



□ 总则编

“权利能力平等、不得放弃、不得剥夺”三错论批判

——兼论《民法典》第14条的司法解释方向徐国栋 5

《民法典》中不可抗力的体系构造李昊刘磊 23

《民法典》溯及适用的正当性检验进路

——以《时间效力规定》第2、3条为中心李鸣捷 47

□ 物权编

论物权优先于债权原则及其例外情形陈华彬 59

不动产登记法的立法瞻望：定位、功能和观念常鹏翱 73

论共有物分割请求权的性质及行使方式刘宇 86

担保制度司法解释的制度创新与难点释疑崔建远 100

《民法典》禁止流质之规定的新发展及其解释陈永强 112

股权转让与担保的内外关系与权利界分葛伟军 123

□ 合同编

《民法典》合同编的体系问题张平华 138

预约合同违约责任的争议与回应

——基于动态缔约观的分析王俐智 154

《民法典》合同法定解除权规则的体系重构朱晓喆 171

新冠肺炎疫情下劳动合同不可抗力事由的正当性及其效力向春华 187

论算法合同的归责夏庆锋 198

动态体系论在履行费用过高判断中的运用	时明涛	213
《民法典》违约金制度的功能优化	邓 辉 王浩然	228
借名买房行为的法律效果研究	冉克平 黄依炯	242
中国《民法典》买卖法中的开放式问题 ——与德国法及欧盟法相比较.....	[德] 托马斯·M.J. 默勒斯 著 李雨泽 译	258
论我国《民法典》及其司法解释中的保证期间.....	程 啸	277
民商区分视角下委托合同任意解除权的适用	韩富鹏	292
论无因管理中管理人遭受损害的救济	冯德淦	306
 □ 人格权编		
论人格权保护的全面性和方法独特性 ——以《民法典》人格权编为分析对象.....	王利明	322
我国《民法典》个人信息保护制度的创新与发展	程 啸	333
人脸识别技术中的个人信息保护 ——兼论动态同意模式的建构	石佳友 刘思齐	355
 □ 婚姻家庭编		
《民法典》离婚制度的创新与完善路径	雷巍巍	374
 □ 继承编		
《民法典》遗产管理人制度适用问题研究.....	王葆蒔 吴云焜	390
 □ 侵权责任编		
《民法典》背景下损害概念渊流论.....	徐建刚	406

《民法典》背景下监护人责任的解释论·····	于 飞	421
论平台经营者的民事法律责任		
——《电子商务法》第 38 条第 2 款的解释论·····	孙 晋 袁 野	433
公物致害责任与建筑物危险责任比较研究 ·····	周 密	444
□ 其他		
论《民法典》采用新法学阶梯体系及其理由		
——兼榷《民法典》体系化失败论 ·····	徐国栋	458
《民法典》通过后原有司法解释的清理更新与遗留价值		
——以合同法相关司法解释为例 ·····	王文胜	474
优先救治决策困境中的合法行为		
····· [德] 卡斯滕·格德 米夏埃尔·库比策尔		492
弗兰克·萨利格 米夏埃尔·桑比卡基斯 著		
郑 童 译		

“权利能力平等、不得放弃、不得剥夺”三错论批判 ——兼论《民法典》第 14 条的司法解释方向

徐国栋*

内容提要：《民法典》第 14 条采用的“自然人权利能力一律平等”的命题需要“权利能力不得放弃”和“国家不得剥夺自然人的权利能力”两个命题来支撑。在立法史上，主命题首次出现在 1811 年的《奥地利普通民法典》中，但它只有消除基于自由身份的不平等的意图，并无消除基于国民身份、宗教身份的不平等的意图。然而，1907 年的《瑞士民法典》无视这些因素，作出了“自然人权利能力平等”的抽象规定，并配备了“权利能力不得放弃”的支持性规定。到了 1964 年的《苏俄民法典》，更配备以“国家原则上不得剥夺自然人的权利能力”的支持性规定。三个命题从《大清民律草案》以来就以这样那样的方式存在于我国的相关法律规定和学说中，现在已被原产这些命题的国家的修正性立法和学说证明为错误。因此，在《民法典》颁布之后，应纠正此等错误，通过司法解释为第 14 条加上“但从未受立法、司法剥夺并未被民事主体放弃为限”的但书。另外，应抛弃权利能力不得放弃、不得剥夺的错误学说。

关键词：权利能力 平等 放弃权利能力 剥夺权利能力 民法典

• 5 •

一、“自然人权利能力一律平等”命题及其支持性命题

“自然人权利能力一律平等”的命题为我国《民法典》第 14 条所采。为了维持这一命题的坚实性，还需“自然人权利能力不得放弃”“国家不得剥夺自然人的权利能力”两个命题来支持。

* 徐国栋，厦门大学法学院教授。

感谢瑞士伯尔尼大学教授（同时是意大利米兰大学教授）Iole Fagnoli、澳门大学吴奇琦博士、厦门大学陈帮锋博士为写作本文提供帮助，也感谢写作本文时在米兰大学访学的陕西师范大学向东博士帮助下载在国内无法下载的关于《瑞士民法典》第 27 条的珍贵德文资料。

因为如果允许私人放弃或国家剥夺自然人的权利能力，放弃者或被剥夺者的权利能力就与其他自然人不平等了。细究起来，还需第三个支持性命题“国家不得奖励自然人权利能力”，但因为奖励权利能力^{〔1〕}尚未充分出现于我国的立法实践中，^{〔2〕}故暂放过不论。

我国通说认为法人的权利能力是特殊的，^{〔3〕}也就是法人彼此不同，由此不存在法人权利能力平等的可能。但也有学者持相反学说，例如马俊驹和余延满就主张法人的权利能力也一律平等，认为法律和章程限制的并非法人的权利能力，而是行为能力。^{〔4〕}李永军也认为法人的权利能力一律平等，因为我国立法和学理已抛弃“法人超越经营范围的活动无效”的理论。^{〔5〕}马俊驹、余延满、李永军三位学者的观点具有支持《民法典》第4条的客观效用。按照该条，民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。“民事主体”既包括自然人，也包括法人和非法人组织。本文采用通说，按照此说，无必要设立法人的权利能力不得放弃并不得剥夺的支持性命题。事实上，从来无人提出过这些命题。从实践来看，营利法人可通过解散放弃自己的权利能力，也可通过变更自己的经营范围放弃自己这方面的权利能力，同时取得那方面的权利能力。关于法人权利能力的剥夺，《德国民法典》第43条有明确规定：其权利能力以授予为基础的社团追求章程所规定目的以外的目的的，它可以被剥夺权利能力。^{〔6〕}此条反证法人权利能力平等论的主张者想当然耳。

二、“自然人权利能力一律平等”之命题的确立及其发展

• 6 •

（一）乌尔比安等学者力图实现生物人与法律人的同一性

自然人权利能力一律平等的命题最远可追溯到乌尔比安（170—228年）。他在其《萨宾注》第43卷中说：“在市民法的范围内，奴隶什么都不是，但根据自然法并非如此，因为在自然法的范围内，所有的生物人都平等。”（D. 50, 17, 32）^{〔7〕}此语看起来抓住了权利能力问题的本质：实现 Homo 与 Persona 的同一性，以求达成所有生物人的平等。乌尔比安尽管承认市民法中 Homo 与 Persona 的背离，但不认为这是理所当然的，因为在理想的自然法中并不如此。乌尔比安第一次提出自然法、万民法与市民法的三分法，^{〔8〕}而他认为的自然法基本上是万民法的同义词，只是在是否承认奴隶制上两者不同。^{〔9〕}不妨认为乌尔比安另立自然法概念就是为了反对奴

〔1〕 在罗马法中，对于对罗马国家有贡献的外邦人，往往奖励市民身份，在这一身份上，附着了所有罗马市民的权利能力。参见徐国栋：《罗马私法要论——文本与分析》，科学出版社2007年版，第62—63页。

〔2〕 厦门市每年对于优秀的农民工也奖励本市户口，完成“农转非”者即具有城市人的权利能力。关于农村人与城市人的能力差别，参见徐国栋：《评析三个民法总则草案中的平等规定——从平等撤退的端倪以及可能的发展》，载《暨南学报》（哲学社会科学版）2015年第7期。

〔3〕 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第152—156页。

〔4〕 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2004年版，第124页。

〔5〕 参见李永军：《论权利能力的本质》，载《比较法研究》2015年第3期。

〔6〕 参见陈卫佐译：《德国民法典》，法律出版社2015年版，第17页。

〔7〕 Mommsen, Alan Watson ed., *The Digest of Justinian*, Vol. VI, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 959.

〔8〕 See James Crawford Ledlie, Ulpian, 5 (1) *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 22 (1903).

〔9〕 I. 1, 2, 2. 参见徐国栋：《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》，北京大学出版社2011年版，第43页。

隶制，因为奴隶制违反人道。所以他被称为人权的先锋。^{〔10〕} 作为一个斯多亚哲学家，乌尔比安信仰的哲学认为人都是神的儿女，应该平等。^{〔11〕}

但是，按照罗马法创立的标准，一个生物人要想成为法律人，必须通过自由身份、国民身份、家族身份、名誉身份、宗教身份的门槛，^{〔12〕} 上述乌尔比安的法言只谋求拆除横亘在生物人与法律人之间的自由身份门槛，并未谋求拆除其他的门槛。事实上，乌尔比安在其《告示评注》第12卷中主张丧失市民身份者丧失在合同之诉中的诉讼能力（D.4, 5, 2）。^{〔13〕} 这是对国民的身份门槛的肯认。假设权利能力平等是一座房子，需要五根柱子支撑，乌尔比安确实画出了屋子的蓝图，却只用一根柱子支撑。他的这种独木撑大厦的做法造成了后世的自然人权利能力一律平等原则的一切问题。

非独此也，乌尔比安只是在请求返还之诉（Condictio）的狭窄语境里谈论奴隶作为生物人不享有法律人资格的问题，而非在人法的语境中做如此谈论。事实上，根据德国学者奥托·勒内尔（Otto Lenel, 1849—1935年）的还原，乌尔比安上述法言所由出的《萨宾评注》第43卷的主题就是请求返还之诉。紧接着上引D.50, 17, 32的是D.15, 1, 41，^{〔14〕} 其辞曰：奴隶既不能当以某物为标的合同的债务人，也不能当这种合同的债权人。但我们在宽泛的意义上使用这个词的时候，我们指的是一个事实，而非指市民法上的债。……^{〔15〕} 这里说的是奴隶并非市民法上的债的主体，他们涉足的债的关系，严格说来都是自然之债。如此语境，让乌尔比安有关法言的人权色彩大为减损。

在过了约1200多年后，德国学者乌尔特尤斯（Hermann Vultejus, 1565—1634年）把Persona与Homo的对立提升到人法部分来谈。他于1613年在其《优士丁尼编订的市民法阶梯评注》（In institutiones juris civilis a Justiniano compositas commentarius）一书中说：“奴隶是Homo，但不是Persona。Homo是自然法的术语，Persona是市民法的术语。”^{〔16〕} 此语昭示了在是否把奴隶看作主体问题上自然法与市民法的对立，暗含着在市民法上这两种人应该合一的愿望。

又过了一个半世纪有余，康德（1724—1804年）在其《实践理性批判》（1788年）中说：“在全部被造物之中，人所愿欲的和他能够支配的一切东西都只能被用作手段；唯有人，以及与他一起，每一个理性的造物，才是目的本身。”^{〔17〕} 此语未直接谈到一些生物人不能成为法律人的问题，以及相应的自然法与市民法的合理性比较问题，但间接涉及这一问题，因为奴隶制就是

〔10〕 See Tony Honoré, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, Oxford University Press, 2002, The Cover.

〔11〕 参见余卫东、费雪莱：《论斯多葛学派平等思想》，载《湖北大学学报》（哲学社会科学版）2013年第3期。

〔12〕 参见前引〔1〕，徐国栋书，第20-41页。通常的罗马法著作只讲前三种身份，如此枉顾了罗马法大量运用后两种身份规训社会成员的现实。

〔13〕 参见窦海阳译：《学说汇纂·恢复原状与责任的承担》（第4卷），中国政法大学出版社2012年版，第133页。

〔14〕 Cfr. Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* vol. Alterum, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1889, p. 1173.

〔15〕 Cfr. Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae, Testo e traduzione (a cura di Sandro Schipani) III, Giuffrè, Milano, 2007, p. 195.

〔16〕 Cfr. Guido Alpa, *Status e Capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 63.

〔17〕 〔德〕康德：《实践理性批判》，韩水法译，商务印书馆2000年版，第95页。

把一些生物人当作一些法律人的工具的制度，所以值得批判。康德的推进在于为生物人与法律人的等同化提供了理由：他们具有理性。

（二）《奥地利普通民法典》

1811年的《奥地利普通民法典》第16条把上述前人的思想成果以法律条文的方式体现出来，其辞曰：每个（生物学意义上的）人均生来就因理性而获得天赋的权利，并据此被视为（法律上的）人。禁止奴隶制以及以此为依据的权力行使。^{〔18〕}该条前句提出了主命题，后句限定了主命题的适用范围，也就是只打算解决作为生物人（Mensch=Homo）的奴隶与法律人（Person=Persona）的同一性问题，尽管表述宏大（“每个人类人”），但承认权利能力的放弃和剥夺。

申言之，首先，《奥地利普通民法典》第33条并不无条件地把外国人当作本国的法律主体，而是以外交互惠为条件。^{〔19〕}其次，第573条承认宗教身份导致的不平等。其辞曰：宗教誓言被认为是无遗嘱能力的原因之一，宗教的神职人员一般无权立遗嘱……^{〔20〕}这里说的是出家人通过发贫穷愿放弃自己的遗嘱能力。再次，第574条承认基于名誉身份的权利能力不平等，其辞曰：受死刑判决的犯人，自其收到判决书之日起，被置于死牢中，在整个受刑期间，不能为有效的遗嘱处分。^{〔21〕}此条剥夺了死刑犯的遗嘱能力。

观察《奥地利普通民法典》第33条、第573条和第574条可见，这一民法典第16条并未开创自然人的权利能力一律平等的命题，只是其文义允许如此理解而已。

第16条主张的有限平等以自然法为基础，因为它不把权利的赋予看作法律的工作成果，而是看作天赋的（即与生俱来的）。阿道尔夫·劳斯（Adolf Laus）说该条出自蔡勒（F. Zeiller，1753—1828年），他是康德的学生。康德认为人是目的，不能被当作手段。^{〔22〕}所以，本条首先是康德思想的反映。这点可从弗朗茨·哈维尔（Franz Xaver）对该条的评注中得到印证。他首先说：人是可感的理性存在，因此，他设定自身为目的，并把环绕他的非理性存在当作手段实现其目的。这一规则对于所有的人都是一样的。所以，每个人都要把他人当作目的。^{〔23〕}相反，奴隶制和农奴制把人当作手段，遭到本条以及1852年《奥地利刑法典》第95条^{〔24〕}的禁止。奥地利曾有农奴制，于1781年11月1日废除。^{〔25〕}《奥地利普通民法典》第16条是对这一事实的确认。

（三）起草者的思想

《奥地利普通民法典》重要起草者蔡勒的《自然的私法》（Das natürliche Privatrecht）的书名表明他受到了乌尔比安的影响：他要把私法自然法化。他避免把自己的书名叫作《自然的民

〔18〕 参见周友军、杨垠红译：《奥地利普通民法典》，清华大学出版社2013年版，第3页。

〔19〕 其辞曰：外国人一般与公民享有同等的权利和承担同等的义务，但以法律无明确要求具有本国公民资格为限。在有疑问之时，为享有与奥地利公民同等的权利，外国人应证明其国家就所争议的权利已给予奥地利公民同等待遇。参见前引〔18〕，周友军、杨垠红译书，第5页。

〔20〕 该条于2015年被废除。

〔21〕 Cfr. Codice civile Austriaco, Milano, Dalla Cesarea Regia Stamperia, 1815, p. 141. 该条于1867年被废除。

〔22〕 Vgl. Adolf Laufs, Rechtsentwicklungen in Deutschland, Walter de Gruyter, 2011, S. 200.

〔23〕 Vgl. Franz Xaver, Erläuterung der in dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche in Ansehung des Personen-Rechtes, Grätz, 1831, S. 134.

〔24〕 该条款大意为：奴隶在进入奥地利领土或登上奥地利船舶后自动获得解放。阻止奴隶获得自由的人判刑1~5年。奥地利船长或其他奥地利臣民持续使用奴隶的，根据情节，最高可判刑20年。Vgl. Strafgesetz 1852 (Österreich), S. 21.

〔25〕 See the Entry of Serdom, available at <https://en.wikipedia.org/wiki/Serfdom>, last visited on May 14, 2019.

法》，因为这样会陷入矛盾。民法只能是特定政治体的立法机关为自己的国民制定的规则，是此等国民的属人法。而自然法是跨国家的，甚至是跨族类的。自然法考虑的不是特定法域的人格，而是人类共同体的人格。所以，《奥地利普通民法典》第16条中的“人”是 Mensch，也就是人类人，如同康德在前引句子中考虑的也是 Mensch。这种人的人格是与生俱来的，不是法律赋予的。这样的人格只能存在于哲学家的想象中，因为不存在一个跨国的权威赋予这样的人格。蔡勒把自己的上述学说用于制定《奥地利普通民法典》，此等民法典体现的就应该叫自然的民法了。这个自相矛盾的说法如同说无限的有限。

奴隶制非国际合作不能根除。国际刑法界普遍认为，现代国际刑法创始于1815年的维也纳会议。^[26] 1814—1815年的维也纳会议本是安排拿破仑倒台后的欧洲政治秩序的，当时已在国内完成废奴的英国认识到，奴隶制非依赖国际合作不能根本废除，于是利用这个国际舞台推动设立了一个委员会研究废奴，最终达成了《关于全面废除奴隶贸易的宣言》。^[27] 《奥地利普通民法典》第16条制定于这一宣言之前，所以，可以把它看作是对《宣言》的预报，也表征奥地利比英国更早解决了废奴问题，因此成为奥地利的骄傲。

无论如何，《奥地利普通民法典》不把奴隶制看作一个本国的问题，而看作一个传来的问题，其考虑的是外国奴隶进入奥地利后自动获得解放的问题。这样的安排与立法者的人类人着眼点是一致的。

相反，尽管法国在制定其民法典时尚未废奴，^[28] 《法国民法典》的制定者在处理 Homo 与 Perosna 的关系时不采取自由身份的着眼点，而采取国民身份的着眼点，^[29] 其第8条规定：所有的法国人享有民事权利（Tout Français jouira des droits civils）。^[30] 从此条可见，法国立法者清楚地意识到自己只能为法国人立法，不能为人类人立法，所以做出这样的规定。朱明哲指出了法国立法者的心路历程：他们不认为民法典——作为人的造物——有能力解决属于自然法的问题。^[31] 照此推理，法国人享有的民事权利不是与生俱来的，而是立法者赋予的。如果立法者对被赋予者不满意，可以以民事死亡的手段剥夺其权利能力。于是，《法国民法典》果然就用12个条文（第22条到第33条）的篇幅规定了民事死亡制度。所谓民事死亡，就是基于敌人不复为公民的立场勾销叛国者的公民资格，由此剥夺附着于这一资格的所有民事权利能力。^[32] 简言之，被判处民事死亡者不复为法国人，所以，《法国民法典》（尤其是第8条）不再对他们生效。民事死亡者要被剥夺7项能力，即所有权能力、消极的继承能力、积极的继承能力、监护能力、作证能力、诉讼能力、婚姻能力。^[33]

[26] 参见黄太云：《国际刑法学界关于惩治国际犯罪战略的研究》，载《法学家》1994年第1期。

[27] Vgl. Werner Sabitzer, Der Wiener Kongress von 1814/15 schaffte Sklaverei ab, Aus <http://www.m-media.or.at/medien/print/innenministerium-der-wiener-kongress-von-181415-schaffte-die-sklaverei-ab/2015/03/30/index.html>, 最后访问时间：2019年4月30日。

[28] 法国于1848年才在维克托·舍尔歇（Victor Schoelcher, 1804—1893年）的倡议下废奴。

[29] 事实上，这部法典的全称是《法国人的民法典》（Code civil des Français）。

[30] 参见李浩培、吴传颐、孙鸣岗译：《拿破仑法典》，商务印书馆1983年版，第2页。

[31] 参见朱明哲：《“民法典时刻”的自然法》，载《苏州大学学报》（法学版）2016年第2期。

[32] 参见徐国栋：《论民事死亡——兼论社会死亡和社会瘫痪》，载《东方法学》2015年第5期。

[33] 参见前引[30]，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译书，第4页。

（四）《奥地利普通民法典》第 16 条的诸后继者

1. 《萨克逊民法典》

1863 年的《萨克逊民法典》（Sächsisches Zivilgesetzbuch）第 30 条规定：每个生物人皆有权利能力（Jeder Mensch ist rechtsfähig）。第 31 条规定：奴隶制、农奴制以及与此相关的权力行使，不许之（Sklaverei, Leibeigenschaft und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Gewalt sind unstatthaft）。^[34] 这两条来自《奥地利普通民法典》第 16 条，但第 30 条把“享有权利”改成了“享有权利能力”，使用了蒂堡（Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772—1840 年）在其于 1803 年出版的《潘得克吞法之体系》中首次提出的权利能力（Rechtsfähigkeit）的术语，^[35] 由此把本文研究的命题的表述形式向我们现在熟悉的方式靠拢。实际上，德文中的 *fähig* 就是“能”的意思，*Recht* 还是权利的意思，从这个角度看，享有权利能力跟享有权利的意思差别不大。相比于第 30 条的改造式采用，第 31 条是照抄《奥地利普通民法典》第 16 条的第二句。为何如此规定？可从该民法典的起草人之一辛滕尼斯（Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, 1804—1868 年）的《实用普通民法》（Das praktische gemeine Civilrecht, 1844 年出版）中找到答案。“人（Person）与法律主体同义。因此，人格意味着权利能力。自由的概念和意志的概念是能力概念的基础，而只有人（Mensch）具有自由和意志。”“人格不是权利，而是权利的前提和基础。人格以人活着出生为条件被赋予人，罗马法中的奴隶和市民的概念变得没有意义。”^[36] 这些言论解释了《萨克逊民法典》的上述两个条文的反奴隶制立场，但更进一步，其欲拆除横亘在 *Homo* 与 *Persona* 之间的国民的身份的门槛，因为立法者考虑的不是本国国民，而是人类人（Mensch），所以，罗马法上的市民概念在其看来也变得无用了。这是一个震撼人心的表达，因为自罗马法以来，民法一直是身份法，主要适用于具有本国国籍者（即“市民”），并由此得名“市民法”，取消了民法的市民身份基础，民法也得改名了，改成“自然法”。

《萨克逊民法典》第 31 条也是反奴隶制的规定，它产生在《关于全面废除奴隶贸易的宣言》之后，可以看作对这一宣言的回应。

2. 《苏黎世私法典》

1885 年的《苏黎世私法典》第 8 条规定：每个人通常能享有所有的私权，无人不享有权利（Jeder Mensch ist in der Regel alles Privatrechtes fähig. Kein Mensch ist rechtlos）。^[37] 这一条文只正面肯定每个人享有权利能力，而不从反面禁止奴隶制，显得它与《奥地利普通民法典》第 16 条没有关联。但《苏黎世私法典》的作者布伦奇利（Johann Caspar Bluntschli, 1808—1881 年）曾长期在德国学习并深受潘得克吞法学影响。^[38] 所以，《苏黎世私法典》吸收了《萨克逊民法典》第 30 条的规定，由于奴隶制已被废除，把《萨克逊民法典》第 31 条的规定当作不言自

[34] Vgl. Eckart Klein, Christoph Menke, Der Mensch als Person und Rechtsperson: Grundlage der Freiheit, BWV Verlag, 2011, S. 62.

[35] 参见郑晓剑：《权利能力相对论之质疑》，载《法学家》2019 年第 6 期。

[36] Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das Practische Gemeine Zivilrecht, Erster Band, Leipzig, 1844, S. 91ff.

[37] Vgl. Johann Caspar Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. 3. Das zürcherische Obligationenrecht, Schultheß, 1855, S. 6.

[38] 参见殷安军：《瑞士法上民商合一模式的形成——兼评“单一法典”的理念》，载《中外法学》2014 年第 6 期。

明之理省略,由此开启了抽象化理解第8条之规定的门径。他的这一处理在后来的瑞士立法中流传下来。

三、权利能力不得放弃命题的确立和发展

(一)《瑞士民法典》

1907年的《瑞士民法典》第11条规定:1.每个人(Jedermann)都有权利能力;2.在法律范围内,人(Mensch)都有平等的权利能力及义务能力。^[39]该条显然来自《苏黎世私法法典》第8条,《瑞士民法典》的起草者欧根·胡贝尔(Eugen Huber, 1849—1923年)是苏黎世人,他在起草《瑞士民法典》时大量参考了《苏黎世私法法典》,但有改进:其一,在第2款中,明确以“平等”作为权利能力和义务能力的定语,这样就揭示了从《奥地利普通民法典》到《苏黎世私法法典》有关条文包蕴的平等内涵,但把这样的平等受制于法的规定(在法律的范围内),这样就建立了平等原则的实证主义立场,把权利能力平等看作法律赋予而非天赋的结果,由此推论,既然立法者可以赋予权利能力,亦可剥夺之;其二,增加了义务能力作为平等的内容。

除了以上改进外,《瑞士民法典》相较于其先驱性条文做了一个最大的改进,那就是规定第27条第1款作为对第11条的支持,其辞曰:任何人不得全部或部分地放弃权利能力及行为能力。^[40]该款把权利能力的放弃分为全部放弃和部分放弃两种类型,尽皆禁止。另增加行为能力为放弃的对象,也分为全部放弃和部分放弃,尽皆禁止。^[41]

为何《瑞士民法典》要为第11条设立一个别出心裁的支持性条款?西比尔·霍费(Sybille Hofer)认为是受到了施塔姆勒(Rudolf Stammmler, 1856—1938年)的影响。《瑞士民法典》的作者欧根·胡贝尔曾经与施塔姆勒在哈勒大学法律系共事,所以,胡贝尔收藏有施塔姆勒的全部著作,影响胡贝尔写下第27条第1款的是施塔姆勒的《正义法的理论》(Die Lehre von dem Richtigen Recht),此书中确立了正义法的四个原则,其中的第一个原则就是“一个人意志的内容不得被迫经受另一个人任意欲望的控制”,第二个原则是“每一种法律要求的提出必须使义务人可以成为他自己的邻居”。这两个原则被称为尊重原则。^[42]第一个原则反对人与人之间的奴役,第二个原则来自《圣经·路加福音》10:30—3,体现了耶稣提出的“爱你的旁边人”的戒条。它在第一个原则的基础上更进一步,不仅反对奴隶制,而且要求仁者爱人。胡贝尔基于第一个原则起草了《瑞士民法典》第27条第1款。他认为,权利能力是人格的一般属性,不应通过自愿的放弃遭到牺牲。^[43]放弃的方式有:订立终身雇佣合同、承受过高的违约金、订立无限竞

• 11 •

[39] 参见殷生根、王燕译:《瑞士民法典》,中国政法大学出版社1999年版,第7页。

[40] 参见前引[39],殷生根、王燕译书,第9页。译文有改动。

[41] 行为能力的放弃例子可见《立陶宛民法典》第3.29条的规定。其辞曰:婚姻不得限制配偶双方积极的或消极的能力,尽管如此,配偶双方行使某些权利的能力可被婚姻合同或此等合同的委任条款限制。See Civil Code of The Republic of Lithuania, p. 89, available at https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=87072&p_country=LTU&p_count=462, last visited on Jun. 1, 2020. 在该民法典中,积极能力指行为能力,消极能力指权利能力。

[42] 参见〔德〕施塔姆勒:《正义法的理论》,夏彦才译,商务印书馆2016年版,第178—179页。

[43] Vgl. Hofer, Sibylle, -Art. 27 ZGB: die späte Entdeckung einer vermeintlichen Lücke, In: Recht-Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, -26 (2008), H. 2, S. 60.

争条款等。总之，不能使债务人受债权人的过分凌迫。^{〔44〕}所以，不妨把第27条第1款理解为对合同自由的保障，该款已完全与奴隶制脱离关系。《奥地利普通民法典》第16条和《萨克逊民法典》第30条反对奴隶制，到了在时间上相隔不远的《瑞士民法典》的时代，奴隶制已寿终正寝，故其第27条第1款只反对对人的意思自治的过度限制。

另外，第27条第1款也反映了潘德克吞学派的人格不得为其承载者处分的理论，这点可从第27条的旧条名“人格的保护。I. 一般规定。1. 不可转让性”看出来。^{〔45〕}所以，该条是对人格的不可转让性的宣示。潘得克吞学者萨维尼（Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861年）和普赫塔（Georg Friedrich Puchta, 1798—1864年）认为，人格作为自身存在于民事主体之中（Recht an der eigenen Person）的权利，与主体不可分离。他们否认自然人对自身身体和自由意志有支配权，因此，人格只是一种法律资格，无法成为一种独立的主观权利。^{〔46〕}

（二）《土耳其民法典》

众所周知，1926年《土耳其民法典》乃移植《瑞士民法典》而成。故现行《土耳其民法典》第8条与《瑞士民法典》第11条对应，其辞曰：1. 每个人都有权利能力；2. 因而，所有的人在法律范围内享有平等的权利能力及义务能力。此外，现行《土耳其民法典》的第23条第1款与《瑞士民法典》第27条第1款对应。其辞曰：任何人，即使在最小程度上，也不得放弃其权利和自由行动的能力。^{〔47〕}该条首先把权利规定为不得放弃的对象，其次才把能力规定为不得放弃的对象，而且限缩为自由行动的能力。看来，土耳其的立法者考虑到放弃能力的情形很少，放弃权利的情形很多，所以把重心转向高发事件。而且少量的能力放弃的对象都是自由行动权，故专门限制这方面的放弃。

（三）大清、民国以及我国台湾地区相关规定

1911年的《大清民律草案》第4条规定：人于法令限制内，得享受权利，承担义务。第49条规定：权利能力及行为能力不得抛弃。^{〔48〕}第4条对应于《瑞士民法典》第11条，第49条对应于《瑞士民法典》第27条第1款，如此，主命题和支持性命题都加以继受，堪称完整。但1925年的《中华民国民律草案》删除了《大清民律草案》第4条，仅在其第16条规定：凡人不得抛弃其权利能力及行为能力。^{〔49〕}我国台湾地区“民法”继续采取这种半拉子继受路线，其第16条规定：权利能力及行为能力，不得抛弃。^{〔50〕}三个采自《瑞士民法典》第27条第1款的条文被中国法律起草者做了苟简主义的处理，把瑞士立法者区分全部放弃和部分放弃的苦心一笔抹煞了。

〔44〕 参见前引〔43〕，Hofer, Sibylle文，第61页。

〔45〕 I的2出现在第28条：防止侵害。II出现在第28条，该条的条名是“姓名人格权”。Voir Le Code Civil Suisse, 1921, Geneve, pp. 14s. See also The Swiss Civil Code, The Boston Book Company, 1915, p. 5.

〔46〕 参见张礼洪：《人格权的民法保护及其理论的历史发展》，载《中国政法大学学报》2018年第4期。

〔47〕 See Turkish Civil Code, Text updated Law No. 4963, dated 6/8/2003 published in official Gazette No. 25192 dated 7/8/2003, p. 4.

〔48〕 参见杨立新点校：《大清民律草案、民国民律草案》，吉林人民出版社2002年版，第3、7页。

〔49〕 参见前引〔48〕，杨立新点校书，第204页。

〔50〕 参见陶百川编：《最新六法全书》，三民书局1981年版，第89页。

富有趣味的是,在大中华地区的范围内,被《中华民国律草案》和我国台湾地区“民法”遗漏继受的《瑞士民法典》第11条被1986年的《民法通则》第10条继受了,其辞曰:“公民的民事权利能力一律平等。”后来被2017年的《民法总则》第14条继受了,其辞曰:“自然人的民事权利能力一律平等。”但这两部立法文件没有继受支持性规定,此等规定仅存在于本文后部要介绍的我国民法学说中。

(四)《葡萄牙民法典》和“澳门民法典”

1966年的新《葡萄牙民法典》第67条规定:除法律另有规定外,自然人得成为任何法律关系之主体;此为自然人之权利能力。此条规定主命题,但排除平等(设有“除法律另有规定外”的但书),从而排除权利能力不得剥夺的命题。第69条规定:任何人不得全部或部分放弃其权利能力。^[51]此条规定权利能力不得放弃的支持性命题。

“澳门民法典”第64条、第66条做出了同样的规定。^[52]配合第64条的排除平等,“澳门民法典”规定了停止行使亲权、监护权、保佐权,暂时禁止业务或职业,中止驾照的效力等剥夺权利能力的方式。^[53]

新《葡萄牙民法典》之所以确立第69条,是为了贯彻这一民法典奉行的“所有的生物人都能成为法律人原则”(Princípio da Personificação jurídica do Homem)。该原则的依据是《葡萄牙宪法》第13条规定的平等原则^[54]以及《世界人权宣言》第6条的规定。而且,赋予法律人格是对人的尊严的保障,因为前者是后者的投射。^[55]这种说明把宪法上的平等原则搬用于民法,值得斟酌,因为宪法上的平等原则是限制立法权的,^[56]民法上的平等是限制当事人一方对他方的优势的。一个是纵向的,一个是横向的,两者不宜相提并论。另外,从《世界人权宣言》第6条的起草历史来看,该条允许按照程序剥夺犯罪人的权利能力(参见下文)。所以,“所有的生物人都能成为法律人原则”要加上但书才好。

• 13 •

四、权利能力不得剥夺命题的确立和发展

(一)《苏俄民法典》

很有意思的是,权利能力不得剥夺命题的确立始于苏联。1923年《苏俄民法典》第6条规定:不按照法律和法律规定程序,不能剥夺和限制任何人的民事权利。^[57]说此条支持“自然人

[51] Ver Código Civil Português (Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06), pp. 20 - 21.

[52] 参见赵秉志总编:《澳门民法典》,中国人民大学出版社1999年版,第28-29页。

[53] 参见詹红星:《中国内地和澳门资格刑比较研究》,载《“一国两制”研究》2006年第7期。

[54] 其第1款辞曰:所有公民都有同等的社会尊严;法律面前人人平等。参见姜士林、陈玮主编:《世界宪法大全》(上卷),中国广播电视出版社1989年版,第943页。

[55] Ver MMO Escola, Os Princípios Fundamentais do Direito Civil, Em <https://escola.mmo.co.mz/os-principios-fundamentais-do-direito-civil/>, 最后访问时间:2020年1月2日。

[56] 参见〔法〕莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第177页;〔日〕阿部照哉、池田政章、初宿正典、户松秀典编著:《宪法——基本人权编》(下册),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第108页。

[57] 参见郑华译:《苏俄民法典》,法律出版社1956年版,第4页。

权利能力一律平等”命题并不严格，因为它讲的是剥夺权利而非能力。而且，《苏俄民法典》第4条体现的主命题也不严格，大意是：全体公民权利能力平等，但法院限制其权利者除外。^{〔58〕}

1964年《苏俄民法典》第9条第1款规定：享有权利和承担义务的能力平等地授予所有的苏俄公民和其他加盟共和国的公民。此为主命题规定。第12条规定：“无人可被限制其享有权利和承担义务的能力或实施法律行为的能力，在法律规定的情形并按法律规定的方式实施的除外。”^{〔59〕}此为支持性规定。与1923年《苏俄民法典》不同，这部民法典以权利能力而非权利的剥夺为考虑对象。

（二）《俄罗斯联邦民法典》

1995年的《俄罗斯联邦民法典》第17条第1款规定：所有公民均被承认平等地具有享有民事权利和承担民事义务的能力（民事权利能力）。^{〔60〕}此为主命题规定，确立了公民的权利能力的平等性。第22条为此种平等性提供保障，所以其条名就是“不允许剥夺和限制公民的权利能力和行为能力”。第1款规定：除非在法律规定的情况下和依照法律规定的程序，任何人的行为能力和权利能力均不得受到限制。^{〔61〕}第3款规定：公民全部或部分放弃权利能力或行为能力，以及旨在限制权利能力和行为能力的其他法律行为，自始无效，但法律允许这种法律行为的除外。^{〔62〕}第1款和第3款同为第17条第1款的支持性规定，前者限制国家剥夺公民的权利能力，后者限制公民放弃自己的权利能力和行为能力，同时规定主命题和两个支持性命题的，唯有《俄罗斯联邦民法典》以及部分苏联密切联系国的民法典。^{〔63〕}至此，自然人权利能力一律平等的命题及其两个支持性命题全部形成，完成了三个命题的“浮”。但两个支持性命题都允许例外，一旦例外发生，主命题体现的平等就不存在了。

值得注意的是，《俄罗斯联邦民法典》第22条与1945年的《世界人权宣言》第6条和1976年联合国的《公民及政治权利国际公约》第16条的规定相合，两个条文的文字一致，即“人人在任何所在有被承认为法律人格之权利”（Everyone shall have the right to recognition everywhere as a person before the law）。该条的确立基于生物人与法律人的区分，主张前者自动成为后者，也就是要去掉罗马人为两者转化设立的多重门槛。但在起草中，曾经有一款允许剥夺犯罪人的法律人资格，后来因为怕引起争议被去掉。^{〔64〕}但在各国的实践中，都允许按照法律规

〔58〕 参见前引〔57〕，郑华译书，第3页。

〔59〕 *Civil Code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic*, An English Translation, translated by Whitmore Gray, Raymond Stults, The University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1965, p. 4.

〔60〕 参见黄道秀译：《俄罗斯联邦民法典》，北京大学出版社2007年版，第41页。

〔61〕 参见前引〔60〕，黄道秀译书，第42页。

〔62〕 参见前引〔60〕，黄道秀译书，第42页。

〔63〕 例如，《白俄罗斯民法典》第16条第1款为正面规定；第20条第3款规定支持性命题一；第21条第2款规定支持性命题二。又如，《越南民法典》第16条第2款为正面规定；第18条同时规定支持性命题一和二。再如，《吉尔吉斯斯坦民法典》第52条第1款为正面规定；第57条第1款规定支持性命题一；第57条第3款规定支持性命题二。另外，《哈萨克斯坦民法典》第13条第1款为正面规定；第18条第1款规定支持性命题一；第18条第3款规定支持性命题二。《塔吉克斯坦民法典》第18条第1款为正面规定；第23条第1款规定支持性命题一；第23条第3款规定支持性命题二。《乌兹别克斯坦民法典》第17条为正面规定，第23条第1款规定支持性命题一；第23条第3款规定支持性命题二。

〔64〕 See Margaret Edith Brett, *The Right to Recognition as a Person before the Law and the Capacity to Act under International Human Rights Law*, August, 2012, p. 11.

定的情形和依据法律规定的程序让一些生物人丧失法律人资格。

如何解释《俄罗斯联邦民法典》第22条与两个人权公约相关规定的一致?笔者暂时未找到前者受后者影响的证据,只能认为俄罗斯的规定影响了两个公约的相应规定,因为从1923年起俄罗斯就有类似的规定了。

五、权利能力不得放弃命题与现实生活的矛盾(仅讲出家)及其超越

权利能力不得放弃命题与现实生活的矛盾太多,例如,当兵就要放弃与外国人和港澳台人结婚的权利能力;^[65]当公务员就要放弃经商的权利能力。^[66]为了节省篇幅,本文仅讲出家导致的权利能力放弃。

至少汉传佛教和天主教有出家制度。先谈汉传佛教僧侣出家导致的权利能力放弃。众所周知,皈依佛门者要接受“不淫戒”和“不蓄金银财宝戒”,这意味着受戒者放弃了结婚的权利能力和大额所有权能力。其次,与天主教的“三愿”冲突,成为天主教神职人员,首先要发独身愿,其次要发贫穷愿。前者意味着放弃结婚的权利能力,后者意味着放弃大额所有权能力。^[67]

然而,十戒也好,“三愿”也好,都属于教法规范,作为世俗法的民法把它们当作法源吗?答案是曾经将其当作法源。例如,1976年之前的《奥地利普通民法典》第573条规定:宗教誓言被认为是无遗嘱能力的原因之一,宗教的神职人员一般无权立遗嘱,但在如下情形,宗教的神职人员也被允许通过遗嘱处分其财产:如果教会为了其成员能够立遗嘱,已经获得了特别的优待;如果神职人员已经从其誓言中解脱;如果神职人员因其教会、僧院和修道院的解职已经退休;或者如果神职人员因其被雇佣的方式,而依据政治性法律不再被看作教会、僧院和修道院的成员,而能够获得完整的所有权。^[68]此条明确规定发贫穷愿导致遗嘱能力丧失,尽管规定了许多例外。但此条已被1976年颁布的一个法律限制适用。^[69]

又如,1855年的《智利民法典》第95条曾规定:在为天主教会承认的修道性机构中根据法律庄严发愿的人,由于民事死亡,也终结财产权方面的人格。^[70]该条规定了出家的神职人员因为发愿导致的财产法方面的权利能力的放弃。此条出自安德雷斯·贝略(Andrés Bello, 1781—1865年)之手,他起草的民法典为智利、厄瓜多尔和哥伦比亚三国采用。^[71]厄瓜多尔在其民法

• 15 •

[65] 中国人民解放军总政治部发布的《军队贯彻实施〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的规定》第3条第2款规定:“现役军人一律不准与外国公民结婚,原则上也不得与香港、澳门特别行政区和台湾地区的居民结婚。”

[66] 2005年的《公务员法》第53条规定:“公务员必须遵守纪律,不得有下列行为:……(十四)从事或参与营利性活动,在企业或其他营利性组织中兼任职务;……”

[67] 《天主教法典》第668条规定:依修会性质完全放弃其财产的发愿会士,即丧失获得并持有财产之能力,为此,其所做反贫穷愿的行为皆无效。在放弃后,所有进项皆应依本会规定让给本修会。

[68] 参见前引[18],周友军、杨垠红译书,第95-96页。

[69] 参见前引[18],周友军、杨垠红译书,第96页注释1。

[70] Véase Código civil de la República de Chile, Santiago de Chile, 1856, p. 25.

[71] 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:《在智利、厄瓜多尔、哥伦比亚生效的安德雷斯·贝略民法典》,徐国栋译,载《法商研究》1999年第5期。

典第 92 条中采用了此条，^[72] 但《哥伦比亚民法典》未采用此条^[73]。然而，《智利民法典》第 95 条于 1943 年 10 月 21 日被智利是年的第 7612 号法律废除。《厄瓜多尔民法典》第 92 条的废除更早，发生在 1936 年。

原因在于在政教分离的运动中，教法不再被民法当作法源。这一运动首先在法国大革命中呈现。1790 年 2 月 16 日国民公会《关于废除宗教阶层的法令》(Decret de l'Assemblée nationale qui supprime les ordres religieux et religieuses) 第 1 条规定：法律不承认男女两性修道士所发的庄严修道誓愿。^[74] 1791 年《宪法》的序言规定：法律不再承认宗教誓言，也不承认任何其他违反自然法和本宪法的承诺。^[75] 然而，僧侣是否能像俗人一样为自己取得财产，仍然是个问题。例如，《法国民法典》第 902 条规定：任何人均得通过或依据生前赠与或遗嘱，处分与受领财产，但法律宣告无能力的人除外。^[76] 僧侣是否为本条规定的无能力的人？法国法学家霍葛洪 (A. G. Rogron) 解释此条时认为：发贫穷愿并不意味着发愿者没有任何财产方面的能力，只是没有特有产的能力，僧侣仍然能为修道院取得财产。^[77] 换言之，每个神职人员在法律面前都对其财产和收入享有完全的所有权以及根据民法典的管理权，但根据良心的规则，如果他们已发了贫穷愿，除非得到了其上级的批准，他们不得处分其财产，也不得以任何名义取得财产。市民法不要求他们遵守誓愿，但他们不能破毁根据宗教誓愿承担的义务。^[78] 这样，就实际效果而言，僧侣还是没有取得财产的实际能力。财产在他们手上只是过一下而已。

意大利的情况与法国差不多，民法不承认根据教会法发出的誓愿导致的无能力，如此，神职人员可以缔结有效的婚姻、认领私生子、自由地无偿或有偿取得财产，甚至可以继承他人的遗产，但为了不违反教会法，他们可在得到自己上级批准的情况下找公证人放弃遗产，或捐赠自己接受的遗产给其共同继承人，或出卖此等遗产，将收到的价金移转给自己所属的机构。^[79] 这就是说神职人员可以取得财产，但不得为自己持有财产，跟他们以前的权利能力状况没有实质的区别。

由上可见，宗教誓言曾经有放弃权利能力的民法效果，但自政教分离运动后，宗教誓言形式上不导致放弃有关权利能力，实际上仍然如此。这样的现实至少是推动各国立法者对有关支持性命题进行改革的原因之一。

[72] Véase Alvaro Reyes Ormaza, Consecuencias de la declaración de la muerte presunta en la ley civil Ecuatoriana, Tesis de la previo a la obtención del título de doctor en ciencias jurídicas, Cuenca, Ecuador, 2009, p. 17.

[73] Véase Luis F. Borja, Estudios sobre el Código Civil Chileno, Tomo Segundo, Paris, 1901, p. 361.

[74] Voir la Entrée de Decret de l'Assemblée nationale qui supprime les ordres religieux et religieuses: le mardi 16 fe'vrier 1790, Sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Fichier:Assembl%C3%A9e_nationale,_d%C3%A9cret_du_13_f%C3%A9vrier_1790,_articles_1_et_2.jpg, 最后访问时间: 2019 年 6 月 5 日。

[75] Voir Lois, et actes du gouvernement, Tome IV, Août 1789 [à 18 Prairial an II]: Août à Juin 1792, Paris, 1806, p. 191.

[76] 参见罗结珍译:《法国民法典》(上册), 法律出版社 2005 年版, 第 696 页。

[77] Cfr. A. G. Rogron, Codice civile spiegato dai suoi motivi e degli esempi, Tomo Terzo, Napoli, 1832, p. 208.

[78] Voir P. H. Corbière, Le droit privé, administratif et public dans ses rapports avec la conscience et le culte catholique, Tome Premier, Librairie catholique de Périsse frères, 1841, p. 191.

[79] Cfr. Enrico Tartagli, Compendio di Diritto ecclesiastico, Maggioli Editore, 2011, p. 122. Cfr. I notai del Collegio di Bologna, Proprietà e voto di povertà: religiosi tra canonici ecclesiastici e diritto civile, Su <https://www.ilrestodelcarlino.it/bologna/cronaca/religiosi-proprietà-diritto-canonico-civile-1.206826>, 最后访问时间: 2019 年 6 月 4 日。

所以,1994年《魁北克民法典》第8条规定:任何人均不得放弃行使民事权利,此等放弃符合公共秩序的除外。^[80]前文述及的《俄罗斯联邦民法典》第22条第3款规定:公民全部或部分放弃权利能力或行为能力,以及旨在限制权利能力和行为能力的其他法律行为,自始无效,但法律允许这种法律行为的除外。^[81]这两条承认符合公共秩序和法律允许的放弃权利能力有效,要把因为出家做出的权利能力放弃解释为在它们的涵盖范围内,应毫不费力。

六、我国关于权利能力平等三个命题的立法和学说

(一) 立法

以上所述古代法和外国法关于权利能力平等的三大规定的曲折经历,可助人理解我国法律和学说上也有的“三大”规定的缺陷。先看我国这方面的立法。

《民法通则》第10条规定:“公民的民事权利能力一律平等。”此条尚在国境线以内赋予主体平等的民事权利能力,跟《法国民法典》第8条路径一致。但《民法典》第14条规定:“自然人的民事权利能力一律平等。”此条表明,立法者走出国境线赋予全球自然人权利能力,不要求互惠,跟《瑞士民法典》第11条一致,走自然法路线。

《民法通则》第10条和《民法典》第14条都是对主命题的确定,我国立法中无关于支持性命题的规定。

(二) 学说

先看对主命题的论证。李永军认为,权利能力平等是一个基本原则,是宪法上的平等原则在私法上的具体化,也是民法赖以生存的市民社会的本质特征。人的权利能力的平等是近代私法的重要进步之一,是资产阶级革命的胜利成果之一。^[82]此论把宪法上的以立法权限制为意蕴的平等原则与私法上的所谓平等原则混为一谈,缺陷明显。^[83]

次看对支持性命题的论证。尽管立法上无规定,“自然人权利能力不得放弃或剥夺”的命题出现在我国不同时期的民法教科书中。王家福、谢怀栻等编写的一部民法著作对此这么说:民法关于权利能力的规定是强制性规范,不是任意性规定,因此任何人不得加以变更,任何人不得剥夺或限制公民的民事权利能力,公民自己也不得以任何方式抛弃或限制自己的民事权利能力。^[84]此论把民法关于权利能力的规定当作强行法,并非任意法,故公民不得放弃自己的权利能力。论者还考虑到了国家(“任何人”应包括国家)剥夺自然人权利能力的可能,认为不可如此。此说直接与我国《婚姻法》第7条第2款^[85]剥夺患有法定疾病者结婚能力的规定冲突。

费安玲主编的民法教材认为:权利能力具有“三性”。其一,先验性,也即不是实在法赋予的,而是天赋的,因此,国家也不得剥夺公民的权利能力。其二,完全平等。其三,不得让与或

• 17 •

[80] 参见孙建江等译:《魁北克民法典》,中国人民大学出版社2005年版,第2页。

[81] 参见前引[60],黄道秀译书,第42页。

[82] 参见前引[5],李永军文。

[83] 参见徐国栋:《平等原则——宪法原则还是民法原则?》,载《法学》2009年第3期。

[84] 参见王家福、谢怀栻等:《民法基本知识》,人民日报出版社1987年版,第49页。

[85] 其辞曰:患有医学上认为不应当结婚的疾病者不得结婚。

抛弃，否则意味着主体放弃自己的法律主体地位，使自己不再成为法律上的人。^{〔86〕}此论以“完全平等”的文句简述了“自然人权利能力一律平等”的主命题，同时完整地提到了它的两个支持性命题：国家不得剥夺自然人的权利能力，私人亦不得放弃之。算是对主命题与其支持性命题关系的完整展示。该教材这一部分的作者朱庆育在写作如上文字时以脚注说明自己的观点采自德国学者沃尔夫（Ernest Wolf，1914—2008年）和拉伦茨（Karl Larenz，1903—1993年）合著的20世纪60年代出版的《德国民法总论》。然而，拉伦茨在20世纪30年代也说过：只有隶属于民族共同体者才可有权利能力，至于不属于民族共同体的人，是异族人，他们可享有多少权利能力，要根据纳粹当局的种族政策确定。^{〔87〕}按照此语，尽管雅利安人和犹太人都是德国人，但后者与前者在权利能力上并不平等。由此发生了拉伦茨在20世纪30年代讲的话和60年代讲的话何者为真的问题，笔者认为前者为真，后者为稻粱谋之言。^{〔88〕}因此，拉伦茨连主命题都不相信，更何况两个支持性命题。

七、结论和余论

乌尔比安在奴隶的合同能力的狭窄语境中概括出了部分生物人不能成为法律人的问题，指出了自然法中的相反情况。乌尔特尤斯把乌尔比安提出的问题从债法搬到人法，维持了解决问题的自然法路线。康德另辟蹊径，在“任何人都是目的”的言说中排除了把也是人的奴隶当作手段的正当性，提供了理性作为两种人应该等同的理由。《奥地利普通民法典》第16条基于上述思想做出了自然法性质的反奴隶制的规定，成为自然人权利能力一律平等主命题的基床，但该民法典并不排斥权利能力的放弃或剥夺，以及对外国人权利能力的限制。就对剥夺的承认而言，这是对名誉的身份阻隔两种人的同一性的承认。就对外国人的权利能力限制而言，这是对国民的身份阻隔两种人的同一性的承认。

具有讽刺意味的是，当代奥地利人竟然把其《民法典》第16条当作人格权规定理解，就它是体现了一般人格权还是具体人格权纠缠不休。^{〔89〕}此乃因为该第16条体现的自然法意识形态和解放奴隶意图在当代已完全过时，该条已失去存在意义，为了不浪费“光荣的”^{〔90〕}该条，当代解释者赋予了它立法者不曾赋予的意义。实际上，按起草者的意图，人格是原权（Urrecht），^{〔91〕}人格权是派生权，两者应不在一个层次。

《瑞士民法典》第11条在奴隶制已废除的条件下规定了自然人权利能力一律平等原则，而且，在施塔姆勒正义法的尊重原则的影响下做出了自然人权利能力不得放弃的支持性规定，赢得

〔86〕 参见费安玲等：《民法总论》，高等教育出版社2018年版，第56页。

〔87〕 参见黄瑞明：《纳粹时期的拉伦兹：德国法学界的一页黑暗史》，载《国立台湾大学法学论丛》2003年第5期。

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

〔89〕 参见〔奥〕伽布里菈·库奇奥、海尔穆特·库奇奥：《奥地利民法概论》，张玉东译，北京大学出版社2019年版，第4页。

〔90〕 因为在维也纳会议前就废除了奴隶制而光荣。在奥地利的废奴史宣传中，喜欢张扬这一点。

〔91〕 Vgl. Georg Norbert Schnabel, Das natürliche Privatrecht, Wien, 1842, S. 38.

了一些民法典或草案的追随,但此等规定与允许放弃权利能力的教法冲突。更有甚者,其适用判例表明当今瑞士法院理解的该款的保护对象并非权利能力之完整,而是当事人的自决权。瑞士法院就第27条第1款发生的判例有:1.期限为永远的啤酒供应合同之终止;2.保证人担保主债务人未来的一切债务的表示无效;3.同居伴侣之间采取避孕措施的约定无效。^[92]三个判例表现的都是一方当事人做出过大的承诺,影响了他的行动自由以及应对情势变更的能力,法院判决此等承诺无效。

《俄罗斯联邦民法典》增加了权利能力不得剥夺的规定,这样的规定得到了诸如《世界人权宣言》《公民及政治权利国际公约》的类似规定的支持,但《俄罗斯联邦民法典》也好,有关的人权公约也好,都承认对权利能力的依法剥夺。所以,权利能力不得剥夺命题的支持是有限支持。

《魁北克民法典》尽管维持了权利能力不得放弃的规定,但添加了“公共秩序允许的放弃除外”的但书。《俄罗斯联邦民法典》及其追随者也是如此。

顺便指出,从其适用判例来看,《魁北克民法典》对权利能力原则上不得放弃的坚持是否得到了法院认同,是值得怀疑的。在涉及该条的判例一中,一份特许经营协议上这样规定:如果营运商不遵守本协议规定的义务,并没有在72小时内补救,特许人可以通过寄送书面通知在72小时内终止合同。通知在到达营运商后生效,如果“营运商出于任何原因拒绝或停止终止本协议”,他构成违约。法院认为引号里的条款违反了《魁北克民法典》第8条。因为营运商无法终止合同,只有特许人可以终止合同。^[93]在涉及该条的判例二中,一份信托协议规定:信托原本的收益的受益人只能是Mathio Pellerin的子女或孙子女,从他们出生或被收养之时可以如此,以及Mathio Pellerin控制的法人。该规定阻止了Mathio Pellerin的未出生的胎儿成为信托受益人的机会。而按照对《魁北克民法典》第1条的解释,胎儿如果活着出生,其权利能力回溯到他受孕之时。所以,上述信托条款违反了这一规定以及第8条。^[94]在涉及该条的判例三中,一份约定放弃私生活权的合同被认定为无效。^[95]从头两个判例来看,《魁北克民法典》第8条处理的不是权利能力的放弃问题,而是此等能力的剥夺问题。从最后一个判例来看,第8条处理的不是权利能力的放弃问题,而是权利的放弃问题。

所有上述,皆可作为“自然人权利能力一律平等”命题及其两个支持性命题“沉”的证据。

由此可见,跟随《奥地利普通民法典》第16条、《瑞士民法典》第11条错误路径的我国《民法典》第14条无条件地赋予一切自然人平等的权利能力是错误的,跟随《瑞士民法典》第27条第1款路径和《苏俄民法典》路径的我国学界关于权利能力不得放弃、不得剥夺的言说也是错误的。此等错误造成了我国民法理论中人法的萎缩。所谓的人法,就是把人分为三六九等之法,其基础是基于人的身份不同予以不同的对待。例如,对本国人和外国人做不同的对待,对诚实公民和“害群之马”做不同的对待。对前一种身份的忽视造成了《民法典》第14条与《外商投资

[92] 参见〔瑞士〕贝蒂娜·许莉曼-高仆、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第278页。

[93] 9045-6740 Québec Inc. c. 9049-6902 Québec Inc., 2004 CanLII 31403 (QC CA).

[94] Pellerin v. The Queen, 2015 TCC 130 (CanLII).

[95] See Ian Kerr, Ian R. Kerr, Valerie M. Steeves, Carole Lucocq, *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*, Oxford University Press, 2009, p. 37.

法》第4条的直接冲突。后者规定外商在中国的权利能力相比于中国公民要承受负面清单的限制，由此承认外国人与中国人在权利能力上的不平等。对后一种身份的忽视造成广大的平等原则支持者无视联合失信惩戒机制^[96]等制度制造权利能力不平等的意义，使理论脱离实际。

面对如此乱局，怎么办？最好的处理是在《民法典》颁布后进行司法解释，给第14条“自然人权利能力一律平等”的规定像《魁北克民法典》《俄罗斯联邦民法典》那样加上但书：但以未受立法、司法剥夺并未被民事主体放弃为限。至于权利能力不得放弃、不得剥夺的错误学说，则可彻底放弃之，以求理论符合实践。

以上是就我国的大陆/内地的情况所言。我国台湾地区“民法”第16条、“澳门民法典”第66条都设有权利能力不得放弃的规定，也建议予以废除。对于我国台湾地区来说，这样的废除有特别的理由，因为在我国台湾地区的“司法”实践中，“民法”第16条得到适用的机会似乎很少，笔者通过我国台湾地区学者的教科书找到的只有两例，而且都是被排除适用，而非得到适用。案例一：“台湾省工厂工人退休规则”第6条规定，工人年满60岁者，应命令退休。被上诉人于年满60岁达到退休年龄后，为求继续工作，于1976年7月9日与雇主订立聘雇人员约定书，约定不得要求退休金。法院判定这一约定并非权利能力之抛弃，有效。^[97]在此案中，一方当事人放弃了退休金请求权。案例二：著作权人与出版商约定不行使著作人格权，台湾地区“内政部”1994年对此案批复，不存在权利能力的抛弃，约定有效。^[98]在此案中，一方当事人放弃了著作人格权。这两个案例提到了第16条，但都排除其适用，证明第16条已成为具文，完全可以人格权制度解决该条想解决的问题。

• 20 •

但必须充分估计以上建议被接受的难度，因为我国大陆/内地以及台湾地区和澳门地区都是深受德国法理论影响的法域，而德国法学界在这方面非常保守。尽管《德国民法典》并无“自然人权利能力一律平等”的正面规定和两个支持性规定，但它们存在于多数德国学者的潜意识中。德国学者马提亚斯·雷曼（Mathias Lehman）就说，人们要么有权利能力，要么没有权利能力，不会有介于两者之间的可能。^[99]这是典型的对权利能力的有机论表述。所以，迪特尔·施瓦布（Dieter Schwab）说：除了死亡之外，人不会丧失权利能力，既不会作为一种惩罚的后果（民事死亡），也不会因为进入修道院或因为放弃而丧失。^[100]汉斯·布洛克斯（Hans Brox）和沃尔夫·迪特里希·瓦尔克（Wolf-Dietrich Walker）也说：“……放弃财产权利（例如修道士的贫穷誓言）是无效的。”^[101]这三位德国作者均认为德国法不承认贫穷愿的民法效力。

[96] 联合失信惩戒机制是指在根据原有法律规定对失信者进行制裁的基础之上，在随后的经济和社会活动中再次对失信者进行约束或限制的制度安排。参见沈毅龙：《论失信的联合行政惩戒及其法律控制》，载《法学家》2019年第4期。

[97] 参见邱聪智：《民法总则》（上），三民书局2005年版，第241页注释218。

[98] 参见前引[97]，邱聪智书，第241页注释219。

[99] 参见前引[35]，郑晓剑文。

[100] 参见〔德〕迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年，第88页。

[101] 〔德〕汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社2014年版，第291页。但在德国，宗教誓言被视为教会与其新成员之间订立的一个教会法合同，产生教会法上的效力，发誓者反对自己的宗教机构在世俗法院提起的主张自己结婚的合法性的诉讼，从无胜诉，他们败诉不久，就会面临教廷强迫他们遵守工作守则的诉讼。Cfr. Stefano Testa Bappenheim, Il danno da uccisione di religioso, negli diritto francese, tedesco ed italiano, Pellegrini Editore, 2007, pp. 210s.

但德国学者法布里秋斯 (Fritz Fabricius) 于 1963 年在其《权利能力之相对性》(Relativität der Rechtsfähigkeit) 一书中肯认了在有权利能力和无权利能力之间存在部分权利能力的中间状态, 据说因此声誉鹊起,^[102] 但在以上本文研究过其民法典相关规定的国家, 他讲的不过是常识, 因为这些国家承认权利能力的放弃或剥夺, 一旦发生这两种行为, 放弃者或被剥夺者就只有部分权利能力了。法布里秋斯进一步认为, 权利能力应是具体的, 而不是抽象的, 其内容和范围取决于主体的个人品质和具体的法律规定, 因此, 主体的权利能力并非普遍的、绝对不容被限制的能力, 每个自然人和每个法人的权利能力并不平等。^[103] 此语中, “个人品质” 指身份, 例如僧侣的身份, “法律规定” 指剥夺的依据, 所以, 法布里秋斯已经把权利能力不平等的原因说遍了。他进一步寻找权利能力不平等的原则性依据, 认为如果人类没有绝对的、机械的平等, 那么一般的平等原则也不适于论证所有的人和其他的主体均具有平等的权利能力, 由此对抽象的平等原则进行了批判。^[104] 如同本文所做的。

但法布里秋斯的如上观点在其本国和我国都遭到质疑。德国学者恩斯特·沃尔夫 (Ernest Wolf) 说: 用种类不同的限制权利能力取代每个人都享有的一元化权利能力, 与人的人格属性相抵触, 也有违法律面前人人平等的要求。^[105] 我国学者郑晓剑亦做类似质疑。尽管如此, 坚硬的现实终将踏破虚幻的理论, 并催生正确的理论。

坚硬的现实何在? 到处都是, 这里仅举两个。其一, 我国曾经有过的对超生婴儿的权利能力剥夺。2010 年, 通过全国第六次人口普查, 发现我国有 1300 万人无户口。^[106] 无户口不仅意味着个人的公民身份无法得到有效证明, 而且在所有需要身份证明的场合也都寸步难行。不仅无法乘坐飞机、高铁等现代交通工具, 也无法登记结婚, 无法行使宪法和法律规定的选举权、社会保障权等权利, 上学、就业、就医等也会遭遇极大的困难。^[107] 因此, 对于中国公民而言, 权利能力并非起自出生之完成, 而是起自户口之取得。“黑户” 即意味着当事人得不到作为公民应享有的法律人格。上述情况引起了《儿童权利公约》的条约机构——儿童权利委员会的注意, 早在 1996 年, 其针对中国提交的首份履约报告做出的结论性意见, 就对中国政府未能确保所有的儿童都获得户口登记的问题表示严重关切, 并指出“登记制度存在的缺陷和不足导致儿童在其权利的促进和保护方面得不到基本保障”^[108], 为了应对这种质疑, 国务院办公厅发布了《关于解决无户口人员登记户口问题的意见》(2015 年), 解决“黑户” 的取得户口问题。在此例中, 权利能力的剥夺表现为“不给予”, 呈消极剥夺的形态。其二, 我国广泛使用的失信联合惩戒机制。它对于失信者已经取得的权利能力加以剥夺以为惩戒。典型的例子是最高人民法院于 2010 年颁布的《关于限制被执行人高消费的若干规定》(2015 年修订), 它剥夺拒不执行法院判决者订立八

[102] 参见前引 [35], 郑晓剑文。

[103] 参见前引 [35], 郑晓剑文。

[104] 参见前引 [35], 郑晓剑文。

[105] 参见前引 [35], 郑晓剑文。

[106] 参见房婷婷:《中国约 1300 万人没有户口, 超生仍要交社会抚养费》, 载 <http://www.mzyfz.com/cms/sifagongzheng/xinwenzhongxin/gongzuodongtai/html/1077/2016-01-15/content-1172354.html>, 最后访问时间: 2019 年 12 月 22 日。

[107] 参见黄金荣:《解决“黑户”问题的人权视野和法治维度》, 载《学习与探索》2017 年第 10 期。

[108] 参见前引 [107], 黄金荣文。

个方面的高消费合同的权利能力，达成促进执行法院判决的目的。这两个例子，前者是对权利能力的全面剥夺，后者是对权利能力的部分剥夺，其运行基础就是“部分权利能力理论”或权利能力的原子论。一元化的权利能力理论经不起这样的现实的检验。

Abstract: The proposition that all natural persons are equal in legal capacity adopted by Article 14 of the Civil Code requires two supporting propositions. One is that the legal capacity must not be renounced. The other is that the state must not deprive the natural persons of the legal capacity. In the history of legislation, the principal proposition first appeared in the Austrian General Civil Code of 1811, but there was only the intention to eliminate inequality based on slavery, and there was not the intention to eliminate inequality based on nationality and reputation status. However, The Swiss Civil Code of 1907, disregarding these factors, made abstract provisions for equal legal capacity of natural persons, and equipped them with supportive provisions that the legal capacity must not be waived. The Soviet Civil Code of 1964 was further equipped with supporting provisions that the state should not in principle deprive natural persons of their legal capacity. The three propositions have existed in the relevant regulations and doctrines of China since the Draft of Qing Dynasty's Civil Code. But it has now been proved that they are mistakes by the revised legislation and doctrines of the countries originated these propositions. After the promulgation of the Chinese Civil Code, these errors should be corrected via judicial interpretations by adding “but to the extent that it has not been subject to legislation and judicial deprivation and has not been abandoned by civil subjects”. In addition, the wrong doctrine that legal capacity cannot be renounced or deprived should be abandoned.

Key Words: legal capacity, equality, abandonment of legal capacity, deprivation of legal capacity, civil code

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

《民法典》中不可抗力的体系构造

李 昊 刘 磊*

内容提要：在《民法典》有关不可抗力的体系构造中，不可抗力应划分为三个不同面向，即不可抗力事件、不可抗力规则和不可抗力约款。不可抗力事件指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，区别于不能预见、不能避免但可以克服的意外事件。不可抗力规则指不可抗力事件在法律规定的条件下产生免责法律效果的规则。不可抗力约款有广义和狭义之分。广义的不可抗力约款，是指当事人就不可抗力事件进行约定并旨在产生免责法律效果的合同条款，包含构成和法律效果两个方面：前者指当事人约定对不可抗力事件进行范围上的扩张或者限缩；后者则是指当事人对扩张或者限缩的不可抗力事件在约定条件下产生免责法律效果之约定。狭义的不可抗力约款，仅包含构成层面，即当事人约定对不可抗力事件进行范围上的扩张或者限缩。不可抗力事件或狭义不可抗力约款还会引发合同解除、风险负担、情势变更及诉讼时效中止等规则的适用，后者可以被称为不可抗力的关联规则。

关键词：不可抗力事件 不可抗力规则 不可抗力约款 情势变更原则

• 23 •

一、引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）中共有 8 个条文（共计 12 处）涉及不可抗力，其中核心条款是第 180 条，其第 2 款和第 1 款分别对“不可抗力”的概念和免责效力作出了规定，其他条款则分别涉及不可抗力与合同解除、风险负担、情势变更、诉讼时效等的关系。在此之前，《中华人民共和国涉外经济合同法》（以下简称《涉外经济合同法》）（已失效）第 24 条第 4 款及《中华人民共和国合同法实施条例》（以下简称《技术合同法实施条例》）（已失效）第 24 条第 1 款都允许当事人在合同中约定不可抗力的范围，但在我国之后的立法中并未对

* 李昊，北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院暨法学院副教授；刘磊，北京航空航天大学法学院硕士研究生。

该问题予以明确，由此引发了学者们关于不可抗力条款的讨论。

在我国学者以往对不可抗力的讨论中，经常在多重含义上使用不可抗力，并未做进一步的区分，也由此导致不可抗力与不可抗力关联规则（合同解除、风险负担规则、情势变更原则及诉讼时效中止）之间的关系含糊不清，有专门澄清之必要。

二、不可抗力在民法中的体系定位

关于不可抗力在民法中的不同面向，我国理论上存在不同的认识。有观点将不可抗力划分为法定不可抗力和约定不可抗力两个不同面向。如崔建远教授认为不可抗力应分为法律规定的“不可抗力条件”和当事人约定的“不可抗力条款”，前者指法律规定的可以免除债务人违约责任的不可抗力，后者指当事人约定的可作为免责事由的不可抗力。^{〔1〕}王轶教授也认为不可抗力应分为法律规定的“不可抗力规则”和当事人约定的“不可抗力条款”，前者指法律为确定不可抗力的范围，针对不可抗力事项作出的规定，后者则是当事人为明确特定交易中不可抗力的范围，就不可抗力事项作出的约定，属于合同条款。^{〔2〕}

还有观点将不可抗力在“不可抗力事件”和“不可抗力规则”两种层面上使用：前者作为一种客观情况、客观事实被使用，如《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第117条第2款的规定；后者则是作为一项法律规则或制度被使用，如《合同法》第117条第1款和第118条。^{〔3〕}

杨良宜教授则是从明示条文和默示条文两个方面来谈不可抗力。对于明示条文，是指当事人对不可抗力进行约定的合同条文。对于默示条文，在中国法律下，是指《合同法》第117—118条。杨良宜教授在对明示条文内部的讨论中又涉及现实中发生的事件是否属于不可抗力条款中定义的事件、不可抗力事项怎样影响合同履行、发生不可抗力事项的后果等几个方面的讨论，在对默示条文内部的讨论中也是如此。虽然杨良宜教授是从明示条文和默示条文两个方面讨论不可抗力，但实际上，其在对明示条文和默示条文各自的内部讨论中已经有意识地区分了不可抗力事件、不可抗力规则及不可抗力条款。^{〔4〕}

还有观点并未对不可抗力进行明确的区分，都统用“不可抗力”这一概念进行指代。^{〔5〕}

国内对于“不可抗力”“情势变更”“合同解除”等制度之间的关系争论不休，根本原因就在

〔1〕 参见崔建远：《不可抗力条款及其解释》，载《环球法律评论》2019年第1期。

〔2〕 参见王轶：《新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更》，载《法学》2020年第3期。

〔3〕 参见孙美兰：《〈联合国国际货物销售合同公约〉免责规定之研究》，载《法学》2004年第12期。

〔4〕 参见杨良宜、司嘉：《新型冠状病毒疫情与国际商业合同中的不可抗力》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/m1u4kuRaPCBENhHSA3jSBQ>，最后访问时间：2020年4月13日；杨良宜：《再谈不可抗力》，载《中国远洋海运》2020年第3期；杨良宜：《合同的解释》，法律出版社2015年版，第782—790页。

〔5〕 参见韩世远：《情势变更原则研究》，载《中外法学》2000年第4期；毕秀丽：《情势变更与不可抗力比较分析》，载《政法论丛》1999年第3期；刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载《法学研究》2000年第6期；叶林：《论不可抗力制度》，载《北方法学》2007年第5期；丁宇翔：《疫情不可抗力的司法认定及其与情势变更的衔接》，载《人民司法》2020年第10期；朱广新：《合同法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第767页；李永军：《合同法》，法律出版社2010年版，第587页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第483页。

于这些概念在多重含义上被使用。^{〔6〕}对此,上述学者中显然已有关注意到该问题,并将不可抗力划分为不同面向。在此基础上,本文认为不可抗力应被划分为三个不同的面向,即不可抗力事件、不可抗力规则和不可抗力约款(区分广义和狭义两种情形)。这种划分不仅可以使不可抗力事件及狭义上的不可抗力约款能否产生免责法律效果的判断更为清晰,还有助于厘清不可抗力事件及狭义上的不可抗力约款与不可抗力关联规则(合同解除、风险负担规则、情势变更原则及诉讼时效中止)之间的关系。

三、不可抗力的三个面向

(一) 不可抗力事件

1. 不可抗力事件的构成

本文所称不可抗力事件,是指《民法典》第180条第2款〔《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第180条第2款及《合同法》第117条第2款〕中所规定的不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

从我国立法演变来看,1985年施行的《涉外经济合同法》第24条第3款、1987年施行的《中华人民共和国民法通则》第153条、1989年施行的《技术合同法实施条例》第24条第1款、1999年施行的《合同法》第117条第2款及2017年施行的《民法总则》第180条第2款都对不可抗力事件进行了界定。与《民法典》第180条第2款相比,这些规定对不可抗力事件的含义界定基本相同,仅在细节上有所差别,如《涉外经济合同法》第24条第3款有“订立合同时”的时间要求、《技术合同法实施条例》第24条第1款有“自然因素或者社会因素”的限定等。^{〔7〕}

对于不可抗力事件的理解,民法理论有主观说、客观说和折中说三种不同观点。主观说认为,以当事人的预见力和预防能力为标准,凡属当事人虽尽最大注意仍不能防止其发生的事态为不可抗力。^{〔8〕}主观说的缺陷在于,对不可抗力缺乏客观的判断标准,解释时弹性过大,难以把握,有被滥用的可能,并且由此使得不可抗力的范围难于确定,故采之者寡。^{〔9〕}客观说认为,

〔6〕 参见前引〔3〕,孙美兰文。

〔7〕 我国于1985年7月1日施行的(现已失效)《涉外经济合同法》第24条第3款首次对不可抗力事件予以规定,即“不可抗力事件是指当事人在订立合同时不能预见、对其发生和后果不能避免并不能克服的事件”。此后,我国于1987年1月1日施行的《中华人民共和国民法通则》第153条也对不可抗力事件予以规定,即“‘不可抗力’,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。我国于1989年3月15日施行的(现已失效)《技术合同法实施条例》第24条第1款对不可抗力事件的规定是:“技术合同法第二十条所称的不可抗力,是指当事人不能预见、不能避免和不能克服的自然因素或者社会因素引起的客观情况。”我国于1999年10月1日施行的《合同法》第117条第2款对不可抗力事件的规定是:“本法所称不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”我国于2017年10月1日施行的《民法总则》第180条第2款对于不可抗力事件的规定是:“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”

〔8〕 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第499页;崔建远:《合同法学》,法律出版社2015年版,第259页;前引〔5〕,韩世远书,第480页。

〔9〕 参见前引〔5〕,刘凯湘、张海峡文。

不可抗力为由外部（在债务人经济范围以外）袭来的，异于寻常之力发生之不可避免之事件。^{〔10〕}由质的要件和量的要件两种要素构成，前者必须是不属于当事人的原因（即外部的）而发生的故事，后者必须是在交易上通常不发生的故事，是超常发生的故事，是以巨大的势力发生的故事。^{〔11〕}客观说的缺陷则在于，过分强调不可抗力的客观性，完全忽视对主观因素的考量，在合同法领域容易导致人们对相关客观事件的预知和合理趋避义务的关注，进而影响到交易的安全和效率；在侵权法领域，则有可能助长人们对他人权利和利益的漠不关心。^{〔12〕}折中说认为，应兼采主客观标准，凡属基于外来因素而发生，当事人尽最大谨慎和最大努力仍不能防止的事件为不可抗力。^{〔13〕}其中在质的要件上，必须是当事人以外的原因发生的故事，而在量的要件上，应当在一定程度上考虑当事人有无过错。^{〔14〕}

目前我国民事立法和民法理论的主流观点都认为，“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”，采折中说。^{〔15〕}具体而言，“不能预见”为主观要件，采主观说观点，“不能避免且不能克服”为客观要件，采客观说观点。二者相辅相成，每个方面都不可偏废。在立法论上，这不无检讨的余地。^{〔16〕}境外的法律文本、判例及学说大多不强求三个“不能”同时具备。要求三个“不能”同时具备，有时会出现不适当的结果，宜视个案变通处理，有的情况仅仅具备两项要素即可构成不可抗力。^{〔17〕}如国际商会（ICC）《不可抗力及艰难情形条款 2020》在第 1 条和第 3 条分别规定了不可抗力的一般定义和推定不可抗力事件。根据该第 1 条的规定，不可抗力的一般定义需要同时满足三个要件：该障碍超出合理控制范围；该障碍在订立合同时无法被合理预见；障碍的后果无法被受影响的当事人合理避免或克服。虽然其中也涉及不能预见、不能避免及不能克服，但都有合理性要求的限定，即不能合理预见、不能合理避免及不能合理克服，并且在“不能合理避免”与“不能合理克服”之间用“或”连接，表明二者符合其一即可。第 3 条则列举了不可抗力事件清单，即只要影响一方当事人的事件属于不可抗力事件清单所列事件，在没有相反证据的情况下，就推定该事件符合第 1 条中的“该障碍超出合理控制范围”和“该障碍在订立合同时无法被合理预见”要件，受影响的当事人仅需要证明该事件符合第 1 条中的“障碍的后果无法被受影响的当事人合理避免或克服”要件即可。^{〔18〕}在我国司法实践中，也有法院结合个案中的具体情况对不可抗力事件的构成作相应的宽松把握。^{〔19〕}

〔10〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 368 页。

〔11〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第 259 页。

〔12〕 参见前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔13〕 参见前引〔8〕，王家福主编书，第 499 页；前引〔8〕，崔建远书，第 259 页；参见〔5〕，韩世远书，第 480 页。

〔14〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第 259 页。

〔15〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第 259 页；王利明：《合同法研究》（第 2 卷），中国人民大学出版社 2015 年版，第 535 页；前引〔5〕，韩世远书，第 480 页；前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔16〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第 483 页。

〔17〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第 259 页；前引〔1〕，崔建远文。

〔18〕 参见《国际商会〈不可抗力及艰难情形条款 2020〉及相关指导文件（中文）》，载 <http://www.ccoic.cn/cms/content/22312>，最后访问时间：2020 年 6 月 25 日。

〔19〕 参见《中机通用进出口公司诉天津港第二港埠有限公司港口作业合同纠纷案》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2000 年第 5 期。

(1) 外部性要件

在前述《不可抗力及艰难情形条款 2020》第 1 条关于不可抗力的一般定义中,要求“障碍超出合理控制范围”。这实际上对于不可抗力事件中关于“外部性要件”的规定。

从域外立法来看,法国民法关于不可抗力事件的构成中是否应规定“外部性要件”,争议较大。2016 年法国债法改革前,《法国民法典》第 1147 条规定:“凡债务人不能证明其不履行债务是由于不能归其个人负责的外来原因 (cause étrangère) 时,即使在其个人方面并无恶意,债务人对于其不履行或者迟延履行债务,如有必要,应支付损害的赔偿。”也就是说,如果债务不履行是由于不可归责于债务人的外部原因造成的,债务人便无需承担损害赔偿责任。此处的“外来原因”除债权人或第三人造成的债务不履行外,^[20]最典型的便是第 1148 条规定的作为法定免责事由的不可抗力:“如果债务人是因为不可抗力 (force majeure) 或者意外事件 (cas fortuit) 不能履行其负担的给付或者作为的债务,或违反约定从事禁止的行为时,不发生损害赔偿责任。”在 2016 年债法改革前,《法国民法典》并未给出不可抗力事件的立法定义,传统理论和司法实践均认为不可抗力事件的构成要件之一为“外部性” (extériorité),即债的不履行应当是由具有外部起因的某种事件所造成的 (“外来原因”表述的内容)。^[21]有法国最高法院的判例认为债务人患病或处于失业状态而无力清偿债务属不可抗力导致的履行障碍,但此两种情形却均非来自于债务人以外的事件。^[22]此后,2006 年法国最高法院全体会议放弃了传统的外部性标准 (Ass. Plén. 14 avr. 2006, n°04 - 18902 et n°02 - 11168)。2016 年法国债法改革不再规定“外部原因”条款,即不可抗力仅需不可预见性和不可抵抗性即可构成。^[23]现行《法国民法典》在第 1218 条第 1 款规定了对不可抗力的认定,即在合同领域内,如果债务人于合同订立时对不在其控制范围内的某事件之发生不能合理预见,且采用必要的手段依旧不能避免其后果,并且该事件构成其履行债务的障碍,则可认定存在不可抗力。即使法国司法部的立法说明中指出“外部性”标准已被抛弃,但仍有学者认为此处的“不在其控制范围内的某事件”意在说明不可抗力事件的外部性。^[24]

我国也有不少学者认为,我国立法规定的不可抗力事件在构成上包含“外部性”要件,其定义中出现的“客观情况”指的就是障碍的根源应外在于债务人的控制领域,这其实就是不可抗力

• 27 •

[20] 关于第 1147 条规定的“外来原因”的范围及第 1148 条系对第 1147 条“外来原因”的解释与补充,参见〔法〕弗朗索瓦·泰雷等:《法国债法:契约篇》(下),罗结珍译,中国法制出版社 2018 年版,第 1112、1122 - 1126 页;李世刚:《法国合同法改革:三部草案的比较研究》,法律出版社 2014 年版,第 208 页;前引〔5〕,韩世远书,第 479 页。

[21] François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénédé, Droit civil Les obligations, 12e éd, Dalloz, n° 749, p. 810 - 812. 本文中引用的法文文献由北京航空航天大学法学院硕士研究生徐海雷提供翻译。

[22] 参见前引〔20〕,弗朗索瓦·泰雷等书,第 1114 - 1115 页;尹田:《法国现代合同法:契约自由与社会公正的冲突与平衡》,法律出版社 2009 年版,第 370 - 372 页。

[23] 参见法国司法部关于《债法改革法令》的立法说明, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016 - 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal Officiel de la République Française (11 février 2016), 载 <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/mpport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>, 最后访问时间:2020 年 8 月 5 日。

[24] 参见前引〔21〕,François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette 书,第 814 页。

事件包含“外部性”要件的规定。^{〔25〕}我国司法实践中，也有法院要求不可抗力事件应是来自于“行为人外部”，如吉林省松原市中级人民法院在“宫波与梁德君、王彩莲买卖合同纠纷案”中认为，房屋买卖合同履行过程中，虽然房屋出卖人因病去世，但房屋出卖人的继承人依法可以继承其权利和义务，房屋买卖合同仍然可以正常履行，故房屋出卖人因病去世这一事件并不属于不可抗力事件。^{〔26〕}

强调不可抗力事件的“外部性”要件有一定的合理性，如债务人患病或处于失业状态本身并不属于不可抗力事件，真正可能属于不可抗力事件的是导致债务人患病或处于失业状态的外部客观原因。即使在第三人履行的合同中，债务人也不能简单地将第三人不能履行作为不可抗力事件，而必须证明导致债务人自身和第三人不能履行的外部原因是否为不可抗力事件。如国际商会（ICC）《不可抗力及艰难情形条款 2020》第 2 条规定：“当一方当事人因第三方未能履行全部或部分合同而未能履行其一项或多项合同义务时，该当事人只有在其自身和第三方都能满足不可抗力条款第 1 条中规定的条件时，才可以援引不可抗力。”^{〔27〕}

（2）不能预见

对于“不能预见”的时间判断节点，早年的《涉外经济合同法》第 24 条第 3 款限定于“订立合同时”，但之后的法律未再作出如此限定。对此，我国民法理论存有不同看法。有观点认为应以当事人缔约时作为时间判断节点，如果当事人在缔约前或缔约时已经预见到某种现象，但仍然选择缔约的，即使履行债务时遇到该现象，债务人也不得主张对该现象“不能预见”。^{〔28〕}不同观点则认为，“不能预见”的时间判断节点是履约时。^{〔29〕}司法实践中，一般以缔约时作为“不能预见”的时间判断节点。如最高人民法院在“三亚凯利投资有限公司、张伟确认合同效力纠纷案”中认为，政府的调控政策于合同签订前已经出台，该调控政策在合同签订后进一步细化，但这并不属于当事人在签订合同时无法预见的客观情况。^{〔30〕}

对于“不能预见”的判断标准，学界主要存在两种不同观点：（1）不可抗力的预见主体为善意一般人，不能预见是指善意一般人都无法预见，而不是有的人能预见而有的人却不能预见。^{〔31〕}还有学者认为，应同时考虑现有的物质技术水平。^{〔32〕}（2）“不能预见”的判断应兼顾抽象标准和具体标准，前者指一般“谨慎稳妥”的人所应具有预见能力的标准，后者依照的则是债务人的

〔25〕 参见前引〔8〕，王家福主编书，第 499 页；前引〔15〕，王利明书，第 536 页；前引〔5〕，韩世远书，第 482 页；前引〔5〕，朱广新书，第 768 页。

〔26〕 参见吉林省松原市中级人民法院（2019）吉 07 民终 2037 号民事判决书。

〔27〕 参见前引〔18〕。

〔28〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第 484 页；前引〔5〕，朱广新书，第 768 页；前引〔5〕，叶林文。

〔29〕 参见前引〔1〕，崔建远文。崔建远教授在该文中举例：“甲将其 A 房出卖于乙，在约定的交房日期来临前，预报将要发生强烈地震。此种地震无疑会震塌房屋，甲虽然已经知晓，但无法采取避免 A 房震塌的有效措施。”崔建远教授认为，按照不可抗力必须同时具备不能预见、不能避免和不能克服三项因素的界定及标准衡量，因甲知晓地震将要来临，故地震不属于不可抗力。崔建远教授的这种认定实际上是以履约时作为“不能预见”的时间判断节点，但实际上如果以缔约时作为“不能预见”的时间判断节点，该例子恰好是符合不可抗力事件中“三个不能”的构成要件。

〔30〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终 960 号民事判决书。

〔31〕 参见前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔32〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第 768 页。

个人情形,如果债务人是专业人员,即应按“专业人员”标准判定,而不能适用“普通人标准”。^{〔33〕}在我国司法实践中,有不少法院兼采客观标准和主观标准对“不能预见”进行判断。其中的客观标准,实际上就是采纳上述第二种观点;主观标准,指根据行为人的主观条件(如年龄、智力发育状况、知识水平、教育和技术能力等)来判断合同当事人是否应该预见到。^{〔34〕}法院这种兼采客观标准和主观标准的做法,实际上是对影响“不能预见”判断的各种因素都予以考量,在具体案件中既可能是对两种标准结合使用,也可能是对其中一个标准单独使用,有利于实现个案中的公平,值得肯定。

关于“不能预见”,实践中较为典型的话题便是,如果在当事人缔约时,气象台已经对某种自然灾害(如海潮、台风)作了气象预报,能否认定当事人对此“已经预见”。学者们对此有不同理解:(1)如果气象预报在缔约前已经做出,则可以推定当事人应当预见到该灾害的发生,但若实际发生的灾害比预报的程度更为严重,当事人仍然可以推翻对可预见性的推定。^{〔35〕}如在“中机通用进出口公司诉天津港第二港埠有限公司港口作业合同纠纷案”中,天津市高级人民法院认为,国家海洋局预报中心在风暴来临前发出了预报,而且预报的前两次潮位都比实际潮位高。如果情况一直如此发展,则“此次风暴潮是不能预见的”理由就不能成立。但风暴潮、天文大潮和海浪三种自然力量的结合,使潮灾加重,海水涌上了码头,以致货物被浸湿。这种灾情连专业的国家海洋局预报中心都没有预见,当事人更无法预见。^{〔36〕}(2)“不能预见”应理解为“不能合理预见”,对在缔约过程中当事人的预见能力不宜要求过高,即使当事人从天气预报中得知台风即将来临,也应视为“不能预见”。^{〔37〕}如最高人民法院在“中国人民财产保险股份有限公司泉州市分公司、海口港集装箱码头有限公司港口货物保管合同纠纷案”中认为,气象台的预报信息仅为一种预估,并非将要发生的台风实际情况的准确反映。虽然根据现有技术手段,人类可能在一定程度上提前预知,但是无法准确、及时预见其发生的确切时间、地点、延续时间、影响范围等。预见的范围包括客观情况的发生及其影响程度,而本案中的损害结果正是由于无法准确预见的台风影响范围及影响程度所造成的,应认定本案台风的发生及其影响为当事人所不能预见。^{〔38〕}上述两种观点在司法实践中也各有支持案例,立场看似相反,实则不然。两种观点只是表达的侧重方向不同,第一种观点侧重于程序法上有关证明责任的表达,而第二种观点则侧重于实体法上对于不能预见进行合理性限定的表达,但对案件结果的最终处理其实并无不同。例如,在实际后果比气象预报的事先报道更严重情况下,按照上述第一种观点,对当事人应当预见的推定可以被推翻,按照上述第二种观点,由于实际后果比气象预报的事先报道更严重,对于当事人来说不能合理预见。因此,在此种情况下,无论采取哪一种观点,最终都能得出当事人不能预见

〔33〕 参见前引〔5〕,叶林文。

〔34〕 参见广西壮族自治区武鸣县人民法院(2017)桂0122民初1704号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第09082号民事判决书。

〔35〕 参见前引〔5〕,韩世远书,第484页。

〔36〕 参见前引〔19〕。

〔37〕 参见前引〔1〕,崔建远文。

〔38〕 参见最高人民法院(2017)最高法民申3252号民事裁定书。

的正确结论。

（3）不能避免及不能克服

不能避免一般是指，尽管当事人尽了合理的注意或采取了必要的措施，仍不能阻止不可抗力事件的发生。理论上对于“不能避免”的理解基本一致，有争议的是对于“不能克服”的理解，即“不能克服”针对的是不可抗力事件的发生，还是针对不可抗力事件的自然后果，抑或是针对不可抗力事件的法律后果。

有学者认为，“不能克服”与“不能预见”“不能避免”一样，都是指向客观现象本身，而不包括其所引致的损失，即“不能克服”针对的是不可抗力事件的发生。^{〔39〕}但该观点的问题在于，如果“不能克服”也是指向不可抗力事件的发生，“不能克服”与“不能避免”便无法加以区分。按照这种观点，“不能克服”与“不能避免”实际上含义便相同了，在已有“不能避免”的情况下，再规定“不能克服”便显得多此一举，这显然并非立法者本意。实际上，对不可避免（客观情况发生过程中）和不能克服（客观情况发生之后）应从时间维度上做出划分，“不可避免”侧重于客观情况发生发展的不可阻止性，而“不能克服”侧重于客观结果的难以恢复性。^{〔40〕}

有学者认为，“不能克服”特别是指债务人在履行债务时，因该客观情况的出现，无法正常地履行债务。^{〔41〕}这种观点实际上是混淆了不可抗力事件的自然后果与法律后果，“无法正常地履行债务”是不可抗力事件的法律后果，但从不可抗力事件的本身构成看，“不能克服”的只能是不可抗力事件的自然后果。“不能克服”指客观情况不可避免发生后，当事人尽其所能仍不能消除该客观情况所造成的不良后果。^{〔42〕}换言之，自然后果是不可抗力事件自身所造成的后果，而非不可抗力事件的法律后果。例如，洪水导致停电，工厂因此无法营业而无法向合同相对方交付货物。在这个例子中，停电即为不可抗力事件的自然后果，工厂因此无法交付货物是不可抗力事件的法律后果。二者的区别在于，自然后果是不可抗力事件自身的构成部分，是不可抗力事件认定过程中需要考虑的地方，而法律后果则是不可抗力事件依据法律规定在法律上产生的后果。从域外立法观察来看，2016年法国债法改革后《法国民法典》第1218条第1款的规定也持这种观点，即“不能避免”指向不可抗力事件的发生，“不能克服”指向不可抗力事件的自然结果。

在我国司法实践中，法院的裁判观点也基本如此，即“不能克服”针对不可抗力事件的自然后果。如北京市第三中级人民法院在“北京世安住房股份有限公司与连连商品房预售合同纠纷案”中认为，不可克服性是指合同的当事人对于意外发生的某一个事件所造成的损失不能克服。^{〔43〕}再如东莞市第三中级人民法院在“李昕梅与东莞市塘厦雅柏商务酒店财产损害赔偿纠纷案”中认为，不能克服是指当事人在事件发生后已经尽了最大的努力，但仍然不能克服事件所造成的

〔39〕 参见前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔40〕 参见前引〔5〕，丁宇翔文。

〔41〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第483页。

〔42〕 参见前引〔5〕朱广新书，第768页。

〔43〕 参见北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第09082号民事判决书。

损害后果。^{〔44〕}此外,关于不可抗力事件的自然后果,理论或实践中的措辞多有不同,常见措辞有损失、损害、客观障碍的结果、客观情况的不良后果等,这些措辞在本质上都是对不可抗力事件自然后果的描述。

2. 不可抗力事件的常见类型

理论上通常认为不可抗力事件应包括由自然界原因引起的不可抗力事件和由社会原因引起的不可抗力事件:前者包括洪水、旱灾、台风、火山喷发、泥石流、海啸、地震等;后者包括战争状态、恐怖行为、全面罢工、军事行动等。

关于国家行为是否构成不可抗力,理论上存在不同认识。有学者认为,广义的国家行为包括立法机关颁布制定法的行为、行政机关或司法机关发布命令的行为,而狭义的国家行为仅指行政机关行为,由于狭义的国家行为容易对契约精神造成腐蚀、容易造成不可抗力适用泛滥、部分行政机关行为可以被预见或克服等原因,狭义的国家行为应不属于不可抗力事件。^{〔45〕}但更多的观点并未对国家行为进行广义或狭义区分,而是认为国家行为可以被认定为不可抗力事件,只不过在分类上各观点存在不同,或将由国家原因引起的不可抗力事件归于由社会原因引起的不可抗力事件,^{〔46〕}或将由国家原因引起的不可抗力事件单独列为一种类型^{〔47〕}。

此外,还有学者认为技术风险因符合不能预见、不能避免且不能克服的要件,也应被列入不可抗力事件。^{〔48〕}

全国人大常委会法制工作委员会相关负责人发言称:“当前我国发生了新冠肺炎疫情这一突发公共卫生事件,为了保护公众健康,政府也采取了相应疫情防控措施。对于因此不能履行合同的当事人来说,属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。”^{〔49〕}根据该发言,新冠肺炎疫情及政府采取的疫情防控措施都属于不可抗力事件。

3. 不可抗力事件与意外事件

对于不可抗力事件与意外事件的关系,我国民法理论上存有区分论和合一论的争议。区分论认为,不可抗力事件与意外事件在不可预见性、起因及损害方面都存有不同:关于不可预见性,前者以一般人在现代技术条件下的预见水平为标准,后者以特定当事人在特定环境下的预见水平为标准;关于起因,前者由个人意志以外包括自然和社会运动规律在内的客观现象引起,后者可与个体行为有关或者可以由其他偶然因素造成(如学生在正常体育训练中因特殊体质猝死);关于损害,前者是不能避免、不能克服的,后者如果可以预见,则损害还是可以避免的。^{〔50〕}还有学者认为,不可抗力事件是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况,但意外事件是指损害结果的发生为行为人不可预见,但至于引发损害结果的外来原因是否具有人力不可抗拒的性质,

〔44〕 参见广东省东莞市第三人民法院(2018)粤1973民初20019号民事判决书。

〔45〕 参见前引〔5〕,刘凯湘、张海峡文;刘凯湘:《民法典合同解除制度评析与完善建议》,载《清华法学》2020年第3期。

〔46〕 参见前引〔5〕,朱广新书,第770页。

〔47〕 参见前引〔5〕,韩世远书,第485页;前引〔5〕,李永军书,第588页。

〔48〕 参见前引〔5〕,刘凯湘、张海峡文。

〔49〕 《中国人大》全媒体记者:《公众关心的疫情防控相关法律问题:看权威解答》,载《中国人大》2020年第4期。

〔50〕 参见燕云捷、张渤:《不可抗力与意外事件之法律比较》,载《西北大学学报》(哲学社会科学版)2006年第2期。

在所不论。^{〔51〕} 合一论则认为，意外事件的着眼点是不可预见，不可抗力事件的着眼点是不可抗拒。不可预见与不可抗拒（不能避免且不能克服）的内在联系表现为：如果以不可预见为中心，则不可预见必然引起不可抗拒；如果以不可抗拒为中心，造成不可抗拒的原因有不可预见和虽能够预见但不可抗拒两种。正是由于这种内在联系，二者在概念上出现合一的趋势。^{〔52〕} 甚至有观点认为，我国合同法所指的不可抗力事件其实就是不可抗拒、不能预见、不能控制的意外事件。^{〔53〕}

不可抗力起源于罗马法，不可抗力是事变的下位概念。事变分为轻微事变（casus minor）和重大事变（casus maior）两种类型，重大事变是由不可抗力（vis maior）产生。^{〔54〕} 此后，作为罗马法重要延续且为大陆法系典型代表的法国民法也并未对不可抗力事件与意外事件进行区分，更倾向于合一论。2016 年法国债法改革前，《法国民法典》第 1148 条规定：“如果债务人是因为不可抗力（force majeure）或者意外事件（cas fortuit）不能履行其负担的给付或者作为的债务，或违反约定从事禁止的行为时，不发生损害赔偿责任。”但 2016 年法国债法改革后的《法国民法典》第 1218 条第 1 款规定：“在合同领域内，如果债务人于合同订立时对不在其控制范围内的某事件之发生不能合理预见，且采用必要的手段依旧不能避免其后果，并且该事件构成其履行债务的障碍，则可认定存在不可抗力。”很显然，法国债法改革后《法国民法典》第 1218 条关于不可抗力认定的条文中没有了“意外事件”的描述，但法国民法通说仍认为不可抗力与意外事件是在表述同一内容，常以前者代替后者作为合同责任和侵权责任的免责事由。^{〔55〕}

我国现行立法有条文同时并列了不可抗力事件与意外事件，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）第 122 条第 1 款规定：“因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。”但对于意外事件能否与不可抗力事件一样作为合同免责事由，存有肯定说（对应于合一论）与否定说（对应于区分论）两种观点。肯定说认为，我国《经济合同法》（已失效）第 27 条曾规定，“由于不可抗力或者由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因，致使经济合同无法履行”的，允许变更或解除经济合同，但 1999 年施行的《合同法》中没有延续上述并列规定的做法，而是统一采用了“不可抗力”的表述，这实际上表明了立法者有意将意外事件纳入不可抗力，从而扩张不可抗力的内涵和外延，即我国现行法并未否认意外事件可导致解除合同或者免除责任。^{〔56〕} 对于不可抗力与意外事件，应采取“立法上同，学理上分”的做法，即二者仅在术语使用上作区分。^{〔57〕} 否定说则认为，我国《合同法》实行严格责任原则，区分不可抗力与意外事件具有重要意义，在《合同法》仅规定不可抗力为合同免责事由的情况下，意外事件并不构成合同免责事由。^{〔58〕} 对于意外事件能否成为

〔51〕 参见前引〔8〕，王家福主编书，第 501 页。

〔52〕 参见陈帮锋：《论意外事故与不可抗力的趋同——从优士丁尼法到现代民法》，载《清华法学》2010 年第 4 期。

〔53〕 参见前引〔3〕，孙美兰文。

〔54〕 参见〔德〕马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特：《罗马私法》，田士永译，法律出版社 2018 年版，第 388 页。

〔55〕 Rémy Cabrillac, Droit des Obligations, 12e éd., Dalloz, n°154-1, p. 158.

〔56〕 参见前引〔5〕，叶林文。

〔57〕 参见前引〔52〕，陈帮锋文。

〔58〕 参见前引〔5〕，李永军书，第 588 页。

合同免责事由,实践中的裁判观点存有分歧。最高人民法院在“卓盈丰制衣纺织(中山)有限公司与广东长城建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”中认为,意外事件作为偶发事件与不可抗力比较类似,当事人不能预见、不能避免、不能克服,意外事件可以作为合同当事人违约的免责事由。^[59]但最高人民法院在“福建省南安市延平海运有限公司与厦门非金属矿进出口有限公司、泉州达映建材贸易有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案”中却认为,如果事先预见完全可能采取措施避免与克服,应构成意外事件而不构成不可抗力,违约方不得以此为由免责。^[60]

我国现行立法中的“不能避免且不能克服”确实指的是不可抗拒性,但若认为不能预见必然引起不可抗拒,则有失偏颇。不可抗拒可分为不能避免和不能克服两个层次:不能避免针对的是不可抗力事件的发生,即使尽到合理的注意或采取了必要的措施,仍不能阻止其发生;不能克服针对的是不可抗力事件的自然后果,即使尽到最大努力仍不能克服其自然后果。不能预见必然引起不能避免,因为二者都是针对不可抗力事件的发生,但不能预见并不必然导致不能克服。例如,个别流行性疾病的传播的确不能预见、不能避免,但由于已经研制出疫苗或特效药,对此却仍然可以克服。再如北京市高级人民法院在“吕叶多与北京市演出有限责任公司服务合同纠纷案”中认为,虽然意外事件的发生具有不可预见性,但在事件发生后已对事件造成的不利后果进行克服,使合同得以顺利履行的,不承担违约责任。^[61]因此,在现行立法框架下,对于“不能预见、不能避免且不能克服”的,应界定为不可抗力事件,但对于虽“不能预见、不能避免”,但“可以克服”的,应界定为意外事件。这可以用公式表述为:不能预见——必然引起不能避免——不能克服的——不可抗力事件;不能预见——必然引起不能避免——可以克服的——意外事件。在两者可以作出明确区分情况下,同时考虑到我国合同法在一般违约责任上采用的是严格责任,应当认为,除有特别规定(如《担保法解释》第122条)以外,不宜认定意外事件与不可抗力事件一样作为合同免责事由。在我国司法实践中,最高人民法院在“福建省南安市延平海运有限公司与厦门非金属矿进出口有限公司、泉州达映建材贸易有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案”中认为,因不能满足“不能避免”“不能克服”而不构成不可抗力事件的客观情况,将会构成意外事件而不能免责,即“不能避免并不能克服”应理解为即使预见到事件的发生也无法避免损害结果,涉案船舶航行过程中触碰不明物体,如果事先预见完全可能采取措施避免与克服,应属于意外事件。^[62]虽然法院已意识到了不可抗力事件与意外事件的区别,但在相关论述上仍有失偏颇,二者的重大区别其实应在于是否“不能克服”,而非在于是否“不能避免并不能克服”。

(二) 不可抗力规则

不可抗力规则,是指不可抗力事件在法律规定的条件下产生免责法律效果的规则。换言之,

[59] 参见最高人民法院(2008)民一抗字第20号民事判决书。

[60] 参见最高人民法院(2014)民申字第1041号民事裁定书。

[61] 参见北京市高级人民法院(2018)京民申256号民事裁定书。

[62] 参见最高人民法院(2014)民申字第1041号民事裁定书。

不可抗力事件只是一种不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，其相应的免责法律效果最终能否产生，则需要结合不可抗力规则作进一步判断。关于不可抗力规则，《民法典》中共有6个条文有所涉及。其中第一编总则部分第180条第1款规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”该条款既包括不可抗力规则下的合同免责，还包括不可抗力规则下的侵权责任免责，它只是对二者做了一个共同的概括。而“法律另有规定的，依照其规定”这一表述则表明了《民法典》分编的条文仍可对不可抗力规则做出不同规定，并且可以进一步细化。如位于第三编合同的第一分编通则部分第590条第1款规定：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，……”这一规定就是在合同领域中对总则编第180条第1款所规定的免责做出的进一步细化，而该规定中的“但是法律另有规定的除外”这一表述则表明该条款的规定只是抽取了合同领域中不可抗力规则的共同特征，在典型合同部分还有对该规则的进一步细化规定，位于第二分编典型合同第十九章运输合同中的第832条、第835条正是这一细化规定的体现。位于第七编侵权责任第八章高度危险责任部分的第1239条、1240条则是在侵权责任领域对总则编第180条第1款不可抗力规则的进一步细化。

关于不可抗力事件是导致全部免除责任还是部分免除责任，《民法总则》和《合同法》规定有所区别。《民法总则》第180条第1款规定，因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。《合同法》第117条第1款规定，因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任。从文义上看，《民法总则》与《合同法》的规定不一致，并且由于《民法总则》生效时间在后，作为新法的《民法总则》修改了作为旧法的《合同法》。有观点认为，在《民法总则》第180条规定不可抗力后，在其他法律中，特别是在《民法典》各分编中，就不必再规定这个免责事由了。^{〔63〕}另有观点认为，当不可抗力成为履行障碍的介入因素而非唯一因素时，完全免责并不合理，而只有部分免责最合适。从法律解释角度看，并不能认为《民法总则》第180条第1款修改了《合同法》第117条第1款，而应认为后者是前者的具体化。在效力等级相同情况下，《民法总则》第180条第1款应理解为一般规则，《合同法》第117条第1款为特别规定，在合同领域应适用不可抗力的特别规则。^{〔64〕}从《民法典》规定来看，《民法总则》第180条第1款和《合同法》第117条第1款分别对应《民法典》第180条第1款和第590条第1款，应当是采用上述第二种观点。此外，关于被免除责任的性质，一般认为免除责任指债务人不向合同相对方承担不履行合同的后果，其本质在于免除违约损失赔偿责任。^{〔65〕}如果合同变更后（部分不能及一时不能场合）仍可继续履行，债权人仍享有履行请求权，债务人在延展期届满后仍不履行的，债权人自然可以请求强制履行。^{〔66〕}

关于《民法典》第590条第1款（《合同法》第117条第1款）规定的“因不可抗力不能

〔63〕 参见杨立新：《〈民法总则〉民事责任规定之得失与调整》，载《比较法研究》2018年第5期。

〔64〕 参见前引〔5〕，丁宇翔文。

〔65〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第770页。

〔66〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第487页。

履行合同”中的“不能履行”的理解，理论上主要有四种不同的解释方案。第一种解释方案认为，此处“不能履行”应做严格解释，基本可对应《德国民法典》第275条第1款规定的履行不能（法律不能与自然不能）。〔67〕第二种解释方案认为，此处“不能履行”应做严格解释，但由于该条没有提及因不可抗力导致迟延履行履行的情形，存有法律漏洞，应增加“因不可抗力不能按期履行合同债务的，免除迟延履行责任”的规定。〔68〕第三种解释方案认为，由于该条存有前述漏洞，故应对此处“不能履行”作宽松解释，应用“全部不能与部分不能”“永久不能与一时不能”的区分填补漏洞。〔69〕第四种解释方案认为，上述三种解释方案都是将此处“不能履行”理解为德国法上的履行不能，但实际上并非如此，二者只是用语上的雷同，正确的理解应是此处“不能履行”理解为“阻碍履行”，这样一来上述解释方案中所述法律漏洞也就不存在了。〔70〕上述第一种解释方案、第二种解释方案及第三种解释方案都是基于“原因进路”立场下的解释方案，但第一种解释方案因涵盖范围上存在明显缺陷而不可取，第二种解释方案因导致不可抗力规则中的债务不履行形态只包含履行不能和履行迟延而缺少积极侵害债权也存在一定缺陷。〔71〕上述第四种方案则是基于“救济进路”立场下的解释方案。〔72〕第三种解释方案和第四种解释方案更多的是立场不同而导致解释方案存在一定差异，但对案件的实际处理上，两者相差不多。从《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》第2条“当事人主张适用不可抗力部分或者全部免责的，应当就不可抗力直接导致民事义务部分或者全部不能履行的事实承担举证责任”的规定来看，采用了上述第三种解释方案。

我国《民法典》第590条第1款对不可抗力规则适用的前提条件予以明确，即要求不可抗力事件与不能履行之间具有因果关系。讨论较多的问题是如果不可抗力事件并非不能履行的唯一原因，当事人还能否以不可抗力为由要求免责。对此，主要有区分说和否定说两种不同的观点。区分说认为，在不可抗力事件与被告的过失共同构成损害发生原因的情况下，应本着“部分原因应当引起部分责任”的精神，当事人按其行为的过错程度及原因力大小承担部分责任。〔73〕否定说认为，不可抗力事件必须是债务履行受阻的最近、唯一和关键原因。〔74〕为避免动摇严守合同的理念、最终伤害现代商业社会的信用基础，在因果关系把握上，应当要求不可抗

〔67〕 参见〔德〕卡斯腾·海尔斯特尔、许德风：《情事变更原则研究》，载《中外法学》2004年第4期。

〔68〕 参见易军：《慎思我国合同法上违约损害赔偿责任的归责原则》，载《中德私法研究》2012年总第8卷，法律出版社2012年版，第22页。

〔69〕 参见戴孟勇：《违约责任归责原则的解释论》，载《中德私法研究》2012年总第8卷，法律出版社2012年版，第40页；前引〔5〕，韩世远书，第486页。

〔70〕 参见柯伟才：《我国合同法上的“不能履行”——兼论我国合同法的债务不履行形态体系》，载《清华法学》2016年第5期。

〔71〕 参见前引〔70〕，柯伟才文。

〔72〕 《民法典》（合同编）实际上采取的是“原因立场”（分别规定债的不履行形态及对应救济方式）与“救济立场”（以不履行的结果为划分基础）的混合体系；《民法典》第579条、第580条、第582条分别规定了金钱债务的不履行、非金钱债务的不履行以及瑕疵履行，具有“原因进路”的特征；以“不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定”（《民法典》第577条）为中心，具体规定强制履行、赔偿损失、违约金等责任方式，具有“结果进路”的特征。参见前引〔5〕，韩世远书，第477页。

〔73〕 参见《最高人民法院关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》（现已失效）第5条。

〔74〕 参见前引〔5〕，叶林文。

力是合同不能履行和迟延履行是唯一原因，否则，不应将之作为免责理由。^{〔75〕}但从我国《民法典》第590条第1款关于“根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任”的规定来看，我国立法上采区分说。

关于不可抗力的通知与证明，《民法典》第590条第1款（《合同法》第118条）规定：“因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”对于通知义务主体，理论通说认为通知义务主体仅为债务人，但对债权人的通知应持鼓励态度。^{〔76〕}对于通知期限存在不同观点：（1）有观点认为债务人应在不可抗力发生后，立即将因不可抗力不能履行合同的告诉债权人。^{〔77〕}（2）另有观点认为债务人应在合理期限内通知债权人，关于期限是否合理，应从债务人的行动自由度、通信手段及债权人能否接收到不可抗力通知三个方面的因素进行考虑。^{〔78〕}比较两种观点，后一种观点更贴近实际，充分考虑到了当事人所面临的具体情况，较为合理。对于通知的内容，理论上一般认为不但要包含不可抗力发生的因素，还要包含该不可抗力致使合同不能履行这项要素。^{〔79〕}对于债务人怠于通知的法律后果，主要有利益丧失说和损失赔偿说两种观点。利益丧失说认为，如果双方有约定则从约定，在没有约定情况下，应认定债务人的通知义务系不真正义务，未尽通知义务的，视具体情况而全部或部分失去就不可抗力条款所享有的权益。^{〔80〕}损失赔偿说认为，若债务人怠于履行通知义务而使债权人遭受损失的，对于此类损失不得以不可抗力为由免责，^{〔81〕}应承担损害赔偿责任^{〔82〕}。两种观点其实并不冲突，只是针对的情形不同。具体而言，如果债务人怠于通知，但并未给债权人造成损失的，宜采利益丧失说；但如果由于债务人怠于通知而给债权人造成损失的，对于该损失部分的处理，宜采损失赔偿说。我国司法实践中较为常见的是债务人怠于通知，但并未给债权人造成损失的情形，法院一般也都采利益丧失说，即违约方未尽及时通知义务的，不能全部免除其不能履行合同的责任。^{〔83〕}在具体的权益丧失标准方面，国际商会（ICC）《不可抗力及艰难情形条款2020》第5条的规定值得借鉴。根据该第5条规定，如果及时发出通知，受影响的当事人自障碍出现时免责，但如果未及时发出通知，责任免除自通知到达合同相对人时生效。^{〔84〕}对于不可抗力的证明，不应机械理解为对不可抗力事件本身的证明，而应侧重于对因不可抗力事件不能履行合同之事实提供证明，以便债权人确认如何保护自己的权益。^{〔85〕}如《最高人民法院关于

〔75〕 参见前引〔5〕，丁宇翔文。

〔76〕 参见前引〔1〕，崔建远文；前引〔5〕，韩世远书，第486页；前引〔5〕，朱广新书，第771页；前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔77〕 参见前引〔5〕朱广新书，第771页。

〔78〕 参见前引〔1〕，崔建远文。

〔79〕 参见前引〔1〕，崔建远文；前引〔5〕，丁宇翔文。

〔80〕 参见前引〔1〕，崔建远文。

〔81〕 参见前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔82〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第771页；李宇：《民法总则要义：规范解释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第880页；前引〔5〕，丁宇翔文。

〔83〕 参见广东省佛山市中级人民法院（2016）粤06民终663号民事判决书；湖南省株洲市中级人民法院（2017）湘02民终1140号民事判决书；甘肃省兰州市中级人民法院（2014）兰民一终字第430号民事判决书。

〔84〕 参见前引〔18〕。

〔85〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第771页。

依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》第2条规定：“……当事人主张适用不可抗力部分或者全部免责的，应当就不可抗力直接导致民事义务部分或者全部不能履行的事实承担举证责任。”

新冠肺炎疫情发生以来，实践中广为讨论的是承租人、借款人等金钱债务人能否以不可抗力为由免除金钱债务的话题，这实际上是关于金钱债务能否以不可抗力为由免责的问题。实践中，裁判观点不一。如辽源市龙山区人民法院在“辽源市巨源工贸集团有限责任公司与姜玉阁企业承包经营合同纠纷案”^{〔86〕}及山西省长治市中级人民法院在“襄垣县五阳新世纪有限责任公司、王树文与郭宏伟租赁合同纠纷案”^{〔87〕}中采肯定观点，即承租人在不可抗力期间没有经营收入应当免除相应的承租费用。而上海市第一中级人民法院在“中国农业银行上海市青浦支行与上海大盛食品有限公司借款合同纠纷案”^{〔88〕}中采否定观点，即对借款人提出的“非典”等不可抗力导致还款不能的主张不予支持。金钱债务不存在履行不能，当然也无因不可抗力免责的余地。具体而言，《民法典》第580条但书部分规定，非金钱债务可能会发生履行不能，但《民法典》第579条规定“当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付”，而并无但书部分，这表明金钱债务不发生履行不能。^{〔89〕}值得注意的是，还有一些采否定说的法院，在论证路径上往往采取不可抗力事件与金钱债务履行之间不存在因果关系的论证思路以否定金钱债务人的不可抗力免责抗辩。^{〔90〕}但实际上，金钱债务虽不存在履行不能，但可能存在迟延履行。^{〔91〕}就此而言，法院采用的不可抗力事件与金钱债务履行之间不存在因果关系的论证思路有失偏颇，实不可取。

• 37 •

（三）不可抗力条款

关于不可抗力条款，《涉外经济合同法》第24条第4款及《技术合同法实施条例》第24条第1款都允许当事人可以在合同中约定不可抗力的范围，但《民法通则》中并未规定当事人之间是否可以就不可抗力的范围进行约定。在统一合同法的立法过程中，关于是否规定约定不可抗力，立法态度出现反复。1995年1月的《合同法（试拟稿）》中并未规定当事人之间是否可以就不可抗力的范围进行约定，^{〔92〕}1995年10月16日的《合同法（试拟稿）》第76条、^{〔93〕}1996年5月的《合同法（试拟稿）》第79条、^{〔94〕}1997年5月14日的《合同法（征求意见稿）》第

〔86〕 参见吉林省辽源市龙山区人民法院（2015）龙民初字第1524号民事判决书。

〔87〕 参见山西省长治市中级人民法院（2018）晋04民终2272号民事判决书。

〔88〕 参见上海市第一中级人民法院（2004）沪一中民三（商）初字第258号民事判决书。

〔89〕 参见前引〔82〕，李宇书，第866页；王雷：《新冠肺炎疫情防控的民商法应对之策》，载《西南政法大学学报》2020年第3期。

〔90〕 参见最高人民法院（2007）民二终字第92号民事判决书；广东省广州市中级人民法院（2005）穗中法民二终字第1150号民事判决书。

〔91〕 参见前引〔10〕，史尚宽书，253页。

〔92〕 参见何勤华、李秀清、陈颐编著：《新中国民法典草案总览》，北京大学出版社2017年版，第1868页。

〔93〕 参见前引〔92〕，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第1926页。

〔94〕 参见前引〔92〕，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第1970页。

88条、^{〔95〕}1998年8月20日的《合同法（草案）》第120条第2款、^{〔96〕}1998年9月7日的《合同法（草案）》第120条第2款中都规定了当事人可以在合同中约定不可抗力的范围，^{〔97〕}但1998年12月21日的《合同法（三次审议稿）》中将“当事人可以在合同中约定不可抗力的范围”的条款予以删除，^{〔98〕}《合同法（四次审议稿）》^{〔99〕}及之后正式通过的《合同法》对此均保持不变。此后，学者们对于不可抗力条款的效力问题，产生极大争议。

在学理分类上，可以将不可抗力条款区分为广义和狭义两种。广义的不可抗力条款，是指当事人就不可抗力事件进行约定并旨在产生免责法律效果的合同条款，包含构成和法律效果两个层面，前者指当事人通过约定对不可抗力事件进行范围上的扩张或者限缩，后者则是指当事人对扩张或者限缩的不可抗力事件在约定条件下产生免责法律效果之约定。而狭义的不可抗力条款，仅包含构成层面，即当事人通过约定对不可抗力事件进行范围上的扩张或者限缩。因此，与法定的不可抗力事件相比较，无论是广义的不可抗力条款，还是狭义的不可抗力条款，都可分为扩张型不可抗力条款和限缩型不可抗力条款，这就进一步涉及对其的效力判断问题。

对不可抗力条款的效力，我国民法理论上存在有效说、无效说和折中说三种观点。有效说认为，法定的不可抗力规则并非强制性规范，当事人可以根据自身交易的风险系数，抛开法律的规定，对免责事由作出特别规定。^{〔100〕}无效说认为，法定的不可抗力规则为强制性规范，不可抗力条款与此不一致时，当事人的约定往往无效，对于不可抗力条款的设立应有所限制，不能随意扩大其范围，否则会混淆不可抗力和其他概念的区别。^{〔101〕}折中说则认为，法定的不可抗力规则属于混合型规范，在不可抗力条款不违背其中强制性规范的情况下，应认定其有效。例如，如果合同双方都是商事主体，或者都是普通民事主体，则应该尊重当事人之间的意思自治，该不可抗力条款为有效，但如果订立的不可抗力条款使劳动者、消费者等弱势群体权益受损，则该不可抗力条款无效。^{〔102〕}

从司法实践中的裁判观点来看，如果不可抗力条款约定的不可抗力事件的范围大于法定不可抗力事件的范围，法院普遍对当事人合意予以尊重，认可该不可抗力条款的效力；但如果不可抗力条款约定的不可抗力事件的范围小于法定不可抗力事件的范围，多数法院倾向于否定该不可抗力条款的效力，^{〔103〕}仅有极个别法院持肯定态度^{〔104〕}。从司法实践对限缩型不可抗力条款的态度

〔95〕 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》，法律出版社2000年版，第124页。

〔96〕 参见前引〔95〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室编著书，第185页。

〔97〕 参见前引〔92〕，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第2093页。

〔98〕 参见前引〔92〕，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第2134页。

〔99〕 参见前引〔92〕，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第2175页。

〔100〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第772页。

〔101〕 参见江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第98页；前引〔15〕，王利明书，第540页；前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔102〕 参见前引〔2〕，王轶文；前引〔89〕，王雷文。

〔103〕 参见江苏省南通市中级人民法院（2019）苏06民终32号民事判决书；湖南省张家界市中级人民法院（2014）张中民一终字第114号民事判决书；最高人民法院（2008）民一抗字第20号民事裁定书。

〔104〕 参见上海市高级人民法院（2019）沪民终298号民事判决书。

来看,法院的裁判观点过于保守,其实无论是扩张型不可抗力条款,还是限缩型不可抗力条款,只要该约定并未违反强制性规范,就应当对该不可抗力条款效力持肯定态度。需要特别说明的是,扩张型不可抗力条款中所扩张的事项需仍为客观情况,本属于债务人过错的情况显然并非客观情况,尽管当事人就本属于债务人过错的情况所做的免责约定在不违反强制性规范情况下也会有效,但这已不是不可抗力条款的范畴,而是属于免责条款的讨论范畴。此外,如果不可抗力条款是通过格式条款的形式订入合同之中,还应适用格式条款效力的相关规则进行判断。^[105]

关于不可抗力条款下的合同免责问题,有观点认为:如果当事人约定的不可抗力事项超出不可抗力事件范围,但仍属不可归责于当事人各方的客观原因,仍可类推适用《民法典》第180条第1款、第590条第1款的免责规定;但如果当事人约定的不可抗力事项超出不可抗力事件范围,而纳入了债务人的过错,便不得类推适用上述免责规定,债务人必须承担民事责任。^[106]但其实正如上文所述,只要其中有关构成或法律效果的约定并未违反强制性规范,就应当对该不可抗力条款中的合同免责约定持肯定态度。换言之,无论是扩张型不可抗力条款,还是限缩型不可抗力条款,只要其中约定并未损害公共利益或者合同关系之外特定第三人应受法律保护的合法权益,^[107]就没有必要对当事人之间意思自治横加干涉。

四、不可抗力的关联规则

(一) 不可抗力与合同解除

根据《民法典》第563条第1款第1项(《合同法》第94条第1项)的规定,“因不可抗力致使不能实现合同目的”,当事人可以解除合同。关于该项中“合同目的”的理解,理论上存有不同认识:(1)第一种观点认为,此处合同目的不能实现实际上指履行不能,对于未达履行不能状态但使合同目的不能实现的,由情势变更原则调整。^[108]实践中也有法院采此观点,如辽宁省高级人民法院在“大连鹏程假日大沐有限公司与大连正典表业有限公司房屋租赁合同纠纷案”中认为,政府在“非典”期间采取的防疫措施仅对承租人部分经营活动造成影响,尚不足以导致承租人与出租人之间的租赁合同“直接”或“根本”不能履行,不能据此认定双方租赁合同的解除系不可抗力的原因所致。^[109](2)第二种观点认为:如果不可抗力导致完全不能履行,合同目的根本不能达到,则可发生合同解除权;如果不可抗力只是导致合同部分不能履行,但部分履行已严重影响当事人所追求合同目的的,应承认有解除权的发生;如果不可抗力导致延期履行,但延期履行已严重影响当事人所追求的合同目的的,亦应承认解除权的发生。^[110]第二种观点较为合

• 39 •

[105] 参见前引〔2〕,王轶文;前引〔89〕,王雷文。

[106] 参见前引〔1〕,崔建远文。

[107] 参见前引〔2〕,王轶文。

[108] 参见崔建远:《完善合同解除制度的立法建议》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2018年第2期;前引〔45〕,刘凯湘文;赵文杰:《论法定解除权的内外体系——以〈民法典〉第563条第1款中“合同目的不能实现”为切入点》,载《华东政法大学学报》2020年第3期。

[109] 参见辽宁省高级人民法院(2013)辽审二民抗字第14号民事判决书。

[110] 参见前引〔5〕,韩世远书,第659页。

理。值得注意的是，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释二》）第26条规定：“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，……”而《民法典》第533条第1款规定为“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的”，将“不能实现合同目的”予以删除，这应该是立法者有为之，将不可抗力导致影响合同目的不能实现的情形，统一归入《民法典》第563条第1款第1项的调整范围内。^{〔11〕}

在由不可抗力导致合同不能履行的情况下，合同应当消灭。域外立法关于合同应当如何消灭，主要有合同自动消灭模式和行使解除权消灭模式两种。2002年债法改革之前的《德国民法典》《日本民法典》《欧洲合同法原则》（PECL）、《欧洲示范民法典草案》（DCFR）及我国台湾地区“民法”采合同自动消灭模式，2002年债法改革之后的《德国民法典》采行使解除权消灭模式。^{〔12〕}从《民法典》第563条第1款第1项的规定来看，我国民法采行使解除权消灭模式。有观点认为，对我国《民法典》第563条第1款第1项需要进行立法论上的反思，《民法典》第590条第1款已经规定当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，再通过普通的解除权行使方式（意思通知）解除合同实际上已经没有意义。从立法论角度，应通过自动解除的方式结束合同关系。^{〔13〕}但反对观点认为，《民法典》第590条第1款仅仅是关于发生不可抗力时的通知与证明义务，并不当然含有解除合同与解除后果安排的立法目的。^{〔14〕}在风险负担规则不完整不明确的情况下，合同自动解除虽然可使合同归于消灭且起始点变得清晰，但风险往往难以令人满意地自动分配，而且不可抗力是关于民事责任是否免除问题的制度，其自身并不当然地与合同解除相联系。^{〔15〕}正如反对观点所称，我国现行立法对于合同解除后的权利义务安排尚未十分明确，风险负担规则完整明确、不可抗力免责清晰的前提条件尚未具备，宜采行使解除权消灭模式。^{〔16〕}

关于狭义不可抗力约款导致的合同解除应如何进行法律适用，存有不同见解。对此应当认

〔11〕 参见黄薇：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第343页。但实际上，将《合同法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”直接等同于《民法典》第563条第1款第1项中的“不能实现合同目的”在理论上是否可行，有待进一步讨论。《合同法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”在德国法上称为“使用目的障碍”，在德国民法教科书中常举的例子是英国的“加冕游行案”：为了观看英国国王爱德华七世的加冕游行，某观看者租用了他人阳台，但在加冕仪式前两天，国王因患腹膜炎而取消了游行。在该案例中，给付本身虽然仍是完全可以履行的，但由于事后情况的变化，该观看者无法再实现给付目的。参见齐晓琨：《德国新、旧债法比较研究》，法律出版社2006年版，第82页。从该案可以看出，《合同法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”与《民法典》第563条第1款第1项中的“不能实现合同目的”，存在差异。

〔12〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第658页。但也有观点认为，即使2002年债法改革之后的《德国民法典》第326条也并未抛弃自动消灭模式，而是采取合同自动消灭模式和行使解除权消灭模式并存的做法。参见李昊：《德国给付不能理论的重构》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第52卷，法律出版社2013年版，第522页。

〔13〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第649页。

〔14〕 参见前引〔45〕，刘凯湘文。

〔15〕 参见崔建远：《合同解除的疑问与释答》，载《法学》2005年第9期。

〔16〕 参见前引〔45〕，刘凯湘文；前引〔115〕，崔建远文。

为：如果狭义不可抗力条款约定的不可抗力事件范围小于或等于法定不可抗力事件，按照《民法典》第563条第1款第1项的规定解除合同即可；但如果约定的不可抗力事件范围大于法定不可抗力事件，应如何进行法律适用存有不同见解。有观点认为，如果约定不可抗力事项较法定不可抗力事件范围的扩大部分导致合同目的无法实现，当事人双方不得主张《民法典》第563条第1款第1项之下的法定解除权。^{〔117〕}另有观点认为：若属超出不可抗力事件范围的客观原因致使目的不达的，当事人双方可类推适用《民法典》第563条第1款第1项之下的法定解除权；若超出不可抗力事件范围的事项实质上属于债务人的过错，当事人双方不得类推适用第563条第1款第1项之下的法定解除权。^{〔118〕}最后一种观点区分了超出不可抗力事件范围的不同情形，值得赞同。如果约定的超出部分属于非债务人过错的其他客观情况（如意外事件），没有理由否认当事人双方（尤其是债务人一方）类推适用《民法典》第563条第1款第1项之下的法定解除权解除合同的权力；如果约定的超出部分原本就属于债务人的过错，上文已述，这已不是不可抗力条款的讨论范畴，而且超出部分原本就属于债务人过错，当事人双方当然不得类推适用《民法典》第563条第1款第1项之下的法定解除权，但债权人仍可能援引《民法典》第563条第1款第2项、第3项、第4项（《合同法》第94条第2项、第3项、第4项）下的法定解除权。最后，如果约定的超出部分原本就属于债务人的过错，虽然不属于不可抗力条款，但仍可能属于免责条款的讨论范畴，在免责条款有效的情况下，如果合同确实陷入履行不能，但债权人又不援引《民法典》第563条第1款第2项、第3项、第4项下的法定解除权解除合同的，债务人可以援引《民法典》第580条第2款的规定申请司法解除。当然，若当事人约定的不可抗力事项超出法定不可抗力事件范围，且作为解除合同的原因，宜适用《民法典》第562条（《合同法》第93条第2款）规定的约定解除规则。^{〔119〕}

• 41 •

（二）不可抗力与风险负担

风险负担，指因不可归责于双方当事人的事由（或原因）致使合同不能履行时的不利益由哪一方当事人负担或由双方当事人合理分担的制度。^{〔120〕}不可抗力事件属风险负担规则中的风险事件（即不可归责于双方当事人的事由）在理论上并无异议。^{〔121〕}法律关于风险负担的规定，属于任意性规范，当事人对于风险负担的承受有约定的，优先从约定，^{〔122〕}不可抗力事件作为风险负担规则的引发事由，理应允许当事人之间对此进行约定。

有观点认为：扩张型不可抗力条款的适用扩张了违约方免于承担违约责任的范围，因而风险负担规则的适用范围也会相应扩大；而限缩型不可抗力条款导致违约方对于被限缩事项需承担违

〔117〕 参见前引〔2〕，王轶文。

〔118〕 参见前引〔1〕，崔建远文。

〔119〕 参见前引〔1〕，崔建远文。

〔120〕 参见崔建远：《风险负担规则之完善》，载《中州学刊》2018年第3期。

〔121〕 参见王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2015年版，第89页；吴香香：《〈合同法〉第142条（交付移转风险）评注》，载《法学家》2019年第3期；陈自强：《合同法风险负担初探》，载《北京航空航天大学学报》（社会科学版）2019年第3期。

〔122〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第335页。

约责任，风险负担规则的适用范围受到相应限缩。^{〔123〕} 这种观点值得借鉴，但尚有可商榷之处。如果当事人约定的不可抗力事件范围较法定不可抗力事件范围缩减（限缩型不可抗力约款），将会导致风险负担规则构成要件中“不可归责于双方当事人的事由”范围缩减，由此的确会导致风险负担规则的适用范围随之缩减；但如果当事人约定的不可抗力事件范围较法定不可抗力事件范围扩大（扩张型不可抗力约款），却并不必然导致风险负担规则构成要件中“不可归责于双方当事人的事由”范围扩大，风险负担规则的适用范围也并不必然随之扩大。具体而言，“不可归责于双方当事人的事由”一般包括不可抗力事件和意外事件两种，^{〔124〕} 如果当事人约定将意外事件纳入扩张型不可抗力约款中，则由于意外事件原本就属于“不可归责于双方当事人的事由”，并不会导致风险负担规则适用范围扩大。此外，对于第三人原因造成的标的物毁损灭失大都属于可归责于债务人的事由，在少部分情形下可归入意外事件的范畴从而适用风险负担规则。^{〔125〕} 上文已述，可归责于债务人的事由并不属于不可抗力约款的讨论范畴，如果当事人将归责于债务人的事由纳入“扩张型不可抗力约款”，这实际上涉及免责条款与风险负担规则的关系，而非不可抗力约款与风险负担规则的关系。由于意外事件原本就属于“不可归责于双方当事人的事由”，可归责于债务人的事由很难归入意外事件，当事人之间所作此扩张型不可抗力约款并不会对风险负担规则的适用范围造成影响。

（三）不可抗力与情势变更

在1999年《合同法》立法过程中，对于应否规定情势变更原则，产生极大争议。肯定观点认为，我国已有情势变更的案例，如“武汉市煤气公司诉重庆检测仪表厂煤气表散件购销合同纠纷案”中，法院已经适用情势变更原则对案件公平合理地予以处理。如果我国不能明确情势变更原则，司法实践中仅适用诚实信用原则，对案件处理就没边了。^{〔126〕} 但否定观点提出一项重要理由，不可抗力可以涵盖情势变更，如果在不可抗力之外再规定情势变更，理论上容易引起混乱，而且在实践中，目前法官的水平很难划清情势变更的界线，一些不正之风很难保证情势变更的正确适用。^{〔127〕} 因争议太大，1999年《合同法》中最终没有规定情势变更原则，但十年之后，最高人民法院为了审判实践的需要，在《合同法解释二》第26条规定了情势变更原则：“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”根据该规定，因不可抗力事件造成继续履行合同对一方当事人明显不公平或不能实现合同目的的，不得适用情势变更原则，由此引发了新一轮有关不可抗力与情势变更原则关系的讨论。

最高人民法院的官方释义书认为，该条突出了相关情势的“非不可抗力”条件，原因在于情势变更与不可抗力存有重大区别。具体而言：不可抗力造成的结果是合同无法履行，情势变更造

〔123〕 参见前引〔2〕，王轶文。

〔124〕 参见前引〔121〕，王利明书，第89页；前引〔121〕，吴香文；前引〔121〕，陈自强文。

〔125〕 参见前引〔121〕，王利明书，第89页。

〔126〕 参见全国人大法制工作委员会民法室：《中华人民共和国立法资料选》，法律出版社1999年版，第162页。

〔127〕 参见前引〔126〕，全国人大法制工作委员会民法室书，第162页。

成的结果是继续履行合同对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的；因不可抗力导致不能履行合同的，无需承担责任，而情势变更情况下导致显失公平的，合同双方应共担风险；不可抗力是法定免责条款，而情势变更需法院加以判断。^{〔128〕} 另根据该司法解释起草人的解读，情势变更与不可抗力有六个方面的不同：（1）权利性质不同。不可抗力制度下的解除权为形成权，而情势变更原则下的解除权为请求权。（2）权利的启动不同。法院可以依职权适用不可抗力制度，但适用情势变更原则要有当事人主张。（3）适用范围不同。金钱之债一般不适用不可抗力，但可适用情势变更。（4）法律后果不同。不可抗力可能引起诉讼时效的中止，情势变更不能。（5）法律责任不同。不可抗力主要在于免除或减轻当事人的责任，而情势变更原则主要在于解决当事人权益得失的公平问题。不可抗力制度既可免除违约责任，又可免除侵权责任，而情势变更原则主要适用于合同关系，不能用于侵权责任的免除。不可抗力是法定免责条款，而情势变更则需要由法院审查判断以后根据当事人的申请加以变更或者解除。（6）适用范围不同。因遭受不可预见、不可避免、不可克服的事变致使合同无法履行的，适用不可抗力；因不可预见、不可归责的事变，使得维持合同原有效力将导致双方利益关系严重失衡的，适用情势变更原则。^{〔129〕}

对最高人民法院的上述阐述提出的质疑理由主要集中在以下几个方面：（1）所谓“非不可抗力造成”，依形式逻辑双重否定即为肯定，就等于是“可抗力造成”，而情势变更既为“可抗”，又何劳法律介入？^{〔130〕}（2）不可抗力事件是“因”，情势变更原则、法定解除制度、违约责任制度、风险负担规则、诉讼时效中止制度等为“果”，如果将“因”与“果”比较，当然无法进行，而“果”与“果”的比较，也自然得不出排除不可抗力为情势变更原则之因的结论。^{〔131〕}（3）虽然不可抗力事件未必是导致情势变更的唯一原因，但应是可以导致情事变更的原因之一。^{〔132〕}（4）不可抗力可以引发情势变更的适用，情势变更可以兼容不可抗力。^{〔133〕}（5）情势泛指作为合同成立基础或环境的客观情况，包括不可抗力事件，最高人民法院的本意可能在于有意识地区分不可抗力规则和情势变更原则，但因尚未真正界分二者反倒弄巧成拙，不适当地缩小了情势变更原则适用的范围。^{〔134〕}

在《合同法解释二》施行七个月后，最高人民法院在“成都鹏伟实业有限公司与江西省永修县人民政府、永修县鄱阳湖采砂管理工作领导小组办公室采矿权纠纷案”中认为：“鹏伟公司在履行本案《采砂权出让合同》过程中遭遇鄱阳湖 36 年未遇的罕见低水位，导致采砂船不能在采砂区域作业，采砂提前结束，未能达到《采砂权出让合同》约定的合同目的，形成巨额亏损。这

〔128〕 参见沈德咏、奚晓明主编：《最高人民法院关于合同法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社 2009 年版，第 202 页。

〔129〕 参见曹守晔：《最高人民法院〈关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）〉之情势变更问题的理解与适用》，载《法律适用》2009 年第 8 期。

〔130〕 该观点由台北大学法律学系游进发副教授提出。转引自前引〔5〕，韩世远书，第 494 页。

〔131〕 参见前引〔2〕，王轶文。

〔132〕 参见前引〔67〕，卡斯腾·海爾斯特尔、许德风文。

〔133〕 参见前引〔5〕，丁宇翔文。

〔134〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第 98 页。

一客观情况是鹏伟公司和采砂办在签订合同时不可能预见到的，鹏伟公司的损失也非商业风险所致。在此情况下，仍旧依照合同的约定履行，必然导致采砂办取得全部合同收益，而鹏伟公司承担全部投资损失，对鹏伟公司而言是不公平的，有悖于合同法的基本原则。鹏伟公司要求采砂办退还部分合同价款，实际是要求对《采砂权出让合同》的部分条款进行变更，符合合同法和《合同法解释二》第26条的规定，本院予以支持。”^{〔135〕}学者们解读该案时普遍认为，最高人民法院在该案中适用情势变更制度时并未适用《合同法解释二》第26条中的“非不可抗力”要件。^{〔136〕}在《民法典》中，情势变更原则体现为第533条第1款，该规定删除了《合同法解释二》第26条中的“非不可抗力”要件，这意味着立法接受了学者们对《合同法解释二》第26条的批评，这一立法改动值得肯定。

在狭义的扩张型不可抗力条款的情形，如果当事人约定“增加的不可抗力事项发生，也可适用情势变更原则”的，在增加的不可抗力事项发生后，能否适用情势变更原则？有观点认为，此种情况下不得再适用情势变更原则。上述约定实际上应理解为当事人之间可以基于该约定就合同的变更或解除进行协商：（1）如果协商成功，应属于《民法典》第543条（《合同法》第77条第1款）所言“当事人协商一致，可以变更合同”，或者属于《民法典》第562条第1款（《合同法》第93条第1款）所言“当事人协商一致，可以解除合同”；（2）如果协商不成功，即使当事人以约定情势变更为由请求法院变更或者解除合同的，法院也不得援引情势变更原则变更或解除合同。^{〔137〕}上述观点值得商榷，因为如果当事人约定增加的不可抗力事项仍属于客观情况，并且符合情势变更原则的其他适用条件，适用情势变更原则当无疑义。但在狭义的限缩型不可抗力条款的情形，如果当事人约定“不可抗力事件中被限缩部分发生，不得适用情势变更原则”的，约定效力如何？有观点认为，此类约定意味着排除了不可抗力规则的适用，那么即使不可抗力规则确认的事项导致继续履行合同对一方当事人明显不公平，也不得适用情势变更原则。^{〔138〕}但这种观点值得商榷，此类约定排除了不可抗力规则适用，意味着排除了债务人的不可抗力的免责适用，但并不意味着也排除了情势变更原则的适用。情势变更原则为诚实信用原则的具体运用，目的在于消除合同因情势变更所产生的不公平后果，^{〔139〕}应当认为情势变更原则的适用具有强制性，违反则无效。

（四）不可抗力与诉讼时效中止

根据《民法典》第194条第1款第1项（《民法总则》第194条第1款第1项）的规定，在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力不能行使请求权的，诉讼时效中止。很显然，在诉讼时效的最后六个月内，不可抗力事件可作为诉讼时效中止的引发事由。但当事人能否对不可抗力事件范围进行扩张或限缩的约定呢？答案是否定的。《民法典》第197条第1款规定：“诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效。”因此，法律有关诉讼时

〔135〕 最高人民法院（2008）民二终字第91号民事判决书，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2010年第4期。

〔136〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第495页；前引〔2〕，王轶文；前引〔5〕，朱广新书，第478页。

〔137〕 参见前引〔2〕，王轶文。

〔138〕 参见前引〔2〕，王轶文。

〔139〕 参见梁慧星：《中国民法经济法诸问题》，中国法制出版社1999年版，第170页。

效中止事由的规定,属于不得约定排除其适用的强制性规定,^[140]无论是扩张型不可抗力约款,还是限缩型不可抗力约款,都不能改变《民法典》第194条第1款第1项的适用范围。

五、结 论

《民法典》第180条第2款对“不可抗力”一词的含义进行了界定,这一规定应理解为对不可抗力事件的法定定义。《民法典》其余条款中涉及对“不可抗力”一词本身的理解时,应作同一解释。《民法典》中涉及因不可抗力事件而免责的条款,如第180条第1款、第590条第1款等,可被称为不可抗力规则。虽然我国现行立法并未规定当事人可以在合同中约定不可抗力的范围,但出于当事人意思自治的考虑,在其约定并未违反强制性规范的情况下,法秩序无需对此横加干涉,理应承认这种不可抗力约款的效力。不可抗力约款可以分为广义的不可抗力约款和狭义的不可抗力约款。与法定的不可抗力事件相比较,(广义或狭义的)不可抗力约款可分为扩张型不可抗力约款和限缩型不可抗力约款。需要特别说明的是,扩张型不可抗力约款中所扩张的事项需仍为客观情况,本属于债务人过错的情况显然并非客观情况,尽管当事人就本属于债务人过错的情况所作的免责约定在不违反强制性规范的情况下也会有效,但这已不是不可抗力约款的范畴,而是属于免责条款的讨论范畴。

不可抗力事件或狭义不可抗力约款可引发合同解除、风险负担规则、情势变更原则及诉讼时效中止等规则的适用,后者可以称为不可抗力的关联规则。对于狭义不可抗力约款与各关联规则的关系,应根据各规则的立法宗旨和法律构成加以妥当解释。

《民法典》中不可抗力的体系构造请参见图1。

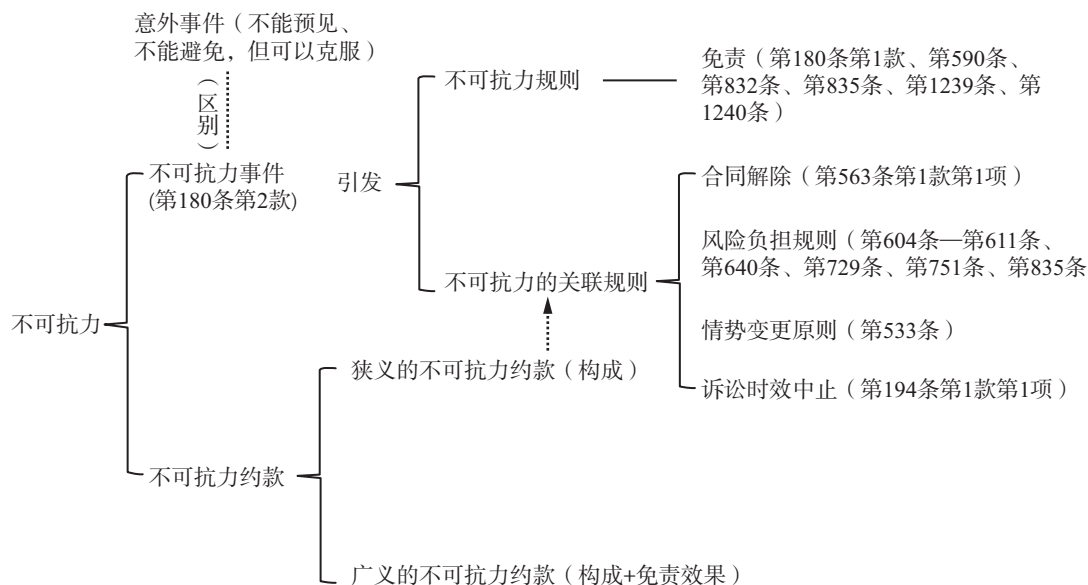


图1 《民法典》中不可抗力的体系构造

[140] 参见前引〔2〕,王轶文。

Abstract: In the system of the Chinese Civil Code, force majeure shall be divided into three different aspects, namely, force majeure events, force majeure rule and force majeure clauses. A force majeure event is an objective circumstance that cannot be foreseen, avoided and overcome, as distinguished from an event that cannot be foreseen, avoided but can be overcome. The force majeure rule refers to the rule by which a force majeure event produces the legal effect of exemption under conditions prescribed by law. Force majeure clauses can be broadly or narrowly defined. A force majeure clause in the broad sense is a contractual clause agreed upon by the parties in respect of a force majeure event and intended to produce the legal effect of exemption. It consists of elements and legal effects. The former refers to an agreement by the parties to expand or limit the scope of events of force majeure. The latter refers to the agreement of the parties to the expansion or limitation of the force majeure events under the agreed conditions to produce the legal effect of exemption. The force majeure clause in the narrow sense only includes the level of elements, that is, the agreement by the parties to expand or limit the scope of the force majeure events. An event of force majeure or a force majeure clause in the narrow sense may also trigger the application of the rules of the rescission of the contract, the rule of the burden of risks, the changed circumstances and the suspension of the prescription. All these rules may be called the associated rules of force majeure.

Key Words: force majeure event, force majeure rule, force majeure clause, principle of changed circumstances

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

《民法典》溯及适用的正当性检验进路 ——以《时间效力规定》第2、3条为中心

李鸣捷*

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

关键词：民法典 正当溯及检验 改变溯及 空白溯及 比例原则

• 47 •

一、问题的提出

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

* 李鸣捷，武汉大学法学院博士研究生。

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

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

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

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

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

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

二、正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型及区分

(一) 正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型

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

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

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

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

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

〔7〕参见前引〔5〕,熊丙万文。

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

（二）“改变溯及”与“空白溯及”的界分

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

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

• 49 •

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

〔9〕 参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室文。

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

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

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

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

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

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

三、“改变溯及”正当性的检验进路

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

(一)《时间效力规定》第2条但书之解释

1. 更有利于保护民事主体合法权益

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

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

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

[16] 参见《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第18条。

[17] 参见前引[5],熊丙万文。

[18] 参见前引[2],弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼书,第152页。

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

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

2. 更有利于维护社会和经济秩序

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

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

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

• 51 •

〔20〕 参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室文。

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

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

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

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

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

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

3. 更有利于弘扬社会主义核心价值观

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

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

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

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

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

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

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

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

〔31〕 参见前引〔30〕,卡尔·拉伦茨书,第594页。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

〔37〕 参见前引〔30〕卡尔·拉伦茨书，第595页。

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

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

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

(二)“改变溯及”正当性检验的层次结构

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

综上，“改变溯及”正当性检验的层次结构如图1所示：

• 55 •

四、“空白溯及”正当性的检验进路

（一）《时间效力规定》第3条之解释

1. “可以适用”中“可以”的理解

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

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

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

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

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

〔51〕参见前引〔50〕，刘权文。

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

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

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

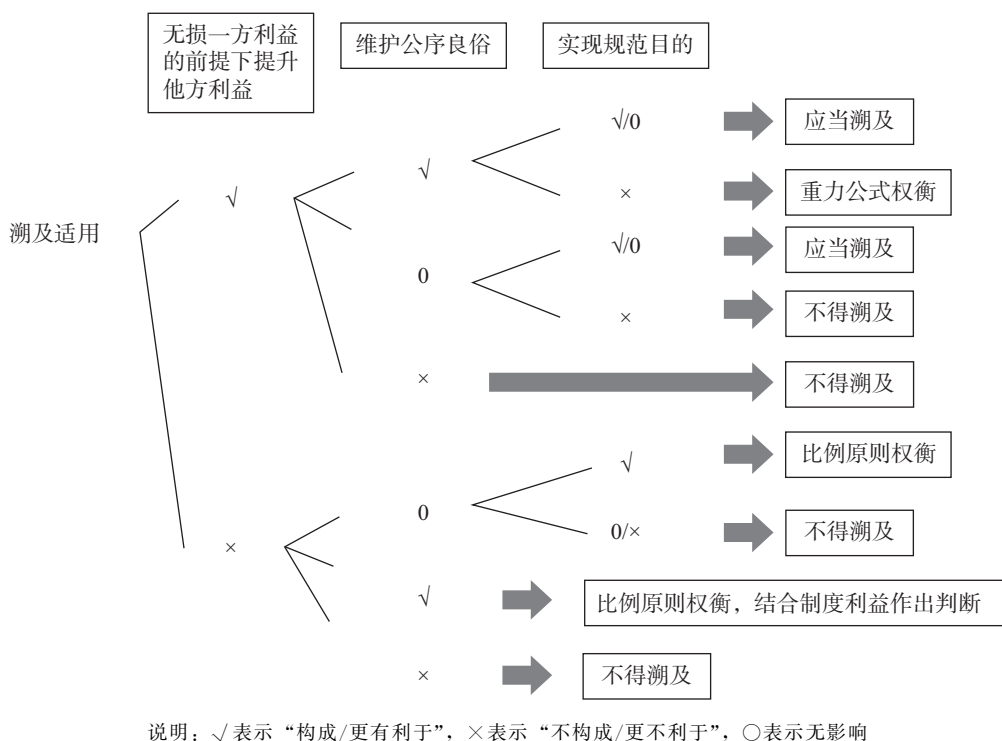


图1 有利溯及检验体系

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

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

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

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

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

系解释角度，抑或历史解释角度，上述解释方案均有欠妥当。

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

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

2. 《时间效力规定》第3条但书之解释

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

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

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

（二）“空白溯及”正当性检验的层次结构

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

〔58〕 参见前引〔14〕，王国庆文。

〔59〕 参见前引〔55〕，于飞文。

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

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

五、结 语

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

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

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

(责任编辑: 武 腾 赵建蕊)

〔60〕 参见《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第18条。

论物权优先于债权原则及其例外情形

陈华彬*

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

关键词：物权优先于债权 物权 绝对权 债权 相对权

• 59 •

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

* 陈华彬，中央财经大学法学院教授。

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

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

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

一、物权优先于债权为物权法乃至民法重要原则

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

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

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

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

〔4〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第8页。

〔5〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第8页。

〔6〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第8页。

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

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

〔9〕 参见前引〔1〕,谢在全书,第30页。

〔10〕 参见前引〔2〕,王泽鉴书,第59页。

〔11〕 参见前引〔8〕,我妻荣书,第20页。

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

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

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

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

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

〔12〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第8页。

〔13〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第30页。

〔14〕 参见前引〔7〕，郑冠宇书，第20-21页。

〔15〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第8页。

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

〔17〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第30页。

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

〔19〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第30页。

〔20〕 参见吴光明：《新物权法论》，三民书局2009年版，第10页。

〔21〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第30页。

〔22〕 参见前引〔7〕，郑冠宇书，第21页。

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

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

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

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

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

二、租赁权的优先效力

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

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

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

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

[26] 参见前引〔1〕,谢在全书,第31页。

[27] 参见前引〔7〕,郑冠宇书,第21页。

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

与物权乃有对等的地位，^{〔29〕}也就是租赁权具优先效力的规定。

（一）租赁权具优先效力的比较法观察

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

1. 日本法

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

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

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

• 63 •

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

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

〔31〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第11页。

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

〔33〕 参见前引〔32〕，山田晟书，第355页。

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

〔35〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第11页。

〔36〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第11页。

〔37〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第11-12页。

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

2. 德国法

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

[38] 参见前引[2],温丰文书,第12页。

[39] 参见前引[2],温丰文书,第12页。

[40] 参见前引[32],山田晟书,第355页。

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

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

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

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

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

[46] 参见前引[32],山田晟书,第355页。

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

[48] 参见前引[32],山田晟书,第355页。

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

人)，不动产租赁权与动产租赁权由此具有优先效力。

3. 瑞士法、奥地利法与法国法

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

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

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

4. 我国台湾地区“民法”

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

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

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

〔52〕 参见前引〔51〕，戴永盛译书，第215页。

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

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

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

(二) 我国租赁权优先效力的释明

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

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

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

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

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

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

[59] 参见前引〔2〕,温丰文书,第13-15页。

[60] 参见前引〔7〕,郑冠宇书,第22页。

[61] 参见前引〔7〕,郑冠宇书,第22页。

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

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

如前述，我国《民法典》对于租赁权具对抗第三人的优先效力的规定乃见于第725条。^[67]

[62] 参见前引〔43〕，王泽鉴书，第195页。

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

[64] 参见前引〔43〕，王泽鉴书，第215页。

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

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

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

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

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

三、预告登记的优先效力

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

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

〔69〕 参见前引〔43〕,王泽鉴书,第202页。

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

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

〔72〕 参见前引〔43〕,王泽鉴书,第194页。

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

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

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

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

〔74〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第9页。

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

〔76〕 参见前引〔7〕，郑冠宇书，第23页。

〔77〕 参见前引〔7〕，郑冠宇书，第23页。

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

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

〔80〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第10页。

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

四、物权关系中债权约定的优先效力

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

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

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

〔81〕 参见前引〔68〕,崔建远书,第 62 页。

〔82〕 参见前引〔68〕,崔建远书,第 62 页。

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

〔84〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第 15 页。

〔85〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第 16 页。

〔86〕 参见前引〔2〕,温丰文书,第 16 页。

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

五、法律基于公益等明确规定的债权优先效力

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

• 71 •

六、结 语

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

〔87〕 参见前引〔2〕，温丰文书，第16页。

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

〔89〕 参见前引〔1〕，谢在全书，第31页。

〔90〕 参见前引〔68〕，崔建远书，第37页。

〔91〕 参见前引〔68〕，崔建远书，第36页。

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

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

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

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

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

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

不动产登记法的立法瞻望：定位、功能和观念

常鹏翱*

内容提要：不动产登记法的立法具有重要意义，应慎重对待其定位、功能和观念。在定位上：不动产登记法是混合法，融公法与私法、程序与实体为一体；是公共法，调整与不动产登记相关的所有事项；是信息法，记载不动产物权及相关的其他信息。在功能上：不动产登记法应有助于搭建完备的权利平台，全面记载不动产物权；有助于搭建便捷的交易平台，为不动产交易提供便利；有助于搭建高效的监管平台，提高对不动产利用和交易的监管能力。在观念上：不动产登记法以统一登记为根本，要成为夯实和保障统一登记的根本法；以便民利民为导向，提升登记的便民利民度；以提高质量为指针，最大程度确保登记的正确性。

关键词：不动产登记 立法 法律定位 法律功能 法律观念

• 73 •

一、引言

不动产登记是重要的财产权公示机制，它为不动产物权及与其相关的其他财产权提供了基础信息平台，在国家治理和经济运行中占有举足轻重的地位。

然而，与此地位不匹配的是，我国的不动产登记制度至今还未系统地法律化。虽然《民法典》物权编和《物权法》在相关章节规定了登记申请、登记机构权责、登记的效力、异议登记、预告登记、登记簿的公开等重要内容，但条文非常有限，是框架性、概略性的规定，《土地管理法》《农村土地承包法》《城市房地产管理法》《信托法》等涉及不动产登记的条文更有限，规定更粗犷。而且，它们属性各异，颁布时间有先有后，都不以专门调整不动产登记为己任，有关不动产登记的规定存在缺口和冲突。以这些法律为基础的《不动产登记暂行条例》（以下简称《条例》）、《不动产登记暂行条例实施细则》（以下简称《细则》）、《不动产登记资料查询暂行办法》

* 常鹏翱，北京大学法学院教授。

(以下简称《办法》)、《不动产登记操作规范(试行)》(以下简称《规范》)等专事调整不动产登记的法规规章制度相对具体细致,并尽可能做出了适于实践需求的制度创新,的确发挥了良好的作用,但囿于上位法的现状,这些下位规范无法越界充分弥补上位法的缺口,也无法协调上位法之间的冲突,存在不少遗珠之憾,不能完全满足实践需求。

在此情况下,实务界要求进一步完善不动产登记制度,制定不动产登记法的呼声很高,有关主管机关也希望借《民法典》编纂的良机,在其中实现登记制度的完善,但受制于《民法典》的使命,这一美好愿望无法实现,正如我们所见,《民法典》物权编有关不动产登记的规定不过是《物权法》规定的翻版。不过,政治高层积极回应实务界的呼声,不仅第十三届全国人大常委会将不动产登记法的起草纳入立法规划,2020年3月30日《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》也提出“推动制定不动产登记法”,而自然资源部业已受命起草法律草案。只要规划不变、步骤跟紧,在不久的将来,《不动产登记法》这部系统化、法律化的不动产登记制度文本有望问世。本文将全面阐述不动产登记法的定位、功能和观念,希望为不动产登记法立法提供具有基础性和方向性意义的参考意见。

二、不动产登记法的定位

(一) 不动产登记法是混合法

在十年前,笔者在《法学》2010年第3期发表了《不动产登记法的立法定位与展望》一文。在该文中,笔者认为不动产登记法是混合法,它将公法与私法、程序与实体融为一体、混为一体。不动产登记法既有公法属性又有私法属性:前者主要表现为作为行政机关的登记机构依法享有以管制为目的、具有实现公益功能的公共管理职责,并在相关程序进展中推进和落实这种职责,在此过程中,登记机构与申请人处于不平等的法律地位;后者主要表现为登记对私权的承载和再现。不动产登记法既有程序规范又有实体规范,前者主要表现为登记的启动、开展和终结等环环相扣的程序机制,后者主要表现为登记产生的实体法律效力。^{〔1〕}

这种认识源自对不动产登记运行规律的观察。登记是登记机构依法在登记簿上进行记载的行为,在从事该行为时,登记机构行使着诸如查验材料、询问当事人、实地查看等公共职责,以准确确认不动产权利及其相关信息,附带还能完成征收税赋、规划管理等治理事项。^{〔2〕}在我国,登记机构一直是行政机关,登记行为属于可诉的行政行为(《行政诉讼法》第61条、《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第1条)。登记机构必须按照法定程序作业,登记由此表现为从受理登记申请到审查再到登簿的环环相扣的程序机制。不仅如此,登记还指向登记簿上记载的不动产权利及其相关信息,这是登记行为的结果,在依申请登记的情形,登记结果的正当性源自当事人的意思表示,并依法产生法律效力,这影响着权利人以及利害关系人的实体利益。概括而言,登记把登记机构在登记簿上记载的行为和结果合二为一,前者具有公法属性和程

〔1〕 参见常鹏翱:《不动产登记法的立法定位与展望》,载《法学》2010年第3期。

〔2〕 Vgl. Pfaffli, Zur Pfuefungspflicht des Grundbuchverwalters, in: AJP 1992, S. 1512. 另参见蔡卫华:《土地登记实务精解》,中国法制出版社2010年版,第11页。

序属性,后者具有私法属性和实体属性。作为调整登记的专项法律,不动产登记法不可避免地属于混合法。

我国在不动产统一登记后,以《条例》《细则》《办法》和《规范》为主干的不动产登记法律制度验证了笔者的前述分析。比如,《条例》第6条有关不动产登记机构的规定,第31条有关不动产登记机构收缴伪造、变造的不动产权属证书、不动产登记证明的规定,突显了公法属性。又如,《条例》第5条有关不动产权利登记能力的规定、《规范》第5.1.1条有关涉及权利顺位的登记簿记载时点的规定,私法属性很突出。再如,这些规范中的登记程序规定、查阅登记资料的程序规定,均属于程序规范。还如,《细则》第85条第2款有关“未经预告登记权利人书面同意,登记机构不能办理处分该不动产权利的登记”的规定,实际上限制了预告登记义务人的处分权,是典型的实体规范。这些制度是不动产登记法的基础来源,实践又验证它们没有问题,它们理应再现于不动产登记法,不动产登记法因此属于混合法。

明确不动产登记法的混法定位,意在表明不动产登记法的起草不能像制定纯粹公法、私法、程序法或实体法那样,采用单一的定型思维模式,而是应先准确性相关制度究竟是公法规范还是私法规范、是程序规范还是实体规范,精准把握其规律、特点和适用范围,在此基础上,促成这些制度之间的无缝衔接,构成逻辑自洽的不动产登记规范体系。^{〔3〕}以登记申请为例,它以自治为基础,是否申请、申请什么完全取决于当事人的意愿,法律无法也无需强制,私法规范的意蕴很明显,但以什么形式提出申请、递交什么申请材料,是判断登记机构是否依法履行职责的基础,也是判断登记结果是否准确的重要标准,故申请形式和材料规范属于公法规范。申请启动了登记程序,引发登记机构的受理及后续的审查,无疑是程序行为,^{〔4〕}其应遵循程序不可逆原则,在登记完成后,不容许申请人再撤回申请,不过,在房屋所有权转移等以登记为必备要件的不动产物权变动中,申请包含着权利人处分登记权利的意思,它还可归为物权行为,^{〔5〕}应遵循法律行为规范。这样一来,申请在不同侧面和层次上展示出不同的属性,在规范配置时就应分门别类地对应布局和有机衔接,只有这样,才能有序混合而不会错乱混搭。

(二) 不动产登记法是公共法

公共法的定位是说不动产登记法旨在调整不动产登记,而不动产登记涉及的法律领域众多,^{〔6〕}与此相应,不动产登记法必须全面顾及这些领域,与它们相互配合,绝不能限定在某一特定领域,也不能仅以调整登记机构的行为为限,这种跨不同法律领域的特性可称为公共性,故不动产登记法是公共法。

不动产登记以不动产物权为基石,没有不动产物权,不动产登记无从谈起,不动产登记法因此必须调整不动产物权登记。受制于物权法定原则,不动产物权主要由《民法典》物权编以及《海域使用管理法》《矿产资源法》《水法》《渔业法》等法律来调整,它们还把不动产物权的得丧变更与

〔3〕 参见尹飞:《不动产登记行为的性质及其展开》,载《清华法学》2018年第2期。

〔4〕 Vgl. Holzer/Kramer, Grundbuchrecht, Muenchen 1994, S. 50; Demharter, Grundbuchordnung, 21. Aufl., Muenchen 1994, S. 179.

〔5〕 Vgl. Zobl, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zuerich 2004, S. 156 f.

〔6〕 参见孙宪忠:《不动产登记基本范畴解析》,载《法学家》2014年第6期。

登记建立了关联,《条例》《细则》和《规范》对此予以全方位的对接,不动产登记法理应同样如此,全面呈现各种不动产物权登记规范,不能遗漏。这也表明,作为展示不动产物权存续与否或对抗他人的公示机制,登记服务于不动产物权得丧变更的法律需求,没有后者,登记将失去意义。

不动产登记还服务于其他的法律需求。在不动产物权登记的基础上,其他相关的财产权也需要登记,如《信托法》第10条把登记作为不动产信托财产权的设立要件,《细则》第106条对此有所体现。此外,《监察法》第25条第1款、《民事诉讼法》第103条和第244条、《刑事诉讼法》第102条和第141条第1款、《行政诉讼法》第101条、《行政强制法》第22条、《税收征收管理法》第38条第1款第2项、《证券法》第170条第6项等规定监察机关、司法机关、行政机关有权查封相关的不动产物权,并各有差别地规定了查封的要求、程序、时限等,与此对应,《细则》第90-93条、《规范》第18.1-18.3条专门规定了查封登记。毫无疑问,不动产登记法同样要回应这些需求,既有的规范经验应反映在不动产登记法当中。

为了最大程度实现前述法律对登记的需求,不动产登记法必须与这些法律无缝对接,既不能存在衔接缺口,更不能发生冲突。与前述法律相比,不动产登记法是新法,在制定时应充分尊重既有的法律规定,如通过引致规范有机嫁接这些规定,从而形成严密规整的法律之网。这同时意味着,对于既有的成熟的法律规定,不动产登记法没有必要重复,更不能擅自修改。

不过,不动产登记法是专事调整不动产登记的专门法律,它与其他法律地位平等,在其他法律对登记的规定有漏缺时,不动产登记法完全能够加以补充,促成制度完备。现实的经验也的确如此,比如,《民法典》物权编和《物权法》虽然规定了预告登记,但未明确其能否限制义务人的处分权,《细则》第85条第2款予以补足。又如,为了实现查封,前述的公权力机关有查询登记资料的需要,相关法律虽然没有明确规定,但《细则》第97条、《规范》第20.1条对此有明文规定。就此而言,不动产登记法不仅与其他法律对接,还有细化和补充其他法律规定的功效,充分表现了其涉足事关不动产登记的整个法律领域的公共法定位。

不仅如此,虽然主导不动产登记的登记机构是不动产登记的主角,不动产登记法肯定以明确登记机构的职责、规范登记机构的行为为主要导向,但这并非其唯一使命,在此之外,不动产登记法还需调整其他主体与不动产登记相关的行为。首当其冲的当然是民事主体的申请和公权力机关的嘱托,不动产登记法肯定要规定申请或嘱托的形式等限制性要求。^{〔7〕}不过,本文想着重强调的是,登记的办理往往还需要其他公权力机关或公共事务主体的协力,如公安机关或市场监管机关对申请人身份的验证、民政机关对当事人婚姻关系的证明等,明确这些协力主体与登记相关的权责,对于登记的效率和质量至关重要,《条例》第25条对此规定道:“国土资源、公安、民政、财政、税务、工商、金融、审计、统计等部门应当加强不动产登记有关信息互通共享”,自然资源部也与相关主管机关就合作事项共同发函,^{〔8〕}不动产登记法对此也必须予以调整。这样

〔7〕 参见程啸、尹飞、常鹏翱:《不动产登记暂行条例及其实施细则的理解与适用》,法律出版社2017年版,第10-11页、第176-178页。

〔8〕 比如,《自然资源部办公厅 国家市场监督管理总局办公厅关于推动信息共享促进不动产登记和市场主体登记便利化的通知》指出,不动产登记机构可根据申请人提供的市场主体名称和统一社会信用代码,查询市场主体登记信息,对申请人出示的电子营业执照进行核验并获取市场主体登记信息和电子营业执照。

看来,不动产登记法不仅调整登记机构的行为,还要调整其他主体的关联行为,其因此并非登记机构这一家的“部门法”,而是波及社会各界的公共法。

(三) 不动产登记法是信息法

不动产登记簿是不动产权利信息平台,呈现了不动产物权及与其相关的其他财产权等信息,不动产登记法因此是信息法。这一定位在现时尤为重要,因为网络信息技术的发展强烈冲击了纸介质登记,使之日渐衰微,而电子登记则愈发普及,登记制度也因此产生重大变化,这已引起国务院及其不动产登记主管机关的高度重视。^{〔9〕}不动产登记法必须顾及这些变化,再造相应的制度规范。

首先是信息生成机制的重大变化。《条例》第15条在2019年修订前,规定申请人要到登记机构办公场所现场申请登记,第16-21条规定申请人应严格按照《条例》和《细则》的规定提交申请材料,登记机构要当场审查并书面告知是否受理,在受理后再进行审核,并在应予登记时登簿、发证。这样一套流程下来,不动产权利信息得以在纸介质登记簿上生成。与纸介质登记相比,电子登记的信息生成机制更便捷高效,不仅申请人随时随地能申请登记,还能把房屋所有权转让、抵押等关联事项“打包”一并申请登记,有些材料也无需在申请时提交,登记机构可通过信息共享方式提取,并在线核验,在应予登记时实时登簿并形成电子证书。^{〔10〕}与这些变化对应,电子登记的申请、受理、查验、登簿和发证规范均应更新。

其次是信息衔接机制的重大变化。在纸介质登记,以登记簿为核心的登记资料自成体系,除非法律法规有特别规定或主管机关有特别需要,通常不会也难以与其他机关的信息衔接联动。在电子登记,登记信息与其他信息衔接的范围越来越广、程度越来越深。《条例》除了第25条的前述规定,还在第23条规定建立统一的不动产登记信息管理基础平台,第24条规定登记信息与住房城乡建设、农业、林业、海洋等部门审批信息、交易信息等实时互通共享。在此基础上,《国务院办公厅关于压缩不动产登记办理时间的通知》提出的数据共享交换平台,涉及公安、市场监管、机构编制、住房城乡建设(房管)、税务、银保监、自然资源、法院、民政、公证、国有资产监督管理、卫生健康等部门。不动产登记法应反映并规范这些变化。

再次是信息利用机制的重大变化。在纸介质登记,信息利用主要表现为登记资料的查询、复制,而在电子登记,除了登记资料的查询、复制更迅捷简便,登记机构还能利用其他机关和部门的相关信息,有关决策部门或市场主体还能使用通过数据共享交换平台形成的大数据,这些新的信息利用机制应受到不动产登记法的调整。

复次是信息安全机制的重大变化。在纸介质登记,确保信息安全的根本是妥当保管登记资

〔9〕 国务院及其不动产登记主管机关近两年对此有密集的关注,下发的主要文件包括《国务院办公厅关于压缩不动产登记办理时间的通知》《自然资源部关于全面推进不动产登记便民利民工作的通知》《自然资源部办公厅关于完善信息平台网络运维环境推进不动产登记信息共享集成有关工作的通知》《自然资源部办公厅关于推广京沪两地优化营商环境登记财产指标主要改革举措的函》等。

〔10〕 有关实践做法,可参见《舟山市不动产登记中心“三加三减”推进不动产登记“最多跑一次”》,载 http://zrzyt.zj.gov.cn/art/2017/3/31/art_1070728_6169115.html,最后访问时间:2020年5月9日;《南宁市将在全区率先推出不动产登记综合服务平台》,载 http://zrzyj.nanning.gov.cn/xwdt_57/nndt/t2586341.html,最后访问时间:2020年5月9日;《北京市规划和自然资源委员会朝阳分局联合北京市朝阳区人民法院召开执行案件不动产线上查控系统新闻发布会》,载 http://ghzrzyw.beijing.gov.cn/zhengwuxinxi/gzdt/cy/201912/t20191223_1423057.html,最后访问时间:2020年5月9日。

料，防止其物理形态上的毁损、灭失。在电子登记，信息难以出现物理形态上的毁损、灭失，但容易出现不当泄漏、黑客攻击等现象，为了保障信息安全，登记机构应在《网络安全法》等法律的指引下，承担与电子登记特点相应的信息安全保护义务，不动产登记法应对此详加规定。

最后是信息责任机制的重大变化。在纸介质登记，《条例》第16条第1款规定申请人必须对申请材料的真实性负责，因提供虚假材料导致登记错误的，要承担法律责任；《规范》第4.2.1条规定登记机构也需审核相关材料的真实性，其未尽审核义务导致登记错误的，要承担法律责任。在电子登记，申请人无需提交全部材料，登记机构能通过信息共享方式提取材料，这些材料的真实性由提供者和确认者负责，因这些材料导致登记错误的，参照《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第2条第1款，登记机构不应承担责任，不动产登记法应明确这种责任机制。

三、不动产登记法的功能

（一）搭建完备的权利平台

作为物权归属和内容的根据，不动产登记无疑是权利平台，为了最大程度满足市场主体的需要，它应全面展示不动产物权。与物权法定原则一致，只有法律规定的不动产物权才有登记能力。^{〔11〕}《民法典》物权编和《物权法》规定了诸多不动产物权种类，《条例》等既有规范赋予它们以登记能力，基本上能解决现实需求。但毋庸讳言，具有登记能力的不动产物权还有拓展和完善的空间，不动产登记法正是恰当的切入口，它能利用法律的高阶地位，在既有规范的基础上，总结实践经验，反映业界需求，查漏补缺地规定有登记能力的不动产物权，从而构建完备的权利平台。

需查漏补缺的是用益物权。《民法典》物权编规定的用益物权包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、居住权、海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权。它们并不全面，应通过不动产登记法来适度扩充。

首先应明确农用地的使用权。《民法典》物权编和《物权法》把土地承包经营权当成农用地上唯一的用益物权种类。所谓承包经营，是指农民分户承包集体土地，家庭自主经营，农户自负盈亏的经营制度。^{〔12〕}按照这种界定，只有以农户为单位承包经营集体农用地的权利，才能称为土地承包经营权，其最主要的特性就是均等化，即按照本集体内的农户成员数来定承包土地数，“按户承包，按人分地”。土地承包经营权标志着集体农用地上出现了权利分置，即所有权归于农民集体，使用权归于本集体内的农户，与此对应的经营体制通常被表述为“以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”（《农村土地承包法》第1条）。在土地承包经营权之外，还有以农用地为客体，以从事农业生产活动为内容的使用权，国有农场、林场、草场等用地机制均属此类，其显然不同于土地承包经营权，《细则》第52条第1款将其称为国有农用地的使用权。此

〔11〕 参见程啸：《我国法上的不动产权利体系与不动产登记能力》，载《中国不动产法研究》2016年第1期。

〔12〕 参见陈锡文、赵阳、陈剑波、罗丹：《中国农村制度变迁60年》，人民出版社2009年版，第33页。

外,集体也能把集体农用地确定给集体农业企业等使用,这也不是承包经营,该权利相应地可称为集体农用地的使用权。这两类使用权合并起来就是农用地的使用权,《土地管理法》第10条能成为其法律依据。把农用地的使用权确认为用益物权,既能明确权属,发挥农用地的最大效用,还能保障权利行使,排除外在干涉,符合《物权法》第120条第2句对用益物权的规制目的。客观地讲,不动产登记法将农用地的使用权明确为用益物权,赋予其登记能力,不过是将既有法律对该类权利的隐性表达予以显性化,并非创设新物权。

其次应明确未利用地使用权。我国实行严格的土地用途管制,在农用地、建设用地之外,还有未利用地。未利用地不是不可利用的土地,而是用途不能为农用地和建设用地所含括的土地,其仍然能被使用。《土地管理法》第10条同样能给以未利用地为客体的使用权提供法律依据,将未利用地使用权确认为用益物权的理由也与农用地的使用权一样,《细则》第52条第2款也为其提供了经验。故而,不动产登记法宜把以合法方式使用未利用地的权利确定为未利用地使用权,赋予其登记能力。

再次应明确无居民海岛使用权。根据《海岛保护法》第2条第2款,海岛是指四面环海水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域。从物理属性上看,作为海中陆地的海岛与土地无异,但海岛又与周边海域共同构成生态系统,且涉及国家海洋权益,故无论在功能上还是在法律地位上,海岛与土地不能混为一谈。海岛分为有居民海岛和无居民海岛,后者是“不属于居民户籍管理的住址登记地的海岛”(《海岛保护法》第57条第2项),也就是没有村庄、街道、住址门牌号、邮政编码和常住户口登记的海岛,它不等于无人岛,也不排除人在岛上必要的生产、生活活动。^[13]这意味着,虽然海岛已被开发、利用,但只要不属于居民户籍管理的住址登记地,就是无居民海岛。为了开发使用无居民海岛,实践中出现了无居民海岛使用权的称谓,即对无居民海岛依法进行占有、使用和收益的权利,与前述两种权利一样,无居民海岛使用权也符合用益物权的特质,《细则》第54条第3款也赋予其登记能力。不动产登记法应承受既有经验,规定该使用权。

复次,与前述思路一致,《森林法》第56条规定的采伐权、《野生动物保护法》第21-22条规定的狩猎权、《野生植物保护条例》第16条规定的采集权均属于特别法规定的用益物权,不动产登记法应赋予它们登记能力。

最后是储备土地使用权。在实践中,依法通过征收、收回等途径收储,准备向市场供应的土地是储备土地,它是国有建设用地使用权的来源。在储备土地通过市场交易设立出让国有建设用地使用权之前,土地储备机构能进行前期开发、管护、出租、临时利用等,但这些占有、使用和收益主要是为了保持地力,并确保土地符合市场供应条件,故储备土地使用权不同于国有建设用地使用权,也不同于其他任何一类用益物权,自成一格。根据国土资源部、财政部、中国人民银行和中国银行业监督管理委员会联合制定的《土地储备管理办法》第10条,在储备入库前,土地储备机构应向不动产登记机构申请办理登记手续,储备土地登记的使用权类型统一确定为“其他(政府储备)”,登记的用途应符合相关法律法规的规定。萧规曹随,储备土地使用权在不动

[13] 参见本书编写组编:《中华人民共和国海岛保护法释义》,法律出版社2010年版,第89页。

产登记法中也应具有登记能力。

（二）搭建便捷的交易平台

在实践中，不动产物权变动通常是交易的结果，登记机构在登记簿中准确记载该结果，能为以该物权为标的物的交易提供可靠的基础，这是登记作为权利平台能发挥的作用。而且，它并不止步于此，还能为相关交易搭建平台，展现交易过程，以推动交易的便捷化，提高交易效率，就此而言，登记还是交易平台。

实践经验对此能提供丰富的例证。比如，法律无法全面规划物权的内容，总要预留当事人约定的空间，无论是地役权的利用目的和方法，还是抵押权担保的债权范围，要由当事人自治，它们均能登记。又如，共有人能约定共有物的处分权限归为某一共有人、全体共有人抑或其他，《规范》第2.1.3条允许该约定载入登记簿，这显然有助于准确判定共有物的处分权限。再如，为了保护债权人的利益，买卖合同等不动产物权变动的原因行为能预告登记。还如，除了基于不动产物权的信托能登记，根据《农村土地承包法》第41条，基于土地承包经营权的土地经营权交易也能登记。

所有这些都表明，不动产登记在承载不动产物权的同时，也为交易提供了便利，故其同时也是交易平台。借助这个平台，交易相对人能准确且便宜地确定不动产物权信息，减少交易成本，此外更重要的是，这个平台有助于增加交易确定性，有助于创新交易模式。在充分反映既有经验的基础上，不动产登记法应全方位积极扩宽登记功能，使其切实成为推动不动产交易发展和创新的平台。

预告登记、信托、土地经营权交易都依托于不动产物权展开，底层的不动产物权是这些交易得以成型的基础，若它们不能在登记中显示，就需要另设其他交易平台，^[14]而这些平台没有底层的不动产物权信息，当事人还要再通过查询登记资料才能确知，这就徒增交易成本。除了前述交易，以房屋、建设用地使用权、海域使用权、无居民海岛使用权、储备土地使用权等为标的物的租赁，通过BOT、PPP等方式取得的房屋、道路、桥梁等经营权或收益权，对承租的房屋、共有份额等的优先购买权，也有借助底层不动产物权信息的需求，理应记入登记簿。

不动产登记增加交易确定性的途径很多，不一而足。其能从主体入手，明确相关权限，对共有人处分权限的登记就是适例，与此相当，共有人对共有物使用、管理、分割的约定，小区规约对业主使用共有部分权限的规定，也应能登记。^[15]其还能从客体入手，明确不同客体的关系。比如，像《瑞士民法典》第805条第2款、946条第2款那样，在登记簿中明确不动产的从物，进而使从物随主物处分的规则适用起来更为确定；又如，明确不同不动产分别是需役地和供役地的法律地位，即便它们同归一人，仍能像《瑞士民法典》第733条、我国台湾地区“民法”第859条之4那样设立自己地役权，以便权利人事先规划不动产的利用。其还能从内容入手，明确权利人对标的物的支配利益，除了登记地役权的利用目的和方法、抵押权担保的债权范围，登记土地承包经营权、农用地的使用权、未利用地使用权、海域使用权、无居民海岛使用权中的具体

[14] 比如，登记机构一直未实际开展不动产信托登记，实务业界为了解决需求，只能自设上海信托登记中心等交易平台。

[15] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, S. 186; Brehm/Berger, Sachenrecht, 3. Aufl., Tübingen 2014, S. 81.

