人信息对价化交易中同意个人信息处理之允诺的目的在于购买特定的服务，那么同意对于服务就是必要的。这种解释方案存在如下两个逻辑漏洞：一是如此解释下的“必要情形”范围显然大于作为个人信息处理合法事由之一的“合同履行之必要”中的“必要”，而恰恰没有任何理由足以支撑对于两项规范中的“必要”采取不同的解释路径；二是这无异于对“捆绑禁止”制度釜底抽薪，使其完全失去了适用的可能性。

[31] 有观点认为，本款并非如文意般仅限于合同履行阶段，大多数适用场景也扩及合同缔结阶段。Vgl. ÖOGH Urt. v. 31. 8. 2018-6 Ob 140/18h, BeckRS 2018, 30960 Rn. 4. 2. 2.

[32] Vgl. Barbara Schmitz/Ellen Buschew, (Be-) Zahlen mit Daten Im Spannungsverhältnis zwischen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und Privatautonomie, MMR 2022, 171 (173).

仍需参度比较法上合理的解释方案，深入剖析捆绑禁止原则的规范目的。GDPR 第 7 条第 4 款对于捆绑禁止原则的规定较为清晰，“在判断同意是否自愿作出时，应当最大限度地考虑合同的履行，包括提供服务是否取决于对于合同履行并非必要的个人信息处理的同意”。德国学者大多认为，对于判断同意自愿与否的捆绑禁止原则的解释不能绝对化，仍需在个案中考虑双方关系是否存在足以影响自愿的不均衡性。<sup>〔33〕</sup> 欧洲议会也持相同主张。<sup>〔34〕</sup> 本文认为，无论是 GDPR 还是《个保法》中的捆绑禁止原则都没有创设任何强制缔约义务，其意图也不在于在自由竞争的市场中筛选交易类型、挫败个人信息对价化合同关系，<sup>〔35〕</sup> 而是旨在为判断同意之自愿性提供一种观察路径：第一，若个人信息处理是特定服务技术上之必要前提，则个人信息处理者可依据合同履行之必要这一合法事由处理个人信息；个人信息处理者当然也可以处理非合同必需之个人信息，只要个人信息主体明确同意，信息处理合法事由转而建立在同意之上，否则同意这一合法事由岂非毫无使用空间；第二，相较于居市场支配地位的信息处理者而言，在明显不平衡的个人信息处理关系中处于弱势地位的信息主体在缺乏替代方案的情形下作出的个人信息处理同意，因违反自愿原则而无效；<sup>〔36〕</sup> 第三，除非有竞争法或者其他法律领域特别价值的介入，除非特定场景下的信息处理者处于排除合同自由的特殊地位，信息处理者具有将服务提供和允许信息处理构造成为交换关系的合同自由；第四，信息主体为了履行合同义务而作出的同意，并不会因违反捆绑禁止原则而无效；<sup>〔37〕</sup> 特别是，在消费者存在着自由决策的可能性，得以自主判定交出个人信息来换取这种服务是否划算，<sup>〔38〕</sup> 且信息主体已经足够了解“处分”的范围的场景下，实在无法否认同意的自愿性，法律上也就不存在强制保护信息主体的必要。既然为了换取服务而实际作出的同意并不因违反捆绑禁止原则而无效，那么在债法上为了换取服务而负担同意之义务，这种义务更不会因此而无效，亦即，捆绑禁止原则也不足以阻碍同意可被构造为双务合同之对待给付义务。

#### （四）结论

在制度构造上，处理个人信息之同意可以被当事人选择成为双务合同之对待给付义务，民法的既有规则和《个保法》的特殊规范对此并无任何障碍。在个人信息对价化交易中，个人信息之使用关系可构造成为许可使用合同这一双务合同类型，个人信息处理之同意可构成许可使用合同中的对待给付义务。法律上并无理由限缩信息主体和信息处理者私法自治的范围。

当然，并非所有的个人信息在经济层面都具有交换价值和商业价值，并非任何广义的个人信

〔33〕 Vgl. Peter Gola/Dirk Heckmann/Sebastian Schulz, Datenschutz-Grundverordnung-Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2022, § 7 Rn. 23.

〔34〕 Vgl. Ulrich Dammann, Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung-Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen, ZD 2016, 307 (311).

〔35〕 欧盟《数字内容指令》出台后，欧盟数据保护委员会（EDSA）仍强烈反对个人信息对价化的商业模式。Vgl. Leitlinien 05/2020 v. 4. 5. 2020, Rn. 26.

〔36〕 Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327q Rn. 5.

〔37〕 Vgl. Maximilian Becker, Eine Materialisierung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots, CR 2021, 230 (231) . ; Alexander Bijok, Kommerzialisierung personenbezogener Daten-Das Datenschutzrecht als Maßstab für die rechtliche Anerkennung von Daten als Wirtschaftsgüter, ZfDR 2021, 74 (82 ff. ).

〔38〕 Vgl. OLG Frankfurt a. M., 27. 6. 2019-6 U 6/19, ZD 2019, 507.

息对价化交易中都存在双务合同关系，并非所有的处于“交换”地位的个人信息处理同意都属于双务合同中的对待给付，这首先是意思表示解释和合同解释的问题，是探究当事人是否有受到拘束的意愿的问题。和传统意思表示解释的差异仅仅在于，个人信息对价化往往发生在电子产品交易中，而电子产品交易中双方当事人通常没有私人一对一的接触，因此，解释方法必须标准化经典化，必须合乎交易惯例、符合当事人可推知的意愿和有助于平衡合同两造当事人利益状态。

有时并不存在双务合同关系。商业实践中较为常见的同意 cookie 安装或者其他追踪技术以换取特定的服务就无法解释为双务合同关系。cookie 是一个安装到用户硬盘上的小数据，从而记录用户的浏览行为，画出用户画像，精准推送广告。不允许安装就不能浏览网页是极为常见的现象。如果把这描述为双方之间缔结了合同，那么用户同意被动地提供个人信息就是交换访问网页的对待给付。欧盟《数字内容指令》政府草案采取的是“亲合同立场”，尽可能将个人信息交换服务交易模式解释为合同关系，<sup>〔39〕</sup> 也曾经为了尽可能全面地保护消费者将上述 cookie 商业模式纳入合同关系中。<sup>〔40〕</sup> 且不论这种解释方案是否符合消费者和服务提供商可推知的意愿，双方是否真的存在受合同关系拘束的意旨，<sup>〔41〕</sup> 就法律效果而言，服务提供商将依据合同负担“提供服务的义务”和“系统更新义务”，例如确保用户特定浏览器的兼容性和任何技术变化下都能顺利访问网站。这恐怕远超出网站运营商的预期和成本。如果承认存在合同关系，那么企业经济上的计算就会变化，就会衡量比较个性化广告可能带来的收益和潜在履行请求权和损害赔偿可能带来的威胁。如果风险过大，cookie 可能对企业失去吸引力，这种商业模式也可能逐渐消失。以保护消费者之名将有利于消费者的商业模式涤除出自由市场，岂非善因结出恶果？或许正因如此，最终出台的《数字内容指令》立法理由书第 25 条第 3 句直接将 cookie 这种商业模式排除出了该法的适用范围，从而否认存在双务合同关系。

如下的表达就明显地展现出了个人信息处理同意和服务之间的交换关系。例如，Facebook 的隐私协议：“为了替代付费而使用我们提供的 Facebook 以及其他产品和服务，您通过使用 Facebook 产品承诺同意如下的使用条款：我们被允许向您展示付费广告……我们使用您的个人信息，比如你的活动信息和兴趣信息，以便向你展示和你更为相关的广告。”<sup>〔42〕</sup> Facebook 在多个隐私文件中强调了其对于用户个人信息的利益：“为了使您的体验个性化……向您和其他人提出建议，例如，加入群组、参与活动、订阅页面或向页面发送信息、观看页面、观看节目以及向您推荐您所希望成为好友的人……这还包括分析我们所掌握的用户数据，了解用户如何使用我们的产品。例如，我们使用您在 Facebook 上与之互动的人的数据，使您在 Instagram 或 Messenger 上更容易与他们联系”。<sup>〔43〕</sup>

承认个人信息对价化交易中可能存在双务合同关系，并不意味着当前的双务合同规范得以完

〔39〕 Vgl. RegE BT-Drs. 19/27653, 44.

〔40〕 Vgl. Malte Kramme, Vertragsrecht für digitale Produkte-Die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie im Schuldrecht AT, RD 2021, 20, Rn. 12.

〔41〕 当然，如果双方当事人作出明确表示将 cookie 这种商业模式纳入法律关系以及合同关系之中，那么双方之间即存在合同关系。

〔42〕 《facebook 服务条款》，载 <https://www.facebook.com/terms.php>，最后访问时间：2024 年 3 月 17 日。

〔43〕 《facebook 服务条款》，载 <https://www.facebook.com/terms.php>，最后访问时间：2024 年 3 月 17 日。

全无条件地适用，在具体的法律规则适用上，仍需根据个人信息这一交易客体的特殊性质和《个保法》的特殊价值定位作出相应的调整。双务合同关系的定性仅在于表达了同意和服务提供之间存在一种法律上的交换关系和牵连关系，履行障碍规则必须以此为前提展开，框定意思自治边界的格式条款内容控制制度也需因审查对象属于主合同义务而必须有所调整。

### 三、个人信息对价化交易中的格式条款规制：内容控制

个人信息对价化的交易条件通常体现为格式条款，作为消费者的个人信息主体对于交易条件往往没有谈判机会和谈判能力，只得“被动接受”。“空有自治之外壳，无自治之实质”，这是个人信息处理领域的共同问题，《个保法》与诸多配套规范性文件、国家标准也旨在纠正这一不均衡状态，以增强个人信息主体之自治能力。确保个人信息主体免于他治是《个保法》和格式条款规制制度的共同目标。为避免流于泛泛而谈，本文仅研究个人信息对价化交易中格式条款规制制度的特殊问题，不赘述《个保法》特殊规则已经涵盖的一般问题，也不涉及格式条款在个人信息交易中全方位的一般性适用。具体可分为：第一，格式条款规制制度之于《个保法》规则的独立价值；第二，格式条款内容控制的对象；第三，格式条款内容控制的具体标准。

#### （一）格式条款规制制度之独立价值

第一，格式条款规制关注合同内容，补充《个保法》规范之缺失。《个保法》中并无涉及合同的任何规范。《个保法》中几乎没有合同法因素，没有为合同缔结、效力和履行创设任何特殊制度，个人信息处理领域的合同法问题从来不在《个保法》规范射程范围。然而，在法律上或者经济上，个人信息处理终究不是无因行为，信息主体总是出于某种目的明确同意或者被动接受信息处理，这一原因往往正是债权合同，这一目的也往往是债法合同所载明的某种服务。以知情同意制度为核心的《个保法》规范体系之规范重点在于信息主体是否享有信息自决权以及是否得以控制信息处理行为，例如，同意是否自愿、个人信息处理重要步骤或者变化是否被告知、信息处理者是否自我审查等，并未关注处于前段的或许更为重要的原因行为——合同。合同条款对于个人信息处理合法事由之影响甚巨，可架空《个保法》精心设计的同意这一合法事由及其严格规范，使得信息主体“总是会同意”；也可扩充“合同履行之必要”这一合法事由，使得信息处理“总是出于履行合同之必要”。具体如下：

一方面，《个保法》的逻辑起点在于个人信息处理非透明性和个人信息主体有能力有资格自主决定个人信息之流向。在具体规则上，《个保法》针对同意规定了相较于一般的意思表示更为严格的生效规则和信息处理者的诸多义务，以确保信息主体能够在充分评估个人信息处理之风险和收益的前提下，理性且不受丝毫强制地决定个人信息处理全流程，但是，若信息主体的判断能力被合同相对人单方提供的模糊或者不公平条款所遮蔽，被看似划算的交换所引诱，极其自愿地作出了个人信息处理之同意，这种同意在《个保法》上虽然有效，但恐怕和《个保法》将个人信息处理之话语权交由信息主体之初衷相悖，《个保法》对此并无纠正机制。而这种信息主体因缺乏理性而囿于他人单方面确定交易条件的困境，也不可能经由市场自由竞争而化解。在个人信息处理和个人信息对价化交易领域存在着极为明显的市场失灵（下文详述）。法律对于“同意之原

因”之介入因此极为必要。市场失灵正是格式条款规制制度的正当化基础。<sup>[44]</sup> 依据且修正当前的格式条款体系化的规制制度在一定程度上控制作为“同意之原因”的“公平性”，正是格式条款规制制度在个人信息对价化交易领域的价值所在。

另一方面，“合同履行之必要”可被合同条款中信息处理者义务或者信息主体权利之“无益增加”所釜底抽薪。合同相对人可以在具体的格式条款中隐藏或者明示自己众多微不足道的义务，也可“慷慨”地赋予信息主体众多看似华丽实质并无效用的权利，这些义务和权利并未现实地增加信息主体的利益，不过是为了扩充合同关系的范围，扩充“合同履行之必要”这一合法事由，合同相对人从而得以在更大范围内处理更多的个人信息。如此结果显然并非《个保法》所预设，也非《个保法》所能应对，仍需仰赖格式条款规制制度。

第二，在适用范围上，格式条款规制仍包括作为单方处分行为的个人信息主体之同意。从而，格式条款规制和《个保法》在同意的审查上构成了规范竞合。格式条款系单方预先拟定且提出的未经个别协商的拟重复使用的合同条款（《民法典》第496条）。最为核心的足以正当化格式条款规制制度的判定标准只有“未经个别协商”。<sup>[45]</sup> 因此，格式条款规制之对象不仅包括符合上述标准的作为负担行为的债法上的允诺，还包括格式条款相对人作出的单方行为，只要该行为和系争合同关系或者其特殊法律地位具有极为密切的关系。<sup>[46]</sup> 在个人信息对价化交易中，个人信息主体往往通过一键勾选信息处理者单方提出的“同意声明”来作出同意，这一同意旨在履行同意之允诺，以换取格式条款所载明的服务；《个保法》上的同意合法化了信息处理者后续的个人信息处理行为，因此，同意也应当被纳入格式条款之规范范围。<sup>[47]</sup> 此外，就个人信息权益保护而言，个人信息处理或者个人信息对价化交易往往发生在信息主体日常生活领域，信息主体通常不会花费大量成本“全网比价”，且个人信息的“价格”并不具有明确的市场指引信号，即便穷尽调查，也无从判断同意之作出是否划算，不仅如此，信息主体对信息处理的方式、深度和风险始终无从了解无法评估，从而往往轻易作出同意，因此，该同意即便符合《个保法》严格的生效条件，也难以确保必然不产生个人信息权益侵害风险。格式条款的规制对于同意的生效，增加了有利于信息主体的判断路径，以确保《个保法》的价值得以实现。正如GDPR立法理由书第42条第3句明确规定：“根据理事会第93/13/EWG号指令（编者注：以下简称《不当条款指令》），<sup>[48]</sup> 由控制者预先制定的同意声明……不应包含不公平的条款。”德国司法实践

[44] Vgl. MuKoBGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB Vorbemerkung § 305 Rn. 6.

[45] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第129页。“为了重复使用”从来并非格式条款的核心要件，仅仅是格式条款事实层面的通常样态，并不具有概念区分价值。并非为了重复使用也实际上并未重复使用的合同条款，只要符合未经个别协商要件，也可以归入格式条款。《德国民法典》第305条第1款关于格式条款的定义中也有“旨在重复使用”要件，但是“旨在单次使用”并非必然不属于格式条款。Vgl. MuKoBGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB § 310 Rn. 98. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第9条第2款正确地区分了“旨在”和“实际”重复使用，试图纠正学说和司法实践中把“实际重复使用”作为格式条款判断标准的错误做法。但是，或许出于司法解释只能解释立法的功能限制，该款未能彻底将“旨在重复使用”要求排除出格式合同判断标准之外。参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第128页。

[46] Vgl. MuKoBGB/Basedow, 8. Aufl. 2019, BGB § 305 Rn. 9.

[47] Vgl. BGH GRUR 2020, 891 Rn. 43.

[48] 该指令的全称为《欧盟理事会1993年4月5日关于消费者合同不当条款的93/13/EWG号指令》。

也曾判定同意因违反格式条款内容控制而无效。<sup>〔49〕</sup>

因此，在个人信息权益保护上，从合法处理事由和个人信息处理风险防范角度规制个人信息处理行为的《个保法》，与关注作为原因行为的不公平合同内容以及不公平同意的格式条款规制制度，构成了协同作业的关系，任何一种规范手段的缺乏都会将个人信息主体置于他治的境地。我国目前关于个人信息保护隐私政策具体制定方式和标准的各项规范性文件均只是《个保法》的细化，并未涉及以格式条款方式所呈现的债法义务，因此，依据《民法典》格式条款规制制度全面保护个人信息权益极为必要。

## （二）格式条款内容控制对象

自逻辑而言，格式条款规制可分为订入控制和内容控制：前者解决是否存在合意的问题，后者回答形式合意达成的合同条款是否有效的问题。我国《民法典》虽并未如《德国民法典》第305条以下的诸条款那般结构清晰地区分订入控制和内容控制，但理论上应当作此解释。

《民法典》第496条、第497条和第498条三个条款共同组成了格式条款规制体系。第496条第2款第一句前半句规定了“依照公平原则确定权利义务之义务”，该规范非属完全规范，构成要件不清晰，法律效果未提及，且混淆了是否纳入合同范围的订入控制和即便纳入合同范围后是否有效的内容控制这两个完全不同层面的问题，因此法律适用价值有限。第496条第2款其他部分结合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号，以下简称《合同编通则解释》）共同确立了“未就异常条款尽提示和说明义务者，该条款不构成合同内容”这一纯正的订入控制制度。亦即，我国的格式条款订入控制包含提示和说明，这一规范模式和《个保法》第14条、第17条和第24条等众多涉及告知说明义务的规则极为类似，且后者更为详尽严格。因此，关于订入控制之“同意的说明和提示义务”，优先适用《个保法》。

就体系定位而言，第498条的“有利于相对人和非格式条款优先”特殊解释规则应当归入广义的订入控制，意思表示解释是判断合意与否之前置程序：<sup>〔50〕</sup>若非确定表意内涵，无法确定是否就此作出合意。《个保法》对于同意并无特殊的解释规则，因此，在订入控制之“意思表示解释”层面上，《民法典》第498条构成同意的特殊解释规则。

《民法典》第497条涉及的是内容控制。第1项并非格式条款的特殊问题，个别协商的合同条款有此情形的，仍为无效，因此在制度功能上充其量仅具重复强调的非实质功效；第2项和第3项在法律适用上极具价值，“不合理”“主要权利”等概念仍有解释空间，实际上赋予了裁判者依据合同性质和相关法律规范自由裁量的权力。因此，和个人信息对价化交易中格式条款内容控制直接相关的规范依据是第497条第2项的“不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利”以及第3项的“排除对方主要权利”。《个保法》并无相关内容，因此，在内容控制上，单独适用格式条款相关规则以判定同意声明和其他合同条件之公平性。订入控制并非个

〔49〕 Vgl. BGHZ 95, 362=NJW 1986, 46 (47) sub I 5a; OLG Naumburg VuR 1995, 42 (47).

〔50〕 Vgl. BeckOK BGB/H. Schmidt, 68. Ed. 1. 11. 2023, BGB § 305c Rn. 43. 有学者将这一特殊解释规则独立于订入控制，置于订入控制和内容控制之间。参见贺栩栩：《〈合同法〉第40条后段（格式条款效力审查）评注》，载《法学家》2018年第6期。

人信息对价化交易领域特殊问题，下文仅关注内容控制。

必须根据个人信息处理之同意在换取服务中的“对价比例”将个人信息对价化服务划分为如下两种：个人信息处理同意构成部分价格（部分对价型）<sup>[51]</sup>和个人信息处理同意构成全部价格（完全对价型）。<sup>[52]</sup>前者往往发生在同意个人信息处理折抵部分价金的“折扣”场合。而这种“价格调整条款”无论是在欧盟<sup>[53]</sup>还是德国<sup>[54]</sup>的司法实践中向来属于内容控制的范围，主要理由在于消费者往往并不会注意到这种价格调整条款，而且对其复杂性也知之甚少，<sup>[55]</sup>部分对价型个人信息处理合同条款也因此应纳入内容审查，<sup>[56]</sup>且判断标准并无特殊之处。此处不赘述。后者发生在个人信息处理同意完全替代价金支付的场合，在经济上，这种情形下的同意允诺构成了完全的真正的对待给付。“主给付义务不受内容审查”是格式条款规制制度的基本原理，由此，同意之允诺和服务之允诺这一对主给付义务是否受到内容审查，<sup>[57]</sup>值得探究。

一方面，主给付义务不受内容控制之核心正当性在于对市场竞争的信任和尊重。《德国民法典》第307条第3款第1句规定内容控制只针对“偏离或者补充任意性规范的格式条款”。欧盟《不当条款指令》第4条第2款明确指出，对于格式条款不公平性的审查既不涉及合同主给付义务也不涉及价格、报酬与商品、服务之间的合理关系。实证法层面上，一般情形下并没有针对如何确定主给付义务的任意性规范，无从判断系争主给付义务合同条款是否偏离或者补充了任意规范，因此，《德国民法典》的上述规定也应作和指令相同的解释。相较于实证法层面上的理由，主给付义务不受内容审查的核心理由在于：第一，在法律上，主给付义务是最低的合意要求，若无对于主给付义务的一致同意，无从形成合同关系，自然也无进一步的效力判断问题；第二，既然主给付义务是合意的最低要求，合同相对人往往会注意且谨慎决定；第三，更为重要的是，在经济上，主给付义务包括价格及其和服务之间的关系往往由市场竞争形成，不应受到法律的监管，<sup>[58]</sup>尤其是支撑格式条款内容控制的市场失灵预设不会发生在主给付义务上。<sup>[59]</sup>上述三点依据属于不受实证法立场影响的基本原理，我国《民法典》虽并无“格式条款主给付义务不受内

[51] 例如，成为航空公司会员可以享受里程兑换、升舱。参见《中国国际航空凤凰知音常旅客会员手册》，第2页，载 [https://ffp.airchina.com.cn/cms/handbook?type=ORDINARY\\_MEMBER&-language=cn](https://ffp.airchina.com.cn/cms/handbook?type=ORDINARY_MEMBER&-language=cn)，最后访问时间：2023年3月17日。

[52] 例如，大学生交出姓名、电话、电子邮箱和专业等个人信息换取“免费”咖啡。See *No Cash Needed At This Cafe. Students Pay The Tab With Their Personal Data*, available at <https://www.npr.org/sections/thesalt/2018/09/29/643386327/no-cash-needed4-at-this-cafe-students-pay-the-tab-with-their-personal-data>, last visited on Mar. 17, 2024. 再例如，身份证号等敏感信息兑换享受更多服务的大会员资格。参见新浪财经：《让用户卖隐私换会员还共享给第三方？B站道歉：已下线》，载 <http://finance.sina.com.cn/jjxw/2022-03-14/doc-imcwiwss5980586.shtml>，最后访问时间：2023年3月17日。

[53] Vgl. EuGH, Urt. v. 30. 4. 2014-Rs. C-26/13 (Kásler) -Rn. 56; Urt. v. 21. 3. 2013-Rs. C-92/11 (RWE) -Rn. 47.

[54] Vgl. BGH NJW 2003, 507 (508); BGH NJW 2009, 2662 Rn. 18.

[55] Vgl. Christoph Brömmelmeyer, Belohnungen für gesundheitsbewusstes Verhalten in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung? Rechtliche Rahmenbedingungen für Vitalitäts-Tarife, Recht und Schaden, 2017, 225 (231).

[56] 有观点明确认可将部分对价型纳入内容控制范围。Vgl. Axel Metzger, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 817 (841).

[57] 有观点将这种情形下表现为“个人信息价格”的同意之义务和服务之义务排除出内容审查的范围。Vgl. Andreas Sattler, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand-Die Einwilligung als Wegbereiter des Datenschuldrechts, JZ 2018, 769 (770).

[58] Vgl. MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 18.

[59] Vgl. MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 1.

容审查”的明确规定，也应据此解释内容控制的适用范围。<sup>〔60〕</sup>

另一方面，在完全对价型个人信息对价化交易中，上述三点排除主给付义务内容审查可能性的正当化理由均不存在。首先，个人信息主体往往不会意识到自己是在用个人信息处理同意交换服务，并不会注意到同意处于对待给付的地位；其次，在所有的个人信息处理场景中，个人信息主体难以完全阅读冗长的分散于多个文件的“隐私政策”，难以理解其中专业晦涩的表达，更无从评估系争个人信息处理对于个人信息权益的影响程度，因此谈不上对同意换取服务有真正的合意；第三，个人信息价格信号模糊不明确不公开，且并非由市场充分竞争形成，不足以反映供需。个人信息对价化交易类型中存在极为显著的市场失灵。且个人信息处理场景纷繁复杂，同一类型的个人信息在不同的场景下具有的商业价值本就不同，本就难以比较。虽然有人尝试通过计量经济学的方法计算出个人信息的价格，<sup>〔61〕</sup>但这仅仅是粗略计算，无法影响个人信息主体的决策。用个人信息处理同意为服务和商品付费的消费者无法据此有效地选择“最便宜”的供应商，市场决定主给付义务的正当性的预设完全型个人信息对价化交易这里并不存在。因此，应当目的性限缩“主给付义务不受内容审查”的原则，将个人信息对价化交易之完全替代价格型交易模式中，作为主合同义务的同意之义务和服务之义务纳入格式条款内容控制的范围内。

综上，由于个人信息对价化交易中存在明显的市场失灵，为了确保个人信息权益免遭侵害，如下两大类型三种意思表示均应当纳入格式条款内容控制之范畴：作为处分行为的个人信息主体单方之同意、作为合同对待给付义务的同意义务之允诺与服务义务之允诺。

### （三）格式条款内容控制标准

个人信息对价化交易中的格式条款内容控制制度终极目标在于确保《个保法》保护个人信息权益的立法目的得以全面实现，具体标准应当据此展开。《民法典》第496条就格式条款效力问题提供如下判断标准：提供格式条款一方是否不合理地免除或者减轻自己的责任，是否不合理地加重了合同相对人的责任，是否不合理限制了合同相对人的主要权利，是否排除了合同相对人的主要权利。有学者敏锐地指出，免除、减轻、加重、限制仅具事实描述功能，并非切中格式条款内容规制实质的判断标准，因为大多数的“单方立法”的格式条款中都存在程度不同的有利于格式条款提供人的权利义务责任的调整和变更，调整和变更是格式条款的常态，无法正当化法律之介入，应当参考《德国民法典》第307条引入“不合理的利益减损”规则，根据“有名合同是否违背任意法规范中包含的体现公平和对等性法律基本思想”“无名合同中是否存在对合同目的和合同利益实现至关重要的权利、义务和责任的调整”两项标准判定格式条款有效性。<sup>〔62〕</sup>这一观点值得赞同。下文依据“不合理的利益减损”标准审查个人信息对价化交易中对对待给付义务条款之效力。“不合理的利益减损”标准并非泛道德化的评价，仍需根据实证法既有规则进一步细化。

〔60〕 有学者直接参考比较法立场，正确地将“核心给付义务”直接排除出《中华人民共和国合同法》第40条后段格式条款内容控制的适用范围，殊值赞同。参见贺栩栩：《〈合同法〉第40条后段（格式条款效力审查）评注》，载《法学家》2018年第6期。

〔61〕 See OECD, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, 2013.

〔62〕 参见贺栩栩：《〈合同法〉第40条后段（格式条款效力审查）评注》，载《法学家》2018年第6期。

值得注意的是，在法律效果上，若系争的格式条款无效，作为履行对待给付义务已经作出的同意也相应无效。亦即，在个人信息对价化合同中，格式条款内容控制超越了合同效力，直接影响同意之效力，这种法律效果上的“要因主义”是个人信息对价化交易格式条款内容控制在法律效果上的独特之处，也唯有如此，内容控制制度才得以确保个人信息权益不受侵害。

标准一是违反《个保法》中个人信息处理基本原则的无效。其一，无论是格式条款还是个别协商的非格式条款，违反强制性规范的均无效，自不待言。这里的强制性规范系指法律规则。然而，《个保法》和其他部门法迄今均无涉及个人信息对价化合同的强制性规范，个人信息对价化格式条款因此并无违法无效的可能性。其二，任意性规范往往承载着立法者坚持的实质的法律思想，这一法律思想足以确保合同双方当事人利益均衡，偏离任意性规范且对于相对人无其他利益填补的格式条款因悖于该法律思想而无效。然而，个人信息对价化合同或者其性质所属的许可使用合同均并非法律明文规定的有名合同，并无相应任意性规范，个人信息对价化格式条款因此也无背离任意性规范而无效的可能性。其三，《个保法》总则一章中规定的个人信息处理原则承载着“保护个人信息权益，规范个人信息处理活动”的法律思想，可作为判定个人信息对价化格式条款效力的依据。处理原则表述模糊，并不精确，仍需依据个案具体情形解释之。例如，就和个人信息对价化交易关系密切的信息最小化原则而言：经个人信息主体之同意为了精准推送广告的目的而处理个人信息就没有违反信息最小化原则；而将个人敏感信息传递给第三方，信息主体无法评估第三方处理对其个人信息权益的影响程度，这种传递就构成了违反信息最小化原则的过度处理；然而，在上述必然不违反和必然违反之间存在着广阔的模糊区域，若非个案审查无从判定。

• 609 •

因此，在判定系争的格式条款是否违反信息处理原则并对个人信息权益构成危险时，必须充分考虑到个人信息对价化交易领域相较于其他格式条款使用领域所具有的更为严重、更为显著的市场失灵，裁判尺度应当适度收紧，就存疑的“边缘情形”可判定无效。最为典型者是格式条款提供人描述了宽泛的履约义务，而该描述和服务商的主合同义务并无相关，且并未实质地增加信息主体的利益，疑似以合同约定的个人信息处理情形架空同意规则，则可直接判定为无效。

标准二是限制信息主体的合同核心权利或者加重核心义务的格式条款无效。《德国民法典》第307条第2款第2项规定：“如果某项条款限制了合同性质所产生的基本权利或义务，从而危及合同目的的实现，如有疑问，则应认定为不合理的不利条件。”该项针对的是并无任意性条款可供适用的无名合同。<sup>[63]</sup> 个人信息对价化交易合同恰属于无名合同，需根据具体交易合同的目的进行个案判定。较为典型的例子是那些目的正是为了保护个人信息的合同。例如，在加密软件使用合同中约定同意将个人信息传递给第三方，而这种传递并不是实现合同目的的必要技术手段，这种约定就因限制了信息主体的核心权利而无效。

需要特别说明的是，《德国民法典》格式条款内容控制中除了上述两项标准还有第307条第1款第1句的“违反诚实信用的不合理的不利益”条款无效情形，这是一种更需要细化以防止不恰

[63] Vgl. MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 78.

当地开启合同条款司法审查之门的的标准。本文认为，个人信息对价化交易中无法适用这一判断标准。理由如下：第一，欧盟法院<sup>〔64〕</sup>和德国司法立场<sup>〔65〕</sup>往往通过比较假定的个别磋商机制和系争格式条款来确定该不利益是否因违反诚信而不合理。这种判断方法假定了个别磋商时的合同相对人谈判地位和判断能力明显优于格式合同场合。第二，这一假定在个人信息对价化领域并不准确。在个人信息处理领域，市场失灵和个人信息主体的“非理性”在个别协商场合和使用格式条款场合中并无任何差别。即便在个别协商场合，个人信息的价格信号依旧是不明确的，个人信息在特定关系中具有替代价金的交换功能依旧是不透明的，个人信息主体对于并非立竿见影的信息处理风险依旧是无所知的，个人信息主体的同意依旧是轻率的。第三，每个个体的个人信息保护偏好是极为不同的，有极为珍视绝不出售者，也有放任无所谓者，还有急于变现者，在个人信息对价化交易中寻找恰当的假定的比较对象是不可能的。第四，虽然个人信息对价化交易领域存在明显的市场失灵，但是并未完全排除私法自治的空间，并非所有以格式条款形式呈现的交换关系都必然由司法审查是否均衡是否合理。对于主给付义务的过度干涉无异于侵害信息主体之可能存在的自治。对于个人信息权益保护而言，最佳的保护标准和手段就是《个保法》和个人信息主体表现在特定合同关系下的可推知的意愿，上述两项标准足矣，无需引入并无增益且模糊的“诚信标准”。

综上，应当根据“是否违反《个保法》基本原则”“是否限制合同核心权利或加重合同核心义务”两项标准，审查个人信息对价化交易领域的格式条款效力，从而，格式条款内容控制制度实际上通过合同法的手段再现并强化了《个保法》中可能被架空的保护措施。

• 610 •

#### 四、个人信息对价化交易合同履行障碍问题

法典之功能在于记载习惯和解决纠纷。合同法之目的在于为合同当事人不履约或者履约不恰当提供救济手段，履行障碍法是合同法之核心。履行障碍法必须回答如下问题：对方不履行时能否请求履行、能否拒绝作出对待给付、能否相应缩减对待给付（例如减价）、能否主张损害赔偿与能否解除合同。个人信息对价化交易可被构造为双务合同，信息处理之同意和信息处理者之服务可被构造为双务合同之对待给付义务，上已有述。个人信息对价化双务合同并非法律明文规定的典型合同，法律适用上只能适用合同编通则之一般规定，以及依据其许可使用合同之特性类推适用性质上最为近似的典型合同规则。更为重要的是，个人信息对价化交易中作为对待给付的信息处理之同意属于《个保法》规范范围，承载着个人信息权益保护之功能，如何在合同关系中兼容《个保法》的立法目的和具体规则，是个人信息对价化合同履行障碍规则的重点，也是其特殊之处。下文仅就特殊之处展开。

##### （一）个人信息主体违反同意义务之履行障碍规则

个人信息主体在合同中负担同意个人信息处理之义务，这一义务的法律效力和拘束力与其

〔64〕 Vgl. EuGH, Urt. v. 14. 3. 2013-Rs. C-415/11 (Aziz) -Rn. 69.

〔65〕 Vgl. BGH GRUR 2012, 1031 Rn. 19; BGH NJW 2017, 2762 Rn. 19.

他双务合同之合同义务不应有任何差别。同意的高度人身专属性和《个保法》对于个人信息主体的特别保护都无法推导出信息主体享有不同意的“违约自由”。因为在合同关系中作出允诺以约束自己,正是为自身创设律令且遵守之,这正是人之所为人之所在,也正是哲学和法律上主体之所以为主体的根本原因,而受到《个保法》特别保护的信息主体也首先是法律意义上的人和主体。

信息主体同意义务之违反可分为如下两种类型:行使《个保法》之任意撤回权;并未行使任意撤回权的“无理由”拒绝同意。二者均属于《民法典》第577条之“不履行合同义务”型违约样态。区别仅在于前者系因行使法律明文赋予之权利而不具有可归责性。<sup>〔66〕</sup>可归责性是违约损害赔偿等次给付义务的构成要件,若无可归责性,则无损害赔偿请求权。因此,自原理上而言,上述两种类型的同意义务违反之法律效果仅在能否主张损害赔偿上存在区别。本文认为毋宁径直将二者等同视之,构造完全相同的履行障碍规则。具体如下:

第一,就履行请求权而言,无论是撤回权之行使抑或无理由之拒绝同意,二者均构成《民法典》第580条第1款第2项“债务的标的的不适于强制履行”之情形,合同相对人因此均无“请求作出同意”之履行请求权。第二,约定违约金构成对撤回权行使的不当障碍,构成同意自愿性之干扰,因此无论何种类型的同意义务之违反,违约金约定均无效。第三,就违约损害赔偿请求权而言,“无理由”拒绝同意型违约情形下也无损害赔偿请求权。因为在损害赔偿请求权之压力之下作出的同意也因非自愿而无效。GDPR立法理由书第42条第4句明确指出,只有信息主体具有不受消极影响地拒绝同意或者撤回同意的能力,才属于真正的自愿。而违约损害赔偿正是典型的“消极影响”。另外,即便在损害赔偿请求权上区分撤回权行使型违约和无理由型违约,无理由型违约之信息主体也可旋即转而行使撤回权以规避损害赔偿请求权,区分并无实益。第四,二者均无《民法典》第525条的同时履行抗辩权。因为同时履行抗辩权教义学上的功能在于在经济上迫使对方作出给付,而这种经济上的强迫和同意的自愿性相悖。第五,就合同解除权而言,二者均构成《民法典》第563条第1款第3项之“迟延履行主要债务”型根本违约,合同相对人得主张解除合同。这是双务合同对待给付对待性和牵连性的当然之意:只要拒绝作出同意或者撤回同意就会失去那些用同意换来的好处,比如失去了对方承诺的对待给付,GDPR立法理由书第42条第4句中“消极影响”不应被解释为所有的不利益。<sup>〔67〕</sup>唯一的差别在于撤回权行使型违约之下,合同相对人无需催告可得直接解除合同;在无理由型不同意之情形下,合同相对人解除权的发生仍以催告未果为前提。因为解除权发生条件是对方根本违约,催告的功能仅在于降低守约方证明对方根本违约之难度:经催告仍未履行的构成根本违约。<sup>〔68〕</sup>信息主体行使撤回权意味着采取法律赋予之手段明确拒绝作出同意,当然构成根本违约,催告之目的已经实现,无需催告。需要特别说明的是,在个人信息处理同意完全替代了价金支付的完全对价型交易中,同意义务之违反才当然发生合同相对人之解除权,在个人信息处理同意构成了部分价格的部分对价型交易中,

〔66〕 参见杨芳:《合同关系中个人信息处理同意撤回权的限制与展开》,载《法学》2023年第12期。

〔67〕 Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld-und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (66).

〔68〕 参见赵文杰:《〈合同法〉第94条(法定解除)评注》,载《法学家》2019年第4期。

解除权是否发生，仍需结合合同剩余期限之长短、个人信息已使用之范围等因素以判断信息处理者履行利益是否受到严重剥夺。<sup>〔69〕</sup>

总之，在个人信息对价化合同中，无论是撤回权行使型同意义务之违反还是无理由型同意义务之违反，在履行障碍规则上，合同相对人均无履行请求权、损害赔偿请求权、违约金请求权与同时履行抗辩权；合同相对人在纠正因信息主体根本违约导致的利益失衡上，仅有合同解除权。这是以个人信息为合同标的的合同关系始终必须在《个保法》特殊规范目的和严格规则下展开的必然结论。

## （二）信息处理者违反服务提供义务之履行障碍规则

个人信息对价化交易合同中作为合同相对人的信息处理者未依约提供服务的，个人信息主体可以依据《民法典》第 577 条以下条款主张继续履行、损害赔偿、减价等违约责任，也可行使第 563 条法定解除权终止合同之效力。特殊之处在于减价权之排除和解除权发生要件之放松。

完全对价型合同中的个人信息主体并无第 582 条的减价权。《德国民法典》第 327 条 n 排除了消费者“使用个人信息来完全替代金钱支付”的场景下的减价权；<sup>〔70〕</sup>但是如果消费者为了换取特定服务，在同意个人信息处理之外仍然支付了一定的价金，减价权不排除。<sup>〔71〕</sup>主要的理由是，减价权的前提在于给付的可分，<sup>〔72〕</sup>而个人信息或者个人信息处理之同意在性质上恰恰不可分，无法和对待给付在价值上构成一一对应关系。实际上，减价权以给付可分为前提这一观点大有商榷空间，有学者正确地指出非金钱行使的给付只要价值可以被客观评估，无论是否可分，都可以适用减价权。<sup>〔73〕</sup>因此，排除个人信息主体减价权真正的正当化依据应当是个人信息金钱价值的不可评估性：个人信息使用场景多样，同一类型的个人信息在不同场景下可能具有的商业价值完全不同；个人信息主体隐私保护偏好之差异极大，个人信息对价化交易的市场失灵几乎是不可纠正不可逆的。这一点和肖像或者姓名等人格标志的商业化场景完全不同，肖像和姓名商业化市场存在自由竞争，肖像和姓名的价格大致可以由市场决定和评估。

完全对价型合同中的个人信息主体主张第 563 条的解除权时，合同相对人的瑕疵给付或者拒绝给付无需达到第 3 项和第 4 项之根本违约的严重程度。根本违约系指违反合同义务且严重危害债权人履行利益，合同义务之违反首先指向的是双务合同对待给付义务，也包括足以影响合同目的实现的从给付义务和附随义务。<sup>〔74〕</sup>若义务之违反并未达到严重影响债权人履行利益之程度，债权人可寻求例如损害赔偿、减价等救济手段以避免损失。而完全对价型个人信息对价化交易中的个人信息主体已经被排除了减价权，得以针对非根本违约采取的救济措施不足，因此，莫如放松合同解除权发生之构成要件，扩及非根本违约之义务违反，亦即，无论信息处理者是否根本违

〔69〕 Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327q Rn. 8.

〔70〕 Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327n Rn. 4.

〔71〕 这一立法立场是对《数字内容指令》立法理由书第 62 条第 3 句和第 4 句的贯彻。Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327n Rn. 4.

〔72〕 Vgl. BeckOK BGB/Faust, 68. Ed. 1. 11. 2023, BGB § 441 Rn. 25.

〔73〕 Vgl. MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, BGB § 441 Rn. 11.

〔74〕 参见赵文杰：《〈合同法〉第 94 条（法定解除）评注》，载《法学家》2019 年第 4 期。

约，只要违反合同义务，信息主体皆有合同解除权。<sup>〔75〕</sup>

## 五、结 论

私法政策的目的从来不是监管或者挫败私人交易，任何私人交易都是私法主体人格的全面展开。私法政策始终应当建立在如下两个面向之上：尊重私法自治以及在私法自治无效或者外部利益优先的场合，提供合乎公平正义的强制性规范或者契合事物本质的任意性规范。个人信息对价化交易场合，规则也应当如此。个人信息主体进入合同关系中，以同意或者允诺未来同意个人信息处理，换取其心仪的服务或者产品，这是无碍他人的行为自由，并非出卖人格，更不会损及其所谓的个人信息权益，反而可使其更便捷地获得精准反映其偏好的个性化的服务和产品，而作为合同对造当事人的经营者据此得以处理他人个人信息，得以从处理中获取利益，这在商业、法律和道德之上也无丝毫可苛责之处。其实，允许个人信息主体以个人信息交换唾手可及的服务，会使其逐渐意识到其个人信息的金钱价值，从而在决定同意他人处理其个人信息时更加理性，而非轻率，这种和个人利益密切相关的审慎或许可以在一定程度上挽救知情同意机制流于形式之无奈命运，使个人信息被处理与否真正地取决于信息主体之意愿和自决。

因此，为个人信息对价化交易设计法律规则，首先应当在价值层面上摒弃“个人信息权益无所不在”“个人信息权益在价值序列中居首位”的虚妄前提，抛弃对于个人信息主体过度的家父式的呵护，排除错误理解与宽泛解释《个保法》相关规则引发的“交易桎梏”，聚焦于市场失灵以及谈判能力过于悬殊背景下两造当事人利益之平衡，以及《个保法》特殊规范目的之恰如其分的实现。在合同性质上，依据双方当事人之合意，个人信息对价型交易可构成双务合同，同意个人信息处理和提供服务二者构成了具有牵连关系的对待给付，在合同类型上属于对于个人信息的有期限的许可使用合同。在格式条款的规制上，不仅需关注个人信息处理等特殊条款的透明度，而且仍需将“个人信息作为主给付义务”条款纳入内容控制之范围，因为个人信息和其他商品不同，其价格信号并不具有精确性，且并非由充分市场竞争形成，“主给付义务条款在格式条款内容审查之外”这一原则在此并不适用。在履行障碍法的构造上，交换服务之个人信息处理同意和买卖合同中之金钱二者截然不同，二者不能适用同样的规范构造。差异之处在于同意个人信息处理之义务不具有可执行性，个人信息主体拒绝同意个人信息处理或者撤回同意构成了合同义务之违反，信息处理者可终止合同；对待给付瑕疵的，个人信息主体无减价权，可主张全部或者部分解除权。

实际上，当前世界各国通行的、始于对抗公权机构对个人信息无序且过度处理之危险的个人信息保护规则仅仅是个人信息权益的单方展开，私法关系尤其是合同关系中双方当事人的利益平衡问题，从来不在《个保法》规则的射程范围内。私主体个人信息处理行为和公权力信息处理行为为本应遵循强度不同的规则，具体规则的解释角度、宽松程度和规范目的均应当据此有所调整。在私人信息处理合同关系中直面问题，目光往返于《个保法》规则的规范目的和私法自治之间，

〔75〕 Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327m Rn. 9.

大幅度克减超出个人信息处理风险防范目的的严格的《个保法》规则的不当影响，使私法自治和成熟的合同规则重归个人信息保护和个人信息交易领域，或许是《个保法》在日益丰富的数据应用场景下仍旧保有其正当性的必由之路。

---

---

**Abstract:** When a subject of personal information agrees to the processing of personal information in exchange for specific services, this can be called quid pro quo transactions of personal information. The parties are free to choose to structure this type of transaction as a bilateral contract and consent as a consideration and there is no reason in law to limit their autonomy and frustrate this type of transaction arrangement, and the priority of personality interests and unenforceability of personal debts in civil law as well as the right of withdrawal of consent and the rule of bundling prohibition in Personal Information Protection Law do not constitute institutional obstacles. Quid pro quo transactions of personal information can be categorized as the personal information licensing contract in the legal nature. The system of control of the content of standard terms in the Civil Code should be introduced to break through the principle of not reviewing the core obligation to payment, and in order to prevent the hollowing out of the rules of informed consent under the Personal Information Protection Law and unduly expanding of scenarios necessary for contract performance, the contractual clauses that are the cause of consent shall be reviewed based on the criteria of whether they violate the basic principles of the Personal Information Protection Law and whether they unduly restrict the core contractual rights of information subjects or increase the core obligations of contracts. In order to balance the interests of the two parties, the irregularities of performance should be set up with the exchange relationship in a bilateral contract as the core, while taking into account the value orientation of the Personal Information Protection Law. If the subject of personal information violates the obligation of consent, the counterparty of the contract does not have the right to claim for performance, defense of simultaneous performance, claim for damages and claim for liquidated damages, but enjoys the right to terminate the contract on the basis of the implication of treating the payment; if the information processor violates the obligation to provide services, the information subject does not have the right to reduce the price, and the conditions for the occurrence of the right to terminate the contract may be relaxed to non-fundamental breach of contract.

**Key Words:** quid pro quo transactions of personal information, consideration, the rule of bundling prohibition, control of the content of standard terms, contractual termination right

---

---

(责任编辑：殷秋实)

## 复活僵尸法条：个人信息匿名化制度的再造

许 可\*

**内容提要：**《个人信息保护法》第4条第1款后段将“匿名化信息”排除在个人信息之外，可称为意在数据流通利用的“匿名化条款”。但实施以来，该条款始终存而不用，以至于沦为僵尸法条，成为数据要素市场的最大窒碍之一。既有理论尽管已经充分认识到其病因在于零风险匿名化的预设，但由于缺乏对可接受风险的精确刻画和系统性的规范指引，有解释力而无立起沉疴之力。通过将匿名化信息再利用的风险类型化为系统风险、操作风险、剩余风险，基于匿名化设计的“推定匿名”、基于匿名化条款解释的“判定匿名”、基于匿名化合规的“信任匿名”的同心圆结构渐次形成，不但分别化解了个人信息处理者、监管机构、用户的三重忧虑，而且融技术与法律、过程与结果、场景与系统、数据价值与个人权益于一炉。借此，匿名化条款得以复活，一套操作性和规范性兼备的中国匿名化制度亦由此涅槃重生。

**关键词：**个人信息 匿名化 推定匿名 判定匿名 相对匿名

沿袭《中华人民共和国网络安全法》第42条的“但书”，《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）第4条第1款后段将“匿名化处理后的信息”排除在“个人信息”之外，从而就“匿名化信息是否属于个人信息”这一争议问题，<sup>〔1〕</sup>作出明确的立法决断。然而，《个保法》实施以来，该等意在鼓励数据流通利用的条款却几乎从未发挥作用，以至于沦为“徒有法条之形，却毫无生命迹象”的“僵尸法条”，<sup>〔2〕</sup>成为当前推动数据流通复用、发挥数据要素乘数效应的重大窒碍之一。为此，本文试图把脉既有理论方案，探究匿名化条款的真正病灶，辩证诊治匿名化的三重风险，构造出多层次匿名化的同心圆架构，以期化解个人信息处理者、用户、监管

\* 许可，对外经济贸易大学法学院副教授。

本文为国家社科基金重大项目“企业数据安全治理的关键机制研究”（22&·ZD147）、国家社科基金一般项目“数据财产权的模块理论及其制度建构研究”（22BFX080）的阶段性成果。

〔1〕 参见丁晓东：《论个人信息概念的不确定性及其法律应对》，载《比较法研究》2022年第5期。

〔2〕 参见葛云松：《物权法的扯淡与认真：评〈物权法草案〉第四、五章》，载《中外法学》2006年第1期。

机构的心疾，最终不负《个保法》的良法美意。

## 一、匿名化制度的同心圆架构：三重风险与三层匿名

为激活匿名化条款，近年来，学界相继提出“相对匿名化”“动态匿名化”“功能性匿名化”“主观匿名化”“数据关系匿名化”诸多学说。其中，“相对匿名化”主张只要将特定场景下再识别风险控制在“可接受水平”（acceptable level）就构成有效匿名，而不要求风险完全消除。<sup>〔2〕</sup>“动态匿名化”指出匿名化是一时一地的，并不存在一劳永逸的措施。“功能性匿名化”认为匿名化的关键不在于信息本身，而是被信息和信息环境共同决定的函数。<sup>〔3〕</sup>“主观匿名化”试图将“世界上一切人采取各种方法均无法再识别”的绝对标准转化为“特定人采取合理可能的方法难以再识别”的相对标准。“数据关系匿名化”则从数据关系理论出发，在保留个人信息一定关联性的同时，隔断显著的横向数据关系，以平衡信息的商业价值和个人权益保护。<sup>〔4〕</sup>显然，匿名化理论已经粲然大备，但它们能否让匿名化条款起死回生？

### （一）匿名化条款僵尸病症的病灶诊断

匿名化条款的病灶不在“腠理”，而在其“心”。详言之，其存而不用的痼疾由三重担心所导致：个人信息处理者既担心匿名化措施难以达到法律要求而无效，又担心标准过高使匿名化信息丧失利用价值；监管机构担心匿名化成为个人信息处理者规避监管的工具；用户担心匿名化是个人信息处理者虚假的承诺。对此，尽管上述理论创新正确认识到“没有任何一种匿名化措施能保证信息完全不被再识别”，但对于满足何种条件才能实现“改进后的匿名化”这一关键问题，既无法提供清晰的行为指引，也难以消解各方忧虑。例如，“相对匿名化”以“可接受水平的再识别风险”为主要论点，可“水平”究竟为何？实践中，针对不同技术、不同场景，往往设置不同风险阈值，目前并不存在统一、明确的量化标准。<sup>〔5〕</sup>此外还要追问的是：谁来判断“可接受”。是个人信息处理者、用户，还是监管机构？又如，“动态匿名”和“功能性匿名化”通过全面梳理影响匿名化的要素，充分揭示了匿名化的场景性和可变性，可它们主要是描述性的，而非规范性的。再如，“数据关系匿名化”将“风险”限定在“显著关联性的识别”上。可惜的是，该主张的明确性被“关联性”含义的含混性削弱了。正如提倡者所言，关联性既包括因家庭、工作等社会活动所形成的社会关联性，也涵盖基于共同偏好等形成的群体关联性，可其对于如何划定“显著的关联信息”范围却语焉不详。

进而言之，匿名化条款的病灶还在“骨髓”。个人信息处理者、用户、监管机构的心疾在根本上源于匿名化技术和匿名化法律、匿名化过程和匿名化结果、匿名化场景性和匿名化统一性的

〔2〕 参见范为：《大数据时代个人信息定义的再审视》，载《信息安全与通信保密》2016年第10期。

〔3〕 See Mark Elliot, et al., *Functional Anonymization: Personal Data and the Data Environment*, 34 Computer Law & Security Review 204, 221 (2018).

〔4〕 参见赵精武：《个人信息匿名化的理论基础与制度建构》，载《中外法学》2024年第2期。

〔5〕 《信息安全技术 个人信息去标识化效果评估指南》未就如何确定风险阈值提供指引。新加坡个人信息保护委员会（Personal Data Protection Commission, PDPC）仅明确使用k-匿名化方案的风险阈值，对于其他技术的风险阈值并未给予明确预设，仅指出“组织应该证明其技术措施与k-匿名化再识别风险相似或更低”。

二元割裂。同样的匿名化，以个人信息处理者为视点，看到的是纷繁的匿名化技术、芜杂的业务场景、系统化的处理过程和精确计算的各种阈值；以用户为视点，看到的是晦涩难懂的匿名化说明和匿名化信息与个人莫名连接；以监管机构为视点，看到的是高度抽象的匿名化规则、统一执法的行政程序和最终暴露的匿名化风险。正如治病应遵循人体系统辨证施治，匿名化条款的诊疗也应诉诸一个集合所有可用方法、策略和工具，协调各种要素和参与者的“个人信息保护系统”（a system of information protection）。〔6〕为此，我们必须仰赖个人信息处理者、用户、监管机构的合力，推动三者相互理解和视域融合（fusion of horizons），促进技术、法律、监管同频共振，最终提炼出操作性与规范性兼备、可预期性与多样性并存、过程导向与结果保障会通的匿名化制度。

## （二）基于三重风险的匿名化制度建构

作为一种风险管控措施，匿名化以降低“个人信息再利用风险”为目标。〔7〕不过，在数据海量涌现和算法、算力日新月异的背景下，绝对匿名化无疑是刻舟求剑。更重要的是，信息保护和利用遵循“金发姑娘原则”（goldilocks principle），意即所有匿名化措施都是以信息损失为代价，过于苛刻的匿名化必将导致信息价值损失过巨，以至于得不偿失。〔8〕正因如此，人们逐渐将“处理者匿名化义务有限性”和“国家监管责任有限性”作为匿名化制度的默认前提。承认“有限”不难，难的是“限度”为何。既有理论之所以陷入“理不屈但词穷”的窘境，恰恰在于宏观理念与微观实践的鸿沟。为此，本文试图从类型化风险出发，设置与此相称的“风险容量”（risk appetite），〔9〕以期作为锚定各方行为边界的刻度。

基于风险后果和发生概率的乘积，个人信息再利用风险由大到小地类型化为“系统风险”“操作风险”“剩余风险”。其中，“系统风险”意指因匿名化措施整体性失效而出现个人信息被大规模不当利用的风险。鉴于该等风险的涉众性和弥散性，一般应采取事前的预防性治理措施，即凭借客观性标准和准入式的红旗规则统一风险防控要求，以防止系统风险的积聚和传导。就此而言，强调“主动而非被动，预防而非补救”的“经由设计的规制”（design-based regulation）恰是因应系统风险的机制设计。〔10〕其秉承代码之法的精神，通过物理设计、技术设定和代码架构，将匿名化标准嵌入其中，成为系统运行的默认规则。一方面，匿名化设计包含了处理者如何行动的剧本，展现了制度刚性并大幅消除了后续法律执行的不确定性；另一方面，匿名化设计亦是处理者的自我约束与自我规制，其可以根据技术发展、差异化场景和多元性目标进行变化和重组，因而具有动态性和适应性（dynamic and adaptive）的特征。但这并不意味着匿名化设计是恣意的，相反，它应当由企业、政府和行业组织共同形塑，并通过由下而上的认可机制在各方之间搭建桥梁，从而与“治理科技”（GovernTech）的多中心治理原则相一致。“操作风险”意指匿名化措施漏洞、内部流程缺陷、人员失误或违规行为等具体因素致使个人信息被不当利用的风险。

〔6〕 参见许可：《个人信息治理的科技之维》，载《东方法学》2021年第5期。

〔7〕 需要说明的是，与常见的“再识别风险”不同，本文使用了更宽泛的“再利用风险”概念。

〔8〕 See K. El Emam & L. Arbuckle, *Anonymizing Health Data*, O'Reilly Media, 2013, p. 185.

〔9〕 参见刘鹏、张蔚楠、王力：《基于风险的政府监管：理论发展与实践应用》，载《中国行政管理》2024年第3期。

〔10〕 See Karen Yeung, *Can We Employ Design-Based Regulation While Avoiding Brave New World?* 3 Law, Innovation and Technology 1, 1-29 (2015).

与系统风险不同，操作风险是局部的、分散的场景化风险。就此而言，如果说系统风险体现了“预防型法治”原则，那么操作风险的治理就是“应对型法治”的典型例证。<sup>〔11〕</sup>质言之，其侧重于个人信息权益损害发生后，通过事后个案认定和处置，引导执法机关和司法机关依法公正处理，对权利人予以救济并对加害人予以精确追责，从而由上而下地管控风险。“剩余风险”意指由匿名化信息所残留的可识别性、难于预见的信息来源和技术革新等不可控因素，所引发的个人信息被不当利用的风险。一般认为，既然剩余风险是采取各种风险防控措施后仍然存在的威胁可能性和潜在影响，那么法律就无需加以干涉。在此意义上，剩余风险构成了国家风险治理的边界。不过，这一观点将治理措施局限在“针对风险的法律规制”之上，而忽略了更多元的治理措施。从政府规制的三分法出发，<sup>〔12〕</sup>系统风险治理属于事前的“具体行为标准规制”，即以匿名化设计为导向，聚焦于个人信息处理者应当采用的技术标准和实践操作；操作风险治理属于事后的“绩效标准规制”，即以生产结果为导向，明确规定匿名化的效果；而剩余风险治理则属于全链路的“管理型规制”，即以个人信息处理者的决策过程为导向，引导、激励其在宏观组织决策层面提升对剩余风险的学习与适应能力，在微观个体决策层面提升成员执行匿名化方案的能力，<sup>〔13〕</sup>从而最大程度地缓释风险。

个人信息再利用的三重风险及其治理机制由内而外地构成了三个同心圆，进而与上述三重忧虑的消解相勾连，层层扩展为“推定的匿名”“判定的匿名”“信任的匿名”的匿名化三层结构（见图1）。

首先，居于中心的是“系统风险”，它不但占据了匿名化风险的最大空间，而且也是个人数据流通复用的最大桎梏。借由公私协作的匿名化设计不但契合了“解铃还须系铃人”的技术优先思路，<sup>〔14〕</sup>而且能够给个人信息处理者以正反两面的激励。此外，作为一种事前的行为治理，系统风险治理还能够为市场主体划定红线，有助于稳定各方预期并促进数据要素市场的发展。质言之，一旦匿名化设计以间接或直接的方式被国家认可，那么就会产生“推定的匿名”效果。所谓“推定”，即一种根据既定基础事实得出推定事实的规则；而“推定的匿名”则是将“匿名化设计”作为“基础事实”，将“已匿名化的结果”作为“推定事实”的规则。依循证据法的原理，推定匿名是客观举证责任的倒置，个人信息处理者只需证明其采取了合格的匿名化设计，就能获得对匿名化结果的确认，这无疑极大纾解了处理者的忧虑。另一方面，推定的匿名是一种事实推定，其立足于常态联系的盖然性，当然允许他方反驳和提出新的证据予以推翻，不过此时的举证责任已转移给反驳一方承担。<sup>〔15〕</sup>

其次，从中心向外围拓展，居于中间的是“操作风险”，其既是匿名化风险不可分离的一环，也是国家规制匿名化的关键制度。实践中，有“匿名化设计”之形，却因各种原因致使无“匿名化结果”之实的情形有很多。也正因如此，监管机构对于企业提出的匿名化方案颇为踌躇，担心

〔11〕 参见黄文艺：《论预防型法治》，载《法学研究》2024年第2期。

〔12〕 See Cary Coglianese & David Lazer, *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, 37 Law and Society Review 691, 693-696 (2003).

〔13〕 参见谢尧雯：《个人信息保护企业合规规制的建构》，载《法商研究》2024年第2期。

〔14〕 参见许可：《个人信息治理的科技之维》，载《东方法学》2021年第5期。

〔15〕 参见欧元捷：《民事法律推定的概念检讨》，载《法制与社会发展》2022年第4期。

一旦认可便落入了“匿名化陷阱”，以至于无法后续执法。但正如之前“推定的匿名”所述，匿名化设计是可反驳的推定，若有证据表明其并未实现个人信息匿名化，则处理者仍应遵守个人信息保护相关规则。不过，为维护各方对推定匿名的预期，其推翻应经行政机关或法院依据《个保法》作出判定，我们不妨称之为“判定的匿名”。循此，监管机构得以享有对匿名化设计合法与否的最终决定权，其忧虑自然消弭。

最后，同心圆的边缘是“剩余风险”，其代表了难以预见、难以避免、难以穷尽的匿名化风险。2018年，美国人口普查局发现，2010年公布的人口普查统计数据可用来缩小个人信息的可能值范围，从而重构美国46%（特定条件下71%）人口的性别、年龄、种族、民族和精细的地理位置。<sup>[16]</sup> 故此，个人信息处理者对匿名化信息不得“释放并遗忘”（release and forget），而应继续履行相关合规义务，通过透明化机制保障用户的知情权。同时，监管机构也凭借合规要求，落实强有力的“公共执行”（public enforcement），以弥补剩余风险下私力救济的不足，<sup>[17]</sup> 可谓对用户忧虑的积极回应。就此而言，针对剩余风险的匿名机制可称为以用户为导向的“信任的匿名”。

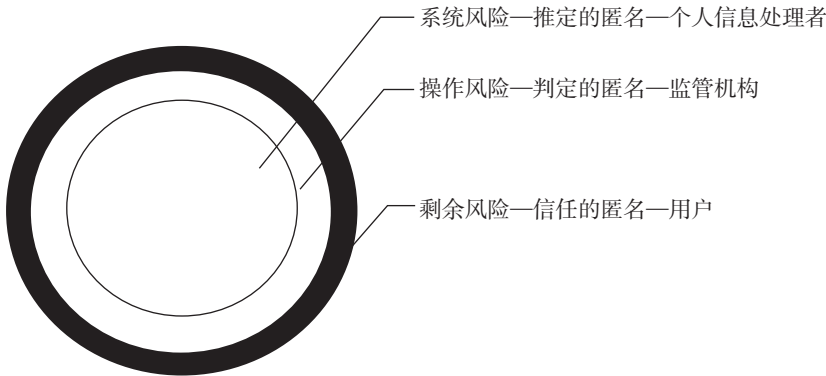


图1 匿名化制度架构

• 619 •

二、匿名化设计：推定的匿名

（一）匿名化设计的原理

匿名化设计是一套包含策略、硬件、软件、算法、管理措施的复杂机制，一个集密码学、统计学、数据科学、人工智能于一体的系统工程。从流程层面观察，匿名化设计可分为如下步骤：（1）确定匿名化处理对象；（2）对处理对象开展分类分级；（3）梳理匿名化处理的场景；（4）设定匿名化目标；（5）选择匿名化技术及其组合；（6）实施匿名化处理；（7）评估匿名化效果；（8）定期追踪再识别风险。从机制层面观察，匿名化设计首先指向了匿名化管理措施，<sup>[18]</sup> 其包括但不限于匿名化组织制度建设、识别和管理数据泄露、持续监控改进、事件应急处置、法律法

[16] See John Abowd, *Stepping-up: The Census Bureau Tries to Be a Good Data Steward in the 21st Century*, Presentation at the Simons Institute for the Theory of Computing, 2019.

[17] 参见王锡锌：《个人信息权益的三层构造及保护机制》，载《现代法学》2021年第5期。

[18] 比如国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会发布的《信息安全技术 匿名化处理指南（草案）》。

规遵从、内外沟通推广；其次指向了“可信执行环境”等匿名化硬件，确保个人信息在隔离和可信的环境中存储、加工和提供，以保证其机密性、完整性、可用性；最后且最重要的是，匿名化设计指向了假名化、泛化、加噪、抑制、差分隐私以及可信密态计算、多方安全计算、联邦学习、同态加密等更广泛的隐私计算技术。鉴于不同匿名化技术各有优劣（见表1），如何根据个人信息性质、使用场景、处理目的设定合理的风险阈值，进而选择最优的技术组合，就成为匿名化设计的关键问题。

| 表 1 匿名化技术综述 |                    |                          |
|-------------|--------------------|--------------------------|
| 技术分类        | 技术描述               | 技术效果                     |
| 假名化         | 使用基于数学变换生成的假名替换真值  | 无法保护属性信息，低或中等保密性         |
| 泛化          | 使用范围值代替一般值         | 难以抵御开放空间里高维关联攻击，低可用性     |
| 加噪          | 在原始信息上添加扰动         |                          |
| 抑制          | 删除或屏蔽特定信息          |                          |
| 统计          | 特定类型加工过程，结果只包含统计信息 | 低通用性                     |
| 群体标识        | 采用群体标识和属性代替个人概念信息  | 低通用性，仅适用于“无需精准个体粒度信息”的场景 |
| 隐私计算技术      | 防范个人信息在计算过程中被他方获取  | 无法确保输入和输出信息的匿名性          |

（二）不同场景下匿名化技术的最佳实践

信息利用场景决定着最优匿名化技术的选择。鉴于匿名化和数据交易流通密不可分，在此仅聚焦于“不特定人再利用暨信息公开场景”和“特定人再利用暨信息向第三方提供”这两类场景展开剖析。

在不特定人再利用信息的场景下，“差分隐私”可谓被广泛接受的匿名化最佳实践。作为一种随机分派技术（randomization），差分隐私的核心思想是在公开信息时引入一定的随机性，以确保单个记录对输出结果的影响被限制在一个很小的范围。由此，即使第三方知晓其他所有记录，他们也因单条记录的影响受限，而无法准确获知特定人的信息。本质上，差分隐私是一套严格的算法机制。详言之，给定一个数据库  $x$ ，对任意与  $x$  有且仅有一个数据不同的数据库  $y$ ，如果存在定义在  $x$  和  $y$  上的随机算法  $M$ ，使得对任意的  $S \in M$  的值域，都有  $\Pr[M(x) \in S] / \Pr[M(y) \in S] \leq \exp(\epsilon)$ ，则  $M$  是  $\epsilon$ -差分隐私的算法。<sup>[19]</sup> 其中，“隐私预算”  $\epsilon$  对应着区分难度： $\epsilon$  为 0 时，完全无法区分；随着  $\epsilon$  增大，区分的概率相应上升。至于  $\epsilon$  的数值多少是适当的，可诉诸公开信息的规模、敏感性、安全措施以及潜在攻击者的知识、动机、能力等因素，但一般认为 1 是理想阈值。<sup>[20]</sup> 当前，差分隐私已成功运用于人口普查、数字广告、大型语言模型、高维众包数据等多种场景的匿名化中，并为多国监管机构所认可。美国公布人口普查数据恰是典型一例。由于普查数据包含基层行政区划等多种统计数据，如何防范个人信息的重建攻击成为落实 1954 年联邦

[19] See Dwork, Cynthia & Aaron Roth, *The Algorithmic Foundations of Differential Privacy*, 9 Foundations and Trends © in Theoretical Computer Science 211 (2014).

[20] See Justin Hsu et al., *Differential Privacy: An Economic Method for Choosing Epsilon*, 2014 IEEE 27th Computer Security Foundations Symposium, IEEE.

《人口普查法》的最大挑战。通过分层添加服从狄利克雷分布的噪声,美国人口普查局利用“集中差分隐私”技术,使得无论特定的个人信息如何取值,均无法从统计中筛选出来,最终实现了信息公开和个人权益保护的双赢。<sup>[21]</sup>

在特定人再利用信息的场景下,“受控匿名”可视为值得高度重视的最佳实践。该方案首先通过 TEE、TECC 等系统安全技术构建具有物理边界的空间,或者凭借密码技术构建逻辑空间。然后,双方或多方将去标识化的个人信息输入上述受控空间内,并切断其与外界开放空间的信息关联。鉴于受控空间处于强管控之下,信息出域被限定在研发调试、结果输出等特定情形下。最后,若出域信息属于统计分析结果、机器学习模型等统计信息,则应保证“不能通过输出信息反推出个体信息”;若出域信息可能属于个人信息,还需要征得个人同意或者具有其他正当性事由。受控匿名的核心思想是将空间内信息与空间外信息相互隔离。由于无法连接外部密钥和开放空间数据,在评估个人信息再利用风险时,仅需结合所有可能进入该空间的数据判断安全威胁,从而不仅大幅降低了再识别的风险,而且保留了信息的可用性。

类似于差分隐私,受控匿名设计因相关个人信息的敏感程度、外部威胁、参与方等因素的不同而有所差异。一般而言,可根据受控空间的特征,分为如下三种类型:(1)基于“主体信任”的受控匿名。其适用于参与方均为善意的场合,即受控空间由参与的一方或多方设立和运营,相关方有能力采取关闭访问控制、人员划分等安全措施。(2)基于“技术信任”的受控匿名。其适用于参与方存在恶意的场合,此时,参与的一方或多方仅且必须依赖技术保障受控空间的安全性,并阻止包括管理员在内的任何人窥探。区别于基于“主体信任”的受控匿名,相关方即便是恶意的,也无法破坏该空间。(3)基于“技术信任”并使用密文运算的受控匿名。其适用于存在恶意敌手攻击的场合,即在高速互联的可信节点集群中,使用密态协议完成目标计算,不但能够阻止包括管理员在内的任何人窥探,又能够缓解侧信道攻击、微架构数据采样攻击、合谋攻击等典型的硬件和协议隐患。据此,即便攻击者打破受控空间,也无法获取个人信息。

无论是差分隐私,还是受控匿名,均旨在将主观、被动、向后看的匿名化法律界定转变为客观、主动、面向未来的匿名化行为标准。凭借可衡量、可审查、可预期的匿名化设计,一方面个人信息处理者得以根据需求和场景来规划、使用、调整匿名化技术,另一方面,国家也能将法律要求转变为技术框架,降低执法成本、减少权力恣意,并为法律与技术的交叉融合开辟了新路。<sup>[22]</sup>

### (三) 匿名化设计的国家认可机制

最优的匿名化设计能产生推定匿名的法律效果,因而其合法性无法仅由个人信息处理者的自我声明而证成,而必须经由国家一定形式的认可方能获得。容易想到的国家认可方式,无疑是“标准—认证—认可”的三位一体机制。质言之,首先由行业组织推动匿名化设计标准的制定,再由第三方认证机构根据标准对特定个人信息处理者的匿名化设计开展实质评估,最后对符合标准的设计作出认证。在此过程中,国家不但授予认证机构主体资格,还有权全程监督认证过程和

[21] 参见朱悦:《差分隐私用于个人信息保护的实践难点及化解方案》,载《信息通信技术与政策》2024年第1期。

[22] See T. Huang & S. Zheng, *Using Differential Privacy to Define Personal, Anonymous, and Pseudonymous Data*, 11 IEEE Access 109225 (2023).

认证结果。<sup>〔23〕</sup> 认证机构能力被公权力统一证明与核验的机制，创制了社会对“认证”的信赖，从而确保了匿名化设计的权威性和正当性。<sup>〔24〕</sup> 然而，由于我国匿名化标准以及具有法定资质的认证机构依然缺失，这一国家认可路径尚未畅通。截至目前，尽管《信息安全技术 个人信息去标识化指南》《信息安全技术 个人信息去标识化效果评估指南》《数据去标识化共享指南》等国家、地方标准相继出台，引入了去标识技术、模型以及常见标识符的去标识化要求，但均未明确“匿名化技术标准”。究其本质，实因去标识和匿名化是一个连续不断的光谱，在行业和监管机构对个人信息再利用风险的刻度欠缺共识的前提下，去标识和匿名化之间的切分线必然难以划定。由此可以理解，正在酝酿的《信息安全技术 匿名化处理指南（草案）》不得不将“个人信息重标识风险接近 0”作为匿名化量化标准。但是，这一陈义过高的规则，恐怕会再次落入“僵尸法条”类似的窘境。

在“标准—认证—认可”机制受阻的情形下，“最佳实践—试点示范—认可”机制成为更为有效的进路。所谓“最佳实践”，即建立在证据和价值上的一系列技术、方案、过程、活动组合，其能够对经济和社会发展产生显著的积极影响，并反映了公共机构、私人部门和社会群体的伙伴关系。<sup>〔25〕</sup> 与立足于统一性的“标准”不同，“最佳实践”以多样性的探索为特征，它不强求获得普遍性的共识，而是着眼于实践约束条件和特定场景下达致既定目标的最佳行动模式。正因如此，其远比标准更易形成。就国家而言，最佳实践并不意味着当然的“合法实践”，而更像是一种行业推荐的“应用试点”，只有经过申报和监管机构评选后，才能成为普遍推广的示范技术。在此过程中，监管机构要坚持“设计中立性原则”，<sup>〔26〕</sup> 避免将监管作为手段，偏袒特定匿名化技术或限制其发展，个人信息处理者可以基于“性能标准”，自由选择最适合实现匿名化的设计。这是因为，在一个高度动态的市场中，监管者不应试图挑选技术赢家、阻碍技术创新。另一方面，监管机构应当汲取“沙盒监管”的理念，为经过评选的匿名化设计提供更灵活、有弹性的监管环境和责任豁免机制，<sup>〔27〕</sup> 同时强化“设计试点”和“监管试点”的彼此促进，通过技术创新推动监管创新和法律的同步优化。

### 三、匿名化条款：判定的匿名

个人信息处理者实施了匿名化措施，但最终被认定失败的例子并不罕见。例如，在 2022 年意大利数据保护局对 Google Analytics 的处罚案中，尽管 Google Analytics 采取了“IP 匿名化”

〔23〕 参见张继红：《数据认证：模式选择与应用规范》，载《中国政法大学学报》2021 年第 2 期。

〔24〕 参见许登科：《行政法上认证与验证之制度审视其法理——以德国产品安全法为中心（上）》，载《中正大学法学集刊》2021 年第 72 期。

〔25〕 See Osburn, Joe, Guy Caruso & Wolf Wolfensberger, *The Concept of “Best Practice”: A Brief Overview of Its Meanings, Scope, Uses, and Shortcomings*, 58 International Journal of Disability, Development and Education 213 (2011).

〔26〕 这一概念借鉴了“技术中立性原则”（Technological Neutrality）。See Winston Maxwell & Marc Bourreau, *Technology Neutrality in Internet, Telecoms and Data Protection Regulation*, 1 Computer and Telecommunications Law Review 1 (2014).

〔27〕 参见宋科、傅晓骏：《监管沙盒的国际经验与中国应用——兼论我国“监管试点”与“监管沙盒”的异同》，载《金融监管研究》2021 年第 9 期。

技术,从而在网络运营商发送用户IP地址时,遮掩其中的8位数(如地址122.48.54.0至122.48.54.255将被122.48.54.0所取代),但数据保护局认为:这种匿名化并不能阻止Google Analytics根据其掌握的用户整体信息重新识别用户,事实上,当用户访问其谷歌个人信息,他们的IP地址与其他附加信息得以联系起来。<sup>[28]</sup>又如,在2022年比利时数据保护局对Interactive Advertising Bureau Europe (IAB)的处罚案中,<sup>[29]</sup>IAB开发了“透明度和同意框架”(the transparency and consent framework, TCF),用以捕获用户对“同意管理平台”的响应,即他们是否同意收集和共享个人信息以及是否反对广告商基于正当利益的处理。用户的响应被编码并存储在“T[ransparency] C[onsent]字符串”中,并与他方共享,以便后者知晓用户的反应。比利时数据保护局认为:虽然TC字符串本身是技术信息,并不能直接区分出用户,但其提供了一种标准化的方法来收集和交换来自可确定、已识别或至少可识别的用户的信息。数据保护局进一步指出:如果相关方处理的目的是把个人筛选出来,则可假定其拥有或将拥有能够合理地预期识别信息主体的手段,而此时声称个人是不可识别或匿名化的,不啻自相矛盾。

匿名化措施的失败或源于相关设计并未消除系统风险,或源于操作风险的存在。因此,匿名化设计的认可机制不过是化解风险的第一步,当个人或监管机构确有理由怀疑匿名化的真实效果时,可以在事后通过举报、诉讼、执法检查等法律程序,全面审查个人信息处理者的匿名化设计,并作出维持或推翻的最终判断。不过,为了保护各方的合理信赖,对推定匿名的否定一般不具有对事前处理活动的溯及力,以维持既存的数据流通秩序。与推定匿名以“技术治理”为基础不同,判定匿名有赖于国家机关依法作出的司法判决或行政行为,属于传统的“法律治理”,其落点自然系于法律规则,即对《个保法》第73条第4项“匿名化,是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程”下“无法识别”“不能复原”“过程”等核心概念的法律解释之上。

#### (一)“无法识别”的法律解释

基于要素结构化的思路,“无法识别”可以进一步细分为“识别行为”“识别对象”“识别主体”“识别方式”等子概念。

##### 1. 识别行为

从文义解释出发,“识别行为”即辨别、辨认的行为,<sup>[30]</sup>意指根据不同事物的特点,在认识上加以区别,或者根据特点做出判断,以便找出或认定某一对象。据此,对特定自然人的识别,就是根据人的特征,将特定人从人群中“筛出”(single out)。不过,这一解释可能与体系解释存在罅隙。根据《个保法》第4条第1款中“个人信息—匿名化信息”的二分法,匿名化应当同时考虑个人信息的界定,即“与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息”。由此引发的问题是:这里的“无法识别”如何与“不再有关”相协调。对这一问题的回答,还需要重新审视“识别”。法律中“识别”(identify)的首要含义是“证明某人或某种事物的同一性”<sup>[31]</sup>,就此而言,“识别”意味着“相关信息”和“特定自然人”的“同一性”。与文义解释强调“区分”的“筛出”

[28] Garante per la protezione dei dati personali-9782890.

[29] APD/GBA (Belgium) - 21/2022.

[30] 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第7版),商务印书馆2016年版,第1185页。

[31] Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary*, West Group, 2009, p. 813.

有异，“同一性”突出了信息内容对“特定自然人”的映射，并借此限缩了含义模糊的“有关”。详言之，相关信息和特定自然人的关联应当是客观的、唯一的和相对稳定的，另一个人具有相同特征的机会为零或接近于零，从而得以正确描摹出现实中某一个人。<sup>[32]</sup>这一突出“个人唯一身份（identity）”的解释，也与目的解释相契合——《个保法》保护的并不是“信息”，而是信息所映射的自然人及其在数字时代身份建构的自主性和完整性。<sup>[33]</sup>

## 2. 识别对象

基于上述对识别行为的解释，自然人的“身份”成为识别的对象。“身份”并不限于“公民身份”（civil identity），还指向了更广义的“社会身份”和更狭义的“自然身份”。其中，“公民身份”系个人在政治国家中的唯一身份，<sup>[34]</sup>它由出生证明、身份证、护照、户口等资料所组成，涉及个人的法定姓名、出生日期、户籍、国籍、居住地址等特征。公民身份是国家对公民的基础性认证，以此用于公共管理和公共服务。“社会身份”系个人在社会交往、经济活动中呈现的角色、属性和特征，涵盖了：（1）以血缘、婚姻、长期共同生活所形成的亲属、婚姻等法定身份，（2）向熟人、朋友、同事及陌生人展示的“人物设定”；<sup>[35]</sup>（3）个人根据共享的特征、信念、经验，将自己归属于多个社会群体的“成员身份”，如种族、民族、劳动者、消费者、政党成员等。社会身份彰显了个人独特的社会规定性。“自然身份”系个人作为生物体所具有的生理、生物特征和身体动静，主要表现为指纹、声纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部特征、步态、行踪轨迹、个人基因等。需要说明的是，本文将个人的内在情感、精神、心理特征、思想世界等排除在“身份”之外。这是因为，如果说“人是社会关系的总和”，那么并未表现于外的种种信息全然属于个人隐私领域，在法律规范上成为隐私权的对象，一般优先于个人信息规范的适用。<sup>[36]</sup>

## 3. 识别主体

较诸“识别对象”，对“识别主体”的解释分歧更为严重。根据主体范围由广到窄，可以胪列如下：（1）世界上任何一人（anyone in the world）。欧盟在《一般数据保护条例》（GDPR）的序言中指出，判断是否可识别，需考虑包括信息处理者及其他人在内的所有人能否直接或间接识别出特定个人。（2）有心侵入者（motivated intruder）。英国信息专员办公室（Information Commissioner's Office, ICO）将识别主体限定在对信息及其可能揭示的内容感兴趣的人，其拥有合理的搜寻、比对和查验能力，可取得公开可取得的资料，并向别人开展一般性调查，但不具备任何专业知识和先前知识，就此而言，或可称为“社会一般人”。<sup>[37]</sup>（3）信息提供者。日本学界和实务界就识别主体均采“个人信息处理事业基准说”，即处理者将保有的个人信息提供给他

[32] See Nadezhda Purtova, *From Knowing by Name to Targeting: the Meaning of Identification under the GDPR*, 12 International Data Privacy Law 163 (2022).

[33] 参见陆青：《数字时代的身份构建及其法律保障：以个人信息保护为中心的思考》，载《法学研究》2021年第5期。

[34] See Leenes, Ronald: *Do they Know Me? Deconstructing Identifiability*, 4 University of Ottawa Law & Technology Journal 135, 140 (2007)

[35] 参见曹博：《个人信息可识别性解释路径的反思与重构》，载《行政法学研究》2022年第4期。

[36] 参见许可：《权利树：个人信息权益的理论重述》，载《甘肃社会科学》2024年第2期。

[37] See ICO, *Determining What Is Personal Data*, 12 December 2012.

人时,仍以原处理者为准,即该相关信息是否具有可识别性,依信息提供者的条件、技术、处理状况等判断。<sup>[38]</sup> (4) 信息接收者。作为促进个人健康信息的流通和分享的机制,美国《健康保险携带和问责法》(HIPAA)统一了电子个人健康信息传输标准,还提出了个人信息去标识化(匿名化)的“专家标准”(expert determination)和“预期接收者”(anticipated recipient)测试,即具有统计学、数据等相关知识和经验的专家确定“预期接收者”单独或与其他合理可获得的信息结合,识别个人的风险非常小,则满足去标识化(匿名化)标准。

不同解释反映出各国不同的取舍:从“世界上任何一人”到“信息接收者”,个人信息保护愈加为数据流动容留更大的空间。当前,数据作为关键生产要素的价值凸显,人工智能亦在以前所未有的方式创新数据使用,个人信息保护和数据流动之间亟待再平衡。事实上,欧盟在GDPR之后的《非个人数据自由流动条例》《数据治理法》《数据法》中均鲜明体现了促进数据流动的立法意旨。在2023年SRB v. EDPS案中,欧盟普通法院将识别主体锚定在“信息接收者”之上,充分反映出这一趋势。<sup>[39]</sup> 在该案中,“单一清算委员会”(SRB)将债权人、股东的个人信息提供给德勤公司展开分析,并使用“字母数字代码”(alphanumeric code)取代个人身份信息。欧盟普通法院明确否定了欧洲数据保护监督机构(EDPS)所认为的“没有必要确定传输给德勤的信息是否可以被重新识别,或该等重新识别是否合理可能”,而是援引Patrick Breyer v. Federal Republic of Germany案,<sup>[40]</sup> 旗帜鲜明地指出:应站在接收者德勤的立场上,确定传输给它的信息是否与“可识别个人”有关。尽管SRB持有字母数字代码和识别数据库等额外信息,但没有证据证明德勤曾经或现在有能力解密或倒推身份,因此SRB提供的信息属于“匿名化信息”。回到我国,将识别主体限定在信息接收者,有助于消解个人信息提供者依法保存义务和数据流通的法律冲突。<sup>[41]</sup> 事实上,《互联网广告匿名化实施指南》第5.1条亦明确“采取信息接收者标准”,在没有其他独立管理的额外信息的辅助下无法识别特定自然人的,构成匿名化信息。

#### 4. 识别方式

法律不强人所难。“识别方式”并非要遍历世界上一切可用措施,而是指“合理可能”(reasonably likely)的手段。欧盟法院认为:如果法律禁止识别,或因时间、成本和人力上需要付出不成比例的努力,识别特定主体在实际上不可能,则身份识别的风险在现实中微不足道,从而不构成识别。<sup>[42]</sup> 这与我国义务履行以“一般社会观念”为准的原则相契合。例如,大海捞针虽属可能,但需要付出非常不合理的劳力、费用,社会观念上认为履行不能。<sup>[43]</sup> 除“事实上的不可能”和“经济上的不可能”外,“法律上的不可能”即被禁止的识别方法(如黑客攻击)亦

• 625 •

[38] 参见范姜真微:《匿名加工资料制度之创设——因应大数据时代日本个人资料保护法之新进展》,载《东海大学法学研究》2020年第59期。

[39] See SRB v EDPS (ECLI: EU: T: 2023: 219)

[40] See Patrick Breyer v. Federal Republic of Germany (Joined Cases C468/10 and C469/10).

[41] 《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国反洗钱法》、《中华人民共和国证券法》(2019年修订)、《中华人民共和国电子商务法》、《征信业管理条例》、《互联网信息服务管理办法》(2011年修订)等法律法规均明确规定了个人信息依法保存义务,即个人信息处理者不得在法定期限内删除或实施匿名化。

[42] 参见〔波兰〕马里厄斯·克里奇斯托弗克:《欧盟个人数据保护制度:〈一般数据保护条例〉》,商务印书馆2023年版,第55页。

[43] 参见韩世远:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第522页。

应排除。总之，判断能否识别时，不应抽象地思考可能性，而应立足特定主体，在行业通常技术条件和法律允许范围内，综合分析其可能合理获得的信息和所付出的成本后作出判断。

## （二）“不能复原”的法律解释

### 1. 复原行为

与欧盟强调“不可逆”（irreversible）即“不能被重新识别”有异，我国采用“不能复原”这一表述。<sup>〔44〕</sup>基于体系解释，“不能复原”有单独存在的意义，其和“无法识别”应区分理解，不可视为同义互文。在比较法解释上，“不能复原”借鉴了《日本个人信息保护法》第2条“无法识别特定个人，并无法复原后的个人信息”。根据该法修正案的官方英文译本，<sup>〔45〕</sup>“复原”（restore）指向了“原始个人信息和相关识别符号”，所谓“不能复原”，即去标识化后信息不能因技术应用恢复识别符号的原状。循此，我国法下“复原”可理解为通过逆向回溯分解出匿名处理方法，再利用组合、比对将匿名化信息复原成个人信息。举例而言，针对姓名替换为乱码或变换为其他文字排列的匿名信息，将所使用的乱码锁定后，反复排列组合测试出原本姓名。<sup>〔46〕</sup>

### 2. 复原对象

尽管复原是对原始个人信息的恢复，但对象未必是全部信息，“实质部分”便为已足。作为个人信息的核心元素，实质部分一旦缺失就会失去信息利用的基本价值。譬如，手机号码的核心部分是第4—11位（所在地区和用户标号），如果仅复原前3位（网络识别号），并无价值。相反，身份证号码每一个号码段均有特殊意义，复原任一部分都可能构成实质性复原。另一方面，尽管处理者不能复原实质部分，但利用其他材料，通过非实质部分推断出实质部分，也可视为复原。需要补充说明的是，如处理者将非实质部分和自身所掌握的其他资料相结合，识别出特定自然人并生成新的个人信息，依然不属于“复原”，因为原始信息并未恢复，这亦是“复原”和“识别”二分的当然之意。不过，此时个人信息处理者应重新获得个人同意或具备《个保法》第13条下的其他正当性事由。但这不必然意味着匿名化失败，因为在某种情形下可被视为“个人信息的重新收集”而非“再识别”。<sup>〔47〕</sup>

### 3. 复原主体

与识别主体类似，复原主体亦应是信息接收者。这一见解可见于我国台湾地区的判决。在台北高等行政法院103年度诉更一字第120号判决中，法院认为，尽管“资料保有者仍保有代码、原始识别资料对照表或解密工具而得还原为识别资料，但只要原资料保有者并未将对照表或解密方法等连结工具提供给资料使用者，其释出之资料无法透过该资料与其他公众可得之资料对照、组合、连结而识别出特定个人时，该释出之资料即属无法直接或间接识别之资料”。德国和英国相关学说亦认为：即使提供者仍可复原个人信息，但对于信息接收者难以复原，即可认为已非个

〔44〕 参见谢琳：《大数据时代个人信息边界的界定》，载《学术研究》2019年第3期。

〔45〕 See Amended Act on the Protection of Personal Information, available at [www.ppc.go.jp/files/pdf/Act\\_on\\_the\\_Protection\\_of\\_Personal\\_Information.pdf](http://www.ppc.go.jp/files/pdf/Act_on_the_Protection_of_Personal_Information.pdf), last visited on Feb. 15, 2024.

〔46〕 参见范姜真嫩：《匿名加工资料制度之创设——因应大数据时代日本个人资料保护法之新进展》，载《东海大学法学研究》2020年第59期。

〔47〕 可参见下文“（三）‘过程’的法律解释”。

人信息，而无个人信息保护之适用。<sup>〔48〕</sup>

#### 4. 复原方式

基于合理活用个人信息的考量，“复原”一如“识别”，亦凭借社会公众或特定行业（如金融、医疗）的一般能力、手段、技术，借由通常方式进行，费用、时间等投入应与其受益成比例，因而不存在不计成本的复原。与“识别”不同，复原应采同样的匿名化方式或者其他具有同等功能的算法。例如，在删除性别信息的匿名个人信息中，根据购买化妆品的购买记录较多，确定原性别信息为女性，在这一过程中并没有使用之前的匿名化工具，本质上属于无损个人权益的“推断性披露”（inferential disclosure），而非“复原”或 GDPR 下的“推断”（inference），前者系基于数据统计特性，以“高置信度”（high confidence）推断出信息，后者是从个人的一系列属性推断出特定属性，两者切不可同日而语。

#### （三）“过程”的法律解释

《个保法》第 73 条第 4 项将“过程”作为匿名化的“属”概念，凸显了“过程进路”（process-based approach）的意义。正如计算机科学研究发现的，隐私是分析的输入物与输出物之间的信息关系，而不只是输出物自身的属性。因此，只看结果（输出的信息是否为匿名化的）而轻视过程（是否采取了有效降低个人信息再利用风险的措施）的匿名化制度，无法提供系统性和面向未来的个人信息保护。<sup>〔49〕</sup>就此而言，“过程”一词可解释为我国对“结果匿名化”的摒弃和对“过程匿名化”的认可。

过程匿名化首先从“绝对匿名”转向了“相对匿名”，从强调“零风险”转向合理控制风险。其次，过程匿名化从最终的“处理状态”转向了动态的“处理流程”，既囊括环境维护、确定目标、技术处理、效果评估和行为控制等步骤，也纳入了上述步骤的实施过程和效果的管理和监测。再次，过程匿名化从单纯的“信息”转向了复杂的“信息场景”，即与信息发生交互并为之提供解释的“数据环境”，包括但并不限于物理基础设施、其他可得的信息、信息处理者及其管理个人信息的各种数据治理工具。<sup>〔50〕</sup>最后，过程匿名化从狭义的“技术”转向了广义的“系统”，综合考量个人合理的隐私期待、个人信息数量和敏感程度、接收者及其处理的目的、方式以及访问权限控制等诸多因素。<sup>〔51〕</sup>基于上述转型，过程匿名化的实施应融技术、规制和权利保护为一体，<sup>〔52〕</sup>在数据流通利用中秉持如下原则：（1）评估对外提供的个人信息及其敏感程度；（2）根据最小必要原则设定提供个人信息数量、类型和范围；（3）实施合理、良善的匿名化技术并在必要时采取额外的数据安全措施；（4）制定监测、问责和违约应对计划。<sup>〔53〕</sup>

〔48〕 参见林裕嘉：《公务机关利用去识别化资料之风险评估及法律责任（上）》，载《司法周刊》2017年第1852期。

〔49〕 See Micah Altman et al., *A Principled Approach to Defining Anonymization As Applied to EU Data Protection Law* (May 9, 2022), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4104748> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4104748>, last visited on Mar. 2, 2024.

〔50〕 See Mark Elliot, et al., *Functional Anonymization: Personal Data and the Data Environment*, 34 Computer Law & Security Review 204, 221 (2018).

〔51〕 See Ira S. Rubinstein & Woodrow Hartzog, *Anonymization and Risk*, 91 Washington Law Review 703, 710 (2015).

〔52〕 See Chris Achatz & Susan Hubbard, *Us vs. Eu Guidelines for De-Identification, Anonymization, and Pseudonymization*, 20 Journal of Internet Law 1, 7 (2017).

〔53〕 See Ira S. Rubinstein & Woodrow Hartzog, *Anonymization and Risk*, 91 Washington Law Review 703, 710 (2015).

除上述较为宏观制度设计外，将过程匿名运用于“判定匿名”中，还可得到“阶段性匿名”的微观认识。详言之，一个典型的信息处理过程可以分为“信息输入”“分析使用”“结果输出”三阶段。在判断匿名化与否时，应将各阶段视为彼此区隔的环节，每一环节均应独立认定。以本文第二部分的“受控匿名”为例：在信息输入阶段，信息经过了去标识处理，但仍可结合其他信息识别个人且可复原，并不属于匿名化信息，其输入理应具有合法性基础，遵循正当、合法、必要、诚信原则；在分析使用阶段，鉴于信息被禁锢于受控空间之内，依据空间内的全部信息无法识别个人，同时不能恢复输入之前的个人信息，可认定构成了匿名化处理；在结果输出阶段，信息可能指向个人（如用于个性化推荐、信用评价），也可能不以定位个人为目标（如用于大模型训练和优化）。显然，只有不以定位个人为目标的信息才系匿名化信息。但无论最终输出结果如何，分析使用阶段的匿名化判定均不受其影响。

#### 四、匿名化合规：信任的匿名

如果说“推定的匿名”消除了个人信息处理者的忧虑，“判定的匿名”缓解了监管机构的忧虑，“合规的匿名”则以回应用户的忧虑为依归。在匿名化的剩余风险不可能完全涤除的风险社会中，任何零风险的声称都是神话甚或欺骗。就此而言，匿名化制度不应给公众提供虚假的安慰，而应致力于通过可操作的规则构建用户、个人信息处理者与监管机构之间的信任，进而形成“信任共同体”。这不仅是因为，个人信息权益的本质就是信任，而非个人的控制，<sup>[54]</sup>更重要的是，信任恰是应对不确定、不可控未来的简化策略。<sup>[55]</sup>但，信任并不容易。实践中，为了解决个人信息保护与利用的数字信任危机，个人信息保护法已经发展出多样化的工具体系。<sup>[56]</sup>其中，个人信息处理相关资讯的沟通在信任建构中居于中心位置。质言之，作为持续性关系的产物，信任依托于各方之间的资讯交互。现有研究充分表明：充分、可靠、及时的资讯交流是增进信任的前提，也是风险管理的基础。<sup>[57]</sup>立基于此，以信任匿名为目标的匿名化合规应落脚在匿名化处理的资讯沟通之上。

##### （一）从“匿名化同意”到“匿名化知情”

用户对于匿名化处理是否享有同意权？欧盟 GDPR 认为，匿名化是对个人信息的加工和变更，亦为个人信息处理活动，理应取得个人同意或具备第 6 条所列其他合法性事由。<sup>[58]</sup>赋予个人对匿名化的决定权看似是对个人权利的最大保障，可事实上，信任始终是双方的事业，试图通

[54] 参见〔波兰〕彼得·什托姆普卡：《信任：一种社会学理论》，程胜利译，中华书局 2005 年版，第 32 页。

[55] See Ari Ezra Waldman, *Privacy as Trust: Sharing Personal Information in the Twenty-First Century*, 69 University of Miami Law Review 559, 559 (2015).

[56] 参见许可：《诚信原则：个人信息保护与利用平衡的信任路径》，载《中外法学》2022 年第 5 期。

[57] 参见王俊秀、周迎楠、刘晓柳：《信息、信任与信心：风险共同体的建构机制》，载《社会学研究》2020 年第 4 期。

[58] 参见〔瑞士〕Maria Cristina Galdarola、Joachim Schrey：《大数据与法律实务指南》，赵彦清、黄俊凯译，元照出版公司 2020 年版，第 182 页。

过“用户赋权—企业担责”的单向路径实现信任，往往事倍功半。<sup>[59]</sup> 匿名化作为个人信息的安全保障措施，显著降低了后续处理活动对个人的威胁，又作为数据流通的整体方案，显著提高了处理者和潜在第三方使用数据的利益，且此种利益是真实、具体和明确的，足以构成欧盟 GDPR 下的“正当利益” (legitimate interests)，从而豁免个人同意。在我国法下，则可诉诸《个保法》第 5 条下的“诚信原则”，通过灵活的利益平衡获得匿名化处理的正当性。

匿名化无需个人同意，并不意味着个人无需知情。在《个保法》中，除“紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全无法及时向个人告知”外，知情权不得被克减。这首先因为，知情权是个人自主的基础，在个人信息权益这一权利树中，是催生其他权利生长的“主干”，<sup>[60]</sup> 另一方面，知情权不只是“知”的权利，还是“行”的权利，<sup>[61]</sup> 是监督个人信息处理者全面履行匿名化承诺和合规义务的权利。循此，用户的匿名化知情权可转化为个人信息处理者的如下义务：

其一，匿名化之前的告知义务。个人信息处理者在进行匿名化之前，应当在隐私政策或个人信息规则中明确告知用户匿名化的目的、方式和处理信息的种类和范围。此外，考虑到用户的疑虑，处理者还应进一步说明：(1) 匿名化的风险以及由此可能产生的后果，特别是，是否计划公开匿名化信息或向其他人披露；(2) 采取了哪些保护措施来最大程度地降低匿名化的风险；(3) 在信息公开的场景中发布匿名化信息的理由，以及基于哪些因素予以权衡。<sup>[62]</sup> 例如，Meta 在其隐私政策中逐项罗列了匿名化的范围：(1) 用户的动态和提供的信息；(2) 好友、粉丝和其他联系人的信息；(3) 应用、浏览器和设备的信息；(4) 来自合作伙伴、供应商和第三方的信息。<sup>[63]</sup> Google 亦明确告知用户匿名化目的和使用的技术。<sup>[64]</sup> 遗憾的是，我国处理者少有告知上述信息，而多见豁免的声明。例如，《美团隐私政策》第 3 条规定：“根据法律规定，共享、转让、公开披露经去标识化处理的个人信息，且确保数据接收方无法复原并重新识别个人信息主体的，我们对此类数据的处理将无需另行向您通知并征得您的同意。”<sup>[65]</sup>

其二，匿名化之后的公示义务。由于用户无法参与匿名化处理过程，为确保其知情权，个人信息处理者应当在完成匿名化后，通过网页、邮件或站内消息等方式，公告匿名化的资讯。相关公告应在合理期限内发布，且不得晚于匿名化信息的后续利用或向第三方提供之时。

其三，匿名化信息向第三方提供之前的公示义务。为了让用户知悉匿名化信息的流通和利用

[59] 参见许可：《欧盟〈一般数据保护条例〉的周年回顾与反思》，载《电子知识产权》2019 年第 6 期。

[60] 参见许可：《权利树：个人信息权益的理论重述》，载《甘肃社会科学》2024 年第 2 期。

[61] 参见王锡锌：《滥用知情权的逻辑及展开》，载《法学研究》2017 年第 6 期。

[62] See ICO, *Accountability and Governance in Draft Anonymisation, Pseudonymisation and Privacy Enhancing Technologies Guidance*, Chapter 4.

[63] 参见《Meta 隐私权政策》，载 [https://www.facebook.com/privacy/policy/?entry\\_point=facebook\\_page\\_footer](https://www.facebook.com/privacy/policy/?entry_point=facebook_page_footer)，最后访问时间：2024 年 3 月 26 日。

[64] 参见《Google 隐私权和条款》，载 <https://policies.google.com/technologies/anonymization?hl=zh-CN>，最后访问时间：2024 年 3 月 27 日。

[65] 《美团隐私政策》，载 <https://rules-center.meituan.com/rules-detail/2>，最后访问时间：2024 年 2 月 26 日。另参见《百度隐私政策总则》第 5 条，载 <https://privacy.baidu.com/policy>，最后访问时间：2024 年 2 月 26 日。

过程，进而监督其合法利用，个人信息处理者将匿名化信息提供给第三方时，应事先公布相关信息的内容以及提供方式，并同时向第三方明示提供信息为匿名化信息。<sup>〔66〕</sup>

考虑到匿名化处理和后续信息利用的惯常性和继续性，上述第二项和第三项的公告可以在首次发生时作出，已载明相关期限的，可免除后续的公示义务。

## （二）从“禁止再识别”到“再利用的个人信息保护影响评估”

从英国《数据保护法案》（Data Protection Bill）到《加州隐私权法案》（The California Privacy Rights Act），禁止匿名化信息的再识别已成为因应匿名化剩余风险的普遍规则。<sup>〔67〕</sup>但这并不能打消用户的猜疑，理由简单明了：信息处理活动是一个黑箱，外人难窥究竟。是故，如何取信于人成为禁止再识别义务履行的症结所在。从上述资讯沟通的进路出发，不妨转换思路，将禁止再识别的自证清白义务贯彻于匿名化信息再利用的“个人信息保护影响评估”之上，相关评估结果和报告摘要应向社会和监管机构公开，以期实现风险评估、风险沟通和风险决策的规制闭环。

所谓“个人信息保护影响评估”，是指通过评估个人信息处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要、诚信，对个人权益的影响及安全风险，所采取保护措施是否有效及与风险的适应程度等，判断其对个人权益的影响程度及风险控制有效性的过程。<sup>〔68〕</sup>作为风险预警机制和事前的合规检验，它为各方提供一种风险发现方法，帮助个人信息处理者在项目实际处理之前实施预防措施和专项保护措施，如果风险影响非常严重且无法预防，项目将被终止。自1995年《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流通的第95/46/EC号指令》中提出“预先校验”（prior checking）要求以来，个人信息保护影响评估已成为全球普遍适用的风险管制机制。正因如此，有学者主张将匿名化过程纳入评估。<sup>〔69〕</sup>然而，考虑到《个保法》第55条下“对个人权益有重大影响的个人信息处理活动”的事项约束，并非所有的匿名化均需强制评估，而只有创造性使用新的匿名化技术、组织或者合并多个处理者的数据集，方符合评估的前提条件。<sup>〔70〕</sup>除上述法律适用的问题外，匿名化过程还可能由于“业务场景”的缺乏，令评估无所依托。从技术和商业逻辑观察，个人信息匿名化和匿名化信息利用是可以分离且相互独立的处理活动，是后者而非前者真正对个人信息权益造成影响。就此而言，匿名化信息的再利用才是评估的对象，由此可以理解《信息安全技术 个人信息安全影响评估指南》将“匿名化后个人信息使用场景”作为个人信息匿名化效果评估要素之一。不过，这里还有问题待解：匿名化信息既然已经不属于个人信息，能否适用个人信息保护影响评估。其实，之所以开展评估，就是出于对剩余风险的防范。换言之，评估启动就预设了匿名化可能失败，此时匿名化信息就已被假定为个人信息，评估的过程也就是检验的过程。

〔66〕 参见《日本个人信息保护法》第37条。

〔67〕 参见韩旭至：《大数据时代下匿名信息的法律规制》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2018年第4期。

〔68〕 参见张新宝主编：《中华人民共和国〈个人信息保护法〉释义》，人民出版社2021年版，第417页。

〔69〕 参见赵精武：《个人信息匿名化的理论基础与制度建构》，载《中外法学》2024年第2期。

〔70〕 See EPDB, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment*, Chapter III, B (a).

匿名信息再利用的个人信息保护影响评估制度包含了如下要素：（1）评估时点：为了有效发现其造成的实际影响和潜在风险，评估应当在再利用处理之前进行。同时，考虑到匿名化与技术迭代、可公开获得的数据更新、法律法规变化相关，处理者应跟踪相关信息，定期开展事中评估，确保再利用风险控制在可接受水平之内。（2）评估主体：评估由实际开展匿名化信息再利用的处理者完成。为平息可能的质疑，用户、消费者代表、业务合作伙伴、外部专家和监管机构等利益相关方均应参与其中。<sup>〔71〕</sup>在具体的程序设置上，上述参与可以融入评估的咨询环节。首先，处理者应告知处理数据的内容和属性、处理目的和方式、为实现预期目的使用的技术、系统和配置环境等，以保证利益相关方充分理解数据活动的信息。其次，在征求意见的过程中，应协助利益相关方识别风险并提出异议。最后，处理者将相关咨询反馈准确、全面、无遗漏地记录在评估报告中，这在处理者未采纳利益相关方意见和建议时尤为重要。（3）评估适用：将匿名化信息再利用涵摄于《个保法》第55条之下，意味着并非所有的处理活动皆需评估，而限于法律所列出的高风险行为，特别是匿名化信息的公开和向第三方提供的场合。（4）评估内容：与匿名化过程的评估将重心放在匿名化措施的规范性、所采用技术的通用性等问题上不同，<sup>〔72〕</sup>匿名化信息再利用的评估以个人权益为鹄的。一方面识别匿名化信息的风险来源，确定是直接使用信息造成的直接不利影响，还是作为模型输入数据造成的间接不利影响；另一方面通过“影响个人自主决定权”“引发差别性待遇”“个人名誉受损和遭受精神压力”“个人财产受损”的划分，描摹个人遭受影响的范围，最终得出影响“严重”“高”“中”“低”的定性判断。（5）评估程序：个人信息保护影响评估不仅是识别剩余风险的措施，更是管控剩余风险的工具。为此，可采取“两阶段风险评估模式”，先初步辨识出信息利用风险，并对该风险设计出相应的风险减缓措施，继而将上述风险和减缓措施综合考量，进行第二次的评估。借此，用户可以更清楚地了解匿名化措施的风险和实效，处理者亦得以积极采取行动控制风险，最终促成各方就可接受风险的合理边界达成共识。<sup>〔73〕</sup>

• 631 •

## 五、结 语

如果说《个保法》第1条宣示了个人信息保护与利用的二元目标，那么匿名化条款正是落实该立法主旨的最佳工具之一。遗憾的是，徒法不足以自行。由于个人信息处理者、用户、监管机构的三重忧虑，匿名化制度在实践中窒碍难行。其实，真正的束缚来自人们的观念。对完美匿名化的追求以及对技术、法律、管理等单一措施的执念，阻止了切实可行的匿名化制度的建立。本文的研究表明，一旦从绝对安全的匿名化转向基于风险的匿名化，从彼此割裂的匿名化转到整体

〔71〕 参见刘权：《论个人信息保护影响评估——以〈个人信息保护法〉第55、56条为中心》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2022年第5期。

〔72〕 相关技术评估工作已体现在上文“推定匿名”的部分。

〔73〕 See NHS Digital, *Data Protection Impact Assessment-COVID-19 Vaccine Trials Permission to Contact Service-V2.0* (December 21, 2020), available at <https://digital.nhs.uk/coronavirus/coronavirus-covid-19-response-information-governance-hub/data-protection-impact-assessment-covid-19-vaccine-trials-permission-to-contact-service-v1.0>, last visited on Mar. 19, 2024.

系统的匿名化，匿名化条款就能起死回生，经由“推定的匿名”到“判定的匿名”再到“信任的匿名”的操作路径，为各方划定可预期的行为边界，最终实现数据价值、监管秩序和用户期待的协同共振。

---

**Abstract:** The Article 4, Paragraph 1 of Personal Information Protection Law excludes anonymized information from the category of personal information, which is known as the “anonymization clause” aimed at data circulation and utilization. However, after more than two years of implementation, the anonymization clause has hardly been used and has become a “zombie clause”, one of the biggest obstacles to the data element market. Although existing theories have fully recognized the root cause of the problem lies in the preset of zero-risk anonymization, due to the lack of precise portrayal of acceptable risks and systematic normative guidance, they are explanatory but not effective in solving the problem. By categorizing the risks of reusing anonymized information into systemic risks, operational risks, and residual risks, a concentric circle structure of “presumed anonymity” based on anonymization design, “determined anonymity” based on the interpretation of anonymization clauses, and “trusted anonymity” based on anonymization compliance has gradually formed. This not only resolves the triple concerns of personal information handlers, regulatory agencies and users, but also integrates technology and law, process and result, scenario and system, and data value and personal rights and interests. Thereby, the anonymization clause is revitalized, and a Chinese anonymization system with both operability and normativity is reborn from the ashes.

**Key Words:** personal information, anonymization, presumed anonymity, determined anonymity, relative anonymity

---

(责任编辑：王叶刚)

## 个人信息匿名化制度的反思与改进

夏庆锋\*

**内容提要：**我国《个人信息保护法》第73条规定匿名化是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程，并在第4条对匿名化信息进行豁免保护，采用静态匿名化的方法平衡个人信息保护与个人信息利用。但是，伴随社会信息化以及网络技术的快速发展，匿名化信息与非匿名化个人信息的界限趋于模糊，强大的经济激励使去匿名化具有针对性，导致重新识别的匿名化信息对信息主体产生侵害风险甚至现实损害。虽然已有网络服务商承诺、合同义务约定与立法直接禁止等措施对去匿名化进行制约，但未能实现较好的规制效果，应在现有匿名化制度中加入更为灵活的动态匿名化方法。当匿名化信息的使用可能产生损害或是由于语境的变化使匿名化信息具有识别性时需进行更为严格的再匿名化处理，否则不真正匿名化信息仍需受到法律保护。

**关键词：**个人信息 匿名化信息 去匿名化 动态匿名化 比例原则

• 633 •

《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）对个人信息进行定义，其第4条第1款规定“个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息”。在个人信息收集、使用等处理过程中，基于保护个人信息与最大化利用个人信息的平衡考虑，匿名化措施得以提出。所谓匿名化，指从收集的个人信息中删除可识别信息，使对该信息的使用、分析、研究等活动无法追溯至信息主体。立法上对匿名化信息多进行豁免处理，例如我国《个人信息保护法》第4条第1款后半句规定“不包括匿名化处理后的信息”。欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, GDPR）序言第26条规定：“数据保护原则不适用于匿名信息，即与已识别或可识别自然人无关的信息，亦不适用于能够使得数据主

\* 夏庆锋，安徽大学法学院副教授、安徽网络法治研究中心研究人员。

本文为2023年度安徽省高等学校科学研究重大项目“网络空间合同格式条款的效力研究”（2023AH040005）的阶段性成果。

体不可识别或不再可识别的匿名化个人数据。因此本条例亦不适用于对类似匿名信息的处理,包括基于数据统计或研究目的。”〔1〕美国联邦贸易委员会(Federal Trade Commission, FTC)也认为数据不具有合理可链接性时应被排除在数据保护框架之外。〔2〕未将匿名化信息纳入法律保护范畴有利于促进信息的自由流动,尤其体现在网络空间提升产品质量与提高服务水平等活动中。然而,实践中去匿名化具有的可操作性与巨大经济利益导致匿名化无法不可逆转地保护信息主体,如伴随相关技术的不断发展,信息中介能够将匿名化信息与辅助信息相结合从而重新识别对应的自然人主体,进而造成侵害。我国立法采用静态匿名化方法,即明确规定匿名化信息的概念和特征,认定个人信息被匿名化后无法链接至信息主体,并为匿名化信息的处理行为提供“安全的避风港”,导致个人信息主体受到去匿名化行为侵害风险或实际损害时无法得到法律保障或进行救济。虽然可将去匿名化的个人信息重新纳入《个人信息保护法》的保护范畴,但考虑到程序上的复杂性以及实际操作过程中个人信息主体处于被动依赖的劣势地位,去匿名化的隐蔽过程无法被及时发现,且即使发现个人信息受到侵害也难以进行因果关系举证。因此,为了保证个人信息安全的同时促进其效用价值的发挥,应当提升匿名化措施后的信息不被去匿名化的水平,并在发现存在去匿名化风险时及时进行再匿名化处理。

## 一、匿名化信息及适用标准

隐私法与个人信息保护法对个人信息的保护规定限制其完全自由流动,例如《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1034条规定“自然人的个人信息受法律保护”以及第1035条规定处理个人信息应当“征得该自然人或者其监护人同意”,又如我国《个人信息保护法》第13条规定个人信息处理者需要符合七种情形方可处理个人信息,而信息的自由流动对于科学研究、现象分析以及其他重要政治和经济职能的发挥具有关键作用。艾拉·鲁宾斯坦和伍德罗·哈佐格认为:“对信息收集和披露的全面和强有力的禁令将会对组织和整个社会造成不可思议的代价,即使这样的限制是明智的与政治上可接受的,关闭个人信息的研究和流动性将是毁灭性的”。〔3〕适用匿名化信息有利于对个人信息进行保护并促进个人信息流动,使有价值但敏感的个人信

### (一) 个人信息的匿名化

现代社会存在各种各样的匿名化技术,包括抑制、泛化、聚合、添加噪声、替代等,使对匿名化信息的使用满足个人信息保护法律的豁免要求,这些技术在不同程度上平衡个人信息保护与

〔1〕 中国信息通信研究院互联网法律研究中心、京东法律研究院编:《欧盟数据保护法规汇编》,中国法制出版社2019年版,第17页。

〔2〕 See Federal Trade Commission, *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations for Businesses and Policymakers*, available at <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>, last visited on Jul. 21, 2023.

〔3〕 Ira S. Rubinstein & Woodrow Hartzog, *Anonymization and Risk*, 91 Washington Law Review 703, 731 (2016).

个人信息利用。<sup>〔4〕</sup>“抑制”指从个人信息集中完全移除可识别信息，虽然这种技术为信息主体提供最稳妥的保护，但同时也大大降低匿名化信息的效用。“泛化”仅涉及修改标识符，例如显示一个人的出生时间而不是完整的日期，这种技术的优势在于妥善顾及个人信息的效用性，但对于信息主体提供的保护效力较弱。保罗·欧姆将“抑制”与“泛化”视为“发布即遗忘技术”，一旦个人信息管理员修改信息并发布记录，其将遗忘匿名化信息，不仅不会跟踪发布后数据的变化，也很难甚至无法撤回已发布内容。<sup>〔5〕</sup>聚合、添加噪声与替代技术通过阻碍对原始信息的查看大大降低匿名化信息与信息主体的可链接性，“聚合”通过对共享某些个人信息元素的信息主体进行分组来提供概括性信息，“添加噪声”将不精确的信息或数据插入原始信息集中，“替代”则是利用其他参数直接替换原始信息。<sup>〔6〕</sup>

我国《个人信息保护法》对匿名化与相近概念进行区分，例如第73条规定匿名化“是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程”，去标识化“是指个人信息经过处理，使其在不借助额外信息的情况下无法识别特定自然人的过程”，立法上认为匿名化指不可逆过程，而去标识化具有可逆性。本文认为需进一步思考两者之间的界限。匿名化与去标识化过程都是去除个人信息中具有可识别性的内容，只是匿名化需删除或加密所有具有可识别性的内容，而去标识化可以仅仅去除姓名、身份证号码等直接标识符或同时去除可将个体区分开而又不能直接识别个体的网络和设备ID等间接标识符，两者本质上都是去除可识别性内容，只是程度上存在差异，而不存在十分清楚的界限。<sup>〔7〕</sup>美国国家标准与技术研究院（National Institute of Standards and Technology, NIST）发布的《保护个人可识别信息机密性的指南》（Guide to Protecting the Confidentiality of Personally Identifiable Information）规定去识别信息为“删除或隐藏足够多的个人可识别信息的记录，使得剩余信息无法识别信息主体身份，并且没有合理依据相信该信息可用于识别信息主体”，该规定包含对匿名化与去标识化的定义，并没有刻意区分。<sup>〔8〕</sup>我国《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020）第9.2（b）条规定“向个人信息主体告知共享、转让个人信息的目的、数据接收方的类型以及可能产生的后果，并事先征得个人信息主体的授权同意。共享、转让经去标识化处理的个人信息，且确保数据接收方无法重新识别或者关联个人信息主体的除外”，该规定表达出处理个人信息应事先征得个人信息主体的同意，但是若共享、转让“去标识化处理的个人信息”则无需获得同意，该去标识化处理的个人信息应达到“数据接收方无法重新识别或者关联个人信息主体”的标准。所谓数据接收方无法重新识别或关联个人信息主体，实质上体现匿名化信息的内在含义，前述规定反映出去标识化信息与匿名化信息的

〔4〕 参见刘湘雯、王良民：《数据发布匿名技术进展》，载《江苏大学学报（自然科学版）》2016年第5期。

〔5〕 See Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, 57 UCLA Law Review 1701, 1712 (2010).

〔6〕 See Ira S. Rubinstein & Woodrow Hartzog, *Anonymization and Risk*, 91 Washington Law Review 703, 758 - 759 (2016).

〔7〕 欧美在相关制度上也具有共同性，例如欧盟使用“匿名化”和“假名化”制度，美国使用“去身份化”制度，这三种制度并没有本质区别。参见刘颖、谷佳琪：《个人信息去身份化及其制度构建》，载《学术研究》2020年第12期。

〔8〕 See National Institute of Standards and Technology, *Guide to Protecting the Confidentiality of Personally Identifiable Information (PII)*, available at <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-122/sp800-122.pdf>, last visited on Feb. 2, 2024.

概念混同性。网络服务商处理活动中也没有对匿名化与去标识化进行区别规定,例如《微博个人信息保护政策》第三项“我们如何委托处理、共享、转让及公开披露您的个人信息”中第2.3条规定:“为实现程序化广告推送,我们可能会与广告合作伙伴(包括广告主和其他广告服务提供商)共享去标识化或匿名化处理后的信息,以帮助其在不识别您个人身份的前提下提升广告的有效触达率。”〔9〕该规定并未对去标识化信息或匿名化信息进行区分,而是统一认定为不识别个人身份前提下扩大广告效果的有力措施。

## (二) 匿名化信息的适用标准

互联网经济的发展使大量信息充斥在网络空间,法律不可能监管所有的信息流动,如果没有清晰的监管边界,个人信息及隐私权益的法律保护就会扩大到几乎无限的信息内容,最终导致整个社会的经济发展停滞甚至瘫痪。〔10〕因此,在法律层面确立匿名化信息的定义并按照一定标准进行适用有利于明确信息监管的边界,使得隐私法与个人信息保护法只规制具有可识别性的个人信息而豁免匿名化信息,从而发挥信息的效用价值。匿名化信息的适用标准应当强调信息被匿名后的不可链接性。例如,欧盟第29条数据保护工作组发布意见对欧盟1995年《数据保护指令》(Data Protection Directive, DPD)第26条“豁免匿名化数据不受任何监管”的法律规定进行评价,强调“一个重要因素是匿名化处理必须不可逆转”,以及“像删除一样永久,即不可能重新识别个人数据”〔11〕。第29条数据保护工作组认为,匿名化技术可以提供隐私保护,并可能被用于生成高效的匿名化结果,但前提是应用程序设计得当。因此需要根据具体情况以及不同技术组合,明确何种匿名化信息符合豁免要求,构建匿名化信息的适用标准。个人信息处理者或者其他主体通过匿名化个人信息对信息主体的各项权益进行保护,不同场景对可识别信息的要求不同,有的只需删除直接标识符,有的则需同时删除直接标识符与间接标识符,从而防止对信息主体的隐私侵害或个人信息非法利用。

匿名化信息的适用标准应至少包含三层维度,分别对相同组织的其他成员、特定第三方与公众群体等接收主体适用不同的标准。相同组织的其他成员与匿名化处理主体具有紧密联系,但基于个人信息保护的考虑仍需进行匿名化。例如,医院收集并处理病人信息后向其附属的科研部门提供匿名化信息以供科学研究与难题攻关,此时的匿名化程度较低,只需对个人的姓名、联系电话等直接标识符进行删除或隐藏即可,以便于科研部门对目标数据进行病理特征或发展趋势的研究,否则将影响对信息的利用效率。特定第三方涉及网络服务商与通过分析个人信息提升产品与服务质量的广告商等其他信息中介,其利用个人信息对用户进行精准营销进而侵害个人生活安宁与人格自由发展等基本人格权益,因此需要进行完整的匿名化操作,此时的匿名化程度较高。例如,门户网站收集用户个人信息并进行匿名化处理后向第三方广告商提供,广告商在获取匿名化信息后基于更大盈利的考虑往往会试图找出目标用户的详细个人信息。为了防止广告商进行违法

〔9〕《微博个人信息保护政策》,载 <https://www.weibo.com/signup/v5/privacy>, 最后访问时间:2023年8月11日。

〔10〕参见程啸:《论个人信息权益与隐私权的关系》,载《当代法学》2022年第4期。

〔11〕Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, available at [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf), last visited on Jun. 11, 2023.

操作进而损害信息主体权益，应当进行更为严格的匿名化处理，除了删除直接标识符外，还需删除不具有直接识别性的间接标识符。第三类接收主体为普通公众，例如研究机构对大量志愿者的个人信息进行收集、分析，得出结论后再向公众发布，此时当然需要进行匿名化处理，但是与向特定第三方提供的匿名化信息不同，向公众群体提供的匿名化信息一般为大的趋势或具有高度概括性的结论，不含有涉及个人的任何标识，此时的匿名化程度最高。<sup>〔12〕</sup>

## 二、匿名化信息具有去匿名化风险

匿名化信息的定义具有挑战性，如果其定义过窄，则太多的信息流动将受到个人信息保护法的规制，进而使得个人信息保护法成为一种对几乎所有信息进行繁琐规定的监管制度，而定义过宽则造成太多个人信息不被法律保护，使个人信息保护法变得无关紧要。尤其在数据挖掘和行为营销等现代技术的背景下，伴随个人信息收集与分析技术的进步而产生的去匿名化措施使个人信息与匿名化信息之间的界限逐渐模糊。<sup>〔13〕</sup> 去匿名化是匿名化的逆措施，指对于已经删除标识符的个人信息进行重新识别并找到信息主体的过程，该措施的出现与快速发展使匿名化信息接收者能够进行重新识别。匿名化信息具有去匿名化风险，试图重新识别个人信息的实体可以利用辅助信息找到匿名化信息背后的自然人，再将该自然人链接到匿名化信息中，从而进行去匿名化处理。多数个人信息保护法与数据保护法在立法时去匿名化技术并不成熟，彼时对已经匿名化的信息进行重新识别不具有可行性，因此，我国《个人信息保护法》与欧盟《通用数据保护条例》等个人信息综合性法律，以及美国《格雷姆-里奇-比利雷法案》（Gramm-Leach-Bliley Act, GLBA）与美国《健康保险携带和责任法案》（Health Insurance Portability and Accountability Act, HIPAA）等专门性法律皆对匿名化信息与非匿名化个人信息进行二分法处理。<sup>〔14〕</sup> 但是，网络技术的快速发展以及强大的经济激励使得去匿名化具有可行性与针对性，导致对非匿名化的个人信息进行保护而对匿名化信息进行豁免处理的匿名化制度存在弊端，尤其在匿名化信息被重新识别后丧失法律保障或无法进行及时的法律救济。绝对意义上“匿名化信息不能重新识别”的静态标准过于理想化，而这种理想化来源于对匿名化技术的绝对信心，从而导致制度安排上的不周全。<sup>〔15〕</sup>

### （一）技术进步使去匿名化具有可行性

技术进步使具有正确外部信息的信息中介能够利用匿名化信息的剩余效用揭示已经匿名化的各项信息，例如智能设备及其所具有的算法系统可以主动收集各项匿名化信息并与正确的辅助信息进行配对、互联网 Cookie 程序能够追踪匿名用户的网络行为从而精确识别具体个人等。因此，

〔12〕 参见〔美〕克莱·舍基：《人人时代：无组织的组织力量》，胡泳、沈满琳译，浙江人民出版社2015年版，第8-12页。

〔13〕 参见王立梅：《大数据视角下的个人信息匿名化规则构建》，载《云南民族大学学报（哲学社会科学版）》2021年第5期。

〔14〕 美国《格雷姆-里奇-比利雷法案》要求金融机构向消费者提供不将其非公开的个人信息共享给第三方的选择机会，但同时也规定如果信息“不包含账号、姓名或地址等个人标识符的汇总信息或盲数据”，则不应被视为个人身份信息，也不受该法规的监管。See 16 C. F. R. § 313.3 (o) (2) (ii) (B) (2008). 美国《健康保险携带和责任法案》隐私规则明确豁免去识别健康信息，“允许使用重要信息的同时保护寻求治疗的人的隐私”。See 45 C. F. R. § 164.502 (d) (2) (2017).

〔15〕 参见姚佳：《个人信息主体的权利体系——基于数字时代个体权利的多维观察》，载《华东政法大学学报》2022年第2期。

至少对于有用的信息集与数据库而言,完美的匿名化难以实现,总有一些外部信息可以与匿名化信息结合,从而揭示个人真实信息。

### 1. 智能设备自动识别个人信息

为了提高产品与服务质量,商家在生产智能设备时添加信息收集功能,即使用户采取匿名的方式使用,该种设备也将尽可能多地收集信息以便对信息主体进行识别,进而提供更加符合用户需求的服务。例如,物联网的发展越来越多地将日常物品连接至网络,包括家庭自动化系统、自动驾驶汽车、汽车跟踪设备和智能医疗设备等,这些设备通过收集用户信息进行功能优化,同时也为商家收集个人信息创造新的渠道。智能设备能够直接收集敏感信息,例如精确的地理位置、金融账户或健康信息等。<sup>[16]</sup>而且,伴随智能设备的使用种类和范围不断扩大,即使未能直接收集用户敏感信息,其也可以通过对大量匿名化信息的去匿名化操作推断出正确的个人信息。

对于智能设备而言,删除姓名、电话号码、地址、单位等具有识别符的信息内容并不能阻碍去匿名化过程,因为“剩余的数据仍然可以帮助商家重新识别用户,方法是将数据链接或匹配到其他数据库,或查看数据库字段和记录本身的独特特征”<sup>[17]</sup>。该方法也被称为“信息累积方法”,指一旦信息收集者将两个或多个信息集结合在一起,则可以将新链接的匿名化信息添加到已识别的其他信息中,并使用这些信息帮助解锁匿名化信息。阿尔温德·纳拉亚南和维塔利·施玛蒂科夫提出:“一旦任何数据与一个人的真实身份相关联,该数据与其他任何数据的关联都会破坏后者的匿名性。”<sup>[18]</sup>例如,用户在购买智能设备时只提供常用的电子邮箱地址,由于智能设备具有网络连接性,当其在网络空间搜索到用户使用电子邮箱地址的其他行为和匹配信息时,将自动收集并发回生产商家,以便商家对用户信息进行累积收集并重新识别更多匿名化信息。因此,甚至只是暴露非敏感个人信息的重新识别事件也具有极大侵害风险,原因在于它们增加特定信息的可链接性,从而使信息主体在未来承受更多个人信息泄露和侵害风险。正如欧姆所述,一旦数据收集者能够将一个匿名化数据与数据主体同步,则他们还能够将合并后的个人数据与第二个匿名化数据进行匹配,然后是第三个,以此类推直至建立完整的个人数据库。<sup>[19]</sup>

### 2. IP地址确认与Cookie软件跟踪

用户使用网络服务通过不注册网站账号或要求网络服务商不跟踪等形式进行匿名化操作,但这种“匿名化操作”具有迷惑性。由于IP地址是宽带连接所必须配备的且不会改变,一旦计算机连接至互联网,就已经产生一个基本的内置识别系统。<sup>[20]</sup>网络服务商可以通过固定的IP地址获得用户“数据指纹”,使基于删除个人可识别信息以对匿名化信息进行豁免使用的立法意图变

[16] 参见朱晓峰、黎泓玥:《私密信息与敏感个人信息区分保护论》,载《经贸法律评论》2023年第1期。

[17] Latanya Sweeney, *Maintaining Patient Confidentiality When Sharing Medical Data Requires a Symbiotic Relationship Between Technology and Policy* 6, available at <http://privacy.cs.cmu.edu/dataprivacy/projects/law/aiwp.pdf>, last visited on Apr. 13, 2023.

[18] Arvind Narayanan & Vitaly Shmatikov, *Robust De-anonymization of Large Sparse Datasets*, available at [http://www.cs.utexas.edu/~shmat/shmat\\_oak08netflix.pdf](http://www.cs.utexas.edu/~shmat/shmat_oak08netflix.pdf), last visited on Sep. 18, 2023.

[19] See Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, 57 UCLA Law Review 1701, 1725-1727 (2010).

[20] 参见韩旭至:《大数据时代下匿名信息的法律规制》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2018年第4期。

得徒劳，“对于拥有外部信息权的主体而言，一切信息都是个人可识别信息”〔21〕。

Cookie 软件也是对匿名化信息进行去匿名化处理的有效工具，网络服务商能够利用 Cookie 对用户进行跟踪分析，使得匿名状态下的网络行为可以精准追踪到具体个人。美国联邦贸易委员会解释道：“这种对消费者来说通常是无形的做法，允许企业将他们的广告更紧密地与推断的受众兴趣联系在一起。企业通常使用‘Cookie’来跟踪消费者的在线活动，并将这些活动与特定的电脑或设备联系起来。”〔22〕从 20 世纪 90 年代起，Cookie 被用于在不同网页之间传递信息，并对重复访问者进行重新识别。〔23〕由于早期浏览器设立的安全策略，Cookie 存储的信息并不能被其他网站访问，只允许特定网站在特定范围内跟踪用户的网络行为，因此起初被称为“第一方 Cookie”的技术并不会造成太大的隐私问题。〔24〕但是，随着网络技术的发展，Cookie 已经衍变为信息共享技术并在网站中无处不在。例如，跨域跟踪即通过第三方放置在不同网站上的 Cookie 予以实现，网络服务商通常在用户的计算机上放置一个 Cookie 软件并根据用户访问的网站范围创建用户配置文件，当用户从一个网站转移至另一个网站时，网络服务商能够利用 Cookie 对用户活动进行识别。〔25〕在“Cookie 同步”过程中，不同网络服务商使用的大量“第三方 Cookie”被链接起来，从而使用户的个人信息在多个平台上传播。〔26〕

## （二）经济激励使去匿名化具有针对性

大数据环境和无处不在的个人信息收集技术使去匿名化变得越来越可行，信息收集主体能够获得更多的辅助信息对匿名化信息进行识别。对于网络服务商、广告商而言，重新识别用户个人信息有利于产品与服务的定向营销，存在强大的经济激励。随着去匿名化成为一项可行且有利可图的措施，重新识别匿名化信息的风险也在增加。

### 1. 去匿名化个人信息有利于定向营销

阿瑟·米勒早在 1971 年就提出计算机化将允许“包括预测个人或群体行为的模拟活动”，警告未来可能会出现由组织利用计算机进行“人为操纵”，影响和塑造用户行为。〔27〕如今的数字和互联网技术使米勒预言成为现实，现代营销的目标是对个人进行有针对性的跟踪，以定制产品、服务和价格。定向营销已经成为跟踪和汇总用户个人信息的强大经济激励手段，与此同时，一个以收集、整合、识别和出售用户个人信息为唯一目标的完整行业正在形成。用户个人信息和网络

〔21〕 Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, 57 UCLA Law Review 1701, 1723 (2010).

〔22〕 Federal Trade Commission, *Self-regulatory Principles for Online Behavioral Advertising*, available at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-staff-report-self-regulatory-principles-online-behavioral-advertising/p085400behavadreport.pdf>, last visited on Sep. 21, 2023.

〔23〕 See Matthew C. Keck, *Cookies, The Constitution, and the Common Law: A Framework for the Right of Privacy on the Internet*, 13 Albany Law Journal of Science and Technology 83, 88 (2002).

〔24〕 See Ira S. Rubinstein, Ronald D. Lee & Paul M. Schwartz, *Data Mining and Internet Profiling: Emerging Regulatory and Technological Approaches*, 75 University of Chicago Law Review 261, 262 (2008).

〔25〕 See Matthew C. Keck, *Cookies, The Constitution, and the Common Law: A Framework for the Right of Privacy on the Internet*, 13 Albany Law Journal of Science and Technology 83, 89 (2002).

〔26〕 See *Cookie Synching*, Krux, available at [http://www.kruxdigital.com/broadcasts/krux\\_blog/cookie\\_synching/](http://www.kruxdigital.com/broadcasts/krux_blog/cookie_synching/), last visited on Sep. 17, 2023.

〔27〕 See Arthur R. Miller, *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks, and Dossiers*, University of Michigan Press, 1971, pp. 42–43.

活动处于网络服务商的“监控”之下，施奈尔提出：“监控是互联网的商业模式。每个人都处于许多公司的监控之下，从脸书公司这样的社交网络到手机供应商，这些数据被收集、编译、分析，并用于试图向我们出售产品。”<sup>〔28〕</sup>网络服务商从社交媒体账户、公共空间记录、消费者购买数据和网页浏览活动中收集大量信息，在信息主体不知情的情况下整合这些信息并进行识别，继而转售或进行定向营销。对匿名化信息的收集、使用等活动受到法律的豁免保护，导致存在一个基本上不受监督且利润很高的行业，使个人信息遭受极大的侵害风险。

定向营销对匿名化信息的重新识别包括两种模式，即与线下信息的融合以及与过去信息的融合。杰弗里·切斯特提出：“在互联网时代，广告商正在开发越来越复杂的技术来跟踪、分析和说服我们。”<sup>〔29〕</sup>营销人员将线上收集的匿名化信息与线下信息相结合，即使用户只提供匿名化信息，其也能够交叉参考各项线下信息获得用户的真实房产信息、家庭收入、婚姻状况、联系电话等个人信息。例如，广告商采用精确的流程专注于更小的人群（例如对某小区的居民进行识别），根据线上获得的匿名化信息对应线下接触的具体客户（例如根据线上提供的停车位号码找到小区居民的居住详细地址与使用的汽车品牌等），由于信息主体倾向于在线上提供模糊信息而在线下提供真实信息，广告商能够快速锁定潜在客户并进行定向广告的投放。与过去信息的融合主要表现在网络空间中，网络服务商存储大量用户过去信息，“并能够在未来匹配更多的有价值信息”<sup>〔30〕</sup>。即使法律要求不得收集个人真实敏感信息或未经用户明确同意不得收集个人信息，但是网络服务商已经在先获得大量可识别信息，导致用户仅提供匿名化信息时网络服务商也可以轻易进行去匿名化操作从而获利。

## 2. 去匿名化个人信息具有数字资产属性

个人信息具有数字资产属性，当网络服务商或其他持有者无法正常运转时，个人信息将作为一种资产进行处分。例如，网络零售商爱儿玛公司（Toysmart）制定非常严格的隐私政策保护客户个人信息，但是当其破产时，这些客户信息将作为资产出售给其他公司。<sup>〔31〕</sup>虽然网络服务商等个人信息处理者向用户承诺妥善保管个人信息并进行匿名化处理，如《腾讯隐私政策》“存储信息的期限”项下规定“当我们的产品或服务发生停止运营的情形时，我们将采取例如，推送通知、公告等形式通知您，并在合理的期限内删除或匿名化处理您的个人信息”，但是该隐私政策同时在“第三方数据处理及信息的公开披露”项下规定“随着我们业务的持续发展，当发生合并、收购、资产转让等交易导致向第三方转移您的个人信息时，我们将通过推送通知、公告等形式告知您相关情形，按照法律法规及不低于本隐私政策所要求的标准继续保护或要求新的管理者继续保护您的个人信息”<sup>〔32〕</sup>。也就是说，当业务发生变化或为了更好的发展时，腾讯公司极有可

〔28〕 Liz Mineo, *On Internet Privacy, Be Very Afraid*, available at <https://today.law.harvard.edu/internet-privacy-afraid/>, last visited on Aug. 20, 2023.

