



□ 总则编

农村集体经济组织法人的治理机制研究·····李国强 朱晓慧 2022（1·62）	5
人工智能法律主体资格之否定·····杨志航 2022（4·83）	19
《民法典》中“依法”的规范功能·····钟瑞栋 毛仙鹏 2022（4·132）	35
《民法典》概括条款的识别标准与类型构造·····刘亚东 2023（1·76）	51
“职务代理”独立性之质疑·····刘 骏 2023（2·178）	67

□ 物权编

《民法典》相邻关系规范的体系化构造：兼论容忍补偿请求权 的独立性·····韩光明 2022（5·135）	82
预售房抵押预告登记之优先受偿论·····国 凯 2023（1·106）	94
商品房买卖合同与借款合同的效力关联 ——以最高人民法院“王忠诚案”为例·····罗亚文 2023（1·179）	108
商事交易中担保物权代持的解释论 ——以《民法典担保制度司法解释》第4条为中心·····熊 敬 2023（2·112）	122
转让可能损害抵押权司法适用的类型化研究 ——以不动产抵押为中心·····李欢欢 2023（6·136）	138
典型动产和权利担保物权顺位规则研究·····李勇德 2023（6·149）	151
动态质押设立中实际控制要件的解释与适用·····黄彦霁 2023（6·164）	165

□ 合同编

论债券预期违约救济的法理基础及分类构造·····季奎明 陈 霖 2022（1·104）	180
强制售卖与合同僵局化解 ——评“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”·····刘 凝 2022（2·97）	193

民法典语境下交付移转风险规则的体系联动效应辨识·····刘 洋 2022 (2·114)	210
根本违约场合风险负担规则的适用·····杨 勇 2022 (5·147)	226
安慰函的法律构造与规范进路·····刘 斌 王洁宇 2023 (2·144)	241
违反强制性标准的合同效力认定·····周 宇 2023 (3·80)	258
非典型合同和典型合同中的参照适用·····王 雷 2023 (3·93)	271
《民法典》视阈下违约金司法酌减规则的区分适用论·····章榆翔 2023 (3·126)	288
论违约金的履约担保功能	
——兼论违约金酌减规则·····张厚东 2023 (3·144)	306
第三人缔约过失的责任性质及规则适用·····孙 娟 2023 (5·161)	323
合伙合同的四个维度·····周江洪 2023 (6·137)	339
□ 人格权编	
信息主体同意的适用边界·····李群涛 高富平 2022 (1·3)	351
个人信息保护 “目的限制原则” 的反思与重构	
——以《个人信息保护法》第 6 条为中心·····朱荣荣 2022 (1·18)	366
“国家在场” 视角下个人信息保护的实践检视与路径	
探索·····王 娅 2022 (3·65)	380
论信息主体的知情同意及其实现·····常宇豪 2022 (3·80)	395
被遗忘权本土化的路径选择与规范重塑	
——以《个人信息保护法》第 47 条为中心·····王义坤 刘金祥 2022 (3·96)	411
论个人信息侵权中的损害·····朱晓峰 夏 爽 2022 (4·51)	425
个人信息私法救济中的“损害赔偿” 困境与应对路径·····赵贝贝 2022 (5·95)	441
论共同处理个人信息的侵权损害赔偿赔偿责任·····刘琬乔 2022 (5·95)	453
无过错归责原则：个人信息侵权损害赔偿的应然走向·····蒋丽华 2023 (1·92)	470
《民法典》违约精神损害赔偿条款的司法适用	
——基于《民法典》生效后 202 个案例的实证考察·····许素敏 2023 (1·92)	483
敏感个人信息的界定及其完善·····莫 琳 2023 (2·21)	497
论私密个人信息的合理使用困境与出路·····刘 磊 2023 (2·36)	512
数字政府建设中个人信息保护的风险规制路径·····刘绍宇 2023 (2·51)	527

安全作为个人信息保护的法益·····	贺 彤 2023 (3·110)	544
论侵害个人信息权益的精神损害赔偿·····	李东宇 2023 (4·134)	560
人格权禁令独立性的保全路径		
——以起诉期间制度为核心·····	刘子赫 2023 (5·177)	575
未成年人个人信息同意能力的理论证成及判定·····	张素华 尹晓坤 2023 (6·3)	591
消费性基因检测场景下的个人基因信息保护·····	田 野 2023 (6·18)	606
□ 侵权责任编		
相当因果关系的现代变迁与本土抉择·····	王 磊 2022 (1·76)	621
体系考量下管理人致受益人损害的赔偿责任·····	冯德淦 2022 (6·149)	635
侵权法生存机会丧失理论的重构·····	王浩然 2023 (2·161)	650
消除影响请求权的体系整合与制度构造·····	温世扬 刘 昶 2023 (4·66)	667
操纵市场民事索赔中因果关系推定的法理与适用·····	刘东辉 2023 (5·67)	683
比例连带责任在无意思联络数人侵权中的适用·····	陈 霖 2023 (5·100)	700
□ 著作权法		
论数字时代的美术作品原件		
——基于展览权的视角·····	李 强 2022 (3·29)	714
元宇宙对著作权法的挑战与回应·····	张金平 2022 (5·54)	728
NFT 交易模式下的著作权保护及平台责任·····	王江桥 2022 (5·70)	744
著作权合理使用算法化：必要、可能与限度·····	邵红红 2023 (4·149)	755
□ 民事诉讼法		
民事独立禁令程序建构论·····	李 蔚 吴英姿 2022 (4·148)	771
民事执行根据问题探究·····	张卫平 2023 (3·3)	786
债权共相与效力殊相：执行债权的概念厘定·····	肖建国 张苏平 2023 (3·19)	802
论我国民事执行立法内容确定技术的四对关系·····	谭秋桂 2023 (3·34)	817
禁诉令成文立法模式探究		
——以国际民事诉讼管辖冲突为背景·····	季澄珏 2023 (3·178)	831

□ 其他

权利正当性视野下代孕合法化的三重条件·····李亭慧 2022 (1·167)	846
重大突发风险应对之保险法审思	
——系统性检视我国保险业应对新冠疫情举措····· 张力毅 2022 (2·69)	858
算法解释在民法中的体系定位与类型区分····· 胡巧莉 刘征峰 2022 (4·67)	871
电子商务平台经营者管理权的法理基础与规范进路	
——基于线上平台与线下市场的对比分析····· 王巧璐 2022 (4·99)	887
我国营业信托中忠实义务的认定、违反及归责	
路径研究····· 田桂瑶 杨 婷 2023 (6·121)	903

农村集体经济组织法人的治理机制研究

李国强 朱晓慧*

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

关键词：农村集体经济组织 个人主义 整体主义 内部机制 外部机制

• 5 •

一、引言

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

* 李国强，吉林大学财产法研究中心教授；朱晓慧，吉林大学法学院博士研究生。

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

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

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

二、作为关系主体的农村集体经济组织

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

（一）从“关系主体”的角度解释集体资产的归属

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

〔8〕 参见前引〔6〕，宋志红文。

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

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

〔11〕 参见前引〔10〕，王利明、周友军文。

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

〔13〕 前引〔6〕，宋志红文，第174页。

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

（二）需要超越个人主义方法论解释作为“关系主体”的集体经济组织

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

• 9 •

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

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

[21] 参见前引[16],蔡立东等书,第35页。

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

[23] 参见前引[16],蔡立东等书,第23页。

[24] 参见前引[16],蔡立东等书,第34-35页。

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

（三）“关系主体”的法人治理机制不宜简单参照营利法人构建

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

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

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

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

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

〔29〕 参见前引〔1〕，郭洁文。

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

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

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

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

三、农村集体经济组织的内部治理机制

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

（一）决议机制

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

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

• 11 •

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

〔34〕 参见前引〔33〕，管洪彦文。

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

〔36〕 参见前引〔27〕，卡尔·拉伦茨书，第222页。

〔37〕 参见前引〔35〕，王雷文。

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

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

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

• 12 •

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

（二）权益分配机制

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

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

〔39〕 参见前引〔27〕，卡尔·拉伦茨书，第58—60页。

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

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

〔42〕 前引〔33〕，管洪彦文，第57页。

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

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

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

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

〔45〕 参见前引〔43〕,房绍坤等文。

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

（三）监督机制

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

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

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

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

四、农村集体经济组织的外部治理机制

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

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

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

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

(一) 农村集体经济组织与村委会的职能划分

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

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

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

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

〔49〕 参见前引〔19〕,李永军文。

〔50〕 参见前引〔19〕,李永军文。

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

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

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

（二）妥善处理政府公权力介入的合理干预

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

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

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

（三）以集体资产交易平台为中心建构农村集体经济组织和其他市场主体之间的关系

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

〔53〕 参见前引〔33〕，管洪彦文。

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

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

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

• 17 •

五、结 语

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

〔54〕 参见《集体产权改革意见》第1条。

〔55〕 参见《企业国有资产交易监督管理办法》第二章至第四章的结构设计。

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

〔57〕 前引〔3〕,高飞书,第182页。

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

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

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

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

人工智能法律主体资格之否定

杨志航*

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

关键词：法律主体 人格 康德 自在目的 尊严

• 19 •

一、问题的提出

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

* 杨志航，吉林大学法学院博士研究生。

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

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

备法律主体资格,则成为这场讨论的焦点。

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

二、人工智能法律主体资格的确立及其争议

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

(一) 人工智能法律主体资格的确立

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

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

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

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

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

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

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

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

（二）法律主体是一种法律技术建构吗？

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（三）法律主体等同于自然人吗？

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

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

（四）现代法律主体本性定位：彰显尊严的人格

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

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

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

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

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

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

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

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

〔23〕 参见前引〔20〕，罗尔夫·克尼佩尔书，第59页。

〔24〕 参见前引〔20〕，罗尔夫·克尼佩尔书，第71-72页。

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

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

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

三、自然法则公式测试

• 23 •

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

（一）人格尊严的形式规定：自然法则公式

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

〔26〕 参见前引〔22〕，星野英一，第24页。

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

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

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

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

〔31〕 参见前引〔22〕，星野英一，第23-24页。

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

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

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

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

(二) 制造以理性为前提的图灵机器

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

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

[33] 参见前引[22],星野英一书,第23页。

[34] 参见前引[29],康德书,第52页。

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

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

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

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

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

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

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

〔38〕 参见前引〔37〕，玛格丽特·博登书，第161页。

〔39〕 前引〔37〕，玛格丽特·博登书，第168页。

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

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

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

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

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

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

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

(三) 制造以普遍法则为前提的康德机器

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

四、人性公式测试

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

（一）人格尊严的质料规定：人性公式

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

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

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

[51] 参见前引 [29]，康德书，第 64 页。

[52] 参见前引 [28]，卡尔·拉伦茨书，第 47 页。

[53] 参见前引 [20]，罗尔夫·克尼佩尔书，第 64 页。

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

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

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

（二）手段目的测试

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

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

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

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

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

[58] 参见前引〔40〕，Laszlo Versenyi文，第256页。

王一样的人工智能，逻辑上我们就必须服从它的统治。”〔59〕

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

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

（三）赋予价值测试

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

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

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

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

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

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

世界存在的辩护却恰好否定人工智能作为独立目的存在的可能性。显而易见,人工智能并非自然创造的目的,不可能作为价值赋予的来源。如果把人类存在归结于自然目的,那么人工智能完全就是人类理性发展的产物,它的出现是人工智能的结果。如果说上帝造人,那么人类现在正在扮演上帝的角色。世界的中心是造物者而不是被造物,人工智能的出现,是人性作为目的的一个证明。人类虽然具备理性能力,是人工智能价值赋予的源头,但是人类所赋予的价值是有条件的,并不具备赋予绝对价值的能力。

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

• 30 •

五、自律公式测试

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

(一) 人格尊严的完整规定:自律公式

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

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

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

〔63〕 参见前引〔29〕,康德书,第75页。

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

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

（二）通往他律的内部自由

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

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

〔64〕 参见前引〔54〕，康德书，第40页。

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

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

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

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

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

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

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

(三) 通往自律的外部升级

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

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

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

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

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

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

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

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

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

• 33 •

六、结 语

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

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

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

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

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

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

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

(责任编辑:赵真 赵建蕊)

《民法典》中“依法”的规范功能

钟瑞栋 毛仙鹏*

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

关键词：民法典 依法 规范衔接 价值补充 体系修补

• 35 •

一、引言

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

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

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

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

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

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

二、“依法”的规范衔接功能

（一）“依法”规范衔接功能的缘起

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

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

（二）“依法”规范衔接功能的语用分析

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

〔8〕 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第47页。

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

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

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

（三）所“依”之“法”的范围

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

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

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

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

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

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

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

（四）“依法”的其他语用形式

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

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

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

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

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

语用形式分化是为立法者有意强调的情形亦不鲜见，主要包括以下三种情形：

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

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

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

三、“依法”的价值补充功能

（一）“依法”的价值补充功能之证成

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

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

〔16〕 参见前引〔9〕，王利明主编书，第352页。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（二）公私法融合背景下“依法”价值补充功能的实证分析

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

四、“依法”的体系修补功能

（一）“依法”的体系整合功能

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

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

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

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

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

1. 请求权基础的体系化整理

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. 限制法律条款的过度解释

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(二)“依法”的授权填补未决事项功能

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

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

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

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

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

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

[50] 参见前引[13],陈甦主编书,第785页。

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

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

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

（三）“依法”的修补民商事规范罅隙功能

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

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

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

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

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

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

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

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

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

• 47 •

五、《民法典》中“依法”的错置及其完善

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

(一) 未贯彻“可以依法”和“依法可以”的区分

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

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

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

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

（二）“依法”的叠用与漏用

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

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

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

（三）“依照法律规定”的体系解释困局

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

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

• 49 •

六、结 论

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

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

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

法技术的提炼。

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

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

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

《民法典》概括条款的识别标准与类型构造

刘亚东*

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

关键词：小概括条款 中概括条款 大概括条款 《民法典》

• 51 •

一、问题的提出

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

* 刘亚东，首都经济贸易大学法学院讲师。

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

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

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

的危险责任条款称为概括条款；〔3〕有的学者从立法技术的角度将某一条款的兜底性规定也称为概括条款。〔4〕由此可知，对于《民法典》中的概括条款至少有如上三种认识，在此存在的问题便是到底应该如何认识概括条款，这三类规范是否为同一事物，也就是说对于概括条款到底是应该做统一性的处理，还是应当做层次化处理，民法学界对此未有体系化的认识。这也决定了必须在体系化的视角下来重新认识概括条款，将以上都有概括条款之称的规范一并考察，厘清彼此之间的区别。基于此，本文要回答的问题便是在《民法典》的规范体系之中如何认识概括条款这一问题。本文的行文结构为首先介绍概括条款的识别标准，然后以此为标准一一检视我国民法上那些被称为概括条款的法规范是否能够被称为概括条款，最后将概括条款区分为微观、中观、宏观三个层次，分别称为小概括条款、中概括条款、大概括条款。

二、概括条款的识别标准

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

（一）基于形式特征的识别标准

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

1. 不确定性

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

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

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

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

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

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

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

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

糊，特别抽象。^{〔10〕} 概括条款的模糊性取决于其规范文本的抽象程度。

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

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

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

2. 要求价值补充

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. 不可直接涵摄性

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

4. 结构上具有兜底性质

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

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

（二）基于实质功能的识别标准

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

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

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

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

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

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

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

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

1. 接收援引功能

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

• 55 •

2. 灵活适应功能

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

〔25〕 参见前引〔2〕，苏永钦书，第277页。

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

〔27〕 Vgl. Ohly, Generalklausel und Richterrecht AcP 201 (2001), 1, 11.

〔28〕 Vgl. Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 1107.

〔29〕 Vgl. Dreier, Rechtsphilosophische Standpunktprobleme, in: Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 332.

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

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

〔32〕 Vgl. Schwacke, Juristische Methodik, 5. Aufl., 2011., S. 49.

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

3. 授权功能

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

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

三、微观层次的概括条款

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

（一）引致性的兜底条款不是概括条款

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(二) 具有裁量性质的兜底条款是概括条款

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

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

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

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

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

〔46〕 参见前引〔21〕,恩吉斯书,第145页。

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

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

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

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

（三）裁量性的兜底条款是微观层面的概括条款

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

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

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

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

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

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

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

四、中观层次的概括条款

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

(一) 合同编的概括条款

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

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

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

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

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

[55] 参见前引[40],王利明书,第519-520页。

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

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

排之后的选择。

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

（二）人格权编的概括条款

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（三）侵权责任编的概括条款

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

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

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

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

〔68〕 参见前引〔3〕，王利明书，第134页。

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

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

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

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

〔73〕 这里的处理方式，在我国已经为人格权编的一般人格权条款取代。

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

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

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

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

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

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

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

〔76〕 参见前引〔13〕，克莱默书，第43页。

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

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

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

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

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

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

〔83〕 参见前引〔53〕，朱岩文；前引〔3〕，王利明书，第137页。

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

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

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

五、宏观层次的概括条款

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

(一) 适用领域的广泛性

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

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

• 63 •

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

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

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

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

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

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

（二）调节利益的根本性

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

1. 实质性冲突：从意思自治到实质化价值的变迁

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. 形式性冲突：从形式理性到实质理性的变迁

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

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

3. 制度性冲突：从法官拘束到法官造法

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

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

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

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

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

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

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

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

六、结 论

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

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

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

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

“职务代理”独立性之质疑

刘 骏*

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

关键词：职务代理 表见代理 默示授权 经理权 代办权

• 67 •

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

* 刘骏，华东政法大学法学院特聘副研究员。

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

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

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

一、职务代理之来源

（一）中国法

1. 法律依据

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

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

〔2〕 参见前引〔1〕，尹飞文。

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

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

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

代理。这些规定根植于之前有关职务代理的学说论述。

2. 构成要件

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

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

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

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

〔7〕 参见前引〔4〕,江平、张佩霖主编书,第95页。

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

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

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

〔11〕 参见前引〔1〕,尹飞文。

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

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

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

（二）苏俄民法上之“职务代理”

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

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

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

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

〔14〕 参见前引〔1〕，尹西明文。

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

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

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

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

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

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

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

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

二、职务代理之适用范围和权限

• 71 •

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

(一) 适用范围

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

[21] 参见前引[1],余延满、郭玉军文。

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

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

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

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

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

[27] 参见前引[3],李宇书,第793页。

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

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

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

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

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

（二）权限之确定

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

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

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

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

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

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

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

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

1. 职务：授权行为抑或权利外观？

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

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

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

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

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

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

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

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

〔39〕 参见前引〔24〕，杨芳文，第166页。

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

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

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

2. 功能视角

实际上，授权行为说（或职务行为说）和表见代理的功能类似。

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

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

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

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

〔44〕 参见最高人民法院（2015）民申字第418号民事裁定书。

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

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

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

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

〔49〕 参见前引〔46〕，王浩文。

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

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

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

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

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

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

〔51〕 参见前引〔46〕，王浩文。

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

〔53〕 参见前引〔10〕，杨秋宇文。

〔54〕 参见前引〔3〕，徐深澄文。

〔55〕 参见前引〔34〕，王浩文。

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

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

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

三、质疑以经理权、代办权和店员代理权阐释职务代理

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

（一）经理权、代办权和店员代理权模式

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

〔57〕 参见前引〔26〕，聂卫锋文。

〔58〕 参见前引〔1〕，尹飞文。

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

〔60〕 参见前引〔10〕，杨秋宇文。

〔61〕 参见前引〔3〕，李宇书，第797页。

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

1. 经理权

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

2. 代办权

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

• 77 •

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

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

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

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

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

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

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

〔69〕参见前引〔1〕,尹飞文。

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

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

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

3. 店员代理权

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

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

（二）我国法之定位

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

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

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

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

〔75〕 参见前引〔74〕，弗卢梅书，第 984 页。

〔76〕 参见前引〔74〕，弗卢梅书，第 987 页。

〔77〕 参见前引〔71〕，拉邦德文。

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

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

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

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

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

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

〔80〕 参见《企业法人登记管理条例》第11条。

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

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

〔83〕 参见前引〔3〕，徐深澄文；前引〔10〕，杨秋宇文。

〔84〕 参见前引〔25〕，冉克平文。

〔85〕 参见前引〔12〕，郑泰安、钟凯文；前引〔79〕，张舫、李先映文。

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

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

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

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

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

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

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

四、结 论

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

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

〔91〕 参见前引〔24〕，杨芳文，第166页。

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

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

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

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

• 81 •

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

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

《民法典》相邻关系规范的体系化构造： 兼论容忍补偿请求权的独立性

韩光明*

• 82 •

内容提要：法典化的技术核心是体系化构造，《民法典》包括相邻关系在内的诸多规范都存在法典化后的体系构造问题。相邻关系规范在《民法典》中可谓自成一体，作为单独一章仅有9个条文，既包括一般条款，如原则条款和法源条款，又在其他具体条文中以独特的容忍义务展开具体的规范构造。法典化后的相邻关系问题可以直接适用总则编的概括条款和法源条款解决，实无再单独保留专门的一般条款之必要。此外，与法典化之前的立法相比，相邻关系规范最大的变化是相邻关系损害救济问题，对此应遵循体系化思维，明确相邻关系规范的独立性，也即相邻关系容忍补偿请求权在整个民法典请求权规范体系中的独立性。

关键词：体系化构造 相邻关系 容忍义务 补偿请求权

《民法典》颁行更多的是形式意义上的法典化，法典颁行后尚需要进行体系化构造以完成实质意义上的法典化。体系化构造需要从价值融贯和概念体系两个方面入手。相邻关系规范属于典型的“规则体”（regelung），^{〔1〕}但其在纳入《民法典》之后，如何确定在私法规范体系中的位阶是一个亟待分析论证的问题，此即需要在《民法典》框架下对相邻关系规范进行体系化构造。本文的核心内容即从相邻关系的概括条款、法源条款以及具体条文的法律技术特征等方面构造体系化的相邻关系规范，进而阐明其作为独立请求权规范基础的意义所在。

* 韩光明，中山大学法学院副教授。

〔1〕 拉伦茨在《法学方法论》中的此一用词，陈爱娥将其翻译为“规整”，黄家镇采用“规则体”的译法。规则体主要是指由若干单一规则或法条整合而成的规则群。参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第636页。

一、民法法典化与体系化构造

体系化是法律科学最为重要的任务之一。^{〔2〕}而从方法论的意义上来看,民法法典化主要是指私法规范的体系化,而此体系化的融贯程度决定了法典的法律适用的统一性。^{〔3〕}关于法典的体系化通常有内在体系和外在体系的区分:^{〔4〕}前者是指法典的价值体系,尤其以法律原则所彰显的价值为基础,^{〔5〕}其追求法典内在价值的统一性或整体性;后者则指法典所引入的“抽象的、概念的体系”,是以法律概念为基础的形式体系。^{〔6〕}法典编纂是实现体系化的一种方式或途径。一部法典的颁行首先意味着形式上的质料统一,但是否实现了内外两个层面的体系化则尚需进一步检验。换言之,形式意义上的《民法典》之颁行,并不当然意味着体系化的完成。^{〔7〕}后法典时代法学的核心任务在于进一步的体系化构造。^{〔8〕}体系化构造(Konstruktion)^{〔9〕}是指基于法典编纂纳入的原则、概念对整个法规范进行内在价值体系和外在概念体系的解释、重构的过程。这一过程既包括整体体系的构造,如整体价值、法典体例结构,也包括子体系或下位体系的构造,如责任规范体系、违约救济体系、相邻关系规范体系、建筑物区分规范体系等。我国《民法典》颁行后,无论是学界集中进行的法典解释、评注,还是相关司法解释的出台,实际上都是对《民法典》的进一步体系化构造。

《民法典》的体系化构造可以大致区分为内在体系构造和外在体系构造两个方面。内在体系构造是指民法典价值体系的融贯性构造。主要涉及《民法典》中的价值规范,尤其是对第3—9条规定的平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则、公序良俗原则和绿色原则等概括性条款的解释与界定,涉及每一个具体法律原则的含义界定,以及不同原则之间的关系。^{〔10〕}此外还涉及《民法典》第1条中规定的“社会主义核心价值观”与诸法律原则之间的关系,^{〔11〕}以及财产自由

• 83 •

〔2〕 拉伦茨指出:“法律科学最为重要的任务之一就是发现单个的法规范相互之间和规则体相互之间,以及它们与法秩序的主导原则之间的意义脉络,并将该意义脉络以可被概观的方式,即以体系的形式表现出来。”前引〔1〕,拉伦茨书,第548页。

〔3〕 苏永钦指出,体系化程度越高,制定法的解释就越稳定。“作为一种实用的社会规范,法律的体系化追求不可能只是基于一种单纯的美感。体系化最原始的功能还是在帮助找法,法律适用形成的解释学,又会不断强化体系。”苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第75—76页。

〔4〕 此种体系区分源于菲利普·黑克在《概念建构与利益法学》中的理论,后由拉伦茨和卡纳里斯等进一步优化建构。参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第59页。

〔5〕 参见前引〔1〕,拉伦茨书,第603页。

〔6〕 参见前引〔1〕,拉伦茨书,第548—549页。

〔7〕 尤其是基于我国《民法典》编纂的实际情况,即此次《民法典》编纂的体系化工作是以整合既有民事单行法为基础的,更多是对既有单行法及相关司法解释的整理组合。

〔8〕 拉伦茨称之为“作为体系化手段的法学‘构造’”,并认为法学上的构造是法学努力的中心。参见前引〔1〕,拉伦茨书,第553页。

〔9〕 在相关德文法学文献的中文翻译中,Konstruktion有“构造”和“建构”两种译法。黄家镇翻译为“构造”(参见前引〔1〕,拉伦茨书,第553页);也有学者翻译为“建构”[参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订第5版),台湾大学法律学系法学丛书编辑委员会2006年版,第921页]。再如傅广宇在翻译黑克的《利益法学》时采用了概念建构(aequivalente Konstruktionen)的译法。参见〔德〕菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第44页。

〔10〕 参见于飞:《民法基本原则:理论反思与法典表达》,载《法学研究》2016年第3期;方新军:《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》,载《法制与社会发展》2019年第2期。