用途、使用方法,也均有实益。而且,登记是公示机制,其对社会公众公开,当事人进行交易的约定被登记后,能被公众知悉,进而产生约束第三人的效力,这样一来,第三人在查询登记后就能决定是否或如何进入该交易,减少其信息获取成本和决策成本,还能维持交易的稳定性,减少不必要的协商成本和纠纷解决成本,如在共有物使用、管理、分割的约定登记后,某一共有人将其份额转让给第三人,第三人就必须遵守该约定,不能要求推翻重来。

从根本上讲,不动产交易的创新源自交易主体的创意和交易业界的认可,而法律的限制越少,创新的空间就越大,不动产登记法在此方面大有可为。比如,实践中不少房屋租赁企业没有自有房屋,而是在承租他人房屋后进行租赁经营,在房屋租赁能被登记后,以这些企业的租赁权为担保财产进行融资,并通过登记来表征该担保权利,就非天方夜谭,在江浙地区比较流行的以商铺租赁权为客体的担保就是先例。其实,只要具有流通性的财产权记载于不动产登记簿,就能通过登记来设立担保权利,这种交易的面向是相当宽阔的。又如,实践中以转让房屋所有权等不动产物权的方式来担保债权的不动产让与担保屡见不鲜,根据最高人民法院2019年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第71条,债权人不能确认其享有不动产物权,只能对标的物享有优先受偿权,既然如此,就不妨把当事人的约定记载于登记簿,以明确让与担保的法律地位。再如,通过信息衔接机制,不动产登记与企业信息登记、交通运输工具登记、知识产权登记、动产融资统一登记等公示系统联通互动,就能完整显示企业财产信息,从而推动以企业整体财产为客体的担保。

纸介质登记的承载能力相当有限,但通过预告登记等,已然发挥了交易平台的作用。与纸介质登记相比,在网络信息技术的加持下,电子登记的承载能力在理论上是无限的,操作的便捷度与纸介质登记也有云泥之别,它能很方便地把表现交易过程的约定载入登记簿,其交易平台的作用更应得到发挥,不动产登记法对此应提供充分的法律保障。

(三) 搭建高效的监管平台

我国对不动产的利用和交易进行严格监管,如以划拨方式设立国有建设用地使用权,必须经过县级以上人民政府的批准(《土地管理法》第54条、《城市房地产管理法》第24条),但仅有批准文件,而未经不动产登记,仍不能取得划拨国有建设用地使用权。这表明,尽管划拨并非法律行为,但划拨国有建设用地使用权的设立不遵循非依法律行为的不动产物权变动规范,不动产登记仍是不可或缺的要件,行政审批这样的监管措施不能替代登记。既然登记是划拨国有建设用地使用权设立的临门一脚,由它来把关前述的监管,是现实且有效的途径,《细则》第34条第2款就把国有建设用地划拨决定书作为办理划拨国有建设用地使用权登记的必备材料,由此使登记成为落实监管的平台。

对于依法律行为的不动产物权变动,登记同样是落实监管的平台。商品房销售是我国最主要的不动产交易方式,为了维护安定有序的交易机制,其全生命周期都受到高度监管,如开发建设需要取得建设工程规划许可证,竣工需要竣工验收证明,而为了调控房价,有些城市还通过“限售”“限购”等限制商品房或交易主体的资格,同时,为了解决执行难,失信的被执行人被限制购买不动产,如此等等的监管措施均要落实到位,方能实现预期目的。由于销售的目的指向房屋所有权转移,不动产登记决定该目的能否实现,借由这一最关键的环节,把不符合监管要求的交

易过滤掉，使之不能实现交易目的，当然是合理且高效的便宜之举，如《细则》第35条把建设工程符合规划的材料、房屋已经竣工的材料等作为办理国有建设用地使用权及房屋所有权首次登记的必备材料。

把监管证明材料作为办理不动产权利登记的必需材料，实际上是在倒逼交易当事人必须满足监管要求，并督促有关主管机关积极行使职权，依法及时切实落实监管措施，在此意义上，登记担当着监管平台的作用。除了通过登记来倒逼落实监管措施，登记还能作为监管的前置，如前文提及的储备土地使用权，没有登记，就不能入库储备，监管无法进行，登记在此也起到监管平台的作用。

为了落实“放管服”改革、优化营商环境，也为了促使监管及时到位，不动产登记法应充分发挥其信息法的作用，确保登记机构和监管机关建立畅通无阻的实时信息互联互通机制，并合理配置规范，进而把登记搭建成高效的监管平台。

四、不动产登记法的观念

（一）以统一登记为根本

虽然我国实质推动不动产统一登记制度建设不到十年时间，目前还有不少遗留问题和新增问题亟需解决，但在经历从分散登记到统一登记的转型阵痛后，实践证明统一登记的大方向是对的，正是在这样的背景下，不动产登记法成为夯实和保障统一登记的根本法。

统一登记是把登记从不同行政主管部门的不动产管理事权中分离出来，整合到一个部门来办理，由此形成统一的登记机构，遵循统一的登记制度。^{〔16〕} 不过，在统一登记制度建设之始，考虑到我国实际情况，土地承包经营权登记未纳入统一登记，而是设置了5年过渡期，故《条例》第33条第2款规定，土地承包经营权登记在过渡期内按照国家有关规定执行。目前过渡期已满，但土地承包经营权登记是否纳入统一登记，尚未见明确规范，而登记机构不少人士认为土地承包经营权登记与其他不动产登记的基础差异较大，建议仍保持独立。2018年修订的《农村土地承包法》第24条规定：“国家对耕地、林地和草地等实行统一登记，登记机构应当向承包方颁发土地承包经营权证或者林权证等证书……”这种表述看上去似乎保留土地承包经营权登记的独立性，因为该条仅规定农用地统一登记，完全可以把它理解为“开天窗”，是其他登记一个平台，农用地单独另设一个登记平台，而且，该条规定的权利证书也不同于《条例》第21条第2款规定的与统一登记对应的不动产权属证书。这种认识不应赞同，因为土地承包经营权登记与其他不动产物权登记没有本质差异，其自身没有任何不能融入统一登记的独特性，将其独立出来，除了背离了统一登记的大方向，没有任何益处。故而，不动产登记法应秉持统一登记的观念，设置统一的登记机构和制度。

在目前的实体规范中，不动产登记的法律效力有两类，一是决定不动产物权变动的设权力，二是虽然不决定不动产物权变动但能产生对抗善意第三人的对抗力，前者主要适用于房屋所有权

〔16〕 参见王利明：《构建统一的不动产权属公示制度》，载《政治与法律》2014年第12期。

的转让、国有建设用地使用权的出让和转让、居住权的设立、不动产抵押权的设立,后者主要适用于土地承包经营权的设立和转让、地役权的设立。登记之所以在土地承包经营权和地役权变动中产生对抗力,主要是因为《物权法》制定之时,农村土地物权缺乏完备的登记机制,登记的缺失使土地承包经营权和地役权无所依托,在此情况下,登记只宜具有对抗力。^[17]但现在情况完全不同,通过中央组织推动的集体土地所有权、土地承包经营权等农村土地物权确权登记发证,农村土地物权登记的基础工作渐趋完备,登记具有产生设权力的条件。为了消除登记对抗力产生的不确定性,不动产登记法宜将不动产物权登记的法律效力统一为设权力。当然,只要合同约定有效,以不动产物权为标的物的债就能产生法律约束力,登记对此没有制约作用。

(二) 以便民利民为导向

不动产统一登记自始就以便民利民为导向,《条例》第1条、第4条第2款对此有明确表达,在此指引下,登记制度在相当程度上突出了便民利民的特点。比如,根据《条例》第7条第2款,对于跨县级行政区域且不能分别办理的登记,只要当事人向其中某一登记机构提出申请,该机构就应与其他登记机构进行协商,而不能以跨区域为由,要求当事人自行向上一级主管部门寻求解决之道。又如,按照《细则》第19条第1款规定,当事人可以持法院、仲裁委员会的生效法律文书或政府的生效决定单方申请登记。这样的例子不胜枚举,它们方便了当事人申请登记,能减少当事人办理登记、实现权利等办事成本,应在不动产登记法中继续保留。

当然,在便民利民的导向下,不动产登记法还有不少制度完善空间。比如,在混合法的定位下,不动产登记法完全能扩展代位权的适用范围,把申请登记的权利作为代位权的适用对象,即在有权申请登记之人怠于申请登记,与其有利害关系之人为了保全自己利益,有权以自己名义代位申请登记,这能适用于某一位或某一些继承人代位其他继承人申请继承登记等情形。又如,在总结证明事项告知承诺制成功经验做法的基础上,^[18]作为公共法的不动产登记法能把该制度有机引到登记申请之中。再如,基于搭建便捷的交易平台和高效的监管平台的功能,不动产登记法应遵照比例原则,允许不违背监管目的的交易事项载入登记簿,如在满足“限售”“限购”等条件之前,当事人进行房屋买卖的,尽管不能办理所有权转移登记,但只要买卖合同有效,应允许预告登记,并在符合条件后办理转移登记。还如,在公共法和信息法的定位下,并基于搭建便捷的交易平台和高效的监管平台的功能,不动产登记法可以规定并行的监管和登记同时开展,相互配合,如房屋交易网签备案的办理与预告登记的申请完全能够并联,即当事人到房屋主管机关办理网签备案,只要不明确表示反对,就视为同时申请预告登记,反之亦然,这样房屋主管机关和登记机构就能齐头并进,同时展开工作,提高办事效率,并通过信息互联及时核对,避免出现结果不一致的矛盾冲突。所有这些制度措施都意在保持和提升登记的便民利民度,使不动产登记法在最大程度上成为便民利民法。

(三) 以提高质量为指针

随着“放管服”和优化营商环境的改革,不少地方的不动产登记机构以提高办事效率为宗

[17] 参见高圣平:《不动产统一登记视野下的农村房屋登记:困境与出路》,载《当代法学》2014年第2期。

[18] 参见《国务院办公厅关于压缩不动产登记办理时间的通知》《司法部关于印发开展证明事项告知承诺制试点工作方案的通知》。

旨，提出国有建设用地使用权及房屋所有权转移登记、抵押登记等登记业务“立等可取”“秒批秒结”，即从当事人申请到登记机构受理、审核、登簿、发证等，实现一条龙式的“现场办结”。这种做法以效率为导向，体现了便民利民原则，在市场上颇受欢迎。不过，立足于登记自身的规律性，不动产登记需要重效率，但更需要重质量。不动产登记法必须确立提高登记质量的理念。

首先，尽管不动产登记是行政行为，但其不仅事关国家在不动产领域的治理秩序，还直接决定并表征不动产权的归属。就此来看，登记属于确定和保护不动产权的基础性机制，事关千家万户的切身利益，必须以提升质量为重，登记结果要与真实权利保持高度一致，而要做到这一点，不动产登记法就必须把登记程序规范明确为强制性规范，登记机构也必须严格按照规范要求进行操作，切不可为了追求效率而从简办事。换言之，作为不动产权归属和内容的根据，登记与不涉及私权的其他行政行为明显不同，登记机构在主导操作时，必须慎重对待，不能受制于“立等可取”“秒批秒结”的要求而操之过急，否则就很容易造成登记错误，一旦给权利人造成损失，在房屋等不动产价值日益高企的今天，其结果不仅是要由登记机构承担天价赔偿，更重要的是，这样的情形增多还会损及登记的社会公信力，不利于统一登记的推行。

其次，不动产登记是一种程序构造，包括申请、受理、审核、登簿、发证等环节，这些环节的功能各异，在每个环节中，登记机构的职责也不相同。登记机构在主导操作时，必须根据这些规范而为，只有这样，才算是依法行政。“立等可取”“秒批秒结”的单纯追求效率的要求会导致程序环节的合并或省略，这在客观上导致登记机构难以依法办事。不仅如此，为了促进当事人慎重行事、确保交易安全，在登记完成前，当事人有撤回申请的权利，这实际上是把申请后、登簿前的期间当成当事人的犹豫期，“立等可取”“秒批秒结”无疑使当事人丧失撤回权这种程序性权利，与不动产登记的制度宗旨并不切合。

再次，不动产统一登记整合了原来的分散登记，这一过程既要打破旧制度，还要建立新秩序，在此破旧立新之时，要想在高效率的同时确保登记正确率，就必须夯实不动产的基础信息并使之完全齐备，必须促进不动产交易管理和登记的无缝衔接，必须建立一支人数充足且素质良好的登记人员队伍，必须借助高科技措施辅助登记人员进行审核，缺少上述的任一条件，都难以兼顾高效率和高质量。若具备上述条件，要求“立等可取”“秒批秒结”，自然没有问题。但从实践情况来看，各地普遍都不完全具备上述条件。比如，已建成且居住的住宅有土地证而无房产证，或有房产证而无土地证，能否或如何办理这样的住宅转移登记，成为各地不动产登记最突出的问题之一，这表明不动产登记基础信息不齐备；又如，在房屋行政管理部门的推动下，新建商品房乃至二手房在交易时均需网签备案，与此相关的材料是否为登记机构办理所有权转移登记必备的材料，在实践中也颇有争议，这表明不动产交易管理和登记的衔接还亟待进一步加强。在这样的现实要件制约下，强行要求并推广“立等可取”“秒批秒结”，显然不是实事求是，而是脱离了实际，容易出现问題。

最后，从比较法经验来看，房屋所有权转移登记基本上没有“立等可取”的适例。《民法典》物权编和《物权法》深受德国民法的影响，目前我们不动产登记采取的申请原则、一体登记原则、连续性原则和属地原则也与德国不动产登记的法律原则基本一致，而在德国，登记机构办结房屋所有权转移登记的时间虽然有区域性差异，但通常在15~30日之间。此外，就笔者所知，

瑞士、日本等对我国物权法学理和规范产生不同程度影响的大陆法区域也没有“立等可取”的刚性要求。之所以如此，目的无他，仍在于通过严格遵循程序要求，确保登记质量。

五、结 语

我国不动产统一登记是一场改革，它结束了过往分散登记的局面，不动产登记法是对这场改革经验的总结和推广。无论什么改革，都不可能推翻过去的一切，既往的可用资源仍会发挥其应有的作用。统一登记也是如此，目前发挥中坚作用的诸多制度都源自分散登记时的土地登记和房屋登记，它们的可用性和正当性经历了长时间的实践检验。正是因此，虽然统一登记的时间不长，但其渊源脉络的时间跨度并不短，这是不动产登记法最坚实的基础。而且，这场改革伴随着“互联网+”、“放管服”改革、优化营商环境等重大革新，它们的共性很明显，除了改革和创新，就是在信息化基础上的便民化，这些稳定的内涵也给新制度提供了稳定的指向，这也是不动产登记法得以成型的重要保障。

与其他任何一部法律一样，不动产登记法的立法是系统工程，它虽然由自然资源部主导起草，但对制度取舍有实质决定权的是司法部和全国人大，在此过程中还要征集诸多方面的意见，这注定不动产登记法的立法不是哪一家说了算，而是必须平衡多方利益。但无论如何，立足于既有经验，着眼于发展趋势，凝神聚气地探寻不动产登记法的内在规律，是讲透理、求共识、立好法的必有步骤。本文探讨不动产登记的定位、功能和观念，也正是意图通过论述不动产登记法的基础道理，来为我国的不动产法立法贡献绵薄之力。

• 85 •

Abstract: The legislation of real estate registration law is important and its orientation, function and idea should be carefully reviewed. In respect of orientation, the real estate registration law contains both public law and private law, both procedure law and material law; it governs all public issues related to real estate registration; it reflects all information related to real rights. In respect of function, the real estate registration law may help to build a comprehensive platform for registration of all sorts of real right, for efficient transaction of real right, and for efficient supervision on those transaction. In respect of idea, the real estate registration law is the fundamental law for unification of registration; it is benefit for the people; it should maintain high quality and ensure the correction of the registration

Key Words: real estate registration, legislation, orientation of law, function of law, ideal of law

(责任编辑: 武 腾 赵建蕊)

论共有物分割请求权的性质及行使方式

刘 宇*

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

关键词：共有物分割请求权 共有物分割协议 形成权 物权变动

一、问题的提出

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

* 刘宇，中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

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

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

二、共有物分割请求权的性质

(一) 学说判例见解

1. 形成权说

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

2. 请求权说

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

• 87 •

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

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

〔4〕 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第240页。

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

〔6〕 参见前引〔3〕,王泽鉴书,第356页。

〔7〕 即不具有依照权利人单方意思表示即可变动法律关系的效力。

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

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

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

3. 实务观点

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

（二）本文见解

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

1. 共有物分割之诉作为形成诉难以与请求权说相兼容

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

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

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

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

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

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

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

〔15〕 张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2004年版，第38页。

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

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

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

2. 分割的非即时性不能否认分割权的形成性

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

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

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

〔18〕 前引〔9〕,陈荣传文,第188页。

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

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

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

〔22〕 参见前引〔20〕,韩世远文。

权为例，买卖合同一方当事人行使权利后，合同自然解除。但之后的清算关系中仍有许多未决问题。^{〔23〕}如原物返还时他方占有使用原物的费用如何支付，原物无法返还时的作价赔偿的数额等等事项，尚需合同当事人协商解决，协商不成亦需裁判确定。^{〔24〕}虽然逻辑上，自合同解除之时，当事人之间的利益状态、法律关系立即从合同履行状态转入特定的合同解除结果，然而合同解除权行使后不会立刻导致合同双方权利义务关系的终止，我们亦不会否认解除权的形成性。

最后，与其认为请求权说的论者否定了分割权的形成性，莫若说他们提醒我们关注，该如何配置分割请求权、减价权的法效果以使得该类权利能够符合形成权当有之义。具体来讲，就是我们应该如何看待在司法裁判之前已有的商讨结果，如减价协议、共有物分割协议，赋予它们怎样的效力，才能实现法体系的周延。后文将对此详论。

3. 共有物分割请求权与共有人的优先购买权属对等的形成性权利配置

有论者指出，出让应有份额和共有物分割都属于退出共有的方式，况且作价形式的分割与诸共有人将应有份额转让给同一人在利益格局上并无二致，然而出让应有份额时，交易模式是以要约承诺的传统形式展开的，出让人并不存在一项形成性的权利，于是，此时我们赋予要求分割之人一项形成性的权利是对分割人的变相优待，欠缺实质上的合理性。^{〔25〕}

本文认为，上述见解并未完全把握共有人出让应有份额时完整的利益图景，也忽略了出让应有份额的复杂性。一方面，虽然共有人将各自应有部分均出让于同一人，利益格局确实与共有物分割并无二致，但出让应有部分的常态模式并非如此。之所以私法在分割共有物的场合中会赋予提出分割之人一项共有物分割请求权，是因为站在社会总体利益来考量，简化共有关系避免利用共有物时徒增的内部洽谈成本更能增加社会总体福祉。^{〔26〕}而出让共有份额并不当然是在简化共有关系，甚至由于新加入共有关系的共有人与原共有人之间缺乏信赖而使共有关系进一步复杂化。另一方面，出让共有份额时，出让人之外的其他共有人享有的优先购买权完全可以看作是与分割请求权对等的权利配置，即二者都是为了简化共有关系，而赋予共有关系中特定人的优越地位。出让的份额被原共有人购得一定程度上简化了共有关系，^{〔27〕}符合私法立法者的利益取向，所以为了激励人们如此行事，立法者为原共有人配置了具有形成效力的优先购买权。又因为利用优先购买权使共有份额聚合不是彻底解决共有关系的方式，其强度和便捷性远不如分割，数次份额让与交易同样会耗费不少交易成本，所以优先购买权强度不如共有物分割请求权就理所应当。只不过由于在出让份额时，简化关系的方向是其余共有人购得份额，所以优先购买权配置给了其余共有人；而分割时，提出分割者本身就在促使关系的简化，所以自然权利主体为分割者本人。其间自无什么不当的利益优待，反而相得益彰，彼此互证合理性。

4. 不存在形成权无法涵盖的特殊情形

最高人民法院物权法研究小组认为，虽然分割请求权一般情况下符合形成权的特征，但如果存在不可分割的事先协议，同时提出分割的共有人又没有举证证明存在重大理由，那么提出分割一方

〔23〕 参见朱虎：《解除权的行使和行使效果》，载《比较法研究》2020年第5期。

〔24〕 参见刘凯湘：《民法典合同解除制度评析与完善建议》，载《清华法学》2020年第3期。

〔25〕 参见前引〔9〕，陈荣传文，第189页。

〔26〕 参见张永健：《物权之经济分析：所有权》，北京大学出版社2019年版，第282页。

〔27〕 参见戴孟勇：《论按份共有人优先购买权的行使规则》，载《法学杂志》2020年第9期。

的请求无法获得支持,此时分割请求权就不符合形成权的特征。故该权利定性为请求权更为恰当。^{〔28〕}

管见以为,物权法研究小组此处应有误会,其所谓例外情形不过是行使权利的前提条件而已。任何权利的成就都需要满足特定的构成要件,共有物分割请求权自不例外。虽然通常情况下,共有人可随时请求分割,但倘若共有人之间对分割事由有其他预先的安排,在私法自治的语境下,只要该安排不与禁止性规范相冲突,自然能够在共有人之间产生约束力。^{〔29〕}换言之,于此情形,实际上是共有人之间对共有物分割请求权的行使作出了特定的私人限制。而在这种特定限制情形下,为了促进共有物的分割,立法者又另行重新调整了共有物分割请求权适用的前提条件,其本身无涉权利性质的问题。

5. 小结

综合以上几点,本文认为,虽然请求权说的反对意见指出了形成权说论者未及阐述清晰的问题,但这些问题能够被融通地回答,并无不可挽救的矛盾存在。同时形成权说包含着强有力的自证性——只有形成性的共有物分割请求权才可逻辑无碍地引发形成性的共有物分割判决。所以本文认为,将共有物分割请求权认定为形成权可采,但本文文中仍将称该权利为共有物分割请求权,毕竟长期以来约定俗成的术语指称值得尊重。

三、共有物分割请求权的行使方法

(一) 分割请求权是否需要依诉行使

分割请求权为形成权并不意味着私人可以通过自己的意思表示运用这一私法上的“权力”。倘若分割请求权属于理论上所称之“形成诉权”,^{〔30〕}则私人只能在诉讼中依诉行使该权利。因此,该权是否为形成诉权事关分割请求权的行使,值得预先考察。

形成权理论扩展了民法权利技术的维度,曾被喻为法学上重要的发现。^{〔31〕}据文献考证,形成权的拟创者泽克尔在论述形成权行使方式时提出,通过形成之诉行使形成权的法律结构称为双重事实结构。^{〔32〕}所谓双重事实结构是指法律行为与国家行为的结合。这种双重事实结构存在是因为对某些涉及重大公共利益的法律关系的塑造,私人的法律行为尚不可自给自足。于是基于法政策考量,立法者认为在某些特定的形成权场合,必须在法律行为之外另行耦合上一个具体的国家行为,即生效的形成判决,这类形成权(形成诉权)才可最终发挥其塑造私法关系的效力。

从形成诉权的双重事实结构不难看出,形成诉权的存在暗示的是立法者某种必要的管制思维。^{〔33〕}苛加于私人行为之上的形成诉讼的负担,实际上是在限制私法意思的权能范围。其通过对形成权行使方式的限制,达致限制私人意思表示,进而实现为私法自治划出边界的目的。借此而言,依照私法自治的一般原理,对私法自治的限制应当有明文规定,否则应按法无禁止即可为

• 91 •

〔28〕 参见前引〔10〕,最高人民法院物权法研究小组主编书,第307页。

〔29〕 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第118页。

〔30〕 参见前引〔29〕,朱庆育书,第505页。

〔31〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第4册),北京大学出版社2009年版,第8页。

〔32〕 参见申海恩:《私法中的权力:形成权理论之新开展》,北京大学出版社2011年版,第202页。

〔33〕 参见胡晓、王雪羽:《私法形成权之涉诉形态研究》,载《南京社会科学》2020年第3期。

的逻辑展开。^{〔34〕}典型的形成诉权，如债权人的撤销权，其成文规定于《民法典》第 539 条：“债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。”再如，情势变更中的合同解除权，其成文规定于《民法典》第 533 条：“在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”二者的实证法条文中都使用了“请求人民法院”的表述，以明确权利需依诉行使。而共有物分割请求权所寄生的《民法典》第 303 条，相比较于以上二者，却没有表达任何该权利需要依诉行使的要求，条文中“请求分割”的用语中间也没有插入人民法院一词，所以难以认为该条文如以上二者一样，明确地划出了不得单独私人行为的界限。^{〔35〕}因此，该权为形成诉权的看法欠缺成文法的实证支撑。事实上，形成诉权作为私法权利行使的特别制度安排，^{〔36〕}如果没有具体法律规定的要求，我们是不可能理论上杜撰出一项形成诉权的。

另外，运用司法裁判的方式分割共有物，介入了司法官个人的意志。而这种意志介入后，不可避免会使共有物分割中的某个共有人陷入他治的状态。虽然本文大体上承认，此种他治状态是我们化解共有物分割纠纷必须要付出的成本，^{〔37〕}但作为以私法自治为基本价值取向的物权法领域，任何有违基本价值理念的路径都只应该看作是束手无策后的兜底性选择，而不应该将其作为常态化的制度正义原型。^{〔38〕}因此在没有法律明确规定，也极度欠缺理论关联的情况下，本文认为，无法将共有物分割请求权认定为形成诉权，该权应属一般形成权，私人可依自己的意思表示行使，不必通过诉讼方式。

（二）先行协商是否是通过诉讼行使该权利的前置条件

《民法典》第 304 条第 1 款规定：“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。”前述已论及，分割请求权无需依诉行使，所以在《民法典》303 条的规定中没有插入“人民法院”一词，然而令人困惑的是，规定分割方法的《民法典》第 304 条同样没有出现“人民法院”一词。不过按照体系解释，虽《民法典》第 304 条未规定在达不成协议时应由何人来主持分割，但能够在共有人达不成协议时运用“应当”强制力化解纠纷的唯人民法院或仲裁机构而已，共有人本身显然难以成为《民法典》第 304 条中“应当”之主语。因此，《民法典》第 304 条应解释为：“当无法达成协议时，共有人可提请法院裁判分割。”^{〔39〕}而裁判分割同时又需要遵循本条关于实物分割、变价分割或折价赔偿的方法。

但共有人提请法院裁判分割之前是否需要先履行协商程序，而不可径直向法院提起分割之诉，《民法典》第 303 条、第 304 条未具明文。依学界通说见解，分割之诉需以共有人不能协议为要件，未经协议，不得径行起诉。^{〔40〕}《民法典》第 304 条“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议……”的表述，从文义解释上而言可能也更靠近先协商后起诉的模式。不过正如学者指

〔34〕 参见易军：《“法不禁止皆自由”的私法精义》，载《中国社会科学》2014 年第 4 期。

〔35〕 换言之，此处认为分割请求权为形成诉权的看法已经超出条文本身“可能的文义”之范畴，于是其并非是一种法教义学观点。参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社 2019 年版，第 26-32 页。

〔36〕 参见前引〔33〕，胡晓、王雪羽文。

〔37〕 参见前引〔29〕，朱庆育书，第 319 页。

〔38〕 参见易军：《私人自治与私法品性》，载《法学研究》2012 年第 3 期。

〔39〕 前引〔1〕，黄薇主编书，第 589 页。

〔40〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第 244 页。

出的：若共有人未经协议而径行提起分割之诉，但作为被告的其他共有人对是否分割或分割方法有争议的，法院似乎也不能因提起诉讼的共有人未经协商而驳回其起诉。^{〔41〕} 进一步而言，共有人起诉前虽没有协议分割，但起诉后，法院查明共有人之间的确存在不能协议分割的事实，法院此时应认定共有人的径行起诉具有诉讼利益，起诉应属合法起诉，是否事先经过分割协议并不重要。^{〔42〕} 除此以外，我国司法实践中多有先行调解程序、庭前调解程序，^{〔43〕} 而这类多元的调解机制往往先于法院的实体诉讼过程。甚至进入了实体诉讼过程中，也不妨碍当事人在法院的主持之下达成调解协议。^{〔44〕} 易言之，共有人之间的“协议”程序，完全可以也能够在司法程序启动后再展开。所以本文认为，不必拘泥于传统学说中要提起分割之诉，需有协议在先的看法，共有人可不经协商直接向法院提起分割之诉，以最大程度保证分割之自由，减少不必要的限制。

四、共有物分割请求权的行使效力——以分割协议为中心展开

共有物分割请求权既可由共有人自行行使，也可借由诉讼的方式行使。通过诉讼方式行使分割请求权时，该诉具有直接变动物权的效力，乃属学界和实务的一致观点。但倘若在分割之诉之前，诸共有人就达成了共有物分割协议，这一协议的性质和效力为何，仍值得探讨。以传统解释来看，在物债二分框架下，^{〔45〕} 由于共有物分割协议未经公示程序支撑，^{〔46〕} 基于交易安全的考虑，将其认定为债权协议似无不当。虽然不少学者认同共有物分割请求权是形成权，但他们却不认可共有物分割协议能够直接变动物权，恐怕很大一部分原因就是出于这一考虑。^{〔47〕}

对于分割协议亦存另一种解释的可能，即共有物分割协议是行使共有物分割请求权的方式，所以依据该权利的形成性，分割协议就应能直接改变既有的法律关系，变动物权。“解释具有商谈的特点。在这过程中即使方法上无可争议的努力也不能提供绝对正确的，在专业眼光看来毫无疑问的断言，而只是提出一些理由，并列出与之相对的另一一些理由，最后选择（其中相比较之下）较好的理由”。^{〔48〕} 本文以下即致力于此，意图说明为何相较于传统债权协议的解释，将分割协议解释为行使形成权的方式，从而具有变动物权的效力更妥当，更能在法体系上达致通融。

（一）分割协议具有物权效力不妨碍交易安全

交易安全在市场环境中殊为重要，^{〔49〕} 比起债权协议而言，认定分割协议属于行使形成权的

• 93 •

〔41〕 参见前引〔5〕，谢在全书，第375页。

〔42〕 参见前引〔5〕，谢在全书，第376页。

〔43〕 参见卢腾达：《民事纠纷调解前置程序的法律规制研究——以上海法院诉调对接的“先行调解”模式为样板参考》，载《时代法学》2018年第2期。

〔44〕 参见徐炳熹、庄治国：《调解前置：多元化纠纷解决机制的优化路径选择》，载《延边大学学报（社会科学版）》2017年第5期。

〔45〕 参见李永军：《物权与债权的二元化分对民法内在体系外在体系的影响》，载《法学研究》2008年第5期。

〔46〕 参见郭明瑞：《关于物权法公示公信原则诸问题的思考》，载《清华法学》2017年第2期。

〔47〕 参见前引〔3〕，王泽鉴书，第363页；前引〔3〕，杨立新书，第118页；前引〔5〕，谢在全书，第371页。

〔48〕 〔德〕齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第69页。

〔49〕 参见张明：《物权法安全价值解析》，载《法制与社会发展》2006年第6期。

方式，从而可以直接变动物权，是否更不利于交易安全，^{〔50〕} 值得进一步分析。以下分动产、不动产详论。

1. 动产

在分割之物是动产情形下，如果采债权协议说，签订分割协议后，共有人之间尚需依协议约定的方式转移物之占有，以完成公示程序，^{〔51〕} 物权才可变动。这与分割协议可直接变动物权似乎没有相同之处。但倘若进一步追问，债权协议说的语境中共有人之间如何完成占有的转移，如何完成公示程序，问题则没有那么清晰了。原因在于，共有物分割之前，各个共有人即使没有直接占有共有物，起码各个共有人对共有物也处于间接占有状态。^{〔52〕} 换言之，不论如何分割，最终获得共有物的共有人自始至终都持续占有着共有物，此时没有完成公示的空间，也没有完成公示的必要。虽然我们可以在规范层面，想象逻辑上的一秒钟，或者以简易交付的模型对共有物分割做同态处理，但终局结果都是债权协议生效之时，物权变动立即完成。^{〔53〕}

借此而言，在分割之物是动产的情形，即使我们恪守物债二分的逻辑，债权协议性质的分割协议亦具有即刻变动物权的效果。第三人在债权协议说的状态中，并没有得到更为优越的交易安全保护。二者唯一可能存在的差别是，协议无效后，恢复权利时不同的理论路径。按行使形成权之见，倘若协议无效，形成权行使的私人意思也无效，则塑造新的法律关系的力未能成就，原共有关系不变，在规范视域中，视为自始至终无物权变动发生；而依债权协议之见，是否采取物权行为论，又会产生不同的结论。若不采物权行为论，债权协议无效，物权变动自然无效，其等同于行使形成权一说。^{〔54〕} 若采物权行为论，则物权已经变动，债权协议无效只生不当得利返还的效果——只有此时，勉强能够认为交易安全得到了强化，然而这种强化与债权协议一说关联已不密切，因为强化的安全来自物权行为理论，而非合同相对性。^{〔55〕}

2. 不动产

不动产的物权变动端赖登记簿的变更登记，这与仅凭占有就可完成公示的动产截然不同。也正因如此，对不动产分割协议的讨论，应依登记状态的区别，分而述之。

在各个共有人都在权利登记簿上时，主张分割协议直接发生物权变动并不会损害任何第三人的信赖利益。因为在这种情形下，即使分割直接生效，发生物权变动，共有物归某共有人独有，权利登记簿上仍然处于原有登记状态。此时真实情形与登记情形不相符，如果该物要对外进行流转，反而由于不相符的登记状态，更为提醒第三人谨慎交易，不存在妨害第三人信赖的危险。另

〔50〕 关于交易安全在物权变动过程中所应赋予的权重问题可进一步参见张淦纶：《关于“交易安全理论”：批判、反思与扬弃》，载《法学评论》2014年第4期。

〔51〕 值得指出的是，学界已有观点认为动产的占有无法真正公示动产物权。参见纪海龙：《解构动产公示、公信原则》，载《中外法学》2014年第3期。

〔52〕 参见庄加园：《自主占有与简易交付》，载《法学》2020年第1期。

〔53〕 有文献进一步指出，只要受让人对交易物具有事实上支配力，即使其未达法律上之占有状态，亦可基于简易交付而取得交易物之所有权。参见前引〔52〕，庄加园文。

〔54〕 参见茅少伟：《民法典编纂视野下物权变动的解释论》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2020年第2期。

〔55〕 参见朱庆育：《物权行为的规范结构与我国之所有权变动》，载《法学家》2013年第6期。

外,该共有物因直接分割而归特定人所有后,仍可类推适用《民法典》第232条的规定,^[56]即该单独所有人在处分该物时,应该依照法律规定预先完成权利登记,如果没有登记,则对外交易不发生物权效力。^[57]是故,在这种情况下,分割协议直接发生物权效力的终局结果其实与债权协议没有区别。债权协议一说并没有因为阻断物权变动的效果而当然强化了交易安全。

在原共有物权属登记簿上并没有完整登记所有共有人的情况下,问题反而更简单一些。此时,自始至终共有物的权属登记都处于登记错误的状态,^[58]即使分割协议立即产生变动物权的效果,也不会丝毫恶化此等利益状态。最坏的结果无非是真实的最终权属人仍然不同于登记权利人。对比债权协议说,其签订后不生物权变动效果,只是仍然持续处于原有的登记错误状态,但仅凭此难以认为债权协议一说就更有利于保护交易安全。因为我们不可能认为此种错误优于彼种错误,原来的错误优于现在的错误。^[59]

之所以无论不动产处于何种登记状态,分割协议直接变动物权都不会危害交易安全,是因为分割意在简化共有关系,是在由登记簿上的多人简化为单人,而简化法律关系总是有利于对外交往的。另外更为重要的是,不动产的物权变动登记簿具有无可替代的信赖保护作用。^[60]不动产共有物的分割,并不需要另外采取新的债权协议说来加强登记簿的保护能力。

综上两点,即使分割协议具有物权效力,亦不会妨害交易安全,以保护交易安全之名将分割协议限制解释为债权协议,难谓合理。

(二) 分割协议具有物权效力是分割请求权之意义所在

任何一项权利必定给权利人许诺了特定的利益,提供了一种没有该权利就不存在的便宜选择,以彰显其“利”。^[61]否则,纸面上权利的宣言就是虚假的。这点对于我们解释一项权利的法律效果来说相当重要,毕竟“法律解释不仅仅意味着寻找字句背后的意义,而且还意味着:从字句所涵盖的各种不同的意义当中选择出正确的和决定性的意义”^[62]。如果我们解释某项权利的法律效果的结论与这项权利不存在时竟然毫无差别,那么这样的结论就值得警惕。因为我们不可能预设立法者会在立法资源如此稀缺的情况下,还要在法律条文中安插废言妄语,也不可能怀疑立法者赋予权利人权利的诚实。换言之,此时的解释极有可能“解释”有误。^[63]

遗憾的是,债权协议一说就面临此等困境。我们大可先不考虑《民法典》第303条和《物权法》第99条的规定,时光穿越到前物权法时代。此时,共有人分割共有物尚不享有共有物分割请求权的优势。但只要我们还认可共有人分割共有物属于私法问题,那么共有人之间通过达成协议进而约定共有物的分割方式,就总是属于可行的分割选择。毕竟通过私人协议解决私法问题乃

[56] 《民法典》第232条规定:“处分依照本节规定享有的不动产物权,依照法律规定需要办理登记的,未经登记,不发生物权效力。”

[57] 此观点已有实践经验肯认。参见最高人民法院办公厅编:《被告唐某乙与原告唐某法定继承纠纷案》,载《最高人民法院公报》2014年第12期。

[58] 参见程啸:《不动产登记簿的权利事项错误与不动产善意取得》,载《法学家》2017年第2期。

[59] 参见程啸:《不动产登记簿错误之类型与更正登记》,载《法律科学》2011年第4期。

[60] 参见前引〔46〕,郭明瑞文。

[61] 参见胡元聪:《我国法律激励的类型化分析》,载《法商研究》2013年第4期。

[62] 前引〔48〕,齐佩利乌斯书,第70页。

[63] 也即“法律上站不住脚的解释”。参见前引〔35〕,恩斯特·A. 克莱默书,第303页。

私法自治的当然之理，^{〔64〕}不会因为《民法典》第303条不存在，此种方式就陷于非法。于是，在《民法典》第303条存在之前，共有人同样可以达成一项债权协议来约定分割，进而通过法律行为变动物权的一般模式，完成物权变更，最终结束共有关系。借此而言，假如《民法典》第303条实证化共有物分割请求权后，分割协议仍然只是债权协议，前后之差别在何处就颇费思量。

当然论者还可驳斥说，《民法典》第303条的关注核心不是为私主体提供行为指引，而是单纯的裁判规范。^{〔65〕}通过《民法典》第303条，法院获得了塑造私法关系的正当性，其可依照共有人随时提出的分割要求，随时裁判分割，这就是该权利的优势所在。但此种看法在本文看来难谓合理。其一，认为《民法典》第303条是裁判规范的意见完全属于共有物分割请求权乃形成诉权的同义替换。前文已经指出过这种观点的问题。^{〔66〕}其二，在民事领域司法官负有不得拒绝裁判的义务。^{〔67〕}所以，不论《民法典》第303条是否存在，共有人如果因为分割而产生纠纷，自然都可以诉请法院裁判解决。^{〔68〕}恐怕没人会认为，如果没有《民法典》第303条，法院会对共有人提起的分割之诉不予受理。

本文一再主张，共有物分割请求权背后暗含的其实是立法者的效率意识，^{〔69〕}立法者借此此项权利帮助共有人简化共有关系，减少分割中的交易成本，^{〔70〕}引导共有关系转化为单独所有。而这一切设想的建构前提是，这项权利确实给了共有人独特的优势，让其有动力去分割，便宜地进行分割。如果分割协议仅仅是债权协议，依前文所述，显然这没有体现出任何不同于一般法律行为的便捷性、便宜性，法律效果上与该权利不存在之时并无二致。相反，若采纳分割协议是行使形成权的方式，具有直接变动物权的效力，则共有物分割请求权为共有人提供的行为激励就能清晰地凸显出现。分割协议不同于一般债权协议的效力，正是共有物分割请求权的形成性体现，也是该权利的意义所在。

（三）分割协议具有物权效力更契合私法体系

私法自治的重要性即“个人通过其意思表示形成私法关系的原则”的重要性，^{〔71〕}已经在我国学界得到了相当程度的注意，此无需赘言。自己行为、自己责任贯穿了整个私法脉络，^{〔72〕}应当是我们分析和论证私法问题的价值起点^{〔73〕}。

在共有物分割的场合，共有人之间达成的分割协议虽然不可避免会有妥协因素，但没有疑问的是，分割协议是最能贯彻共有人之间意思自治的方式。载于分割协议之上的分割内容、分割方法都出自共有人的真实意思。倘若采债权协议说，当围绕该协议发生权属纠纷而诉至法院时，依诉讼属性的分类原理，该诉应属于给付之诉，其不会直接导致物权变动，消灭共有关系。^{〔74〕}相

〔64〕 参见前引〔34〕，易军文。

〔65〕 关于私法中行为规范与裁判规范的讨论参见前引〔29〕，朱庆育书，第59-61页。

〔66〕 关于私法行为指引的讨论还可见前引〔38〕，易军文。

〔67〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，2020年自版发行，第5页。

〔68〕 参见庄绪龙：《“法无明文规定”的基本类型与裁判规则》，载《法制与社会发展》2018年第2期。

〔69〕 参见熊丙万：《中国民法学的效率意识》，载《中国法学》2018年第5期。

〔70〕 参见熊秉元：《科斯定理与民法结构》，载《财经问题研究》2017年第6期。

〔71〕 参见前引〔38〕，易军文。

〔72〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第432-433页。

〔73〕 参见〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2019年版，第27页。

〔74〕 参见毕潇潇：《实体法请求权视域下的给付之诉》，载《学习与探索》2020年第8期。

反,在债权协议说下,假如共有人之间没有形成分割协议,要求分割的共有人直接向法院提起分割之诉时,由于该诉的形成性,法院的判决却成为可以直接变动物权的法律文书,终结共有关系。^{〔75〕}问题即在此处。在存在当事人的自由意思,已有一份一致分割方案的情况下,诉讼的判决效果强度反而不如不存在自由意思的判决效果强度。也就是说,我们采取债权协议一说的逻辑后果是,在后续的司法裁判中赋予了公权力意志更大的效力权重,而不当地轻视了私人的意思自治,意思自治没有成为共有物分割问题的展开中枢。

另一方面,债权协议只为共有人创制了债权性质的请求权。如同所有债权一样,这种请求权不得不面临着诉讼时效的规制。^{〔76〕}以《民法典》的时效制度来看,由分割协议创制的请求权仅三年就陷于义务人的永久性抗辩之中。^{〔77〕}那此等因为债权引致的消极后果,不知应如何同分割请求权本身不受时效限制的特性相兼容。^{〔78〕}特别是学界通说观点又同时认为,共有物分割请求权于协议分割契约成立后“即已因行使而消灭”,故不得再请求以协议或裁判方式分割。^{〔79〕}这时,共有人既无法再通过行使分割请求权消灭共有关系,也无法诉请诉讼时效经过的分割协议要求履行,共有关系就此堂而皇之地陷入了僵局。借此而言,不难看出债权协议一说与法体系存在的诸多不和谐之处。

但若采分割协议具有物权效力说,则不存在上述解释上的困境。在物权效力说视野下,由于分割协议是私人行使形成权的方式,分割协议引发的物权归属诉讼,应归结为确认之诉,其区别于由债务履行纠纷引发的给付之诉。^{〔80〕}此时,一方面,债权协议说所面临的诉讼时效的难题将不再存在。因为自协议生效时物权就已经变动,分割协议引发的物权归属纠纷,只是要求法院确认这种已经变动的物权关系而已,其不受诉讼时效制度的规制。另一方面,不受时效限制的共有物分割协议,能同不受时效限制的共有物分割请求权较好契合,使共有人在任何时间维度上都能拆解共有关系,避免出现陷入僵局的共有,阻碍我们对物的有效利用。同时,由于确认之诉的定位还表达了司法权力对共有人意思自治的尊重,裁判分割与协议分割之间并无“赋值”不当的情形,在价值取向上相较于债权协议说显然也更稳妥。

当然,需要指出,若共有人未达成分割方案,而径直诉请法院裁判分割的分割之诉仍属形成之诉。因为这时共有人之间尚无分割的一致意见,无法将行使分割请求权的意思现实化,需要法院以裁判方式塑造私法关系。不过正如文献指出那样,这种形成诉是形式上的形成诉,^{〔81〕}其形成力中包含的不是终结共有的意思,而是具体分割方案的意思。^{〔82〕}

〔75〕 参见前引〔15〕,张卫平书,第38页。

〔76〕 参见杨巍:《〈民法典〉第192、193条(诉讼时效届满效力、职权禁用规则)评注》,载《法学家》2020年第6期。

〔77〕 《民法典》第188条第1款规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的,依照其规定。”

〔78〕 参见前引〔4〕,王泽鉴书,第241页。

〔79〕 参见前引〔5〕,谢在全书,第372页。

〔80〕 参见曹志勋:《论我国法上确认之诉的认定》,载《法学》2018年第11期。

〔81〕 参见前引〔5〕,谢在全书,第377页。

〔82〕 借此而言,大体上认为分割之诉是形成诉,但分割请求权非形成诉权是合适的。但鉴于此处所存的特殊情况,有学者提出,我们应在传统的形成权与形成诉权的分类之外,增列第三种类型的形成权。参见房绍坤:《导致物权变动之法院判决类型》,载《法学研究》2015年第1期。

（四）具有物权效力的分割协议：一种理由更好的解释

综合以上几点论证，本文认为，共有物分割协议包含了权利人行使分割请求权的意思，其不是仅具有债权效力的债权协议。由于共有人通过分割协议行使了分割请求权，作为行使分割请求权的结果，分割协议就具有终结共有法律关系、变动物权的效力。分割协议的效力采取这种解释立场益处明显。

其一，这种立场可以明确私人是如何得以自行行使共有物分割请求权的，指明未在诉讼中行使该权利时该权利的形成性之所在，并对其配置妥当的行使效力结果，赋予分割协议变动物权的效力，将共有物分割请求权落到实处，使之具有实际意义。

其二，这种立场能更好地同法体系相契合，避免共有物分割的相关法律适用过程中出现解释上的困境，在解释论层面实现对“法的统一”的维护作用。^{〔83〕}

其三，分割协议具有物权效力也可同一些实践经验相吻合。^{〔84〕}在最高人民法院的公报案例“被告唐某乙与原告唐某法定继承纠纷案”中，分割协议的物权效力得到了主审法院的肯定。该案的主要事实是：甲与乙为夫妻，育有一子丙。甲 2011 年在出差期间意外死亡，未留下遗嘱，但甲和乙于 2010 年签订一份《分居协议书》，协议书载明：“双方感情业已破裂，但为了儿子丙的成长采取分居不离婚的形式；双方对共有财产进行分割，约定财富中心和慧谷根园的房子归乙拥有，乙可任意处置这些房产，甲不得阻挠和反对，并有义务协办相关事务。其余房产归甲所有，甲享有乙前述任意处置权。”现约定为乙所有的财富中心房产仍登记在去世的甲名下。本案的焦点在于，约定为乙所有的登记在甲名下的房产是否属于甲的遗产，也即甲乙二人所签订的分割协议是否导致物权变动，进而使得该房产不在遗产范围内。本案主审法院采纳分割协议可直接变动物权的观点，认为：“虽然财富中心房屋登记在甲名下，双方因房屋贷款之故没有办理产权过户登记手续，但物权法的不动产登记原则不应影响婚内财产、分割协议关于房屋权属约定的效力。且结合甲与乙已依据《分居协议书》各自占有、使用、管理相应房产之情形，应当将财富中心房屋认定为乙的个人财产，而非甲之遗产予以法定继承。”^{〔85〕}

最后，分割协议具有物权效力体现出了私法在共有物分割场合为共有人提供的促进其分割的激励。正因为分割协议不单单是普通债权协议，而能直接变动物权，所以共有人才享有了一般交易中普通私主体不曾享有的优越地位。这种简单便捷的分割方式，减少了一般物权变动过程中诸多繁琐的程序性工作。赋予了共有物分割请求权实际的实践意义，让其具有可得运用的生命力，而不是只存在于法律条文中的死胎。是故，倘若法律解释果真还意味着我们需要“从字句所涵盖的各种不同的意义当中选择出正确的和决定性的意义”^{〔86〕}，那相较于债权协议说，将分割协议解释为具有物权效力的协议显然更为“正确”，也有更多好的理由来支撑。^{〔87〕}

〔83〕 参见前引〔48〕，齐佩利乌斯书，第 61 页。

〔84〕 除正文所引公报案例，最高人民法院亦认为以物抵债协议“属给付性协议，而非确认权属或者类似共有物分割的协议，不生物权变动的效果”。对此的反向解释自然是分割协议具有物权变动的效力。参见上海必烨钢铁有限公司与江西萍钢实业股份有限公司等借款合同纠纷案，最高人民法院（2015）民一终字第 308 号民事裁定书。

〔85〕 前引〔57〕，最高人民法院办公厅编文。

〔86〕 前引〔48〕，齐佩利乌斯书，第 70 页。

〔87〕 参见前引〔35〕，恩斯特·A. 克莱默书，第 300 页。

五、结 语

《物权法》的出台一定程度上缓解了我国在共有物分割领域的立法空白，但其条文的概括性和抽象性导致理论与实践出现了不少的误解。新近出台的《民法典》承继了《物权法》的规定，并没有将《物权法》生效以来的理论研究和实践经验转化入新法典中，于是《物权法》时代的疑问和困惑在《民法典》中仍然存在。而之所以出现这些困惑，主要是因为我们在认识、分析共有物分割问题时，往往进行的是个别的观察、部分的判断，并没有以共有物分割请求权为中心，对共有物分割问题进行体系化的、全局性的思考。正如黄茂荣所言，为确保对法律问题的认识为真知，体系化是唯一可能的途径。^{〔88〕}是故以更“卷入”法体系的视角分析共有物分割问题就不难发现，共有物分割请求权与共有物分割之诉、共有物分割协议实际上是相互支撑、相互依存的关系，三者结合形成合力，共同发挥规范功能，从而得以实现“分割之自由”和“促进物之利用”的规范目的：共有物分割请求权只有在是形成权的情况下，才能在不受时效规制的同时为共有人提供最便宜的权利工具。而作为便宜的权利工具，那对该权利的行使方式的限制自然以最小为宜，所以共有人既可自行行使，又可凭诉行使，如何选择端赖共有人自身的理性。随之而来，若共有人选择自行行使，那包含着权利人行使形成权意思的共有物分割协议就应当具有塑造法律关系的效力，能够直接引发物权变动。以上命题实属彼此啮合、环环相扣的逻辑链条。通过这一逻辑链条所澄清的理论脉络将有助于我们把共有物分割作为一个法秩序的“局部整体”来思考，^{〔89〕}可能也将帮助我国推进在该问题上研究的纵深。

• 99 •

Abstract: As far as the nature of the claim for division of common property is concerned, it is called the right of claim, which is actually the right of formation. It is not regulated by the limitation system of Civil Code. The co-owner can exercise the claim right of the division of the common property according to his own private will, or by way of litigation. When the joint owner exercises the right to request for the division of the common property through litigation, he may file a lawsuit of division with the court without prior consultation procedure. In the interpretative theory, it should be recognized that both the litigation of division of common property and the agreement of division of common property are the ways to exercise the claim right of division of common property, and both of them should have the effect of directly changing the real right.

Key Words: the claim for division of common property, the common property division contract, the right of formation, the change of real right

(责任编辑:王叶刚 赵建蕊)

〔88〕 参见前引〔67〕,黄茂荣书,第390页。

〔89〕 参见前引〔35〕,恩斯特·A. 克莱默书,第55页。

担保制度司法解释的制度创新与难点释疑

崔建远*

内容提要：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》尽其所能地明确、细化担保的规则，补充《民法典》欠缺的某些规则。增设反担保人的责任范围不因担保合同无效而缩减的规则，看似不合逻辑实则确有道理。约定的担保责任范围超出主债务的范围，可被允许，只要不准予担保人就超出部分向主债务人追偿就足够了，司法解释却反对之，需要再思。担保人知晓新贷与否不宜作为其是否就新贷承担担保责任的原因，只有其同意方可负责，司法解释在这点上亦应反思。担保合同关于抵押物转让须经抵押权人同意的约定经过登记，可发生对抗第三人的效力，这是司法解释较《民法典》第406条第1款中段的规定合理之处，但仍难扭转有利于金融机构的倾向。抵押权的效力不及于其设立之后续建、新建的部分，符合法理。抵押权担保的债权罹于时效后抵押人有权对抗抵押权人关于行使抵押权的主张，这虽符合法理，但时间一长便滞碍抵押物的流转，有时还耽误买受抵押物之人完成过户登记，应提出解决之道。以现有的应收账款出质，第三债务人向质权人确认应收账款的真实性后，无权以应收账款不存在或已经消灭为由对抗质权人实行质权，该创设符合法理。

关键词：反担保 约定担保责任范围 追及效力 房地权属一体 诉讼时效完成

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）设计的担保规则较为抽象，需经解释方可妥当地适用；让与担保等规则尚付阙如，须经漏洞补充，才能胜任规范担保关系的重任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度司法解释》）正是这方面的代表。饶有趣味的是，《担保制度司法解释》也需要解释，澄清其意思，理顺其逻辑，评论其得失，为学术研讨和实务裁判提供素材。

* 崔建远，清华大学法学院教授。

本文为国家哲学社会科学基金重点项目“担保制度新发展及其法律规制研究”（19AFX013）的阶段性成果。

一、关于反担保

《担保制度司法解释》第19条的规定有无合理的根据？如果遵循《民法典》第388条第1款中段关于“担保合同是主债权债务合同的从合同”的规定以及担保的从属性即担保合同从属于被担保合同之说，那么，《担保制度司法解释》第19条第2款后段关于“当事人仅以担保合同无效为由主张反担保合同无效的，人民法院不予支持”的规定、第19条第1款关于“担保合同无效，承担了赔偿责任的担保人按照反担保合同的约定，在其承担赔偿责任的范围内请求反担保人承担担保责任的，人民法院应予支持”的规定，似乎不合逻辑，即所谓的“皮之不存毛将焉附”。不过，担保的从属性还表现在担保债务从属于被担保债务这点上，并且此种表现更为本质。具体到反担保制度，就是反担保债务从属于担保债务。所谓担保债务，不限于担保合同有效成立阶段担保人对于主债权人所负有的担保债务（中性的），担保人依约向主债权人实际承担的担保责任这种担保债务的延伸和变形，以及担保人依法向主债权人实际承担的缔约过失责任性质的担保责任，均为其表现形式。相应地，反担保债务/反担保责任不但从属于常态的担保债务，而且从属于担保责任，包括缔约过失责任性质的担保责任。既然如此，在担保合同无效但担保人却实际承担了担保责任的情况下，反担保债务/反担保责任就客观地存在着，担保人就有权请求反担保人实际承担相应的反担保责任。

上述理念及观点还可从反担保的本质得到印证和支持。原来，反担保系“求偿担保”，即为保障担保人实际承担担保责任后易于实现其追偿权而设置的担保方式。担保人的追偿，重在其付出得到填补，不作茧自缚地聚焦于主债务人。只要担保人实际承担了担保责任，只要其追偿权存在，不但主债务人负有容忍担保人追偿的义务，而且反担保人也有义务满足担保人实现追偿的请求。既然反担保债务/反担保责任从属于担保债务/担保责任，其目的是保障担保人追偿权的切实实现，那么，只要担保责任实际承担了，只要担保人的追偿权存在，反担保债务/反担保责任就不会因担保合同无效而化为乌有。^{〔1〕}

《担保制度司法解释》第17条规定：“主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：（一）债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；（二）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；（三）债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”另外，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称法〔2019〕254号）第54条后段规定：“如果主合同有效，则担保合同有效，担保人与主债务人承担连带保证责任。主合同无效，则该所谓的独立担保也随之无效，担保人无过错的，不承担责任；担保人有过错的，其承担民事责任的部分，不应超

〔1〕 在北京市物权法学会于2021年1月28日举办的“第三届产权保护法治论坛：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》研讨会”上，中国人民大学法学院的高圣平教授主张：反担保的主债务不是担保合同项下的债务，而是担保人向主债务人追偿的债务。

过债务人不能清偿部分的三分之一。”因此即使《民法典》生效实施，法〔2019〕254号也未被废止，其精神也应予以延续，何况《担保制度司法解释》就是解释《民法典》关于担保的规定的。

二、关于担保责任范围约定的法律效力

法〔2019〕254号第55条规定：“担保人承担的担保责任范围不应当大于主债务，是担保从属性的必然要求。当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，如针对担保责任约定专门的违约责任、担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满，等等，均应当认定大于主债务部分的约定无效，从而使担保责任缩减至主债务的范围。”《担保制度司法解释》第3条第1款规定：“当事人对担保责任的承担约定专门的违约责任，或者约定的担保责任范围超出债务人应当承担的责任范围，担保人主张仅在债务人应当承担的责任范围内承担责任的，人民法院应予支持。”

评论以上规定妥当与否时，有必要综合考量以下因素：

第一，担保制度旨在保障债权人对于主债务人的债权切实实现，不具有放大该债权的范围的规范意旨，无使债权人获得“不当得利”之意。在这层意思上，债权人不应因担保的设立而取得超出该债权正常实现时所获清偿的数额。

第二，担保人所负债务，系为主债务人与债权人之间的事务所承受的负担，而非为自己事务所必须为之的给付。由此决定，担保人的负担范围和强度不应超出主债务人的债务范围和强度。

第三，担保人实际承担担保责任之后，有权向主债务人追偿，从主债务人的角度看，是自己责任原则的一种迂回体现，同时决定了担保人追偿的范围应限于主债务人自己清偿时的负担总额。

第四，担保人与债权人之间形成担保关系，在该关系之内债的相对性起着重要的作用，自己责任原则也不退出舞台，债权人对其不当行为向担保人负责，担保人对其不当行为向债权人负责。

第五，债权人、主债务人和担保人之间的关系虽然牵连紧密，相互间确有影响，但仍然无法也不应该完全挣脱债的相对性的锁链，不得混淆不同的法律关系。

如果重视以上五点考虑因素，那么，法〔2019〕254号第55条关于“当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，如针对……担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满，等等，均应当认定大于主债务部分的约定无效”的规定，符合法理，值得赞同。但是，《担保制度司法解释》第3条的规定，则应予反思，这是没有厘清法律关系、错用担保从属性的表现。稍微展开来说：

第一，为确保担保责任的切实履行，对不履行担保责任的行为约定违约责任条款，诸如违约金条款、违约损害赔偿的计算方法条款，它们不是直接从属于被担保债权合同的，而是从属于担保合同的。抽象地说，后一个从属性不必然与前一个从属性挂钩，究竟挂钩不挂钩，需要结合其他因素，综合考虑，才可下结论。具体到此处，担保人不履行担保债务，构成独立于主债务人违约的一个违约行为，该违约行为给债权人造成了独立于主债务人违约所致损失的另外的损失，担

保人对其不当行为应当独自承担不利后果。该不利后果包括支付违约金、赔偿损失等形态。就此说来，针对担保人不承担担保责任而约定违约责任，符合逻辑。

第二，《担保制度司法解释》第3条第1款对担保合同约定的超出债务人应负责任范围的担保责任，不认可其法律效力，未赋予其强制执行力。不认可法律效力，接近于法定无效。违约责任条款作为合同条款的一种，其有效、生效、无强制执行力、无效宜由《民法典》等法律、行政法规来设计，司法解释可否抛开法律、行政法规而创设此类制度，需要深思。至于法定无效，即担保合同约定的担保人所负违约责任的条款无效，在法律未规定特别的无效原因的背景下，其无效应与其他合同条款无效在确定标准上同等对待。在该违约责任条款不存在《民法典》第146条第1款、第153条、第154条等条款规定的无效原因的情况下，司法解释不得径直规定《民法典》未设计的无效原因。总之，《担保制度司法解释》第3条第1款的规定存在瑕疵。

第三，正因为“第一”中的法理，所以，在担保人向债权人承担了超出债务人应负责任范围的违约责任之后，就超出部分无权向主债务人追偿，因为这是担保人对自己的行为负责，而非对主债务人的行为承担担保责任的救济措施。

一句话，《担保制度司法解释》第3条第2款的规定具有正当性，可资赞同。^{〔2〕}

三、旧贷、新贷与担保

金融机构出于自身利益的考虑，时常采取以新贷还旧贷的方式平衡账目，这牵涉到既存的担保是否为新贷的担保，法〔2019〕254号奉行的立场是：（1）当事人之间有约定的，依其约定。（2）当事人之间无约定的，将新贷用于归还旧贷，旧贷因清偿而消灭，为旧贷设立的担保物权也随之消灭。贷款人以旧贷上的担保物权尚未进行涂销登记为由，主张对新贷行使担保物权的，人民法院不予支持（第57条）。《担保制度司法解释》没有完全承继法〔2019〕254号的上述规定，受《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称法释〔2000〕44号）第39条的影响颇大，区分新贷与旧贷的担保人是否同一而有不同的规则：新贷与旧贷系同一担保人的，债权人请求担保人承担担保责任，人民法院应予支持；新贷与旧贷系不同担保人，或者旧贷无担保新贷有担保的，债权人请求新贷的担保人承担担保责任的，人民法院不予支持，但是债权人证据证明担保人提供担保时对以新贷偿还旧贷的事实知道或者应当知道的除外（第16条第1款）。物的担保人在登记尚未注销的情形下愿意继续为新贷提供担保，但在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权，其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的，人民法院不予支持（第16条第2款）。

在笔者看来，法〔2019〕254号第57条的规定符合意思自治原则、担保权为从权利的基本属性，逻辑谨严，利益衡量妥当，值得赞同。《担保制度司法解释》第16条的规定存在如下问题，需要澄清甚至应予反思：

〔2〕 在2020年11月28日由“担保制度新发展及其法律规制研究”课题组与最高人民法院民二庭主办的“最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保制度的解释（征求意见稿）”研讨会上，华东政法大学副教授姚明斌博士指出，规定违约金条款无效没有法律依据，承认违约金条款的效力但不允许担保人就此项付出向主债务人追偿，更为合理。

第一,所谓新贷与旧贷系同一担保人,应指担保人已经同意充任新贷的担保人的情形,或是担保人与债权人达成了担保新贷的合意,或是担保人已经单方表示担保新贷,或是旧贷合同载有在以新贷还旧贷的场合担保人仍为新贷提供担保。否则,不得谓新贷与旧贷系同一担保人。

第二,在此前提下,即担保人确实是新贷的担保人时,担保人以其对以新贷偿还旧贷的事实不知道并且不应当知道为由主张不承担担保责任的,不应得到支持。如果不存在担保人仍为新贷提供担保的意思表示,则担保人以其对以新贷偿还旧贷的事实不知道并且不应当知道为由主张不承担担保责任的,应当得到支持。

第三,问题的关键在于,担保人仍为新贷的担保人取决于设立担保的合同或担保人的单独行为已经有效成立(有时加上登记,有时加上交付),不取决于担保人对以新贷偿还旧贷的事实知道还是不知道,不取决于担保人对以新贷偿还旧贷的事实应当知道还是不应当知道。《担保制度司法解释》第16条第1款引入担保人知道、应当知道的因素来认定担保人是否承担担保责任,除了增添困惑以外,似无积极价值。

第四,旧贷附有物的担保(包括担保的意思表示加上相应的登记),该担保移至新贷的意思表示和相应的登记已经具备,或者既有的担保登记在外观上显示出新贷附有该担保,或者就新贷虽无担保的意思表示但既有的担保登记在外观上显示出新贷附有该担保,在这些情况下,《担保制度司法解释》第16条第2款所谓担保人“在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持”,才可成立。

第五,与此不同,如果担保登记在外观上显示出旧贷附有担保,新贷没有担保,担保人在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,应当适用或类推适用《民法典》第414条第1项关于“抵押权已经登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序”的规定,新贷的债权人无力对抗其他债权人关于担保物权顺位的主张。就是说,在这点上,《担保制度司法解释》第16条第2款违反《民法典》第414条的规定,违反《民法典》第214条所示不动产物权的变动自记载于不动产登记簿时发生效力的物权法原则。

第六,在担保人和贷款债权人之间,旧贷附有的担保是否移至新贷,取决于有无此种意思表示:若有,即使新贷的担保登记没有办理,新贷债权人可以请求担保人办理;若无,即使新贷的担保登记已经办理,只要担保人不承认为新贷担保,也有权请求注销担保登记。《担保制度司法解释》第16条忽略了这些规则及理论,应予反思。

第七,法释〔2000〕44号第39条和《担保制度司法解释》第16条的设计出发点是:担保登记在外观上往往识别不出被担保债权是旧贷还是新贷,无需变更登记即认定新贷附有担保(旧贷附有的担保移至此债上)可节约成本;特别是若强求新贷的担保必须重新办理登记,则会出现担保人乘旧贷担保登记注销之际以该担保财产为其他债权人办理担保登记,使新贷债权人的担保权顺位在后,遭受损失。为避免这种局面出现,特设法释〔2000〕44号第39条和《担保制度司法解释》第16条。其实,新贷债权人令担保人出具不为其他债权人设立顺位在先的担保权的承诺书,并将之提供给登记机构,附在登记簿的相应簿页,或其他措施,也能达到目的。这样,既维

护了物权法的基本制度及原理，又合理地保护了新贷债权人的权益，何乐而不为？就是说，法释〔2000〕44号第39条和《担保制度司法解释》第16条未采上策。

《担保制度司法解释》第29条第2款关于“同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权，债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利，导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权，其他保证人主张在其不能追偿的范围内免除保证责任的，人民法院应予支持”的规定，似可解释出上述结论，主要理由是共同保证人对外承担连带责任。所谓“同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权”，并未限定共同保证人之间有明确约定时方可如此，即使共同保证人之间未明确约定相互间享有追偿权，只要他们对外承担连带债务/连带责任，也应当相互间享有追偿权。

四、抵押权的追及效力可否被约定排除

《民法典》第406条第1款中段增设“当事人另有约定的，按照其约定”，尊重了抵押人和抵押权人的合意，贯彻了意思自治原则。不过，在这里存在着解释路径方向的不同会致结论相反的现象。如果把该规定看作修饰、限制着本条第1款前段关于“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产”的规定，则完全符合意思自治原则与合同的相对性，依逻辑也符合抵押人和抵押权人之间的利益关系，还不破坏交易安全。但是，如果将之看作限制本条第1款后段关于“抵押财产转让的，抵押权不受影响”的规定，那么，就很容易使人得出禁止转让抵押物的约定限制“抵押财产转让”的结论。如果是这样，则其与合同的相对性就未尽契合，与《民法典》在债权让与等制度修正《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）设计的大趋势相悖。稍微展开来说：

第一，抵押权人和抵押人约定抵押物非经抵押权人的同意不得转让，这约束抵押人不成问题，抵押人倘若违反该约定，则向抵押权人承担违约责任，这有《民法典》第577条等作为法律依据，合法合理。但是，按照《民法典》第465条第2款关于“依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外”的规定，在无“法律另有规定”的情况下，该约定不具有阻碍第三人取得抵押物所有权或其他物权的效力，甚至不是影响抵押物买卖合同/转让合同的法律效力的因素。就此看来，如果把《民法典》第406条第1款中段关于“当事人另有约定的，按照其约定”的规定看作是限制该条款后段所谓“抵押财产转让的”，就欠考虑，至少不周延。

第二，《合同法》第79条第2项规定债权人不得转让其与债务人约定不得转让的债权。至少为数众多的专家学者在相当长的时期把该规定理解为强制性规定，认为违反该规定的债权让与合同无效。这有负面结果，不合国际发展趋势，《民法典》顺应潮流，于第545条第2款规定：“当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。”其言外之意是，债权不得让与的约定不影响债权让与合同的效力。不难发现，将《民法典》第406条第1款中段的规定看作限制该条款后段所谓“抵押财产转让的”，似乎又回归了《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第191条第2款正文规定的“抵押期间，

抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产”，其消极作用是显而易见的。

究竟选择哪条解释路径？笔者赞同第一条，但《担保制度司法解释》选取了第二条，同时兼顾合同的相对性和公示的效果。一方面坚持《民法典》第406条第1款前段正文的精神，明确“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产但是未将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持；抵押财产已经交付或者登记，抵押权人请求确认转让不生物权效力的，人民法院不予支持”。另一方面又限缩《民法典》第406条第1款中段“当事人另有约定的，按照其约定”的适用范围：“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持；抵押财产已经交付或者登记，抵押权人主张转让不生物权效力的，人民法院应予支持，但是因受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外”（第43条第2款）；即使禁止或者限制转让抵押财产的约定未经登记，抵押人违反约定转让抵押财产，“抵押权人请求抵押人承担违约责任的，人民法院依法予以支持”（第43条第1款后段）。

《担保制度司法解释》第43条符合这样的原理：法律规定（包括司法解释）一经公布就具有公示的效力，使人们有义务注意并遵守法律的有关要求，否则，就具有过错，甚至是重大过失。对于故意、重大过失之人法律没有必要优先保护，令其承受不利后果，符合公平正义。具体到抵押物转让，抵押权人和抵押人关于不得转让抵押物的约定一经登记，就公示于天下，交易相对人在这方面负有注意义务，违反此项注意义务，在抵押物已经交付（抵押物为动产的场合）或者登记（抵押物为不动产的场合）时，发生物权变动的效力；无论何种情形，抵押物转让合同的效力不受影响。

《担保制度司法解释》第43条的负面结果也是明显的：一是抵押权人多为银行等金融机构，其经济实力、法律团队均大大强于交易相对人，非常容易在抵押合同中设置限制甚至禁止抵押物转让的条款，迫使急需资金的借款人就范，接受此类约定；并且及时办理登记手续，以达阻止抵押物所有权或其他物权变动的效力，实现自己利益的最大化。《担保制度司法解释》第43条在实质上默许甚至纵容了银行等金融机构如此行事。二是多年实践证明此类约定被赋予法律效力是弊多利少的，《物权法》第191条第2款正文实施的结果亦然，立法机关及众多的专家学者努力克服之，千辛万苦地结成《民法典》第406条第1款前段和后段“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产”“抵押财产转让的，抵押权不受影响”之果，转瞬间便有南橘北枳的意味。三是《民法典》第406条认可抵押物为可流通物，《担保制度司法解释》第43条第2款赋权金融机构借助约定和登记将之在当事人之间变成禁止流通物或限制流通物，这是否构成司法权超越了立法权？需要深思。

五、续建和新建的部分与抵押物的范围

《担保制度司法解释》基于社会生活的实际，总结裁判经验，区分情况而定不尽一致的规则：

第一，第51条第1款前段关于“当事人仅以建设用地使用权抵押，债权人主张抵押权的效

力及于土地上已有的建筑物以及正在建造的建筑物已完成部分的，人民法院应予支持”的规定，系通过示例案型的方式适用《民法典》第397条的表现，值得肯定。

第二，第51条第1款后段关于“债权人主张抵押权的效力及于正在建造的建筑物的续建部分以及新增建筑物的，人民法院不予支持”的规定，是把“正在建造的建筑物的续建部分”作为抵押权设立后“该土地上新增的建筑物”，因而适用《民法典》第417条前段的规定。至于抵押权设立后“新增建筑物”，就完全是《民法典》第417条前段规范的对象，认定抵押权的效力不及于它，是非常正确的。

第三，第51条第2款前段关于“当事人以正在建造的建筑物抵押，抵押权的效力范围限于已办理抵押登记的部分”的规定，符合《民法典》第402条关于“以……正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立”的规定，系第214条关于“不动产物权的设立……自记载于不动产登记簿时发生效力”的规定的具体落实。至于尚未登记的“正在建造的建筑物”，不属于独立于土地的不动产，也不属于独立于建筑物的不动产，而是附合于建筑物的动产，或是附合于土地或建设用地使用权的动产。当然，也有观点认为“正在建造的建筑物”具备物理上的独立性、功能上的独立性和法律上的独立性的，应以不动产论。但《担保制度司法解释》第51条似乎没有采纳此种观点。

第四，第51条第2款后段关于“当事人按照担保合同的约定，主张抵押权的效力及于续建部分、新增建筑物以及规划中尚未建造的建筑物的，人民法院不予支持”的规定，有抵押权的效力（及范围）法定、不允许当事人任意创设之义。

第五，第51条第3款关于“抵押人将建设用地使用权、土地上的建筑物或者正在建造的建筑物分别抵押给不同债权人的，人民法院应当根据抵押登记的时间先后确定清偿顺序”的规定，系适用《民法典》第414条第1款第1项的表现。当然，此处所谓抵押权都是依法办理完毕抵押登记的。

六、抵押权的效力与时效完成

《担保制度司法解释》第44条第1款前段所谓“主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院不予支持；抵押人以主债权诉讼时效期间届满为由，主张不承担担保责任的，人民法院应予支持”，从正反两面揭示《民法典》第419条的文义和适用范围。第44条第1款后段所谓“主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持”，则将《民法典》第419条的精神引至民事程序之中，并且把诉讼时效与执行时效等量齐观，至少在这个事项上如此。第44条第2款前段关于“主债权诉讼时效期间届满后，财产被留置的债务人或者对留置财产享有所有权的第三人请求债权人返还留置财产的，人民法院不予支持”的规定，把《民法典》第419条的规定适用于留置权的场合，但限于物的返还请求权或债法意义上的留置物返还请求权。至于留置权的第二次效力，第44条第2款

后段则变通了《民法典》第419条的适用，是巧妙地对待和处理“残疾”的留置权的“战术”动作：即使留置权担保的主债权已经罹于诉讼时效，债务人或者第三人也有权请求拍卖、变卖留置财产并以所得价款清偿债务。

如何看待《担保制度司法解释》第44条第2款后段对《民法典》第419条的变通适用？单纯地从《立法法》的层面看，这在表面上不符合《立法法》未赋予人民法院立法权的原则。但它满足了社会生活实际的要求，在利益衡量的层面具有合理性：在留置权人一侧，“拍卖、变卖留置财产并以所得价款清偿债务”正是留置权的效力的实现结果，留置权人的债权获得清偿，其该得利益没有减少；在作为留置物的所有权人或其他权利人的债务人或第三人一侧，虽然返还原物的目标不能达到（在某些案件中还特别重要），但在留置物的变价有剩余时能够较为及时地回归自己，发挥其效能，总比较长期间地无法占有、使用留置物要好得多；在社会利益的层面，物尽其用，各取所需。此其一。如果放眼于整个物权制度，那么，《担保制度司法解释》第44条第2款后段是尊重所有权及其行使的体现。常态的留置权抑制留置物所有权的运行，为保护留置权人权益所必需；但主债权已经罹于诉讼时效的留置权，不但其自身“残疾”，而且“囚禁”着留置物的所有权，还未能及时、高效地清结留置权人和债务人之间的债权债务，放任这种状态持续，显非上策，而适当地突破机械适用《民法典》第419条的模式，“拆除”一些已经罹于诉讼时效的留置权的“藩篱”，如《担保制度司法解释》第44条第2款后段设计的那样，是明智的。此其二。

• 108 •

七、担保物的毁损灭失与监管人的责任

《民法典》第432条第1款所设质权人承担损害赔偿责任毕竟属于消极的事后救济，在质押财产对于出质人特别重要时，此类救济难以使出质人恢复到未受侵害时的利益状态，再考虑到社会成本，实在有必要赋予出质人更为积极的法律手段，以便保全质押财产。现行法确实给出质人配置了保全质押财产的权利，《民法典》第432条第2款规定：“质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以请求质权人将质押财产提存，或者请求提前清偿债务并返还质押财产。”在质押财产由债权人委托的第三人也就是监管人占有的情况下，《担保制度司法解释》第55条第1款后段规定：“监管人违反约定向出质人或者其他人放货、因保管不善导致货物毁损灭失，债权人请求监管人承担违约责任的，人民法院依法予以支持。”至于监管人受出质人的委托而占有货物，监管人保管不善导致该货物毁损灭失，《担保制度司法解释》第55条第2款中段和后段规定：“债权人可以基于质押合同的约定请求出质人承担违约责任，但是不得超过质权有效设立时出质人应当承担的责任范围。监管人未履行监管职责，债权人请求监管人承担责任的，人民法院依法予以支持。”其中所谓“债权人可以基于质押合同的约定请求出质人承担违约责任”，依据的法理是质押合同的相对性，以及出质人违反质押合同关于其交付质押财产的约定，构成违约。但书所谓出质人承担违约责任“不得超过质权有效设立时出质人应当承担的责任范围”，原因在于质押合同与买卖合同在计算违约责任的范围时具有特殊性——违反质押合同给债权人造成的损

失，单纯地、孤立地从质押合同本身考察是难以确定的，必须从对比有质权担保的主债务与无质权担保的主债务被违反时致债权人损失的角度来确定违反质押合同所造成的损失，两者的差额即为违反质押合同给债权人造成的损失。所谓“监管人未履行监管职责，债权人请求监管人承担责任的，人民法院依法予以支持”，是因为在一般情况下，相对于债权人来说，监管人系出质人的占有辅助人，不是一个独立的当事人。就此说来，债权人无权请求监管人向自己承担责任。但是，也可能存在例外：其一，监管人向债权人承诺以勤勉注意的精神保管货物时，债权人可以监管人违反注意义务为由请求监管人承担赔偿责任；其二，监管人作为一方参与含有质押合同条款的“三方协议”订立，监管人保管不善致使货物毁损灭失是违反该“三方协议”，构成违约；其三，债权人代出质人之位请求监管人承担因保管不善致使货物毁损灭失的责任；等等。既然如此，《担保制度司法解释》第55条第2款后段明确“人民法院依法予以支持”，强调“依法”，是慎重的，妥当的。

八、第三债务人的权利义务

应收账款质权的设立必须对第三债务人为出质的通知。^{〔3〕}第三债务人若得到应收账款质权设立的通知，则有义务应债权人关于实行质权的主张而直接向质权人为清偿。第三债务人未得应收账款质权设立的通知的，应收账款质权对于第三债务人不发生效力，第三债务人仍有权向出质人（应收账款请求权人）为清偿，并可以对抗应收账款质权人。于此场合，应收账款质权固因其标的物灭失而归于消灭，但出质人本不得受领第三债务人的清偿，而仍受领致应收账款请求权消灭，具有过错，应就此向应收账款质权人承担损害赔偿责任。再者，第三债务人虽然未获应收账款质权设立的通知，但若通过其他途径（如质押登记）而获知质权已经设立的事实，则径直向质权人为清偿的，质权人有权保有该清偿。反过来说，第三债务人以其未得应收账款债权人关于出质的通知为由，对抗质权人行使其质权，拒绝向该质权人为清偿时，质权人如何做才有权请求第三债务人向自己为清偿？这主要取决于质权人的举证证明。如果质权人仅仅举证其应收账款质权已经登记完毕，则并不足够，因为此类登记由应收账款债权人、应收账款质权人自由操作，登记机关并不审核其载明信息是否属实。这就难以保障应收账款质权的真实性。一旦登记不真实，所谓质权人并不拥有应收账款质权，于此场合第三债务人向质权人为清偿，会带来不当得利返还等复杂关系，不当地增加交易成本。有鉴于此，笔者提出的方案是：（1）最好由质权人请求应收账款债权人向第三债务人为出质的通知。只要具备该项要件，即第三债务人就有义务向质权人为清偿，无权拒绝之。（2）质权人举证应收账款债权质押合同、应收账款质权登记。于此场合，虽然允许第三债务人拒绝向质权人为清偿，但这是有条件的，即第三债务人必须提出反证（如质权人所举质押合同系伪造的，等等），推翻质权人的举证证明；只要该第三债务人未能举出确凿、充分的反证，就令其承担不利后果，该第三债务人无权对抗质权人行使质权，必须满足质权人关于

• 109 •

〔3〕 参见〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第742页；〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，法律出版社2000年版，第279页。

向其为清偿的请求。

以现有的应收账款出质，第三债务人向质权人确认应收账款的真实性后，无权以应收账款不存在或已经消灭为由对抗质权人实行质权（《担保制度司法解释》第61条第1款）。这意味着在权利义务的层面，就是在应收账款产生的合同关系中，本不存在的“应收账款债权”被法律认可为具有完全效力的债权，置债权人和债务人的真实意思于不顾地拟制了一个应收账款债权——《民法典》创造地、强加于应收账款合同关系中的债权人的应收账款债权，可被简称为法定债权；从应收账款债权质权的效力层面看，就是应收账款债权质权不因应收账款债权于质权设立时在实际上（逻辑上）欠缺标的物而归于不成立/无效，质权人可以基于此种应收账款产生的合同而请求债务人清偿本不存在但法律拟制存在的应收账款债权。之所以如此，是保护无辜的质权人的立法政策使然，而非标的之于质押合同成立的逻辑必然。当然，如果应收账款债权人的质权人于质权设立时明知甚至于重大过失地不知应收账款债权根本不存下，是否仍然享受此等优惠保护，就可能见仁见智。若遵循法律不保护恶意之人的信条，则不应如此优惠质权人。

以现有的应收账款出质，第三债务人未确认应收账款的真实性，质权人于其举证证明办理出质登记时确实存在应收账款时，有权以应收账款债务人为被告，请求就应收账款优先受偿（《担保制度司法解释》第61条第2款前段）。该项规则在质权实行的条件成就时应收账款债权确实存在的场合是符合法理和利益衡量规则的，在质权实行的条件成就时应收账款债权已因可归责于应收账款的债务人、债权人的原因不复存在的场合也依然是符合法理和利益衡量规则的，至于不可归责于应收账款的债权人、债务人的原因，实际上非常罕见，所谓金钱债务没有不能是也。

质权人不能举证证明办理出质登记时应收账款真实存在，仅以已经办理出质登记为由，请求就应收账款优先受偿的，难获支持（《担保制度司法解释》第61条第2款后段）。这是对未尽勤勉注意义务的质权人不予特别保护的体现。

以基础设施和公用事业项目收益权、提供服务或劳务产生的债权以及其他将有的应收账款出质，当事人为应收账款设立特定账户，发生法定或约定的质权实现事由时，质权人有权就该特定账户内的款项使被担保债权优先受偿；特定账户内的款项不足以清偿债务或未设立特定账户，质权人请求折价或拍卖、变卖项目收益权等将有的应收账款，并以所得的价款优先受偿的，人民法院依法予以支持（《担保制度司法解释》第61条第4款）。这是特定账户质权和质权一般原则的题中应有之义。

Abstract: The judicial interpretation of the Supreme People's Court on the application of guarantee in the Civil Code does its best to clarify and refine the rules of guarantee, and to supplement some rules lacking in the Civil Code. It seems illogical to add the rule that the scope of liability of the counter guarantor should not be reduced due to the invalidity of the guarantee contract, but it is reasonable. If the agreed scope of guarantee liability is beyond the scope of the principal debt, it can be allowed, as long as the guarantor is not allowed to recover the excess from the principal

debtor. However, the judicial interpretation holds the opposite view, which needs to be reconsidered. Whether the guarantor knows the new loan should not be taken as the reason for the guarantor to undertake the guarantee responsibility for the new loan, and only with his consent he can be responsible. Judicial interpretation should also reflect on this point. The agreement that the transfer of the mortgaged property must be agreed by the mortgagee in the security contract can be effective against the third party after registration, which is more reasonable than the middle section of the first paragraph of article 406 of the Civil Code in the judicial interpretation, but it is still difficult to change the tendency that the rule is beneficial to financial institutions. The effect of mortgage is not as good as the part that is renewed or newly built after its establishment, which is in line with the legal principle. The mortgagor has the right to fight against the mortgagee's claim to exercise the mortgage right after the time limit of the creditor's right secured by the mortgage. Although this is in line with the legal principle, it will hinder the circulation of the mortgaged property and even affect the transfer registration. After the third debtor confirms the authenticity of the accounts receivable to the pledgee, he has no right to pledge against the pledgee on the ground that the accounts receivable do not exist or have been eliminated. The establishment is in line with the balance of interests.

Key Words: counter guarantee, agreed scope of guarantee liability, tracing effect, integration of land and house, completion of limitation of action

• 111 •

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

《民法典》禁止流质之规定的新发展及其解释

陈永强*

内容提要：《民法典》第 428 条对禁止流质之规定作了一个重大变化，不再以“不得约定”之方式直接禁止流质，而是采用了法律后果模式。从禁止性的行为规范到技术性的法律后果模式，体现了中国《民法典》立法技术上的成熟和立法理念的更新。解释论上，第 428 条可以看作是对禁止流质的缓和，并产生认可让与担保、股权让与担保、买卖型担保等新型担保类型的体系效应。让与担保、买卖型担保等不再能够以禁止流质为依据认定无效，从尊重自治的角度对这些担保类型予以认可，符合民事立法的精神，但在制度建构上应辅以清算义务作为配套规则，以确保债权额与标的物价值之间的利益平衡。

关键词：民法典 禁止流质 流质契约 让与担保 买卖型担保

一、《民法典》流质契约规定的新发展：从行为规范到裁判规范

流质契约之禁止，为罗马法以来大陆法系国家民法立法所遵循的一项一般原则，^{〔1〕} 大陆法系的《法国民法典》第 2088 条、《德国民法典》第 1229 条、《日本民法典》第 349 条、《瑞士民法典》第 894 条等，皆对流质予以明确禁止。多数立法例认为，流质条款是无效的，如《德国民法典》第 1229 条规定：“出卖权发生前所做出的，规定质物所有权在质权人不受清偿或不适时地受清偿情形下应归属于质权人或被转让给质权人的约定，无效。”流质契约，不问其内容为何，皆

* 陈永强，中国计量大学法学院教授，浙江省新型高校智库质量法治保障研究中心研究员。

本文为国家社科基金项目“阶段性物权变动与交叉型权利研究”（15BFX161）的阶段性成果。

〔1〕 参见梁慧星：《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 638 页。但卡泽尔与克努特认为，早期的罗马法并不一般性禁止流质，反而承认流质原则。对略式物的质押，如果届期未回赎，质物即归债权人所有。参见〔德〕马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特：《罗马私法》，田士永译，法律出版社 2018 年版，第 312 页。

为无效。^{〔2〕}

中国民法继受了流质禁止之一般原则。《担保法》第66条规定：“出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。”《物权法》第211条继续采纳这一立场，该条规定：“质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。”但《物权法》第211条仅从行为规范层面禁止流质契约行为，而未规定法律效果，为不完全法条。学界通说认为，违反《物权法》第211条，系属违反《合同法》第52条第5项之法律、行政法规之强制性规定，所定流质契约无效。^{〔3〕}

《民法典》有关流质契约的规定为第428条，^{〔4〕}该条规定：“质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。”比较《物权法》第211条和《民法典》第428条，两个条文存在重大的不同。《物权法》采用的是禁止流质的经典表述，但《民法典》之禁止流质的规定，不论在用语上，还是在立法技术上，都作了重大更改，其不再采用“不得”之用语，而是直接规定了流质契约的法律效果。这意味着，流质契约之规定在性质上从《物权法》之行为规范变化为《民法典》的裁判规则层面，这在立法技术上无疑是一个很大的进步。原《物权法》第211条是绝对地禁止流质行为，属于行为规范，“不得与出质人约定”之表述即是对流质约定之行为的禁止，禁止当事人为一定行为。而《民法典》之表述改为构成要件与法律效果之规则模式，即如果约定了流质，也只能按照担保的规定进行优先受偿。至于该流质契约是否无效，《民法典》则作了留白，给学界和司法实务留下了发展和解释的空间。

从行为规范到裁判规范，意味着《民法典》立法技术上的进步与成熟，毕竟，民法是需要被裁判适用的，而不是单纯地禁止某类行为。当实践中出现此类流质行为时，法律需要给出答案。在私法原理上，《民法典》第428条还蕴含着一个重要的价值变迁，即民事立法应将尊重私人自治作为一个优先原则，在私人之间的法律关系不涉及公共利益、公共安全时，应尽可能少地去干涉私人自治，私人关系交由私人自己决定，从而有助于促进形成自我负责的社会生活关系。《物权法》对流质是禁止的，即以直接限制私人自治为出发点，相反，《民法典》对流质的态度是更为开放的，并未对其予以一般性的禁止，而是从法律后果上予以规定，这种转变意味着价值理念的变化，即从限制私人自治的价值理念转变到了尊重私人自治的价值理念上，这是一大进步。

不仅如此，《民法典》第428条还是一种智慧的立法，其并未明确流质契约之效力为何，流质契约到底是无效还是有效。因而，其解释论上的讨论空间更为开阔。当立法者尚不确定该种约定是否属于无效之约定时，对其不作规定，是一种明智的决策。毕竟，对于该问题，我国台湾地区已经有了另一种探索，台湾地区“民法”未修订之前，其第893条第2项规定，约定债权已届清偿期而未清偿时，质物之所有权移属于质权人者，其约定无效。但是修法之后，已经改变了流质禁止的规定，而改为“非经登记，不得对抗第三人”。该动向说明，流质契约并非只能以无效为唯一的规范途径，流质契约是可以有效的，法律可以对其予以承认。

〔2〕 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第375页。

〔3〕 参见崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2009年版，第485页；前引〔1〕，梁慧星书，第704页。

〔4〕 《民法典》第401条规定了流押，表述上与流质相同，为论述方便，本文仅以第428条之流质作为论述中心。

二、流质契约无效之传统学说与判例

传统观点认为，当事人在履行期届满之前约定所有权直接归属，其性质上属于一种私人执行，而私人执行在法律上通常是被禁止的，但禁止流质更为核心的思想是保护债务人的利益，避免债权人以此取得暴利。在此，立法者作了一个假定，即在一般借贷关系中，债务人在借贷时多因窘迫而处于交易弱势地位，债权人则利用其优势交易地位迫使债务人订立流质契约。同时，担保物的价值通常高于债务额，如果承认流质契约的效力，则一旦债务人届期不能偿还债务，担保物即归债权人所有，从而使债权人获得的利益高于债权额，有失公平。再者，担保之设立乃在于标的物之价值权的实现，而非标的物所有权之取得，若允许订立流质契约，担保之价值权即被转换为标的物之所有权，此与担保设立的目的不合。基于上述理由，立法一般不允许订立流质契约，订立流质契约者，亦为无效之约定。

《物权法》第 211 条规定“不得与出质人约定”，“不得”意味着禁止该种行为，即民法禁止当事人在质押合同中作“债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有”之约定。从规范属性上看，《物权法》第 211 条应属于效力性强制性规范，而非管理性强制性规范，前者所禁止者为法律行为之内容，后者一般针对主体之资质问题。违反管理性强制性规范，合同一般仍为有效，违反效力性禁止性规范，合同即为无效。惟应注意者，所谓流质契约无效，系指该流质约定之条款无效，而非指整个质押合同无效。^{〔5〕}流质条款无效一般不影响质押合同的效力，因而质权之设立仍然成立，债权人仍享有质权。在债权届期债务人未偿还债权时，质权人可行使质权。《德国民法典》第 139 条规定：“法律行为的一部分无效的，如不能认为除去无效的部分，该法律行为仍会被实施，则整个法律行为无效。”质押契约中，流质条款的除去并不影响法律行为的实施。

以担保物之价值来实现债权与以担保物所有权来实现债权，其本质区别在于：前者需要通过特定的程序；后者不需要通过特定的程序，而是直接取得所有权。担保物权作为从属于主债权之权利，其目的在于确保主债权之实现，故需要实现的债权必定在主债权范围之内，为了确保担保物价值与主债权在额度上的等价，法律设置了担保物权的实现程序，拍卖、变卖等清算程序的目的即在于确保担保物价值与主债权额的平衡，避免债务人因担保遭受不当的损失。担保期间内，担保物之价值尤其如土地之价值，可能会发生大幅波动，由债权人直接取得所有权，可能导致其获得巨大不当利益，故债务届期后，需要重新估算担保物之价值。《物权法》第 219 条规定之折价、拍卖、变卖等程序皆为重新估价的一种方式。未经此等程序，约定担保物直接由债权人取得所有权的，结果上会导致担保人与债权人之间的利益失衡。故，大陆法传统民事立法中，多数国家的民法立法对此类约定均一概予以禁止。

在法适用上，流质之构成有两个条件：一是，双方法律关系须属于质押法律关系；二是，时间上有特定要求，须针对债务履行期届满前的所有权归属进行约定。流质契约的适用前提是质押法律关系当事人约定所有权的归属，如果不在质押法律关系中，即便当事人在债务履行期限届满

〔5〕 参见谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社 1999 年版，第 676 页。

前约定了债务不履行时标的物即归债权人所有,也不适用流质禁止的规定。实务中,双方约定一方不履行合同,相关财产即归另一方所有,该种约定如果不是发生在质押法律关系中,即不能适用流质禁止的规则。例如,在“上海德坤国际贸易有限公司与上海埃力生进出口股份有限公司进出口代理合同纠纷”一案〔6〕中,原告与被告签订两份《代理进口合同》,并以附件的形式对双方权利义务进行约定,其中第(一)条第5款规定:“如乙方(即原告)未能按本协议规定如期付清货款及代理手续费,甲方有权终止本协议,享有货物单证项下的所有权,已付甲方的预付款有权不再返回乙方,并可处分货物,所得款项及代理进口保证金抵扣进口货款、税金及有关费用、利息等,尚不足以抵扣的乙方应予以赔偿。”当事人主张该条款为流质条款,应属无效。法院认为,质押合同既是要式合同又要物合同,而流质契约是在质押合同情形之下,双方约定债务届期,债权人未受清偿的,即移转质物所有权于债权人之契约。本案中,双方在签订代理进口合同时并无建立质押合同法律关系之意思表示,故系争约定不符合流质契约之法定构成要件。

禁止流质规则的适用中,时间是流质条款判定的根本要素,也即是说,约定债务不履行质物即归债权人所有,所发生的时间必须是在债务履行期届满前,如果在债务履行期届满之后,双方约定质物所有权的归属,就不能适用流质契约之规定来判定其效果。实践中,在债务履行期届满之后,如果当事人之间对标的物的归属达成协议,约定归债权人所有,如常见的以物抵债协议,该种以物抵债协议性质上是一种代物清偿,是有效的。〔7〕例如,在“李其华与吕泽真返还原物纠纷”一案〔8〕中,吕泽真为李其华支付农民工工资,吕泽真支付后,李其华将其车辆交付给吕泽真,李其华承诺到期不偿还此债,即将案涉车辆赔偿给吕泽真,并配合办理过户手续。该案争议的焦点是,双方的以物抵债是否属于流质契约。法院从流质契约法律关系、流质契约订立的时间、实现债权的程序等进行审查,认为李其华在债权成立时即将车辆交付给债权人吕泽真占有,其行为的后果是成立质押担保。以物抵债是债权届期后成立的协议,而流质契约是债权届期前成立的。流质契约未经评估和拍卖程序,直接取得标的物之所有权,故本案属于流质契约,应认定无效。再如,在“福海县一八二团双庆玉米烘干农民专业合作社与温泉县中玉仓储物流有限公司买卖合同纠纷”一案〔9〕中,双方订立《还款质押合同》,其中约定债务如果届期未清偿,债权人即直接取得标的物之所有权,同意以物抵债。上诉人认为该质押合同是在债务履行期满后订立的,性质为以物抵债,应为有效。法院认为,该协议为流质契约,系无效约定。在以物抵债与流质契约的区分上,法院往往以协议订立的时间而为判断,法律所禁止的流质契约乃是债务履行期届满前的所有权移转约定,而以物抵债是履行期届满之后达成的协议,后者不属于流质契约,在不违反法律强制性规定时,是有效的。〔10〕

《物权法》时代,我国关于流质契约无效的一般学理和实务认为,禁止流质之规定属于效力性强制性规范,当事人所约定的流质契约无效。同时,实务严格审查流质契约所订立的时间,只

〔6〕上海市第一中级人民法院(2004)沪一中民四(商)初字第8号民事判决书。

〔7〕参见陈永强:《以物抵债之处分为论》,载《法学》2014年第11期。

〔8〕北京市第二中级人民法院(2015)二中民终字第05404号民事判决书。

〔9〕新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院(2015)博中民二终字第59号民事判决书。

〔10〕参见最高人民法院(2016)最高法民终234号民事判决书。

有在债务履行期届满前订立的流质契约是无效的，而在履行期届满之后达成的财产归属的约定，属于以物抵债。以物抵债不受流质契约禁止之规定的规定的影响，属于有效约定。

实务中，流质契约无效之规则还存在扩大的倾向。在股权担保中，债务届期后未清偿股权即转移的约定，也被视为流质契约，亦属无效，如“陈振伦与臧金仓、第三人河北恒力空调工程有限公司股权质押纠纷案”；^{〔11〕}但双方如在清偿期届满后达成《股权转让协议》，则被认为是有效的，如“戴品荣与被申请人杨新刚民间借贷、股权质押纠纷案”。^{〔12〕}

三、《民法典》流质契约之效力缓和及其体系效应

《民法典》对传统的禁止流质之表述作了修改，不再采用“不得约定”之强制性术语，而是规定其法律后果，实际上是缓和了禁止流质之规则，有助于建立尊重个人自主决定的私法秩序，符合私法自治之精神。

早在《物权法》立法之时，即有观点认为，流质契约不应一概予以禁止，而应承认其效力，其理由是：禁止流质与当事人之意思自治原则相悖，担保物之价值亦可能因市场波动下降而非必定上升，流质契约对债务人不一定就是不利益，故法律应尊重当事人之自治。但《物权法》并未采纳上述意见，立法者认为，对流质契约而言，虽然形式上看当事人是自愿，但实质上很难判断自愿与否，也可能存在胁迫。笔者认为，该理由很难成立，立法者预先推断当事人之约定是否出于自愿，并一概禁止之，似乎不妥。因为这种预先判断并无事实基础，而只能是一种猜测。即便存在胁迫，当事人仍有救济渠道，可以依合同法撤销，一概禁止反而过多干涉了当事人的意思自治与自主决定。真正的理由是，法律既应保护债务人也应保护债权人，如果因担保物价值大大升高而有必要禁止流质以保护债务人，那么，基于同样的理由，在担保物价值可能大大降低时，对债权人不利益，此时也解为无效，岂非干涉过甚？谢在全认为，流质之约定还可以通过其他行为来达到，如在清偿期届至前，另行订立抵押物买卖契约，待清偿期届满后，抵押权人再表示以其债权额与应付之抵押物价金相互抵销，“则流质契约之禁止，难达预期之效果，故是否设此项规定之必要，殊成疑问”^{〔13〕}。

公平乃是流质禁止之核心理由，但是实现公平的路径并非仅有“禁止—无效”之一途，使其有效，并结合清算，亦能实现流质契约之公平性。

《民法典》第428条之无效性缓和及其体系效应表现在以下方面：

第一，司法实务不再能以第428条为依据判定流质契约无效。《物权法》第211条将流质契约规定为行为规范，对当事人的流质约定行为予以禁止，如前所述，学界通说认为，该规范属于效力性强制性规范，违反《物权法》第211条的规定系属违反法律强制性规定，从而流质契约无效。也即是说，《物权法》第211条之禁止性规范需要通过《合同法》第52条第5项之法律强制性规定的转致，才能使之无效。但是，在《民法典》将其改变为裁判规范后，在其并未明确流质

〔11〕 河北省枣强县人民法院（2014）枣民三初字第358号民事判决书。

〔12〕 江苏省高级人民法院（2018）苏民申963号民事裁定书。

〔13〕 前引〔5〕，谢在全书，第675页。

禁止并赋予其无效效果的前提下,上述通过违反法律强制性规定而无效的转致路径已不复存在,司法实务将不再能够基于《民法典》第428条认定流质契约因违反法律强制性规定而无效。

那么,如果当事人约定了流质,该契约的效力应如何判断呢?笔者认为,在当事人约定了《民法典》第428条的流质的情形,其效力应依据《民法典》第143条加以判断,即从行为能力、意思表示真实、不违反强制性规定和公序良俗这三个要素来判断。既然流质契约已不被法律所禁止,依据《民法典》已经难以构成违反强制性规定,而且当事人之间的流质约定也难谓违背公序良俗,那么在不存在其他无效情形时,流质契约将是有效的。但笔者认为,流质契约尽管是有效的,但不能直接发生所有权归属的效力,流质契约的生效应以清算为条件,当双方对债权与质押物之间的价值进行清算之后,可以将标的物所有权归属于债权人。此种方式即为归属型清算。^[14]

第二,以物抵债将不能依据禁止流质的规定而认定其无效。按以物抵债的约定时间划分,可以将其分为未届清偿期的以物抵债和已届清偿期的以物抵债。对于未届清偿期的以物抵债,通说认为,该约定具有流质条款的性质,应认定无效。^[15]对于已届清偿期的以物抵债,学说上有“代物清偿说”与“诺成合同说”之区别。前者认为,以物抵债系属代物清偿,代物清偿系要物合同,以受领他种给付为成立要件,如标的物尚未交付或尚未登记,则以物抵债协议不成立。实务判例如“天骄公司与三建公司以地抵工程款案”、^[16]“苏州东泰房地产发展有限公司与郑某商品房预售合同纠纷案”。^[17]“诺成合同说”认为,以物抵债系诺成性合同,自双方当事人意思表示一致时成立。^[18]实务上多数判例采用“诺成合同说”,如“陈某诉安徽舒城县华鹏房地产开发有限公司买卖合同纠纷案”、^[19]“钟某诉广大建设集团有限公司确认合同效力纠纷案”^[20]。

我国台湾地区实务认为,当事人于债权清偿期届满后与债务人另订延期清偿契约,附以延期以内不为清偿即将抵押物交于债权人营业之条件,与自始附此条件无异,其约定依第873条第2项为无效。“因清偿期已延长,即应以延长之后期限为清偿期,故在此清偿期末届满前,约定届期未偿,抵押物之所有权移转于抵押权人者,自属流质契约,应归无效。”^[21]

上述实务及学说见解,在《民法典》第428条的新规定之后,已不再妥适,以物抵债协议不论是在债务履行期届满之前还是在届满之后,均不能依据禁止流质而判定无效。以物抵债协议在无法法律行为无效情形时,即属有效协议。

第三,为让与担保之设定及有效性留出空间。《物权法》禁止流质之行为规范也是一种命令性规范,而《民法典》之裁判规定则属于技术性规范,从命令性规范向技术性规范转变,意味着它将为让与担保的效力留下解释空间,当事人以所有权归属进行担保的,不再能够类推适用禁止流质之规定而判定无效。让与担保系通过移转标的物所有权的方式进行的担保,为非典型担

[14] 参见〔日〕近江幸治:《担保物权法》,祝娅、王卫军等译,法律出版社2001年版,第256页。

[15] 参见前引〔7〕,陈永强文;夏正芳、潘军锋:《以物抵债的性质及法律规制》,载《人民司法(应用)》2013年第21期。

[16] 江苏省高级人民法院(2010)苏民申初字第040号民事判决书。

[17] 江苏省太仓市人民法院(2013)太民初字第0735号民事判决书。

[18] 参见崔建远:《以物抵债的理论与实践》,载《河北法学》2012年第3期。

[19] 安徽省舒城县人民法院(2014)舒民二初字第00286号民事判决书。

[20] 重庆市奉节县人民法院(2014)奉法民初字第00005号民事判决书。

[21] 前引〔5〕,谢在全书,第676页。

保。在认定让与担保的效力上，我国司法实务或认为其违反物权法定而无效，或认为其违反禁止流质流抵而无效。^{〔22〕}学说上，认定让与担保无效的主要学说有“虚伪意思表示说”“脱法行为说”和“违反物权法定说”。“脱法行为说”认为，让与担保系脱法行为，违反法律之禁止规定，应属无效，盖流质契约为法律所禁止，且动产质权之设定，不得以占有改定方式为之。“而让与担保于设定时，标的物之所有权已移转于担保权人，担保标的物无论动产与否通常均依订立租赁契约等方式，使设定人仍得继续占有标的物，此显系以迂回手段，达到法律所欲禁止之行为，自属脱法行为。”^{〔23〕}但是，让与担保之担保权人并非确定能取得标的物之所有权，而是须履行变卖标的物或协议估价，以其价金受偿，故与流质契约尚属不同，让与担保不生回避禁止流质约款规定的问题。何况在《民法典》已经放弃禁止流质之规定后，“脱法行为说”更难成立。

第四，买卖型担保、股权让与担保等的类推无效被限缩。传统观点认为，取得所有权之债权请求权的约定也属无效之约定，如史尚宽认为：“不独约定与债务不履行同时即使质权人取得质物所有权之物权的流质契约，其仅使发生所有权取得的请求权之债权的流质契约，亦应解释在禁止之列。”^{〔24〕}对于此种买卖型担保，即以买卖合同之所有权取得请求权为担保借贷的案型，我国司法实务上也存在重大争议。^{〔25〕}最高人民法院在多个相似的案例中采用完全相反的观点，在“朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”中认为，买卖合同有效。^{〔26〕}在“广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷案”中，最高人民法院认为其违反了禁止流质原则，买卖合同无效。^{〔27〕}在“汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”（本案为72号指导案例）^{〔28〕}中，最高人民法院运用“债的转化理论”，认为买卖合同有效。买卖型担保被认为无效的主要依据是禁止流质原则，实际上是禁止流质原则的类推适用。在买卖型担保中，一般会约定，一定期限之内债务人偿还债务的，即可以回赎或者不再履行买卖合同，但一旦债务届期而不清偿的，则需要履行买卖合同并移转标的物所有权。^{〔29〕}买卖型担保是一种典型的融借贷、买卖与担保三者于一体的融资交易方式，^{〔30〕}私法上并无禁止之必要，在《民法典》缓和禁止流质之效力后，将来的司法实务应承认其效力，依当事人之真实意思表示来予以裁判。

在股权形式的让与担保中，实务上通常区分债务届期前的股权让与担保和债务届期后的股权让与担保。在“陈振伦与臧金仓、第三人河北恒力空调工程有限公司股权质押纠纷案”中，双方约定债务届期后未清偿股权即转移，被视为属于流质契约，股权流质契约亦属无效。^{〔31〕}在“戴

〔22〕 参见高圣平：《动产让与担保的立法论》，载《中外法学》2017年第5期。

〔23〕 前引〔5〕，谢在全书，第902页。

〔24〕 前引〔2〕，史尚宽书，第375页。

〔25〕 参见陈永强：《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》，载《中国法学》2018年第2期。

〔26〕 参见最高人民法院（2011）民提字第344号民事判决书。

〔27〕 参见最高人民法院（2013）民提字第135号民事判决书。

〔28〕 最高人民法院（2015）民一终字第180号民事判决书。

〔29〕 有学者将其称为“后让与担保”。参见杨立新：《后让与担保：一个正在形成的习惯法担保物权》，载《中国法学》2013年第3期。

〔30〕 参见前引〔25〕，陈永强文。

〔31〕 参见山东省枣强县人民法院（2014）枣民三初字第358号民事判决书。

品荣与被申请人杨新刚民间借贷、股权质押纠纷案”中，双方在清偿期届满后达成《股权转让协议》，法院认为该协议不属于流质契约，被认为是有效的。^{〔32〕}

在《民法典》之下，买卖型担保、股权让与担保等新型担保形式类推适用禁止流质之规定而无效的观点都将不再成立，在无民事法律行为无效事由的情形下，这些担保形式都是有效的。“不论是让与担保还是以买卖合同担保借款合同的交易，在对内关系中，都应当尽可能地尊重当事人意思自治的选择。只要没有出现乘人之危、显失公平或者高利贷的情况，应允许当事人主张标的物的所有权或者履行买卖合同。”^{〔33〕}

《民法典》第388条第1款前半句规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。”该条中“其他具有担保功能的合同”实际上就是一个开放式条款，它可以容纳实践中自发生成的一些新型担保合同类型，这可以更好顺应时代发展和满足实践对法律的需求。

四、作为流质契约法律效果的清算义务

在《民法典》对禁止流质、让与担保等予以开放之后，以所有权归属约定来担保债权的方式得到承认，但公平问题仍然是担保法律问题的核心。对此，《民法典》第428条后半句作出了规定，即“只能依法就质押财产优先受偿”。该规定应如何解释呢，是否意味着排除了所有权归属的判断问题呢？

（一）文义解释和体系解释：依质权程序实现

从条文体系上看，该句的表述与《民法典》第425条之质权定义中的“就动产优先受偿”相同，所谓的“优先受偿”，系指以质押财产的价值来优先受偿，而非以质押财产之所有权来优先受偿。故该“优先受偿”应指向质押财产的实现程序。我国台湾地区“民法”第884条明文规定“得就该动产卖得价金优先受偿”，以明确所优先受偿者乃买卖之“价金”。学说上认为，质权人享有变价权与优先受偿权两种权利。此点与抵押权相同，而与留置权相异，郑玉波认为，留置权之作用主要在于留置，并不当然享有变卖与优先受偿之权。^{〔34〕}在担保物权的实现程序中，债权人必须按规定对担保物进行变价、拍卖或折价，兑换成价款的形式，以价款优先受偿。

该句中的“优先”是相对于普通债权人而言的，质权人的权利针对的是特定化的质物，普通债权人的债权指向的是债务人的一般财产。就质押财产而言，质权人优先于无担保的普通债权人而受偿。优先受偿权还体现在出质人破产时，质权人可行使别除权，使质物不被列入破产财产而优先清偿质权人的债权。在质物被人民法院查封或扣押时，质权人的优先受偿权不受影响。但是，相对于其他物权来说，质权并不当然有优先于其他物权之效力。如一个物上并存多个担保物权时，一般遵循“时间在先、权利优先”原则，即设立在前的担保物权优先于设立在后的质权，顺位依设立的先后确立。由于动产质权以交付为生效要件，依设立先后确定实际上意味着依交付

〔32〕 参见江苏省高级人民法院（2018）苏民申963号民事裁定书。

〔33〕 龙俊：《民法典物权编中让与担保制度的进路》，载《法学》2019年第1期，第75页。

〔34〕 参见郑玉波：《民法物权》，黄宗乐修订，三民书局2007年版，第362页。

的先后确定顺位。但因质权设立允许现实交付之外的指示交付方式，则可能发生多重设立质权的情形，此时可能发生成立在后的物权优先于成立在前的物权的情形，如成立在后的物权构成善意取得。当第一个质权为指示交付后，第二个质权再依现实交付设立，第二个质权存在善意取得的可能，即可能出现第二个质权人优先于第一个质权人受偿的情形。在抵押权与质权并存时，依据《民法典》第415条的规定，“同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序”。也即是说，抵押权的登记先于质权的交付的时间的，则抵押权优先于质权，如果质权的交付时间先于抵押权的登记时间的，则质权优先于抵押权。在留置权与质权并存时，无论留置权成立在后还是在前，留置权皆优先于质权，因留置权为法定担保物权，其所担保的债权多为劳动付出的报酬，其在法政策上具有优先保护的效果。《民法典》第456条规定：“同一动产上已经设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权优先受偿。”该条正是基于上述法政策立场作出的规定。

《民法典》第436条第2款规定了质权之实现程序，即以协议折价、拍卖或者变卖所得价款优先受偿。在质权的实现程序中，双方以协议方式确定质押财产的归属以作清算，是法律所允许的。折价是双方意思表示一致达成的协议清偿方式，变卖和拍卖均是将标的物出售转换为交换价值以清偿债权。

（二）扩张解释：清算义务

除了上述按照该条之文义解释所应包含的意思之外，解释论上似乎还可以将该句解释为清算条款，即将该规定理解为流质契约生效的前提，如果当事人按照质权程序进行清算的，流质契约也可以发生效力。

不论是流质契约、让与担保还是买卖担保，当事人不履行债务时，债权人就标的物之取偿，不外乎是取得标的物之权利，以抵偿债务，此为估价受偿，抑或变卖标的物，以其价金清偿债权，此为变价受偿。前者为归属型清算法，后者为处分型清算法。^{〔35〕}对归属型清算而言，由债权人取得标的物之所有权，并对标的物价值进行评估，将其超过债权数额部分返还给债务人。归属清算的优点在于：在清算额与标的物所有权移转之间可以建立同时履行关系，债权人主张移转所有权的同时需要履行清算义务。^{〔36〕}只要在归属清算中为担保权人设定清算义务，担保物价值与债务额之间即能够取得平衡，公平问题即能得以解决，对此类担保即无必要以无效规制之。前述72号指导案例依“债的转化”理论对买卖担保予以认可，即是运用了清算法理，既然当事人已经对债务进行了清算，由债权人取得标的物所有权便不存在价值失衡问题。

此外，当事人究竟采取何种方法来实现担保，是进行处分清算还是归属清算，乃系自治问题，应允许当事人通过意思自治方式来约定。在存在归属约定时，应按归属清算方法来清偿，在无归属清算约定时，则应认定系采取变价受偿之方法，“该此种实行方法，于当事人间之权利义务较为明确，且较符合让与担保系在担保债务清偿之经济目的”^{〔37〕}。

笔者认为，清算法理应当作为各类担保物权的共通原理予以建构，担保物权所要解决的核心

〔35〕 参见前引〔14〕，近江幸治书，第256页。

〔36〕 参见前引〔25〕，陈永强文。

〔37〕 前引〔5〕，谢在全书，第921页。

问题无非是债权额与担保物价值之间的平衡问题,以防债权人过度获利和债务人过度受损,清算义务恰好可以平衡该利益失衡问题。因而,不论是何种类型的担保,只要涉及担保物的归属问题,均应通过清算程序,当担保物的评估额或变卖额高于债权额时,债权人应将超出部分予以返还。相反,当担保物的评估额或变卖额低于债权额时,债权人有权就不足部分继续主张权利。通过清算规则,不论担保物所有权归属于何人,最终债权人和债务人的利益都是同等受到保护,结果是合正义的。就此而论,让与担保、股权让与担保、买卖型担保,这些作为市场融资的交易形式,都应该被法律所允许,允许当事人以自治方式来设立此类担保。“让与担保是应以权利(所有权)之(内外部)移转,加上信托行为的债之关系,且担保权人并负有清算义务为其法律构造。以此构造为前提,并在无违法律强制规定、公序良俗之情形下,当事人间之权利义务关系,均得本于契约自由原则约定之,自属当然。”〔38〕

(三) 流质中所有权归属的确定规则

当事人约定流质、流押的情形,债权人何时能够取得标的物所有权呢?尽管当事人之间的流质约定为法律所允许,该约定有效,但并不意味着债权人可以立即按照该约定取得标的物所有权。一方面,当债权届期,债务人仍未能清偿时,债权人可以通过协议折价方式取得标的物所有权,也即是说,需要通过质权实现程序,在清算之后取得所有权。我国台湾地区“民法”第873条之1第2款规定:“抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时,抵押物价值超过担保债权部分,应返还抵押人;不足清偿担保债权者,仍得请求债务人清偿。”该条即明确了债权人取得担保物所有权的前提是清算。另一方面,债权人取得所有权,仍需要按照物权变动之公示原则的要求进行公示,即应将动产交付。在流质的情形下,债权人已经占有质物,故只要满足清算条件之后即取得标的物所有权,但在流抵的情形,抵押动产应交付于债权人,债权人始能取得标的物所有权。在买卖型担保、让与担保情形,所有权取得的规则是相同的,除了满足清算规则之外,动产应交付,不动产应完成移转登记,债权人才能取得所有权。

对于流质和流押中所有权取得的公示问题,我国台湾地区“民法”第873条之1第1项采用了登记对抗主义,即“约定于债权已届清偿期而未为清偿时,抵押物之所有权移属于抵押权人者,非经登记,不得对抗第三人”。笔者认为,台湾地区该规定与其不动产物权变动之公示要件主义不合,因不动产物权变动须经登记发生效力,而按照第873条之1规定,不动产所有权的移转变成了无须登记即发生了物权变动,登记成为了对抗要件,这会和公示要件主义之一般物权变动规则发生冲突。因而,这个规定的合理性尚有待商榷。两相比较,笔者认为,《民法典》的留白式立法反而更有艺术,解释空间更为灵活。

五、结 语

《民法典》对禁止流质一改《物权法》之经典表述,而创新性地改采法律后果模式,即如果当事人约定流质,权利人只能就质押财产优先受偿。该表述看上去似乎否定了债权人取得所有权

〔38〕 前引〔5〕,谢在全书,第908页。

的可能，似乎当事人约定流质的，并不能发生当事人所预期的所有权变动的效果，当事人仅能通过质权实现程序来实现债权。但如果从法律发展角度以及从《民法典》的立法精神和对担保类型的体系上看，《民法典》第428条似乎可以作扩张解释，允许当事人约定流质，并可以取得标的物之所有权，只要配以清算义务。这一解释立场是可行的，其可以辐射到让与担保、股权让与担保、买卖担保等新型担保形态中，实际上可以激发更多的市场活力，促进融资交易。《民法典》顺应时代思潮，及时修正《物权法》之规定，不再使用“不得约定”之类的强制性术语，从行为规范之立场转变到法律后果之立法模式上。从法律适用技术角度来说，修改后的条文更为科学；从法伦理层面上看，它弘扬了民法作为自治法的私法精神，符合民法的伦理理念，体现出了民法典立法的中国智慧。《民法典》流质条款效力的立法模式，代表了21世纪流质条款立法的最新动向，是一个融私法理念与先进立法技术于一体的典范。

Abstract: Article 428 of Civil Code has made a great change in prohibiting liquid pledge, where liquid pledge is not directly prohibited by way of “shall not be agreed”, but a mode of legal consequence is adopted. The change from a prohibitive code of conduct to a technical mode of legal consequence has exhibited maturity in legislative techniques in the making of China’s Civil Code and innovation in law making ideas. With regard to explanation, Article 428 can be viewed as a mitigation of nullification of prohibiting liquid pledge, and as creating a systematic effect of approving new securities such as alienation guarantee, stock right alienation guarantee, guarantee in way of sales contract, etc. They are no longer regarded as invalid based on prohibition of liquid pledge. Approving these securities from the perspective of respecting autonomy is in accordance with the principle of civil law making, but an obligation of liquidation shall be embedded into the system so as to balance the interests between the amount of claim and the price of the subject matter.

Key Words: civil code, prohibition of liquid pledge, liquid clause, alienation guarantee, guarantee in way of sales contract

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

股权让与担保的内外关系与权利界分

葛伟军*

内容提要：股权让与担保是债务人或第三人与担保权人之间达成的协议，通常采取股权转让的方式，要求将作为担保物的股权登记在担保权人名下，从而引发了《民法典》和《公司法》之间的冲突。股权让与担保反映了当事人之间的真实意图，没有违反国家强制性规定，是有效的。股权让与担保涉及的法律关系，可以分为对内关系和对外关系两个方面。在对内关系中，担保权人是债务人的债权人，是目标公司的股东，其股东权利的行使在一定条件下可以受到限制。在对外关系中，涉及外观主义的适用。如果第三人对股权登记的外观事实产生了合理信赖，则应当保护该信赖。担保权人的法律地位及权利义务，可以用信托原理加以解释。通过担保事项“记载/公示”的方式，一方面明确了股权是信托财产，另一方面可以阻却第三人合理信赖的形成。

关键词：股权让与担保 名义股东 股东权利行使 外观主义 合理信赖

• 123 •

让与担保是大陆法系德日等国经由判例、学说所形成的一种非典型担保方式。我国学者对其在物权法上的地位，存有争议。^{〔1〕} 尽管其在实务中多有运用，但法无明文规定。^{〔2〕} 仅有司法意见认为让与担保指债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权。^{〔3〕}

学理上，债权人的救济途径宽泛，除了变价清偿之外，还包括估价受偿。让与担保最早可追溯到罗马法上的信托。从转移标的物所有权为担保，演变至仅转移标的物之占有为担保之占有

* 葛伟军，上海财经大学法学院教授。

本文为2018年司法部国家法治与法学理论研究项目“股权代持法律问题研究”（18SFB2036）的阶段性成果。

〔1〕 持否定说的学者认为，让与担保是通过习惯、学说和判例发展起来的一项制度，不适合作为一种物权而规定在民事基本法中，也没有一个国家将其规定在制定法的典型担保制度中。参见王卫国、王坤：《让与担保在我国物权法中的地位》，载《现代法学》2004年第5期。

〔2〕 2020年颁布的《民法典》也没有明确让与担保的地位，仅在第388条规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。……”

〔3〕 参见2019年11月8日最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第71条。

质，再进化为所有权与占有均不转移、仅取得具有担保作用之权利为担保之不占有质。让与担保是物之担保的最早形态。^{〔4〕}

股权转让与担保指债务人或者第三人为担保债务的履行，将其股权转让至债权人名下并完成变更登记，在债务人不履行到期债务时，债权人可就股权折价后的价款受偿的一种担保。^{〔5〕}股权转让与担保是将标的物变成了股权，或更确切地说，股权所指向的对象即出资份额或股份。^{〔6〕}

股权转让与担保主要分为三个阶段。首先，债务人或第三人（让与人/担保人），与债权人（受让人/担保权人）约定担保人将目标公司的股权转让给担保权人。担保权人无需支付对价，或者为配合工商登记虚构股权转让对价。其次，办理股权变更登记手续，包括内部登记和工商登记。前者指目标公司股东名册变更，后者指工商部门变更登记公示。最后，在债务人清偿债务后，担保权人按照约定将股权回转给担保人，或者担保人无償或以约定价格将目标公司的股权回购。^{〔7〕}

近五年的统计数据显示，股权转让与担保目标公司均为民营企业/有限责任公司，股东人数较少，融资金额较大。大部分案件中，目标公司均以过半数以上股权作为债权担保，四分之一的案件中，目标公司以全部股权作为担保。担保权人成为目标公司的控股股东。担保人提起的诉讼理由集中于协议性质、效力、内容和履行。担保权人提起的诉讼理由集中于债权到期后的还款请求。少数案件涉及以下问题：担保权人对外转让股权，设立人请求确认股权转让无效；公司债权人追加担保权人为被执行人，承担股东出资责任；担保权人请求确认其对公司股权享有优先受偿权。^{〔8〕}

股权转让与担保折射出了一系列问题。首先，股权转让合同的效力如何认定？从表面上看，股权转让到了债权人名下，但是签订合同的目的不是为了股权转让，而是为了担保债务人的债务履行。合同到底是有效还是无效？其次，担保权人的法律地位如何认识？到底是债权人还是股东？如果目标公司破产，担保权人持有的是该公司的股权还是债权？再次，商事外观主义如何适用？对于债务人/第三人、债权人等各当事人而言，他们各自的债权人如何保护？登记在债权人名下的股权，应当视为谁的财产？

一、股权转让与担保的特征与内涵

最高人民法院（下称“最高院”）于2015年发布的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第24条认可当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同之担保，首次肯定和承认了让与担保。2017年发布的《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》提出，应当依法认定新类型担保的法律效力，拓宽中小微企业的融资担保方式。除符合法定的合同无效情形外，应当依法认定新类型担保合同有效；符合担保物权规定的，还应当依法认定

〔4〕 参见谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社2011年版，第1100-1103页。

〔5〕 参见刘贵祥：《在全国法院民商事审判工作会议上的讲话》，2019年7月3日。

〔6〕 截至2020年3月25日，在无讼网上以“股权转让与担保”为关键词搜索，共有229篇裁判文书。案件类型以民间借贷、借贷、确认合同无效等居多。案件数量自2017年以后明显增多。案由主要为公司纠纷和合同纠纷。

〔7〕 参见高圣平、曹明哲：《股权转让与担保效力的解释论——基于裁判的分析与展开》，载《人民司法·应用》2018年第28期。

〔8〕 参见王贺：《股权转让与担保法律构成的检视与完善》，载《甘肃政法学院学报》2020年第3期。

其物权效力。同年,《最高院民二庭第四次法官会议纪要》载明:“应当按照当事人真实意思表示认定股权让与担保协议的性质。如果当事人的真实意思是通过转让标的物方式为主合同提供担保,则此种合同属于让与担保合同,而非股权转让或股权质押。……在已经完成股权变更登记的情况下,可以参照最相近的担保物权的规定,认定其具有物权效力。”

2019年7月,最高院审判委员会副部级专职委员刘贵祥的《在全国法院民商事审判工作会议上的讲话》中指出:“现行法律尽管没有规定包括股权让与担保在内的让与担保,但也没有禁止此种担保方式。根据‘法无禁止即可为’的私法解释规则,只要是当事人的真实意思,让与担保本身就是合法的,应予保护。”“我们的基本态度是:一方面要依法认定其效力。另一方面要根据当事人的真实意思表示确定实际的权利义务关系。”

2019年11月最高院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(九民纪要)第71条肯定了让与担保的合同效力:“合同如果约定债务人到期没有清偿债务,财产归债权人所有的,人民法院应当认定该部分约定无效,但不影响合同其他部分的效力。当事人根据上述合同约定,已经完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下,债务人到期没有清偿债务,债权人请求确认财产归其所有的,人民法院不予支持,但债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的,人民法院依法予以支持。债务人因到期没有清偿债务,请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务的,人民法院亦应依法予以支持。”

股权让与担保的特征,体现为以下诸方面。^[9]第一,股权让与具有隐蔽性,当事人以外的第三人并不容易知道该担保的存在。第二,权利转移,作为担保的股权转移至债权人或债权人指定的第三人名下,并且完成变更登记。债权人在形式上成为了公司股东。第三,债务人是否及时履行债务,决定了公司股权的去向。如果债务人不能及时履行债务,债权人有权对该股权拍卖、变卖或折价优先偿还其债权,但不能直接要求获得该股权。债务人如果及时清偿了债务,有权请求返还股权。判断返还股权的条件是否成就,应当审查债权债务是否存在、债务人是否已经清偿了该股权所担保的债务等因素。^[10]第四,被担保债权不以已经存在的现实债权为必要,将来变动中的不特定债权,亦可成为担保对象。

股权转让是股权让与担保设立的手段和途径,但是两者的运行机制存在根本差异。首先,从目的来看,股权转让追求的是受让人成为股权的权利人。股权让与担保的目的是向债权人提供担保,实现债权。其次,从维护公司的人合性出发,有限责任公司的股权在对外转让时,其他股东在同等条件下享有优先购买权。该权利能否适用于股权让与担保的场合,并不明确。有学者认为,由于让与担保的后果有可能导致债务人失去股权,且表面上采取股权转让的方式,那么其他股东对于股权让与担保应当推定为明知且同意,否则从技术上无法实现股权让与担保,除非公司为一人公司、债务人是唯一股东的情况下,才不涉及优先购买权条款的适用。^[11]《公司法》关于

[9] 在理解股权让与担保的特征时,首先要明确让与担保的特性。学者指出,作为一种非典型担保方式,让与担保本身不是作为担保的预定制度创设的,而是独立产生和存在的。让与担保的设定,并不以公示为必要,是否公示取决于当事人。让与担保具有习惯法、契约性和反传统等固有特性。参见姚辉、刘生亮:《让与担保规制模式的立法论阐释》,载《法学家》2006年第6期。

[10] 参见最高人民法院(2017)最高法民再100号民事裁定书。

[11] 参见蒋华胜:《有限责任公司股权转让法律制度研究——基于我国〈公司法〉第71条规范之解释》,载《政治与法律》2017年第10期。

优先购买权的强制性规则应当适用。实践中大部分股权让与担保的设立人是公司的控股股东（甚至唯一股东）。对于其他股东（通常是小股东）而言，强制性规则可以确保股权信息公开，防止设立人采取名为让与担保、实为转让的方式处置股权，从而损害公司的人合性以及其他股东的利益。

股权代持可以分为广义和狭义两类。广义上的股权代持，是指因各种原因发生的、无论是主动还是被动的，股东名册所记载的股东与实际享有出资份额或股份上收益的人，发生了分离。广义上的“代持”强调从后果上考虑的代为持有，隐含了对被代持人的某种权利的赋予或归属。狭义上的股权代持，是指双方约定由实际出资人出资，名义股东在股东名册上显名的一种安排。股权让与担保是广义的股权代持的一种，但是与狭义的股权代持有所区别。首先，从目的来看，狭义的股权代持的目的是名义股东为了实际出资人的利益，代为持有股权。股权让与担保的目的，则是为了担保债务履行。其次，从设立条件看，狭义的股权代持需要合意，形式上通常采取书面协议的方式，但是没有书面协议，也不能就此否认代持关系的存在。代持关系可以从各方实际出资、参与公司经营管理以及实际分红等因素予以判断。股权让与担保的设立，除了书面协议外，还要将股权从担保人名下转到债权人名下，不仅包括股东名册变更登记，而且还要办理工商变更登记。^{〔12〕}

与股权让与担保的功能最为接近的是股权质押。两者均为担保债权而设立，担保物均为股权。但是，两者的差异也是显而易见的。首先，性质不同。股权让与担保是债权性质的担保，其设立、行使和当事人权利义务的确立，是一种非典型担保的方式。股权质押是担保物权，其设立、行使和当事人权利义务的确立，必须遵守物权法定原则和物权公示原则。其次，担保权的行使方式不同。股权质押只能采取法定的变价清偿方式，法律禁止流质约定。股权让与担保的行使方式依照当事人之间的约定，不受禁止流质的约束。因为涉及过户登记，股权让与担保的债权人对担保物的控制要强于质押。再次，担保权人的地位不同。股权让与担保的债权人为公司的名义股东，而质押权人不表现为公司的股东。^{〔13〕}

对于股权质押，股权的财产性权利和人身性权利是否发生分离，存有争议。不分离说认为，这两类权利是融合在一起的内在统一的权利，都是股权的具体权能。而股权是一种单一的权利、不是权利的集合或总和。股权作为质权的标的，是以其全部权能作为债权的担保。对股权的处分，是对股权的全部权能的一体处分，其结果是发生股权转让的效力。^{〔14〕}分离说认为：出质人享有一个期限利益，在该期限届满之前，出质人有权以此为由来对抗质权人履行债务的请求。如果股东能够在质押期限届满时履行自己的义务，那么质权人就没有理由行使人身性权利，要求参与公司事务。^{〔15〕}这些争议的关键是质权人是否取得了股东的地位，能否行使股东权利。在股权让与担保中，由于股权变更登记到担保人名下，所以该问题表现得更为直接和强烈。

股权质押的风险^{〔16〕}也同样适用于股权让与担保。第一，担保功能具有间接性。担保权人只能通过行使优先受偿权而间接地作用于公司财产。担保权人对股权价值的控制力远小于对质押动

〔12〕 参见丁广宇：《股权代持纠纷的有关法律问题》，载《人民司法·案例》2019年第17期。

〔13〕 参见陈本寒：《新类型担保的法律定位》，载《清华法学》2014年第2期。

〔14〕 参见阎天怀：《论股权质押》，载《中国法学》1999年第1期。

〔15〕 参见陈晓军、李琪：《股权质押中的几个特殊问题》，载《法律适用》2004年第11期。

〔16〕 参见徐海燕：《有限责任公司股权质押效力规则的反思与重构》，载《中国法学》2011年第3期。

产价值的控制力。第二,用于担保的股权价值具有较强不稳定性。股权价值取决于目标公司在市场环境下的经营状况、财务状况和盈利前景。第三,让与担保的设立人以及目标公司的道德风险容易导致股权担保价值受损。

在更复杂的情况下,股权转让和回购的方式,实为民间借贷提供股权让与担保。^{〔17〕}此类交易又称附回购权的股权转让,其性质为名股实债,具有和股权让与担保相似的外观和属性,但是两者之间仍存在差别。首先,名股实债仅有股权转让合同这一对法律关系,而股权让与担保存在两对法律关系,债权债务关系和让与担保关系。其次,关于转让标的物权利的目的,名股实债主要是融资,而股权让与担保的目的在于保障债权实现。^{〔18〕}

二、股权让与担保的合同效力

关于股权让与担保的效力,司法实践的裁决主要存在分离论、综合论两种观点。前者的立场是,将借款合同、股权转让合同、股权回购合同看成彼此独立的。股权转让实质是为借款提供担保,因此当事人之间没有股权转让的真实意思表示,反而构成了通谋虚伪意思表示,因此是无效的。后者的立场是,股权让与担保是一种担保方式,融合了借款关系和股权转让关系,不能将两者孤立地看待,应当综合考量。股权转让的意图,是为了对债权的实现提供担保,这种意图没有违反我国法律的强制性规定,因此是有效的。^{〔19〕}股权让与担保的效力,与以下三个问题紧密相关。

首先,是否构成虚伪意思表示。主张无效者认为股权转让属于通谋虚伪表示,其真实意思是借款提供担保。股东将股权转移给债权人,仅仅属于外观形式,而实质上并没有转让的意思。即股东的真实意思在于设定担保,股权转让为假,让与担保是真,因此是无效的。该观点并没有被法院所采纳。

学理上,通谋虚伪行为包括内外两层:外部的表面行为和内部的隐藏行为。两层行为的效力,应当分别考察。表面行为无效,因为该意思表示所指向的法律效果非当事人所欲求,且当事人已另行达成合意,如果有效,属于效果强加,与私法自治相悖。隐藏行为虽然不为外人所知,却是当事人真正的意思表示,其效力依一般规则确定。^{〔20〕}据此,担保的意图只要不违反强制性规定,应当认定有效。在修水县巨通投资控股有限公司诉福建省稀有稀土(集团)有限公司等合同纠纷案^{〔21〕}中,最高院认为,不能简单地将股权转让视为通谋的虚假意思表示而判定其无效。根据《民法典》第146条第1款,如当事人之间存在通谋的虚假意思表示,基于该虚假意思表示实施的民事法律行为应为无效。但是,该条第2款规定:“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。”因此,股权让与担保是否无效的关键在于,当事人是否具

〔17〕 参见最高人民法院(2018)最高法民再161号民事判决书。

〔18〕 关于名股实债,参见吴潇敏、孙美华、郑扬:《“名股实债”的司法裁判路径探析——以“新华信托—港城置业”案为例》,载《法律适用》2019年第12期。

〔19〕 参见蔡立东:《股权让与担保纠纷裁判逻辑的实证研究》,载《中国法学》2018年第6期。

〔20〕 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第261页。

〔21〕 参见最高人民法院(2018)最高法民终119号民事判决书。

有通谋的虚假意思表示。让与担保人为担保债务将担保物的权利转移给债权人，使债权人在不超过担保目的的范围内取得担保物的权利，是出于真实的效果意思而做出的意思表示。尽管其中存在法律手段超越经济目的的问题，但与前述禁止性规定中以虚假的意思表示隐藏其他法律行为的做法，明显不同，不应因此而无效。

其次，是否违反物权法定原则。有人认为，物权法定原则要求物权的种类和内容都由法律统一进行规定，当事人不得自由创设。股权让与担保不是合法设立的物权，违反物权法定主义，故而无效。但是，如果仔细分析，物权法定原则不影响股权让与担保合同效力。

在滕波与滕德荣股权转让纠纷再审案^{〔22〕}中，最高法院认为，股权让与担保并不违反物权法定主义的立法意旨，当事人并非创设一种单独的让与担保物权，而是建立一种受合同自由原则和担保目的双重规范的债权担保关系。因此，只要不违反法律的效力性强制规定和公序良俗，当事人自可依契约自由原则约定。物权法定原则本身并不影响作为原因行为的合同效力，只要不存在《民法典》总则编第6章第3节规定之情形，便不宜轻易否定股权让与担保情形下股权转让合同的效力。

再次，是否违反流质条款。禁止流质，是指债权人在债务履行期限届满前，不得与担保人约定债务人不履行债务时质押物归债权人所有，以避免债权人乘债务人之急迫而滥用其优势地位，通过压低担保物价值的方式获取暴利。^{〔23〕}《民法典》第428条规定：“质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。”虽然措辞有变化，但是不得流质的精神没有变。在法律后果上，当事人之间约定的流质条款产生了与质押优先权相同的效果。^{〔24〕}

让与担保有归属清算型和处分清算型两种。前者指让与担保权人将标的物予以公正估价，标的物估价如果超过担保债权数额的，超过部分的价额应交还给让与担保设定人，标的物所有权由让与担保权人取得；后者指让与担保权人将标的物予以拍卖、变卖，以卖得价金清偿债务，如有余额则返还给债务人。具体采取何种实现方式，由当事人依意思表示一致选择。^{〔25〕}这两种方式，都没有直接让担保权人取得担保物的所有权，可以有效地平衡债权人的担保权以及债务人的财产权之间的关系。因此，让与担保一般不存在违反流质（或流押）条款的问题。

实践案例也表明，条件满足时按股权价值处置该股权、处置所得清偿债务的约定，不构成流质条款。例如，在陆玉梅与广州泛美房地产开发有限公司、广州市博睿祥贸易有限公司合同纠纷案^{〔26〕}中，涉案《协议书》约定：“泛美公司确认在持有银建公司51%的股权期间，不得出让、抵押和设定任何第三者权益，以保证在符合本协议约定的条件时，陆玉梅可以回购股权，但超过5年未达到回购条件时，泛美公司有权不按本协议约定的股权转让条件，根据股权价值处置该股权，处置所得归泛美公司所有。”该约定的内容与流质条款的内容不相符合。

〔22〕 参见最高人民法院（2017）最高法民再100号民事裁定书。

〔23〕 参见庄加园：《“买卖型担保”与流押条款的效力——〈民间借贷规定〉第24条的解读》，载《清华法学》2016年第3期。

〔24〕 《民法典》第401条是流抵条款，适用于设定抵押权的情形。第401条和第428条并没有承认流抵流押条款，即不承认这些条款赋予债权人要求转移抵押物或质押物所有权的权利。质权人只能对抵押物或质押物优先受偿。具体实现方式，规定在《民法典》第410条和第438条中，包括协议折价、拍卖或变卖。

〔25〕 参见最高人民法院（2018）最高法民终119号民事判决书。

〔26〕 参见广东省广州市中级人民法院（2018）粤01民初361号民事判决书。

在港丰集团有限公司与深圳市国融投资控股有限公司等公司合同纠纷上诉案^{〔27〕}中,《股权及债权重组协议书》中对不能清偿债务的后果作出约定,长城担保公司、国融公司不能当然取得股权,而是在处置股权或资产清偿债务后将股权或资产返还给港丰集团公司。且双方约定在港丰集团公司丧失回购股权的情况下,对于相关的债权,由双方另行协议安排债权债务的处置方式。

如果法律法规有明文规定,以物抵债是可以的。例如当银行债权人无法以货币资金收回贷款时,收回借款人相应实物资产以抵偿债务。以物抵债分两种情况。其一,当事人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议,抵债物尚未交付债权人,债权人请求债务人交付的,法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形,避免虚假诉讼的发生。如果不存在这些情况,且无其他无效事由的,以物抵债应予支持。其二,当事人在债务履行期限届满前达成以物抵债协议,抵债物尚未交付债权人,债权人请求债务人交付的,法院应当向释明,其应当根据原债权债务关系提起诉讼。当事人仍拒绝变更诉讼请求的,应当驳回其诉讼请求,但不影响其根据原债权债务关系另行提起诉讼。^{〔28〕}

后一种情况的以物抵债与让与担保不同的是,以物抵债追求的是转移抵债物的所有权,以偿还尚未到期的债务,而让与担保目的在于担保债务的履行,而不是以担保物来偿还债务,债务人及时偿还债务后,有权要求债权人将担保物返还。^{〔29〕}

三、担保权人的法律地位

担保权人对于债务人而言,其债权人的地位是确定的。但是,担保权人是否取得了股东资格/身份,值得探讨。有观点认为,担保权人不具有股东资格,其理由包括两个:一是担保权人持有股权受到担保目的的限制,该股权仅起到担保债权实现的作用,排除了担保权人作为股东的支配权;二是股权转让与担保要向公司与其他股东披露,公司和其他股东明知该股权虽为转让、实为担保的交易方式。^{〔30〕}

如何去认识担保权人和公司其他股东、董事以及公司本身之间的关系?如果担保权人不享有任何股东权利,那么担保人的地位是什么?如何行使权利?^{〔31〕}

股东资格,是对一个人成为股东的身份认定。对于股东资格认定,我国法以形式标准为主、实质标准为辅,且内外有别,对内采登记生效主义,对外采登记对抗主义。^{〔32〕}首先要看一个人

• 129 •

〔27〕 参见广东省高级人民法院(2015)粤高法民四终字第196号民事判决书。

〔28〕 参见2019年11月8日最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第44条、第45条。

〔29〕 关于以物抵债,参见崔建远:《以物抵债的理论与实践》,载《河北法学》2012年第3期;施建辉:《以物抵债契约研究》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2014年第6期;陈永强:《以物抵债之处分行为论》,载《法学》2014年第11期;王洪亮:《以物抵债的解释与构建》,载《陕西师范大学学报》(哲学社会科学版)2016年第6期;司伟:《债务清偿期届满后的以物抵债纠纷裁判若干疑难问题思考》,载《法律适用》2017年第17期。

〔30〕 参见前引〔7〕,高圣平、曹明哲文。

〔31〕 刘贵祥专委在讲话中提到,“我们认为,基于登记的权利推定效力,名义股东的债权人有权请求执行名义股东的股权,但转让人作为实际股东可以请求确权,也可以通过提出执行异议之诉的方式保障自己的权利。”转让人即担保人,包括债务人或第三人。他们被视为“实际股东”。

〔32〕 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第347-348页;施天涛:《公司法论》,法律出版社2014年版,第241-242页。

的姓名或名称是否记载于股东名册，然后再看是否在登记部门办理工商登记。^{〔33〕}如有登记，即为名义股东。因各种原因取得了向名义股东或者公司主张类似于股东权利之权利的人，称为受益股东。^{〔34〕}在股权让与担保中，无论是股东名册还是工商登记资料，担保权人表面上均已登记为公司股东，因此是公司的名义股东。对于其股东权利的行使，则存在一系列问题。^{〔35〕}

首先，担保权人有没有权利参加公司的股东会会议并表决？股东会会议的通知，应当发送给谁，担保权人是否有权收到通知？担保权人收到通知后，是否有义务转交给担保人？其次，公司要分红时，应当将分红交给谁？直接交给担保人的依据是什么？如果把分红直接交付给担保权人，是否涉嫌在债务到期之前，提前向债权人清偿债务？如果这一切对于担保债务的履行是有利的，对于债权人的利益更有保障，那么何乐而不为呢？除非担保人提出反对，因为他们享有债务履行的期限利益，不希望提前清偿债务。再次，对于知情权，担保权人是否有权行使？从表面上看，担保权人是公司的名义股东，似乎有权行使知情权。在隐名持股的情况下，实际出资人不能行使知情权，^{〔36〕}为什么在股权让与担保的情况下，担保人又可以行使知情权？^{〔37〕}最后，担保权人是否有权提起股东代表诉讼？如果担保权人无权提起，鉴于担保人已将股权转让，因失去股东身份也不再具备股东代表诉讼的原告资格，此时股东代表诉讼将处于一种真空状态。^{〔38〕}

这些问题的根源在于：股东资格的取得，依据的到底是当事人之间真实的意图（如通过协议），还是股东资格的登记或记载；股东权利的行使能否与股东资格相分离。

有学者区分了权利的享有和权利的行使，认为两者之间相互关联又相互独立。前者静态，效力为确定权利的归属；后者动态，效力为实现权利的内容。两者存在事实性分离，意味着可以分别规制。股权让与担保中，担保权人是股权的享有者，但是担保权人对股权的行使受到两方面的限制：一是合同约定，二是诚实信用原则。^{〔39〕}

区分权利的享有和行使，有其合理性。但是，第一，股权已登记在债权人名下，债权人权利行使受到限制的并非股权，而是股东权利，即债权人基于成为名义股东所享有的权利。第二，债

〔33〕 关于股东资格的认定，是以股东名册为准还是以工商登记为准，学者之间有不同观点。具体可参见张双根：《论有限责任公司股东资格的认定——以股东名册制度的建构为中心》，载《华东政法大学学报》2014年第5期；胡晓静：《股权转让中的股东资格确认——基于股权权属与股东资格的区分》，载《当代法学》2016年第2期；刘凯湘：《股东资格认定规则的反思与重构》，载《国家检察官学院学报》2019年第1期。

〔34〕 实践中的受益股东通常包括：尚未将其名称记载于股东名册的继承人；已经向公司实际缴纳出资、但是尚未登记为股东的人；已经向转让人支付价款、但是仍未将其载入股东名册的受让人；股权代持中的实际出资人，股权信托中的受益人，以及股权让与担保中的债务人/第三人。

〔35〕 担保权人对目标公司的股东权利，一方面要看股权让与担保协议的安排，另一方面也可以参考股权质押权人所享有的权利。学者认为质权人享有主要的股东权利。例如，有权要求目标公司协助办理股东名册的质押记载手续以及工商登记；有权收取质押股权在质押期间的法定孳息（包括股利和剩余财产）；质权及于该股权的物上代位物；对目标公司享有知情权；对目标公司、出质股东或其他侵害人享有诉权；不宜行使表决权，但是应当允许质权人对质押股权项下的表决权行使监督权，以维护质押股权的价值。参见前引〔16〕，徐海燕文。

〔36〕 参见广东省东莞市中级人民法院（2014）东中法民二终字第1182号民事判决书；广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终62号民事判决书；河南省许昌市中级人民法院（2016）豫10民终2943号民事判决书。

〔37〕 关于股东知情权的论述，参见丁俊峰：《股东知情权理论与制度研究——以合同为视角》，北京大学出版社2012年版；李建伟：《股东知情权研究：理论体系与裁判经验》，法律出版社2018年版。

〔38〕 关于股东代表诉讼的论述，参见李小宁：《公司法视角下的股东代表诉讼》，法律出版社2009年版；朱芸阳：《全球化与本土化互动中的股东派生诉讼》，法律出版社2015年版；林少伟：《股东代表诉讼：世界与中国》，华中科技大学出版社2019年版。

〔39〕 参见前引〔19〕，蔡立东文。

权人行使股东权利受到的限制,并非来源于合同,而是来源于公司的承认、应允或同意。债权人行使股东权利所针对的对象,并非其他股东,或者作为担保人的债务人/第三人,而是公司本身。股权转让与担保采取股权转让的方式实现,如果已召开股东会会议并作出决议,那么应当视为公司本身知悉且同意。担保人和债权人之间的股权转让与合同仅仅在当事人之间产生约束力。债权人行使股东权利受到限制,必须要经过公司的认可。因此,股东会决议是最为合理的方式。即使没有股东会决议,股权转让需要其他股东半数以上同意,且最终需要公司协助办理内部登记和工商登记,因此在此过程中,如果向公司披露了股权转让与之真实目的,且公司没有予以反对,那么应当认为已取得公司的认可。只有经过公司的同意,债权人行使股东权利受到限制,才得以成为可能。

在司法实践中,关于担保权人是否享有股东权利,观点各异。在王绍维与赵丙恒等股东资格确认纠纷再审申请案^[40]中,法院认为,通过转让标的物的所有权来担保债权实现的方式属于非典型担保中的让与担保,王绍维可以依据约定主张担保权利,但其并未取得股权。在董家焜与福州盈兴房地产开发有限公司股东知情权纠纷上诉案^[41]中,董家焜为股权转让与担保的债权人,登记为盈兴公司的股东。董家焜起诉要求享有股东知情权。二审法院认为,董家焜具有作为盈兴公司股东的权利外观,起诉符合法律规定,一审法院对董家焜主张的股权进行实体审查,驳回董家焜的诉请,系混淆了裁定与判决的适用范围,属适用法律错误。

刘贵祥专委在讲话中,就股权转让与担保中“受让人究竟是债权人还是股东”进行了说明:“在股权转让与担保中,尽管外观上的股权过户登记与设定担保的真实意思表示不一致,但就当事人之间的内部关系而言,还是要根据真实意思来认定,即认定股权转让与担保中的权利人享有的是有担保的债权,非股权。”对担保权人的法律地位,要看站在哪个角度、哪个法律关系上讨论。

股权转让与担保包含了两层关系。一层是内部关系,涉及担保人、担保权人、目标公司。另一层是外部关系,涉及担保人的债权人、担保权人的债权人、目标公司的债权人。股权转让与担保的内部、外部关系请参见图1。在内部关系中,担保权人对于债务人而言,是债权人,但是对于目标公司而言,是股东,因为其名字记载于股东名册,并在登记机关备案。内部关系又可以分成以下若干情形。

其一,如果目标公司不知道股权转让与担保的存在,该担保仅在担保人、担保权人之间发生,且在发生股权变更登记时未对公司披露,那么应当视为担保权人取得了实际股东权利。此时的股权转让与担保(未向公司披露),相当于股权代持或者股权信托,不能对抗公司。对于公司而言,只有记载于股东名册的人,才视为公司股东,可以向公司主张股东权利。这符合公司法基本规则以及商事交易效率原则。

其二,如果公司对股权转让与担保是明知的且同意,或者公司是股权转让与担保交易的当事人,那么即使担保权人记载为名义股东,其股东权利也受到制约。这种制约的前提是公司对股权转让与担保明知且同意。因为股东和公司是彼此独立的,股东地位和身份的取得,要经过公司的认可(表现为办理内部登记和工商登记),而且股东权利的行使,也必须经过公司。

[40] 参见最高人民法院(2015)民申字第3620号民事裁定书。

[41] 参见福建省福州市中级人民法院(2017)闽01民终2173号民事裁定书。

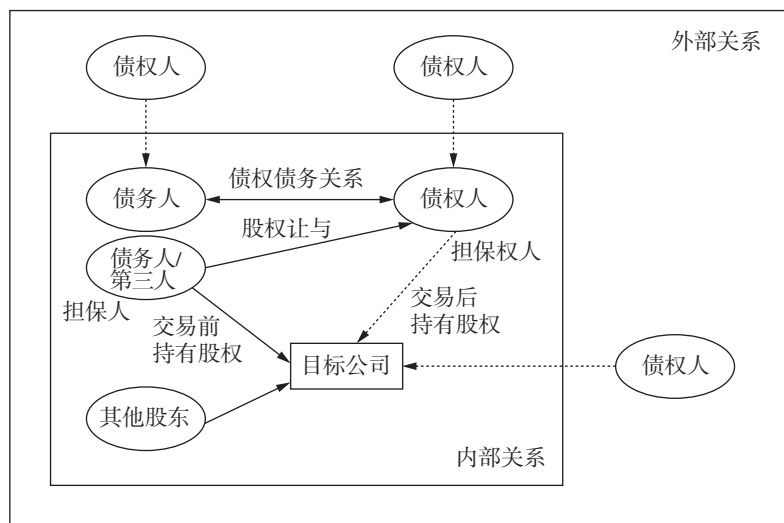


图1 股权转让与担保的内部、外部关系图

其三，如果目标公司破产，担保权人是该公司的名义股东，确定的是股权还是债权？如果将其确定为股权，那么对于目标公司的剩余财产，担保权人应当排在目标公司所有债权人之后受偿。如果将其确定为债权，担保权人和目标公司债权人共同按比例受偿。前一种观点是正确的。担保权人对于目标公司而言，无论其股东权利是否受限，都是该公司的股东，而不是债权人。股权转让与担保中的担保人（即目标公司原股东），并没有将其与担保权人之间的债权债务转让给目标公司；目标公司没有继受担保人对担保权人的债务，因此担保权人只能是目标公司的股东。所以，如果目标公司破产，其债权人有权对公司财产要求优先受偿，如有剩余，再考虑该公司的股东，包括担保权人的利益。

此外，有学者从权责平衡的角度，认为不同于股权代持，股权转让与担保的担保权人尽管为名义股东，但是不负有向公司缴纳出资的义务。^{〔42〕}该观点并不全面，应当进一步修正。首先，要区分公司对股权转让与担保是否明知且同意。究其本质，股权转让与担保是一种协议，该协议是否对公司具有约束力，取决于公司是否接受该协议项下涉及公司的义务（例如让担保人在脱离了股东身份之后继续实际行使股东权利；但是协助办理股权变更登记是一项法定义务）。如果公司认可该协议并承诺受其约束，相当于担保人、担保权人和公司之间，达成了一个协议。由此可见，股东身份记载和股东权利行使之间的分离，是协议安排的结果。一旦达成，对于这三者而言，向公司实际负有出资义务的是担保人，担保权人可以对抗公司。其次，如果将目标公司的债权人加入进来考虑，因为担保权人在股东名册和工商登记中都显示为股东，所以如果该股权缴纳出资期限已到来，目标公司债权人有权要求担保权人在未出资本息范围内向其承担补偿赔偿责任。担保权人缴纳了以后，可以依据协议向担保人追偿。这符合公司法的法理和原则。

还有一种情况是，债权债务发生在债权人和公司之间，即公司为债务人，公司股东将其持有的股权转让给债权人，作为债权人对公司持有的债权的担保，此时该债权人为担保权人。如果公司破产，担保权人被认定为股东还是债权人，对于公司财产分配有不同的影响。对于公司其他债

〔42〕 参见前引〔7〕，高圣平、曹明哲文。

权人而言,会主张担保权人是公司股东,排在其他债权人之后受偿。但是,对于担保权人而言,从利益最大化角度出发,会主张自己是公司债权人,要求与其他债权人共同受偿。可见,此时担保权人的股东/债权人地位,决定了其能否从公司剩余财产中获益。有三点值得注意。其一,公司破产时担保权人对该股权主张优先受偿权,已无实际意义,因为公司已资不抵债,股权价值所剩无几。其二,担保人是将该股权转让给担保权人的目标公司原股东,不是公司本身;担保物是股权,不是公司财产,因此深石原则不适用。该原则的含义是,公司大股东如果利用其控制地位,把自己变成公司的担保债权人,那么该大股东对公司的债权请求权,应当排在公司其他小股东以及所有其他债权人之后受偿。^[43]其三,如果上述情景发生在公司集团内部,更能清晰地看到,债权人取得债务人公司本身的股权作为担保,风险很大。母公司将子公司的股权作为担保,以子公司作为债务人向债权人融资,一旦子公司经营不善,对母公司丝毫没有影响,母公司逃脱了责任。如果母子公司合并破产,担保权人和母公司的债权人、子公司的其他债权人如何确定顺位,需要进一步研究。

四、商事外观主义的适用

外观主义,是指以交易当事人行为的外观为准来认定商事交易行为的效果,并将其作为体现商法中保护交易安全原则的一个方面。作为一个学说,外观主义出现于1906年,莫里茨·韦斯特帕赫尔提出了善意取得制度的“处分权限说”,创立了外观主义私法理论。如果一个人的行为依赖于一种外观事实,根据法律规定或商业的一般观念,构成了一种特定权利、法律关系或其他相关法律因素的正式表达,那么其信赖就会受到法律的保护;基于这种法律保护,当外观事实系借助他人而形成时,协助形成外观者应当承担不利后果。协助是真实权利人与外观之间形成责任的原因,外观又是促使受让人产生信赖的直接原因,最终应当由真实权利人对受让人承担责任。

赫伯特·迈尔根据中世纪日耳曼法占有制度的“以手护手”原则认为,受让人之所以取得有效的所有权,是因为真实权利人对外观的形成赋予了原因或者忽视了对于该外观的消除。这被称为外观主义的与因原则。纳恩德鲁普深入讨论了信赖在外观主义中所起的作用,系统阐述了外观主义的构成要件,^[44]将外观形成的原因分为三个层次[真实权利人的主观原因(故意或者过失)、真实权利人赋予动因、法定特别事由],较与因原则扩大了其范围。简言之,依信赖便应当加以保护,而不必再问其他。责任发生原因从真实权利人身上升脱离开来,不论是基于真实权利人什么样的原因,均无法超越真实权利人不发生权利外观所致法律效果的真实意思,只有受让人主观上的信赖才能对抗真实权利人的这种主观意思。

[43] 深石原则是美国判例法确立的一项原则,涉及债务清偿顺序的改变,但是和公司人格否认无关。我国第一起被视为适用深石原则的案例是沙港公司诉开天公司执行分配方案异议案[《最高人民法院发布的四起典型案例》(2015年4月1日)中的案例一]。否认公司独立人格,是股东有限责任的例外情形。具体可参见〔美〕斯蒂芬·M.班布里奇、M.托德·亨德森:《有限责任:法律与经济分析》,李诗鸿译,上海人民出版社2019年版。

[44] 该学者将外观主义的要件分为:(1)信赖外观无重大过失;(2)其外观根据法律有信赖性;(3)原则上,外观的发生或维持是起因于不利者的故意、过失;(4)外观的存在即使非因故意或过失,但对外观的存在赋予动因或即使未赋予动因,有必要保护信赖的特别事由;(5)外观的信赖者为了获得其权利的目的物,提供自身的价值或财产等。

现代理论中最具有代表性的是卡纳里斯的风险责任外观理论，^{〔45〕}将风险支配作为外观主义的归责原则，主张本人对自己能够支配风险范围内所形成的外观事实，无论其主观上是否有过错，只要导致了第三人合理信赖，本人即应当承担该外观事实的法律后果。商法上适用外观主义时，第三人所信赖的外观事实系在真实权利人所能掌控的风险源中形成，不论真实权利人是否有过失都应当承担责任。^{〔46〕}

商事外观主义目的在于维护社会交易安全。根据这一原理，商事外观主义适用的范围应当做限制解释，仅仅应当适用于针对特定的交易标的进行交易的情况，如果不涉及该特定的交易标的，则不能适用这一原则。有学者认为，外观主义运用于交易的领域，原则上主要是当事人的意思、权利等因素表里不一的场合。^{〔47〕}强制执行属于非基于法律行为的物权变动，不应运用外观主义。被执行的标的是否属于被执行人的财产，有实质上的界分和外观上的界分之别，外观上的界分例如不动产的登记，而实质上的界分需要结合社会观念、交易习惯、事理等来判断标的事实上的归属。被执行标的归属于何人、第三人是否有权对抗强制执行，应遵循实事求是的原则展开判断，外观主义在此不宜适用。^{〔48〕}

上述观点，虽有争议，也被一部分法官所采纳。例如，在中国银行股份有限公司西安南郊支行申请上海华冠投资有限公司执行人执行异议之诉纠纷案^{〔49〕}中，法官认为，“商事外观主义”原则作为商法的基本原则之一，其实际上是一项在特定场合下权衡实际权利人与外部第三人之间利益冲突所应遵循的法律选择适用准则。既然外观主义原则的目的在于降低成本，维护交易安全，则该原则的适用范围应不包括非交易第三人。因此，在执行异议之诉纠纷中，申请执行人如果作为非交易第三人而出现，则不应适用“商事外观主义”原则予以保护。

在股权代持中，实际出资人以其实际享有股东权利为由，提起案外人执行异议之诉，要求对该股权排除强制执行的，山东高院认为：“实际出资人要求停止执行的诉讼请求，应予支持。理由是，最高院《公司法司法解释（三）》第二十五条规定，股权善意取得制度的适用主体仅限于与名义股东存在股权交易的第三人。商事外观主义原则的适用范围不包括非股权交易第三人。在外观权利与实际权利不一致的情况下，根据权利外观理论，善意第三人基于对权利外观的信赖而与名义权利人进行民事法律行为的，该民事法律行为效力受法律的优先保护。但，如果名义股东债权人申请执行的是其与名义股东因借款关系等而形成的一般债权，债权人并没有与名义股东从

〔45〕 该学者认为，权利外观责任的一般要件包括：外观的存在（明示的表示或推断的行为）、外观存在的可归责性、第三人的信赖（主观上为善意/必须做出了相应的处分或信赖投资/曾经知悉外观构成/对外观的知悉和采取处分行为之间存在基本的因果关系）。权利外观责任的法律后果，主要有三种。第一，外观状态取得真实状态的地位。第三人将被置于如其所设想的法律状态为真实存在时同样的地位。第二，第三人不是必须按照权利外观行事，他可以将自己置于真实的法律状态之下，即他有选择权。第三，不考虑选择权的情况，则在第三人的负担上也适用权利外观等同于真实状态的原则，这样第三人原则上不能处于一种比假使外观状态就是真实状态的情况更好的地位上。参见〔德〕C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第147-152页。

〔46〕 参见张雅辉：《论商法外观主义对其民法理论基础的超越》，载《中国政法大学学报》2019年第6期；刘胜军：《论商事外观主义》，载《河北法学》2016年第8期。

〔47〕 参见崔建远：《论外观主义的运用边界》，载《清华法学》2019年第5期。

〔48〕 参见前引〔47〕，崔建远文。

〔49〕 参见最高人民法院（2015）民申字第2381号民事裁定书。

事涉及股权交易的民事法律行为,从权利外观原则来看,此时的债权人不是基于信赖权利外观而需要保护的民事法律行为之善意第三人,故其债权请求不能受到优先于实际权利人的保护。”〔50〕

从上可见,商事外观主义最重要的因素包括:与真实事实不一致的外观事实的存在、第三人对该事实的合理信赖。商事外观主义在股权转让与担保中的运用,涉及股权转让与担保的对外效力。

刘贵祥专委在讲话中进一步提到,在外部关系的不同情形下,需要对外观主义进行恰当的理解和适用。基于登记的权利推定效力,名义股东的债权人虽然有权请求对名义股东的股权强制执行,但实际股东可以通过一些途径来保护自己的权利,比如确权、执行异议、执行异议之诉等。而在名义股东对股权进行处分交易时,第三人基于合理信赖可以善意取得股权。

股权转让与担保的外部关系,涉及三类人。其一,目标公司的债权人。如前所述,担保权人对公司而言,是名义股东,所以不会与该公司债权人直接发生关系。目标公司的财产,应当首先用来偿债,如有剩余,再在股东之间分配。

其二,股权转让与担保项下债务人的其他债权人。之所以称之为其他债权人,是因为担保权人也是该债务人的债权人。所以,对于该债务人的财产,其他债权人和担保权人均面临着分配竞争的问题。

对于债务人而言,无论是其他债权人还是担保权人,都是该债务人的债权人,不同之处在于担保权人取得了该债务人或第三人提供的股权作为担保。如果债务人陷入破产,担保权人对其持有的股权,享有优先受偿的权利,即可以将该股权拍卖、变卖,从中获得的价款,优先于其他债权人而受偿。担保权人持有股权或享有股东权利,是针对目标公司而言的,不是针对债务人而言的。对于债务人,担保权人是享有担保权的债权人。

正如黑龙江闽成投资集团有限公司与西林钢铁集团有限公司等民间借贷纠纷案〔51〕中,最高法院指出,在股权质押中,质权人可就已办理出质登记的股权优先受偿。举轻以明重,在已将作为担保财产的股权变更登记到担保权人名下的股权转让与担保中,担保权人形式上已经是作为担保标的物的股份的持有者,其就作为担保的股权享有优先受偿的权利,更应受到保护,原则上具有对抗第三人的物权效力。这也正是股权转让与担保的核心价值所在。

其三,担保权人的债权人。股权转让与担保设立之后,如果担保权人破产,担保权人债权人能否要求执行该股权?担保人能否要求排除强制执行?换言之,此时,外观主义能否适用?担保权人债权人对于担保权人持有股权这个外观事实有没有合理信赖?按照部分学者的观点,该债权人并非基于该股权而与担保权人发生交易,所以没有信赖。有可能该债权人与担保权人的债权债务,发生在让与担保的股权登记到担保权人名下之前,此时合理信赖更加无法成立。〔52〕

担保权人债权人要求强制执行该股权时,有两种情形。首先,担保权人对债务人的债权还没有到期,此时担保权人对债务人的权利,仅是一种期待权,还没有转化为现实的请求权。该股权的权益,应当实际归属担保人。其次,担保权人对债务人的债务已经到期,但是债务人无力或拖

〔50〕 参见《山东省高院关于审理公司纠纷案件若干问题的解答》(2018年8月28日),涉及隐名出资的有关问题。

〔51〕 参见最高人民法院(2019)最高法民终133号民事判决书。

〔52〕 参见前引〔47〕,崔建远文。

延履行偿债义务，此时该股权的担保已开始运转，担保权人取得了从该股权的处置中优先受偿的权利，但是不等于担保权人直接取得了该股权。担保权人应当及时将该股权拍卖、变卖，从而偿还其债权人。如果担保权人怠于行使债权，损害到其债权人利益，那么其债权人取得了“代位权”，可以代替担保权人将该股权拍卖、变卖，从中实现债权。

总结起来，这牵涉到风险如何分配更为合理。在股权让与担保的安排中，担保人将股权变更登记到债权人名下，使得债权人成为目标公司的名义股东。按照公司法原理，担保权人成为公司的名义股东，享受股东权利、承担股东义务。该股权有可能被处置，包括转让、拍卖、变卖等。担保人对此等风险应当是明知的，所以要承担相应的不利后果。

理论界和实务界的诸多争议，其实来源于我们对让与担保本质认识的不充分以及股权登记性质的模糊性，从而忽视了从理论上整体架构和解释的可能性。究其本源，让与担保的法律构造，“系信托行为的债之关系加上财产权之转移”^{〔53〕}。我们通常关注后者，却遗漏了前者。运用信托原理解释担保权人的地位，是另一条需要深入研究的路径。担保人将财产转移给债权人，其意图在于担保而非转让，因此尽管债权人成为名义上的所有权人，但是因该财产而生的与担保无关的权利，在担保期间应当仍然归属担保人。这种转让设立了一项信托，尽管到底是基于协议的意定信托、基于法律规定的归复信托，还是两者混合，仍有争议。^{〔54〕}与之类似的是，在股权代持的场合，股权归属名义股东，如果实际出资人要求显名的条件无法实现，那么名义股东以什么样的地位持有该股权？最合理的解释路径也是信托。^{〔55〕}

如果将财产转让认定为信托行为，那么对于股权让与担保，关于担保权人法律地位及权利义务的各种争议，就迎刃而解了。担保权人作为信托项下的受托人，在担保期间，为了担保人的利益而持有股权。担保权人为名义股东，其行使股东权利受到两方面的限制：一是股权让与担保协议的约定，二是作为信托受托人的法定义务，即必须为了担保人的利益而行使。

股权工商登记的效力，包括积极和消极两方面。^{〔56〕}股权让与担保中，股权成为信托财产，尽管由担保权人持有，但是应当与担保权人的固有财产相区分。对外而言，通过担保事项“记载/公示”的方式，可以达成信托财产公示之效果。担保事项的记载/公示，是指在将担保权人记载于股东名册且办理工商变更登记时，明确指出该股权用于担保之目的，或者标明该股东的担保权人之地位。记载/公示意味着标的股权用于担保之目的事项，被其他股东、公司以及外部第三人所周知。不仅可以约束公司和其他股东，而且可以对抗外部第三人。此方法不仅简单易行，而且能有效阻却第三人合理信赖的形成，外观主义不致被滥用。

〔53〕 前引〔4〕，谢在全书，第1106-1107页。

〔54〕 让与担保中的财产转让，属于为了特殊目的（即担保）而设立的信托。相关逻辑可以参考英国法 Quistclose 信托的含义和性质。参见〔英〕威廉·斯威林主编：《特殊目的信托：Quistclose 信托的争议评述》，季奎明译，法律出版社2019年版。

〔55〕 参见葛伟军：《有限责任公司股权代持的法律性质——兼评我国〈公司法司法解释（三）〉第24条》，载《法律科学》2016年第5期。

〔56〕 根据德国《商法典》第15条第1款，应当登记而未被登记的事实，不得以此事实对抗第三人。根据第3款，应当登记的事实被不正确公告的，第三人可以援引该公告的事实，但是第三人明知其不正确的除外。这些条款都为第三人利益将权利外观置于和法律事实同等地位。参见前引〔45〕，C. W. 卡纳里斯书，第103页。

五、结 论

股权让与担保虽然与股权质押的功能相似,但是由于其具有无登记成本、私密性强等特点,在公司实务中颇受欢迎,并有扩大适用之势。股权让与担保凸显了《民法典》和《公司法》之间的冲突与矛盾。担保权人是债务人的债权人,也是目标公司的股东。将其认定为目标公司的股东,能够与公司法规则相衔接(与股权代持类似)。但是,如果公司对股权让与担保是明知的且同意,那么在对内关系上,担保权人的股东权利行使可以受到限制。然而,在对外关系上,仍应当遵循外观主义。对公司的债权人而言,担保权人只能是股东。对担保权人的债权人而言,能否要求强制执行该股权,取决于担保人是否具有排除强制执行的民事权益。这个问题在股权代持等借名登记纠纷中普遍存在。为了准确反映当事人之间的真实意图,同时又能保护第三人的合理信赖,股权让与担保在设立时,应当通知公司,并由公司通过担保事项“记载/公示”的方式,将该股权受限于让与担保的情况,记载于股东名册,并在登记机关登记备案,以此阻却第三人合理信赖的形成,确保担保权人的合法权益。

Abstract: Equity transfer guarantee is an agreement achieved between the debtor/third party (i. e. the surety) and the secured party, often by the way of transferring the shares, which requires the shares as the collateral to be registered under the name of the secured party, giving rise to the conflict between Civil Code and Company Law. Equity transfer guarantee reflects the true intent of each contractual party, without violating the mandatory regulations, therefore it is effective. The relationships involved can be divided into two levels, internal and external. Within the internal relationship, the secured party is the creditor of the debtor and the shareholder of the target company, and exercise of its shareholder rights may be restricted to some extent. In respect of the external relationship, the rechtsschein theorie applies. If a third party has reasonable reliance on the apparent fact of the shares' registration, his reliance shall be protected. The legal status and rights/obligations of the secured party may be interpreted through the principles of trust. By the registration/publicity of the security matter, the equity may be shown as the trust property, and the formation of the reasonable reliance of the third party may be prevented effectively.

Key Words: equity transfer guarantee, nominal shareholder, exercise of shareholders' rights, rechtsschein theorie, reasonable reliance

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)

《民法典》合同编的体系问题

张平华*

内容提要：《民法典》合同编具备公私界分、民商合一、总分结合、价值均衡等结构特点。只有在法律保留、强制缔约、合同批准、行为管制、监督管理等例外情形下，公权力才能介入私生活。除合同编外，其他各编均存在一些特殊的协议或合同，必须区分具体情形以决定是否适用合同编规定。侵权责任编与合同编紧密互动，侵权责任可以适用合同编；侵权责任编中存有因合同而产生的侵权责任，有因侵权关系而产生的合同；合同编中亦包含大量侵权制度。

关键词：《民法典》合同编 《民法典》侵权责任编 民法体系

体系化是贯穿于《民法典》立法进程的核心任务，其要求科学表达法律规范、理顺不同规范间的关系，实现编章条目结构合理。体系化并不会因为《民法典》的出台而止步，未来我们还要继续挖掘法律概念之精义，应对法律适用的疑难，形成可靠的法教义体系。对《民法典》合同编而言，值得特别关注的体系问题有合同编的结构特点、合同的内涵与体系展开、合同编和侵权责任编的互动等。

一、合同编的结构特点

（一）公私界分

公私界分意味着只有在例外情形下，公权力才能介入私生活，才能限制合同自由，这些例外包括：

* 张平华，山东大学法学院教授。

本文为国家社科基金重点项目“民法典背景下损害赔偿规范体系的整合与完善研究”（19AFX012）、2018年度司法部国家法治与法学理论研究项目“贬值损失赔偿的法律基础”（18SFB2037）的阶段性成果。

感谢烟台大学石文静同学提出的修改意见。

1. 法律保留

只有在符合法律明确规定的情形下,公权力才能依法介入合同。所谓法律并不限于《民法典》,也可以经由《民法典》转介至其他法律。例如,《民法典》第153条第1款规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”这里的强制性规定完全可以是《民法典》之外的效力性强制性规定,内容可涉及如下几类:金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗;交易标的禁止买卖,如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖;违反特许经营规定,如场外配资合同;交易方式严重违法,如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同;交易场所违法,如在批准的交易场所之外进行期货交易。^{〔1〕}再如,《民法典》规定“建设工程的招标投标活动,应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行”,“国家重大建设工程合同,应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立”。这里的“有关法律”可以指《招标投标法》《建筑法》中的强制性规定,“国家规定的程序”可以指强制招投标程序。

2. 强制缔约

为实现社会公共利益,合同编建立了强制缔约制度,包括:从事公共运输的承运人不得拒绝通常、合理的运输要求;向社会公众供电的供电人,不得拒绝用电人合理的订立合同要求;对依国家订货任务、指令性任务而订立合同采取强制缔约制度。依照法律、行政法规的规定负有承诺义务的当事人,不得拒绝对方合理的订立合同要求。国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性任务的,有关民事主体之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。

3. 合同批准

原则上合同一旦成立即生效,只有法律、行政法规有特别规定的,合同才可以经批准等而生效。《民法典》合同编降低了批准的强制效力,扩大了合同自由空间。应当办理申请批准等手续,而当事人未履行报批义务的,对方可以请求其承担违反该义务的责任。当事人未依照法律、行政法规规定办理租赁合同登记备案手续的,应当取得行政许可的融资租赁而出租人未取得行政许可的,均不影响合同的效力。

4. 行为管制

法律可以加强合同管制,约束行为自由。在标的物方面,依据法律、行政法规的规定可以禁止转让标的物。为加强金融管制,合同编明确禁止高利贷,禁止虚构融资租赁。加强合同质量管理,当事人约定质量要求不明确的,按照强制性国家标准履行;没有强制性国家标准的,按照推荐性国家标准履行;没有推荐性国家标准的,按照行业标准履行;没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。在主体准入方面,机关法人原则上不得为保证人。以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。在行为限制方面,经过公证的赠与合同或者具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同,赠与人不得任意撤销赠与。

〔1〕 参见《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》(法〔2019〕254号)第30条。

5. 监督管理

严格限制市场监督管理和其他有关行政主管部门干预合同自由的条件，只有当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的，才能依法监督处理。特殊情形下，《民法典》可以直接规范管理权。例如，在物业服务合同一章规定：“对物业服务区域内违反有关治安、环保、消防等法律法规的行为，物业服务人应当及时采取合理措施制止、向有关行政主管部门报告并协助处理。”

（二）民商合一

就所涉内容而言，总则编、合同编对《民法典》的“民商合一”起着主要作用。^{〔2〕}总则编明显采用了民商合一模式：在调整范围上不区分民事商事而予以一体对待；主体类型设计上兼容营利法人、非营利法人；规定了决议行为这一典型商事行为；权利构造上涵盖了物权、债权、继承权、股权、知识产权、其他投资性权利。在这一前提下，合同编的民商合一也是水到渠成。《民法典》第464条第1款规定：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”这里的民事主体包括自然人、法人、非法人组织，足以兼容民商事主体。以此为起点，合同编为商事交易提供了基本规则。规定了具体细致的要约承诺规则，将招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书等常见商事交易形式界定为要约邀请。规定了第三人直接请求权，足以辐射涉及第三人的保险、海上货物运输等商事合同。通过采取多样化的措施实现了典型合同制度设计上熔民商事合同于一炉：其一，将商事领域常见的保理合同规定为典型合同，保理合同没有规定的，适用债权转让的有关规定。其二，典型合同分编中既规定典型的商事合同，如融资租赁合同、技术合同、仓储合同、行纪合同、中介合同等；也有保管合同等典型的民事合同；还有既可以是商事也可以是民事的合同，如买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，委托合同等。^{〔3〕}其三，专章规定了合伙合同，对合伙合同作广义上的界定，只强调合伙须具备共同的事业目的，共享利益、共担风险，从而能够兼容特殊的普通合伙、有限合伙等广泛的商事合伙类型。其四，总则编规定的代理以直接代理、显名代理为主，广泛适用于民商事领域，而合同编于委托合同一章规定了间接代理、隐名代理，主要适用于商事领域。

尽管合同编较好地实现了民商合一的目的，但也存在一定不足：一方面缺乏区分商事行为和民事行为的一般规则；另一方面又对广泛发生的商事交易（例如银行合同、服务合同、旅游合同等）视而不见，不予规定。^{〔4〕}

（三）总分结合

《民法典》采纳了总分结合的编纂体例，依靠总则编统领分则各编，总则编和合同编具有一般法和特别法的关系。

1. 合同编可以承接总则编的一般规定，作出具体性、适用性的规定。总则编区分有相对人的意思表示和无相对人的意思表示，分别采取了客观和主观的解释标准。合同编则进一步按照有

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

〔3〕 参见王轶、关淑芳：《民法商法关系论——以民法典编纂为背景》，载《社会科学战线》2016年第4期。

〔4〕 参见崔建远：《编纂民法典必须摆正几对关系》，载《清华法学》2014年第6期。

相对人的意思表示适用客观解释标准。总则编规定：以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效，以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。而合同编则进一步明确：为撤销要约所作的意思表示，如果以对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所周知，如果以非对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人。总则编规定民事法律行为可以采取书面形式。合同编则设有借款、保证、六个月以上的租赁合同、融资租赁、建设工程、技术、物业服务、保理等书面合同；书面的形式又包括合同书、信件、电报、电传、传真等，数据电文可以视为书面形式。总则编规定“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力”，合同编从效力、履行、保全、转让、终止等角度对这一法律约束力进行展开。

2. 合同编可以呼应总则编设立的制度前提，作出补充性的规定，从而实现制度的完整性。合同编将委托合同、合伙合同设为典型合同，回答了总则编规定的委托代理的发生原因、非法人组织如何成立的问题。总则编规定“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人”。而合同编则进一步明确了超越代表权限订立合同的效力：法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效。

3. 作为总则编的特别法，合同编完全可以作出不同于总则编的特殊规定。例如，总则编规定的诉讼时效为3年，而合同编例外地承认国际贸易合同诉讼时效为4年。总则编规定诉讼时效起算点是权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日；而合同编则规定，连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。^{〔5〕}

合同编事实上发挥债法总则的作用，形成了“动静结合、开放包容”的债法体系。所谓动静结合，即建立了债的履行、保全、转让、终止等制度，新增并存的债务承担等内容，有力地保障债权的动态安全；明确规定了选择之债、连带之债，从静态上丰富了债的类型体系。所谓开放包容指合同编不坚持法定主义立法技术，设立合同一般规则，广泛调整各种合同而不论其是否为典型合同。为节省立法资源，合同编承认不同合同或制度的类似性，形成了多重参照的法律适用机制。其一，法律对婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议没有规定的，可以根据其性质参照适用合同编。其二，区分一般合同和典型合同，法律没有明文规定的非典型合同适用合同编通则，并可以参照适用最相类似合同的规定。其三，区分合同和准合同，建立了无因管理、不当得利的一般规则，原则上承认在法律没有特别规定的前提下对准合同适用合同编通则。其四，典型合同之间可以参照适用或直接适用。有的是参照适用，例如：其他有偿合同、易货交易等参照适用买卖合同的有关规定；供用水、供用气、供用热力合同参照适用供用电合同的有关规定；行纪合同、中介合同参照适用委托合同的有关规定；集成电路布图设计专有权、植物新品种权、计算机软件著作权等其他知识产权的转让和许可参照适用技术转让和许可合同的有关规定；具有实用价值的科技成果实施转化订立的合同参照适用技术开发合同的有关规定。有的是直接适用，例如：建筑工程合同适用承揽合同的有关规定；保理合同适用债权转让的有关规定；仓储合同适用保管

〔5〕 参见张平华：《〈民法典〉的制度传承、宏观模式与重要创新》，载《山东大学学报》（哲学社会科学版）2020年第5期。

合同的有关规定。其五，合同编对其他编章的参照适用。例如，所有权保留的实现参照适用担保物权实现的有关规定；最高额保证参照适用最高额抵押权的有关规定。

（四）价值均衡

当今时代价值多元，法律制度设计须厘顺价值冲突，实现价值均衡。对合同编立法而言，价值均衡的关键是：一方面要保障合同自由、促进交易效率，另一方面要考量公平、实现社会公共利益、维持和谐的社会秩序。

1. 合同自由

合同自由、交易效益是合同制度设计的核心价值追求。这体现在全面、细化、可操作性强的合同交易规则中。其一，合同编全面覆盖从合同洽谈协商到合同终止之后的整个生命历程，规定了多样化的义务，规定了合同订立中的义务，建立缔约过失责任。承认了广泛的预约类型，弥补了本约调整范围的不足，明确不履行预约合同中约定的订立合同义务的，须承担违约责任。规定合同终止后，当事人承担的旧物回收、保守秘密等后合同义务。强调当事人应当按照约定全面履行自己的义务，在学理上这里的义务包括主给付义务、从给付义务、附随义务等类型。附随义务的依据包括了诚信原则、合同的性质、目的和交易习惯等，其基本类型有通知、协助、保密等。这就排除了立法“空白”，使合同自由更加充分，更有保障。其二，合同编尽力细化合同交易具体规则，实现对交易过程的动态全面规制。^{〔6〕}例如，建立了具体完备的要约邀请、要约、承诺制度，以及要约承诺撤回、撤销、生效、失效制度，足以应对多样化的交易实践。建立了买卖合同标的物检验规则，如果当事人约定的检验期限过短，可按照标的物的性质和交易习惯认定为只是发现外观瑕疵的期限。约定的检验期限或者质量保证期不得短于法律、行政法规规定的期限。^{〔7〕}其三，合同编依托交易现实规定了多样化的推定认定规则，消除了交易不确定性，提高了交易效益。^{〔8〕}例如，采取履行医治形式瑕疵原则，当事人如果没有采取法律或当事人约定的形式，而履行了合同主要义务的，相对人接受时合同成立。无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。^{〔9〕}当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。先履行一方行使不安抗辩权而中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务。债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的，债权人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意，债权人未作表示的，视为不同意。买受人急于将标的物的数量或者质量不符合约定的情况通知出卖人的，视为数量或者质量符合约定。试用买卖的买受人在试用期届满时对是否购买标的物未作表示的，视为购买。租赁合同当事人应采用而未采用书面形式，又无法确定租赁期限的，视为不定期租赁。出租人知道或者应当知道承租人转租，但是在六个月内未提出异议的，视为出租人同意转租。出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权。出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋的，应当在拍卖五日前通知承租人，承租人未

〔6〕 参见张平华：《民法典合同编立法精神与制度现代化》，载《检察日报》2020年6月22日，第3版。

〔7〕 参见前引〔6〕，张平华文。

〔8〕 参见前引〔6〕，张平华文。

〔9〕 参见前引〔6〕，张平华文。

参加拍卖的,视为放弃优先购买权。

2. 交易安全

离开了交易安全就无法保障效益。为实现交易安全,合同编将原规定于合同履行制度中的债的保全于第三编第五章独立成章,予以最大限度地细化,避免债务人不当减少责任财产,确保其正常履行责任,这是《民法典》充分吸取学理意见和实务经验的典范。其扩充了代位权的适用范围,明确债权到期前债权人可以基于保存行为行使代位权。区分有偿、无偿处分财产权益的行为,而异其债权人的撤销权的构成要件和法律效果,既符合公平原则,也有利于和善意取得相协调。将债的保全之适用条件统一规定于“影响债权的实现”,而不是“造成债权人损害”。将主债权和从权利一体化处理,债权人可以对怠于行使从权利的行为主张代位权,也可以对放弃债权担保、为他人债务提供担保的行为行使撤销权。^{〔10〕}

《民法典》建立了开放、多元、便捷的担保体系,其中,物权编采取了统一担保登记、设立实现顺序、保障抵押物处分自由、流押条款合理化等举措。而合同编则将《担保法》中的定金规则规定于违约责任,明确定金的设立、罚则,厘顺定金和违约金的关系,规定定金不足以弥补一方违约造成的损失,对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。整合《担保法》和相关司法解释,将保证合同规定于典型合同分编,完善了一般保证和连带保证两种基本类型的相关规定。^{〔11〕}承认不具备从属性的独立担保,允许“第三人单方以书面形式向债权人作出保证”。建立了非典型担保制度,在所有权保留制度中,规定出卖人对标的物保留所有权,但未经登记,不得对抗善意第三人。细化规定了出卖人的取回权和买受人的回赎权。将融资租赁纳入担保交易,规定出租人对租赁物享有所有权,并赋予租赁登记以对抗善意第三人的法律效力,这将成为改善融资租赁营商环境的有力举措。^{〔12〕}

3. 交易公平

现代合同制度在追逐效益的同时必须兼顾公平。为此,合同编建立了情势变更制度,以合理应对合同履行中基础条件发生的重大变化,进而使公平原则可以适用于合同订立之初和履行之中,使其具备了普遍价值和具体实现途径。^{〔13〕}删去了“非不可抗力”的限定,实现了情势变更与不可抗力的一体化,免去了审判实践中无谓的争议。受不利影响的当事人可以与对方重新协商;协商不成的,再变更或解除合同。对保证方式的推定进行修改,在当事人没有明确约定的情况下,由过去的“推定为连带保证”修改为“推定为一般保证”,既符合民事交易的一般常识,也对保证人更加公平。履行费用的分担更加合理:合同中履行费用的负担不明确的,由履行义务一方负担;因债权人原因增加的履行费用,由债权人负担;因债权转让增加的履行费用,由让与人负担。约定的违约金低于或过分高于造成的损失,当事人可以请求法院或者仲裁机构增加或减少,有利于兼顾双方当事人的利益。^{〔14〕}

〔10〕 参见前引〔5〕,张平华文。

〔11〕 参见前引〔6〕,张平华文。

〔12〕 参见前引〔6〕,张平华文。

〔13〕 参见前引〔6〕,张平华文。

〔14〕 参见前引〔6〕,张平华文。

为保护社会弱者，实践合同法的社会本位，合同编规定了强制缔约制度，保障当事人充分利用社会公共服务，实现基本生存权。明确禁止高利贷，借款的利率不得违反国家有关规定，有利于遏制“校园贷”“套路贷”、暴力催收等社会乱象。要求物业服务人不得采取停止供电、供水、供热、供燃气等方式催交物业费。规定了房屋承租人的优先购买权、按份共有人的优先购买权，并承认后者的优先地位，^{〔15〕}符合“租购同权”住房制度的要求，有力保护了承租人的利益。科学界定了格式条款的概念，使之覆盖一切“为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款”，以强化保护消费者。^{〔16〕}细化了格式条款规则，明确规定如果未尽充分说明或提示义务的，格式条款不订入合同。扩充格式条款无效的理由，使之覆盖面更广、更具体系性；突出格式条款在提供格式条款一方“不合理地”免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利时无效；至于排除对方主要权利的，当然无效。^{〔17〕}贯彻落实绿色发展理念，规定“当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态”，合同终止后，当事人应当回收旧物。

二、合同的内涵及其展开

（一）合同编的合同

1. 合同的内涵

合同编中的合同是指“民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议”。按此概念，合同不同于行政合同，是民事主体之间的协议。特殊情形下，国家可以干预民事主体的意思自治，例如：“国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性任务的”，有关民事主体负有强制缔约的义务；国家重大建设工程合同，“应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立”。上述两种情形下，尽管法律限制了合同成立自由，但当事人所成立的仍然是平等主体之间的民事合同，合同履行、违约等仍然适用合同编。合同以双方行为为典型，还可兼及于多方法律行为（例如合伙协议）、决议行为。

合同是法律关系而不是道德关系。道德关系以好意施惠关系为典型。合同面向理性人，要求主体具有相应的行为能力；好意施惠人则可以不具备合同所要求的行为能力。合同主体要有创设法律关系的意图；^{〔18〕}而好意施惠关系只是道德好意使然，并无产生法律效果之追求。一般而言，合同分为有偿、无偿合同，双务、单务合同，并以有偿合同、有对价的双务合同为常态；而好意施惠关系一般是无偿的，也无对价关系。当然，经营实践完全可以背离上述经验判断，如果从事营运的承运人承运无偿搭车者，仍然构成旅客运输合同。对于非营运车辆而言，“搭便车”行为可形成典型的好意施惠关系，发生机动车致害事故的，如果“属于该机动车一方责任的，应当减轻其赔偿责任，但是机动车使用人有故意或者重大过失的除外”（《民法典》第1217条）。

〔15〕 参见前引〔6〕，张平华文。

〔16〕 参见前引〔6〕，张平华文。

〔17〕 参见张平华：《规范内容与价值追求现代化》，载《检察日报》2020年6月22日，第3版。

〔18〕 参见〔德〕海因·克茨：《欧洲合同法》（上），周忠海等译，法律出版社2001年版，第102页。

合同具有多层次性、衍生性,合同履行中的协议也可构成合同编的合同,这些协议可以发生于合同变更、转让、代物清偿、提存、解除等场合。

2. 典型合同和非典型合同

合同编规定了19种典型合同,包括买卖,供用电、水、气、热,赠与,借款,保证,租赁,融资租赁,保理,承揽,建筑工程,运输,技术,保管,仓储,委托,物业服务,行纪,中介,合伙。典型合同编中每一章第一条都是典型合同的概念,规定了典型合同中最重要的主给付义务。例如,《民法典》第595条规定:“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人支付价款的合同。”主给付义务一般在合同成立时即已确定,违反主给付义务可构成根本违约。在判断合同名称的过程中,主合同义务起着决定性的作用。如果不能通过主合同义务及其组合状态判断出当事人之间合同的类型或名称,则该合同为非典型合同。《民法典》第467条第1款规定:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”非典型合同属于法律没有明文规定的合同,对其法律适用应区分四种情形:

其一,不属于任何典型合同的纯粹的非典型合同,须适用合同编通则或参照类似的典型合同处理。

其二,如果在典型合同基础上又附加其他类型的从给付义务,此类合同原则上应由典型合同吸收非主要部分,适用典型合同的规定,将附加部分看成主给付义务的一部分或变化方式,比如甲租赁房屋给乙,乙附带打扫房间的义务,其中打扫房间的义务应该视为给付租金的一部分。

其三,如果一方当事人所负的数个给付义务属于不同典型合同,对此种合同应分别按照各个给付合同类型的法律规定加以判断与适用,但是当数项给付构成经济上一一体时,还应注意数项给付命运的同一体性。

其四,如果一个合同中所含有的主给付义务同时属于不同的合同类型,此时应该探求合同当事人的真意,区别不同部分加以适用各典型合同的规定。

(二) 总则编的合同

民事法律行为是合同的上位概念,《民法典》总则编是合同编的一般法,除了合同编有特殊规定外,关于合同自然还应适用总则编。此外,总则编还可以基于《民法典》设计上的便利而规定一些特殊的协议或合同。问题是这些协议或合同能否适用合同编。

1. 监护人确定协议

《民法典》第30条规定了协议确定监护人制度,但却并未明确这种协议的性质及适用。监护人确定协议是身份协议,不能直接适用合同编。因为其以主体具有监护资格为前提,不是从无到有地创设一种身份关系,而是从具有监护资格的人中确定真正的监护人;所产生的权利是监护权,而监护权是身份权;协议尽管在监护人之间生效,却直接使被监护人获利,也应当尊重被监护人的真实意愿;如果无法协议确定监护人,还可以指定监护人。

2. 意定监护

2015年4月修正的《老年人权益保障法》中首次提出了意定监护制度。《民法典》将意定监护扩大至所有成年人而不仅限于老年人。其第33条明确规定:“具有完全民事行为能力的成年人,可

以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责。”比较法上，意定监护协议属于特殊的委托合同。^{〔19〕}在《司法部发布3个公证指导性案例》（2017年12月25日）中，公证指导性案例1号涉及的是“老年人意定监护协议公证”。该案的要点指出，公证员应“审查当事人是否具备民事行为能力以及意思表示是否真实，……公证员可以根据当事人的意思表示代为起草意定监护协议文书。意定监护协议文书应当明确意定监护事项、监护职责、监护条件实现的确认方式、争议解决等方面的内容”。这说明意定监护协议具备合同的法律构造。

应该承认，《民法典》的出台使家庭法完成了向民法典形式上的回归，债法对家庭法在立法和司法层面的影响都与日俱增，但将家庭法整体融入债法是否妥当，仍有进一步探讨的余地。^{〔20〕}同时，对身份关系协议分类型讨论，展现“参照适用”技术的说理论证，既是对身份关系协议法律适用的兜底方案，也是妥当协调身份法与财产法、身份法与民法总则之间关系的关键。^{〔21〕}笔者认为，按照《民法典》第464条第2款的规定，即：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定”，意定监护协议最好于《民法典》之外予以特别规定，在没有特别法之前，基于法律构造上的类似性，意定监护在成立和效力上可以参照适用合同编，但其履行、违约等不适用合同编。这是因为意定监护内容复杂，涉及金融交易、不动产处分、人身照顾合同、医疗服务等，具备公益性、涉他性、身份性等特点，与财产合同明显不同。基于意定监护可授予监护人代理权，相关制度设计须防止滥用代理权。^{〔22〕}

（三）物权编的合同

1. 物权合同

《民法典》第118条第2款规定：“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”第468条规定：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。”将这两条结合起来可以发现：合同是债权的发生原因，债权债务关系是合同关系的上位概念，规定于物权编的合同也是债权债务关系。能够引起物权关系变动的合同可以简称为物权合同，基于物权法定原则，物权合同的类型和内容也具有一定的强制性，当事人的意思自治受到较大的限制。一方面是类型强制，即能引起物权变动的合同限于法律所规定的合同类型；另一方面是类型固定，即物权合同应遵循法律强制规定的内容，而不得由当事人任意改变。不动产物权合同是物权合同的典型，包括房屋买卖、建设用地使用权出让划拨、抵押合同、居住权合同。根据法律的规定，不动产物权合同是要式合同，不过，登记并非合同的生效要件，而只是物权变动的公示要件。

〔19〕 参见〔日〕山本敬三：《民法讲义1：总则》，解亘译，北京大学出版社2004年版，第53页。

〔20〕 参见刘征峰：《论民法教义体系与家庭法的对立与融合：现代家庭法的谱系生成》，法律出版社2018年版，夏吟兰教授所作序，第1-2页。

〔21〕 参见王雷：《论身份关系协议对民法典合同编的参照适用》，载《法学家》2020年第1期。

〔22〕 参见前引〔19〕，山本敬三书，第54页。

2. 担保合同

依据《民法典》第388条的规定,担保合同包括“抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同”。这说明担保合同不限于设定抵押权、质权等担保物权的合同,还包括了合同编的保证、定金合同等。保证和定金合同也具备担保合同的基本属性和功能,也具有从属性。至于不具备从属性的独立担保合同则应适用合同编而不是物权编。

3. 行使物权的合同

物权行使行为含义广泛、类型多样,其中有的行为可以采取合同的方式。其中的典型有:

其一,共有物分割协议。共有人分割共有物的协议属于合同行为,但该合同与一般的合同不同,其方向具有共同性(《民法典》第304条)。共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的,其他共有人应当分担损失。

其二,孳息收取协议。法律规定,质权人有权收取质押财产的孳息,但是合同另有约定的除外。这里的合同可以是质押合同,也完全可以单独达成的孳息收取协议。

其三,物权变更合同。例如,经抵押权人与抵押人协议可以变更抵押权顺位和被担保的债权数额等(《民法典》第409条)。再如,最高额抵押或质权的变更协议。

其四,担保物权变价协议。担保物权是价值权,最终依赖变价权实现,可以表现为抵押、质押、留置财产的折价协议、拍卖变卖协议。

顺便指出,物业服务合同也是业主行使建筑物区分所有权的行为,其规定于合同编,充分体现了物权编和合同编内容的紧密关联。

(四) 人格权编的合同

从体系设计角度考虑,既然物权编、合同编已分别设立物权合同、债权合同,人格权编应该有人格权行为,存在合同制度的适用空间。按照人格与财产的关联程度,人格权法律行为可分为纯粹人格权法律行为、财产性人格权法律行为。纯粹人格权法律行为以直接引起人格权益变动为目的。而财产性人格权法律行为以同时引起财产权益和人格权益变动为目的,具有混合属性。其典型有:

1. 临床试验用药协议

为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法,需要进行临床试验的,双方当事人须签订协议。该协议应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意;也须坚持告知同意原则,由试验方向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况,经其书面同意;进行临床试验的,不得向受试者收取试验费用,相反,应当支付相关的费用;受试者享有单方撤回或撤销权。

2. 名称转让合同

名称转让行为属于法人变动形态之一,关系交易秩序和市场信用,其往往伴随着法人财产的变动,也应当依法向有关机关办理登记手续。

3. 肖像使用许可合同

《民法典》第1021条规定:“当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款的理解有争议的,应当作出有利于肖像权人的解释。”本条针对肖像许可使用合同建立了专门的意思表示解释

规则，不同于总则编，其坚持保护肖像权人而不是通常情形下的保护相对人。同时，第1022条第1款规定：“当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”

所有的人格权合同都应该适用人格优越保护原则。为此，其一，人格权是其他权利的基础，涉及基本伦理秩序，一旦有变动将进一步引发整体法律关系的变动，为求安定，人格权合同应予法定。其二，应适用不同的合同解释规则；人格权一方享有单方解除权或撤销权；合同的成立须严格符合法定条件或经批准。其三，财产性人格权合同可以准用合同编关于行为能力、意思表示的规定。

（五）婚姻家庭编的合同

1. 身份协议不能直接适用合同编

身份协议与财产协议相对，指向亲权、配偶权、亲属权等身份利益。身份利益无法用金钱衡量价值，不坚持等价交换原则，体现为对人伦亲情利益关系的支配。在现代法治社会里身份协议逐渐萎缩，遂成例外。《民法典》第464条第2款规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”直观而言，婚姻家庭编有意识地回避了“合同”而用“协议”予以替代，形式上强调了身份协议和合同的不同。身份协议应适用婚姻家庭编的规定，而不能直接适用合同编。特定身份关系人之间及其与交易第三人之间有关财产关系的协议，如分家析产协议、遗赠扶养协议、夫妻财产制约定、夫妻之间的赠与、夫妻共同共有财产的无权处分合同等等，如果婚姻家庭编没有特别规定，可以适用合同编的一般规定。^{〔23〕}

本款在具体列举婚姻、收养、监护后附加一个“等”字，如何解释这一个“等”字呢？可有两种解释：如果身份关系仅限于婚姻、收养、监护关系，则本条的“身份关系”一词显属立法赘言；反之，如果婚姻、收养、监护关系属于对“身份关系”的例示说明，则可以参照婚姻、收养、监护对其他身份关系作类推适用。笔者不赞成在此使用类推适用的解释方法，身份关系在现代社会日趋萎缩，应该由立法明确规定，此即身份权法定原则。对法无明文规定的身份权、身份关系，不可通过法律解释予以创设。

2. 离婚协议也属于身份协议

离婚协议的内容是双方自愿离婚的意思表示和对子女抚养、财产以及债务处理等事项协商一致的意见。意思表示部分可以准用总则编、合同编。例如，当事人完全可以采用数据电文方式形成离婚协议。离婚中的抚养费协议、探望权协议、分割夫妻共同财产协议、^{〔24〕}补偿权协议、清偿债务协议、离婚时经济帮助的协议均源于离婚协议而属于身份协议，但其更为财产化，对合同编的准用程度应该更高。离婚协议的效力受制于身份关系，《最高人民法院关于适用〈中华人民

〔23〕 参见王雷：《婚姻、收养、监护等有关身份关系协议的法律适用问题——〈合同法〉第2条第2款的解释论》，载《广东社会科学》2017年第6期。

〔24〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第8条规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”

共和国婚姻法》若干问题的解释（三）》第14条规定：“当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。”

3. 无效婚姻中的财产协议

婚姻无效或者被撤销后，当事人同居期间所得的财产，如果事先存在财产协议，这一协议并不因为婚姻无效而无效。当然，婚姻无效后当事人也可以重新达成财产分割协议。类似地，独立抚养子女一方的经济条件发生了变化，抚养能力已不能保障子女所需，影响其今后的健康成长，则即使父母离婚之时有明确约定，也不能免除另一方对孩子的法定抚养义务。有关子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。^{〔25〕}

4. 夫妻财产协议

夫妻财产协议是夫妻基于共同协力生活的考虑，为了夫妻利益共同体的存续与发展而订立的契约。其属于亲属法上的行为，外观上又涉及对财产的使用处分，具有财产法的属性，兼具身份契约或财产契约的性质，属于身份财产协议。协议的成立、效力、履行、变动、解除等都要围绕着身份目的而展开，受制于身份关系，具备强烈的伦理性，不能直接适用合同编。但是，夫妻财产协议在财产法上的效果，不具备伦理性而具有技术性，可以参照适用合同编或物权编，例如，《民法典》第1065条第1句规定：“男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。”该约定对双方具有法律约束力，可以引起物权变动。

除了整体性约定外，夫妻之间可以有围绕个别财产实施的财产行为，例如：一方向另一方赠与房产的，可以承认赠与合同的效力；夫妻借贷的应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。^{〔26〕}

（六）继承编的合同

《民法典》第1158条规定：“自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议，该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。”遗赠扶养协议是在总结我国农村五保制度的基础上形成和发展起来的，是我国继承立法的一个创造，具有中国特色。上条规定自然人可与“继承人以外的组织或者个人”签订遗赠扶养协议，将可签订扶养协议的组织的范围从“集体所有制组织”扩大为所有继承人之外的各类法人和非法人组织，从而有利于当事人利用遗赠扶养协议解决养老送终问题。

遗赠扶养协议规定在继承编是《民法典》立法技术使然。亲属编、继承编独立成编的理由与物权编、合同编不同，前者采用生活事实类似原则（Einander aehnliche lebenssachverhalte），后者以法律效果类似原则（aehnlichkeit auf der rechtfolgendeite）为指导。^{〔27〕}前者权利往往并不单一，如亲属编不仅有身份权还有财产权，继承编则不仅有继承权还有合同债权（遗赠扶养协

〔25〕 参见前引〔21〕，王雷文。

〔26〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第6、16条。

〔27〕 参见〔德〕梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第20-21页。

议)，且法条有机性不强；后者权利的单一性明确，法律条文有机性强。对于继承编而言，其独立成编的理由在于继承编主要涉及一个人死后在财产法上的后果，尤其是原先属于死者之权利与义务的重新安排，也正是因此德国法上的继承契约以及我国法上的遗赠扶养协议才得以归入继承编。

遗赠扶养协议并非扶养和遗赠的结合。从结果意义上讲，被扶养人死后发生的继受被扶养人的遗产与遗赠的效果一样，但就其实际而言，遗赠扶养协议仅有遗赠之名而无遗赠之实。遗赠需要遗嘱，而遗赠扶养协议根本就不是遗嘱。遗嘱（或遗赠）是单方行为，因此遗嘱人得随时撤回遗嘱，而被扶养人却不可以随意撤回遗赠扶养协议。遗赠扶养协议内容主要有二：一是扶养人生前扶养及死后送葬，二是受扶养人死后财产归扶养人所有。此两项内容绝不牵涉亲情人伦关系的创设，应该是一种财产关系。因此遗赠扶养协议并非“身份协议”，而是合同法所规范的“合同”。遗赠扶养协议应该是“适用”合同编而不是“准用”合同编。

在适用合同编时，须注意：一是遗赠扶养协议是要式行为，但其却不要求当事人签名、盖章、填写日期，更不必采用公证形式。二是在遗赠扶养协议中，如未特约，遗赠标的物毁损、灭失等风险分配规则如下：在扶养人仅负行为义务时，风险归遗赠人负担；在扶养人负结果义务时，尽管标的物在遗赠人死亡前归遗赠人占有，但是，由于扶养人的扶养义务应包括对标的物的管理义务，按照谁管理谁承担风险的法则，应由扶养人承担风险。三是遗赠扶养协议中的扶养债权须优先于一般债权，包括公法上的债权，例如税收债权。四是由于“遗赠义务”是于遗赠人死后一次性履行的，遗赠扶养协议不属于继续性契约。遗赠扶养协议被解除后也会发生恢复原状的溯及效力。作为双方法律行为，遗赠扶养协议具有与遗嘱并驾齐驱的体系地位，其丰富了继承编民事法律行为的类型，对继承编中其他双方法律行为具有示范效应。例如，实践中常见被继承人与继承人或继承人之间签订的继承扶养协议，是对法定扶养义务的约定化，并使扶养人可以获得较多的对价，并不违反民法基本原则。对此，继承编未作规定，构成法律漏洞，可参照遗赠扶养协议予以填补。^{〔28〕}

• 150 •

三、侵权责任编和合同编的互动

（一）侵权责任对合同编的适用

侵权法的独立成编于形式上导致合同编与侵权责任编的分离，但这绝不意味着侵权责任关系不能适用债法。相反，侵权责任是原权被侵害后的救济关系、第二性关系；侵权的后果是损害赔偿或以停止侵害、排除妨碍、消除危险为代表的绝对权请求权，无论何者都以给付为客体，本质上都属于债。

《民法典》第468条规定：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。”按照该条规

〔28〕 参见张平华：《〈民法典·继承编〉的创新与继承法之整理》，中国政法大学主办“民法典时代中国民法解释论的新发展：婚姻家庭编、继承编”研讨会发言，2020年7月5日。

定,侵权责任也可以适用合同编,包括债的履行、合同的保全、合同的变更和移转、合同的权利义务终止等有关规则。^[29]例如:为担保侵权损害赔偿之债的履行,可以设定保证;侵权责任中的格式免责条款适用合同编的规定;侵权按份责任、连带责任可以适用合同编关于按份债务、连带债务的一般规定。^[30]此处合同编比总则编相关规定还要详尽、具体。例如,《民法典》第519条规定了连带债务人在内部关系上享有追偿权、代位权、抗辩权、分担请求权。侵权责任编中的共同侵权、共同危险行为可以适用合同编的上述规定。

合同编尽管可以起到债法总则的作用,但合同、侵权分别是意定和法定之债的典型,基于性质差别可以存在不同的法律规制,合同编的相关内容可能无法适用于侵权责任。一是法定之债不得基于当事人的约定而排除。二是精神损害赔偿原则上不具备可让与性,也不可被代位、抵销。三是合同编特有的归责原则或要件(无过错责任、不履行或不适当履行义务)、责任方式(更换、重作,违约金)、免责(常用免责条款)不能或无法适用于侵权责任。一般认为,对于故意侵权产生的损害赔偿之债,受害人所享有的债权不能作为被动债权被抵销。^[31]违约责任原则上不适用精神损害赔偿。侵权责任编中有关侵害生命权、健康权的法定损害赔偿,不能适用合同编通则的规定。

(二) 侵权责任编中的合同

1. 以合同为基础发生侵权责任。许多侵权以合同为基础,例如,医疗损害赔偿以医疗合同为基础,安全保障义务可以源自合同约定,雇主责任、网络侵权责任、定作人责任、产品责任、机动车租赁借用情形下的侵权、挂靠车辆侵权、建筑物致害责任,甚至委托监护致害责任等都以合同为前提。以合同为基础发生的侵权,又不存在第三人侵权的,构成责任竞合。《民法典》第186条规定:“因当事人一方的违约行为,损害对方人身权益、财产权益的,受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”如果存在第三人侵权的,应该适用侵权责任编的特别规定,而不是简单的责任竞合。例如,在违反安全保障义务的侵权中,存在第三人致害的,应该由第三人承担直接责任,管理人或经营者承担相应的补充责任。同样是产品存在质量问题,如果构成瑕疵担保责任,适用合同法违约责任;如果构成对消费者或第三人的侵权适用产品缺陷致害侵权责任。

2. 侵权责任编产生的特殊合同。例如:侵权损害赔偿和解协议,该和解协议具备合同的效力,^[32]有利于及时化解纠纷,维护社会秩序;侵权损害赔偿的分期支付及分期支付担保协议,担保的方式则包括了人保或物保等多种的方式;被侵权人与侵权连带责任人签订的免责协议,基于协议的相对性,该免责协议原则上不及于其他责任人。

(三) 合同编的侵权制度

其一,造成对方人身损害、因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。^[33]

[29] 参见王利明:《论民法典合同编发挥债法总则的功能》,载《法学论坛》2020年第4期。

[30] 参见《民法典》第517条、第519条、第520条。

[31] 参见前引[29],王利明文。

[32] 《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》(法释[2002]29号)第1条规定:“经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容,并由双方当事人签字或者盖章的调解协议,具有民事合同性质。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除调解协议。”

[33] 参见《民法典》第506条。

其二，违反后合同义务的侵权责任。物业服务合同终止，原物业服务人未及时退出物业服务区域、交还相关资料，或未如实告知相关信息，^{〔34〕}由此而导致的责任是侵权责任。

其三，突破合同相对性限制，直接对第三人承担合同中的侵权责任。因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身损害和财产损失的，承包人应当承担赔偿责任。^{〔35〕}对于这一类法律创新，实务上没有必要区分是违约还是侵权，或者说无论采取何种责任基础，法律后果是完全一致的。

其四，违反合同附随义务可导致侵权责任。例如，泄露、不正当地使用当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，造成对方损失的。^{〔36〕}

其五，同时违反合同义务、法定义务而构成责任竞合。承运人应当对运输过程中旅客的伤亡、物品毁损承担赔偿责任。^{〔37〕}供电人需要中断供电时，未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。^{〔38〕}因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。^{〔39〕}在租赁合同中，承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以请求承租人恢复原状或者赔偿损失。^{〔40〕}在委托合同中，因受托人的过错造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。^{〔41〕}在上列情形下，合同义务、法定义务的射程一致，构成责任竞合，至于责任竞合的理论基础有：法条竞合说、请求权竞合说（相互独立说、相互影响说）、请求权基础竞合说。值得指出的是，在保管合同、委托合同中，因合同之有偿、无偿而存在不同性质或程度的责任。无偿的委托合同，只有因受托人的故意或者重大过失造成委托人损失的，委托人才可以请求赔偿损失。有偿的合同中，只要有过错就需要承担责任。这说明如果承认侵权、违约相互独立，选择违约或侵权进行救济，责任构成或责任范围上会存在差别，不利于对当事人实行公平的救济。此种情形下的责任竞合应采取请求权相互影响说，无论当事人选择适用违约还是侵权责任，都应该适用一致的构成要件或法律效果。

其六，基于超越履行义务射程范围的损害的侵权责任。履行义务射程范围内的损害是履行利益，是违约责任的救济范围；超越履行义务射程范围的损害，可以是侵权责任的救济范围。有的时候，法律比较明显地区分了两种利益范围。例如，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。^{〔42〕}这里的其他损失应该是履行利益之外的损失，本条可以成为违约精神损害赔偿的规范基础。

有的时候，法律一体规定了对履行利益固有利益损害的救济，不对义务射程范围内外的损害做出区分，这就需要结合立法目的确定相关合同规范中有无包括侵权救济。如果损害完全在义务射程范围内，则损害赔偿不包括侵权，例如，因自然灾害等原因断电，供电人未按照国家有关规

〔34〕 参见《民法典》第949条。

〔35〕 参见《民法典》第802条。

〔36〕 参见《民法典》第501条。

〔37〕 参见《民法典》第823条、824条。

〔38〕 参见《民法典》第652条。

〔39〕 参见《民法典》第897条。

〔40〕 参见《民法典》第715条。

〔41〕 参见《民法典》第929条。

〔42〕 参见《民法典》第583条。

定及时抢修,造成用电人损失的,应当承担赔偿责任。^{〔43〕}未及时抢修造成的损失解释上应当限于履行利益。然而,同样是供电合同,用电人未按照国家有关规定和当事人的约定用电,造成供电人损失的,^{〔44〕}这里的损失完全可以超越供电合同义务射程范围,所造成的损害可以是侵权损害。类似的还有,中介人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况,损害委托人利益的,不得请求支付报酬并应当承担赔偿责任。^{〔45〕}其中赔偿责任所针对的是放弃报酬尚不足以救济的损失。超越义务射程,构成侵权责任。超越义务射程的损害所导致的责任是违约责任和侵权责任的聚合。

其七,基于体系分工,合同编未对侵权责任做进一步规定,可以衍生适用侵权责任编的规定。例如,合同编尽管强调履行合同过程中不得污染环境、破坏生态,但对相关违法行为的责任未作进一步规定,对此,可适用侵权责任编“环境污染和生态破坏责任”。合同编规定“非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效”,而这些无效的合同可以构成侵权责任编中的垄断侵权或者侵害他人知识产权。合同编规定,在技术转让或许可合同中,受让人或者被许可人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的,原则上由让与人或者许可人承担责任,而具体责任的承担适用侵权责任编。合同编规定,物业服务人应当维护物业服务区域内的基本秩序,采取合理措施保护业主的人身、财产安全,而对于违反上述义务所造成的责任则未作进一步规定,该责任完全可以侵权责任,例如,抛掷物致害中的物业服务人责任。

Abstract: The Book Contract of Civil Code has the structure characteristics of public and private separation, civil and commercial integration, general and specific combination, value balance. Public power can intervene in private life only under the condition of the exception of legal reservation, compulsory contracting, contract approval, behavior control, supervision and management. In addition to the Book of Contract, other Books also provide specific types of contracts or agreements, and the agreements or contracts of each book shall apply the Book Contract differently. The Book of Tort Liability and Contract are closely interrelated. Book of Tort Liability includes tort liability arising out of a contract and a contract arising from an infringing relationship. The Book of Contract also includes a lot of tort content.