〔29〕 Jeff Chester, *Digital Destiny*, The New Press, 2007, p. 128.

〔30〕 Bridget Small, *FTC Report Examines Data Brokers*, available at <https://www.consumer.ftc.gov/blog/2014/05/ftc-report-examines-data-brokers>, last visited on Oct. 11, 2023.

〔31〕 See Patrick F. Gallagher, *The Internet Website Privacy Policy: A Complete Misnomer?*, 35 Suffolk University Law Review 373, 375 (2001).

〔32〕 《腾讯隐私政策》，载 <https://privacy.qq.com/policy/tencent-privacypolicy>，最后访问时间：2023年9月3日。

能对已经匿名化的个人信息进行重新识别并向第三方转移。尽管腾讯公司向用户保证即使发生个人信息的流转也会要求新的管理者进行妥当保护，但事实上该规定仅具有宣示性作用而难以体现规范性效果，且由于用户对网络虚拟世界的陌生以及专业技能的匮乏，当其个人信息受到侵害时也无法及时寻求阻止与救济。

### （三）用户依赖使去匿名化具有规模性

网络深度参与到现实生活中使无处不在的个人信息收集成为可能，例如商场、餐厅、游乐场等商家大量使用智能网络技术收集用户的面部照片、电话号码、地理位置和其他个人信息，以满足对便利服务的持续连接需求。用户向网络服务商提供信息不断常规化并具有规模性，一方面由于用户对自身个人信息的保护意识薄弱而主动提供大量信息甚至包括未匿名化的真实个人信息以换取便利和折扣优惠，另一方面由于长期使用相同网络服务或产品而导致放弃成本过高，用户不得不继续提供相关信息。

#### 1. 用户主动依赖

随着从智能手机、健身追踪器到搜索引擎和地理位置跟踪应用程序的各种技术提供令人“着迷”的便利性，例如智能手机中网上预订与智能评价等应用程序为用户节约大量时间与精力，人们“似乎越来越愿意为了便利而放弃基本的隐私，并‘勉强’接受被公司监控的事实”<sup>〔33〕</sup>。美国皮尤研究中心（Pew Research Center）评估用户能够在多大程度上提供个人信息以换取某些交易折扣，发现“在各种情况下，许多美国人会分享个人信息或允许监控，以换取他们认为有价值的东西”<sup>〔34〕</sup>。可见，为了获得更大的便利性或是眼前利益，大量用户愿意提供未被匿名化的个人信息，导致其他场景下的匿名化信息与这些个人信息交叉从而被重新识别，或是其他只提供匿名化信息的用户由于与提供真实个人信息的用户在时间或空间上重叠而被去匿名化，从而形成个人信息集合。例如，早在2007年，美国得克萨斯州的两名研究人员已经利用少量的真实信息对网飞公司（Netflix）公开发布的用户电影评级匿名数据库进行重新识别。<sup>〔35〕</sup>只要少量用户提供真实个人信息，信息中介等具有去匿名化技术的实体就能够利用信息之间的联系以及时空因素对其他匿名化信息进行重新识别。

#### 2. 用户被动依赖

《中华人民共和国消费者权益保护法》（2013年修正）第9条规定“消费者享有自主选择商品或者服务的权利”，但是，当用户长期使用某一智能手机应用程序或其他网络产品时，由于已经形成对所提供服务的依赖，所谓享有“选择使用或退出”的权利并不现实。<sup>〔36〕</sup>用户最初使用某一网络产品或服务时只是关注当下或短期利益，而不是未来或长期利益，这种短视或可称为“现

• 641 •

〔33〕 Liz Mineo, *On Internet Privacy, Be Very Afraid*, available at <https://today.law.harvard.edu/internet-privacy-afraid/>, last visited on Aug. 20, 2023.

〔34〕 Lee Rainie & Maeve Duggan, *Privacy and Information Sharing*, available at <http://www.pewinternet.org/2016/01/14/privacy-and-information-sharing/>, last visited on Jul. 14, 2023.

〔35〕 See Arvind Narayanan & Vitaly Shmatikov, *Robust De-anonymization of Large Sparse Datasets*, *Proc. of the 29th IEEE Symposium on Security and Privacy*, available at [http://www.cs.utexas.edu/~shmat/shmat\\_oak08netflix.pdf](http://www.cs.utexas.edu/~shmat/shmat_oak08netflix.pdf), last visited on Sep. 18, 2023.

〔36〕 参见夏庆锋：《网络空间个人信息保护的通知义务完善与动态匿名化》，载《江汉论坛》2022年第3期。

实偏爱”的做法导致用户对网络服务商提供的产品或服务产生行为锁定，当行为主体的行为因习惯、组织学习或文化而“陷入”某种低效或次优状态时，行为锁定就会发生。<sup>〔37〕</sup>虽然用户对收集信息的去向可能感到不满，但是由于被动依赖性已经形成，且网络服务商作出承诺进行匿名化处理等安慰措施，使得个人信息收集、存储的现象愈发普遍。正如前文所述，即使网络服务商对个人信息进行匿名化处理，但是当其出售给广告商等其他信息中介时，信息接收者为了实现个人信息所具有的资产价值势必进行去匿名化处理。社会活动需要人们使用智能手机、申请电子邮箱与注册社交媒体账户，而随着现实社会适应技术创新并更加依赖技术的便利，作为弱势的普通用户只能不断出让个人信息利益，使信息中介持续获得数量巨大的去匿名化个人信息。

### 三、禁止去匿名化措施存在不足

个人信息的匿名化过程通常会删除直接标识符与间接标识符，但是一般不会删除准标识符（指不具有识别性，但可以与其他信息合并后产生链接性以帮助识别信息主体的信息内容），一方面原因在于准标识符不具有与直接标识符或间接标识符同等的可识别属性，另一方面则因为准标识符传达的内容有利于保持信息效用，防止信息的价值减损过大。<sup>〔38〕</sup>例如，受教育程度、收入区间、宗教信仰等信息不具有与姓名、身份证号码、单位等信息相同的识别性，但当这些信息在特定上下文语境中或与其他信息合并时，则能够对应至特定的信息主体。然而，正是由于准标识符的存在使完美匿名化难以实现。欧盟第29条数据保护工作组在其发布的05/2014号意见书《关于匿名化技术的意见》中也提出：“在本意见书中，工作组使用‘匿名化技术’这一概念，而非‘匿名性’或‘匿名数据’，从而指出任何旨在将数据匿名化的技术和组织措施对于数据被再识别所引致的固有剩余风险。”<sup>〔39〕</sup>虽然网络服务商等信息中介在隐私政策或用户协议中承诺保护用户个人信息并进行匿名化处理，信息发出者与信息接收者订立合同约定不得进行去匿名化操作，甚至立法中直接规定去匿名化禁令，但这些措施皆无法有效禁止去匿名化，使信息主体承受各种去匿名化风险与直接侵害。

#### （一）网络服务商承诺不具有广泛效力

网络服务商为用户提供记录与发布个人信息的平台，但由于去匿名化技术的不断发展以及识别者能够获得大量公共信息，即使网络服务商承诺进行匿名化保护也极有可能被他人识别。<sup>〔40〕</sup>前述网飞公司匿名数据库识别案例中所使用的辅助信息完全来源于网络中的公共信息，大量公共信息的存在使匿名化信息转变为个人信息具有可能，增加去匿名化风险。以一款名为耳语（Whisper）的匿名社交网络应用为例。耳语自称是互联网上“最安全的地方”，然而它的使用条款已经演变成讲述“一个更真实、更不可靠的关于匿名化的故事”。《耳语隐私政策》规定：“我

〔37〕 参见夏庆锋：《网络合同中不正当格式条款的纠正规则》，载《江淮论坛》2020年第2期。

〔38〕 参见高富平：《个人信息流通利用的制度基础——以信息识别性为视角》，载《环球法律评论》2022年第1期。

〔39〕 Article 29 Data Protection Working Party 0829/14/EN WP216, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, available at [http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf), last visited on Sep. 19, 2023.

〔40〕 See Jane Yakowitz, *Tragedy of the Data Commons*, 25 *Harvard Journal of Law & Technology* 1, 25–26 (2011).

们收集很少的可以用来识别您个人的信息，……我们的目标是为您提供一种工具，让您在保持匿名的情况下表达自己。然而，请记住，您在 Whisper 将是公开可见的，所以如果您想保持匿名，您不应该在您的 Whisper 中包括任何个人信息，……即使您在 Whisper 中不包含个人信息，您对服务的使用仍可能使他人随着时间的推移，根据您的 Whisper 内容以及您的大致位置确定您的身份，……”<sup>〔41〕</sup> 该条款显示出网络服务商承诺的不可靠性，无法产生约束其他信息接收者不进去匿名化活动的广泛效力，即使网络服务商采取措施阻止去匿名化操作，识别者仍然可以根据一些基本的信息进行重新识别。

网络服务商承诺无法对抗“蓄意侵入者”的攻击，在“西北纪念医院诉阿什克罗夫特案”（Northwestern Memorial Hospital v. Ashcroft）中，理查德·波斯纳法官敏锐地观察到匿名化信息容易被重新识别。<sup>〔42〕</sup> 政府要求信息主体提交部分接受堕胎手术的妇女病历，为了不泄露这些妇女的身份，其中涉及个人信息的内容将被删除。<sup>〔43〕</sup> 法院认为，虽然对相关个人信息进行删除，但前述病历仍然侵犯妇女的隐私权，因此撤销政府的要求。<sup>〔44〕</sup> 波斯纳法官认为：“这些女性中的一些人会担心，当她们被涂黑的记录成为纽约审判记录的一部分时，她们的熟人或熟练的‘谷歌人’对每个病人的病史和性记录进行筛选，就能把 45 名女性‘排除’出来，从而使她们遭受威胁、羞辱和谩骂。”<sup>〔45〕</sup> 波斯纳法官虽然仅使用“熟练的谷歌人”这一简单词汇，但实际上概括出现代网络技术对个人信息的深度挖掘能力，能够对已经匿名化的个人信息进行检索与分析，并将其与其他信息联系以进行去匿名化处理。《谷歌隐私权政策》规定“我们不会与广告主分享可用于识别您个人身份的信息，例如您的姓名或电子邮箱地址”，虽然谷歌公司承诺不针对匿名化信息进行去匿名化处理，但谷歌平台是一个开放式平台，其他用户或公司完全可以利用谷歌搜索与分析技术对匿名化信息进行重新识别。<sup>〔46〕</sup> 因此，即便谷歌等网络服务商承诺保护用户个人信息并进行匿名化处理，但利用大量公共资源的便利性使他人能够轻松进行去匿名化操作，导致个人隐私与人格利益等遭受侵害。

## （二）合同义务约定无法发挥制约作用

美国一些州的法律采用匿名化标准，要求监管实体公开承诺以匿名化形式维护信息，且不得重新识别信息，同时对信息接收者施加“下游合同义务”，即匿名化信息接收者同意遵守与监管实体相同的数据保护要求。例如，《加州消费者隐私法案》（California Consumer Privacy Act, CCPA）、《弗吉尼亚州消费者数据保护法案》（Virginia Consumer Data Protection Act, VCDPA）、《科罗拉多州隐私法案》（Colorado Privacy Act, CPA）、《信息透明与个人数据控制法案》（Information Transparency and Personal Data Control Act, ITPDCA）等法律都采用“公共承

〔41〕 Paul Lewis & Dominic Rushe, *Revealed: How Whisper App Tracks “Anonymous” Users*, available at <http://www.theguardian.com/world/2014/oct/16/-sp-revealed-whisper-app-tracking-users>, last visited on Dec. 20, 2022.

〔42〕 See *Northwestern Memorial Hospital v. Ashcroft*, 362, F. 3d 923, 929 (7th Cir. 2004).

〔43〕 See *Northwestern Memorial Hospital v. Ashcroft*, 362, F. 3d 923, 925 (7th Cir. 2004).

〔44〕 See *Northwestern Memorial Hospital v. Ashcroft*, 362, F. 3d 932–933 (7th Cir. 2004).

〔45〕 See *Northwestern Memorial Hospital v. Ashcroft*, 362, F. 3d 929 (7th Cir. 2004).

〔46〕 参见《谷歌隐私权政策》，载 <https://policies.google.cn/privacy?hl=zh-CN&gl=cn>，最后访问时间：2022 年 11 月 9 日。

诺+合同义务”的匿名化标准。<sup>[47]</sup> 合同义务要求匿名化信息接收者遵守其与信息发出者的约定,不得对匿名化信息进行去匿名化处理。但是,重新识别完全可以在“阴影”中发生。例如,网络服务商将其持有的用户个人信息集进行匿名化并出售给营销公司,网络服务商与营销公司订立合同约定不得对匿名化信息进行去匿名化处理,尽管营销公司作出承诺不会重新识别匿名化信息,但面对可能带来的巨大利益,且进行去匿名化处理时网络服务商无法得知或进行干预,合同义务的约定难以发挥制约作用。虽然信息接收者负有妥善保管匿名化信息的义务,但其完全能够秘密地进行重新识别,不仅网络服务商与其他监管机构无法察觉,而且作为受害人的信息主体也难以找到实际过错方。

合同义务约定无法发挥制约作用的另一个因素在于其不能成为具有严格制约效力的规范。例如,当下游信息接收者是一个旨在促进公权力完善、提高社会管理效率或是进行科研创新的研究机构时,将如何适用合同义务的约定?此时作为促进社会进步的研究人员是否仍需遵守匿名化规定而不得获取更为详细的信息背景资料?域外立法对此已有规定,例如美国《健康保险携带和责任法案》中的隐私规则规定,如果任何一方在加州居住或经营,则附带健康隐私信息的销售或许可合同必须声明:(1)交换的匿名化信息包含匿名化的患者数据;(2)根据 CCPA,重新识别和试图重新识别是被禁止的;(3)除非法律另有要求,只有在第三方受到同等或更严格条件的合同约束下,接收者方可重新披露已去除身份的信息。<sup>[48]</sup> 该规则强调当“法律另有要求”时接收者可以对匿名化信息进行重新识别,也就是说,当研究人员为了公共利益收集匿名化信息并进行去匿名化处理时符合前法要求而无需遵守不得重新识别的合同义务约定。虽然合同明确约定不得重新识别匿名化信息,但只要接收者提出“合理理由”即可轻易违背合同义务且不受追责,这极大地抵消不法识别者的违约成本。例如,新冠疫情期间部分医疗服务平台违背与用户的匿名约定,以“公共利益”“义诊”等为理由对匿名化医疗信息进行去匿名化并用于广告推送、用户画像和信用评价等商业活动,使个人信息权益遭受损害。当更多的下游信息接收者提出“合理理由”进行去匿名化操作时,必然导致合同义务约束去匿名化不再可行。

### (三) 立法直接禁止难以实现规制效果

有学者提出通过直接立法对去匿名化行为进行禁止,规定个人信息经过匿名化处理后信息管理者需要向信息主体作出承诺保护各项权益,如果出现重新识别的情形时则向有过错的信息管理者和信息识别者追究法律责任。<sup>[49]</sup> 域外立法已有相关措施,例如美国《加州健康与安全法规》(California Health and Safety Code, CHSC)规定“在任何情况下,医院、缔约者或次缔约者均

[47] See Cal. Civ. Code § 1798.140 (m) (2)—(3) (2021); VA. Code Ann. § 59.1-575 (2021); Colo. Rev. Stat. § 6-1-1303 (11) (b)—(c) (2021); Information Transparency & Personal Data Control Act, H. R. 1816, 117th Cong. § 7 (6) (C)—(F) (2021).

[48] See Nick Weil, *The De-identification Dilemma: When HIPAA Entities Become CCPA Subjects*, 24 Journal of Health Care Compliance 47, 48 (2022).

[49] See Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, 57 UCLA Law Review 1701, 1758 (2010). 国内也有学者提出立法中应明确禁止数据使用人以任何目的从事身份再识别行为,并追究从事再识别行为主体的法律责任。参见金耀:《个人信息去身份的法理基础与规范重塑》,载《法学评论》2017年第3期;齐英程:《我国个人信息匿名化规则的检视与替代选择》,载《环球法律评论》2021年第3期。

不得重新确认或试图重新确认根据本节收到的任何信息”<sup>[50]</sup>，美国《统一个人数据保护法案》（Uniform Personal Data Protection Act, UPDPA）也规定，通过重新识别或导致重新识别假名数据或去标识化数据来收集或创建个人数据被视为“禁止的数据实践”。<sup>[51]</sup>立法者试图通过去匿名化禁令解决后顾之忧，防止去匿名化对信息主体造成损害，然而实践中禁止去匿名化的规制效果并不理想。美国《加州健康与安全法规》仅规定医院与缔约关系人不得进行去匿名化处理，而承受去匿名化风险的患者更加担心他们的匿名化信息被技术公司、非临床研究团队、新闻记者、非专业社区成员和其他非健康行业参与者重新识别。美国《统一个人数据保护法案》虽然包括全面禁止数据重新识别的内容，但同时规定除外规则，即“（a）重新识别是由之前进行假名或去标识化的控制者或处理者执行的；（b）数据主体希望进行重新识别的控制者以识别的形式持有其个人数据；（c）重新识别的目的是评估去标识化数据的隐私风险，进行重新识别的人不得使用或披露重新识别的个人数据，除非向创建去标识化数据的控制者或处理者证明隐私漏洞”三种情况可以对匿名化数据进行重新识别。<sup>[52]</sup>前述（b）项规定“数据主体希望进行重新识别”的情形下可以进行去匿名化处理，但实践中网络用户很少直接向网络服务商提出要求希望将匿名化的信息进行去匿名化处理，这种处理方式对于用户并无利益可言，反而有利于网络服务商进行有针对性的营销或作为数字资产的一种。因此，网络服务商完全可以通过各种形式使用户作出非真实内心意思的同意表示，继而进行去匿名化处理，导致立法禁令形同虚设。<sup>[53]</sup>日本《个人信息保护法》与英国《新数据保护法案》（New Data Protection Bill）也有禁止去匿名化的规定，但去匿名化过程本身具有的隐蔽性以及立法上对匿名化信息的在先豁免规定使规制效果并不明显。而且，即使立法能够根据匿名化情况制定具体措施，但是由于法律法规的起草与实施需要的周期较长，当法律予以公布时去匿名化技术已经发展到新的阶段，立法措施仍然难以发挥较好的规制作用。

事实上，有些法律已经放弃直接禁止去匿名化的规制模式，而是进行妥协。美国《健康保险携带和责任法案》隐私规则允许所规制的实体重新识别匿名化的健康信息，规定采用分配一个代码或其他记录标识的方法来允许被标识的信息被规制实体重新识别，只要（1）记录识别手段不是“源自”关于数据主体的信息或以其他方式能够被“翻译”以识别数据主体，以及（2）规制主体没有“为任何其他目的”使用或披露记录识别手段或是披露重新识别的机制。<sup>[54]</sup>该隐私规则明确指出，如果已经匿名化的信息被重新识别，受法律规制实体对信息的使用和披露必须遵守隐私规则的要求。<sup>[55]</sup>前述隐私规则对于去匿名化措施的妥协具有实际意义，但要求重新识别匿名化信息的主体遵守数据保护法律的规定不具有可期待性。对匿名化信息进行重新识别本身具有隐蔽性，网络服务商或广告商等其他信息中介难以主动承担法律所规定的义务内容，且作为信息

[50] Cal. Health & Safety Code § 128766 (b) (2021).

[51] See Cason Schmit, Brian N. Larson & Hye-Chung Kum, *Data Privacy in the Time of Plague*, 21 Yale Journal of Health Policy, Law & Ethics 152, 202–208 (2022).

[52] See Cason Schmit, Brian N. Larson & Hye-Chung Kum, *Data Privacy in the Time of Plague*, 21 Yale Journal of Health Policy, Law & Ethics 152, 208 (2022).

[53] 参见夏庆锋：《网络合同格式条款提示说明义务的履行瑕疵与完善措施》，载《清华法学》2022年第6期。

[54] See 45 C. F. R. § 164.514 (c).

[55] See 45 C. F. R. § 164.502 (d) (2) (i)–(ii).

主体的用户已经确认个人信息将以匿名化的方式保存或作其他使用,更无及时发现匿名化信息被重新识别的敏感性和必要专业知识。

#### 四、基于动态匿名化的增强保护

匿名化措施能够隐蔽或删除可识别信息从而降低流动信息与对应主体的可链接性,防止对信息主体的直接识别,应该受到鼓励。但是,由于各种去匿名化技术的出现与升级,重新识别匿名化信息的风险不断升高。考虑到信息收集的普遍性,以及信息中介重新识别匿名化信息的强大经济动机,我国《个人信息保护法》试图使用静态的匿名化制度区分匿名化信息与非匿名化个人信息并适用不同保护措施存在不足。静态匿名化倾向于制造一种明确和永久轮廓的泡影,假设一旦个人信息被匿名化则无法链接至信息主体,不仅初始个人信息处理者可以不再顾及,而且信息接收者也没有任何保护义务或责任。实际上并非如此,静态匿名化只是一种暂时的状态,当匿名化信息放在不同语境下或与不同的信息集交叉时将被重新识别。由于创建完美的匿名化信息难度很大,应该采用动态的方法对去匿名化风险进行定期评估,包括对匿名化信息可能造成的损害与匿名化信息所在语境的变化等因素进行分析。<sup>[56]</sup> 动态匿名化方法与静态匿名化的一次性标准不同,是一种持续性的规范措施,更加关注基于流程的规制而非仅仅关注基于结果的规制。例如,动态匿名化能够根据匿名化信息所包含的具体信息及相关内容来判断去匿名化风险的高低以及是否需要重新匿名化,包括对信息唯一性、信息敏感度、信息处理者类型、信息用途、信息处理技术等因素的考察。当匿名化信息不具有唯一性时,此时去匿名化风险较低,即使具有某些非直接识别符也不会对信息主体造成损害,而当匿名化信息具有高度唯一性时(例如国内排名前2的高校大学生月平均生活费的匿名化信息),则较为容易进行重新识别,需进行严格的匿名化处理与动态监督。又如,健康、金融等个人信息具有较高敏感性,需要利用动态匿名化标准进行区分并实时评估损害风险,且当匿名化信息处理者为网络服务商等商业主体时也应采用严格的动态匿名化方法,防止对个人产生信息权益的损害风险甚至现实损害。此外,在商业主体的匿名化信息处理行为同样导致对个人产生较大的损害风险以及信息匿名化处理技术不彻底等情形下,亦需进行严格的动态匿名化测试,从而实现匿名化制度对个人信息权益的增强保护。

##### (一) 动态匿名化关注可能损害

动态匿名化更加关注匿名化信息被去匿名化的风险以及由此给信息主体造成的损害。匿名化信息与非匿名化个人信息之间的界限不应当是固定的,在某一个时期内匿名化信息的利用不会对信息主体造成损害,则此时无需进行保护,而在另一个时期内技术的发展使去匿名化成为可能甚至已经实际造成损害,则需要再进行匿名化处理。只要匿名化信息的利用行为存在损害风险,就不能认定为完全匿名化,需要根据具体的使用情况采取措施。英国信息专员办公室(Information

<sup>[56]</sup> 有学者提出应当将风险管理理念嵌入个人信息匿名化的法律制度构建中,实际上也反映出一种动态化的观点。参见张丽、许多奇:《风险控制理念下我国个人信息匿名化处理的法律规制》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2023年第2期。

Commissioner's Office, ICO) 在其早期发布的匿名化规则中已经尝试使用基于损害风险的方法, 提出当受到损害的风险越高时, 应采取的程序措施就越严格, 反之亦然。<sup>[57]</sup> 上海市数据交易中心 2016 年出台的《流通数据处理准则》也有对隐私风险的持续关注, 其中第 3 条第 8 款规定: “数据持有人应对数据流通的隐私风险进行评估, 确保流通涉及的个人数据处理和服务符合数据和隐私保护要求。”但是, 对可能损害的分析存在认定困难, 损害在隐私法中是一个有争议的概念, 实践中“许多损害都是渐进的, 或者难以量化和阐明, 甚至需要等到事实发生多年后才会被发现”<sup>[58]</sup>。由于去匿名化过程本身具有隐蔽性, 而判断损害的发生依赖于建立法律上认可的因果关系, 去匿名化过程与损害存在直接、明确的因果关系较难论证。因此, 为了保护用户个人信息与隐私权益不因个人信息泄露而遭受损害, 且由于网络环境的开放性与瞬时性等特征造成的损害无限放大, 应在确定匿名化信息的不当使用与用户损害存在相当因果关系时即认定个人信息匿名化不完全并进行再匿名化处理。

动态匿名化对去匿名化风险与可能造成损害进行动态分析, 体现为一种基于过程的安全方法, 有利于将匿名化从单一的静态目标转变为动态化的程序设计。根据动态匿名化的要求, 当匿名化信息的利用不会对信息主体造成损害时, 应当进行豁免, 允许网络服务商等信息中介进行任意使用。也就是说, 当且仅当某些保障措施到位时, 将匿名化信息置于《个人信息保护法》的保护范围之外, 这不仅与确保信息主体权利得到强有力和系统的保护兼容, 而且与确保基于“合法性”“数据最小化”“目的限制”等原则利用匿名化信息相契合。<sup>[59]</sup> 只有当匿名化信息存在侵害信息主体权益的风险甚至造成实际损害时, 动态匿名化才要求个人信息处理主体以及匿名化信息发出与接收主体承担再匿名化责任。正如有学者提出, 我国《个人信息保护法》需要解决问题的实质不在于技术上能否匿名, 而在于如何在制度上保证其不被再识别, 动态匿名化方法的加入会促使该目标所实现。<sup>[60]</sup>

## (二) 动态匿名化结合上下文语境

个人信息除了具有可识别性的关键特征外, 还具有相关性属性。所谓相关性, 是指当单独观察某一信息不能对应至信息主体时, 可放在上下文语境中发现其内在含义, 例如我国《个人信息保护法》第 4 条规定个人信息是与自然人“有关的各种信息”。欧盟第 29 条数据保护工作组在其关于个人信息的概念中也涉及相关性概念, 将个人信息分为四个部分, 分别是“任何资料”“有关”“确定的或可辨认的”“自然人”, 并提出一个包括“内容元素、目的元素与结果元素”三管齐下的测试方法, 以确定是否与自然人有关。<sup>[61]</sup> 内容元素指个人信息中直接包括个人的身份信息, 如护照号码、驾驶证号码等; 目的元素指信息本身并不包含个人身份信息, 但是个人信息的

[57] See Derek du Preez, *ICO Under Fire for Dropping BT Data Breach Probe*, available at [www.computing.co.uk/ctg/news/2023566/ico-dropping-bt-breach-probe](http://www.computing.co.uk/ctg/news/2023566/ico-dropping-bt-breach-probe), last visited on Apr. 1, 2023.

[58] Ira S. Rubinstein & Woodrow Hartzog, *Anonymization and Risk*, 91 Washington Law Review 703, 730 (2016).

[59] See Sophie Stalla-Bourdillon & Alison Knight, *Anonymous Data v. Personal Data—A False Debate: An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data*, 34 Wisconsin International Law Journal 284, 310–311 (2016).

[60] 参见张新宝:《我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨》, 载《吉林大学社会科学学报》2018 年第 5 期。

[61] See Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 04/2007 on the Concept of Personal Data*, available at [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm), last visited on Jun. 12, 2023.

使用目的在于“评估、以某种方式操纵或影响个人的地位或行为”；结果元素指对个人信息的使用结果将对个人的权利与利益产生影响。<sup>〔62〕</sup>尤其在目的元素与结果元素测试下，个人信息与匿名化信息的界限是动态的，某些语境下的匿名化信息具有匿名化效果，而另一些语境下的匿名化信息虽然也删除与个人的联系要素，但一旦结合上下文仍然可以对应到信息主体以及对信息主体产生影响。马克·艾略特认为“数据是否为匿名的取决于该等数据与其环境之间的关系”，当匿名化信息的语境发生变化时，该信息能够再次成为具有识别性的个人信息。<sup>〔63〕</sup>所谓的匿名化仅具有相对性，在不同语境下表现为不同面向，当在某些语境下无法识别的匿名化信息转换至其他语境时将成为可以识别特定个人的非匿名化个人信息，匿名化信息与非匿名化个人信息具有一体两面的关系，二者可以相互转化而非决然对立。

考虑到匿名化信息与个人信息在具体语境中的转换效果，应当采用动态匿名化方法。例如，在时间点N，个人信息已经令人满意地进行匿名化处理，此时并无隐私侵害与去匿名化的风险。但是，在时间点N+1，虽然匿名化信息自身没有发生变化，但由于所在的上下文语境加入更多辅助信息，此时利用匿名化信息将导致信息主体被重新识别、“评估、以某种方式操纵或影响个人的地位或行为”或是将对个人权益产生影响，那么该匿名化信息则转化为具有识别性的个人信息，需要进行再匿名化处理。置于不同语境下的匿名化信息产生去匿名化的风险不同，因此采用“一刀切”的静态匿名化方法要么导致保护过度，要么使得保护不足，无法产生较好的规制效果。动态匿名化方法结合上下文语境，即使匿名化信息通过分析内容本身无法涉及具体个人，只要对其使用能够根据上下文找到信息主体或对信息主体产生影响甚至实际损害，就应禁止继续使用该信息并进行更为严格的匿名化处理。

### （三）动态匿名化符合比例原则

比例原则调整手段与目的之间的理性关系，为权力与权利的行使提供合理尺度，具有目的正当性、适当性、必要性与均衡性特征，其最初虽为行政法原则，但在个人信息保护法中同样可以适用。各国个人信息保护立法已经体现对比例原则的尊重，例如欧洲理事会于1981年公布的《个人数据自动化处理中的个人保护公约》第5条规定“数据处理应与追求的合法目的相称，并在处理的所有阶段与所有关联的利益之间反映一种公正平衡，不论公益还是私利，以及所关涉的权利和自由”“正在处理中的个人数据应当：……对于其处理目的，适当、关联且不过量；……以允许数据主体识别的形式保存，不超过实现该等数据处理的目的所需的时间”<sup>〔64〕</sup>，欧盟《通用数据保护条例》序言第4条规定“个人数据的处理应服务于人类。保护个人数据的权利不是绝对权利，须结合考虑其社会功能并依据比例原则与其他基本权利保持平衡”<sup>〔65〕</sup>，我国《民法典》第1035条第1款规定“处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理”，我国

〔62〕 See Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 04/2007 on the Concept of Personal Data*, available at [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm), last visited on Jun. 12, 2023.

〔63〕 参见张建文、高悦：《我国个人信息匿名化的法律标准与规则重塑》，载《河北法学》2020年第1期。

〔64〕 《欧洲理事会个人数据自动化处理中的个人保护公约》，载 <https://wenku.baidu.com/view/f25014713f1ec5da50e2524de518964bcf84d2d0.html>，最后访问时间：2023年5月11日。

〔65〕 中国信息通信研究院互联网法律研究中心、京东法律研究院编：《欧盟数据保护法规汇编》，中国法制出版社2019年版，第12页。

《个人信息保护法》第6条规定“处理个人信息应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式”等。比例原则提倡均衡、禁止过度，体现对实质正义的追求，这也是动态匿名化平衡个人信息保护与个人信息效用的根本目的。<sup>〔66〕</sup>

动态匿名化不阻碍对匿名化信息的自由使用，但相对于目前立法规定的静态标准而言，动态的匿名化测试更加有利于对用户个人信息权益进行保护，体现目的正当性、适当性、必要性与均衡性的比例原则要求。当经过动态匿名化测试后的信息符合匿名化要求时，对该信息的利用行为具有目的正当性，其不会对个人信息主体造成损害；适当性指所采用手段有利于目的的实现，动态匿名化对匿名化信息采用更为严格的要求，虽然意在增强对信息主体的保护，但同时也提高了对个人信息的利用效率，符合平衡个人信息保护与个人信息效用的立法目的；<sup>〔67〕</sup> 必要性指个人信息处理者应当在最小范围内以最低限度的方式收集和处理个人信息，而经过动态匿名化处理的信息已经删除各种具有识别性的标识符，甚至在特殊语境下删除具有联系的其他内容，符合比例原则的必要性要求；<sup>〔68〕</sup> 均衡性主要体现在对公权力的约束，即使符合前述适当性、必要性要求，但如果促进公共利益的实现与对公共利益造成的损害不成比例，则违反均衡性，利用匿名化信息提高社会管理效率或是进行科学研究仍然需符合动态匿名化测试标准，若产生去匿名化风险甚至造成损害，则需进行更为严格的再匿名化处理。

## 五、结 论

个人信息保护与个人信息效用是相互冲突的两个目标。为了效用，匿名化信息不可完全删除所有个人与社会之间具有连接性的内容，而完全按照信息主体提供的个人信息进行发布虽然可以获得完美的效用，但将丧失所有隐私与个人信息权益，使信息主体面临受到各种侵害的风险。因此，对个人信息进行匿名化是平衡保护与利用的重要措施。然而，伴随网络技术的不断发展，技术进步、经济激励与用户依赖使匿名化信息与非匿名化个人信息的界限愈发模糊，虽然网络服务商承诺不进行去匿名化操作，信息中介也确立不得采用去匿名化操作的合同约定，甚至立法上已有直接规定的去匿名化禁令，但仍然无法阻止去匿名化现象的发生与愈发普遍。个人信息保护与利用领域没有完美匿名化措施，这也导致现行法对匿名化信息的豁免保护规定缺乏合理性，未能准确把握信息时代的客观风险。因此，为了适应现代网络社会快速发展的重新识别技术、完善对信息主体权益的保护、促进信息效用的发挥，应当关注去匿名化的潜在风险，采用更为现实、更具时效性的动态匿名化方法，从而改进现行立法的匿名化制度。动态匿名化是一种持续性的规范措施，防止对匿名化信息的一次性认定导致信息中介进行不正当却被法律所豁免的去匿名化操作，侵害信息主体的各项权益。因此，应将动态匿名化方法加入个人信息保护法中，使匿名化从单一的静态目标转变为动态化的程序设计，进而将去匿名化和敏感信息披露的成本提高到足具威慑力的水平。塞缪尔·沃伦与路易斯·布兰代斯提出的经典理性平衡观点认为“当信息具有社会

• 649 •

〔66〕 参见郑晓剑：《比例原则在民法上的适用及展开》，载《中国法学》2016年第2期。

〔67〕 参见梅扬：《比例原则的适用范围与限度》，载《法学研究》2020年第2期。

〔68〕 参见王道发：《个人信息处理者过错推定责任研究》，载《中国法学》2022年第5期。

价值时，隐私权不应干扰信息流动”<sup>〔69〕</sup>，本文提出的动态匿名化方法并非利用法律规定强制性地阻止匿名化信息自由流动，而是结合比例原则进行分析，在允许匿名化信息自由流动的同时增强对个人信息主体各项权益的保护。

---

**Abstract:** According to Article 73 of the China Personal Information Protection Law, anonymization refers to the process in which personal information cannot identify a specific natural person and cannot be restored after processing. Article 4 provides exemption protection for anonymized information and adopts static anonymization method to balance personal information protection and personal information utilization. However, with the rapid development of social informatization and network technology, the boundary between anonymized information and non-anonymized personal information tends to be blurred, and strong economic incentives make de-anonymized information targeted, resulting in the infringement risk and even real damage from the re-identified anonymized information to the information subject. Although the existing measures, such as ISP commitment, contractual obligation agreement and direct prohibition in legislation, restrict the risk of de-anonymization, they fail to achieve a good regulatory effect. Therefore, a more flexible dynamic anonymization method should be added to the existing anonymization system. When the use of anonymized information may cause damage or the change of context makes the anonymized information identifiable, more strict re-anonymization should be carried out. Otherwise, the information that is not truly anonymized still needs to be protected by law.

**Key Words:** personal information, anonymized information, de-anonymization, dynamic anonymization, proportion principle

---

(责任编辑：武 腾)

---

〔69〕 Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harvard Law Review 193, 196 – 197 (1890).

## 侵权法生存机会丧失理论的重构

王浩然\*

**内容提要：**依传统因果关系理论，生存几率低于50%的患者因既有疾病的存在而难以达到证明标准，患者遭受医疗过失却无法获得赔偿的结果显失公平。比较法上的传统因果关系说和宽松因果关系说并未解决生存机会丧失的论证难题，但理论和裁判的积累为生存机会丧失理论的创设提供了条件。生存机会丧失理论采取损害论的规制进路，将生存机会丧失本身作为损害客体予以规制，最终依比例式的计算方法确定损害赔偿范围。在生存机会丧失理论的本土化建构中，应识别真正的生存机会，明确该理论的适用前提和适用范围。在规范依据上，将《民法典》一般人格权保护规范作为实证法基础，通过比例赔偿和动态考量相结合的计算方式界定损害范围。

**关键词：**生存机会丧失 因果关系 一般人格权 损害赔偿

• 651 •

### 一、问题的提出

传统侵权法在侵权责任成立的判断上，以相当因果关系理论和优势证据规则作为事实因果关系存在与否的识别工具。在通常情况下，借助经验法则和理性人标准，这一方法并无障碍。但是，随着医疗技术和统计科学的持续发展，诸多仰赖科学概率统计进行因果关系判断的新型纠纷不断涌现，<sup>〔1〕</sup>生存机会丧失纠纷即面临此种规制困境。

生存机会丧失纠纷是理论界对于相似案件的类案统称，其特征为患者因自身疾病生存几率低于50%，但医疗过失却实际加速既有疾病的恶化进程，医疗过失的原因力尚未达到超过50%的

\* 王浩然，南京大学法学院博士研究生。

本文为2022年江苏省研究生科研创新计划项目“强制执行法典化背景下债权执行制度研究”（KYCX22\_0016）的阶段成果。

〔1〕 有学者将此种因果关系困境称为因果关系不确定，意指系争事由具有造成损害的可能性，但损害亦可能因其他事由发生，从而无法依法定证明标准证明系争事由与损害之间存在因果关系。参见周彬彬：《论英国侵权法中因果关系不确定的解决进路》，载《民商法论丛》第57卷，法律出版社2015年版，第563页。

程度,难以通过传统因果关系理论的规则检验。例如,患者原有生存几率为30%,而医疗过失介入后患者最终死亡,此时患者即使接受合理诊疗,其70%的死亡几率仍高于治愈几率。但是,医疗过失对于患者死亡结果的发生又显然超过可以忽略不计的程度,因传统因果关系理论与损害赔偿规则的桎梏而使患者失去救济途径的结果显非妥当。为解决这一难题,有学者提出生存机会丧失理论,主张将纠纷解决由因果关系论证问题转化为损害评价问题,创造性地将生存机会丧失本身作为损害客体,并提供比例式的损害计算方法。

近年来,我国学界对生存机会丧失理论的研究方兴未艾,整体上持支持态度,<sup>〔2〕</sup>但对于理论的比较法梳理、理论释义和本土化构建则不够细致。有鉴于此,本文尝试通过比较法上的理论演进和我国实务规则的研究,对此理论进行更加深入的剖析和重构,希冀将该理论融入本国法体系以减少实务裁判的矛盾和混乱。

## 二、生存机会丧失理论的探源

### (一) 生存机会丧失理论的历史演进

生存机会丧失理论属于英美法系成熟裁判经验的总结,欲全面理解该理论的优势,就应明晰理论发展的全部历程。生存机会丧失理论的兴起和发展,大致经历了“传统因果关系理论”“宽松因果关系理论”和“生存机会丧失理论”三个阶段,每个阶段均涌现大量典型案例。

#### 1. 传统因果关系理论的坚守——全有或全无原则

传统因果关系理论是指依优势证据规则,通过“若无则不”法则(but for test)判断因果关系,若证据可信程度超过50%的更为真实程度(more likely to be true),则推定因果关系真实存在,进而依据全有或全无原则进行损害赔偿计算。此规则下,传统因果关系和损害赔偿判断仅存在有无之差,并不存在“可能”的因果关系和一定比例的损害计算。<sup>〔3〕</sup>美国至今为止仍有十个州坚持以传统因果理论处理生存机会丧失纠纷,严禁依据较低的生存几率变动确立赔偿责任。<sup>〔4〕</sup>例如1993年“法比奥诉贝罗莫案”中,明尼苏达州最高法院认为:“最初的癌症并非因医生误诊造成,也无法证明误诊是未来疾病发展的主要原因。”<sup>〔5〕</sup>

不同于上述美国州法院的观点,英国法认可机会丧失的价值,但其仅将机会丧失作为责任成立后的损害量化因素,而非将其作为事实因果关系的确认工具。例如,在1911年“蔡平诉希克案”中,原告蔡平作为参赛选手参加被告举办的选美比赛,但后续比赛中被告却并未通知原告参赛。英国法院主张赢取奖金的机会是一种有价值的权利,该机会的丧失具有可赔偿性。<sup>〔6〕</sup>然而

〔2〕 参见刘洋:《患者生存机会丧失的侵权法救济及其界限》,载《学习与探索》2015年第4期;季若望:《侵权法上生存机会丧失理论的本土化构建——以医疗损害案件为视角》,载《政治与法律》2018年第1期;满洪杰:《医疗损害机会丧失赔偿规则研究》,载《法学家》2019年第4期;陈煜鹏:《论生存机会丧失原理——以医疗损害责任中损害认定的例外为视角》,载《政治与法律》2019年第9期;冯德淦:《侵权法中机会丧失理论之构建》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期。

〔3〕 参见杨垠红:《多因不明侵权中比例责任之适用》,载《政法论坛》2013年第4期。

〔4〕 See McAfee v. Baptist Medical Ctr., 642 So. 2d 265 (1994).

〔5〕 Fabio v. Bellomo, 504 NW. 2d 758, 762 (1993).

〔6〕 See David A. Fischer, Tort Recovery for Loss of a Chance, 36 Wake Forest Law Review 604, 605 (2001).

对于生存机会丧失案件，英国法院却严禁在医疗诉讼中依机会丧失去判断事实因果关系。例如，在1987年的“霍森诉东伯克斯卫生局案”，上议院最终否定医疗过失导致患者罹患骨疽病的概率增加，坚持依据传统因果关系理论进行判定。

## 2. 传统因果关系理论的松动——降低证明标准

在生存机会丧失纠纷中，严苛遵循传统因果关系理论不利于患者合法权益的保护，且与全有或全无原则紧密相连的完全赔偿原则早已饱受批判，有观点疾呼全有或全无原则提供“随时为医生和医院全面免除责任”的特权，主张应通过多种方式对其进行优化和重构。<sup>〔7〕</sup>在此背景下，传统因果关系理论的证明标准逐渐降低，走向松动。

### （1）实质可能性说

所谓实质可能性说（substantial possibility test），是指降低传统因果关系证明标准的证据法则，只要医疗过失对于患者死亡或伤残具有实质原因力的可能性，即使该可能性未超过50%，被告也要承担全部的损害赔偿赔偿责任。实质可能性说滥觞于1966年的“希克斯诉美国联邦政府案”，美国第四巡回上诉法院主张死者就医时尚具备生存的实质可能性，而被告却因医疗过失而摧毁这种可能性，此时必须负担全部责任。<sup>〔8〕</sup>在1974年的“卡伦伯格诉贝丝以色列医院案”中，美国法院首次将实质可能性说应用于生存机会低于50%的案例中。<sup>〔9〕</sup>

实质可能性说仅放宽因果关系的举证程度、降低证据法则的证明标准，但却未能扭转完全赔偿原则的适用困境。同时，实质可能性说对于可能性本身缺乏统一的认定标准，纯粹依靠法官的自由裁量权，极易造成同案不同判的现象。此外，此说更易导致赔偿结果失衡的道德风险：1%的实质可能性就要承担100%的赔偿责任，不利于保障医疗机构的正常诉求。因此，实质可能性说在美国法中并未引起广泛反响。

### （2）比例因果关系说

美国学者约翰·马克迪西（John Makdisi）指出，因果关系的可能性与因果关系的事实性并非同一问题，应该将合理诊疗行为认定为法律上的作为义务，医疗过失则属于对应的不作为。因果关系的判断不应单纯局限于因果的有无，而应依医疗过失程度判断因果关系存在的可能性。<sup>〔10〕</sup>此时，患者只需要证明标准疗法对于相同疾病患者的有效性，且医疗机构不能自证标准疗法对于此患者的疾病治疗毫无用处，即可证明因果关系的存在。英国法曾有判决适用此说作为生存机会丧失纠纷的解决工具，判决医疗过失剥夺了原告25%的生存机会，因此原告有权获得11500英镑（损害总额46000×25%）的损害赔偿，以及150英镑的精神损害赔偿。<sup>〔11〕</sup>

比例因果关系说持续降低传统因果关系的证明标准，通过因果关系的可能性理论去替代优势证据规则，同时主张按照生存机会的概率变动进行比例赔偿。但是，该说最大的纰漏在于混淆事

〔7〕 See *McMackin v. Johnson County Healthcare Ctr.*, 73 P.3d 1094, 1099 (2003).

〔8〕 See *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626, 632 (1966).

〔9〕 See *Kallenberg v. Beth Israel Hosp.*, 45 AD2d 177, 179, 357 NYS2d 508 (1974).

〔10〕 See John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 *North Carolina Law Review* 1603, 1656 (1989).

〔11〕 See David P. T. Price, *Causation-The Lords'Lost Chance*, 38 *International and Comparative Law Quarterly* 735, 745 (1989).

实因果关系与当事人过错的界限。客观事实判断和主观状态判断分别对应事实判断和归责判断两个不同层面,前者判断的是“如果没有该行为,损害结果是否能够得到回避”,而后者是对当事人主观状态的判断,需要考量当事人的预见可能性及相关义务等因素。二者在责任构成方面虽有千丝万缕的联系,但却不能将二者等同或混为一谈。<sup>[12]</sup>而且,比例因果关系说擅自降低证明标准的做法缺乏法理基础,易对因果关系理论的体系性造成巨大冲击。此外,比例因果关系说依旧沿用传统损害认定标准,将患者死亡或伤残作为侵权责任成立的前提要件,无法为患者遭遇未来风险但尚未导致死亡或伤残的状况提供救济。

### 3. 生存机会丧失理论的建立与完善

美国法在经历过实质可能性说和比例因果关系说的裁判探索后,越来越多的观点认为因果关系论证路径并非纠纷解决的关键。1981年,美国学者约瑟夫·金(Joseph H. King)正式提出生存机会丧失理论,其将生存机会损失本身作为新型损害加以规制,依医疗过失前后生存机会的数值变动进行比例式赔偿,<sup>[13]</sup>该理论在美国实务裁判中被广泛采纳,并经历了理论初试、理论铺展和理论完善的三个阶段。在理论初试阶段,1983年的“科维兹诉集团健康合作社案”中机会丧失理论率先取得突破。此案中,华盛顿州最高法院认为患者生存几率降低的证据已达到“充分性”标准,不需要依据优势证据规则证明延误治疗与死亡间的因果关系。<sup>[14]</sup>本案的裁判标准被后续案件承继,美国法院逐步将缓和因果关系理论向前推进。1994年的“德莱尼诉凯德案”中,堪萨斯州最高法院首次正式采纳生存机会丧失理论,承认医疗事故导致患者更好康复机会的丧失,采取比例式赔偿的计算方式,但该院也进一步强调生存机会的丧失必须是实质性的而非臆想性或微不足道的。<sup>[15]</sup>此案引领生存机会丧失理论的全面推广和铺展。在2000年的“麦克马伦诉俄亥俄州立大学医院案”中,俄亥俄州最高法院通过区分纯粹医疗过失致人死亡与过失导致生存机会丧失,为生存机会丧失理论的适用划定边界。<sup>[16]</sup>此案标志着生存机会丧失理论的进一步完善,也及时勒住该理论泛滥的缰绳。

在2008年“松山诉伯恩鲍姆案”中,马萨诸塞州最高法院进一步明确生存机会丧失理论的具体适用标准:首先,生存机会丧失是对于传统全有或全无原则的修正;其次,该理论是损害理论的发展,依旧以优势证据规则来证明医疗过失与生存机会丧失间的因果关系;再次,生存机会丧失纠纷依赖医疗科学的鉴定数据,需要更加可靠的医疗专家证言;最后,需要通过五个步骤来对生存机会丧失后的损害赔偿进行比例式计算。<sup>[17]</sup>

生存机会丧失理论既有同司法裁判逻辑思维内在的一致性,又与《美国侵权法第二次重述》第912条所承的价值理念相契合,<sup>[18]</sup>美国法中的相关案例中法官几乎都会直接或间接的引用此理

[12] 四宫和夫『事務管理・不當利得・不法行為(中卷)』(青林書院新社、1983年)414頁参照。

[13] See Joseph H. King, Causation, Valuation, and Chance in personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 (6) *Yale Law Journal* 1352, 1358-1360 (1981).

[14] See *Herskovits v. Group Health Coop of Puget Sound*, 99 Wash. 2d 664 P. 2d 474 (1983).

[15] See *Delaney v. Cade*, 255 Kan. 199, 873 P. 2d 175 (1994).

[16] See *McMullen v. Ohio State University Hospital*, 88 Ohio St. 3d 332 (2000).

[17] See *Matsuyama v. Birnbaum*, 890 N. E. 2d 819. (2008)

[18] 《美国侵权法第二次重述》第912条规定:“被侵权行为所侵害的受害人在且仅在其有证据证明损害的程度和与侵权行为本质及当时情形所允许的确定性相适应的充分赔偿的数额时,方可获得赔偿。”

论。截至 2008 年，美国至少有 20 个州和哥伦比亚特区的最高法院认可生存机会丧失理论。

## （二）生存机会丧失理论的内涵

生存机会丧失理论未执着于传统因果关系视角，而是将生存机会丧失与患者死亡或伤残的损害结果相分离，以生存机会损失本身作为一种新型损害类型加以评价，最后依生存机会丧失的数值变动进行比例式赔偿。生存机会丧失理论致力于解决两个问题：损害赔偿的客体性质与损害赔偿的范围界定。对于第一个问题，生存机会丧失理论主张机会丧失本身为损害赔偿客体，包括实际机会丧失与未来机会丧失，患者最终伤残死亡与否并不影响损害的认定；第二个问题，赔偿范围应是医疗过失导致的、对于患者既有病情加速的部分，以生存机会的丧失比例作为计算依据，达到修正完全赔偿原则僵硬适用的效果。<sup>〔19〕</sup>

### 1. 以生存机会本身作为损害客体

罗马法谚谓之“没有损害就没有赔偿”，损害甚至被学者冠以侵权责任第一要件的美誉。<sup>〔20〕</sup>大陆法系侵权法上“损害”需要满足民事权益性、可赔偿性和确定性三个条件，<sup>〔21〕</sup>英美法系亦规定原告事实上损害的起诉资格，要求损害是已发生或迫近的、具体的且具备赔偿可能性的，体现出与大陆法系损害认证标准的内在一致性。<sup>〔22〕</sup>因此，应论证生存机会丧失属于侵权法上的损害，正当化生存机会对于患者的权益保护价值、可赔偿性与确定性。

首先，生存机会属于自然人的生命延续、健康维持以及对未来风险抵御的人格法益，对于患者的精神利益而言，追求生存机会是人的心理本能和对于自身人格尊严的保护，因此生存机会可以纳入一般人格权的规制范围。其次，传统损害理论之所以对生存机会丧失的损害本质不予认可，是因为生存机会外在表现为概率减损，而“概率”二字常伴随不确定性、未知性与难以量化性。<sup>〔23〕</sup>但统计概率并非无稽之谈，而是通过科学严谨的医疗程序所得出的确定数据，完全符合法律要求的相对确定性。最后，生存机会的可赔偿价值反映在实际市场中，甘愿为低微生存机会付出高昂价金的实践比比皆是，因医疗过失造成患者疾病的恶化，患者不得不支付更多的医疗费用，此时生存机会丧失的可赔偿性几乎是不证自明的。

### 2. 以比例式赔偿作为计算方式

完全赔偿原则作为传统损害赔偿法的基本原则曾被奉为圭臬，但其刚性品质导致损害赔偿只能在不予赔偿和全部赔偿的命题中二选其一，难以确保赔偿结果的妥当性。<sup>〔24〕</sup>全有或全无原则的劣势在生存机会丧失纠纷中一览无余，对此，追求均衡适宜的弹性赔偿计算方式——比例赔偿原则应运而生。

比例式计算是比例原则在损害赔偿领域的具体化，主张在与加害人过失程度相匹配的范围内

〔19〕 See Joseph. H. King, Reduction of Likelihood Reformulation and Other Retrofitting of the Loss of a Chance Doctrine, 28 *The University of Memphis Law Review* 492, 548 (1998).

〔20〕 参见陈忠五：《法国侵权责任法上损害之概念》，载《台湾大学法学论丛》2001年第4期。

〔21〕 参见张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第93-94页。

〔22〕 See Emily Schmidt, Article III Standing in Data-Breach Litigation: Does a Heightened Risk of Identity Theft Constitute an Injury-in-Fact, 49 *Cumberland Law Review* 389, 389 (2019).

〔23〕 See Stapleton, Gist of Negligence, 104 *Law Quarterly Review* 213, 213 (1988).

〔24〕 参见郑晓剑：《损害赔偿的功能与完全赔偿原则的存废——利益平衡视角下之反思》，载《河南社会科学》2018年第2期。

确定赔偿责任。生存机会丧失理论下的比例式计算承继了比例原则的精神内涵,依据医疗科学检验后生存机会丧失的比例,与假设患者最终死亡或伤残结果发生后的损失总额相乘,所得数额作为患者的损害赔偿。此种计算方式通过妥当的利益衡量和巧妙的法技术手段,避免传统全有或全无原则下的赔偿不足或赔偿过度。

值得注意的是,比例式计算并非最终患者损失总额与生存机会丧失比例数值的简单数学运算,在实践中需要更多的因素考量和价值权衡。比如,假设患者疾病的生存几率为40%且经过恰当诊疗痊愈后剩余35年的预期寿命,若不就医则患者预期寿命为六个月,患者后因医疗过失不治身亡。此时,不能机械地将损害赔偿的计算年限界定为“(35-0.5)×40%=13.8年”,作为基础的损害赔偿年限因素应为“(35-0.5)×40%+0.5×100%=14.3年”,因为与40%生存机会丧失相关联的是患者34.5年预期寿命丧失,而不予治疗时患者依旧有六个月的预计寿命,此时医疗过失100%地剥夺患者六个月的预期寿命。

### 三、生存机会丧失理论的质疑及反驳

相较于传统因果关系路径,生存机会丧失理论在侵权论证与损害界定方面存在可取之处,但亦有观点对该理论的正当性与合理性提出质疑。概括起来,可以将所有质疑分为三类:对损害本质的质疑、对因果关系论证的质疑以及对所谓“公平方案”的质疑。

#### (一) 对损害本质的质疑及反驳

将生存机会丧失本身作为损害客体是生存机会丧失理论的逻辑起点,反对者主张此损害理论属于伪命题,生存机会缺乏客观的可确定性基础,概率变动完全可能是数据推测。此外,医疗鉴定中的数据仅具有宏观意义,忽略了个案中的实际情况。<sup>[25]</sup>而否定生存机会丧失的损害性质后,反对者提出生命健康权说、自决权说以及期待权说三种观点。

前述质疑是对于生存机会概念的误解,生存机会数据是依据极其严格的医学程序和数据分析而得出,并非外行的凭空捏造,因此质疑医疗数据真实性的观点无疑陷入怀疑主义的泥潭之中。<sup>[26]</sup>再者,医疗数据扮演的角色是裁判辅助工具,而非决定裁判结果的唯一标准,法官还需要综合其他因素进行动态考量,与其指责医疗数据的越俎代庖,倒不如提升实务法官的裁判素养。同时,反对者的三种观点虽言之凿凿,但却都经不起细致推敲。

第一,生命健康权说。生命健康权说主张生存机会丧失是对于患者生命权和健康权的侵害。<sup>[27]</sup>其中,生命权指向维护自然人的生命利益及权利侵害后的损害救济,医疗过失对既有病情的激化直接导致了病人生命周期的不当缩短。而健康权是自然人享有的以其器官乃至整体的功能利益为内容的人格权,<sup>[28]</sup>医疗过失导致患者生存机会丧失但并未死亡时,客观上导致患者部分生理机能降低、健康利益完整性的破坏和精神上的痛苦。

[25] See Fennel v. Southern Maryland Hospital Center, Inc., 462 N. W. 2d 206, 213-215 (1990).

[26] 参见季若望:《“鉴定双轨制”下的法官自由裁量权之界限》,载《云南社会科学》2018年第3期。

[27] 参见吴志正:《存活机会丧失——医疗损害之迷思》,载《月旦法学杂志》2007年第6期。

[28] 参见张俊浩:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第137页。

生命健康权说的观点有其合理之处，但将其作为生存机会丧失纠纷的解决依据存有逻辑漏洞。首先，生命权和健康权均为典型的具体人格权，具有规制对象确定、权能封闭且样态可列举的特征，<sup>〔29〕</sup>而生存机会相对于其他具体人格权来说属于边界不清、内容不确定的权益类型，并无构成具体人格权的必要特征；其次，生命健康权说以患者生命权或健康权的侵害为必备要件，医疗过失导致的疾病风险尚未被发现时，此潜伏期内的财产支出和疾病暴发后的损害赔偿问题难以有效处理；最后，若医疗过失与患者死亡间的时间跨度被无限拉长，其所侵害的究竟是生命权还是健康权不无疑问。

第二，自决权说。自决权说由加拿大学者斯蒂芬·佩里（Stephen R. Perry）提出，其核心要旨为损害性信赖，在于加害方滥用受害人的信赖优势地位而做出的虚假承诺或刻意隐瞒，而非某种机会利益的丧失。<sup>〔30〕</sup>在生存机会丧失纠纷中，医疗过失导致患者失去对于潜在有利治疗方案的选择机会，直接侵犯患者的自决权。<sup>〔31〕</sup>国内亦有学者认可自决权说，主张患者基于信赖关系完全将自身置于医疗机构的行为之下，这种独立于生存机会和最终损害的利益就是自决权。<sup>〔32〕</sup>

自决权说充分尊重患者的自主选择，但损害性信赖的观点却不足以为机会丧失提供理论支撑。首先，自决权说的观点有托词之嫌，诸多对于自决权的妨害并不一定带来实际利益的减损。例如，医疗机构在诊疗过程中自作主张地选择费用更低、效果更好的治疗方案，此时其对患者造成自决权妨害但却未造成实质损害。其次，自决权说将损害性信赖界定为采取更优治疗方案的机会损失，但我国法对于信赖利益保护和知情同意权已有相对成熟的救济方案，拒绝已有经验而采纳相对陌生的自决权说无异于舍近求远。最后，从医学角度出发，更优的医疗方案和医疗过失不是非此即彼的对立关系，更优秀的救济方案也同样可能发生医疗过失。

第三，期待权说。期待权侵害理论盛行于日本法，其指医疗过失与患者死亡结果间的因果关系难以论证时，应以患者期待适当医疗的利益受到侵害或者生存可能性利益受到侵害为由，认可患者的精神损害赔偿请求权。<sup>〔33〕</sup>如今，期待权侵害理论的保护利益，主要包括三种情形：一是患者死亡结果回避可能性较小时的延命利益侵害，以及不存在死亡回避可能性时对于生活质量、生活方式和治疗机会的期待利益；二是适当治疗机会的利益；三是期待得到符合医疗水平诊疗的利益。<sup>〔34〕</sup>

自然人对于医疗机构诊疗行为的合理期待值得保护，但将此种期待界定为期待权并将其作为纠纷解决的裁判依据不够合理。<sup>〔35〕</sup>首先，期待权并非我国明文规定的典型权利，在我国法律体

〔29〕 参见沈建峰：《具体人格权立法模式及其选择——以德国、瑞士、奥地利、列支登士敦为考察重点》，载《比较法研究》2011年第5期。

〔30〕 See Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*; Hornbook Series, 1259 (2001).

〔31〕 See Stephen R. Perry, *Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence*, 42 *University of Toronto Law Journal* 255 (1992).

〔32〕 参见前引〔2〕，满洪杰文。

〔33〕 新美育文「肝細胞がん早期発見のための検査不実施と肝硬変患者死亡との間の因果関係」ジュリスト臨時増刊1179號（2000年）88頁参照。

〔34〕 参见夏芸：《不作为型医疗过失的期待权侵害理论》，载《民商法论丛》第32卷，法律出版社2005年版，第205页。

〔35〕 参见王睿：《期待权概念之理论源流与界定》，载《北方法学》2017年第2期。

系中难以找到期待权侵害的请求权基础,学界关于期待权性质的认知和构成要件的划分也并未达成共识;其次,传统大陆法系观点认为期待权是指因先行行为而业已具备取得利益的部分要件,其本质为对于财产利益的期待,且患者对接受科学诊疗行为和疾病好转、生命存续的期待,并未达到“该法律地位被侵害后会得到法律明确的保护”之程度;<sup>[36]</sup>最后,日本期待权说仅认可患者的精神损害赔偿,这与我国普遍认可财产损害赔偿的司法实践状况并不一致。况且,实务中法官对精神损害赔偿的态度相对保守,这也与医疗纠纷中患者巨额财产支出的实际状况形成鲜明对比。<sup>[37]</sup>

## (二) 对因果关系论证的质疑及反驳

有观点认为,生存机会丧失理论本质上是一种缓和因果关系证明的工具,以避免因果关系认定困难而否定侵权责任,<sup>[38]</sup>但其完全颠覆了传统因果关系的证明标准,且不符合只有法律授权才能变动证明标准的立法要求。<sup>[39]</sup>优势证据规则在事实因果关系认定中历史悠久,且51%的证明标准本身已相对宽松,是司法公正所要求的最低确定性标准。生存机会丧失理论突破传统理论,任由同情心泛滥或情绪性表述而造成因果的正当性不足,为生存机会低于50%的患者提供不应有的额外救济,长此以往将破坏侵权诉讼的稳定性,容易带来滥诉的风险。<sup>[40]</sup>

生存机会丧失理论可能会导致因果关系体系解构的观点值得商榷。虽然反对方认为生存机会丧失理论是传统因果关系的变形,但该理论本质上属于损害理论,与因果关系理论属于不同构成要件层面的问题。生存机会丧失理论下因果关系论证的流程亦不可或缺,只不过优势证据规则验证的对象转换为医疗过失与生存机会丧失间的因果关系,不再是医疗过失与患者死亡或伤残结果间的因果关系。同时,生存机会丧失理论的确会导致案件数量的增加,但相对于实务裁判压力的增加,案件公平正义的保护位阶明显更高。<sup>[41]</sup>

## (三) 对所谓“公平方案”的质疑

生存机会丧失理论虽然一直以更为公平的解决进路自居,但其实质上却并未提供更优的方案,甚至纯粹统计学视角下生存机会丧失理论的错误更多。假设现有99名生存机会为三分之一的绝症患者,理论上接受合理治疗后会有33名患者恢复健康,66名患者失去生命。依传统因果理论会产生33次判断错误,而依机会丧失理论99名患者的医疗判断都会出现错误(66次赔偿过度 and 33次赔偿不足)。<sup>[42]</sup>如此一来,生存机会丧失要么赔偿过度,违反得利禁止原则,要么完全没有赔偿,患者的客观损害未得以填补。<sup>[43]</sup>相较而言,全有或全无原则在绝大多数情况下均

[36] 参见王泽鉴:《附条件买卖中买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2017年版,第191页。

[37] 在笔者查询的11个省份的精神损害赔偿标准的指导文件中,精神损害赔偿金额相对较低,鲜有超过10万元的指导标准。资料来源:<https://china.findlaw.cn/shpc/jingshensunhaipeichang/pcbz/1254808.html>,最后访问时间:2022年10月25日。

[38] 参见前引[6],David A. Fischer文,第621页。

[39] 参见潘剑锋:《民事诉讼证明责任论纲——对民事证明责任基本问题的认识》,载《政治与法律》2016年第11期。

[40] See Alexander v. Scheid, 726 N. E. 2d 272, 280-282 (2000).

[41] See Nils Jansen, The Idea of a Lost Chance, 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 271, 279 (1999).

[42] See Fennell v. Maryland, 580 A. 2d 206 (1990).

[43] 参见徐建刚:《论损害赔偿中完全赔偿原则的实质及其必要性》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

为正确，宏观来看医方承担的赔偿总额与全部患者遭受的损害总和是大致相等的。<sup>〔44〕</sup>此外，生存机会丧失理论会对医疗机构施加过重的赔偿负担，造成防御性治疗激增及就医成本的上升，可能会导致更大的社会问题。<sup>〔45〕</sup>

生存机会丧失纠纷在个案中的确面临赔偿过多或过少的问题，但在最优解无法达致的情况下，由医疗机构在过失范围内承担比例赔偿责任能起到恰如其分的震慑作用。从解决医患纠纷的视角出发，统计显示医疗诉讼的数量仅为实际医疗事故数量的3%左右，<sup>〔46〕</sup>宏观层面医疗机构所承担的责任远低于医疗过失造成的实际损害，从这个角度来说不存在赔偿过多的问题，亦符合侵权责任对于弱势群体“有所倾斜但不应过于失衡”的立法目的。<sup>〔47〕</sup>同时，全有或全无原则裹挟的少量巨大错误不平等地落在原告或被告身上，对社会的破坏程度远超小错误的平均分摊。<sup>〔48〕</sup>全部或部分赔偿的质疑属于对生存机会丧失理论的误解，该理论的损害依据生存几率减少的概率来决定，合理诊疗后生存几率超过90%时的全部赔偿也是不合理的。<sup>〔49〕</sup>至于防御治疗的观点则过于片面，生存机会丧失理论在很大程度上会倒逼医疗机构增加科研投入，为将统计上的生存机会转化为现实的医学技术突破提供外在动力。

#### 四、生存机会丧失理论的本土动态化建构

对比较法经验的介绍和分析远不足以正当化欲论证的结果，仍需通过价值考量、社会妥当性判断来实现经验借鉴的正当化。<sup>〔50〕</sup>因此，对于生存机会丧失理论的借镜，重要的是发现理论演进过程中的法理精神，最终致力于相关问题解决方案的本土动态化建构。

##### （一）生存机会丧失理论的适用范围

##### 1. 生存机会丧失理论的适用前提

机会的概念源于信息认知的缺乏，其发展方向是多维且不确定的，生存机会虽然是经过医疗统计科学得出的数据集合，但亦并非所有的生存机会丧失都应得到损害赔偿。此时，应辨析真正的生存机会丧失，保证其能够落入生存机会丧失理论的涵摄范围。

依据机会是否确定发生，可以将机会分为确定性机会和不确定性机会。确定性机会指机会本身是客观确定的，其发生具有结果上的不可避免性，而机会之所以披着偶然性和不确定性的外衣是因为认知水平的局限性；非确定性机会则指机会的本身包含着随机性和偶然性，多种因素的排

〔44〕 See David Kaye, The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation, 7 *American Bar Foundation Research Journal* 469, 487 (1982).

〔45〕 See *Gooding v. Univ. Hosp. Bldg., Inc.*, 445 So. 2d 1015, (1984).

〔46〕 参见刘鑫：《医疗损害鉴定之因果关系研究》，载《证据科学》2013年第3期。

〔47〕 参见张新宝：《侵权责任法立法的利益衡量》，载《中国法学》2009年第4期。

〔48〕 See Neil Orloff & Jerry Stedinger, A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard, 131 *University of Pennsylvania Law Review* 1158, 1163-1172 (1983).

〔49〕 参见前引〔13〕，Joseph H. King文，第1387页。

〔50〕 参见解亘：《正当化视角下的民法比较法研究》，载《法学研究》2013年第6期。

列组合使得未来的结果不确定。<sup>〔51〕</sup> 患者死亡或伤残结果是否具有不可避免性成为生存机会丧失理论的适用关键,若事后查明即使患者接受合理诊疗也不能改变其死亡或伤残的最终结果,此时生存机会并非生存机会丧失规则下的真正机会。

身为法学专家的法官缺乏相关医学知识,因此相对于其他侵权类型,医疗纠纷尤其是生存机会丧失纠纷更加仰赖医疗专家证据的准确性。生存机会存在与否,需要医疗专家利用与患者疾病类型组别最为接近的统计证据,考量患者既有病情的严重程度、发展进程及最终结果的可回避性。鉴定机构的鉴定方法和统计基础须具有高度合理性,在必要时应得到其他同行评审的支持,包括但不限于病理学、免疫学、细胞学、放射学或其他类似研究领域。同时,鉴定机构亦需要关注医学发展对于医疗鉴定的影响,最大程度保证鉴定结果的科学性和有效性。

## 2. 生存机会丧失理论的适用界限

在患者原有的生存几率低于50%的典型案件中,生存机会丧失理论的适用并无疑义。那么,在患者仅生存机会丧失而未发生死亡或伤残结果时,以及患者原有生存几率超过50%的场景中,生存机会丧失理论有无适用空间?诸此争议,涉及生存机会丧失理论的适用界限问题。

### (1) 患者未死亡或伤残时的生存机会丧失

医疗过失的不当介入往往会导致患者生存机会的客观丧失,但考虑到疾病的复杂性和漫长潜伏期,医疗过失的不利后果也可能不会立即显现,患者是否发生死亡或伤残的损害结果尚未可知。也就是说,医疗过失仅导致患者生存机会降低而患者并未因此死亡或伤残时,生存机会丧失理论的能否适用需要明确。

肯定说主张将生存机会的概念扩张解释为生存机会的保护与未来风险的预防,但要对其进行严格限制,原告需要举证证明机会丧失不是“过分的臆想”。<sup>〔52〕</sup> 美国亦有相关案例支持此观点,如1986年的爱荷华州最高法院的“德布尔卡特诉卢维尔案”。<sup>〔53〕</sup> 否定说主张应将患者死亡或伤残的结果作为生存机会丧失理论的适用前提,<sup>〔54〕</sup> 医学统计上生存机会的消亡不代表个案中患者生存机会的灭失,否则易导致过多的投机性或臆想性损害赔偿请求。此时,更好的解决方式是允许原告分割其诉讼请求,赋予其损害实际发生后的二次赔偿请求权。

损害的确定性并不等同于损害已发生,实质性的未来风险亦可满足损害的基本特征。<sup>〔55〕</sup> 赋予患者二次诉讼的权利是一种虚幻的补救措施,漫长的疾病潜伏期间可能会有其他因素影响疾病进程,而且随着时间的流逝,证据的类型、内容、证明力几乎不会增加,但取证的难度却与日俱增。此外,二次诉讼的成本费用很可能超过患者可以追回的损害赔偿金额,大大削弱患者的起诉动机。<sup>〔56〕</sup> 因此,应认可患者生存机会丧失后的损害赔偿,不论死亡或伤残是否发生,如同马里

〔51〕 参见前引〔6〕,David A. Fischer文,第619页。

〔52〕 See S. M. Waddams, The Valuation of Chances, 70 *Canadian Business Law Journal* 86, 87 (1998).

〔53〕 See *DeBurkarte v. Louvar*, 393 N. W. 2d 131 (1986).

〔54〕 参见前引〔2〕,冯德淦文。

〔55〕 参见田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期。

〔56〕 See T. A. Weigand, Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need for Caution, 87 *Massachusetts Law Review* 1, 3 (2002).

兰州上诉法院在“内尔诉马里兰南方医院案”中的回应所言：“若法院欲依据生存机会丧失理论进行损害赔偿的认定，那么至少从逻辑上而言，患者最终是不治而亡还是经历医疗过失后奇迹生还都不应影响侵权的成立。”〔57〕

## （2）超过 50% 的生存机会丧失

生存机会丧失理论的初衷是解决患者生存几率低于 50% 时的风险分配问题，那么反之，患者生存几率大于 50% 时，医疗机构能否以生存机会丧失理论进行抗辩，承担与医疗过失程度相匹配的损害赔偿？

反对方认为生存机会丧失理论仅应适用于生存几率低于 50% 的情形，因为该理论系对于传统因果关系理论缺陷的补救，而不是对传统理论的彻底否定和完全替代。〔58〕该理论依据民法公平观念来保障弱势患者群体的合法权益，应避免理论适用阻碍患者获赔的情况发生。支持方则主张彻底贯彻生存机会丧失理论的精神，将生存机会作为独立的损害客体，任何大小比例的机会都具有独立的价值。〔59〕当医疗过失导致患者生存机会的变动数值已由医疗科学清晰呈现时，强令引起 90% 生存几率降低的医疗机构去承担 100% 患者死亡赔偿的做法不够公平。〔60〕

本文认为，生存机会丧失理论的适用范围应限制在患者生存几率低于 50% 的情形。首先，合理限制生存机会丧失理论的适用范围，符合理论的发展脉络和实务的接受程度。传统因果关系理论是对于固有理论的坚守，仅考虑患者生存几率变动数值的生存机会丧失理论是对于传统理论的完全颠覆，而主张在 50% 以下生存几率适用生存机会丧失理论则居于二者的中间状态，此中间状态已是殊为不易的理论突破，因其暗合儒家执两用中、中庸权衡的思维而更容易被接受。其次，患者生存几率高于 50% 时并不存在因果关系的论证困境，依据传统因果关系理论可以有效解决，患者此时可以获得全部的损害赔偿。此种做法既是对于传统因果关系理论的遵循，又利于对相对弱势的患者合法权益的保护，倒逼医疗机构提升医疗服务水平。真正需要注意的是，应将生存机会丧失理论适用于既有病情与医疗过失共同促成患者死亡或伤残结果的情形，防止该理论不当适用于单纯医疗过失直接引发损害的侵权纠纷。

## （二）规制路径：《民法典》的一般人格权保护体系

我国并无“生存机会”规制的实体法依据，法官多认可医疗过失造成患者生存机会的不当减损，基于公平正义的考量判决医疗机构承担部分责任。〔61〕然而，实务裁判依据的法条援引却多为概括性条款，如《侵权责任法》第 2 条、〔62〕第 16 条、〔63〕第 54 条〔64〕或《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 17 条。〔65〕如此一来，判决说服力相对

〔57〕 Fennell v. Southern Maryland Hosp. Center, 320 Md. 776580 A. 2d 206 (1990).

〔58〕 See Lori R. Ellis, Lost of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent, 72 *Carolina Law Review* 369, 400 (1993).

〔59〕 参见前引〔6〕，David A. Fischer 文，第 608-609 页。

〔60〕 参见李显冬、王稳：《机会损失赔偿理论的反思与突破》，载《河南社会科学》2019 年第 3 期。

〔61〕 参见王浩然：《医疗生存机会丧失的损害赔偿：司法困境与制度应对》，载《现代法治研究》2019 年第 3 期。

〔62〕 参见云南省鹤庆县人民法院（2016）云 2932 民初 802 号民事判决书。

〔63〕 参见辽宁省营口市中级人民法院（2017）辽 08 民终 1419 号民事判决书。

〔64〕 参见山东省济南市中级人民法院（2015）济民四终字第 858 号民事判决书。

〔65〕 参见福建省厦门市思明区人民法院（2011）思民初字第 5166 号民事判决书。

有限,法官也似乎更加倾向于根据赔偿结果去反推裁判条文,对于法律条文所要保护的权益本身并不关注,<sup>[66]</sup>难以真正做到辨法析理、胜败皆服。

正如前文所述,生存机会丧失虽表现为医学上治愈可能性的不当减损,但其在法律上的本质是对于患者民事权益尤其是人格权益的侵犯,进而造成相应的财产损害和精神痛苦。人格权是关于人存在价值和尊严的权利,其以保护人身自由和人格尊严为价值基础,<sup>[67]</sup>可区分为一般人格权与具体人格权,二者属于抽象与具体、一般与个别的关系,<sup>[68]</sup>因此,裁判时应首先考量所涉人格权益是否为法律明文规定的具体人格权。具体人格权属于法律明文规定的绝对权,其具有成文化、确定性程度高和稳定可预期性的典型特征,<sup>[69]</sup>生存机会的内涵虽与具体人格权中的生命权和健康权存在交叉之处,但却因不具备具体人格权的相应特征而难以归入具体人格权的保护体系中。司法实践对于生存机会丧失的法律涵摄,是小心翼翼通过个案价值判断和利益衡量的方式来实现的,而这恰是抽象概括且具有一定弹性的一般人格权所具有的典型特征。<sup>[70]</sup>同时,一般人格权的设立目的在于填补具体人格权条款适用时对于新型人格利益的保护漏洞,生存机会作为尚未达到具体人格权的较高条件要求的新型人格权益,在我国民事权益开放性保护的态度下将其纳入一般人格权的保护框架并无解释论上的障碍。

从我国民事权益保护体系来看,《民法典》第109条、第990条、第995条和第1165条发挥规范体系的联动效应,共同构建起透过侵权法规保护一般人格利益的开放路径。<sup>[71]</sup>具体而言,第109条位于总则编民事权利章节,通过“人身自由、人格尊严”彰显人格利益核心要素的表达,明确宣示一般人格权条款的价值基础。第990条第2款中的“其他人格权益”尚处于探索阶段,其并未直接采用“一般人格权”的概念表述,而立法将其置于具体人格权条款之后,意味着立法机关亦认可一般人格权类似于新型人格利益权利束的创设功能和补充功能。<sup>[72]</sup>第990条是宣示一般人格权保护的请求权基础,难以将其作为独立的裁判规范,因而需通过第995条建立妥当的请求权基础外接规范,将其导向侵权法上的请求权基础。侵权责任编第1165条第1款作为侵权法规过错责任的一般条款,具有异乎寻常的强大规范功能,如此人格利益开放性保护的中国模式最终形成。具体到生存机会丧失的救济,生存机会并非成文法规定的具体人格权,但其因包含人格尊严的价值属性,可将其纳入一般人格权的范畴,主张一般人格权的救济路径。<sup>[73]</sup>

### (三) 责任成立的判断:相当因果关系的过滤作用

我国法经历从必然因果关系说到相当因果关系说的跨越,不仅理论上认可相当因果关系说的

[66] 参见前引[2],季若望文。

[67] 参见王利明:《人格权法中的人格尊严价值及其实现》,载《清华法学》2013年第5期。

[68] 参见姚辉、周云涛:《人格权:何以可能》,载《法学杂志》2007年第5期。

[69] 参见朱晓峰:《论一般人格权条款与具体人格权条款的规范适用关系》,载《比较法研究》2021年第3期。

[70] 参见朱晓峰:《作为一般人格权的人格尊严权——以德国侵权法中的一般人格权为参照》,载《清华法学》2014年第1期。

[71] 参见叶金强:《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》,载《中外法学》2017年第3期。

[72] 参见唐德华主编:《最高人民法院〈关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释〉的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第27页。

[73] 参见温世扬:《〈民法典〉视域下身份权的教义重述》,载《现代法学》2022年第4期。

正当性，<sup>〔74〕</sup>包括最高人民法院在内的各级法院也将其作为裁判标准予以适用。<sup>〔75〕</sup>相当因果关系理论下的因果判定包括两个层面，第一个层面属于责任成立方面的因果关系认定。责任成立因果解决的是侵权责任是否成立的刚性问题，要求通过高度盖然性规则予以判断。相当因果关系由条件关系和条件关系的相当性两部分构成，侵权人只对以其行为作为相当条件的损害负赔偿责任。<sup>〔76〕</sup>在医疗过失与生存机会丧失间的因果判断中，法官首先应按照“若无则不”的方法进行条件验证，考量患者接受合理治疗后生存机会丧失与否。随后进行相当性的价值判断，若同等水准的医疗机构认定此医疗过失会导致生存机会丧失，而无此医疗过失不会导致生存机会丧失，那么此时满足因果关系的相当性条件。

生存机会在医疗鉴定中常被披上“原因力”的外衣，鉴定意见大多只给出一个原因力的比例数据，但因果关系有无是原因力适用的前提，实践中以原因力大小判断事实因果关系成立与否的方式显然倒果为因，<sup>〔77〕</sup>有鉴于此，本文认为正确的判断方式是要求司法鉴定机构进行两个层面原因力的初步判断，即责任成立的原因力大小计算和损害范围的原因力大小计算，分别对应司法裁判中的责任成立因果关系判断和责任范围因果关系判断。不同层面原因力的判断所欲解决的问题不同，所以鉴定机构的判定标准也不同。此时，法官在责任成立因果关系判断时，首先要考量鉴定机构出具的责任成立原因力数值，其次再综合考量个案中的其他因素，包括医疗机构的地域分布、发生时间和医师的专业知识等，最后依据“条件说”综合考量。如此一来，便圆满地完成医疗过失与生存机会丧失之间责任成立因果关系的认证难题。

#### （四）责任范围的确定：比例计算下的动态考量

因果关系判断欲解决的第二个层面的问题，是责任范围方面的因果关系认定。《民法典》并未明确规定损害范围的界定方式，传统观点主张以相当因果关系作为侵权归因与损害归责的结合，让相当因果关系同时承担侵权构成和法律评价的功能，<sup>〔78〕</sup>但损害赔偿并非盖然性高低的问题，相当因果关系试图以结果发生的盖然性掩盖法律判断规范评价的做法不够合理。<sup>〔79〕</sup>实际上，界定损害范围需要多元的规范要素共同做工，《欧洲侵权法原则》即规定通过多种法律原理的协同效应来评价损害赔偿的法律效果，综合考量法益价值、明确程度、风险状况和规范目的等众多因素。<sup>〔80〕</sup>对于生存机会丧失损害赔偿的范围评价，也应动态衡量个案的多种因素，依据科学合理的计算方法进行赔偿额计算。

〔74〕 参见梁慧星：《雇主承包厂房拆除工程违章施工致雇工受伤感染死亡案评释》，载《法学研究》1989年第4期；王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社2010年版，第385页。

〔75〕 参见“上海普鑫投资管理咨询有限公司诉中银国际证券有限公司财产损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2016年第10期。

〔76〕 参见朱岩：《当代德国侵权法上因果关系理论和实务中的主要问题》，载《法学家》2004年第6期。

〔77〕 参见满洪杰：《医疗损害责任因果关系虚无陷阱及其化解——兼评法释（2017）20号第12条》，载《法学》2018年第7期。

〔78〕 参见前引〔74〕，王利明书，第378页；杨立新：《侵权损害赔偿》，法律出版社2010年版，第101页。

〔79〕 参见王磊：《相当因果关系的现代变迁与本土抉择》，载《财经法学》2022年第1期。

〔80〕 参见欧洲侵权法小组编著：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第97页。

### 1. 范围量定的考量因素

生存机会丧失损害是医疗过失行为所致损害的总和,因医疗过失行为所受损害不仅包括精神损害,也包括由机会丧失衍生而来的财产损害。比例赔偿下的动态考量是生存机会丧失赔偿范围界定的重要工具,生存机会丧失的动态考量因素应该包括以下几种:

第一,既有疾病的严重程度。严重既有病情与医疗过失结合共同导致患者死亡或伤残结果的发生,是生存机会丧失纠纷不同于其他医疗侵权的特殊之处,因而着重考量既有疾病的严重程度是逻辑必然。既有病情虽是侵权结果严重的主要原因,但在实务裁判中却往往不受重视,法官对于既定病情的分析多是寥寥数语或含糊其辞,<sup>[81]</sup>这或许也是生存机会丧失纠纷耗时长、审级多的重要原因之一。

实际上,既有疾病严重程度的认定存在于医疗鉴定环节,其需要高度专业化的医疗科学和统计科学,法律的作用更多是为其提供类型化的评判标准。对此,应以《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准(草案)》(下文简称《评判标准》)为基础,在个案中考量既有疾病的病症、体征、潜在疾病、患者特殊体质等因素,综合判断既有疾病与外来介入因素结合的参与度评判标准;实务鉴定确定致命损害参与程度时,应合理运用事故对策领域的事故归因原理,对各种可能加速疾病发展的原因进行判断,再通过理论探索、经验咨询的方法,参照事件树分析法或鱼骨图分析法确定既有疾病的参与度。<sup>[82]</sup>

第二,生存机会的变动数值。在某种程度上,生存机会的变动程度与既有病情的严重程度是范围量定问题的一体两面,但前者更加注重疾病发展过程中的动态考量,突出表现为医疗过失介入后生存机会的数值变动情况。

生存机会是生存机会丧失理论赖以发展的核心概念,其数值变动也是厘定赔偿范围的最核心因素,直接决定损害赔偿额的大小。医疗领域的法规中仅《评判标准》存在“参与度”的描述,因此,实务中常将其作为裁判论证的支撑。但实际上,生存机会并非此标准第2条所规定的“疾病”,生存机会丧失纠纷中无此标准的适用空间。<sup>[83]</sup>因此,对于生存机会变动数值的考量,首先应修正将参与度异化为因果关系认定的错误做法,理顺因果认定与损害计算的适用逻辑,分析既有疾病、医疗过错、特殊体质等原因力大小,综合分析生存机会的实际变动数值。<sup>[84]</sup>其次,依据大数据技术,对海量医疗鉴定和司法案例研究做出数据量化层面的优化,形成参与度数值与因果关系比例程度相衔接的对应关系。最后,重视医疗过失后剩余的生存几率,同样是医疗过失导致的20%的生存几率丧失,由21%降低至1%所应获取的赔偿理应高于由45%降低至25%的赔偿数额。

第三,假设患者死亡或伤残的损害赔偿总额。生存机会丧失的损害赔偿并非患者死亡或伤残

[81] 参见湖南省衡阳市中级人民法院(2018)湘04民终222号民事判决书;吉林省长春市中级人民法院(2018)吉01民终36号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2018)沪02民终1097号民事判决书。

[82] 参见前引[46],刘鑫文。

[83] 《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准(草案)》第2条规定:“本标准中的‘疾病’,除包括临床医学中所指的疾病外,还包括既往的损伤、先天畸形、发育异常、老化现象等。”

[84] 参见鲁涤、唐田丰、常林:《医疗损害赔偿案件因果关系的判定》,载《中国医院》2009年第8期。

损害的组成部分，但这并不意味着生命健康权说下损害赔偿总额的计算毫无意义，在前述损害赔偿总额的基础上比例计算生存机会丧失的损害赔偿额，以使医疗机构承担与其过错程度相当的损害责任。而实务中损害赔偿的计算不会详细列明具体赔偿项目，多以总额的方式呈现，以生命健康权的损害赔偿总额作为生存机会丧失损害赔偿额的计算基础符合裁判现状。此时，生命健康权侵害损害赔偿额的计算，包括诊疗行为支付的合理费用、预计收入的减少及可能的残疾赔偿金和死亡赔偿金等项目。<sup>〔85〕</sup>虽然损害赔偿项目与其他医疗侵权差异不大，但生存机会丧失案件的损害赔偿亦有其特殊之处，即医疗机构的诊疗行为既包括过失诊疗行为，也包括针对既有疾病科学合理的诊疗部分，既有疾病的合理费用支出不用纳入赔偿范围。

## 2. 范围确定的计算方法

生存机会丧失理论下的损害计算采取比例赔偿方式，其先依据全有或全无原则计算出患者的损失总额，然后计算医疗过失前后患者生存机会数值的差额值，在个案中考量损失总额、差额值和个案中的其他因素得出最终赔偿额。此种计算方法，亦能防止生存机会丧失理论沦为比例责任的附庸。

生存机会丧失属于人格权侵害，《民法典》第1182条赋权法院可以根据“实际情况”进行损害计算。比例式赔偿中“比例”的大小，以司法鉴定机构的第二个层面的原因力——责任后果的原因力大小——作为依据。但比例赔偿所得数额尚非最终赔偿数额，更为妥当的方式是将此数额作为损害计算的初步基准，根据个案情况进行进一步考量前文所述全部因素，最后由法官进行统筹全局的法律评价后得出数额。也就是说，在生存机会丧失的损害计算中应综合运用两种“合理计算方式”，首先对生存几率的变动部分进行比例赔偿，然后再以满足法律判断的实质性因素酌定最终赔偿额。据此，完整的生存机会丧失的损害赔偿计算需经过如下步骤：

步骤一：法官依一般医疗侵权规则去计算假设患者死亡或伤残后遭受的损失总额。

步骤二：法官调查患者既有疾病的程度以及医疗过失介入前患者的生存机会数值。

步骤三：法官调查并计算医疗过失后患者的生存机会数值。

步骤四：法官需要用步骤二中的数值减去步骤三中的数值。

步骤五：法官需要将步骤一的金额乘以步骤四中计算得到的数值，初步得出生存机会丧失的比例损害赔偿金额。

步骤六：法官需要动态计算并量化个案中的因素考量并对价值进行数值量化。

步骤七：法官需要以步骤五中的损害金额减去步骤六中的量化数值，最终得到恰当的生存机会丧失的损害赔偿金额。

需要说明的是，生存机会丧失的未来损害计算有其特殊之处，主要包括两种计算方法：单独计算法和加权计算法。前者是既有损害计算法的延续，而后者相对来说是数学理论在计算方

〔85〕 因生存机会丧失而导致的费用支出和收入减少与医疗过失具有完全的因果关系，此时全部赔偿更为恰当，但实务中囿于患者举证能力限制，原告方所列举的费用依据往往是患病前后的总费用，依生存几率的减损数值进行比例计算是目前最为适宜的方式。

法上的应用创新。法官需要综合考量案件全部因素,根据专家证词推断患者死亡或伤残最有可能发生的时间点。假设医疗过失造成患者30%生存机会的丧失,且现年40岁的患者最有可能因医疗过失于60岁死亡,患者死亡造成的损失将为100000元。依据单独计算法,患者可获得的未来损害赔偿为30000元( $100000 \times 30\%$ )。而依据加权计算法,需要鉴定机构提供更多阶段的医疗数据作为参考。如患者40岁时死亡概率为5%,50岁时的死亡概率为10%,60岁时的死亡概率为15%,患者不会死亡的概率为70%,四个阶段可能造成的损失分别为300000元、200000元、100000元以及0元,此时依据加权计算法,患者可获得的未来损害赔偿额为60000元( $300000 \times 5\% + 200000 \times 15\% + 100000 \times 15\% + 0 \times 70\%$ )。相对来说,加权计算法更加科学合理,但却要求原告负担更重的举证责任,因此实务中适用何种计算方法应由法官酌情而定。

虽然逻辑上损害赔偿额的量化步骤相对复杂,但实务中的操作难度并未随着程序的繁琐而攀升,许多步骤可以合并适用。我国实践中早有法院遵循此种计算思路,依据过失参与度进行数额的比例计算,同时结合个案的实际因素考量得出最后的赔偿额。<sup>[86]</sup>例如,有法院判决以“医疗机构的过失参与度建议21%~30%”,酌情认定其承担21%的赔偿责任。<sup>[87]</sup>略显不足的是实务中比例赔偿与因素考量的结合方式相对粗略,而本文的计算方法可以为其提供妥当的法技术与法理基础。

至于生存机会丧失纠纷的精神损害赔偿,生存机会往往寄托着患者生命延续的期望,生存几率的降低甚至完全丧失导致患者精神上遭受的痛苦(死亡提前来临所带来的恐惧等负面情绪)有时甚至远远超出其身体上所遭受的痛苦。因此,生存机会丧失精神损害的正当性几乎不证自明。生存机会丧失纠纷的精神损害赔偿与一般医疗侵权纠纷的考量因素差异不大,在此不做赘述,<sup>[88]</sup>唯需要注意的是谨慎考量其精神损害赔偿的特殊之处。比如,生存机会丧失所引发的精神痛苦必须与既有病情造成的精神痛苦严格区分,<sup>[89]</sup>患者不知生存机会丧失后的精神愉悦是否适用损益相抵等。

## 五、结 论

生存机会丧失理论的演进史已逾百年,其起源与发展虽面临诸多质疑,但不可否认的是它为平衡患者权益和医疗机构的诊疗自由提供行之有效的创新进路。因此,即使机会丧失理论不比传统因果理论和全有或全无原则更优越,但其至少不会比后者更恶劣,并且在当下最优解(即妥当厘清全部因果关系问题,针对性地适用全有或全无原则)无法达至的现状下,生存机会丧失理论作为次优解是此类纠纷最适宜的解决方式。实际上,生存机会丧失所解决困境的根源在于医疗科

[86] 有学者曾经对裁判文书网一万四千余件医疗侵权案件进行数据分析,结果显示医方承担比例责任的概率高达77.99%。参见前引[77],满洪杰文。

[87] 参见广东省广州市中级人民法院(2018)粤01民终595号民事判决书。

[88] 关于精神损害赔偿的范围量定,参见叶金强:《精神损害赔偿制度的解释论框架》,载《法学家》2011年第5期。

[89] See Evers v. Dollinger, 471 A.2d 405 (1984).

学的技术限制，法律并不会如我们预期般作用巨大，最优解的出现更加依赖于医学技术的不断进步和持续发展。但在那以前，诊疗行为的评判会愈加公正客观，生存机会丧失理论的优势也将长期存在。

---

**Abstract:** According to the traditional causality theory, patients with a survival rate of less than 50% are difficult to meet the standard of proof due to the existence of existing diseases, and the result of patients suffering from medical negligence but unable to obtain compensation is obviously unfair. The traditional causal relationship theory and the loose causal relationship theory in comparative law did not solve the argument problem of loss of survival opportunity, but the accumulation of theory and judgment provided conditions for the creation of the theory of loss of survival opportunity. The loss of survival opportunity theory adopts the regulation approach of the damage theory, regulates the loss of survival opportunity itself as the object of damage, and finally determines the scope of damage compensation according to the proportional calculation method. In the localization construction of the theory of loss of survival opportunity, we should identify the real survival opportunity and clarify the applicable premise and scope of the theory. On the basis of norms, take the protection norms of general personality rights in the Civil Code as the basis of empirical law, and define the scope of damage through the combination of proportional compensation and dynamic consideration.

**Key Words:** loss of survival opportunity, causality, general personality right, damages

---

• 667 •

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

## 消除影响请求权的体系整合与制度构造

温世扬 刘 昶\*

**内容提要：**消除影响的规范目标是消除相关公众产生的错误认识。名誉权、标表型人格权、知识产权皆可纳入消除影响请求权的适用范围。立法表述中的“恢复名誉”因可完全被消除影响的规范内涵所吸收，且不具有类型化的解释论意义，故属于立法赘文。消除影响不具有预防与保全功能，应区别于绝对权请求权，系以过错为责任成立基础的债权请求权。作为一项事实陈述，消除影响的目标是通过恢复原状的方式弥补损害，应将之区别于赔礼道歉，后者作为意见表达，意在为受害者提供精神慰藉，且不可被强制执行。在制度构造上，消除影响的适用应以相关公众确实产生了错误认识为前提，但是在个别情形下，法院可直接依据经验法则作出事实推定，原告不需要证明不良影响已经现实发生。应将比例原则纳入评价机制，以此判断被告所应承担的消除影响义务的方式与限度。

**关键词：**《民法典》 消除影响 债权请求权 恢复原状 比例原则

### 一、引言

根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第179条第10项的规定，消除影响系承担民事责任的主要方式之一，确立了此类责任承担方式的独立性。因消除影响作为民事责任被规定在《民法典》总则编，自立法体例出发，似可作为一般规定，适用于所有权利类型被侵害的场合。然而，责任概念的使用无法脱离权利这一限定，只有在明晰权利的具体类型下，探讨“何人依据他人的何种权利承担何种责任”才有意义。权利产生意味着他人应履行某种义务，在未履行时要承担民事责任，所以“责任的承担”应以“权利的溯源”为首要任务。<sup>〔1〕</sup>因此，为了

\* 温世扬，武汉大学法学院教授；刘昶，武汉大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见冯珏：《我国民事责任体系定位与功能之理论反思》，载《政法论坛》2022年第4期。

准确把握消除影响请求权的规范内涵，首先需要完成从“责任承担”到“权利溯源”的思路转化，在具体权利层面探究消除影响的适用范围。

《民法典》第1000条规定，在人格权受到侵害时，行为人承担消除影响的民事责任应与其行为方式与造成的影响相当。该条虽并非请求权产生规范，并未描述何种情形下行为人应承担消除影响义务，仅是法律后果的具体限制，但相比《中华人民共和国民法通则》（2009年修正）（以下简称《民法通则》）第120条的规定，在字面上将原先的“姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权”扩张到了所有的人格权益。对此，有观点认为应作出限缩解释，即物质型人格权的侵害不应适用消除影响请求权，因其并未带来声誉等层面的恶劣影响，至于名誉、姓名、肖像、隐私等无形人格权被侵害时，则有适用的空间。<sup>〔2〕</sup>与之相对，有观点仅笼统提及不良后果消除之必要，未限缩消除影响的适用范围。<sup>〔3〕</sup>除《民法典》外，消除影响请求权可散见于其他部门法。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》（2019年修正）第11条、第23条的规定，在编造、散布虚假及误导信息进而影响商誉时，侵权人负有消除影响义务。司法实务中，被告消除影响责任的承担超出了法律限定的范畴，若擅自使用他人名称或商标，进而满足第6条不正当竞争构成要件时，权利人也可要求被告消除影响。<sup>〔4〕</sup>《中华人民共和国著作权法》（2020年修正）（以下简称《著作权法》）第52条也以“具体例举+兜底条款”的方式，规定消除影响请求权可在特定情况下得到适用。在司法实务中，消除影响请求权多被用于商标侵权。<sup>〔5〕</sup>由此引发的问題为：消除影响请求权的适用范围为何，背后有无统一标准。

不清晰的适用范围无疑为消除影响请求权的规范内涵蒙上了一层面纱，既有的立法体例更是加剧了消除影响体系定位的模糊性。根据《民法典》第995条的规定，消除影响请求权不适用诉讼时效。有观点认为，消除影响请求权应属于绝对权请求权，规范目标是为了恢复人格权的圆满状态，与过错无涉。<sup>〔6〕</sup>也有观点将其与停止侵害等绝对权请求权作初步区分，并根据人格保护的特殊目的考虑消除影响特别时效的适用。<sup>〔7〕</sup>更有观点直接否认该类请求权的绝对权请求权属性。<sup>〔8〕</sup>此外，消除影响与恢复名誉、赔礼道歉的关系亦含混不清。《民法典》第179条第10项将消除影响与恢复名誉并列，似认为二者系一体两面的关系。第11项虽将赔礼道歉作为独立民事责任，但认为其与消除影响应区分适用、同一适用的观点均有之。<sup>〔9〕</sup>

〔2〕 参见陈甦、谢鸿飞主编：《民法典评注·人格权编》，中国法制出版社2020年版，第72-73页。

〔3〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第115-116页。

〔4〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院（2021）新民终98号民事判决书；天津市高级人民法院（2021）津民终941号民事判决书。

〔5〕 参见最高人民法院（2018）最高法民再390号民事判决书；浙江省高级人民法院（2015）浙知终字第219号民事判决书。

〔6〕 参见张红：《我国民法中恢复原状的再体系化》，载《荆楚法学》2022年第2期；崔建远：《债法总则与中国民法典的制定——兼论赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的定位》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2003年第4期。

〔7〕 参见杨巍：《〈民法典〉第196条（不适用诉讼时效的请求权）评注》，载《南大法学》2022年第2期。

〔8〕 参见程啸：《人格权研究》，中国人民大学出版社2022年版，第653-655页。

〔9〕 “区分适用论”可参见葛云松：《赔礼道歉民事责任的适用》，载《法学》2013年第5期；甘肃省高级人民法院（2016）甘民终316号民事判决书。“同一适用论”可参见王泽鉴：《人格权法：法释义学、比较法、案例研究》，北京大学出版社2013年版，第436页；广东省高级人民法院（2019）粤民申5928号民事裁定书。

正是因为消除影响的适用范围、体系定位均存在较大争议,故厘清消除影响请求权的构造基础,探析消除影响的适用情形,并为该类纠纷提供明晰的裁判规则,即成为《民法典》时代解释论的重要命题。

## 二、消除影响请求权的适用范围

消除影响的目标是消除他人行为对权利人所造成的不良影响,使其恢复到权利被侵害前的状态,具有恢复原状的功能。然对于债权、物权等纯粹的财产性权利而言,通过损害赔偿的方式即可恢复原状,无需设立独立的消除影响请求权。<sup>〔10〕</sup>对物质型人格权而言,生命损害本身不可能恢复原状。至于身体权、健康权,在物质损害层面,侵权行为一旦发生,可通过金钱赔偿的方式填补损失。若被害人因侵权行为产生了巨大的精神痛苦,也可通过支付精神损害赔偿金的方式填补精神损害。<sup>〔11〕</sup>此时,尚可辅之以赔礼道歉责任使被害人在精神层面得到慰藉,减轻侵权行为对被害人在精神层面的负面影响,故独立的消除影响责任并无必要。由此一来,财产权及物质型人格权应排除在消除影响的适用范围外,问题聚焦到他种人格权之上。其中,隐私权作为精神人格权的一种,权利侵犯以隐私被披露为样态。而隐私因披露而不再成为隐私,故难以真正恢复原状,只得通过精神损害赔偿或者赔礼道歉等方式抚慰被害人,消除影响请求权并无适用可能。行动自由权同理,因其以自决地位为核心,<sup>〔12〕</sup>故只要侵权人停止对他人意志或身体行动自由的干涉,方可使人身自由恢复至圆满状态,也无消除不利影响的必要。因此,为了证立消除影响请求权的独立性,需要结合他种人格权展开讨论。

### (一) 受损的名誉

#### 1. 通过“消除影响”以“恢复名誉”

名誉权作为精神型人格权,以维护人格尊严为逻辑起点,其规范核心系名誉内涵的界定。依照通说观点,名誉系指社会公众对民事主体于品德、能力等方面的社会评价,应将其与自我评价为核心的“名誉感”区分开来。<sup>〔13〕</sup>《民法通则》第120条将名誉被侵害纳入消除影响请求权的适用范围,对此作历史解释,《民法典》第1000条人格权的范畴当然也应当包括名誉权,司法实务中亦不乏其例。<sup>〔14〕</sup>当权利人的名誉因不实陈述而被侵害时,也表明其社会评价会被不当降低,从而产生了负面影响。对自然人而言,因社会负面评价所产生的损害是在精神层面,侵权人负有义务消除负面影响,然单一的精神损害赔偿金无法达到消除不利影响的目的,赔礼道歉并非直接

〔10〕 依据传统理论,损害赔偿责任主要有两种责任承担方式,分别是恢复原状与金钱赔偿。前者致力于维护被害人的完整利益,后者致力于维护被害人的价值利益,二者发挥的都是损失填补功能。参见王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第113-114页。

〔11〕 精神损害赔偿的功能主要有两项:补偿与安抚。对此可参见〔德〕埃尔温·多伊奇、汉斯-于尔根·阿伦斯:《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》(第5版),叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第234-235页。

〔12〕 参见温世扬:《民法典视域下的“人身自由”》,载《法制与社会发展》2022年第3期。

〔13〕 参见前引〔8〕,程啸书,第322-325页;前引〔9〕,王泽鉴书,第151页。

〔14〕 参见江苏省高级人民法院(2019)苏民申7804号民事裁定书;四川省高级人民法院(2017)川民申5158号民事裁定书。

指向必要事实之澄清，故要求侵权人履行消除影响的义务有特殊意义。值得注意的是，侵害名誉权的方式除了事实陈述以外，亦有意见表达。后者往往仅对某事件发表好或坏、赞同与不赞同等意见，而不指向事实的真伪。即便意见表达因构成了人身攻击而成立侵权，但其无涉于具体事实，是纯粹的观点输出，已在相当程度上偏离了名誉权的范畴，只有与不实陈述相结合才会降低被害人的社会评价，纯粹的意见表达更接近“名誉感”的范畴，不会在社会层面产生对被害人的错误认知，仅会使被害人自尊受挫。对此，权利人仅需主张精神损害赔偿，并同时主张侵权人赔礼道歉，即可达到维护“名誉感”的目的。

区别于《民法典》第1018条、第1032条将肖像权、隐私权的权利主体限定为自然人，《民法典》第1024条以民事主体作为名誉权的权利主体，故法人等组织团体也享有名誉权。然而，法人所享有的人格权虽然具有人格权之名，但并不以人身自由与人格尊严为构造基础，实为财产权的外化。<sup>〔15〕</sup>当第三人侵害了法人名誉权之后，组织团体不会感到精神痛苦，但会因社会评价降低而有损商誉，从而产生经济损失，故由侵权人负担消除影响义务有特别意义。<sup>〔16〕</sup>

值得注意的是，《民法典》第1029条将信用纳入名誉权的规范体系内，并未规定为独立的人格权类型。然而，信用与名誉的内涵并不等同，前者无关乎社会公众对特定民事主体的评价，多关涉特定主体间的经济利益，信用评级也仅可由特定机关（银行、法院）作出。<sup>〔17〕</sup>该类经济评价与民事主体的资力状况息息相关，若某人被污蔑即将破产、在银行系统内的信用评级产生误报，均可认为侵犯了信用，此时民事主体除了可要求侵权人赔偿物质以及精神损害外，也可向侵权人主张消除影响进而恢复信用评价。<sup>〔18〕</sup>

## 2. 作为立法赘文的“恢复名誉”

既然消除影响的目的是消除不利影响并恢复原告的名誉或信用评价，那么《民法典》第179条第10项、第995条、第1000条将恢复名誉独立于消除影响的目的何在？有观点认为，消除影响当然包括了恢复名誉，只不过恢复名誉是专门针对名誉权侵害所规定的责任形式。<sup>〔19〕</sup>学者亦鲜有讨论恢复名誉与消除影响的关系，而往往将二者一并列举，似认为二者具有相同的适用情形与规范目的。<sup>〔20〕</sup>司法实务中也多在名誉侵权时判决要求被告承担消除影响责任，并未与恢复名誉请求明确区分。<sup>〔21〕</sup>事实上，对于消除影响与恢复名誉的关系，可以有三种解释路径。第一种是认为后者是前者的特殊规定，当涉及名誉侵权时，应当优先适用恢复名誉请求权。第二种是认为恢复名誉仅仅是一项注意性规定，是在特别强调名誉权保护的重要性，属于消除影响请求权的例示规定。此时，消除影响属于兜底条款。第三种则是认为恢复名誉在本质上属于一项赘文，且

〔15〕 参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第452页。

〔16〕 参见山东省高级人民法院（2015）鲁民一终字第3号民事判决书；吉林省高级人民法院（2014）吉民三涉终字第12号民事判决书。

〔17〕 参见前引〔9〕，王泽鉴书，第165-168页。

〔18〕 参见山西省高级人民法院（2017）晋民申169号民事裁定书。

〔19〕 参见前引〔3〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第116页。

〔20〕 参见前引〔9〕，葛云松文；张红：《不表意自由与人格权保护——以赔礼道歉民事责任为中心》，载《中国社会科学》2013年第7期。

〔21〕 参见陕西省高级人民法院（2021）陕民申260号民事裁定书；吉林省高级人民法院（2014）吉民三涉终字第13号民事判决书；浙江省高级人民法院（2013）浙民提字第81号民事判决书。

是隶属于消除影响请求权的“整全隶属性赘文”，可被消除影响所囊括，但在立法中并未采用简洁的表述，而是人为设置了该类语义循环。<sup>〔22〕</sup>

第一种解释无疑过于机械，因消除影响与恢复名誉都被内嵌于同一法条，仅允许裁判者适用恢复名誉请求权而排斥消除影响请求权，通常不符合实际情形。法官在引用请求权基础时往往仅会具体到某一条某一款（项），但无论是《民法典》第179条第10项，抑或是第995条、第1000条，消除影响与恢复名誉甚至都在同一段落（项）内，故难以在技术操作上完全区分二者。第三种解释将恢复名誉认定为是一项立法技术不足产生的赘文，彻底否定了恢复名誉规定本身的实益。赘文与例示规定的区别在于，前者仅仅是对语义逻辑的当然重复（如物权、债权之于财产就是纯粹的语义重复），后者作为类型列举则对避免司法裁量权过大具有重要意义，且可由此反推兜底条款的规范内涵，以划定规范解释的合理边界。<sup>〔23〕</sup>因此，若恢复名誉对消除影响规范内涵的厘清具有解释学上的意义，应作为例示规定采纳第二种解释方案。然不可否认的是，在前述第一种方案被否定之后，消除影响也包括对名誉的不利影响，名誉恢复后，即表明不利影响已被消除。恢复名誉这一概念未在构成要件抑或法律后果上对消除影响作出足够明确的细化，仅是对消除影响具体亚类型的简单重复，其概念内涵可被内化于消除影响之中，故将其作为一项赘文而非例示规定，更符合赘文的特性。

## （二）因不实关联产生的错误印象

侵犯民事主体的名誉权会导致其社会评价降低，故要求被告承担消除影响责任并恢复名誉有其正当性。然而，消除影响的范畴不应限于名誉侵权。如前所述，无论是标表型人格权，还是以智力成果为基础的知识产权，在法律规定以及司法实践中均承认了消除影响请求权的适用可能。事实上，上述权利可以起到将特定权利（财产）与民事主体相联结的功能，从而使第三方清楚权利客体与权利主体之间的内在联系，侵权人的使用行为无疑会导致第三人对权利与权利归属主体产生错误认识，下文就上述权利类型分别展开讨论。

### 1. 利用他人人格标识产生的错误印象

姓名权（名称权）、肖像权系典型的标表型人格权，其可使第三方根据外在标识符号识别特定人。当然，标表型人格权的权利类型并不局限于此。《民法典》第1023条第2款将声音纳入人格标识的保护体系内，实因其与姓名、肖像相同，具有识别个体的功能。<sup>〔24〕</sup>个人信息也拥有指向功能，可将特定主体与他人相区别，所以也是一种人格标识。<sup>〔25〕</sup>其中，就姓名权（名称权）与肖像权而言，早在《民法通则》时代，就于第120条明确规定了原告可主张消除影响请求权，法律并未对此设置任何限制。然而，消除影响的目的是消除负面影响，在擅自使用他人人格标识的情形下，究竟会产生何种不良影响？对此司法实务多语焉不详。譬如，有判决针对名称权被侵害，笼统地指出消除影响的目的并非弥补心理创伤，而是为了消除因名称权被侵害所带来的不良

〔22〕 整全隶属性赘文的内涵，系指他处已有此种法律表达，此处再展开相同或者亚类型的法律表达并无必要。具体内容与例证可参见贺剑：《民法的法条病理学——以僵尸法条或注意规定为中心》，载《法学》2019年第8期。

〔23〕 参见前引〔22〕，贺剑文。

〔24〕 参见杨立新、袁雪石：《论声音权的独立及其民法保护》，载《法商研究》2005年第4期。

〔25〕 参见温世扬：《标表型人格权的制度价值与规范构造》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第6期。

影响，然其并未指明不良影响的含义。<sup>〔26〕</sup>在“任达华与海南正大汇龙房地产开发有限公司肖像权纠纷案”中，针对被告擅自悬挂任达华肖像的行为，法院仅指出原告的肖像权受到了侵害，被告虽然擅自用他人肖像进行宣传，然其社会影响不大，故判决正大公司应在海口内有影响的报纸上赔礼道歉以消除影响。在本案中，裁判文书也未明确究竟何为影响不大，影响不大又要在报刊上刊登声明的理由。<sup>〔27〕</sup>又如，在“姚明与武汉云鹤大鲨鱼体育用品有限公司侵犯人格权及不正当竞争纠纷案”中，针对被告擅自使用姚明姓名、肖像的行为，法院亦未指示说明不利影响为何，直接要求被告承担消除影响责任。<sup>〔28〕</sup>

事实上，侵权人侵害了权利人的标表型人格权，完全有可能招致声誉下降的结果。譬如，擅自使用名人姓名，并将其用于自身广告宣传，将会形成姓名权人支持该商品的公众印象。<sup>〔29〕</sup>若产品内容本身涉嫌虚假宣传，也会导致姓名权人的社会评价降低，从而构成名誉侵权。然此种不良影响可被名誉权范围所囊括，超出了标表型人格权的保护范畴。但是，用作推销的产品可能无质量问题，侵权人只是利用其人格标识为自己开拓产品的销售渠道，不会有损声誉，仅构成对姓名等标表型人格权的侵害。<sup>〔30〕</sup>但此时并非不会产生任何不良影响，社会公众仍然会产生权利人支持某种商品的印象，进而错误认为其与指定商品具有主观上的特殊联系，并于潜意识中基于对该人的支持而选择该类商品，对于此类错误认识也有通过消除影响恢复原状的必要。

在“四川西婵整形美容有限公司、林心如一般人格权纠纷案”中，法院就指出，被告整容公司擅自使用林心如照片作宣传，并附之以医院服务热线与在线咨询方式的举措，侵害了原告的肖像权。然社会公众并不会因此对林心如本人产生任何负面评价，并降低其社会声誉，故对于其侵害名誉权的主张，法院不予支持，仅支持针对侵犯肖像权的公开赔礼道歉请求。<sup>〔31〕</sup>在该案中，虽然法院并未指明擅自使用他人肖像会产生何种不利影响，但却将肖像与推销方式联结起来，实质上暗含了该种冒用行为会导致错误认识的结果。此外，法院也将侵害肖像权与名誉权所产生的不利影响作出了初步区分，仅侵犯前者并不会导致社会评价降低，故对其适用独立的消除影响请求有独特意义。

须明确的是，并非所有侵害人格标识的行为皆可适用消除影响请求权。比如，第三人侵害姓名权的行为可能是干涉姓名使用的行为，如不允许申请人在法律规定的范围内更改姓名等。此时的姓名权保护仅系人格尊严与人身自由保护的具象化，不会使公众产生错误认识，故无消除影响请求权的适用空间。

## 2. 利用他人知识产权所产生的错误印象

知识产权包括著作权、专利权及商标权等。其中，著作权及专利权都是权利人创造性劳动的

〔26〕 参见云南省高级人民法院（2017）云民终710号民事判决书。

〔27〕 参见海南省高级人民法院（2013）琼民三终字第59号民事判决书。当然，本案中存在赔礼道歉与消除影响混用的情形。

〔28〕 参见湖北省高级人民法院（2012）鄂民三终字第137号民事判决书。

〔29〕 参见中国台湾地区“高等法院”2005年上易字第616号民事判决书。

〔30〕 参见崔国斌：《姓名商品化权的侵权认定思路》，载《清华法学》2021年第1期。

〔31〕 参见四川省高级人民法院（2015）川民终字第501号民事判决书。当然，本案中存在赔礼道歉与消除影响混用的问题。

产物,凝结了权利人智慧的结晶。该类权利与传统财产权最大的区别在于,后者作为纯粹的财产权,仅权利本身具有使用价值与交换价值,他人非法侵害该类财产权仅是为了获得财产的使用价值与交换价值,并为自身谋取经济利益,与特定主体的人格利益一般并无联结,财产与权利人之间的归属关系多无价值。

然而,知识产权与特定主体归属关系的确定却尤为重要。因智力成果作为原创性劳动的产物,本就不同于物的简单制造,由社会公众正确知悉由谁创造了此类智力成果具有重要意义。毕竟,智力成果与知识产权权利人之间明确的归属关系对积极创造更多成果具有推动意义,可令其得到正面评价与物质褒奖,进而积极推动社会公众对原创成果的支持。对于商标权而言,虽然商标的设计不需要创造性,但商标权仍被学界习惯纳入知识产权的范畴。<sup>〔32〕</sup>事实上,商标权与著作权、专利权的相通之处在于,使第三方明晰权利的正确归属主体具有重要价值。商标本身亦系商誉的体现,将某种商标运用于某项产品之上,可令原先没有归属价值的产品因商标而凝聚了特别的商业价值。毕竟,产品是否归属于某人会直接影响消费者的判断,商标可为此判断的作出起到识别作用。因此,若侵权行为使社会公众产生知识产权归属于某一主体的错误印象,行为人应承担消除影响责任。

具体而言,著作权可分为著作人身权与著作财产权。《著作权法》第52虽然规定了侵权人的消除影响责任,但仅规定应“根据情况”承担责任,并未明确消除影响责任成立的构成要件。有观点指出,对于侵害著作人身权的行为,侵权人应承担消除影响等民事责任,对于侵害著作财产权的行为,则不需要承担消除影响责任。<sup>〔33〕</sup>在司法实务中,也有法院认为侵害著作权人复制、发行权的行为,并未侵害权利人的人身权,故不支持其消除影响请求。<sup>〔34〕</sup>侵害著作权的行为只有在令社会公众产生混淆的情形下才承担消除影响责任,而发行、复制、放映等纯粹侵害著作财产权的行为若标明了著作权的真实归属,则不适用消除影响请求权。当然,并非所有侵害著作人身权的行为都可适用消除影响请求权。譬如,对于侵害发表权的行为,因作品一经公开即无法撤回,不具备恢复原状的客观可能,也无消除影响请求权的适用空间。但是,若行为人实施了抄袭行为,实质上是将他人的智力成果为己所用,侵犯了著作权人的署名权与作品完整权,将会引起社会公众对智力成果归属状况的误解,故被告应承担消除影响义务。<sup>〔35〕</sup>

侵害专利权的行为包括专利侵权与假冒专利。专利侵权系指所有未经许可擅自使用他人专利技术的行为。因消除影响的目标是消除社会公众对产品与其归属主体之间的错误印象,故独立的制造行为并不属于消除影响的范畴,但在侵权人制造完成之后的销售、许诺销售以及与销售相关联的使用行为,均会使社会公众误以为侵权人系专利的原创者,自然应当由其承担消除影响责任。特别需要注意的是,无论是专利产品,抑或专利方法,都应成为消除影响请求权的客体,因二者都关乎相关使用主体对专利侵权人的评价。法律之所以要保护专利,是因为对专利的功能性

〔32〕 参见王迁:《知识产权法教程》(第5版),中国人民大学出版社2016年版,第397-398页。

〔33〕 参见前引〔32〕,王迁书,第257-258页。

〔34〕 参见江苏省高级人民法院(2018)苏民终926号民事判决书。

〔35〕 参见北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第1039号民事判决书;陕西省高级人民法院(2011)陕民三终字第00005号民事判决书。

使用可以裨益于使用者，而此类用户体验应当由使用者发出，并正确反馈于专利权人。擅自销售专利产品的行为令使用者客观评价的对象发生错误，擅自利用专利方法制造产品，则会令使用者产生对产品制造者的错误印象，如因所谓产品好用进而信赖该制造者，从而导致评价对象的错误。至于假冒专利行为，更是直接将他人合法的专利号用于自己销售的产品之上，并以此作为推销产品的手段，作为扰乱市场竞争秩序的行为，其无疑会使产品使用者误以为侵权人是专利权人，从而发生评价错误，<sup>〔36〕</sup>故应令其承担消除影响责任。

### 三、消除影响请求权的体系定位

无论是恢复名誉，抑或是消除因不实关联产生的错误印象，消除影响的目的皆是使权利主体得到社会公众的正确认识，因为对于特定权利而言，令社会公众正确认识权利与权利主体的归属关系具有特殊意义。在此意义上，消除影响也是恢复原状的一种方式。然而，恢复原状具有广泛的内涵，在绝对权保护、合同解除以及损害赔偿各方面具有不同的意义，其规范功能与构成要件并不相同。<sup>〔37〕</sup>由此引发的问題为，消除影响作为恢复原状的方式，到底与何种恢复原状规范相当，又应当如何理解其与精神损害赔偿以及赔礼道歉的关系。此皆关涉消除影响的体系定位问题，故需详加探讨。

#### （一）作为“债权请求权”的消除影响

##### 1. 多元的恢复原状请求

虽然任何使受害人恢复到权利被侵害前的状态，都可以被纳入恢复原状的内涵，然因客观样态不同，恢复原状返还的责任基础亦不相同，此会直接导致恢复原状所需的要件不同。譬如，物的返还虽形式上可被认为是一种恢复原状，但其权利基础是支配权，具备不容第三方侵害的绝对性，规范目标仅在于消除权利归属与事实状态的不一致，并将绝对权恢复至不受干扰的状态，故无权占有人脱离对物的占有即为已足，无需过错作为责任调节机制。<sup>〔38〕</sup>不同于原物返还，在权利人被第三方不法侵害并产生损害的情形下，侵权人应承担损害赔偿 responsibility，此时损害赔偿的方式可分为恢复原状与金钱赔偿。<sup>〔39〕</sup>例如，当汽车被他人损毁时，侵权人应根据被侵权人的要求承担恢复原状义务（修理），修理义务的履行即为恢复原状的一种。损害赔偿意义上的恢复原状实际上是一种责任的转嫁，侵权人应当积极承担责任以消灭给付义务。此实际上已干涉了他人的行为自由，故需要过错作为责任调节机制。

合同解除及无效后的恢复原状略显复杂。以双务合同为例，其返还规则实际上折射着双务合同的牵连性特征，等价性亦始终潜伏于返还制度之上。<sup>〔40〕</sup>无论是原物返还抑或是原物返还不能时的价值补偿，皆应坚持等价性原理，原则上应当相互返还，原物受领方不得以物损毁灭失为由

〔36〕 参见国家知识产权局条法司：《关于假冒专利方面的修改》，载《电子知识产权》2010年第4期。

〔37〕 参见冉克平：《民法上恢复原状的规范意义》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2016年第2期。

〔38〕 参见朱虎：《物权请求权的独立与合并——以返还原物请求权为中心》，载《环球法律评论》2013年第6期。

〔39〕 参见前引〔10〕，王泽鉴书，第112-114页。

〔40〕 双务合同坚持等价性的重要性，可参见朱朝晖：《潜伏于双务合同中的等价性》，载《中外法学》2020年第1期。

主张自己系善意不当得利人而拒绝填补价值。<sup>〔41〕</sup>在此意义上,双务合同无效时的给付型不当得利返还规则,实质上因无法适用不当得利的返还规则而不再构成不当得利,毋宁说是基于双务合同的特别清算规则。<sup>〔42〕</sup>

由此可见,恢复原状总体上可分为三大类型,即基于绝对权的恢复原状、损害赔偿的恢复原状、(双务)合同无效并解除后的恢复原状,三者的具体制度设计及规范目的并不相同。消除影响请求权仅与侵权有关,显然不属于以上第三种类型。虽其并非赔偿性义务,但与损害赔偿责任同需损害后果发生,且以绝对权被侵害为责任基础,在构成要件与以上第一种及第二种恢复原状类型具有相似性,完全有可能因在类型学上相同而适用相同的规则,故需展开探讨。

## 2. 以“过错”为责任基础的消除影响

根据《民法典》第1167条的规定,停止侵害、排除妨碍、消除危险作为绝对权请求权被纳入侵权责任的范畴,故我国《民法典》侵权责任的内涵要广于大陆法系损害赔偿的范畴,同时包含绝对权请求权与损害赔偿请求权。<sup>〔43〕</sup>二者虽以违法性为责任承担前提,且都承载着恢复原状的功能,但前者仅要求权利行使恢复至不受干扰的状态,即可起到权利保全的功能,不需以过错为要件。损害赔偿请求权则涉及损害在民事主体之间的转化,不能苛责于无过错的行为人,否则将会侵害无辜之人的自由。因此,消除影响的适用是否需要以过错为前提,即是体系定位的关键。结合两种请求权的不同特征,需要考量两个因素:消除影响能否起到权利保全功能,判令被告在无过错情形下承担消除影响义务是否会过度干涉表意自由。

一方面,对于物质型人格权,绝对权请求权的边界相对明确,即通过恢复权利至不受干扰状态的手段,使不法侵害人停止行为,进而排除其对权利行使的妨害,并不以损害发生为前提要件。<sup>〔44〕</sup>譬如,对于侵害健康权的行为,权利人可以请求其停止侵害、排除妨碍、消除危险,如通过申请人格权禁令的方式,达到停止、预防他人对自身造成侵害的目的,但此时实际损害后果可能并未发生。<sup>〔45〕</sup>与物质型人格权不同的是,他种人格权在损害发生后难以通过停止侵害等方式恢复权利至不受干扰的状态。如对于通过新闻报刊诽谤他人的行为,一旦造成了社会影响,就无法通过停止侵害的方法去除对名誉的妨害。毕竟,撤回涉嫌侵权的报刊、删除相关内容无法排除对名誉的妨害,因为主体的社会评价已经降低,相关公众亦无法清楚知悉撤刊、删除相关内容的背后原因,从而恢复权利人的名誉,故妨碍权利圆满实现的行为仍在持续。若权利人意图恢复名誉,只能通过刊登澄清声明的方式消除影响。在此意义上,消除影响因可使名誉恢复至事前状态,并消除已发生的侵害,具有权利保全的功能,似可被纳入绝对权请求权的范畴。<sup>〔46〕</sup>然而,社会评价的降低是名誉权受损的结果,与健康权被侵害的损害结果(如被打伤)应作同一评价,在损害发生后,名誉侵权不可能存在独立于名誉下降这一损害的妨害行为。作为一项被动的精神

〔41〕 参见叶名怡:《折价补偿与不当得利》,载《清华法学》2022年第3期。

〔42〕 参见叶名怡:《不当得利法的希尔伯特问题》,载《中外法学》2022年第4期。

〔43〕 参见温世扬、刘昶:《肖像权的特质与规则表达》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第4期。

〔44〕 参见王利明:《论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离》,载《中国法学》2019年第1期。

〔45〕 参见朱虎:《人格权侵害禁令的程序实现》,载《现代法学》2022年第1期。

〔46〕 参见王利明、程啸、朱虎:《中华人民共和国民法典人格权编释义》,中国法制出版社2020年版,第90-95页。

型人格权，名誉权被妨害（处于被不实评价状态）与损害（社会评价下降）本就为同一事物的不同面相，二者指向同一，恢复至事前状态即表明损害结果被消除。况且，消除影响请求往往发生于侵权行为发生并完成后，其目标是消除不利影响进而彻底恢复原状，不再单纯具有停止侵权与预防侵权的功能，已然超脱于绝对权请求权的基本功能范畴。

持绝对权请求权与损害赔偿请求权相区分的论者多认为前者的目标是使权利恢复至圆满状态，适用于权利实现受到妨害的情形。<sup>〔47〕</sup>但事实上，即便存在妨害，损害一旦发生，仅有绝对权请求权无法使权利恢复至圆满状态。在他人无权占有物的情形下，若无权占有人不慎将物损坏进而导致价值贬损，即便所有权人主张返还原物，也无法恢复至事前状态，此时只能诉诸损害赔偿。某项具体人格权被损害后，虽然侵权人的侵权行为可能仍在继续，停止侵害等绝对权请求权却无法使权利恢复至圆满状态，至多可维持不受继续侵权的状态，因被人打伤（健康权受损）、社会评价下降（名誉权受损）等产生的物质、精神损失，只能通过损害赔偿等债法途径解决，绝对权请求权难堪恢复圆满状态的重任。

另一方面，消除影响需要刊登澄清声明，义务人仅停止侵权尚不足够，需以积极履行义务的方式承担责任。因义务的履行需要侵权人积极配合，发布声明会干涉其表意自由，故与债权的履行属性相当，立足于人格权的绝对性无法推导出他人应当积极履行发表澄清言论的义务。毕竟，不表意自由也是人身自由权的一种，作为一项基本权利，彰显着人之所以为人的基本价值。<sup>〔48〕</sup>在不存在归责事由的情形下，仍要求其承担消除影响义务，未免对行为人设置了不可预见的行为义务，因过度重视权益保护而偏颇。以名誉侵权为例，德国司法实践出于保护名誉的需要，在类推《德国民法典》第1004条规定的基础上，发展出了不以过错为要件、针对不实言论的撤回请求权（Widerrufsanspruch），实质上将其纳入了绝对权请求权的范畴。然而，撤回并不等于恢复，至多停留在停止侵害及排除妨碍的阶段，社会公众若不关注法庭裁判，也无法在观念上恢复对权利人的评价，不能达到消除影响的效果。德国之所以未设置消除影响、恢复名誉等责任，全然是因为其社会文化重视个人意志与自由表达，故不可接受发布恢复名誉启事等行为。<sup>〔49〕</sup>与之相对，《日本民法典》第723条都将可起到消除影响功能的“恢复名誉之处分”纳入与损害赔偿相当的评价体系中，并适用相同的过错要件，实为衡平不表意自由与法益保护的结果。尽管同属于东亚文化圈的中国立足于国民性，在特定情形下承认消除影响、恢复名誉之处分请求，但亦不得以过度牺牲自由为代价，过错作为责任转移机制理应承担权利冲突的中和功能。

《民法典》第995条虽规定消除影响与人格权请求权均不适用诉讼时效，但并非可当然认为立法者将其纳入了绝对权请求权的范畴。在立法讨论中就存在较多反对适用同一时效规则的声音，<sup>〔50〕</sup>时效规则也并非当然与权利属性相关，无论是相对权、绝对权都有可能适用或者不适用诉讼时效规则。因名誉权等权利被侵害后会造成广泛的社会影响，只要相关主体的错误认识一直存在，危害后果就一直存在，从而会造成持续的精神痛苦或财产损失，故适用特殊的时效规则有

〔47〕 参见前引〔44〕，王利明文。

〔48〕 参见前引〔20〕，张红文。

〔49〕 参见前引〔9〕，王泽鉴书，第449页。

〔50〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编释义》，法律出版社2020年版，第33页。

特别意义。<sup>〔51〕</sup>

## （二）与赔礼道歉的关系

《民法典》第179条第10、11项分别规定了消除影响、赔礼道歉为民事责任的承担方式，有意对二者作出区分，然其边界仍存在模糊性。譬如，恢复名誉作为消除影响的手段，有可能以道歉信的方式作出。在我国司法实务中亦有判决指出，赔礼道歉与消除影响是手段与目的的关系，责令被告赔礼道歉可起到消除不良影响的作用。<sup>〔52〕</sup>

如果赔礼道歉的内涵完全可被消除影响所涵盖，有可能与恢复名誉相同，因构成法律赘文而无区分二者的实益。但问题在于，赔礼道歉的内涵本就与消除影响不同。二者虽皆关涉侵权人的不表意自由，但前者意在“道歉”，后者意在“澄清”。澄清可使社会公众正确理解权利与主体的内在归属，仍是一种对客观损害的弥补，并使权利恢复至事前状态；道歉则更进一步，使人的良心上升为一项法律义务，迫使行为人批评自己的不当行为，以追求对受害人内心的慰藉，不再具有损失填补的单一功能。因赔礼道歉更强调慰藉而非损失填补，而慰藉只能作用于精神层面，故出于衡平与不表意自由关系的目的，对其适用范围也应当加以限定，即适用于人格尊严受损的情形。<sup>〔53〕</sup>与此相对，消除影响的目的是恢复对特定权利归属状态的错误认识，这种权利既可能是人格权，亦可能是财产权，故恢复的既有可能是人格尊严，也有可能是商业信誉，本不与慰藉挂钩，其适用的范围也不完全同于赔礼道歉，只是二者刚好在特定权利地带（名誉权、标表型人格权等）存在交叉。

因赔礼道歉强调对个人精神的慰藉，意在恢复尊严感，消除影响则强调于社会公众层面对不利影响的消除，意在建立起正确的社会认识，故即便适用的权利类型存在交叉，亦可在规范目的上对二者作出初步区分。<sup>〔54〕</sup>然而，在权利类型存在适用上的交叉时，道歉声明一旦公开，也可以起到消除影响的作用。毕竟，“承认自身做错了某事”即表明之前的行为已构成侵权并产生了不利影响，发布道歉公告可以实现澄清真相、消解误会的目的，既“给了面子”，又“说了事实”，实乃一举两得。但是，赔礼道歉作为“意见表达”，是内心态度的外化，本不可能被强制执行，因不具有强制执行力而更接近自然之债，<sup>〔55〕</sup>消除影响作为一项“事实陈述”，却可通过替代履行的方式由他人替代作出。

## 四、消除影响请求权的制度构造

由前述可知，尽管消除影响请求散落于多个部门法，作为以匡正错误认识为目标的债权请求权，其在规范功能与责任产生层面具有同一性，问题最终落脚到消除影响责任的落实上。消除影

〔51〕 参见前引〔50〕，黄薇主编书，第33页。

〔52〕 参见广东省高级人民法院（2019）粤民申5928号民事裁定书；北京市高级人民法院（2019）京民申252号民事裁定书。

〔53〕 参见安徽省高级人民法院（2018）皖民终820号民事判决书；广东省高级人民法院（2012）粤高法民三终字第79号民事判决书。

〔54〕 参见浙江省高级人民法院（2015）浙知终字第219号民事判决书。

〔55〕 参见吴小兵：《赔礼道歉的合理性研究》，载《清华法学》2010年第6期；前引〔20〕，张红文。

响的目的是恢复原状，根据《民法典》第1000条的规定，消除影响应当与行为具体方式、造成影响范围相当，由此一来，恢复原状至少存在“方式”与“影响范围”两方面的限制。因消除影响最终关涉权益保护与行为自由两项对立命题，故消除影响请求权的实现应恰当处理对立关系的平衡。

#### （一）行使前提：相关主体产生了错误认识

名誉本就与社会评价相关联，名誉权被侵害表明社会评价下降这一错误认识已产生，消除影响的目的是消除错误认识。侵害他种权利则非当然如此。比如，在权利人属于明星人物时，如前述“任达华案”“林心如案”“姚明案”中，法院均未提及要求原告证明错误认识的存在，故是否对于公众人物，非法使用即代表着会产生错误认识，从而当然需要消除影响？再如，在一起著作权纠纷中，法院指出，对于硕士论文抄袭其他学者文章的行为，因其学术影响力不足以造成原告损失，且已经删除了抄袭文章，故不支持消除影响请求。<sup>〔56〕</sup>在该判决中，法官实质上已将“不利影响现实存在”作为消除影响的前提，同时认为不能仅依据抄袭的事实判决被告承担消除影响义务。由此可见，侵权行为成立并不必然与消除影响请求划等号，而是否需要证明错误认识等不良影响现实存在则直接影响权利人的举证难度，故需要将其作为一项前置问题加以讨论。

事实上，只有当不利影响现实存在时，义务人才有消除的必要，否则其发布的澄清声明将因失去指向对象而丧失意义。况且，侵害标表型人格权、知识产权的行为至多属于侵害行为，错误认识的发生则属于损害后果，只有当损害现实发生时，才成立债法意义上的损害，进而有通过消除影响来弥补损害的必要。原则上，原告需要就侵权行为成立的所有要件进行逐一证明，才具备向被告追究责任的基础，因为损害后果的现实发生本就构成消除影响责任履行的前提。但是，若其能证明第三人出于混淆的目的非法使用上述权利时，且依据“经验法则”法官可直接做出相关公众会产生错误认识的“事实推定”时，权利人已无需再对错误认识这一“要件事实”承担举证责任。对此《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第10条第4项规定，根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实，当事人无需举证证明。因此，上述判决中法院之所以未要求原告证明错误认识这一损害后果，并非代表损害非必要，完全有可能是因法官运用了“事实推定”这一证明规则，进而将要件事实转化成了典型的关联事实，并以具备高度盖然性的经验法则作为大前提，从而得出错误认识已发生这一结论。<sup>〔57〕</sup>

譬如，对明星的人格标识进行经营性使用的行为，侵权人的目的就是使相关消费者误以为特定人物与产品有特殊关联，况且，明星作为公众人物，社会公众对其标识符号相对比较敏感，其人格标识也具有巨大的商业价值，故商业使用会产生错误认识作为具备高度盖然性的经验法则，符合“事物发展的典型经过”。只要原告能够举证非法使用这一关联事实，法院结合原告的社会身份，做出错误混淆产生之推定，实乃契合经验法则的结果。但是，对于非公众人物，因其人格标识并不具有浓厚的区分功能而难以使公众产生错误认识。若径行做出该种事实

〔56〕 参见陕西省高级人民法院（2011）陕民三终字第00005号民事判决书。

〔57〕 事实推定的推理过程，可参见郑世保：《事实推定与证明责任——从“彭宇案”切入》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2010年第3期。

推定,则不具备高度盖然性而存在违反经验法则的可能。此时,原告尚需要提供证据证明标识使用确会令人产生错误认识,使法官产生损害后果已确实发生的内心确信,进而支持消除影响请求。〔58〕

著作权侵权是否会使社会公众产生错误认识需结合权利人与侵权人的身份做综合考量。侵权人的社会知名度越高,其社会影响力就越广,抄袭行为越容易引发公众对著作权归属的误解。与此同时,权利人的社会知名度越低,则越不容易引起社会大众对其作品的关注,反倒容易使抄袭者利用社会影响力倒打一耙,将抄袭作品当作自己的作品宣传。在此情形下,侵害著作权的行为因具有引发公众误解的高度盖然性,法院可通过事实推定认证损害存在。在“余征与欢娱影视《宫锁珠帘》侵犯著作权纠纷案”中,正是因为余征(艺名于正)作为知名编剧、导演,其摄制的作品具有巨大影响力,故法院在认定涉案作品构成抄袭的情形下,径行要求被告承担消除影响等民事责任。〔59〕与之相对,前述硕士论文所涉及的抄袭行为,确因被告社会影响力较小,而原告社会影响力大,故构成错误认识的可能性不高,在原告未充分举证时判决驳回消除影响请求有合理性。此外,专利、商标亦关涉到同行业人士的竞争问题,故权利人与侵权人的知名度、不同身份地位也表征着错误认识发生的不同概率,法院对经验法则的判断亦应参照著作权作同等处理。

## (二) 行使方式:与侵权行为的具体方式相当

行为人承担消除影响义务时应与侵权行为的方式相当,此乃行为层面对消除影响义务履行的限制。因为消除影响的本质是为了填补损害,将权利恢复至事前状态,所以相当性原则要求义务履行也应以弥补损害为要义,将如实澄清错误认识作为界限。为实现该目标,最为直接的方式莫过于在相同平台空间通过相同方式消除误解。例如,对于口头造谣行为,以口头方式消除影响;在微信群里发布的造谣信息,在同一微信群发布澄清声明;在报刊上擅自使用他人姓名、肖像作广告,则在同一报刊上刊登澄清信息。〔60〕然而,要求以完全相同的方式承担消除影响义务,可能会发生履行不能的结果。若发布虚假信息的微信群事前已被解散,或者侵权报刊已被杂志社停止发行,此时要求被告按照相同方式消除影响并无可能。此外,严格遵循形式要求,责令行为人只能以原有方式消除影响,也难以起到消除影响作用。比如,口头方式的澄清行为可能无法为第三人所知悉,更无法令第三人确信是由侵权人作出的,无法真正达到消除影响的目标。

应当明确的是,消除影响作为弥补损害的方式,与损害赔偿责任的承担相同,只要责任成立层面满足过错要件,在责任范围层面无论发生了多少损失,都应出于填补目的弥补全部损害。造成不利影响的范围应与损失数额作等同评价,不属于可预见性规则的限制范畴。〔61〕正因如此,

〔58〕 此时往往需要运用间接证据。如原告需要证明人格标识侵权行为所涉及的时间、地域范围。如果时间越长或者侵权的范围越广,越表明人格标识的使用对客户信赖的形成具有积极作用。当然,相比事实推定所依赖的经验法则,间接证明只有在形成完整的证据链条并使法官形成内心确信的情形下,才得以成为法官认定事实的基础。间接证据与事实推定的关系可参见周翠:《从事实推定走向表见证明》,载《现代法学》2014年第6期。

〔59〕 参见北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第1039号民事判决书。

〔60〕 参见前引〔46〕,王利明、程啸、朱虎书,第90-95页。

〔61〕 参见前引〔10〕,王泽鉴书,第83页。当然,责任范围因果关系可能受到相当因果关系、法规范目的之限制。

消除影响并不需要完全与侵权行为的具体方式相同，拘泥于行为的形式反倒无法实现恢复原状的目的。不表意自由与权益保护的权利位阶本不存在高低之分，在过错这一利益调节机制的作用下，牺牲前者保护后者本就是恢复原状的要义所在，只要是能够实现行为目的的方式，都因具备相当性而为法律所支持。对于适当方式的判断，则需要将比例原则作为评价基础。毕竟，与公法规范相同，私法规范中也存在大量责任承担方式适当性的判断问题，此皆关涉行为目的与行为手段的合比例性问题，作为公法基本原则的比例原则，因具有中立的工具属性可被适用于私法规范中。<sup>〔62〕</sup>比例原则的审查需要经过四个步骤：确定正当目的、手段与目的一致（合目的性）、手段是实现目的的最温和方式（必要性）、手段与目的之间应适度且符合比例（均衡性）。任何手段都具备作为形式要件的“行为方式”与作为后果要件的“结果”，所以消除影响的手段也可再具体分为“澄清行为的具体方式”与“澄清行为会带来的影响”，而具体方式的实施是影响范围判断的前提，故应先对前者的合比例性进行审查。

原则上，具体澄清方式的选择应符合比例原则。譬如，即便侵权人以口头方式散播了虚假信息，通过撰写书面道歉信的方式来消除影响也完全满足行为适当性的要求。毕竟，行为人的目的是消除不良影响，而书面表达可以起到消除不良影响的结果（合目的性）；相比口头表达，书面形式具有一定的证明与公示效力，也是令第三人产生确信并消除不良影响的温和手段（必要性）；澄清声明的发布虽然干涉了行为人的不表意自由，但过错已将法律苛责的义务加以正当化，手段与目的满足合比例性的要求，并未带来因小失大的不良后果（均衡性）。正是因为忠实于损害填补，行为方式的相当性仅是一项底线要求，只有当澄清声明公告超出正当范畴而有损义务人其他人格法益时（如自我侮辱），比例原则才有发挥作用的空间。因此，问题最终落脚到对澄清行为所能影响范围的判断上。

### （三）行使限度：以受影响的相关主体可知晓为限

澄清声明的影响范围应等于不利影响的范围，以使受影响主体可知晓，进而消解错误认识。若前者小于后者，会因手段无法实现目的而不满足比例原则“合目的性”的要求。比如，删除帖子、断开侵权链接的措施因不能令相关主体完全恢复正确认识，故应排除出消除影响的外延。<sup>〔63〕</sup>对被告施加行政、刑事处罚的目的在于惩罚，而非恢复原告名誉，不能达到消除影响的效果。<sup>〔64〕</sup>公开判决书虽然可在一定程度上起到消除影响的效果，但其仅在专业网站上公开，受众群体与产生错误认识的公众范围不能完全重叠，也不符合“合目的性”的要求。<sup>〔65〕</sup>若前者大于后者，则表明消除影响的某种方式已非消除错误认识的最佳手段，因欠缺“必要性”而违反了比例原则。譬如，若仅在区域有广泛知名度的商标被他人不当冒用，权利人仅可请求在区域内有影响力的报

〔62〕 参见郑晓剑：《比例原则在民法上的适用及展开》，载《中国法学》2016年第2期；纪海龙：《比例原则在私法中的普适性及其例证》，载《政法论坛》2016年第3期。

〔63〕 参见北京市高级人民法院（2020）京民申355号民事裁定书；浙江省高级人民法院（2017）浙民终793号民事判决书；四川省高级人民法院（2017）川民申245号民事裁定书。

〔64〕 有法院将二者混同处理，认为对被告施以行政及刑事措施可在一定程度上恢复原告的名誉。参见福建省高级人民法院（2016）闽民申2414号民事裁定书。

〔65〕 参见河北省高级人民法院（2021）冀知民终310号民事判决书。

刊上发表澄清声明,而不得将该声明发表在全国性杂志上。〔66〕

特别需要强调的是,不利影响可能会因二次转载报道而超出侵权人所控制的范围。此时,行为人也应当对所造成的全部不利后果承担恢复原状义务。毕竟,二次转载报道实有利于错误认识的传播,在客观层面难以遮蔽违法性,况且用户群体的差异可能会在更广范围内引起不利影响,故对于造成的全部损害,对错误认识的产生有过错的侵权人应承担消除影响义务,需要在转载媒体上刊登澄清声明。与此种客观范围层面的扩大不同的是,前已反复强调,行为人的主观过错程度不应作为消除影响责任承担范围的权衡因素,因无论行为人的主观状态是故意抑或过失,过错要素的存在足以表明其未尽到理性人的注意义务,并对损害后果的类型具有可预见性,自然应弥补产生的全部损害,此乃过错归责要义所在。〔67〕况且,消除影响仅存在全有全无的问题,既无法根据过错程度选择具体责任方式的承担,也不能因为权利人对损害发生与有过失而要求过失相抵,进而仅承担消除部分影响的责任。〔68〕

值得注意的是,权利人、侵权人各自的社会知名度也会直接影响消除影响责任的限度,进而间接影响到具体行为方式的选择。毕竟,对不同权利人不利影响范围并不相同,对全部义务人施以完全相同的消除影响方式,会因为违反“合目的性”或“必要性”而违背比例原则的基本要求。比如,非公众人物因没有广泛的社会影响力,对其造成的负面评价通常也只是局限于熟人圈子或者社区范围内,此时就不具备刊报澄清的必要,只需要在微信群、朋友圈或者社区门口发布澄清声明。〔69〕强制要求其刊报道歉的行为,侵犯了行为人的不表意自由,并使其不良行为被过度曝光于公众视野,违反了“必要性”原则。相反,如果权利人是具有一定社会影响力的知名人物,行为人实施侵权行为的目的是利用他人的影响力,进而在该范围内令相关公众产生错误认识,那么就已经突破了简单的熟人圈子,自然有在公众媒体上发布澄清声明的必要。〔70〕

## 五、结 语

相比于直接的财产损失,社会公众对特定主体的认知偏差对权利主体的打击可能更为致命。在数字社会与信息时代,较低的造谣及侵权成本更使得被害人苦不堪言,进而陷入百口莫辩的窘境。应当明确的是,对于名誉权、标表型人格权、知识产权等特定权利而言,使社会公众厘清其内在归属主体,并作出正确社会评价具有重要社会意义。使社会个体能够接受对自身

〔66〕 参见天津市高级人民法院(2021)津民终941号民事判决书。侵犯企业名称权事由的案件中,亦存在类似的判决。参见河南省高级人民法院(2020)豫知民终637号民事判决书。

〔67〕 有法院判决认为,被告的主观过错程度不高,故仅需要删除,但此无法起到消除影响的效果。参见海南省高级人民法院(2019)琼民申85号民事裁定书。

〔68〕 有法院直接认为权利人过错大于被告过错而排除了其消除影响请求,这也是错误的做法。参见江苏省高级人民法院(2015)苏审二民申字第02196号民事裁定书。

〔69〕 参见福建省高级人民法院(2020)闽民申4199号民事裁定书;陕西省高级人民法院(2021)陕民申260号民事裁定书。

〔70〕 参见浙江省高级人民法院(2017)浙民终793号民事判决书;河南省高级人民法院(2020)豫知民终637号民事判决书。

的正确反馈，既能使其感受到自身的社会价值，进而对自我产生正确的评价，又可为接下来意图采取的行为提供激励。正因如此，正确适用消除影响请求权，可为特定权利的保护提供重要制度工具。

---

**Abstract:** The normative goal of impact elimination is to eliminate the public's wrong understanding. The right of reputation, the right of personality and intellectual property can all be included in the scope of application of the claim of impact elimination. "Restoring reputation" in legislative expression belongs to legislative excretion because it can be completely absorbed by the normative connotation of eliminating the influence, and does not have the typed interpretive significance. The elimination of influence does not have the function of prevention and preservation, and should be different from the absolute right of claim, which is the right of claim based on fault. As a statement of fact, the goal of eliminating influence is to repair the damage by means of restitution, which should be distinguished from an apology, which is an expression of opinion intended to provide moral comfort to the victim and is not enforceable. In terms of specific structure, the application of the elimination of impact should be based on the premise that the relevant public does have a wrong understanding, but in individual cases, the court can directly make a presumption of fact based on the rule of thumb, and the plaintiff does not need to prove that the adverse impact has actually happened. The principle of proportionality should be incorporated into the evaluation mechanism to judge the way and limit of the defendant's obligation to eliminate the impact.