〔11〕 参见方新军:《社会主义核心价值观融入〈民法典〉解释的意义和方法》,载《苏州大学学报(法学版)》2022年第1期。

价值与人身保护、家庭伦理、共同体约束等方面的价值冲突与协调，等等。

《民法典》的外在体系构造则通常涉及两个方面，首先是基本概念的一致性。譬如“合同”这一概念是否在《民法典》中具有一致性，^{〔12〕}尤其如何统一解释总则编的“合同”、物权编的“物权合同”以及合同编中作为债之发生原因的“合同”，还有特定人格权许可使用协议等；譬如“责任”的统一性解释问题，即在民法典规范中如何构建相对完整的责任规范体系，^{〔13〕}包括责任的基本含义、责任类型、责任性质、责任的承担规则，等等。外在体系构造的第二个方面往往涉及规范与规范之间的逻辑关系，也就是要求对任何一个具体法条、单一规范都要放置在“语境”或“上下文”（context）中理解，因为“单个规范之间不是无组织、混乱地联系在一起，而是在理想情况下，法秩序被思考成一个整体、一个价值判断尽可能一致的体系和意义构造，法律适用者在解释其单个组成部分时，不能孤立、无视其规范性的语境”^{〔14〕}。《民法典》的外在体系化构造在此方面最为重要的任务首先是各编之间关系的厘清，包括总则编对各分编的统摄程度，譬如总则编规定的法律行为概念对于各分编具体规定的涵摄，包括前面提到的合同的界定、与身份协议相关的规范适用，也涉及侵权责任编中有关责任能力规定的解释问题等。还有分编与分编之间的关系，尤其是《民法典》在各分编的第一条都设置了调整范围条款，看似清晰而实质上却为体系化构造设置了障碍。^{〔15〕}譬如《民法典》第205条规定“本编调整因物的归属和利用产生的民事关系”，但就整个《民法典》来看，并不能排除其他各编也从不同角度规范调整物的归属和利用问题，譬如离婚财产分割和继承导致的物之归属问题、基于合同的物之利用问题等。^{〔16〕}再如，发挥债总作用的合同编第一分编“通则”与侵权责任编的体系化构造问题，^{〔17〕}等等。

如前所述，体系化不足的弊病首先体现为法典价值不具有统一性，尤其是基本原则规范之间不协调甚至冲突；其次是基本概念缺乏统一性，不能自总则统摄贯彻到各分编；再次，各分编之间、各规则体之间缺乏逻辑性，存在交叉错乱、规定冗余等情形。而这些最终都将导致法典适用欠缺融贯性，最终侵蚀法典本应具有权威性。故此，体系化构造的任务尤为重要，其在某种程度上担负着再法典化的使命。接下来，本文即以《民法典》中的相邻关系规范为例展示体系化构造的基本作业方式。

二、相邻关系规范一般条款的体系化构造

《民法典》作为一个整体性的体系化“构造体”，是由不同的“规则体”构成的，而各个不同

〔12〕 参见李永军：《论民法典合同编中“合同”的功能定位》，载《东方法学》2020年第4期。

〔13〕 参见冯珏：《我国民事责任体系定位与功能理论反思》，载《政法论坛》2022年第4期。

〔14〕 前引〔4〕，克莱默书，第55-56页。

〔15〕 正是基于此种立法设置，有学者将《民法典》称之为活页式法典，认为“我国《民法典》系单行法的活页式汇聚”（参见朱庆育：《第三种体例：〈民法通则〉到〈民法典〉总则编》，载《法制与社会发展》2020年第4期）；也有学者认为《民法典》基本还沿袭了《民法通则》模式（参见李永军：《论民法典“合同编”与“总则编”和“物权编”的体系关联》，载《华东政法大学学报》2019年第2期）。

〔16〕 同样的问题也存在于第463条（本编调整因合同产生的民事关系）、第989条（本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系）、第1164条（本编调整因侵害民事权益产生的民事关系）。

〔17〕 参见李永军：《侵权责任编的内在与外在体系》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2021年第4期；尹志强：《侵权法的地位及与民法典各分编关系的协调》，载《华东政法大学学报》2019年第2期。

的规则体也需要进行体系化构造。^{〔18〕} 不动产相邻关系是《民法典》中一项重要的法律规则体，就立法表达来看，《民法典》相邻关系规范基本沿袭了《民法通则》的立法模式，一方面继续保留了独立的一般条款，包括原则条款（第288条）与法源条款（第289条），另一方面在具体规范内容上也基本未做增删调整。但无论在法学理论还是司法实践中，对于相邻关系规则的性质以及规范意义都尚存在诸多需要澄清之处，譬如认定适用不动产相邻关系规则的事实条件或基础要件，即主体与客体的范围、容忍义务的限度如何判断，以及容忍损害救济和违反容忍义务的法律效果等。如前所述，对于这些问题，需要在《民法典》框架内进行体系化构造，也即进行整体性的体系化解释，甚至是重构，而不能仅仅“就事论事”。

（一）原则条款的体系化构造

此涉及相邻关系规范中的原则条款，即《民法典》第288条的规定，与总则编中有关法律原则之规定的关系。具体言之，即第288条规定的“有利生产、方便生活、团结互助、公平合理”与第6条规定的公平原则、第7条规定的诚信原则在价值内涵上是否一致？如果两者价值内涵一致且后者足以涵摄前者，那么则无叠床架屋另行规定之必要，此涉及《民法典》内在价值体系的立法表达技术问题。此外，这一问题还涉及相邻关系的法律适用问题，也即是否需要通过第288条以填补《民法典》在相邻关系规范方面的法律漏洞，^{〔19〕} 譬如在不可量物排放条款（第294条）中没有规定震动的侵扰问题，再如相邻关系中电视电信信号的阻挡侵扰问题。对此，有学者认为采用类推适用的方法填补即足，而无需适用概括条款。^{〔20〕} 再进一步言之，即使存在无法通过类推等法律适用方法填补的法律漏洞，通过总则编的一般性条款或法律原则规范也足以完成找法作业。^{〔21〕}

（二）法源条款的设置与解释

法源条款即《民法典》第289条关于相邻关系规范依据的规定，其找法作用之发挥需要结合《民法典》第10条的法源条款来完成。由此产生的疑问首先是，就立法上的选择而言，在第10条的法源条款之外，是否还有必要就相邻关系规范单独另行规定法源条款。尽管关于法律渊源的含义存在不同层次的界定，但从立法表述上看，两个条文都采用了“处理”一词，而这里的“处理”应理解为司法裁判之意，也就是说这两个条文的性质同一，都应界定为司法裁判之依据，即一切得为裁判之大前提的规范的总称，^{〔22〕} 而非其他形式意义或广义上的法律渊源。其次，第10条规定的“法律”与第289条的“法律、法规”，以及两个条文中规定的“习惯”，是否可以做同一之解释？按照通常理解，第10条的“法律”乃属广义之谓，既包括全国人大及其常委会制定

〔18〕 有学者认为，《民法典》是一个具有外在逻辑体系和内在价值体系的“构造体”，而《民法典》的每一编也是遵循这样的构造。参见李永军：《论物权编外在体系的自治性》，载《比较法研究》2020年第4期。

〔19〕 有观点认为，该条具有法律漏洞填补功能，可以为法律没有明确规定的相邻关系，如越界建筑等引起的相邻关系，提供最基本的行为准则和裁判准则。参见孙宪忠、朱广新主编：《民法典评注：物权编（2）》，中国法制出版社2020年版，第243页。

〔20〕 参见纪海龙：《法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例》，载《法律科学》2014年第4期。

〔21〕 此处或涉及一个深层次的问题，即或有不同主张认为，相邻关系规范内涵的价值区别于总则编通过基本原则之规定所彰显的价值，故应独立设置。基于基本的价值统一性或融贯性之要求，通常不能在同一法典中主张多种不相容之价值并存，且此一问题涉及整个《民法典》的价值统一性论证，也涉及基本原则规范的合理性论证。兹事体大，须专文论之。

〔22〕 参见黄茂荣：《法学方法论与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第371页；汪洋：《私法多元法源的观念、历史与中国实践——〈民法总则〉第10条的理论构造及司法适用》，载《中外法学》2018年第1期。

的规范性文件，也包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。^{〔23〕}那么第289条中的“法律”即属狭义，即仅指全国人大及其常委会制定的规范性文件，而“法规”则指该条“法律”之外的其他规范性法律文件，用以补足该条狭义“法律”概念涵摄范围之不足。学理上有观点认为，第289条中的“法规”包括行政法规和地方性法规。^{〔24〕}依此解释，第289条的“法律、法规”乃与第10条的“法律”可做同一理解。^{〔25〕}至于两个条文中的“习惯”作为司法裁判之根据，自然应做“习惯法”而非具体的交易习惯或地方习俗理解。综前所述，第289条的内容完全可以为第10条所替代，亦无另行独立规定之必要。

此外，在相邻关系规则容忍义务限度的判定中，常常会涉及一些建筑、工程等方面的规章、国家标准或行业标准等。譬如第293条中规定的“国家有关工程建设标准”、第294条规定的“国家规定”等，该如何理解其性质？是否应纳入“法源”范畴？对该问题的回答实际上涉及行政许可等公法行为对相邻关系规则法律适用的影响问题。一种解释认为，此两条规定实际上是通过法律授权的方式赋予相关标准和规定（包括规章等）以法律效力，只要符合该相关标准和规定即属于容忍义务之合理限度内，并进而认为应排除容忍义务人的任何请求权。^{〔26〕}而另有解释认为，不违反有关标准和规定仅仅是判断是否构成侵权的方法，也就是意味着即使符合相关标准或规定，也需要向容忍义务人承担相应的补偿责任。司法实践中也有法院承认：“行政许可也不能成为免除相邻方承担相邻妨害民事责任的依据，不动产获得行政许可并不当然排除民事侵权构成。”^{〔27〕}由此可见，如果作为一种对法源最宽泛的理解，即“一切能够对裁判产生影响之事实”，自可称之为法源，但从严格的法教义学来看，“国家有关工程建设标准”“国家规定”等并不是作为裁判依据意义上的法源，而仅仅是认定相关事实的参照或依据，也即其是作为裁判说理之论据而非依据。^{〔28〕}

综上所述，《民法典》中的相邻关系规范遵循《民法通则》模式而保留了一般条款，即原则条款与法源条款，但在《民法典》框架的体系化构造中，此处的一般条款并无独立设置之必要，因为总则编中关于基本原则和法源的规定足以实现其功能。

三、相邻关系规范具体条款的体系化构造

《民法典》相邻关系规范的具体条款包括第290—296条共7个条文，内容涉及相邻用水排水、相邻通行、相邻土地建筑物利用、相邻通风采光日照、相邻污染侵害、相邻损害防免等，而

〔23〕 参见王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》，中国法制出版社2017年版，第51—52页；张志坡：《民法法源与法学方法——〈民法总则〉第10条的法教义学分析》，载《法治研究》2019年第2期。

〔24〕 参见前引〔19〕，孙宪忠、朱广新主编书，第265页。

〔25〕 尽管有关相邻关系的法律往往涉及很多特别法，如《建筑法》《铁路法》《石油天然气管道保护法》《环境保护法》等，但这并不影响其性质或规范位阶之界定。

〔26〕 参见杜月秋、孙政编：《民法典条文对照与重点解读》，法律出版社2020年版，第104页；最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第203—204页。

〔27〕 《宁波市中级人民法院关于审理相邻关系纠纷案件的若干意见》（甬中法〔民二〕〔2014〕第46号）第8条。

〔28〕 《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》（法释〔2009〕14号）明确了法院判决书对于“应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用”；但是，并不包括国务院部门规章和地方政府规章。据此亦可进一步推断，“国家有关工程建设标准”“国家规定”等亦不能纳入裁判依据。

对其进行体系化构造实际上就是在《民法典》框架内进一步对相关规范的适用要件的理论构建,包括主体与客体的范围确定、容忍义务界定两个方面。

(一) 事实要件的体系化阐释

相邻关系规范适用的事实要件之核心在于主体与客体范围,而作为法律概念的不动产相邻关系,需要从人与物两个方面进行界定。^[29]

人的范围,也即不动产相邻关系的主体方面,在《民法通则》中的表述是“不动产的相邻各方”,《民法典》采用“不动产的相邻权利人”的表述。对此,在法律解释上需要进一步界定“不动产相邻权利人”的范围。我国学理较早的观点受到德国法^[30]和我国台湾地区法学的影响,将相邻关系限定于不动产所有权人之间,^[31]而在司法实践中,当事人往往从主体范围的角度对相邻关系规范的适用提出抗辩,主张相邻关系适用的主体范围仅限于所有权人。此种主张还表现在最高人民法院颁行的《民事案件案由规定》中“相邻关系纠纷”属于三级案由,而其对应的二级案由是“所有权纠纷”。^[32]在立法设置上,自《物权法》至《民法典》也都将相邻关系规定在所有权之下。这实际上就是将相邻关系纳入所有权内容的范畴,认为相邻关系调整的是相邻不动产所有权之间的法律关系。然而,由于现实生活中不动产利用形式的不断丰富,将相邻关系限于不动产所有人之间已经明显不能适应现实需要,^[33]从比较法上看,虽然法国、德国、荷兰以及我国台湾地区都将不动产相邻关系限定于所有权人之间,但司法实践则往往通过准用或类推的法技术将相邻关系规范扩展适用于他物权人、使用人、占有人等。^[34]相应地,我国学界和实务界并未从准用或类推的法律适用方法角度进行推演,^[35]而是径直对“相邻权利人”进行扩张解释。目前,我国学界和司法裁判中的多数观点认为,不动产相邻权利人不应仅仅局限于所有权人,而应该扩及他物权人以及债权性使用人、占有人等。^[36]其中争议较大的占有和债权性利用人的界定问题,有必要在此予以澄清。有观点认为,对于占有人应做区分,其中无权占有人或非法占有人不

[29] 参见韩光明:《民法上相邻关系的界定:兼论法律概念的制作》,载《北方法学》2008年第5期。

[30] 鲍尔认为,相邻关系规则是“土地所有权内容在私法上的构造特征,体现为立法者对所有权人利益和他人权利间的冲突,予以规范协调的种种努力。”参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第523页。

[31] 王泽鉴认为不动产相邻关系乃属不动产所有权的扩张和限制。参见王泽鉴:《民法物权》(第二版),北京大学出版社2010年版,第145页。另外,《德国民法典》在第三编物权第三章所有权项下对相邻关系作出规定。

[32] 参见《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》(法〔2020〕346号)。

[33] 参见张鹏、曹诗权:《相邻关系的民法调整》,载《法学研究》2000年第2期。该文敏锐地捕捉到了相邻关系所有权论存在的理论瑕疵,但可惜的是没有找到真正的原因,进而使其进一步的适用解释也失去了合理性基础。

[34] 参见苏永钦:《民法相邻关系规定可否类推适用于非物权人?》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,清华大学出版社2004年版;前引〔29〕,韩光明文。

[35] 有学者关注讨论相邻关系规则对法律未规定情形的类推适用,譬如对越界建筑的类推适用(参见前引〔20〕,纪海龙文);还有学者总结讨论对相邻关系规则的司法实践,进而从请求权基础的角度寻找其方法论意义(参见蔡养军:《论相邻关系纠纷的法律适用》,载《北方法学》2016年第2期)。

[36] 参见曾大鹏:《相邻关系的定义与本质》,载《南京大学法律评论》2012年春季卷;前引〔35〕,蔡养军文。司法实践中,法院也普遍认为“不动产的相邻权利人”包括不动产所有权人、不动产用益物权人以及不动产债权性利用人。如“某区建筑木材加工总厂诉某实业发展总公司房屋租赁纠纷上诉案”,中华人民共和国最高人民法院(2000)民终字第115号民事判决书(法公布〔2002〕第2号),载《最高人民法院公报》2002年第1期。“相邻关系是指相互毗邻的两个以上不动产所有人、用益物权人或占有人在用水、排水、通行、通风、采光等方面根据法律规定产生的权利义务关系。”广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终9号民事判决书。关于该案的具体分析,参见韩光明:《相邻关系中的容忍义务:陈某某诉广东某轨道交通有限公司案评析》,载彭诚信主编:《民法案例百选》(第2版),高等教育出版社2022年版,第157页。

应纳入“相邻权利人”范围，因为任何人不应因非法行为而获益。^{〔37〕}而对于债权性利用人，有学者认为也应排除在外，否则会破坏债的相对性。^{〔38〕}本文认为，对于该问题的分析应该秉持私法中基本的体系化思维即对人与对物的区分来展开。相邻关系是一种对物、而非对人的法律关系，也就是基于相邻关系的权利义务都是以相邻不动产为基础的，而不应受其基础性法律关系的影响，任何利用相邻不动产的人都可以基于物之需求而主张成为“相邻权利人”。而实际上，在我国司法实践中，也有裁判认定了占有人^{〔39〕}和债权性利用人^{〔40〕}得以主张相邻关系规范之适用。

关于物的范围，立法明确表述为不动产，尽管在理论上主张认为亦可适用于动产，但这属于少数意见，^{〔41〕}且亦无必要。在法律解释上需要进一步澄清的是“相邻”的含义。对此，学界观点较为一致，即认为其并非以物理上直接毗邻为限，而应以抽象的法律界定为标准。“相邻关系调整的利益范围存在一个由相邻不动产利益（具有相邻特征的不动产利益）扩大到不动产相邻利益（因不动产相邻而发生的各种利益）的过程。”^{〔42〕}也就是说，相邻因包括不动产在物理事实上的相互联结利益，而包括了基于一些媒介如流水、空气、光照、声音、粉尘等产生的相邻利益。相邻关系规范的不动产利益，必须是因不动产而客观存在的利益，即该利益是固在于或产生于该不动产，但该种利益可以进一步区分为固有利益和延伸利益两个方面。^{〔43〕}延伸利益的范围会因具体案件的不同而有不同之范围界定，譬如司法实践中有裁判认定了相邻关系规范适用中的相邻商业利益。^{〔44〕}

此外，在法典体系内尚需论及的是相邻关系规范与建筑物区分所有规范之间的关系。司法实践中有观点认为，在建筑物区分所有的情形中也有相邻关系规范适用之余地，如认为“建筑物区分所有权人行使自己专有部分的权力，一方面应遵守建筑物区分所有权的法律规定，还应遵守有关相邻关系的法律规定”^{〔45〕}。此种错误认识的根本原因在于没有对两者进行体系化区分。相邻关系规范与建筑物区分所有规范属于两种独立的规范体系，前者需具备“相邻”的事实要件，而后者则需具备“建筑物区分所有”的事实要件，两种状况下物之间的物理状态完全不同，区分所有是以物理上构成不可分割的整体为前提的。

（二）容忍义务及其限度

容忍义务是不动产相邻关系规则的价值体现，也是法律适用的核心技术，是该规则适用的核

〔37〕 参见丁海俊：《所有权》，中国法制出版社2007年版，第184页。也有学者认为，在绝大多数情形下，将相邻关系主体限定为合法的所有人或使用人，这是妥当的，但相邻关系的义务主体应扩及一切行为人，包括无权占有人。参见前引〔36〕，曾大鹏文。

〔38〕 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社2011年版，第444页。

〔39〕 如福建省三明市中级人民法院（2019）闽04民终1831号民事判决书。

〔40〕 参见“新疆维吾尔自治区建筑木材加工总厂与中国民主同盟新疆实业发展总公司房屋租赁纠纷案”，最高人民法院（2000）民终字第115号民事判决书，载《最高人民法院公报》2002年第1期。

〔41〕 参见谢哲胜：《民法上相邻关系与小区管理之探讨》，载蔡耀忠主编：《物权法报告》，中信出版社2005年版，第1-37页。

〔42〕 前引〔29〕，韩光明文，第55页。

〔43〕 有学者把有关不动产的利益区分为所有利益、资本利益和生存利益，并强调生存利益的优先性和保护特殊性。参见刘得宽：《土地所有权理论之新展开》，载氏著《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第70-71页。

〔44〕 参见广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终9号民事判决书。

〔45〕 “顺然地诉巨星物业排除妨碍、赔偿损失纠纷案”，载《最高人民法院公报》2003年第6期，第26-28页。

心要件。^[46] 因此,相邻关系规范的体系构造需要通过容忍义务的界定来完成。《民法典》立法表述中尽管没有直接采用容忍义务概念,^[47] 但由于《民法典》规定了诚实信用原则,而通常又认为容忍义务的价值渊源在于诚实信用原则,^[48] 这就为容忍义务进入相邻关系规范体系提供了正当性基础;而在相邻关系规范的多个法律条文的表述当中,如“提供必要的便利”“不得违反规定”“不得危及安全”,实际上是对容忍义务的换言表达,构成容忍义务的规范基础。另外,从目前我国学理及司法实践的立场来看,相邻关系规范中的“容忍义务”概念也已获得普遍接受。^[49]

从立法表达中提炼抽象出“容忍义务”是学说理论对相邻关系规范进行体系化构造的第一步,接下来容忍义务法律适用的关键是判断或构造其“合理限度”,^[50] 也即边界界定问题。“相邻关系中的容忍义务最显著的特征就是消极性,其并不要求高尚,并不要求你一定要‘爱你的邻人’,那是宗教才有的情怀;它甚至与道德无关,容忍义务只是要求人的行为符合一个社会人的最起码标准,即‘自己活,别人也活’的道理。”^[51] 这里的“社会人”也即通常所说的“一般人”或“理性人”“通情达理之人”。学理上对于容忍义务合理限度的判断标准即从“一般人”的角度展开提炼构造,目前存在实质性损害(损害是否属于一般理性人所不能忍受的重大损害)、^[52] 过错判断(对于过错行为不予容忍)、利益衡量(通常又称之为比例原则)三种主张。^[53] 但是,由于容忍义务在实质上属于不确定性法律概念,所以对于容忍义务的限度判断,无论是抽象提炼还是类型化归纳,都需要法官基于个案进行自由裁量,也即在法律方法上终归于个案利益衡量。总结观察目前国内的司法实践,虽然在裁判文书中法官已经普遍采用“容忍义务”这一概念,但是对于容忍义务的负担理由以及容忍义务限度的判定理据的阐述尚有较大的完善充实空间。

[46] 参见韩光明:《财产权利与容忍义务:不动产相邻关系规则分析》,知识产权出版社2010年版,第166页。除相邻关系中的容忍义务外,有学者主张应将容忍义务上升为民事权利、义务的一般性规定。参见王雷:《论容忍义务在我国民法典中的体系位置》,载《河南财经政法大学学报》2017年第1期。

[47] 比较立法例上明文规定容忍义务的如《德国民法典》第906条、第912条、第1004条;《瑞士民法典》第684条;《意大利民法典》第844条、第890条,等。也可参见李云波:《相邻不可量物排放的私法调整》,光明日报出版社2020年版,第120-127页。

[48] 这一论断涉及自由与容忍的关系,以及诚信原则的历史起源,尤其是罗马法上的“诚信”“善意”的含义,具体可以进一步参见徐国栋:《民法基本原则解释:诚信原则的历史、实务、法理研究》(再造版),北京大学出版社2012年版;徐国栋:《诚信原则研究》,中国人民大学出版社2002年版。

[49] 参见王利明:《论相邻关系中的容忍义务》,载《社会科学研究》2020年第4期;韩光明:《权利冲突、相邻关系与义务理性》,载《比较法研究》2008年第5期;焦富民:《容忍义务:相邻权扩张与限制的基点——以不可量物侵扰制度为中心》,载《政法论坛》2013年第4期;胡杰:《论私法意义上的容忍义务》,载《江海学刊》2015年第2期,等。相关司法裁判如广东省高级人民法院(2020)粤民申6023号民事裁定书;河南省高级人民法院(2020)豫民申381号民事裁定书;福建省高级人民法院(2020)闽民申1959号民事裁定书;吉林省高级人民法院(2020)吉民申439号民事裁定书;江苏省高级人民法院(2019)苏民申6805号民事裁定书;广西壮族自治区高级人民法院(2019)桂民申5415号民事裁定书;贵州省高级人民法院(2019)黔民申4835号民事裁定书。

[50] 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)曾采用“必要限度”的提法(第99条)。

[51] 前引[49],韩光明文,第127页。

[52] 参见[德]M·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,第155-157页。

[53] 参见前引[49],王利明文。比较法上有德国的“场所的惯行性”、瑞士的“必要权”、日本的“忍受限度论”、法国的“异常性”或“过度性”标准,等。参见汤大好:《相邻不可量物侵害之受害人容忍义务比较法研究》,载《太原师范学院学报(社会科学版)》2008年第3期;张利春:《日本公害侵权中的“容忍限度论”述评——兼论对我国民法学研究的启示》,载《法商研究》2010年第3期;夏沁:《论民法典中的容忍义务》,载《研究生法学》2016年第6期。

四、相邻妨害救济的体系化构造：容忍补偿请求权的独立性

论证容忍义务的负担理由以及判定其合理限度，其最终目标都将归于相邻妨害的救济问题。容忍义务的规范效力可以概括为正反两个方面：正向的是指承担容忍义务而遭受的妨害是否能够请求补偿，以及请求补偿的范围应如何判定；反向的则是指拒绝承担容忍义务的法律后果问题，也即相邻不动产权利人违反容忍义务或不承担容忍义务时，相对人可以寻求何种救济的问题。但这仅仅是在容忍义务限度的讨论，而在体系化构造上还需要注意到容忍义务限度外的规范效力问题，也即需顾及“容忍义务限度内的妨害救济”与“容忍义务限度外的损害救济”两个层面，而这又往往涉及相邻关系规则与物权请求权、侵权责任请求权等规则的体系协调问题。

不妨具体展开：相邻一方因负担容忍义务而遭受妨害，但相对方的行为并未超越合理限度，那么负担容忍方是否有权请求对方给予相应的补偿？如果对方的行为超出了容忍义务的合理限度，那么可以寻求何种救济？如果超出容忍义务合理限度的行为导致容忍方遭受损害，那么其是否有权请求被告赔偿损失？此一问题的实质涉及容忍义务补偿请求权的性质与独立性，及其与物权请求权、^{〔54〕}侵权责任请求权^{〔55〕}的关系。对于有实际损失发生的情形，根据容忍义务的限度，可以区分“容忍义务限度内的妨害救济”和“容忍义务限度外的损害救济”两个层面，前者即容忍义务补偿请求权，后者则包括物权请求权、占有保护请求权^{〔56〕}和侵权责任请求权三种不同情形。^{〔57〕}此涉及整个《民法典》的请求权基础体系问题，^{〔58〕}需从请求权规范体系的角度进一步对相邻关系规范进行构造。

相邻关系容忍补偿请求权的前提或基础是容忍义务之负担，因此其属于容忍义务限度内的妨害救济。该法定容忍义务的存在是以合理界限为前提的，一旦越过合理界限也就不存在容忍义务了，因此也就丧失了补偿请求权之基础，此时不动产权利人即可径直行使物权请求权或占有保护请求权要求返还原物、排除妨害或消除危险，^{〔59〕}抑或行使侵权责任请求权，要求停止侵害、排

〔54〕 物权请求权的规范基础是《民法典》第235条（无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物）、236条（妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险），而第237条规定（造成不动产或者动产毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复原状）、第238条（侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以依法请求损害赔偿，也可以依法请求承担其他民事责任）并非独立的物权请求权之规范基础，该两条强调“依法”，即指须依有关侵权责任等其他具体规定方可主张恢复原状、损害赔偿等请求权。

〔55〕 侵权责任请求权的规范基础是《民法典》第120条（民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任）以及民法典中有关侵权责任的具体规定，如第1165条（行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任）。