Key Words: Book Contract of Civil Code, Book Tort Liability of Civil Code, civil law system

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

〔43〕 参见《民法典》第653条。

〔44〕 参见《民法典》第655条。

〔45〕 参见《民法典》第962条。

预约合同违约责任的争议与回应 ——基于动态缔约观的分析

王俐智*

• 154 •

内容提要：预约合同的违约责任在理论和实践中存在三个主要争议问题，《民法典》第 495 条未能有效予以回应，理论上可运用动态缔约观予以解决。基于动态缔约观，预约可以区分为：最低合意型预约、主观障碍型预约、客观障碍型预约以及完全预约。预约违约责任的认定应以义务违反的动态认定与可归责性进行双重判断，区分预约类型分别适用不同的规则。针对预约违约责任能否适用强制履行问题，应以交易成熟度为参考，完全预约和客观障碍型预约可以适用强制履行，另两类预约则不适用强制履行。预约违约的损害赔偿范围以信赖利益为下限，以履行利益为上限，以机会损失为核心，综合考量交易成熟度、缔约投入与机会损失三个影响因素，根据预约类型动态调整。

关键词：预约 动态缔约观 强制履行 损害赔偿 机会损失

一、问题的提出

预约在复杂的商业交易中很常见，它们记录了当事各方已经达成协议的一组不完整的条款，同时将其余条款留待进一步讨论。^{〔1〕} 预约被市场参与者所广泛接受，但同时它也是大量

* 王俐智，东北师范大学政法学院讲师。

本文为中国博士后科学基金第 69 批面上资助项目“《民法典》合同法定解除权的法理基础研究”（2021M690586）、东北师范大学校内青年基金项目“《民法典》视野下合同僵局解除权研究”（21XQ020）的阶段性成果。

〔1〕 See Albert H. Choi, George Triantis, Designing and Enforcing Preliminary Agreements, 98 *Texas Law Review*, 439 (2020).

诉讼的来源。^{〔2〕}原《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号）（以下简称《买卖合同司法解释》）第2条明确规定了预约合同及其违约责任。2020年5月28日，第十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第495条将预约合同由买卖合同的特殊规则上升为普适于所有合同的一般性规则，并对《买卖合同司法解释》第2条进行了一定的修改和完善，构成了合同编的重大创新之一。^{〔3〕}但是，对于理论与实务界比较关注的预约合同的违约责任，该规定较为简单，未能进一步说明违约责任的构成要件及其责任形式。

理论上关于预约合同的违约责任长期存在着较大的争议，司法实践对预约合同违约责任的处理也存在重大的分歧。具体而言，理论和实践上存在以下三个争议问题：一是如何认定预约合同的“违约”，当事人之间未能订立本约是否一概构成违约，涉及的是“必须缔约说”^{〔4〕}与“必须磋商说”^{〔5〕}的争议；二是预约合同的违约责任形式能否包括强制履行，包括“肯定说”^{〔6〕}“否定说”^{〔7〕}以及“区分类型说”^{〔8〕}的争议；三是违反预约合同的损害赔偿的范围如何确定，包括“信赖利益说”^{〔9〕}和“履行利益说”^{〔10〕}的争议。既有的理论争议多是从静态的角度对预约违约责任进行“一刀切”的处理，缺乏对预约以及预约责任的多元化认识。由于《民法典》第495条对预约合同的违约责任仅作了原则性的规定，实践中的具体适用仍然需要更为细致的回应。本文拟运用动态缔约观理论对既有的理论争议予以回应：首先，对动态缔约观理论进行深入解读，运用动态缔约观对预约违约责任进行动态定位，对预约进行类型化处理；其次，运用动态缔约观理论的全新视角，分别对违约责任的认定、强制履行的适用以及损害赔偿的范围三个争议问题予以回应，得出不同类型预约的不同适用规则；最后，得出本文的结论。

• 155 •

〔2〕 See Kathryn Marietta, The “Preliminary Agreement” — Framing or Frustrating the Deal? JDSUPRA, (June. 4, 2015), available at <https://www.jdsupra.com/legalnews/the-preliminary-agreement-framing-or-22759/>, last visited on Jul. 17, 2021.

〔3〕 参见石宏：《合同编的重大发展和创新》，载《中国法学》2020年第4期。

〔4〕 参见张燕玲、白帮武：《预约合同相关问题探讨》，载《山东社会科学》2005年第2期；史浩明、程俊：《论预约的法律效力及强制履行》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期。

〔5〕 参见“戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案”，载《最高人民法院公报》2006年第8期；“张励与徐州市同力创展房地产有限公司商品房预售合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2012年第11期。

〔6〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第170页。

〔7〕 参见刘俊臣：《合同预约若干法律问题初探》，载《法律适用》2002年第4期；白玉、牟宪魁：《预约合同若干法律问题探析》，载《齐鲁学刊》2009年第4期；林涸民：《预约学说之解构与重构——兼评〈民法典〉第495条》，载《北方法学》2020年第4期。

〔8〕 参见刘承睦：《预约层次论》，载《法学论坛》2013年第6期；李开国、张铤：《论预约的效力及其违约责任》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期；陆青：《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，载《法学家》2013年第3期。

〔9〕 预约违约的损害赔偿范围是预约合同的履行利益损失。唯预约合同的履行行为是订立本约，因此，其损害赔偿的范围近似于本约的信赖利益损失。参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第61-62页。美国学者亦有类似观点，参见 Alan Schwartz, Robert E. Scott, Precontractual liability and preliminary agreements, 120 *Harvard Law Review*, 661, 667 (2007).

〔10〕 “履行利益说”主张特定情况下，损害赔偿可相当于本约的履行利益。参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第96页。美国学者亦有类似观点，参见 Gregory J. Marsden, George J. Siedel, The Duty to Negotiate in Good Faith: Are BATNA Strategies Legal? 14 *Berkeley Business Law Journal*, 127, 154 (2017).

二、动态缔约观下的预约定位

（一）动态缔约观

法律分析存在静态分析与动态分析的不同方法，对法律的动态分析更真实、更重要。^{〔11〕}早在1950年，奥地利学者瓦尔特·维尔伯格（Walter Wilburg）就提出了私法研究领域内的动态体系论，以克服概念法学的僵硬与自由法学的肆意。^{〔12〕}动态体系论突破了构成要件式的全有或全无的缺陷，被广泛地应用到侵权法、合同法、人格权法等诸多领域。^{〔13〕}大洋彼岸，2001年美国著名合同法学者艾森伯格（Melvin Aron Eisenberg）提出了动态合同法的观念：“合同法的适用并不仅仅取决于合同形成时发生的事情，而是取决于合同形成之前、之后或构成合同形成的一系列事件。”^{〔14〕}艾森伯格认为，动态合同法贯穿于要约承诺、对价的认定、合同的解释以及损害赔偿等方面。^{〔15〕}上述四个方面可以对应到我国合同法上合同的订立、效力、履行以及违约的全过程。维尔伯格的动态体系论与艾森伯格的动态合同法观念为动态缔约观的出现奠定了理论基础。动态缔约观的出现不仅有着充分的理论渊源，也存在着深刻的实践基础：

第一，交易的复杂化、阶段化要求对缔约过程进行动态考察。交易最初的形态是自然经济下的“以物易物”。^{〔16〕}随着货币作为一般等价物的流通，“一手交钱一手交货”这种即时交易成为交易的基本形态。市场经济条件下，随着生产销售的分工层次加深、市场规模不断扩张，复杂的交易形态陆续出现，不仅空间拉大、时间拉长、交易主体也变得多元，交易的内容往往多层又环环相扣。在复杂的资产购买或租赁、公司收购或风险融资交易中，当事方几乎不可能在一次磋商或在很短的时间内达成一份完整的合同：这些交易的谈判通常是按顺序进行的，在每个阶段都会由众多具有不同专业知识的代理商来解决部分条款。^{〔17〕}对于当事人而言，此时要计算的利害风险当然不同于即时交易，从接触到投入交易的第一阶段就要担心是否白忙乎一场。^{〔18〕}

第二，国家对交易的管控导致客观上需要对缔约过程进行动态考察。契约自由虽然是合同法的基本原则，但契约自由从来不是绝对的。^{〔19〕}国家的管控（许可、批准、登记、审查等）涉及

〔11〕 参见倪正茂：《法律的静态分析与动态分析》，载《法学》2001年第1期。

〔12〕 参见时明涛：《动态体系论在履行费用过高判断中的运用》，载《财经法学》2020年第6期。

〔13〕 参见王利明：《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020年第4期；刘媛媛：《共同危险行为法效果之重构——内部比例责任对平均担责的替代》，载《法律科学》2020年第5期；尚连杰：《缔约过程中说明义务的动态体系论》，载《法学研究》2016年第3期。

〔14〕 Melvin Aron Eisenberg, The Emergence of Dynamic Contract Law, 88 *California Law Review*, 1743, 1762 (2000).

〔15〕 参见前引〔14〕，Melvin Aron Eisenberg文，第1743、1762页。

〔16〕 See Nitin Thapar, The Evolution of Trading: Barter System to Algo Trading, Quantinsti's Blog (Jul. 18, 2017), available at <https://blog.quantinsti.com/evolution-trading-barter-system-algo-trading/>, last visited on Jul. 17, 2021.

〔17〕 参见前引〔1〕，Albert H. Choi、George Triantis文，第439、440页。

〔18〕 参见苏永钦：《缔约过失责任的经济分析——从现代交易的阶段化谈起》，载《台大法学论丛》2004年第1期。

〔19〕 See David P. Weber, Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition, 16 *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 51 (2013).

从合同的订立、效力到合同的履行与解除等各个方面，上述各阶段的管控会构成当事人缔约时的影响因素甚至是障碍。^{〔20〕}例如，根据1976年《哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯改进法案》的要求，企业合并各方必须向司法部和公平贸易委员会提交一份已签署的协议，接受30日的交易审查。但是，企业提交的已签署协议不必具有约束力，也不必特别详细。^{〔21〕}此时的缔约过程就变成了“接触——磋商——初步协议（提交审查）——磋商——最终协议”这样一个动态的过程。

从法律上的“要约——承诺”过程到现实中当事人之间反复谈判的过程，缔约均表现为一个动态的过程。^{〔22〕}当事人之间由陌生关系逐渐进入合同拘束关系，当事人之间的信赖、利益交换存在一个由弱到强的动态过程。^{〔23〕}另一方面，全有或者全无式的构成要件分析方法对合同缔结中当事人的权利、义务与责任的分析也存在局限性。从合同的整个缔约过程分析当事人之间的权利义务关系，从要素的强弱分析当事人的责任的理论就是动态缔约观。动态缔约观的要义包括以下几个方面：

第一，合同的缔结存在着不同的阶段。古典合同法中，要约因产生受要约人的承诺权而立即产生法律效力，承诺因订立合同而立即产生法律效力。初步谈判根本没有法律效力。在接受要约之前当事人没有任何责任，在接受要约之后当事人对预期损害承担全部责任。^{〔24〕}古典合同法二元责任论的结果是当事人责任根据承诺与否而全有与全无，其只关注承诺的时点。根据古典合同法，合同缔结过程存在一个当事人权利与义务的真空状态。与之不同，动态缔约观强调合同缔结是一个持续性的过程，在合同的缔结过程中，当事人的权利、义务与责任会发生一定的变化。有学者将缔约过程分为三个阶段：第一个阶段，当事人有中断合同磋商的绝对自由；第二个阶段，当事人虽然仍然可以自由中断合同磋商，但须赔偿对方因此所受的信赖损失；第三个阶段，当事人不能再中断合同磋商，否则应赔偿相当于合同有效情况下的期待利益损失。^{〔25〕}将合同缔结过程进行阶段性的划分并赋予其不同的效力正是动态缔约观的理论贡献。

第二，合同缔结阶段形成的阶段性文件并非没有法律意义，可能影响当事人的权利、义务与责任。当事人在合同缔结阶段可能会形成各种类型的初步协议，这些初步协议并非完全没有法律意义，而是确定地影响着当事人的义务和责任。美国学者范斯沃斯将初步协议区分为“带开放条

〔20〕 当事人在缔约过程中不可避免地要考虑合同的履行问题，因此国家对合同履行的管控也会对当事人的缔约行为产生影响。

〔21〕 See Neva B Jeffries, Preliminary Negotiations or Binding Obligations? A Framework for Determining the Intent of the Parties, 48 *Gonzaga Law Review*, 1, 7 (2012).

〔22〕 美国有学者称之为交易的生命周期，参见 Cathy Hwang, Deal Momentum, 65 *UCLA Law Review*, 376, 404 (2018).

〔23〕 参见张家勇：《论前合同损害赔偿中的期待利益——基于动态缔约过程观的分析》，载《中外法学》2016年第3期。

〔24〕 参见前引〔14〕，Melvin Aron Eisenberg文，第1743、1794页。

〔25〕 See John Cartwright, Martijn Hesselink ed., *Precontractual liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 47.

款的初步协议”(preliminary agreements with open terms)和“须进一步磋商的初步协议”(preliminary agreements to negotiate)。^[26]带开放条款的初步协议下,当事人负担的两项义务是:(1)在开放条款谈判中诚信磋商的义务;(2)在各方无法就开放条款达成协议时履行初步协议的义务。^[27]须进一步磋商的初步协议下,当事人负担诚信磋商义务。^[28]两者的区别在于,当事人未能达成最终协议时,前者的初步协议转化为当事人之间合同,后者的初步协议则相应失效。美国学者杰弗里斯将缔结阶段的初步协议区分为“带开放条款的初步协议”与“完全协议”(fully-formed contract),前者课以当事人诚信磋商的义务以及违反义务情形下的恢复原状责任,后者课以当事人完全的违约责任。^[29]无论是范斯沃斯还是杰弗里斯均认为,不同类型的初步协议具有不同的效力。

合同缔结过程的阶段划分,以及不同类型初步协议对当事人权利、义务与责任的影响,构成了本文对预约违约责任进行分析和讨论的理论前提。基于当事人权利、义务与责任的动态化特征,预约违约责任的认定与承担应当以预约违约责任的准确定位和预约的类型化为前提,不同类型的预约应适用不同的违约责任认定规则与承担规则。

(二) 动态缔约观下预约违约责任的定位

预约合同属于当事人缔结本约过程中的阶段性合同。在没有预约的情形下,合同缔结过程表现为“接触—磋商—合意”的三阶段。预约的存在使合同缔结过程进一步丰富为五阶段,即“接触—初步磋商—预约—(再磋商)—本约”。^[30]从合同缔结的过程看,预约位于当事人接触与当事人达成最终合意(本约)之间的动态阶段,其既可以无限接近于本约,也可以无限接近于初步磋商。

基于预约的动态地位,预约的违约责任处在介于本约的缔约过失责任与本约的违约责任的中间状态,其既区别于本约的缔约过失责任,也不同于本约的违约责任。从缔约过失、预约到本约,这是一个责任强度递进的“序列”。^[31]

第一,预约违约责任区别于本约的缔约过失责任,两者既存在互补关系,也可能构成竞合关系。预约违约责任与缔约过失责任存在本质的区别:前者是违反预约合同的约定责任;后者是违反合同义务的法定责任。^[32]无论是研究预约合同的学者还是研究缔约过失的学者均认为,预约违约责任与缔约过失责任是相互独立的:(1)预约虽然发生于本约订立的过程中,但其作为独

[26] See E. Allan Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreement, 87 *Columbia Law Review*, 217, 250 (1987).

[27] 参见前引 [26], E. Allan Farnsworth 文, 第 217、253 页。

[28] 参见前引 [26], E. Allan Farnsworth 文, 第 217、263 页。

[29] 参见前引 [21], Neva B. Jeffries 文, 第 1、8 页。

[30] 在预约的情形下,再磋商这一阶段可能存在也可能不存在,例如预约已经全面地规定了本约的条款,只待时间到来或者条件具备时直接签订本约而不必另行再磋商的情形。因此,笔者将该阶段用括号标注。

[31] 参见汤文平:《论预约在法教义学体系中的地位——以类型序列之建构为基础》,载《中外法学》2014年第4期。

[32] 参见范硕、余延满:《预约合同立法阙如下若干问题之刍议》,载《私法》2017年第2辑。

立的合同就未来订立本约的合意的拘束力应当获得强化，不应适用缔约过失责任；^{〔33〕}（2）从请求权基础的检索顺序角度看，有合同作为请求权基础时，无须诉诸缔约过失责任；^{〔34〕}（3）缔约过失责任也不应适用于预约情形^{〔35〕}。预约违约责任与本约缔约过失责任虽然相互独立，但是两者之间并非毫无关联，它们既存在互补关系，也存在竞合关系。一方面，缔约过失责任主要规范合同缔结过程中的故意行为，过失缔约行为与不当中断磋商行为难以纳入其责任范围，预约违约责任能补强缔约过失责任的乏力之处。^{〔36〕}另一方面，预约违约责任与缔约过失责任均存在于合同缔结阶段，两者确实可能发生竞合。^{〔37〕}违反预约的行为既构成预约违约行为，也可能构成违反先合同义务的缔约过失行为。^{〔38〕}例如，当事人之间达成预约后，一方违反诚信原则恶意磋商，导致本约未能订立并造成对方损失。当事人依据《民法典》第495条与第500条分别享有两项独立的请求权，两者构成请求权竞合。^{〔39〕}前述的理论争议中，无论是针对强制履行的“否定说”，还是针对损害赔偿的“信赖利益说”，其适用的结果均是预约违约责任与本约缔约过失责任同质化，贬损了预约违约责任的独特价值，不符合动态缔约观的理论。

第二，预约违约责任虽区别于本约的缔约过失责任和本约的违约责任，但是本约的缔约过失责任与违约责任为预约违约责任的认定和承担提供了重要的参考标准。本约缔约过失责任所保护的本约信赖利益与本约违约责任所保护的本约履行利益构成了界定预约违约损害赔偿范围的重要参照。前述的理论争议中，针对损害赔偿的“信赖利益说”是对本约缔约过失责任的参照，针对损害赔偿的“履行利益说”则是对本约违约责任的参照。主张区分说的学者更是将两者结合，共同界定预约违约责任的赔偿范围：具有善意磋商效力的预约的损害赔偿以本约信赖利益为参照，具有强制缔约效力的预约的损害赔偿范围以本约的履行利益为参照。^{〔40〕}区分说的观点更符合动态缔约观的理论。当预约在位置上更接近于本约时，其责任强度应当接近于本约违约责任，当预约在位置上更接近于缔约接触时，其责任强度应当接近于本约缔约过失责任。

（三）动态缔约观下预约的类型化展开

预约违约责任的动态性源于预约本身的多样性：预约可能处于合同缔结过程中的任何阶段，其既可能处于磋商谈判的初始阶段，也可能处于即将达成最终协议的收尾阶段。基于动态缔约观，处在不同阶段的预约应当对应不同的预约违约责任，因此，对预约进行类型化是深入讨论预约违约责任的前提。动态缔约观下，预约动态性的核心是其交易成熟度。交易成熟度越高，预约

• 159 •

〔33〕 参见王利明：《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》，载《法学论坛》2014年第1期。

〔34〕 参见前引〔10〕，韩世远书，第96页。

〔35〕 参见孙维飞：《〈合同法〉第42条（缔约过失责任）评注》，载《法学家》2018年第1期。

〔36〕 参见前引〔7〕，林涸民文。

〔37〕 参见王瑞玲：《预约、本约区分和衔接的主观解释论——兼对客观解释论商榷》，载《政治与法律》2016年第10期。

〔38〕 参见前引〔9〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第53页。

〔39〕 参见尚晓茜、刘衍：《〈民法典〉中订约失败责任的二元体系——预约合同违约责任与缔约过失责任之竞合》，载《上海政法学院学报》2020年第5期。

〔40〕 参见陈峻阳：《论预约合同的违约责任》，载《河南大学学报（社会科学版）》2021年第2期。

越接近于本约；交易成熟度越低，预约越接近于初步磋商。交易成熟度具体表现为两个方面：一是预约条款相对于本约的详细程度，二是订立本约所面临的障碍类型。^{〔41〕}据此，本文将预约分成四类：完全预约、客观障碍型预约、主观障碍型预约以及最低合意型预约。

其一，完全预约。所谓完全预约是指，当事人在安排其交易的所有条款方面已达成最终协议，并打算立即受该等条款的履行约束，但同时建议以一种更完整或更确切但在效力上无差异的形式重述该等条款。^{〔42〕}完全预约在缔约阶段最接近于本约，当事人之间的信赖程度最高，本约订立的可能性最高。根据动态缔约观，完全预约违约责任的认定和承担均趋近于本约，应当比照本约的违约责任认定和承担来处理。

其二，客观障碍型预约。客观障碍型预约是指，因为部分交易内容的确定存在客观的障碍，当事人仅在预约中约定了本约的一部分交易条款，尚有部分条款需待客观障碍消除后方能磋商的预约。客观障碍型预约在缔约阶段相对接近于本约，但又未达到完全预约的程度，当事人之间的信赖程度较高，本约订立的可能性较高。完全预约与客观障碍型预约的区别在于：前者条款齐备，只是当事人不欲其立即生效；后者则存在部分条款的缺失，并且当事人之间未能达成完整交易的原因在于存在客观障碍。根据动态缔约观，客观障碍型预约在违约责任的认定和承担方面均可比照本约，但与本约违约责任存在程度上的差异。

其三，主观障碍型预约。主观障碍型预约是指，当事人就本约的一部分交易条款达成一致，但又未能就其他部分条款达成一致，需要继续就争议条款进行磋商的预约。主观障碍型预约欠缺部分重要的交易条款，但同时也约定了未来订立本约的义务。主观障碍型预约中，当事人就部分条款的争议能否解决并不确定，当事人之间的信赖程度有限，本约订立的可能性不高。根据动态缔约观，主观障碍型预约在违约责任的认定和承担方面应当比照缔约过失责任并有所加强，其责任认定宽于缔约过失责任，而其责任承担亦重于缔约过失责任。

其四，最低合意型预约。最低合意型预约中，预约的内容仅满足合同成立的最低要求，即仅约定了当事人、标的和数量条款，当事人未就其他条款进行实质磋商。最低合意型预约仅仅具备合同成立的最低要求，当事人之间对于交易的具体条件尚未能进入实质磋商，遑论达成一致意见，因此，当事人之间的信赖程度最弱，本约订立的可能性最低。根据动态缔约观，最低合意型预约的违约责任认定和承担应当比照缔约过失责任处理。

根据动态缔约观，从最低合意型预约到完全预约，预约在缔约过程中的位置逐渐趋近于本约，相关交易的确定性和成熟度逐渐增强，当事人之间的信赖程度逐渐提高，本约最终订立的可能性也逐渐增大。因此，不同类型的预约对当事人的权利、义务以及责任的影响，随着其位置不断靠近本约而不断增强。

〔41〕 障碍类型可以区分为主观障碍和客观障碍，有学者称之为主观未决事项与客观未决事项，障碍为前者时说明交易还不成熟，障碍为后者时说明交易接近成熟。参见前引〔8〕，陆青文。

〔42〕 See John Tarrant, Preliminary Agreements, 3 *University of New England*, 151, 157 (2006).

三、动态缔约观下预约违约责任的认定

（一）动态缔约观下预约合同义务违反的弹性化认定

预约违约责任的认定问题，是指当事人未履行订立本约义务是否一概承担违约责任，即如果当事人依照预约进行了进一步的磋商，但最终未能就订立本约达成一致，当事人未履行订立本约的义务是否构成违约责任的问题。这一问题在理论上主要表现为预约的效力之争。理论上关于预约的效力存在“必须磋商说”“应当缔约说”以及“内容区分说”三种学说。“必须磋商说”强调当事人负有依诚实信用原则进行磋商的义务，但对于是否订立本约的结果在所不问。^{〔43〕}“应当缔约说”强调除法定事由外当事人必须缔结本约，否则预约毫无意义。^{〔44〕}“内容区分说”是两者的折中观点，主张根据预约的内容完备程度决定其效力。^{〔45〕}有学者进一步指出“必须磋商说”与“应当缔约说”无本质差异，均归于诚信磋商。^{〔46〕}上述学说的区分意义无非是在预约违约的责任认定上，依照“必须磋商说”，如经过诚信磋商后本约仍未订立，当事人不构成违约，不承担违约责任；依照“应当缔约说”，如经磋商后本约仍未订立，当事人构成违约，应承担违约责任。

本约最终未订立情形下，一概构成违约责任与一概不构成违约责任的路径均过于极端。动态缔约观的理论表明，合同的缔结存在着不同的阶段，不同类型的阶段性文件对当事人的权利、义务与责任有着不同的影响。因此，我们应当对预约合同义务进行弹性化认定，区分“诚信磋商义务”与“必须缔约义务”。

第一，“诚信磋商义务”（bargain in good faith）是预约合同必备的核心义务。不同学者对于不同类型预约合同当事人所负义务的认定存在一定差异，但是学者们的共识是不同类型预约合同的当事人均负担诚信磋商义务。^{〔47〕}诚信磋商义务要求当事人善意地进行谈判。根据相关学者研究，违反诚信磋商义务的行为可以总结为以下几个方面：（1）对事实故意或者重大的失实陈述；（2）坚持与预约中规定的条款不同或不一致的条款；（3）违反预约关于排他性的约定，与第三方进行谈判。^{〔48〕}诚信磋商义务并不要求各方当事人不得中断磋商。原则上缔约磋商阶段的当事人不负有不得中断磋商的义务，其原因在于，如果各方不能中断谈判，他们就会害怕进行任何形式的谈判，这将对贸易和商业的一种威慑。^{〔49〕}磋商过程涉及不确定性、道德风险和沉没成本等

〔43〕 参见韩强：《论预约的效力与形态》，载《华东政法学院学报》2003年第1期。

〔44〕 参见前引〔9〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第59页；前引〔4〕，张燕玲、白帮武文。

〔45〕 参见前引〔8〕，李开国、张铎文。

〔46〕 参见前引〔8〕，陆青文。

〔47〕 参见前引〔26〕，E. Allan Farnsworth文，第217、250页；前引〔21〕，Neva B. Jeffries文，第1、8页；前引〔9〕，Alan Schwartz、Robert E. Scott文，第661、701页。

〔48〕 参见前引〔1〕，Albert H. Choi、George Triantis文，第439、450-451页。

〔49〕 参见前引〔26〕，E. Allan Farnsworth文，第217、221页。

因素,会产生当事人难以控制的风险。^[50]因此,中断磋商并不必然违反诚实信用原则。诚信磋商义务意味着当当事人的严肃意图不再存在时,应当及时终止谈判。^[51]诚信磋商义务也不要求当事人之间必须最终达成协议,即使是由于被告的自利和战略谈判未能达成协议显然也不是不诚信的充分指标。^[52]

第二,“必须缔约义务”限于特定类型的预约,不能普遍适用于所有预约合同。根据动态缔约理论,不同缔约阶段的预约具有不同的功能,不同类型预约反映了不同的交易成熟度。一方面,预约具有多样化的功能,可能表现为:(1)保留与潜在缔约方的交易机会;(2)巩固交易谈判的阶段性成果;(3)排除潜在缔约方与第三方磋商;(4)保留变更交易条款的机会等。^[53]多元化的预约功能表明,当事人对于订立预约合同的目的存在差异,当原本的交易计划落空时,不能要求当事人必须订立对己方明显不利的合同。因此,不应一概认为所有类型预约合同当事人均负有必须订立本约的义务。另一方面,不同类型的预约合同下,交易的成熟度有所差别,当事人就未决条款协商一致的可能性也存在差异,一概课以当事人必须缔约的义务也难谓公平。

总之,既有理论的错误之处在于预约合同义务的一元化,未能对不同类型的预约进行区别对待。基于动态缔约观,预约合同的义务表现为“诚信磋商义务”与“必须缔约义务”的弹性变化。预约合同违约责任的认定应当以义务违反的弹性化认定为基础,并辅之以违约责任理论进行综合判断。

(二) 动态缔约观下不同类型预约的违约责任认定

根据动态缔约观,预约处于磋商与本约订立的中间阶段,其责任相应处于本约缔约过失责任与本约违约责任的中间阶段。缔约过失责任以过错为构成要件,系以过错责任为归责原则;违约责任原则上不考虑违约方过错,以严格责任为主要归责原则。^[54]处于中间阶段的预约违约责任,虽名为违约责任,但又处于缔约阶段,因此,基于预约在缔约过程中的位置,预约的违约责任应当同时考虑义务违反的弹性化与可归责性的多样化。

其一,完全预约以未订立本约为违约责任构成要件,当事人主张法定免责事由方可免责。^[55]完全预约处于缔约过程中最接近于本约的位置,完全预约下当事人负担必须缔约的义务。一方面因交易条款已经齐备,当事人无需再进行实质磋商即可订立本约,订立本约对于己方而言不存在

[50] See Juliet P. Kostritsky, Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard, and Sunk Costs: A Default Rule For Precontractual Negotiations, 44 *Hastings Law Journal*, 621, 629 (1993).

[51] 参见前引 [10], Gregory J. Marsden、George J. Siedel 文, 第 127、134-135 页。

[52] 参见前引 [1], Albert H. Choi、George Triantis 文, 第 439、450 页。

[53] 参见前引 [7], 林涸民文。

[54] 主流观点认为违约责任以严格责任为归责原则。参见前引 [10], 韩世远书, 第 748 页; 王利明:《合同法研究》(第二卷), 中国人民大学出版社 2015 年版, 第 435 页。对此,理论上也有反对观点,陈自强认为《合同法》第 107 条关于违约责任之规定系以发生一定给付结果的债务为设想对象,并未涵盖全部债务类型。参见陈自强:《民法典草案违约归责原则评析》,载《环球法律评论》2019 年第 1 期。

[55] 参见耿利航:《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》,载《法学研究》2016 年第 5 期。

过多负担，对于对方而言具有重大的信赖和期待。另一方面，此预约类型最接近本约，其违约责任应比照本约违约责任认定，以严格责任为归责原则。此时，当事人违反必须缔约义务，足以构成其承担违约责任的理由，唯有法定免责事由方可免除当事人违约责任。^{〔56〕}

其二，客观障碍型预约以当事人违反诚信磋商义务为违约责任构成要件。一方面，当事人诚信磋商之下仍不能达成本约的，属于不可归责于当事人的原因，当事人不承担违约责任；另一方面，当事人违反诚信磋商义务的行为本身具有可归责性，应承担违约责任。^{〔57〕}客观障碍型预约处于缔约过程中相对接近于本约的位置，但双方当事人因客观障碍未能就部分条款进行协商，当事人在订立本约前仍需经历再磋商程序。再磋商程序决定了当事人存在着达成本约与未达成本约两种可能：如果不确定性解决后，交易最终是有利可图的，则双方将使协议更加具体（达成本约），然后进行交易；但如果交易结果是无利可图，双方将放弃该交易。^{〔58〕}因此，当事人所负担的义务为诚信磋商的义务。诚信磋商义务隐含了可归责性的要求，当事人违反诚信磋商义务推定其存在过错。

其三，主观障碍型预约以当事人违反诚信磋商义务和过错为违约责任构成要件。当事人之间曾就主要条款进行了磋商，但因就部分条款未能形成合意而订立预约。此时，主观障碍型预约在缔约过程中处于距本约相对较远的位置，违约责任的认定上应当接近于本约缔约过失责任。一方面，当事人之间保留了继续磋商的机会，存在最终达成本约的信赖；另一方面，当事人对最终达成本约的信赖没有达到前两种预约的程度。此时，对当事人过错的考察从义务违反的要件中独立出来，成为判断当事人是否承担违约责任的关键。^{〔59〕}

其四，最低合意型预约以当事人违反诚信磋商义务和故意为违约责任构成要件。当事人之间就交易仅达成了最低限度的合意，此时，预约在缔约过程中的位置更接近于初始磋商阶段，此种预约与不具有法律效力的意向书之间的差别，可能仅仅是受拘束意思的有无。^{〔60〕}当事人之间对最终达成本约的信赖最为薄弱，甚至在没有预约的情况下，不足以支撑缔约过失责任的赔偿。此时，认定预约违约责任应当参照缔约过失责任的构成要件，强调当事人主观上的故意（恶意磋商）。

• 163 •

四、动态缔约观下强制履行的适用范围

（一）强制履行：从“全有全无”到交易成熟度的动态考量

关于预约合同的违约责任能否包括强制履行，理论上存在“肯定说”和“否定说”等不同的

〔56〕 例如，在上海市金山区人民法院（2017）沪0116民初2764号民事判决书中，法院认为：“反观宋某2……其却未按约定履行，虽其因犯罪被逮捕后被判刑，但该事由并非一定导致其无法继续履行意向书……”

〔57〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院（2015）新民三终字第00060号民事判决书；湖北省黄石市中级人民法院（2018）鄂02民终304号民事判决书。

〔58〕 参见前引〔9〕，Alan Schwartz、Robert E. Scot文，第661、663页。

〔59〕 参见南靖县人民法院（2020）闽0627民初382号民事判决书；兰州市七里河区人民法院（2020）甘0103民初1937号民事判决书。

〔60〕 参见前引〔8〕，刘承魁文。

观点。反对强制履行作为违约责任形式的理由主要有以下几点：第一，强制订立本约构成对意思表示的强制，违反意思自治（缔约自由）原则；^{〔61〕} 第二，强制订立本约使得预约最终产生与本约相同的法律效果，违反预约制度设计的初衷；^{〔62〕} 第三，订立本约义务是实际履行的除外情形，或者属于“法律上不能履行”或者属于“债务标的不适于强制履行”。^{〔63〕} 支持强制履行作为违约责任形式的理由主要有以下几点：第一，强制订立本约是对意思自治的尊重，因为当事人订立预约的根本目的是最终订立本约；第二，强制履行有助于保护守约方的信赖利益；第三，某些情况下，强制履行具有不可替代性；第四，比较法上，域外诸多立法例均认可强制履行的预约违约责任形式。^{〔64〕}

“肯定说”与“否定说”均不足取。“肯定说”肯定了强制履行的责任形式，但是其认为强制履行适用于所有的预约情形显然失之偏颇。强制履行作为违约责任的责任形式之一，有其适用的范围和限度，《民法典》第580条就是对强制履行适用范围的限制。“否定说”以“人身不得强制”以及“缔约自由”的观点全面否定强制履行的可能性，亦不可取：一方面，缔约受限是当事人通过预约自我约束的结果；另一方面，订立本约可以法院拟制判决方式实现，并非人身强制。上述学说均属于“全有全无”式的静态判断，不足以应对不同缔约阶段下的不同预约类型。

动态缔约观下，强制履行责任的有无应当根据动态的衡量标准加以确定，而作为预约合同类型化标准的交易成熟度可堪当此任。有学者主张以未决条款的主客观原因区分强制履行的有无，其背后体现了交易成熟度的观念。^{〔65〕} 全国人大法工委官方出版的《民法典》释义对于强制履行责任的适用也体现了交易成熟度的理念：“应将预约放在从预约订立到本约得到履行的整个交易链条中予以考虑。如果当事人在预约阶段就对整个交易的主要内容通过谈判达成一致，本约的内容不需要再作过多协商，那么对于预约合同，要求当事人承担强制履行的违约责任，即订立本约的责任也就有实现的空间。”^{〔66〕} 全国人大法工委的相关解释体现了动态缔约观的理论，对于预约合同违约责任的理论与实践具有极高的参考价值。本文也赞同运用交易成熟度的因素衡量强制履行的可行性。

（二）动态缔约观下强制履行适用范围的类型区分

根据动态缔约观，强制履行的适用主要由交易成熟度决定：预约交易的确定性和成熟度越高，其适用强制履行的可能性就越大；预约交易的确定性和成熟度越低，其适用强制履行的可能性就越低。

其一，完全预约可以适用强制履行。完全预约的交易成熟度最高：完全预约已经对当事人

〔61〕 参见前引〔7〕，刘俊臣文；前引〔7〕，白玉、牟宪魁文。

〔62〕 参见前引〔7〕，白玉、牟宪魁文。

〔63〕 参见前引〔8〕，李开国、张铎文。

〔64〕 参见黄绍坤：《论强制履行作为预约违约的责任形式》，载《甘肃政法学院学报》2019年第6期。

〔65〕 参见前引〔8〕，陆青文。

〔66〕 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第82页。

之间交易进行了较为详尽的安排，此时该合同之所以是预约而非本约，完全是当事人的特别限定，当事人另行订立本约时不必再对交易条款进行磋商，法院可以裁判违约方履行订立本约义务。违约方拒不履行订立本约义务的，法院可以裁判替代意思表示。^{〔67〕} 预约是否具备完整条款可以参照以下几项：一是参照商业交易习惯或者各类合同的示范文本；二是参照典型合同中有关合同条款的规则，如买卖合同参照《民法典》第 596 条的规定；三是参照《民法典》合同编通则部分第 470 条规定的合同的一般条款；四是参照相关行政法规、规章规定的合同一般条款，如商品房买卖合同参照《商品房销售管理办法》第 16 条。上述四个判断标准均为参照标准而非绝对标准，预约是否属于完全预约需要结合当事人的意思以及交易成熟度综合判断。

其二，客观障碍型预约可以适用强制履行。客观障碍型预约的交易成熟度较高：当事人之间就预约部分条款已经达成一致，只是由于客观障碍未能对其他部分条款进行磋商，这说明各方当事人对于交易的具体内容和条件并无分歧。尤其是客观障碍表现为书面形式、第三方审核等方面的障碍时，当事人之间的交易已经具备了相当的成熟度。客观障碍型预约类似于范斯沃斯所主张的“带开放条款的初步协议”，当事人之间已经明确地表达了待条件成熟后受本约拘束的意思，^{〔68〕} 预约相关未决事项也可以通过合同解释的相关规则予以补全^{〔69〕}。另一方面，当事人因客观障碍未能对其他部分条款进行磋商，说明当事人就本约的条款尚无不一致的意见，强制履行符合当事人在订立预约时候的真实意思。^{〔70〕}

其三，主观障碍型预约不宜强制履行。主观障碍型预约的交易成熟度不高，因为当事人在交易磋商时可能对交易的各种条款均进行了磋商，但由于对部分条款存在不一致意见，而仅就部分条款达成一致。此时，当事人之间已经投入了一定的缔约成本，^{〔71〕} 直接更换新的交易对象重启谈判可能成本更高。^{〔72〕} 因此，当事人可能选择先就已达成合意条款订立预约合同，其他条款留待后续磋商。后续的磋商可能会重新达成一致，也可能无法达成一致，当事人订立预约保留交易机会，但并不表明当事人之间最终一定会达成交易，尤其是在当事人之间已经存在分歧的情况下。这是主观障碍型预约与客观障碍型预约之间的重要区别，也说明两种预约下当事人受拘束意思的强弱有别。因此，主观障碍型预约不宜强制履行。

其四，最低合意型预约不适用强制履行。最低合意型预约中，当事人仅就当事人、标的以及数量条款达成最低限度的合意。作为理性经济人，当事人不太可能将作为交易核心的价格条款交由法律补充，至少要对价格条款进行磋商。^{〔73〕} 价格不确定情况下，交易存在高度不确定性以及

• 165 •

〔67〕 参见汤文平：《德国预约制度研究》，载《北方法学》2012年第1期；前引〔4〕，史浩明、程俊文。

〔68〕 参见前引〔37〕，王瑞玲文。

〔69〕 参见前引〔8〕，陆青文。

〔70〕 在当事人之间并无明显意见分歧的情况下，当事人在订立预约的时候真实意思是最终订立本约。虽然待客观障碍消除后，可能出现当事人就部分条款无法达成合意的新情况，但彼时的意思不能否定当事人在订立预约时候的意思。

〔71〕 缔约不是免费的，合同的缔结需要花费当事人大量的时间、金钱和精力。参见前引〔7〕，林涸民文。

〔72〕 参见前引〔50〕，Juliet P. Kostitsky 文，第 621、629 页。

〔73〕 参见前引〔8〕，刘承魁文。

很低的成熟度。从动态缔约过程看,此种预约处于初步磋商阶段,当事人之间的信赖程度低,对于本约最终订立的期待有限,强制履行的救济方式与当事人的真意相距过远。

五、动态缔约观下损害赔偿的范围

损害赔偿适用于预约违约责任不存在争议,有争议的问题是损害赔偿的范围。损害赔偿的范围争议表现在抽象和具象两个层面:抽象层面,赔偿范围的争议围绕“履行利益”“信赖利益”“机会损失”三个关键词展开;具象层面,损害赔偿范围的界定涉及对具体影响因素的考察。既有的理论中,“信赖利益说”将违反预约的损害赔偿局限于信赖损失,预约作为独立的请求权基础与缔约过失之间的界限模糊,^[74]不具有合理性。“履行利益说”虽然强调损害赔偿范围只能接近而非等于履行利益,但是以单一的履行利益为参考坐标显然忽略了多样化的预约合同类型,也失之偏颇。损害赔偿范围的界定应借助于损害赔偿范围的抽象界定与具体影响因素的动态考量综合酌定。

(一) 动态缔约观下损害赔偿范围的抽象界定

根据动态缔约观,预约处于先合同磋商与本约之间的动态位置。预约违约的损害赔偿范围也相应处于本约缔约过失责任与本约违约责任的损害赔偿范围之间。一般而言,缔约过失责任以信赖利益为损害赔偿范围,违约责任以履行利益为损害赔偿范围。^[75]因此,预约违约的损害赔偿应介于本约信赖利益与本约期待利益之间。理论上,机会损失与信赖利益、履行利益之间存在错综复杂关系,同样是损害赔偿范围认定上不可规避的问题。^[76]综合理论与实务的观点,笔者认为,预约违约损害赔偿的范围应作如下把握:

第一,预约违约损害赔偿的下限是本约信赖利益。缔约磋商阶段,当事人由陌生关系到缔约关系并相互产生一定的信赖,缔约过失责任就是为了保护这种信赖关系。但是,当事人毕竟享有缔约自由,单纯的缔约磋商行为并没有课以当事人订立合同的义务,此种信赖利益是有限度的。预约情形则明显不同,当事人之间不仅进行了实质磋商,还订立了预约,约定了将来订立本约的义务。因此,当事人对于订立本约的信赖程度明显高出普通的缔约磋商当事人。当事人之间没有预约的情况下,仅基于缔约磋商的信赖关系,法律尚且保护信赖利益损失,那么,当事人之间存

[74] 参见叶锋:《论预约合同的出路——以类型系列的构建为分析视角》,载《法律适用》2015年第9期。

[75] 主流观点参见苏惠祥主编:《中国当代合同法论》,吉林大学出版社1992年版,第129-130页。近年来,有部分学者对违约责任下的信赖利益保护和前合同责任下的履行利益保护进行了研究,反映了两种利益之间的交融与转化。参见王利明:《违约中的信赖利益赔偿》,载《法律科学》2019年第6期。

[76] 机会损失与信赖利益、履行利益之间均存在一定的关联,理论上存在四种不同的观点:一种观点认为机会损失属于信赖利益,信赖利益中的所失利益主要表现为机会损失;另一种观点认为,机会损失难以合理确定,不属于信赖利益;还有观点认为,机会损失既归属于信赖利益,也可以视为履行利益;最后一种观点认为,赔偿机会损失相当于赔偿了履行利益。参见前引[10],韩世远书,第185页;王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2015年版,第366页;于韞珩:《违约责任中的信赖利益赔偿》,载《环球法律评论》2015年第3期;张华:《预约合同的违约救济》,载《法律适用》2019年第2期。

在预约的情况下，当事人的受保护程度只能更高。因此，本约的信赖利益只是预约违约损害赔偿的下限，预约违约损害赔偿的范围应当大于本约的信赖利益损失。

第二，预约违约损害赔偿的上限是本约履行利益。《买卖合同司法解释》第2条以及《民法典》第495条均强调当事人所主张的是“预约的违约责任”，其文义解释的涵摄范围当然不包括本约的违约责任。^{〔77〕}因此，预约违约损害赔偿范围也不能等同于本约的履行利益。其一，预约当事人虽意在订立本约，但毕竟尚未订立本约，不能产生本约履行利益；其二，如果赔偿相当于本约履行利益，预约被人为地拟制为本约，违背当事人的意思；其三，预约的违约责任同样受到《民法典》第584条所规定的可预见规则的限制，违约方在订立预约时难以预见到本约履行后可以获得的利益。

第三，预约违约损害赔偿的核心是机会损失。预约的核心功能是固定交易机会。^{〔78〕}于当事人而言，交易内容尚未完全确定时，当事人自愿受到预约的拘束，表明当事人对交易机会的重视。经济学的机会成本理论表明，当事人选择与相对方订立预约，就放弃了与第三方订立合同的机会，也就放弃了与第三方订立合同可能获取的利益。^{〔79〕}当事人之间若订立本约，当事人所放弃之机会获得了对价，自然不存在机会损失。但是，当事人既未能与预约相对人订立本约，又丧失了与第三人的交易机会，机会损失即确定地发生。学者多主张，机会损失应当在损害赔偿的范围内。^{〔80〕}相比于缔约费用等直接的损失，机会损失构成了当事人履行订立本约义务就可以避免的损失，从而构成预约违约损害赔偿的核心内容。

• 167 •

总之，根据动态缔约观，信赖利益界定了预约损害赔偿的最小范围，履行利益界定了预约损害赔偿的最大范围，预约损害的赔偿范围在这样一个区间内游移；机会损失构成了预约损害赔偿的核心部分。

（二）动态缔约观下损害赔偿的影响因素

损害赔偿范围的抽象界定只是为预约违约的损害赔偿责任划定了一个大致的范围，并未对损害赔偿的计算提供具体可供操作的方法。损害赔偿的计算方法往往是损害赔偿责任的难题，这样的难题在预约违约中同样存在。司法实践中，不同法院对于损害赔偿的认定可谓五花八门。动态缔约观为损害赔偿的计算难题提供了一种解决方法，即提供一定的损害赔偿的影响因素，由法官根据个案中相关因素的强弱对损害赔偿予以综合衡量。本文认为，影响预约损害赔偿范围的因素包括：（1）交易成熟度；（2）守约方的信赖投入；（3）守约方的机会损失。

第一，预约的成熟度影响预约违约的损害赔偿范围。根据动态缔约观，预约的成熟度越高，

〔77〕 参见前引〔66〕，黄薇主编书，第82页。

〔78〕 参见前引〔7〕，林涸民文。

〔79〕 参见〔美〕理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第7页；朱广新：《合同法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第221页。

〔80〕 参见前引〔26〕，E Allan Farnsworth文，第217、221页；前引〔10〕，Gregory J. Marsden、George J. Siedel文，第127、154页。

其越接近于本约,则赔偿范围可以越接近本约履行利益;反之,赔偿范围越接近本约信赖利益。^[81]具体而言,完全预约显然具有最高的交易成熟度,当事人之间不必另行过多协商即可订立本约。如果依照预约条款既有内容,相关交易完全可以展开,那么当事人对于预约的履行利益就趋近于本约的履行利益。客观障碍型预约的交易成熟度较高,虽然当事人仍需进行再磋商程序,但是双方既有磋商并无意见分歧,影响本约订立的主要是当事人原因以外的客观障碍,当事人对于预约的履行利益的期待也相对较高。因此,客观障碍型预约的损害赔偿范围应当以本约履行利益为基础,适当减少。范斯沃斯将其界定为失去的履行利益 (lost expectation)。^[82]主观障碍型预约的交易成熟度相对不高,当事人对于交易条款存在一定争议,说明各方对交易的设计还未臻成熟,交易的不确定性也相对较大。因此,主观障碍型预约的损害赔偿范围应当以本约的信赖利益为基础,适当增加。最低合意型预约只满足合同成立的最低要求,作为交易核心的价格条款的缺失使得其交易成熟度最低。因此,最低合意型预约的损害赔偿范围应当趋近于本约的信赖利益损失。

第二,守约方的信赖投入影响预约违约的损害赔偿范围。预约通常会激励当事人的“信赖投入”(reliance investment)。^[83]守约方的信赖投入越多,其因违约行为遭受的损失就越大;守约方的信赖投入越少,其因违约行为遭受的损失相应也越小。信赖投入包括以下部分:(1)当事人就交易条款进行了磋商,付出了相应的时间成本、搜寻信息成本、磋商成本等缔约成本;^[84](2)当事人对预约的履行情况,例如一方已经支付了预约约定的全部价款;^[85](3)当事人可能已经着手安排下游交易。信赖投入应当是有限度的,如果不对信赖投入保护施加必要的限制,可能会激励过度信赖。^[86]不同类型预约下,信赖投入也相应地存在不同的限度,交易成熟度高的预约,对其信赖投入的限制会低于交易成熟度低的预约。从完全预约到最低合意型预约,其信赖投入的赔偿范围也呈现从高到低的特征。

第三,守约方的机会损失影响预约违约的损害赔偿范围。前文已述,机会损失是预约违约损害赔偿的核心,机会损失的大小当然影响预约违约损害赔偿的范围。司法实践中,预约守约方多主张违约方赔偿其“差价损失”,而法院对于差价损失是否赔偿的认定也是五花八门。^[87]一方

[81] 参见前引[8],陆青文;前引[66],黄薇主编书,第82页。

[82] 参见前引[26],E Allan Farnsworth文,第217、263页。

[83] 参见前引[9],Alan Schwartz、Robert E Scott文,第661、693页。

[84] See Carl J. Dahlman, The Problem of Externality, 22 *Journal of Law and Economics*, 141, 148 (1979).

[85] 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2019)黔01民终3606号民事判决书;陕西省西安市中级人民法院(2019)陕01民终5849号民事判决书;上海市金山区人民法院(2017)沪0116民初2764号民事判决书等。

[86] See Lucian Arye Bebchuk, Omri Ben-Shahar, Precontractual Reliance, 30 *Journal of Legal Studies*, 423, 434 (2001).

[87] 司法实践中对于差价损失是否赔偿存在三种观点:一是全部赔偿差价损失,参见贵州省铜仁市中级人民法院(2019)黔06民终2023号民事判决书,安徽省黄山市中级人民法院(2019)皖10民终559号民事判决书,金乡县人民法院(2019)鲁0828民初2986号民事判决书;二是部分赔偿差价损失,参见江苏省常州市中级人民法院(2020)苏04民终3232号民事判决书;江苏省宿迁市中级人民法院(2020)苏13民终1710号民事判决书;三是不予赔偿差价损失,参见四川省眉山市中级人民法院(2019)川14民终1423号民事判决书,安徽省宿州市中级人民法院(2020)皖13民终1959号民事判决书,广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终7008号民事判决书。

面，替代交易规则下，替代交易与原交易的价格差构成了守约方的履行利益损失。^{〔88〕}而预约违约情形下，违约方的损害赔偿范围应当小于本约履行利益。另一方面，守约方放弃了与第三人缔约的机会，其再与第三人订立合同，往往在交易时机上更加急迫，不得不接受更高的交易价格，因此，交易价格增加导致的损失确实也是守约方的损失。其实，机会损失之所以不等同于差价损失的原因，在于机会损失的不确定性。在当事人之间已经订立本约的情形下，当事人对于对方依约履行的期待是100%的，因此，对方违约所造成的差价损失是确定的；而在当事人之间仅订立预约的情形下，当事人对于双方最终能否订立本约的期待不是100%的，既然本约能否订立存在不确定性，那么此种机会损失也是不确定的。依照机会损失的赔偿原则，预约违约方对守约方的机会损失的赔偿应遵循比例赔偿原则。^{〔89〕}从完全预约到最低合意型预约，当事人对于本约订立可能性的期待是逐渐降低的，机会损失的概率也相应逐渐降低，违约方赔偿守约方机会损失的数额相应逐渐减少。

总之，交易成熟度、守约方的缔约投入与守约方的机会损失构成了衡量预约违约损害赔偿范围的三个影响因素，应当根据不同类型预约下三个影响因素的强度，在信赖利益损失与履行利益损失之间合理确定预约违约损害赔偿的具体数额。

六、结 论

预约作为现代交易复杂化、阶段化的产物，催生了动态缔约观的理论。随着经济与社会的持续发展，预约可能会呈现更为多面的样态、具有更为多样的功能。虽然基于动态缔约观理论的完全预约、客观障碍型预约、主观障碍型预约以及最低合意型预约的预约类型化方法，能较好地解决预约违约责任的认定、强制履行责任的适用以及损害赔偿范围三大理论与实践争议问题，但是，上述类型化方法并不能涵盖所有预约合同，仍然是一种不完全类型化方案，不能全面反映预约合同的复杂情况。譬如，复杂的商事交易往往涉及多项难易程度不一的谈判事项，有的主体更青睐于从易到难，先对最容易达成一致的条款进行磋商；有的主体更青睐于先难后易，先解决交易的最大障碍，后处理相对容易的问题。两种不同的思路下，当事人之间虽然都达成了预约，但是后续磋商难度存在明显差异，此时采用何种方案分别处理上述不同的情形，仍然是理论上需要解决的问题。动态缔约观下的“预约四分法”是一个开端，但不是结束。

有限的理论方案往往滞后于不断发展变化的实践，如何应对不断变化的实践是法学理论的永恒课题。本文针对预约违约责任这样一个细小问题进行讨论，目的不仅在于解决预约违约责任的理论与实践争议，更重要的是倡导动态缔约观理论在合同法学领域的应用，倡导动态分析方法在

〔88〕 参见张金海：《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》，载《法学》2017年第9期。

〔89〕 参见李显冬、王稳：《机会损失赔偿理论的反思与突破》，载《河南社会科学》2019年第3期；张民安、林泰松：《侵权法的机会损失规则研究》，载《私法》第15卷，华中科技大学出版社2008年版，第23页。

法学领域中的应用,“以静制动”不如“以动制动”。

Abstract: There are three main controversial issues in theory and practice about the liability for breach of precontract. Article 495 of the Civil Code fails to respond effectively. In theory, it can be solved by using the view of dynamic contracting. Based on the view of dynamic contracting, precontract can be divided into the following types: the lowest agreeable precontract, the precontract with objective obstacles, the precontract with subjective obstacles, and the complete precontract. The determination of the liability for breach of precontract should be based on the double judgment of breach of obligation and imputability, and the determination of liability for breach of contract of different types should be adjusted according to the difference of imputability. In view of whether the specific performance liability can be applied to breach of precontract, the answer is positive for the complete precontract and the precontract with objective obstacles, while specific performance is not applicable to the other two types of precontract. The scope of damages for breach of precontract is based on reliance interest, performance interest and opportunity loss. The damages should be adjusted dynamically according to the type of precontract, comprehensively considering the three influencing factors of transaction maturity, reliance investment and opportunity loss.

Key Words: precontract, view of dynamic contract, specific performance, damage compensation, opportunity loss

(责任编辑:殷秋实 赵建蕊)

《民法典》合同法定解除权规则的体系重构

朱晓喆*

内容提要：《民法典》对于合同法定解除权及解除权行使的规则作出了重要的制度变革。合同法定解除权包括三个层次，依次为合同编通则第七章的一般法定解除权，通则编的不安抗辩、情事变更和履行不能引发的法定解除权，以及典型合同中特别规定的解除权。上述法定解除权规则构成一个协调的体系，覆盖各种合同违约和履行障碍的形态。《民法典》完善了解除权的行使规则，包括解除生效的时间、解除权的时间限制，以及通过司法程序解除通知生效问题。《民法典》增设了解除效果的两项规则，包括解除后不影响解除权人主张违约责任，以及解除后担保人仍然承担担保责任，由此对于解除权人提供更为全面的保护。

关键词：民法典 法定解除权 规则体系

• 171 •

2020年5月28日颁布的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）将1999年颁布的《合同法》第六章“合同的权利义务终止”纳入合同编通则部分，并在第七章及其他部分规定了合同的解除规则。实践中关于合同解除最常见的问题是当事人是否享有法定解除权以及如何行使解除权，《民法典》对此有大量规则的修订，将对未来的司法实践产生重要影响，因而本文重点关注法定解除权规则体系问题。

一、合同解除的功能与体系

（一）合同解除的功能

《民法典》中有诸多关于法律行为或合同效力解消的制度。从民法总则层面看，法律行为的无效、可撤销会导致已经成立的合同失去效力；从合同编看，主要是履行（清偿）、解除等原因导致“合同的权利义务终止”。从合同解除制度的功能出发，其可与其他类似制度区别

* 朱晓喆，上海财经大学法学院教授。

开来。

合同解除是指在合同有效成立后,因一方或双方当事人的意思表示,合同关系終了,未履行部分不再履行,既已履行部分依具体情形进行清算的制度。^{〔1〕}所谓一方当事人意思表示,是指行使解除权,或为法定解除权(如《民法典》第563条),或为约定解除权(《民法典》第562条第2款);双方当事人意思表示是指合意解除(《民法典》第562条第1款)。合同解除的事由和情形不同,相应地,解除也发挥着不同的功能。

就法定解除而言,解除的首要功能在于发生合同履行障碍时,债权人可以通过解除从合同义务中解放出来。在双务合同中,如果债务人的给付义务发生履行障碍,除非明确符合法律规定的自动消灭情形(如给付不能),原则上债权人的对待给付义务仍然继续存在。而通过解除,债权人可以确定地从合同义务中解脱,从而有利于其寻求其他的交易机会。其次,解除作为一种违约救济手段,可以使债权人就所作出的给付,根据解除的后果而要求对方返还;并且如发生损害,还可以请求损害赔偿。最后,解除还可以剥夺违约方的合同利益。^{〔2〕}

约定解除权是当事人根据意思自治原则,对于将来合同履行中可能出现的障碍事由提前做出规划和设计,以自由地安排交易预期。而合意解除是在合同成立后当事人可能基于各种事由而终止交易的行为。

(二) 解除与无效、被撤销和终止

合同解除与无效、被撤销在使合同效力消灭方面有相似之处。但是,在发生事由、主张方式、损害赔偿范围、时间限制等方面有显著不同,尤其是在法律效果方面有根本区别。《民法典》第155条规定:“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。”第157条规定,法律行为无效或被撤销后取得的财产,应当予以返还,不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。而关于解除,《民法典》566条第1款规定:“……已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施,并有权请求赔偿损失。”相比而言,无效或撤销导致法律行为自始没有约束力,当事人已经作出的给付,自动恢复到未成立法律行为的状态。例如,在不承认物权行为或物权行为有因性的前提下,已经交付或转移登记的标的物,物权并不发生变动,仍归属于出让人。而解除一方面解消合同的效力,但另一方面对于已经作出的给付,当事人须以恢复原状、采取其他补救措施的方式进行清算返还,而非直接明确权利仍归属于作出给付的一方。即使合同解除按照早期的“直接效果说”,溯及既往消灭契约之效力,但其法律效果还是当事人之间有恢复原状之义务,其性质为一种法定之债。^{〔3〕}

《合同法》第六章规定的“合同的权利义务终止”是指依法生效的合同,因法定或约定原因而致债权、债务归于消灭。^{〔4〕}但详细考察《合同法》第91条规定的合同终止事由,其中履行、抵销、提存、免除、混同均导致合同权利义务的彻底消灭,且从权利原则上也一并消灭(《民法典》第559条)。而解除则是一种合同履行障碍的处理机制,是一种违约救济方式,且并不导致

〔1〕 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第644页。

〔2〕 参见前引〔1〕,韩世远书,第649页。

〔3〕 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第527页。

〔4〕 参见胡康生:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2009年版,第145页。

广义债之关系的消灭，例如合同解除后担保仍然存在（《民法典》第566条第3款），因此与履行之类的终止事由根本不同。鉴于此，《民法典》合同编一方面承袭《合同法》第六章“合同的权利义务终止”的体例，另一方面将第557条分两款，第1款规定履行及类似的终止事由，而在第2款单列了解除。可见，立法者有意识地将二者进行了区分。

（三）《民法典》关于法定解除权的规则体系

《民法典》关于合同解除规范的重点是法定解除权。第563条第1款前四项承继《合同法》第94条的规定，列举四种典型的法定解除事由，而后是第5项“法律规定的其他情形”，其指引的其他法定解除情形，由近及远分别为合同编通则、合同编分则、民法典其他各编，以及各种特别法规定的法定解除事由。具体如下：

首先，《民法典》合同编通则第563条第2款规定，不定期的持续履行债务的合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。理论上称为“随时终止权”或“预告解除”。此外，第528条规定当事人因行使不安抗辩权而中止履行且经过合理期间后可以解除合同，第533条规定的发生情势变更后的合同解除，第580条第2款规定的履行不能而不能实现合同目的的司法解除，均属于合同编通则部分规定的法定解除权。

其次，《民法典》合同编“典型合同”部分有各种合同中具体的解除权规定。包括买卖合同的第597条、第610条、第631—634条，借款合同的第673条，租赁合同的第711条、第716条、第722条、第724条、第729—731条，融资租赁合同的第752—754条、承揽合同的第772条、第778条、第787条，建设工程合同的第806条，技术合同的第857条，委托合同的第933条，物业服务合同的第946条、第948条，合伙合同的第976条。

再次，《民法典》其他各编包含少量的法定解除情形。其各有特别规范领域和规范目的，应该优先适用。例如，物权编第384条关于供役地权利人解除地役权合同的规则，人格权编第1022条肖像权人解除肖像许可使用合同的规则，以及婚姻家庭编第五章第三节“收养关系的解除”。

《民法典》之外的其他特别法上还有关于法定解除权的规定，于此不赘。

二、法定解除权的发生事由

（一）一般的法定解除权

《民法典》第563条第1款沿袭《合同法》第94条规定的法定解除权发生事由的列举性规定，其中有实质规则的是前四项：（1）不可抗力致不能实现合同目的；（2）预期违约；（3）给付迟延经催告后仍未履行；（4）给付迟延和其他违约行为致不能实现合同目的。这些解除事由共同的特征有二：一是违反合同义务；二是不能实现合同目的或根本违约。这四类情形尽管在很大程度上提炼概括了导致合同解除的违约形态，有助于司法实践中的理解与适用，但还是存在分类标准不清、抽象概念有待填补的问题。

笔者认为，在债法总则的层面上，债务人方面发生的合同义务违反或履行障碍的形态可分为：拒绝给付、给付不能、给付迟延、不良给付（包括瑕疵给付和加害给付）以及违反附随（保

护)义务。^{〔5〕}这五种合同义务违反状态是根据违约行为和所侵害的合同利益不同而作的周延的分类。上述每一种给付障碍都可能导致不能实现合同目的,进而作为合同法定解除的事由。以此观照《民法典》第563条第1款的四种法定解除情形,可知其存在如下问题:

第一,“不可抗力”是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况(《民法典》第180条第2款)。在合同履行障碍的语境中,不可抗力是发生给付障碍的原因,例如其导致履行不能、履行迟延,但本身并非解除权的事由。《民法典》第563条第1款第1项将不可抗力作为法定解除事由,若为其寻求独立的规范价值意义,则应将其理解为履行不能,^{〔6〕}即由于不可抗力造成的给付不能。至于如果因不可抗力造成给付迟延,则适用本款第3项或第4项的规定。

第二,《民法典》第563条第1款除列举给付拒绝和给付迟延以及第1项隐晦地包含不可抗力造成的给付不能之外,对于其他原因导致的给付不能以及不良给付(包括瑕疵给付和加害给付)和违反附随(保护)义务都未明确规定。解释上,只能将其归入第4项的“其他违约行为致使不能实现合同目的”。因此,在司法适用中,需要对此进一步解释。其中,不良给付是债务人未按合同约定进行给付,也即给付偏离应有的品质要求。^{〔7〕}如果仅是给付本身不符合要求,则构成瑕疵给付,在影响合同目的实现时可解除合同。在买卖合同中,当事人一般都援引典型合同中关于瑕疵给付解除的规则,即《民法典》第610条(《合同法》第148条)。如果给付造成债权人固有利益损害,构成加害给付。加害给付的后果与违反附随义务类似,通常是发生损害赔偿请求权。但如果给付行为具有持续性,而又不可期待债权人继续受领给付时,也可以解除合同。我国有学者主张应借鉴《德国民法典》第324条,以不可合理期待性作为判断因违反附随义务发生解除权的要件。具体的考量因素包括:义务违反的严重程度、侵害结果所涉及的范围和持续的时间、侵害是否具有反复性、合同对于双方信任程度的要求、债务人的可归责程度。^{〔8〕}简言之,以上各项因素的程度越重,就越不可合理期待债权人会坚守合同,越有可能成立解除权。

第三,给付义务分为主给付义务和从给付义务,后者具有辅助的功能,并不直接与合同目的有关联。通常主给付义务出现给付障碍,较容易导致合同目的不能实现。但如果从给付义务不履行影响到合同目的实现,也会发生解除权。例如,汽车出卖人提供的车辆凭证、资料有误或未能提供完整的资料单据,致车辆无法注册登记,进而无法上路行驶。^{〔9〕}因此,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第25条规定,出卖人没有履行或者不当履行从给付义务,致使买受人不能实现合同目的,买受人可以根据《合同法》第94条第4项的规定解除合同。

总之,《合同法》颁布以来,第94条规定的一般法定解除权总体上是能够满足实践需求的,但二十年来的司法实践和学说也发展丰富了一般法定解除权的内涵,可惜《民法典》立法未能抓

〔5〕 参见朱晓喆:《瑕疵担保、加害给付与请求权竞合》,载《中外法学》2015年第5期。

〔6〕 参见赵文杰:《〈合同法〉第九十四条(法定解除)评注》,载《法学家》2019年第4期。

〔7〕 Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, S. 254.

〔8〕 参见刘毅强:《附随义务侵害与合同解除问题研究——以德国民法典第324条为参照》,载《华东政法大学学报》2012年第3期。

〔9〕 参见湖北省十堰市中级人民法院(2017)鄂03民终1803号民事判决书;山西省大同市中级人民法院(2016)晋02民终1365号民事判决书。

住机会，将上述待澄清的规则与概念进行修订和增补，实为憾事。

（二）持续性合同的解除权

合同根据给付持续的时间，分为持续性合同与一时性合同。一时性合同通常旨在一次性的给付或交换给付，例如赠与、买卖。持续性合同的特点是给付范围不确定，取决于合同期限的长短。持续性合同的债务内容可以是持续地给付，也可以是不断重复的单个给付，前者包括租赁、借贷、合伙、劳务合同等，后者典型的是根据买受人需要的货物供应合同。^{〔10〕}有些合同的给付完成可能需要一段时间，但未必属于持续性合同。例如，承揽合同、技术开发合同的债权人只是要求完成某项工作成果，而不注重债务人的工作过程，原则上属于一时性合同。^{〔11〕}当然，买卖、承揽、保证等合同，个别情况下也可以约定成为持续性合同。反之，即使按其性质本身是持续性合同，例如劳务合同，也可能仅仅是提供个别给付，因而失去持续性合同的特点。^{〔12〕}

持续性合同在解除权设置上，具有特殊的价值考量。首先，持续性合同由于履行期间较长，随着时间发展当事人方面不可避免地可能出现一些特殊事由，以至于继续履行合同会过于苛求当事人，或利益方面出现不均衡（但尚未达到情事变更的程度）；其次，持续性合同往往建立在当事人之间相互信赖的基础上，例如委托、租赁、借贷等，如果当事人一方出现机会主义行为或道德风险，但尚未达到违约的程度，于此不可期待相对人继续履行合同；最后，在一些不定期的持续性合同中，如果义务履行没有终止时点，将可能对当事人构成长久的约束。基于上述理由，在持续性合同关系中，应赋予当事人更宽松的解除权，以符合这类合同的特性。

1. 不定期持续性合同的预告解除

《民法典》第563条第2款规定：“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”理论上将这种通知对方合理期间后即解除合同的规则称为预告解除。由于合同解除的一方可以随时提出解除，因而又被称为“随时解除权（终止权）”。^{〔13〕}

预告解除适用的对象是不定期的持续性合同，例如不定期的租赁、借贷等。其规范理由在于：不定期的持续性合同因为没有终止的时间限制，它不会自动走向合同的结束点，如果没有解除权，合同将会永久地约束当事人。^{〔14〕}不定期的持续性合同本身没有期间限制，当事人对于合同也没有形成值得保护的期限利益，因而任何一方都可以随时提出解除合同，而不需要说明理由。有期间的（定期）持续性合同与之相比，需要说明重大事由才可以解除，因而预告解除在德国民法上又被称为“普通终止（解除）”（ordentliche Kündigung）。

预告解除由解除权和解除预告期间两部分组成。前者是指，不定期持续性合同的双方当事人均可行使无理由的结束合同关系的解除权；后者是指，解除意思表示到达后，需经一段期间解除才生效，发生解除的效果。^{〔15〕}因此，预告解除与一般解除权行使后的合同解除时间不一致。根

• 175 •

〔10〕 参见〔德〕罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第286页。

〔11〕 参见王文军：《论继续性合同的解除》，载《法商研究》2019年第2期。

〔12〕 Palandt/Grüneberg, 71. Aufl., C. H. Beck 2011, § 314, Rn. 2.

〔13〕 详细参见吴奕锋：《论不定期继续性合同随时终止制度》，载《中外法学》2019年第2期。

〔14〕 参见前引〔13〕，吴奕锋文；前引〔11〕，王文军文。

〔15〕 参见前引〔13〕，吴奕锋文。

据《民法典》第565条第2句一般解除权的行使效果是“合同自通知到达对方时解除”，但第563条第2款规定的是在解除通知后的一段合理期间经过后，才发生合同解除。因为不定期的持续性合同当事人虽然没有明确的期限利益，但如果一方随时解除会给相对方造成突然袭击，带来不测的损害。因此，合理期间给了相对方一个缓冲的期间，以便提前安排合同结束的后果。况且，持续性合同的本质也使得当事人信赖合同即使对方要解除，合同也会持续一段时间，至少不会戛然而止。^{〔16〕}

《民法典》合同编租赁合同中也有预告解除的规定，即第730条规定的不定期租赁合同的当事人可随时解除租赁合同。此外，还有些典型合同规则，虽然没有采用第563条第2款的表述，但实际上也是解除权人设定一定合理期间后的预告解除，例如：第675条规定的不定期借款合同，借款人可以随时返还借款、^{〔17〕} 贷款人可以催告借款人在合理期限内返还借款；第914条规定的不定期仓储合同的保管人可随时请求存货人或者仓单持有人提取仓储物，但是应当给予必要的准备时间；第948条第2款规定的不定期的物业服务合同当事人可以随时解除合同但应当提前60天通知对方。^{〔18〕} 合同编之外也有类似规定，如人格权编第1022条第1款规定的不定期的肖像许可使用合同，任何一方当事人可以随时解除，但是应当在合理期限之前通知对方。

2. 持续性合同基于重大事由的解除

持续性合同关系通常履行期较长，而且大多是建立在当事人信赖的基础之上。随着时间展开，当事人一方发生情况变化，而根据诚实信用原则，不能苛求其继续维持合同，或者对方违反义务的行为破坏了必要的信赖关系，因而应当允许当事人退出合同，即基于重大事由的解除。

《德国民法典》在2002年新债法改革后增设第314条关于持续性债之关系的基于重大事由的终止权（Kündigungsrecht）。因为解除（Rücktritt）的后果是当事人曾经作出的给付须全部进行恢复，但是在持续性合同关系中，这种全盘恢复给付并不符合当事人的利益，因而德国民法以排除未来给付义务、不涉及以往给付的“终止”替代了“解除”。^{〔19〕} 此处所谓“重大事由”是指考虑到个案中所有情事并且衡量双方的利益后，不能苛求要终止的一方继续合同关系。但这种不确定的法律概念最终还是需要通过个案中的利益衡量来确定。^{〔20〕} 当然，终止合同不影响当事人的损害赔偿请求权。^{〔21〕}

在民法典立法过程中，我国民法学者提出应借鉴《德国民法典》第314条，在合同编通则部分增设持续性合同基于重大事由解除规则。^{〔22〕} 但《民法典》最终并未增加此项规则。于此须指

〔16〕 参见前引〔13〕，吴奕锋文。

〔17〕 朱虎认为此处法条虽然表述为“借款人可以随时返还”，但贷款人有整体资金安排考虑，因此也应该根据《民法典》第563条第2款，给贷款人一定的合理期间。参见朱虎：《分合之间：民法典中的合同任意解除权》，载《中外法学》2020年第4期。

〔18〕 《民法典》第899条第2款规定：“当事人对保管期限没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时请求寄存人领取保管物；……”类似预告解除，但未设有合理宽限期。衡诸法理，应与上述不定期合同同等对待，设置合理宽限期。此为法律漏洞。

〔19〕 Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, S. 291.

〔20〕 参见前引〔10〕，罗歇尔德斯书，第287页。

〔21〕 参见前引〔10〕，罗歇尔德斯书，第289页。

〔22〕 参见韩世远：《继续性合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除》，载《中外法学》2020年第1期。

出,《民法典》中虽然也有“终止”一词,但是在债权债务消灭的意义上使用该词(第557条)。虽然,《民法典》并未严格区分持续性合同的“终止”和一时性合同的“解除”,但在处理二者的后果上还是应当区别对待。

尽管如此,我国《民法典》还是存在持续性合同基于重大事由解除的个别规定。首先,在典型合同中,例如:第673条规定的借款人改变借款用途,贷款人可解除合同;第716条第2款规定的承租人未经出租人同意转租,出租人可解除合同。于此情形,并非不能实现合同目的,而是一方的行为对于持续性合同的信赖基础造成破坏,因而对方可以解除合同。其次,人格权编第1022条第2款第1句规定:“当事人对肖像许可使用期限有明确约定,肖像权人有正当理由的,可以解除肖像许可使用合同,但是应当在合理期限之前通知对方。”并且根据第1023条,姓名等许可使用合同参照适用上述规定。这也是基于重大事由的解除规则。再次,特别法中也有关于持续性合同基于重大事由的解除。例如,《合伙企业法》第45条第1款规定:“合伙协议约定合伙期限的,在合伙企业存续期间,有下列情形之一的,合伙人可以退伙:……(三)发生合伙人难以继续参加合伙的事由;(四)其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。”

总之,《民法典》合同编通则没有规定持续性合同关系一般的基于重大事由的解除权,但这种法律思想散落在《民法典》及特别法的各个规定中。如果实践中果真出现法律未明确规定的合同类型有基于重大事由解除的必要,例如特许经营合同、教育合同、演艺合同等,不妨采取类推的方法以解决此类问题。^[23]

3. 持续性合同的解除权与任意解除权的比较

与上述预告解除和基于重大事由解除类似,在某些基于信赖关系的合同中,存在任意解除权。典型的例子是《民法典》第933条规定的委托合同的委托人和受托人都可以随时解除合同。《合同法》的立法机关对此的解释是:“委托合同是以双方信任为存在的条件,如果一方不守信用,失信于另一方,继续履行合同已无必要,法律赋予了双方当事人的权利,即只要一方想终止合同,就可以随时解除合同,而且不须有任何的理由。”^[24]由此可见,委托合同任意解除权旨在允许当事人结束失去信任的委托关系,并非持续性合同特有的问题。^[25]换言之,任意解除权的理由在于特定合同类型以高度信赖为基础,因此与合同性质是一时性合同还是持续性合同无关联。例如委托合同,无论其具体形态为一时性合同或持续性合同,均不影响任意解除权的适用。^[26]此外,从委托人的角度看,任意解除权的理由还在于委托人不受合同“绝对约束”的利益。^[27]

无偿委托合同的任意解除权还存在其他的考量。从比较法上看,大陆法系一般都认可无偿委托中受托人的任意解除权。于此,任意解除权的理由在于无偿行为人的责任应当减轻,应更容易地从义务中解脱出来。^[28]这种无需任何理由的随时解除又被称为“真正的任意解除权”。解除的

• 177 •

[23] 相同观点参见王洪亮:《民法典中解除规则的变革及其解释》,载《法学论坛》2020年第4期。

[24] 胡康生主编:《合同法释义》,法律出版社2009年版,第579页。

[25] 参见前引〔11〕,王文军文。

[26] 参见前引〔13〕,吴奕锋文。

[27] 参见前引〔17〕,朱虎文。

[28] 参见武腾:《委托合同任意解除与违约责任》,载《现代法学》2020年第2期。

一方仅须对解除的时间不当承担损害赔偿责任，我国《民法典》第933条第2句有明确规定。当然，在有偿委托中，如果委托是建立在高度信赖的基础上，例如聘请律师、会计师、私人教师的合同等，也存在真正的任意解除权，^{〔29〕}只不过其损害赔偿的责任较无偿委托要重（《民法典》第933条第2句）。^{〔30〕}

《民法典》第946条规定的物业服务合同中，业主依照法定程序共同决定解除物业服务合同，应当提前60天书面通知物业服务人。这里虽然有60天的提前通知，与预告解除类似，但二者理由并不一样。物业服务合同的提前通知解除，并无定期或不定期的限制，关键还是在于业主对于物业服务人的信任缺失。因此，应将其归入任意解除权。

此外，《民法典》第787条规定，承揽合同的定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。此处定作人的任意解除权的理由与委托合同略有不同。承揽合同中，除了定作人对于承揽人的技术、工作的信任之外，还须考虑定作人的经济成本和主观需求的问题。按《合同法》立法机关的解释：“承揽合同是定作人为了满足其特殊需求而订立的，……如果定作人于合同成立后由于各种原因不再需要承揽人完成工作，则应当允许定作人解除合同。定作人解除合同的前提是赔偿承揽人的损失。这样处理，既可以避免给定作人造成更大的浪费，也不会给承揽人造成不利。”^{〔31〕}可见，降低经济成本、避免浪费，也是承揽合同任意解除权的重要考量因素。

基于上述的论述，持续性合同的预告解除、基于重大事由解除和任意解除的对比如表1：

表1 持续性合同的预告解除、基于重大事由解除和任意解除对比表

	预告解除	基于重大事由解除	任意解除
适用的合同形态	持续性合同	持续性合同	持续性合同或一时性合同
立法理由	解脱不定期的合同约定	信任缺失或一方违约	信任缺失或解除人不再有需求
提前通知	需要	不需要	需要或不需要
损害赔偿	无须赔偿	有可能赔偿	应赔偿解除不当造成的损失
解除权的时间限制	合同存续期间，无时间限制	依诚信原则，有合理期间限制	合同存续期间，无时间限制

（三）合同编通则规定的其他法定解除权

《民法典》合同编通则除了第563条之外，还有两处关于法定解除权的特别规定。

首先，第528条规定在合同先履行的一方行使不安抗辩权中止履行后，“对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任”。该条规定承袭《合同法》第69条的规定，并作了重要改进。后者的表述是：“中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担

〔29〕 参见前引〔28〕，武腾文。

〔30〕 在一些无需信赖、社会化程度比较高的委托合同方面，例如不动产委托服务合同、代理商合同等，还存在有理由的随时解除权（不真正的任意解除权）的必要。尤其是不适用一般法定解除权或情事变更的解除时。因此，《民法典》第933条对此未作规定，是一项法律漏洞，应予续造填补。参见前引〔28〕，武腾文。

〔31〕 前引〔24〕，胡康生主编书，第401页。

保的，中止履行的一方可以解除合同”，其间缺少了一个必要的违约行为认定的环节，并且与《合同法》第94条第2项的预期违约解除权究竟是同一类解除权，还是不同的解除权，引发争议。^{〔32〕}《民法典》第528条增加“视为以自己的行为表明不履行主要债务”，从而将不安抗辩权行使后发生的解除权与一般的法定解除权连接起来，使之融入法定解除权的体系之中，消弭争议。

《民法典》第527条、第528条的规范重点是不安抗辩，其注重的前提要件是债务人丧失履行能力。但是，第527条第1款第2项仍保留《合同法》第68条第2项的“转移财产、抽逃资金，以逃避债务”，使得当后给付义务人已丧失履行能力时，先给付义务人仍须证明对方有主观“逃避债务”的意图，才能行使不安抗辩权。^{〔33〕}从而给不安抗辩权的行使增加不必要的前提，继而阻碍先给付义务一方行使第528条规定的解除权。而实际上，根据预期违约的解除制度（第563条第1款第2项），“转移财产、抽逃资金”显然属于以行为表明不履行债务，无需主观上以“逃避债务”为目的，第527条第1款第2项放错了位置。对此问题，理论上提出的理想方案是删除第527条第1款第2项，并将其归入预期违约的解除情形。但这种意见并未被《民法典》立法机关采纳。因此，在今后的法律适用中应采取的政策是：如果先给付义务人已证明后给付义务人通过行为表明将不再履行义务，则无需证明其目的是“逃避债务”，即可根据预期违约而解除合同。换言之，如果先给付义务人掌握了足够的对方将不再履行义务的证据，可以避开第527条第1款第2项设置的主观要件。但如果先给付义务人掌握的证据仅表明对方只是有可能丧失履行能力，那么还是需要根据第528条，在要求对方提供担保无果后，发生法定解除权。

• 179 •

其次，《民法典》第533条规定情事变更发生以后，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。于此不讨论情事变更的构成要件，就其法律效果而言，此处的“解除合同”也是一项法定解除权。与一般的法定解除权不同之处在于，当事人须向法院或仲裁机构请求解除合同，换言之，这是一项“形成诉权”，须以司法方式行使之。根据《民法典》第533条第2款，合同是否解除，须待法院或仲裁机构结合案件情况具体认定。这是因为情事变更本身就与合同信守原则对立，且交易基础条件是否发生变化，认定较为复杂，须由司法介入才能保证其客观性、合理性。

（四）合同僵局、履行不能与法定解除权

《民法典》第580条第2款规定：“有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。”考察民法典各草案状况，可知该款实为解决“合同僵局”问题而生。2018年8月的《民法典各分编“一次审议稿”》（简称“一审稿”）第353条第3款曾规定“合同不能履行致使不能实现合同目的，解除权人不解除合同对对方明显不公平的，对方可以向人民法院或者仲裁机构请求解除合同，但是不影响其承担违约责任。”2019年4月的《民法典各分编“二次审议稿”》（简称“二审稿”）第353条第3款修改为“合同不能履行致使不能实现合同目的，有解除权的当事

〔32〕 相关介绍参见李建星：《不安抗辩权与预期违约的完全区分论》，载《政治与法律》2017年第12期。

〔33〕 参见前引〔32〕，李建星文。

人不行使解除权,构成滥用权利对对方显失公平的,人民法院或者仲裁机构可以根据对方的请求解除合同,但是不影响违约责任的承担。”但是鉴于理论界的反对意见较多,2019年12月的《民法典草案》删除了该款。

所谓“合同僵局”问题肇始于《最高人民法院公报》2006年第6期登载的“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”(简称“冯玉梅案”)。该案中,冯玉梅1998年购买了新宇公司开发的南京市时代广场商铺物业,商铺已经交付但尚未办理所有权转移登记。2003年新宇公司拟对时代广场的全部经营面积进行调整,重新规划布局,为此陆续与大部分小业主解除了商铺买卖合同,并开始施工。2003年3月17日,新宇公司致函冯玉梅解除合同。冯玉梅不同意解除合同。由于冯玉梅与另一购买商铺的邵姓业主坚持不退商铺,施工不能继续,6万平方米建筑闲置。新宇公司遂向南京市玄武区人民法院起诉请求解除合同,收回商铺。一审法院依据《合同法》第6条诚信原则判决解除合同。二审南京市中级人民法院认定:“《合同法》第110条第(二)项规定的‘履行费用过高’,可以根据履约成本是否超过各方所获利益来进行判断。当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益时,应该允许违约方解除合同,用赔偿损失来代替继续履行。在本案中,如果让新宇公司继续履行合同,则新宇公司必须以其6万余平方米的建筑面积来为冯玉梅的22.50平方米商铺提供服务,支付的履行费用过高。”二审法院遂维持一审判决结果。

该案的裁判理由和结果在我国民法理论界和实务界都产成重大争议,被称为“违约方解除”或“合同僵局解除”问题。支持法院裁判的主要理由是:基于合同交易效率的考虑,如继续履行将导致双方遭受不利,而有解除权的一方违背诚信或滥用权利不解除合同,而且根据《合同法》第110条第2项对方也不可要求实际履行,解除合同是符合经济理性的做法。反对法院裁判和违约方解除的理由主要是:所谓“违约方解除”将对合同信守的伦理构成致命的打击,合同僵局下的违背诚信行为应个案处理,《合同法》第110条第2项仅赋予一方抗辩权而没有解除权等。^[34]

在这两种观点相持过程中,2019年11月最高人民法院发布了《全国法院民商事审判工作会议纪要》,其第48条以实践中常见的租赁合同的僵局为例,规定了在具备如下条件的前提下,违约方可以解除合同:(1)违约方不存在恶意违约的情形;(2)违约方继续履行合同,对其显失公平;(3)守约方拒绝解除合同,违反诚实信用原则。由此可见,司法实践中对于合同僵局的解除还是有需求的。鉴于此,2020年5月22日全国人大常委会提交给第十三届人大三次会议表决的《民法典草案》的第580条增加了第2款规定。

尽管参与争论“冯玉梅案”及其裁判结果的学者和研究成果很多,但从现有支持和反对的双方呈现的说理看,都是停留在价值判断的层面,而少有实证的量化分析,能够彻底论证支持或反

[34] 支持的观点,参见孙良国:《违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计》,载《法学》2019年第7期;石佳友、高郅梅:《违约方申请解除合同权:争议与回应》,载《比较法研究》2019年第6期;王利明:《论合同僵局中违约方申请解约》,载《法学评论》2020年第1期;崔建远:《关于合同僵局的破解之道》,载《东方法学》2020年第4期;刘凯湘:《民法典合同解除制度评析与完善建议》,载《清华法学》2020年第3期。反对的观点,参见蔡睿:《吸收还是摒弃:违约方合同解除权之反思》,载《现代法学》2019年第3期;韩世远:《继续性合同的解除:违约方解除抑或重大事由解除》,载《中外法学》2020年第1期。

对究竟对于合同交易、社会成本有哪些利弊，以及如何取舍。^{〔35〕} 鉴于合同僵局解除的影响暂不可定论，我们不如采取开放包容的态度：一方面积极地理解《民法典》第 580 条第 2 款的规则，另一方面注意防止该规则适用中出现弊害。

首先，从体系位置看，《民法典》第 580 条第 2 款紧跟在第 1 款各种履行不能事由和“债权人在合理期限内未请求履行”之后。如果说“冯玉梅案”的焦点问题是《合同法》第 110 条第 2 项的履行费用过高之抗辩权能否用于解除合同，那么《民法典》第 580 条第 2 款实现了从抗辩权到解除权的转换，换言之，将用于防御的工具转换为进攻型的武器，从而解决合同僵局解除的法律依据问题。

其次，对于第 580 条第 1 款所列其他履行不能的情形，例如“法律上或事实上不能”，第 2 款的解除也有意义。一方面，《民法典》合同编未规定真正的履行不能发生时，给付义务消灭、对待给付义务也消灭的双务合同规则，如果对待给付的一方需要明确自己从义务中解脱出来，可以行使第 2 款规定的解除权。另一方面，即使像《德国民法典》规定了履行不能时，给付义务与对待给付义务同时消灭，但鉴于债权人未必明确是否发生履行不能事由，或者对方部分给付不能而对待给付义务并非全部免除时，可以通过解除而免除自己的义务，因而第 326 条第 5 款规定给付不能时无须给付，同时可以解除合同。^{〔36〕}

再次，第 580 条第 2 款对于标的不适于强制履行的债务也有意义。不适合强制履行的通常是人身性质的债务，即债务人须亲自作出给付的义务，例如教育、演艺、培训等。在合同当事人不能或不愿提供此类给付时，尽管根据第 1 款债务人可以在对方请求时提出抗辩权，但其仍无法彻底摆脱合同的约束，因为合同并未因抗辩而解除。尤其是一些演艺工作者、体育品牌代言者，在提出解除而经纪公司不允许的情况下，会给予其进一步的职业转型或市场流转造成障碍。因此，第 580 条第 2 款提供退出合同的依据，以承担违约责任（违约金、损害赔偿等）为代价，换取人身自由。

但是，第 580 条第 2 款也有诸多理解与适用上的问题有待澄清和检验：

其一，就合同僵局的问题解决而言，其不能适用于金钱给付义务，换言之，即使负有金钱给付义务的一方出现履行没有效率、而对方违背诚信又不解除合同的情形，也不能适用第 2 款。例如租赁合同的承租人，就不能以租金给付不能而提出解除合同，因为租金作为金钱之债不存在给付不能问题。

其二，第 2 款的要件仅为“履行不能+不能实现合同目的”，相比民法典分编草案和《全国法院民商事审判工作会议纪要》的规则有“明显不公平的”“权利滥用”“违背诚信”等限制性条件，第 580 条第 2 款缺少进一步约束解除适用范围的控制条件，将来在实践中或许出现当事人随意以“不能实现合同目的”为由提出解除的现象。

其三，从“终止”这一用词来看，本来合同编第 557 条已经将债权债务消灭意义上的终止与

〔35〕 从现有发表成果看，有的名为“实证研究”，但实际上也只是举案例说明而已，并非定量意义上的实证研究。例如前引〔34〕，蔡睿文。

〔36〕 Staudinger Kommentar zum BGB/Otto Hansjörg, 2009, § 326, F 6.

解除区分开来,但第580条第2款的终止又被赋予解除的含义,从而进一步造成概念上的混乱。

其四,不论是“终止”还是“解除”,第580条第2款是否赋予义务人一方以终止权或解除权存在疑问。条文表述是“人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系”,这意味着当事人只是可以“请求终止”,而司法机构有权决定终止或不终止。这或许是立法机关采纳了“应借鉴国外‘司法解除’制度”这一建议所致。但本文认为,司法解除只是解除权行使的途径,其本质上应是“形成诉权”,将其归入法定解除之列并非不可。

总之,《民法典》第580条第2款履行不能的法定解除权,在理论上出现利弊并呈的状态,其实施后的效果如何,有待将来司法实践的检验。

三、解除权的行使:解除生效与解除权时间限制

(一) 解除的生效时间

法定或约定的解除权行使后,将导致解除效果,解除后的恢复原状、采取补救措施、损害赔偿等一系列的义务将会发生并届期。因此,判断解除生效的时点,对于解除的双方而言尤为重要。

《民法典》第565条是关于行使解除权后解除生效的一般规定。其内涵分为如下几个层次:

第一,原则上,解除通知生效时合同解除。第565条第1款规定的是解除权人在司法程序外行使解除权的解除生效规则。解除权性质为形成权,以意思表示方式单方行使即可。根据第1款第2句第一种情况,解除通知到达时,解除生效。通知作为须受领的意思表示,应适用《民法典》法律行为部分第137条的规则,包括在场对话方式、不在场的方式。前者是“了解”意思表示时生效,后者是“到达”时生效。实践中,不排除在小额简单的合同中,当事人以对话方式进行解除,于此并非“通知到达”生效,而须遵循第137条第1款的“了解生效”。此外,第139条规定的“公告方式意思表示”,于解除通知中也并非没有意义。例如,若相对人下落不明,解除权人无法使通知到达,而采取司法程序中的公告方式,也可替代解除通知到达,发生解除效果。鉴于此,《德国民法典》在解除规则中并不明确解除通知的生效时点,而采援引技术,第349条规定“契约之解除,应向他方以意思表示为之”,从而一揽子解决解除意思表示的生效问题。对照可见,我国《民法典》此处失于严谨。

第二,第565条第1款第2句第二种情形是:如果解除权人在解除通知中载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除,债务人在该期限内未履行债务的,合同自通知载明的期限届满时解除。按解除权的原理,如果一方享有解除权,解除通知生效后即发生解除。但如果解除权人自愿给对方一个合理期间经过后再解除,相当于解除意思表示附生效期间,应当尊重其意思自治。

第三,第565条第1款第3句只是提示双方,如果被解除一方有异议,任意一方均可请求司法机构确认解除行为的效力。相比《合同法》第96条第1款第3句“对方有异议的,可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”,《民法典》有两处改动:其一,任何一方均可提请司法机构确认解除的效力,而非仅限于解除的对方。由此有利于明确解除的效果。其二,司法机

构并非确认合同解除，而是确认“解除行为”，即解除是否为行使权利、解除的意思表示是否生效。换言之，合同解除不是司法机构确认的，而是行使解除权的后果，司法机构仅能确认解除行为是否生效（为确认之诉而非形成之诉）。

第四，《民法典》第565条第2款规定解除权人以司法方式行使解除权。在以往司法实践中，如果解除权人未通知对方，而直接起诉或申请仲裁主张解除，司法机构在认定解除的时间方面有三种可能性：起诉时、诉状副本送达时或裁判作出时。本质上解除权的行使是一种意思表示，应按意思表示规则认定其生效时点。而司法机构将载有解除意思的诉状或申请书副本送达对方，即构成意思表示的达到，从而发生效力。

一般的法定解除权行使按照《民法典》第565条发生解除的效果。但对于特别的司法解除权，例如第533条情事变更的当事人请求法院或者仲裁机构解除、第580条第2款请求法院或仲裁机构终止（解除）合同，并不适用第565条。《民法典》对其解除生效的时间未作规定，理论上言之，既然司法解除属于司法机构判断的事情，那么司法机构可以在裁判文书中确定合同解除的时间。

（二）解除权的时间限制

《民法典》第564条在《合同法》第95条的基础上进一步明确了解除权行使的期间限制。《合同法》第95条规定了两种期间，即第1款的法律规定或者当事人约定解除权行使期限、第2款的经对方催告后的合理期限。《民法典》第564条第1款没变，第2款增加了“自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使”，该权利消灭，也即解除权的一年除斥期间。

第564条第1款的法律规定或当事人约定的除斥期间较为少见。因此第2款法定的一年除斥期间会成为默认的解除权限制期间。除斥期间的意义在于督促当事人行使权利，而《合同法》第95条欠缺明确的除斥期间，因此本款之设，有增进效率、明晰规则的优点。但笔者认为，其弊端有二：一是在交易实践中，各类合同的价值利益不一，民商亦有别，统一适用一年的除斥期间于当事人的利益状况是否相符存在疑问；二是合同一方发生违约后，对方未必急于行使解除权以为救济，往往大型的商事合同中，双方并不愿意破坏已有的平衡，即使一方违约不能实现合同目的，商事合作伙伴也往往愿意先采取谈判、协商、重整等方式解决违约事宜，而非立即发出解除通知。但一年除斥期间规则，将促使非违约方必须在知道或应当知道解除事由的一年内作出是否要解除合同的决断，否则其权利将会过期。从比较法上看，例如《德国民法典》并不规定解除权的法定除斥期间（仅有第350条约定解除权期间），而是将解除权的时间限制系于消灭时效的效力。按照《德国民法典》第218条第1款第1句，如果因债务不履行发生的请求权罹于消灭时效，且债务人主张消灭时效的，解除也不生效力。换言之，如果请求权没有罹于消灭时效，包括中止、中断，则解除权也不会消灭。如此，作为非违约方救济手段的请求权和解除权，能够保持时间限制上的价值统一。

抛开法政策的讨论不谈，理解与把握第564条第2款的一年除斥期间解除权，应注意如下几点：

第一，一年的除斥期间起算点是解除权人知道或应当知道解除事由之日。这种主观起算的时间限制具有合理性，因为若解除权人不知自己享有权利，就不应起算除斥期间。相比而言，《最

最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条第2款规定：“……对方当事人没有催告的，解除权应当在解除权发生之日起一年内行使；逾期不行使的，解除权消灭。”这种客观起算的除斥期间，对于解除权人的时间限制过于严苛。在《民法典》施行以后，上述司法解释规则应予废止。

第二，本款的立法目的是要限制解除权的存续时间，但是如果解除权人一直不知道且不应当知道解除事由，则一年期间迟迟不会起算，设想解除事由发生10年、20年后解除权人才知道或应当知道，其是否可以行使解除权？因此，本款缺乏解除权客观起算的最长时间限制。同样作为解除合同约束力的撤销权，在《民法典》第152条第2款就有最长的客观起算的五年时间限制。这是解除权除斥期间规则的疏漏。

第三，该除斥期间是不变的期间，不适用诉讼时效中止、中断和延长的规则。对此，《民法典》第199条有明确规定。但如上所述，解除权的一年除斥期间本身对于权利人而言过于严苛，若发生不可抗力之类的事由也不能中止，无异于雪上加霜。因此，本文建议将来司法实践中在掌握解除权时间限制上，应适当放宽。

第四，第2款的一年除斥期间，与“经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭”并列，因而有可能发生两种消灭期间同时起算的现象。设想：解除事由发生后，对方发出了催告，催告生效后，有两种可能性，一是经过一段合理期间，解除权消灭，二是，催告生效，意味着解除权人必然知道或应当知道解除权事由，因此一年除斥期间起算。也即，最迟在催告生效后的一年内，解除权消灭。

• 184 •

四、解除的法律效果

《民法典》第566条在《合同法》第97条的基础上增加了两款规定，进一步完善了合同解除后果的规则，可分述如下：

（一）解除后的返还义务

第566条第1款延续《合同法》第97条，仅作文字调整。根据本款，合同解除后，未履行的合同义务终止履行，已经履行的，应予恢复原状或采取其他补救措施。解除导致合同给付义务消灭（erlöschen），并不需要义务人抗辩，法律如对此规定实属多余。^{〔37〕}我国《民法典》对此进行规定，利于澄清给付义务消灭的效果，亦无不可。

第1款规范的重点是已经履行的给付，当事人请求恢复原状或者采取其他补救措施。解除的后果不同于无效或撤销，它并不发生物权变动，而是成立恢复义务债之关系（Schuldverhältnis mit der Verpflichtung zur Rückgewähr）。^{〔38〕}因此，恢复原状并非物权请求权，而是指给付受领人在可以返还的情形下，根据给付的性质和内容进行返还。包括：物之受领人恢复让与所有权；如占有标的物，应返还标的物的控制支配；如受让债权等其他财产权，应各依其权利变动方式，

〔37〕 Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., C. H. Beck 2009, § 18, Rn. 16.

〔38〕 Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., C. H. Beck 2009, § 18, Rn. 17.

以让与方式返还权利。

但是受领人受领之给付，按其性质不可恢复，包括：作出的给付本身不适合返还，例如劳务或服务；标的物毁损、灭失而发生返还不能；标的物的使用利益不适合返还，例如受领人占有车辆并使用一段时间。于此，第 566 条第 1 款规定“其他补救措施”意味着受领人应按照对应的价值进行金钱偿还。

（二）解除与损害赔偿、违约责任

相比《合同法》第 97 条的规定，《民法典》第 566 条第 1 款规定解除权人“有权请求赔偿损失”以及第 2 款规定“可以请求违约方承担违约责任”，更加明确解除并不影响解除权人请求对方承担违约责任的权利。

根据《民法典》第 577 条，违约责任包括继续履行、采取补救措施、损害赔偿等。于此须说明，继续履行、采取补救措施实为原给付义务的继续，而解除恰是解消原给付义务，因而解除后果中的违约责任，不应包括继续履行、采取补救措施。

解除后果中的违约责任首先是损害赔偿。通说认为解除并不使合同自始失去约束力，损害赔偿请求权的范围是合同的履行利益。其次，违约责任还包括违约金、定金等。但根据第 566 条第 2 款，当事人另有约定的除外，这意味着当事人可能约定合同解除后，不必承担违约责任。

上述规则是合同编通则部分的一般规定。此外，在典型合同中，也有解除后违约责任的特别规定，应优先适用。例如，第 787 条规定承揽合同的定作人可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。第 933 条第 2 句规定无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。

（三）解除与担保责任

《民法典》第 566 条第 3 款明确了合同解除后担保人对于债务人应当承担的民事责任仍然承担担保责任，但担保合同另有约定的除外。担保作为一项保障主债权实现的从权利，原则上与主债权同命运。尽管合同解除，但与无效、撤销或因履行等原因导致权利义务消灭不同，当事人之间发生返还给付的义务，广义之债并未消灭。而且，担保人就是要在债务人不履行时向债权人承担责任，包括债务人违约时因解除而发生的返还责任。因此，如果返还的义务人不能返还，或不完全履行返还义务等，担保人仍然对这些“民事责任”承担担保责任。

与第 566 条第 3 款形成对比，第 559 条规定：“债权债务终止时，债权的从权利同时消灭，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”而导致债权债务终止的事由指第 557 条第 1 款意义上的履行、抵销、提存、免除、混同等。《民法典》第 388 条第 1 款第 3 句，以及第 682 条第 1 款，均明确主债权债务合同无效，担保合同或保证合同也无效。

五、结 语

2020 年 5 月 22 日全国人大常委会副委员长王晨在十三届全国人大第三次会议上作“关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明”时指出：“编纂民法典不是制定全新的民事法律，也不是简单的法律汇编，而是对现行的民事法律规范进行编订纂修，对已经不适应现实情况的规

定进行修改完善,对经济社会生活中出现的新情况、新问题作出有针对性的新规定。”这一判断也适用于《民法典》合同法定解除权的规则,《民法典》一方面继受了《合同法》的法定解除制度,另一方面增设不定期继续性合同预告解除、合同履行不能的解除、解除权的法定除斥期间、通过司法机构解除生效时间、解除后的违约责任和担保存续等规则。尽管这些新规则在出台过程中有的就有争议,但渐进式突破是制度发展的常态,我们期待考察新的法定解除权规则体系是否能够经得住实践的检验。

Abstract: There is an essential institutional change in the rules of the statutory rights to terminate the contract in the Civil Code of the People's Republic of China. The statutory rights to rescind contracts includes three levels. The first one is the general statutory right of termination, which is in the chapter 7 of the subpart 1 General Principles of the Contract part. The second one is the statutory right of termination caused by defense against unsafe, changed circumstances and impossibility of performance, which is also listed in the subpart 1 General Principles of the Contract part. And the last one is the statutory right of termination of typical contracts. These rules constitute a coherent system, covering all circumstances of breach of contracts and the failure of implementation of contracts. The Civil Code has modified the rules of the exercise of the statutory rights of termination, including the effective time of termination, the time limit of the termination rights and the validity of the notice of termination through judicial process. The Civil Code has supplemented two articles about legal force of termination to protect right holders of termination rights more fully. One is that there is no negative impacts on right holders to claim liabilities for breach of contracts after termination of contracts, and the other one is that the security providers shall continue to bear security liability after the rescission of contracts.

Key Words: the civil code, the statutory right of termination, the system of rules

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

新冠肺炎疫情下劳动合同不可抗力事由 的正当性及其效力

向春华*

内容提要：新型冠状病毒肺炎疫情这一灾难性突发公共卫生事件的法律属性属于不可抗力。《劳动合同法》相关条款混合了不可抗力与情势变更规则，采行以协商变更劳动合同、预告期、支付经济补偿为条件的无过错解雇制度。该规则无法有效应对不可抗力导致的企业停业停产状态，无法保护劳动者的长远利益，实际上放大了不可抗力的社会风险。传统理论因为没有充分考虑不可抗力制度，无法解释劳动合同中的过错责任，无法合理界定对劳动者保护的限度，从而对企业可能显失公平，无法有效化解不可抗力的社会风险。应当在劳动合同制度中确立不可抗力事由，采用社会保护理念，以失业（就业）保险、就业促进等社会政策对抗不可抗力社会风险，在雇主、雇员、社会和政府之间合理分配不可抗力导致的用工风险和劳动者收入保护责任，平衡劳动者利益与企业利益。

关键词：新型冠状病毒肺炎 不可抗力 劳动合同

• 187 •

为了应对新型冠状病毒肺炎疫情（以下简称“新冠疫情”）这一灾难性的突发公共卫生事件，我国采取了诸多强有力的防控措施，其中对劳动关系影响较大的即是停工停产。一方面，在强制企业停业停产的同时，政策要求，对特定不能提供正常劳动的职工，企业应当支付工作报酬，并不得依据相关规定解除劳动合同。^{〔1〕}劳动法包括劳动关系法、劳动保护法和集体劳动法，^{〔2〕}其产生后的首要目标就是保护劳动关系中的劳动者。^{〔3〕}上述政策无疑体现了这一目标要

* 向春华，中国劳动关系学院法学院讲师。

本文为国家社会科学基金一般项目“中国社会立法问题研究”（19BFX176）的阶段性成果。

〔1〕 参见人力资源社会保障部办公厅《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅明电〔2020〕5号）以及各地政策规定。

〔2〕 参见〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社2014年版，第5页。

〔3〕 参见〔德〕W·杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社2005年版，第1页。

求。另一方面,根据清华大学经济管理学院、北京大学汇丰商学院以及北京小微企业综合金融服务有限公司联合对 995 家中小企业的调查结果,就现金流而言,34%的企业只能维持 1 个月,33.1%的企业可以维持 2 个月(两者合计 67.1%),最大的支出是员工工资和五险一金(62.78%)。^{〔4〕}自 1 月下旬至本文成文之时,已两月有余,很多地方(特别是湖北)、行业(如餐饮、旅游、院线)仍难言复工复产。即便政府已经作出了减免中小企业社保费的决策,中小企业难以为继者、未按上述要求支付劳动者工资者恐不在少数。如果企业已无财产执行上述政策要求,或者承受的代价是企业破产、更多工人失业,该当如何?

上述政策要求实际上是以劳动合同的持续为前提的。从主流界定来看,疫情以及相应的隔离、延期复工等公共政策属于不可抗力。由雇佣契约向劳动契约的进化,彰显了保护弱者的思想,实践着维护实质平等的法律理念。^{〔5〕}诚哉如此,但我们需要思考的是:当企业面临不可抗力乃至生死存亡之际,是否依然不能解除劳动合同而必须承担对雇员的保护责任;雇主所应承担的责任边际究竟应在何处;雇主保护义务与社会(政府)保护义务的界限在哪里。就用人单位的法定解除权而言,法律上的分类只是描述性分类,并没有探知用人单位解除的根本原因和尺度。^{〔6〕}本文试图分析,“新冠疫情”这样的不可抗力对劳动合同究竟有何影响,如何调适解除权与解雇保护,如何在雇主保护与社会保护之间进行责任分配。

一、新冠疫情与不可抗力制度

(一) 新冠疫情的法律性质

关于“新冠疫情”这一突发公共卫生事件,以及政府采取的相应疫情防控措施,全国人大常委会法工委发言人在接受记者采访时表示,属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。^{〔7〕}4 月 20 日,最高人民法院颁布了相关文件。^{〔8〕}根据其规定,疫情或疫情防控措施直接导致合同不能履行的,属于不可抗力;如仅导致合同履行困难的,应属于情势变更事由。

最高人民法院对类似疫情法律性质究竟属于不可抗力还是情事变更的判断基本类同。《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》(法〔2003〕72 号)规定,由于“非典”疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理;因政府及有关部门为防治“非典”疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于“非典”疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《合同法》第 117 条和第 118 条的规定妥善处理。前段更符合情势变更

〔4〕 参见《清华、北大联合调研 995 家中小企业,85%的企业撑不过 3 个月》,载 <http://finance.sina.com.cn/roll/2020-02-06/doc-iimxxste9282960.shtml>, 最后访问时间:2020 年 2 月 9 日。

〔5〕 参见黎建飞:《从雇佣契约到劳动契约的法理和制度变迁》,载《中国法学》2012 年第 3 期。

〔6〕 参见沈建峰:《劳动法作为特别私法〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》,载《中外法学》2017 年第 6 期。

〔7〕 参见《全国人大常委会法工委就疫情防控有关法律问题答记者问》,载 <https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/27621.html>, 最后访问时间:2020 年 3 月 11 日。

〔8〕 参见《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(一)》(法发〔2020〕12 号)。

之表述,后段更符合不可抗力之表述。学者认为,司法实践主要是“结果导向的法思维”,当裁判者需要免责或者部分免责的结果时,便将非典作为不可抗力;当裁判者需要调整或者变更合同内容时,便将“非典”作为情事变更。^{〔9〕}

不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。^{〔10〕}“‘不可抗力情况’是指,致使债务‘不可能履行’的各种事件,而不是指‘仅仅使债务履行需要更大代价’的事件。”^{〔11〕}情事变更^{〔12〕}是指合同有效成立后,因当事人不可预见的事情的发生,导致合同的基础丧失或动摇,若继续维持合同原有效力则显失公平,应允许变更合同或解除合同。^{〔13〕}“所谓情事,泛指作为合同成立基础或环境的客观情况。”^{〔14〕}不可抗力与情势变更制度的区别主要表现在功能、适用范围、可预见性和可避免程度、对合同履行的影响、法律后果等方面。^{〔15〕}

就“新冠疫情”而言,如果其导致合同不能履行,应界定为不可抗力;如果其仅仅对合同履行造成重大影响但非不能履行,应界定为情势变更。就劳动合同而言,这两种情形都有可能发生,基于本文研究目的,主要分析其作为不可抗力的情形。

(二)《劳动合同法》是否涵盖了不可抗力制度

《劳动合同法》未使用“不可抗力”这一表述。其第40条第3项、第41条第1款第4项规定劳动合同订立的客观情况发生重大变化导致劳动合同无法履行且无法变更的,用人单位可以解除劳动合同或者裁员。立法者认为,该规定是指履行原劳动合同所必要的客观条件,因不可抗力或其他情况如自然条件、企业迁移或被兼并、企业资产转移等的出现而发生变化,致使原劳动合同全部或部分条款无法履行。^{〔16〕}这一解释实际上为原劳动部的相关解释。^{〔17〕}

该解释混合了不可抗力与情势变更,有学者直接将其称为“情势变更解除”^{〔18〕}。一是,从“不可抗力适用于合同不能履行、情势变更系合同尚可履行”来看,上述规定因为强调“无法履行”应属于不可抗力。二是,从具体的客观情形如企业迁移、兼并等来看,其是可以预见并可以克服的,不会或很难导致“劳动合同无法履行”,应属于情势变更而非不可抗力。三是,不可抗力如地震、战争、传染病大流行等属于客观情况,但不是合同订立的基础。就“劳动合同订立的客观情况发生重大变化”这一表述来说,亦应属于情势变更。还有学者认为,“客观情况发生重大变化”使劳动合同目的无法实现,最终导致解除,而合同目的落空,亦即“目的不达”,属于英美法制度,其属于情事变更。^{〔19〕}由此可见,《劳动合同法》规则混杂了情势变更与不可抗力。这样一种不伦不类的混合性规则是否恰当呢?如果适应劳动法与劳动合同法的要求,自无问题;反之,则有反思与改革之必要。

• 189 •

〔9〕 参见韩世远:《不可抗力、情事变更与合同解除》,载《法律适用》2014年第11期。

〔10〕 参见《民法总则》第180条第2款。

〔11〕 《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社2005年版,第873页。

〔12〕 “情事变更”与“情势变更”含义相同。本文在表述时采用“情势变更”,但在引述时则根据作者的表述分别使用。

〔13〕 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第488页。

〔14〕 崔建远主编:《合同法》,法律出版社2016年版,第90页。

〔15〕 参见王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第386-387页。

〔16〕 参见全国人大常委会法制工作委员会:《中华人民共和国劳动合同法释义》,法律出版社2007年版,第143页。

〔17〕 参见劳动部办公厅公布的《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》(劳办发〔1994〕289号)第26条第3款。

〔18〕 李孝保:《中国劳动法基本理论问题研究》,法律出版社2019年版,第240页。

〔19〕 参见前引〔13〕,韩世远书,第492页。

（三）劳动合同解除及相关制度之困境

首先，混合规则无法应对新冠疫情及类似不可抗力的现实状况。根据该规则雇主解除劳动合同至少须具备两个条件：（1）与雇员就变更劳动合同进行协商，“即劳动合同内容上的协商，尤其是工作岗位与薪金待遇之调整方面的协商”^{〔20〕}；（2）遵守30日的预告期或支付同等金额补偿金。在停工停产、企业资金完全耗尽时，雇主无法与雇员就劳动合同内容变更进行协商，也无法遵守该预告期或支付经济补偿的要求；规则的适用很可能导致企业破产，雇员的劳动债权无法清偿。这显然与该规则的保护目的背道而驰。

其次，混合规则可能成为“压死骆驼的最后一根稻草”，使所有雇员以及潜在雇员利益受损。假定允许雇主在面临新冠疫情及类似不可抗力时（如不可抗力发生后15日）解除劳动合同，雇主因而不致破产。在不可抗力终结后，雇主可重聘原雇员或新聘其他雇员，可以解决更多人、更长远的雇用维持与就业保障。但混合规则使中小型企业走上灭亡之路，雇用维持与就业保障只能成为“水中月，镜中花”。不能因为保护大多数人的利益就当然牺牲少数人或个别人利益，同样，牺牲多数人利益保护少数人利益也未必正当。

此两项困境根源于混合规则更多考虑的是劳动合同订立时的客观情况之变化即情势变更，而没有充分考虑新冠疫情等不可抗力。在前者，雇主仍有相当履行能力；而在后者，雇主对于所有或大部分雇员已无履行劳动合同可能。

再次，从效力来看，该混合规则包含了劳动合同的变更与劳动合同的解除。而该规则中的劳动合同变更与一般变更即合意变更完全相同，实为画蛇添足。如果雇主只想解雇，自然不可能达成变更，该项变更形同虚设；如果雇主确愿变更，适用一般变更规则即可达成，该项变更可被束之高阁。其根源在于混淆了情势变更与不可抗力的不同效果。

最后，混合规则无法充分说明解除的根源及其正当性。学者将其概括为无过失解除（预告解除）以及经济性裁员。^{〔21〕}但是，为什么雇主享有解除权呢？此种解除或裁员的法理基础是什么？目前以各种价值为基础提出的论证都值得商榷。^{〔22〕}

正因为混合规则存在上述缺陷，所以需要引进和借鉴不可抗力制度。而这需要解决一个前提性问题，即：在劳动合同中是否可以引进和借鉴不可抗力制度，或者，在劳动法/社会法体系中是否可以借鉴私法的不可抗力制度。

二、劳动合同中引进不可抗力理论的正当性

（一）劳动法的部门法属性与民法理论的借鉴

关于劳动法的属性，有社会法说、^{〔23〕}独立法律部门说、^{〔24〕}特别私法说^{〔25〕}等理论。但即便

〔20〕 参见郑尚元：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社2008年版，第270页。

〔21〕 参见林嘉：《劳动法的原理、体系与问题》，法律出版社2016年版，第210-211页。

〔22〕 参见前引〔6〕，沈建峰文。

〔23〕 参见前引〔21〕，林嘉书，第36-41页。

〔24〕 参见王全兴：《劳动法》，法律出版社2017年版，第44页。

〔25〕 参见前引〔6〕，沈建峰文。

认为劳动法属于独立的法律部门,论者也依然承认劳动法与民商法等法律部门在调整对象、调整方法、法律原则等方面存在交叉。^{〔26〕}这一论断是显而易见的。民法是市场经济的基本法,是市民社会的基本法。^{〔27〕}诸如法人制度、自然人权利能力与行为能力等基本制度均由民法设定,劳动法必须遵循民法的基本制度,其实质是遵循社会基本制度。劳动法起源于市场配置劳动力资源,其社会保护的属性无法让劳动法离开民法。^{〔28〕}

需要进一步回答的是,在劳动合同领域能否、应否适用民法尤其是合同理论。有观点认为,在法律适用上,劳动法的案件不能适用民法的规则,即使是在劳动合同领域,当《劳动合同法》没有规定时,也不能适用民法的一般原理。^{〔29〕}相反观点则认为,民商法中某些反映合同一般特征的规定,可在一定条件下用来规范劳动合同。^{〔30〕}

劳动合同虽然有国家强制性干预的介入——这正是劳动法的基本特征之一,例如在符合一定条件时强制认定劳资双方为无固定期限劳动合同,但依然是劳资双方之间的合同。劳动合同是私人之间的合同,私法或合同法的规则仍有适用余地。^{〔31〕}虽然要符合国家强制性法律规定,但劳资双方订立劳动合同,在绝大多数情形下、其绝大多数条款都遵循意思自治原则。“私人自治和国家规制是劳动法须臾不忘之核心议题。”^{〔32〕}劳动合同法从民法汲取营养,在比较中相互促进。^{〔33〕}而对于作为合同法重要制度的不可抗力,劳动合同法也就不存在必然排斥的问题。

(二) 劳动合同的合意属性对契约自由及其限制的借鉴

不可抗力的基本功能是阻却法律责任,在合同法中即为对违约责任的排除。在劳动合同中能否引进不可抗力理论还需考察劳动合同中的契约自由问题。一般认为,在近代民法向现代民法转变的过程中,经历了私法自治到私法自治的限制,^{〔34〕}即从合同自由到对合同自由的限制,^{〔35〕}兼顾了契约自由与契约正义^{〔36〕}。但是,并非由后者取代了前者。^{〔37〕}在劳动合同法中,立法对于合同自由的干涉更甚于普通民商事合同,但这同样并不意味着契约自由即合同自由已经不在。

纵观国内关于劳动合同的文献资料,关于劳动合同对于契约自由体现的论述很少。但几乎无一例外的是,均认为劳动合同即劳动契约、劳动协议,系劳资双方订立的协议。^{〔38〕}从域外法来看,亦如此,如《德国民法典》第611条,《法国民法典》第1779条、第1780条,《瑞士债法

〔26〕 参见前引〔24〕,王全兴书,第46页。

〔27〕 参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》,法律出版社2019年版,第7页。

〔28〕 参见前引〔6〕,沈建峰文。

〔29〕 参见林嘉:《劳动合同若干法律问题研究》,载《法学家》2003年第6期。

〔30〕 参见前引〔24〕,王全兴书,第46页。

〔31〕 参见谢增毅:《民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则》,载《中国法学》2016年第4期。

〔32〕 许可:《劳动合同的自治与规制——以“违反强制性规定的劳动合同”为中心》,载《法学家》2017年第2期,第56页。

〔33〕 参见郑尚元:《民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位》,载《法学家》2016年第6期。

〔34〕 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第4-5页。

〔35〕 参见王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2015年版,第180-185页。

〔36〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第32页。

〔37〕 参见前引〔34〕,梁慧星书,第5页。

〔38〕 参见前引〔20〕,郑尚元书,第11-12页;前引〔21〕,林嘉书,第151页;前引〔24〕,王全兴书,第131页;谢增毅:《劳动合同法论》,社会科学文献出版社2019年版,第189页;徐智华:《劳动合同法研究》,北京大学出版社2011年版,第1页;黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第86页。

典》第10章等相关条款均列在“合同”下。而协议就是“合意”，是当事人意思表示的一致。^{〔39〕}既然劳动合同仍是“合同”“契约”或“协议”，那么不管有多少独特之处，其必须具备合同最基本的特征。劳动合同是一种公力干预的合同，但同样遵循合同的一般规律。^{〔40〕}其本质是合意。^{〔41〕}劳动合同没有、也不可能完全排斥契约自由。

在劳动合同仍须遵循契约自由原则的前提下，无论是从契约自由的视角，还是从公权力干预的视角，不可抗力均有其存在的空间。就前者而言，存在劳资双方可否就不可抗力进行约定的问题；就后者而言，则存在公权力能否就不可抗力情形下劳动权利与劳动义务进行干预，以及干预的界限问题。

（三）合理分配法律责任的需要

在过错责任原则的背景下，不可抗力致使合同不能履行，债务人对此无过错，自然不负违约责任。在无过错责任原则下，在发生不可抗力场合债务人仍应负责任，只是法律出于伦理、风险分配等考量而“特赦”。^{〔42〕}我国劳动合同的解除存在过错解除与无过错解除两种情形。^{〔43〕}但劳动合同的特殊性在于，虽然不是由于自己的过错导致违约，而系不可抗力导致，但并不能直接免除行为方的法律责任，因此更类似于无过错责任。

由于雇员享有辞职权，且除了特定情形如有服务期制约，其无过错解除几乎不受限制，因此不可抗力下对雇员辞职权几无限制。对于不可抗力下用人单位的解除权主要体现在《劳动合同法》第40条第3项、第41条第1款第4项。一方面，基于劳动关系，需要考虑此种情形下为何雇主仍然要承担法律责任；另一方面，要考虑不可抗力免除了何种责任，或者说限设了何种解除条件，为什么要进行此种限制。没有不可抗力理论很难对此解说清楚。

三、不可抗力的效力及其限制^{〔44〕}

（一）作为不负责任（免责）事由

不可抗力作为法定免责事由，在民法理论中已成定论，且为世界各国立法所普遍确认。^{〔45〕}针对劳动合同，亦有观点认为，不可抗力作为劳动违约责任免责事由存在的合理性毋庸置疑。^{〔46〕}此结论过于简单，既不符合我国立法现实，也没有在理论上分析清楚。

一方面，当不可抗力发生时即免除雇主责任，不符合劳动法“倾斜保护劳动者的原则”^{〔47〕}。另一方面，完全不免除雇主责任，不符合“过错归责原则”^{〔48〕}的要求，不能体现过错“对个人

〔39〕 参见前引〔13〕，韩世远书，第3页。

〔40〕 参见前引〔20〕，郑尚元书，第12页。

〔41〕 参见沈建峰：《论劳动合同在劳动关系协调中的地位》，载《法学》2016年第9期。

〔42〕 参见崔建远：《不可抗力条款及其解释》，载《环球法律评论》2019年第1期。

〔43〕 参见前引〔24〕，王全兴书，第213页。

〔44〕 限于文章篇幅，本文效力部分主要针对不可抗力对于雇主的影响而论。

〔45〕 参见刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载《法学研究》2000年第6期。

〔46〕 参见太月：《劳动违约责任免责事由的适用分析》，载《当代法学》2013年第4期。

〔47〕 参见前引〔21〕，林嘉书，第52页。

〔48〕 秦国荣：《劳动违约责任：归责原则、构成要件及立法完善》，载《当代法学》2006年第2期，第52页；太月：《劳动违约责任研究》，对外经济贸易大学出版社2015年版，第63页。

行为的非道德性、反社会性的价值判断”的意义并由此确定其责任的有无,从而使行为的责任界限得到明确划分。^[49]《劳动合同法》规则的逻辑结构是:不可抗力仍然是雇主的不负责任事由——雇员没有提供劳动且不可归责于雇主,故雇主不应承担责任,但基于劳动法的保护目的,限制了不可抗力的免责效力。现行规范的主要问题是:限制的边界是否合理。

从新冠疫情的现实来看,在雇员没有提供劳动、雇主没有过错且遭受巨大损失而无法维系时,人社部相关政策及规章、地方性法规、地方政府规章规定均仍然要求雇主在相当长的期间内支付全额工资、履行其他义务,并承担部分给付义务。严格来说,这并未承认不可抗力的免责效力,最多仅承认了其减责效力(从广义而言也可认为是免除了部分责任)。其对不可抗力的免责效力限制的边界过宽。就特定雇主而言,可能导致雇员更多利益、更多雇员利益无法实现——在雇主破产的情形下。这时其保护目的未必能够实现。

基于劳动法的本质属性,完全采行民商法中不可抗力的免责效力几不可行,但宜基于过错评价、客观现实、利益平衡、政策措施、制度比较等各种因素,缩小对其免责效力的限制。

(二) 作为解雇事由

解除是一方合同当事人以终止劳动关系为目的向另一方当事人作出的单方须受领的意思表示。^[50]不可抗力可作为合同解除的事由。^[51]如前所述,在不可抗力发生时,《劳动合同法》虽然允许解除合同,但需协商并有30日的预告期。我国台湾地区“劳动基准法”第11条规定,因不可抗力暂停工作在1个月以上时,预告期为10—30日,未规定协商为必要条件。因此,不可抗力作为解雇事由在理论上与实务上均得到承认。但同时亦基于劳动法的本质属性,而对其效力予以限制。该规则同样存在限制过宽的问题,无法有效应对新冠疫情的现实,亦应综合考虑各种因素,缩小对不可抗力解雇效力的限制。

(三) 作为变更事由

当不可抗力对于合同履行的影响没有达到“不能实现合同目的”的程度时,不发生解除权,合同关系继续存在,但合同的内容可能需要变更调整。^[52]社会动乱、自然灾害等可引起劳动合同的变更。^[53]

现行规则的问题在于:一是其将变更作为解雇的条件之一,将两者混杂;二是其所谓的“变更”与一般劳动合同的变更并无不同,此种变更实无存在之必要。亦即,现行立法虽承认不可抗力的变更效力,但此“变更效力”不同于不可抗力应有的“变更效力”。有鉴于此,一是可以考虑直接赋予雇主解雇权。如果出现了一定事实,结合个案中的所有情况并权衡双方当事人的利益,该事实使得对解除人来说劳动关系继续存续至解除期限或约定的劳动关系终止之时难以合理期待,则基于该重要原因双方当事人可以不遵守解除期限进行解除。^[54]在此种情形下无须进行变更。二是单设变更条款,赋予一方当事人变更请求权,赋予对方当事人变更义务。即在未根本

[49] 参见王卫国:《过错责任原则:第三次勃兴》,中国法制出版社2000年版,第158页。

[50] 参见前引[2],雷蒙德·瓦尔特曼书,第241—242页。

[51] 参见前引[15],王利明书,第545页。

[52] 参见前引[13],韩世远书,第486页。

[53] 参见前引[38],徐智华书,第124—125页。

[54] 参见前引[2],雷蒙德·瓦尔特曼书,第252页。

影响劳动合同的目的、有变更履行的可能时，一方当事人请求变更，对方当事人应予变更。当协商不成时，可进行司法（劳动仲裁）变更。

（四）延缓履行与劳动合同中止

不可抗力的另一个效力是可以延缓履行合同。若不可抗力仅引起暂时的不能履行，在不可抗力现象消失后，即可采取迟延履行等补救措施而非解除合同。^{〔55〕}迟延履行本属于违约行为，在因不可抗力发生时免责，实质上仍属于免责效力。从新冠疫情来看，免除雇主迟延给付的责任是存在的，如延期支付工资不承担法律责任。

在我国劳动合同制度中，没有设立迟延履行的规则，或因劳动法的保护目的，不允许雇主基于任何原因迟延履行。从这个角度来说，现行立法规则并不周延，政策性免除雇主迟延给付责任充分说明了此点。

与此问题相关，学界有关于劳动合同中止的观点，认为不可抗力应作为劳动合同中止事由。值得思考的是，民商事合同中并无“中止”一说，劳动合同中的“中止”说究竟能否成立，值得探讨。因此问题非本文重点，仅简要分析之。

一般认为，劳动合同中止即劳动合同履行的暂停，指在劳动合同履行过程中，因出现法定或约定事由，而暂停履行劳动合同约定的主要义务，待该事由消除后恢复履行。中止事由包括因不可抗力致使合同暂时不能履行。^{〔56〕}因不可抗力导致的劳动者失踪、客观上不能履行劳动合同，应适用劳动合同中止。^{〔57〕}从其概念来看，劳动合同中止系指履行中止而非效力中止，那么在劳动合同效力依然存在时，当事人又可拒绝履行，两者显然是矛盾的。无论从现行立法还是劳动法理论来看，在不可抗力发生时，特别是不可抗力仅仅影响雇员、而对雇主影响甚微时，完全排斥雇主义务也是不可行的。且不论现行法如医疗期等保护性规范，仅从劳动法的解雇保护理论来看，如果完全按照民商事合同处理，从而完全免除雇主对雇员的生活保障义务，那么，如何体现雇员对雇主的人身和经济依赖性，又如何体现雇主对雇员的照顾和保护义务？

唯一涉及合同中止的是保险法中保费分期支付的人寿保险合同效力的中止，学界共识认为是指效力的中止，也称失效、停效。^{〔58〕}其目的在于平衡分期付款的长期寿险（通常为终身寿险）合同中投保人、被保险人与保险人之间的利益，避免投保人已经长期缴纳保费后因一时不能缴费而保险人解除保险合同致使投保人和被保险人利益受损、保险人坐收渔利之不公平结果。其逻辑关系是：按照一般合同法理论，投保人违约，保险人可以解除保险合同；但基于保险的保障功能，保险法仅允许人寿保险合同暂时失效，允许复效。保险法中的这一共识是准确的。认为劳动合同可因不可抗力而发生履行中止的效力是不恰当的。在不可抗力发生时，无论是普通合同、劳动合同、保险合同，并非无效，亦非不应履行，而是不能履行，并由此发生是否要承担法律责任、是否可以变更或解除的问题。

〔55〕 参见叶林：《论不可抗力制度》，载《北方法学》2007年第5期。

〔56〕 参见前引〔24〕，王全兴书，第202-203页。

〔57〕 参见秦国荣：《劳动合同中止制度：劳动者权利维护及制度架构》，载《政法论丛》2010年第4期。

〔58〕 参见樊启荣：《保险法》，北京大学出版社2011年版，第207页；贾林青：《保险法》，中国人民大学出版社2014年版，第138页；温世扬主编：《保险法》，法律出版社2016年版，第193页；李玉泉：《保险法》，法律出版社2019年版，第236页；江朝国：《“保险法”逐条释义（第四卷 人身保险）》，中国台北元照出版有限公司2015年版，第442-455页。

四、不可抗力、劳动合同与社会保护

（一）利益倾斜与利益平衡

传统劳动法理论认为需要对劳动者进行倾斜保护，这或许正是不可抗力理论难以在劳动法中生根发芽的根本原因。这一理论认为保护劳动者首先就是要保护劳动者的基本利益，雇主向雇员支付的利益不得低于最低标准。^{〔59〕}“倾斜保护劳动者，以确保劳动者的生存。”^{〔60〕}解约保护试图给予构成雇员一般生存基础的劳动关系以存在保护，^{〔61〕}实施解雇保护以保护劳动者的生存权和就业权^{〔62〕}。但这一理论无法解释劳动合同中过错责任的存在。劳动者即便犯了严重过错，难道其基本生活就不需要保护吗？既然需要保护，为什么还可以解雇呢？该理论也无法解释保护的水平和问题。如果说最低工资构成基本生活保护，那么远高于最低工资的全额工资还应当保护吗？

不可抗力的落脚点是重新分配当事人的利益和负担。^{〔63〕}对于不可抗力的效力限制，立法者也认为是基于利益平衡，“是在平衡保护劳动者与企业合法利益基础上作出规定的，无过错解除情形下用人单位对劳动者的给付责任，目的是对劳动者进行保护，为劳动者寻求新的工作提供必要的时间保障”^{〔64〕}。因不可抗力而预告终止劳动契约，资遣费乃是雇主保护照顾义务之效力所衍生的一种义务，其法律性质为对受解雇劳工之“离职补贴”。^{〔65〕}然而，为何过错解除下雇主就没有保护义务了？就大陆法而言，离职与新工作期间的生活保护本有失业保险保障，为何还需要雇主保护？双重保护是否占用了更多社会资源而未尽公平？

• 195 •

传统劳动法理论通过解雇保护等制度限制不可抗力制度的适用，以平衡雇主与雇员之间的利益。但从新冠疫情这一典型的不可抗力事件来看，传统劳动法理论对雇员过于倾斜的保护，不仅可能严重损害雇主利益，也很可能损害雇员的根本利益。我国工人解雇保护水平是比较高的，甚至高出了经济合作与发展组织（OECD）许多发达国家的保护水平，应合理兼顾劳资双方利益。^{〔66〕}兼顾的依据或许就是，无论雇员还是雇主，都应当也只能得到其应当得到的。而不可抗力制度则提供了界定是否属于“应当得到的”的理据。但在传统制度框架下，适用不可抗力制度可能导致雇员利益无法保护的问题，因此存在两难。

（二）劳动法作为社会政策

遵循不可抗力制度会在相当程度上“解放”雇主，但雇员利益可能“落空”，这显然也是不能容许的。一方面，劳动者因疫情等不可抗力无法提供劳动，非其自身过错所致，若因此使其无法获取收入、失业而终使其生活陷入困顿，对其自身及其家庭显失公平；另一方面，因疫情等不

〔59〕 参见前引〔24〕，王全兴书，第58页。

〔60〕 前引〔21〕，林嘉书，第53页。

〔61〕 参见前引〔3〕，W·杜茨书，第127页。

〔62〕 参见前引〔20〕，郑尚元书，第288-292页。

〔63〕 参见前引〔55〕，叶林文。

〔64〕 参见前引〔16〕，全国人大常委会法制工作委员会书，第141页。

〔65〕 参见前引〔38〕，黄越钦书，第158页。

〔66〕 参见前引〔38〕，谢增毅书，第189页。

可抗力致使劳动者无法提供劳动、企业陷入停产等厄境，亦非企业原因所致，令企业仍旧承担给付义务，甚至令已完全无履行能力之企业继续承担对劳动者之照顾义务，实乃强人所难，既难言公平，亦不现实。妥善的化解之道应是寻求社会风险及其因应之社会政策。

风险使这个地球上所有的生命形态都处在危险之中。^{〔67〕}通过制造或限制涟漪效应产生的后果，会导致风险的放大或弱化。^{〔68〕}新冠疫情等不可抗力，均属于社会风险而不可归责于劳资任何一方。仅仅让企业一方承担，实际恶化了企业状况，最终会导致风险的扩大。减缓风险的“典型行动包括救灾、医疗措施和家庭援助”^{〔69〕}。即通过社会政策，由政府通过采取公共行动来确保国民的生活不会因为不幸、经济压力或者社会弱势而受到影响。^{〔70〕}

申言之，新冠疫情等不可抗力所造成的困境乃社会风险所致，应采抵抗社会风险之社会政策待之，既可保劳动者及其家庭周全，亦不致强使雇主陷入更大之困境，可在更大的范围内使企业对更多劳动者的长远利益发挥更好的保护功能。具体而言，可采以下方略，透过生活保障与就业促进的双重措施对劳动者实施社会保护，为发挥不可抗力之效力、平衡劳动者利益与企业利益保护奠定坚实基础。

第一，在如“新冠疫情”以及相应的停产措施等不可抗力发生致使企业完全无法履行及变更劳动合同时，应径赋企业以预告解雇权。预告期应大幅度缩短，如为7日。同时应设定企业重新雇用之义务，即如企业逃脱此劫重新营业需要新雇员工时，必须先行雇用因不可抗力而解雇之员工。其核心要义在于，在雇主没有过错且难以承受保障义务时，原则上不令企业承担保障义务。

第二，对于不可抗力主要影响雇员义务提供、而没有对企业整体营业造成根本性不利影响之情况，应与第一种情形分别待之。一是可适当延长解雇预告期；二是可免除雇主预告期内部分给付义务，如降低薪酬。在此种情形下，雇主所受影响较小，尚有能力履行一定的保护义务，亦为稳定劳动关系计，其所负保护义务应较第一种情形为多。

第三，增设社会保险给付义务。失业（就业）保险的功能包括生活保障、稳定就业、促进就业。^{〔71〕}故对于因不可抗力而被降低薪酬、解雇之雇员，可透过失业保险、其他社会保险项目或财政资源，给付损失补偿。给付标准应高于现行失业保险金标准，以确保雇员及其家庭基本生活为限；给付期限直至不可抗力终结，且该期限不计入失业保险金领取期限；不可抗力事件终结时，失业雇员尚未就业的，变更为失业保险金。

第四，在改造失业保险为就业保险之同时，透过财政政策等综合就业促进措施，优先促进因不可抗力而失业之劳动者重新就业，包括在原单位重新就业及以其他方式实现再就业。将雇主的就业维持与社会和政府的就业促进有机衔接。

劳动合同立法既是一项立法活动，也是一种重要的社会政策，其宗旨包括对劳动者倾斜保

〔67〕 参见〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社2018年版，第7页。

〔68〕 参见〔英〕尼克·皮金、〔美〕罗杰·E·卡斯帕森、保罗·斯洛维奇：《风险的社会放大》，谭宏凯译，中国劳动社会保障出版社2010年版，第26页。

〔69〕 〔美〕珍妮·X·卡斯帕森、罗杰·E·卡斯帕森：《风险的社会视野》（下），中国劳动社会保障出版社2010年版，第20页。

〔70〕 参见〔美〕Neil Gilbert、Paul Terrell：《社会福利政策引论》，沈黎译，华东理工大学出版社2013年版，第37页。

〔71〕 参见向春华：《社会保险请求权与规则体系》，中国检察出版社2016年版，第467页。

护、平衡劳资关系并追求和谐稳定、促进经济社会发展。^{〔72〕} 借取民法雇用契约长久形成之法理，辅之以劳动法实施社会政策之矫正，乃是我国劳动合同制度完善的必由之路。^{〔73〕} 通过社会政策的实施，劳动者因不可抗力所遭受的收入与就业风险获得社会保护，才有可能“解放”或限缩雇主的保护边界，才能扫清发挥不可抗力效力的障碍。

五、结 论

就法学以观，新冠疫情作为不可抗力，在劳动合同中亦应具有存在价值，以合理界分劳资双方的法律责任。法律上之所以未能正确规范不可抗力制度、未能有效发挥其效力，而使雇主承担了无法承受之重，不仅源于对该制度的理论探究不足，更源于未能准确洞悉新冠疫情的他面属性。在更宏观的社会视角下，新冠疫情此等不可抗力属于现代社会可能遭受之社会风险，不仅雇员无法独立承受此等社会风险，作为个体的独立雇主亦无法承受该等社会风险。应从社会政策视角，综合采用社会保障制度等策略因应此种社会风险，实现劳动法与社会保障法、社会政策的交融。雇员、雇主、社会、国家每个主体都应承担起各自应当承担的责任。唯有如此，才能使劳动关系更和谐，企业更稳健存续，劳动者的利益得到更好的、更长远的保障，不可抗力制度也才能从“应然”走向“实然”。

Abstract: The outbreak of COVID-19 was a force majeure event. The relevant provisions of Labour Contract Law combine the rules of force majeure and change of circumstances, and adopt the no-fault dismissal system with the conditions of negotiation and change of labor contract, advance notice and payment of economic compensation. This rule can not effectively deal with the state of business suspension caused by force majeure, and can not protect the long-term interests of workers, which actually magnifies the social risk of force majeure. Because the traditional theory does not fully consider the force majeure system, it cannot explain the fault liability in the labor contract, cannot reasonably divide the limit of labor protection, and may be unfair to the enterprise. The force majeure system should be established in the labor contract. Social policies, such as unemployment (employment) insurance, employment promotion, should be adopted to combat social risks of force majeure. And it is needed to reasonably distribute the responsibility for the employment risk and income protection caused by force majeure among the employer, the employee, the society and the government.

Key Words: COVID-19, force majeure, labor contract

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

〔72〕 参见李雄:《论我国劳动合同立法的宗旨、功能与治理》,载《当代法学》2015年第5期。

〔73〕 参见前引〔33〕,郑尚元文。

论算法合同的归责

夏庆锋*

内容提要：算法合同是指当事人一方或双方使用某种计算机算法来做出决策及履行义务的合同，这里的算法指计算或其他解决问题的操作，尤其指计算机所遵循的程序或规则。算法合同包括工具算法合同与自主算法合同两大类型。算法合同在实际适用中具有快速、全面、避免当事人的不合理偏见等优势，但也存在隐藏重要信息、导致不确定性损害等明显弊端。特别在黑箱算法合同场景下，由于无法判断算法使用者与算法执行之间的意志相连接性，难以依据现行法解决黑箱算法合同的归责问题。较为可行的归责方法是从三重维度出发，确定算法使用者的责任：第一，当算法决策与使用者决策具有意志相连接性时，由使用者承担算法致害的产品责任；第二，当算法决策与使用者决策不具有意志相连接性，但根据其他联系可以判断算法为使用者“人工代理人”时，由使用者基于代理规则承担被代理人责任；第三，当算法决策与使用者决策无任何关联时，依据算法使用者在先支付的保险费用要求保险公司承担赔偿责任。

关键词：算法合同 黑箱算法 产品责任 代理方法 保险赔偿

作为将输入转化为输出的指令序列，算法是当前数字世界的核心，计算机处理能力的提升以及搜索、社交、云计算的出现推动收集、存储和分析大数据算法的迅猛发展。算法支配着大量数字活动，从数据挖掘到区块链技术，从智能机器人到神经网络，包括对物联网所有设备的连接，算法已经渗透到社会发展的每一部分，具有巨大潜力。^{〔1〕} 例如，搜索引擎和社交网络依靠算法提供并决定各项搜索结果的排名，金融公司、信贷机构和银行系统使用算法进行投资和决定贷款策略，保险公司通过算法找到客户群体中风险最低的被保险人，企业利用算法检测和定位消费者行

* 夏庆锋，安徽大学法学院副教授。

本文为北京市社会科学基金青年项目“智能合同适用研究”（19FXC016）、国家社科基金重大项目“互联网交易制度与民事权利保护研究”（20205011483）的阶段性成果。

〔1〕 See Lucas D. Introna, Algorithms, Governance, and Governmentality: On Governing Academic Writing, 41 *Science Technology & Human Values*, 17, 29-30, 37-40 (2016).

为并改进产品与服务。^{〔2〕}显然,算法可以为社会带来丰富收益,有助于释放大量信息中的价值、优化生产流程和公共私人服务的提供、节约能源、确定分配稀缺资源的最佳方式、发现和预防犯罪等,且算法在履行这些职能时往往比人类决策者更为迅速和准确。^{〔3〕}当算法被引入合同时,有关交易事项的评估与合意的形成交由算法完成,算法合同在网络交易或其他非实体交易中发挥重要作用,决定交易发生的时间和价格。由于具备的信息收集与分析功能允许算法对市场的变化做出快速反应,个人可以利用算法做出有利于自身利益的合同决策,例如在金融市场中,投资者依据算法进行快速交易以获得收益或减少损失。^{〔4〕}

我国《民法典》第469条第3款、第512条等条文虽然对电子形式的合同进行了规定,但并未涉及更为具体的算法合同。《个人信息保护法》第73条第2项规定“自动化决策”是指“通过计算机程序自动分析、评估个人的行为习惯、兴趣爱好或者经济、健康、信用状况等,并进行决策的活动”,包含对算法的定义。《电子商务法》第48条第1款规定“电子商务当事人使用自动信息系统订立或者履行合同的行为对使用该系统的当事人具有法律效力”,这里的“自动信息系统”是指按照事先设定的程序指令、算法、运行参数与条件,在无自然人确认或者干预的情况下,交易双方为了订立或者履行合同进行信息互动的计算机信息系统。^{〔5〕}法律假定算法为一种工具,直接执行当事人的意志而没有学习或自主决定的能力,但是对于合同中普遍使用算法的现实来说,情况并非如此。一些算法合同将合同中决策的关键方面与当事人有意识的决定分离开来,自主履行合同义务的算法可能会选择等同于欺诈或非法歧视的做法,而这些策略是算法经过复杂运算所做出的决策,与使用它的个人或公司的意图相区别。因此,当算法合同在实际适用过程中造成损害结果时,由于某些情形下算法决策与使用者决策并无联系,若一概认定算法使用者承担产品责任而不顾及其是否存在过错或与算法决策存在其他联系,则必然降低算法使用者继续使用与发展算法技术的信心,也不利于算法合同在繁荣数字经济中的促进作用。但是,若仅仅基于算法决策与使用者无直接意志相连续性而不顾及其他关系进而否定使用者责任,则导致受到损害的相对方不能得到赔偿,也难以找到责任承担主体。

本文将算法合同中的算法视为算法使用者为实现合同目的而设立的“人工代理人”,利用代理法规则为算法合同造成损害后的救济活动提供法律依据,论文主要框架如下:第一部分定义算法合同并进行分类,对算法合同在实际适用过程中造成的损害情形进行分析;第二部分对算法合同致害的现有归责方案进行讨论,提出现行合同法的规制不足以及比较法上的不同做法,包括产品责任的适用以及数据与个人信息保护法的规定等;第三部分提出利用代理法规则来丰富与完善算法致害的归责机制,赋予合同中算法以代理人地位,使算法合同优势得以发挥的同时对其造成的损害进行弥补。本文还建议由算法使用者购买算法保险,当完全中性的算法决策导致相对人受损时,由于算法致害行为确与使用者无任何关联且无法进行提前预防,则由保险公司对损害结果进行

〔2〕 See Catherine O'Neill, Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy, 39 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 285 (2016).

〔3〕 参见张吉豫:《智能时代算法专利适格性的理论证成》,载《当代法学》2021年第3期。

〔4〕 See Harry Surden, Machine Learning and Law, 89 *Washington Law Review*, 87, 88 (2014).

〔5〕 参见电子商务法起草组编著:《中华人民共和国电子商务法条文释义》,法律出版社2018年版,第144页。

赔偿，该措施一方面降低算法使用者的风险防范成本，鼓励其使用算法技术，另一方面为可能的损害结果提供救济渠道，在适用算法合同促进社会进步的同时将风险分配给成本最低的一方当事人。

一、算法合同与算法致害

算法合同是指当事人一方或双方使用某种计算机算法来做出决策及履行义务的合同，这里的算法是计算或其他解决问题的操作，尤其指计算机所遵循的程序或规则。更具体地说，算法合同包含的条款内容是由算法而不是由当事人直接决定。当复杂的算法进入人类合同时，当事人控制合同履行过程以及预测合同履行结果的能力将受到限制，事实上，算法合同的优势就在于其可以结合当事人无法顾及的数据广度与条件数量进行决策。依据决策任务的复杂性和可预测性，当事人可以将算法作为单纯的工具或具有自主决策能力的“主体”在合同形成过程中使用，当算法的内部组件或逻辑程序被“破译”时，此时为白箱算法，而当算法逻辑在功能上是不透明时，此时为黑箱算法。^{〔6〕} 算法在合同形成过程中扮演的角色具有多重性，不同类型的算法合同对合同法提出了不同的挑战，在算法仅具有工具功能以及当事人能够预测算法履行结果的合同中，符合合同法的规制要求，但其他类型的算法合同则需要额外的解释。

（一）算法合同的分类

算法合同可以首先通过算法的角色区分为工具算法合同与自主算法合同，再通过分配给算法的任务区分为填补空隙型自主算法合同与协商型自主算法合同，最后，对于协商型自主算法合同进行细分，包括协商型自主黑箱算法合同与协商型自主白箱算法合同。算法合同与现有合同法规则之间存在匹配梯度，工具算法合同中的算法只是作为工具帮助当事人，通常不会为合同法提出任何新问题，这与当事人使用计算器或基本的商业办公软件进行决策或履行合同义务没有区别。填补空隙型自主算法合同属于合同法规制的范畴，类似于常见的在给定日期支付具有浮动性的市场价格的买卖合同，现有的不完全合同理论与相关法律规定可以对这种类型的算法合同进行规制。^{〔7〕} 当算法在合同的订立或履行阶段扮演谈判者的角色时，需要更多的解释性作业来证明其是否符合合同法要求。经典合同模型的当事人行为与其所欲表达的意志相一致，而黑箱算法合同则不同，使用黑箱算法涉及当事人无法知悉的突变行为，即算法以其使用者无法预测的方式与意愿行动，黑箱算法合同在算法当事人的客观表现意图与自主决策行为之间引入一个缺口。白箱算法合同是一种中间情况，当事人可以预测算法的行为，并且在范围上是有限的，使用白箱算法来

〔6〕 算法进行的“输入输出”过程并不容易被除算法创建者或使用者以外的人知晓，导致对算法过程与算法结果的正义性进行质疑，即为算法黑箱，而算法白箱则是指相对人知晓。参见金梦：《立法伦理与算法争议——算法主体行为的法律规制》，载《政法论坛》2021年第1期。

〔7〕 参见〔法〕埃里克·布鲁索、让·米歇尔·格拉尚编：《契约经济学：理论和应用》，王秋石等译，中国人民大学出版社2011年版，第8-9页。我国《民法典》允许当事人订立不完全合同，并就相关内容进行事后补充，例如第510条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”美国《统一商法典》（Uniform Commercial Code, UCC）承认不完全合同并允许在合同订立后进行补充，如第2.305条对合同中缺少价格条款进行补充、第2.306条对货物数量进行补充、第2.308条对交货地点进行补充、第2.309条对某些行为的履行时间进行补充、第2.310条对价款支付时间进行补充等。参见潘琪：《美国〈统一商法典〉解读》，法律出版社2020年版，第63-66页。

协商与履行合同足以显示出被一个合理稳定的结果所约束的意图。

算法合同可进一步分为三种适用类型,分别是高频交易算法合同、动态定价算法合同以及智能合同。高频交易算法合同利用产生高频交易信号的算法与优化交易执行的算法,在符合用户利益的前提下辅助其作出选择。^{〔8〕} 动态定价算法合同为不完全合同,采用直接填补空白的方式,以当事人达成合意为基础履行合同。^{〔9〕} 智能合同也是一种算法合同,利用区块链技术使交易自动进行,并实现在合同订立与履行阶段的完全自动化,正如约书亚·费尔菲尔德(Joshua Fairfield)所说,“去中心化应用程序可能会导致用户广泛使用‘聪明的’算法来选择价格和条件”^{〔10〕}。由于存在大量重复参与者、高频交易行业特定机构的监管以及智能合同使用社区的极端边缘化,算法合同适用过程中与订立履行及损害赔偿有关的诉讼较少。但是,随着网络技术的更新迭代,算法合同的适用范围不断扩大,在促进社会经济快速发展的同时也导致对特定人群的隐性歧视与具有不确定性的致害情形发生。^{〔11〕}

(二) 算法致害的具体情形

合同的意义不仅仅是交易价格的显示,也是一个场所,个人可以表达不基于理性主义市场定价的偏好,以促进社会信息共享。^{〔12〕} 从法院过去试图客观分析交易是否公平的利益损害合同理论到承认合同法完全是关于接受个人的实际偏好的法,合同学说与立法的转变验证了当事人意思在民法中的重要地位。虽然算法合同在适用过程中较人类决策具有种种优势,包括快速性与全面性、避免不合理偏见等,但是,其存在的弊端以及导致的对当事人的损害也是不可忽视的。^{〔13〕} 例如,算法可以通过其创建者的授权或根据有利于使用者利益的导向隐藏与合同订立或履行相关的重要信息,从而导致交易相对方无法共享相关信息并作出是否订立合同的真实意思表示。

1. 隐藏重要信息

如果算法被授权以及在合同履行中适用,其完全可以根据自身的学习能力采取最有利于使用者的方式筛选信息与履行义务,而这一方式可能并不符合当事人利益最大化的要求。例如,2009年亚马逊公司(Amazon)将近57000本支持同性恋的书籍从其销售书单中删除,原因在于这些书籍被错误地标示为“淫秽书籍”,这一删除行为是亚马逊公司编程的算法根据使用者“不得违法”的要求进行履行的结果。^{〔14〕} 对于用户而言,算法的自动删除行为使其无法购买有关同性恋研究的书籍,该销售信息的隐藏是算法使用者非故意的错误行为,导致合同双方当事人均受有损

〔8〕 参见彭志:《量化投资和高频交易:风险,挑战及监管》,载《南方金融》2016年第10期。

〔9〕 参见崔立红、梁婉颖:《数字时代版权合同中未知使用方式问题研究:不完全契约理论的视角》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期。

〔10〕 See Joshua Fairfield, Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection, 71 *Washington and Lee Law Review Online*, 35, 40-45 (2014).

〔11〕 参见王利明:《论人格权保护的全面性和方法独特性》,载《财经法学》2020年第4期。

〔12〕 例如,甲花费2000元从乙处购买限量版篮球鞋,这一价格除了包括篮球鞋自身价值外,还包括甲、乙不同的背景、喜好等因素。2000元价格有可能代表篮球鞋的市场价值,但也有可能超出或低于市场价值,如果超出市场价值,则代表甲对篮球鞋的喜爱程度较高或该鞋在市场上存量较少,若低于市场价值,则表示乙可能对其收藏物品的价值不太看好或其他原因需要尽快出售。

〔13〕 See Avishalom Tor, Boundedly Rational Entrepreneurs and Antitrust, 62 *Antitrust Bull.*, 42-43 (2017).

〔14〕 See Tarleton Gillespie, The Relevance of Algorithms, in Tarleton Gillespie et al. ed., *Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society*, MIT Press, 2014, p. 171.

失。但是，如果供应商故意使用算法隐藏重要信息，并利用这一行为谋取非法利益，其最终结果将对合同相对方造成损害。例如，算法使用者认为某些信息不重要而予以忽略，使相对人无法得知，也无法对这一特定信息进行评估。又如，产品供应商为了提高缔约成功率，故意利用算法将产品的不利信息删除，使相对人在不了解重要信息的情形下订立合同。甚至，若算法使用者的律师认为相对人知情特定信息将使公司承担过重责任，则公司完全可能积极寻求确保算法不考虑这些信息的方式处理。合同是法律规制的一个独特领域，当事人之间的合同条款对其具有法律拘束力，而赋予算法在隐藏重要信息的前提下获得相对人同意的法律强制力，不仅在伦理上存在问题，还剥夺了相对人关于合同订立的有价值的、无法替代的信息来源的知情权利，在相对人获知隐藏信息后将做出相反意思表示的场合尤其如此。

2. 导致不确定性损害

复杂的算法可以迅速找到当事人不太可能或无法确定的与合同相关的事物之间的联系，但也可能产生当事人难以预见的后果。在物权法律关系中，物权的占有、使用、收益和处分等权能皆由物权人行使，法律只涉及边界，个人能够控制物权变动的各个方面，如当事人之间可以约定仅转移一块土地的使用权而非所有权。^{〔15〕}而在算法合同法律关系中，算法的使用产生大量风险。^{〔16〕}对于工具算法合同而言，算法风险是一种理性的、经过计算的风险，企业和个人可以管理自己的风险，当他们的冒险行为影响他人时，合同法与侵权责任法的规定允许受害人获得赔偿。但是，对于自主算法合同尤其是黑箱算法合同而言，不确定性问题逐渐凸显。使用黑箱算法重新分配当事人之间权利义务的不确定性在于该算法不在任何人控制的范围内运行，难以跟踪和最小化算法适用所带来负面结果的潜在风险。由于使用者无法确定黑箱算法自我学习将产生的具体行为，算法风险无法控制，也不能进行有效应对。例如，在动态定价算法合同中加入种族、性别等考量因素，使其从填补空隙型自主算法合同转变为协商型自主黑箱算法合同，不仅导致议价能力更为悬殊，甚至剥夺当事人订立合同的权利与资格。具体案例如优步（Uber）服务平台中女性和非洲裔美国乘客受到各种形式歧视的可能性更大，包括等待时间更长、取消次数增加等。^{〔17〕}又如，根据爱彼迎（Airbnb）的研究显示，提供的姓名更像是非洲裔美国人的客人预订请求被接受的可能性要比平均水平低 16%。^{〔18〕}

3. 降低社会福利水平

尽管多数算法正确地反映当事人偏好，但是，至少在黑箱算法合同场景下并不总是这样。黑箱算法合同可以使价格歧视成为可能，例如在“客观算法”的幌子下，利用复杂的算法和大数据从相对方获得超额利益，让优势一方变得富有且弱者失去更多权利，进而由对每一个消费者利益的侵害导致对社会整体的侵害，使社会福利水平降低。^{〔19〕}“大数据杀熟”是一种典型的利用个人偏好进行

〔15〕 See Henry E. Smith, Property as the Law of Things, 125 *Harvard Law Review*, 1691 (2012).

〔16〕 参见张凌寒：《网络平台监管的算法问责制构建》，载《东方法学》2021年第3期。

〔17〕 See Yanbo Ge et al., Racial and Gender Discrimination in Transportation Network Companies, pp. 18–19 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 22776, 2016).

〔18〕 See Benjamin Edelman et al., Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment, 9 *American Economic Journal*, 1–2 (2017).

〔19〕 参见张吉豫：《智能社会法律的算法实施及其规制的法理基础——以著作权领域在线内容分享平台的自动侵权检测为例》，载《法制与社会发展》2019年第6期。

价格歧视的算法适用,网络交易平台对用户浏览、收藏、购买、评价等记录进行收集,形成个人购买偏好的大数据集,再利用算法的深度学习能力对这些信息进行分析,并智能化、自动化、高频化地推送用户“可接受”的高价产品。^[20]“大数据杀熟”的网络操作已经完全背离基本商业道德与我国《民法典》要求的公平与诚信的基本民事行为准则,对社会群体造成普遍性损害。^[21]

二、算法合同的立法归责模式及弊端

在算法合同中,利用算法可以做出更快、更全面、更少偏见的交易决策,降低成本并提高每个步骤的履行质量。但是,目前合同中算法的适用主要表现为由算法使用者一方控制,容易使本来就占据优势地位的产品、服务供应商为了获得更大利益而利用算法隐藏有关交易的重要信息,对合同弱势一方的普通当事人造成损害。有些算法合同的编码设计在履行过程中造成不确定性损害且无法提前应对,甚至造成社会整体福利水平下降。而对于算法合同致害的归责安排,主要包括依据合同法、产品责任法以及数据与个人信息保护法的规定要求过错方承担责任,这些立法模式虽然发挥一定的作用,但各自都存在明显的弊端,不利于对算法合同行为进行有效规制以及对合同相对人进行充分救济。

(一) 合同法的规范限制

当合同中的算法只是工具以及算法使用者能够预测算法行为结果时,要求算法使用者承担合同责任符合法律要求。在商法中,传统的相互同意和对价要求有时由于对当事人复杂程度的假设而有所放宽。^[22]但是,黑箱算法已经远远超出其授权实体意图和能力的范围,这是合同法立法者所没有考虑到的新现实,正如鲍尔金(Balkin)所言,“黑箱算法通过分类和风险评估构建身份和声誉,为歧视、限制和操纵创造机会,而没有足够的透明度、问责制、监控或正当程序”^[23]。由于黑箱算法合同中起关键作用的算法的法律地位并不确定,算法使用者利用算法暗示同意给定交易的特定意图,但当涉及该算法交易造成的不良结果时,算法使用者很难被证明有足够、具体、客观的意思表示来承担责任。

1. 黑箱算法合同具有突变属性

自愿、真实地表达同意受条款约束是合同生效的关键要素,合同法理论中的主要观点认为,合同从根本上来说是一种意志的表达,是双方或多方当事人受条款约束的有意识的、客观表现的意图。^[24]当然,这里的客观同意也需要一定程度的主观意识,例如,在兰迪·巴奈特(Randy Barnett)以意志为导向和宽容的形式合同观点下,同意订立合同并不意味着当事人需要真正理解

• 203 •

[20] 参见郑智航、徐昭曦:《大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例》,载《比较法研究》2019年第4期。

[21] 法规层面已有相关规定,如国务院反垄断委员会印发的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄断发〔2021〕1号)第17条规定,禁止具有市场支配地位的平台经济领域经营者基于大数据和算法,根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等,实行差异性交易价格或者其他交易条件;《深圳经济特区数据条例》第69条规定“市场主体不得利用数据分析,对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇,但是有下列情形之一的除外”等。

[22] 参见范健:《从全球经济危机反思现代商法的制度价值》,载《河北法学》2009年第8期。

[23] See Jack Balkin, The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data, 78 Ohio State Law Journal, 1239 (2017).

[24] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第3-4页。

合同条款后才能做出承诺，相反，它是“表明同意接受法律约束”的主观表现。^{〔25〕}即使个人选择不去阅读冗长的条款，也会有意识地在形式合同中表达同意，而这种同意意思表示只是确定“理性的无知”具有法律效力。但是，即便在形式上同意合同内容也是有限度的，超出合理范围的条款不应被视为合同的一部分。^{〔26〕}

合同中的算法被视为工具，帮助当事人比较价格和质量并预测市场趋势，在不确定的条件下做出权衡利益的决定。但是，随着算法技术的发展以及黑箱算法合同的出现和适用，当事人对算法的授权可能导致这些算法完全绕过当事人意志而自主做出决定。接受一般格式合同的当事人可以说是“理性的无知”，而在黑箱算法合同中，由于条款内容或履行方式并非确定的且随时变化，与一般格式合同中“理性的无知”所需的条款内容虽未知但固定的要求不符，算法合同中相对方当事人的同意表示也不能称之为“理性的无知”。双方当事人都不知道算法将如何履行，虽然算法本身做出更为细致的选择，但自主选择与当事人有意识的选择具有不同的法律地位。^{〔27〕}黑箱算法通过收集不同当事人个人信息与行为动机以及对缔约环境变化的及时学习来调整自己的决策逻辑，其合同行为具有突变属性。机器人法律专家雷恩·卡罗（Ryan Calo）将“突变”定义为“不可预测的有意义行为”，例如，在金融市场，虽然金融机构的定量分析师会利用编程算法的行为进行选股，但金融机构无法预测算法将选择哪些股票。^{〔28〕}突变属性也是开发和使用黑箱算法合同的商业目标之一，商家可以利用这一属性为自己谋求更多利益且不用担心可能产生的责任追究问题。原因在于，在出现黑箱算法的情况下，法律必须对其致损的责任轮廓有连贯且清晰的说明，否则难以追究算法使用者的过错责任。除非法律包含了算法相对于人类主体所扮演角色的恰当规定，否则不能反映合同法基础理论的黑箱算法合同虽然属于合同范畴，但基于合同法的规范通式与黑箱算法合同之间存在巨大差距的客观事实无法要求算法使用者承担合同责任。因此，黑箱算法具有的突变属性不符合合同法要求当事人承担责任的场景化考量，当黑箱算法合同造成损害结果时也因为无法追究使用者责任而导致巨大的负面效应。

2. 黑箱算法合同缺乏当事人相互同意

相互同意是指合同双方达成的合意，现行合同法中相互同意的要求是由一个客观标准来决定的，即当事人通过其行为表现出来的明确意图，通常以要约和承诺的形式存在。在双边合同的传统解释中，一方提出要约，另一方对要约进行评估，然后选择接受或拒绝。然而，在算法合同的情况下，一方使用算法来确定价格和其他合同条款，而不是直接与对方达成相互同意内容。问题在于，一方使用算法为其选择价格和合同条款的明确意图，是否与算法选择的实际、客观的同意合同条款意图相同。算法在使用者意图与算法行为之间进行连结，如果算法在当事人设定的参数范围内行动，那么代表使用者的算法就是一个管道，使用者意图与算法行为具有一致性。但是，

〔25〕 See Randy E. Barnett, Consenting to Form Contracts, 71 *Fordham Law Review*, 627, 629-630 (2002).

〔26〕 参见夏庆锋：《网络合同中伪契约条款的排除》，载《经贸法律评论》2020年第2期。

〔27〕 See A. Michael Froomkin, P. Zak Colangelo, Self-Defense Against Robots and Drones, 48 *Connecticut Law Review*, 1, 6 (2015); Rebecca Crootof, The Killer Robots Are Here: Legal and Policy Implications, 36 *Cardozo Law Review*, 1837, 1844-1845 (2015).

〔28〕 See Ryan Calo, Robotics and the Lessons of Cyberlaw, 103 *California Law Review*, 513, 532 (2015).