**Key Words:** Civil Code, eliminate the impact, the right to claim creditor's rights, restore to the original state, proportionality principle

---

• 683 •

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

## 操纵市场民事索赔中因果关系推定的法理与适用

刘东辉\*

**内容提要：**操纵市场具有不同于虚假陈述的股价影响机理。以理性投资者及完全套利为前提的有效市场假说否定操纵行为与股价影响之间的关联，故欺诈市场理论无法证成操纵案件的因果关系推定，而且会产生“保护过度”和“保护不足”的适用困境。行为金融学表明，证券市场存在非理性投资者的系统性认知偏差和套利机制的失灵，操纵行为更可能干扰普通投资者的决策，从而影响股价。在受规制的证券市场，操纵案件的因果关系推定同样可以适用间接信赖的法理：投资者因合理信赖证券价格的真实性而交易，而操纵行为影响了证券价格。前者应由法律推定，而后者在操纵案件中具有不确定性，需由投资者举证证明。因操纵行为一般不影响公司内在价值，专业投资者的理性决策独立于操纵行为，原则上不适用因果关系推定。

**关键词：**操纵市场 欺诈市场理论 有效市场假说 间接信赖 行为金融学

### 一、问题的提出

操纵市场侵权责任构成要件中因果关系的认定问题长期困扰证券法理论与实践，成为投资者索赔的主要障碍。在匿名的证券市场，投资者通常难以证明因信赖操纵行为而交易的因果关系（简称“交易因果关系”）以及因操纵行为而遭受损失的因果关系（简称“损失因果关系”）。部分学者基于遏制操纵及保护投资者的立场，主张操纵市场案件应采用因果关系推定。这种观点虽符合证券法的原则，但在法理构成和具体适用上失之宽泛，可能导致民事责任成为投资者投机的“保险”工具。有学者从更具体的法理出发，认为我国虚假陈述民事诉讼借鉴有效市场假说基础

\* 刘东辉，中国政法大学民商经济法学院讲师。

本文受中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划（20CXTD08）资助。

上的欺诈市场理论,采纳了交易因果关系与损失因果关系的双重推定,操纵市场与虚假陈述具有相似性,同样应该适用欺诈市场理论,推定操纵行为与投资者损失存在因果关系。<sup>〔1〕</sup> 欺诈市场理论也在司法实践中得到了部分法院的支持,如四川省成都市中级人民法院在“恒康医疗案”中认为,信息型操纵与虚假陈述具有类似性,应该参照适用虚假陈述案件中的欺诈市场理论。<sup>〔2〕</sup> 而上海金融法院在“鲜言操纵市场案”中则进一步认为,在公开交易的证券市场中,亦应适用欺诈市场理论和推定信赖原则,来判断投资者的投资决策与操纵行为是否存在交易因果关系。<sup>〔3〕</sup> 该案的说理将欺诈市场理论的适用范围扩张到交易型操纵案件。因缺乏具体的司法解释,操纵市场侵权责任案件中因果关系的认定问题仍然处于司法探索阶段,也有学者主张操纵市场不同于虚假陈述,对操纵市场民事责任的功能和适用提出了质疑。<sup>〔4〕</sup> 因此,有必要进一步探究投资者保护与投资者自我负责在操纵案件中的边界,通过对操纵市场行为特殊性的剖析,探究欺诈市场理论能否适用于操纵案件的因果关系认定,操纵市场案件因果关系的推定是否存在其他法理基础,是否需要在因果关系认定中区分交易型操纵和信息型操纵,是否需要区分保护普通投资者与专业投资者。本文尝试从法与金融学的方法出发,构建操纵市场案件因果关系推定的法理基础和适用规则,为后续操纵市场案件的司法适用及代表人诉讼的展开提供理论支持。

本文集中探讨操纵市场侵权责任中的因果关系推定问题,而交易因果关系是损失因果关系的前提,而且在操纵案件中交易因果关系与损失因果关系的判断密切相关,因此本文主要聚焦交易因果关系的推定问题。首先,本文通过对欺诈市场理论相关前提与假设的分析,论证为何适用于虚假陈述案件的欺诈市场理论并不支持操纵案件的因果关系推定。其次,本文借鉴行为金融学的理论,论证在特定条件下,操纵案件同样适用间接信赖的法理。第三,本文重点分析了为何原告投资者适用信赖推定应以举证证明存在价格影响为前提。最后,本文论证了为何专业投资者原则上不应在操纵市场案件中适用因果关系推定。

• 685 •

## 二、操纵市场案件适用欺诈市场理论的困境

### (一) 欺诈市场理论的适用前提及内在逻辑

欺诈市场理论认为,在一个有效率的证券市场,所有公开信息能够迅速反映在股价变化中,重大虚假陈述会导致股价失真,而投资者通常因信赖市场价格真实性(rely on the integrity of market price)而交易,因此,即使未曾阅读公告文件的投资者,信赖市价的投资决策同样受到了虚假陈述的影响,并且会因买入“虚高”的股票而遭受损失。欺诈市场理论由此为虚假陈述案件中交易因果关系和损失因果关系的推定提供了坚实的理论基础。但是,该理论成立的两个条件依赖于有效市场假说。首先,有效市场假说认为,虚假陈述产生价格影响(price impact)是一

〔1〕 参见贾伟:《操纵市场行为的认定及其民事责任》,载《人民司法》2007年第17期。

〔2〕 参见四川省成都市中级人民法院(2018)川01民初2728号民事判决书。

〔3〕 参见上海金融法院(2021)沪74民初2599号民事判决书。

〔4〕 参见缪因知:《操纵证券市场民事责任的适用疑难与制度缓进》,载《当代法学》2020年第4期。

种高概率事件。价格影响在因果关系推定中居于核心地位，若虚假陈述无法快速影响股价，则虚假陈述借由欺诈“市场”影响投资者决策的交易因果关系就无法成立，投资者因购买“失真”股票而遭受损失的损失因果关系也无法成立。<sup>〔5〕</sup>其次，有效市场假说表明，投资者对市场价格真实性的信赖是合理的。在半强式有效的市场，无论投资者是否阅读公告文件，这些信息都已经反映在股价中。有效市场假说基础上的欺诈市场理论借助“被欺诈”的市场价格这一“中介”构建了间接因果关系的逻辑。<sup>〔6〕</sup>

但是，有效市场发挥上述作用是有前提的。若所有投资者都不阅读和分析公司公告，虚假陈述不可能影响股价。有效市场假说奠基于三个相互关联的假定之上。假定一：投资者是理性的，可以理性、正确地估算出证券的基本价值。一旦市场出现与基本价值相关的信息，理性的投资者能够迅速做出正确的调整，使价格总是与基本价值保持一致。假定二：即使存在非理性投资者，他们的交易也是随机的，不同交易方向的非理性投资者对价格的影响可以相互抵消，故不会对价格产生影响。假定三：理性投资者的套利机制是完美有效的，即使非理性投资者会犯同样的错误，套利交易可以消除非理性交易对价格的影响，套利者的充分竞争使得证券价格不可能大幅度偏离其基本价值。“在有效市场中，金融资产的价格是由理性投资者决定的，非理性投资者的行为是微不足道的。”<sup>〔7〕</sup>如图1所示，对于上市公司披露的重大虚假信息，正是理性投资者的竞争性交易及套利机制使得市场能够迅速、“准确”反映虚假陈述中所包含的与基本价值相关的信息，从而使得虚假陈述通常影响价格这一欺诈市场理论的前提得以成立。虚假陈述损害了理性投资者对公开信息的信赖，欺骗了知情交易者（informed trader）。

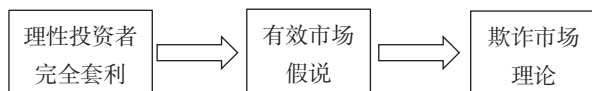


图1 欺诈市场理论的金融学前提

总之，在有效市场假说的图式下，理性投资者对于虚假陈述影响股价发挥了重要作用，理性投资者的力量越强，虚假陈述案件采用信赖推定越具合理性。<sup>〔8〕</sup>

## （二）欺诈市场理论与操纵案件中因果关系推定的矛盾

欺诈市场理论以虚假陈述误导理性投资者并导致价格失真为前提。那么，在有效市场假说下，操纵行为是否能够误导理性投资者呢？操纵市场通过制造交易活跃的景象或散布虚假、不确定消息，诱使他人产生认识错误而交易，从而人为抬高或压低证券价格，扰乱证券市场通过自然

〔5〕 美国最高法院在 Halliburton 案中也认为，价格影响是规则 10b-5 集团诉讼的核心前提，若被告能够证明虚假陈述事实上没有影响股票价格，可以反驳信赖推定。See Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc. 573 U. S. 258 (2014).

〔6〕 See Charles R. Korsmo, *Mismatch: The Misuse of Market Efficiency in Market Manipulation Class Actions*, 52 William & Mary Law Review 1111, 1128 (2011).

〔7〕 崔巍主编：《行为金融学学科地图》，北京大学出版社 2019 年版，第 25 页。

〔8〕 美国法院在判断某一市场或股票是否有效时，其中两个重要的考虑因素就是：（1）是否有相当数量的分析师对特定证券提出分析报告；（2）是否有套利者和做市商积极参与交易。由此也表明，理性投资者力量越强大，市场的效率程度就越高。参见樊健：《欺诈市场理论在公司债券虚假陈述纠纷中的适用》，载《财经法学》2020 年第 2 期。

的供求关系决定价格的机制。操纵市场大致可区分为“交易型操纵”与“信息型操纵”两大类，本文以此类型区分为前提，分析操纵行为是否足以误导理性投资者。

### 1. 对交易型操纵的分析

交易型操纵是指操纵者通过交易制造交易热络或价格走势等错误信号，诱导其他投资者跟风交易。无论是虚假还是真实的交易型操纵所制造的信号，本身并不包含任何与公司基本价值相关的信息，因而无法误导理性投资者。有效市场假说认为，证券价格反映证券的基本价值，如果没有影响证券基本价值的消息变化，就不会有价格变化。即使在弱式有效市场中，股价也已经反映了所有历史信息，投资者无法根据历史的交易量或价格走势等过时信息获取超额收益。因为这些信息并不会影响公司的风险和未来现金流，理性投资者不会依据交易量或价格趋势等历史数据做出投资决策。即使有部分非理性投资者被操纵者所制造的噪声所误导，引发股价上涨或下跌，根据有效市场假说的第三个假定，这种价格背离价值的现象也很快会因套利交易而消失。在有效市场中，证券价格通常不会受到供需关系的影响，不适用普通商品需求曲线向下倾斜的一般规律。操纵者很难通过影响供求关系扭曲价格，市场效率越高，操纵行为对市价的影响就越难。费希尔（Fischel）和罗斯（Ross）教授更是据此提出，交易型操纵具有自我阻滞（self-detering）效应，无须法律监管。<sup>〔9〕</sup>

### 2. 对信息型操纵的分析

信息型操纵中操纵者通过公开发布与上市公司及其证券价值相关的错误信息或建议，诱使投资者对股票价值产生认识错误。实践中，信息型操纵主要包括“蛊惑交易”“抢帽子交易”和上市公司内部人利用信息优势操纵等案型。与交易型操纵类似，前两类操纵所提供的错误信息或意见难以误导理性投资者，因为这些信息或建议不是来源于发行人等信息披露义务人，具有高度不确定性，<sup>〔10〕</sup>大多属于真伪不明的“小道消息”。<sup>〔11〕</sup>以机构投资者为代表的理性投资者通常有独立的来源和专业的判断验证这些信息的真伪。他们甚至会揭穿这样的谎言，或者通过套利交易挫败这些操纵行为。因此，有效市场假说同样不能为这两类操纵市场的因果关系推定提供任何支持。

上市公司实际控制人等内部人利用上市公司发布信息的操纵则可能有所不同。这类操纵利用了上市公司的强制性信息披露制度，进行“不当披露”，披露的信息不一定是典型意义上的虚假信息，有些属于重复性的信息，有些属于上市公司制造的“热点”故事，一般也不足以误导理性投资者。但是，不排除有些信息属于很可能改变公司基本价值的新信息，如发布利好的资产重组等信息，这种信息型操纵与重大的虚假陈述行为在信息发布主体、信息内容、市场影响等方面具

• 687 •

〔9〕 See Daniel R. Fischel & David J. Ross, *Should the Law Prohibit "Manipulation" in Financial Markets?*, 105 Harvard Law Review 503 (1991).

〔10〕 汤欣、高海涛：《操纵市场行政处罚案例全景观察》，载《证券法苑》第18卷，法律出版社2016年版，第57页。

〔11〕 例如，在“廖英强操纵市场案”中，证监会认定廖英强利用其知名证券节目主持人的影响力，在其微博、博客上公开评价、推荐股票，在推荐前使用其控制的账户组买入相关股票，并在荐股后的下午或次日集中卖出。参见中国证监会〔2018〕22号行政处罚决定书。

有相似性，可以称为准虚假陈述型的操纵市场，在特定情况下，这类操纵可能对理性投资者的价值评估和套利产生干扰，从而影响价格。在“恒康医疗案”<sup>〔12〕</sup>这一单纯利用上市公司信息优势的操纵案件中，某些披露行为事实上已经构成典型的虚假陈述，如未披露收购三家医院需支付的3000万元中介费。在此意义上，“恒康医疗案”属于操纵市场与虚假陈述竞合的特殊案件，可以准用欺诈市场的法理。但是，也并非所有的信息型操纵都能影响股价，根据有效市场假说，这种操纵也仅发生在有效程度不高的市场，分析师与套利者越多，很多“忽悠式”的信息披露产生误导的难度就越大。而且，虚假陈述的民事赔偿需符合“重大性”要件，即相关信息很可能影响理性投资者的决策或者很可能影响股价。若信息型操纵要类推适用虚假陈述的因果关系推定规则，仍然需要由投资者证明信息型操纵中的信息符合重大性要件。

总之，除个别信息型操纵外，在有效市场假说的图式中，操纵行为通常无法欺诈理性投资者，不会产生价格影响，无法满足欺诈市场理论的适用条件。而且，与虚假陈述不同，市场效率程度越高，操纵市场的行为越不可能“欺诈”整个市场，可见有效市场假说不仅不支持操纵案件适用信赖推定，反而会成为推翻操纵市场案件因果关系的论据。司法裁判对欺诈市场理论的援引应严格限定在个别信息型操纵案件上。

### 三、操纵市场案件适用因果关系推定的法理重构

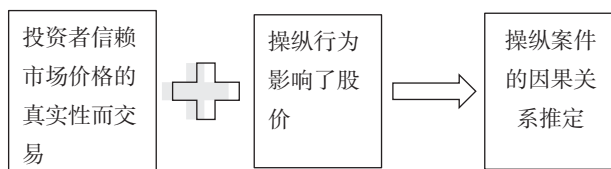
• 688 •

欺诈市场理论虽不适用于操纵案件，但对操纵案件中因果关系推定的证成仍具有方法论上的启示意义。在非面对面交易的证券市场，欺诈市场理论在一般欺诈的直接因果关系之外，运用了间接因果关系（indirect reliance）推定的方法。<sup>〔13〕</sup>原告投资者除了证明直接受到欺诈影响而交易外，还可以在特定条件下推定间接受到欺诈的影响而交易并遭受损失。而且，与一般交易领域通过第三人实施间接欺诈不同，市场价格在间接因果关系的构成上发挥核心作用。在虚假陈述中，投资者即使不知虚假陈述的内容，仍然可以通过受扭曲之“市场价格”这个中介因素（agent）表明其间接受到了虚假陈述的影响。如图2所示，作为证券交易领域的欺诈行为，操纵案件同样可以适用间接因果关系的法理推定因果关系，核心是操纵案件是否能够像虚假陈述一样符合如下条件：（1）操纵行为影响了市场价格；（2）在操纵案件中，投资者通常信赖市场价格的真实性而交易。在满足上述前提时，即使投资者未直接信赖操纵行为制造的信号或信息而交易，仍然会因信赖失真的市价而间接受到操纵行为的影响。

若按照有效市场假说的逻辑，操纵案件显然无法符合上述前提。但是，就我国现实的证券市场而言，有效市场假说得以成立的假定显然过于理想化，不符合证券市场投资者决策的实际，也难以解释证券市场中的诸多价格异象。相较而言，行为金融学理论与实证分析对投资者的描述更加符合我国证券市场现状。行为金融学研究表明，在操纵市场案件中，除了有效市场假说强调

〔12〕 参见中国证监会〔2017〕80号行政处罚决定书。

〔13〕 在一般民事欺诈中，也存在间接信赖的情形。如欺诈方明知交易对手方的妻子会将相关信息传递给丈夫，而对妻子实施虚假陈述，最终导致交易对手方因间接知道相关虚假陈述而交易。



的知情交易者外，至少还有操纵者（manipulator）、非理性噪声交易者（noisy trader）及流动性交易者（liquidity trader）在价格形成中发挥作用。行为金融学理论能够解释操纵行为为何以及如何能够较容易地使股价长期偏离基本价值。下文将结合行为金融学的理论及我国证券市场的实际，论证我国操纵案件适用间接信赖推定的正当性及前提。

#### （一）投资者因信赖市场价格的诚实性而交易

间接信赖的第一个假定是多数投资者信赖市场价格的真实性而交易，因而间接受到欺诈行为的影响。<sup>〔14〕</sup>在虚假陈述案件中，有学者认为这是司法优待（juristic grace）下赋予投资者的一种“特权”（entitlement），旨在维护证券市场的效率与公平。<sup>〔15〕</sup>那么，在操纵案件中，投资者是否应该被推定为信赖市场价格的真实性而交易呢？借鉴行为金融学的理论，可以对流动性投资者和非理性投资者进行分别讨论。

##### 1. 流动性投资者对市场价格真实性的信赖

除了理性的信息投资者和非理性投资者外，证券市场还存在大量流动性投资者。这类投资者既不像理性的信息投资者那样实时追踪证券市场信息而交易，也不像非理性噪声交易者那样凭借交易量或价格趋势而追涨杀跌，他们通常不会轻信操纵者人为制造的错误信号而跟风交易。换言之，流动性投资者通常对操纵信号或信息没有产生事实上的直接信赖。典型的流动性投资者有被动式指数基金、因风险偏好改变或消费需求等而调整证券组合的个人投资者。流动性投资者是价格的被动接受者，通常基于对市场价格真实性的信赖而依据市价买卖某一股票，他们并不期待战胜市场，获得超额回报，而只是想获得与某一股票风险相称的市场收益。他们相信，在一个公开的、组织良好且受到严格监管的证券市场，股票价格通常没有受到操纵行为的扭曲（price free of manipulation），自己购买之股票的价格是市场自然供求关系作用的结果，因而愿意快速依据市价购买相关股票，并根据自己的风险承受能力的变化随时调整投资组合。若流动性投资者以操纵之高价买入后股价下跌，将无辜遭受长期被套牢之风险。而且，在一个采用集中竞价或做市交易的公开证券市场，流动性投资者信赖市场价格的真实性而交易是合理的，应该得到证券法的保护。换言之，流动性投资者有权信赖市场价格的真实性，在操纵案件中，至少应该假定流动性投资者是因信赖“市价没有受到操纵”而交易的，除非被告能够举证

• 689 •

〔14〕 根据 Basic 案及美国各巡回法院的判例，这一假定也是可以推翻的，如被告证明即使投资者知道欺诈，仍然会选择交易。See Douglas A. Smith, *Fraud on the Market: Short Sellers' Reliance on Market Price Integrity*, 47 William & Mary Law Review 1003, 1014 (2005).

〔15〕 See Donald C. Langevoort, *Basic at Twenty: Rethinking Fraud on the Market*, 2009 Wisconsin Law Review 151, 195 (2009).

推翻这一假定。

首先，不同于一般商品买卖，公开证券市场的价格对于普通投资者的决定具有重要意义。普通商品的交易市场随处可见，即使个别价格虚高，也不会对市场整体构成影响，而证券并非必需品，证券市场的发展有赖于投资者的信任。有学者认为，在普通商品欺诈中，若一个行人向过往的司机欺诈性地推荐当地轮胎，导致当地出售轮胎的商店能以一个过高的价格出售商品（例如 100 元，若没有这种欺诈的话，该轮胎平时的售价是 50 元），那些没有直接或间接依赖行人的陈述而以 100 元价格交易的轮胎购买者无权主张 50 元的损失赔偿，因为普通民法欺诈规则预设，那些不喜欢这一价格的购买者可以去别处购买或进行价格协商，而且普通商品的购买理由是相当主观的，甚至可能和价格高低无关。但是，在公开证券市场，普通投资者面临的是单一证券市场，股票价格是市场给定的，无法协商，投资者购买证券的唯一目的就是获得投资回报。<sup>〔16〕</sup> 因此，不同于普通商品，普通投资者更加依赖证券价格没有受到人为操纵。

其次，流动性投资者对市场价格真实性的信赖是合理的，流动性投资者一般不知道市场价格已经被扭曲，也无法探查市场价格涨跌的原因，这种对市场的怀疑只会减弱市场流动性。而且，即使认为流动性投资者信赖市场无操纵存在不合理之处，相比于操纵者的恶意，流动性投资者的善意更值得保护。

最后，虽然不以有效市场为前提，在操纵案件中，证券法仍然有必要保护流动性投资者对市场价格真实性的信赖，以维护市场信心。美国联邦第二巡回法院在 Fezzani 案<sup>〔17〕</sup>等判决中多次表明，操纵案件中投资者的信赖是指投资者相信一个有效的市场中不存在操纵的假定，而且这里的“有效市场”不要求存在一个实时公告价格的有效市场，而仅意味着投资者相信自己投资的是一个善意交易的无操纵市场。由此可见，在操纵市场案件中，即使不符合半强式有效市场，仍然应该保护公开交易市场中投资者对价格未被操纵的信赖。

流动性投资者是操纵活动破坏市场价格机制的主要受害者，因操纵行为遭受了额外风险。在操纵案件中，若流动性投资者知道该股票价格是因操纵而虚高的，很可能就不会选择购买此股票。对于操纵市场这一恶意欺诈，更应该在法律上推定流动性投资者信赖市场价格的真实性而购买了被操纵的股票。

## 2. 非理性投资者的信赖保护

非理性普通投资者通常对操纵所制造的信号存在直接信赖这是否意味着应该由非理性投资者通过举证证明直接信赖，否定信赖推定的适用呢？本文认为，虽然从理性投资者的标准而言，投资者对操纵信号或信息的信赖不一定具有合理性，但仍然应推定非理性投资者也是基于信赖市场价格的诚实性而交易。

首先，非理性投资者虽然错误地相信存在利好消息而交易，但另一方面，这种交易仍然是以其相信市场不存在操纵为前提的，准此而言，非理性投资者仍然可以被推定信赖市场价格的

〔16〕 See Nicholas Georgakopoulos, *The Logic of Securities Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 101–102.

〔17〕 See *Fezzani v. Bear, Stearns & Co.*, 716 F.3d 18 (2d Cir. 2013).

真实性,从而与流动性投资者适用一样的信赖推定规则。实践中非理性投资者与流动性投资者的界分并不像理论上那么清晰,而是需要考察投资者较长期间的投资策略,为了简化法律适用,司法上应该推定所有起诉的投资者都是流动性投资者,将识别非理性投资者的责任分配给被告。

其次,与虚假陈述不同,操纵市场民事赔偿必须以操纵者具有主观故意为前提,相比于交易相对人的非理性,故意欺诈者更具有可归责性。利用非理性投资者的认知偏差是行为人完全可以预见和积极追求的,法律对受害人的保护不会产生过度遏制的问题。因此,受欺诈者的信赖是否合理应采取主观标准,需结合交易者自身的认知、偏好和知识进行判断,而不是客观的理性人标准。民法理论也支持“某些时候,欺诈人的谎言可能相当拙劣,一般理性人并不会相信,但这一合理理性人的标准并不能适用于对欺诈的判断”<sup>[18]</sup>。从主观标准看,缺乏专业能力的个人投资者信赖操纵制造的信号仍然是合理的。若担心信赖推定会造造成对非理性投资者的过度保护,完全可以从损失因果关系、损害赔偿范围等其他要件予以限制,如承认被告基于个案事实反驳非理性投资者对市场价格真实性的信赖,也可以对非理性交易者主张与有过失,减少操纵者的损害赔偿额。

最后,非理性投资者虽然从事噪声交易,但对于维持市场流动性仍然具有重要意义,完全没有噪声交易的市场将是一个流动性极差的市场,也无法吸引理性投资者的参与,假设投资者对股票定价不存在分歧,就不会发生任何交易。<sup>[19]</sup>故我国证券法仍有必要保护非理性普通投资者对市场的信心。

## (二) 操纵行为容易产生价格影响的行为金融学基础

### 1. 操纵者对非理性交易者系统性认知偏差的利用

在现实金融世界,普通投资者的决策难以达到完全理性、完全信息等标准金融学的严格假设。行为金融学将行为和认知心理学的成果运用到金融领域,对现实中投资者的交易行为进行了更加准确的刻画。心理学的实验表明,除了理性思维系统外,还有直觉思维系统,<sup>[20]</sup>在复杂和不确定环境中做决策时,大脑通常不能满足贝叶斯概率方法所要求的准确评估和动态优化,而是大量采用启发法(heuristic)处理信息和做出决策。人类采用启发法做出决策时容易产生各种认知偏差,包括过度自信、代表性偏差、框架偏差、损失厌恶、锚定效应等认知缺陷。<sup>[21]</sup>而且,这些认知偏差源于人类特有的思维方式,属于系统性偏差,表现出严重的趋同性,不能通过交易相互抵消。操纵者正是通过各种操纵手段利用和强化了非理性投资者的认知偏差,成功误导数量众多的非理性交易者,达到扭曲市场价格获利的目的。

交易型操纵就是操纵者通过利用非理性交易者的有限注意、过度自信、代表性偏差等认知缺陷,实现对非理性投资者的误导。首先,操纵者利用了个人投资者的有限注意,个人投资者的信

[18] 许德风:《欺诈的民法规制》,载《政法论坛》2020年第2期,第10页。

[19] 噪声交易使得理性投资者能够在纠正错误市价的过程中获得回报,可以说,非理性投资者的噪声交易为理性投资者的参与市场提供了补偿,而理性投资者的参与是市场效率的保障。

[20] 参见〔美〕理查德·塞勒、卡斯·桑斯坦:《助推:如何做出有关健康、财富与幸福的最佳决策》,刘宁译,中信出版社2018年版,第23-24页。

[21] 参见饶育蕾、彭叠峰等编著:《行为金融学》(第2版),机械工业出版社2018年版,第16-17页。

息获取和处理能力是有限的，无法在成千上万只股票之间进行理性选择，因而只关注那些能够吸引其注意的股票，有着极端高交易量的股票或极端高收益的股票在接下来的交易日里更可能被买入，<sup>〔22〕</sup>有学者对 A 股市场 21476 个“股票交易龙虎榜”事件的实证研究也发现，上“龙虎榜”这一与公司价值无关的事件能够成功引起投资者的注意，影响股价，在个股上“龙虎榜”后 10 个交易日内，其累积超额收益率呈上升趋势。<sup>〔23〕</sup>而在证监会查处的大多数交易型操纵中，操纵都造成了交易量或价格的异常，偏离行业和大盘可比指数，这些信号即使不如“龙虎榜”显眼，也足以在操纵期间引起个人投资者的广泛关注，尤其是那些以涨停价持续拉抬股价的操纵手法。其次，操纵行为利用了个人投资者的代表性偏差及过度自信的心理。代表性偏差是指在不确定情况下，人们的判断会依照“倾向于观测小样本”而形成的“小数定律”行事，忽视符合科学的大数定律。由于代表性偏差，投资者通常急于用有限的小样本去预测价格规律或趋势，将股价在一段时间内的上涨看作将来上涨的一种证据，对那些因操纵而成功引起个人投资者注意的股票，他们很容易相信股价会继续上涨，这种代表性偏差会因过度自信的存在而强化，个人投资者通常夸大或高估自己的判断能力及信息含金量，容易将操纵者制造的噪声误认为是有价值的信息，过度自信主要源于投资者的自我归因（self-contribution）偏差，即将自己的“成功预测”归因于自己的能力而非运气，认为这是自己早已预料之中的。此外，投资者的信念保持偏差能够固化这种偏见，即一旦形成对某事物的观点，就不愿意去寻找与自己观念相反的证据。正是这些系统性的认知偏差使得个人投资者很容易看到并相信操纵者所制造的错误信号是真实的、有价值的信息，并据此买入股票。行为金融学的实证研究也表明，非理性投资者的行为受到同样的认知偏差影响，表现出明显的正反馈交易（positive feedback trading），即通常所谓的“追涨杀跌”。

在以谣言为核心的信息型操纵中，操纵者同样利用了非理性交易者的代表性偏差和羊群效应。当投资者看到某个“股评人士”接连几次都言中了个股行情的走势，就倾向于认为这个分析师具有很高的水平，对其产生信赖，但实际上只是这个分析师的运气较好。非理性投资者在交易时容易受到市场情绪的影响，表现出明显的从众心理。有学者通过事件研究发现，我国股市的谣言主要是通过报纸和网络传播的，以利好谣言为主，谣言对股价能够产生显著的异常冲击。相比于英美市场平均不超过 2% 的 5 日累计异常收益率，我国股市谣言的 5 日累计异常收益率高达 3.5% 以上。而且，不管是传谣前还是上市公司辟谣后，换手率都比一个月前出现了显著的增加，传谣极大地提升了公司的短期关注度，显著地增加了交易的活跃程度。由此表明，谣言的确可以诱使投资者交易。

总之，行为金融学的理论与实证表明，操纵行为虽难以误导理性投资者，但能够利用非理性投资者的系统性认知偏差，通过制造错误信号或信息使非理性投资者跟风交易。证券市场短时期内的价格完全可能是由操纵行为及其影响下的非理性投资者的交易方向所主导的。在操纵期间，随着操纵者及非理性投资者需求的显著增加，操纵行为能够扭曲股价。而且，操纵者的操纵手法

〔22〕 参见前引〔7〕，崔巍主编书，第 136 页。

〔23〕 参见冯旭男：《注意力影响投资者的股票交易行为吗？——来自“股票交易龙虎榜”的证据》，载《经济学（季刊）》2017 年第 1 期。

越精巧,股价偏离越明显。

## 2. 理性交易者套利机制的局限性

有效市场假说认为,理性投资者的竞争性套利交易能使操纵行为对市场价格的扭曲被快速消除。但是,“在现实中,套利行为是有限的。用来修正错误定价的套利行为存在一定风险和成本,使得套利行为不再那么具有吸引力,导致错误定价得以长期存在”〔24〕。

行为金融学的研究表明,理性投资者套利交易发挥作用的前提是存在完全套利机制。但实践中,套利机制的作用是有限的,无法在短时间内纠正价格对价值的偏离。首先,完全套利以某一股票存在完全的替代品为前提,但是实践中找到具有相似风险与收益的股票的交易成本很高;其次,由于非理性交易的普遍及难以预测性,套利者面临“噪声交易者风险”〔25〕,套利者无法准确预测非理性交易的程度和持续时间,未来再次出让价格具有不可预知性,价格错误可能持续很长时间。例如,一个被高估的股票价格因投资者乐观情绪而持续走高,做空的套利者不得不面临暂时的账面损失,直至股价最终回归正常,若套利者的资金成本较高(如来自融资融券),在某些情况下甚至不得不强制平仓止损。很多机构套利者的资金存在业绩及期限压力,长期亏损会引发基金购买人的赎回清算,这些成本和风险大大削弱了理性投资者套利的意愿和作用。而且,在一些短期的操纵中,价格偏离价值的程度并不明显,套利交易就更不可能发生。

由于我国非理性交易的普遍性以及做空机制的不健全,经常出现单边行情,套利面临更高的风险和成本,很多机构投资者不仅不会选择套利机制使市场回归理性,而且会充分利用市场缺陷,把握追涨杀跌的趋势,在股价上涨时买入,下跌前卖出获利,机构投资者不仅不能成为反操纵的理性力量,而且会利用操纵者所制造的非理性价格谋利。有了机构投资者的推波助澜,操纵行为更容易影响价格。〔26〕

当然,在不同的投资者结构及市场环境下,操纵行为影响价格的可能性存在差异,就我国证券市场的现状而言,操纵行为影响股价的概率更高。第一,我国股市散户数量众多,个人投资者的认知偏差明显强于机构投资者。第二,股票市场实证研究也表明,我国证券市场尚未达到半强式有效的程度,机构投资者和分析师的理性投资力量有限,理性套利机制发挥作用的空间受到抑制,在这样的市场中,操纵行为长时间扭曲股价的可能性远大于有效程度高的英美证券市场。有学者通过对1998年至2016年证监会查处的80个操纵市场案件涉及的181只股票的研究发现,市场操纵案件主要发生在流通市值较小的股票。案例中的公司样本日均流通市值显著小于全部公司样本日均流通市值。〔27〕由此表明,被行政处罚的操纵市场案件多发生在效率较低的板块。操纵者的交易与股价短期内高度偏离之间的关联性强,证监会的行政处罚也是据此认定操纵行为影响了交易量或股价。在新三板市场这样有效程度更弱、成交量小的市场板块,单日或周的成交量

• 693 •

〔24〕 前引〔7〕,崔巍主编书,第109页。

〔25〕 前引〔21〕,饶育蕾、彭叠峰等编著书,第33页。

〔26〕 我国很多操纵市场行政处罚案例中,私募基金等机构投资者本身就是操纵的发起者或积极配合者。

〔27〕 参见李志辉、邹谧:《中国股票市场操纵行为测度与影响因素研究——基于上市公司特征角度》,载《中央财经大学学报》2018年第12期。

有限，即使操纵行为没能成功误导其他投资者，操纵者自身的大单交易就足以在短期内造成明显的流动性压力，从而显著拉抬股价。因此，在行为金融学框架下，市场有效程度越低，操纵行为影响股价的概率反而越高，此时适用信赖推定更具有合理性。概言之，在行为金融学的基础上，操纵市场案件同样可以满足间接信赖推定的两个前提，应该适用信赖推定。在此意义上，操纵案件的信赖推定与虚假陈述信赖推定在结构与功能上具有相似性，都借助欺诈“市场”证立了投资者因价格失真而受到影响。不同之处在于，虚假陈述对市价的影响是通过上市公司的重大信息对理性投资者的误导而实现的，在有效市场中属于高概率事件，可以推定价格影响甚至损失因果关系，而操纵行为对市价的影响是通过操纵策略对非理性投资者的诱导而实现的，还会受到市场结构及多空博弈的左右，直接推定价格影响的统计学依据不足，因而需要投资者在个案中对价格影响提供一定证据，以强化操纵市场案件信赖推定的正当性。因此，两个版本的“欺诈”市场在理论假设和适用条件上存在差异，不能等而视之。

#### 四、操纵市场案件中因果关系推定的适用前提

不同于虚假陈述，操纵市场案件的因果关系推定有其特殊的法理构成，在具体规则上既需要考虑投资者的信赖保护及举证能力，也要避免操纵市场民事责任沦为非理性投机的工具。

##### （一）投资者主张因果关系推定的前提：证明价格影响

虚假陈述案件的双重因果关系推定以重大虚假陈述通常影响股价为前提，在有效市场中，虚假陈述影响股价具有类似民事证据法上“经验法则”的地位，因而无须原告举证。但是，对于操纵行为，虽然行为金融学理论支持操纵市场较容易影响股价的观点，但无法先验地确保达到一个很高的概率。实践中，市场价格是操纵者、非理性投资者与理性投资者共同博弈的结果，操纵者能否利用投资者的认知偏差影响股价存在个案差异，不同个案中，操纵者所采取的策略及强度不同，市场规模和流动性也存在差异，并非所有的操纵行为都能产生价格影响。无条件地推定投资者对操纵行为存在信赖，既不符合间接信赖推定的法理，也会造成操纵案件与虚假陈述案件法律评价上的不一致。事实上，虚假陈述的信赖推定也需以重大性要件及有效市场为前提。因此，应该要求原告投资者在个案中提供初步的证据证明操纵行为事实上产生了价格影响，从而补强操纵行为在价格影响方面的不确定性。首先，要求投资者举证证明价格影响可以减少非理性交易，操纵行为若只是增加了交易量而没有影响价格，即使非理性投资者跟风买入而遭受损失，此时也不能援引信赖推定，需要举证证明直接信赖，从而为操纵市场民事索赔设置必要的门槛，避免操纵市场民事索赔沦为投机者的保险工具；其次，从证据远近和举证能力的角度而言，操纵行为是否影响股价所需证据都是证券市场中公开可获得的数据信息，并非被告操纵者所专有，有些直接被证监会的行政处罚所认定，有些可以申请法院依职权向证券交易所调取，由原告投资者或投资者保护机构举证，不会产生过度负担；再次，新修订的《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）采取了“行为主义”的立法模式，操纵市场行政处罚不再以“影响交易量或价格”为前提。若完全由被告承担举证责任，可能造成一些因企业自身、行业变化或市场系统性风险所造成的股价变动也由操纵者承担损失的不合理情形；最后，在操纵案件中，操

纵行为是否产生价格影响是所有投资者的共同法律问题,要求原告承担举证责任不会影响特别代表人诉讼的成立。

那么原告如何完成对价格影响的举证责任呢?虚假陈述案件同样存在虚假陈述是否影响股价的问题,价格影响不是指简单的价格变动,而是指价格扭曲。这是一个相对概念,即投资者买入时的股价相比于若没有欺诈时的股价是否存在差异。在虚假陈述案件中,既可以观测虚假陈述做出时股价的涨跌状况(front-end impact)判断,也可以观测虚假陈述揭露或更正时股价的变动(back-end impact)判断。<sup>〔28〕</sup>类似地,操纵市场行为是否影响股价同样应该采用相同的原则,即相比于无操纵时的股价,操纵行为是否拉抬或压低了股价。这是一个可以用证据证明的事实问题。为了符合信赖推定的价格影响要件,原告投资者无须证明操纵市场是引起价格上涨的唯一原因,只要提交初步的证据证明操纵行为是引起操纵期间股价异常的因素之一。换言之,只要达到优势证据标准即可,无须排除所有的怀疑。这也是我国证监会在过往操纵市场行政处罚案件中举证证明价格影响所采用的标准。在此标准下,操纵行为影响价格具有了高度盖然性,符合间接信赖推定所要求的 price impact。

在交易型操纵中,可以参照《证券法》修订前关于操纵市场“影响价格”的判断标准,要求原告在起诉时提供初步证据,证明在操纵期间,操纵行为与股价的变动具有同步性,而且交易价格出现了明显的异常。证监会在《证券市场操纵行为认定指引(试行)》<sup>〔29〕</sup>及相关行政处罚案例已经概括了一些认定股价影响的标准,可资借鉴。例如:(1)相关证券当日价格达涨幅限制价位或跌幅限制价位;(2)相关证券的价格走势明显偏离可比指数;(3)相关证券的价格走势明显偏离发行人基本面情况等。借鉴上海证券交易所披露每日公开交易信息的标准,有价格涨跌幅限制的日收盘价格涨幅偏离值达到7%,非ST、\*ST和S证券连续三个交易日内收盘价格涨幅偏离值累计达到20%就有资格上所谓的“龙虎榜”,就操纵案件中的价格影响而言,可以适当低于这一要求。原告投资者还可以提出,在操纵期间公司并未披露重大利好消息或存在其他基本面变化。此外,还可以通过观察操纵者暂停或结束操纵性交易后一段时间的股价变动情况进一步说明操纵对股价的拉抬和维持效应。通常而言,由操纵所引起的股价上涨缺乏基本面的支持,一旦结束操纵,股价就会有较明显的下降趋势。在“孟庆山、杨慧兴操纵梅花生物案”中,证监会提出的证据就足以证明操纵行为显著影响了股价:首先,在操纵期间,被操纵的梅花生物股价上涨71.48%,股价增幅偏离上证指数60.67%,同期,“梅花生物”股价增幅偏离中信、申万等一级食品饮料行业指数超过50%;其次,在操纵期间,操纵者曾几次暂停操纵性交易,股价就随之发生明显下跌,而当再次启动操纵性交易,股价又恢复到较高水平。<sup>〔30〕</sup>这些数据足以说明操纵行为是引起股价上涨的重要原因。总之,原告可以提供综合的证据证明操纵市场影响了股价。

对于信息型操纵而言,原告除了提供直接证据证明价格影响外,相关信息的重要性或影响力也是考量价格影响的间接证据。具体而言,可以通过分析个案中信息发布主体的权威性,信息在

〔28〕 See Wendy Gerwick Couture, *Price Impact Possibilities*, 44 Securities Regulation Law Journal 255, 258 (2016).

〔29〕 因《证券法》的修订,该指引已被废止。

〔30〕 参见《中国证监会行政处罚决定书》(〔2020〕93号)。

媒体、网络的传播、转载情况等综合判断这些信息是否引起了非理性投资者的广泛关注。此外，与虚假陈述类似，相关虚假或不确定信息被揭露或被权威主体辟谣时的股价反映也是判断操纵行为是否影响股价的重要因素。

总之，在我国证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所（协议转让除外）这样公开的证券交易场所，善意的普通投资者在操纵期间买入或卖出股票等相关证券，并且能够通过直接或间接证据证明被告的操纵行为影响证券价格的，即可适用信赖推定，无须证明操纵行为与投资决定之间的交易因果关系。

鉴于我国操纵市场民事诉讼处于探索阶段，原告对于价格影响的证明标准可以适当降低，一般的原则是：所在市场的有效性程度越高，要求的股价偏离程度就越高。而且，操纵市场案件的行政处罚前置程序仍然有一定的意义。首先，证监会做出处罚的案件大多具有典型性，操纵者的主观故意较为明显；其次，证监会查处的案例大多属于价格变动异常明显的案件，而且处罚数量有限，法院在这些典型的操纵案件中适用信赖推定，不会产生过度保护投资者的问题，这与美国律师推动下的私人操纵市场诉讼存在较大差异。在我国，普通投资者缺乏识别和调查操纵案件的能力，集团诉讼也主要由投资者保护机构发起，操纵市场民事责任的追究很难发生滥诉的不利后果。中小投资者服务中心也可以从已经处罚的一些案件中选择股价明显被抬升的案件，提起证券支持诉讼或特别代表人诉讼，聘请金融领域专家证人就操纵市场是否影响股价发表专家意见，逐步通过司法裁判明确原告需要达到的价格影响标准。

## （二）操纵者对信赖推定的反驳

鉴于操纵案件中原告对价格影响的证明标准不宜过高，即使原告完成了价格影响的初步举证责任，仍不排除操纵期间的股价变动源于其他因素的可能。正如美国最高法院在 Halliburton II 案中所言，虚假陈述可能对于公司的股价没有影响，也有可能真实信息已经通过各种渠道为理性投资者所知悉，应该允许被告通过证明虚假陈述没有产生价格影响反驳信赖推定。<sup>〔31〕</sup>对于操纵市场案件，同样应该允许被告以更精确的方法证明股价没有受到操纵行为的影响，反驳信赖推定。

根据美国 10b-5 规则提起的证券欺诈集团诉讼，被告反驳信赖推定的关键是提供基于“事件研究法”的专家意见。即使虚假陈述在信息更正当日发生了股价下跌，也可能是其他因素所致，单纯凭借这一事实不足以证明价格影响。而事件研究法能够通过统计学的方法，剔除其他因素，判断信息更正这一事件对股价下跌的影响程度，若事件研究结果具有统计学上的显著性，有 95% 以上的概率表明虚假陈述影响了股价。

在操纵案件中，被告同样可以提供基于事件研究法的专家意见，但具体运用上有所不同。在虚假陈述实施日至更正日，即使公司经营情况发生变化，虚假信息在更正之前仍然包含在股价之中，可以用信息更正时市场的反应来判断虚假陈述是否对股价产生影响。但是，操纵市场缺乏明确的更正日，对股价影响的周期较短，在交易型操纵中，短期坐庄操纵可能只有几天，而虚假申报可能只有几分钟。操纵结束后，操纵者通常会套现，产生价格压力，理性交易者也能在事后通

〔31〕 See Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc., 134 S. Ct. 2398 (2014).

过交易纠正错误定价。因此,一般不能通过观察行政处罚作出之后股价变化判断操纵市场是否影响股价,而应该选取操纵期间及操纵前后一段时间作为事件研究法的窗口期,判断操纵期间的股价是否存在异常回报率,从而更精确地判断市场价格异常是否受到操纵的影响。

## 五、操纵案件因果关系推定的适用主体限制

操纵市场案件中信赖推定的目的是保护投资者对市场价格真实性的信赖,是否应将这种保护限于普通投资者,排除机构投资者的适用呢?这一问题同样存在于虚假陈述民事索赔中,下文将通过对比分析,说明机构投资者在操纵案件中适用交易因果关系的特殊性。

### (一) 虚假陈述案件中机构投资者适用信赖推定的法理

有观点认为,机构投资者具有特别的经验和专业技能,在虚假陈述案件中适用信赖推定需以“合理信赖”为前提,要求机构投资者履行高于普通投资者的注意义务。<sup>〔32〕</sup>“上海雨浩投资咨询有限公司、浙江祥源文化股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷”二审判决认为:“该注意义务对外一般表现为对上市公司公开文件的分析、对上市公司进行实地考察和提出可行性研究报告等,对内则表现为按照公司章程规定履行了相应的审批、讨论、决策程序等。”<sup>〔33〕</sup>因雨浩投资咨询公司未能提供其决策相关的内外部证据,法院认定虚假陈述与投资损失不具有因果关系。有学者也认为机构投资者主张信赖推定,需提交投资可行性调研或分析报告、投资决策报告,以证明其投资行为是理性和善意的。<sup>〔34〕</sup>

上述观点混淆了两种法律关系,即机构投资者与其委托人之间的受信关系以及虚假陈述侵权关系。在机构与委托人之间,其可能因为未履行内部决策程序等而构成重大过失,违反受信义务,但这不构成虚假陈述侵权关系中受欺诈方的过失。

对于信息披露义务人披露的重大信息,除了个别情形,机构投资者就算善尽注意义务,作为外部人,通常也无法识破骗局,要求机构投资者承担更高的注意义务并无意义,反而增加机构投资者的验证成本。因此,即使机构投资者未提交分析报告,其仍然可以根据欺诈市场理论适用信赖推定,除非个案的证据表明,该机构明知或应知存在虚假陈述。

美国虚假陈述的判例同样认为机构投资者应适用信赖推定。实践中,很多机构投资者是根据股价是否被低估或高估而进行交易的价值投资者(value investor),美国最高法院在 Halliburton II 案中认为,价值投资者虽然在进行交易时不认为市场价格准确反映了公开信息,但还是间接信赖了虚假陈述,因为他们仍然因信赖市场价格会在合理期间内准确反映公开信息而交易。<sup>〔35〕</sup>而且,价值投资者通常要评估某一特定股票被低估或高估的程度,而这种评估会受到虚假陈述内容的影响。例如,A上市公司公布的年报虚增净利润5个亿,股价价格从10元涨到15元,而某价值投

• 697 •

〔32〕 参见宁夏回族自治区高级人民法院(2007)宁民商终字第74号民事判决书;浙江省高级人民法院(2019)浙民终1414号民事判决书。

〔33〕 浙江省高级人民法院(2019)浙民终1414号民事判决书。

〔34〕 参见贾伟:《证券市场侵权责任之完善》,载《法律适用》2014年第7期。类似观点参见樊健:《我国证券市场虚假陈述交易上因果关系的新问题》,载《中外法学》2016年第6期。

〔35〕 See Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc., 134 S. Ct. 2398 (2014).

投资者基于公司净利润的增长率，认为市场对新信息反应不足，股价被低估了，准确的估值应该是20元每股，因而增持该股票。美国第二巡回法院在“GAMCO 投资者公司案”中认为，价值投资者同样适用信赖推定，但该案中发行人虚假陈述的内容主要涉及公司流动性问题，证据表明这不会影响原告对发行人的价值评估，而且原告预定的投资期限较长，虚假陈述也不会改变原告对股价最终走向的判断，即使原告知悉被告的虚假陈述内容，仍然会认为公司股价被严重低估而继续购买股票，因此被告反驳信赖推定的主张成立。<sup>〔36〕</sup>

究其本质，上市公司发布的重大虚假陈述信息通常会影响到理性投资者对公司价值的评估，影响其决策。就上市公司欺诈而言，机构投资者虽具有更高的专业能力，但和个人投资者没有本质区别，亦很难识破虚假陈述。故机构投资者对市价未受到上市公司虚假陈述的信赖度很高。

## （二）操纵案件中专业投资者不适用信赖推定的法理

不同于虚假陈述，操纵市场案件中的机构投资者一般不应该适用信赖推定。

首先，有无操纵行为通常不影响机构投资者对公司价值的评估。操纵行为通常是通过对非理性投资者的误导而影响股价的，本身不包含影响公司未来现金流或风险的有价值信息，无论机构投资者采用何种方法对公司进行估值，都不会受到操纵行为有无的影响。操纵所制造的信号或信息与上市公司发布的重大虚假信息对于理性投资者的影响存在本质差异。

其次，若机构投资者基于自己的估值模型，认为某公司的股价被低估，一段时间后股价能够回归到正常水平，从而决定以市价买入该股票，则意味着他们没有基于信赖市场价格的真实性而交易，而是根据个人信息作出独立的判断。换言之，即使知道存在操纵，他们仍然会选择交易。例如，操纵者通过交易或谣言，将股价从10元每股抬高到15元每股，机构投资者通过自己的估值，认为股价应维持在25元每股是合理的，而且未来两年，公司股价很有可能回归到25元，因而决定在15元的价位买入该股票，由此表明，股价上涨本身没有影响他们的判断，他们是根据独立的信息，认为股价在15元的市价仍然是低估的，因而决定买入。而且，机构投资者的投资周期较长，即使操纵结束后股价可能在一段时间内下跌，但由于操纵未从根本上改变机构投资者估值的基础假设，如果机构投资者的预期正确，股价仍然会在未来两年内跃升到机构投资者预估的25元。市场谣言或价量变化一般不影响机构投资者的决定。因此，机构投资者对“市价无操纵”的信赖度很低。

再次，我国非理性投资普遍、市场效率程度低，一些机构投资者在察觉股价显著偏离价值或基本面（高估）时，仍然选择买入，旨在利用操纵所制造的价格趋势，牟取超额收益，他们并不相信这些信号中包含利好消息，而是故意利用这样的信号，是一种自甘冒险的过度投机行为。不同于虚假陈述，鉴于机构投资者的专业能力和经验，可以要求机构投资者在识破操纵方面承担更高的注意义务，尤其对于谣言性质的信息型操纵，要求机构投资者善尽注意，并不会给其带来明显的负担，大多数机构投资者也能避免这种错误。因此，即使有机构投资者主张其对操纵所制造的信号或信息存在事实上的信赖，这种信赖通常也不符合理性投资者标准或者机构投资者的主观标准，不值得证券法的特别保护。

〔36〕 See GAMCO Investors., Inc. v. Vivendi Universal, S. A., 838 F.3d 214 (2d Cir. 2016).

最后,从证券法规范功能的角度而言,也不应该允许机构投资者推定信赖。机构投资者是准确评估公司价值、维护市场效率的“反操纵”力量。如果允许机构投资者较容易地在操纵案件中获得赔偿,他们将减少使股价恢复理性的套利交易,更青睐搭操纵者的便车,推波助澜,更加助长股市波动,有损市场效率。

操纵行为通常不会影响股票的内在价值和长远的价格走向,理性的机构投资者一般也不会对操纵制造的信号产生直接信赖,基于事实和法政策两方面的考虑,证券法应该假定机构投资者通常是独立进行交易,并未直接或间接受到操纵的影响。因此,操纵案件中机构投资者一般不应该适用信赖推定。

当然,这并非意味着操纵市场对所有机构投资者都没有影响。操纵市场对机构投资者的明显危害就是增加套利成本,这主要指与操纵者从事相反方向交易的机构投资者。例如,理性的套利者经过评估,认为50元每股的股价已经明显高估,股价在未来一段时间能恢复到30元,进而融券卖出该股票,但是紧接着遭遇操纵者通过连续交易或散布虚假利好消息误导非理性投资者,持续拉升股价,导致价格由50元上涨到75元,而套利者因融券杠杆交易无法提供足额保证金被证券公司要求平仓,不得不以损失25元每股的价格结束交易,虽然套利者对估值和最终股价走向的判断是正确的,操纵结束后股价确实回归到30元左右的正常水平,但由于操纵行为的介入,理性投资者不仅无法获得套利收益,而且不得不遭受每股25元的损失并承担融券利息成本。<sup>〔37〕</sup>这是套利者因操纵行为额外承担的风险,具有不可预测性。在此情况下,从事相反方向交易的融资融券机构投资者的损失是由操纵行为造成的,且有利于市场恢复理性,应该允许这类融资融券的机构投资者适用信赖推定。此外,对一些明显采用被动性投资策略的机构投资者也应该区别对待,例如,被动型指数基金的机构投资者属于典型的流动性投资者,信赖市场价格的真实性而买入某一投资组合,若市场价格因操纵而失真,应该准其适用因果关系推定。

• 699 •

## 六、结 语

非面对面证券市场中证券欺诈的因果关系认定一直是证券法上的智识难题,我国操纵市场民事赔偿裹足不前的主要原因不是立法表达的抽象,而是操纵市场因果关系推定缺乏坚实的理论基础。操纵市场案件中因果关系推定的法理基础、适用前提及范围等重要问题既要正确借鉴金融学对证券市场价格机制的分析,也要考虑操纵市场侵权法律关系中操纵者故意及投资者的信赖合理性等要素,从而实现法律评价的科学化与精细化,避免对投资者的“保护不足”和“保护过度”。适用于虚假陈述案件的欺诈市场理论不能为操纵案件的因果关系推定提供理论支持,但可以采纳其关于间接信赖推定的方法内核。行为金融学理论表明,我国证券市场操纵案件采用因果关系推定是合理且必要的,这种因果关系推定以保护普通投资者(尤其是流动性投资者)对公开证券市场之价格真实性的信赖为目的,操纵市场涉及操纵者、非理性交易者、理性交易者及流动性交易

〔37〕 这种对套利者的损失类似于操纵期货市场中做多的操纵者对做空交易者的损害,其他的做多交易者不仅没有损失,还能意外获得收益。

者的复杂博弈，建立在间接信赖基础上的操纵市场因果关系推定应以投资者初步举证证明价格影响为适用前提。同时，操纵行为的特殊模式及机构投资者的专业性也意味着，操纵案件中的专业投资者一般不应该享有因果关系推定的“福利”。

操纵市场与虚假陈述行为同属证券欺诈，但存在明显差异，操纵市场因果关系推定的法理虽同样可以称为欺诈“市场”理论，但两者的理论基础和适用条件迥异。因此，在研究与完善操纵市场民事责任的损害赔偿计算以及是否设置赔偿上限等其他重要问题时，同样需要考察两者的差异性。

---

**Abstract:** Market manipulation has a different mechanism of stock price impact from misrepresentation. The efficient market hypothesis premised on rational investors and complete arbitrage denies the link between manipulation and stock price impact, so the fraud on the market theory cannot prove the presumption of causality in manipulation cases, and it will produce dilemma of “overprotection” and “under-protection”. Behavioral finance suggests that there are systematic cognitive biases of irrational investors and the failure of arbitrage mechanism in the securities market, and manipulation is more likely to interfere with the decision-making of ordinary investors, thus affecting the stock price. In regulated securities markets, the presumption of causation in manipulation cases can also apply the jurisprudence of indirect reliance: investors trade in reasonable reliance on the truth of the price of a security; manipulation affects the price of the security. The former should be presumed by law, while the latter is uncertain in manipulation cases and needs to be proved by investors. Because manipulation generally does not affect the intrinsic value of a company, rational decision-making by professional investors is independent of manipulation, and the presumption of causation does not apply in principle.

**Key Words:** market manipulation, fraud on the market theory, efficient market hypothesis, indirect reliance, behavioral finance

---

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

## 比例连带责任在无意思联络数人侵权中的适用

陈 霖\*

**内容提要：**无意思联络数人侵权不足以导致全部损害的，在满足“综合关联共同性”时存在连带责任的适用可能。为缓和全部连带的严苛性，我国在立法与司法上实质性地引入了比例连带责任，但仅限于特定原因力组合的案型。美国法上的混合责任与日本法上的部分连带责任在原因力类型多样化上的包容经验，为我国比例连带责任有条件地开放适用提供了有益借鉴。比例连带责任的本土内涵为“原因力相当”范围内的赔偿责任，构筑其启动条件时无需强调“原因力显著微小”这一要素。比例连带责任的运用主要从两个层面展开：对外向受害人进行比例连带时汲取传统连带责任的部分理论构造双重抗辩，对内向其他侵权人追偿时就实际清偿部分依照原因力比例划分最终份额。

**关键词：**原因力 无意思联络数人侵权 比例连带责任

• 701 •

### 一、引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1172 条虽规定无意思联络数人侵权不足以导致全部损害时承担按份责任，但由于受《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕20 号）（以下简称“2003 年《人身损害赔偿解释》”）第 3 条第 1 款“无意思联络数人侵权但直接结合的案件适用连带责任”的影响，迄今为止，司法实践中仍有不少法院坚持“有条件地承认无意思联络数人侵权不足以导致全部损害者承担连带责任”

\* 陈霖，南京师范大学法学院讲师。

本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“《民法典》体系下夫妻身份关系协议效力研究”（22YJC820005）的阶段研究成果。

〔1〕 参见湖北省高级人民法院（2020）鄂民终 701 号民事判决书；湖北省高级人民法院（2019）鄂民终 547 号民事判决书；福建省高级人民法院（2020）闽民终 1604 号民事判决书等。

的裁判立场。<sup>〔1〕</sup>以此为现实基础,《民法典》时代亦有学者认为,第1172条规定的按份责任在具体适用时存在连带的例外。<sup>〔2〕</sup>然而,不区分数个侵权人之间的各自原因力,使其无一例外地承担全部连带责任确实过于严苛。因此,在我国既有的法律规范和裁判实践中进一步发展出了“比例连带责任”。《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2015〕12号)(以下简称《环境侵权司法解释》)明确了单向因果关系下<sup>〔3〕</sup>数个侵权人的特别连带责任。<sup>〔4〕</sup>实践中,除了环境侵权案件类型外,在证券市场虚假陈述的侵权民事赔偿案件中,也有部分法院确立了中介机构在虚假陈述时承担比例连带责任。<sup>〔5〕</sup>至于比例连带责任的具体内涵与承担方式,国内既有研究尚无定论。在侵权法领域主要存在的“半叠加分别侵权行为之部分连带责任”<sup>〔6〕</sup>与“片面连带责任”说,<sup>〔7〕</sup>在证券法领域亦有学者提出了“连带责任+按份责任+不真正连带责任”的“集合体”说,<sup>〔8〕</sup>还有观点认为,基于“责任与处罚相当原则”,应在“最终责任和责任上限之间确定合适比例”<sup>〔9〕</sup>。

笔者赞成无意思联络侵权数人在一定条件下可承担连带责任,并认可“比例连带”在缓和“全部连带”上具备的积极功能。本文尝试推进比例连带责任在侵权案件更多类型上适用的同时,进一步精细其在对外连带和对内追偿上的具体构造。另外,由于本文秉持比例连带责任类型开放的立场,文中所提及的“无意思联络数人侵权”(有时亦表述为“数人单独侵权”或者“数人分别侵权”)不限于《民法典》第1172条规制的共同因果关系侵权类型,还包括单向因果关系等侵权类型,<sup>〔10〕</sup>其主要特征为“无意思联络数人侵权且非所有人都足以导致全部损害”。如果没有特别说明,本文“无意思联络数人侵权”不包括第1171条的累积性因果关系侵权类型。

〔2〕 参见董春华:《论单独侵权致同一损害适用按份责任的例外》,载《法商研究》2022年第1期。

〔3〕 所谓单向因果关系,指无意思联络数人侵权中,部分加害人可能造成全部损害,其他加害人仅造成部分损害。参见冯德途:《〈侵权责任法〉第12条适用范围之厘定》,载《法治研究》2018年第5期。我国亦有学者将此种因果关系类型的侵权行为称为“半叠加分别侵权行为”。参见杨立新:《环境侵权司法解释对分别侵权行为规则的创造性发挥——〈最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释〉第3条解读》,载《法律适用》2015年第10期。

〔4〕 此种特别的侵权责任实质为比例连带责任。立法上,体现为2015年《环境侵权司法解释》第3条第3款规定,即:“两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害,部分污染者的污染行为足以造成全部损害,部分污染者的污染行为只造成部分损害,被侵权人根据侵权责任法第十一条规定请求足以造成全部损害的污染者与其他污染者就共同造成的损害部分承担连带责任,并对全部损害承担责任的,人民法院应予支持。”2020年《环境侵权司法解释》第3条保留此规定,只对个别用语稍作修改。

〔5〕 参见浙江省杭州市中级人民法院(2019)浙01民初1120号民事判决书;上海金融法院(2020)沪74民初213号民事判决书等。

〔6〕 假设一个行为的原因力是50%,另一个行为的原因力是100%,在确定的原因力重合部分为连带责任,非重合部分为按份责任。参见前引〔3〕,杨立新文。

〔7〕 即对外责任上,一人承担自己的比例责任份额,另一人承担连带责任,当后者无法清偿时,前者承担补充责任。参见李中原:《多数人侵权责任分担机制研究》,北京大学出版社2014年版,第212页。

〔8〕 参见秦悦民、郑润镐、于焕超:《比例连带责任之反思:目标、困境及替代方案》,载彭冰主编:《金融法苑》总第107辑,中国金融出版社2022年版,第127-148页。

〔9〕 史欣媛:《比例连带责任在中介机构虚假陈述责任认定中的适用》,载《河南财经政法大学学报》2022年第4期,第41页。

〔10〕 有学者认为《民法典》第1172条仅规范“部分因果关系”,亦称为“共同因果关系”。参见王利明、周友军、高圣平:《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第400页以下。而本文所持观点为,其不仅规制共同因果关系,还包括单向因果关系等不属于《民法典》第1171条因果关系类型的其他无意思联络数人侵权的全部类型。参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第423页。

## 二、无意思联络数人侵权适用连带责任的法律解释路径

无意思联络数人侵权的责任类型,经历了泛连带主义与去连带主义的对立讨论。<sup>〔11〕</sup>为寻求连带主义的恰当适用,各国在学说和司法上衍生出丰富的诠释路径。围绕连带责任适用而设置的限制条件,从某种层面而言,可谓是对前述两种对立立法主义的折中。综合各国经验,更新出“综合关联共同性”的理论,以此为基石,无意思联络数人侵权不足以导致全部损害时在我国亦存有连带责任的适用可能。

### (一) 国内既有法律解释路径评析

伴随无意思联络数人侵权不足以导致全部损害之侵权责任类型的立法演变,国内学说在证成其可能承担连带责任时的主要观点有:其一,对其进行规制的《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第12条是对内责任,不影响对外连带;<sup>〔12〕</sup>其二,《民法典》第1172条中存在按份责任的适用例外;<sup>〔13〕</sup>其三,对《民法典》第1168条共同加害行为加以谨慎扩张从而适用连带责任等。<sup>〔14〕</sup>由于通说已基本明确《侵权责任法》第12条为外部责任条款,<sup>〔15〕</sup>故此处不再赘述这一观点,而是重点关注后两种学说。

#### 1. 《民法典》第1172条按份责任的例外情形

按份责任和连带责任在保护侵权人还是受害人上具有明显不同的价值倾向,二者以何为一般规则、何为例外规定?各国针对无意思联络数人侵权的差异处理即源于此。对此,有观点认为,我国《民法典》选择了“按份责任为一般规则,连带责任为例外”的立场,<sup>〔16〕</sup>第1172条明确规定无意思联络数人侵权不足以导致全部损害时承担按份责任,这在保险产业高速发展的现代社会,并不会像部分学者所担心的那般严重到会令侵权法丧失重要的救济功能。<sup>〔17〕</sup>但若以按份责任为一般规则,部分侵权人赔偿能力不足的风险只能由受害人承担,实则将严苛的后果由侵权人转向受害人,因此该学说为第1172条之按份责任预留了例外的适用空间,主要包括法律明文规定的政策性连带类型与司法实践中的裁量性连带类型。<sup>〔18〕</sup>

#### 2. 《民法典》第1168条连带责任的谨慎扩张

从《中华人民共和国民法通则》第130条明文规制共同侵权,到2003年《人身损害赔偿解释》第3条认可无共同故意或共同过失数人侵权行为“直接结合”时的连带责任,再到《侵权责任法》第8至12条及《民法典》第1168至1172条确立以“有无意思联络”“是否足以”为区分

• 703 •

〔11〕 参见冯德淦:《比例责任在侵权法上的适用之检讨》,载《法律科学(西北政法学报)》2020年第2期。

〔12〕 参见李昊:《按份责任的数人侵权的反思——评孙维飞“〈侵权责任法〉第12条之解释论及其体系辐射力研究”一文》,载王洪亮等主编:《中德私法研究(12):数人侵权责任》,北京大学出版社2015年版,第36-49页。

〔13〕 参见前引〔2〕,董春华文。

〔14〕 参见张平华:《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》,载《东南学术》2020年第5期。

〔15〕 参见王利明:《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第580页。

〔16〕 参见前引〔2〕,董春华文。

〔17〕 参见魏森:《客观关联的多数人侵权责任研究——以比较法考察为中心》,载《法商研究》2014年第1期。

〔18〕 政策性连带类型明确规定于《民法典》特殊侵权行为中,如“网络服务提供者的连带责任”等。裁量性连带类型主要为“分别的环境侵权致同一损害的”“分别的医疗侵权致同一损害”等。参见前引〔2〕,董春华文。

标准的按份责任与连带责任，“共同侵权”法律规范的前世今生演绎了立法政策对连带责任从追逐到谨慎的态度转变。相应地，学说上围绕狭义共同侵权，即共同加害行为中“共同”之内涵，大致形成“主观共同说”<sup>〔19〕</sup>“共同行为说”<sup>〔20〕</sup>“主客观共同说”。<sup>〔21〕</sup>除去主观共同说，后两种观点皆能将“无意思联络数人侵权不足以导致全部损害”的情形吸纳为共同加害行为，从而令侵权数人承担连带责任。

### 3. 路径分歧辨析

两种法律解释路径在对待“有无意思联络”的侵权行为上存在根本的定性差异，第一种观点严格秉持共同加害行为仅发生在有意思联络的数人之间，从而不足以导致全部损害的数人分别侵权只能在《民法典》第1172条按份责任范围内寻求连带的适用例外。第二种观点则否定了意思联络在共同加害行为中的必要性，承认“无意思联络数人侵权行为”也有可能被认定为共同加害行为，将《民法典》第1168条作为请求数个侵权人承担连带责任的规范基础。但从二者皆对无意思联络不足以导致全部损害的侵权数人适用“连带责任”设置了门槛这点而言，两种解释路径在避免连带责任的盲目扩张上具备共通性。

#### （二）出路：“综合关联共同性”下连带责任的正当性

就比较法而言，《德国民法典》第830条第1款明确共同加害行为下数个侵权人承担连带责任，学说上一般将“共同加害”建立在主观共同的基础之上，<sup>〔22〕</sup>但亦有观点认为其实质已经转向客观共同。<sup>〔23〕</sup>而对于无意思联络数人侵权的情形，第840条第1款规定了承担连带责任的可能性，通说亦认为若各个侵权人的加害部分不可明确分割，无意思联络的数个侵权人作为“竞合行为人”承担连带责任。<sup>〔24〕</sup>而继受德国法传统的《日本民法典》与我国台湾地区“民法”只引进了《德国民法典》第830条中共同加害行为的规定，而未引进第840条之竞合侵权规则。为了让无意思联络侵权数人承担连带责任，解释学上扩充了共同加害行为的范围，具体支撑理论有日本的“强关联共同性”与“弱关联共同性”，<sup>〔25〕</sup>我国台湾地区的“客观关联共同”说<sup>〔26〕</sup>等。

〔19〕 各个行为人之间必须有意思联络，体现为仅有共同故意或者共同故意、共同过失。参见程啸：《论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义》，载《法学家》2003年第4期；周友军：《我国共同侵权制度的再探讨》，载《社会科学》2010年第1期。

〔20〕 不以行为人意思联络为必要要件，只需数人客观上关联、不可分。参见前引〔10〕，程啸书，第38页。

〔21〕 需同时具备主观的共同与客观之关联、不可分，但主观上不限于有意思联络，过错的内容相同或相似亦可。参见张新宝：《中国侵权行为法》（第2版），中国社会科学出版社1998年版，第167-168页。

〔22〕 参见前引〔7〕，李中原书，第16页。

〔23〕 参见王竹：《论客观关联共同侵权行为理论在中国侵权法上的确立》，载张仁善主编：《南京大学法律评论》2010年春季卷（总第33期），法律出版社2010年版，第81页。

〔24〕 参见〔德〕克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社2001年版，第72-74页。

〔25〕 当无意思联络的数个侵权行为具备强关联共同性时，其会被认定为《日本民法典》第719条第1款前段规制的狭义共同侵权行为，因此负担连带责任；当具备弱关联共同性时，则会被认定为同款后段规制的推定因果关系类型，侵权责任承担方式为“全部连带责任+寄与度减责抗辩”。潮见佳男『不法行為法』（信山社出版株式会社，2011年）144-146页参照。

〔26〕 客观关联共同说，即数人所为的不法侵害他人权利之行为，在客观上为被害人所生损害的共同原因。参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第154-155页；孙森焱：《民法债编总论》（上册），法律出版社2006年版，第231-232页。

英美法系中,英国法根据“侵权人之间是否存在意思联络”区分了共同侵权人与竞合侵权人,但二者一般皆承担连带责任。<sup>〔27〕</sup>美国法淡化了此种区分,在裁判中引入了“集合行为”的思路,将造成不可分损害的无意思联络数人侵权行为合并为一个集合行为后再适用“but-for”规则。<sup>〔28〕</sup>

虽然各国对无意思联络数人侵权行为适用连带责任的诠释思路不一,有的借助共同加害行为的辐射范围进行判断,<sup>〔29〕</sup>有的避开“是否具备意思联络”的束缚从数人侵权行为的因果关系、<sup>〔30〕</sup>损害后果是否可分<sup>〔31〕</sup>等方面切入。但实质上却已全面地构成了无意思联络数人侵权可能适用连带责任的判断标准,本文谓之“综合关联共同性”。其要点在于:其一,数个侵权人的行为不限于物理上,还包括社会观念上的一体性,此一体性并非以各行为的同時性为必要,满足多个行为在场所、时间上的紧密结合亦可。<sup>〔32〕</sup>其二,当场所、时间上的接近性比较弱时,还须具备能够使无意思联络侵权人共同负有防止侵害他人注意义务的客观状况,一般在危险共同体以及利益共同体中,各侵权人负有此“被扩大的注意义务”。<sup>〔33〕</sup>其三,损害结果是不可分的,且其与分别侵权行为因“关联”后被抽象为行为集合体之间具备必要且唯一的因果关系,<sup>〔34〕</sup>即只要缺乏了其中任何一个行为,都不足以导致损害的发生。另外,各行为人都能预见到此种不可分的损害后果,对于特殊的损害部分,仅由可能预见到的一方承担损害赔偿责任。<sup>〔35〕</sup>

“综合关联共同性”相较于2003年《人身损害赔偿解释》中曾提出的“直接结合”而言,似乎并不具备明显的表述优势。但前者根植于两大法系“关联共同性”与“不可分损害”理论,在域外长期司法实践与学说积淀中已经形成了较为完备的判断要素。由于2003年《人身损害赔偿解释》舍弃了数人分别侵权“直接结合”下的连带责任,在缺乏法律明文规定的情况下,无意思联络数人侵权不足以导致全部损害之类型只能禁锢于按份责任中,因此在法律解释上通过“综合关联共同性”使数人分别侵权与连带责任挂钩未尝不可。

• 705 •

### 三、无意思联络数人侵权适用连带责任之缓和:比例连带责任

无意思联络数人侵权不足以导致全部损害时适用连带责任,首先需满足“综合共同关联性”,但其在责任连带时全有或全无的模式对于原因力不足100%者有失公平。为缓和此种全额连带,司法实践中引入了比例连带责任。伴随其适用空间的逐步扩大,比例连带责任是否有可能突破既有的类型限定,成为共同侵权责任中的一般化责任类型?

〔27〕 参见前引〔2〕,董春华文。

〔28〕 参见前引〔23〕,王竹文,第86页。

〔29〕 譬如德国,参见前引〔10〕,程啸书,第414-415页。

〔30〕 譬如法国,参见张铁薇:《共同侵权制度研究》(修订版),人民法院出版社2013年版,第118页。

〔31〕 譬如意大利,参见前引〔24〕,克雷蒂安·冯·巴尔书,第79页。

〔32〕 平井宜雄『債權各論II不法行為』(弘文堂,1992年)197頁;前田達明『不法行為歸責論』(創文社,1978年)250-292頁參照。

〔33〕 参见前引〔25〕,潮見佳男书,165-170页。

〔34〕 参见前引〔23〕,王竹文,第86页。

〔35〕 参见于敏:《日本侵权行为法》(第2版),法律出版社2006年版,第290页。

### （一）比例连带责任一般化的法理基础：基于原因力的重叠

侵权责任法中的损害赔偿范围主要依靠因果关系得以划定，因果关系在比较法上主要被划分为两个层次，即责任成立的因果关系与责任范围的因果关系。无论第二层次因果关系采取德国式的“相当性”，抑或普通法系的“可预见性”，皆建立在第一层次因果关系成立的基础上，必须满足条件说下的“全有或全无”。〔36〕此种论证进路本身就存在不妥，因此出现了比例因果关系，原告仅就因果关系的可能比例加以证明，无需证明因果关系确属全部存在。〔37〕但这并不意味着此行为只与部分损害具备因果关系，此处的“比例”，主要功能在于使得分别侵权却不足以导致全部损害的数个侵权人与损害结果间形成各自独立且完整的事实因果关系链。因果关系两个层次的判断，最终处理的主要为某项损害后果“是不是”在侵权损害赔偿范围内的责任问题，而非解决多数人侵权时责任人赔偿“多少”的问题。就此而言，比例连带责任与其说是基于因果关系的重叠，毋宁认为根源于数个侵权人原因力的重叠。

对于原因力的概念界定，我国学说上百家争鸣，简言之，即为对因果关系大小的区分。〔38〕在单一违法行为所引起的侵权案件中，原因力隐蔽起来易被忽略，但在数个原因引起同一损害时，数个侵权人一般基于自己违法行为对损害结果所具备的作用力大小（原因力）承担相应的责任份额。原因力的适用又常与过错相交织，我国经历了由过错作为损害分担的唯一标准到原因力和过错相互补充的发展阶段。〔39〕不过，有学者坚持认为应该将原因力作为责任分配的主要依据，过错并非直接而是通过对原因力的权衡来影响责任承担。〔40〕本文亦赞成此立场，尤其在不足以导致全部损害的无意思联络侵权数人过错程度相当时，适用按份责任就是基于侵权人各自原因力比例令其承担损害赔偿赔偿责任。

但在数个侵权行为高度紧密关联时，从“缺少其中任何一人，都不足以导致全部损害发生”的角度观之，若完全依据原因力比例进行赔偿责任的分割，可能带来对受害人救济不够充分的后果。而作为例外弥补方案的全部连带责任令原因力未达到100%的侵权人进行全部赔偿，在利益衡量上亦有所失衡。比例连带责任作为一种折中方案，应运而生。

### （二）对比例连带责任适用前提的构筑

从功能上看，比例连带责任具有对受害人与加害人权益折中的效果；但若从负向效果看，任由侵权人滥用，将使其得以逃避全部连带责任；若受害人滥用之，则可能完全架空按份责任。因此，亟需厘清比例连带责任的适用前提，这主要涉及数人单独侵权时的过错、行为与因果关系等。

其一，比例连带责任的多数侵权主体间必须不存在意思联络，且无意思联络的数个侵权行为应满足“综合关联共同性”。此处“综合关联共同性”，已于前文部分详细剖析，故此处不再赘述。就“有无意思联络”而言，当侵权人事先共谋而故意侵权时，乃典型的意思联络下的共同加害行为，《民法典》第1168条正是因为“故意的严重性”而令此类型的侵权人承担连带责任。而

〔36〕 参见前引〔11〕，冯德淦文。

〔37〕 参见陈聪富：《侵权行为法原理》，元照出版有限公司2019年版，第346页。

〔38〕 参见杨立新：《债法总则研究》，中国人民大学出版社2006年版，第328页；前引〔15〕，王利明书，第449页。

〔39〕 参见杨立新：《论医疗过失赔偿责任的原因力规则》，载《法商研究》2008年第6期。

〔40〕 参见郑永宽：《医疗损害赔偿中原因力减责的法理及适用》，载《中国法学》2020年第6期。

在“共同过失”之情形，有学者认为其必然不存在“意思联络”，<sup>〔41〕</sup>这涉及意思联络的终点为何。例如A、B二人在马路上相约飙车，过失撞伤路人，如果认为意思联络的终点止于飙车这一行为，则对于过失撞伤路人这一损害结果，A、B间属于有意思联络的共同过失。如果认为意思联络的终点止于损害结果，A、B则在撞伤路人上不存在意思联络，构成无意思联络的共同过失。因此，若采取“意思联络终于侵权行为”的立场，共同过失的侵权人之间可能存在意思联络，其将因承担全部连带责任而排除适用比例连带责任。

其二，比例连带责任的因果关系类型不限于共同因果关系、单向因果关系，还包括分别侵权行为人原因力明确且相加之和大于100%的所有因果关系类型，但《民法典》第1171条的累积性因果关系除外。在造成同一损害的分别侵权人原因力不明导致加害份额不明的场合，首先依照《民法典》第1172条承担按份责任；在符合“综合共同关联性”时，则可能作为按份责任之例外，对外适用全部连带而非比例连带责任。之所以不将分别侵权中多数人原因力之和小于100%的类型纳入在内，是由于此时在受害人损害额度100%的范围内，根据侵权人原因力比例进行按份责任的换算实质已经提高了分别侵权人最终承担的责任份额，因为超过了侵权人各自原因力相等范围内的损害额度，足以满足受害人救济的需要。当然，让原因力不足100%的侵权人通过比例换算进行全部赔偿的连带责任，在技术上也不无可能，但存在明显不当之处。<sup>〔42〕</sup>

#### 四、比例连带责任的评估模型与本土困境

• 707 •

比例连带责任虽在我国初见雏形，但具体如何应用，并未详细展开。既有法律规范与司法实践，也仅在单向因果关系的侵权案中予以适用。比较法上，无意思联络数人侵权行为原因力大于100%的组合形态较为丰富，这对我国原因力类型限定下的比例连带责任提供了重要的参考经验。

##### （一）域外法视野中比例连带责任的评估模型

##### 1. 日本模式：部分连带责任

日本学说中与我国比例连带责任相似者为部分连带责任，其连带部分的评估方式主要有底端连带型、剩余部分连带型、最大公约数连带型。这些类型皆未要求造成同一损害的数个侵权人中必须有一人原因力为100%，只需多数侵权主体的原因力之和大于100%即可。所谓最大公约数连带型，即在数个侵权人各自提供的原因力范围内取最大公约数肯认连带责任。<sup>〔43〕</sup>以下主要介绍其他两种连带方式，具体为：

其一，底端连带型。底端连带型主张在最小原因力对应的赔偿责任范围内进行连带。例如受害人D全部损害额度是1000万元，对此损害，数个侵权人A、B、C的原因力为70%、60%、50%，相应地A、B、C各自本该承担的赔偿额度分别为700万、600万、500万。发生部分连带

〔41〕 参见前引〔10〕，程啸书，第385页。

〔42〕 具体计算方法留待后述，详细操作可参考后注〔53〕处相关论述。

〔43〕 参见前引〔25〕，潮见佳男书，138-142页。

时，类似于同心圆模型（如下图 1 所示），A、B、C 在最小原因力 50% 的责任额度，即 500 万内产生第一次连带。剩余的差额部分 A 为 200 万（700 万 - 500 万），B 为 100 万（600 万 - 500 万），则 A 和 B 又在 100 万的责任额度内产生第二次连带责任。综上，A 的连带责任额度为 600 万（500 万 + 100 万）<sup>〔44〕</sup> 且单独赔偿责任为 100 万（700 万 - 600 万），B 的连带责任额度为 600 万（500 万 + 100 万），C 的连带责任额度为 500 万。<sup>〔45〕</sup>

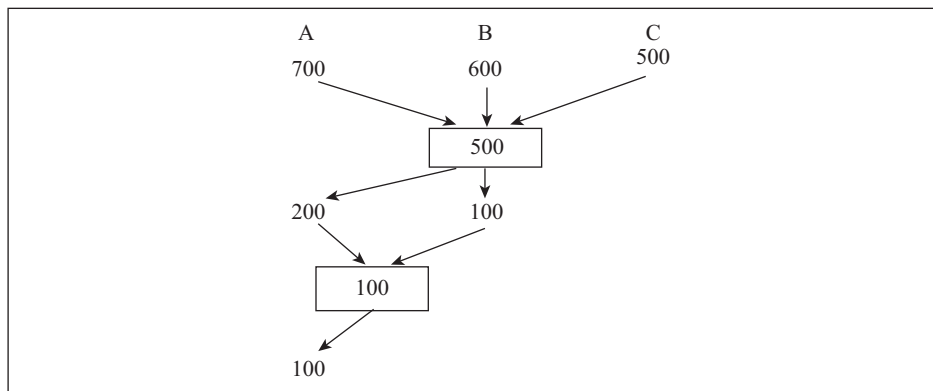


图 1

其二，剩余部分连带型。此种部分连带责任的计算方式要求分别侵权的多数行为人原因力之和必须大于 100%，否则将无法完成连带计算。假设受害人 D 全部损害额度为 1000 万元，A、B 原因力分别为 70% 与 80%，相对应的损害赔偿责任额度 A 为 700 万元，B 为 800 万元。在此评估模式下，A、B 二人的连带责任额度为两者相加之和超过 1000 万元的部分，即为 500 万元，此时 A 的单独债务是 200 万（700 万 - 500 万），B 的单独债务是 300 万（800 万 - 500 万）。<sup>〔46〕</sup>

## 2. 美国模式：混合责任

除了纯粹的连带责任与单独责任，美国侵权法认可数个侵权人在一定条件下承担混合责任，因其在处理责任的“连带”份额上具备灵活性，从而与比例连带责任在缓和严苛的全部连带责任这一价值功能上具有共通之处。所谓混合责任，是美国侵权法责任承担的类型之一，<sup>〔47〕</sup> 即事先设置一个“法定的责任份额界限”<sup>〔48〕</sup>，此份额一般在 10% 至 60% 之间，侵权人中责任份额轻微、低于该界限者承担单独责任，等于或高于该界限者承担连带责任。<sup>〔49〕</sup> 此种模式突破了数个侵权人责任承担时连带责任与单独责任的二分格局，通过“法定的责任份额界限”形成了连带责任、单独责任并存适用的责任集合体。考虑到高于该法定责任份额门槛者无论自身实际责任份额大小一律承担 100% 的连带责任亦有失公平，美国部分州进行了有益尝试，例如南达科他州通过立法

〔44〕 由第一次连带的 500 万 + 第二次连带的 100 万，得出 A 的连带部分，B 同。

〔45〕 难波讓治『共同不法行為の効果としての一部連帯』，大塚直、大村敦志、野澤正充編『社会の発展と権利の創造——民法・環境法学の最前線』（有斐閣，2012 年）378 頁参照。

〔46〕 参见前引〔45〕，难波讓治文，第 377 - 379 页。

〔47〕 美国侵权法损害赔偿责任的承担模式有五条轨道，具体内容参见〔美〕爱伦·M. 芭波里克选编：《侵权法重述纲要》（第 3 版），许传玺等译，法律出版社 2016 年版，第 438 - 439 页。

〔48〕 李中原：《多数人侵权责任制度的历史与现状》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 2 期，第 57 页。

〔49〕 参见前引〔23〕，王竹文，第 88 页。

规定承担连带责任侵权人的责任绝对范围不超过本身份额的两倍,明尼苏达州对责任“界限”和连带“份额”进行了反向关联的制度设计。<sup>[50]</sup>

## (二) 我国比例连带责任“原因力”类型限定下的适用难题

国外比例连带责任的不同评估方式,表明了原因力组合形态的开放性,假设分别侵权中数个行为人A、B、C在同一损害结果P上具备客观不可分性,其原因力为a、b、c,则可能适用比例连带责任的原因力组合大致有:其一,至少其中一人原因力为100%,但不可能全部侵权人的原因力都为100%,<sup>[51]</sup>不仅其他侵权人的各自原因力小于100%,连相加之和亦小于或等于100%,表述为“ $a=100\%$ ,  $b<100\%$ ,  $c<100\%$ ,  $b+c\leq 100\%$ ”;其二,数个侵权人的原因力分布情况与前述一相仿,但相加之和大于100%,表述为“ $a=100\%$ ,  $b<100\%$ ,  $c<100\%$ ,  $b+c>100\%$ ”;其三,不存在原因力为100%的侵权人,但所有侵权主体的原因力之和大于100%,可表述为“ $a<100\%$ ,  $b<100\%$ ,  $c<100\%$ ,  $a+b+c>100\%$ ”。

而在我国的司法实践中,虽然适用比例连带责任的案件范围不再局限于环境侵权,但从既有法院裁量结果观之,承担比例连带责任的主体在原因力条件上并未逃逸出《环境侵权司法解释》第3条的规范框架,即学者所称谓“半叠加分别侵权行为”<sup>[52]</sup>,其属于上述条件组合中的第一种情形: $a=100\%$ ,  $b<100\%$ ,  $c<100\%$ ,  $b+c\leq 100\%$ 。甚至在大多数案件中,B、C为了满足原因力“显著微小”,其比例往往明显小于50%,从而遵循了比例连带创设时不让原因力微小的行为人承担过于沉重的100%全部连带责任之初衷。

然则,对于其他的条件组合,我国是否有纳入比例连带责任之可能?实证法上缺乏直接的规定,但学理上借助前述域外学说中的模式经验予以完善,并无不可。对于条件情形二的“ $a=100\%$ ,  $b<100\%$ ,  $c<100\%$ ,  $b+c>100\%$ ”,又可细分为两种类型:其一为b、c原因力显著微小,但当此类主体在人数上足够多时,比如存在6个原因力为20%的侵权人,此时 $b+c+\dots>100\%$ ,由于此情形尚满足其中一人原因力为100%,其他人原因力显著小于100%,所以在实质上仍可归入我国比例连带责任的限定适用范畴,故不作为此处所谓的例外条件类型进行讨论。其二为原因力非为100%的行为人数量虽然不多,但其中不是每个人都满足原因力显著微小,例如a为100%,b为30%,c为80%, $b+c>100\%$ ,并且此情形在国外条件组合情形三“ $a<100\%$ ,  $b<100\%$ ,  $c<100\%$ ,  $a+b+c>100\%$ ”中亦具备一定发生概率,即多数侵权行为人的原因力之和大于100%时,只有部分行为人满足原因力“显著微小”。

对这些我国立法上尚未明确规制的条件组合形态,如何选择比例连带责任的计算方法?似可采取日本部分连带责任中的多样评估模式,但具体采取何种类型更为合适,尚需进一步论证。若采取美国混合责任模式,可设定“法定责任份额界限”,令原因力虽非100%的部分侵权人承担全部连带责任,如对受害人赔偿额度为100万,B原因力为20%,C原因力为80%时,若此责任份额界限介于10%和70%之间,则B承担20万的单独责任,C承担100万的连带责任,但单纯为

[50] 如果连带责任人的责任份额不超过15%,则其承担连带责任的范围不超过其责任份额的4倍;如果其责任份额在15%与35%之间,则其承担连带责任的范围不超过其责任份额的2倍。参见前引[23],王竹文,第89页。

[51] 如果无意思联络数人侵权,所有行为主体的原因力都为百分之百的,属于分别侵权行为中的累积因果关系类型。

[52] 前引[3],杨立新文,第31页。

了保护原因力显著较小一方，而令原因力较大者承担对受害人的完全赔偿，是否有违公平原则？关注到此点的美国少数州已经进行了倍数连带，而非全部连带。还有学者提出同比例增长的计算方法，<sup>[53]</sup>在上述例子中，基于 B、C 的原因力，在保持其损害赔偿责任额度比例为 1:4 的基础上，令较大原因力的 C 负担全部赔偿额度的 100 万，则 B 的损害赔偿额度相应地变化为 25 万，此种操作不仅令其在外观上符合我国“半叠加分别侵权行为”的适用条件，而且还尽量保证侵权人赔偿份额的同比例变化。但是，使原因力尚未达致 100% 的行为人，如同原因力 100% 的人一般去承担全部连带赔偿责任，这本身即存在削足适履之嫌疑，在法理正当性上尚存疑惑。

## 五、比例连带责任的真实意蕴与适用检视

日本部分连带责任或美国混合责任两种模式，都能为我国比例连带责任形态的开放适用提供参照。但二者亦存在不容忽略的弊端，我国比例连带责任具体运用时的方案优化需以其本体内涵的厘清为前提。

### （一）我国比例连带责任的内涵探究

关于比例连带责任内涵的国内既有学说皆未突破形态之封闭，即其中必有一人原因力为 100%，且另一人原因力显著微小，这导致缺乏对其他原因力组合的包容。判断何种学说更为优越，有必要厘清比例连带责任的功能。

首先，比例连带责任避免了全部连带的绝对严苛。连带责任要求义务人承担的连带责任份额为 100%。为对此进行缓和，才出现了比例连带。但既有裁判中，此种责任类型通常适用于“原因力显著微小”之时，能否广泛且一般化肯认不同程度原因力下比例连带责任适用之可能？若能，则“半叠加分别侵权行为”“片面连带责任”学说的妥适性有待质疑。

其次，比例连带责任相较于按份责任，能为赔偿义务人的清偿不能提供担保。例如受害人 D 的损害额度为 100 万，A、B、C 的原因力分别为 100%、40%、20%。依照按份责任，A、B、C 的赔偿额度分别为  $100 \text{ 万} \times 5/8$ 、 $100 \text{ 万} \times 2/8$ 、 $100 \text{ 万} \times 1/8$ ，每个人的责任份额能够对抗外部受害人超出此负担份额部分的赔偿请求，当其中某一侵权人没有赔偿能力时，受害人将承担相应范围内求偿不能的风险。而比例连带责任旨在一定比例上降低此风险，为寻求折中路径，前述所提“集合体”说兼顾运用全部连带与按份责任，如前例，其令原因力较小的侵权人 B、C 各自承担按份责任为  $100 \text{ 万} \times 4/6$ 、 $100 \times 2/6$ ，然后再分别与原因力为 100% 的 A 于按份责任限度内承担不真正连带责任。但是，不真正连带责任为单向连带，<sup>[54]</sup>究竟由谁承担终局责任，则为另一尚无定论之争议。

总之，比例连带责任在功能上综合了“全部连带责任在最大范围内填补受害人所受全部损害”，和“按份责任尽量让各个侵权人承担与自己原因力比例相应赔偿责任”二者的优点。基于此，建议将其内核明确为：比例连带责任中，数个侵权人承担与各自独立的原因力相当范围内的

[53] 橋本佳幸『損害賠償額の割合的調整—原因競合事例を中心に』，現代不法行為法研究会『不法行為法の立法的課題』（商事法務株式会社，2015 年）203 頁参照。

[54] 参见杨立新：《教唆人、帮助人责任与监护人责任》，载《法学论坛》2012 年第 3 期。

赔偿责任。此处“原因力相当”的赔偿责任，是对数个侵权人在“无意思联络”下各自实施的侵权行为进行的平行且独立之作用力计算。由于其具备“综合关联共同性”，毋庸事先将各自原因力总和限制在100%的框架内比例换算出相应的责任份额后，再去探讨如何进行赔偿责任的对外连带。

譬如，对于受害人的损害X，当无意思联络侵权人A、B、C的各自原因力为100%、80%、40%时，由于我国比例连带责任立法上封闭于“半叠加分别侵权行为”，容易导致在现实裁判中，法院即使适用比例连带责任，也会尽量避免原因力不足100%的数个侵权人之间出现原因力之和大于100%的情形，而令B、C的原因力比例为2:1，使B、C承担相应的责任份额为 $\frac{2}{3} \times X$ 、 $\frac{1}{3} \times X$ ，再与原因力为100%的A进行比例连带。此种操作与比例连带责任“集合体”说不谋而合，实质已经先进行了部分侵权人之间按份责任的分摊，就担保受害人侵权损害赔偿之债实现的层面而言，未必优于本文界定的比例连带责任之“原因力相当”方案。因为若A当然不具备赔偿能力，而B或C至少其中一方也不具备赔偿能力时，在“集合体”方案下，受害人能够实现的损害赔偿额度最多为损害总额的 $\frac{2}{3}$ 或者 $\frac{1}{3}$ ，而“原因力相当方案”则有可能为80%或40%。

比例连带责任中“原因力相当”这一要素在降低侵权人赔偿能力不足风险的同时，也赋予比例连带责任下侵权人不用承担自己原因力相当范围以外赔偿责任的抗辩权。如此一来，数个侵权人之间既不需要构成“半叠加分别侵权行为”，也不以“原因力显著微小”为前提。

## （二）比例连带责任的对外连带

将比例连带责任界定为与侵权人各自原因力相当的连带责任时，在对外关系上，其“连带”具体如何实现？在日本法的模式下，存在的问题在于：如果某一侵权人对受害人进行部分赔偿，其消灭的是数个侵权人的连带之债，还是该侵权人单独损害赔偿之债。

假设受害人甲的全部损害额度是1000万，数个侵权人A、B各自原因力相当的责任额度若为800万、500万，根据底端连带型，二人部分连带的赔偿额度为500万，则A的单独债务为300万（800万-500万）。若A先清偿了200万元，对此200万的清偿效果存有两种评价：其一，如果认为A清偿的200万消灭的是A自己单独债务的300万部分，则A、B的部分连带之债依旧为500万；其二，如果认为A清偿的200万消灭的是部分连带债务的500万部分，则A、B的部分连带债务减少为300万（500万-200万）。〔55〕

上述分歧中，基于第一种观点，部分连带债务的500万不因部分连带债务人A的一部分清偿而有所减少，以强化对受害人的保护。因为在A随后丧失清偿能力，而B依旧具备清偿能力的情形下，受害人甲侵权损害赔偿之债最终能够回收的额度为A先行清偿的200万+部分连带之债的500万=700万。而在第二种观点中，部分连带之债的500万因为A的清偿有所减少，即担保受害人甲损害赔偿之债回收的财产额度减少。在A随后丧失清偿能力的情形下，受害人甲损害赔偿之债能够回收的最大范围仅为A先行清偿的200万+部分连带之债的300万=500万。在剩余部分连带型的计算模式中，也存在同样的问题。其核心都在于法律解释的价值立场：在因侵权而生的部分连带债务中，一方债务人没有赔偿能力的风险应由受害人承担，还是由另一方债务人承担。

〔55〕 参见前引〔45〕，难波让治文，第378页。

至于美国的混合责任模式，在对外连带时亦存在明显不足。其虽然通过设置法定责任份额界限，减轻低于界限者的全部连带赔偿责任，但确定该界限本身亦非易事。由于以何为标准并不明晰，可能反而过于灵活而增加裁判的不确定性。事实上，美国的混合责任制度除了因该界限往往被定得过高（超过50%）而导致未能真实发挥功能以外，还面临着如果高于具体界限者本身并不具有赔偿能力、低于界限者更有赔偿能力时，求偿不能的风险将被强加于完全无辜的原告之弊端。<sup>〔56〕</sup>

因此，我国的比例连带责任在对外连带时应回归连带债务的基本框架。在传统的连带债务中，各个连带债务人与债权人的法律关系为平行的，<sup>〔57〕</sup> 无需担心每个债务人负担100%的连带债务会造成债权人的多余受偿，由于连带债务具备相对涉他性，<sup>〔58〕</sup> 根据《民法典》第520条第1款，当某些债务人已经清偿时，其他连带债务人对债权人的债务可在相应的范围内消灭。同理，在比例连带责任中也可依此避免受害人损害填补时的多余受偿。具体而言，比例连带责任实现对外连带时的基本思路如下：第一，数个侵权人承担各自侵权行为“原因力相当范围”内的损害赔偿赔偿责任，无需事先基于“原因力比例”进行责任份额换算。第二，当受害人向比例连带责任人请求损害赔偿时，比例连带责任人不可拒绝履行，但其享有双重抗辩权：其一为基于“原因力相当”份额而享有的抗辩；其二为参考传统全部连带债务之涉他性进行的抗辩。为了防止受害人受偿额度大于实际损害，在比例连带责任中，某一债务人的清偿行为在同等额度范围内消灭其他责任人的损害赔偿赔偿责任。

### （三）比例连带责任的内部追偿

基于《民法典》第519条的规定，我国连带债务人之间进行内部追偿时需以其实际承担债务超出自己份额为前提，又依《民法典》第518条的规定，债权人一般会要求部分或全部债务人履行100%的给付。从最终结果而言，第519条规定的连带债务人对实际清偿差额部分向其他连带债务人按比例追偿的额度，与其他连带债务人本应承担的内部份额是相等的。<sup>〔59〕</sup> 从《民法典》的基本立场上看，其明确地否定了连带债务人的实际清偿低于其本应负担份额时向其他连带债务人追偿的可能。<sup>〔60〕</sup> 那么，若连带债务人的实际清偿虽超出了自己份额，却未100%向债权人为全部给付时，其可否向其他连带债务人进行内部追偿？这正是比例连带责任人之间内部追偿的典型情形。关于连带债务人行使内部追偿权的正当性基础，学说上有不当得利请求权、代位权、无因管理、公平原则等，<sup>〔61〕</sup> 各学说之间仅有路径差异，而无价值分歧。从具体的适用层面而言，比例连带责任人内部追偿权的行使是否必须和传统连带债务人一般，仅能以实际清偿超出自己份

〔56〕 参见前引〔47〕，爱伦·M. 芭比里克书，第439页。

〔57〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第610-611页。

〔58〕 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第496页。

〔59〕 例如在对受害人D100万的损害赔偿赔偿责任上，A、B、C的原因力比例为1:2:2，则其具体的责任份额比例亦为1:2:2，具体分别为20万，40万，40万。如果A对受害人D先行清偿100万（由于我国《民法典》第518条要求必须为全部连带份额内的清偿），其对于超出自己应当承担的20万份额的80万，向B基于责任份额比例进行追偿时为 $80 \times 2/4 = 40$ 万，向C可以追偿部分亦为 $80 \times 2/4 = 40$ 万。所以得出此定论：A承担全部连带责任后，对于超出份额再按比例向B、C追偿的部分和B、C一开始基于责任份额比例计算出的内部最终责任份额是一致的。

〔60〕 参见李中原：《连带债务人之间追偿权的法教义学构建》，载《法学家》2022年第2期。

〔61〕 参见前引〔60〕，李中原文。

额的差额部分为基础?

对此,首先需明确比例连带责任中的“自己份额”具体为何,由于无意思联络的数个侵权人因为“高度关联”而在对内关系上视为一个整体,作为对内追偿基础的“自己份额”一般认为仍是在100%的赔偿责任范围内基于各自侵权人原因力比例换算的按份责任额度,设为Y。在计算其实际清偿额度超出自己份额的差值Z时,因为比例连带责任认可侵权人对外承担与自己“原因力相当”的赔偿,作为被减数的实际清偿额度X自然有可能不足100%。如此,相较于全部连带责任而言,在被减数X减小,而减数Y不变的情况下,得出的差值Z必定小于全部连带责任下计算出的结果。如此一来,先行清偿的比例连带责任人基于Z向其他侵权人内部追偿的份额并不像全部连带责任那般,恰好等于其他侵权人按照原因力比例计算出的自己份额。此时再拘泥于实际清偿超出自己份额才能向其他侵权人进行内部追偿,最终将导致先行清偿了自己原因力最大范围内的比例连带责任人相对于其他侵权人而言,仅有其最终负担了100%连带给付下的内部自己份额,这对他而言并不公平。

因此,在比例连带责任中,侵权人能够就实际清偿部分向其他责任人进行内部追偿,即使此清偿额度低于该者本应负担的内部自己份额;若出现反复追偿的,可利用抵销予以解决。至于向其他侵权人追偿的比例,日本有学者认为之所以产生部分连带,是由于无意思联络的侵权数人由于共同关联而造成了同一损害,即使各自原因力有所不同,原则上内部负担的份额也应该是平等的。<sup>〔62〕</sup>此观点过于追求无意思联络数人侵权时行为人的过失客观化,忽略了各自原因力在损害结果上具备的不同作用力,并非完全妥适。比例连带责任中数个侵权人的原因力不仅在对外救济受害人时具有决定连带责任份额的意义,对内亦可作为比例连带责任人之间行使追偿权的参考标准。概言之,在比例连带责任中,侵权人就已经实际清偿的部分,可以基于原因力比例向其他侵权人进行追偿。

• 713 •

## 六、结 语

为缓和全部连带责任长期以来遭受“使原因力不足100%者负担全部赔偿过于严苛”之诟病,我国在特定且封闭的侵权行为类型中引入了比例连带责任,但遗憾的是,在此责任形式下,如何具体对外实现连带,对内进行追偿却语焉不详。在价值基础上,“综合关联共同性”可作为我国无意思联络不足以导致全部损害的数个侵权人承担连带责任的理论基石。在具体路径的选择上,美国法上的混合责任与日本法上的部分连带责任,均可适用于侵权行为原因力的多种组合形态,实现对全部连带责任的优化,值得我们借鉴。当然,无论是美国法还是日本法模式,都存在相应的弊端。对此,在肯定原因力组合多种形态引入的必要性时,亦需明确比例连带责任所具备的本土内涵,即数个侵权人应承担的各自“原因力相当”范围内的赔偿责任,其正当性源于无意思联络下数人侵权行为的平行且独立性。一方面,为避免对受害人保护过剩造成多余受偿,比例连带责任在对外关系上可参考全部连带责任中“相对涉他性”等理论。另一方面,平行的分别侵权行为

〔62〕 参见前引〔45〕, 难波让治文, 第396页。

为具备的“综合关联共同性”又使得无意思联络侵权数人存在内部追偿可能，部分操作可依托按份责任中的“原因力比例”。比例连带责任的显著特点在于其不仅考量了受害人完全赔偿与侵权人不负担过重责任间的平衡，还关注高度关联的数个侵权人在内部责任承担上的实质平等。

---

**Abstract:** When the “comprehensive relevance commonality” is satisfied, it is possible to apply joint and several liability for the indivisible injury caused by independent torts. In order to alleviate the strictness of all joint and several liability, China has substantially introduced proportional joint and several liability in legislation and justice, but it is only limited to the specific combination of causal forces. The diversity of causation types of the mixed liability of the United States and the partial joint and several liability of Japan will promote the conditional and open application of proportional joint and several liability in China. The local connotation of proportional joint and several liability is compensation liability within the scope of “equivalent cause force”. It is not necessary to emphasize the element of “significantly small cause force” when constructing its starting conditions. The application of proportional joint and several liability is mainly carried out from two aspects: when carrying out proportional joint and several liability to the victim externally, refer to some theories of joint and several liability, and when recovering from other infringers, determine the final share according to the actual repayment share according to the share liability theory.

**Key Words:** causal force, the innocent contact number of people infringing, proportional joint and several liability

---

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

## 《民法典》第 1222 条（诊疗过错推定）评注

武亦文\*

**内容提要：**《民法典》第 1222 条系对医疗机构存在诊疗过错的法律推定，患者可以通过证明医疗机构存在本条规定的行为，来代替对“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”的证明。在推定医疗机构存在诊疗过错后，诊疗过错的客观举证责任就转移至医疗机构。若医疗机构证明“尽到了与当时的医疗水平相应的诊疗义务”，则可推翻该推定。本条第 1 项中的“诊疗规范”是该项所指的实质内容，法律、行政法规、规章以及其他规定均为诊疗规范的载体。诊疗规范是指管理、规范和指引疾病诊断、治疗的规范，其载体除了本条列举的法律规定外，还包括国务院卫生主管部门制定的技术标准与操作规范，全国性行业协（学）会制定的标准、规程、规范、制度以及药品说明书。本条第 2 项、第 3 项从实体法上讲是对《民法典》第 1225 条所规定义务的严重违反，从诉讼法上讲则是证明妨碍行为。该两项病历资料的范围与第 1225 条所称病历资料的范围一致，但仅限于“与纠纷有关”的病历资料。“隐匿”“拒绝提供”“遗失”“伪造”“篡改”“违法销毁”均有其规范含义，除文义中体现的主体要件、主观要件和行为要件外，适用本条第 2 项、第 3 项推定诊疗过错还要满足结果要件及因果关系要件。

**关键词：**医疗侵权 诊疗规范 病历资料 过错推定

• 715 •

### 一、规范定位

#### （一）规范意旨

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1222 条系对医疗机构存在诊疗过错的

\* 武亦文，武汉大学法学院教授。

本文为 2022 年度国家社科基金重大项目“我国民法评注编纂重大问题研究”（22&ZD205）的阶段性成果。

案例收集情况说明：（1）尽可能全面收集高级人民法院的裁判意见；（2）选取其他法院有代表性的裁判意见；（3）本文案例主要来源于中国裁判文书网、北大法宝、无讼案例。除此之外，本文还广泛搜集了《最高人民法院公报》《民事审判指导与参考》《人民法院案例选》《中国法院年度案例》以及诸多学术著作中收录的案例。

法律推定,以立法形式明确了三项可以推定医疗机构存在诊疗过错的情形。医疗技术损害责任原则上为过错责任,患者需要对医疗机构存在诊疗过错承担客观举证责任。但由于医疗活动所具有的高度专业性、医疗诉讼中的证据偏在性,加之过错作为一种主观心理状态本就难以证明,患者承担了相对较重的证明负担。为适当减轻患者的证明负担,从而最终平衡医患双方利益,<sup>〔1〕</sup>本条转换了患者的证明对象,允许其通过相对易证之事实来完成对诊疗过错的证明。<sup>〔2〕</sup>

本条第1项的规范基础在于,医学和医疗活动经过长期发展已经形成了一个较为完善的规范体系,法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定即为此种规范体系的载体。超出该规范体系的任意性或者不规范诊疗,构成诊疗过错的可能性会明显增大,<sup>〔3〕</sup>故推定医疗机构存在诊疗过错。而本条第2项、第3项的规范基础在于,病历资料是医疗诉讼中的关键证据,对事实的查明和责任的判定有直接影响。医疗机构实施本条第2项、第3项之行为,一方面反映了医疗机构的恶意,另一方面使患者难以取得与医疗纠纷有关的证据资料,从而无法完成对诊疗过错的证明。此时再让患者举证已不合理,故推定医疗机构存在诊疗过错。<sup>〔4〕</sup>

## （二）规范史略

在《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）颁布前,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事证据规定》）第4条第1款第8项曾规定,医疗机构应就诊疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在诊疗过错承担客观举证责任。这一初衷为更好维护患者合法权益的规则,却因对医疗机构造成过重负担而诱发了保守治疗,最终在更大程度上损害了患者利益。为纠正这一弊端,《侵权责任法》第54条改变了之前“因果关系与诊疗过错双要件无条件倒置”的状况,将医疗机构对诊疗过错和因果关系的客观举证责任重新配置于患者。同时,在第58条规定“诊疗过错单要件的附条件倒置”,以解决医患双方在信息上的不对称,从而较好地平衡了医患双方利益。<sup>〔5〕</sup>

本条系由《侵权责任法》第58条修改而来,其修改主要有四处:第一,为明确本条的适用情形,将“患者有损害”修改为“患者在诊疗活动中受到损害”;<sup>〔6〕</sup>第二,因与患者损害有因果关系的只能是具体的诊疗行为,本条所规定的情形不可能是患者损害的原因,<sup>〔7〕</sup>故将“因下列情形之一的”改为“有下列情形之一的”;第三,在第3项增加了“遗失”,强调医疗机构对病历资料的妥善保管义务,明确医疗机构不能以遗失为由主张免责;<sup>〔8〕</sup>第四,《医疗机构病历管理规定》第29条明确规定了保管病历资料的时间要求,医疗机构对超过保管期限的病历资料进行销毁的,系合法行为,为使适用情形更加明确,故在第3项“销毁”前增加了“违法”二字。

## （三）规范性质

本条为不完全法条,不能作为独立的请求权基础。其为《民法典》第1221条的辅助规范,

〔1〕 参见王利明主编:《中国民法典评注:侵权责任编》,人民法院出版社2021年版,第217页。

〔2〕 参见陈杭平:《论医疗过错推定及其诉讼展开》,载《清华法学》2020年第5期。

〔3〕 参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注:侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第557页。

〔4〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第157页。

〔5〕 参见刘鑫、孙东东、陈特主编:《医疗损害赔偿诉讼实务》,中国法制出版社2012年版,第11-12页。

〔6〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第156页。

〔7〕 参见王利明:《侵权责任法研究》,中国人民大学出版社2011年版,第406页。

〔8〕 参见王利明主编:《中国民法典评注:侵权责任编》,人民法院出版社2021年版,第217页。

是第1221条“诊疗过错要件”的推定规则。当患者能够证明本条规定的三项情形之一时，即可推定医疗机构存在诊疗过错，无需再证明医疗机构“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”。

#### （四）体系定位

如前所述，本条是对《民法典》第1221条医疗技术损害责任中的“诊疗过错要件”进行推定的规则。医疗机构违反医疗良知、医疗伦理以及告知、保密义务等伦理性义务而产生的医疗伦理过错以及违反医政管理规范、医政管理职责而产生的医疗管理过错，<sup>〔9〕</sup>均不可依据本条来推定其存在。

《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《医疗损害司法解释》）第16条将违反有关诊疗规范作为认定诊疗过错的考量因素，似与本条第1项存在一定冲突。就该条与本条第1项的适用关系，应作如下理解：第一，若医疗机构违反有关诊疗规范，即可初步推定医疗机构存在诊疗过错，若没有违反则不能作此推定。在推定存在诊疗过错的基础上，若结合病情紧急情况、患者个体差异等因素，认定医疗机构尽到了与当时的医疗水平相应的诊疗义务，则可以推翻该推定。第二，若医疗机构没有违反有关诊疗规范，但结合其他因素综合判断，其未尽到与当时的诊疗水平相应的诊疗义务，则仍可认定其存在诊疗过错。

就本条第2项、第3项，从实体法角度看，此两项行为严重违反了《民法典》第1225条规定的“医疗机构应按照规定填写、妥善保管和及时提供病历资料之义务”。从诉讼法角度来看，病历资料系医疗诉讼中的关键证据，此两项行为均系医疗机构妨碍患者作证之行为，构成诉讼法上之证明妨碍。违反实体法上关于病历作成、保管以及提供义务并不必然推定诊疗过错存在，还需在此基础上导致患者无法完成对诊疗过错的证明。《民法典》第1225条与证明妨碍制度相辅相成，共同构成了本条第2项、第3项之正当性依据。<sup>〔10〕</sup>

• 717 •

## 二、“推定”的法律效果

### （一）推定的性质

本条虽在用语上使用了“推定”之表述，但由于我国民事法律规范上“推定”之用语与“法律推定”之立法技术并非完全对应，<sup>〔11〕</sup>故理论上对于该“推定”是否为“法律推定”存在较大争议，主要有“认定说”<sup>〔12〕</sup>“拟制说”<sup>〔13〕</sup>“推定说”<sup>〔14〕</sup>“不可推翻的推定说”<sup>〔15〕</sup>以及对第1项

〔9〕 参见杨立新：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第477、509页。

〔10〕 参见陈杭平：《论医疗过错推定及其诉讼展开》，载《清华法学》2020年第5期。

〔11〕 参见张海燕：《“推定”和“视为”之语词解读？——以我国现行民事法律规范为样本》，载《法制与社会发展》2012年第3期。

〔12〕 参见艾尔肯、张榆：《论医疗损害责任的完善——以〈侵权责任法〉第七章的规定为视角》，载《法学杂志》2010年第12期。

〔13〕 参见梁慧星：《论〈侵权责任法〉中的医疗损害责任》，载《法商研究》2010年第6期。

〔14〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》，法律出版社2020年版，第157页。

〔15〕 参见张海燕：《论不可反驳的推定》，载《法学论坛》2013年第5期。

和第2、3项分别判断的“分类判断说”<sup>〔16〕</sup>五种观点。本文认为,本条第1项与第2项、第3项的规范基础不同,立法者意欲实现之立法目的也存在些许差异,因此“分类判断说”对二者分别考察的方法值得借鉴。但该说内部也并不统一,故本文将循该说之方法,逐一确定本条第1项和第2项、第3项两种“推定”的性质。

#### 1. 违反诊疗规范而产生的过错推定

界定本条第1项“推定”之性质,首先需要厘清违法与过错之间的关系。法律规范乃行为人注意义务之重要来源,很多情况下,违反相关法律规范即违反了特定注意义务,从而构成过错。但违法与过错并非等同概念,只有承载了特定注意义务的法律规范被违反后,才能据此认定行为人存在过错。<sup>〔17〕</sup>具体到医疗技术损害责任,所谓特定注意义务是“与当时的诊疗水平相应的诊疗义务”。那么,诊疗规范是否均承载了“与当时的诊疗水平相应的诊疗义务”?