〔56〕 如果相邻不动产权利人为债权性利用人，那么则会涉及占有保护请求权的行使问题。

〔57〕 有关容忍义务限度外的损害救济中物权请求权、占有保护请求权与侵权责任请求权的竞合问题对于本文的中心议题意义不大，故不在此展开。

〔58〕 关于《民法典》的请求权基础体系，参见吴香香：《请求权基础：方法、体系与实例》，北京大学出版社2021年版。但作者在该书中并没有构造出独立的相邻关系容忍补偿请求权。

〔59〕 如果负担容忍义务一方为债权性不动产使用人，这可以通过占有保护寻求救济。限于篇幅，对此问题暂且不赘。此外，有学者提出，相邻关系请求权与物权请求权属于交叉关系，但这其实是颇令人费解的。参见前引〔35〕，蔡养军文。按照本文观点，基于容忍义务限度之内区分，两者乃属泾渭分明，不存在交叉问题。

除妨碍、消除危险,而遭受损害时即可请求侵权损害赔偿。当然,这同时也意味着,只要在容忍义务的合理限度内,也即存在容忍义务之合理负担,那么容忍义务人即无权主张物权请求权、占有保护请求权和侵权责任请求权。

关于相邻关系容忍补偿请求权与损害赔偿请求权的关系,在我国相关立法的演变中清晰地体现了出来。^[60] 最早的《民法通则》仅对包括损害赔偿在内的侵权责任请求权作出规定,即第83条第2款规定“给相邻方造成妨碍或者损失的,应当停止侵害,排除妨碍,赔偿损失”。^[61] 但《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)则对补偿与赔偿两种不同的请求权有所区分,如其在第99条第1款规定了排水相邻权利人对受益人享有的“合理补偿”请求权,在第2款则规定了损害赔偿请求权,^[62] 在第100条规定了通行相邻权利人对受益人享有的“适当补偿”请求权。^[63] 之后的《物权法》一方面在第84条删除了《民法通则》第83条第2款有关侵权责任请求权的条款,另一方面又在第92条增加了有关排水、用水、通行、铺设管道等利用相邻不动产情形下的损害赔偿请求权。^[64] 而至《民法典》颁行,第288条完全保留了《物权法》第84条的表述,未做修改;同时又通过第296条^[65]删除了《物权法》第92条中有关“造成损害的,应当给予赔偿”的规定。这也就意味着,《民法典》物权编关于相邻关系的部分未对容忍义务违反救济作出任何规定。对于《民法典》的此种立法方式,有解释指出:“民法典编纂过程中,有的意见指出,造成损害的,应当给予赔偿,可以由侵权责任法调整,无需在本条作出特别规定。经研究,2018年8月审议的民法典各分编草案删除了‘造成损害的,应当给予赔偿’的规定,删除此规定,并非是造成损害无需赔偿,而是如果造成损害,可以依据侵权责任法的规定请求损害赔偿。”^[66] 按照此种解释思路,随着《民法通则》的废止,《民通意见》也自然废止,这也就意味着对于相邻关系损害的救济不再区分补偿与赔偿,而是统一为侵权责任请求权。

本文认为,前述解释看似照顾到了法典体系化的要求,即将责任救济统一适用第七编侵权责任的有关规定,但却并不符合相邻关系规则之实质,尤其是没有认识到容忍义务的特殊规范意义。尽管《民法典》没有吸纳《民通意见》对补偿和赔偿作出的有益区分,没有在物权编对相邻关系损害救济亦即对容忍义务补偿请求权作出明确规定,但却并不妨碍在理论和司法实践中作出

[60] 本文从《民法通则》说起,而在《民法通则》之前的立法或法律起草中也曾用过“补偿”和“赔偿”两种不同的提法,具体可参见何勤华、李秀清、陈颐:《新中国民法典草案要览(增订本)》(上、中、下),北京大学出版社2017年版。

[61] 严格来讲,对于《民法通则》第83条第2款中规定的“停止侵害、排除妨碍”,存在物权请求权与侵权责任两种解释之可能。但从相关司法实践来看,通常将其统一解释为侵权责任。

[62] 《民通意见》第99条规定:“相邻一方必须使用另一方的土地排水的,应当予以准许;但应在必要限度内使用并采取适当的保护措施排水,如仍造成损失的,由受益人合理补偿。相邻一方可以采取其他合理的措施排水而未采取,向他方土地排水毁损或者可能毁损他方财产,他方要求致害人停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失的,应当予以支持。”

[63] 《民通意见》第100条规定:“一方必须在相邻一方使用的土地上通行的,应当予以准许;因此造成损失的,应当给予适当补偿。”

[64] 关于《物权法》颁行后,相邻关系规则的法律适用情况,可参见前引[35],蔡养军文。在《物权法》立法过程中也存在补偿与赔偿的不同用法,物权法草案一审稿到六审稿都采用了补偿的提法,而直到七审稿才修改为“赔偿”。

[65] 《民法典》第296条规定:“不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的,应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害。”

[66] 黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编解读》,中国法制出版社2020年版,第313页。

另一种法律解释，即相邻关系规则是独立的请求权规范基础，即存在独立的、区别于物权请求权和侵权责任请求权的容忍补偿请求权。此种解释或许有人会认为不符合立法原意，但却符合规范（独立）目的之解释。

在学理上，一直都存在相邻关系损害赔偿救济之说，只是尚未从独立请求权的角度阐述，但此无害其实。譬如有学者为，在合理利用相邻不动产而产生损失的情形即应为补偿；^{〔67〕}有学者认为，超出应当的容忍限度，受损害一方即可请求赔偿。^{〔68〕}而对《民法典》的相关规定，也已有学者提出了更为合理的解释。譬如针对《民法典》第296条的规定，有学者指出，该条应界定为四重含义，即尽量避免造成损害原则、最小损害原则、正常行使权利造成损害的补偿义务、非正常行使权利造成损害的赔偿义务。^{〔69〕}后两项实际上就对应于本文提出的容忍义务补偿请求权和侵权损害赔偿请求权。

相邻关系规则因其独特的法律技术，也即容忍义务，而构成独立的请求权规范基础，即容忍义务补偿请求权。有学者指出，相邻关系是否产生独立的请求权需要考虑三个方面的因素，即法律是否规定了独立的构成要件与法律效果、是否具有特殊的价值评判标准，以及能否促进法律的适用。^{〔70〕}但其实这三者最终都需归结于容忍义务。申言之，作为独立请求权的构成要件、法律效果、特殊价值评判都是以容忍义务这一特殊法律技术为前提或基础的。在容忍义务限度内，义务人有权请求相邻权利人补偿其所遭受的损失，而如果相邻权利人的行为超过了对方的容忍义务范围并导致损害发生，则受害人即可寻求侵权损害赔偿救济。两者亦并非竞合关系，其根本区别在于是否超出了容忍义务的合理限度，而其更深层的区别在于理论基础之不同。容忍义务补偿请求权的理论基础是特别利益牺牲或强制牺牲理论，^{〔71〕}在此情形中并不存在不法行为，更不要求过错之存在；而侵权损害赔偿请求权的理论基础则是对不法侵害行为的救济，其前提是对法定注意义务的违反。^{〔72〕}

〔67〕 参见王利明：《物权法研究》（上册），中国人民大学出版社2016年版，第617页。

〔68〕 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社2011年版，第455页。

〔69〕 参见前引〔19〕，孙宪忠、朱广新主编书（相邻关系部分第288条—296条的评注撰稿人是申惠文）。

〔70〕 参见前引〔35〕，蔡养军文。尽管蔡养军赞同相邻关系是独立的请求权基础，但其论证并不充分或彻底。正如还有学者一方面指出，相邻关系本身可以成为请求权的基础，具有相对独立性，因为相邻规则作为独立的法律规则，具有独立的规范对象、规范技术和规范方式，但另一方面则令人困惑地认为，《民法典》相邻关系与侵权责任的相关规定是特殊与一般的关系。参见前引〔19〕，孙宪忠、朱广新主编书，第255页。此种论证不彻底的原因在于他们只是模糊地意识到了相邻关系规则的独立性，但却没有直接提出“容忍义务补偿请求权”，而是仅仅认识到了相邻关系规则这一整体规范与物权请求权、侵权责任请求权的不同，以至于难以厘清规范独立之基础。

〔71〕 该理论源于德国，其主要观点是认为容忍义务人限制约束了自己的权利，实际上是为相对方利益作出了特别牺牲，因此应给予相应的补偿以达衡平正义。参见陈华彬：《德国相邻关系制度研究：以不可量物侵害制度为中心》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第4卷，法律出版社1996年版，第299页。我国台湾地区有学者将相邻关系补偿金阐释为法定物权负担（参见苏永钦：《相邻关系在民法上的几个主要问题》，载氏著《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第216—253页），但这种说法其实只是转换为容忍义务相对人的角度，而与特别牺牲论并没有实质性的区别，而从便于理解的角度，特别牺牲论从请求权人的角度予以阐释更具便宜性和准确性。

〔72〕 在理论上存在容忍义务扩展适用的观点，譬如有学者认为容忍义务可以扩展适用于人格权、知识产权和环境侵权领域。参见前引〔49〕，王利明文。对此，需要注意其中的细微差别，容忍义务在相邻关系规则和前述三个扩张领域的法律意义完全不同，在人格权、知识产权和环境保护领域，容忍义务只是被借助用于判断行为人是否存在过错，其更类似于一般的注意义务。

五、结 论

不动产相邻关系规范属于一个特定的规则体，基于总则编与分编之间的涵摄关系，在此规则体内无需设置一般条款，通过总则编的一般条款完全可以完成法律漏洞填补等法律适用任务。在相邻关系规范的具体条款中，需要对其用词和概念进行体系化解释，而对其规范效力则应该通过容忍义务进行体系化构造，进而在《民法典》的请求权基础体系中发现独立的容忍补偿请求权。

本文以不动产相邻关系规范的体系化构造为示例，尝试揭示《民法典》颁行后，民法学的核心任务应该是法典的体系化构造。基于我国《民法典》编纂颁行的特定背景，法典的体系化构造任务是极为繁重的，其既包括内在价值体系的构造也包括具体规范和概念体系的构造。不动产相邻关系规范则为其中一个示例。经过体系化构造，一方面可以发现其在立法体例设置上的不必要及其背后的诱导因素，另一方面可以将法律适用严格限定在体系化的约束之内，防止背离法律科学的粗放式找法。与此同时，也希望达到“牵一发而动全身”之效果，即通过特定规则体的体系化构造促进实现整个法典的体系化，最终完成实质性的法典化。

Abstract: Systematic construction is the essential technique of codification. Many norms of the Civil Code, including the adjacent relations, should be constructed systematically. The adjacent relationship norms, as a separate chapter, only have nine independent provisions, including two general provisions, relating to its principles and legal source, and seven other specific provisions, which are based on the unique duty of tolerance. However, the basic principles of the whole Civil Code should applied to adjacent relationship norms directly, and there is no need to retain the general provisions separately. In addition, following the systematic method, the independence of the compensation claim based on duty of tolerance in the whole claim system of the Civil Code should be confirmed.

Key Words: systematic construction, adjacent relationship, duty of tolerance, claims for compensation

预售房抵押预告登记之优先受偿论

国 凯^{*}

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

关键词：抵押预告登记 优先受偿 所有权预告登记 抵押登记 无权处分

一、问题的提出

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

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

^{*} 国凯，武汉大学法学院博士研究生。

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

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

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

二、否定优先受偿之现实困境

(一) 银行无法办理抵押登记

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

• 95 •

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

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

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

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

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

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

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

〔8〕 最高人民法院(2019)最高法民申4607号民事裁定书。

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

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

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

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

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

• 96 •

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

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

[11] 参见江苏省高级人民法院(2017)苏民终404号民事判决书。

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

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

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

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

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

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

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

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

[20] 参见《协助执行通知》第16条。

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

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

（二）开发商无法解除保证责任

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

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

（三）招致诉累、浪费司法资源

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

• 97 •

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

三、优先受偿之正当性

（一）与抵押登记之利益状态类似

1. 反面推论之误用

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

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

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

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

〔34〕 参见青海省高级人民法院（2020）青民终301号民事判决书。

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

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

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

2. 意思自治之尊重

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

3. 交易安全之维护

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

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

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

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

〔38〕前引〔37〕，卡尔·拉伦茨书，第490-491页。

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

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

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

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

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

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

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

〔46〕参见前引〔1〕，王利明文。

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

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

(二) 预告登记规则不可适用

1. 抵押预告登记非预告登记之规范对象

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

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

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

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

〔49〕 参见前引〔43〕,黄薇主编书,第41-42页。

2. 预告登记规则不可类推适用于抵押预告登记

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

（三）无悖于物权法定原则

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

• 101 •

四、抵押预告登记之学理构造

（一）既有学理之分析

1. 附条件法律行为说

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

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

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

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

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

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

[55] 孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2018年版，第283页。

[56] 参见前引〔55〕，孙宪忠书，第284-285页。

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

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

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

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

因此,附条件法律行为说无法作为支撑抵押预告登记优先受偿之理论基础。

2. 不动产期待权说

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

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

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

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

〔60〕 参见前引〔26〕,翟远见文。

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

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

〔63〕 参见前引〔26〕,翟远见文;前引〔62〕,冯洁语文。

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

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

〔66〕 参见前引〔65〕,江必新、刘贵祥主编书,第438页。

〔67〕 前引〔65〕,江必新、刘贵祥主编书,第440页。

期待权理论系为保护购房者顺利取得房屋所有权，并无允许其处分该期待权之意图。

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

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

可见，不动产期待权亦无法作为支撑抵押预告登记优先受偿之理论基础。

（二）无权处分说的提出

1. 抵押权设立系无权处分

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

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

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

〔70〕 参见前引〔69〕，庄加园文。

〔71〕 参见前引〔69〕，庄加园文。

〔72〕 参见前引〔50〕，马强伟文。

〔73〕 参见前引〔69〕，庄加园文。

〔74〕 即便采有因性原则，结论亦无不同。

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

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

2. 处分权瑕疵补正:开发商之事前同意

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

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

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

[75] 参见前引[54],张双根文;前引[18],程啸文。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. 抵押预告登记不应因期间经过而失效

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

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

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

〔84〕 参见前引〔31〕，最高人民法院民事审判第二庭编书，第454页。

〔85〕 参见前引〔31〕，最高人民法院民事审判第二庭编书，第460页。

4. 抵押权自抵押预告登记之日起设立

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

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

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

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

〔86〕 反对意见参见前引〔6〕，张静文。

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

〔88〕 参见前引〔18〕，程啸文。

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

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

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

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

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

商品房买卖合同与借款合同的效力关联 ——以最高人民法院“王忠诚案”为例

罗亚文*

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

关键词：商品房 买卖合同 借款合同 合同联立

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

* 罗亚文，南京大学法学院博士研究生。

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

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

一、案情梳理及类案裁判

（一）“王忠诚案”

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

• 109 •

（二）裁判思路

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

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

〔2〕 参见青海省高级人民法院（2017）青民初13号民事判决书。

〔3〕 参见最高人民法院（2017）最高法民终683号民事判决书。

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

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

表 1 “王忠诚案”裁判内容

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

（三）类案裁判及争议焦点

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

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

〔5〕 参见青海省高级人民法院（2018）青民终 199 号民事判决书。

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

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

〔8〕 参见最高人民法院（2019）最高法民再 245 号民事判决书。

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

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

• 111 •

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

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

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

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

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

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

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

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

〔17〕 参见广东省高级人民法院(2018)粤民申1241号等民事裁定书。

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

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

二、裁判分歧的成因剖析

（一）理解差异：“合同目的无法实现”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(二) 理论取舍:“合同相对性”或“公平原则”

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

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

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

• 113 •

[24] 参见最高人民法院(2017)最高法民终683号民事判决书。

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

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

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

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

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

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

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

表 2 返还责任形式

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

（三）裁判视角：“独立”或“联立”

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

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

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

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

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

〔34〕 湖北省高级人民法院（2019）鄂民申 4819 号民事裁定书。

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

〔36〕 江苏省南京市中级人民法院（2020）苏 01 民终 631 号民事判决书。

〔37〕 广东省高级人民法院（2016）粤民申 8163 号民事裁定书。

解除，应同时权衡三方权利义务关系，不应加重买受人的责任。

因此，视角的选择为导致裁判差异的根本原因。事实上，我国《民法典》主要以单一、独立的合同关系为规范重心，合同相对性为判定合同权利义务关系的基本准则，但随着交易模式的衍化，多个合同紧密联结的交易结构越来越多，包括已为立法所规范的融资租赁合同，^{〔38〕}本质为买卖合同和租赁合同相互联结而成的新型合同形式。^{〔39〕}因而合同的“联结”或“联立”具有一定的规范基础，其表现为多个债之关系相互联结、多方主体相互关联，某一合同的效力变化将致使相关联的另一合同的效力发生变化。^{〔40〕}单一合同的立法规范未能考虑到多个合同紧密联结、相互关联的现实交易结构，未对合同联立后的权利义务关系进行通盘考量，片面追求客观的合同目的以及合同的相对性，无法全面、合理、正确地规范商品房按揭以及其他场景中的权利义务关系，因此，立法和司法应从“联立”的视角看待按揭中买卖合同和借款合同的合同关系，实现多方主体权利义务平衡。

三、关联效力的解释路径

如何解释前述裁判结果差异，如何证成商品房买卖合同和借款合同之间相互关联的效力结果，这一系列问题亟待思考。事实上，商品房买卖合同和借款合同之间的紧密关联效力并非我国特有，国外有关消费信贷的立法规范也存在类似的效力关联结果，那么，能否通过域外规范来解释或证成商品房按揭的效力结果，继而构筑起我国“合同联立”的立法规范呢？

（一）比较法视阈：撤回穿越及抗辩权延伸

消费信贷中，域外法规定了“撤回穿越”和“抗辩权延伸”制度，^{〔41〕}以保障消费者权益。《德国民法典》第358条规定，消费者撤回提供商品或服务合同时直接对借款合同发生效力。^{〔42〕}简言之，撤回穿越指消费者对消费信贷中一个合同的撤回，将发生终止另一合同效力的效果，^{〔43〕}而对于另一合同终止的理由，有学者将其解释为法律对当事人撤回另一合同的意思表示的拟制。^{〔44〕}《德国民法典》第359条规定了抗辩权延伸制度，“消费者得以相结合之契约所生之抗辩，就制定相结合契约之企业经营者拒绝给付者，消费者得拒绝返还借款”^{〔45〕}，消费者基于买卖合同所产生的抗辩权可向贷款合同延伸，即消费者可以对出卖人的抗辩权来对抗贷款人。我

• 115 •

〔38〕 参见王延川：《商事行为类型化及多元立法模式——兼论商事行为的司法适用》，载《当代法学》2011年第4期。

〔39〕 参见崔建远主编：《合同法》（第7版），法律出版社2021年版，第355页。

〔40〕 参见迟颖：《德国消费信贷法规中的关联合同制度——兼论〈德国民法典〉第358条》，载《比较法研究》2006年第3期。

〔41〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2007年版，第235-240页。

〔42〕 参见前引〔31〕，台湾大学法律学院、台大法学基金会编译书，第341页。《德国民法典》第358条第1款规定：“消费者有效撤回因订立由企业经营者提供商品或给付其他服务之契约而所为之意思表示者，其亦不受因订立与该契约相结合之金钱借贷契约而所为之意思表示之拘束。”

〔43〕 区别于德国的效力直接影响的立法规范，荷兰法采取“分别撤回”的方式，《荷兰民法典》第7章第46e第2款规定：“在因出卖人与第三人之间有协议，买受人与第三人订立借款合同以支付买卖合同中的价款时，如果远距离买卖合同根据7:46d条被解除，买受人也有权解除与第三人之间的借款合同，而无需赔偿。”

〔44〕 Vgl. Barbara Grunewald, Vertragsverbindungen, JuS 2010, S. 94.

〔45〕 前引〔31〕，台湾大学法律学院、台大法学基金会编译书，第342页。

国台湾地区也有相关“抗辩穿透”“抗辩接续”的规定。^{〔46〕}总之，当买受人撤回买卖合同时，借款合同也发生被撤回的效力，当出卖人违约时，包括买卖合同无效或被撤销、出卖人拒绝给付、出卖人履行瑕疵等情形，买受人可以其对出卖人的抗辩权对抗借款人。基于此，有关借款返还的义务，《德国民法典》第358条第4款规定，消费者有效撤回关联合同中的买卖合同时无须支付贷款的利息和费用，^{〔47〕}德国联邦最高法院认为贷款人应向出卖人请求返还借款，其请求权基础为“严格不当得利返还请求权”，^{〔48〕}且基于合同联立的效果，买受人仅返还买卖标的物，不承担返还借款的责任。德国联邦最高法院提出，由于交易结构的实践变化，经济上具有整体性的合同分立为两个合同时，消费者仍应获得相应的法律保护。^{〔49〕}尽管有突破合同相对性之嫌，但域外法仍选择对消费者进行特殊保护，以法律规范拟制当事人撤回或抗辩的意思表示。

撤回穿越和抗辩权延伸制度为我国商品房按揭纠纷提供了一种解决思路，与《商品房买卖合同司法解释》第20条、第21条第2款的规范内容不谋而合。因而“王忠诚案”及类案裁判结果中，“合同解除的关联性”“买受人无还款责任”的裁判结果与域外法的立法规范更为接近，贴合域外法规范的立法意旨。但问题在于，域外法的适用场景为消费信贷，撤回穿越及抗辩权延伸的行使主体为消费者，非一般主体，虽然我国类案裁判中，多数主体为商品住房买受人，属于消费者范畴，但前述“王忠诚”为购置商业用房的买受人，非消费者范畴，然最高人民法院再审结果仍呈现出域外法中“撤回穿越”和“抗辩权延伸”的制度效果，由此，疑问在于：消费者保护是否为发生撤回穿越、抗辩权延伸的必要条件，其他联立合同或合同联立形式可否作为撤回穿越、抗辩权延伸发生的法理基础和充分条件，德国的合同联立制度可否作为我国商品房买卖及借款合同效力关联的理论基础，合同联立的正当性基础以及认定标准为何。

（二）理论供给：合同联立

《德国民法典》第358条第3款规定：“依第一款及第二款规定之商品交付或其他服务给付之契约及金钱借贷契约，于该金钱借贷之全部或部分供其他契约融资之用，且二者契约形成经济上一体者，为相互结合。”由此确立了“联立合同”的合同形式，且其认定标准为：贷款目的为支付买卖合同或其他服务合同的价金、买卖合同与借款合同构成经济上的一体性。^{〔50〕}前述撤回穿越、抗辩权延伸可作为联立合同效力关联的体现。我国部分学者提出了合同联立的概念，有学者认为联立合同为数个合同“不失其个性，而相结合”^{〔51〕}，或认为合同联立中“数个契约具有互相结合的关系”^{〔52〕}，但尚缺乏有关合同联立的进一步理论探析。

尽管合同联立尚待理论探索，但我国实践中已出现合同联立的交易形式，如产权式酒店交易

〔46〕 参见陈自强：《德国消费借贷之修正与债法现代化》，载《台大法学论丛》第37卷第1期。

〔47〕 《德国民法典》第358条第4款第4句规定：“但于第一款规定之情形，对消费者无因金钱借贷契约恢复原状所生之利息及费用支付请求权。”

〔48〕 参见前引〔40〕，迟颖文。

〔49〕 参见迟颖：《关联合同中产生于买卖合同的抗辩权对贷款合同的适用性问题——从一则案例看德国消费信贷法抗辩权延伸制度》，载《法学论坛》2007年第5期。

〔50〕 参见刘怡：《论德国关联合同制度及其借鉴意义》，载《法律适用》2012年第9期。

〔51〕 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2013年版，第10-11页。

〔52〕 王泽鉴：《债法原理》（第2版），北京大学出版社2013年版，第139页。

模式、不良资产处置交易模式，^{〔53〕}前者为商品房买卖合同与酒店委托经营管理合同的联立，后者为资产转让合同与委托清收合同的联立。我国立法规范虽未直接规定“合同联立”的内容，但合同联立却呈现出多样化的实践形式，《商品房买卖司法解释》第20条、第21条为最直接的规范内容。此外，还包括金融借款合同与质押监管合同的联立、二手房买卖合同与中介合同的联立等，最为直观的是融资物买卖合同与融资物租赁合同的联立，《民法典》将实践中此类联立形式整合为典型合同——融资租赁合同，事实上，融资租赁合同为合同联立入法的典型代表，表明合同联立具有一定的规范空间。^{〔54〕}

合同联立可纳入立法规范的原因在于交易模式的多样化、交易结构的复杂化，多个合同紧密联结的交易结构越来越多，作为共同实现同一经济目的的多个合同，如果单独分析某一合同主体的权利义务关系，难免偏颇，遗漏权利人之间真实的对待给付的牵连关系。就按揭中的商品房买卖合同和借款合同而言，借款合同未能订立，则买卖合同不能继续履行，买卖合同被撤销、解除的，借款合同的合同目的亦难以实现，买受人欲实现的对待给付不仅为获取贷款，更体现为取得房屋所有权，因而按揭交易结构具有经济一体性，合同相对性的裁判依据不能实现公平的对待给付结果。既然为调整多个合同紧密联结的交易形式，合同联立的适用范围不应仅仅限于比较法的“消费信贷”范畴，多样化类型的交易结构均可由合同联立的效力结果所调整，因而有学者主张以德国联合合同制度为蓝本，将“消费者”身份扩张到其他一般当事人中，以此构筑我国的合同联立制度。^{〔55〕}

商品房按揭交易结构既特殊又典型，按揭交易包含了商品房买卖合同、借款合同、抵押合同、保证合同等系列合同，商品房按揭实际上形成了以买卖合同与借款合同为结构主体的交易整体，符合经济一体性的认定标准，商品房买卖合同与借款合同自然形成合同联立状态，此为商品房按揭交易结构的应有之义。进一步需要思考的是，商品房买卖合同与借款合同联立状态下效力关联的实定法规范基础为何，《民法典》有无支撑效力关联的规范内容。《民法典》第673条规定，借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以解除合同，该条规范明确了未按约定使用借款的借款合同效力终止的可能，当买卖合同被解除时，借款人已无法按照约定的借款用途使用借款，因而借款合同具有解除的规范基础，即《民法典》第673条。当借款合同未订立或被解除时，商品房买卖合同被解除的实定法规范可类推适用《民法典》第634条的规定，出卖人因分期付款买受人未能支付部分价款可解除合同，虽然商品房按揭中出卖人与收款人的身份相分离，但买受人均未能支付价款，出卖人同样可选择解除合同，因而可类推适用第634条，作为效力关联的规范基础。

故而，合同联立可作为证成商品房买卖合同与借款合同效力相关联的理论基础，也为多合同

〔53〕 参见陆青：《合同联立问题研究》，载《政治与法律》2014年第5期。

〔54〕 有学者根据司法裁判中各级法院的裁判结果，总结出数个合同构成合同联立的典型类型如下：（1）商品房买卖合同与酒店委托经营管理合同；（2）二手房买卖合同与中介合同；（3）商品房买卖合同与担保贷款合同；（4）金融借款合同与质押监管合同；（5）车辆挂靠合同和车辆买卖合同；（6）民间借贷合同与让与担保合同；（7）消费合同与信贷合同；（8）融资物买卖合同与融资物租赁合同。参见舒金曦：《“合同联立”的司法认定标准》，载《人民法院报》2021年7月22日，第7版。

〔55〕 参见徐静：《对突破合同相对性原则的再认识——兼及对〈德国民法典〉第359条之借鉴》，载《法学论坛》2012年第1期。

组合的交易形式提供了新的权利义务分配方式，有利于平衡当事人权利义务关系。

四、关联效力的司法适用

《商品房买卖司法解释》、裁判案例中呈现出商品房买卖合同与借款合同效力关联的结果，合同联立可作为这一关联效力的理论基础，加之商品房按揭的特殊交易结构、公平原则以及消费者保护等考量因素，合同效力相关联、出卖人承担返还义务等效力结果得以证成。在此基础上，商品房买卖合同与借款合同联立的产生、认定标准、解除发生模式仍需探讨，返还义务的责任主体亦须明确。

（一）商品房买卖合同与借款合同联立的产生及认定标准

第一，当事人约定或客观交易状态均可产生合同联立的效果。合同联立的产生分为“主观说”和“客观说”，前者认为合同联立的形成取决于当事人的意思自治，后者则认为取决于客观的交易活动。王泽鉴教授持“主观说”，认为“具有依存关系的合同联立”基于当事人的意思表示所产生。^{〔56〕}部分学者更倾向于客观利益的保护和平衡，认为法官应依据客观形成的交易结构判断是否构成合同联立。^{〔57〕}笔者认为合同联立可依据约定产生，也可依据客观交易状态产生，当借款合同中明确约定以商品房买卖合同的履行为合同生效要件时，或约定借款合同未订立的，商品房买卖合同即被解除时，可产生合同联立的效果。同时，即使未有约定，当合同之间形成依存关系、产生效力传导、共同实现整体交易功能时，也应认可合同联立的状态。此外，当借款合同或买卖合同中存在“排除关联效力”或“排除买受人抗辩权”的约定时，意大利最高法院认为该类约定违反诚信原则和消费者保护的意旨，应认定无效。^{〔58〕}事实上，在商品房按揭交易中，由开发商或银行提供格式合同，格式合同中排除买受人权益的条款，可依据《民法典》第497条中规定的“提供格式条款一方排除对方主要权利”，认定该格式条款无效。

商品房买卖合同与借款合同的交易结构具有特殊性和典型性，因而立法应当参考《德国民法典》的关联合同制度，将该合同联立类型法定化，搭建商品房买卖合同与借款合同联立的认定标准及关联规则，为法官裁判提供明确的适用规则。

第二，合同联立的认定标准。域外法及多数学者将“经济一体性”或“经济整体性”作为合同联立的认定标准，但该判断标准过于抽象，认定标准如何更方便法官适用值得思考。笔者认为应进一步细化“经济一体性”的认定标准。首先，区别于混合合同及主从合同关系，合同联立中的合同具有“设立、变更或终止民事权利义务关系”的独立性，每个合同均属于单一、独立、完整的法律行为；其次，合同之间具有紧密的依存、联结关系，一个合同的效力变化将引起另一合同的效力变化，包括未能订立、被确认无效、被撤销、被解除等，效力具有传导性；再次，多个合同之间致力于完成同一交易目的，实现同一交易功能；最后，数个合同形成的整体“交易形

〔56〕 参见前引〔52〕，王泽鉴书，第139页。

〔57〕 Giorgianni, Negozi giuridici collegati, in Riv. It. sc. giur., 1937, 3 ss. Bianca, I 1 contratto, in Diritto civile, vol. 3, Milano, 2000, p. 483.