在黑箱算法合同场景下,要约人同意黑箱算法履行合同事务只是一个虚幻的承诺,这种虚幻的意思表示与黑箱算法实际表达出来的义务履行缺乏意志上的一致性。换言之,算法所表达出来的意思与使用者意思存在不同,即使相对人同意算法决策,此时也难以证明其与算法使用者达成一致的意思表示。

基于工具层面对算法的使用,可以清晰地确定算法使用者的合同意图。但是,以太坊(Ethereum)的大规模盗窃以及股市闪电崩盘等重大事件的发生,是真实世界的案例,说明算法选择的行为可能会偏离有意识的自然人的意图。^[29]如果当事人使用算法时列举宽泛的目标,例如“如果属于我的业务利益范围就做这件事”,这一意思并未承诺受算法操作的某一特定合同条款约束,在出现算法违法行为并造成损害结果时也无法对其进行追责。使用算法的当事人需要对算法损害行为负责,但是,“一方使用算法订立合同,但他们‘大概知道’将会发生什么”这一模糊概念并没有上升到合同中相互同意的水平。在工具算法合同中,各方对一个算法或未来的市场价格达成合意,然而,在黑箱算法合同的情况下,确定一种算法并不能代表合同内容是固定不变的,当算法同意的内容在当事人使用算法时无法确定时,该当事人没有客观地表现出受其约束并在出现损害后果时承担赔偿责任的意图。我国《民法典》规定承诺生效时合同成立,而承诺是指另一方当事人对一方当事人提出要约的同意,对于黑箱算法合同而言,在不具备当事人相互同意的前提下,当然也无法符合合同法关于责任承担的规范要求。

(二) 产品责任法的适用缺陷

产品责任法来源于侵权责任法的规定,我国《民法典》第1202条至1205条对产品责任的一般情形进行定义,“因产品存在缺陷造成他人损害的,生产者应当承担侵权责任”。因此,对于算法角色仅为工具的或对于白箱算法合同而言,适用产品责任法要求算法使用者或创建者承担责任具有合理性,此时算法属于“产品”。美国学者关注嵌入算法的智能汽车和其他机器人物理对象,一些学者认为,算法使用者和创建者应遵守一般的侵权过错规则,或者算法产品的最终制造商根据产品责任规定对损害后果进行赔偿。^[30]另一些学者建议对智能汽车等算法载体适用妨害责任规则,将智能汽车等同于雇员、儿童或动物,从而将替代责任或无过错责任强加给车主和所有者,并采取无过错赔偿规则,使受害者有权从车主和所有者处获得赔偿。^[31]欧洲政府和专家机

• 205 •

[29] 以太坊创立的“去中心化自治组织”(Decentralized Autonomous Organizations, DAO)于2016年6月通过众筹融资1.5亿美元,用于投资加密货币初创公司,随后黑客利用该编码的设计漏洞盗走价值5000万美元的加密货币。学术争论的焦点在于黑客是否促成智能合同的正确履行,即虽然黑客盗取了价值高昂的加密货币,但这一行为事实上符合智能合同的程序要求。需要注意的是,即使按照智能合同预设的算法履行合同内容,DAO投资者意图也不可能允许他人对其网络财产进行非法占有,智能合同行为与投资者意图存在偏差。参见夏庆锋:《区块链智能合同的适用主张》,载《东方法学》2019年第3期。

[30] See David C. Vladek, *Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence*, 89 *Washington Law Review*, 128-129, 145-147 (2014); Mark A. Geistfeld, *The Regulatory Sweet Spot for Autonomous Vehicles*, 53 *Wake Forest Law Review*, 337, 354-359 (2018); Madeline Roe, *Who's Driving That Car? An Analysis of Regulatory and Potential Liability Frameworks for Driverless Cars*, 60 *Boston College Law Review*, 344 (2019); Andrew D. Selbst, *Negligence and AI's Human Users*, 100 *Boston University Law Review*, 43-52 (2020).

[31] See Sophia H. Duffy, Jamie Patrick Hopkins, Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability, 16 *SMU Science and Technology Law Review*, 471-473 (2013); David King, *Putting the Reins on Autonomous Vehicle Liability: Why Horse Accidents Are the Best Common Law Analogy*, 19 *North Carolina Journal of Law & Technology Online Edition*, 145-156 (2017).

构主要关注算法活动的事前治理，呼吁更好的自我监管和建立专家监督系统。^{〔32〕}其中部分法律学者提出并探讨责任问题，特别是关于嵌入机器人和智能设备的算法，具体的解决方案包括从根据《欧盟产品责任指令》（1985/374/EEC）使智能产品制造商承担赔偿责任到对此类产品所有者和用户适用托管和替代责任的相关规则。^{〔33〕}欧盟委员会认为，解决物理产品中嵌入算法造成损害的正确答案在于更新欧盟产品责任制度，制定针对智能设备的特别规则。^{〔34〕}

但是，适用产品责任法解决算法合同的归责问题只能在算法作为工具或算法使用者完全控制算法活动的情形下发挥较好的规制作用，在自主算法合同尤其是黑箱算法合同场景下，要求算法使用者承担产品责任缺乏合理依据。我国《民法典》第1165条第1款规定“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任”，而承担无过错责任的情形需有法律规定，因此，当非工具算法造成对方当事人损害时，由于无法判断此时的算法使用者是否存在过错，要求其承担赔偿责任不符合产品责任法的规范要求。例如，高频交易涉及黑箱与白箱算法合同，在一个不断变革的专有算法环境中，进行有效监管是非常困难的。当白箱算法致害时，适用产品责任法要求算法使用者承担责任符合法律规定，而当黑箱算法致害时，由于其不符合产品责任法的适用前提，无法要求算法使用者承担责任。尽管高频交易盛行，但是算法使用者以掩盖计算痕迹的方式制定最佳盈利方法，其行为虽然对投资者整体造成巨大损害，却因为不符合产品责任法的规制要求而无需承担不利后果。^{〔35〕}

（三）数据与个人信息保护法的处理难题

在加强数据与个人信息保护的大背景下，欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, GDPR）颁布一项普遍禁止算法自动决策的规定，该法第22（1）条规定，“如果某种包括数据画像在内的自动化决策会对数据主体产生法律效力或对其造成类似的重大影响，数据主体有权不受上述决策的限制”，适用范围包括招聘、工作评估、信用申请、保险单、服务提供的决定，以及任何形式的价格歧视、商业助推、行为广告和营销等。^{〔36〕}同时，GDPR第82（2）条规定：“参与处理的任何控制者应为违反本条例的数据处理导致的损害负责。任何处理者，仅在其未遵守本条例对于处理者义务的特别规定或采取超出控制者的合法指令或与控制者的指令相反的处理行为时，应为数据处理导致的损害负责。”GDPR通过对数据主体的保护规定间接赋予算法接受者拒绝的权利，以及其后条文中对算法致害的赔偿措施，但该法得以妥善适用需至少解决如下难题，即如何论证违反第22（1）条规定将直接触发第82（2）条适用于数据控制者和处理者的责任规则。第22（1）条规定的数据主体有权不受自动处理与分析而作出

〔32〕 参见沈岿：《数据治理与软法》，载《财经法学》2020年第1期。

〔33〕 See Cédric Coulon, Du robot en droit de la responsabilité civile: à propos des dommages causés par les choses intelligentes, 29 *Responsabilité Civile et Assurances*, 17–21 (2016); Jan De Bruyne, Jochen Tanghe, Liability for Damage Caused By Autonomous Vehicles: A Belgian Perspective, 8 *Journal of European Tort Law*, 354–363 (2017); Jean-Sebastien Borghetti, Extra-Strict Liability for Traffic Accidents in France, 53 *Wake Forest Law Review*, 265, 290–291 (2018).

〔34〕 See European Commission, Launch of Call for Experts for Group on Liability and New Technologies, available at <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/615947/en>, last visited on Jul. 19, 2021.

〔35〕 参见肖凯：《高频交易与操纵市场》，载《交大法学》2016年第2期。

〔36〕 See Gianclaudio Molgicri, Giovanni Comandé, Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation, 7 *Int'l Data Privacy Law*, 243–265 (2017).

决策的约束,如果算法决策对合同相对人产生重大影响,能否推导出算法使用者存在违反条例的行为,由于算法使用者与算法决策之间可能不存在意志相连接,此时也无法适用第82(2)条要求算法使用者承担责任。

我国《个人信息保护法》第24条规定:“个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策,应当保证决策的透明度和结果公平、公正,不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销,应当同时提供不针对其个人特征的选项,或者向个人提供便捷的拒绝方式。通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定,个人有权要求个人信息处理者予以说明,并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。”该法条相较于GDPR第22(1)条而言,除了赋予算法接受者拒绝权,还要求算法使用者保证算法决策的透明度以及决策结果的公平合理,这一设计的优势在于解决了GDPR第22(1)条面临的与其后责任追究条款的连接难题。《个人信息保护法》第66条对“违反本法规定处理个人信息,或者处理个人信息未履行本法规定的个人信息保护义务”的处理者进行处罚,只要算法决策过程为当事人所不知情或最终结果使合同相对人受到不公平对待并造成损害的,即违反第24条规定的透明度与结果公平合理要求,此时可直接依据法律责任条款要求算法使用者承担责任。

但是,《个人信息保护法》第24条的规定仍然产生新的难题,即如何设立决策透明度以及结果公平合理的判断标准。就决策透明度而言,工具算法合同及白箱算法合同当然可以保证。而黑箱算法合同的优势在于效率与算力的极大提升,这一优势来源于大数据时代数据收集、存储、计算和分析的进步,使算法能够将众多变量整合到决策树中,提供一种仅靠人类思维无法达到的复杂维度,也就是说,黑箱算法合同的适用存在大量的且不断变化的数据信息,无法满足一般认识中的透明度要求。因此,若依照《个人信息保护法》认定黑箱算法合同不符合透明度要求而予以否定,则不利于网络交易的发展,而认可黑箱算法合同的不透明性则不利于对损害后果的追究,导致进退两难的窘境。对于结果公平合理的认定问题,由于黑箱算法合同的履行结果具有不可预测性,这也为相对人先行同意再予反悔的行动提供土壤,诱发道德危机的产生。例如,算法合同相对人完全可以在订立合同之初表达对使用算法自动化决策的同意,当出现其不满意的履行结果时再以不符合公平合理标准为由要求解除合同,而不管该结果是否实质不公正。

• 207 •

三、三重维度的算法合同归责方法

我们需要承认算法不仅仅是工具,并且不能错误地假定只有算法使用者能够预测复杂算法的运算结果时才承担过错责任,而是根据利益归属进行判断,只要算法使用者与算法具有关联并最终获利,就应当承担算法自身错误行为的不利法律后果。将算法合同分为黑箱算法合同与非黑箱的一般算法合同进行讨论,对于一般算法合同而言,可以相对容易地发现使用者编码行为与算法之间的联系。^[37]但是,对于黑箱算法合同而言,则不能一概判断使用者与算法执行之间的意志

[37] See Avigdor Gal, It's a Feature, Not a Bug: On Learning Algorithms and What They Teach Us (unpublished Note for the 127th meeting of OECD Roundtable on Algorithms and Collusion 21-23 June 2017).

相连接，也难以依据现行立法解决黑箱算法合同的归责问题。

（一）存在意志相连接的产品责任方法

一般算法合同具有透明性且能够传达有意识的要约与承诺，在实践中使用算法将相互同意转化为行动，可以作为未来合同活动的辅助工具。虽然算法合同中当事人合意的形成不会通过实际签字、口头陈述或点头表示同意，但算法使用者与相对方已经通过编码的形式对合同中的决策参数进行交流，且通过交流产生的结果来指导自己的行动。一般算法合同使用者的意志与算法意志具有相连接，算法目标由使用者设定，实际上为服务于特定目标而设计的算法就像软件工具一样，这些工具可以在计算机化的网络中进行民事活动并传递信息，与其他当事人控制的软件工具进行交互。而且，使用者可以对算法用于做出决策的具体程序进行限制，例如，通过编码的设计要求算法按照某种方式行事或在做出决策前向算法使用者发出申请。

产品责任法对合同中算法进行有效规制的前提是算法不能存在“有意图的心理状态”，在一般算法合同场景下，算法只是将使用者的意思自动地表达出来，这里所产生的一切后果由使用者承担，符合法律的规定。以无人驾驶为例，无人驾驶汽车的算法体现工具性，如果出现非驾驶人过错导致损害后果，需追究生产者提供瑕疵产品的侵权责任。^{〔38〕}但是，当存在一种学习协调场景时，算法可以通过强化的自我学习能力独立地实现给定目标，而不是当事人专门编码做出的某种反应。当算法合同协调的不是明确的人类设计的结果，而是进化的、自我学习和独立执行的结果时，此时无法适用产品责任法对算法合同的法律关系进行规制。

（二）存在其他联系的被代理人责任方法

代理是指代理人以被代理人名义实施的法律行为，其法律效果由被代理人承担。在现代社会，代理既是交易的工具，也是人们从事社会交往所不可或缺的手段，具有辅助功能与延伸功能。^{〔39〕}我国《民法典》第162条规定，“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力”，当代理人的行为方式违背与第三人的合同约定或造成利益损害时，只要其代理行为在被代理人授权范围内，则被代理人需承担责任。要求被代理人承担责任有利于促进其对代理人的代理行为进行监督，防止代理人的行为超出限度并对相对人造成损害，被代理人对代理人的代理活动更为熟悉，立法上的这一安排意在付出最少成本保证代理活动的正常进行以及对各当事人的权利保护。以代理规则规范算法合同具有可行性，尤其在黑箱算法合同类型中，虽然对于有些算法使用者的行为无法判断是否存在过错，但可以依据代理规则要求实际获利的算法使用者承担责任，代理方法是法院对黑箱算法合同进行规制的有效措施。

1. 纯粹工具说与控制说的不周延性

我国立法上将算法视为一种“自动信息系统”，作为工具辅助人类合同的订立与履行，而“纯粹的工具”无法独立做出改变个人或公司法律关系的决定，例如《个人信息保护法》第24条第3款规定个人“有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定”。如果仅仅依赖于过时的假设认定算法只能作为工具，与算法签订合同的可执行性将受到质疑，这也导致算法使用者

〔38〕 参见袁曾：《无人驾驶汽车侵权责任的链式分配机制——以算法应用为切入点》，载《东方法学》2019年第5期。

〔39〕 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第600-601页。

丧失足够的动机来发展与监督算法行为。美国法律部门的认识较为先进,其并非将算法仅仅限定在工具的范畴,例如一家地方法院早在1992年的判决中就认为算法不能免于《信息自由法案》(Freedom of Information Act, FOIA)的要求,“因为它不是一种工具,而是法律规定的实质性部分”,当创建者委托算法在特定的参数范围内实现给定目标时,算法就承担着决策者的角色,其有创建者强加的特定目标和条件,但它了解并处理算法创建者所不了解的细节。^[40] 欧洲立法机构认为,即使算法不仅仅是工具,其使用者也具有足够的能力来理解和预测算法行动的所有可能结果,就算法造成的损害应当由其使用者承担赔偿责任,如欧盟《通用数据保护条例》第82(2)条规定参与处理的任何控制者应为违反本条例的数据处理导致的损害负责。^[41] 但是,事实上很多黑箱算法合同的使用者无法预测与控制算法行动的所有可能结果,以“控制说”要求算法使用者承担算法损害的赔偿责任并不合理。

2. “人工代理人”的最佳问责模式

山姆·威齐格(Sam Wilzig)认为对算法行为的归责可采用的方法包括产品责任、危险动物责任、代理责任等。^[42] 产品责任前文已经述及,仅对于工具算法合同与白箱算法合同具有较好的规制效果,危险动物责任指将算法拟定为“危险动物”,由其“看管人”即算法使用者承担损害后果的赔偿责任,其适用前提为“危险动物”行为受看管人支配。需要注意的是,当算法复杂到足以产生突变行为并被使用者授权签订和履行合同时,例如在黑箱算法合同中,没有足够的证据证明算法使用者可以支配或控制算法的合同行为。本文认为,考虑算法问责的最佳模式是将算法塑造为使用者的“代理人”,算法使用者可以通过正式授权、默示授权或追认授权等方式授权算法履行代理行为,并将意图和行为结果归责于没有直接参与事务但最终获利的使用者。

受欧洲大陆对自上而下、严格法律监管力量的信念启发,2017年2月欧洲议会通过一项关于“机器人民事法律规则”的决议,敦促欧盟委员会建立“网络物理系统、自主系统、智能自主机器人及其子类别的共同定义”,同时考虑为机器人建立长期的特定法律地位。^[43] 这一措施的直接结果是使最为复杂的自主机器人具有“电子人”身份,负责赔偿它们造成的任何损害,并可能将电子人格扩大应用于机器人自主决策或与第三方独立互动的情形。^[44] 激进观点认为,就未嵌入物理产品的算法的负外部性而言,也应当赋予算法以相关的法律人格,从而使其既能拥有资产,又能在法庭上被起诉。^[45] 本文认为,虽然算法在语言与思维上接近人类甚至在计算能力上远超

[40] See *Don Ray Drive-A-Way Co. of California, Inc. v. Skinner*, 785 F. Supp. 198 (D. D. C. 1992).

[41] See Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Oxford University Press, 2020, pp. 1160-1179.

[42] See Sam N. Lehman-Wilzig, *Frankenstein Unbound: Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence*, 13 *Futures*, 442, 447-553 (1981).

[43] See Resolution of 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, Eur. Parl. Doc. A8-00059/2017.

[44] See Jean-Sebastien Borghetti, *L'accident généré par l'intelligence artificielle autonome*, 51 *La Semaine Juridique. Édition Générale*, 23-28 (2017); Luciano Floridi, Mariarosaria Taddeo, *Romans Would Have Denied Robots Legal Personhood*, 557 *Nature*, 309 (2018).

[45] See Lawrence B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, 70 *North Carolina Law Review*, 1231 (1992); John Lightbourne, *Algorithms & Fiduciaries: Existing and Proposed Regulatory Approaches to Artificially Intelligent Financial Planners*, 67 *Duke Law Journal*, 651, 673-675 (2017).

人类，但仓促赋予其独立的法律人格仍面临较多挑战，人工智能算法在社会经济活动中的独立地位存有质疑，仍有如怎样处理算法与其背后的使用者或创建者的紧密关系等较多问题需要先行解决。法律应该像对待代理法中被代理人的意图和行为一样对待使用算法订立合同的使用者，对其意图与行为进行分析，此时的算法为没有法律人格的“人工代理人”。“代理”一词的使用并不能赋予算法任何类似于人类实体的权利或义务，而出于责任承担的目的，算法合同的致害行为应由人类被代理人承担赔偿责任。算法不是自然人、法人或其他组织，缺乏民法上的主体地位，不能代表自己的法律利益订立合同，但其可以代表使用者改变合同利益。美国《统一电子交易法》（Uniform Electronic Transactions Act, UETA）包括对算法作为代理的理解，该法第2（6）条规定，“电子代理系指非经人的行为或审核，全部或部分独立地发起某种行为或应对电子记录或履行的计算机程序、电子手段或其他自动化手段”，第2（7）条与第2（8）条分别对电子记录与电子签名进行规定，通过允许电子记录和签名形成合同来促进算法合同的创建，从而给予电子记录和签名与传统的纸质记录和手工签名相同的法律对待。^{〔46〕}

3. 代理关系的确认

算法使用者利用算法在其与合同相对人之间建立虚假的法律距离，将算法作为他们订立与履行合同的“中间人”，使自己获得利益的同时远离责任与风险。就合同相对人而言，算法行为并不透明，相对人无法采取任何措施预防算法致害的发生，而作为被代理人的算法使用者是最适合采取主动行动防止损害发生的当事人。虽然算法使用者无法直接控制黑箱算法，但仍可以对各类算法活动进行监控、引导，使算法使用者与算法之间产生其他联系。在算法使用者与算法不存在意志相连性的场合下，只要其与算法合同行为存在代理法上认可的联系，就应当承担赔偿责任。因此，如何分析算法使用者与其使用的具体算法之间的其他联系并使之转换为责任承担依据的代理关系，对于我们理解算法合同归责的责任制度以及识别责任方至关重要。

算法使用者作为影响算法的重要主体，要求其承担被代理人责任有利于防止算法致害并实现最优合同行为，迫使算法使用者对算法行为进行更为细致的分析与监督，抵御潜在损害风险。虽然算法使用者利用算法创造承担责任的间隔，但只要能够确认其与算法之间具有代理关系，则其需承担算法致害行为导致合同相对人受损的赔偿责任。建立代理关系有两种方式，通过协议或通过批准，代理协议是常见的被代理人与代理人之间建立代理关系的方式，但是，当行使代理人职责的主体是算法而非一般民事主体时，代理关系的建立主要通过批准方式完成。批准产生代理关系，需由被代理人接受利益或者允许代理人代表其行事的行为确定。重要的是，必须有一些客观的证据证明被代理人知道该行为并选择受其约束。批准方式是授权算法为“人工代理人”的主要方法，对于当事人而言，预测并授权算法可能做出的每一个决定是不可能的，也并不可取。算法代理模型增加了法理解的难度，一般而言，只要算法使用者存在以下情形之一，即可证明其授权算法为“人工代理人”并应当承担不利后果：第一，使用者跟踪算法行为，实时更新算法的合同行为并进行总结；第二，使用者为算法决策等算法行为的每一

〔46〕 See Uniform Electronic Transactions Act, Unif. Law Comm'n, available at <http://uniformlaws.org/act.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act>, last visited on Jul. 19, 2021.

事务引入人工审批节点；第三，使用者通过其他行为表达其与算法存在某种关联，如为算法决策提供参考数据等。

利用代理的归责方法在实现减少外部性和维护公平缔约行为的目标方面明显优于忽视算法合同作为一种特殊协议类别的模糊现状，也可以公正地对待合同各方所承担的责任和风险。虽然代理问题在私法领域争论较多，但就算法合同归责的代理方法这一可行措施而言，重新关注与澄清代理行为具有现实意义。

（三）不存在联系的保险赔偿方法

作为代理方法的补充，算法使用者还可以购买或与保险公司合作设立算法保险机制。当算法使用者与算法决策既不存在意志相连接性，也无其他关联时，若算法合同的履行结果造成相对人损害，由保险公司进行赔偿。自主算法合同尤其是黑箱算法合同被设计成超越人类思维极限的决策程序，算法模型越复杂，理解和预见这些算法的选择就越困难，例如深度学习对算法使用者解释算法在多层逻辑维度中的决策能力构成巨大挑战。^{〔47〕}而且，算法决策往往基于天文数字的组合，每一个组合又包含天文数字的参数和潜在混合物，远远超出人类可以预测或控制的最大值。^{〔48〕}虽然工具算法合同反映使用者有意识的选择，但是对于黑箱算法合同等自主算法合同而言，算法决策具有独立意义。因此，只要算法决策导致的损害结果确与使用者无任何关联，则可以适用保险赔偿的补充方法对受损害方进行救济。保险赔偿是一个有效弥补无过错方损害结果的赔偿解决机制，该责任的承担填补了算法合同致害的归责空缺。^{〔49〕}在以受害人得到赔偿为前提的设定下，应要求算法使用者在尚未出现损害结果时支付少量保险费用，在发生与其无任何联系的算法损害事故时由保险公司进行充分赔偿。

• 211 •

四、结 论

本文对算法合同进行讨论，列举重要的算法合同类型，并分析算法合同在适用中具有致害风险以及归责方法。算法合同的归责法理要求算法使用者承担责任由强至弱包括三重维度：第一，当算法决策与使用者决策具有意志相连接性时，由使用者承担算法致害的产品责任；第二，当算法决策与使用者决策不具有意志相连接性，但根据其他联系可以判断算法为使用者“人工代理人”时，造成损害的由使用者基于代理规则承担被代理人责任；第三，当算法决策与使用者决策无任何关联时，此时以算法使用者在先购买的算法保险为保障，由保险公司承担赔偿责任，这里实际上是由保险公司承担仅向未来且具有不确定性的算法致害责任，但由于算法使用者已经支付保险费用，也将其归为使用者承担责任的维度之一。随着具有隐蔽性与复杂性的算法合同越来越多地控制日常网络行为，包括管理社交平台、网络交易、新闻推送等在线行为，对它们进行充分

〔47〕 See Joshua A. Kroll et al., Accountable Algorithms, 165 *University of Pennsylvania Law Review*, 633, 653-656 (2017).

〔48〕 See Nicholas Gane et al., Ubiquitous Surveillance: Interview with Katherine Hayles, 24 *Theory, Culture & Society*, 349, 350 (2007).

〔49〕 参加夏庆锋：《〈民法典〉视阈下保险赔偿的近因认定》，载《当代法学》2021年第3期。

的规制是至关重要的，同时也需要立法、司法部门与学者积极参与对未知的、可能有偏见的算法治理系统进行研究。

Abstract: Algorithmic contracts refer to a contract in which one or both parties use a computer algorithm to make decisions and fulfill obligations. Algorithms here refer to calculation or other problem-solving operations, especially the procedures or rules followed by computer. Algorithmic contract includes instrumental algorithmic contract and autonomous algorithmic contract. In practice, algorithmic contracts have advantages such as rapidity and all-sidedness, avoiding unreasonable prejudice of the parties, etc., but they also have obvious disadvantages such as hiding important information and causing uncertainty damage. Especially in the black-box algorithmic contract scenario, it is difficult to solve the liability problem of the black-box algorithmic contract according to the current law because of the inability to judge the will connection between the algorithm user and the algorithm execution. The more feasible method of imputation is to use the three-dimension regulation. First, when the algorithm decision is connected with the user's decision, the user should bear the product liability caused by the algorithm. Second, when there is no will connection between the algorithm decision and the user decision, but the algorithm can be judged as the user's "human agent" according to other connections, the user shall assume the responsibility of the principal based on the agent rule; Thirdly, when there is no correlation between the algorithm decision and the user's decision, the insurance company is required to assume compensation liability according to the insurance fee paid by the user in advance.

Key Words: algorithmic contract, black-box algorithm, product liability, agency, insurance compensation

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

动态体系论在履行费用过高判断中的运用

时明涛*

内容提要：对于履行费用过高缺乏具体的判断标准与方法是长期以来困扰我国理论界与实务界的难题之一。通过实证研究的方法可以发现，司法实务中普遍存在裁判标准不一、解除权误用、与标的的不适于强制履行混同等情形。学界对此的回应主要是严重不成比例说，但是该说却因标准模糊，无法为个案提供妥当的判断方法。从我国司法实务中对履行费用过高条款的运用可以发现，单一要素的衡量方法无法为其提供妥当的判断标准。对此，应当引入动态体系的判断方法，就债权人的牺牲限度、履行利益与给付费用之间的不均衡程度、替代损害赔偿的可能性三者之间进行动态衡量之后得出结论。

关键词：费用过高 拒绝履行 履行不能 动态体系 强制履行

• 213 •

我国《民法典》第 580 条第 1 款规定：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：……（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；……”其中，对于何为履行费用过高，仅从条文文义中难以读出具体的判断标准。从已有的研究成果来看，学界并未提出行之有效的判断方法，“一般不对等说”与“重大不成比例说”均失之标准模糊。与此同时，司法审判中却存在着大量债务人以履行费用过高为由拒绝履行的案件。为了明确究竟何为履行费用过高，《最高人民法院公报》曾刊载“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”，^{〔1〕}试图加以解决。但该案“超过履行利益等于履行费用过高”的裁判标准是否妥当，存在疑问。从合同严守的角度看，合同乃当事人之间的法律，其拘束力理应受到法律保护，非有正当理由不得轻易否定。履行费用过高在一定程度上是对该原则的突破，应当慎用。但从我国司法实践来看，在许多案件中，由于法官无法把握具体的判断标准，导致同案不同判、考量因素混乱以及司法任意解除合同的情形十分普遍。有鉴于此，本文拟就这

* 时明涛，浙江大学光华法学院博士研究生。

〔1〕 该案件载于《最高人民法院公报》2006 年第 6 期。

一问题展开讨论,以求教于方家。〔2〕

一、履行费用过高的学说现状与问题

履行费用过高渐成我国学术界的热门话题,但围绕履行费用过高本身的判断标准,既有的研究并不充分,对其否定合同拘束力的合理性也大多语焉不详。因此,在展开本文讨论之前,有必要明确以下几个问题:第一,正当性基础问题,即履行费用过高排除继续履行请求权的合理性何在?第二,判断标准问题,即何种程度的履行费用变化才能构成履行费用过高?是否有一定的量化标准?第三,法效果问题,即在阻断债权人的继续履行请求权后,债权债务的最终命运如何?遗憾的是,上述三个问题均无法从我国《民法典》第580条第1款第2项中找到答案。

(一) 正当性基础问题

关于履行费用过高阻断继续履行请求权的正当性基础,既有学说主要有意思自治说与诚实信用说。

意思自治说认为,履行费用过高排除继续履行请求权的正当性在于对当事人意思自治和自我决定的尊重。〔3〕主要理由在于,该条属于漏洞填补规范,只在当事人未对债务履行的额外费用作出约定时提供补充。在债务人缺乏自由意志和自主状态的情形下,将履行障碍所产生的意料之外的费用交由其负担,显然违反私法自治之精神。诚实信用说认为,履行费用过高的正当性基础在于诚实信用原则,即如果履行所需的必要费用与债务人给付利益之间的关系严重不成比例仍要求债务人履行,有违诚实信用原则。〔4〕

总体而言,无论意思自治说或是诚实信用说,都仅能从一定侧面反映履行费用过高排除继续履行请求权的正当性。首先,意思自治说存在机械套用域外学说强行嫁接我国法的嫌疑。从法条的表述来看,无法找到履行费用过高为填补性规范的依据。例如,买卖合同签订之后,原材料涨幅数十倍之多,但双方就履行价款有明确约定,此时仍无履行费用过高的适用空间吗?如果认为履行费用过高排除履行请求权是对当事人意思自治的尊重的话,那么也只能勉强解释为对第二次意思的尊重(经过协商达成的第二次合意),而对第一次合意显然是背离的。其次,诚实信用说虽然能在一定程度上反映私法中的公平理念,但其明显过于笼统,合同法中诸多规则都可以运用诚实信用原则予以解释,无法体现出履行费用过高排除请求权本身的特点。况且,按照诚信履约的要求,即使履行费用过高,当事人是否也应当继续履行合同呢?

对于这一问题的回答,恐怕只有结合我国合同法的立法理念才能予以恰当说明。我国《民法典》第6条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利义务。”这就表明,当事人之间的权利义务即使是互相约定的,也需要遵循一定的原则。当继续履行对于一方明显过于严苛时(履行费用过高),仍要求对方履行,则对履行费用过高的一方明显有失公平。

〔2〕 由于本文在探讨履行费用过高的判断标准时,运用了案例分析的方法,相关的案例都是将《合同法》作为裁判依据,关于该问题的既有学理研究也主要以《合同法》的规定为研究对象,而且《民法典》第580条第1款第2项规定源于《合同法》第110条第2项,内容并无变化,因此,本文后续相关内容大量使用了《合同法》的相关规则。

〔3〕 参见刘洋:《“履行费用过高”作为排除履行请求权的界限——“新宇公司诉冯玉梅合同纠纷案”评析》,载《政治与法律》2018年第2期。

〔4〕 参见王洪亮:《强制履行请求权的性质及其行使》,载《法学》2012年第1期。

正如法谚所云：“法不强人所难。”合同虽然是当事人双方对自己权利义务的安排，但就订立合同目的本身来说，其不仅对当事人双方具有积极意义，还应对社会整体具有一定的积极价值。从订立合同的目的来看，合同最终至少应当出现“双赢”的局面。如果一方当事人非但难以从交易安排中获益，还需要花费巨大的代价去换取对方当事人微小利益的满足，这不仅是对合同目的本身的背离，客观上也将造成社会资源的极大浪费。此时阻断对方履行请求权的行使，体现的正是我国民法中的公平原则。

（二）判断标准问题

对于履行不能的判断标准，现有理论多主张“严重不成比例说”，但就比较对象之间的认识存在一定的分歧。一种观点认为，履行费用过高包括债务人的履行成本与债务人的收益之间不对等、债权人的收益与债务人的履行成本之间不对等和履行时间过长三种情况。^{〔5〕}另一种观点则主张，履行费用过高仅包括债务人的履行成本与债权人的收益之间严重不成比例这一种情况。^{〔6〕}比较而言，前一种观点中“债务人的履行成本与收益之间不对等”显然不能成为履行费用过高的理由，因为就其形成原因而言，要么属于典型的商业风险，要么属于不可预见的原因所致（此时，当事人可依法主张不可抗力或情势变更）。如果债务人可以自己的履行费用与收益之间的不成比例为由主张履行费用过高，则对债权人显然并不公平，也将不利于合同拘束力的维持。此外，“履行时间过长”可能是造成履行费用过高的原因之一，但却不能单独构成履行费用过高的理由，因为履行费用过高主要在于解决因履行费用与收益之间严重不成比例造成的对债务人过分不公平或社会资源严重浪费等问题。对于何为履行费用过高的判断，关键要素仍在于债务人的履行成本与债权人收益之间的不对等关系。不过，对于何为严重不成比例，后一种观点又大多语焉不详。更为重要的是，是否仅凭履行成本与履行所能获得收益之间的简单对比就能得出妥当的结论？当前，这一问题并未经过严肃地论证，而一律认为“严重不成比例即可构成履行费用过高”，则有将复杂问题简单化的嫌疑。事实上，只要与域外立法稍加对比就可发现，我国法中对于履行费用过高的解释困境可以部分归咎于它在比较法上的特立独行：由于立法只规定了“履行费用过高”这一项考量要素，对该因素之外的其他因素是否需要纳入考量范围，并不明确，因此，解释论只能停摆在对何为严重不成比例的阐述之上。事实上，纵观大陆法系各国民事立法，除了《国际商事合同通则》（Principles of International Commercial Contracts, PICC）、《欧洲示范民法典草案》（The Draft Common Frame of Reference, DCFR）等不具约束力的软法规则之外，规定仅仅履行费用过高就可以阻却继续履行请求权的立法例可谓知音难觅。例如，德国《民法典》第275条所谓“经济不能”之适用，既要强调“注意债的关系内容和诚实信用原则”“给付需要与债权人给付利益极不相当的费用”，还同时需要考虑“债务人是否对于给付障碍具有可归责性”。日本《民法典》第412条第2款之“履行不能”的判断，须结合“契约及其他债务的发生原因”与“社会通常观念”综合加以判定。上述立法例的共同之处在于，认为仅凭“履行费用过高”这一项因素并不足以排除债权人的履行请求权。

〔5〕 参见顾全：《合同法上强制履行的适用条件分析》，载《人民司法》2012年第24期。

〔6〕 参见冀放：《给付不能之履行费用过高问题探析》，载《政法论坛》2016年第6期。

(三) 法效果问题

对于履行费用过高的法效果,《合同法》第110条只能解读出排除继续履行请求权的法律后果,但合同最终的命运如何,并不明确。这直接导致我国司法实践中出现几种截然不同的处理方法:一是驳回当事人的继续履行请求权,但对于原合同不作处理;二是告知当事人将诉讼请求变更为违约损害赔偿,如当事人不同意变更,则驳回其诉讼请求;三是由法院直接解除合同,并在判决书中对解除后果作一并处理。

比较而言,第一种处理方式实际上并未将纠纷处理完结,在继续履行的诉求被驳回后,当事人如欲请求损害赔偿,还需就同一案件的损害赔偿部分另行起诉,这不仅增加了当事人的诉讼负担,还有违反“一事不再理”的嫌疑。第二种和第三种处理方式虽然在客观上有利于纠纷的一次性解决,但在现行法上并不能找到直接的法律依据。况且,合同解除权为法定权利,是否行使属于当事人意思自治的范畴,即使法院在诉讼过程中主动释明,也难以获得判决解除合同的正当性。再者,随意要求当事人变更诉讼请求或就未请求部分作出裁判,显然侵害了当事人的诉讼权利。此外,更有疑问的是,合同解除之后的损害赔偿与违约损害赔偿的范围是否一致?如何确定损害赔偿数额?对于我国司法实务中出现的债务人故意违约导致的履行费用过高,一律类推适用违约损害赔偿的规则是否合理?

二、履行费用过高之司法裁判现状

(一) 履行费用过高相关裁判概述

为了彻底了解我国司法实务中履行费用过高的裁判现状,笔者在“北大法宝”数据库以“履行费用过高”为检索关键词,限定文书性质为“判决书”,限定案由为“民事纠纷”,共检索出案件4295件。^{〔7〕}通读后,删除了其中案型简单重复、不具有说理内容、与履行费用无关的案件,得到有效样本共80件(均直接援引履行费用过高条款作为裁判依据)。详情如表1—表4:

表 1
 审级

审级	一审	二审	提审
总数(80)	24	54	2

表 2
 纠纷类型

案由	买卖合同纠纷	租赁合同纠纷	其他纠纷
总数(80)	30	25	25

表 3
 判决结果

裁判结果	不予支持继续履行	解除合同	继续履行
总数(80)	43	27	10

〔7〕 本文所有分析样本均取自北大法宝数据库,最后访问时间为2018年12月22日。

表 4 考量要素

考虑要素	费用过高	费用过高+不宜强制	费用过高+资源浪费	费用过高+其他
总数 (80)	18	15	18	29

综合以上表格可以看出：

其一，实践中履行费用过高的纠纷主要发生在合同法领域，其中以买卖合同（其中商品房买卖居多）、租赁合同纠纷最为常见。

其二，争议较大。样本数据显示，涉及履行费用过高的上诉案件高达 56 件，并且有两件由高级人民法院提审。二审改判案件共有 6 件，其中改为继续履行的两件，改为解除的 4 件。

其三，裁判结果分歧较大。其中对继续履行请求不予支持的比例较高（43 件），法院主动解除合同或违约方请求解除后获得法院支持的也为数不少（27 件），类似案件中判决继续履行的也不在少数（10 件）。

其四，考量因素混乱。单纯以履行费用过高作为裁判理由的为 18 件，履行费用过高加不宜强制履行的为 15 件，履行费用过高加资源浪费为 18 件，其他考量因素包括不能实现合同目的（3 件）、案外人原因（2 件）、没有效率、客观不能、缺乏合理性、不能获得期待利益、社会稳定等等。

（二）司法实践中的典型问题

1. 裁判标准不一

司法实践中对于履行费用过高缺乏统一适用标准的问题相当严重。具体案例中出现的裁判标准包括但不限于：（1）超过履行利益。有法院认为：“当违约方继续履行需要的物力、财力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益时即为履行费用过高。”〔8〕（2）超过履行利益+不能继续履行。有法院认为：“当违约方继续履约所需财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益，且合同不具备继续履行的条件时，应该允许违约方解除合同，用承担违约金或者赔偿损失来代替继续履行。”〔9〕（3）履行费用过高+合同目的不能实现。〔10〕（4）是否合理。有法院以非违约方继续履行的要求缺乏“客观性与合理性，不利于纠纷解决”为由，驳回了当事人继续履行的请求。〔11〕（5）是否可以用金钱弥补损失。有判决认为：“对于实际履行费用是否过高的判断，应该考虑是否可以通过支付违约金等金钱方式进行弥补，如能够弥补损失的，可以认定履行费用过高。”〔12〕（6）是否妨害第三人权益。有判决以“案涉租赁场地已由案外人正在经营，如果让其搬离，会造成案外人更大的损失，导致利益失衡”为由，驳回了当事人的继续履行请求。〔13〕

2. 解除权误用

合同解除作为消灭合同拘束力的终极手段，需要在法律有明确规定或者当事人有约定的情形

〔8〕 无锡市中级人民法院（2017）苏 02 民终 2959 号民事判决书。

〔9〕 恩施市人民法院（2018）鄂 2801 民初 961 号民事判决书。

〔10〕 参见徐州市中级人民法院（2015）徐民终字第 4326 号民事判决书。

〔11〕 参见合肥市中级人民法院（2015）合民三终字第 00070 号民事判决书。

〔12〕 杭州市中级人民法院（2015）浙杭民终字第 971 号民事判决书。

〔13〕 参见河南省高级人民法院（2015）豫法民提字第 344 号民事判决书。

下方能使用。对于前者,合同法规定了如下解除的情形:不可抗力致使不能实现合同目的、期前拒绝履行、不能实现合同目的、法律规定的其他情形。其中,法律规定的其他情形主要是指《合同法》第148条、第165条、第166条、第167条、第203条、第219条、第224条、第227条、第231条、第233条、第248条、第259条等法有特别规定的情形。除上述情形之外,当事人都应当依照约定全面履行自己的义务。但实践中的大量情况是:

(1) 支持违约方解除权。如有法院以“强制履行是非理性的选择,违约方可以承担违约责任的代价换取对合同义务履行的免除”为由,支持了违约方的合同解除请求。^[14]

(2) 任意解除合同。在“邵佳杰、邵帅农村土地承包合同纠纷案”中,法院以“涉案土地已由被告拍卖给第三人,要求平度园艺场继续履行合同,在事实上难以实现,且继续履行势必造成履行费用过高”为由,驳回了原告的诉求。^[15]

3. 与标的不适于强制履行混用

现代民法理论虽然强调实际履行,但对于个别与债务人自身密切相关的债务如个人服务合同,一般认为不适用强制履行。不过,司法实务中对于何为不适于强制履行,却远没有形成清晰的界定标准,多数情况下都与履行费用过高混合在一起成为解除合同的理由。如有判决认为,租赁合同因“无法强制被告居住在涉案房屋内”而构成不适于强制履行。^[16]还有判决认为,物业管理合同系基于信任关系而签订的合同,因此属于不适宜强制履行的合同。^[17]不仅如此,履行费用过高在诸多情况下成了缓解执行难的手段之一。实践中有不少法院以类似于“不合理”“难以继续”“不能强制”等模棱两可的理由解除合同。

4. 判决解除合同后的处理标准不一

实践中,法院判决解除合同存在以下问题:其一,适用法律混乱。对于违约金的适用,既有援引《合同法》第97条的,也有援引《合同法》第119条、第108条、第107条的。没有约定违约金的,有的酌情判处,有的不予处理。其二,赔偿损失的标准较低。部分法院认为,解除合同不属于违约责任的承担方式,仅判决双方返还;有的法院则明确表示不支持预期利益赔偿;在未约定违约金的案件中,多数法院会酌情判决赔偿,但标准较低,根本无法涵盖履行利益。

(三) 主要问题检讨

第一,故意违约方不应享有合同解除权。合同的法律拘束力来自当事人之间的合意。我国《合同法》虽未承认违约方享有合同解除权,但司法实践中不少法院都认为“在合同无法继续履行或强制履行成本过高的情形下,强制履行是非理性的选择,违约方可以用承担违约责任的代价换取对合同义务履行的免除,违约方主张合同解除应予支持”。这相当于间接地承认了违约方也享有合同解除权,可能会带来许多负面效果。首先,支持违约方享有解除权的观点可能会导致恶意违约事件的增多。合同解除的原则是过错解除,即基于一方的严重违约行为,致使对方当事人

[14] 参见深圳市中级人民法院(2015)深中法房提字第10号民事判决书。

[15] 参见青岛市中级人民法院(2017)鲁02民终34号民事判决书。

[16] 参见荣昌区人民法院(2015)荣法民初字第05842号民事判决书;隆化县人民法院(2016)冀0825民初1975号民事判决书;盘龙区人民法院(2016)云0103民初5035号民事判决书;淮南市中级人民法院(2016)皖04民终639号民事判决书;商丘市中级人民法院(2017)豫14民终2635号民事判决书。

[17] 参见乐山市中级人民法院(2018)川11民终1226号民事判决书。

的合同目的无法实现之时产生解除权。^{〔18〕}如果赋予违约方以解除权，则在违约将会带来更多利益之时，“理性的”债务人往往会选择违约而重新寻找交易机会。从实证研究的结果来看，因债务人故意违约所致履行费用过高的案件不在少数，如果轻率作出司法解除的决定，将会引发更多的故意违约行为，因此，对于是否赋予违约方合同解除权，应当慎之又慎。其次，确立违约方解除权于法无据。我国从《合同法（试拟稿）》《合同法（草案）》到最后通过的立法文本，违约方不享有解除权是一贯立场，立法者使用“当事人”这一措辞并非承认了违约方的解除权，而是为了涵盖不可抗力下解除权的行使主体。^{〔19〕}享有法定解除权的情形均是立法者在审慎衡量后的选择，司法机关任意确认违约方享有合同解除权，显然是对立法权的僭越，不具有正当性。

实际上，对于是否属于履行费用过高以及是否能够阻却继续履行请求权，司法机关在个案之中原本就有审查的权利，此即为《合同法》第110条第2项设置履行费用过高之初衷，而无需以违约方享有解除权来证成其判决的合理性。根据该项规定，履行费用过高属于债权人可以要求履行的例外，也即债权人此时已经丧失了实际履行请求权。根据双务合同牵连性原理，给付是为了获取对待给付，债权人的给付请求权消灭则债务人的对待给付请求权亦同时消灭，此时，债权人已无需借由其解除权来免除自身的给付义务。由此，问题的关键便在于，我国《合同法》第110条对于履行不能只规定了不能要求继续履行的几种情形，而阻却履行请求权后的效果却付之阙如，如此似乎只有通过确认违约方解除权的方式，才能使合同权利义务最终归于消灭。不仅如此，《合同法》对于履行费用过高阻却继续履行请求权的性质也未加以明确，其是形成权？还是抗辩权？将其定位为形成权似乎效果过于决断，毕竟履行费用过高的判断并非简单明了。如果定位于抗辩权，则一旦履行费用过高，债务人即自动获得对继续履行请求权的抗辩权，以对抗债权人的履行请求，无需消极等待债权人把自己诉至法院，似乎可以避免等待期间不必要的违约损害，更好地平衡双方当事人之间的利益。但无论如何，赋予违约方合同解除权在《合同法》的语境下，不仅没有必要，而且于法无据。

第二，是否能够强制执行并非履行费用过高的考量要素。首先，是否能够强制执行是民事诉讼法上的概念，履行不能为实体法上的概念，二者存在根本区别。由于现代法制文明的理念普遍否认对债务人的身体施加强制，故直接强制的方式一般运用于财产性的债务执行，而不运用于涉及人身的债务执行，是否能够强制执行即是从这个角度而言的。履行费用过高虽然属于履行不能的类型之一，但严格来说却是对履行不能概念的缓和，其内涵有经济合理与效率等因素的考量。因此，是否能够强制执行并非履行费用过高的考量因素，对于不宜强制履行的债务，如事实上不能履行、法律上不能履行、标的物不适宜强制履行等，《合同法》第110条已作出相应的立法安排，无需裁判者在判决中考量。从性质上来看，继续履行请求权为实体法所确立，只要不存在履行不能或者情势变更等法定情形，当事人即当然享有而无需经由司法程序确认。其次，以能否强制执行作为判断履行费用过高的标准，混淆了判决继续履行与能否强制履行之间的区别。从权利性质来看，当事人诉请法院判决继续履行是一项实体请求权，只要不存在履行费用过高或者

〔18〕 参见刘凯湘：《民法典合同解除制度评析与完善建议》，载《清华法学》2020年第3期。

〔19〕 参见蔡睿：《吸收还是摒弃：违约方合同解除权之反思》，载《现代法学》2019年第3期。

情势变更等法定情形,法院就应当予以支持,是否能够强制执行,显然不属于考量范围。况且,针对不履行法院生效判决的行为,我国民事诉讼法规定有直接强制、间接强制、代为履行等一整套规则予以适用,也无须审案法官在诉讼程序中预先判断执行程序中可能遭遇的困难。

此外,基于实体法产生的请求权与基于要求司法保护的请求权之间有较大区别。前者产生于实体法的规定,原则上无需通过诉讼程序主张就享有。后者要求法院必须根据法律规定行使自己的职权,即依据法律确定当事人的正当权利。所有的请求权原则上都可以通过法院给付之诉的渠道使负有义务的一方作为或不作为,并通过司法程序使它得到执行。^[20]对此,日本学者曾区分实体法上的履行请求权与救济上的履行请求权,后者系基于民事执行法上的履行请求权且包含了执行是否可能的含义。^[21]我国《合同法》所规定的继续履行请求权具有优先性,但在运用之时应当关联第94条法定解除权与第110条履行不能,只要不存在上述情形,原则上均可支持继续履行的请求。换言之,法院裁判案件时不能以救济法上请求权的实现困难来否定当事人实体法上的请求权。

第三,超过履行利益并不等于履行费用过高。对于履行费用过高的判断标准,我国司法实务中的普遍倾向是超过履行利益等于履行费用过高。^[22]这种做法值得商榷。首先,从条文文义来看,对于是否构成履行不能的判断应集中于是否“过”高。过高的文义至少表明,履行费用应远远高于通过合同履行能够获得的利益,而非仅仅超过履行利益。其次,从比较法上看,德国《民法典》第275条第2项确定的标准为“给付需要与债权人的给付利益极不相当的费用”;法国《民法典》第1221条的标准为“明显不合理的费用”(conût manifestement déraisonnable);DCFR第Ⅲ-3-3:302条、PICC第7.2.2条、《欧洲合同法原则》(Principles of European Contract Law, PECL)第9:102条等国际示范法设定的标准为“履行将产生不合理费用”,均非仅仅超过履行利益。从这一点来看,我国司法机关的做法也有悖于国际通行的趋势。最后,超过履行利益等于履行费用过高也与我国《合同法》的基本理念相悖。《合同法》第8条、第60条分别规定了合同拘束力原则和全面履行原则,第107条规定了继续履行作为违约责任的承担方式。也就是说,我国《合同法》原则上以继续履行为第一性的救济手段,与传统大陆法系国家以实际履行为基本原则的请求权模式是一致的,仅以履行费用超过履行利益为由否认实际履行请求权,与《合同法》的基本理念不符。

三、履行费用过高之司法适用再思考

(一) 动态体系论

动态体系论作为一种方法论,由二战时期奥地利著名法学家瓦尔特·维尔伯格(Walter Wil-

[20] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第324页。

[21] 森田修「〈民法典〉という問題の性格——債務法改正作業の『文脈化』のために」ジュリスト1319号(2006年)41頁参照。

[22] 参见南通市中级人民法院(2013)通中民终字第1935号民事判决书;杭州市中级人民法院(2015)浙杭民终字第971号民事判决书;无锡市中级人民法院(2017)苏02民终2959号民事判决书。

burg) 提出,其主要目的是克服概念法学的僵硬与自由法学的肆意。通过特定法律领域发挥作用的诸要素的数量和强度相对应的协调作用来正当化法律规范与效果。^[23] 其在方法上具有弹性,不仅可以容纳多种评价要素的协调作用,而且可以使得法律评价的结果更具正当性,因此一经提出就受到比德林斯基(Bydlinski)、卡纳里斯(Canaris)等著名法学家的支持。在我国,动态体系论也已广泛应用于缔约过程中的说明义务、保险人的说明义务、损害赔偿范围的确定、合同解释及过失相抵等多个领域。^[24] 之所以需要在履行费用过高的判断中引入动态体系的判断方法,主要是基于如下考虑:

首先,在履行费用过高的判断中,单一要素考量并不足以证成其阻断继续履行请求权的正当性。以“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”为例,一审法院认为:“冯玉梅以其在时代广场中只占很小比例的商铺,要求新宇公司继续履行本案合同,不仅违背大多数商铺业主的意愿,影响时代广场物业整体功能的发挥,且由于时代广场内失去了精品商铺的经营条件,再难以通过经营商铺营利,继续履行实非其本意。”其中,认为“冯玉梅在时代广场中只占很小比例的商铺,继续履行违背大多数业主的意愿,影响时代广场整体功能的发挥”,实际上考量的是被告冯玉梅的牺牲限度。换言之,通过债务人的履行利益与其他利益之间的对比衡量,来判断是否已经突破了维持合同继续履行请求权的边界。其判决书后文中“社会财富的极大浪费,不利于社会经济发展”“从衡平双方当事人目前利益受损状况和今后长远利益出发”等表述均是在极力证成否定继续履行请求权的合理性。遗憾的是,上述说理部分在最高人民法院的裁判要旨中变成了“当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益,合同已不具备继续履行的条件时,为衡平双方当事人利益,可以允许违约方解除合同”。显然,后者不仅在说服力上远远弱于前者,而且遮蔽了考量因素中的关键要素,如第三人的利益、社会整体资源浪费、原告商铺只占很小一部分比例(履行利益与整体利益的对比)等。可见,单一要素的考量往往难以具有说服力,必须引入其他的考量因素。

其次,还原可能被法律类型化遮蔽的价值。类型化是法律应对复杂社会生活的必要手段,通过对社会生活事实的剪裁,赋予某一类型事实以某种法律效果,即“要件—效果”的传统法律规范模式。在符合构成要件A的情形下,适用法律效果B,即“如果A,则B”。毋庸置疑,这一模式对于保持法的安定性具有重大价值。但社会生活永远不是一道简单的数学题。在履行费用过高的判断中,简单的逻辑判断并不能得出妥当的结论。比如经典教科书常举的案例:价值10元戒指掉进水池,如果打捞起来需要花费100元,此时构成履行费用过高。但如果该枚戒指对于所有人有重大纪念价值,此时花费100元是否依然构成费用过高呢?答案显然是否定的。造成这一

[23] 参见〔奥地利〕瓦尔特·维尔伯格:《私法领域内动态体系的发展》,李昊译,载《苏州大学学报》(法学版)2005年第4期;〔奥地利〕海穆特·库齐奥:《动态系统论导论》,张玉东译,载《甘肃政法学院学报》2013年第4期;〔日〕山本敬三:《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》,解亘译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第23卷,法律出版社2002年版,第177页。

[24] 参见尚连杰:《缔约过程中说明的动态体系论》,载《法学研究》2016年第3期;马宁:《保险人明确说明义务批判》,载《法学研究》2015年第3期;叶金强:《论侵权损害赔偿范围的确定》,载《中外法学》2012年第1期;叶金强:《私法效果的弹性化机制——以不合意、错误与合同解释为例》,载《法学研究》2006年第1期;周晓晨:《过失相抵制度的重构》,载《清华法学》2016年第4期。

评价矛盾的主要原因在于：单纯的金钱衡量对于法律效果的说明不具有当然合理性，在诸多场合，价值衡量才是法律判断的主要方法。而引入“动态体系的判断方法”的主要价值是在为履行费用过高注入更多妥当性的评价要素的同时，为其判断提供一个相对稳定的评价系统。

最后，总结司法实践经验的需要。法律的生命在于经验而非逻辑。机械适用法律概念与构成要件不但可能造成法律评价的实质不公平，还可能将法律适用导向概念法学的深渊。事实上，我国法官在针对履行费用过高的裁判中已不自觉地运用了多种要素的考量，舍弃了单一要件的方式。这其中许多要素的考量不仅是合理的，甚至是必要的，在类似案件中不但应当予以重视，还应当上升为具有示范意义的典型案例。例如，在裁判文书中经常出现的“社会资源的极大浪费”“远超过合同履行所能获得的利益”“损害赔偿的可能性”等因素。^{〔25〕}在另外一类案件中，某些要素的考量对于债权人有着至关重要意义，此时即使实际履行将产生一些额外费用，也应当否认履行费用过高的适用。典型的如实践中非常普遍的更换电梯案，不但涉及群体性的人身安全利益，还涉及诚实信用的市场环境的维护问题。在能够认定开发商存在恶意违约的情形之时，即使继续履行将产生一部分额外的费用，该费用实际上也系由债务人故意违约所致，不能排除实际履行请求权。^{〔26〕}

（二）考量要素

考量要素应包括：债权人的牺牲限度；履行利益与给付费用之间的不均衡程度；替代损害赔偿的可能性。

第一，债权人的牺牲限度。从司法实践中的典型案例出发，我们不难发现，单一的要素考量无法满足法律公正的要求。比如，在更换电梯案中，除履行费用之外，债权人的人身安全利益也应该纳入考量的范围内，此时关涉的重要要素是债权人的牺牲限度，即在履行费用过高之外，该实际履行对于债权人的重要意义也应当纳入考虑范围之内。如果仅仅是以更换费用过高为由拒绝继续履行请求权的话，显然过分牺牲了多数业主的安全利益。此时应当排除履行费用过高的适用。

第二，履行利益与给付费用之间的不均衡程度。从比较法上观察，履行费用过高排除履行请求权的标准至少应为严重的不均衡，但何为严重不均衡，立法上却无法提供准确的答案，这是因为，履行利益与给付费用之间无法形成对应关系。这一点可以从比较法上得到印证，比如，适用德国《民法典》第275条第2款“经济不能”以排除原给付义务时，需要考虑“债务关系的内容”“诚实信用原则”“给付需要付出与给付利益极不相当的费用”“可合理期待性”“可归责性”等因素，其中“极不相当的给付费用”也仅为考量要素之一。日本债法改革时，《中间试案》曾在“履行请求权行使的限制事由”的第2项明确规定了“履行所需的费用与债权人通过履行获得的利益相比明显过高”作为限制事由之一，但最终通过的立法文本依然回归了将“社会通常观

〔25〕 参见吉林市中级人民法院（2013）吉中民三终字第178号判决书；承德市隆化县人民法院（2016）冀0825民初1975号民事判决书；江门市中级人民法院（2018）粤07民终864号民事判决书。

〔26〕 参见宁波市鄞州区人民法院（2015）甬鄞民初字第1226号民事判决书；泉州市中级人民法院（2015）泉民终字第368号民事判决书；宿迁市中级人民法院（2015）宿中民终字第02758号民事判决书；宿迁市宿城区人民法院（2016）苏1302民初7617号民事判决书；江苏省如皋市人民法院（2017）苏0682民初5999号民事判决书。

念”与“契约的趣旨及内容”作为判断标准。其中，“社会通常观念”作为契约履行不能的外在基准具有一定的客观性，但“契约的趣旨”内含有契约目的、缔约过程、交易观念等因素，可以作为一般规范方法予以弹性适用。^{〔27〕}究其原因在于，仅以履行利益和给付费用的简单对比难以得出妥当的结果，因为履行费用过高本身内含有多重价值判断要素。

第三，替代损害赔偿的可能性。这一点已在我国司法实践中被广泛应用，即当免于继续履行的损失可以由违约损害赔偿进行填补时，可以考虑履行费用过高的适用。

从上述要素的考察可以发现，传统单一的“要件—效果”模式已无法胜任履行费用过高的妥当性判断。如果只考虑履行费用是否过高，会遮蔽其他关键要素的存在，导致法评价效果失当。因此，对其法效果的评价应当引入动态体系的评价模式，即通过对债务人牺牲限度、给付利益与费用之间的不均衡程度、损害赔偿可能性三者的动态评价，判断是否应当适用履行费用过高的法效果。首先，在此评价模式中，“债权人的牺牲限度”应为最活跃的评价要素，因为它可以容纳包括债权人的人身安全、社会公共利益、第三人的权益等多种要素的考量。其次，“履行利益与给付费用之间的不均衡程度”单独即可正当化履行费用过高的法律效果，但此时的不均衡应为重大不均衡。其正当性在于，债务人履行债务所需付出的努力应当与债权人的履行利益保持适当的平衡，若要求债务人付出巨大的努力去换取债权人微小利益的满足，既不符合公平原则，也于社会整体无益。最后，“替代损害赔偿的可能性”这一要素单独并不足以证成适用履行费用过高的正当性。从客观上讲，任何履行利益都有金钱评价的可能性，而“实际履行为原则，免于继续履行为例外”乃是我国合同法所坚守的基本立场，与大陆法系国家所普遍奉行的实际履行原则是一致的。更何况，在许多情况下，当事人的信赖利益与履行利益并不能完全为损害赔偿所弥补，因此，“替代损害赔偿的可能性”仅具有考量因素的价值，而并非决定性的价值。

在确立了履行费用过高的考量要素之后，有必要介绍一下其使用的方法。在动态系统论中，确立了各要素之后并不意味着各要素之间具有某种固定的比例。相反，需要法官在个案中根据案件的具体情况，确定相应的评价要素，再通过衡量各要素的比重，综合作出是否适用其法效果的判断。例如，在个案中通过综合考量发现实际履行对于债权人具有重大价值，如照相馆过失毁损了债权人具有重要纪念意义的底片，则即使履行费用过高（修复原底片需要花费较高的费用）或者有替代损害赔偿的可能性，也不宜作出履行费用过高的判断。相反，假如履行将关涉第三人的重要利益或者导致社会资源的极大浪费，比如涉案的建设工程已由第三人承建至完成度较高的场合，则即使债务人继续履行的费用尚未达到“过高”的程度，也应当考虑履行费用过高的法效果适用。简言之，债权人的牺牲限度、履行利益与给付费用之间的不均衡程度、替代损害赔偿可能性三者之间是互为补充的关系。如果其中某一个或两个要素足够充足，即使其他要素略有不足，也应当考虑履行费用过高的适用。但如果某一项要素具有重要意义（对债权人具有重要意义，关涉公共利益、第三人的重大利益，社会资源的极大浪费等），则即使其他两个要素充足，也不应考虑法效果之适用。

〔27〕 田中洋「履行請求権とその限界（追完請求権・履行の強制を除く）」『民商法雑誌』（有斐閣、2018年）851-896頁参照。

最后,需要申明两点。一是,我国司法实践中对履行费用过高的适用实际上已包含有多种要素的考量,本文只不过把这些考量要素归纳为“债权人的牺牲限度”“履行利益与给付费用的不均衡程度”以及“替代损害赔偿的可能性”。二是,动态系统论的运用取决于生活事实的多元价值判断,而不仅仅在于履行费用本身,即使立法者只输入“履行费用过高”这一种判断要素,司法者在面对个案裁判时,也同样会纳入多种要素的考量。这种自觉抑或不自觉的行为,在正当化履行费用过高的判断以及法官自身的内心确信上显得尤其必要,其不仅不会对法的安定性价值造成负面影响,反而会有助于司法权威的树立以及判决结果妥当性的说明。

(三) 法律效果

从《合同法》110条的表述来看,履行费用过高最为直接的法律效果为,债务人获得拒绝履行的抗辩,但拒绝履行之后的法律效果如何,从该条之中并不能找到答案。从体系解释的角度,其显然不属于《合同法》第94条所规定的“其他情形”。对此,司法实践之中一般适用《合同法》第97条予以解除。但很显然:其一,《合同法》第97条中的“合同解除”仅限于该法第93条、第94条所规定的法定和约定解除的情形,并不能包含位于“违约责任”一章的履行费用过高,实务中适用该条予以解除过于牵强。其二,即使适用第97条,实务中的处理结果也难以令人满意。原因在于,第97条的法律效果虽然包括“恢复原状”“采取其他补救措施”和“赔偿损失”,但对于履行费用过高而言,“恢复原状”和“采取其他补救措施”显然只是辅助性的手段,而在损害赔偿额的认定中,法院又普遍过于保守,无法涵盖守约方的实际损失和期待利益,于守约方的保护十分不利。

值得注意的是,我国《民法典》第580条第2款规定:“有前款规定的除外情形之一,致使不能实现合同目的的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系,但是不影响违约责任承担。”也就是说,在《民法典》的视角之下,履行费用过高可以成为当事人请求司法解除合同的理由。不过,作为一种客观的法律事实,履行不能的法效果还应当充分考虑其形成原因,即从《民法典》580条第1款“履行费用过高”的形成原因着手,确定其不同的法律效果。第一,在债务人故意或者过失导致履行费用过高的场合,损害赔偿额应当涵盖守约方的履行利益损失(《民法典》第584条)。其正当性在于,恶意违约应当得到法律的否定性评价,因违约行为所致履行费用升高之所以仍然排除继续履行请求权的行使,并非是对故意或者过失违约行为的鼓励,而是基于社会整体利益、对第三人的影响、资源浪费等因素的考量,阻却债权人的履行请求权,但与此同时,债权人的履行利益也应得到全面的维护,特别是其希望通过订立合同所期待的利益应当予以保证。这也是《民法典》第580条第2款后段“不影响违约责任的承担”之规范意旨。此外,于债务人故意、过失所致履行费用过高的场合,其履行费用过高的判断标准也应予以相应提高,此处需要体现“禁止不相称地优待债务人”的思想,以防止恶意违约事件的频发。第二,在双方均有过错的情况下,根据过失相抵的原理,酌定损害赔偿的数额(《民法典》第592条)。实践中履行费用过高的形成原因往往十分复杂,有时债权人自己也难辞其咎,于债务人所致履行费用过高的场合,如果债权人也有过错,则应当根据自己责任原则减轻债务人的赔偿责任。第三,在双方均无过错的情况下,适用《民法典》第566条关于合同解除的规定。其正当性在于,双方对于履行费用过高均无过错,法律基于公平原则的考量,中止合同的权利义务关

系（《民法典》第580条第2款），对于尚未履行的终止履行，已经履行的可以请求恢复原状、采取其他补救措施。

四、履行费用过高的法典功能与适用

《民法典》第580条第1款几乎全盘继受了《合同法》第110条的规定，同样以履行费用过高作为排除继续履行请求权的事由之一。不过，由于司法实务中大量存在违约方以履行费用过高为由拒绝履行的案件，法院在司法实务中又缺乏统一的适用标准，《民法典》制定过程中曾尝试引入违约方解除权以解决上述问题。^{〔28〕}之后，由于立法过程中争议过大，最终提交的立法文本删除了前述具有争议的表述方式，但实际上，违约方仍然可以依据第580条第2款“致使不能实现合同目的”这一要件而主张解除合同。因此，如何将违约解除限定在合理的范围之内，将是未来《民法典》第580条适用过程中不得不面临的难题。这一问题可能的解决方案在于，严格把握第580条第1款中履行费用过高的适用标准，因为第580条第2款已明确表明其适用的前提条件在于“有前款规定的除外情形”。

第一，限制违约方解除的功能及其实现。我国《民法典》制定过程中围绕是否应当赋予违约方解除权的问题曾发生激烈的争论，肯定说者认为，规定违约方解除权的内容有利于破解合同僵局、遏制道德风险、控制社会成本、减少资源浪费等。^{〔29〕}反对者则认为，违约方解除权既缺乏学理上的充分论证，又缺乏比较法上的经验支持，不但难以达到制度目的，还有可能引致体系混乱，再加上实务中普遍存在对解除权的滥用、恶意违约者主张合同解除等情形，因而强烈主张删除该条规定。^{〔30〕}最终通过的立法文本实际上采纳了折中说的观点，即通过由违约方申请司法解除的方式来破解合同僵局。^{〔31〕}但折中说也存在不可忽略的问题，主要表现在司法解除本身存在效率低下、过分依赖于法官的个人判断、难以避免违约方滥用等方面。^{〔32〕}为了克服上述缺陷，本文认为，应当从严格把握履行费用过高的构成来限制司法解除请求权的行使，即在判断是否构成履行费用过高时，区分履行不能的形成原因，如果系因违约行为所致，则其构成标准也应相应提高，以防止违约方通过故意违约致使履行费用过高而谋取非法利益。不仅如此，在故意违约所致履行费用过高的场合，司法机关还应充分保障守约方的履行利益，以遏制故意违约等投机行为

• 225 •

〔28〕《民法典合同编草案第一次审议稿》第353条第3款规定：“合同不能履行致使不能实现合同目的，解除权人不解除合同对方明显不公平的，对方可以向人民法院或者仲裁机构请求解除合同，但是不影响其承担违约责任。”《民法典合同编草案第二次审议稿》第353条第3款规定：“合同不能履行致使不能实现合同目的，有解除权的当事人不行使解除权，构成滥用权利对方显失公平的，人民法院或者仲裁机构可以根据对方的请求解除合同，但是不影响违约责任的承担。”

〔29〕参见崔建远：《关于合同僵局的破解之道》，载《东方法学》2020年第4期；石佳友、高郅梅：《违约方申请解除合同权：争议与回应》，载《比较法研究》2019年第6期；刘承赴：《论违约方解除合同规则写入民法典之必要与可行》，载《中国政法大学学报》2020年第3期。

〔30〕参见韩世远：《合同法的现代化：为何及如何》，载《法治研究》2019年第6期；韩世远：《继续性合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除》，载《中外法学》2020年第1期；蔡睿：《吸收还是摒弃：违约方合同解除权之反思——基于相关裁判案例的实证研究》，载《现代法学》2019年第3期；时明涛：《违约方合同解除权质疑与替代性框架的构建——兼评〈民法典〉第580条》，载《烟台大学学报》（哲学社会科学版）2020年第5期。

〔31〕参见王利明：《论合同僵局中违约方申请解约》，载《法学评论》2020年第1期。

〔32〕参见前引〔30〕，时明涛文。

(《民法典》第580条)。

第二,合同僵局问题可以通过“抗辩权+催告解除+司法解除”的方式予以解决。我国司法实践中曾出现债务人继续履行费用过高,但债权人却不行使解除权而致合同僵局的情况。对此,崔建远教授认为,应当通过确立违约方解除权的方式予以解决(由违约方先行催告,催告无果后可以解除)。理由主要有:其一,在履行费用过高时,法律已经赋予了违约方拒绝履行权,表明此类合同继续履行已无意义,允许违约方行使解除权有利于解脱双方当事人;其二,守约方拥有解除权却不行使,法律无必要一再迁就。^{〔33〕}笔者认为,此两点理由均值得商榷。首先,赋予违约方拒绝履行权与赋予其解除权实为两种截然不同的权利。拒绝履行权属抗辩权的构造,相比解除权而言更为柔和。解除权为单方形形成权,于合同命运关系甚大,更何况是授予故意违约的一方。其次,是否行使解除权乃是守约方的自由,基于有效成立的合同,守约方当然享有继续履行请求权,何故不行使解除权却要归责于他?更何况,履行费用过高有时并未达到合同目的不能实现的程度,此时如果仍然允许解除合同,未免矫枉过正。再者,司法实践中大量存在债务人故意违约致使履行费用过高的情形,此时若仍赋予违约方解除权,无疑将助长故意违约的发生,不利于营造诚信的市场环境,产生的消极影响也将难以估量。对此,本文认为,抗辩权+请求司法确认解除的方式可以很好地解决这一问题。具体而言:依据《民法典》第580条第1款的文义,债务人所享有的拒绝履行权在性质上为抗辩权,此抗辩权可以对抗债权人的履行请求权为当然之义。当履行费用过高时,拒绝履行请求权自动产生,并不存在过分保护债权人的情况。此时若债权人怠于行使解除权,则债务人可以催告其行使(《民法典》第564条第2款),若债权人经催告而不行使,则解除权消灭(《民法典》第564条第2款),债务人可以同时请求人民法院确认履行费用过高而解除合同(《民法典》第580条第2款)或者继续履行合同。如此,既避免了合同长期僵局而导致的不利后果,又可以避免因赋予违约方解除权而导致的消极后果。只不过,这显然以裁判机关正确把握履行费用过高的判断标准为前提:不仅需要考量履行费用本身,履行费用过高的形成原因也应纳入考量范围。

第三,从体系角度理解我国《民法典》中的履行不能制度。原《合同法》第110条实际上只规定了半个履行不能制度,对于履行不能是否区分发生原因与法律后果,拒绝履行之后的法效果等,均付之阙如。《民法典》第580条虽然原封不动地继受了上述规定,但在第2款新增加的司法解除制度可以为我们从体系角度理解履行不能制度提供一些新的线索。首先,对于履行不能,应区分其发生原因而异其法律后果。债权人所致、债务人所致及第三人和意外事件所致履行不能在性质上有所区别,在法律效果上也应有所不同。也就是说,当履行不能因债务人故意或过失所致时,虽然也适用免于继续履行的法效果,但债务人应当赔偿债权人因此遭受的损失,此时的损害赔偿额应当明确包含守约方的履行利益,以避免恶意违约事件的发生;当履行不能是因债权人的原因所致时,根据自己责任原则,应当由其自担损失以及履行不能的不利益;当债权人对于履行不能也具有过失时,可以适用过失相抵规则减轻或免除债务人的赔偿责任;当履行不能由不可抗力或意外事件所致时,适用返还的一般规则清算剩余义务,或者适用情势变更规则予以解除。

〔33〕 参见崔建远:《完善合同解除的制度的立法建议》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2018年第2期。

总之，对履行不能应当区分其发生原因而异其法律效果以体现法评价的妥当性。其次，应从体系视角理解履行不能的法律后果。解除权的行使在于赋予非违约方以自助权，即免除自己履行义务的同时追究对方的违约责任，而履行不能的正当性基础在于，任何人对于一项履行不能的债务都不负有继续履行的义务，即履行不能的制度目的在于免于继续履行。至于免于履行义务之后如何处理，则需要结合履行不能的形成原因分别处理。若由债务人所致，则属于典型的债务违反，应当追究其违约责任；若由债权人所致，则应当由其承担不能履行的法律后果；若由第三人或意外事件所致，则属于典型的风险负担问题，可以参照风险负担的相关规则处理。

Abstract: The lack of specific criteria and methods for judging high performance costs has long been a problem in China's theoretical and practical circles. Through the method of empirical research, it is found that there are many problems in judicial practice, such as different judgment standards, misuse of the right of rescission, and confusion with the subject matter which is not suitable for compulsory performance. The academic response to this is mainly serious disproportional theory, but because the standard is vague, it can not provide a proper way to judge the case. It can be found from the application of the clause of too high performance cost in China's judicial practice that the measurement method of single factor can not provide appropriate judgment standard for it. In this regard, the judgment method of dynamic system should be introduced, and the conclusion should be drawn after the dynamic measurement of the limit of the creditor's sacrifice, the imbalance between the performance interests and the payment expenses, and the possibility of substituting for damages.

Key Words: excessive cost, refusal to perform, impossibility of performance, dynamic system, compulsory performance

• 227 •

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

《民法典》违约金制度的功能优化

邓辉 王浩然*

内容提要：《民法典》第 585 条主要延续了《合同法》第 114 条的违约金规定。目前，违约金制度的基本功能定位模糊，作为配套措施的司法调整规则适用混乱，无法厘清其与损害赔偿之间的关系，致使司法实践普遍遵循赔偿为主抑或功能均等的适用模式，难以充分发挥其担保履行和简化证明的作用。事实上，违约金兼具担保和赔偿的双重功能，在不同的历史时期和比较法例中各有侧重。在《民法典》出台的背景下，相关司法解释应当寻求更妥当的规制路径，充分尊重当事人意思自治，推动违约金的类型区分和功能重塑，构建担保为主、赔偿为辅的价值体系，明确违约金司法调整的适用范围、调整原则与主要考量因素，为违约金功能优化提供良好的制度环境。

关键词：惩罚性违约金 补偿性违约金 权重分配 司法调整 违约金酌减

《民法典》第 585 条以及相关配套的司法解释是人民法院处理违约金纠纷案件的实体法依据。但是，这些关于违约金制度的法律规范高度抽象，而且相关司法裁判也难以实现推理和释法的统一，极大地限制了违约金功效的发挥。其中，尤以违约金的法律属性争议、不同功能的权重分配和违约金数额的司法调整三个问题最为突出。在检讨违约金司法适用现状的基础上，本文试图以具体规则的理解和司法解释的制定为视角来构建契合我国实际的违约金功能理论，从而推动《民法典》违约金制度的完善。

一、违约金的属性争论和适用困境

按照通说，违约金是指当事人约定或法律规定的、在一方当事人不履行或不完全履行时向另一方当事人支付的一笔金钱。^{〔1〕}与法定违约金（比如逾期罚息）不同，约定违约金的本质是一种

* 邓辉，北京大学法学院博士研究生；王浩然，中冶置业集团石家庄分公司办公室（法律事务部）法务主管。

〔1〕 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2016 年版，第 272 - 274 页。

合同条款，是当事人基于意思自治形成的法律关系，属于典型的私法自治体现。^{〔2〕}

按照法律制度功能的差异，违约金可以分为惩罚性违约金和补偿性违约金：前者为固有意义上的违约金，强调违约金的履约担保功能；后者是违约损害赔偿额的预定，侧重违约损害的赔偿功能。^{〔3〕}不同功能和类型的违约金在合同约定效力、数额调整标准和举证责任分配等方面存在很大差异。

《民法典》第585条延续了《合同法》第114条关于违约金的规定，既没有为违约金担保属性的有无之争划下句号，也未明确地界定惩罚性（担保性）违约金和补偿性（赔偿性）违约金的区分标准，导致与惩罚性违约金相关的效力认定、司法酌减等问题依旧难以获得圆满解决，使得相关的违约金争议成为被带入民法典新时代的老问题。

（一）理论学说中的法律属性立场纷争

关于违约金性质的争论之一在于其是否具备从属性。独立说认为违反约定时即可支付违约金，其作为一种有条件的给付约定，并不取决于主债务履行与否；^{〔4〕}而主张违约金具有从属性的观点则为主流学说，认为主合同的存续是违约金条款的逻辑起点，若主合同不成立、无效、被撤销或者消灭之时，违约金条款相应失效和消灭。当然，肯认违约金的从属性，不代表否认其在某些方面具有一定程度的独立性，例如违约导致合同解除时，守约方依旧享有违约金请求权。^{〔5〕}

与之相对应，对于违约金是否具有担保属性，学说上存在肯定说和否定说。肯定说主张违约金条款本质上是具有从属性的担保条款，虽然无法如抵押、保证等典型担保形式一般令对方当事人提供财产性担保，然而这只是担保力度大小之分，并非担保属性有无之别。易言之，违约金的担保属性与赔偿功能并不冲突，而担保属性还可以使双方当事人进一步预先规划违约的法律后果，从而起到强化合同履行的作用。^{〔6〕}相反地，否认说仅承认违约金具有督促当事人履行合同的作用，这不意味着所有的违约金之债都具有担保属性。^{〔7〕}只有显著增强了债的效力，为债的实现提供可靠路径，具有保障债权实现的特征，才可以被认为具有担保属性。^{〔8〕}

尽管关于惩罚性违约金与补偿性违约金的讨论颇多，但却始终缺乏令人信服的区分二者的标准。现今理论界的代表性学说包括：一是“损失比较说”，它最早可以溯源到20世纪80年代初，主张约定数额高于实际损失则为补偿性违约金，反之则为惩罚性违约金。^{〔9〕}二是“责任并行说”，主张不排除强制履行或者损害赔偿的违约金为惩罚性违约金，反之则是补偿性违约金。^{〔10〕}三是“目的说”，主张考量当事人订立约定时的主观目的，约定相对高额的违约金则为惩罚性违约金，约定不明则依据体系解释、当事人或者类似约定的交易习惯和行业惯例进行确定，^{〔11〕}无

• 229 •

〔2〕 参见韩世远：《违约金散考》，载《清华大学学报》（哲学社会科学版）2003年第4期。

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

〔4〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第823页。

〔5〕 参见王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，中国人民大学出版社2016年版，第249页。

〔6〕 参见柳经纬：《债法总论》，北京师范大学出版社2011年版，第278页。

〔7〕 参见丁海俊：《违约金的性质与功能新论》，载《西南民族大学学报》（人文社科版）2005年第3期。

〔8〕 参见崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，载《政治与法律》2015年第12期。

〔9〕 参见王作堂、魏振瀛、李志敏、朱启超：《民法教程》，北京大学出版社1983年版，第235页。

〔10〕 参见前引〔4〕，韩世远书，第825页；前引〔1〕，崔建远主编书，第392页。

〔11〕 参见沈德咏主编：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第255—256页。

法确认时则推定为补偿性违约金^{〔12〕}。

《民法典》第585条仅对《合同法》第114条第2款进行了表述语序的调整修改,虽然在“法政策”和“法技术”两方面使违约金调整规则的文义回归正确的规范逻辑,^{〔13〕}但却没有为惩罚性违约金和补偿性违约金的区分提供清晰标准。具体来说,《民法典》第585条第1款和第2款规定了补偿性违约金和违约金的司法调整,^{〔14〕}而第3款规定的迟延履行违约金在类型认定上是否可以归属于惩罚性违约金,仍存在着较大的争议,肯定说、^{〔15〕}否定说^{〔16〕}和折中说^{〔17〕}的观点各有其道理。如前文所述,惩罚性违约金的类型确认和违约金的类型区分标准本质上是同一个问题,《民法典》在此并未起到定分止争、一锤定音的作用。这意味着,违约金功能的权重分配只能交由法官进行自由裁量,而法院往往采取较为保守和稳妥的功能均等适用模式,又进一步引发疑问。

(二) 司法实践中的功能均等适用模式

笔者以“惩罚性违约金”为关键词在“北大法宝”(www.pkulaw.com)司法案例库中进行检索,共获得案件5451个,通过把“文书类型”限定为“判决”、“法院层级”限定为中级人民法院及以上、“审理程序”限定为二审,并排除惩罚性违约金并非争议焦点的案例,最终得到有效案例共162个,其中93个案件支持了当事人惩罚性违约金的诉讼请求,支持率达57.41%。在关于惩罚性违约金的裁判中,支持理由主要是尊重当事人的意思自治、维护合同稳定性、适用惩罚性违约金不违反公平原则和有利于对违约方进行相应的经济制裁等,^{〔18〕}反对理由则在于强调民法应以赔偿为主、缺乏法律条文的直接规定和惩罚性违约金适用条件严格等^{〔19〕}。即使在支持惩罚性违约金的裁判中,违约金的赔偿功能和担保功能也未能被清楚区分。在法律规定抽象和违约金功能模糊的背景下,司法实践创设了违约金功能均等适用模式,认为同一笔违约金不分主次地兼具担保性与补偿性功能。^{〔20〕}实际上,近来违约金司法实践甚至逐渐转变为“补偿性为主、惩罚性为辅”的趋势,即认为“合同法第一百一十四条等规定已经确定违约金制度系以赔偿非违约方的损失为主要功能,而不是旨在严厉惩罚违约方”^{〔21〕}。

在区分惩罚性违约金与补偿性违约金的三种理论中,占据主导地位的“损失比较说”似乎体现了司法公正和效率,但是,这种“后见之明”的观察视角难以对违约行为产生足够的震慑,进一步弱化了违约金的担保功能。再者,司法实践对违约金的赔偿和担保功能采取对半式权重分配的立场,不仅是实践一刀切思维的体现,更忽视了当事人的合意,难免损及违约金的制度价值和

〔12〕 参见前引〔4〕,韩世远书,第825页。

〔13〕 参见姚明斌:《〈民法典〉违约金规范的体系性发展》,载《比较法研究》2021年第1期。

〔14〕 参见王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第704-706页。

〔15〕 参见朱广新:《合同法总论研究》(下册),中国人民大学出版社2018年版,第733页。

〔16〕 参见韩世远:《违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的释论》,载《法学研究》2003年第4期。

〔17〕 参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第515页。

〔18〕 参见湖北省荆州市中级人民法院(2016)鄂10民终709号民事判决书;重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法民终字第0861号民事判决书;四川省乐山市中级人民法院(2015)乐民终字第1258号民事判决书。

〔19〕 参见河南省高级人民法院(2009)豫法民再字第00050号民事判决书;吉林省长春市中级人民法院(2015)长民终字第19号民事判决书;新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院(2015)克中民二终字第149号民事判决书。

〔20〕 参见罗昆:《我国违约金司法酌减的限制与排除》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第2期。

〔21〕 最高人民法院(2004)民二终字第125号民事判决书。

意思自治。此外，不同法院对于“约定的违约金数额过高”的认定颇不统一，有的对照定金罚则依合同标的额20%进行调整，^{〔22〕}有的依据实际损失的130%计算惩罚性违约金，^{〔23〕}还有的依据同期银行贷款利率的四倍进行调整，^{〔24〕}从而反映出违约金类型区分方法不明确对司法调整规则适用的负面影响。

在《民法典》出台以前，《合同法》第114条第2款为法官调整违约金提供了法律依据，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》〔法释〔2009〕5号，以下简称《合同法司法解释（二）》〕第29条^{〔25〕}及《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号）第7条^{〔26〕}进行了补充和细化，详细规定人民法院或仲裁机构在调整违约金时应当考虑的主要因素，并确认了证明责任的承担规则。2019年11月8日最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称《九民会议纪要》）第50条再次重申了审判实践中积累的违约金调整司法经验。^{〔27〕}

然而，前述法律和司法解释规定的预设模式和考量因素未能跳出违约损害赔偿的范畴，而且也缺乏具体可行的操作方案，致使综合相关因素考虑后所得的结论与以实际损失作为调整基点的做法大体相当。长此以往，在比较损失法的指引下，法官逐渐舍弃违约金调整的综合考量，转而直接以债权人的实际损失作为调整基准，这就带来了三个方面的不利后果：其一，从法律效果来说，在债务人无视合同订立时的有效约定、不积极履行债务甚至肆意违反合同约定时，司法酌减的结果仅是要求当事人承担违约损害赔偿赔偿责任，相关规定易沦为违约方违反诚实信用原则的挡箭牌；其二，从证明责任考量，违约金酌减的成立（是否酌减）和幅度（酌减多少）需要债务人承担相应的证明责任，但债务人可能因其与实际违约损失的证据距离过于遥远而陷入举证困难，同时，为了对抗债务人的主张，债权人也可能需要证明自己的损失，这就难以实现违约金制度“减轻损失证明责任”的目的和功能；其三，从制度关联观察，损失比较说的广泛应用造成了违约金制度价值的异化，使其沦为违约损害赔偿制度的附庸，若约定金额与实际损失存在细微差额就允许司法增额，使得债权人最终获得的违约金成为实际损失的赔偿。

• 231 •

〔22〕 参见海南省三亚市中级人民法院（2008）三亚民二终字第48号民事判决书。

〔23〕 参见云南省高级人民法院（2014）云高民三终字第60号民事判决书。

〔24〕 参见江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商终字第1757号民事判决书。

〔25〕 该解释第29条规定：“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

〔26〕 该意见第7条规定：“人民法院根据合同法第一百一十四条第二款调整过高违约金时，应当根据案件的具体情形，以违约造成的损失为基准，综合衡量合同履行程度、当事人的过错、预期利益、当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款等多项因素，根据公平原则和诚实信用原则予以综合权衡，避免简单地采用固定比例等‘一刀切’的做法，防止机械司法而可能造成的实质不公平。”

〔27〕 《九民会议纪要》第50条规定：“认定约定违约金是否过高，一般应当以《合同法》第113条规定的损失为基础进行判断，这里的损失包括合同履行后可以获得的利益。除借款合同外的双务合同，作为对价的价款或者报酬给付之债，并非借款合同项下的还款义务，不能以受法律保护的民间借贷利率上限作为判断违约金是否过高的标准，而应当兼顾合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等因素综合确定。主张违约金过高的违约方应当对违约金是否过高承担举证责任。”

二、违约金的类型区分和比较法背景

（一）惩罚性违约金

惩罚性违约金，又被称作固有意义违约金，其法律效果是违约发生后债务人除支付相应违约金以外，还应履行债务或承担因不履行所产生的损害赔偿责任。^{〔28〕}有学者认为，在合同中将违约金与损害赔偿并列，即表明违约金具备惩罚性质，^{〔29〕}然而，违约金制度的设立并不是为了惩罚债务人，而在于“向债务人施加尽可能有效果的压力，从而保障相对人履行在合同上所承担的一切义务”，实际上承担着担保债务履行的功能^{〔30〕}。违约金在词源上也一直包含着“惩罚”的意思，^{〔31〕}它把具备道德色彩的“惩罚”强加于“违约金”，其名为惩罚而实为担保^{〔32〕}。

在2016年债法改革以前，《法国民法典》原第1126条对违约金条款的定义是：“违约金条款（clause pénale）是指一方当事人为确保契约的履行，承诺在不履行契约的情况下支付违约金的条款。”这种违约金条款多具有惩罚和威胁性质，其约定数额大都远多于可能发生的实际损失，因而具有担保功能。^{〔33〕}按照《法国民法典》原第1229条第2款的规定，单纯迟延履行违约金与主债务履行（继续履行或替代履行的违约损害赔偿）请求权可以同时适用。^{〔34〕}这意味着，违约金除损害赔偿功能以外，也有对债务人进行施压，促使其依约履行合同的的作用。^{〔35〕}法国于1985年10月11日以法令方式赋予了法官增减违约金的司法调整权。《法国民法典》第1231—5条第3款规定：“在约定的违约金数额过分地高或少时，法院可以依职权进行调整。”^{〔36〕}换言之，在当事人约定的赔偿总额明显不合理时，法官可以主动调整违约金数额。

《德国民法典》在立法之初即确认违约金具备担保和赔偿的双重功能。^{〔37〕}德国法承认当事人之间惩罚性违约金约定的合法性，推定迟延履行违约金具备惩罚性功能，允许其与继续履行同时适用。在理论上，德国法上的违约金一直被视为一种担保债务人履行义务的压力工具，违约金的支付与损害的有无和大小均无关。^{〔38〕}在体例上，“违约金”规定在“定金”之后，共同作为合同主债务履行的担保手段。德国最高法院持相同观点，其判决表明：“违约金既可以作担保工具，

〔28〕 参见前引〔4〕，韩世远书，第824页。

〔29〕 参见郑冠宇：《民法债编总论》，新学林出版股份有限公司2015年版，第230—231页。

〔30〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第343页。

〔31〕 参见王洪亮：《违约金功能定位的反思》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2014年第2期。

〔32〕 参见韩强：《违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心》，载《法学研究》2015年第3期。

〔33〕 参见《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版，第318页，注释2。

〔34〕 《法国民法典》原第1229条第2款规定：“（债权人）不得同时请求履行主债务和违约金，但就单纯的迟延履行而规定的违约金，不在此限。”

〔35〕 参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版，第65页。

〔36〕 法国在2016年2月10日颁布了《合同、债法总则和债之证据改革法令》（L'ordonnance n°2016—131），以前由旧民法典第三卷第三编第四章（债的种类）第六节规定的“附违约金条款的债”（原第1226—1233条）经过修改成为新民法典的第1231—5条。

〔37〕 Peter Gottwald, Kommentar zum § 339, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München: C. H. Beck, 2019, Rn. 1, 9.

〔38〕 参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第510页。

迫使债务人如约履行约定好的债务，又可以在违约发生后使债权人快速获取填补损害的可能性，省去债权人个别举证的繁琐程序。”〔39〕

在英国的法律传统中，只有补偿性违约金即预先计算违约损害的违约金条款才会得以认可。〔40〕与惩罚性违约金功能类似的制度为违约罚金制度（penalties），双方当事人可以事前预定高于可能发生的损害的违约金数额，它被认为是旨在促使债务人履行主要债务的“胁迫”（in terrorem）条款。〔41〕英国法认为，根据合同法的目的，守约方并不能对违约方进行惩罚，认可超出实际损害的巨额赔偿与效率违约的精神相左，惩罚性违约金（违约罚金）条款是不可执行的（will not be enforced）。〔42〕一旦法院认可了补偿性违约金，当事人就可以申请强制执行，不考虑实际损失与补偿性违约金之间是否存在差额。〔43〕在实践中，法官主要根据当事人订立合同的目的来进行判断。但是，这种固有立场近年来也有所缓和。目前，英国违约金条款的构造类似于事先的附解除条件约定，若当事人违约，守约方有权请求违约方依约支付合同罚金，实际上起到了确保合同履行的作用。比如，“在泊车眼公司诉比维斯”（Parking Eye Limited v. Beavis）案中，比维斯因超时停车近一小时须支付 85 欧元的违约金。英国最高法院认为，只要违约金条款试图保护合同当事人的利益而且没有超过维护这一利益的必要范围，那么，这种旨在威慑可能违约的债务人的条款就是有效的。〔44〕

通过配置司法调整规则来限制过高违约金的规范思路普遍体现在当代大陆法系主要国家和地区。〔45〕同样地，国际合同统一法或示范法（Model Law）也采取了这种做法。《欧洲民法典草案共同参考框架》（DCFR）第 3：712 条（不履行的约定支付）第 2 款规定：“若约定支付超出因债务的不履行所造成的实际损失过多及其他具体情况，可将合同约定的款项减至合理数额，而无须考虑相反的规定。”按照 DCFR 第 3：105 条（排除或限制债务不履行责任）的规定，如果合同条款违背了诚实信用或公平交易，它们不能被援引。换言之，如果约定的违约金明显低于守约方的损失，法院可以排除相关条款的效力而要求违约方填补造成的实际损害。〔46〕此外，苏格兰合同法改革也试图赋予惩罚性违约金条款可执行性（enforceability），同时允许法院对明显过高的违约金金额进行调整。〔47〕

〔39〕 BGH NJW 1993, 2993. 转引自姚明斌：《违约金双重功能论》，载《清华法学》2016 年第 5 期。

〔40〕 在英国法中，约定赔偿数额的条款（stipulated payment）通常分为惩罚性违约金（penalty）和补偿性违约金（liquidated damages），前者无效而后者有效。[See Christian von Bar and Eric Clive ed., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, Sellier European Law Publishers GmbH, 2009, pp. 966 - 967.]

〔41〕 根据相关判例规则，若违约金条款中的赔偿数额超过了违约情形中能被证明的最大损害范围，它就会被认为是惩罚性违约金（罚金条款）；若准确计算损失是不可能的，而且约定赔偿意在预先确定赔偿数额的话，这种条款就是补偿性违约金。（参见〔英〕P. S. 阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社 2002 年版，第 463 - 464 页。）

〔42〕 See Jan M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, Edward Elgar, 2017, p. 226.

〔43〕 参见何宝玉：《合同法原理与判例》，中国法制出版社 2013 年版，第 526 - 529 页。

〔44〕 See [2015] UKSC 67.

〔45〕 See Solène Rowan, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford University Press, 2012, pp. 143 - 144.

〔46〕 参见前引〔40〕，Christian von Bar, Eric Clive 主编书，第 801 - 802 页。

〔47〕 参见前引〔35〕，姚明斌书，第 287 页。

（二）补偿性违约金

补偿性违约金也被称为损害赔偿额的预定（the predetermined sum），指当事人为了避免将来损害计算的繁琐而预先估计的损害赔偿总额。^{〔48〕} 债权人只需要证明违约事实及违约产生的典型损害，不需要证明具体的损失额，即可要求债务人按照预先确定的数额承担责任，极大地提高了违约损害赔偿的效率：一方面，在传统损害无从举证时，债权人不必通过大量繁琐程序证明损害的详细状况和最终金额，既减轻了债权人对具体损害的证明责任，也减轻了法院或仲裁机构确定损害的工作压力；另一方面，在违约损害赔偿难以计算时，预先设定具体数额的补偿性违约金排除了损害大小和具体数额的争执，避免了进入诉讼程序可能导致的难以预测性。

作为大陆法系法典化浪潮的第一个高峰，《法国民法典》十分注重补偿性违约金的赔偿功能。《法国民法典》原第1229条第1款专门界定：“违约金条款是债权人因为主债权未得到适当履行，对所受损害的赔偿。”第1231—5条第1款（原第1152条）规定：“合同规定不履行契约的人应支付一定数额的款项作为损害赔偿时，给予他方当事人的款项数额不得高于也不得低于这一约定数额。”该条确定了违约金的不可减规则和固定规则。这两项规则构成了法国法违约金赔偿功能的基础：双方当事人通过合同事先约定违约的法律后果，排除了损害构成方面的认定、因果关系的争议与损害赔偿金额的繁琐计算，有助于违约损害赔偿的快速实现。^{〔49〕} 不过，不可减规则的严格适用导致了诸多弊端，最终只能通过修法的方式来解决这一规则的适用窘境。^{〔50〕} 与此同时，法国最高法院（Cour de cassation）通过一系列判决对法官裁量权的行使提供了具体化指引，要求在裁判中必须表明违约金数额约定不合理的具体之处，此不合理必须达到相当程度（considerable）而且是足够明显的（manifest）。^{〔51〕}

《德国民法典》第339—345条允许当事人事前预定违约赔偿总额，使其作为最低额的损害赔偿。按照《德国民法典》第340—341条，在约定违约金不足以填补实际损失时，债权人有权请求赔偿额外的损失。若违约金不足以弥补实际损失，债权人可选择针对超额部分的损害赔偿请求权，但金额不能超过实际损害的部分。^{〔52〕} 《德国民法典》第343条第1款对法官进行了一定的限制，即法院在进行违约金调整时不得仅将“实际损失”作为唯一考量因素，而应全面考虑“债权人的一切正当利益”，后者包括“实际损失”所不能容纳的“期待利益”和“纯粹精神损害”。这一改变赋予了违约金补偿功能和担保功能同等的法律地位，从而保障违约金在合同履行的不同阶段都能发挥作用：在违约发生前，违约金凸显担保功能促进依约履行合同；在违约发生后，违约金能够发挥损害预估和赔偿简化的优势。^{〔53〕} 为了应对与法国法类似的不可减规则，德国法还建构了具备强行法性质的司法酌减规则（《德国民法典》第345条第1款），在适用时须考量当事人的一切正当利益，而不能仅仅着眼于财产损失。但是，如果违约方是《德国商法典》

〔48〕 参见前引〔14〕，王利明书，第700—701页。

〔49〕 参见前引〔35〕，姚明斌书，第64页。

〔50〕 参见〔法〕勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，潘华仿、高鸿钧、贺卫方译，清华大学出版社2002年，第161页。

〔51〕 See Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, Clarendon Press, 1992, p. 236.

〔52〕 参见前引〔35〕，姚明斌书，第81页。

〔53〕 参见前引〔39〕，姚明斌文。

第348条中具有评估违约金负担能力的“商主体”，法院不得适用《德国民法典》第343条来调整违约金。^{〔54〕}

在日本法中，违约金属于债务不履行损害赔偿的一个特别问题。1890年日本旧民法只规定了损害赔偿额的预定，关于违约金的规定仅见于特别商法。^{〔55〕}1898年《日本民法典》第420条正式规定：“当事人得就债务不履行预定损害赔偿额。于此情形，法院不得增减其数额。（第1款）……违约金，推定为赔偿额之预定。（第3款）”简单地说，即使债务人能够证明实际损害较少或不存在实际损害，他仍不得要求减少违约金，^{〔56〕}这就体现了相应的担保功能。同时，违约金被推定为赔偿额预定并不妨碍当事人依据自身的需要来约定惩罚性违约金。历史地看，根据当事人之间的特别约定或广泛存在的交易习惯，日本民法草案、^{〔57〕}学说和司法实践已经接纳了具有担保功能的惩罚性违约金。但惩罚性违约金的约定也存在着一定限制。比如，若惩罚性违约金条款存在于格式合同中或不符合交易中的社会通常观念，可能被法院认定为未达成合意或因违背公平原则、公序良俗而无效。不过，2017年日本民法修订后删去了《日本民法典》原第420条第1款第2句关于排除法院司法调整权力的规定，进一步明确了补偿性违约金的核心地位。^{〔58〕}易言之，日本法允许当事人事先预定损害赔偿总额和根据自身需要另行约定惩罚性赔偿金，但新的立法动态和司法实践都倾向于要求违约金接受合同正义的检验，法院可以在适当范围内进行调整或否定约定的效力，以实现个案公平。

我国台湾地区“民法”第250条规定：“当事人得约定债务人于债务不履行时，应支付违约金。违约金，除当事人另有订定外，视为因不履行而生损害之赔偿总额。其约定如债务人于适当时期或不依适当方法履行债务时，即须支付违约金者，债权人除得请求履行债务外，违约金视为因不于适当时期或不依适当方法履行债务所生损害之赔偿总额。”与1999年修法前相比，本条规定的违约金不具备违约罚性质，而系债务不履行中给付迟延及不完全给付所生损害赔偿之预定。^{〔59〕}除非当事人专门约定旨在“确保债权效力之强制罚”的惩罚性违约金，违约金即被推定为损害赔偿总额的预定，不能与债务履行请求或替代履行之损害赔偿同时适用。此外，台湾地区还有“部分履行之违约金酌减”（第251条）和“违约金过高之酌减”（第252条）规则，采取了违约金依职权调整、不得约定排除的立法模式，法院调整违约金应考量“一般客观事实、社会经济状况及当事人所受损害情形”等相关因素。^{〔60〕}

（三）违约金类型的中国化

自从违约金制度问世，担保功能和赔偿功能在不同时期和立法例中各有偏重。近现代以来，二者超脱非此即彼的对立关系，交融的趋势十分明显。大陆法系与英美法系关于惩罚性违约金的

• 235 •

〔54〕 See Hein Kötz, *European Contract Law*, Gill Mertens and Tony Weir trans., Oxford University Press, 2017, p. 276.

〔55〕 参见前引〔32〕，韩强文。

〔56〕 参见〔日〕我妻荣：《新订债权总论》，王赓译，中国法制出版社2008年版，第117-121页。

〔57〕 参见前引〔32〕，韩强文。

〔58〕 《日本民法典》经过多次修改，但违约金一直规定在“债务不履行责任”的章节中。相关法律条文以及修改，参见王擎融：《日本民法——条文与判例》（上册），中国法制出版社2018年版，第205页。

〔59〕 参见我国台湾地区“行政院”和“司法院”关于“民法”第250条修正的立法说明（1999年4月）。

〔60〕 参见邱聪智：《新订民法债编通则》（下册），作者台北印行2014年版，第163-166页。

规定迥然不同,其主要原因在于是否承认合同的强制履行。在大陆法系中,合同通常被视为当事人之间的法律即所谓“债即法锁”(obligatio est iuris vinculum),继续履行或强制履行优先于合同解除或损害赔偿。所以,在履行尚存在可能的前提下,债权人应当给债务人再次履行或补救的机会,不得径行解除合同或请求损害赔偿。相反地,在英美法系中,惩罚性违约金的本质是一种约定的“合同罚”或“私人惩罚”,无法通过合同正义的检验。在“效率违约理论”(theory of efficient breach)看来,违约不具有可罚性甚至是合乎道德的。^[61]因此,选择继续履行合同或者替代履行的损害赔偿,都属于当事人的自由。^[62]

在我国当今的“陌生人社会”中,频发的诚信危机严重阻碍了交易的缔结,同时,我国也缺乏效率违约理论生根发芽的土壤,诚实守信才是更符合我国国情的合同法基本原则。确立以担保功能为主的违约金制度具有独特价值:其一,增强履行担保。与其他形式的债之担保(例如保证、抵押、质押)相比,惩罚性违约金可以突破合同履行利益或完全赔偿原则的束缚,使得债务人可能因违约而负担超额赔偿责任,进一步起到敦促债务人积极履行义务的担保功效。^[63]其二,填补违约损害。惩罚性违约金往往会约定高于预期损失的金额,通常能够填补相应的违约损害。其三,鼓励交易。对于尚未形成信赖关系而从事交易的当事人而言,约定较为严格的违约金责任对于获得交易信誉并成功订立合同是极为有利的。^[64]换言之,惩罚性违约金有利于增强双方信任度,减轻债务人提供其他担保的压力,充分发挥合同法风险分配的功能。

三、违约金制度的功能重塑和矫正思路

(一) 完善违约金的类型区分

《民法典》第585条第1款明确界定补偿性违约金的性质,违约金由双方当事人事先约定,若嗣后违约则将承担支付违约金的不利后果,充分体现了违约金的赔偿功能;第2款相较于《合同法》的规定进行了条文优化,不仅进一步明确了违约金的司法调整规则,^[65]而且本款中“造成的损失”在外延上还大于《民法典》第584条(可预见性规则)中的可赔偿损失,有利于填补法定违约损害赔偿不能涵盖的部分项目(比如精神利益);按照《民法典》第585条第3款的规定,当事人可以约定迟延履行违约金向对方当事人施加履行压力,从而彰显担保功能^[66]。

法律解释成为后民法典时代的重要任务之一。^[67]遗憾的是,《民法典》中的违约金规定似乎

[61] See Liao Wenqing, *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law: A Comparative Law and Economics Perspective*, Intersentia Ltd., 2016, pp. 45-61.

[62] 参见罗昆:《违约金的性质反思与类型重构》,载《法商研究》2015年第5期。

[63] 参见王利民、宫双霞:《惩罚性违约金的接纳与规制:以当事人中心主义为视角》,载《深圳大学学报》(人文社会科学版)2019年第2期。

[64] 参见〔美〕弗里德里奇·凯斯勒、格兰特·吉尔摩等:《合同法:案例与材料》(下),屈广清等译,中国政法大学出版社2005年版,第1111页。

[65] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》(上),法律出版社2020年版,第288页。

[66] 纵使迟延履行并未给债权人造成实际损害,债务人也应依约支付迟延履行违约金。(参见前引〔39〕,姚明斌文。)

[67] 参见姚辉:《当理想照进现实:从立法论迈向解释论》,载《清华法学》2020年第3期。

仍旧较为模糊，但这也为法律解释的精细和多样发展预留了相应空间。在一定程度上，惩罚性违约金和补偿性违约金的区分正是违约金功能发挥的逻辑起点。诚如前述，德国法与英国法为二者的区分提供了方法，前者本质上为违约金赔付与合同继续履行或违约损害赔偿并行，后者则依据可预见性规则进行推定。不过，惩罚性与补偿性违约金区分标准的构建需要立足于我国的立法和司法实践现状，无法照搬照抄德国与英国的经验。相对来说，探寻当事人违约金的约定目的更加符合当事人的意思自治和违约金制度的设立初衷。

在依据目的说进行区分时，应从惩罚性违约金和补偿性违约金的功能价值出发，根据当事人的意思表示及其约定目的来判断违约金的类型。按照《民法典》第142条第1款的规定，合同条款的词句表述、交易行为的性质和目的以及诚信原则在意思表示解释中具有重要意义。^{〔68〕}首先，如果合同条款中出现“惩罚性违约金”“惩罚”“罚金”等表述、约定金额明显超过同等条件下的违约损害、^{〔69〕}违约金随着迟延履行时间的增长而累加、在支付违约金后仍需履行原合同义务，^{〔70〕}或传递出增强合同效力以便于后续强制履行的信号，^{〔71〕}应认定为惩罚性违约金。其次，如果合同条款强调违约损失预先约定以避免举证与损害计算困难，或明示排除原定给付义务或者损害赔偿责任的，^{〔72〕}应认定为补偿性违约金。再次，如果没有约定或者约定不明时，应依据《民法典》第510条赋予双方当事人达成补充协议的机会，未达成补充协议的，按照当事人之间的交易习惯和《民法典》第584条中的可预见性规则来确定。最后，若依然不能区分（比如当事人从事新兴交易的首次合作，缺乏成熟的交易习惯或者行业惯例），应推定为以补偿性违约金为原则、惩罚性违约金为例外。^{〔73〕}但是，由于人们在法律知识和生活阅历上的局限，不排除当事人意图预定赔偿性违约金而实际约定金额过高进而产生担保的效果，此种情形未违反违约金的制度目的，因而是可以接受的。^{〔74〕}

（二）调整双重功能的权重分配

如果立法仅着眼于违约金的赔偿功能，却对相应的司法调整缺乏限制，可能使得违约金实质等同于违约损害赔偿制度。但是，违约金的损失认定作用往往较为间接，不如直接适用违约损害赔偿。比如，在买卖合同成立后，市场存在价格波动，买方需要承担商品贬值的风险，卖方也相应地放弃了商品价格上涨可能带来的利益，这是一种良性稳定的市场交易秩序。不过，违约金额仅以守约方所受损失为上限，双方当事人都可能因为缔约后商品价格波动而违约，导致合同锁定和分配风险的功能无法实现。与此同时，补偿性违约金的预先估计常常因为各种因素与实际损失发生偏差，违约损害实际发生的数额较大却难以证明的现象也时常出现，故违约方在支付违约金

〔68〕《民法典》第142条第1款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”

〔69〕参见王怡聪：《惩罚性违约金规则下的信用卡全额计息条款探析》，载《法律适用》2019年第22期。

〔70〕参见郭丹云：《各国立法上违约金性质比较研究》，载《河北法学》2005年第6期。

〔71〕参见张皓亮：《惩罚性违约金的认定与规制》，载《北京仲裁》2007年第2期。

〔72〕参见陈岳：《违约金酌减规则的适用对象——以〈合同法〉114条第2款为中心》，载《东南大学学报》（哲学社会科学版）2018年第3期。

〔73〕参见孙瑞玺：《论违约金的性质——以〈合同法〉第114条为视角》，载《法学杂志》2012年第4期。

〔74〕目的说不可脱离实际生活而过于依赖当事人天马行空的意志，防止违约金陷入不可知论的泥潭，避免缔约方借助违约金条款侵害对方当事人权益。（参见韩世远：《违约金的理论争议与实践问题》，载《北京仲裁》2009年第1期。）

后还可能保有一定的不当得利。^{〔75〕}因此,建立担保功能为主的违约金制度可以阻止和威慑违约意图,为当事人提供一种有效率的保险。^{〔76〕}

此外,以担保功能为主导的惩罚性违约金不仅符合我国民事法律体系重视促进交易的基本价值取向,也有利于与其他法律制度相衔接。比如,《民法典》第465条规定依法成立的合同受法律保护,对当事人具有法律约束力,同法第579—580条还规定可对债务人主张强制履行,其目的就在于维持合同的拘束力。所以,保障和强化《民法典》的合同强制履行制度,应当偏重惩罚性违约金的担保功能,进一步强调惩罚性违约金的重要价值与主导地位。

由前述可知,违约金的担保与赔偿双重属性并非不能兼容的对立关系,以担保功能为主的违约金功能定位也不否认当事人依据自身需求构造不同比重类型的违约金。具体而言,补偿性违约金能大大简化守约方的举证责任,在损害难以举证和损害数额难以计算之时具有方便快捷的程序优势,意义重大。但是,为了违约金制度的固有价值得以充分发挥,我国司法实践应当明确违约金规则与违约损害赔偿规则的分工与合作关系,重新调整违约金的权重分配比重,同时允许违约金的功能偏向可以依据当事人约定而变化,进而形成违约金担保履行为主、赔偿损失为辅的局面,最大程度地发挥违约金的作用。

(三) 侧重履行担保的司法调整

通常来说,当事人是自身利益的最佳判断者。在双方的合意范围之内,违约方依约支付事前约定的违约金,对当事人来讲是严守契约和诚实守信的表现,对法院而言是司法克制和对当事人意思自治的尊重。不过,合同当事人并非总是处于平等的地位。一方面,任何人的理性都是有限的,无法期许所有的合同主体都是理性人,当事人由于对方利诱或自身认知局限可能承担巨大风险,使得高昂的违约金条款逐渐成为一种赌博游戏(gambling),引发了大量的显失公平现象。另一方面,如果允许不受限制的违约金约定,当事人可能利用其经济地位和格式合同条款设置高昂的违约金来侵害对方当事人的合法权益。此时,形式上的合同自由反而是实质上的不自由。按照诚信原则和公平原则的要求,当事人约定违约金数额的意思自治应当受到一定的限制,以实现缔约自由和实质正义之间的平衡。^{〔77〕}

在我国的司法实践中,即使合同约定的支付金额尚未达到显著低于违约实际损失的程度,当事人也可以申请法院增加违约金,以尽可能地填补债权人因违约所受的损害。但是,追求违约金赔偿功能的实用主义立场兼顾了审判效率和形式正义,却极易偏离当事人合同意思自治的轨道并以牺牲实体正义和个案公平为代价。所以,法院不宜轻易否定惩罚性违约金约定的效力,而是应当以惩罚性违约金的担保功能为导向,舍弃违约金司法调整具体要件化模式而采取利益动态考量模式,综合考量与违约金数额相关的各种因素,最终确定一个适当的违约金数额。^{〔78〕}具体来说:首先,在“是否”进行司法调整上,应采取慎重态度。在本质上,司法调整

〔75〕 参见刘莉、王金娟:《违约金担保功能的回归》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2019年第2期。

〔76〕 参见刘廷华:《惩罚性违约金的经济分析》,载《北方法学》2013年第4期。

〔77〕 参见湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂01民初611号民事判决书。

〔78〕 参见姚明斌:《违约金的类型构造》,载《法学研究》2015年第4期;王雷:《违约金酌减中的利益动态衡量》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2018年第11期。

制度赋予了法院干涉或改变当事人约定的权力，属于私法规则中极为少见的特殊情形，法院行使司法调整权必须慎之又慎。^{〔79〕}其次，在“如何”进行司法调整上，应考虑当事人的缔约意图和过错。在进行违约金额调整时，法院应尊重当事人吓阻违约的意图，不当直接将约定数额减至实际损失。^{〔80〕}再次，在司法调整的“程序保障”上，法院应详细说明调整理由和具体考量因素，以维护司法裁判权威、促使双方当事人接受裁判结果。

四、代结语：关于《民法典》第 585 条司法解释的具体建议

为了确保《民法典》正确实施，司法解释的清理和制定工作正在有序开展。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（一）》已经颁布实施。与此同时，物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权等方面的司法解释也在制定中，通过编纂、修改和新立等方式及时为各级法院提供裁判指引，维护法律适用的统一。^{〔81〕}2020 年 12 月 30 日，最高人民法院发布了与《民法典》配套的第一批共 7 部新的司法解释，主要涉及适用《民法典》时间效力、担保制度、物权、婚姻家庭、继承、建筑工程合同、劳动争议等方面。^{〔82〕}在此背景下，未来《民法典》合同编司法解释应当借助对原《合同法》司法解释中相关规定进行系统梳理和整合的契机，着重落实违约金制度的功能调整，以促进《民法典》的统一正确实施。

首先，司法解释应区分《民法典》第 585 条第 1 款规定的“违约金”和“损失赔偿额的计算方法”。这里的“违约金”应理解为同时规定补偿性违约金和惩罚性违约金，在个案中依当事人约定目的进行类型区分。此时，当事人的约定达到了同时兼容违约金担保和损害赔偿总额预定双重功能的法律效果，^{〔83〕}以最大限度地保障债权人的损害赔偿债权。若债权人能证明还有其他损害的存在，可以主张增加赔偿数额，其实际上就是违约损害赔偿。补偿性违约金作为一种特殊的损害赔偿，也能够适用可预见性限制、过失相抵和损益相抵等损害赔偿共通规则。^{〔84〕}

其次，司法解释应进一步完善《民法典》第 585 条第 2 款规定的违约金司法调整规则。违约金的司法调整是对当事人合同自由的干涉，须极为审慎。在此，完全将违约实际损失作为认定违约金是否过高的判断基准有欠妥当。违约金司法调整应当明确区分补偿性违约金和惩罚性违约

• 239 •

〔79〕 在“拉萨市国土资源局与拉萨玛吉阿米餐饮连锁有限责任公司建设用地使用权出让合同纠纷案”中，最高人民法院认为：“……虽然赋予人民法院适当调减违约金的裁量权，但结合本案实际情况，玛吉阿米公司无正当理由长期拒不支付土地出让金，导致产生高额违约金，之后又明确承诺愿意支付该高额违约金，以换取拉萨国土局继续为其办理土地使用权证，人民法院酌情调减违约金反而有悖公平原则和诚实信用原则。”〔参见最高人民法院（2018）民再 303 号民事判决书。〕

〔80〕 在“林敏东与漳浦金浦医院房屋租赁合同纠纷上诉案”中，福建省漳州市中级人民法院认为：“合同法对违约金的规定侧重于违约金的补偿性，同时有限地承认违约金的惩罚性……对于金钱给付类违约金过高的调整幅度，应以年利率的 24% 再上浮 30% 为标准适当减少为宜。”（林振通：《违约金过高的举证责任承担与调整》，载《人民司法·案例》2017 年第 2 期，第 60 页。）

〔81〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施小组：《统筹协调 蹄疾步稳 全力推进民法典贯彻实施》，载《中国审判》2020 年第 17 期。

〔82〕 参见乔文心：《最高法全面完成司法解释清理并发布首批民法典配套司法解释》，载《人民法院报》2020 年 12 月 31 日，第 1 版。

〔83〕 参见前引〔32〕，韩强文。

〔84〕 参见前引〔31〕，王洪亮文。

金:对于前者,法院应以违约造成的实际损失为主要判断基准;对于后者,关于违约金数额是否过高的认定,法院应在诚信原则和公平原则指引下充分考量合同履行状况和对价关系、当事人的主观过错程度、事后补救程度、违约金数额担保功能发挥的空间、债务人因违约的获利、债权人合同预期利益和精神利益以及违约损害继续发展等相关因素。^{〔85〕}在未来,违约金调整因素的考量还可以运用计量分析方法进行预测研究,利用人工智能技术和交叉学科理论应用来拓宽当事人意思自治的路径选择。^{〔86〕}

与此同时,本款前半句关于“司法增额”中的“低于”应进行目的性限缩解释,即解释为“过分低于”。详言之,按照“约定的违约金低于造成的损失,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加”的规定,只要违约金与实际损失出现极小的偏差,当事人就可以提起司法调整的请求,由此可能导致“责任限制型违约金条款”毫无用武之地,这无疑是对于合同自由的否定和司法资源的浪费,还会进一步诱发当事人在违约金和违约损害赔偿之间进行自由选择的投机行为。^{〔87〕}此时,司法解释不如赋予债权人针对额外损害请求赔偿的权利,以对债权人进行周延的救济,这也符合我国司法实践的处理经验。^{〔88〕}另一方面,对于“过分高于”的判断标准,《合同法司法解释(二)》认为违约金数额超过违约实际损失的30%即可,我国司法裁判也普遍遵循130%的司法调整启动条件。实际上,这一标准来源于《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7号)第16条,对于标的各异的其他类型合同来说可能并不适当。^{〔89〕}比如,在民间借贷纠纷案中,债权人的实际损失通常为应还本金的利息,但仅为利息损失1.3倍的违约成本明显过低。在《民法典》司法解释的制定过程中,这一标准应被定位为具体化指引的提示性或注意性规范,法院在具体个案中仍需综合相关因素确定一个合理的调整标准,来防止法律适用的僵化。^{〔90〕}

再次,司法解释应将《民法典》第585条第3款规定的惩罚性违约金扩展至多数违约行为样态,而不是仅局限于迟延履行。具体来说,违约行为的核心是当事人合同义务的违反,不但存在债务人履行迟延这一种情形,也包括债务人无正当理由(抗辩权)拒绝履行、可归责于债务人的

〔85〕立法机关虽未针对不同类型的违约金设置相应的酌减规则,但在《民法典》释义中也指出:“在判断约定违约金是否过高以及调低的幅度时,一般应当以对债权人造成的损失为基准。司法实践中对此掌握的标准一般是,当事人约定的违约金超过造成损失的30%的,一般可以认定为‘过分高于造成的损失’,但对此不应当机械适用,避免导致实质上的不公平。此时,可以综合考虑辩论终结前出现的以下因素:(1)合同履行情况;(2)当事人过错程度;(3)预期利益;(4)当事人的主体身份;(5)其他因素。”(参见前引〔65〕,黄薇主编书,第290-291页。)

〔86〕参见屈茂辉:《违约金酌减预测研究》,载《中国社会科学》2020年第5期。

〔87〕孙良国教授指出:“如果约定违约金数额过高或者过低,其不仅仅在当事人之间产生私人利益关系,而且还可能会对司法所代表的公共价值提出挑战……司法的功能是要确保作为社群的公平的代表。然而公平当然地不仅包括过高的情况,也包括过低的情况……为了实现上述价值判断,约定的违约金也必须过分低于实际损失才能够进行调整。”(孙良国:《论法院依职权调整违约金——〈民法典〉第585条第2款之评判》,载《北方法学》2020年第5期,第55-57页。)

〔88〕在实践中,有法院在违约金数额低于实际损失的情况下判决赔偿额外损失。按照《合同法司法解释(二)》第28条后段,违约金司法增额和额外的损害赔偿不得同时主张。[参见“北京王致和食品集团有限公司诉北京天相房地产开发有限公司联合开发合同纠纷案”,载刘言浩主编:《法院审理合同案件观点集成》(上册),中国法制出版社2013年版,第350页。]

〔89〕参见吴从周等:《违约金酌减之裁判分析》,元照出版公司2015年版,第313页。

〔90〕参见李东琦:《论惩罚性违约金的调整》,载《当代法学》2013年第6期。

履行不能（比如因债务人过错导致标的物灭失）以及进行瑕疵给付或加害给付的不完全履行。^{〔91〕}从反面来看，惩罚性违约金适用范围的扩大实质上是鼓励合同当事人在所有违约形态中预先约定债务不履行的法律后果，这有利于形成对债务人的履约压力，促使债务人清楚地感知违约后的不利处境，进而督促其依约行事。此时，惩罚性违约金既意味着对违约方相当程度的道德谴责，也意味着对守约方来说可能的更丰厚的经济回报，从而能够提供有效的制度激励。因此，相关司法解释应当修正惩罚性违约金的适用范围限制。此外，《民法典》采取了民商合一体例来统筹民事法律关系，人民法院还应充分考虑合同双方当事人之间的地位均衡性、具体交易的特征以及酌减后果对当事人生存状况的影响等因素来进行更加谨慎的考量。^{〔92〕}

Abstract: Article 585 of China's Civil Code mainly repeats Article 114 of the Contract Law on agreed damages. At present, due to the vague orientation of the basic function, it is impossible to clarify the relationship between contractual penalty and compensatory damages. The application of the judicial adjustment rules as a supporting measure is chaotic, which makes the judicial practice generally follows the applicable mode of function equality or compensation, and makes it difficult to give full play to the role of the ensuring debt performance and reducing the burden of proof. In fact, agreed damages have dual functions in guarantee and compensation, which have different emphases in different periods and jurisdictions. China's Civil Code has been formally issued, and the relevant judicial interpretations should seek a more appropriate approach, respect the autonomy of the parties, promote a distinction between penalty and liquidated damages, construct the dual value system of agreed damages, clarify the scope of application, the principles and main considerations of judicial adjustment, as to provide a good institutional environment for the functional optimization of contractual agreed damages.

Key Words: punitive agreed penalty, compensatory liquidated damages, proportion allocation, judicial adjustment, discretionary reduction of liquidated damages

（责任编辑：武 腾 赵建蕊）

〔91〕 惩罚性违约金旨在通过行为控制和违约预防来实现履约担保功能，既然如此，债务人是否积极履行债务（是否存在过错）在此就具备规范评价的意义。同时，违约金责任的成立以违约金约定存在和违约情事发生为必要，违约的认定尤为关键。比如，对于因不可抗力造成的履行不能，债务人不承担违约责任，也无须支付违约金。所以，即使《民法典》第577条（《合同法》第107条）确立了违约责任不考虑债务人过错的严格归责立场，但在违约责任成立要件对债务人的可归责性无特别约定或特别规定时，应当具体区分债务人违反的是结果性义务还是手段性义务，再结合债务人是否存在过错，对是否构成违约进行综合判断。

〔92〕 参见王利明：《民法典合同编通则中的重大疑难问题研究》，载《云南社会科学》2020年第1期。

借名买房行为的法律效果研究

冉克平 黄依焜*

内容提要：借名买房行为由借名人、出名人的借名协议与出名人、交易相对人的房屋买卖合同所组成。借名协议的效力会因购买房屋的性质不同而有所不同。在当事人内部，以借名当事人的意思自治为主，依据借名协议的约定以及相关举证对房屋归属予以认定。在借名关系外部，涉及交易第三人的借名行为法律效果须考虑第三人是否为善意以及争议房屋的所有权是否已经转移至第三人名下等因素，以判断借名人的债权是否更值得优先保护；涉及申请执行人时，作为借名人的案外人享有的债权不足以排除强制执行。出名人无法履行义务时，借名人可主张违约责任以求救济。

关键词：借名买房 交易第三人 申请执行人

在国家对房地产实施限购、税收等政策的背景下，现实生活的错综复杂导致了大量借名买房现象，司法实践也受到了较大影响。^{〔1〕}借名买房行为不仅涉及借名人与出名人之间的借名协议（以下简称“借名协议”）关系，还包括与第三人之间的房屋买卖关系，并影响围绕争议房屋所产生的各种民事关系。借名买房行为的性质、借名协议的效力、争议房屋产权的归属、涉及交易第三人或申请执行人时的法律效果等问题围绕借名买房行为展开，对这些问题的处理又关涉借名人、出名人、交易第三人乃至强制执行申请人等第三人的利益平衡，因此须对借名买房行为的法律效果作整体性研究。

一、借名买房行为的认定与性质

（一）借名买房行为及其司法认定

借名买房行为一般具有以下特点：（1）不具有买房资格的借名人征得出名人同意并约定借出

* 冉克平，武汉大学法学院教授；黄依焜，武汉大学法学院硕士研究生。

〔1〕如北京市高级人民法院下发的《关于妥当审理涉及房屋新政策相关房屋买卖案件的会议纪要》，对房屋买卖合同当事人之间的利益予以平衡，在相关政策实施的背景下避免当事人利益失衡。

名人名义购买房屋，出名人协助配合办理相关手续；（2）出名人或借名人代理出名人与第三人签订房屋买卖合同，房屋所有权登记在出名人名下；（3）借名人对房屋实际享有占有、使用、收益的权利；（4）约定待符合一定条件时将房屋所有权变更登记至借人名下。

根据《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》（以下简称《北京指导意见》）第15条第一句^{〔2〕}的规定，借名人要求出名人转移房屋所有权的诉求得到支持的前提是双方存在借名买房的约定。实践中，双方通常会签订书面借名协议以避免纠纷，就民事权利义务作出明确约定，但也可能仅作出口头约定。根据借名买房行为的特点，就“是否存在借名买房约定”的司法认定，各地法院存在一定的差异。

首先需判断是否存在书面协议。一般应当存在书面借名协议以证明存在借名买房的合意。^{〔3〕}同时应对书面协议中约定的权利义务进行严格审查，如考虑当事人签订协议的时间与买房时间的匹配，以确认是否存在当事人所主张的借名买房关系。^{〔4〕}不存在书面借名协议时，一般应由主张借名买房关系存在的一方对以下内容进行举证：（1）对房屋的实际出资情况，如对照支付款项及时间节点、账户往来等；（2）房屋的实际占有使用收益情况，如房屋物业费、供暖费等费用的缴纳等；（3）证明材料的持有情况，如购房票据、房屋权属证书等重要票据或证书的持有；（4）借名买房是否有合理解释，如是否需要规避限购政策；^{〔5〕}（5）风俗习惯等合理因素的考量^{〔6〕}。除此之外，还要针对具体案件展开更多细节性的考虑：比如当事人之间的身份关系（通常为亲友关系）；选择购买诉争房屋系根据何方意思而为。^{〔7〕}综上，司法实践对借名买房行为主要结合该行为的特点，围绕“是否存在借名买房约定”，根据借名协议的有无情况并结合相关证据加以确认。

（二）借名买房行为的性质

借名买房行为中既存在内部借名关系，也存在外部房屋买卖关系。借名协议也非任一有名合同，其安排了房屋购买前、中、后的各项内容。

借名人实施购房行为的情形为直接借名行为，出名人实施购房行为的情形为间接借名行为，其实质为间接代理。^{〔8〕}对此，有学者认为“直接借名”与“间接借名”的用语并不贴切，狭义借名买房（借名人出面购房）与“委托型借名买房”（出名人出面购房）属于广义借名买房。^{〔9〕}另有学者认为，借名买房包括内部的借名约定与外部的借名行为，后者包括借名订立买房合同与借名登记房屋。其认为借名协议实质上是混合合同，且为类型结合合同。^{〔10〕}我国台湾地区早期判例认为借名登记契约为消极信托，构成通谋虚伪表示从而主张脱法行为，因而无效。此后，我

〔2〕《北京指导意见》第15条第一句对借名买房的借名人要求出名人办理房屋所有权转移登记持支持态度。

〔3〕参见北京市第三中级人民法院（2018）京03民再33号民事判决书。

〔4〕参见北京市第三中级人民法院（2018）京03民再37号民事判决书。

〔5〕参见北京市第二中级人民法院（2017）京02民终9830号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2015）一中民终字第04049号民事判决书。

〔6〕参见广州市中级人民法院（2017）粤01民终23964号民事判决书。本案中，一方提供了在涉案房屋内竖立的镇宅石碑，碑文刻有“纪念父亲×××诞辰95周年”。一审法院认为，若该房屋属于另一方所有，按民风、民情，另一方不可能允许他人在其房屋内竖立石碑，结合风俗习惯的考量及其他证据，一审法院认为当事人之间为借名买房关系。

〔7〕参见无锡市中级人民法院（2013）锡民终字第1572号民事判决书。

〔8〕参见冉克平：《论借名实施法律行为的效果》，载《法学》2014年第2期。

〔9〕参见杨代雄：《借名购房及借名登记中的物权变动》，载《法学》2016年第8期。

〔10〕参见马一德：《借名买房之法律适用》，载《法学家》2014年第6期。

国台湾的判例逐渐改变了态度,认为借名登记契约不违反强制法、禁止法及公序良俗,具有正当理由,依契约自由原则而有效,为无名契约。^{〔11〕}关于无名合同,“借名登记契约乃无名契约”的观点受到诸多学者的赞同,但也有反对者认为借名登记乃消极信托或脱法行为等。^{〔12〕}

借名协议符合《合同法》对合同的定义,包括借名登记的合意。借名协议并非有名合同,其中包含了借名买房合同、借名登记合同、过户房屋等一系列内容,包括内部借名协议与外部房屋买卖合同。有些学者的观点着眼于借名人与出名人的内部关系,不适用于借名买房的内、外部整体行为的性质确定。考虑到借名买房行为为非单一化的表现形式,出名人与借名人都有可能以出名人的名义买房,借名买房行为的性质因此有所不同。

(三) 两类借名买房行为的性质

借名买房行为主要表现为两种类型:类型一,出名人仅提供“名”与相关证件,由借名人以借来之“名”完成房屋买卖合同的订立与不动产登记等事务。类型二,内部借名协议达成后,由出名人与相对人订立房屋买卖合同并办理不动产登记手续,借名人实际出资购买房屋并缴纳税收等费用,实际占有使用收益房屋,并且房屋产权证书等文件很可能由其持有。对此,需要明确房屋买卖合同在何人之间产生效力,即明确房屋买卖合同的法律效果应当归属于借名人还是出名人。

类型一中,借名人借用他人名义实施法律行为,此时不具有购房资格的借名人相当于出名人的代理人,二者可视为直接代理关系,借名协议相当于出名人授权借名人与相对人进行房屋交易。从外观上看,房屋买卖合同的主体为出名人与相对人,借名人仅发挥了代理人的功能,房屋买卖合同的法律效果由出名人承受,房屋所有权转移至出名人名下。类型一中,既存在出名人对借名人的委托授权,又有待条件成熟后的房屋所有权转移等内容的约定,因此借名协议为非典型合同。整个借名买房行为包含了借名当事人内部的数个合同与外部的房屋买卖合同,表现形式类似于无名合同中的合同联立或者混合合同。^{〔13〕}虽然外部房屋买卖合同发生的动机源于借名协议,但该外部合同并不依存于内部协议,也不与内部协议统一在同一份合同之中,因此借名买房行为(类型一)的性质既非合同联立也非混合合同,而是一种兼具内部协议与外部合同的综合性法律行为,几个主要部分的合同或约定互相独立。

类型二中,出名人既是行为实施者又是名义主体,其实施房屋购买行为符合间接代理的表现形式。间接代理指代理人以己身之名义与第三人为法律行为,最终法律效果间接归属于本人的行为。^{〔14〕}出名人与相对人签订房屋买卖合同,合同的权利义务由出名人承担,相对人须向出名人转移不动产所有权,即该房屋买卖中负担行为与物权行为的法律效果均直接由出名人承受。根据借名协议,登记在出名人名下的房屋所有权将在条件成熟时转移至借人名下。

综上,类型一(借名人实施房屋购买行为)的借名买房行为属于综合性法律行为,类型二

〔11〕 认为属于无名契约的理由为:借名登记契约侧重于当事人之间的信任关系,倘不违反强制、禁止规定或公序良俗,应当赋予无名契约法律上的效力。参见我国台湾地区“最高法院”2010年度台上字第1662号、2009年度台上字第76号、2010年度台上字第1424号民事判决。

〔12〕 参见前引〔10〕,马一德文。

〔13〕 混合合同指在一个有名合同中规定其他有名合同事项的合同,合同联立是指数个合同不失其个性而相结合。合同联立与混合合同不同,存在数个而非一个合同关系。参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2013年版,第10-11页。

〔14〕 参见马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2014年版,第211页。

(出名人实施房屋购买行为)的借名买房行为属于间接代理,应根据借名协议的具体约定与不同的借名买房行为作出区分。

二、借名买房行为的法律效力

对房屋买卖合同关系中的相对人而言,着重点为与其进行交易的主体是否具有购买经济适用房^[15]或限购房^[16]等的资格。从考虑交易安全的角度看,相对人愿意交易的对象应当为具有购房资格的出名人,其并不愿意承担借名人为合同主体而可能导致合同被认定无效等纠纷的风险。若房屋为限购房,仍可推定相对人愿意交易的对象为出名人。正是借名人不具有购房资格,不能成为房屋买卖合同的主体,故而出名人借名进行交易,以求规避政策或规章实际拥有房屋。从理性第三人的角度看,与第三人订立买卖合同的主体均为具有购房资格的出名人,否则合同不能成立。外部的房屋买卖合同独立于借名协议而存在,不受协议效力影响,合同的法律效果归属于出名人。

实践中所争议的往往是案涉房屋的归属问题,借名人通常根据借名协议或举证证明存在借名买房的约定诉请房屋归自己所有。借名协议的效力判断因房屋属于经济适用房或限购房而有所区别。参考我国台湾地区判例对借名登记契约的态度,关键在于协议是否违反法律禁止性规定。判断的主要依据为《合同法》第52条,倘不违反,协议应为有效。^[17]

第一,借名人与出名人之间通常为亲友关系,借名人只有将自己购房意愿告知出名人并取得出名人的同意才能顺利借名买房。若存在欺诈、胁迫的情形,认定借名协议无效还需要该合同损害国家利益,^[18]但第52条第(一)项中的“国家利益”不应当包括国有单位的利益。^[19]此外,借名协议并不涉及国有资产,^[20]不涉及损害国家利益的情形,故无法依第(一)项认定借名协议无效。

第二,司法实务中,恶意串通行为的双方主观上串通作出表示行为,客观上双方的表示行为损害他人的利益,其行为具有损害他人利益的目的即可。^[21]合同无效本质上是对当事人合同自由和意思自治的一种限制和干预,由于恶意串通行为损害了国家、集体或第三人的利益,法律对

• 245 •

[15] 根据《经济适用住房管理办法》第2条的规定,经济适用住房是指政府提供给城市经济困难家庭申购,有社会保障作用的政策性住房。另外,经济适用住房既包括一般的政府主导型经济适用房,还包括特殊的“单位集资合作建房”形式。借名买房通常涉及前者,下文简称为一般经济适用房。

[16] 国务院与地方政府出台“限购令”(如国务院2010年发布的“新国十条”与2011年的“新国八条”),通过对城市商品房的买卖主体或买卖标的作出一系列限制性政策规定进行行政干预,以求平衡和调整房价。

[17] 台湾学者林诚二认为,为尊重私法自治的精神,借名登记契约并不能一概因其具有目的的不法或不正当之可能而被认定为无效。参见林诚二:《不动产物权变动登记之实与虚——以我国台湾地区借名登记契约之相关问题说明》,载《北方法学》2014年第1期。

[18] 对国家利益之内涵,学界有三种观点:一是公法意义上的国家利益,即纯粹意义上的国家利益;二是国有企业的利益,国有企业的所有者是国家,所以国有企业的利益就是国家利益;三是社会公共利益。学界达成的共识观点为,国家利益是指国家在整体上具有的政治利益、经济利益和安全利益。国有企业、国家控股、国家参股公司的利益,包括国家机关、国有事业单位的利益(统称为国有单位的利益)不应当总是被作为国家利益对待。

[19] 参见王德山:《合同效力研究》,中国政法大学出版社2015年版,第232-234页。

[20] 通过体系解释方法,“社会公共利益”的观点可被《合同法》第52条第(四)项“损害社会公共利益”的合同无效所吸收,故第52条第(一)项的“国家利益”应当为国家在整体上具有的政治利益、经济利益和安全利益,在合同法中体现为国家的经济利益。“损害国家利益”指的应当是以欺诈、胁迫等手段侵吞国有资产。

[21] 参见冉克平:《“恶意串通”与“合法形式掩盖非法目的”在民法典总则中的构造》,载《现代法学》2017年第4期。

恶意串通而订立的合同予以否定评价。借名协议的订立目的是为使不具有买房资格的借名人间接购买并占有房屋,当事人之间确实存在串通的合意,但并不存在损害的“恶意”。“损害国家利益”经前文分析并不能作为认定借名协议无效的依据,而“集体利益”在民法中体现为集体企业资产,集体企业与非集体企业同为平等的民事主体,不存在一方利益应优于另一方予以保护的优待权。对是否“损害第三人利益”,借名协议表达的是借名人支付全部购房款而房屋登记在出名人名下的真实意思表示,“第三人利益”一方面表现为房屋的对价支付,另一方面体现为购买资格,即当事人试图串通规避的是《经济适用住房管理办法》等部门规章及地方政策性文件或者关于房屋限购的相关规章以及政策,对此,是否恶意串通的判断可以被《合同法》第52条第(五)项所替代。^{〔22〕}

第三,“以合法形式掩盖非法目的”与避法行为可以交叉,与通谋虚伪表示可以重叠。^{〔23〕}就借名协议而言,借名人与出名人之间只实施了一个行为——通过规避政策的手段达成不具有购房资格的借名人最终取得房屋所有权的目的,从规避法律的角度解释更为合理。但规避政策购买保障性住房与限购房,规避对象非为“法律”所禁止的内容。从体系解释的角度看,“以合法形式掩盖非法目的”与“违反法律、行政法规的强制性规定”的程度应当相同、相近,规避的“法律所禁止的内容”也应当是法律、行政法规所禁止的内容,而“限购令”等规范性文件的性质不属于上述规避内容,以合法形式掩盖非法目的作为认定借名购房协议无效的理由并不充分。

第四,是否可适用“损害社会公共利益”否定借名协议效力视借名购买之对象而有所区分:(1)一般经济适用房等保障性住房是为保障低收入家庭的住房而设,具有极强的社会公益性,出台本意是满足低收入家庭的住房需求。部分保障性政策房被不具有被保障资格的人群借名购买,意味着符合购买政策房的相应人群将失去购房的机会与权利,这明显与社会公共利益^{〔24〕}相悖。绝大多数法院都不认可借名购买一般经济适用房这类政策房的效力。^{〔25〕}根据《北京指导意见》第16条的规定,借名购买政策性保障住房的,一般不能获得法律认可。(2)“限购令”是为平衡和调整房价作出的行政干预,是对城市商品房购买自由的限制。一方面,“限购令”是否能够代表公共利益仍存在疑问;另一方面,法律否认借名协议所欲达成之法律效果也极有可能因当事人其他的法律行为而削弱。借名当事人之间通常具有亲友关系,联结二人的是较强的信任。当购买限购房之借名协议因违反“限购令”而无效,借名人仍可与出名人之间订立房屋赠与合同或房屋买卖合同继续令出名人负有交付房屋的义务,实质效果较借名协议有效时并无差别。究其根本,法律能够否定借名协议本身,却否定不了借名当事人之间的信任关系,其仍可通过其他法律行为达到被否定的借名协议的法律效果,适用“违反社会公共利益”否定借名购买限购房协议的法律效果因此被削弱,并且会引发当事人之间更多更复杂的法律关系,既达不到法律所欲实现的惩罚效果又可能带来新的法律问题。与其令该借名协议无效,不如承认其效力,借名协议有效也并不

〔22〕 参见前引〔21〕,冉克平文。

〔23〕 参见冉克平:《意思表示瑕疵:学说与规范》,法律出版社2018年版,第147-148页。

〔24〕 立法对社会公共利益的含义无明确规定。从广义上看,社会公共利益是指全体社会成员为实现个体利益所必需的社会秩序,实现形式包括国家制度和国家权力。在私法中,社会公共利益通常被具体化为公共秩序和善良风俗,与私人利益既对立又统一。

〔25〕 参见前引〔10〕,马一德文。

意味着损害第三人的利益。

第五，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号）第4条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号）第14条，确认合同无效的依据为法律与行政法规中的效力性规定。目标为一般经济适用房等保障性住房时，当事人协议规避的是《经济适用住房管理办法》等部门规章及地方政策性文件，目标为限购房等非一般经济适用房时，规避的是关于房屋限购的相关规章以及政策。借名协议规避的对象为行政规章及其他政策性文件，效力低于“全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规”，因此不能依据《合同法》第52条第（五）项认定协议无效。另外，私法中的强制性规范主要集中于交易安全以及公共利益等领域，目的在于界定自治行为的边界，强制性规范对行为人的意思自治的限制是基于社会公共利益的考量。^{〔26〕}对经济适用房等涉及社会公共利益的考量又可以转向第（四）项关于社会公共利益违反的考量。“限购令”等规章与政策性文件乃至银行、商户推出的限贷、限购措施，也不属于效力性的法律、行政法规的强制性规定，前者为公权力对私法自治的干涉，后者则发生在私主体之间，私主体间的意思自治与第（五）项无涉。“限购令”是公权力对房地产市场交易行为的直接管控行为，是对私主体私法自治的法律行为的直接干预，是否符合比例原则尚且存在疑问，即使行政干预具有正当性也并不意味着法律行为必然无效。

三、借名买房行为的内部法律效果

• 247 •

争议房屋为一般经济适用房或限购房的差异可以影响到借名协议的效力，涉及一般经济适用房时协议无效，而借名购买限购房的协议通常有效。未涉及第三人时，争议房屋归属于借名人还是出名人这一问题在学理上或在司法实践中都争议颇大。房屋归属何者又可转化为借名人依据内部协议享有物权还是债权的问题。

（一）借名购买一般经济适用房行为的法律效果

涉及代表社会公共利益的一般经济适用房的借名协议无效。不论是类型一还是类型二的表现形式，独立于借名协议的房屋买卖合同成立并生效。有学者认为，借名协议因违反社会公共利益而无效，其本欲发生的法律效果因而无法发生，但可根据法律行为转换，发生稍弱一些的具有合法性并且不违背社会公共利益的效果。当符合《经济适用住房管理办法》第30条的规定条件时，出名人应当将房屋所有权及占有以合理价格转让给借名人，由此无效协议将转换为有效的附较长履行期限的房屋买卖合同。^{〔27〕}也有学者认为，若借名人依据借名购买经济适用房的协议提起确权之诉并要求办理所有权转移登记的，不应支持；如出名人以所有权人的名义主张借名人返还房屋占有，在解决由于房屋升值导致的借名人与出名人之间利益失衡的问题之前，应维持现状。^{〔28〕}前一观点基于法律行为转换而试图平衡当事人之间的利益，后一观点则直接指出在解决房屋增值

〔26〕 参见冉克平：《论效力性强制规范与私法自治》，载《山东大学学报》（哲学社会科学版）2019年第1期。

〔27〕 参见前引〔9〕，杨代雄文。

〔28〕 参见马强：《借名购房案件所涉问题之研究》，载《政治与法律》2014年第7期。

导致的问题之前不应改变当事人之间的借名买房现状。

《经济适用住房管理办法》第30条体现的是政府对经济适用房转让的严格管控,要求购房人或居住人承担一定的义务。借名人不符合管控条件却客观上实际占有使用收益了保障性住房,相当于在经济适用房可以上市转让之前就享受了其本不具有的购买权带来的社会性保障利益。于此,不能仅针对借名当事人平衡利益,更应考虑到经济适用房背后所保障的其他具有购买资格的低收入者与住房困难者的利益乃至社会公共利益,所以法律行为转换这一观点并不适宜。根据《物权法》第9条第1款的不动产物权变动规定,房屋买卖合同成立有效,房屋所有权登记在出名人名下。对拥有房屋产权的出名人而言,其房屋的实际增值建立在其与借名人之间违反社会公共利益的借名行为之上,后一学者的观点值得借鉴,在解决房屋增值的问题前不宜改变借名买房现状,待通过行政手段予以解决之后,享有房屋所有权的出名人可要求借名人返还房屋占有,作为房屋购买的实际付款人与其他费用的实际支出人,借名人可对出名人主张债权。

(二) 借名购买限购房行为的法律效果

1. 确定内部效果的两条路径

借名购买“限购房”“限贷房”等非一般经济适用房的协议通常有效。由于房价上涨,出名人可能不再愿意履行借名协议。借名人通常会请求法院确认所有权,主张出名人履行转移登记房屋所有权的义务。如何确定此时的借名买房内部效果,学界和司法实务界主要有两条路径。

路径一:借名人举证回归事实权利。有学者认为,不动产借名登记契约为借名人与出名人之间的内部约定,借名人仅负担令出名人取得登记名义之给付义务,并不负转移标的物所有权之给付义务。借名人仍为标的物的真正所有权人,出名人仅为登记名义人。^[29]登记的公信力包含权利确信推定效力的内容,当不涉及第三人利益时,不动产物权登记的正确性推定效力并非确权,不具有证明权利归属的绝对效力。^[30]司法实践中,依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第2条的规定,有法院认为“借名买房”属于“不动产登记簿的记载与真实权利状态不符”的一种情形,^[31]并结合相关证据判断是否存在借名买房事实,以及实际买房人是否为借名人,以此确定真正物权人。

路径二:出名人与借名人之间具有合同关系,借名协议在合同法规定的框架下直接发生法律效力,借名人不能依据合同直接取得不动产所有权。房屋所有权的转移未经登记不生物权效力,因此协议中通常约定的“房屋归借名人所有”因违反《物权法》第9条的规定无效,其他约定如借名人支付购房款、出名人待条件成熟后转移房屋所有权至借人名下等仍然有效。或者“房屋归借名人所有”的约定可被理解为出名人负有的向借名人转移房屋所有权的义务。总之,协议仅在当事人之间产生债权债务关系,而不发生物权变动的效果,出名人为房屋的所有权人。

对此,路径一(借名人享有物权)更注重当事人之间的意思自治,承认事实物权人与法律物权人的分离,借名买房当事人的权利处于“名实不符”状态,认为自己是真正不动产权利人却未

[29] 参见王千维:《由最高法院一〇六年度第三次民事庭会议决议看不动产借名登记》,载《月旦法学杂志》第271期。

[30] 参见尹田:《物权法司法解释(一)的相关问题》,载北大法律信息网组编:《责任高于热爱》,北京大学出版社2013年版,第295、303、312页。

[31] 参见最高人民法院(2011)民申字第261号民事裁定书。

被准确地记载于登记簿之上的借名人可通过确认之诉请求法院确认物权。路径二（借名人享有债权）则侧重于协议本身的性质与物权登记公示公信等制度与交易秩序的维护，否认这种“名实不符”的状态，基于不动产转移采登记生效主义的《物权法》规定否定借名买房行为中存在不动产登记簿错误。两条路径的出发点虽然不同，但均符合逻辑推论，而问题的难点却是如何平衡借名关系的内外部当事人利益。本文认为，与第三人无涉时，当事人内部的意思自治优于外部的交易安全与信赖保护，借名当事人之间的权利义务应以借名协议的约定为准，但不能对抗第三人。路径二多以涉及第三人之视角反观借名当事人内部关系，且基于借名协议的逻辑推论并不具有更强的说服力，司法实务对同样为借名的代持股内部关系已经做出了谨慎处理，可予以参考。

2. 参照股权代持法律效果的论证

股权代持是指实际出资人与他人约定，他人代实际出资人履行股东权利义务的一种股权处置方式。在股权代持中，实际出资人为隐名股东，该他人为名义股东，二人之间存在股权代持协议，对外则由名义股东履行股东权利义务。此行为构造与借名买房本质上相同，均为借名行为，且都涉及当事人内部与第三人的外部法律关系与利益平衡，对借名买房中的法律关系处理可借鉴股权代持的相关做法和规定。对名义股东处分股权的问题，实际出资人与名义股东之间的股权代持协议约定不能对抗外部的第三人，基于商事交易中外观主义原则而信赖公司对外登记的第三人与名义股东所成立的民事行为的效力应当得到法律的认可，第三人取得的权利也应受到保护。^{〔32〕}也即，涉及第三人时，名义股东对外形式上的权利外观使得其对股权的处分为有权处分。

然而，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第25条规定了名义股东处分股权的法律效果，实际出资人要求认定该处分行为无效的，人民法院可以参照善意取得的规定处理。该规定的指引为“参照”善意取得，明明名义股东对外为有权处分，为什么却参照适用善意取得的规定？善意取得的前提为无权处分，在涉及第三人时名义股东为有权处分，却需参照前提为无权处分的善意取得的相关规定，这其中隐含了司法实践对“隐名人”与“出名人”内部权利义务关系的谨慎衡量：名义股东对股权并不享有完整的处分权，股权代持协议与公司对外登记内容使该非完整的处分权显示为形式上的完整状态，但在内部却隐藏着实际出资人基于代持协议对股权享有的权利。换句话说，在代持股外部，保护交易安全和第三人信赖优先；内部则以当事人意思自治的协议为主。出名人可以公司登记和显现的权利外观对抗外部第三人，却独独不能对抗与其签订了股权代持协议的内部实际出资人，此时不能以公司的对外资料确定双方权利义务，而应以有效的股权代持协议为依据进行处理，否则将有违实际出资人与名义股东之间的意思自治。

对比而言，借名人与出名人之间也可参照这一司法解释规定的利益衡量：对外，出名人享有显见的物权；对内，借名人真正享有房屋物权。若按借名协议产生债之效力而非物权变动效力的逻辑，对外可保障第三人信赖，却也有忽视借名当事人真意的嫌疑。不涉及第三人时，借名人与出名人之间的内部关系应以借名协议为据，司法实践可根据借名协议与当事人的进一步举证、质证对借名关系予以认定，厘清具体当事人之间的权利义务，以确认房屋归属。

〔32〕 参见荣明潇：《股权代持行为效力的司法认定》，载《法律适用》2019年第2期。

3. 借名买房与夫妻共同财产“潜在共有”之间的共通性与区别

在财产实质上归夫妻共有、名义上归夫妻一方所有的情形,即夫妻共有财产处于“名实不符”状态时,夫妻共同财产的外部关系与借名买房行为的内外部关系似乎是一样的。对此,依据日本学者我妻荣提出并已成为日本亲属法学界多数说的“潜在共有理论”,在婚姻关系存续期间,尽管从取得该财产的贡献上考虑该财产属于夫妻“共有”,但处理夫妻共同财产的归属时,对外以财产名义人为依据,对内则根据实质对价的负担来判断。上述“名实不符”的夫妻共同财产即属于夫妻“潜在共有”,这种“潜在共有”并不显在化。对内,可以取得财产的对价来源确定财产的分配;对外,以财产名义人为主,避免夫妻财产关系的复杂化危害交易安全。^[33]

可见,财产处于“名实不符”时,以“潜在共有理论”解释的夫妻共同财产的外部关系与下文所述借名买房的外部关系具有共通之处。在前者,财产名义人对夫妻“潜在共有”的财产享有“显见”的财产权利,其处分为有权处分。同样的,涉及交易第三人时,借名关系中的内部约定也不能对外显示出其真实“身影”进而影响外部法律效果,出名人对不动产享有处分的权利,以此保护交易安全。然而,在财产“名实不符”的情形下,夫妻共同财产的内部关系与借名买房的内部关系存在着本质区别。我国婚姻法是以婚后所得共同制为法定的夫妻财产制,以“潜在共有理论”解释的“名实不符”夫妻财产归属类型在对内关系上属于共同财产制,对外关系上则属于分别财产制。该“名实不符”财产的内部关系属于法定的婚后所得共同制,若无证据证明该财产源自一方的个人财产,则推定是夫妻共同财产。而借名买房当事人间的内部关系源自借名协议的约定,是当事人意思自治的产物,并无明确的法律依据。并且,不动产的归属在借名当事人之间非此即彼,不存在潜在共有的关系。

因此,财产归属处于“名实不符”状态时,夫妻共同财产的外部关系与借名买房行为的外部关系具有共通之处,可资借鉴,但内部关系则有法定与约定之别,应予区分。

四、涉及交易第三人的外部法律效果

(一) 借名买房各主体的利益衡量与风险分配

名义产权人与实际产权人的分离将产生多种法律风险,具体如下:(1)所有权权属纠纷,如出名人突然死亡而其继承人不知借名之事,则借名人与继承人之间将发生房屋权属纠纷;(2)房屋转售争议,如出名人违反借名协议并将房屋另卖与他人,特别是在交易价格符合市场正常价格时,借名人主张房屋买卖合同无效一般无法得到支持;(3)借名人处分房屋受限争议,出名人为不动产登记簿上的权利人这一点事实上限制着借名人的处分权;(4)强制执行争议,房屋可能会被作为出名人的责任财产予以强制执行;(5)对出名人而言,其面临未来买房受到“限购令”“限贷令”等限制而不再享有优惠或购房资格的风险,并且其作为房屋名义权利人承担借名人不当使用房屋的侵权责任等风险。^[34]

路径一(借名人享有物权)偏重于保护享有事实物权的权利人。从利益平衡的角度看,借名

[33] 参见龙俊:《夫妻共同财产的潜在共有》,载《法学研究》2017年第4期。

[34] 参见刘耀宏:《限购令下借名买房的法律风险探讨》,载《齐齐哈尔大学学报》(哲学社会科学版)2014年第1期。

人实际支付购房款、占有使用收益房屋，其获得房屋增值利益符合公平原则，而出名人未付出等额出资却享有名义上的房屋所有权，这一点正是对强制执行程序中“不符合公平原则”的“房屋作为被执行人（出名人）责任财产”的驳斥。然而，借名买房涉及多个法律关系，价值衡量与利益衡量应从多方面展开：第一，路径一的推论仅适用于与他人无涉的借名内部关系，涉及第三人合法利益时，由于借名当事人本质上串通规避了相关购房政策，对借名人享有事实物权的司法裁判支持可能催生更多效仿此类以借名手段攫取利益的现象，还可能引发以借名为由进行诉讼以逃避债务履行的不良行为。第二，作为理性的民事行为主体，借名人于风险评估后作出的意思表示应受到尊重，房屋暂且登记在出人名下的双方合意应受到法律肯定和保护。第三，借名人通过借名行为提前几年甚至更长时间享受到其本不应享有的房屋利益，事实物权的认定又令其获得了对房屋事实上的支配权，前一既得利益与后一事实物权的享有与其所承担的风险并不相符。对房屋另售中的交易第三人而言，其将承担出名人无权处分、诉讼成本、金钱与时间成本甚至其他期待利益落空的风险；对强制执行中出名人的债权人而言，其将面临执行中止、额外诉讼增生甚至其强制执行的请求无法得到支持的风险。简而言之，涉及外部第三人时，借名人享有物权的观点令本应由借名人承担的风险转移给了交易第三人、强制执行申请人等其他民事主体，而信赖物权登记与公示公信的善意第三人本不应承担这些风险。因此，路径一的观点降低甚至消除了这些风险，过分保障了借名人的利益。

路径二（借名人享有债权）则着眼于维护物权登记、公示公信与维持市场交易秩序。借名人实际出资并享有对出名人的债权，同时承担上述房屋产权纠纷、交易纠纷、执行纠纷等风险，出名人也应当对未来购房不再享受政策优惠的风险有所预见，以上均为当事人意思自治的选择。对信赖不动产登记公示效力的交易第三人与强制执行申请人而言，其预期法律利益也可在出名人对房屋享有所有权的前提下较为顺利地实现。借名协议引发的风险应在当事人之间消化，不应影响到第三人。一旦风险发生，借名人希望通过借名实现自身某种利益的预期落空，虽然不能直接要求确认房屋所有权归自己所有，但仍可依据借名协议请求出名人转移房屋所有权的权利或请求违约损害赔偿，通过权利义务的分配，其合法利益仍能得到债法的支持。

（二）涉及交易第三人的三种情形

借名协议无效时，出名人不负将房屋所有权转移至借人名下的义务；协议有效时，出名人负有该义务，但过快上涨的房价有可能使出名人不愿意再履行对借名人的义务，反而将房屋卖与交易第三人。涉及交易第三人时有以下三种情形：

第一，交易第三人为善意，且不动产所有权已经转移登记至其名下。根据借名人享有物权或债权的观点不同，出名人处分房屋也分为无权处分说与有权处分说。我国台湾地区“最高法院”对出名人将不动产所有权移转登记给第三人的处分行为效力问题，采有权处分说，依据台湾地区“民法”第758条和第759条之一的规定推定出名人享有所有权，外部关系上的出卖以形式登记为主。台湾学者吴从周则认为借名登记下的名实不符无法以逻辑思考，应该是风险承担的分配问题，其从价值判断和利益衡量的角度判断，所发生的风险应当分配给借名人自己承担，应当以有权处分说抑制不动产借名登记契约。从物权登记与公示公信原则以及理性第三人角度看，作为不动产登记簿上登记的权利人的出名人有权处分房屋，交易第三人信赖物权公示外观。根据《北京指导意见》第17条的规定，对借名人以其实际享有权利为由要求确认买卖合同无效的

主张不予支持。^{〔35〕}此时,房屋已经归属于交易第三人,借名人可请求出名人承担违约责任。

第二,交易第三人为恶意。第三人可能明知或应当知道借名买房事实而与出名人串通,这属于《合同法》第52条第(二)项“恶意串通损害第三人利益”,出名人与交易第三人的买卖合同无效。根据《北京指导意见》第17条,借名人能够证明第三人知道或应当知道房屋存在借名登记的,可以其对房屋享有实际权利为由要求确认买卖合同无效。合同无效但房屋所有权可能转移至交易第三人名下时,借名人可主张第三人由于原因行为无效而未取得房屋所有权。

第三,已签订房屋买卖合同但尚未转移登记房屋不动产时,涉及借名人的债权与第三人的债权何者优先的问题。根据《北京指导意见》第17条的规定,买受人、借名人均要求继续履行合同的,可以参照本意见第13条第1款的规定处理。^{〔36〕}借名买房中,在与第三人进行交易之前,出名人已经担负待条件成熟后将不动产所有权转移至借人名下的义务,并且借名人实际占有使用房屋,连续的占有使用已经使借名买房维持稳定状态。参照《北京指导意见》第13条第1款的规定,出名人先后负担对借名人与交易第三人转移不动产所有权的义务,借名人在享有债权的同时已经实际合法占有房屋,优先于只签订了房屋买卖合同的交易第三人,基于维护现有物权秩序的考虑,可根据“绝对的占有权理论”^{〔37〕}对先行占有房屋的借名人的权利予以优先保护。第三人可基于房屋买卖合同向出名人主张赔偿损失。

综上,对涉及交易第三人的借名买房行为效果,在出名人享有不动产所有权并有权处分的前提下,考虑交易第三人是否为善意以及争议房屋的所有权是否已经转移至第三人名下等因素,判断借名人对出名人享有的债权较第三人是否更值得优先保护。

• 252 •

五、涉及申请执行人的外部法律效果

涉及第三人的外部法律效果中还存在房屋作为出名人的责任财产被其金钱债权人申请执行的情形。信赖利益的范围应当包括信赖物权公示并与被执行人发生交易关系的申请执行人。2015年出台的《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(以下简称《规定》)既对案外人的真实权利予以切合实际的保护,也对其在执行标的之上的权利进行适当干预。^{〔38〕}执行异议之诉的前置程序是执行异议审查,执行程序遵循优先效率原则,根据《规定》第25条贯彻形式审查,已经登记的不动产按照不动产登记簿判断案外人是否系权利人。借名人往往为申请执行异议与提起执行异议之诉的案外人。在借名买房情形中,出名人为不动产权利登记簿上的权利人,按照执行异议的形式化审查要求,借名人的异议几乎不会得到支持,由此引起

〔35〕 参见,北京市第一中级人民法院(2017)京01民再93号民事判决书。

〔36〕 《北京指导意见》第13条规定的是对合同均为有效情形下“一房数卖”的处理办法,在均未办理房屋所有权转移登记的情形下,已经实际合法占有房屋的买受人优先于未合法占有房屋的买受人。

〔37〕 参见彭诚信、岳耀东:《房屋多重转让中权利保护顺位的确立依据与证成》,载《山东社会科学》2012年第5期。借名买房情况下,出名人将房屋卖与第三人属于该文所述“出让人随意违约侵害买受人利益”的情形,基于借名协议,借名人对房屋的占有属于有权占有,其产生的占有权是一种“绝对的权利”,借名人基于此足以对抗出名人的返还请求。法律至少应保护借名人的绝对占有权。

〔38〕 参见刘贵祥:《〈关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2015年第11期。

执行异议之诉。如何平衡申请执行人与案外人之间的利益，一直是执行程序中的难题，属于实体法与程序法交叉的地带。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《民事诉讼法司法解释》）第312条的规定，案外人对执行标的所主张的权利应为“足以排除强制执行的民事权益”。司法解释对此并未给出更为详细的标准，而该问题主要涉及实体法内容。有学者认为，从民法关于民事实体权利的分类来看，物权、债权、期待权、股权、真实产权等实体权利都可以成为异议事由。

（一）对“是否享有足以排除强制执行的民事权益”的司法判断

在执行异议之诉中，借名人往往以存在借名买房事实为由对抗强制执行。案外人提起执行异议之诉的原因为其认为的事实状态与权利外观的分离，以借名买房为由对抗房屋的强制执行，案外人或明示或暗示地表达为：其对房屋享有（实际上的）产权，以此期望对抗强制执行。以借名买房为由试图排除强制执行的案外人对作为执行标的的房屋享有的民事权益是否足以排除金钱债权人申请的强制执行，司法实践对此问题的判断主要分三步走：第一，是否存在案外人主张的借名买房事实；第二，案外人在借名买房中享有何种权利；第三，案外人享有的民事权利是否足以排除强制执行。

第一，对借名买房事实的司法认定正如前文所述，法院根据借名买房的书面或口头约定、购房款的实际支付者、购房票据和产权证等的实际持有人以及房屋的占有使用等情况判断案外人与被申请执行人之间是否存在借名买房关系，若案外人无法完成举证，比如只能证明是父母对子女的房产赠与等情形，^{〔39〕}则无法认定存在真实的借名买房关系，案外人对执行标的的不享有实体民事权利。

第二，法院对作为借名人的案外人享有何种权利主要有三种裁判观点：（1）案外人仅享有债权请求权。多数法院认为即便存在借名买房事实，借名买房行为属于合同行为，仅对合同双方产生约束力，在当事人内部产生债权债务关系而不发生物权效力，不能据此认为案外人为不动产的所有权人，案外人仅享有对被执行人的债权请求权。^{〔40〕}（2）有法院认为案外人享有对执行标的的物权期待权。理由主要为：当事人有相应证据证明真正的权利人时，可以推翻不动产物权登记的推定效力，从而维护事实上的真实。尽管案外人并非不动产登记簿上的房屋产权人，但并不影响其对案涉房屋的物权期待权。（3）案外人对案涉房屋享有实质上的物权。理由主要为：“借名买房”系“不动产登记簿的记载与真实权利状态不符”的一种情形，案外人能够证明自己是案涉房屋的实际出资人和占有人。^{〔41〕}此外，还有法院直接根据认定的借名买房事实认为房屋的实际所有权人为案外人。^{〔42〕}

第三，关于案外人享有的债权/物权期待权/事实物权是否足以排除强制执行，首先，直接根据借名买房事实判定案外人享有足以排除强制执行的民事权益的裁判路径过于粗糙。借名买房事

〔39〕 参见广东省高级人民法院（2017）粤民申3677号民事裁定书。

〔40〕 参见广东省高级人民法院（2018）粤民申9825号民事裁定书；河北省高级人民法院（2019）冀民申2020号民事裁定书。

〔41〕 参见辽宁省高级人民法院（2018）辽终211号民事判决书。本案一审法院认为案外人对案涉房屋享有物权期待权，二审法院则认为案外人实际上享有真实的物权。

〔42〕 参见广州市中级人民法院（2017）粤01民终23964号。本案一审法院认为案外人与被执行人之间存在借名买房关系，综合各类证据认定案外人对案涉房屋享有所有权。

实只能证明借名人对执行标的享有一定的民事权益,但该民事权益并不一定足以排除强制执行。其次,认定案外人对案涉房屋享有事实物权的法院面临的是“物权对抗债权”,即案外人对执行标的享有真实物权,该执行标的并非被执行人的责任财产,法院不能予以强制执行,因此能够认定案外人享有足以排除强制执行的民事权益。前文已述,这一裁判思路的问题在于“借名买房”并不属于登记簿错误的情形,不能据此认为案外人经过充分举证可以使其对案涉房屋的权利回归至事实物权。再次,认定案外人对案涉房屋享有债权或物权期待权的法院面临的则是“债权对抗债权”,通常认为债权不足以排除强制执行,债具有相对性,仅在合同当事人之间产生法律效力,而不能对第三人产生效力。^[43]例外的是,法律对金钱债权执行中不动产买受人的物权期待权予以保护,受到法律特别保护的债权足以排除强制执行。一般将案外人与无过错不动产买受人进行类比,参照《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条以及《规定》第28条的规定,在案外人非因自身原因未办理过户登记并满足其他条件时,其债权能够排除强制执行。有法院在裁判理由中表明,《规定》系针对执行程序而制定,作为执行异议之诉的本案并不适用,继而认为案外人在借名买房事实存在时就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益。^[44]但是《规定》第28条本质上为实质审查标准,法院以第28条作为裁判理由与执行异议之诉的审查原则相契合。^[45]

(二)原则上借名人的民事权益不能排除强制执行

即使认定存在借名买房事实,案外人享有的债权通常并不足以排除强制执行。理由如下:

第一,案外人与被执行人之间的借名协议仅在当事人之间产生法律效力,“房屋属于借名人所有”的约定不能产生对抗第三人的法律效果。因此案外人享有的债权只能对抗被执行人(出名人),而不能对抗申请执行人。

第二,案外人与申请执行人之间就执行标的享有的权益相比,善意的申请执行人自身并不存在过错,而借名协议若旨在规避政策或规章,则其本身具有不正当性,且在此情形下案外人通常是基于自身原因而未办理过户登记。《规定》第28条对不动产买受人物权期待权加以特别保护,据此,案外人享有的债权能否参照此条获得保护应主要考虑三个因素:(1)案外人是否已经支付了房屋对价;(2)案外人是否实际占有使用房屋;(3)案外人对执行标的物的产权未转移登记到自己名下是否存在过错。^[46]在能够认定借名买房事实时,案外人通常满足第一、二个因素,争议主要围绕第三个因素展开。不论是为贷款方便还是规避“限购令”等,案外人须就案涉房屋未过户登记至其名下不存在过错进行举证。案外人对借用他人名义购买房屋、使出名人成为不动产登记簿上的房屋权利人等行为均持故意或放任态度。房屋登记在被执行人名下可能是一个暂时的状态,但案外人对房屋登记在他人名下而未登记在其名下显然存在过错,对房屋可能作为被执行人的责任财产而被强制执行这一风险也应当有所预见并予以承担。然而,对于“非

[43] 参见王利明:《债法总则研究》,中国人民大学出版社2015年版,第42页。

[44] 参见天津市第一中级人民法院(2017)津01民终449号民事判决书。

[45] 参见肖建国、庄诗岳:《案外人异议之诉中足以排除强制执行的民事权益》,载《法律适用》2018年第15期。

[46] 考虑到《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条的规定无书面合同的要求,《规定》第28条“合法有效的书面买卖合同”可作放宽处理,因在无书面借名协议时仍可根据口头协议并结合其他证据对借名买房事实予以证明。

因自身原因未办理过户登记”没有更明确的解释，诸多案外人的债权正是挫败于未满足《规定》第28条的这一要件。本文认为，若未办理过户登记的原因仅在于借名人自身，例如借名人在满足协议条件时或取得买房资格后未及时要求出名人履行债务，此属于“因自身原因未办理过户登记”，理由为：借名买房行为是对“限购令”“限贷令”的规避，借名人应对该规避行为负责，对未办理过户登记具有过错。若未办理过户登记是由于非借名人自身所引起的事由，比如因房屋被查封而无法办理过户手续，或因出名人怠于履行债务等，则属于“非因自身原因未办理过户登记”。考虑到对《规定》第28条的参照是将借名人与无过错买受人进行对比，关键在于借名人较买受人多了借名买房行为这一“原罪”（借名协议本身具有不正当性），案外人通常并不能以满足“非因自身原因未办理过户登记”等《规定》第28条的四要件来阻却强制执行措施。即使规避的是银行的“限贷令”，规避的后果也仅应由借名当事人承担，而不应由善意的申请执行人承受。

第三，从法律审判的价值引导作用与影响来看，在法律没有明确规定的情况下，须在一定程度上考虑判决的社会影响，有必要在个案裁判时评估利益平衡所带来的影响。一方面不支持借名人的执行异议是为了避免变相鼓励借名买房的存在和发展；另一方面则是对物权登记与公示公信原则的维护，降低故意借名买房类型执行异议主张的可能性。

《最高人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释（一）》（向社会公开征求意见稿）》中第13条对金钱债权执行中“隐名权利人提起的执行异议之诉的处理”给出了两套方案：（1）对实施借名行为的案外人提起的执行异议之诉不予支持；（2）若实施借名行为的案外人提起执行异议之诉请求排除强制执行，“经查证属实，且不违反法律、行政法规强制性规定，亦不违背公序良俗的”，予以支持。方案一与方案二对隐名权利人的执行异议之诉采取截然相反的处理方式，方案一体现了最高人民法院对该类执行异议之诉的审慎态度，方案二则倾向于在符合一定条件时承认隐名权利人对不动产享有权利。

针对隐名权利人的执行异议之诉是否能够得到法院支持的问题，有学者认为，借名人之债权不能排除强制执行存在例外情形。考虑到借名人已经实际占有使用房屋，在符合保障生存权的条件下，可赋予该债权排除强制执行的效力。条件为《规定》第28条的四要件与另外两个要件：第一，存在不违反《合同法》第52条规定的书面借名协议，或可通过其他证据证明借名买房事实成立；第二，在法院查封前已经合法占有房屋；第三，已经支付全部价款或已经支付部分价款且剩余部分将按要求支付；第四，在强制执行的时候，案外人已经不受买房政策的限制，或是不符合购房政策但本身属于中低收入住房困难户；第五，非因买受人自身原因未办理过户登记；第六，房屋是案外人的唯一住房且仅用于居住。^{〔47〕}借名买房事实被认定后，出于对借名人生存权保障的考量，第四、五、六点是借名人之债权能够对抗强制执行的重要条件。此时，与申请执行人的债权相比较的是附加了生存权益的案外人债权，应偏重于维护现有秩序。六要件的缺一不可体现出对案外人债权阻却强制执行的审慎态度。司法实践中，北京市高级人民法院、江苏省高级

〔47〕 参见前引〔45〕，肖建国、庄诗岳文。

人民法院也正秉持着严格审查的态度。^[48]事实上这与最高人民法院给出的方案二相吻合,都在高标准严要求的情形下才可对借名人之排除强制执行的请求予以支持。然而,较之上文所述只有在符合六要件的情形下才可支持借名人请求排除强制执行的情形,方案二实对借名人享有不动产权利显示出了更加宽容与支持的态度。正如前文所述,原则上借名人的民事权益不能排除强制执行,而借名人因借名所遭受的财产损失,可以依法向被借名人另行主张赔偿,在涉及外部第三人时,借名协议引发的风险应在当事人之间消化,因此,最高人民法院对于“隐名权利人提起的执行异议之诉的处理”中,方案一更为合适。

(三) 股权代持中隐名股权对抗执行的比较分析

虽然股权代持与借名买房在行为内容、权利行使和义务履行形式、法律关系建立的目的以及实现手段等方面均有所不同,但二者均为借名行为,都存在“内外关系并立”这一共性,涉及强制执行的股权代持及其司法裁判规则对借名买房具有一定的参考意义。学理上,隐名股东能否对抗申请执行人的观点存在分歧,具体观点如下:(1)保护隐名股东对股权的实际权利;(2)概括参照善意取得制度保护申请执行人;(3)保护因股权登记而信赖权利外观的申请执行人;(4)有区分地保护具有处分请求权的申请执行人。^[49]司法裁判规则中,《民事诉讼法司法解释》也并未明确“足以排除强制执行的民事权益”是否包括代持的股权。法院对该难题难以决断:执行股权会损害隐名股东的利益,不执行将成为滋生以代持方式逃避债务的土壤。学理上的观念分歧与实践中的各异裁判体现出与借名人权利对抗强制执行同样的问题:如何在隐名股东与申请执行人二者的权利保护之间得出最优解。有学者对此问题的处理提出了几个理念:“别内外”以外观主义原则及其派生原则作为处理外部关系的基本准则;“辨民商”强调在处理代持财产执行问题上对民事关系与商事关系进行区分,民事(如代持房产)往往涉及自然人生存权(唯一房产)等人权问题,在商事股权代持下则偏重于保护交易安全。^[50]在外观主义原则下,保护善意债权人的信赖优于股权代持的内部协议,否则不利于保护交易安全、促进商事流转。虽然我国社会诚信体系的建设正在加快推进中,但仍存在不健全之处,商事交易应更加注重诚信、注重外观主义原则。在此前提下,代持股协议仍在实际出资人与名义股东之间有效,隐名股东所受损失可依据协议请求赔偿,但该遭受损失的风险绝不应转嫁给善意的申请执行人。可见,借名买房与股权代持虽分属民事与商事,但“内外有别”依旧可在借名行为的共性之内互相借鉴。

综上,借名人作为案外人享有的民事权益通常情况下不足以排除强制执行。虽然出名人是不动产权利簿上的房屋所有权人,但是该房屋并非出名人付出其部分责任财产换取而来,将房屋作为出名人的责任财产予以执行,势必会在借名关系内部产生不公。无法阻却对房屋的强制执行时,出名人也将无法履行借名协议,构成违约,借名人可向出名人主张违约责任以求救济。

[48] 《北京市高级人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》第19条的规定表明,一般对案外人以借名买房关系为由停止对房屋的强制执行要求不予支持。江苏省高级人民法院发布的《执行异议之诉案件审理指南》第19条规定,案外人以借名买房为由请求对被强制执行的房屋停止执行并确权的,原则上不予支持。但如果不违反国家利益、社会公共利益并能举证证明自己为房屋产权人的除外。此外,还强调了应从严审查,即“在此类的审判实践中,要对借名登记关系成立与否从严审查,防止被执行人与案外人以此为逃避债务、规避执行”。

[49] 参见王毓莹、李志刚等:《隐名权利能否阻却法院执行:权力性质与对抗效力的法理证成》,载《人民司法》(应用)2017年第31期。

[50] 参见刘俊海:《代持股权作为执行标的时隐名股东的异议权研究》,载《天津法学》2019年第2期。

六、结 语

借名买房行为不仅涉及借名人、出名人，还涉及房屋买卖合同中的交易相对人、强制执行程序中的申请执行人等民事主体。借名买房行为并不单纯地表现为一个合同，而是由出名人、交易相对人签订的房屋买卖合同与借名人、出名人之间的借名协议所组成。借名协议不仅包括买房内容，还包括借名人实际支付买房价款、出名人待条件成熟后将房屋所有权转移登记至借人名下等内容。应根据具体借名协议与具体行为表现对不同的借名买房行为作出区分：类型一（借名人实施房屋购买行为）的借名买房行为属于综合性法律行为；类型二（出名人实施房屋购买行为）的借名买房行为属于间接代理。购买一般经济适用房的借名协议因违反《合同法》第 52 条第（四）项的规定而无效，其他情况下的借名协议通常有效。

在借名当事人内部，借名买房行为的法律效果应以借名当事人之间的意思自治为主，房屋的归属需要依据借名买房协议对当事人权利义务的具体约定以及当事人的进一步举证进行确定，与第三人无涉时，借名人的合法权利应当得到保护。涉及借名行为外部当事人时，应将借名带来的风险在当事人内部予以合理分配，不应将风险转嫁给与借名无涉的善意第三人，从而过分保护借名人的权益。交易第三人为善意且不动产所有权已经转移登记于第三人名下时，借名人只能对出名人主张违约责任。与交易第三人已签订房屋买卖合同但尚未转移登记房屋不动产时，借名人在享有债权的同时已经实际合法占有房屋的，借名人的债权优先于只签订了房屋买卖合同的交易第三人的债权，第三人的损失可基于房屋买卖合同向出名人主张赔偿。涉及申请执行人时，作为借名人的案外人享有的是不足以排除强制执行的债权。房屋被强制执行后，借名人可通过对出名人主张权利以填补因借名所遭受的损失。

• 257 •

Abstract: The behaviour of purchasing estate on a borrowed name is composed of agreements between the parties to the behaviour and a contract for the house sale. The validity of the agreements will vary depending on the nature of the house. Within the parties, party autonomy has priority. The ownership of the house shall be determined according to the borrowing agreement and the relevant proof. When concerned the third party in transaction, the legal effect of the behaviour is related to the good faith of the third party and the transformation of the ownership of the house. When concerned the execution applicant, the borrower's rights can not exclude coercive execution. The borrower can claim for liability for breach of contract when the party who's name is borrowed fails to fulfil the agreement.

Key Words: purchasing estate on a borrowed name, third party in transaction, execution applicant

（责任编辑：朱晓峰 赵建蕊）

中国《民法典》买卖法中的开放式问题 ——与德国法及欧盟法相比较

[德] 托马斯·M.J. 默勒斯 著 李雨泽 译*

内容提要：中国《民法典》的编纂吸收了欧陆法典与普通法的经验，其规定的买卖法即借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》，而后者吸收了两大法系的规则，由此显示出中国《民法典》自己的独有特点。就《民法典》规定的具体规则的理解与适用而言，仍需汲取比较法上的有益因素以发展完善自己。以买卖法中的检验义务、瑕疵担保权的顺位以及格式条款控制这三项问题为例，在检验义务范围方面，中国《民法典》制定了比《德国商法典》更为严格的标准，目的是鼓励交易，值得肯定，但前者在具体相关概念的运用上并未给予相应概念以清晰定义，并且也未对公开瑕疵和隐蔽瑕疵予以区分，对此应通过司法解释等予以明确，以为相应规则的准确适用奠定基础；在瑕疵担保权的顺位问题上，中国《民法典》亦未明确规定相应的顺位，而仅规定了权利人救济方式的选择取决于“损害大小”及“合理性”因素的判断，这一表述过于笼统，应通过司法解释予以具体化；在格式条款的控制问题上，中国《民法典》虽然没有明确规定消费者保护的内容，但在合同编有三项关于格式条款的规定，这与《德国民法典》相似，亦可被归入消费者保护的范畴，只是在格式条款的审查方面，法典编纂过程中关于增设相关实例的提议并未被最后通过的《民法典》采纳，由此导致的问题应在未来的司法实践中被重点关注，但无论如何，意思自治仍占据重要地位。

关键词：买卖法 瑕疵权利 消费者保护 格式条款控制 瑕疵检验及通知义务

一、引 论

（一）历史上之发展

法律是在不断发展变化的。直到 20 世纪初，清朝的民事法律关系仍受刑法和儒家道德规

* 托马斯·M.J. 默勒斯，德国奥格斯堡大学法学院教席教授；李雨泽，德国帕绍大学法学院博士候选人。
本译文受国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”（201808310090）资助。

则——“礼”——的制约。^{〔1〕} 光绪帝在位时还在制定一部民法典，但由于光绪帝的下台，这部民法典一直没有生效。它是在《德国民法典》和《日本民法典》的影响下制定的。^{〔2〕} 《中华民国民法》颁布于1929—1930年，共有1225条，施行到1949年。^{〔3〕} 1979年以来，中华人民共和国进行了经济体制改革，开始发展市场经济。^{〔4〕} 与此同时，中国民法的编纂也做了大量工作，由此产生了许多单行法。其中包括1999年的《合同法》、^{〔5〕} 1993年的《消费者权益保护法》^{〔6〕} 和1986年的《民法通则》（2017年修订为《民法总则》^{〔7〕}）。这些法律不仅受到欧洲法典的影响，而且越来越多地受到普通法的影响。这次编纂运动的一个亮点是新民法典，各个单行法被合并为一部《民法典》，共1260条，于2020年5月28日经全国人民代表大会通过，2021年1月1日起施行。^{〔8〕} 由于立法者以已有的单行法作为基础，使民法典的快速编纂成为可能。^{〔9〕}

（二）其他法源：最高人民法院的抽象—概括解释

1. 德国的法教义学

德国法院执掌国家司法权力。在这方面，规范之间体现为严格的等级特征：作为德国最高层级的法律渊源，德国《基本法》对“一般法”（das einfache Recht）具有决定性影响，对民法也有很大影响。^{〔10〕} 中国法上，法院的判决原则上不具有约束力，因此不构成“判决先例”（stare decisis），德国也同样如此。^{〔11〕} 但在德国，判决也可以具有很强的“事实上的约束力”（faktische Bindungswirkung），即法律适用者须以之为次级法源，如不能提出更好的理由，就必须遵循它们。^{〔12〕} 德国法还以其法教义学、作为法之“文法”（Grammatik des Rechts）的立法、判例和法学文献之间的整合、成文和不成文的基本法律规则及法律原则而著称。^{〔13〕}

• 259 •

〔1〕 相关历史，参见 Li, The Codification of Chinese Civil Law Innovations and Controversies, in: Möllers/Li, The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, pp. 21 ff.; Kroymann/Xu, Grundlagen, in: Binding/PiBler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, Kap. 1 Rn. 1 ff.; Bu, Hintergrund, Bestandsaufnahme und Anmerkungen zum BT ZGB-mit dem Vertrags- und Erbrecht im Fokus, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3 ff.。

〔2〕 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 286; Bu, Chinese Civil Code—The General Part, 2019, Chap. 1 Rn. 42.

〔3〕 如今仍施行于中国台湾地区。

〔4〕 Han, Consumer Sales in Peoples's Republic of China, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Li (Eds.), Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 82.

〔5〕 《合同法》于1999年3月15日由第九届全国人民代表大会第二次会议通过，可通过 http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4732.htm 进行访问。

〔6〕 《消费者权益保护法》于1993年10月31日由第八届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过，2013年10月25日修正后的版本，刊载于《全国人民代表大会常务委员会公报》2013年第6期，第789页；德译本参见 Gresbrand/Martinek/Odom/Rotermund/Will/PiBler, ZCHR 2014/1, 69-85。

〔7〕 《民法总则》于1986年4月12日由第六届全国人民代表大会第四次会议通过并发布，关于2017年3月15日颁布的《民法总则》，德文、英文及中文版本，可参见 Möllers/Li, The New General Principles of China Law, 2018, S. 295-371。须注意的是，《民法总则》并非《民法通则》的修订，译文为尊重作者原意，未作修改。——译者按

〔8〕 《民法典》于2020年5月28日由第十三届全国人民代表大会第三次会议通过，中华人民共和国主席令第四十五号公布，中文版可通过 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml> 访问；英文版可通过 https://pkulaw.com/en_law/aa00daeb5a4fe4ebdfb.html 访问；德文版尚待出版。

〔9〕 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3.

〔10〕 对此，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 11 Rn. 11 ff. und Rn. 55 ff.。

〔11〕 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 3 ff.

〔12〕 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 14 ff.

〔13〕 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 3a.

2. 中国最高人民法院的司法解释

中国《民法典》第10条还提到,除了法律之外,习惯也是法源。这与《德国民法典》第157条和《瑞士民法典》第5条第2款相似。德国和中国的法律状况存在重要差异。中国的最高权力机关是全国人民代表大会。^[14] 法院无须解释法律,而是适用法律。为了确保适用上的统一,立法解释由全国人大常委会进行,“司法解释”(Justizauslegung)由最高人民法院进行。^[15] 近年来,司法解释,即最高人民法院的解释的出台,尤其具有现实意义。^[16] 这些抽象的概括解释必须与具体法律程序中的具体个别解释加以区别。这些具体和个别的解释可与《欧盟运行条约》第267条规定的初步裁决程序相比较。^[17] 欧洲法院和德国联邦宪法法院也意识到法律条款的适用和解释之间的区别。^[18]

3. 最高人民法院司法解释的“法律特质”(Rechtsqualität)

抽象的一般解释旨在确保法律的统一适用。^[19] 最高人民法院出台了数量众多的解释,如《民法通则》的解释、^[20]《合同法》的解释、^[21]买卖合同^[22]及商品房买卖合同^[23]的解释等。

解释的目的是为“解释法律”(Auslegung von Gesetzen):根据《立法法》第104条的规定,这应当探求规范目的以及立法者的原意。^[24] 但实践中司法解释发展了新的法律制度,如情势变更或“不便管辖原则”(das forum non conveniens)。^[25] 不过,这并不会被认为有特别的问题,只是在解释的法律效力和约束力上存在争议。有观点认为解释对法院具有约束力。^[26] 在某些情况下,它们甚至被认为具有法律效力。^[27] 这一点得到了《最高人民法院关于司法解释工作的规

• 260 •

[14] 《宪法》第1条规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。……中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”

[15] 这是Ahl所选用的术语,参见Ahl, ZChinR 2007, 251; 在一些情况下,人们也会使用“说明”(Erläuterungen)或者“解释”(Interpretationen)一词,如PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373 ff., ZChinR 2007, 251。

[16] PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373, 374 ff.

[17] PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373, 375。

[18] 最近的区分,参见BverfG, Beschl. v. 6. 11. 2019, 1-BVR 276/17, NJW 2020, 314 = JZ 2020, 201 Rn. 68 ff. - Recht auf Vergessen II; Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 12 Rn. 118 f.。

[19] PiBler, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, 2009, Stichwort: Sozialistisches Recht.

[20] 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》,1988年1月26日通过,德译本参见Münzel, 可通过www.chinas-recht.de/zivilrecht.htm访问。该司法解释已被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件决定》废止(编者注)。

[21] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》,1999年12月19日通过,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》于2009年12月19日通过,德译本参见PiBler, ZChinR 2009, 288 ff.。该司法解释已被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》废止(编者注)。

[22] 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号),2012年3月31日通过,德译本参见von Cammerer, RIW 2013, 233-237以及PiBler, ZChinR 2014, 373 ff.。因应《民法典》的实施,该解释于2020年12月23日修订,本文使用的是修订前的版本(编者注)。

[23] 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》,2003年3月24日通过,载《法制日报》2003年5月7日,德译本参见Schmid和PiBler, ZChinR 2011, 131 ff.。因应《民法典》的实施,该解释于2020年12月23日修订,本文使用的是修订前的版本(编者注)。

[24] 《立法法》于2000年3月15日通过,德译本参见Martinek, ZChinR 2015, 259 ff.。

[25] PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373, 386 ff.