诊疗规范既包含指引诊疗活动的具体操作规范,也包含医疗机构及其医务人员在诊疗活动中的当为性或禁止性义务。就前者而言,其规定了诊断、治疗某一类疾病时的通常做法。一般情况下,对其予以遵循确实可以最大限度地避免患者的人身权益遭受损害。但受病情特征不同、患者个体差异等因素影响,具体操作规范很难完全应用到所有个案中。况且,随着医疗技术的发展及临床经验的总结,其完全可能滞后于医学发展。因此,遵循具体操作规范并不一定表明医务人员已尽到“与当时的诊疗水平相应的诊疗义务”,偏离具体操作规范也并不必然表明医务人员未尽到该义务,<sup>〔18〕</sup>不能将其规定的内容等同于“与当时的诊疗水平相应的诊疗义务”。

但就内容系当为性或禁止性义务的诊疗规范而言,其规定了医疗机构及其医务人员从事诊疗活动应遵循的基本义务,是保障患者人身权益不受侵害的最低标准。一般情况下,无论个案情形如何,医疗机构及其医务人员均不得违反此类义务。此类诊疗规范实际上构成了“与当时的诊疗水平相应的诊疗义务”的最低要求。违反此类诊疗规范,即可认定医疗机构存在过错。不过,在抢救生命垂危的患者等紧急情况下,“与当时的诊疗水平相应的诊疗义务”的标准会相应降低,甚至会低于前述最低要求。此时,该类诊疗规范便不再承载此特定情形下的“与当时的诊疗水平相应的诊疗义务”,违反此类诊疗规范也就不必然存在诊疗过错。例如在没有其他可用血液的情况下,为抢救生命垂危的患者而为其输入不合格血液。这虽然违反了《中华人民共和国献血法》第13条规定的禁止性义务,但不能因此就认定医疗机构存在诊疗过错,还需结合其他因素进行综合判断。

从上文的分析可以看出,“违反诊疗规范”与“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”并非完全对应。与诊疗过错这一构成要件对应的主要事实是“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”。而“违反诊疗规范”仅是可以证明这一主要事实存在的间接事实。<sup>〔19〕</sup>只有依据主要事实才能直接认定某一构成要件成立,故不能径直以违反诊疗规范来认定医疗机构存在诊疗过错。

而法律推定(法律上的事实推定)是从通常易于证明的非直接对应构成要件的前提事实的存

〔16〕 参见陈德武:《医疗损害责任原理与实务》,法律出版社2022年版,第28、30页。

〔17〕 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第310页。

〔18〕 参见陈绍辉:《医疗损害的法律问题研究》,中国政法大学出版社2019年版,第214页。

〔19〕 不同观点参见陈杭平:《论医疗过错推定及其诉讼展开》,载《清华法学》2020年第5期。

在，推断出较难证明的要件事实存在的法律规范。<sup>〔20〕</sup>法律拟制则是基于某一事实所能够产生相应法律效果的需要，而直接以前提事实代替拟制事实所形成的法律规范，是一种简化法律条文的立法技术。<sup>〔21〕</sup>法律推定与法律拟制的主要区别在于制度目的上的不同。法律推定系因减轻当事人举证责任、避免难以证明之事实陷入真伪不明状态而诞生，所要解决的为事实认定问题。<sup>〔22〕</sup>法律拟制则是一种纯粹的立法上之虚构，其将完全不同的两个事实做了等价处理，所欲实现的则是法律的柔性发展。<sup>〔23〕</sup>而从本项的规范意旨来看，其并非要在“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”外发展出一种新的判断诊疗过错的标准，其要解决的仍是医疗机构是否“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”这一事实的认定问题。因此，本项从性质上讲应属于法律推定而非法律拟制。

“推定说”和“不可推翻的推定说”均认为本条第1项属于法律推定，差别在于该种推定是否可以推翻。可推翻的推定是对客观举证责任的一种分配，而不可反驳的推定则会直接导致实体法律效果的产生，其效果与拟制相同。<sup>〔24〕</sup>本文认为，将本项理解为不可推翻的推定并不合理。首先，从本项的立法沿革来看，其是立法者为纠正医疗技术损害责任采“过错与因果关系双要件无条件倒置”所带来的弊端，同时又为保护患者合法权益而设计出来的折中手段。因此，本项实际上是立法者平衡医患双方利益的设计。相较于医疗机构，患者主要在证据获取和医学专业知识上存在劣势。为消除这种劣势，通过推定过错而将客观举证责任转移至医疗机构即可，无需剥夺医疗机构证明不存在诊疗过错的权利。若剥夺其此项权利，将会使患者在过错证明上处于更为优势的诉讼地位，从而与本条的立法目的相悖。其次，剥夺医疗机构证明不存在诊疗过错的权利，也与医疗行为所具有的具体性、探索性特点相违背，将会诱发医疗机构保守治疗，从而最终损害患者的权益。

综上，对本条第1项应作如下理解：若医疗机构违反诊疗规范，则其大概率“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”，可依本条第1项推定其存在诊疗过错。此时，对于诊疗过错的客观举证责任转移至医疗机构，若其有其他证据可以证明“尽到了与当时的医疗水平相应的诊疗义务”，则可推翻该推定。

## 2. 严重违反病历资料作成、保管及提供义务而产生的过错推定

诊疗过错是指医疗机构“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”。而“病历资料作成、保管及提供义务”和“与当时的医疗水平相应的诊疗义务”是两种完全不同之医疗义务，违反前者并不必然导致后者的违反，故不能依据本条第2项、第3项来直接认定医疗机构存在诊疗过错。“认定说”在一定程度上混淆了医疗机构主观上一般的可责难性与导致患者损害的诊疗行为的主观过错。<sup>〔25〕</sup>也正因如此，立法者显然也不可能采法律拟制技术，将该两项作为判断诊疗过

〔20〕 参见〔德〕莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2018年版，第245页。

〔21〕 参见毕玉谦：《民事证明责任研究》，法律出版社2007年版，第429页。

〔22〕 参见〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法：制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第458页。

〔23〕 参见卢鹏：《法律拟制正名》，载《比较法研究》2005年第1期。

〔24〕 参见〔德〕汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2006年版，第73页。

〔25〕 参见王竹、舒栋宇：《医疗机构过错推定规则的理解与适用——以〈侵权责任法〉第58条及相关条文为中心》，载《医学与法学》2012年第2期。

错的独立标准。因此,该两项从性质上讲也应属于法律推定。

与第1项一样,此两项之立法目的亦是实现医患双方的利益平衡。医疗机构实施此两项之行为为将会妨碍患者对过错的证明,通过推定过错而转移对过错的客观举证责任,不仅可以去除患者因此遭受的不利益,还使得患者相较于医疗机构在证据获取以及医学专业知识上的劣势也一并消除。因此,推定医疗机构存在过错已足以实现医患双方在过错证明上的利益平衡,剥夺其证明自己不存在过错的权利则会再次打破这种平衡状态。因此,“不可推翻的推定说”并不可取。

但也有观点认为,与第1项不同,本条第2项、第3项之行为反映了医疗机构的恶意,故该两项具有对医疗机构进行惩罚之目的,以遏制医疗机构再次实施此类行为,故不应允许其推翻被推定的诊疗过错。<sup>[26]</sup>但实际上,在医疗机构实施该两项行为时推定其存在诊疗过错,这本身即是对医疗机构的一种惩罚。并且,由于病历资料是医疗技术损害诉讼中最为关键的证据。当病历资料已遭到隐匿、篡改或伪造,丧失了证据的真实性、客观性时,除非存在尸检报告等其他强有力的证据,医疗机构实际上极难推翻关于过错的推定。<sup>[27]</sup>此种情形下,推定医疗机构存在过错已足够起到阻遏作用,无需进一步剥夺其证明自己不存在过错的权利。

综上,对本条第2项、第3项应做如下理解:医疗机构实施本条第2项、第3项之行为,患者将无法证明诊疗过错。为消除这种不公平之状态,故直接推定医疗机构存在过错。此时,对于诊疗过错的客观举证责任转移至医疗机构,其可以通过证明自己“尽到了与当时的医疗水平相应的诊疗义务”来推翻该推定。

## （二）推定的内容

适用本条将产生推定医疗机构存在诊疗过错的效果。具体而言,此处所称“诊疗过错”实际上应仅指诊疗过失。但推定诊疗过错存在并不意味着医疗机构就需要承担赔偿责任,患者还需要对接受诊疗行为、遭受损害、损害与诊疗行为间存在因果关系完成证明。<sup>[28]</sup>不过,在医疗机构实施本条第2项、第3项之行为时,也有可能同时推定因果关系存在。此时,患者就仅需对自身损害及接受诊疗行为予以证明。<sup>[29]</sup>但推定因果关系存在亦并不意味着推定医疗机构的诊疗行为对患者的损害具有百分百的原因力,还需结合患者的年龄、身体状况、病情发展、患者损害与诊疗行为间的关联性等要素来综合认定诊疗行为对损害发生原因力的大小。<sup>[30]</sup>

## 三、过错推定情形之一：违反诊疗规范

医疗机构违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定,即可推定医疗机构存在诊疗过错。除此之外,本项便再无其他构成要件。而从本项“以及其他有关诊疗规范的规定”的

[26] 参见陈绍辉:《医疗损害的法律问题研究》,中国政法大学出版社2019年版,第213页。

[27] 参见陈杭平:《论医疗过错推定及其诉讼展开》,载《清华法学》2020年第5期。

[28] 参见湖南省高级人民法院(2019)湘民申5344号民事裁定书。

[29] 参见最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》(2012年第4辑),人民法院出版社2013年版,第251页。

[30] 参见北京市高级人民法院(2022)京民申1803号民事裁定书。相反观点见最高人民法院(2016)最高法民再285号民事判决书。

表述来看，诊疗规范是本项所指的实质内容，法律、行政法规、规章以及其他有关规定均是诊疗规范的载体。<sup>〔31〕</sup>因此，理解本项的关键就在于如何解释“诊疗规范”。具体而言，对“诊疗规范”应作如下理解：

第一，从内容上讲，诊疗规范是与诊疗活动直接相关的规范。因本项的规范基础系违反诊疗规范与诊疗过错之间的高概率联系，故作为推定的基础事实的诊疗规范应是指与诊疗活动直接相关的规范。所谓诊疗活动，根据《医疗机构管理条例实施细则》第88条第1款之规定，是指通过各种检查，使用药物、器械及手术等方法，对疾病作出判断和消除疾病、缓解病情、减轻痛苦、改善功能、延长生命、帮助患者恢复健康的活动。

而关于其他医疗活动的规范，例如规定告知说明义务、患者隐私保密义务的医疗伦理规范及规范病历资料作成、保管、提供义务的医疗管理规范，<sup>〔32〕</sup>均不属于本项所称“诊疗规范”的范畴。实践中，许多法院对此存有一定误解。例如有些法院以医疗机构违反关于病历资料作成、保管、提供义务的规范为由，直接适用本项推定其存在过错。<sup>〔33〕</sup>还有法院以医疗机构违反告知说明义务为由，<sup>〔34〕</sup>适用本项推定其存在过错。这些理解不恰当地扩大了本项的适用范围，并且以违反病历资料相关义务为由而适用本项推定过错，也使得本项与本条第2项、第3项发生混淆。

第二，从存在形式上讲，诊疗规范的载体是法律、行政法规、规章以及其他规定。本项所称法律，是指全国人大及其常委会制定的与医疗卫生相关的法律。行政法规不仅指国务院制定的医疗卫生行政法规，也包括省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常委会制定的与医疗卫生有关的地方性行政法规。规章不仅指国务院医疗卫生主管部门制定的部门规章，还包括省、自治区、直辖市等有相应规章制定权的地方人民政府制定的与医疗卫生有关的地方政府规章，但不包括地方人民政府卫生主管部门制定的规范性文件。<sup>〔35〕</sup>

除法律、行政法规、规章外，“其他有关诊疗规范的规定”也是诊疗规范的重要载体。虽然其在效力层级上不如法律、行政法规及规章，但在数量及内容丰富、细致程度上却远高于前者，是能够真正对医疗机构诊疗活动起到直接指引作用的规范。关于“其他有关诊疗规范的规定”的范围，存有一定争议。有观点认为，“其他有关诊疗规范的规定”在范围上大致与《医疗机构管理条例实施细则》第88条第5款所称的“技术规范”一致，是指由国家卫健委、国家中医药管理局制定或者认可的与诊疗活动有关的技术标准、操作规程等规范性文件。<sup>〔36〕</sup>另有观点认为，除前述规范性文件外，其还包括由全国性行业协（学）会（如中华医学会、中华护理学会等）针对本行业的特点，制定的各种标准、规程、规范、制度。<sup>〔37〕</sup>还有观点认为，其也应当包括临床医学专业教科书、药品说明书<sup>〔38〕</sup>及医疗机构自己制定的诊疗规范。<sup>〔39〕</sup>

〔31〕 不同观点参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第647页。

〔32〕 参见周友军：《侵权法学》，中国人民大学出版社2011年版，第260页。

〔33〕 参见河南省高级人民法院（2022）豫民申500号民事裁定书。

〔34〕 参见甘肃省高级人民法院（2021）甘民申1639号民事裁定书。

〔35〕 参见广东省高级人民法院（2020）粤民申11021号民事裁定书。

〔36〕 参见孟强：《民法典侵权责任编释论：条文缕析、法条关联与案例评议》，中国法制出版社2020年版，第683-684页。

〔37〕 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第647页。

〔38〕 参见李冬编著：《侵权责任法之医疗损害责任第三方解读》，中国政法大学出版社2015年版，第38页。

〔39〕 参见王利明：《侵权行为法》，中国人民大学出版社2021年版，第286页。

本文认为,对“其他有关诊疗规范的规定”的范围界定不宜过宽,应当限定为对医疗机构开展诊疗活动具有强制性效力的规定。只有医疗机构违反了必须遵守的有关诊疗规范的规定,推定其存在诊疗过错才具有正当性。与诊疗活动有关的技术标准、操作规程等规范性文件是国务院卫生主管部门制定的具有强制性效力的规范,故其应属于“其他有关诊疗规范的规定”。此外,根据《中华人民共和国医师法》第23条第2项及第29条第1款,医务人员在诊疗活动中也需要对由全国性行业协(学)会制定的诊疗指南、操作规范以及药品说明书予以严格遵循,故这三种也应属于“其他有关诊疗规范的规定”。<sup>[40]</sup>但临床医学专业教科书以及医疗机构自己制定的规范,虽然也属于医务人员应参考、遵循的规范,但因其不具有法律上的强制性,故不属于“其他有关诊疗规范的规定”。

第三,从目的上讲,诊疗规范是用于管理、规范和指引诊疗活动的规范。<sup>[41]</sup>其不仅包括实施诊疗活动应当遵循的具体技术标准和操作规范,也包括了国家对诊疗行为的管理规范。<sup>[42]</sup>前者对医务人员应如何诊断、治疗有关疾病进行了详细指引,主要规定于“其他有关诊疗规范的规定”中。后者则是对医疗机构及医务人员在诊疗活动中当为性或禁止性义务的规定,<sup>[43]</sup>主要存在于“法律、行政法规及规章”中。

司法实践中,适用本项推定诊疗过错的案件并不多见,多为因医疗机构或医务人员不具备从事某项诊疗活动的资质而推定其存在诊疗过错。<sup>[44]</sup>也有案件是因医疗机构使用未经注册、无合格证明的医疗器械而适用本项推定医疗机构存在过错。<sup>[45]</sup>之所以会出现这种情况,是因为诊疗活动具有高度专业性,患者往往难以直接证明医疗机构违反了有关诊疗规范。多数情况下患者需借助鉴定来证明医疗机构违反了有关诊疗规范。一旦申请鉴定,就不会仅围绕医疗机构是否违反有关诊疗规范来进行,而是会综合考虑各种因素来判断医疗机构是否存在诊疗过错。若因病历资料存在问题而无法鉴定则会考虑适用本条第2项和第3项。在已具有关于诊疗过错的鉴定结论后,患者主张适用本项便不再具有实际意义,其通常会诉诸《民法典》第1221条来直接认定医疗机构存在诊疗过错。<sup>[46]</sup>

## 四、过错推定情形之二: 严重违反病历资料作成、保管及提供义务

### (一) 病历资料的范围

本条第2项、第3项所称病历资料,是指由医疗机构保管的病历资料,其在具体类别上与《民法典》第1225条第1款及《医疗损害司法解释》第6条第1款所称病历资料相一致。该两款

[40] 参见杨代雄主编:《袖珍民法典评注》,中国民主法制出版社2022年版,第1077页。

[41] 参见孟强:《民法典侵权责任编释论:条文缕析、法条关联与案例评议》,中国法制出版社2020年版,第683-684页。

[42] 参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注:侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第558页。

[43] 参见窦海阳:《法院对医务人员过失判断依据之辨析——以〈侵权责任法〉施行以来相关判决为主要考察对象》,载《现代法学》2015年第2期。

[44] 参见广东省高级人民法院(2020)粤民申12522号民事裁定书。

[45] 参见甘肃省高级人民法院(2021)甘民申1639号民事裁定书。

[46] 参见陈绍辉:《医疗损害的法律问题研究》,中国政法大学出版社2019年版,第216-217页。

只列举了客观记载患者病情和诊疗行为的客观性病历资料，对记载了医务人员对患者病情的观察、分析、讨论及诊断意见的主观性病历资料<sup>〔47〕</sup>并未列明。但之所以未列明主观性病历资料，是因为立法者对患者是否享有查阅、复制主观性病历资料存有疑问，故对此暂不表态。<sup>〔48〕</sup>但无论患者是否享有查阅、复制主观性病历资料的权利，均不改变主观性病历资料所具有的重要的证据属性。其记载了医务人员对于病情的分析与判断，是认定医务人员是否存在诊疗过错的重要证据。若医疗机构针对主观性病历资料实施本条第2项、第3项之行为，显然也会妨碍患者对诊疗过错的证明。因此，主观性病历资料也应属于本条第2项、第3项所称的病历资料。

本条第2项还在病历资料前加上了“与纠纷有关的”限定，从关联性角度对病历资料进行了限缩。本条第3项虽未有该限定，但从本项“消除患者不利诉讼地位”的规范目的来看，亦应作相同理解。而对“与纠纷有关”这一限定也应作狭义理解：首先，“与纠纷有关”应限定为“与诊疗过错有关”；其次，“与纠纷有关”是指与诊疗过错这一构成要件所对应的主要事实相关，与间接事实、辅助事实相关的病历资料也不在此范围内。<sup>〔49〕</sup>原因在于，只有主要事实才需由患者举证证明，当事人对间接事实与辅助事实并不负有举证责任。间接事实和辅助事实是判断主要事实的手段，与证据处于同等地位，其存在与否由法官判断。<sup>〔50〕</sup>即使医疗机构毁坏、拒绝提供与间接事实、辅助事实有关的病历资料，也不会妨碍患者完成对诊疗过错这一构成要件的证明。

## （二）本条第2项、第3项与我国的证明妨碍制度

所谓证明妨碍行为，是指不负客观举证责任的当事人故意或过失以作为或不作为的方式，使负有客观举证责任的当事人难以证明或无法证明待证事实。<sup>〔51〕</sup>从行为本身来看，本条第2项、第3项之行为属于证明妨碍行为并无疑问。但就课以的惩罚而言，其与我国的证明妨碍制度存在一定差异。实施本条第2项、第3项所产生的后果是客观举证责任的转换。而无论是《民事证据规定》第95条关于证明妨碍制度的一般规定，还是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第112条及《民事证据规定》第48条关于书证的证明妨碍制度的规定，其法律后果仅为认定证据的内容为真实或以该证据证明的事实为真实。本条第2项、第3项规定的法律后果实际上超出了诉讼法上证明妨碍制度的范畴。

不过，本条第2项、第3项与诉讼法上证明妨碍制度在法律后果上的区别并不改变其属于证明妨碍行为的本质。证明妨碍制度主要就是为了修正证明责任理论可能导致的实质不公。在因不负客观举证责任一方的原因导致事实真伪不明的情况下，适用证明责任理论判决另一方败诉显然有失公允。<sup>〔52〕</sup>从规范目的来看，本条第2项、第3项转换客观举证责任之目的与证明妨碍的制度目的完全吻合。德、日等大陆法系国家的通说观点也认为，因当事人的主观恶性、造成妨碍的严重程度的不同，适用证明妨碍制度会产生不同的法律后果，转换客观举证责任是其中最为严重

〔47〕 参见《医疗事故处理条例》起草小组：《医疗事故处理条例释义》，中国法制出版社2002年版，第32页。

〔48〕 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社2010年版，第345页。

〔49〕 参见陈杭平：《论医疗过错推定及其诉讼展开》，载《清华法学》2020年第5期。

〔50〕 参见张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2016年版，第229页。

〔51〕 参见周翠：《举证妨碍规范的解释与完善》，载《当代法学》2022年第1期。

〔52〕 参见〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法：制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第465-466页。

的法律后果。<sup>[53]</sup>虽然《民事证据规定》第48条也根据妨碍方式的不同,将证明妨碍的法律后果区分为认定书证的内容为真实或以该书证证明的事实为真实,但这种划分仍不够精细,也没有考虑行为人的主观状态以及造成妨碍的严重程度,无法很好适应现实中出现的各类情形。在诉讼法上证明妨碍制度存在局限性的情况下,本条第2项、第3项对其进行了“续造”,将涉及病历资料的严重证明妨碍行为的法律后果规定为客观举证责任的转换,从而使涉及病历资料的证明妨碍行为的层级划分更为精细化,能够更好适应司法实践之需要。

### (三) 本条第2项、第3项的构成要件

结合前述关于证明妨碍行为的定义,可以看出本条第2项、第3项之规范含义与其文义并不完全相同,除文义所直接反映出来的主体、主观及行为要件外,还需要满足结果及因果关系要件。

#### 1. 主体要件与主观要件

本条第2项、第3项的实施主体只能是医疗机构(包括其医务人员)。医疗机构实施“隐匿、拒绝提供、伪造、篡改及违法销毁”之行为时,主观上应为故意。并且,这种故意还通常体现为“双重故意”,即医疗机构不仅以毁灭或使用其他方法致使病历资料不能作为证据使用为目的,而且还以妨碍患者举证为目的。<sup>[54]</sup>

而就“遗失”行为,从文义上讲,实施该行为时主观上应为过失而非故意。否则,其含义与“违法销毁”病历资料就近乎等同,也就无单独规定“遗失”之必要。但相较第2项、第3项规定的其他故意妨碍行为,作为过失妨碍行为的遗失具有较小的主观恶性。若赋予其与故意妨碍行为相同的法律效果,似乎会产生行为与后果不相称之现象。不过,由于病历资料是对诊疗行为的唯一记录,并且专门制定了《医疗机构病历管理规定》对其进行严格管理,故医疗机构应对保管病历资料负有高度注意义务。除不可抗力等客观情况,任何的遗失均应视为医疗机构存在重大过失。<sup>[55]</sup>而重大过失也就未与故意相差过大,仍保持了该两项行为在主观恶性上的协调。

#### 2. 行为要件

##### (1) 隐匿与拒绝提供

隐匿是指医疗机构故意隐藏有关病历资料而使患者无法获取。拒绝提供则是在患者请求医疗机构向自己提供有关病历资料时,医疗机构拒绝向患者提供。二者虽有细微差别,但最终都体现为在诉讼中医疗机构未提出有关病历资料。司法实践中,法院一般也不会对二者予以特别区分。关于二者的认定标准具体如下:

第一,医疗机构违反书证提出命令,构成隐匿、拒绝提供病历资料。《医疗损害司法解释》第6条第2款将隐匿、拒绝提供病历资料和《民诉法解释》第112条规定的书证提出命令进行了衔接。根据该款,患者在举证期限届满前向人民法院申请医疗机构提交由其保管的与纠纷有关的病历资料,医疗机构未在人民法院指定期限内提交,且无正当理由的,即可认定其构成隐匿、拒

[53] 参见占善刚:《证明妨害论——以德国法为中心的考察》,载《中国法学》2010年第3期。

[54] 参见周翠:《举证妨碍规范的解释与完善》,载《当代法学》2022年第1期。

[55] 不同观点参见陈杭平:《论医疗过错推定及其诉讼展开》,载《清华法学》2020年第5期。

绝提供病历资料。该款未对“人民法院指定期限”予以明确。在确定该期间范围时，应基于诚信原则，并结合具体情况来确定相对合理的期间。根据最高人民法院释义书之解释，该期间原则上以不低于3日为宜。<sup>〔56〕</sup>

第二，医疗机构未在鉴定前提交有关病历资料，构成隐匿、拒绝提供病历资料。患者为证明医疗机构存在诊疗过错，往往会就此申请鉴定。而病历资料作为反映患者病情以及诊疗全过程的关键证据，直接决定了鉴定机构是否能够对诊疗过错进行鉴定。若医疗机构在鉴定前不提交有关病历资料，将导致关于诊疗过错的鉴定工作无法开展，此时医疗机构即构成隐匿、拒绝提供病历资料。<sup>〔57〕</sup>所谓“未在鉴定前提交”，是指医疗机构在患者申请鉴定之后，鉴定机构作出终止鉴定工作的决定之前未提交。<sup>〔58〕</sup>若在患者申请鉴定前，医疗机构拒绝提供有关病历资料，不构成隐匿、拒绝提供有关病历资料。<sup>〔59〕</sup>

第三，医疗机构在诉讼中提交的病历资料多于患者复制的病历资料，并不构成隐匿、拒绝提供病历资料，也不构成下文所称“伪造、篡改病历资料”。一方面，患者要求复制病历资料时，部分病历资料还可能处于制作中。另一方面，医疗机构最终在诉讼中提出了未给患者复制的病历资料，并未对患者证明诊疗过错产生妨碍。即使患者对后来在诉讼中提出的病历资料的真实性存在质疑，也不能仅以医疗机构未提供复制就否认其真实性，仍需提出其他证据加以证明。<sup>〔60〕</sup>

## （2）遗失与违法销毁

遗失，是指因医疗机构未妥善保管有关病历资料而导致其部分或全部丢失。遗失的典型情形是医疗机构因自身疏忽而造成病历资料的丢失。从广义上讲，医疗机构未尽到妥善保管义务，因患方以外的其他人抢夺、窃取等行为失去病历资料也属于遗失。<sup>〔61〕</sup>违法销毁，是指医疗机构违反有关病历资料的管理规定，故意毁坏有关病历资料，导致其部分或全部灭失的行为。例如医务人员撕毁已经形成的病历资料后重新书写，又不能交出其撕毁病历资料的，即构成违法销毁病历资料。<sup>〔62〕</sup>不过，若被销毁的病历资料可以复原，因并未造成原有病历资料的灭失，则不属于此处所称的“违法销毁”。<sup>〔63〕</sup>

从最终的表现形式上讲，遗失、违法销毁与隐匿、拒绝提供病历资料相同，均为在诉讼中不提出有关病历资料。在诉讼中，医疗机构通常也是以遗失或已销毁来作为不提交有关病历资料的理由。<sup>〔64〕</sup>但本条第3项明确表明，医疗机构不得以遗失或已销毁为由来拒绝提供有关病历资料。不过，根据《医疗机构病历管理规定》第29条及其他有关规范，由医疗机构保管的病历资料均

〔56〕 参见杜万华主编：《最高人民法院医疗损害司法解释理解与适用》，人民法院出版社2018年版，第125页。

〔57〕 参见河北省高级人民法院（2021）冀民申3486号民事裁定书。

〔58〕 参见河北省高级人民法院（2019）冀民申2849号民事裁定书。

〔59〕 参见河南省高级人民法院（2021）豫民再548号民事判决书。

〔60〕 参见河南省高级人民法院（2019）豫民申8644号民事裁定书。相反观点见浙江省衢州市中级人民法院（2012）浙衢民终字第199号民事判决书。

〔61〕 参见江苏省徐州市中级人民法院（2017）苏03民终3267号民事判决书。

〔62〕 参见江西省赣州市（地区）中级人民法院（2009）赣中民三终字第112号民事判决书。

〔63〕 参见湖南省高级人民法院（2020）湘民申2998号民事裁定书。

〔64〕 参见江苏省高级人民法院（2020）苏民申457号民事裁定书。

存在保管期限。超过该保管期限,医疗机构便可以不再保管有关病历资料。其以此为理由不提供有关病历资料的,不构成“遗失”或“违法销毁”。

### (3) 伪造与篡改

伪造,是指故意制作与事实不符的病历资料。篡改,是指故意改动已经形成的病历资料,从而使病历资料的内容失真。伪造、篡改均会导致病历资料不具有真实性,从而无法准确反映客观事实。司法实践中,认定伪造、篡改的难点在于如何与瑕疵制作行为进行区分。所谓瑕疵制作行为,是指医疗机构违反《民法典》第1225条规定的“按照规定填写病历资料的义务”,制作的病历资料不符合填写规定,但并不影响病历资料真实性的行为。所谓“不影响病历资料真实性”,需从两个方面理解:第一,瑕疵制作行为通常不会导致病历资料无法再反映客观事实;第二,即使影响客观事实的再现,其影响的也是不涉及患者病情、诊疗过程认定的客观事实。而伪造、篡改导致无法再现的客观事实,则是涉及患者病情、诊疗过程等实质性内容的客观事实,<sup>[65]</sup>例如患者的病情发展状况、<sup>[66]</sup> 医务人员的诊断意见、<sup>[67]</sup> 对患者的用药量及用药时间<sup>[68]</sup>等。因伪造、篡改与瑕疵制作行为息息相关,故下文也将围绕二者的区分来论述伪造、篡改的认定标准。实践中,二者容易混淆的常见情形如下:

第一,医疗机构违规修改病历资料。病历资料由不同医务人员在不同时间节点根据观察、患者口述等记录制作而成,其出现纰漏差错在所难免,<sup>[69]</sup>因此病历资料并非不能修改。但为保证病历资料的真实性,《病历书写基本规范》等相关规定对病历资料的修改进行了严格限制,对病历资料的修改主体、修改方式、修改时间均有相应要求。若医疗机构按照规定对病历资料进行修改,则属于合法修改行为,既不构成篡改,<sup>[70]</sup>也不构成瑕疵修改行为。

而若医疗机构违规修改,但并未对患者病情、诊疗过程等事实认定产生影响,则仅属于瑕疵修改行为。此类行为包括两类:一类是违规修改的内容不涉及患者的病情及诊疗过程,例如修改患者的自然状况(如年龄、性别)、医疗费支出金额、<sup>[71]</sup>知情同意书上患者的签字日期,<sup>[72]</sup>医务人员补签签名等。<sup>[73]</sup>另一类是虽违规修改患者病情、诊疗过程等实质性内容,但没有导致原有内容无法知晓。这类行为又包括两种情形:一种是保留了修改的痕迹,病历资料原有内容清晰可辨;另一种则是下文所述的虽未保留修改痕迹,但可以通过鉴定等其他方式复原原有内容。

但若医疗机构违规修改病历资料,造成患者病情、诊疗过程等客观事实无法复现,即构成篡改。常见构成篡改的违规修改行为有:第一,采用刮、粘、涂等方式掩盖或去除纸质病历资料的实质性内容。第二,超过规定期限,在纸质病历资料上增添实质性内容但隐藏增添痕迹。其通常

[65] 参见湖南省高级人民法院(2016)湘民再23号民事判决书。

[66] 参见李冬编著:《侵权责任法之医疗损害责任第三方解读》,中国政法大学出版社2015年版,第169页。

[67] 参见江苏省高级人民法院(2020)苏民申5867号民事裁定书。

[68] 参见陈德武:《医疗损害责任原理与实务》,法律出版社2022年版,第31页。

[69] 参见孙铭溪:《医疗纠纷证据认定的制度性调和——以瑕疵病历认定为视角》,载《法律适用》2015年第12期。

[70] 参见北京市高级人民法院(2022)京民申2561号民事裁定书。

[71] 参见浙江省高级人民法院(2019)浙民申2966号民事裁定书。

[72] 参见黑龙江省高级人民法院(2020)黑民申1529号民事裁定书。

[73] 参见山东省济南市中级人民法院(2016)鲁01民终6284号民事判决书。

表现为病历资料内容并非一次性书写完成、<sup>〔74〕</sup>在原有记录的周围出现拥挤的文字、字体和笔迹轻重发生改变、在同一份病历上出现用不同的钢笔书写或不同打字机打印的内容等。<sup>〔75〕</sup>第三，对电子病历资料实质性内容进行修改而没有保存修改痕迹；<sup>〔76〕</sup>第四，重做病历资料，其从另一个角度观察也属于篡改行为。<sup>〔77〕</sup>

不过，在医疗机构实施前述行为后，若通过鉴定等其他方式复原了病历资料原有内容，则也不构成篡改。但实践中也有法院对此持不同观点。例如在某案中，笔迹鉴定反映出患者知情同意书中“高近并发症与本手术无关”这句话是患者签字后才添加的。法院认为，医疗机构的这一行为侵犯了患者的知情权，并构成篡改病历资料，应据此推定医疗机构存在过错。<sup>〔78〕</sup>但本文认为，若通过鉴定等其他方式可以复原病历资料原有内容，则并不影响客观事实的认定。正确的做法应是根据病历资料原有内容反映的客观事实来判断医疗机构是否存在过错，而不是直接推定其存在过错。例如在前述案件中，应将后增添的内容视为未添加，认定医疗机构未充分履行告知义务，侵犯了患者的知情同意权，存在医疗伦理过错。当然，医疗机构应对病历资料的原有内容为何承担举证责任。

第二，病历资料内容存在明显的矛盾、错误。《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第12条规定，若病历资料内容存在明显矛盾、错误，医疗机构无法对此作出合理解释，应承担相应不利后果。一般认为，病历资料内容存在矛盾、错误是医疗机构伪造、篡改病历资料的表面证据，若医疗机构对此无法作出合理解释，应认定其存在伪造、篡改行为。结合前文关于伪造、篡改与瑕疵制作行为的区分，这里的“病历资料内容”应限定为“病历资料的实质性内容”。若仅是非实质性内容存在矛盾、错误，例如存在文字性纰漏、<sup>〔79〕</sup>患者的年龄记载错误、<sup>〔80〕</sup>病床号记载错误等，<sup>〔81〕</sup>均不构成此处所称的“矛盾、错误”。

• 727 •

病历资料的内容存在矛盾，不仅指不同病历资料内容存在不一致，还要求其必须具有实质性差异。<sup>〔82〕</sup>并且，这种实质性差异应仅限于客观情况记载上的差异，医务人员对于患者病情及治疗情况的主观分析存在差异属于正常现象，并不构成矛盾。<sup>〔83〕</sup>而所谓“无法对矛盾作出合理解释”，是指医疗机构未作出解释或虽作出解释但并不符合常理，导致无法认定客观事实。实践中，病历资料的内容存在矛盾主要包括以下三种情形：第一种是不同种类的病历资料对于同一时间点的患者病情、诊疗行为的记载存在矛盾。例如病程记录里显示患者病情逐步好转但护理记录显示患者病情恶化，<sup>〔84〕</sup>医嘱单与病程记录中某一药物的用药量记载不同，<sup>〔85〕</sup>病历首页、麻醉风险

〔74〕 参见“李继莲等诉蚌埠市第一人民医院医疗损害赔偿纠纷案”，载王利明主编：《侵权责任法案例解读》，人民法院出版社2010年版，第359页。

〔75〕 参见李冬编著：《侵权责任法之医疗损害责任第三方解读》，中国政法大学出版社2015年版，第168页。

〔76〕 参见广东省高级人民法院（2021）粤民申10号民事裁定书。

〔77〕 参见李冬编著：《侵权责任法之医疗损害责任第三方解读》，中国政法大学出版社2015年版，第169页。

〔78〕 参见刘玉民主编：《医疗损害赔偿》，中国民主法制出版社2014年版，第120页。

〔79〕 参见湖南省高级人民法院（2016）湘民再23号民事判决书。

〔80〕 参见河南省高级人民法院（2020）豫民再3号民事判决书。

〔81〕 参见云南省高级人民法院（2020）云民申1006号民事裁定书。

〔82〕 参见安徽省高级人民法院（2020）皖民申655号民事裁定书。

〔83〕 参见刘鑫：《病历法律评估研究》，载《证据科学》2014年第3期。

〔84〕 参见李冬编著：《侵权责任法之医疗损害责任第三方解读》，中国政法大学出版社2015年版，第169页。

〔85〕 参见山东省滨州市（地区）中级人民法院（2016）鲁16民终1841号民事判决书。

知情同意书及麻醉记录单记载的麻醉医师并非同一人。<sup>〔86〕</sup>第二种是不同种类的病历资料对于患者病情发展节点、诊疗行为实施时间的记载不同。例如分娩记录和临时医嘱单对于婴儿分娩时间的记载不同。<sup>〔87〕</sup>第三种是存在两份以上相同种类的病历资料,且关于患者病情、诊疗行为的记载存在矛盾。例如存在两份药物用量不同的门诊处方签、<sup>〔88〕</sup>存在两套记载不同的住院病历资料。<sup>〔89〕</sup>

而病历资料存在错误是指其记载与真实情况不符。一般而言,若能够确认病历资料存在错误,则均有相应反映真实情况的证据存在。例如核磁共振反映患者可能存在骨折,但医务人员却在病历书上将患者的病情记载为关节炎,则病历书上对患者病情的记载显然存在错误。<sup>〔90〕</sup>这种错误并不会造成客观事实无法认定,医疗机构也无需对此进行解释。不过,若有证据仅能证明病历资料确实存在错误,但无法反映客观事实,就使客观事实陷入了不可知的状态。此时,医疗机构就需要对客观事实予以证明。例如医疗机构自认手术记录上记载的实施者并非实际手术人。<sup>〔91〕</sup>此时,医疗机构就需要对实际手术者的身份及其是否具有相应资质予以证明。

第三,破坏已封存病历资料。在发生医疗纠纷后,封存病历资料是证据保全的重要手段,可以最大限度地保障病历资料的真实性。为保证封存病历资料的真实性,《医疗机构病历管理规定》第27条、《医疗纠纷预防和处理条例》第24条均规定,除医疗纠纷已经解决或者封存满3年患者未再提出解决医疗纠纷要求,医疗机构可以自行启封外,必须由签封各方均在场的情况下才能启封。医疗机构擅自启封病历资料,<sup>〔92〕</sup>甚至是向病历资料中加插<sup>〔93〕</sup>或从中取出病历资料,将导致病历资料的完整性、真实性遭到破坏,无法再反映客观事实,构成对病历资料的篡改。不过,在因部分病历资料尚未完成、医患双方前后封存了两次病历资料的情况下,若就相同的病历资料,后封存的病历资料对已封存的病历资料进行了修改,则并不属于破坏已封存病历资料。<sup>〔94〕</sup>因之前封存病历资料的真实性并未遭到破坏,该行为实际上就相当于对之前封存的病历资料进行了保留痕迹的修改。同前述第二类瑕疵修改行为一样,此种情形下仍可结合病历资料修改前后的内容及其他证据来综合认定客观事实,并不会导致客观事实无法认定。

第四,补写病历资料。与前述超过规定期限在病历资料上增添实质性内容的违规修改行为不同,此处所称补写病历资料是指在超过规定期限后才开始制作相关病历资料。例如医疗机构在患者死亡后才开始制作患者的住院病历、首次病程记录、三测单、护理记录单等病历资料,并将制作时间提前至患者入院时。<sup>〔95〕</sup>又例如医疗机构制作电子病历资料的系统显示时间均晚于注明制

〔86〕 参见山东省青岛市中级人民法院(2015)青民五终字第2062号民事判决书。

〔87〕 参见湖南省永州市中级人民法院(2013)永中法民二终字第63号民事判决书。

〔88〕 参见山东省高级人民法院(2019)鲁民再444号民事判决书。

〔89〕 参见河南省济源市中级人民法院(2012)济中民一终字第30号民事判决书。

〔90〕 参见福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05民终6358号民事判决书。

〔91〕 参见辽宁省高级人民法院(2018)辽民申4107号民事裁定书。

〔92〕 参见湖南省长沙市中级人民法院(2020)湘01民终5611号民事判决书。

〔93〕 参见最高人民法院(2016)最高法民再285号民事裁定书。

〔94〕 参见江西省高级人民法院(2019)赣民申1332号民事裁定书。

〔95〕 参见云南省高级人民法院(2019)云民申1961号民事裁定书。

作时间，表明医疗机构是事后补写相关病历资料。<sup>〔96〕</sup>在超过规定期限以后才开始制作病历资料，尤其是在患者死亡、纠纷产生后才开始制作病历资料，难以保证病历资料记载内容的真实性。即使医疗机构没有伪造病历资料的意图，因经过时间较长，也难免会因医务人员的遗忘而产生错误记载。因此，补写的病历资料真实性难以认定，无法确定可以通过其复现客观事实，应将其认定为对病历资料的伪造。

第五，伪造病历资料中的签名。伪造签名可以分为对医务人员签名的伪造和对患方签名的伪造。就伪造医务人员签名而言，因其并不涉及病历资料的实质性内容，故其仅是瑕疵制作行为。<sup>〔97〕</sup>而就伪造患方签名而言，其多为对知情同意书、通知书等病历资料中患方签名的伪造。<sup>〔98〕</sup>医疗机构伪造前述患方签名，应否认该病历资料的真实性，认定医疗机构未履行相应的告知义务。但因其并不会导致客观事实无法认定，故并不属于本条所称的“伪造病历资料”。但在某些情况下，患者的签名或按手印并非表示对相关事项的了解或同意，而是为了实现证明目的才将其纳入病历资料中。例如母亲需在新生儿出生记录中按手印，若母亲手印系伪造，则证明整个新生儿出生记录系重做。<sup>〔99〕</sup>而重做病历资料将导致其所反映的客观事实无法再现，故构成对病历资料的篡改。

第六，病历资料的其他瑕疵制作行为。除上文提及的瑕疵制作行为外，实践中常见的瑕疵制作行为还有：制作主体存在瑕疵，例如病历资料由医学院在读学生或者实习期医务人员、试用期医务人员填写，但注册医务人员并未对其审阅、修改并签名；<sup>〔100〕</sup>病历资料书写潦草、字迹不清；<sup>〔101〕</sup>未按照规范格式制作；书写病历资料的纸张、<sup>〔102〕</sup>用笔<sup>〔103〕</sup>不符合规定等。这些行为也均不构成对病历资料的伪造或篡改。

### 3. 结果要件

前文关于行为要件的论述实际上已部分涉及本条第2项、第3项的结果要件，即客观事实的认定受到影响。但仅事实认定受到影响并不满足该两项的结果要件。因其法律效果为推定诊疗过错存在，是对证明妨碍行为施加的最严厉之制裁，故其所造成的也应是最严重的证明妨碍后果。是故，该两项在结果上不仅要求事实认定受到影响，还要求患者最终无法证明医疗机构存在诊疗过错。实践中，法院通常以关于诊疗过错的鉴定是否可以进行，来作为判断诊疗过错是否无法证明的标准。<sup>〔104〕</sup>但鉴定无法进行不等于法官不能作出过错与否的事实判断。若仍可根据其他不存在问题的病历资料或依据逻辑、知识、经验作出该事实判断，则法院不能直接因鉴定无法进行而

〔96〕 参见河南省高级人民法院（2021）豫民申3141号民事裁定书。

〔97〕 参见福建省高级人民法院（2020）闽民申2694号民事裁定书。相反观点见河南省高级人民法院（2019）豫民申7785号民事裁定书。

〔98〕 参见山东省高级人民法院（2020）鲁民申1817号民事裁定书。

〔99〕 参见湖南省永州市中级人民法院（2013）永中法民二终字第63号民事判决书。

〔100〕 参见刘德权、王松编：《最高人民法院司法观点集成·民事卷》Ⅱ，人民法院出版社2017年版，第755页。

〔101〕 参见“南京天书病历案”，载刘鑫、孙东东、陈特主编：《医疗损害赔偿诉讼实务》，中国法制出版社2012年版，第167-169页。

〔102〕 参见广东省高级人民法院（2019）粤民申10247号民事裁定书。

〔103〕 参见广东省高级人民法院（2020）粤民申3789号民事裁定书。

〔104〕 参见广东省高级人民法院（2018）粤民申6835号民事裁定书。

推定医疗机构存在诊疗过错。<sup>〔105〕</sup>

#### 4. 因果关系要件

构成证明妨碍行为，还要求妨碍行为与争议事实处于真伪不明状态间存在因果关系。具体到本条，则是指医疗机构实施本条第2项、第3项之行为是患者无法证明诊疗过错存在的原因。若虽然医疗机构实施了该两项行为，但最终无法证明诊疗过错存在是其他因素造成的，例如无法证明医疗机构存在诊疗过错的原因是没有尸检，则不满足此处的因果关系要件。

#### 5. 抗辩事由

实践中，也存在医疗机构非因自身过错而无法提交病历资料的情形。在这些情形下，不能适用本条第2项、第3项推定医疗机构存在诊疗过错。《医疗损害司法解释》第6条第2款规定，医疗机构若因不可抗力等客观原因无法提交病历资料，并不构成隐匿、拒绝提供病历资料。虽然该款仅适用于“医疗机构未在指定的期间内提交有关病历资料”，但因该抗辩事由实际上是对前述主观要件的否定，故其显然也可以适用于其他医疗机构未提交病历资料的情形。而就“等客观原因”，即使其无法与不可抗力相当，也至少应是医疗机构不存在过错的客观事由。<sup>〔106〕</sup>例如医疗机构因患方或受患方指使的人借走或抢夺、窃取由其保管的有关病历资料而无法提交，则不能认为其属于隐匿或拒绝提供病历资料。

#### （四）其他涉及病历资料的证明妨碍行为

本条第2项、第3项仅是医疗机构因故意或重大过失，针对诊疗过错证明实施的最严重的证明妨碍行为，其导致的也仅是推定“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”这一主要事实为真。除此之外，还存在其他涉及病历资料的证明妨碍行为，其在行为方式、主观过错、造成妨碍的结果以及最终产生的法律效果上与该两项有所不同。

第一，从行为方式上讲，除本条第2项、第3项描述的行为外，未制作、不完整填写、过失毁损以及未封存有关病历资料均有可能构成证明妨碍。病历资料未制作或填写不完整，是指医疗机构未按照相应规范制作种类、内容上均完整的病历资料。过失毁损则是指医疗机构过失造成病历资料部分或全部灭失，与上文故意的违法销毁行为不同。这三类行为均会导致病历资料无法完整再现客观事实而妨碍患者的举证，行为人在主观上也存在着故意或过失，故也构成证明妨碍行为。

未封存有关病历资料，则是指医疗机构未封存全部病历资料，又在诉讼中提出未封存的病历。由于患者缺乏医学专业知识，要求患者明确指定需要封存的病历资料并不合理。若患者要求医疗机构封存病历资料，除医患双方有特别约定外，医疗机构应将患者的全部病历资料进行封存。<sup>〔107〕</sup>所谓特别约定，是指患者明确要求仅封存部分病历资料。若医疗机构在封存病历资料时仅提出部分病历资料，即使患者未提出异议，也不能认为医患双方达成了特别约定。<sup>〔108〕</sup>

〔105〕 参见四川省广安市中级人民法院（2019）川16民终3376号民事判决书。

〔106〕 参见杜万华等编著：《最高人民法院审理医疗损害责任纠纷司法解释规则精解与案例指导》，法律出版社2018年版，第74页。

〔107〕 参见李冬编著：《侵权责任法之医疗损害责任第三方解读》，中国政法大学出版社2015年版，第171-172页。

〔108〕 相反观点见湖北省高级人民法院（2020）鄂民再55号民事判决书。

不过，根据《医疗纠纷预防和处理条例》第24条，在封存时部分病历资料尚未完成的，可以先封存已有病历资料。在未完成的病历资料完成后，再封存该部分病历资料。但若因医疗机构未在规定时间内完成有关病历资料，从而导致无法封存全部病历资料的，则不能适用该规定。

若部分病历资料未封存，则该部分病历资料的真实性通常不被认可。不过，若未封存病历资料与封存病历资料彼此相互印证、并无矛盾，则不能仅以未封存就否认其真实性。<sup>〔109〕</sup>在未封存病历资料的真实性不被认可的情况下，虽然医疗机构在诉讼中最终提出了未封存的病历资料，但因其已失去证据能力，实际上就相当于医疗机构未提出该部分病历资料。医疗机构在封存病历资料时未提出病历资料的行为，其影响从诉前延伸至诉中，对患者造成了证明妨碍。<sup>〔110〕</sup>

第二，从主观过错上讲，医疗机构实施本条第2项、第3项之行为在主观上主要是故意，仅遗失可以由重大过失构成。但其他涉及病历资料的证明妨碍行为，行为人在主观上可能仅为一般过失。

第三，从造成妨碍的最终结果上讲，除导致诊疗过错无法证明外，其他涉及病历资料的证明妨碍行为所造成的结果还包括导致诊疗过错的证明困难、导致诊疗行为与患者损害间的因果关系无法证明或证明困难等。

第四，从法律效果上讲，因主观过错与造成的妨碍程度不同，不同证明妨碍行为所产生的法律效果也有所差异。医疗机构未制作、未完全填写、过失毁损、未封存病历资料等其他证明妨碍行为也均有可能造成客观事实无法认定并导致患者无法证明诊疗过错。若医疗机构在实施这些行为时主观上为故意或重大过失，则这些证明妨碍行为在主观过错与造成妨碍的程度上与本条第2项、第3项之行为就近乎等同，故应类推适用此两项之规定，推定诊疗过错存在。<sup>〔111〕</sup>而在医疗机构基于故意或重大过失实施此两项及前述其他证明妨碍行为时，也可能导致诊疗行为与患者损害间的因果关系无法证明。在主观过错与造成妨碍程度相同的情况下，也应类推适用此两项之规定，推定因果关系存在。<sup>〔112〕</sup>而若医疗机构的证明妨碍行为仅导致患者在诊疗过错、因果关系的证明上存在困难，或者其主观上仅为一般过失，则应适用《民诉法解释》第112条、《民事证据规定》第48条，对其作出相应不利的事实认定。

• 731 •

## 五、举证责任

前文所述，本条实际上是通过转换证明对象来降低患者的证明难度，故患者应对医疗机构存在本条行为承担客观举证责任。医疗机构可以对此提出反证，从而阻碍患者对其存在本条行为的本证成立。若患者对医疗机构存在本条行为的本证成立，则推定医疗机构存在诊疗过错，也即相

〔109〕 参见山西省高级人民法院（2014）晋民申字第83号民事裁定书。

〔110〕 参见江苏省高级人民法院（2020）苏民申457号民事裁定书。

〔111〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民再106号民事判决书。

〔112〕 参见最高人民法院（2016）最高法民再285号民事判决书。

当于患者完成了对诊疗过错的本证。此时，对于诊疗过错这一构成要件的客观举证责任就转移至医疗机构，医疗机构需要完成自己不存在诊疗过错的本证，才能够推翻本条关于诊疗过错的推定。

---

**Abstract:** The Article 1222 of the Civil Code is a legal presumption that the medical institution has diagnosis and treatment fault, and the patient can prove that the medical institution has the behavior stipulated in this article, instead of proving the “failure to fulfill the obligation of diagnosis and treatment corresponding to the level of medical care at that time”. In the presumption of medical institutions have diagnosis and treatment fault, the objective burden of proof for diagnosis and treatment fault is transferred to the medical institution. The presumption can be rebutted if the medical institution proves that it “fulfilled its obligation to provide treatment appropriate to the level of medical care at the time”. The “diagnosis and treatment standard” in item 1 of this article is the substance of the item, and laws, administrative rules, regulations and other provisions are the carrier of the diagnosis and treatment standard. Diagnostic and therapeutic norms refers to the management, standardization and guidance of disease diagnosis, treatment norms, and in addition to the legal provisions listed in this article, the carrier also includes the technical standards and norms formulated by the state council department in charge of health, the standards, protocols, norms, systems and drug instructions formulated by the national industry associations (academic association). Items 2 and 3 of this article are serious violations of the obligations set forth in Article 1225 of the Civil Code in terms of substantive law, and are proof of obstruction in terms of procedural law. The scope of these two items is the same as that of the medical records referred to in Article 1225, but is limited to medical records “related to the dispute”. Concealment, refusal to provide, loss, forgery, falsification and destruction in violation of the law have their own normative meanings, and in addition to the subjective, subjective and behavioral elements embodied in the text, the application of items 2 and 3 of the article to presume the diagnosis and treatment faults must also satisfy the elements of result and causality.

**Key Words:** medical tort, medical treatment regulations, medical records, presumption of fault

---

(责任编辑: 朱晓峰)

## 著作权合理使用算法化：必要、可能与限度

邵红红\*

**内容提要：**算法通知和算法过滤不当侵蚀了社会公众的合理使用空间，导致著作权人、平台和社会公众之间出现严重的利益失衡。合理使用算法化能够促进三者之间达成新的利益平衡，填补合理使用制度适用的效率缺口，推动算法过滤义务在我国的确立，因而具有引入的必要性。合理使用算法化主要面临技术和法律两个层面的质疑，但这些质疑都不足以成为拒绝合理使用算法化的理由。合理使用算法化的实现需要从技术和法律两个层面进行部署，在技术层面需采取有监督学习的路径，在法律层面涉及与我国现行著作权法律制度的协调。合理使用算法化作为现有合理使用制度适用方式的补充，在适用范围上具有一定的限度，需从功能定位和外部监管两个维度予以限定。

**关键词：**著作权合理使用 法律算法化 机器学习 算法审查

• 733 •

### 一、引言

算法和法律在技术表征上具有产生机制、功能效用和表达方式上的类似性。<sup>〔1〕</sup>当法律运行和社会实践存在效率冲突时，可基于法律算法化的探索提高法律运行效率。以 ChatGPT 为代表的生成式人工智能横空出世代表了大数据、大算力和强算法所能达到的新高度，<sup>〔2〕</sup>不仅凸显了算法技术颠覆产业格局、塑造社会秩序的强大力量，也为法律算法化的深度推进提供了新前景。<sup>〔3〕</sup>

\* 邵红红，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见蒋超：《法律算法化的可能与限度》，载《现代法学》2022年第2期；齐延平：《数智化社会的法律调控》，载《中国法学》2022年第1期。

〔2〕 参见朱涵、彭茜、黄堃：《三问 ChatGPT 如何影响人工智能的未来》，载 <http://www.xinhuanet.com/info/20230221/871ab32ed07f41a3821481d1b09bf1f2/c.html>，最后访问时间：2023年5月29日。

〔3〕 例如有学者开始利用 ChatGPT 回答合理使用的判断问题。See Treasa Bane, *How Does ChatGPT Answer Fair Use Questions*, available at <https://library.wustl.edu/news/how-does-chatgpt-answer-fair-use-questions/>, last visited on May 29, 2023.

目前,著作权合理使用制度的适用遵循“事后判断”和“个案分析”的基本逻辑,与算法通知和算法过滤的实践之间存在“效率的鸿沟”:算法通知和算法过滤是权利人和平台针对网络空间内海量侵权内容作出的应变之举,彰显出数字时代提高著作权侵权处置效率的更高要求;而合理使用的认定严重依赖专业人员在事后作出个案决断,代表了产生于工业社会的著作权侵权处置的低效率模式。<sup>〔4〕</sup>二者间的“效率鸿沟”导致了著作权人和社会公众之间的“双输”局面:一方面,算法通知和算法过滤的滥用使社会公众的合理使用空间面临被不当限缩的威胁;<sup>〔5〕</sup>另一方面,“不当侵害公众表达自由”的质疑也让过滤义务在立法层面的推进困难重重,<sup>〔6〕</sup>著作权人利益保护不足。同时,夹在著作权人和社会公众之间的互联网平台也因此进退两难:在“流量为王”的时代,流量的本质即用户,算法通知、算法过滤不考虑合理使用,不利于提升用户体验、保持用户黏性,使得平台难以信任此类措施;但若平台不采取算法过滤,则可能陷入与著作权人的频繁诉讼纠纷,著作权人将不断通过司法诉讼推动平台实施算法过滤。<sup>〔7〕</sup>

破解著作权人和社会公众的“双输”局面、弥合著作权算法实施与合理使用个案判断之间的“效率鸿沟”需要在效率层面对合理使用制度的适用模式作出改革。这就意味着合理使用制度不应继续满足于低效的、事后的个案分析机制,而要转向高效的、事前的批量判断机制,合理使用制度的算法化实施为这一改革方案的落实提供了思路。“合理使用算法化”是指通过算法机制执行合理使用制度,在著作权算法实施的背景下高效地实现合理使用判断,保障社会公众的合理使用空间。目前国内学界对这一问题的研究尚且处于起步期,<sup>〔8〕</sup>且也有观点对合理使用算法化持怀疑态度。<sup>〔9〕</sup>鉴于此,本文在合理使用算法化必要性论证的基础上,从技术和法律两个层面分别探讨实现合理使用算法化的方案,并分析其限度所在。

## 二、著作权合理使用算法化的必要性论证

算法通知和算法过滤使网络空间下社会公众的合理使用空间面临被侵蚀的风险,合理使用算法化是合理使用制度适用方式改革的未来方向。具体而言,合理使用算法化的必要性可从三个方面论证:一是从利益平衡角度,合理使用算法化是在著作权法规则算法实施背景下保障公众表达自由的有效措施;二是从效率角度,相较于现有的“事后个案分析”模式,合理使用算法化的“事前批量判断”特征更能满足著作权算法实施的效率要求;三是从实践应用角度,合理使用算法化有助于回应“过滤机制可能侵害社会公众表达自由”的质疑,为过滤义务在我国著作权立法层面的确立提供支撑。

〔4〕 参见吴伟光:《互联网时代催生知识产权制度变革》,载《中国新闻出版广电报》2020年7月2日,第5版。

〔5〕 参见万勇:《人工智能时代的版权法通知—移除制度》,载《中外法学》2019年第5期。

〔6〕 参见《国家版权局:不能要求网站承担著作权审查义务》,载 [http://www.chinadaily.com.cn/dfpd/shizheng/2012-04/26/content\\_15145770.htm](http://www.chinadaily.com.cn/dfpd/shizheng/2012-04/26/content_15145770.htm),最后访问时间:2023年5月29日。

〔7〕 著作权人推动互联网平台采取版权过滤措施的案例参见“《斗罗大陆》诉前禁令案”,重庆市第一中级人民法院(2021)渝01行保1号民事裁定书;“《扫黑风暴》诉中禁令案”,北京知识产权法院(2021)京73民初1016号民事裁定书。

〔8〕 参见华劼:《自动版权执法下算法合理使用的必要性及推进》,载《知识产权》2021年第4期。

〔9〕 例如有观点认为在现有技术和法律背景下,几乎不可能利用技术过滤系统识别出合理使用行为。参见崔国斌:《网络版权内容过滤措施的言论保护审查》,载《中外法学》2021年第2期。

### （一）利益平衡：著作权算法实施下的公众表达自由保护

合理使用制度是协调著作权保护与公众表达自由之间冲突的重要手段，即通过特定制度的安排为社会公众利用他人相同的知识信息进行自由表达留下一定的空间。<sup>〔10〕</sup>然而，算法通知和算法过滤的实践实际上使网络空间下的合理使用制度遭遇困境。首先，权利人通过算法批量发送的通知往往并不包括对合理使用情形的考量，存在大量被标记为侵权而实际上构成合理使用的错误通知。<sup>〔11〕</sup>其次，对于平台而言，海量的算法通知让逐一的内容审查变得不切实际，为免于承担不及时删除的法律责任，最为稳妥的方法是对权利人的所有通知照单全收，以算法方式对内容进行批量删除，这同样缺乏对用户合理使用的考量。最后，相比于接到通知后利用算法统一删除，部分平台在侵权治理方面走得更远，利用算法过滤机制在事前阶段对侵权内容进行过滤，构成合理使用的用户上传内容也可能被识别为侵权内容，平台实际上成为言论自由的全球仲裁者。<sup>〔12〕</sup>

以算法通知和算法过滤为代表的著作权算法实施塑造了“著作权人—平台”的二元格局，著作权人和平台都借助算法提高了著作权保护的效率、强化了对侵权内容的检测和处理能力，社会公众在这一格局中的事实缺位使得合理使用制度的适用空间大幅萎缩。算法通知和算法过滤给社会公众表达自由带来的影响具有广泛性和普遍性，这也就决定了针对该二元格局的外部纠偏措施将收效甚微，仅寄希望于单个用户通过反通知程序纠正错误过滤是不切实际的，<sup>〔13〕</sup>因为算法自动处理和人工主动反馈并非处于同一效率维度，社会公众实际上并没有获得足以与平台和权利人相抗衡的地位。<sup>〔14〕</sup>技术问题还需从技术层面寻找答案，在算法时代著作权人、平台和社会公众之间利益平衡的实现需要利用算法为社会公众赋能。合理使用算法化能够在著作权算法实施的背景下为合理使用提供一个出口，重新找到著作权人、平台和社会公众之间的利益平衡。

• 735 •

### （二）效率需求：从“事后个案分析”到“事前批量判断”

与“先授权后使用”的著作权许可机制相比，社会公众对作品的合理使用并不要求事先获得权利人的许可，也无需支付相应的许可费。合理使用制度作为被告的侵权抗辩事由往往在事后的诉讼阶段才发挥作用，这种“事后个案分析”的模式反映出对个案决断的高度依赖，与著作权算法实施的高效性相比，具有效率低下的局限性。首先，“事后个案分析”的救济范围极其有限。相较于算法通知与算法过滤的普遍实践而言，社会公众通过诉讼方式对不当处理结果提出挑战的概率显然更低。在短视频平台内上传视频的用户并非只有营利动机，而是包含了分享、记录、娱乐等多种原始动机，这也就意味着用户在其内容被屏蔽时并没有进一步挑战过滤结果的主观积极性。<sup>〔15〕</sup>而司法程序的启动又有赖于当事人主动提起诉讼，因此，只有相当少的错误算法决策会进入司法诉讼阶段得到纠正。其次，即使所有的合理使用判断问题都可以在诉讼阶段处理，“事后个案分析”与著作权算法实施之间仍存在效率鸿沟，救济效果不佳。司法诉讼尤其是涉及非典

〔10〕 参见吴汉东：《知识产权领域的表达自由：保护与规制》，载《现代法学》2016年第3期。

〔11〕 参见何炼红：《论算法时代网络著作权侵权中的通知规则》，载《法商研究》2021年第4期。

〔12〕 See Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, 19 Stanford Technology Law Review 473, 488 (2016).

〔13〕 参见李安：《智能时代版权“避风港”规则的危机与变革》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2021年第3期。

〔14〕 参见黄炜杰：《“屏蔽或变现”：一种著作权的再配置机制》，载《知识产权》2019年第1期。

〔15〕 参见刘文杰：《“通知—移除”抑或“通知—拦截”：算法时代的选择》，载《新闻与传播研究》2020年第12期。

型作品利用行为的诉讼往往审判周期较长,且裁判结果只具有个案效应,难以辐射所有的用户行为,通过司法诉讼纠偏的效果有限。可能有观点认为,可以通过司法裁判发挥规则引领和价值导向作用,让平台自觉采取更有效的合理使用保障措施,但无论平台如何整改,在合理使用嵌入算法机制实现“事前批量判断”前,对合理使用错误结果的救济与著作权算法实施都不在同一个效率维度,合理使用制度难逃式微命运。<sup>[16]</sup>

为了弥补合理使用制度“事后个案分析”的低效性与著作权算法实施的高效性之间的鸿沟,通过合理使用算法化实现“事前批量判断”成为一个可以选择的方向。合理使用算法化能够在司法诉讼的事后救济之外为社会公众提供一种更为基础、广泛、便捷的保障机制,克服现有救济手段的局限性:首先,从救济方式来看,与司法诉讼的被动性相比,合理使用算法化是一种对用户合理使用的积极保障;其次,从救济范围来看,与司法诉讼只能使部分用户受益相比,合理使用算法化能够涵盖所有相关用户;最后,从救济效率来看,与司法诉讼的低效性相比,合理使用算法化能够为所有社会公众提供自动的、实时的合理使用保障,将社会公众和平台、著作权人置于同一效率维度之下,切实提高了对社会公众的救济效率。

### (三) 实践应用:为引入算法过滤义务提供支撑依据

自2007年Youtube引入Content ID系统以来,算法过滤机制受到来自国内外的高度关注,欧盟和美国的域外立法已采取了相应改革措施或呈现出改革趋势。<sup>[17]</sup>我国理论界对算法过滤义务已经有了诸多讨论,实践中各大平台也开始建立类似Content ID的系统。<sup>[18]</sup>但从司法实践来看,平台的算法过滤机制并未达到保护著作权的预期效果,平台对于引入算法过滤机制并无主观激励。<sup>[19]</sup>这是因为,从平台的角度而言,一方面要回应著作权人的利益保护诉求,以免于陷入频繁、长久的诉讼纠缠;另一方面,要顾及用户体验,维持平台的用户黏性。算法过滤机制在保护著作权人利益的同时也会“误伤”正当使用,损害用户体验,在利益权衡之下,平台不愿主动采取算法过滤机制。这也说明过滤义务的确立难以通过市场调节实现自发供给,需要从法律制度角度进行义务的分配。<sup>[20]</sup>但过滤义务目前还尚未在真正意义上进入我国立法者的视野,除却成本分担、配套机制建设等问题外,最主要的反对理由是过滤机制无法识别合理使用,容易引发对社会公众表达自由的不当侵害。<sup>[21]</sup>

合理使用算法化是针对此问题的直接解决方案,不仅有助于提升平台采取算法过滤机制的积极性,同时也为过滤义务在立法层面的确立提供了支撑。或许有观点会认为,对这个问题的解决

[16] See Niva Elkin-Koren, *Fair Use by Design*, 64 UCLA Law Review 1082, 1085 (2017).

[17] 参见2019年《欧盟数字化单一市场著作权指令》第17条第4款(b)(c)项和第17条第5款、第6款;U.S. Copyright Office, Library of Congress, *Section 512 Study: Request for Additional Comments*, available at <https://www.federalregister.gov/documents/2016/11/08/2016-26904/section-512-study-request-for-additional-comments>, last visited on May 29, 2023.

[18] 参见《短视频版权保护研讨会在京召开 各平台用科技手段打击侵权行为》,载 <http://media.people.com.cn/n1/2018/1128/c14677-30430557.html>, 最后访问时间:2023年5月29日。

[19] 参见重庆市第一中级人民法院(2021)渝01行保1号民事裁定书;北京知识产权法院(2021)京73民初1016号民事裁定书。

[20] 参见崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,载《中国法学》2017年第2期。

[21] 参见北京互联网法院课题组:《短视频著作权司法保护研究》,载《知识产权》2023年第3期。

无需“舍近求远”，只要降低过滤机制的标准就可以很好地解决对社会公众表达自由的威胁，以较高的“漏报率”换取较低的“错报率”，或者强化已有的用户申诉机制和人工复查机制也足以应对。但这种方案难免“顾此失彼”，因为算法过滤机制的引入是为了实现权利人和社会公众之间的利益平衡，而非在顾全权利人利益和保障社会公众表达自由之间“二选一”。所以，对算法过滤机制的改革也需要围绕这一目标来进行，致力于提升整个制度适用的精准度。若将算法过滤机制理解为给用户生成内容竖起了一堵高墙，合理使用算法化的机制相当于为社会公众提供了一个出口。即使用户上传内容在与权利人作品数据库对比后被标记为侵权内容，也可能因为通过合理使用的算法检测而免于被采取“屏蔽”或“变现”等措施。此外，相比于羸弱的用户申诉机制和专业水平难以保障的人工审查机制而言，从大量已有案例中建立起来的合理使用算法判断机制在大多数时候可能表现得更为专业。

### 三、对著作权合理使用算法化质疑观点的回应

尽管在算法通知和算法过滤背景下合理使用算法化是保障社会公众合理使用空间的重要途径，但学界对这一方式仍有诸多质疑，主要包括两个方面：一是技术层面的质疑，认为合理使用制度无法算法化；二是法律层面的质疑，认为合理使用不具有可预测性。此部分将对质疑观点逐一回应，从技术、法律两个维度为合理使用算法化的可行性提供支撑。

#### （一）技术层面的质疑：著作权合理使用制度无法算法化

在合理使用算法化的过程中，最为核心的问题是如何用代码呈现法律文本之意旨，持否定观点的学者认为，无论技术如何发展，算法都不可能识别哪些作品构成合理使用。<sup>〔22〕</sup>对此质疑观点可以从技术发展实践、合理使用算法化的基本理念阐释两个方面进行回应。

##### 1. 技术实践：从“清单式合理使用”到“开放式合理使用”

顺着互联网技术发展的脉络往前追溯，就可以发现合理使用算法化的探索早已埋下伏笔。在20世纪90年代技术保护措施和权利管理信息兴起时，能否在数字权利管理系统的设计过程中为合理使用留下空间，也成为学界所关心的问题，当时主要的反对理由是在技术层面难以实现合理使用算法化。<sup>〔23〕</sup>这种质疑在当时的技术背景下确有基础。学者提出的解决方案大致分为三种：第一种方案是将合理使用直接嵌入产品，简单的机制例如设计配套硬件设施，购买此配套硬件设施的用户可以获取内容并自由使用，<sup>〔24〕</sup>复杂的机制例如由著作权人提供一个合理使用的行为清单，用户可以在此清单范围内自由使用。<sup>〔25〕</sup>第二种方案建议引入人工决策，判断主体为权利人

〔22〕 See Mark A. Lemley, *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 Journal on Telecommunications & High Technology Law 101, 110-111 (2007).

〔23〕 See John S. Erickson, *Fair Use, DRM, and Trusted Computing*, 46 Communications of the ACM 34, 34-39 (2003); Edward W. Felten, *A Skeptical View of DRM and Fair Use*, 46 Communications of the ACM 57, 57-59 (2003).

〔24〕 例如CSS授权机制，用户需要同时购买DVD和配套的DVD播放器，用户通过该播放器则可以获得受著作权保护的内容。See Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

〔25〕 例如XrML (Extensible Right Markup Language) 机制，由权利人确定内容使用的权限和条件，用户可以在限定范围内访问和使用作品。See Timothy K. Armstrong, *Digital Rights Management and the Process of Fair Use*, 20 Harvard Journal of Law & Technology 49, 71 (2006).

或者第三方机构,用户需要就特定使用行为提出申请,在获得许可后方可使用。<sup>[26]</sup>这两种方案各有利弊:第一种方案可以让用户在无需获得许可的情形下使用,缺陷是所提供的合理使用行为类型较少、不够灵活;第二种方案的灵活性相对较高,但在效率方面表现不佳,并且存在判断主体中立性、权威性问题,例如权利人可能不愿意许可讽刺类等对自身不利的合理使用情形。因此,结合前两种方案优势的“算法+人工”的第三种混合路径被提出。<sup>[27]</sup>混合路径虽然是一种较好的思路,但囿于当时的技术发展情况,能够为公众所提供的合理使用空间极其有限并且严重依赖人工判断,与合理使用算法化的初衷相去甚远,故而也未能在实践中得到进一步落实。不难发现,数字权利管理系统阶段的合理使用算法化技术方案可以被归纳为“清单式合理使用”,仅包含有限的合理使用行为类型,具有僵化性和封闭性且效率低下,未能为网络空间下的合理使用保障提供充分的技术支撑。

相比于二十多年前的技术条件,当下技术已经在理论和实践方面取得了相当大的进展,使得“清单式合理使用”具有转向“开放式合理使用”的可能。在理论研究方面,随着云计算、大数据时代的来临,训练数据的大幅增加降低了过拟合风险,计算能力的大幅提高缓解了训练低效性,促进机器学习向纵深发展,以“深度学习”为代表的复杂模型开始进入研究者的视野。<sup>[28]</sup>具体到合理使用算法化的语境下,机器学习技术的发展能够很好地克服过去“清单式合理使用”的封闭性、僵化性弊端,具有更强的开放性、灵活性:与过去需要编程人员事先将法律规则翻译为算法规则相比,机器学习可以从已有的案例中提取规则,算法模型可以在训练数据的反馈中不断调整优化,不仅可以对每一类型合理使用的判断规则进行细化,还可以对现有合理使用判断的类型予以扩充,能够在更为广泛的程度上保障合理使用的实现。此外,通过不断优化合理使用算法化的适用范围,“算法判断”与“人工决策”的各自分工亦能够得到相应的优化,降低对人工决策机制的严重依赖,有助于在“算法+人工”的基本框架下找到算法与人工的最佳分工机制。

## 2. 基本理念:“更好的算法”而非“完美的算法”

质疑观点认为,即使技术已经取得了进展,但仍不成熟,需要等到技术完全成熟时才能推进合理使用算法化的实践。对于该观点的回应,需要厘清的是我们对合理使用算法化的期望是什么,即是追求一种“完美的算法”还是一种“更好的算法”。对这个问题的不同回答决定了对合理使用算法化的态度。如果我们追求的是一种“完美的算法”,希望它像“法律之神”一样思考,<sup>[29]</sup>那么我们很可能会拒绝合理使用算法化的尝试,因为法律文本和算法代码之间总是存在一定的距离,无论技术如何更迭,总是存在未达理想状态的过渡阶段。<sup>[30]</sup>

在著作权算法实施的背景下,合理使用算法化的必要性已然凸显,若此时仍坚持追求合理使用算法化的完美无缺、拒绝合理使用算法化的尝试,只能在著作权保护和社会公众表达自由保障

[26] 参见前引[25], Timothy K. Armstrong 文,第74-78页。

[27] See Dan L. Burk & Julie E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, 15 *Harvard Journal of Law & Technology* 41, 65-70 (2001).

[28] 参见周志华:《机器学习》,清华大学出版社2016年版,第113页。

[29] 参见杨延超:《机器人法:构建人类未来新秩序》,法律出版社2019年版,第2-3页。

[30] See Peter K. Yu, *Artificial Intelligence, the Law-Machine Interface, and Fair Use Automation*, 72 *Alabama Law Review* 187 (2020).

之间进退失据，纠结于算法过滤机制的“误伤性”危害而止步不前。因此，更为合理的选择是根据技术状况适时推进合理使用算法化的实践，<sup>〔31〕</sup>向着“更好的算法”前进。理由在于：技术总是处于动态更迭之中，“既不可能到达完美无缺的效果，也不会一直停留在一个阶段，数据基础、计算能力、法律知识的引入及算法框架的改进，决定了它的进化速度及什么时候能够达到可用的阈值”<sup>〔32〕</sup>。合理使用算法化的实现同时关涉技术发展和法律适用，我们需要将目光往返于技术与法律之间，一方面审视技术的发展能否实现合理使用算法化，另一方面要不断提升法律知识表达的精准化程度和体系化程度，<sup>〔33〕</sup>以逐渐缩小代码实施和法律实施之间的差距，增强算法模型和法律文本之间的适配性。

## （二）法律层面的质疑：著作权合理使用具有不可预测性

除了在技术层面面临质疑，合理使用算法化还受到了来自法律制度层面的质疑，认为合理使用制度不具备可预测性。

### 1. 合理使用的“标准”与“规则”之争

寻求法律文本与代码之间精准翻译的前提是待翻译的法律文本足够清晰明了，批评者主张合理使用制度并非外延清晰明确的法律规则，而是一种灵活的法律标准，<sup>〔34〕</sup>即使选择了某种固定的代码翻译模式，也可能会带来合理使用制度的僵化适用问题。<sup>〔35〕</sup>

诚然，合理使用内涵具有一定的不确定性，这种不确定性在未来也很可能并不会消失，但不确定法律概念的存在并不妨碍对标准的“规则化”探索，<sup>〔36〕</sup>开放性并不能成为拒绝将合理使用判断机制嵌入算法的理由。本质而言，算法和法律都追求“有限、确定和有效”<sup>〔37〕</sup>。标准与规则之间并非泾渭分明的二元关系，而是存在一个连续过渡的谱系。<sup>〔38〕</sup>一方面，规则具有灵活性特征，即使看似清晰明了的规则，在实践中也可能出现模棱两可的情形，需要进行经验性判断。例如对于超速开罚单的情形，执法人员在作出决策时需要在法律文本之外考虑诸多因素，例如地形、天气、司机实际状态等，以确定是否要开出罚单。<sup>〔39〕</sup>另一方面，法律标准同样存在规则化的一面，决策的作出并非完全无迹可寻。司法实践对法律标准进行规则化的做法并不罕见，例如对于“独创性”这一抽象标准，国内外司法实践长久以来都致力于探索一个相对明确、更具指引性的规则，“抖音诉伙拍案”<sup>〔40〕</sup>中的“一点火花标准”、<sup>〔41〕</sup>美国 Feist 案中对“额头流汗标准”的拒绝<sup>〔42〕</sup>

〔31〕 参见前引〔8〕，华劼文。

〔32〕 刘知远、崔安颀等编著：《大数据智能：数据驱动的自然语言处理技术》，电子工业出版社2020年版，第294页。

〔33〕 参见郑戈：《算法的法律与法律的算法》，载《中国法律评论》2018年第2期。

〔34〕 See Dan L. Burk, *Algorithmic Fair Use*, 86 The University of Chicago Law Review 283, 287 (2019).

〔35〕 参见前引〔16〕，Niva Elkin-Koren文，第1096页。

〔36〕 See Niva Elkin-Koren & Orit Fischman-Afori, *Rulifying Fair Use*, 59 Arizona Law Review 161 (2017).

〔37〕 蒋舸：《作为算法的法律》，载《清华法学》2019年第1期，第65页。

〔38〕 参见前引〔36〕，Niva Elkin-Koren、Orit Fischman-Afori文，第161-200页。

〔39〕 See Lisa Shay, Woodrow Hartzog, John Nelson & Gregory Conti, *Do Robots Dream of Electric Laws? An Experiment in the Law as Algorithm*, available at [http://www.rumint.org/gregconti/publications/201303\\_AlgoLaw.pdf](http://www.rumint.org/gregconti/publications/201303_AlgoLaw.pdf), last visited on May 29, 2023.

〔40〕 北京互联网法院（2018）京0491民初1号民事判决书。

〔41〕 参见张雯、朱阁：《侵害短视频著作权案件的审理思路 and 主要问题——以“抖音短视频”诉“伙拍小视频”侵害作品信息网络传播权纠纷一案为例》，载《法律适用》2019年第6期。

〔42〕 See Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. 499 U.S. 340 (1991).

都在某种程度上以规则化的方式明确了“独创性”的认定标准。<sup>〔43〕</sup>因此,在规则与标准的连续谱系之间,任何制度都兼具确定性和灵活性特征,问题的本质不在于合理使用制度能否算法化,而是要在多大程度上算法化以及如何算法化。

## 2. 合理使用判断结果的可预测性分析

批评观点还认为,合理使用制度的灵活性决定了其高度依赖事后的个案决断、不具备可预测性。对于合理使用的可预测性问题,学界的探索经历了三个阶段。第一个阶段是“合理使用结果分析”。美国学者巴顿·毕比(Barton Beebe)对1978~2005年之间的合理使用案例展开了实证研究,分析了影响裁判结果的决定性因素、法院对于四要素的理解与应用等内容,揭开了合理使用抗辩在诉讼中获得支持的概率。<sup>〔44〕</sup>之后,学者帕梅拉·塞缪尔森(Pamela Samuelson)进一步从合理使用案例中提取普遍模式,并提出合理使用制度具有连贯性和个案结果的可预测性。<sup>〔45〕</sup>第二个阶段是“合理使用结果预测”。学者马修·塞格(Matthew Sag)通过将合理使用制度的四要素拆解为一系列可测量的指标,通过回归模型得出合理使用的总体预测概率。<sup>〔46〕</sup>学者尼尔·温斯托克·内塔尼亚尔(Neil Weinstock Netanel)从历史考察的角度,分析了合理使用判断从“以市场为核心的范式”转变为“转换性使用范式”,并提出在“转换性使用范式”下合理使用的判断具有更强的可预测性。<sup>〔47〕</sup>第三个阶段是“合理使用算法预测”。云计算、大数据、大规模预训练模型等技术的发展使得基于所有现有案例样本的分析变为可能,学者开始讨论建立合理使用算法判断机制的可能性,对此将在第四部分详述。

在我国的法律实践中,也存在提高法律适用结果可预测性的司法探索。例如,案例指导制度、类案检索机制建设就是实现同案同判、提升法律适用可预测性的重要举措,亦可用于提高合理使用制度适用的可预测性,虽然类案检索机制的建设仍然存在一定的困境,需要解决“简案供过于求与繁案供不应求”<sup>〔48〕</sup>的尴尬境地,但这些问题在合理使用算法化的情景下可以被弱化。理由在于:合理使用的算法判断机制是用于预测构成合理使用的可能性高低,而非代替司法决策,<sup>〔49〕</sup>它是一种繁简分流的举措,将简单的、有足够样本数据的合理使用类型交给算法进行判断,对于新类型的或者案例数据样本较少的合理使用类型则交给司法实践来进行评判。通过以上梳理可知,合理使用制度虽然具有一定的灵活性,但并非毫无规律可言,在看似千变万化的个案决策背后仍然存在着一一定的共性规律,使得合理使用判断具备一定的可预测性。

## 四、著作权合理使用算法化的实现

著作权合理使用算法化的可能性讨论不仅要回应质疑观点,还需结合技术发展实践和法律制

〔43〕 参见前引〔36〕, Niva Elkin-Koren, Orit Fischman-Afori 文, 第169-170页。

〔44〕 See Barton Beebe, *An Empirical Study of U. S. Copyright Fair Use Opinions, 1978—2005*, 156 *University of Pennsylvania Law Review* 549 (2008).

〔45〕 See Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordham Law Review* 2537 (2009).

〔46〕 See Matthew Sag, *Predicting Fair Use*, 73 *Ohio State Law Journal* 47 (2012).

〔47〕 See Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 *Lewis & Clark Law Review* 715 (2011).

〔48〕 孙海波:《类案检索在何种意义上有助于同案同判?》,载《清华法学》2021年第1期,第84页。

〔49〕 参见前引〔16〕, Niva Elkin-Koren 文, 第1099页。

度环境探讨具体的落实方案。在技术维度，需要根据实施效果和监管需求选择恰当的技术路径；在法律维度，涉及与我国现有著作权法律制度的协调。

### （一）著作权合理使用算法化的技术路径

#### 1. 可选择的技术路径

对于合理使用算法化的具体路径，学界已经做出了有益的探索。归纳起来，大致包括机器翻译和机器学习两种路径，而在机器学习中又可细分为有监督学习、无监督学习和半监督学习三种类型。其中，机器翻译路径是指法律标准翻译为代码语言；<sup>〔50〕</sup> 机器学习路径是用算法分析现有案例，提取决策模型用于未来个案预测；<sup>〔51〕</sup> 机器学习路径中有监督学习和无监督学习的区别则在于前者使用标记数据进行训练，后者则使用未标记数据训练，半监督学习路径结合了有监督学习和无监督学习的特点，使用大量未标记和少量标记的数据进行训练。<sup>〔52〕</sup>

这几种路径各有利弊。机器翻译路径具有可解释性较强的优点，但从法律文本到代码语言的翻译效果不佳。将法律文本翻译为代码语言涉及两个阶段：一是解译源语言文本的文意；二是使用目标语言的文法将源语言文本进行重新编译，并转换为目标语言表述。<sup>〔53〕</sup> 无论是解译法律文本，还是用代码语言对法律文本进行重新编译，都严重依赖编程人员对代码技术的理解，合理使用制度面临“失真”的问题。机器学习路径具有更强的开放性和灵活性，但存在可解释性问题。机器学习模型的复杂度与模型的准确度相关联，但是与模型的可解释性相对立，结构越复杂的模型往往在未知样本上的准确度越高，但同时由于复杂模型的参数量大、工作机制复杂、透明性低，在可解释性方面就表现得越差。<sup>〔54〕</sup>

合理使用算法化的路径选择是一个权衡的过程。若开发者重视决策过程的可解释性，那么就会青睐机器翻译路径；若开发者追求得出与人类决策更近似的算法决策结果，则可能选择有监督学习路径；若要追求更强的、面向未来的开放性和灵活性，则更可能将无监督学习路径作为努力的方向；若要寻求成本和效率的两全，则会尝试在半监督学习路径之下整合有监督学习和无监督学习的优点。

综合而言，有监督学习路径在当下是更可取的选择，理由在于，从合理使用算法化的实施效果来看，有监督学习路径从现有案例中找寻规律，不必受到机器翻译规则的约束，同时可以动态调整，相比翻译路径具有更强的灵活性，能够更好地实现合理使用算法化的目的。从合理使用算法机制的监管而言，无监督学习路径则更强调算法自主实现聚类（clustering），很可能挖掘出很多不应被考虑进去的“无关特征”，<sup>〔55〕</sup> 有监督学习路径以人类合理使用判断决策为参照，在算法的调整与监管上具有更强的方向性和目的性。利用有监督学习促进司法体制改革在我国已有相关实践，例如，在智慧法院的建设背景下，代号“206”的上海刑事案件智能辅助办案系统的建设，

• 741 •

〔50〕 参见前引〔30〕，Peter K. Yu文，第206-214页。

〔51〕 参见吴汉东：《著作权合理使用制度研究》（第4版），中国人民大学出版社2020年版，第256-257页。

〔52〕 参见武红鑫、韩萌、陈志强等：《监督和半监督学习下的多标签分类综述》，载《计算机科学》2022年第8期。

〔53〕 参见前引〔32〕，刘知远、崔安顺等编著书，第111页。

〔54〕 参见纪守领、李进锋、杜天宇、李博：《机器学习模型可解释性方法、应用与安全研究综述》，载《计算机研究与发展》2019年第10期。

〔55〕 参见前引〔28〕，周志华书，第247页。

即利用了有监督学习的方式。<sup>〔56〕</sup>

## 2. 基于有监督学习的合理使用算法判断机制

通过有监督学习路径实现合理使用算法化需在以下两个方面予以细化:

一是合理使用算法模型的选择。最优算法模型需要根据待解决的任务进行合理选择。有监督学习的两个主要任务是分类和回归,其中分类用于离散值预测,回归用于连续值预测。<sup>〔57〕</sup>在合理使用情景中,若最终目的是得出某种待判断情形是否构成合理使用,则会用到分类任务,若最终目的是得出某种待判断情形构成合理使用的可能性是多大,则会用到回归任务。在实际应用中,合理使用算法化所追求之目的为预测某种行为有多大可能构成合理使用,进而决定是否采取侵权处置措施,而非如司法判决般做出是否构成合理使用的二元判断,因此适用回归任务更为合适。在确定适用回归任务后,需要进一步找出影响合理使用判断的多个因素。前文关于合理使用可预测性实证研究的分析中,学者即找出了影响合理使用判断的多个因素,可以借助这些影响因素构建起一个包含这些因素的简单模型,然后通过训练数据来挖掘出影响合理使用判断的不同因素之间的权重关系。

二是合理使用数据的收集。优质、充足的数据样本是训练算法模型的基础,因此数据的质量和数量至关重要。从质量角度而言,训练数据决定着算法训练的优劣,在计算机科学行业素有“垃圾进,垃圾出”(garbage in, garbage out)的说法。若训练数据中包含偏见或是对法律的错误适用,那么这种偏见将会被嵌入算法模型,作出带有偏见的算法决策。从数量角度而言,机器学习需要“喂养”大量数据,用于训练、验证、测试等不同阶段,若缺乏足够的训练数据,则难以训练出泛化能力较强的算法模型。

在合理使用的情形下,可将已有的合理使用司法案例作为基础,结合权利人的作品信息搭建合理使用判断数据库,裁判文书上网公开的实践也有助于推动此项工作的开展。可能有质疑观点认为,现有司法实践的案例并非都是对合理使用制度正确适用的结果,同案不同判的现象仍然存在,部分司法裁判甚至引发学界激烈争论,难以提供优质的数据样本。这种情形在本文所讨论的语境下可以得到解决。首先,复杂的、争议较大的合理使用判断类型并非算法判断的对象,可以交由算法判断的一般为较为简单、明确的类型,训练数据应为明确统一的数据,而非争议性数据。其次,为了实现训练数据的统一,可依托我国目前正在建设的类案检索系统,遵循“类案同判”的基本思想,用系列类案作为训练数据。

尽管合理使用司法案例能够在某些合理使用类型上提供充足的案例数据,但是在部分类型上可能面临案例样本数量不足的问题。例如,目前涉及二创短视频合理使用认定的司法案例较少,大多数的二创短视频合理使用纠纷都未进入司法层面。对此问题,有两种解决思路。

第一种思路是,相较于司法案例,平台内涉及合理使用的视频资料较为丰富,所以可考虑由平台建立短视频相关的合理使用数据资料库,用以训练算法模型。由于合理使用制度的适用涉及

〔56〕 参见毛丽君:《代号“206”上海刑事案件智能辅助办案系统正式“解密”》,载 [https://sh.chinadaily.com.cn/2017-07/10/content\\_30058964.htm](https://sh.chinadaily.com.cn/2017-07/10/content_30058964.htm),最后访问时间:2023年5月29日。

〔57〕 参见前引〔28〕,周志华书,第3页。

多方主体的利益衡量，短视频平台作为多方主体中的一方，可能在合理使用数据库的构建、算法模型的训练中嵌入自身的利益偏好，短视频平台利用除司法案例之外的数据训练算法模型的可行性需作进一步思考。诚然，私主体自治的效果难免受到其利益偏好的影响，需要通过外部监管保障其合理分配利益的可行性。同理，若短视频平台自建的合理使用数据库偏袒某一方主体利益，那么将对合理使用算法判断机制的准确性产生影响，由此可在算法审查中的准确性审查环节中被纳入考虑，这将在后文第五部分予以详述。

第二种思路是，通过合成数据（synthetic data）这一新技术弥补真实案例样本数据匮乏的缺陷。合成数据指利用算法生成的在统计学上具有真实意义的人工数据（artificial data）。〔58〕目前合成数据已经在自动驾驶、金融服务领域的欺诈检测、保险诈骗预测等领域进行了一定的探索应用，有助于解决数据标注成本高、敏感数据收集难和真实数据样本少等问题，提高机器学习算法训练的效果。〔59〕因此，对于真实案例样本偏少的类型，在技术发展成熟后也可以考虑基于真实案例数据生成合成数据来训练算法模型。

## （二）与我国著作权法律制度的体系协调

我国2020年修正的《中华人民共和国著作权法》第24条将合理使用制度由封闭列举模式转为半封闭列举模式，增加兜底条款“法律、行政法规规定的其他情形”。从实践应用的角度来看，无论是法院还是平台都无权创设新的类型，发挥作用的仍然是明确规定的行为类型。此外，本次修法还引入了“三步检验法”，要求待判断行为除了落入列举的12种行为范围之外，还要“不得影响作品的正常使用”和“不得不合理地损害著作权人的合法权益”。合理使用算法化的实现，在法律制度方面涉及的问题至少包括以下三个：

一是如何判断属于哪种类型的合理使用行为。合理使用类型的判断可以根据前文的技术路径，以现有的各类型合理使用案例为基础，通过有监督机器学习算法训练出合理使用算法判断机制，然后用于预测某个未来的行为是否落入合理使用的12种行为范畴。

二是如何体现“不得影响作品的正常使用”。这通常涉及考察该行为是否与权利人行使其专有权的行为相竞争，〔60〕造成对著作权人作品的实质性替代。〔61〕鉴于我国司法政策文件已明确合理使用“四要素分析法”可作为“三步检验法”的细化因素，〔62〕在合理使用算法化的场景下，“不得影响作品的正常使用”可以通过如下方法予以确定：一是使用行为的目的和性质，可以通过算法识别域名（例如.edu,.gov）来确定主体的非营利性质，或者利用算法审查内容中是

〔58〕 See Financial Conduct Authority, *Synthetic data to support financial services innovation*, available at <https://www.fca.org.uk/publication/call-for-input/synthetic-data-to-support-financial-services-innovation.pdf>, last visited on May 29, 2023.

〔59〕 相关梳理参见腾讯研究院：《AIGC发展趋势报告：迎接人工智能的下一个时代》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/9AjTpyL4HmQ6BDhWIDbD0A>，最后访问时间：2023年5月29日。

〔60〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全·知识产权与竞争卷》（二），人民法院出版社2022年版，第1002-1003页。

〔61〕 参见上海市高级人民法院（2020）沪民申2416号民事裁定书（本案系2020年上海法院知识产权司法保护十大案件）；杜灵燕：《适当引用的判定》，载《人民司法》2022年第2期。

〔62〕 参见《最高人民法院印发〈关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见〉的通知》（法发〔2011〕18号）第8条。

否有商业广告等信息考察使用行为是否营利。<sup>〔63〕</sup> 二是被使用作品的性质，即作品是否具有高度原创性、是否已发表，可以调用由作者提供的、平台搭建的作品数据库中的相关信息进行确定。三是使用行为的数量及质量，数量多少可以通过算法计算，使用作品内容的重要程度可以通过与网站对内容的监测、统计数据进行对比得出。例如，目前大多数网站的建设都注重加强与用户的互动性，可以通过对用户反馈行为的大数据分析来确定哪些部分构成作品的实质性部分，例如用户在作品的哪些部分进行了长时间停顿或者反复观看，在哪些部分发送了较多评论和视频弹幕等。<sup>〔64〕</sup> 虽然这些数据可能难以作为判断作品实质性部分的终局性证据，亦无法比肩法官或律师的专业分析，但或许能为作品的实质性内容判断提供一些启发，因为受到观众喜爱或关注的部分与作品的精华部分、核心内容之间通常存在一定的内在关联。

三是如何体现“不得不合理地损害著作权人的合法权益”。这需要判断某一使用行为是否会影响作品现实或潜在的市场价值，并且达到了不合理的程度。<sup>〔65〕</sup> 换言之，如果某种使用行为不影响作品的正常使用但对著作权人的合法权益造成影响（例如私人复制行为），但只要对合法权益之损害未达到不合理的程度，即可通过第三步的检测。在合理使用算法化的场景下，“不得不合理地损害著作权人的合法权益”判断可以借助大数据分析界定某种使用行为对权利人作品的现实或潜在市场的影响是否达到了不合理的程度，至于何谓“不合理程度”则需要基于过往司法裁判的大数据分析确定判断基准。例如，有学者提出可以通过大数据搜集处于著作权人、用户和平台掌控范围之外的信息，以确定该使用行为对著作权人现实或潜在市场范围的影响程度。<sup>〔66〕</sup> 还有学者提出，可以将商业使用作为替代参数考虑，利用经济学分析中需求的交叉价格弹性创建模型分析对原作品现实或潜在市场的影响。<sup>〔67〕</sup>

• 744 •

## 五、著作权合理使用算法化的限度

著作权合理使用算法化并非对现有制度适用方式的颠覆，而是作为现有制度适用方式的补充发挥作用，因而其适用应有一定的限制。著作权合理使用算法化的限度体现为：一是功能限定，需处理好合理使用算法判断与司法裁决、人工决策之间的关系；二是监管需求，需加强对合理使用算法化的外部监管。

### （一）功能限定：预测推定与繁简分流

作为除法院和平台专业审查团队之外的合理使用判断机制，厘清合理使用算法判断与司法裁判、人工决策之间的关系（如表1），明确其功能定位，是合理使用算法化在实践中予以落实的基础。

〔63〕 参见前引〔16〕，Niva Elkin-Koren文，第1096页。

〔64〕 See Peter K. Yu, *Can Algorithms Promote Fair Use?*, 14 FIU Law Review 329, 345 (2020).

〔65〕 参见前引〔60〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著书，第1002-1003页；World Trade Organization, *United States Section 110 (5) of The US Copyright Act*, p. 59, available at <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/160R-00.pdf&Open=True>, last visited on Jun. 1, 2023.

〔66〕 参见前引〔64〕，Peter K. Yu文，第345-346页。

〔67〕 参见前引〔8〕，华劭文。

表 1 合理使用算法判断与司法裁判、人工决策的对比

| 角度   | 合理使用算法判断与司法裁判、人工决策之间的关系 | 合理使用算法判断机制的功能定位 |
|------|-------------------------|-----------------|
| 效力角度 | 司法裁判>人工决策>合理使用算法判断      | 预测推定            |
| 效率角度 | 司法裁判<人工决策<合理使用算法判断      | 繁简分流            |

从效力角度来看，司法裁判>人工决策>合理使用算法判断，即司法裁判具有终局性，合理使用算法判断结果可被人工决策、司法裁判所推翻，合理使用算法化仅具有初步的预测推定作用。首先，合理使用算法判断机制是一种预测工具，司法裁决仍具有终局性。以算法过滤机制为例，平台的过滤结果只是侵权与否的初步推断，而非不可推翻的终局裁决，用户和著作权人可以通过向平台申诉、向法院起诉等方式对过滤结果提出挑战。同理，合理使用算法判断机制是用于预测构成合理使用的可能性高低，亦是发挥初步推定作用，而非代替司法裁决。<sup>〔68〕</sup>其次，平台人工决策可以推翻合理使用算法判断结果，此时人工审核团队相当于发挥了复核纠偏的功能。需要进一步思考的是，若合理使用算法判断机制的预测结果并不具有足够的可靠性、随时面临被人工决策和司法裁判推翻的可能，社会公众是否还会信任合理使用算法判断机制。对此问题的回答是肯定的。合理使用算法化相当于为用户提供了一个免费、快捷的判断机制，在后续司法判决认定侵权之前用户上传内容都可以在平台内获得正常传播，而非在上传之初即被屏蔽。<sup>〔69〕</sup>合理使用算法判断机制虽然不足以为用户提供一个“不侵权”的保证，但相比于让不具有专业知识的用户来判断某种作品利用行为是否构成合理使用而言，是一个更为合理的选择。

从效率角度来看，司法裁判<人工决策<合理使用算法判断结果，即简单的合理使用行为应交由算法批量判断，留待人工决策和司法裁判的应为复杂的合理使用行为。如前文所述，目前合理使用算法化的实现路径主要是通过机器学习提取现有合理使用案例中的模式，用以对将来的情形作出预测，而机器学习需以大量的训练数据为基础，对于训练数据较少的合理使用类型或新类型合理使用，机器学习的效果则有限。<sup>〔70〕</sup>因此，合理使用算法化的范围仅限于某些特定类型的合理使用判断，对于算法不能判断的情形应当由平台的人工审核团队接管，以保证合理使用制度的适用效果。

可以将合理使用算法判断机制理解为一种繁简分流的过滤机制：首先，适合于用算法解决的任务需要具备“确定性”“信息完全”“静态”“有限任务”“特定领域”等特点，<sup>〔71〕</sup>在合理使用制度语境下则表现为构成合理使用的典型行为。相比于人工决策和司法裁判需要进行个案决断而言，合理使用的算法判断机制能够作出实时反应、批量操作，因此大部分的合理使用情形应通过算法予以判断。其次，对于涉及作品的非典型利用方式是否构成合理使用，即使是在法院之间也可能存在分歧，要求算法对此作出决断并不适合，需要平台人工审核团队的介入。合理使用算法判断机制审核待判定内容，可能产生三种预测结果，第一种结果是构成合理使用，第二种结果是

〔68〕 参见前引〔16〕，Niva Elkin-Koren 文，第 1099 页。

〔69〕 参见前引〔30〕，Peter K. Yu 文，第 224 页。

〔70〕 See Ajay Agrawal, Joshua Gans & Avi Goldfarb, *Prediction Machines: The Simple Economics of Artificial Intelligence*, Harvard Business Review Press, 2018, p. 59.

〔71〕 参见前引〔32〕，刘知远、崔安顺等编著书，第 294 页。

不构成合理使用,第三种结果是不确定是否构成合理使用。作为一种预测机制,合理使用算法判断机制往往只能提供一个概率性结果,概率的设定需要根据实际情况进行。例如,对于某个用户上传内容有80%的概率构成合理使用即可予以放行,有80%的概率构成侵权即可被推定为侵权内容,对于处于二者之间的内容该如何认定应由人工审核团队接管作出进一步的判断。最后,如果用户对平台人工审核的结果仍然不服,则可以选择提起司法诉讼。

由此,通过合理使用算法判断、平台人工审核和司法诉讼三层过滤机制,不仅可以实现繁简分流、提升合理使用判断的效率、降低人工审核压力,还将有效解决社会公众主动提起合理使用抗辩的积极性不足问题。此外,随着技术的不断发展以及合理使用案例数量的不断增加,交由算法判断的合理使用案例数量将越来越多,留待人工决策的合理使用案例数量将越来越少,<sup>[72]</sup>即使是在“算法+人工”的双层审核机制下,也能够逐渐降低对人工的依赖。

## (二) 监管需求:私人自治+司法审查

合理使用算法判断的结果并非绝对正确,需要加强对合理使用算法化的外部监管,限制适用范围、提高适用精度。合理使用算法判断机制的监管应充分发挥算法实施主体的自治功能和司法审查的监管作用,引入“私人自治+司法审查”的双层机制。

### 1. 私人自治:二次判定与个案纠偏

当平台通过算法过滤切实影响社会公众的合理使用空间时,其也同时处于对合理使用算法预测结果进行完善和纠偏的最佳位置,因此,要充分发挥平台的自治功能,对合理使用算法判断机制进行实时监控、动态调整。对单个特定的算法决策进行结果审查主要包括以下两种情形:

第一种情形是利用人工审核进行二次判定,审查被算法机制标记的不确定内容是否构成合理使用。这种情形属于“算法+人工”混合路径的基本应用,有助于提升合理使用制度在著作权算法实施背景下应用的准确性和周延性。如前文分析,合理使用算法判断机制只能用于有限情形的合理使用判断,对于训练数据较少的合理使用行为或新类型的合理使用情形,需要通过算法予以标记然后由人工接管进行二次判定。例如对于短视频平台的混剪视频,在算法机制难以判断是否构成合理使用时,交由人工进行二次判定而非以“一刀切”的方式当做侵权内容处理,更有助于保障合理使用制度的准确适用。此时平台人工审核的结果可以作为新的训练数据反馈给算法,以不断提升算法机制的准确性。

第二种情形是利用人工审核进行个案纠偏,由用户通过申诉启动人工复核程序纠正错误预测结果。例如,Lenz案<sup>[73]</sup>中无意中被录入视频的受著作权保护的背景音乐,难以被算法预测机制准确识别为合理使用,而更可能识别为侵权内容。对于此种情形,提供人工审核纠错的方式是目前实践中各大平台所采取的普遍做法。但平台内人工审核机制发挥良好作用的前提是用户提起申诉,因此需要建立运行通畅的反通知程序。而目前反通知程序在实践中并未很好地发挥其制度功能,主要原因在于:对于用户而言,即使内容被当作侵权内容而不能上传,因为专业知识缺乏、营利动机不强等原因其缺乏提起反通知的主观激励;对于平台而言,实践中也存在区别对待“通

[72] See Peter K. Yu, *Anticircumvention and Anti-Anticircumvention*, 84 Denver University Law Review 13, 65 (2006).

[73] See *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801F.3d 1126 (9th Cir. 2015).

知”和“反通知”的情形，对反通知的受理要求远高于对通知的受理要求。<sup>〔74〕</sup>对反通知程序进行制度改造的主要方向是降低用户提起反通知的难度，向用户充分告知提起反通知的权利和具体方式，提高用户提起反通知的积极性。

## 2. 司法审查：从“个案判断”到“算法审查”

虽然平台自治能够实现对算法判断机制的实时监管，但在利益驱使下私人自治的效果往往难以保障，需要引入外部监管和引导。这就意味着，在现有的合理使用“个案判断”模式之外，还应新增对合理使用的“算法审查”，即允许用户和著作权人通过提起诉讼的方式让法院审查合理使用算法机制的合理性。<sup>〔75〕</sup>对合理使用算法判断机制进行司法审查包括两方面：一是准确性审查，二是可解释性审查。

一方面，在准确性审查方面，法院对算法机制进行审查的目的并非判断算法机制是否完美，而是确定该算法的错误率是否在可接受的范围之内。<sup>〔76〕</sup>如前所述，无论是算法预测机制还是人工审查机制，都难以达到司法裁判者的专业程度，允许算法合理使用判断机制“出错”是在尊重技术发展现实背景下的恰当选择。在判断合理使用算法机制合理性时，参照对象应为人工审查机制，对比前者的正确率与后者的正确率，判断算法预测机制的错误率是否在可允许的范围内。若相较于人工审查机制而言，算法机制并没有带来更高的错误率，那么就应当认为该算法机制是一种合理的算法机制。除了对算法模型的准确率进行审查之外，还需要审查是否有配套的人工审核机制来进行二次判定与个案纠偏，以尽力提升合理使用算法判断机制的准确率。

另一方面，在可解释性审查方面。机器学习往往涉及黑箱模型，难以获悉输入与输出之间的决策依据及具体过程，存在可解释性缺陷。加强对合理使用判断机制的可解释性审查，有助于提高算法透明性、纠正算法偏见。在诉讼阶段对机器学习算法模型进行审查属于事后审查，对应的解释方法为事后解释，具体又可分为全局解释和局部解释。其中全局解释关注算法模型本身，着力于披露机器学习过程、结果以及在新样本上的决策逻辑，以增强人类对机器学习算法模型的理解；局部解释则关注特定输入样本和输出结果之间的决策逻辑，意在披露某个预测结果的决策依据和决策过程。<sup>〔77〕</sup>从理论角度而言，关注算法模型本身的全局解释更符合对合理使用算法判断机制进行审查的期待，有助于发现数据的收集和处理过程是否存在瑕疵，明确训练过程中的人工决策是否存在偏见，以及算法模型是否符合合理使用算法化的设计预期。但在实践中，囿于算法模型本身的复杂性、不透明性等原因，全局解释较难实现，局部解释的应用更为广泛。<sup>〔78〕</sup>但无论是全局解释还是局部解释，都可以在不同程度上打开机器学习模型的黑箱，在对合理使用算法判断机制进行司法审查时，可根据实际情况交替使用两种解释方法。

• 747 •

〔74〕 参见蔡唱：《网络服务提供者侵权责任规则实施研究》，光明日报出版社2020年版，第43页。

〔75〕 由法院审查算法机制的合理性在我国司法实践中已有探索，例如浙江省高级人民法院在2019年12月出台的《涉电商平台知识产权案件审理指南》第24条规定“电商平台经营者应对其采用自动化技术手段的事实及其合理性承担举证证明责任”。相关分析参见邵红红：《算法推荐服务提供者的著作权注意义务探究》，载《苏州大学学报（法学版）》2023年第1期。

〔76〕 参见前引〔16〕，Niva Elkin-Koren文，第1099页。

〔77〕 参见前引〔54〕，纪守领、李进锋、杜天宇、李博文。

〔78〕 参见前引〔54〕，纪守领、李进锋、杜天宇、李博文。

## 六、结 语

算法通知和算法过滤分别赋予著作权人和平台以算法权力,只有同样地通过算法为社会公众赋能,才能在强化著作权保护的同时有效保障社会公众的合理使用空间,重新找到著作权人、平台和社会公众之间的利益平衡。虽然距离合理使用算法化的实现还有一定的路要走,但在算法通知和算法过滤的背景下思考处于法律规则和算法技术交汇点的合理使用算法化问题却正当其时。我们对合理使用算法化的接受程度,取决于我们对合理使用算法化所寄予厚望的程度:当我们越寄希望于一个完美的、如法官般全能的合理使用算法判断机制时,我们距离合理使用算法化也就越远;若我们能正确认识合理使用算法化所要达到的目标和所能作出的贡献,便能更好地部署合理使用算法化的未来。合理使用算法化并非对合理使用法律制度的替代,亦非对司法裁判和人工决策的取代,而是一种基于效率的辅助预测工具,是对现有合理使用制度适用方式的补充。合理使用算法化的实现需要进行技术发展与实践的深度联动,一方面依赖于快速发展完善的大数据、人工智能技术,另一方面也要求法律实践对合理使用制度进行更加精准的适用。从长远来看,合理使用算法化不仅是“法律算法化”的生动实践,更引出了人工智能时代合理使用制度该如何构建这一宏大的话题,需要进行更加系统的研究,让合理使用制度能够在新技术、新业态和新模式中继续焕发生机。

---

---

**Abstract:** Robo notices and copyright filtration have eroded the space of fair use, leading to the imbalance of interests among copyright owners, platforms and the public. It is necessary to introduce algorithmic fair use because it can promote a new balance of interests among platforms, copyright owners and the public, fill the efficiency gap of the fair use system, and provide a supporting basis for the establishment of copyright filtration obligations in China. At present, algorithmic fair use mainly faces challenges at both technical and legal levels, but none of these arguments is sufficient to justify the rejection of algorithmic fair use. Algorithmic fair use needs to be employed from technical and legal levels. At the technical level, we should adopt the approach of supervised learning. At the legal level, we should consider the coordination with the current law of China. As the supplement to the application of existing fair use doctrine, the application scope of algorithmic fair use should be limited from the two dimensions of functional positioning and external supervision.

**Key Words:** copyright fair use, legal algorithmization, machine learning, algorithm audit

---

---

(责任编辑:张金平 赵建蕊)

## 作品元素商品化利用的法律规制 ——兼论对独立商品化权益的否定

虞婷婷\*

**内容提要：**著作权法和商标法在保护知名作品元素的顾客吸引力方面存在空白，但对这一空白地带单独赋权的正当性存疑。盗用理论不能证成作品权利人具有应受保护的利益，其依托的劳动财产权学说也过分夸大了赋权的好处。经过赋权成本和收益的权衡可以发现，不管是激励创作开发还是纠正低效使用，其带来的收益都是不确定的，因为在著作权之外另行设立商品化权益存在着重复激励以及损害竞争自由的问题，故单独赋权并不合理。对作品元素商品化利用的规制，仍然需要著作权法和商标法的共同发力。前者在认定虚拟角色等作品元素的可版权性时门槛不宜过高，否则容易造成反法一般条款的滥用。后者要以禁止混淆误认为核心，重视商品的类似性，但不应要求作品元素事先进行了额外的商品化活动。

**关键词：**作品元素 商品化权益 盗用理论 可版权性 混淆可能性

• 749 •

### 一、问题的提出

作品元素的商品化利用是近几年商业发展的一种流行趋势。一些知名作品的标志性要素如作品名称、人物角色、经典台词乃至场景物件都可以作为商品化的对象。对此，我们不妨将作品元素吸引顾客进而使其产生购买欲的能力称为“顾客吸引力”<sup>〔1〕</sup>。作品元素的商品化，本质上就是一种利用作品元素的顾客吸引力进行的促销和宣传活动。作品元素能够在商品化利用中创造巨大的经济价值，但这种经济价值应当如何分配？是由开发创作作品元素的著作权人独享，还是应当划入公有领域？就此而言，我国规范层面的表述并不十分清晰，而司法实务的处理也令人困惑。

\* 虞婷婷，杭州师范大学沈钧儒法学院讲师。

〔1〕 廖继博：《中国语境下的商品化权益及其正当性》，载《法律适用》2018年第1期，第93页。

在规范层面,《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》(以下简称《商标授权确权规定》)第 22 条将作品元素作为一种可以禁止他人注册的“在先权益”。〔2〕但从条文规定来看,作品元素“在先权益”的性质是模糊的,一方面要求作品在“著作权保护期限内”,但又以“误认”作为侵权判断的标准,到底是采取著作权法保护路径还是商标法保护路径?另一方面,如果仍然以“误认”作为侵权认定标准,为何控制的商品类别没有“相同或类似”的要求,而仅仅需要满足“相关”,“相关商品”的范围有多大?正因如此,有学者批评这一条文规定中的商品化权益是一个不应当存在的“四不像”〔3〕。在以“侵害在先权益”为由禁止注册的商标授权案件中,尽管判决在说理时都强调禁止混淆,但由于不同法院对作品的衍生商品范围存在不同认识,混淆认定的宽严也就不一,很多时候可能超过了禁止混淆的边界。在此背景下,我们需要回答,在著作权法和商标法〔包括《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第 6 条的禁止仿冒规定〕保护之外,是否要给予作品元素的创作者一项独立的商品化权益。〔4〕

现有研究没有给出足够有说服力的论证。在反对者看来,不具有可版权性的作品元素不受著作权法保护,商品化权益不是著作权的派生权益,而应当回归商标法框架,适用“有一定影响的未注册商标”保护即可。〔5〕反对者直接否定了独立商品化权益的存在,认为著作权法和商标法之外不存在需要特别关注的利益。但既不属于著作权又不属于商标权的客体就一定不受法律保护了吗?反对者并没有仔细权衡单独赋权的成本收益。与此相对,支持者则大多基于对盗用或者搭便车的抵触,主张适用《反不正当竞争法》第 2 条来保护独立的商品化权益。〔6〕但反对搭便车的前提是要有一个值得保护的利益,而这恰恰是支持者需要证成的。仅仅出于对劳动和投资的保护就禁止搭便车也是失之偏颇的,因为这往往夸大了赋权的收益,并没有统筹考量赋权的成本。总体而言,无论是支持者还是反对者,都缺乏对独立商品化权益全面的成本收益分析。

基于此,本文首先从事实层面考察,我国著作权法和商标法在规制作品元素商品化利用的问题上是否存在空白之处;如果确实存在未尽之处,本文接下来将从价值层面衡量对空白地带单独赋权的正当性(即赋权的成本效益分析)。如果赋权得以证成,文章将进一步完善相关配套制度,确定该项权益的保护模式、保护门槛以及保护限制,如果赋权难以被证成,那么文章将进一步讨论如何完善现有的规制方案,以期达到更优的法律适用效果。

〔2〕《商标授权确权规定》第 22 条第 2 款规定:“对于著作权保护期限内的作品,如果作品名称、作品中的角色名称等具有较高知名度,将其作为商标使用在相关商品上容易导致相关公众误认为其经过权利人的许可或者与权利人存在特定联系,当事人以此主张构成在先权益的,人民法院予以支持。”

〔3〕蒋利玮:《论商品化权的非正当性》,载《知识产权》2017 年第 3 期,第 34 页。

〔4〕本文所关心的商品化权益,既包括权利也包括利益。目前对独立商品化权益持肯定意见的观点大多主张适用《反不正当竞争法》第 2 条对搭便车行为予以规制,这也是在著作权法和商标法之外单独设权的体现,只不过设权方式采取了行为法模式。

〔5〕参见孔祥俊:《作品名称与角色名称商品化权益的反思与重构——关于保护正当性和保护路径的实证分析》,载《现代法学》2018 年第 2 期。

〔6〕参见冯术杰:《“搭便车”的竞争法规制》,载《清华法学》2019 年第 1 期。

## 二、著作权法和商标法对作品元素的保护存在空白

### （一）非版权客体不受著作权法保护

作品元素本身具有多样性，商品化利用的方式也不一而足，因此，作品元素的商品化利用行为是否受著作权法规制并不可一概而论，问题的核心仍然在于作品元素的可版权性。《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）第3条规定：“作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果。”作品元素作为作者精心构思的产物，肯定属于文学艺术领域内的智力成果无疑，不管是作品名称、人物角色还是其他作品元素也都是能够为他人客观感知的存在，能够满足“以一定形式表现”的要求。存在争议的是，作品元素是否满足“独创性”要件，并且不属于“思想—表达”二分法则排除的“思想”范畴。前者关注客体的选择安排空间是否足够，即客体是否属于小概率的信息成果，后者则考察著作权保护是否会对后续创作产生封锁效果，如果给思想以著作权保护，则会对思想的自由流动产生阻碍。<sup>〔7〕</sup>

就此而言，绝大多数单一的作品名称、角色名称或其他短语构成的作品元素因字数有限、内容简短，无法体现作者独有的选择安排空间。虽然字数长短不是独创性的决定性因素，但不充分的表达或多或少会阻碍独创性的发挥。除了独创性的考虑之外，对过于简短的文字给予著作专有权保护，还有可能对他人的创作自由造成过大的妨碍。因此，在规制这类作品元素的商品化利用时，著作权法就显得捉襟见肘，我们不能也不应动用著作权法的武器来保护不具有可版权性的客体。但令人感到困惑的是，《商标授权确权规定》第22条将作品元素“在先权益”限定在“著作权保护期限内”，实际上仍是将其当成从属于著作权或者由著作权派生的权利。<sup>〔8〕</sup>在“葵花宝典”的再审判决中，最高人民法院认为“葵花宝典”这一作品元素属于《商标授权确权规定》第22条规定的可以禁止他人注册的“在先权益”，即满足“在著作权保护期+具有较高知名度+存在较大混淆可能性”等要件。在商标法的混淆误认分析框架之外，最高人民法院接着又对“商品化权”进行了法理阐释，并指出作品名称、武侠秘籍名称等作品元素纳入“在先权益”保护的法律依据之一就是《著作权法》第10条第1款第17项规定的“应当由著作权人享有的其他权利”。<sup>〔9〕</sup>由此可知，最高人民法院似乎倾向于将这类“在先权益”作为著作权派生的权利，甚至就是著作权的一部分。然而，诚如有研究指出的，最高人民法院并没有将“葵花宝典”认定为作品，就不应将其产生的权益视为著作权的组成部分。<sup>〔10〕</sup>《著作权法》第10条是对著作权控制范围的界定，也是对作品实质性利用行为的规制，不管是复制权、发行权这类有名权能还是“其他

• 751 •

〔7〕 参见蒋舸：《论著作权法的“宽进宽出”结构》，载《中外法学》2021年第2期。

〔8〕 参见邓朝霞：《虚构角色的商品化权之批判性思考：中美比较视角》，载《电子知识产权》2022年第4期。

〔9〕 判决原文如下：著作权法第十条第一款第十七项规定的“应当由著作权人享有的其他权利”，表明在第一款明确列举的十六项权利之外，著作权人还享有其他法律赋予的权利，未列举的不等于著作权人没有这些权利。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》将符合特定条件的“作品名称、作品中的角色名称等”纳入“在先权利”给予保护，并非在著作权法等法律之外创设了新的权益。参见最高人民法院（2021）最高法行再254号行政判决书。

〔10〕 参见陈锦川：《从著作权法视角看〈葵花宝典〉案再审判决——兼评最高法院〈商标授权确权司法解释〉第22条第2款》，载 [https://www.ipeconomy.cn/index.php/index/news/magazine\\_details/id/5532.html](https://www.ipeconomy.cn/index.php/index/news/magazine_details/id/5532.html)，最后访问时间：2023年9月14日。

权利”，针对的都应是“作品”的利用，而作品名称等元素在不具有可版权性的情境下，就不应动用著作权法来为之提供说理支撑。

由于作品元素与作品有着天然的亲近关系，以调整作品利用的著作权法来处理作品元素的商品化利用行为就显得格外自然。然而，作品元素的可版权性仅具有或然性而非必然性，许多简短的作品名称、角色名称难以认定为具有独创性的表达，也就不能用著作权法分析框架予以调整。在此背景下，我们还要进一步探寻，对于著作权法所不及的空白领域，商标法能否完全填补。

## （二）非混淆性使用不受商标法控制

对于不具有可版权性的作品元素而言，商标法（包括《反不正当竞争法》第6条的禁止仿冒规定）确实可以提供一定程度的保护。例如，作品元素的权利人（包括电影制片者、小说运营方）可以将其注册为商标，也可以通过在实践中使用从而形成有一定影响的未注册商标，无论是注册商标还是有一定影响的未注册商标，都可以在禁止注册和禁止使用环节获得各自的保护。<sup>〔11〕</sup>然而，商标法保护有着较高的代价和条件。商标的注册和维持需要耗费成本，权利人需要在若干商品和服务类别上注册相当多的标识，即使是“护城河”式的事先保护也难免挂一漏万。也正是基于此，实践中引发争议的作品元素都是未注册标识，作品元素的知名度可以帮助其达到“有一定影响”的要求。但无论是注册商标（注册驰名商标除外）还是有一定影响的未注册商标，在侵权认定环节都需要以“混淆可能性”为核心，而这恰恰是目前很多作品元素商品化利用行为难以满足的条件。商标法的立法目的在于降低消费者的搜寻成本，因此，商标侵权的认定也始终以消费者混淆可能性为核心。商标法上的混淆既包括来源混淆，也包括关联混淆，即虽不会认为侵权人商品来自商标权人，但会误认为侵权人与商标权人之间存在赞助、许可、附属等关联关系。<sup>〔12〕</sup>《反不正当竞争法》第6条虽然没有出现“混淆”字眼，但“误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”的本质仍然是混淆，实践中法院亦认可仿冒不正当竞争的认识方法与商标法的原则方法是一致的。<sup>〔13〕</sup>但无论是狭义的来源混淆还是广义的关联混淆，都不包括引起联想的使用行为，引起联想采取“可识别性”标准，即消费者能够从被告的使用中识别出原告的形象或标志即可。<sup>〔14〕</sup>“单纯让消费者想到了另外一个商标不构成混淆。”<sup>〔15〕</sup>质言之，商标法意义上的“混淆可能性”排除“引起联想的可能”，而后者正是目前对知名作品元素进行商品化利用的主要方式，商家正是通过知名作品元素让消费者想到原作品，产生移情的促销效果。

在作品元素商品化利用的情景中，作品元素并不一定是消费者识别来源的依据，将其使用在与原作品相距较远的商品上也很难说会造成“混淆可能性”。消费者之所以购买附有作品元素的商品并不是基于对商品提供者商誉的认可，而是因为作品元素“为公众熟知或迎合了公众的审美取向或特定心理，有助于激发消费者的购买欲，而商家所要利用的，也正是隐藏在这些事物背后的这种潜在价值——顾客吸引力”<sup>〔16〕</sup>。哪怕相关公众清晰地认知到标识使用人与作品权利人之间

〔11〕 参见《中华人民共和国商标法》第30条、第32条和第57条，以及《反不正当竞争法》第6条。

〔12〕 参见姚鹤徽：《论商标侵权判定的混淆标准——对我国〈商标法〉第57条第2项的解释》，载《法学家》2015年第6期。

〔13〕 参见广州知识产权法院（2015）粤知法著民终字第30号民事判决书。

〔14〕 参见张丹丹：《商品化权研究》，吉林大学2008年博士学位论文，第162-163页。

〔15〕 杜颖：《商标法》，北京大学出版社2016年版，第146页。

〔16〕 张丹丹：《商品化权研究》，吉林大学2008年博士学位论文，第124页。

不存在任何关系，也会出于对该作品元素的认同、喜爱而消费。这种顾客吸引力产生的利益，既无法通过著作权法获得全部保护，也不能完全依靠商标法，但这并不意味着独立商品化权益没有存在的必要。接下来，我们就要讨论对这种空白地带单独赋权是否具有正当性。

### 三、对空白地带单独赋权缺乏正当性

#### （一）盗用理论的说服力有限

##### 1. 盗用理论的运行逻辑

在著作权法和商标法之外，支持作品元素独立商品化权益最常见的理由就是盗用理论，其体现了学者们对“搭便车”和“不劳而获”的抵触。有学者认为，对商品化权益予以法律保护，是为了保护为获得并维系标识知名度而付出的智力劳动和资本投入，搭便车理论完全可以从反不正当竞争法的角度对“商品化权”背后的权益保护提供法律依据。<sup>〔17〕</sup>盗用理论起源于美国法院1918年对事实性新闻加以保护的“美联社诉国际新闻社案”，该案中国际新闻社未经美联社许可，复制并传播了美联社采集的第一次世界大战前线新闻。美国最高法院认定，这些新闻是美联社通过劳动、技能和金钱的支出才收集到的，美联社对此拥有一项“准财产”权利，因此不应该允许国际新闻社“不劳而获”。<sup>〔18〕</sup>盗用理论的运行逻辑在于，权利人因其劳动而获得财产权，利用者的不劳而获行为应当被禁止。后来适用盗用理论的判例中，法院也会首先强调原告在时间、金钱和精力上的投入，接下来再以禁止不劳而获为由制止被告行为。<sup>〔19〕</sup>

##### 2. 盗用理论的本土适用

我国法院在规制作品元素商品化利用时也采纳了盗用理论，具体而言又有两种适用方式，一是以禁止混淆为名行禁止搭便车之实，二是直接禁止搭便车的盗用行为。以禁止混淆为名行禁止搭便车之实的案件大多发生于2017年《商标授权确权规定》颁布之后。如前所述，《商标授权确权规定》在保护作品名称、角色名称等在先权益时也要满足引起“误认”的效果，但作品元素的商品化利用行为不一定会导致误认，而仅仅是引起消费者的联想，从而获得顾客吸引力。正是基于此种规范和现实的悖论，我国法院在很多案件中宽泛认定“相关商品”的范围，将大部分日常用品都视为原作品的衍生行业，从而实际上禁止了使用者的搭便车行为。例如在“花无缺案”中，法院对混淆可能性的分析一笔带过，但却花了很大篇幅强调权利人对该作品元素的劳动投入。<sup>〔20〕</sup>而直接禁止搭便车的案件则主要见于《商标授权确权规定》颁布之前。在这一阶段，由于规范层面没有混淆误认的要求，故法院也没有强行去论证作品元素的商品化利用会造成消费者误认，而是直接将知名的作品元素作为一种在先权益。例如，在“邦德 007 BOND 案”中，法院认为“007”“JAMES BOND”作为角色名称，其知名度的取得是创造性劳动的结晶，所带来的

〔17〕 参见冯术杰：《“搭便车”的竞争法规制》，载《清华法学》2019年第1期。

〔18〕 See *International News Service v. Associated Press*, 248 U. S. 215 (1918).

〔19〕 See Thomas N. Crowther, *Misappropriation of Trade Symbols—Synthesis of Public and Private Priorities*, 3 Utah Law Review 552, 558 (1969).

〔20〕 参见北京知识产权法院（2021）京73行初5347号行政判决书。

商业价值和商业机会是丹乔公司投入大量劳动和资本所获得的。因此,作为在先知名的电影人物角色名称应当作为在先权利得到保护。<sup>[21]</sup>

### 3. 盗用理论的理由不足

禁止搭便车有着天然的正义感,但其在商品化权益的证成上说服力仍然有限。首先,盗用理论存在循环论证的逻辑谬误。无论是禁止搭便车还是不当得利,前提都是存在一个应当受保护的利益,而这恰恰是需要我们仔细论证的。只有当法律首先保护作品元素的商品化利用,才存在搭便车行为的不正当。如果认为权利人对其作品元素有着商品化利用的财产利益,那么这种财产利益的正当性基础又是什么?因此,如果深入追究,盗用理论可能最终还要诉诸其他理论来论证商品化权益的正当性。<sup>[22]</sup>事实上,无论是搭便车还是不当得利,都是我们最后认定的结果而不是规制的理由,盗用理论通常只能解释有责任的情形,无法解释无责任的情况。<sup>[23]</sup>质言之,盗用理论在逻辑上犯了“倒果为因”的错误。其次,盗用理论模糊不清,适用起来比较困难。在大多数美国学者看来,发源于普通法的盗用理论是一种定义不清的侵权行为,且容易和联邦知识产权法产生冲突。<sup>[24]</sup>盗用理论虽然可以防止对作品元素知名度的不劳而获,但也时刻面临着“竞争自由、模仿自由”的质疑。也正是基于此,20世纪后半叶以来法院就逐渐缩减了盗用理论的适用范围,一般局限于与新闻报道有关的案件。<sup>[25]</sup>最后,盗用理论的哲学源泉也不够充分。如果我们进一步考察盗用理论的哲学依据,就会发现其很大程度上是对洛克的劳动财产权学说的遵循。在洛克看来,既然每个人都对自己身体的劳动拥有产权,当一个人把他的劳动与“自然的”或无主的东西混合在一起时,产品因此就成为他的财产。<sup>[26]</sup>作品元素商品化权益保护的案件中,法院都非常重视权利人投入的劳动、金钱或其他努力,这同样受到了劳动财产权学说的影响。然而,劳动财产权学说也只能为商品化权益提供道德上的正当性,它不能告诉我们投入要达到何种程度才能赋权。很多时候,投入劳动的多少并不是认定在先权益的决定因素,劳动与其成果之间经常不成比例,呕心沥血的成果可能无人问津,灵光一现的作品反而大获成功,这些都无法在劳动理论下得到合理解释。<sup>[27]</sup>此外,劳动财产权学说也可能过分夸大了赋权的收益,对赋权带来的负外部性缺乏整体衡量。

### (二) 赋权成本和收益的权衡

德姆塞茨以美洲印第安人土地私有产权的发展为例阐释了经典的赋权成本理论,即产权的一个主要功能在于提供将外部性内部化的激励,当内部化的收益大于内部化的成本时,财产权才

[21] 参见北京市高级人民法院(2011)高行终字第374号行政裁定书。

[22] 参见张丹丹:《商品化权研究》,吉林大学2008年博士学位论文,第83页。

[23] See Mark F. Grady, *A Positive Economic Theory of the Right of Publicity*, 1 UCLA Entertainment Law Review 97, 110-111 (1994).

[24] See David J. Meyer, *Misapplication of the Misappropriation Doctrine to Merchandising*, 11 Columbia-VLA Journal of Law & the Arts 601 (1987).

[25] See Ralph S. Brown Jr., *Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols*, 108 Yale Law Journal 1619 (1999).

[26] 参见〔英〕洛克:《政府论》(下篇),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1964年版,第17-32页。

[27] 参见董晓敏:《〈反不正当竞争法〉一般条款适用研究》,知识产权出版社2019年版,第74页。

有设立的必要。<sup>〔28〕</sup>在作品元素商品化利用的情形下，知名的作品元素具有较强的顾客吸引力，由此能够为商品或服务提供者带来可观的经济价值。质言之，商家确实能够因“擅自”利用作品名称、角色名称等作品元素而获利，作品元素所具有的商品促销作用无疑是在作品之外产生的正外部性，问题在于作品权利人是否有权将这一外部性全部内部化。要回答这一问题，仍然需要权衡赋权的成本和收益。

### 1. 独立商品化权益的制度收益

从赋权收益的角度来看，独立商品化权益的好处主要体现为以下两个方面：一是激励（有吸引力）作品元素的产出；二是促进作品元素的有效利用，单一控制可以避免同质信息泛滥。

#### （1）激励创作开发

激励理论的核心思想是，财产的私有化有利于激励主体对生产的投入，从而创造更多的财富。<sup>〔29〕</sup>以专利法和版权法为代表的知识产权制度可谓激励论的最好阐释，我国《著作权法》第1条就开宗明义地阐明了保护著作权的目的，即“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣”。在独立商品化权益的讨论中，我国亦有学者持激励论，如李扬教授认为商品化权益存在的一个前提是，不赋权可能会“减弱相关主体从事文艺事业、体育事业、创作活动、其他相关事业活动的动力，导致相关成果的市场供应不足”<sup>〔30〕</sup>。我国司法实务中也有判决认可了激励论，在“功夫熊猫案”中，二审法院就认为，将知名电影作品名称、知名电影人物形象及其名称作为民事权益予以保护，将鼓励智慧成果的创作激情与财产投入，促进文化和科学事业的发展与繁荣。<sup>〔31〕</sup>按照激励论的思路，一项独立的商品化权益之所以能够激励创作开发，必然是因为作品元素的商品化使用已经是创作者收回投资成本的主要方式，如果不承认独立的商品化权益，创作者就没有动力生产出优质的作品元素。

#### （2）纠正低效使用

如果说激励创作开发是站在事前激励的视角，那么纠正低效使用就是站在事后激励的视角，即只有让作品权利人单一控制才能促进作品元素的有效利用，避免同质信息的泛滥。“公地悲剧”理论是纠正低效使用的逻辑起点。1968年，加勒特·哈丁描述了公共草地被过度放牧导致的悲剧。<sup>〔32〕</sup>在没有界定产权的公共牧场上，牧民会无节制地放牧，因为他们不需要考虑其使用对其他人造成的成本，最终会造成草地退化、牧民破产的悲剧。过度放牧不仅会导致资源枯竭，还会带来资源的低效利用。牧民竞相以最快的速度放牧，这种竞赛被经济学家称为“租值耗散”（rent dissipation），即由于资源过度使用导致其价值下降。<sup>〔33〕</sup>但如果赋予单一主体产权，那么

〔28〕 See Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 The American Economic Review 347 (1967).

〔29〕 See Julius C. S. Pinckaers, *From Privacy toward a New Intellectual Property Right in Persona: The Right of Publicity (United States) and Portrait Law (Netherlands) Balanced with Freedom of Speech and Free Trade Principles*, Kluwer Law International Press, 1996, p. 248.

〔30〕 李扬：《反不正当竞争法基本原理》，知识产权出版社2022年版，第296-298页。

〔31〕 参见北京市高级人民法院（2015）高行（知）终字第1969号行政判决书。

〔32〕 See Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons: The Population Problem Has no Technical Solution; It Requires a Fundamental Extension in Morality*, 162 Science 1243 (1968).

〔33〕 See Mark F. Grady & Jay I. Alexander, *Patent Law and Rent Dissipation*, 78 Virginia Law Review 305 (1992).

他就会有动机来防止草地资源枯竭，并合理安排放牧的节奏，实现资源利用价值的最大化。

在与真人形象有关的商品化利用问题上，不少学者也强调单一控制的经济效率。他们认为名人形象不是纯粹的公共产品，不加控制的过度曝光会损害名人形象的价值。“如果任何生产者都能在其广告中使用某人的姓名和照片，那么对消费者而言，名人特许的任何信息都是没有价值的。”<sup>〔34〕</sup> 为了确保形象资产不被争先恐后地用完而浪费（价值贬损），需要有公开权（right of publicity）。<sup>〔35〕</sup> 在作品元素商品化的场景下，亦有研究认为权利人单一控制才能纠正作品元素的低效使用。如德尼科拉（Denicola）强调，设立一种由权利人管理作品元素商品化利用的机制是可取的。如果公众太频繁地遇到一个标志，他们可能会对它的装饰性使用感到厌倦，无限制的使用可能会破坏市场。<sup>〔36〕</sup> 这样一来，作品元素本来具有的顾客吸引力（公众的认同和情感）或者独特性也会消失殆尽。相反，将作品元素维持在一定的稀缺状态才能发挥有意义的信息传递功能。

## 2. 独立商品化权益的制度成本

### （1）形成重复激励

尽管我们在直觉上会认为独立商品化权益有激励创作开发的功效，但这很难经得起实践的检验。作品元素本就是作品的组成部分，如果我们已经对相关成果给予了著作权法保护，则现有的激励机制已经足够，另行创设商品化权益会形成重复激励。诚如有学者所言，对不构成作品的元素另外进行商品化权益保护，无异于延伸了著作权保护的边界，破坏著作权制度设计中的利益平衡机制。<sup>〔37〕</sup> 激励论用于证成商品化权益的前提是，如果不赋予单独的商品化权益，创作者就没有动力生产出优质的作品元素，以至于该成果的供应不足。<sup>〔38〕</sup> 但这一前提是否真的存在呢？对于具有可版权性的虚构角色等作品元素而言，其商品化利用行为完全可以在著作权法的框架下运行，商品化权益只是一种叠床架屋的存在。对于不具有可版权性的简单作品名称、角色名称等，即使不赋予作品权利人一个单独的商品化利用之权，相关作品的开发并不会受到影响，小说出版、电影上映等传统的作品利用方式已经足以使投资人收回创作成本，商品化利用本就不是这些不具有可版权性的作品元素盈利的主要方式。质言之，即使事先不存在一个独立的商品化权益，也不会影响金庸创作出《射雕英雄传》这部精彩的武侠小说，更不会阻碍其塑造出“郭靖”“黄蓉”“欧阳锋”这些经典人物形象，因为作品元素的商品化利用取决于作品创作完成后的影响力与知名度，其商业价值实现具有很大的偶然性，这种收益的存在与否并不足以影响作者进行创作的动机。在作品的最初创作活动中，如果说作者是因为受到某种财产权的激励，这种财产权也应该是著作权。

### （2）损害竞争自由

支持独立商品化权益最主要的理由其实并不是激励创作开发，而是激励有效的利用，通过权利人的单一控制避免同质信息的泛滥（即过度曝光），确保作品元素的价值不会因为过度使用而

〔34〕 〔美〕理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，法律出版社2012年版，第61-62页。

〔35〕 See Mark F. Grady, *A Positive Economic Theory of the Right of Publicity*, 1 UCLA Entertainment Law Review 97, 103-104 (1994).

〔36〕 See Robert C. Denicola, *Institutional Publicity Rights: An Analysis of the Merchandising of Famous Trade Symbols*, 62 North Carolina Law Review 603, 637-641 (1984).

〔37〕 参见孔祥俊：《作品名称与角色名称商品化权益的反思与重构——关于保护正当性和保护路径的实证分析》，载《现代法学》2018年第2期。

〔38〕 参见李扬：《反不正当竞争法基本原理》，知识产权出版社2022年版，第296-298页。

耗散。然而这一论断的合理性仍然存疑，一方面，作品元素价值的耗散不具有必然性，作品权利人也并不当然因为无法控制作品元素的商品化利用而遭受损失。在自由竞争的市场环境下，即使授权的销售者和未经授权的销售者同时存在，“官方认证商品”的诱惑也难以否认。<sup>〔39〕</sup>作品权利人可以通过更优的设计、更好的质量获得消费者的认可。在大学名称商品化利用的场景下，各个高校官方出品的纪念品与各个街边小贩出售的纪念品（在不造成混淆可能性的前提下）往往同时存在于市场，但仍有很多消费者更加倾心于官方产品。另一方面，即使作品元素的价值被耗散，也不一定会减损社会福利，与此相反，单一控制反而会带来垄断的无效，即损害竞争自由和消费者福利。经济学理论认为，在竞争激烈的市场中，只要商品的定价超过生产该商品的边际成本，企业就会继续额外产出，这是有效的市场运作。然而，在一个限制准入的市场中，垄断者控制着市场上商品的数量，这就导致了人为的稀缺性。为了利润最大化，垄断者会选择抬高商品的市场价格，最终会给消费者造成损失，这是低效的市场运作。<sup>〔40〕</sup>

就作品元素的商品化利用而言，赋予作品权利人一个独家的商品化权益本质上也是在人为地制造稀缺性。排他性权利的存在或多或少会形成对作品元素的垄断性使用，至少可以为潜在竞争对手进入市场制造障碍。权利人利用消费者对特定作品元素的有利心理反应来调节消费者的购买行为，极大地提高了该作品元素作为无形资产的价值。由于消费者对作品元素的忠诚和喜爱，处于垄断地位的权利人可以制定高价或者说没有人能够保证获得垄断地位的权利人会对商品化的产品进行合理定价。<sup>〔41〕</sup>即使权利人可以通过发放多个普通许可的方式利用其作品元素，但许可机制以及许可费用的存在仍然提高了生产成本和交易成本，消费者只能以更高的价格购买同样的商品。支持权利人单一控制的学者认为，独立商品化权益对消费者的影响是有限的，因为带有作品元素的商品的需求是有弹性的，一旦权利人定价过高，消费者需求量会显著减少，只有一小部分的消费者会宁愿花费高价购买。<sup>〔42〕</sup>但这种观点忽略了垄断定价带来的无谓损失，那些本来可以负担的消费者难以接触到该商品，这本就是消费者福利受损的体现。正如美国学者莱姆利（Lemley）所言，即使某一资源对其所有者的价值会随着过度使用而下降，也不一定对社会有害，因为完全竞争的市场总是有效的。但如果我们只让一个人控制特定类型的信息，那么信息的自由流动就会被限制，产品的价格也将随之上升，生产者虽然可以攫取更多的利润，但对社会而言没有好处，因为支付意愿高于边际成本但低于垄断价格的消费者仍然无法获得。<sup>〔43〕</sup>

### 3. 小结

激励创作开发是独立商品化权益难以承受的任务，作品权利人即使不能控制作品元素的商品化利用也不会影响其创作开发的动力，如果在著作权激励之外另行创设一项商品化权益，反而造

〔39〕 See Stephanie Frank, *Showing Your School Spirit: Why University Color Schemes and Indicia Do Not Deserve Trademark Protection*, 92 Boston University Law Review 329, 356 (2012).

〔40〕 See Veronica J. Cherniak, *Ornamental Use of Trademarks: The Judicial Development and Economic Implications of an Exclusive Merchandising Right*, 69 Tulane Law Review 1311, 1346-1347 (1995).

〔41〕 参见黄武双：《对注册商标未授权商品化行为现行规制模式的反思》，载《现代法学》2022年第6期。

〔42〕 See Robert C. Denicola, *Institutional Publicity Rights: An Analysis of the Merchandising of Famous Trade Symbols*, 62 North Carolina Law Review 603, 637-641 (1984).

〔43〕 See Mark A. Lemley, *Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 University of Chicago Law Review 129, 143-145 (2004).