〔58〕 Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, in I contratti, 2012, n. 12, p. 993 ss.

式”“交易功能”在实践中已经相当客观化和类型化。

就商品房买卖合同与借款合同而言,两合同分别独立,属于《民法典》中的典型合同类型,同时二者具有紧密的依存、联结关系,借款的合同目的为购置房屋,两合同共同实现购置房屋这一交易目的,且符合商品房按揭的交易结构。事实上,我国商品房按揭已为普遍固定的交易形式,这类交易形式已经具备法定为合同联立的客观条件,法官在判断买卖合同与借款合同符合商品房按揭交易结构的情况下可直接认定为合同分立,具体而言,借款合同中明确约定借款目的为购置商品房,开发商与银行有相关合作框架协议,开发商将买受人引荐至银行,开发商、银行与买受人之间签订有三方协议等各种情况,^[59]均可作为联立的认定标准。

(二)效力关联与解除模式

商品房买卖合同与借款合同的合同分立与比较法中撤回穿越、抗辩权延伸具有相似的关联效果,尽管《商品房买卖合同司法解释》第20条、第21条的规范内容已接近合同联立的法律效果,但存在一些解释漏洞,而合同联立的理论本身可作为《商品房买卖合同司法解释》规范漏洞的证成基础。

从法律效果^[60]来看:第一,借款合同对商品房买卖合同的效力影响。《商品房买卖合同司法解释》第19条规定,借款未能订立,买卖合同不能继续履行的,当事人可请求解除合同,其中“合同不能继续履行”非合同解除的法律依据,但合同联立的法定效力可作为该解除效果的理论依据。当买受人未能订立借款合同、合同订立后因银行违约不能取得贷款导致合同解除的,均得以解除商品房买卖合同,由此买受人对银行的抗辩权、对借款合同的解除可延伸至开发商处。第二,商品房买卖合同对借款合同的效力影响。《商品房买卖合同司法解释》第20条规定,因买卖合同被确认无效或者被撤销、解除,致使商品房担保贷款合同的目的无法实现的,当事人可请求解除借款合同。其中“借款合同目的不能实现”也应通过合同联立的法律效果来证成——将分立合同的“整体交易目标”作为每个合同的合同目的,由此买卖商品房的整体交易目标未实现的,借款合同的目的也应视作不能实现。由此,买受人对买卖合同的解除效力可延伸至贷款人处。

同时,笔者认为效力延伸以及抗辩权延伸的关联后果,实则涉及对合约风险及相关利益的转移和重新分配,而该风险移转多以商品房买受人的利益保护为重心,因而关联效力不宜肆意适用,就买卖合同对借款合同的影响而言,应以开发商根本违约、买受人无过错为前提,而开发商的一般违约行为,如瑕疵交付等不应发生买受人的抗辩权延伸,否则贷款人将面临巨大的停贷风险,仅在开发商陷入给付不能的情况下买受人可得向银行行使对开发商的抗辩,包括合同解除后的清理结算阶段互负恢复原状义务时,可得类推适用同时履行等抗辩权,^[61]由此产生返还义务履行阶段的抗辩权延伸。

此外,另一问题值得思考,《商品房买卖合同司法解释》第19条、第20条均以“当事人请求解除”关联合同为解除的发生模式,基于此,关联效果的发生存在两种解释路径:第一,当事人基

[59] 参见高翔:《第三者融资型信用交易的法律构造》,载《法学论坛》2017年第4期。

[60] 笔者认为合同联立的法律效果应具有双向性,虽然前述裁判案例多表现为商品房买卖合同对借款合同的效力影响,但借款合同也对商品房买卖合同产生效力影响。《法国消费法典》中就效力双向性的规定,第L312—12规定,借贷中买受人承诺的意思表示在作出起四个月内,附有买卖合同不能成立这一解除条件,第L312—16规定,在合同载明需以贷款方式支付价款时,该合同附有买受人能取得贷款这一生效条件。

[61] 参见李冬、陈林:《合同解除后的互负债务类推适用同时履行抗辩权》,载《人民司法》2011年第22期。

于合同目的不能实现而行使解除权的结果；第二，基于合同联立的法定效力，发生直接解除的结果。简言之，当商品房买卖合同被解除时，前者由买受人选择是否行使解除权，借款合同不当然解除，后者则直接发生借款合同解除的结果。有学者主张效力直接关联的结果更符合联立合同经济一体性的要求，^{〔62〕} 欧盟、德国有关消费者保护的相关规定均选择效力的直接关联，笔者认为效力直接关联在司法适用中确实更为直观、便捷，但仍应允许当事人在特殊情况下行使选择权，即便买卖合同被解除后，买受人多选择解除借款合同、停止还贷，但当借款合同未订立或被解除时，商品房买卖合同是否被解除仍有转圜的余地，买受人或许仍希望且有能力继续履行买卖合同。

（三）返还义务承担

合同解除后返还义务的明确应以商品房按揭的特殊性以及合同联立的关联性为出发点。合同联立所产生的效力关联、抗辩权延伸等效果突破合同相对性原理，即合同联立本身就与合同相对性原理对立，因而以合同联立构筑商品房买卖合同和借款合同的结构时，不再限于合同相对性原理的桎梏中，^{〔63〕} 换言之，返还义务不必恪守合同相对性原理。

商品房买卖合同与借款合同具有经济一体性，商品房按揭的整体交易目标为买卖合同和借款合同的合同目的，开发商、买受人、银行三方的权利义务分配也应进行整体考量。尽管合同解除后清理结算的返还义务或恢复原状义务不具有合同关系中互为给付的对价关系，但这种返还义务仍具有本质上的牵连性，因此返还义务的分配规则应考虑到三方主体的对价平衡。就买受人而言，开发商的违约行为导致其未能实际取得房屋，联立合同中，买受人的权利在于取得房屋，义务在于偿还贷款，当买受人无法取得标的物时，此时可类推适用同时履行抗辩权规则，可得拒绝偿还贷款，因而买受人不负有还款责任；就开发商而言，权利为获取房款，义务为交付房屋，当开发商已获得权利但未履行义务时，必然负有返还价款的义务；就银行而言，向开发商支付贷款的行为意味着银行已履行完毕义务，但权利的行使因开发商的违约行为而中断，其追偿对象应为开发商，该请求权基础为不当得利返还请求权。此外，银行是否负有返还买受人已偿付的贷款的义务呢？笔者认为基于权利义务的平衡效果，在买受人与银行均无过错的情况下，不应过多苛责银行，除非基于消费者保护的特殊考量，可能出现（2021）鄂民申 5577 号案件中贷款人返还责任的结果，因为若买受人意图购置住房用于居住，将涉及对生存权的特殊保护问题，但若买受人购置商业用房，一般而言金额较大，负以返还责任将对银行造成极大的利益损失。因而欧盟及英国法中的贷款人补充责任、连带责任不宜适用。

事实上，通过阅读案例，不难发现早些年法官倾向于遵循合同相对性原理，而近年来，更多的判例则基于公平原则而排除买受人的还款义务。“王忠诚案”中，最高人民法院的裁判思路也发生了巨大转变，从对合同相对性的严格适用，转变为对权利义务的适度衡量——“必须充分考虑商品房按揭贷款商业模式下各合同之间的密切联系和各方权利义务关系的平衡问题，避免因强调单个合同的相对性而造成三方权利义务失衡”。（2019）最高法民再 245 号判决书为后续类案裁判提供了新方向，而“合同联立”制度为类案的裁判结果开辟了新思路。

〔62〕 参见潘重阳：《论联立合同的效力关联——以商品房买卖与借款合同联立为例》，载《政治与法律》2021 年第 11 期。

〔63〕 参见马超、邵和平：《论合同相对性原则突破的原因、内涵与价值》，载《河北法学》2013 年第 7 期。

五、结 语

合同联立为商品房买卖合同与借款合同效力关联的理论基础，其正当性源于商品房按揭交易结构的整体性以及合同之间的紧密关系，同时，《民法典》第 673 条、第 634 条可作为效力关联的实定法规范基础，联立效果指引下，买卖合同被解除时，借款人因无法按照约定用途使用借款而导致借款合同被解除。基于此，在与“王忠诚案”相似的合同纠纷中，因开发商的违约行为导致买卖合同解除的，当事人可请求解除借款合同，法院应予支持，同时，出卖人承担向银行返还借款的义务，无过错买受人不承担返还借款的义务。借款合同未能订立的，当事人可选择解除买卖合同，依据过错承担相应赔偿责任，因不可归责于当事人的事由导致的，出卖人负有返还买受人支付的本息或定金的义务。最高人民法院关于“王忠诚案”的再审判决具有一定的指导意义，类案裁判中，应避免过度强调合同相对性而造成三方权利义务失衡，然公平原则作为裁判理由尚不充分，立法规范应当确立“合同联立”制度，不仅能为商品房买卖合同和借款合同的效力关联提供规范支撑，更利于平衡数合同紧密联结时各主体的法律关系，为多合同组合的交易形式提供新的权利义务分配方式。

Abstract: When the developer's breach leads to the termination of sale contract of commercial housing, there is the phenomenon of "the same case different judgment" regarding whether the loan contract should be terminated, whether the buyer bears the repayment responsibility and other problems. The difference stems from the different understanding and choice about "the purpose of the contract can not be realized", the contract relativity and the principle of fairness. The joint system of contract in foreign law can be used as the explanation path of the association between the sale contract and the loan contract in mortgage of commercial housing. The Article 673 and Article 634 of Civil Code are the practical legal standard basis of the association. Based on the legal effect of linked contracts, if a contract fails to be concluded or is confirmed invalid, revoked or terminated in the commercial housing sale contract and loan contract, the parties may request to terminate the other contract. The distribution rules of the obligation of restitution should take full account of the balance of benefits of the three parties. In the case of Wang Zhongcheng, the developer has the obligation to return, the buyer does not have the obligation to repay, and the bank does not have the obligation to return the loan paid by the buyer. The bank's claim to the developer is based on the claim to return unjust enrichment.

Key Words: commercial housing, sale contract, loan contract, linked contracts

商事交易中担保物权代持的解释论 ——以《民法典担保制度司法解释》第4条为中心

熊 敬*

内容提要：担保物权代持在商事交易中被大量运用，但其因不完全符合担保物权从属性的要求而遭受合法性质疑。《民法典担保制度司法解释》第4条回应了实践需求，确认了合法的担保物权代持情形。分析担保物权代持的正当性以及法律后果应以代持行为的性质为逻辑起点，但第4条对此未予明确。担保物权代持行为的性质可以解释为隐名代理和信托，这两种解释路径下的担保物权代持均不违反从属性规范。担保物权代持行为性质的解释本质上是对当事人意思表示的解释，解释时应借助意思表示解释规则，重点考察代持目的、受托人权限、公众债权人是否参与等因素。担保物权代持当事人的权利义务应在区分代持行为性质的基础上进行认定，应重点关注担保物权的归属、委托人的撤回权和解除权、受托人义务在不同法律关系类型中的区分。

关键词：担保物权受托持有 从属性 隐名代理型代持 信托型代持 担保物权归属

一、问题的提出

担保物权代持导致享有担保利益的债权人和登记的担保物权人不同一，其因形式上突破了担保物权从属性而在商事实践中引发了不少纠纷。由于法官对担保物权从属性的理解不一，不同法院对担保物权代持的效力作出了不同的法律评价。为统一法律的适用，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）（以下简称《民法典担保制度司法解释》）第4条（以下简称“第4条”）对担保物权代持作了规定，体现了保护债权人利益的政策考量。商事实践中债权人可能因主观或者客观原因未被登记为担保物权人，当实现担

* 熊敬，南京航空航天大学人文与社会科学学院讲师。

本文为2020年度江苏省社会科学基金项目“拟制信托的法律构造研究”（20FXD003）的阶段性成果。

担保物权的条件满足时，登记的担保物权人可能怠于主张优先受偿权，即便其积极主张权利，担保人也可能基于登记的担保物权人并非债权人而提出抗辩。因此，在债务人不履行到期债务的情况下，债权人能否通过担保物权实现债权还存在不确定性。为保护债权人利益，第4条不仅确认了担保物权代持有效的情形，还明确了在这些情形下债权人及其受托人皆可主张优先受偿权。

第4条缓和了担保物权从属性的适用，也在不影响担保人利益的前提下突破了物权登记的公示公信原则。一方面，担保物权的发生从属性要求担保物权人与债权人同一，担保物权的效力从属性要求主债权债务合同有效，但担保物权代持不仅必然违反发生从属性，而且可能形式上违反效力从属性，这是因为当事人为了完成担保物权登记，担保物权代持人可能与债务人签订了一份虚构的主债权债务合同，而该合同因通谋虚伪意思表示应认定为无效。因此，在第4条确认担保物权代持有效情形的背后，担保物权从属性得到了缓和适用。另一方面，《民法典》第216条规定不动产登记簿是物权归属和内容判断的根据，而第4条赋予未登记为担保物权人的债权人优先受偿权，故其突破了物权登记的公示公信原则。有学者认为，第4条的主要规范目的是“在担保物权登记人与担保物权实际受益人存在不一致时，通过形式上突破担保物权的公示公信原则，确认部分情形下实际受益人可以主张实现担保物权”〔1〕。

《民法典担保制度司法解释》关注到了商事领域中担保物权代持的运用，回应了担保物权代持的实践。然而，第4条仍遗留了以下问题有待解释：第一，第4条以“列举加兜底”的方式有限度地确认了担保物权代持的有效情形，但至于这些情形为何不构成担保物权从属性的违反，第4条并未在法律逻辑层面给出答案；第二，担保物权代持行为的性质以及形成的法律关系关乎担保物权的归属和当事人权利义务的判断，是正确适用法律规范的前提，但第4条对此未予明确；第三，当事人在担保物权代持协议中往往未对选择的法律行为类型进行明确的意思表示，因此，解释代持行为性质的方法有待探讨；第四，关于担保物权代持的法律后果，第4条仅规定了债权人或者受托人可以主张优先受偿权，但是，一方面，第4条确立的债权人和受托人皆可行使担保物权的规则存在未区分代持行为性质的弊端，另一方面，担保物权代持当事人的其他权利义务关系仍有不清晰之处，需在区分代持行为性质的基础上进一步认定。

• 123 •

二、担保物权代持法律性质的解释路径

担保物权代持并非法定概念，其行为性质存在一定争议。从司法裁判观点和学界既有研究来看，担保物权代持行为的性质主要有隐名代理和信托两种解释路径。虽然隐名代理说和信托说各有侧重，从不同角度解释了担保物权代持的法律构造，但都可解释担保物权代持的正当性。第4条未认定担保物权代持行为的性质，这影响了担保物权代持法律关系类型的判断，故有必要对此进行解释。

（一）担保物权代持的隐名代理解释路径

在担保物权代持的隐名代理解释路径下，享有担保利益的债权人是委托人，登记的担保物权

〔1〕 程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第127页。

人是代理人,双方之间是委托代理法律关系。以委托代理认定担保物权代持行为性质的思路在司法实践中有所体现。一方面,在委托贷款、公司发行债的场景,当事人明确表示以委托代理方式实现担保物权代持的,法院对代持行为的委托代理性质予以了肯定。^{〔2〕}另一方面,对于涉及众多债权人的网络借贷,也有法官认为,为了解决网络上众多出借人不能依据现有法律规定办理抵押质押登记和行使权利的问题,可将担保物权代持理解为委托代理法律关系。^{〔3〕}然而,对于当事人未明确行为性质的担保物权代持,法院能否直接认定构成委托代理,这不无疑问。就委托贷款情形而言,最高人民法院在一起案件中认定委托贷款合同本身形成隐名代理关系,但未定性基于委托贷款担保合同形成的担保物权代持行为。^{〔4〕}因为涉及担保物权从属性规范的适用,后者的认定比前者的认定更加复杂。因此,有必要分析担保物权代持行为是否符合隐名代理的构成要件以及是否违反从属性规范。

以代理人是否以自己名义与第三人订立合同为标准,代理可以分为显名代理和隐名代理。依据《民法典》第925条,成立隐名代理应满足三个要件:受托人在授权范围内订立合同、受托人以自己名义与第三人订立合同、第三人在订立合同时知道委托人与受托人的代理关系。在担保物权代持中,若代持人在委托人(债权人)的授权下以自己名义与第三人订立了担保合同,且第三人在订立合同时通过了解基础债权债务关系等方式知晓代持人与委托人(债权人)之间有代理关系,那么隐名代理可以成立。例如,在委托贷款中,金融机构在委托人即债权人^{〔5〕}的授权下以自己名义与第三人订立了担保合同,第三人因委托人(债权人)深度参与合同缔约过程、委托人(债权人)在三方协议中签字等事实而在订立合同时知道委托人(债权人)与金融机构之间存在代理关系的,担保物权代持行为符合隐名代理的要件。不过,依据《民法典》第925条的但书规定,如果有确切证据证明担保合同只约束代持人和担保人的,那么隐名代理因不满足消极要件而不能成立。

在隐名代理的解释路径下,担保物权代持不违反从属性规范。担保物权的从属性主要包括发生从属性、转移从属性、消灭从属性,其中,依据《民法典》第394条、第425条,发生从属性除了要求担保物权的成立以债权成立为前提外,还要求债权人为担保物权人。这是因为,若债权人不是担保物权人,则担保物权人行权后可能不将获得的优先受偿款交付给债权人,债权人的债权存在不能实现的风险。担保物权代持导致债权人与登记的担保物权人不同一,故其合法性存在争议。然而,代理的归属效果使得这种“不同一”仅是形式上的,担保物权实质上归属于委托人

〔2〕 参见最高人民法院(2018)最高法民终673号民事判决书;辽宁省高级人民法院(2021)辽民终2290号民事裁定书;重庆市高级人民法院(2018)渝民终603号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2020)京02民初131号民事判决书;江苏省常州市中级人民法院(2017)苏04民初135号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2016)川01民初1329号民事判决书。

〔3〕 参见吴景丽:《P2P网贷中的担保、保理、配资和对赌问题》,载《人民司法》2016年第7期。

〔4〕 参见最高人民法院(2016)最高法民终124号民事判决书。

〔5〕 委托贷款中的债权人是委托人还是金融机构曾存在一定争议,但相关规范性文件和司法裁判已经消除这一争议。《中国人民银行关于商业银行开办委托贷款业务有关问题的通知》(银办发〔2000〕100号)(已失效)规定:“商业银行开办委托贷款业务,只收取手续费,不得承担任何形式的贷款风险。”《商业银行委托贷款管理办法》延续了这一规则,其第4条规定商业银行在委托贷款业务中“收取代理手续费,不承担信用风险”。因为贷款风险或者信用风险是由债权人承担,故上述规则可解释为商业银行不是债权人。另外,最高人民法院在一起委托贷款纠纷案中从贷款具体事项的决定主体、贷款合同权利义务的实际承担情况分析,认定委托贷款中的委托人是债权人。参见最高人民法院(2021)最高法民申2140号民事裁定书。

(债权人)。代理的归属效果,是指代理人从事的法律行为直接对本人发生效力,即代理行为的法律效力与本人自为者同。^{〔6〕}另外,代理的归属效果自动发生。代理人订立的合同自成立时就直接约束委托人和第三人;物权的取得需要交付或者登记的,物权自代理人接收交付或者完成登记手续之时就自动归属于委托人。虽然在隐名代理情形,代理人将物权登记在自己名下,造成了真实权利人与登记权利人不一致的现象,但是,依据《民法典》第216、第220条,不动产登记簿仅具有物权归属推定的功能,是可被推翻的物权归属根据。因此,真实权利人与登记权利人不一致不影响物权归属的判断。在隐名代理解释路径下,代持人是代理人,其订立的担保合同以及办理担保物权登记的法律效力都直接自动归属于委托人(债权人)。也就是说,委托人(债权人)自担保物权成立时即享有担保物权,债权人与担保物权人实质上自始同一。因此,担保物权代持并未违反发生从属性规范。由于债权人是担保物权人,债权人在条件满足时可以直接主张优先受偿权,也可以授权代持人行使优先受偿权,这与第4条确立的债权人和受托人均可行使担保物权的规则相统一。

另外,在隐名代理型担保物权代持中,虽然登记公示的担保物权人并非真实权利人,但这并不会影响善意第三人的利益。一方面,担保物权登记的公示效果可以推定善意第三人知悉担保财产上存在权利负担,即使最终行使担保物权的主体并非登记的权利人,这也不会影响善意第三人对担保财产可能会被变价并有主体对变价款优先受偿的预期;另一方面,善意第三人基于对代持人享有担保物权的信赖而与其进行交易的,虽然代持人不能获得担保财产的变价款,但代持人因为不是真实债权人所以也不负担债务,其责任财产不因担保物权的登记推定效力被否定而受到影响,故善意第三人的利益不会因此受到损害。

• 125 •

(二) 担保物权代持的信托解释路径

信托是委托人基于对受托人的信任,将信托财产转移给受托人,受托人为了受益人的利益以自己的名义管理信托财产的行为。担保物权代持之所以有信托的解释路径,主要是因为信托财产的独立性原理、受托人负担信义义务等信托规则有助于实现第4条保护债权人利益的政策目标。特别是在第4条规定的第一种情形,由于公司债券投资者人数众多,相较于委托代理,信托制度更能为公众债权人提供周全保护。

因为信托财产的确定性是信托设立三个确定性要求之一,^{〔7〕}我国《信托法》第11条对此也有规定,故以信托解释担保物权代持行为的性质,首先有必要厘清信托财产是什么。信托型担保物权代持中的信托财产自然包括担保物权,但是否包括被担保的债权,这在学界未形成共识。例如,有学者认为我国公司债券受托管理虽然宜确定为信托法律关系,但因为担保物权是从权利,不得与债权分离,故公司债券信托管理中信托财产应是公司债之债权及其附属权利。^{〔8〕}从我国《证券法》第92条的“债券受托管理人”的表述来看,将受托人持有的财产理解为债权和担保物权具有一定合理性。但学理上信托型担保物权代持中的信托财产宜认定为委托人创设的或者转移的担保物权,不包括债权本身,理由在于:首先,虽然作为信托财产的担保物权是一种他

〔6〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第358页。

〔7〕 参见何宝玉:《信托法原理与判例》,中国法制出版社2013年版,第64页。

〔8〕 参见刘迎霜:《公司债券受托管理的信托法构造》,载《法学评论》2020年第3期。

物权,但这不影响信托财产确定性的判断。“换算为金钱的可能性”既是财产权成为信托财产的条件之一,^[9]也是财产权确定性的判断方法。如果债务人或者第三人提供的是足额担保,那么担保物权可换算的金钱为被担保的债权额;反之,那么担保物权可换算的金钱为担保物的评估价值。依此,担保物权单独作为信托财产具有确定性。其次,第4条列举的第一种担保物权代持情形是“为债券持有人提供的担保物权登记在债券受托管理人名下”,从“为债券持有人”的表述来看,债权人并未将表征着债权的债券委托受托人持有。也就是说,受托人代持的仅为担保物权。最后,如果将信托型担保物权代持中的信托财产理解为既包括债权,也包括担保物权,那么,由于担保物权仅是从权利,此种代持与其说是担保物权代持,毋宁说是债权代持。鉴于此,信托型担保物权代持形成的信托可称为担保权信托。