[26] 参见Kroymann/Xu, Grundlagen, in: Binding/PiBler/Xu, Chinesisches Zivil-und Wirtschaftsrecht, 2015, Kap. 1 Rn. 59。

[27] 相关争议,参见Ahl, ZChinR 2007, 251, 254 f.; PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373, 376 f.。

定》第5条^[28]以及《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》^[29]的肯定。司法解释的个别条款已被纳入新的《民法典》之中。^[30] 司法解释的目的是实现对法律的统一解释。在欧盟法上，在具体的程序中要求欧洲法院进行解释，但最高人民法院的司法解释是一种抽象解释，对此更容易使人想起《普鲁士一般邦法》中的程序。《普鲁士一般邦法》第47条规定，对规范的解释有疑问时，法官必须将其提交立法委员会。^[31]

（三）德国潘德克顿法学的立法技术——抽象化及不确定的法律概念

潘德克顿学派^[32]以罗马法为研究对象，并对之进行体系化，故又被称为“历史学派”（historische Schule）。它和上上世的概念法学派，是法律中清晰的建构思想、概念以及概念金字塔鲜明形成的基础。^[33] 在这方面，具有简明外在体系的《德国民法典》是潘德克顿学派的产物。^[34] 中国的法典亦采纳了这一做法。^[35] 中国《民法典》的文本在结构上部分参照了《德国民法典》及《日本民法典》。民法总则之后，尚有六编：物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承及侵权责任。与《德国民法典》相比，中国《民法典》另有两编，即人格权编（第989条至第1039条）和侵权责任编（第1164条至第1258条）。中国《民法典》没有设立债法总则，只有合同总则。^[36] 但结构上相类似的是，借助于总则而加以运作的立法技术。在各编中都可以找到总则部分，如关于法人、法律行为及代理的一般原则。合同法也分为通则（中国《民法典》第463条至第594条）和分则（中国《民法典》第595条至第988条），后者规定了个别合同类型。为了避免重复，这必然意味着对“援引技术”（Verweisungstechnik）的使用。^[37] 另一个特点是不确定的法律概念，这在总则中有诸多表现，诸如平等（中国《民法典》第4条）、自愿（中国《民法典》第5条、第7条）、公平（中国《民法典》第6条）、诚实信用（中国《民法典》第7条）和公序良俗（中国《民法典》第8条）等概念被规范化。^[38] 这需要进一步加以具体化，例

• 261 •

[28] 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条规定：“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。”1997年颁布的《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》，德译本刊载于：ZChinR 1997, 130 ff.; 2007年修订后的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，德译本刊载于：ZChinR 2007, 322 ff.。

[29] 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第3条至第5条之规定，德译本刊载于：ZChinR 2012, 31 ff.。

[30] 例如：关于检验义务的规定，即《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第15条及以下规定（前引[24]），参见下文标题二项下第二部分第一节。

[31] 对此，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 1 Fn. 105; Pißler, RabelsZ 80 (2016), 373, 375 f. Fn. 8 中也有提及。

[32] 指查士丁尼皇帝《民法大全》中的“潘德克顿”（德文为 Pandekten，源于希腊语）或者“学说汇纂”（德文为 Digesten，源于拉丁语）。

[33] 参见 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 367 ff.; Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 248.

[34] 对此，参见 Koschaker, Europa und das römische Recht, 1947, S. 258; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 475.

[35] Bu, Chinese Civil Code—The General Part, 2019, Chap. 1 Rn. 45, 46; dies., in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 5.

[36] 与此相关的争议，参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 5 Fn. 8.

[37] 关于德国法的援引技术，可参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 4 Rn. 104 ff.。

[38] 关于中国《民法典》第3条至第7条规定的基本原则，参见 Li, in: Möllers/Li, The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, S. 17, 24 ff.。

如通过最高人民法院出台的司法解释。最后,与《德国民法典》一样,中国《民法典》中也有许多旨在促进合同解释的规定,如关于意思表示的第142条、关于合同的第466条和关于对非合同关系准用合同规定的第468条。^[39]德国法上,这些规定可在《德国民法典》第133条、第157条中找到。^[40]下面我想着重就买卖法上的问题,如瑕疵的概念(标题二项下第一部分)、对所购商品的检验义务(标题二项下第二部分)以及就瑕疵物所享有的各种权利(标题二项下第三部分)加以探讨。之后为中国《民法典》与《消费者权益保护法》的关系(标题三项下第一部分),一般交易条款的控制规定(标题三项下第二部分)以及强制缔约(标题三项下第三部分)。最后以规范技术(标题四项下第一部分)和民法典中人的图像(标题四项下第二部分)的总体性评价结束。本研究旨在将中国法与德国法及欧盟法作比较研究。

二、买卖法中的核心议题

(一) 合同约定与物之瑕疵

1. 中国《民法典》第615条及以下结合第510条及以下规定

物之瑕疵和权利瑕疵之前由《合同法》第153条至第155条加以规定,以约定的质量要求为依据。中国《民法典》第615条第1句也同样以约定的质量要求为出发点,对此可通过相关的质量说明加以确定(第615条第2句)。如果合同没有约定,则需要对合同进行解释(第616条结合第510条、第511条第1项)。对第510条及以下条文的援引意味着与之前《合同法》第61条、第62条第1项所规定的一样,是以补充性解释、交易习惯和强制性国家标准为基础的。此外,中国《民法典》第612条规定,就所出卖的标的物,第三人不能向买受人主张任何权利(之前为《合同法》第150条)。如果出卖人出售本不属于他的物品,买受人可以根据《买卖合同司法解释》第3条第2款请求损害赔偿。^[41]

2. 德国及欧盟法上的瑕疵概念

这种主观上的瑕疵概念与《德国民法典》第434条相对应,它首先指约定的品质(《德国民法典》第434条第1款第1句)以及“合同预定的效用”(《德国民法典》第434条第1款第2句第1项)。^[42]《德国民法典》第434条第1款第2句第2项规定对客观标准也有提及(“通常效用”或“期待品质”)。^[43]欧盟新的《关于商品买卖若干问题的指令》(以下简称《商品买卖指令》——译者按)也未对这一主观瑕疵概念^[44]作出改动。“与合同相符”(Vertragsmäßigkeit)包含主观要求和客观要求,据此须确保“买卖双方的正当利益”。^[45] 契约自由允许当事人就标的

[39] 关于先前的规定,参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 10.

[40] Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 168 ff.

[41] 参见前引[22]。该条内容已被修订后的该司法解释删除(编者注)。

[42] 在确定这种用途时,除合同内容外,还必须考虑订立合同时的整体情况,参见 BGH, Urt. v. 20. 3. 2019, VIII ZR 213/18, NJW 2019, 1937, 1939.

[43] 参见《德国民法典》第434条第1款第2句第2项。

[44] Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 578 ff.

[45] 参见2019年5月20日欧盟《关于商品买卖若干问题的指令》(Richtlinie 2019/771), 权衡理由第25条第3句,载《欧盟官方公报》L 136, 第28页,《商品买卖指令》(Warenkauf-RL)。

物适约与否为消极性的约定，当然以双方明确达成一致为限。^[46] 此种“消极的品质约定”（negative Beschaffenheitsvereinbarung）之前未被法律明确规定，^[47] 而且今后会使得二手车出售等变得更加容易。^[48] 客观标准提高了对商品符合合同的要求，例如欧盟《商品买卖指令》第7条第3款规定，对于含有数字元素的商品，出卖人有义务加以更新，包括安全更新在内。欧盟《商品买卖指令》第9条首次就权利瑕疵作出了规定。

3. 主观瑕疵概念为契约自由之体现

私法自治包括契约自由、所有权自由（《德国民法典》第903条）、结婚自由（《德国民法典》第1297条）以及遗嘱自由，即就身后财产自由处分之权利（《德国民法典》第1937条）。^[49] 契约自由包括缔约自由、当事人自由、内容自由、方式自由以及变更与废除自由。^[50] 契约自由的概念直到19世纪中叶才被提出。^[51] 它以当事人的意志为基础。^[52] 除法律另有规定外，当事人双方可自行决定其法律关系。除同时附有诸多限制之外，欧盟《商品买卖指令》也对当事人的契约自由^[53]进行了强调。

中国《民法典》第5条以“自愿”（Prinzip der Freiwilligkeit）为民法的基本原则。除私法自治原则外，这别无所指。^[54] 由此推导出的契约自由业已体现在《合同法》第4条之中，该条强调，当事人有权按照自己的意愿订立合同，第三人不得加以干涉。这一规定对于市场经济的引入非常重要。^[55] 现在，中国《民法典》第130条规定（在表述上不够清晰），民事主体可以按照自己的意愿行使民事权利，不受干涉。

（二）买卖物的检验义务

1. 中国《民法典》第620条至第624条规定的检验义务

中国买卖法上的检验义务有着悠久的历史。以前由《合同法》第157条、第158条加以规定，如今规定于中国《民法典》第620条、第621条。2012年，最高人民法院在《买卖合同司法

• 263 •

[46] 参见前引[45]，权衡理由第37条第1句，第7条第5款，以及2019年5月20日《关于提供电子内容及电子服务若干问题的指令》（Richtlinie 2019/770）第8条第5款规定，载《欧盟官方公报》L 136，第1页，《电子内容指令》（Digitale Inhalte-RL）。

[47] 1999年5月25日欧盟《关于消费品买卖以及相关担保若干问题的指令》（1999/44/EG）第2款第3句第1种情形，载《欧盟官方公报》L 171，第12页，《消费品买卖指令》（Verbrauchsgüterkauf-RL）已为2019年《商品买卖指令》所取代。

[48] Staudenmayer, NJW 2019, 2889, 2890. 关于先前之法律，参见 S. Lorenz, in: MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 476 Rn. 9 – 11.

[49] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1896, S. 2.

[50] Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 661; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 33 ff.; Möllers, JuS 1999, 1191, 1192.

[51] von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des römischen Rechts, Bd. 2, 1853, § § 72 – 78; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8. Aufl. 1900, § 312 Fn. 5 m. w. Nachw.; s. Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, 1948, S. 33 ff.; Rückert, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert: Kontinuität, Inhalt, Funktion, Wirkung, 1997, S. 135, 145 ff.

[52] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, 1896, S. 126: “草案中的法律行为系指一项私人之意思表示，追求某种法律效果之发生，且因其追求而由法律赋予该种效果而言。”

[53] 参见前引[45]，《商品买卖指令》权衡理由第46条，第63条第3句。

[54] Möllers, in: Möllers/Li, The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, S. 55, 67 ff.; Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 335 ff.; Bu, Chinese Civil Code—The General Part, 2019, Chap. 2 Rn. 16 ff.

[55] Han, General Principles under the CCL, in: DiMatteo/Chen, Chinese Contract Law: Civil and Common Law Perspectives, 2018, S. 29, 30.

解释》中又增加了6个条文,对这两条进行了具体化。^[56]《买卖合同司法解释》第15条、第16条及第18条也(大体上)被纳入中国《民法典》第622条、第623条及第624条之中。《合同法》对当事人是否约定一定的瑕疵通知期间作了区分。在没有明确约定的情况下,买受人必须在“合理的时间”内将商品瑕疵通知出卖人。^[57]如果没有进行此种通知,依中国《民法典》第621条第2款第2句规定(之前为《合同法》第158条第2款第2句),标的物视为符合约定。《买卖合同司法解释》第15条规定,买受人签署的确认书,也会产生这种推定效力。这一推定可以被推翻。例如,网购商品由快递送达时,如果买受人在送货单上签字,推定其对商品质量予以认可(该推定可被推翻)。^[58]这一规定如今载于中国《民法典》第623条之中。

过去曾有两个问题得到过讨论:一是这些义务是否一并适用于公开的以及隐蔽的物之瑕疵。对此,最高人民法院在《买卖合同司法解释》第18条第1款中规定,在“隐蔽”瑕疵场合,法院可以延长合理期间。由中国《民法典》第622条第1款的措辞可知,如今期间为自动延长。另一方面,《买卖合同司法解释》第17条曾尝试使用不同标准,如根据瑕疵的可识别性或程序的难易程度等来确定期间的合理性,但该条未被采纳。该条也是区分公开瑕疵和隐蔽瑕疵的一种尝试。

二是有观点认为,《合同法》没有区分检验义务以及瑕疵通知义务是有问题的。^[59]在《买卖合同司法解释》中,最高人民法院将检验期间限定为两年;^[60]现体现在中国《民法典》第621条第2款第2句规定中。但有两项例外:双方约定了较长的保修期,或者出卖人知道有瑕疵。^[61]中国《民法典》不区分普通买卖和消费品买卖。虽然有部分观点主张,消费者的检验期间应更长一些,^[62]但《消费者权益保护法》未对检验义务加以规定。

2. 现行欧盟《商品买卖指令》及其拟议法规定的商品检验义务

欧盟法上,买受人的检验义务此前表现为所谓的“选项条款”(Optionsklausel)。因此,是否将这一规范转化为国内法由各成员国自行决定。最后,27个成员国中有21个转化了此种检验义务,但不包括德国。^[63]在《联合国国际货物销售合同公约》^[64]以及德国或者奥地利的立法中,^[65]仅商事买受人负有瑕疵问责义务。

[56] 参见前引〔22〕,《买卖合同司法解释》第15条至第20条规定。

[57] 参见中国《民法典》第621条第2款第1句,也可见《合同法》第158条第2款第1句。

[58] Bu, ZfRV 2014, 261, 270.

[59] 如 Bu, ZfRV 2014, 261, 269.

[60] 参见前引〔22〕,《买卖合同司法解释》第17条第2款; Weidlich/Shen, in: Binding/PiBler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, 3. Kap. Rn. 110.

[61] 参见中国《民法典》第621条第2款第2句第2个半句及第621条第3款,也可见《合同法》第158条第3款。

[62] Weidlich/Shen, in: Binding/PiBler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, 3. Kap. Rn. 115 附有最高人民法院编写组的意见, 159 f.

[63] 仅德国、奥地利、法国、波兰、希腊和爱尔兰未对其进行转化,参见 Commission Staff Working Document on the Impacts of fully harmonised rules on contracts for the sales of goods supplementing the impact assessment v. 31. 10. 2017, SWD (2017) 354 final, S. 25.

[64] Art. 39 Abs. 1 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf v. 23. 10. 1990, BGBl. II, S. 1477 - UN-Kaufrecht.

[65] 《德国商法典》第377条,参见 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 bzw. § 373 UGB.

欧盟委员会此前一直是欧盟《商品买卖指令》规定“通知义务”(Anzeigepflicht)^[66]的反对者。^[67]它部分出于经验性的理由：通知义务的实际影响不大，因为当商品出现问题时，80%以上的买受人会通知出卖人。^[68]文献中也有观点反对消费者的瑕疵通知义务，理由是消费者不知道有此种义务时，要求其进行通知是不合理的。^[69]然而，上述论证的依据并不充分。如今依欧盟《商品买卖指令》第12条规定，消费者只有在“明知”(positiv erkennt)商品不符合要求的情况下，方需要进行通知。^[70]也就是说，消费者在收到商品后，不必主动进行检验。这种弱化的表述，使两个月的通知期不能从商品交付时，而只能从消费者知道商品不合格时加以起算。^[71]这对消费者来说是可期待且合理的。占主导地位的观点认为，瑕疵通知义务是适当的，而且符合消费者的利益，这在1999年《消费品买卖指令》^[72]和欧盟《商品买卖指令》^[73]的文献中都为多数学者所主张。美国也是以消费者的瑕疵告知义务^[74]而著称。

通知义务具有证据保全功能，^[75]因为买受人须将瑕疵记录下来并与出卖人进行沟通。如果他这样做，则通知期间届满后拟制为不存在瑕疵。据此，出卖人可以提前获悉瑕疵的存在，并就自己即将面临的瑕疵担保权作出回应；另一方面，也应避免此种面临瑕疵请求权的局面持续过

[66] 德国法上称为“问责之不真正义务”(Rügeobliegenheit)，而非“通知义务”(Anzeigepflicht)，因为其履行不得为强制，而只是为了自己的利益加以遵守，以避免遭受法律上之不利，参见 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 19 Rn. 35。

[67] 2017年10月31日，欧盟《关于与商品买卖有关的合同法某些方面的指令的修正提案》权衡理由第25条第2句及第3句，COM (2017) 637 final 以及 Working Document Impact Assessment, Commission Staff Working Document on the Impacts of fully harmonised rules on contracts for the sales of goods supplementing the impact assessment v. 31. 10. 2017, SWD (2017) 354 final—Staff Working Document Impact Assessment. S. 25。

[68] 参见前引 [63]，Staff Working Document Impact Assessment, S. 25 声称有 37%~58%；ICF, Study on the costs and benefits of minimum harmonisation under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC and of potential full harmonisation and alignment of EU rules for different sales channels v. März 2017, S. 58 声称有 84%。

[69] 早先的观点，参见 Medicus, Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf im einem kodifikatorischen System—Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht—Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, 2000, S. 219, 228 (但须注意脚注 72 中该作者的文献)；Ernst/Gsell, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, 1410, 1426 (但须注意脚注 72 中该作者的文献)；Magnus, Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG, A 15, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der europäischen Union, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 5 Rn. 15 认为是“对出卖人不正当之优待”(ungerechtfertigte Privilegierung des Verkäufers)。

[70] 这与 1999 年《消费品买卖指令》第 5 条第 2 款规定相符，参见前引 [47]。欧盟法院也对此进行过确认，参见 Urt. v. 4. 6. 2015, C-497/12, ECLI: EU: C: 2015: 357, Rn. 61—Faber。

[71] 欧盟《消费品买卖及担保指令的建议案》，德文为“Vorschlag Verbrauchsgüterkauf-RL”，1996年6月18日公布，载于 COM (95) 520 中，认为问责之不真正义务，应取决于消费者“是否确定或者应当确定商品与合同不符”。前引 [47]，1999 年《消费品买卖指令》的最终文本则取消了对过失的非难，且因此已经是一个明显受到削弱的有利于消费者的版本；对此，参见 Gsell, Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, ERPL 7 (1999), 151, 163 f.。

[72] Medicus, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, ZIP 1996, 1928: bei Vermeidung einer Untersuchungspflicht; Ehmann/Rust, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, JZ 1999, 853, 862; Gsell, ERPL 7 (1999), 151, 163 f.; Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 487.

[73] Dassbach, Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten im Richtlinienentwurf über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, GPR 2016, 211, 216; Rudloff, Der Vorschlag einer Warenhandels-Richtlinie der EU—Fortschritt auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit, VuR 2018, 325, 327.

[74] 美国《统一商法典》第 2—602 条第 1 款规定：“拒收货物必须在交付或提示交付货物后的合理时间内作出。如果买方未能及时通知卖方，拒收无效。”

[75] 关于《德国商法典》第 377 条的证据保全利益，参见 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 Rn. 32。

长时间。^{〔76〕}这也使得其能够与上游供应商取得联系。^{〔77〕}以防止瑕疵造成进一步的损害。^{〔78〕}因此,一种温和的瑕疵通知义务在经济上也是有意义的。如果对关于商品买卖的指令进行修正,则应根据拟议法完全统一检验义务,以便在所有成员国进行转化。^{〔79〕}

3. 中国与欧盟法上检验义务的比较

(1) 在内容上,检验义务是以《联合国国际货物销售合同公约》为基础的。然而,《联合国国际货物销售合同公约》第39条和第40条规定明显简短得多。《德国商法典》第377条在这方面要明确许多,其规定有“毫不迟延”的检查和通知义务,且仅对隐蔽瑕疵规定了例外。这通常是一段两周到八周的时间;^{〔80〕}消费品买卖中则为两个月。中国《民法典》第624条另设约定检验义务的规定,由于第621条第1款第1句业已有所规定,在体系上非属妥适。规范内容上,出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物,出卖人和买受人约定的检验标准与买受人和第三人约定的检验标准不一致的,应以出卖人和买受人约定的检验标准为准。这里买卖合同所约定的内容具有优先性(中国《民法典》第624条)。这似乎是不言而喻的,因此没有必要规定。中国《民法典》第622条第2款规定,法律、行政法规规定的期间优先于当事人约定的检验期间,也无规定必要。此外,如第621条第2款规定的“合理时间”^{〔81〕}以及公开和隐蔽瑕疵的区分等问题,欠缺相关的定义。总之,这些规定过于繁琐重复了。清晰且简明的规定,能使各方当事人从中获益。

(2) 从经济角度看,必须致力于将消费者保护的负担保持在最优性价比上。^{〔82〕}过度保护消费者不符合买受人的利益,因为成本上的增加会加重其负担。从内容上看,瑕疵通知的功能是确定商品符合合同,从而确保法律平和。^{〔83〕}然而,旨在鼓励交易的中国《民法典》,^{〔84〕}在诸如时效期间届满前不久方发现隐蔽瑕疵的问题上,似乎比《德国商法典》更加严格。交付凭证上的签名事实上是否可引发对买受人不利的推定,也值得商榷。尤其是买受人没有合理的时间进行检验时,这一规定显得既不切合实际也不具有正当性。

(三) 责任依据与买卖法上的瑕疵担保权

1. 买卖法上救济选择权之不明确(中国《民法典》第582条)

1900年《德国民法典》针对瑕疵物规定了两种法律救济,这可以追溯到罗马法。罗马法上关于奴隶买卖的“解约之诉”(redhibitoria)和“价金减少之诉”(quanti minoris)构成德国法上“瑕疵解约”(Wandlung)以及“减价”(Minderung)的基础。^{〔85〕}中国法上也是如此。但中国规

〔76〕 关于《德国商法典》第377条规定的问责任务,参见BGH, Urt. v 13. 5. 1987, VIII ZR 137/86, BGHZ 101, 49, 53.

〔77〕 Dassbach, GPR 2016, 211, 215.

〔78〕 Dassbach, GPR 2016, 211, 215.

〔79〕 对此,参见 Möllers, in: FS Grunewald, 2021 (即将出版)。

〔80〕 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 Rn. 23 m. w. Nachw.

〔81〕 Kritisch bereits Lichtenstein, IHR 2013, 98, 99.

〔82〕 Grundmann, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie-Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, 53, 63.

〔83〕 可参见前引〔71〕, Vorschlag Verbrauchsgüterkauf-RL, S. 16.

〔84〕 Weidlich/Shen, in: Binding/Piöbler/Xu, Chinesisches Zivil-und Wirtschaftsrecht, 2015, 3. Kap. Rn. 115.

〔85〕 关于奴隶买卖中,解约之诉(Ulp. D. 21, 1; 19, 6)与减价之诉(Gell. 4. 2, 5; Ed. D. 21, 1, 38 pr.)的区分,参见 Kaser, Römisches Recht, 2. Aufl. 1971, S. 131. II. 4. S. 559 f.; Zimmermann, Law of Obligations, 1993, S. 331; Medicus, in: Zimmermann, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1999, S. 307 ff.。

定有所谓“三包制度”，包括修理、更换以及退货三种担保方式。^[86]《合同法》规定了瑕疵情形（即不符合约定的质量要求）的违约责任，且援引了《合同法》总则中的相关规定，如《合同法》第155条及第111条的规定所示。《合同法》第111条和《消费者权益保护法》第24条第1款规定赋予买受人在违约情形下就修理、更换、重做、退货和减价之间加以选择的权利。《合同法》第113条则对损害赔偿请求权作了单独规定。

这些规定如今表现为中国《民法典》第617条结合第582条至第584条规定。据此，须首先考察当事人之间达成的约定（中国《民法典》第582条第1句）。依中国《民法典》第618条规定，瑕疵担保责任在很大程度上可以预先免除，但涉及故意或者重大过失的情形除外。在缺乏约定时，买受人可以依中国《民法典》第582条第2句就上述法律补救措施加以选择。该选择取决于“标的的性质和损害的大小”，以及选择的“合理性”。从这一规定中无法得出各种补救措施的其他要件。

有观点认为，由于法律没有对各担保权利之间的关系作出规定，结果是买受人享有选择权。^[87]不过，这里要进行区分：在消费者保护法中，如果出现瑕疵，买受人可以在七天内退货，当事人对此有相反约定的除外（《消费者权益保护法》第24条第1款）。然而，中国《民法典》中没有纳入这种不合理的后悔权：中国《民法典》第610条（《合同法》第148条）规定，退货以合同目的不能实现为要件。^[88]买卖法的这一规定也与合同编通则中的规定，即中国《民法典》第563条第4项（《合同法》第94条第4项）相对应。至于合同目的何时无法实现，仍不清楚。因此，修理和更换很可能优先。至于买受人之“自助”（Selbsthilfe），《买卖合同司法解释》对此曾有过相关规定，^[89]但没有纳入中国《民法典》中。文献中也有观点认为，只有在根本违约的情况下才能要求更换。^[90]最后，损害赔偿请求权受到中国《民法典》第584条的限制。据此，损害必须可以预见。

• 267 •

2. 《联合国国际货物销售合同公约》和欧洲消费品买卖中的不同补救方法

（1）中国《民法典》中的责任规定是借鉴英美法^[91]和《联合国国际货物销售合同公约》^[92]而加以制定的。《联合国国际货物销售合同公约》只规定了违约的一般规则，并就根本违约和非根本违约加以区分。在《联合国国际货物销售合同公约》中，买受人可以要求补正履行，但只有在根本违约的情况下才可以要求更换。^[93]这根源于英美法上以特定履行为例外性救济的做法。《联合国国际货物销售合同公约》第46条第2款规定，只有在合理期间届满后才有可能解除合同。出卖人也可以依第48条的规定进行补正。而欧盟买卖法针对消费者有自己的规定。中国《合同法》同样没有类似于德国法上特别买卖瑕疵担保法的存在。^[94]中国《民法典》对此也只字未提。

（2）欧盟法上，各种补救措施之间有明确的等级关系：修理及更换具有优先性。例如《德国

[86] Han, Consumer Sales in Peoples's Republic of China, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Lei, Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 82, 86.

[87] Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 25 认为缺乏法定的优先顺序。

[88] Eberl-Borges/Su, ZVglRWiss 11 (2012), 125, 131.

[89] 参见前引 [22]，《买卖合同司法解释》第22条。

[90] S. Rüffert, Das Recht der Sachmangelgewährleistung beim Kauf in der Volksrepublik China, 1994, S. 75.

[91] Shen, in: FS Horn, 2006, S. 125, 131.

[92] Eberl-Borges/Su, ZVglRWiss 11 (2012), 125, 130; Bu, ZfRv 2014, 261, 269: Art. 38–44 UN-Kaufrecht.

[93] Art. 46 UN-Kaufrecht, Bridge, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, 2016, Chap. 19 Rn. 102; Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 308.

[94] Bu, Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl. München 2017, § 12 Rn. 89.

民法典》第437条第1款、第439条规定的补正请求权,^[95]是买受人起初可主张的唯一救济。^[96]这就给了出卖人保有部分利润的机会。这在经济上是合理的。但是,如果修理和更换会导致不成比例的费用,则原则上会被排除。^[97]在德国,《德国民法典》第439条第4款对此也作了明确规定;第475条第4款同时规定,消费品买卖中,出卖人不享有“全部拒绝权”(Totalverweigerungsrecht)。^[98]相比之下,解除和减价则后位于修理及更换。如果只是“轻微”的不符合合同,消费者无权解除合同。^[99]欧盟《商品买卖指令》第10条第1款规定,消费者原则上需要证明商品在交付时存在瑕疵。但迄今为止,在商品交付后的前六个月内,针对消费者适用举证责任倒置的规则,即由出卖人负证明责任(《德国民法典》第477条)。这一六个月的期间如今被延长至一年(欧盟《商品买卖指令》第11条第1款)。中国法上,关于机动车、计算机、电视机等商品及其他耐用品,针对消费者也设有类似的规定,即六个月内适用举证责任倒置的规则(《消费者权益保护法》第23条第3款)。

3. 对中国法律状况的评价

有两项法律问题中国立法者没有作出明确规定:一方面,强制性法律与任意性法律之间的关系不明。中国《民法典》第618条规定,出卖人故意或因重大过失不告知瑕疵的,担保责任排除的约定无效。但不清楚的是,是否有其他责任排除上的限制。像《德国民法典》第476条(对消费者禁止为不同之约定)这样的规定未被纳入。当然,中国《民法典》第496条及以下关于格式条款控制的规定似乎仍可介入,这一点马上讨论(标题三项下第二部分)。此外,中国立法者未对法律救济措施的次序关系发表意见,也很令人惊讶。如果没有达成相关约定,买受人似乎可以自由选择补救措施。这适用于《消费者权益保护法》第24条第1款中的消费者买卖,但也可能适用于普通买卖。中国《民法典》第582条第2句规定的选择取决于“损害的大小”或者“合理性”,这一要件过于模糊,需要进一步具体化。这一“不受限制”的选择权虽与《欧洲共同买卖法草案》第106条第3款a项规定相符,^[100]却不符合其他国际以及欧盟买卖法上的规定。与之相对,在欧盟消费者保护法中,修理和更换具有优先性(仅见《德国民法典》第437条第1项、第439条),解除原则上居于后位。这是可以理解的,因为恣意的解除或减价会增加成本。如买受人发现某处的商品更便宜,或者对履行合同失去兴趣,他便可借此解除合同。^[101]而买受人先接受修理或者更换也有其道理,因为他最终仍能获得无瑕疵的商品。因此,欧洲买卖法拒绝规定这一后悔权是为正确之举。^[102]结果是,中国买卖法赋予当事人的“太多,同时又太少”(zu viel und gleichzeitig zu wenig):

[95] 德国买卖法上,“补正”(Nacherfüllung)是修理及更换的上位概念。

[96] BeckOK-BGB/Faust, 54. Ed. 1. 5. 2020, BGB § 439 Rn. 2.

[97] 前引[45],《商品买卖指令》第13条第2款、第3款及权衡理由48以下、以及51,和前引[47],1999年《消费品买卖指令》第3条第3款及第1款、第2款。相关判决,参见EuGH, Urt. v. 16. 6. 2011, C-65/09 u. a., EU: C: 2011: 396, Rn. 68 ff. — Weber; 对此持保留态度者,参见Zöchling-Jud, GPR 2019, 115, 128.

[98] 这一规定在引入《德国民法典》第475条第4款之前,已经由欧盟法院作出过判决,对此参见EuGH, Urt. v. 16. 6. 2011, C-65/09 u. a., ECLIU: C: 2011: 396, Rn. 68 ff. — Weber.

[99] 前引[45],欧盟《商品买卖指令》第13条第5款。

[100] 《欧洲共同买卖法草案》,英文全称为“Common European Sales Law”,简称“CESL”,德文全称为“Vorschlag für über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht”,2011年10月11日公布,参见KOM (2011) 635.

[101] 针对《欧洲共同买卖法草案》第106条的批评,可参见Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 310 f.

[102] 关于撤回中的后悔权问题,参见Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 15 Rn. 32 f.

从买受人的角度看，如果允许出卖人在合同中不加具体限制地排除瑕疵责任，则属保护不足；而如果允许买受人在没有约定的情况下可立即选择解除或者减价，则又保护过多。

三、契约自由的矫正与中国《民法典》中的消费者保护

（一）《消费者权益保护法》没有纳入中国《民法典》

1. 《消费者权益保护法》与中国《民法典》

中国《消费者权益保护法》自1994年1月1日起生效，2009年和2013年分别进行了大幅度修订。中国《民法典》未将其纳入，仅有少数几个条文提到了消费者或者含有所谓消费者保护的手段。这是否令人遗憾？有观点为此辩护：《消费者权益保护法》在性质上并不是真正的民法，而是含有公法规范，且从比较法的角度来看，将其统合入民法典之中并不十分具有说服力。^[103]众所周知，尽管《德国民法典》在2002年德国债法改革过程中补充了许多欧盟指令中关于消费者保护的规定，^[104] 欧盟一些成员国仍采取了与德国不同的进路。例如，法国、奥地利和意大利均没有将欧盟指令中的消费者保护规范转化到各自的民法典之中，而是单独制定有自己的消费者保护法。^[105] 这一做法的优点在于，内国民法典本身基本上不需要因欧洲消费者保护法而进行改动，而且在二者出现分歧时，也不会因此发生转化以及解释上的难题。^[106]

但在中国并不存在上述指令转化的问题，因为中国《民法典》可以直接适用于全中国。^[107]至于《消费者权益保护法》中个别具有公法性质的规定，说服力则很有限，因为当中的民法规范很容易被纳入《民法典》之中。而德国债法改革过程中，支持消费者保护统合入民法典的观点也可挪用于此：如果将当今消费者生活中的重要领域与民法典分开，单独用一部法律而加以规定，那么作为最为重要的调整民事法律关系的法律，国家编纂民法典的意义就会受损，因为每个国民都可以是消费者，除非是与商人进行商事往来。^[108] 因此作为消费者保护的现代要素，如典型的格式条款控制以及网购商品的撤回权问题，^[109] 其核心内容仍为民事关系，应由民法典调整。^[110]

• 269 •

[103] Wu, Die Eingliederung der Verbraucherverträge in das chinesische ZGB, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 114, 118.

[104] 具体而言，有13项欧盟指令被纳入《德国民法典》之中，关于《德国民法典》2002年1月2日的版本，参见 BGBl. I S. 42, 45 Anm.; 详可参见 Möllers, Europäische Richtlinien des bürgerlichen Rechts, JZ 2002, 121 ff.; 被翻译的版本，参见 ERPL 10 (2002), 777 ff.。对于没有以体系化方式将消费者保护法整合入民法典之中的批评，参见 Micklitz, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, S. 31.

[105] 可参见法国《消费法典》(Code de la consommation)、奥地利《消费者法》(das österreichische Konsumentengesetz) 以及意大利《消费者法》(Codice del consumo)。

[106] 关于这种对内国法规定进行解释的范围上的探讨，参见 Möllers, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil einer modernen Methodenlehre-Zur Neubestimmung der Contra-legem-Grenze bei der Berücksichtigung von europäischem Recht, in: Torggler, Richterliche Rechtsfortbildung, 2019, S. 77 ff.。

[107] 与之相对，欧盟指令采取了不同的立法技术，参见《欧盟运行条约》第288条第3款规定。

[108] Möllers, JZ 2002, 121, 126, 134.

[109] 2015年电子商务市场交易额达到3.8万亿人民币，参见 Han, Consumer Sales in Peoples's Republic of China, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Lei, Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 82.

[110] 与此相关的讨论，参见 Wu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 116 f. in den Fn. 35-40; 对此持批评态度者，亦可见 Binding, Consumer protection law in the People's Republic of China, China-EU Law Journal 2014, 223, 241.

2. 消费者的概念、撤回权与信息义务

中国《民法典》中关于消费者保护的规定非常简单：在总则部分，第128条对于消费者虽有提及，但只是对其他法律进行了援引。中国《民法典》中并无像《德国民法典》第13条那样关于消费者的定义性规定。这令人遗憾，因为其本可以借此机会发出一个重要信号。^[111]《消费者权益保护法》第25条规定的撤回权仅适用于远程交易，而欧盟关于消费者保护指令的规定同样适用于上门交易、分期交付合同及其他交易类型（也可参见《德国民法典》第312g条，第485条，第495条，第510条，第514条及第650i条）。对此，中国《民法典》本可借此机会澄清解除、撤销、终止等形成权与撤回权之间的关系。^[112]中国《民法典》也完全没有提及信息义务这一典型的消费者保护要素，至少应可以援引《消费者权益保护法》的相关规定。^[113]这十分令人遗憾，因为德国立法及判例均特意使用这一手段来确保风险的合理分配。^[114]

（二）中国《民法典》第496条至第498条关于格式条款的控制

有些规定很容易被归入消费者保护的范畴，关于格式条款控制的三项规定即属此类。其中，中国《民法典》第496条涉及格式条款的可适用性，第497条列举了无效的原因，第498条则要求作不利于格式条款提供者的解释。这一解释规则大体上对应于《德国民法典》第305c条第2款规定。此外，中国《民法典》第496条规定，格式条款的提供者有提醒对方注意的义务，有疑问时，该条款视作未被有效地纳入合同。对此，德国读者从《德国民法典》第305条第2款、第305c条规定中也可有所了解。^[115]但德国法关于有效纳入问题的规定要比中国《民法典》详尽得多。此外，中国《民法典》第496条与《消费者权益保护法》第26条第1款之间也缺乏协调，后者要求以“显著方式”提醒注意，而前者却没有增加这一内容。这两部法律都规定，格式条款的提供方有义务按照对方要求对相关条款予以说明。德国法上不存在此种义务。由于经常缺乏时间以及专业知识，如何对大众交易中的格式条款进行说明，目前仍不清楚。

中国《民法典》第497条纳入了关于格式条款内容控制的规则。^[116]这一规定也见于《消费者权益保护法》第26条第2款。第497条中的三项规定明显不如《德国民法典》第308条、第309条以及涵盖不同案型的欧盟《一般交易条款指令》^[117]那样精确。第1项对中国《民法典》第143条及其后关于因未成年人、欺诈或错误导致无效后果的援引稍显多余。第2项涉及不被容许的责任限制，如排除故意和过失及不被容许的免责。《合同法》第40条和《消费者权益保护法》第26条第2款中已经出现过类似的规定。最后，第2项禁止限制对方的主要权利，第3项禁止排除对方的主要权利。这一用语上的重复并无必要。此外，排除主要权利的含义仍不明确。

[111] 参见前引[108]。关于消费者的概念，参见《德国民法典》第13条及中国《消费者权益保护法》第2条。

[112] 德国法上，参见 Möllers, JZ 2002, 121, 130 f.。对于中国《民法典》深感遗憾者，参见 Wu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 120 f.。

[113] 关于《消费者权益保护法》第8条及第28条规定，参见 Wu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 119 f.。

[114] Möllers, JZ 2002, 121, 129 f.; 更多示例，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.。

[115] BGH, Urt. v. 21. 4. 2009, XI ZR 78/08, NJW 2009, 2051; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, § 305c Rn. 19.

[116] 对于之前草案的批评，参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 13.

[117] 1993年4月5日《欧共体理事会关于消费者合同中的不公平条款的指令》（Richtlinie 93/13/EWG），载欧共体官方公报 L 95, 第 29 页，《一般交易条款指令》（AGB-RiL）。

德国及欧盟法上，一般交易条款内容上的控制通常仅指关于辅助协议的条款，以及其他合同组成部分，即“偶素”（*accidentalia negotii*）；而买卖标的物 and 价款作为合同基本内容，即“要素”（*essentialia negotii*），只有在例外情况下方为一般交易条款的控制所涵盖。^[118] 这一主要元素受制于市场，只有在非常特殊的情况下才会进行价格控制。^[119] 这也与亚当·斯密的自由主义方法相对应，他将市场描述为一只“看不见的手”，供求双方在这只手的作用下自我调节。^[120] “主要权利”一词没有真正表明它指的是合同的哪一部分。也许与《消费者权益保护法》第 26 条从体系上进行比较，对此可以有所帮助，因为后者只笼统地提到“排除或限制消费者的权利”。文献中有观点认为，应允许当事人约定修理优先于更换。^[121] 这一点得到了以下事实的支持：中国《民法典》第 618 条只禁止排除重大过失和故意的责任。但也有观点正确地批评道，对于什么时候仍应允许限制责任，什么时候不允许限制责任，并没有一个标准。^[122] 立法技术上，欧洲和德国的立法者则借助于所谓半强制性法律。^[123] 遗憾的是，关于将一般交易条款控制的具体示例进行规范化的提议被否决。^[124]

（三）中国《民法典》第 648 条、第 656 条关于电、水、气和热力供用的强制缔约

中国《民法典》第 494 条中包含了一项强制缔约义务，除危险预防和救灾之外，还有所谓“指令性任务”（德文称作 *imperativen Pflichten*，英文为 *control*）。文献中认为其适用范围并不明确。^[125] 第十章规定的电、水、气和热力供用合同是为其中一个适用领域：向公众供电的供电人，不得拒绝用电人合理的订立合同要求（第 648 条）。第 656 条将上述强制缔约义务扩大到水、气和热力的供用上。电、水、气、热力的供应人不仅有义务提供服务，而且有义务设置相应的设施。此外，还规定有需要中断供应时的通知义务与损害赔偿责任。中国《民法典》第 648 条和第 656 条规定的强制缔约制度可以说是对弱势者的保护，因为此为后者日常生活所必需。

德国法上，在公民依赖对方为给付的情况下，经由判例发展而来的强制缔约义务，已经存在了近 100 年。^[126] 对此，立法者针对诸多涉及基本生活供应的合同，规定有强制缔约义务。除电和气的供应外（德国《能源经济法》第 17 条第 1 款），还包括邮政服务（德国《邮政法》第 3 条）、电信（德国《电信法》第 84 条）、公共铁路（德国《通用铁路法》第 10 条）和公共汽车、电车和出租车等运输公司在日常公共交通中的运输义务（德国《客运法》第 22 条）以及保险保

• 271 •

[118] 对此参见《德国民法典》第 307 条第 3 款，关于价格条款不明时的例外，参见前引 [117]，欧盟《一般交易条款指令》第 4 条第 2 款；Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2020, § 307 Rn. 41 ff.; Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 9. Aufl. 2018, § 10 Rn. 12 ff.。

[119] 关于价格控制构成《德国民法典》第 138 条第 1 款悖俗欺诈行为的要件，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 51 ff., 54a。

[120] Smith, *Wealth of Nations*, 9th ed. 1799, Bd. III, Book IV, Chap. II, Of Restraints upon the Importation from foreign Countries of such Goods as can be produced at Home, S. 181.

[121] Bu, ZfRV 2014, 261, 265.

[122] Bu, ZfRV 2014, 261, 265.

[123] 参见前引 [47]，1999 年《消费品买卖指令》第 7 条；前引 [45]，《商品买卖指令》第 21 条及《德国民法典》第 476 条。对此，参见 Kötz, *Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2012, Rn. 614 ff.。

[124] Bu, in: Bu, *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, 2019, S. 3, 13.

[125] 关于中国《民法典草案》第 286 条，参见 Bu, in: Bu, *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, 2019, S. 3, 12 f.。

[126] 关于戏剧评论家的判决开始，参见 RG, Urt. v. 7. 11. 1931, V 106/31, RGZ 133, 388, 392。关于缔约强制的教义学论证，参见 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 33 f., Rn. 52 ff.。

障（德国《机动车所有人强制保险法》第5条）与转账账户（德国《支付账户法》第31条）。因此，德国法上强制缔约义务的范围比中国民法更为广泛，它还包括运输、保险保障或转账账户。从立法技术的角度来看，人们可能会问，把它们放在特别法中加以规定，在体系上是否更为妥适。

四、比较分析的尝试

（一）《德国民法典》中“人的图像”

1. 从“国民”法典到“消费者”法典

《德国民法典》反映了19世纪末的政治和经济观点。当时，资产阶级已经摆脱了身份等级的束缚，因此首先强调的是私法自治，即公民自行安排自己生活关系的自由。《德国民法典》的制定者仍然认为，私法交易的参与者实力大体相当，^[127] 因此似乎没有必要就合同是否妥当加以审查。只是针对《德国民法典》第138条第2款中规定的因急迫、缺乏经验等情形出现的个人谈判能力上的不足，以及《德国民法典》第119条以下规定的意思与表示之间的不一致，立法者特别进行了考虑。赌博、博彩和婚姻居间构成不完全债务（《德国民法典》第762条以下、第656条）。方式上的要求，比如《德国民法典》第313条、第766条的规定，具有警示和敦促功能。正如奥托·冯·吉尔克的名言所示，我们的私法中必须“渗入一滴社会主义的油”（ein Tropfen sozialistischen Oeles durchsickern）。^[128]

然而，21世纪经济条件的变化表明，对谈判平衡的破坏并不局限于个人情况受不利影响的个体，更是在某些法律领域形成了结构上不平等的谈判力量，从而危及通常与合同相关的正确性保障。^[129] 最重要的是，一方在经济、信息或心理上的劣势会导致这种不平衡的出现。因此，立法和判例在许多领域对私法自治加以限制，在这些领域，消费者通常在经济、资讯或心理上处于弱势，因此应受到特别保护。为保护消费者而需要对契约自治例外地加以纠正时，就可以称为“消费者保护法”。^[130] 除消费者外，承租人、旅游者和受雇人也受到立法者的特别保护。需要提及的是社会租赁法（《德国民法典》第557条至第561条、第573条至第574c条）以及有利于受雇人的保护规定，如《德国民法典》第613a条。受雇人也受到《德国民法典》第616条至第618条的特别保护，如因一时障碍而无法提供劳务时，其不会因此丧失报酬请求权。判例还对《德国民法典》第626条第1款规定的雇佣关系因重大事由而为无终止期间之终止提出了特别高的要求。在《德国民法典》第138条第1款范围内进行的审查仅限于给付和对待给付之间的显著失衡，并取决于保护经济上较弱一方的需要。但由于对个人的生活安排具有特殊意义，法院对租

[127] Coing, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. (1995), Einl. zum BGB Rn. 33; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 481; “总之，立法者显然没有赋予立法以真正的社会任务。”

[128] Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 13; ders., Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 192; Wagner, Grundlegung der politischen Ökonomie, 2. Teil, 3. Aufl. 1894, S. 99 ff.; Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1886, S. 26, 153 f.

[129] 参见 BverfG, Beschl. v. 19. 10. 1993, 1 BvR 567/89 u. a., BVerfGE 89, 214, 231 ff. — 保证合同; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. vor § 145 Rn. 13.

[130] Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996, § 41 Rn. 1036; Larenz/Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 42 Rn. 19.

金、土地、借贷合同中对待给付显著失衡的情况也进行审查。^[131] 针对消费者询问后的“信息义务”（Informationsobliegenheit），法院通过在缔约过失（《德国民法典》第 280 条第 1 款、第 311 条第 2 款、第 241 条第 2 款）或积极违反契约（《德国民法典》第 280 条及以下）的范围内引入诸多告知义务而加以修正，使得物或给付之提供者有义务提供充分的信息。除当事人之间的信息差异外，提供者的能力以及消费者对提供者的信任也起着决定性作用。^[132] 相比于银行在经营风险交易时的充分告知义务，针对宣传册或者二手车经销商销售发生过事故的二手车的情形，法院仅在非常有限的范围内对私人之间的信息披露义务进行了肯定。^[133] 为了保护弱势方，立法者采用强制或半强制性规定的方式，即不得作不利于弱势方的约定。如《德国民法典》第 444 条明确规定，瑕疵请求权原则上也可以被排除。但是，《德国民法典》第 476 条对消费品买卖，《德国民法典》第 309 条第 8b 款对一般交易条款的使用均进行了限制。此外，一般交易条款的控制必须以法律规定的基本理念为导向。^[134] 最后，宪法对民法的影响也尤为重要。^[135]

2. 《德国民法典》中的“正义原则”（Gerechtigkeitsprinzipien）

20 世纪的立法和判例在内容上从“民法典”到“消费者法典”的发展，也可以从法教义学的角度得到证成。有观点认为，契约正义是合同法的实质功能原则。^[136] 作为弱势方，消费者原则上应受到保护。^[137] 也有学者主张，私法自治“需要加以优化”（Optimierungsgebot），与其他法律原则一样，也受到其他法律原则的限制。^[138] 部分法律文献发展出了可对契约自由进行限制的社会原则。^[139] 除强制缔约外，还应包括信息义务^[140] 或者使其“免受见识上的缺乏”（Schutz vor Perspektivlosigkeit）。出于这些考虑，可以说，近几十年来德国的立法和判例已经将市场经济发展为社会^[141] 或环境市场经济^[142]。但是，德国民法并不注重以社会原则对契约自由加以优化，而是注重维持当事人最低程度的契约自由。^[143] 优化理念认为，契约自由与公法一样，应将

• 273 •

[131] BGH, Urt. v. 8. 12. 1981, 1 StR 416/81, NJW 1982, 896; BGH, Urt. v. 24. 3. 1988, III ZR 30/87, BGHZ 104, 102, 105—分期付款合同; BGH, Urt. v. 2. 7. 2004, V ZR 213/03, BGHZ 160, 8, 16 f.—价值比较方法; BGH, Urt. v. 10. 2. 2012, V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 Rn. 8 f.; BGH, Urt. v. 24. 1. 2014, V ZR 249/12, NJW 2014, 1652 Rn. 8; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 138 Rn. 25 ff.; 详可参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 41, § 9 Rn. 35 ff., 54.

[132] BGH, Urt. v. 11. 8. 2010, XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362, 3363—Thor Steinar; 类似判决已经见于 RG, Urt. v. 7. 7. 1925, II 494/24, RGZ 111, 233, 234 恶意欺诈; BGH, Urt. v. 28. 6. 2006, XII ZR 50/04, BGHZ 168, 168 Rn. 15; BGH, Urt. v. 21. 1. 1975, VIII ZR 101/73, BGHZ 63, 382, 386—二手车买卖; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 123 Rn. 5 ff.; Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.

[133] Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. vor § 145 Rn. 16; Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.

[134] 关于诚信原则的具体化，参见《德国民法典》第 307 条第 2 款第 1 项。

[135] 参见上文标题一项下第二部分第一节。

[136] Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. II, 2. Aufl. 1984, S. 7 ff.

[137] Atiyah, U. Toronto L. J. 35 (1981), 1, 14 ff.; Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract, 6th ed. 2005, S. 297 sowie Säcker, in: MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2018, Einl. Rn. 39.

[138] Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 30.

[139] Raiser, JZ 1958, 1, 6, 8; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 237 ff.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 42 ff.

[140] 如《德国民法典》第 355 条第 2 款关于撤回权的规定。

[141] Möllers, JuS 1999, 1191, 1192 f. 参见下文标题四项下第二部分第一节。

[142] 参见 Fikentscher, Die umweltsoziale Marktwirtschaft, 1991.

[143] 与此相关的详细内容，可参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 39 ff.。

基本权利与其他权利进行权衡,并使之在实践中达到相应的协调。在民法中,这种权衡理念基本上只能在有限的范围内进行。一般来说,需受国家的约束。这与《德国民法典》的自由主义基本思想相对应,它没有规定对合同内容进行一刀切的控制。^[144]只要合同在可容忍的范围之内,国家就不得以控制的方式施加干预。只有当不公正的程度超出这些限度时,当事人的决定权才会移交国家。教义学上,取而代之的是以“自决”(Selbstbestimmung)为主导。弗卢梅正确地强调,契约需要相互自决,实力状况的不平等或事实上的垄断地位会导致单方面的他决。^[145]契约自由以自决为前提。^[146]当然,双方都享有自决之权利。双方的自决也因此意味着“免受他决”(Schutz vor Fremdbestimmung)。^[147]

(二) 中国《民法典》中“人的图像”

1. 自由市场经济与事后控制

原则上,双方当事人有责任就标的物及价格等“要素”(essentialia negotii),即合同的基本内容达成协议。不会出现对价格加以管控的情况。当事人也可以订立不合理的合同。^[148]这与上述亚当·斯密的自由主义做法相对应,他用“看不见的手”(unsichtbaren Hand)来描述市场。^[149]其背后的观念在于,各方当事人的利益冲突可通过合同达致一项正确的结果;人们称为谈判的“正确性保证”(Richtigkeitsgewähr)。^[150]霍布斯已经恰如其分地强调,最能决定物之价值的是立约者。^[151]中华人民共和国是共产党领导下的社会主义国家,同时也是拥有14亿人口的世界最大的市场经济国家。

从内容上看,在劳动法或者租赁法等生活领域尚缺乏强有力的保护性规定。这一点在美国也有所体现。从程序上亦可以看出,在许多领域,契约自治占据着主导地位,优先于中国《民法典》中的相关规定。这适用于检验义务(标题二项下第二部分)和瑕疵请求权(标题二项下第三部分)。这意味着,相比于德国法和欧盟法而言,中国法上格式条款的控制更为有限。^[152]最后,在民法中不适用比例原则。^[153]

中国《民法典》是一个“混合物”(Zwitter):^[154]它在形式上取径于19世纪德国的潘德克

[144] Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 208; Ritgen, JZ 2002, 114, 119; Hofer, Vertragsfreiheit am Scheideweg, 2006, S. 23 以及上文标题四项下第二部分第一节。

[145] Flume, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. 1, 1960, S. 135, 143; 同此观点者,参见 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, S. 41: “缔约双方的自由自决”。赞同此种观点者,参见 Säcker, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2018, Einl. Rn. 38。

[146] 在1900年《德国民法典》的《立法动议书》中已经可以找到这样的表述:“法秩序不能容许法律行为领域中的自决受到非法侵害。”参见 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, 1896, S. 204。

[147] Reich, JZ 1997, 609。

[148] OLG Köln, Urt. v. 8. 12. 2006, 19 U 109/06, MMR 2007, 446, 448; 在 ebay 拍卖会上以 51 欧元的价款购买了一台价值 6 万欧元的“甜菜挖掘机”(Rübenroders); 赞同此种观点者,参见 Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 170。

[149] 参见前引 [120]。Baron/Yin-Baron, Die Chinesen. Psychogramm einer Weltmacht, 7. Aufl. 2019, S. 265 中也提到了无形之手是中国经济生活的一部分。

[150] Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130, 149 ff.; ders., in: FS Raiser, 1974, S. 3, 5 f.; Lieb, AcP 178 (1978), 196, 206。

[151] 参见 Hobbes, Leviathan, 1651, Part I, Chap. 15, S. 75: “一切立约议价的东西,其价值是由立约者的欲求来测量的,因之其公正的价值便是其意愿。”可访问 <https://archive.org/details/leviathan00hobba/page/74/mode/2up>。

[152] 参见上文标题三项下第二部分。

[153] Möllers, in: Möllers/Li, The New General Principles of China Law, 2018, S. 55, 85。

[154] 关于混合法律制度的概念,参见 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 72。

顿法学。^[155] 但规范内容上颇受英美法的影响，不太注重对“内容适当性”的控制，而是注重程序公正，旨在防止欺诈、错误等。^[156] 这种自由的做法更多对应于一种具有威慑力的“事后控制”（ex-post-Kontrolle）。这包括一个广泛的制裁机制，例如惩罚性赔偿。^[157]

2. 国家控制和国家的“看得见的手”——“拟议法”（de lege ferenda）的解释以及具体化

《合同法》已被认为是一部极其成功的法律。^[158] 中国《民法典》是中国制定的一部重大的法典。该法典共七编，在很多方面都具有现代性，比如人格权的保护，或者是关于权利实施及制裁的详细目录。但法律不能也不应停滞不前，而必须对不同生活领域的发展做出回应。

德国法之所以精确，是因为有法教义学对立法、判例以及法学文献加以整合。^[159] 一个重要的问题是，中国法是希望复刻这一结构，还是宁可效仿英美的做法，通过事后控制来对严重错误的行为施加制裁。又或许中国会采取自己的中间路线。国家的有形之手与市场的无形之手合二为一，形成自在体系。^[160] 国家引导之“手”在法律层面主要由最高人民法院进行指挥。对此，可借助于抽象和具体的解释。^[161] 正如已经表明的那样，最高人民法院往往能够将个别条款加以具体化。^[162] 但是，目前抽象解释的程序仍显得极为繁琐。如今制定法典的工作虽然已经进行了25年，但明显的不足竟然没有得到解决，最终颁布的中国《民法典》在很大程度上仍与以前的单行法完全相同。各编之间还需要进一步加以协调，^[163] 并强化法教义学的渗透。^[164] 应考虑对契约自由的概念、检验期间的适当性以及合理选择作出进一步的法律定义。^[165] 个别领域的协调应更加紧密，如中国《民法典》第618条与第497条第3项关于格式条款规定之间的关系，^[166] 抑或第617条结合第582条规定的瑕疵担保权与第617条之间的关系。^[167] 今后，最高人民法院的抽象和具体解释可能要增加。未来几年令人激动的问题还包括应在哪些领域对自由市场经济进行社会缓冲。这可能对买受人严格检验义务^[168] 进行的实质性讨论，也可能是就买卖法上关于瑕疵担保权利^[169] 排除尚不明确部分的进一步探讨。无论内容上的争论如何，仅出于法律确定性的原

[155] 参见上文标题一项下第三部分。

[156] 对此，参见 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 319; 关于英美法德做法，可参见 Twigg-Flesner, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Li, Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 44, 52 ff.。

[157] 例如中国《民法典》第179条、第1185条以及《消费者权益保护法》第55条。对此，参见 Möllers, in: Möllers/Li, The General Principles of Chinese Civil Law, 2018, S. 55, 65。关于《侵权责任法》第47条，参见 Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 355。主张加以扩张者，参见 Binding, Consumer protection law in the People's Republic of China, China-EU Law Journal 2014, 223, 239。但对此持批评态度者，参见 Bu, ZfRV 2014, 261, 273。

[158] Shen, in: FS Horn, 2006, S. 125: “精确、完整、体系化程度高”；Eberl-Borges/Su, ZVglRWiss 111 (2012), 125, 127 f.; Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 311, 330: 一部具有国际化水准的法律。

[159] 参见上文标题一项下第二部分第一节。

[160] Baron/Yin-Baron, Die Chinesen. Psychogramm einer Weltmacht, 7. Aufl. 2019, S. 265。

[161] 参见标题一项下第二部分第一节及第二节。

[162] 关于检验义务，参见前引 [22]，《买卖合同司法解释》第15条至第18条的规定，上文标题二项下第二部分第一节。

[163] Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 307。

[164] Bu, ZfRV 2014, 261, 274。关于《消费者权益保护法》，参见 Binding, China-EU Law Journal 2014, 223, 248, 250。

[165] 参见《消费者权益保护法》第4条，前引 [22]，《买卖合同司法解释》第17条以及中国《民法典》第582条第2句。

[166] 参见上文标题三项下第二部分及 Bu, ZfRV 2014, 261, 273: 缺乏体系考量。

[167] 参见上文标题二项下第三部分第一节。

[168] 参见上文标题二项下第二部分第三节。

[169] 参见上文标题二项下第三部分第三节。

因,即有进一步澄清之必要。检验义务、买卖法上瑕疵担保权的顺位以及格式条款控制上的要求^{〔170〕}这三项问题或许可作为适例。

Abstract: The codification of the Chinese Civil Code is influenced not only by the European code, but also by the Common Law, with the UN Sales Convention as the main reference for its provisions on sales law, which absorbed the rules of both legal systems, thus showing the unique characteristics of the Chinese Civil Code itself. As for the understanding and application of the specific rules established in the Civil Code, it is still necessary to draw on the useful elements of comparative law to develop and improve itself. Taking the three issues of the duty to inspection, the tier of warranty rights and the control of general terms and conditions in the sales law as examples, regarding the scope of the duty to inspection, the Chinese Civil Code has set a stricter standard than the German Commercial Code with the aim of accelerating commerce, which is worthy of recognition, but the former does not include definitions of relevant concepts in its application, and does not distinguish between apparent and hidden defects, which should be clarified through judicial interpretation, etc., in order to lay the foundation for the accurate application of the respective provisions. In terms of the tier of warranty rights, the Chinese Civil Code also does not create a certain “hierarchy” between them. The only statement made is to make the choice of the remedy dependent on the “size of the damage” or “reasonability”, which is far too vague and needs to be concretised through the judicial interpretation. Although the Chinese Civil Code does not explicitly provide for consumer protection, there are three provisions on general terms and conditions in its Part on Contracts, which are similar to the German Civil Code and can be classified as consumer protection. Unfortunately, the proposal to add concrete examples for examining general terms and conditions during the codification process was rejected in the final adopted Civil Code, and the resulting problems should be of particular concern in future judicial practice, nonetheless, contractual autonomy is still in the foreground.

Key Words: sales law, warranty rights, consumer protection, examination of general terms and conditions, duty to inspection and duty to objection

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

〔170〕 参见上文标题三项下第二部分。

论我国《民法典》及其司法解释中的保证期间

程 啸*

内容提要：《民法典》及《民法典担保制度司法解释》对保证期间作出了详细具体的规定。保证期间约定不明和没有约定时都应适用六个月的法定保证期间。法院和仲裁机构应当主动审查与保证期间相关的事实。债权人未依法在保证期间内主张权利的，保证期间届满保证人免除保证责任，除非债权人有证据证明成立了新的保证合同。债权人不能仅以一般保证人为被告提起诉讼或申请仲裁。一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁后又撤回起诉或者仲裁申请，且在保证期间届满前未再行提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任。保证合同无效时保证人的赔偿责任不应当适用保证期间的规定。

关键词：保证期间 保证合同 民法典 担保

• 277 •

一、引言

保证属于一种重要的担保方式，在社会经济生活中具有重要的融资担保功能。1995年的《担保法》就已对保证合同作出了规定。随着社会经济和司法实践的发展，《担保法》关于保证合同的规定存在不少明显过时、急需修改完善的地方。有鉴于此，2021年1月1日起施行的《民法典》在《担保法》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）等基础上，于合同编的第13章“保证合同”中对保证合同的含义、保证方式、保证人的权利、保证期间、保证债务的诉讼时效等问题作了更详细科学的规定。^{〔1〕}为了配合《民法典》的施行，2020年12月31日，最高人民法院颁布了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保制度司法解释》），专门对保证方式的识别、保证期间、

* 程啸，清华大学法学院教授。

〔1〕 参见王晨：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》，载《民法典立法背景与观点全集》编写组：《民法典立法背景与观点全集》，法律出版社2020年版，第12页。

保证债务的诉讼时效、保证合同无效的法律责任等问题作出了更具体的规定。

在保证合同中,保证期间是一项重要规则,它对于维护保证人的合法权益、更好地发挥保证合同的融资担保功能具有重要作用。所谓保证期间,也称“保证责任的期间”,是指确定保证人承担保证责任的期间(《民法典》第692条)。《民法典》第692—695条对保证期间作出了专门的规定,《民法典担保制度司法解释》中直接涉及保证期间的规定更是多达8条(第27—34条)。由于保证期间涉及的问题众多,法律关系较为复杂,一些问题理论上和实践中一直存在很大的争议。故此,本文将依据我国《民法典》与《民法典担保制度司法解释》的规定,对保证期间的一些重要问题加以讨论,以供理论界与实务界参考。

二、当事人对保证期间的约定

(一) 约定保证期间的意义

依据《民法典》第692条,当事人可以约定保证期间,没有约定的,则适用法律规定的保证期间。故此,保证期间可以分为约定与法定两种。所谓约定的保证期间,即债权人与保证人合意确定的保证期间。之所以当事人可以约定保证期间,理由在于:首先,有利于保护保证人的权益。保证合同是单务合同、无偿合同,即保证人在没有从债权人处获得任何对待给付的情形下,单方面地负有保证债务。尽管通过抗辩权、追偿权、代位权等制度设计,《民法典》为保证人的权益提供了相应的保护,以免使其处于过分不利的地位,但仍存在因为长时间负担保证债务而对保证人产生不利后果的可能性。因此,保证人迫切需要与债权人约定一个保证责任的存续期限,即如果债权人在该期限内没有向保证人主张权利,那么保证人于期限届满后即免除保证责任。反之,一旦在该期限内债权人向保证人行使了权利,保证人就确定地负有保证债务,并且在其不履行该债务而损害债权人权利时,适用保证债务的诉讼时效。

其次,有利于限制保证债务的范围。保证债务的范围指当主债务人不履行债务时,债权人能够在何种范围内请求保证人履行债务或承担责任。《民法典》第691条对保证范围作了规定。如果当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的,保证人应当对全部债务承担责任。倘若对于保证责任的存续期间不作出限制,而主合同当事人又没有约定债务履行期限,那么主债务的范围发生变化就会导致保证债务的范围发生改变。通过约定保证期间,就可以及时地确定保证债务的范围,这对于保证人显然是有利的。

由此可见,《民法典》允许当事人约定保证期间,既可有效地减少保证人因无对待给付而单方面负有保证债务所产生的风险,又能督促债权人及时行使权利以确保债权得以圆满实现,有效地平衡了保证人与债权人的利益,实现了公平与效率的有机统一。

(二) 保证期间约定不明与没有约定均应适用法定的保证期间

如果当事人对保证期间没有约定或者约定不明确时,适用法律规定的保证期间,即《民法典》第692条第2款规定的“保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月”。所谓当事人没有约定保证期间,既包括债权人与保证人根本没有就保证期间达成合意,也包括双方虽然有约定但该约定被法律视为没有约定的情形,即《民法典》第692条第2款第1分句规定的“约定的保证

期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定”。之所以这种情形下，当事人的约定被视为没有约定，是因为在债权人与保证人约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的情形下，如果还认可此种约定的效力的话，就会导致：一方面，债权人在债务履行期限尚未届满前，无法要求债务人履行债务，自然也不可能要求连带责任保证人承担保证责任；另一方面，在债务履行期间届满时，由于保证期间早已或同时届满，债权人虽然可以要求债务人履行债务，却又无法再要求保证人承担保证责任。显然，这种约定实际上使得保证人的保证责任形同虚设，违背了当事人订立保证合同的目的。故此，法律上将这种违反保证期间本质的约定视为没有约定，从而适用法定的保证期间。

《担保法解释》第32条曾规定：“保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。”显然，这种区分对待没有任何正当理由。有鉴于此，《民法典》第692条第2款修正了《担保法解释》的上述规定，对于约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的“视为没有约定”的情形，与“约定不明确”的情形作了相同处理。

（三）视为保证期间约定不明的特殊情形

保证期间属于期间，那么无论长短，当事人一般都会通过数字确定一个明确的开始日与终结日。但是，从金融实践来看，作为债权人的银行等金融机构为确保债权能够受到保证债权强有力的担保常会与保证人就保证期间做如下一些比较特殊的约定，例如，约定“本担保书将持续有效至借款合同项下借款方所欠贷款方的全部贷款本息、逾期加息及其他费用完全清偿时为止”“本担保书至还清借款合同项下借款方所欠贷款方的全部款项后自动终止”〔2〕或“保证期限为主合同生效开始至主合同项下贷款本息全部清偿完毕时止”〔3〕或“本保证合同的保证期限为主合同生效开始至主合同失效时止”〔4〕。如何看待当事人关于保证期间的这些约定？它究竟是对保证期间的明确约定，还是没有约定抑或约定不明，实践中曾存在很大的争议。

第一种观点认为，上述关于保证期间的约定不能认为没有约定，而是属于约定不明。〔5〕例如，在“厦门国际银行诉晋江厚泰鞋业有限公司、晋江晓升服装实业有限公司借款合同纠纷案”中，法院认为：“保证责任期限应当是一个恒定的时间段，即有明确的起始时间和终止时间。没有这个时间段，就无法确定义务人何时履行义务，履行义务是否违约。本案担保书第三条约定中，由于借款方的实际还款日期不能确定，保证人的保证责任期限也就无法确定。这种约定具有不确定性，实际操作中没有意义。保证责任与保证责任期限是两个不同的概念，保证责任明确不

• 279 •

〔2〕 厦门国际银行诉晋江厚泰鞋业有限公司、晋江晓升服装实业有限公司借款合同纠纷案，载《中华人民共和国最高人民法院公报》1998年第2期，第71页。

〔3〕 中国建设银行南海市支行诉南海市商贸实业企业集团、广东省南海市石油企业集团、南海市商贸房地产公司借款合同纠纷案，广东省佛山市中级人民法院（2003）佛中法民二初字第144号民事判决书。

〔4〕 中国建设银行忻州市地区支行诉山西省地方铁路局、山西省铁路工程公司借款担保合同纠纷案，山西省高级人民法院（2001）晋经二终字第19号民事判决书。

〔5〕 参见李国光：《确保司法公正 加强队伍建设 进一步推进经济审判工作的全面发展——在全国经济审判工作座谈会上的讲话》，载最高人民法院经济审判庭：《经济审判指导与参考》（总第1卷），法律出版社1999年版，第18页。

等于保证责任期限也是明确的。因此这一条约定,正是《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第十一条所指的情况。司法解释针对保证责任期限没有约定或者约定不明确的情况,规定了保证人向债权人行使催告权的期间,有利于督促债权人及时行使权利,保证人及时履行义务。”〔6〕

第二种观点认为,当事人此种对保证期间的约定属于明确的约定,且该约定当然有效,因此在主债务未得到清偿前,保证责任将一直存在。例如,有的法院认为:“上诉人在借款人债务到期未还时,又在《借款协议书》中签注‘延至款项还清之日止’,是对担保期限的延长,且‘延至款项还清之日止’的约定,是以债务人款项还清之日为担保期限,在主债务人未还清债务时其担保的责任永远存在。因此上诉人主张担保期限已超过,应予免责与事实不符,依法不能采纳。”〔7〕

第三种观点认为,当事人作出上述约定,肯定不能认为是没有约定,至于是否属于约定不明,也不能简单而武断地下结论,而应当按照当事人使用的语言文字判断该约定是否明确;如果按照当事人使用的语言文字无法判断的,应当按照当事人订立保证合同的目的、合同的其他条款、当事人之间的交易习惯以及诚实信用原则等,确定当事人约定的保证期间是否明确。〔8〕如果无法依据合同的解释有效地确定该保证期间的约定,那么应视为对保证期间没有约定,而适用法定保证期间。〔9〕

第四种观点认为,根据《民法典》第692条第2款的规定,此种约定应被认定为“没有约定”,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。这一约定在法律性质上,应当被认定为对条件而非期限的约定,因为所谓“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”属于“到期不确定,到来亦不确定”的情形,故此,应为条件。〔10〕

《担保法解释》采取了上述第一种观点。司法解释采取此种观点的理由在于:当事人作此约定不能简单地等同于当事人没有约定的情形,毕竟此种约定体现了债权人尽最大可能来确保自己债权实现的意旨,因此简单地适用六个月的法定保证期间,对于债权人是不公平的。但从另一个角度说,如果一味承认这种约定的效力,确实会造成当事人以约定排除法律规定的诉讼时效的结果,使得保证人处于一种随时可能要承担责任的不利境地,显然也不合适。因此,最好的做法是以普通诉讼时效即两年的时间加以限制,即当事人约定的期间如果超过诉讼时效的,那么超出的部分应当认定无效,而没有超过的仍然有效。〔11〕

如前所述,《担保法解释》第32条区分当事人没有约定保证期间和对保证期间约定不明,而

〔6〕前引〔2〕,第72页。

〔7〕许琼英诉喻清廉、许国树、郭梅莺借贷、担保纠纷案,福建省高级人民法院(1999)闽民终字第117号民事判决书。类似观点可参见中国农业银行上海市分行国际业务部诉上海凯达房地产经营公司、上海三好制衣有限公司贷款合同欠款纠纷案,上海市第二中级人民法院(1998)沪二中经终字第1585号民事判决书。

〔8〕参见邹海林:《论保证责任期间》,载梁慧星主编:《民商法论丛》总第14卷,法律出版社2000年版,第156页以下。

〔9〕参见高圣平:《“保证期间约定不明”的处理——兼评保证期间法定主义》,载王利明主编:《合同法评论》总第1辑,人民法院出版社2004年版,第162页;杨巍:《〈民法典〉保证期间规则修改评释》,载《河北法学》2020年第9期。

〔10〕参见包晓丽、司伟:《民法典保证期间规定理解适用中的几个问题》,载《法律适用》2021年第1期。

〔11〕参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第146-147页以下。

分别规定不同长度的保证期间，是不合理的。《民法典》第 692 条已经加以修改。因此，无论是将“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容”的情形作为对保证期间没有约定，还是约定不明，都应当适用相同的法定保证期间，即“主债务履行期限届满之日起六个月”。《民法典担保制度司法解释》第 32 条进一步明确了《民法典》第 692 条的立场，亦即其并不承认此种约定的效力，而是将其作为对保证期间约定不明的情形处理，从而适用法定的保证期间。这一规定值得赞同。因为保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，该期间应当是确定的期间，不能中止、中断或延长。如果承认当事人可以约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止，实际上就等于使保证期间成为不确定的期间，违反了法律的规定，起不到限制保证责任的作用。所以此种约定应当视为当事人对保证期间约定不明确，从而适用法定的保证期间。

三、法院应否主动审查保证期间的相关事实

保证期间不仅决定保证人是否需要承担保证责任，在保证合同无效的情形下还决定了保证人是否要承担损害赔偿责任，故此，保证期间是审理保证担保案件中非常重要的法律事实。存在争议的问题是，法院是否应当依职权主动审查这些与保证期间相关的事实。

司法实践中对此有肯定说与否定说。肯定说认为，法院应当对保证期间的相关事实进行审查，理由在于：首先，保证期间在性质上并非是诉讼时效，保证期间届满的后果并非是保证人享有拒绝承担保证责任的抗辩权，而是保证债务消灭，保证期间是否经过关系到保证人的实体权利义务，属于人民法院应查明的事实，人民法院应主动予以审查。^{〔12〕}其次，法院主动审查保证期间符合我国尚未建立答辩失权制度的现状。^{〔13〕}如果法院在一审中不查明保证期间的相关事实而由保证人自行决定是否以保证期间届满为由拒绝承担保证责任，很容易导致案件事实不清，加之保证人如果又在二审中提出保证期间届满的主张，则不利于公平高效准确地裁判案件处理纠纷。例如，《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答（之三）》（京高法发〔2002〕51号）第 8 条认为：“保证期间内，债权人未要求连带责任保证人承担保证责任，或者债权人未对一般保证的主债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人和主债权人之间的实体权利义务消灭，保证人当然免责。无论保证人是否以此抗辩，法院都应当主动适用相关法律规定，免除保证人的保证责任。”上海市高级人民法院民二庭颁布的《关于审理担保、票据等民商事纠纷案件若干问题的处理意见》对此亦持同样立场^{〔14〕}

否定说认为，保证期间是确定保证责任的期间，主要目的在于维护保证人的利益，并不涉及公共利益，况且，当保证期间届满而债权人没有依法定之方式行使权利时，保证人只是享有拒绝承担保证责任的抗辩权，此种抗辩权行使与否应由保证人自行决定，就如同诉讼时效届满的抗辩

〔12〕 参见高圣平：《民法典担保制度理解与适用》，中国法制出版社 2021 年版，第 130 页；于洪泽：《法院有主动审查保证期间是否已过的义务》，载《检察日报》2020 年 11 月 11 日，第 7 版。

〔13〕 参见司伟、肖峰：《担保法实务札记：担保纠纷裁判思路精解》，中国法制出版社 2019 年版，第 197 页。

〔14〕 参见最高人民法院民二庭：《中国民商审判》（总第 7 集），法律出版社 2004 年版，第 166 页。

一样,法院不应当主动审查,但是,法院可以对当事人进行释明。^{〔15〕}

《民法典担保制度司法解释》第34条第1款采取了肯定说。笔者赞同司法解释的这一规定。由于保证期间直接涉及保证责任的承担问题,一旦保证期间届满而债权人未在该期间内按照法定方式行使权利,则保证人免除保证责任,故此保证期间不同于诉讼时效,而与除斥期间具有某种相似之处。既然保证期间是否届满、债权人是否在保证期间内依法行使权利等事实对于保证人是否承担保证责任至关重要,为及时高效地解决担保纠纷,法院或者仲裁机构在审理保证担保纠纷案件时就应当查明该等事实,无论当事人是否加以主张。

四、债权人在保证期间向保证人主张权利的方式

《民法典》第693条分别对一般保证和连带责任保证中债权人于保证期间内向保证人主张权利的方式作出了规定,即:就一般保证而言,债权人应当在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁,否则保证期间届满后保证人不再承担保证责任;对于连带责任保证来说,债权人应当在保证期间请求保证人承担保证责任,否则保证人不再承担保证责任。关于债权人在保证期间内向保证人主张权利的方式,有以下问题需要研究。

(一) 债权人在保证期间依据公证债权文书申请强制执行是否属于主张权利

《公证法》第37条第1款规定:“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书,债务人不履行或者履行不适当的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”这一规定主要是考虑到,对于一些以给付为内容且债权债务关系非常简单明确,当事人又无争议的债权文书,可以通过公证赋予其强制执行效力,使之成为执行依据。债权人在债务人不履行债务时可以直接凭着此种经过公证的债权文书向人民法院申请强制执行,而无需经过诉讼或者仲裁程序。这样的规定既有利于发挥公证规范民事活动的功能,也有利于减轻当事人的讼累及法院、仲裁机构的负担,高效及时地保护当事人的合法权益。《民事诉讼法》第238条第1款对《公证法》的这一规定予以了确认。

在一般保证中,债权人取得被赋予强制执行效力的公证债权文书后,就可以依法直接向债务人申请强制执行,而无需再向债务人提起诉讼或者申请仲裁。此种行为的效果与债权人在保证期间针对债务人提起诉讼或申请仲裁并在取得生效的胜诉法律文书后申请强制执行是一样的,一般保证人当然也不得以债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁为由主张不承担保证责任。这一点应当说是不言自明的。不过,为了避免司法实践中一些法院僵化地理解《民法典》第693条第1款,《民法典担保制度司法解释》还是在第27条对此作出了明确规定。

(二) 债权人能否对一般保证人提起诉讼或申请仲裁

《民法典》第693条第1款规定:“一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申

〔15〕 在2020年11月22日,由清华大学法学院不动产法研究中心主办,北京市东卫律师事务所协办的“《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释〉(征求意见稿)专家研讨会”上,王利明教授、石佳友教授以及朱虎教授等学者均持此种观点。

请仲裁的，保证人不再承担保证责任。”该规定来自于《担保法》第25条第2款，有所不同的是，删除了《担保法》该款第2句，即“债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定”。《民法典》作此修改的理由在于：保证期间是确定期间，不发生中止、中断和延长。只要一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁，保证期间就失去作用了，接下来需要适用的只是保证债务的诉讼时效。《民法典》第694条规定：“一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。”所谓保证人拒绝承担保证责任的权利就是指一般保证中保证人享有的先诉抗辩权（《民法典》第687条第2款）。故此，不存在保证期间适用诉讼时效中断的规定的必要，原《担保法》第25条第2款第2句的规定是错误的。

就一般保证而言，虽然保证人享有先诉抗辩权，但是先诉抗辩权本身并不意味着债权人不能对一般保证人提起诉讼或者申请仲裁。因为先诉抗辩权的效力主要体现在债权的实现阶段，也就是说，如果债权人不能证明其对主债务人已经依法强制执行而无效的话，一般保证人就可以拒绝清偿债权。换言之，如果主合同纠纷未经审判或者仲裁并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务，一般保证人有权拒绝向债权人承担保证责任。先诉抗辩权并不具有排除债权人以保证人为被告提起诉讼或申请仲裁的权利，故此，一般保证的债权人在保证期间内，既可以仅对债务人提起诉讼或申请仲裁，也可以将债务人与保证人作为共同被告（被申请人）而提起诉讼或申请仲裁。如果债权人一并起诉债务人和一般保证人，那么依据《民法典担保制度司法解释》第26条第2款，人民法院可以受理，但是在作出判决时，除有《民法典》第687条第2款但书规定的情形外，应当在判决书主文中明确，保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任。

值得研究的是，如果债权人仅起诉一般保证人，法院是否应当追加债务人作为共同被告？对此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第66条、《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第4条采取了肯定的观点。依据这两条司法解释的规定，债权人仅起诉一般保证人的，人民法院应当通知被保证人（借款人）作为共同被告参加诉讼。但是，《民法典担保制度司法解释》第26条第1款却作了不同规定。依据该规定，债权人可以单独起诉债务人，也可以将债务人和一般保证人作为共同被告起诉，但不能单独起诉一般保证人，否则法院将驳回债权人针对一般保证人的起诉，而非通知债务人作为共同被告参加诉讼。笔者认为，这一改变是有一定道理的。首先，债权人起诉一般保证人依据的是其与保证人之间的保证合同关系，在其并未就主合同纠纷起诉债务人的情形下，强行追加债务人，将其引入保证合同纠纷中来并不妥当。其次，一般保证人享有先诉抗辩权，并且依据《民法典》第693条第1款的规定，一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。故此，债权人仅以一般保证合同作为请求权基础而起诉保证人的，驳回该诉讼有利于更好落实《民法典》关于一般保证人先诉抗辩权的规定。

（三）共同保证中的债权人向部分保证人主张权利的效力

保证人可以为一入，也可以为二人以上。当两个以上的保证人为同一债务提供保证担保时，就是所谓的共同保证。依据《民法典》第699条的规定，以两个以上保证人是否约定了保证份额

为标准,可以将共同保证分为按份共同保证与连带共同保证。所谓按份共同保证,是指数个保证人与债权人在保证合同中约定了保证份额的共同保证;所谓连带共同保证,是指数个保证人没有约定保证份额的共同保证。^{〔16〕}

无论是按份共同保证还是连带共同保证,债权人与保证人都可以约定保证期间。也就是说,每个共同保证人都可以与债权人分别约定不同的保证期间,当然也可以约定相同的保证期间,或者在没有约定或约定不明确的情形下都适用法定的保证期间。需要研究的是,如果债权人在保证期间依法行使了权利,如一般保证的情形下,债权人在保证期间内针对债务人提起诉讼或者申请仲裁,或者在连带责任保证的情形中,债权人请求某个共同保证人承担保证责任,此时,债权人的这种主张权利的行为是否会对其他共同保证人发生效力,即是否会使得其他共同保证人不得以保证期间届满债权人未主张权利为由拒绝承担保证责任。对此,应当区分共同保证中保证人承担的是一般保证还是连带责任保证而分别加以判断。

1. 如果共同保证人都是一般保证人,即共同保证人均享有先诉抗辩权,那么只要债权人在保证期间内针对债务人提起诉讼或者申请仲裁,显然就意味着债权人依法行使了权利,此时所有的共同保证人都不得以保证期间届满为由拒绝承担保证责任。但如果共同保证人中的部分保证人是一般保证人,部分保证人是连带责任保证人,那么债权人针对债务人提起诉讼或者申请仲裁,会使得承担一般保证的共同保证人不得以保证期间届满为由拒绝承担保证责任,但债权人此种仅仅针对债务人起诉或申请仲裁的行为,并不当然等于在保证期间内请求承担连带责任保证的共同保证人承担保证责任。故此,承担连带责任保证的共同保证人仍然有可能以保证期间届满而债权人未请求其承担保证责任为由,拒绝承担保证责任。

2. 如果共同保证人都是连带责任保证人,问题就比较复杂。因为这种情形下,保证期间对于每个保证人都具有保护作用,而《民法典》第693条第2款又明确规定了“连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的,保证人不再承担保证责任。”这一规定显然应当适用于每一个承担连带责任保证的共同保证人。故此,债权人应当在保证期间向所有的承担连带责任保证的共同保证人逐一请求他们承担保证责任,才会使得任何一个共同保证人都无法以保证期间届满为由拒绝承担保证责任。或许有人会认为,在共同保证中所有保证人均为连带责任保证且又没有约定保证份额的情况下,依据《民法典》第699条,债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任,既然如此,只要债权人在保证期间向一个连带责任保证人主张了权利,自然就对其他连带共同保证人发生效力。笔者认为,虽然在约定了追偿权的共同保证中,各个保证人之间是连带债务人的关系,适用《民法典》第519条关于连带债务的规则,保证人相互之间有追偿权,但这并不意味着债权人向连带共同保证中的一人主张权利的效力及于其他保证人。理由在于从《民法典》第520条关于连带债务人所生事项的绝对效力和相对效力的规定来看:该条仅明确规定了,部分连带债务人履行、抵销债务、提存标的物以及债权人受领迟延这四个事项属于发生绝对效力的事项;至于免除部分连带债务人的债务以及部分连带债务人的债务与

〔16〕 参见郭明瑞:《担保法》,法律出版社2004年版,第70页;曹士兵:《中国担保诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》,中国法制出版社2001年版,第72页。

债权人的债权混同，则属于限制绝对效力的事项。除此之外，连带债务人的其他事项都属于相对事项。既然如此，债权人在保证期间向连带共同保证人中的一人或数人主张权利的，不对其他连带共同保证人发生效力，当保证期间届满后，其他连带共同保证人可以主张免除保证责任。有鉴于此，《民法典担保制度司法解释》第29条第1款才明确规定：“同一债务有两个以上保证人，债权人以其已经在保证期间内依法向部分保证人行使权利为由，主张已经在保证期间内向其他保证人行使权利的，人民法院不予支持。”

3. 在连带共同保证中，共同保证人只有当约定了追偿权时，才能互相追偿，因为《民法典》无论是对保证人与物上保证人并存，还是对共同保证人，都要求除非明确约定了相互之间可以追偿，否则只能向主债务人追偿，相互不能追偿。在约定了追偿权的共同保证人之间，已经承担了保证责任的共同保证人中的一人或数人，不仅有权在承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利（《民法典》第700条），还可以就超出部分在其他共同保证人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有债权人的权利（《民法典》第519条第2款）。如果债权人没有在保证期间内向所有的承担连带责任保证的共同保证人主张权利，导致部分共同保证人因此可以拒绝承担保证责任，势必就会使得实际承担了保证责任的共同保证人无法向这些有权拒绝承担保证责任的保证人进行追偿，这就增加了实际承担保证责任的共同保证人追偿不能的风险，损害了其合法权益。由于该风险是因为债权人的原因所致，自然应由债权人承担。此外，依据《民法典》第520条第2款，部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。就相互之间有追偿权的连带共同保证而言，债权人没有向某个保证人主张权利，导致保证期间届满该保证人在保证范围内免责的，实际上就相当于债权人免除了部分连带债务人的债务，据此，其他保证人就应当在这个范围内免除保证责任。对此问题，《民法典担保制度司法解释》第29条第2款也作出了同样规定。

（四）债权人撤诉或撤回仲裁申请对保证期间的影响

实践中常常出现的情形是，一般保证的债权人虽然在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁，后又撤回起诉或者仲裁申请且未再行起诉或申请仲裁。此时，如果保证期间届满，保证人能否主张免除保证责任？对此，《民法典担保制度司法解释》第31条第1款作出了规定，即一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，债权人在保证期间届满前未再行提起诉讼或者申请仲裁，保证期间届满后，保证人主张不再承担保证责任的，人民法院应予支持。笔者认为这一规定是正确的。所谓保证期间，就是确定保证人承担保证责任的期间，该期间不发生中止、中断和延长。法律上设立保证期间的根本目的在于限制保证人的责任，维护保证人的利益。同时，该期间能够督促债权人按照法律规定的方式主张权利，即在一般保证中就是要求债权人针对债务人提起诉讼或者申请仲裁，并在取得生效判决或裁决后及时申请就债务人财产强制执行。如果依然不能实现债权的，则保证人丧失先诉抗辩权，债权人可以要求保证人承担保证责任。如果债权人只是起诉或申请仲裁，在取得生效的法律文书前又撤回起诉或仲裁申请的，并且在保证期间届满前没有再次起诉或申请仲裁的，倘若认为保证期间因此失去效力，保证人不得以保证期间届满为由免除保证责任，就会出现以下弊端：一方面，由于此时保证期间已经失去效力，保证人不能以保证期间届满为由免除保证责任；另一方面，由于一

般保证人依法并未丧失先诉抗辩权,故此,在保证期间失去效力的情形下,保证债务的诉讼时效却还没有开始起算。这就意味着债权人可以通过决定何时再行起诉或者申请仲裁来控制保证债务的诉讼时效的起算时间点,对于保证人显然是不利的。为了尽早确定保证期间的失效并且督促债权人通过起诉或仲裁以及后续的强制执行程序实现债权,从而开始起算保证债务的诉讼时效,有必要作出上述规定。

但是,连带责任保证中的情形则有所不同。在连带责任保证中,保证人和债务人对债务承担连带责任,债权人就既可以请求债务人履行债务,也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。因此,只要连带责任保证的债权人在保证期间请求保证人承担保证责任,保证期间就失去作用,从债权人请求保证人承担保证责任之日起,开始计算保证债务的诉讼时效。故此,即便债权人提起诉讼或者申请仲裁后又撤回起诉或仲裁申请,只要起诉书副本或者仲裁申请书副本已经送达了保证人,就意味着债权人请求了保证人承担保证责任。所以,从这一天保证期间就失去效力,应当开始起算保证债务的诉讼时效。连带责任保证中的债权人显然无法通过起诉或申请仲裁后又撤诉或撤回仲裁申请,然后又起诉或提出仲裁申请来操控保证债务的诉讼时效的起算。正因如此,《民法典担保制度司法解释》第31条第2款才规定,连带责任保证的债权人在保证期间内对保证人提起诉讼或者申请仲裁后,又撤回起诉或者仲裁申请,起诉状副本或者仲裁申请书副本已经送达保证人的,人民法院应当认定债权人已经在保证期间内向保证人主张了权利。

五、保证合同无效时保证人的赔偿责任是否适用保证期间

(一) 两种不同的观点

保证合同可能因为自身原因而无效,也可能因为主合同无效而无效。申言之,一方面,保证合同可能因为违反法律、行政法规的强制性规定或者公序良俗等原因而归于无效(如《民法典》第153条、第683条);另一方面,由于保证合同是主债权债务合同的从合同,主债权债务合同无效的,保证合同无效,除非法律另有规定(《民法典》第682条第1款)。合同无效并不等于合同从来没有存在过,更不等于不发生任何法律效果。无论是保证合同因本身的原因而无效,还是因为主合同无效而归于无效,都可能产生相应的民事责任。《民法典》第157条、第682条第2款以及《民法典担保制度司法解释》第17条对此做了较为具体的规定。既然在保证合同无论是因主合同无效而无效还是因自身原因而无效的情形中,均可能发生保证人的赔偿责任问题,那么就产生了当事人约定的保证期间或者法定的保证期间在此时是否仍然适用的问题。对此,理论界与实务界存在很大的争议,有否定说与肯定说两种观点。

否定说认为,在保证合同无效或被撤销的情形下,不当再适用保证期间,理由在于:首先,债权人与保证人在保证合同中约定了保证期间,而保证合同无论是因主合同无效而无效还是因为自身的原因无效或被撤销,该保证期间的约定当然也失效。故此,不当适用当事人约定的保证期间。其次,保证期间是确定保证人的保证责任的期间,该期间适用的前提是保证合同合法有效,保证人依据合同的约定应当承担保证责任。在保证合同无效或被撤销的情形下不当适

用。^{〔17〕}再次，保证合同无效后保证人因为过错而产生的赔偿责任在性质上不是担保责任而是缔约过失责任（或侵权赔偿责任），^{〔18〕}对于缔约过失责任和侵权赔偿责任应当适用的是诉讼时效的规定。最高人民法院的某些判决采取了此种观点。例如，最高人民法院民事审判第二庭第七次法官会议纪要认为：“保证期间是对保证责任的限制期间，其适用的前提是保证合同有效。保证无效，保证人承担的是因缔约过失而产生的损害赔偿责任，并非保证责任。因此，保证责任不适用担保法有关保证期间的规定，债权人未在保证期间内向保证人主张赔偿损失的，只要该请求权未过诉讼时效期间，保证人仍应承担赔偿责任。”^{〔19〕}这一观点在最高人民法院审理的“太原市融通信用合作社与山西省通宝能源股份有限公司保证合同纠纷案”中有明确的体现。^{〔20〕}

肯定说认为，即便保证合同无效，保证期间仍然应当适用，理由在于：首先，保证合同无效时，也应当对于保证人需要承担的赔偿责任加以限制，而不能让保证人无期限地承担责任。故此，保证期间仍然具有其意义，应当适用。其次，在保证合同无效时，债权人所获得的利益不应当超过保证合同有效时可以获得的利益，既然在保证合同有效时，如果债权人没有在保证期间内主张权利，保证人可以免除保证责任，那么，保证合同无效时也应同样处理。^{〔21〕}再次，即使保证合同被认定无效，其中的清算条款和争议解决条款仍然是有效的。保证合同无效后，保证人虽然不需要承担担保责任，但仍然需要根据其对合同无效的过错承担相应的赔偿责任，故此，当事人关于保证期间的约定条款仍然可以解释为清算条款，即债权人应当在保证期间内进行清算。此外，如果在保证合同无效的情形下就不适用保证期间，会导致保证人承担的赔偿责任比保证合同有效时更重，从而出现利益失衡。^{〔22〕}司法实践中，最高人民法院的一些法律文书和一些地方法院采取了此种观点，例如，最高人民法院（2011）民申字第1209号民事裁定书认为：“虽然案涉保证合同为无效合同，但是保证合同约定的或者法律规定的保证期间仍然具有法律意义，债权人在保证期间没有向保证人主张权利的，保证人不再承担无效保证的赔偿责任。因此，如果新华银行在保证期间没有向台山市政府主张保证责任，则台山市政府对无效保证合同的赔偿责任也相应免除。”再如，《陕西省高级人民法院民二庭关于审理担保纠纷案件若干法律问题的意见》（2007年12月6日）认为：“保证合同无效，债权人在保证期间内未向保证人主张权利的，保证人原则上不再承担保证合同无效的赔偿责任。”

《民法典担保制度司法解释》第33条采取了肯定说，亦即，保证合同无效的，如果债权人没有约定或者法定的保证期间内依法行使权利的，保证人可以保证期间届满为由拒绝承担保证合同无效时本应承担的赔偿责任。

〔17〕 参见高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版，第145页。

〔18〕 参见程啸：《保证合同研究》，法律出版社2006年版，第164-170页。

〔19〕 贺小荣主编：《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要：追寻裁判背后的法理》，人民法院出版社2018年版，第235页。

〔20〕 参见于松波：《担保合同无效，担保法规定的保证期间是否仍然适用》，载最高人民法院经济审判庭编：《经济审判指导与参考》（第2卷），法律出版社2000年版，第194页以下。类似案件参见中国信达资产管理公司郑州办事处与濮阳市石油公司等借款担保纠纷上诉案，最高人民法院（2002）民二终字第87号民事判决书，载最高人民法院民事审判第二庭：《民商审判指导与参考》（2003年第1卷），人民法院出版社2004年版，第436页以下。

〔21〕 相关理由的介绍，参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2017年版，第160页。

〔22〕 参见前引〔12〕，高圣平书，第125-126页。

（二）保证人的赔偿责任不应适用保证期间

笔者不赞同《民法典担保制度司法解释》第33条的规定，理由在于：首先，从文义解释上看，《民法典》第692条第1款明确规定，保证期间是确定保证人承担保证责任的期间。保证责任是指保证人依据保证合同的约定于债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，履行债务或者承担责任。这是当事人基于意思自治而产生的权利义务关系。然而，在合同无效或被撤销时的损害赔偿责任是由法律直接规定的，保证责任显然并不包括合同无效或被撤销时的损害赔偿责任。将仅仅适用于保证责任的保证期间扩张至适用法定的损害赔偿责任，是不妥当的。

其次，从保证期间制度设立的功能来看，其根本目的是为了维护保证人的利益，因为保证合同是单务合同、无偿合同，保证人在没有从债权人处获得任何对待给付的情形下，单方面地负有债务。为了避免保证人因此处于过分不利的地位，法律才通过规定保证人的抗辩权、追偿权以及保证期间等对之提供相应的保护。但是，在保证合同因为主合同无效而无效或者因为自身原因而无效的情形下，保证人承担赔偿责任的前提是其具有过错，而在保证人具有过错的时候，从法政策上说，并无特别的理由应当对其加以保护。

再次，将保证期间解释为当事人的清算条款也并不合理。一则，保证期间既包括当事人约定的保证期间，也包括法律规定的保证期间；二则，《民法典》第567条规定：“合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。”合同无效或被撤销也不等于合同权利义务关系的终止。对于合同无效或被撤销后的民事责任问题，《民法典》第157条已经作出了明确的规定，不能将保证期间解释为结算和清理条款。

六、最高额保证中保证期间的起算

在市场经济活动中，当事人之间的交易行为常常是多次、连续发生的，如果为每一次交易所生的债权债务都分别提供一次保证担保，显然极不便利。因此，为了“简化保证的程序，方便当事人，促进资金融通和商品经济的发展”^{〔23〕}，早在《担保法》第14条就明确规定了最高额保证。《民法典》第690条第1款延续了这一做法。

最高额保证也属于保证，自然也存在保证期间。但是，最高额保证担保的并非某个或某几个特定的债权，而是一定期间连续发生的债权，故此，最高额保证中保证期间的确定与非最高额保证有所不同。《民法典》第692条第2款第1句规定，债权人与保证人可以约定保证期间。该规定当然适用于最高额保证。在最高额保证中，债权人与保证人也可以对保证期间的计算方式、起算点等作出约定。《民法典担保制度司法解释》第30条第1款对此进行了细化。于此存在的问题是，如果当事人对于保证期间没有约定或者约定不明确的，如何确定最高额保证的保证期间。《民法典》第692条第2款第2句规定，如果债权人与保证人没有约定保证期间或者对保证期间的约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。但是，最高额保证与普通的保

〔23〕全国人大常委会法制工作委员会民法室：《中华人民共和国担保法释义》，法律出版社1995年版，第19页。

证担保不同，前者担保的是一定期间内连续发生的债权，而非普通的保证担保那样担保某个特定的债权。故此，在确定保证期间的起算点上，最高额保证有其独特之处。

当事人没有约定或约定不明时，最高额保证的法定保证期间究竟从何时起算，实践中曾有不同的观点。第一种观点认为，最高额保证担保的是一定期间内连续发生的债权，而法定的保证期间就是从债务履行期限届满之日起算的，故此应当分别从最高额保证被担保的每笔债务的履行期限届满之日起开始计算。^{〔24〕}第二种观点认为，应当从最高额保证的决算日起开始计算。这是因为，最高额保证尽管是为连续发生的数个债权所为的保证，但与普通保证有着相同目的，即在决算日到来，对债权人未获清偿的债权承担保证责任。因此，最高额保证人只以决算日时债权人未获清偿的债权为限承担责任，而不是存续期间内发生的债权总额。故此，只有决算日到来才能确定保证人应当承担的保证责任，此时开始计算保证期间是合理的。^{〔25〕}第三种观点认为，如果在债权确定之日前所有的被担保的债权的履行期限均已届满，则应当从债权确定之日起算法定保证期间，否则，就应当从最后到期债权的履行期限届满之日起算。《民法典担保制度司法解释》第30条第2款采取了第三种观点。

笔者认为，要明确最高额保证合同中法定保证期间的起算点，首先要正确地将债权确定日与被担保债权的履行期限（或债务履行期限）加以区分。所谓债权确定，是指因当事人约定的债权确定期间届满或者法律规定的情形而发生而使最高额保证所担保的债权被确定下来。债权确定日就是指当事人约定的债权确定期间届满之日或者发生了使得最高额保证所担保的债权被确定下来的事实之日。《民法典》第690条第2款规定：“最高额保证除适用本章规定外，参照适用本法第二编最高额抵押权的有关规定。”故此，最高额保证的债权确定也应当适用《民法典》第423条对债权确定的情形的规定。债权确定后，最高额保证所担保的债权数额就明确了，此时最高额保证实际上已经转为普通的保证。但是，债权确定并不等于最高额保证所担保的一定期间连续发生的债权中的每个被担保债权的履行期限都届满。就债权确定日与被担保债权的履行期限是否届满的关系而言，可能的情形就是两种：其一，债权确定日之前，被担保的每个债权的履行期限均已届满；其二，债权确定日之前，被担保的债权中部分债权的履行期限尚未届满，也就是说，有一些债权的履行期限是在债权确定后才届满的。如果是第一种情形，那么理论上说，分别从每个债权履行期限届满之日起算保证期间似乎也是可以的。但是这样做的问题在于不符合最高额保证的本质，因为最高额保证担保的就是一定期间连续发生的债权，在债权尚未确定前，就可能发生新的债权，消灭旧的债权。倘若区分每一个债权的履行期限分别确定保证期间的起算，显然不合理，而且也会很麻烦。故此，在第一种情形下，如果统一从债权确定之日起算保证期间更加合适，既符合最高额保证的特征，也不违反当事人的意思，更有利于发挥最高额保证的担保功能。如果是第二种情形，显然从债权确定之日起算保证期间就不合理了，因为有些被担保债权的履行期限尚未到来，此时就起算保证期间，对于债权人极为不利。可如果这种情形下，对于债权确定日前履行期限届满的债权统一从债权确定之日起算保证期间，而对于债权确定日之后履行期限届

• 289 •

〔24〕 参见汪明照：《连续最高额保证当事人未约定保证期间的法律适用》，载《法律适用》2000年第11期。

〔25〕 参见于玉、李曙光：《简论最高额保证的保证期间》，载《政法论丛》2000年第4期。

满的债权则从履行期限届满之日确定保证期间的起算点,就会导致一个最高额保证合同,出现多个保证期间的起算点,也不符合最高额保证的本质,同时人为制造麻烦。故此,笔者认为,《民法典担保制度司法解释》第30条第2款的做法值得赞同。

七、保证人在保证期间届满后承担保证责任的认定

依据《民法典》第693条,保证期间内债权人如果没有按照法定方式向保证人主张权利,则保证人不再承担保证责任,即保证债务消灭。保证债务消灭后,如果债权人书面通知保证人要求承担保证责任,而保证人又在该通知书上签字、盖章或者按指印,债权人能否据此请求保证人继续承担保证责任呢?换言之,保证人在保证期间届满从而免除保证责任后,能否放弃此种因保证期间届满而免责所带来的利益?对此,司法实践中曾有很大的争议。

一些法院采取了肯定的态度,并且把握的标准十分宽松,即只要保证人在债权人的催款通知书上签章的,就认定保证人继续承担保证责任。支持该做法的主要理由为:处理该问题时可以参考《最高人民法院关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》(法释〔1999〕7号),^[26]由于该批复规定,债务人在享有时效抗辩权的情况下于债权人发出的催款通知单上签字或盖章时,“视为对原债务的重新确认”,同理保证人在这种催款通知单上签字或盖章也应视为在保证期间届满后对保证责任的重新确认。例如,广东省高级人民法院在《关于民商事审判适用〈中华人民共和国担保法〉及其司法解释若干问题的指导意见》(粤高法〔2003〕200号)第3条即采此观点。

另一些法院则采取了比较谨慎的态度,认为不能仅仅因保证人在债权人的催款通知书上签章就认定保证人须承担保证责任。例如,《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答(之三)》(京高法发〔2002〕51号)第7条认为:“保证期间是除斥期间,依照《中华人民共和国担保法》第二十六条之规定,债权人未在保证期间内向连带责任保证的保证人要求承担保证责任的,保证人享有免责抗辩权。保证人签收‘催收贷款通知书’的行为,不当然发生放弃免责抗辩权的法律后果。此种情况下,债权人向保证人主张权利的应当提交其他证据予以佐证。但‘催收贷款通知书’上明确要求保证人继续承担保证责任的除外。”《陕西省高级人民法院民二庭关于审理担保纠纷案件若干法律问题的意见》(2007年12月6日)第10条第1款亦持相同观点。

鉴于司法实践对该问题存在分歧,最高人民法院先后做了多个复函或批复。例如,2003年2月25日《最高人民法院关于锦州市商业银行与锦州市华鼎工贸商行、锦州市经济技术开发区实华通信设备安装公司借款纠纷一案的复函》(民监他字〔2002〕第14号函)指出:“保证期间届满后,保证人如无其他明示,仅在债权人发出的催收到期贷款通知单上签字或盖章的行为,不能成为重新承担保证责任的依据。本院法释〔1999〕7号《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》,不适用于保证人。”这一观点在2004年3月23日

^[26] 该批复指出:“根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第四条、第九十条规定的精神,对于超过诉讼时效期间,信用社向借款人发出催收到期贷款通知单,债务人在该通知单上签字或者盖章的,应当视为对原债务的重新确认,该债权债务关系应受法律保护。”

发布的《最高人民法院关于人民法院应当如何认定保证人在保证期间届满后又在催款通知书上签字问题的批复》中再次被确认。而《民法典担保制度司法解释》第34条第2款是对这一立场的延续。对此笔者予以赞同，理由阐述如下：

保证期间届满而债权人未于该期间内依法定方式主张权利，如一般保证债权人针对主债务人提起诉讼或者申请仲裁，或者连带责任保证的债权人要求连带责任保证人承担保证责任，那么，一旦保证期间届满，保证人就免除保证责任。由此可知，保证期间届满的这一法律效果显然不同于诉讼时效期间届满的法律效果。前者是彻底消灭了实体法上的权利义务关系，后者不消灭实体法上的权利义务关系，仅仅是债务人享有作为永久性抗辩权的时效抗辩权。因此，不存在保证人放弃免除保证责任抗辩权的问题。更重要的是，保证合同属于单务合同、无偿合同，只是保证人单方面负担给付义务，保证责任是一种很重的责任，决不能简单地根据某些事实就任意加以推定，对于保证人在已经免除保证责任后是否继续承担保证责任应当遵循当事人的真实意思表示从严认定。只有当保证人以书面形式明确表示为债权人提供保证担保，才能认为此时在债权人与保证人之间产生了新的保证合同关系，否则即便保证人在债权人发出的承担担保责任书、催收到逾期债务通知书上签字、盖章或按指印，或者与债权人重新签订还款协议或者以口头的方式答应继续担保等，也不能认为保证人重新提供了担保。^{〔27〕}

Abstract: China Civil Code and Judicial Interpretation of the Civil Code Guarantee System have made detailed and specific regulations on the guarantee period. The six-month statutory guarantee period shall apply when the guarantee period is unclear or not agreed. The courts and arbitration commissions shall actively review the facts related to the guarantee period. If the creditor fails to claim the rights during the guarantee period, the guarantor shall be exempted from the guaranty liability when the guaranty period expires, unless the creditor has evidence to prove the establishment of a new guaranty contract. The creditor cannot file a lawsuit or apply for arbitration only with the general guarantor as the defendant. If the creditor of the general guarantee filed a lawsuit against the debtor or applied for arbitration within the guarantee period, and then withdraws the suit or arbitration application, and fails to file again a lawsuit or apply for arbitration before the end of the guarantee period, the guarantor shall be exempted from the guarantee liability. When the guarantee contract is invalid, the guarantor's liability for compensation shall not be governed by the guarantee period.

Key Words: guarantee period, contract of guarantee, civil code, guarantee

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

〔27〕 参见前引〔16〕，曹士兵书，第137页。

民商区分视角下委托合同任意解除权的适用

韩富鹏*

内容提要：从《合同法》第410条到《民法典》第933条，委托合同任意解除权规范更加精细。但该规范还存在精细化不足的缺陷，无法体现民事委托和商事委托的差异。法律适用过程中，应对《民法典》第933条及相关理论进行必要的修正。针对有偿委托，在民事委托中，原则上应当否认排除或限制委托人任意解除权特约的效力；在商事委托中，原则上则应当承认此类特约的效力。当委托人行使任意解除权时，在民事委托中应对委托人履行利益赔偿进行适当限制；商事委托中则无需限制。当受托人行使任意解除权时，应当根据是否可以通过采取替代措施继续处理事务进行区分。委托人分别赔偿因解除而增加的费用或因解除而无法继续该事务处理所造成的损失。针对无偿委托，受托人利益规则构成对委托人任意解除权的限制。但在商事委托中，应更加注重对受托人利益的实质判断。

关键词：任意解除权 民事委托 商事委托 特约

一、问题的提出

《合同法》第410条规定委托合同中委托人和受托人双方都享有任意解除权，并规定除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿对方因解除合同遭受的损失。这一条文并没有根据合同类型，对双方是否都享有解除权及赔偿损失的范围进行区分，在理论界和实务界都引起了很大的争议。^{〔1〕}在民法典编纂过程中，有学者建议，应当区分民事委托和商事委托，进行不同的规则设计。^{〔2〕}但

* 韩富鹏，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见崔建远、龙俊：《委托合同的任意解除权及其限制》，载《法学研究》2008年第6期；周江洪：《委托合同任意解除权的损害赔偿》，载《法学研究》2017年第3期。

〔2〕 参见李建伟：《我国民法典合同法编分则的重大立法问题研究》，载《政治与法律》2017年第7期；张良：《民法典编纂背景下我国〈合同法〉分则之完善》，载《法学杂志》2016年第9期。

这一建议并没有最终被《民法典》所采纳。《民法典》第933条采用了区分无偿合同和有偿合同的模式。

相较于民事委托和商事委托的区分路径,无偿合同和有偿合同区分难度较低,规范适用的确定性更强,但这一路径也不可避免地存在缺陷。商事合同双方拥有更强的缔约谈判与风险控制能力,更加注重追求合同效率、交易安全、信赖保护等价值;民事合同中一方或者双方当事人能力较弱,更加注重实质公平。民事合同和商事合同,各自具有相对独立且统一的价值意蕴。而无偿合同和有偿合同内部存在多元的子类型,尤其是有偿委托合同所能包容的类型十分多元,相互之间差异巨大。全国人大法工委出版的民法典释义书认为,有偿委托往往是商事合同,无偿委托通常基于个人间的信任与帮助。因此,法典区分了无偿委托和有偿委托中一方当事人任意解除后的赔偿范围。^{〔3〕}可以看出,《民法典》第933条适用的核心领域为民事无偿委托和商事有偿委托,但实践中不乏有偿的民事委托和无偿的商事委托。有学者就此指出,有偿、无偿的分类标准终究不能尽显民商事合同的差异。^{〔4〕}针对民事有偿委托和商事无偿委托,《民法典》第933条在适用中是否需要进一步校正?相较于形式意义的民商合一和民商分立争论,在具体规范中准确理解商事关系的特殊性,从而设计出适合商事交易特征的规则,更加具有紧迫性。^{〔5〕}本文即从民商区分视角探讨委托合同任意解除权规则在民事委托和商事委托中适用的差异,并求教于法学诸同仁。

二、有偿委托中限制或排除任意解除权特约效力的民商区分

• 293 •

实践中,经常出现双方当事人达成协议,排除委托合同中一方或者双方的任意解除权,或者约定一方或者双方如果行使任意解除权,应当支付全部报酬或高额违约金。此类特约,构成对任意解除权的约定排除或限制。司法实践中,对是否承认此类特约效力存在很大争议。支持该类特约有效的理由主要包括:尊重当事人意思自治;^{〔6〕}《民法典》第933条(原《合同法》第410条)为任意性规范;^{〔7〕}该类特约不损害国家、集体或第三人的利益^{〔8〕}。反对该特约有效的理由主要包括:《民法典》第933条(原《合同法》第410条)属于强制性规范;^{〔9〕}限制任意解除

〔3〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(中),法律出版社2020年版,第1655页。

〔4〕 参见李建伟、帅雅文:《民法典合同编分则“二审稿”民商事规范的区分设置检讨》,载《法律适用》2019年第21期。

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

〔6〕 参见广西融昌置业有限公司、广西弘毅营销顾问有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案,最高人民法院(2017)民再50号民事判决书;成都中美联城房地产营销有限公司、四川省天府房地产开发有限公司与中核四川环保工程有限责任公司因商品房委托代理销售合同纠纷案,四川省高级人民法院(2016)川民终147号民事判决书。

〔7〕 参见西安大明宫沣东建材家居股份有限公司与马文铎委托合同纠纷案,陕西省西安市中级人民法院(2019)陕01民终6633号民事判决书;徐军、胡红林等与睢宁金港家居广场有限公司委托合同纠纷案,江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民终7418号民事判决书。

〔8〕 参见章百发、江奕雅等与盐城天街商业管理有限公司委托合同纠纷案,江苏省高级人民法院(2016)苏民申578号民事裁定书。

〔9〕 参见四川守信律师事务所与汤学全、廖建蓉、汤林昀代理合同纠纷案,四川省高级人民法院(2016)川民申284号民事裁定书;河北光显律师事务所、何建彬诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案,河北省高级人民法院(2018)冀01民终13064号民事裁定书。

权的约定违背委托合同的根本属性^[10]。双方达成了放弃或限制任意解除权的特约，尽管是双方意思自治的结果，但仅以法不禁止即自由进行论证，恐怕仍停留在浅层论证层面。而从民法规范论角度判定第933条属于强制性规范抑或任意性规范，只构成形式理由而非实质理由。对此，有必要进行深入的探讨。

《民法典》并未明文规定该类特约的效力，学界通说认为，应当区分有偿委托和无偿委托。在无偿委托中，排除或限制任意解除权的特约无效；在有偿委托中，此类特约原则有效。^[11]这一区分基于是否从合同中获得对价，判定受托人利益保护的必要性，具有一定的合理性。但是，在有偿合同中，是否应当根据民事有偿合同或商事有偿合同、排除委托人任意解除权或排除限制受托人任意解除权作进一步区分？

（一）民事有偿委托中排除或限制委托人任意解除权的特约

委托律师、会计师进行专业服务的委托合同，是实践中任意解除权争议案型中最常见的类型之一。基于律师、会计师等自由职业者的人身性、专业性和社会性，其不属于商人。^[12]因此，此类合同属于典型的民事委托合同。以委托律师处理诉讼事务的诉讼委托合同为例，《律师法》第32条第1款规定：“委托人可以拒绝已委托的律师为其继续辩护或者代理，同时可以另行委托律师担任辩护人或者代理人。”有学者根据该规定，认为诉讼委托合同中任意解除权弃权条款无效；^[13]也有学者认为此类特约因违背公序良俗而无效^[14]。司法实践中，对此处理意见不一，在“河南弘创律师事务所诉洛阳农村商业银行股份有限公司诉讼代理合同纠纷案”中，最高人民法院认为该约定加重了委托人的诉讼风险，不利于社会和谐从而损害社会利益。^[15]地方各地法院大部分判决认定诉讼委托合同中此类特约无效，^[16]也有部分判决认定此类特约有效^[17]。此外，有些法院通过《民法典》第497条格式条款效力控制规则认定通过格式条款订立的此类特约无效。^[18]

笔者认为，在诉讼委托合同中，应当认定排除或限制委托人任意解除权的特约无效。首先，民事主体和商事主体存在差异。承认此类特约效力的预设前提是当事人具有较强的趋利避害、优化选择的能力，放弃任意解除权可以从其他方面获得优惠。但诉讼委托合同中，委托人很难达到

[10] 参见陈某与李某委托合同纠纷案，北京市第一中级人民法院（2017）京01民终4548号民事判决书；青海华联商业管理有限公司与祁晓民、祁方民委托合同纠纷案，青海省西宁市中级人民法院（2018）青01民终1135号民事判决书。

[11] 参见前引[1]，崔建远、龙俊文；朱虎：《分合之间：民法典中的合同任意解除权》，载《中外法学》2020年第4期；仲伟珩：《有偿委托合同任意解除权的法律适用问题研究》，载《法律适用》2020年第17期。

[12] 参见施天涛：《商人概念的继受与商主体的二元结构》，载《政法论坛》2018年第3期。

[13] 参见叶名怡：《论事前弃权的效力》，载《中外法学》2018年第2期。

[14] 参见武腾：《委托合同任意解除权与违约责任》，载《现代法学》2020年第2期。

[15] 参见河南弘创律师事务所诉洛阳农村商业银行股份有限公司诉讼代理合同纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民申2833号民事裁定书。

[16] 参见广东安国律师事务所、张锦宁委托合同纠纷案，广州市中级人民法院（2018）粤01民终18483号民事判决书；天津瀚洋律师事务所、天津市佰豪酒店管理有限公司旅店服务合同纠纷案，天津市高级人民法院（2019）津民申355号民事裁定书。

[17] 参见北京市元坤律师事务所与北京城建远东建设投资集团有限公司法律服务合同纠纷案，北京市高级人民法院（2016）京民再11号民事判决书。

[18] 参见广东敬业律师事务所、谢汝发诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案，广东省珠海市中级人民法院（2017）粤04民终1434号民事判决书。

这一要求。委托人和受托人在法律专业能力方面通常存在较大差距,应当对委托人倾斜保护。其次,承认此类特约效力目的在于尊重当事人之间的商业安排,保障交易的稳定性。商法以保障营利为基本目标。^{〔19〕}如果受托人已经投入大量成本,旨在通过后续事务处理获得营利,双方已经在合同排除或限制了任意解除权,允许委托人任意解除合同确属不公。但是,在诉讼委托类合同中,不同阶段受托人的投入与合同中约定的报酬之间一般不会显著不成比例,通过限制委托人解除权来保障受托人利益欠缺必要性,并不符合比例原则。最后,撤诉、和解、接受调解为当事人的基本诉讼权利,体现了定分止争的基本价值目标。认定抛弃解除权的特约无效,是为了保护委托人上述诉讼权利。^{〔20〕}总之,在此类委托合同中,应当认定限制或排除委托人任意解除权的特约无效,以倾斜保护委托人的利益。

在其他类型的民事有偿委托合同中,尽管不存在违背定分止争基本价值目标的问题,但笔者认为,原则上仍应认定此类特约无效。民法和商法中意思自治的范围不同。商事关系更加强调对意思自治和效率的追求。在商事合同中,双方当事人无疑拥有更大的意思自治空间;^{〔21〕}但在民事合同中,意思自治受到的限制更大,承认此类特约效力的正当性较商事合同较低。民事委托合同更多地源于道德义务和友谊,以无偿为原则。即使民事有偿委托合同中约定了报酬,受托人通常并非以此为营业,对受托人保护必要性相对较低。民事委托中双方当事人信赖关系更强,委托人任意解除权正当性更强。因此,笔者认为,民事有偿委托合同中,双方当事人存在排除或限制委托人任意解除权的特约,原则应当否认其效力。

当然,如果委托事务的处理并非只为了委托人的利益,而且还为了受托人的利益,则应当别论。例如委托受托人代为收款,收回的款项可用于折抵委托人对受托人的债务。如果双方存在排除或限制任意解除权的特约,则应尊重当事人的安排。衡量双方利益,受托人的特殊利益使得对其进行保护的必要性增强。《欧洲示范民法典草案》(DCFR)第4:4—1:104第3款也规定此种情形下,双方当事人可以达成协议排除任意解除权的适用。此时,应当承认排除或限制任意解除权特约的效力,保障受托人利益。应当注意的是,应严格解释受托人利益,此处的受托人利益,应仅包括受托人除报酬以外的其他利益。^{〔22〕}

(二) 商事有偿委托中排除或限制委托人任意解除权的特约

在商事委托合同中,应当承认双方关于排除或限制委托人任意解除权约定的效力。实践中争议主要集中在委托代理销售合同。司法实践中,法院通常承认此类合同中排除或限制任意解除权特约的效力。^{〔23〕}笔者认可这一观点。首先,在商事委托中,委托人更加看重受托人的规模、商誉、能力等因素,合同信赖性较弱,法律对此类特约干涉的必要性也就较低。其次,双方当事人

• 295 •

〔19〕 参见李长兵:《商法理念研究》,法律出版社2015年版,第269页。

〔20〕 参见前引〔14〕,武腾文。

〔21〕 参见夏庆锋:《民法典合同编之商事合同规制刍议》,载《天津大学学报(社会科学版)》2018年第4期。

〔22〕 比较法上,《日本民法典》第651条第2款、DCFR第4:4—1:105均明确规定委托也以受托人获得价款之外的合法利益作为限制委托人任意解除权的情形之一。

〔23〕 参见湖南康帅房地产开发有限公司诉深圳天鹭投资策划有限公司委托合同纠纷案,最高人民法院(2015)最高法民申字第990号民事裁定书;什邡凯旋置业有限公司、成都广唯营销策划有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案,四川省高级人民法院(2020)川民申1127号民事裁定书。

均为商事主体，缔约谈判能力、信息获取能力、风险控制能力较强。商事主体是“为了达到其营利目的而进行最合理行动的人，因而不需要依据法律来监护的我行我素的人”〔24〕。在这样的预设背景下，应当更加尊重当事人的意思自治。最后，代理销售合同中，受托人酬金的大小往往取决于与第三人法律关系的成立或履行，具有很大的不确定性，受托人也难以举证。通过损害赔偿模式保护受托人利益，存在不足之处。综上所述，在商事委托中，原则上不应否认双方当事人排除或限制委托人任意解除权特约的效力。

值得注意的是，在实践中很多情形下，商事主体通过格式条款的方式排除或限制委托人的任意解除权。此时，认定此类特约的效力，不能忽视格式合同的控制规则。司法实践中，不乏法院认为，排除任意解除权的格式条款构成《民法典》第497条第（三）项“排除对方主要权利”而认定该协议无效。〔25〕对此，应注意以下问题：第一，对于格式条款的识别，应以未经个别协商为核心，重复使用并非格式条款的核心特征。但是，商事主体订立合同通常采用书面形式，在形式上与格式条款无法区别，重复使用特征可以作为格式条款的推定依据。〔26〕在不具有重复使用特征时，相对方也可举证未经个别磋商而主张认定为格式条款。第二，就格式条款的订入控制，提供格式条款一方应尽到提示说明义务，否则格式条款不成为合同内容。第三，尽管在文义上，商事合同也应适用《民法典》第497条，但是，格式条款规则旨在规制实质不平等的合同主体，保护消费者、实现实质公正。〔27〕商事合同并非格式条款规范群的主阵地，通过第497条对其进行效力审查，应持谨慎态度。此类约定确实偏离了《民法典》第933条，但之所以将任意性规范用于格式条款效力控制的判断准则，是因为任意性规定是立法者对某种交易类型的权利义务的预先合理配置，合乎双方当事人利益的高度均衡，是对诚信原则的具体化。〔28〕《民法典》第933条作为商事合同中的任意性规范，其只涉及任意解除权这一问题，很难直接代表当事人利益之间的高度均衡。一律以排除委托人任意解除权构成“排除对方主要权利”而认定该条款无效，并不可取。诚信原则是格式条款效力审查的概括标准。〔29〕对此，应根据商事交易习惯、双方合同的其他内容等要素，具体判断此类特约是否违反诚实信用原则。

还应明确的是，任意解除权是定期委托合同中委托人无理由解除合同的唯一途径。委托人需要对受托人处理委托事务尽到必要的协助义务，此类义务性质为附随义务。该类义务不适宜强制履行，委托人拒绝履行协助义务造成受托人损失的，受托人可以主张损害赔偿；构成根本违约的，受托人可以解除合同。有学者提出委托人拒绝协助配合，可适用《民法典》第580条第2款解决合同僵局。〔30〕如此说来，委托人只要拒绝履行协助义务，也有机会解除合同。笔者并不赞同。《民法典》第580条第2款规定双方当事人都可以申请法院或仲裁机构终止合同。但此种情

〔24〕〔日〕星野英一：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社2004年版，第35页。

〔25〕参见河北国大房地产经纪有限公司、赵建群委托合同纠纷案，河北省石家庄市中级人民法院（2018）冀01民终7850号民事判决书。

〔26〕参见贺栩栩：《〈民法典〉格式条款的效力审查规范解读》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020年第4期。

〔27〕参见梁慧星：《合同法的成功与不足（上）》，载《中外法学》1999年第6期。

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

〔29〕参见前引〔28〕，于飞文。

〔30〕参见前引〔11〕，仲伟珩文。

形下,赋予委托人申请司法终止权显属不当。赋予违约方申请终止合同权的前提是不能损害相对方的利益,委托人只是拒绝履行协助等义务,受托人对合同履行尚存利益,是否解除合同应由受托人决定。

当事人可以通过特约排除或限制委托人基于《民法典》第933条的任意解除权,但不能排除委托人基于重大事由的终止权。《德国民法典》第314条规定了继续性合同中双方基于重大事由的终止权,DCFR第4:4—6:103条和4:4—6:105条也明确规定了委托人和受托人基于特别、严重原因的解除权。我国欠缺定期继续性合同中重大事由终止权的一般规定,但是《民法典》第899条就保管合同、第1022条就肖像权许可使用合同都规定了特别事由的解除权。对此,可以采用整体类推的司法技术,将上述规定作为整体类推的基础,从中抽象出一般规定,整体类推于其他类型的合同。^[31]基于重大事由终止权,是为了避免对缔约人自由过分束缚,属于强行性规定。^[32]DCFR第4:4—6:104条也明确规定,重大事由终止权不能被特约排除。

(三) 排除或限制受托人任意解除权的特约

受托人任意解除权与委托人任意解除权的正当性并不相同。除委托合同的信赖性外,有偿委托中受托人任意解除权的正当性在于委托合同作为行为之债,受托人的行为义务难以强制执行。^[33]学界通常认为,有偿合同中受托人放弃任意解除权的特约应当有效。^[34]笔者基本赞同这一观点,但认为应当进行更为精致的分析。

在诉讼委托合同等专业服务类委托合同中,委托人和受托人之间存在较大的知识和能力的差距,律师等受托人的服务具有较强的专业性和社会性。《律师法》第32条第2款规定:“律师接受委托后,无正当理由的,不得拒绝辩护或者代理。……”部分法院据此认为,此类委托中受托人不享有任意解除权。^[35]笔者认为,这一规定尽管属于律师的职业规范,并不直接限制任意解除权。但可以说明,此类合同中,受托人任意解除权正当性较低。诉讼案件进程存在严格的时限要求,受托人任意解除后,委托人在短时间内再行寻找受托人存在困难。如果双方当事人约定排除或限制受托人解除权,应当认定双方的特约有效。

在双方不存在明显能力差距的民事委托合同中,排除或限制受托人任意解除权特约的效力,也存在与排除或限制委托人任意解除权特约效力同样进行差异化处理的理由。对于受托人的行为义务难以强制执行的问题,完全可以通过《民法典》第580条处理,并没有必要赋予其任意解除权。在《民法典》体系中,除第563条第2款中的不定期合同任意解除权^[36]和此处的受托人任意解除权,其余情形下,有权获得报酬一方均不享有任意解除权。委托人享有收回自己事务处理

[31] 参见韩富鹏:《违约方申请司法终止权:质疑回应、规范解释与漏洞填补》,载《政治与法律》2020年第12期。

[32] 参见叶名怡:《论事前弃权的效力》,载《中外法学》2018年第2期。

[33] 参见前引[11],朱虎文。

[34] 参见前引[11],朱虎文。

[35] 参见临洮县建筑工程总公司直属公司与北京市齐致(兰州)律师事务所法律服务合同纠纷案,甘肃省高级人民法院(2015)甘民二终字第138号民事判决书。

[36] 此种情形下,双方任意解除权的正当性在于排除不定期继续性合同永久束缚可能性。这一权利,与本文所讨论的委托合同双方任意解除权及其他基于特定合同类型特殊性而规定的任意解除权在构成要件和法律后果方面均存在明显区别。有学者将第563条第2款中的权利称为“随时终止权”以示两者区别。(参见吴奕锋:《论不定期继续性合同随时终止制度》,载《中外法学》2019年第2期。)

权的自由，避免委托合同对委托人产生过分束缚，对合同解除存在特别利益；但受托人并不存在类似的值得特别考虑的利益。因此，受托人任意解除权的正当性较低，对其保护的必要性较弱，应当承认排除或限制其任意解除权特约的效力。承认排除任意解除权特约的效力，并不意味着受托人没有机会从丧失信赖关系的合同中解脱。因为重大事由终止权的正当性基础同样在于信赖关系破裂法理，当委托合同依赖于高度的信赖关系但出现了重大变化导致双方丧失信赖时，^{〔37〕}通过行使上文所述的重大事由终止权，受托人依然可以解除合同。

在商事委托合同中，双方当事人拥有更强的风险控制能力，更应尊重当事人之间的意思自治。商事委托合同信赖关系较弱，欠缺强制赋予任意解除权的必要。在商事委托合同中，更应当肯认双方排除或限制受托人任意解除权的特约效力，自不待言。

应当注意，即使有效的特约排除受托人的任意解除权，但受托人原则上依然有机会无理由地摆脱合同原定义务的束缚。受托人所负债务为行为义务，符合《民法典》第580条第1款第（二）项前半句“债务标的不适合强制履行”的情形。根据《民法典》第580条第2款，在上述情形下，一方当事人有权申请终止合同。法院或仲裁机构裁判终止合同，不影响违约责任的承担。如果法院或仲裁机构裁判终止合同，委托人已经无法通过受托人处理委托事务获得利益，则只能求诸损害赔偿。此类特约效力体现在受托人如果拒绝履行原定合同义务，则构成违约，从而适用《民法典》第577条以下规范，而不再适用《民法典》第933条。

三、有偿委托中任意解除权赔偿范围的民商区分

《合同法》第410条没有明确任意解除权后的损害赔偿范围，导致实践中多数案例甚至是典型的商事委托案例，都将赔偿范围限定于直接损失。^{〔38〕}同时也有学者认为，任意解除后赔偿范围为信赖利益。^{〔39〕}但在商事合同中，这可能造成对方当事人利益保护不足，体现了民商合一下规范的商化不足。^{〔40〕}学界通说认为，法律应对任意解除权进行必要的限制。限制的方式主要包括绝对限制和相对限制。绝对限制指的是在特定情形下排除委托人或受托人的解除权；相对限制指的是在某些情形下虽然双方仍然享有任意解除权，但解除合同需要赔偿对方的履行利益损失。^{〔41〕}针对有偿合同，《民法典》第933条采取了相对限制的方式。按照《民法典》第933条之文义，有偿合同中一方当事人行使任意解除权后，除不可归责于该当事人的事由外，需要赔偿对方所受损失与可得利益，其赔偿范围与第584条规定的违约损害赔偿范围相同。这一规定并没有区分民事委托和商事委托。有偿的民事委托合同也适用该规定，是否可能造成商化过度？

〔37〕 参见韩世远：《继续性合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除》，载《中外法学》2020年第1期。

〔38〕 如山东省惠诺药业有限公司与范克等委托销售合同纠纷案，最高人民法院（2015）民二终字第323号民事判决书；苏州新柏利置业顾问有限公司与江苏嘉恒房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案，最高人民法院（2013）民申字第1891号民事裁定书。

〔39〕 参见陆青：《合同解除效果与违约责任》，载《北方法学》2012年第6期。

〔40〕 参见张谷：《商法这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》，载《清华法治论衡》2005年第2期。

〔41〕 参见前引〔1〕，崔建远、龙俊文。

（一）民事有偿委托中委托人行使任意解除权的赔偿范围

如前所述，委托律师等专业服务人员的委托合同是最为常见的民事有偿委托合同类型。首先以此类合同为例，如果委托人提前行使任意解除权解除合同，是否需要按照约定支付全部报酬？按照《民法典》第933条之文义，答案似应为肯定。但是，司法实践中通常认为，受托人并不能要求支付全部报酬，而是只能就其作出的劳务部分对应的报酬和遭受的损失请求赔偿。^{〔42〕}在笔者检索的最高人民法院和各地高院的裁判中，只有在“陈中年与湖北正德立律师事务所诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案”中，法院支持了受托人全部报酬请求权。^{〔43〕}

笔者认为，在诉讼委托合同中，应对《民法典》第933条的适用进行必要的校正。首先，尽管信赖关系不是任意解除权正当性的唯一来源，但同样不可否认的是，信赖关系的强度可以影响委托合同中任意解除权正当性的强度。此类合同依赖于委托人对受托人专业能力和职业操守的认可，双方存在特殊的信赖关系。此类委托合同中，委托人很难对受托人的专业知识、职业操守、实际能力进行事先判断，任意解除权的正当性更强，仍然采用相对限制的方式限制双方的任意解除权正当性存疑。此外，诉讼事务的处理受诉讼进程的影响，而对于诉讼进程当事人在合同订立时无法预见也无法控制。其次，此类委托合同中，委托人通常欠缺足够的专业知识，缔约谈判能力、风险预见能力和风险控制能力也与受托人之间存在较大差距。通过赔偿履行利益的方式解除合同，实践中会导致委托人行使解除权往往需要付出较大的代价。再次，相较于代理商合同，此类委托合同中受托人保护的必要性较低。代理商合同中受托人长期处理委托事务，合同报酬可能为其维持企业正常经营开支的经济来源，对其进行特殊保护的必要性更强。^{〔44〕}但是，在诉讼委托合同中，单个合同的报酬通常并不会危及受托人的基本生活和正常经营。最后，在销售代理类委托合同中，受托人前期往往需要大量投入而难以获得销售额，后期不需要大量投入便可获得较高的销售额。不同阶段成本收益不成比例。但是，在诉讼委托合同中，相对来讲并不需要受托人提前大量的专门投入，不同阶段投入与收益之间的比例关系较为稳定。因此，在诉讼委托合同中，委托人行使任意解除权后仅赋予受托人就已经处理事务部分的报酬请求权，并不会过分损害其利益。

在代理民事案件的诉讼委托合同中，风险代理是一种常见的收费方式。在双方约定了风险代理的收费方式后，委托人的解除权并不丧失，关键是如何确定委托人单方解除后应当支付的报酬数额。笔者认为，对此也应分情况讨论。在风险代理中，最终胜诉或执行成功是委托人按照合同支付报酬义务的生效条件。如果委托人行使解除权已经构成违反诚实信用原则恶意阻止条件成就，则可类推适用《民法典》第159条，视为条件已成就，委托人应当按照约定支付报酬。但是，如果委托人解除合同时是否满足报酬支付条件尚不确定，但解除后委托人自行处理或者再行

• 299 •

〔42〕 参见北京市世纪律师事务所与濮阳市丰硕物资有限公司委托合同纠纷案，最高人民法院（2013）民申字第197号民事裁定书；王艳萍与陕西连邦律师事务所诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案，陕西省高级人民法院（2019）陕01民终3815号民事判决书。

〔43〕 参见陈中年与湖北正德立律师事务所诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷案，湖北省高级人民法院（2015）鄂民申字第00468号民事裁定书。本案中，双方约定了如果委托人行使任意解除权解除合同，应当支付全部报酬。法院根据双方当事人特约判决委托人应当支付全部报酬，但根据前文的分析，特约的效力存疑。

〔44〕 参见〔德〕卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第417页。

委托他人处理事务最终满足了原合同约定的报酬支付条件，受托人应仅就其作出的劳务获得报酬，计算方式为按照受托人付出的劳务占最终执行成功所付出的劳务的比例计算。^{〔45〕}当然，如果原合同约定的报酬支付条件最终没有被满足，受托人当然不能请求支付报酬，自不待言。

在其他类型的民事委托合同中，也应采相同的处理模式。民事委托中受托人通常不以报酬作为营利，对受托人赔偿实际损失，不会造成双方利益的显著失衡。

综上，笔者认为，应对《民法典》第933条第2句后半段进行目的性限缩，将其适用范围限缩在商事委托合同中。民事委托中委托人解除合同后，只需就受托人已经处理事务部分按比例支付报酬。相较于只赔偿受托人的实际损失，按比例支付的部分报酬考虑到了受托人实际支出的成本和利润，较好地平衡了委托人和受托人利益，值得赞同。当然，如果在行使任意解除权后，受托人徒然支出的费用超出了其已经履行部分劳务所占比例对应的报酬，受托人可以选择主张求偿徒然支出的费用。《德国民法典》第284条规定了无益费用请求权制度，我国《民法典》虽然没有明文规定无益费用偿还请求权，但有学者认为应采纳盈利性推定理论将其解释为在应赔偿的损失范围之内，^{〔46〕}并有学者建议以《民法典》第577条作为其请求权基础^{〔47〕}。在委托人行使任意解除权后，受托人可以主张无益费用请求权。当然，费用求偿应以费用具有合理性为前提。^{〔48〕}

（二）商事有偿委托中委托人行使任意解除权的赔偿范围

在商事委托中，委托人行使任意解除权后应按照《民法典》第933条第2句后半段赔偿对方履行利益损失，具有实质正当性。以实践中发生争议较多的房地产委托销售合同为例，在《民法典》出台之前，司法实践中对此类合同中委托人行使任意解除权后的赔偿范围，存在很大的争议。^{〔49〕}《民法典》第933条很好地厘清了这一问题。比较法上，《德国商法典》第89b条、《瑞士债法典》第481u条和DCFR第4.5—2:305条均规定，委托人任意解除代理商合同后，受托人有权主张报酬请求权。

笔者也认为，在商事委托中，委托人行使任意解除权后需要赔偿对方履行利益。首先，不同于民事委托，商人以营利为目的，营利是商事关系的本质特征。^{〔50〕}商法特别强调对营利性的保护，受托人以处理事务为业并旨在获得营利。其次，在商事委托中，受托人往往需要前期进行大量的投入，采用支付已经处理事务部门对应报酬的处理模式，显然不当损害了其利益。采纳无益费用求偿的模式，司法实践中也可能存在前期投入举证困难的问题。在“重庆黔江国际旅游集团房地产开发有限公司与重庆创美投资咨询有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案”中，法院便

〔45〕 参见前引〔14〕，武腾文。

〔46〕 参见张金海：《论违约救济中徒然支出的费用的补偿：必要性与路径选择》，载《政治与法律》2012年第5期，第104页。

〔47〕 参见徐建刚：《违约中落空费用的性质及赔偿——基于信赖与信赖利益的区分视角》，载《法学》2020年第2期。

〔48〕 参见前引〔47〕，徐建刚文。

〔49〕 认为只需赔偿实际损失的案例，参见苏州新柏利置业顾问有限公司与江苏嘉恒房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案，最高人民法院（2013）民申字第1891号民事裁定书；义乌市远大全程房产经纪有限公司与枣庄市泰诺置业有限公司委托合同纠纷案，山东省高级人民法院（2016）鲁民终651号民事判决书。认为还需赔偿可得利益的案例，参见洛阳市盈泰房地产经纪有限公司与洛阳宝城置业有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案，河南省高级人民法院（2014）豫法民一终字第24号民事判决书；文昌海石投资有限公司与海南臻美地产顾问有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案，最高人民法院（2013）民申字第1609号民事裁定书。

〔50〕 参见施天涛：《商事关系的重新发现与当今商法的使命》，载《清华法学》2017年第6期。

认为受托人支付的管理及销售人员的工资、佣金、税费、保险、社保统筹等费用及房租和中介费、交通费、食宿费及其他杂支费用、合同履行期间的法律服务费,均属于受托人正常经营成本,不能向委托人求偿。^{〔51〕}此外,这一处理模式也没有体现对营利的保护。最后,商事委托中受托人在市场调研、品牌推广、营销策划等方面的前期投入,在委托人解除委托后自行处理委托事务或者再行委托他人时,也可以产生潜在的作用。因此,委托人只支付受托人已经完成的部分对应的报酬,对受托人显属不公。况且司法实践中,对受托人完成的部分的认定,存在争议。如在“深圳市天方房地产经纪代理有限公司与江西省恒奥实业发展有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案”中,法院认为,计提代理费的基数是正式房屋买卖合同的总金额,而不包括收到定金未签房屋买卖合同的户数。^{〔52〕}这一认定方法进一步损害了受托人的正当利益。因此,商事委托中,委托人行使任意解除权应赔偿受托人履行利益,但应当扣减受托人从合同解脱出来可能获得的机会所产生的利益或者原本能够取得但怠于取得的利益。如果难以证明受托人从合同解脱出来转而将劳力用于他处获得了利益或本应获得利益,也可以扣除受托人未继续处理委托事务所节省的费用。

此外,还应注意,无论是在民事有偿委托还是在商事有偿委托中,如果受托人对委托事务享有报酬之外的其他利益,且该利益可以通过损害赔偿方式予以填补,委托人行使任意解除权后都就该部分利益进行赔偿。

(三) 有偿委托中受托人行使任意解除权的赔偿范围

根据《民法典》第933条,有偿委托中受托人行使任意解除权后,需要对委托人的履行利益进行赔偿。但是,委托人主张履行利益面临较大困难。首先,委托人的履行利益主要属于可得利益而非固有的交换利益,^{〔53〕}具有很强的不确定性。如在诉讼委托中,委托人能否获得胜诉利益,取决于事实、法律、证据、程序等多方面因素;在委托代理销售等合同中,委托人能否获得利润取决于与第三人的法律关系、成本控制等多方面因素。可得利益的不确定性,导致我国司法实践中法官对可得利益赔偿表现出较强的谨慎、保守态度。^{〔54〕}其次,根据减损规则,委托人在收到受托人解除合同的通知后,应当及时亲自处理委托事务或另行委托第三人。委托人怠于履行上述不真正义务的,将丧失扩大部分的损害赔偿请求权。

履行利益的不确定性和减损规则的适用,在民事关系和商事关系中均有所体现。因此,当受托人行使任意解除权时,不应简单地根据民事委托抑或商事委托设计不同的规则。笔者认为,就受托人行使任意解除权后的赔偿,应当根据委托事务是否市场化和委托事务是否可以由委托人自行处理而有所不同。民事委托和商事委托的分类,对于划定委托事务是否市场化具有重要的意义。在商事委托中,商业性一定程度代表了市场化,委托人通常可以在商业市场中另行委托他

• 301 •

〔51〕 参见重庆黔江国际旅游集团房地产开发有限公司与重庆创美投资咨询有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案,重庆市高级人民法院(2015)渝高法民终00294号民事判决书。

〔52〕 参见深圳市天方房地产经纪代理有限公司与江西省恒奥实业发展有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案,江西省高级人民法院(2015)赣民一终251号民事判决书。

〔53〕 关于可得利益和固有的交换利益的区分,参见刘承魁:《违约可得利益损失的确定规则》,载《法学研究》2013年第2期。

〔54〕 参见前引〔53〕,刘承魁文。

人。而民事委托则不可一概而论。在诉讼事务委托合同等专业服务类委托中，委托的市场化程度很强；但在诸如委托处理个人事务等情形，委托的市场化程度较低。就具体的赔偿范围，如果委托人可以再行委托他人或自行处理委托事务，当受托人行使任意解除权后，委托人应当及时再行寻找他人或自行处理委托事务。此时，委托人有权就增加的费用向受托人求偿。如果具体到特定场合，委托人难以再行委托他人或自行处理委托事务，受托人应就因解除合同而无法继续该事务处理所引起的损害承担赔偿责任。

四、无偿委托中任意解除权法律适用的民商区分

无偿委托起源于慷慨美德的伦理学说，现代各国法律中，有偿合同与无偿合同是根据一方是否负有财产上的对待给付义务作出的划分。^{〔55〕} 无偿合同通常只发生在民事领域，更有学者指出：“无偿的行为与商法完全绝缘。”^{〔56〕} 商事合同是否可能是无偿合同，笔者认为从不同角度看待这一问题，会得出不同的答案。从形式角度看，双方均为商事主体也可能达成无偿的合同。但从实质角度看，商事主体之间的无偿协议，其功能与目的之间存在显著差异。商事主体以逐利为原则，尽管商事主体在单个协议中可能不会获得对价，但这可能是为了在其他合同中获得优惠，多个合同构成一个不可分的共同体。从实质角度观察，已经超出了法律对无偿和有偿区分的文义。因此，本文认为，商事合同也可能是无偿合同。

尽管商事合同也可能是无偿合同，但无偿的民事合同和无偿的商事合同之间显然存在一定的差异，法律对此不应忽视。无偿合同的规范设计以民事合同为原型，在商事合同中，应作必要的修正。就委托合同任意解除权的相关规范和理论，同样如此。

（一）排除或限制任意解除权的特约

如前所述，通说认为，在无偿委托中，排除或限制任意解除权的特约无效。这一观点在民事委托中，具有其正当性。民事委托更加依赖双方的信赖关系，任意解除权正当性更强。同时，类比赠与合同中赠与人任意撤销权的法律思想，受托人并不从委托中获得报酬，其应更为容易地从合同中解脱出来。同时，受托人本身不会就委托事务获得报酬，委托人行使任意解除权原则上并不会损害受托人利益。《德国民法典》规定的委托合同属于无偿合同，德国学界也认为，委托人完全委诸受托人意志的不受限制的束缚，与人身信赖关系无法兼容，此即撤回权不可放弃性之原则。^{〔57〕} 但针对无偿的商事委托，这一规则应进行必要的修正。排除或限制任意解除权虽然属于事先弃权，但商事主体拥有更强的意思能力，法律应当尊重其意思自治。此外，商事主体达成了排除或限制任意解除权的特约，属于双方的商业安排，合同对双方当事人产生的信赖更强，法律应当保护这种信赖。因此，在无偿的商事委托中，应当承认排除或限制任意解除权特约的效力。

（二）无偿委托中委托人行使任意解除权

无偿委托合同中，因受托人并不从委托中获得报酬，原则上无需考虑保护其履行利益，委托

〔55〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2013年版，第446页。

〔56〕 宁红丽：《无偿合同：民法学与社会学之维》，载《政法论坛》2012年第1期，第107页。

〔57〕 Michael Martinek, in: Staudinger BGB Neubearbeitung 2006, § 671, Rdn. 2.

人行使任意解除权的正当性更强。尽管无偿合同委托人享有任意解除权,但是基于诚实信用原则,在解除时间上应合理照顾对方利益。《民法典》第933条第2句前半句即规定,无偿合同中一方当事人原则上仅须就因解除时间不当造成的损失承担赔偿责任,且不可归责于解除方时无需承担责任。因不存在对受托人报酬利益的差异保护的需求,这一规则应当同时适用于无偿民事委托和无偿商事委托。

如前所述,当委托合同不仅为了委托人的利益,而且为了受托人报酬利益以外的其他利益时,应当对委托人的任意解除权进行限制。无偿合同中,尽管受托人并不取得报酬,但可能对委托事务处理享有其他利益。此时,应当限制委托人的任意解除权。具体限制方式依然为绝对限制和相对限制两种方式。依照比例原则中的均衡性原则,在数个可供实现目的之手段的选择上,必须要采用干预最轻的手段。^[58] 如果可以通过损害赔偿填补受托人利益损失,应采用相对限制方式。委托人行使任意解除权,应当赔偿受托人的损失。此处的损害赔偿,已经超出了《民法典》第933条第2句前半段之文义,应进行法律续造。但当受托人的利益诸如债权的担保利益,无法通过损害赔偿填补时,应当采用绝对限制模式,排除委托人的任意解除权,或者委托人可以选择诸如清偿债务等手段,消灭受托人正当利益存续之基础。在无偿民事委托抑或无偿商事委托中,受托人都可能对委托事务的处理存在利益。委托人行使解除权,都不得损害受托人的正当利益。因此,受托人利益限制委托人任意解除权的规则,应当同时适用于民事委托和商事委托。

但是,受托人利益的判断标准,在民事委托和商事委托中应当有所不同。针对受托人对委托事务是否享有利益,在民事委托中,应采用形式主义的判断标准,根据合同内容判定受托人对事务处理是否存在利益。受托人利益主要体现在享有对委托人债权的担保和保全利益。^[59] 而在商事委托中,受托人的利益更加多元。如在著名的“上海盘起案”中,^[60] 大连盘起有限公司委托上海盘起有限公司销售产品,上海盘起公司并不获得报酬,但双方协议约定大连盘起将以最优惠的价格供给其产品,并将中国地区的销售权、商标及无形资产等无偿提供给上海盘起使用。虽然有学者认为,本案在形式上仍属于无偿合同,^[61] 但从实质角度分析,受托人对委托事务处理仍然享有利益。商事委托中,对受托人的利益应更加注重实质判断,不拘泥于单个合同,而应结合双方之间相关联的系列交易,在更大范围内考查受托人是否享有利益。

(三) 无偿委托中受托人行使任意解除权

在信赖性因素之外,无偿委托中受托人享有任意解除权的正当性在于无偿合同义务的弱化。《民法典》第658条也规定了赠与合同中赠与人的任意撤销权,体现了相同的法律思想。商事委托中尽管信赖性因素较弱,但是受托人无偿处理事务,应赋予其更容易地从合同中解脱出来的权利。即使受托人对委托事务处理也可能享有利益,但该利益不构成委托合同之对价,不影响受托人的任意解除权。受托人虽然享有任意解除权,但如果不提前通知委托人,会妨碍委托人自行处

[58] 参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期。

[59] 参见前引[11],朱虎文。

[60] 参见《上海盘起贸易有限公司与盘起工业(大连)有限公司委托合同纠纷案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第4期。

[61] 参见前引[1],周江洪文。

理事务或者再行委托他人。^{〔62〕}因此，根据《民法典》第933条第2句前半段之文义，受托人行使任意解除权后，应当赔偿因解除时间不当所造成的损失，除非具有不可归责之事由。

除此之外，受托人是否应当赔偿对方的信赖利益？例如受托人承诺处理委托事务后，委托人为协助事务处理、接收事务处理成果等准备工作支出了费用，委托人能否就该费用向受托人求偿？在赠与合同中，学者认为，赠与人出尔反尔撤销赠与，使得受赠人徒遭损失，应当赔偿受赠人的信赖利益损失。^{〔63〕}有学者主张，委托合同也应作相同理解，受托人应当赔偿委托人合理信赖委托合同得以持续而遭受的信赖利益损失。^{〔64〕}

但是，无偿委托合同和赠与合同存在较为显著的差异，直接类比赠与人任意撤销后的损害赔偿范围，欠缺妥当性。这主要体现在以下方面：首先，委托合同是继续性合同，受托人随着事务处理进程的深入，改变了其接受委托时的想法，很难评价为出尔反尔的背信行为。其次，接受赠与与较为可能违背受赠人的经济计划而导致受赠人支出的费用将很大可能因赠与人撤销赠与而落空。但是，委托事务的处理通常并不违背委托人的经济计划。委托人事前支出费用的目的较为可能在后续委托人自行处理或者再行委托他人处理事务过程中得到实现。

无益费用请求权的基础在于费用的支出产生于对获得给付的合理的信赖。^{〔65〕}无偿委托合同中受托人任意解除权系法定权利，且具有较强的正当性，委托人对合同履行是否还可以产生值得保护的信赖？笔者认为，应区分民事委托和商事委托。在无偿的民事委托中，委托更多基于双方的友情和信任，合同本身的拘束力极为薄弱，委托人对受托人按照合同约定处理事务的信赖较弱，不能主张无益费用请求权。而商事委托中，更加强调对双方意思自治的尊重，委托人对受托人履行合同的合理信赖更强，确有值得保护的必要，可以向受托人主张求偿信赖合同履行而支出的无益费用。但该费用应以合理性为前提，且确因受托人解除合同而落空。如果在后续委托人自行处理事务或再行委托他人处理事务时，该费用的目的能够实现，则不再属于无益费用。

五、结 语

相较于形式上的民商合一或民商分立的争论，在具体规范设计和适用上妥当地处理民事关系和商事关系的异同，更具必要性。在规范设计和适用上，既要避免民事关系和商事关系区分的欠缺，也要避免过度区分民事关系和商事关系；既要避免商化不足，也要避免商化过度。

具体到合同任意解除权规范，应当认为民事委托中双方当事人排除或限制委托人任意解除权的特约，原则应当否认其效力；商事委托中原则上应当承认此类特约的效力。但在民事委托和商事委托中，原则上都应肯认排除或限制受托人任意解除权特约的效力。当委托人行使任意解除权时，民事有偿委托中受托人可主张支付已经处理部分劳务的报酬或主张无益费用求偿；商事有偿

〔62〕 参见〔日〕我妻荣：《债权各论》（中卷二），周江洪译，中国法制出版社2008年版，第161页。

〔63〕 参见宁红丽：《赠与人“撤销权”的厘定与赠与制度的基本构造》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2006年第4期。

〔64〕 参见前引〔1〕，周江洪文。

〔65〕 参见前引〔47〕，徐建刚文。

委托中受托人可以主张履行利益赔偿,但应当适用减损规则进行限制。当受托人行使任意解除权时,应当根据是否可以通过采取替代措施继续处理事务(包括本人亲自处理或再行委托他人处理),分别赔偿因解除而增加的费用或者因解除而无法继续该事务处理所引起的损失。在无偿委托中,受托人利益规则构成对委托人任意解除权的限制。但在商事委托中,应更加注重对受托人利益的实质判断。此外,无偿商事委托中受托人行使任意解除权后,应赔偿委托人信赖合同履行而支出的无益费用;而无偿的民事委托中,委托人不能主张此项权利。

Abstract: From Article 410 of the Contract Law to Article 933 of the Civil Code, the specification of the right to arbitrarily terminate in the entrusted contract is more refined. However, the standard still has the defect of insufficient refinement and cannot reflect the difference between civil commission and commercial commission. In the process of law application, Article 933 of the Civil Code and related theories should be amended as necessary. Regarding paid entrustment, in civil entrustment, the effectiveness of excluding or restricting the client's arbitrarily rescinding special contract should be denied in principle; in commercial entrustment, the validity of such special contract should be recognized in principle. When the client exercises the right of arbitrary rescission, appropriate restrictions should be imposed on the client's performance of benefit compensation in civil entrustment; there is no need for restrictions in commercial entrustment. When the trustee exercises the right of arbitrary rescission, different conditions should be distinguished according to whether the affairs can be continued to process by taking alternative measures. The client shall compensate for the increased expenses due to the termination or the losses caused by the inability to continue the transaction due to the termination. Regarding gratuitous entrustment, the trustee's interest rule constitutes a restriction on the principal's right of arbitrary cancellation. However, in commercial entrustment, more attention should be paid to the substantive judgment of the trustee's interests.

Key Words: arbitrary right to rescind, civil entrustment, commercial entrustment, special contract

• 305 •

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

论无因管理中管理人遭受损害的救济

冯德淦*

内容提要：无因管理中管理人遭受损害的救济模式，解释论上存在着借助于必要费用统合自愿性支出费用和非自愿性遭受损害的一元模式，也有区分两者进行规制的二元模式。我国早期实证法不恰当地采用了杂糅模式，分别就一般无因管理和特殊无因管理进行构造，针对管理人遭受的损害，前者适用损害赔偿原理，后者则架构在公平责任之上，反而带来了价值上的错位。《民法典》为了调和前述矛盾，统一了一般无因管理和特殊无因管理，却不恰当地采用了二元模式，将遭受损害的救济架构在公平责任之上。虽然必要费用和损害赔偿不具有同一性，但是只要与执行事务高度相关的合理利益减少，实证法都需要对此予以救济。就损害赔偿额较高时的控制，应当采用内外部协作的方法，借助于事务固有风险和损害额酌减制度来完善。对于紧急救助行为之下救助人所遭受损害的救济，可以放宽赔偿标准，引入公平责任予以完善。

关键词：无因管理 遭受损害 必要费用 公平责任 适当补偿

一、问题的提出

无因管理中管理人遭受损害时应如何救济？自《民法通则》以来的规范性文件对此均有所涉及，但并无定论；司法实践对此亦无统一立场。早期无因管理的规定，直接借助于必要费用一统自愿性支出的费用和非自愿性遭受的损害，但是针对特殊无因管理也即见义勇为行为，却采用了二分法的构造，即自愿性支出的费用全部赔偿，而非自愿性遭受的损害适当补偿。针对费用的支出，原则上并不设置任何限额，但是就管理人遭受损害，尤其是在见义勇为案型中，司法解释却引入了本人受益范围作为限制，其中的合理性颇值怀疑。

特殊无因管理中费用和损害二元规制的方法，在《民法典》制定讨论阶段，被推广至整个无

* 冯德淦，华东师范大学法学院讲师。

因管理之中。《民法典》第979条第1款针对管理人遭受损害的救济采纳了适当补偿的做法,与必要费用的完全赔偿有所区别。在我国既有责任体系下,适当补偿一般被归为公平责任,其基本意蕴在于本来无需进行赔偿,但是出于公平考量予以补偿。该种从无到有的思维路径必然会降低对管理人的救济。除此之外,适当补偿在我国司法实践中一直存在较大弹性,具体操作中如何控制确实是未来解释的难题。为了厘清管理人遭受损害的救济,下文将从立法和裁判的嬗变出发,在既有立法史和比较法的基础上反思解释论的可能路径,并最终为我国无因管理中管理人遭受损害的救济,寻求解释论上的合理出路。

二、立法和裁判的嬗变

(一) 规范性文件的沿革

自《民法通则》实施以来,我国针对无因管理中管理人遭受损害的救济就一直存在争论。其中《民法通则》第93条明确规定管理人有权要求受益人偿付因为管理而支付的必要费用,但是该条并没有直接涉及管理人遭受损害救济的问题。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(下称《民通意见》)第132条则指出,《民法通则》第93条中所规定的必要费用,包括在管理或者服务活动中直接支出的费用,以及在该活动中受到的实际损失。主流学说也认为,《民通意见》第132条中的实际损失包括损害赔偿。因而从上述规定来看,在《民法通则》时代,就管理人遭受损害的救济,似乎采取的是肯定的态度,只是在类型上稍加限定。^[1]不过较为有趣的是,针对特殊无因管理之见义勇为行为,《民法通则》第109条却有别于一般无因管理的规定,在侵权法救济模式之下,认为救助人仅可以主张适当补偿,《民通意见》第142条则对此予以了进一步明确,认为救助人可以根据受益人受益多少和经济状况获得适当补偿。在上述损害限制的基础上,就见义勇为过程中遭受的人身损害,《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2003)[下称《人身损害赔偿司法解释》(2003)]予以额外限定,其第15条规定适当补偿应当以受益人受益的范围为限额。

从上面的梳理来看,在《民法通则》时代,我国规范性文件区分一般无因管理和特殊无因管理,分别确立了管理人遭受损害的救济。具体而言,在一般无因管理中肯定了管理人遭受损害的完全赔偿原则,而在特殊无因管理中则只确立了管理人遭受损害的适当补偿原则。主流解释论认为,适当补偿和完全赔偿各自都有自己的适用范围,但是这种解释带来的问题是,特殊无因管理中管理人的保护反而低于一般无因管理,尤其在特殊无因管理的见义勇为案中,上述立法安排则显得极不恰当。^[2]《侵权责任法》并没有改变上述格局,虽然第23条并没有继续受制于《人身损害赔偿司法解释》(2003)中所设定的以受益范围为限额的限制,但是其仍然坚持了适当补偿原则。此外,从体系的安排来看,与该条紧密相邻的即为我国侵权法上著名的公平责任条款,

[1] 参见崔建远、韩世远、于敏:《债法》,清华大学出版社2010年版,第224页。

[2] 有学者认为该种立法安排“反倒会使见义勇为行为人得不到充分赔偿,从而造成背离实质正义的尴尬结局”。高圣平主编:《中华人民共和国侵权责任法:立法争点、立法例及经典案例》,北京大学出版社2010年版,第299页。

这似乎更加明晰了责任类型，一定程度上也决定了司法实践中对管理人遭受损害的救济力度。^{〔3〕}《民法总则》第121条规定了一般无因管理中管理人的必要费用偿还请求权，在解释上通常认为，该条延续了《民法通则》第93条的解释，涵盖了损害的救济，仍然肯定了管理人遭受损害的完全赔偿原则。而《民法总则》第183条在特殊无因管理（以见义勇为为典型）的处理上，对管理人遭受的损失遵循适当补偿原则。^{〔4〕}

无论是《民法通则》时代，还是《民法总则》时代，我国实证法在处理无因管理中管理人遭受损害的救济问题上，区分规制所带来的矛盾贯穿始终。民法典编纂的过程中，立法者为了妥善解决上述争论，在无因管理制度中作出了巨大的变革。《民法典》第979条第1款对必要费用和遭受损害分别予以了明确，原则上认为必要费用需要予以赔偿，但是遭受损害则是适当补偿。《民法典》第183条针对特殊无因管理中管理人遭受损害的救济，与《民法总则》第183条并无区别，继续保持遭受损害的适当补偿原则。从这个角度来看，在民法典时代，无论是一般无因管理还是特殊无因管理，管理人遭受损害的救济，都采取了适当补偿原则，因而区分规制所带来的矛盾也因为统一规定被消解。不过这种统一规定并不当然化解所有矛盾，适当补偿本身的性质究竟是什么，具体在司法实践中如何确定其适当性，仍然是未来解释适用的难点。除此之外，适当补偿本身所承载的问题可能介入一般无因管理制度之中，管理人遭受损害的救济力度可能大幅下降。未来如何妥善解释必要费用和损害赔偿之间的关系，则仍然是解释论的重中之重。

（二）司法实践的不统一

一般无因管理中管理人遭受损害该如何救济，司法实践主要有四种不同的做法。首先，有的判决直接将一般无因管理和特殊无因管理杂糅，一开始明确应当根据《民法通则》第93条的规定，肯定管理人享有必要费用求偿权，再根据《民通意见》第132条的规定，认为必要费用包括直接支出的费用和遭受的损失。但是在遭受人身损害问题上，又直接援引特殊无因管理的规定，认为应当适用《人身损害赔偿司法解释》（2003）第15条的规定，适用适当补偿原则。^{〔5〕}其次，有的判决则并不认为一般无因管理可以适用特殊无因管理的规定，仍然强调本人需要对管理人的必要费用和实际损失进行赔偿，并不适用适当补偿的规定。不过在实际损失的具体确定上，该种判决认为残疾赔偿金、精神损害抚慰金、营养费等均不属于支出的必要费用或实际损失，而对于医疗费、护理费、鉴定费和伙食补助费都全额予以支持。^{〔6〕}再次，有的判决虽然认为本人无需全部予以赔偿，但是其基本思路是认为无因管理仍然需要对实际损失全部赔偿，只不过在具体操作的过程中，管理人往往自身也具有过错，因而适用过错相抵原则减少责任的承担。^{〔7〕}最后，还有的判决虽然以过错相抵原则为出发点，但是认为应当综合考量事故原因、损害事实、损害后

〔3〕 参见刘凯湘：《债法总论》，北京大学出版社2011年版，第41页。

〔4〕 参见王竹：《见义勇为人为受损受益人补偿责任论——以〈民法总则〉第183条为中心》，载《法学论坛》2018年第1期。

〔5〕 参见广西壮族自治区河池市中级人民法院（2016）桂12民终1264号民事判决书。

〔6〕 参见浙江省宁波市中级人民法院（2010）浙甬民一终字第419号民事判决书。

〔7〕 参见江苏省南通市中级人民法院（2016）苏06民终3439号民事判决书；湖北省咸宁市中级人民法院（2015）鄂咸宁中民终字第468号民事判决书。

果等因素,最终确定所需承担的赔偿责任,运用多因素考量确定责任范围。〔8〕

就特殊无因管理而言,管理人或救助入遭受损害的救济,其实主要体现为人身损害,司法实践中主要有四种不同的做法。首先,有的判决在救助入遭受人身损害之时,直接根据《民法通则》第109条和《人身损害赔偿司法解释》(2003)第15条的规定,不管发生损害的具体情形,直接确定一个补偿数额,对补偿数额并没有进行解释,同时该数额往往大幅度低于遭受的损害。〔9〕其次,有的判决在救助入遭受人身损害之时,并没有援引特殊无因管理的规定,即关于见义勇为的规定,而是直接适用一般无因管理的规定,主张应当对必要费用和实际损失全部赔偿,这些案件主要适用的法条是《民通意见》第132条。〔10〕再次,有的判决是针对特殊情况的处理,在管理人自身因素引发损害之时,如管理人本身有高血压病史,实施救助行为导致病发,此时考虑到救助行为属于诱发原因,因而让受益人承担一定比例的责任。〔11〕最后,还有的判决并没有明确界定见义勇为和无因管理的关系,同时也没有援引特殊无因管理中遭受损害的规定,而是直接适用我国《民法通则》和《侵权责任法》中关于公平责任的规定,认为本人并无过错,但从公平原则及弘扬社会互助等方面考虑,应当给予救助入一定的经济补偿。〔12〕

司法实践所呈现出来的态势,一种是一般无因管理会援引特殊无因管理的规定,另一种则是特殊无因管理会直接适用一般无因管理的规定。针对管理人所遭受的损害,如果适用适当补偿的规定,补偿的数额往往较低,难以和管理人遭受的损害相匹配。司法实践中对适当补偿的定位,似乎并没有定性为损害赔偿,而是纳入公平责任范畴,该种选择表现为,一些判决并没有援引特殊无因管理的规定,而是直接适用了《民法通则》和《侵权责任法》中公平责任条款。此外,通过对大量案例的分析,我们也不难发现,如果管理人遭受损害的数额相对较低,通常是财产损害的情形下,往往法院会对全部损害予以支持,但是如果管理人遭受损害的数额相对较高,尤其是管理人遭受重大人身伤害或者丧失生命之时,法院通常情况下会适用适当补偿的规定,并且补偿的数额一般较低。司法实践中这种区分人身损害和财产损害进行处理的方式,一定程度上来源于我国《人身损害赔偿司法解释》(2003)的规定。该解释第15条针对特殊无因管理中管理人遭受人身损害的赔偿,认为受益人可以在受益范围内给予适当补偿,从司法解释的考量来看,主要是担心人身损害的赔偿额较高,如果对此全部予以赔偿,反而会给受益人带来巨大的负担。但是,这种区分本身是否合理,一直以来是理论争论的焦点,再加上《侵权责任法》《民法总则》和《民法典》并没有延续《人身损害赔偿司法解释》(2003)中限定人身损害和受益范围的规定,司法实践中适用的不统一也由此而生,何时全部赔偿、何时适当补偿,法官无法对此准确把握。

(三) 损害救济初步结论

从规范性文件的沿革以及司法实践的不统一,我们不难看出,无因管理中管理人遭受损害的

〔8〕 参见安徽省宣城市中级人民法院(2015)宣中民一终字第00222号民事判决书。

〔9〕 参见福建省闽侯县人民法院(2016)闽0121民初2357号民事判决书;渭南市中级人民法院(2012)渭中法民一终字第00267号民事判决书。

〔10〕 参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2002)越民初字第767号民事判决书。

〔11〕 参见黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2018)黑01民终5872号民事判决书。

〔12〕 参见江苏省徐州市中级人民法院(2015)徐民终字第3330号民事判决书。

救济确实存在不同的观点。早期规范性法律文件并没有对管理人遭受损害予以重视，只是强调对管理人支出的必要费用予以赔偿，但是随着实践不断发展，管理人在实施管理行为之时遭受损害的情形越来越常见，尤其是在特殊无因管理中，因为管理情形的紧迫性，遭受损害的情形则更为常见。为了鼓励社会互帮互助之风，我国司法解释对必要费用做了扩大解释，认为其涵盖管理活动中直接支出的费用和实际受到的损失。^{〔13〕}由此来看，从一般无因管理的宏观理解上，我国司法实践似乎初步肯定了对管理人遭受损害的救济。但是这种完全赔偿的方式，在许多案件中，尤其是管理人因为管理遭受人身损害的情形下，本人将会面临巨大的赔偿责任，这给本人带来了难以预估的负担。这在特殊无因管理中尤为典型。为了限制这种超出本人预估的责任，无论是《民法通则》和《民通意见》，还是《侵权责任法》和《民法总则》，都认为特殊无因管理人，也就是见义勇为中的救助人，仅享有适当补偿的权利。

基于立法和裁判的变革，我们可以确定的是，我国实际上从早期肯定对管理人实际损失救济，发展到限制部分无因管理中管理人遭受损害的救济。针对限制的部分，从早期只限定遭受人身损害的救济，后来逐步扩展到对管理人遭受所有损害的限制。从现阶段的发展来看，尤其是随着《民法典》的实施，该种对损害的限制，已经扩展到所有的无因管理案件中，并不局限于见义勇为案型。^{〔14〕}但不可否认的是，适当补偿在我国一直架构在公平责任原则之上，其基本的理论出发点是对本来不需要予以救济的损失，基于公平原则考量给予适当补偿。^{〔15〕}该种从本来不需要予以救济、到后来基于公平原则考量给予适当救济的路径，必然只能是基于社会人道的原因，因而其救济的力度往往较低，甚至仅仅是象征性的救济。^{〔16〕}其实，无因管理中管理人遭受损害的救济，与上述公平责任原则存在一定的差异，其根本出发点在于本来就需要救济，但是因为某些情形下，尤其是管理人遭受人身损害之时，考虑到救济赔偿额畸高，因而需要予以适当限制。在此基础上，从《民法通则》以来，我国一直有限制管理人损害救济的倾向，但是其与公平责任原则仍然存在巨大差异。如果不恰当地架构在公平责任原则之上，反而会降低对管理人的保护，不利于提倡社会互帮互助之风。^{〔17〕}因而，解释论上如何妥善安排管理人遭受损害的救济，在何种情形下需要全部予以救济，在何种情形下需要予以限制，限制的考量因素是什么，这些都是未来理论研究的重中之重。

三、解释论的可能路径

管理人遭受损害的救济是和必要费用的偿还一致，按照无因管理之债来展开，原则上肯定其

〔13〕 我国学者在经典教科书上亦多支持对管理人遭受的损害予以救济。参见张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第859页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社2017年版，第583页。

〔14〕 我国早期有学者在论著中已经认为一般无因管理中管理人遭受损害的救济，也应当适用适当补偿。参见前引〔3〕，刘凯湘书，第41页。

〔15〕 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第104页。

〔16〕 参见河南省罗山县人民法院（2008）罗民初字第517号民事判决书；河南省南阳市中级人民法院（2004）南民一终字第75号民事判决书；四川省雅安市中级人民法院（2016）川18民终1272号民事判决书。前两个判决几乎是在对半补偿，最后一个则象征性的确定补偿额，总的来说确定数额的原因未进行分析，补偿额远远低于损害额。

〔17〕 我国还有学者提出了“法定补偿义务说”来代替公平责任，但是两者均强调分担损失的功能，除了解释路径上的差异，并没有本质区别。参见王轶：《作为债之独立类型的法定补偿义务》，载《法学研究》2014年第2期。

完全救济,仅在遭受损害的类型上进行控制,还是采用和必要费用偿还不一致的做法,仅引入适当补偿的救济方式,并不就管理人遭受的损害全部赔偿,对此,比较法上不同的国家采用了不同的做法,综合来看如果对必要费用和遭受损害采取统一态度,我们可以称之为二元模式,如果对必要费用和遭受损害采取不同态度,我们可以称之为二元模式。当然我们还应当注意的是,如果对无因管理的类型进行分类,针对不同的无因管理类型采用不同的模式,立法论上还会出现一元模式和二元模式的杂糅情形。下面笔者将结合比较法和我国的立法、解释现状予以展开。

(一) 一元模式构造

一元模式的核心在于,无论是基于主观自愿而支出的费用,还是非基于主观自愿而遭受的损害,原则上都需要予以赔偿,并不会采取不同的救济理论。一元模式具体则又体现为两种构造,一种是直接利用“必要费用”来统合自愿性支出和非自愿性损害,另一种则是分别规定自愿性支出和非自愿性损害,但是无论如何规定,都肯定了对管理人予以赔偿。一元模式构造最为典型的立法例即为德国和我国台湾地区,德国法在立法上对遭受损害的救济保持了沉默,解释论上借助于“必要费用”来统合,而我国台湾地区则直接在相关规定中区分自愿性支出费用和非自愿性遭受损害,并且认为都需要予以赔偿。

就德国法而言,根据《德国民法典》第683条第1句和第670条,本人需要承担管理人所产生的费用,这个请求权比不当得利范围还要广,并不限于受害人获利的范围,而是包括一切被认为有必要的费用,更进一步,德国法扩张解释了必要费用的范围,将损害赔偿请求权纳入其中。^[18]即便如此,德国法也不是对管理人受到的所有损失进行救济,而是认为应当对该种损害赔偿请求权进行限制。德国学者认为,除了损害和事务执行具有事实因果关系之外,损害必须归因于委托的执行,两者之间具有相当性。当然,也并非所有具有相当因果关系的损害都需要进行救济,在讨论委托合同受托人损害赔偿之时,德国学者就认为《德国商法典》第110条第1款的规定提供了一个重要的指引,该条认为公司对“直接因执行业务或与执行业务不可分离地联系在一起的危险而遭受损失的”股东应当负担赔偿义务。^[19]因而,委托合同应当类推适用上述标准,无因管理制度借助委托合同的媒介,也应遵循这一判断方法。根据该标准,本人实际上承担的是风险责任,如果损害来自与管理密不可分的风险,则损害应当与费用等同视之。^[20]德国学者认为,不能仅仅因为本人没有过错,就排除完全赔偿原则的适用,因而固有风险下的损害都需要救济。^[21]除此之外,德国有学者对精神损害和死亡赔偿金等问题,也保留了救济的可能性。^[22]

与德国法模式不同的是我国台湾地区的规定,台湾地区“民法”第176条表现得极为直接,其认为管理人在管理的过程中,无论是支出的必要或有益的费用,或者是为管理所负担的债务,

[18] Vgl. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht 10., völlig neu bearbeitete Auflage, Rn.1270, Rn.1273.

[19] Vgl. MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, BGB § 670, Rn.16; Peifer, Schuldrecht-Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Nomos, 2017, S.302.

[20] 德国学者将需要救济的损害称为“典型风险下的伴随损害”。参见前引[19], Peifer书,第302页。

[21] 当然司法实践也有例外,有的判决类推适用《德国民法典》第670条的规定,认为仅就典型的与风险相关的损害给予适当、公平的赔偿。Vgl. Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Auflage, 2019, Verlag Franz Vahlen, S.64.

[22] 参见前引[21], Wandt书,第64页。

抑或者是管理活动中遭受的损害，管理人都可以向本人请求赔偿。台湾地区学者在此基础上认为，并非所有的损失都需要予以救济，只有那些与管理行为具有相当因果关系的损害需要进行救济。^{〔23〕}基于此可知，我国台湾地区并没有对无因管理中管理人的损害赔偿请求权进行额外的限制，仅仅是采用了确定损害的一般理论即相当因果关系理论。从形式上来看，台湾地区的规定似乎最为宽泛，并不去限制遭受损害的救济，这较之于德国法显得相对宽松。^{〔24〕}不过相当因果关系理论中也暗含着可预见性理论，其本身具有一定的连通性，在规范性评价之下，对于遭受损害的救济，同样可以起到限制的作用。^{〔25〕}例如在日本，许多学者主张采预见可能的类型化说，该种观点认为，应当根据无因管理人能否预见到损害的发生来决定，一般情况下“偶然损害”并不属于管理人预见的范围，对于自己可以预见的财产损害则应当纳入救济范围之内，如救助落水者而污损衣物等。^{〔26〕}对于管理人所遭受的人身损害，是否属于预见的范围，则存在不同的观点，但是日本主流学说似乎认为，人身损害并不在预见的范围之内，因而不需要予以救济。^{〔27〕}日本公法对见义勇为的救助则较为发达，一定程度上限制了私法的发展。

我国《民法通则》第93条和《民通意见》第132条就一般无因管理规定，管理人遭受损害之时本人应当给予赔偿。不过该种赔偿并非是对管理人在实施无因管理的过程中遭受的一切损害予以救济，同样需要考量哪些损害和管理行为具有相当因果关系，同时也要关注该种损害是否属于本人的预见范围之内，即对相关损害进行可预见性评价。从这个层面来理解，针对一般无因管理，认为我国法对管理人受到的全部损失予以救济并不完全准确，更准确的说法是，我国法强调的是对管理中合理的损害进行救济，而合理性的判断则借助于相当因果关系理论和可预见性理论。^{〔28〕}因而，在一元模式中，管理人遭受损害的救济，一般定性为损害赔偿赔偿责任，虽然均强调对管理人遭受损害的赔偿，但是该种赔偿针对的并不是一切损失，而是在规范评价下的特定损失。一般该种损失被纳入救济的范围中，那么自然也就需要予以全部赔偿，所以说一元模式下管理人遭受损害的救济，主要是通过对损害类型化，并最终确定哪些损害需要予以救济。

（二）二元模式构造

二元模式的核心在于，区分自愿性支出的费用和非自愿性遭受的损害，运用不同的救济原则进行规制。对于必要或有益费用，原则上应予全部赔偿，但是针对非自愿性遭受的损害，则采用弹性条款的方式，放弃了完全赔偿原则。二元模式在具体的构造上，针对损害赔偿的救济存在两种不同的立法模式，一种模式是在公平责任原则下进行构造，进而认为需要对管理人予以适当补偿，另一种模式则是在完全赔偿原则下进行修正，认为对于管理人遭受的损害需要予以赔偿，但

〔23〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第68页；王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第325页。

〔24〕 我国学者也有持相当因果关系来限制损害赔偿的观点。参见前引〔1〕，崔建远、韩世远、于敏书，第224页。

〔25〕 参见李中原：《论侵权法上因果关系与过错的竞合及其解决路径》，载《法律科学》2013年第6期。此外，我国台湾地区学者还强调，无因管理下的损害赔偿与完全赔偿原则有一定的差距，原则上管理人不得请求报酬。参见邱智聪：《新订民法债编通则》（上），中国人民大学出版社2003年版，第64页。

〔26〕 参见〔日〕我妻荣：《债法各论》（下卷一），冷罗生、陶芸、江涛译，中国法制出版社2008年版，第32页。

〔27〕 参见章程：《见义勇为的民事责任——日本法的状况及其对我国法的启示》，载《华东政法大学学报》2014年第4期。

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

是具体赔偿额的确定则需要多因素考量。^{〔29〕}正如上文所述,适当补偿和损害赔偿是基于不同的出发点,对管理人遭受损害进行救济,上述二元模式构造的选择,也决定了一国对管理人遭受损害救济的力度。比较法上持二元模式的主要有奥地利和瑞士,奥地利法属于在公平责任原则下进行构造的模式,而瑞士法则属于对完全赔偿原则予以修正的模式。

《奥地利民法典》并没有明确规定委托合同和无因管理中,受托人和管理人遭受损害的救济。但是,奥地利学术界一般认为,在委托合同中,受托人在处理委托事务之时,因为委托事务固有的风险遭受损害的,受托人可以依据《奥地利民法典》第1014条主张损害赔偿救济,该种责任是不以委托人过错为前提条件的风险责任。^{〔30〕}就特殊无因管理中管理人遭受损害的救济,奥地利通说采用了同样的观点,认为也应当适用上述风险责任,有的学者甚至主张在一般无因管理中,也适用上述风险责任,不过应当以本人获益范围为限额。^{〔31〕}但是奥地利本国的司法实践拒绝了上述观点,该国实际上采取了公平责任说的观点,认为无因管理中管理人遭受损害的救济,应当引用《奥地利民法典》第1306a条和第1310条对管理人进行适当补偿。其司法实践认为,本人是否需要承担损害赔偿,以及损害赔偿的范围具体是什么,取决于个案的具体情况。法官综合考量受益人所面临的危险、管理人致害的风险、损害的类型和程度、主体对危险产生的原因力、主体的经济承受能力等因素,最终确定损害赔偿的范围。^{〔32〕}因而,奥地利法实际上并没有肯定管理人的损害赔偿请求权,只是认为受益人应当基于公平责任,给予管理人或者救助人适当补偿。我国有学者在见义勇为中救助人遭受损害的救济上即采纳了该种观点。^{〔33〕}

其次,就瑞士法而言,主流观点认为对于费用和债务以外的财产损害和人身损害,并不予以完全赔偿,它的赔偿范围取决于法官在个案中具体的裁量,其并不完全以因果关系作为主要依据,考量重点在于事务的固有风险。^{〔34〕}实际上瑞士法是在考虑管理事务固有风险的前提下,交由法官对损害进行具体裁定。根据《瑞士债务法》第422条以及瑞士联邦最高法院的相关审判实践,法官需要具体考量案件中的相关要素,进行综合衡量后予以具体确定。具体而言,法官应当考量的因素如下:危险的程度、法益的价值、主体的财产情况、危险和救助风险的比例关系、事务管理的效果、管理人是否具有专业身份、主体的过错、可归责于当事人的行为方式和具体情节等。^{〔35〕}因而,从上述规定来看,瑞士法仍然是在损害赔偿原理下讨论管理人遭受损害的救济,但是认为应当对具体的损害赔偿额予以衡平裁减,在瑞士法语境之下,该种损害赔偿是公平责任和风险责任的结合。瑞士法的方案在欧洲范围内不乏支持者,德国和荷兰的学说也有所体现,判例中亦有上述理论的痕迹。^{〔36〕}更进一步,在《欧洲示范民法典草案》中,第5—3:104条第2

〔29〕 参见王雷:《见义勇为为行为中受益人补偿义务的体系效应》,载《华东政法大学学报》2014年第4期。我国亦有学者对两种模式不加严格区分。参见李中原:《论无因管理的偿还请求权——基于解释论的视角》,载《法学》2017年第12期。

〔30〕 Vgl. Fitz, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse, Berlin: Duncker & Humboldt, 1985, S. 74ff.

〔31〕 参见缪宇:《论救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》,载《法学家》2016年第2期。

〔32〕 Vgl. OGH 2 Ob 46/95; 3 Ob 507/96.

〔33〕 参见前引〔15〕,程啸书,第111页。

〔34〕 Vgl. BGE 129 III 181.

〔35〕 参见前引〔31〕,缪宇文。

〔36〕 参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、〔英〕埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(全译本)(第5卷、第6卷、第7卷),王文胜等译,法律出版社2014年版,第164页。

款明确规定，在公平合理的范围内，应减少无因管理人请求权的金额或排除这些请求权。不管上述衡平裁量如何操作，瑞士法模式仍然是在损害赔偿理论下展开，只是介入了实质评价的因素。

就特殊无因管理也即见义勇为的规定，我国实证法同样采取了二元的模式，关于自愿性支出的费用，适用《民法通则》第93条的规定，原则上认为需要予以全部赔偿。但是针对非自愿性遭受的损害，则应当适用《民法通则》第109条的规定，对救助人遭受的损害予以适当补偿。从具体法律规定来看，《侵权责任法》对于见义勇为条款的位置设定为紧邻公平责任条款，在语词选择上采纳了公平责任的表述，同时，早期《民通意见》第142条在确定补偿额之时，所考量的因素仅有受益人受益的多少和受益人的经济状况，该种文义内涵揭示出公平责任的架构。^{〔37〕}在司法实践中，法官关于见义勇为案件中救助人遭受损害的救济，往往也是基于公平原则或者根据救助人和受益人的经济状况确定适当补偿的数额，从最终确定的补偿额来看，并不能与救助人遭受的损害相匹配。即便有些学者试图跳出公平责任原则对适当补偿予以构造，但是就考量的因素来看，仍然带有很强的社会救助性质，无法摆脱公平责任的影响。^{〔38〕}就此来看，我国制定法上针对特殊无因管理采纳了二元模式构造，并且归属于奥地利模式，但是在具体确定补偿额的时候，考量的因素相对较为单一，司法实践中所确定的补偿额一般较低，这反而不利于对特殊无因管理中管理人的保护。这虽然是实践的保守造成的，但是理论对此不得不加以审视。

（三）杂糅模式矛盾

基于上面的分析，我们可以看出，我国早期的制定法实践，尤其是在《民法典》出台之前，在一般无因管理领域采纳了一元模式构造，而在特殊无因管理领域采纳了二元模式构造。如果严格贯彻我国制定法上的规定，特殊无因管理的规定属于特别法，因而特殊无因管理中管理人遭受损害的，可以向本人主张适当补偿，对其无法援用一般无因管理全部赔偿的规定。同样的，一般无因管理并不当然属于特殊无因管理，特殊无因管理的规定并不能适用于一般无因管理，因而一般无因管理中管理人可以对自己遭受的损害，至少是和管理行为紧密相关的损害，获得全部赔偿。适当补偿在我国适用的逻辑在于，原本不需要赔偿，基于社会救助观念，对管理人进行适当补偿，因而其救济的程度十分有限，从这个层面来看，我国的制定法实践对一般无因管理中管理人的保护，反而要强于特殊无因管理中管理人。解释论上通常认为我国《侵权责任法》第23条和《民法总则》第183条对应的是见义勇为案型，我国一直强调对见义勇为行为人的保护，但是在具体操作中，其保护力度反而低于对一般无因管理中管理人的保护，该种评价差异的妥当性颇值怀疑。^{〔39〕}

正是由于评价上存在的问题，司法实践中许多判决并不受制于一般法条和特殊法条的规定，法院在许多特殊无因管理的案件中，会直接适用一般无因管理的规定，而在许多一般无因管理的案件中，同样会直接适用特殊无因管理的规定。之所以会出现如上突破法条理论适用法律的情形，主要有如下两个原因：第一，在特殊无因管理中，许多情形下管理人遭受的损害属于实施救助行为固有的风险，其发生的概率往往较高，受益人也能预见该种损害的发生，此时如果仍然适用适

〔37〕 适当补偿在我国侵权法上一直以来都和公平责任联系在一起，在条文设置上我国《侵权责任法》许多适当补偿条款都和公平责任相关联，此外从条文的安排上见义勇为的规定和公平责任条款也相毗邻。

〔38〕 参见前引〔17〕，王轶文。

〔39〕 参见冯德淦：《见义勇为中救助人损害救济解释论研究》，载《华东政法大学学报》2020年第2期。

当补偿的规定,显然难以合理保护管理人的利益,无异于扼杀民事主体实施救助行为的积极性;第二,在一般无因管理中,许多情形下管理人遭受的损害不属于管理行为固有的风险,或者即便属于管理行为固有的风险,但是其损害数额非常巨大,超出了无因管理中本人承受能力,在该种情形下,完全赔偿原则反而会给本人带来生计困难,难以合理平衡本人的利益。

我国早期立法就一般无因管理采一元模式的构造,本身并没有揭示管理人遭受的哪些损害需要予以救济,如果不加限制地予以救济,会忽略对无因管理中本人的保护。特殊无因管理中二元模式的构造,将适当补偿架构在公平责任原则之上,法院判决时象征性地确定补偿额,大幅度降低了对管理人的保护。上述两种做法都不具有正当性。客观地说,《民法典》将管理人遭受损害的救济统一规定,以此来化解一般无因管理和特殊无因管理之间的矛盾,在体系统一上确实有积极的意义。但是从横向比较来看,《民法典》却针对必要费用和遭受损害的救济,采取了不同的评价,认为必要费用全部赔偿,而遭受损害适当补偿,该种区分似乎预示着我国制定法想采用二元模式构造。然而,如果对司法实践稍加整理,我们不难发现,适当补偿在我国一直被架构在公平责任之上,相较于瑞士法和奥地利法,法官往往象征性地确定补偿额,很难实现对管理人或者救助人的保护。^[40]从类型构造上来看,管理人支出的费用一般是基于主观意愿,管理人遭受的损害一般则是基于管理的风险,如果对支出的费用予以全部救济,而对遭受的损害仅仅是适当补偿,忽略了两者都是为了合理的实施无因管理和恰当的完成管理事务,对两者从根源上予以区别对待并不合理。其实不管《民法典》对管理人遭受损害的救济如何规定,其都无法改变损害救济的评价属性。合理的平衡管理人和本人的利益,通过对损害的类型区分,以及借助于外部平衡控制,仍然是未来解释论研究的重点。

• 315 •

四、我国解释论的展开

(一) 必要费用和损害赔偿

一国法秩序对是否采纳无因管理制度可能存在不同观点,但是如果出于倡导社会互助价值而采纳该制度时,管理人因为管理而产生的合理财产性支出,本人应当予以赔偿,并不会存在太大争论,不过究竟救济到何种程度则仍然需要予以反思检讨。救济的范围主要涵盖两个层面的支出,一种是自愿性的财产支出,另一种则是非自愿性的利益减少。前者主要包括费用支出和所承担的债务,后者则主要是指执行事务过程中遭受的损害。^[41]

首先,就执行事务自愿性的费用支出,理论上要求以必要性作为考量依据。该种必要性的判断,主要依赖于客观理性人的标准。^[42]管理人在实施管理行为之时,必须去仔细考虑该种费用支出或者产生的债务,是否具有客观必要性,是否对于本人具有积极价值。^[43]该种客观必要性

[40] 我国实证法中“适当补偿”在司法实践中带来的副作用是十分巨大的,在一些判决中,如果涉及第三人侵权的,甚至有裁判直接将之理解为“补充责任”,并且确定数额之时,酌情赔偿的比例甚至没有达到百分之五十。参见四川省南充市中级人民法院(2013)南中法民终字第232号民事判决书。

[41] 由于费用支出和债务承担在理论上具有一致性,下文在讨论过程中仅以费用支出作为讨论的切入点。

[42] 参见前引[23],王泽鉴书,第325页。在必要费用的判断上,亦有学者持主观标准说。参见前引[28],金可可文。

[43] Vgl. BGH 1989, 1285; RGZ 149, 205, 207.