成重复激励,破坏著作权体系应有的利益平衡。纠正低效使用看似为独立商品化权益提供了一定的正当性支撑,作品元素的过度曝光的确可能会减损其原有的价值与吸引力,但权利人遭受的这一损失需要与消费者因作品元素垄断使用遭受的不利益进行权衡。此时,我们实际上需要衡量的是社会更能接受同质化竞争,还是更能接受垄断。前者是不单独赋权可能带来的结果,后者则是单一控制的负面作用。同质化竞争虽然对社会意义不大,但可以通过市场调节得到缓和,有特色或者高质量的提供者最后会胜出,而垄断则需要法律介入。在作品元素商品化利用的场景下,自由竞争及其促进的消费者福利应当被赋予更高的权重,尤其是当作品元素既不具有可版权性也不会因其使用带来混淆误认的可能时,权利人私人利益应当让位于公共福利。

当然,在我国商标抢注十分盛行的当下,赋予权利人对作品元素商品化利用一个单一的控制权还有打击商标抢注“军备竞赛”的考虑。通常而言,我们将知识产权客体视为不具有排他性和竞争性的公共产品,但商标却有一定的特殊性,标识的竞争性往往高于其他知识产品。当相关主体将作品元素注册为商标时,对其消费就会转变为竞争性消费,注册商标专用权意味着其他人不得在某一类商品或服务之上再将其作为商标使用。基于此,有观点指出,如果不赋予作品权利人一项独立的商品化权益,理论上所有人都可以将其注册为商标,再加上我国商标注册制度采用“先申请制度”,市场主体便有了动机以最快的速度尽可能多地抢注商标,从而掀起了商标注册的“军备竞赛。”但商标抢注的负面效果不应被过分放大。如果确实是公有领域的信息(不构成作品的客体),其他商家为何不能注册?抢注一般在作品大热后才进行,而作品权利人其实与抢注者处于同一地位,甚至处于优势地位,很多影视作品上映之前,制片方的知识产权保护就已开始运作。如果权利人认为自己更能在与作品本身相距较远的商品或服务领域管理、运营好某一知名作品元素,完全可以去进行商标注册,而不是先验地赋予其对作品元素广泛的排他权。

• 758 •

#### 四、作品元素商品化利用规制的优化

在著作权法和商标法不及的空白地带,赋予作品权利人一项单独的商品化权益是不合理的,但这并不意味着作品元素商品化利用行为不需要规制。著作权法和商标法只是难以处理非版权客体以及非混淆性利用行为,但对于符合作品要件的客体或足以造成混淆误认的利用仍然有适用空间。事实上,在否认独立商品化权益之后,作品元素在法律上可供保护的利益就主要表现为创新性权益和标识性权益,二者分别由著作权法和商标法(包括《反不正当竞争法》第6条的禁止仿冒条款)予以规制。由此带来的问题就是,在作品元素商品化利用的场景下,著作权法和商标法能够适用的范围究竟有多宽。如果说本文第二部分从反面界定了著作权法和商标法适用之不及,那么接下来本文将从正面讨论二者应有的规制范围。

##### (一) 放宽版权法的规制范围:承认虚拟角色的可版权性

尽管单一的作品名称、角色名称或其他短语构成的作品元素因字数有限、内容简短,不符合著作权客体的要求,但仍有部分作品元素或元素的组合因能满足独创性要件而应获得著作权法保护。当作品元素或者作品元素的组合满足可版权性要件时,著作权法上实质性相似的侵权认定标准以及合理使用的免责出口,都能为我们在保护作品元素的创新性权益时提供有益的分析框架。就此而言,作品中虚构的人物角色就完全有可能达到“独创性表达”的要求。对于可视化角色而

言，利用线条、图案、色彩等表现方法形成的人物造型本身往往就是一个单独的美术作品，可以独立于原作品而受到著作权法保护。对于文学角色而言，虽然单独的人物名称或者人物性格难以满足独创性或者表达的门槛，但人物姓名、人物关系、性格勾勒和简单情节的组合却不止于此。一方面，文学角色本身的描述及其与其他角色关系、简单情节的组合很有可能属于小概率信息成果，能够反映作者的选择安排空间，满足独创性的要求。另一方面，文学角色尽管比可视化角色更加抽象，但不能因此将之完全等同于抽象的思想，名称、外貌、性格以及人物关系等都属有形且有具体的文字描述，将其作为著作权法保护的客体也不会过分阻碍后续创作的自由。

遗憾的是，我国部分法院在认定作品虚构角色的可版权性时设定了过高的门槛，使得明明可以在著作权法框架下处理的商品化利用行为被推向了《反不正当竞争法》一般条款。例如，在与可视化角色商品化利用有关的“煎饼侠案”中，法院虽然认可“煎饼侠”这一人物形象的塑造具有一定的独创性，但却认为其不满足美术作品“物质媒介”的要求，由于被告确实利用了煎饼侠这一形象的知名度和影响力，法院遂以《反不正当竞争法》第2条为之提供保护。<sup>〔44〕</sup>诚然，“煎饼侠”这一影视形象并不是用线条、图案、色彩等传统表现方法塑造的美术作品，但其具有可视化的外观，在形象设计上具有独创性，经过同样的化妆和造型设计能够被客观识别出来，足以满足美术作品的形式要件，法院的观点明显属于对美术作品过于僵化的理解。再如文学角色的可版权性，在利用文学角色创作同人作品的“金庸诉江南案”中，一审法院认为：“脱离了具体故事情节的人物名称、人物关系、性格特征的单纯要素，往往难以构成具体的表达。”<sup>〔45〕</sup>然而，即便文学角色不像可视化角色那样能够被读者直观感知和清晰界定，但并不能直接排除其可版权性。具体到本案，被告创作的《此间的少年》一书中几乎所有的角色都来自金庸武侠小说，包括角色的名称、主要性格特征、身份背景、人物关系，这些作品元素的组合更加接近于独创性表达而非抽象的思想，即使把这些角色与原作不同的部分全部剔除，只保留与原作相同的元素，也可以构成一份创作脚本。令人欣喜的是，2023年5月，广州知识产权法院推翻了该案一审判决，认定郭靖、黄蓉等文学角色组成的人物群像体现了金庸的选择、安排，且已经充分描述、足够具体，属于著作权法保护的“表达”。<sup>〔46〕</sup>对于二审的改判，业界的反对意见仍不少。反对者的一个核心论点是，文学角色无法成为一个可被感知的表达，无法独立于原作品而存在，如果给予其著作权法保护，则会限制在后创作的自由。<sup>〔47〕</sup>这种担忧是多余的。一方面，“可被感知”并不等同于“可被视觉感知”，文学角色透过作者的文字刻画同样能够为读者所感知。另一方面，文学角色与原作品能够实现分离，同人作品的创作过程中，单独借用原作的角色而不抽离出相应的故事情节，是很常见的创作手法。承认文学角色的可版权性并不意味着一定要将其作为独立的作品类型，而是说当原告塑造的虚构角色构成独创性表达时，被告对其角色的挪用也会满足著作权侵权的实质性相似要求。将充分描述而具有独创性的文学角色纳入著作权分析框架并不当然会挤占后来创作者的发挥空间，即便法院认为确有必要关注在后创新，也可以通过著作权法的合理使用制度给被

• 759 •

〔44〕 参见北京市大兴区人民法院（2015）大民（知）初字第17452号民事判决书。

〔45〕 广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决书。

〔46〕 参见广州知识产权法院（2018）粤73民终3169号民事判决书。

〔47〕 参见陶乾：《文学角色的可版权性批判》，载 [https://www.sohu.com/a/677037371\\_121124708](https://www.sohu.com/a/677037371_121124708)，最后访问时间：2023年9月14日；金水：《“金庸诉江南案”之后中国将再无同人作品》，载 <https://www.36kr.com/p/2262679371653123>，最后访问时间：2023年9月14日。

告提供一个免责的出口，而不是在侵权认定的前端就一概排除。金庸诉江南案的改判亦说明人物角色等作品元素的可版权性标准不应被过分拔高，著作权法在规制作品元素的商品化利用行为时应当保持足够的宽容，采取“宽进宽出”的结构，<sup>[48]</sup>唯有如此，才能发挥著作权法分析框架的认知优势，避免适用混沌模糊的《反不正当竞争法》一般条款。

## （二）限定商标法的规制范围：坚持以制止混淆为核心

与著作权法对独创性的智力成果加以保护不同，商标法保护的则是所谓的“经营性标记”，后者主要指向一种标识性权益。商业标识是一个外延十分广泛的客体，对其定义多采取“归纳+列举”的方式，“经营者在商业活动中使用的、具有识别功能的各种标记的统称，包括商标、企业名称、域名、商品特有名称、包装等”<sup>[49]</sup>。在我国，商业标识的法律保护是由《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）和《反不正当竞争法》共同完成的，因此本文所述的商标法也包括《反不正当竞争法》的相关规则。作品元素作为一种标识性权益，如果事先进行了商标注册自然可以获得商标专用权保护，而对于尚未注册为商标的作品元素而言，则至少需要满足“有一定影响的商标”的要求，商标法才会予以关注。除非某一作品元素满足已注册驰名商标的条件，否则其保护范围仍然以防止混淆为核心，而商标混淆所波及的商品范围是有限的，原则上以类似商品为限。

然而，我国司法实践对作品元素商品化利用的商标法规制却明显超过了商标法禁止混淆的范畴，即“以禁止混淆为名行禁止搭便车之实”。《商标授权确权规定》第 22 条虽然名义上还是禁止引发误认的使用行为，但禁止的范围从传统商标法上的“类似商品”扩展到“相关商品”，不再有商品类别的限制。北京知识产权法院在《关于涉作品名称及角色名称在先权益保护商标案件的调研报告》中也指出，作品名称及角色名称在先权益的保护范围并不限于其作品所属领域，还涵盖了其知名度所及的日常生活领域。<sup>[50]</sup>“日常生活领域”是一个何其宽泛的范围，虽然部分法院会以商品或服务类别差异过大为由拒绝保护，<sup>[51]</sup>但大部分法院对“日常生活领域”的认定都非常宽松，作品元素的禁注权范围已经包括第 11、12、16、17、18、12、21、25、27、34、44 等商品或服务类别，大有超越驰名商标进行全类别保护的趋势。<sup>[52]</sup>有的法院甚至将商品或服务的内容、对象等方面相差甚远的领域也视为衍生品范围。例如，法院禁止将“KUNG FU PANDA”注册在方向盘罩上，<sup>[53]</sup>禁止将“鹿鼎记”注册在饮品上，<sup>[54]</sup>禁止将“卤西西”注册在猪肉食品上，<sup>[55]</sup>禁止将“七个葫芦娃”注册在啤酒饮料上，<sup>[56]</sup>禁止将“王者荣耀”注册在电动三轮车上。<sup>[57]</sup>有的法院甚至前后矛盾，一方面否定了商标侵权的混淆可能性，另一方面又认为存在误认可能性。例如在“LEAGUE OF LEGENDS（英雄联盟）案”中，法院认为将

[48] 参见蒋舸：《论著作权法的“宽进宽出”结构》，载《中外法学》2021 年第 2 期。

[49] 王莲峰：《商业标识立法保护的新发展》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2014 年第 6 期，第 23 页。

[50] 参见北京知识产权法院：《关于涉作品名称及角色名称在先权益保护商标案件的调研报告》，载 <https://www.ciplawyer.cn/html/fgsb/20210513/146733.html>，最后访问时间：2023 年 3 月 13 日。

[51] 参见北京知识产权法院（2017）京 73 行初 6807 号行政判决书。

[52] 参见赵明：《作品名称、作品中的角色名称保护路径再探索——兼述“冰雪奇缘”系列商标确权案》，载《中华商标》2020 年第 7 期。

[53] 参见北京市高级人民法院（2015）高行（知）终字第 1969 号行政判决书。

[54] 参见北京市高级人民法院（2021）京行终 7411 号行政判决书。

[55] 参见北京市高级人民法院（2021）京行终 5091 号行政判决书。

[56] 参见北京知识产权法院（2020）京 73 行初 17687 号行政判决书。

[57] 参见北京市高级人民法院（2020）京行终 2012 号行政判决书。

“LEAGUE OF LEGENDS”注册在“裤子、上衣”等商品上不会导致相关公众对商品的来源产生混淆或误认，因为“裤子、上衣”等商品与权利人所在的“计算机软件、游戏、娱乐服务”等领域不相似。但接着又指出“裤子、上衣”系日常生活必需品及英雄联盟游戏的常见衍生商品，使相关公众对诉争商标核定使用的商品来源与在先作品名称的所有人产生混淆误认。<sup>〔58〕</sup>由此可见，我国法院对作品元素知名度能够波及的“相关商品”范围的认识是模糊的。

如果我们按照“有一定影响的商标”对于作品元素商品化利用行为进行规制的话，则《商标授权确权规定》第22条第2款就没有存在的必要，应当予以删除。一方面，该条确立的所谓作品名称、角色名称等“在先权益”属于“四不像”的存在，究竟是偏著作权利益还是商标利益并不明确，且“相关商品”的表述容易让法院宽泛地认定作品的衍生商品范围，超越商标法混淆误认的侵权边界。另一方面，对于商标注册阶段的商品化利用行为，我们完全可以用《商标法》第32条后半段“不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”予以规制。至于并非在商标注册阶段而是在使用中发生的不正当竞争行为，《反不正当竞争法》第6条也足以回应。问题的关键还是混淆可能性所及的商品范围。目前我国司法实务对于作品元素知名度波及范围的认定过于宽泛，基本覆盖了大部分“日常生活用品”，而在说理时仅仅以“相关公众的重合程度较高”一笔带过，显然超越了商标法应有的规制范围。尽管商品类似并非认定混淆可能性的决定因素，但在我国商标法语境下，商品类似仍然发挥着不可替代的作用，通常情况下，只有已注册驰名商标才享受跨类别保护。如果商标所使用的商品差别较大，商品创造出的完全不同的环境就会提醒消费者，使之不容易发生混淆。<sup>〔59〕</sup>因此，我们仍然应当重视商品类别的相似性，虽不需要严格拘泥于《类似商品和服务区分表》的限制，但也应从功能用途、销售渠道以及消费群体等因素综合把握。法院在类似程度更弱的商品上认定混淆可能性时应当保持足够的谦抑和谨慎，不能将日常生活领域都视为作品知名度所及范畴，并非任何程度的联系都存在混淆可能性，应当至少达到或等同于许可关系的程度，而这需要一定的数据支持和充分的判决说理。

此外，反对独立商品化权益的学者虽然也认可在“有一定影响的商标”的框架下处理作品元素的商品化利用行为，但对于作品元素“在先使用”的要求过于严格，认为作品元素只有事先进行额外的商品化活动之后才能阻却他人的注册和使用。<sup>〔60〕</sup>按照这样的标准，如果作品元素不存在一个事先的商品化行为，而仅仅作作为作品的一部分出版发行和传播，很有可能无法满足“在先商品化利用”的要求。然而，“在先使用”并不局限于“在先商品化利用”。“有一定影响的商标”获得保护的前提是“在先使用”，权利人对作品进行商业宣传、出版放映、信息网络传播也属于“在先使用”，不应要求有额外的商品化活动。只要该作品元素“在先使用”的领域（即作品所处的领域）与侵权商家使用或意图注册的领域是类似的，就应认定其满足“在先使用”的要求。在这种情境下，即使作品元素没有被实际用作商标，他人将其注册或使用在类似商品上，也应当推定混淆可能性是存在的，会使相关公众误认为二者存在特定联系。

〔58〕 参见北京知识产权法院（2018）京73行初10121号行政判决书。

〔59〕 参见姚鹤徽：《论商标侵权判定的混淆标准——对我国〈商标法〉第57条第2项的解释》，载《法学家》2015年第6期。

〔60〕 参见孔祥俊：《作品名称与角色名称商品化权益的反思与重构——关于保护正当性和保护路径的实证分析》，载《现代法学》2018年第2期。

## 五、结 语

知名的作品名称、角色名称等作品元素无疑具有极高的商业价值，也是众多商家在商品促销活动中竞相“搭便车”的对象，此种“搭便车”的商品化利用行为是否正当是我们不得不面临的一个问题。著作权法无法规制不具有可版权性的对象，简单的作品名称、角色名称也就难以获得著作权法保护。而商标法仅仅禁止可能引起混淆的商品化利用行为，引发消费者联想的商品促销行为，并不在商标法的射程之内。就此空白地带，仅仅依靠反对“搭便车”的盗用理论很难证成作品权利人事先享有一个受保护的利益，我们需要综合衡量独立商品化权益的成本和收益。一方面，激励创作开发是独立商品化权益难以承受的任务，在著作权激励之外另行创设一项商品化权益，反而会造成重复激励。另一方面，纠正低效使用看似为独立商品化权益提供了一定的正当性支撑，但若让作品权利人单一控制又会损害竞争自由，最终减损消费者的福利。因此，独立商品化权益并不是“一剂良方”，我们仍然要发挥并完善现有著作权法和商标法的功效。著作权法虽然不处理非版权客体，但在正面认定可版权性门槛时应当足够宽容，至少应当承认虚拟角色的可版权性。商标法规制的核心是混淆可能性，未注册又不具有可版权性的作品元素，完全可以在“有一定影响的商标”框架下处理，而无需单独将其作为一项“在先权益”，《商标授权确权规定》第 22 条第 2 款也就属于画蛇添足，应予删除。与此同时，在著作权法和商标法（包括《反不正当竞争法》第 6 条）已经足以对作品元素的创新性权益和标识性权益提供保护的背景下，也不应再适用模糊不清的《反不正当竞争法》第 2 条对空白地带进行扩张保护。

---

---

**Abstract:** Copyright law and trademark law cannot fully protect the customer magnetism of elements of works, but it is questionable to grant an independent merchandising right. The misappropriation doctrine does not establish that rights holders have a protectable interest, and Locke's labor theory overstates its benefits. The benefits of incentivizing creativity and correcting inefficient use are uncertain, since creating a merchandising right beyond copyright law would lead to duplicate incentives and undermine competition freedom. Hence it is unreasonable to establish an independent merchandising right. The regulation for the merchandising of work elements still requires the joint efforts of copyright law and trademark law. The threshold of copyrightability should be lower to prevent the abuse of the general clause of anti-unfair competition law. Trademark law should still focus on the similarity of goods in determining whether there is a likelihood of confusion, but there is no need for prior commercialization activities.

**Key Words:** elements of works, merchandising right, the misappropriation doctrine, copyrightability, likelihood of confusion

---

---

（责任编辑：张金平）

## 创设知识财产的中国范式及其国际扩张

曹 博<sup>\*</sup>

**内容提要：**美日欧主导的知识产权国际保护体系，虽在名义上并未限制本土知识财产的国际化，但对发展中国家已形成实质性锁闭的效应。中国在知识产权制度建设的过程中，形成了“国家利益导向型”“产业利益导向型”和“市场秩序导向型”三种创设知识财产的范式形态。由于无法与知识产权预设的制度要素相匹配，这些设权模式的实践效果并不显著。基于知识产权在主体、客体以及内容等方面的内在要求，有必要废止“市场秩序导向型”知识财产，重构创设知识财产的中国范式：区别权利主体层次的“国家利益导向型”知识财产、界分权利客体形态的“产业利益导向型”知识财产、新领域新业态下的新型知识财产。面对“再全球化”背景下“小多边主义”盛行的国际形势，中国应积极参与 RCEP、CPTPP、DEPA 等多边协定，实现创设知识财产中国范式的国际扩张。

**关键词：**知识财产 知识产权 中国范式 全球治理 人类命运共同体

• 763 •

### 一、引 言

工业革命在欧陆的勃兴改变了世界发展格局，知识产权作为创新成果的制度载体在部分欧洲国家间形成利益共识。经由海外贸易与对外扩张，这种地方性知识通过法律移植在全球范围内广泛传播，初步塑造了主要由《保护文学艺术作品伯尔尼公约》《保护工业产权巴黎公约》及《商标国际注册马德里协定》构成的知识产权国际保护形态。在世界知识产权组织（WIPO）建立并成为联合国专门机构后，知识产权领域的国际合作进一步强化，《世界知识产权组织著作权条约》《世界知识产权组织表演和录音制品条约》以及《专利合作条约》等国际条约进一步充实了知识

<sup>\*</sup> 曹博，上海交通大学凯原法学院副教授。

本文为国家社科基金青年项目“新型作品的法律确认与保护路径研究”（19CFX054）的阶段性成果。

产权全球治理的规则体系。世界经济一体化进程实现了国际贸易与知识产权的深度捆绑，裹挟着更多的国家接纳了知识产权制度，使得世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS 协定）成为最具影响力的国际条约。整体来看，知识产权国际条约以全面列举的方式建构了最低限度的知识财产体系范畴，并未限制自主创设知识产权的自由，并对各国既有的知识财产提供保护。<sup>〔1〕</sup>但是，现有的知识产权全球治理体系由美日欧主导，其中的知识财产范式已经形成，以之为蓝本进行的法律移植难以超越既有框架，本土化过程中确立的新型知识财产囿于后发劣势很难实现国际扩张，知识财产在国际保护层面已实质性锁闭。

这种现实不符合创设知识财产的历史经验与法理逻辑，加剧了国际竞争的失衡，对发展中国家非常不利，成为其跨越“中等收入陷阱”<sup>〔2〕</sup>的重要障碍。中国正在经历这一困局与挑战，其中尤以中美贸易争端中不断出现的知识产权议题为代表。<sup>〔3〕</sup>如何在法理层面突破创设知识财产的国际范式，既关系到中国在知识产权领域的竞争力与话语权，也会影响知识产权制度本土化的预期效果。中国的知识产权制度具有浓厚的法律移植色彩，在自上而下的制度构建中，充分体现出知识产权的公共政策属性。出于对国家利益、产业利益与市场秩序的关切，中国逐渐形成了三种创设知识财产的基本范式：“国家利益导向型”知识财产对遗传资源、传统知识及民间文学艺术提供保护，“产业利益导向型”知识财产对中医药品种、传统工艺美术及曲艺杂技提供保护，“市场秩序导向型”知识财产则在实质意义上对中华老字号和地方著名商标提供保护。

然而，中国自主创设的知识财产并未实现预设的制度目标，这既是源自西方的知识产权制度内在价值预设的排异反应，又是创设知识财产时对市场要素考量不足的外在表现。鉴于此，本文在确立自主创设知识财产具备法理正当性的前提下，反思本土化知识财产存在的缺陷与不足，提出重构创设知识财产中国范式的基本思路：废止“市场秩序导向型”知识财产，设定以工业化程度为标准的“产业利益导向型”知识财产的二元结构，构建“国家—集体—个人”主体序列的“国家利益导向型”知识财产体系，通过正向承认的方式积极创设新领域新业态相关的知识财产。基于中国经济发展转型的内在需求与积极参与知识产权国际治理的现实考量，有必要将创设知识财产的中国范式推向国际，“再国际化”背景下的“小多边机制”及中国提出的人类命运共同体理念，为本土化知识财产的国际扩张提供了方向与路径。

## 二、知识财产国际化的实质性锁闭

财产权的正当性基础在近代西方社会经历了自然法向实证法的转变，为主权国家通过法律自主创设知识财产提供了法理依据。历史经验表明，智力成果的知识产权保护并非完全遵循事实逻辑，而是带有较强的功利主义色彩，创设知识财产形态存在着技术发展利益博弈背景下的正向承认与反向追溯两条路径。美日欧主导的知识产权国际保护体系将最能体现其利益诉求的知识财产纳入其

〔1〕 参见 TRIPS 协定第 1.1 条、第 70.2 条。

〔2〕 寇宏伟、陈璋：《中等收入陷阱的存在性讨论及跨越机制分析》，载《科学学研究》2020 年第 9 期，第 1580 页。

〔3〕 参见易继明：《改革开放 40 年中美互动与中国知识产权制度演进》，载《江西社会科学》2019 年第 6 期。

中,虽然形式上为各国保留开放创设的自主性,但在国际层面已形成实质性锁闭的效果。

#### (一) 主权国家创设知识财产的正当性与自主性

现代意义上的著作权与专利权本就脱胎于封建特权,在创设之初面临巨大争议,具有强烈的工具主义倾向。<sup>〔4〕</sup>虽然美国学者莫索夫(Mossoff)主张专利的财产权转变受到自然法观念的影响,<sup>〔5〕</sup>在英国也曾发生关于永久性文学产权的激烈论争,支持者力图将文学产权与所有权等量齐观,实现对文学产权“永久性普通法权利”属性的证成,但这种尝试最终以失败告终。<sup>〔6〕</sup>自此以降,激励创新作为知识产权正当性的依据成为立法宗旨与理论基石,经由知识产权的保护实现相应公共政策的价值诉求也成为共识。对何种知识财产提供法律保护、提供何种形式的法律保护,属于各国法律创设的自主范畴。

#### (二) 创设知识财产的两条基本路径

纵观知识产权制度的演进历史,进入知识财产序列的客体一直处于扩张之中,分别体现为正向承认与反向追溯两条路径。前者是指对技术革新中出现的新型客体创设知识财产,后者是在既有的客体形式上创设知识财产。

作为现代著作权法的源头,英国的《安妮法》仅对图书提供保护。<sup>〔7〕</sup>照片、电影等全新的文艺表现形式出现后,创设了新的利益空间,催生出新兴的行业,通过财产权确认利益归属和分配成为必然选择,这种主张以诉讼形式频繁出现,最终在立法中得到回应。技术变革同样对既有文艺表现形式的利益分配格局产生影响,引发创设知识财产的诉求。以音乐作品为例,在录制技术发明之前,音乐作为一种重要的文艺形式已广为流传,但欣赏声音的唯一方式只能是现场表演。随着19世纪末钢琴卷纸和唱片在美国的流行,通过设备对乐曲进行的演奏,即声音能否成为财产权客体引发巨大争议。以怀特-史密斯音乐出版公司诉阿波罗公司案<sup>〔8〕</sup>为代表的诉讼中,法院并未支持对音乐表演的财产权主张,立法通过利益平衡的方式确认了作曲家享有机械复制的权利,同时规定了机械法定许可。<sup>〔9〕</sup>

专利领域同样体现出这样的扩张进路。生物技术产业在20世纪兴起,创造了可观的经济利益,产生确认利益格局的需要。随着DNA遗传信息的发现和基因工程的技术突破,出现了分离、净化或改造的DNA序列,创设财产权以确认其利益归属的诉求最终推动此类基因合成物成为专利权的客体。<sup>〔10〕</sup>此外,通过非自然手段培育植物新品种的做法长期存在,但耗时漫长且效率低下,生物技术的进步催生出专门从事品种培育和推广的种子产业,对植物新品种的保护诉求更为

〔4〕 See Edward C. Walterscheid, *The Early Evolution of the United States Patent Law: Antecedents (Part 2)*, 76 Journal of the Patent and Trademark Office Society 849, 856 (1994).

〔5〕 See Adam Mossoff, *Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800*, 52 Hastings Law Journal 1255 (2000-2001).

〔6〕 参见易健雄:《技术发展与版权扩张》,法律出版社2009年版,第48-74页。

〔7〕 参见刘波林译:《安妮法》,载《中国版权》2005年第2期。

〔8〕 See *White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908).

〔9〕 1909年美国《著作权法》授予音乐作品著作权人禁止他人制作录音制品的权利,而一旦他许可了一个唱片的制作,其他任何人只要向著作权人支付每一复制件2美分的许可费就可以制作唱片。See Copyright Act of 1909, Amendment, 55 Stat. 732.

〔10〕 See Resnik & David B, *DNA Patents and Human Dignity*, 29 Journal of Law, Medicine and Ethics 152, 152 (2001).

迫切，最终促使美国颁布《1930年植物专利法》，对无性繁殖所得新品种予以专利保护。<sup>〔11〕</sup>

商标法较为特殊，技术革新在商标权领域对利益格局的影响也较为有限，但反淡化保护力图强化对高知名度商标的财产权保护，实际上是一种在既有的商标中选择性地创设更高层级财产权的尝试。在著作权、专利权与商标权之外，其他知识产权的创设也表现为这两种路径，例如，欧盟就对在选择与编排方面无独创性的数据库提供特殊权利保护，<sup>〔12〕</sup>对地理标志进行的保护则是对已在商业实践中普遍使用的原产品名称创设财产权。

### （三）知识财产国际化实质性锁闭的现实困境

不同国家经历的技术革新与产业需求乃至利益格局变动等情形存在重大差异，针对同样的客体形态，是否创设以及如何创设知识财产更多出于经济与政治考量。因此，知识产权国际保护的推进需要寻找全球共识。近代西欧国家对知识产权的保护存在一定的利益共识，1883年《保护工业产权巴黎公约》与1886年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》意在实现各成员对艺术家与发明者权利的相互承认，但允许在保护范围与保护期限上存在差异。这一阶段的知识产权国际保护体制认可不同国家发展水平上的固有差异，各国得以自主创设知识财产，以反映其本国经济发展水平、体现其创新与模仿方面的比较优势。

世界知识产权组织成立后，美国的影响力逐渐显现。为了提升其话语权，美国通过世界贸易组织实现了知识产权与国际贸易的挂钩，并主导制定了TRIPS协定。<sup>〔13〕</sup>TRIPS协定背后的推动者是由代表制药业、娱乐业和软件工业的12个美国成员组成的特别知识产权委员会，他们与欧洲和日本的同行联合，制定出使他们都受益的全球规则。<sup>〔14〕</sup>由此带来的结果是，表面上体现全球共识的TRIPS协定中的知识财产必然是对美日欧产业利益的体现。

虽然对TRIPS协定的批判从未休止，<sup>〔15〕</sup>“获取知识运动”等反思知识产权国际保护最大化的思潮也取得一定成效。<sup>〔16〕</sup>但整体来看，知识财产国际化对美日欧之外的大多数国家已体现出实质性锁闭的效应。

## 三、中国创设知识财产的既有范式

在全面加入知识产权国际保护规则体系的同时，中国也充分利用知识产权的公共政策属性，基于不同的价值诉求与制度目标，尝试创设相应的知识财产，并形成了三种范式。一是立足于发

〔11〕 See 35 U. S. C. § § 161-164.

〔12〕 See Matthias Leistner, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in Sebastian Lohsse, Reiner Schulze & Dirk Staudenmayer eds., *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Hart Publishing, 2017, pp. 27-57.

〔13〕 参见吕炳斌：《知识产权国际博弈与中国话语的价值取向》，载《法学研究》2022年第1期。

〔14〕 参见〔美〕苏珊·K. 塞尔：《私权、公法——知识产权的全球化》，董刚、周超译，中国人民大学出版社2008年版，第13页。

〔15〕 See Peter Drahos & John Braithwaite, *Intellectual Property, Corporate Strategy, Globalisation: TRIPS in Context*, 20 *Wisconsin International Law Journal* 451 (2001-2002).

〔16〕 参见邵科：《全球知识产权治理博弈的深层话语构造：中国范式和中国路径》，载《法学研究》2021年第6期。

展中国的角色定位,主张遗传资源、传统知识及民间文学艺术的国家主权或族群权利,从而在国际范围内争取发展空间与竞争利益;二是着眼于具有文化传统的特定产业,通过对中药品种、传统工艺美术品种和技艺、曲艺杂技等提供知识财产保护,实现相应的产业政策目标;三是行政机关在发挥管理职责的过程中,为满足特定条件的市场主体提供特殊保护,对市场竞争提供示范效应。从三种知识财产形式的正当性基础来看,分别体现出维护国家利益、促进产业利益与实现市场秩序的不同导向。

#### (一)“国家利益导向型”知识财产

立足于国家发展阶段,在具有国际公约指引且符合国家利益的前提下,中国尝试对遗传资源、传统知识与民间文学艺术创设“国家利益导向型”知识财产。

发展中国家在接受知识产权国际保护规则的同时,逐渐意识到实质性锁闭的知识财产带来的竞争劣势,提出在促进社会经济均衡发展的框架下,应当给予生物遗传资源、传统知识、民间文学艺术特定地位和特别保护,不应允许对其滥用以及对资源、文化原生社区的损害。<sup>[17]</sup>这种诉求在国际层面逐渐得到重视,联合国《生物多样性公约》确立了遗传资源的国家主权、事先知情同意和惠益分享三项基本原则,《名古屋议定书》进一步规定对遗传资源相关的传统知识及利用此种知识产生的惠益进行分享的规则。<sup>[18]</sup>世界知识产权组织于2000年设立“知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会”,对相关议题展开研究。<sup>[19]</sup>该委员会2016年发布《传统知识保护条款草案》,<sup>[20]</sup>但其中关于传统知识的界定并不清晰。此外,联合国教科文组织与世界知识产权组织联合制定了《保护民间文学表达形式、防止不正当利用及其他损害行为的国内示范法条》,对民间文学艺术表达进行了界定。<sup>[21]</sup>

中国具有多样化的生物遗传资源、丰富的传统知识与繁荣的民间文学艺术,建立相应的知识财产保护规则符合中国的国家利益。1998年科学技术部与卫生部制定的《人类遗传资源管理暂行办法》专设“知识产权”一章,确立了我国研究开发机构对我国境内遗传资源信息的专属持有权,并规定了相应的知识产权保护规则。2019年国务院颁布的《人类遗传资源管理条例》并未明确遗传资源的权属问题,但对采集和保藏、利用和对外提供等行为施加了严格限制,同时规定在国际合作中产生成果的专利权及其他科技成果权应由双方共有。《中华人民共和国专利法》在2008年进行修订时规定了依赖遗传资源完成的发明创造申请专利时的特殊限制。国家著作权局于2014年发布《民间文学艺术作品著作权保护条例(征求意见稿)》,设定了民间文学艺术的概念与类型、著作权归属、权利内容以及保护期不受限制等条款。在“《乌苏里船歌》案”中,法

• 767 •

[17] 参见薛虹:《十字路口的国际知识产权法》,法律出版社2012年版,第298页。

[18] 参见薛达元:《〈名古屋议定书〉的主要内容及其潜在影响》,载《生物多样性》2011年第1期。

[19] See WIPO/GRTKF/IC/5/12, p. 2, available at [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_5/wipo\\_grtkf\\_ic\\_5\\_12.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_12.pdf), last visited on Dec. 12, 2023.

[20] See WIPO/GRTKF/IC/32/4, available at [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_32/wipo\\_grtkf\\_ic\\_32\\_4.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_32/wipo_grtkf_ic_32_4.pdf), last visited on Dec. 12, 2023.

[21] See Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions, with a Commentary, Section 2.

院也认定涉案的赫哲族民间音乐曲调形式属于民间文学艺术作品，应当受到法律保护。<sup>〔22〕</sup>

## （二）“产业利益导向型”知识财产

既然传统知识具备知识财产化的可能，那么以知识产权为政策工具促进传统文化的传承更新及产业发展，便具有了正当性基础。由此，中国在中医中药、传统工艺美术、曲艺杂技等领域，创设了“产业利益导向型”知识财产。

早在1986年，国务院就对中医中药的发展提出了原则性指导意见，<sup>〔23〕</sup>1987年国家医药管理局拟定《关于加强中药行业管理的意见》，明确传递了振兴中药事业的理念。1993年施行、2018年修订的《中药品种保护条例》申明其立法宗旨是“提高中药品种的质量，保护中药生产企业的合法权利，促进中药事业发展”。2009年《国务院关于扶持和促进中医药事业发展的若干意见》再次体现了对提升中药产业发展水平的关切，并在完善中医药事业发展保障措施中提出加强中医药法制建设和知识产权保护。2021年国务院办公厅印发《关于加快中医药特色发展的若干政策措施》，在“营造中医药发展良好环境”中提出加强中医药知识产权保护的措施。综合看来，这些行政法规、规范性文件对中药采取“传统知识财产+中药品种保护”的模式，后者是在实现中药产业利益这一大前提下创设特殊类型知识财产的尝试。《中药品种保护条例》授予企业的通常为相对独占的权利，但可以附条件（多次）延长，且延长条件重在对中药品种疗效质量改进的考虑，其目的在于鼓励中药品种的持续创新，并兼顾药品的可及性。<sup>〔24〕</sup>

1997年制定、2013年修订的《传统工艺美术保护条例》的立法宗旨被表述为“保护传统工艺美术，促进传统工艺美术事业的繁荣与发展”。该条例对传统工艺美术品种和技艺实行认定制度，具体的保护措施包括对工艺技术秘密确定密级、依法实施保密，建立健全保密制度，并对窃取或泄漏行为设定了行政责任。由此，行政法规针对传统工艺美术创设了一种类似于商业秘密但又存在重大差别知识财产类型。另外，将传统的文艺表现形式纳入《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）中的作品类别，也具有鲜明的产业利益导向。1990年制定的《著作权法》将曲艺作品与音乐、戏剧、舞蹈并列，并在《著作权法实施条例》中将其解释为“相声、快书、大鼓、评书等以说唱为主要形式表演的作品”。2001年修订的《著作权法》新增杂技艺术作品，修订后的《著作权法实施条例》将其界定为“杂技、魔术、马戏等通过形体动作和技巧表现的作品”。立法理由被阐述为“我国杂技在世界上享有很高的声誉，杂技造型具有独创性，应明确规定为著作权保护的客体”<sup>〔25〕</sup>。

## （三）“市场秩序导向型”知识财产

中国建立知识产权制度的过程与市场经济体制的逐步完善关系密切，促进社会主义市

〔22〕 参见北京市高级人民法院（2003）高民终字第246号民事判决书。

〔23〕 参见《国务院对发展中医中药的几点意见》（1986年1月4日）。

〔24〕 参见李慧、宋晓亭：《中国中药品种保护制度的出路——基于与欧盟药品补充保护证书制度的比较与启示》，载《中国软科学》2020年第9期。

〔25〕 顾昂然：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国著作权法修正案（草案）〉修改情况的汇报——2001年4月24日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上》，载 [http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-12/06/content\\_5280828.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-12/06/content_5280828.htm)，最后访问时间：2023年12月12日。

经济发展是知识产权制度的正当性基础之一。商标法与市场秩序的关系最为紧密，行政机关与地方政府在发挥监督、管理及服务职能的过程中，出于维护市场竞争秩序、发挥市场引领功能的考量，积极应用制度工具，为满足特定条件的企业提供特殊保护。这种做法以“中华老字号”、地方著名商标的认定、管理和保护为代表，实质性地创设了“市场秩序导向型”知识财产。

2006年商务部发布《关于实施“振兴老字号工程”的通知》，将其目标宗旨定位于“引导具有自主知识产权、优秀民族文化和独特技艺的老字号加快创新发展，发挥老字号在经济和社会发展中的重要作用”。《“中华老字号”认定规范（试行）》将“中华老字号”界定为“历史悠久，拥有世代传承的产品、技术或服务，具有鲜明的中华民族传统文化背景和深厚的文化底蕴，取得社会广泛认同，形成良好信誉的品牌”。认定条件中明确要求必须拥有商标所有权或使用权且传承独特的产品、技术或服务，其实质是对商标这一财产权在权利内容上进行的个体扩张。有学者认为，这是把老字号作为由名称、术语、标记、符号、图案或其组合而形成的，用于区别市场上其他产品和服务的无形资产。<sup>[26]</sup> 2007年，商务部为了维护“中华老字号”的信誉、加强标识管理、规范标识使用，出台了《“中华老字号”标识使用规定》，赋予企业在相应产品或服务的包装、装潢、说明书、广告宣传及互联网等媒介中使用统一规定的“中华老字号”标识的权利。商标的核心功能在于识别商品或服务的来源，<sup>[27]</sup> 识别力的强弱高低更多来自企业对商标的现实使用在商品与其来源之间建立的联系，驰名商标的跨类保护、商标反淡化保护的理论与实践都根植于此。从实际效果看，获得“中华老字号”认定的商标用于产品或服务的包装装潢及广告宣传显然有利于吸引消费者，相当于对商标显著性的外在提升，在某种程度上无异于创设了新的知识财产。

• 769 •

地方政府推行的“地方著名商标”与“中华老字号”有相似之处。从20世纪90年代末开始，各地政府逐步推出著名商标认定与保护的地方性法规，其核心内容是由地方政府认定某些商标在一定行政区域内具有较高知名度，并给予特殊保护。著名商标所有人通常享有在相应地域范围内排斥相同或近似文字作为企业名称或字号使用与登记的权利，同时可以在商标核定使用的商品及包装、装潢、说明书、广告上使用“XX省（市）著名商标”的字样和标志。<sup>[28]</sup> 但地方著名商标制度却遭遇了学界普遍性的反思、质疑与批判，<sup>[29]</sup> 工商行政管理总局最终叫停地方政府对著名商标的认定，<sup>[30]</sup> 各地有关认定和保护著名商标的地方性法规均已废止。

[26] 参见宋晓亭：《谈老字号中的知识产权问题》，载《电子知识产权》2009年第9期。

[27] See Mark A. Lamley, *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, 108 Yale Law Journal 1687, 1695 (1998-1999).

[28] 例如1997年4月26日施行的《浙江省著名商标认定和保护条例》、1999年7月1日施行的《河北省著名商标认定和保护条例》、2000年7月15日施行的《成都市著名商标认定和保护规定》。

[29] 参见徐聪颖：《制度的异化抑或完善——对我国著名商标保护现状的冷思考》，载《电子知识产权》2008年第2期；储敏：《对著名商标保护制度研究的反思》，载《江淮论坛》2010年第5期；怀晓红：《法外施恩当休矣——从“著名商标享受驰名商标同等保护”说开去》，载《电子知识产权》2005年第12期；金多才：《对我国著名商标保护制度研究的反思》，载《河南社会科学》2012年第10期。

[30] 参见余瀛波：《工商总局“叫停”地方政府商标评选认定》，载 [http://www.xinhuanet.com/legal/2017-07/01/c\\_1121245282.htm](http://www.xinhuanet.com/legal/2017-07/01/c_1121245282.htm)，最后访问时间：2023年12月12日。

## 四、创设知识产权中国范式的反思与重构

对中国创设知识产权的制度实践进行的归纳和整理，凸显出国家、产业与市场三个维度，从实现路径来看，既有法律，也有行政法规、规范性文件及部门规章、地方性法规。这种略显驳杂的情形，很难推断是立法者有意进行体系化制度建设的结果，既有范式更多是一种理论上的梳理与整合。各种创设知识产权的尝试体现出强烈的本土意识和民族情结，但从实际效果来看却难言理想。为此，有必要在分析成因的基础上，提出针对性的解决方案，重新构建创设知识产权的中国范式。

### （一）本土化知识产权的实践效果不佳

经由不同方式创设的本土化知识产权，力图实现特定的政策目标，提升国家竞争力、促进传统产业发展、维持市场竞争秩序，但从实际效果来看，不但未能达成预期目标，反而在个别领域产生了负面影响。

#### 1. “国家利益导向型”知识产权难以实现制度化

中国针对遗传资源、传统知识和民间文学艺术创设知识产权的尝试，立足于发展中国家的角色定位，具体的制度设计更多来自相关国际组织的开放性讨论。例如《中国生物多样性保护战略与行动计划（2011—2030）》以及《生物多样性相关传统知识分类、调查与编目技术规定（试行）》均受到相应国际条约的直接影响。<sup>〔31〕</sup>但是，国际层面的讨论并未在制度建设方面形成更为具体化的有益指引。遗传资源、传统知识和民间文学艺术的概念与范畴、主体归属、保护模式、保护期限，仍存在较大争议且难以形成统一认知。综合看来，除了在抽象意义上确定了遗传资源的国家所有、知情同意和惠益分享原则，“国家利益导向型”知识产权尚未产生进一步的制度化成果。

#### 2. “产业利益导向型”知识产权无法有效促进产业发展

针对《中药品种保护条例》立法后评估的研究指出，中药保护品种数量总体呈减少趋势，申请数量与批准保护的数量都急剧下降，反映出中药生产企业对中药品种保护诉求越来越低的现实。<sup>〔32〕</sup>虽然中药工业产值增长迅速，但中成药制造业增速水平明显低于整个医药工业增速水平，在医药工业各子领域中增速垫底。<sup>〔33〕</sup>这种发展现状很难得出中药品种的特殊保护对中药产业发展起到了促进作用的结论。现实中违反《传统工艺美术保护条例》而施加行政处罚的案例并不多见，针对曲艺作品和杂技艺术作品的著作权侵权案件也非常罕见。虽然侵权行为的多发与相关产业的活跃度并无必然联系，但此类知识产权对产业发展的促进效应显然存疑。

#### 3. “市场秩序导向型”知识产权对竞争秩序产生消极影响

基于对企业历史进行回溯性评价的“中华老字号”和“地方著名商标”，是对既有商标显著性的外部提升，试图通过这种方式，对参与市场竞争的主体起到示范引领的效果。但实际上却对

〔31〕 参见尹仑：《中法两国遗传资源相关传统知识获取与惠益分享法律制度比较研究》，载《法国研究》2021年第1期。

〔32〕 参见王丹丹：《基于立法后评估的中药品种保护制度的实施效果评价与优化》，南京中医药大学2019年硕士学位论文，第20页。

〔33〕 参见李耿、程煜华、郭宇博等：《中药大品种科技竞争力报告（2017年版）》，载《中国现代中药》2018年第1期。

市场竞争产生了不良影响,“地方著名商标”制度已被全面废止就是明证。“中华老字号”虽未冠以“商标”之名,但仍发挥了从外部提升商标显著性的效果,能够起到吸引消费者的作用。在《中华人民共和国商标法》明确禁止将“驰名商标”字样用于商品包装及广告宣传的情况下,对“中华老字号”标识的使用依然未加限制显然不妥。现实中的负面事件令人对“中华老字号”在市场中的示范引领效用产生疑问。<sup>[34]</sup>

## (二) 创设本土化知识财产的内在悖论

与通过法律移植的方式被动接纳的知识财产不同,本土化知识财产的创设是一种有意识的积极建构,具有较为明确的利益诉求与公共政策取向。但知识产权业已形成相对固定的价值立场,如果无法与其预设的制度要素相匹配,则无异于削足适履。

### 1. 私人所有的主体预设与国家或集体所有的冲突

TRIPS 协定在其序言中明确将知识产权界定为私权,这大体符合制度演进的基本脉络和实践共识。对私人所有的主体预设也成为知识产权立法推进的重要动力。与之相对的是,遗传资源、传统知识以及民间文学艺术本质上是一种国家资源或集体知识,而非个人创造。这就意味着“国家利益导向型”知识财产,往往无法实现真正的私人所有,一方面缺乏内生性的保护诉求和现实动力,另一方面难以划定作为权利对象的客体边界,最终在转化为法律制度时面临重重障碍。

### 2. 工业化的商品预设与传统产业的裂痕

历史地看,知识产权制度作为近代科学技术与商品经济发展的产物,具有强烈的产业政策性。<sup>[35]</sup>对中药品种、传统工艺美术、曲艺杂技进行保护,也带有鲜明的产业利益诉求。然而,知识产权制度产生于工业时代,承载知识财产的商品带有强烈的工业化烙印。这种商品需要适应工业大生产的要求,能够让企业主进行大批量地生产和销售,实现规模效应,使财富尽可能快速、高度地流动。<sup>[36]</sup>力图通过创设“产业利益导向”型知识财产实现振兴的产业,主要是前工业化时代的传统产业,承载相应智力成果的商品往往无法满足这种预设。如果无法将传统产业的商品形态转化为工业制成品,通过知识财产的创设实现产业利益的期望也无从实现。

### 3. 自由竞争的市场预设与政府认证的矛盾

虽然自由放任的市场经济范式已然式微,政府对经济生活的介入越发普遍,但这种介入通常是引导式的,在规范层面必须确保市场主体的公平地位,维持自由竞争的秩序。知识财产,特别是商标权的财产性利益,来源于自由竞争中同一标识的持续使用而获得的知名度。在个案中认定驰名商标并对其赋予跨类保护的财产性利益,同样以知名度为基础。通过地方著名商标、中华老字号的认定发挥示范引领效应,原本也是政府实现经济文化职能的体现。但对相应标识的使用不加规范与限制的结果,却是以政府认证的方式代替了自由竞争而对特定商标赋予了更高的知名

[34] 参见郝琪:《狗不理因“差评”而报警,老字号陷入难堪境地》,载《国际品牌观察》2020年第29期。

[35] 参见张平:《市场导向下的知识产权制度——兼论知识产权保护中的“产业政策论”》,载吴敬琏、江平主编,梁治平执行主编:《洪范评论(第14辑):知识产权——法律与政策的反思》,生活·读书·新知三联书店2012年版,第65页。

[36] 参见〔意〕F. 卡尔卡诺:《商法史》,贾婉婷译,商务印书馆2017年版,第104页。

度。创设此类知识产权，不但无法起到示范引领市场秩序的效果，反而对市场竞争造成不良影响，地方著名商标制度因有违商标法的正当性基础已被废止，<sup>〔37〕</sup>对中华老字号的认定与保护也有必要进行检讨与反思。

### （三）对既有范式的反思与重构

面对本土化知识产权实践效果不佳的现实，基于制度要素的价值预设与既有范式之间的裂痕，对有害于市场竞争的“市场秩序导向型”知识产权，应予以检讨和废止，对“国家利益导向型”知识产权与“产业利益导向型”知识产权，应分别从主体归属与知识产品两个层面，寻求协调路径。此外，还应积极创设新技术新业态下的知识产权。

#### 1. 检讨并废止有害于市场竞争的“市场秩序导向型”知识产权

“市场秩序导向型”知识产权主要集中于商标领域，认定与保护地方著名商标的积极意义，曾被归结为保护地方性商誉<sup>〔38〕</sup>与实施商标战略，<sup>〔39〕</sup>但市场经济体制下的国内市场，不可能按照行政区划进行人为切割。作为一项财产权的商标，即便受到地域性限制，但对商标知名度的评价及保护必然是全国性的。中华老字号的认定虽是全国性的，但政府认证的性质对商标知名度形成了外在加成。同时，对商标价值的事前判断，与商标知名度事后评价且个案判断的基本规则相冲突，有害于市场竞争与商标保护的公平性。商标作为企业的符号性表征，通过政府认证的方式施加荣誉称号极易形成知名度加成。对企业及商标相关荣誉的认定，只能是阶段性和个案式的，不能成为一种永久性标签，对类似于“中华老字号”这样的标识，在商品及包装装潢以及广告宣传中的使用，需要进行严格限制。

#### 2. 设定以工业化程度为标准的“产业利益导向型”知识产权的二元结构

“产业利益导向型”知识产权的主要问题在于，意图实现特定产业利益的知识产权指向的产品，存在着工业化程度不足的问题。为此，应在客观认识传统产业特点的基础上，以工业化转型的现实性与可能性为标准，基于二元划分的商品形态，确立不同的知识产权类型。能够实现工业化生产的智力成果，应努力嵌入已有的知识产权制度，难以实现工业化生产的智力成果，则应创设特殊的保护规则。以中药为例，《中药品种保护条例》中列明的中药品种，包括中成药、天然药物的提取物及其制剂和中药人工制成品。这三类中药品种，在工业化转型的现实性与可能性上存在差异。中成药与天然药物的提取物及其制剂的工业化水平，已经较为先进。中药人工制成品，囿于动植物养殖繁育的特定限制，短期内难以实现工业化生产。因此，对中成药和天然药物提取物及其制剂创设的知识产权保护，应参照既有的知识产权形态设定相应规则；对中药人工制成品的保护，则不妨采用行政手段，以控制其中的不稳定因素和环境伦理风险。

#### 3. 构建“国家—集体—个人”主体序列的“国家利益导向型”知识产权体系

目前对遗传资源的保护，已经形成了国家所有、知情同意和惠益分享的基本原则：国家所有

〔37〕 参见蒋舸：《从地方著名商标制度的废除看商标法理论的规范评价意义》，载《现代法学》2018年第4期。

〔38〕 参见王坤：《品牌创新与地方知识产权制度关系研究——以〈浙江省著名商标认定和保护条例〉为例》，载《中共杭州市委党校学报》2010年第5期。

〔39〕 参见吴汉东、周俊强：《地方商标战略及其制度完善——以〈湖北省著名商标认定与促进条例〉的制定为例》，载《江汉论坛》2008年第8期。

解决权利归属问题,知情同意体现为对精神权利的尊重,惠益分享则力图实现对财产权利的保护。对传统知识与民间文学艺术的保护同样可以借鉴这一模式,尝试构建“国家所有—集体所有—个体所有”的“国家利益导向型”知识财产的体系结构。以传统知识为例,国家所有为起点,经由地方政府推动对传统知识的收集与整理,进一步建立登记制度,保障传统知识的完整性与开放性。对已经形成传承秩序和特定智力成果形式的传统知识,可以创设一种类似于用益物权的用益知识产权,由特定的个人或集体享有并行使这种权利。<sup>[40]</sup>此外,通过获取、使用传统知识的知情同意规则与核准登记制度,对二次创新形成的智力成果,赋予有限制的个人所有权,确定相应的收益分配比例,补偿国家的管理性支出并惠及传统知识的生成社区与族群。

#### 4. 通过正向承认的方式积极创设新领域新业态内的新型知识财产

三种创设知识财产的范式都面向既有的智力成果形式,没有针对技术革新出现的新型客体的制度化尝试。当前的新领域新业态主要表现为以数字经济为基础、以数字技术创新为支撑的大数据、物联网和人工智能,如何激活数据要素是其中的核心问题。<sup>[41]</sup>《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)已确认了数据的财产属性,<sup>[42]</sup>《中共中央、国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》从数据产权、流通交易、收益分配、安全治理等层面,提出了搭建我国数据基础制度体系的顶层设计方案,阐明了公共数据、企业数据、个人数据的分类分级确权授权机制,规划了数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权的产权运行机制。国家知识产权局也开展了数据知识产权地方试点工作,北京、浙江、深圳等地制定了数据知识产权的登记管理办法,积极探索创设数据相关知识财产的方式与路径。<sup>[43]</sup>此外,《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》新增“商业数据”条款,力图强化对商业数据财产利益的保护。<sup>[44]</sup>

• 773 •

## 五、创设知识财产中国范式的国际扩张

对既有范式的反思与重构,打通了创设知识财产的两条路径,实现了关照传统与面向未来的有机结合,但知识财产国际化实质性锁闭的现实依然客观存在,如果不能突破这些限制,对经由知识产权制度强化国际竞争力的期许也难以达成。为此,必须结合中国的对外战略,通过由近及远、以点带面的方式,积极寻求建立并提升本土化知识财产的国际共识,最终在全球治理的背景

[40] 现实中已出现一些通过设立集体利益共管组织来实现传统资源集体利益和个人利益保护的有益尝试,例如云南新庄村在村委会牵头下成立了传统资源共管会并制定《传统资源共管公约》和《传统资源共管会章程》,致力于主张本村传统资源的集体利益并代管本村传统资源传承人的个体利益。参见龙文、艾怀森:《传统资源权的社区实践与理论探讨:新庄村手工造纸》,载周林、龙文、韩缨主编:《超越知识产权:传统知识法律保护与可持续发展》,浙江大学出版社2013年版,第123-126页。

[41] 参见来小鹏:《完善知识产权保护制度,为新业态护航》,载《科技日报》2021年5月10日,第8版,转引自 [http://digitalpaper.stdaily.com/http\\_www.kjrb.com/kjrb/html/2021-05/10/content\\_467331.htm](http://digitalpaper.stdaily.com/http_www.kjrb.com/kjrb/html/2021-05/10/content_467331.htm),最后访问时间:2024年3月4日。

[42] 《民法典》第127条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”

[43] 参见《国家知识产权局办公室关于确定数据知识产权工作试点地方的通知》《北京市数据知识产权登记管理办法(试行)》《浙江省数据知识产权登记办法(试行)》《深圳市数据产权登记管理暂行办法》。

[44] 参见《市场监管总局关于公开征求〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉意见的公告》,载 [https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art\\_53f286b0f8a64545a52f92db0aeb8162.html](https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art_53f286b0f8a64545a52f92db0aeb8162.html),最后访问时间:2023年12月12日。

下，构建并推进基于人类命运共同体的知识产权命题。

### （一）创设知识财产中国范式国际扩张的必要性

权利客体的无形性导致了知识产品的可复制性与可共享性，特定的知识财产只有获得国家公权力的认可，才能充分实现权利救济，维系激励创造的制度链条。知识产权国际保护规则的建立过程就是西方国家将其本土知识财产向外输出的过程。在制度运行的实践中，国内规则与国际规则相互影响，共同促成知识产权规范体系的调整与更新。将创设知识产权的中国范式推向世界，既是经济发展转型的内在需求，也是中国积极参与知识产权国际治理的重要途径。

数字经济已成为国民经济的重要组成部分，数据是数字经济中最重要最核心的核心要素，《“十四五”数字经济发展规划》已明确将数据要素作为数字经济深化发展的核心引擎。<sup>〔45〕</sup>作为数字经济最重要的基础性资源，不同国家和地区都在积极探索对数据的保护，力争在国际数字竞争中占据主动。欧盟面对其区域内数据要素利用较为滞后的现实，力图通过对个人数据的强保护限制数据的跨境流动，为欧盟的数字经济发展争取空间，有关数据设权的立法模式也经历了从“产权化”到“去产权化”的转变。<sup>〔46〕</sup>美国在数字经济领域非常活跃，为了促进数据的流通过用，其充分利用联邦法与州法在调整范围上的区分，并未对数据设定相应的财产权，同时积极推进数据的跨境流动。<sup>〔47〕</sup>面对这种现实，创设有关数据的知识财产并积极推进相应模式在国际范围内的扩张，是激活数据要素、发展数字经济的必然要求。

中国在知识产权国际治理体系中的角色与定位，也正在从被动接受转向主动参与。“国家利益导向型”知识财产、“产业利益导向型”知识财产以及数据知识财产的构想，都可以被表述为强化知识产权保护的具体措施，符合国际主流知识产权话语体系的偏好。<sup>〔48〕</sup>具体而言，“国家利益导向型”的知识财产针对遗传资源、传统知识、民间文学艺术，在发展中国家间存在广泛共识。而“产业利益导向型”的知识财产与数据知识财产，只有在国际范围内得到普遍接纳，才能实质性地推进传统产业的发展与传统文化的传承，提高数字经济企业的竞争力与影响力。

### （二）“再全球化”背景下通过“小多边”机制寻求利益共识

在“全球化”与“逆全球化”交替并行的同时，<sup>〔49〕</sup>“再全球化”的趋势已经逐渐显现，西方国家试图通过“小多边”机制重塑西方价值观，进一步压制多样化的知识财产诉求。<sup>〔50〕</sup>将创设知识财产的中国范式向外推广，同样应该充分利用这种“小多边”机制，经由“一带一路”倡议下的双边协定与区域性国际组织，寻求利益共识，推进由点及面的国际扩张。

从知识产权国际保护的演进历程考察，基于地缘政治缔结的双边协定是推进知识财产国际扩张的起点，贸易与知识产权的捆绑则成为市场要素变革的内在要求与国际协同的外在形式。从双边协定与贸易捆绑这两个要素出发，“一带一路”倡议的实施，无疑为本土化知识财产的国际扩

〔45〕 参见《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》，载 [https://www.gov.cn/zhengce/content/2022-01/12/content\\_5667817.htm](https://www.gov.cn/zhengce/content/2022-01/12/content_5667817.htm)，最后访问时间：2023年12月11日。

〔46〕 参见孔德明：《数据财产权到数据访问权：欧盟数据设权立法转型解析》，载《比较法研究》2023年第6期。

〔47〕 参见周汉华：《数据确权的误区》，载《法学研究》2023年第2期。

〔48〕 参见万勇：《知识产权全球治理体系改革的中国方案》，载《知识产权》2020年第2期。

〔49〕 参见葛浩阳：《全球化和逆全球化何以交替并行？：一个马克思主义的分析》，载《世界经济研究》2023年第6期。

〔50〕 参见易继明：《后疫情时代“再全球化”进程中的知识产权博弈》，载《环球法律评论》2020年第5期。

张提供了重要契机。纵览当前在“一带一路”倡议实施过程中签订的双边自由贸易协定,有关知识产权保护的内容仍以 TRIPS 协定为基石。虽规定了遗传资源、传统知识和民间文艺的保护,但没有形成可操作性的制度规则,同时没有体现新业态新领域下的知识财产需求。由此,在推进“一带一路”倡议具体化的过程中,应从顶层设计的角度提出双边自贸协定知识产权规则的中国范式。<sup>[51]</sup> 在设定知识产权条款时,应保持一定程度的确定性和灵活性,根据不同国家的现实情况,确定弱 TRIPS 协定还是超 TRIPS 协定的保护标准。结合双方贸易结构、产品需求和文化共识,制定有关遗传资源、传统知识和民间文艺知识财产保护的具体化规则。对于国内法创设的新技术新业态下的知识财产,逐步在双边协定中加以推进。

通过区域性国际组织实现知识财产的扩张需要寻求利益共识。由东盟发起,包括中国、日本、韩国、澳大利亚等国在内的共 15 方成员制定的《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP),本来就具有一定的利益共识基础。在 RCEP 有关知识产权保护的章节中,仍然以 TRIPS 协定为基本参照,虽然规定了遗传资源、传统知识与民间文学艺术,但并无进一步的制度化推进,仅具有象征意义。<sup>[52]</sup> 在 RCEP 框架下,如何通过共同文化基因的提炼为本土化知识财产的扩张寻求空间与机遇,值得进一步研究。RCEP 的成员大多在东亚文化圈的辐射范围之内,在文明基因方面具有不少共性特征,将这些共性特征反馈在有关遗传资源、传统知识与民间文学艺术的规则体系中,足以形成基于“泛东亚文化圈”的知识产权共识。针对新业态新领域的知识财产扩张,特别是有关数据知识财产的保护,同样应充分利用这种文化基础与利益共识。

• 775 •

### (三) 构建并推进基于“人类命运共同体”的知识产权议题

要在知识产权国际治理体系中嵌入本土化知识财产,必须主动构建并积极推进有关知识产权的全球命题,将创设知识财产的中国范式融入更为宏大的人类命运共同体的理念与行动之中。

新一轮科技革命、产业革命正在重塑世界,国际格局和国际体系出现了深度调整,全球治理体系发生了深刻的变革,世界经济发展面临诸多风险和不确定性。<sup>[53]</sup> 在这一背景下,中国共产党提出“构建人类命运共同体”的理念,强调国际社会应从伙伴关系、安全格局、经济发展、文明交流、生态建设等方面做出努力,坚持对话协商、共建共享、合作共赢、交流互鉴与绿色低碳,这意味着全球治理的中国方案已经成型。<sup>[54]</sup> 围绕“人类命运共同体”理念,知识财产的国际扩张能够获取相应的理论资源与实践智慧,更为恰当地嵌入全球治理的范畴内,形成有关人类命运共同体的知识产权命题。通过知识财产的垄断性控制形成的知识鸿沟和技术壁垒,早已反馈在世界秩序之中,形成了关于粮食安全与公共健康等问题的重大关切,引发知识产权与

[51] 参见王衡、肖震宇:《比较视域下的中美欧自贸协定知识产权规则——兼论“一带一路”背景下中国规则的发展》,载《法学》2019年第2期。

[52] 参见 RCEP 第十一章“知识产权”,载 [http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rceppdf/d11z\\_cn.pdf](http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rceppdf/d11z_cn.pdf),最后访问时间:2023年12月12日。

[53] 参见陈立新:《世界变局与历史观的复兴》,载《中国社会科学》2021年第4期。

[54] 参见习近平:《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》,载《人民日报》2017年1月20日,第2版。

人权的讨论，<sup>[55]</sup> 联合国人权促进小组甚至直接得出 TRIPS 协定与人权存在冲突的结论。<sup>[56]</sup> 在 TRIPS 协定遭受质疑、世界贸易组织的多哈回合谈判陷入停滞、其争端解决机制面临危机的背景下，寻求新的洲际贸易协议，继续推进国际经贸的自由化，成为新的国际趋势。

虽然美欧主导的《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP) 因美国的退出而终止，但日本将其转换为《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP) 后已正式生效，我国也提交了加入 CPTPP 的书面申请。从发展态势看，CPTPP 呈现出与 RCEP 等已有区域性协定相互连结的趋势，甚至不排除在未来，以这一巨型贸易协定为核心，建构取代世界贸易组织的新型世界经济贸易秩序，知识产权国际保护的规则体系也具备调整与重塑的机遇。CPTPP 暂缓实施原 TPP 争议较大的 22 项知识产权内容中的 18 项，表明知识产权全球治理的共识基础仍有待强化，中国有关知识产权全球治理的理念构想完全有可能在 CPTPP 的未来完善中发挥影响。针对 CPTPP 中的知识产权条款，特别是暂时被冻结的具体规则，中国应在评估分类的基础上确立不同的应对措施。对于一些与我国当前产业结构和经济形势相匹配的高标准和强保护措施，应积极接纳并主动调整，对于暂时不宜引介的规则条款，则应突出世界最大发展中国家的主体身份，争取继续冻结相应规则，或利用 CPTPP 中的过渡期、例外规定等制度设计缓冲负面效应。<sup>[57]</sup>

在数字经济领域，有关数字贸易与数据跨境流动的国际竞争日益激烈，已经形成了“美国模式”与“欧盟模式”的治理格局，前者集中体现于《美墨加协定》(USMCA) 中的数字贸易章节，<sup>[58]</sup> 后者以欧盟试图将《通用数据保护条例》(GDPR) 建立的数字标准推向全球为代表。<sup>[59]</sup> 《数字经济伙伴关系协定》(DEPA) 是全球首个针对数字经济而制定的多边协定，和传统的综合贸易协定相比，更契合中小国家的利益诉求，针对性强、灵活度高，很可能在美欧模式之外，形成更具国际影响力的数据治理路径。中国已申请加入 DEPA，国家网信办发布《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》，明确释放出降低合规成本、促进数据跨境流动的信号，<sup>[60]</sup> 为中国加入 DEPA 创造积极条件。在未来对 DEPA 的进一步调整完善中，中国完全有能力输出有关数据主权及数据知识产权的基本认知，实现平衡数据安全与数据流动、增强数字领域全球竞争力的效果。

在全球治理的背景下，知识产权国际保护体系同样需要价值理念的更新与进化，强调共商共建共享的新型全球治理观<sup>[61]</sup>无疑具有启发意义，并且与国际社会在遗传资源保护方面已经形成的惠益共享原则高度契合，更强调共享的人类命运共同体的知识产权命题也呼之欲出。由此，中

[55] See Anthony E. Cassimatis, *Human Rights Related Trade Measures Under International Law: The Legality of Trade Measures Imposed in Response to Violations of Human Rights Obligations under General International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 139–140.

[56] See UN Commission in Human Rights: Intellectual Property and Human Rights, 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/7.

[57] 参见屈向东：《我国加入 CPTPP 的版权规则挑战及其应对》，载《中国出版》2023 年第 1 期。

[58] 参见靳思远：《全球数据治理的 DEPA 路径和中国的选择》，载《财经法学》2022 年第 6 期。

[59] 参见叶开儒：《数据跨境流动规制中的“长臂管辖”——对欧盟 GDPR 的原旨主义考察》，载《法学评论》2020 年第 1 期。

[60] 参见《国家互联网信息办公室关于〈规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，载 [http://www.cac.gov.cn/2023-09/28/c\\_1697558914242877.htm](http://www.cac.gov.cn/2023-09/28/c_1697558914242877.htm)，最后访问时间：2023 年 12 月 12 日。

[61] 参见秦亚青、魏玲：《新型全球治理观与“一带一路”合作实践》，载《外交评论（外交学院学报）》2018 年第 2 期。

国应努力在遗传资源、传统知识和民间文学艺术方面，尽快形成制度化成果，通过双边协定和区域性国际组织的推进，不断凝聚和提炼共识，使之在人类命运共同体理念下，进一步具体化为伙伴关系、安全格局、经济发展、文明交流、生态建设等具体问题中的组成部分，谋求更具基础性的全球共识。

---

**Abstract:** The international protection system of intellectual property rights dominated by the United States, Japan and European Union has formed a substantial locking effect on developing countries, although it does not nominally limit the internationalization of local intellectual property. In the process of building the system of intellectual property rights, China has formed three paradigms of creating intellectual property: “national interest-orientated” “industrial interest-orientated” and “market order-orientated”. Due to the inability to match the pre-set institutional elements of intellectual property rights, the practical effects of these models of creating rights are not significant. Based on the inherent requirements of intellectual property rights in terms of subject, object and content, it is necessary to abolish the “market order-oriented” intellectual property and reconstruct the Chinese paradigm of creating intellectual property: the “national interest-oriented” intellectual property that distinguishes the subject level of rights, the “industrial interest-oriented” intellectual property that distinguishes the object form of rights, and the new intellectual property of new fields and new business models. In the face of the prevailing international situation of “minilateralism” under the background of “re-globalization”, China should actively participate in multilateral agreements such as RCEP, CPTPP and DEPA to realize the international expansion of the Chinese paradigm of creating intellectual property.

**Key Words:** intellectual property, intellectual property rights, the Chinese paradigm, global governance, a community with a shared future for mankind

---

• 777 •

(责任编辑: 张金平)

## 民事执行根据问题探究

张卫平\*

**内容提要：**执行根据是法院实施强制执行的根据，是执行正当性的基础。虽然执行根据在执行法上具有重要的地位，但学术界和实务界关于执行根据的讨论和研究依然还有较大的空间，也存在诸多模糊不清的认识。在执行根据的一般基础性认识方面，执行根据的形成方式与审执分离原则的贯彻程度密切相关，执行根据有效是执行程序有效性的必要非充分条件，也构成执行机关行使解释权的基础。判决成为执行根据的主要条件包括判决确定且终局、判决具有执行力，判决的执行力与既判力在主客观范围上基本一致但在某些特殊情形下存在差异。仲裁裁决在法理上不能独立成为执行根据，我国应当设置司法审查确认程序完善仲裁裁决的执行制度。公证债权文书作为执行根据的法理依据在于强制执行的契约或承诺，由于没有既判力所以需要执行证书对执行力的证明和保障。

**关键词：**民事执行法 执行根据 判决的执行力 仲裁裁决 公证债权文书

### 一、问题的提出

依照法治原则和原理，每一个民事主体的财产都受法律的保护，不得随意剥夺和侵占。强制执行意味着对债务人财产所有权的变更以满足债权人的权利请求，使其债务得以履行。因此，强制执行必须要有确认其实体权利的根据——执行根据。执行机构只能依据其执行根据，依照相应的执行程序，按照法律规定的执行措施展开执行活动。因此说，执行根据是所有强制执行活动正当化的基础。

“执行根据”是我国学界常用的法律概念。在学术刊物和著作中，除了使用“执行根据”“执

\* 张卫平，烟台大学黄海学者特聘教授、清华大学法学院教授。

本文为2018年国家社会科学基金重大项目“民事司法智能化设计的理论方案研究”（18ZDA142）的阶段性研究成果。

行依据”之外,还有使用“执行名义”“债务名义”“执行权源”等词语表达相同的含义。<sup>〔1〕</sup> 这些不同表述并无本质或实质上的差异,从遵循习惯及减少变更成本的角度来看,法律上[包括正在审议的《中华人民共和国民事诉讼法强制执行法(草案)》,以下简称《民事强制执行法(草案)》]继续沿用“执行根据”更为妥当,虽然在相关的司法解释中已经使用“执行依据”的概念,但相对而言司法解释的变动成本要低得多。

执行根据的文本表现形式必须是由法律所明确规定的,即所谓执行根据法定化要求。根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)、《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)、《中华人民共和国公证法》(以下简称《公证法》)等法律的规定,执行根据的法定文本形式有:(1)人民法院制作的、已经发生法律效力民事判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书。这类法律文书既包括由本院制作的判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书,也包括由上级法院或者其他法院制作的判决书、裁定书和调解书。(2)人民法院制作的、已经发生法律效力并有财产执行内容的刑事判决书、裁定书和调解书。<sup>〔2〕</sup> (3)仲裁机关制作的、已经发生法律效力并有执行内容的仲裁裁决和调解书。(4)公证机构制作的、已经发生法律效力并依法赋予强制执行力的债权文书。(5)人民法院制作的承认和执行外国法院判决、裁定或者外国仲裁机构裁决的裁定书和执行令等。应当将哪些组织以及程序所确认的实体请求结果作为执行根据,赋予其强制执行的效力需要国家从纠纷解决的资源配置、社会法制环境、法制传统、法治观念等多种因素予以考量。执行根据的法定化可以有多种模式。<sup>〔3〕</sup> 所有执行根据在性质上都是对文本中存在实体请求权的高度盖然性证明。虽然法律上对执行根据有明确的规定,但这些规定仅仅是执行根据文本形式的规定,执行根据还需要具有相应的实质性内容,包括执行根据的构成、执行根据的有效性、执行力、执行力的主体范围、执行实现的可能性、对执行根据可执行性的判断、执行根据的解释主体及效力等。上述内容在欠缺时有的属于无效情形,有的属于瑕疵情形。这些具体内容需要根据各执行根据的类型进行分析和判断。关于执行根据,不仅是实务中存在许多技术性问题需要解决,也存在着诸多需要厘清的理论问题。例如,如何理解只有给付判决有执行力,而确认判决和形成判决没有执行力的问题。这一问题的认识基础又涉及应当怎样理解执行力问题。有许多问题如果在理论上没有厘清,必将影响有关制度设置的合理性和制度之间的自洽性。以往的研究较多是从执行根据内容的某一个方面切入并予以展开,例如执行根据的执行

〔1〕《日本民事执行法》中表达执行依据含义时使用“债务名义”这一概念。我国台湾地区“强制执行法”使用“执行名义”的概念。《韩国民事执行法》则使用“执行根据”的表述。有的学者在翻译韩国民事执行法著作时对“执行根据”进行了意译,译为“执行权源”(参见〔韩〕姜大成:《韩国民事执行法》,朴宗根译,法律出版社2010年版,第31页),虽然意思没错,但执行根据为《韩国民事执行法》中的汉字表达,国人都能理解,因此没有必要译作“执行权源”,如果意译,“执行权原”可能更为贴切。《韩国民事执行法》原来也使用日本法上的概念,即“债务名义”,后来在修法时改用“执行根据”。“债务名义”更强调执行依据的形式性,相对而言“执行根据”有强调其实质性的意味。无论哪一种执行文本实际上都是对执行根据的高度盖然性证明,在学理意义上使用“债务名义”或“执行名义”的说法似乎更为贴切。

〔2〕这类法律文书主要是因为被害人在刑事诉讼中提出刑事附带民事诉讼而作出的。在刑事诉讼中,如果被害人因为被告人的犯罪行为而受到物质损害,可以提出赔偿请求。法院对损害赔偿作出的判决就是刑事附带民事判决。法院对查封或者扣押被告人财产问题作出的裁定,就是刑事附带民事裁定。法院对附带民事诉讼案件进行调解达成协议所制作的文书,就是调解书。

〔3〕在北欧的一些国家,例如挪威、瑞典,法律上认为诉讼外调解机关达成的调解具有强制执行效力。参见《关于挪威瑞典诉讼外调解制度的考察报告》,载 <http://www.procedurallaw.cn/info/1013/5331.htm>,最后访问时间:2023年2月13日。

力、执行力的主观范围等，缺失从与具体执行根据的联系层面展开，因此容易忽视执行根据之间的比较观察和分析。执行根据并非独立的概念，其作为一项制度关系到整个民事执行制度的基本框架，例如“审执分离”、执行救济的方式与体系等。我国现行民事执行制度中存在的问题之所以没有理顺，其实都与对执行根据的认识不够存在牵连。有鉴于此，笔者认为有必要较为系统地对执行根据在理论上进行更为细致和深入的研究，以期推动我国民事执行法的理论研究，为民事执行制度的完善和发展提供更多的参考指引。

## 二、关于执行根据的几点基础性认识

### （一）执行根据与“审执分离”

审判权与执行权分离（“审执分离”）是现代民事执行制度建构的一项基本原则和要求。这种分离导致了两者权力在诸多方面的不同或差异，包括权力行使的目的、结果、对象、主体、程序以及不服权力行使的救济方式等。就审判权而言，审判权行使的目的是确认权利义务，权力行使的结果在形式上就是法院的裁决（判决和裁定），其中主要包括对权利人权利主张予以确认的判决。该判决如果具有执行力，即成为执行根据。就执行权而言，执行权并不产生执行根据，执行权的目的是实现执行根据。执行机构应当对审判机构作出的执行根据绝对信赖，只有如此才能使执行机构专注于执行，高效率地通过强制执行方式实现其权利。可以说，执行根据的产生以及如何对待执行根据反映了是否贯彻“审执分离”原则的基本面。

执行权自身不能产生执行根据是“审执分离”原则的基本要求，也是现代民事执行体制的一个基本特点。<sup>〔4〕</sup>然而在这一点上，我国现行的民事执行制度并未完全满足“审执分离”原则的要求。现行《民事诉讼法》（2021年修正）第240条规定：“执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。”这就是“执行回转”制度。虽然该条没有明确指出责令通过原执行程序取得财产的人返还财产的法院是审判法院（审判机构）还是执行法院（执行机构），但从裁决的形式为裁定这一点可以看出该裁决作出的程序不是裁决实体权利争议的审判程序。从执行实践的操作来看，执行回转裁定的主体是执行机构，而非审判机构。审理裁决的程序是非讼程序，而非诉讼程序。也就是说，需要通过启动强制执行程序使得原执行财产回到权利人手中的执行根据是执行权行使的结果，而非审判权行使的结果。我们可以认为现行法律中关于执行回转的裁定也是执行根据，但该执行根据却不是审判机构通过审判程序取得的结果，因此有违“审执分离”原则的要求。<sup>〔5〕</sup>正在审议的《民事强制执行法（草案）》虽然对原有的执行回转制度有所修正，但没有消解其存在的问题。<sup>〔6〕</sup>

〔4〕 关于现代民事执行体制，详见张卫平：《论民事执行体制现代化转型》，载《中国政法大学学报》2023年第2期。

〔5〕 参见张卫平：《执行救济制度的体系化》，载《中外法学》2019年第4期。

〔6〕 《民事强制执行法（草案）》第91条第1款规定：“执行依据被依法撤销、变更的，原被执行人可以向原执行法院提出执行回转申请，请求原申请执行人返还因强制执行所受的清偿，也可以向原执行法院提起诉讼。”实际上，只有通过诉讼程序，通过审判才能获得新的执行根据，实现原执行财产的返还。草案这一规定的问题在于，并没有意识到原执行财产返还的强制执行与执行根据的实质关系。

## （二）执行根据的无效与执行的有效性

依照依法执行的原则，执行机关实施的强制执行必须要有执行根据，且执行根据是有效的。如果执行根据是无效的，那么将对执行机关的执行产生何种影响、应当如何予以处置就是一个值得讨论的问题。首先，应当明确执行根据无效的含义。所谓执行根据无效，是作为执行根据的文本，例如判决书、裁定书、调解书、仲裁裁决书、公证债权文书等不具备生效要件或基于程序上的原因已经被撤销或被否定，其执行根据不再具有法律上的执行效力。在理论上，前者属于“当然无效”，后者属于“形成性无效”。〔7〕例如，已生效（确定）判决经过再审之后被撤销、仲裁裁决通过司法程序被撤销、公证债权文书被公证机关撤销〔8〕等。法律对每一种特定的执行根据都有相应的要件要求。例如对判决，就要求判决已经生效、属于给付判决、给付请求权的范围是明确的等；对于仲裁裁决同样要求具有给付请求以及明确的请求范围（在国外，仲裁裁决还需要有法院的执行决定）等；对于公证债权文书则要求有债务人对执行的承诺、明确的债权债务、公证书的形成符合公证程序规定、有执行证书等。为防止对财产权的不法侵害，依照通常的法理，基于无效的执行根据所展开的执行也是无效的。〔9〕

如果在满足相应要件的情形下，执行根据被判断为有效，则根据执行程序实施的各种相应的执行措施也都是合法有效的，至于最终能否实现实体请求权则与执行根据有效无效本身没有关系。从强制执行请求权与实体请求权的关系而言，强制执行请求权是债权人基于执行根据请求执行机关通过行使强制执行权以实现其实体请求权的一种权利。通常认为该权利是一种债权人对执行机关的公法上权利。强制执行权依附于执行根据，只要执行根据是有效的，强制执行就是合法的。执行根据的实体权利发生转移时，该执行请求权也随之发生转移（十几年前这一问题还曾在国内学术界引发激烈的争论〔10〕）。根据抽象执行请求权的观点〔11〕以及审执分离的原则，〔12〕强制执行请求权的存在与否不以债权人是否实际拥有实体请求权为前提。〔13〕当然这一结论的前提是作为执行根据的法律文本在形式上是合法成立的。如果执行根据在形式上是不合法的，这一结论就不成立了。执行根据在形式上合法成立的情况下，依据执行根据展开的强制执行虽然在程序上是合法的，但却有可能不会产生实体法上的效果，例如欠缺实体请求权成立要件。这种情形属于实体上的无效。对于执行根据欠缺实体请求权生效要件的情形，最好的救济途径就是债务人提

〔7〕 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』（青林書院、2016年）159頁参照。

〔8〕 《公证法》第39条规定：“当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的，可以向出具该公证书的公证机构提出复查。公证书的内容违法或者与事实不符的，公证机构应当撤销该公证书并予以公告，该公证书自始无效；公证书有其他错误的，公证机构应当予以更正。”

〔9〕 在国外的执行法通说中也是此种观点。伊藤眞ほか編『条解民事執行法』（弘文堂、2022年）136-138頁参照。

〔10〕 引发争论的问题出自当时实践中存在的所谓判决书买卖是否合法的讨论。判决书买卖实质涉及的问题是判决书中的实体权利是否可以转让及转让之后受让人是否具有申请执行权的问题。关于该问题的讨论，详见张卫平：《判决执行力主体范围的扩张——以实体权利转让与执行权利的获得为中心》，载《现代法学》2007年第5期。

〔11〕 关于强制执行请求权与实体请求权的关系，还有一种观点是“具体执行请求权说”，该说认为强制执行请求权的成立须以实体请求权的成立为要件，没有实体上的请求权，强制执行请求权也不能成立。在大陆法系国家抽象执行请求权的观点为通说。参见杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社2002年版，第5页。

〔12〕 根据审执分离原则，实体权利的确定与实体权利的实现为两种不同的程序，债权人只要取得了执行根据，即证明该债权人拥有了相应的实体权利。执行机关不能再对该债权人是否具有实体权利进行审查和判断。参见前引〔11〕，杨与龄书，第5页。

〔13〕 参见前引〔9〕，伊藤眞等人编书，第136、137页。

起请求异议之诉。由此也说明作为一种救济手段，设置请求异议之诉具有必要性。

### （三）执行根据的解释

从应然的角度看，执行根据需对可执行债务的标的、数量、种类、范围等是明确的，<sup>〔14〕</sup>但实践中却往往存在含糊不清的情形，这就需要执行机构对执行根据的合理解释能够明了该执行根据是否具有可执行性，并在可执行的场合下确定债务标的、数量、种类、范围等。与司法机关适用法律须对其所适用的法律具有解释权同理，执行机关依照执行根据予以执行也须拥有对执行根据的解释权，执行机关不能否定或改变执行根据本身。在权能的属性上，对执行根据的解释权属于执行机关享有的执行权范畴。对执行根据的解释通常是在对申请执行的审查过程中完成的。实践中也有在执行立案之后在具体实施执行的过程中对执行根据进行解释的情形。不同的阶段下，执行根据解释的后果会有所不同。

执行机构对执行根据具有解释权，这一点没有问题，但需要特别注意的是作为解释权行使对象的执行根据还需要进一步加以限定，即只有在实质上具备了执行根据的要件，执行机关才可能对其进行解释，如果该文本实质上还不能构成执行根据，还需要法院审查予以确认（这种审查判断行为在本质上属于审判行为），那么该文本就不能构成执行根据也就不存在执行机关对其进行解释的问题。因为在我国，仲裁裁决已经直接通过法律确认为执行根据，省略了司法机关审查的重要环节，所以，仲裁裁决直接成为执行机关的解释对象。在需要通过司法审查承认仲裁裁决执行力的国度，执行根据为仲裁裁决和司法审查判断两者的结合，法律上称之为附执行决定的仲裁裁决。因此，执行机关的解释对象也就是附执行决定的仲裁裁决，而非单纯的仲裁裁决。<sup>〔15〕</sup>

执行根据的性质不同，其解释的方法也有所不同。执行根据总体上可以分为两大类：一类是由裁决机构对债权债务作出具有执行力的裁决书，包括司法机关作出的判决、裁定、决定、命令以及由仲裁机构作出的仲裁裁决；另一类是当事人之间认可其债权债务的契约。原则上，执行机关的解释根据仅限于执行根据文本本身，执行根据以外的信息资料不能作为解释的根据，否则就可能对执行根据文本予以否定，这就僭越了执行解释权的权限范围，有替代审判权的嫌疑。对裁决类执行根据的解释与判决主旨的解释同样，在裁决中的债务表述不清晰时需要结合裁决文书的整体内容判断其可执行债务的内容。对契约类的执行根据，即调解书（包括诉讼调解书、仲裁调解书和经调解组织调解达成且经法院确认的调解书）、公证债权文书中债务人承诺的意思表示以及可执行债务的具体内容，也需要结合调解书和公证债权文书做出合理的解释。应当注意的是，无论是调解机构，还是公证机关制作的法律文书都以当事人的合意为前提，因此，执行机关不能对其合意的真实性予以质疑，需要通过解释加以明确的仅仅是债务的具体内容。

根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（以下简称《最高人民法院执行规定》）第16条的规定，人民法院对符合执行受理条件的申请，应当在7日内予以立案；不符合受理条件之一的，应当在7日内裁定不予受理。这就包括了“申请执行的法律文书有给付

〔14〕《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（2020年修正）关于执行受理的条件中规定，申请执行的法律文书有给付内容，且执行标的和被执行人明确（第16条第3项）。

〔15〕参见前引〔7〕，中野贞一郎、下村正明书，第179页。

内容,且执行标的和被执行人明确”这一条件,如果通过解释无法明确该条件,执行法院将裁定不予受理,实际上就是驳回当事人的执行申请。这里就涉及执行机构的错误解释如何救济的问题。对执行根据的解释权属于执行权,其解释行为也应当属于执行行为。《民事诉讼法》(2021年修正)第232条规定:“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的,可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定撤销或者改正;理由不成立的,裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的,可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。”问题在于,执行法院认为申请人所依据的执行根据没有执行力因而驳回执行申请,申请人不服提出了执行异议,法院驳回其异议时,申请人应当如何救济。合理的做法是申请人重新提起给付之诉,通过诉讼获得具有执行力的判决,以此作为执行根据。执行根据没有执行力并不意味着执行根据本身就是错的,仅仅是因为执行内容不明确而无法执行,因为执行内容不明确属于执行根据无效的情形。因此,要想获得有执行力的执行根据就只能向法院提起给付之诉,获得执行根据。这里需要注意的是,对于此类情形,人们容易将其误认为属于重复诉讼,其实不然,虽然两诉的诉讼标的是相同的,但是前诉与后诉的类型是不相同的,前诉客观上只是确认之诉,后诉是给付之诉,目的是获得具有执行力的判决。这一点也是过去人们在议论重复诉讼问题时所疏忽的问题。<sup>〔16〕</sup>

### 三、判决与执行根据

• 783 •

在执行根据中,数量最多的是人民法院制作的已经发生法律效力的民事判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书等,其中尤以法院通过审判形成的民事判决为主。抽象地讲,发生法律效力的民事判决书可以是执行根据,但对具体的民事判决则需要区别对待,并非只要是民事判决就当然可以作为执行根据。本节主要阐述判决作为执行根据所需要具备的两个基本条件,判决为已确定的终局判决和判决具有执行力。

#### (一) 判决作为执行根据的条件之一——已确定的终局判决

作为执行根据的判决在法律状态上应当为已确定的终局判决。这一条件又包含两个最基本的条件:其一,判决已确定;其二,判决属于终局判决。判决已确定以及判决为终局判决虽然都与时态有关,但两者表述的重点有所不同。前者表示判决内容在常态下已没有变动或撤销的可能;后者表示法院对争议进行纠纷解决的状态。终局判决具有终结其审级程序的效力,是法院在审理完结时对争议问题的裁决。与此相对,中间判决是法院在诉讼程序中对某些事项所作的裁决,仅仅是为终局判决做准备,不具有终结诉讼程序的效力。应当注意的是,这里所说的中间判决并不具有我国民事诉讼理论中判决的基本性质,准确地讲,所谓中间判决不过是诉讼程序中的一种中间裁决。大陆法系民事诉讼中判决的含义比我国判决的含义更广,它包括了我国判决概念以外的裁决。关于中间判决的裁决对象、中间判决的效力等有关规定构成了中间判决制度。我国民事诉

〔16〕 关于重复诉讼,参见张卫平:《重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”》,载《中国法学》2015年第2期。

讼法没有规定中间判决制度。<sup>〔17〕</sup>

在我国，对于判决状态的表述，法律上通常使用“发生法律效力”或“生效”的说法，如“发生法律效力的判决”，<sup>〔18〕</sup>人们通常也略称为“生效判决”。实际上，民事诉讼法中所谓“发生法律效力”在含义上存在模糊之处。“生效判决”更准确的含义应当是指判决已经确定，通常情形下，法院不能改变其判决的内容。“生效”的说法之所以不准确，是因为判决一旦送达就会发生一定的效力，例如自我羁缚力，即使是一审判决，作出判决的法院亦不能改变该判决，但该判决未必是确定的，在上诉中的判决就是没有确定的判决。一审判决无法通过上诉加以改变时，该一审判决是已确定的判决。笔者认为，为了避免理解上的歧义，法律上还是使用“确定判决”取代“发生法律效力的判决”更为妥当。

所谓判决的确定，是指法院作出的判决不会因为法律规定的程序原因而改变或撤销。这包括下列情形：当事人在上诉期限内没有上诉；当事人提起上诉后撤回上诉；上诉法院对上诉不予受理或驳回上诉；当事人明示放弃上诉权。我国没有明确承认不上诉契约的合法性，因此，即使当事人双方之间有不上诉契约，判决也不会因该契约的存在而确定。在承认诉讼契约的国家，一旦双方之间存在不上诉契约，则该终局判决即处于确定状态。虽然按照再审制度的规定，确定的判决也有可能通过再审予以推翻，但再审在性质上属于特殊情形，因此，不影响判决的确定。在我国，根据执行文制度关于判决是否确定的审查是由执行机关负责，且仅发生在权利人申请执行时。在国外，权利人可以向专门的机构，如书记官或法院事务官要求出具判决确定的证明。<sup>〔19〕</sup>该制度的设置可以解决在某些情形下判决是否确定的疑议问题，在这个意义上，这一制度有借鉴的必要。

## （二）判决作为执行根据的条件之二——执行力

判断人民法院制作的法律文书是否能够作为执行根据的主要依据是看该法律文书是否具有执行力，没有执行力，即使是人民法院作出的判决、裁定、决定，也不能作为执行根据。

民事判决根据诉的种类与判决的关系，可以分为三种类型：给付判决、确认判决和形成判决。一般认为给付判决具有执行力（准确地讲是指人民法院承认其给付请求的判决具有执行力，执行力的根据是法院对其给付请求权的承认<sup>〔20〕</sup>），确认判决、形成判决因为确认之诉和形成之诉本身并没有相应的给付请求，法院就不可能作出义务人负有相应给付义务的判决，自然该判决也就没有执行力，因而也就不能作为执行根据。从强制执行的实践来看，承认给付请求的判决作为

〔17〕 中间判决具有以下几个特点：（1）中间判决是一种确认性裁决。中间判决是对某些有争议事项的确认，不具有给付内容。（2）中间判决的裁决事项具有特定性。裁决的事项一般限于三类：一是有争议的独立的攻击和防御方法。所谓独立的攻击和防御方法，是指作为诉讼中的攻击和防御方法能够与当事人提出的其他主张和抗辩分开。如当事人双方在诉讼中提出的证据的合法性问题。二是中间争点。如诉的合法性问题、诉的变更合法性问题等。三是有关请求原因及数额的争议。（3）中间判决对法院作出终局判决具有拘束力，终局判决不能与中间判决的确认相冲突。（4）中间判决既没有终结性，也没有既判力，不能对中间判决提起上诉。但终局判决作出后在对终局判决上诉时可一并对中间判决主张不服。关于中间判决，兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）494-504頁参照。

〔18〕 如《民事诉讼法》（2021年修正）第205条、第206条、第231条等规定。

〔19〕 参见〔德〕罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》（下），李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1150页；〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第469页。

〔20〕 参见前引〔7〕，中野贞一郎、下村正明书，第157页。

执行根据没有异议,但关于确认判决、形成判决不能作为执行根据则存在较大的争议。实践中,主要存在以下几种情形,人们会认为确认判决和形成判决同样具有执行力,而非只有给付判决才具有执行力。一种情形是,法院作出确认其权利义务的判决,在判决确定后,当事人根据该确认判决要求相应的机关对原来权利义务的登记进行变更,例如工商管理部门对股权份额、比例或权利人的变更登记。这种情形下,该机关必须根据该判决的确认作出相应的变更。关于形成判决,可以有两种情形:一种情形是,在关于解除婚姻关系的形成判决中,因为涉及夫妻财产的分割,所以该判决也存在执行力;还有一种情形是基于单纯形成判决所发生的权利义务关系的变动。前者的情形其实并非确认判决的执行力,财产分割与离婚的形成判决本身没有直接关系,虽然离婚是财产分割的前提,但财产分割是独立的法律关系,当事人之间的财产分割是一种独立的给付请求。只不过是法院在离婚诉讼案件中附带对财产分割进行裁判处置。如果单纯从判决所裁判的事项得以实现的作用这一视角来看,可以认为这种实际作用属于广义上的执行力,即包括以强制执行以外的方法实现判决事项的效用。<sup>〔21〕</sup>但从执行力是通过国家强制执行的方式实现判决的作用这一角度而言,确认判决和形成判决的确不存在执行力,因为只有实体给付请求权才存在借助国家强制力予以实现的问题,没有实体请求权当然也就无所谓强制执行。确认判决和形成判决确定之后,所发生的变动并非基于当事人的实体请求,相关机关依据判决作出变动是该机关的法定义务,与当事人的实体权利没有关系。行政机关与当事人之间的关系是一种行政关系或其他关系。因为在形成判决的情形下,新的权利义务关系因法院的判决而发生变动,不存在强制执行的必要。<sup>〔22〕</sup>在法律上人们所言及的执行力通常是指狭义上的执行力。

### (三) 执行力与既判力

执行力与既判力的关系问题,是在我国民事诉讼法学界已经普遍接受执行力与既判力概念的前提下发生的,尽管学术界对两个概念内涵的理解未必统一。执行力和既判力都是源自大陆法系国家民事诉讼法上的概念,因此,国内学术界关于两者关系的认识也受到大陆法系国家民事诉讼法理论的影响。执行力和既判力两者关系主要是从两种效力的主观范围和客观范围这两个层面来认识的。在日本,关于两者关系的通说认为,确定判决执行力与既判力的主观范围和客观范围完全一致。<sup>〔23〕</sup>反对“一致说”观点的学者也有不少是日本知名学者,如三月章教授、新堂幸司教授,以及专注于民事执行法的著名学者如中野贞一郎、下村正明教授等。反对观点的一种认识是,执行力与既判力两者没有必然联系,各自确定的考量因素有所不同。<sup>〔24〕</sup>在设定的目的上,判决的既判力是以确定权利为目的,而强制执行的目的在于尽可能通过强制履行满足给付利益,只要能够达到或等同于债务名义(执行根据)的要求即可。在客观范围上,既判力所确定的不作为义务与通过强制执行实现的义务有着明显的不同。<sup>〔25〕</sup>在主观范围方面,执行力的主观范围并不受限于既判力的主观范围。因为存在着诉讼标的之外请求权的例外情形,所以,受执行力扩张

〔21〕 关于广义上执行力的含义,参见前引〔19〕,新堂幸司书,第508页。

〔22〕 参见前引〔11〕,杨与龄书,第55页。

〔23〕 主张一致说的著名学者有兼子一博士、小山升教授、斋藤秀夫教授、菊井维大教授等。参见前引〔7〕,中野贞一郎、下村正明书,第198页。

〔24〕 参见前引〔7〕,中野贞一郎、下村正明书,第158页。

〔25〕 参见前引〔19〕,新堂幸司书,第509页。

的主体有可能直接成为给付请求权或给付义务的执行关系当事人，而既判力的主观范围就不会存在此种情形，其主观范围也仅限于诉讼标的的范围。<sup>〔26〕</sup>

在我国学术界，从教材的情形来看，基本认同执行力与既判力一致说。也有的学者从民事诉讼法的基本原理，如纠纷解决的相对性角度，更深入地探究了执行力与既判力一致的合理性以及实践意义。<sup>〔27〕</sup>笔者认为，单就执行力与既判力在主观范围、客观范围的比较来看，两者基本上是相同的，只在某些特殊情形下存在差异。

#### 四、仲裁裁决与执行根据

在我国，仲裁裁决是《民事诉讼法》和《仲裁法》所明确规定的执行根据。这一点没有疑问。在我国的强制执行实践中，对于有执行力的仲裁裁决，权利人在义务人不主动履行仲裁裁决所确定的义务时，权利人可以向执行法院申请强制执行。但就法理而言，仲裁裁决并不能独立成为执行根据，需要有一个国家司法审查确认的环节。只不过在法理规定和程序上，我国忽视或忽略了这一重要环节。

这一程序制度的基本法理在于，强制执行权专属于国家司法机关，任何非司法机关关于实体给付请求权的实现都必须经过国家司法机关的确认。这种司法确认本身不是执行行为而是司法裁判行为，是司法裁判权或审判权的运用。仲裁虽然作为一种广泛运用的、能够有效替代司法解决的方法对于大量民商事纠纷解决具有非常重要的作用，但毕竟与司法裁判不同，仲裁在性质上毕竟只是一种民间的纠纷解决方式，仲裁机构也只是当事人双方通过协议认可的作出裁决的第三人。也就是说，虽然仲裁被国家认可，但毕竟是一种民间裁决方式，尽管在观念上基于历史和组织行政化的原因，我国的仲裁机构具有浓厚的“官方”色彩，<sup>〔28〕</sup>但仲裁裁决并非自然具有执行力。这一点，国内极少数学者在较早时期已经注意到，虽然尚未展开分析。<sup>〔29〕</sup>在执行原理上，仲裁裁决必须得到司法机关的认可并赋予执行力，才能被强制执行，即只有与国家司法机关的司法确认相结合，仲裁裁决才能够成为执行根据。人们正是由于认为仲裁裁决本身即具有执行力，才当然地将仲裁裁决作为执行根据。既然仲裁裁决被认为是当然的执行根据，也就不可能在仲裁执行开始前设置司法审查确认这一环节和程序对其合法性及执行力进行审查判断。

正是认识到这一法理，大陆法系国家和地区仲裁法及执行法的规定及法理均不认为仲裁裁决当然具有执行力，均明确规定仲裁裁决需要向法院申请确认之后才能获得执行力，成为执行根据。<sup>〔30〕</sup>《韩国仲裁法》第35、37条明确规定，经过法院审查作出可执行决定后，仲裁裁决成为执行根据。<sup>〔31〕</sup>当然，在认识仲裁裁决是否直接作为执行根据的问题时，必然涉及应当如何理解

〔26〕 参见前引〔7〕，中野贞一郎、下村正明书，第158页。

〔27〕 参见任重：《民事判决既判力与执行力的关系——反思穿透式审判思维》，载《国家检察官学院学报》2022年第5期。

〔28〕 在历史上，在我国仲裁制度发展的初期，仲裁机构是工商管理部门的附设机构，在性质上属于行政部门。

〔29〕 参见宋连斌：《仲裁法》，武汉大学出版社2010年版，第256页。

〔30〕 Vgl. MüKoZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, ZPO § 1055, Rn. 1; 鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法1』（第一法規出版、1985年）330、334頁参照。

〔31〕 参见前引〔1〕，姜大成书，第73页。

域外仲裁法中关于仲裁裁决与确定判决具有同一效力或同样效力之规定。人们也许认为,仲裁裁决与判决具有同样的效力,就自然意味着判决有什么效力,仲裁裁决也就应该具有什么效力,例如既判力、执行力。一方面,法律规定所说的具有与判决同样的效力,是指仲裁裁决的既判力。因为执行力专属于司法机关,属于国家司法机关垄断的权力。另一方面,同样具有既判力、执行力这样的结论要看是在什么样的语境之下作出的。因为无论是既判力,还是执行力的取得都存在具体的条件设定。相对于执行力,仲裁裁决的既判力无须通过法院审查确认后由国家赋予,自然会在当事人之间产生相应的约束力。基于仲裁裁决的既判力,只要存在确定的仲裁裁决,当事人便不得就该已裁决的纠纷再行申请仲裁或提起诉讼。法院本身就是国家司法机关,因此,法院自己作出的判决其执行力无需再经过法院的审查就可以获得。德国民事强制执行法理论非常确定地指出,仲裁机构作出的裁决并不能自然获得执行力,因为仲裁裁决不能直接作为执行名义(执行根据),强制执行权专属于国家司法机关,所以只有经过相应的国家司法机关的司法审查确认后,仲裁裁决才能成为执行根据。我国在仲裁裁决作为执行根据方面恰恰缺失了这一重要环节。国家行使司法审查权对仲裁裁决的确认是“积极地”创设了执行根据,而非简单“消极地”批准了仲裁裁决的执行力。<sup>[32]</sup>对照一下我国民事诉讼法关于域外仲裁裁决的承认与执行制度,就可以比较容易理解为何仲裁裁决需要有司法机关的司法确认才能成为执行根据。我国法院如果要强制实现域外仲裁裁决中的实体请求权,首先必须对域外仲裁裁决进行审查和确认,只有在得以确认的情形下,才可能展开执行,其执行根据并非仲裁裁决本身,而是我国法院关于承认该仲裁裁决并认可予以执行的司法裁决。国内的仲裁裁决与域外的仲裁裁决两者之间并没有什么本质上的不同,都是作为民间裁断机构的第三人作出的裁决。这与国外法院作出的判决也需要我国的司法确认不同,后者涉及司法主权的问题,因此国外法院的判决不能直接作为我国执行法院的执行根据。

• 787 •

## 五、公证债权文书与执行根据

公证债权文书的执行是我国强制执行的一种。虽然总体数量相较于法院判决和仲裁裁决不算多,但增长速度很快。有数据表明,近10年来,公证债权文书的执行明显呈持续增长的态势。2008年随着公证机关对附强公证监管力度的加大,附强公证数量有所减少,但依然处于较高位的运行状态。<sup>[33]</sup>公证债权文书的执行对于提高无争议债权的强制执行无疑具有重要意义,避免了权利人必须通过司法或其他程序才能获得执行根据实现强制执行的程序障碍。但从公证债权文书的执行实践来看,公证债权文书的执行也存在诸多问题,强制执行的难度同样很大。造成公证债权文书执行难的原因是多方面的,既有公证体制方面的原因,也有执行体制和制度方面的原因。除了附强执行中涉及的体制和制度原因外,公证债权文书制度在理论或认识层面也同样存在诸多争议问题。可以认为,公证债权文书执行中的某些体制和制度问题与理论或认识层面的问题

<sup>[32]</sup> Vgl. MüKoZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, ZPO § 1060, Rn. 2.

<sup>[33]</sup> 关于附强执行的实证数据,参见邵长茂:《公证债权文书执行制度之完善》,载《人民司法(应用)》2021年第31期。

没有厘清有着直接关联。<sup>〔34〕</sup>在执行根据、执行根据审查和解释、附强执行的要件、对错误附强执行的救济路径和方式等方面都存在这样的问题。本文系关于执行根据问题的探讨，因此涉及公证债权文书执行的其他理论或认识问题不在此展开。

公证债权文书强制执行的执行根据是什么，一直是公证债权文书强制执行制度中一个重要问题，也是一个极富争议的问题。这一争议是随着公证债权文书强制执行制度的发展而延伸出来的。在《公证法》明确公证债权文书强制执行效力后至执行证书制度出台之前，对于赋予执行力的公证债权文书即为执行根据似乎没有疑问，但在《最高人民法院、司法部关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》（以下简称《联合通知》）出台之后，因为要求公证债权文书的债权人申请执行提供执行证书，所以也就引发了关于执行根据的争论，即公证债权文书是执行根据，还是执行证书是执行根据，抑或公证债权文书与执行证书共同构成执行根据。虽然在2018年《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》（以下简称《公证债权文书执行规定》）出台之后，这一争论在制度层面已经有明确的规定，但在理论上其争论并未终结。《公证债权文书执行规定》第3条规定：“债权人申请执行公证债权文书，除应当提交作为执行依据的公证债权文书等申请执行所需的材料外，还应当提交证明履行情况等内容的执行证书。”该条明确公证债权文书为执行依据。第5条规定：“债权人申请执行公证债权文书，有下列情形之一的，人民法院应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回执行申请……”这一表述也明确指明公证债权文书是执行根据。执行证书只是债权人申请执行的条件之一。

问题在于，在理论上为何公证债权文书是执行根据，而执行证书不是执行根据，执行证书的法律地位和意义是什么。这些问题在人们的认识中实际上并没有完全厘清。

首先需要明确的是，公证债权文书的性质和内容究竟是什么，为什么法律要赋予其强制执行的效力。《公证法》第37条第1款规定：“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书，债务人不履行或者履行不适当的，债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”在法理上，赋予公证债权文书强制执行效力的基础是债权人与债务人之间关于接受债务不履行时可通过强制执行予以实现的承诺。这一承诺就是当事人之间关于强制执行的契约。这是公证债权文书可执行的核心。这一契约意味着当事人不通过诉讼途径即可获得强制执行的正当性根据。执行契约属于广义上的诉讼契约，与广义民事诉讼同义（但应当注意的是尽管在性质上属于诉讼契约但具体内容并非关于诉讼的契约，而是关于执行的契约，即所谓“执行契约”。诉讼契约可以包括不起诉契约、不上诉契约、不提起再审之诉契约等）。<sup>〔35〕</sup>虽然我国并没有承认狭义上的诉讼契约，但公证债权文书作为执行契约却已经得到法律的肯定。法律对执行公证债权文书的这种肯定实际上有一定的历史原因，是特殊历史背景下的产物。中华人民共和国成立后不久，在1951年发布的《最高人民法院、司法部关于保护国家银行债权的通报》中就规定了载明强制执行条款的公证契约可申请法院执行。20世纪80年代公证工作恢复后，1982年国务院颁布

〔34〕 参见张卫平：《民事诉讼法》（第5版），法律出版社2019年版，第533-536页。

〔35〕 关于诉讼契约，参见张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》，载《中国法学》2004年第3期。

的《中华人民共和国公证暂行条例》规定公证机构可对追偿借款、物品的文书赋予强制执行的效力。第五届全国人大常委会第22次会议同年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》则是我国法律第一次明确规定公证债权文书与人民法院判决、仲裁机构作出的仲裁裁决等同属于人民法院的执行依据。<sup>〔36〕</sup>应当承认在那个年代，我们还没有诉讼契约的意识，甚至连实体契约的意识也还十分薄弱。在我们传统的诉讼理念上诉讼契约是难以成立的。承认公证债权文书的可执行性一是为权利实现的便捷，二是受公证债权文书执行制度移植的影响。制度移植占有很重要的成分。

在我国承认公证债权文书的可执行性之初，国际上已经普遍认可公证债权文书的可执行性，尤其是公证体制比较完善、公证事业比较发达的国家。在这一点上我国公证法对公证债权文书可执行性的承认是为了顺应国际公证与强制执行发展的趋势。其时，人们并未充分考虑私法上私人契约和法律等效性与我国本土法意识的差异性。对公证债权文书可执行性予以认可的国度，都有相应比较完善的公证体制和较为普适的契约法治观念作为基础。可以说，在我国公证事业尚处于初级阶段时，《公证法》即赋予公证债权文书可执行性的确具有相当的超前性。在国外，例如德国、日本、韩国等国家，虽然公证法治已经较为发达，公证人的素质相对较高，但学者们依然指出，赋予公证债权文书执行力存在较大风险。当事人很难对契约约束性有充分的认识，而且，对公证人员制约不够也很容易引发违法公证和执行难的现象。关于这一点已经有实证资料予以证实。<sup>〔37〕</sup>因此，我国在公证债权文书执行方面应当更为谨慎，并构建更为细致的制度作为正当性的保障措施。

• 789 •

公证债权文书是否为执行根据的争论也涉及我国法上的执行证书的性质和作用问题。厘清公证债权文书与执行证书首先必须清楚两者的差异何在。无论是《联合通知》《公证债权文书执行规定》，还是《公证程序规则》都明确规定公证债权文书的公证必须具备以下条件：（1）债权文书以给付为内容；（2）债权债务关系明确，债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义；（3）债务履行方式、内容、时限明确；（4）债权文书中载明当债务人不履行或者不适当履行义务时，债务人愿意接受强制执行的承诺；（5）债权人和债务人愿意接受公证机构对债务履行情况进行核实。这些条件实际上也是公证债权文书的基本内容。如果从上述内容来看，权利人完全可以以公证债权文书为据向执行法院申请强制执行，那么为何还要求当事人必须从公证机关获得执行证书，才能申请强制执行？这涉及执行证书的实际作用问题。《联合通知》第4条规定：“债务人不履行或不完全履行公证机关赋予强制执行效力的债权文书的，债权人可以向原公证机关申请执行证书。”第5条规定：“公证机关签发执行证书应当注意审查以下内容：（1）不履行或不完全履行的事实确实发生；（2）债权人履行合同义务的事实和证据，债务人依照债权文书已经部分履行的事实；（3）债务人对债权文书规定的履行义务有无疑义。”从这两条规定中可以看出，执行证书的作用是证明公证债权文书中的义务现在并未实际履行。也就是说执行证书的作用相当于一些国家强制执行法中的“执行文”，即由审判机构的书记官（或法院事务官）或公证机关对执行根

〔36〕 参见谢浪：《公证债权文书执行依据的法理逻辑与制度演进》，载《中国公证》2019年第5期。

〔37〕 参见前引〔7〕，中野贞一郎、下村正明书，第198页。

据具有执行力进行审查判断。执行文的主要作用就是对公证债权文书具有执行力进行证明。在公证债权文书形成之后，其执行力因为多种原因有可能已经丧失，所以还需要专门机构就执行根据是否还具有执行力予以审查判断。因此，原执行文本（判决、裁定、决定、命令、仲裁裁决、公证债权文书）是执行根据，执行文不是执行根据或执行根据的一部分。从这一点来看，我国公证机关制作的执行证书也实际上具有这样的作用，因此，执行证书并非执行根据或执行根据的组成部分，只是作为执行根据有效的要件之一。

应当说明的是，虽然《联合通知》中明确规定公证债权文书的权利人向法院申请强制执行需要执行证书以证明该债务并没有实际履行或未全部履行，权利人需要再向公证机关申请就此作出公证文书，但是，对于债务人现时没有自动履行其债务的事实并不是必须通过公证来审查证明，也可以交给执行机构进行审查。债务人是否已经履行其债务的事实属于是否满足强制执行要件的事实。当然，如果从减少执行法院执行立案审查的工作负担以及审查的实效性来看，这也是一种资源配置的考量。在实行执行文制度的国家，依据裁判机关与证明机关分离的原则，关于执行根据执行力及执行力范围的调查和审查就是由专门的机关（法院书记官或公证人）来完成。无论是法院的判决、假执行或假处分决定，还是赋予执行力的公证债权文书，在申请执行之前都需要向专门机关——法院书记官<sup>〔38〕</sup>或公证机关申请赋予执行文。<sup>〔39〕</sup>该制度的原理在于，执行机关不能独立地对强制执行的要件进行审查判断。其目的是让执行机关更加专注于强制执行活动本身。<sup>〔40〕</sup>公证债权文书的执行文就是由公证人出具的、关于证明其执行根据存在执行力以及执行力范围的文书。公证债权文书的执行文由保管该公证文书文本的公证人，而非原进行公证的公证人作出。通常做法是在执行文文本完成后即粘贴在公证债权文书（执行证书）正本末尾处，并加盖公证人印章。从比较法的视角看，我国执行证书的作用类似于国外的作为公证债权文书执行要件之一的执行文。两者都是将执行根据是否具有执行力以及执行力范围的调查或审查职能赋予了公证机关。在此，还需要说明的是，在国外，公证债权文书也被称为“执行证书”。但此“执行证书”与我国执行制度中的“执行证书”在含义上有很大的差异。在国外民事执行法中，所谓“执行证书”是指与法院裁判无关的债务名义，该债务名义（执行名义）的执行力根据在于债务人在公证人面前明确表示其债务在不履行时可强制执行的承诺，<sup>〔41〕</sup>也就是公证债权文书自身。

〔38〕 在国外，法院的书记官与我国法院的书记员的法律地位有所不同，国外法院的书记官既是审判的事务人员也是独立地位的公证证明机关，对法官的审判活动具有独立的监督作用。在我国，书记员仅仅是辅助法院审判的事务人员，不具有证明诉讼活动，并以此实现对审判活动监督的职能。在公证法理上，只要是对法定事项或事实提供具有法定证明效力文书的主体即称为公证机关。在国外，除了对特定事实提供一般公证证明文书的公证人之外，诉讼中的书记官也是具有这种公证职能的主体。关于国外法院书记官的公证职能，参见石井浩「新民事訴訟法における裁判所書記官」竹下守夫＝今井功編『講座新民事訴訟法1』（弘文堂、1998年）69頁；张卫平：《论庭审笔录的法定化》，载《中外法学》2015年第4期。

〔39〕 关于国外民事执行中的执行文制度，参见《日本民事执行法》第26条。学理解释参见前引〔9〕，伊藤真等人编书，第232-263页；山本和彦ほか編『民事執行法』（日本評論社、1998年）63-67頁；国内文章，可参见刘颖：《执行文的历史源流、制度模式与中国图景》，载《中外法学》2020年第1期。德国与日本同样实行执行文（执行条款）制度，即对需要执行的生效判决、仲裁裁决等，需要权利人向执行文赋予机构——法院书记官或公证人申请赋予执行文（执行条款），经书记官审查（形式审查）之后，在该判决书中赋予执行文（执行条款），即许可予以实际执行的判决。书记官的书记官对于执行名义是否实际存在、是否可以执行、执行是否为附条件的执行、执行当事人是否适格等事项进行审查。参见〔德〕汉斯—约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，周翠译，中国政法大学出版社2005年版，第361-362页。

〔40〕 参见前引〔39〕，山本和彦等人编书，第65页。

〔41〕 参见前引〔39〕，山本和彦等人编书，第53页。

因此,如果我国法律要继续推行具有证明执行力功能的执行证书制度,<sup>[42]</sup>最好能够使用其他概念加以替代,比如使用“执行证明”(因为这种审查结论本质就是一种证明)的说法,以示区别。这里需要提及的是,在我国,如果公证债权文书作为执行根据还需要执行证书制度保障和明确其执行力,则其他执行根据(判决书、仲裁裁决书、法院调解书等)也就同样有这样的需要,这也从一个侧面说明国外的执行文制度在我国也同样有其必要。

公证债权文书是否具有既判力以及如何理解,是关于公证债权文书作为执行根据若干问题中的一个激烈争论的问题。问题的实质是在作出赋予强制执行效力的公证债权文书之后,该公证债权文书对其所涉及的法律关系是否具有既判力。有人认为该公证文书有既判力,有的人认为没有既判力。从公开发表的文章来看,多数从事公证工作的专家认为公证债权文书应当具有既判力。从现行的制度规定来看,由于人们的理解不同,公证债权文书没有既判力的含义同样存有争议。

对于这一争议问题,需要明确的是究竟什么是既判力,有既判力意味着什么,没有既判力又意味着什么。既判力是大陆法系国家民事判决制度与理论中的一个重要概念。既判力通常是针对法院的判决,是指判决所具有的某种约束力。其基本含义是,终局判决一旦获得确定,该判决针对请求所作出的判断就成为规制双方当事人今后法律关系的规范,当双方当事人对同一事项(请求或被请求的事项)再度发生争执时,将不允许当事人提出与该判断相矛盾的主张,而且当事人也不能对该判断进行争议,法院也不能作出与此相矛盾或抵触的判断。<sup>[43]</sup>国外民事执行制度和理论一般认为执行证书(公证债权文书)没有既判力。国内民事诉讼学者也持这一观点,尽管其论证的根据和路径略有不同。<sup>[44]</sup>国外这一认识是借用了既判力概念来表达执行证书(公证债权文书)对当事人双方的约束效用。因为毕竟执行证书(公证债权文书)并非司法机关所作出的终局裁决。从既判力的约束作用来看,如果认为公证债权文书有既判力就意味着公证债权文书关于债权债务及执行力的确认,当事人双方均不能在对其争议时向法院提起诉讼,即使法院受理该诉讼,法院也不能作出与公证债权文书确认的事项(债权债务和执行力)相反的判断。反之,如果认为公证债权文书没有既判力,则意味着在公证债权文书确认存在特定的债权债务之后,当事人双方依然可以就该债权债务的争议向法院提起诉讼,法院审理后也可以作出与公证债权文书相反的判断。

在法理上,之所以公证债权文书没有既判力主要是基于以下理由:公证债权文书的形成过程中公证员并未对债权债务的存在以及内容进行实体审查,仅仅是基于当事人之间的承认(有了当事人的承认,也就无需进行实质审查)。这与法院判决中对实体内容的判断有所不同,法院的判断是以依照程序对实体法律关系进行审理为前提,实体的正当性能够得以保障。即使是诉讼调

[42] 关于执行文制度的中国化问题,参见前引[39],刘颖文。

[43] 参见〔日〕高桥宏志:《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第477页;高桥宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(有斐閣、2011年)585頁;张卫平:《既判力相对性原则:根据、例外与制度化》,载《法学研究》2015年第1期。

[44] 参见肖建国、张苏平:《执行力来源与实体关系变动:公证债权文书执行的解释框架》,载《国家检察官学院学报》2022年第5期。

解，也因为法院的参与及若干程序原则和制度的存在，其实体正当性也能够得以保障。因此为了让当事人尤其是债务人有相应的救济途径，对于缺乏实体正当性保障的公证债权文书不能赋予既判力，一旦赋予其既判力就等于关闭了当事人的救济途径。<sup>〔45〕</sup>这种司法上的救济途径包括当事人就公证债权文书中确认的债权债务争议向法院提起诉讼通过司法程序予以解决，以及在权利人向执行法院申请强制执行之后，债务人针对债权人提起的异议之诉。债务人可以通过请求异议之诉（债务人异议之诉）否定该公证债权文书的执行力，以达到阻止对债务人强制执行的目的。债权异议之诉是执行救济体系中最重要诉讼种类，目的是维护债务人的合法权益，因而是不可或缺的。国内有人质疑的是，如果允许公证债权文书的债权人可以就其债权债务关系另行提起诉讼（也有的文章将其表述为公证债权文书的可诉性<sup>〔46〕</sup>），岂不是让公证债权文书成为废纸，浪费司法资源，且有违诚信原则？<sup>〔47〕</sup>在此，需要明确的是，公证债权文书没有既判力并不等于债权人就可以滥用诉权。在诉的制度和实践中还有一个规制诉讼的概念——诉的利益。有诉权并不等于可以无条件地推动诉讼。诉权的行使总是有条件的限制，其条件的合理设置对于保障诉权行使有着重要意义。作为诉讼要件或起诉要件，诉的利益是指对于具体的诉讼请求，是否具有进行本案判决的必要性和实效性（判决所能够实现的实际效果）。<sup>〔48〕</sup>在公证债权文书获得强制执行许可之后，债权人向法院再行提起诉讼时便可以认定该诉缺乏诉的利益，法院可以不予受理或受理后裁定驳回起诉。<sup>〔49〕</sup>有无既判力涉及当事人能否对已确定的权利义务再行争议的诉讼权利问题，诉的利益涉及的是如何正当行使诉讼权利的问题，是否可诉与有无既判力是两个不同层面的问题。债权人另行提起诉讼时缺乏诉的利益，而债务人提起的债权异议之诉则具有诉的利益，可以通过提起该诉讼维护自己的正当权利。

• 792 •

## 六、结 语

以上阐述只是笔者对执行根据中部分问题的拙见，有的方面还有待进一步阐释和展开。“执行根据”这一主题，涉及制度设置、实务操作技术以及理论构造等诸多方面，制度设置与实务操作又与理论构造有直接关联，如果在理论上没有厘清其原理和机制，制度设置和实务操作必然出现偏差，尽管制度设置具有一定的政策性，受到操作便利、实务习惯等诸多因素的影响，但制度

〔45〕 参见前引〔7〕，中野贞一郎、下村正明书，第198、199页。

〔46〕 “公证债权文书的可诉性”这种表述显然是不准确的，因为在公证债权文书的情形下，另行诉讼针对的是有争议的民事实体法律关系，而非公证债权文书本身。另外，可诉性包含着两层意思：在抽象层面，涉及争议法律关系能否被诉的一般问题；在具体层面，是指在个案场合是否具备起诉的要件或诉讼要件的个别问题。因此，使用可诉性这一说法就容易模糊讨论的焦点。

〔47〕 关于公证债权文书是否可诉的观点，参见叶科展：《关于公证债权文书的债权人诉权的思考——以〈最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定〉第24条为视角》，载《中国公证》2020年第6期。

〔48〕 诉的利益概念的出处，参见〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法重点讲义（导读版）》，张卫平、许可译，法律出版社2021年版，第6-10页；张卫平：《诉的利益：内涵、功用与制度设计》，载《法学评论》2017年第4期。关于公证债权文书债权人另行起诉的诉的利益，早在2016年已有学者发文对此有过阐述。参见黄忠顺：《论执行力对诉的利益的阻却——以公证债权文书为中心的分析》，载《法学论坛》2016年第4期。

〔49〕 我国民事诉讼缺失诉讼要件制度，因此只能将诉的利益设置为起诉要件，当不具有诉的利益时也就只能以不符合起诉要件为由予以驳回。

设置的基础和基本构架必须要有充分的理论作为支撑，因此，深入地探究和厘清执行根据中的理论问题，特别是基础性的理论问题就显得尤为重要。当下，我国正在制定《民事强制执行法》，执行根据又是民事强制执行法中最为重要的制度之一。执行根据制度并非只是简单地在《民事强制执行法》对执行根据的形式作出明确规定，还需要对各种执行根据的执行力、确保执行根据的执行力、各执行根据执行力的范围（主体与客体）、执行根据与执行要件的关系、执行根据的审查和判断程序以及相应的救济程序等作出规定。这些制度细节都需要有扎实的理论作为基础。我国《民事强制执行法》不仅应当与我国国情适配，而且还应当充分借鉴和吸取国外发达民事执行法的制度。制度的有效借鉴也必须以充分的理论研究为前提，只有真正了解了外国民事执行的制度构造和运行机理、原理以及理论基础，才能更好地为我所用，做到“洋为中用”。

---

**Abstract:** The enforcement basis is both the ground for court to implement enforcement, and the foundation of enforcement legitimacy. Although the enforcement basis has an important status in the enforcement law, there is still much room for discussion and research on the enforcement basis in the academic and practical circles. There exist also many ambiguous understandings. In terms of the general basic understanding about enforcement basis, the forming-manner of enforcement basis is closely related to the implementation degree of the principle “separation of trial and execution”, and the validity of enforcement basis is a necessary but not sufficient condition for the validity of enforcement procedure, which also constitutes the basis for the enforcement agency to exercise its power of interpretation. The main conditions for a judgment to become enforcement basis include that the judgment is definitive and final, and the judgment is enforceable. The enforceability of judgment is essentially the same as res judicata in its subjective and objective scope but differs in certain special circumstances. Arbitration award is not independent enforcement basis in jurisprudence, and China should set up judicial review and confirmation procedure to improve the enforcement system of arbitration awards. The jurisprudential basis for the enforcement of a notarized debt instrument lies in the contract or promise to accept enforcement, and since it has no res judicata effect, it requires the execution certificate to prove and guarantee its enforceability.