担保权信托有两种成立方式,由此也形成了两种法律构造。第一种是担保权信托的直接设立方式,即委托人设立担保物权予受托人,受托人为了债权人的利益管理处分担保物权。由此形成的代持法律构造中,委托人是担保人,受托人是登记的担保物权人,受益人是债权人,信托财产是担保人创设的担保物权。第二种是担保权信托设立的二阶段方式,即担保人先设定担保物权予债权人,债权人再将担保物权转移给受托人,受托人为了债权人的利益管理处分担保物权。由此形成的代持法律构造中,委托人和受益人皆为债权人,受托人是登记的担保物权人,信托财产是委托人转移的担保物权。若以信托解释担保物权代持行为,那么第4条规定的第一种情形、第二种情形属于担保权信托的直接设立方式,第三种情形既可能属于担保权信托的直接设立方式,也可能属于二阶段设立方式。

• 126 •

信托型担保物权代持不实质违反从属性规范。^[10]首先,担保权信托不因债权人和担保物权人的不同一而实质违反发生从属性规范。虽然担保权信托的受益人(债权人)并非名义担保物权人,但其可通过行使受益权获得担保利益,从而实现债权。因此,债权与担保物权通过受益权的桥梁紧密联系在了一起,两者并未发生实质的分离。其次,在发生债权让与时,若债权人一并让与了受益权,那么担保权信托也不因受托人继续持有担保物权而实质违反转移从属性规范。转移从属性服务于保障特定债权实现的目的,其要求担保物权应当附随债权转移。在担保权信托中,如果债权受让人同时获得了受益权,那么其可通过行使受益权获得担保利益,实现受让的债权。因此,受托人继续持有担保物权并不与转移从属性的规范目的冲突。

从比较法的角度观察,担保权信托已被诸多采用担保物权从属性原则的大陆法系国家和地区立法确认。除了一些国家和地区在公司发行附担保债券制度中承认了担保权信托之外,^[11]还有国家在民法典和信托法层面直接确立了担保权信托制度。2017年《法国民法典》第四卷第三编增设“担保代理人”规定,虽然受托人名为“担保代理人”,但有学者依据《法国民法典》第2488—6条第2款,认为“受托人在其任务范围内获得的财产和权利构成独立的信托财产,与其

[9] 参见〔日〕新井诚:《信托法》(第4版),刘华译,中国政法大学出版社2017年版,第282页。

[10] 参见熊敬:《从属性规则对担保权信托的影响及其消除》,载《江西社会科学》2022年第11期。

[11] 日本在1905年颁布了《附担保公司债信托法》;属于大陆法系的加拿大魁北克省在1914年公司法修正案中承认了公司信托契约(the corporate trust deed),并对契约要素作了规定;我国台湾地区“公司法”第256条要求受托人应负责实行或保管因公司发行债券而取得的抵押权或质权。

自己的责任财产相区隔，由此可以看出担保代理人性质上属于信托之受托人”^{〔12〕}。基于信托财产独立性原则，本文也认为已经引入信托制度的《法国民法典》实际上是以信托认定担保物权代持行为的性质。在日本，担保权信托能否适用于公司发行附担保债券之外的场合曾存在解释上的争议，^{〔13〕}但日本2006年《信托法》消除了该争议，其第3条正式引入了担保权信托制度。上述国家和地区皆奉行担保物权从属性原则，但这并未成为担保权信托制度化的障碍。

（三）第4条“其他情形”下担保物权代持性质的解释

第4条不仅确认了公司发行债券、委托贷款情形下担保物权代持的合法性，而且规定了发挥兜底作用的“其他情形”，为其他场景的担保物权代持预留了空间。第4条第3项规定了“其他情形”的前提条件，即“担保人知道债权人与他人之间存在委托关系”。《民法典担保制度司法解释（征求意见稿）》第4条第3项规定的“其他情形”的前提条件为“担保人知道担保物权未登记在债权人名下”，但最高人民法院可能考虑到过于宽松的条件会导致担保物权代持的有效情形过于宽泛，担保物权从属性被实质突破，因此在正式稿中规定了更严格的条件。那么，第4条第3项规定的前提条件对担保物权代持行为的性质判断有什么影响？担保人对委托关系知情具体时间未被第4条第3项明确，其可以分为担保人订立担保合同的时间和担保人订立担保合同之后的时间。为了准确判断第4条第3项规定的“其他情形”的担保物权代持行为的性质，有必要在区分担保人知情时间的基础上进行解释。

担保人在订立担保合同时知道债权人和他人之间存在委托关系的，第4条规定的“其他情形”的担保物权代持既可以隐名代理解释，也可以信托解释。首先，委托关系是代理关系的内部关系、基础关系，^{〔14〕}债权人与他人在委托关系的基础上建立代理关系的，此时担保物权代持因符合《民法典》第925条规定的“第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系”要件而构成隐名代理。其次，第4条规定的“其他情形”下的担保物权代持也可能成立信托。委托关系是一种合同关系，依据《民法典》第919条，其以“受托人处理委托人事务”为合同内容。有学者认为，依据《信托法》对信托的定义，其属于为他人处理事务的合同，是一种特殊的委托，而信托法规则可以视为委托的特别规则。^{〔15〕}从《信托法》第2条“将其财产权委托给受托人”的表述来看，信托与委托确实具有共通性，可以理解为广义上的委托。基于此，债权人与他人之间的委托关系可理解为包括信托关系，第4条“其他情形”下的担保物权代持可以信托解释。

担保人在订立担保合同之后知道债权人和他人之间存在委托关系的，第4条规定的“其他情形”下的担保物权代持仅能以信托解释。首先，此种情况的担保物权代持因不符合《民法典》第925条规定的要件而不能成立隐名代理。担保人在订立担保合同之后才因债权人或者他人公开委

〔12〕 刘骏：《抵押权代持的类型和效力》，载《经贸法律评论》2021年第2期，第111页。

〔13〕 有学者认为，《附担保公司债信托法》承认担保权信托是例外规定，在法律没有明文规定的场合，委托人将担保物权转移给受托人的信托设立方式不能被承认。参见〔日〕道垣内弘人：《信托法入门》，姜雪莲译，中国法制出版社2014年版，第38页。但也有学者认为，如果制度上保障了被担保债权的实现，那么担保权信托也不是不可能的。長谷川貞之『担保権信託の法理』（勁草書房、2011年）79-80頁參照。

〔14〕 参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第330页。

〔15〕 参见王利明：《信托合同与委托合同的比较》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2019年第4期。

托关系而知情的,担保物权代持符合间接代理的特征。有学者认为:“间接代理有三种含义。狭义说仅指本人身份未披露代理;中义说还包括本人身份部分披露的隐名代理;广义说还包括行纪。”^{〔16〕}另有学者认为,大陆法系代理制度仅在学理上存在直接代理和间接代理的区分,因为大陆法系立法上不存在间接代理,间接代理就是行纪,而《合同法》第402条(《民法典》第925条)、第403条(《民法典》第926条)的雏形一直被规定在行纪合同中,其规范目的是解决外贸代理人以自己的名义与第三人进行法律行为时的法律效果归属问题。^{〔17〕}本文以是否发生代理归属效果作为划分直接代理和间接代理的标准。依此,《民法典》第925条规定的隐名代理属于直接代理,而《民法典》第926条规定的本人未公开代理和《民法典》第951条规定的行纪属于间接代理。由于间接代理不产生代理归属效果,其实质上不属于真正意义上的代理。间接代理人“以自己名义与第三人为法律行为,负有将其法律效力移转于本人之债务”^{〔18〕}。以间接代理处理事务的,“法律行为仅约束受托人和第三人,处理事务的经济利益先由受托人承受,再依委托合同转移给委托人”^{〔19〕}。由此可见,间接代理适用的是合同法规则,委托人与第三人虽无直接合同关系,但两者依据债务转移和债权让与原理可以发生联系。担保物权代持成立间接代理的,受托人以自己名义与担保人订立的担保合同只能约束自己,而担保物权在办理登记手续后也不发生自动归属于债权人的效果。此时,担保物权与债权在形式上和实质上皆发生了分离,担保物权代持因突破了从属性应被认定为无效。其次,担保人在订立担保合同之后知道债权人和他人之间存在委托的,担保物权代持可以形成以债权人作为委托人兼受益人的担保权信托。在担保权信托的二阶段设立方式中,担保人可能对债权人与受托人之后形成的担保权信托关系不知情,但这并不会加重担保人的负担。另外,如上文所述,基于信托原理,担保权信托也不实质突破从属性规范。因此,担保人订立担保合同时对债权人和他人之间存在委托关系不知情,这不影响担保权信托的成立。但当受托人行使担保物权时,为了获得担保人的配合和协助,受托人应向担保人披露委托人(债权人)与受托人之间的信托关系。

综上所述,担保人在订立担保合同时知道债权人和他人之间存在委托关系的,第4条规定的“其他情形”的担保物权代持可以隐名代理和信托解释;担保人在订立担保合同之后知道债权人和他人之间存在委托关系的,第4条规定的“其他情形”的担保物权代持仅能以信托解释。

三、担保物权代持法律性质解释的考量因素

担保物权代持行为性质的解释有隐名代理和信托的区分,但在当事人未明确选择法律行为类型的情况下,如何判断担保物权代持行为的性质是个难题。本质上,法律行为定性是“法律对当事人的意思表示作出规范意义上的评价,唯有确定了当事人通过意思表示构建的法律行为类型,

〔16〕 徐海燕:《间接代理制度法理阐释与规则解释》,载《社会科学》2021年第4期,第95页。

〔17〕 参见方新军:《民法典编纂视野下合同法第402条、第403条的存废》,载《法学研究》2019年第1期。

〔18〕 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第517页。

〔19〕 胡东海:《〈民法典〉第926条(间接代理)评注》,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第2期,第95页。

方能判断法律针对该类型的法律行为所意图采取的规制方式”〔20〕。担保物权代持行为性质的判断应以当事人意思表示内容为中心，在意思表示内容不明时，应借助意思表示解释的原则确定意思表示的含义。

（一）担保物权代持的目的因素

《民法典》第142条第1款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”依此，行为目的是意思表示解释应考虑的因素。当事人选择担保物权代持的目的不一，在当事人未约定代持行为性质时，对当事人意思表示的解释应考虑代持的目的因素。

有的债权人选择担保物权代持仅是为了利用受托人的身份或者资质，满足登记机关的登记要求。《民法典》未对担保物权人的资质作特别规定，也未限制担保物权人的范围，但是，由于有些登记机关未充分理解规范性文件的精神〔21〕或者担保登记政策，〔22〕实践中存在债权人无法被登记为担保物权人的情况。对此，有学者指出：“我国登记制度尚不健全，法律上明定的登记部门并未践行其登记职责的，不在少数。”〔23〕如果债权人选择担保物权代持仅是为了利用受托人的身份或者资质办理担保物权登记，而非寄希望于受托人实质管理担保物权，那么这种担保物权代持的行为性质以隐名代理解释足矣，无需用更特殊的信托来解释。这是因为，债权人选择担保物权代持所追求的法律效果是实质享有担保物权，从而使得自己的债权处于被保障的地位，而隐名代理的归属效果已经可以确保债权人的目的实现。从担保物权代持人的角度而言，代持人签订担保合同和办理担保物权登记仅是为了提供名义，并无亲自参与担保物权管理的意思，也无参与事务性管理的事实，因此，以调整法律行为效果归属为中心的代理解释当事人的意思表示内容即可，无需借助更复杂的、同时调整法律行为和事实行为的信托予以解释。

有债权人选择担保物权代持是为了规避地方工商行政管理机关颁布的规范性文件。《公司法》第142条第5款禁止公司接受本公司的股票作为质押权的标的，但由于该款规定位于《公司法》“股份有限公司的股份发行和转让”的章节，其能否类推适用于有限责任公司接受本公司股权质押的情形在实践和理论中都存在争议。在司法实践中，有法院认为有限责任公司可以接受本公司股权质押。例如，在一起合同纠纷案中，一审法院认为：“公司法规定的只是股份有限公司不得

〔20〕 于程远：《论法律行为定性中的“名”与“实”》，载《法学》2021年第7期，第100页。

〔21〕 例如，《城市房地产抵押管理办法》第3条第4款规定：“本办法所称预购商品房贷款抵押，是指购房人在支付首期规定的房价款后，由贷款银行代其支付其余的购房款，将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”该办法第3条第5款规定：“本办法所称在建工程抵押，是指抵押人为取得在建工程继续建造资金的贷款，以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的投入资产，以不转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”有的登记机关甚至法院据此认为预购商品房贷款抵押和在建工程抵押的抵押权人只能为贷款银行。为此，《最高人民法院关于〈城市房地产抵押管理办法〉在建工程抵押规定与上位法是否冲突问题的答复》（〔2012〕行他字第8号）澄清了规则，指出：“法律对在建工程抵押权人的范围没有作出限制性规定，《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款有关在建工程抵押的规定，是针对贷款银行作为抵押权人时的特别规定，但并不限制贷款银行以外的主体成为在建工程的抵押权人。”

〔22〕 例如，《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》（国办发〔2019〕34号）第13条规定：“放宽对抵押权人的限制。自然人、企业均可作为抵押权人申请以建设用地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权办理不动产抵押相关手续，涉及企业之间债权债务合同的须符合有关法律法规的规定。”不过，这一规则还未在全国各地落实，“放宽对抵押权人的限制”的表述也间接表明之前登记机关对抵押权人的身份或资质有一定要求。

〔23〕 高圣平：《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用》（上），中国法制出版社2021年版，第388页。

接受本公司的股份作担保,并未限制有限责任公司不得接受本公司的股权作担保,而且有限责任公司的股东将其持有的本公司股权向本公司出质,公司股权总数并没有变化,注册资金并未减少,并不会损害公司利益,亦不违背公司法限制股权出质的立法原意。”〔24〕此观点被该案二审法院和再审法院认可。〔25〕类似观点还可见于其他裁判文书之中。〔26〕依公司法原理,公司不得持有本公司股权。有限责任公司接受本公司股权质押的,公司在实现质权时不能通过折价方式获得股权,这导致在无人参与股权拍卖、变卖程序的情况下公司不能实现质权。但是,质权不能实现并不是质权不能成立的理由,《公司法》第142条第5款不应类推适用于有限责任公司接受本公司股权质押的情形。然而,某些地方工商行政管理机关颁布的规范性文件〔27〕未区分公司形态,将“股权出质给本公司”列为不得办理股权出质登记的情形,这导致实践中股东与公司交易,前者作为债务人只能将其持有的公司股权质押在其他主体(如其他股东)名下。如果作为债权人的公司选择担保物权代持仅是为了借用他人的名义使自己债权处于被担保的地位,那么以隐名代理解释这种代持行为即可。

有的债权人选择担保物权代持是为了实现担保物权的统一管理。在单个债务人对多个债权人负有债务的场合,传统模式下债务人或者第三人会为各个债权人设定担保物权。当行使担保物权的条件成就时,各债权人可以分别行权。任一债权人固然可以将担保物变价并就所得价款按照自己的债权比例优先受偿,但在非足额担保的情形,任一债权人行使担保物权并不一定符合全体债权人的最大利益。部分债权人为了提高债权的实现率,可能认为赋予债务人履行宽限期或者修改当事人约定的实现担保物权的条件不失为更理性的选择。因此,债权人对是否立即行使担保物权可能无法形成统一意见。这种现象在商事融资交易中尤为明显。商事融资交易的增信措施较为复杂,涉及的利益相关者较多。债权人在行使担保物权之前需要进行全面评估,往往会考虑担保物的变价能力、担保物是否超额担保、企业债务人清偿能力的欠缺是否具有暂时性、企业债务人未来的盈利能力、担保物对企业经营的重要性、部分债权人与债务人的关联关系等因素。各债权人重点考虑的因素不同,债权人意见也就可能不同。因此,实践中有债权人将担保物权统一登记在某个债权人或者第三方名下,以此方便担保物权的统一管理和行使,化解债权人之间的意见分歧。例如,银团贷款中就有这样的操作。如果当事人选择担保物权代持是为了实现担保物权一元化管理,那么以信托解释代持行为的性质更为合理。这是因为,在信托型担保物权代持中,受托人应遵循最大比例实现总债权的信托目的,负有为全体受益人(债权人)而非个别受益人的最大利益管理担保物权的义务。同时,受托人享有的自由裁量权允许其独立决定是否行使担保物权,而委托人(债权人)对受托人的决策不能直接干预。若以隐名代理解释此种情况的担保物权代持,那么基于代理的归属效果,各债权人都可直接行使自己享有的担保物权。如此,委托人(债

〔24〕 贵州省黔南布依族苗族自治州惠水县人民法院(2014)惠民商初字第45号民事判决书。

〔25〕 参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2015)黔南民商终字第101号民事判决书;贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2017)黔27民再9号民事判决书。

〔26〕 参见河南省高级人民法院(2018)豫民终1307号民事判决书;江苏省扬州市中级人民法院(2017)苏1182民初1482号民事判决书。

〔27〕 例如《北京市工商局转发国家工商总局关于股权出质登记办法的通知(2008)》《江苏省工商行政管理机关股权出质登记暂行办法(2008)》《山东省股权出质登记暂行办法(2008)》。

权人)追求担保物权统一管理的目的将无法实现。

综上所述,当事人选择担保物权代持仅为满足登记机关的登记要求或者规避地方工商行政管理机关颁布的规范性文件的,将代持行为的性质解释为隐名代理已经能够实现当事人的行为目的。当事人为了实现担保物权的统一管理而选择担保物权代持的,将代持行为的性质解释为信托更符合当事人的行为目的。

(二) 担保物权代持人的权限因素

当事人在法律行为中设置的权利义务是意思表示的主要内容,“解释者依据意思表示解释理论对法律行为进行定性,其实质是将具体的权利义务构造评价为某种法律关系从而正确适用法律”〔28〕。另外,在合同履行过程中,当事人实际享有的权利和负担的义务也是确定当事人意思表示含义的辅助因素。因此,对法律行为定性,当事人的权利义务需重点考量。鉴于代持人在不同性质的担保物权代持中享有的权限显著不同,有必要将受托人的权限因素作为代持行为性质认定的依据。

委托代理人与信托受托人在事务处理方面均享有一定的权限,但两者享有的权限范围不同。依据《民法典》第163条第2款,代理人的权限来源于被代理人的委托。〔29〕代理人应在权限范围内从事法律行为,否则构成无权代理。代理关系内部约定不明或者委托人授权内容不清晰的,《民法典》未明确代理权范围。为了防止代理人滥用代理权,大陆法系对代理权范围表现出了限制的态度。例如,日本《民法典》第103条将未规定权限的代理人有权作出的行为限定为“保存行为”和“于不改变代理标的物或权利之性质范围内,以利用或改良为目的之行为”〔30〕。换言之,在代理权范围不明的情形,代理人一般仅能从事必要的行为和使被代理人纯获益的行为,在处分行为方面享有较小的自由裁量权。在权限不明的情形,与委托代理人的权限受到严格限制不同,信托受托人被信托法赋予了宽泛的权力。以信托关系为典型的信义关系是财产所有者授予管理者对其财产享有开放式(open-endedness)权力而形成的关系,〔31〕其本质要素是受信人对受益人的现实重大利益享有自由裁量的权力(discretionary power)。〔32〕开放式的权力和自由裁量的权力意味着信托受托人享有宽泛的权力,除非受托人权限被信托文件明确限制。委托人之所以选择信托是为了利用受托人的专业技能、知识、经验等持续地为自己谋取福利,而这一目的的实现离不开受托人积极履职。因此,即便信托合同未明确约定受托人的权限,信托法也赋予受托人几乎所有为了实现信托目的而需要的权力。从这个角度而言,信托受托人的宽泛权限既来源于委托人的授予,也来源于信托法的赋予。

基于以上分析,在确定担保物权代持人意思表示的内容时,应将代持人依据协议享有的权限以及职责履行过程中代持人实际享有的权限作为考量要素。具体而言,担保物权代持人享有的权限可以从决策和执行两个层面考察。在决策层面,当行使担保物权的条件成就时,可以考察担保

〔28〕 前引〔20〕,于程远文,第111页。

〔29〕 依据授权行为独立于基础法律关系的分离原则,学理上代理权范围由授权行为界定,但基础法律关系中的约定内容亦可成为授权范围的依据。参见前引〔14〕,朱庆育书,第346页。

〔30〕 王融擎编译:《日本民法条文与判例》(上册),中国法制出版社2018年版,第80页。

〔31〕 See Larry E. Ribstein, Fencing Fiduciary Duties, 91 *Boston University Law Review* 901, 902 (2011).

〔32〕 See Paul B. Miller, A Theory of Fiduciary Liability, 56 *McGill Law Journal* 235, 261-263 (2011).

物权代持人是否享有最终决定行权的权力。当然,受托人在决策前应考虑何为所有受益人的最大利益、行使担保物权对所有受益人的最大利益有何影响、是否有必要赋予债务人宽限期或者修改约定的行使担保物权的条件。在执行层面,判断担保物权代持人享有的权限可以考察其在管理担保物权、选择实现担保物权的方式等方面是否享有权力。在担保物权管理方面,可以考察受托人是否前期参与了担保物的选定和评估、是否对担保物实施了监管、是否请求了担保人停止减少担保物价值的行为、是否请求了担保人增加担保价值等。在担保物权的实现方式方面,可以考察受托人是否享有在担保物折价、变卖、拍卖的变价方式中自主选择一种其认为最有利于受益人利益的方式。总之,担保物权代持人在决策和执行层面同时享有自由裁量权的,代持行为更符合信托的特征。反之,担保物权代持更符合委托代理的特征。

(三) 担保物权代持中的公众利益因素

意思表示规范性解释中“表意符号的标准意义是价值考量基础上的具备一定弹性的标准意义”^{〔33〕}。对当事人意思表示进行解释,应在具体情境中考量当事人的利益状态、能力与地位、交易经验等因素,在价值权衡的基础上确定意思表示的内容和含义。涉及公众利益的担保物权代持在交易情境方面具有特殊性,对处于弱势地位的公众债权人的利益有重大影响,故对担保物权代持当事人的意思表示进行解释时应考量公众利益因素。考虑到涉及公众利益的担保物权代持主要是债券受托管理人为债券持有人的代持,即第4条规定的第一种情形,下文将围绕此种情形进行讨论。

• 132 •

首先,公司公开发行附担保债券的,债券受托管理人代持担保物权的行为难以成立隐名代理,宜将其性质解释为信托,以避免代持行为陷入违反从属性规范的争议。依据《民法典》第925条,隐名代理成立的要件之一是“第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系”,而“第三人在订立合同时知道委托人(被代理人)”是该要件应有之义。所谓知道被代理人,“必须知道具体的被代理人,即知道被代理人的姓名或名称”^{〔34〕}。但是,《公司债券发行与交易管理办法》第59条第7项要求“债券受托管理人应在债券发行前或债券募集说明书约定的时间内取得担保的权利证明或其他有关文件”,也就是说,为了事先保护债券投资人的利益和提高担保物权登记的便捷性,债券受托管理人在投资者认购债券前就已经登记为了担保物权人,其实际上在当时是为未来的债权人持有担保物权。申言之,提供担保的第三人在签订担保合同时不可能知道被债券受托管理人代理的具体公众投资者,隐名代理因不满足第三人知情要件而不能成立。以信托解释担保人、债券受托管理人、公众投资者之间的关系则不存在教义学上的障碍。在担保权信托结构中,委托人是担保人而非公众投资者,公众投资者的身份仅为受益人。《信托法》第9条第3项确立了受益人确定原则,要求设立信托的书面文件载明受益人或者受益人的范围。值得注意的是,此处“受益人范围”可以依确定未来受益人的方法而确定。债券受托管理中受益人范围为未来认购本期债券的所有公众投资者。因此,出于合法性的需要,在公司公开发行附担保债券的特殊交易情境,宜将担保物权代持当事人的意思表示内容解释为成立信托关系。

〔33〕 杨代雄:《意思表示解释的原则》,载《法学》2020年第7期,第52页。

〔34〕 胡东海:《〈合同法〉第402条(隐名代理)评注》,载《法学家》2019年第6期,第184页。

其次，从保护公众债权人的政策目标出发，宜将债券受托管理人的代持行为的性质解释为信托。公众债权人未参与债券受托管理协议的起草，与作为商事主体的发行人、债券受托管理人^{〔35〕}在谈判能力方面有显著差距，因此，在价值考量上宜将担保物权代持成立的法律关系类型向有利于公众债权人的方向解释。信托的特殊性规则能为公众债权人提供更周全的保护，更适合约束拥有宽泛权力且具有优势地位的债券受托管理人。第一，信托财产具有独立性，这使得作为信托财产的担保物权或者担保物的变价款隔离于信托当事人的责任财产。委托人、受托人、受益人的债权人不能代位行使担保物权，也不能申请强制执行担保物的变价款。第二，受托人负担严苛的信义义务，应勤勉履职。《公司债券发行与交易管理办法》第59条规定了债券受托管理人的职责，但相关规则还有待完善。^{〔36〕}信义义务的内涵丰富，其规则的抽象性可以在具体的情境中衍生出具体规则，发挥严格规制受托人行为的功能。第三，从救济角度而言，当受托人侵犯了受益人的利益，《信托法》为受益人提供了多种救济方式。除了损害赔偿等传统救济方式，委托人不仅可以撤销受托人违反信托目的处分信托财产的行为、导致信托财产受损的违反职责的行为或者不当处理信托事务的行为，还可以请求将受托人利用信托财产获得的非法利益归入信托财产。

四、担保物权代持当事人权利义务的解釋

不同性质的担保物权代持行为形成不同的法律关系，不同的法律关系分配给当事人不同的权利义务。特别在商事法律关系中，当事人的权利义务具有特殊性。^{〔37〕}隐名代理型担保物权代持产生法律行为归属效果，当事人权利义务规则以委托人中心展开。信托型担保物权代持以受托人向受托人让渡控制权为本质特征，当事人的权利义务规则以受托人中心展开。第4条未区分担保物权代持形成的法律关系，这不仅导致不同当事人主张的权利可能发生冲突，而且造成代持人履行义务的标准模糊。因此，有必要在区分担保物权代持行为性质的基础上对当事人的权利义务进行认定。

（一）担保物权的归属

担保物权代持导致债权人与登记的担保物权人不同一，进而带来了担保物权的归属判断问题。在《民法典担保制度司法解释》出台之前，法院一般基于隐名代理的归属效果认定债权人可以主张担保物权，不过司法实践中也出现了基于物权公示公信原则不支持债权人行使担保物权的判决。^{〔38〕}第4条统一了担保物权行使规则，即债权人和受托人皆可主张优先受偿权。但是，第4条依然未明确担保物权的归属。担保物权究竟是否归属于债权人，这还应在区分担保物权代持