的判断以执行管理时作为判断时间点。^{〔44〕} 自愿性费用支出的赔偿与管理行为所追求的目的是否最终达成并无必然的关联性，也就是说只要管理人主观上有管理的意思，客观上也合理地实施了管理行为，即便并没有达到本来所欲追求的目的，本人也需要对管理人自愿性财产支出予以赔偿。^{〔45〕} 自愿性费用支出必要性的判断，本身是一个评价问题，例如德国有学者就认为，在特殊无因管理中，尤其是紧急状态下的无因管理，对支出费用必要性的判断，可以准用《德国民法典》第 680 条的规定，无需继续以客观理性人作为标准，即便是一般过错所支出的费用，本人也需要予以赔偿。^{〔46〕} 因而，我们可以确定并非所有自愿性财产支出都需要予以赔偿，仅在符合必要性的条件之时，才需要对管理人进行救济，但是必要性判断在不同的案件中需要不同的评价，其本身也不是不加区分的完全赔偿，而是结合损害和管理事务的内在联系予以确定。

其次，就执行管理事务遭受的损害，理论上仅对固有风险下的损害予以救济。因为管理人遭受损害并非自愿性支出费用，我国《民法通则》针对一般无因管理直接采纳必要费用的表述，实际上体现了立法者相对开放的观点，既可以扩张必要费用涵盖遭受损害的救济，也可以严格解释必要费用排除救济。^{〔47〕} 值得强调的是，无论是基于意思表示的委托合同，还是非基于意思表示的无因管理，受托人或者管理人除了需要付出劳动之外，并不需要对执行事务过程中典型的业务风险承担责任。^{〔48〕} 该种典型的业务风险实际上是事务固有的风险，可以被当事人预见，并且和事务的执行具有确定的概率关系。^{〔49〕} 即便是委托人或者本人自己来执行事务，同样可能产生上述风险损害，因此委托人或者本人应当对该种损害予以赔偿。我国《合同法》第 398 条规定，委托人需要对受托人支出的费用予以偿还。第 407 条进一步规定，受托人在执行委托事务受到损失的，委托人应当予以赔偿。需要提及的是，上述规定在《民法典》中也并没有作出改变。之所以如此规定，不在于意思表示的存在，而在于无论是支出的费用还是所受到的损失，只要和执行事务具有必然相关性，受托人就应当对此予以赔偿。自愿支出的费用和非自愿遭受的损害，本质上都是因为执行事务，导致受托人或者管理人财产上的减少。因而，即便在缺乏委托意思的无因管理中，如果一国法秩序提倡无因管理，那么就不能否认管理人遭受损害的救济，仅有的控制只能是对损害的类型予以区分，排除那些非固有风险的损害。^{〔50〕} 或许我国规范文义上的“适当补偿”的适当性要求意义恰恰在此。

综合上述自愿性支出的费用和非自愿性遭受的损害来看，两者之间以管理人自愿性作为区分依据，有学说认为自愿性支出需要予以全部救济，而非自愿性支出则不需要全部救济，也正是基于上述学说，比较法和我国理论一直对费用的赔偿予以支持，但是对于管理人遭受的损害则显得

〔44〕 参见前引〔21〕，Wandt 书，第 62 页。

〔45〕 BGH ZIP 1991, 862, 863.

〔46〕 参见前引〔21〕，Wandt 书，第 62 页。

〔47〕 我国也有学者主张严格解释必要费用，排除一般无因管理中遭受损害的赔偿，以此来避免矛盾。参见吴训祥：《论无因管理本人的偿还义务——兼论〈民法总则〉第 183 条第 2 句的适用问题》，载《法学家》2019 年第 2 期。

〔48〕 参见前引〔21〕，Wandt 书，第 63 页。

〔49〕 Vgl. BGHZ 52, 115; BGH NJW 1993, 2234, 2235.

〔50〕 其实，如果严格区分委托合同和无因管理，分别对遭受损害救济进行反思，有意思表示的委托合同，反而更有可能借助意思表示的解释，排除掉损害的救济。因为有偿委托合同中的对价，在某些情形中，有可能本来就包含遭受损害的对价，此时当然可以排除掉损害的救济，但是无因管理并无上述排除的可能性。

模糊不清。^{〔51〕}有些理论直接认为不需要赔偿,有些理论则采取了折中的方法,认为应当基于公平责任原则予以适当补偿。不管采取什么样的理论,我们至少可以确定的是,我国主流学说一直对管理人遭受的损害,采取了限制救济的观点。自愿性支出的费用,如果是管理人理性支出的,通常情况下符合客观理性人标准,大部分都是合理的,所以我们一般都会认为自愿性支出的费用都需要救济。但是,自愿性仅仅为费用的合理性判断提供了基础保障,并不必然导致费用的可赔偿性,费用是否需要予以救济,仍然应当以“必要性”作为判断依据,上文已经就此指出,应当按照客观理性人的标准进行具体评价。同样地,非自愿性遭受的损害虽然不具备自愿性,但是自愿性的缺失应当仅仅影响损害的判断,具体方法上可能会选择不同的切入点。该种自愿和非自愿的区分,并不会一刀切地否定对损害的救济,如果管理人遭受的损害是事务执行的固有风险,即便是本人自己也会面临该种风险,那么该种固有风险下的损害和支出的必要费用并无本质区别,在具体案件中进行解释适用之时,更无区分规制的正当性。

自愿性支出的费用需要满足必要性,而非自愿性遭受的损害则需要基于固有风险而产生,就此来看,无论是借助于必要费用来统合两者,还是分别用费用和损害区分两者进行规制,我们都不能否定管理人就此产生的财产减少,本人需要对此予以填补。既然都是为了更好地实施无因管理而产生的财产性减少,制定法并无正当理由从根源上予以区别对待,恰当的做法是,在考量管理行为特征的情况下,对管理人财产上的减少予以赔偿。同时,基于体系上类似制度的比较,制定法关于互帮互助的法律制度,原则上也肯定了对提供帮助人遭受损害的赔偿,典型的是无偿帮工的规定,《人身损害赔偿司法解释》(2003)第14条就肯定了帮工人遭受人身损害的救济,而且采用的是赔偿而不是补偿。为了保持法价值在体系上的一致性,该种做法同样应当在无因管理中予以坚持。从赔偿的数额来看,自愿性支出的费用通常情况下并不会高于本人可能获得的利益,因而大多数情况下并不需要予以限制。但是非自愿性遭受的损害,尤其是管理人遭受人身损害的情形,此时赔偿额有时可能非常巨大,往往会给本人带来沉重的负担,尤其在本人没有任何过错之时,无因管理之债对此要求本人予以全部赔偿,正当性根基受到其他价值的冲击。也正是出于该种原因,我国许多学者主张对完全赔偿原则予以控制。^{〔52〕}客观地说,如果对管理人遭受的损害进行赔偿已经超出了本人承受范围,或者说给本人的生计带来困难,法律确实应该对该种赔偿责任予以限制,但是究竟如何合理限制,仍然需要进一步探究。^{〔53〕}

(二) 适当补偿的理论架构

为了合理限制损害赔偿的数额,在特殊无因管理中,《民通意见》第142条规定,赔偿权利人可以根据受益人受益多少及其经济状况,请求受益人给予适当补偿。^{〔54〕}由此不难看出,我国规范性文件为了限制损害赔偿的数额,引入了因素考量的方法,尤其以受益人受益多少和经济状

〔51〕 德国有学者认为对于特殊无因管理遭受损害应当予以救济,而对于一般无因管理下遭受损害的救济问题,则有一定争论。Vgl. MuKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, BGB § 670, Rn. 29.

〔52〕 参见前引〔29〕,王雷文。

〔53〕 我国近来许多学者在反思损害赔偿原则的框架下,主张引入生计酌减和公平酌减。具体可参见徐银波:《论侵权损害完全赔偿原则之缓和》,载《法商研究》2013年第3期。

〔54〕 许多学者正是在限制损害赔偿额的目的下主张引入适当补偿责任的,其把适当补偿责任理解为是对完全赔偿原则的突破,利用动态体系论来确定补偿责任。参见前引〔29〕,王雷文。

况作为考量依据。在人身损害赔偿的确定上,《人身损害赔偿司法解释》(2003)第15条规定,赔偿权利人可以请求受益人在受益范围内予以适当补偿,试图借助于受益范围来对损害赔偿的数额进行限制。该方法至少有如下两个问题:其一,错误的混淆了不当得利制度和无因管理制度,无因管理并不能以受益范围作为赔偿标准,统一限制的做法不利于提倡社会互助;其二,即便以受益范围作为赔偿标准,也不宜适用对人身利益实施救助的行为,尤其是救助他人生命的情况,因为生命的价值不能以金钱来评估,上述限制在许多情况下并不能起到作用。除此之外,我国规范性文件在限制损害赔偿数额之时,存在的最大问题在于,将管理人遭受损害的救济,借助于适当补偿的规定,直接嫁接到公平责任原则之上,这种救济逻辑的弊端是以本来不需要救济作为出发点,因而大幅度降低了对受害人的救济,不利于无因管理制度价值的实现,有矫枉过正的嫌疑。

适当补偿在文义上来看,确实有解释为公平责任的倾向,但是这与无因管理制度的价值并不契合。因而,如果要在解释论上正当化适当补偿,我们应当认识到,适当补偿的重点不在于补偿,而是在于其所强调的适当性,就补偿的解释来看,仍然应当以无因管理之债来展开,肯定其损害赔偿的性质。^[55]至于适当性的解释,则需要借助于内外部协作控制的方法。

首先,就内部控制的方法,主要是借助于对损害的类型化构造,该种构造考量的标准就是管理事务固有的典型化风险。如果是管理事务固有的典型化风险,不管是财产损害,还是人身损害,原则上都需要予以救济。^[56]典型的有如下几种情况,在陡峭山上救人并最终坠入山下、为了救助他人被加害人一并殴打和为了避免撞人自己的汽车受到损害等。^[57]但是事务固有的典型化风险之外的损害,并不需要予以填补,例如一般生活风险导致的损害,应当被排除在救济范围之外,实践中的一个例子就是为了实施救援,驾车赶过去而引发交通事故。^[58]更为典型的则是为他人处理一般事务,诸如付款或者运输等等,但是在路上发生交通事故,还有就是救火员在救火完毕之后,组装收拾灭火器之时发生损害等。^[59]当然,固有风险下损害的确定也会因为管理事务的紧迫性,而采取不同的判断。如果是一般无因管理,原则上要求管理人没有过错,例如帮助外出的他人在台风到来之前收割水稻,因此导致衣服被弄脏,或者收割过程中被水稻划伤,这些损害只要在管理人没有过错之时,就需要予以全部救济。如果是特殊无因管理,相较于一般无因管理,可以降低对管理人的要求,即便管理人一般过错造成的损害,也应当纳入损害赔偿的范围中,例如为了救助落入水中的他人,管理人没有脱下衣物和拿出手机就跳入水中,最终导致衣物和手机损害,通常情况下该种损害也需要予以救济。^[60]根据德国相关学说,合理的精神损害

[55] 参见前引〔28〕,金可可文。就司法实践中的情况来看,我国甚至有判决一审直接按照侵权责任来确定管理人的救济,二审虽然予以纠正,但是仍然以过错作为判断依据,受益人和介入的第三人按比例全部承担了责任。参见湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2019)鄂28民终1828号民事判决书。

[56] 我国司法实践中,许多判决在确定管理人遭受损害救济范围之时,其实也主张类比必要费用的救济,即强调其中的“必要性”。如有判决就认为“管理人因管理活动遭受损害而产生的实际损失确实属于管理费用,但受益人依法应当偿还的应为必要费用”。台州市黄岩区人民法院(2019)浙1003民初5508号民事判决书。

[57] MuKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 683 Rn. 38; BGH 38, 270.

[58] 参见前引〔21〕,Wandt书,第63页。

[59] MuKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 683 Rn. 38.

[60] 德国学者在必要费用的讨论上,同样区分一般无因管理和特殊无因管理,如在紧急救助的时候,为了将受伤的人送到医院,情急之下没有注意到附近就有医院,而是打车到了另一个医院,该种一般过错而导致的费用,受益人也应当予以赔偿。参见前引〔21〕,Wandt书,第62页以下。

同样需要予以赔偿。^{〔61〕}我国司法实践对精神损害赔偿存在一定的争论,为了鼓励社会互助行为,笔者认为应当予以肯定。^{〔62〕}同时,在确定损害赔偿额之时,还应当注意类推适用过错相抵的规定,如果管理人在一般无因管理中存在过错,或者在特殊无因管理中存在重大过失,应当减少遭受损害的赔偿。^{〔63〕}

其次,就外部控制的方法,主要体现在两个方面,一个是损害额酌减制度,另一个则是公平责任制度。所谓损害额酌减制度,主要有生计酌减和公平酌减两种,前者是为了避免完全赔偿原则导致赔偿义务人生计困难,后者则是为了避免让善意的当事人承担全部责任。^{〔64〕}无因管理中管理人遭受损害的救济所涉及的主要是生计酌减,也就是说如果无因管理中管理人的损害赔偿请求权给本人的生计带来了严重的困难,法官可以对损害赔偿额予以酌减。比较法上的依据主要有《瑞士债务法》第44条第2款和我国台湾地区“民法”第218条,这些规定都强调如果损害赔偿义务人非以故意或重大过失造成损害,履行赔偿义务会导致义务人陷入窘困的境地,法院可以予以酌减。^{〔65〕}我国制定法虽然没有损害酌减制度,但是我国民法理论一直强调诚实信用原则和公平原则,从维持社会稳定和谐以及保护个人生存发展来看,解释论上我们应当采纳损害额酌减制度。当然,外部控制并不总是表现为减少损害赔偿额,有时还表现为加强对管理人的救济,尤其是在特殊无因管理的情况下。例如救助入自身有心脏病,但是为了在紧急状况下救人,不顾自身安危跳入水中救人,最终心脏病发作导致死亡,该种损害其实并不是固有风险下的损害,仅仅是自己的一般生活风险,因而受益人并不需要承担损害赔偿赔偿责任。但是出于对见义勇为行为价值的提倡以及满足救助入或者救助入继承人基本的生活需要,法官可以援引公平责任对救助入予以补偿。^{〔66〕}

(三)《民法典》解释构造

《民法典》第979条第1款针对适法的无因管理规定,管理人可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用,管理人因管理事务受到损失的,可以请求受益人给予适当补偿。结合第183条的规定,我们可以看出,《民法典》一改之前《民法通则》《侵权责任法》关于一般无因管理和特殊无因管理区分规定的做法,开始统合二者,对管理人遭受的损失一律采用适当补偿的规定。从立法的目的来看,该种统合对于避免体系内部的矛盾具有积极作用,但是规范目的却旨在对赔偿请求权予以限制。不过,较为吊诡的是,针对委托合同中受托人受到损失的,《民法典》第930条并没有采用适当补偿的规定,而是直接肯定受托人可以向委托人请求赔偿损失。因而,《民法典》区分了委托合同和无因管理,针对受托人和管理人遭受的损失,采用了不同的规范语词设计。从主流解释和实践操作来看,未来我国就无因管理中管理人遭受损害的救济,极有可能

• 319 •

〔61〕 Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 14., neu bearbeitete Auflage 2019, Verlag Franz Vahlen, S. 367; Staahe, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014, Springer-Verlag, S. 430.

〔62〕 否定精神损害赔偿的判决如广东省中山市中级人民法院(2003)中中法民一终字第948号民事判决书和台州市黄岩区人民法院(2019)浙1003民初5508号民事判决书等,肯定精神损害赔偿的判决书如湖北省咸宁市中级人民法院(2015)鄂咸宁中民终字第468号民事判决书等。

〔63〕 参见前引〔19〕, Peifer书,第302页;前引〔13〕,魏振瀛主编书,第584页。关于特殊无因管理,德国学者认为一般过失,排除过错相抵的适用,仍然需要全部救济。参见前引〔61〕, Looschelders书,第367页。

〔64〕 参见冯德淦:《侵权损害完全赔偿原则之新阐释》,载《西南政法大学学报》2018年第3期。

〔65〕 参见林易典:《论法院酌减损害赔偿金额之规范》,载《台大法学论丛》2007年(第36卷)第3期。

〔66〕 该种解释一定程度上也能进一步保障见义勇为者的利益。参见前引〔39〕,冯德淦文。

发展为以公平责任为根基的补偿责任，这种方式机械割裂委托合同和无因管理，仅仅因为意思表示是否存在，就对受托人和管理人遭受损害采用不同架构，前者仍然是完全赔偿，或者说是有条件的完全赔偿，后者则是象征性的部分补偿，该种区分并不具有正当性。^{〔67〕}

委托合同和无因管理的核心差异在于是否具有意思表示，但是意思表示的存在能发挥作用的仅是，影响当事人对损害的预见可能性强度，以及某些管理人自身的特质是否纳入考量，并不会影响那些固有损害的救济。也就是说，即便没有意思表示的无因管理，只要是管理事务固有风险下的损害，依然需要救济。如果从根源上否定管理人遭受损害的救济，就等于改变了我国私法的价值，向不特定的民事主体昭示，我国法价值上不再支持无因管理，甚至包括见义勇为行为。因此，从条文设计的合理性角度来看，《民法典》中关于管理人遭受损害救济的规定存在一定的偏差，解释论上应当重新确立在适法无因管理中，管理人可以向本人请求赔偿损失。当然我们也要注意，在许多具体的案件中，如果本人赔偿管理人遭受的所有损失，反而会给本人带来巨大的负担，因此我们必须通过可预见性和事务固有风险之考量，确定真正需要救济的损害。而对于赔偿额超出本人承受能力的，应当借助于损害额酌减制度，遗憾的是《民法典》并未明确确立上述制度，我们只能借助公平原则和诚实信用原则对损害赔偿额予以限制。除此之外，如果不是管理事务固有风险下的损害，出于管理行为急迫性的考量，法官也可以基于公平责任原则给予管理人一定补偿，但是该种公平责任的适用需谨慎。

《民法典》第979条第1款和第183条针对管理人和救助人遭受的损害采用适当补偿的规定，已经被立法正式落实。但是即便如此，该种适当补偿不能解释为奥地利法上的公平责任，也不能直接解释为瑞士法上对完全赔偿原则的突破，仍然应当以无因管理之债来展开。就具体的操作而言，应当采用内外部控制的方法予以展开，仍然应当通过事务固有风险、损害额酌减制度和公平责任原则共同协力完成。不过，我国规范性文件针对无因管理，尤其是特殊无因管理，一直有强调根据受益人受益多少和经济状况来确定对管理人损害救济的倾向。上述两种考量因素已经在我国司法实践中形成了一定的影响力，就受益人的经济状况的考量，这与损害额酌减制度是一脉相承的。而就受益人受益多少这一因素，虽然直接以此作为限制并不合理，但是纳入考量仍然有其现实价值。尤其在受益人获益的是财产收益时，管理人遭受的损害如果低于受益人获益范围的，应当予以全部救济，如果高于获益范围的，才需要考虑外部控制，因而，至少在受益人获得财产收益的范围内，没有必要引入损害额酌减制度。综合而言，《民法典》对于无因管理制度解释论的展开，仍然应当肯定管理人遭受损害的赔偿权利，至于损害数额较大的控制或者非固有风险下的损害的救济，则通过个案中具体考量的有条件介入来化解。

五、结 语

自《民法通则》时代以来，规范性文件一直区分一般无因管理和特殊无因管理，分别确定管

〔67〕《民法典》实施以后，在对第979条第1款的理解适用上，较之于《民法通则》时代呈现出更加混乱的态势，有时过错甚至被纳入公平原则的考量，判决前后对过错的认定有时也呈现出矛盾。具体可参见湖南省长沙市中级人民法院（2021）湘01民终691号民事判决书。

理人遭受损害的救济,前者架构在无因管理之债上,后者直接以公平责任为根基。该种区分虽然不具有正当性,但是却折射出我国实证法对损害赔偿限制与扩张的两种潜在倾向,限制主要体现在损害额巨大之时,扩张则体现在不是固有风险导致的损害之时。《民法典》虽然对此进行了统一,但却不恰当地使用了适当补偿制度,一定程度上错误地与公平责任建立了联系,反而降低了对管理人的保护,不利于无因管理价值的实现。我国《民法典》未来解释适用时应当对上述规定予以重新检讨,该种适当补偿仍然应当架构在损害赔偿之上,而不是象征性救济的公平责任,解释论上我们依然应当遵循内外部协作控制的方法,恰当地确定管理人的损害救济。

Abstract: Regarding the relief of damages suffered by managers in voluntary service, regulatory documents are constantly changing, and judicial practice is also difficult to deal with it in a unified manner. Possible paths of interpretation including a unitary model that integrates voluntary expenditures and involuntary damages with the help of necessary expenses, and a dual model that distinguishes between the two and regulates them. In our country, the early empirical law inappropriately adopted a hybrid model, which was structured separately for general voluntary service and special one. For the damage suffered by managers, the former applies the principle of damage compensation, while the latter is based on fair liability. Such an approach brings a dislocation in value. In order to reconcile the aforementioned contradictions, the Civil Code unifies the general voluntary service and the special one, but inappropriately adopts the dual model, and structure the relief of damages on the basis of fair liability. Although the necessary expenses and damages are not the same, as long as the reasonable benefits that are highly related to the execution of the affairs are reduced, the law needs to provide relief. As for the control of the high amount of compensation, the internal and external collaboration should be adopted, and the inherent risks of the affairs and the system of reducing the amount of damage should be used to improve it. For the relief of the damage suffered by the rescuer under the emergency rescue act, the compensation standard can be relaxed and fair liability can be introduced to improve it.

Key Words: voluntary service, suffering damage, necessary expenses, fair liability, appropriate compensation

论人格权保护的全面性和方法独特性 ——以《民法典》人格权编为分析对象

王利明*

内容提要：我国《民法典》人格权编对人格权的一般规则和各项具体人格权作出了规定，全面确认了民事主体所享有的各项人格权，并保持人格权益保护范围的开放性，同时，《民法典》人格权编还适应互联网、高科技发展的需要，增加了新型人格利益的保护规则，实现了人格权保护的全面性。与此相适应，人格权编保护人格权的方法也具有独特性，其一方面规定了多种人格权保护方式，有效协调了人格权编与侵权责任编的关系，实现了对人格权的全面保护。另一方面，人格权编有效协调了人格权保护与公共利益、舆论监督等价值之间的关系。此外，人格权编还注重事前预防与事后救济的结合，注重对侵害人格权行为的事先防范和事前预防，从而发挥损害预防功能，这也是人格权独立成编的重要价值。

关键词：民法典 人格权 全面性 损害预防

举世瞩目的《民法典》编纂在中国民事立法中具有里程碑式意义，在各项具体民事权利中，人格权得到系统地确认与保护也是我国《民法典》的最大亮点。我国《民法典》在博采传统大陆法系法典体系优点的基础上，创造性地将人格权作为独立一编进行规定，克服了传统大陆法系民法典“重物轻人”的体系缺陷。独立成编的人格权法自成体系，与物权法、合同法等并列，成为《民法典》的重要组成部分，与民法调整平等主体之间人身关系和财产关系相对应，形成了体系上的逻辑自治。这一模式也开创了现代民法典的先河，为世界各国应对 21 世纪互联网、高科技时代共同面对的人格权保护问题提供了中国方案和中国经验。在独立成编的人格权编中，人格权保护的全面性和保护方法的独特性是其主要特色。本文拟对此进行阐述。

* 王利明，中国人民大学商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院教授。
本文为国家社科基金重大项目“人格权保护立法研究”（18ZDA143）的阶段性成果。

一、人格权保护的全面性

我国《民法典》将人格权独立成编的重要目的,就是为了全面强化对人格权的保护,落实十九大关于强化人格权保护的精神,维护人格尊严。而强化对人格权的保护,也是实现人民群众美好幸福生活的重要内容。美国社会心理学家马斯洛提出了社会需求层次理论,他认为,在人们的物质生活需求得到保障之后,精神层面的需求也必然提升。我国社会发展的实践也证明了这一点,进入新时代以来,人民群众的物质生活条件得到了极大的改善,且不久将全面实现小康,在温饱问题基本解决之后,人们的精神需求更加强烈,人们不仅要吃得饱、穿得暖,还要求过上更加体面、更有尊严的生活。因此,为了实现人民群众对美好生活的向往,就必须单设人格权编,全面确认和保护人格权。人格权编对人格权益的保护是十分全面、周延的,其特点主要表现在如下几个方面:

第一,全面确认了各项人格权。《民法典》首先在总则编的“民事权利”一章中,将人格权的保护置于各项民事权利之首,第109条确认了一般人格权,第110条确认了自然人享有的各项具体人格权,以及法人、非法人组织享有的名称权、名誉权和荣誉权,第111条规定了对个人信息的保护。《民法典》人格权编将总则编的规定进行了全面展开,第990条规定:“人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。除前款规定的人格权外,自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”这实际上是对总则编上述规定的具体展开。应当看到,人格权编第二章至第六章就是围绕着各项人格权而做出的规定,如果说人格权编构建了自身完整的体系,那么其总则是人格权编的一般规定,而分则是关于各项具体人格权的规则。尤其需要指出的是,我国《民法典》所规定的具体人格权类型其实并不完全限于上述几种,一些人格权实际上是包含在上述人格权的权能之中的。例如,《民法典》第1011条关于行动自由权的规定,是包括在第二章“生命权、身体权和健康权”之中的,但实际上,该项权利虽然与这三项权利存在联系,但也有区别,完全可以单独成为一项人格权。再如,《民法典》第1029条和第1030条规定了信用的保护规则,其将信用规定在名誉权中,作为经济名誉加以保护,但严格地说,信用权与名誉权存在差别,名誉权很难涵盖信用权,信用权可以单独作为一项权利存在。总之,我国《民法典》对人格权所列举的种类之多、内容之全面,在古今中外的立法中都是前所未有的。

第二,保持了人格权益的开放性。人格权独立成编的一个重要原因,是实现人格权的法定化,并为人格权的行使和保护确立规则,但人格权是一个不断发展的开放体系,人们不可能完全预见人格权的未来发展趋势,并对人格权的类型进行周延列举,如果将人格权的保护范围限于法定的情形,则不仅不利于人格权的保护,反而会妨碍人格权的发展以及对新型人格利益的保护,因此,《民法典》对人格权保护范围的规定必须保持必要的开放,而我国《民法典》人格权编正是体现了人格权法定性和开放性的结合。一方面,《民法典》第990条第1款关于具体人格权的规定,在表述上就使用了“等权利”的表述,而第990条第2款对一般人格权作出了规定,实现了对人格权益的兜底保护,适应了新型人格利益保护的需要。为了进一步强化对新型人格利益的保护,《民法典》第990条第2款还专门使用了“其他人格权益”的表述,就是为了实现人格权

益保护范围的开放性。另一方面，在人格权编分则中，各项具体人格权益的许多表述中其实都体现了这种开放性的精神。例如，《民法典》第1002条规定：“自然人享有生命权。自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。”生命尊严的规则可以扩张到对人体胚胎、胎儿、遗体的保护，实际上就是增加了对新型人格利益的保护。再如，《民法典》第1034条对个人信息也采用了兜底性的开放式表述。

需要指出的是，《民法典》第110条规定实际上对《民法总则》第110条也作了适当的修改，《民法总则》第110条第2款关于法人、非法人组织的权利表述为“法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利”，但《民法典》第110条已经将“等权利”几个字删除，表明了法人、非法人组织所享有的人格权仅限于这三种，而不具有开放性。但自然人的人格权保持了开放性，从而更加突出《民法典》人格权编主要是对自然人人格权的保护。

第三，《民法典》适应互联网、高科技发展的需要，增加了新型人格利益的保护规则。我国《民法典》人格权编不仅保护各项具体人格权，而且保护人格利益，尤其是随着社会发展而出现的各种新型人格利益。我国《民法典》单设人格权编，适应了高科技和信息社会发展的需要。21世纪是高科技和信息爆炸的时代，现代科学技术具有价值中立性，科学技术是一把双刃剑：一方面，其给人类带来了巨大的福祉，对人们的生产和生活产生了极大的影响，甚至改变了人类社会的组织方式；另一方面，科学技术一旦被滥用，其可能反过来损害个人的生命健康、隐私以及个人信息等人格权益，从而损害人类的福祉。^{〔1〕}因此，需要保护各种新型人格权益。从《民法典》人格权编的规定来看，其适应时代发展需要、保护新型人格利益主要体现在如下几个方面：

一是人格权编的体系设计凸显了生命权、身体权、健康权在人格权体系中的优越地位。生命权除了包括生命安全外，还包括了生命尊严。健康权的范围也已经从狭义上的身体健康或生理健康而发展为既包括生理健康也包括心理健康。^{〔2〕}《民法典》人格权编不仅扩张了生命权、身体权、健康权的内涵，而且强化了对这些物质性人格权的保护。例如，《民法典》第998条规定：“认定行为人承担侵害除生命权、身体权和健康权外的人格权的民事责任，应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素。”依据本条规定，认定行为人侵害人格权时，需要考虑行为人和受害人的职业、影响范围等因素，但该规则并不适用于生命权、身体权、健康权等物质性人格权受到侵害的情形，这也体现了对生命权、身体权、健康权等物质性人格权的优先保护。

二是对姓名权、名称权的扩大保护。《民法典》第1017条规定：“具有一定社会知名度，被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称等，参照适用姓名权和名称权保护的有关规定。”该条将具有一定社会知名度的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称等纳入保护范围，扩张了姓名权、名称权的保护范围。本条作出此规定的原因在于：一方面，这些符号与特定主体的身份存在直接关联，行为人冒用这些笔名、艺名以及网名等，将损害特定主体的公众形象，甚至损害个人的人格尊严。^{〔3〕}例如，行为人冒用他人笔名发布信息，足以产生身份混淆的，权利人有权依据姓名权的规则向行为人提出请求。正如王泽

〔1〕 参见徐明：《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》，载《中国法学》2017年第1期。

〔2〕 参见王利明主编：《人格权法新论》，吉林人民出版社1994年版，第303页。

〔3〕 参见崔建远：《姓名与商标：路径及方法论之检讨》，载《中外法学》2017年第2期。

鉴先生所指出的,“凡在社会交易及生活上具有识别性功能的标志,均应纳入受‘姓名权’保护的范畴”〔4〕。另一方面,某些笔名、艺名、网名具有一定的商业利用价值,对此类符号的权利人提供保护,也有利于防止不正当竞争行为,维护社会经济秩序。因此,扩张姓名权和名称权的保护范围,可以说是满足了实践的需要。

三是规定了声音的保护规则。随着计算机、人工智能算法和语音识别技术的发展,声音与个人身份的关联性越来越紧密,其利用方式也日益多样化,已经成为一种重要的人格利益。〔5〕个人的声音利益值得保护,已经有比较法上的先例,〔6〕我国《民法典》第1023条第2款也规定,“对自然人声音的保护,参照适用肖像权保护的有关规定”,这就把声音视为一种新型的人格利益,从而能适应未来人格利益发展的需要。

四是确立了禁止以利用信息技术手段伪造等方式侵害他人肖像权的规则。从实践来看,深度伪造技术以换脸技术为典型,“AI换脸”可以随意替换视频角色面部,出现了“只需一张照片,出演天下好戏”的情况。行为人伪造他人形象用于色情影片、广告宣传等,可能给受害人造成严重损害。对此,《民法典》第1019条第1款规定:“任何组织或者个人不得以丑化、污损,或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。未经肖像权人同意,不得制作、使用、公开肖像权人的肖像,但是法律另有规定的除外。”这就对禁止利用信息技术手段伪造他人肖像的规则作出了规定,适应了时代发展的需要。

五是明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中。为适应互联网、高科技发展的需要,《民法典》人格权编在我国立法上第一次规定了私人生活安宁受法律保护的规则,并通过反面列举的方式,对侵害私生活安宁的各种典型方式作出了规定。私人生活安宁是个人最重要的“福利性利益”,是“美好人生的基本条件”,〔7〕也是重要的民生事项。维护私人生活安宁,就是维护个人自由和精神生活的自治,为个人个性的充分发展提供空间,使个人能支配私生活领域的各项事务,孟德斯鸠将其视为个人自由的重要内容,政府因此负有确保个人享有此种安宁的义务。〔8〕按照康德的观点,人是目的而非手段,但由于人具有“非社会性”的“动物本能”,这将驱使个人滥用其自由,干扰他人的安宁与幸福,这就需要通过法律构建秩序,以维护社会的和平与安宁。〔9〕《民法通则》《民法总则》等法律虽然规定了人格权,但不足以全面应对现实生活中的偷拍、偷录、垃圾短信、垃圾邮件、“人肉”搜索、非法泄露和倒卖个人信息等侵扰个人生活安宁的不法行为,为了解决这些问题,《民法典》人格权编以一般人格权的方式明确人格尊严受法律保护,对个人信息、私人生活安宁提供强有力的保护手段,并明文禁止非法进入、窥视、拍摄他人的住宅、宾馆房间等私密空间,非法拍摄、录制、公开、窥视、窃听他人的私密活动,非法拍摄、窥视他人身体的私密部位,同时明文规定预防和禁止性骚扰,等等,这些都有力地维护了人们的精神利益,有力地保障了社会生活的安定有序,有力地维护了个人的生活安宁。

〔4〕王泽鉴:《人格权法》,2012年自版,第139页。

〔5〕参见杨立新、袁雪石:《论声音权的独立及其民法保护》,载《法商研究》2005年第4期。

〔6〕例如,《秘鲁共和国新民法典》第15条第1款规定:“未取得本人明确授权的,不得利用其肖像和声音,或在本人已死亡时,只能按顺位经其配偶、卑血亲、尊血亲或兄弟姐妹同意,方可利用之。”

〔7〕参见方乐坤:《安宁利益的类型和权利化》,载《法学评论》2018年第6期。

〔8〕参见前引〔7〕,方乐坤文。

〔9〕参见陈乐民:《敬畏思想家》,生活·读书·新知三联书店2014年版,第96页。

六是扩展了个人信息保护的范围。《民法典》人格权编第1034条第2款采用了可识别性的标准，将个人信息规定为“以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息”。可识别性的标准不仅限于身份信息的判断，也同样适用于活动信息，从而扩展了个人信息的内涵。尤其是在该条中增加了身份识别信息、行踪信息、健康信息等，这也适应了互联网、高科技时代的需要，强化了对个人信息的保护。

七是《民法典》第1001条规定了人格权保护的规则可以参照适用于人身权的保护。《民法典》总则编和婚姻家庭编等有关身份权制度的部分主要规定的是身份权人所享有的权利和负担的义务，而并没有规定他人侵害身份权权利时的救济规则。例如，《民法典》总则编规定了监护权人的权利义务等，但并没有规定第三人侵害监护权的责任。此时，允许参照适用人格权编的规则是十分必要的。例如，行为人侵害他人监护权，使被监护人脱离监护关系，受害人可以请求精神损害赔偿。允许身份权的保护参照适用人格权的规则，有利于弥补身份权立法规定的不足。

当然，《民法典》对人格权保护的全面性也要符合中国的国情，与中国的现实需要相结合，而不能过于超前，脱离中国实际情况，同时，在人格权保护中也要注重协调人格权保护与中国经济社会发展和公共利益维护之间的关系。例如，关于个人信息保护的问题，《民法典》并没有采用“个人信息权”的概念，而是使用了“个人信息保护”这一表述，根本的原因还是在于，立法者担心采用个人信息权的表述后，将赋予个人过大的控制其个人信息的权利，从而影响个人信息以及数据的共享、利用。从世界范围来看，收集、共享数据的方式日新月异，数据产业蓬勃发展，但这也使得个人信息保护与数据产业发展之间的冲突日益凸显。在我国现阶段，既要注重保护个人信息，也要兼顾数据产业发展的需要，鼓励数据的开发、利用和共享。例如，数据产业的发展在客观上需要数据共享，其中包含大量的个人信息，在数据共享中，需要解决数据开发以及共享是否需要个人同意的问题。所以，《民法典》只是采用了“个人信息”的表述，而没有使用“个人信息权”这一概念，但不能因此忽视个人信息的保护，在个人信息保护规则实施的过程中，既要依法保护个人信息，也要保护数据产业的发展。

• 326 •

二、人格权保护方法的独特性

（一）保护方式的独特性

人格权独立成编的重要目的是规定人格权的独特保护方式，从而实现对人格权的全面保护。传统大陆法系民法主要通过恢复原状或损害赔偿的方式对人格权进行救济，现代欧洲统一侵权法规则也只有损害赔偿和恢复原状两种救济方式。^{〔10〕}从我国《民法典》人格权编的规定来看，其专门规定了人格权的特殊保护方法，这些方法无法被侵权责任编的救济方式所涵盖，具体体现在以下几方面：

第一，确认了人格权请求权制度。所谓人格权请求权，是指民事主体在其人格权受到侵害、妨害或者有妨害之虞时，有权向加害人或者人民法院请求加害人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复名誉、赔礼道歉，以恢复人格权的圆满状态。《民法典》第995条规定：“……受害人的

〔10〕 参见《欧洲侵权法基本原则》第六编“救济方式”，其中主要规定了“损害赔偿”和“恢复原状”两种救济方式。

停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权,不适用诉讼时效的规定。”该条就是对人格权请求权的规定。拉伦茨认为,人格权请求权的内容具有特殊性,即:在人格权有遭受侵害之虞时,实践中允许权利人请求消除危险;在侵害行为处于继续状态时,允许权利人请求停止侵害。^[11]人格权请求权与侵权损害赔偿请求权在是否要求行为人构成侵权、行为人是否具有过错、是否造成损害后果以及是否适用诉讼时效等方面,都存在明显的区别,因此,人格权请求权不能为侵权责任编的规则所替代。^[12]从《民法典》第995条规定来看,在人格权遭受侵害的情形下,权利人既可以主张人格权请求权,也可以主张侵权请求权,这就明确了人格权请求权与侵权请求权的适用关系。此外,该条还明确规定人格权请求权不适用诉讼时效,这就更加有利于权利人主张人格权请求权,更有利于人格权的保护。

第二,规定了侵害人格权的禁令制度。所谓侵害人格权的禁令,是指在人格权正在遭受侵害或者即将遭受侵害的情形下,如果不及制止侵害行为,将导致损害后果迅速扩大或难以弥补,此时,权利人有权请求法院发布禁止令,以责令行为人停止相关侵权行为。《民法典》第997条规定:“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为,不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的,有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”禁令旨在及时制止有关的侵害行为,即在人格权正在遭受侵害或者有遭受侵害之虞时,通过禁令临时制止行为人的侵害行为。^[13]禁令虽然不能终局性地明确当事人之间的权利义务关系,但也能够有效保护受害人的的人格权益,有效防止损害的发生或者扩大。^[14]众所周知,在互联网时代,网络侵权层出不穷,网络暴力不断产生,这些不仅对自然人造成重大损害,甚至会给企业带来灭顶之灾。例如,一些竞争对手恶意污蔑其他企业的声誉和其产品的质量,一条谣言可能使其产品滞销,甚至蒙受巨大损害。如果按照诉讼程序,权利救济的时间将旷日持久,甚至是马拉松式的诉讼,等到最后官司终结,企业已经宣告破产了。如何及时制止、遏制这种行为?禁令制度就是最好的办法。这就是说,原告可以依据禁令规则向法院申请颁发禁令,对该信息采取紧急措施,如采取删除、屏蔽、断开链接等方法,当然,权利人在申请禁令时,应当提供担保,避免造成对方损害。在法院颁发禁令后,当事人可以在法院进行诉讼活动,确定权利义务关系,这可能是目前依法治网的最好措施。

第三,我国《民法典》人格权编多个条款规定了删除、更正等措施,并在特定情形下赋予受害人更正权、删除权等权利。《民法典》第1028条规定:“民事主体有证据证明报刊、网络等媒体报道的内容失实,侵害其名誉权的,有权请求该媒体及时采取更正或者删除等必要措施。”依据该条规定,在报刊、网络等媒体报道的内容失实、侵害他人名誉权时,权利人有权请求及时更正,或者及时删除。人格权编的多个条款都规定了更正、删除规则。^[15]删除、更正措施是保护人格权的独特方式,受害人在行使该项权利时,并不需要证明行为人具有过错,甚至不需要证明行为构成侵权,从而可以及时制止不法行为的发生,维护其人格权益。权利人在请求更正和删除时,既不需要通过诉讼的方式进行,也不需要证明自身损害以及行为人的过错,这就有利于强化

[11] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),谢怀栻等译,法律出版社2004年版,第169-170页。

[12] 参见王利明:《论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离》,载《中国法学》2019年第1期。

[13] 参见江伟、肖建国:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2008年版,第244页。

[14] 参见毕潇潇、房绍坤:《美国法上临时禁令的适用及借鉴》,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2017年第2期。

[15] 参见《民法典》第1028条、第1029条、第1031条、第1037条。

对受害人的保护，预防损害后果的进一步扩大。

第四，细化了赔礼道歉的适用规则。我国《侵权责任法》虽然对“赔礼道歉”这一责任承担方式作出了规定，但如何适用这一责任形式，无论是《侵权责任法》，还是《民法典》侵权责任编，都没有细化规定，对此，《民法典》第1000条规定：“行为人因侵害人格权承担消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等民事责任的，应当与行为的具体方式和造成的影响范围相当。行为人拒不承担前款规定的民事责任的，人民法院可以采取在报刊、网络等媒体上发布公告或者公布生效裁判文书等方式执行，产生的费用由行为人负担。”该条对赔礼道歉的具体适用规则作出了规定。赔礼道歉规则主要适用于名誉权等人格权遭受侵害的情形，因此，在《民法典》人格权编中对此种责任承担方式的具体适用作出细化规定是科学合理的。

（二）保护方式的多样性

我国《民法典》人格权编采用多种方式对人格权提供保护，首先表现在人格权编有效地协调了人格权编与侵权责任编的关系，从而实现对人格权的全面保护。人格权保护方式的多样性主要表现为，我国《民法典》人格权编不仅运用自身独特的方式保护人格权，而且运用侵权责任方式对人格权提供保护。《民法典》第995条规定：“人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。”此处所说的“本法”，实际上就是指《民法典》人格权编，此处所说的“其他法律”，就包括了《民法典》侵权责任编。由于侵权责任的主要形式是损害赔偿，在人格权遭受侵害之后，如果受害人遭受了精神损害或者财产损失，其可依据侵权责任编的规定主张损害赔偿。所以，该条实际上也是一个引致条款，将侵害人格权的救济规则引致到侵权责任编。在人格权遭受侵害的情形下，受害人之所以可以依据侵权责任编的规定主张权利，主要原因在于，一方面，人格权具有对世性，权利人之外的任何人都需要尊重权利人的权利，不得非法侵害。所谓对世性，是指人格权作为对世权，除权利人之外的其他人都负有不得非法侵害权利人人格权的义务。由于人格权可以禁止任何人实施侵害权利人权利的行为，所以人格权也被称为绝对权，^{〔16〕}在人格权遭受侵害后，权利人有权请求加害人承担停止侵害、排除妨碍、恢复名誉等民事责任。人格权的绝对性决定了人格权的排他性，这一点与物权、知识产权等绝对权无异，并像物权、知识产权一样受到侵权法的保护。另一方面，在人格权遭受侵害后，受害人遭受的常常是精神损害或财产损失，受害人在主张赔偿损失时，只能依据侵权责任编的规定提出请求。

在此需要讨论的是，人格权编规定引致条款，与侵权责任编相衔接，是否会导致法律规则的“双重适用”。首先，必须看到，在人格权遭受侵害或有遭受侵害之虞时，如果单独援引人格权编的规范能够实现对权利人的保护，则根本不需要双重适用。例如，在个人信息记载错误时，权利人有权主张对该错误信息进行更正，此时根本无须援引侵权责任编的规则，权利人也无须举证证明行为人的行为符合侵权责任的构成要件，而可以只援引《民法典》第1037条第1款的规定。人格权编中的一些规范都可以单独作为请求权基础，无须与侵权责任编相结合。^{〔17〕}但如果受害人提出了多项请求，就可能需要同时援引人格权编和侵权责任编的规则，此种援引本身也是法典化所要求的。民法的法典化实际上就是体系化，《民法典》的重要目的就是要形成完善的体系架构，为法官处理民事案件提供完备的规范体系。这就决定了，在《民法典》各编中会出现大量的

〔16〕 Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Band I, Leipzig, 1895, S. 703.

〔17〕 具体可参见前引〔12〕，王利明文。

引致条款,这些条款在最大程度上保证了立法的简洁。据粗略统计,《民法典》中有49个引致条文,引致条款的出现就意味着法官不能只援引一个条款,完全否定双重引用,否定引致条款的作用,将增加大量本不必要的规范,这就与实现法典体系化的目标相矛盾。还要看到,法典化的另一优势在于为法官裁判提供具有体系性的规范,任何一个民事案件的裁判,都需要从《民法典》规范中寻求裁判依据,进行体系性的思考,这种引导作用也正是法典化的优势。因此,在具体个案的裁判中,法官援用多个条款裁判是很常见的现象。还要看到,纵观整个《民法典》,其中包含大量的不完全规范,需要结合其他条款适用。这些不完全规范或说明,或限制,或引致,或解释,或推定,功能不一而足,绝非仅仅是“提示”。这些不完全规范的性质就决定了其必须与其他规范共同适用。^[18] 德国民法学者扬·沙普就认为,请求权基础规范和辅助性规范应当结合使用。因为在《德国民法典》中,请求权规范的数量远少于辅助性规范,在《德国民法典》的前三编中,只有大约50-60条请求权规范具有重要意义,大量的规范都属于请求权规范的辅助性规范,这些辅助性规范的数量是非常巨大的,包括补充构成要件的辅助性规范、补充法律效果的辅助性规范和反对规范(如抗辩权规范)。法官将大量的辅助性规范相互组合成所谓的请求权前提(Anspruchshypothese)。

(三) 有效协调各种价值的冲突

人格权的保护与其他权益的保护不同,其常常需要平衡各种价值之间的冲突,因为人格权不同于财产权,与其他利益之间常常发生冲突。财产权虽然也可能与其他利益发生冲突,如财产权的行使可能与公共利益、生态环境保护的利益相冲突,但是相较于人格权而言,其可能性较小,即使发生冲突,其冲突的复杂程度也低于人格权。在人格权保护中,公共利益和个人利益时常会发生冲突。例如,医生向执法部门披露病人的健康情况,可能会违背其与患者之间的保密义务,如果披露的内容超过必要限度,也可能构成对患者隐私权的侵害。^[19] 保护公共利益是对隐私权进行限制的合法理由,较为典型的公共利益包括预防犯罪、保护国家安全、维护公共健康、社会道德和福利等。^[20]

从我国《民法典》人格权编的规定来看,其大量涉及对人格权与其他价值之间冲突的协调。例如:《民法典》第999条有效协调了人格权保护与新闻报道、舆论监督的关系;《民法典》第1027条第2款协调保护名誉权与鼓励创作自由的关系;《民法典》第1020条确定了肖像权保护和合理利用的平衡关系。此外,在隐私保护中,人格权编协调了个人隐私保护与维护公共利益之间的冲突;在个人信息保护中,人格权编还妥当平衡了个人信息的保护与合理利用的关系。正是因为人格权与其他利益和价值之间存在冲突,这也决定了法官在具体个案中需要对各个因素进行综合考量。

(四) 注重事前预防与事后救济的结合

21世纪是科技和信息爆炸的时代,各种高科技的发明已经使得人类无处藏身,如何强化对隐私、个人信息等人格权益的保护,已经成为各国普遍面临的最严峻的挑战。^[21] 在互联网时代,

• 329 •

[18] 参见〔德〕扬·沙普:《请求权理论》,朱虎译,载《罗马法与现代民法》第9卷,厦门大学出版社2016年版,第121页以下。

[19] See Neethling, JM Potgieter, PJ Visser, *Neethling's law of personality*, LexisNexis South Africa, 2005, p. 245.

[20] 参见前引〔19〕, Neethling、JM Potgieter、PJ Visser书,第243-244页。

[21] 参见前引〔1〕,徐明文。

与传统社会的信息传播方式不同，网络信息的传播具有即时性，而且网络环境具有无边界性，受众具有无限性，这也使得网络环境对信息的传播具有一种无限放大效应，相关的信息一旦在网上发布，即可在瞬间实现全球范围的传播，相关的损害后果也将被无限放大，因此，更应当重视对人格权侵权行为的预防。尤其是在网络环境下，侵害人格权的损害后果往往具有不可逆性，损害一旦发生，将难以恢复原状，甚至造成难以估计的损害，这就需要强化对侵害人格权侵权行为的预防。有鉴于此，我国《民法典》人格权编在人格权的保护方面，高度注重预防和救济的有机结合。

在人格权遭受侵害时，侵权责任编侧重于事后救济，而人格权编则注重事先防范和事前预防，从而发挥损害预防功能，这也是人格权独立成编的重要价值。人格权编在人格权保护方面注重兼顾预防和救济功能的具体体现为：

第一，《民法典》第 997 条规定了侵害人格权的禁令制度。从比较法上来看，禁令主要是为了及时制止不法行为，防止侵害人格权损害后果的发生或者扩大，从而及时救济权利人。^{〔22〕}我国《民法典》第 997 条对侵害人格权的禁令制度作出规定，强化了对侵害人格权行为的事先预防功能，为人格权请求权的行使提供了切实的程序保障。事实上，为强化对损害的预防，在《民法典》颁行前，我国司法实践中已经采用禁令制度保护人格权。例如，在“杨季康（笔名杨绛）诉中贸圣佳国际拍卖有限公司、李国强侵害著作权及隐私权纠纷案”中，行为人虽然尚未实施拍卖行为，但该行为一旦实施，将侵害权利人的隐私权，此时，权利人可以请求法院颁发禁令，责令行为人停止相关行为，以防止侵害隐私权行为的发生。^{〔23〕}

第二，规定了有关主体的法定救助义务。我国相关特别法都规定了有关机关的法定救助义务，^{〔24〕}《民法典》第 1005 条规定：“自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形的，负有法定救助义务的组织或者个人应当及时施救。”依据该条规定，在自然人的生命权、身体权、健康权遭受现实的危险时，负有法定救助义务的主体应当及时施救，该条规定的目的在于强化对个人生命权、身体权、健康权的保护，该条既是为了预防损害的发生，也是为了防止损害的进一步扩大。

第三，明确了有关主体防止性骚扰的义务。《民法典》第 1010 条规定：“违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。”依据该条规定，机关、企业、学校等单位应当采取合理的措施，预防性骚扰行为的发生。人格权编对有关主体防止性骚扰的义务作出规定，有利于预防和减少性骚扰行为的发生，其根本上也是为了实现对侵害人格权行为的事先预防。

三、人格权保护的全面性和方法独特性的关系

我国《民法典》单设人格权编，有效协调了人格权保护的全面性与保护方法独特性之间的关系，表明人格权的核心价值在于维护个人的人格尊严，强化人格权保护既是现代民法的重要价值

〔22〕 See David Price, Korieh Duodu, *Defamation, Law, Procedure and Practice*, Sweet & Maxwell, 2004, p. 231.

〔23〕 参见李恩树：《钱钟书书信案引出新民诉法首例诉前禁令》，载《法制日报》2014 年 2 月 26 日，第 5 版。

〔24〕 参见《人民警察法》第 21 条、《执业医师法》第 24 条。

目标,也是我国《民法典》编纂的基本目标之一。^{〔25〕}

从我国《民法典》人格权编的规定来看,其一方面实现了人格权保护范围的全面性,另一方面又规定了人格权保护的独特方法,二者从不同角度揭示了我国《民法典》人格权编在人格权保护方面的特色。事实上,人格权保护的全面性与保护方法的独特性之间存在一定的关联,一方面,人格权保护的全面性在客观上要求采用多种方式保护人格权,而不能完全通过侵权法规则对其进行保护。另一方面,人格权保护方式的特殊性也顺应了人格权保护的全面性,即随着人格权保护范围的扩张,新型人格权益将不断出现,人格权益的类型不同,其保护方式也存在一定的差异,因此,《民法典》人格权编规定多种保护方式,并随着人格权保护的需要而不断丰富保护方法,也在一定程度上顺应了人格权保护全面性的特点。从域外法的做法来看,人格权主要受侵权法保护,各国《民法典》并没有通过独立的人格权编规定各种特殊的人格权保护方式。事实上,在人格权益保护范围不断扩张的情形下,有必要根据不同人格利益保护的特点而采用不同的保护方式,如果忽视人格权保护方式的特殊性,而一概采用侵权损害赔偿规则保护人格权,不仅不能充分保护人格权,反而会削弱对人格权的保护,主要理由在于:

一方面,人格权保护方法独特性决定了其可适用于未构成侵权的情形。如前所述,人格权具有积极效力和消极效力两个方面。积极效力是指权利人有权支配、控制以及依法利用其人格利益。与其他的绝对权一样,人格权也具有积极行使的权能。消极效力是指在人格权遭受侵害或者有遭受侵害之虞时,权利人享有的保护其权利的权能。当人格权受到侵害或者有受侵害之虞时,权利人有权主张人格权请求权。例如,在权利人的姓名变更请求权被无理拒绝或者征信机构记载的个人信用记录有误等情形下,只要权利人的权利行使有障碍,即便行为人的行为并不构成侵权,权利人也可以主张人格权请求权,以恢复权利人对人格利益的圆满支配状态。

另一方面,人格权保护方法独特性具有维持人格权圆满支配状态的功能,这也决定了其更有利于预防人格权侵权的发生,并防止损害后果的扩大。在财产权遭受侵害的情形下,大多可以通过金钱赔偿的方式对权利人提供救济,侵权损害赔偿的主要功能在于填补受害人的损害。而在人格权遭受侵害的情形下,损害后果往往具有不可逆性,例如,隐私一旦公开,就难以恢复私密状态。因此,在人格权侵权中,更应当注重对损害的预防,即注重运用停止侵害、恢复名誉、消除影响等预防性的责任形式为权利人提供救济。人格权请求权的功能在于维持权利人对其人格利益的圆满支配状态,只要行为人的行为不当妨害了权利人对人格利益的圆满支配状态,即便该行为不构成侵权,权利人也可以主张人格权请求权。例如,在信息控制者所收集、公开的个人信息不准确的情形下,权利人有权请求信息控制者及时更正、删除,而并不需要证明信息控制者的行为构成侵权,这就更有利于防止损害的发生,并制止损害后果的扩大。如前所述,我国《民法典》人格权编注重采用多种方式保护人格权,尤其重视对侵害人格权损害后果的预防。人格权制度处于发展变化之中,随着经济社会发展,人格权的类型在不断丰富,由于人格权请求权与人格权具有不可分性,人格权的发展也必然导致人格权请求权的发展。因此,将人格权请求权与侵权损害赔偿请求权分离,能够更好地适应人格权制度的发展趋势,更好地解决人格权保护的新问题。

〔25〕 沈春耀同志在《关于〈民法典各分编(草案)〉的说明》中指出:“全国人大常委会法工委研究认为,人格权是民事主体对其特定的人格利益享有的权利,关系到每个人的人格尊严,是民事主体最基本、最重要的权利。保护人格权、维护人格尊严,是我国法治建设的重要任务。”徐隽:《民法典分编草案首次提请审议》,载《人民日报》2018年8月28日,第06版。

四、结 语

《民法典》是中华人民共和国成立后第一部以法典命名的法律，开创了我国法典编纂立法的先河，具有里程碑意义。“天下之事，不难于立法，而难于法之必行。”^{〔26〕}《民法典》的生命力在于实施，习近平总书记强调：“必须让民法典走到群众身边、走进群众心里。”^{〔27〕}《民法典》要真正贯彻实施，必须要依靠全社会广泛宣传《民法典》，使其走进人民群众的生活，进一步增强全社会的民法意识，为其实施营造良好的社会环境。只有学习好、实践好这部法典，才能不断推进全面依法治国，坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化。

Abstract: The Personality Rights chapter of China's Civil Code stipulates the general and various specific rules of personality, fully encompassing the various personality rights enjoyed by civil subjects, and maintains the openness of the protection scope of personality rights. At the same time, the Personality Rights chapter of the Civil Code also meets the needs and demands from the Internet and high technology, adding new rules for the protection of personality interests and realizing the comprehensiveness of the protection of personality rights. Corresponding to this, the method of protection of personality rights is also unique. On the one hand, it provides a variety of protection methods for personality rights, effectively coordinates the relationship between Personality Rights chapter and Tort Liability chapter, and realizes the comprehensive protection of personality rights. On the other hand, the personality rights system effectively coordinates the relationship between the protection of personality rights and the values of public interest and public opinion supervision. In addition, the Personality Rights chapter also pays attention to the combination of ex-ante prevention and ex-post relief, and pays attention to the pre-prevention and ex-ante prevention of violations of personality rights, thereby exerting the function of damage prevention, which is also an important value of the independent compilation of personality rights.

Key Words: civil code, personality rights, comprehensiveness, damage prevention

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

〔26〕 〔明〕张居正：《请稽查章奏随事考成以修实政疏》。

〔27〕 《习近平在中央政治局第二十次集体学习时强调 充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》，载 http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-05/29/c_1126051645.htm，最后访问时间：2020年6月2日。

我国《民法典》个人信息保护制度的创新与发展

程 啸*

内容提要：我国《民法典》将人格权独立成编，并基于现实的需要而在人格权编系统地确立了个人信息保护制度，该制度最主要的创新与发展集中在五个方面：第一，明确了自然人的个人信息权益的性质，将之界定为人格权益；第二，区分私密信息与其他个人信息，明确私密信息的保护中隐私权保护规则与个人信息保护规则的适用关系；第三，统一使用“处理”涵盖个人信息的相关行为，实现对个人信息收集、处理、加工、使用、提供和公开等行为的全面规范；第四，明确了个人信息权益的具体内容，有利于充分实现对自然人人格尊严和人格自由的保护；第五，明确侵害个人信息的免责事由，有助于很好地实现权益保护与自由维护的协调。

关键词：个人信息 人格权益 私密信息 处理 民法典

• 333 •

一、引 言

现代社会中个人信息保护受到高度重视，当前世界上有 120 多个国家和地区已有专门的个人信息保护立法，如欧盟的《一般数据保护条例》（GDPR）、德国的《联邦数据保护法》、日本的《个人信息保护法》、韩国的《个人信息保护法》《信息通信网利用促进及信息保护法》及《信用信息的利用及保护法》、我国台湾地区的“个人资料保护法”等。我国法律也高度重视个人信息保护。无论是 2012 年颁布的《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》、2013 年修订的《消费者权益保护法》，还是 2017 年施行的《网络安全法》《民法总则》以及 2019 年施行的《电子商务法》都对个人信息保护作出了一些规定。^{〔1〕}此外，2009 年十一届全国人大

* 程啸，清华大学法学院教授。

感谢腾讯研究院王融女士、北京清律律师事务所熊定中律师对本文提出的宝贵意见！

本文为国家社科基金重大项目“大数据时代个人数据保护与数据权利体系研究”（18ZDA146）的阶段性成果。

〔1〕除了这些法律之外，还有相当数量的行政法规和部门规章也对个人信息保护作出了规定，如国务院颁布的《互联网信息服务管理办法》《征信业管理条例》《地图管理条例》《彩票管理条例》等，工信部、国家网信办发布的《电信和互联网用户个人信息保护规定》《儿童个人信息网络保护规定》《网络音视频信息服务管理规定》等。

常委会第七次会议通过的《刑法修正案（七）》还在《刑法》中新增第 253 条之一，首次将窃取或以其他方式非法获取公民个人信息、出售或非法提供公民个人信息的情节严重的行为规定为犯罪，从而将其纳入刑事打击的范围。然而，这些法律对个人信息保护的规定都是零散的、不成系统的。真正在我国法上系统地确立个人信息保护制度并明确自然人个人信息权益的是《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）。

我国《民法典》不仅在总则编的“民事权利”章对个人信息保护作出了规定（第 111 条），更重要的是在独立成编的“人格权编”中专章就个人信息保护作出了具体而又详细的规定。一方面，在《民法典》人格权编第 6 章“隐私权与个人信息保护”中，立法者用了 6 个条文（即第 1034 条至 1039 条）对个人信息的概念和类型、个人信息保护与隐私权的关系、处理个人信息应当遵循的原则与告知同意规则、自然人对其个人信息享有权益内容、侵害个人信息的免责事由，信息处理者的法律义务等作出了系统的规定；另一方面，在《民法典》人格权编的第 1 章“一般规定”和第 5 章“名誉权和荣誉权”中，立法者还就个人信息的合理使用（第 999 条）、信用信息的处理规则等作出了规定（第 1030 条）。〔2〕

民法典是市民社会的基本法，是民商事领域的基本法。我国《民法典》对于个人信息保护的规定，具有重要的意义。一方面，通过对自然人的个人信息权益的规定，明确了自然人对个人信息享有的民事权益是人格权益，彰显了我国法律对自然人人格尊严和人格自由的尊重，充分表明了在任何个人信息保护与个人数据权属的立法中都应始终关注自然人的个人信息权益的保护与信息自由流动这一对法律价值的权衡与协调。另一方面，通过对个人信息的界定、对个人信息与隐私权的关系以及个人信息权益内容等基本规则与制度的规定，也为当前我国正在进行的《个人信息保护法》《数据安全法》的立法工作指明了方向，提供了基本的依循。

为了更好地理解与适用《民法典》关于个人信息保护的规定，笔者在本文中拟就我国《民法典》在个人信息保护上的创新与发展之处加以论述。本文认为，我国《民法典》个人信息保护制度的创新与发展主要体现在以下五个方面：第一，明确了自然人的个人信息权益的性质，将之界定为人格权益；第二，区分私密信息与其他个人信息，明确私密信息的保护中隐私权保护规则与个人信息保护规则的适用关系；第三，统一使用“处理”涵盖个人信息的相关行为，实现对个人信息收集、存储、处理、加工、使用、提供和公开等行为的全面规范；第四，明确了个人信息权益的具体内容，有利于充分实现对自然人的人格尊严和人格自由的保护；第五，明确侵害个人信息的免责事由，有助于很好地实现权益保护与自由维护的协调。下文对此逐一加以阐述。

二、确认了自然人对其个人信息享有人格权益

《民法典》第 111 条第 1 句与第 1034 条第 1 款明文规定：“自然人的个人信息受法律保护。”

〔2〕 此外，在《民法典》物权编和侵权责任编中也有涉及个人信息保护的规定，如《民法典》第 219 条规定：“利害关系人不得公开、非法使用权利人的不动产登记资料。”第 1226 条规定：“医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任。”

那么,自然人对其个人信息享有的是何种民事权益呢?对此,理论界一直存在很大的争议,^{〔3〕}有“民事权利说”与“合法利益说”(民事利益说)两种不同的看法。^{〔4〕}在我国《民法典》编纂过程中,也有学者不断呼吁《民法典》中应当明确规定“个人信息权”,^{〔5〕}而不应当仅使用“个人信息保护”这样的表述。然而,立法机关无论是在《民法典》的总则编抑或人格权编中都没有使用“个人信息权”的表述。虽然《民法典》第四编“人格权”在规定具体人格权的各章(即第2—6章)中,几乎都是以“某某权”作为章名,如第2章“生命权、身体权和健康权”、第3章“姓名权和名称权”、第4章“肖像权”、第5章“名誉权和荣誉权”。然而,唯独在第6章使用的是“隐私权和个人信息保护”的表述。之所以立法机关最终没有采取“个人信息权”的表述,根本原因还在于:对于是否规定“个人信息权”的问题,存在很大的争议。部分理论界和实务界的人士和有关部门担心将自然人对个人信息的权益直接确定为“个人信息权”,会导致自然人对其个人信息享有过于绝对的支配权和控制权,以致影响信息的自由流动,不利于网络信息社会和数字经济的发展。^{〔6〕}这种争议使得立法机关在是否规定个人信息权的问题上决定采取比较稳健的态度。

应当说,即便将自然人对其个人信息的权益规定为个人信息权,也并不就会出现上述人士和部门所担忧的现象。因为无论是从个人信息本身的性质还是比较法上看,还没有一个国家或地区会将个人信息权混同于所有权、生命权等绝对权利,认为自然人对于其个人信息享有独占的、排他的支配权。任何国家或地区在对自然人的个人信息进行保护时,都必须权衡多种利益,其中既包括自然人的人格尊严等基本人权,也包括言论和信息的自由、网络信息科技的发展、商业活动的发展、公共利益和国家利益的维护等。这些都是不言自明的道理。例如,欧盟《一般数据保护条例》虽然在其作为导言性质的“鉴于条款”中开篇就明确自然人在个人数据处理方面获得保护是一项基本权利,是受到《欧盟基本权利宪章》第8条第1款和《欧盟运行条约》第16条第1款的保护的,但是,紧接着它就指出“本条例致力于实现自由、安全、公平和经济联盟,致力于经济和社会进步,加强并聚集内部市场的经济,实现个人的幸福”,“保护个人数据的权利不是一项绝对权利,必须考虑其社会中的作用并应当根据比例性原则与其他基本权利保持平衡。本条例尊重所有基本权利,并奉行《欧盟运行条约》基于《欧盟基本权利宪章》承认的自由和原则,尤其是在以下方面:个人和家庭生活,家庭和通信,个人数据保护,思想自由,意识和宗教,言论和信息自由,商业活动自由,获得有效救济和公正审判的权利,文化、宗教和语言多样性。”再如,日本的《个人信息保护法》第1条就规定“本法的立法目的在于,在高度信息通信社会的

• 335 •

〔3〕 参见张新宝:《〈民法总则〉个人信息保护条文研究》,载《中外法学》2019年第1期。

〔4〕 参见刘德良:《个人信息的财产权保护》,载《法学研究》2007年第3期;王利明:《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》,载《现代法学》2013年第4期;杨立新:《个人信息:法益抑或民事权利——对〈民法总则〉第111条规定的“个人信息”之解读》,载《法学论坛》2018年第1期;叶名怡:《论个人信息权的基本范畴》,载《清华法学》2018年第5期;吕炳斌:《个人信息权作为民事权利之证成:以知识产权为参照》,载《中国法学》2019年第4期。

〔5〕 著名民法学家王利明教授在多个场合和多篇论文中都呼吁应当规定个人信息权。参见前引〔4〕,王利明文。

〔6〕 例如,有观点认为,承认个人信息的民法保护就等于在民法上将自然人对个人信息的权利界定为绝对权和支配权,而这会产生很大的弊端,会造成信息无法自由地流动,将每个人变成一座孤岛而无法进行正常的社会交往。参见丁晓东:《个人信息私法保护的困境与出路》,载《法学研究》2018年第6期。

深化所带来的对个人信息的利用显著扩大的背景下，通过对个人信息之正当处理的基本理念、由政府制定基本方针及采取其他保护个人信息的措施等基本事项做出规定，明确国家和地方公共团体的职责等，并对个人信息处理业者应遵守的义务等做出规定，从而重视个人信息的正当且有效利用在促进新兴产业的创造、实现充满活力的经济社会和富足的国民生活上的作用以及其他个人信息的作用，保护个人的权利或利益”。

同样，我国《民法典》在规定个人信息保护问题时，也始终关注多种利益的协调，否则在《民法典》中也不会对个人信息的合理使用、侵害个人信息的免责事由等作出规定。事实上，个人信息的权益的名称如何对于自然人并不重要，重要的是对于该权益的性质、内容和保护方式加以明确，而正是后者决定了这种权益究竟是权利还是利益，如果是权利，究竟是效力多强的权利。因此，从这个角度上，立法者在《民法典》中回避关于个人信息权益的争议而采取“个人信息保护”的表述，不失为明智之举！虽然《民法典》没有使用“个人信息权”的表述，但是，《民法典》对个人信息保护的规定依然从以下三方面明确了自然人个人信息权益的性质，具有重要的意义。

1. 明确了自然人对其个人信息的权益属于民事权益，是私权益。《民法典》调整的是平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。自然人对于其个人信息享有的权益属于民事权益，因为无论国家机关处理自然人的个人信息，还是非国家机关（如企业、事业单位等）处理自然人的个人信息，也无论处理者处理自然人个人信息的目的是行政管理、公共服务还是营利目的，处理者与自然人都属于平等的民事主体。他们之间的权利义务关系属于民事权利义务关系，自然人对其个人信息享有的也是民事权益，而非公法上的权利。有的学者仅仅因为个人信息保护法属于单行立法及其中存在很多的管理性规范，就认为自然人对其个人信息享有的是公法上的权利，^{〔7〕}对此笔者难以苟同。因为公法规范之所以对个人信息保护问题作出规定，即便主要是为了维护公共利益或国家利益，也无法偏离保护自然人人身财产权益这一根本目标。或许正是在《民法典》编纂之前，规定个人信息保护的法律规定主要是行政管理性法律，更多强调的是行政管理和行政法律责任，才导致一些学者以为自然人对其个人信息的权利是公法上的权利。我国《民法典》对个人信息的规定很好地发挥了正本清源的作用，清晰而明确地规定了自然人对个人信息的权益属于民事权益，而不是公法上的权利。

2. 明确了自然人的个人信息权益属于人格权益。虽然我国《民法典》没有明确规定个人信息权益，但是其明确了自然人的个人信息权益在性质上属于人格权益，而非财产权益。一方面，《民法典》总则编第5章“民事权利”在列举了自然人的生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等具体人格权后，在第111条对个人信息的保护作出规定。另一方面，《民法典》将个人信息保护的具体内容放在人格权编当中，与隐私权在同一章加以规定。我国《民法典》调整的是平等主体的自然人、法人、非法人组织的人身关系和财产关系（第2条），且《民法典》人格权编中不仅调整人格权的享有与保护关系，也调整自然人基

〔7〕 参见周汉华：《探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向》，载《法学研究》2018年第2期。

于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益（第990条第2款）。所谓“其他人格权益”既包括其他人格权利，也包括其他人格利益（第126条）。故此，可以肯定的是，虽然《民法典》没有规定个人信息权，但明确了自然人对其个人信息享有的民事权益在性质上属于人格权益。

3.《民法典》人格权编第6章将“隐私权与个人信息保护”作为章名并依次规定，同时还对个人信息中的私密信息优先适用隐私权保护作出了规定（第1034条第3款），这都表明了我国法上已经明确区分了隐私权与个人信息。^{〔8〕}因此，我国法上不会如美国那样通过扩张隐私权的外延，发展出所谓的“信息隐私权”（information privacy）来实现对个人信息的保护。^{〔9〕}之所以如此，不仅是因为我国的隐私权和美国法上的隐私权完全不是一个层次上的概念，后者既包括侵权法上的隐私权也包括宪法上的隐私权，等同于大陆法系国家的人格权概念，更重要的是因为隐私权根本无法涵盖对全部个人信息的保护。故此，《民法典》施行后只是应当讨论如何协调隐私权与个人信息保护的关系，而无需讨论是否应当扩张隐私权来涵盖个人信息保护的问题。

三、区分不同类型的个人信息予以相应的规范

《民法典》第1034条第2款规定：“个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。”这是《民法典》对个人信息的内涵与外延的界定，除此之外，《民法典》还对个人信息进行两类重要的类型划分并作出了不同的规范。首先，《民法典》第1034条第3款区分了个人信息中的私密信息与非私密信息，并在此基础上明确了隐私权与个人信息保护的适用关系；其次，《民法典》第1036条第2项区分了个人信息中已经合法公开的信息和未公开的信息。对于已经合法公开的个人信息原则上允许自由的处理，除非该个人信息主体明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益。至于未公开的个人信息，《民法典》要求处理者必须告知自然人并取得其同意或者存在法律规定的合理使用、免责的情形才能进行处理，否则就构成侵害个人信息。

（一）私密信息与非私密信息及隐私权和个人信息保护的适用关系

现代社会是信息社会，要维护自然人的私生活安宁和私生活秘密不受侵害，就必须保护自然人的私密信息不被随意收集、公开或者被滥用。现代隐私权的一项重要功能就是保护自然人的私密信息。^{〔10〕}《民法典》第1032条第2款规定：“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。”自然人的私密信息的范围十分广泛，凡是自然人不愿意为他人知晓的信息，无论是婚姻信息、财产信息、健康信息、家庭住址、病历资料、犯罪记录、个人人生经历、嗜好、性取向、日记、私人信件以及其他个人不愿公开的信息等，都可以纳入私密

• 337 •

〔8〕我国学界多数学者认为，传统的隐私权已经不足以保护公民的合法权益，法律需要从隐私权保护转向个人信息权益的保护。参见张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015年第3期；丁晓东：《个人信息权利的反思与重塑：论个人信息保护的适用前提与法益基础》，载《中外法学》2020年第2期。

〔9〕《民法典》编纂之前，曾有个别学者提出过“对个人信息完全可以通过扩张隐私权的方式予以保护”的观点，但赞同者很少。参见徐明：《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》，载《中国法学》2017年第1期。

〔10〕参见王泽鉴：《人格权法：法释义学、比较法、案例研究》，台北作者印行2012年版，第245页以下。

信息的范围。例如,《民法典》第1226条规定的患者隐私和个人信息,《传染病防治法》第12条第1款第2句规定涉及个人隐私的有关信息、资料,《精神卫生法》第4条第3款规定的精神障碍患者的姓名、肖像、住址、工作单位、病历资料以及其他可能推断出其身份的信息,《艾滋病防治条例》第39条第2款规定的艾滋病病毒感染者、艾滋病病人及其家属的姓名、住址、工作单位、肖像、病史资料以及其他可能推断出其具体身份的信息等,都属于这里的私密信息范围。

在《民法典》颁布之前,我国法律实际上已经注意到了隐私信息与非隐私信息的区分。《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第1条第1款规定:“国家保护能够识别公民个人身份和涉及公民个人隐私的电子信息。”《公共图书馆法》第43条规定:“公共图书馆应当妥善保护读者的个人信息、借阅信息以及其他可能涉及读者隐私的信息,不得出售或者以其他方式非法向他人提供。”《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条第1句规定:“网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息,造成他人损害,被侵权人请求其承担侵权责任的,人民法院应予支持。”然而,这些法律和司法解释并未在区分隐私信息和其他个人信息的基础上确立不同的规则,而是适用统一的规则。《民法典》不仅明确区分了个人信息中的私密信息和非私密信息,而且在此基础上明确了隐私权保护与个人信息保护的规则适用。

个人信息中私密信息与非私密信息的根本区别在于:前者是自然人不愿意为他人知晓的信息,且该信息也与公共利益等无关。^{〔11〕}至于信息的内容并非一定都是高尚的、道德所允许的,也包括那些为道德所谴责的、为人所不齿的内容。毕竟,法律上没有规定人们负有“不得自甘堕落”的义务。因此,只要不涉及公序良俗、不违反法律的强制性规定,即便是不道德的、为人不齿的信息,也属于私密信息,例如,丈夫违背夫妻忠诚义务而与他人有不正当性关系的信息属于私密信息,受到隐私权的保护,他人也不得随意公开,否则构成侵害隐私权。^{〔12〕}但是,虽然非私密的个人信息也属于个人信息,可并非是自然人不愿意为他人知晓的信息,这些信息有些已经处于公开状态,有些是自然人愿意且往往必须为他人所知才能使得自然人更好地参与社会交往活动。例如,姓名属于个人信息,但姓名是自然人的标识,是区别不同自然人的一种语言标识。通过姓名,自然人得以在与其周围的人的关系中维护其人格,并将自己与他在社会交往中加以区分,从而作为一个独特的个体存在,获得自我认同,实现人格尊严。^{〔13〕}如果姓名不为他人所知,如何能够进行社会交往?另外,在很多时候,自然人将其个人信息加以主动公开,如将自己的联系电话、电子邮箱放在个人主页上或作为微信的名称等,这种情形下原本属于私密信息的个人信息也就成为了公开的个人信息。在区分私密信息和非私密信息的基础上,《民法典》第1034条第3款对隐私权和个人信息保护的关系作出了以下规定:

〔11〕 所谓自然人不愿意为他人所知晓,究竟仅仅是从特定自然人的主观出发加以判断,即采取单纯的主观标准,还是要同时结合社会公众的一般认知,即主客观相结合,还值得研究。

〔12〕 参见北京市朝阳区人民法院(2008)朝民初字第10930号民事判决书。

〔13〕 不使用他人姓名而是用数字、编号来代替,是对人格尊严的侵害,如纳粹的集中营中使用编号来称呼被关押的犹太人。

1. 私密信息既受到隐私权保护,也受到个人信息保护规则的保护。如前所述,私密信息是自然人不愿意为他人知晓的私人生活的各种相关信息,包括家庭住址、病历资料、健康资料、犯罪记录等。这些私密信息是隐私,属于隐私权的客体,同时也属于个人信息,受个人信息保护规则的保护。

2. 个人信息中的私密信息和非私密的信息处理规则存在区别。在处理私密信息时,首先要适用的是《民法典》关于隐私权的规定,然后才能适用《民法典》关于个人信息保护的规定。依据《民法典》第1033条第5项,处理他人的私密信息要么是取得隐私权人的“明确同意”,要么是依据法律的规定,否则,任何组织或者个人实施的处理他人私密信息的行为都构成侵害隐私权的行为。但是,对于处理非私密信息的个人信息,依据第1035条,要么是依据法律、行政法规的规定,要么是得到该自然人或者其监护人的“同意”。这里就看出《民法典》对私密信息和非私密的个人信息处理规则上的三点区别:其一,在未经权利人同意的情形下,处理私密信息只能依据法律的规定,而处理非私密的个人信息可以依据法律和行政法规的规定。显然,对于私密信息的保护更为严密。其二,处理私密信息必须取得权利人的同意,而处理非私密的个人信息可以取得自然人或者其监护人的同意。也就是说,监护人也不能擅自同意他人处理被监护人的私密信息。其三,处理私密信息必须取得的是权利人的“明确同意”,而处理非私密的个人信息是取得自然人或者其监护人的同意。“明确同意”与“同意”的涵义是不同的。一方面,明确同意意味着自然人在被告知私密信息将被处理的前提下而作出清晰、明确的允许处理的意思表示。另一方面,明确的同意应当是针对该私密信息被处理而单独作出的同意的意思表示。但是,所谓同意既不要求必须是单独的同意,也不要求仅针对被处理的特定个人信息作出的同意,而可以是概括性的同意(如通过APP的隐私政策可以取得对所有非私密的个人信息的同意)。

3. 许可他人使用上的不同。隐私权人可以自行处分权利,如自行在网络上或向媒体公开其私密信息。但是,隐私本身原则上是不能许可他人使用或商业化利用的。《民法典》第993条规定:“民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用,但是依照法律规定或者根据其性质不得许可的除外。”该条之所以没有列出“隐私”,是因为:隐私权侧重于消极防御的功能,即防止他人对包括私生活安宁、私密信息在内的隐私的侵害,^[14]其保护的是自然人对隐私不受他人侵害的利益。因此,隐私权的主要权能就是排除他人侵害的权能,即消极权能。对于隐私,原则上是不能许可他人使用的。^[15]允许隐私的许可使用很可能违反公序良俗原则这一民法的基本原则。然而,对于个人信息尤其是非私密的个人信息,自然人完全可以许可他人使用,从而促进网络信息产业和数字经济的发展。故此,《民法典》第1035条规定,只要遵循合法、正当、必要原则,不得过度收集、处理且符合相应的条件,是可以对个人信息加以使用或许可他人使用的。当然,对于私密信息许可他人使用是否可以,仍然需要考虑是否违背公序良俗。

正是考虑到隐私权与个人信息权益的上述差别,《民法典》第1034条第3款才明确规定:“个人

[14] 参见前引〔4〕,王利明文。

[15] 有观点认为,隐私权人也具有积极的权能,如隐私隐瞒权、隐私处分权和信息自主权。其中隐私处分权包括隐私公开权和隐私许可权。隐私许可权意味着隐私权人可以授权他人使用自己的隐私。参见张红:《人格权各论》,高等教育出版社2015年版,第522页。

信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。”该条中隐私权没有规定的个人信息显然是指非私密信息的个人信息。这样一来，我国《民法典》就非常清晰的划分了隐私权与个人信息权益对私密信息和非私密信息这两类个人信息的保护规则。

（二）公开的个人信息与非公开的个人信息

公开的个人信息是指已经合法公开的个人信息，至于那些因他人泄露或非法公开的个人信息，虽然客观上确实处于公开的状态，但不属于法律上的公开的个人信息。^{〔16〕}依据《民法典》第1036条第2项，合法公开的个人信息包括“该自然人自行公开的”和“其他已经合法公开的”两大类型。其一，自然人自行公开的个人信息，如某教授将自己的办公室电话、手机号、电子邮箱、通信地址等在自己的个人网页上加以公开，从而使得这些个人信息进入了公共领域，任何人都可以获得。其二，其他已经合法公开的个人信息，主要包括两种情形：一是，依据行政行为而公开的个人信息，即因政府机关履行职责而依法加以公开的个人信息，例如，《政府信息公开条例》第15条规定：“涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机关不得公开。但是，第三方同意公开或者行政机关认为不公开会对公共利益造成重大影响的，予以公开。”再如，依据国务院颁布的《企业信息公示暂行条例》的规定，企业通过企业信用信息公示系统向工商行政管理部门报送上一年度的年度报告，并向社会公示。企业的年度报告中涉及个人信息的内容如“企业为有限责任公司或者股份有限公司的，其股东或者发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息”“有限责任公司股东股权转让等股权变更信息”等。二是，依据司法行为而公开的个人信息，即因为法院的司法行为而公开的法律文书，其中涉及的应当公开的个人信息。例如，依据《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》，人民法院作出的裁判文书除涉及国家秘密、未成年人犯罪等不应公开的情形外，都应当在互联网上公开。人民法院在互联网公布裁判文书时，虽然应当删除“自然人的家庭住址、通讯方式、身份证号码、银行账号、健康状况、车牌号码、动产或不动产权属证书编号等个人信息”“家事、人格权益等纠纷中涉及个人隐私的信息”等信息，但是有些个人信息仍然应当在裁判文书中保留。依据该司法解释第11条第1项，人民法院在互联网公布裁判文书，“除根据本规定第八条进行隐名处理的以外，当事人及其法定代理人是自然人的，保留姓名、出生日期、性别、住所地所属县、区”。

区分公开和非公开的个人信息的最主要的意义在于：处理这些个人信息是否需要得到自然人的同意方面的不同。除非法律、行政法规另有规定，对于非公开的个人信息，必须告知自然人且得到该自然人或者其监护人的同意。对此，《民法典》第1035条第1款有明确的规定。然而，依据《民法典》第1036条第2项，合理处理已经合法公开的个人信息，原则上是无需告知自然人并得到其同意的，除非“该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益”，否则该处理行为不构成侵害个人信息的侵权行为。由此可见，即便是已经公开的个人信息也是受到法律保护的，只是在保护的强度和密度上要明显弱于非公开的个人信息。

〔16〕 有学者从数据的角度将此种分类称为公开的个人数据和隐私的个人数据。不过，笔者认为，隐私的个人数据还不甚准确，因为非公开的个人数据并非一定都是隐私的个人数据。参见王融：《大数据时代：数据保护与流动规则》，人民邮电出版社2017年，第26页。

(三) 关于敏感的与非敏感的个人信息区分问题

个人信息中还有另外一个重要的分类,就是依据个人信息对自然人人身财产安全的敏感程度,将之分为敏感的个人信息与非敏感的个人信息。^{〔17〕}敏感的个人信息(personal sensitive information),也被称为“特殊的个人信息”。何为敏感的个人信息,各国法上有不同的界定。欧盟的《一般数据保护条例》第9条第1款将之界定为“揭示种族或者民族出身,政治观点、宗教或者哲学信仰,工会成员的个人数据,以及以唯一识别自然人为目的的基因数据、生物特征数据,健康数据,自然人的性生活或者性取向的数据”。德国《联邦数据保护法》则将其界定为“有关个人种族血统、政治观点、宗教或哲学信仰、工会成员资格、健康状况或者性生活的信息”。按照巴西《通用数据保护法》第5条的规定,“关于种族或族裔、宗教信仰、政治观点、工会或宗教、哲学或政治组织成员身份的个人数据,与自然人有关的健康或性生活数据、基因或生物数据”,属于个人敏感数据。我国台湾地区“个人资料保护法”将“有关病历、医疗、基因、性生活、健康检查及犯罪前科”的个人资料规定为特殊的个人资料。

我国《民法典》以及《网络安全法》等法律都没有对敏感的个人信息作出界定,只有一些标准中有相应的规定。^{〔18〕}笔者认为,虽然《民法典》没有规定敏感的和非敏感的个人信息,但这并不意味着该分类就不重要。《民法典》主要规定的是个人信息保护中的重大的基本的问题,且区分敏感的和非敏感的个人信息主要是体现在对个人信息处理规则上,故此,可以交由未来的《个人信息保护法》对此作出规定。

所谓敏感的个人信息主要是指,那些涉及自然人人格尊严、人格自由或者其他重大权益的个人信息,这些个人信息倘若被非法处理,将会对所涉自然人的人格尊严、人格自由或者其他重大的人身权益、财产权益造成严重的威胁或损害。例如,自然人的生物识别信息具有唯一性和不可更改性,且由于人工智能技术的发展这些生物识别信息往往与自然人的财产、隐私等密切相关,一旦被他人非法获取,就有可能给自然人造成重大的财产损失或者隐私权等被侵害的严重后果。再如,个人的政治观点或者宗教信仰信息,涉及宪法上的言论自由、宗教信仰自由等基本权利,这些个人信息被非法收集、处理,很有可能会侵害自然人的上述基本权利以及其他相关的基本权利,如政府针对特定宗教信仰的人进行迫害,或者在选举时通过各种方式对其进行人格操控等。依据这一界定,以下个人信息应当归入敏感的个人信息:(1)种族或民族信息;(2)宗教信仰信息;(3)政治主张信息;(4)生物识别信息;(5)基因信息;(6)医疗健康信息;(7)性生活与性取向信息;(8)储蓄、证券等金融账户信息。

正是因为敏感的个人信息对于自然人是非常重要的个人信息,所以,在个人信息保护法中对

• 341 •

〔17〕敏感的个人信息与作为私密信息的个人信息之间存在交叉的关系。有些个人信息既是私密的个人信息也是敏感的个人信息,如医疗健康信息、性生活与性取向信息;有些个人信息虽然是私密的个人信息,但却并不是敏感的个人信息,如个人的嗜好、被他人性骚扰的个人信息;有些信息是敏感的个人信息却未必是私密的个人信息,如种族或民族信息、宗教信仰信息或政治主张信息等。

〔18〕《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273—2020)将个人敏感信息界定为“一旦泄露、非法提供或滥用可能危害人身和财产安全,极易导致个人名誉、身心健康受到损害或歧视性待遇等的个人信息”。该规范认为,个人敏感信息包括身份证件号码、个人生物识别信息、银行账户、通信记录和内容、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、交易信息、14岁以下(含)儿童的个人信息等。

于敏感个人信息的处理规则应有别于非敏感个人信息的处理规则。一方面，为了更好地保护敏感的个人信息，^[19] 对于这些个人信息原则上禁止处理，除非存在法定的例外情形，例如经过自然人的单独同意、为了维护公共利益等。至于非敏感的个人信息，只要履行告知义务并取得同意即可进行收集和处理。例如，欧盟《一般数据保护条例》第9条就明确规定，对于特殊类型的个人数据原则上禁止处理，除非符合该条第2款规定的特殊情形，如为了维护数据主体的切身利益、维护重大公共利益等。再如，我国台湾地区“个人资料保护法”第6条规定，对于有关病历、医疗、基因、性生活、健康检查及犯罪前科之个人资料，不得搜集、处理或利用。但有下列情形之一者，不在此限：（1）法律明文规定；（2）公务机关执行法定职务或非公务机关履行法定义务必要范围内，且事前或事后有适当安全维护措施；（3）当事人自行公开或其他已合法公开之个人资料；（4）公务机关或学术研究机构基于医疗、卫生或犯罪预防之目的，为统计或学术研究而有必要，且资料经过提供者处理后或经搜集者依其揭露方式无从识别特定之当事人。（5）为协助公务机关执行法定职务或非公务机关履行法定义务必要范围内，且事前或事后有适当安全维护措施。（6）经当事人书面同意。但逾越特定目的之必要范围或其他法律另有限制不得仅依当事人书面同意搜集、处理或利用，或其同意违反其意愿者，不在此限。

另一方面，即便是个人信息的处理者在符合法律规定的前提下，可以处理敏感的个人信息，其在处理中负有的注意义务和法律上的要求也更高，否则，如果因为处理者的安全防护措施不足而造成敏感的个人信息泄露，则对自然人会造成很大的损害或风险。例如，对于依法收集的敏感的个人信息，在保管上，处理者负有更高度的注意义务，而法律法规也对其有更严格的要求，如必须进行风险评估等。

四、统一采用“个人信息的处理”与“处理者”的表述

（一）统一使用“个人信息处理”的表述

在《民法典》颁布之前，我国法律对于与个人信息相关的行为，基本上采用的都是“收集、使用个人信息”的表述。2012年颁布的《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》中使用的就是“收集、使用公民个人电子信息”。此后，《网络安全法》与《电子商务法》也都延续了“收集、使用个人信息”这样的表述。

在《民法典》的编纂过程中，就如何对于与个人信息相关的各种行为采用最合理的表述经历了一个发展变化的过程。2019年12月第十三届全国人大常委会第十五次会议审议的《民法典草案》，采取的是“收集、处理个人信息”的表述，即将个人信息的收集与处理并列，同时，将“处理”规定为包括“个人信息的使用、加工、传输、提供、公开等”。该审议稿采取的“处理”（Process）一词来源于欧盟《一般数据保护条例》，但是，在欧盟的《一般数据保护条例》中，“处理”的涵义是非常广泛的。依据该条例第2条，所谓处理，是指“对个人数据或个人数据集

^[19] 欧盟《一般数据保护条例》“鉴于条款”的第51条也明确指出“与基础权利和自由相关的性质特别敏感的个人数据应当被特别地保护，因为这种数据的处理可能给基础权利和自由带来高风险”。

合的任何一个或一系列操作,如收集、记录、组织、建构、存储、修改、检索、咨询、使用、披露、传播或以其他方式利用、排列、组合、限制、删除或销毁,无论该等操作是否采用自动化方式”。也就是说,在欧盟的《一般数据保护条例》中,处理包含了对个人信息或个人数据的所有自动化或非自动化的操作,收集行为本身也被包含在内。

然而,最终颁布的我国《民法典》在借鉴欧盟《一般数据保护条例》的基础上,没有区分“收集”与“处理”,而是以“处理”一词来统称对个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等活动。这一规定是非常科学合理的。当然,实践中与个人信息有关的行为不限于所列举出来的七种,还可能包括其他的类型,如个人信息的删除、销毁等。此外,《民法典》第1035条第2款并没有将个人信息的处理限定于具体的方式,故此,无论是通过人工还是机器,无论是自动化还是非自动化的处理,都被包括在内。

(二)“个人信息处理者”概念的采用

个人信息处理的行为类型很多,如收集、存储、加工、使用、传输、转让、提供、公开等,因此也会涉及不同的主体。此时,应当如何表述这些主体,是依据不同的处理行为分别表述,还是统一采取一个主体的概念加以表述,值得研究。在我国《民法典》颁布之前,对于这些个人信息处理行为的主体,基本上是由各个法律从自身调整范围出发分别使用不同的名称。例如,《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》采用的是“网络服务提供者和其他企业事业单位”的表述。《网络安全法》则使用了“网络运营者”的概念(第40条至第43条)。依据该法第76条第3项,所谓网络运营者,是指网络的所有者、管理者和网络服务提供者。至于《消费者权益保护法》与《电子商务法》,又分别采用了“经营者”“电子商务平台经营者”的表述。

从比较法来看,欧盟《一般数据保护条例》统一使用的是“控制者”(controller)与“处理者”(processor)这两个概念。依据该条例第4条第7项与第8项的定义,控制者是指能够单独或者与他人联合决定个人数据的处理目的与处理方法的自然人、法人、公共机构、代理人或者其他组织;所谓处理者,是指为控制者处理个人数据的自然人、法人、公共机构、代理人或者其他组织。作此区分的理由在于:数据的控制者决定的是数据处理的目的和方法等重大问题,而数据的处理只是技术行为,数据控制者可以自行处理,也可以委托他人处理。在后者的情形中,就发生了数据控制者与处理者的分离,当然适用于数据控制者的规范在很大程度上也都适用于数据处理者。^[20]日本法上使用的是“个人信息处理业者”的概念,依据2017年新修订的日本《个人信息保护法》的规定,“个人信息处理业者”是指,已经将个人信息数据库等供业务使用者,但是不包括国家机关、地方公共团体、独立行政法人以及地方独立行政法人等。^[21]我国台湾地区的“个人资料保护法”也没有使用专门的概念来称呼个人信息保护的义务主体,而是将侵害个人信息的主体分为两类,即“公务机关”(即依法行使公权力之中央或地方机关或行政法人)与“非公务机关”(即公务机关之外的自然人、法人或其他团体),分别对这两类主体对个人资料的收

• 343 •

[20] 参见京东法律研究院:《欧盟数据宪章:〈一般数据保护条例〉GDPR评述及实务指引》,法律出版社2018年版,第93页。

[21] 参见张红:《大数据时代日本个人信息保护法探究》,载《财经法学》2020年第3期。

集、处理、使用作出了规范并施加了不同的法律责任。

在我国《民法典》编纂过程中，多数说认为，无需根据不同的加害环节来对侵害个人信息的责任主体使用不同的称谓，而应采用统一的概念。但是，究竟使用何种概念，又有不同的看法。一种观点主张借鉴欧盟的做法，采用“信息控制者”或者“数据控制者”的表述，例如，全国信息安全标准化技术委员会起草的《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273—2017）就使用了“个人信息控制者”的概念，并将之界定为“有权决定个人信息处理目的、方式等的组织或个人”（第3.4条）。该观点被《民法典人格权编草案》（第三次审议稿）以及2019年12月审议的《民法典草案》所接受（该草案第1036条、第1038条）。另一种观点则主张采取“个人信息持有者”的表述，公安部网络安全保卫局、北京网络行业协会、公安部第三研究所制定的《互联网个人信息安全保护指南》第3.3条将“个人信息持有”界定为“对个人信息及相关资源、环境、管理体系等进行计划、组织、协调、控制的相关活动或行为”。第3.4条将“个人信息持有者”界定为“对个人信息进行控制和处理的组织或个人”。该观点曾被《民法典人格权编草案》（第二次审议稿）所接受，其在第6章“隐私权和个人信息保护”中，使用了“信息持有者”的表述（第815、817条）。然而，《民法典人格权编草案》（第三次审议稿）改采了“信息控制者”的概念。

我国正式颁布的《民法典》采取了“处理者”的概念。这一改变的合理性在于：一方面，《民法典》统一使用了“处理”的概念来统摄围绕着个人信息开展的收集、使用、加工、传输、提供、公开等一系列行为，因此，使用“处理者”的概念来涵盖从事这些行为的所有主体（无论是国家机关还是非国家机关的企事业单位等），显然比另外使用一个“控制者”的概念更为合理。另一方面，就个人信息的“控制者”与“处理者”这两个概念而言，实际上也完全没有必要加以区分。因为无论信息控制者与信息处理者是否为同一主体，二者都负有相同的个人信息保护的法定义务，即便信息控制者与信息处理者就个人信息的实际处理行为存在相关合同的约定，也只是二者内部的法律关系而已，无法改变此种义务，统一采用“处理者”的概念更为合理。例如，现实中很多国家机关通过政府采购的方式委托一些公司企业进行相应的个人信息的收集等处理活动，此时，无论是委托的国家机关还是实际从事个人信息处理行为的公司企业，都依法负有不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息的法定义务（《民法典》第111条第2句），同时负有保护个人信息安全的义务（《民法典》第1038条）。如果是该国家机关泄露了个人信息，侵害自然人个人信息权益的，其应当承担相应的侵权责任及其他法律责任；如果是受委托处理个人信息的公司企业发生泄露或非法买卖个人信息的侵权行为的，则该公司企业应当承担侵权责任，倘若作为定作人的国家机关对定作、指示或者选任有过错的，也应当承担相应的责任（《民法典》第1193条）。

五、界定了自然人个人信息权益的内容

自然人对于个人信息享有相应的民事权益，确切地说，这种民事权益就是自然人享有防范因非法收集、处理其个人信息而使自身人身财产权益和人格尊严、人格自由遭受侵害或损害的受法律保护的人格权益。如前所述，自然人对其个人信息享有的民事权益究竟是称为“个人信息权”

抑或“个人信息权益”，并非关键，重要的是，法律上赋予自然人对个人信息享有哪些具体的权利内容以及在这种权益受到侵害时享有何种救济。我国《民法典》在考虑到《网络安全法》第43条、《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第8条既有规定的基础上，明确了自然人就其个人信息享有以下三项权能：其一，同意他人使用个人信息的权利（《民法典》第993条、第1035条）；其二，查询复制权，即自然人可以向信息控制者查阅或者复制其个人信息（《民法典》第1037条第1款第1句）；其三，更正权，即自然人发现其被合法收集的个人信息存在错误的，有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施（《民法典》第1037条第1款第2句、第1029条）；其四，删除权，即当信息控制者违反法律规定或者约定收集、处理个人信息时，自然人有权要求信息控制者及时删除该个人信息（《民法典》第1037条第2款、第1029条）。

（一）许可他人使用个人信息

依据《民法典》第111条、第1034条第1款，自然人的个人信息受法律保护。这种保护不仅仅体现在自然人的个人信息遭受侵害后，自然人有权要求侵害人承担侵权责任，如停止侵害、排除妨碍、消除危险以及赔偿损失，还包括自然人有权对其个人信息进行积极的支配和利用。由此可见，自然人完全可以在不违反法律的规定或者个人信息性质的情形下，许可他人使用自己的个人信息。当然，前提是处理者依据告知同意的规则履行了相应的义务。所谓告知同意规则，包含了告知规则与同意规则，二者紧密联系，不可分割。没有告知，自然人无法就其个人信息被处理作出同意与否的表示；即便告知了，但没有充分的、清晰的告知，自然人即便作出了同意的表示，该同意也并非真实有效的同意。同样，虽然充分、清晰的告知了，可是并未取得自然人的同意，对个人信息处理也是非法的，构成对自然人个人信息权益的侵害。

• 345 •

告知同意的规则是世界各国个人信息保护立法中所普遍确立的一项基本规则，该规则被认为奠定了个人信息处理的正当性与合法性的基础。到目前为止，绝大多数国家的个人信息保护立法都明确规定了告知同意规则。例如，欧盟《一般数据保护条例》明确规定：“处理个人数据之前应征得数据主体的同意，通过清楚明确的行为自愿表明同意对其个人数据进行处理，例如，通过书面陈述（包括电子形式）或者口头声明。同意方式可以包括在浏览网页时在方框里打上钩，对信息社会服务进行技术设置或者以其他陈述或行为清楚表示接受对其个人数据的处理。因此，默示、预选方框或者不作为不构成同意。同意范围应当包括所有基于同一目的或者同一类目的而进行的数据处理活动。当数据处理活动存在多种目的时，每项目的都应当征得同意。如果数据主体是基于电子形式的请求而作出的同意，请求应清晰、简洁且不影响所提供服务的使用。”该条例第6条明确将数据主体同意其个人数据为一个或多个特定目的的处理作为处理视为合法的情形之一，且在第7条以下，对同意的要件、关于信息社会服务适用于儿童时的同意条件以及进行特殊类型的个人数据处理时的同意要件作出了详细的规定。再如，日本《个人信息保护法》第16条第1、2款规定：“个人信息处理业者不得未事先取得本人的同意，而超出达到依照前一条的规定所特定的利用目的所必要的范围，处理个人信息。个人信息处理业者在因合并或其他事由而从其他个人信息处理业者处承受业务并取得个人信息后，不得未事先取得本人的同意，而超出达到业务承受前该个人信息的利用目的所必要的范围，处理个人信息。”我国台湾地区“个人资料保护法”第7条规定：“第十五条第二款及第十九条第一项第五款所称同意，

指当事人经搜集者告知本法所定应告知事项后，所为允许之意思表示。第十六条第七款、第二十条第一项第六款所称同意，指当事人经搜集者明确告知特定目的外之其他利用目的、范围及同意与否对其权益之影响后，单独所为之意思表示。公务机关或非公务机关明确告知当事人第八条第一项各款应告知事项时，当事人如未表示拒绝，并已提供其个人资料者，推定当事人已依第十五条第二款、第十九条第一项第五款之规定表示同意。搜集者就本法所称经当事人同意之事实，应负举证责任。”

我国《民法典》之所以在个人信息保护制度中要以告知同意规则作为基本的规则，原因就在于自然人对其个人信息享有受到法律保护的民事权益，没有得到自然人的同意而处理其个人信息就是对个人信息权益的侵害行为，具有非法性。自然人针对个人信息享有的民事权益决定了自然人可以处分其个人信息，包括许可他人收集、存储、使用、加工、传输、提供或公开其个人信息。在现代网络信息社会，告知同意规则面临着很多的挑战，^{〔22〕}甚至在实践中，自然人客观上往往很难拒绝个人信息被处理。在很多时候，信息处理者给自然人的只有留下或离开两个选项，即：要么同意被收集个人信息，就能留下来，使用相应的产品或接受服务，生活变得更方便快捷；要么拒绝被收集个人信息，则无法使用产品或服务，只能离开。此外，由于信息处理者将告知的内容置于冗长的隐私政策当中，导致用户实际上几乎不会真正去阅读或真正了解这些隐私政策，故此有观点认为，建立在告知同意规则基础上的个人信息或个人数据保护和治理的框架是不科学的，也是无效的，而且还会阻碍数据的流转和信息的流动。^{〔23〕}

笔者认为，上述观点是片面的，因为它们只看到了问题的一个方面，就轻率地认为告知同意规则失去其意义，甚至认为自然人对个人信息处理的同意不再是个人信息处理的正当性基础。^{〔24〕}首先，告知同意规则在具体适用中的困难并不能改变该规则所蕴含的精神实质，即自然人有权决定对自己个人信息的处理，信息的流动或者利用必须在尊重个人信息权益的前提下进行，二者应当实现协调。取消告知同意规则，势必使得自然人对其个人信息完全失去控制力，自然人针对其个人信息的民事权益也不复存在。其次，告知同意规则的重心不在于用户是否真正了解个人信息处理的目的、方式或范围等，而在于建立了处理个人信息的行为的合法性基础。无论信息处理者在告知同意规则中使用如何复杂冗长甚至含混的表述，也无论个人信息被处理的自然人是否实际阅读或理解了告知的内容，只要围绕个人信息处理发生了纠纷，那么在法院裁判案件时首先要审查的就是个人信息处理者是否按照法律的规定履行了告知同意规则的要求，这对于保护自然人是非常有利的。处理者遵循了告知同意的规则，并不意味着处理者的所有处理行为就一定是合法的，因为处理行为中仍然可能出现各种违法或者违约的情形。但是，如果处理者没有遵循该规则且没有法律或者行政法规的特别规定，则该处理行为一定是非法的。再次，告知同意规则也为个人信息保护机构对其适用进行监管提供了正当性基础，因为这种监管的目的在于保护广大自然人的个人信息权益，具有充足的正当性。实际上，通过各种方法来确保告知同意规则真正得到落实，正是个人信息保护机构的重要职责，由此产生的各种问题应当依靠个人信息处理者的自律行

〔22〕 参见万方：《隐私政策中的告知同意原则及其异化》，载《法律科学》2019年第2期。

〔23〕 参见前引〔20〕，京东法律研究院书，第51-52页。

〔24〕 参见任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，载《政治与法律》2016年第1期。

为、监管者的监管措施以及自然人针对信息处理者的民事诉讼（及公益诉讼）三者共同加以解决。

（二）查阅和复制个人信息的权利

我国《民法典》第1037条第1款第1句明确规定了自然人针对信息处理者享有依法查阅或者复制其个人信息的权利。该权利是自然人个人信息权益的重要组成部分。一方面，如果不能查询或者复制其个人信息，则自然人在其个人信息被合法收集后就完全丧失了对个人信息的控制力，处理者究竟收集了多少自己的个人信息，这些被收集的个人信息是否符合法律规定或者约定，自然人将完全不清楚，谈何行使《民法典》第1037条第2款规定的删除权。另一方面，如果没有查阅、复制个人信息的权利，自然人无法知悉其被收集的个人信息是否有误，也就难以在发现错误后，依据《民法典》第1037条第1款的规定，提出异议并请求处理者及时采取更正等必要措施。故此，法律上有必要赋予自然人以查阅和复制个人信息的权利，以确保自然人对其个人信息享有知情权并保持应有的控制，避免因非法收集、处理而致其人身财产权益遭受侵害。

《民法典》第1037条第1款对自然人查阅或者复制其个人信息的权利的规定属于一般性规定，也就是说，凡是《民法典》和其他法律没有特别规定的，都适用本条。有特别规定的，则适用相应的规定。在我国《民法典》中，对自然人查阅或复制其个人信息的权利的特别规定有两处：

一是对不动产登记资料的查询复制权的规定。《民法典》第218条规定：“权利人、利害关系人可以申请查询、复制不动产登记资料，登记机构应当提供。”不动产登记资料主要就是指不动产登记簿以及登记原始资料，其上记载的信息不仅包括了自然人的个人信息还包括其他信息。由于不动产登记资料所包含的财产状况属于自然人的敏感信息，故此法律上对于查询、复制不动产登记资料有相应的限制，只有权利人、利害关系人可以查询、复制包含了个人信息的不动产登记资料。其他的民事主体所能够查询复制的信息只限于不包含个人信息的登记资料。例如，《不动产登记资料查询暂行办法》第21条规定：“有买卖、租赁、抵押不动产意向，或者拟就不动产提起诉讼或者仲裁等，但不能提供本办法第二十条规定的利害关系证明材料的，可以提交本办法第八条规定材料，查询相关不动产登记簿记载的下列信息：（一）不动产的自然状况；（二）不动产是否存在共有情形；（三）不动产是否存在抵押权登记、预告登记或者异议登记情形；（四）不动产是否存在查封登记或者其他限制处分的情形。”

二是对信用评价的查询权的规定。《民法典》在第1029条第1句规定了“民事主体可以依法查询自己的信用评价”。这是因为，信用评价对于民事主体的社会交往、生产生活具有重大的影响，因此即便是有权对他人进行信用评价的主体，其对他人进行信用评价的结果和依据也必须供被评价主体查询，被评价主体对此享有知情权，否则就会损害民事主体的合法权益。虽然自然人的信用信息也属于个人信息，关于自然人与征信机构等信用信息处理者之间的关系也适用《民法典》关于个人信息保护的规定，但是，我国《民法典》将信用纳入名誉的范畴（第1024条第2款），通过名誉权加以保护，故此，《民法典》第1029条第1句中查询权是基于名誉权而产生的。此外，该句中有权查询的是民事主体，既包括自然人，也包括法人、非法人组织。但是，《民法典》第1037条第1款规定的查询权是个人信息权益的内容，而且有权查询的只是自然人，不包

括法人、非法人组织。

当然,《民法典》第1037条第1款只是确立了自然人查阅或者复制其个人信息的权利,其具体的行使程序等,还需要由未来的《个人信息保护法》等法律法规作出更加细化的规定。例如,信息处理者应当以何种方式为自然人的查询、复制提供便利(如能否收取相应的费用抑或免费)?如果处理者拒绝自然人的查询请求,自然人可获得何种救济?这些问题都需要法律法规的进一步规定。其中有些问题还存在比较大的争议。例如,关于信息处理者拒绝自然人查阅其个人信息时,^[25]自然人可以向法院提起诉讼的问题,一种观点认为,如果仅仅是为了查询或者复制个人信息就到法院起诉,可能会造成诉讼爆炸,给法院增加很多工作量。另一种观点认为,查询或者复制个人信息本来就是法律赋予自然人的权利,如果该权利受到侵害却无法得到司法救济,还不如不规定。况且,很多时候查阅、复制个人信息对于自然人其他权益的维护也是非常重要的。因此,应当给予支持。对此,笔者认为,自然人依法享有查阅或者复制其个人信息以及在发现信息有错误时要求更正的权利,但原则上必须是先向信息控制者提出请求且被无正当理由加以拒绝后,才能提起诉讼,否则容易导致自然人滥用该权利给信息控制者增加负担。^[26]

关于自然人查阅、复制其个人信息的权利中,有一个值得讨论的问题,即该权利是否包含了个人数据的可携带权或者是否可以从其中解释出该权利。个人数据的可携带权是由欧盟《一般数据保护条例》首次提出的,它是指自然人对于其同意处理者处理的数据化形式承载的个人信息即个人数据,享有要求该处理者以结构化的、通用的、机器可读的、能共同操作的格式形式加以提供的权利,自然人可以将该个人数据转移给其他的信息处理者。在我国《民法典》编纂之前,就是否应当规定个人数据的可携带权,已经存在很大的争论。^[27]一种观点认为,此种查阅和复制个人信息的权利并不包含个人数据可携带权,我国法律上也不应当赋予自然人以数据可携带权。因为规定数据可携带权不仅会极大地增加企业的经营成本,技术实现上存在很大的难度,而且也会导致企业的竞争优势丧失,毕竟个人信息是网络企业取得竞争优势的很重要的资产。此外,规定数据可携带权还将引起各个企业之间以此为工具抢夺数据,存在不正当竞争的风险。^[28]另一种观点认为,个人数据的可携带权体现了自然人对其个人信息或个人数据的支配性,是个人信息权益的重要组成部分。如果不规定数据可携带权,则很容易使个人信息或个人数据领域形成垄断,容易扼杀新型的网络企业的发展,不利于维护市场的公平竞争。^[29]目前,我国司法实践中

[25] 《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273—2020)第8.1条的注认为,如果自然人提出查询的个人信息并非是其主动提供的个人信息时,个人信息控制者可在综合考虑不响应请求可能对个人信息主体合法权益带来的风险和损害,以及技术可行性、实现请求的成本等因素后,作出是否响应的决定,并给出解释说明。

[26] 例如,我国台湾地区“个人资料保护法”第14条就规定:“查询或请求阅览个人资料或制给复制本者,公务机关或非公务机关得酌收必要成本费用。”这样的规定可以防止滥用查询权而给处理者增加不必要的负担。

[27] 不仅就自然人对其个人数据是否享有可携带权的问题存在争论,就个人账户、邮箱、微信中的个人数据是否可以继承的问题,也存在很大的争论。

[28] 参见前引[20],京东法律研究院书,第64页。

[29] 赞同规定可携带权的观点可参见刘云:《欧盟个人信息保护法的发展历程及其改革创新》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2017年第2期;前引[4],叶名怡文。

已经出现了涉及该问题的案件。^{〔30〕}

笔者认为,从《民法典》第1037条第1款的规定来看,自然人复制其个人信息的权利可以解释出自然人享有个人数据的可携带权。这是因为,首先,既然自然人有权复制其个人信息,与之相对应的就是处理者应当提供该自然人个人信息的副本,此种副本的形式包括纸质的,也包括电子的,而电子的个人信息就是个人数据,其应当是结构化的、通用的、机器可读的,否则复制的意义就不存在了。其次,《民法典》第992条规定:“人格权不得放弃、转让或者继承。”自然人对其个人信息享有的民事权益虽然没有被明确界定为人格权,但是其属于人格权益是非常明确的。自然人可以许可他人使用其个人信息,而这种许可并不导致自然人转让了其个人信息权益。故此,自然人虽然同意处理者处理其个人信息,但并不因此丧失对其个人信息的支配。否则,如何维护自然人的人格尊严和自由?自然人查阅、复制其个人信息以及要求更正和删除的权利,不仅是不能转让、继承的,也是不能预先抛弃的,个人数据的可携带权包括查阅、删除、更正等权利,不能转让,也不能预先抛弃。^{〔31〕}再次,规定个人数据的可携带权对于维护数字经济时代的竞争是有必要的,那种认为规定了个人数据可携带权就会导致利用该权利来进行不正当竞争的观点是片面的。在竞争中,网络企业等数字经济主体当然可以竭尽全力去吸引用户,将其在某个网络企业中的个人数据转移到自己这里来,这种竞争行为当然必须是合法的。如果是不正当竞争,自有《反不正当竞争法》加以规制。不能因为存在有人利用可携带权来进行不正当竞争的可能,就反对这种权利本身。

(三) 针对错误信息的提出异议及要求采取更正等必要措施的权利

依据《民法典》第1037条第1款第2句,自然人发现信息有错误的,有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施。《网络安全法》第43条也规定,个人发现网络运营者收集、存储的其个人信息有错误的,有权要求网络运营者予以更正,网络运营者应当采取措施予以更正。这就是对自然人的更正权的规定。个人信息在收集后要进行处理,如存储、使用、加工、传输、共享等,因此一旦个人信息错误而不能及时更正,就会对自然人产生不利的影响,如基于此种错误的个人信息进行信用评价包括自动化决策,会对自然人的民事权益造成损害。故此,法律上允许自然人在发现个人信息有错误后予以更正。所谓更正,既包括对不符合事实的错误信息予以正确化,也应当包括对不完整的个人信息予以补充。当然,信息控制者在收到自然人的更正请求后,应当对个人信息予以核实,并及时更正(包括补充)。自然人在行使《民法典》第1037条第1款第2句规定的权利时,应当提出相应的证据证明个人信息确实存在错误,否则信息处理者难以进行更正。至于信息处理者何时进行更正才是“及时”,需要根据不同类型的网络服务而区分对待。

〔30〕 腾讯和抖音就用户头像和昵称的归属所发生的争议就涉及用户个人是否享有个人数据的可携带权的问题。相关评论参见包晓丽、熊丙万:《通讯录数据中的社会关系资本——数据要素产权配置的研究范式》,载《中国法律评论》2020年第2期;湛嘉妮:《我的数据谁做主?——基于“头腾之争”对个人数据可携带权与企业数据权边界的研究》,载《互联网天地》2019年第6期。

〔31〕 对此,我国台湾地区“个人资料保护法”第3条有明确的规定:“当事人就其个人资料依本法规定行使之下列权利,不得预先抛弃或以特约限制之:一、查询或请求阅览。二、请求制给复制本。三、请求补充或更正。四、请求停止搜集、处理或利用。五、请求删除。”

《民法典》第1037条一般性地规定了自然人发现个人信息错误，有权提出异议及要求采取更正等必要措施的权利，在法律没有特别规定时，这一规定可以普遍适用于自然人的个人信息出现错误而需要更正的情形。所谓特别的规定，如《民法典》第1029条规定了民事主体发现信用评价错误时，有权提出异议并请求采取更正、删除等必要措施。此种采取更正删除等必要措施的权利是基于名誉权产生的，权利主体不限于自然人，还包括法人、非法人组织。

（四）删除个人信息的权利

删除权也是未来更好地保护自然人对个人信息享有的利益而做出的规定，《民法典》第1037条第2款和《网络安全法》第43条规定了删除权行使的具体情形，即：其一，信息处理者违反法律、行政法规的规定处理其个人信息的；其二，信息处理者违反双方的约定使用其个人信息的。在这两种情形下，自然人有权请求处理者删除这些个人信息，否则就等于认可了此等违法或违约行为的存在，承认了处理者有权侵害自然人的个人信息。这两种情形可以说涵盖了需要删除个人信息的全部情形。当然，删除权中的很多具体问题，《民法典》不可能逐一规定，也没有必要逐一规定，而应交由《个人信息保护法》等法律法规和国家标准相应的予以明确即可。例如，所谓删除究竟是指无法在线访问，还是包括在物理上将个人信息删除掉；^{〔32〕}自然人撤销此前对处理者所作出的处理其个人信息的同意，是否需要删除等等。

作为自然人个人信息权益内容的删除权与网络侵权中的“通知删除规则”是不同的。我国《民法典》第1194-1197条对网络侵权行为作出了规定，其中确立的一项最基本的规则就是所谓“通知删除规则”。该规则来自于美国法上的避风港规则，其有效地协调了民事权益保护与网络活动自由的保障二者之间的关系。申言之，一方面，在网络用户利用网络服务实施侵权行为时，无论是从最有效的预防制止侵权行为的角度，还是基于报偿原理等公平正义的考虑，网络服务提供者都应当尽到相应的注意义务，而不能无动于衷，任由网络用户利用网络服务实施侵权行为。另一方面，直接实施侵权行为的是网络用户而非网络服务提供者，不能对网络服务提供者提出过高的要求，让网络服务提供者对任何利用其网络服务实施的侵权行为都要负责显然是不公平，违反了自己责任的精神，不利于保障合理的行为自由，促进网络产业的发展。故此，《民法典》第1195条与第1196条确立了通知删除规则，通过该规则，既可以使得网络服务提供者在接到权利人的有效通知后及时制止网络用户的侵权行为，从而无需向权利人承担侵权责任，又可以避免网络服务提供者不合理地采取措施损害网络用户的合法权益，以至于向网络用户承担责任。因此，通知删除规则也被称为“避风港规则”。

在网络用户利用网络侵害自然人的个人信息时，被侵权人当然有权依据《民法典》的上述规定通知网络服务提供者采取删除等必要措施，那么，这里的“删除”与《民法典》第1037条第2款规定的“删除”有何区别呢？笔者认为，二者虽然都有删除的表述，但属于不同的规则，其具体区别表现在：首先，性质不同。《民法典》第1037条第2款规定的是作为自然人的个人信息权益内容之一项权能的删除权，该权利适用于所有的个人信息处理者，无论其是否为网络服务提供

〔32〕《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020）第3.10条规定：“在实现日常业务功能所涉及的系统中去除个人信息的行为，使其保持不可被检索、访问的状态。”

者。但是,《民法典》第1195条规定的删除则是法律施加给网络服务提供者预防和制止网络侵权行为的一项义务,仅适用于网络服务提供者。其次,适用条件不同。依据《民法典》第1037条第2款,删除权的行使要件为“自然人发现信息处理者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、处理其个人信息”,即信息处理者存在违法处理个人信息或违反约定处理个人信息的行为,故此自然人有权行使删除权。而通知删除规则是因为有网络用户利用网络服务实施了侵权行为,而权利人通知网络服务提供者采取删除等必要措施,网络服务提供者本身并未直接从事对权利人的侵权行为。再次,法律后果不同。信息处理者违反《民法典》第1037条第2款的规定拒绝自然人的删除请求的,则自然人有权依法提起诉讼,请求法院判决处理者履行删除义务,如果因为没有及时删除而造成损害的,有权要求信息处理者承担赔偿责任。然而,网络服务提供者在接到权利人的通知后没有及时采取删除等必要措施的,依据《民法典》第1195条第2款,网络服务提供者就要就损害的扩大部分与实施侵权行为的网络用户承担连带责任。此外,自然人行使作为个人信息权益的权能的删除权,不存在因错误行使该权利而承担赔偿责任的问题,但是,依据《民法典》第1195条第3款,因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的,发出通知的权利人应当承担侵权责任。

就《民法典》第1037条第2款规定的删除权,有一个需要讨论的问题就是应否规定被遗忘权。被遗忘权(right to be forgotten)的概念最早是由欧盟法院在2014年就西班牙发生的“冈萨雷斯诉google”案中确立的。^[33]在该案中欧盟法院认为,作为数据控制者的谷歌公司对于其处理的第三方发布的带有个人数据的网页信息负有责任,有义务将其删除。有关数据主体“不好的、不相关的、过分的”信息应当从搜索结果中删除。由此确立了欧盟法上的被遗忘权概念。此后,在2018年实施的欧盟《一般数据保护条例》中也明确规定了被遗忘权。依据该条例第17条,数据主体有权要求控制者及时删除其个人数据,同时如果数据主体已经请求这些控制者们删除相关个人数据的任何链接、副本或复制件,但数据控制者已经将个人数据公开,并且依据本条第1款有义务删除这些个人数据,那么控制者在考虑现有技术和实施成本后,应当采取合理步骤包括技术措施,通知正在处理个人数据的控制者们。

在我国也曾发生被遗忘权纠纷的案件,即“任甲玉与北京百度网讯科技有限公司名誉权纠纷案”,该案原告曾经与无锡陶氏生物科技有限公司有过合作,网上存在不少关于该合作关系的信息。原告认为,其与陶氏公司的合作已经结束,且因该公司在业界口碑不好,经常有学生退钱,故如果有学生及合作伙伴搜索其名字,从百度页面看到搜索结果会误以为其与该公司还有合作,该不良搜索结果会影响其就业、工作交流及日常生活,这样的搜索信息应当被“遗忘”,故此其要求百度公司删除这些信息。法院认为,我国现行法中并无法定称谓为“被遗忘权”的权利类型,同时,由于“涉诉工作经历信息是任甲玉最近发生的情况,其目前仍在企业管理教育行业工作,该信息正是其行业经历的组成部分,与其目前的个人行业资信具有直接的相关性及时效性;任甲玉希望通过自己良好的业界声誉在今后吸引客户或招收学生,但是包括任甲玉工作经历在内的个人资历信息正是客户或学生借以判断的重要信息依据,也是作为教师诚实信用的体现,这些

[33] 详见漆彤、施小燕:《大数据时代的个人信息“被遗忘权”——评冈萨雷斯诉谷歌案》,载《财经法学》2015年第3期。

信息的保留对于包括任甲玉所谓潜在客户或学生在内的公众知悉任甲玉的相关情况具有客观的必要性。任甲玉在与陶氏相关企业从事教育业务合作时并非未成年人或限制行为能力人、无行为能力人，其并不存在法律上对特殊人群予以特殊保护的法理基础。”〔34〕故此，任甲玉在本案中主张的应“被遗忘”（删除）信息的利益也不具有正当性和受法律保护的必要性，不应成为侵权保护的正当法益，其主张该利益受到一般人格权中所谓“被遗忘权”保护的诉讼主张，法院不予支持。〔35〕

对于我国法上的删除权是否包括被遗忘权以及有无必要单独规定被遗忘权，理论界存在很大的争议。笔者认为，在我国法上，没有必要单独规定被遗忘权，理由在于：其一，如果网络上发布的信息涉及侵害自然人的名誉权、隐私权等人格权益时，自然人基于名誉权、隐私权当然有权行使停止侵害、排除妨碍等人格权请求权，要求发布相关信息的网络用户删除该等信息，同时也有权依据《民法典》第1195条要求网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。其二，自然人如果发现信息控制者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、处理其个人信息，则依据《民法典》第1037条第2款有权请求信息控制者及时删除。这里面就包括《民法典》第1036条第2项规定的，虽然是合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外情形。应当说，上述两种情形的删除权的适用已经涵盖了全部的自然人有权要求删除个人信息的全部正当情形，除此之外，自然人已无正当的利益要求网络服务提供者或信息控制者删除相关个人信息。其三，如果允许自然人没有任何正当性理由即可要求删除相关信息，势必会出现歪曲真相、损害公众的知情权的情况，甚至构成欺骗公众的不良后果。〔36〕例如，在我国发生的“任甲玉案”中，网络服务提供者通过搜索引擎所收录的是已经合法公开的、客观真实的个人信息，这些信息通过搜索引擎再次呈现，既没有侵害原告的隐私权，也没有损害其人格尊严或妨害人格自由，故此，原告毫无请求加以删除的正当利益。然而，西班牙的“冈萨雷斯诉 google”案的情形，则有所不同。因为，该案中通过谷歌搜索冈萨雷斯全名可与其财产被强制拍卖的信息相连，在冈萨雷斯生活的区域内对其个人的生活造成了一定的困扰，涉及对其人格尊严和职业发展这一重大利益的侵害，故此，法院认为冈萨雷斯有权要求谷歌断开相关个人信息的链接是妥当的。〔37〕

六、明确了侵害个人信息的免责事由

《民法典》规定的免责事由包括不可抗力、正当防卫、紧急避险（第180-182条）。这三类免责事由适用于所有的民事责任，故此规定在《民法典》的总则编。同时，《民法典》侵权责任编还对侵权责任的免责事由作出了规定，具体包括：受害人故意（第1174条）、自甘冒险（第1176条）以及自助行为（第1177条）。上述免责事由也可以适用于侵害个人信息的民事责任。不

〔34〕 北京市第一中级人民法院（2015）一中民终字第09558号民事判决书。

〔35〕 本案二审主审法官北京市第一中级人民法院丁宇翔庭长曾详细论述其在该案中的裁判思路，诚值参考。参见丁宇翔：《被遗忘权的中国情境及司法展开——从国内首例“被遗忘权案”切入》，载《法治研究》2018年第4期。

〔36〕 参见丁宇翔：《被遗忘权法定化不利于舆论监督》，载《光明日报》2020年1月11日，第11版。

〔37〕 已有学者对此两案的不同之处作出了详细的分析，参见万方：《终将被遗忘的权利——我国引入被遗忘权的思考》，载《法学评论》2016年第6期。

过,因为正当防卫、紧急避险而侵害个人信息的情形较为少见,比较有可能的是不可抗力导致处理者所储存的个人信息丢失的情形,例如地震导致存储个人信息的设备损坏,从而使其中存储的个人信息灭失,此时处理者可以以不可抗力作为免责事由。《民法典》第1036条对侵害个人信息的民事责任的免责事由作出了特别的规定,该规定用于违约责任也适用于侵权责任。具体阐述如下:

1. 在该自然人或者其监护人同意的范围内合理实施的行为。其个人信息被处理的自然人或者其监护人的同意是个人信息处理的合法性基础,如果依法取得自然人或者其监护人的同意且在该同意的范围内实施个人信息处理行为,属于合法的个人信息处理行为,处理者自然无需承担民事责任。但是,没有取得同意或者虽然取得同意但是超出了同意的范围,如改变了同意的处理目的或处理方式等,依然构成侵害个人信息的违法行为,应当承担民事责任。

2. 合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息,但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外。这一规定来自于《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条,依据该条第1款第4项,如果网络用户或者网络服务提供者利用的网络公开的自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息是自然人自行在网络上公开的信息或者其他已合法公开的个人信息,则不构成侵权行为,不承担侵权责任。但是,依据该条第2款,如果网络用户或者网络服务提供者以违反社会公共利益、社会公德的方式公开这些个人信息,或者公开该信息侵害权利人值得保护的重大利益,权利人请求网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任的,人民法院应予支持。对于已经合法公开的个人信息,^[38]无论是自然人自行公开的还是其他已经合法公开的个人信息,原则上是可以无需告知并取得自然人的同意即能够自由进行处理,因为这有利于促进信息的流动与利用,对于网络信息社会和数字经济的发展是有利的。例如,欧盟《一般数据保护条例》第9条第2款规定,在处理被数据主体明显公开的个人信息时,不适用本条第1款禁止处理的规定。但是,如果该自然人明确拒绝对已合法公开的个人信息进行处理或者处理该信息侵害其重大利益的除外。这就是说,一方面,即便是已经合法公开的个人信息依然受到个人信息保护法的保护,自然人对这些个人信息并不因其公开而失去控制的权利,其有权拒绝他人对这些信息进行处理。另一方面,由于个人信息的保护对于维护自然人的人格尊严和人格自由具有很重要的意义,所以即便是已经合法公开的个人信息,也不得任意进行处理,如果处理该信息将侵害自然人的重大利益,也要承担民事责任。所谓“侵害自然人重大利益”的情形,是指此种处理将有害于自然人的生命、身体、自由、财产或其他重大利益。例如,通过对各种合法公开的信息的处理而对自然人进行人格画像,从而导致其在接受商品或服务的过程中遭受种族、性别的歧视等侵害人格尊严的行为,则该处理行为侵害了自然人的重大利益,是非法的。

• 353 •

[38] 所谓合法公开的个人信息有两点要求:其一,合法性,包括自然人自行公开(即行使个人信息权益而针对个人信息进行处分),也包括依据法律、行政法规的规定被公开(如法院公开裁判文书中涉及的个人信息)。其二,公开性,即个人信息被公之于众,不特定的人可以通过合法的途径收集。例如,接受记者的访问公开自己的个人信息,他人皆可通过网络搜索合法地获得。但是,如果只是在很小的亲友圈子内公开,如在微信朋友圈中公开,只有特定的人才可以获得的个人信息,不应认为是公开的个人信息。感谢熊定中律师就此问题提出的有益建议。

3. 为维护公共利益或者该自然人合法权益而合理实施的其他行为。所谓维护公共利益包括维护国家利益、社会利益等情形。例如，当大规模疫情或灾难发生时，为了疫情防控和减灾的需要对个人信息进行收集、使用等处理行为；再如，为了公共利益进行舆论监督而对自然人的个人信息进行披露的行为。所谓维护该自然人的合法权益，是指为了维护个人信息被处理者的合法权益而在不经过其本人或监护人同意的情形下处理个人信息。例如，甲突发疾病而生命垂危，急需在掌握其既往病史等个人信息的基础上进行治疗，而又无法取得其本人或近亲属的同意。此时，为了挽救甲的生命，可以实施个人信息处理行为。当然，无论是为了公共利益还是该自然人的合法权益，都必须是合理实施的行为，即不违反个人信息处理的合法、正当、必要的原则。

Abstract: Personality Rights is an independent part in China's Civil Code and based on the needs of social reality, the Civil Code establishes a personal information protection system in this part. The system's main innovations and development are: first, it clarifies the nature of a natural person's personal information rights and defines them as personality rights; second, it distinguishes private information from other personal information and clarifies the relationship between privacy protection rules and personal information protection rules in the protection of private information; third, it uses "process" to cover the relevant behavior of personal information and to achieve a comprehensive regulation of personal information collection, processing, use, disclosure and so on; fourth, it specifies the content of personal information rights which is beneficial to protecting a natural person's dignity and freedom of personality; fifth, it clarifies the exemption reasons for infringement of personal information and this will help to achieve a good coordination of rights protection and freedom maintenance.

Key Words: personal information, personality rights, private information, process, civil code

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

人脸识别技术中的个人信息保护 ——兼论动态同意模式的建构

石佳友 刘思齐*

内容提要：人脸识别技术在现有应用场景中已经被证明了其便捷性和高效性，但是，围绕该技术自身准确性、安全性、伦理性与合法性等问题的争议也从未停息。2020 年我国“人脸识别第一案”引发公众及学界关注与讨论，急需在快速扩散的技术应用中，寻找信息法益保护模式。完善人脸识别技术中个人信息保护模式的可能性如下：第一，坚持“合法、正当、必要”原则，引入“特殊审查许可”对技术适用和信息处理行为进行限制，以此作为第一道保护屏障；第二，基于准入限制，在必要技术实践中严格限制概括同意的适用范围并辅助以监管审查和退出权保障；第三，在技术日趋成熟的前提条件下，科学甄别并引入动态同意模式，以实现明确、清晰、特定且有效的同意授权，保障信息主体的合法权益。

关键词：人脸识别 生物识别信息 知情同意权 动态同意

• 355 •

一、引言

2020 年 6 月 15 日，杭州市富阳区人民法院公开审理郭兵诉杭州市野生动物园服务合同纠纷案。该案是由 2019 年杭州市野生动物园入园系统升级导致的纠纷。入园方式升级后，原告之前购买的年卡所采用的入园方式由指纹验证变更为人脸识别。原告诉称人脸信息作为敏感个人信息，对信息主体影响重大，被告就改变入园方式进行的短信、公告通知无效，且变相强制收集人脸信息，违反《消费者权益保护法》，要求动物园退还购卡费用，赔偿相关交通费用并且删除已

* 石佳友，中国人民大学法学院教授；刘思齐，吉尼斯世界纪录咨询（北京）有限公司高级经理。

本文为国家社科基金重大课题“健全以公平为原则的产权保护制度研究”（20ZDA049）的阶段性成果。

采集的信息。^{〔1〕}被告则辩称其进行的个人信息收集符合知情同意原则，因此双方服务合同依然合法有效。一审法院判决支持原告请求。^{〔2〕}虽然此案被定性为服务合同纠纷，但有观点认为这是围绕敏感个人信息处理中“告知与选择”“最小必要”和“风险评估”三大原则的争议。^{〔3〕}该案并非我国首次因人脸技术而产生争议。早在2017年，城市公共交通路口设置人脸识别查处违反交通规则人员的做法就引发了关于公共安全和公民个人隐私权如何进行价值平衡的热烈讨论。^{〔4〕}2020年底，天津市人民代表大会表决通过了《天津市社会信用条例》，其第16条禁止社会信用信息提供单位采集生物识别等信息。^{〔5〕}

国际范围内，人脸识别技术也同样争议不断。2019年5月英国南威尔士公民爱德华·布里斯奇（Edward Bridges）在英国知名人权组织的支持下，以午餐时间被人脸识别摄像头拍摄并被侵犯人格权利为由，将南威尔士警方告上法庭。2020年8月，上诉法院最终支持原告诉求，认为公共监控中使用人脸识别侵犯公民隐私权，违反《人权和基本自由欧洲公约》第8条、英国2018年《数据保护法》第64条以及2010年《平等法案》（The Equality Act 2010）第149条。^{〔6〕}随后，当地人权组织将人脸识别技术称为“具有威胁性的危险技术”，^{〔7〕}并呼吁禁止在公共领域使用该技术。在美国，脸书公司则因未经用户同意而收集、存储个人生物识别信息面临集体诉讼。^{〔8〕}在最新的动议中，脸书公司将赔偿6.5亿美金，同时应在动议获批后的180天内关闭当地人脸识别“照片标签”功能，同时删除数据库中存储的人脸图像及人脸生物识别符模板信息。在政策层面，美国多个城市政府也相继表现出对于人脸识别的犹疑和抵制态度。基于技术歧视、叠加算法偏见、隐私与自由的压迫和公权力过多的多重顾虑，2020年9月，美国伊利诺伊州斯普林菲尔德市发布市政令，暂停人脸识别在公开政务中的使用。另外，加利福尼亚州、马萨诸塞州、俄勒冈州等州所属的10个城市亦相继发布市政令，直接禁止包括警察部门在内的政府机构在辖区内公共场合使用人脸识别技术。

20世纪50年代至今，生物识别技术迅速发展。有预测数据指出人脸识别行业未来年均增速可能高达25%，其市场规模在2022年将达到约67亿元。^{〔9〕}人脸识别技术前景可观，但其风险

〔1〕 参见《国内“人脸识别第一案”在富阳法院开庭》，载微信公众号“富阳日报”，2020年6月16日。

〔2〕 参见《富法发布：原告郭兵与被告杭州野生动物世界有限公司服务合同纠纷案一审宣判》，载微信公众号“富阳法院”，2020年11月20日。

〔3〕 参见毛亚楠：《人脸识别第一案：告的是什么》，载《方圆》2019年第24期。

〔4〕 参见《人脸识别曝光闯红灯者是否涉及隐私，专家：把握尺度》，2017年6月17日，载 https://www.sohu.com/a/149740580_400941，最后访问时间：2019年5月25日。

〔5〕 参见《天津市社会信用条例》，2020年12月1日，载 <http://app.myzaker.com/news/article.php?pk=5fc607d08e9f0960b129247c&f=huangli>，最后访问时间：2021年1月30日。

〔6〕 该案首次审理时，原告诉称公共场合使用人脸识别技术侵犯隐私权，违反数据保护条例。被告辩称该技术类似公共场合拍摄或监视手段，该行为在法律框架下依然合法。最终威尔士行政高等法院女王审判庭虽然认可人脸识别技术“干扰”个体隐私权，但认为警方将该技术用于公共安全符合法律框架规定，并未支持原告诉求。

〔7〕 See Liberty, Liberty wins Ground-breaking Victory against Facial Recognition Tech, Aug. 11, 2020, available at <https://www.libertyhumanrights.org.uk/issue/liberty-wins-ground-breaking-victory-against-facial-recognition-tech/>, last visited on Oct. 12, 2020.

〔8〕 诉讼起因于脸书公司2010年推出的照片标签功能，该功能通过识别用户上传照片中的人脸“标记朋友”，未经许可为当地年满18周岁的用户开启服务，该行为被认为违反《伊利诺伊州生物隐私保护法》相关数据处理规定。

〔9〕 参见杨智杰：《人脸识别十字路口：脸的恐慌》，载《中国新闻周刊》2019年第11期。

与收益比例关系依然存疑。^[10] 人脸识别技术自身和所涉及的个人信息的特殊性,而这些特殊性则导致在技术应用过程中产生新的个人信息风险与威胁。因此,行业引领者和制度设计者应在技术发展和公民权利保护之间把握边界,^[11] 在技术应用与发展中,同时构建相对应的隐私和个人信息权益保护模式。本文将从人脸识别技术的特殊性切入,结合我国社会经济体制和技术发展环境,顺应现有的立法趋势,对比甄别域外实践经验,探寻我国人脸识别技术实践中个人信息保护的适宜路径。

二、人脸识别对个人信息保护的挑战

欧盟《互联网及移动设备人脸识别技术的意见书》(2012年)中将人脸识别技术定义为“通过自动处理包含人类面部图像的数字照片来识别、验证以及鉴别个体的技术”。美国司法部司法协助局定义该技术为“通过生物识别算法来检查和匹配自然人人脸的区别性特征的技术”,并称这项技术有助于快速识别无身份人和死者,在调查和预防犯罪活动上是“有价值的调查工具”。从技术应用场景划分,人脸识别目前主要应用于两大场景:一是政府机构进行公共管理和维护公共安全的场景;二是涉及身份认定和定制服务的多样化商业场景,包括照片分类与标签、安全访问、精准营销以及消费者服务等。在上述场景中,人脸识别技术所带来的便利性被日渐认可,但其背后的风险和隐患也逐步进入各界视野,带来重重顾虑。

第一,人脸识别技术的实践须基于拉网式的人脸信息收集,因此在收集过程中可能严重威胁个人隐私。美国学者经调查研究认为隐私权风险是人脸识别技术发展中最为核心的问题,同时在伦理、政策、安全、公平公正性方面都存在技术衍生问题。^[12] 人脸识别技术与公共监控摄像头的融合,导致公民个人“随时随地活在镜头之下”,个人行动路径和习惯偏好都可能在拉网式的人脸图像捕捉中被分析、提取和窥探。斯坦福大学有研究者曾称可通过面部特征的智能分析,判断主体的性取向,^[13] 触及个人隐私。

第二,人脸识别技术造成人身、财产以及心理上的安全隐忧。在某媒体发起的覆盖两万多人的人脸识别调查中,30.86%的受访者表示已经因为人脸信息泄露蒙受财产损失,而在“最担忧的安全隐患”中,个人行踪持续记录(54.4%)和账户盗刷导致财产受损(53.72%)仅次于“人脸信息泄露”被列为第二和第三。^[14] 通过人脸识别,被系统判断为“本人”的用户可以远程

• 357 •

[10] 参见邢会强:《人脸识别的法律规制》,载《比较法研究》2020年第5期。

[11] 参见王梓辉:《人脸识别第一案:技术滥用下的隐私之殇》,载《三联生活周刊》2019年第46期。

[12] See Lucas D. Introna, Helen Nissenbaum, Facial Recognition Technology: A survey of Policy and Implementation Issues, working paper, Center for Catastrophe Preparedness and Response, New York University, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1437730>, last visited on Feb. 17, 2021.

[13] See Lisa Ryan, Artificial Intelligence Can Tell if You're Gay or Straight from a Pic of Your Face, Scientists Say, The Cut, Sept. 8, 2017, available at <https://www.thecut.com/2017/09/artificial-intelligence-gay-straight-stanford-study.html>, last visited on May 25, 2020.

[14] 参见南方都市报个人信息保护研究中心人工智能伦理课题组:《人脸识别应用公众调研报告2020》第8-9页,载 <http://www.chuangze.cn/attached/file/20201020/20201020205632833283.pdf>, 最后访问时间:2021年2月17日。

行使访问权或者决定权，例如进出某特定空间，或进行远程金融交易等。除此之外，有学者将人脸信息称为“生物密码”，^{〔15〕}并且指出人们一旦丢失该密码，将无法通过更换来保障安全，也因此让“冒充者”有可乘之机。除了物理性的财产损失，有学者认为人的社会存在表征就是生物和哲学双重意义下的“脸”，因此脸的存在与否和人的社会存在直接相关，^{〔16〕}若人脸信息泄露并遭遇侵权，则可能造成其精神上的社会存在受到压迫。

第三，人脸识别技术为肖像权保护带来新的忧虑。有学者指出人脸识别技术在人工智能发展的推动下在各领域进入实质性应用，也将对肖像权产生新的威胁。^{〔17〕}首先，人脸识别依托于光学摄影技术，通过终端摄像头拍摄人脸照片并进行快速识别。随着技术的发展，不同拍摄环境对于镜头精确度的影响日益降低，对人脸肖像的提取和利用的门槛也随之降低。其次，人脸识别需要存储大量人脸图像或人脸生物识别符作为数据库进行后续识别比对，因此若人脸数据库遭遇泄露并用于技术深度伪造，其所造成的安全危害将无法预估。

第四，人脸识别算法可能造成自由危机。现如今，自动化技术和人工智能依然无法完全去除人工干预的痕迹，且在智能算法自动累积学习中，人的主观选择效应将被无限次叠加，从而引发“标签化”的歧视问题。从法理学视角出发，有学者认为“技术挤压自由”，技术便利性的强化将提高人类对技术判断的依赖性，从而潜移默化地逐步挤压自由，导致人性中的模糊状态异化为“好”与“坏”的两种极端选择。^{〔18〕}基于我国公众普遍对公权力更为信任、对权威更为认可的这一社会心理特点，当技术结合公权力之后，这种挤压将更加明显。

为了进一步探寻人脸识别技术中的个人信息保护路径，做到有的放矢，应明确技术应用中个人信息风险的特殊性：

第一，人脸信息具有特殊属性。人脸信息属于活体数据，^{〔19〕}来源于自然人身体，具有直接识别性、独特性、唯一性，极难变更或替代。相较于指纹或声纹等需要主体配合才能够采集的其他生物识别信息，人脸不可藏匿，“随身携带”且极易采集。^{〔20〕}同时，人脸信息一定程度上可以关联到特定自然人的既往社会评价、名誉等人格利益，若遭遇泄露或冒用，则可能影响其在社会生活中的自由，且该影响在互联网时代犹如现代“刺黥”^{〔21〕}，极难褪色消逝。2018年人工智能报告^{〔22〕}显示出在广泛的人脸识别应用中，若是将数据主体根据“兴趣”进行分类，衍生出特定

〔15〕 参见高富平：《人脸识别的法律风险和规制》，2019年9月18日，载 https://www.sohu.com/a/341722243_289260，最后访问时间：2020年8月9日。

〔16〕 参见袁治杰：《网络时代〈民法典〉对脸的保护》，2020年7月1日，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_8070851，最后访问时间：2020年8月9日。

〔17〕 参见王利明：《人工智能时代对民法学的新挑战》，载 http://iolaw.cssn.cn/fxyjdt/201805/t20180516_4659264.shtml，最后访问时间：2020年8月29日。

〔18〕 参见《“人脸识别的运用与滥用——比较法上的回应”学术沙龙顺利举行》，载微信公众号“大数据和人工智能法律研究院”，2019年10月31日。

〔19〕 参见刘权：《警惕人脸识别技术的风险》，载《学习时报》2019年10月16日，第A2版。

〔20〕 参见前引〔10〕，邢会强文。

〔21〕 参见《别把人脸识别技术搞成现代“刺黥”》，2019年10月30日，载 https://m.thepaper.cn/baijiahao_4816253，最后访问时间：2019年10月30日。

〔22〕 See AI Now Report 2018, also see online archive of AI Now Institute, available at https://ainowinstitute.org/AI_Now_2018_Report.pdf, last visited on Oct. 30, 2019.

个体标签,将直接导致背负标签的主体面临特殊对待或过度监控的问题。

第二,无接触信息采集中的知情同意障碍。人脸识别技术中的信息采集以摄像头自动拍摄为手段,不需要信息主体主动接触采集设备。因此,在整个采集过程中,被采集对象往往毫无察觉,从而错失判断风险并明确表达同意或拒绝的机会。同时,现有人脸识别服务存在“使用即同意”的乱象,例如某公共查询平台将人脸识别设置为“唯一”的识别方式,导致信息主体因需要选择服务而不得不同意。

第三,“同意”边界模糊且范围不明,导致人脸信息泄露后溯源无门。在现有人脸识别用户服务协议文本调查中,不少人脸识别服务协议中均约定了向“相关第三方”传输人脸图像用于比对识别。但是,该第三方身份通常无从知晓,仅仅以“相关性”进行约束,极可能导致人脸图像经过多次传输后无迹可查,无从溯源。以新型冠状病毒肺炎疫情防控初期实践为例,基层管控多处应用了人脸识别技术采集公民人脸,而后网络人脸“黑市”就随之出现,数千张戴口罩和不戴口罩的人脸照片被廉价出售,但是,这些人脸图像的源头却不得而知。

第四,技术滥用导致管制缺席。新技术如同“诱人的魔盒”,诱使各领域跃跃欲试:从校园管理到公共洗手间的厕纸取用,从线上账户登录查询到线下垃圾分类,包裹着“黑科技”或者“智慧”外衣的人脸识别技术,无限制地在各种场景下被推广使用,而这些使用场景是否符合信息处理的合法性、正当性和必要性,是否存在合理监管路径,依然存在巨大疑问。

第五,事后救济效力存在局限性。万物互联以及技术仿冒导致人脸信息的侵权结果扩散极快,极难恢复如初。同时,由于技术和信息的不对等地位,公民个人极易因为缺乏专业技术知识而维权困难。^[23]另外,现有侵权赔偿救济模式的震慑效力仍然有待检验。值得注意的是,立法机关于2020年10月公布的《个人信息保护法(草案)》中规定了违法处理个人信息的法律责任,除勒令整改之外,还规定了违法处理者100万以下以及主管人员1万到10万人民币的处罚额度,情节严重时处罚额度最高可达非法所得的5%。同时,信息主体可根据实际损失或信息处理者违法营业额百分比请求赔偿,并允许在无法计算时由法院行使自由裁量权。^[24]虽然现有草案通过提高违法成本对违法信息处理行为予以威慑,但是,从人脸识别行业现有规模来说,100万处罚额度是否具备足量的威慑力,是否能够有效阻止处理者因利益而“铤而走险”,尚且存疑。

• 359 •

三、人脸信息保护的现行法律框架

在2021年起正式施行的《民法典》中,“个人信息保护”与“隐私权”并列作为第四编第六章的主要内容,其通过固定的法律条款明确了个人信息定义、保护原则以及相关主体权利。2020年10月公开征求意见的《个人信息保护法(草案)》进一步区分一般个人信息和敏感个人信息,并分别对两类信息处理过程中涉及的处理者义务、主体权利以及责任部门都作出了具有针对性的

^[23] 参见张延来:《“人脸识别第一案”一审宣判,听听原告代理律师谈人脸识别技术与法律的细节》,载微信公众号“网络法实务圈”,2020年11月20日。

^[24] 《个人信息保护法(草案)》第62条规定了违法处理个人信息或未采取必要安全措施的法律后果,以及情节严重的责任;第65条规定了信息主体因个人信息被非法处理而产生的求偿权。

规定。同时，草案顺应时代需求，体现出对于个人信息流动必要性的认可，并以尊重信息流通需求、实现信息价值和保障合理合法利用为立法目的，充分体现了我国在个人信息保护领域的积极主动态度和未来立法趋势。

（一）人脸信息保护具备明确的法律基础

《民法典》第1034条第2款从信息记录形式、可识别属性两个角度定义个人信息，且明确罗列出“生物识别信息”属于个人信息，肯定其受保护的法律地位。但是，《民法典》并未进一步细化“生物识别信息”的定义。其他现行法律包括《消费者权益保护法》和《网络安全法》，对于生物识别信息均未做出明确的定义。从文义解释来看，生物识别信息应解释为生物活体上足以识别特定主体的信息。全国信息安全标准化技术委员会在2019年6月公开发布的《信息技术安全技术生物特征识别信息的保护要求》征求意见稿中，将生物识别信息定义为“生物特征样本、特性、特征模型、性质以及原始描述数据的识别特征，或上述数据的聚合”^[25]。人脸信息来自活体，且作为原始生物特征具有识别性，符合该生物识别信息定义。

《民法典》第1034条第2款强调个人信息的“特定自然人的可识别性”。根据现有规定，具备“可识别性”的生物信息才符合保护对象的界定，反之，倘若人脸图像在经过模糊或遮挡处理，抑或是图像数字编码处理之后，则因丧失可识别性可能无法受到保护。这其中依然存在隐患：一是技术的流动性和发展变迁将导致当下无法被识别的人脸在未来有可能被新技术破译，恢复其可识别性；二是大数据共连的环境下，原本丧失识别性的信息，再次结合位置、行踪或者其他信息之后，可能重新具备整体识别性，足以指向特定自然人。

相较之下，欧盟和美国对于生物识别信息的定义则更为具体，且人脸信息均被明确纳入生物识别信息范畴。欧盟《通用数据保护条例》（英文简称“GDPR”）第4条第14款将“生物识别数据”定义为“对自然人的物理、生物或行为特征进行特定技术处理后所得到的具备识别性的个人数据”，例如人脸图像或指纹数据。美国《加利福尼亚州消费者隐私保护法案》（英文简称“CCPA”）将“生物识别信息”定义为个人“生理、生物或行为上的特征”，包括脱氧核糖核酸序列等一切可以单独或结合其他信息识别特定个体的信息。^[26]美国《伊利诺伊州生物信息隐私法案》（英文简称“BIPA”）将“生物识别信息”直接概括定义为具有“个人生物识别标识符”的任何信息，^[27]并以反例形式列举出不包含在“生物识别信息”里的信息种类。由此可见，美国从生物识别信息的定义上趋于囊括尽可能多的生物特征及相关数据，在实践中可以帮助执法者快速判断涉案数据是否属于生物识别数据，从而援引相关的保护性规定。

（二）人脸信息作为敏感信息进行特别保护的立法趋势

《民法典》对私密信息进行了“隐私权+个人信息”的双重保护，这被认为是“权利+利益”的二元保护模式。《民法典》第1034条第3款规定：“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权

[25] 《信息技术安全技术生物特征识别信息的保护要求》征求意见稿第3.1.4条采用了“生物特征识别数据”这一说法，并在第3.1.3条定义“生物特征”为可检测到的个体生理或行为特征，并可以从中提取可识别、可重复的特征，以便自动识别个体。

[26] See SB-1121 California Consumer Privacy Act of 2018, SEC. 9. Section 1798. 140 (b).

[27] See 740 ILCS 14/Biometric Information Privacy Act, Sec. 10.

的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。”按照这一规定，私密信息首先适用隐私权保护的规定。这些规定包括：第1032条第2款规定的“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息”；第1033条规定的“除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施下列行为……（五）处理他人的私密信息……”。根据《民法典》前引条款，仅在上述隐私权规定无法适用的时候，方可适用个人信息保护的有关规定。这一做法可以理解成，对于私密信息应优先适用隐私权的规定，类似于特别法，因为隐私权是《民法典》明确承认的“民事权利”类型，而个人信息保护由于未明确使用“权利”措辞，属于法律所保护的“利益”范畴，所以其规则属于普通法。这一做法正好与比较法上以隐私权涵盖个人信息的通例相反，具有独特性。^{〔28〕}第1034条第3款在解释上的困惑在于，“没有规定”究竟是指隐私权保护范围未能涵盖（即可能存在隐私权范围以外的私密信息），还是指隐私权保护手段方面没有规定（即存在隐私权保护方式无法保护的私密信息）。但不难理解的是，此种保护模式可能并非最适宜的方式。^{〔29〕}就信息特性而言，人脸信息并非不愿为人所知的信息，对周围的人来说也不具备足以比肩隐私的私密性（当然，对于陌生人具有一定的私密性）。在实际社会生活中“人脸”作为公民社会交往的“活体名片”，具备生理和心理的双重属性，蕴含丰富的非语言情感信息，^{〔30〕}承载了对应主体的既往社会评价、信用评分，以及人格尊严。因此，人脸信息应属于“并不私密但却敏感”^{〔31〕}的信息，如果简单适用一般类型的个人信息保护规则，则可能导致保护不力，致使信息主体权益遭受侵害。

值得注意的是，《个人信息保护法（草案）》摒弃了“私密信息”这一外延高度不确定的概念，转而采取了“一般信息—敏感信息”的分类方式，其第2章第2节明确以“敏感个人信息的处理规则”为标题，并且在第29条中明确列举个人生物特征属于敏感信息。相较而言，“敏感信息”的概念内涵更为明确具体（如种族、政治与宗教信仰、生物识别信息、健康信息、性取向等）；而“私密信息”在边界上则较为模糊，可涵盖所有未公开的个人信息，包括在特定范围内（如家庭成员、朋友间）分享的所有信息。从客体范围的确定性角度来看，《个人信息保护法（草案）》的做法似更可取。另外草案中第27条针对公共场所的图像采集、身份识别设备的规定，可以直接关联到人脸识别技术，足见草案对于这一特殊信息处理技术的关注和区别性规制。

对比国外现有规则，生物识别数据由于其特殊性，一致地被作为特殊数据予以单独保护。GDPR第9条第1款将生物识别数据列为特殊类别的个人数据之一，规定在通常情况下禁止处理。美国在人脸信息保护领域制定专项规范，例如BIPA中针对私人实体进行人脸数据处理提出特殊要求，同时美国信息技术与创新基金会在针对联邦数据隐私法案的建议中也明确将生物识别数据列为敏感数据。^{〔32〕}

〔28〕 参见石佳友：《〈民法典〉：网络安全制度创新的新里程碑》，载《中国信息安全》2020年第10期。

〔29〕 参见潘林青：《我国个人敏感信息的界分基础及其立法表达——兼评民法典（草案）第一千零三十四条》，载《北京邮电大学学报》（社会科学版）2020年第2期。

〔30〕 参见郭春镇：《数字人权时代人脸识别技术应用的治理》，载《现代法学》2020年第4期。

〔31〕 前引〔29〕，潘林青文，第37页。

〔32〕 See Alan McQuinn, Daniel Castro, A Grand Bargain on Data Privacy Legislation for America, ITIF, Jan. 14, 2019, available at <https://itif.org/publications/2019/01/14/grand-bargain-data-privacy-legislation-america>, last visited on May 25, 2020.

（三）人脸识别中个人信息处理原则的从严适用

《民法典》第1035条规定了个人信息处理的原则和条件，而《个人信息保护法（草案）》沿袭相关原则，并在第29条针对个人生物特征等敏感信息提出了更高要求，即“特定目的”和“充分必要性”，以及更严格的“知情同意”，并在第30条和第32条两次提及从严规定，^{〔33〕}体现出对于该类型信息更坚定的保护态度。

其一，人脸识别技术中个人信息处理应具备严格的合法性前提。知情同意是个人信息处理的合法性基础，而《民法典》中则体现出不同程度的“同意”层级：第1035条规定个人信息处理的“同意”可以来自“自然人或其监护人”，或者是“法律、行政法规另有规定”；第1033条中处理隐私或私密信息可根据“法律另有规定”或“权利人明确同意”。有学者认为这一差异体现了《民法典》在私密信息和一般个人信息保护的三点不同：一是法定授权情形不同，即对于处理私密信息的法定授权，仅限于我国正式施行的法律，并不包含行政法规；二是作出同意的主体不同，在隐私权保护的框架下对于私密信息仅有信息主体本人有决定权，而在个人信息保护框架下允许监护人代为决定；三是“明示同意”是以书面或其他形式做出清晰的许可，而同意则可能包含了不反对、默认等被动暗示。^{〔34〕}基于生物识别信息具备更高敏感度这一共识，如果直接适用一般个人信息的要求，是无法充分保障主体的权益的。《个人信息保护法（草案）》第30条规定个人生物特征等敏感信息的同意授权应该是本人单独、书面同意。对于“单独”一词，在文义上应解释为“独立的，不和其他一起的”，即该同意应该是独立且明确的“专项同意”，不能与其他信息混同或随意扩增其原有同意范围。在同意形式上，要求主体基于“完全知情”做出书面“具体、清晰、明确的”同意，这基本与域外做法一致。GDPR第9条规定在常规情况下禁止处理包含生物识别数据等的特殊数据，只允许在数据主体明确同意，且该同意具备对抗禁止处理规定效力的前提下才可以处理。BIPA中则明确要求处理生物识别数据必须基于书面同意，包括纸质或电子的形式，以保障信息主体通过“主动行为”，在形式上更为明确地表达对个人信息的决定。不难看出，各国对生物识别信息属于特殊数据已经达成共识，且认可一般性的同意会导致主体对于信息掌控和自决的效果有所折损，无法满足主体权益保护需求。

其二，人脸识别技术处理个人信息时应严格遵循“明确特定目的”及必要性要求。目的正当性的含义不仅仅是合法合规，还应同时符合目的限制、诚实信用和公开透明的要求，^{〔35〕}即“相关、特定、明确且合法”，这也与第1035条规定的四条件中“公开处理规则”和“明示目的、方式和范围”相呼应。从这个角度来看，《个人信息保护法（草案）》第29条第1款规定仍有值得完善的地方。该款规定：“个人信息处理者具有特定的目的和充分的必要性，方可处理敏感个人信息。”此处“具有特定的目的和充分的必要性”，措辞过于宽泛，建议在“具有”之前增加“基于维护公共利益或个人的重大利益”。以GDPR第9条为参考，尽管该条第1款也使用了“特定

〔33〕《个人信息保护法（草案）》第30条提及若法律、行政法规要求书面同意则从其规定；第32条提及法律、行政法规上规定应当取得行政许可或做出更严格限制的，则从其规定。

〔34〕参见王春晖、程乐：《解读民法典“隐私权和个人信息保护”》，载《南京邮电大学学报》（社会科学版）2020年第3期。

〔35〕参见王洪亮：《民法典与信息社会——以个人信息为例》，载《政法论丛》2020年第4期。

目的”(specific purposes)这一说法,但该词语结合随后其他几项条款,可以被明确解读为个人的重大利益或者在健康、劳动、社会保险等领域的公共利益,具体包括:对信息数据主体的基本权利和利益是必要的、非营利机构的正当性活动中所进行的处理、处理是为了实现公共利益所必要的、科学或历史研究目的或统计目的是必要的并采取了合理的保护措施等。

人脸识别技术的实际应用,目前大致分为政府机构基于公共服务或社会管理目的的使用和企业基于商业目的的使用。政府部门应用人脸识别处理信息往往基于法定授权^[36]而无需个人的单独同意,且通常覆盖面极广,因此应依法明确划定“警戒线”,寻求个人利益和公共利益的平衡。《个人信息保护法(草案)》第27条对公共场所设置图像采集以及身份识别设备有所规定,为这一场景下的人脸识别技术应用设置了三层约束:第一,以“维护公共安全”为目的,而“必需”则限制了政府机构在存在替代方案能够达成同一目的时对人脸信息等生物特征信息的使用;第二,设置明显标识保障个体知情权的有效落实;第三,禁止目的之外的对外公布和传输,即将生物识别信息限制在目的框架之中。但是,公共安全范畴伸缩性较强,^[37]包含了信息、食品、卫生、交通、建筑物、环境等广泛领域,因此草案应考虑细化公共安全目的、技术使用主体以及批准审核程序等,确保个人法益的折损程度和所保护的法益符合比例原则,例如进一步明确列举出人脸识别等生物识别可以适用的具体公共安全场景,包括重大公共卫生健康所需、追踪调查重大违法犯罪嫌疑人,或为维护个人宪法性基本权利和公共安全所必需等。

在商业应用领域,人脸识别技术作为当下不断发展的新型技术,其技术的专业性和普通人的认知水平存在较大的落差,信息处理目的也更为动态,在处理过程中是否一直符合初始目的,对于个人来说难以充分监督。我国现有个人信息安全规范将审核监督的责任分配到信息控制者,要求信息控制者成立个人信息安全负责人和个人信息保护机构,履行隐私政策的制定签发,安全影响评估和审计等职责。^[38]但是,作为信息控制者组建的下属机构,其并不独立,角色更趋近“责任人”而无法充分履行独立监管的责任。《个人信息保护法(草案)》第32条体现出在行政监管上的从严趋势,即在处理生物识别信息时,如果法律法规要求必须获得特殊许可或有更为严格的要求,应从严适用。这一规定体现出我国未来在敏感个人信息处理上从严治理的大方向,也为未来细分信息类型、“量身”制定行政法规提供可能性和空间。

其三,人脸信息处理应严守“最小必要”的限度。《民法典》第1035条强调“不得过度处理”,要求必须采取对权利人最小侵害的方式处理信息。^[39]“过度”一词,文义上应该理解为超越常度或者超过制度规定,但是《民法典》第四编第六章中除了第1033条规定未经法律许可或主体明示同意时禁止处理私密信息之外,其他条款并没有明确“常度”的标准线。所以,生物识别信息处理的限制“常度”在现行法规下依然相对模糊。《个人信息保护法(草案)》第29条尝

• 363 •

[36] 《民法典》第1036条规定处理个人信息而无需承担责任的情形之三:维护公共利益或该自然人合法权益的合理处理;《个人信息保护法(草案)》第13条规定的允许处理情形之三、四、五,包括为履行法定职责或义务、应对突发公共卫生或保护更高位阶的法益以及公共利益和监督的目的,且依然设定了“合理范围”限制。

[37] 参见冯群星、蒋琳、潘颖新、周妹祺:《个人信息保护法草案公布,拟进一步规范公共场所人脸识别应用》,载微信公众号“AI前哨站”,2020年10月21日。

[38] 参见《信息安全技术个人信息安全规范》(GB/T 35273—2020)第11.4、11.7条。

[39] 参见何鹏、刘新宇:《民法典:大数据时代下个人信息保护的民法基础》,载《中国政协》2020年第14期。

试进一步定义“必要性”，将“特定目的”和“充分必要性”作为两个更为严苛的信息处理条件，并在第54条明确要求个人信息处理者在处理敏感信息前须进行事前风险评估，并全程受监管部门的监督管理。

就比较法的规定来看，考虑到生物识别信息敏感度的定性，欧盟和美国在生物识别信息处理领域采用更为保守的做法，即采取概括性“禁止”结合“例外情形”来反向明确允许处理的“必要场景”，即“原则禁止、例外允许”。GDPR第9条第1款规定生物识别信息等特殊数据禁止处理，而第2款列举十种允许处理的例外情形，并且没有包含“等”作为兜底，就意味着有且仅有这十种情形允许处理生物识别信息。与之相比，美国似乎趋向更为保守的做法，趋于以禁用的方式限缩技术应用的范围，且民间技术反对者们已经自发创建网络社群，呼吁抵制人脸识别技术的应用，^[40]充分规避技术风险以及技术可能造成的个人权利侵害。《人脸识别道德使用法案》要求政府机构在没有形成技术应用准则和条件之前，禁止使用或投资购买人脸识别技术处理生物识别信息。同时，美国国会针对执法目的下的技术使用，出台《人脸识别技术保证法案》规定执法过程中的技术审批流程、期限和信息最小化原则，限制联邦政府的执法机构在执法过程中使用人脸识别。^[41]旧金山市《通知秘密监视条例》中禁止政府和执法机构使用人脸识别技术进行拉网式的公共监控，并严格监督政府对于监控技术的购买和使用。纽约州立法机关也通过了禁止学校使用人脸识别以及其他生物识别技术的法令；波特兰市则禁止一切政府及商业私营机构在公开场合中应用人脸识别技术。反对者认为，全面禁止人脸识别技术会剥夺社会革新的可能性，降低犯罪调查等合法目的实现效率，应关注“预防滥用”或小范围试点，^[42]至少无须全面禁止，^[43]为技术发展保留必要空间；而支持者则呼吁全面禁止这项“危险的侵入性”^[44]技术，这也符合美国宪法第四修正案中对于联邦公民隐私权和平等自由等基本权利的保护理念。

就人脸识别技术存废之争，笔者认为，人脸识别技术作为信息时代的产物，在一定范围内有助于提高社会管理效率，为公众带来便利，一刀切式的禁止可能会严重制约社会发展。不过，鉴于人脸识别技术可能对人的基本权利造成严重的影响，必须借助合法、正当、必要等原则来加以严格规制，而这也是抑制技术泛滥、保护个人权利的必要“防护盾”。

（四）初具雏形的行业自律机制

人脸识别技术区别于传统个人信息处理手段，在其技术保护中，行业自治组织基于专业知识，结合法律规范，以行业自律形式规范技术的设计、开发以及应用，可以有效填充法律规范和技术专业性中间的留白。2019中国刷脸支付市场调查数据显示，截至2018年刷脸支付用户达到

[40] 参见禁用人脸识别网站 <http://www.banfacialrecognition.com/> 的具体描述。

[41] See S. 2878 Facial Recognition Technology Warrant Act of 2019, SEC. 3 (a).

[42] See Kate Kaye, In Portland Debate, Facial Recognition Giants Hide Behind Tech Lobby Think Tank, Redtailmedia, Jan. 20, 2020, available at <https://redtailmedia.org/2020/01/20/in-portland-debate-facial-recognition-giants-hide-behind-tech-lobby-think-tank/>, last visited on Aug. 17, 2020.

[43] See Ashley Johnson, Opinion: Portland Can Address Facial-recognition Technology Concerns Without Banning It, Oregonlive, Jan. 15, 2020, available at <https://www.oregonlive.com/opinion/2020/01/opinion-portland-can-address-facial-recognition-technology-concerns-without-banning-it.html>, last visited on Aug. 17, 2020.

[44] Evan Selinger, Woodrow Hartzog, The Incondensability of Facial Recognition, 66 *Loyola Law Review*, 101–122 (2019).

0.61亿人,而在支付平台的推动下,未来预计可增长到7.6亿人。^[45]中国支付清算协会发布的《人脸识别线下支付行业自律公约(试行)》对其会员单位提出安全管理、终端管理、风险管理和用户权利保护的要求,呼吁应在遵循国家法律法规的前提下,保障用户信息和财产安全。另外,目前已有互联网企业发起《生物识别用户隐私与安全保护倡议》,从隐私、安全、防止信息滥用、责任与监督、公平性五个方向发起行业倡议,结合我国法律规范,提出“最小、够用”这一基本原则,并建议企业内部设置风险小组,保护用户信息安全。^[46]但目前此类行业公约覆盖范围仅限于互联网服务领域,对于线下其他领域的人脸识别应用,例如人脸识别门禁等更为普遍的现象,依然缺乏行业指引。

四、人脸识别中个人信息保护路径探析

人脸识别技术的便捷性和效率性无可否认,一定程度上符合当代构建智能社会的需求,但其技术实现所依托的人脸信息,一旦遭到泄露或侵权后将可能严重影响信息主体的其他民事权益,甚至人格尊严、平等、自由等宪法性基本权利。因此,既要充分利用技术革新的便利,也要避免技术泛滥的弊端,理性评估并规制技术适用和个人法益间的平衡才是未来的趋势。有学者建议根据实际国情,在人脸识别规制中有甄别地借鉴域外的特别许可制度,即经由授权机构评估审核和许可,允许技术适用,同时辅助以定期技术准确性测试和技术应用审计,并设置惩罚性赔偿的制度。^[47]另有观点也提出人脸识别信息的保护在于事前保护,包括必要性审查,确信息处理和目的实现符合价值比例要求,以及细化技术适用标准以及知情同意的实际操作制度。^[48]因此,人脸识别中的个人信息保护路径应从特别许可的准入审查以及更为合理的知情同意模式入手。

(一) 基于合法、正当、必要原则的技术准入审查制度

无论是合法、正当、必要这些基础原则还是其他具体原则,都应在生物识别信息处理中结合适用,而知情同意原则的适用应以基础原则适用为限制。^[49]在人脸识别技术适用前,应经由法定授权机构根据理性设计的审查标准和步骤,对技术准确性、算法非歧视性设置、安全加密设置和主体权利保障路径等进行评估。

英美和欧盟等国家和地区均选择借助法案或规范强制要求在处理生物识别信息之前进行风险评估,其差别在于评估导向。英国深受欧盟GDPR影响,以数据保护为导向,明确针对生物识别数据等特殊数据强制适用评估制度。美国则以隐私保护为导向,对任何足以识别个体的信息的处

[45] 参见《2019中国刷脸支付技术应用社会价值专题研究报告》,2019年11月21日,载<https://www.iimedia.cn/c400/66866.html>,最后访问时间:2020年5月10日。

[46] 以阿里巴巴支付宝为例,其发起的行业隐私安全保护倡议的原则在人脸识别用户授权协议条款中已有体现,且影响其他从业者复制相似规范和模式。

[47] 参见前引[10],邢会强文。

[48] 参见赵精武:《民法典视野下人脸识别信息的权益归属与保护路径》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2020年第5期。

[49] 参见张新宝:《个人信息收集:告知同意原则适用的限制》,载《比较法研究》2019年第6期。

理均进行评估，并要求在四种情形下必须进行隐私影响评估，即：开发或采购任何处理或采集个人识别信息的新技术时，创建涉及隐私的程序、系统、技术或信息收集方式时，涉及新的隐私风险的系统升级时，发布全新或升级的个人识别信息收集规则时。其核心目的在于保障个人信息收集的合法合规，提前识别风险和影响，同时评估保护措施的有效性。^[50]

目前，《个人信息保护法（草案）》第六章拟指定国家网信部门进行统筹协调，结合国务院下辖部门和各地人民政府部门，在各自管辖领域内进行个人信息保护监管，但尚未细分到具体职能部门。全国信息安全标准化技术委员会发布的2020年《信息安全技术个人信息安全影响评估指南》旨在指导行业基于个人权益影响和安全措施设置情况，以访谈、检查、测试的方法对待评估的个人信息处理技术进行风险评估。无论是现有法律规定，还是现行行业规范，对于我国后续信息处理的安全影响评估模式，均有借鉴作用，但前者在其适用范围、后者在其强制力上都存在缺陷，仅能作为目前生物识别信息处理的参考性或国家推荐性评估制度予以参考。因此，未来人脸识别技术准入审查应考虑从以下三方面进行构建：

1. 借助国家强制力，以专项法律或行政法规的形式强制要求和技术适用前进行全面的检测和信息安全影响评估，并禁止豁免评估的例外情形。与设置公正、权威、独立保护机构的学者建议^[51]和欧盟集中监管体制不同，《个人信息保护法（草案）》第56条所确立的监管体制依然是多机构混合且分散监管的模式：由国家网信部门负责统筹协调个人信息保护工作，而国务院其他有关部门在各自职责范围内负责个人信息处理活动的监管。在这一监管模式下，建议网信部门针对不同类型的个人信息（例如生物识别信息）设置单项评估机构，只有通过评估的技术才能获得应用许可，并对该技术应用进行定期回访、追踪与监督，^[52]实现动态评估。《个人信息保护法（草案）》第54条具体规定了事前评估的实施主体、适用场景和评估内容。在评估内容上，草案提议的内容覆盖基本需求，但实践中如何评估其原则的适用程度、以何种标准和参考系进行评估，还需要更细致、更具可操作性的规定。

2. 设立合法、正当、必要三重审查维度。人脸识别技术应用中的个人信息处理应从严贯彻“合法、正当、必要”原则。根据比较法经验，生物特征信息作为敏感个人信息，原则上应禁止处理，^[53]若出现“法定必需”情境，例如出于国家安全、公共安全、司法鉴定的目的，允许有限的法定授权机构进行处理，^[54]但依然不允许豁免“合法、正当、必要”原则的适用。

就此而言，欧盟GDPR可以作为借鉴，其第35条规定数据保护影响评估的最少内容范畴，包括：数据处理目的和具体操作的系统性描述，数据控制者希望实现的具体合法利益描述（适用情形下）；数据处理与目的是否相称和必要；评估数据处理对个体权利和自由所产生的风险；为

[50] See U. S. Department of Homeland Security Website, available at <https://www.dhs.gov/privacy-impact-assessments>, last visited on Feb. 17, 2021.

[51] 参见李慧琪：《个人信息保护法草案稿已形成，专家建议未来机构设置要明确独立性》，载《南方都市报》2020年7月27日，第A12版。

[52] 参见前引[10]，邢会强文。

[53] GDPR第9条第1款规定：“对于那些显示种族或民族背景、政治观念、宗教或哲学信仰或工会成员的个人数据、基因数据、足以识别特定自然人的生物性识别数据以及和自然人健康、个人性生活或性取向相关的数据，应当禁止处理。”

[54] 参见石佳友：《人格权立法的进步与局限——评民法典人格权编草案（三审稿）》，载《清华法学》2019年第5期。

应对风险而设置的保障措施、安全措施以及个人数据保护机制；技术处理过程中如何将数据主体合法权利和法案相关规定纳入考量并适用的证明。以上规定分别与 GDPR 第 5 条第 1 款“合法性、合理性和透明性”、第 2 款“具体、清晰和正当的目的”以及第 3 款“为达到目的而适当的、相关的、必要的处理”相对应。

3. 人脸信息存储安全应作为准入审查重点。人脸识别技术的实践无可避免地需要筛选捕捉人脸图像进行数据库比对。因此，人脸识别数据库势必包含大量人脸信息样本。面对海量人脸信息存储需求，人脸识别技术中的存储安全设置必须作为事前准入评估重点，应从三方面予以审核：首先，信息存储的时限和分区。基于人脸信息的特性，若结合其他个人信息将导致信息主体面临急切的隐私、尊严及自由威胁，有学者认为人脸识别技术实践中应在原则上禁止存储原始人脸信息，或在必要时和其他个人信息分开存储。^[55] 其次，人脸信息的匿名化存储设置。现有个人信息的规制中均要求信息应进行技术处理使其丧失指向特定自然人的识别性，且在当下技术条件下无法恢复，比如通过加密、假名、随机化处理，去除其标识性。但有学者提出信息匿名化程度的提高将降低其可用性，^[56] 且不存在绝对不可技术复原的信息。因此，应借助法律规则，明确匿名化处理并非对外传输或共享信息的前提条件，二者并不具备充分条件关系。若须共享传输，则应再次审核第三方传输及二次处理设置是否合规合法、是否足以保障主体法益。最后，第三方介入情境下的存储服务审查。实践中人脸识别技术使用方可能向第三方采购技术或设备，或接入第三方人脸数据库，例如全国居民身份证系统等，实现其技术应用，因此，在涉及第三方服务时，应对第三方技术提供者协议里涉及信息采集和存储的条款进行审查。

• 367 •

（二）人脸识别技术应用中的知情同意实践建议

1. 人脸识别中的知情同意应以告知义务的充分履行为前提

国外法中以“*Informed Consent*”作为一般个人信息处理的前提，其中 *Informed* 从文义上解释为“信息充分、知悉情况”，因此整体应被理解为“充分了解情况后的同意”。在处理生物识别信息时，则进一步提升其同意的要求：GDPR 第 9 条第 2 款要求在不违背禁止处理的条件下，由信息主体做出明确同意；BIPA 则升级为清晰严格的书面告知同意形式，从而固定信息传递的明确性和稳定性。^[57] 在目前我国人脸识别的技术实践中，生物识别信息处理者存在未能充分履行告知义务的情形，包括告知“缺席”或者告知“失灵”。究其原因，一方面是由于生物识别信息处理者藏匿于终端设备之后，用户面对提供服务的终端机器无从查询，或者告知冗长造成阅读不便；另一方面，生物识别服务涉及专业技术领域，技术知识不对等可能导致信息主体难以理解告知内容。基于此，建议在生物识别信息处理的告知义务上给予两个维度的规范：

第一，针对生物识别信息等敏感个人信息处理行为均统一要求履行告知义务，不得免除，

[55] 参见陈道英：《〈个人信息保护法（草案）〉之“得”与“失”》，载微信公众号“大数据和人工智能法律研究院”，2020年11月5日。

[56] 参见王春晖、程乐：《完善个人信息保护法（草案）的建议》，载《人民邮电报》2020年11月6日，第3版。

[57] 参见林凌、贺小石：《人脸识别的法律规制路径》，载《法学杂志》2020年第7期。

即任何组织或机构，无论出于何种目的（不违反禁止规定）处理生物识别信息之前，都应向所涉信息主体进行告知，且告知内容至少包括其处理的个人信息类型、收集方式、信息处理目的、存储方式与时限、安全设置以及信息处理者身份和联络方式等基本信息。^{〔58〕}

第二，应采用清晰、通俗、易懂且明确的语言进行书面告知，同时对不易理解的部分或重点内容进行单独告知。^{〔59〕}在处理人脸信息等敏感信息时，可能面临处理信息规模巨大或远程采集等情况，应考虑结合现代技术手段，通过移动端推送或服务内弹窗等形式进行单独告知。若告知中存在预设格式条款或系统预设模式，应由国家相关监管机构进行预先审查，在生物识别信息的处理周期开始之前保障信息主体的知情权。

2. 从严限制概括同意的适用

根据前文所述，人脸识别技术存在两种适用情形：第一，法律法规允许的、为实现重大的利益所需的情形，例如公共安全、公共健康所需等；第二，法律法规不禁止，且获得主体明示同意授权的情形。在知情同意领域，同意的模式不断发展演变。传统的知情同意要求明确、具体且详实，被称为特别同意，但特别同意在以往生物特征信息处理（基因研究或生物资料库等）的实践中，被证明存在效率较低无法满足实践所需的问题。^{〔60〕}无论是法定许可还是基于主体知情同意的情形，人脸识别势必需要采集海量人脸图像，并和数据库中存储的人脸识别符进行比对，因此完全适用特别同意的难度和成本之大将超乎想象。作为同属于生物识别信息的基因，在其处理实践中，概括同意模式允许将信息主体的同意从当下处理目的延伸扩充至固定框架下的未来处理目的，凭借其灵活性和自由度受到推崇。^{〔61〕}

我国个人信息的同意模式也普遍采用概括同意结合特定例外的形式，它给予信息处理者一定的自由，在设定的处理范围框架内合理处理信息，提高信息处理效率，以应对技术升级或场景变更的需求。但是，作为特别同意的矫正提案，反对观点认为概括同意在未加限制的情况下，可能导致告知程度下降，^{〔62〕}造成同意虚化。因此，在人脸信息处理中，应甄别现有知情同意模式，适当采用附带严格限制条件的概括同意，保障信息价值实现，同时保持个人法益保护的应有水准。另外，可以仿效基因研究领域的医学伦理审查机制，设立科技伦理委员会，对人脸识别等可能引发伦理风险的科技应用，设置科技伦理审查机制，^{〔63〕}规范同意模式的适用。

首先，人脸识别中概括同意的适用条件应予限制。由于概括同意涉及限制框架下一定程度的

〔58〕《个人信息保护法（草案）》第18条规定处理个人信息前应向个人告知信息处理者身份和联系方式，个人信息的目的、方式、种类和保存期限，以及个人行使权利的方式和程序，同时若发生变更，应将变更部分告知个人。若通过制定个人信息处理规则的方式告知，其处理规则应当公开，便于查阅和保存。

〔59〕《个人信息保护法（草案）》第31条规定处理敏感个人信息的，除第18条规定的告知事项，还应告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人的影响。

〔60〕 See Christine Grady et al., The Changing Face of Informed Consent, 376 (9) *The New England Journal of Medicine*, 856-867 (2017).

〔61〕 参见田野：《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》，载《法制与社会发展》2018年第6期。

〔62〕 See Björn Hofmann, Broadening Consent and Diluting Ethics, 35 (2) *Journal of Medical Ethics*, 125-129 (2009).

〔63〕 参见石佳友、庞伟伟：《人体基因编辑活动的民法规制——以〈民法典〉第1009条的适用为例》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期。

信息处理自由,在人脸信息等敏感信息处理前,必须经由严格的适用审查。生物资料库研究适用概括同意的探讨中,有学者建议伦理委员会对这种同意模式的采用进行提前审查,并允许主体自由选择是否愿意适用概括同意;也有观点建议根据信息对主体的重要性,将个人信息处理划分为四个层级,^[64]并基于情境理论,考量并选择匹配的同意模式;另有观点认为针对生物识别信息等敏感性更高的信息,“以一概全”的同意模式无法有效避免风险,而应根据情境酌定。^[65]无论是伦理审查,还是情境酌定,应由具备专业技术和法律知识的法定授权机构就人脸识别服务中的同意模式进行审查,或将其囊括在事前技术准入审查程序之中,以判断技术应用场景下概括同意模式是否足以有效规避风险、是否存在超额让渡主体权益的情形,^[66]信息处理情形是否具备采用该同意模式的条件以及信息安全保障是否匹配和有效。

其次,人脸识别中概括同意的范围应予限制。其一,概括同意的框架范围必须合法且正当,符合目的限制。概括同意允许信息处理者在约定框架内处理信息,而无需再次取得信息主体的授权。但是,在人脸信息处理中,对该授权延展长度应做出明确的限制,例如规定仅允许在实现同一目的且情境一致的范围内,概括同意有效,若超越情境或变更目的,则需要二次评估并获得新的同意。其二,概括同意范围应以必要性为限度。“最小、够用”除了作为生物识别信息收集的实践标尺之外,也应作为主体概括同意范围的边界。其三,人脸信息加工后的跨境存储、共享或处理不应纳入概括同意范围。有学者针对我国网络服务隐私条款进行了文本调查,发现存在“当服务器位于境外时,主体同意其数据在境外存储”^[67]的表述,这种情形下的概括同意可能导致人脸信息在未经确认的境外不特定区域存储、流转,信息风险急剧升高。

• 369 •

最后,人脸识别中采用概括同意应设有严格的监督审查机制,并设置个人选择权、退出权等保障机制。知情同意源自信息主体对于个人信息处理的自决权,这意味着主体不仅有作出同意的自由,也享有撤回同意的自由。为避免技术不对等造成主体难以监督的困境,国家法定授权机构应定期进行信息处理监督和审查,以确保概括授权框架持续符合“合法、正当、必要”原则,并将其审查结果及时披露和公示,使得信息主体能够充分了解风险,有机会更新或撤回同意。信息处理者还应设置人脸识别之外的替代选项,例如动态验证码识别或密码识别,保障用户的自由选择权。

3. 利用技术发展和超级平台创新引入动态知情同意模式

面对刷脸支付终端或者人脸识别门禁,个人难以真正理解其中的安全风险,并且可能无法做出出于真实意愿的同意的意思表示。另外,人脸识别技术的实现过程存在不确定性,例如,约定“必要时”需要将人脸图像与“法律法规允许的或政府机关授权的机构所保存的人脸图像”^[68]进行比

[64] 参见邹晓政、杜静:《大数据环境下个人信息利用之授权模式研究——重要性基础上的风险评估路径探索》,载《情报理论与实践》2020年第3期。

[65] 参见前引[60],Christine Grady等文,第856-867页。

[66] 《瑞士民法典》第27条禁止就人格权作出“过度承诺”,原文为Contre des engagements excessifs,防止民事主体过分地让渡或限制其人格权或自由(如婚姻自由)。

[67] 参见李延舜:《我国移动应用软件隐私政策的合规审查及完善——基于49例隐私政策的文本考察》,载《法商研究》2019年第5期。

[68] 参见淘宝网《生物识别服务通用规则》第1.4条,载<https://render.alipay.com/p/f/fd-jm0izzjs/index.html>,最后访问时间:2021年2月17日。

对核验，或者人脸图像处理所对应的服务可能因为适用场景和功能存续情况而发生未知的调整，^{〔69〕}但具体是哪些法律规定或哪个政府授权的机构，所提供服务（即信息处理目的）与人脸信息采集的持续相适性，对于信息主体而言均无从判断，无法给出符合期待的同意授权。就此而言，美国学者提出的动态情境理论佐证这一现实问题。该理论要求信息保护应考虑情境关联因素，以及信息主体在当下情境中做出的同意和合理预期。^{〔70〕}如今美国 CCPA 也已经认可且采纳了情境风险这一理论，要求信息处理应符合信息主体在其同意情境下的合理预期。^{〔71〕}

其实，涉及人体基因、健康状况的生物医学领域也曾面临类似的情境困境——高敏感度的信息特性、技术门槛和不对等地位，以及快速迭代的技术手段和处理目的，导致知情同意原则遭遇前所未有的挑战。围绕这一困境，学者们进行了激烈的批判、反思甚至重构，最终在传统特别同意、概括同意、分段分层同意、附条件同意等众多理论中，提出了动态同意模式，^{〔72〕}允许个人选择其偏好的知情方式、频率以及内容，并自由决定授予同意或退出同意，^{〔73〕}以提高信息主体在信息处理过程中的参与度。动态同意模式的核心在于参与感和撤回权，^{〔74〕}这一授权模式对于人脸识别技术应用中的人脸信息知情同意具备参考借鉴意义。

首先，动态同意模式下信息主体享有中心地位，能够提高同意授权的有效性，实现充分意思自治。在原有基因生物研究的背景下，动态同意要求在生物资料库和提供基因的参与者之间搭建沟通平台，参与者可以进行偏好设置，自由选择何时、以何种方式和频率、告知何种内容，进而做出同意选择。在现有人脸识别协议的文本调查中，发现几乎所有服务提供者都选择了加粗或使用着重符号提示用户注意阅读重点信息，但依然存在条款冗长的阅读负担，可能由于能力限制或时间紧迫而无法充分知情。动态同意模式下，个人将可以根据个人偏好，对国家法定人脸数据库中的人脸信息进行管理，定制告知的时间、频率、形式和内容等，提高知情效率。

其次，动态同意模式下信息披露程度和透明程度较高，满足生物识别信息等高敏感度信息处理的知情权要求。譬如，英国牛津大学研究者和部分产业界代表联合提出的同意确保和撤销研究项目（Ensuring Consent and Revocation, 2008-2012）是动态同意模式在生物资料研究中的实践探索。该项目中，研究者可以通过技术平台动态地、开放地、及时地披露研究进度和生物资料及信息的处理细节。人脸识别技术正在快速革新，从二维平面识别到三维景深识别，再到活体检测技术。在快速迭代的技术发展中，信息处理的透明性将成为人脸识别中个人信息保护的

〔69〕 实地调查中某便利商店线下微信刷脸支付终端在确认使用服务前可通过点击屏幕小字提示阅读《微信刷脸支付服务协议》。其中第 1.3 条提及对于人脸图像的处理“可能因适用场景和功能存续情况而发生调整，具体以实际提供服务为准”，但该协议尚未发布于其他平台或渠道。

〔70〕 See Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 *Washington Law Review*, 119 (2004).