**Key Words:** civil enforcement law, basis of enforcement, enforcement effect of judgment, arbitration award, notarized debt instrument

---

• 793 •

（责任编辑：曹建军 赵建蕊）

## 债权共相与效力殊相：执行债权的概念厘定

肖建国 张苏平\*

**内容提要：**在通过强制执行实现实体债权的过程中，理论和实践往往在查封执行标的、责任财产价值维持、实体债权已由生效法律文书确定等意义上使用“执行债权”的概念，为超出实体债权的特殊效力寻求理论依托，有时也会误将实体债权的归属确定性转用于执行债权。基于物上请求权本就具有的债权属性、物上请求权总是在特定当事人之间发生效力，以及强制执行总是在特定当事人之间施加强制等理由，执行债权以债权为共相，而不必以给付请求权的概念替换。执行债权与个别责任财产存在具体关联，在权利实现路径上具有特殊性，也可以为存在实体瑕疵的执行提供形式依据，并且以债权人撤销权诉讼为其保障方式，因此有必要借助其效力殊相作为分析工具。

**关键词：**执行债权 实体债权 物上请求权 责任财产

2022年6月审议的《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》于第83条、第109条、第171条和第179条等条文中明确使用了“执行债权”的概念，为其超出实体债权的特殊效力寻求理论依托。进入诉讼程序的权利请求往往需要在“实体请求权”的概念之外使用“诉讼请求权”或“诉讼标的”概念加以区分，<sup>〔1〕</sup>而实体债权经由诉讼程序判定后记载在执行依据，通过强制执行程序实现的过程也有区分概念表达和明晰理论基础的必要。不过，由于执行法理论常使用“执行债权人”与“执行债务人”指代执行依据上载明的执行当事人，<sup>〔2〕</sup>虽然也强调“执行依据上所载明的权利并不仅仅限于民法上的债权，还包括物权法中的物上请求权、身份法上的请求权和公法上的请求权”<sup>〔3〕</sup>，但

\* 肖建国，中国人民大学法学院教授；张苏平，中国人民大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金项目“民事强制执行法基础理论研究”（20BFX082）的阶段性成果。

〔1〕 参见王洪亮：《实体请求权与诉讼请求权之辨——从物权确认请求权谈起》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2009年第2期；刘哲玮：《确认之诉的限缩及其路径》，载《法学研究》2018年第1期；曹志勋：《德国诉讼标的的诉讼法说的传承与发展》，载《交大法学》2022年第3期。

〔2〕 参见谭秋桂：《民事执行法学》（第3版），北京大学出版社2015年版，第138-139页。

〔3〕 肖建国主编：《民事执行法》，中国人民大学出版社2014年版，第66页。

仍不免引发疑问：既然能够据以产生请求权的基础权利并不仅限于实体法上的债权，也包含物权等绝对权，那么为何要以债权作为强制执行程序中权利的基本形态。换言之，所谓“执行债权”的概念是否应以（给付）请求权等更为一般性的概念予以修正？〔4〕当然，若借用请求权的概念将其改称为“执行请求权”，则可能与作为公法性权利且具有诉权性质的执行请求权产生混淆。〔5〕但除此之外，执行债权人和债务人与实体法上的债权人和债务人未必一致、执行当事人间的对立程序构造、以实体债权为基础的执行所占比例较高等理由显然均不能从根本上回答这一问题。〔6〕问题的根本在于：在强制执行中作为实体正当性基础的各种权利能否以“债权”为共相，并且作为殊相的“执行债权”概念在解释其与责任财产的关联以及实体债权的实现路径等执行法上的问题时能否成为有力的分析工具。

## 一、作为分析工具的执行债权概念

“执行债权”（查封债权/扣押债权）概念通常指代已经进入强制执行程序旨在实现的权利，它并非指代一种与实体债权同时存在或替代实体债权而存在的权利，而是用于提示执行程序对实体债权的影响，因此，它更多是作为一种分析工具被使用。但理论和实践在使用这一概念时往往有不同的侧重点，有时也暗含着价值陈述，包括但不限于如下情形。

### （一）执行程序中查封执行标的意义上的“执行债权”

第一种情形是在实体债权已经进入强制执行程序，且执行标的已被采取查封等措施的意义上使用“执行债权”。例如，担保人以具有担保用途的保证金账户中的存款为银行设定质权，最高人民法院认为该账户内的存款上存在权利负担，担保人的执行债权人对该账户内的存款所能主张的权利不得大于担保人对该存款所能主张的权利，因此在权利负担去除前，执行债权人不得对该存款强制执行。〔7〕这种理解更侧重于查封的束缚效力，即基于对执行标的的查封而产生让与禁止效力。〔8〕只是在该案中让与禁止效力未能阻止依存款质权而对执行标的的变价和分配，换言之，存款质权被认为具有阻止执行标的的让与的效力。〔9〕此外，在这种情形下强调基于执行债权的查封，还暗含着对因执行机关对保证金账户中的存款采取冻结措施而导致质权人因失去占有而丧失质权的担忧。〔10〕但问题在于，即使强调执行债权与查封等执行措施的密切关联，质权等具有优先受偿效力的权利原则上并不当然构成担保权人据以排除强制执行、否定基于执行债权而对担保物采取查封等执行措施的理由，担保权人可以通过参与分配优先受偿。〔11〕此外尚需考虑，就银

• 795 •

〔4〕参见前引〔3〕，肖建国主编书，第93页。

〔5〕参见宋汉林：《民事执行请求权研究》，法律出版社2018年版，第27-29页；马登科：《论已决债权转让申请执行的审查——兼论〈民事强制执行法（草案）〉（征求意见稿）第18条第2款》，载《中国应用法学》2022年第5期。

〔6〕参见张登科：《强制执行法》（修订版），三民书局有限公司2019年版，第85页；前引〔3〕，肖建国主编书，第67页。

〔7〕参见最高人民法院（2020）最高法民再33号民事判决书。

〔8〕参见〔德〕奥拉夫·穆托斯特：《德国强制执行法》，马强伟译，中国法制出版社2019年版，第128-129页。

〔9〕参见江必新主编：《强制执行法理论与实务》，中国法制出版社2014年版，第448页。

〔10〕参见乔宇：《执行异议之诉中对质押保证金的认定》，载《人民司法（案例）》2017年第14期。

〔11〕参见刘颖：《民事执行中案外担保权人的救济路径》，载《环球法律评论》2022年第5期。

行存款的性质而言，通说认为存款归银行所有，即银行取得了存款货币的所有权，<sup>〔12〕</sup>因此基于执行债权而查封并产生禁止让与效力的标的是存款人对银行的债权，该债权在归属的意义上属于债权人的财产范畴，可以作为强制执行的财产对象。<sup>〔13〕</sup>而以具有担保用途的保证金账户为银行设定质权，银行有权直接从该账户中划扣存款，该质权实际上并非真正以特定账户担保债权实现，而是以该账户中的存款作为质物的质权，即以一定数量的资金为标的物的金钱质权。<sup>〔14〕</sup>因此经由执行债权而查封的标的与基于以存款为质物的金钱质权的标的并不属于同一层次，执行债权人虽可在执行程序中收取担保人对银行的债权，仅产生银行应向执行债权人履行并清偿该债权的效果，这与应将该账户内的存款优先分配给作为质权人的银行并不冲突，不能当然得出该质权具有阻碍转让（归属意义上的）存款债权的结论。

在查封会使执行债权人取得优先保护地位的情形下，实体法理论也常在权利对抗效力的意义上将执行债权与担保权等物权进行比较。例如在日本法上，执行债权人属于未经登记的不动产物权人不得对抗的第三人。<sup>〔15〕</sup>在中国法上对于担保物权与执行债权所指向的标的物的价值分配，未经登记的担保物权人不得对抗执行债权人，前者处于相对劣后的地位。<sup>〔16〕</sup>基于物权对抗效力的有无，在执行债权人与所有权人之间就标的物主张权利发生冲突时，需要确定该物权对于执行债权人而言应否被视为“不存在”，<sup>〔17〕</sup>从而决定能否对该标的物强制执行。

## （二）责任财产价值维持意义上的“执行债权”

第二种情形是在执行标的已被采取查封等措施，且基于执行债权而被“锁定”的责任财产的价值维持意义上使用“执行债权”。例如，执行债权人查封了债务人与案外人共有的土地和房屋，此后债务人与案外人的共有物分割之诉的调解书确定了债务人对共有物的份额，以及案外人向债务人支付土地分割差价补偿款的计算方式。最高人民法院认为由于调解书中存在差价补偿条款，故被查封的土地使用权和房屋所有权中属于债务人应有份额所对应的价值并未因分割行为而减少，该调解书并未损害执行债权人的权益。<sup>〔18〕</sup>这意味着，基于实体上的金钱给付请求权而形成的执行债权，不仅成为查封不动产的实体依据，而且容许将执行标的转化为就不动产变价后所得金钱甚至是债务人对原其他共有人基于差价补偿条款而产生的金钱债权。此时执行债权主要被用于作为债务人责任财产价值维持的依据。但这存在未经其他共有人同意即对共有财产在享有份额内的物权强制折算为金钱，从而使其丧失物权的权能的问题。<sup>〔19〕</sup>

〔12〕 参见刘丹冰：《银行存款所有权的归属与行使——兼论存款合同的性质》，载《法学评论》2003年第1期；其木提：《错误转账付款返还请求权的救济路径——兼评最高人民法院（2017）最高法民申322号民事裁定书》，载《法学》2020年第2期。

〔13〕 参见朱晓喆：《存款货币的权利归属与返还请求权——反思民法上货币“占有即所有”法则的司法运用》，载《法学研究》2018年第2期。

〔14〕 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（第2版）（下册），清华大学出版社2021年版，第566-567页。

〔15〕 参见〔日〕鎌田薫：《民法笔记：物权法I》（第3版），于宪会译，法律出版社2022年版，第27页。

〔16〕 参见庄加园：《动产抵押的登记对抗原理》，载《法学研究》2018年第5期。

〔17〕 参见尹田：《论物权对抗效力规则的立法完善与法律适用》，载《清华法学》2017年第2期。

〔18〕 参见最高人民法院（2017）最高法民终645号民事判决书。

〔19〕 参见金殿军：《被执行人共有财产的执行路径——以申请执行人代位分割之诉为中心》，载《法律适用》2023年第1期。

### （三）实体债权已由生效法律文书确定意义上的“执行债权”

第三种情形是在实体债权已经由生效法律文书确定的意义上使用“执行债权”。例如，第三人在强制执行中基于受让执行债权而申请变更为申请执行人，最高人民法院认为若要直接认可债权受让人取代原申请执行人的地位，使执行债权在新的当事人之间仍然维持强制执行效力，执行机关需要审查生效法律文书确定的原债权人与债权受让人之间的债权让与是否没有争议。<sup>〔20〕</sup>在此情形下，执行债权可经由执行程序予以实现的效力能否随着实体债权的让与仍及于新的当事人之间，关系到受让人能否通过强制执行实现其受让的实体债权，以及在债权及其让与存在效力瑕疵时的返还问题。应予区分的是，用以支持执行当事人与实体上当事人范围不一致的情形，例如载明向第三人为给付的执行依据所确定的执行债权人并非标的物的受领人，执行机关应当将标的物交付给执行依据载明的有受领权的第三人。<sup>〔21〕</sup>两种情形的区别正在于主张受领执行标的的当事人是否意欲成为生效法律文书的执行力主观范围所及的执行债权人。相应地，为使执行债权的当事人发生变更而对债权让与的审查也就存在更多超越实体法中债权让与规则的因素，让与人的“书面认可”以及对让与人的债权人的保护即为适例。<sup>〔22〕</sup>

### （四）误将实体债权的归属确定性转用于“执行债权”

第四种情形是误将实体债权在实体法上归属的确定性转用于“执行债权”，使记载执行债权的法律文书具有形成效力。例如，当事人通过调解书约定某执行债权应归属于债权人甲，并约定了债务人乙对债权人甲的清偿义务，但债权人丙认为该债权应归其所有，债务人乙应对债权人丙负清偿该债权的义务，且在调解书作出前该债权已被债权人丙的一般债权人丁另案查封。债权人丁主张甲乙间的调解书对该执行债权的处分直接影响其对丙的债权的清偿。最高人民法院认为，因调解书作出时间为丁查封丙对乙的债权之后，调解书对该执行债权的处分直接影响了丁对丙债权的清偿，因此与丁具有法律上的利害关系，丁是旨在撤销该调解书的第三人撤销之诉的适格原告。最高人民法院为使已被查封的执行债权不受另案调解书对该债权归属约定的影响，认为应将普通债权人纳入《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）（以下简称《民事诉讼法》）第59条第3款的第三人范围，从而使普通债权人可以撤销就债务人与第三债务人的债权另行约定归属的调解书。<sup>〔23〕</sup>最高人民法院在此实际上遵循了实体法上权利归属唯一性的思路，因为在实体法上，同一个债权不可能同时既归属于丁又归属于甲。换言之，当债权作为财产权客体的面向出现时，由于它已被物化（“债权物化”）而具有支配性和绝对性，<sup>〔24〕</sup>在处分意义上的债权让与和债权出质抑或以归属意义上的债权排除强制执行时均应遵循客体特定原则。<sup>〔25〕</sup>但是实体上债权归属的确定性要求并不一定与经生效法律文书判定而形成的执行债权存在争议相矛盾。由于调解

• 797 •

〔20〕 参见最高人民法院（2022）最高法执监203号执行裁定书。

〔21〕 参见前引〔6〕，张登科书，第85页。

〔22〕 参见前引〔5〕，马登科文。

〔23〕 参见最高人民法院（2016）最高法民终782号民事判决书。

〔24〕 参见袁野：《“债权物权化”之范畴厘定》，载《法学研究》2022年第4期。

〔25〕 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（第2版）（上册），清华大学出版社2021年版，第59-63页。

书中约定的债权归属并不会发生形成效力，<sup>〔26〕</sup>不会因该调解书而形成执行债权并经由强制执行而直接且终局性地改变原实体债权的归属。此外，使约定债权归属的调解书对未参加诉讼且主张该债权的案外人发生效力是允许其嗣后提起第三人撤销之诉的前提，但又存在不当扩张调解书既判力的问题。<sup>〔27〕</sup>并且程序性的既判力理论也不会认为经由调解书确认的债权归属与真实的债权归属构成无法并存的矛盾。<sup>〔28〕</sup>即使执行债权人依据该调解书申请强制执行，主张享有该债权的案外人仍有机会在执行异议之诉中就同一客体主张实体权利，<sup>〔29〕</sup>并通过合并确权请求与排除执行请求使关于该债权归属的判决拘束执行债权人。<sup>〔30〕</sup>

## 二、执行债权的债权共相

关于在执行程序中是否也要使用“给付请求权”概念替换“执行债权”概念的争议，主要争点在于请求权不仅可以基于实体法上的债权而产生，而且也会基于物权、人格权等绝对权而产生，因此，径行使用“执行债权”的概念指代进入执行程序中的请求权并不周延。但这并不足虑。一种最浅显的理由是，由于债法上的请求权构成了请求权的基本模型，它可被准用于其他请求权，<sup>〔31〕</sup>因此在与请求权的特点进行对照时，本就可大致在同义上使用实体债权与请求权的概念。<sup>〔32〕</sup>不过这一理由并不充分，应以如下理由补强。

### （一）物上请求权本就具有债权属性

除金钱执行外，基于执行债权而采取交付物的执行或完成行为（作为和不作为）的执行，其实体基础可能源于实体法上的物上请求权或基于债权而生的移转请求权，其中因后者属于债权所以不会产生疑义。存在疑问的是返还原物请求权、排除妨碍请求权和消除危险请求权三类物上请求权能否作为交付物的执行债权或完成行为的执行债权的基础。支持的第一个理由在于，这三类物上请求权本就具有债权属性。在权利位阶上，物上请求权与债权上的履行请求权是一个层次的。<sup>〔33〕</sup>就返还原物请求权而言，德国通说认为占有人应当承担履行义务，但由此造成了其与债法上返还请求权的混淆，占有人承担了如合同责任或损害赔偿责任的责任。<sup>〔34〕</sup>在排除妨碍等请求权的情况下其责任内容也更为模糊，未能澄清其与债权请求权之间的界限及其独立于债权的基础。<sup>〔35〕</sup>这也可以作为其债权性质的佐证。

〔26〕 参见任重：《〈民法典〉第229条（法律文书导致物权变动）诉讼评注》，载《云南社会科学》2023年第1期。

〔27〕 参见张卫平：《既判力相对性原则：根据、例外与制度化》，载《法学研究》2015年第1期。

〔28〕 参见金印：《既判力相对性法源地位之证成》，载《法学》2022年第10期。

〔29〕 参见金印：《案外人对执行标的的主张实体权利的程序救济》，载《法学研究》2021年第5期。

〔30〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第310条第2款规定：“案外人同时提出确认其权利的诉讼请求的，人民法院可以在判决中一并作出裁判。”

〔31〕 参见〔德〕赫尔穆特·科勒：《德国民法总论》（第44版），刘泽译，北京大学出版社2022年版，第420-423页。

〔32〕 本文涉及与“执行债权”相对照时，也是在“给付请求权”的意义上使用“实体债权”的概念。

〔33〕 参见王洪亮：《物上请求权的功能与理论基础》，北京大学出版社2011年版，第3页。

〔34〕 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch, in Im Dienste der Gerechtigkeit, FS für Bzdilinski, 2002, S. 278, 302 ff., 转引自前引〔33〕，王洪亮书，第3页。

〔35〕 参见前引〔33〕，王洪亮书，第4页。

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第196条第1项和第2项规定了“请求停止侵害、排除妨碍、消除危险”以及“不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产”的请求权不适用诉讼时效,若将其与《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(2020年修正)第1条关联起来,就会认为既然“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩”,那么不适用诉讼时效的上述物上请求权就不具有债权性质。但这忽略了这两条规范之间的位阶,如果将其作为同一位阶的两条规范看待并致力于在同一位阶上作出无矛盾的解释,则当然会得出上述结论。但问题是,上述规定仅在结论上使物上请求权不适用诉讼时效,它并不能构成否定物上请求权具有债权性质的法源,即无法从过程上否定其债权属性。因而它构成了时效规则的特别规范,与“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩”的一般规范在两个位阶上不存在矛盾。最高人民法院认为排除妨碍和消除危险请求权关系到支配权的完整性和圆满性,因此不适用诉讼时效。<sup>[36]</sup>理论上也有主张这类请求权与诉讼时效制度之间不具有兼容性,<sup>[37]</sup>包括其针对的是继续性的侵害行为因而本质上不可能适用诉讼时效,<sup>[38]</sup>以及没有通过时效保护不特定第三人的必要性。<sup>[39]</sup>在程序法上,也有学说主张对于相同或实质相同的重复侵权都应当直接通过执行程序加以救济的方式,使排除妨碍和消除危险请求权在申请执行时没有时效经过的可能性。<sup>[40]</sup>对于返还原物请求权不适用诉讼时效,解释上主要的理由在于与登记制度的衔接以及保护第三人信赖的问题。<sup>[41]</sup>由此可见,立法在结果上排除了物上请求权适用时效的理由并不是直接否定其债权属性。一项权利是否适用诉讼时效是法律判断的最终结果,而不是证成其权利性质的原因,比较法上对返还原物请求权也规定为适用30年诉讼时效期间即为适例。<sup>[42]</sup>

• 799 •

## (二) 物上请求权总是在特定当事人之间发生效力

支持的第二个理由是,物上请求权总是在特定当事人之间发生效力。上述用以主张各类物上请求权不适用诉讼时效的各项理由中,可能与其债权属性发生冲突的就是物上请求权具有保护作为支配权的物权的功能。但是,这种保护如果不借助债权性质的请求权,也只能限定在抽象层面。<sup>[43]</sup>请求权并非处于支配权的对立面。<sup>[44]</sup>物权所具有的法律之力只是一项间接的、潜在的攫取可能性,物权人对物的攫取须以请求权为媒介。<sup>[45]</sup>抽象的物上请求权无论在有无妨碍物权

[36] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第46页。

[37] 参见陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1417页。

[38] 参见杨巍:《民法时效制度的理论反思与案例研究》,北京大学出版社2015年版,第171页。

[39] 参见王轶:《民法总则之期间立法研究》,载《法学家》2016年第5期。

[40] 参见曹志勋:《停止侵害判决及其强制执行:以规制重复侵权的解释论为核心》,载《中外法学》2018年第4期。

[41] 对相应争议及其理由的梳理,参见杨巍:《〈民法典〉第196条(不适用诉讼时效的请求权)评注》,载《南大法学》2022年第2期。

[42] 《德国民法典》第197条第1款第2项规定了因所有权、其他物权等而发生的返还请求权以及用来主张这些返还请求权的请求权经过30年而完成消灭时效。其中就包括第985条规定的所有人对占有人享有的物的返还请求权。参见《德国民法典》(第5版),陈卫佐译注,法律出版社2020年版,第71页。

[43] 参见〔葡〕曼努埃尔·德·安德拉德:《法律关系总论》(第1卷),吴奇琦译,法律出版社2015年版,第4-5页。

[44] 参见〔德〕本德·吕特斯、阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论》,于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第52页。

[45] Vgl. Hans H. Seiler, Staudinger Kommentar zum BGB, Einleitung zum Schenrecht, 2012, S. 14, 转引自袁野:《物权支配性之教义重述》,载《法制与社会发展》2021年第4期。

的具体行为发生或危险是否现实存在时，都会基于物权的消极权能而存在，但其无法实际行使。只有当具体的妨碍行为发生或危险现实存在时，具体的物上请求权才会成立并对特定的相对人发生效力。<sup>〔46〕</sup>物上请求权虽然基于物权而产生，目的在于辅助物权实现，但其作为请求权只有指向特定的无权占有或妨碍物权的相对人，才有的放矢。也正是因此，有学说主张在物上请求权产生之后可以类推适用《民法典》第 577 条以下的规定，无权占有人、不法妨碍人等对物权人行使物上请求权置之不理，拒不返还原物、拒绝排除妨碍或任凭巨大危险存在，物权人可以类推合同违约责任的规定在造成损害时主张损害赔偿。<sup>〔47〕</sup>

如下的例子也可佐证。所有权人甲的物被乙偷走并保持无权占有，则甲对乙产生返还原物请求权，并且乙不会因取得时效而取得该物所有权。此后该物又被丙占有，此时甲对丙也会产生一个新的返还原物请求权。即使甲对乙的请求权消灭或因时效经过而无法实现，也不影响甲对丙的请求权，丙不得以甲对乙的请求权存在时效抗辩来对抗甲。<sup>〔48〕</sup>在排除妨碍和消除危险的情况下也是如此。在中国法上依据《民法典》第 196 条第 2 项的规定，此时甲对乙的返还原物请求权不适用诉讼时效，因此也不需要如德国法那样特别强调该物所有权本身不因时效而消灭，也能在甲乙之间维持该物所有权归属于甲的法律状态，并认可甲可以基于丙的占有而对丙产生返还原物请求权。

### （三）强制执行总是在特定当事人之间施加强制

执行债权是为通过强制执行实现实体债权而生，因此其特别关注对个别责任财产的支配，支持的第三个理由就立足于此。以返还原物请求权为例，无论将其作何种定性，在据此产生执行债权之后，强制执行总是在特定当事人之间施加强制从而达到目标。

若将其义务性质界定为返还的给付义务，则强制执行时应将该物从债务人处强制取走并交付给执行债权人，使其重回债权人支配。若将其义务性质界定为容忍义务，则意味着债务人必须容忍债权人取走该物，<sup>〔49〕</sup>那么强制执行时应不存在由执行机关强制取走该物并交付给执行债权人的依据，债务人的容忍义务应属不作为义务，需要在债务人违反容忍义务实施相反行为时适用执行中的制裁措施。<sup>〔50〕</sup>若兼采给付义务与容忍义务，则在实体上意味着义务人除要对权利人取走原物予以容忍外，还需要有积极的协助行为。<sup>〔51〕</sup>其中债务人应为的积极协助行为可在强制执行中由执行机关以取走交付等方式强制实现，而容忍义务也并不与此相悖，因此仍以交付物的执行为主要实现方式，并可因债务人对不作为义务的违反而施加执行制裁措施。总之，即使对返还原物请求权的性质有不同理解，在据此产生的执行债权之下都表现为在特定当事人之间以强制方式

〔46〕 参见前引〔25〕，崔建远书，第 416 页。

〔47〕 参见前引〔25〕，崔建远书，第 6 页。

〔48〕 该例子改写自〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，法律出版社 2003 年版，第 326-327 页。德国民法规定所有人对占有人享有的物的返还请求权适用 30 年时效，因此存在甲对乙的请求权已过时效的问题。在实体法上，所有人对新的无权占有人的返还原物请求权是基于新的无权占有事实而原始发生的；并且原无权占有人对所有人的返还义务也不会转让给新无权占有人。参见〔日〕山本克己：《返还原物请求权与口头辩论终结后的受让人——对积极说的反驳》，王佳敏译，载《南大法学》2023 年第 1 期。

〔49〕 对返还原物请求权性质的学说梳理，参见丁宇翔：《返还原物请求权研究：一种失当物权关系矫正技术的阐释》，法律出版社 2019 年版，第 173-178 页。

〔50〕 在德国法上，依据《德国民法典》第 1004 条的不作为请求权也受诉讼时效调整。若诉讼时效期间届满后，则债权人无法取得执行依据使其在债务人继续实施相反行为时对其处以违警罚款。参见前引〔31〕，科勒书，第 431-432 页。

〔51〕 Vgl. Staudinger/Gursky, § 985, Rn 59, 转引自前引〔33〕，王洪亮书，第 80 页。

予以实现。这是由执行债权与个别责任财产的具体关联决定的,要实现作为执行债权实体依据的权利,就必须对特定的个别责任财产施加强制,而这些个别的责任财产又具有归属上的确定性,由此就建立了债权人与特定债务人之间的关联。也正是因为强制执行措施的选择更为看重相应实体债权所欲实现的目的,所以只要确定应当在权利人与义务人之间强制将该物取走并转移占有,就无须考察其法律基础的性质如何。“这既与义务是物权还是债权性质无关,也与涉及的是赴偿债务、往取债务还是寄送债务没有关系。”〔52〕

即使执行依据并非根据实体债权或物上请求权而成立,例如被称为“对物之执行名义”〔53〕的实现担保物权裁定,只要据此进入强制执行程序,也都将转化为在特定“当事人”〔《民事诉讼法》(2021年修正)第204条]之间的关系。无论认为实现担保物权程序及其裁定中是否应当包含对主债权的审查与判断,〔54〕也无论将该程序定位于指向权利实现的略式程序抑或否定权利义务争议的非讼程序,〔55〕实现担保物权程序的核心都是在执行依据中载明担保物权的具体实现方式,并据此通过强制执行使担保物权人获得其价值。为此,拍卖、变卖担保财产只是担保物权实现的手段,将变价款交付有受领权的权利人并由其保有才是目的,而这种目的就反映在担保物权人与提供担保物的债务人或第三人之间的关系上。债务人或第三人为主债权人设定担保物权,是为了使债权人获得“就担保财产优先受偿的权利”(《民法典》第386条),其中的“受偿”最终是指主债权的清偿,但在强制执行担保物并将变价款分配给债权人的过程中则是直接指向该执行债权的清偿。担保物权使主债权在受清偿时具有了优先性,但仍须借助强制执行中债权人与提供担保物的债务人或第三人间的执行债权,才得以说明分配变价款并“清偿”的路径。因此,依据实现担保物权程序中作出的许可拍卖、变卖担保财产裁定而开启的强制执行程序并不构成例外。

综上所述,使用执行债权的概念指代执行程序中基于实体法上的各种绝对权或相对权所产生的请求权,并不会造成对权利性质或强制执行效果的混淆。执行债权应以债权为共相,它总是基于实体法上的各类请求权,并在执行程序中在特定相对人之间发生效力,因而符合债权的效力特征,只是在其实现路径方面是由请求债务人履行变为由执行机关强制实现。在此基础上,应当着重关注执行债权在效力方面的特殊性,考虑执行债权在效力的维度是否可被看作是债权的殊相。

### 三、执行债权的效力殊相

执行债权虽然源于实体债权,但它更关注实体债权实现过程中所采用的强制性措施及其指向对象,包括但不限于查封等执行措施、束缚效力以及对被“锁定”的责任财产的价值维持要求等

〔52〕 美国河畔法兰克福法院裁判,载《州高等法院民事裁判集》,1983年,第123页,转引自〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯:《德国强制执行法》(下册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,法律出版社2020年版,第106页。

〔53〕 毋爱斌:《“解释论”语境下担保物权实现的非讼程序——兼评〈民事诉讼法〉第196条、第197条》,载《比较法研究》2015年第2期,第90页。

〔54〕 《民诉法解释》第369条第1款明文要求法院还须对“主合同的效力、期限、履行情况”等进行审查,但这显然并非《民事诉讼法》(2021年修正)第203条和第204条的必然解释结论。

〔55〕 参见吴英姿:《民事略式诉讼程序初论》,载《中外法学》2022年第6期;任重:《担保物权实现的程序标的:实践、识别与制度化》,载《法学研究》2016年第2期。

因素。并且，由于执行债权的存在范围即为执行力所及的主观范围，在债权让与等情形下它还决定了受让人进入强制执行程序的可能性。执行债权在这些方面的特性提供了使用该概念的最低限度的必要性。除此之外，能够证成执行债权概念必要性的因素还包括如下四类。

#### （一）执行债权与个别责任财产的具体关联

在权利与责任财产的关系上，实体债权只能与责任财产的整体产生抽象的关联，而执行债权则是与个别的责任财产产生具体关联。债权的标的为给付，<sup>〔56〕</sup>因此不会产生直接支配债务人具体责任财产的效力。并且由于债务人始终在不断实施法律行为处分部分财产，从实体法的角度甚至无法在实体债权设立之时或债权存续期间准确划定责任财产的范围。即使将确定责任财产范围的时间推迟至债务清偿时（或清偿期届满时），<sup>〔57〕</sup>若未经由强制执行而由债务人任意履行，<sup>〔58〕</sup>则界定责任财产的范围并无实际意义；若经由强制执行而使债权受偿，则恰是借用执行债权的概念在责任财产的最大范围内依据债权金额查封价值相当的执行标的，此际责任财产作为债权实现的总担保的抽象地位已被转化为就具体执行标的变价受偿的具体措施，而后者正是执行债权所关注的执行标的的确定问题。由于无法预测债权设立时已被查封的财产在上述确定责任财产范围的时间是否仍处于束缚状态，既无必要也无理由在通过强制执行现实实现债权之前就先行确定具体的执行标的，因此作为实体债权总担保的责任财产甚至可以包含债务设立时已经处于查封、扣押状态的财产以及已经设定了担保物权的财产。<sup>〔59〕</sup>显然，若不借助执行债权的概念，则上述界定并无必要。实体债权的效力并不能及于债务人的各项具体财产，其权能不能作为确定执行标的范围的根据。因此一般债权人与未登记物权人之间的权利对抗关系，总是要通过执行债权（而非实体债权）表现出来：学说史上争论的请求金钱或者种类物给付的一般债权人是否属于不登记就不能对抗的第三人范围问题并无实际意义，因为债权人仅基于其实体债权人的资格无法直接参与到物权争议中，其间的权利优劣关系实际上都会转化为执行债权人（以及破产债权人）与未登记物权人的权利优劣关系。<sup>〔60〕</sup>这是执行债权与实体债权在与责任财产产生关联的不同方式方面的又一例证。

#### （二）执行债权在权利实现路径上的特殊性

在实体债权转化为执行债权后，二者在权利实现的路径上存在差异。基于强制执行的目的，执行债权在实现路径上与实体债权有所不同，无法做与实体债权实现路径相同的解释。除上述决定债务人自由清偿的平等性外，实体债权（请求权）还具有请求性、合作性与非排他性。它们分别意味着实体债权的作用表现为对特定人的给付请求（而非对特定标的物的直接支配）、权利实现需要义务人的配合，以及在同一标的物上可以成立数项内容相同的实体债权。<sup>〔61〕</sup>在请求移转标的物所有权的实体债权的场合，所有权移转的效果取决于债务人是否实施被请求的行为（与债

〔56〕 参见前引〔31〕，科勒书，第415页。

〔57〕 参见崔建远、韩世远：《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社2004年版，第29-30页。

〔58〕 参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第516页。

〔59〕 参见前引〔57〕，崔建远、韩世远书，第30页。

〔60〕 参见〔日〕松尾弘、古积健三郎：《物权担保物权法》，弘文堂2008年版，第105-106页；〔日〕近江幸治：《物权法》，成文堂1998年版，第81页。转引自龙俊：《公示对抗下“一般债权”在比较法中的重大误读》，载《甘肃政法学院学报》2014年第4期。

〔61〕 参见前引〔58〕，朱庆育书，第515页。

权人达成所有权移转合意),重在义务履行中包含的移转所有权的意思。但若在执行依据中据此载明要求债务人将标的物所有权移转给债权人,则强制执行时会通过交付物的执行实现这一目的。此时,在执行程序中强制实现执行债权的路径重在交付行为在事实上的强制性,而无视所有权移转的意思,与实体债权的实现路径各有侧重。而在请求移转标的物占有的实体债权的场合,例如向无权占有人主张原物返还请求权,无论是实体债权的实现路径,还是基于载明由债务人将标的物的占有返还给债权人的执行依据而强制实现执行债权的路径,都重在交付标的物作为事实行为的强制性,无需移转所有权的意思。

两相对比,执行债权的强制实现并不能完全通过请求权的请求性和合作性予以解释,而是通过执行机关的执行行为实现对标的物支配的移转,替代了对债务人行为的请求。给付概念在基于强制执行而实现权利的过程中并不突出,甚至即使在启动强制执行之前,若债务人迫于压力而为给付,也不构成有目的的债务履行行为,不适用“明知无给付义务而进行的债务清偿”则排除不当得利返还的抗辩。<sup>〔62〕</sup>在请求权的非排他性问题上,执行债权也有其特殊性,因为执行债权人之间基于查封时间的先后依次就查封标的物受偿,在前的执行债权会优先于在后的执行债权受偿,<sup>〔63〕</sup>至少也会取得程序上的优先处置地位。<sup>〔64〕</sup>例如,在保证人仅担保部分主债权,且已经向债权人承担保证责任后,保证人可向债务人主张法定取得的主债权,而主债权人仍将继续请求债务人清偿剩余债权,只要债务人尚未破产,主债权人的剩余债权并不会具有绝对的优先受偿顺位,若保证人先就查封标的物实现其执行债权,则主债权人只能转而就债务人的其他财产满足其执行债权。<sup>〔65〕</sup>因此,执行债权之间会因争夺查封标的物的价值而事实上表现出一定的排他性。

造成这种差异的原因:一是强制执行的本旨就意味着无视债务人意思的权利实现;二是执行法理论在按照债权人意欲实现的实体债权为主线索进行分类,并分别配置不同类型的执行措施时,<sup>〔66〕</sup>将移转标的物所有权与返还占有的不同权利在救济性请求权的意义上化约为了物之交付请求权,“与金钱债权执行的概念一样,交付物的执行同样是根据执行名义的内容来确定的执行种类,通过它所要实现的是物之交付请求权,即债权人请求债务人交付法律文书指定的物的权利。该交付请求权可以基于物权产生,例如物之返还,也可以基于债权而产生,例如交付作为合同标的物之物”<sup>〔67〕</sup>;三是若在执行依据分别要求移转所有权与返还占有时均适用交付物的执行,则暴露出以执行措施的目的和效果为导向进行的权利类型划分并非完全周延。对债务人作出移转所有权的意思表示之所以没有被归入不可替代行为请求权的执行中,并非是因为它不可被视为行为请求权,<sup>〔68〕</sup>而是

• 803 •

〔62〕 参见叶名怡:《不当得利法的希尔伯特问题》,载《中外法学》2022年第4期。

〔63〕 参见马强伟:《论查封债权人的优先受偿地位及其效力限制》,载《法学》2023年第1期。

〔64〕 《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(2020年修正)第55条第1款规定:“多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行人申请执行,各债权人对执行标的物均无担保物权的,按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。”

〔65〕 参见王蒙:《论保证人对债务人追偿的双重结构》,载《华东政法大学学报》2023年第1期。

〔66〕 参见江伟、肖建国:《论我国强制执行法的基本构造》,载《法学家》2001年第4期。

〔67〕 前引〔3〕,肖建国主编书,第322-323页。

〔68〕 既然在采取执行措施的外观上都表现为将标的物移交给执行债权人的两种实体债权都可以化约为交付物的执行,就没有理由认为行为请求权的执行一定指的是外观上有形行为的执行,债务人作出意思表示的精神性行为也可被行为请求权的执行所评价,并且由于是否作出特定意思表示纯属债务人的意思自由范畴,在此意义上也可以认为这是一种不可由他人替代完成的行为。

因为在能够通过拟制债务人作出意思表示就达到执行目的时，没有必要选择只能通过间接执行措施间接达到执行目的的不可替代行为的执行方式。并且，在不可替代行为的执行中，间接执行措施是唯一可行的执行方法，<sup>〔69〕</sup> 因此其并非更适用于该类请求权的执行措施，而只是无奈之举，这与通过拟制的方式间接达到等同于债务人已经作出意思表示的方式存在相似性，二者都并非达到特定目的的最优先手段。可见，最终决定将某种实体债权归入何种类型的执行债权的因素很大程度上是由所欲采取的执行措施所决定的，而所有执行措施的共同出发点就是强制执行旨在无视债务人意思的权利实现这一目的。

实际上，执行债权与实体债权在实现路径上的差异具有必然性，因为通过强制方式实现权利被认为构成了强制执行法的出发点。由于实体法描绘出了权利及其实现路径的图景，而执行法试图在因债务人不履行而无法以任意清偿方式实现权利的路径上提供一套“最终方案”，即通过无视债务人的意思这一方式强制实现。但显然这是一种循环论证：通过债务人欠缺履行意思的事实无法推论出在不改变实体债权实现路径的前提下可以径行强制执行。但执行法也不应陷入虚无主义，还是需要寻求某种实现权利的路径。一种思路是认为执行法的主要规范都是实体债权及其实现路径的一种特殊表现形式，仅在必要之处才必须引入非源于实体法的独立规范。如此，就需要承认强制执行行为本身并不能构成法定的实体权利变动原因。因此，为了（至少在形式上）避免前述循环论证并在维持实体性的权利实现路径的基础上解释强制执行如何实现权利，执行法应当将债务人意思的拟制规定为非外源于实体法的独立规范，<sup>〔70〕</sup> 并广泛适用于金钱执行、交付物的执行以及行为请求权的执行，<sup>〔71〕</sup> 而非仅仅作为作出意思表示的执行方式。<sup>〔72〕</sup> 另一种可能的思路是在执行程序中以执行债权的观念替代实体债权，实体债权的权能和效力仅被用于描述诉讼和执行依据形成阶段，此后则使用执行债权的概念解释权利实现路径的特殊性。通过执行债权的效力及其实现，替代性地使债权人获得本应由实体债权所指向的利益：求钱得钱、求物得物、求行为得行为效果。这虽然有助于解释债权人对责任财产的支配等无法为实体债权效力所及的问题，但在回答强制执行在债务人缺乏履行意思或权利变动意思时如何实现权利变动的问题时，仍不免流于执行债权的概念形式。

### （三）执行债权为实体瑕疵的执行提供形式依据

当所欲实现的实体债权存在瑕疵，甚至在实体上并不存在时，基于抽象的强制执行请求权观念，<sup>〔73〕</sup> 执行债权仍然能够与责任财产建立具体关联，在执行依据被撤销前，仍可以实现以执行债权为目的实施强制执行。执行债权能够为存在实体瑕疵的执行提供形式依据，在据以实现的实体债权嗣后被确认为不存在并因此引发返还的问题上具有重要意义，兹以下例予以说明。

一审判决确定债权人对债务人的实体债权，在二审过程中，债权人将该债权转让给受让人。

〔69〕 参见马登科：《民事间接强制执行比较研究》，载《法律科学（西北政法学报）》2012年第4期。

〔70〕 2022年6月《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》第198条第1款规定：“法律文书确定被执行人作出意思表示的，该法律文书生效时，视为意思表示已经作出。”

〔71〕 例如，执行依据上载明动产所有权转让，意味着债务人有义务作出转让所有权的意思表示并交付动产。此时应同时适用作出意思表示的执行和交付物的执行。参见前引〔52〕，鲍尔等书，第118页。

〔72〕 例如拟制强制缔约义务人作出承诺。参见杨代雄：《法律行为论》，北京大学出版社2021年版，第15-16页。

〔73〕 参见前引〔6〕，张登科书，第5页。

二审驳回债务人的上诉后,执行机关依债权人的申请强制执行一审判决。在执行过程中,债权人申请变更债权受让人为申请执行人,但未获执行机关准许。在执行机关将执行款发放给债权人后,债权受让人依据确定债权转让效力的另案判决请求债权人向债权受让人交付执行款。此后,确定债权人对债务人享有实体债权的原一审和二审判决被再审判决撤销,同时判决驳回债权人对债务人的给付请求。据此,债务人申请执行法院进入执行回转程序。<sup>〔74〕</sup>当事人在该案的执行回转程序中争议的是负有回转义务的被执行人问题,即应当由债权人还是债权受让人向债务人回转该案执行款。因为该案在强制执行之外引入了实体债权让与,并由此导致涉案款项在三方主体之间移转,所以其返还问题比较复杂,存在多种可能的情形。

从实体法角度观察,债权转让协议约定债权人将其对债务人的债权及其“项下所有的附带权益及权利”转让给受让人,受让人同意折价受让该债权,并且约定了支付转让款的履行期。该债权转让协议存在诸多解释上的分歧:首先,转让标的究竟仅为债权本身,抑或是也包含了债权人在未来通过强制执行所获得的执行款?在前者的情形,所谓将“项下所有的附带权益及权利”转让给受让人,仅仅意味着应由受让人自行向债务人主张债权,即使嗣后的债权转让判决(给付判决)载明要求债权人向受让人支付这笔款项也不会直接改变实体法律关系。<sup>〔75〕</sup>后者意味着债权人对受让人负有金钱给付义务,但该义务指向的是经由债权人对债务人的强制执行而特定化的执行款,还是支付相当于执行款数额的金钱即可,仍有疑问。债权转让判决采取前一种解释,要求债权人向受让人支付其对债务人享有的债权项下的执行款,如此相当于债权人成为受让人的执行担当人。但问题是,这种解释使债权本身的转让失去意义,并且由于债权人与债务人之间存在基于生效裁判和强制执行的基础关系,无论债务人在收到债权转让通知之前还是之后向债权人清偿(通过强制执行),都有再次向受让人清偿的风险。受让人同时取得直接向债务人主张债权以及直接向债权人请求交付执行款的权利,其法律地位显著优越于债权人。此外,由于被转让的债权嗣后被再审判决确认为自始不存在,因此对该债权转让协议的效力也会存在争议。如果债权转让协议被解释为上述第二种情形,且债权人向受让人支付特定数额执行款的义务不受影响,那意味着只要该义务未因解除等事由消灭,受让人就可以确定保有债权人支付的款项,即使债权人与债务人之间的执行依据嗣后被撤销,债权人与受让人之间的给付义务也不受影响。

在执行依据被撤销后,争议的问题就在于债务人应向债权人还是受让人请求返还,以及债权人与受让人之间是否存在返还关系。由于作为强制执行依据的判决被撤销,债权人基于强制执行而从债务人处获得的执行款构成非债清偿型不当得利,且可能在差价范围内主张得利丧失抗辩。此外在该案中债务人并未收到通知,因此是否存在债务人向受让人的“清偿”本身也存在问题。若按照“有意识且有目的地增加他人的整体财产”的“给付”概念,<sup>〔76〕</sup>则债务人基于强制执行而向债权人履行,即使该笔款项又被债权人出于清偿目的交付给受让人,也不存在债务人对受让人的给付目的。若按照客观的“清偿”概念,由于债务人与受让人之间并无直接法律关系,也难

〔74〕 该案的系列裁判,参见最高人民法院(2018)最高法民再6号民事判决书、湖北省宜昌市中级人民法院(2016)鄂05民初202号民事判决书。

〔75〕 参见任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期。

〔76〕 参见〔德〕汉斯·约瑟夫·威灵:《德国不当得利法》(第4版),薛启明译,中国法制出版社2021年版,第13页。

谓债务人是在对受让人清偿。此外，在转让的债权本身并不存在的前提下，债权人与受让人之间是否还会产生返还关系取决于债权转让协议的内容与效力，这也决定了在债权人向债务人返还不当得利后，是否还可以向受让人请求返还，这关系到在债权人与受让人之间由谁承担风险。

由此可见，在执行依据载明的债权存在实体效力瑕疵并且涉及多方主体时，实体上的返还问题非常复杂，很难在作为执行程序的执行回转中处理。最高人民法院在上述执行回转案件的裁判中选择了较为谨慎的处理方式，认为债权人与受让人之间基于债权转让协议的争议与本案执行回转无关，由于该案执行债权存在于债权人与债务人之间，执行款也发放给了债权人，因此在执行依据被撤销后，在执行回转程序中由债权人向债务人返还所得执行款并无问题。<sup>〔77〕</sup>因此，执行债权在限制执行回转范围、避免加剧复杂的实体法律关系方面具有优势。执行回转被认为实体法基础不明，<sup>〔78〕</sup>更应当将其所要解决的问题限制在一定范围内。莫不如以执行债权所及的范围限定通过执行回转程序“二次变动”的范围，使此后的不当得利争议可以建立在经由执行程序初步复归的财产关系之上。

#### （四）债权人撤销权诉讼是执行债权的保障方式

实体法理论通常认为，支持债权人撤销权的判决具有恢复责任财产的效力，从而发挥撤销权所具有的保全实体债权的效力。只是实现路径可能因对撤销权性质的不同认识而有所不同。若认为债权人撤销权具有形成权的性质，则撤销权判决会使债务人与相对人间的法律行为无效，<sup>〔79〕</sup>由此足以实现制度目的。<sup>〔80〕</sup>另有观点承认撤销权兼具请求权性质，或者需要借助债权人代位权请求相对人返还财产（占有）。<sup>〔81〕</sup>与此不同，“责任说”将撤销权作为一种伴有“责任上的无效”效果的形成权，撤销权诉讼便是一种形成之诉，撤销判决的效果是使相对人处于以其取得的财产对债务人的债务负责的状态，因此不必进行财产返还就可以实现责任财产的恢复。<sup>〔82〕</sup>但由此即产生疑问：债权人撤销权及其判决所具有的恢复责任财产的效力是如何实现的。换言之，如何能够在观念上判断被撤销权所保障的实体债权已经重新恢复到了能够“以责任财产为实体债权的一般担保”的状态？

通常的实体法思路会将其归结于撤销权判决的形成效力，使被撤销的诈害债权行为无效，因此债务人与相对人之间经由该法律行为所变动的财产，或者被直接复归至债务人处，或者转化为债务人对相对人的债权性请求权。也就是说，判断实体债权是否通过撤销权及其判决得到了保障，是否恢复了作为其一般担保的责任财产，是通过比较债务人的某些具体的财产是否“失而复得”（也包括作价返还）实现的。但是，如果能够通过这种途径实现保障实体债权的功能，则必须建立在一个重要的前提判断之下：作为被保障对象的实体债权的效力本身就具有能够保持债务

〔77〕 参见最高人民法院（2020）最高法执监210号执行裁定书。

〔78〕 参见陈刚：《我国民事执行回转理论基础与制度构造的革新》，载《法学研究》2022年第1期。

〔79〕 参见王洪亮：《〈民法典〉第538条（撤销债务人无偿行为）评注》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2021年第6期。

〔80〕 参见龙俊：《民法典中的债之保全体系》，载《比较法研究》2020年第4期。

〔81〕 参见茅少伟：《恶意串通、债权人撤销权及合同无效的法律后果——最高人民法院指导案例33号的实体法评释》，载《当代法学》2018年第2期；韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第455-456页。

〔82〕 下森定『債権法論点ノート』（日本評論社，1990年）120頁参照，转引自前引〔81〕，韩世远书，第457页。

人特定具体财产的权属状态稳定的效力和权能。这是因为：第一，如果实体债权仅仅与抽象意义上债务人整体的财产状态相关，那么就无法通过被撤销的个别具体的财产权属变动去实现实体债权的保障目的；第二，在逻辑上，只有实体债权与个别的具体财产产生密切的相关性，才有可能认为这些个别的具体财产的权属转移会影响到债权的实现；第三，退而言之，如果实体债权不与个别的具体财产具有密切相关性，那么由于债务人的具体财产时刻处于变动之中，就无从判断实体债权效力所及的应有财产范围。

但是这一重要的前提判断恰恰无法成立。已如前述，实体债权仅包含请求债务人给付的效力，而不会直接指向具体意义上的个别财产。“除债权人代位权与债权人撤销权的情形外，一般债权人在通常情况下不具有对债务人财产实施处分的权能，而仅仅具有‘从债务人的总财产中获得偿付’的地位，因此，当判决对于‘某一财产不属于债务人’之事实作出确定时，即便让该判决的判决效及于一般债权人，也并不会产生不当。”<sup>〔83〕</sup> 债务人在正常交易活动中实施法律行为并使个别财产发生权属变动，并不会因其对债权人负有债务而被撤销，债权人基于债务人与相对人的诈害债权行为得以突破相对性效力已属例外。另一方面，“责任财产是（实体）债权的一般担保”这一命题只能在抽象意义上理解，或许不应在此意义上使用“责任财产”的概念，因为作为实体债权一般担保的财产尚未被具体化和特定化。基于债权（请求权）的非排他性，同一债务人的多个债权人之间对债务人所负债权的比例并不会因债务人处分部分具体特定财产而受到影响。债务人的责任财产减少以致影响各债权人在参与分配中的具体受偿的情形，恰恰是将债务人的各项具体意义上的特定财产的总和作为可分配的最大范围，这构成了真正意义上责任财产的应有内涵和功能。承载这一功能的恰恰是强制执行程序，而基于与各项具体财产（执行标的）的密切关联，执行债权就成为解释这一现象的有力工具。在日本法上，提起债权人撤销之诉的债权人严格来说只是为了将来的执行而保全责任财产，尚不能说对责任财产取得了某种支配地位。但学说认为其也能对抗未登记的物权人，理由在于债权人撤销权是强制执行的准备行为，其目的是将从债务人一般财产中脱逸的财产复归原位，与扣押债权的目的相似，故撤销权人可以同扣押债权人做相同处理。<sup>〔84〕</sup> 由此观之，“责任财产是债权的一般担保”的命题只有在执行程序中才可被具体化，责任财产实为执行债权的一般担保。

需要澄清的是，这并非否定撤销权判决对于恢复经由被撤销的法律行为所变动的财产的作用，而是主张将执行债权作为分析工具引入其中更为妥当。实体债权的论证路径未能保持撤销权行使效果（即具体财产的权属变动恢复效果）与实体债权效力的一致性。而借助执行债权为概念工具的路径认为，既然撤销权判决已经直指具体意义上的个别责任财产，就意味着在该诉讼中已经对执行债权的部分效力范围作出了判定，这就必须以该诉讼已经对实体债权进行判断为前提。由此引申，撤销诈害债权行为的请求默示地蕴含着将实体债权引入诉讼审理从而为执行债权的产生提供实体正当性的因素。只有执行债权才能在具体责任财产的意义上与撤销权判决的效果相对接，这也可被看作是撤销权行使效果的另一种视角下的理解。最高人民法院指导案例118号裁判

〔83〕〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法：制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第614页。

〔84〕参见〔日〕舟桥淳一、德本正编辑：《新版注释民法6》，有斐阁1997年版，第574-575页，转引自前引〔60〕，龙俊文。

要点中“判令受让人向债务人返还财产，受让人未履行返还义务的，债权人可以债务人、受让人为被执行人申请强制执行”正是旨在解决该问题。<sup>〔85〕</sup>撤销权诉讼及其判决所保障的实际上是经由对实体债权的审理而得以具体化和特定化的执行债权，为嗣后可能进入执行程序并真正转变为执行债权做准备。

---

**Abstract:** In the process of realization of substantive creditor's rights by compulsory enforcement, the concept of rights of execution creditor is widely used in the sense of seizing executive objects, maintaining the value of liability properties and determining substantive creditor's rights by effective legal judgments, aiming to search for theoretical basis of special effects of rights of execution creditor. Legal theory and practice sometimes misuse the determined attribution of substantive creditor's rights when using the concept of rights of execution creditor. Rights of execution creditor regard the creditor's rights as universals because of the attribute of creditor's rights of claims on property rights, the relative scope of validity of claims on property rights and the relative scope of enforcement measures between specific parties. So there's no need to replace the concept by rights of performance. There are specific connections between rights of execution creditor and particular liability properties. The path of realization of rights of execution creditor is different from that of substantive creditor's rights. The rights of execution creditor can be served as formal basis for execution with substantive flaws. The litigations of creditor's rights of revocation are ways of conserving rights of execution creditor. Therefore, rights of execution creditor are individuals in terms of validity. It's necessary to regard the concept of rights of execution creditor as an analysis tool.

**Key Words:** rights of execution creditor, substantive creditor's rights, claims on property rights, liability properties

---

(责任编辑：曹建军 赵建蕊)

---

〔85〕 参见最高人民法院指导案例118号：东北电气发展股份有限公司与国家开发银行股份有限公司、沈阳高压开关有限责任公司等执行复议案（2019年12月24日发布）。

## 论我国民事执行立法内容确定技术的四对关系

谭秋桂\*

**内容提要：**处理好民事执行立法与民事执行改革政策、民事执行实践经验、理论研究成果、域外民事执行体制经验的关系，是我国民事执行单独立法内容确定技术面临的重大问题，也是提高我国民事执行法的立法质量、实现民事执行的制度功能的关键所在。其中，关于处理民事执行立法与民事执行改革政策的关系，立法的基本立场应当是既要坚持有法必依，维护法律的权威性，又要容许并鼓励改革，不断推进民事执行现代化；关于处理与民事执行实践经验的关系，应当尊重民事执行的基本规律，防止将习惯做法误作实践经验，尤其要防止将不符合规律的习惯做法当作实践经验写入民事执行法；关于处理与理论研究成果的关系，民事执行立法要做到客观分析其作用、妥善处理其争议、辩证分析其与实践经验的冲突；关于借鉴域外执行实践经验，应当在坚守我国法律传统的基础上，适当吸收域外的典型、可靠和可借鉴的经验。

**关键词：**民事执行 单独立法 立法技术 关系

2022年6月21日，第十三届全国人大常委会第三十五次会议首次审议了《中华人民共和国民事诉讼法强制执行法（草案）》（以下简称《草案》）。理论界和实务界呼吁了多年的民事执行单独立法工作终于进入了立法程序。在立法进行时探讨民事执行立法技术问题，表面看来有些晚，但还是确有必要，这是提高立法质量和增强民事执行法效用的重要工作。

一般认为，“立法技术是在立法实践中产生并发展起来的，关于法的内容的确定、表述及完善的方法和技能的总称”<sup>〔1〕</sup>，其实质是制定法律应当遵循的规范、方法和技巧。立法技术不仅决定着立法的质量，而且还会影响法律的实施，在法治社会十分重要。“如果没有精湛的立法技术，无论多么深刻的思想，多么良好的意图，多么合理的设计，多么善意的追求，都可能成为止于

\* 谭秋桂，中国政法大学诉讼法学研究院教授。

本文为教育部高校人文社会科学重点研究基地重大项目“国家治理现代化与中国特色民事执行制度完善研究”（22JJD820025）的阶段性成果。

〔1〕 吴秋菊：《立法技术探讨》，载《时代法学》2004年第4期，第91页。

良好愿望而不能得到实现的单纯追求或者说是奢望。”〔2〕

立法技术是一门十分复杂的技术。就内容而言，它贯穿于立法活动过程的每个阶段，包含法的体系构造、形式设定、结构营造和语言表述等各个方面；〔3〕就涉及的学科而言，它“是一门法学与语言学、逻辑学、未来学、系统科学等之间边缘性、交叉性学科；同时，它在法学体系内部又吸取了宪法学、法学理论、部门法学、比较法学、法史学的研究成果，具有兼收并蓄的色彩”〔4〕。近年来，我国开始重视立法技术工作，除了立法机关颁行了《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》），全国人大常委会法制工作委员会还制定了《立法技术规范（试行）（一）》《立法技术规范（试行）（二）》，以统一法律结构规范、法律条文表述规范、法律常用词语规范、法律修改形式规范、法律废止形式规范等内容。但是，全国人大常委会法制工作委员会制定的《立法技术规范（试行）》仅仅涉及作为横向立法技术的立法结构营造和语言表述技术，基本上与法的体系构造技术、形式设定技术无关，更没有涉及纵向立法技术的问题。

民事执行单独立法，必然面临法的内容的确定、表述及完善的规范、方法和技巧等立法技术问题。我国学者曾对民事执行立法的结构营造技术进行过研究，并在某些问题上达成了共识。〔5〕但是，这些共识仅为法的表述技术，关于民事执行法的其他立法技术，尤其是民事执行法的内容确定技术问题，目前尚不见系统的研究。正如学者所言，立法，首先是确定立法政策和立法意图，即确定法的内容，进而选择立法内容的最佳文字载体，实现立法意志和政策的物化，与这种过程相适应的立法技术，就不仅仅停留在遣词造句、结构编排这个平面层次上，而是多平面、多层次的。〔6〕因此，研究民事执行立法的内容确定技术，是十分必要的。

法的内容确定技术，涉及立法者的价值取向、法律思想的选择、立法意图的表达和立法政策的贯彻等多方面的问题，需要解决的问题、处理的关系很多。笔者认为，从目前理论和实践的争议程度、解决问题的迫切程度、对实践的重要程度以及对未来制度发展方向的影响程度等因素来看，民事执行法内容确定的立法技术最为紧要的是要处理好以下四个方面的关系：民事执行立法与民事执行政策的关系，民事执行立法与民事执行实践经验的关系，民事执行立法与民事执行理论成果的关系，民事执行立法与域外执行体制经验的关系。

〔2〕 郭泽强：《从立法技术层面看刑法修正案》，载《法学》2011年第4期，第19页。

〔3〕 如有学者将立法技术分为纵向和横向两个方面：“纵向立法技术，即把立法看作一个活动过程，在这个过程的各个阶段上、在各个阶段的具体步骤上，立法所遵循的方法和技巧。内容主要包括：（1）立法准备阶段的立法技术，如立法预测技术、立法规划技术、立法创意技术、立法决策技术、组织法案起草技术等。（2）由法案到法的阶段的立法技术，如提案技术、审议技术、表决技术、公布技术等。（3）立法完善阶段的立法技术，如立法解释技术、法的修改补充和废止技术、法的整理技术、法的汇编技术、法典编纂技术、立法信息反馈技术等。”“横向立法技术，即从平面的角度观察立法，这种立法活动所遵循的方法和技术。内容主要包括：（1）立法的一般方法。（2）法的体系构造技术。（3）法的形式设定技术。（4）法的结构营造技术和法的语言表述技术。”周旺生：《立法论》，北京大学出版社1994年版，第183页。

〔4〕 吴大英、曹叠云：《立法技术论纲》，载《中国法学》1990年第4期，第42页。

〔5〕 相关的论文主要有：江伟、肖建国：《论我国强制执行法的基本构造》，载《法学家》2001年第4期；谭秋桂：《民事执行立法：程序构建与规则设定》，载《湖南社会科学》2003年第3期；杨荣馨、谭秋桂：《标本兼治，解决“执行难”——民事强制执行法专家建议稿起草问题研究》，载《政法论坛》2004年第4期；沈长月、孔令章：《论我国民事执行程序规则立法体例》，载《湖南师范大学社会科学学报》2010年第2期。

〔6〕 参见申华：《立法技术研究的新台阶——〈立法技术学〉一书评析》，载《政治与法律》1995年第5期。

## 一、民事执行立法与民事执行政策的关系

任何立法都将面临立法与政策的关系问题。其核心与实质是,是否以及如何将政策上升为法律规范。

自20世纪90年代后期以来,面对执行实践日益复杂和困难的局面,为了满足人民群众日益增加的司法公正和司法效益的需要,党和国家多次强调进行民事执行体制和机制改革以切实解决执行难问题。1999年7月中共中央《关于转发〈中共最高人民法院党组关于解决人民法院“执行难”问题的报告〉的通知》(中发〔1999〕11号)就将改革作为解决执行难问题的基本方针。2014年10月党的十八届四中全会决定提出“优化司法职权配置。健全公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关各司其职,侦查权、检察权、审判权、执行权相互配合、相互制约的体制机制”“完善司法体制,推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点”“切实解决执行难,制定强制执行法,规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序。加快建立失信被执行人信用监督、威慑和惩戒法律制度。依法保障胜诉当事人及时实现权益”等一系列新的执行改革任务。2019年7月中央全面依法治国委员会印发的《关于加强综合治理从源头切实解决执行难问题的意见》(中法委发〔2019〕1号,以下简称“中法委发〔2019〕1号”文件)要求“加强执行难综合治理,深化执行联动机制建设,加强人民法院执行工作”。2021年3月十三届全国人大四次会议通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》将深化执行体制改革作为全面推进依法治国的重要内容,提出“深化司法体制综合配套改革,完善审判制度、检察制度、刑罚执行制度、律师制度,全面落实司法责任制,加强对司法活动监督,深化执行体制改革,促进司法公正”。与此同时,作为国家民事执行机关的人民法院同样把改革作为解决执行实践问题的重要手段。2019年6月最高人民法院发布的《关于深化执行改革健全解决执行难长效机制的意见——人民法院执行工作纲要(2019—2023)》(以下简称《2019—2023执行工作纲要》),将“进一步深化执行体制机制改革,完善执行法律体系及配套制度,逐步形成成熟、稳定的中国特色执行制度、执行机制和执行模式”作为未来五年执行工作的总体目标之一。

由此可见,近年来我国民事执行工作的核心和基调是改革,实践也证明只有改革才是解决民事执行实践问题的根本方法。在实现国家治理体系和治理能力现代化的背景下,我国的民事执行改革只有进行时没有完成时。可以说,改革已经而且将长期成为我国民事执行领域的基本政策。

民事执行立法的时间性决定了,民事执行立法与民事执行改革政策必然形成冲突:若不体现执行改革的方向与内容,民事执行立法就会缺乏锐气甚至很快就不能适应实践的需要;若要体现执行改革的方向与内容,政策的易变性和改革的试探性又可能导致民事执行立法内容难以确定。不同的选择对民事执行实践的影响大不相同。因此,妥善处理民事执行立法与作为民事执行基本政策的民事执行改革的关系,是民事执行立法内容确定技术必须首先解决的问题。

民事执行改革的内容十分复杂。为了完善司法体制,切实解决执行难问题,我国当前正在进行的最为重要的执行改革是审执分离体制改革和执行难综合治理改革。该两项改革关系到我国未

来民事执行体制的发展方向和民事执行制度的效用。在民事执行法中如何体现和处理这两项改革的任务和内容，将成为考验我国民事执行立法内容确定技术的关键。

审执分离体制改革主要涉及执行权与审判权的边界、执行机构与人民法院的关系、执行机构的职权配置、执行人员的身份地位等问题。其中，在执行机构与人民法院的关系问题上，一直以来就有“法院内分”和“法院外分”两种基本不同的观点，“法院外分”又有分给司法行政机关和公安机关两种不同的意见。当然，绝大多数人的意见是主张“法院内分”。〔7〕在“法院内分”的基础上，关于执行机构的职权配置问题，目前争议最大的是应否将执行裁判权配置给执行机构，即处理执行异议、执行异议之诉的职权是交给执行机构还是审判机构的问题。自2015年以来最高人民法院先后批准的七个审执分离体制改革试点方案，几乎都是将执行裁判权与执行实施权相分离，将执行机构打造成纯粹的执行实施机构，“审执分离”实质上变成了“裁执分离”。关于执行人员的身份地位，有人建议将执行人员区分为执行法官和执行官，执行法官行使执行命令权能和执行裁判权能，执行官行使执行实施权能，执行法官按照法官管理，执行官归入司法警察序列，实现执行实施工作警务化。〔8〕

笔者认为，我国1991年颁行的《中华人民共和国民事诉讼法》已经基本实现机构和人员的审执分离。该法第209条第3款规定：“执行工作由执行员进行……基层人民法院、中级人民法院根据需要，可以设立执行机构。执行机构的职责由最高人民法院规定。”2007年修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》将上述内容调整到第205条，内容也修改为“执行工作由执行员进行……人民法院根据需要可以设立执行机构”。理论研究和教材多将上述内容概括为“审执分立”，〔9〕其实质是机构和人员的审执分离，而且是“法院内分”式的审执分离。从总体上看，这一模式在我国运转基本正常。当然，随着理论和实践的发展，审执分离的内涵和外延必然会发生一些变化。但是，将执行权“简化”或者“纯化”为执行实施权能、审执分离演变成为执行裁判权能与执行实施权能的“裁执分离”是否就是审执分离的应然发展方向，至少目前仍不能得出这个结论。

现代意义上的审执分离的要义是解决理论上执行权与审判权的界限不清、实践中“以执代审”造成当事人程序利益损害的问题，它是程序独立价值发展的必然结果。然而，程序正义不可能完全离开实质正义。事实上，“以执代审”只是执行程序个别环节的“嫌疑”而非现行执行程序的普遍现象，除了“裁执分离”以外还可通过设计科学的权力制约与监督机制解决这一问题。如果按照“裁执分离”的思路，完全剥离执行机构的执行裁判权能，尽管在一定程度上可以简化执行人员的工作从而缓解执行机构的压力，但是必然后果是加大当事人实现权利的成本、降低民事执行的效益。两者相权衡，结果显然是得不偿失。因此，在“审执分离”改革的问题上，在

〔7〕2017年8月28日，全国人大内务司法委员会副主任委员王胜明在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上作《关于〈中华人民共和国民事诉讼法组织法（修订草案）〉的说明》时，明确指出：“还有一个问题需要汇报：有关人民法院的执行权，经商有关部门，草案对此未作规定。党的十八届四中全会提出，推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点。目前，审判权和执行权如何分离，尚未达成共识，还在调研论证。人民法院的执行权主要规定在民事诉讼法中，现行人民法院组织法对法院的执行权也未作规定，草案维持现行人民法院组织法的规定，不影响法院的执行工作。”

〔8〕参见谭秋桂：《民事执行权配置制约与监督的法律制度研究》，中国人民公安大学出版社2012年版，第183页。

〔9〕参见杨荣新主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社1997年版，第466页。

“法院内分”实践运行情况良好、“法院外分”缺乏足够理由的情况下，我国民事执行立法应当坚持“法院内分”模式。至于“法院内分”的具体方案，由于“裁执分离”隐患十分明显，我国的民事执行立法不宜急于作出具体规定，而应当在确立“审执分离”原则的基础上，倡导继续进行实践探索。遗憾的是，《草案》在明确实行“法院内分”——“民事强制执行工作由人民法院负责”的同时，规定在民事执行程序产生的实体权利义务争议“由人民法院审判机构按照民事审判程序审理”。<sup>〔10〕</sup>由人民法院审判机构审理民事执行程序中形成的实体权利义务争议，显然是“裁执分离”的体现，这样过早地封住在执行机构内部设立执行裁判机构裁判执行争议的“口子”，未来可能对民事执行效益带来不良后果。

执行难综合治理改革是以国家治理体系和治理能力现代化为基础，综合运用法律、政策、经济、行政、道德、舆论、教育、心理等手段，多部门、多机构协同配合，以网络查控体系和执行长效机制建设为中心，将解决执行难纳入法治建设和社会治安综合治理体系的改革。此项改革任务的重要特点是多部门参与、多手段运用、全方位动员、从根本上解决。

执行难是一个成因复杂的社会问题，解决起来当然不简单，更不能指望仅靠执行机构的努力就能解决所有的执行难问题。正是认识到了这一现实情况，我国提出了综合治理执行难的思路和目标，并取得了实质性的进展，<sup>〔11〕</sup>尤其是财产网络查控体系和失信联合惩戒体系的建立，效果十分明显，<sup>〔12〕</sup>将解决执行难纳入社会治安综合治理体系也取得了一定的进展。《2019—2023执行工作纲要》又明确了“完善综合治理执行难工作大格局”的四项具体任务。<sup>〔13〕</sup>“中法委发

〔10〕《草案》第9条规定：“民事强制执行工作由人民法院负责。人民法院根据需要可以设立执行机构。执行中，当事人、利害关系人就实体权利义务产生争议的，可以向人民法院提起诉讼，由人民法院审判机构按照民事审判程序审理，但是法律规定通过其他方式解决的除外。”

〔11〕2016年6月，中央深改组审议通过《关于加快推进对失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设的意见》。同年9月25日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发上述《意见》并发出通知，要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实。此外，中央政法委多次对人民法院执行工作提出明确要求，作出部署。全国所有的省、自治区、直辖市党委、政府、政法委均出台支持人民法院解决执行难、加强失信被执行人信用惩戒的文件，有的省（区、市）人大常委会专门出台支持人民法院解决执行难的决定，多数省（区、市）党委成立“基本解决执行难”领导小组、建立联席会议制度，将解决执行难纳入社会治安综合治理目标责任考核。党委领导、政法委协调、人大监督、政府支持、法院主办、部门配合、社会参与的综合治理执行难工作格局已初步形成并不断完善。参见刘婧：《解决人民群众最不满意的问題，彻底摘掉“执行难”的帽子——访最高人民法院审委会专委刘贵祥》，载《人民法院报》2018年10月25日，第1版。

〔12〕据国家发改委2019年6月17日公布的数据，截至2019年5月，全国法院累计发布失信被执行人名单1409万人次，累计限制购买飞机票2504万人次，限制购买动车高铁票587万人次，422万失信被执行人慑于信用惩戒主动履行法律义务。参见《国家发改委：失信惩戒力度加大，587万人次限买动车高铁票》，载 [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_3698296](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_3698296)，最后访问时间：2023年3月2日。国家发改委公布法院发布的失信被执行人名单信息情况，正是执行难综合治理改革的体现。

〔13〕该四项具体任务分别是：（1）不断深化“党委领导、政法委协调、人大监督、政府支持、法院主办、部门联动、社会参与”的执行难综合治理工作大格局。推动出台地方性法规、规范性文件，使综合治理执行难格局制度化、机制化，具有长远性和可持续性。（2）加强执行工作综治考核。推动将执行工作作为全面依法治国的重要内容统筹部署，把解决执行难纳入各地依法治省（区、市）指标体系。有效利用综治工作（平安建设）考核评价体系及营商环境评价体系，充分发挥执行工作在平安建设和营商环境建设中的职能作用。（3）推进执行工作部门协作联动机制化。落实中央政法委提出的“共建、共治、共享”要求，由政法委牵头各协作、协助部门健全联席会议制度，把执行联动各项工作纳入各联动部门职责范围，明确任务，夯实责任，加强考核。促进执行联动工作机制常态化运转，切实解决“联而不动、动而乏力”的问题。（4）加强基层执行工作网格化管理。充分发挥基层党组织作用，依托基层综治中心，将协助执行工作纳入基层社会治安综合治理网格化管理的内容，整合各方面资源，建立基层综治网格员协助送达、查找当事人、协查财产线索、督促履行、化解涉执信访、开展执行宣传等工作机制。推动综治平台与人民法院执行指挥、办案平台互联互通，实时向基层综治网格员推送失信被执行人名单、限制消费人员名单、悬赏公告等执行信息。建立基层综治网格员协助执行的教育培训、监督考核、激励保障等机制，促进基层治理与人民法院执行工作的良性互动。

〔2019〕1号”文件也将“推进执行联动机制建设”作为加强综合治理从源头切实解决执行难问题的重要内容。

但是，这些改革的具体措施只是规定在司法解释或者政策性文件中，不但效力层级低，而且缺乏稳定性。与此同时，综合治理还有进一步完善的空间，尤其是在协助执行规范及其法律责任、纳入社会治安综合治理体系的程序与方式等方面，急需通过立法加以明确。笔者认为，综合治理是切实解决执行难、提高执行效益的必由之路和希望所在。制定民事执行法时，必须明确和坚持综合治理的基本方向，将现行有效的网络查控体系、失信联合惩戒体系的具体措施以法律的形式固定下来，并完善协助执行体系，明确纳入社会治安综合治理体系的程序与方式。《草案》只是确立“民事强制执行应当充分运用现代信息科技”的原则（第6条），并未明确如何建立有效的网络查控体系和失信联合惩戒体系，更没有明确相关机关、机构、部门的协同责任，现行有效的政策措施并未上升为法律规定。此外，《草案》第7条仅规定“有关组织和个人”的协助执行义务，没有明确“国家机关”的协助执行义务，难以满足构建执行难综合治理体系的要求。

总之，在处理民事执行立法与民事执行政策的关系时，尤其在是否将执行改革政策内容上升为法律规范的问题上，既要慎重，又要果断，确保制定出来的民事执行法既符合民事执行的基本规律，又具有明显的时代特征。

## 二、民事执行立法与民事执行实践经验的关系

• 814 •

实践经验是法律规范形成的重要基础。我国的民事执行工作历来由人民法院主管。在长期的民事执行实践中，尤其是在解决执行难问题的过程中，人民法院积累了丰富的实践经验。这些实践经验，有的体现为司法解释或者其他规范性文件（以下简称执行规范），<sup>〔14〕</sup>有的则体现为惯常做法。然而，经验仍处于认识的初级阶段，需要深化和升华为理性认识即理论，才能具有普遍的实践指导意义，加之现有的执行规范和惯常做法，并不一定都具备升华为理性认识的条件，因此，如何甄别具备升华为理性认识的执行实践经验并将其抽象成为法律规范，是我国民事执行立法内容确定技术面临的又一重要问题。这一问题的实质是如何处理民事执行立法与民事执行实践经验的关系。

处理民事执行立法与民事执行实践经验的关系，首先要发现我国民事执行工作的经验，也就是从现有的执行规范和惯常做法中总结出体现民事执行规律、可以成为民事执行普遍规则的内容。具体来说，主要有三个方面的工作：一是从人民法院的执行规范中甄别出体现民事执行规律的执行实践经验；二是从尚未形成执行规范的惯常做法中提炼出体现民事执行规律的实践经验；三要在人民法院的执行规范和惯常做法之外发现执行实践经验。

首先，人民法院制定的执行规范，历经立项、起草、论证和发布等程序，<sup>〔15〕</sup>内容经过筛选

〔14〕 目前最高人民法院颁行的有关民事执行的司法解释和司法解释性质的规范性文件的条文总数已经超过1000条。人民法院制定的执行规范在一定程度上缓解了民事执行工作的复杂性与法律规范供给严重不足、可操作性差的矛盾，是民事执行工作顺利进行的重要保障。

〔15〕 根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（2021年修正），司法解释的制定一般要经过立项、起草与报送、讨论、发布施行与备案等程序，还有严格的编纂、修改和废止程序。其他非司法解释的规范性文件的制定往往也是参照上述程序进行的。

而比较严谨,相对而言是最接近理性认识的。但是,第一,受本位主义因素的影响,这些规范中可能包含一些并不符合规律的习惯做法;第二,即使排除其中不符合规律的习惯做法,这些执行规范仍只是人民法院的独家经验,与其他主体的执行经验不一定完全一致;第三,这些执行规范即使属于普遍的实践经验,还有可能并不符合执行规律;第四,这些规范即使是符合民事执行规律的实践经验,也不一定能够抽象成为执行法律规范。因此,人民法院制定的执行规范并不能直接入法,还需要经过从感性到理性的升华过程。

其次,尚未形成执行规范的惯常做法,尽管不乏符合民事执行规律的内容,但是它们离理性认识更远一些。第一,惯常做法中包含不符合民事执行规律的习惯做法的可能性更大;第二,惯常做法尚未形成规范,稳定性更差,效果评价更为困难;第三,惯常做法尚未经过提炼和筛选,形成理性认识的过程可能更复杂、难度更大。因此,必须设计特殊的程序、确立更高的标准,对惯常做法进行提炼才有可能上升为理性认识。

再次,除了人民法院之外,民事执行法律关系的主体还包括当事人、协助执行人、人民检察院等。作为民事执行实践的参与者,这些主体也积累了大量经验,而且这些经验也是民事执行立法不可或缺的基础。在人民法院制定的执行规范及惯常做法之外,发掘执行实践经验并升华为理性认识,使之成为民事执行法的内容,是完善民事执行法的内容、提高民事执行法的质量、确保民事执行法的实效性的重要工作。我国目前尤其要重视执行当事人参与执行程序的经验、有关机关和部门协助执行的经验、人民检察院开展执行检察监督的经验。对这些经验进行总结并升华为理性认识,是我国民事执行立法不可或缺的内容。

• 815 •

处理民事执行实践经验与民事执行立法的关系,笔者认为,必须要做到以下几点:第一,坚持中立。实践经验是客观的,但是获取和总结实践经验的过程是主观的,将实践经验上升为理性认识并确立为法律规范的过程更是主观的。在这个过程中,秉持中立的立场,不偏不倚地对待不同主体、各种形态的执行实践经验,是确保全面地获取、准确地总结、理性地分析实践经验进而确保未来的执行法律规范符合执行实践经验的重要前提和基础。第二,注重平衡。由于多种原因,不同主体、不同类型的执行实践经验是不平衡的。其中,从主体来看,人民法院的执行实践经验最丰富,总结和提炼的程度也最高,其他主体的执行实践经验要么范围较窄(如协助执行人和人民检察院的经验),要么没有进行系统的提炼(如执行当事人的经验);从类型来看,已经形成规范性文件的执行实践经验易于引起重视,而尚未形成规范性文件,尤其是尚未进行系统总结和提炼的执行实践经验容易被忽视。这样,在民事执行立法过程中,人民法院的执行实践经验,尤其是已经形成执行规范的部分,可能更容易引起立法者的注意,而其他主体的执行实践经验、尚未形成执行规范的执行实践经验就容易被忽视,最终造成总结和提炼的执行实践经验不全面、不平衡,危害执行立法的科学性。因此,平衡不同主体、不同类型的执行实践经验,尤其是重视尚未形成执行规范的执行实践经验,是确保执行立法科学性的重要内容。第三,强调可靠性。作为由实践得来的知识或者技能,经验需要长时间的累积:经历的时间越长,积累的经验越可靠。短时间内有一定效果的做法,并不一定就是经验。在我国执行实践中,不乏短期似乎效果好、长

期效果差甚至具有破坏性的措施与制度，当年推行的债权凭证制度就是典型。<sup>〔16〕</sup>因此，在总结和提炼执行实践经验时，必须强调可靠性，对一项措施或者一种做法的判断不能看短期而必须看长期，防止误入歧途。

仔细研读不难发现，《草案》绝大多数条文可以在现行司法解释中找到“原型”，甚至一些理论上和实践中存在较大争议的做法，比如终结本次执行程序、变相强制的执行转破产、过于绝对的案款分配优先主义、泛滥的执行异议之诉等也被引入《草案》，足见起草者对于人民法院执行工作经验的重视。鉴于司法解释与实践经验之间可能存在的“差距”，尤其是某些司法解释规范本身就存在较大争议，现在引入《草案》的“法院经验”，还需要做更多、更细致的甄别论证。与此同时，当事人、人民检察院等在民事执行实践中积累的经验，并没有在《草案》中得到充分体现，也是值得重视的问题。

总之，实践经验是我国民事执行立法的宝贵资源，不符合民事执行规律的习惯做法则是民事执行实践发展的累赘，所以对执行实践经验的总结和提炼十分重要。民事执行立法既要重视和充分利用执行实践经验，也要防止将习惯做法误作实践经验，尤其是要防止将不符合规律的习惯做法当作实践经验写入民事执行法作为民事执行的基本规范。

### 三、民事执行立法与执行理论研究成果的关系

理论的优势在于它能够揭示事物的原理，具有很强的概括性，特别符合成文法以数量有限的条文最大范围地涵盖实践中的具体情形的需要。优秀的法典离不开理论完善、逻辑严密、概念科学、结构合理等特征，这些特征都与理论研究成果有关。可以说，理论是成文法在立法技术上不可或缺的要素。近年来，我国民事执行理论研究取得了积极的进展，形成了许多成果。如何处理理论成果与民事执行法的关系，是我国民事执行立法面临的又一立法技术问题。

处理理论成果在立法中的作用，应当防止两种极端倾向。一种是完全不顾相关理论成果，认为理论是抽象的、法律是具体的，二者完全不相容，脱离理论成果进行立法。缺乏体系化理论的指导，立法必然缺乏灵魂，甚至出现内容相互冲突的现象，严重影响法律的实施。另一种是完全依赖理论成果，甚至以理论研究不成熟为由阻挡立法进程。理论研究没有止境，理论与立法可以相互促进，完全依赖理论成果进行立法是不现实的。

在理论研究过程中争议是不可避免的。理论上的争议在立法时尚未达成共识的，立法者的决策至为重要。笔者认为，不能以理论尚存争议为由拒绝立法或者将争议的问题完全排除在立法范围之外，而应当将尽管存在争议但符合民事执行基本原理的制度果断纳入立法，以终结相关理论争议。但是，在是否符合民事执行基本原理方面还存在争议的问题，则不宜急于形成法律规范，

〔16〕 债权凭证制度是2002年前后我国法院为了清理执行积案而推行的一项执行制度，基本做法是人民法院采取一定的执行措施仍没有找到被执行人的可供执行的财产的，向债权人发放债权证明而对该案作结案处理。结案后，债权人发现被执行人有可供执行的财产的，可凭债权凭证申请执行且不受申请执行时效期间的限制。在试行的初期，债权凭证颇受债权人的欢迎，但是随着时间的推移，多数债权人拒绝接受债权凭证，实践中也就不再执行这项制度。尽管债权凭证制度只是“昙花一现”，但是其“变种”在现行的司法实践中还有“市场”，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》规定的终结本次执行程序制度，与债权凭证制度颇有“渊源”，在总结执行实践经验时必须慎重。

从而为进一步研究留下空间。比如,在执行当事人变化的问题上,目前理论争议仍然很大。反对者的理由主要是,民事执行当事人变化事项涉及第三人的实体利益,需要经过实体判断才能确定,在民事执行程序中裁定变更追加当事人,程序保障不充分,不符合程序公正的要求。<sup>〔17〕</sup> 这种理由看起来似乎很有道理,但是细究起来可以发现其既不符合诉讼原理也不符合民事执行原理。一方面,从诉讼原理的角度看,依据民事执行当事人变化的事由,第三人直接进入执行程序行使权利或者履行义务,并不一定形成纠纷。若只有经过诉讼才能变更或追加第三人为执行当事人,相关的诉讼程序可能因缺乏诉的利益而无法启动,即使启动也不符合诉讼法理。另一方面,从执行原理的角度看,在民事执行程序中直接裁定变更或追加执行当事人,有利于提高执行效率、节省司法资源等社会公共成本和当事人费用等私人成本,从而提高执行效益,这正好与民事执行效益优先的价值取向一致。同时,执行当事人变化还有完善的配套救济制度,足以充分维护当事人、第三人的程序权利和实体权利,从而实现程序保障。可以说,执行当事人变化制度既符合民事执行的基本原理,又符合民事诉讼的基本原理。因此,即使执行当事人变化制度存在争议,由于其符合民事执行的基本原理,也应当被写入法律,不能再犹豫不决而将其拒之于法律制度之外。令人欣慰的是,《草案》第18条第2款、第19条第2款分别规定了债权人和债务人的变更追加制度,明确肯定在执行程序中可以变更、追加当事人。当然,关于执行当事人变化的具体范围的确定,同时涉及立法与理论研究、立法与实践经验关系的处理,必须慎重,因此该两款的具体内容还值得研究。

又如,在司法拍卖网络服务提供者资格问题上,理论上有人认为应当由人民法院统一提供网络服务,<sup>〔18〕</sup> 随着人民法院诉讼资产网入选网络服务提供者名单库,进一步证明在人民法院自有平台上开展网络司法拍卖是可期的。<sup>〔19〕</sup> 但是也有人认为人民法院提供网络服务成本过高而不现实。<sup>〔20〕</sup> 现行实践的做法是社会网络服务提供者也可以为司法拍卖提供网络服务,而且淘宝网的拍卖量占比最高。<sup>〔21〕</sup> 鉴于目前理论研究尚不充分,个别理论主张和实践做法的差异较大,在是否由人民法院统一提供司法拍卖网络平台的问题上,民事执行立法暂时不宜作出封闭性规定,即既不规定由人民法院统一提供司法拍卖网络平台,也不规定由社会网络服务提供者提供司法拍卖网络服务,而为理论研究和实践探索留下足够的空间。因此,《草案》第111条原则性地规定:“变价不动产,应当通过网络司法拍卖、变卖平台进行,但是不宜采用此种方式的除外。”

通常情况下,理论成果与实践经验是一致的:理论成果能够在实践中得到印证时,实践结果与理论预期完全一致。但是,当理论研究设定的条件不符合实际情况以致理论成果无法得以验证,或者实践经验的形成条件与理论研究设定的条件不一致时,就会形成理论成果与实践经验相冲突的现象。如何对待与实践经验相冲突的理论成果,也是民事执行立法可能遇到的难题之一。笔者认为,在这种情况下,要分析理论成果和实践经验形成冲突的原因,以确定是实践有偏差还

〔17〕 参见谭秋桂:《论民事执行当事人变化的程序构建》,载《法学家》2011年第2期。

〔18〕 参见魏哲哲:《司法拍卖不是商事拍卖——访中国政法大学教授谭秋桂》,载《民主与法制时报》2016年4月17日,第7版。

〔19〕 参见肖建国、黄忠顺:《中国网络司法拍卖发展报告》,法律出版社2018年版,第46页。

〔20〕 参见前引〔19〕,肖建国、黄忠顺书,第46页。

〔21〕 参见前引〔19〕,肖建国、黄忠顺书,第47页。

是理论有误区；要分析实践经验的可靠性，防止将习惯做法当作实践经验而形成偏差；要分析理论研究的假设条件是否得到满足，不能满足的原因是什么，等等。总之，要辩证对待理论成果与实践经验的冲突，不能轻率地否定某一方面。否则，民事执行立法就有可能误入歧途。例如，在执行通知制度的存废问题上，理论成果与实践经验已经形成明显的冲突：理论界比较普遍的观点认为，执行通知有利于提高民事执行的效率、降低成本、确保程序公正，应当保留并进一步规范执行通知制度；〔22〕实践部门比较普遍的观点则认为，执行通知的效果往往是“提醒”债务人转移财产，对执行效果有害无益，加上送达困难，应当废除这一制度。〔23〕我国自1982年《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》确立执行通知制度以来，已经对该制度进行了两次重大修改：一是2007年修法时，增设了“附条件的立即执行制度”，即“被执行人不履行法律文书确定的义务，并有可能隐匿、转移财产的，执行员可以立即采取强制执行措施”；二是2012年修法时删除了立即执行的附条件，确立了不附条件的“立即执行制度”。实践证明，“立即执行制度”足以抵御执行通知的“提醒债务人转移财产”的负功能，而执行通知制度具有的提高效率、降低成本、规范执行等正功能并没有由于立即执行制度的确立而被削弱。因此，废除执行通知制度的理由已不复成立。相反，随着相关制度的进一步完善，执行通知制度完全可以成为我国规范执行的重要标志甚至衡量标准之一。笔者认为，在民事执行立法时，对于执行通知制度的取舍必须进行全面分析，切不可由于实践部门“反对声强烈”而轻易废除该制度。《草案》第43条规定：“人民法院立案执行的，可以立即采取执行行为，并应当在立案之日起七日内向被执行人发送执行通知。”这一规定显然是符合原理的。

可以说，有关执行理论成果的取舍是我国民事执行立法面临的重大立法技术问题，在该问题上的成败得失将是影响我国民事执行立法质量的重要因素。《草案》在这一问题上采取的态度既有值得肯定的地方，也有商榷的余地。

#### 四、民事执行立法与域外民事执行体制经验的关系

一方面，民事执行是当前人类社会的普遍现象，世界各国、各地区的民事执行的基本原理是相同的，其规则和立法必然有共通之处。另一方面，由于法律传统和社会制度不同，尤其是权力配置模式不同，各国、各地区的民事执行规则和立法又各具特色。笔者认为，我国实行民事执行单独立法，首先要坚持理论自信和制度自信，也就是要强调立足于本土，充分总结我国民事执行实践的成功经验，以构建具有中国特色的、完善的民事执行制度为目标。与此同时，也应当充分吸收域外民事执行体制的成功经验，为完善具有中国特色的民事执行制度服务。因此，我国在进行民事执行单独立法时，必然面临如何从域外民事执行规则和立法中发现并借鉴符合民事执行基本原理的执行体制经验的问题，而且对这一问题的处理是考验我国民事执行立法的内容确定技术的重要方面。

处理域外民事执行体制经验和我国民事执行立法的关系，一要分析其典型性，也就是要分析

〔22〕 参见谭秋桂：《民事执行法学》（第3版），北京大学出版社2015年版，第68-69页。

〔23〕 参见邵长茂、周青松：《论执行通知制度之完善》，载《法律适用》2021年第1期。

涉及的域外执行体制经验是个别国家或者地区的经验,还是各国和各地区的共同经验,防止将个别国家或者地区的经验作为各国和各地区的普遍经验对待。二要分析其可靠性,即要分析涉及的域外执行体制经验是否确切,是否符合国际司法改革和发展的大趋势,防止以讹传讹,防止将已经或者即将过时的经验作为域外执行体制经验进行借鉴。三要分析其可借鉴性,即要分析涉及的域外执行体制经验与我国的法律、文化传统是否契合,防止引进的域外执行体制经验因“水土不服”而产生不良反应。

从目前理论和实践的争议来看,在借鉴域外执行体制经验方面,我国民事执行立法面临抉择的问题主要有三个。一是执行机构与法院的关系问题。这个问题与审执分离体制改革有密切的联系,核心是执行机构是否应当脱离人民法院的问题。有人认为,域外的民事执行工作与法院无关,所以主张我国的民事执行机构也要从法院分离出去,不再由法院工作人员从事民事执行工作,即所谓实行“彻底外分”模式。<sup>〔24〕</sup>但是,根据笔者掌握的资料,几乎所有的国家和地区民事执行工作都离不开法院。比如,在英美法系国家,只有收到法院发出的执行令状,执行官才有可能启动民事执行程序,执行官也并非纯粹的行政官员;<sup>〔25〕</sup>在大陆法系国家,除了必须由法院签署执行文才能启动执行程序外,执行官大多都隶属于法院或者在法院有办公场所。<sup>〔26〕</sup>德国、日本的法律更是明确规定,实现金钱债权时对不动产、债权和实现非金钱债权时对行为的执行均由法院主管。<sup>〔27〕</sup>即使是在最具特色的、执行机构设在国家税务委员会之下、与税务局并列的瑞典,“实践中执行机构所作的每一个决定,都可能因为上诉而进入法院程序”<sup>〔28〕</sup>。总之,那些认为域外执行机构与法院完全无关的观点与事实并不相符。因此,在参考域外民事执行体制经验处理我国执行机构与法院的关系时,既不能只看表面现象而不顾其实际运作程序,也不能以极端个别的经验作为典型经验加以借鉴,更不能割断历史贸然将我国执行机构从法院分离出去。当然,《草案》在这个问题上的态度还是十分明确的:民事强制执行工作由人民法院负责,将民事执行权完整地配置给了人民法院。

二是执行案件计量与管理模式问题,即是否需要将现行的以一份生效法律文书确定的全部内容的执行作为民事执行案件的计量单位,变成以具体的标的物或者行为的执行作为民事执行案件的计量单位。我国目前执行难的重要原因是债务人无财产或者财产不足以全部履行生效法律文书确定的义务,加上债务人故意隐匿财产,以致案件执行周期长、积案数量大、执结率低。为了改变这种状况,部分人主张借鉴德国、日本等域外经验,要求债权人申请执行时必须指定并提供具体的标的物或者明确具体的行为,执行机关仅对该标的物或者行为实施执行并标定为一件执行案

〔24〕 参见徐卉:《论审判权和执行权相分离的体制改革路径选择》,载田禾、吕艳滨主编:《实证法学研究》(第一期),社会科学文献出版社2017年版,第62页。

〔25〕 在英国负责执行实施的 bailiff、sheriff,在美国负责执行实施的 sheriff、marshal 均不是纯粹的行政官员。

〔26〕 如德国的执行官是法院的工作人员,法国的执行官尽管不是法院的工作人员但在法院设有办公室,日本的执行官尽管不是法院工作人员但是在法院设立的执行机构工作并直接受执行法官指挥。

〔27〕 详见《德国民事诉讼法》第828条、第887条、第888条(参见丁启明译:《德国民事诉讼法》,厦门大学出版社2016年版,第170-259页),《日本民事执行法》第44条、第144条、第171条、第172条(参见白绿铨编译:《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第218、205、259-260页)。

〔28〕 Mads Andenas, Burkhard Hess & Paul Oberhammer eds., *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, 2005, pp. 230-234.

件，该标的物或者行为一旦执行完毕，执行机关就作结案处理。如果债务人尚未全部履行生效法律文书确定的义务，债权人必须指定并提供其他标的物或者行为，否则执行机关不予启动执行程序。这一主张的实质就是要改变一份生效法律文书确定的全部内容的执行就是一件执行案件的传统，以具体的标的物或者行为的“事项执行”作为民事执行案件的计量单位。他们认为，应当实行“事项执行”的执行案件计量和管理模式，一方面，由于执行标的物或者行为都是债权人指定并提供的，执行机关就再也不必耗费大量的精力去查找债务人的财产或者确定执行的行为，从而可以大大减少执行人员的工作量；另一方面，由于债权人指定并提供了具体的标的物或者行为，执行机关就不再可能因执行不能而形成执行积案，从而可以大大提高执结率。<sup>〔29〕</sup>按照这个逻辑，执行难的问题就可彻底解决而不复存在，法院也就可以彻底摘掉执行难的帽子。但是，笔者认为，在对待德国和日本的执行案件计量和管理经验方面，必须考虑我国的国情以及相关配套制度的契合程度。首先，“事项执行”机制要求债权人具有足够的财产调查能力。但是在我国，债权人的调查手段严重不足、调查效果无法保障，加上财产登记体系和社会信用体系不完善，完全由债权人为执行机关提供并指定标的物几乎是不可能的，近年来一些地方推行的律师调查令的十分可怜的效果就是最好的例证。因此，我国并不具备实行“事项执行”机制的制度环境。其次，“事项执行”机制确实可以使法院的执结率、积案数的数据十分好看，法院也可以因此完全置身于执行难的漩涡之外，但是债权实现率肯定会比现在更低，债权人和全社会的执行难的体验将更为严重。可以说，“事项执行”机制对于解决执行难问题并没有实质意义，可能会加重债权人和全社会的执行难体验。再次，“事项执行”机制将严重打击债权人对通过公权力实现债权的信心，不但将导致暴力性的私力救济抬头甚至盛行，而且将严重损害法律和司法权威，进而成为依法治国、建设社会主义法治国家的累赘，后果十分严重。因此，对于“看起来很美”的“事项执行”的域外经验，我国民事执行立法必须保持高度的戒备。

三是执行工作社会化的问题，即是否可能改变民事执行的国家职能性质，通过社会法律服务实现判决等生效法律文书确定的债权。根据我国现行法律规定，民事执行从财产查找到控制、变价、交付以及强制完成行为等各项执行工作，均为国家职能，无一不由法院完成。有人认为，法院包揽执行工作是我国执行难问题的成因之一，解决执行难问题必须减轻法院的执行工作负担，出路之一就是借鉴法国、英国等的经验，实行执行工作社会化，由社会法律服务工作者完成执行工作并直接向执行当事人收取费用。<sup>〔30〕</sup>《人民司法》2019年第10期刊登的一篇文章的“编者按”明确提出了“执行社会化”的概念，<sup>〔31〕</sup>其实自2017年1月1日起施行的《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》（以下简称《网络司法拍卖规定》），明确规定通过社会网络服务提供者进行司法拍卖并规定将部分拍卖辅助工作委托社会机构或者组织承担，就已经有了执行工作社会化的迹象。但是，笔者认为，对于这种以借鉴域外经验为名的越来越强烈的执行工作社会化的冲动，我们还是要保持足够的冷静。首先，据笔者掌握的资料，社会化并非域外

〔29〕 以上观点多次出现在制定《草案》的相关研讨会上。

〔30〕 参见何依洲、杜崇：《社会治理视角下民事执行的社会化路径》，载《克拉玛依学刊》2020年第3期。

〔31〕 参见〔日〕山本和彦：《执行官制度的比较法研究——以日本、法国、德国的比较为中心》，史明洲译，载《人民司法》2019年第10期。

民事执行的发展趋势。众所周知,由自由职业者实施执行的典型是法国,但是法国执达员是专门性的自由职业者而非普通社会法律服务者,而且自20世纪90年代以后,法国强化了执行法官在民事执行程序中的作用。德国从法国引进执达员制度时将其改为执达官,限制了执达官的主管范围并赋予其公务员资格、实行工资制;日本在借鉴德国的执达官制度时尽管放弃了工资制,但还是保留了执行官收入的国家保障制度。<sup>〔32〕</sup>可以说,通过完全的自由职业者采取强制性的执行措施迫使债务人履行义务、实现生效法律文书确定的内容,在全世界范围内没有先例,也不是国际上民事执行发展的趋势。其次,根据域外研究者的比较和总结,竞争性的和私法性的执行权配置方式在民事执行效率方面并没有优势,<sup>〔33〕</sup>所以不要以为实行民事执行社会化会有利于我国解决执行效率不高的执行难问题。再次,以民事执行社会化为背景的执行人员自由选择制,在普鲁士时代的德国就产生了苛酷执行的严重弊害,日本的执行官制度后来也废止了自由选择制。<sup>〔34〕</sup>可以说,执行人员自由选择制可能产生的后果与世界人权发展的趋势、我国建设社会主义法治国家的理念完全不符。最后,实行向执行当事人收取费用的制度,并不一定能够稳定执行人员队伍。例如,综合各种来源的数据可以看出,日本的执行官人数正在逐年下降。<sup>〔35〕</sup>尽管这与日本执行案件的减少有关,但是因执行收费减少导致执行人员流失也是不争的事实。总之,民事执行社会化并不是域外的普遍经验,而且该做法可能存在严重弊害。若在我国实行民事执行社会化,肯定可以减轻法院的执行重负,但是执行难、执行乱的问题必然依旧存在,而且程度可能更为严重、后果更难治理,最终严重损害法治。

《草案》没有直接吸纳《网络司法拍卖规定》有关执行辅助事务社会化的规定,但是试图通过建立律师调查令制度,将一部分执行调查事项社会化,<sup>〔36〕</sup>引起了理论和实践的激烈争议。笔者认为,律师调查令看起来有利于民事执行,但是在理论上和实践中还存在一些障碍。一是我国将民事执行作为一项国家职能,律师调查令似乎有将国家职能转让给律师的嫌疑,在理论上说不通。二是律师调查令制度可能被滥用,加大执行成本,造成复杂的执行难问题。三是当被调查对象拒绝调查时,律师持令调查也很难取得预期效果,执行法院又可能以已经发出律师调查令为由不再调查,不利于实现民事执行的基本功能。四是随着我国社会信用体系和财产查控体系的完善,尤其是执行联动机制的完善,律师调查令的作用空间将日益缩小。与其构建理论基础并不完善的律师调查令制度,不如完善理论基础扎实、实践证明可行的执行联动机制。

综上所述,妥善处理域外执行体制经验与我国民事执行立法的关系,是我国民事执行单独立法的内容确定技术必须解决的重要问题。在这个过程中,既要强调借鉴域外经验,又要仔细甄别域外经验,尤其要防止域外伪经验、过时的经验、不适合我国国情的经验可能损害我国民事执行

• 821 •

〔32〕 参见谭秋桂:《民事执行原理研究》,中国法制出版社2001年版,第115-119页。

〔33〕 参见前引〔28〕,Mads Andenas、Burkhard Hess、Paul Oberhammer主编书,第99-100页;前引〔8〕,谭秋桂书,第132-133页。

〔34〕 参见前引〔31〕,山本和彦文。

〔35〕 2002年笔者等在东京地方法院民事执行中心与该中心的执行法官交流时得知,2001年日本执行官人数为600人左右。2012年日本执行官人数减为504人(参见前引〔31〕,山本和彦文)。日本最高法院法官2016年在清华大学的一次演讲中介绍,2015年日本执行官人数减至370人左右。

〔36〕 参见《草案》第52条。

法的科学性，最终危害我国的民事执行工作。

## 五、结 语

民事执行法是规范民事执行工作的基础性法律，涉及面十分广泛又具有很强的专业性。立法机关在初次审议后公开向社会征求意见，《草案》的修改完善还有大量工作要做。从立法技术的角度进行审视，确定并解决《草案》中存在的基础性、方向性、关键性问题，是完善《草案》、提高立法质量的重要工作。本文选择从内容确定技术的角度进行分析并提出粗浅看法，以抛砖引玉，期待共同努力，推动我国制定出一部既符合原理又具有中国特色、既可操作又有灵魂、既能解决当前问题又能保持长期稳定的经典的民事执行法典。

---

**Abstract:** An appropriate disposal in the relationship between our legislation of civil enforcement and reformation of civil enforcement, the practical experiences, the theoretical research results as well as the foreign experiences is a momentous factor in the content confirmation technique of our separate legislation of civil enforcement. It is also a vital guarantee both in improving the legislative quality and in realizing the institutional function of our civil enforcement law. Importantly, when dealing with the reformation of civil enforcement, it requires not only the respect for the basic rule but also the reflection of the time characteristics of civil enforcement. About the practical executive experiences, it is crucial not to regard usual practices as practical experiences, especially not to take regular practices that not conforming to the rules as the practical experiences and putting them into the law. As for the theoretical research results, we should objectively analyze their effect, properly managing their controversy, dialectically analyzing their conflict with practical experiences. Confronting with the foreign experiences, it shall have warranty about their typicality, reliability and adoptability.

**Key Words:** civil enforcement, legislate separately, technique of legislation, relation

---

(责任编辑：曹建军 赵建蕊)

## 禁诉令成文立法模式探讨 ——以国际民事诉讼管辖冲突为背景

季澄珏\*

**内容提要：**禁诉令与行为保全的互动纠葛引发国际私法与民事诉讼法学界的双向关注，两项制度虽同有“禁止一定行为”的内涵，却不能据此得出行为保全容纳禁诉令的结论，国内司法将禁令制度划入行为保全的做法并不可取。面对禁诉令的引入与建构，应充分研究禁诉令的成文立法模式，尤其是该制度在民事程序法中的体系定位。以行为保全为禁诉令之法律依据实为忽略了两者之间的深层差异：从功能特性入手，我国的行为保全与德国法中定暂时状态之假处分相似，是维持诉讼状态的预防性程序措施；孕育自英美法系司法实践的禁诉令，天然呈现出衡平特征，除限制个案当事人以保障内国诉讼程序之外，已成为公认的调节国际平行诉讼的支柱性工具，具有独立创制的必要性与可行性。

**关键词：**国际民事诉讼 禁诉令 行为保全 权利保护 平行诉讼

• 823 •

### 一、引言

近年来，人民法院在涉外标准必要专利纠纷案件中接连受理有关禁诉令（anti-suit injunction）的申请。<sup>〔1〕</sup>由此，有关禁诉令的法律问题引起广泛关注，一时间如何在我国探索发展禁诉令制度成为实务界和理论界的热议话题。一般而言，如有违反限制当事人在他国法院提起诉讼的禁诉令，该方当事人即面临高额的罚金以及财产被强制执行的风险，尤其当禁诉令针对的

\* 季澄珏，南京大学法学院博士研究生。

本文为司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目专项任务课题“我国法律域外适用的司法路径研究”（20SFB4063）的阶段性成果。

〔1〕 参见“华为技术有限公司诉康文森无线许可有限公司案”，最高人民法院（2019）最高法知民终732、733、734号民事裁定书；“小米通讯技术有限公司诉交互数字公司案”，湖北省武汉市中级人民法院（2020）鄂01知民初169号之一民事裁定书。

是在全世界各地都设立有分支机构的跨国公司，这一禁令远比想象中更有威慑力。在我国，外国通信技术公司作为专利的拥有者，一旦在专利的许可费率方面与中国企业产生争执，亦会选择禁诉令以争取在其偏好的法院进行诉讼。起初，面对外国禁诉令的威胁，有的人民法院和当事人对其“视而不见”，继续在内国法院推动诉讼进行，最终结果可能是中国当事人无端蒙受损失。<sup>〔2〕</sup>

背后原因不难推知：纵观国内民事诉讼立法及司法解释，并无直接规定禁诉令的任何条文，对当事人及法官而言，超越成文法源而应对或发布禁诉令必定慎之又慎。然而近年法院裁定中“大胆尝试”司法先行，提出多项衡量标准判断禁诉令的适用，其中尤以华为诉康文森案为开山之举，以行为保全展开作为禁诉令裁决的法律依据。<sup>〔3〕</sup>虽各级法院的表述不一，但已充分反映出我国司法界正视禁诉令引入的必要性，并开始转变参与国际民商事争议解决的态度，颇有从保守自制走向主动竞争之意味。当前中国海外斗争加剧，以“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”为指引，立足于涉外法治工作战略布局，以禁诉令这一司法手段应对斗争，充分反映出国际民事诉讼管辖冲突之背景下，我国坚决维护国家主权、尊严、核心利益包括海外利益的努力和决心。但疑问在于，司法实务界提出“以行为保全作为禁诉令裁定的发布依据”这一结论得来全不费工夫，可能欠缺深入的思考和法理上的妥当性。

众所周知，禁诉令源于英国国内法院对案件管辖权的争夺，起初英格兰王室法院以限制当事人起诉权利的方式阻碍教会法院管辖权的扩张。<sup>〔4〕</sup>之后衡平法院频繁运用禁诉令限制当事人向普通法院兴诉，以保证衡平法院所追求的公平理论。<sup>〔5〕</sup>进入19世纪，国际贸易交往增加，国际诉讼管辖权扩张带来的矛盾日益凸显，现代意义上的国际禁诉令开始流行。<sup>〔6〕</sup>但在大陆法系，除了近年零星可见的案例以外，都未曾以立法方式构建或者承认禁诉令的运行机制。<sup>〔7〕</sup>一贯承袭大陆法系立法传统的我国亦不可回避以下问题：作为普通法系产物的禁诉令置于中国法体系中是否会水土不服，此种禁令的立法引入应当如何进行。

面对上述问题法官和学者已经表态，将行为保全作为禁诉令的法源适用仅是在无法可依的情况下暂时为之。<sup>〔8〕</sup>其暗示出司法实践照搬适用英美制度并非心安理得。国内法院频频陷入禁诉令申请与法律适用的困境，此时应当为禁诉令正本清源。换言之，在以成文法为基础的我国法律体系中，禁诉令的立法创制才是真正的前置性难题。目前国内研究大致分为两种路径：一是类型化分析禁诉令如何适用，如标准必要专利领域，在此基础上推进探究禁诉令是否可扩张适用；<sup>〔9〕</sup>

〔2〕 参见“深圳粮食集团有限公司诉希腊美景伊恩伊航运有限公司海上货物运输合同纠纷案”，青岛海事法院（2004）青海法海商初字第245号民事裁定书。

〔3〕 行为保全是2013年1月1日施行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）中新增的制度，具体内容见《民事诉讼法》（2021年修订）第103—108条的规定。

〔4〕 See Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell, 2012, p. 583.

〔5〕 See Fredric William Maitland, A. H. Chaytor & W. J. Whittaker eds., *Equity: Also the Forms of Action at Common Law: Two Courses of Lectures*, Cambridge University Press, 1929, p. 257.

〔6〕 See *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, Privy Council [1987] AC 871; *Airbus Industrie GIE v. Patel* [1999] 1 A.C. 119.

〔7〕 参见谢怀拭：《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社2001年版，第259页。法国案例如 *IPCom v. Lenovo*, Tribunal de Grande Instance de Paris, Case No RG 19/59311, 8 November 2019.

〔8〕 参见欧福永、袁江平：《国际专利诉讼中的禁诉令制度》，载《湖南大学学报（社会科学版）》2022年第2期。

〔9〕 参见宋晓：《涉外标准必要专利纠纷禁诉令的司法方法》，载《法学》2021年第11期。

二是提炼禁诉令裁定应考量的共性因素，不区分案件范围而强调禁诉令的裁定标准、保障措施等内容。<sup>〔10〕</sup> 相较之下，第一种路径立足于禁诉令的衡平救济性质，重视法官自由裁量与成文化规则的结合建构，但此类研究多聚焦于禁诉令适用之细节而难以触及禁诉令的立法模式问题；采第二种路径的学者则大多支持将禁诉令纳入行为保全附属规定的观点。然而，仅仅关注英美法官的判例法实践、单纯致力于概括总结禁诉令适用的不同情形和要件，难以厘清禁诉令的体系定位。根本问题在于：禁诉令应采取何种立法模式与现有民事诉讼法相融。是某一单独条文的独立模式，或是容纳于行为保全规定之中的附属模式，还是以行为保全为基本规定而辅以具体规则，即所谓中间模式？分析解决何种立法模式是成文法国家的更优选择正是本文写作的初衷所在。

## 二、禁诉令的现有司法适用模式

回顾国内禁诉令论文，大都着重强调禁诉令的适用标准，即基于禁诉令之判例法应用而思考如何指引法官做出裁定。<sup>〔11〕</sup> 其中对禁诉令成文法模式做出回应的论文大多又直接选择以行为保全为解，强调行为保全与禁诉令含义的共通之处，进而主张可以此作为中国法下禁诉令的正当性来源。<sup>〔12〕</sup> 但如深究，将禁诉令作为行为保全的附属产物，则意味着行为保全可以完全涵盖禁诉令，然从具体条文的规定与法律效果的实现出发，行为保全真的能够达到这种结果吗，其是否可以充分实现禁诉令的制度功能？对此问题诸多论文中鲜见详细阐述，因此应补强学界未能完全阐明的部分，探明我国法中的行为保全究竟与禁诉令存在多大程度的“相似之处”，这些“相似之处”是否足以证成禁诉令引入与适用的正当性。在此基础上才可回答，立法附属论是否足以解决禁诉令的所有适用难题。

### （一）构成要件的相似性

立法者若决定将禁诉令引入，其是否能与现有法律规定兼容势必成为亟待解决的问题。扩大解释行为保全的立法附属论并未能详尽展开，因此不妨回到起点，从行为保全与禁诉令的再次比较中找寻答案。首先回顾我国法中行为保全的相关规则：2012年修订的《民事诉讼法》于第九章“保全和先予执行”中新增行为保全规定，与财产保全相对应。行为保全是指人民法院可依申请或者在必要情况下，为保证判决的执行和避免损害，责令当事人作出或者禁止其作出某一行为。<sup>〔13〕</sup> 行为保全在国内法中的成功登场源于学者长久以来的主张，其内容参考海事强制令和诉前禁令，结合大陆法系的保全规定，并在之后的司法解释中逐步完善。<sup>〔14〕</sup> 不同于早已确立的海事和知识产权禁令，行为保全的适用将针对行为的强制措施扩展到了更为一般的民事领域。从其

• 825 •

〔10〕 参见彭奕：《我国内地适用禁诉令制度探析》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2012年第5期。

〔11〕 参见沈红雨：《我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革——兼论不方便法院原则和禁诉令机制的构建》，载《中国应用法学》2020年第5期；黄旭：《国际商事争议解决中的禁止仲裁令制度研究》，载《北京仲裁》2020年第2期。

〔12〕 参见李晓枫：《论以我国行为保全制度实现禁诉令功能》，载《法学杂志》2015年第7期。

〔13〕 参见江伟：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社2005年版，第277页。

〔14〕 参见江伟、肖建国：《民事诉讼中的行为保全初探》，载《政法论坛》1994年第3期；肖建国：《论诉前停止侵权行为的法律性质——以诉前停止侵犯知识产权行为为中心的研究》，载《法商研究》2002年第4期。

条文中可看出，行为保全的功能在于给予债权人的合法权利以预防性的紧急保护。<sup>〔15〕</sup>但由于法条本身规定过于简单，立法者只言明禁止某一行为，而对所禁止行为的内容、范围未有解释说明，这就为司法实践中法官的自由发挥留下了空间。

从定义看，行为保全与禁诉令的相似性正是源于两者都包含“禁止一定行为”的司法强制性，而立法附属论的主要观点是：虽然禁诉令针对诉讼行为，但由于我国行为保全定义呈现原则化特点，两者都赋予法官裁定当事人不作为的权力，故而从法效上而言，以行为保全为据和直接发布禁诉令都足以实现同一效果。《民事诉讼法》修改增加行为保全规定之时，众多国内学者都进行解释界定，但无一不强调此类保全是针对另一方当事人侵害对方合法权利的行为。<sup>〔16〕</sup>正是这种宽泛的相似之处给予立法兼容论的支持者们以信心，使其认为既然禁诉令和行为保全的重合之处在于对行为的限制，那将前者纳入行为保全的范围从而证成我国法院发布禁诉令并无不妥，在此基础上只需对规定过于泛化的行为保全进行司法解释即可。<sup>〔17〕</sup>当然，也有学者试图从制度比较的层面增添这一观点的可信度，即认为行为保全与英美法系的禁令不过是具体称谓上的差异。<sup>〔18〕</sup>但扩大解释总令人不安：既已从立法中发现行为保全规定内容的模糊性，那么对边界模糊的法律制度进行具体解释时应当更为慎重，尤其特定领域中禁诉令适用标准的研究已进展至如火如荼之时，只谈及定义相似性的立法附属论却仍停留在过于简单粗糙的推理中。仅依赖行为保全的宽泛性定义，我国法院运用的裁定标准是否已然充分，进而可相应佐证禁诉令在我国法体系中的定位与功能，这一问题至此仍未有明确的答案。

## （二）立法附属的局限性

持立法附属论的研究却对行为保全何以容纳禁诉令论证寥寥，扩大解释行为保全制度看似简单易行，然并不增益于立法的清晰度以便指导司法者与守法者。实际上，对两大制度进行比较重要的不是其重叠部分，而是这两者之间的关系，究竟是行为保全包含禁诉令，还是两个不同制度碰巧存在部分重合。真正值得研究的是行为保全和禁诉令之间的差异，这才是区分彼此并能使这两种法律制度获得其存在价值的关键所在。故在评判立法附属观点之优劣前，不得不追问运用行为保全规定是否仍会遗漏禁诉令适用的现实难题。

举例来说，两大制度适用期限明显不同，一般而言行为保全裁定附期限，至多持续到诉讼终结。禁诉令则作为永久性禁令并不必然附一定期限。<sup>〔19〕</sup>这在众多国内外裁判中也得以印证，或者，一旦禁诉令裁定做出即希望当事人心知肚明，除非法院有后续裁决推翻，否则将永久性地对其诉讼权利施加限制。可见禁诉令的适用期间明显超越行为保全可实现的范围，以行为保全证成禁诉令并未能解释此种差异出现的缘由，此时大谈两者的立法兼容无疑为时过早。

除此以外，立法附属模式还有着论证上的不足。基于两大制度广义上的概念相似性，辅之以

〔15〕 参见周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条的解释》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2015年第4期。

〔16〕 参见前引〔14〕，江伟、肖建国文。

〔17〕 参见前引〔12〕，李晓枫文。

〔18〕 参见前引〔8〕，欧福永、袁江平文。

〔19〕 参见杨良宜、杨大明：《禁令》，中国政法大学出版社2000年版，第492页。

行为保全规则自身的不确定性,学界亦存在似是而非的观点:既然行为保全与禁诉令在个案适用时都需进行自由裁量,即立法事先设定法院在此类裁定中需进行损害比较,那么利益裁量的出现又构成行为保全包容禁诉令的理由之一。<sup>[20]</sup>这一论证最先出现于中国法院处理的标准必要专利禁诉令案件中,有法院提出“如果不允许行为保全申请是否会对申请人的合法权益造成难以弥补的损害,或者造成本案的裁决面临不能执行的风险”,这一考量因素可类推作为禁诉令发布的衡量标准。<sup>[21]</sup>但深入分析可知:如果法院首先将行为保全的考量因素适用于禁诉令,之后学者又以此理由证成禁诉令与行为保全共同的裁量特征,试图说明禁诉令在我国法中与行为保全的相似性,这似乎陷入逻辑上自我循环之旋涡。我国法下的行为保全制度的确需要发挥法官的自由裁量权,但其与禁诉令适用的裁量标准必然相同吗?

不妨分别考虑行为保全和禁诉令发布时的自由裁量情形。正如定义所述,行为保全是为避免一方当事人的利益遭受不可弥补的损害。为了保留行为保全的自由裁量空间,我国法也已列明行为保全适用时的部分考量因素,主要包括请求权基础是否适当、采取行为保全与否对当事人权益损害的比较、行为保全对社会公共利益的损害程度等。<sup>[22]</sup>个案中法官需结合具体案情,对双方当事人所提出的损害程度进行比较。<sup>[23]</sup>概括而言,行为保全发布时应遵循最低干预和比例原则。

但是,禁诉令限制一方当事人在外国诉讼的合法权利、终局性地否定当事人的诉权,其显然不可能是最低干预,甚至就其适用结果而言还间接干预外国法院之管辖权。<sup>[24]</sup>因而个案中禁诉令与行为保全的自由裁量程度难以同等考虑。并且由于国际平行诉讼原则上是可以容忍的,各国法院可能并不会对其采取任何应对措施。例如基于属地和基于国籍的管辖权很可能导致两国法院都可以受理案件,在一国法院作出具有既判力的判决之前,两国法院中相同的对人诉讼案件的程序可以自发并行,此时并无发挥自由裁量之机会。<sup>[25]</sup>

相较于大陆法系行为保全规则内容和适用情形的相对稳定性,纵观英美法院的实践,以及前文提及的国内学者的著述可知,法官最终发布禁诉令以剥夺当事人诉讼权利的自由裁量标准都未曾有单一的司法指南,而是常以大量的判例法形式出现。

我国法中行为保全的规则内容难以容纳禁诉令的诸多适用标准,禁诉令裁定原则超越现有立法预期,行为保全因波及当事人的实体权利义务而遵循克制原则,针对当事人诉权的禁诉令却并不受此限制。另外,实体与程序权利的区分亦影响行为保全与禁诉令裁定的法律效力,两者不可一概而论。以既判力与强制执行力为界分判断两大制度的不同法律效力:虽可承认两种裁定都具有一定的执行力,法院可对违反裁定者采取强制措施,但在既判力问题上却并不能简单地得出结论。

以民事诉讼法之规定,行为保全显然属于不可上诉只可复议的裁定之一,而允许复议至少意味着

[20] 参见梁雯雯、李韶华:《中英禁诉令的适用比较研究》,载《长江论坛》2020年第6期。

[21] 具体裁决理由参见“华为技术有限公司诉康文森无线许可有限公司案”,最高人民法院(2019)最高法知民终732、733、734号民事裁定书等。

[22] 参见《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第7条。

[23] 参见“小米通讯技术有限公司诉交互数字公司案”,湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂01知民初169号之一民事裁定书。

[24] 参见前引[4],Dicey、Morris、Collins书,第585页。

[25] See Gary B. Born & Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States*, Wolters Kluwer, 2018, p. 532.

肯定其形式既判力。但禁诉令并无复议的适用背景，无论是英国还是美国法院都仅以上诉途径处理当事人不服禁诉令的情况。背后更为重要的学理在于，虽然英美国家一概以上诉作为裁决的救济方式，但在其中仍有区分：关涉实体问题做出的裁决才具有既判力，而程序上的裁定却不具备此种既判力。暂且不论禁诉令与行为保全的对应或兼容关系，仅以裁决既判力为切入点，我国法中是否可以直接认定影响程序权利的禁诉令制度与行为保全共享复议这一救济渠道，这依然存在疑问。学者们围绕禁诉令如何裁决适用广采判例法理据之余，却在此时倒转立场，忽略英美法系对实体性和程序性裁定既判力的区分，实属难解。<sup>〔26〕</sup>在民事裁定的救济途径本就二分的中国法体系中，认为源自普通法系的禁诉令无需再次保留其上诉传统显然过于武断，可见将禁诉令全然作为行为保全附属规范实则并未解决裁定发布后的法律效力问题。

### （三）小结

立法附属论的支持者不在少数，但却未能关注到行为保全与原产于英美法系的禁诉令究竟应如何兼容。从前文可知，行为保全虽可以承担禁诉令合中国法化的部分法源支撑之责，但其未能适当解决的禁诉令适用难题也随之呈现：适用期间、实现法效、自由裁量适用原则的差异都表明行为保全基本理论无力回应禁诉令成文引入的现实需求。立足于法教义学，成文法国家的立法都在尽力追求体系的结构化与完整性，如果仅仅关注行为保全的定义宽泛性而下结论，恐怕欠缺说服力。如若能对下列问题予以解答，才可为禁诉令的立法创制提供灵感：现有行为保全制度因何功效有限，为何翻遍《民事诉讼法》得出的回答最终不尽人意，禁诉令是否应在国内民诉法体系中另有安排。

• 828 •

## 三、禁诉令与行为保全的深层差异

选择以行为保全证成禁诉令的学者倾向于理解两者在概念上的“禁止”之意，然而检讨其适用的法律效果与现实效果，已能发现两者间难以同质。作为诉讼强制措施之一的行为保全已于大陆法系各国立法中获得较为确定的体系定位，如我国现行《民事诉讼法》将其置于第一编总则的第九章。而禁诉令作为普通法系衡平救济的产物几乎全部有赖于自由裁量的运用与遵循先例原则的约束。<sup>〔27〕</sup>将两大法系的本质差异投射到涉外民事诉讼领域，亦不难理解：大陆法系的民事诉讼裁判注重从法律规范出发来把握案件中的事实与法律条文的适用程度，相应的法律制度必须于立法中予以明确设置；普通法系则倾向于从事实出发进行裁判，个案裁决一定程度上依托于判例制度。<sup>〔28〕</sup>然而外在呈现的巨大差异必定有其内因，最为深层且重要的是禁诉令与行为保全之间的本质分歧，以两者体现的立法政策和性质目的为切入点，可进一步探知。

### （一）禁诉令与行为保全的形式差异

针对行为的保全措施，其中保全二字并非我国大陆学者的原创。1890年的日本《民事诉讼法》包括全面修法之后制定的1989年单行《民事保全法》都可见相关用语。<sup>〔29〕</sup>日本相关立法继受

〔26〕 参见前引〔12〕，李晓枫文。

〔27〕 See Airbus Industrie GIE v. Patel, [1998] 1 Lloyd's Rep 631.

〔28〕 参见〔日〕中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，北京法律出版社2001年版，第5-6页。

〔29〕 参见陈计男：《民事诉讼法论》（修订4版）（下），三民书局2006年版，第454页。

1877年德国《民事诉讼法》且并未突破德国法之全面影响,因此对行为保全制度的探究必然应回溯到欧洲大陆。<sup>[30]</sup>临时权利保护措施最早是为了避免当事人暴力自助,在罗马法的禁令以及中世纪的查封扣押(sequestration)制度中均有所体现。<sup>[31]</sup>为避免民事判决失去意义而采用保全暂时规制当事人的行为以为诉讼中的权利提供临时性的保护,这一制度直到近代才真正产生。<sup>[32]</sup>而禁诉令源于英国国内法,又在1821年的布什比诉蒙代案后产生现代意义上的国际禁诉令。<sup>[33]</sup>

虽然都起源自欧洲大陆,但法律渊源的差异导致行为保全与禁诉令在诞生之初即处于不同地位,进而在各自的发展过程中,最终的体系归属也不尽相同。行为保全是保证判决的执行并防止损害扩大,其上位概念应为临时救济。在一民事诉讼争议中,如果债务人恶意损耗财产或者故意隐藏其执行能力,都可能导致债权人预期可得判决失去价值,为避免诉讼程序迟延与滞后造成的不利结果、保证当事人权利实现,临时救济制度应运而生。<sup>[34]</sup>纵观大陆法系国家立法,1806年法国《民事诉讼法》规定紧急审理程序,在此基础上追求理论化的潘德克顿法学体系又设置了更为详细的临时救济制度。<sup>[35]</sup>德国《民事诉讼法》第916至945条为法院提供了假扣押与假处分这两种手段,并将其纳入第八章强制执行之中。<sup>[36]</sup>假处分是针对非金钱债权,在德国《民事诉讼法》中区分为三类,即保全假处分、定暂时状态假处分和给付假处分,其中定暂时状态假处分是为了保护诉讼中持续的法律关系如租赁关系,或者暂时维持某一特定诉讼状态而要求债务人作为、不作为或容忍。<sup>[37]</sup>在此意义上可知定暂时状态的假处分与我国法中使用的行为保全术语有异曲同工之妙,两者都包含避免损害进一步扩大的意旨。<sup>[38]</sup>

普通法系国家则诉诸禁令制度建构临时权利保护体系,通过禁止或命令对方做出一定行为的中间禁令实现临时权利保护。漫长的诉讼程序中为保护胜诉方权益的可实现性,用于保持诉讼现状的中间禁令一解“远水难救近火”之忧。<sup>[39]</sup>中间禁令是诉讼终结前为维持现状(status quo),法庭可发布的有效期只维持到最后审理为止的禁令。<sup>[40]</sup>以英国为典例,其《民事诉讼规则》第25章中设定了14项临时救济。美国在《联邦民事诉讼规则》第65节中也规定了与英国法中临时救济相对应的临时禁制令与初步禁令。临时禁制令和初步禁令虽然都是最终实体判决作出之前的临时救济措施,但两者在审理程序和时间效力上略有不同。<sup>[41]</sup>据此可知,在临时救济上位概念

[30] 参见许士宦:《新民事诉讼法》,北京大学出版社2013年版,第2页。

[31] See Lawrence Collins, *Provisional and Protective Measures in International Litigation*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1992.

[32] 参见周翠:《中外民事临时救济制度比较研究》,清华大学出版社2014年版,第3页。

[33] See *Bushby v. Munday*, 1821 WL 2134.

[34] 参见张文亮:《涉外临时救济的三重困境及应对分析——兼评我国现行涉外临时救济体系》,载《现代法学》2017年第6期。

[35] 参见前引[32],周翠书,第2页。

[36] 虽然德国法将假扣押与假处分置于强制执行之下的体系归类也受到学术界的质疑,但此问题并非本文之重点内容,故在此并不赘述。

[37] 参见前引[32],周翠书,第430-431页。

[38] 参见前引[32],周翠书,第174-179页。

[39] 参见前引[19],杨良宜、杨大明书,第202页。

[40] 参见前引[19],杨良宜、杨大明书,第223页。

[41] 临时禁制令无需书面或口头通知对方当事人即可做出,除非存在特别事由,原则上发布的临时禁制令效力持续不超过14天;初步禁令则需通知当事人、举行听证且时效更长。一般两者在程序上存在衔接关系,临时禁制令被认为是初步禁令的“前”阶段。

的统辖下，我国承袭大陆法系立法传统而设立的保全制度与普通法系常用的中间禁令形成体系上的对应关系。

然而禁诉令却未能获得上述制度对应关系。曾有学者称，禁诉令是中世纪英国法院造就的意外。<sup>〔42〕</sup>关于禁诉令的定性可回溯至其本源即英国法中，1996年英国《仲裁法》44节规定仲裁庭拥有签发临时禁令的权力，但如有当事人依据此条款向法院单方（ex parte）申请禁诉令时则不能得到英国法院的支持，即法官在此重申禁诉令属于最后禁令而非临时禁令，自然也无法容纳于仲裁庭所适用的中间禁令范畴之内。<sup>〔43〕</sup>因此，禁诉令与呈现中间禁令属性的行为保全至少在体系对应上就难以划等。

## （二）禁诉令与行为保全的实质差异

围绕禁诉令与行为保全之周延概念与适用术语所产生的混乱是难以否认的，以体系定位相当之分析只是初步确定禁诉令与行为保全的外在差异，但因何造成体系界分之差距的问题则需以更为微观的视角回归制度本身搜寻答案。

两大法系已对临时救济的目的达成共识，即“保全权利的可实现性”，只是禁诉令对大陆法系国家而言仍显陌生，其功能目标有待进一步的澄清。<sup>〔44〕</sup>主张以行为保全作为禁诉令法律依据的我国学者也并未忽视两者在功能上的差异，但是其选择的逻辑论证远超于行为保全建立之初所构想的内涵边界。在国内学者看来，行为保全所实现的目标确是担保民事判决的最终执行、避免债权人因债务人的不当行为而遭受难以弥补的损害，甚至在赡养费、抚养费等特殊情况下还允许法院以此为当事人提供预先的权利救济。<sup>〔45〕</sup>因而有学者认为禁诉令既然也是为减少债权人损害而设，这显然可包含于行为保全的第二大目标之中。<sup>〔46〕</sup>如此推理仍囿于行为保全制度能容纳禁诉令的预设结论而不利于法律概念的精准化：禁诉令的制度追求难道只在于为当事人减损而无其他？如有其他目的存在，那与保护一方当事人的诉讼利益相比，又是何者更为重要呢？

还原禁诉令的性质功能可知，从诞生之初衡平法院就将其作为显示衡平法优于普通法的工具，其本身为依赖法院和大法官自由裁量的一种衡平救济。<sup>〔47〕</sup>法官认为可适用禁诉令避免个案中的不公正情形，或者阻止有违公平和良知的外国诉讼程序。<sup>〔48〕</sup>衡平法救济是在普通法的令状制度逐渐僵化的背景下逐步发展的，英国王室在各地派遣大法官并给予他们以一定的司法权力来依据其“良心”办案，从而为大法官认为正义的一方当事人提供救济。<sup>〔49〕</sup>禁诉令正是衡平法院和普通法院管辖权冲突时，大法官为了确立其管辖权而创造的产物。

尽管依据1875年生效的《司法法》规定，禁诉令不再被运用于限制或禁止英国高等法院处理的国内案件，其作为衡平救济的性质却并未改变而且逐渐出现在英美法系其他国家的法律实践中。<sup>〔50〕</sup>如

〔42〕 See Thomas Raphael QC, *The Anti-Suit Injunction*, Oxford University Press, 2019, p. 55.

〔43〕 See *Welex A. G. v Rosa Maritime Ltd.* [2003] EWCA Civ 938.

〔44〕 参见前引〔32〕，周翠书，第1-2页。

〔45〕 参见冀宗儒、徐辉：《论民事诉讼保全制度功能的最大化》，载《当代法学》2013年第1期。

〔46〕 参见张卫平：《我国禁诉令的建构与实施》，载《中国法律评论》2022年第2期。

〔47〕 See *Airbus Industrie GIE v. Patel*, [1998] 1 Lloyd's Rep 631.

〔48〕 See *Carron Iron Co v. Maclaren*, 1855, 5 H. L. C. 416, 439.

〔49〕 参见敖海静：《英国衡平法上救济先于权利原则的衍生》，载《河南财经政法大学学报》2018年第3期。

〔50〕 参见前引〔5〕，Fredric William Maitland等书，第254页。

果一国法院对于禁诉令的被申请人拥有对人管辖权则有权发布裁定,最初在英国法中要件之一即司法文书被合法送达当事人。<sup>[51]</sup>通常情况下,如果能满足当事人的国籍、住所、分支机构、合同履行地等连结点,法院的对人管辖权之确立也并不会遇到阻碍。所以,英国高夫勋爵等人为禁诉令所找到的辩护理由之一即强调禁诉令只针对当事人而非外国法院。<sup>[52]</sup>这种重视管辖权基础的思路表明英国在司法过程中采取迂回的方式,法官们试图为发布禁诉令找到“看似合理”的依据,使其并不直接针对他国法院,更不否定他国法院的管辖权。

美国《对外关系法重述》第425节亦有类似内容,不仅要求法院拥有对人管辖权,也写明禁诉令是一种例外的、特别的救济,这也构成法官考虑禁诉令裁定的出发点,即由于禁诉令背后隐含的衡平权利与其特殊性,例外性质的救济只有在满足特定条件时才能适用。<sup>[53]</sup>国际民商事诉讼实践中,禁诉令是作为终局性的救济而对内国被告的合法诉权进行限制,当然无法避免间接妨碍外国法院行使管辖权。如此看来英国司法实践中对于禁诉令的解释多半带有些掩耳盗铃的意味,所以也有学者称这种做法为“英国人的诡计”。<sup>[54]</sup>

立足于受诉法院视角,基于对人管辖权而发布禁诉令以对内国被告在外国诉讼的合法诉权施加限制,显然可保护内国原告正当权利从而保护内国诉讼状态。故首先应当承认,其与行为保全所体现的临时权利救济功能存在相似之处。然而禁诉令的制度价值不止于此,除了对当事人合法诉权造成强制性约束之外,当前国际司法实践重视禁诉令的原因更在于其调解国际平行诉讼的功能。如前所述,禁诉令的产生与民商事管辖权冲突、国际平行诉讼等关键词密不可分。随着跨境经济活动的相互依赖性增强,内国法规范不可避免地会与他国法律规定相冲突,从而引发法律政策背后的利益冲突,对于多个国家都可以行使管辖权的对象,尤其是经济主体而言,其赖以行动的法律之间冲突的可能性大大提升。<sup>[55]</sup>各国在国际民商事领域的管辖权体系冲突或者说国际法的复杂性也就随之展现。而基于各国不同的管辖权规则,当事人对于诉诸哪个国家的法院来进行争议解决有许多选择。<sup>[56]</sup>

在两大法系的管辖权体系呈现出不同范式的背景下,各国管辖权行使难免产生更为深层的摩擦:英美法系尤以美国为代表,采取的是一种垂直化、单边化、国内法化和政治化的思维,重视受诉法院与被告的关系,因而强调以灵活化的方式追求个案公正;欧陆国家采取的则是一种水平化、多边化、国际化和去政治化的管辖权思维,突出法院与案件本身的联系,进而关注管辖权规

[51] 参见前引[4], Dicey、Morris、Collins书,第585页。

[52] See *Societe Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, 1987, AC 871.

[53] 《美国对外关系法重述》第425节规定:“禁诉令是一种特殊的补救措施,只有在外国程序威胁到法院的管辖权,有违法院地重要公共政策,烦扰、不公平,或将导致裁判延误、诉讼不便、费用高昂、判决不一致或竞赛时才适用。”原文见 *Restatement (Fourth) of Foreign Relations law* (2018) § 425: “An antisuit injunction is an exceptional remedy and is appropriate only if the foreign proceeding threatens the court’s jurisdiction, frustrates an important public policy of the forum, is vexatious or inequitable or would result in delay, inconvenience, expense, inconsistency, or a race to judgment.”

[54] See Clare Ambrose, *Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?*, 52 *The International and Comparative Law Quarterly* 401, 403 (2003).

[55] See K. Mac Bracewell Jr., *International Law-Goss International Corp. v. Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd.: Determining What Factors a Court Must Consider before Issuing an Antisuit Injunction*, 30 *American Journal of Trial Advocacy* 465 (2006).

[56] See Louise Ellen Teitz, *Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation*, 10 *Roger Williams University Law Review* 1, 2-9 (2004).

则的确定性与可预见性。<sup>〔57〕</sup> 由于各国司法管辖权的规定不同且都有扩张之势，此时国际平行诉讼，即相同当事人以相同诉因分别在两个不同法域的法院提起的诉讼，其发生是能够被容许的也是可以预料到的。<sup>〔58〕</sup> 而此时当事人为争取诉讼优势而挑选法院（forum shopping）的现象层出不穷，为维护己方利益，选择可能获得最有利判决结果的法院无可厚非。<sup>〔59〕</sup>

不过，诉讼负担、判决竞赛等不利后果都促使各国正视并着力处理国际平行诉讼。在国际平行诉讼语境中，禁诉令与非方便法院原则应运而生，共同成为两大支柱性调节制度，可以直言，禁诉令在国际民事诉讼中的存在价值至此才焕然一新。回看行为保全的功能价值，虽然我国对于“什么是难以弥补的损害”的认定还较为模糊，但我国现行法中行为保全的条文已强调其是为避免判决难以执行或者造成权利人的其他难以弥补损害，即为预防可能对案件结果造成不必要风险的行为。<sup>〔60〕</sup> 相较之下，禁诉令除保护原告在本国的诉讼权利之外，其更为宏大的制度功能在于国际平行诉讼的协调，这是行为保全这一关注于诉讼当事人临时权利保护的制度所难以承载的价值追求。当行为保全的功能价值仍停留在个案中保护当事人私权时，禁诉令已跳脱于此，进入更为广阔的平行诉讼视野，以限制一方当事人的合法诉权的方式，最终试图解决的是两国法院的管辖权冲突。

因此，进入行为保全与禁诉令制度内部比较可发现，依循罗马法传统的行为保全和因袭英国普通法实践的禁诉令所强调的目标不一：前者仍立足于个案，暂时限制被申请人侵害诉讼标的的非法行为，保护诉讼状态以保障判决顺利执行；后者则更为广阔地着眼于管辖权冲突解决，以调节国际平行诉讼。这也是为何美国对待禁诉令的态度转而如此积极，在学者看来美国法院不仅已经准备好并且愿意在国际案件中发布更具进攻性的禁诉令来将案件握在自己手中。<sup>〔61〕</sup> 通过功能特性的深层挖掘，越发可知两大制度间的实质目标差异难以逾越，这也再次回应了文章第二部分所提出的行为保全因何未能实现禁诉令全部功能的疑问。

#### 四、禁诉令的成文立法体系安排

前文剖析了行为保全与禁诉令无法兼容的根本原因，尤其是两者在价值目标方面的本质不同导致以行为保全实现禁诉令制度功能的结论难以成立。直接将行为保全考量因素类推或扩大适用于禁诉令裁定之举则掩盖了禁诉令自身的衡平价值，过度强调定义相似性而忽视了其深层差异的存在。立法者在建构民事诉讼法的行为保全之时也从未思虑到，其还能作为禁诉令裁定的法律依据。综上可知，现有研究对禁诉令的立法证成尚不充分，其置于国内法中的体系地位仍有待更为深入的探究。

〔57〕 See Ralf Michaels, *Two paradigms of jurisdiction*, 27 Michigan Journal of International Law 1003, 1027 - 1043 (2006).

〔58〕 参见杜涛：《先受理法院规则与国际平行诉讼问题的解决》，载《武大国际法评论》2015年第2期。

〔59〕 参见李晶：《国际民事诉讼中的挑选法院》，北京大学出版社2008年版，第10页。

〔60〕 参见张卫平、李浩：《新民事诉讼法原理与适用》，北京人民法院出版社2012年版，第207页。

〔61〕 See S. I. Strong, *Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States*, 66 The American Journal of Comparative Law 153 (2018).

### （一）禁诉令的独立体系定位

众所周知，在成文法国家引入一项崭新制度，除规范自身的完善以外势必依赖体系的合理安排。如前所述，制度的实质性分歧的确存在，当立法者面对如何引进禁诉令的挑战时，首当其冲的困惑无疑是如何确定禁诉令的立法模式，首先即应厘清成文法国家的立法者面临哪些选项，这并不难罗列，本文将其概括为独立模式、附属模式和中间模式。独立模式是将禁诉令以单独条文安排于《民事诉讼法》之中，并不与其他制度相关联。附属模式是将禁诉令容纳于现有法律制度之中，又可称完全附属。而中间状态的模式借用现有立法中的概念，因制度属性之不同为其补充设定其他具体规范，在禁诉令的立法设想中即部分借用行为保全的相关规定，再辅之以禁诉令的特殊适用规则，亦可以立法部分附属、局部借鉴的概念理解该模式。

自“华为诉康文森公司案”起，法官即有意支持完全附属的立法模式。但分析已知，简单重复两种制度的表面相似性并不足以回答禁诉令的独特问题，从裁定时效的长短、自由裁量原则的运用到法律效果的实现，行为保全都未能达到禁诉令所追求的理想效果。更为关键的是禁诉令与行为保全的本质分歧否定了立法兼容的可能性，完全附属模式已无法成立。因而可能的选择无非是中间状态的局部附属模式和完全独立模式，究竟是考虑在现行立法中增设“补丁”来容纳禁诉令制度，又或是应当另起炉灶，如非方便法院的引入一样，对禁诉令制度予以单独处理？〔62〕

局部借用模式仍然延续行为保全与禁诉令共有的“禁止”意味，以民诉法为背景，禁诉令会紧随行为保全规则，处于第九章诉讼强制措施之中，为尽量保留禁诉令的衡平特色则可附加具体适用规则。但此种模式仅以行为保全与禁诉令的定义相似性为据，不免令人担忧：上文已进入制度内部进行比较，从中发现两者关系为处于不同区域的两个圆圈碰巧存在部分重合的阴影，如果强行将其前后排列，最终呈现的法条内容依然是人为模糊处理两者不可消弭的根本差异。在局部借用的指导下，更难确保的是两种制度的结合运行能够实际啮合，虽然中间状态的立法方案看似减轻立法者的负担，但其一方面不能正面回应制度差异背后的深层原因从而有利于法律体系的澄清与辨析，另一方面更令人遗憾的是，受制于行为保全的价值追求而无法真正实现禁诉令协调国际平行诉讼的制度功能。

如前所述，随着禁诉令不再被拘泥于普通法系国家的衡平救济这一概念，它逐渐成为国际民商事平行诉讼中常见且管用的方法之一。从国际和国内两个视角展开，其一方面与非方便法院相对照，共同构成处理国际平行诉讼的两大支柱性法律工具，两者像是磁铁之两极，一端是自带防御性质的非方便法院原则，另一端则是具攻击性质的禁诉令制度，前者是法院自限、对受诉案件拒绝管辖，后者是法院限他、对受诉案件争取管辖。另一方面，在知识产权竞争的国际司法环境中，禁诉令也可成为对抗外国知识产权垄断的有利策略，合理地运用禁诉令制度能为我国企业包括向中国法院寻求救济的外国申请人提供更加高效和可预测的保护。〔63〕

就政策考量而言，从立法、司法上对外国专利所有权人的权利滥用行为进行法律层面的反制，也可更高效地为我国诸多企业的发展保驾护航，而禁诉令正是能发挥反制效果的这把“利

〔62〕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第530条中列出了适用非方便法院原则的六种情形。

〔63〕参见李双元、谢石松：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社1990年版，第194-230页。

刃”。处理国际平行诉讼的需求在早期并未成为我国国内立法的重要关注焦点，如非方便法院制度，其依然是在英美国家更受器重，因普通法系过于宽泛的管辖权规则导致法院诉累等问题，利用非方便法院原则即可形成个案调节机制，将与法院地国联系过于微弱的部分案件拒之门外。以美国为例，其宽泛的管辖权规定使得很多当事人都可以利用美国的诉讼和仲裁机制而获得美国法下高昂的收益，为了避免美国在众多国际民商事案件中都超负荷地承担争议解决的任务，其法院主动运用非方便法院原则来摆脱某些实质上与其并无联系的案件。<sup>〔64〕</sup> 反观国内，随着中国法院与中国当事人愈发多元地参与到国际司法竞争中，2015年的《民事诉讼法解释》将非方便法院制度成文化，此举表明我国作为承袭大陆法系传统的国家，在司法与立法时对衡平救济措施保持着开放心态。我国顺应国际法律发展，不再过度拘泥于禁诉令的衡平法出身，而是强调其对于我国司法环境的实用价值，因此立法中独立引入禁诉令已经水到渠成。<sup>〔65〕</sup>

不过，独立立法的模式只是创设禁诉令制度的初步结论，在此基础上需加以解决的是，立足于宏观的民事诉讼法体系视角，禁诉令应置于何处。是仍仿照行为保全成为独立的强制措施之一，还是另有他解？现行《民事诉讼法》依然贯彻四编制体例，涉外民事诉讼程序的特别规定主要包括涉外民商事案件如何处理的一般原则、管辖权规则等。反思中国法院处理的禁诉令裁定案件，总体集中在涉外知识产权领域，尤其是通信企业就标准必要专利产生纠纷事关国家战略利益，国际禁诉令的发布热潮成为目前涉外民商事诉讼的独特现象。<sup>〔66〕</sup> 而禁诉令却并不局限于知识产权的国际保护领域，从更为普遍的层面而言禁诉令与管辖权问题密不可分，国内法院的管辖权冲突可依先受诉法院原则等途径解决，而禁诉令是在涉外案件中作为平行诉讼的调节机制出现，其致力于以主动态势把握案件管辖权。按照禁诉令的众多判例法实践，只有当内国法院对禁诉令被申请人拥有对人管辖权时才可发布禁诉令，但就其功效而言，禁诉令在更为广阔的国际管辖权冲突背景中才愈发体现出其本质价值。因此，面对如何完善《民事诉讼法》涉外编的重要课题，为保障法律的高度体系化以及禁诉令独特目标的实现，更优路径是，独立创制禁诉令并将其安排于涉外管辖问题的特别规定中。如此更为一般性的规定可使法院不再拘泥于行为保全而预先设定禁诉令在涉外司法中的可获得性，亦可不受限于强制措施的既有规定而突出其国际管辖权冲突解决的本质属性，以便之后在立法与司法解释中就其适用的具体规则予以特殊说明。

## （二）禁诉令的成文规则内容

探究禁诉令的成文立法模式除法律体系的定位安排以外，仍需思考其条文如何具体展开。如已提及的非方便法院规则，其成文化导致个案中法官们对适用非方便法院的论述大多受限而僵化，最终中国法院实难真正适用该原则，而提出非方便法院抗辩的当事人也难以得偿所愿。既有前车之鉴，禁诉令实际上也面临这一难题，即如何指引法官裁定禁诉令才可充分展现其作用与价值。

如前所述，国际层面并无统一的管辖权规则，因而平行诉讼的出现是无法根本消除的，但为

〔64〕 See Robert Force, *The Position in the United States on Foreign Forum Selection and Arbitration Clauses*, *Forum Non Conveniens*, and *Antisuit Injunctions*, 35 *Tulane Maritime Law Journal* 401 (2011).

〔65〕 参见王娟：《关于我国引入禁诉令制度的思考》，载《法学评论》2009年第6期。

〔66〕 参见前引〔9〕，宋晓文。

提高司法效率、维护判决一致性，各国都积极探寻平行诉讼的处理方法。<sup>〔67〕</sup>从当事人的角度来看，为了应对另一方当事人已经或者即将在外国法院发起的诉讼，他们越来越多地寻求一种“先发制人”的救济方法，即求助于内国法院发布禁诉令从而限制对手无所顾忌地择地行诉。<sup>〔68〕</sup>在我国确立禁诉令制度，不得不思考的是如何在受大陆法系传统影响下崇尚规则化的中国法体系中发挥法官的自由裁量权，从而保留禁诉令的衡平特色，换言之，在成文规则中应当为禁诉令这类衡平救济留有多大空间的自由裁量权，即个案中法官可以考虑哪些法定情形，又有哪些情况可以自由裁量。

上述问题的繁杂程度使其回答也难于一言以蔽之，但总体上对禁诉令适用标准的研究可从两大角度切入：一是中国禁诉令制度的类型化分析；二是个案中禁诉令适用的自由裁量空间保留。正因为禁诉令来源于衡平救济，法官在考虑禁诉令时应更关注案件本身的性质而不是僵硬的条文规定。<sup>〔69〕</sup>划分禁诉令的适用范围有益于为法官办案提供更为明确和具象化的指导方针，不致引发该制度的滥用，同时从申请人的立场来看，将案件类型化也更能增加申请禁诉令的可预测性。如果事先就能考虑到不同的政策影响因素而给纷杂的案件作出分类，这显然比单纯强调禁诉令背后的国际礼让因素更有价值和实践意义。<sup>〔70〕</sup>另一方面，禁诉令本身就蕴含着不同的分类，不同类型的禁诉令所适用的案件情形、衡量因素皆有差异，自然不能对于所有民商事案件都一概而论。

源自普通法系的禁诉令在英美等国的适用全然交由法官自由裁量，但受制于遵循先例原则，尽管没有成文的法律，禁诉令的适用已经具备一定共识。<sup>〔71〕</sup>大致上可将禁诉令的追求目标总结为：避免相当不便利和烦扰的外国诉讼；维护独立的不起诉义务以及保护本国法院的管辖权和当地的公共政策。因此，禁诉令又可以分为三类：基于便利（convenience-based）、基于义务（obligation-based）和基于政策（policy-based）的禁诉令。<sup>〔72〕</sup>这三类禁诉令背后折射的立法政策考量也影响不同案件领域禁诉令的发布条件。而在当前国际民商事实践中不难推知，中国法院可考虑适用禁诉令的仍然是涉外因素交织繁复的传统常见领域，比如海商海事、国际保险、跨境破产案件，以及新近热点即知识产权领域尤其是标准必要专利的相关纠纷。

进入某一特定领域，法官们面临的挑战在于如何在规则化的中国立法环境中展现其自由裁量之能力。虽然禁诉令裁定需要结合具体案情来判断，但是总体上可以分为两个阶段进行：首先考

〔67〕 美国学者认为未决诉讼原则（lis alibi pendens）和禁诉令构成处理平行诉讼的武器，它们与非方便法院原则共同发挥了重要的作用；欧盟在《布鲁塞尔条例 I（重订）》中则仍然坚持“先受诉法院原则”（first-seized court）。参见前引〔25〕，Gary B. Born、Peter B. Rutledge 书，第 532 页；Article 29, Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 20 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast). (Brussels I Recast)

〔68〕 See Daniel Tan, *Anti-Suit Injunctions and the Vexing Problem of Comity*, 45 Virginia Journal of International Law 283 (2005).

〔69〕 See Walter W. Heiser, *Using Anti-Suit Injunctions to Prevent Interdictory Actions and to Enforce Choice of Court Agreements*, 2011 Utah Law Review 855 (2011).

〔70〕 参见前引〔68〕，Daniel Tan 文。

〔71〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第 492 页。

〔72〕 See George A. Bermann, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, 28 Columbia Journal of Transnational Law 589 (1990).