〔35〕 依据《公司债券发行与交易管理办法》第58条，债券受托管理人“由本次发行的承销机构或其他经中国证监会认可的机构担任。债券受托管理人应当为中国证券业协会会员”。

〔36〕 例如，债券受托管理人履职过程中的利益冲突防范规则有待完善。如果存在债券受托管理人与发行人同为一个实际控制人所控制、受托管理人持有发行人发行的债券股票等情形，债券受托管理人的自身利益与其受托管理人的身份极易产生冲突。参见田春雷：《新〈证券法〉视角下公司债券持有人保护困局的突破》，载《北京联合大学学报（人文社会科学版）》2021年第1期。

〔37〕 参见王建文：《论我国商事权利的体系化构建》，载《当代法学》2021年第4期。

〔38〕 参见江西省南昌市中级人民法院（2018）赣01民终2407号民事判决书。

行为性质的基础上进行判断。

在隐名代理型担保物权代持中,担保物权归属于债权人。基于隐名代理的归属效果,担保物权自成立时自动归属于债权人。受托人行使担保物权的,其权利来源于委托人的授权。债权人行使担保物权的,担保人不能以债权人并非登记的权利人为由进行抗辩。一方面,不动产登记簿记载的权利人是推定的权利人,在与真实权利人不一致时,权利应归属于真实权利人。对此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第2条规定:“当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人,请求确认其享有物权的,应予支持。”另一方面,担保人不受到物权公信原则的保护。物权公信原则是指“依公示方法表现出之物权与真实的物权状态不一致时,对于信赖此项公示方法所表示之物权状态,而为交易行为之人,法律仍承认其具有与真实物权状态相同之法律效果,以为保护之原则”^[39]。隐名代理以第三人知道代理关系为要件,故作为第三人的担保人对登记为担保物权人的代持人并非真实权利人是知情的,其对登记文件上的记载不享有信赖利益。

在信托型担保物权代持中,担保物权严格意义上不归属于任何主体。基于信托财产独立性原理,当担保物权成为信托财产时,其就具有了独立于各信托当事人的财产的地位。尚需考虑的是担保物权行权主体的问题。受托人依其职权当然可以行权,但债权人能否直接行权?答案是否定的。一方面,委托人或者受益人不享有担保物权,其行使权利缺乏权源;另一方面,委托人自设立信托后就退出权力中心,而受益人作为信托财产剩余价值索取人^[40]也仅能对可分配的信托利益主张权利。由此,第4条确立的债权人和受托人皆可主张优先受偿权的规则值得商榷。与第4条适用的逻辑不同,2020年最高人民法院印发的《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》第18条、第19条分别规定了担保物权由受托人集中行使、受托管理人所获利益归属于债券持有人的规则,这些规则与信托型担保物权代持规则相统一。因此,判断债权人在担保物权代持中能否直接行权,还应考察债权人所处的法律关系。

(二) 委托人的撤回权和解除权

由于担保物权代持中债权人与登记的担保物权人分离,债权人有约束担保物权代持人的需求。委托人(债权人)享有的对授权行为的撤回权和对代持法律关系的解除权是约束受托人的重要权利,但委托人(债权人)的撤回权和解除权在不同的法律关系中有所不同。

隐名代理型担保物权代持人管理、处分担保物权的正当性来源于代理权。代理权“通常不为代理人带来法律上的利益,代理人亦不存在信赖利益保护问题,因而,原则上代理权可随时撤回,不受基础关系是否存续之影响”^[41]。委托人行使撤回权的,依据《民法典》第173条第2项,^[42]委托代理终止。此时,担保人、受托人应配合债权人办理担保物权变更登记。信托型担保物权代持人享有的管理、处分担保物权的宽泛权力一方面来源于委托人的授权,另一方面来源于信托法的默认性规则。前者是指委托人通过信托文件授予给受托人的权力,后者是信托法默认

[39] 谢在全:《民法物权论》(上),新学林出版股份有限公司2020年版,第52页。

[40] 参见赵廉慧:《信托受益权法律性质新解——“剩余索取权理论”的引入》,载《中国政法大学学报》2015年第5期。

[41] 前引[14],朱庆育书,第352页。

[42] 《民法典》第173条规定了委托代理终止的情形,其中第2项“被代理人取消委托”包括代理权的撤回。

赋予受托人的广泛权力。对于受托人享有的权力，委托人无权撤回。根本原因在于，倘若委托人可以随意行使撤回权，那么受益人的利益无法保障。基于此，英美法系信托法严格限制委托人的权利。有学者甚至认为：“一旦信托设立人设立了信托，他就失去了对该信托的一切权益，除非他是受益人或者受托人。”^{〔43〕}我国《信托法》未规定能够发挥监督受托人、维持信托生命力和提供专业咨询功能的私益信托监察人制度，^{〔44〕}因而赋予了委托人一定信托权力以约束受托人。尽管如此，《信托法》未规定委托人的撤回权。在担保物权代持中，当债务人或担保人是委托人时，委托人不享有撤回权有利于受益人（债权人）利益保护。例如，发行人公开发行人附担保债券的，作为委托人的发行人或者担保人不能撤回授予受托人的权力，受托人应为了债权人的利益积极履行职责。

隐名代理型担保物权代持的委托人享有任意解除权。依据《民法典》第 933 条，无论是有偿委托还是无偿委托，委托合同的双方当事人都可以无理由地随时解除合同。至于委托合同当事人能否约定抛弃任意解除权，有法官认为有偿委托合同中的抛弃任意解除权的特约应为有效。^{〔45〕}委托人行使解除权的，由于我国未采用基础关系与授权行为分离原则，委托代理直接终止。信托型担保物权代持中委托人的解除权需分情况认定。委托人是唯一受益人（债权人）的，此类信托属于自益信托，依据《信托法》第 50 条，委托人享有任意解除权。又依据《信托法》第 50 条“信托文件另有规定的，从其规定”，委托人的任意解除权可以约定排除。但是，信托属于他益信托的，依据《信托法》第 51 条，委托人仅能在特定情形下行使解除权，这些情形包括受益人对委托人重大侵权、经受益人同意、信托文件规定的情形。与委托代理不同，《信托法》限制委托人的解除权是为了保护受益人的利益。不过，为了兼顾委托人的利益，排除委托人解除权的约定应认定为无效。因此，在信托型担保物权代持的委托人不是唯一受益人（债权人）的情形，委托人的解除权受到严格限制，但不得约定排除。

（三）受托人负担的法定义务

隐名代理型担保物权代持人负担的主要法定义务为禁止利益冲突义务和注意义务。禁止利益冲突义务是指《民法典》第 168 条规定的代理人不得从事自我代理和双方代理，除非代理人的利益冲突行为获得被代理人的同意或者追认。依此，隐名代理型担保物权代持人不能自己或者代理其他主体作为交易方参与担保物的拍卖、变卖，也不能利用担保物的变价款与自己或者代理的其他主体进行交易。代理人的注意义务要求代理人以一定的标准履行职责。《民法典》第 164 条仅规定了代理人不履行或者不完全履行职责的民事责任，未规定代理人履行职责的标准。理论上，代理人应以善良家长的标准履行注意义务。所谓善良家长的注意，是指“具有一般知识、经验的人诚实地处理事务时所用的注意，所以不需要专家们所用的特别注意”^{〔46〕}。依此，隐名代理型担

〔43〕〔英〕斯蒂芬·加拉赫：《衡平法与信托法：数世纪的结晶》，冷霞译，法律出版社 2020 年版，第 125 页。

〔44〕参见楼建波、刘杰勇：《论私益信托监察人在我国的设计与运用》，载《河北法学》2022 年第 3 期。

〔45〕该法官认为，有偿委托合同中的抛弃任意解除权特约有效的理由主要有四点：第一，无否定该特约的理论基础存在；第二，认可该特约的效力，符合委托事务发展的商业属性和社会化属性；第三，认可该特约的效力，可发挥《民法典》第 933 条损失赔偿责任所不具有的功能；第四，认可该特约的效力，符合《民法典》对委托合同任意解除权进行限制的立法精神。参见仲伟珩：《有偿委托合同任意解除权的法律适用问题研究》，载《法律适用》2020 年第 17 期。

〔46〕周相：《罗马法原论》（下册），商务印书馆 2019 年版，第 715 页。

保物权代持人以一般人注意标准管理担保物权即可。

信托型担保物权代持人负担的主要法定义务是信义义务，包括忠实义务和注意义务。受托人的忠实义务要求受托人为了受益人的最大利益管理信托事务，主要包括禁止利益冲突义务和禁止利益取得义务。受托人的禁止利益冲突义务比代理人负担的更严格，除了包括与禁止自我代理和双方代理类似的义务外，基于基本忠实义务的抽象性，还可以解释出受托人不能从事关联交易、受托人不能利用属于信托的机会为自己谋利等内容。另外，受托人违反禁止利益冲突义务的，受益人请求受托人承担责任不以“一方不当取得利益、另外一方受有损失”为前提。^{〔47〕} 受托人的禁止利益取得义务要求受托人仅能获得信托报酬，不能从信托事务管理中获得利益。受托人的注意义务是一种积极义务，其要求受托人为了信托目的之实现而主动、勤勉地履行职责。相较于代理人的注意义务，受托人的注意义务履行标准更高。在无特别约定的情况下，受托人应以同行业从业人员或者机构所具有的平均专业水平履行职责。^{〔48〕} 倘若委托人基于受托人的承诺而对受托人的特殊技能、经验、知识有所信赖，那么受托人应以对应的主观标准履行义务。依此，信托型担保物权代持人应围绕保障债权实现的信托目的积极、勤勉地履行职责。在管理担保物权方面，受托人不仅应掌握担保物的评估价值、债务人的偿债能力、增信措施的合规性等可能影响债权人利益的信息，还应履行妥善保管质物、视情况与债务人和担保人谈判（如要求债务人增加担保、限制担保人出卖担保物）等职责。在实现担保物权方面，受托人应选择有利于债权人利益最大化的担保物权实现方式，包括以登记的担保物权人身份为了全体债权人的利益向法院起诉、寻找潜在的担保物买家、制定庭外执行方案等。

• 136 •

总体而言，担保物权代持人在信托关系中比在隐名代理关系中负担更严格的义务。虽然两种法律关系中的受托人负担的法定义务都禁止受托人侵犯受益人（债权人）的利益，要求受托人为了受益人（债权人）的利益管理事务，但信托受托人负担的信义义务不仅因其抽象性而能供给弹性的规则，而且其要求受托人以更高的标准履行职责。鉴于商事融资增信措施结构化、资金提供主体多方化甚至大众化、担保物权管理专业化和持续化等特点，信托受托人负担的信义义务更能保护债权人尤其是公众投资者的利益。

五、结 语

第4条未充分关注商事关系和商行为的特殊性，这与《民法典》以“民商合一”为编纂体例有关。^{〔49〕} 商事交易中担保物权代持行为的性质有委托代理（隐名代理）和信托两种解释路径。隐名代理型担保物权代持因代理的归属效果使得担保物权自动直接归属于委托人（债权人），因此，该代持方式不违反担保物权从属性规范。信托型担保物权代持通过受益权将担保物权和债权紧密联系在一起，因而该代持方式未实质与担保物权从属性的规范目的冲突。由于当事人在订立

〔47〕 参见赵廉慧：《信托法解释论》，中国法制出版社2015年版，第312页。

〔48〕 参见熊敬：《受托人信义义务排除的限度——以被动管理型信托为视角》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2022年第6期。

〔49〕 参见范健：《中国〈民法典〉颁行后的民商关系思考》，载《政法论坛》2023年第2期。

担保物权代持合同时很可能未明确选择法律行为类型，故在解释担保物权代持行为性质时应以当事人的意思表示进行解释。解释时，应重点考量担保物权代持的行为目的、代持人享有的权限、是否涉及公共利益等因素。不同的法律关系分配给当事人不同的权利义务，故担保物权代持当事人的权利义务需在区分代持行为性质的基础上进行认定。

我国信托财产的登记制度还不健全，目前担保物权尚不能被登记为信托财产。虽然《信托法》第10条确定了信托登记生效主义，但该规定由于未区分信托内部关系和外部关系而被学界诟病，且在司法实践中法院也未严格适用该规定而否认信托的效力。因此，即便担保物权目前技术上不能被登记为信托财产，信托型担保物权代持并非不能成立，《信托法》在担保物权代持纠纷中也并非不存在适用的空间。随着我国信托财产登记制度的不断完善，^{〔50〕}担保权信托在操作层面将会更加便捷。

Abstract: Nominee security interest holding is widely used in commercial transactions, but its legal validity could be questioned because it does not quite meet the requirements of subordination rule. Article 4 of judicial interpretation of security interest in the Civil Code has responded to the needs of practice and confirm the legal situation of nominee security interest holding. Analysis of nominee security interest holding's legitimacy and legal consequences should take the nature of nominee holding as a logical starting point. However, this has not specified in Article 4. There is a distinction of nominee security interest holding's nature between principal and trust. Interpretations according to these two methods are both compliance with subordination rule. In essence, the interpretation of nominee security interest holding is an interpretation of the parties' declaration of will. The interpretation of nominee security interest holding should use interpretation rules about declaration of will and focus on the following factors: the purpose of nominee security interest holding, the power of trustee, the fact about whether public creditor has involved or not. Rights and obligations of the parties should be identified on the basis of the nature of nominee holding. Distinction between different types of legal relationship about attribution of security interest, settlor's right of cancellation and withdrawing, and trustee's obligations should be focused on.

Key Words: nominee security interest holding, subordination rule, nominee holding in undisclosed agency, nominee holding in trust, attribution of security interest

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

〔50〕 有学者主张，利用传统物权登记体系进行信托登记或许是更适合我国的现实选择。参见缪因知：《信托财产登记制度功能的实现路径》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2022年第2期。

转让可能损害抵押权司法适用的类型化研究 ——以不动产抵押为中心

李欢欢*

内容提要：“转让可能损害抵押权”是不确定性概念，从规范目的及类型化角度具体化该概念对平衡抵押关系当事人的利益至关重要。《民法典》第406条第2款是平衡担保债权安全性与抵押人期限利益的结果。不应将抵押人的转让行为本身、仅未履行通知义务或违反限制转让约定认定为“可能损害抵押权”的情形，否则会使“保护抵押权人单方利益”取代“利益平衡理念”，消解《民法典》第406条对抵押财产转让制度变革的意义。司法实践中倾向于保护弱势群体利益，认为商品房消费者的权利、被拆迁人的权利以及符合一定条件的居住权优先于抵押权，这事实上阻却了抵押权追及效力，可能危及担保债权的安全，因此属于“转让可能损害抵押权”的情形。

关键词：《民法典》第406条 抵押财产 损害抵押权 不动产抵押

一、问题的提出

抵押财产转让规则是充满学术魅力与实务关切的问题，^{〔1〕}同时也是长期困扰我国立法者的问题。纵观我国民事立法历程，抵押财产转让规则总在不断变化。^{〔2〕}《担保法》和《物权法》以限

* 李欢欢，山西大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见刘家安：《〈民法典〉抵押物转让规则的体系解读——以第406条为中心》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期。

〔2〕 最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》的通知（已失效，以下简称《民通意见》）第115条第1款规定，非经债权人同意转让抵押财产的行为无效；《中华人民共和国担保法》（已失效，以下简称《担保法》）第49条第1款规定，已办理登记的抵押物转让应通知抵押权人并告知受让人，未尽通知或告知义务的转让无效，换言之，抵押人只要尽到通知或告知义务即可转让抵押财产；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（已失效，以下简称《担保法司法解释》）第67条第1款规定，抵押期间抵押人转让抵押物，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可行使抵押权；《中华人民共和国物权法》（已失效，以下简称《物权法》）第191条规定，抵押人未经抵押权人同意“不得转让”抵押财产，但没有规定未经同意转让的法律效果。

制转让为前提，一旦转让，抵押人须提前清偿债务或者提存转让款。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第406条规定只有当“转让可能损害抵押权”时，抵押人才需提前清偿债务或者提存转让款。这一限制条件对于平衡抵押关系当事人的利益具有重要意义。但《民法典》的表达过于抽象，并未明确其判断标准及具体类型。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号，以下简称《担保制度的解释》）的征求意见稿做了例示规定，列举了“转让可能损害抵押权”的情形，但最终颁行版本将其删除。理论界关于“转让可能损害抵押权”的研究极为缺乏。虽然有少数文献展开了初步研究，但论者要么顺带提到其定义，要么仅列举了可能损害抵押权的情形，但未系统论证和归纳。而且论者就同一事项是否属于“转让可能损害抵押权”的情形亦有不同观点。如有学者认为抵押人违反限制转让约定属于可能损害抵押权的情形，^{〔3〕}但也有观点对此持否定意见。^{〔4〕}

为了防止过高的调查成本，“转让可能损害抵押权”应予推定，并通过审判实践逐步进行类型化。类型化需要学术界评析、整理裁判文书。具言之，法院对“转让可能损害抵押权”的认定是否恰当？法院认定不恰当的情形及理由为何？值得认可的情形如何类型化？由于动产抵押的特殊性以及我国《民法典》对动产担保的重大变革，其所涉问题太过复杂，为聚焦起见，本文以不动产抵押为中心，分析“转让可能损害抵押权”的类型。本文将阐明《民法典》第406条第2款的规范目的，以此为基准并且以裁判文书为素材，类型化属于和不属于“转让可能损害抵押权”的情形。

• 139 •

二、《民法典》第406条第2款中段的规范目的

法学概念一般可区分为描述性概念和规范性概念。^{〔5〕}规范性概念又可区分为规范性确定概念和规范性不确定概念。所谓规范性不确定概念是指在内容和范围上都极不确定的概念。^{〔6〕}不确定性概念的立法语言多采抽象弹性表达，如“必要”“酌情”“显著的”“合理的”“情节严重”等。这类表达未有明确的指向对象，只是划定了适用对象的大致范围。换言之，不确定性概念内涵和外延具有模糊性和概括性，法律适用者对于是否将考察对象涵摄于此类概念具有自由裁量权。《担保制度的解释》征求意见稿列举“转让可能损害抵押权”的情形但最终颁行版本将其删除以及理论界对这一概念认识的不统一都可表明其为不确定概念。对此需要具体化研究。具体化不确定概念大致有两种研究进路，一是研究立法者在引入该不确定概念时对法官的授权与拘束，^{〔7〕}二是分析相关判决并将其类型化。^{〔8〕}本部分主要从规范目的出发研究“转让可能损害抵押权”这一不确定性概念对法官的授权与拘束。

〔3〕 参见王利明：《〈民法典〉抵押物转让规则新解——兼评〈民法典〉第406条》，载《法律科学》2021年第1期。

〔4〕 参见李泓霖：《〈民法典〉第四百零六条（抵押财产转让规则）评注》，载《南海法学》2022年第3期。

〔5〕 参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第27页。

〔6〕 参见刘亚东：《民法概括条款适用的方法论》，载《政治与法律》2019年第12期。

〔7〕 参见程子薇：《域名纠纷中的恶意认定研究——以不确定概念理论为分析工具》，载《华东政法大学学报》2014年第1期。

〔8〕 参见于飞：《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》，载《法学研究》2012年第4期。

（一）增加“转让可能损害抵押权”的规范目的

一方面，“转让可能损害抵押权”是立法对司法的授权，法官有一定自由裁量权；但另一方面，《民法典》采取不确定的规范结构同时意味着对法官的拘束，要求法官在自由裁量时应致力于实现不确定性概念所追求的目的。一般而言，不确定概念中对法官的拘束包括两种，一是法条中已明确的类型化，^{〔9〕}二是规范目的。^{〔10〕}《民法典》第406条未对“转让可能损害抵押权”类型化，《担保制度的解释》征求意见稿中例示情形亦被删除。故此，只能从立法目的来考察“转让可能损害抵押权”对法官的拘束。

《民法典》第406条第2款中增加“转让可能损害抵押权”限制性条件的目的是保护抵押人的期限利益。《物权法》第191条表明，只要抵押人转让抵押财产就应当将转让所得价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。这客观上使债务加速到期，实际上损害了抵押人的期限利益，与抵押权实现的或然性相悖。而且在第三人抵押时亦可能损害抵押人的抗辩权。^{〔11〕}《民法典》第406条第2款增加“转让可能损害抵押权”条件限制了抵押权人在抵押人转让抵押财产时主张提前清偿债务或者提存的权利，将被《物权法》第191条剥夺的期限利益和抗辩权归还于抵押人。

或许有观点会质疑，对提前清偿债务或者提存转让价款的请求权增加限制性条件在保护抵押人利益的同时，也会损害抵押权人的利益。据《民法典》第406条第1款中抵押权追及效力的规定，可发现上述质疑不成立。自由转让加追及力并未忽略抵押权人利益，而是妥善平衡了各方利益。《物权法》第191条中抵押权人主张提前清偿或者提存的权利是以否定抵押权追及效力为前提的，但《民法典》已承认了抵押权的追及效力，故并无重复保护的必要。相反，依照《物权法》第191条的规则，抵押人收取的转让价款容易与其所有的一般财产混同，抵押权人不能优先受偿的风险增加。因此，《民法典》第406条第1款中的追及效力规则对抵押权的保障相较于《物权法》第191条规定的提前清偿债务方式更为充分。由是观之，增加限制条件是在不损害抵押权人利益的基础上保护抵押人的期限利益和抗辩权。

（二）“提前清偿债务或者提存”的规范目的

有观点认为，《民法典》在承认抵押权追及效力的背景下依然赋予抵押权人在特定条件下有请求提前清偿债务或者提存的权利是为了在第406条适用范围过于宽泛的情况下保护动产抵押权人的合法权益。^{〔12〕}事实上，由于不动产的不易移动性，追及效力一般即可保护抵押权，确实无需另外赋予抵押权人请求抵押人提前清偿债务或者提存的权利。从这一角度看，将《民法典》第406条第2款的规范目的定位为保护动产抵押权人的合法权益确有道理。但由于我国存在很多具有“中国元素”的规定和特色法律实践，即使不动产抵押，特定情形下的转让也可能损害抵押权，所以将其定位为保护动产抵押权人的合法权益有以偏概全之嫌。

〔9〕 参见前引〔7〕，程子薇文。

〔10〕 参见黄舒芑：《法律授权与法律拘束：Hans Kelsen的规范理论对德国行政法上不确定概念拘束功能的启示》，载《政治与社会哲学评论》2010年第33期。

〔11〕 参见孙宪忠、徐蓓：《〈物权法〉第191条的缺陷分析和修正方案》，载《清华法学》2017年第2期。

〔12〕 参见前引〔4〕，李泓霖文。

《民法典》第406条第2款中，抵押权人可以请求提前清偿或提存的规范目的是确保债权安全实现。传统大陆法的担保物权和英国早期的抵押制度都以保障债权安全为唯一目的。^{〔13〕}抵押制度发展到现在，具备了更多的功能，如信用放大功能和激励交易功能，^{〔14〕}但是确保债权安全依然是最基础的功能。最大限度地维护抵押权担保债权的安全性是抵押制度立法的价值取向。^{〔15〕}如果偏离了保障债权安全及保护抵押权人利益的目标，则会使抵押财产转让制度失去其妥当性基础。^{〔16〕}确保债权安全的核心是抵押权人的优先受偿权，此为抵押权之本体。^{〔17〕}申言之，如果转让行为致使优先受偿权受到损害，即可认定为损害抵押权的情形，此时应允许抵押权人采取措施保护自己合法权益，否则抵押制度的初衷无法实现，抵押权也形同虚设。事实上，在我国法律框架中，因转让使得抵押权人优先受偿权受损的情形屡见不鲜。如果不允许抵押权人采取措施保护其所担保债权的安全，显然不具合理性。因此，《民法典》赋予抵押权人请求抵押人将转让所得价款提前清偿债务或者提存的权利以确保债权安全。

由是观之，《民法典》第406条第2款其实是在抵押权所担保债权的安全性与抵押人的期限利益和抗辩权、抵押权实现的或然性之间平衡的结果，司法实践中应关注立法对当事人利益平衡的努力，而不应该厚此薄彼地仅仅关注某一方当事人的利益。

三、不属于“可能损害抵押权”的类型

司法实践对“转让可能损害抵押权”的认定趋于泛化。本部分基于《民法典》第406条第2款中段的规范目的考察法院判决对“可能损害抵押权”的认定不合理的情形并说明理由。

（一）转让本身不属于“可能损害抵押权”的情形

在《民法典》颁行前，司法实践通行观点认为，只要抵押财产权利主体变更就会损害抵押权人的优先受偿权。^{〔18〕}但在《民法典》重塑抵押财产转让规则之后，仍然有判决认为，如果无法获得抵押权人同意，只有办理解除抵押登记手续后，才能为买受人办理过户登记；^{〔19〕}在抵押物的交换价值实现之日即丧失了物上追及力，抵押权的效力仅及于转让价款，抵押人应向抵押权人提前清偿债务或者提存。^{〔20〕}甚至有法院直接表明，在抵押人转让抵押财产之后，抵押权人有权要求抵押人提前清偿债务或者提存的权利。^{〔21〕}

上述判决表明，司法实践存在对《物权法》的路径依赖，认为转让本身可能损害抵押权，

〔13〕 参见陈本寒：《担保物权法比较研究》，武汉大学出版社2003年版，第3-23页。

〔14〕 参见许明月：《抵押物转让制度之立法缺失及其司法解释补救——评〈中华人民共和国物权法〉第191条》，载《法商研究》2008年第2期。

〔15〕 参见张俊浩主编：《民法学原理》（修订第3版上册），中国政法大学出版社2000年版，第488页。

〔16〕 参见梁上上、贝金欣：《抵押物转让中的利益衡量与制度设计》，载《法学研究》2005年第4期。

〔17〕 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第290页。

〔18〕 参见江西省赣州市中级人民法院（2013）赣中民一终字第255号民事判决书。

〔19〕 参见广西壮族自治区乐业县人民法院（2022）桂1028民初298号民事判决书。

〔20〕 参见广西壮族自治区北海市中级人民法院（2021）桂05执异162号民事判决书。

〔21〕 参见四川省成都高新技术产业开发区人民法院（2021）川0191执异931号民事判决书；新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2022）新01民终940号民事裁定书；辽宁省铁岭市中级人民法院（2021）辽12民终1815号民事判决书。

抵押权人有权请求提前清偿债务或者提存转让款。但事实上,上述判决中所涉抵押财产都是不动产,仅有转让行为且不存在其他特殊事由时,抵押权的追及力即可保障转让不会损害抵押权。认为转让本身可能损害抵押权的判决未关注到《民法典》第406条第2款中段增加限制性条件的规范目的,忽略了抵押人的期限利益、抗辩权以及抵押权实现的或然性。最终导致的结果是,在抵押人转让抵押财产后,抵押权人既可以追及到抵押财产上实现抵押权,也可请求提前清偿债务或提存。^{〔22〕}相较于《物权法》第191条而言,这一结果对抵押权人的偏袒有过之而无不及,保护抵押权人的单方利益已经取代了民法利益平衡理念,背离了《民法典》变革抵押制度的初衷。因此,在不动产抵押中,转让本身不属于可能损害抵押权的情形,上述裁判思路应予以纠正。