〔71〕 See SB-1121 California Consumer Privacy Act of 2018, SEC 2, Section 1798.105 (d).

〔72〕 参见前引〔61〕，田野文。

〔73〕 See Richman Wee, Dynamic Consent in the Digital Age of Biology, 5 (3) *Journal of Primary Health Care*, 259-263 (2013).

〔74〕 See Arianna Schuler Scott et al., Why We Trust Dynamic Consent to Deliver on Privacy, PhD thesis: Investigating Dynamic Consent as a Privacy Control, available at https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:b006cbc2-11b1-42fd-8528-9ca036672b4a/download_file?safe_filename=Camera_ready_IFIPTM_2019_paper_32.pdf&file_format=application%2Fpdf&type_of_work=Conference+item, last visited on Feb. 17, 2021.

基础之一，^[75]能够实时、有效地向个人传达其人脸信息正在由何种技术采集、如何处理、如何进行安全保障，以及实现了何种目的等信息处理细节，从而帮助个人做出判断。

再次，动态同意模式可以保障信息主体享有同意撤回权，将信息主体置于中心地位，允许其根据所了解到的事实决定选择进入和退出，打破既往“同意即终身”的弊端，符合情境理论中合理预期的需求。若将动态同意模式引入人脸识别应用，信息主体将有机会选择让自己的“人脸”消失于互联网络和信息世界之中，从而重获被大数据忘却的片刻自由。以新型冠状病毒肺炎疫情防控的场景为例，部分社区管理委员会执行严格的出入政策，采用人脸识别门禁，以限制非本社区人员的流动并追踪社区内人员的进出记录。在疫情防控的场景下，社区居民对于其人脸信息处理的预期是保护个人和社区健康安全，但在疫情逐渐缓解乃至有效控制之后，该期待即发生变化，此时作为信息主体，个人应有权根据更新后的处理目的（社区日常进出管理等），自由选择继续给予或撤回同意。

最后，动态同意在当今技术发展水平下具备实现可能性，且难度可控。万物互联时代的到来和5G网络技术的发展，使得轻便、快速、及时的移动小程序更加普及，搭建一个高效动态同意平台不再是难以克服的技术难题。与此同时，依托于现有极具实力的超级平台，人脸识别行业从业者将可能在控制成本的同时，实现高速有效的动态同意。例如，通过手机系统设置、统一用户中心或者加载在社交软件中的程序动态，及时披露公告附近人脸识别技术的细节，包括采集方式、处理目的、安全设置、存储时限、脱敏处理方式等等主体应当获知的信息。

动态同意模式也存在其制约因素，包括主体反复给予或撤回同意而影响信息处理效率，从而造成资源浪费和成本增加，而且信息主体是否能够从相关的、不相关的披露中有效识别潜藏风险也有待商榷。^[76]但我们需要结合实践，结合其他同意模式，逐步构建我国高效科学的知情同意模式。

4. 人脸识别中的未成年人信息处理限制

由于无差异无接触信息采集的形式，人脸识别适用过程中无法区分被采集者的年龄，因此不可避免地涉及大量未成年人人脸信息。同时，根据我国近年来发布的移动社交用户报告，用户日益年轻已成为趋势，未成年人使用人脸识别服务（例如游戏登录、AI图片编辑等）十分普遍。如果未成年人的人脸信息泄露或被侵权，其侵权影响将可能伴随一生，特别是技术歧视或算法偏见导致的不公平待遇，会直接严重影响未成年人步入正常社会生活。

未成年人的个人信息通常作为特殊类型的信息被予以特殊规定，且采用监护人代为同意的授权模式。GDPR规定未成年人生物识别信息处理，除了满足第9条关于特殊数据的规定之外，还应同时获得其监护人的同意。同时，处理涉及儿童的个人信息数据应该更谨慎的考虑数据处理的必要性，保障其目的实现不以过度侵犯基本权利为代价。英国教育部曾根据《自由保护法案》和1998

• 371 •

[75] See Facial Recognition Policy Principles, uschamber.com, available at https://www.uschamber.com/sites/default/files/ctec_facial_recognition_policy_principles_002.pdf, last visited on Feb. 17, 2021.

[76] See Kristin Solum Steinsbekk, Bjørn Kåre Myskja, Berge Solberg, Broad Consent Versus Dynamic Consent in Biobank Research: Is Passive Participation an Ethical Problem?, 21 (9) *European Journal of Human Genetics*, 897 - 902 (2013).

年《数据保护法案》发布针对教育机构的生物识别信息保护指导文件，规定学校在使用、计划安装生物识别系统之前，必须根据法律规定获得至少一位监护人的书面同意授权，并且提供了书面告知文件内容模板。^{〔77〕}英国2018年《数据保护法案》中则提出“适龄设计规范”，要求如果某社会信息服务涉及儿童访问者或用户，应在其服务设计时，体现不同年龄差别适用的理念。

实践中，我国对于未成年人个人信息保护的年龄界限设定为14周岁。《民法典》第1036条第1款规定的行为人不承担责任的个人信息处理行为中包括“监护人同意的范围内”的“合理实施”。但是，结合第1034条个人信息定义和范围条款^{〔78〕}来解读这一限制，可以理解为该限制仅适用于非私密信息的个人信息，而人脸信息由于其敏感特性，虽不私密但影响巨大，还应予以明确规范。笔者认为未成年人的人脸信息保护应在普遍保护标准之上予以更为严格的保护：第一，应普遍禁止处理未成年人的人脸信息；第二，在法定必要处理的例外情形下，借助识别系统的适龄设计保障和监护人同意授权模式对信息处理进行约束；第三，严格以“最小必要”为限。这里将衍生出一个问题：监护人同意的核实，包括个人年龄核实和监护人同意真实性核实两个方面。在主体年龄核实层面，随着网络用户的低龄化和普及化，实践中如果由服务提供者或信息处理者全权承担核查义务存在实际困难。因此，《个人信息保护法（草案）》第15条关于未成年人信息处理的规定，提出该条款的适用场景是信息处理者“知道”或“应当知道”，即要求处理者在其能力范围和注意义务内进行年龄核查，而非强加给处理者无限的义务。在一般个人信息处理过程中，有三种常见的年龄验证方式：第一，主体自查，即使用特定服务时个人在资料中心填写出生日期，但这种方式无法规避随意填写而导致误差率极高；第二，实名身份验证，即使用服务时需要提供身份证照文件进行验证，通过身份证照登记的年龄进行核对；第三，自动评审，即通过技术手段，结合个人提供的其他信息综合考评并预估用户年龄段。在人脸识别技术应用中，笔者建议首先应在技术中增加适龄设计，当检测到可能是未成年人用户时，提示应在获得其监护人书面同意后才可以使用服务；其次，限缩同意范围，严格禁止对于未成年人人脸信息的对外传输，并最小化其存储时限。

五、结 语

当今技术发展日新月异，“刷脸”已经日渐向更为广泛的领域蔓延。在可预测的未来，人脸识别技术在深度和广度上都将进一步延展，例如将识别技术扩展至毛细血管识别，以及基于主体内在情绪和心理变化等的情感识别，^{〔79〕}或者基于数字孪生技术全方位捕捉复原生物的一切表征。同时，人脸识别的应用场景在未来也将日益广泛，而人脸信息也将逐步成为部分行业的核

〔77〕 See Protection of Biometric Information of Children in Schools and Colleges, Advice for Proprietors, Governing Bodies, Head Teachers, Principals and School and College Staff, March 2018, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/692116/Protection_of_Biometric_Information.pdf, last visited on Feb. 17, 2021.

〔78〕 《民法典》第1034条规定私密信息适用隐私权规定，没有规定的适用个人信息保护，由此可以推断第1036条作为个人信息处理行为的规范，应适用于非私密信息的一般个人信息。

〔79〕 参见前引〔22〕。

心生产要素,那么,基于人脸信息所产生的商业利益,信息主体是否享有相应的报酬请求权,都可能成为值得探讨的议题。但是,在享受技术所带来的便捷红利时,人脸识别的法律风险不容忽视:人脸识别技术的泛滥可能会严重威胁个人的隐私权、平等权、人身自由、人身及财产安全等。当前由于监管执法的真空,人脸识别应用已有失控的苗头,亟待出台相关具体法律法规和监管措施。

我国《民法典》对个人信息保护制度已经作出了重要的完善,对个人信息处理设定了基础性的法律框架,其所约束的义务主体“信息处理者”涵盖了从事个人信息处理活动的所有机构和个人,突破了《网络安全法》在适用对象上的限制,具有一般性意义。此外,立法机关当前也在紧锣密鼓地推进《个人信息保护法》的制定。在未来,相信与之相配套的行政法规、规章等规范性文件、实施准则也将陆续颁行。这些配套法律规则的实施,对人脸识别的法律规制而言,无疑是十分必要和大有助益的。

Abstract: Facial recognition technology demonstrated its promising efficiency in current applications, but it is always accompanied with massive concerns on its accuracy, safety, ethicality, and legitimacy. The first legal case upon the application of facial recognition in China acted as a signal to show the attention and discussion of the personal information protection in this area. There are three possible steps for improving the information protection mode in the application of facial recognition. First, the three core principles must be strictly followed as the front shield of information safety, and the technology should be prohibited unless there is special cautious authorization. Second, broad consent must be strictly regulated and the freedom of opt-in and opt-out must be guaranteed. Third, innovation on the format of informed consent could be given by getting proper experiences from dynamic informed consent based on the proven technologies, to secure the personal rights in information protection.

Key Words: facial recognition, biometric data, informed consent, dynamic informed consent

• 373 •

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

《民法典》离婚制度的创新与完善路径

雷巍巍*

内容提要:《民法典》登记离婚制度中新增的离婚冷静期规定, 和我国登记离婚相关规定的立法目的、离婚双轨制的立法体系以及我国婚姻立法传统均不相符, 实际上是错误借用禁止离婚主义影响下的国外离婚制度的结果。对于判决离婚制度, 则应借鉴德国离婚法上的做法, 一方面以《民法典》第 1079 条第 2 款为依据贯彻离婚原因上的破裂原则, 另一方面对包括新增二次离婚诉讼中分居满一年应准予离婚之规定在内的《民法典》第 1079 条第 3 款、第 4 款的法定离婚理由, 进行破裂推定条款、苛刻情况的分类, 从解释论上进行体系化。

关键词: 离婚冷静期 离婚原因 破裂原则 破裂推定

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》) 中有关离婚制度^{〔1〕} 的修订, 是在现行《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》) 的基础上增加了以下两个方面的新规定: 一是在登记离婚制度中增加了所谓的离婚冷静期制度, 即规定了离婚当事人双方向婚姻登记机关提交离婚登记申请后三十日内, 任何一方不愿意离婚的, 可撤回离婚登记申请(《民法典》第 1077 条第 1 款), 并且在前款规定期限届满的三十日内, 双方仍可通过是否亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证的行为进行“抉择”, 三十日内不申请的视为撤回离婚申请(《民法典》第 1077 条第 2 款)。若前后两款的期限相叠加, 冷静期实际上最长可达六十日。二是在诉讼离婚的规定中增加规定, 人民法院判决不准离婚后, 双方又分居满一年的, 一方再次提起离婚诉讼的, 应当准予离婚(《民法典》第 1079 条第 5 款)。

* 雷巍巍, 中国计量大学法学院、知识产权学院讲师, 中国计量大学质量发展法治保障研究中心研究员。

〔1〕 离婚制度由离婚法(Scheidungsrecht)与离婚后果法(Scheidungsfolgenrecht)组成, 前者处理如何通过离婚解除婚姻的问题, 后者则涉及经由离婚解除婚姻后所产生的法律效果问题, 在适用程序上一般也予以区分。狭义上的离婚制度仅指离婚法, 亦即本文所论述的范围。Vgl. Wellenhofer, Familienrecht, 5. Aufl., 2019, S. 167.

从《民法典》婚姻家庭编的立法沿革来看,离婚冷静期制度在2017年9月26日的《民法婚姻家庭编(草案)》室内稿中便已作了规定。而之后2018年4月至2019年12月28日五个版本的《民法典婚姻家庭编(草案)》征求意见稿,以及2020年5月两会期间的《民法典(草案)》审议稿,均承袭了室内稿有关离婚冷静期的规定,除了从室内稿阶段到征求意见稿阶段离婚冷静期制度的条文表述有所变化之外,之后的变化始终不大。^[2]而《民法典》第1079条第5款则是在2018年4月之后《民法典(草案)》征求意见稿阶段新加的规定。

一方面,离婚冷静期的规定,不管是在草案征求意见期间,^[3]抑或是《民法典》通过后,^[4]都在社会上引起了极大的争议和讨论,^[5]学界对此也给予了一定的关注;^[6]而在另一方面,《民法典》第1079条第5款有关诉讼离婚中第一次不判离之后,双方又分居满一年应准予离婚的新规定,却几乎没有引起较大的关注。2020年5月22日全国人大会议上有关《民法典(草案)》的说明,对这两个新规定的立法目的作了解释,即离婚冷静期制度针对的是当前轻率离婚过多、离婚率攀升导致的婚姻家庭不稳定,《民法典》第1079条第5款这一新增规定则是针对离婚诉讼司法实践中出现的“久调不判”问题。^[7]但这两处新增条款在整个离婚制度中的体系意义如何,对整个离婚制度有多大的影响,从比较法角度又当如何看待这些新变化等问题,仍待深入研究和考察。因此本文拟从解释论的角度,结合我国婚姻法立法史,对《民法典》中离婚制度的相关规定以及司法实践进行梳理,之后再从比较法的视角进行评析。^[8]

一、我国离婚制度的历史沿革

• 375 •

(一) 从革命根据地离婚制度到1950年《婚姻法》的离婚制度

1. 中华人民共和国成立前革命根据地的离婚制度

这一时期包括离婚制度在内的《婚姻法》立法均是服务于新民主主义革命中废除封建主义婚

[2] 2017年9月26日的《民法婚姻家庭编(草案)》室内稿第36条的表述强调婚姻登记机关对离婚登记申请的审查,而之后的各征求意见稿则在表述上删除了婚姻登记机关的审查要求,仅强调离婚申请撤回的时期为婚姻登记机关收到申请后一个月。这一变化可能的意义参看下文。而之后五个版本的征求意见稿仅仅是将一个月的撤回期间更加准确地表述为三十日。

[3] 参见马忆南:《民法典婚姻家庭编草案增加离婚冷静期规定》,载《中华妇女报》2019年1月2日,第6-7版。

[4] 参见袁志雄、柯艳娇:《如何应对“离婚冷静期”》,载《人民法院报》2020年6月14日,第2版。

[5] 如王礼仁:《正确理解“离婚冷静期”的意义和功能》,载《中华妇女报》2020年7月6日,第5版。

[6] 如贺栩栩:《离婚登记中冷静期制度研究》,载《枣庄学院学报》2017年第6期;杨立新、蒋晓华:《对民法典婚姻家庭编草案规定离婚冷静期的立法评估》,载《河南社会科学》2019年第6期。

[7] 参见全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨于2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》。

[8] 在禁止离婚主义及限制离婚主义的影响下,欧美各国基本上仍采用判决式离婚或者由法院介入的两愿离婚。而且即使在当代平权思潮的影响下,不论两愿还是单愿离婚也多采用概括式的破裂离婚原则,很少完全采用协议登记离婚。参见夏吟兰:《离婚自由与限制论》,中国政法大学出版社2007年版,第110、111页;余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第296、297页。而之所以以德国法为参照,恰恰在于德国法一方面贯彻离婚程序上的法院裁判制、离婚原因上的破裂原则较为彻底,另一方面又以体系性的立法技术最大限度给予离婚当事人以离婚自由,对此参见下文。这可以说是目前欧洲各国以尽量去法院审查化为标志的两愿离婚改革浪潮的一个参照点。Vgl. Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Einleitung von Dutta/Schwab, S. 5ff.

姻家庭制度、实行新民主主义婚姻家庭制度的任务。^{〔9〕}

作为其典型的 1931 年《中华苏维埃共和国婚姻条例》第 9 条中确立了绝对离婚自由。按其规定，不论男女双方同意离婚抑或男女一方坚决要求离婚的，均“即行离婚”。而之后第 10 条则规定了“男女离婚，须经乡苏维埃或城市苏维埃登记”的程序。接下来的 1934 年《中华苏维埃共和国婚姻法》一方面沿袭了《中华苏维埃共和国婚姻条例》所确定的离婚自由原则（第 10 条）和登记离婚程序（第 12 条），另一方面细化了离婚登记的具体规定，增加了进行离婚登记时，政府须认真审查婚姻双方所提出的离婚条件，表明当时苏维埃政府相对于之前，对离婚问题所持的谨慎态度，从而防止离婚自由被滥用。^{〔10〕}

抗日战争、解放战争时期各根据地地区性的婚姻条例在继受上述基本思想和规定的前提下，也进行了细化改革。在离婚程序规定方面，已经对男女双方自愿离婚和男女一方要求离婚在处理程序上加以区别，部分条例以列举的方式规定了离婚的法定理由。^{〔11〕}

2. 1950 年《婚姻法》的离婚制度

1950 年《中华人民共和国婚姻法》（以下简称 1950 年《婚姻法》）是中华人民共和国成立后制定的第一部法律，制定过程深受中华人民共和国成立前革命根据地婚姻法立法的影响。^{〔12〕}

1950 年《婚姻法》继续坚持绝对离婚自由的原则，男女双方自愿离婚以及一方坚决要求离婚的，经区人民政府和司法机关调解无效时，准予离婚（第 17 条第 1 款）。程序上对双方自愿离婚的和一方坚决要求离婚的这两种情形进行区分。对于前者，双方应向区人民政府登记，领取离婚证，区政府则只需查明双方离婚确系自愿且已适当处理子女财产问题，即发给离婚证（第 17 条第 2 款第 1 句）；对于后者，则先由区政府进行调解，调解不成才转报县或市人民法院处理（第 17 条第 2 款第 2 句）。

从立法结果上看，1950 年《婚姻法》延续了革命根据地时期婚姻法“革命性”的传统。这不单体现在 1950 年《婚姻法》脱离民法而进行单独立法这一做法上，更加体现在对绝对离婚自由原则的确立上。只不过为了防止离婚自由被滥用，才根据离婚双方意愿之不同而在程序上进行了登记离婚和诉讼离婚的区分以及作出了诉讼离婚中强制调解的细化规定。所以 1950 年《婚姻法》的离婚制度不仅确立了在坚持绝对离婚自由基础之上反对轻率离婚的基本立法思想，也奠定

〔9〕 参见张希坡：《中国婚姻立法史》，人民出版社 2004 年版，第 103 页；易军，《身体与法律——基于中国共产党婚姻立法史的考察》，载《北方法学》2018 年第 2 期。

〔10〕 参见前引〔9〕，张希坡书，第 150 页；黄东海、张希坡：《法律、政策与实践：革命根据地时期的离婚——基于司法实务的考察》，载《法律适用》2017 年第 16 期。

〔11〕 参见马忆南：《婚姻家庭继承法学》，北京大学出版社 2014 年版，第 20 页。

〔12〕 中华人民共和国成立后制定《婚姻法》的计划，在 1948 年解放区妇女工作会议上就已被提出来。当时刘少奇代表中共中央，向邓颖超等中央妇女运动委员会成员布置了起草《婚姻法》的工作。同时刘少奇将 1931 年的《中华苏维埃共和国婚姻条例》作为参考资料交给了邓颖超等人，同时希望他们仍然以废除封建主义婚姻家庭制度为目标，在调查、总结解放区婚姻状况以及执行婚姻条例经验教训的基础上起草《婚姻法》。参见王彦红、周艳芝、刘志兰：《新中国第一部〈婚姻法〉起草始末》，载《党史文苑》2008 年第 3 期。

了我国离婚制度在程序上实行登记离婚与诉讼离婚^{〔13〕}双轨制的基本框架。^{〔14〕}

（二）1980年《婚姻法》对离婚制度的修改

1980年《婚姻法》修订的最大争议点是离婚问题。有关双方自愿离婚的可通过登记离婚的规定没有引起异议。离婚问题的争论焦点集中在1950年《婚姻法》第17条第1款第2句有关规定，即“男女一方坚决要求离婚的，经区人民政府和司法机关调解无效时，亦准予离婚”^{〔15〕}。在此情况下是否即行判决离婚，其本质在于准予离婚的标准是什么。

虽然从1950年《婚姻法》颁布时起到1980年《婚姻法》正式规定以“感情确已破裂”作为判决离婚的标准为止，相关司法部门就此问题作出过多次回答，但在具体表述上一直有所摇摆，最初的表述以“是否继续维持夫妻关系”以及“是否继续同居”^{〔16〕}作为判决离婚的标准，之后也明确提出过将“感情是否完全破裂”^{〔17〕}作为离婚标准，而后又提出“夫妻关系事实上是否确已破裂，能否恢复和好为原则”^{〔18〕}。但在修订过程中仍然出现了所谓正当理由和感情破裂论之争。^{〔19〕}最终在1980年《婚姻法》修订增加了“感情确已破裂，调解无效，应准予离婚”这一判决离婚的审查标准。

因此1980年《婚姻法》对离婚制度的修订，仍然是在1950年《婚姻法》所确立的框架之内。只是对1950年所确定的绝对离婚自由原则进行了限制。在具体规定上只保留了“男女双方自愿离婚的，准予离婚”的表述（第24条第1句）。与此相配套的是1994年2月1日颁布与实施的《婚姻登记管理条例》，该条例第16条还规定了婚姻登记机关的审查义务，即婚姻登记机关有一个月的时间对当事人的离婚申请是否符合条件进行审查。而男女双方一方要求离婚的则完全被置于诉讼离婚的程序中（1980年《婚姻法》第25条第1款）。同时为人民法院审理判决离婚确立了“感情确已破裂，调解无效”而准予离婚的审查标准。通过1980年《婚姻法》的这一修改及相关配套条例的出台，一方面根据两愿离婚和单愿离婚之不同而在程序上分别实行登记离婚与诉讼离婚的双轨制已正式确立，另一方面判决离婚中增设的“感情确已破裂”审查标准成为对判决离婚的限制和法院的审查标准。

（三）现行《婚姻法》离婚制度的确立

虽然2001年《婚姻法》的修订重点已经落在了夫妻财产制法以及家庭关系法上，但由于

• 377 •

〔13〕 离婚的分类，以夫妻双方对离婚的态度为标准，可分为双方均同意的两愿离婚（合意离婚）和只有一方有离婚意愿的单愿离婚（片意离婚）；按程序的不同，可分为非诉离婚与诉讼离婚；而以解除婚姻关系的方式不同，则可分为协议离婚与判决离婚，其中协议离婚又可细分为通过行政程序的协议离婚和通过诉讼程序的协议离婚。在我国，因法律明确规定诉讼离婚中，在进行判决离婚之前有强制调解程序（《婚姻法》第32条第2款），故而有学者认为诉讼离婚不等于判决离婚。因此我国的协议离婚可分为依照行政程序的协议离婚（登记离婚）和依照诉讼程序的协议离婚（法院调解离婚）。如无特别说明，本文中的登记离婚指的是依照行政程序的两愿协议离婚，诉讼离婚指的是法院调解离婚及法院判决离婚，判决离婚指的是经由法院判决的单愿离婚。参见前引〔8〕，余延满书，第296、297页。

〔14〕 这种以延续性为主，辅之以部分修订的婚姻法立法过程可参见朴敬石：《“离婚完全自由”问题上的矛盾与妥协——以1950年〈中华人民共和国婚姻法〉的制定过程为中心》，载《徐州工程学院学报》（社会科学版）2017年第1期。

〔15〕 参见杨大文：《1980年〈婚姻法〉的修改与颁行》，载《中国妇运》2010年第5期。

〔16〕 原中央人民政府法制委员会：《有关婚姻问题的若干解答》（1953年3月19日），载中华人民共和国民政部民政司编：《婚姻工作手册》，群众出版社1989年版，第35页。

〔17〕 《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见》（1963年8月28日）。

〔18〕 《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》（1979年2月2日）。

〔19〕 参见张春生：《1980年婚姻法修改背后的故事》，载《检察日报》2014年9月29日，第8版。

1980年《婚姻法》所确定的判决离婚中一般性的“感情确已破裂”审查标准在司法实践中面临难以适用的问题，在这次修订中，在总结过去司法实践经验的基础上，以例示加上兜底规定的方式增加了五种诉讼离婚中调解无效应准予离婚的法定情形（《婚姻法》第32条第3款）。这可以看作是对该条第2款“感情确已破裂”这一标准的细化，同时也是对过去司法实践经验的归纳和总结。^{〔20〕}

同时，2001年12月24日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法司法解释一》）也再次重申人民法院在审理离婚案件时不得适用过错原则。^{〔21〕}

与这次《婚姻法》修正相对应的则是2003年出台的《婚姻登记条例》。在登记离婚的程序上，虽然婚姻登记机关仍然具有审查当事人相关材料并且询问相关情况的义务（《婚姻登记条例》第13条第1句），但只要符合《婚姻法》协议离婚的相关规定，即应当当场予以登记，发给离婚证（《婚姻登记条例》第13条第2句）。

二、我国现行离婚制度体系

事实上，在上述历史背景下，我国婚姻法离婚体系自1950年《婚姻法》以来即一直呈现出登记离婚与诉讼离婚完全分离的双轨制特点。在两愿离婚的情况下，离婚当事人双方有绝对的离婚自主权，适用登记离婚程序，无需考虑法定离婚原因。只有在单愿离婚且调解不成的情况下，才适用需考虑法定离婚原因的判决离婚程序。

（一）登记离婚的要件

1. 实体法要件

就实体法上的积极要件而言，《婚姻法》仅仅概括性地规定了男女双方自愿离婚的，必须到婚姻登记机关申请离婚（《婚姻法》第31条第2句）。其中强调的是男女双方的自愿性（《婚姻法》第31条第1句）和对离婚后果的协商一致性（《婚姻法》第31条第3句）。而结合《婚姻登记条例》的相关规定，才能得出离婚双方自愿这一要件的具体法定要求，即：双方应订立书面的离婚协议（《婚姻登记条例》第11条第1句第3项）；申请离婚登记须满足亲身性的要求（《婚姻登记条例》第10条第1句）；离婚协议中需载明双方当事人自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项达成一致的意見（《婚姻登记条例》第13条第2句）。^{〔22〕}虽然《婚姻登记条例》第12条规定了三种限制登记离婚的情形，亦即登记离婚的消极要件，此时婚姻登记机关对登记离婚申请不予受理。但第一种未达成离婚协议的限制情形是《婚姻登记条例》第11条第1句第3项的反向规定，实为同一要件的应有之义。第二种有关当事人行为能力的要求是法

〔20〕《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》（1989年11月21日）中列举了14种夫妻感情确已破裂的情形。

〔21〕《婚姻法司法解释一》第22条规定：“人民法院审理离婚案件，符合第三十二条第二款规定‘应准予离婚’情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚。”

〔22〕这些散见于《婚姻登记条例》中的实质性要件在《民法典》编纂中已被吸收进婚姻家庭编中（《民法典》第1076条）。

律行为主体的一般性要求,亦不属于真正的登记离婚消极要件。第三种结婚登记不是在中国内地办理的情形虽然可算得上是一种消极要件,但也并非实质性的限制条件,仅属于行政管辖事实上不能的排除适用规定。因此,有学者认为我国现行立法并无有关登记离婚的实质性消极要件。^[23]

2. 程序法要件

在程序法上,依据《婚姻登记条例》的规定,登记离婚的程序须经过申请、审查与登记三个形式要件。在当事人双方提出申请这一程序上,除了前述的亲身性之外,主要的规定在于须到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记(《婚姻登记条例》第10条第1句),并且须提供本人的户口簿、身份证,本人的结婚证,双方当事人共同签署的离婚协议书这三种证件和证明材料(《婚姻登记条例》第11条)。其次是婚姻登记机关应当对离婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况(《婚姻登记条例》第13条第1句)。虽然这条规定了婚姻登记机关有审查义务,但却并未明确此种审查的具体性质。而且由于《婚姻登记条例》第12条所规定的三种消极要件,所以实践中的审查集中在对这三种消极要件的排除上,和对《婚姻法》及《婚姻登记条例》所规定的双方自愿离婚以及相关问题的处理这两个积极要件的确认上。换言之,这里的审查更多是基于离婚登记制度而对登记所需要件进行审查,而非对离婚当事人具体婚姻状况的审查。此外,2003年《婚姻登记条例》删除了1994年《婚姻登记条例》中所规定的自当事人申请离婚之日起,婚姻登记机关可以对协议离婚是否符合法定离婚条件进行一个月的审查。因此这里的审查应当理解为离婚登记作为一种具体行政确认行为而进行的形式性审查。^[24]最后,婚姻登记机关若确认离婚申请符合法定离婚条件,应当当场予以登记,发给离婚证(《婚姻登记条例》第13条第2句)。

(二) 判决离婚中的离婚原因与程序

1. 判决离婚的离婚原因、认定及限制

当男女双方只有一方要求离婚时才能以诉讼方式进行离婚,并且在法院调解无效的情况下,才由法院进行审查,在确定法定离婚原因“感情确已破裂”存在的情况下,通过判决的方式准予离婚(《婚姻法》第32条第1款、第2款)。而之后《婚姻法》又以例示的方式规定了某些重大情形下(《婚姻法》第32条第3款5项、第4款)具体的离婚原因来作为“感情确已破裂”这一一般性离婚原因的补充。

尽管以1980年起,《婚姻法》就明确规定了判决离婚中的法定离婚原因是“感情确已破裂”,但是此种表述在学界始终存在争议,虽然不乏赞同者列举了从社会观念、意识形态到历史实践等六种支持理由,^[25]但更多的是质疑。质疑的理由包括:法律只调整人的行为,而并不调整诸如情感等精神范围;婚姻关系不仅仅是情感关系,而是包括夫妻双方物质生活、精神生活以及性关系在内的一种两性生活共同体,感情破裂在表述上范围过窄,无法全部涵盖;^[26]感情确已破裂

[23] 参见前引[8],余延满书,第316页。

[24] 参见夏吟兰:《对中国登记离婚制度的评价与反思》,载《法学杂志》2008年第2期。

[25] 详尽的总结和分析参见蒋月:《20世纪婚姻家庭法——从传统到现代》,中国社会科学出版社2015年版,第416-419页;张云:《中国当代离婚问题研究》,云南科学技术出版社2009年版,第118、119页。

[26] 参见薛宁兰:《共同关切的话题——“〈婚姻法〉修改中的热点、难点问题研讨会”综述》,载《妇女研究论丛》2001年第1期。

主观性过强，无法作为判决离婚标准从客观上进行准确把握和判断，在审判实践中存在操作上的极大困难；^{〔27〕}作为标准缔结、维持婚姻关系的因素很多，感情只是其中一种，而且现实中亦存在不以感情缔结和维系婚姻的情况，以感情是否确已破裂作为判断婚姻是否应当维持实际上是以此判断婚姻有价值与否，在价值判断上是不尽如人意的；^{〔28〕}以感情破裂为标准从比较法上来看是对普遍的破裂离婚原则的误读^{〔29〕}等。

因此，现行法上“感情确已破裂”这一离婚原因的含义和认定存在较大的分歧。有观点认为，夫妻感情破裂指的仅仅是夫妻感情关系已经不复存在且无可挽回，故而应当依照之前司法实践中所总结的“四看”^{〔30〕}来判断以及认定夫妻感情是否破裂。另有观点则认为，应当按照普遍性的破裂原则，以客观上夫妻的共同生活已不复存在并且不能期待双方恢复共同生活作为感情破裂的标志，并以此进行判断。^{〔31〕}但无论是何种定义，在以夫妻（感情或婚姻）关系已经不复存在，且已经无可挽回来作为对“感情确已破裂”这一要件的解释上，却无争议。^{〔32〕}

此外我国《婚姻法》在2001年修订之后对离婚原因同时采用例示主义，因此在存在下列情况时，调解无效，应准予离婚：（1）重婚或有配偶者与他人同居的；（2）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（3）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（4）因感情不和分居满二年的；（5）其他导致夫妻感情破裂的情形（《婚姻法》第32条第3款）以及一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚（《婚姻法》第32条第4款）。其中第3款第5项为兜底条款，^{〔33〕}从其表述上看应该可以得出《婚姻法》第32条第3款与第2款的关系在于，一旦出现第3款所规定的情形时，只需调解无效，即可准予离婚，无须再审查此时感情是否确已破裂，具有一定的离婚原因推定效力。^{〔34〕}而《婚姻法》第32条第4款有关一方宣告失踪，另一方提出离婚诉讼时的情形以及第3款第4项分居满两年的情形则表明，在这两种推定中主要考虑的仍然是感情在客观上是否破裂，而不考虑夫妻双方中的一方是否有过错。只有《婚姻法》第32条第3款前三项才明确将婚姻中一方的重大违反婚姻义务或者过错作为推定感情确已破裂的因素。

为了突出对现役军人的保护以及在怀孕等情况下对妇女的法律保护，《婚姻法》还对这两类主体的配偶向法院提起离婚诉讼的权利进行了限制。《婚姻法》第33条规定，现役军人的配偶要求离婚须征得军人同意，除非军人一方有重大过错。按照主流观点，在此情况下即使可以确定夫

〔27〕 参见杨大文主编：《亲属法》，法律出版社2012年版，第184、185页。

〔28〕 参见曹诗权：《海峡两岸裁判离婚标准的比较研究》，载《法商研究》1998年第1期。

〔29〕 参见马忆南：《二十世纪之中国婚姻家庭法学》，载《中外法学》1998年第2期；前引〔11〕，马忆南书，第116页。

〔30〕 “四看”是指“看婚姻基础、看婚后感情、看离婚原因、看有无和好的可能”。参见《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》（1989年11月21日），具体解释参见前引〔11〕，马忆南书，第117-118页。

〔31〕 参见王洪：《婚姻家庭法学》，法律出版社2003年版，第176、177页。

〔32〕 参见前引〔27〕，杨大文主编书，第184页。

〔33〕 《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》（1989年11月21日）中所列举14种情形的一些仍然可以作为标准，参见杨遂全编著：《婚姻家庭亲属法学》，清华大学出版社2011年版，第213、214页。

〔34〕 然而这种推定效力非常不明确，有学者认为，即使出现这些例示中无过错的情况，也只是离婚的条件之一，法院也不能当然地判决离婚，仍需进行调解以及判断感情是否破裂，在实践中不少法院也确实采用的是这样的解释路径。参见前引〔25〕，张云书，第125页。

妻感情确已破裂,但军人一方不同意离婚的,仍然不能离婚。〔35〕

《婚姻法》第34条则限制了男方在女方怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内的离婚诉讼权。但例外的情形是女方提出或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求。这里的“确有必要”,按照通说主要是指以下两种情形:确实存在双方无法继续共同生活的重大而紧急的情况,如一方生命、人身安全受另一方威胁,女方怀孕的原因在于与他人通奸。〔36〕

2. 判决离婚的程序性规定

对判决离婚影响较大的程序性规定,主要是《民事诉讼法》上针对离婚诉讼案件的原告规定了不予受理的限制,即判决不准离婚的案件,原告在没有新情况、新理由时,在六个月之内又起诉的,不予受理(《民事诉讼法》第124条第7款)。这一起诉的消极要件本身源于审判惯例,〔37〕目的在于防止离婚诉讼被滥用。

但实际上,我国各地基层法院在审理离婚案件时普遍存在的情况是,首次不判离,然后通过《民事诉讼法》第124条第7款进行“二次离婚诉讼”并普遍予以判离。〔38〕形成这种情况的原因一方面在于采取判决形式准予离婚的情形增多以及判决离婚诉讼中对“感情破裂”判断的困难,〔39〕另一方面还在于对长期以来离婚诉讼中存在的调而不判现象的纠正以及法官普遍面临结案率等的压力〔40〕。

三、德国法上离婚制度体系

• 381 •

与我国离婚制度上长期以来面临的尴尬处境相比,比较法上尤其是德国法上的离婚制度在实践运行中颇多合理的经验,值得关注。

(一) 离婚原因

1. 破裂原则的确立

通常认为,目前的德国离婚法是根植于1977年1月1日生效的《婚姻和家庭法改革一号法》,该法确立了离婚原因上的婚姻破裂原则(Zerrüttungsprinzip)。〔41〕

因此德国《民法典》(以下简称德民)规定,离婚的唯一原因就是婚姻已经破裂(德民第1565条第1款第1句)。而法律又进一步对婚姻破裂进行定义,即配偶双方的(婚姻)生活共同体(Lebensgemeinschaft)已不再存在,并且也无法期待双方能够恢复生活共同体(德民第1565条第1

〔35〕 参见前引〔8〕,余延满书,第329页。

〔36〕 参见曹诗权主编:《婚姻家庭继承法学》,中国法制出版社2008年版,第161页。

〔37〕 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第293页。

〔38〕 参见刘敏:《二次离婚诉讼审判规则的实证研究》,载《法商研究》2012年第6期。

〔39〕 参见前引〔38〕,刘敏文。

〔40〕 See Ethan Michelson, Decoupling: Marital Violence and the Struggle to Divorce in China, 125 (2) *American Journal of Sociology*, 335-339 (2019).

〔41〕 参见前引〔1〕,Wellenhofer书,第168页。但是有观点认为早在纳粹时期颁布的婚姻法中其实已经引入了破裂原则,《婚姻和家庭法改革一号法》只是确立了其在离婚法中的支配地位而已。Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, S. 221f.; 《婚姻和家庭法改革一号法》及之后的影响详情 vgl. Schwab, 20 Jahre, „Erstes Eherechtsreformgesetz“, JuS 1997, S. 587ff.

款第2句)。这事实上也是对德民第1353条第2句所规定的建立全面生活共同体这一结婚法效的回应，因全面停止生活共同体的面向将来性而被称为“婚姻生活共同体的废止”(Aufhebung)。^[42]

因此在裁判离婚的前提下，法院必须根据这一离婚条件对婚姻关系的破裂程度进行“谨慎的实质个案审查”(sorgfältige materielle Einzelfallprüfung)，分为两步：一是配偶双方的婚姻生活共同体是否已不复存在；二是是否能期待两者在将来恢复婚姻生活共同体（所谓的Zukunftsprognose，未来诊断）。^[43]而司法实践对于认定婚姻破裂，也逐渐形成了以下几个具体标准：（1）如果可以判定至少配偶一方确定地不想与配偶另一方继续共同生活，那么婚姻即可被认为已经破裂了；（2）必须是对相关情况进行全面评价，仅仅凭借离婚申请方提出的婚姻破裂单独声明，无法完全判定婚姻破裂；（3）法院在判断时主要考虑的是，个案中婚姻生活共同体是否在主观上已经无可挽回地破裂了，而并非婚姻生活共同体的客观情形。^[44]

2. 婚姻破裂的推定

即便有了上述几个司法实践中总结出来的婚姻破裂标准，法院通过审查来确定婚姻已破裂仍然是非常困难的，尤其是在仅有一方要求离婚的情况下。^[45]法院必须深入考察夫妻内部关系，而这有可能过多涉及婚姻内部隐私。^[46]故而法律另行规定了两种婚姻破裂的推定（Vermutung）要件：（1）双方分居一年以上，并且双方申请离婚或者被申请一方同意离婚的，就不可辩驳（unwiderlegbar）地推定婚姻已经破裂（德民第1566条第1款）；（2）双方分居三年以上的，亦不可辩驳地推定婚姻已经破裂（德民第1566条第2款）。

只要离婚申请符合德民第1566条第1款或者第2款的推定条件，便无须再根据德民第1565条第1款第2句进行实质的破裂审查，可以径行认定婚姻已经破裂这一法定离婚原因。^[47]

3. 苛刻情况下的提前离婚

虽然德民第1565条第1款第2句规定了婚姻破裂作为离婚的唯一原因，但根据德民第1565条第2款的规定，配偶双方分居未满一年的，只有当婚姻的存续由于配偶一方自身原因而对申请的配偶一方而言意味着无法忍受的苛刻（unzumutbare Härte）时，才能离婚。这意味着，当不存在无法忍受的苛刻情况时，德民第1565条第2款对德民第1565条第1款第2句的适用进行了一年分居的时间限制。^[48]

这一规定的目的性和正当性一直都有争议。^[49]按照德国联邦最高法院的判决，这一方面是为了避免夫妻情绪激动之下仓促提出离婚，另一方面主要是用于判断婚姻破裂的情形，避免单方破裂情况下权利的滥用。^[50]

而在构成要件上，除了婚姻的延续本身对申请人而言意味着无法忍受的苛刻，且无法忍受的

[42] Schwab, Familienrecht, 27. Aufl., 2019, S. 160.

[43] 参见前引[1], Wellenhofer书, 第170页及下一页。

[44] 参见前引[42], Schwab书, 第160页。

[45] Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl., 2018, S. 179; 参见前引[1], Wellenhofer书, 第170页。

[46] 参见前引[42], Schwab书, 第161页。

[47] 参见前引[1], Wellenhofer书, 第169页及下一页。

[48] 参见前引[1], Wellenhofer书, 第171页及下一页。

[49] 参见前引[42], Schwab书, 第162页。

[50] Vgl. BGH FamRZ 1981, 127.

原因必须存在于配偶另一方身上之外,配偶另一方还应当有严重违反婚姻义务的行为,例如严重的虐待、严重不履行扶养义务等。^[51]

4. 苛刻条款作为婚姻解除的障碍

与苛刻情况下提前离婚相反的是,在某些例外情况下,即使婚姻已经破裂,但考虑到子女的利益或者对配偶一方而言婚姻在法律意义上的存续仍具有重要意义,此时就不允许离婚。这就是所谓德民第1568条苛刻条款对离婚权利的限制。^[52]

在考虑子女利益方面,如果婚姻存续期间所生子女尚未成年,并且出于对子女利益的考虑由于特别原因而必须例外地维持婚姻,即使此时婚姻业已破裂也不应该解除婚姻(德民第1568条第1款情况一)。但是这一规定在实践中,除了离婚可能导致子女自杀危险这样极端的情况下,^[53]极少被适用^[54]。

对被申请人的苛刻方面,如果并且只要离婚对于拒绝离婚的被申请人而言,由于非正常的情况而会构成较为严峻的苛刻,以至于在考虑申请人利益的情况下,也有必要例外地维持婚姻时,即使婚姻已经破裂,也不应该离婚(德民第1568条第1款情况二)。此种苛刻条款针对的是单愿离婚,并且在离婚会导致不愿离婚的配偶一方在精神上、社会生活上或者经济上遭到非正常困难^[55]的情况下才可以援引。

(二) 离婚程序

离婚须根据配偶一方或者双方的申请,以法院的裁判^[56]进行(德民第1564条第1句)。只有在离婚裁判发生既判力时,婚姻才会被解除(德民第1564条第2句)。

2009年9月1日起,经过家事程序法改革之后,离婚程序不再被规定在《民事诉讼法》中,而是规定在《关于家庭事件和非诉事件程序法》(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)(以下简称为FamFG)中,属于“婚姻事件”(FamFG第121条第1项),由家庭法院管辖。这导致离婚程序不是根据“起诉”,而是根据双方或者一方的申请而发生(FamFG第124条)。从名称上看,离婚双方也分别相应地由原告与被告改称为“申请人”或者“被申请人”。同时离婚程序因属于婚姻事件,一方面不适用辩论原则,采用职权调查原则(Untersuchungsgrundsatz),亦即法院应当依职权查明和裁判相关、但是当事人未提供的事实(FamFG第127条第1款);^[57]另一方面实行强制律师代理(Anwaltszwang),即当事人实施任何诉讼行为,都必须由法院许可的律师代理(FamFG第114条第1款)。虽然这些程序法上的变化使得离婚程序在形式上有别于德国一般民事诉讼程序,但这些形式上的变更,主要是考虑家事案件与一般民事诉讼案件的差异,在人身属性和私密性方面

• 383 •

[51] 参见前引[45], Dethloff书,第180页及下一页。

[52] 参见前引[41], Gernhuber/Coester-Waltjen书,第258页。

[53] Vgl. OLG Hamburg FamRZ 1986, 469.

[54] 参见前引[42], Schwab书,第164页。

[55] 参见前引[1], Wellenhofer书,第175页及下一页。

[56] 此处的裁判是指由法院作出的裁判(Entscheidung),但具体的裁判则是通过裁定(Beschluss)而非判决(Urteil)的形式作出,以在程序法上与一般的民事诉讼进行区分。参见前引[45], Dethloff书,第185页。

[57] 与该原则相对的是仅仅由当事人双方提供诉讼资料的辩论原则(Verhandlungsgrundsatz)或提出原则(Beibringungsgrundsatz)。Siehe Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2019, S. 429, 438.

都有特别的要求，而需要在程序法上进行特殊、专业和集中化的裁判。^{〔58〕}从实质上来看这仍然是一种通过法院诉讼而进行的裁判离婚。

因此德国法上的离婚（Ehescheidung）概念仍被理解为基于特定离婚原因、通过法院的裁判而面向将来解除婚姻。

（三）德国离婚法中的两愿离婚

综上所述，通过破裂推定的规定，即配偶双方分居一年以上并且双方都同意离婚这两个要件（德民第 1566 条第 1 款），德国法上也允许配偶双方一致同意而解除婚姻，即所谓两愿离婚（die einverständliche Scheidung^{〔59〕}）。只是受限于程序性要求，双方仍然需要以双方申请离婚或者一方提出离婚申请而另一方表示同意的方式向法院提起离婚申请（FamFG 第 134 条第 1 款），由法院依据概括式破裂原则批准双方离婚。在德国家事程序法改革前，两愿离婚双方在提出申请前还必须在程序法上满足已就离婚的重要后果达成一致这一条件，才可在破裂推定的基础上进行两愿离婚（《民事诉讼法》第 630 条第 1 款和第 3 款）。^{〔60〕}之后的新家事程序法取消了此项规定，只要求当事人在离婚申请中申明双方是否已经就重要的离婚后果达成协议即可（FamFG 第 133 条第 1 款第 1 项）。

如果配偶双方分居不满一年，就无法根据德民第 1566 条的推定破裂提出离婚申请，只能根据德民第 1565 条第 1 款第 2 句规定的离婚基本条件提出申请。这意味着法院需要从客观上出发判断婚姻是否破裂。只是由于受限于德民第 1565 条第 2 款的限制，即使双方均存在离婚意愿，除非有苛刻情况，否则也必须遵守一年分居时间的要求。^{〔61〕}

（四）德国离婚制度的特点与形成根源

德国离婚制度最大的特点在于，不论是两愿离婚抑或是单愿离婚，始终坚持完全由法院决定是否批准婚姻双方离婚，即所谓法院的离婚垄断（das gerichtliche Scheidungsmonopol）。^{〔62〕}同时对离婚原因原则上采用概括式的破裂原则，即所有离婚原则上均需具备婚姻破裂这一法定原因。在这两大具有限制离婚自由之作用的前提下，通过破裂推定制度以及苛刻情况下的提前离婚制度，尽可能地赋予双方离婚自由以及减轻法院在判决过程中的审查负担。^{〔63〕}同时为了防止极端情况下因离婚造成其他优先受保护的法益受损，又通过苛刻条款对此种限制前提下的“离婚自由”再一次进行一定的限制，从而实现法益保护的平衡。

但从历史角度看，德国这一复杂离婚制度形成的原因还是其文化中长期存在的禁止离婚主义。而这一点如同大部分欧美国家一样，也同样是受到了基督教婚姻观形塑的结果。^{〔64〕}按照基

〔58〕 参见赵秀举：《家事审判方式改革的方向与路径》，载《当代法学》2017年第4期。

〔59〕 有学者译为协议离婚，参见〔德〕迪特尔·施瓦布：《德国国家法》，王葆苒译，法律出版社2010年版，第168页。

〔60〕 虽然在理论上德国法上两愿离婚最终可以溯及双方一致同意离婚这一点，但婚姻破裂的法定构成要件是无法逾越的，且也必须经由法院审查程序，因此并非如有的观点所认为的，可与我国的协议式两愿离婚相比较。参见樊丽君：《论德国法上的两愿离婚——兼评我国协议离婚制度》，载《甘肃政法学院学报》2008年第3期。

〔61〕 这点在学界中有争议，此为通说。参见前引〔42〕，Schwab书，第167页。

〔62〕 参见前引〔45〕，Dethloff书，第178页。

〔63〕 同时离婚双方的同意（两愿）也受限于法定程序及法官的审查职权，其具体的含义及界限 vgl. Nina Dethloff, Die einverständliche Scheidung, 1994, S. 99ff.

〔64〕 Vgl. Stephan Meder, Familienrecht: Von der Antike bis zur Gegenwart, 2013, S. 72; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Thier, § § 1303–1312, § 1588, Rn. 12.

基督教教义,婚姻不仅仅是神所安排的,^[65]结婚双方形成的是一种“骨肉融合”的一体关系,^[66]结婚双方终身不可分离^[67]。在后来的使徒时代,使徒保罗更是用婚姻比喻基督与教会的关系,^[68]使得基督教信仰中的婚姻具有神学上的神圣(sakral)色彩。这一点从目前德国法上对婚姻的定义便可一窥端倪。^[69]因此从中世纪开始天主教教会不仅将婚姻列为基督教七大圣礼(sieben Sakramente)之一,而且严禁信徒离婚。之后的新教各教派虽然没有将婚姻列为基督教圣礼之一,也没有绝对禁止离婚,但仍然需要一方严重违反婚姻义务才可以离婚,^[70]即所谓离婚过错原则(Verschuldensprinzip)的滥觞。

在之后发展起来的民事婚姻当中,即使离婚的判断权从教会手中收归为国家行使,这一套有关婚姻的观念以及由此发展起来的禁止离婚主义或者新教教派所提倡的离婚过错原则也被国家立法所继承。^[71]即便后来因男女平权运动的兴起,离婚法历经改革之后完全采纳了破裂原则,基督教的婚姻观和禁止离婚主义仍在离婚立法基础上产生了决定性的影响。

四、《民法典》离婚新规定的澄清和体系解释路径

(一) 对登记离婚新规定冷静期的澄清

在吸收了《婚姻登记条例》相关程序的规定(《民法典》第1076条)以及对程序性事项加以细化之后(《民法典》第1080条规定了离婚登记完成即产生婚姻关系解除的效力),我国《民法典》对登记离婚制度的规定相比于《婚姻法》中的规定有了很大的完善和进步。但《民法典》第1077条有关离婚冷静期的规定在体系上适当与否却仍需澄清。

1. 中德两愿离婚的差异性

从上述分析可以得知,德国法上分居制度的设立,尽管具有防止配偶双方轻率离婚的作用,某种意义上类似于冷静期,但是在判决离婚以及概括式破裂主义的前提下,更多的是通过“不可辩驳的推定”制度经由法定分居期间而达到婚姻已经破裂这一唯一的法定离婚原因,从而减轻实践中法院判断婚姻是否已经破裂的难度。尤其是在两愿离婚的情况之下,通过分居制度的设立,最大限度地突出了双方的离婚意愿在离婚中的作用,甚至和协议登记离婚在某种程度上具有相似

[65] 耶和華神說:“那人獨居不好,我要為他造一個配偶幫助他。”(創世記2:18,中文經文引自《聖經(和合本)》,下同)

[66] 因此,人要離開父母,與妻子連合,二人成為一體。(創世記2:24,馬可福音10:7中耶穌基督引用了聖經舊約的這段經文)既然如此,夫妻不再是兩個人,乃是一體的了。(馬可福音10:8)

[67] 所以,神配合的,人不可分開。(馬可福音10:9)

[68] 為這個緣故,人要離開父母,與妻子連合,二人成為一體。這是極大的奧秘,但我是指著基督和教會說的。(以弗所書5:31-32)

[69] 2017年10月1日德國《同性婚姻法案》生效前,德國法上僅規定婚姻是終身締結(§1353 a. F.),但僅指異性之間,《同性婚姻法案》生效后,條文被修正為婚姻在同性或者異性的兩個人之間終身締結(§1353),始終不變的是強調婚姻原則上的終身性,超越個體性的兩人結合,其中基督教的婚姻原型可見一斑。參見前引[64],Thier書,邊碼8。

[70] 此處可參考聖經經文:只是我告訴你們,凡休妻的,若不是為淫亂的緣故,就是叫她作淫婦了。人若娶這被休的婦人,也是犯奸淫了。(馬太福音5:32)

[71] 參見前引[64],Stephan Meder書,第74頁及對下各頁;也可參見孟德花:《別居與離婚制度研究》,中國人民公安大學出版社2009年版,第12頁。

性。然而其最终目的仍然是为了达到由法院判断婚姻是否已经破裂。在两愿离婚中当事人双方的离婚意思和最终的婚姻状态之间始终存在着法定离婚原因以及法院对离婚原因的判断这双重障碍，从而导致离婚双方对离婚原因和离婚程序均无完全自主权。

与此相反的是，我国离婚制度中，既不采用概括式的破裂主义，对于两愿离婚和单愿离婚在程序上也一直是分离的。对于两愿离婚，由离婚当事人双方通过协议再经婚姻登记机关登记离婚，只有对于单愿离婚且在法院调解不成功的情况之下，才需通过法院裁判程序审查“感情确已破裂”这一法定原因，进而对是否准许离婚作出判决。在两愿离婚的情况下，一方面当事人双方的离婚意思无需经过法定离婚原因，本身可直接决定婚姻状态，另一方面婚姻登记机关的审查也并非判决程序中的“职权调查”，而仅仅是依据法定要件对当事人的离婚意愿进行确认的行政行为。

2. 体系上的归类困难

因此，从体系解释的层面看，在我国协议登记离婚制度中最长达六十日的离婚冷静期设置，因缺乏概括性法定离婚原因这一基础，在体系上无法适当归类。又因实行的是通过行政确认行为进行登记离婚，无需进行实质性审查，^{〔72〕}婚姻登记机关的审查及登记行为实际上和离婚冷静期无涉，无法经由外界干预来达到调和夫妻关系的目的^{〔73〕}。对婚姻登记机关的登记行为亦无益。甚至在效率导向的行政领域内，离婚冷静期的设置反而有碍行政机关办事效率的提高，造成离婚流程冗长，增加离婚当事人及婚姻登记机关的时间和人力成本。甚至有引发协议登记离婚向诉讼离婚分流之虞，加剧本就不堪重负的基层法院离婚判决的压力。

3. 在制度目的与历史观念上的矛盾性

立法说明中所阐述的设置离婚冷静期的唯一理由是，防止轻率离婚，背后的目的其实是为了降低近年来逐渐攀升的离婚率，试图以强行让婚姻当事人双方“冷静”的方式使其“重归于好”。然而我国离婚制度立法一直以来根植于革命性，两愿离婚采用登记离婚的方式从一开始就与废除具有极大人身束缚性的封建婚姻家庭关系这一目的相联系。而且我国在历史上也不存在基督教婚姻观以及与此相联系的禁止离婚主义的影响。^{〔74〕}因此，这一带有浓重限制、甚至

〔72〕 值得注意的是冷静期相关条文表述在起草过程中的变化。2017年9月26日《民法婚姻家庭编（草案）》室内稿第36条第1款首先规定“婚姻登记机关应当对离婚登记申请进行审查”，之后有关冷静期的表述均以“审查期间”为导向。而之后各版的征求意见稿才形成目前《民法典》条文的表述，有关婚姻登记机关审查的表述已被完全删去。

〔73〕 学界有观点认为我国离婚冷静期是对国外类似制度，尤其是韩国与英国“离婚冷静期”的借鉴。但无论是韩国的离婚熟虑期抑或是英国的离婚考虑期，都是建立在其离婚程序由法院垄断的基础之上，尤其是韩国，即使是协议离婚也是在家庭法院的指导之下进行的。因此在韩国、英国的“离婚冷静期”内，集审查、协调、判断等职责于一体的家庭法院可以对夫妻的关系进行深入介入和指导，通过外部力量的介入促成离婚冷静期内夫妻关系的复合。与此相反，我国的冷静期设置在婚姻登记机关以登记方式完成协议离婚的程序中，在这一行政程序中，婚姻登记机关既无能力也无义务完成类似国外家庭法院的介入工作。因此这种所谓比较法上的“借鉴”是否合适以及能否完成所期待的立法任务，是很值得怀疑的。参见前引〔6〕，杨立新、蒋晓华文。

〔74〕 与此相反，从《唐律》开始，我国一直有“和离”的传统，是一种只需丈夫签署“放妻书”即可完成的类似两愿协议的离婚方式，尽管有学者对其在实际中是否确实适用有疑义，如参见范依畴：《中国古代的“和离”不是完全自由的两愿离婚》，载《政法论坛》2011年第1期；但是学界主流观点仍认为这是我国历史上独立存在且实际适用的离婚方式，并且在专制时代晚近越来越成为民间离婚的一种主流方式。有关“和离”的形式问题参见张艳云：《从敦煌〈放妻书〉看唐代婚姻中的和离制度》，载《敦煌研究》1999年第2期；“和离”制度具体构成要件参见刘玉堂：《唐代“和离”制度的法律透视》，载《江汉论坛》2011年第5期；“和离”制度的独立性以及适用的普遍性参见崔兰琴：《独立抑或附属：再论和离的法律地位——兼与范依畴商榷》，载《政法论坛》2012年第2期。

禁止离婚主义色彩的唯一理由本身，与协议登记离婚制度的设立目的以及我国的历史文化传统均不相容。

4. 法理层面的反思

从法律作为行为规范的角度来看，是否需要以及可能通过法律来促成婚姻当事人情感上的和睦也是值得怀疑的。当一桩婚姻已然无可挽回地破裂时，以“规制情感”为目的的行为强行法，其最终结果只能是限制了婚姻双方当事人最基本的离婚自由权利。^{〔75〕}

（二）对判决离婚规定的体系性解释

《民法典》中有关判决离婚的规定，除了第1079条第5款外，其他的规定基本因袭了《婚姻法》中的相关规定。即便是《民法典》第1079条第5款，也可以从前述的离婚诉讼在审判实践遵循的“二次诉讼”惯例中寻得痕迹。不过更重要的是，在体系上如何对这些规定予以归类（zuordnen）及解释。在此，不妨以德国法上的离婚体系作为参照，以离婚原因之认定为核心，对我国单愿离婚中判决离婚的体系进行梳理。

1. 离婚原因

《民法典》第1079条在离婚原因的具体规定上仍然维持了具有争议的“感情确已破裂”的表述，在立法例上也保持了《民法典》第1079条第2款一般性规定加上第3款例示性规定的模式，同时引入了第5款在“二次离婚诉讼”中以一年的分居时间为标准来判断准予离婚。

实际上，从上文我国的婚姻法立法史梳理中可以发现，在1980年《婚姻法》规定“感情确已破裂”之前，司法实践中对于在判决离婚中如何认定应准予离婚，在立场上是摇摆不定的，“感情破裂”以及“关系破裂”这两种说法都存在。而且在1989年的批复中所确定的“四看”原则也并非仅限于对“夫妻感情”的审查。我国离婚法相关解释中以感情已不复存在且无可挽回作为认定感情确已破裂的标准这一点，事实上与德民第1565条有关婚姻破裂的定义并无二致。因此，不论是采用“感情破裂”还是“关系破裂”的表述，甚至于德国法上最具概括性的婚姻“破裂”概念，都由于其既属于一般条款（Genralklausel），又牵涉到人类关系中最复杂多变的婚姻关系，故而在司法实践中面临着如何审查、判断进而适用于具体案件的难题。即便如德国法在司法实践中进行类型化（Typisierung）之后，对其进行直接的审查和判断仍然面临着巨大的困难。而《民法典》第1079条第3款的例示性规定因为之前司法实践中长期存在的“调而不判”以及“二次离婚诉讼”的审判惯例，实际上在帮助推定离婚原因的认定上作用仍然十分有限。

因此，在目前《民法典》第1079条引入第5款的契机之下，在未来的司法实践中是否可以考虑，赋予《民法典》第1079条第3款第4项和第5款这两种无过错且均以分居期限为标准的离婚原因推定情形，类似于德国法上不可辩驳的破裂推定效果，从而形成首次离婚诉讼时两年分居时期，二次离婚诉讼时一年分居时期的有区分性的破裂推定要件。这样，在维持原有实证法体系不变的情况下，建立具有实质要件意义的分居制度，既可以有效减轻大部分判决离婚案件中法

〔75〕 毋宁说在以行政程序进行两愿登记离婚的制度下，任何一种直接的前置性限制措施都是很难证成的，相反，倒是可以从离婚无效与撤销等事后救济的视角出发，规范两愿登记离婚中的意思瑕疵以及登记错误问题。参见吴国平：《我国登记离婚程序的缺陷与立法完善》，载《法治论丛》2011年第5期。

院的判断负担，同时也给予离婚双方一定的考虑期限。

2. 苛刻情况下的离婚

我国离婚法从一开始便采取了两愿离婚与单愿离婚在程序上分离的方式，且两愿协议离婚并未受制于“感情确已破裂”这一离婚原因，因此，在与婚姻一方严重过错相联系的《民法典》第1079条第3款前三项以及具有兜底性质的第5项的“感情确已破裂”推定情形上，无需考虑类似德民第1565条第2款中苛刻情况下的最短分居期限限制。

因此，在今后司法实践的解释中，仅需考虑《民法典》第1079条第3款前三项及第5项的体系定位即可。一方面，可以与《民法典》第1079条第3款第4项和第5款的无过错破裂推定相区分；另一方面，可以将主要以一方严重过错因素为主的《民法典》第1079条第3款前三项，与在解释上具有开放性的《民法典》第1079条第3款第5项相结合，构成法官据以径直判决离婚的苛刻情况。以此可以避免以往司法实践中，即使在《民法典》第1079条第3款前三项规定的情况下仍有依据《民法典》第1079条第2款认定未达“感情确已破裂”的标准，从而不准予离婚的情形。

3. 限制婚姻中特定一方提出离婚的权利

《民法典》第1081条及第1082条的规定，在某种程度上可以看作为某种更加值得保护的法益，而由立法者强制规定在特别情况下，限制婚姻主体中的一方提出离婚的权利。就规定效果而言，类似于德国法上的婚姻解除障碍。

问题在于，由于法律条文语言表述上的模糊性，如《民法典》第1081条规定为“要求离婚”以及第1082条规定的“不得提出离婚”，单从表述本身很难判断这是实体法上的婚姻解除消极要件，抑或是对离婚诉权的限制。只是通过《民法典》第1082条的但书规定，才可得出应当将其认定为对配偶一方离婚诉权的限制。

从体系性角度考虑，《民法典》第1081条及第1082条所规定的两种具体情形固然可以认定为限制了配偶一方的离婚诉权，在这两种具体情况下配偶一方提出离婚时，法院即可直接驳回。但在但书所规定的受理的情况下，不妨借鉴德国法上离婚解除障碍的规定，将离婚一方的严峻苛刻情况作为一种婚姻解除的概括性消极要件，在离婚审理程序的最后由法官进行审查，进而在具体的个案中予以类型化，最终使判决离婚制度在适用中更加灵活与周延。

五、余 论

离婚率攀升的根本症结并非所谓法律制度的“漏洞”，而是在于社会经济发展过程中产生的社会观念变迁，最终导致个人原子化这一社会结构的变更。而婚姻制度在人类历史上所经过的类型远远大于我们现今所能看到的，因此不必对因社会结构的自然变化所产生的婚姻制度本身的变迁产生担忧。^{〔76〕}“直至死亡将我们分离”（Till death us do part）已不再是宗教式的婚姻

〔76〕 参见〔美〕斯蒂芬妮·孔茨：《为爱成婚——婚姻与爱情的前世今生》，刘君宇译，中信出版集团2020年版，前言。

教条,^[77]而仅仅成为了人们期待理想爱情的一句誓言。即便考虑到家庭制度的稳固对整个社会稳定所带来的重大意义,降低离婚率本身也是一项综合“社会治理”(social governance)的过程,并非个别法律条文的修改所能阻止的。婚姻作为人类社会中的一项目制,不仅仅远远早于法律,甚至也早于国家的诞生,法律在对这一根本制度的法律规范进行修订时,需要考虑这一制度自身的发展特点及其所根植的历史文化背景。

在《民法典》编纂尘埃落定之际,不论其具体规定如何,仍应转向以法律实证主义(Gesetzespositivismus)^[78]为导向的体系化解释。就离婚法而言,应该立足于我国立法传统上的离婚自由与谨慎离婚这两大原则,在现有离婚双轨制的框架内,一方面将离婚法上的相关实体法规定法教义学化,保证判决结果的可预测性,另一方面通过家事程序法等特别程序,使判决离婚程序进一步专业化,力求在离婚程序上保障当事人利益的同时,使离婚原因审查及判断更具可操作性。

Abstract: The new regulation of divorce cooling-off period in the registered divorce system of Civil Code is inconsistent with the legislative purpose of the relevant regulations of registered divorce in China, the dual regulation legislative system of divorce and the tradition of marriage legislation in China. In fact, it is the result of wrongly borrowing foreign divorce systems under the influence of divorce prohibition. For the system of divorce by judgment, we should learn from the practice of German divorce law. On the one hand, we should implement the principle of rupture on the grounds of divorce on the basis of Article 1079, paragraph 2 of the Civil Code; on the other hand, we should according to the presumption of rupture and harsh conditions classify the statutory reasons of divorce in Article 1079, paragraphs 3 and 4, including the new provision that divorce should be granted after one year of separation in the second divorce proceedings, and systematize them from the perspective of interpretation.

Key Words: divorce cooling-off period, reason for divorce, rupture principle, presumption of rupture

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

[77] 这句婚礼誓言最早便是以教规的面貌出现在世人面前的,收入于16世纪英国坎特伯雷大主教托马斯·克兰麦(Thomas Cranmer)为刚脱离罗马大公教会而独立的英国国教会所编的《共同祈祷书》(The Book of Common Prayer)有关婚礼仪式的章节中。之后该祈祷书又通过议会法令,成为英国国教徒进行宗教活动必须遵循的仪式规定。而托马斯·克兰麦能够成为坎特伯雷大主教、英国国教会独立以及该教规的编撰,又恰恰与1553年时任英王亨利八世要求废止自己的第一次婚姻而受到罗马教廷阻挠,进而发生争执有关。See Leo F. Solt, *Church and State in Early Modern England, 1509—1640*, Oxford University Press, 1990, pp. 41, 52—53; Charles Hefling, Cynthia Shattuck ed., *The Oxford Guide to the Book of Common Prayer*, Oxford University Press, 2006, p. 100.

[78] Vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 458ff.

《民法典》遗产管理人制度适用问题研究

王葆蔚 吴云焱*

内容提要：《民法典》新增遗产管理人制度，为遗嘱执行人与遗产管理人统一规定了职责、责任和报酬。遗产管理人是指经遗嘱指定或法院指定等方式产生，以实现遗嘱内容为目的的民事主体，具有独立于被继承人和继承人的法律地位。遗产管理人职责的本质是指其执行职务的权利和义务，主要包括清理遗产、管理遗产、清偿债务、分割遗产和诉讼担当，其权利外观是履行职责的依据。第 1147 条对遗产管理人的授权应解释为排他性授权，排除继承人对遗产的处分权。遗产管理人违反职责造成利害关系人损失的，应承担侵权责任。遗产管理人怠于履行职责或有重大事由的，利害关系人有权申请法院解除其职务。对于遗产管理人制度不明确之处，可类推适用总则编关于代理和合同编关于委托合同的规定，结合遗产管理人的实际情况解释适用。

关键词：遗嘱执行人 遗产管理人 民法典

《民法典》继承编的 45 个条文中 7 条为本次新增，主要是第四章第 1145 条以下规定的遗产管理人制度，其中第 1145 条和第 1146 条规定了遗产管理人的产生，第 1147 条规定了遗产管理人应当履行的职责，第 1148 条规定遗产管理人的民事责任，第 1149 条规定遗产管理人有获得报酬的权利。

设立遗产管理人制度的目的是为了妥善管理和分割遗产，实现对继承关系当事人利益的平等保护。现有的《继承法》侧重于保护继承人，缺乏对遗产债权人的保护。虽然《继承法》第 16 条第 1 句规定立遗嘱人可以指定遗嘱执行人，但未进一步明确遗嘱执行人的法律地位和职责，导致实践中遗嘱执行人难以顺利履行职责。法院常以《继承法》没有规定遗嘱执行人的权利义务及

* 王葆蔚，湖南师范大学法学院副教授；吴云焱，湖南师范大学法学院硕士研究生。

本文为司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“意思自治在身份法领域适用问题研究”（16SFB2035）的阶段性成果。

诉讼资格、遗嘱执行人不是继承人等为由驳回其诉讼请求。^{〔1〕}更为严重的是,若继承开始后无人继承也无人接受遗赠,继承人又恶意放弃继承的,则债权人因无法确认被告而难以主张权利,继承人可以一方面通过放弃继承免于清偿遗产债务,同时又可以继续占有遗产财产。如“中国建设银行股份有限公司合川支行和黄太平债务清偿纠纷案”^{〔2〕}中,继承人黄某一方面通过放弃继承逃避债务,另一方面继续占有房屋并获益,作为善意债权人的银行却难以通过司法程序获得救济。

《民法典》第1145条以下设立的遗产管理人制度有效针对司法实践中存在的问题,解决了遗产纠纷的诉讼担当问题,明确遗产管理人和遗嘱执行人的权利和责任,但其在内容上仍存在诸多不完善之处。本文目的即在于解决遗产管理人制度在实践应用过程中可能出现的问题。在研究思路上,首先通过体系解释、适用其他章节之规定弥补遗产管理人制度之不足,在无法通过法律解释实现目的时,提出进一步立法完善的建议。

一、遗产管理人的含义和法律特征

(一) 遗产管理人的含义

狭义上的遗产管理人是指在没有遗嘱执行人的情况下产生的管理遗产之人。英美法系中的遗产管理人(administrator)是在死者未留有遗嘱,留有遗嘱但未指定遗嘱执行人、遗嘱执行人不愿任职或丧失资格等情况下,由利害关系人申请法院指定产生的管理遗产之人。^{〔3〕}德国、日本我国等大陆法系国家或地区在后两种情况下,会首先依法律规定的其他方式申请法院选任遗嘱执行人;若选任无果,再通过继承人担任或推选、申请法院指定而产生遗产管理人。正因如此,遗嘱执行人和遗产管理人有两种立法模式:统一立法式和分别立法式。英国、美国、澳大利亚等英美法系国家将二者统称为遗产代理人,适用统一规则。德国、日本、我国台湾地区等大陆法系国家或地区则对二者分别立法。

根据我国《民法典》第1145条的规定,继承开始后,若存在遗嘱执行人,则优先由遗嘱执行人担任遗产管理人(第1分句);没有遗嘱执行人的,由继承人推选遗产管理人(第2分句);

〔1〕例如在李爱兰与中国工商银行股份有限公司成都盐市口支行游乐园分理处遗嘱继承纠纷一案中,遗嘱执行人李爱兰诉请从银行领取被继承人名下存款。法院认为:“我国法律法规没有对遗嘱执行人的产生、地位、职责及行为效力做出规定,没有设置限制继承人处分遗产的条款;根据《继承法》第2条,继承人从继承开始即享有所有权,涉案遗产存款的诉讼权利提起人仍应当为继承人,李爱兰以遗嘱执行人名义提起诉讼缺乏法律依据。”成都市成华区人民法院(2015)成华民初字第1544号民事裁定书;成都市成华区人民法院(2015)成华民初字第1545号民事裁定书。

〔2〕重庆市第一中级人民法院(2018)渝01民终4548号民事裁定书。该案中,一审法院认为,黄某已在诉讼中明确表示放弃继承,对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任,故黄某不是本案的适格被告,建行合川支行对黄某的起诉依法应予驳回。二审法院认为:黄某作为继承人,虽然声明放弃继承案涉房屋,但并非放弃继承黄太平的所有遗产,且其在案涉房屋处理前仍有翻悔的可能性。同时,因案涉房屋钥匙掌控在黄某手中,故案涉房屋实际上由黄某控制和支配。因此,基于被继承人遗产范围的不确定、继承人对遗产的占有现状及继承人是否最终放弃遗产继承的不确定性,黄某目前更宜被认定为遗产代管人。本案中,建行合川支行作为债权人并无任何过错,在主张债权过程中也并无懈怠。因此,在现有无人继承遗产清偿债务制度尚不健全的情况下,根据公平和诚实信用原则,同时为减轻讼累,本案宜从黄某遗产代管人身份角度确定其恰当的义务及责任。

〔3〕参见陈碰有:《英国遗嘱继承制度研究》,载《厦门大学法律评论》2001年第2期。

继承人未推选的，共同担任遗产管理人（第3分句）；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人（第4分句）。可见，我国亦采取统一立法模式，对遗产管理人和遗嘱执行人适用统一规范。进而，根据其产生方式的不同，我国的遗产管理人可以进一步区分为“实质意义上的遗产管理人”和“名义上的遗产管理人”。前者指的是遗嘱执行人或继承人推选的遗产管理人，此种管理人代表全体继承人管理遗产，适用第1147条以下的规定。后者指的是全体继承人共同担任遗产管理人的情形，以及无人继承的情况下担任遗产管理人的民政部门或村委会。我国采取直接继承主义，继承开始后，遗产当然归属于全体继承人。又根据《民法典》第1160条，无人继承又无人受遗赠的遗产归国家或集体所有制组织所有，由民政部门或村民委员会代表国家或集体所有制组织行使权利。此两种情形下，遗产管理人和继承人（所有权人）主体重合，无法完全适用有关遗产管理人的制度，如民事责任承担（第1148条）和取得报酬（第1149条）。将其规定为遗产管理人，主要意义在于解决司法实践中的诉讼担当问题，故可以将其称为“名义上的遗产管理人”。

（二）遗产管理人的特征

遗嘱执行人和遗产管理人的地位和职责十分相似，但二者仍有区别：（1）适用范围不同。遗嘱执行人以有效遗嘱存在为前提，适用于遗嘱继承；遗产管理人不以遗嘱为必要前提，适用于法定继承或遗嘱继承。^{〔4〕}（2）产生方式不同。遗嘱执行人的产生方式包括遗嘱直接指定、委托指定以及法院指定，遗产管理人则可以由继承人担任或推选、法院指定产生。（3）行为依据不同。遗嘱执行人依遗嘱和法律执行遗嘱，遗产管理人在无遗嘱时只依法律规定管理遗产，在有遗嘱但无遗嘱执行人时依照遗嘱和法律管理遗产。（4）权限范围不同。遗产管理人的权限通常大于遗嘱执行人，除法律规定的权利限制以外，几乎不存在其他限制。但遗嘱执行人的权限会受到被继承人和遗产管理人的双重限制。被继承人可以对遗嘱执行人的权利设置时间限制、遗产范围限制、地点限制或附条件的限制。^{〔5〕}

遗产管理人是遗产代理人的一种。英美法系国家或地区通常将遗嘱执行人和遗产管理人统称为遗产代理人，指因一人无行为能力或死亡而管理其法律事务之人。^{〔6〕}美国《统一遗嘱继承法典》^{〔7〕}中的遗产代理人还包括继任遗产代理人（successor personal representative）、特别遗产管理人（special administrator）^{〔8〕}以及根据法律在实质上履行相同职能的人，一般遗产代理人是与特别遗产管理人相对的概念。

〔4〕 参见刘耀东：《论我国遗产管理人制度之立法构建——兼论与遗嘱执行人的关系》，载《广西大学学报》（哲学社会科学版）2014年第4期。

〔5〕 参见前引〔3〕，陈碰有文。

〔6〕 See Garner, B. A., *Black's Law Dictionary*, West, 2009, pp. 1416-1417.

〔7〕 The Uniform Probate Code, 美国统一法律委员会1969年制定，2019年最新修订，至今已有19个州全部或部分采用，本文引用的相关法条来源于2019年修订版，载 <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=a539920d-c477-44b8-84fe-b0d7b1a4cca8>，最后访问时间：2020年3月17日。

〔8〕 特别遗产管理人通过两种方式任命：（1）在任命一般遗产代理人之前有必要保护死者遗产的，或者一般代理人因死亡或丧失民事行为能力后，司法常务官应利害关系人的申请任命；（2）经利害关系人申请，法院在通知和听证后，认为任命特别遗产管理人是维护遗产或确保适当管理的必要条件，或者一般遗产代理人不能管理遗产的，由法院在正式程序中任命特别遗产管理人。在紧急情况下，法院可以不经通知任命。

遗产管理人不同于《继承法》第24条规定的遗产保管人,后者只有财产保管权,仅有权临时占有或保存遗产,^[9]而遗产管理人除保管权外,还有处分权、清算权、诉讼权、分割权等诸多权利。

二、遗产管理人的法律地位和权利外观

(一) 遗产管理人的法律地位

遗产管理人的法律地位决定了其法律适用、职责性质以及和被继承人、继承人之间的关系。大陆法系国家或地区素有代理说和固有权说之争,英美法系国家采信托受托人说,另有学者提出以继承人拟制代理为主、固有任务为例外的折中说。

代理说分为被继承人代理说、继承人代理说和遗产代理说。(1)被继承人代理说认为遗产管理人是被继承人的代理人,^[10]此系承认死者人格的日耳曼法之见解。法国采此说,^[11]只认可遗嘱指定而产生遗产管理人,未规定法院指定之产生方式。^[12](2)继承人代理说将遗产管理人视为继承人的代理人,^[13]为日本、我国台湾地区所采。如日本《民法典》第1015条规定:“遗产管理人视为继承人代理人。”其立法理由是:继承人是遗嘱人权利义务的承继者,故执行遗嘱的是继承人,但遗产管理人代理其执行遗嘱,二者之间虽无委托代理关系,但可视为代理关系,继而准用委托代理的规定,乃法定代理。史尚宽认为,遗嘱人死亡后其权利能力消灭,遗产管理人遵照遗嘱本旨以实现法律上利益,由继承人承继,故将遗产管理人视为继承人的代理人。(3)遗产代理说主张遗产管理人是遗产的代理人,将遗产视为法人。^[14]

• 393 •

固有权说包括机关说、限制物权说和任务说。(1)机关说认为遗产管理人是法律所认可的被继承人利益之机关。(2)限制物权说认为,遗产管理人是享有遗产物权之限制物权人。(3)任务说认为,遗产管理人因执行任务而享有独立的法律地位,为德国、瑞士所采,日本判例也有此主张。据此,继承人丧失了作为遗产所有人的管理权、处分权和遗嘱执行权,遗产管理人基于其遗产管理人的资格享有遗产管理权和遗嘱执行权。

受信托制度影响,英美法系关于遗产管理人地位的主流学说是信托受托人说,也称拟制信托说。英国《1925年受托人法》将遗产管理人视为信托受托人。美国绝大部分州的继承法也采纳了信托受托人说,遗产管理人的地位类似于以遗嘱继承人或受遗赠人为受益人的信托关系受托人。

我国学者赵莉认为,^[15]遗产管理人的职责既有委托职责,又有固有职责,故提出了以拟

[9] 参见付翠英:《遗产管理制度的设立基础和体系架构》,载《法学》2012年第8期。

[10] 参见任江、王婷:《遗嘱执行人的概念辨析与制度建构》,载《武陵学刊》2018年第5期;蒋月:《婚姻家庭与继承法》,参见厦门大学出版社2014年版,第360页。

[11] 参见史尚宽:《继承法论》,中国政法大学出版社2000年版,第567-568页。

[12] 参见唐义虎、周璐:《美国继承法判例选编》,武汉大学出版社2019年,第146页。

[13] 参见薛宁兰、金玉珍:《亲属与继承法》,社会科学文献出版社2009年,第338-339页。

[14] 参见前引[11],史尚宽书,第568页。

[15] 参见赵莉:《我国遗嘱执行人法定权责模式的选择——管理清算型抑或监督保全型?》,载《金陵法律评论》2016年第1期。

制继承人代理为主、固有任务为例外的折中说。折中说将立遗嘱人之代理拟制为继承人之代理，固有任务仅限于遗产管理人履行必需且仅能由其一方履行的职责事项，包括选定受赠者、通知继承人并制作财产目录等。遗产管理人履行固有任务受阻时有权向不予协助的继承人提起诉讼。

笔者认为，为了保障遗产管理人顺利履职、平衡债权人和继承人的利益，必须赋予遗产管理人独立的、不受继承人约束和指示的法律地位，故原则上采取固有权说中的任务说为宜。遗产管理人具有类似破产管理人的地位，^{〔16〕} 根据遗嘱或法律规定获得职权，以自己名义从事活动。特别是在继承人推选遗产管理人的情形下，虽然双方在内部关系中可以类推适用有关委托合同和意定代理的规则，但在外部关系上，遗产管理人一经产生即获得独立法律地位，履行法定职责，而不受继承人指示的约束，继承人也不得任意解除遗产管理人。

从比较法角度来看，德国学说上虽采任务说，但并不否认遗产管理人和继承人之间的关系有类似委托代理之处。德国《民法典》第 2218 条规定遗嘱执行人和继承人间的法定债务关系可以准用委托法的相关规定，但仅限于第 664 条转委托及责任、第 666 条答复询问义务和提出报告的义务、第 667 条返还（遗产）义务、第 668 条支付所使用的金钱的利息、第 673 条受托人死亡之第 2 句、第 674 条存续的拟制以及第 181 条自己代理行为，而并不包括遗嘱执行人的辞任、解任等其他问题。相应的，我国遗产管理人与继承人之间的法律关系也可准用《民法典》代理和委托合同之规定，但仅包括第 168 条自己代理与双方代理、第 923 条受托人应当亲自处理委托事务、第 927 条受托人交付财产的义务等，而不能适用《民法典》第 173 条第 2 项和第 933 条规定的任意解除权，以确保遗产管理人的独立法律地位。

（二）遗产管理人与继承人的权利冲突

由于我国采直接继承模式，继承人作为遗产所有人有权对遗产进行占有、使用、收益、处分，而遗产管理人为执行遗嘱也享有遗产管理权。我国现行法律未规定两者权利之优先顺序，导致遗产管理人在实践中常遭遇继承人本人及其法定代理人、银行等其他主体的阻碍。《民法典》第 1147 条中虽规定遗产管理人的职责，但未排除继承人的处分权，也未明确规定遗产管理人的诉讼权利。由此发生的疑问是，对于遗产管理人所管理的遗产权利，仅遗产管理人有权主张，还是继承人作为所有权人也有权主张？遗产债权人对遗产提起的诉讼，应以遗产管理人为被告，以继承人为被告，还是以遗产管理人和继承人为共同被告？

笔者认为，应参考德国《民法典》第 2211 条、日本《民法典》第 1115 条及我国台湾地区“民法”^{〔17〕} 的规定，对我国《民法典》第 1147 条规定的遗产管理人权限做出排他性解释，以限制继承人的处分行为、保障遗产管理人履行职责不受他人妨碍。据此，遗产管理人的处分权限原则上不受限制，其既不接受继承人的指示，也不受法院的监督。但若管理人严重违反义务或无能力妥

〔16〕 参见〔德〕雷纳·弗兰克、托比亚斯·海爾姆斯：《德国继承法》，王葆蔚、林佳业译，中国政法大学出版社 2015 年，第 100 页。

〔17〕 德国《民法典》第 2211 条规定：“对于遗产管理人所管理之遗产标的物，继承人不得处分。于此情形，准用关于有利于由无权利人取得权利之规定。”日本《民法典》第 1115 条规定：“有遗言执行者，相续人不得处分相续财产，或有妨于执行遗言之行为。”我国台湾地区“民法”第 1216 条规定：“继承人于遗产管理人执行职务中，不得处分与遗嘱有关之遗产，并不得妨碍其遗嘱之执行。”

善执行事务时,法院可根据当事人的申请对其解任;管理人违反义务且有过错的,应向继承人承担损害赔偿责任。

遗产管理人的强势法律地位意味着继承人在权利上被架空。虽然继承人名义上是遗产的承继者,却不得有效处分遗产管理人管理下的标的物。对于继承人的无权处分行为,第三人若不知晓遗产管理人存在且对此不存在重大过失,可以主张善意取得。继承人虽然针对遗产可以实施负担行为,但其很可能无法履行义务,因为其缺乏必要的处分权能,只能以损害赔偿代替履行。

(三) 遗产管理人的权利外观

遗产管理人的权利外观是指遗产管理权利的外在表现形式,用于向第三人证明管理人的身份和权利。多数国家为遗产管理人设置了统一的法院证书作为权利外观,如德国的遗嘱执行人证书、美国的遗嘱执行令、英国的遗嘱检验委任书等。以上证书由法院依申请颁发,管理人应提交相关材料以证明其符合申请条件,如遗嘱、被继承人死亡证明、是否接受任职等。法院认为申请人符合授予证书条件则颁发证书,证书中必须注明管理人的权利限制。证书一经颁发即生效,证书载明的权利人推定为真实遗产管理人。

《继承法》并未规定执行人的权利证书,实践中遗嘱、被继承人死亡证明和个人身份证明的组合尚不足以构成执行人的权利外观,致使其难以行使权利。《民法典》在遗产管理人制度中仍未规定权利证书,遗产管理人可能会因为缺乏权利外观而难以履行职责。于此情形下,可以考虑由法院作出遗产管理人资格的确认裁定,或者由公证处根据《公证法》第11条有关身份公证的规定做成遗产管理人身份公证书,让遗产管理人的身份获得公权力背书。

• 395 •

具体而言,对于设有遗嘱且继承人无争议的继承事件,公证处可以在继承人确认遗嘱效力的基础上,向遗产管理人(遗嘱执行人)办理身份公证;对于继承人推选的遗产管理人,或者全体继承人共同担任遗产管理人的,公证人可以要求继承人形成书面协议,并在公证笔录中确认该事实,据此做成遗产管理人公证书。若继承人无法达成一致,应由法院指定并做成相应的司法文书;出现无人继承遗产情形的,应通过诉讼由法院确认该事实,并指定民政部门或村委会担任遗产管理人。

三、遗产管理人的产生和变更

(一) 遗产管理人的资格

《民法典》未对担任遗产管理人做出资格限制,故原则上应尊重被继承人和继承人的意思自治,只要符合一般代理人标准、能够完成管理人工作职责即可。若存在争议,法院作为公权力机关介入并指定遗产管理人时,可以参考破产管理人资质的相关规定,作为选择遗产管理人的标准。

具体而言,在遗嘱指定执行人或继承人推选管理人的情形下,由于遗产管理人具备代理人的部分特征,且为有效履行职责之需要,应符合《民法典》有关完全民事行为能力人的规定。限制民事行为能力人和无民事行为能力人不能担任遗产管理人。遗产管理人可以由继承人或受遗赠人

担任，也可以由其他自然人、法人或其他组织担任，包括专业的遗产管理人组织。如果遗嘱中指定的管理人（执行人）在继承发生时尚未获得完全民事行为能力，或者嗣后失去民事行为能力，应不具备遗产管理人资格。

法院在指定遗产管理人时，可以比照见证人、破产管理人的资质标准进行选任。不宜担任遗产管理人的情形包括：因故意犯罪受过刑事处罚、曾被列入失信人名单、与继承有利害关系（如继承人或受遗赠人）、涉嫌违法行为正被相关部门调查、三年内曾因不当履职被法院处罚或解任的管理人、缺乏担任管理人所应具备的专业能力、缺乏承担民事责任的能力、与继承当事人有未了结的债权债务关系、和继承当事人有经济往来或服务关系。

（二）遗产管理人的产生

1. 遗嘱执行人担任管理人

遗嘱执行人是指经遗嘱指定或法院指定等方式产生，以实现遗嘱内容为目的的民事主体。《民法典》第1133条第1款规定：“自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。”同样，变更遗嘱执行人亦仅得以遗嘱为之。与德国不同的是，我国遗嘱执行人的产生方式只有遗嘱指定，不包括法院选任等其他产生方式。被继承人可以通过遗嘱直接指定或委托第三人指定的方式确定遗嘱执行人。受托人应在遗嘱指示的期限内确定遗嘱执行人，遗嘱未规定指定期间的，应在继承开始后及时、从速确定遗嘱执行人。被继承人还可以指定替任遗嘱执行人（也称补充遗嘱执行人），在遗嘱所附条件成就时代替前任遗嘱执行人继续执行遗嘱，如前任遗嘱执行人因死亡、丧失民事行为能力、辞任、解任等情形出缺时。

《民法典》第1145条第1分句规定：“继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人。”该规定产生的疑问在于，在法定继承和遗嘱继承并存的情况下，遗嘱执行人是仅就遗嘱继承部分担任遗产管理人，还是有权管理全部遗产。根据第一种理解，遗嘱执行人的管理权限局限于遗嘱继承部分，法定继承财产按无遗嘱执行人的规则处理，即根据第1145条另行确认遗产管理人，由此发生遗嘱执行人和遗产管理人并存的局面。两者可能会发生权责冲突。根据第二种理解，遗嘱执行人的权限扩展到全部遗产，自无遗嘱执行人和遗产管理人相互掣肘之虞，但遗嘱执行人是否可以因为管理责任不堪重负而拒绝承担？遗嘱执行人的报酬仍按照遗嘱计算抑或应相应调高？特别是当遗嘱继承财产在全部遗产中的所占比例较小的情况下，扩张遗嘱执行人管理范围无疑会增加其工作量。又根据《民法典》第1163条的规定，遗产管理人的职责包括清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，而遗嘱执行人则可能无需承担该职责，且法律没有规定遗嘱执行人的拒绝权，故扩张遗嘱执行人管理范围可能会导致其不堪重负。

遗嘱执行人与遗产管理人的关系，实质上是遗嘱未指定由遗嘱执行人管理的遗产由谁管理的问题。按《民法典》第1145条第1分句的字面意思，有遗嘱执行人的，不会再另行产生遗产管理人，遗嘱执行人的权利因法律规定而自动扩张。《民法典》将遗嘱执行人和遗产管理人统一立法，主要是考虑到二者职责相似，分开规定会造成重复立法，故其立法本意在于由遗嘱执行人管理全部遗产，包括遗嘱未处分的财产和遗嘱无效部分涉及的财产。于此情形下，遗嘱执行人的职责范围可能超过其能力或预期，应允许其提出辞职，避免出现遗嘱执行人无力管理全部遗产的情况。遗嘱执行人愿意管理全部遗产的，应相应调高遗嘱中规定的执行人报酬。

2. 非遗嘱执行人担任遗产管理人

《民法典》第1145条第2至4分句规定：“没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任管理人。”

继承人推选的遗产管理人，可以在继承人之列，也可以是继承人之外的人，但应以其自愿担任为前提，被推选者接受委托后，方可成为管理人。双方在内部关系上可以类推适用委托合同的规定，如约定管理人的报酬标准。但被推选者接受委托后，即获得独立的法律地位，无需接受继承人的指示，继承人也不得随意解任。

在继承人共同担任遗产管理人的情形下，遗产管理人实为继承人共同体，其内部关系类似于合伙，故继承人共同执行遗产管理事务的方法可准用《民法典》第970条的规定。继承人就遗产管理事务作出决定的，除另有约定外，应经全体继承人一致同意；按照约定或全体继承人的决定，可以委托一人或数个继承人执行遗产管理事务，其他继承人不再执行遗产管理事务，但有权监督执行情况；继承人分别执行遗产管理事务的，执行事务继承人可以对其他继承人执行的事务提出异议；提出异议后，其他继承人应当暂停该事务的执行。需要注意的是，继承人委托的事务执行人和继承人推选的遗产管理人有所不同。前者是合伙事务执行人，类推适用合伙的相关规定，并不享有遗产管理人的法定职责和权利；后者在职责和责任方面适用遗产管理人的规定，具有相对独立性。

被继承人生前住所地的民政部门或村民委员会是最后顺位的遗产管理人，主要是为了解决诉讼担当。若遗产情况复杂、涉及问题较多，以致于民政部门和村委会欠缺必要管理能力时，可根据《民法典》第1147条第6项规定的“实施与管理遗产有关的其他必要行为”，聘请专业人士处理具体事项。

3. 法院指定遗产管理人

《民法典》第1146条规定：“对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。”据此，若遗嘱执行人不愿意担任该职务，或者继承人对遗嘱执行人管理全部遗产有异议的，或者继承人无法达成一致推选遗产管理人的，均可请求法院指定。这里的“争议”应包括积极冲突和消极冲突，即多人争当遗产管理人或无人担任遗产管理人的情形。对于消极冲突而言，“利害关系人”即包括继承人和遗嘱执行人，也应包括债权人，否则会出现无人担任遗产管理人也无人申请法院指定的情形（诉讼担当困境），无法实现遗产管理人制度保护遗产债权人权益的立法意旨。

（三）遗产管理人的变更

从比较法角度看，遗产管理人的变更或职责终止情形一般包括死亡或丧失民事行为能力、职务执行完毕、辞任和解任。如德国《民法典》第2225条至第2227条规定遗产管理人的职务因其死亡、辞职或被遗产法院免职而终结；遗产管理人处理完所有工作时，其职务自动终止，无需专门撤销该遗嘱执行或由遗产法院免职。^{〔18〕}我国的遗产管理人制度中也应有必要的退出

〔18〕 参见前引〔16〕，雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第101页。

机制设计。

1. 遗产管理人丧失履职能力

遗产管理人处理完遗产相关事务后，其职务自动终止，无需特别规定。但若遗产管理人在此之前出现死亡或丧失民事行为能力之情形，即丧失履职能力，可准用《民法典》第173条第1、3、4、5项和第934条，终止其职务，由当事人另行推选或法院另行指定遗产管理人。在遗嘱执行人担任遗产管理人的情形下，若遗嘱指定了此种情况下的替任遗嘱执行人，则应由其接任管理人职责，否则应由法院指定或继承人推选遗产管理人，继任的遗产管理人应继续执行遗嘱。

2. 辞职

各国及地区立法和学说原则上均认可遗产管理人的辞职权利，但在辞职是否需要正当理由方面存在分歧，日本、韩国和我国澳门地区要求有正当辞职理由，并经法院认可。^{〔19〕}德国不要求正当事由。^{〔20〕}我国学者王利明、陈苇主张辞职需要正当理由。^{〔21〕}吴国平认为遗产管理人可以随时辞职，无需正当理由，但因可归责于遗产管理人事由导致利害关系人受损害的需负损害赔偿责任。^{〔22〕}

笔者认为，原则上应允许遗产管理人辞职，但应根据其产生方式区分处理：（1）对于遗嘱指定的执行人和法院指定的遗产管理人，辞职应有正当理由，如自然人因疾病或者外界侵害而不能履行职责，组织经营发生困难、面临破产或者经营陷入困境等。（2）对于继承人推选的遗产管理人，可以准用《民法典》第173条第2项和第933条之规定，允许遗产管理人无理由辞职，除不可归责于该当事人的事由外，无偿遗产管理人应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿遗产管理人应当赔偿对方的直接损失和可以获得的利益。（3）民政部门和村民委员会作为最后顺位的当然遗产管理人，不可辞去职务，否则会导致立法意旨落空。

3. 解任

关于遗产管理人解任，大多数国家均规定利害关系人有权向法院申请解除遗产管理人职务，解任理由通常是怠于履行职责或有其他重大事由。怠于履行职责，是指完全不能或者不认真履行执行行为，如无正当理由不将遗产交付于继承人，无正当理由拒绝清理财产、编制遗产清单，或者遗产清单出现重大疏漏，遗嘱人的债权将要超过诉讼时效却怠于采取必要措施等。重大事由，通常须对遗产及继承人造成客观真实的危险，但不以遗产管理人有过失为必要。如因遗产管理人的居住地不在遗嘱执行地而不得不委托第三人全部执行，因其疾病、失踪、长期缺席妨碍执行，或共同遗产管理人意思不能一致。

〔19〕 日本《民法典》第1019条第2项规定：“遗嘱执行人有正当理由时，得经家庭法院许可、辞其任务。”韩国《民法典》第1105条规定：“被指定或被选任的遗嘱执行人具有正当事由的，经法院许可，可辞去其任务。”澳门“民法典”第2157、1923条规定：“遗嘱执行人满足下列条件之一的可以辞任：年满七十岁；因患病而不能适当履行职务；在澳门法院就财产清理程序具有管辖权之情况下，其于澳门地区以外居住；履行代分割财产管理人职务与其担任之公职有抵触。”

〔20〕 德国《民法典》第2226条规定：“遗嘱执行人随时终止其职务。其终止应向遗产法院以意思表示为之。”

〔21〕 参见陈苇：《中国遗产处理制度系统化构建研究》，中国人民公安大学出版社2019年版，第151-159页。

〔22〕 参见吴国平：《比较与借鉴：海峡两岸遗嘱执行人制度之立法探究》，载《云南大学学报》（法学版）2015年第2期。

笔者认为,遗产管理人的行为涉及继承人、受遗赠人、遗产债权人的利益,特别是由继承人担任遗产管理人时,继承人与遗产管理有重大利害关系。若遗产管理人怠于行使职务甚至故意损害他人利益,为保护利害关系人的利益,立法应当赋予其申请解任权。同时要注意,即使遗产管理人由继承人推选产生,遗产管理人也享有独立的法律地位,而不是继承人和被继承人的代理人,继承人不能基于委托代理关系而行使任意撤销权,故解任的情形应限于“怠于履行职责和其他正当事由”,且必须由法院根据当事人的申请决定。

就具体解任理由而言,可以参考破产管理人制度的相关规定,区分遗产管理人的类型而分别规定:(1)法人或非法人组织担任遗产管理人的,其解任事由可以包括执业许可证或者营业执照被吊销或者注销、出现解散/破产事由或者丧失承担执业责任风险的能力、与本案有利害关系、履行职务时因故意或者重大过失导致债权人利益受到损害。(2)自然人担任遗产管理人的,解任事由可以包括与继承有利害关系、履行职务时因故意或者重大过失导致债权人利益受到损害、失踪、因健康原因无法履行职务等。

四、遗产管理人的职责

(一) 清理遗产并制作遗产清单

“遗产”应包括积极遗产和消极遗产。遗产管理人应收集并清点其有权管理的积极遗产,包括但不限于动产和不动产、货币财产、无形资产、对外债权、对外投资、依法可以追回财产的状况、债务人与相对人未履行完毕合同的情况。就消极财产而言,主要是遗产债务,但我国尚未设立遗产债权公示催告程序,《民事诉讼法》中的公示催告程序仅适用于票据被盗、遗失或灭失的情形,不宜用于遗产债权申报。笔者认为,可以参考国外关于遗产债权公示催告程序的规定和我国破产债权申报程序的相关规定,由遗产管理人申请法院发布遗产债权申报公告,内容包括申请人、公告期间、未申报效果等信息,督促债权人行使权利。债权人未在法定期限内申报债权的,普通债权只能在清偿已申报债权之后受偿。申报后未被确认的债权,不得再向继承人或受遗赠人主张。

遗产管理人应制作遗产清单,但未规定遗产清单的制作时间、制作要求、清单内容、效力等。参考德国、法国、日本、瑞士等国家或地区的遗产清单制度,^[23]我国遗产管理人应于就任后从速编制遗产目录。继承人担任遗产管理人的,应自继承人知道被继承人死亡之日起开始制作遗产清单。清单应逐一登记遗产标的和遗产债务的种类、数量、状况、制作日期,并经遗产管理人签名。制作完毕的遗产清单应提交给继承人以供了解,遗产利害关系人有权请求查阅清单,可要求更正错误登记事项。制作清单期间停止一切债务清偿,在清单制作完成后,继承人在清单记载的积极遗产范围内对债务承担有限清偿责任。清单编制义务不得依被继承人意思以及继承人等利害关系人的合意免除。^[24]

[23] 参见德国《民法典》第2215条,法国《民法典》第1029条2项,日本《民法典》第1013、第1014条,瑞士《民法典》第518条1项、第595条2项。

[24] 参见前引[11],史尚宽书,第588页;陈苇、刘宇娇:《中国民法典继承编之遗产清单制度系统化构建研究》,载《现代法学》2019年第5期。

（二）向继承人报告遗产情况

继承人作为遗产所有权人，对遗产情况享有知情权，遗产管理人应主动定期向继承人报告遗产情况，在继承人请求时应及时报告，在履职完毕后应向继承人书面报告遗嘱执行结果。书面报告中应包括遗产清单、管理遗产的账目和管理费用、债权债务和遗产税费处理支付情况、遗产分配方案和分配给继承人、受遗赠人的证明等。继承人提出异议的，遗产管理人应予以回应。

（三）采取必要措施防止遗产毁损和灭失

若财产权属关系存在争议或者尚未确定，管理人应当依法确权或者明确。遗产闲置并具备对外出租条件的，经人民法院许可或者继承人同意，管理人可以对外出租，但出租期限以有利于资产将来出售价值最大化为原则。遗产易损、易腐、价值明显减少、不适合保管或者保管费用较高的，管理人应当依法及时变卖。遗产中的现金、银行存款及有价证券等，管理人应当指定专人保管与核算，并严格执行财务管理制度。被继承人对外投资拥有的资产，管理人应当及时书面通知被投资企业，并依法行使出资人查阅信息、分取红利、参与决策、选举表决等权利。遗产中的权利如不依法登记或者及时行使将丧失的，管理人应当及时予以登记或者行使，例如商标续展注册、专利年费缴纳。财产需要办理保险的，管理人应当办理必要的保险手续。

（四）处理被继承人的债权债务

处理被继承人的债务应首先确定被继承人债务的范围。严格来说，“被继承人的债务”仅指被继承人生前所负的个人债务。此处应作广义理解，即被继承人债务既包括被继承人的生前债务，如因合同、侵权、不当得利、无因管理等产生的债务，也包括继承开始时产生的债务，如必留份和为维持生存所需要的酌给遗产之债、遗赠之债，还包括遗产管理费用、死亡宣告或公示催告等诉讼费用、遗产清算费用等。^{〔25〕}

《民法典》未明确上述遗产债务的清偿顺序，仅于第 1159 条规定：“分割遗产，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。但是，应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产。”笔者认为，可以参考《企业破产法》中的原则性规定，按照如下顺位确定遗产债务的清偿顺序：（1）遗产管理费用，包括遗产管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用，管理、变价和分配债务人财产的费用，以及法院或其他部门收取的规费。（2）共益债务，包括因管理人请求对方当事人履行双方均未履行的合同所产生的债务、遗产受无因管理和不当得利所产生的债务、管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务、遗产致人损害所产生的债务。遗产中有非法人企业的，为继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务，也属于共益债务。（3）为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留的适当遗产。（4）被继承人所欠社会保险费用和税款。（5）普通债务。

（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产

遗产管理人应遵从遗嘱和法律规定的时间分割遗产。《民法典》未明确允许遗嘱禁止分割遗产，但不排除遗嘱人可以禁止遗产在一定时期内的分割。对于遗嘱做出的遗产分割禁令，遗产管理人应当遵守。但依《民法典》第 1132 条，继承人可以协商确定遗产分割时间，可以在遗嘱禁

〔25〕 参见前引〔21〕，陈苇书，第 287 页。

止分割遗产的情况下达成与之相反的一致意见。故遗产管理人依据继承人协议确定遗产分割时间并因此违背遗嘱分割禁令的,不承担责任。

依《民法典》第1159条第1句“分割遗产,应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务”的规定,遗产分割原则上应当在债务清偿完毕之后进行,目的在于落实继承人的还债义务并加强对遗产债权人利益的保护。但在遗产足以清偿债务时,对于不需要偿债的无争议遗产可以先行分割。瑞士《民法典》第596条第3款规定:“清算所不必要的遗产物和金钱,继承人可以在清算期间请求全部或部分移交。”《民法典》第1159条第1句将《民法典继承编(草案)》二审稿第938条第1句^[26]的“遗产分割前”改成“分割遗产”也表明,立法并非一味禁止先行分割,且第1159条第1句的规范目的在于保障遗产债务清偿,因此,只要实际上能够实现清算目的,对于清算所不必要的遗产应允许先行分割。

遗产管理人分割遗产的依据包括遗嘱和法律规定。此处的“法律规定”主要体现在《民法典》第1130条法定继承遗产分配、第1131条酌情分得遗产、第1132条继承人协商、调解和诉讼、第1155条保留胎儿份额、第1156条遗产分割的发挥遗产效用原则和方法、第1159条清偿债务和必留份等。遗产管理人分割遗产的首要依据是遗嘱,被继承人有遗产分割指示的,遗产管理人应当遵守。由于继承人可协商确定遗产分割的时间、办法和份额,遗产管理人也可以依继承人协议分割遗产。若遗产分割协议系在尊重遗嘱的基础上达成,效力可谓得到进一步强化。^[27]即使继承人之间订立的遗产分割协议与遗嘱不符,只要该协议未违反效力性法律强制规定,即为有效。订立违背遗嘱的遗产分割协议不构成继承人妨碍遗嘱执行的行为,遗产管理人按继承人协议分割遗产的法律行为有效,不会引发赔偿责任。^[28]继承人通过诉讼确定继承份额及分割方式的,遗产管理人应依法院判决执行。

(六) 实施与管理遗产有关的其他必要行为

遗产管理是指为遗产的保值或增加,或为清偿债务所为的事实行为或法律行为,^[29]包括遗产之保存、利用、改良所必要的一切处置^[30]。必要的遗产管理行为可能包括必要的修缮和保存、收取资金或租金、订立租赁合同、取得占有、^[31]转移所有权、通知终止合同、债权让与和免除、交付遗赠并办理登记、支付债务、^[32]提起诉讼或仲裁、商标续展注册、为维持专利权而交纳专利年费、^[33]继续营业、购买保险等事实行为或法律行为。

遗产管理人应为管理遗产的必要而为上述行为,判断遗产管理人的特定行为是否超出必要限

[26] 《民法典继承编(草案)》二审稿第938条第1句规定:“遗产分割前,应当支付丧葬费、遗产管理费,清偿被继承人的债务,缴纳所欠税款。”

[27] 参见福建省厦门市思明区人民法院(2014)思民初字第15118号民事判决书。

[28] 参见[德]克里斯蒂娜·埃贝尔-博格斯:《德国民法遗产分割(§§2042~2057a BGB):诺莫斯注解》,王强译,中国政法大学出版社2014年,第14-15页、第52-53页。

[29] 参见前引[16],雷纳·弗兰克、托比亚斯·海爾姆斯书,第189页。

[30] 参见陈琪炎、黄宗乐、郭振恭:《民法继承新论》,台湾三民书局2011年版,第330页。

[31] 日本有法院认为,遗嘱指定房产由特定继承人继承时,继承人当然取得所有权,遗嘱执行人没有必要管理和占有该房产,也没有必要申请办理不动产转移登记。参见前引[15],赵莉文。

[32] 参见前引[11],史尚宽书,第589页。

[33] 参见张玉敏:《继承法律制度研究》,法律出版社1999年版,第290-292页。

度，应在具体情形中把握。例如遗产管理人为担保个人债务而出质遗产，或者将遗产赠与亲属的行为，显然超出了管理遗产的必要限度。遗产管理人超越必要管理权限而为之处分行为或负担行为，对于善意第三人而言有效，但在内部关系上，遗产管理人会因违反适当管理或善良管理义务而向继承人承担责任。若侵害了受遗赠人和遗产债权人的利益，遗产管理人还需对他们承担责任。遗产管理人以某处分行为损害继承人利益且相对人知晓或应当知晓管理人的行为超越适当管理范围的，相对人不能善意取得物权。双方恶意串通损害继承人利益的，遗产管理人的处分行为无效。

遗产管理人在履行职责过程中受到继承人、受遗赠人、银行等主体妨碍的，如继承人本人处分或拒不交付遗嘱相关遗产、继承人法定代理人争夺遗产管理权、占有遗产的受遗赠人侵吞争抢遗产、银行拒绝支取被继承人的存款和保管财物等，遗产管理人有权根据《民法典》第1147条的规定通过诉讼排除妨碍。占有遗产的受遗赠人侵吞争抢遗产的，遗产管理人可依据《民法典》第1151条和第1147条第6项向受遗赠人主张返还遗产、赔偿损失。银行等第三人拒绝遗产管理人取得被继承人财产的，遗产管理人有权依据《民法典》第1147条请求配合。

如前所述，《民法典》第1147条对遗产管理人的职责规定应理解为排他性授权，故继承人通过买卖等方式处分须用于特定遗赠或清偿债务之遗产的，适用无权处分规则认定效力。在继承人擅自处分遗产的情况下，遗产未转移占有或登记的，遗产管理人可向继承人主张返还遗产；遗产已移转占有或登记，但不构成第三人善意取得的，遗产管理人可向第三人主张返还遗产；遗产已被第三人善意取得的，遗产管理人可向继承人主张赔偿损失。

遗产管理人以自己的名义起诉应诉亦属于“实施与管理遗产有关的其他必要行为”。遗产管理人在实体法上的处分权能，在程序上对应其诉讼担当权能。^{〔34〕} 遗产管理人有权以自己的名义代替继承人享有或者与之共同享有与管理遗产有关的诉讼标的。为排除上述妨碍，遗产管理人有权以自己的名义提起诉讼予以救济，且只能由遗产管理人起诉，继承人因丧失实体处分权而丧失积极诉讼实施权。对于遗产管理人所管理遗产的请求，遗产债权人可以向遗产管理人主张，也可以向继承人主张，因为继承人作为遗产所有权人有可能愿意为遗产债务承担无限清偿责任。

遗嘱中除了指定执行人处理遗产分割争议，还有可能要求遗嘱执行人管理遗产若干年后再行分割。例如遗产中包含企业，而继承人却尚未成年或缺经验，被继承人指定执行人后要求继承人在成年并具备经验后，方才接受企业并独自承担责任。此种情形下，遗产管理人的必要行为是否包括对遗产中的独资企业进行管理？如决定企业的内部管理事务、企业的日常开支和其他必要开支、决定继续或者停止营业等。德国法将遗嘱执行人分为清算型或分割型执行人和管理型执行人。清算型执行人的任务是将被继承人的终意处分付诸实施（第2203条），并结清遗产债务。而管理型执行人的任务在于对全部遗产、部分遗产或特定遗产标的进行管理（第2209条），对管理型执行人的任命期限以30年为限，但实际上该期限可根据第2210条第2句延长，如被继承人可以要求执行人持续管理直到继承人或遗嘱继承人死亡。笔者认为，《民法典》第1133条第4款规

〔34〕 参见前引〔16〕，雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第103-104页。

定的“自然人可以依法设立遗嘱信托”，意味着立遗嘱人或全体继承人可以指定或推选类似德国管理型遗嘱执行人的遗产管理人，该管理人不仅可以处理遗产分割，还可以在一定期限内对遗产进行管理，包括对企业的管理。

五、遗产管理人的民事责任

《民法典》设立遗产管理人民事责任条款的目的在于，警示遗产管理人应履行善良管理人义务，督促其在合法范围内正常行使职务。遗产管理人的“民事责任”性质为侵权责任，承担侵权责任的构成要件包括：遗产管理人实施了侵权行为，造成了损害结果，侵权行为与损害结果之间有因果关系，遗产管理人主观上存在故意或重大过失。

（一）侵权行为

遗产管理人的侵权行为，是指受其意思支配地侵害继承人、受遗赠人、债权人等主体民事权益的行为，包括作为和不作为。遗产管理人作为侵权通常表现为对遗产的积极侵害。如遗产管理人违背遗嘱将遗产分配给遗嘱继承人以外的人、^{〔35〕}以遗产偿还个人债务、无权出卖遗产后将价款据为己有、故意毁损遗产、故意低价转让甚至无偿赠与遗产、不适当的遗产债务清偿^{〔36〕}等。遗产管理人因负有法定作为义务或约定作为义务而不作为，构成不作为侵权。如未根据《民法典》第1147条第3项的规定“采取必要措施防止遗产毁损”，即违反了法定作为义务。若遗产管理人系继承人推选产生，其违反约定义务损害继承人财产权益的，不仅产生违约责任，还产生不作为的侵权责任，继承人可择一请求。

遗产管理人的侵权行为可能损害继承人的财产权、受遗赠人的受遗赠权、遗产债权人的债权。例如，遗产管理人将特定遗产财产转让给善意第三人，并将所得价款挥霍一空，其无权处分行为侵害了继承人的所有权。若该财产为遗赠物且遗赠原本可以执行，遗产管理人的行为侵犯了受遗赠人的受遗赠权。又如，遗产管理人在债权申报期间故意提前清偿某特定普通债权人债务，导致相关债权人的债权受偿额减少，则侵害了相关债权人的权益。应注意的是，遗产管理人的行为须系出于过错并有加害遗产债权人之故意时，才对债权人负赔偿责任，否则只对继承人负责。

（二）损害结果

遗产管理人造成的损害是以财产性损害为常态，以非财产性损害为例外。遗产管理人处理的是遗产事务，需要占有、保管、处分他人财产，故发生侵害财产行为的可能性较大，损害人身权益的可能性较小。对继承人而言，遗产管理人侵害遗产的行为造成的是继承人的直接损害、积极损害，导致了继承人已有财产的减少。对受遗赠人而言，在本不需要用遗赠物偿还债务时，遗产管理人侵害遗赠物会造成受遗赠人不能获得遗赠，这是非基于受遗赠人自身财产和人身损害发生的损失，属于纯粹经济损失。对遗产债权人而言，遗产管理人在债权申报期间给后位债权

〔35〕 参见深圳市中级人民法院（2014）深中法民终字第2311号民事判决书。

〔36〕 参见黎乃忠：《限定继承制度研究》，群众出版社2017年版，第78页。

人清偿债务或明知遗产不足以清偿债务仍侵害遗产，会造成相关债权受偿额减少，同样属于纯粹经济损失。

（三）主观过错

《民法典》第1148条没有区分有偿管理人和无偿管理人，主观上均要求有“故意或者重大过失”。笔者认为，从任务说的角度而言，无论遗产管理人的产生方式如何，均应独立履职并承担责任，无论其是否获得报酬。如果遗产管理人系遗嘱指定产生，且明确排除报酬，而根据前文所述，遗嘱执行人须有正当理由方可辞职，故在责任认定方面应适当放宽，以“故意和重大过失”为责任要件。但如果遗产管理人系继承人推选产生，管理人接受推选并收取报酬，理论上应对一般过错承担责任，继承人可以基于委托关系主张赔偿责任。

六、遗产管理人的报酬

遗产管理人获得报酬的依据是法律规定或约定，目前除《民法典》第1149条以外，暂无其他关于遗嘱执行人或遗产管理人报酬的法律规定。实践中多采取遗嘱指定、遗嘱执行人与遗嘱人或继承人约定的方式确定报酬。遗产管理人报酬的确定方式包括遗嘱指定、遗嘱执行人与继承人约定、法院确定等。通常而言，以遗嘱指定的报酬优先。如我国台湾地区“民法”第1211条规定：“除遗嘱人另有指定之外，遗嘱执行人就其职务之执行，得请求相当之报酬，其数额由继承人与遗嘱执行人协议定之；不能协议时，由法院酌定之。”《日本民法典》第1018条第1项规定：“家庭法院可以根据继承财产的状况及其他情况确定遗嘱执行人的报酬。但是，遗嘱人在其遗嘱中确定报酬时，不在此限。”第29条第2项规定：“家庭法院可根据管理人与不在者的关系及其他事由，从不在者的财产中，给予管理人相当的报酬。”

我国可以借鉴其他国家以及我国破产管理人的相关规定，^{〔37〕}以司法解释的形式对遗产管理人报酬标准作出进一步规定，其具体内容可以包括：（1）确定遗嘱规定的遗嘱执行人报酬优先，被继承人也可以明确地排除报酬，纵使被继承人指定的报酬不适当，亦有拘束力，不适当高的报酬，可以评价为变相的遗赠。（2）遗嘱未指定报酬，但遗产管理人与被继承人曾约定报酬的，依此约定确定报酬。遗产管理人还可以与继承人协商确定报酬，协商不成的，可请求法院判定。（3）遗嘱无规定且未达成一致的，法院可以根据遗产的财产价值总额，按照一定比例限制范围分段确定管理人报酬。（4）法院确定管理人报酬方案后，可以根据管理人履行职责的实际情况进行调整。（5）法院确定或者调整管理人报酬方案时，应综合考虑案件的复杂性、管理人的勤勉程度和实际贡献、管理人承担的风险和责任、被继承人住所地居民可支配收入及物价水平等因素。（6）管理人报酬应从遗产中优先支付。

七、结 语

《民法典》新增遗产管理人制度，填补了《继承法》的制度遗漏，回应了现实需要，但相关

〔37〕 参见《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》（法释〔200〕9号）。

制度仍需进一步细化。在民法典时代,应首先通过法律解释的方法,类推适用现有规定和制度而明确遗嘱管理人相关问题的法律依据。如通过适用代理和委托合同的规定确定遗产管理人的相关权利义务;通过体系解释的方法明确遗嘱管理人职责的开始、辞任、解任、债务清偿等问题。但对于遗产管理人的权利外观和报酬,仍需要通过司法解释加以补充完善。

Abstract: The PRC Civil Code newly adds the regulation of the estate administrators, specifying the duties, responsibilities and remunerations for the estate administrators. The estate administrator refers to a civil subject that is designated by will or by the court or by other ways. To divide the legacy properly or to realize the content of the will, the estate administrator has the legal status independent of the decedent and the heir. The main duties of the estate administrator include clearing of the estate, management of the estate, settlement of debts, partitioning of the estate and assumption of litigation rights. The authorization to an estate administrator in Article 1147 is to be construed as exclusive, which exclude the incumbency of a successor. Where the violation by the administrator results in losses to any interested party, the administrator shall bear tort liability. Where the administrator fails to perform his duties or there is any material cause for the failure, an interested party has the right to apply to the court for the dismissal of the administrator. The provisions of the General Part and the Contract Part of the Civil Code about the agency and entrustment may apply by analogy.

Key Words: estate executor, estate administrator, civil code

• 405 •

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

《民法典》背景下损害概念渊流论

徐建刚*

内容提要：《民法典》对侵害与损害的区分，给损害赔偿的体系带来了深远影响。如何理解损害的概念，是认识这一损害赔偿体系的基础。损害概念的发展历经差额假说、客观损害说及规范损害说的演变。差额假说在实践操作中具有便利性优势，且实质上是损害赔偿的填补功能及完全赔偿原则的规范表述，其作为通说的地位依然应当肯定。客观损害说及规范损害说的提出，突破了“差额即损害”的公式化倾向，在一定程度上对差额假说有所修正；但这种修正的法律基础，恰恰也在于损害填补功能的实现。损害概念的这一演变过程，可以清晰地揭示出损害赔偿的规范性。这一规范性集中体现在损害赔偿的填补功能与完全赔偿原则，构成了损害赔偿法的价值基础，是理解司法实践不同案型中损害类型及其范围确定的依据。

关键词：损害概念 差额假说 客观损害 规范损害

何为损害，无人不知；唯独法律人不然。

(Jedermann weiß, was Schaden ist-nur die Juristen offenbar nicht.)

——Schlechtriem, ZEuP 1997, 232.

一、问题的提出

《民法典》第1165条第1款明确区分了侵害与损害，将损害认定为侵害（民事权益）所带来的后果。而《侵权责任法》并未刻意对此加以区分，第6条第1款与第7条将二者等同视之，存在一定的混淆。侵害与损害之间既有联系也有区别，对二者的区分，将在损害赔偿法中带来体系性效应，如侵害一词强调违法性，对应的是违法性要件，而侵害与损害在因果关系判断上的不同

* 徐建刚，中央财经大学法学院讲师。

层次,对应的是责任成立与责任范围的两阶段因果关系问题。〔1〕

侵害作为一种事实结果(Tatsachenergebnis),描述的是人身、财产权益所遭受的不利变化(Beeinträchtigung),主要是作为一个事实问题而出现;而损害则是侵害事实所造成的后果在法律上所面临的评价。〔2〕区分二者的关键在于,法律上评价侵害后果的标准是什么,依据是什么,究竟什么是损害。

追问什么是损害,实质在于哪些侵害后果可以纳入法律的评价范围之内。损害的有无及其范围确定,并非单纯的事实问题,而是具有深刻的价值立场:损害赔偿的纠纷,最终都能回溯到“保护谁”的两难价值选择之中。

本文以《民法典》对侵害与损害的区分为契机,围绕损害概念的历史与比较法发展,对差额假说、客观损害概念及规范损害概念的理论脉络予以梳理、反思,在此基础上,揭示侵权责任编中损害赔偿的基本价值立场,明确损害赔偿范围确定时的价值基准与路径选择。

二、差额假说的含义与质疑

在损害赔偿法的历史上,差额假说一直占据着重要的地位。某种程度上可以说,损害赔偿法的历史就是差额假说的发展历史。差额假说是认识损害概念与本质的起点。

(一) 差额假说的由来及含义

差额假说起源于蒙森(Mommsen)于1855年发表的《利益说》,其以拉丁文“id quod interest”为线索,追溯罗马法上关于利益(interest)的理解,认为在罗马法上其所表达的正是“二者之间”的含义。进而指出,所谓损害,指的就是两种状态下的利益差额,即实际财产状况与若致损事件未发生时的假设财产状况间的差额。〔3〕该说一经提出,便在德国司法实践中占据主导地位,并成为通说。〔4〕

差额假说意义下的损害概念具有如下特点:

其一,损害限于财产损害,指的是某种不利的财产影响,既包括现有财产的减少,也包括对

〔1〕 参见程啸:《中国民法典侵权责任编的创新与发展》,载《中国法律评论》2020年第3期。

〔2〕 Vgl. Fischer, Der Schaden nach Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1903, S. 37; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 24; 程啸:《侵权责任法教程》,中国人民大学出版社2017年版,第94页。

〔3〕 Vgl. Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, S. 4; Honsell, Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, In: Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich: Schulthess 2010, 255, 259.

〔4〕 蒙森被认为是提出差额假说这一理论的鼻祖,在蒙森之前,普赫塔(Puchta)在《潘德克顿》教科书(1845年)中以及翁特霍尔茨纳(Unterholzner)在《债务关系》教科书(1840年)中,已经对损害有过类似的定义。《潘德克顿》教科书中的表述与蒙森极为近似:“利益…是当前、即损害事件发生后财产状况,与损害事件若未发生时之状况的差额,其指向的是包括显示损害与将来损害在内的财产减损(Minderung des Vermögens)。”比普赫塔还早半个世纪的时候,赫普夫纳(Höpfner)表达过类似的含义:“当某人负有债务但实际上没有向我交付物或支付金钱时,或偷窃、毁灭我的物时,我遭受的损害包括:a)物本身,b)一些其他的损害,c)本来可以获得的利益。”蒙森的贡献在于,从概念上将损害与利益对应起来,并对interest一词在罗马法上的含义进行了详细的考证,指出其在法律史上的渊源,最终将该说发扬光大。(Vgl. Keuk, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972, S. 15; Schiemann, „Neues“ allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen? Festschrift für H. H. Seiler, Heidelberg 1999, S. 261.)

将来财产增益的妨碍；非基于财产所生的损害，并非法律意义上的损害，尤其是情感价值（Affektionswert）应排除在外。^{〔5〕}

其二，损害系指整体损害。损害有无及其范围的确定，在于现实财产状况与假设财产状况的比较，是一种计算上的数额（rechnerische Größe），损害事故具体所造成的毁损破坏在损害概念中并无独立地位。^{〔6〕}在确定这种计算上的数额时，应将受害人的整体财产变动考虑在内。因此，差额假说认定的是一种整体的损害（Gesamtschaden），而非单个、具体的损害（Einzelschaden）。^{〔7〕}

其三，损害系指主观损害。财产价值有客观与主观之分：所谓客观损害，指的是财产对任何人都具有的价值；而主观损害是指对权利人所具有的特别价值。^{〔8〕}依照差额假说确定损害范围，“若致损事件未发生时”的假设财产状况必须将全部利益状况考虑在内，尤其是因权利人所处特殊地位而产生的利益。^{〔9〕}

其四，以差额取代损害类型的划分。通过区分损害类型来确定其赔偿标准，是比较法上认定损害赔偿范围的一种常见立法模式（如《法国民法典》第1149条、第1151条）。但这首先将面临损害类型区分标准的难题，典型如直接损害与间接损害的区分，在具体标准上存在巨大争议。^{〔10〕}而根据差额假说判断损害时，只考虑是否存在整体财产利益的差额，并不区分损害类型。^{〔11〕}如此一来，可避免损害分类标准的争议，有助于司法实践的操作。至于损害赔偿范围过宽的疑虑，则通过因果关系（Kausalnexus）的路径加以解决。^{〔12〕}

（二）差额假说的法律史疑云

对于 id quod interest 在罗马法上的含义，是否确如蒙森所称的那样，指的是两种财产状况的差额，洪泽尔（Honsell）与梅迪库斯（Medicus）对此存在不同看法。

洪泽尔认为，蒙森事实上误解了 interest 一词在罗马法上的含义，该词的真实含义是“此时的状况”（Was daran liegt），而非“二者之间的状况”（Was dazwischen liegt）。^{〔13〕} quod interest 实际上源自 quod in re est，后者指的是“物所处的状态”（Was an der Sache liegt）。^{〔14〕}罗马法上虽然有损害（damnum/Schaden）与得利（lucrum/Gewinn）的概念，但利益（Interesse）一词直到中世纪才开始出现；利益作为所受损失与所失利益的上位概念，则是在罗马—普通法时代

〔5〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第18-19页。

〔6〕 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第119-120页。

〔7〕 参见前引〔4〕，Keuk书，第16-17页。

〔8〕 Vgl. Brox, Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl., München 2017, § 31, Rn. 12f.

〔9〕 Vgl. Mot. II, S. 18, 21. 另参见前引〔6〕，曾世雄书，第120页。

〔10〕 参见前引〔6〕，曾世雄书，第137页；王利明：《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2003年版，第603页；〔德〕梅迪库斯：《直接与间接损害》，徐建刚译，载《财经法学》2017年第3期。

〔11〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第18页。

〔12〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第20页。

〔13〕 Vgl. Honsell, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, JuS 1973, 69ff; 前引〔3〕，Honsell文，第255页。

〔14〕 参见前引〔13〕，Honsell文，第70页。

(im römisch-gemeinen Recht) 才发展出来的。^{〔15〕} 占主导地位的差额假说其实源于翻译的错误。^{〔16〕}

与洪泽尔的看法不同,梅迪库斯在考证罗马法上的相关文献后认为,蒙森对 id quod interest 的理解,并不存在翻译错误。

蒙森所引用的《学说汇纂》片段确实包含了差额的含义,指的就是“奴隶没有品质瑕疵时的价值与其真实价值间的差额”;将 id quod interest 看作是两种状态间的差额,在罗马法上还有其他例证。^{〔17〕} 但在罗马法上,这并非是一种计算公式 (Rechenformel),只需简单地把假设财产状况与真实财产状况进行比较,二者相减的结果就是损害。事实上,这仍然需要在个案中进行价值衡量。因此, id quod interest 与现代损害法上的损害概念并不具有同一性 (Identität)。^{〔18〕} 此外, interest 在罗马法上还有多种含义,如存在多个诉讼权利人时,作为一种分配原则 (Verteilungsprinzip),作为主给付的附加内容 (Zuschlag zu einer Hauptleistung),以及作为“原告得向被告告诉请之内容”(这一用法大约占全部文本的 4/5) 等等。^{〔19〕}

从洪泽尔与梅迪库斯翔实的考证来看,即使不能说蒙森的翻译有误,至少在罗马法上, interest 具有多种含义,作为差额理解的 interest,并非常见。差额假说在罗马法上的历史依据,纵然不说毫无根据,但也难谓确实无疑。

(三) 对差额假说适用的批评与质疑

除了在法律史方面存在疑问,差额假说在具体案型中的适用,同样也面临批评与质疑。首先,从观念上看,将损害等同于利益差额,完全作为一种计算上的数额,而致损事件具体所造成的毁损破坏在损害观念中无独立地位,这与对损害概念的通常认知不相符合。其次,差额假说比较的是整体财产利益,必须考量受害人的全部财产变动,在具体操作上可能带来不便——计算某一微小损害时也必须将全部财产予以计算,过于复杂。^{〔20〕} 从实践来看,损害的确定,更多的是通过把各个损害项相加而确定,并非比较整体的利益差额。再次,差额假说意义下的损害难以与恢复原状优先原则相协调:如果损害只存在于财产上的利益差额,那么填补该损害最直接的方式只能是金钱赔偿原则。^{〔21〕} 而以恢复原状作为优先赔偿方式,其正当性恰恰在于对状态的维护,而

• 409 •

〔15〕 参见前引〔3〕, Honsell 文,第 258 页。

〔16〕 Vgl. Honsell, quod interest im bonae-fidei-iudicium; Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1969, S. 63; 前引〔3〕, Honsell 文,第 259 页。

〔17〕 Vgl. Medicus, Id quod interest; Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln 1962, S. 300. 但洪泽尔认为,梅迪库斯对这句话的理解是有误的,这句话只是偶然地同时提到了买卖物无瑕疵时的积极与消极表述,其本意并非两种状态的比较,更不涉及作为比较结果的差额。(参见前引〔16〕, Honsell 书,第 63 页。)

〔18〕 参见前引〔17〕, Medicus 书,第 307、310 页。

〔19〕 参见前引〔17〕, Medicus 书,第 300 页以下。

〔20〕 参见前引〔6〕,曾世雄书,第 120-123 页。

〔21〕 在罗马法上,损害赔偿都是通过金钱给付 (Geldleistung) 的方式来实现,并不存在恢复原状的损害赔偿方式。金钱给付的计算取决于诉讼形式:在惩罚性诉讼 (Strafklagen) 情形,金钱给付的数额为被损坏标的物的 1~4 倍价值,而在填补财产不利的诉讼情形,金钱给付为受损物的客观价值,一直到优士丁尼时期,损害赔偿被限定为物之价值的两倍。差额假说的这种特征,是否与其罗马法上的渊源存在某种关联,不得而知。(Vgl. Weyhardt, Wandlungen des Schadensbegriffes in der Rechtssprechung, Diss. Frankfurt a. M., 1965, S. 22ff; Möller, Summen-und Einzelschaden, Hamburg 1937, S. 22.)

非仅仅在于利益差额的填补。^{〔22〕}最后，如果认为损害存在于两种财产数额之间的差额，则损益相抵制度将丧失独立存在的基础，因为在认定假设财产状况时，所有因致损事件导致的不利益和产生的利益均能包含在利益差额之内。如此一来，损益相抵只是认定损害范围的一种计算方法，并非对损害的扣减。这显然与认为损益相抵是一项独立于损害计算之外的法律制度的通说相悖。^{〔23〕}

小结之，在19世纪实证主义思潮的影响下，损害概念呈现去价值化的趋势；而差额假说的计算方法，恰好具有排斥价值考量的作用（Wertungsfeindlichkeit des Differenzbegriffs）。^{〔24〕}这也许是差额假说兴起的时代背景。然而，损害本身就是规范的概念，具有价值属性。这种看似价值中立的损害概念，固然可以为司法实践操作提供极大的便利，但为操作上的便利而去除损害的价值内涵，将不可避免地遇到许多难题。

三、差额假说的客观化修正：客观损害说

正是因为看到差额假说的诸多不足之处，学界与司法实践对该说的反思与修正从未停止，客观损害概念（Objektiver Schadensbegriff）是对差额假说的重大修正之一。^{〔25〕}

（一）客观损害概念的发展历史

客观损害概念的提出最早可追溯到厄尔特曼（Oertmann），他认为损害的发生通常以物被侵夺、受毁损等真实形态出现，应承认这些真实损害（realer Schaden）的独立性。损害是法律主体因其财产之构成成分被剥夺或毁损，或其身体受侵害所遭受的不利益，而非观念上的数字。^{〔26〕}当然，厄尔特曼主要是在论述损益相抵制度中探讨这一问题，旨在论证损益相抵制度的独立性以及恢复原状优先原则，其损害概念聚焦于单个、具体之物，而非整体财产。^{〔27〕}

厄尔特曼关于损害的认识脱离了差额假说的束缚，其表述更接近自然意义下的损害概念。诺伊纳（Neuner）对此有更深刻的认识，在事实上推动了客观损害概念的出现，经嗣后学者的发扬，客观损害概念最终成为损害赔偿法历史上关于损害概念的重要学说。

诺伊纳首先将矛头指向差额假说，认为计算上的差额与通常观念上的损害概念并不一致。更重要的是，在诸多实践案型中，差额假说均面临不同层次的窘境，如真正与不真正连带债务人情形、第三人损害清算案型、专利侵权中的损害计算、超越因果关系情形以及非财产损害等等。^{〔28〕}在他看来，损害指“对具有财产价值之利益——在交易上得以金钱取得或让渡之物——的侵害”。具

〔22〕 这里的状态，并非仅仅指致损事件发生前的状态，而是指“若无致损事件时本应处于的假设状态”。（Vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003, § 5, S. 215.）对于我国法上是否采纳了恢复原状优先规则，不同学者提出不同见解。（参见张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2013年版，第81-82页；程啸：《侵权责任法教程》，中国人民大学出版社2011年版，第273页。）

〔23〕 参见前引〔22〕，Lange/Schiemann书，第486-487页。

〔24〕 参见前引〔13〕，Honsell文，第72页。

〔25〕 曾世雄教授将其称为“组织说”。（参见前引〔6〕，曾世雄书，第124页以下。）

〔26〕 参见前引〔6〕，曾世雄书，第124页。

〔27〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第28页。

〔28〕 Vgl. Neuner, AcP 133 (1931), S. 277ff.

体而言,其基本主张为:(1)损害即利益的观点,应用起来难以解决诸多问题,故不可采;(2)损害是交易上以金钱取得或出售财物所遭受的直接侵害;(3)此项直接损害应依客观标准认定其存在与否及范围如何;(4)直接损害在任何情形下均应获得填补,无论其存在差额与否,而直接损害以外的损害(间接损害),仍然应考量差额存在与否。^[29]换言之,以客观损害概念对差额假说予以修正,仅限于直接损害情形;对于间接损害,仍然需要通过差额假说加以判断。

诺伊纳认为,承认客观财产损害概念,有助于解决以下问题:(1)在第三人损害清算情形,所有权人可以主张标的物的客观价值赔偿;(2)抽象损害计算可解释为“未提供给付的客观价值之计算方法(Modus)”;^[30](3)使用利益丧失的赔偿,不取决于权利人是否使用;(4)损益相抵可作为一项独立的制度;(5)假设因果关系在确定直接损害时不予考虑,但在依差额说计算间接损害时,应考虑在内。^[31]由此,客观损害概念经由诺伊纳系统整理后,在学说与实践上持续产生重大影响,成为反思差额假说的一项利器,其内涵也进一步得到丰富。

在威尔伯格(Wilburg)看来,损害法建立在两项基础之上:客观价值及利益赔偿。^[32]相较于诺伊纳,威尔伯格的客观说立场更为彻底,认为客观价值本身就代表了受侵害的权利。基于客观价值即为最低损害赔偿之理念,若受害人主张的是受侵害物客观价值之赔偿,则应排除损益相抵。^[33]

比德林斯基(Bydlinski)进一步丰富了客观损害概念的内容。他认为,客观损害概念不仅适用于对物的损害,也可适用于人身损害情形。例如,对他人身体的侵害导致谋生能力(Erwerbsfähigkeit)的减损。和诺伊纳一样,比德林斯基也认为,客观损害原则上是须赔偿的最低损害,而且,对于假设因果关系应不予考虑,因为赔偿请求权直接因侵害而产生,在假设事件发生前已经存在,不因嗣后的假设事件而消灭。^[34]当然,比德林斯基的观点也有其不同之处。在他看来,客观损害的确定还是要通过差额计算的方法进行:损害作为一种不利的财产变化,始终要通过对不同状况的比较进行确定。对此,必须观察整体财产在损害事件前后的变化。利益概念的确定应尽可能涵盖致损事件对受害人财产的影响。差额计算时间点应尽可能推后(最后言辞辩论或自愿履行时)。^[35]

拉伦茨(Larenz)虽然没有直接表明其对“客观损害概念”的立场,但其有浓厚的客观损害说痕迹。拉伦茨指出,对特定权利或法益的侵害,除了造成该权利或法益的损害,还可能带来进一步的损害,如所失利益或用益丧失等。虽然根据完全赔偿原则,所有损害均须赔偿,但有必要对这两种损害加以区分,即发生在被侵害权利或法益自身的损害(直接损害或客体损害, unmit-

[29] 参见前引[28], Neuner文,第285页;另参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第125页。

[30] 参见前引[28], Neuner文,第297-298、302、306-307、310页。

[31] 在论证上主要跟随Neuner的观点。(参见前引[2], Mertens书,第56页。)

[32] Vgl. Wilburg, IherJb. 82, S. 132, 142.

[33] Vgl. Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964, S. 24ff.

[34] 参见前引[33], Bydlinski书,第53页。

telbaren oder Objektschaden), 以及发生在受害人处的其他损害(间接损害或财产结果损害, mittelbaren oder Vermögensfolgeschaden)。〔35〕其中, 直接损害始终是一种真实的损害, 存在于相关法益的减损、恶化或灭失, 不需要进行整体财产比较、填补由此产生的差额, 而只需考虑被侵害法益本身的状况变化, 进行单个的价值衡量。而间接损害作为一种计算上的损害, 只能通过比较财产价值的计算而存在。〔36〕

(二) 客观损害概念的主要内涵

在客观损害概念下, 损害首先是权利人既有权益状态的恶化, 关注状态的变化而非单纯考虑差额, 与现实意义上的损害更为贴切, 避免将损害等同于差额的僵化。其次, 这种权益状态的变化, 是可以在交易市场上通过金钱予以衡量的。法律绝非对任何细微状态的变化均加以保护, 以“能否在交易市场通过金钱衡量”作为法律介入保护的判断标准, 为状态保护划定了下限。〔37〕如此一来, 前述差额假说适用中遇到的难题, 可以借助客观损害说加以解决。例如, 对于差额偶然的移转情形, 标的物受侵害即产生利益状态的变动, 而其损害大小, 根据标的物市场价值认定; 在因身体侵害使得劳动力丧失情形、假设因果关系情形, 可以通过将劳动能力本身进行市场价值的评估, 用金钱加以衡量。〔38〕

与差额假说不同, 客观损害理论关注的不是受害人整体财产变动以及是否存在利益差额, 而着眼于具体的受侵害标的物, 关注的是单个权利状态, 并将衡量结果(直接损害)作为损害赔偿的最低限度(Mindestschaden)。〔39〕之所以称之为“客观”, 理由有二: 其一, 损害在事实上已经发生, 是客观存在的(而非以数字的形式存在于差额); 其二, 在认定损害范围时, 不首先考虑权利人的整体利益状态, 而是客观评估受侵害标的物(在交易上)的价值。〔40〕

(三) 客观损害概念的适用: 以使用可能性的丧失为例

标的物受侵害后, 对权利人而言, 其损害首先在于物本身受损, 对于该项损害, 得请求恢复原状或主张相应金钱赔偿。其次, 标的物在修理或重置期间, 权利人无法使用, 由此可能产生额外损害情形: (1) 标的物具有经营用途, 不能使用导致营业利润的丧失; (2) 权利人采取替代措施(如租赁同类物), 以避免不能使用带来的不利后果; (3) 权利人并未采取任何替代措施, 单方面忍受不能使用的不利。前述第(3)种情形, 即产生使用可能性丧失之赔偿问题。

〔35〕 多伊奇(Deutsch)将其区分为法益损害及结果损害(Rechtsgut-und Folgeschaden)。(Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl., München 1987, S. 429f.)

〔36〕 参见前引〔35〕, Larenz书, 第430页。

〔37〕 Vgl. Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Berlin 1982, S. 205; 前引〔35〕, Larenz书, 第483页。

〔38〕 有学者对客观损害概念提出质疑, 认为: 以市场价格为标准, 将损害通过金钱的形式“客观化”, 会使得损害的范围过度扩大, 尤其是对健康、自由或者名誉等, 也可能通过金钱加以衡量, 在此基础上, 精神损害将遭到不必要的扩张。此外, 市场价格本身就是一个非常不确定的概念, 受标的物、市场、地点等一系列因素影响。另外, 在适用客观损害概念的情形, 于是以金钱作为衡量损害的标准, 一概排除了恢复原状的适用, 也与法典基本立场(恢复原状优先原则)不符。(Vgl. Wolf, Die Unhaltbarkeit der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes zum Schadensersatz bei Totalschäden an Kraftfahrzeugen, Berlin 1984, S. 86ff.)

〔39〕 虽然都是对差额假说的突破, 与规范损害概念相比, 客观损害概念有着较为清晰的适用情形, 二者并不相同, 应予以区分。(参见前引〔4〕, Keuk书, 第43页。)

〔40〕 参见前引〔28〕, Neuner文, 第296页以下。

从当前司法实践来看,标的物因无法使用所产生的损害,只在实际支出替代费用时,法院才支持其赔偿。换言之,单纯使用可能性丧失,权利人无法主张相应损害赔偿。^[41]而之所以否定使用可能性丧失时的损害赔偿,主要原因即在于:若受害人并未租赁替代物,则并不存在差额假说意义下的损害。因为按照差额假说的判断方法,受害人事事实上的财产状态与假设的财产状态之间并不存在差额。^[42]前后的唯一不同之处在于,如果未发生致损事件,受害人本来可以使用其物。^[43]但不能使用本身,只是属于一种现实的状态,并不构成利益差额。^[44]对于受害人而言,其遭受的“不利益”仅在于因不能使用标的物而带来的“不方便”(Unannehmlichkeit)。有观点认为,这种“不方便”属于精神损害的一种类型,仅在法律有明确规定时方可请求赔偿。^[45]据此,使用利益丧失情形,如果没有租赁替代物、未产生替代费用,原则上不予赔偿。^[46]

而在损害客观化的视野下,(直接)损害的存在,必须能够在交易市场上通过金钱予以衡量,具有独立的经济利益(财产价值)。因此,使用可能性的丧失是否产生一项财产损害,关键在于:对标的物的使用能否在交易市场上通过金钱予以衡量、是否具有交易上的独立财产价值。

物的使用本身无疑具有独立的经济价值,标的物的使用通常得以金钱在市场上购得或让渡(租赁即为其典型)。从市场交易的角度上看,使用可能性的变化,对于标的物市场价值的认定具有直接影响。^[47]标的物因受损而无法使用,受害人遭受了(不利的)状态变化,而这种状态的变化是可以通过金钱加以衡量、能够在交易市场上予以实现的,具有客观价值的属性,能够成立一项可赔偿的财产损害。

• 413 •

四、差额假说的规范化修正:规范损害说

客观损害概念对差额假说的适用提出了有力的修正途径,但这种修正也仅限于特定案型,尤其是针对差额假说中“主观性”损害的理解,其适用的前提是存在可供客观评价的受侵害标

[41] 参见徐建刚:《论使用可能性丧失的损害赔偿》,载《法商研究》2018年第1期。

[42] 这里仅仅指使用可能性的丧失这一内容。汽车修理费及可能的贬值损失等其他财产损失,仍然可以在差额假说中得以体现,受害人可以主张其赔偿。

[43] Vgl. Schmidt, Schuldrecht AT, 11. Aufl., Hamburg 2016, Rn. 934.

[44] 参见前引[22], Lange/Schiemann书,第27-28页。

[45] Vgl. Brückler, DRiZ 1963, S. 269f; Harke, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2011, S. 304. 而措伊纳(Zeuner)认为,在使用可能性丧失情形,若致损事件使得受害人产生一项额外需求(Bedarf),则可以考虑成立一项财产损害赔偿。但是对于这种需求具体是什么,并没有进一步的阐释。[Vgl. Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden? AcP 163 (1963), S. 380ff.]

[46] 大多数教科书在讨论使用利益丧失之赔偿问题时,都将其置于“财产损害与非财产损害”这一分目下,将该问题视为区分财产损害与非财产损害的一项难点。(参见前引[8], Brox书,第29节,边码3; Jousen, Schuldrecht I; AT, 3. Aufl., Stuttgart 2015, Rn. 1109; Looschelders, Schuldrecht AT, 14. ufl., München 2016 Rn. 1068.)瑞士法上也持类似观点,认为利益丧失属于情感利益(Affektionsinteresse),不予赔偿。但对于相应支出的费用,可以请求赔偿。(Vgl. Keller, Haftpflichtrecht, 8. Aufl., 1984, S. 64. zitiert nach Flessner, JZ 1987, S. 271, 274.)

[47] Vgl. Wilk, Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes, Berlin 1983, S. 26; Escher-Weingart, Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz, Frankfurt a. M. 1993, S. 76.

的。而在一些情形中，这一前提可能并不存在，此时，客观损害概念的适用即面临困境。“规范损害概念”（Normativen Schadensbegriff）作为对差额假说的修正，推动了损害概念的进一步发展。

（一）规范损害的由来

规范损害概念较早由泽尔布（Selb）及施泰因多夫（Steindorff）提出，主要是为了应对司法实践中出现的一些疑难案例，尤其是适用差额假说难以给出妥当结果的情形。^{〔48〕}

德国联邦最高法院在1968年的一则判决中遇到的情形是：某家庭主妇因第三人过错遭受身体侵害，致使无法从事家务活动。对于受害人无法从事家务是否存在损害，存在分歧。^{〔49〕}如果受害人因此聘请了家政服务人员、产生额外支出，损害比较容易认定；但是在其他家庭成员承担本应由受害人负担的家务时，事实上并未产生财产上的不利益。此时，依照差额假说，难以成立一项赔偿请求权。^{〔50〕}在雇员身体受侵害情形也出现类似的问题：雇员因第三人过错侵害，一段时期内丧失工作能力；但根据德国《继续支付报酬法》（EntgFG）的规定，雇主仍然对雇员负有报酬给付义务。就工作收入而言，雇员并不因此遭受损害。此时，能否对加害人主张这一损害赔偿，也存在疑问。^{〔51〕}

前述案型争议的出现，都是由于将损害等同于差额、以差额有无作为损害确定的依据，但是因个案特殊性导致一项通常会产生差额的情形并未出现，使损害的存在产生疑问。对此，德国联邦最高法院明确指出：“损害概念应在此做规范性的理解。”^{〔52〕}由此产生规范损害的讨论。

（二）规范损害的含义

从德国法上的情形来看，“规范损害”这一概念在司法实践中出现时，法官并未就其给出明确定义，而只是指出“根据法典作出价值评判上的考量，从而确定损害”^{〔53〕}。学者对于这一概念的具体含义，也存在不同的理解。

1. 作为与自然损害相对的概念

拉伦茨认为，法律上的损害概念被深深烙上了价值评价的痕迹，就此而言，损害本身就具有“规范的”属性。他并没有明确指向“规范损害”这一概念，而是在区分“自然的损害”与“法律上的损害”时，笼统地揭示损害的规范属性，强调损害概念在法律上的理解应区别于先法律上的理解（vorrechtlichen Verständnis）。^{〔54〕}罗歇尔德斯（Looschelders）等也认为，规范损害概念

〔48〕 Vgl. Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, Tübingen 1999, S. 61.

〔49〕 一开始，德国联邦最高法院基于《德国民法典》第1356条（旧法）的规定，即家庭妇女对其丈夫负有处理家务之义务，由于其身体受伤而无法履行其义务，结合《德国民法典》第854条，丈夫可以向加害人主张损害赔偿。[Vgl. BGHZ 4, 123 (130f.).] 但第1356条（旧法）中家庭妇女处理家务被看作是男性财产（Mannsvermögen）的一部分，明显带有男女不平等色彩，违反了《德国基本法》第3条第2款关于性别平等的规定。这一做法也被认为不妥。（Vgl. BGH NJW 1968, 1823.）

〔50〕 Vgl. BGH NJW 1968, 1823.

〔51〕 Vgl. BGHZ 7, 30ff.

〔52〕 Vgl. BGHZ 50, 304ff.

〔53〕 Vgl. Wolf, Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis, FS Gerhard Schiedermair, München 1976, S. 545, 548.

〔54〕 参见前引〔35〕，Larenz书，第346页以下；前引〔22〕，Lange/Schiemann书，第38-39页。

是对自然损害概念进行规范修正 (nomartive Korrekturen) 的结果。^[55] 而菲肯切尔 (Fikentscher) 的立场就更为鲜明, 他认为, 损害及其范围的认定只能从具体规范目的中探知, “无规范即无损害” (Ohne Norm kein Schaden)。^[56]

2. 作为所有情形下差额假说的修正概念

埃塞尔和施密特 (Esser/Schmidt) 在阐释规范损害时指出, 这是基于对 (严格的) 差额假说的修正与软化 (Auflockerung), 尤其在根据差额假说无法成立一项财产损害时, 借助 “规范损害” 这一概念, 软化差额假说的结果。除了前述情形, 还包括致损事件造成某种享受、需求或其他利益侵害时的损害认定。^[57] 哈根 (Hagen) 也同样秉持这一立场, 其进一步指出, 规范损害概念对差额假说并没有根本性的偏离, 因为从区分内部关系与外部关系的角度上看, 加害人与受害人之间仍然是存在财产差额的; 只有当考虑第三人因素 (如雇主) 时, 才发生对差额假说的突破问题。^[58] 大多数学者是在对损害概念进行客观化理解时, 使用了 “规范损害” 这一表述。^[59] 当然, 德国司法实践中, 法官在这一理解下对差额假说进行修正时, 有时也避免使用 “规范损害” 这一概念, 而代之以对差额假说的 “规范性补充” (normative Ergänzung)。^[60]

3. 作为特定情形下差额假说的修正概念

梅迪库斯认为, 对于 “规范损害” 的认识, 应结合司法实践判例, 在前述第二种含义基础上进一步限缩, 将其理解为: 对差额假说某种特定情形的修正。具体来说, 主要是: 由于第三方的介入, 一项本来已经产生的财产差额得以填补; 或差额从一开始即被阻止, 从而并未实际产生。^[61] 布洛克斯 (Brox) 也认为, 规范损害的存在应具备两个前提: 其一, 财产减损由于加害人以外的其他方式得以填补; 其二, 基于法定评价, 此时不得使加害人免责。^[62] 如此一来, “规范损害” 作为对差额假说的修正之一, 具有较为明确的指向, 适用范围更为确定。

4. 本文对 “规范损害” 的认识

所谓的 “先法律意义上” 或者 “自然意义上” 的损害, 本身就是一个不甚明了的概念。与之相对的 “规范损害”, 也只能表明 “法律上的损害具有法律 (规范) 上的含义”。这其实不能看作是损害赔偿法上的问题, 而是属于一般法律理论问题, 对于损害范围的确定并无实益。^[63]

从对差额假说的修正角度上看, 损害概念在 “主观—客观” 之间徘徊, “规范性” 显然是其中重要的考量依据。但正如前述, “规范性” 作为一项一般性的法律命题, 具化到损害赔偿法上

[55] 参见前引 [46], Looschelders 书, 边码 961; Steindorff, AcP 158 (1958), 431, 453; Selb, Besprechung von Keuk „Vermögensschaden und Interesse“, AcP 173, 366ff.

[56] Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, Rn. 586. 梅迪库斯将其称为 “规范主义者” (Normativisten)。(Vgl. Medicus, Normativer Schaden, JuS 1979, 233, 237.)

[57] Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Karlsruhe 1976, S. 135f.

[58] Vgl. Hagen, in: Festschrift für Hauß, S. 84ff.

[59] 参见前引 [2], Mertens 书, 第 50 页以下。

[60] Vgl. BGHZ-GS 98, 212, 221; Steffen, NJW 1995, 2057ff.

[61] 参见前引 [56], Medicus 文, 第 237 页。

[62] 参见前引 [8], Brox 书, 第 29 节, 边码 7。

[63] 参见前引 [37], Brinker 书, 第 212 页。

的“规范损害”，属于不同层面的概念。从损害概念的发展来看，“规范损害”概念的提出，主要指向的是对差额假说的修正，尤其是在一些特定案型中，由于差额偶然的未产生，为了实现对受害人的保护，例外地肯定一项损害赔偿请求权。^{〔64〕}在具体论述上，这种对损害概念规范化的理解，也体现在“客观损害”概念案型之中（曾世雄教授称之为“组织说”^{〔65〕}）。

当然，有学者指出，将“规范损害”概念界定为对差额假说修正的所有情形，无异于设置一项价值判断的概括条款，事实上将损害赔偿范围的权限系诸法官自由裁量，有范围过大之虞。^{〔66〕}正是基于这一顾虑，对“规范损害”这一概念也历来不乏批评。科伊可（Keuk）就明确指出，规范损害是一个多余的概念，其扩大了法官的自由裁量空间，有损法的安定性。^{〔67〕}梅尔滕斯（Mertens）也认为，所谓的规范损害，与其说是一种损害类型，毋宁是一种法学方法的表述，尤其是确定损害范围的一种方法。^{〔68〕}这种顾虑显然是正当的，如果规范性既是对差额假说修正的依据，同时也是修正的标准，必须进一步追问的是：损害的规范性，指的究竟是什么？

（三）规范损害的本质

1. “规范目的”及其依据

在前述第一种案型（家庭主妇受侵害案）中，德国联邦最高法院明确指出：家庭成员对损害后果的承受或克服，具有内部填补的属性，与加害人无关，尤其不能因此使加害人受益；就受害人与加害人之间的关系而言，受害人的损害并未得以填补，应该肯定家庭主妇对加害人的赔偿请求权。^{〔69〕}而在后一案型中（雇员受伤案），雇员因身体受侵害遭受包括工资收入在内的损害，雇主所负担的报酬给付属于因致损事件带来的利益，如此一来，问题便转换为该项得利能否扣减。答案当然是否定的：根据《继续支付报酬法》的立法目的，其并不具有使加害人免责之考量。因此，在确定损害时，应将该项得利排除在外。^{〔70〕}法官进一步指出，受害人因《继续支付报酬法》的保护，并未遭受经济上的损失，其损害并非两种财产状况的差额，毋宁仅仅源自立法目的考量。“损害只存在于观念上的、受害人在其具体劳动关系中通过劳动能力可持续获得的收入——虽然在丧失劳动力期间，事实上并未丧失这一收入。”^{〔71〕}

可以看出，立法目的考量是前述案型中规范损害得以产生的重要原因。而立法目的在此应包含两个层次的含义：其一，具体条文的立法目的，如前述《继续支付报酬法》中，财产差额的填补系因雇主继续支付报酬义务的存在，而该法并非旨在使加害人免责，因此可以基于立法目的，对其加以修正；其二，损害赔偿法的功能与目的，即基于立法者对损害赔偿法的功能定位，对个案中的损害概念加以修正，如前述家庭主妇受侵害案中，如果否定损害的存在，将造成家庭内部

〔64〕 Vgl. Honsel/Harrer, Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht, JuS 1985, 161ff.

〔65〕 参见前引〔6〕，曾世雄书，第124页以下。

〔66〕 参见前引〔37〕，Brinker书，第214页。

〔67〕 参见前引〔4〕，Keuk书，第37-38页。

〔68〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第51、87页。

〔69〕 Vgl. BGHZ 38, 55 (59).

〔70〕 Vgl. BGHZ 30, 49f.

〔71〕 Vgl. BGHZ 43, 378 (381). 根据德国《继续支付报酬法》规定，此时对加害人的赔偿请求权依然成立，但在雇主已经支付报酬情况下，该请求权转移至雇主。如此以避免雇员重复得利的问题。

的“损害”填补使加害人免责的结果,这不符合损害赔偿法“损害填补”功能。此时,“立法目的”所指向的是损害的填补。基于损害填补目的的实现而对损害概念加以修正,在损害赔偿法上具有更为普遍、也更为重要的意义。

2. “规范性”的中国语境:社会妥当性

中国法上,学者对规范损害的理解也各有差异。有观点认为,所谓的规范损害,指的是损害认定过程中,必须规范地加以评价,“损害认定是一个规范评价的过程,损害是一个经过评价的法律事实乃至立法事实,而非单纯的自然事实”^[72]。这一观点着重强调损害概念作为法律事实、而非单纯自然事实的属性。^[73]也有学者从法律技术的角度出发,认为“规范损害”这一概念主要以“克服差额假说价值评价功能缺失为主旨,揭示损害作为一个规范的概念”,从而将其作为差额假说的相对概念。“只要受害人受法律保护的权利或利益地位受到侵害(法律保护地位说)或因损害事故产生了利益状态的差异(事实状态比较说),原则上就构成损害,至于差额是否存在,在所不问。”^[74]

现行立法及司法实践中虽然没有出现“规范损害”这一明确表述,但在许多规定中,事实上存在这种理解。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕17号)(以下简称《人身赔偿解释》)规定了遭受人身损害时损害赔偿项。下文以误工费(第7条)及因伤致残时的收入损失(第12条)为例,对之加以详述。

按照差额假说的判断方法,在受害人遭受人身损害情形,其损害范围的认定须比较两种财产状态而定。就误工费而言,应根据受害人的务工时间及收入状况认定,相关释义认为,“误工费按照实际减少的收入计算”,与差额假说相符。但若受害人实际上处于失业状态,并无劳动收入,则在差额假说判断之下,其并未遭受误工费之损失,不得就该项损害主张损害赔偿。但释义显然并未认可这一结论,而认为,即使受害人无固定收入,也可主张误工费之损害赔偿。^[75]

同样,对于因伤致残遭受的收入损失,受害人可否主张赔偿,从学说上看,存在“收入丧失说”(也称“所得丧失说”)、“劳动能力丧失说”及“生活来源丧失说”三种观点。^[76]而根据《人身赔偿解释》的规定,是以上一年度城镇居民人均可支配收入或农村居民人均收入为计算标准,这显然摒弃了“收入丧失说”,与差额假说有所偏离。

护理费的赔偿也存在类似问题。例如,丈夫因他人过错而遭受身体损害,须在家静养,其妻本来也属全职太太,并无工作及收入。故丈夫所需之护理工作,由其妻子完成。此时,依差额假说,受伤之丈夫并未遭受护理费之损失,但根据《人身赔偿解释》第8条的规定,在护理人员没有收入情形,应“参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算”。这与前述规范损害之

[72] 徐银波:《侵权损害赔偿论》,西南政法大学2013年博士学位论文,第25页、第268页。

[73] 最新关于这一见解的论述,参见朱晓峰:《侵权可赔损害类型论》,法律出版社2017年版,第102页以下。

[74] 参见王志刚:《论民法上的损害概念的形成视角》,载《法学杂志》2008年第5期,第28页。

[75] “受害人无固定收入的,按照其最近三年的平均收入计算;受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的,可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。”(最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第251页。)

[76] 参见前引〔75〕,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第253-254页。

论述，并无二致：由于第三人给付介入（妻子的护理），财产差额（护理费支出）自始未产生；但从保护受害人的角度来看（规范性评价），若认为此时因无差额而否定损害存在，将使加害人因第三人介入而获得额外好处——而这与第三人介入时的主观意图是相悖的。因此，此时虽然不存在财产差额，但仍存在一项“规范损害”，加害人对此须负赔偿义务。^{〔77〕}

在误工费或收入丧失并未实际产生的情况下，为何还应肯定该两项损害之赔偿？根据最高人民法院在释义中阐明的解释制定依据，除了“与过去的立法工作相衔接”“被审判实践所肯定并被社会普遍接受”外，还有一项重要原因，即“具有社会妥当性”。^{〔78〕}何谓“社会妥当性”？释义虽未作进一步解释，但其内涵显然比较容易探知：此时纵无财产上之差额，但受害人（偶然的）没有实际收入，不应使加害人免责；从保护受害人角度来看，应肯定其误工费及收入丧失之赔偿。

五、损害概念演变中的损害赔偿法功能

损害概念的演变主要源自于实践案中产生的疑难问题。面对损害赔偿纠纷，法官首先需要自问的是：应该使受害人回复至何种地位？对此，差额假说的回答是：应该回复至“如同损害未发生时之地位”。据此，不仅能在价值层面实现损害赔偿的功能（完全赔偿），也能在技术层面为法官裁判提供必要的准则。

• 418 • 恰如梅迪库斯所言：“（差额假说）并非一项正式的规则，毋宁是一项价值评判的原则（ein wertendes Prinzip）；其在个案中的适用，并非逻辑上的涵摄（Subsumtion），毋宁是一种具有创造性的构造（schöpferische Gestaltung）。”^{〔79〕}在差额假说的理解下，损害的本质是对受害人造成的财产上不利利益，财产损害对应的是利益而非数值上的差额；差额公式只是确定利益范围的方式（损害计算的方式）。^{〔80〕}虽然差额假说面临种种质疑与不足，并由此发展出对该说的重要修正理论，但这并不动摇该说作为通说的地位。表面上看，差额假说具有去价值化的特征，但差额假说对于损害的认识，并非仅在于数值上的差额，其实也包含了损害类型的区分。^{〔81〕}事实上，差额公式的判断方法本身就包含了重要的价值立场：全部赔偿之原则。假设财产状态的认定，不仅包括了受害人遭受的现实损害，也将可能的所失利益包含在内，如果仅仅考虑致损事件发生后的

〔77〕当然，如果第三人给付本身具有免除加害人义务的主观意图，则可以适用损益相抵规则，在第三人给付范围内免除加害人赔偿义务。

〔78〕参见前引〔75〕，最高人民法院民事审判第一庭编著，第260-261页。

〔79〕参见前引〔17〕，Medicus书，第327页。

〔80〕参见前引〔21〕，Weyhardt书，第22页以下；前引〔21〕，Möller书，第28、33页。

〔81〕科伊可对差额公式进行拆分，发现其实际上是所受损失与所失利益的综合。计算所受损失时应确定的是财产状况与致损事件发生前相比减少了多少，而对于所失利益，则应该比较的是，由于致损事件财产在多大程度上未增加。对于前者，比较的是致损事件前的真实财产状况（a），与致损事件后的真实财产状况（b）；而对于后者，比较的是致损事件前的真实财产状况（a），与若致损事件未发生时的假设财产状况（c）。所以全部损害计算公式为： $S = (a - b) + (c - a)$ ，即， $S = c - b$ 。因此，将前述规则进行简化，全部损害即存在于致损事件发生后真实财产状况与假定财产状况之差额，这就是蒙森的差额说。（参见前引〔4〕，Keuk书，第17页。）

既有状态,则难以将所失利益包含在内。^{〔82〕}通过对差额损害的赔偿,使得受害人处于“如同致损事件从未发生之情形”,这正是完全赔偿原则的另一种表达方式。有学者明确指出,差额假说是“以一种特别强调的方式,生动地表达了完全赔偿原则”^{〔83〕}。因此,差额假说与损害填补功能的契合,正是该说长期以来屹立不倒的根本原因。^{〔84〕}

理论上的妥适性与实践操作上的便利性造就了差额假说一直以来的地位,但任何一项概念或制度,都无法承载损害赔偿中的全部价值取向。差额假说最大的价值即在于:其为损害的认定提供了一项可兹参照的重要标准。损害是否存在,首先应通过差额假说的公式,判断是否存在财产上的差额,若不存在差额,通常即不发生损害。^{〔85〕}但是,这一规则绝非必然。在个案中,即使不存在利益差额,也可能存在应赔偿之损害;反之亦然。^{〔86〕}但是,要推翻差额假说判断的结果,必须从个案情形及单个规范中推导出足够强烈的理由,法官对此负有更大的证成义务,而这正是差额假说作为损害概念通说意义之所在。

六、结 论

《民法典》第1165条第1款对侵害与损害的区分,给我们带来重新审视损害概念的契机。损害概念的背后蕴含的是损害赔偿法的价值立场与功能。对损害概念演变史的梳理与检讨,并非旨在寻找出一个“正确的”损害概念、创设一个可以适用于所有损害情形的概念、追求逻辑上的圆满——事实上,鉴于损害“规范性”的特质,这样一个损害概念是不存在的——毋宁是为了进一步揭示损害赔偿的功能,为损害范围的认定提供更为确切的标准。

差额假说将损害的认定简化为两种状态的差额,这种表面上去价值化的判断公式,为损害范围的确定提供了极为便利的操作方式,能够迅速获得司法实践的认可,并经久不衰。当然,将损害等同于差额,难免会出现无法周全应对的实践案型。对差额假说的批评与修正也随着实践的需要而不断发展。在这个过程中,损害的概念也显得越来越模糊,无怪乎人人皆知的损害落入法律人眼中却莫衷一是。

从差额假说到客观损害概念,乃至规范损害概念的提出,其实就是损害的规范性从幕后走向前台的过程。尤其是规范损害这一损害类型的提出,更是将规范性显露无遗。损害赔偿中最重

• 419 •

〔82〕 参见前引〔3〕,Honsell文,第260页。

〔83〕 Vgl. Sourlas, Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 I BGB, Berlin 1974, S. 63. 另参见周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,载《环球法律评论》2015年第2期;前引〔6〕,曾世雄书,第130-131页。

〔84〕 参见徐建刚:《论损害赔偿中完全赔偿原则的实质及其必要性》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

〔85〕 参见李昊:《损害概念的变迁及类型建构——以民法典侵权责任编的编纂为视角》,载《法学》2019年第2期。

〔86〕 不存在利益差额也可能存在应赔偿之损害,前述客观损害及规范损害,均属此类。反过来看,即使存在利益差额,也未必存在应赔偿之损害。典型情形即为所谓“纯粹经济损失赔偿”之案型。此时,利益差额纵然存在,但由于绝对权并未受到侵害,难以成立侵权法上之损害赔偿请求权。其最终衡量的是对受害人财产利益的保护与行为人的行为自由。当然,在不同的立法例下,立法者的价值立场有所差异,对此问题可能会得出不同的结论。参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第298页以下。

要的规范性，就是损害赔偿的基本价值立场。差额假说中两种状态的比较，指向的是损害赔偿填补功能的实现，与完全赔偿原则具有价值上的一致性。损害的填补以及由此所生的完全赔偿原则，正是损害赔偿中最基本的规范性，是差额假说得以成立的价值根源。如果抛弃这种基本的价值立场、否定基于填补功能的完全赔偿原则，将使得损害赔偿范围的确定只能回归个案的公平衡量，这无论对于损害赔偿理论体系的构建，抑或实践案例的裁决，均非良音。

Abstract: The distinction between infringement and damage in the Civil Code of China has a profound impact on the damage compensation system. The understanding of the concept of damage is the basis for understanding this damage compensation system. The development of the damage concept has gone through the difference hypothesis, objective damage theory and normative damage. The difference hypothesis has the advantage of convenience in practice, and it is essentially the standard expression of the compensation function of damage compensation and the principle of complete compensation. Its status as a general theory should still be affirmed. The proposal of objective damage theory and normative damage theory breaks through the formulaic tendency of “the difference is damage”, and to a certain extent has revised the difference hypothesis; but the legal basis of this modification lies in the realization of damage compensation function. The evolution of the concept of damage can clearly reveal the normative nature of damages. This normative is embodied in the compensation function of damage compensation and the principle of complete compensation, which constitutes the value basis of the damage compensation law, and is the basis for understanding the types and scope of damages in different cases in judicial practice.

Key Words: damage concept, difference hypothesis, objective damage, normative damage

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

《民法典》背景下监护人责任的解释论

于 飞*

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

关键词：《民法典》第 1188 条 监护人责任 被监护人责任 公平分担损失

• 421 •

一、问题的提出

《民法典》第 1188 条规定如下：

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

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

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

* 于飞，中国政法大学民商经济法学院教授。

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

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

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

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

这种沿袭固然可以保障立法与司法的稳定性,但也会将以往立法的缺陷承受下来:

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

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

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

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

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

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

〔6〕 前引〔3〕,王胜明主编书,第178-179页。

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

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

〔9〕 前引〔3〕,张新宝书,第140页。

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

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

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

• 423 •

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

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

〔10〕 参见前引〔7〕，程啸书，第433页。

〔11〕 参见〔4〕，王泽鉴书，第464页。

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

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

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

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

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

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

二、被监护人的侵权责任

（一）依识别能力（责任能力）确定被监护人的责任

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

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

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

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

〔18〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第12-13页。

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

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

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

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

〔23〕 于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社2015年版，第143页。

〔24〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第313页。

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

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

（二）我国被监护人侵权责任的重构

1. 广义的行为能力

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

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

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

〔25〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第458页。

〔26〕 前引〔3〕，王胜明主编书，第180页。

〔27〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第313页。

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

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

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

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

2. 与过错责任相结合

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

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

三、监护人的侵权责任

（一）责任性质：无过错责任抑或过错推定责任

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

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

〔31〕 前引〔21〕，马克西米利安·福克斯书，第88页。

〔32〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第458页。

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

〔34〕 此种解释方法，可参见前引〔14〕，金可可、胡坚明文。

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

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

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

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

本文认为，将监护人责任界定为过错推定责任更妥当，理由如下：

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

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

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

〔38〕 前引〔21〕，马克西米利安·福克斯书，第 180 页。

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

〔40〕 前引〔23〕，于敏书，第 148 页。

〔41〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第 467-468 页。

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

〔43〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第 488-490 页。

然不利于督促监护人提高注意和勤勉程度。

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

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

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

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

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

(二) “监护人尽到监护职责的, 可以减轻其侵权责任”的合理解释

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

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

〔45〕参见前引〔4〕, 王泽鉴书, 第499页。

〔46〕前引〔4〕, 王泽鉴书, 第492页。

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

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

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

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

〔47〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第476-477页。

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

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

〔50〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第478页。

四、《民法典》第1188条第2款的解释——被监护人公平分担损失

（一）被监护人公平分担损失

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（二）《民法典》第1188条第2款第2句“不足部分，由监护人赔偿”的解释

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

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

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

五、结 论

• 431 •

这里对《民法典》第1188条监护人责任适用中的各种可能情形进行一个总结：

1. 被监护人为无行为能力人。此时，被监护人无责任能力，不产生责任。

接下来考虑监护人的责任情况。

（1）监护人不能证明自己无过错。此时由监护人单独承担责任。

（2）监护人能够证明自己无过错。此时监护人也不承担侵权责任。

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

2. 被监护人为限制行为能力人

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

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

第一，监护人尽到监护职责，即无过错的，监护人无责任。仅被监护人单独负责。

第二，监护人未尽监护职责，即有过错的，监护人产生监护责任。

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

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

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

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

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

〔52〕 参见前引〔4〕,王泽鉴书,第468-475页。

论平台经营者的民事法律责任 ——《电子商务法》第 38 条第 2 款的解释论

孙 晋 袁 野*

内容提要：《电子商务法》第 38 条第 2 款所规定的“相应的责任”一词极具模糊性，不仅将导致消费者索赔维权难度加大、成本升高，还将极大影响法律适用的准确性，无谓增加司法操作难度。消解“相应的责任”这一法律概念的不确定性，应当从“相应广度”与“相应深度”两个维度出发，对平台经营者承担相应责任的法定义务边界与责任形态分别展开分析。在此基础上，平台经营者未尽对平台内经营者的审核义务时，可与发生侵权行为的平台内经营者构成共同侵权，应当承担连带责任；平台经营者未尽对消费者的安全保障义务时，应当承担补充责任。当然，考虑到连带责任的适用存在理论困境，特定情况下，对平台经营者适用不真正连带责任之规定不失为一种现实选择。

关键词：平台经营者 审核义务 安全保障义务 连带责任 补充责任

• 433 •

一、问题的缘起：立法模糊下的法律适用困境

历经“五年四审三公开”，2018 年 8 月 31 日，备受关注的《电子商务法》经十三届全国人大常委会第五次会议表决高票通过，于 2019 年 1 月 1 日起正式施行。毫无疑问，《电子商务法》亮点颇多，尤其是其中关于平台经营者及平台内经营者的概念界定、举证责任分配的进一步优化以及消费者权益的保护，均被看作是立法的一大进步。然而，不少学者仍认为，对平台经营者的责任规定仍显不足，消费者索赔维权难度并未降低，成本也不见得减少。^{〔1〕}尤其是《电子商务法》

* 孙晋，武汉大学法学院教授；袁野，武汉大学法学院 2017 级经济法博士研究生，武汉大学竞争法与竞争政策研究中心助理研究员。

本文为国家社科基金重点项目“现代市场体系建设的竞争法问题研究”（19AFX019）的阶段性成果。

〔1〕 参见《电商法改补充责任为相应责任或改变平台利益格局》，载 <http://finance.sina.com.cn/china/gncj/2018-09-01/doc-ihixyeu1964759.shtml>，最后访问时间：2018 年 9 月 28 日。

第38条第2款将平台经营者的责任规定为“相应的责任”,^{〔2〕}如此模糊的责任规定极易产生歧义,不仅使消费者难以理解,无法在维权时正确选择维权对象,也给案件审理及政府监管带来极大挑战。

“精确是法律的生命线。”^{〔3〕}作为由国家强制力保障实施的行为规范,法律所使用的语言文字当然要遵循共同标准。^{〔4〕}惟其如此,所立之法才能被理解和接受,全体公民才能清楚了解其所享有的权利及其应承担之义务。然而,模糊性是语言的本质属性之一,立法语言也概莫能外。^{〔5〕}进言之,模糊性乃法律语言客观存在之特征,也是立法者一直力求消除却难以完全根除之痼疾,此种语言的模糊性也贯穿法律活动的全部过程之中。^{〔6〕}

语言的模糊性,使原本明确的法律概念外延淡化,也因此使客观事物的差异在中介过渡时呈现出亦此亦彼之现象,人们无法简单做出“是”与“否”的判断。^{〔7〕}就《电子商务法》第38条第2款中“相应的责任”而言,“责任”一词本就词义广泛,其所指可以是由于非法活动而使责任主体自身遭受的负面法律评价,如行政责任、刑事责任等;也可以是指因其他主体的不法行为或特定事件的发生而负担的某种法律义务,如《侵权责任法》第32条中规定的监护人责任。^{〔8〕}此外,所谓“相应”,一般是指相适应或相符合,而其“适应”或“符合”的对象应当由上下文具体指明。而《电子商务法》中却并未在上下文中对“相应”作出具体指明,由此引来诸多不确定性。如此,依照《电子商务法》第38条之规定,如经营者未如实履行审核义务或安全保障义务,其应当承担连带责任?还是补充责任?在如此复杂的语言环境中,“相应责任”的识别极为困难,各方主体对其理解不可避免地产生偏差,这极大地影响了法律适用的准确性。

本文认为,《电子商务法》第38条第2款之“相应”应当至少包含两层意思:一是“相应广度”,其指向平台经营者承担责任的义务种类及范围,即平台经营者的法定作为义务包括哪些,在何种情况下其应当承担法律责任;二是“相应深度”,即在平台经营者违反法定义务后根据其行为性质、主观过错对其应当适用怎样的归责原则,适用怎样的责任形式。有鉴于此,本文拟从平台经营者“相应的责任”的义务来源、责任程度两个维度进行分析,以期对平台经营者“相应的责任”的适用提供适当理论指引。

二、平台经营者承担相应责任的义务来源检视

“法律责任的概念是一个与法律义务相关联的概念。当我们说某人在法律上负责于某行为或

〔2〕《电子商务法》第38条第2款规定:“对关系消费者生命健康的商品或者服务,电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务,或者对消费者未尽到安全保障义务,造成消费者损害的,依法承担相应的责任。”

〔3〕孙懿华、周广然:《法律语言学》,中国政法大学出版社1997年版,第32页。

〔4〕参见胡瑞昌:《现代汉语规范化问题》,湖北教育出版社1986年版,第1页。

〔5〕参见伍铁平:《模糊语言学》,上海外语教育出版社1999年版,第2页。

〔6〕参见朱涛:《民法典编纂中的立法语言规范化》,载《中国法学》2017年第1期。

〔7〕参见周少华:《立法的缺陷与解释的尴尬——对新刑法第310条规定的理论解构》,载《法学研究》1999年第4期。

〔8〕《侵权责任法》第32条第1款规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任。”

是某人负担的法律责任时，我们的意思是说，如果他做相反的行为，他就有被制裁的可能。”〔9〕《电子商务法》第38条第2款语境下，平台经营者“相应的责任”的产生基础是未尽审核义务或未尽安全保障义务。在参与电子商务交易的三方当事人中，消费者处于最弱势的地位，平台内经营者居中，最为强势的则是平台经营者。《电子商务法》规定了平台经营者应当履行的诸多义务，其中就包括对平台内经营者经营资质资格的审查义务及安全保障义务，通过此种义务设定来保障消费者之合法权益，使消费者在遭受损害之际能够得到及时救济。无论是审核义务还是安全保障义务，均是《电子商务法》明文规定的法定义务，对该义务进行进一步解释，将有助于了解平台经营者承担责任的义务边界，即何种情况下其将承担“相应责任”。

（一）审核义务的理论解读

《电子商务法》规定审核义务的原因在于，平台经营者具有“企业”与“市场”之“二重性”，〔10〕除了作为市场主体在相关市场中直接参与竞争，其作为直接提供中介服务的市场，不仅掌握了用户的接入权，还掌握了在其平台内开展经营活动的经营者的相关信息，并以此对平台内经营者进行规范。让平台经营者对此类信息进行审核，将有利于保障消费者生命安全，实现社会的稳定发展。〔11〕恰如诺贝尔经济学奖得主让·梯诺尔所言，平台除了具有一般企业的属性外，还要扮演市场“守望者”和规制者的角色。〔12〕

1. 审查对象

根据《电子商务法》第38条第2款，平台经营者应当审查的对象是平台内经营者的某种资质或资格，且该平台内经营者所经营的商品或服务属于关系消费者生命健康之范畴。在此基础上，关系消费者生命健康应做广义解释：一切影响到消费者生命健康的商品或服务均应在列。需要说明的是，除了食品、药品之外，网约车服务自然也应当划入关系消费者生命健康的服务之列，以“滴滴打车”为代表的第三方网约车服务平台当然应当适用《电子商务法》第38条第2款之规定，履行对在其平台注册的车主注册信息及相应承运资质的审核义务。

另一方面，此处所谓资质资格，应当是指经营者从事与消费者生命健康有关的商品或服务的经营活动时所必要的证明文件或其他必须具备的先决条件。例如，我国《食品安全法》第62条规定了网络食品交易第三方平台对其平台内经营者的审核义务，〔13〕明确其对入网食品经营者应实名登记，对应当取得许可证的还应当审查其许可证。此处的许可证、身份信息等内容应当作为食品经营者入网经营食品的资格资质。值得注意的是，并非所有网络销售资质资格证明均在审核之列。例如，目前我国互联网药品交易牌照主要分为三类，即：第三方交易平台证书（A证），如京东医药网站所取得的证书；企业与企业之间的交易平台证书（B2B，B证），如九州通医药网所取得的证书；企业与消费者之间的交易平台证书（B2C，C证），如金象大药房网上商城所取得

〔9〕〔奥〕凯尔森：《法律与国家的一般原理》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社2003年版，第49页。

〔10〕参见刘颖：《我国电子商务法调整的社会关系范围》，载《中国法学》2018年第4期。

〔11〕参见陈云良：《反垄断民事公益诉讼：消费者遭受垄断损害的救济之路》，载《现代法学》2018年第5期。

〔12〕See Bénabou R, Tirole J., Mindful Economics: The Production, Consumption, and Value of Beliefs, 30 (3) *Journal of Economic Perspectives*, 141-164 (2016).