考虑案件情形是否构成国际平行诉讼，这不仅是从当事人身份出发，还需要结合案件诉讼请求来判断，此为第一阶段中禁诉令的规则化建构与自由裁量保留。<sup>〔73〕</sup>在确认案件构成国际平行诉讼的前提下，法院才能进一步考虑外国诉讼是否应当被禁止的问题，此时法院适用的禁诉令衡量标准亦需要规则化与衡平性质之并存。其中可规则化的情形主要是涉及不起诉义务，即存在法院选择协议或者仲裁协议，此时可基于当事人意思自治的法定权利、保护仲裁的政策导向而证成禁诉令的申请。除此之外，立法保留裁量空间是指赋予法官一定的裁量自由，比如可以自行衡量双方当事人的利益损失，还包括外国法院诉讼程序造成的可能后果对内国诉讼而言是否令人不快、烦扰，对国内原告而言是否具有压迫性。一方当事人选择外国法院起诉或许是出于诉讼策略考虑，或许是为了获取他国法律上可以提供的便利与好处，立足于尊重诉讼权利的角度这都无可厚非。但当事人依此获取的好处是否合法，或者说是否可以得到内国法院的认可，则全以内国法院的看法为准。<sup>〔74〕</sup>此时法院的工作重心在于回答：为了保护当事人的权利，存在哪些因素可使法院违反国际礼让原则而发布禁诉令。换言之，除已规则化的要件以外，法院基于国际礼让而面临反对禁诉令适用的推定，法官们必须自由裁量具体案情是否足以推翻前述推定。

本文之建议虽仍停留在禁诉令立法构建的初步设想上，但已足见其对法官自由裁量能力之严格要求。在成文法体系中引入禁诉令，其规则化与自由裁量之间并没有无法逾越的鸿沟，或者说两种方式并不是泾渭分明的对立状态。围绕禁诉令的详细条文内容，其需涵盖的四大要素如下：禁诉令的适用案件领域、自由裁量的判断要件、禁诉令的保障措施和救济途径。其中所谓自由裁量的判断要件只需注明“存在选择中华人民共和国法院的有效仲裁协议或法院选择协议，以及其他支持禁诉令的合理情形”，法官自可在此基础上充分发挥裁量权，例如可就保护受诉法院管辖权、内国公共政策、外国法内容的冲突、将来可能的金钱赔偿、判决承认与执行的难易程度等多项因素进行权衡，从而在适用禁诉令的案件中真正实现规则化与自由裁量的结合。

## 五、结 语

现今国内对禁诉令的热切关注都展现出我国在国际民商事司法中从谦抑自制转向主动参与的态度，禁诉令作为应对国际管辖权争夺战的工具，其制度价值不言而喻。然而禁诉令的衡平属性使其在我国的成文化问题不可一笔带过，在概括总结禁诉令的判例法适用规则前，其立法模式的检讨无疑构成至关重要的基础性课题。立法模式的选择包括完全独立、完全附属和中间状态的局部附属模式。从涉外标准必要专利的案例可知，我国司法大有将禁诉令完全置于行为保全框架之下的发展趋势，但正如本文所述，禁诉令归属于最后禁令，对当事人的诉权产生终局性的影响，其无法与行为保全产生体系上的对应关系，将行为保全作为禁诉令上位概念的认知仍停留在表面之“同”而未能关注适用行为保全法条难以解决的制度差异。保留行为保全定义并辅以太特别规定的局部附属模式体现出措施强制性，却忽视了禁诉令与国际民商事诉讼管辖权的深层联系，尤其

〔73〕 参见前引〔9〕，宋晓文。

〔74〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第623页。

是当行为保全停留于维护个案公正、暂时维护诉讼状态的预防性权利保护之时，禁诉令却已经在此基础之上投身于国际平行诉讼的调节之中。因此禁诉令独立置于《民事诉讼法》涉外编的管辖章节之中应是立法者考虑的首选方案，进而才能围绕禁诉令的规则化与自由裁量加以研究。

当然，中国法院从无到有适用一项崭新的普通法制度，过程中无疑会产生诸多挑战。禁诉令立法证成的难题也并不止步于此，比如：禁诉令的周延性该如何解决；是否还存在其他补救性质的措施可以补充或者加强禁诉令的效果；我国语境中将禁诉令纳入管辖权范畴，那对此措施的救济是否相应地采取上诉方式实现。这些问题都值得进一步探究。当前正值中国政府重视涉外法治工作、运用法律武器保护中国海外利益的重要时机，有必要再次强调建立与发展禁诉令中国范式的必要性，禁诉令的独立立法创制模式仅是为立法者提供初步设想。随着国际司法实践的深入，禁诉令之判断因素又会出现何种变化，仍需持续保持关注。

---

**Abstract:** The interactive entanglement of anti-suit injunction and behavior preservation has aroused the concern of scholars from private international law and civil litigation law. Although the two systems have the connotation of “prohibition of certain acts”, it cannot prove the simple conclusion that behavior preservation accommodates anti-suit injunction. It is not desirable for the domestic judiciary to classify the anti-suit injunction system entirely into the practice of behavior preservation. In China, critically facing the introduction and construction of anti-suit injunction, its codified legislative model should be fully studied, especially the system’s position in the existing civil procedure law. The conclusion that behavior preservation counts as judicial basis for the anti-suit injunction actually ignores the deep differences between them. From the functional characteristics, the behavior preservation in our country is modelled on German law, and it is a procedural measure concerned with the preventive protection of rights to maintain the state of litigation. Anti-suit injunction was born from the judicial practice of British courts, and naturally presented the equitable characteristics of the common law system. In addition to restricting case parties to protect domestic litigation, it has become a recognized pillar tool for regulating international parallel litigation, and its pursuit can be further evidence of the necessity and feasibility of independent creation of legislation.

**Key Words:** international civil litigation, anti-suit injunction, behavior preservation, protection of rights, parallel litigation

---

## 小额诉讼四重独立性的理论建构

唐玉富\*

**内容提要：**我国现行小额诉讼存在着严重的理念、程序、制度与主体的非独立性问题。小额诉讼四重独立性模型承续既有的小额诉讼程序独立性理论，增添法理独立性、制度独立性与主体独立性，从理念、程序、制度与主体四重维度建构全新的小额诉讼理论框架。小额诉讼四重独立性模型在阶梯式结构的接续展开过程中培育小额诉讼共同体，为小额诉讼的未来发展提供方向性指引。普惠性司法与程序相称性两种理论共同构成小额诉讼四重独立性模型的正当基础。全面构筑小额诉讼的独立性体系，可以从制度利用者的立场系统性重塑小额诉讼的指导理念，在简易程序之后设立专章规范小额诉讼程序，形成供给充足、品格独立的小额诉讼制度集群，建立专业化的小额诉讼审判组织。

**关键词：**小额诉讼 四重独立性模型 简易程序 普惠性司法 程序相称性

小额诉讼以保障国民对小额金钱债权的诉权为目标，并因其司法平民化、程序简易化和费用低廉化等内在性优势而为现代国家普遍接受和广泛利用。2012年修改后的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）在简易程序中增设单独条款，正式将小额诉讼变为制度实在。最高人民法院本来对小额诉讼抱有很高的功能期待，<sup>〔1〕</sup>作为制度运营者的基层法院和作为制度利用者的当事人却在很大程度上不愿意真正利用小额诉讼，甚至选择性规避该制度的现实利用，致使小额诉讼在司法实践中遭受冷遇。这种相当数量的不满和反对现象昭示着小额诉讼的非常态运转。<sup>〔2〕</sup>无论是因简易程序框架所预设的标准造成的小额诉讼程序高门槛准入现象和同质化的指导理念，还

\* 唐玉富，浙江工商大学法学院副教授。

本文为最高人民法院2022—2023年度司法案例研究课题“公正高效保障案外人民事权益案例研究”、国家社科基金项目“在线矛盾纠纷诉源治理理论构建研究”（23BFX168）的阶段性成果。

〔1〕 最高人民法院原副部级专委杜万华在宁夏法院调研时指出：“全国法院小额诉讼案件将占到全部民事案件的30%左右，总数将超过120万件，对人民法院的民事审判工作格局将产生重大影响。”谢勇：《要认真做好小额诉讼实施准备工作》，载《人民法院报》2012年10月9日，第1版。

〔2〕 参见〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第370页。

是其运作进程中制度供给和人员配置的缺乏,所指向的均是小额诉讼欠缺独立性的核心症结。为此,认真审视小额诉讼的独立性问题,采取合理措施推进小额诉讼的独立性建构,成为民事诉讼制度现代化过程中的前沿课题。

## 一、小额诉讼中理念、程序、制度与主体的非独立性

小额诉讼在实践运行中遭遇的最大困境是适用率很低,<sup>〔3〕</sup>适用不均衡、<sup>〔4〕</sup>程序优势不足<sup>〔5〕</sup>以及被物业公司、银行等大型公司和企业滥用为追债工具而缺乏程序规制措施等多重问题又在很大程度上弱化对小额诉讼的认同度和接受度。这些问题一方面归因于严控审级制度造成的当事人与法官的担忧和抵触的行为,另一方面与小额诉讼适用简易程序未能形成独立的程序框架密不可分。任何法律程序的有效实施,不仅有赖于制度设计者秉承理性务实的态度构筑逻辑自洽的程序,而且需要设定精致严密的制度集合并安排合适主体不折不扣地实际推进,小额诉讼亦不例外。认真解析小额诉讼的实践困境及其制度框架,就会发现其中存在着严重的理念、程序、制度与主体的非独立性问题。

### (一) 出现独立程序地位与独特程序法理的双重缺位

我国在2012年修改《民事诉讼法》过程中采纳解决严重诉讼拥堵问题的法院本位主义路径,<sup>〔6〕</sup>合理移植并适度改造了两大法系普遍采行的小额诉讼,将小额诉讼正式镶嵌于民事诉讼程序之中进而使其成为一种制度实在。然而,我国借鉴某些大陆法系国家实行的在普通程序延长线连续性构造的制度设计体例,<sup>〔7〕</sup>未能一步到位建立完整独立的小额诉讼程序。究其根源在于独立的小额诉讼条款过于单薄,未能形成具有可辨识度和区分度的子程序,不足以支撑起功能自洽的精细化小额诉讼程序体系。能够体现程序独立性的程序特征只有一审终审制,其他均与简易程序呈现出高度的同构性。正是如此,充其量只能将我国的小额诉讼称为“小额案件的一审终审”或者小额诉讼制度,不能将其抬升到与普通程序和简易程序平行的独立程序高度。

小额诉讼的条款内容与制度安排反映出制度设计者未就小额诉讼形成与之匹配的独特程序法理。在这种层层相扣的程序设计中,小额诉讼自然而然地适用简易程序的法理基础与制度安排。最为典型的是小额案件在满足争议的诉讼标的额标准的同时,须对标简易程序一体性适用案情状况标准。这种二元标准要求对于小额案件的审理必须采用双轨制,<sup>〔8〕</sup>大幅限定了小额诉讼的适用范围。依照简易程序法理衍生而成的小额诉讼天然地贴上“有限性”的标签,却又因案情状况标准包含可裁量的因素而呈现弹性化和扩张性的姿态。简易程序基本与普通程序依循共同的程序

• 839 •

〔3〕 据最高人民法院统计,在2020年之前小额诉讼的适用率为5.7%,在繁简分流改革试点过程中提升至19.3%。参见周强:《最高人民法院关于民事诉讼程序繁简分流改革试点情况的中期报告》,载《人民法院报》2021年3月1日,第1版。

〔4〕 参见陆俊芳、牛佳雯、熊要先:《我国小额诉讼制度运行的困境与出路——以北京市基层法院的审判实践为蓝本》,载《法律适用》2016年第3期。

〔5〕 参见王亚明、周琴琴:《繁简分流改革下的小额诉讼程序:适用困境与完善进路》,载《贵州省党校学报》2021年第4期。

〔6〕 参见肖建华、唐玉富:《小额诉讼制度建构的理性思考》,载《河北法学》2012年第8期。

〔7〕 参见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》(第2版),清华大学出版社2010年版,第299页。

〔8〕 参见蔡彦敏:《以小见大:我国小额诉讼立法之透析》,载《法律科学》2013年第3期。

法理，只是在迅速性与妥当性之间有所游移。基于此，小额案件的审理要遵循以辩论主义和处分权主义为基础的诉讼两造平等对抗的程序法理。现代国家广泛适用小额诉讼，看重的是“不需法律技巧的简易和效率”〔9〕的简速优势。倘若采用缜密而精细设计的对抗性程序法理来审理小额案件，势必无法达致简速审理的法律效果。

我国现行小额诉讼制度安排存在着独特程序法理和独立程序地位双重缺位的结构性缺陷。这种结构性缺陷造成小额诉讼在实践运行中难以充分发挥期待的制度功效，在相当程度上束缚了小额诉讼的现实利用。在民事诉讼程序繁简分流改革中，体系化构筑小额诉讼程序是重中之重。2021年12月24日修改后的《民事诉讼法》在既有小额诉讼条款基础上提高诉讼标的额，增设四个法条明确规定当事人约定适用小额诉讼、审理方式、审理期限和程序转换等多项内容。小额诉讼在实现程序精致化的过程中，逐渐孕育而成契合自身的特色程序。推进小额诉讼的程序独立性已经成为加快小额诉讼制度变革的核心脉络。在这种理念指引下，小额诉讼表现出愈发强烈的挣脱简易程序束缚的态势，并以其多重简化的优势展现出程序外溢样态。尽管如此，这并未从根本上动摇小额诉讼镶嵌于简易程序之中以同质化与非独立性形态存续的程序本质。《民事诉讼法》第165条所规定的“适用小额诉讼的程序审理，实行一审终审”仍然预设了小额案件的双轨制审理。其中，“的”字作为点睛之笔指明小额诉讼并非一种与简易程序并行而立的独立诉讼程序，实际上表明小额诉讼须受简易程序的统辖，在此基础上才能体现一审终审制的设计亮点。

## （二）未能建构自成体系的小额诉讼制度集群

最高人民法院敏锐地意识到小额诉讼的程序非独立性与供给不足的设计缺陷，不断寻找能够弥补这种内生性缺陷的微观制度。采取的主要措施是透过司法解释或者规范性文件对作为模板的简易程序予以更加简化的规定，有限度地扩张解释民事诉讼法中的小额诉讼条款内容。2015年2月4日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第271条至第283条试图建立小额诉讼制度体系，明确缩减举证期限为七日、禁止就管辖权异议裁定或者驳回起诉裁定提起上诉、确立当事人的异议权、简化裁判文书、告知与阐明小额诉讼等多项内容。2022年4月10日新施行的《民诉法解释》修改两条、废除两条，仍然保留了前述的主体内容。上海、浙江、河南等多地的小额诉讼实施细则创造性地准许诉讼两造约定适用小额诉讼程序、确定小额诉讼的程序异议权等全新的制度安排，被《民事诉讼法》所吸收成为正式制度。这些微观制度依照不规则的方式组合而成小额诉讼制度集群，为小额诉讼程序合理运转提供能量元素，大有脱离简易程序创设独立的小额诉讼程序〔10〕之势。

这些小额诉讼制度集群大体上是沿着简易程序再度简化的既定思路而营建起来的，没有多少真正体现小额诉讼程序特色的新型制度，也就无法形成程序供给充足、实践运转正常和制度特色鲜明的系统集成。倘若说《民事诉讼法》第165条准予当事人合意约定小额诉讼、第169条赋予当事人程序适用异议权尚属某种程度的制度创新，那么第167条鼓励一次开庭审结和当庭宣判、

〔9〕〔美〕杰弗里·C·哈泽德、迈克尔·塔鲁伊：《美国民事诉讼法导论》，张茂译，中国政法大学出版社1998年版，第173页。

〔10〕参见李峰：《小额诉讼制度完善的进路分析——对民事诉讼法第162条的解读》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期。

第168条缩短审限为两个月等多项措施则只是对简易程序的简化适用。这些文本意义上的制度优势只有能够长期经受司法实践的多重检验,才能变为实实在在的制度创新。实践证明,小额诉讼未能实质性简化简易程序,反因多出事先告知、程序转换或者判后答疑等额外工作事实上增加了法官的工作量。<sup>[11]</sup>这说明现行制度安排对民事简易程序的简化已经接近极致,真正留给对民事简易程序再度简化的空间不大。<sup>[12]</sup>依靠简易程序再度简化来建构小额诉讼制度集群的现行路径难以为继,亦不可行。

已经形成的小额诉讼制度集群存在着制度供给不足与制度非均衡性<sup>[13]</sup>的双重难题。一方面,制度设计者在禁止当事人上诉的同时没有事先给予程序选择权,一并拆除了小额诉讼的事先程序保障与事后程序保障。小额诉讼如同一艘失去风帆的航船,任由法官自由驰骋。现行规范更缺少对证据调查的简化程序。灵活规定小额诉讼的证据调查程序并明确法官权力应是主要的变革措施。另一方面,我国缺乏一套充溢着人文关怀精神的针对小额裁判的执行制度。在现有小额诉讼规范体系中不存在韩国的建议履行、<sup>[14]</sup>日本的分期支付<sup>[15]</sup>或者我国台湾地区的被告自动清偿免责<sup>[16]</sup>等别具一格制度的踪影。

### (三) 尚未打造专精高效的小额诉讼法庭

小额诉讼包含于简易程序之中,当然要承续简易程序的审判组织规定,由基层法院及其派出法庭承担小额诉讼的审理职责。现行法律和司法解释未对其具体审判组织加以明确规定,造成司法实践中小额诉讼的审理混乱。大多数基层法院依循简易程序的操作流程,在立案庭予以统一立案后,区分案由分配到民事审判庭或者人民法庭,再由实际承办法官决定是否适用小额诉讼程序来审理。有些法院在立案后将案件分配到为实现民事案件快速审理而设置的小额速裁庭等专门机构。有的法院组建专门的小额诉讼审判团队,对符合条件的案件由立案庭直接标记为小额诉讼程序,将其分配到具体的小额诉讼审判团队实行全流程全要素审理。<sup>[17]</sup>

采用小额速裁庭或者小额诉讼审判团队等方式确实有助于提升小额诉讼的审理专业化水平,但是大多数小额诉讼案件仍然采用与简易程序混同的审判组织。法官既要承担小额诉讼的审判任务,也要承接简易程序和普通程序的相关案件,需要不停地不同案件之间来回切换,他/她们实际上共享着相同法律思维。小额诉讼被融入所审理的众多民事案件之中,未能表现出多少特别之处。小额诉讼高度强调程序弹性与诉讼简便,对法官的综合判断能力提出相当高的要求。<sup>[18]</sup>若是由尚未从普通程序或者简易程序的思维惯性中转换过来的法官负责审理小额案件,那么将无

• 841 •

[11] 参见李后龙、潘军锋:《小额诉讼中存在的问题及对策研究——基于江苏法院小额诉讼工作的实践分析》,载《民事程序法研究》第16辑,厦门大学出版社2016年版,第203-204页。

[12] 参见左卫民、靳栋:《民事简易程序改革实证研究》,载《中国法律评论》2022年第2期。

[13] “制度非均衡,就是人们对现存制度的一种不满意或不满足,欲意改变而又尚未改变的状态。”盛洪主编:《现代制度经济学》(第2版下卷),中国发展出版社2009年版,第259页。

[14] 参见〔韩〕孙汉琦:《韩国民事诉讼法导论》,陈刚审译,中国法制出版社2010年版,第531-532页。

[15] 参见〔日〕新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第689页。

[16] 参见吴明轩:《民事调解、简易及小额诉讼程序》,五南图书出版有限公司2004年版,第174-178页。

[17] 参见《重庆市江津区人民法院:打造全流程全要素审理模式 推动小额诉讼案件高效规范办理》,载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1745503382544210579&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2023年9月1日。

[18] 参见许政贤:《专家层级结构或权威决断体系——小额诉讼制度的反思》,载《军法专刊》2015年第1期。

法实现小额诉讼的专业化审理，更不能全面体现小额诉讼的程序特色。我国推行严格的一审终审、禁止上诉，这更需要熟谙小额诉讼运作机理和小额诉讼思维的高水平法官。

## 二、小额诉讼四重独立性模型的体系性框架

小额诉讼的低频适用与程序缺陷反映出制度设计者出现理念错位、制度安排欠缺科学性。缺乏独特新颖的小额诉讼理念、完整独立的小额诉讼程序、供给充足的小额诉讼制度集群与专精高效的小额诉讼法庭等多种现象，共同指向小额诉讼独立性这个核心命题。小额诉讼独立性并非全新的学术命题。然而，既有研究将小额诉讼的独立性用以指称普通程序、简易程序与小额诉讼的体例安排与关系结构，没有将小额诉讼制度集群与小额诉讼组织的独立性问题涵摄其中，更缺少对小额诉讼独特程序法理的概括。笔者在小额诉讼独立性学术命题的基础上，整合小额诉讼的程序法理、程序框架、制度集群与审判组织，提炼出小额诉讼四重独立性模型。

### （一）小额诉讼四重独立性模型的核心框架

小额诉讼四重独立性模型，是指小额诉讼是由独立程序法理构筑起来的不同于简易程序的独立程序，并由独立的审判组织依照功能自足的独立的制度集群进行审理，呈现出四重独立性品格的理论体系。四重独立性是这种理论框架的典型特征，意指独立的程序法理、独立的程序构架、独立的制度集群和独立的审判组织。下面对小额诉讼四重独立性模型展开详尽阐述。

#### 1. 小额诉讼以独立的程序法理为基础性支撑

我国小额诉讼延续简易程序再度简化的既定思路而建构起来，<sup>〔19〕</sup>因其缺少独特的程序法理而出现严重的程序同质化现象。这种从制度运营者的立场出发所秉承的法院本位主义思路在仿造诉讼两造平等对抗场景的同时，遵循的是“简化程序减损权利”的思路，致使所作的制度安排未能赋予当事人适当的程序保障。小额诉讼的核心旨趣在于采用简便、低廉和高效的诉讼程序快捷保护当事人的权利，保证受损的当事人能够及时接近司法，增强民事司法系统的可利用性。<sup>〔20〕</sup>为国民提供简速、低廉、易于利用的救济程序，缩减国民与司法的距离，不使国民因为权利太小而被排除于民事司法之外，这才是小额诉讼真正的建构基础。这种基于制度利用者的立场而创设的新型程序系统意欲在简化程序与正当保障之间实现妥当的平衡，确立简速性的程序保障。一味地抛弃必要的程序保障而极致追求程序简化有悖于小额诉讼的基本出发点。现行小额诉讼采行的一审终审制，在缺少事先筛选渠道的程序选择权的前提下，完全堵截当事人采用上诉实现程序救济的渠道，严重偏离了简速性程序保障系统。小额诉讼至少应该提供最低限度的程序保障，<sup>〔21〕</sup>透过精细化的制度安排真正实现“简化程序不减权利”的目标。作为小额诉讼四重独立性模型的第一重独立性，程序法理的独立性往往潜藏于小额诉讼法律规范和运作实践的背后，以或隐或显的形式指引小额诉讼的有序发展，很容易为人所忽视。为此，应当全景式解析小额诉讼的静态规

〔19〕 参见占善刚：《科学配置民事诉讼第一审程序的逻辑起点》，载《法学评论》2022年第2期。

〔20〕 See James C. Turner & Joyce A. McGee, *Small Claims Reform: A Means of Expanding Access to the American Civil Justice System*, 5 University of the District of Columbia Law Review 177 (2000).

〔21〕 参见傅郁林：《繁简分流与程序保障》，载《法学研究》2003年第1期。

范与动态实践, 妥当运用程序法理的独立性。

## 2. 小额诉讼是不同于简易程序的独立程序

建构小额诉讼四重独立性模型的核心任务是加快小额诉讼的范式转换,<sup>[22]</sup> 构筑不同于普通程序与简易程序的具有独立构造的小额诉讼程序, 在立法体例上真正实现小额诉讼的程序独立。故此, 应当适时摒弃简易程序再度简化的既定思路, 以保障国民的小额权利为基本出发点, 运用独特的程序法理系统性重塑小额诉讼, 从现有的简易程序框架中剥离出小额诉讼法律规范并加以适度改造, 进而将小额诉讼程序抬升到与普通程序、简易程序同等的地位。小额诉讼程序将形成独立于普通程序与简易程序的理论框架与程序体系, 并因非常显著的差异性特征而容易为国民所认知和接受。在与普通程序、简易程序之间形成阶梯式的程序结构<sup>[23]</sup>之后, 小额诉讼程序将被塑造为多元化民事初审程序的重要环节, 共同担负民事案件的首次分流任务。小额诉讼的程序独立性是小额诉讼四重独立性模型的第二重独立性, 亦是最为关键的一重独立性。因为小额诉讼的程序独立性不但直接运用和展现小额诉讼的法理独立性, 而且决定着小额诉讼制度集群独立性与小额诉讼审判主体独立性的实现程度。

## 3. 小额诉讼是供给充足、规则均衡的独立性制度集群

实现小额诉讼的程序独立性高度依赖于一整套设计巧妙、功能自洽的独立性制度集群, 此为小额诉讼四重独立性模型的第三重独立性。倘若缺少这种独立的小额诉讼制度集群的支撑, 就无法贯彻小额诉讼的独立性理念以形成辐射效应, 更无法发挥制度设计者所期待的功效。所建构起来的小额诉讼制度集群既要与独立的小额诉讼程序保持高度的制度适应性而形成供给充足的独特制度, 又要增进众多制度之间的均衡性与协调性以形成自给自足、运转正常的系统集成。

就前者而言, 供给充足的独特制度是独立性制度集群的必要条件。这包含两个层面的内容: 一是小额诉讼应当存在非常显著的制度壁垒, 在与普通程序或者简易程序的对照中体现出明显的独特性与可识别性; 二是在此基础上营建的小额诉讼制度应当确保供给充足以形成体系性。以这两个判定基准为出发点, 会发现我国的小额诉讼制度集群仍然呈现出缺乏独立性与规则供给不充足的现实问题。实现小额诉讼制度独立性的主要做法是要么确立程序选择权来加强事先的程序保障, 要么构建有限上诉或者异议程序以构筑事后的程序保障。反观我国强制适用的小额诉讼, 既未事先给予当事人程序选择权, 也未事后为当事人提供上诉救济渠道。两大法系为保障小额诉讼的独立性赋予法官适当的公平裁量权。德国小额诉讼中的法官享有双重裁量权, 美国小额诉讼中的法官亦被授予很大自由裁量权, 在无律师参与的情况下可以在发现事实真相方面展露更强的司法能动性。<sup>[24]</sup> 在高度强调法官职权的我国, 小额诉讼法律规范中却没有法官公平裁量或者职权干预的明显痕迹, 这其实也映射出小额诉讼制度缺乏独立性。

就后者而言, 在构思搭建一种全新制度的同时, 必须认真检视该制度的运行条件与适用限度。只有在已经建立起来的众多制度之间保持均衡性与协调性, 才能有效防止小额诉讼的制度异

• 843 •

[22] 参见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》(第2版), 清华大学出版社2010年版, 第301页。

[23] 参见左卫民、靳栋:《民事简易程序改革实证研究》, 载《中国法律评论》2022年第2期。

[24] See Eric H. Steele, *The Historical Context of Small Claims Courts*, 2 American Bar Foundation Research Journal 346 (1981).

化。潜在的当事人在功利目标的驱动下有着冲破制度藩篱、歪曲利用小额诉讼的强烈动机，使得原本应保障司法民主化的小额诉讼被企业索赔者滥用而异化为企业追债的工具。<sup>〔25〕</sup> 缺少对小额诉讼被大公司或者大企业滥用而发生制度偏斜<sup>〔26〕</sup>的抑制措施是我国现行小额诉讼法律规范所存在的重要缺陷。这意味着我国尚未形成功能自足的小额诉讼制度集群，实现小额诉讼的制度独立性尚须更加系统化的精细设计。

#### 4. 小额诉讼须由独立的审判组织进行审理

小额诉讼四重独立性模型的第四重独立性为小额诉讼审判主体的独立性，亦即应由专门的小额诉讼法庭或者审判团队来审理小额诉讼案件。小额诉讼的程序独立性与制度独立性奠定了审判主体独立性的重要前提。依照我国的小额诉讼设计原理，先有小额诉讼程序的独立性，后有审判主体的独立性。在英美法系，现在多用小额诉讼法庭来指称小额诉讼程序，他们一般先设立小额诉讼法庭，再由小额诉讼法庭适用较普通程序更为灵活、去技术化的程序。美国的小额诉讼法庭脱胎于英国的治安法官制度，在渐进式改革过程中主要由各州立法专设的小额诉讼法庭具体承担小额案件的审判工作。<sup>〔27〕</sup> 在加拿大，除了专门审理小额索赔的全职法官外，亦可由执业律师或退休法官担任非常设法官。<sup>〔28〕</sup> 无论是专职法官还是非常设法官，在小额诉讼案件审理过程中均拥有独立的程序控制权与实体裁量权。实现小额诉讼法庭的独立性，搭建有效解决个体间纠纷的平台，<sup>〔29〕</sup> 是英美法系小额诉讼制度的必然结果。在我国，审判主体的独立性与专业化的小额诉讼法庭无法简单等同，意欲实现审判主体的独立性，高度依赖于法院内设机构的适时调整。

#### （二）小额诉讼四重独立性模型的本质

小额诉讼四重独立性模型是融合小额诉讼的理念、程序、制度和主体四重独立性的全新理论模型。既往的小额诉讼独立性仅仅关注小额诉讼立法体例的独立性。<sup>〔30〕</sup> 小额诉讼四重独立性模型是在承续小额诉讼程序独立性的框架基础上，增添法理独立性、制度独立性与主体独立性，演化为从理念、程序、制度与主体四维维度阐释小额诉讼的理论模型。在这种理论模型中，四重独立性以层层递进的阶梯式结构不断展开。第一重的法理独立性是小额诉讼四重独立性模型的基础性支撑，为小额诉讼的程序独立性输送指导性理念。第二重的程序独立性是四重独立性模型的核心内容。小额诉讼脱离简易程序跃升为与普通程序、简易程序并行的独立程序，既是对第一重独立性的合理运用，又为小额诉讼的制度独立性确定基本框架与行为边界。第三重的制度独立性是在小额诉讼的程序独立性构架下开展的独特制度的集群建构，亦是独立性小额诉讼稳健有序运行的规则基础。第四重的主体独立性是小额诉讼的制度独立性能够真正落到实处的人员保障。若是没有专业化的小额诉讼法庭，那么小额诉讼的程序独立性与制度独立性可能只是流于形式而无法

〔25〕 See Christopher S. Axworthy, *Controlling the Abuse of Small Claims Courts*, 22 McGill Law Journal 480 (1976).

〔26〕 参见肖建国、刘东：《小额诉讼适用案件类型的思考》，载《法律适用》2015年第5期。

〔27〕 See Eric H. Steele, *The Historical Context of Small Claims Courts*, 2 American Bar Foundation Research Journal 326, 330 (1981).

〔28〕 See Shelley McGill, *Small Claims Court Identity Crisis: A Review of Recent Reform Measures*, 49 Canadian Business Law Journal 213, 240 (2010).

〔29〕 参见〔英〕罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》（第2版），彭小龙译，中国政法大学出版社2015年版，第209页。

〔30〕 参见黄宣、陈清：《论小额诉讼程序的独立性》，载《时代法学》2013年第2期。

有效实践。理念、程序、制度与主体的四重独立性可以凝成合力共同作用于小额诉讼，进而深刻改变民事初审程序的多元格局。

小额诉讼四重独立性模型是宏观视野与微观视野有机结合的理论模型。在这种理论模型中，小额诉讼的法理独立性在宏观视野上为小额诉讼的程序独立性、制度独立性与主体独立性提供理念指导与方向指引。小额诉讼的程序独立性、制度独立性与主体独立性则于微观视野的不同维度构建小额诉讼独立性的保障措施。程序独立性提供推进小额诉讼独立性的程序框架，制度独立性构筑推进小额诉讼独立性的制度集群，主体独立性强化小额诉讼独立性的人员保障。宏观视野与微观视野的交织会将小额诉讼打造成为理念、程序、制度与主体融为一体的小额诉讼共同体。小额诉讼四重独立性模型可以在最大程度上克服适用率较低、利用不均衡、程序简化不足与制度缺位等多重现实困境。例如，在不违反现有审级制度的前提下引入异议申请制度，不仅可以有效消弭当事人对剥夺小额诉讼上诉权的担忧，而且能够形成具有特色的小额诉讼制度安排。基于此，小额诉讼四重独立性模型能够及时有效反映其背后的社会需求与时代浪潮，促进小额诉讼的程序变革与制度建构。具有独立构造的小额诉讼成为社会变革的载体，变成急迫社会问题与社会政策在基层执行的平台。<sup>〔31〕</sup>当然，小额诉讼四重独立性模型是在综合理念、程序、制度与主体等多种元素基础上在应然的意义上所提出的新理论模型，尚需小额诉讼精细化制度安排的配合与司法实践的检验修正。

### 三、小额诉讼四重独立性模型的理论证成

• 845 •

小额诉讼四重独立性是全新的理论模型，必须经过精确的理论证明和周密的逻辑推理，才能验证其命题的真伪。我国的小额诉讼在法律文化、建构基础、程序构造与运作机制等方面有着自身特色，不能直接拿其他国家或者地区的小额诉讼正当基础来论证小额诉讼四重独立性模型。正如前述，小额诉讼四重独立性模型是以阶梯式结构不断延伸开来的，法理独立性是程序独立性的理念基础，并与程序独立性交织融合在一起，制度独立性与主体独立性又以程序独立性为基本框架而展开。程序独立性是小额诉讼四重独立性模型的核心要素，若是能够完整证明程序独立性，其他三重独立性亦不攻自破，我们就可完成理论证成小额诉讼四重独立性模型的关键性工作。为此，小额诉讼四重独立性模型的理论证成可以化简为小额诉讼的程序独立性的证成。

然而，小额诉讼的程序独立性在我国并非不言而喻的学术命题，反而受到很多的质疑和批评。有学者剖析单纯禁止上诉与程序分化两种小额诉讼立法模式的优劣，指明单纯禁止上诉的小额诉讼立法模式契合我国法治发展的客观实际，明确反对小额诉讼的程序独立性。<sup>〔32〕</sup>有学者认为，小额之诉与一审终审这两个本质特性决定了小额诉讼案件只能适用二次简化的简易程序，而

〔31〕 See Shelley McGill, *Small Claims Court: A Vehicle for Social Change and the Case for Equitable Relief*, 26 Journal of Law and Social Policy 90, 91 (2017).

〔32〕 参见李峰：《小额诉讼制度完善的进路分析——对民事诉讼法第 162 条的解读》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2013 年第 5 期。

不能推进小额诉讼的程序独立性。<sup>〔33〕</sup>亦有学者非常尖锐地指出，民事诉讼程序构架本是以简单的民事案件为建构基础，程序功能叠合使得小额诉讼无法真正吸引当事人。<sup>〔34〕</sup>从动态的发展视角来看，我国已经形成一整套相对成熟的小额诉讼制度集群，在很大程度上已经完成量变，摆脱小额诉讼作为简易程序附属程序的既有设定，逐渐外溢并在事实上形成不完整的程序独立性。无视小额诉讼的最新发展，或僵化固守小额诉讼嵌入简易程序的关系格局，均非动态发展的问题分析方法。

实现小额诉讼的程序独立性进而建构小额诉讼四重独立性模型具有正当基础。在笔者看来，普惠性司法与程序相称性两种理论构成小额诉讼四重独立性模型的正当基础。

### （一）普惠性司法

所谓普惠性司法，是指所有人平等享有向合格的司法机构寻求司法救济并获得国家所提供的有效救济的法律理念。就其本质而言，普惠性司法不仅是所有国民平等享有的基本权利和法律明确赋予的实在权利，而且是现代国家普遍采用多样化路径提供的关键性公共服务。这种司法理念主要有三个特性：一是普遍性。普惠亦即普遍惠及，普遍惠及所有人的司法理念即为普惠性司法。普惠性司法是从“司法为民”的立场出发塑造和改变国民日常生活状态的社会政策和司法福利。这一普惠性司法的核心特征要求给予所有国民平等获得司法救济的权利。二是均等性。所有国民享有平等诉诸司法并获得有效司法救济的权利，不受民族、种族、肤色、经济状况或者受教育状况等因素的影响。均等性更加强调机会平等，对实质平等没有太多关注。“越来越多的证据凸显诉诸司法机会不平等与更广泛的社会经济差距之间有着复杂关系。”<sup>〔35〕</sup>为此，现代国家开始为边缘群体或者弱势群体提供更加人性化的服务，努力实现普惠性正义与差异性正义的平衡发展。<sup>〔36〕</sup>三是可及性。平等诉诸司法并获得有效司法救济是法律赋予的基本权利，所有国民皆可正当行使这种基本权利，国家应该采取合理措施保障这种基本权利落到实处。营建所有国民均可平等诉诸司法并能实现权利保障的人本主义司法观是普惠性司法的核心意旨。

普惠性司法由数量充足、分工精密的复杂司法链条组合而成。在我国现有的民事初审程序格局中，小额诉讼被放置于简易程序框架体系中尚未构成独立的诉讼程序，无法承担起纠纷解决或者权利保护的初次分配任务。依赖严格的审级控制延续程序简化的做法实际上是以当事人或主动或被动的放弃权利为代价，因为直接切断程序流动管道、形骸化程序保障而难以为当事人所广泛接受和利用。基于此，以普遍性、均等性与可及性为特性的普惠性司法需要将小额诉讼从简易程序中剥离出来，改造成为与普通程序、简易程序并行的独立程序，构筑国民保护简单小额权利的最佳程序。“对于小额诉讼的悉心照顾，可使国民与司法在真诚的意义上相互联系，培养国民的司法根基。”<sup>〔37〕</sup>开辟独立的小额诉讼程序通道，充足提供人性化的制度供给，建立专精高效的小额诉讼法庭，既有助于增进国民平等地利用小额诉讼获得合理救济的机会，也有助于为国民输出

〔33〕 参见朱金高：《小额诉讼制度有效运作之机理》，载《法学》2014年第6期。

〔34〕 参见傅郁林：《小额诉讼与程序分类》，载《清华法学》2011年第3期。

〔35〕 Ineke van de Meene & Benjamin van Rooij, *Access to Justice and Legal Empowerment: Making the Poor Central in Legal Development Cooperation*, Leiden University Press, 2008, p. 15.

〔36〕 参见吴忠民：《普惠性公正与差异性公正的平衡发展逻辑》，载《中国社会科学》2017年第9期。

〔37〕 〔日〕三ヶ月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版有限公司1997年版，第394页。

简便、低廉和高效的公共法律服务。小额诉讼由此被作为普惠性社会福利的重要内容,<sup>[38]</sup> 并被上升为国民普遍享有的基础性福利而发挥更加重要的作用。普惠性司法深刻地改变了小额诉讼在民事程序连续体中的地位, 引领小额诉讼的未来发展方向, 为建构小额诉讼四重独立性模型提供了非常坚实的根据。

## (二) 程序相称性

程序相称性, 是指纠纷解决程序应当与案件类型、争议金额或者复杂程度等因素相互匹配的理论。<sup>[39]</sup> 制度设计者应当依据程序相称性理论甄别案件性质差异、争议金额大小或者案件繁简程度等多种因素, 有针对性地设计与其相适配的纠纷解决程序。司法制度作为公共产品生成装置, 最终将由国民承担各项运行成本, 如若对所有民事纠纷划一适用作为模板的民事审判程序, 无疑将会引致司法资源的过度耗费。“司法控制的目标是避免不必要的成本和延迟, 保障法院的资源受到经济/节约的安排。”<sup>[40]</sup> 程序相称性在追求效率性司法的同时并不放弃对正义性司法的探求, 成为妥适配置效率性司法与正义性司法的重要理念。现代法治国家或明或暗地采用程序相称性理论来指引民事审判程序的精细化建构。

程序相称性理论融于民事诉讼的必然结果是建立多样化的民事程序系统。我国民事初审程序仍旧维持普通程序与简易程序的二元构造, 程序供给不够丰富、不成比例。这种结构性失衡导致有些民事案件的当事人支付过高的财务成本而得不偿失, 甚或在收益成本比较之后放弃诉权。财务成本、时间成本以及程序系统的复杂性等均成为国民平等诉诸司法的常见障碍。<sup>[41]</sup> 众所周知, 基层法院面对的往往是争议金额不大的日常性民事纠纷, 发生纠纷的国民透过这种简单的民事纠纷解决过程与法院之间建立法律关系, 真实感受法律的父爱关怀。适用有着鲜明附属性标签的小额诉讼来审理这些简单的小额金钱纠纷, 难以充分体现程序简化与成本杠杆的多重优势。完全褫夺当事人的审级利益, 更是增加了当事人直接拒绝适用小额诉讼的可能性, 致使很多当事人宁愿选择简易程序而疏离小额诉讼。断言小额诉讼未按程序相称性理论加以设计过于偏颇, 但是程序相称性理论与小额诉讼未能达致妥当融合却是不争的事实。

司法实践中的简易程序会虚化案情标准, 受理相当广泛的民事案件, 而更多呈现出相对简单性,<sup>[42]</sup> 从而为简单小额案件提供通人情的针对性程序设计留出充足的空间。最高人民法院于2021年9月17日发布的《关于调整中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》统一提高了中级人民法院的受案标准, 实际上也相应提高了基层法院的受案标准, 将实质性解决纠纷功能进一步下沉到基层法院, 平添了基层法院的审案压力。与其在简易程序内部进行程序的修修补补, 不如适当压缩本就拉伸过长的简易程序, 将小额诉讼独立出来。构建独立的小额诉讼程序能顺应法院系统正在强力推进的“分调裁审”机制改革, 满足程序相称性理论的必然要求。

[38] 参见王福华:《小额诉讼与福利制度》,载《中外法学》2016年第1期。

[39] 参见齐树洁:《构建小额诉讼程序若干问题之探讨》,载《国家检察官学院学报》2012年第1期。

[40] [英]阿德里安 A·S·朱克曼主编:《危机中的民事司法:民事诉讼程序的比较视角》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2005年版,第45页。

[41] See Ineke van de Meene & Benjamin van Rooij, *Access to Justice and Legal Empowerment: Making the Poor Central in Legal Development Cooperation*, Leiden University Press, 2008, p. 16.

[42] 参见左卫民、靳栋:《民事简易程序改革实证研究》,载《中国法律评论》2022年第2期。

#### 四、小额诉讼四重独立性模型的实现路径

小额诉讼四重独立性模型有着脉络贯通的适用逻辑。在提炼出小额诉讼四重独立性的理论框架并加以正当性理论证成之后，全方位构筑小额诉讼四重独立性模型的实现路径就成为亟待完成的任务，同时也是繁重而全新的系统性工程。鉴于在阶梯式结构不断延伸过程中法理独立性交融于程序独立性或者制度独立性，下文主要从程序独立性、制度独立性与主体独立性三重维度着手并适当融入法理独立性的内容，体系性地构筑小额诉讼四重独立性模型的实现路径。

##### （一）在简易程序之后设立专章规定小额诉讼程序

程序独立性要求解除小额诉讼与简易程序的隶属关系，构建具有独立构造的小额诉讼程序。那么，我国应当采用何种类型的小额诉讼程序立法模式呢？当今，富有代表性的两大法系国家和地区采行的独立小额诉讼程序主要呈现出三种立法模式。

一是单独立法模式。美国、加拿大、韩国和欧盟采用此种模式，具体做法又有所不同。美国主要采用各州立法来规定小额诉讼法庭与小额诉讼程序。马萨诸塞州在1920年首次颁布适用于全州的小额诉讼法庭法案；〔43〕佛罗里达州在1943年制定单独的立法法案在每个县设立小额诉讼法庭；〔44〕俄亥俄州立法机关在1967年通过全州统一适用的小额诉讼法庭法案。〔45〕加拿大亦由各州立法建立小额诉讼法庭，新斯科舍省借助《市政法》在每个城镇设立市法院审理小额案件。〔46〕韩国在1973年制定《小额案件审判法》，经由单独立法的形式确立小额诉讼程序，〔47〕历经六次修正将诉讼标的额逐渐提高到2000万韩元。欧盟议会和欧洲理事会在2007年7月11日通过《小额诉讼条例》以单独立法的形式创设特色鲜明的欧洲小额诉讼程序。

二是独立编章模式。日本、英国和我国台湾地区采用此种模式。日本在1996年修改《民事诉讼法》开设“第六编 小额诉讼的特殊规定”正式引入小额诉讼程序并使之系统化，这被誉为日本民事诉讼法世纪修改的重要亮点。〔48〕英国新《民事诉讼规则》准许法院适用小额诉讼程序审理诉讼请求金额不超过5000英镑的人身损害赔偿案件与房屋修缮案件。〔49〕我国台湾地区在1999年修改“民事诉讼法”时在简易程序之后增设独立一章确立小额诉讼的独立地位。

三是独立条款模式。德国采用此种模式。《德国民事诉讼法典》第495a条规定：“争议价额未超过600欧元时，法院可依公平裁量确定其程序。当事人提出申请时，必须进行言词辩

〔43〕 See Robert J. Hollingsworth, William B. Feldman & David C. Clark, *The Ohio Small Claims Court: An Empirical Study*, 42 University of Cincinnati Law Review 469, 472 (1973).

〔44〕 See Elizabeth Purdum, *Examining the Claims of a Small Claims Court: A Florida Case Study*, 65 Judicature 25, 26 (1981).

〔45〕 See Robert J. Hollingsworth, William B. Feldman & David C. Clark, *The Ohio Small Claims Court: An Empirical Study*, 42 University of Cincinnati Law Review 469, 472 (1973).

〔46〕 See Christopher S. Axworthy, *A Small Claims Court for Nova Scotia—Role of the Lawyer and the Judge*, 4 Dalhousie Law Journal 311 (1978).

〔47〕 参见谢鹏远：《韩国小额诉讼制度现状及对我国的启示》，载《河南财经政法大学学报》2014年第5期。

〔48〕 参见石达理：《日本小额诉讼制度考察》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2012年第6期。

〔49〕 参见徐昕译：《英国民事诉讼规则》，中国法制出版社2001年版，第134页。

论。”〔50〕法院依据第495a条双重裁量小额诉讼时仍须进行合宪性解释，不能因其只有独立条款而将其降为次等程序。〔51〕该条款借助其他制度的配合建构出独立的小额诉讼程序。〔52〕

在这三种立法模式中，单独立法模式需要制定单独的小额诉讼法律而显现立法周期过长与立法成本过高的缺陷，不适合我国小额诉讼亟须结构性变革的现实需要。德国采用的独立条款模式高度依赖于发达的合宪性解释与法律解释学，我国缺乏这些不可或缺的配套性条件，易使小额诉讼丧失独立性，因此不适宜采用此种立法模式。现行《民事诉讼法》共有四编，专编的立法模式必然引发小额诉讼与审判程序或者执行程序并立的逻辑矛盾。英国小额诉讼改革在强化法官对程序的司法控制权的同时，始终无法摆脱其所固有的对抗制诉讼文化。相对来说，我国台湾地区在简易程序之后设立专章规定小额诉讼程序的模式更为合理，值得借鉴。

综上所述，为合理推进小额诉讼四重独立性模型，我国在未来修改《民事诉讼法》时可以在第十三章简易程序之后增加一章作为“第十四章 小额诉讼程序”，在法律上确保小额诉讼程序变为与普通程序、简易程序并驾齐驱的独立程序。在专章规定小额诉讼程序时，有必要删除案情状况标准，将诉讼标的额作为衡量是否适用小额诉讼的主要标准，仅需在除外事由中排除某些特定案件类型。现行的各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之五十以下的弹性比例标准，能够妥当适应经济社会发展需要以及经济发展不平衡的情况，可以继续采用。

## （二）建成供给充足、品格独立的小额诉讼制度集群

构筑具有完整结构的小额诉讼程序为制度独立性拓展了更大空间。在扎实推进制度独立性的过程中应当充分发挥法理独立性的基础性支撑作用。小额诉讼四重独立性模型的指导性理念在于保障普通国民的小额金钱债权及时接受简便、低廉和高效的诉讼程序审理，增进国民与司法之间的可及性，妥适平衡迅速性与正当性之间的关系。采纳制度利用者的立场势必要反省和摈弃传统的法院本位主义路径及其所包蕴的制度运营者立场，〔53〕多维度渗入人本主义司法观，真正实现小额诉讼的法理独立性。日本的简易裁判所〔54〕与意大利的“新治安法官”制度〔55〕的失败变革充分说明，减轻法院负担并非增进小额诉讼制度化与实效化的康庄大道。小额诉讼的程序法理应从制度利用者视角出发构筑小额金钱债权的简速性程序保障。

我国搭建起来的小额诉讼制度集群已经具有半独立性的倾向。为建构供给充足而特色鲜明的小额诉讼制度集群，实现小额诉讼的制度独立性，应主要从以下几方面着手：

第一，保障诉讼两造的程序选择权。现行小额诉讼法律规范既未确立程序选择权，又实行绝对的一审终审制堵截当事人的上诉渠道，使得当事人被重重圈定在程序中无法移动。于当事人而言，理性的选择是采取提高诉讼标的额或者变更案由等方式刻意规避适用小额诉讼程序。尽管

〔50〕 赵秀举译：《德国民事诉讼法典》，法律出版社2021年版，第153页。

〔51〕 参见刘明生：《小额诉讼程序之研究——以当事人程序权之保障与程序迅速化进行为中心》，载《月旦民商法杂志》2018年第9期。

〔52〕 参见唐力、谷佳杰：《小额诉讼的实证分析》，载《国家检察官学院学报》2014年第2期。

〔53〕 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第8页。

〔54〕 参见〔日〕小島武司：《美国小额法院的现状考察》，林剑锋译，载陈刚主编：《自律型社会与正义的综合体系——小島武司先生七十华诞纪念文集》，陈刚、林剑锋、段文波等译，中国法制出版社2006年版，第328页。

〔55〕 参见傅郁林：《繁简分流与程序保障》，载《法学研究》2003年第1期。

《民事诉讼法》第169条赋予当事人程序异议权在很大程度上消解了这种紧张关系，但是程序异议权与程序选择权有本质区别，可能为被告恣意滥用而造成程序空转。长远来看，赋予当事人程序选择权是推进小额诉讼制度独立性不可或缺的制度设计。为有效防范小额诉讼沦为商业讨债工具，保证小额诉讼不偏离既定的轨道，我们有必要针对公司企业批量化提起小额诉讼的现象，在禁止起诉、限制起诉次数或者费用制裁等方式中斟酌确定合理的措施。

第二，全面简化小额诉讼操作流程。务实做法是采用具体条文对小额诉讼的起诉、答辩、传唤、送达、庭审与裁判文书制作等内容予以精细化规定。重中之重是运用现代科技手段适当简化证据调查程序，明确证明责任裁判、<sup>〔56〕</sup>严格证明和书证提出命令等排除适用于小额诉讼程序。鉴于辩论主义与处分权主义的对抗式诉讼场景无法在小额诉讼中展开，强化法官对程序控制权的职权主义<sup>〔57〕</sup>更加契合小额诉讼的简速性需要。即使在法律规范中未像美国、<sup>〔58〕</sup>加拿大<sup>〔59〕</sup>或者德国<sup>〔60〕</sup>等明确规定公平裁量权，法官依然可以依据职权主义法理合理运用小额诉讼的裁量权。

第三，确立合理的小额诉讼救济制度。无论是理论界还是实务界，均强烈呼唤确立适当的小额诉讼救济制度。常规的小额诉讼救济机制主要有三种：一是有限上诉，德国、韩国、英国、我国台湾地区、美国有些州等采用此种机制。在韩国，当事人认为一审判决适用的法律、命令或者规则违反宪法规定或者大法院先例时有权提起上告或再抗告。<sup>〔61〕</sup>二是重新审理。美国部分州规定，若当事人对小额诉讼法庭的判决提起上诉，应由新法官或者法院重新进行审理。<sup>〔62〕</sup>三是异议。日本民事诉讼法禁止对小额诉讼判决提出控诉，却允许当事人在判决送达后两周内向同一简易裁判所提出异议申请。<sup>〔63〕</sup>有限上诉和重新审理会突破现有的绝对审级控制逻辑，异议申请在确保一审终审制的同时为当事人提供了适当的救济，高度契合我国的小额诉讼结构设计。2011年我国开展的小额速裁试点改革曾经采用异议制度并积累一定经验，这为正式确立异议申请的救济方式奠定了良好基础。

第四，构筑适当的小额裁判的执行制度。当前对小额诉讼的研究很少关注执行制度，而小额裁判的执行制度却能真正检验小额诉讼制度安排的合理性。“小额法院在执行阶段总潜藏着一些难言之隐。一种裁判制度不管多么公正且富有效率，但只要在判决执行上存在着难点，这一制度本身就不能说是合格的。”<sup>〔64〕</sup>很多国家和地区发展形成了独具匠心的执行制度，我国可以抓住正在制定民事强制执行法的契机，构筑适当的小额裁判的执行制度。立法者立足于本土化理念采用

〔56〕 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第686页。

〔57〕 参见王德新：《小额诉讼的功能定位与程序保障》，载《江西社会科学》2022年第1期。

〔58〕 See Thomas L. Eovaldi & Peter R. Meyers, *Pro Se Small Claims Court in Chicago: Justice for the Little Guy*, 72 Northwestern University Law Review 953, 955 (1977-1978).

〔59〕 See Michelle Cumyn & Cecile Pilarski, *An Empirical Study of Quebec Small Claims Court Decisions regarding Home Renovation: Access to Law, A Decisive Component of Access to Justice for Consumers*, 48 Revue Juridique Themis 389, 429 (2014).

〔60〕 参见周翠：《民事简易程序与小额诉讼程序的比较研究》，载《月旦民商法》2011年第3期。

〔61〕 参见〔韩〕孙汉琦：《韩国民事诉讼法导论》，陈刚审译，中国法制出版社2010年版，第531页。

〔62〕 参见李浩：《小额诉讼程序救济方式的反思与重构》，载《法学》2021年第12期。

〔63〕 参见〔日〕中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，法律出版社2001年版，第302页。

〔64〕 〔日〕小岛武司：《小额执行制度改革建议》，林剑锋译，载陈刚主编：《自律型社会与正义的综合体系——小岛武司先生七十华诞纪念文集》，陈刚、林剑锋、段文波等译，中国法制出版社2006年版，第179页。

的民事执行立法技术发挥着至为关键的作用。〔65〕

### （三）建立专业化的小额诉讼审判组织

程序独立性与制度独立性须由专业化的审判组织提供组织保障方能落为实效。为践行主体独立性，应该设立专业化的审判组织，无须建立单独的小额诉讼法院。设立专业化的审判组织来审理小额诉讼，有助于祛除法官在普通程序、简易程序与小额诉讼程序三种不同程序思维之间来回切换而造成的混乱无序，采用集约化方式高效处理小额诉讼案件，充分发挥小额诉讼的多重优势。

小额诉讼法庭是实现主体独立性的最佳载体。作为国民最可能体验到的法院，小额诉讼法庭真实地塑造国民对整个司法系统的印象。〔66〕具体方式是将正在运行的小额速裁庭或者派出法庭改造为小额诉讼法庭专司小额诉讼案件。未设小额速裁庭的基层法院可以成立小额诉讼团队来实现审判的专业化。实在没有这些条件的基层法院可以指派专人来审理小额诉讼案件。无论采取何种组织体，实际审理小额诉讼的应是通晓情理、法律造诣精深的法官。毕竟绝对的一审终审制所带来的一次性决断，迫使小额诉讼法官慎之又慎。在强化法官的决断权威背景下，“一位通情达理而睿智的法官，其重要性远胜于知识丰富却拘泥执着的同侪”〔67〕。没有丰富的审判经验和社会阅历的年轻法官很难做好小额诉讼审判工作。

若是建立小额诉讼法庭来推进主体独立性，将会引起小额诉讼操作流程的深刻变革。一是重构小额诉讼程序的甄别机制。主要以诉讼标的额为标准来筛选甄别小额诉讼案件，对诉讼标的额低于特定标准而符合小额诉讼条件的，不必移交给审判庭而由小额诉讼法庭全程负责立案与审判工作。〔68〕只有在确需转换为简易程序或者普通程序时才移交给民事审判庭。二是形成独立的小额诉讼管理系统。当小额诉讼程序与普通程序、简易程序并列成为民事初审程序之后，有必要改革现在的民事审判管理系统，单设小额诉讼模块，适当调整各种审判绩效考核指标。三是提高小额诉讼的审判质效。小额诉讼法庭“选配好作风正派、业务能力强、调解水平高、熟悉当地社情民意的资深法官”〔69〕，所带来的结果是全面提高小额诉讼的审判质效。为适应这种变化，应该不断加强对小额诉讼法官综合判断能力的培训。

• 851 •

## 五、结 语

作为全新的理论框架，小额诉讼四重独立性模型有着复杂的运作逻辑。法理独立性、程序独立性、制度独立性与主体独立性在阶梯式结构的渐进展开过程中集聚为小额诉讼四重独立性模型。这种理论模型不是凭空臆造出来的，是在吸收小额诉讼程序独立性的基础上，深度融合小额

〔65〕 参见谭秋桂：《论我国民事执行立法内容确定技术的四对关系》，载《财经法学》2023年第3期。

〔66〕 See Shelley McGill, *Small Claims Court Identity Crisis: A Review of Recent Reform Measures*, 49 Canadian Business Law Journal 213, 221 (2010).

〔67〕 许政贤：《专家层级结构或权威决断体系——小额诉讼制度的反思》，载《军法专刊》2015年第1期，第51页。

〔68〕 参见廖万春等：《完善小额诉讼制度 规范程序救济途径——广东高院关于小额诉讼制度实施情况的调研报告》，载《人民法院报》2014年5月8日，第8版。

〔69〕 高民智：《关于小额诉讼程序的理解与适用》，载《人民法院报》2012年12月6日，第4版。

诉讼的程序理念、制度安排与审判组织的特有规则提炼出来的。普惠性司法与程序相称性两种理论为小额诉讼四重独立性模型提供正当性支撑。小额诉讼四重独立性模型尚未根植于我国民事诉讼法之中，要将这种理论模型妥适嵌入法律规范必须采取理性务实的路径。为此，应当系统性重构小额诉讼的核心理念，将小额诉讼作为从制度利用者的立场出发构筑的保护小额金钱债权的简速性程序装置，在简易程序之后设立专章规定小额诉讼程序来实现程序独立性，形成供给充足、品格独立的小额诉讼制度集群，设立专业化的小额诉讼审判组织。诚如卡多佐所言：“法律如同远行者，要为明天做准备，它必须拥有成长的原则。”〔70〕小额诉讼四重独立性模型为科学精准建构小额诉讼的独立性体系孕育了丰富的养料，顺应加快中国式法治现代化的历史性变革趋势，我们应当全面阐释并合理运用这种全新理论框架。

---

---

**Abstract:** Serious problems of non-independence of concept, procedure, system and subject exist in our small claims litigation. The quadruple independence model of small claims litigation inherits the existing independence theory of small claims procedure, adds legal independence, system independence and subject independence, and constructs a brand-new theoretical framework of small claims litigation from the four dimensions of concept, procedure, system and subject. The quadruple independence model of small claims litigation cultivates the community of small claims litigation in the process of continuous development of stepped structure, and provides directional guidance for the future development of small claims litigation. The two theories of inclusive justice and procedural proportionality constitute the legitimate basis of the quadruple independence model of small claims litigation. To build independent systems of small claims litigation in an all-round way, we can systematically reshape the guiding concept of small claims litigation from the standpoint of system users, set up a special chapter to regulate small claims procedure after the summary procedure, form an independent small claims system cluster with sufficient character, and establish a professional small claims trial organization.

**Key Words:** small claims litigation, quadruple independence model, summary procedure, inclusive justice, procedural proportionality

---

---

(责任编辑：曹建军)

---

〔70〕〔美〕本杰明·N. 卡多佐：《法律的成长》，李红勃、李璐怡译，北京大学出版社2014年版，第30页。

## 中国反海外腐败执法障碍的类型化及其应对

敖 博\*

**内容提要：**自《刑法修正案（八）》将“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿”入罪以来，尚无以该罪定罪的刑事案件，由此形成了规范文本与刑事司法间的“执法落差”。这一现象由实体法、程序法及“外源性”障碍共同导致。实体法层面的执法障碍主要表现为刑事管辖权依据的部分缺失、单位刑事归责基础的弊端以及对该罪社会危害性评价的不足，对此应主要从立法论与解释论层面作适应性调整，并引入组织体刑事责任理念。程序法层面的执法障碍主要集中于线索获取、证据收集、刑事审判三个阶段，对此可通过以“公司警务”与“刑事合规”为核心的非庭审解决模式来解决。“外源性”执法障碍主要表现为经济场域对刑事司法场域运作逻辑的塑造，但在国际反海外腐败执法发生重大变化的背景下，应重新评估“囚徒困境”对我国企业“走出去”所能产生的经济红利。

**关键词：**对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪 海外腐败 执法障碍 合规建设

• 853 •

### 一、问题的提出：我国反海外腐败中的“执法落差”

腐败损害民主和法治，导致侵犯人权，扭曲市场，破坏生活质量，并且使得有组织犯罪、恐怖主义和其他对人类安全的威胁泛滥。<sup>〔1〕</sup> 海外腐败作为腐败的一种特殊形式，破坏公平竞争的 market 规则，影响正常的商业秩序，不利于经济发展，特别是国际经济交往。<sup>〔2〕</sup> 基于这一背景，国际

\* 敖博，中国人民大学刑事法律科学研究中心与美国纽约大学法学院联合培养博士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“健全支持民营经济发展的刑事法治研究”（20&·ZD198）阶段性成果，并得到国家留学基金资助。

〔1〕 参见《联合国反腐败公约》前言，载 [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025\\_C.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025_C.pdf)，最后访问时间：2022年12月10日。

〔2〕 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室：《中华人民共和国刑法修正案（八）条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2011年版，第112页。本文所称的海外腐败，特指对外国公职人员、国际公共组织官员行贿。选取“海外腐败”一词，旨在与国内学界对美国《反海外腐败法》的通常翻译表述相一致。

社会近年来对海外腐败行为采取了一种硬法与软法相结合,主权国家、国际组织、非政府间国际组织相协作的“积少成多”(every little bit helps)的治理逻辑。<sup>[3]</sup>与国际社会趋势相一致,近年来,我国在对国内腐败犯罪采取“零容忍”态度的同时,加入了《联合国反腐败公约》这一反腐败领域最具代表性的国际公约,通过了《北京反腐败宣言》《金砖国家拒绝腐败避风港倡议》等多边文件,发起了《廉洁丝绸之路北京倡议》等主张,制定了《企业境外经营合规管理指引》等文件,体现了对海外腐败问题的关注。习近平总书记在第三次“一带一路”建设座谈会上更是明确指出:“要教育引导我国在海外企业和公民自觉遵守当地法律,尊重当地风俗习惯。要加快形成系统完备的反腐败涉外法律法规体系,加大跨境腐败治理力度。各类企业要规范经营行为,决不允许损害国家声誉。对违纪违法问题,发现一起就严肃处理一起。”<sup>[4]</sup>

2011年,《中华人民共和国刑法修正案(八)》[以下简称《刑法修正案(八)》]新增“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”作为第164条第2款,以刑事立法的方式表明了中国在海外腐败问题上的立场,并使《联合国反腐败公约》下的国际法义务落地。<sup>[5]</sup>然而,公开数据显示,自2011年“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿行为”入罪至今,尚没有以该罪定罪的刑事案件。<sup>[6]</sup>对此,可能的解释有二:一是,实践中没有对外国公职人员、国际公共组织官员行贿的犯罪行为发生,因此当然不会有以该罪定罪的刑事案件;二是,实践中发生的海外行贿行为未能进入我国刑事司法系统的“法眼”,或者我国刑事司法系统未对这一问题予以积极关注,形成了反海外腐败领域的“犯罪黑数”与“执法落差”。笔者倾向于后一认识,理由在于:通常来说,海外投资的规模、对象、领域与海外腐败行为的发生概率密切关联。据此,首先,我国近年来对外投资规模稳健发展,对外投资合作大国地位持续巩固,对外直接投资流量蝉联全球第二。<sup>[7]</sup>其次,我国许多主要投资对象国系腐败较为严重的国家,如2019年我国“一带一路”投资流量最大的10个国家在全球180个国家和地区中对应的廉洁指数排名为新加坡(4)、印尼(96)、越南(87)、泰国(110)、阿联酋(24)、老挝(128)、马来西亚(62)、伊拉克(157)、哈萨克斯坦(102)和柬埔寨(157)。<sup>[8]</sup>再次,我国近年来对外承包工程大项目增多并主要集中于交通运输等基础设施领域,<sup>[9]</sup>这与经济合作与发展组织(以下简称“经合组织”)观测到的海外腐败主要发生领域高度重合。<sup>[10]</sup>问卷调查<sup>[11]</sup>及一些铁

[3] See Kevin E. Davis, *Between Impunity and Imperialism: The Regulation of Transnational Bribery*, Oxford University Press, 2019, p. 5.

[4] 《习近平出席第三次“一带一路”建设座谈会并发表重要讲话》,载 [http://www.gov.cn/xinwen/2021-11/19/content\\_5652067.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2021-11/19/content_5652067.htm), 最后访问时间:2022年12月16日。

[5] 《联合国反腐败公约》第16条第1款规定缔约国应将海外腐败行为规定为犯罪。

[6] 笔者于“中国裁判文书网”输入关键词“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”,未发现相关判决。

[7] 参见《中国对外投资合作发展报告(2020)》,载 <http://images.mofcom.gov.cn/fec/202102/20210202162924888.pdf>, 最后访问时间:2022年12月16日。

[8] 腐败指数由透明国际(Transparency International)发布,对180个国家和地区的廉洁情况进行评估与排名。具体国家的廉洁指数参见 [https://www.transparency.org/en/cpi/2021?gclid=EAIaIQobChMIzryslaia9wIVbgaICR3PdADNEAAYASAAAEgKqfD\\_BwE](https://www.transparency.org/en/cpi/2021?gclid=EAIaIQobChMIzryslaia9wIVbgaICR3PdADNEAAYASAAAEgKqfD_BwE)。

[9] 参见《商务部就2021年我国对外投资合作有关情况等答问》,载 [http://www.gov.cn/xinwen/2022-01/20/content\\_5669535.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2022-01/20/content_5669535.htm), 最后访问时间:2022年12月18日。

[10] See OECD, *Foreign Bribery Factsheet*, available at [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Foreign\\_Bribery\\_Factsheet\\_ENGLISH.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Foreign_Bribery_Factsheet_ENGLISH.pdf), last visited on Dec. 18, 2022.

[11] 2018—2019年的一项问卷调查显示,反腐败是2018至2019年中国企业受境外执法第二主要的原因。参见《中国年度企业合规蓝皮书(2018—2019)》,第57页,载 <https://www.fangdalaw.com/insights/latest-edition-of-chinas-compliance-guide-out-now/?lang=zh-hans>, 最后访问时间:2022年12月18日。

事证据<sup>〔12〕</sup>也表明，我国企业存在跨境商业贿赂的行为。可见，我国海外腐败行为的易发风险与对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪的“零执法”记录形成对比，我国海外腐败犯罪存在执法落差。

对于罪刑规范立而不用的“执法落差”现象，需要思考其背后的原因、理解其运作的逻辑，并尝试给出解决方案。遗憾的是，从既有研究来看，与境内腐败犯罪、民营企业治理与合规等问题相比，反海外腐败显然受到了学界极大的“冷落”。尽管近年来少数学者意识到了我国反海外腐败中的“执法落差”问题，但具体研究仍存在诸多缺憾：一是实操性建议不足，如有学者建议应强化刑事司法打击力度和国际司法合作，<sup>〔13〕</sup>但如果缺乏对“执法落差”现象的成因进行全面梳理，这样的主张可能仅具有宣言性。二是本土性探讨不强，有学者认为我国反海外腐败制度未被完全激活，并建议参照域外立法对我国反海外腐败立法加以完善，但相关建议（如将“加速费”作为反海外腐败的特殊出罪事由<sup>〔14〕</sup>）的本土性实践价值较弱且难以缓解“执法落差”问题。<sup>〔15〕</sup>三是体系性思考不够，如有学者意识到暂缓起诉协议制度对解决“执法落差”问题可能的积极作用，<sup>〔16〕</sup>然而，暂缓起诉协议的价值主要体现于缓解反海外腐败执法的程序性障碍层面，对于缓解实体性障碍、政策性障碍所能起到的作用不大。可以说，到目前为止，学界对我国反海外腐败中“执法落差”的原因与对策的系统性研究是相对缺失的。

本文围绕我国反海外腐败中的“执法落差”旨在解决两个问题：一是对造成反海外腐败“执法落差”的可能原因进行系统性梳理；二是对不同类型的执法障碍进一步展开讨论，探讨可能的解决方案。据此，本文将分别从实体、程序及外部场域三个角度出发进行分析。

• 855 •

## 二、我国反海外腐败实体性执法障碍及其应对

我国实体法对反海外腐败执法可能形成的障碍主要在于三个方面：一是刑事管辖权层面的障碍；二是单位犯罪层面的障碍；三是刑法解释层面的障碍。

### （一）刑事管辖权层面的障碍及其应对

《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）设置了属地、属人、保护、普遍管辖四种管辖权类型。既有管辖权规定对执法可能产生的阻碍主要表现在三个方面。（1）从属人管辖的对象要件来看，《刑法》第7条第1款明确将属人管辖的对象限定为“公民”。刑法用语的射程范围决定

〔12〕 参见高斌：《刑法修正案（八）施行 反海外贿赂有法可依》，载《检察日报》2011年5月17日，第5版。

〔13〕 参见于冲：《中资企业海外商业贿赂的现状考察与刑法应对》，载《江西警察学院学报》2012年第3期。

〔14〕 参见张馨文、刘恒东：《论我国反海外腐败制度的完善进路——以国际反海外腐败立法经验为视角》，载《山东警察学院学报》2021年第1期。所谓“加速费”（facilitating payment），是指向行政官员支付的、旨在加速其非自由裁量性行政业务办理速度的小额费用，目的在于使付款人依法有权获得的服务流程顺利、快速进行。

〔15〕 笔者不认同将“加速费”作为特殊出罪事由：一是因为我国并无“加速费”文化传统，将其作为明文规定的出罪事由将导致与境内行贿罪构成要件的差异并带来价值上的冲突；二是向存在“加速费”规定国家的公职人员行贿的，完全可以基于双重犯罪原则等考量，通过《中华人民共和国刑法》第13条出罪；三是否定将“加速费”作为出罪事由已成为国际主流，不仅为经合组织所倡导，也在英国等国家的国内立法中得到了体现。

〔16〕 参见童德华、贺晓红：《美国〈反海外腐败法〉执法对中国治理海外商业贿赂的借鉴》，载《学习与实践》2014年第4期。

了刑法解释的最大空间,考虑到“公民”一语的通常含义、宪法意涵,以及公民与“单位”概念的互斥关系,我国《刑法》绝对排除了对单位行使属人管辖权的可能。由此,尽管《刑法》第164条第3款规定单位可以作为该罪的犯罪主体,但从总则规定出发,我国无法对中国企业在境外实施的行贿行为行使属人管辖权。(2)从属人管辖的危害性要件来看,《刑法》第7条排斥属人管辖权在轻罪刑事案件中的适用。《刑法》第164条第2款设置了两档法定刑,即“数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役”“数额巨大的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”,由此,事实上将该罪中属人管辖的罪量要素起点由分则规定的“数额较大”变成了经总则调整后的“数额巨大”。同时,现有司法解释仅对该罪“数额较大”的判断标准予以明确,<sup>[17]</sup>并未对“数额巨大”作出解释,由此使得实践中对何为“数额巨大”很难把握,而在“数额较大”的情形下又无法行使属人管辖权,进一步压缩了该罪的适用空间。(3)从管辖权的整体设定来看,近年来,为有效打击海外腐败行为,经合组织强调缔约国应穷尽所有合法管辖权,<sup>[18]</sup>许多国家也积极扩张刑事管辖权。面对这一趋势,考虑到打击腐败犯罪与参与国际治理的需要,同时为对等行使管辖权、反制他国干涉我国主权,有学者提出应拓展我国行使管辖权的范围。<sup>[19]</sup>但是,现行刑法是否为管辖权的适度扩张提供了充分依据还需进一步探讨,换言之,若在反海外腐败问题上将管辖权扩张,而非传统意义上管辖权的克制视为“理想状态”,则需要讨论现有规定本身是否对这种“理想状态”构成了阻碍。

对于上述三个管辖权方面的障碍,可从以下四方面出发加以解决。

第一,应着手修订我国《刑法》中的属人管辖条款,将单位犯罪纳入属人管辖范围(对应“问题一”)。从规范沿革来看,现行《刑法》的属人管辖规定由1979年《刑法》第4条、第5条沿革而来,而当时《刑法》并不承认单位犯罪的概念,因此1979年《刑法》稿本将属人管辖中的“人”限定于公民完全是合理的。在1997年《刑法》修订过程中,或许是因为属人管辖中的“人”是否包含法人并非立法者关注的重点,也没有太大的实践争议,<sup>[20]</sup>所以应否对单位行使属人管辖的问题,便被修订者忽略了。考虑到我国刑法中的犯罪主体本身就包括自然人与单位,在属人管辖问题上没有排除单位作为犯罪主体的特别理由。在单位犯罪越来越普遍,国际交往也不不断加深的今天,这一立法上的疏漏理应通过修订法律的方式加以解决。就反海外腐败而言,鉴于国际公约对单位作为本罪犯罪主体作出了明确规定,<sup>[21]</sup>修订总则中的属人管辖条款也是全面贯彻我国国际法义务的体现。

第二,应合理拓宽属地管辖范围(对应“问题一、三”)。即,应将《刑法》第6条第3款

[17] 参见《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(2022年修订)第12条。

[18] See OECD, Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, p. 19, available at <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/2021-oecd-anti-bribery-recommendation.htm>, last visited on Jun. 10, 2022.

[19] 参见陈宇:《从Petrobras案看美国〈反海外腐败法〉的域外管辖问题》,载《河北法学》2020年第5期。

[20] 比如,高铭喧教授在《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》一书中就1997年刑法典修订过程中对属人管辖项下主要争议问题进行了梳理,并不包括单位犯罪问题。参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第177-180页。

[21] 《联合国反腐败公约》第26条明确提出缔约国应在不违反本国法律原则的前提下对腐败犯罪确立法人责任,我国也并不存在如德国一样反对法人刑事责任的法律原则。

“行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内”中的“一项行为”理解为任何促进结果发生的行为（包括预备行为、实行行为、教唆行为、帮助行为的全部或者一部分），以最大限度拓宽与我国领土的连结点。其合理性在于：首先，从文义来看，这一解释并未明显超出文义范围，不属于为法律所禁止的类推解释；其次，从体系来看，我国在网络犯罪等问题上均对属地管辖进行了拓展性认定，正是因为部分此类行为的跨国性质；再次，从国际法与比较法来看，这种解释与《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》（以下简称《经合组织公约》）以及英国、美国等国国内法的规定相一致；复次，如此解释能够在《刑法》第7条尚未修订期间弥补一部分处罚漏洞，也合理回应了部分学者关于拓宽我国管辖权整体设定范围的呼吁；最后，通过扩张属地管辖范围，能够在国际法允许的范围内，为使我国从反海外腐败的消极执法国变为全球反海外腐败公共产品的积极提供国提出依据，承担大国责任，也与“廉洁一带一路”等主张相一致。事实上，被普遍认为拓宽了美国《反海外腐败法》管辖权范围的第78dd—3条，正是关于属地管辖的规定，而我国《刑法》并不排斥对第6条做类似于该条的扩张解释。对于拓宽管辖权后可能引发的管辖权冲突问题，则可以通过协商等途径，通过寻找最密切联系国、最利益相关国等方式加以解决。

第三，考虑利用普遍管辖条款（对应“问题一、三”）。长期以来，普遍管辖条款在司法实践中并未被充分激活，部分源于对许多与我国存在连结点的国际条约项下罪行，我国都以属地或属人原则进行了管辖。然而，在属地、属人管辖权不明确，或规定有疏漏的语境下，应允许普遍管辖承担补充性、权宜性作用，以治理海外腐败行为。理由在于：首先，从规范文本上看，我国是《联合国反腐败公约》的缔约国，海外腐败是该公约明文规定的罪行，该公约第30条对缔约国施加了“使根据本公约确立的犯罪受到与其严重性相当的制裁”的义务，符合《刑法》明文规定的普遍管辖权发动依据；其次，从规范目的上看，普遍管辖权的设立初衷在于惩治危害全人类共同利益的犯罪，而海外腐败犯罪对人类共同利益的损害已成为国际社会共识；再次，《联合国反腐败公约》强调缔约国追究法人责任的义务，支持行使普遍管辖权可以很好地弥补我国《刑法》第7条在法人责任问题上的规范漏洞。不过，基于尊重他国主权的需要，以及考虑到证据收集、刑事执行等方面可能存在的障碍，在针对海外腐败行为行使普遍管辖权时，仍应强调该腐败行为与我国存在连结点。

第四，对属人管辖的危害性要件问题（对应“问题二”），首先应以司法解释方式明确对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪中“数额巨大”的标准，否则该罪在实践中将很难把握。当前，绝大多数以“价值”作为社会危害性评价核心的犯罪，既有司法解释均有关于不同法定刑幅度所对应之“价值”的规定，以便在实践中得以适用，对其他腐败犯罪也是如此。然而，既有司法解释未能明确对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪中“数额巨大”的判断标准，不得不说是一种缺憾。在此基础上，针对属人管辖中危害性要件架空该罪第一档法定刑的现象，解决方案之一是在充分进行社会危害性评估的基础上考虑上调该罪第一档法定刑幅度，解决方案之二则是从《刑法》解释出发，由于《刑法》第7条规定的是“可以不予追究”而非“应当不予追究”，在具有处罚必要性的场合，例外地追究法定最高刑为三年以下有期徒刑的犯罪行为的刑事责任，也并不违反我国《刑法》。就当前而言，后一方案较前一方案更加合理可行。

## （二）单位犯罪层面的障碍及其应对

1987年《中华人民共和国海关法》中的单位犯罪规定拉开了我国将单位作为犯罪主体的序幕，并于1997年被正式纳入刑法典。然而，《刑法》第30条仅明确了“单位”之概念，却并未对单位刑事责任的要件做详细规定。为此，2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》明确了单位犯罪“二要件说”，即“以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有”。或许是考虑到如此设置使单位犯罪成立要件过宽，2017年《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》将涉互联网金融单位犯罪的成立要件调整为“三要件说”，即“犯罪活动经单位决策实施；单位的员工主要按照单位的决策实施具体犯罪活动；违法所得归单位所有，经单位决策使用，收益亦归单位所有”。然而，上述两种归责模式在海外腐败犯罪治理中均存在缺憾：（1）对于“二要件说”，其类似于美国法下的“雇主责任理论”，即以利益归属作为认定犯罪主体的关键。但一方面，从法理与实践上看，以单位是否获利（包括减少支出、减少成本）作为单位犯罪的主要成立依据过于粗疏，使单位犯罪成立要件过宽，也无法使单位弃恶从善，还引发了实践中自然人拉法人“垫背”的现象，<sup>〔22〕</sup>有违反责任主义原则之嫌，并使单位处于不利地位，不当地威胁其他利益相关人（如投资人、员工等）利益；另一方面，从政策上讲，考虑到海外腐败行为的隐蔽性以及犯罪治理需要，“让公司对任何层级、任何员工实施的任何犯罪负责，而不论公司有无有效的合规计划、是否主动报告与寻求合作，不是大公司内最好的预防犯罪的形式”<sup>〔23〕</sup>，“二要件说”过大的犯罪成立范围、对单位责任的过度追究以及缺失对单位阻止犯罪的激励机制，不利于犯罪预防及私营部门的协同治理。由此，在海外腐败场景下，“二要件说”在归责的广泛性与处罚的正当性间形成了紧张关系，使得司法实践更倾向于不处罚此类案件。（2）对于“三要件说”，其类似于英国法下的“同一视理论”，即以单位决策层作为认定犯罪的关键。但一方面，在大企业，尤其是跨国企业中，管理链通常较为复杂，作为单位决策层的高级管理人员一般较少亲自参与具体管理、发出具体指令，由此，如果在反海外腐败案件中执意寻求“经单位决策实施”，将目光局限于公司决策层，将不合理地限缩处罚范围；另一方面，由于行贿是一种相对秘密的行为，寻求“单位决策”本身也将面临证据收集上的困难。可见，当前关于单位犯罪成立要件的模式，均难以较好处理海外腐败案件。

对于上述单位刑事归责方面的障碍，应对核心在于引入组织体刑事责任模式。从比较法上看，对法人的刑事归责，经历了将目光由企业中的自然人移至企业自身的转向。在美国，法人刑事责任的传统通说是雇主责任理论，其归责根据是，法人中的任何代理人在职务范围内基于为公司谋取利益的故意实施犯罪行为的，其行为即可归责于法人。然而，由于雇主责任原则归责范围过广，同时考虑到企业自身作为犯罪预防资源，而不仅仅是犯罪实施主体的特殊地位，实践中，检察官开始利用自由裁量权限缩法人处罚范围，并以侯德备忘录、汤普森备忘录等形式将目光聚焦于组织体自身运营。<sup>〔24〕</sup>由此，美国对法人犯罪的刑事归责，经历了“以事实上的制裁与控制

〔22〕 参见时延安：《合规计划实施与单位的刑事归责》，载《法学杂志》2019年第9期。

〔23〕 Jennifer Arlen & Samuel W. Buell, *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, 93 University of Southern California Law Review 697, 707 (2020).

〔24〕 See Sanford H. Kadish et al., *Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 785-789.

法人犯罪，取代规范上的雇主责任理论”〔25〕的嬗变。与此相似，英国传统上对法人犯罪采“同一视理论”，这遭到了经合组织的批评，因为同一视理论“似乎永远不可能适用于分散运营或远离公司总部的大公司”，并建议扩大法人责任的归咎范围。〔26〕在此背景下，《2010 反贿赂法案》新设“商业组织预防贿赂失职罪”这一严格责任犯罪，并将“充分合规程序”作为法定抗辩事由，体现了在贿赂犯罪问题上对法人课以合规义务，而非延续传统的“同一视理论”的立场，以鼓励公司参与腐败治理。可见，英美两国在法人刑事责任问题上的共同特点均表现为将单位的可责性根据更多地立足于组织体自身的治理结构、合规计划等方面，有学者称其为“回应性失误”（reactive fault）。〔27〕

近年来，我国许多学者通过重塑归责模式等方式，试图引入组织体刑事责任模式。〔28〕就反海外腐败而言，这种以组织体为核心的单位犯罪归责模式具有显著优势：（1）能够避免“二要件说”无限扩张单位犯罪成立要件的弊端。从一定程度上讲，由于实施海外腐败行为的员工基本全部或部分地、显性或隐性地以单位名义实施犯罪行为，且较容易认定单位从中获取不正当利益（如不正当竞争优势），如此将使得绝大多数海外腐败行为都可以被解释为单位犯罪，这种极度扩张单位犯罪成立范围的做法是值得检讨的。特别是，即使单位已经建构了较为完善的合规机制甚至是良好的企业文化，但由于海外经营过程中员工行为的广泛性、分散性、不确定性，依然发生了腐败行为，若在此情形下，仅因员工以单位名义实施犯罪，且单位从中受益，便让单位对员工的行为负责，在法理上有违责任主义的原理，在政策上也将不合理地挫败企业参与犯罪预防的积极性。（2）能够避免“三要件说”不合理限缩单位犯罪成立要件的弊端。在跨国企业商业贿赂案件中，行贿的故意往往存在于公司管理链的下方，且很难找到上级的指令与授权，如果严格采取“三要件说”，则相当多的海外腐败行为都无法被解释为单位犯罪行为。（3）考虑到海外腐败案件的跨国性质，以及后文所述的在线索获取、证据收集等方面所需的大量成本，从现实立场出发，通过单位刑事归责模式的重塑，确立组织体刑事责任模式，促使单位自身主动发挥犯罪预防功能，从而将犯罪预防的一部分责任和压力转移给企业，推动企业合规经营、避免犯罪并防止被起诉，同时保护利益相关人权益，〔29〕也是海外腐败犯罪特殊治理背景下的一种理性的选择。

### （三）刑法解释层面的障碍及其应对：以社会危害性为核心

立足《刑法》第13条的规定，对海外腐败行为的社会危害性评价，将直接影响刑事司法实践是否对此类行为作犯罪处理。然而，对腐败行为的社会危害性评价，我国长期以来存在两种倾向。（1）对行贿罪的社会危害性评价低于受贿罪。与许多国家不在危害程度上区分受贿与行贿不

〔25〕 前引〔23〕，Jennifer Arlen、Samuel W. Buell文，第707-708页。

〔26〕 See OECD, United Kingdom's Phase 2 Monitoring Report, pp.65-66, available at <https://www.oecd.org/corruption/unitedkingdom-oecdanti-briberyconvention.htm>, last visited on Jun. 15, 2022.

〔27〕 See Federico Mazzacupa, *Justifications and Purposes of Negotiated Justice for Corporate Offenders: Deferred and Non-Prosecution Agreements in the UK and US Systems of Criminal Justice*, 78 Journal of Criminal Law 249, 262 (2014).

〔28〕 参见前引〔22〕，时延安文；黎宏：《组织体刑事责任论及其应用》，载《法学研究》2020年第2期；史蔚：《组织体罪责理念下单位故意的认定：以污染环境罪为例》，载《政治与法律》2020年第5期；耿佳宁：《单位固有刑事责任的提倡及其教义学形塑》，载《中外法学》2020年第6期等。尽管学者们在具体的论证进路以及制度设计上有所差别，但均在归责层面重点关注组织体自身。

〔29〕 See Andrew Weissmann & David Newman, *Rethinking Corporate Criminal Liability*, 82 Indiana Law Journal 411 (2007).

同,我国长期存在重受贿、轻行贿的传统,这体现在:首先,在1979年《刑法》制定时,立法者便为行贿罪配置了较受贿罪轻的法定刑,其原因在于受贿是国家工作人员利用职务实施的犯罪,一般认为其社会危害性比行贿罪更大,<sup>[30]</sup>这背后体现的是我国对国家工作人员赋予了较一般公民更高的法律与道德要求。其次,1997年以来,《刑法》虽对行贿与受贿犯罪的法定刑进行了修改,但从立法者至今仍为受贿罪配置死刑与终身监禁,而行贿罪最高刑为无期徒刑来看,“重受贿轻行贿”的立场仍未转变。再次,司法实践中,职务犯罪案件中大量行贿人未被追究刑事责任,法院审理的行贿犯罪案件数远远低于受贿犯罪案件数,法院判决行贿案件刑罚适用量过低、缓刑适用量过高,这都体现了我国长期以来在社会危害性评价上重受贿而轻行贿的特点。<sup>[31]</sup>

(2) 对非公共领域贿赂犯罪的社会危害性评价整体低于公共领域贿赂犯罪的社会危害性评价。比如,非国家工作人员受贿罪与受贿罪行为模式基本相同,核心区别在于是否涉及公共领域,据此,在刑罚设置上,立法者为两罪设定了不同的法定最高刑,司法解释为两罪不同法定刑幅度对应的数额起点作出了差异性规定。相似地,由于对非国家工作人员行贿罪与行贿罪分别涉及非公共领域与公共领域,《刑法》及司法解释对两罪的法定刑设置、立案追诉标准以及主动交代贿赂行为下的减免处罚规定,<sup>[32]</sup>均作了差异化安排。此外,尽管对非国家工作人员行贿罪的单位犯罪较单位行贿罪法定刑高,但既有研究表明,实践中对前者的量刑显著低于后者。<sup>[33]</sup>这均体现出我国刑法整体上“重涉公贿赂、轻商事贿赂”<sup>[34]</sup>的特点。在上述“重受贿、轻行贿”“重涉公贿赂、轻商事贿赂”的背景下,增设对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪时,立法者在该罪涉及他国公共领域的前提下,将其置于《刑法》分则第三章,与商事贿赂犯罪相并列,事实上是将该罪置于整个贿赂犯罪治理体系中相对末端的位置,认为其社会危害性较小。对于一个社会危害性较小、治理难度又极大的犯罪,在实践中出现“执法落差”,便不难理解。

从社会危害性的角度来看,另一个导致本罪在实践中出现“执法落差”的原因或许在于本罪所保护的同类客体。立法者将本罪置于“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章,因此,其社会危害性是借由侵犯“社会主义市场经济秩序”这一同类客体来实现的。然而,我国企业在海外实施的腐败行为,对社会主义市场经济秩序的威胁即使有也极其微弱、间接。由此,一方面,《刑法》第13条要求对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪的成立以破坏社会主义市场经济秩序且情节严重为前提,另一方面,海外腐败行为通常不会对上述犯罪客体构成直接、严重的威胁,由此同样可以解释“执法落差”的出现。

对于上述社会危害性层面的障碍,应从以下两方面加以解决。一是,应积极推进“受贿行贿一起查”并将其在商事贿赂领域落到实处。对海外腐败行为社会危害性评价的不足,已不仅仅是

[30] 参见前引〔20〕,高铭喧书,第159页。

[31] 参见李少平:《行贿犯罪执法困局及其对策》,载《中国法学》2015年第1期。

[32] 在对非国家工作人员行贿罪下,行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚;而行贿罪下,行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚,仅在特殊情况下才可减轻或者免除处罚。

[33] 参见李本灿:《对非国家工作人员行贿罪的立法论思考》,载《国家检察官学院学报》2021年第3期。

[34] 由于《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》对“商业贿赂”作了较为宽泛的认定,包含了当时所有的贿赂犯罪类型,故笔者在此处采“商事贿赂”的表述以示与“涉公贿赂”的区别,前者特指《刑法》分则第三章规定的贿赂犯罪,后者特指与前者相对应的《刑法》分则第八章规定的贿赂犯罪。

立法论层面的困境，而涉及刑事政策、执法传统、民众观念等多方面内容。由此，尽管修订法律是可以考虑的一个选项，比如，可以建议将行贿与受贿的法定刑、商事贿赂犯罪与涉公贿赂犯罪的法定刑提升至同一水平，并将对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪移至“贪污贿赂罪”一章，但一方面，这样系统性修订腐败犯罪格局的倡议合理性仍有争论空间，立法者未必有足够的动力做如此修改，民众也未必支持做如此修改，另一方面，立法对贿赂犯罪法定刑的调整未必能够带来司法实践的改变，因为长期以来“重受贿轻行贿”的做法，在一定程度上也是由司法实践而非立法差异推动的。在此背景下，更加合理的选项是继续且全面地推进“受贿行贿一起查”。近年来，我国积极加强行贿与受贿协同治理，以进一步推进反腐败斗争，<sup>〔35〕</sup> 这契合了两种犯罪对向犯的规范属性，以及实践中两类犯罪“互为线索”的特点。在这一背景下，应继续坚持“受贿行贿一起查”，同时应认识到市场经济是法治经济，良好的商业环境对社会主义市场经济建设具有重要意义，进一步将“受贿行贿一起查”在商事贿赂领域落到实处。从一定意义上讲，在政策上与观念上重视行贿犯罪、商事贿赂犯罪治理，对于激活海外腐败犯罪执法的意义大于法律修改。

二是，需要技术性地解决本罪保护客体的问题。本罪对社会主义市场经济秩序的侵害具有微弱性、间接性，社会主义市场经济秩序只能理解为本罪保护的次要客体，而本罪保护的主要客体应当是外国公职人员、国际公共组织官员职务行为的公平性。这一理解需要回答的问题是：一方面，他国官员职务行为的公平性为何应受我国刑法保护；另一方面，旨在保护他国官员职务行为公平性的犯罪为何被规定于分则第三章而非第八章。对此，本文的回应是：（1）之所以需要保护他国官员职务行为的公平性，是因为经济建设不是零和博弈，在经济全球化深入发展的背景下，任何一国公权力机关在国际经济领域的行为，事实上都一定程度地扮演着为全球经济发展提供公共产品的角色，良好的国际公共产品将服务于我国发展。而且，随着我国企业越来越多地“走出去”，他国官员不公平的职务行为既可能使我国受益，也可能使我国受害，从“无知之幕”的角度出发，保护他国官员职务行为的公平性也能够以正义的方式保护我国企业的合法权益。（2）之所以将以他国官员职务行为公平性作为主要保护客体的犯罪规定于次要客体所在的第三章而非主要客体所在的第八章，或许是出于互相尊重主权的考量，因为他国公职人员部分地行使他国主权。因此，如果将海外腐败犯罪置于第八章，以他国公职人员职务行为的公平性作为我国《刑法》明文肯定的保护客体，会在一定程度上介入他国的主权行为，与我国外交政策以及国际法上的基本原则存在一定的矛盾之处，这也部分地回答了为什么国际社会在海外腐败问题上仅针对行贿，而将对受贿的处理交由母国政府。由此，《刑法》第164条第2款保护的复杂客体包含外国公职人员、国际公共组织官员职务行为的公平性（主要客体），以及社会主义市场经济秩序（次要客体）；外交政策与国际法方面的考量会影响立法者形式上的体例选择，但不应影响实质层面对特定犯罪行为类型社会危害性的评价。这一解释路径能够让我们重新评价本罪保护客体的内容与程度，对于技术性地缓和“执法落差”问题具有一定助益。

〔35〕 比如，“受贿行贿一起查”被写入党的二十大报告及2022最高人民法院、最高人民检察院工作报告，中央纪委国家监委会同有关单位联合印发的《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》，国家监察委员会、最高人民检察院发布的行贿犯罪典型案例等。

### 三、我国反海外腐败程序性执法障碍及其应对

我国反海外腐败的程序性执法障碍主要在于线索获取、证据收集、刑事审判等三个方面，对此应考虑以非庭审解决模式加以应对。

#### （一）程序性执法障碍的来源

一起腐败犯罪案件通常需要经过线索获取、证据收集、刑事审判等多个环节，然而，就海外腐败犯罪而言，上述环节均充满程序性执法挑战。

在线索获取方面：（1）职务犯罪案件线索大量来源于行受贿案件的相互牵出，然而，在海外腐败犯罪案件中，由于受贿方系跨越司法辖区的他国公职人员或国际公共组织官员，其受贿行为出于种种原因未必受到追查，即使受到追查，受贿人所在国也未必将犯罪线索移交至行贿人所在国，且双方的信息流通速度往往相对缓慢，致使行贿人所在国无法及时获取行贿案件线索。经合组织关于行贿、受贿端的执法调查显示，双方信息交流渠道缓慢，行贿端即使受到追查，与受贿端执法时间差也常常多达几十个月，且案件的相互牵出往往不是基于两端的官方信息交换，绝大多数案件依赖媒体报道。<sup>〔36〕</sup>可见，在海外腐败犯罪案件的实践中很难及时产生行贿端与受贿端的“牵出”效应。（2）国内行受贿犯罪案件相互牵出通常是在调查阶段且线索移送较快，因此多不会突破追诉时效的限制；但在海外腐败犯罪案件中，由于涉及相互间信息沟通不畅的多个司法辖区，行受贿犯罪的相互牵出更可能发生于一方已结案的情况下，而“数额较大”的海外腐败犯罪案件追诉时效为五年，由此，即使发生“牵出”效应，也很可能已过追诉时效，致使我国无法对案件进行处理。可见，海外腐败犯罪案件的线索来源渠道远窄于国内腐败犯罪案件，并更可能受到追诉时效的限制。

在证据收集方面，职务犯罪证据通常包括银行交易、通话记录、活动轨迹、项目材料等书证、证人证言等。但在海外腐败犯罪案件中，证据收集存在如下困境：（1）可由我国直接掌握、获取、控制的证据相对较少。在海外腐败犯罪案件中，大量行为发生于境外，许多证据并不在我国的直接控制之下，或不能为我国直接调取。（2）异常交易活动识别困难。海外腐败犯罪的成立要件决定了必须对行贿人向受贿人提供“财物”的行为加以证明。然而，第一，许多不正当利益通过隐性方式提供，如留学、旅游等，并可能涉及第三国；第二，跨国公司银行流水往往较大，在其中识别异常的交易活动本就相当困难；第三，跨国公司交易可能涉及多个币种、多国银行，致使财物走向更加复杂。（3）获取境外证据依赖刑事司法协助渠道。为应对长臂管辖，《刑事司法协助法》第4条第3款明确规定刑事司法协助系唯一合法对外提供协助的渠道；基于对等原则，我国通常也会在刑事司法协助的框架下从他国获取证据，具体经过“提出请求、境外审查、境外处理”等多个阶段。这一流程不仅耗时很长，而且会附带产生一定费用，同时，对没有与我国订立双边刑事司法协助条约的国家，还需对外作出互惠承诺。由此，鉴于跨境腐败犯罪案件中

〔36〕 See OECD, Foreign Bribery Enforcement: What Happens to the Public Officials on the Receiving End?, p. 7, available at <https://www.oecd.org/fr/corruption/foreign-bribery-enforcement-what-happens-to-the-public-officials-on-the-receiving-end.htm>, last visited on Jun. 22, 2022.

相关证据大量、复杂、分散、难获取的特点，从成本收益分析的角度出发，要求我国耗费大量的时间成本、经济成本并在无双边条约时对外作互惠承诺，通过刑事司法协助渠道获取证据，以追查发生于境外、可由他国管辖、未对我国造成较大直接影响的海外腐败行为，执法者执法动力不足便可以理解。

从刑事审判的角度来看：（1）刑事诉讼需要对案件证据进行审查并达到排除合理怀疑的程度，且《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）及相关司法解释对各类证据的证据能力做了详细规定。由于各国对证据与证据收集的要求不一，对于通过刑事司法协助渠道获取的证据，未必符合我国《刑事诉讼法》对证据能力的要求。比如，不同国家对电子数据及其存储介质的原始性、真实性、完整性的要求可能不同，对证据的形式要件，如采集的法定程序与相应文书要求可能不同等。我国对跨境电信网络诈骗犯罪案件的处理常常面临上述问题，为此，实践中，我国执法人员可能通过警务合作渠道赴境外参与跨境电信网络诈骗犯罪的证据收集工作，相关司法解释也对此类案件中的证据瑕疵做了例外的补救性规定。然而，考虑到海外腐败涉及他国公职人员，他国未必同意在这一领域开展类似的警务合作或监察机关合作，且海外腐败犯罪在我国通常无直接受害人及较大社会影响，跨境电信诈骗犯罪案件在证明上的特殊安排难以复制于海外腐败犯罪。（2）刑事诉讼还需要“被告人”的存在。对于国内犯罪，被告人出现在刑事法庭通常理所当然，但在海外腐败犯罪案件中却未必如此，这主要涉及引渡问题。对于自然人海外腐败犯罪，行贿人可能居于其国籍国，如 A 国国籍的中国公司海外员工在 A 国行贿，此时，根据本国国民不引渡原则，我国无法将其引渡至境内受审。对于单位海外腐败犯罪也可能存在直接责任人居于其国籍国的情况，而且，由于部分国家刑法并不存在单位犯罪规定，以单位犯罪为依据引渡直接责任人也可能因违反双重犯罪原则而遭拒绝。

## （二）程序性执法障碍的应对路径：以非庭审解决模式为核心

反海外腐败的程序性执法障碍并非我国独有，而国际社会应对上述困境的一个重要措施是通过非庭审解决模式（non-trial resolutions），如美国暂缓起诉协议、不起诉协议制度等，激励公司参与犯罪治理。其背后的运作逻辑在于，通过运用严厉的企业刑事制裁“大棒”，以及在企业采取合作态度的情况下部分或完全消除刑事制裁的“胡萝卜”，从公司提取有关不当行为、犯罪者身份、犯罪性质等方面证据，同时鼓励公司合规经营、自我报告、积极合作，寻求解决问题的方案。<sup>〔37〕</sup>

非庭审解决模式已成为世界范围内反海外腐败的主要执法模式。经合组织 2019 年进行的一项研究表明，截至 2018 年年中，非庭审解决模式在反海外腐败执法中占比高达 78.2%，其中，针对自然人的非庭审解决模式占比 72%，针对法人的非庭审解决模式占比 91%。<sup>〔38〕</sup> 非庭审解决模式对反海外腐败犯罪执法的促进作用是显著的，以英国为例，该国在 2010 年出台《2010 反贿赂法案》后，于 2013 年出台《2013 犯罪与法院法案》并引入暂缓起诉协议制度，这直接带来了此后英国反海外腐败执法的大幅增长（执法数据见图 1）。美国学者也指出，美国之所以能够成为

〔37〕 参见前引〔23〕，Jennifer Arlen、Samuel W. Buell 文，第 699—700、708 页。

〔38〕 See OECD, Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions, pp. 22–23, available at <https://www.oecd.org/corruption/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.htm>, last visited on Jun. 23, 2022.

反海外腐败执法中的佼佼者，主要是因为其法人刑事责任规则以及旨在鼓励公司自我报告、积极合作、寻求解决方案的执法政策。<sup>〔39〕</sup>在此背景下，近年来，许多国家均引入类似措施用于海外腐败犯罪执法，如巴西宽大处理协议制度、加拿大补救协议制度等，经合组织也明确建议各缔约国采取多种形式的非庭审解决模式应对海外腐败犯罪。<sup>〔40〕</sup>整体来看，以非庭审模式解决海外腐败犯罪问题存在以下优势。

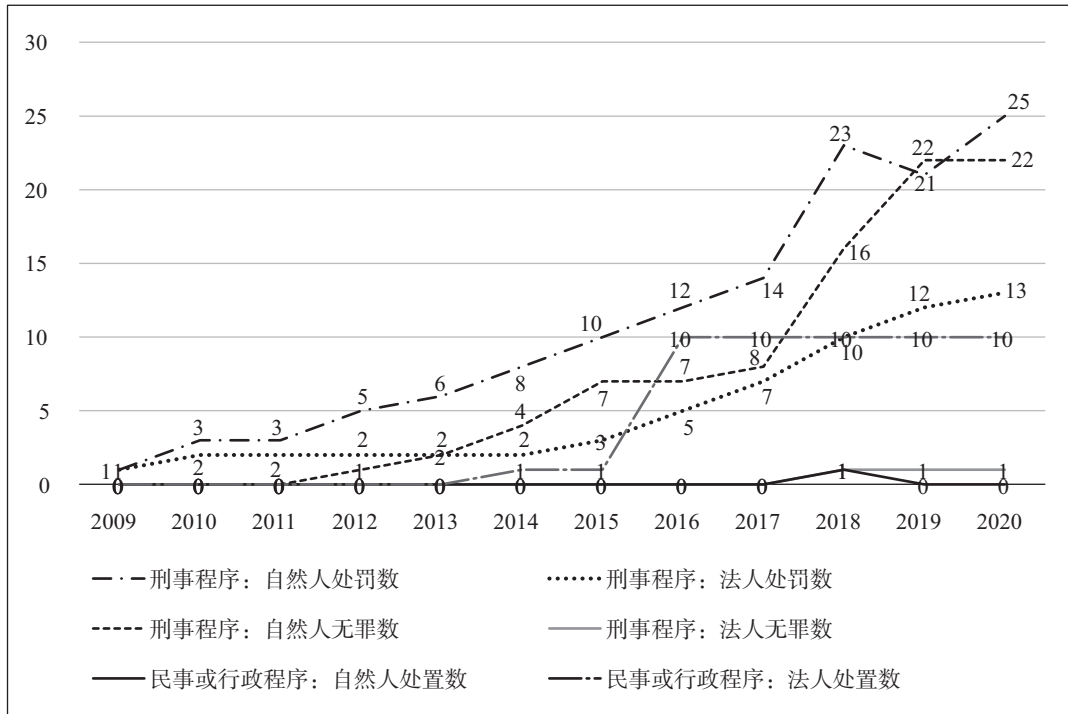


图1 英国反海外腐败执法数据

(历年数据均为1999年《经合组织公约》生效至当年年底数据)<sup>〔41〕</sup>

一方面，对刑事司法系统而言，将非庭审解决模式运用于反海外腐败领域，能够以最小的执法成本获取最大的执法收益，且符合刑事司法的正义诉求。(1)在线索获取方面，海外腐败案件的跨国性质使调查机关难以通过传统的“牵出”效应获得犯罪线索并启动调查程序，而大型、复杂的跨国公司比位于公司外部的调查人员更能获得有关公司内部不当行为的线索与证据，因此，以合规为媒介推动“公司警务”，鼓励公司自我监测、自我调查、自我报告，将公司作为主动识别犯罪线索的“合作者”而非可能掩盖犯罪线索的“犯罪人”，便成为一个相对理性的选择。经合组织调查显示，自我报告是1999—2017反海外腐败犯罪案件最主要的线索来源。<sup>〔42〕</sup>(2)在证

〔39〕 参见前引〔23〕，Jennifer Arlen、Samuel W. Buell文，第699—700页。

〔40〕 参见前引〔18〕，OECD文，第9页。

〔41〕 数据来源于经合组织历年年度执法报告中英国的数据。See OECD, Data on enforcement of the Anti-Bribery Convention, available at <https://www.oecd.org/corruption/data-on-enforcement-of-the-anti-bribery-convention.htm>, last visited on Apr. 15, 2023.

〔42〕 See OECD, The Detection of Foreign Bribery, p. 10, available at <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/The-Detection-of-Foreign-Bribery-ENG.pdf>, last visited on Jun. 23, 2022.

据收集方面，非庭审解决模式能够减少对海外证据的依赖，避免传统国际刑事司法协助渠道在取证上的迟滞，节约大量司法资源，使调查机关能够在单位时间内处理更多海外腐败案件，也能够将更多资源置于其他犯罪领域。而且，由于海外腐败犯罪证据往往存在于公司内部邮件往来、财务明细中，这使得公司事实上处于更容易调取、识别相关信息的地位。(3) 非庭审解决模式可以因公司的合作而避开刑事审判环节，由此使得海外腐败犯罪案件中可能的证据瑕疵问题得以缓解，克服了庭审所需的大量时间、资源，还能够促进被告人配合有权机关执行相关承诺，如追缴非法利润等。(4) 从刑事司法的正义诉求来看，公司没有事实上的主观故意，对其施以报应没有意义，而非庭审解决模式能够更好地服务于犯罪预防的功利主义目标。而且，通过非庭审解决模式，能够减少因刑事起诉、定罪而产生的对投资人、合同相对方、企业员工的影响，最大限度地降低对无辜者的附带性损害。

另一方面，跨国企业有足够动机选择非庭审解决模式并从中受益。(1) 企业有主动合作的强大动机：首先，声誉对企业极为重要，而刑事定罪往往会使企业声誉受到极大损害，特别是对大型跨国公司、上市公司来说，卷入刑事案件常常会使公司股价下跌。“即使公司只是被宣布成为海外腐败调查的对象，都可以对公司带来巨大的声誉损失”<sup>〔43〕</sup>，“起诉与定罪对企业的巨大代价使他们常常只考虑非庭审解决模式这一个选项”<sup>〔44〕</sup>。其次，刑事审判往往具有较大不确定性，且刑事程序所需时间往往较长，因此对公司产生的负面影响也相应更为持续，并可能导致企业经营的中断。再次，正式而全面的调查、起诉与定罪还可能给企业带来其他附带后果，如可能的高管变动与潜在的民事诉讼。(2) 大型跨国公司尤其有动机参与合作。研究显示，小型企业与调查机关合作的可能性更小，因为小型企业高层对企业日常经营的参与度更高，也更可能卷入不当行为，且非庭审解决模式下被课以的罚款往往超过资本薄弱的小公司的支付能力。<sup>〔45〕</sup>相比之下，海外腐败犯罪案件常常涉及大型跨国公司，其往往更关注企业声誉及股价，而非掩盖公司员工的罪行或支付罚款，因此更有动力选择与调查机关合作而非对抗。(3) 企业能够通过合作获得收益。对可能涉嫌犯罪的企业，首先，在主动披露犯罪环节，企业一方面能够通过自查及时发现实施不法行为的个人，如果企业已经做了充分的合规努力，该行为系员工个人行为，则企业的自查与披露能够避免卷入与单位犯罪有关的任何调查，最大限度防止可能的声誉损失；另一方面，即使企业员工的行为可被归责于单位，企业的主动报告也类似于自然人犯罪中“自首”，使企业在后续处置过程中处于相对有利的地位。其次，在达成协议过程中，鉴于调查机关仍享有相当的调查资源，且宣布调查本身即可能对企业造成影响，企业此时主动寻求合作，缓解了定罪风险，在最后达成协议时可能得到一定“宽宥”，且能够向公众展示其“主动配合、改过自新”的立场，挽回公司声誉，增强股东、员工及其他利益相关人的信心。最后，在执行协议时，企业通过执行协议内容、改善公司环境、加强公司治理，能够营造良好企业文化、承担犯罪预防责任、减少日

• 865 •

〔43〕 Joseph W. Yockey, *FCPA Settlement, Internal Strife, and the "Culture of Compliance"*, 2012 Wisconsin Law Review 689, 696 (2012).

〔44〕 前引〔43〕, Joseph W. Yockey 文, 第 691 页。

〔45〕 See Jennifer Arlen, *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, in Alon Harel & Keith N. Hylton eds., *Research Handbook on The Economics of Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 148, 152–153.

后公司运营过程中涉刑事犯罪的“风险点”。

综合上述分析,通过引入非庭审解决模式,发挥“公司警务”与“刑事合规”功能,能够较好地化解海外腐败犯罪案件中的程序性障碍。近年来,我国已有一些学者从民营企业保护、犯罪预防、企业治理等角度出发积极主张引入附条件不起诉制度,<sup>[46]</sup>设计《刑事诉讼法》中对应的具体赋权条款,<sup>[47]</sup>合规试点工作也已在我国全面推开,这一转变对于加强反海外腐败执法亦具有重要意义。然而,与国内涉民营企业犯罪不同的是,基于前述程序性障碍,特别是调查机关在获取线索与证据方面力所不逮,在海外腐败犯罪中运用“胡萝卜加大棒”的治理模式,需要特别注意两个问题:(1)考虑到“自我报告”在海外腐败线索获取中的重要性,应特别强调“自我报告”对进入非庭审解决模式的关键性作用。正如英国《暂缓起诉协议实践指南》指出,企业是否自我报告不当行为并不当然获取暂缓起诉协议,但“未在发现不当行为后的合理时间内报告”却常常是进行公共利益衡量、评估是否进入暂缓起诉协议的重要理由。<sup>[48]</sup>这在海外腐败领域尤为重要。(2)一些配套的制度与机制也应相应加以完善,如加强对举报人的激励与保护机制,使监察机关、公安机关更可能获取腐败犯罪案件线索。

#### 四、我国反海外腐败“外源性”执法障碍及其反思

刑事司法系统并非一个与外界隔绝的独立场域,其在运作过程中不可避免地会与其他外源性场域产生互动,并在互动中进一步形塑其运作逻辑,如民营经济领域国家经济政策会对刑事政策与刑事法制产生重要影响,<sup>[49]</sup>这体现了经济场域对法律场域的塑造。在反海外腐败执法中,需要特别讨论经济场域对法律场域的影响,即经济考虑可能对反海外腐败形成的“外源性”执法阻碍,这突出表现为“囚徒困境”问题。

打击腐败对促进经济增长、优化竞争环境具有重要意义,发生于一国内部的腐败行为,其消极经济影响也发生于国内,因此各国多予以严厉打击,但在海外腐败领域行贿者较非行贿者更可能在商业竞争中获得比较优势并赢得合同,而产生的对经济的负面影响则主要发生于境外,由此使得对行贿者所在国来说,不积极治理海外腐败犯罪不仅能够节约司法资源,还能使本土企业在海外竞争中处于优势地位,其营收也能为国家带来更多税收。因此,许多国家在历史上甚至允许将海外行贿企业的行贿款在税收中予以扣除。<sup>[50]</sup>尽管税收抵扣近年来已基本被取消,但上述经济场域的运作逻辑仍可能以其他“隐性”的形式发挥影响,特别是使许多国家在反海外腐败执法中相对“克制”。对此,正如有学者所说:“在他国执行海外腐败禁令时,每个国家都有背叛动

[46] 参见时延安:《单位刑事案件的附条件不起诉与企业治理理论探讨》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期;陈瑞华:《刑事诉讼的合规激励模式》,载《中国法学》2020年第6期。

[47] 参见李奋飞:《“单位刑事案件诉讼程序”立法建议条文设计与论证》,载《中国刑事法杂志》2022年第2期。

[48] See SFO, Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, p. 5, available at <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/guidance-for-corporates/deferred-prosecution-agreements/>, last visited on Jun. 27, 2022.

[49] 参见时延安、敖博:《民营经济刑事法制保护的政策目标及实现》,载《中国人民大学学报》2021年第4期。

[50] See John Brademas & Fritz Heimann, *Tackling International Corruption: No Longer Taboo*, 77 Foreign Affairs 17, 19 (1998).

机。背叛的国家可以受益，因为如果该国企业可以继续行贿，而其他国家企业不能，将增加其在国外合同中的比例。这是一个经典的囚徒困境问题：合作的结果是对非合作结果的改进，但每个玩家都能通过不遵从合作协议而优化自己的结果。”<sup>〔51〕</sup>

上述经济场域的运作逻辑同样可能成为我国在反海外腐败问题上消极执法的潜在理由。然而，应当注意到当前反海外腐败执法领域的变化对传统“囚徒困境”的影响，即反海外腐败越来越多地表现出“以单边执法扩张促进多边执法实施”的特点。反海外腐败整体历经三个阶段：（1）单边执法阶段，即美国于1977年率先制定《反海外腐败法》。然而，最初版本的《反海外腐败法》将美国置于不公平的竞争环境，导致每年损失估计300亿美元的国际合同。<sup>〔52〕</sup> 尽管1988年，美国通过在《反海外腐败法》中增设抗辩事由，将投资国特定的法律与文化背景融入反海外腐败执法中，对美国企业平等参与海外竞争具有一定“润滑作用”，但仍无法较好解决单边执法所产生的将美国企业置于不公正地位的问题。（2）多边执法的探索阶段，20世纪80年代，美国开始致力于搭建反海外腐败多边平台。此后，以《经合组织公约》为代表的多个反海外腐败多边框架得以建立，许多缔约国在国内法中设立了相应反海外腐败犯罪条款，但很长一段时间里，相当多国家并无反海外腐败执法记录。（3）以单边执法扩张促进多边执法实施阶段。美国近年来反海外腐败执法活动突出表现出以下特点：一是借助微弱连结点广泛管辖外国公司在海外的行贿行为，二是对外国公司施以与美国国内公司不同的严厉的制裁。<sup>〔53〕</sup> 对于这一现象，美国有学者将其总结为一种“以单边执法扩张促进多边执法实施”的运作逻辑，即：经合组织之所以能够成为反海外腐败的有效机制，不是因为其多数缔约国都是强有力的执法者，而是因为它通过鼓励管辖权的扩张而使少数国家成为强有力的单边执法者。<sup>〔54〕</sup> 曾经由于反海外腐败执法中的“囚徒困境”，外国政府的首选是对反海外腐败执法不力，但美国等少数国家的积极介入使这一选项不复存在，则外国政府更可能选择“次优解”，即加强本国执法，而非将对本国企业（特别是如“西门子”一类的龙头企业）刑事犯罪的管辖权“拱手让人”。在这一背景下，近年来，德国、英国、法国等均已成为积极的执法者。<sup>〔55〕</sup>

这一变化对我国的启示主要在于，需要重新评估反海外腐败中的“囚徒困境”效应。首先，以英国为代表的许多国家越来越多地效仿“美国模式”，扩张传统的刑事管辖权边界，将许多仅有较低联系的连结点作为行使管辖权的根据。在此背景下，许多我国企业在外行贿的行为事实上

〔51〕 Rachel Brewster, *The Domestic and International Enforcement of the OECD anti-Bribery Convention*, 15 Chicago Journal of International Law 84, 96 (2014).

〔52〕 See Statement by the President for Amendments 1998, available at <https://www.justice.gov/criminal-fraud/legislative-history>, last visited on Jun. 28, 2022.

〔53〕 调查显示，美国证交会与司法部对美国公司施以的罚金明显低于非美国公司。See Stephen J. Choi & Kevin E. Davis, *Foreign Affairs and Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act*, 11 Journal of Empirical Legal Studies 409, 423, 425 (2014). 另一项研究也表明，与《反海外腐败法》相关的最大的和解与罚款主要针对的是非美国公司。See Annalisa Leibold, *Extraterritorial Application of the FCPA under International Law*, 51 Willamette Law Review 225, 238 (2015). 还有学者指出，外国企业受到的罚款平均是美国企业的22倍。See Brandon L. Garrett, *Globalized Corporate Prosecutions*, 97 Virginia Law Review 1775, 1780 (2011).

〔54〕 See Rachel Brewster & Christine Dryden, *Building Multilateral Anticorruption Enforcement: Analogies between International Trade & Anti-Bribery Law*, 57 Virginia Journal of International Law 221, 247 (2018).

〔55〕 参见前引〔54〕，Rachel Brewster、Christine Dryden文，第253-261页。

可由他国进行管辖。其次,如图2所示,近十年来,反海外腐败总执法数量有明显升高,经合组织成员国中参与执法的国家数也较十年前增长了一倍。再次,与21世纪初反海外腐败犯罪执法主要由美国主导不同,近年来,出现越来越多的反海外腐败积极执法国。根据透明国际发布的数据,2016年至2019年,美国、英国、瑞士、以色列四国系强执法国,另有德国等九国为中等执法国。<sup>[56]</sup>最后,随着中美竞争的加剧,“识别涉及与美国企业竞争的中国公司的《反海外腐败法》案件”已被纳入美国对中国的行动计划,<sup>[57]</sup>近年来,中国企业是美国《反海外腐败法》执法的重点对象。<sup>[58]</sup>



图2 经合组织成员国反海外腐败执法数据  
(历年数据均为1999年《经合组织公约》生效至当年年底总数)<sup>[59]</sup>

因此,在“以单边执法扩张促进多边执法实施”这一新的反海外腐败国际执法逻辑下,曾经基于“囚徒困境”而产生的反海外腐败执法中的“最优解”已被很大程度地消解,以“次优解”,即以“胡萝卜加大棒”的模式加强反海外腐败执法,强调跨国企业合规建设,维护本国大型跨国企业的声誉与利益,同时将与涉罪企业展开协商的权力握于我国手中,或将成为新执法形势下一

[56] See Transparency International, Exporting Corruption 2020, available at <https://www.transparency.org/en/publications/exporting-corruption-2020>, last visited on Jun. 29, 2022.

[57] See Information About the Department of Justice's China Initiative and a Compilation of China-related Prosecutions Since 2018, available at <https://www.justice.gov/archives/nsd/information-about-department-justice-s-china-initiative-and-compilation-china-related>, last visited on Jun. 29, 2022.

[58] See Location of Misconduct Alleged in FCPA-Related Enforcement Actions (by FCPA Matter), available at <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=8>, last visited on Jun. 29, 2022.

[59] 数据来源于经合组织历年年度执法报告。参见前引〔41〕, OECD文。

个更为理性的选择。这种相对积极的执法模式，也能够更好地契合我国“廉洁一带一路”等主张。

党的二十大报告指出：“推进高水平对外开放”，“稳步扩大规则、规制、管理、标准等制度型开放”，“加快建设贸易强国”，“推动共建‘一带一路’高质量发展”，“维护多元稳定的国际经济格局和经贸关系”〔60〕。加强海外腐败领域犯罪治理，对响应上述战略要求具有重要意义；而当前的研究任务之一，即在于对反海外腐败中“执法落差”的形成原因进行全面梳理，并就可能的解决方案展开讨论。本文认为，反海外腐败中的执法落差由实体性、程序性、“外源性”障碍共同导致。其中，实体性障碍主要涉及刑事管辖权根据、单位刑事责任、社会危害性评价三个方面；程序性障碍主要源于线索获取、证据收集、案件审理三个方面；“外源性”障碍主要表现为经济场域对刑事司法场域运作逻辑的塑造，并突出表现为“囚徒困境”问题。在此基础上，本文对可能的解决方案进一步展开讨论，并注意与已有改革议题如刑事合规与暂缓起诉协议制度相呼应。

---

---

**Abstract:** Since the introduction of the Chinese FCPA in the Eighth Amendment to the Criminal Law, there has been no public record of law enforcement by Chinese courts, thus creating an enforcement gap between law in books and law in actions in the field of anti-foreign corruption, which is a phenomenon that needs to be explained. This paper argues that the enforcement gap is caused by a combination of barriers in substantial criminal law, criminal procedure and the exogenous field. The substantial criminal law barriers are related to jurisdiction, corporate liability and evaluation of harm, which can be dealt with by legislative activities and statutory interpretations, as well as the introduction of the inherent corporate criminal liability. The procedural barriers include obstacles in getting clues, collecting evidence and criminal trial, which can be solved by non-trial resolution with self-policing and corporate compliance as the core. The exogenous law enforcement barrier is mainly a result of the economic field shaping the operation logic of the criminal justice field. However, under the context of significant changes in anti-foreign corruption law enforcement worldwide, the prisoner's dilemma effect should be re-evaluated.

**Key Words:** FCPA in China, anti-foreign corruption, enforcement gap, corporate compliance

---

---

(责任编辑：简 爱 赵建蕊)

---

〔60〕 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》（2022年10月16日），人民出版社2022年版，第32-33页。

## 实体关联纠纷审理中诉讼主体的扩张及其限度

卢 佩\*

**内容提要：**所有受程序所涵盖的实体权利或法律状况的承受者皆应被赋予程序参与的机会，但参与诉讼并不意味着必须以当事人的身份进入诉讼才是符合程序正义的。因此应根据实体关系关联程度的不同层次采纳不同的诉讼主体构造，并辅之以类型化的判决效力体系。对紧密型关联纠纷，应将关联纠纷当事人追加为必要共同诉讼人，但应根据其是否占据主导地位以及诉讼行为是否具有独立性进行必要的限制。对松散型关联纠纷，应适用普通共同诉讼进行合并审理，但适用前景因准入门槛严苛而并不乐观。对半紧密型关联纠纷，关联纠纷当事人应以无独立请求权第三人的身份加入，但法院应以旨在实现程序保障的辅助型第三人为适用原则，严格限制被告型第三人的适用空间。未来我国多数人参与诉讼体系的构建，应以案件事实的查明和纠纷的一次性解决为目标，在审理对象的层次和效力扩张的方式上体现梯度差异。

**关键词：**实体关联纠纷 诉讼构造 程序参与 判决效力

### 一、问题的提出

中共中央在 2021 年 1 月印发《法治中国建设规划（2020—2025 年）》，明确提出全面建设集约高效、多元解纷、便民利民的现代化诉讼服务体系的目标，以回应“案多人少”的社会现实。如何破解“案多人少”带来的困境，目前学界研究颇丰，主要分宏观和微观两个维度：前者侧重于从国家机制、社会治理、历史沿革等视角分析“案多人少”这一社会现象；<sup>〔1〕</sup> 后者聚焦司法制

\* 卢佩，对外经济贸易大学法学院副教授。

本文为 2018 年北京市社会科学青年基金项目“准共同诉讼类型研究——以北京地区机动车交通事故审判实务为中心”（18FXC020）的阶段性成果。

〔1〕 参见程金华：《中国法院“案多人少”的实证评估与应对策略》，载《中国法学》2022 年第 6 期；苏力：《审判管理与社会管理——法院如何有效回应“案多人少”？》，载《中国法学》2010 年第 6 期；尤陈俊：《“案多人少”的应对之道：清代、民国与当代的比较研究》，载《法商研究》2013 年第 3 期；姜峰：《法院“案多人少”与国家治道变革——转型时期中国的政治与司法忧思》，载《政法论坛》2015 年第 2 期。

度，从案、人、程序三个维度拓展诉讼容量，实现审判效率的提升。<sup>〔2〕</sup>在此背景下，“一次性纠纷解决”理念应势而生。诉讼容量的有效拓展，必须借助“纠纷”这个分析工具。纠纷可以细分为两个层面：其一是纠纷的对象，即当事人诉至法院的案件可以涵盖多大范围的纠纷事实。学理上可以通过灵活控制诉讼标的之“案件事实”的外延边界，将审理对象“合并同类项”，降低案件衍生率，从源头上减少诉讼增量。其二是纠纷的主体，即应当将多大范围的人作为诉讼主体纳入诉讼程序。学理上可以通过诉的主观合并制度，扩充诉讼程序的主体容量，提升现有制度的诉讼机能。<sup>〔3〕</sup>限于篇幅，本文将重点围绕第二个主题展开，以主体多元的民事实体关联纠纷为分析对象，探讨一次性纠纷解决理念下参加诉讼的主体范围及其限度。

### （一）诉讼主体研究的现状检视

将实体关联纠纷中涉及的多方主体并入同一诉讼程序统一审理，通过一次审判彻底解决纠纷，不仅可以极大减轻当事人的诉累，而且可以节约司法资源，缓解日趋繁重的审判压力。但纠纷中哪些人可以被纳入一次性纠纷解决的整体框架以及进入之后应该以何种诉讼主体的身份参与纠纷的审理，学界对此仍存争议。

第一种观点认为，应将实体关联纠纷的利害关系人以必要共同诉讼人的身份纳入诉讼。但在此观点下，对诉讼标的的识别标准无论是采用实体法说、诉讼法说之一分肢和二分肢理论，抑或是法律关系说，学理均无法对“诉讼标的的共同性”作出合理解释。如何在立法标准与实务需求之间寻求平衡，目前学界存在以下三种解决思路。

其一，维持现有标准，通过灵活解读诉讼标的的概念内涵的方式适配立法。有学者主张，通过弹性把握案件事实的范围，以司法政策和价值为导向，结合案件事实灵活把握诉讼标的的概念的宽窄大小。对于需要查明案情的实体关联纠纷，法官应将不同利害关系人的实体关联行为归入“一个整体性生活历程”的案件事实范畴，构成同一诉讼标的，纳入必要共同诉讼类型。<sup>〔4〕</sup>

其二，用“判决合一确定必要性”替代“诉讼标的的同一”的判断标准。有学者主张，应以实体法律关系为基础，并斟酌案件的具体情况通过利益衡量来判断是否具有合一确定的必要性。在此标准下，将实体关联纠纷中因法律关系及权利义务相互牵连，裁判结果必须合一确定的情形，纳入类似必要共同诉讼类型。<sup>〔5〕</sup>

其三，为实体关联纠纷创设一种新的必要共同诉讼类型。有学者主张，将诉讼标的具有牵连性的若干纠纷（分为并列型牵连关系、主从型牵连关系、预备型牵连关系以及连环型牵连关系）纳入类似必要共同诉讼类型，由法官统一做出合一裁判。<sup>〔6〕</sup>有学者主张，将因事实或法律上的

• 871 •

〔2〕 参见张海燕：《法院“案多人少”的应对困境及其出路——以民事案件为中心的分析》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2018年第2期；任重：《“案多人少”的成因与出路——对本轮民事诉讼法修正之省思》，载《法学评论》2022年第2期；张卫平：《“案多人少”问题的非讼应对》，载《江西社会科学》2022年第1期。

〔3〕 参见张卫平：《论民事纠纷相对性解决原则》，载《比较法研究》2022年第2期。

〔4〕 参见卢佩：《多数人侵权纠纷之共同诉讼类型研究：兼论诉讼标的之“案件事实”范围的确定》，载《中外法学》2017年第5期。

〔5〕 参见王亚新、陈杭平、刘君博：《中国民事诉讼法重点讲义》（第2版），高等教育出版社2021年版，第175页；段文波：《德日必要共同诉讼“合一确定”概念的嬗变与启示》，载《现代法学》2016年第2期。

〔6〕 参见汤维建：《类似必要共同诉讼适用机制研究》，载《中国法学》2020年第4期。

牵连关系而形成的诉讼纳入准必要共同诉讼类型。<sup>〔7〕</sup>这一解决方案与美国强制合并请求制度在功能设定上具有相似考量,但与之不同的是,为避免因标准太过于灵活引发法官自由裁量权过大的担忧,对因牵连关系形成的必要共同诉讼应当进行限缩性解释,适用范围仅限于几种特殊的案件类型。<sup>〔8〕</sup>

第二种观点认为,实体关联纠纷属于普通共同诉讼类型。有学者主张,我国必要共同诉讼的法定识别标准为“诉讼标的共同”,对实体关联纠纷的共同诉讼定性起决定作用的是诉讼标的数量。<sup>〔9〕</sup>因此连带责任型共同诉讼只能被界定为普通共同诉讼。<sup>〔10〕</sup>

第三种观点认为,实体关联人可以通过无独立请求权第三人的身份参与本诉。有学者主张,若将实体关联纠纷界定为可以由原告在“一并”还是“单独起诉”之间进行选择的类似必要共同诉讼类型,在原告单独起诉其中一方主体的情况下,其他关联主体可以作为无独立请求权第三人加入诉讼。<sup>〔11〕</sup>

## (二) 实体关联纠纷的结构分层

目前涉及实体关联纠纷的诉讼类型研究有两个特点:其一,对实体关联纠纷群进行统一化处理,将关联纠纷群中的所有类型纳入同一种诉讼结构;其二,对现有诉讼主体规则进行标准化适用,并未对实体关联纠纷的适用予以特殊化考量。上述做法对统一规范多数主体的诉讼活动具有一定的价值,但却以牺牲灵活性和适应性为代价。一方面,对所有关联程度不一的纠纷在准入诉讼、诉讼中的权利义务以及判决效力等因素上设置统一的规则进行处理,无法针对不同的纠纷对象灵活选择各自适配的当事人角色,实体法基础所形成不同程度的参加利益与程序法保障所决定不同程度的判决效力两者无法形成有效呼应;另一方面,无论是固有必要共同诉讼、普通共同诉讼抑或是无独立请求权第三人类型,在适用前提上都存在自身固有的制度缺陷,<sup>〔12〕</sup>任何一种形态都无法对实体关联纠纷中的所有利害关系主体的诉求进行有效回应。

在不同的实体关联纠纷群中,如转租纠纷、保证纠纷、多数人侵权纠纷、融资租赁纠纷、保理纠纷、保险纠纷等,一方面存在最小公约数,即上述数个纠纷组成的纠纷群中,往往其中一个实体法律关系占据核心地位,其他纠纷在主体、客体(法律、事实、责任)等要素上与之存在交叉重合而产生关联,<sup>〔13〕</sup>另一方面各纠纷与核心法律关系之间交叉重合的程度存在差异。差异性决定了实体关联纠纷的诉讼主体构造无法采用一刀切的做法,共性决定了可以在兼顾灵活性的前提下基于某些共通性原理进行标准化顶层设计。如何把握共性兼顾差异,最有效的策略是层级

〔7〕 参见胡震远:《我国准必要共同诉讼制度的建构》,载《法学》2009年第1期。

〔8〕 参见章武生、段厚省:《必要共同诉讼的理论误区与制度重构》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2007年第1期;段厚省:《共同诉讼形态研究——以诉讼标的理论为方法》,陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第11卷,法律出版社2006年版,第267-269页。

〔9〕 参见任重:《反思民事连带责任的共同诉讼类型——基于民事诉讼基础理论的分析框架》,载《法制与社会发展》2018年第6期。

〔10〕 参见蒲一苇:《诉讼法与实体法交互视域下的必要共同诉讼》,载《环球法律评论》2018年第1期。

〔11〕 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》(第2版),高等教育出版社2021年,第233页。

〔12〕 参见卢佩:《我国共同诉讼制度的历史、现状及未来》,载《人民法治》2024年第1期。

〔13〕 需要注意的是,这里并不考虑那些本质上只涉及一个纠纷,仅因诉讼标的、案件事实、诉讼请求等概念理解的差异而在纠纷外延的界定发生争议的情形。

化，对整体进行分层设计和管理。数个纠纷以诉讼请求中所蕴含的法律关系为审理圆心，根据其他关联事实对诉争法律关系产生影响的强弱程度设置不同的诉讼主体结构，将纠纷解决和程序保障紧密结合起来，实现有限司法资源的效用最大化。

目前在我国民事诉讼立法中，当事人制度主要建立在诉讼标的这一指示性概念基础之上。共同诉讼的类型划分取决于诉讼标的的共同或同一种类，第三人的类型划分取决于对本诉讼标的的是否具有独立的请求权。但上述设计的最大缺陷在于，诉讼标的的概念和识别标准模糊不清，无法为当事人制度构建提供具体和可供操作的制度规范和理论支撑。从逻辑的角度而言，对诉讼主体类型进行判断，应先讨论诉讼标的的识别标准，然后在此基础上得出类型划分的结论。但司法实务并不遵循上述逻辑路径，诉讼标的的识别标准在诉讼类型的判断上并不具有决定性意义，而仅仅是获得结论后的理由，是一个只有在对类型划分问题进行充分考虑之后才能说明的问题。<sup>〔14〕</sup>通过对诉讼类型的识别标准进行变通解释的方案来适配不同的实体关联纠纷，有削足适履之嫌，更为有效的做法应是根据实体纠纷关联的程度来适配不同的诉讼角色，分析的焦点在于关联纠纷内部各利害关系人之间的实体关系链条、实体利益关联转化为程序参与的动因及判决效力扩张的结果。因此本文放弃将利益相关人与本诉讼标的的关系作为诉讼参与者角色分配的基准，而是以程序参与和判决效力为基础建构我国的当事人制度。

有鉴于此，本文首先探讨实体关联纠纷中各利害关系人加入诉讼的理论基础，然后根据实体关联的紧密程度分配各利害关系人参与本诉所配置的诉讼主体角色，最后以查明事实的类型和纠纷解决的程度为维度，建构以程序参与为前提、以判决效力为拘束的多数人参与诉讼体系。

• 873 •

## 二、实体关联纠纷审理中诉讼主体扩张的理论基础

如前所述，为一次性解决纠纷，可以通过诉的主观合并制度扩充诉讼程序的主体容量。参与诉讼的主体范围过窄，无法消除因判决效力扩张而带来的不公平现象；范围过宽，将引发诉讼迟延，甚至有破坏传统两造诉讼构造、滑向多方主体诉讼形态之虞。<sup>〔15〕</sup>诉讼主体的扩张以充分的程序保障为前提，以判决效力的相对扩张为保障。民事诉讼本质上是纠纷当事人为获得于己有利的判决结果，在审理过程中穷其所能提供一切攻击和防御手段并最终谋求纠纷解决的过程。因此民事诉讼应为当事人提供能够对诉讼施加影响的机会，与此相应，当事人也理应接受判决内容作为程序运行的结果，在后续诉讼中不得对此事项再起争议。<sup>〔16〕</sup>由此可见，程序参与和判决效力如影随形，就如一个硬币的两面，无法分割。<sup>〔17〕</sup>

〔14〕 参见卢佩：《判决效力视野下的诉讼主体制度——以交通事故侵权案件为例》，载《社会科学辑刊》2021年第1期。曾有学者指出，诉讼标的理论“不仅不为司法实践所青睐，也未能影响相关立法，成了没有用武之地的屠龙术”。吴英姿：《诉讼标的理论“内卷化”批判》，载《中国法学》2011年第2期，第177页。

〔15〕 Vgl. Calavros, Constantin, Urteilstwirkungen zu Lasten Dritter, Bielefeld 1978, S. 31.

〔16〕 参见张卫平：《既判力相对性原则：根据、例外与制度化》，载《法学研究》2015年第1期；翁晓斌：《我国民事判决既判力的范围研究》，载《现代法学》2004年第6期；林剑锋：《既判力作用范围的相对性：法理依据与制度现状》，载《民事程序法研究》第14辑，厦门大学出版社2015年版，第206页。

〔17〕 参见邵明：《现代民事诉讼正当程序保障论——为我国成功地全面修正〈民事诉讼法〉而作》，载《朝阳法律评论》2009年第1期。

### （一）诉讼主体扩张的前提：程序参与

所有可能受到判决不利影响的人，均有权参与诉讼，充分表达自己的主张和意见并以此影响法院裁判结果，<sup>〔18〕</sup> 这是每个诉讼参与人应享有的基本程序性权利。程序参与的目的在于，授权相关人积极参与构建程序所涵盖的实体权利或法律状况，而不仅仅是消极避免对其不公正判决的产生。因此赋权哪些主体参与诉讼，与诉讼所要构建的权利对象直接相关。所有被程序涵盖的实体权利或法律状况的承受者皆享有这种程序参与权。<sup>〔19〕</sup> 程序参与的权限应以参与者之间的实体法关系为基础，司法活动所涵盖的权利或法律状态落入其能力范围的利益相关人，都应被赋予影响和共同参与程序的机会，并在程序上配置与之相适应的独立的角色和位置。但参与诉讼并不意味着必须以当事人的身份进入诉讼才是符合程序正义的做法。利益相关方参与本诉所配置的诉讼主体角色，取决于该主体与本诉诉讼标的的实体牵连程度。

牵连的实体形态多种多样，随之而来的问题是，何种程度的牵连配备何种类型的诉讼主体形态。制定统一细致的判断标准既不现实也不必要，但完全诉诸法官自由裁量权来对各个具体案件进行判断既费时也容易滋生司法不公。为避免因个性化产生参差不齐的裁决，应对实体牵连程度的上限和下限进行统一规制。案件审理以诉讼请求中所蕴含的权利主张为出发点，在确定请求所依据的基础规范后对其法律构成要件进行分析，在要件事实与生活事实的目光往返之间，经由涵摄导出结论。事实是链接诉讼请求与生活纠纷的核心纽带，同时也是形成案件实体内容的关键因素。根据实体关联纠纷群中各主体参与形成事实之间关联程度的紧密性，实体关联纠纷分为“紧密型”关联纠纷、“松散型”关联纠纷以及“半紧密型”关联纠纷。

在“紧密型”关联纠纷中，各主体参与形成的事实彼此互相依赖、利害相连，并在法律上被视为不可分割的基本单元。在多数人侵权中，不同加害人各自实施侵权行为，彼此相互结合共同造成损害结果，每一个加害人所实施侵权行为的评价，均受到其他加害人行为的影响，所有加害人各自应承担的赔偿责任份额须统一放入同一个侵权法律关系下左右权衡方可确定。在责任保险纠纷中，保险责任成立的前提是投保人对受害人具有损害赔偿义务。保险公司往往通过保险合同的安排，深度参与投保人与受害人之间的侵权法律关系，保险公司与投保人在索赔事宜、诉讼费用的承担等事项上深度捆绑，形成法律上的利益共同体。<sup>〔20〕</sup> 在“紧密型”关联纠纷中，各利害关系人原则上应以必要共同诉讼人的身份加入本诉。

在“松散型”关联纠纷中，各主体参与形成的事实彼此独立，互不影响，仅因为偶发因素的介入而有所牵连。在多个民事主体被同一侵权行为损害、因果关系链条非常明确的无意思联络共同侵权纠纷中，每一个侵权法律关系中加害人的侵权行为与损害后果之间的因果关系都是确定的，均可单独评价，仅因侵权主体或受害主体的同一性而彼此发生关联。在转租合同纠纷中，出租人和承租人之间的租赁合同，以及承租人与次承租人之间的租赁合同，构成彼此独立的法律关系，两个租赁合同因指向同一租赁标的物而产生关联。在“松散型”关联纠纷中，各利害关系人

〔18〕 Vgl. Waldner, Wolfram, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Bergisch Gladbach 1989, S. 2, Rn. 5.