(二) 违反限制转让约定不属于“可能损害抵押权”的情形

抵押人违反限制转让约定(包括已经登记或者未登记)转让抵押财产的行为是否属于“可能损害抵押权”的情形?司法实践中有不同的认识。有判决认为,抵押人违反限制转让约定的,抵押权人有权要求提前清偿债务。^{〔23〕}这实际上肯定了仅违反限制转让约定属于“可能损害抵押权”的情形。但也有判决指出,限制转让约定仅仅在抵押关系当事人之间有约束力,不能对抗善意第三人,且根据抵押权的追及效力,抵押权人可向受让人主张抵押权,其抵押权并不受影响,抵押权人如能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存,否则,诉请将抵押物进行拍卖、变卖,并将所得价款予以提存,于法无据。^{〔24〕}这一判决否认了违反限制转让约定和“可能损害抵押权”之间存在联系。《担保制度的解释》(征求意见稿)第42条持肯定意见,认为抵押人违反限制转让约定属于损害抵押权的情形。但最终颁布的《担保制度的解释》第43条删除了这一条规定。

抵押人仅违反限制转让约定不属于“可能损害抵押权”的情形。首先,认为违反限制转让约定可能损害抵押权的观点过度保护了抵押权,违背了《民法典》第406条平衡各方利益的初衷。一般而言,追及效力即可保护抵押权人利益,阻却抵押权追及效力危及优先受偿权会损害抵押权。而抵押人是否违反限制转让约定与抵押权追及效力被阻断风马牛不相及。申言之,当抵押人违反限制转让约定而追及效力未被阻断时,抵押权继续存在于抵押财产上,实现抵押权费用等都在优先受偿权范围内,抵押权人不会因为抵押人违反限制转让约定受到任何损害。认定其可能损害抵押权超出了“损害”所能承载的文义范围,最终使抵押权人同时获得追及效力和“价金物上代位”双重保护。而且如前文所述,《民法典》增加“转让可能损害抵押权”限制性条件的目的是限制抵押权。如果仅违反限制转让约定就可能损害抵押权,那么又会回到《物权法》确立的规则。抵押权人仅需花费几可忽略的成本,在抵押合同中约定“限制抵押财产转让”,那么当抵押人转让抵押财产时,抵押权人即可完成“损害”的证明,进而主张提前清偿或者提存。这事实上形成了转让即提前清偿或者提存的局面,背离了抵押制度变革的意义。其次,将违反限制转让约定认定为损害抵押权的情形实

〔22〕 参见黑龙江省大庆市中级人民法院(2021)黑06民终1577号民事判决书。

〔23〕 参见江苏省盐城市盐都区人民法院(2021)苏0903民初2384号民事判决书。

〔24〕 参见广西壮族自治区贺州市中级人民法院(2022)桂11民终813号民事判决书。

际混淆了合同层面因义务违反而导致的“损害”与侵权意义层面的“损害”。^{〔25〕} 限制转让约定仅仅是抵押关系当事人的债权性约定，抵押人违反约定转让的，应该依据《民法典》合同编第八章的违约责任部分承担相应的责任。而“转让可能损害抵押权”中的损害更接近于《民法典》侵权编中的损害概念。违约中的损害与侵权中的损害无论是在理论上，还是在判断方式上都不应混淆。

有观点可能会质疑，当抵押人和抵押权人约定“违反限制转让约定是实现抵押权的情形”时，这与将违反限制转让约定认定为可能损害抵押权在结果上并无二致。事实上，抵押关系当事人之间就“违反限制转让约定为实现抵押权情形”的约定是特别终止权，即当约定的事项发生时抵押权人可实现抵押权。^{〔26〕} 实现抵押权以当事人事先的约定为前提。有判决指出，如果抵押人与抵押权人存在限制转让约定以及违反该约定时抵押权人有权依本合同约定对抵押房屋行使抵押权，那么当抵押人违约时，抵押权人请求抵押人偿还贷款本息并要求对涉案房屋享有优先受偿权，法院将予以支持。^{〔27〕} 换言之，如果当事人未约定，即不能以《民法典》第 394 条为请求权基础主张就抵押财产优先受偿。因此，虽然从结果上看两者确实有相似性，即都是抵押权的实现，甚至依据《民法典》第 394 条第 1 款更能保护抵押权，但是两者的请求权基础全然不同，相应的构成要件也不同。在法律适用作业时应作细致区分，而非将违反限制转让约定也认定为可能损害抵押权的情形。

另外，可否以最终颁行的《担保制度的解释》删除了征求意见稿中违反限制转让约定属于损害抵押权情形为理由而做出相反解释？即以此为理由认定违反限制转让约定不会损害抵押权。笔者认为，上述论证思路不严谨。研究表明，立法者试图用固定的、细致的规定对法院的裁量空间作出非常不合理的限制，那么最终会适得其反，在法律结果的确定性上不如那些更富有弹性的规定。^{〔28〕} 最高人民法院可能为了避免适得其反，出于谨慎考量而删除了列举示例。另外，最高人民法院删除的原因有很多，可能是其他法律规范已经有所规定，不一定表明“立法者”与征求意见稿所持立场截然相反。如《担保制度的解释》删除征求意见稿第 42 条第 2 款第 2 项的原因是：商品房消费者的权利可以通过《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（2020 年修正）（法释〔2020〕21 号）（以下简称《执行异议和复议规定》）第 29 条予以保护，《担保制度的解释》不需要对此做出规定。^{〔29〕} 所以，不应以《担保制度的解释》最终颁行版本删除违反限制转让约定属于可能损害抵押权的情形为理由，认为违反限制转让约定不属于转让可能损害抵押权的情形。

（三）违反通知义务不属于“可能损害抵押权”的情形

抵押人违反通知义务是否属于“可能损害抵押权”的情形？法院对此裁判不一。有判决认为

〔25〕 参见黄清新：《论抵押物转让时抵押权损害风险之认定》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2023 年第 5 期。

〔26〕 特别终止权事项记载于登记簿上或为买受人所知悉时，可约束买受人。参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，法律出版社 2006 年版，第 158-159 页。

〔27〕 参见河南省济源中级人民法院（2021）豫 96 民终 619 号民事判决书。

〔28〕 参见〔奥〕海尔穆特·库齐奥：《动态系统论导论》，张玉东译，载《甘肃政法学院学报》2013 年第 4 期。

〔29〕 参见最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 393 页。

抵押人违反通知义务损害了抵押权。^{〔30〕}有判决虽然未明确指出未履行通知义务可能损害抵押权,但认为违反该义务时,抵押权人有权要求抵押人提前清偿或者提存。^{〔31〕}这实际上认可了未履行通知义务属于可能损害抵押权的情形。但有相反判决认为,通知义务的违反不一定损害抵押权。如有判决指出,通知的目的是防止抵押财产转让后可能损害抵押权人利益,如果转让抵押财产,不会给抵押权人造成损害,也无需通知抵押权人。^{〔32〕}理论界认为抵押人未履行通知义务违反了诚实信用原则,致使抵押权人需要花费成本调查转让事宜,属于“可能损害抵押权”的情形。^{〔33〕}

《民法典》第406条第2款规定了通知义务,但是未明确违反通知义务的法律后果。法工委关于《民法典》的权威释义书表明,通知义务不影响抵押权追及效力,并无多大意义。^{〔34〕}这虽然正确阐明了通知义务不影响抵押权追及效力,但“并无意义”的说法似乎走得太远。通知义务是抵押人和抵押权人信息流通的“桥梁”,^{〔35〕}意义在于保障抵押权人知悉抵押财产转让事宜。通知所传递的信息可能表现为损害抵押权或不损害抵押权。换言之,转让行为是否损害抵押权,还需要根据通知所传递的具体信息作出具体判断,而非仅以违反通知义务为由认定其可能损害抵押权。因此,仅因抵押人未履行通知义务而认定转让行为损害抵押权失之偏颇。

四、属于“转让可能损害抵押权”的类型

对于不确定概念不能简单依赖逻辑涵摄方式判断。有时候需要法官进行价值补充和价值判断,以此使不确定性概念更好地发挥作用。^{〔36〕}而价值评价要么采用所有人承认的标准,要么具有可比性的案例。^{〔37〕}司法实践中法官正是基于价值判断权衡第三人与抵押权人的利益,阻却抵押权追及效力。

(一) 满足特定条件的商品房消费者权利优先于抵押权

1. 《执行异议和复议规定》第29条阻断抵押权追及效力

满足特定条件的商品房消费者的债权可能阻却抵押权追及效力,影响其优先受偿权,属于转让可能损害抵押权的情形。依《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释〔2002〕16号,以下简称《批复》,已废止)第2条和《执行异议和复议规定》第29条,商品房消费者可以有条件地排除抵押权人的强制执行。对司法实践具有较大影响的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号,以下简称《九民会纪要》)第126条再次明确了两者的顺位,即交付了全部或者大部分款项的商品房消费者的债权优先于抵押权。上述规范表明商品房消

〔30〕 参见广西壮族自治区梧州市长洲区人民法院(2021)桂0405民初1911号民事判决书;山东省武城县人民法院(2021)鲁1428民初1212号民事判决书。

〔31〕 参见辽宁省铁岭市中级人民法院(2021)辽12民终1815号民事判决书。

〔32〕 参见安徽省蚌埠市龙子湖区人民法院(2021)皖0302民初1597号民事判决书。

〔33〕 参见前引〔3〕,王利明文。

〔34〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编释义》,法律出版社2020年版,第511页。

〔35〕 参见李欢欢:《〈民法典〉视域中不动产买受人的合理注意义务——以“执行异议和复议规定”第29条适用为视角》,载《太原理工大学学报(社会科学版)》2023年第4期。

〔36〕 参见吴国喆、梁琪:《不确定法律概念的界定、特征及其缺陷》,载《甘肃理论学刊》2013年第3期。

〔37〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第279页。

消费者的债权会阻断抵押权追及效力，抵押权事实上等同于消灭。^{〔38〕}

上述规范确立的裁判思路在《民法典》颁行后得以沿袭。^{〔39〕}只是援引的法律依据以及论证理由略有差异。有的法院未具体阐明理由，直接援引《执行异议和复议规定》第29条裁判案件，认为符合其要件的商品房消费者的权利就可以排除抵押权强制执行。^{〔40〕}有法院认为《批复》第1条和第2条构成《执行异议和复议规定》第27条的例外，处于弱势地位的商品房消费者的权利优先于抵押权。^{〔41〕}有判决指出基于对生存权更高价值的维护，抵押权不能对抗商品房消费者权利。^{〔42〕}消费购房的性质要比抵押权更具有优先保护的价值，抵押权已无存在的必要，注销抵押权有利于房屋的流转，更有利于维护市场经济的稳定和运行。^{〔43〕}

理论界为商品房消费者债权优先于抵押权寻求依据，形成了“消费者生存权保护说”^{〔44〕}“物权期待权说”。^{〔45〕}虽有观点认为这些理论依据均不无商榷余地，但也承认在现实社会的约束条件下，商品房消费者的确需要特别关照，司法解释确立的裁判规则仍有适用的余地。^{〔46〕}

由是观之，从立法、司法以及理论研究来看，符合《执行异议和复议规定》第29条的商品房消费者的权利优先于抵押权，事实上阻断了抵押权追及效力，损害了抵押权的优先受偿权。因此，当受让主体是符合《执行异议和复议规定》第29条要件的买受人时，转让行为可能损害抵押权。

2. 《执行异议和复议规定》第28条不阻断抵押权追及效力

需进一步澄清的是满足《执行异议和复议规定》第28条的一般买受人是否可以阻却抵押权追及效力。在《九民会议纪要》出台及《民法典》颁行之前，买受人符合《执行异议和复议规定》第28条要件是否可以排除抵押权人的强制执行有争议。相较于《九民会议纪要》第126条而言，第127条未确定一般买受人和抵押权人的权利顺位关系，只规定满足要件的买受人可以排除金钱债权的执行。《民法典》颁行之后，司法实践中通常认为一般买受人的权利不能优先于抵押权。

有判决认为，一般买受人的权利是否优先于抵押权，需从两者权利产生时间先后、权利性

〔38〕 参见高圣平、罗帅：《〈民法典〉不动产抵押权追及效力规则的解释论》，载《社会科学研究》2020年第5期。

〔39〕 相关的判决可参见最高人民法院（2022）最高法民终17号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民申6052号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申6055号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申4906号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申1341号民事裁定书。

〔40〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终1316号民事判决书；最高人民法院（2022）最高法民终17号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民终987号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民终863号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2021）川01民终9550号民事判决书。

〔41〕 参见河南省信阳市中级人民法院（2021）豫15民初22号民事判决书。

〔42〕 参见广西壮族自治区防城港市中级人民法院（2021）桂06民终358号民事判决书；辽宁省沈阳市中级人民法院（2020）辽01民初1823号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民终784号民事判决书；广东省惠州市中级人民法院（2021）粤13民终8988号民事判决书；辽宁省沈阳市中级人民法院（2021）辽01民初3566号民事判决书。

〔43〕 参见宁夏回族自治区石嘴山市大武口区人民法院（2022）宁0202民初946号民事判决书。

〔44〕 参见陆晓燕：《保障生存利益与维护交易安全的平衡——房地产开发企业破产中购房人权利之顺位研究》，载《法律适用》2016年第3期；冉克平：《〈民法典〉视域中不动产买受人的法律地位——以“执行异议复议”的修改为中心》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2021年第3期。

〔45〕 参见江必新、刘贵祥主编：《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第432页。当然也有相反观点认为商品房消费者的权利不构成物权期待权。参见庄诗岳：《中国式不动产物权期待权的批判与反思》，载《河北法学》2021年第11期。

〔46〕 See GU Mingan & LI Huanhuan, *On Benefit Balance between the Mortgagee and the Consumer of the Commodity Housing: Based on Article 406 of the Civil Code and Article 29 of the Judicial Interpretation No. 21*, 6 China Legal Science 24 (2021).

质、当事人是否存在过错等方面综合分析。^{〔47〕}一般买受人排除强制执行是权利取得在先原则的适用。^{〔48〕}买卖及交付在先且买受人无过错是适用《执行异议和复议规定》第28条的前提。^{〔49〕}但是,买卖在先设立抵押权行为在后并不涉及转让抵押财产的问题,故不属于本文研究范围。当抵押权设立在先买卖契约及交付行为在后时,法院会以一般买受人未尽到审慎的注意义务、对无法办理过户登记存在过错为由驳回异议。^{〔50〕}甚至有判决认为即使买卖交付在先,一般买受人的债权不能对抗抵押权。^{〔51〕}《执行异议和复议规定》第27条的“除外”情形仅指第29条,而不包括第28条。^{〔52〕}满足《执行异议和复议规定》第28条要件的一般买受人的权利性质是债权或物权期待权,^{〔53〕}虽然“物权期待权”被赋予“物权”名义,但不是既得的物权,本质上仍属于债权请求权。^{〔54〕}轻易突破债权平等性及合同相对性会动摇我国物权制度存在之根基,借由执行异议之诉架空担保物权制度,不利于维护交易安全和促进社会经济之发展。^{〔55〕}而且其不具有优先于抵押权的生存权至上的价值基础,因此仅能对抗一般债权人,不能对抗抵押权人。^{〔56〕}

由是观之,符合《执行异议和复议规定》第28条要件的一般买受人的权利不能对抗抵押权。而且,随着我国不动产登记制度的完善,为解决无法办理移转登记的权宜之计的规则终将退出历史舞台。^{〔57〕}因此转让给一般买受人并不属于转让可能损害抵押权的情形。

(二) 被拆迁人的权利优先于抵押权

在抵押权与被拆迁人的权利发生冲突时,司法实践中形成的规则是优先保护被拆迁人的权利。有判决认为,根据《批复》第1条和第2条、《执行异议和复议规定》第29条,建设工程承包人权利优先于抵押权,商品房消费者权利优先于建设工程承包人权利,根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7号,已被修改,以下简称《商品房买卖合同的解释》)第7条第1款,被拆迁人的安置补偿权益优先于商品房消费者权利,故抵押权不能对抗被拆迁人的安置补偿权益,应优先保护被拆迁人的安置补偿权益。^{〔58〕}

〔47〕 参见江苏省无锡市锡山区人民法院(2021)苏0205民初5083号民事判决书。

〔48〕 参见河南省高级人民法院(2021)豫民再785号民事判决书。

〔49〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民终65号民事判决书。

〔50〕 参见江苏省宿迁市中级人民法院(2020)苏13民终3278号民事判决书;河南省修武县人民法院(2021)豫0821民初96号民事判决书;江苏省南通市中级人民法院(2020)苏06民终3678号民事判决书;安徽省亳州市中级人民法院(2021)皖16民终736号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终2549号民事判决书;河南省濮阳市中级人民法院(2022)豫09民终287号民事判决书。

〔51〕 参见吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2022)吉24民终254号民事判决书。

〔52〕 参见最高人民法院(2021)最高法民申4659号民事裁定书;最高人民法院(2022)最高法民终72号民事判决书;最高人民法院(2021)最高法民申5426号民事裁定书;河南省高级人民法院(2022)豫民申1964号民事裁定书。

〔53〕 参见山西省太原市中级人民法院(2021)晋01民终2789号民事判决书。

〔54〕 参见最高人民法院(2021)最高法民终604号民事判决书;最高人民法院(2022)最高法民终77号民事判决书;最高人民法院(2022)最高法民终115号民事判决书。

〔55〕 参见广东省湛江市中级人民法院(2022)粤08民终1505号民事判决书。

〔56〕 参见最高人民法院(2021)最高法民申1131号民事裁定书;最高人民法院(2021)最高法民再189号民事判决书;最高人民法院(2021)最高法民申3574号民事裁定书;河南省许昌市中级人民法院(2022)豫10民终886号之十二民事判决书。

〔57〕 参见王宝道:《案外人异议之诉权益冲突规则研究——以多重买卖与案外人异议规则的比较为切入点》,载《中南大学学报(社会科学版)》2019年第3期。

〔58〕 参见最高人民法院(2020)最高法民申5097号民事裁定书;黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2021)黑01民终170号民事判决书;辽宁省铁岭市中级人民法院(2022)辽12民终1589号民事判决书;河南省高级人民法院(2022)豫民终251号民事判决书;安徽省蚌埠市中级人民法院(2022)皖03民终413号民事判决书。

但是《商品房买卖合同的解释》（法释〔2003〕7号）已被修改，其中第7条被删除。理论上法院不应援引没有法律效力的条文作为裁判依据。但司法实践中依然从价值衡量角度论证被拆迁人权利优先于抵押权。有的法院在援引《商品房买卖合同的解释》第7条的基础上兼顾考量了被拆迁人的集体利益保护，认为拆迁补偿安置权益优先于抵押权。^{〔59〕}有法院从公平角度指出，被征收人牺牲了存在于原房屋上的居住权来满足公共利益，其权利应优先于抵押权，这更符合公平正义精神且有助于社会稳定。^{〔60〕}有法院认为无论是原有拆除房屋还是安置补偿房屋，都是被拆迁人的安身立命之本，与其生存权息息相关，被拆迁人因社会公共利益需要以丧失自己原有产权房屋为前提，所获得的安置补偿权益更是一种基本生存权，既然商品房消费者的权利优先于抵押权，那么举轻以明重，处于更优先地位的被拆迁人对补偿安置房屋的权利，亦应当能够排除担保物权等优先受偿权的执行。^{〔61〕}

综上，虽然该第7条被删除，但被拆迁人的权利事实上优先于抵押权。因此，应将“转让给被拆迁人或者与被拆迁人签订置换协议或买卖协议的行为”认定为可能损害抵押权的行为。

（三）符合特定条件的居住权优先于抵押权

1. 考察抵押财产上设立居住权是否损害抵押权有必要性

有地方规范性文件规定，在已经设立抵押权的不动产上设立居住权需经抵押权人同意。^{〔62〕}有的则规定了特定情形下须经抵押权人同意，即该文件实施前已经办理了抵押权首次登记，或者该规范性文件实施后办理的抵押权首次登记中有限制设立居住权的记载事项时，设立居住权需经抵押权人同意。^{〔63〕}

如果按照上述思路，抵押权人就抵押财产上能否设立居住权有控制权，其权衡成本收益后往往倾向于不同意设立居住权。因此，讨论抵押财产上设立居住权是否会损害抵押权则稍显多余。但是，上述思路显然是对《物权法》第191条限制转让模式的路径依赖。《民法典》第406条重塑《物权法》第191条，明确规定抵押期间转让抵押财产无需抵押权人同意。地方规范性文件的思路与《民法典》第406条不符。有观点可能质疑，《民法典》第406条的“转让”的文义不能涵摄“设立居住权”，因此不能当然适用之。虽然“转让”是指对抵押财产法律上的处分，不包括事实上的处分，^{〔64〕}但也不仅限于买卖，还应包括互易、赠与、投资等行为。^{〔65〕}抵押财产上设立居住权可以类推适用《民法典》第406条。因此抵押权和居住权可能存在同一标的物上，产生权利冲突。但我国《民法典》并未规定两者的权利顺位，法官有较大自由裁量权，存在基于特定理由判定后设立的居住权优先于先成立的抵押权的可能。因此，有必要考察在抵押财产上设立居住权是否可能损害抵押权。

2. 以居住权可能降低抵押财产价值为由论证其可能损害抵押权的反思

实务界认为设立居住权会降低房屋经济效用，^{〔66〕}极有可能出现降低价格竞拍甚至无人竞拍

〔59〕 参见最高人民法院（2021）最高法民申5083号民事裁定书。

〔60〕 参见湖北省武汉市中级人民法院（2021）鄂01民终1456号民事判决书。

〔61〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院（2022）新民终200号民事判决书。

〔62〕 参见《长沙市居住权登记操作规定（试行）》（长资规发〔2021〕94号）。

〔63〕 参见《武汉市居住权登记操作规范（试行）》（武自然资规发〔2021〕60号）。

〔64〕 参见刘宝玉：《民法典担保物权制度新规释评》，载《法商研究》2020年第5期。

〔65〕 参见房绍坤：《民法典物权编之检视》，载《东方法学》2020年第4期。

〔66〕 参见周英：《居住权登记的理论与实务操作》，载《中国房地产》2021年第7期。

的情形,导致拍卖价款不足以清偿其债权,^[67]因此可能损害抵押权。司法实践也有判决认为在设立抵押权的标的物上确认居住权会减少抵押财产的价值,损害抵押权。^[68]

由此可见,已有文献认为在抵押财产上设立居住权致使其价值贬损,可能导致担保债权无法实现,进而认为设立居住权的行为可能损害抵押权。但是,这一观点有待澄清。在抵押财产上设立用益物权等行为属于抵押人应有权利,并非不法侵害抵押权的行为。^[69]而且,不动产抵押财产的价值受社会环境和公共政策等多种因素的影响,因政策等因素增加的价值可能对冲因居住权负担降低的价值。换言之,负担居住权的抵押财产的拍卖价值并非一定不能足额清偿担保债权。退一步讲,即使因居住权的存在导致标的物价值贬损,致使担保债权无法完全足额清偿时,抵押人可以请求法院去除居住权负担后拍卖。^[70]《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(2020年修正)(法释〔2020〕21号,以下简称《拍卖、变卖财产的规定》)第28条第2款也确立了去除后拍卖规则。因此,依此逻辑,在抵押财产上设立居住权在最终结果上不会影响担保债权的实现,不宜以此为由认定抵押财产上设立居住权属于损害抵押权的情形。

3. 居住权是否可能损害抵押权的关键在于管制因素

在抵押财产上设立居住权是否损害抵押权所涉及的核心问题是抵押权与居住权的权利顺位。虽然《民法典》并未明确居住权和抵押权的权利顺位,但依《民法典》第402条、第368条,抵押权及居住权自登记时设立。一般而言,两者的权利顺位依公示先后顺序确定,且未公示的“居住权”劣后于抵押权。^[71]司法实践中也大体遵循这一思路。如有判决指出,合同中或者调解协议中约定了居住事宜但是未登记的不享有居住权,不具有公示效力,不能对抗抵押权;^[72]成立在先的抵押权优先于居住权,抵押权人有权就抵押财产享有优先受偿权。^[73]

如果依照公示先后顺序确定抵押权和居住权的权利顺位,那么在抵押财产上设立居住权不会损害抵押权。但是,影响权利顺位的因素除了公示时间先后之外,还包括管制强度,背负了管制功能的权利优先于无此功能的权利。^[74]从《民法典》制定过程来看,居住权蕴含了浓厚的管制因素。全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀指出,为落实党中央要求,认可和保护民事主体对住房保障的灵活安排,满足特定人群的居住需求,《民法典各分编(草案)》在用益物权部分增加一章,专门规定居住权。^[75]王晨指出,居住权设立的目的在于贯彻党的十九大提出的加

[67] 参见徐珏、朱桐梅:《〈民法典〉背景下居住权登记若干问题》,载《中国房地产》2021年第7期。

[68] 参见广东省广州市越秀区人民法院(2021)粤0104民初45039号民事判决书;江苏省无锡市锡山区人民法院(2021)苏0205民初3239号民事判决书;上海市宝山区人民法院(2021)沪0113执6038号执行裁定书。

[69] 参见前引〔17〕,史尚宽书,第286页。

[70] 参见王荣珍:《解释论视角下的居住权客体》,载《比较法研究》2021年第6期。

[71] 参见高圣平、范佳慧:《不动产上抵押权与利用权的冲突与协调》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期。

[72] 参见浙江省绍兴市上虞区人民法院(2022)浙0604执异11号执行裁定书;山东省济南市市中区人民法院(2022)鲁0103执异30号执行裁定书;四川省成都高新技术产业开发区人民法院(2021)川0191民初14863号民事判决书;上海金融法院(2022)沪74执异101号执行裁定书。当然,也有极少数相反判决认为,虽然当事人未完成居住权登记,但因为离婚协议中约定的居住权在抵押权设立之前,为保护当事人合法权益,尊重老有所养、老有所居的社会公德,对在先的居住权予以保护。参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2020)浙0602执异24号执行裁定书。

[73] 参见广东省深圳市罗湖区人民法院(2022)粤0303民初4445号民事判决书。

[74] 参见常鹏翱:《民法中的财产权竞合规范——以优先规范为中心》,载《法学研究》2010年第5期。

[75] 参见荆龙:《民法典分编草案首次提请审议》,载《人民法院报》2018年8月28日,第004版。

快建立多主体供给、多渠道保障住房制度的要求。^{〔76〕}无论是“住房保障”还是“特定人群”还是“多渠道保障住房制度”，都具有明确的保护弱者的价值取向。最高人民法院颁布的指导性案例也可以说明这一点。^{〔77〕}理论界有观点认为私人自治才是居住权制度的核心价值，而弱者保护应处于附属地位，^{〔78〕}而且居住权作为私法中财产权仅在家事范围内有住房保障功能，其与公法上的住宅权不是同一体系，不应该附加以国家为责任主体的住房保障功能。^{〔79〕}但是通说依然认为居住权对住房保障具有重大意义，^{〔80〕}其目的在于实现对社会弱势群体，如老年人、妇女、未成年人以及城市困难家庭住房权益的保护。^{〔81〕}