〔13〕《食品安全法》第62条第1款规定：“网络食品交易第三方平台提供者应当对入网食品经营者进行实名登记，明确其食品安全管理责任；依法应当取得许可证的，还应当审查其许可证。”

的证书。^{〔14〕} 上述证书虽然均是经营者进行互联网医药销售的资质证明,但第三方交易平台上仅存在 A 证的经营者。显然,第三方平台应仅对 A 类证书负有审查义务。

2. 审查方式

审查主体对资料的审查(审核)^{〔15〕} 方式一般可分为两种,一是形式审查,二是实质审查。所谓形式审查,是指负担审查义务的审查主体仅需要对材料进行书面审查。如果材料本身没有瑕疵,则不追求材料实质上是否真实,依据材料内容所显示的内容进行登记。^{〔16〕} 与之相对,实质审查则要求审查主体就材料的真实性进行调查。

事实上,平台经营者所承担的审查义务应当采何种审查方式,学界一直存在较大争议。有学者认为,第三方平台作为平台的运营者,并未参与实际的交易活动,其对于交易的发生仅能起到协助监管的作用,审查人员对平台内经营者的资格资质审查自然应当是形式审查。如果一定要求平台经营者动用大量人力对资格资质的真伪进行逐一核对,实在有些强人所难。^{〔17〕} 实际上,这忽略了大数据时代查询真伪的便利性。从可行性角度考虑,在食品、医药、网络客运服务等与消费者生命健康有重大关系的商品或服务行业,无论是其食品、药品生产许可证抑或是身份证、驾驶证,在审查时均可以通过网络输入证件号码在几秒钟之内知其真伪状态,无须再到各个发放许可证部门实地审查。即使考虑到第三方平台上经营者数量众多,但是,生命权在人格权法乃至整个民法体系中属于最高法益,整个法律都要以保护生命权为首要任务,国家制定法律的最终目的可归结到生命权利的保护,因为对生命利益的保护最终将落到对社会秩序的维护。^{〔18〕} 以此观之,第三方平台当然负有投入一定人力和成本审查关乎消费者生命安全的商品或服务经营者资质资格真伪的义务。从法理出发,与法律规定的其他审查义务(如不动产登记审查)不同,上述资质或资格证明并不具有“权利正确性推定规则”。由此可以看出,要求平台经营者承担实质审查义务不仅现实可行,亦不违反法律原则。

(二) 安全保障义务的内涵及范围

1. 安全保障义务的概念界定

安全保障义务系因某种社会活动的发生可能对他人引发一定危险之人,对该危险的发生应尽到合理注意,并采取必要措施防止该危险的发生,在危险发生后还应当采取适当救助等措施,以不致损失扩大。^{〔19〕} 德国“交往安全义务”说被认为是我国安全保障义务的起源。即参与社会交往活动的每一个行为都可能意味着一个应当被防止或除去的危险源被开启,使特定的主体负担消除可能造成损害的抽象风险之义务,符合社会正义的要求。^{〔20〕} 在此基础上,安全保障义务发生的情形主要是:首先,行为人实施了某种行为,使得他有责任预防某些风险的发生;其次,某种社会交往活动得以开启或者维持;第三,因为行为人所实施的职业行为存在特殊性,从而使之承

〔14〕 参见刘传绪、文占权等:《我国互联网药品交易现状及发展趋势研究》,载《中国药事》2018年第6期。

〔15〕 本文在讨论审查方式时,对审核做广义理解,即与审查作通用解释。

〔16〕 参见朱岩:《形式审查抑或实质审查——论不动产登记机关的审查义务》,载《法学杂志》2006年第6期。

〔17〕 参见刘金瑞:《网络食品交易第三方平台责任的理解适用与制度创新》,载《东方法学》2017年第4期。

〔18〕 参见王利明:《人格权法研究》,中国人民大学出版社2005年版,第36页。

〔19〕 参见王利明:《民法总论》,中国人民大学出版社2015年版,第126页。

〔20〕 参见王泽鉴:《侵权责任法》,中国政法大学出版社2011年版,第95页。

担防范相应风险之义务。

安全保障义务在我国《侵权责任法》中有具体规定，^{〔21〕} 具有较为明确的边界，即义务主体一般是“群众性活动组织者”，或是“公共场所管理人”。然而，网络场域能否成为公共场所，平台经营者能否成为群众性活动组织，一度引发学界热议。有学者指出，虚拟空间是“公共场所”应有之意，因为随着社会的发展和科技的进步，空间这一概念已经不再局限于物理空间了。^{〔22〕} 互联、共享、开放是网络平台的三大特征，而为网络空间的社会交往活动提供基本支撑的中间平台必然是各类矛盾频发的中心与焦点。^{〔23〕} 为此，网络平台尤其是电子商务交易平台的安全对于网络空间的整体安全至关重要。在保障网络安全的义务主体选择上，私法与公法存在一致性。作为电子商务交易平台的规则制定者，同时也是平台的经营管理者，更是平台利益的直接享有者，平台经营者作为网络平台安全保障义务的责任承担人在技术上、经济上、规则上均具有一定的合理性与正当性。

2. 安全保障义务的范围

网络空间与现实空间之最大差异在于其存在基础不同，网络空间存在的关键在于其信息技术架构，而整个网络信息系统的安全则由众多网络服务平台的基础安全集合而成。^{〔24〕} 作为实际控制者、利益获得者以及技术提供者，平台经营者在电子商务交易中扮演的角色不应局限于“守夜人”，而应是平台安全和稳定的积极作为者。^{〔25〕} 也即是说，在消费者进入平台进行活动的整个过程中，一旦消费者基于第三人侵权或平台自身安全问题遭受损害，而平台经营者并未履行相应注意义务，则应当为消费者所遭受的损失承担责任。其根据在于，一旦电子商务交易平台在平台经营者的投入和维护下正式运营之后，平台经营者的特殊身份决定其成为传统安全保障义务理论中的“危险开启者”，消费者完全有可能因为该平台的缺陷或漏洞发生危险。^{〔26〕} 也正因如此，平台经营者采取“必要的、具有期待可能性的防范措施，以保护第三人免受损害”成为必须。^{〔27〕}

然而，网络技术的迅猛发展使得更多传统商业行为得以通过电子商务交易平台完成，交易数量激增的背后也蕴含着各类风险的提升，这使得平台经营者的安全保障义务需要在一定程度上拓宽。为了讨论平台经营者的责任，应当首先明确安全保障义务的边界，而网络安全内涵与平台经营者安全保障义务之边界密切相关。根据我国《网络安全法》，网络安全被划分为四个领域，即网络安全至少应包含运行、数据、信息、服务四个方面的内容。^{〔28〕} 具体而言，这四类安全内容不尽相同。其中，网络运行安全是指平台经营者需根据网络安全等级保护制度的要求对其平台的维护和运行采取一定技术措施和管理措施，以防止计算机病毒、网络入侵或是其他网络攻击行

• 437 •

〔21〕《侵权责任法》第37条第1款规定：“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。”

〔22〕参见王思源：《论网络运营者的安全保障义务》，载《当代法学》2017年第1期。

〔23〕参见周汉华：《论互联网法》，载《中国法学》2015年第3期。

〔24〕参见赵鹏：《私人审查的界限——论网络交易平台对用户内容的行政责任》，载《清华法学》2016年第6期。

〔25〕参见李永：《网络交易平台提供者侵权责任规则的反思与重构》，载《中国政法大学学报》2018年第3期。

〔26〕参见杨立新：《网络交易平台提供服务的损害赔偿责任及规则》，载《法学论坛》2016年第1期。

〔27〕参见〔德〕克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下卷），焦美华译，法律出版社2004年版，第260页。

〔28〕参见齐爱民、陈琛：《论网络交易平台提供商之交易安全保障义务》，载《法律科学》2011年第5期。

为。其主要措施应包括跟踪、记录平台网络运行状态,制定网络紧急事件处理预案等。^{〔29〕}网络数据安全,主要是指平台经营者需防止公民个人信息数据被非法窃取及非法使用,同时对除用户信息数据之外的其他重要数据采取加密和备份措施,以防止相应数据被篡改和窃取。网络信息安全,指平台经营者通过一系列严格的网络管理制度确保借由其平台发布的信息符合政策和法律规范,在必要时应当及时采取删除、屏蔽等处置措施,以防止信息扩散。同时,应当对其平台之上的网络用户执行严格的身份管理制度,以确保网络信息的可追溯性。网络服务安全,是指平台经营者在为用户提供服务之时,需及时告知用户平台自身存在的缺陷及隐患,不得故意设置恶意程序或不合理条件,同时及时为用户提供定期安全维护服务。^{〔30〕}

总而言之,《电子商务法》38条第2款直接规定的平台经营者的审核义务及安全保障义务,构成平台经营者承担“相应的责任”的义务来源。一方面,电子商务交易平台的运营开启了消费者与平台内经营者的商业交往,为其交易的实施提供了条件与场所,对平台内经营者资质资格进行审核属维系平台运营之职责所在;另一方面,网络平台也使得他人权益存在潜在危险,而作为该危险源的开启者,平台经营者显然应当对尚未发生或正在发生的侵权负有审查预防义务与消除排除义务。值得注意的是,该条款语境下的安全保障义务实际上与平台经营者的审核义务存在一定竞合,且审核义务的边界更为确定。那么,需要进一步明确的是,当消费者在电子商务交易中遭受损害,而经营者又没有履行其法定义务时,应当承担什么程度的侵权责任。这就有必要对平台经营者在此种情形下承担责任的 forms 进行进一步解读。

• 438 •

三、平台经营者承担相应责任的责任形态厘清

数易其稿,《电子商务法》第38条第2款先后经历了“连带责任”“相应的补充责任”与“相应的责任”的变化,由此不难看出立法过程中各方权益主体之间的博弈。事实上,“相应的责任”也被看作是立法者在权衡消费者权益保护与电子商务行业发展后的无奈之举。在适用该条款时,平台经营者违反的法定义务不同,其相应承担的法律责任不尽相同。侵权责任视角下,使平台经营者承担不同程度之责任,能够有效缓释电子商务行业野蛮生长与消费者权益亟待保护之间存在的价值冲突。

(一) 未尽审核义务承担连带责任的认定逻辑

实际上,对于平台经营者未尽审核义务的责任承担,我国《食品安全法》率先作出了规定,^{〔31〕}要求未履行实名登记、许可证审查等义务的平台直接承担连带责任。此规定一出,引起

〔29〕 参见梅夏英、杨晓娜:《网络服务者信息安全保障义务的公共性基础》,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2014年第6期。

〔30〕 参见陈芳:《虚拟空间之安全保障义务研究——以互联网服务提供商的视角》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2014年第1期。

〔31〕 《食品安全法》第131条第1款规定:“违反本法规定,网络食品交易第三方平台提供者未对入网食品经营者进行实名登记、审查许可证,或者未履行报告、停止提供网络交易平台服务等义务的,由县级以上人民政府食品药品监督管理部门责令改正,没收违法所得,并处五万元以上二十万元以下罚款;造成严重后果的,责令停业,直至由原发证部门吊销许可证;使消费者的合法权益受到损害的,应当与食品经营者承担连带责任。”

了民法学界的热议，有些学者认为平台经营者承担连带责任的正当性基础不足，使得法律实施陷入困境。同时，对于目前主要依靠融资来维持运营的网络平台，连带责任的承担将会给其资金带来更加严重的困难。^{〔32〕}

连带责任之规定在我国法律体系中并非单一存在，相反，其是由规则群形成的一套严谨责任体系，且经由我国数代民法学者的努力形成了强大的理论支撑。根据我国《侵权责任法》及相关民法理论，连带责任可能由共同侵权行为引起，亦有可能由非共同侵权行为引起。其中，共同侵权行为引起的连带责任包括共同危险行为引起的连带责任^{〔33〕}与共同加害行为引起的连带责任。^{〔34〕}而非共同侵权行为引起的连带责任包括违规实施交易行为的数人之间的连带责任、^{〔35〕}所有人与行为人之间的连带责任、^{〔36〕}对同一对象分别实施侵权的数人之间的连带责任。^{〔37〕}殊途同归，连带责任设立的初衷是通过每一责任人都负有赔偿受害人之义务，使得受害人更容易获得赔偿，因为只要有一个侵权行为人具有赔偿能力，对受害人的救济便能得以实现。但是，法律绝不会允许以片面牺牲一方的形式保护另一方的利益。导致赔偿义务的不是损害，而是过错。这是一个简单的原理，就像“让物体燃烧的不是光而是空中的氧气”这一化学原理一样简单。^{〔38〕}所以，对损害结果的发生具有过错是侵权行为人承担连带责任的正当性基础。此种过错既可能是分别的过错，也可能是共同过错，尤其重要的是，分别的过错应当具有共同的意思联络。

现实生活中，共同加害行为是较为常见的共同侵权行为。共同危险行为虽时有发生，但显然不符合《电子商务法》第38条第2款之语境，遂不在本文讨论之列。共同加害行为又可以分为简单共同行为和复杂共同行为。根据侵权行为人实施行为的不同，侵权行为人可有实行行为人、帮助行为人与教唆行为人之分。^{〔39〕}电子商务交易中，平台经营者未尽审核义务本不能单独构成对消费者生命健康的损害，但由于其未尽审核义务，致使原本不具备资质资格的经营者在平台内经营商品或服务造成了对消费者生命健康的损害。平台经营者的这种不作为行为应当认定为帮助侵权，平台经营者不作为给侵权人的行为提供了条件或可能，与经营者的积极行为共同造成了消费者的同一损害。基于此，平台经营者未尽审核义务的行为应当被解释为帮助的共同侵权。

发生共同侵权的必要条件之一是行为人有一致的愿望或共识，且该种愿望或共识对彼此的行为产生了共同的影响。^{〔40〕}而帮助的共同侵权中，帮助行为该当发生在侵权行为发生前或发生之

〔32〕 参见马新彦、姜昕：《网络服务提供者共同侵权连带责任之反思——兼论未来民法典的理性定位》，载《吉林大学社会科学学报》2016年第1期。

〔33〕 《侵权责任法》第10条规定：“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。”

〔34〕 《侵权责任法》第8条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”第9条规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任……”

〔35〕 《侵权责任法》第51条规定：“以买卖等方式转让拼装或者已达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。”

〔36〕 参见《侵权责任法》第74、75、86条。

〔37〕 《侵权责任法》第11条规定：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。”

〔38〕 参见〔德〕耶林：《罗马私法中的过错要素》，柯伟才译，中国法制出版社2009年版，第76页。

〔39〕 参见郭明瑞、房绍坤：《民法》，高等教育出版社2010年版，第78页。

〔40〕 参见宁子昂：《论无意思联络数人侵权行为责任形式的理论基础》，载《当代法学》2015年3期。

时,且此时帮助侵权人主观上存在帮助故意。部分学者认为在行为人实施侵权行为之时平台经营者不可能知道,或者说行为人实施侵权行为并非平台经营者的意愿,即二者没有达成意思联络。然而,这种观点忽略了一个重要问题:平台经营者在允诺未具备资格或资质的经营者在其平台之上经营关系消费者生命健康的商品或服务之时,就已经对其经营行为可能对消费者造成损害做出了“默许”。质言之,平台经营者在因过失赋予侵权行为人经营资质之时,就应当考虑到其不具备相应的资质资格而可能在将来对消费者造成损害,但依然采取了放任的心理态度和“积极默示”的意思表示,二者在此时已达成意思联络,只是意思联络的形成先于侵权行为人实行行为的实施。

再者,从责任效果上看,如果认为二者没有达成意思联络,则根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》应将其定为分别侵权,^[41]平台经营者与侵权行为人将承担按份责任,消费者想要获得赔偿可以说难上加难。^[42]更何况,为经营关系消费者生命健康的商品及服务的经营者设置准入门槛、要求其必须具备某种资格或资质,本就是由于该类商品及服务自身如生产或经营不善极易对消费者造成损害,为平台经营者设置审核该类资质资格的义务也是为了最大限度降低消费者的被害可能。^[43]如果对未尽审核义务的平台经营者责任不做严格规定,将使其违法成本降低,从而使电子商务交易中经营有害商品或服务的经营者数量增多,无法达到震慑平台经营者,消灭潜在威胁之功能。

总之,未尽审核义务之平台经营者与实施侵权行为之平台内经营者应当构成我国民法上的“共同侵权”,在适用《电子商务法》第38条第2款之时平台经营者应当对消费者的损害承担连带责任。

(二) 未尽安全保障义务承担补充责任的理论证成

《电子商务法》第38条第2款语境下,平台内经营关系消费者生命健康的商品或服务致消费者发生损害,而平台经营者未尽安全保障义务的,应当承担补充责任。这是由补充责任自身之制度价值与电子商务交易的特殊性决定的。

原则上,“不作为”并不能成为侵权责任产生的基础。只有在某些特定情况下,即行为人违反了某项义务,其不作为才会被视作一种侵权行为。^[44]之所以将不作为侵权作例外规定,是因为强制要求某人做某种行为比禁止其做出某种行为要更严格,对行为人自由的限制程度更深。因此,侵权责任制度设立之初,只有在极其例外的情形之下,行为人才会因为其消极不作为承担侵权责任。当前,我国民法理论中不作为侵权责任的产生基础有三,分别是法律规定、合同约定以及先行行为的发生。虽然多位学者尝试就不作为侵权责任的作为义务进行突破,^[45]但网络技术

[41] 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条第2款规定:“二人以上没有共同故意或者共同过失,但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的,应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。”

[42] 参见《电商平台“相应责任”比“补充责任”强,你可能想多了》,载 http://www.sohu.com/a/251199554_430579,最后访问时间:2018年9月23日。

[43] 参见高秦伟:《消费者知情权保护与食品科技的规制》,载《学术研究》2018年第7期。

[44] 参见王泽鉴:《侵权行为法》,中国政法大学出版社2001年版,第46页。

[45] 参见佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第560页;史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第124页;曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第63页;郑玉波:《民法债权总论》,中国政法大学出版社2003年版,第125页。

的发展使得社会关系变得更为复杂，且这种变化仍将继续，传统不作为侵权理论及立法在此也应当做出相应调整。为此，鉴于我国民法与德国民法之承接关系，德国交往安全义务说成为我国侵权法之作为义务扩张的理论基础。^{〔46〕}申言之，与一般行为义务不同，安全保障义务承担了更多分配风险之功能。也正是基于此，德国法上多存在“禁止的损害”和“许可的危险”这两个概念，尽管行为人的行为从外观上符合法律规定，但由于其违反了安全保障义务，便需要承担损害赔偿赔偿责任。不难看出，安全保障义务制度设立之初衷在于归责而非对行为人行为直接做出规定，相较于传统法定义务，其在现实生活中所能起到的调整行为之功能也极其有限。也就是说，将安全保障义务引入我国《侵权责任法》之立法本意，在于弥补我国传统规则体系二元对立的僵化模式，立法者希望通过安全保障义务链接过失责任与危险责任，从而弥补后两者在功能上的不足。

电子商务交易中，平台经营者未尽安全保障义务致人损害应当承担补充责任。这是因为，在平台经营者的运营之下，电子商务交易平台开启之后，平台内经营者与一般消费者便可借由该平台开展相应的社会交往活动及一般商业活动。在此过程中，平台经营者并未参与该平台之上发生的社交及商业活动，且未经允许一般不会干涉消费者及经营者之各项活动，其职责主要在于维护平台的正常运营。连带责任的设立则建立在矫正正义之基础上，即通过要求责任人承担损害赔偿赔偿责任以纠正乃至抑制不法行为。然而，在实际生活中，当消费者在平台中遭受权益损害之时，平台经营者并未实施直接不法行为，则无法依据传统连带责任之理论对平台经营者课以连带责任，使其承担网络安全问题（或其他问题）引发的用户致害责任。然而，亦不能完全免除平台经营者在此过程中的责任。因为平台经营者作为电子商务交易平台的实际控制者与经营者，通过其提供的平台服务获取了大量的经济利益，同时其对平台安全隐患之控制力也远超其他主体，如若不使其承担责任显失公平，有违法理。在此基础上，适用补充责任，恰能解决上述困境。与较为严苛的连带责任不同，补充责任自身有较强的灵活性。补充责任的责任基础在于，行为人的过错是损害发生的或然性原因，遂由补充责任人承担一部分赔偿责任，能够对遭受损害之消费者起到补偿作用。所谓或然性原因，是指补充责任人虽然对损害的发生存在一定过错，但该过错并不必然导致损害的发生，而补充责任人如尽到相应的义务则可能减少甚至避免损害的发生。可见，损害的发生并不必然是由行为人未尽安全保障义务所致。需要注意的是，补充责任仍属于过错责任之一，倘若侵权行为的发生与平台经营者未尽安全保障义务之间毫无关联，则平台经营者不应当承担任何形式之责任。唯有如此，才能使补充责任发挥其“富人责任”之功能而又不会对一方太过苛刻。^{〔47〕}这种补充责任的补偿功能早已在司法实践中有所运用，其对合理解决当前社会日趋复杂的侵权纠纷起到了关键作用。^{〔48〕}

概言之，《电子商务法》第38条第2款之语境下，对未尽安全保障义务之平台经营者施以补充责任，既能对网络空间的风险责任进行分配，又避免了因承担责任过于严苛而导致平台经营者承担过重责任，不至于给当下尚处于发展阶段依靠融资维持的电子商务平台带来更重的资金困难，阻碍行业发展。

〔46〕 参见周友军：《我国侵权法上作为义务的扩张》，载《法学》2008年第2期。

〔47〕 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第466-467页。

〔48〕 参见杨会：《论安全保障义务人承担补充责任的原因》，载《河北法学》2013年第7期。

四、余论：平台经营者承担不真正连带责任的探讨及可能

在我国《侵权责任法》之规定中，^{〔49〕}存在这样一种责任形式，即“一个损害是由两个行为人的行为造成的，但其中一个人的行为是直接原因，另一个人的行为是间接原因，受害人同时产生两个请求权，其中一个请求权满足后，另一个请求权予以消灭”，^{〔50〕}民法理论上将其称为不真正连带责任。

通说认为，不真正连带责任对于受害人及责任人所产生的效力不同，可分为两个层次：外部效力和内部效力。就外部效力而言，一般连带责任与不真正连带责任对受害人的效力一致。每个责任人基于其实施的侵权行为独立对损害的发生承担责任。其中，每个责任人均应当对受害人提起的损害赔偿请求承担责任，且每个责任人承担的份额均是全部责任，任何一个责任人在满足了受害人全部的赔偿请求之后，其他责任人的侵权责任因此而消灭。也就是说，受害人可以任意选择一名侵权行为人发起损害赔偿请求，若该侵权行为人不能满足其全部请求，受害人仍可选择其他责任人，而一旦受害人请求权被满足，则所有侵权行为人不再承担侵权责任。不真正连带责任的特殊之处在于其内部效力上。所谓内部效力，是指在不真正连带责任中，受害人虽然可任意选择一名侵权行为人发起损害赔偿请求，但在侵权行为人内部存在最终责任人。当其他侵权行为人满足了受害人全部请求权之后，他们可以向最终责任人行使追偿权。此外，不真正连带责任的适用一般需要具备如下几个条件：第一，有多个行为人实施的数个行为导致某一受害人遭受损害；第二，多个侵权责任因为多个独立侵权行为的发生而产生，且其指向同一救济目标；第三，受害人在行使其损害赔偿请求权时，一次只能选择一位侵权行为人；第四，最终责任人是不真正连带责任的最终归责主体。^{〔51〕}

如上所述，平台经营者与平台内经营者之间意思联络的存在是两者承担连带责任的正当性基础。也就是说，当消费者因为缺乏资质或资格的经营者售卖的某类关系生命健康的商品或服务受到损害时，如果证明平台经营者在前述经营者进入平台之初没有尽到审查义务，可推定其存在过错，应当承担连带责任。然而，这一推定的基础是前文将平台经营者的审核义务解释为实质审核义务。如果在法条的实际适用中，法官将平台经营者对平台内经营者的资质资格审核义务认定为形式审核义务，则发生审查不真时，其主观意图可能会存在故意与过失两种情况。如平台经营者审查不真出于主观故意，则依然可按照前文逻辑进行责任认定。但如平台经营者审查不真出于过失，尽管在学说上对于帮助侵权的主观状态存在争议，但在立法上和司法实践上，帮助侵权须出自帮助者的故意，过失不成立帮助侵权，^{〔52〕}则其与侵权实行行为人的意思联络达成可能难以认定，就此陷入适用连带责任之理论困境。而如果对未尽审核义务的平台经营者适用补充责任，则

〔49〕 参见我国《侵权责任法》第43、59、68、83条。

〔50〕 参见杨立新：《论不真正连带责任类型体系及规则》，载《当代法学》2012年第3期。

〔51〕 参见李中原：《不真正连带债务理论的反思与更新》，载《法学研究》2011年第5期。

〔52〕 参见全国人大法工委民法室：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与立法背景》，人民法院出版社2010年版，第50页；最高人民法院侵权责任法研究小组：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2016年版，第77页；沈志先主编：《侵权案件审判精要》，法律出版社2013年版，第184页。

又会陷入责任认定畸轻、消费者请求权难以实现之境地。此种情况下，对平台经营者适用不真正连带责任之规定不失为一种选择。

遗憾的是，关于不真正连带责任的概念及其法律意涵，学界仍然众说纷纭，尤其是关于不真正连带责任的责任性质及其范围厘定，更是学术争鸣不断。例如，杨立新教授曾指出，应当将不真正连带责任看作是一种特殊的连带责任形态。它可能与竞合的侵权行为相对应，即多个民事主体实施的侵权行为致使多个损害赔偿请求权的发生。在这一点上，李永军教授则坚持认为，有必要严格区分不真正连带责任与一般连带责任，不可将其做一般与特殊之处理，如此方不致动摇侵权连带责任之根基。^{〔53〕}事实上，无论从理论学说上进行探讨，抑或是从法律文本入手进行分析，不真正连带责任的概念及其范围都亟待进一步研究。能否将一般连带责任与不真正连带责任严格区分开来，还有待司法实践的检验。因此，如若将两者完全区别开来，确实有可能动摇发展数年的侵权责任体系并给侵权责任的认定带来新的挑战。但是，毋庸置疑的是，作为数人侵权行为的补充责任类型，不真正连带责任依然在司法实践中具有极重要的价值。从这一点看，充分考虑不真正连带责任适用的可能，在一定程度上对于电子商务交易领域的定纷止争能够起到积极正面之作用。

Abstract: The term “corresponding responsibility” as stipulated in paragraph 2 of Article 38 of the Law on Electronic Commerce is extremely ambiguous, which will not only make it more difficult for consumers to claim rights, but also increase the cost, and will greatly affect the accuracy of the application of the law, unnecessarily increase the difficulty of judicial operations. To resolve the uncertainty of the legal concept of “corresponding responsibility”, we should start from the two dimensions of “corresponding breadth” and “corresponding depth”, and analyze the legal obligations boundary and responsibility form of the platform operators. On this basis, if the platform operator fails to fulfill the auditing obligations of the operators within the platform, it may constitute joint infringement with the operators within the platform where the infringement occurs, and shall bear joint and several liability. If the platform operators fails to fully protect the consumers, it should assume additional responsibility. Of course, considering that there is a theoretical dilemma in the application of the joint responsibility, under certain circumstances, it is a realistic choice to apply the provisions of unreal joint and several liability to the platform operators.

Key Words: platform operator, audit obligation, security obligation, joint responsibility, supplementary responsibility

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

〔53〕 参见李永军：《论〈侵权责任法〉关于多数加害人的责任承担方式》，载《法学论坛》2010年第2期。

公物致害责任与建筑物危险责任比较研究

周 密*

内容提要：与物有关的侵权，根据损害结果与物的危险性之间的关系，可以分为物之侵权、物上行为侵权和单纯行为侵权三类。其中物之侵权根据公物和私物在公共使用性上的根本差异，可以区分为公物侵权和私物侵权，公物侵权构成公物致害责任，而私物侵权中不动产侵权构成建筑物危险责任。公物致害责任与建筑物危险责任既存在相似性，又存在差异性，其差异性本质在于作为设置或管理瑕疵判定基础的管理权具有不同的法律属性，公物管理权和私物管理权在性质、来源、内容和行使强制性上都存在差异。对于司法适用中存在的主要争议和焦点问题，基于对管理权差异本质的分析，现有的民事侵权救济途径无法保证公物致害受害人获得充分有效的救济，因而应当将公物致害责任和建筑物危险责任区别适用国家赔偿程序和民事侵权程序，同时分别适用无过错和过错推定的归责原则。

关键词：公物致害责任 建筑物危险责任 公有公共设施 国家赔偿

一、问题的提出

公共道路、桥梁、堤坝、排水系统及地下设施等基础设施作为行政机关行使公共管理和服务职能的工具，即行政组织法上的公物或公产，^{〔1〕}已经成为民事主体日常生活不可或缺的一部分，人们分享着这些设施所带来的便利，同时也在默默承受着由其产生的潜在危险。当这些公物由于

* 周密，交通运输部公路科学研究院职员。

〔1〕 大陆法系的行政法理论中普遍存在公物或者公产的概念，德国、日本和我国台湾地区等多将之称为公物，通说认为“公物，是指国家或者公共团体直接为了公共目的而提供使用的有体物”。法国则区分公产与私产，其中公产原则上受到行政法的支配和行政法院的管辖，而私产则受私法支配和普通法院管辖。参见王名扬：《法国行政法》，北京大学出版社2016年版，第235页；〔日〕盐野宏：《行政组织法》，杨建顺译，北京大学出版社2008年版，第237页；李惠宗：《公物法》，载翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2010年版，第423-424页。

设置或管理上的瑕疵造成民事主体人身和财产权益遭受损害时,如何获得法律救济,始终是公私法学界共同关注的问题。从20世纪80年代的道路管理瑕疵赔偿责任第一案〔2〕至今,相关司法实践始终难以回避行政机关的民事主体资格、国家赔偿责任与民事侵权责任的关系、归责原则的适用以及行政机关如何履行民事赔偿等焦点问题。即便民法学者明确指出公物致害责任不同于建筑物危险责任,〔3〕行政法学者也反复论证应将公物致害责任纳入国家赔偿的适用范围,〔4〕立法者依然不为所动,在《国家赔偿法》的制定和修改过程中,将其排除适用《国家赔偿法》。〔5〕权益遭受侵害的民事主体只能依据《民法通则》《侵权责任法》所确立的建筑物危险责任寻求司法救济,由此产生了诸多司法适用上的难题,民事主体获得法律救济的实际效果也不理想。之所以未能充分说服立法者,原因在于现有研究对于公物致害责任与建筑物危险责任的比较只停留在其差异的表象上,〔6〕未能从公物与私物的根本区别入手,揭示两种责任的差异性本质,因而未能成为司法适用中救济途径的选择提供有力的理论支撑。

二、物之侵权责任的类型划分与界定

1986年《民法通则》第126条规定了建筑物危险责任的适用范围、责任主体和归责原则等,立法者在设计该制度时并不认为其应当适用于公物致害的情形,〔7〕然而1993年《国家赔偿法(草案)》说明中明确指出公物致害责任适用《民法通则》的规定,导致自此之后的法律实践进入了公物致害责任与建筑物危险责任趋同适用的阶段。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第16条将道路、桥梁、隧道等构筑物的责任主体拓展至设计和实施者,由其与所有人、管理人承担连带责任。〔8〕但2010年《侵权责任法》第11章“物件损害责任”又将与物有关的不同类型侵权责任杂糅在一起,从而使司法适用更加混乱。〔9〕因而要解决公

• 445 •

〔2〕王烈风诉千阳县公路管理段人身损害赔偿案案情如下:1988年7月王烈风之夫马学智下班后骑自行车回家,行至千阳县电力局门前公路时,遇大风吹断公路旁护路树,因躲闪不及被断树砸中头部,当即倒地昏迷,由同行行人送入医院,经抢救无效死亡。经法院查明,路旁树木受害虫黄斑星天牛危害严重,部分树木枯死已三年之久,由于被告千阳县公路管理段对采伐枯树一事未采取任何积极措施,致发生上述事故。法院依《民法通则》第126条及第119条,判决被告千阳县公路管理段向原告王烈风支付损害赔偿金。该案载于《最高人民法院公报》1990年第2期(总第22期)。

〔3〕参见梁慧星:《道路管理瑕疵的赔偿责任——大风吹断路旁护路树砸死行人案评释》,载《法学研究》1991年第5期;杨立新、尹艳:《论国有公共设施设置及管理欠缺致害的行政赔偿责任》,载《中央政法管理干部学院学报》1994年第1期;王洪亮:《交往安全义务基础上的物件致损责任——〈侵权责任法〉第11章“物件损害责任”的理解与适用》,载《政治与法律》2010年第5期。

〔4〕参见马怀德、喻文光:《公有公共设施致害的国家赔偿》,载《法学研究》2000年第2期;肖泽晟:《公物法研究》,法律出版社2009年版,第278-292页;吕宁:《论公有公共设施致害的国家赔偿》,载《政治与法律》2014年第7期。

〔5〕1993年《国家赔偿法(草案)》的说明中明确指出:“桥梁、道路等国有公共设施,因设置、管理欠缺发生的赔偿问题,不属违法行使职权的问题,不纳入国家赔偿的范围。受害人可以依照民法通则等有关规定,向负责管理的企业、事业单位请求赔偿。”胡康生:《关于中华人民共和国国家赔偿法(草案)的说明》,1993年10月22日八届全国人大常委会第四次会议,转引自前引〔4〕,吕宁文,第77页。

〔6〕《国家赔偿法》经过历次修改却仍然采取了维持现状的立场,至少反映出在行政法学界有较多学者支持的“公法说”并未真正说服立法者。参见沈岢:《国家赔偿法:原理与案例》,北京大学出版社2017年版,第283-323页。

〔7〕梁慧星教授认为,公物致害责任应当适用《民法通则》第121条关于国家赔偿的有关规定,而非第126条的建筑物危险责任,立法者在制定《民法通则》时未将其纳入应当适用的范畴。参见前引〔3〕,梁慧星文。

〔8〕参见韩世远:《建筑物责任的解释论——以〈侵权责任法〉第85条为中心》,载《清华法学》2011年第1期。

〔9〕参见张新宝:《民法分则侵权责任编立法研究》,载《中国法学》2017年第3期;张新宝、吴婷芳:《物件致人损害责任的再法典化思考》,载《现代法学》2017年第2期。

物致害责任与建筑物危险责任的适用问题，有必要首先区分与物有关侵权责任的不同类型。

（一）物之侵权与物上行为侵权、单纯行为侵权

与物有关的侵权，虽然都与物有一定的关系，但却并不都是由于物本身的危险性而直接产生损害结果。根据损害结果与物的危险性之间的关系，可以将与物有关的侵权区分为三种基本类型，分别是物之侵权、物上行为侵权和单纯行为侵权。具体类型划分请见图 1。

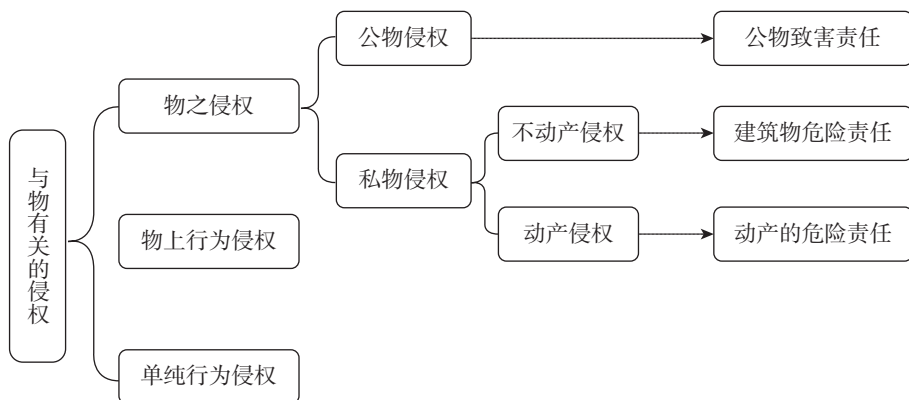


图 1 与物有关的侵权责任类型划分

1. 物之侵权

物之侵权是指由于设置或管理上的瑕疵导致物本身的危险性加剧，从而直接造成损害后果发生。其基本逻辑是“行为瑕疵——物之危险性——损害”。虽然导致损害发生的因素中，也存在作为原因行为的行为瑕疵，但并不是管理人等主体在设置或管理上的瑕疵行为直接造成损害，而是基于瑕疵行为加剧了物本身的危险性，从而带来了直接的损害后果。“这是一种不是以人的行为为理由，而是以物的客观状态为理由，发生损害责任的场合。”〔10〕日本法上将其视为一种典型的危险责任，由于物欠缺通常应该具有的安全性，从而具有对他人带来危害的危险性的状态。〔11〕

对于物之侵权，根据物的公私属性，即是否具有公共使用性，可以将其区分为公物侵权和私物侵权两种基本类型。公物致害责任就是典型的由于公物侵权而产生的损害赔偿赔偿责任。〔12〕而对于私物侵权应继续区分物的动产和不动产属性，《民法通则》第 126 条、《侵权责任法》第 85 条、第 86 条所规定的建筑物或构筑物侵权，《侵权责任法》第 90 条所规定的林木侵权，以及《侵权责任法》第 91 条第 2 款所规定的地下设施侵权都属于不动产侵权，由这些侵权所产生的责任统

〔10〕 于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社 2015 年版，第 408 页。

〔11〕 参见〔日〕盐野宏：《行政救济法》，杨建顺译，北京大学出版社 2008 年版，第 224 - 231 页。

〔12〕 对于公物致害责任，日本和韩国多使用公共营造物责任概念，我国台湾地区则在台湾地区“国家赔偿法”立法过程中创设公有公共设施致害责任概念，其目的在于减少在物的概念上与民法学者之间的争议。但无论是日本、韩国还是我国台湾地区，都有学者明确指出，公共营造物或公有公共设施，从物的概念的基本范畴上与传统行政法理论上公物概念属性没有实质差异，因而笔者在本文中选择不使用公物致害责任的概念，希望通过回归公物的行政法理论实质，为解决公物致害的司法适用问题提供有益借鉴。参见〔日〕市桥克哉等：《日本现行政法》，田林等译，法律出版社 2017 年版，第 386 - 397 页；〔韩〕金东熙：《行政法 I》，赵峰译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 392 - 402 页；叶百修：《国家赔偿法》，载翁岳生编：《行政法》（下册），中国法制出版社 2010 年版，第 1673 - 1696 页。

称为建筑物危险责任,^[13]日本法上称之为工作物责任。^[14]而对于动产基于物之危险性的侵权,如《侵权责任法》第10章所规定的饲养动物损害责任,就属于典型的动产危险责任。^[15]

2. 物上行为侵权

物上行为侵权是指于物之上实施了某种与物密切相关的危险行为,并由于该危险行为直接导致损害后果的发生。其基本逻辑是“物——行为之危险性——损害”,造成损害发生的根据是行为人的危险行为,但与单纯的行为侵权相比,其与物本身的危险性或公共性之间具有密切的联系,也就是说由于行为发生于本就具有一定危险性的物之上,物的危险性导致行为的危险性加剧并导致损害后果发生,故而不同于简单的行为侵权。比如,《侵权责任法》第88条、第89条以及第91条第1款所规定的,在公共道路或公共场所堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品或者挖坑、修缮安装地下设施,而产生的侵权行为及责任。^[16]这种侵权行为实际上多发生于公物之上,具有明显的“公共侵扰性”,^[17]但由于其是基于行为人危险行为致害,而非公物本身的瑕疵危险性致害,因而当行为人是民事主体时,应当适用民事侵权责任。同时传统公物理论也认为此情形下的公物处于不完善状态,也不符合公共使用性的基本标准,因而在一定情形下排除其公物属性,不适用公物致害责任。^[18]

3. 单纯行为侵权

单纯行为侵权是指虽然发生于物上,但与物本身并没有实质的联系,行为本身的危险性就足以导致损害后果的发生。其基本逻辑是“行为之危险性——损害”。此种情形下的物仅仅是一种工具或者载体,与损害后果的发生并没有直接的联系。《侵权责任法》第87条中所规定的“从建筑物中抛掷物品”就是典型的代表。抛掷物品行为本身的危险性直接造成损害后果,发生于建筑物之上只是客观事实和外在表象,与建筑物本身的危险性并没有产生叠加的效果,属于单纯的行为侵权,这也是学者普遍反对将高空抛物行为列入“物件致人损害责任”的主要原因。^[19]

针对《侵权责任法》第87条“从建筑物中抛掷或坠落物品”相关责任规定在理论和司法实践中存在的争议问题,在提起全国人大常委会审议的《民法典侵权责任编(草案)》三审稿中,明确了由侵权人承担责任的基本原则,可能加害人只在“经调查难以确定具体侵权人”时予以补

• 447 •

[13] 建筑物危险责任,在我国也有学者称为狭义的物件致人损害责任,其“物件”以建筑物为基点展开列举了建筑物等六种类型,并将抛掷物、自然形成的搁置物/悬挂物、施工人责任及其他特殊侵权责任均排除在外。参见前引[9],张新宝、吴婷芳文。

[14] 参见前引[10],于敏书,第479-481页。

[15] 参见韩世远:《物件损害责任的体系位置》,载《法商研究》2010年第6期。

[16] 参见前引[9],张新宝文。

[17] 普通法上的“公共侵扰性”被认定为对一般大众权利的、应该保护的利益的侵扰,其中就包括了在公共道路或通航河流中设置障碍物的情形,因其属于对公共便利性的侵扰。参见〔美〕爱伦·M.芭波里克选编:《侵权法重述纲要》,许传玺、石宏、董春华等译,法律出版社2016年版,第405-409页。

[18] 参见前引[12],叶百修文,第1673-1696页。

[19] 参见前引[9],张新宝、吴婷芳文;前引[9],张新宝文;焦富民:《罗马法物件致人损害责任制度的设计及其启示》,载《法学杂志》2009年第11期。

偿，并增加了建筑物管理人在未采取必要安全保障措施时，承担未履行安全保障义务的侵权责任。^{〔20〕} 二审稿虽然在《侵权责任法》原有规定的基础上对责任的承担作出了更加细化的规定，但仍未能从根本上区分物本身的侵权和行为侵权之间的本质差异，王利明教授就提出“在民法典编纂过程中，对高空抛物和高空坠物应加以区分并作出更有针对性的规定”。^{〔21〕}

（二）物之侵权责任类型划分的基础：区分公物和私物

由于物之侵权区分为公物侵权和私物侵权两种基本类型，所以明确公物与私物的区分标准和本质区别，是对物之侵权责任进行类型区分的重要前提和基础。公物与私物的区分标准并非在于其所有权或管理权主体，究竟是国家、公共团体等公权力主体，还是自然人、法人等私权利主体，而是在于其是否具有公共使用性，^{〔22〕} 公物作为实现行政目的的工具，必须提供给作为公众的不特定多数人共同使用，从而满足实现公共利益的需要，因而不同于私物的独占使用性或排他性。日本公物理论中将公物的界定标准概括为以下四个方面：第一是该物是提供公共之用；第二是行政主体对该物拥有支配权；第三是提供公共之用的主体限于行政主体，即由行政主体提供公物于公共之用；第四是须为有体物。^{〔23〕} 其中起决定性作用的就是公共使用性，“即使行政主体对物曾经具有某种权利根据，只要该物没有提供于公共之用，那就不是公物”。^{〔24〕} 法国行政法上对于公产与私产的区分，经过成文法、学说和判例的共同确认，也将公共使用性作为其基本标准，其中既包括公众直接使用的财产，又包括公务作用的财产。^{〔25〕} 也就是说，即便其所有人或管理人属于私主体，但只要其为提供公共使用之物，即可认定为公物，理论和实践中也普遍承认私人之物提供公共使用而成为公物，称为私有公物。^{〔26〕}

民法上物的概念则具有独占使用性，所有人、占有人或使用人在使用物的过程中多具有排他

〔20〕 草案二审稿除了增加规定“禁止从建筑物中抛掷物品”，还作了如下修改：一是增加规定，从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任。二是增加规定，发生此类情形的，“有关机关应当依法及时调查，查清责任人”，并明确“经调查难以确定具体侵权人”的，才适用由可能加害的建筑物使用人给予补偿的规定。三是增加规定，可能加害的建筑物使用人补偿后发现侵权人的，有权向侵权人追偿。四是增加规定，建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止此类情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。参见《高空抛物算不算违法？民法典侵权责任编草案新增规定予以明确》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201908/43bc8ee53cbe44f29f912da09d764a4f.shtml>，最后访问时间：2019年10月12日。

〔21〕 参见《加强综合治理 保障公众安全——中国法学会高空抛物坠物法治工作座谈会会议综述》，载 http://www.legallinfo.gov.cn/index/content/2019-09/19/content_7996945.htm，最后访问时间：2019年10月12日。

〔22〕 也有学者将行政目的性作为区分的主要标准，即是否直接用于公共目的。参见〔韩〕金东熙：《行政法Ⅱ》，赵峰译，中国人民大学出版社2008年版，第189页。但其与公共使用性并不矛盾，是否达成行政目的，其判断基础正是在于是否提供公众共同使用，两者的核心都在于满足公共利益需要的判断。

〔23〕 参见前引〔1〕，盐野宏书，第244-246页。我国学者也有类似观点，将行政公产的界定标准确定为：第一是行政公产须为行政主体所有或管理；第二是行政公产须由行政主体提供公用；第三是行政公产必须供公用的目的；第四是行政公产须是独立的财产形态。参见梁风云：《行政公产研究》，中国政法大学2001年硕士学位论文，第15-18页。

〔24〕 前引〔1〕，盐野宏书，第244-246页。

〔25〕 法国成文法中对公产和私产的区别标准规定在1957年的《国有财产法典》中，该法典第2条规定：“国有财产中，由于本身性质或由于政府指定的用途而不能作为私有财产的属于公产，其他的财产属于私产。”学说和判例确定的基本标准是“根据这个标准行政主体的下列财产属于公产：一是公众直接使用的财产；二是公务作用的财产，但该财产的自然状态或经过人为的加工以后的状态必须是专门地或主要地适用于公务所要达到的目的。”前引〔1〕，王名扬书，第238页。

〔26〕 参见前引〔12〕，叶百修文，第1673-1696页。

性。^{〔27〕} 私物的使用人为特定少数人,即便其在使用的过程中承受相应的物产生的风险,这也被视为享受物带来利益而应承担的后果,因而多为自己责任。而当使用人与所有人、管理人并非同一主体时,也主要通过债权救济的途径加以解决。基于私物而产生的建筑物危险的受害人,主要是与该建筑物并无主要联系的第三人。根据《侵权责任法》第85条的规定,此时的使用人也是责任的承担主体,与所有人、管理人共同承担侵权责任。^{〔28〕} 公物须为公共使用目的,因而其使用者为不特定的多数人,公物致害责任除了发生在第三人之上以外,更多的是发生于这些不特定的使用人,而这种保护不特定多数使用人的合法权益免受危险侵害的责任,体现的正是保护公共利益的核心价值,因而属于行政机关履行行政职责的基本要求。无论哪种情况,公物的使用人都不是责任的承担者,责任主体只能是承担公法危险责任的公权力机关。综上,服务于不特定多数人的公共使用性是区分公物与私物的根本特征。

(三) 公物致害责任与建筑物危险责任的界定

在以是否具有公共使用性为标准区分公物和私物的基础上,物之侵权划分为公物侵权和私物侵权,其中基于公物侵权而产生的物之侵权责任,称为公物致害责任;基于私物侵权而产生的物之侵权责任,包括建筑物危险责任和动产危险责任。^{〔29〕} 公物致害责任理论上虽承认动产上发生损害的情形,^{〔30〕} 但理论和司法实践中存在争议者多集中于不动产,因而将公物致害责任与建筑物危险责任加以界定和比较更加具有研究价值和现实意义,因此笔者将动产危险责任排除在本文研究的主要范围之外。

综上,可以将公法上的公物致害责任界定为,国家或者公共团体对于具有公共使用性的公物在设置、管理上的瑕疵发生的损害所负的责任。^{〔31〕} 而根据现有民事法律规范的规定,可以将民事侵权法上的建筑物危险责任界定为,建筑物及其他设施的所有人、管理人或使用人,由于建筑物及其他设施以及搁置物、悬挂物发生脱落、坠落、倒塌造成他人损害而应承担的侵权责任。^{〔32〕}

• 449 •

三、公物致害责任与建筑物危险责任的学理比较

公物致害责任与建筑物危险责任在理论上既具有相似性,又具有差异性,正是由于其具有相似性的基本表现,使立法者相信即便不将公物致害责任纳入《国家赔偿法》的适用范围,受损权利人依然能够通过建筑物危险责任的适用获得救济。然而正是两者之间在表象和本质上的差异性存在,导致司法实践中出现了诸多适用争议与困局。因而要解决司法适用上的主要问题,则

〔27〕 现行法上物权的本质,可以说是一种直接支配一定的物,并获得利益的排他性。参见〔日〕我妻荣:《我妻荣民法讲义Ⅱ:新订物权法》,〔日〕有泉亨补订,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第9-11页。

〔28〕 对于所有人、管理人与使用人之间责任的承担关系存在争议。参见张志坡:《〈侵权责任法〉第85条的法教义学分析——土地工作物责任的法律效果》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2016年第12期。

〔29〕 参见前引〔15〕,韩世远文。

〔30〕 公共营造物不仅仅局限于不动产,也包括汽车、手枪、电剑等动产以及警犬等动物。因此,它要比日本《民法》第717条所规定的“土地上的工程设施”的概念更为广泛。参见前引〔12〕,市桥克哉等书,第386-397页。

〔31〕 参见前引〔11〕,盐野宏书,第224-231页。

〔32〕 参见前引〔8〕,韩世远文。

必须从理论上重新审视两者之间的相似性与差异性。公物致害责任与建筑物危险责任的比较请见表 1。

表 1 公物致害责任与建筑物危险责任比较表

			公物致害责任	建筑物危险责任
相似性			都是由物直接致损而产生的责任	
			责任产生的基础都是物本身所具有的危险性	
			责任产生的直接原因都是存在设置和管理上的瑕疵	
差异性	差异表象	适用范围	全部公物	仅限于建筑物、构筑物等
		责任主体	国家或公共团体等公权力主体	自然人、法人等私权利主体
		归责原则	无过错责任原则	过错推定责任原则
		责任承担根据	报偿理论	公共负担的人人平等理论
	差异本质	管理权性质	行政权力	民事权利
		管理权来源	法定性：宪法和法律的规定	权利性：民事权利的基本要求
		管理权内容	积极的保障义务	消极的注意义务
		管理权行使强制性	严格的强制性	一定的任意性

（一）公物致害责任与建筑物危险责任的相似性

公物致害责任与建筑物危险责任的相似性，主要表现为以下三个方面：第一，都是由物直接致损而产生的责任，责任主体承担赔偿责任的原因在于其负有管理义务的物直接造成他人损害，而非责任主体于物之上实施了某种积极的侵权行为而导致责任产生；^{〔33〕} 第二，责任产生的基础都是物本身所具有的危险性，因而这两种责任都属于危险责任，而非简单的结果责任，即并不能完全以结果判定是否承担责任，而要考虑危险的可预见性和可控性；^{〔34〕} 第三，责任产生的直接原因都是存在设置或管理上的瑕疵，而该瑕疵应当理解为“欠缺通常应该具有的安全性”，该场合下的安全性应以足以防止通常预想得到的危险为必要条件。^{〔35〕}

（二）公物致害责任与建筑物危险责任的差异性

1. 差异性表象

关于公物致害责任与建筑物危险责任的差异性，现有研究多集中于适用范围、责任主体、归责原则以及责任承担根据等差异的表象方面。^{〔36〕} 首先，建筑物危险责任的适用范围明显窄于公物致害责任的适用范围，^{〔37〕} 公物致害责任除了发生在与建筑物危险责任相似的不动产“设施”

〔33〕 有学者认为国家公法责任体系中的行政赔偿责任应区分物的责任和人的责任，其中物的责任即公有公共设施致害责任。参见王锴：《我国国家公法责任体系的构建》，载《清华法学》2015 年第 3 期。

〔34〕 不是结果责任这一宗旨，是指对瑕疵进行判定，有时还要考虑该物的客观状态以外的要素。并且占据该要素重要部分的，是管理者的对策。这在一方面扩大了管理者的责任，即对受害者起到有利的作用较多；另一方面，当不能期待管理者的损害规避时，也会向着不承认责任的方向起作用。参见前引〔11〕，盐野宏书，第 224－231 页。

〔35〕 参见前引〔10〕，于敏书，第 480 页。

〔36〕 参见前引〔3〕，梁慧星文。

〔37〕 诸如铁路设施、医药卫生设施、水电设施、港埠设施等仍被排除在法律规制之外。参见高俊杰：《论公共设施损害赔偿责任的性质——公私法关系的视角》，载《四川理工学院学报》（社会科学版）2012 年第 2 期。

上,还可能发生于作为设施的动产,^[38]以及河川、山丘等自然公物上。^[39]其次,基于责任主体可能不同于赔偿义务主体来区分,公物致害责任即便依据《民法通则》的规定由具有管理职责的企业或事业单位承担赔偿责任,其最终的责任主体也应当是国家或公共团体。^[40]再次,公物致害责任应当适用无过错的归责原则,从而更好地保护公物使用人的合法权益,而建筑物危险责任应当适用过错推定原则,区别于极度危险的严格责任。最后,在责任承担根据上,建筑物危险责任的根据在于报偿理论,即受利益者负担所生损害;^[41]而公物致害责任的根据则在于“公共负担的人人平等”,即在公共负担面前应当公平,全体民事主体由于公物的实施得到利益,不能要求少数受害人做出特别牺牲,无过错赔偿责任恢复民事主体在公共负担面前的平等地位,^[42]同时认为国家应当是社会风险的保险者。^[43]

2. 差异性本质

公物致害责任与建筑物危险责任差异性本质在于,作为责任主体履行管理义务前提的管理权,属于两种性质完全不同的管理权。公物致害责任中责任主体的管理权是依据宪法和法律的规定,公权力机关必须履行管理公物的职权和职责,即“公物管理权”;而建筑物危险责任中责任主体的管理权是依据民法的基本原则,在作为平等主体的当事人之间所产生的民事权利,管理义务人在管理建筑物时具有一定的恣意性,即“私物管理权”。这两种管理权在性质、来源、内容以及行使强制性上都存在区别,从而导致了公物致害责任与建筑物危险责任的本质差异性。

(1) 管理权性质的差异

公物管理权属于公法上行政权力,^[44]行政权力的行使应当以公共利益为导向,保障社会上不特定多数人的安全和利益。^[45]这一点也与公物的公共使用性密切相关,由于公物区别于私物

• 451 •

[38] 在日本法上,侵权行为法上的土地工作物责任与国家赔偿法上的公共营造物责任的主要差异之一,就是公共营造物责任并未将对土地的附着性设定为构成要件,因而该“设施”可以是动产。参见〔日〕田山辉明:《日本侵权行为法》,顾祝轩、丁相顺译,北京大学出版社2011年版,第183-189页。

[39] 对于自然公物,在什么情况下可以看作是设置、管理上的瑕疵?对此,即便是纯粹的自然公物,也要进行最低限度的人工管理,例如河川,浚泥工程的不充分可以看作是设置、管理上的瑕疵。参见前引〔12〕,金东熙书,第392-402页。

[40] 参见解志勇、裴建尧:《浅析我国公共公共设施损害赔偿的法律性质与救济途径》,载《西南政法大学学报》2006年第4期。

[41] 参见前引〔3〕,梁慧星文。

[42] 参见前引〔1〕,王名扬书,第345-358页。

[43] “风险理论”认为国家的行为,甚至当无过错时,可能会在一定的情形下产生风险。如果危险变为现实并且个人因此遭受伤害或损失,只能是国家应该向他补偿。参见〔英〕L. 赖维乐·布朗、约翰·S. 贝尔:《法国行政法》,〔法〕让-米歇尔·加朗伯特协助,高秦伟、王错译,中国人民大学出版社2006年版,第175-186页。

[44] 国家的行政职权可分为公权力行政和私经济行政两类,公权力行政又可分为基于统治关系的行政和基于管理关系的行政。在给付行政、福利行政等领域内,国家赔偿的范围应当由基于统治关系的行政职权,向基于管理关系的行政职权转变,同时应进一步拓展至私经济行政中的某些行政职权的履行。参见杜仪方:《行政赔偿中的“行使职权”概念——以日本法为参照》,载《法商研究》2018年第2期。

[45] 关于公物管理权的基础存在不同学说,大陆法系的主流观点包括公所有权说、私所有权说、修正私所有权说以及独立管理权说,其差异在于基于公物管理而产生的恣意性排除的基本特征,其依据在于其所有权是完全不同于私法上所有权的行政法上的所有权,还是建立在私法所有权基础上进行修正后的所有权,日本学者有认为这样的争议并不存在实际意义,因而提出公物管理权本身就是一种行政权力。参见〔德〕汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第2卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第474-480页;前引〔1〕,王名扬书,第246-248页;前引〔1〕,盐野宏书,第254-257页。英美法则主张“公共信托理论”,“公物上的财产权由全体公物使用人所享有,公物管理主体的责任在于维护公物使用人按照公物本来公共用途使用公物的权利,以及对公物使用上的多元用途冲突进行协调和处理,并不享有随意利用公物去获得收益以及对公物用途随意进行处置的权力”。前引〔4〕,肖泽晟书,第134页。

的根本特征在于供不特定多数人使用，因此其管理上避免瑕疵的义务便是保障该不特定多数人使用上的安全性，体现为一种积极的保障义务，而这种积极的保障义务正是保障社会公共利益的本质要求，因而该避免设置或管理上瑕疵的责任便成为对管理机关具有强制约束力的行政职责。

相较之下，私物管理权则是私法上的民事权利，该民事权利的行使以民事主体的个人利益为导向，即便是要求管理者不对第三人造成损害，也并不对管理者施予过于强制性的要求。从私物并不提供公共性使用的角度出发亦然，管理者在管理私物中的避免瑕疵义务因为并不涉及使用人，所以只承担不致损害第三人的消极注意义务，这种义务要比积极保障义务宽容得多，其目的在于保障市场交易和竞争的活力，不至于因承担过重的保障义务而阻碍经济交往的积极性。

（2）管理权来源的差异

公物管理权的来源在于宪法和法律的规定，^{〔46〕} 此为法治国家下依法行政的集中体现，作为权力性行政行为，行政机关对于公物的管理必须依据宪法或法律的有关规定，或者是在此基础上制定的公物管理规则，^{〔47〕} 并且应当严格遵守相关规则，保证公物能够满足“公共使用的基本使命”^{〔48〕}。私物管理权的直接来源则是物的所有权等民事权利，民事权利的核心在于意思自治，基于此而产生的私物管理权则具有一定的任意性，因而不作为本身并不是责任承担的基础，只在存在设置和管理上的过错的情况下才应承担责任。与此不同，作为法定职责，国家承担赔偿责任的基础在于法定性的违背，而非行为上的过错。^{〔49〕}

（3）管理权内容的差异

公物管理权下产生的积极保障义务，要求管理人在保障公物完整性的同时，保障公物在使用效果和经济利益上的最佳状态，即“最佳使用原则”^{〔50〕}。公物管理权要求保障不特定多数人使用公物时安全性和使用目的的实现，因而作为管理人的行政机关应当更加积极主动地履行管理职责。在向服务行政的转型过程中，将公物的安全性保障，由满足公共使用的要求转向有效提供公共服务、满足公共利益的要求。^{〔51〕} 而私物管理权下产生的消极注意义务，只要求管理人保障公物的完整性，防止由于完整性缺陷导致欠缺安全性，造成第三人的人身和财产权益损害。

（4）管理权行使强制性的差异

公物管理权的行使具有强制性，公物管理机关必须按照法定的管理要求，积极地履行管理职责，否则即构成行政不作为。随着行政国家由侵害行政向给付行政转变，人权保障思想的凸显，“使公物之一般利用，由传统的国家视公物为家产的公物观，转变为视市民为公物主人的以市民为本位的公物观，从而公物之利用不再是一种恩给，公物的设置、管理及其废止均不再任诸行政

〔46〕《宪法》第41条第3款规定：“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”国家赔偿责任应在《宪法》的统率之下，建立以《国家赔偿法》为主的公法赔偿责任和以《民法总则》为主的私法赔偿责任。参见前引〔33〕，王锴文。

〔47〕参见解亘：《论管制规范在侵权行为法上的意义》，载《中国法学》2009年第2期。

〔48〕前引〔1〕，王名扬书，第266页。

〔49〕参见杜仪方：《行政不作为的国家赔偿》，法律出版社2017年版，第117-140页。

〔50〕前引〔1〕，王名扬书，第266页。

〔51〕参见袁曙宏：《服务型政府呼唤公法转型——论通过公法变革优化公共服务》，载《中国法学》2006年第3期。

机关的裁量”〔52〕。基于所有权本身在行使上的非强制性，私物管理权的行使在一定程度上具有任意性。〔53〕是否行使该权利是民事主体私法自治的选择，只要在不损害第三人利益的情况下，管理者可以自主决定管理的范围、强度和方式。

四、公物致害责任与建筑物危险责任的适用困境及重构

关于公物致害责任与建筑物危险责任中受害人司法救济途径的争议，在《国家赔偿法》制定之前就已然出现，《国家赔偿法》的排除适用使得公物致害责任与建筑物危险责任同时适用民事侵权的赔偿诉讼。〔54〕而两种责任的本质差异性，使得具体司法实践过程中出现了诸多争议和问题。

（一）核心争议：公物致害责任能否适用民事侵权救济途径

我国司法实践中关于公物致害责任与建筑物危险责任的主要争议在于，公物致害责任能否适用民事侵权救济途径，是否需要将其纳入《国家赔偿法》的调整范围，使权利人通过国家赔偿途径获得救济。关于这一问题学者们的主要观点可以概括为公法途径说、私法途径说、公法妥协说以及公法例外说四种。

公法途径说认为应当将公物致害责任纳入国家赔偿范围，〔55〕其主要理由在于公物作为行政机关提供公共服务与管理的主要工具，属于给付行政的重要内容，设置管理者与使用人之间形成了公法上的公物利用关系，属于行政法律关系，而非平等的民事法律关系。〔56〕此外建筑物危险责任的适用范围有限，不能涵盖公物致害的所有情形。〔57〕私法途径说认为公物致害责任依循民事侵权法而不纳入国家赔偿范围，是更加务实的姿态：一方面公物的设置与管理越来越多地由公司或事业单位实施，符合民事救济途径的适用情形；另一方面公物致害责任纳入国家赔偿也并非世界范围内的“通行做法和发展趋势”。〔58〕公法妥协说认为，由于国家赔偿标准比民事赔偿标准更低，而在国家赔偿义务机关拒不履行法院裁判的情况下，法律上没有强制措施可供采用。若不

• 453 •

〔52〕 前引〔1〕，李惠宗文，第451页。

〔53〕 根据行政法公物理论，即便承认公物上存在所有权，其也是一种区别于私所有权的公所有权，在公物的管理义务方面，公所有权区别于私所有权的关键在于“具有对所有权者的恣意管理加以限定的意思”，即“对所有权的恣意性的排除”。参见前引〔1〕，盐野宏书，第256页。

〔54〕 作为一种侵权赔偿责任，国家赔偿与民事赔偿的本质区别不仅在于它是一种基于公权力违法行为而产生的违法责任，而且在于它是因公权力活动的潜在危险性所引起的风险责任，是为了补救公权力活动所造成的不正当损害后果的公平责任。参见高家伟：《论国家赔偿责任的性质》，载《法学杂志》2009年第5期。

〔55〕 参见前引〔4〕，马怀德、喻文光文。

〔56〕 按照行政法的一般原理，“行政机关对于人民之返还请求权，与反对之给付请求权，均应循相同救济途径”。同理，由于任何公物使用人因违反公物使用管理规则而导致公物致害的，承担的是一种行政法律责任。公物管理者可以通过罚款等方式来弥补这种损害，一般不应通过民事赔偿的方式去获得赔偿。因此，当因公物本身的物理缺陷或者公物管理者的管理缺陷而给使用者带来损害时，公物管理者就应承担公法上的赔偿责任。按照公物的二元产权结构理论，至少因公物管理瑕疵或者公物的物理瑕疵给公物公用目的范围内的使用人带来损害的，公物管理者所承担的赔偿责任应属于公法责任，即国家赔偿责任，而非民事侵权赔偿责任。参见前引〔4〕，肖泽晟书，第278-292页。

〔57〕 参见前引〔4〕，吕宁文。

〔58〕 在世界范围内，除了日本、韩国和我国台湾地区外，并不存在将公共设施纳入独立的国家赔偿法调整的范围的“通行做法和发展趋势”。参见周云帆：《也谈公有公共设施的损害赔偿——与马怀德、喻文光先生商榷》，载《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）2002年第6期。

能对国家赔偿制度进行必要的改革和完善，还是暂时放在民事赔偿责任中更为实际。^{〔59〕} 公法例外说认为公物致害责任在一般情形下通过民事赔偿途径救济，只在特定的个别情形下，通过国家赔偿途径救济。^{〔60〕}

通过比较分析可以发现，以上四种观点分别站在了应然和实然的两个不同立场上，公法途径说坚守应然立场，公物致害责任的行政法律关系本质，决定了应当适用国家赔偿救济途径，不能适用民事侵权救济途径。而其他三种观点则属于实然立场，其并不否认在理论上应当适用国家赔偿救济途径，但基于现有《国家赔偿法》并未将其纳入适用范围，所以关注点毋宁是当下适用民事侵权救济途径能否有效保证受害人获得有效的司法救济，是否一定要通过修改法律的方式解决相关问题。实际上，要解决这一核心争议，需要站在实然的立场上，了解当前适用民事侵权救济途径的焦点问题与困境，同时分析依据现有制度和理论能否解决这些问题和困境，如果不能保证受害人在当前司法制度下获得充分有效的救济，则应当回归公物致害责任本质，将其纳入国家赔偿适用范围。

（二）当前适用民事侵权救济途径的焦点问题与困境

当前公物致害责任适用民事侵权救济途径的情况下，司法实践中出现的焦点问题主要包括以下几个方面：

第一，行政机关是否是适格的民事主体？民事侵权责任和国家赔偿责任之间的关系是怎样的？在亳州市公路管理局涡阳分局与赵兰中违反安全保障义务责任纠纷案^{〔61〕}中，法院认为公物致害责任属于民事赔偿责任与国家赔偿责任的竞合情形。此外，在行政委托履行管理职责的企业事业单位无法承担民事赔偿责任的情况下，可否要求行政机关作为所有权人承担连带责任？企业事业单位难以确定或者相互推诿，不能找到适格被告时，诉讼权利人可否向行政机关寻求救济？

第二，公物致害责任应当适用何种归责原则？在葛述存诉大同市供水有限责任公司财产损害赔偿纠纷案^{〔62〕}中，法院认为应当适用过错推定原则。而在张立新与柯桥区漓渚镇人民政府、绍兴柯桥排水有限公司生命权、健康权、身体权纠纷案^{〔63〕}中，一审法院认为应当适用无过错责任原则，二审法院则改判适用过错责任原则。

第三，行政机关能否以私法救济方式免除赔偿责任？^{〔64〕} 在张立新与柯桥区漓渚镇人民政府、绍兴柯桥排水有限公司生命权、健康权、身体权纠纷案^{〔65〕}中，漓渚镇政府认为其不应当对张立

〔59〕 参见杨小君：《国家赔偿法律问题研究》，北京大学出版社2005年版，第51-56页。也有学者提出民事赔偿和国家赔偿之间并非对立冲突、非此即彼的关系，而是可以共生共存、优势互补的，应赋予受害人对民事赔偿或国家赔偿的选择权。参见前引〔37〕，高俊杰文。

〔60〕 可以适用国家赔偿法的情形如下：一是公共设施不是由企事业单位管理，而是由国家机关管理，在国家机关或国家机关工作人员违法执行职务中使公民、法人或其他组织合法权益受损的情形；二是自主经营、自负盈亏、责任自负的国有企业，对公共设施的经营管理造成巨大损失，该企业根本无法承受的特殊情形。参见杨临萍：《国家赔偿范围探讨》，载《中国社会科学院研究生院学报》1994年第4期；前引〔6〕，沈岩书，第283-323页。

〔61〕 参见亳州市中级人民法院（2017）皖16民终397号民事判决书。

〔62〕 参见大同县人民法院（2015）大民初字第67号民事判决书。

〔63〕 参见绍兴市中级人民法院（2017）浙06民终1551号民事判决书。

〔64〕 参见前引〔4〕，吕宁文。

〔65〕 参见绍兴市中级人民法院（2017）浙06民终1551号民事判决书。

新的损失承担赔偿责任,但从人道主义角度出发,同意在12万元范围内对张立新进行经济救助。而经济救助金的法律性质与支付标准都存在争议,实际上行政机关是在变相地履行赔偿责任。此外在民事诉讼中,法院即便判决了行政机关履行赔偿义务,在行政机关拒不履行的情况下,法院是否具有强制执行力?

(三) 基于两种责任差异性本质的必然选择:国家赔偿

针对民事侵权救济途径在解决公物致害责任争议过程中的上述问题,根据现有民事法律制度以及公物管理权与私物管理权本质差异性的基本理论,可以得出如下结论:

第一,行政机关并不是适格的民事主体。虽然2017年实施的《民法总则》在法人中的第四节规定了特别法人,其中第97条^[66]规定了行政机关可以从事履行职能所需要的民事活动,但其基本前提是行政机关以平等主体身份参与到民事活动中,即私行政中的行政辅助行为及行政营利行为。^[67]而行政机关管理公物的行为是基于管理关系的行政职权的行使,“公物的管理行为本身是一种行政行为”,^[68]公物管理机关与相对人属于高权关系下不平等的双方主体,因而不满足民事主体的基本要求。同时在企事业单位无法履行赔偿责任的情况下,行政机关应当履行法定职责,承担赔偿责任,否则即构成“遁入私法”^[69]的危局之中:一方面由于行政机关的管理责任已转移,自己已经不是管理人,另一方面公有公共设施的所有权是否属于行政机关也存在争议,因此根据现有的民法规范难以向行政机关寻求救济。此外,在公物管理私有化趋势的影响下,公物管理中所有权人、管理权人和经营权人往往难以界定,为责任主体的确定带来了极大困难。^[70]受害人往往因无法确定责任主体,或被告不适格,无法获得应有的法律救济。

• 455 •

第二,公物致害责任应当适用无过错归责原则。公物管理权来源的法定性,以及强制性地要求行政机关履行法定职责,即保障不特定多数人在使用公物过程中的安全性,都是保障公共利益的集中体现,不能履行此积极保障义务,即构成对公共利益的侵害,而行政机关在侵害公共利益时的赔偿责任不应以过错作为构成要件,因为此时的责任承担是宪法和法律的基本要求。无过错责任原则的本质特征在于无论行为人是否有过错,只要法律规定应当承担责任的,行为人就应该对其行为所造成的损害承担责任。^[71]因而适用无过错归责原则,符合公物致害责任的本质属性要求。与此不同,私物管理中的建筑物危险责任,因为其管理义务本身具有一定的恣意性,因而需要以过错作为判断责任承担的标准,但同时为了减轻受害人的举证困境,民事规范中的建筑物危险责任选择适用过错推定的归责原则。现有民法规范中建筑物危险责任过错推定原则的适用,

[66] 《民法总则》第97条规定:“有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起,具有机关法人资格,可以从事为履行职能所需要的民事活动。”

[67] 行政辅助行为即为求国家任务之达成,行政主体常须先行取得必要之人力与物品,可以将行政主体视同私法人,以私法行为达成国家任务。例如政府机关的发包建筑,办公器材的设置购买,公立医院药材的洽购等。行政营利行为,即行政机关成立企业组织,来经营事业获取利润,来增加国库之收入。参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第17-27页。

[68] 前引[1],盐野宏书,第255页。

[69] “遁入私法”强调利用这种只依靠私法的制度来达成原来公法所欲达成的目的,也会造成行政权力钻法律漏洞,规避许多公法原则的拘束。参见前引[67],陈新民书,第17-27页。

[70] 参见前引[37],高俊杰文。

[71] 参见前引[49],杜仪方书,第122-123页。

明显增加了公物致害受害人的诉讼负担，同时公权力机关也往往依据其证据上的优势地位，否定过错的存在，从而导致受害的权利人无法获得司法救济。

第三，行政机关不能以私力救济方式免除赔偿责任。行政机关对于公物管理权的行使并不具有裁量性，在管理权责任或后果发生之前，管理人不能将其管理责任全部转让给其他民事主体。在公物管理中，管理的私有化现象日渐明显，通过设立专门履行管理职责的企业法人等主体，委托其代为履行行政职责，并由其独立承担法律责任，行政法上称为行政私法行为。行政私法行为的最大风险在于“遁入私法”，规避原有法定职责的强制性约束，增加私法行为所具有的恣意性。因而要求适用类似于民法上雇主责任的原则，在履行行政职责的范围内，责任承担主体依然是履行法定义务的行政机关。同时损害结果发生后，管理权人与受害人之间通过私法途径解决，可能违反平等性的基本原则，不同的受害人很可能获得不同程度的救济，实质上是造成了部分权利人的再次侵害，因而要求必须由处于中立地位的裁判机关居中裁判，保障法律适用上的公正性，受害人获得权利救济的平等性。然而民事侵权救济途径中存在允许甚至鼓励自主协商解决纠纷的规定，这些规定适用于公物致害责任救济中不利于受害人获得应有的司法救济。

综上所述，公物致害的受害人适用建筑物危险责任的民事侵权救济途径，并不能获得充分有效的法律救济，同时当前司法实践中的焦点问题和困境也不能得到很好的解决。因此公物致害责任的赔偿争议应当通过国家赔偿的救济途径加以解决。

（四）公物致害责任与建筑物危险责任的司法适用重构

通过上述分析，基于公物与私物在公共使用性上的根本区别，同时基于公物致害责任与建筑物危险责任在管理权上的本质差异，两者在选择适用司法救济途径时，应当依循如下步骤：

首先，以物之危险性致害差异确定物之侵权、物上行为侵权和单纯行为侵权。明确只有在设置、管理上的瑕疵，导致物欠缺应具有的安全性，从而直接导致受害人人身和财产权益损害时，才能适用物之侵权责任。

其次，以物之公共使用性标准区分公物致害责任和建筑物危险责任。根据作为侵权客体的物本身是否具有公共使用性，将其区分为公物与私物，其中公物侵权适用公物致害责任，私物中的不动产侵权适用建筑物危险责任。

再次，区别公物致害责任和建筑物危险责任分别适用国家赔偿程序和民事侵权程序。基于两种责任在管理权上的本质差异：作为行政职权的公物管理权存在设置或管理上的瑕疵，导致公物致害责任的，应当适用国家赔偿程序；作为民事权利的私物管理权存在设置或管理上的瑕疵，导致建筑物危险责任的，则应当适用民事侵权程序。

最后，区别公物致害责任和建筑物危险责任分别适用无过错原则和过错推定原则。基于公物管理权的强制性、法定性和公益性，公物致害责任应当适用无过错归责原则，而基于私物管理权的任意性、权利性和私益性，建筑物危险责任应当适用过错推定归责原则。

五、结 语

随着国家治理体系和治理能力朝着“现代化”的方向不断完善，政府的行政角色定位也逐渐

由侵害行政向福利行政、给付行政以及服务行政方向转变,^{〔72〕} 政府需要更加多元化的设施和工具来完成行政目的,公物的范围逐渐扩大,而公物在管理和利用上的问题也日益突出,当公物由于设置或管理上的瑕疵造成民事主体人身和财产损害时,如何寻求法律救济便显得尤为重要。^{〔73〕} 公物致害责任和建筑物危险责任分别适用国家赔偿程序和民事侵权程序,既符合公物与私物在公共使用性上的根本区别,又满足公物管理权与私物管理权在管理权性质、来源、内容和行使强制性上的本质差异,能够有效解决当前司法实践中的核心争议和焦点问题,同时也体现了法治国家的基本原则和实质属性,有利于更好地保障民事主体的基本权利。

Abstract: According to the relationship between the damage result and the danger of the property, the infringement related to the property can be divided into three categories: the infringement of the property, the infringement of the act on the property and the infringement of the simple act. According to the fundamental difference between public property and private property in public use, property infringement can be divided into public property infringement and private property infringement. Public property infringement constitutes the liability for damage caused by public property, while real property infringement in private property infringement constitutes building dangerous liability. There are similarities and differences between the liability for damage caused by public property and building dangerous liability. The nature of the difference lies in the different legal attributes of the management right, which is the basis for determining the establishment or management defects. There are differences in the nature, source, content and enforcement of the public property management right and the private property management right. Based on the analysis of the essence of the difference of management power, the existing ways of civil tort relief cannot guarantee that the victims of the damage caused by public property can get full and effective relief. Therefore, the liability for damage caused by public property and building dangerous liability should be applied to the national compensation procedure and the civil tort procedure respectively, and be applied to the no fault and presumption of fault respectively.

Key Words: liability for damage caused by public property, building dangerous liability, public facilities, state compensation

• 457 •

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

〔72〕 参见蒋银华:《政府角色型塑与公共法律服务体系构建——从“统治行政”到“服务行政”》,载《法学评论》2016年第3期。

〔73〕 在现代社会中,国家以及公共团体的功能不断扩大,其活动内容对于市民的生命、身体、财产等而言具有重要意义。参见〔日〕吉村良一:《日本侵权行为法》,张挺译,文元春校,中国人民大学出版社2013年版,第193-194页。

论《民法典》采用新法学阶梯体系及其理由 ——兼榷《民法典》体系化失败论

徐国栋*

• 458 •

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

关键词：潘得克吞体系 法学阶梯体系 新法学阶梯体系 人文主义 私法自治

一、大陆学者对《民法典》体系的研究以及苏永钦教授的批评

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

* 徐国栋，厦门大学法学院罗马法研究所特聘教授。

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

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

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

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

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

• 459 •

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

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

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

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

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

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

在《民法总则》颁布后，《民法典》整体出台前，但其论述对《民法典》有效。

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

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

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

二、基本概念的澄清：体系的含义及功能

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

至此可以得出的总结是:

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

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

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

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

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

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

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

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

义论可以休矣！民法材料足够杂多，所以用得着体系。

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

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

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

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

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

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

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

〔20〕 参见前引〔2〕，徐国栋文。

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

三、我国《民法典》体系对潘得克吞体系和法学阶梯体系的萃取

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

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

• 463 •

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. 亚里士多德提取公因式走火入魔

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

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

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

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

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

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

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

2. 《法学阶梯》的“侵权法独立成编”

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

3. 《法国民法典》的“法定之债独立成编”

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

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

4. 采用了债法总则的德国人的悔举

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

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

〔34〕 参见前引〔19〕，优士丁尼书，第7-9页。

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

《日本民法典》《韩国民法典》和《中华民国民法典》做出了同样的安排。

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

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

5. 采用了债法总则的日本人的悔举

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

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

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

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

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

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

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

6. 《民法典》不要债法总则的缘起和理由

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

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

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

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

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

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

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

[41] 参见前引[8],苏永钦文。

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

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

[44] 参见前引[43],何勤华、李秀清、陈颐编书,第1244页及以次。

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

四、苏教授建议的财产法典体系的缺陷

如前所述，苏教授向大陆推荐了如下他认为好的民法典体系：^{〔45〕}

总则
财产通则
意定关系
法定关系
婚姻家庭
继承^{〔46〕}

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

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

〔45〕 这实际上是马后炮了，因为大陆的《民法典》已经颁布。

〔46〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

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

〔48〕 参见前引〔8〕，苏永钦文。

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

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

〔51〕 参见前引〔50〕，克劳斯-威廉·卡纳里斯文，第88页。

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

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

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

[52] 参见前引[50],克劳斯-威廉·卡纳里斯文,第90页。

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

[54] 参见前引[8],苏永钦文。

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

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

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

[58] 参见前引[8],苏永钦文。

在别扭，因为一者是相对权关系，一者是绝对权关系，两者不同质。

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

五、结论与体系问题外质疑

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

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

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

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

〔59〕 参见前引〔47〕，苏永钦文。

〔60〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

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

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

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

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

• 471 •

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

〔70〕 参见前引〔68〕，苏永钦文。

〔71〕 参见前引〔68〕，苏永钦文。

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

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

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

〔75〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

〔76〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

新民法典，经过几十年的努力乃成，因为制典被看作国之大事也！

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

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

• 473 •

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

《民法典》通过后原有司法解释的 清理更新与遗留价值 ——以合同法相关司法解释为例

王文胜*

内容提要：《民法典》通过后对原有民事司法解释的清理，应区分司法解释的类型和司法解释条文类型。从司法解释的类型区分而言，若司法解释整体上以原有九部民事法律中的条文作为解释对象，原则上应将整部司法解释予以废止，再将其中仍有价值的条文纳入新的司法解释之中。从司法解释条文的类型区分而言：已被纳入《民法典》的司法解释条文应予整体废弃；未被纳入《民法典》的司法解释条文中，漏洞填补型条文原则上不应保留，具体细化型、多义取舍型、裁量方案型条文应考虑保留，澄清误解型条文及某些意思表示解释型条文的保留也具有意义。对于需要保留的司法解释条文，应逐一审查判断是予原文保留还是应予更新甚至修正。司法解释清理结束后，在新司法解释之中未予保留的原有条文，某些仍可对法官的民事裁判活动发挥遗留价值。

关键词：民法典 合同法 司法解释 法律解释方法 漏洞填补

《民法典》第1260条明文规定，在《民法典》于2021年1月1日起施行之时，《婚姻法》《继承法》《民法通则》《收养法》《担保法》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《民法总则》同时废止。对于最高人民法院以这九部法律为依据制定的司法解释，最高人民法院已经明确，其将在2020年年底之前进行全面清理。^{〔1〕}由此，在短暂的几个月之内，最高人民法院如何才能高质量高效率地完成原有司法解释的清理工作，以确保《民法典》的顺利实施，就需要讨论。同时，在

* 王文胜，湖南大学法学院副教授。

本文为国家社科基金项目“基于我国司法经验的民法规则表达研究”（17CFX024）的阶段性成果。

本文的修改得益于湖南大学法学院黄怡婷同学和许楚涵同学的建议，在此谨表谢意。

〔1〕 参见周强：《以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导 充分发挥审判职能作用 确保民法典正确贯彻实施》，载《求是》2020年第12期。

完成清理工作之后，未被明确纳入新的司法解释之中的原有司法解释条文，对于民事裁判活动是否仍有遗留价值，也存在疑问。本文以合同法相关的司法解释为主要分析范例，对此展开讨论。

一、应予清理的司法解释及其类型区分

与《民法典》开始施行时被废止的九部法律有关的司法解释，主要有三种类型。

第一种类型是，在司法解释的序言中明确规定该司法解释系以九部法律中的某部或某几部法律作为依据（以下简称“序言依据型司法解释”）。最典型的如，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号）[以下简称《合同法解释（一）》]，其序言表述为：“为了正确审理合同纠纷案件，根据《中华人民共和国合同法》的规定，对人民法院适用合同法的有关问题作出如下解释。”

第二种类型是，司法解释的序言中未明确以其中某部法律作为依据，但司法解释的个别条文明确援引或指向某部法律中的条文（以下简称“条文指向型司法解释”）。例如，《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2001〕12号），其第6条第1款规定：“金融资产管理公司受让国有银行债权后，原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或通知的，人民法院可以认定债权人履行了《中华人民共和国合同法》第八十条第一款规定的通知义务。”

第三种类型是，不属于前述两种类型，但司法解释的个别条文仍与其中某部法律中的制度存在间接关联（以下简称“间接关联型司法解释”）。例如，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》（法释〔2006〕6号）[以下简称《劳动争议解释（二）》]的序言中仅明确其以《劳动法》《民事诉讼法》为依据，其第12条、第13条有关劳动仲裁的申请仲裁期间中止和中断的规定，也未明确援引或指向九部法律中的某个条文，但该两条显然是参照《民法通则》第139条、第140条制定的。

以上三种类型，都应被纳入此次的清理范围。不过，相较而言，最亟须进行系统清理的是第一种类型（序言依据型），其次为第二种类型（条文指向型）。因为，在九部法律被废止之后，这两种类型司法解释的存续将首先面临形式逻辑的问题，即所依据或指向的法律已被废止。

第三种类型（间接关联型）司法解释也应予以清理和检视。若《民法典》对相关法律制度的内容作了修改，则与之关联的司法解释条文的内容也应作相应调整。仍以《劳动争议解释（二）》第12条为例，从《民法通则》第139条第2句到《民法典》第194条第2款，诉讼时效中止的法律后果发生了重大变化：《民法通则》第139条第2句的规定是“从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算”，《民法总则》第194条第2款改为“自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满”，《民法典》第194条第2款亦同。在诉讼时效中止的法律后果发生上述变化后，《劳动争议解释（二）》第12条有关申请仲裁期间中止的法律后果的规则（“从中止的原因消灭之次日起，申请仲裁期间连续计算”）是否也应作相应修改，就应予审视。

当然，相较于前两种类型而言，第三种类型（间接关联型）司法解释的清理没有那么迫切，

其不似前两种类型那样面临形式逻辑的问题,若未予清理调整,一般来说法官也可在个案裁判时运用体系解释方法得出正确的结论,不再生搬硬套原有条文。第二种类型(条文指向型)涉及的司法解释数量不多,且因明确援用或指向了具体的某个法律条文,故在清理时相对简单。涉及范围最广、最为复杂的是第一种类型(序言依据型)的司法解释。

第一种类型(序言依据型)的司法解释,又可作进一步的类型化。以合同法相关司法解释为例,在序言中明确以《合同法》为依据的司法解释,又可分为四种子类型。

第一种子类型是以整部《合同法》作为解释对象的司法解释。《合同法解释(一)》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号)[以下简称《合同法解释(二)》]属于这种子类型。

第二种子类型是针对某种典型合同且该种典型合同在《民法典》合同编中又有专章规定的司法解释。具体而言,这种司法解释所针对的可能是《合同法》分则或其他单行法中已有规定的某种典型合同,也可能是此前仅在司法解释中加以规定,《民法典》合同编继而予以单列的某种典型合同。前者主要有《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号)(以下简称《买卖合同解释》)、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2004〕14号)(以下简称《建工合同解释》)、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》(法释〔2018〕20号)、《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2014〕3号)(以下简称《融资租赁合同纠纷解释》)、《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2004〕20号),以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕44号)中关于保证合同和定金合同的解释。后者主要有《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕8号)。

第三种子类型是针对《合同法》分则中某种典型合同下的某种子类型合同的司法解释。主要有《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7号)(以下简称《商品房买卖合同解释》)、《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2015〕18号)(以下简称《民间借贷解释》)、《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕11号)(以下简称《房屋租赁合同解释》)。

第四种子类型是针对《合同法》以外的其他单行法或行政法规所规定的、但《民法典》合同编中未单列的某种典型合同(及其所属领域)所作的司法解释,或其他涉及特殊领域合同法问题的司法解释。前者如《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2005〕5号)(以下简称《国有土地使用权合同纠纷解释》)、《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2010〕13号)。后者如《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕1号)。

在第一种类型(序言依据型)司法解释的以上四种子类型中,第一种和第二种子类型中的许多条文,已经被纳入或部分纳入《民法典》之中,未被纳入《民法典》中的条文也有着在《民法典》施行之后能否继续适用的问题,需要进行细致的辨识和解释,有的甚至需要由最高人民法院

进行选择 and 决断，因而应是此次司法解释清理工作的重中之重；第三种子类型虽是针对《合同法》分则中某种典型合同下的某种子类型合同，但该类司法解释中的某些条文也已被纳入或部分纳入《民法典》之中，因而同样应是清理的重点；第四种子类型基本不涉及条文本身被纳入《民法典》的问题，主要是司法解释条文所涉及的法律条文的内容或序号有变，从而应对司法解释条文作相应调整的问题，其清理难度与前三种子类型比较而言相对较小。

从清理的技术路径来看：第一种类型（序言依据型）司法解释中的第一种和第二种子类型，应当整体废止，再选取其中仍有价值的条文，整合进入关于《民法典》的司法解释之中；第三种和第四种子类型，因其中需要删除的条文数量不多，故司法解释整体上可继续保留，将其序言中对九部法律的援引修改为“根据《民法典》”，再对其中的相关条文加以删除或修改。上述第二种类型（条文指向型）和第三种类型（间接关联型）的司法解释，因与九部法律的关联相对较小，故整体上可予保留，根据《民法典》的规定对其中个别条文的内容进行调整即可。换言之，若司法解释整体上是以前有九部民事法律中的法律条文作为解释对象，原则上应将整部司法解释予以废止，并将其中仍有价值的条文纳入新的司法解释之中；对于其他司法解释，则可予整体保留并对个别条文加以调整。后文的讨论主要关注第一种类型（序言依据型）的前三种子类型。

二、已被纳入《民法典》的司法解释条文的整体废弃

我国《民法典》的编纂是以前已逐步通过并实施的九部民事法律为蓝本，吸纳相关司法解释条文，并在此基础上进行整合、取舍、修改和新增而成。对比可知，《民法典》从前述第一种类型（序言依据型）司法解释的第一种和第二种子类型中吸纳了大量条文，也从第三种子类型中吸纳了一些条文。有的是将司法解释条文整体纳入《民法典》之中作为新的条款，并对表述略加调整；有的是根据司法解释条文对原有民事法律中的条文加以修改完善再纳入《民法典》之中。对于此类司法解释条文，在清理时应整体废弃，不应再予保留，以免在《民法典》实施过程中发生《民法典》条文与司法解释条文的规范竞合、徒增解释适用的困扰。

通过与司法解释条文的功能及得出条文结论时所运用的解释方法进行对比分析，可以发现，被纳入《民法典》中的司法解释条文主要有如下类型：漏洞填补型、具体细化型、多义取舍型、澄清误解型、意思表示解释型、简单解释型、裁量因素型、证明标准型。其中，前三种司法解释条文所表达的结论的得出，需要最高人民法院进行大量的利益衡量；后五种类型所表达的解释结论则经由狭义解释方法的运用即可得出，基本不涉及利益衡量。

（一）结论涉及较多利益衡量的司法解释条文

1. 漏洞填补型条文

被纳入《民法典》中的司法解释条文，大多属于对原有民事法律中的法律漏洞进行填补的条文。典型的如，《合同法解释（二）》第3条有关悬赏广告的规定、〔2〕第26条有关情势变

〔2〕在《合同法》立法过程中，全国人大常委会法工委民法室曾对悬赏广告问题组织专门座谈会进行研究讨论。参见全国人大法工委民法室编著：《中华人民共和国合同法立法资料选》，法律出版社1999年版，第279页。相关梳理另参见朱广新：《合同法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第77-79页。

更的规定,^{〔3〕}涉及的都是《合同法》立法过程中因争议较大而故意遗留的法律漏洞,《民法典》吸纳了司法解释的上述规则,对条文表述作适当修改后分别规定于第499条、第533条。针对《合同法》第52条第5项有关“违反法律、行政法规强制性规定的合同无效”的规定文义范围过宽的法律漏洞,《合同法解释(二)》第14条对其进行目的性限缩,限制其适用范围为“效力性强制性规定”。《民法总则》第153条第1款虽未采纳《合同法解释(二)》第14条的“效力性强制性规定”的术语,但采纳了该条有关强制性规定应作进一步类型化的立场,《民法典》第153条第1款亦同。《合同法解释(二)》第15条与《买卖合同解释》第3条对《合同法》第51条的法律漏洞进行填补,^{〔4〕}规定无权处分不影响买卖合同的效力,《民法典》第597条第1款吸纳了这两个司法解释条文的内容。

类似的还有:《合同法解释(一)》第8条(除斥期间不适用诉讼时效中止、中断或延长的规定,对应《民法典》第199条,不过,第8条中所涉及的《合同法》第104条第2款所规定的提存物领取权的存续期间,不属于除斥期间),《合同法解释(二)》第5条(在合同书上摁手印与签字或盖章具有同等效力,被纳入《民法典》第490条第1款),《合同法解释(二)》第9条(格式条款未予提示说明的法律后果,对应《民法典》第496条第2款后句),《合同法解释(二)》第18条(债务人放弃其未到期的债权、放弃债权担保或者恶意延长到期债权的履行期限时债权人的撤销权,被纳入《民法典》第538条),《合同法解释(二)》第19条第3款(债务人以明显不合理高价受让他人财产时债权人的撤销权,被纳入《民法典》第539条),《合同法解释(二)》第20条、第21条(债务履行的抵充,对应《民法典》第560条、第561条),《买卖合同解释》第2条(预约合同,对应《民法典》第495条),《买卖合同解释》第5条(电子信息产品买卖中的交付,对应《民法典》第512条第2款),《买卖合同解释》第30条(违约损害赔偿中的与有过失,对应《民法典》第592条第2款),《买卖合同解释》第32条(减轻或免除出卖人质量瑕疵担保责任的约定在特定情况下无效,对应《民法典》第618条),《买卖合同解释》第43条(试用买卖中买受人原则上不负使用费支付义务,对应《民法典》第639条),《融资租赁合同纠纷解释》第7条(融资租赁交易中租赁物毁损灭失的风险原则上由承租人承担,对应《民法典》第751条),等等。

2. 具体细化型条文

某些被纳入《民法典》之中的司法解释条文,属于具体细化型条文,即其功能在于对法律中规定得非常简单和笼统的制度加以具体细化。典型的如:《买卖合同解释》第35条、第37条是对《合同法》第134条所简单规定的所有权保留制度的具体细化,《房屋租赁合同解释》第21条、第23条、第24条第1—3项是对《合同法》第230条所简单规定的承租人优先购买权的具体细化。《民法典》第642条第1款和第643条分别吸纳了《买卖合同解释》第35条第1款和第

〔3〕 在《合同法》立法过程中,曾对是否应规定情势变更规则进行反复讨论,最终以“在合同法中作出规定条件尚不成熟”为由未予规定。参见前引〔2〕,全国人大法工委民法室编著书,第10页、第14页、第18页、第26页、第30页、第69页等。

〔4〕 对于《合同法》第51条是否确实构成法律漏洞,素有争议。最新的讨论可参见崔建远:《无权处分再辨》,载《中外法学》2020年第4期。

37 条的内容，并作了进一步修改完善。《民法典》第 728 条、第 727 条、第 726 条分别吸纳了《房屋租赁合同解释》第 21 条、第 23 条、第 24 条第 1—3 项的内容，并对表述作了调整。

3. 多义取舍型条文

某些被纳入《民法典》之中的司法解释条文，是在多种可能的解释结论中给出最高人民法院的取舍结论。这种司法解释条文所针对的是存在复数解释结论的法律条文，仅运用体系解释等狭义解释方法无法为这种法律条文中的某个法律问题得出唯一的解释结论，最高人民法院在制定这种司法解释条文时需要进行较多的利益衡量。典型的多义取舍型条文如《合同法解释（一）》第 20 条，其所针对的是《合同法》第 73 条。《合同法》第 73 条所规定的债权人代位权是指债权人可以“以自己的名义代位行使债务人的债权”，从学理而言，既然所行使的是“债务人的债权”，在次债务人清偿债务时，当然应当向债务人（即次债务人的相对人）进行清偿、由债务人受领给付，此即所谓“入库规则”。〔5〕然而，若严格坚持“入库规则”，将可能导致行使代位权的债权人花费代价却“为他人作嫁衣裳”，这对行使代位权者不公平，反过来可能导致代位权制度成为空文，由此，有学说主张应由次债务人直接向行使代位权的债权人进行清偿。〔6〕《合同法解释（一）》第 20 条在以上两种解释结论中选择了后一结论，《民法典》第 537 条前句吸纳了司法解释条文的这一取舍结论。《买卖合同解释》第 18 条第 2 款与之类似，该条涉及的是约定的检验期间或者质量保证期间短于法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间场合的处理，是针对《合同法》第 158 条进行的多义取舍，《民法典》第 622 条第 2 款采纳了其取舍结论。

（二）结论基本不涉及利益衡量的司法解释条文

1. 澄清误解型条文

某些被纳入《民法典》之中的司法解释条文，是为了澄清司法实践中对于某个法律问题所广泛存在的（或可能存在的）误解。典型的如《合同法解释（一）》第 10 条，该条规定，当事人超越经营范围订立合同，合同不因此无效。在《合同法》之前，《民法通则》在第 42 条规定“企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营”，又在第 49 条第 1 项进一步规定“超出登记机关核准登记的经营范围内从事非法经营的”，“除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任”。由此，我国学说和实务曾广泛认为，企业法人超越经营范围订立的合同无效。〔7〕《合同法》在对合同效力进行系统规定时，未规定超越经营范围订立的合同无效，应认为立法者已间接地表达了超越经营范围对合同效力不产生影响的结论，但是，在《合同法》施行之后，《民法通则》的上述条文并未被明确废止，学说和实务可能因思维惯性而继续坚持原有做法。最高人民法院在《合同法解释（一）》第 10 条给出明确规定，意在澄清此种误解、统一裁判规则。《民法典》吸纳了这一条文（第 505 条）。

类似的澄清误解型条文还有：《买卖合同解释》第 26 条第 1 句（违约导致合同解除后不影响违约责任的承担，对应《民法典》第 566 条第 2 款）、《买卖合同解释》第 28 条（定金数额过低

〔5〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 449 页。

〔6〕 相关讨论可参见沈德咏主编：《合同、侵权司法解释理解与适用》，法律出版社 2014 年版，第 50—54 页（王闯执笔）。

〔7〕 参见王利明：《合同法研究》（第 1 卷），中国人民大学出版社 2015 年版，第 547 页；崔建远：《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社 2011 年版，第 279 页；前引〔5〕，韩世远书，第 203 页。

时可继续主张违约损害赔偿,对应《民法典》第588条第2款)、《房屋租赁合同解释》第4条第1款(法律、行政法规有关房屋租赁合同登记备案的规定不影响合同效力,对应《民法典》第706条)、《融资租赁合同解释》第3条(出租人未取得租赁物经营使用行政许可不影响合同效力,对应《民法典》第738条)。^{〔8〕}

2. 意思表示解释型条文

有的被纳入《民法典》之中的司法解释条文,是对特定场景中当事人是否作出了意思表示以及意思表示的具体内容进行解释的规则。典型的如《合同法解释(二)》第12条。在无权代理而订立合同的场合,被代理人已经开始履行合同义务,通常意味着被代理人已经知晓且认可了合同的内容,从而构成以默示方式作出了对合同加以追认的意思表示。《合同法解释(二)》第12条对此加以明确,这属于典型的意思表示解释型条文。《民法典》第503条吸纳了这一条文的内容。类似的还有《买卖合同解释》第18条第1款(约定的过短检验期限仅视为外观瑕疵异议期限,对应《民法典》第622条第1款)、《买卖合同解释》第41条(试用买卖中买受人在试用期内从事特定行为的应认定为同意购买,对应《民法典》第638条第2款)。

3. 简单解释型条文

有的被纳入《民法典》之中的司法解释条文,是运用文义解释方法和体系解释方法对法律条文进行的较为简单的解释。典型的如《合同法解释(二)》第25条。该条第1款规定:“依照合同法第一百零一条的规定,债务人将合同标的物或者标的物拍卖、变卖所得价款交付提存部门时,人民法院应当认定提存成立。”这是对《合同法》第101条的较为简单的解释。从《合同法》第101条的文义而言,提存是在债权人无正当理由拒绝受领等导致债务人难以履行债务时为债务人提供的替代方式,其当然应在交付提存部门时成立,不应待债权人实际领取提存物时才成立。第25条第2款又规定:“提存成立的,视为债务人在其提存范围内已经履行债务。”这也是结合《合同法》第101条与第91条第4项所作的较为简单的解释,根据第91条第4项,“债务人依法将标的物提存”的,合同中相应的权利义务终止,这就意味着,在提存成立时,发生与债务人履行债务相当的法律效果。《民法典》吸纳了这一司法解释条文并对表述作了调整(第571条)。

被纳入《民法典》中的简单解释型条文还有如:《买卖合同解释》第16条(出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物时,优先适用出卖人和买受人约定的检验标准,对应《民法典》第624条)、《房屋租赁合同解释》第8条(承租人无法对租赁房屋正常占有使用时的合同解除权,对应《民法典》第724条)、《融资租赁合同解释》第17条(出租人不当影响承租人对租赁物占有使用时承租人的损害赔偿请求权,对应《民法典》第748条第2款)。

4. 裁量因素型条文

被纳入《民法典》之中的个别司法解释条文,是提示裁判者在进行自由裁量时应当考虑哪些因素。典型的如《民间借贷解释》第25条第2款后句,该句为借款合同利息约定不明确时如何确定利息规定了裁量时所应考虑的因素,《民法典》第680条第3款吸纳了这一条文。

〔8〕 参见王文胜:《从已有司法解释看民法典合同编分则草案的完善》,载《法治研究》2019年第1期。

5. 证明标准型条文

被纳入《民法典》之中的司法解释条文，还有个别条文是为裁判者判断当事人所举证据是否达到证明标准提供指引的规范。典型的如《买卖合同解释》第15条，该条规定，买卖合同中未约定检验期限时买受人签收的送货单、确认单，可作为认定买受人已对数量和外观瑕疵进行了检验的证据。《民法典》第623条吸纳了这一条文。

通过上述整理可以发现，不论是所表达的结论涉及较多利益衡量的司法解释条文，还是结论得出基本不涉及利益衡量的司法解释条文，各种类型的司法解释条文中均有一些被纳入《民法典》之中，而且，较多的漏洞填补型条文被纳入了《民法典》中。可见，具体哪些条文被纳入《民法典》之中，哪些不予纳入，立法者似乎并无内在的标准和系统的方案，有的条文加以纳入或仅是较为随意的选择。（例外的是，明显不宜纳入《民法典》中的裁量方案型条文、程序指引型条文、新旧衔接型条文，未见被纳入《民法典》之中者。关于这三种类型，详见后文。）因而，在进行司法解释清理时，在查找哪些司法解释条文已被纳入《民法典》之中时，并无非常明确的规律和线索，只能是逐条比对和排查。并且，司法解释条文所处的位置与被纳入《民法典》后相应条文所处的位置也可能并非对应，例如，《买卖合同解释》中的条文被纳入合同编通则中的情形并不鲜见，因而，在逐条比对时应将视野放宽，不能仅仅局限于对应的章节。

三、未被纳入《民法典》的司法解释条文的保留与更新

通过整理还可发现，在上述所有类型的司法解释条文中，每一种类型都有未被纳入《民法典》之中者。未被纳入的司法解释条文，在司法解释全面清理之后，是否应在新的司法解释中予以保留，需要区分不同情况作分类处理。并且，对于需要保留的司法解释条文，还应进一步判断是予原文保留还是在保留时应对内容加以更新甚至修正。

（一）是否应予保留的分类判断

在判断未被纳入《民法典》中的司法解释条文是否应当继续保留时，应考虑的因素主要有两个方面：一是司法解释条文所处理的法律问题在将来的司法实践中是否将继续存在。若问题不再存在，当然不再有设置法律规则的必要。二是《民法典》是否直接或间接表达了与司法解释条文相反的立场。若《民法典》已经直接或间接地表达了与司法解释条文相反的立场，当然应当废止相应的司法解释条文。综合这两种因素，可对不同类型的司法解释条文分析如下。

1. 漏洞填补型条文

通过前文的整理比对可知，被纳入《民法典》中的合同法相关司法解释条文，主要是漏洞填补型条文；在前述第一种类型（序言依据型）司法解释的第一种和第二种子类型中，多数漏洞填补型条文都被纳入了《民法典》之中。然而，这两种子类型的司法解释中，也仍有一些漏洞填补型条文未予纳入。

例如，《合同法解释（二）》第24条规定，一方主张解除合同或债务抵销后，对方有异议的，若当事人未约定异议期间，则异议期间为三个月，“在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持”。司法解释制定者认为，《合同法》第96

条第1款仅规定对方有异议时可发起确认之诉,却未规定“异议权的行使期限”,构成法律漏洞,《合同法》未规定抵销权行使后对方的“异议权”及其行使期限,也构成法律漏洞。^{〔9〕}可见,在司法解释制定者眼中,《合同法解释(二)》第24条属于填补法律漏洞的条文。但《民法典》未纳入这一条文。

结合我国以往立法工作的习惯思路进行分析,司法解释中的漏洞填补型条文未被纳入《民法典》中,其原因主要可能有以下四种:一是虽然司法解释制定者认为属于法律漏洞,但《民法典》的立法者不认为属于法律漏洞;二是立法者认同存在法律漏洞,但对司法解释条文所规定的规则持怀疑态度甚至否定立场,却对于漏洞应如何填补又没有明确的结论,因而仍将该法律漏洞予以保留,留待司法实践和学说继续探索;三是虽然立法者也认为属于法律漏洞,但认为不宜由《民法典》加以规范,或不具有由《民法典》加以规范的紧迫必要;四是立法者无意地忽略了相应的条文而继续留下了无意的法律漏洞。在判断未被纳入《民法典》中的漏洞填补型条文在之后的司法解释中是否仍应予以保留时,应当对其未被纳入《民法典》中的原因进行分析。若属于第一种原因,则当然不应再予保留;若属于第二种原因,可在更新甚至修正的基础上予以保留;若属于第三种原因或第四种原因,则可考虑予以保留。

在《民法典》编纂过程中,对原有九部民事法律进行整理增改,填补原有民事法律所存在的法律漏洞,应当是立法者的工作重点之一,由此推测,以上第四种原因发生的概率相对较低。发生概率较高的是第一种或第二种原因。出于尽量尊重立法者价值判断结论的基本立场,在立法意图不明时,应推定为立法者对相应司法解释条文持否定立场。因此,在有疑义时,应按上述第一种或第二种原因处理。此时,只有在确实具有足够充分且正当的理由,并且凝聚了足够共识时,才能继续保留原有司法解释条文的内容。

以《合同法解释(二)》第24条为例,在一方行使合同解除权解除合同或主张债务抵销之后,对方提出异议并发起确认之诉,是否确应受到“异议期间”的限制,值得商榷。合同解除权和抵销权都属于单纯形成权,行使单纯形成权的行为属于有相对人的单方法律行为,^{〔10〕}若行为入确实享有此种单纯形成权,且其按照法律的规定行使形成权,行使形成权的单方法律行为生效,就发生使法律关系变化的法律后果。换言之,对方是否提出异议、法院对确认之诉作出何种裁判,都不会直接导致双方之间的法律关系发生变化,法院对确认之诉所作的判决只是确认双方之间的法律关系是否曾在过去的某一时间点上发生过变化。“对合同解除权提出异议只是对方当事人应对一方当事人自行决定合同关系的措施之一,对方当事人……可以无视合同解除的通知,继续遵守合同,并要求对方履行债务。”^{〔11〕}抵销也是如此,对方当事人可以无视债务抵销的通知。此时,若双方当事人对于合同关系存在争议而提起诉讼,法院仍需对此前是否发生合同解除或抵销的法律后果作出判断。因此,对解除或抵销提出异议而发起确认之诉不应受到时间的限制。若对方不发起确认之诉却一直否认发生解除或抵销的效果,主张解除或抵销的当事人也可发

〔9〕 参见最高人民法院研究室编著:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第176-177页。

〔10〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第255页。

〔11〕 参见前引〔2〕,朱广新书,第631页。

起确认之诉，对此《民法典》第565条第1款第3句已加以明确。可见，《合同法》未规定合同解除或抵销后对方的异议期间，并不构成法律漏洞。最高人民法院在《合同法解释（二）》第24条规定三个月的异议期间，实属对“异议”理解有误。因此，《民法典》未纳入《合同法解释（二）》第24条，应是意味着立法者对该司法解释条文持否定立场。相应的，之后的司法解释也不应再保留这一条文。

不过，也确有个别漏洞填补型条文，虽然未被纳入《民法典》中，也仍应予保留。典型的如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通意见》）第6条，该条系针对《民法通则》第58条第1款第1项与第2项所规定的无民事行为能力人实施的民事法律行为、限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事法律行为一概无效的规则，其规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。”换言之，《民通意见》第6条属于弥补《民法通则》第58条第1款第1项与第2项所存在的法律漏洞的条文。对于限制民事行为能力人所订立的纯获利益的民事法律行为的效力，《合同法》第47条已予规定，《民法典》第145条亦同。但仍有疑问的是，无民事行为能力人所订立的纯获利益的民事法律行为是否仍应一概无效。从立法意图来看，《民法总则》第144条（及《民法典》第144条）仍仅规定“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效”，未规定无民事行为能力人所订立的纯获利益的民事法律行为除外，并不构成对“民通意见”第6条的彻底否定。理由在于，立法机关人士在坚持拒绝为第144条设置但书的同时，却仍不得不承认，低龄儿童可以独立接受他人给的玩具。只是，立法机关人士声称：“低龄儿童接受了别人给的玩具，可以看作事实行为，不等同于儿童实施了接受赠与的民事法律行为。此外，有些纯获利益的行为往往要等到事后根据具体情况才能判断出来，如果所获得的收益远大于所承受的负担，就属于纯获利益。这类民事法律行为对儿童的辨识能力要求更高。”^{〔12〕}显然，立法机关人士在此处对于民事法律行为的定义及何谓“纯获利益”存在误解。接受别人无偿给予的标的物当然属于民事法律行为，不因一方当事人属于无民事行为能力人就成为了事实行为。按照学界通说，“纯获利益”指纯获法律上利益，即既不承担义务也不丧失既有权利。^{〔13〕}对于无民事行为能力人纯获法律上利益的民事法律行为，承认其效力才更加有利于无民事行为能力人利益的保护。对此已形成了较高的学术共识。^{〔14〕}因此，《民法典》第144条仍构成法律漏洞，仍有通过司法解释对其进行漏洞填补的必要。当然，在新的司法解释中，不应再照搬《民通意见》第6条的表述，应使用更为准确的语言加以表达。

总之，对于未被纳入《民法典》中的漏洞填补型司法解释条文，在立法意图不明时，应推定为立法者对其持否定立场，故原则上在新的司法解释中不应再予保留，仅在有必要充分正当的理由且凝聚了足够共识时可以予以保留。

〔12〕 李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第63页；石宏主编：《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第46页。

〔13〕 参见前引〔10〕，王泽鉴书，第312页；前引〔5〕，韩世远书，第297页；前引〔2〕，朱广新书，第244页。另可参见前引〔7〕，王利明书，第543页。

〔14〕 参见梁慧星：《民法总则讲义》，法律出版社2018年版，第117页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2016年版，第103页；前引〔5〕，韩世远书，第301页。

2. 具体细化型条文与多义取舍型条文

具体细化型条文与漏洞填补型条文较为相似。漏洞填补型条文是指某个问题法律完全没有规定,或是虽有规定但条文文义过宽或过窄。针对完全没有规定的漏洞的,如《合同法解释(二)》第3条有关悬赏广告的规定、第26条有关情势变更的规定,《买卖合同解释》第2条关于预约合同的规定,针对的都是《合同法》完全没有规定的法律问题,在填补漏洞时通常只能借助于学说或比较法资料,偶尔可以类推适用,归根到底是要进行利益衡量;针对文义过宽或过窄而形成的漏洞的,如《合同法解释(二)》第18条、第19条第3款所针对的债权人撤销权的适用范围,《合同法》第74条仅规定“债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产”的情形,未规定债务人放弃其未到期的债权等情形,也未规定债务人以明显不合理高价受让他人财产等情形,这种场合通常只能借由目的性扩张、目的性限缩或类推适用的方法。具体细化型条文则是法律对某个制度作了宏观的、简单的、笼统的规定,但欠缺可供裁判直接适用的具体规则。例如,《合同法》第134条简单规定了买卖中的所有权保留,《合同法》第230条简单规定了房屋租赁中的承租人优先购买权。这与《合同法》完全未规定悬赏广告规则和情势变更制度不同。从宏观而言,具体细化型条文所针对的法律问题,难称属于法律漏洞;但是,从微观而言,又可称为法律漏洞,例如,《买卖合同解释》第37条所规定的所有权保留制度中的买受人回赎权问题,《合同法》完全未予涉及,称其为《合同法》的法律漏洞亦无不可。在最高人民法院制定具体细化型条文时,所能运用的法律方法同样主要是借助于学说或比较法资料,归根到底仍是要进行利益衡量。

不过,具体细化型条文与漏洞填补型条文之间的上述相似之处,并不意味着对未被纳入《民法典》中的具体细化型条文的处理应与漏洞填补型条文的处理相似。我国立法一直奉行“宜粗不宜细”的原则,《民法典》编纂工作也未见对此有彻底改变。并且,制度的具体细化无止境,立法者只能选取其认为非常重要的、确有必要的具体细化型条文在《民法典》中加以规定。因此,司法解释中的具体细化型条文未被纳入《民法典》中,其原因为“立法者认为不具有由《民法典》加以规范的紧迫必要、仍可交由司法解释加以规范”的可能性较大。可见,在对原有司法解释进行清理并制定新的司法解释时,应对未被纳入《民法典》中的原有具体细化型条文进行重新审视,若其不与《民法典》的内容相冲突,也无证据表明《民法典》的立法者对其持否定立场,其内容也与最新的学术共识和最高人民法院的最新利益衡量结论相一致,则应在新的司法解释中加以保留。应予审视的条文如,《买卖合同解释》第36条第1款(所有权保留中买受人已付总价款75%以上时出卖人无取回权)、《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释〔2002〕16号)第1—4条。

多义取舍型条文的结论得出同样涉及利益衡量,因而,司法解释中的多义取舍型条文对于统一裁判标准、避免同案异判而言同样具有重要价值。不过,相较于漏洞填补型条文和具体细化型条文而言,多义取舍型条文被纳入《民法典》中的紧迫性更弱,立法者认为“仍可交由司法解释加以规范”而未予纳入的可能性更大。因而,同样,在司法解释清理过程中,应对未被纳入《民法典》中的原有多义取舍型条文进行审视,若其不与《民法典》的内容相冲突,也无证据表明《民法典》的立法者对其持否定立场,其内容也与最新的学术共识和最高人民法院的最新利益衡

量结论相一致，则应在新的司法解释中加以保留。

例如，《合同法》第167条第1款规定：“分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。”对于该条是属于任意性规范、强制性规范抑或半强制性规范（或称“混合性规范”），^{〔15〕}存在多种解释结论，《买卖合同解释》第38条第2款在这多种解释结论之中进行取舍，规定分期付款买卖合同不得约定相较于《合同法》第167条第1款而言更加有利于出卖人而不利买受人的规则，自反面解释而言，即意味着，分期付款买卖合同可以约定更加有利于买受人而不利出卖人的规则。《民法典》第634条基本承继了《合同法》第167条的规定，但未纳入《买卖合同解释》第38条第2款的内容。然而，同属多义取舍型条文的《买卖合同解释》第18条第2款（约定的检验期间或者质量保证期间短于法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间场合的处理），却被纳入了《民法典》之中（第622条第2款）。这两个司法解释条文，涉及的都是《合同法》中关于买卖合同权利义务配置规则的规范属性，涉及的都是当事人是否可以在合同中作出不同于法律条文的利益安排，给出的取舍结论都是买卖合同可以约定更加有利于买受人的规则，但不得约定减损买受人权利的规则。比较而言，《民法典》仅吸纳其中一条，其原因着实令人费解。出于相似事物相似处理的要求，在司法解释清理过程中，应考虑保留《买卖合同解释》第38条第2款的内容。

3. 结论基本不涉及利益衡量的司法解释条文

相对于表达利益衡量结论的司法解释条文（漏洞填补型、具体细化型和多义取舍型条文）而言，结论得出基本不涉及利益衡量的司法解释条文（澄清误解型、意思表示解释型、简单解释型、裁量因素型和证明标准型条文）进入《民法典》中加以规范的必要性较弱，特别是，简单解释型条文、裁量因素型条文和证明标准型条文在《民法典》中加以规范的意义相对较小，^{〔16〕}因此，立法者选取其认为重要者纳入《民法典》之中，通常并不意味着立法者对未予纳入的这些类型条文持否定立场。从而，原有司法解释中的这些类型条文，除与《民法典》的规则相冲突外，原则上可在新的司法解释中继续保留。

不过，在这五种类型的条文中，不同类型的条文在司法解释中保留的意义有所差别。最需要在新司法解释中予以保留的是澄清误解型条文，以及针对某些解释难度较大、容易得出错误解释结论的场合所规定的意思表示解释型条文。

极具保留意义的澄清误解型条文，典型的如《民间借贷解释》第13条第1款，该款规定：“借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。”该条所针对的是一直以来广泛存在的民事合同涉嫌刑事犯罪就一概无效的误解。^{〔17〕}《民法典》在总则编中为民事法律行为的效力规定了许多判断规则，在合同编通则中又为合同效力判断规定了若干特殊规则。在判断民间借贷合同的效力时，当然应

〔15〕 关于“混合性规范”，参见王轶：《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》，载《烟台大学学报》（哲学社会科学版）2005年第3期。

〔16〕 详细论述参见前引〔8〕，王文胜文。

〔17〕 关于实践中广泛存在的这种误解，参见沈伟：《涉嫌诈骗合同效力的司法认定及其处理路径——基于法解释学的解构》，载《法学评论》2017年第4期。

当适用《民法典》中的这些效力判断规范,只有具备《民法典》所规定的某个无效事由时,才能认定为合同无效。借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或已被认定为犯罪,并不一定意味着民间借贷合同具备《民法典》所规定的某个无效事由。但是,上述误解广泛存在且影响深远,司法解释条文对此加以澄清,具有重要意义。《民间借贷解释》第11条(企业之间为生产经营需要而订立的民间借贷合同的效力)、第12条(企业向职工集资的民间借贷合同的效力)与之类似。

针对某些解释难度较大、容易得出错误解释结论的场合所规定的意思表示解释型条文,对于避免裁判者错误解释当事人的意思具有重要价值,因而,若未被纳入《民法典》中,在清理之后的司法解释中应予保留。在进行意思表示解释时,解释难度最大、裁判者最容易作出错误解释的,当数以默示方式所作出的意思表示。即,当事人未使用语言或文字表达其意思,但从事了某种积极行为,当事人在从事这一积极行为时是否确实表达了某种意思,容易引发争议。典型的如《买卖合同解释》第19条(提出质量瑕疵异议后又支付价款或使用标的物等原则上不意味着放弃异议)、第24条(是否应支付逾期付款违约金的解释)、第40条(凭样品买卖中样品质量与文字说明不一致时的解释)。

此外,原有司法解释中的简单解释型条文、裁量因素型条文和证明标准型条文,在清理之后的司法解释中也可保留,不过,与澄清误解型条文、意思表示解释型条文比较而言,这三类条文保留的价值相对小一些。并且,得出条文结论所需进行的法律解释工作越简单,相应司法解释条文保留的价值就越小。典型的如,《合同法解释(一)》第4条规定,法院确认合同无效不得以地方性法规、行政规章为依据,这是对《合同法》第52条第5项的文义所作的更明确的说明和强调,所运用的仅是文义解释方法和反面解释方法。此类条文,虽然可予保留,但保留的价值不大。

4. 其他类型的司法解释条文

除上述类型之外,司法解释中还存在一些其他类型的条文,如裁量方案型条文和程序指引型条文。这两种类型的条文所规定的内容不适宜于由《民法典》加以规范,因而《民法典》未予纳入。但这两类条文能为法官的裁判活动提供指引,置于司法解释之中仍有其价值。

典型的裁量方案型条文针对的情形是:围绕同一特定物存在多个债权,且多个债权人均要求债务人履行债务、实际交付标的物占有或移转标的物所有权。在此种情形下,基于债权平等原则,在进入诉讼环节之前,原则上可由债务人任意选择实际履行对象并向其他债权人承担违约责任,但在进入诉讼程序之后,法院需要给出具体的裁判方案,无法作出由债务人任意选择履行的判决。为统一裁判标准,最高人民法院在几个司法解释中提供了具体的裁量方案,主要有《买卖合同解释》第9条(出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同时的裁量方案)、《买卖合同解释》第10条(出卖人就同一特殊动产订立多重买卖合同时的裁量方案)、《国有土地使用权合同解释》第10条第1款(国有土地使用权人就同一土地使用权订立数个转让合同时的裁量方案)、《房屋租赁合同解释》第6条第1款(出租人一房多租时的裁量方案)。

程序指引型条文是为法官处理民事诉讼程序问题提供指引,主要涉及管辖、当事人地位(如是否列为第三人)、合并审理、中止诉讼等。如《合同法解释(一)》第14—17条、第18条第2款、第19条、第22—25条、第27—30条,《合同法解释(二)》第16—17条,第27条,《买

买卖合同解释》第44条等。这类条文，若不与最新的《民事诉讼法》等法律、司法解释相冲突，当然应予保留。

此外，司法解释中还有若干新旧衔接型条文，即针对某一法律（或司法解释）实施前后的法律适用问题设置规则的条文，如《合同法解释（一）》第1—3条、第6条、第7条，《合同法解释（二）》第30条，《买卖合同解释》第46条等。显然，这类条文在新的司法解释中不应继续存在，新的司法解释需要针对《民法典》实施前后的法律适用问题制定新的规则。

综合以上分析可知，原有司法解释中的新旧衔接型条文所处理的法律问题，不再需要由新的司法解释加以规定，故此类条文不应再予保留。程序指引型条文不涉及应由《民法典》提供规则的问题，故不涉及是否被《民法典》间接否定的问题，仅需要考察其是否与最新的《民事诉讼法》等法律、司法解释相冲突。至于其他未被纳入《民法典》之中的司法解释条文，是否应予保留的判断关键在于《民法典》是否直接或间接地表达了与司法解释条文相反的立场。对于其中的漏洞填补型条文，在立法意图不明时，应推定为立法者对其持否定立场；其他类型的司法解释条文则应作相反的推定。此外，不同类型条文予以保留的价值也各有不同。

（二）保留的司法解释条文应逐一审查是否应予更新甚至修正

对于根据前述因素和标准判断需要保留的司法解释条文，应进一步判断是予原文保留还是在保留时应对内容加以更新甚至修正。鉴于不同的司法解释形成于不同的年代，所反映的只是制定司法解释当时的司法实践需求和学说发展水平，因而，对于需要保留的司法解释条文，应根据《民法典》的最新规定、学说的最新共识等，逐条进行审查判断，需要考虑更新甚至修正的可涉及从解释结论到文字表述的各个方面。

例如，《建工合同解释》第13条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；……”该条所涉及的核心问题在于，发包人擅自使用未经竣工验收的建筑物，是否意味着发包人放弃了要求承包人修理、返工、改建或承担违约责任的权利。最高人民法院在该条中所表达的立场是，擅自使用意味着放弃权利。然而，这一解释结论是否妥当，有待商榷。在实践中，一方面，发包人可能因为紧迫需要不得不对建筑物进行使用（如学校不得不使用教学楼、工厂不得不使用厂房），推迟投入使用将导致发包人损失急剧扩大且无法弥补，另一方面，建设工程质量问题不一定导致建筑物完全无法满足基本使用需求（如房屋屋顶漏水但仍可勉强使用）。在此类场合，发包人使用未经竣工验收的建筑物，实属无奈之举，也符合减损规则的要求，不能因为发包人从事了使用建筑物的行为，就认为发包人放弃了权利。此外，《买卖合同解释》第19条所处理的利益冲突关系与之类似，却规定买受人使用标的物不构成放弃对质量瑕疵的异议。从司法解释制定时间来看，《建工合同解释》制定于2004年，《买卖合同解释》制定于2012年，从《建工合同解释》第13条到《买卖合同解释》第19条的变化，应是反映出了最高人民法院对此问题的认识发生改变。因此，《建工合同解释》第13条前句所针对的意思表示解释问题需要在新的司法解释中加以明确，但应对该条内容加以修正，给出更为合理的意思表示解释结论。

又如，《商品房买卖合同解释》第2条规定：“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，……”其本质在于将《城市房地产管理法》第45条第1

款第4项有关商品房预售应取得预售许可证明的规定认定为《合同法》第52条第5项所规定的强制性规定。然而,《商品房买卖合同解释》制定于2003年,所体现的是最高人民法院在当时对于强制性规定的认识水平。2009年的《合同法解释(二)》第14条将《合同法》第52条第5项所规定的强制性规定区分为效力性强制性规定和管理性强制性规定。因而,在2009年之后,《商品房买卖合同解释》第2条就本应按照这一新的认识加以重新审视。^[18]令人遗憾的是,最高人民法院一直未从规范层面对《商品房买卖合同解释》第2条加以整理和修正。在此次全面清理司法解释的过程中,仍有必要对该条所涉及的法律解释问题给出明确的回答,但应对该条所表达的解釋结论加以修正。换言之,该条不应原文保留,其属于在保留时应对内容加以修正的条文。

四、某些未被保留的司法解释条文的遗留价值

另需讨论的问题是,在完成清理工作之后,未被纳入新的司法解释之中的原有司法解释条文,是否仍有对于法官的民事裁判活动发挥其遗留价值的可能。对此,仍应根据司法解释条文的类型进行分别判断。

从原有司法解释条文未被纳入新的司法解释之中的原因进行分析,可能的原因主要有四:一是最高人民法院对该条文的内容改持否定立场;二是最高人民法院对该条文的内容改持怀疑态度,虽未得出否定的结论,但不予规定而留待学说和实务继续讨论;三是最高人民法院未否定该条文的结论,但认为不再需要加以规定;四是最高人民法院无意地忽略了该条文。在最高人民法院的意图不明时,对于不同类型的司法解释条文而言,应推定的原因也不同。

(一) 结论涉及较多利益衡量的司法解释条文

漏洞填补型、具体细化型、多义取舍型及裁量方案型条文,凝结的是最高人民法院的利益衡量结论。对于此类条文,若最高人民法院仍坚持其解释结论,则应将之纳入新的司法解释之中。由此观之,这些类型条文若未被纳入新的司法解释之中,最大的可能是上述第一种原因或第二种原因,在例外情况下才可能为以上第三种原因或第四种原因。因此,在最高人民法院意图不明的场合,应推定为前两种原因,从而,未被纳入新司法解释之中的这些类型条文,不再具有直接适用于裁判的遗留价值。若对于相关问题缺乏可资适用的法律或司法解释规范,法官应按照漏洞填补的方法自行进行漏洞填补。

例如,对于限制行为能力人或无权代理人所订立的民事法律行为,《合同法》第47条、第48条规定经法定代理人或被代理人追认后发生效力,但对于追认的意思表示于何时生效则未予规定。对此,解释上可有两种结论:一种解释结论为,追认的意思表示既可于到达限制行为能力人或无权代理人时生效,也可于到达相对人时生效;另一种解释结论为,追认的意思表示只有在到达相对人时才生效,仅到达限制行为能力人或无权代理人时尚不生效。此两种解释结论各有道理,采何种结论取决于利益衡量。《德国民法典》第182条第1款及我国台湾地区“民法”第117

^[18] 相关讨论参见王轶:《论商品房预售许可证明对合同效力的影响》,载《比较法研究》2018年第6期;王轶:《行政许可的民法意义》,载《中国社会科学》2020年第5期。

条均明文规定采前一结论。^{〔19〕}我国学者也有主张采这一结论者。^{〔20〕}《合同法解释（二）》第11条则规定采后一结论。《民法典》第145条、第171条也仍未予明确。因此，从统一裁判规则角度出发，《合同法解释（二）》第11条有保留（原文保留或修正结论后保留）的必要。若清理之后的司法解释未再保留这一条文，则法官不应再照搬该条所规定的规则，而应自行进行漏洞填补并详加论证。

当然，法官在自行进行漏洞填补时，仍可以得出与原有司法解释条文相同的结论。不过在此种场合，法官应当承担更重的论证负担。例如，对于违约损害赔偿中的损益相抵规则，《合同法》未予规定，《买卖合同解释》第31条加以填补，《民法典》未予纳入。这与《民法典》对于《买卖合同解释》第30条有关违约损害赔偿中的与有过失规则的态度截然不同。但是，《民法典》未纳入损益相抵规则，并不意味着立法者否认损益相抵规则，其原因或仅在于立法者不认为该规则具有由《民法典》加以规范的紧迫必要。因而，《买卖合同解释》第31条有保留的必要，且宜将之上升为针对合同编通则的一般性规范。鉴于我国合同法学界已对该规则形成了高度共识，^{〔21〕}若清理之后的司法解释未再保留这一条文，则法官仍可根据学界通说在裁判中适用该规则。

（二）结论基本不涉及利益衡量的司法解释条文

对于澄清误解型、意思表示解释型、简单解释型、裁量因素型、证明标准型及程序指引型条文，主要涉及狭义法律解释方法的运用（或意思表示解释方法的运用），其中许多条文所表达的是学说上已经基本形成共识的解释结论，结论的得出基本不涉及利益衡量。因此，这些类型的条文若未被纳入新的司法解释之中，在最高人民法院意图不明的场合，应推定为是基于前述第三种原因，即最高人民法院认为不再需要加以规定。从而，即使此类条文未被纳入新的司法解释之中，其仍具有可供法官参考的遗留价值，其价值与学术通说大致相当。当然，这些条文所解释的法律条文已被修改的除外。

以《合同法解释（二）》第1条为例，该条是有关合同成立的必要之点的解释。《合同法》第62条已明确规定质量、价款或者报酬、履行地点、履行期限、履行方式、履行费用等在合同无约定时应如何进行补充解释，因而，这些内容均不属于合同成立的必要之点。对于违约责任和解决争议的方法，在合同无约定时，当然可适用法律中的相关规则，故这两项也不是合同成立的必要之点。尽管如此，仍有误解认为《合同法》第12条第1款所规定的8项内容均为合同成立的必要之点。因而，《合同法解释（二）》第1条属于澄清误解型条文，其只是以更为直白的语言将结合《合同法》第62条等条文进行体系解释即可得出的结论表达出来而已。《民法典》第470条第1款、第511条分别与《合同法》第12条第1款、第62条基本一致，因而，《合同法解释（二）》第1条作为澄清误解型条文仍有其价值。从而，若清理之后新的司法解释未保留《合同法解释（二）》第1条，该条内容仍具可供法官参考的遗留价值，虽然不能在裁判文书中直接

〔19〕 相关学说可参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第363页；前引〔10〕，王泽鉴书，第315页。

〔20〕 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第217页；前引〔2〕，朱广新书，第246页、第254页。

〔21〕 参见王利明：《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2015年版，第681页；前引〔14〕，崔建远书，第383页；前引〔5〕，韩世远书，第814页；前引〔2〕，朱广新书，第725页。

加以适用,但仍不妨在裁判文书中以之作为一种论据。

又如,《合同法解释(一)》第12条,是对债权人代位权制度中“专属于债务人自身的债权”的典型类型所作的例示和列举,运用文义解释方法和体系解释方法即可得出相同的解释,因而,该条属于简单解释型条文。《合同法解释(一)》第13条第1款(对“债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害”的解释)、《合同法解释(二)》第6条(对格式条款制度中“采取合理的方式提示”的解释)、《合同法解释(二)》第7条(对合同法所称“交易习惯”的解释)等,与之类似。此类条文,若未被纳入新的司法解释之中,都仍具有可供法官参考的遗留价值。

总之,在司法解释清理结束之后,未被保留进入新的司法解释中的原有条文,是否仍有对于民事裁判活动发挥其遗留价值的可能,需进行类型化分析,不能一概加以否认。漏洞填补型、具体细化型、多义取舍型及裁量方案型条文,凝结的是最高人民法院的利益衡量结论,若未被保留进入新的司法解释之中,则应推定为最高人民法院对其采否定或怀疑立场,从而对于法官的个案裁判原则上不再具有遗留价值。其他类型的司法解释条文,因基本不涉及利益衡量,若在新的司法解释之中未予保留,应推定为最高人民法院认为不再需要加以规定,而不是对其结论加以否定,故仍有可供法官参考并在裁判文书中作为论据加以引用的遗留价值。

五、结 语

虽然最高人民法院制定司法解释的正当性一直以来都面临一些质疑,但应当承认,司法解释确实在一定程度上弥补了我国此前民事法律在规则供给上所存在的不足。《民法典》吸纳了这些年我国不断积累的许多司法经验和学说,我国民事法律的规则供给不足问题有所缓解,但这一问题仍将继续存在。另外,我国法官也形成了依赖司法解释进行裁判的思维惯性。因此,可以预见,最高人民法院制定民事司法解释的现象在今后相当长的一段时间内仍将继续存在。在此背景下,最高人民法院应当提高司法解释的制定水平,减少司法解释中的不合理条文。

已有的民事司法解释陆续形成于不同的年代,分别反映了不同年代的司法实践需求、法官认识水平与学说发展水平。受此影响,前后制定的不同司法解释条文之间隐性冲突的现象也不少见。《民法典》的通过给我国带来了对已有民事司法解释进行全面清理的契机。在司法解释清理过程中,应对原有司法解释条文进行分类,根据不同类型司法解释的解释对象、不同类型司法解释条文的目的和功能及所涉及的法律解释工作的难易程度等进行分类处理。

从不同类型司法解释的整体解释对象来看,若司法解释在整体上并非以原有九部民事法律中的法律条文作为解释对象,但个别条文明确援用或指向其中某部法律中的条文,或者,虽未明确援用或指向其中某部法律中的条文,但个别条文与其中某部法律中的制度间接关联,则整部司法解释可整体保留,但将其中的个别条文予以更新、修正或废止。若司法解释整体上是以前九部民事法律中的法律条文作为解释对象,原则上应将整部司法解释予以废止,并将其中仍有价值的条文纳入新的司法解释之中。

在对民事司法解释条文进行清理时,对于已被纳入《民法典》的司法解释条文,无论其内容是否与《民法典》中相应条文的内容相同,均应整体废弃。对于未被纳入《民法典》的司法解释

条文，其中的漏洞填补型条文原则上不应再予保留，仅在凝聚了足够共识时才应例外地予以保留；具体细化型条文、多义取舍型条文、裁量方案型条文的内容，系最高人民法院进行利益衡量的结果，对于统一法院裁判规则、减少法官论证负担而言具有重要意义，应优先考虑加以保留。澄清误解型条文，以及针对某些解释难度较大、容易得出错误解释结论的场合所规定的意思表示解释型条文，其保留也具有重要意义。程序指引型条文的保留也具有价值。简单解释型条文、裁量因素型条文和证明标准型条文，也可予以保留，但保留的价值相对小一些。得出条文结论所需进行的法律解释工作越简单，相应司法解释条文保留的价值就越小。并且，对于需要保留的司法解释条文，应根据《民法典》的规定和学说的最新共识逐一进行审查，判断是予原文保留还是应予更新甚至修正。

在此次司法解释清理结束之后，未被保留进入新的司法解释中的原有条文，是否仍有对于民事裁判活动发挥其遗留价值的可能，也需进行类型化分析。未被保留的漏洞填补型、具体细化型、多义取舍型及裁量方案型条文，原则上不再具有遗留价值。其他类型的司法解释条文，因基本不涉及利益衡量，仍有可供法官参考并在裁判文书中作为论据加以引用的遗留价值。

Abstract: In the process of cleaning up the existing civil judicial interpretations after the Civil Code was adopted, different types of judicial interpretations and different types of judicial interpretation provisions should be distinguished. In terms of the types of judicial interpretation, if a judicial interpretation as a whole takes the provisions in the existing nine civil laws as the object of interpretation, the whole judicial interpretation should be abolished in principle, and then the useful provisions should be included in the new judicial interpretation. In terms of the types of the provision of judicial interpretation, those which have been included in the Civil Code should be wholly abolished. In principle, gap-filling provisions should not exist anymore. Rule specification provisions, multiple implications selection provisions, and discretion plan provisions should be kept. Misunderstanding clarification provisions and some intention interpretation provisions are also worth keeping. As for the provisions of judicial interpretation that need to be retained, they should be examined one by one to determine whether the original text should be kept or should be updated or even amended. After the clean-up of the judicial interpretation, some provisions that have not been retained in the new judicial interpretation can still play a residual role in the civil adjudication activities.

Key Words: civil code, contract law, Supreme Court's judicial interpretation, method of legal interpretation, gap-filling

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

优先救治决策困境中的合法行为

[德] 卡斯滕·格德 米夏埃尔·库比策尔
弗兰克·萨利格 米夏埃尔·桑比卡基斯 著
郑 童 译*

内容提要：尽管在生命之间无法进行利益权衡，但是如果医疗资源不足以同时救治所有病患，医生就必须决定对哪些患者给予优先救治。这种两难困境中蕴含了一系列法律问题：医生应当依据什么标准作出决策？伦理道德难题是否是法外之地？医生的决策会导致哪些法律后果？对此提出了六点意见：第一，出于法安定性的考量，国家应当就优先救治困境下的决策标准和程序制定相应规范；第二，在立法缺失的情况下，司法实务和法学理论应当从现行法出发提出解决方案；第三，优先救治情形具有重大特殊性，刑法应当在保障基础平等权的前提下对医生的决策行为予以合理解释；第四，运用正当化的义务冲突理论，可以对医生不予救治的行为予以合法处理，初次救治应当以临床救治前景作为决策标准；第五，运用正当化的义务冲突理论，也可以对医生中止治疗的行为予以合法处理，重新分配应当遵循更为严格的标准；第六，医学专业协会提出的临床伦理建议为解释现行法提供了参照标准，也应当适用于法律领域。

关键词：新冠疫情 优先救治 伦理道德困境 医疗刑法 正当化的义务冲突

在当前抗击疫情的过程中，有时会出现可用医疗资源有限，不足以使医生同时救治所有病患的情形。然而针对此种情形的法律规定却暂付阙如，因而，为破解优先救治的决策困境，学界提

* 卡斯滕·格德 (Karsten Gaede)，汉堡博锐思法学院德国、欧洲、国际刑法和刑事诉讼法教授，医疗刑法、经济刑法和税务刑法教授，医疗法研究所所长；米夏埃尔·库比策尔 (Michael Kubiciel)，奥格斯堡大学德国、欧洲、国际刑法和刑事诉讼法教授，医疗刑法和经济刑法教授；弗兰克·萨利格 (Frank Saliger)，慕尼黑大学刑法、刑事诉讼法、经济刑法和法社会学教授，拉德布鲁赫基金理事会会长；米夏埃尔·桑比卡基斯 (Michael Tsambikakis)，帕绍大学刑法和刑事诉讼法名誉教授，桑比卡斯律师事务所合伙人，刑法和医疗法方向专业律师；郑童，慕尼黑大学法学院博士研究生。

本文为国家建设高水平大学公派研究生项目（学号：201607070038）的阶段性成果。

本文德语标题为 *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*，发表于《医疗刑法杂志》(Zeitschrift für Medizinstrafrecht) 2020 年第 5 期，第 129 - 137 页。本文的翻译和发表得到了全部作者的授权。

出了多种理论方案。有观点认为,优先救治的决策标准应由医生判断;但也有观点主张,相关决策的做出必须依照社会标准,例如根据患者年龄,或者通过抽签程序。这些决策标准问题只是争论的一个方面,除此之外,根据这些标准所做之决策将会产生什么样的法律后果,同样莫衷一是。本文即结合这种医学伦理争论,基于现行法的规定,对上述亟待澄清的法律问题予以解答。本文主张:医生有能力同时也应被允许,依据医学标准和医疗程序做出合法(阻却违法)的优先救治决策,这种决策并不违背规范意义上的人之基础平等权。

一、核心观点

1. 在优先救治决策困境中,医生需要法的安定性为其保驾护航。不能让这些肩负救治义务的医生仅仅凭借个人良知来决策,国家与法如若坐视不管,便是将全部伦理责任和大量赔偿风险都转嫁给了医生。

2. 立法者应当为优先救治制定相关规范。如果立法者未能履行其职责,那么法学理论和司法实务就必须直面这一救治冲突问题,只要医生根据顾及每个人基础平等权的医学伦理规范行事,便应对其行为予以合法评价。

3. 当医疗资源紧缺到优先救治决策无可避免地事关病人潜在的生死时,如果不存在妥善救治全体病患的可能,也就不应当主张医生的行为是违法的。在丧失优先救治机会的情形下,个别患者应当主张的是平等分享稀缺医疗资源的权利。

4. 如果医生从一开始就没有对一些出现临床症状的患者实施重症监护治疗,原因在于:尚有另外一些出现临床症状的患者,他们有同样的或者更好的临床救治前景。此时医生的行为是合法的,并非仅仅可以免责(阻却责任)。

5. 如果一些患者尚具有持续的临床症状,但是医生对其中止了重症监护治疗,例如撤回其正在使用的呼吸机,原因在于:另外一些患者明显具有更好的临床救治前景,不中止治疗前者便无法救治后者。此时医生的行为同样是合法的,但无论如何都不允许只凭年龄来判断救治前景。

6. 在优先救治问题上,医学专业协会提出的临床伦理建议,基本上涵盖了具有法律效力的决策标准和决策程序。只要医生遵守专业协会的建议,在必要时考虑向其他医疗机构转移患者的可能,并且在某一患者做出中止治疗决策时,确实是为了救治其他明显具有更好救治前景的患者,那么,医生就不用承担任何刑事和民事责任。

• 493 •

二、具体论证

(一) 优先救治:两难困境中的决策

严重急性呼吸综合征冠状病毒2(Corona-Virus Sars-CoV-2)引发了一场世界范围的大流行病,在抗击疫情的过程中,德国医疗卫生系统可能达到其收治病人的极限容量。人们有理由担

心，治疗 2019 冠状病毒（COVID-19）所必需的重症监护病房以及现有的呼吸机数量难以满足实际需求。如此一来，就必然要对稀缺资源进行分配。在此可以区分两类典型情境，但是这种区分本身并不构成对此二者在法律上进行不同评价的充足理由。

在第一种情形中，医疗资源目前或者即将告罄，不足以救治所有病患，那么此时，在不断被送进医院的危急患者之中，谁可以接受重症监护治疗，谁不能呢？据媒体报道，很多医院已经为这种抉择情形做好了准备。在第二种情形中，所有的重症监护病床都已然用尽，因此问题只在于，是否可以对现有医疗资源进行重新分配呢？具体说来：如果相较于一位正在接受治疗的患者，另有一位尚未接受治疗的患者有着更好的治愈前景，并且后者若得不到重症医疗帮助便会死亡，那么此时，是否可以对前者中止治疗，将其呼吸机转用于救治后者呢？

上述两类情形的共同特性在于，其决策时都面临着困境：不同患者的治疗需求之间存在冲突，或者更确切地说，医生针对不同病人的救助义务之间存在冲突，这种冲突既无法达致实践中的调和，亦无法通过一种同时满足各方基本权利的方式来解决。^{〔1〕} 毋宁说，有关医疗资源分配的每个决策（或者不做决策），都将不可避免地导致一个生命逝去。

这些不仅关乎病人生死而且也给决策者自身带来心理压力的决定，最终必须由医生来做出。医生在法律上负有救助义务，但是对他们而言，并不存在任何一种理想方案能够完美解决这种决策困境。在此种情形下，我们至少应该为医务人员提供规范性的行为指引以及法的安定性。与此相对，如果将解决冲突的“主要责任”分配给医生，让他们凭借个人的“良知决定”来进行判断，^{〔2〕} 那么实际上这意味着，将医生孤身弃置于道德的困境，进而还让他们承担巨大的法律风险（职业风险、民事甚至刑事责任）^{〔3〕}。

（二）优先救治：国家或法规的真空地带？

在德国现行法中，关于如何分配稀缺医疗资源以及与此绑定的生存机会，没有任何具体规定。进一步来看，对于不予治疗或者中止治疗并由此导致病人死亡的分配决策可能造成的法律后果，同样也找不到任何详细的法律依据。

面对这样的情形，如果要为医生提供规范指引并使其免遭责任风险，有两条路径可以考虑。其一，立法者可以通过立法来明确决策标准和决策程序，以此维护法的安定性；过去几周所采取的一系列令人印象深刻的措施已经表明，立法者有能力迅速行动，做出涉及面广泛的法政策决定。其二，如果立法者不采取行动，那么法学理论和司法实务便要承担起这个任务，对刑法条文（尤其是德国《刑法典》第 212 条和第 13 条）发展出一套合理的解释方案，以充分考虑上述决策情形中的两难困境。

本文主张，在一个民主法治国中，此时的“主要责任”应当由立法者而非法学理论和司法裁

〔1〕 有关实践中的调和（praktische Konkordanz），可参见 Lübbe-Wolf，FS Kirchberg，2017，S. 143 ff.

〔2〕 德国伦理委员会大体上持此种态度，参见其 Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise，Ad-hoc-Empfehlung v. 27. 3. 2020，S. 4.

〔3〕 此处相关信息可参见 T. Zimmermann，Legal Tribune v. 23. 3. 2020，载 <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl>；von der Meden，Legal Tribune Online v. 27. 3. 2020，载 <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-pandemie-triage-aerzte-entscheidungen-anleitung-prozesse>.

判承担。^{〔4〕}之所以将“主要责任”分配给立法者，恰恰是因为在此种困境之中，每个人的合法生存权益无法都获得实质性的满足，进而用以解决救治冲突的标准便往往决定着患者的生死，因此这一标准具备民主正当性就显得尤为重要。但是对此，德国伦理委员会（Deutscher Ethikrat）持相反意见，他们认为国家不得评价人的生命，因此也不能立法规定“在冲突情况下，谁的生命应当被优先救治”。即便是在紧急状态下，国家不仅有义务“救助尽可能多的生命”，而且“必须首先保障法秩序的基础”。^{〔5〕}保障人的尊严要求一种“平等主义的基础平等权”（egalitäre Basisgleichheit），此种基础平等权排斥任何对生命价值的评估与贬损。^{〔6〕}但是面对道德困境不做决定而听凭所有病人死去，显然也是“非理性”的，^{〔7〕}因此医生应当根据“考虑周全的、有理有据的、公开透明的和尽可能统一适用的标准”来得出“良知决定”^{〔8〕}。然而，对于标准究竟是什么、如何才能救助“尽可能多的生命”，德国伦理委员会却只字未提。毋宁说，其向立法者所提的建议，实际上又退回到了不可知论的立场。^{〔9〕}但是，这种立场未能解决的问题在于：法律适用者是否应当对所有可能出现的行为均予以同等评价，亦即将所有的决策可能都判定为同等合法或者同等违法。^{〔10〕}这样一种完全不进行法与规范上的评价的方案，一方面，根本无法被做决策的医生，还有相关病患（及其家属）所接受。即便将伦理委员会的表述理解为，至少针对前述第一种情形，存在空间将所有可能的决定（无论收治任何一个病患）都认定为同等合法，但这种空间的范围终究还是需要进一步明确的。另一方面，国家负有义务，保护人的尊严以及《基本法》第2条第2款第1句规定的生命权，如果完全放弃在法律层面上做出规定，亦即放弃在不损害基础平等权的前提下对此种救助义务冲突的情形予以规制，那么就有悖于国家应当承担的保护义务。

• 495 •

反对针对救治冲突问题制定标准的立场，例如伦理委员会的前述主张，还存在一个问题：其在“保障所有人的基础平等权”与“不能制定作为法律基准的有效力的决策规范”之间划上了等号。本文同样认同所有人的基础平等权这一立场，但承认此种平等权并不意味着，必须摒弃所有对救助义务予以分级处理的方案。事实上，由此更应当根据伦理学，^{〔11〕}尤其是医学专

〔4〕 同类观点可参见 *Schöne-Seifert*, *Frankfurter Allgemeine* v. 31. 3. 2020, S. 11. 另外还可参见有关生存机会的分配 *BVerfGE* 33, 303, 345 f. 以及目前为止有关器官分配的标准 *LG Leipzig*, S. 20 ff. 和 *OLG Dresden* medstra 2020; 更多论证可参见 *Gutmann/Fateh-Moghadam* NJW 2002, 3365, 3366; *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 7 f.; 核心观点可参见 *BGH* medstra 2017, 354 – Rn. 34; keine annähernd bestimmten Vorgaben aus dem TPG.

〔5〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4 f.

〔6〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4.

〔7〕 参见 *Binding*, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 3. Aufl. 1919, S. 765.

〔8〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4.

〔9〕 这使人联想到法外空间的理论，根据该理论，类似冲突情形不应当被（法秩序）评价，个人行为正确性只能交由其自我（良知、宗教和道德观）负责；此观点参见 *Arthur Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, S. 232.

〔10〕 参见 *Merkel*, *FAZ* v. 4. 4. 2020, S. 11. 他认为：法律不应对此情形加以规定，因此医生可以选择自己想治疗的人；法律不应干预医生的决策，医生可以遵照临床或伦理规范决策，也可以不；即使医生做出了道德错误的决策，人们也只能“把牙齿咬碎了往肚子里咽”。反对观点参见 *Brech*, *Triage und Recht* (2008), S. 355. 他认为：“法律必须批准医生对一部分患者的决策，并将其解释为合法的行为。否则法秩序就放弃了其对理性和相容性的基本主张。”

〔11〕 参见 *W. Lübke*, *Verfassungsblog* v. 15. 3. 2020, 载 <https://verfassungsblog.de/corona-triage>.

业协会^[12]的观点，基于法伦理制定相关的规则。^[13] 医学专业协会的指导性建议包含了决策标准和程序规范，其指导方针尤其反对根据年龄或者社会性的标准^[14]来解决救治冲突，因此并不违背人与人之间在规范意义上的基础平等权。

本文主张将上述医学专业协会的指导性建议移用至国家的法体系中，默克尔（Reinhard Merkel）此前基于《航空安全法》所提出的理由，并不构成对本文主张的反驳。针对可否击落被劫持的客机以挽救其他人生命的问题，默克尔认为：法应当优先区分人与人之间的权利范围，但不得强迫人与人之间保持团结。由此，他进而主张：国家不得强迫任何人容忍自己的死，即便其死亡可以挽救他人。^[15] 然而，这两项主张的前提条件都非常严苛，^[16] 而且彼此之间也并没有严格的派生关系。^[17] 除此之外，更有待澄清的是，默克尔的思路是否适用于这里所讨论的优先救治情形：击落一架被劫持的客机，毫无疑问构成了国家对他人权利范围的无法正当化的干预，也就是一般所说的：主动杀人行为；^[18] 但是，这一结论能否适用于优先救治的所有决策情形呢？答案绝对不是肯定的。^[19]

（三）刑法与优先救治：规制框架和原则

从本文立场出发，立法者就优先救治困境的决策标准和决策程序制定规范是可行的。但是，如果立法者没有（如预期那样）在立法层面制定相关规范，那么医生就必须做出抉择，进而法律人也必须以刑法为基准来检视医生的行为。如果我们认为这一问题不应隶属于法外空间，那么无论是从一开始就对重症患者不采取治疗，还是随后对重症患者中止其正在进行治疗，这些行为都有可能被评价为故意或者过失地触犯了杀人罪。接下来，法学理论和司法实务特别（ad hoc）

[12] 来自德国重症监护和急诊医学跨学科协会（DIVI）、德国跨学科急救与急诊医学会（DGINA）、德国麻醉学和重症监护医学学会（DGAD）、德国内科重症医学协会（DGIM）、德国肺病学呼吸医学学会（DGP）、德国姑息治疗协会（DGP）以及医学伦理学研究院（AEM）的临床伦理建议，Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie. 25. 3. 2020.

[13] 相关标准的更进一步论证参见下文（四）、（五）和（六）。

[14] 但是，支持考虑年龄和其他社会标准来做决策的观点可参见 *Hoven*, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020, 载 <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html>. 还可参见 *Huster*, Verfassungsblog v. 22. 3. 2020, 载 <https://verfassungsblog.de/grenzen-der-solidaritaet>. 但是，这种立场无法与基础平等权的要求相吻合，而且如果医生在解决冲突过程中，遵照了那些与社会标准相反的自我评估的临床标准时，会面临刑事处罚。对这种观点的有力反驳可参见 *Brech*（前引 [10]），S. 357. 他认为：这种社会标准与德国《刑法典》第 212 条所保护的“生命”法益之间缺乏必要的“内在联系”，对社会标准的（不予）考虑可能在刑法上更具有普遍意义。

[15] *Merkel*, JZ 2007, 373, 381; 其他观点：*Hillgruber*, JZ 2007, 209, 217.

[16] 鉴于彼此保护和互相团结的思想推衍出了大量法律义务，因此人们可能会怀疑法律应当首先确保自由而不是强迫大家互相团结。

[17] 现行法在多大程度上受团结义务的影响，个人是否也必须为拯救他人而容忍自己被杀，这些都找不到依据。即便承认彼此间的团结义务，也可以对此适用可期待性限缩，从而排除对自己生命的危险甚至牺牲。（参见德国《刑法典》第 323 条 c 第 1 款）

[18] 同时可参见 *BVerfGE* 115, 118, 157（《航空安全法》判决）：根据德国《基本法》第 1 条第 1 款“简直难以想象，基于法律的授权故意杀死这些处于绝望境地的无辜之人，一旦有必要就容忍类似的无法衡量（鉴于存在紧急状态并且行为上别无他选，作者注）”。但是，联邦宪法法院第一庭的上述表达及其推理的重要部分，都是为射击被劫持飞机案而量身打造的，这也是为什么该判决无法预断此处正在讨论的问题。

[19] 当医生决定哪个患者应获得最后一台可用的呼吸机时，他并没有侵犯那个未获帮助患者的权利领域；他并没有积极的杀死那个患者，只是没有挽救他。这在优先救治的第二类情形中，即为挽救另一位患者而撤回了一位患者正在使用的呼吸机，情况是否会有所不同，下文（五）会对此加以讨论。

要直面的问题就是，优先救治情形是否以及多大程度上蕴含着规范层面的重大特殊性，亦即在做出法律评价时必须加以考量的特殊性。

1. 优先救治的特征：极端时间性和集体性特质

优先救治问题的特殊性表现为：极端时间性特质，以及与资源紧缺相关联的集体性特质。^{〔20〕}一方面，极端时间性特质首先意味着紧迫的时间压力，医生必须在极为短暂的时间内决定如何将维持生命的医疗资源（例如呼吸机）分配给生命垂危的病患。另一方面，极端时间性特质还体现在，为了确保稀缺的医疗资源能够发挥其最佳救助效果，在（或长或短的）一段时间之后，医生对于此前做出的优先救治决策是否应继续适用，又必须再进行审视。病人的情况各不相同并且处于动态变化之中，因而，当多个病人病情濒危时，医生的责任就不仅仅是，确保其做出的优先救治决策——只在某个偶然的时间点——对所有病人都是公正的。换言之，资源配置或者说解决救治冲突的问题，并不是一次性的问题，而是持续性的问题。所以，任何试图解决优先救治决策问题的规则，都不能只处理对医疗资源的一次性分配，毋宁其所确立的标准，必须能够持续适用于救治冲突情境的所有阶段。

与资源紧缺关系更加密切的另一特征在于：优先救治情形的集体性。这种集体性特质表现为，所有患者的基础平等权其实都受到优先救助决策的影响，亦即需要公平考量所有人的生存权益和生存机会。^{〔21〕}就此而言，那些在个体性医患关系中已经确立的权利地位，都已不再适用于当下的情形，优先救治涉及的只是平等分享稀缺医疗资源的权利。根据一般标准，医生对全部收治病患都负有保证人地位。^{〔22〕}但在优先救治的特殊情形中，医疗资源必须以有利于所有人（集体）的方式来使用，因而个别被收治的患者对此并不享有绝对权利。^{〔23〕}此种集体性特质在“超越单个事件的”^{〔24〕}优先救治情形中表现得尤为明显，诸如战争或者全球性大流行病，此时国家、民族甚至全人类的命运都受到了威胁。

对于上述两项特征，医学专业协会的临床伦理指导建议都已加以考量。^{〔25〕}以瑞士医生协会提出的指导方针为例，鉴于情况的极端时间性，其规定医生可做出先行优先救治决定，进而在适用过程中，至少每隔48小时，再根据一系列临床标准审查先行方案是否应当继续适用。^{〔26〕}

2. 生命之间无法衡量——对基础平等权的保障

问题在于，从优先救治决策的上述特殊性出发，是否可以得出另外的论断，亦即不同于本文

〔20〕 针对基于存在主义的义务冲突情况分析可参见 End, Existentielle Handlungen im Strafrecht. Die Pflichtenkollision im Lichte der Philosophie Karl Jaspers, 1959, S. 15 ff.

〔21〕 这里不考虑那种极其罕见的特殊情况，即个别患者可以主张例如对呼吸机或者一些耗材的绝对权利。

〔22〕 关于“事实接管”的内容可参见 AnwK/Gercke/Hembach, 3. Aufl. (2020), § 13 Rn. 12; NK-StGB/Gaede, 6. Aufl. (2017), § 13 Rn. 38 ff.

〔23〕 Kubiciel, JZ 2009, 600, 604 f.

〔24〕 “限于单个事件的”优先救治情形是指：由单一灾害（例如公交车、火车和轮船事故，地震，海啸或者火山爆发）引发的优先救治情形。

〔25〕 Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引〔12〕), S. 2 und S. 4.

〔26〕 参见瑞士医学科学院 (SAMW), Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, 24. 3. 2020, S. 6; 支持观点 Schöne-Seifert, FAZ v. 31. 3. 2020, S. 11.

开篇已经提出并且接下来将会继续具体论证的观点？事实上，当前确实也出现了其他不同的声音。^{〔27〕}但是，认为任何措施都可以因当下的特殊情况而被正当化的主张，是不正确的。因为，无论在道德层面，还是在法律层面，优先救治情形所涉及的特殊性，都不会导致此前一直适用的那些原则全部归于无效。^{〔28〕}当下应当做的，只是正确地在相关的法律（尤其是宪法）关系中，对医生在优先救治情形下所承担的义务以及采取的行为（作为或者不作为），进行归类分析。此处的基本点在于：从每个人都必须被尊重之中，可以推导出生命之间无法衡量的原则，而即便在新冠疫情下的优先救治决策困境中，这一原则仍旧不可动摇。^{〔29〕}正如联邦宪法法院所明确表述的：每个人的生命本身都同样有价值，无论其生命存续时间的长短，都享有同样的宪法保护。^{〔30〕}即便在优先救治决策困境中，宪法的规定也不允许被突破。宪法上尤其禁止的是，根据病人的性别、出身、年龄、社会地位或者社会角色来挑选被优先救治的人。^{〔31〕}一个行为，如果只能通过衡量生命之间的价值、进而贬损某一个或者多个需要帮助之人的价值来证成的话，就不能被视为是正当的。即便在灾难扩大升级的情况下，我们法律体系的宪法基石也绝不能被虚置，这是为一个法治国所不容的。^{〔32〕}

（四）对不实施救治行为的正当化

即便是在新型冠状病毒全球大流行期间，优先救治决策既不应被视为法外之地，也不能被视为全部正当。问题毋宁在于，针对不实施救治的行为，亦即基于重症监护治疗容量不可能实施救助的行为，做出优先救治决策应当适用什么样的法律框架。^{〔33〕}其中特别需要澄清的是，医生的不作为能不能被正当化（阻却违法），或者说法律应不应以其他方式容忍这种不作为。

1. 优先救治问题的刑法教义学定位：正当化的义务冲突

在探寻上述问题的刑法解答时，此处充分可用的教义学理论是：习惯法已经承认的正当化（阻却违法）的义务冲突。这一理论的核心观点是：如果需要同时履行两项保护他人法益的行为义务，然而基于实际情况只能满足其中之一，此时刑法不能强迫公民做不可能之事。因此，只要公民在价值不同的法律义务发生冲突时选择了价值较高的那一项，或者在价值相同的法律义务发生冲突时根据自己的选择履行了其中任何一项，那么他的行为就不违法。^{〔34〕}

虽然现今有少数人仍旧坚持认为，在价值相同的义务冲突面前，医生的行为只能免责（阻却

〔27〕 Hoven, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020.

〔28〕 此主张见于 Graf-Baumann, Stichwort: Katastrophenmedizin, in: Eser u. a. (Hrsg.), Lexikon Medizin, Ethik, Recht, 1992, Sp. 589.

〔29〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4；Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie（前引〔12〕），S. 3；T. Zimmermann, LTO v. 23. 3. 2020；Hilgendorf, LTO v. 27. 3. 2020；Papier, SZ v. 1. 4. 2020. 更多发展趋势可参见 Hoven, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020.

〔30〕 BVerfGE 115, 118, 139, 158（《航空安全法》判决）。

〔31〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4；Graf-Baumann（前引〔28〕），Sp. 591；T. Zimmermann, LTO v. 23. 3. 2020. 支持考虑年龄和患者对他人的特殊责任的观点参见 Hoven, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020.

〔32〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4；Volkman, FAZ v. 1. 4. 2020. S. 14. 他认为：任何措施，只要与“尊严权的核心要素”产生不可调和的矛盾，就会触及实施的底线。

〔33〕 对此需要说明的是，决策常常可以与其他并非主要救治手段的医学疗法，或者必要的替代最佳治疗方案的纯粹姑息疗法结合在一起。

〔34〕 BGHSt 48, 307, 311；Matt/Renzikowski/Engländer, StGB, 2. Aufl. (2020), Vor § 32 Rn. 29 f.

责任),因为此时两个相互冲突的救治请求权中并没有任何一个可以胜出。^[35]但是,这种观点必须遭受驳斥。其中令人难以接受之处在于,如果医生即便怀有最美好的意愿但从一开始就无法履行某一项救治义务,那么为何还非要基于正义诉求来强迫医生担负这项法律义务呢?^[36]此外,这种仅对医生予以免责的解决方案误认为,优先救治决策的对象是病人固有的权利地位,因此似乎只存在有着明显更为优越请求权的情形。但实际上在一开始,优先救治决策需要解决的问题是,哪个病人应当暂时分得公共所有的医疗资源。在这种(前述第一种)情况下,基于分享和分配正义,所有患者只能享有价值相同的请求权。此时,不能认为某一位患者的救治请求权在某种程度上优越于另一位患者。

此外,免责方案还有一个致命的缺点,即对长期亲身直面冲突和悲惨局面的医生、护士及其他医务工作者而言,这种方案缺少必要的法安定性。仅仅对医生免责的方案,为涉案病患(但主要是指他们的亲属和第三人)保留了“正当防卫”或者更确切来说“紧急救助”的权利。因为此时确实也存在一个紧迫的现时发生的生命危险,故而不能指责实施紧急救助的人,尤其不能指责实施者的紧急救助缺乏妥当性(Gebotenheit)。在优先决策困境中,医生原本就要负荷业务上、时间上和情感上的高压,而免责方案的处理结果更会对医生执行决策造成严重的干扰。即便配备大量警力的护卫,但对医务团队而言,需要的本该是面包,得到的却只有石头。这样只会(错误地)向外界传达出一种信息,亦即医院在疫情中的所作所为都是违法的,同时国家也在欺骗公众以及掩盖违法行为。这种立场显然站不住脚。

2. 合法的决策标准:临床救治前景

当我们将优先救治情形的教义学范畴定位在了正当化的义务冲突领域,接下来仍需解决的问题还有:究竟根据什么来判断互相冲突的行为义务是价值相同还是价值不同。除了根据病人的紧迫性之外(重症病房里的所有患者原则上都具备这种紧迫性),这里还有各种(伦理的和法律的标准)可供考虑。从平等角度出发,首先最容易想到的是,严格强调所有可治愈患者享有平等的救治机会,并根据时间上“先到先得”的随机原则来确定顺序。^[37]那么接下来,必须一直优先救治最早接触到重症监护治疗机会(从时间和事实角度出发)的那名患者。这种排位方案,其实在结构上类似于一些人所建议的抽签程序,^[38]因为两种模式在解决救治义务以及生存机会的冲突时,其决策标准都依赖于偶然性:一个根据病人接触到救治机会的时间先后,另一个根据抽签结果。然而,此时的患者生死,不由医生根据临床救治前景做决定,而完全交由命运之力左右决策,是否符合德国《医学协会标准职业规范》第2条第2款“医生有义务认真负责地对待其工

• 499 •

[35] Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), Vor § 32 Rn. 11a; NK-StGB/Paefgen/Zabel (前引[22]), Vor § 32 Rn. 174; 对此持反对意见并加以详细论证的还可参见 NK-StGB/Neumann (前引[22]), § 34 Rn. 133; LK/Rönnau, 13. Aufl. (2020), Vor § 32 Rn. 116 f. (也有解决方案建议从构成要件层面加以论证); 结论上持相同观点的司法判例可参见: BGHSt 48, 307, 311.

[36] 对此需要说明的是,本文并不涉及可能的因为组织疏忽而导致资源短缺的问题。

[37] 参见 Schöne-Seifert, FAZ v. 31. 3. 2020, S. 11 („Position zwei“), 但作者并不支持该观点。

[38] 在此意义上 Walter, Zeit Online v. 2. 4. 2020, 载 <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung>. 除了下文论述的反对原因之外,还可以从其他方面对此加以反对,比如对病人及其亲属而言,医学上的原因可能比抽签结果更容易让人接受。

作、有义务根据病人的健康状况采取相应的治疗措施”的规定，却是存疑的。对医生而言，将事关患者生存机会的决策完全委之于偶然性，显然与其自我认知难以吻合。对整个社会而言，其长久以来一直信任现代医学手段并且（尤其在当下的紧急情况中）笃信医疗系统的能力，恐怕也难以接受这种医生自我弃权的方案。

另外一种观点主张，在做出优先救治决策时，病人的临床救治前景应具有决定性意义，医学专业协会尤其支持这种观点。^{〔39〕}这种以临床救治前景为决策标准的方案，（本文认为）更为可取。有种顾虑声称，如果在个案中根据实质性的标准进行决策，那么对未得救治的患者而言，这必然意味着对其尊严的贬损。但存在此种顾虑并不意味着我们只能采取一种盲目的形式标准。虽然从表面上来看，前述诉诸偶然的的标准似乎具备客观性。但是，这种标准没有澄清很多问题，比如“后到”重症监护室的病人，是否住在护理人员不足的养老院或疗养院，因为缺乏及时照料而晚到呢？无论如何，以偶然为标准充其量只是一种伦理上的紧急解决方案。医护人员应当依靠专业知识来救治生命，除非能够证明实质标准具有歧视性，否则便不能强迫医生接受那种诉诸偶然性的方案。只要医生不是机械式地对可能的寿命进行估算，而是以当前病患在重症监护治疗情况下的治愈前景为标准来进行决策，就不能说实质标准具有歧视性。^{〔40〕}如果在对每位患者的情况进行个案审视时，不仅关注与年龄相关的基本状况，还考虑到了所有医学上相关的既往病史以及初始情况，那么此时就不存在对未得救治患者尊严的贬损。将优先救治决策视为对年长者生命价值的贬损性评价，只是一种强加于医生的主观臆测。虽然相对而言，老年人获得救治的机会确实通常较低，但年龄在此种情形下所彰显的间接意义，也并非只是一种被掩饰的歧视。事实上，临床救治前景所评估的个人健康状况，在很大程度上也受很多其他因素共同影响，例如既往病史、前期疗程、对治疗手段的反应以及症状表象等。对此，谁如果再驳斥说，根据临床救治前景来决定优先救治的方案，总体而言只是依据身体特征将某些特定人群筛选出去，那么他就只是在表面上支持团结^{〔41〕}而已。如果在反对以临床救治前景为标准的同时，又放弃采纳根据排名而决策的主观标准——就像迄今流行的、并由伦理委员会宣传的法外空间那样——便只会导致虚伪的解决方案，只能维护表面上的团结。因为从法律实务的角度出发，不制定规则或者说放弃决策标准，只能为恣意歧视老年人敞开道路。这同样可能导致，仅仅根据表面的病历或者粗略检验的既往病史而做决策。面对无力改变的资源紧缺现状以及每个个体生命偶然性的本质，选择逃避是一种无用的尝试，这样做只会令我们错失机会，亦即无法通过确立一种主体间和程序上可行的临床标准在规范的指引下应对当前疫情。

〔39〕 Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引〔12〕)，S. 3；SAMW (前引〔26〕)，S. 3；Graf-Baumann (前引〔28〕)，Sp. 591；Hilgendorf, LTO v. 27. 3. 2020.

〔40〕 再次参见 Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引〔12〕)，S. 3. 虽然使用了同样的表达“更好的整体预测”，但内涵是否一样仍不清楚，参见 Schöne-Seifert, FAZ v. 31. 3. 2020, S. 11. 但是此处并不接受的是，用这一标准将质量调整寿命年 (QALYS) 确认为合法的方针。根据同一页上所给出的宪法援引可知，将质量调整寿命年合法化还是一件相当遥远的事情。

〔41〕 此外，反对意见没有联系新冠危机看到，社会团结所表达并且必须表达的是，以资源的最优配置为主导，以及接受有益于所谓危险群体的针对性强力保护措施。并不是鉴于目前优先救治情形的特殊性就能自然而然地得出结论，必须把额外的无效资源配置强加给社会或者说受疫情影响之人的整体。

此外,支持将临床救治前景作为决策标准的另一理由在于:医疗资源本身所涉及的并不是具体的可以分配给每个个体的权利;相反,医疗资源的使用权利属于集体大众。而这种集体性特质,恰恰允许并要求根据临床救治前景的标准来使用资源:区别于随机式解决方案或者以不断升级的医疗资源紧缺局势作为决策根据的方案,以临床救治前景为标准可以为所有受医疗系统保护的人带来初步认定的最佳收益。

同时,正当化紧急避险的相关规定也可以佐证这种观点。从德国《刑法典》第34条的文义来看,其已经对威胁相关法益的现实危险做了程度上的区分。这就允许我们将医疗资源紧缺和救治机会纳入利益权衡的范畴。^[42] 据此,也必须允许我们把优先救治情形置于正当化义务冲突的框架中。^[43] 例如面对两名急需救治的患者时,应当把呼吸机分配给有80%救治概率的病人,而非只有20%救治概率的病人。^[44] 而当两位病人的救治概率非常接近时,依团队决策救治其中之一即可。

(五) 对中止治疗行为的正当化

行文至此,已经讨论了第一种优先救治情况下,刑法对医生不实施救治行为的处理原则。但是,如果医院在重新评估需求状况时,当一位目前正占用稀缺资源接受治疗的病人,遭遇了另一位临床救治前景更好的病人,在这种情况下,上文所述的原则依旧适用吗?在知道中止治疗通常会引发病人死亡结果的情况下,是否允许责任医生事后再撤回救治(例如紧缺状况下的呼吸机)呢?

截至目前,医生常常被告知:若为了救治其他病人而撤回正在进行的救治,这种行为必然是违法的。德国伦理委员会在此种情形中的主张正是如此:即便在优先救治困境中,也必须捍卫法秩序的基础,因而必须判定此种中止先前治疗的行为是违法的。^[45] 但值得注意的是,伦理委员会在同一句话里,接下来又将这种违法行为视作“良知决策”,并最终豁免了医生的行为。^[46]

1. 事前和事后冲突没有本质区别

德国伦理委员会的这种表述可能会令相关医护工作者陷入进退维谷的境地。一方面,伦理委员会如今一直倡导“挽救尽可能多的生命”,如果医生遵照这一倡导做出了优先救治决策,则有可能构成最严重的违法行为。另一方面,伦理委员会同时又援引“最终起决定性作用的个人良知决策”,正式要求医生不能躲到法律后面逃避做决策,如果医生遵从自己的良心行动,便承诺给予一种“免责”的解决方案。^[47]

[42] NK-StGB/Neumann (前引[22]), § 34 Rn. 80; T. Zimmermann, LTO v. 23. 3. 2020.

[43] 参见 Matt/Renzikowski/Engländer (前引[34]), Vor § 32 Rn. 30.

[44] 同样观点参见 Hilgendorf, LTO v. 27. 3. 2020; Hoven, FAZ v. 31. 3. 2020; 还可参见 Schöne-Seifert, FAZ v. 31. 3. 2020, S. 11.

[45] 德国伦理委员会(前引[2]), S. 4.

[46] 德国伦理委员会(前引[2]), S. 4.

[47] 德国医学协会对此的建议更为诚恳:他们承认,大范围采取优先救治决策的法律后果尚不明确,如有必要应当由所有相关人士承担。参见 Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引[12]), S. 6 f. 德国伦理协会认为:“优先救治情形中,中止重症监护治疗的行为触及法律上的边界。类似决策必须由当场的行为人负责。”

伦理委员会的这一立场得到了很多法学家的支持，^{〔48〕} 这种观点背后的核心思想是：在优先救治决策中，所谓的事前冲突〔或者事前竞合（ex ante-Konkurrenz）〕和所谓的事后冲突〔或者事后竞合（ex post-Konkurrenz）〕存在本质上的区别。一些医学专业协会在临床实践中，同样提到了这种区别，但是对此却并没有任何区别对待的医学建议。^{〔49〕} 部分刑法学者在讨论正当化义务冲突时，也论及了这种区别，认为只有在两个作为义务冲突（亦即事前冲突）的情况下，才能适用正当化的义务冲突，而当作为义务和不作为义务相互冲突（亦即事后冲突）的情况下，则应当根据德国《刑法典》第 34 条适用规定更为严格的正当化的紧急避险。^{〔50〕} 所有这些讨论，都在明示或暗示地表达同一种观点：以放弃随后便会垂死的病人为代价的行为（例如撤回呼吸机），始终是一种积极的杀人行为，为此行为之人即便拯救了另一个人的生命也肯定还是触犯了杀人禁忌。

如此积极区分事前冲突和事后冲突的正确之处在于，利用不作为（不插入呼吸机）和作为（撤回呼吸机）在表面形态上的差异，乍眼看上去促成了一种伦理^{〔51〕}和刑法上很重要的区别。同理，刑法所规定（例如德国《刑法典》第 13 条）的作为犯和不作为犯的可罚性取决于不同的前提条件，并且对不作为的处罚要轻于对作为的处罚（参见德国《刑法典》第 13 条第 2 款）。但是，这种区别是否应当在优先救治情形中发挥规范上的核心作用，非常令人怀疑。一方面，即便在事后冲突中，也存在两个互相冲突的救治义务。从这个角度出发，两类区别之间的差异就消失了。^{〔52〕} 另一方面，前文讨论过的决策情形中的极端时间性因素也在反对这种区别：就像此处案例中的情形，如果一直不断重新评估已实施的续命医疗救治的效用，那么病人究竟尚未接受治疗或是已经开始治疗，这两者之间的差异就被极大地削弱了。此外，如果一直持续治疗一个当初碰巧插入空闲呼吸机但其生存概率只有 20% 的患者，却放任另一个刚刚送入医院同样亟需治疗且其生存概率为 80% 的患者死亡，而不对前者进行重新评估的原因仅仅在于，撤回前者呼吸机的行为似乎是一种主动作为并且有可能因此构成杀人罪，那么上述做法无论在宪法上还是刑法上，都找不到任何正当化依据。因为在这种情况下，医生完全无法平等对待两个作为义务。完全拒绝对医疗系统的公共资源是否应当用来救治新患者予以重新评估，是一种对人人应毫无减损享有基础平等权的公然歧视和彻底歧视。

特别重要的是，主动撤回呼吸机和击落被劫持的飞机是两类不一样的行为，前者并未侵犯相

〔48〕 更多论证参见 *Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben*, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. Rn. 74 f.; *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl (1992), S. 325 ff., 344 ff., 这尤其符合接受治疗患者已经建立起来的信任。

〔49〕 参见 *Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie* (前引〔12〕), S. 3 f.

〔50〕 该观点参见 *Hilgendorf*, LTO v. 27. 03. 2020; 还可参见 *Matt/Renzikowski/Engländer* (前引〔34〕), Vor § 32 Rn. 29.

〔51〕 *Merkel*, FAZ v. 4. 4. 2020, S. 11. 较为新近的文献可参见 *Bormann* (Hrsg.), *Lebensbeendende Handlungen. Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von ‚Töten‘ und ‚Sterbenlassen‘*, 2017. 与其相反的其他观点可参见 *Birnbacher*, *Tun und Unterlassen* (1995), S. 339. 他认为：尽管中止救治的行为相比不采取救治的行为，在法律上更难以正当化并且附加给医生更多心理上的压力，但无法改变的是，“中止救治和不采取救治之间存在本质和客观上的一致性。”

〔52〕 同样见于事前优先救治的情形 *Merkel*, FAZ v. 4. 4. 2020, S. 14. 他认为：“医生在有呼吸机可用，却拒绝将之分配给一个 18 岁的患者并导致其死亡时，这一拒绝行为和积极中止（……）的不作为形态没有任何区别。”但是，这里“积极拔除输气管是一种规范上的不平等对待”需要被特别加以证明。

关患者固有的绝对受保护的權利地位。把医疗设备和医疗服务永久性地分配给一个已经住进重症监护室的病人，并且只能服从他的意志对其权利范围进行扩展，这是不明智的。^{〔53〕} 插入呼吸机和移植器官或置入心脏起搏器不同，前者并未被赋予最高位阶的个人权利地位，而最高位阶的个人权利地位无论如何都不可能涵盖集体权利，或者更确切来说附加集体权衡的内容。因此，更能行得通的方案在于：是否继续配置呼吸机的决策，虽然在现象学上是一种必要的积极作为，但其本质内容却是极端时间性和稀缺性前提下的作为义务冲突。

姑且不论这种被允许（不可罚）的不作为和被禁止（可罚）的积极作为之间的区别在医学语境中同样并不重要。^{〔54〕} 就连德国联邦最高法院，在其对2010年富尔达案有关安乐死的基本判决中，也以充分的理由指出：无论是通过不作为还是通过积极作为的方式，中止治疗的行为是被允许（不可罚）的。^{〔55〕} 但在这里，联邦最高法院针对的只是病人的自我决定权，并未进一步涉及与他人共享分配权时的冲突场景。

此外，随着医学的发展，之前对作为和不作为的区分，如今已经丧失了其区别能力，例如针对关闭呼吸机究竟是作为还是不作为的激烈争论就说明了，将其视作不可罚的“作为式不作为”的观点已经流行起来，并且是值得采纳的。^{〔56〕} 甚至有时在正当化义务冲突的教义学分析中也会放弃不作为和作为的区分，在正当化义务冲突的制度框架下，部分文献早就取消或者不再对已实施的救助措施进行区分。^{〔57〕} 完全没有理由始终都把时间次序当作决定性因素；此处须指明的是，即便在中止治疗的情况下，也只是“不再继续采取救助措施，而非侵犯患者的权利领域”^{〔58〕}。

综上所述，免除罪责的解决方案终究只是丰墙峭址。德国伦理委员会并不具备立法的权限。另外，免责方案也不能援引免责的紧急避险（德国《刑法典》第35条）来自我证成，因为免责的紧急避险只针对助益于其本人或与之关系密切的他人的行为。在司法裁判中，迄今为止尚未明确认可任何一例免责的超法规紧急避险。^{〔59〕} 假设现在把撤回呼吸机的行为错误地等同于损害基础平等权的积极杀人行为，那么就会出现一个问题，既然如此刑事司法为何还要对这种行为采取宽容的免责方案呢，按照伦理委员会和部分文献的观点，中止治疗不就是一种有意对抗“法秩序基础”^{〔60〕} 的行为吗？^{〔61〕} 如果支持伦理委员会以及部分文献所主张的观点，即在事后优先决策的情形中适用司法裁判并未明确认可的免责的义务冲突，那么医生将不得不接受以刑事侦查为开端的一系列程序。这些程序往往会持续数年，直到（像富尔达案一样）德国联邦最高法院做出判

〔53〕 谨慎起见：与可能会提出的异议相反，承认此处所主张的法律状态并不意味着，从现在起法秩序就允许以资源为借口使一些病人丧命，他们可能临床症状较轻却得到重症监护治疗。国家以其资源来保护生命，这也属于规范上的生存最低限度。

〔54〕 相关内容参见 Hoven, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020.

〔55〕 BGHSt 55, 191, 201 ff. 在评释中支持中止人工给养设施。另外还可参见 Gaede, NJW 2010, 2925; Kubiciel, ZJS 2010, 656; Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt (2015), S. 119 ff.

〔56〕 代表性的批判观点参见 Fischer (前引〔35〕), Vor § § 211–217, Rn. 60 ff.

〔57〕 具有整体代表性的论证参见 NK-StGB/Neumann (前引〔22〕), § 34 Rn. 130.

〔58〕 具有说服力的论述参见 NK-StGB/Neumann (前引〔22〕), § 34 Rn. 130.

〔59〕 对此参见 BGH NJW 1953, 513. 相同结论还可参见 BGHSt 35, 347, 350 (“如果非说有的话”)；最终也可能被通说观点接受（但细节上仍存在争议）。更多论证参见 Fischer (前引〔35〕), Vor § 32 Rn. 15.

〔60〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4.

〔61〕 支持这一行为具备可罚性的更多论证参见，例如 Künschner (前引〔48〕)，S. 344 ff., 362 ff.

决为止，并且判决很可能是承认该行为不可罚。在此期间，医生们将被称为“违法者”，并有可能再次遭受正当防卫行为带来的危险，尤其是来自病人家属的防卫行为。

2. 重新分配紧缺资源的标准

尽管两种案例情形之间（事前冲突和事后冲突）并不存在本质区别，但仍要留意的是，从规范角度来看，这两组案例的初始情形并非完全一致。对已得到社会医疗资源的患者而言，其处境已经有所好转。但如前所述，他得到的并不是一个永久的最高位阶的个人权利地位。由于受益患者在未来仍然享有平等分享医疗资源的权利，而国家对撤回决策的正当化处理（通过剥夺其受益的方式）会恶化其处境，因此也必须向受益患者证明这种方案的正当性。^[62] 如果单凭一个直觉或者本能预感的微小更优前景预测，就能引发资源的重新分配，那么这种方案的正当性难免会遭受质疑。从这一点切入可以考虑的是，为资源重新分配制定更为严格的标准。对此，部分文献提出了一种标准：只有当受益患者通过维持呼吸基本上只能延迟死亡，而另一位病人通过维持呼吸（不取决于机器）有望被救活时，才能支持撤回稀缺资源的决定。^[63]

但是，需要证明重新分配的正当性，并不代表就能以此享有一种事实上的对集体资源近乎绝对的权利。因为，此处的正当性恰恰就是通过没有侵犯他者人格领域来证成的，所以同样不需要对不同生命的价值进行不同的评价。^[64] 不同于德国《刑法典》第34条（紧急避险）的情形，这里并不需要证明受保护的利益明显优于被侵害的利益。^[65] 首先需要警惕的是，上述文献标准在优先决策困境中可能会引发回避策略，亦即病人宁愿自始就否认存活概率，^[66] 以便在必要时能够明确获得更好的救治机会。这可能会导致对纯粹姑息治疗的过早放弃。然而，对重新分配的正当性而言，最重要的却是，能有一个明确具体的标准，据此能期待最后获得明显更优的资源合理配置效果。如果通过某种方式可以更好地利用稀缺医疗资源，那么就可以在这种情况下证立后来的患者具备更优越的请求权。在这种情况下，后入院患者的平等分享权得以显著升格，在定期重新评估资源使用状况的框架下，后入院患者的平等分享权也是对现有分配状况加以变更的出发点。在上述情况中，并没有对先前受益患者的人格价值造成任何贬损。

本文所建议的标准采纳了医学上明确可操作的要求，即尽最大可能用医疗资源挽救性命，在重新评估医疗资源的情况下亦如是。但与此同时，该标准也包含了有必要考虑的已受益患者的特殊情况，它区别于迄今为止的绝对化处理方案：在撤回医疗设备时，它禁止医生仅凭借过于粗浅的差异，例如基于纯粹的年龄标准来做医疗前景预测。明显更优的存活概率为医生提供了一个标准，指定的决策团队可以将这一标准具体可行地适用在优先救治的紧急情况中。如果在适用这一标准时，在一个医院内部或者不同的医院之间采纳了不同的、但在医学上同样都合理的观点，那么从规范层面来看，都是可以被接受的。只要这些被采纳的医学观点并非随个案恣意而变，那么

[62] 强调了 this 实质内容的相关论证参见 NK-StGB/Neumann (前引 [22])，§ 34 Rn. 130.

[63] 参见，例如 NK-StGB/Neumann (前引 [22])，§ 34 Rn. 130；LK/Rönnau (前引 [35])，Vor § 32 Rn. 123.

[64] 对第一个人来说是一致的，但对第二个人来说没有给出理由就是不同的，NK-StGB/Neumann (前引 [22])，§ 34 Rn. 130.

[65] 该观点参见 NK-StGB/Neumann (前引 [22])，§ 34 Rn. 130；LK/Rönnau (前引 [35])，Vor § 32 Rn. 123.

[66] 已经认识到挽救生命和延长死亡之间的区别微弱，可参见 LK/Rönnau (前引 [35])，Vor § 32 Rn. 123.

所采观点就依然是基于对明显更优存活概率的评估。

(六) 解释现行法时：医学协会建议的重要性和考虑因素

行文至此，本文已经阐释了：在2019新型冠状病毒病可能导致的优先决策困境中，现行法应当在最大程度上允许医生以临床救治前景为标准做出决策。不管是对医疗床位的首次分配还是重新分配，医生都可以并且应该遵循其医学专业理性。那些最先讨论基础平等权的医学协会：德国重症监护和急诊医学跨学科协会（DIVI）、德国跨学科急救与急诊医学会（DGINA）、德国麻醉学和重症监护医学学会（DGAI）、德国内科急重症医学协会（DGIIN）、德国肺病学呼吸医学学会（DGP）、德国姑息治疗协会（DGP）以及医学伦理学研究院（AEM），业已提出了一些医学伦理建议，这些建议在很大程度上也适用于法律领域。

当医生决定对仍有持续感染症状的患者中止重症监护治疗时，建议他们遵照上文（五）第2节中已述的重新分配标准，特别是为重新分配呼吸设备而划定的更高门槛。医疗协会针对这种情形的建议与此前一直未被接受的法律意见恰好达成了一致。只有追求明显更优治疗前景这一个理由，能够向被放弃的病人及其亲属充分解释，为什么允许医生积极损害其平等治疗权。目前为止，医学协会给出的建议都是基于临床救治前景而做出决策，且不存在能与之相提并论的其他标准。^[67]

更进一步来看，指导性建议也有考虑不周全之处，即相关责任医生也可能不得不撤回自己正在使用的呼吸机，这种令人绝望的情况并不只是假设，而是真实存在的，并且同样需要依据优先救治决策的合法处理标准。如果医生违背注意义务，仅仅根据对现有选择可能性的错误判断，认为自己存在优先救治的情形并且据此做出了优先决策，那么至少要考虑构成过失致人死亡罪或者身体伤害罪。^[68]但在这种情境下，必须顾及分工和责任分配原则，亦即将可能存在的风险集中到一个人身上。此外，对这种必要的处理标准而言，应禁止其过于严苛。战胜新冠大危机并不能凭借某个医生，他们只是在特定医院工作的负荷高压且直面危险的个人。毋宁说，当地实际可用的集体医疗资源和大众机构的信息网络更直接地决定着应当要求医生遵守的决策标准。在这个方面，目前联邦立法层面基于德国重症监护和急诊医学跨学科协会的建议也已经采取了一些必要的措施。^[69]

除了上述两点之外，医学协会所提出的这些临床伦理建议确实应当被视为决策的标准，如果医生不想因为对患者健康状况的错误判断而让自己承担刑事责任的话，就应当在医疗实践中尽可能地注意这些标准。特别是鉴于过失行为具备刑事可罚性，医生采取行为的决策标准必须始终根据个案的具体情况。^[70]但是，如之前已预见的那样，^[71]倘若决策团队行为时所遵照的标准只

• 505 •

[67] Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引 [12])，S. 7.

[68] 但是，对于杀人罪而言，必须证明其具备临界于确定之盖然性，亦即患者在继续治疗的情况下能活得更久，更多全面论证参见 Ulsenheimer，Arztstrafrecht in der Praxis，5. Aufl. (2015)，Rn. 484 ff.

[69] 例如，颁布规定维持和确保医院重症监护容量的企业健康管理（BGM）的法律草案。

[70] 更多论证参见 BGH NJW 2000，2754，2758；Ulsenheimer，Arztstrafrecht in der Praxis (前引 [68])，Rn. 56 ff.，64；m. w. N. Matt/Renzikowski/Gaede (前引 [34])，§ 15 Rn. 39 ff.

[71] Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引 [12])，S. 3 ff.

是暂时能够采集到的临床数据，那么通常情况下也可以排除对其违背注意义务致人死亡的指控。这里特别需要注意的是，不应再回溯至先前的严重危机中，为先前情形制定事后标准；危急关头时间紧张且变化无常，在这种情况下，医生无法事前就能考虑到事后的标准。尤其在悲剧仍然大范围重演的情况下，为了避免这种回溯错误，过失犯的固定规范门槛应当契合生活实际的高于医疗协会所建议的标准。^{〔72〕}

Abstract: In the absence of legal requirements, a variety of theoretical models are currently being debated for coping with situations in which doctors cannot help all patients at the same time with the resources available to them. While some want to leave the decision in the hands of doctors, and others advocate a selection according to social criteria, such as age, or a lottery procedure. Not only the decision criteria are controversial, there is also uncertainty about the legal consequences of a decision based on these criteria. Building on the medical-ethical debate, it is needed to clarify the urgent legal questions on the basis of current law. It argues that, with the help of medical criteria and procedures, doctors can and are allowed to make legitimate selection decisions while at the same time leaving the so-called basic normative equality of people untouched.

Key Words: Covid-19 pandemic, triage, ethical and moral dilemma, medical criminal law, justificatory obligation conflict

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

〔72〕 在过失犯领域，有关回溯错误的相关问题及更多论证可参见 *Matt/Renzikowski/Gaede*（前引〔34〕），§ 15 Rn. 30 f.; *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*（前引〔68〕），Rn. 78 ff.