〔19〕 Vgl. Zeuner, Albrecht, Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilstwirkungen, Karlsruhe 1974, S. 30.

〔20〕 保险人介入保险责任纠纷处理的详细解析，参见吴奕锋：《责任保险之责任确定约束力的体系构建》，载《保险研究》2023年第6期。

原则上应以普通共同诉讼人的身份加入诉讼。需要注意的是，松散型关联纠纷也可能基于法律的特殊规定，在某些特殊事项的审理中转化为“紧密型”关联纠纷，如在租赁合同纠纷中，若出租人因承租人拖欠租金请求解除合同，次承租人可以替代承租人支付租金的方式来排除出租人的合同解除请求，在此前提下，次承租人参与形成的事实直接并入本诉需要审查的法律构成要件事实，构成一个须统一评价的整体，因此次承租人也应以必要共同诉讼人的身份加入诉讼。

在“半紧密型”关联纠纷中，各利害关系人所形成的事实与本诉法律构成要件事实相结合，共同形成稳定的法律架构。在融资租赁合同直租模式下，涉及出租人、承租人以及出卖人三方主体，将出租人与承租人之间的租赁活动与出租人与出卖人之间的买卖交易聚合成一个稳定的融资租赁交易结构，融资纠纷与融物纠纷彼此发生关联。<sup>〔21〕</sup>在有追索权保理模式中，涉及保理人、债权人以及债务人三方主体，保理人既可以向债权人主张保理融资本息，也可以向债务人主张应收账款债权，虽隶属于不同的法律关系，但均在保理法律关系范围之内，目的在于追回保理融资款项。保理人无论是以债权人或债务人为被告提起诉讼，债权人与债务人之间基础合同的签订、履行，债务人可能享有的抗辩、抵销等事实均会对本诉保理合同中的权利义务产生影响。<sup>〔22〕</sup>因此在此“半紧密型”关联纠纷中，各利害关系人原则上应以无独立请求权第三人的身份加入诉讼。

## （二）诉讼主体扩张的保障：判决效力

程序参与是判决效力扩张至利害关系人的合理化依据。只要实体关联纠纷群中的利害关系人因未获得独立的程序保障机会而没有参与前诉审理，那么前诉判决的效力就不能扩张至该利害关系人，即使在该利害关系人参与诉讼仍无法改变前诉判决结果的情形下依然如此。实体法上的处分权限是程序参与的理由之一，但两者并不完全等同，程序参与除了程序处分的权能，还有程序知情权的保障。<sup>〔23〕</sup>

程序参与以程序保障为核心要素，对于各程序参与主体认真且严肃争论过的事实，应排除其后续再起争执的可能，否则既不利于诉讼经济又有违诚实信用原则。民事诉讼原则上服务于权利人实体权利的实现，争议纠纷的私权属性消解了寻求客观真相的诉讼目标与功能。民事私权本质是一套涉及个体利益的规则体系，功能在于界定每个单独个体在彼此交往中的支配领域，这一特质也必将映射于程序法的制度设计之中。因此交由实体权利的利益相关方参与诉讼、自主交涉谋求纠纷的解决是判决结果正当化的唯一路径，而只有正当的判决才是判决效力扩张至第三人的合理化依据。

本诉判决对参与主体拘束力的强度等级和范围大小，取决于其在本诉中的诉讼地位。诉讼地位越独立，实施诉讼行为受到的限制越少，判决的拘束力越强，范围越广，反之亦然。在紧密型关联纠纷群中，各利害关系人以必要共同诉讼人的身份加入诉讼，具有当事人的诉讼权利义务，本诉判决对其产生既判力的约束。在半紧密型关联纠纷群中，各利害关系人以无独立请求权第三人的身份加入诉讼。按照程序保障与判决效力相适应的基本原理，辅助型第三人不允许实施与主

〔21〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（下册），中国法制出版社2020年版，第854页；崔建远主编：《合同法》（第7版），法律出版社2021年版，第438页；王利明：《合同法分则》，北京大学出版社2023年版，第326页。反对观点参见高圣平、王思源：《论融资租赁交易的法律构造》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013年第1期。

〔22〕 参见李志刚：《〈民法典〉保理合同章的三维视角：交易实践、规范要旨与审判实务》，载《法律适用》2020年第15期；关丽、丁俊峰、包晓丽：《保理合同纠纷中基础交易合同债务人拒绝付款的司法认定》，载《法律适用》2019年第23期。

〔23〕 参见林剑锋：《既判力相对性原则在我国制度化的现状与障碍》，载《现代法学》2016年第1期。

当事人主张与行为相抵触的诉讼行为,同理,本诉判决也不会对其产生既判力,而仅在辅助型第三人与其辅佐的主当事人之间产生允许被反驳与推翻的参加效力。我国无独立请求权第三人的制度设计较为复杂,判决承担民事责任的被告型第三人享有当事人的地位,受判决既判力约束,但未承担民事责任的被告型第三人、辅助型第三人享有何种地位,语焉不详,而法律对判决效力的强度与范围也没有明确规定,有进一步探讨的空间。<sup>〔24〕</sup>在松散型关联纠纷群中,各利害关系人以普通共同诉讼人的身份加入诉讼。各共同诉讼人彼此独立,与必要共同诉讼人一样可以自由做出自认、认诺、和解或撤诉的诉讼行为,且效果不及于其他共同诉讼人,因此在判决效果上也是受各自既判力约束。但问题在于,我国目前普通共同诉讼类型的适用前提较为严苛,需诉讼标的的同一种类且法院、双方当事人三方许可后方可适用[《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第55条第1款后半句],适用前提过于刚性,导致普通共同诉讼制度的适用类型严重受限,在程序容量承载力上先天不足,对实体关联纠纷的合并审理往往力不从心。<sup>〔25〕</sup>

在上述三种不同类型的实体纠纷群中,松散型实体关联纠纷群的结构最为宽松,功能在于提高诉讼效率,将所有关联纠纷统一在一个诉讼程序中进行审理并不是强制的,也可以分开进行,因此对利益相关者纳入诉讼的必要性限制最少,其适用类型可根据功能适当进行扩张性解释,具有兜底条款性质。而紧密型和半紧密型关联纠纷在必要共同诉讼类型和无独立请求权第三人类型的适用上仍存在若干需要澄清与解释的细节。下文将结合第三人参与诉讼制度发生的典型场景,分类讨论紧密型及半紧密型关联纠纷中诉讼主体范围的扩张及其限制性条件。

### 三、紧密型关联纠纷审理中诉讼主体的扩张及其限制

在实体法上具有紧密关联关系的系列纠纷,虽分属于不同诉讼标的,但互为条件,彼此依赖。为防止在实体法上做出自相矛盾的判断,应对先决问题做到诉讼资料的统一判断,防止针对同一案件事实在两个诉讼程序中进行重复审查。因此在紧密型关联纠纷中,应将诉讼主体的范围扩张至利害关系人,身份为必要共同诉讼人。我国必要共同诉讼从制度产生之初即被放入事实查明、一次性纠纷解决的功能架构之中,与紧密型关联纠纷具有天然的契合点。

#### (一) 扩张:追加必要共同诉讼人

1982年《民事诉讼法(试行)》第47条第1款以诉讼标的的共同或同一种类为标准,将共同诉讼区分为必要共同诉讼和普通共同诉讼。1991年《民事诉讼法》第53条第1款沿用1982年的标准,仅在普通共同诉讼中除法院认可之外再增加当事人同意,自此该法律文本一直延续至今。诉讼标的的共同,即双方当事人在权利、义务上有共同的利害关系。<sup>〔26〕</sup>由于《民事诉讼法》并没有单独界定诉讼标的的概念,学理结合司法实务经验将“诉讼标的的共同”演绎细化为以下两种类

〔24〕 参见陈杭平:《前诉与后诉视角下的连带保证人追偿之诉》,载《法学》2019年第3期。

〔25〕 参见蒲一苇:《类似必要共同诉讼的产生与适用——兼论连带债务的共同诉讼形态》,载《宁波大学学报(人文科学版)》2021年第5期。

〔26〕 参见柴发邦主编:《民事诉讼法学》,法律出版社1987年版,第156页。

型：必要共同人在所争议的实体法律关系中共同享有权利或共同负有义务，比如共有财产争议，因连带债权或连带债务产生的争议，合伙组织争议，共同赡养、扶养和抚养诉讼；所争议法律关系产生的权利或义务因同一事实或法律上的原因产生，如因共同侵权行为致人损害而产生的诉讼和因共同继承发生争议而提起的诉讼。<sup>〔27〕</sup>在无意思联络的数人侵权提起的损害赔偿诉讼、同一共同继承事件下法定继承与遗嘱继承并存引发的财产分割诉讼等典型场景中，各主体彼此之间并无共同的权利义务，但都源于同一争议的法律关系，与本诉讼标的之间存在较强的牵连关系，为避免矛盾判决必须予以合并审理。<sup>〔28〕</sup>诉讼标的同种类则是争议法律关系同属于一种类型，这种共同诉讼类型能否合并审理，取决于法院和当事人三方主体的共同意愿。<sup>〔29〕</sup>

从必要共同诉讼的适用范围来看，包括权利义务共同型和原因共同型必要共同诉讼。前者侧重于从当事人所诉争之实体请求权的不可分割属性，界定共同诉讼对纠纷的程序容量内核；而后者则将视角转向外部，从当事人诉讼请求产生的事实原因力出发，界定共同诉讼对纠纷的程序容量外延。这一区分表明，我国民事诉讼对必要共同诉讼之不可分割的理解，从来都不局限于当事人诉权共同行使的范畴，而是拓展至诉权产生之同一纠纷事实层面。<sup>〔30〕</sup>

从必要共同诉讼的司法适用来看，与源自权利行使共同体之共同实施必要共同诉讼、后扩张至裁判之合一确定必要共同诉讼的德日制度相比，我国必要共同诉讼范围的确定，具有截然不同的产生背景、功能设定和司法适用环境。我国共同诉讼类型的选择并不以“判决合一确定之必要”为划分标准，而是以结果为导向，围绕“事实查明”这一功能而展开。原因是多方面的：其一，作为裁判基础的事实经过法庭审理之后依然处于真伪不明状态，尽管立法和理论界均认可法官在此种情形下适用客观证明责任规则作出裁判，但司法实务中法院仍以在事实认定上获得明确的结论为目标，大量的“真伪不明”被转化为“提供的证据不足以证明该事实的真伪”的判断，<sup>〔31〕</sup>事实的真实性判断依然是法官裁判案件的必要前提；其二，随着“以审判为中心”庭审实质化改革的推进，<sup>〔32〕</sup>当庭质证与认证逐渐成为事实查明的主要方式。从司法运行实践来看，证人出庭率较低的现实在短期内无法得到改善，<sup>〔33〕</sup>而在我国法官具有强大的事实调查和证据收

〔27〕 参见柴发邦、刘家兴、江伟、范明辛：《民事诉讼法通论》，法律出版社1982年版，第164页；柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，法律出版社1992年版，第161页。另可参考江伟于1983年3月在第三期全国法律专业《民事诉讼法》师资进修班的讲授录音整理，参见《民事诉讼法讲座》（上册），西南政法学院1983年版，第177-178页。

〔28〕 参见韩象乾、葛玲：《关于完善我国共同诉讼制度的一个理论前提——兼谈民事审判方式改革》，载《政法论坛》2001年第1期；肖建华：《论共同诉讼分类理论及其实践意义》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》第6卷，法律出版社2001年版，第388页。

〔29〕 参见柴发邦、刘家兴、江伟、范明辛：《民事诉讼法通论》，法律出版社1982年版，第164页。另可参考柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，法律出版社1992年版，第161页。另可参考江伟于1983年3月在第三期全国法律专业《民事诉讼法》师资进修班的讲授录音整理，参见《民事诉讼法讲座》（上册），西南政法学院1983年版，第177-178页。

〔30〕 也有学者提出，我国《民事诉讼法》第55条第1款中的诉讼标的共同与诉讼标的同一种类均来源于德日普通共同诉讼构成要件的规定。参见刘君博：《当事人与法院交互视角下共同诉讼研究》，载《清华法学》2022年第6期。

〔31〕 参见李浩：《证明责任的概念——实务与理论的背离》，载《当代法学》2017年第5期。

〔32〕 参见段文波：《民事程序构造研究》，法律出版社2020年版，第239页。

〔33〕 参见刘学在、徐滢朝：《未出庭证人书面证言的规制路径分析——以218份判决的实证研究为基础》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》2021年第3期；卢君、肖瑶、吴克坤：《信任修复：现行民事证人出庭作证制度的完善——以某直辖市基层法院716件证人出庭作证案件为样本》，载《法律适用》2015年第6期；王亚新、陈杭平：《证人出庭作证的一个分析框架——基于对若干法院民事诉讼程序的实证调查》，载《中国法学》2005年第1期。

集权限的背景下,<sup>[34]</sup> 承载事实真相的载体由证人过渡至必要共同诉讼人是法官自然的选择, 必要共同诉讼类型的适用也已成为法官查明事实不可或缺的路径之一。“纠纷”将溢出传统原告及其所诉被告之间争议的范畴, 扩张至与当事人具有实体紧密关联的其他利害相关主体。他们虽分属于不同诉讼标的, 但相互之间在实体法上具备紧密的牵连关系。因此具备共同前提性事实和法律关系时应做到诉讼资料的统一判断, 即具备共同诉讼的必要而纳入必要共同诉讼的范围。

## (二) 限制: 主体关联及行为独立

紧密型关联纠纷与必要共同诉讼类型在实现一次性纠纷解决的功能上具有天然的契合点, 并不意味着在所有的紧密型关联纠纷中, 都应该将利害关系人追加为必要共同诉讼人纳入诉讼。原则上, 将何人作为被告进行诉讼是原告的基本权能, 法官依职权将共同被告追加进诉讼, 必须具备正当性理由。就此而言, 紧密型关联纠纷中诉讼主体的扩张应限制在利害相关人对基础法律关系的当事人具有决定性影响或是可以提出独立的攻击和防御手段两者情形之内。

其一, 关联纠纷中的各当事人之间的关系。若根据实体法律状况, 关联纠纷的当事人对基础法律纠纷的当事人具有决定性影响, 并有权主导基础法律纠纷中的权责分配格局, 则关联纠纷中的当事人应以必要共同诉讼人的身份加入基础法律纠纷的审理中。以保险责任纠纷为例进行说明。投保人签订责任保险合同的目的在于, 通过保险公司免受第三人损害赔偿请求的追诉。但保险公司只是在其承担的合同义务范围内免除第三人对被保险人损害赔偿请求的追索, 因此保险公司需要对投保人的损害赔偿义务是否成立进行审查。为此保险公司虽然不是侵权法律关系的主体, 但往往通过责任保险的合同安排参与到侵权法律关系中去维护自身权益, 如在保险合同中约定, 以被保险人的名义对诉讼进行抗辩或处理有关索赔事宜等。<sup>[35]</sup> 鉴于保险公司对投保人与受害第三人之间损害赔偿纠纷所具有的影响力, 德国采取的做法是直接赋予保险公司在投保人损害赔偿诉讼中的程序主导权, 从而维护自己的合法权益。<sup>[36]</sup> 但我国有着完全不同的实体权利义务分配格局, 我国的责任保险合同通常只约定保险人负有补偿被保险人因应对第三人索赔而支出的律师费等诉讼抗辩费用的义务, 而未明确规定保险人对投保人的抗辩义务。而实践中通常也仅有投保人具体处理纠纷, 保险公司并不主动参与投保人与第三人的诉讼。<sup>[37]</sup> 因此必须另辟蹊径, 借助一定的程序手段, 将保险公司拉入投保人与第三人的诉讼, 参与侵权损害赔偿责任的确定过程, 为保险公司提供切实可行的程序保障。

[34] 参见袁中华:《论民事诉讼中的法官调查取证权》,载《中国法学》2020年第5期;曹建军:《论强制型书证收集程序的竞合与选择》,载《法学评论》2022年第5期。

[35] 参见周学峰:《侵权诉讼与责任保险的纠结——从两方对抗到三方博弈》,载《清华法学》2012年第2期。

[36] 德国事故和责任保险公司协会(GDV)发布的《统一责任保险一般交易条件》(AHB)第5.2条(Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB) — Stand 01.01.2019, Ziff. 5.2.)规定,为赔偿损失或抵御第三方索赔的诉求,保险公司有权代表被保险人提出其认为适当的所有主张。如在保险事故中因第三人对投保人索赔产生纠纷,保险公司有权以投保人的名义进行诉讼并承担相应诉讼费用。除赋予保险公司广泛的代理权限外,为保障保险公司能够顺利履行上述义务,同时为投保人设立对第三人向其追索、提起诉讼等事件的通知、信息告知、材料提供等义务(Ziff. 25 AHB)。保险事故发生后,投保人因故意或重大过失违反上述义务,保险人可以拒绝承担保险责任,除非保险人已通过其他方式及时知悉保险事故的发生(《德国保险合同法》第30条第2款)。由此可见,在德国,投保人与保险公司之间的实体法律框架,为保险公司后续介入投保人与第三人的侵权损害赔偿诉讼作出了周详的安排,保险公司无需借助必要共同诉讼人的身份维护自己的合法权益。

[37] 参见吴奕锋:《责任保险人抗辩义务的引入路径》,载《法学》2022年第7期。

其二，关联纠纷中各当事人行为的独立性。如果关联纠纷的当事人可以对基础法律纠纷中的当事人提出独立的攻击和防御手段，则法院应当依职权将关联纠纷中的当事人以必要共同诉讼人的身份追加加入基础法律纠纷的审理中。以租赁纠纷为例进行说明。根据合同的相对性原理，在合法转租情形下，出租人与次承租人之间并不存在直接的法律关系。但当承租人无正当理由未支付或迟延支付租金时，次承租人有权代承租人支付其欠付的租金和违约金〔《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第719条〕，从而排除出租人解除权的行使（《民法典》第722条）。〔38〕这一规则突破合同的相对性，使次承租人与出租人直接产生联系，以化解次承租人的弱势地位和转租合同的不稳定状态。〔39〕但问题在于，由于《民法典》没有规定出租人对次承租人的通知义务，次承租人往往无从知晓承租人拖欠租金的事实，从而导致无法及时向出租人要求代位清偿而阻止租赁合同解除权的发生。〔40〕针对此困境，我国现有第三人制度无法为次承租人提供有效的救济途径。我国无独立请求权第三人参与诉讼的方式有两种，第三人自己申请加入或由法院依职权通知追加。由于次承租人自己无从知晓诉讼情况，除非法律明确将“法院通知次承租人作为第三人参加诉讼”设为义务，否则次承租人进入诉讼的机会依然无法得到保证。而第三人撤销之诉作为事后救济手段除了存在滞后性等天然缺陷外，司法实务中对虚假诉讼的判定、原告资格的审查等具体操作规则的理解也存在诸多模糊不清的地方，〔41〕次承租人的利益诉求很难通过事后救济的方式得到法院支持。综上所述，当出租人因承租人拖欠租金请求解除合同时，法院应依职权将次承租人列为必要共同诉讼人追加进诉讼，以实现次承租人在其履行完承租人的租金支付义务后所享有的合法利益。

• 879 •

#### 四、半紧密型关联纠纷审理中诉讼主体的扩张及其约束

在介乎紧密型与松散型之间的半紧密型关联纠纷中，虽然存在性质不同的法律关系，但不同的法律关系均可纳入某一个共同的稳定架构，并追求同一个目标，在共同目标的指引下彼此利益相连，形成统一利益共同体。以保证合同纠纷为例进行分析。在保证合同纠纷中，保证债权具有从属性特点，以主债权的存在为前提，以保障主债权的实现为目的（《民法典》第681条和第682条）。只有在债权人对主债务人享有债权的情况下，保证才可能存在。与此同时主债权具有先决性特点，债权人无法从主债务人处获得的债权，自然也无法从保证人处获得。保证债权的从属性以及主债权的先决性特点，足以使得债权人、债务人以及保证人三者之间形成稳定的法律联系，可以将其视为利益关联体。在此类关联纠纷中，无独立请求权第三人制度是在多方主体法律关系

〔38〕 2009年《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕11号）第17条规定：“因承租人拖欠租金，出租人请求解除合同时，次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的，人民法院应予支持。但转租合同无效的除外。”因相关内容已并入《民法典》，2020年最高人民法院修订该司法解释时（法释〔2020〕17号），已将该条文删去。

〔39〕 参见最高人民法院民事审判庭第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第222页。

〔40〕 参见周江洪：《典型合同原理》，法律出版社2023年版，第225页。

〔41〕 参见郑金玉：《我国第三人撤销之诉的实践运行研究》，载《中国法学》2015年第6期。

中对责任进行统一确认和分配的绝佳程序手段,将实体关联纠纷中的利害关系人以无独立请求权第三人的身份纳入诉讼,是实现一次性纠纷解决功能的最佳路径。

#### (一) 扩张:宽泛解释“法律上利害关系”

在我国,第三人区分为有独立请求权第三人和无独立请求权第三人。有独立请求权第三人在诉讼中有独立的诉讼请求权,其诉讼地位相当于原告,是诉讼的当事人,遵循民事诉讼处分原则和不告不理原则,对实体关联纠纷中的利害关系人没有适用的空间。判断是否能以无独立请求权第三人身份加入诉讼,核心在于是否与案件处理结果有利害关系。对于半紧密型关联纠纷,难点在于,如何确定能够以无独立请求权第三人身份加入诉讼的利害关系人的范围。如何判断案件的处理结果与其是否有法律上的利害关系,一直以来,学理和实务判断标准不一,并未达成共识。无论讨论的视角是实体法、<sup>[42]</sup> 诉讼法,<sup>[43]</sup> 抑或是功能主义,<sup>[44]</sup> 主要从正面探讨法院可以追加为无独立请求权第三人的传统类型。但列举封闭式的解释方法难免存有疏漏,无法对所有诉讼主体扩张的情形作出周延规定。2012年《民事诉讼法》将恶意诉讼的案外被侵害人增入第三人制度的适用类型即是明证。对此,笔者认为,应遵循“放宽准入”的解释径路。

“放宽准入”,即应采纳功能主义的分析路径,赋予法官宽泛的自由裁量权对“法律上的利害关系”进行宽泛解释。只要该利害关系人与本诉一方当事人存在一定的法律关系,且该法律关系与本诉的诉讼标的存在内部实质关联,三者之间形成相对稳定的结构,法院认为加入诉讼有利于纠纷一次性解决,即可以允许。程序参与的权限主要是以参与者之间的实体法关系为基础构建的,应赋予实体关联纠纷中的各利害关系人参与诉讼的机会。但在现有法律框架下各利害关系人参与诉讼的途径极为有限,普通共同诉讼的适用前提过于刚性,任何一方当事人表示反对即无法选用,没有任何可供延展的空间;而司法实务在学界“必要共同诉讼泛化”的批评浪潮中对必要共同诉讼类型的适用也日趋克制。这些都导致我国的无独立请求权第三人制度事实上将承担本该由普通共同诉讼制度实现的合并审理功能。面对复杂的功能和需求,更加需要灵活的准入制度与之相匹配。但是法官宽泛解释的自由当然不是没有约束,应为各利益相关方提供充分的程序保障。在诉讼过程中,如果双方当事人及无独立请求权第三人对是否追加产生争议,法院应在听取各方意见之后以裁定的形式对是否具有法律上的利害关系进行充分说理,对该裁定不服的当事人可以向法院申请复议一次。

#### (二) 约束:严格限制“被告型第三人”

从学理上看,被告型第三人的程序保障与责任承担不相匹配;从司法适用上看,被告型第三人与第三人制度的整体构建并不兼容。因此在无独立请求权第三人的适用类型上,应以旨在实现程序保障的辅助型第三人为原则,严格限制被告型第三人的适用空间。

无独立请求权第三人参与诉讼,在大陆法系国家通常采用辅助参加的方式,在不破坏既存原

[42] 参见龙翼飞、杨建文:《无独立请求权第三人的诉讼地位》,载《法学家》2009年第4期,第44页;王亚新:《第三人参与诉讼的制度框架与程序操作》,载《当代法学》2015年第2期,第154页;肖建华:《论我国无独立请求权第三人制度的重构》,载《政法论坛》2000年第1期,第112页。

[43] 参见吴泽勇:《第三人撤销之诉的原告适格》,载《法学研究》2014年第3期,第163页。

[44] 参见刘东:《论无独立请求权第三人的识别与确定——以“有法律上的利害关系”的类型化分析为中心》,载《当代法学》2016年第2期。

被告二元对抗诉讼结构的前提下，通过参加效将裁判理由和判决主文所确定事项的拘束力扩张至后续诉讼，有效防止矛盾判决的产生。<sup>〔45〕</sup>而我国无独立请求权第三人采用法院可以直接判决由这种第三人承担民事责任的制度安排，在一个诉讼中一次性解决不同主体之间的法律争议，防患于未然，杜绝未来形成矛盾判决的可能。两种立法模式，所追求的效果并无本质区别，也没有任何优劣之分，关键在于制度的细节和实施的效果。我国采纳的模式，打破了原本两造对抗的诉讼结构，呈现原告、被告与无独立请求权第三人同台竞技的三面诉讼状态。无独立请求权第三人具有独立参加的地位、接受可能承担民事责任的程序性后果，却不享有对诉讼标的进行处分的自由（如放弃、变更诉讼请求、申请撤诉等）和足以影响诉讼状态的手段（管辖权异议、上诉等），由此招致学界“权责不对称”的批评。<sup>〔46〕</sup>

从实施效果来看，无独立请求权第三人的适用范围在审判实践中也出现异化现象。在实务中存在部分“承担责任的第三人”，本质上是原告诉讼请求中民事责任的承担人，但因案情复杂或原告对法律关系认识错误，导致此类第三人的身份在诉讼开始时并未准确识别，仅作为查清案情的辅助型第三人加入诉讼。随着案情的逐渐明朗，法院在审查当事人与第三人之间的法律关系时发现第三人才是诉请中真正的责任承担方，<sup>〔47〕</sup>或原告与第三人构成与本诉讼标的的并列的其他法律关系，<sup>〔48〕</sup>考虑到原告的诉讼目的，为减少当事人的诉累，将参与诉讼的三方主体所涉法律关系一并在本案中审理，以便纠纷的一次性解决。<sup>〔49〕</sup>但无独立请求权第三人制度最本质的属性是其对本诉的诉讼标的没有独立的请求权，如果他所承担的是本诉原告所诉请的民事责任，则地位应该是共同被告，而不是第三人。如果他是本诉中真正的民事责任承担者，则应在征求原告同意的情况下更换被告，原来本诉的被告应退出诉讼，而不是将真正责任人作为无独立请求权人继续保留在诉讼中。<sup>〔50〕</sup>为避免普通共同诉讼的共同被告与被告型第三人出现混同，<sup>〔51〕</sup>以及两造对抗的诉讼构造被架空，无独立请求权第三人的首要功能应定位于通过辅助参与诉讼的方式获得程序保障，一次性纠纷解决的功能不应溢出程序保障的框架。第三人以被告身份承担的民事责任，只能是代为履行本诉被告本应该向原告承担的责任，而不是直接对本诉原告承担的责任。

下面将结合保证合同纠纷的审理来探讨无独立请求权第三人的具体类型适用。在连带保证中，债权人仅起诉债务人时，债务人为被告，此时保证人与债务人、债权人隶属同一利益共同体，可以无独立请求权第三人身份加入诉讼。<sup>〔52〕</sup>但仅能以辅助型第三人身份参加，法院仅对原告所选择的主债权债务关系存在与否进行审查，不得将保证法律关系纳入审判对象，并列入判决

〔45〕 参见〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法重点讲义》（导读版），张卫平、许可译，张卫平导读，法律出版社2021年版，第346页；Bork, Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., § 68 Rn. 2.

〔46〕 参见蒲一苇：《无独立请求权第三人参加诉讼的判决效力范围》，载《国家检察官学院学报》2016年第4期；陈晓彤：《民事诉讼中第三人权责不对称问题研究——以我国参加效制度的缺失与构建为中心》，载《苏州大学学报（法学版）》2019年第1期。

〔47〕 参见湖北省宜昌市中级人民法院（2018）鄂05民终2068号民事判决书。

〔48〕 参见广西壮族自治区南宁市邕宁区人民法院（2019）桂0109民初749号民事判决书。

〔49〕 参见贵州省修文县人民法院（2018）黔0123民初1136号民事判决书。

〔50〕 参见张卫平：《“第三人”：类型划分及展开》，载《民事程序法研究》第1辑，中国法制出版社2004年版，第76页。

〔51〕 参见章武生：《我国无独立请求权第三人制度的改革与完善》，载《法学研究》2006年第3期。

〔52〕 不同观点参加蒲一苇：《类似必要共同诉讼的产生与适用——兼论连带债务的共同诉讼形态》，载《宁波大学学报（人文科学版）》2021年第9期。

主文要求保证人承担保证责任, 否则有违背处分权原则之嫌。反之, 债权人仅起诉保证人时, 保证人为被告, 法院审理的对象为保证法律关系, 但因主债务关系是保证法律关系成立的前提, 且保证人的保证责任仅为代主债务人履行债务, 保证人承担完保证责任之后, 可以向主债务人追偿, 而法院对追偿权的审查又有赖于对主债务的确认, 从一次性纠纷解决的诉讼经济角度考虑, 债务人可以被告型第三人身份加入诉讼, 法院可在判决主文中同时要求债务人承担责任。

而在一般保证中, 保证人享有先诉抗辩权, 仅在债务人的财产已被强制执行仍无法满足债权人的债权时, 债权人方可向保证人要求履行债务。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第66条规定, 在一般保证形式下, 债权人仅起诉一般保证人时, “法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼”。这一条文的问题在于, “先诉抗辩权”之“诉”, 并不是“起诉”的缩写, 进而望文生义理解为“债权人不能先于被保证人起诉保证人”。先诉抗辩权的权利内涵在于, 在债权人申请对债务人财产实施强制执行仍不能满足债权之前, 不得强制保证人履行保证责任(《民法典》第687条第2款)。因此先诉抗辩权限制的是执行程序, 而非定分止争、明晰权责的审判程序。<sup>[53]</sup> 因此在债权人仅起诉保证人时, 法院追加被保证人为共同被告的做法缺乏实体法依据。<sup>[54]</sup> 2020年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28号)出台, 上述做法得以修正。该法第26条第1款第2句规定, 人民法院应当驳回起诉。但为查清案情、一次性解决纠纷, 法院在驳回起诉之前应对原告充分释明, 询问原告是否要同时起诉被保证人。如果原告同意追加被保证人为共同被告, 则主债权债务关系和保证合同关系均应纳入法院的审判范围, 法院应在判决主文中明确保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任。此时保证人所承担的这种保证责任, 应视为附条件的将来给付义务, 所附条件为“对主债务人实施执行措施仍不能履行债务”<sup>[55]</sup>。至于所附条件是否成就, 应放入强制执行程序进行审查。

## 五、余论：构建对象与效力分层的多数人参与诉讼结构

共同诉讼和第三人制度的基本功能在于一次性解决牵涉多数利益主体的复杂民事纠纷, 从而避免人民法院在同一事件上作出互相矛盾的判决, 简化诉讼程序, 提高司法效率。实体关联纠纷因具备共同的基础性前提, 各主体在审判对象上呈现部分重合现象, 此类纠纷的解决与多数人参与诉讼制度具有天然契合的一面。以实体关联关系为载体, 使得不同纠纷之间产生关联, 无论是诉讼主体的区分、程序的选择, 还是判决效力的扩张, 均可扩展至“纠纷一次性解决”的视野中进行综合评价。尽管实体关联纠纷的识别有迹可循, 如具有共同的内部关系和稳定的外部结构, 即内部具有共通性的基础事实需要一并澄清、外部具有统一的法律框架划定边界, 但需要指出的

[53] 参见宋春龙:《诉讼法视角下的先诉抗辩权研究——兼评民法典各分编草案中的先诉抗辩权》, 载《政治与法律》2019年第3期; 朱禹臣:《先诉抗辩权的程序设计: 一个跨法域分析视角》, 载《法学家》2022年第5期。

[54] 不同观点参见蔡虹、王瑞祺:《一般保证责任诉讼形态的类型化释评——兼论〈民诉法解释〉第66条及〈民法典担保解释〉第26条》, 载《中南大学学报(社会科学版)》2021年第6期。

[55] 张海燕:《民事补充责任的程序实现》, 载《中国法学》2020年第6期, 第187页。

是，实体关联纠纷的界定依然是不清晰的，极具开放性，因此实体关联纠纷的具体适用类型会根据其功能做扩张性解释。法官在判断是否属于实体关联纠纷时，享有宽泛的自由裁量权。只要当事人与其他利害关系人之间存在内部实质关联，根据其实质纳入一个统一的法律框架予以分析就符合纠纷一次性解决的功能，即可视为实质关联纠纷。在此前提之下，笔者认为，应赋予实体关联纠纷中的各利害关系人参与诉讼的机会。由于我国诉讼标的标准在适用上的封闭性和两分法在区分上的不周延性，以及第三人制度在程序保障规则和判决效力领域立法的空白，实体关联纠纷的利害关系人参与诉讼的机会受到极大限制，因此有必要进行重构并形成我国更加包容、开放的多数人参与诉讼理论。

长期以来“重案件真实和实体正义”的司法传统，催生了一整套以事实查明和纠纷解决为中心的诉讼规则和制度设计，我国多数人参与诉讼制度也不例外，由此引发必要共同诉讼、普通共同诉讼和第三人制度在功能设定上彼此交叉重叠。完全效仿德日制度设计，以判决的合一确定必要为基准建构必要共同诉讼制度、以辅助参加的立场重新设计第三人与本诉当事人之间的权利配比，考虑到在实践中会造成较大的改革阻力以及制度成本较高因而并不可取。较为实际可行的做法是维持现有功能设定，但以作用对象的分层替代功能分区，即仍以案件事实的查明和纠纷的一次性解决为目标，但应在审理对象的层次和效力扩张的方式上体现梯度差异。

就实体关联纠纷的审理对象在层次上的梯度差异而言，所要查明的案件事实根据实体关联的紧密程度可归纳为三档：紧密型、半紧密型以及松散型关联事实。从必要共同诉讼的发展历史、制度功能及实用主义的价值取向出发，紧密型关联事实的审理，适用必要共同诉讼更具合理性。诉讼标的是否共同的立法标准并不构成必要共同诉讼的实质性适用障碍。我国民事诉讼对必要共同诉讼之不可分割的理解，从来都不局限于当事人诉权共同行使的范畴，而是拓展至诉权产生之同一纠纷事实层面。从共同诉讼制度的司法适用来看，诉讼标的的识别标准仅是法官作出共同诉讼类型判断之后的理由。当然紧密型关联事实的审理并非毫无限度，为防止过度干预之嫌，仅关联纠纷当事人对本诉当事人构建实体法律关系享有的主导性地位以及使用攻击防御手段的独立性，构成当事人处分权的正当限制。对半紧密型关联事实的审理，无独立请求权第三人制度是实现一次性纠纷解决功能的最佳路径。关联事实中的各利害关系人，均应以第三人的身份加入涉及基础法律关系的诉讼，充分表达自己的主张和意见并以此影响法院裁判结果。对于松散型关联事实，可以采用普通共同诉讼进行审理。但考虑到极为刚性严格的准入门槛，其适用前景并不乐观。未来更为务实的调整方向是，应当允许法院依职权自由裁判是否需要合并审理。

就实体关联纠纷判决在效力扩张方式上的梯度差异而言，实体关联纠纷当事人参与本诉审理所选择诉讼的角色不同，判决效力的扩张方式以及一次性解决纠纷的范围也会有所差异。共同诉讼制度属于一劳永逸型，在一个诉讼中将所有关联事实审理清楚、纠纷处理完毕，同时通过生效判决的既判力杜绝后诉的提起。无独立请求权第三人制度本质上属于未雨绸缪型，并不彻底终结所有关联争议，仅通过判决效力理论，将各主体参与程序所形成的裁判内容（判决理由与判决主文），扩张至与其有事实牵连的其他纠纷，防止未来矛盾判决的产生。被告型第三人是例外，由于其在判决主文中被法院判定承担责任，此时已是判决主文所记载的义务承受人，将受判决既判力拘束。因此为避免无独立请求权第三人制度与共同诉讼制度发生混同，前者应以辅助型第三人

为适用原则，限缩被告型第三人的适用空间，仅在本诉被告对其提出承担责任的诉求时才可适用。在普通共同诉讼中，由于法官无法依职权单方裁定将实体关联纠纷合并审理，在实务中通过该制度实现一次性纠纷解决的功能极其有限，主要由必要共同诉讼和无独立请求权第三人两个制度来承担。

概言之，诉讼主体的范围应根据诉讼所涵盖和影响的实体权利或法律关系的范围进行判断，所有受程序所涵盖的实体权利或法律状况的承受者皆应被赋予这种程序参与权。因此实体关联纠纷审理中诉讼主体的范围应扩张至关联纠纷中的各利害关系人。利益相关方参与本诉所配置的诉讼主体角色，需结合审理对象的层次和效力扩张的方式予以综合判断。

---

**Abstract:** All entities whose substantive rights or legal positions are implicated by the proceedings should be afforded procedural participation. However, this does not necessitate their engagement as a formal party to be aligned with principles of procedural justice. Given the varying depths of these entity relationships, appropriate litigation structures should be adopted by a tiered system of adjudicative effects, complemented by a categorized system of effects of judgments. In the adjudication of closely connected disputes, it is necessary to include the relevant disputing parties as necessary co-litigants. However, this inclusion should be restricted based on their dominance and the autonomy of their litigation actions. For loosely connected disputes, typical co-litigation procedures should be applied and litigations should be consolidated for a single trial. Yet, the prospects for such application remain uncertain due to stringent entry criteria. In the case of semi-connected disputes, the disputing parties should be joined in the litigation as third parties without independent claims. Courts, in these cases, should favor the principle of auxiliary third parties which is designed to ensure procedural safeguards, while rigorously delimiting the realm for defendant-type third parties. In forging China's litigation framework involving multiple participants, the ultimate aim should be accurate finding of the facts and ensuring disputes are resolved comprehensively in a single instance. However, the approach to expanding the scope of adjudication powers and its effectiveness in terms of litigants should be differentiated and gradational.

**Key Words:** entity-related disputes, litigation construction, procedural participation, judgment effectiveness

---

(责任编辑：曹建军)

## 对司法智能化应用局限性的观察与思考 ——以民事司法智能化应用为中心

张卫平 冉 博\*

**内容提要：**司法智能化在我国司法实践中已经得到较为广泛的应用，并且随着人工智能技术的发展，司法智能化的实践将更加普及和丰富。司法智能化的运用对于提高司法的效率以及公正性都具有重要的意义，但也应当意识到司法智能化的运用也存在着若干局限，必须对此有充分的认识，以免其盲目扩张和极端化，导致对既有制度发展和完善的抑制和阻碍。从目前司法智能的运行实践来看，其局限性主要体现在以下几个方面：第一，司法智能化大数据运用与案件审判中因果关系的龃龉；第二，司法智能化对司法自由裁量的弱化；第三，司法智能化运用中司法政策适用的困境；第四，司法智能化运用中政治、伦理等因素考量的障碍。

**关键词：**司法智能化 自由裁量 司法大数据 司法政策

• 885 •

### 一、问题的提出

众所周知，人工智能在司法领域中的应用有助于司法效率的提高和司法水平的提升。但另一方面，我们也应该意识到，无论何种技术，作为人们实现某种目的的工具和手段，在使用中都必然存在一定的风险，也存在一定的局限性。人们对风险的认识侧重于对事物或制度运用所可能产生的负面或消极后果的评判。<sup>〔1〕</sup>与此不同，人们对事物或制度局限性的认识侧重于事物或制度作用的有限性的评判。对事物或制度局限性的认识有助于人们正确把握事物或制度的特征，更好地

\* 张卫平，东南大学客座教授、烟台大学黄海学者特聘教授；冉博，东南大学法学院博士研究生。

本文为2023年度国家社会科学基金一般项目“执行法典化背景下的债务人异议之诉体系化研究”（23BFX138）的阶段  
性成果。

〔1〕 关于司法智能化的风险分析，参见张卫平：《民事司法智能化：应用风险的思考与分析》，载《法治社会》2024年第  
1期。

利用事物或制度，使其能够充分发挥应有的作用或功能。对人工智能在司法上的运用也是如此。司法人工智能不是万能的，司法智能化在其实际运用中也存在一定的局限性，尤其是发展的过程中，因此，我们需要对司法智能化的局限性有清醒的认识。

## 二、司法智能化应用的局限： 大数据与案件审判中因果关系的齟齬

司法智能化的两个主要条件是大数据与算法。离开了大数据，司法智能化就完全可能仅仅是信息资料的应用而已。然而，大数据对司法裁判的公正性而言有相当大的局限性，对此我们应该有足够的认识。

早在若干年之前，人类社会就已经进入了大数据时代，大数据这一概念无疑是最为流行、时髦的概念。大数据与司法也是法学界和实务界最为关注的话题。似乎有了大数据的加持，司法效率与司法公正就有了质的提升。大数据的确对于司法的高效率运行具有十分重要的作用，这一点毋庸置疑。但我们同样也需要冷静地思考，大数据究竟在哪些方面能够带来积极的变化，又在哪些方面可能因为我们的误用而存在风险。

当下，人们对大数据的认识和理解主要是在以下三点：是全部数据，而不是随机采样；是大体方向，而不是精确指导；是相关关系，而不是因果关系。

第一，大数据不是随机样本，而是相关的全部数据。在大数据时代，收集、存储、处理数据的工具越来越先进，基于大量数据展开准确分析，对于我们而言不再是一种挑战，有时甚至可以分析与某现象相关的所有数据，而不是像以前那样受限于技术条件只能随机采样（以前我们通常把随机采样看成是理所应当的限制，但高性能的数字技术让我们意识到，这其实是一种人为限制）。对于所有或者大量数据的利用，能够更为全面地发现隐藏在数据中的信息以及信息之间的相互关系。<sup>〔2〕</sup>

第二，大数据追求的不是精确性，而是混杂性。可供研究的数据越来越多，以至于我们不再热衷于追求结果上的精确度，而是学习如何允许不精确的出现，学习如何接受数据分析中更高的容错率，这并非一种缺点，恰好是大数据时代的特征。在信息缺乏时代和模拟时代，由于需要分析的数据量很小，我们必须尽可能精确地量化我们的记录，随着数据规模的扩大，对精确度的痴迷将负相关性地逐渐减弱。拥有了大数据，就极易造成一种假象，似乎我们不再需要对一个特定的现象刨根问底，把握大体的发展方向才是更重要的。适当忽略微观层面上的精确度，能够促使绝大多数非结构化的数据得到分析和利用，从更大体量的数据中获得的某些概率性的趋势或联系，能够显著提升我们在宏观层面上的洞察力。<sup>〔3〕</sup>

第三，大数据所解读的不是事物之间的因果关系，而是相关关系。我们应当清醒地认识到，

〔2〕 参见〔英〕维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼思·库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，周涛等译，浙江人民出版社2013年版，第28-29页。

〔3〕 参见〔英〕维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼思·库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，周涛等译，浙江人民出版社2013年版，第45-49页。

在理念上,大数据并不是要挖掘事物之间的因果关系,而寻找因果关系被认为是人类长久以来形成的思维习惯。这是因为,旨在揭示事物内部运作机制的因果关系,不仅难以证明,而且容易受到直觉的干扰。与之相比,相关关系能够快速清晰地量化关联物之间的数理关系,进而帮助我们更好地了解世界。而且,因果关系作为一种特殊的相关关系,通常情况下是可以被相关关系取代的。大数据的核心就是基于事物之间的相关关系把握现在、预测未来。<sup>〔4〕</sup>所以,在大数据时代,比起事物之间的因果关系,我们更应该寻找相关关系,虽然相关关系无法解释某些事情为何发生,但是却会告诉我们某些事情正在发生或者将会发生。<sup>〔5〕</sup>

在人们所谓的大数据时代,大数据对司法的意义和作用也广为宣扬。大数据在法律治理方面的意义归纳起来大致有以下几个方面:

第一,大数据在法律治理方面,即对司法机关而言,其意义在于,通过大数据强化司法管理水平,提高管理效率。司法管理涉及司法权的宏观配置、法院组织管理、司法人事管理、司法财政管理、诉讼运行管理、诉讼案件管理等事项。

第二,大数据能够将算法应用于海量数据,进而预测某种趋势或可能性。通过大数据能够综合判断某类纠纷的特征以及发展趋势,有利于制定相应的司法政策加以应对。在大数据时代,与因果关系相比,相关关系具有更为优越的预测能力。预测分析并不是为了解释而梳理出因果因素,或者说预测分析不涉及因果关系,而是为了获取具有广泛意义的相关性。<sup>〔6〕</sup>

第三,通过大数据可以有效提高诉源或溯源治理的能力和水平,减少诉讼,降低解决纠纷、化解社会矛盾的成本。

第四,以大数据为基础类案检索制度,目的是统一法律适用的标准、实现司法公正、节约司法资源、提高审判效率、推动指导性案例制度的发展。<sup>〔7〕</sup>需要注意的是,通过大数据获取海量案例,并提取类案或同案可以为审理、裁判提供参考,但也仅仅是参考。<sup>〔8〕</sup>

纠纷当事人或诉讼当事人可以利用大数据获取司法判例,加强对法律适用的正确理解。大数据的应用能够不断提升司法智能化的水平,推动司法智能化的发展和升级。这方面大数据就是涉及法律政策的海量信息。

大数据对于司法的能动作用无疑是不能否定的,但我们也应当认识到,大数据对于司法裁判的作用依然是有限的,也可以说,大数据与最直接影响案件公正裁判的事实认定并没有直接的关系。其原因在于:

---

〔4〕 参见〔英〕维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼思·库克耶:《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,周涛等译,浙江人民出版社2013年版,第71-89页。大数据引发了思维方式的改变,数据之间的相关性在某种程度上可以取代原来的因果关系,帮助我们得到想知道的答案,这就是大数据思维的核心。参见吴军:《智能时代:5G、IoT构建超级智能新机遇》(上卷),中信出版社2020年版,第159页。

〔5〕 关于大数据与相关关系及因果关系问题,参见王天恩:《大数据相关关系及其深层因果关系意蕴》,载《社会科学》2017年第10期。

〔6〕 参见〔美〕马克·K.奥斯贝:《律师的预言家角色:探讨结果预测在法律实践中的重要作用》,载赵万一、侯东德主编:《法律的人工智能时代》,法律出版社2020年版,第159-160页。

〔7〕 参见刘树德、孙海波主编:《类案检索实用指南》,北京大学出版社2021年版,第44-45页。

〔8〕 参见张卫平:《法律适用统一的路径和方法分析》,载《云南社会科学》2024年第2期;曹建军:《指导性案例制度运行的实证研究》,载《云南社会科学》2024年第2期。

一方面，大数据无法查明和确定案件审理裁判中的因果关系，只能提供具有参考作用的相关信息。司法裁判只有在查明因果关系的前提下，才能确定民事责任，确定谁是权利者，谁是义务人，具体的权利义务应当归于谁，而大数据不会告诉裁判者这些。大数据可以提供一个方向和路径，“数据可以告诉你服药的病人比不服药的病人康复得快，却不能告诉你原因何在”〔9〕。从司法的运作事项或结构来看，其主要或核心的事项是裁决纠纷和实现已确定的实体权利，尤其是裁决纠纷。裁决纠纷主要有两个环节，即认定事实和根据具体的事实正确适用相应的法律。就民事司法而言，民事纠纷的事实认定依赖于当事人双方，当事人双方提供的事实通常都是对当事人自己有利或有用的事实，这些事实的真伪需要法院通过庭审加以判断过滤，去伪存真。如此一来，大数据在这方面的作用实际上是非常有限的，因为大数据提供的只是案件的相关信息，不能提供确定其因果关系的信息。提供一种大的趋势或大致方向对于事实认定没有直接的意义，纠纷裁决的事实认定还是必须依赖能够证明因果关系的信息。因此，大数据对于具体纠纷案件的公正裁决并不如人们想象的那样具有突出或实际意义。

另一方面，通过大数据所获得的类案或同案的裁判结果对本案仅仅是提供参考，并不能约束本案的裁判，成为裁判的直接依据。且过去的类案或同案之间也往往存在不同的裁判。面对这种情形是不可能从数学运算上来决定本案的裁判的，即不能哪一种裁判数量最多就依照哪一种方法裁判。无论类案还是同案都是历史性的，是人们在历史环境下对特定案件的裁判，因此，在成文法的法律体制之下，类案或同案同判本身就是一个伪命题。成文法的司法真命题是依法裁判。在成文法体制之下，公正的裁判还是应当从法律规定本身的应有含义出发适用法律。有学者天真地认为，在智能技术的加持下，司法的基本方式发生了变化。法官所获取的海量案例数据能够自己“说话”，进而缓解社会事实与法律规范相分离的情形，更好地解决法律关系判断中缺乏解释力和说服力的问题。〔10〕其实，海量数据自己并不能“说话”，即使“说话”，也仅仅是若干组统计数据而已。人们可能会有这样的错觉，认为一旦有了大数据，审判就变得很轻松，其实有了大数据，可以通过大数据获得更多的类案或同案资料的同时，反而有可能增加裁判的负担，因为要阅读和理解过去的海量裁判，必然会造成法官更多的工作负担。大数据更多的是用于预测，而非对案件事实的判断，也不能直接为法律适用提供解释依据。

### 三、司法智能化应用的局限：司法自由裁量的弱化

司法中的自由裁定也称“司法自由裁量”“法官自由裁量”，其内容主要包括两个方面，一是指司法者或法官在司法过程中对事实、证据在一定范围内的自由认定；二是法律适用的自由裁量，实质上是法官对法律适用的理解。也就是说，司法自由裁量包括事实认定和法律适用两个方

〔9〕〔美〕朱迪亚·珀尔、达纳·麦肯齐：《为什么：关于因果关系的新科学》，江生、于华译，中信出版社2019年版，导言，第XIV页。

〔10〕参见焦宝乾、赵岩：《人工智能对法官思维的影响》，载《求是学刊》2022年第4期。

面。对于司法者或法官是否应当拥有自由裁量权历来存在争议。<sup>〔11〕</sup>

赞同者认为，公权力的行使必须尊重规则，一方面，现有的规则是公权力行使的依据，另一方面，规则的存在对于公权力的行使形成了一定程度的限制。司法权力的存在是为了满足法治实现的需要，不过，规则对于司法权力的限制不可避免地形成了某种程度上的僵化。为了实现个案公正以及填补漏洞，司法权力的行使需要弱化这种僵化，需要克服法律教条主义，这就需要作为法律适用者的法官通过解释法律和发展法律，让法律具有生命力。通常来说，即便是在历史悠久的法治国家，现代司法的模式亦是增加法律适用的灵活性、扩大法官的参与度，也就是赋予法官自由裁量权。<sup>〔12〕</sup>

如果没有自由裁量，就有可能导致既定法律规范或法律规则实际失去规范作用。关键是自由裁量的行使如何保证正当性的问题。现在世界各国采用的主要方法是通过法官制度和司法制度对其自由裁量的正当性予以保障。换言之，自由裁量的前提是法官的主体性。在我国，要实现审判法官的主体性，最起码需要从以下两方面入手，一是取消法院的案件内部请示制度。上下级法院之间的这种内部请示，不仅变相地伤害并剥夺了当事人的上诉权，而且不符合两审终审的基本制度，实际上的一审由于上级法院的介入成为事实上的二审，一审法官的自由裁量权难以行使。<sup>〔13〕</sup>二是建立现代法官制度和司法制度，这是确保自由裁量权正当行使的重要举措，包括建立法官分类管理和遴选制度、提高工资待遇、加大法院基础设施建设、完善法院经费管理和经费保障、实现法院建设的现代化等内容。

除了法律适用上僵化的克服，自由裁量权的存在与法律规则本身的开放性也息息相关。英国实证主义法学家哈特认为，一般性词语本身的模糊性和未来的不可预测性决定了法律具有开放性的结构，这是不可避免的事实。在这个意义上，法律所提供的指引并不总是确定的，总是存在含义相对模糊的边缘地带（形成疑难案件），法院不能根据模糊的法律解决此种疑难案件，此时，赋予法官自由裁量权能够弥补法律的不足。<sup>〔14〕</sup>在有关开放性结构的讨论中，有必要澄清“裁量权”的意义。对此，美国法学家比斯克将“裁量权”当作是对“一个正解”的否定，即司法裁量权的存在意味着一个案件有多个答案或者没有答案，换言之，意味着现行法律无法提供某个答案正确与否的理由。<sup>〔15〕</sup>所以，允许具备理性训练的法官在法律的开放地带行使自由裁量权和司法造法是一件好事，使得法律规则的适用变得更为灵活。<sup>〔16〕</sup>正如德国法学家阿图尔·考夫曼所言：“法学的科学性只在于一种合理分析不是处处都合理的法律发现的过程之中。”<sup>〔17〕</sup>

根据法律实证主义提供的判定标准，法律是由若干规则（即使规则是在不断被制定，但也是有限的）构成的规范体系。这一点通过我们的自觉便能够认识到。在日常生活中，当我们遇到某

〔11〕 参见王倩：《关于法官自由裁量权的法理分析》，载 <http://www.lnzwf.gov.cn/Show/175076>，最后访问时间：2023年9月24日。

〔12〕 参见〔日〕棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第170页。

〔13〕 关于案件批示制度的认识，参见张卫平、刘子赫：《提审：制度机理与演进路向——以法院审级职能定位改革为背景》，载《华东政法大学学报》2023年第1期。

〔14〕 参见〔英〕H. L. A. 哈特：《法律的概念》（第2版），许家馨、李冠宜译，法律出版社2006年版，第119-130页。

〔15〕 参见〔美〕布赖恩·比克斯：《法律、语言与法律的不确定性》，邱昭继译，法律出版社2007年版，第23页。

〔16〕 参见邱昭继：《法律的不确定性与法治——从比较法哲学的角度看》，中国政法大学出版社2013年版，第117页。

〔17〕 〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律哲学》（第2版），刘幸义等译，法律出版社2011年版，第73页。

一纠纷或冲突时，我们往往会想到法律，思考什么样的法律能够作为解决这一问题的根据或规则。因为总有些法律是已经存在，并且在实际发挥作用。我们只要根据这些既有的法律即可化解这些纠纷和冲突。大部分纠纷都是曾经发生过的，即使如此，人们也一定会不断制定或完善相应的法律来应对这些纠纷，一般情形下也的确如此，但在司法实践中，这一观点往往会令人失望。在理论上，法律是人类理性的产物，具有确定性与稳定性。然而，法律对于确定性和稳定性的追求与社会生活的持续变化之间形成一种必然的张力，对此，美国法学家波斯纳提出过一个有关规则的类似悖论，即“一个法律问题可能是确定的，同时又可能是不确定的，其确定在于有某个明确的规则涵盖了这个问题，而不确定在于法官并不一定要遵循规则”〔18〕。实际上，规则不存在的情形也是有的。所以，法律实证主义内部隐含着这样一种悖谬，虽然法律实证主义为法官提供了判定法律是什么的标准，但是，实践中法官可能会发现无法可依（对根据有无的理解与法律解释学有密切的关系。如果从法律解释学的理论来看，人们所认为的没有法律根据的观点，其实是误识，在许多情况下，依据上位法律完全可以通过解释进而阐明隐含的法律根据或依据。有的法律根据或依据的存在是明显的，有的则隐含在相关法律规定之中，虽然不是那么明显和直接）。

为了解决这种规则悖论，法律实证主义学者们建构了一系列理论上的二元构造，比如法律概念的核心区域与边缘地带、案件中的简易案件与疑难案件、适用法律与发展法律等等。〔19〕这种二元对立结构似乎为法律实证主义所隐含的悖谬提供了解决方案。规则的滞后性与社会的演化之间的矛盾，决定了无法可依的情形不可避免。与此同时，对于自由裁量权的运用，一方面，在允许法官创造新的规则、确保作出妥当的裁判的同时，能够发展和延伸现有的法律体系，另一方面，由于自由裁量权行使的场合较少，客观上起到了限制法官造法的效果，不至于对法律体系整体的确定性和稳定性造成过分的影响。从基本原理上讲，自由裁量权的存在就是为了实现法的价值。具体而言，自由裁量权具有相当的灵活性，可以消解法律的普适性与事实的个别性之间的矛盾，进而协调法律的滞后性与社会的演化性之间的矛盾，可以应对语言本身的模糊性与法律所追求的明确性之间的矛盾，进而在法律的确定性与法律适用的不确定性之间找到平衡。

再者，从法律适用的角度来讲，司法自由裁量是基于法律的基本特性——普遍性或一般性。法条作为规范性语句的意义在于相应法律后果的发生，法条以普遍化的方式描绘案件事实、构成要件，并赋予其同样以普遍化的方式描绘的法律后果。〔20〕法律获取的核心行为是一种个案比较或者案件之间的等置，个案之间的比较必须建立在规范的基础上，这就涉及认识论的一个最基础的问题——规范的可普遍化（平等原则），规范可以普遍化、重复性地适用于“所有人”。〔21〕因此，法律不是为个人制定的，也不是为单一的个别情形规定的，法律具有普遍的适用性，这其中也包含连续一致性的内涵。但是，在面对复杂多变的社会现实时，具有普遍性的法律规范就可能缺乏具体的针对性，也就可能失去正当性。亦即，具体的个案正义无法在法律的普遍正义中获

〔18〕〔美〕理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第60页。

〔19〕参见赵英男：《基于法律实证主义的裁判理论：形成、预设与局限》，载《齐齐哈尔大学学报（哲学社会科学版）》2020年第4期。

〔20〕参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第321页。

〔21〕参见〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序：一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社2015年版，第50—54页。

得,为了个案正义的实现,只能例外地牺牲法律的普遍性和安定性。自由裁量权的存在,赋予法官权力去背离和拒绝法律本身的字面含义,并像立法时所可能会对该问题作出的处理那样去审理案件。而对特殊正义的追求在一定程度上也完善了法律的普遍正义。<sup>〔22〕</sup>不过,法官对法律的背离和改变,必须受到权衡要求的制约,只有在特定情形下才能对法律予以修正和填补,比如立法未能认识或考虑到待决的利益状态,或者法律规定的生活事实可能有一个不能预见和充分估计的发展过程。<sup>〔23〕</sup>正如美国著名法学家罗纳德·德沃金所言,法律是一个可解释性的概念,我们可以通过法官在疑难案件中的推理机制以及哲学上的阐释理论,对法律予以理解和识别。<sup>〔24〕</sup>

最后,在案件审理的事实认定方面,自由裁量权也是有必要的,尽管已经有越来越细的证据规则约束法官对于事实的认定,但实际上由于案件事实与证据的多样性、复杂性,这些规则对于事实和证据认定的约束也依然是原则性的。既然是原则也就必然存在例外和特殊情形,这些情形的事实认定就需要法官根据具体情形进行合理的认定。基于此,案件事实的认定,包括证据效力的认定,也就离不开法官的自由裁量权。

案件的适正裁判<sup>〔25〕</sup>离不开审判经验,审判经验也是裁判者之所以能够自由裁量,且应当自由裁量的根据。审判经验是法官在审判案件的长期实践中对案件审判的感知、体会的积累和结晶。要使案件审理能够针对每一个具体案件的实践情形作出妥当公正的裁判,就一定离不开每一个法官的审判经验。因为每一个案件的具体情形总是存在差异,如同“世界上没有相同的树叶”一样,没有案件是完全相同的。对存在差异的案件予以同质处理,必然导致案件处理无法产生“对症下药”的效果。同时,因为审判经验是每一个法官自身在实践中的感知和体会,这种感知和体会很难形成一种完全可以精确表达和传递的知识,所以经验常常无法分析,只能驻留在每一个裁判者个体之中,与裁判者的思维、思想、知识、理念等并存,形成达成法官裁判目的的一种辅助方法和手段。正是在这个意义上,美国联邦最高法院大法官霍姆斯提出了这样惊世骇俗的观点——法律的生命在于经验而非逻辑,<sup>〔26〕</sup>以此希望人们能够重视审判的经验。这是因为霍姆斯已经充分认识到只讲法律逻辑、忽视审判经验所带来的局限性。当然,霍姆斯这句话有一个前提,就是法律的一般运行是逻辑的,也正因此,经验就容易为人们所忽视。经验的运用只有在逻辑的前提下才有意义。因此,在这里,霍姆斯反对逻辑,主张法律的生命在于经验,并非有的人所谓的是一种与时俱进的法律发展观,而是一种典型的辩证思维(辩证逻辑)。但是,辩证逻辑不同于形式逻辑。

〔22〕 参见赵英男:《基于法律实证主义的裁判理论:形成、预设与局限》,载《齐齐哈尔大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。关于法律实证主义及后现代法律实证主义,参见余涛:《法律制度理论的后实证主义面向及其困境》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第4期。

〔23〕 参见〔德〕伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第393-394页。

〔24〕 参见刘星:《描述性的法律概念和解释性的法律概念——哈特和德沃金的法律概念理论之争》,载《中外法学》1992年第4期。

〔25〕 所谓适正,也称为妥当,强调的是民事裁判在事实认定和法律适用上是正确、妥当的。妥当(适正)这一价值追求实质上是关于实现实体正义的要求。无论是事实认定还是法律适用,实现实体正义是民事诉讼制度的工具价值,是民事诉讼法的基本任务和目的。因此,民事诉讼制度的建构和运行都需要尽量满足这一工具价值。关于这一价值追求,参见张卫平:《论民事诉讼制度的价值追求》,载《法治现代化研究》2021年第3期。

〔26〕 关于霍姆斯的法律现实主义,参见明辉、李霞:《霍姆斯法哲学思想的历史地位及影响》,载《国外社会科学》2007年第1期。

崇尚形式逻辑的法律形式主义论证了法律人工智能的成立，正如韦伯所言，法律形式主义使得法律制度能够像一部具有技术理性的机器那样运转，因而保证制度内部的个人与群体拥有最大的自由度，并使他们得到越来越多的机会去预测自身行为的法律后果。<sup>〔27〕</sup>但是，在法律解释、填补法律漏洞，甚至法官造法等具有某种程度的自由裁量权的情形，形式逻辑就不具有多大作用了。我们可以得出这样的结论，即形式逻辑在解决法律问题时只具有有限的作用。霍姆斯所言“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”，关注的是如何确定人们应当受其支配的规则，而不是法官有责任依据某一明显应当适用的规则来审理案件。换言之，在大多数情形中，形式逻辑要求法官始终如一地、没有偏见地执行法律命令，但是，形式逻辑不能解决法律秩序中最为棘手的问题。<sup>〔28〕</sup>这并不是在强调逻辑与经验之间的对立，而是强调在适用法律的过程中，应当将逻辑和经验结合起来，在逻辑不具有多大作用的场合，积极发挥经验的作用。要正确、全面理解霍姆斯的这一论述，应该理解这一命题阐述的历史背景，针对的环境和对象。结合这一背景和前提，就应该理解他反对的只是认为法律中唯一起作用的是逻辑的观点，而绝不是反对逻辑的作用。事实上，霍姆斯正是在深刻认识到逻辑的局限性才提出“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”。霍姆斯这句话的实质是强调法官的能动性和主动性，也就是司法自由裁量的合理性。同时，又因为美国联邦法院具有宪法法院的功能，所以作为宪法法院往往需要更多地考量政治等法律外社会因素的影响。因此，将英美法系与大陆法系的关系和法律经验与法律逻辑的简单对应无疑是一种错误的理解。<sup>〔29〕</sup>

在承认司法自由裁量权的正当性与合理性的前提下，司法人工智能受限问题也就自然提出来了。这一问题是因为在司法场景下存在大量需要进行自由裁量的情形，如果司法人工智能也能够实现司法的自由裁量，则人工智能在司法领域中完全取代法官就是有可能的，但事实上即使是强人工智能也无法实现这种替代，因为经验、场景、社会因素的综合，各种利益的衡平，抽象与类比都是人工智能无法实现的。人工智能依赖的是大数据和算法，而自由裁量却是大数据和算法所无法实现的；大数据和算法依赖的是形式逻辑，而自由裁量依赖的是辩证逻辑，两者是不同的思维径路。司法人工智能化的运用必须为司法裁量留有余地，否则法律以及法治将不再有生命。如何在发展司法人工智能化的同时保留司法裁量无疑是今后人工智能发展必须面对的难题。

#### 四、司法智能化应用的局限：司法政策适用困境

民事司法政策是我国法学和司法实践中经常使用的一个概念，通常是指司法机关（一般是较高或最高司法机关）根据党或国家某一时期的路线、方针和任务，以及民事诉讼法和其他更高层的法律政策的要求，针对特定形势和实践情形所采取的关于引导或指导司法机关适用民事诉讼法的策略性措施。民事司法政策属于国家政策的组成部分。民事司法政策与特定的政治和社会形势

〔27〕 参见〔德〕马克思·韦伯：《经济与社会》（第二卷），阎克文译，上海人民出版社2019年版，第1145页。

〔28〕 参见〔美〕E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2017年版，第516—518页。

〔29〕 这种观点参见冯玉军、邱婷：《法律的生命不在于逻辑，而在于经验》，载《人民法院报》2010年8月13日，第7版。

有关,是特定政治、社会政策的直接反映。

民事司法政策不同于民事诉讼法,是一种政策指引和指导,是为了适应特定时期民事诉讼的形势,更好地解决民事纠纷所作出的政策引导和指导。政策在适用的强制性方面不同于法律规定,在具体适用和理解方面更加灵活。因为诉讼政策通常不适用于规范解释,所以在适用理论解释时一般不起作用,更多地依赖适用者的司法经验。民事司法政策也会因为政策制定者的强调程度不同,而对司法机关的约束力有所不同。有些政策的适用效果与法律规定也没有区别,甚至在实际效力方面要优于法律的规定。

民事司法政策的内容,因不同的社会形势有所不同。民事司法政策在立案、审判程序、再审、民事检察监督、执行、民事诉讼与人民调解的对接、仲裁的司法监督等方面都有所体现。尤其是在民事司法改革中,民事司法政策发挥着明显的作用。例如,智能化在民事诉讼中的运用。民事司法政策往往存在于司法机关的规范性文件之中,有时也以会议纪要、决定的方式予以体现。例如,最高人民法院关于民事审判工作的会议纪要。最高人民法院的司法解释也会反映特定时期的民事司法政策。

在法理上讲,民事司法政策虽然只是一种指引或指导,但由于司法行政化的运作方式,其在民事诉讼实践中也具有一定甚至较强的约束性。行政化程度越高,约束性也就相应越强。民事司法政策在我国的广泛应用及其显著能动性,是我国民事诉讼的一大特点。

民事司法政策在我国的民事司法中之所以具有如此重要的地位和作用,与多种原因有关。其一,与法律的供给不足有关。法律在一段时间内供给不足时,就需要有政策作为替代,因为政策的出台不像法律那样需要更长的时间,也不需要经过一系列的程序。相对而言,政策为了尽快适应社会变动或发展的需要,可以在较短的时间内出台,因而政策规范的出台更有效率性。在民事诉讼领域中民事司法政策的广泛应用就与我国民事诉讼法制定和调整的滞后有关。如果民事诉讼法的立法调整能够及时跟进,民事诉讼政策的需求也就相应要小一些。

其二,与我国独特的社会治理方式有内在的联系。在长期的社会治理过程中,我们更习惯于适用政策这种更为便捷的方法。这也反映了我国法治发展的阶段性,在法治发展的初期或初级阶段,在没有大量移植国外法律制度的情形下,社会治理不可能依靠基本成型的法律体系。日本、韩国等国在社会转型之后主要通过全盘移植国外的法律实现其法治的跨越式发展。我国的情形有所不同,我国是在完全废除旧法统,且没有移植国外法律的情况下,通过自己对社会治理方法的不断摸索和经验总结形成了一套与我国政治权力架构一致的社会治理方式。尽管在社会转型中,我们也在不断尝试逐步建立起以法律调整为主的法治社会,但这种法治社会的建构和发展需要一个转型的过程,在这一转型过程中政策成为主要的替代手段和方法。

民事司法政策实际上对司法机关具有一定的约束性,在某些情形等同于法律规范,甚至超越法律规范。特别是在某些比较敏感的时期和地区。案件的受理就会按照政策的要求有所调整,以适应当时的形势要求。民事司法政策对民事诉讼法等民事程序法的适用具有一定的调试作用,因此,在民事司法实践中,如何使其在民事诉讼法规定范围内充分发挥其政策调整作用,又不至于超越民事诉讼法,是民事司法政策实践中需要认真研究的实践性课题。

民事司法政策的调控作用与规范民事司法的法律自身的完善程度成反比关系,即作为法律的

民事司法越是趋于完善，民事司法政策所能发挥的调控作用就越小。民事诉讼法越是不完善，民事司法政策的调控作用就越大。在社会变动时期，法律往往难以适应这种变动，因此就需要发挥政策的灵活性优势。为了发挥政策的灵活调控作用，也需要法律为这种调控提供一定的空间，不能规定得太细、太具体。

民事司法政策与其他政策一样，具有灵活性、变动性、抽象性的特点。这三种特点之间具有内在的联系。因为灵活，所以具有变动性，正因为变动性才体现了政策的灵活性，政策的抽象性也为灵活性提供了条件，如果过于具体往往就无法实现灵活，灵活机动使得政策具有适时针对性，但这也是司法政策适用中比较难以把握的一点。对同时期的民事司法政策的把握和理解需要根据当时的政治社会形势以及当地的具体情形，司法政策内容的具体解读通常没有学理解读作为基础，因为政策的解读主要根据当时社会治理的需要和目的，而这种需要和目的是经常变动的，难以从某种学理或理论来具体阐述，通常是通过制定者或实施者的上级领导，通过相关的会议讲话来把握政策的具体精神，而非通过学理或法理予以把握。这也进一步增加了政策实施和适用的难度。正是因为如此，在民事司法还需要大量政策指导和规范的时期，人工智能在这方面还很难满足对政策的智能理解和适用。因为人工智能的理解还只能停留在逻辑推理的阶段，即使再进化也只是更高级、更复杂的逻辑运算阶段，所有的算法也都是人们遵循逻辑而设定的，但民事司法政策的理解需要有辩证对立统一的思维方法，借助对司法政策的经验积累和感知才能很好地理解司法政策。在一些司法政策的精神读取中甚至有相应的政策语言，这种政策语言与法律语言相比有其自身的特点，这更增加了人工智能适用的难度。

• 894 •

## 五、司法智能化应用的局限：司法过程中政治等因素的考量权衡

司法过程中的政治、经济、文化、伦理、心理等各种社会因素可能对司法审理裁判过程施加外部影响。法官在审理裁判案件时需要考虑如何裁判才能满足政治要求，才能符合经济发展的需要、平衡利益上的得失，才能有利于推进或维系主流文化的价值倡导，才能使裁判结果能够与社会的一般道德认同一致，有利于维系道德价值体系、促进道德的发展，才能使裁判结果能够符合我国宗教政策的要求，不至于造成宗教冲突或宗教社会问题。

一方面，在司法过程中，无论是案件的审理，还是案件的强制执行都可能会涉及法律之外其他因素的影响，如政治、经济、伦理、文化等因素。对不同的案件，上述因素的影响程度会有所不同，比较简单的一般民事案件通常这些外部影响也较小，有的类型的案件，例如涉及婚姻家庭关系的家事诉讼案件，伦理因素的影响显然就比其他案件要大很多。涉及国有资产、生态环境、消费者权益、知识产权、商事案件可能更多地受到政治、经济、文化方面因素的影响。尽管这些案件争议的核心是法律上的权利义务，但权利义务涉及的内容关联到政治、经济、伦理、文化的内容，其审理、执行过程及结果必然牵连到这些因素。审理和裁判案件的依据是事实和法律，但由于事实本身涉及政治、经济、文化、伦理等因素，这就使得案件的审理也自然会考量这些相应的外部因素。在许多人看来，这些外部因素不可能完全与案件切割开来，于是也就有了人们提出的在审理和裁判案件时既要考虑法律效果，也要考虑社会效果的主张。通常来讲，社会效果自

然包括政治、经济、伦理、文化等效果。也有人将社会效果归纳为三个要求,即经济发展、社会稳定和公众认同。<sup>[30]</sup> 社会稳定和公众认同实际可归入政治因素之中。某一特定的案件涉及了政治因素,即可认为该案或纠纷具有了政治性,同理,涉及经济、伦理、文化、宗教因素也就具有相应的经济性、伦理性、文化性、宗教性。当然纠纷所涉及的这些社会因素不是法律争议的对象本身,而是法律争议之外所涉及的因素。

另一方面,政治、经济、伦理、文化对案件的影响也与人们对案件与社会联系的认识基础或理念有直接关系。如果在认识理念上强调社会事物之间的联系性、整体性,则必然强调案件的非孤立性,考虑各种社会因素在案件审理结果上的影响。这种认识的传统文化背景和哲学认识基础源于我国古代的名家思想。相反,如果强调事物的个性、事物发展变化的逻辑性,也自然会尽量排斥事物之间的联系,因为事物之间的联系可能会干扰或模糊对事物本身性质和变化逻辑规律的认识和把握。在典型的三段论式的法律逻辑中,强调的是法律所设定的大前提、小前提,并通过形式逻辑推出结论。法律规定是大前提,本案事实是小前提。作为小前提的案件事实必须具备以下三个方面内容:其一,基于当事人的陈述,法官对案件事实完成初步的构建;其二,根据当事人提出的证据资料以及法官依职权查明的情况,构建在法律上为“真”的事实;其三,结合裁判规范,分析案件事实是否能够涵摄于该规范之下,是否满足相应的构成要件。<sup>[31]</sup>

在法理上,这些大前提和小前提中即使存在政治、文化、经济、伦理的考量,那也是前提本身所内含的,为法律所规定的,不允许将案件大前提、小前提之外的其他社会因素再纳入案件裁判的考量之中。这种认识的基础在于法律本身是一个自治的体系,法律的运作应当尽量排除其他因素的干扰和影响,否则,必然影响法律的效率和作用,也将影响法治的治理效果。正是在这样的认识和意义上,传统法律思维逻辑与强调社会效果、政治效果的审判逻辑存在冲突和矛盾。在西方国家的法治治理中,曾一度特别强调法律与政治、经济、文化、伦理之间的区别,以此保证法律的纯洁性。尽管进入20世纪之后,西方国家在案件裁判中也会考量政治等各种社会影响,但总体而言,政治、文化、经济、伦理等外部因素的考量还是比较小,尤其是在法官独立审判的情形下,这种影响主要还是因法官个人的认识差异而有所不同,不会形成一种政策性影响。我国的情形有所不同,我国在认识上更为强调社会事物的整体联系,在哲学理念上,事物之间的联系一直是作为唯物辩证法的重要内容而存在。在此种认识的支配下,必然重视案件裁判中政治、经济、伦理、文化的影响,而且对这些影响的重视已经成为一种司法政策,所谓的既要注重法律效果,也要注重社会效果、政治效果。基于上述认识,我国在司法理念上更多地强调事物之间的联系性,因此会强调案件审理裁判中政治等因素对案件处理的影响。例如,在特殊时期,某些案件的受理与否就会受到政策的调整。这种在某一时期具有较大社会面影响的主要是政治方面的因素。<sup>[32]</sup>

[30] 参见周海源:《社会效果与法律效果统一的法官思维障碍与解决思路》,载《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》2016年第1期。

[31] 参见刘治斌:《案件事实的形成及其法律判断》,载《法制与社会发展》2007年第2期。

[32] 参见张卫平:《起诉难:一个中国问题的思索》,载《法学研究》2009年第6期。

在西方国家的司法中，也有种族、政治、经济、宗教等社会因素对案件审理裁决产生重要影响的情形，对于有些案件而言，其影响甚至是决定性的，例如美国著名的布朗诉教育委员会案、〔33〕罗德尼·金案、〔34〕罗伊诉韦德案等。〔35〕但社会因素对案件的影响不像我国那样广泛，他们所认识或理解的法治更大程度是依赖于法律，而限制政治等社会因素的政策性影响。两者所依赖的治理根据有较大的差别。在这个意义上，两者理解的法治在内涵上也就有很大的不同。这是基于不同的社会治理理念、结构和方式而产生的。在社会结构方面，我国一直强调政治在社会治理方面的重要性。可以说从第一次国内革命战争一直到现在，我们都在强调政治以及政治意识形态的重要意义。除了政治之外，经济、伦理和文化也直接被视为非常重要的社会价值。政治、经济、伦理、文化等社会因素对我国法律运行的影响之所以较之其他西方国家更大，还是因为我国独特的社会结构，即在长期封闭的历史发展中逐渐形成的政治泛化、伦理泛化、意识形态泛化的社会结构。尤其政治泛化更显现了我国社会的基本特征。而且，在我国，政治与经济、伦理、文化之间具有难以理清的纠缠关系。经济问题往往直接反映为政治问题，某些情形下经济问题就是政治问题，例如GDP的高低、增幅的大小都可能成为一种政治问题。在这样的社会结构中，我们很难将法律与其他社会因素加以切割，这也就导致了法律事件往往会转化为政治事件的原因。比较典型的就是2006年发生的“彭宇案”。〔36〕当时，此案之所以以和解方式解决纠纷，其中一个最重要的原因就在于法院的决策者认为此案涉及政治因素——本案对时下法律与伦理道德关系的消极评价。“因为这个案子，整个社会都迎来了一场严重的信任危机。”〔37〕

• 896 •

以纠纷的政治性为例。纠纷的政治性是因为纠纷直接或间接涉及或影响到社会的政治。尤其是在比较强调和重视政治性的社会环境中，司法者对纠纷的政治性特别在意，一旦认为纠纷具有一定的政治性，便会通过司法政策对法律适用进行调控。例如，对代表人诉讼的限制，就是基于社会稳定的政治考量。在某些特殊时期，也会对某类纠纷的诉讼应对采取相应的诉讼政策。例如2008年对涉及三鹿奶粉案件受理的政策调整。纠纷的政治性是司法或诉讼政策主要考量的因素之一。社会时期不同，政治的内容也就有所不同，例如2020年至2022年期间在我国以及全球蔓

〔33〕关于布朗诉教育委员会案，参见祝贺：《教育改革政策执行受阻的原因分析——以布朗诉教育委员会案为例》，载《外国教育研究》2015年第1期。

〔34〕关于美国罗德尼·金案简介，参见董明利：《浅析美国大众媒体对司法办案的影响——以“罗德尼·金案”为例》，载《重庆三峡学院学报》2015年第4期。

〔35〕关于国外政治对案件审判的影响，参见李清宇：《从“堕胎法案攻防战”看美国政治对法律的影响》，载《山东青年政治学院学报》2021年第6期。

〔36〕2006年11月20日早晨，原告徐某兰（64岁）在南京市水西门广场一公交车站候车时被人撞倒导致骨折受伤。徐某兰指认撞人者是刚下车的彭宇，并提起民事诉讼，被告彭宇对此予以否认。一审中法院判决原告胜诉。被告不服提起上诉。在二审期间，彭宇与徐某兰达成庭前和解协议，其主要内容是：彭宇一次性补偿徐某兰1万元；双方均不得在媒体（电视、电台、报纸、刊物、网络等）上就本案披露相关信息和发表相关言论。（参见徐机玲、王骏勇：《南京市委常委、市政法委书记刘志伟谈：不应被误读的“彭宇案”》，载《瞭望新闻周刊》2012年第3期。）双方撤诉后不再执行鼓楼区法院的一审民事判决。此案在社会上引起了极大的反响。原因就在于此案中所涉及的法律与伦理道德的争议。媒体报道中常常引用这样一段描述：“徐老太不是我撞倒在地的，我只是去扶了她！”这个小伙子激动地说道。坐在审理席上的法官闻言露出了不屑的表情：“不是你撞的，你为什么要去扶？”这句话一出，顿时舆论哗然，负责审理此案的法官以一己之力，将“扶不扶老人”变成了一场难以抉择的天人交战。

〔37〕《15年前彭宇案真相：老人去世5年后，他亲口承认：我当年撒了谎》，载 <https://www.163.com/dy/article/H82F7HM905534K6C.html>，最后访问时间：2023年7月5日。

延的新冠肺炎,导致我国政府采取了严厉的疫情防控政策,特殊时期的疫情防控也就成为我国最大的政治。这一政治形势无疑对民事纠纷的解决也产生了很大的影响。民事纠纷解决的诉讼程序和制度的适用方面都受到很大的限制。最有效的疫情防控就是实现健康人与病毒的隔离。其措施最大的特点就是限制了人、组织原来的正常活动,随之对司法和诉讼活动产生了相应的影响。在这次应对新冠肺炎的战役中,《中华人民共和国传染病防治法》(2013年修正)规定的所有紧急措施均得以实施。如此一来,包括法院在内的纠纷解决机构和组织的正常活动也都受到限制,甚至中止或中断其正常的活动。没有中止的诉讼,其审限也将无限延期,等待防控措施的解除。<sup>[38]</sup>

纠纷的伦理性是家事纠纷的基本特点,家事纠纷主要包括涉及婚姻关系、收养关系、亲子关系、家庭财产关系、遗产继承关系等关系的纠纷。这类关系涉及当事人之间以及当事人与其他家庭成员之间的血缘关系和社会关系,牵涉彼此之间的亲情关系。<sup>[39]</sup>与其他财产关系相比较,家事关系是稳定或相对稳定的,因为它是以两性结合和血缘联系为自然条件的社会关系,是一种长期的或永久的伦理结合,而不是基于利益的短暂的结合。相对于法律关系、政治关系、行政关系,伦理关系纠缠着人与人的情感因素。人之间的情感对人的行为的影响往往并不遵循一般的行为逻辑。尽管有学者试图通过科学实证研究为情感关系的处置建立严密的数学模式以指导和解释人们之间的情感关系,也取得了一些成效,<sup>[40]</sup>但最终依然只能成为一种抽象的原则,无法适用于每一个具体的人,实际上这就是因为情感表现的不确定性。

因此,家事纠纷的诉讼应对需要更多地考虑纠纷的伦理性,顾及纠纷解决的伦理结果。应当特别注意的是,在纠纷解决的实践中,社会关系与法律关系往往交织在一起,构成了复杂的复合关系。例如,在家族企业或公司的背景下,股权纠纷(股权代持争议、股权赠与争议)都与家庭关系背景相联系。这种公司股权或权益纠纷的家庭关系背景又以特殊的中国家庭意识为基础。离开这一深刻的背景,简单地以公司股权法理形式主义地去理解和裁判,则往往背离法理的宗旨、家庭伦理的常识,也就自然无法得到民众的理解,自然无法达成人们所谓的社会效果。

一般情形下,意识形态对民事纠纷解决的影响较小,但需要从不同的国情来看,对于特别重视意识形态的国度,这依然是一个很重要的考虑因素。例如苏联在构建民事诉讼程序和制度时就特别顾忌意识形态的因素,使得诉讼程序和制度的建构有意偏离法律技术的考量。西方国家在法治的发展中,十分注意张扬法律实证主义,强调法律运作的自身逻辑和科学性,因此,尽量将法律之外的东西,包括意识形态等社会因素与法律本身予以切割,主张社会因素、意识形态等在立法过程中已经考量,法官自身机械地适用法律即可。正如博登海默指出的:“至少在法制发展过程中的某些重要时代,便盛行着把法律建成一门自给自足的科学的倾向,完全以它自己的基本原理为基础,且不受政治学、伦理学和经济学等学科的外部影响。”<sup>[41]</sup>所以,在西方国家纠纷解决的过程中意识形态的影响相对比较小。<sup>[42]</sup>正如德国法学家温德沙伊德所言,“道德伦理、政治或

• 897 •

[38] 参见张卫平:《民事纠纷的社会性与民事诉讼程序和制度的构建》,载《学习与探索》2020年第8期。

[39] 参见郭美松:《民事公开审判原则的相对性——兼析公开审判原则在人事诉讼中适用之例外》,载《理论与改革》2005年第1期。

[40] 参见〔美〕约翰·戈特曼、娜恩·西尔弗:《爱的博弈》,浙江人民出版社2014年版,第2-13页。

[41] 〔美〕E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第261页。

[42] 参见张卫平:《“纠纷治理”与“纠纷解决”:差异、共生与照应》,载《现代法学》2024年第1期。

经济性质的考虑不是法学家们的事情”<sup>〔43〕</sup>。我国则不同，在 20 世纪以来长期的社会发展过程中，一直比较重视意识形态对社会各个方面的影响。在这样一种社会背景之下，纠纷解决或纠纷审判也一直受到意识形态较大的影响。

在我国司法中，之所以强调案件与社会因素的联系性，还有一个特殊的原因就在于，我国的司法处理过程除了依据法律之外，政策也是一个很重要的根据，也就是说作为案件审理裁判的大前提实际上包含了法律政策本身。而法律政策与法律的一个重要区别就在于，法律政策或司法政策是特定时期特定环境的产物，具有较大的变动性，这种变动性和针对性实际上在很大程度上是根据政治等社会因素作出的反应。既然作为大前提的一部分要考虑政治等社会影响，那么案件的审理和裁判自然也要考虑相关的政治等社会因素了。

回到本文的主题“民事司法智能与社会因素考量”这一话题上，可以很自然地得出如下结论：在传统以及当下的法治治理方式、司法理念以及司法运行体制结构之下，在民事司法过程中，特定案件所涉及的政治、经济、伦理、文化等社会因素是司法者必须考虑的，尽管影响的大小、考量的权重比会因为案件的社会环境不同而有所不同。而这些社会因素的具体考量权衡就是人工智能所无法替代的人类智能活动，至少在相当长的时期内人工智能还无法通过算法来做到。有鉴于此，我们在推进民事司法智能化过程中必须要注意的问题是，在人工智能司法实践中为这些因素的考量给予司法主体一定的裁量余地，避免与司法政策的要求相冲突。

## 六、结 语

对特定事物局限的认识虽然是一种现实批判的视角，但其动机和作用却是积极的、建设性的。笔者上述对司法智能化应用局限性的认识侧重于对司法智能化作用有限性的评判，目的是更好地认识民事司法智能化，从而更有效地发挥司法智能化以及制度的功用，避免因为对其局限性缺乏足够或充分的认识而导致司法智能化运用的盲目扩张或极端化。其盲目扩张和极端化一方面会阻碍民事诉讼基本价值的实现，另一方面也可能抑制或影响其他制度的完善和发展。例如，在民事纠纷诉讼解决的若干价值追求中，其最重要的价值追求就是纠纷解决的公正性。而公正性的实现绝对离不开审理裁判者或司法的主体性，无论案件事实认定的自由裁量，还是对于司法政策的把握以及案件相关政治、经济、伦理、文化等因素的权衡考量处置，都无法离开审理裁判者或司法的主体性。这正是司法智能化还无法完全取代司法人类智能的主要原因。人类能够理解“意义”，而人工智能还无法做到，“意义”才是人工智能最大的障碍，<sup>〔44〕</sup>司法人工智能也是如此。而且，我们现在的司法智能化只是处于“狭义”或“弱”的人工智能的程度，<sup>〔45〕</sup>即司法人工智能的初级阶段。如果不能充分地认识到司法智能化在司法主体性层面的局限性，就可能因误认为其能够取代司法主体性，而忽视司法主体性与司法公正相关的制度改革和建设，也就必然影响司法制度在主体性方面的发展和完善。实际上，司法智能化必须与司法体制改革同时推进并行，司

〔43〕〔葡〕叶士朋：《欧洲法学史导论》，吕平义、苏健译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 197-198 页。

〔44〕参见〔美〕梅拉妮·米歇尔：《AI3.0》，王飞跃等译，四川科学技术出版社 2021 年版，序，第 XV 页。

〔45〕参见〔美〕梅拉妮·米歇尔：《AI3.0》，王飞跃等译，四川科学技术出版社 2021 年版，第 50-51 页。

法智能化不能离开司法体制改革,尤其是司法主体性保障和提升机制的建构,才能为司法过程中广泛自由裁量的正当性提供相应的制度保障。只有在提升司法主体性的前提下,司法人工智能才能在最短的时间内克服其局限性。那种以为司法智能化可以独自前行,且完全弥补司法运行既有缺陷的想法是不切实际的幻想。

司法智能化局限性的程度与司法人工智能的程度是密切相关的,智能化程度越高,其局限性越小。因此,对于民事司法智能化局限性的认识也是开放和发展的,需要根据人工智能在民事司法中的实践深化相应的认识。在本文中我们只是列举了民事司法中智能化所可能存在的部分局限,究竟民事司法智能理论和实践中还存在哪些局限,也未可知。故此,我们还寄希望于学者和实务工作者们进行深入的研究,以拓展对其局限性的认识。当然,在司法人工智能的实践和发展方面,更重要的是防止司法人工智能应用中的形式化、泡沫化、政绩化倾向,这无疑是司法人工智能实践和发展的大忌。

---

**Abstract:** Judicial intelligence in China's judicial practice has been more widely applied, and the practice of judicial intelligence will be more popular and rich with the development of artificial intelligence technology. The use of judicial intelligence is of great significance to improve the efficiency and fairness of justice, but we should also realize that the use of judicial intelligence has a number of limitations, which requires us to have a full understanding of its limitations, so as to avoid its blind expansion and polarization, for fear of resulting in inhibition and obstacles to the development and improvement of the established system. Judging from the current operation practice of judicial intelligence, its limitations are mainly reflected in the following aspects: the disagreement between the use of judicial intelligence big data and the causal relationship in the trial of cases, the weakening of judicial intelligence on judicial discretion, the dilemma of applying judicial policies in the use of judicial intelligence and the obstacle of political and ethical factors in the use of judicial intelligence.

**Key Words:** judicial intelligence, discretion, judicial big data, judicial policy

---

• 899 •

(责任编辑:曹建军)

## “执行转破产”中的基本理论问题：民法的视角

韩世远\*

**内容提要：**因受理破产申请而中止执行，其时间界限宜严格依据《企业破产法》第19条“受理破产申请后”，对于破产申请受理时的执行行为不产生影响。共益债务依《企业破产法》第42条的规定是“人民法院受理破产申请后发生的”债务，就此不宜解释为封闭性规定，解释上仍应依实质标准承认人民法院受理破产申请前发生的对全体债权人有益的费用为共益费用，使之可以作为“共益债务”优先受偿。别除权是担保物权、特别优先权等效力在破产程序中的体现，在《民法典》物权编等对担保物权明确承认物上代位性的背景下，对别除权的内涵、效力等的理解应与时俱进，承认别除权的效力不仅可体现在特定物上，也可以体现在该特定物的金钱代偿上。

**关键词：**执行转破产 共益债务 别除权

### 一、“执行转破产”话题的由来及本文问题的提出

#### （一）话题的由来

执行转破产制度由2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（第513条至第516条）所确立，并于2017年1月由《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》较为系统地规定。<sup>〔1〕</sup>我国既有的司法审判采用的是“三环节”理论，即立案、审判、执行，而实践中的执行案件很多（一度达到未执行到位案件数40%~50%的占比）因债务人欠缺执行能力而以“终结本次执行”的形式终结，并没有实质解决问题。2016年人民法院开展“执行转破产”工作，最高人民法院提出将破产制度作为司法审判工作的“第四个环节”，寄望于以一个破产案件来消解若干执行案件，从制度上打通解决部分执行难问题

\* 韩世远，清华大学法学院教授。

〔1〕 参见贺小荣、葛洪涛、郁琳：《破产清算、关联企业破产以及执行与破产衔接的规范与完善——〈全国法院破产审判工作会议纪要〉的理解与适用（下）》，载《人民司法·应用》2018年第16期。

的“最后一公里”。〔2〕2018年3月《全国法院破产审判工作会议纪要》对执行程序与破产程序衔接中的重点难点问题进行梳理，并提出了相应的解决方案和对策。2019年6月发布的《最高人民法院关于深化执行改革健全解决执行难长效机制的意见——人民法院执行工作纲要（2019—2023）》，其中第10条就完善执转破工作机制作出新要求，进一步优化、规范执转破工作流程，完善当事人申请或同意执转破的激励和约束机制，做到应转必转、当破必破，确保渠道畅通，运转有序。2020年《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》修改，将第96条删除，〔3〕换言之，被执行人是企业法人的，明确不再适用参与分配制度；符合破产条件的，应当转为破产程序，以此“倒逼”债权人申请债务人破产。最高人民法院的诸多举措，从司法活动诸环节关联性和一体性角度，直面“执行难”与“破产难”这两个社会现实问题，创新机制，立意高远，值得点赞。

另外，即便出台“执行转破产”相关规定后，实践中执行当事人申请转为破产程序的积极性仍较低（比如北京市某区人民法院2020年以前实际成功移送破产审查的企业数量仅占按照法律规定符合破产条件企业数量的1.3%），基本依赖法院“告知”“释明”“建议”等非强制性手段，与制度预期目标尚有差距。〔4〕何以如此？对债权人而言，执行程序比破产程序成本低、效率高，且经执行分配未足额清偿部分仍有追偿的可能，通过执行程序实现债权更有利。而破产程序需要通知所有债权人参与分配，意味着债权的受偿比例降低，可能让其他债权人“搭便车”。对于债务人而言，启动破产程序后将面对所有债权的清偿，而且企业经营中存在的诸多问题，如出资不实、侵占资产、挪用资金、违规担保、不当交易、经营失范等可能暴露出来，对债务人的管理层极其不利。〔5〕

• 901 •

“执破转轨”过程中的秩序塑造，既涉及民法（合同法）中债权的实现，又涉及对民事实体权利的程序保障（民事诉讼法、强制执行法以及破产法）。债权能否通过合法的途径得到实现，这是检验一个国家法律制度成败的标尺之一，为实现债权而奋斗，需要中国的立法、司法、学说及民众为之付出巨大的努力。〔6〕

## （二）本文问题的提出

一旦法院受理破产申请，围绕债务人的很多法律关系便因此而受影响，包括对债务人采取的财产保全、执行措施等，《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第19条有基本规定，可是，在实务中仍会遇到疑难情形，本文拟结合实际案例，探讨如下几层基本问题：（1）在“执行转破产”语境中，“执转破”的时间节点如何把握？换言之，法院受理破产申请对执行程序的影响，包括财产保全措施的解除、执行程序的中止等，自何时发生？与受理破产申请

〔2〕参见杜万华：《深入推进破产法律实施 积极补齐市场机制短板》，载《人民司法·应用》2017年第19期。

〔3〕“执行难”与“破产难”的原因不一，或谓从法律制度上看主要原因有二：一是破产程序的启动程序仅限于当事人申请；二是依1998年《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第96条，参与分配制度在例外情形下可以适用于企业法人，并有在实践中被扩大适用的倾向，使得当事人不愿意启动相对复杂的破产程序。参见赵晋山、葛洪涛：《〈民事诉讼法〉司法解释执行程序若干问题解读》，载《法律适用》2015年第4期。

〔4〕参见张世君、李雨芊：《“执破衔接”实施的困境反思与制度改进——以破产启动职权主义为视角》，载《河南财经政法大学学报》2020年第3期。

〔5〕参见陈杭平：《中国民事强制执行法重点讲义》，法律出版社2023年版，第206页。

〔6〕参见崔建远、韩世远：《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社2004年版，第402页。

同时发生的执行行为是否因此而受影响？（2）“共益债务”是否仅以《企业破产法》第42条的规定为限？执行程序中债权人支出的有利于全体债权人的费用，可否作为共益债务而随时清偿（第43条第1款）及优先受偿（第113条第1款）？（3）破产法学界常认为别除权属破产债权，是否真的如此？如何把握别除权与破产债权的关系？日本曾有学者“从破产看民法”，以揭示民法的盲点。<sup>〔7〕</sup>笔者愿反向而行，从民法看破产，如能就破产法的盲点揭示一二，则属幸甚。

## 二、受理破产申请对执行程序的影响：中止执行的边界划分

执行程序与破产程序共同的连接线索为债务清偿，亦即债务人应以其财产保障其债权人债权的实现，不过，二者的理念及功能定位不同。执行程序通常是就特定债权进行“个别清偿”，是对债务人财产的个别执行。如果就同一债务人存在多个债权人，债权人各顾各的，因而“先下手为强，后下手遭殃”。如果债务人的责任财产充足，后下手亦不至于不获清偿，结果差异不大。问题在于，债务人的责任财产有限，一旦不足以清偿全部债务，后下手的便难免遭殃。与之不同，破产程序旨在对全部债权实现“整体清偿”，是对债务人财产的“概括执行”，追求的是债权人之间相对的公平。以下以一则案例，展示执转破的时间节点问题。

### （一）案情简介

原告X与被告Y发生租赁合同纠纷，一审C法院判决：1. 确认双方租赁协议于2021年12月14日解除；2. Y向X支付违约金1900万元；3. Y将租赁标的物恢复原状；4. 驳回X的其他诉讼请求。双方均不服，提起上诉，二审D法院审理后裁决驳回上诉、维持原判。终审判决于2022年9月16日生效，Y并未依法履行，故X在同年9月30日向C法院申请强制执行，C法院在同年10月10日执行立案。另外，C法院依X的申请在诉讼中已经冻结了Y的银行存款2300万元。执行程序中，C法院在同年10月27日将执行款项1900万元依法扣划至法院账户内，因当地疫情突发，全区静默，导致C法院在同年10月30日将上述执行款项1900万元划拨至X账户。此后，C法院在11月1日收到E法院的破产案件受理裁定书、指定管理人决定书，以及中止执行告知函，该法律文书载明，E法院于2022年10月27日裁定Y破产清算。Y公司破产管理人以及E法院立刻与C法院沟通，称上述1900万元系破产财产，应立刻予以执行回转；同时，针对此问题向省高院汇报，并请求协调处理。鉴于此情况，C法院立刻在11月2日将上述款项1900万元全额冻结，并于11月14日作出执行裁定，以《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》<sup>〔8〕</sup>以下简称《破产法解释（二）》第5条规定为由，认为该1900万元的划拨是在10月27日破产受理之后，属于债务人财产，应执行回转，故裁定：1. 解除对Y的财产保全措施；2. 划拨X账户执行款1900万元至C法院账户。X无奈提出执行异议。<sup>〔8〕</sup>

### （二）“中止执行程序”的时间界线

《企业破产法》第19条规定：“人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解

〔7〕 小林秀之『破産から新民法がみえる』（日本評論社，2018年）参照。

〔8〕 参见张炜頔、季园琴：《破产与执行程序下债务人财产界定标准矛盾的实务研究》，载《第十四届中国破产法论坛论文集》（第二册），2023年，第495页。

除，执行程序应当中止。”换言之，破产程序一旦启动，个别执行便应停止，统一并轨到破产程序。

关于“债务人财产”，《企业破产法》第30条已有明确界定，“破产申请受理时”是一个关键时间点。在上述案例中，尽管执行法院知悉破产申请受理的时间在后，但《企业破产法》毕竟是法律，《破产法解释（二）》第7条、《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》（法发〔2017〕2号）第16条、第17条以及《最高人民法院给重庆市高级人民法院的复函》等相关规定，理应作与上述法律规定不矛盾的解释，诸此规范并不具有修改法律规定的效力。因而，对于实务中既已存在的裁判不统一，<sup>〔9〕</sup> 理应在辨析清楚法理的基础上，回归统一。

上述案例实属一则“疑难案件”（a hard case），<sup>〔10〕</sup> 又属“边际案型”，值得特别讨论。特别之处在于，C法院将执行款扣划至法院账户的时间与E法院裁定Y公司破产清算的时间是同一天，且无从区分先后。如此，C法院在该天扣划走的1900万元，是否仍属于Y进而构成破产法上的“债务人财产”，便模棱两可，并不明确。依据《企业破产法》第19条规定，法院“受理破产申请后”有关债务人财产的执行程序应当中止。在受理破产申请的当时，执行程序依法尚不应当中止。因而，《破产法解释（二）》第5条所要纠正的也是“破产申请受理后”未中止的执行程序。既然受理破产申请的裁定并不具有使当时的执行程序中止的法律效力，故C法院扣划Y1900万元的行为仍属有效，那么，便应进一步分析其效力内容。

其一，在强制执行法上，扣划账户资金与查封账户恐怕应作区分，二者的效力尚有差异。查封账户是诉讼财产保全措施，其效力在于限制债务人对其财产的处分（处分权能之限制）；而扣划资金，则借由执行法院的强制处置权使得资金脱离原账户主人，进入到新的账户。账户资金作为金钱的一种具体表现形式，与普通的动产不同，一旦脱离占有，便丧失了所有。进而，该资金流动归属于新的主体。在本案中，法院先扣划被执行人的资金到自己账户，再转给执行申请人，当属对于资金的一时性的无偿保管，属于一种提存。执行申请人在提出执行申请时，便有鲜明的使相应资金归属于自己的意思，故在此种场合，也可以解释为借助执行法院的强制处置权，无须被执行人意思配合，在1900万元脱离Y账户的一刹那，便已归属于X，法院只不过是代X暂时保管而已。<sup>〔11〕</sup> 也可以说，在1900万元脱离Y账户的一刹那，其1900万元违约金债务便因此而消灭，有关债务人财产的执行程序对于Y而言便已结束，进而也无从谈及“中止”，进而，也无须依《破产法解释（二）》第5条之要求予以纠正。

其二，执行程序与破产程序的基本理念不同，前者鼓励先下手为强，后者则关注债务人财产不足以清偿全部债务场合全部债权的整体清偿。前者提倡及早动手、积极启动个别执行；后者则专注于公平受偿，尽管大家吃不饱，仍然是平等主义下的“大锅饭”，哪怕有人搭便车。正如上述案例所示，X不仅积极投入一审、二审，申请强制执行，而且采取保全措施、查封Y账户。而在破产程序中，未必全体债权人均有积极的投入，却可以与有积极投入的债权人一样吃“大锅

〔9〕 在实践中既有以破产受理法院作出受理破产裁定的时间为节点的案例，也有以执行法院知悉破产的时间为节点的司法案例，值得关注。

〔10〕 See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 81; 〔美〕罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第115页以下。

〔11〕 关于提存标的物所有权的移转，可参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第726页以下。关于执行法院对于执行财产的保管角色，可参见陈杭平：《中国民事强制执行法重点讲义》，法律出版社2023年版，第101页。

饭”，这样，比较两种不同的利益状态，法规则理应倾向于鼓励前者。因而，在模棱两可的边际案型场合，法政策应优待前者，亦即肯定与受理破产申请同时进行的执行行为仍然有效。

假如 E 法院受理破产申请与 C 法院扣划 Y 资金之执行行为并非发生在同一天，而是执行行为为晚了一天，那么，案件便无翻转的可能，晚一天的执行行为理应中止，相应的扣划行为因不合法故不发生相应的法律效力，相应的资金仍应作为债务人财产。这时，X 当然会觉得功亏一篑，似乎令人惋惜，但这种情形并不属于边际案型，只不过是近于边际而已，但法规则依然清晰，并非模棱两可。

### 三、执行程序与破产程序对接中的共益债务

#### （一）问题的所在

在上述案例中，假如 X 在诉讼及执行程序中支出了律师费、保全费、保全保险费等相关费用，由于法院受理破产申请、解除保全措施，乃至执行回转，个别执行申请人的上述前期投入及费用等，可能因破产程序的启动进而所有的债权人均可参与分配而沦为虚掷；对于此番努力保全的“债务人财产”，因破产申请的受理而使得其他债权人“搭便车”，这是以上案例中人们会替 X 感到冤枉的原因所在。由此引发一项追问：个别执行申请人先期支出的费用是否只应作为自担的风险，抑或其中有些费用可以在某些条件下（比如可否评价为“共益费用”）在法律上有所救济。

《企业破产法》对“共益债务”作了规定，并赋予其“由债务人财产随时清偿”的效力（第 42 条和第 43 条）。不过，第 42 条规定的是“人民法院受理破产申请后发生的”债务，学理及实务往往作严格解释，认为破产受理前发生的债务不属于共益债务。<sup>〔12〕</sup> 或者认为，对债务人财产进行无因管理所发生的债务作为共益债务的，仅以破产程序开始后发生者为限。对于债务人财产进行无因管理所发生的债务成立于破产程序开始前的，不得作为共益债务；但无因管理开始后持续的无因管理所发生的债务应当作为共益债务。<sup>〔13〕</sup> 对于破产申请受理前支出的费用是否救济，需要审慎思量。理论是灰色的，生活之树常青。我国司法实践中，就“共益债务”已有裁判事例突破“法院受理破产申请后发生”之限定，值得关注。<sup>〔14〕</sup>

#### （二）救济的必要性

不将个别执行人前期费用的线条拉得过长，仅以采取查封措施为例，在被执行人的财产不能清偿所有债权，被执行人的其他债权人依法向人民法院申请对执行财产按其债权性质或者债权数额按比例予以受偿，即所谓“参与分配”的场合，我国法院积极探索适用参与分配制度（或称之

〔12〕 参见王卫国：《破产法精义》，法律出版社 2007 年版，第 122 页；最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用：破产法解释（一）·破产法解释（二）》，人民法院出版社 2017 年版，第 211 页。

〔13〕 参见邹海林：《破产法：程序理念与制度结构解析》，中国社会科学出版社 2016 年版，第 315 页。相似观点另见韩长印主编：《破产法教程》，高等教育出版社 2020 年版，第 99 页。该观点就为何要以破产程序开始后发生者为限并未特别说明。例是有我国台湾地区学者作了简要说明，以同系于破产宣告前发生之债权，无因管理人之债权，无较其他因契约行为所生债权有优先受偿之理由。参见陈荣宗：《破产法》，三民书局 1986 年版，第 212-213 页。

〔14〕 参见浙江省杭州市江干区人民法院（2016）浙 0104 民初 5948 号民事判决书；浙江省杭州市中级人民法院（2017）浙 01 民终 5761 号民事判决书。

为“小破产”）所应坚持的原则，比如江苏省高级人民法院认为，除了债权平等原则外，还应坚持“利益平衡原则”，强调“还应注意平衡某些特定或特殊债权人的利益，对执行财产查找、控制以及获得中贡献较大的债权人应当适当提高分配比例”<sup>〔15〕</sup>。在北京地区，“参与分配程序中，若执行标的物为诉讼前、诉讼中、仲裁前或仲裁中依债权人申请所保全的财产，在清偿对该标的物享有担保物权和法律规定的其他优先受偿权的债权后，对该债权人因申请财产保全所支出的成本及其损失，视具体情况优先予以适当补偿，但补偿额度不得超过其未受偿债权金额的20%；其剩余债权作为普通债权受偿”<sup>〔16〕</sup>。此类做法表明，法院已意识到在参与分配场合补偿因财产保全所支出成本的必要性，并积极探索补偿方案。在破产场合也存在类似问题，如果不做相似处理，恐怕欠缺实质性理由。因而，应该认为，在破产场合也存在着相似的救济必要性，应该进一步探索对执行程序中投入了前期费用的债权人予以特别救济的可能性。

### （三）救济可能性之探索

#### 1. 比较法之考察

德国《民事诉讼法》第804条（扣押质权）规定：“（1）扣押后，债权人在扣押物上取得质权。（2）在与其他债权人的关系上，扣押质权使债权人得到与因契约取得动产质权时同样的权利；破产时，扣押质权优先于不视为动产质权的质权与优先权。（3）扣押在先所生的质权优先于扣押在后所生的质权。”<sup>〔17〕</sup>根据该条第1款，债权人通过扣押在被扣押的客体上取得扣押质权（Pfändungspfandrecht），该质权在与其他债权人的关系上，赋予债权人如同通过合同取得的动产质权（Faustpfandrecht）一样的权利。<sup>〔18〕</sup>在对债务人财产的支付不能程序中，债权人享有别除权（《支付不能法》第50条第1款第2种情况）。<sup>〔19〕</sup>当然，就此还应注意，破产程序启动最重要的效力就是对破产财团的扣押，债务人对属于支付不能财团的财产进行管理和处分权利因此而转移给破产管理人（《支付不能法》第80条第1款）。扣押对于破产债权人意味着：破产财团如今已为共同清偿之目的，从责任法上划归他们。而根据《支付不能法》第89条，程序启动导致执行禁止；另外，自启动申请提出前一个月至程序启动期间，通过强制执行的方式取得的担保权利，自程序开始时起失去效力（《支付不能法》第88条）。这意味着，无须再根据《支付不能法》第129条以下进行撤销；只有在此之前取得的扣押质权，方可为债权人成立别除权。<sup>〔20〕</sup>

在日本，因为保存行为而支付的费用，本身对于全体债权人有益处。在债权人代位权属于对全

〔15〕《江苏省高级人民法院关于正确理解和适用参与分配制度的指导意见》第2条第2项。

〔16〕《北京市高、中级法院执行局（庭）长座谈会（第五次会议）纪要——关于案款分配及参与分配若干问题的意见》（2013年8月21日）第15条第2款。

〔17〕谢怀栻译：《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社2001年版，第804页。

〔18〕关于该种扣押质权的法律性质，在德国存在公法说、私法说、混合说（德国目前的通说）等的争议。参见〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯：《德国强制执行法》（上册），王洪亮、郝丽燕、李云琦译，法律出版社2019年版，第616页以下。相关德文术语译法，参见 Bernd Götze：《德日汉法律用语辞典》，郑昆山译，五南图书出版公司2000年版，第143、292页。

〔19〕参见〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯：《德国强制执行法》（上册），王洪亮、郝丽燕、李云琦译，法律出版社2019年版，第626页。中译本标注为《支付不能法》第49条第1款第2种情况，疑似有误，应订正为第50条第1款第2种情况。参见杜景林、卢湛译：《德国支付不能法》，法律出版社2002年版，第28页。

〔20〕参见〔德〕莱因哈德·波克：《德国破产法导论》，王艳柯译，北京大学出版社2014年版，第70页；Reinhard Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 10. Aufl., Mohr Siebeck 2021, S. 88.

体债权人的共同担保进行保全的场合,此种费用偿还请求权可以作为共益费用,如依《日本民法典》第306条第1项及第307条,会在债务人的总财产上发生(一般)先取特权;在代位债权人受领标的物并因保管而支出费用场合,对于该费用偿还请求权,还可以在标的物上发生留置权。<sup>[21]</sup>在日本法上,先取特权与留置权一样,属于法定担保物权,是某些特定的债权人当然取得的权利,而非依当事人合意发生的权利。<sup>[22]</sup>某债权人由于支出了“共益费用”,其他债权人亦因此受益,使之优先获得回收,实属公平。<sup>[23]</sup>另外,由于一般先取特权可从债务人的总财产中优先得到清偿,故被担保债权是优先性的破产债权,惟因其不能从特定的财产中获得清偿,故不属于别除权。<sup>[24]</sup>

通过考察比较法可以看出,对于在为个别执行做准备的扣押、保全等程序中支出的费用,在德国、日均有特别的救济,而且,二者的救济均非在破产法中提供,而是在破产法之外提供,换言之,均未借助于破产法中的“财团债务”。在德国是通过民事程序法特别规定的扣押质权,并在《支付不能法》中明确赋予享有该扣押质权之债权人的主债权、利息和费用以别除权(第50条第1款)。日本法是在民法典中规定共益费用之债权具有一般先取特权,虽与德国法路径不同,但就执行准备阶段发生的共益费用,在提供特别的救济途径方面则是相同的,这既可以佐证前文关于保全费用救济之必要性,也可以提示我国法解释论的努力方向。比较法之功用不在于简单的法条之比较,而系借助于功能比较之方法,就相同现实生活中的问题,启发法解释灵感,展现相似规范调整功能之可能,提示本国法可能的发展方向。

## 2. 我国解释论的探索

为实现债权而对债务人的财产采取保全措施,此类举措得从两个方面观察。其一,自债权人角度,是为实现自己债权而采取的必要举措,是对于自己财产的管理行为;其二,自债务人角度,因其财产为债权人债权的一般担保,故因负债而给债权人提供介入该一般担保之管理机会,即在法律上承受债权人对其责任财产的介入可能。本来,自己的财产自己管理,他人不得随便介入,在因债之法锁而将两个主体联系在一起的场合,为防范债务人责任财产之不足清偿,而借助公权力之手对债务人责任财产予以保全(扣押是国家执行机关的高权行为<sup>[25]</sup>)、为下一步变价偿债做准备,便会呈现一体之两面:既是对自己财产的管理行为(确保债权之催收),也是对债务人财产的一种正当管理行为(限制债务人对其财产的处分、隐匿或损毁)。作为与处分行为相对而言的观念,管理行为包括保存行为(防止财产灭失和损坏、维持其现状的事实行为或法律行为)、利用行为(把财产按照其性质有效地加以利用的事实行为或法律行为)和改良行为(在不改变财产性质的范围内增加其价值的事实行为或法律行为),<sup>[26]</sup>对债务人的财产采取保全措施,便属于保存行为,是广义的财产管理行为之一种。因此而支出费用场合,此种费用可否由债务人

[21] 奥田昌道=佐々木茂美『新版債権総論』(中巻,判例タイムズ社,2021年)394頁参照;参见韩世远:《合同法学》(第2版),高等教育出版社2022年版,第149页。

[22] 道垣内弘人『担保物権法』(第3版,有斐閣,2011年)43頁参照。

[23] 道垣内弘人『担保物権法』(第3版,有斐閣,2011年)46頁参照。

[24] 参见〔日〕石川明:《日本破产法》,何勤华、周桂秋译,上海社会科学院出版社1995年版,第84页。

[25] 参见〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯:《德国强制执行法》(上册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,法律出版社2019年版,第614页。

[26] 参见我妻荣主编:《新版新法律学辞典》,董瑛典等译,中国政法大学出版社1991年版,第136页;松岡久和=中田邦博(編)『新コンメンタール 民法(財産法)』(第2版,日本評論社,2020年)137頁。

负担，以及可否作为共益债务而先予清偿，均需在解释论上进一步讨论。大体需要解决两方面的问题：其一，因保存行为而支出费用，就此请求债务人返还的请求权基础何在；其二，该请求权有别于普通债权而获优先受偿，相应的规范基础何在。以下分别说明。

债务人的债务依其发生原因，大体而言无外乎合同、无因管理、不当得利、侵权行为及缔约过失等。《企业破产法》第42条规定的共益债务也可分别整理归入上述几类债的发生原因。本文并不准备全面讨论，而想以债权人行使代位权为例，讨论债权人保全债务人责任财产而支出的费用是否构成共益费用，进而是否具备优先受偿属性。比如，一方面，债权人对债务人的债权尚未到期；另一方面，债务人对相对人有金钱债权而不积极行使，而其诉讼时效期间即将届满，如不主张则会影响债权人债权的实现。这时债权人依《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第536条可以代位行使债务人的债权，请求相对人向债务人履行。为此，债权人因委托律师而支出费用若干。债权人此举属于保存行为，是典型的保全债务人责任财产的行为。此后，债权人债权到期，并取得了执行名义，申请法院查封债务人财产，并就该财产强制执行。这时，债务人的其他债权人申请债务人破产，法院启动了破产程序。

首先，债权人行使代位权的必要费用由债务人负担（《民法典》第535条第2款）。这构成债权人费用请求权的规范基础。据此，也可以说债务人所负担的是一项法定债务。

其次，中国法既不像德国法那样在民事诉讼法中明确规定扣押质权，也不像日本法那样在民法典中规定就共益费用债权人在债务人的总财产上有先取特权，如此，共益费用之优先受偿便难以像德、日两国在破产法之外寻找救济，更可行的方案是在破产法内部发掘潜力。好在我国破产法中未像德、日两国使用“财团债务”之类概念（如德国《支付不能法》第54条和第55条等），而是新创了“共益债务”概念（《企业破产法》第42条），尽管其主要规范功能与前者相当，但就其语义而言，实有较前者更大的空间。

在破产程序中，不考虑担保物权等具有民事实体法基础的优先受偿权，具有优先受偿属性的便是《企业破产法》第43条规定的破产费用和共益债务，它们“由债务人财产随时清偿”。由于《企业破产法》第42条将共益债务限定于“人民法院受理破产申请后发生的”，故此前发生的便难以直接适用。司法实践中，对于法院受理破产申请前发生的费用，有一审法院直接适用了《企业破产法》第42条第2项之规定，确认原告为被告垫付的费用为共益债务，<sup>〔27〕</sup>二审法院指出一审直接适用第42条第2项不当的同时，认为“宋都公司垫支资金的行为发生于亚西亚公司破产原因具备之后，且系受政府指令托管已停工的阳光景台项目而产生，非纯粹的商业行为，同时，因宋都公司的资金垫支，阳光景台项目完成续建并竣工，使债权人受益，故宋都公司垫支资金22734100.64元的债权可在亚西亚公司破产清算程序中参照共益债务进行清偿”<sup>〔28〕</sup>。此处的“参照共益债务进行清偿”并没有法律明确依据，故并非“准用”，而是一种类推适用。由此也可以说，二审法院认为我国破产法存在一项法律漏洞，并应通过类推适用填补该漏洞。

我国破产法学说也承认，实质上是为全体债权人利益而发生的破产费用、共益债务为一般优

〔27〕 参见浙江省杭州市江干区人民法院（2016）浙0104民初5948号民事判决书。

〔28〕 浙江省杭州市中级人民法院（2017）浙01民终5761号民事判决书。

先权,并且认为我国立法也应采取将一般优先权与别除权区别开的做法。<sup>〔29〕</sup>不过,“共益债务”概念在《企业破产法》中仅出现在第42条、第43条和第113条,立法对于此概念的界定仅出现在第42条;另外,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(三)》(2020年修正)第2条第1款进一步明确了重整中借款的优先受偿权利。<sup>〔30〕</sup>“共益债务”的内涵是否以“人民法院受理破产申请后发生”者为限,在学说上仍应进一步阐释、消解盲点,以济实务应用。通过上述对日本民法及破产法学的介绍,不难看出,其“共益费用”不仅可出现在破产法中,也存在于民法中;日本法中“共益费用”之一般先取特权的识别取决于该费用是否使其他债权人受益,并不存在以法院受理破产申请为时间分界点的问题。这可以启发我们,对于“共益债务”应该由形式的判断走向实质的判断,宜在个案中具体识别,拓展“共益债务”的应有内涵。果如此,《企业破产法》第42条对于共益债务的规定便应解释为不完全列举性的规定,不具有封闭性。从实质的判断出发,共益债务应是一个开放的概念,它以其他债权人是否亦因此而受益为基本判断依据。当然,这里可能涉及另外一个问题:是否同时要求债权人对该费用的支出是出于共益目的。

就破产程序中的共益费用(或称财团费用),有学者强调此等费用必须系为破产债权人共同利益所支付者,破产债权人自己利益对破产财团或其他债权人进行诉讼所支付之费用,均不得列为财团费用,应由破产债权人个人负担。<sup>〔31〕</sup>如果按照这样的要求,那么很多场合债权人支出的费用便达不到共益费用的要求。另外一种可能的方案是,对共益费用的成立只要求客观要件,即客观上使其他债权人受益,并不再要求支出费用的债权人主观上须为共益目的,这样便可以大大放宽共益费用的成立。笔者倾向于后一方案,因为绝大多数场合,债权人会是基于利己目的,有时可能兼利他。就本文所重点关注的问题,即“执转破”场合,前期费用的支出客观上会使其他债权人受益,不承认其构成共益费用,其结果便是默认其他债权人免费搭车,并不公平。

行文至此,我们恐怕应该直面常青的生活之树,使理论与时俱进,在《企业破产法》第42条之外有条件地承认其他“共益债务”的存在,在法律适用上,对于受理破产申请前发生的实质的共益债务,类推适用《企业破产法》第42条和第43条,使之获得“由债务人财产随时清偿”的地位。从效果上看,这也有鼓励债权人积极从事保存行为的效果,在法政策的层面,亦值得提倡。

## 四、破产财产及别除权

### (一) 责任财产、债务人财产与破产财产

近现代债法强调债务与责任的区分,责任为对于债务履行的担保。<sup>〔32〕</sup>加之对债务不履行不承认“人的责任”、只承认“物的责任”,即“债务人之一般财产系债务不履行对债权之总担保”<sup>〔33〕</sup>。

〔29〕 参见王欣新:《破产法》(第4版),中国人民大学出版社2019年版,第367页。

〔30〕 “参照《企业破产法》第42条第4项”之表述被人诟病,换言之,本应“适用”的却被表述成了“准用”,如此一来,“不仅没有提高反而降低了、不仅没有明确反而模糊了其优先清偿地位”。王欣新:《破产法》(第4版),中国人民大学出版社2019年版,第354页。

〔31〕 参见陈荣宗:《破产法》,三民书局1986年版,第207-208页。

〔32〕 参见诸葛鲁:《债务与责任》,载郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版公司1984年版,第20页。

〔33〕 林诚二:《论债之本质与责任》,载郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版公司1984年版,第38页。

如此，对于债权人而言，真正的保障不在于债务人的“责任”，而在于债务人的“财产”。因而，债务人的财产即是其对外能够承担责任的保障，学理称为“责任财产”，它在民法上是一个重要概念，债权人代位权、债权人撤销权等均是以此概念为核心发展出来的法律制度。

“债务人财产”不仅在民法中使用（比如《民法典》第 687 条第 2 款），而且在破产法中使用（《企业破产法》第四章标题、第 19 条、第 30 条等）。另外，破产法中还使用“破产财产”，“债务人被宣告破产后……债务人财产称为破产财产”（《企业破产法》第 107 条第 2 款）。因而，“破产财产”是在特定阶段使用的概念。<sup>〔34〕</sup>

责任财产、债务人财产以及破产财产，不严格地讲大体相当，严格地讲彼此仍有区别。就破产法而言，如果暂不考虑重整制度，破产清算及清偿债务的活动也可以说是“确产确权、依次分配”。“确产”即确定破产财产，“确权”即确定相应的债权及其顺序。因而，确定破产财产是非常关键的一环。不过，就其“破产财产”的内涵，特别是债务人以其特定财产设定特别担保的场合，该特定财产是否仍算入破产财产，可能有不同认识，我国立法也有变化。

原《中华人民共和国企业破产法（试行）》第 28 条第 2 款规定，债务人“已作为担保物的财产不属于破产财产；担保物的价款超过其所担保的债务数额的，超过部分属于破产财产”。相应的学理认为，“当债务人不能履行债务时，担保物的支配权和处分权已经与原所有人（或经营人）相分离，属于债权人而不属于债务人”<sup>〔35〕</sup>。如今，《企业破产法》第 30 条规定：“破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。”没有排除债务人已作为担保物的财产。《破产法解释（二）》第 3 条进一步明确，“债务人已依法设定担保物权的特定财产，人民法院应当认定为债务人财产”。

就学理而言，对属于债务人财产的标的物享有担保权的人，其所应得者原则上不在于该标的物本身，而只是该标的物所体现的价值（以被担保债权额为限）。因而，债权人不能在债务人破产时取回担保物，该物属于破产财团。债权人只能请求就担保物先于其他债权人受偿，亦即以变现收益优先清偿有担保的债权。<sup>〔36〕</sup>由此看来，我国破产法的上述转变是合理的。当然，我国学说就上述转变也有解释，其理由有二：其一，如立法规定担保财产不属于债务人财产，将使管理人对担保物的接管活动（破产案件受理后，管理人将接管债务人的全部财产）失去法律依据。其二，如担保物不属于破产财产，便难以解释何以本不属于破产财产的担保物，在清偿担保债权后的剩余就可以直接用于对其他破产债权人清偿。<sup>〔37〕</sup>

这可以说是一种实用主义的转向。此种务实的立场，我国民法学者亦有相似的意识萌芽，比如崔建远教授早年曾写道：“在债务设立时确定责任财产的范围，象征的意义远远大于实用的价

〔34〕 我国破产法学理关于债务人财产和破产财产有“区别说”和“相同说”两种观点，由于我国立法上使用的是广义的破产概念，破产程序包括了清算程序和重整程序，“相同说”更为妥当，该说认为债务人财产和破产财产并无本质差别，仅仅是涵盖的时间段不同而已。参见韩长印主编：《破产法教程》，高等教育出版社 2020 年版，第 142 页。

〔35〕 柴发邦主编：《破产法教程》，法律出版社 1990 年版，第 172 页。

〔36〕 参见〔德〕莱因哈德·波克：《德国破产法导论》，王艳珂译，北京大学出版社 2014 年版，第 136 页；Reinhard Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 10. Aufl., Mohr Siebeck 2021, S. 171.

〔37〕 参见李永军、王欣新、邹海林、徐阳光：《破产法》（第 2 版），中国政法大学出版社 2017 年版，第 125 - 126 页。

值，不如采取务实的态度，以债务清偿期届满乃至进入破产程序之时为准确定责任财产的范围。”〔38〕许德风教授近来也表示：“责任财产是一项非常特殊的、法律拟制的‘事物’，其永远处于变动之中，但又必须遵循一些不变的底线规则，撤销权、代位权、偏颇清偿乃至公司债权人保护制度就是建立在该原理之上的具体制度。”〔39〕

（二）担保物权与别除权

就前述案例而言，假如 X 不是查封了 Y 的账户，而是在 Y 的不动产上设立了抵押权，在 E 法院裁定受理 Y 破产案件时，X 在 C 法院的执行行为（实现抵押权）应否中止呢？抵押权属于典型的担保物权，因为抵押权的设立，被担保的债权的效力得以增强，表现在该债权具有优先受偿性，而且，附有抵押权担保的债权，因对抵押物有别除权，故可以不受破产程序的局限，可以在任何环节行使。

依《企业破产法》第 109 条，对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。学说称此为别除权（Absonderungsrecht）。在讨论别除权与破产债权的关系时，我国理论界常依第 107 条第 2 款对“破产债权”的界定，认为别除权也属破产债权，只不过是性质特别的破产债权。因别除权首先是对债务人的债权，其物权担保只是从属性权利，优先受偿权的享有并没有改变其是对债务人的债权的基本性质。〔40〕这种理解，显然是以被担保债权的债务人破产的情形为语境，并且似有意义混同之处，对此，如果以破产者并非被担保债权的债务人而是担保人的情形为参照，则更容易理解其间的差异。比如，债权人对于担保人享有抵押权，尽管该抵押权服务的对象是债权，但它本身并非债权。此时，债权人的债权所对应的债务人并非破产人，破产人只是抵押人而已。此种情形，符合《企业破产法》第 109 条规定的条件，该债权人就抵押物享有别除权（而不必另行考虑取回权），该别除权是就破产财产而言的，其基本性质恰恰不是债权，而是作为他物权的抵押权。职是之故，在学理上，别除权人并不限于破产债权人，别除权可以指担保物权设立人破产场合的担保物权的效力。〔41〕请参见图 1。

• 910 •

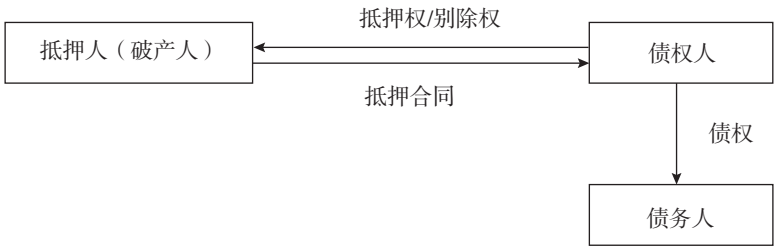


图 1 仅抵押人破产情形下债权人的别除权

债权是“权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利”（《民法典》第 118 条第 2 款），其本质属于两个特定主体之间相对的权利，是一方对于另一方的请求权。别除权在本质上有别于

〔38〕 崔建远、韩世远：《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社 2004 年版，第 30 页。  
 〔39〕 许德风：《债务人的责任财产——债权人撤销权、代位权及公司债权人保护制度的共同基础》，载《清华法学》2024 年第 1 期，第 42 页。  
 〔40〕 参见李永军、王欣新、邹海林、徐阳光：《破产法》（第 2 版），中国政法大学出版社 2017 年版，第 124 页。  
 〔41〕 山木戸克己『破産法』（青林書院，1992 年）160 頁参照。

此，它不是一方对于另一方的请求权，而是就特定财产排他性的优先受偿权，就排他性而言，实具有对世的效力。因而，有学者特别强调，别除权表达的是担保物权原则上不因设立人破产而受影响，它是表现其对于破产财团的效力或者作用的概念，因而它并非破产法创设的权利。<sup>〔42〕</sup>或谓别除权系基于破产宣告前在破产人特定财产上已存在担保物权之效力而来，并非破产法上新创设之权利；别除权是否存在，应以民法、商事法以及其他有关法律之规定为断。<sup>〔43〕</sup>这些关于别除权本质的认识，应该说是正确的。

在别除权人同时为破产债权人场合，该享有别除权的破产债权人应如何实现其债权，立法上有不同模式。其一，担保物权先行主义，即别除权人先行使其担保权，不足部分作为普通债权另行行使。其二，选择主义，即由权利人自由选择主张。其三，有限制的选择主义，如选择先就债务人的无担保财产变价分配，别除权人可先以其全部债权作为破产债权参加分配，但对其分配额应予以提存。待担保物变价后，别除权人再以担保物价款不足清偿的债权部分作为普通破产债权，按照破产分配的统一比例以提存财产清偿，超过应分配部分的提存财产向其他破产债权人作补充分配。我国学说依《企业破产法》第110条，推定其采取的是担保物权先行主义。<sup>〔44〕</sup>

就别除权的基础，《企业破产法》第109条规定的是对破产人的特定财产享有的“担保权”，一般认为包括对破产人的特定财产享有抵押权、质权、留置权之类担保物权，而且强调其标的物须为特定物，像所谓浮动抵押，由于作为其标的物的库存商品等处于变化状态，而非特定，故不承认可成立别除权。<sup>〔45〕</sup>

### （三）建设工程价款优先受偿权与别除权

《民法典》第807条规定了建设工程价款优先受偿权，就其性质有留置权说、法定抵押权说、法定优先权说等不同学说。<sup>〔46〕</sup>鉴于司法解释对于优先受偿的范围有严格限制，该权利与抵押权的担保范围尚有较大差异，殊值注意。<sup>〔47〕</sup>该权利可否成为别除权的基础？法律并未明确规定。在司法实践中，2002年最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》明确了建设工程优先受偿权优于抵押权，因此，已有指导性案例显示，如果发包人破产，则承包人的建设工程价款优先受偿权在破产程序中即为别除权。<sup>〔48〕</sup>

对于别除权是否具有追及效力，有意见认为别除权的行使应以该特定物为限，如果该特定物损毁或者灭失，别除权即不存在。<sup>〔49〕</sup>不过，担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期限未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等（《民法典》第390条）。学说称此为担保物权的物上代位性，别除权既为担保效力的体现，故应认为此时别除权并不消灭。

〔42〕 山木戸克己『破産法』（青林書院，1992年）160頁参照。

〔43〕 参见陈荣宗：《破产法》，三民书局1986年版，第231页。

〔44〕 参见李永军、王欣新、邹海林、徐阳光：《破产法》（第2版），中国政法大学出版社2017年版，第125页。

〔45〕 参见安建主编：《中华人民共和国企业破产法释义》，法律出版社2006年版，第151页。

〔46〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第694-695页。

〔47〕 参见韩世远：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2022年版，第500页。

〔48〕 参见指导案例73号“通州建总集团有限公司诉安徽天宇化工有限公司别除权纠纷案”，载《最高人民法院公报》2017年第6期。

〔49〕 参见安建主编：《中华人民共和国企业破产法释义》，法律出版社2006年版，第151页。

## 五、结 论

在“执行转破产”中，须从民法视角解决有关财产归属、共益债务范围、别除权效力等疑难问题。因受理破产申请而中止执行，其时间界限宜严格依据《企业破产法》第 19 条的“受理破产申请后”，对于破产申请受理时的执行行为不产生影响。共益债务依《企业破产法》第 42 条的规定是“人民法院受理破产申请后发生的”债务，就此不宜解释为封闭性规定，解释上仍应依实质标准承认人民法院受理破产申请前发生的对全体债权人有益的费用为共益费用，使之可以作为“共益债务”优先受偿。别除权是担保物权、特别优先权等效力在破产程序中的体现，在《民法典》物权编等对担保物权明确承认物上代位性的背景下，对别除权的内涵、效力等的理解应与时俱进，承认别除权的效力不仅可体现在特定物上，也可以体现在该特定物的金钱代偿上。

破产法一如强制执行法，是民法债权延长线上的存在。与体现在《民法典》合同编通则等中的债法一般规则相比，破产法调整的是数个债权的竞争关系以及通过重整等程序后的共生共存关系，是诸多法规范综合应用的演武场。就执行转破产而言，在没有现成教科书照搬的前提下，如何兼顾法律效果与社会效果乃至政治效果，考验破产领域法律人的智慧。在此过程中，不应仅就破产而言破产，而应跳出破产法进而从民法等更广泛的视角看破产法，或可有助于揭示盲点、突破局限、打开思路，最终蹚出一条适合中国实践需要的新路来。

---

---

**Abstract:** The time limit for suspension of enforcement due to acceptance of bankruptcy application should be strictly interpreted according to Article 19 of the Enterprise Bankruptcy Law, which requires it shall be “after” the acceptance of bankruptcy application. The enforcement at the time “when” the bankruptcy application is accepted should not be prejudiced. According to Article 42 of the Enterprise Bankruptcy Law, common benefit debts refer to debts “incurred after the people’s court accepts the bankruptcy application”; and this should not be interpreted as a closed provision. In light of the substantive standard, it is necessary to recognize expenses for the common good of all creditors incurred “before” the people’s court’s acceptance of bankruptcy application as common benefit expenses, which correspondingly shall be paid off in priority. The exemption right, in essence, is the embodiment of the effects of security interests or special rights of priorities in bankruptcy proceedings. Given the explicit recognition of the subrogation in rem of security interests in Section Property Rights of the Chinese Civil Code, the understanding of the connotation and effects of the exemption right should advance with it, and the effects of exemption right can not only be reflected in a specific thing, but also in the monetary compensation of that specific thing.

**Key Words:** from execution to bankruptcy, common benefit debts, exemption rights

---

---

(责任编辑: 武 腾)