无论是从立法目的还是从学界研究观察，我国《民法典》中的居住权倾向于弱者保护，蕴含了浓厚的管制色彩。正是这种“管制”可能致使设立在后的居住权优先于在先设立的抵押权。而且司法实践中也存在优先保护居住性权益的价值判断。《民法典》颁行之前，有判决就指出抵押权劣后于“居住权”。^{〔82〕}《民法典》颁行之后，依然有判决以保护消费者“居住权”为理由，阻却抵押权追及效力。^{〔83〕}虽然这些判决中所言之“居住权”实际上是前文所述的《执行异议和复议规定》第29条的规定，不是《民法典》第366条至第371条规定的居住权，但是也足以说明法院在进行价值判断时会优先考虑权利人的基本生活居住利益。事实上，《执行异议和复议规定》第29条的实务意义远未限于抵押权人和商品房消费者的权利冲突，其已经被“嫁接”于居住权和抵押权的冲突。有法官认为当居住权背后所暗含的基本生存权与债权人的经营利益发生冲突时，应首先考虑居住权。^{〔84〕}甚至有观点指出，对于未经登记的“居住权”，可以参照《执行异议和复议规定》第28条确立“未登记的居住权期待权”排除强制执行。^{〔85〕}满足在法院查封前签订居住权合同、居住权人已经实际占有使用该房屋、满足生活之必要性以及未登记非因居住权人过错导致这四个要件时，可以排除抵押权强制执行。^{〔86〕}尤其是公益性居住权是为了保护社会弱势成员的居住利益，可用于满足孤寡老人、残疾人等无稳定收入群体的生活需求，因此先设立的抵押权不能对抗后成立的居住权，否则不利于社会稳定。^{〔87〕}

由此可见，法官可能会基于对弱势群体的人文关怀而使居住权优先于抵押权，事实上阻断抵押权的追及效力。但是，此种对弱势群体的关怀并非一概而论，仅限于满足特定条件的居住权。

〔76〕 参见王晨：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》，载 http://www.xinhuanet.com/politics/2020lh/2020-05/22/c_1126021017.htm，最后访问时间：2023年10月6日。

〔77〕 参见“邱某光与董某军居住权执行案”，最高人民法院贯彻实施民法典典型案例（第一批）之五（2022年）。

〔78〕 参见申卫星、杨旭：《中国民法典应如何规定居住权？》，载《比较法研究》2019年第6期。

〔79〕 参见胡尔西旦·卡哈尔、金俭：《〈民法典〉视域中居住权制度价值功能及其适用限制》，载《法律适用》2021年第12期。

〔80〕 参见申卫星：《从“居住有其屋”到“住有所居”——我国民法典分则创设居住权制度的立法构想》，载《现代法学》2018年第2期；席志国：《居住权的法教义学分析》，载《南京社会科学》2020年第9期。

〔81〕 参见王利明：《我国民法典物权编的修改与完善》，载《清华法学》2018年第2期；肖业忠：《居者有其屋语境下的居住权研究》，载《理论学刊》2022年第4期。

〔82〕 参见贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院（2016）黔26民再49号民事判决书；最高人民法院（2018）最高法民申1536号民事裁定书。

〔83〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终1316号民事判决书。

〔84〕 参见何马根、吉卓烨：《居住权排除强制执行的实证分析和规则构建》，载《法律适用》2022年第5期。

〔85〕 参见李亚彬、李亚妮：《居住权期待权异议之诉裁判思路探究》，载《人民法院报》2021年8月5日，第007版。

〔86〕 参见前引〔84〕，何马根、吉卓烨文。

〔87〕 参见戴佳豫：《居住权与抵押权的顺位冲突》，载《上海房地》2022年第10期。

司法实践中，法官主要参考《执行异议和复议规定》第 29 条、第 28 条的要件，适当改造其要件以决定是否突破“公示在先，权利在先”的一般规则。因此，当居住权人满足特定条件时，在抵押财产上设立居住权就可能损害抵押权人的利益。

综上所述，在不动产抵押中，商品房消费者的权利、被拆迁人的权利以及符合特定条件的居住权优先于抵押权，可以认定为损害抵押权的情形。此类权利承载了保障弱势群体生存权益的期待，具有强烈的管制因素。另外值得注意的是，从司法裁判中归纳“转让可能损害抵押权”的情形受时间因素制约。上述归纳整理不具有终极性，变动不居的生产生活关系决定了可能出现新的转让可能损害抵押权的类型。

五、结 论

“转让可能损害抵押权”为平衡担保债权安全性和抵押人期限利益和处分自由所生，其抽象性表达赋予法官自由裁量权。司法实践对《物权法》第 191 条存在路径依赖，对“转让可能损害抵押权”的认定有泛化之趋势。一般而言，在不动产抵押中，转让行为、仅违反通知义务或者限制转让约定都不足以损害抵押权。真正可能损害抵押权的是法院基于保护弱势群体的价值判断认定其他权利优先于抵押权、阻却抵押权追及效力的情形，如商品房消费者和被拆迁人的权利以及符合一定要件的居住权。

• 150 •

Abstract: “Transfer may impair mortgage right” is an uncertain concept. Specifying this concept from the perspective of normative purposes and typification is crucial to balancing the interests of the parties involved in the mortgage relationship. Subparagraph 2 of Article 406 of the Civil Code is the result of balancing the security of the secured claim and the term interests of the mortgagor. Transfer of mortgage, mere failure to perform the notification obligation or violation of the agreement to restrict transfer should not be considered as a situation that may impair mortgage right. Otherwise, protecting the unilateral interests of the mortgagee will replace the concept of balanced interests, eliminating the significance of Article 406 of the Civil Code on the reform of the transfer system of the mortgaged property. Judicial practice tends to protect the interests of vulnerable groups, believing that the right of commercial apartment consumers, the right of evicted persons, and the right of habitation under certain conditions take precedence over mortgage rights. This actually blocks the tracing effect of mortgage and may endanger the security of the secured claim. Therefore, it is a situation where transfer may impair mortgage right.

Key Words: article 406 of the civil code, mortgaged property, impairment of mortgages, real estate mortgages

(责任编辑: 王叶刚 赵建蕊)

典型动产和权利担保物权顺位规则研究

李勇德*

内容提要：担保物权的竞存是在担保物权的种类、公示方式、担保财产等因素的共同作用下产生的，且在适用中存在不同类型的权利竞存。当多个动产和权利担保物权出现竞存时，若无特别规定，应遵循“公示在先，权利在先”的一般规则。对于特殊类型的担保物权，应当结合担保物权的表现形式和生效要件作特别考虑。在善意取得场合，为维护交易安全、保护第三人信赖利益，善意取得的担保物权的顺位应优先于在先的其他担保物权。在动产和权利担保物权顺位规则中，应当采取“一般规则—特殊规则”双重结构。

关键词：担保物权 权利竞存 善意取得 顺位规则

• 151 •

一、引言

担保物权以确保债权实现为目标，^{〔1〕} 具有限制效力、变价效力、优先效力和受偿效力。^{〔2〕} 在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）编纂过程中，我国立法机关结合国内外立法实践，联动修改物权编和合同编部分条文以及新增少数条文，大幅更新了担保物权制度，有助于进一步优化营商环境。^{〔3〕} 《民法典》在担保制度现代化方面作出了诸多努力和改变，包括明确了担保物权竞存时的优先顺位规则。《民法典》第 414 条、第 415 条集中规定了不同形式的担保物权竞存时的优先顺位规则，具有重要意义。在具体规则的适用中，会涉及诸多方面的问题。第一，如何判断是否存在权利竞存？这是担保物权优先效力规则适用的元问题，只有厘清适用范围，明确法条的涵摄轮廓，才能正确适用优先顺位规则。第二，对于特殊类型的担保物权，如何确认其

* 李勇德，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见崔建远：《物权法》（第 5 版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 415 页。

〔2〕 参见姚明斌：《〈民法典〉担保物权优先顺位规则之新观察》，载《中国政法大学学报》2022 年第 3 期。

〔3〕 参见黄薇：《〈民法典物权编草案〉（二审稿）对若干重点问题的回应》，载《中州学刊》2019 年第 7 期。

优先顺位?第三,因善意取得而发生权利竞存时,应当采取何种规则判断权利的优先性?有必要围绕上述问题,对担保物权优先顺位规则展开分析讨论,以便妥当适用《民法典》中的担保物权规则。本文所指典型动产和权利担保物权是指在《民法典》物权编中明文规定的担保物权类型,包含动产抵押权、动产质权、权利质权以及留置权。^{〔4〕}

二、典型动产和权利担保物权的竞存

(一) 动产和权利担保物权竞存之产生条件

1. 在同一动产或权利上存在两个以上的担保物权

只有在同一动产或权利上存在两个以上的担保物权时,才会就有限的担保物的价值竞争以实现各自被担保的债权,由此引发出动产和权利担保物权的优先顺位问题,以解决竞存动产和权利担保物权的效力冲突。^{〔5〕}我国《民法典》第414条、第415条、第456条表明,在同一个财产上可以设立多个动产抵押权、质权以及留置权,其中包括同种类或不同种类的担保物权。我国《民法典》第414条第2款规定了其他可以登记的担保物权之优先顺位规则,这表明在同一权利上亦可设立多个权利质权。

2. 数个动产和权利担保物权之间不存在排斥关系

如果在同一动产或权利上的数个担保物权存在排斥关系,则不可能存在竞存情形。传统观点认为,以占有作为设立条件的质权因具有绝对排斥性而不能同时转给其他质权人占有,质押人自不能再将该财产现实交付给他人而为其设定质权。^{〔6〕}传统观点之所以会得出这一结论,关键在于交付的解释,传统观点只将交付限缩解释为现实交付,而未将指示交付和简易交付囊括进来。在我国,通说认为设立质权时的交付并不局限于现实交付,还包括简易交付与指示交付。^{〔7〕}同理,依托直接占有与间接占有两种占有之形态,两个以上的留置权可能并存于同一财产之上。作为法定担保物权的留置权,其设立并不依当事人间的合意,而是在满足法律规定的要件时依法设立。故此,在同一财产上可以成立多个留置权。^{〔8〕}以登记作为公示方式的动产抵押权和部分权利质权,更是可以在同一标的物上成立数个担保物权,并不存在排斥关系。

3. 数个动产和权利担保物权的存续期间上有交叉

多个担保物权的存续期间需要有交叉。如果在一段期间内多个担保物权的存续期间不存在交叉,而是先后分别存在于同一担保财产之上,那就不会构成竞存关系,也不会引发动产和权利担保物权优先效力的冲突。若在同一标的物上存在多个担保物权,且存续期间存在交叉,那就会产生动产和权利担保物权竞存。

〔4〕 参见前引〔1〕,崔建远书,第422页。

〔5〕 参见徐海燕、柴伟伟、冯建生:《动产担保权公示及优先顺位规则研究》,法律出版社2016年版,第260页。

〔6〕 参见前引〔5〕,徐海燕、柴伟伟、冯建生书,第261页。

〔7〕 参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第5版),法律出版社2017年版,第484页。

〔8〕 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第512页。

4. 实现担保物权的标的物须指向同一动产

本部分主要讨论的是，即便在不同标的物上存在动产和权利担保物权，在满足一定条件时，即在实现担保物权时均指向同一标的物的情况下，需要将其放在动产和权利担保物权竞存情况之中予以分析。最典型的情况就是，针对特定的仓储物，出质人以该仓储物为标的物设立动产质权。与此同时，出质人在以该仓储物作为客体的仓单上设立权利质权。无论质权人实现其动产质权还是权利质权，均需要通过折价、变卖、拍卖仓储物来优先受偿。原因在于，权利质权人在实现仓单质权时，并非将仓单进行折价、变卖、拍卖，而是由质权人向保管人提示仓单请求提取仓储物，从而依法处分所提取的仓储物，进而优先清偿其所担保之债权。^{〔9〕}虽然权利质权与动产质权的标的物并不相同，分别为仓单与仓储物，但是在两个质权实现之时，其指向的均是同一批标的物，因此，需要通过担保物权顺位规则予以规制，将其视为在同一动产上竞存多个担保物权之情形。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保制度解释》）第59条便规定了在动产质权与权利质权竞存时的优先顺位规则。

（二）动产和权利担保物权竞存类型分析

1. 担保物权种类视角下的竞存

意定担保物权根据当事人的约定而设立，只要当事人基于意思自由，在同一财产上设立多个担保物权，法律自无干涉的必要。而且，法律没有规定在同一财产上不能设立多个意定担保物权，故此，在同一财产上可以存在多个不同的意定担保物权。法定动产担保物权是依据法律规定而设立。《民法典》第447条规定了留置权。留置权的规定意味着，当债务人没有履行相关到期债务，即便双方当事人没有事先合意，依据法律规定会直接设立留置权。因此，即便在留置物上存在先前设立的意定担保物权，并不妨碍依法成立留置权。同样，若在同一动产上存在先前设立的留置权，留置权人有可能与善意第三人设立意定担保物权。据此，也就产生了意定担保物权与法定担保物权竞存之情形。

2. 公示方式视角下的竞存

因公示方式而产生的竞存是因为不同或相同的公示方式之间均不存在排斥关系。第一，在采取登记作为公示方式的担保物权中，法律允许在特定担保物上进行多次担保登记，并不会使先前登记与嗣后登记产生冲突，因此在同一担保财产上可以竞存多个以登记作为公示方式的担保物权。第二，在采取交付作为公示方式的担保物权（质权）中，如果根据传统的观点，质权的设定和存续以现实交付和直接占有作为前提条件，^{〔10〕}此时并不可能在同一财产上设立多个质权。但根据通说，除占有改定之外，出质人可以通过其他三种交付方式设立质权。^{〔11〕}由于允许以多种方式的交付设立质权，在同一财产上可以竞存多个以交付为生效要件的质权。第三，留置权竞存与采取交付生效主义的质权竞存法理相同，可通过直接占有和间接占有的方式在同一担保财产上竞存多个留置权。

〔9〕 参见崔建远：《中国民法典释评·物权编》（下卷），中国人民大学出版社2020年版，第502页。

〔10〕 参见前引〔5〕，徐海燕、柴伟伟、冯建生书，第274页。

〔11〕 参见前引〔7〕，王利明、杨立新、王轶、程啸书，第484页。

3. 因善意取得而产生的竞存

从《民法典》第311条第3款可知,善意取得制度不但可以适用于所有权变动,而且在其他物权方面也存在适用空间。无论是抵押权、质权还是留置权,当担保物权人或第三人具有相应的权利外观,均得适用善意取得制度,使得善意第三人取得相应的担保物权。此时,在原有的担保物权的基础上会叠加一个新的担保物权。通常而言,因善意取得而设立的担保物权与该担保物上存在的其他担保物权出现竞存时,担保人非属同一人。

对于动产抵押权,有关善意的判断,需区分普通动产与特殊动产。针对普通动产,通过占有事实并结合权属证书等其他证据构成的权利外观,判断相对人是否善意。针对特殊动产,如机动车、船舶等,由于所有权变动采取登记对抗主义,除占有事实外,还应当结合特殊动产登记簿和权属证书来判断相对人是否善意。

对于质权,应区分采交付生效主义的质权与采登记生效主义的质权。采交付生效主义的质权之善意取得,与普通动产抵押权的善意取得构成要件相同。采取登记生效主义的部分权利质权,例如在证券登记结算机构登记的股权、其他股权以及在相应登记机构进行登记的基金份额等权利作为质权的客体时,需要查询相关登记簿的信息以认定质权人之善意,继而判断是否符合善意取得他物权之相关构成要件。

对于留置权,留置权以债务人有权处分的动产为客体,如果留置财产属于第三人所有,留置人并无相应处分权,此时就需要用留置权善意取得的规范进行调整,以维护交易安全。在留置权善意取得的构成上,既要满足留置权的构成要件,又要符合第三人善意之标准,相信债务人具有处分权。^[12]我国多数学者予以赞同。^[13]

• 154 •

三、特殊类型担保物权的顺位确认

(一) 特殊抵押权:浮动抵押权的顺位确认

针对固定动产抵押权登记在先、浮动抵押权登记在后的情形,其顺位规则按照《民法典》第414条的规则解决。但如果浮动抵押权登记在前、固定动产抵押权登记在后的情形,学说上存在不同观点。一种观点采取的是英式浮动抵押。浮动抵押权的顺位确认依据是抵押财产的确定(亦被称为“结晶”)时间而非抵押权的设立或公示时间。^[14]另一种观点采取的是美式浮动抵押,浮动抵押权的顺位确认依据是抵押登记时间,而非抵押财产确认时间。若浮动抵押权的登记时间先于固定动产抵押权的登记时间,那么浮动抵押权优先于固定抵押权。^[15]笔者认为,英式浮动抵押的观点不可采纳,原因在于如果浮动抵押权的顺位是根据抵押财产确定时间而定,那么其顺位通常会劣后于在同一标的物上设立的其他担保物权。如此一来,由于在优先顺位上一直处于劣

[12] 参见常鹏翱:《留置权善意取得的解释论》,载《法商研究》2014年第6期。

[13] 参见王利明:《物权法研究》(第4版下卷),中国人民大学出版社2016年版,第1406页;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(下册),清华大学出版社2011年版,第944页以下。

[14] 参见高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第455页。

[15] 参见王洪亮:《动产抵押登记效力规则的独立性解析》,载《法学》2009年第11期;龙俊:《动产抵押对抗规则研究》,载《法学家》2016年第3期。

势地位，中小企业、个体工商户等民事主体向金融机构通过设立浮动抵押来进行贷款极为困难，不利于促进融资，这一制度将会形同虚设。相反，采取美式浮动抵押之观点，可以切实保障浮动抵押权人之各项利益，有利于促进企业融资。

此处，需要进一步辨析浮动抵押权设立与登记间的关系。有观点认为，为保全浮动抵押权之优先顺位，抵押权登记与设立可以相互分离。^{〔16〕} 动产担保物权的设立，既不是动产担保物权登记的前提，也不是确定竞存权利之间优先顺位的决定性因素。这一观点完全是按照登记时间来确认抵押权的顺位，而无关乎抵押权在登记时是否设立。笔者认为，若浮动抵押权的顺位仅依据登记时间确立，对浮动抵押权是否设立在所不问，则会与担保物权顺位规则体系互不相容。无论是抵押权还是质权，根据《民法典》第 414 条应按照公示时间确认担保物权的顺位。关于质权，占有（交付）既是质权的设立要件，也是作为公示方式用作判断担保物权实现顺位的要件。若专门为浮动抵押权开创判断顺位标准的先河，仅凭登记时间来确认抵押权顺位的这种做法，似乎太过于优待浮动抵押权。故此，笔者认为，浮动抵押权的顺位不能仅依靠登记时间来确认，还要以抵押权设立为其前提。

（二）特殊抵押权：最高额抵押权的顺位确认

在同一动产标的物上会竞存多个最高额抵押权。对于最高额抵押权间顺位之确认，根据《民法典》第 414 条，抵押权的顺位由抵押登记的时间确定。最高额抵押权的特殊之处在于，其担保的债权是在债权确定期间届满时确定，而在债权确定之时，最高额抵押权会变为一般抵押权。根据《民法典》第 422 条，在债权确定前，当事人可以协议变更债权确定期间、债权范围和最高债权额，但是变更内容不得对其他抵押权人产生不利影响。所谓不利影响，是指其他抵押权人的实际优先受偿数额减少。只有当变更事项破坏其他抵押权人的信赖基础时，需要经遭受不利影响的抵押权人的同意，该变更协议才有效。^{〔17〕} 最高债权额的增加必然对后顺位抵押权人产生不利影响，而变更债权确定期间和债权范围未必对后顺位抵押权人不利。当在先顺位的抵押权人与抵押人变更确定债权的期间、变更债权范围、变更最高债权额，影响到后顺位抵押权人的权利实现时，如果后顺位抵押权人对该变更没有表示同意，则变更后所担保的债权不在在先顺位抵押权的优先受偿范围之内。^{〔18〕}

在同一动产标的物上竞存最高额抵押权和浮动抵押权时，需要进一步讨论。最高额抵押权设立并登记在前，浮动抵押权设立并登记在后，优先顺位按照登记时间决定。如果浮动抵押权登记时间早于最高额抵押权登记时间，就需要判断在浮动抵押财产结晶时，该动产标的物是否纳入抵押财产之范围，如果纳入抵押财产范围，浮动抵押权要优先于最高额抵押权。但如果该动产标的物由抵押人进行转让，则该动产将不被纳入浮动抵押权财产范围之内，在浮动抵押权人实现抵押权时，不能主张在该动产上实现其抵押权，也就没有顺位问题。然而，在最高额抵押权中，无论抵押人是否转让，抵押权人均可以根据《民法典》第 406 条进行追及，可以向抵押财产受让人行使其抵押权。

〔16〕 参见高圣平：《民法典动产担保权优先顺位规则的解释论》，载《清华法学》2020 年第 3 期。

〔17〕 参见武腾：《不动产最高额抵押权的变更——兼评指导案例 95 号》，载《政治与法律》2020 年第 4 期。

〔18〕 参见程啸：《担保物权研究》（第 2 版），中国人民大学出版社 2019 年版，第 578—580 页。

（三）特殊质权：最高额质权的顺位确认

最高额质权与浮动抵押权、动态质押不同，抵押物并非处于变动不居的状态，而始终是特定且确定的。最高额质权担保的是一定期间将要连续发生的债权，在没有发生债权确定之情形，质权所担保的债权处于变动状态。对于最高额质权所担保的债权确定情形，应当准用《民法典》第423条的规定。另外，最高额质权准用《民法典》第422条规定时，要注意该法条所提及的不利影响主要体现在质权顺位及质权实现相关的问题之上。具体法理与最高额抵押权相同，在此不再赘述。在同一动产标的物上可能有竞存多个最高额质权的情况。对于最高额质权间顺位之确认，与动产质权的确认原理相同，根据交付的时间先后顺序来确定多个最高额质权间的优先顺位。

（四）特殊质权：动态质押的顺位确认

随着贸易行业的逐步发展，以企业库存的生产原料或商品诸如钢材、矿石等为标的物的质押在我国逐渐流行起来。^{〔19〕}在设立质权时，如果质物交由质权人占有，会对出质人的生产经营造成影响。因此，出质人与质权人往往会约定以一定数量或一定价值的生产原料或商品作为质押财产，通过第三方监管的方式对质押财产进行管理。在保证质物维持一定数量或价值的前提下，通过出质人、质权人和监管人三方约定，出质人可以使用监管人管理的原材料和商品。^{〔20〕}这种质押在实践中被称为动态质押。在动态质押的情形，质权人不实际占有这些标的物，而是由监管人根据质权人的指示管理质物。动态质押的设立需要满足一般质权的生效要件，即需要通过交付来设立质权。在动态质押中，质权人是间接占有的方式占有质物。需要注意的是，动态质押不同于浮动抵押。第一，在动态质押中，质权人对质物有实际控制力，质权人或监管人实际控制标的物的变动情况，如果没有他们的同意或配合，出质人所有的标的物不能随意流入或流出。而在浮动抵押中，抵押权人或其委托的监管人对标的物及其变化没有实际的控制力。^{〔21〕}第二，动态质押属于质权，以交付为其生效要件，而浮动抵押属于抵押权，抵押登记为其对抗要件，双方当事人签订抵押权合同即可设立抵押权。第三，动态质押与静态质押（一般动产质权）一致，标的物在设立时就已经特定。在实现前，每次标的物的变动都是依据当事人间的协议，不存在浮动抵押制度中的确定机制。^{〔22〕}表面上看，虽然质押财产处于变动状态，但由于质押财产是可替代物，其数量或价值均已特定。^{〔23〕}而浮动抵押的标的物在抵押权实现前处于不特定状态，需要根据《民法典》第411条来确定抵押权实现时的抵押财产。

从理论上讲，出质人可以同时设立静态质押和动态质押。例如，出质人甲针对一批货物为质权人乙设立静态质押，同时针对同一批货物为丙设立动态质押，这批质物均由监管人占有和管理。这种竞存状态是可能的，但是动态质押以质物的变动为常态，如果质权人丙允许质物流出，势必会影响质权人乙的担保利益。若同一批货物全部流出，质权人乙的质权因丧失对质物的占有

〔19〕 参见常鹏翱：《论存货质押设立的法理》，载《中外法学》2019年第6期。

〔20〕 参见前引〔18〕，程啸书，第618页。

〔21〕 参见付旭东：《金融物流业务的沿革与发展》，载《中国储运》2010年第11期。

〔22〕 参见前引〔19〕，常鹏翱文。

〔23〕 参见前引〔18〕，程啸书，第619页。

而消灭。因此，在实践中，一般不会出现动态质押和静态质押竞存的情况。如果当事人自愿选择此种竞存情形，质权的优先顺位按照交付时间先后顺序来确定。当然，针对同一批货物存在多个动态质押的情形，此时质权的优先顺位按照质物交付的时间先后来确定。

（五）权利质权竞存

我国对权利质权的性质，不采取转让权利说，而采权利出质说，^{〔24〕}因此，权利质权的设立并不意味着权利的转让，而是以财产性权利为客体设立了一种新的权利即权利质权。^{〔25〕}权利质权依据其客体的不同，成立要件与存续要件也有所不同。根据《民法典》第441条，以票据、债券、存款单、仓单、提单为客体出质，且具有权利凭证的，占有是质权设立及存续的要件。我国《民法典》第443条至第445条规定，以基金份额、股权、知识产权中的财产权、应收账款为标的的出质的，登记是质权生效的要件。

关于票据质权竞存。根据《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》），票据可分为汇票、本票和支票。汇票、本票的转让需要背书交付，支票可以单纯交付转让。关于票据质权，《民法典》与《中华人民共和国物权法》的规定并无二致。在以汇票、本票为标的设立质权时，其要件是否仅要求设质背书，还是只要求交付权利凭证，抑或两者均需满足方可设立质权？第一种观点认为，票据质权是以交付权利凭证为生效要件，设质背书仅具对抗效力。《票据法》第31条规定除进行背书转让外，其他方式也可以举证证明票据权利，因此，设质背书并非生效要件，而是对抗要件。^{〔26〕}第二种观点认为，票据质权是以设质背书为生效要件，而交付权利凭证并非生效要件，^{〔27〕}其依据为《票据法》第35条第2款以及《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》（2000年）第55条。第三种观点认为，由于特别法优先适用于一般法，票据质权的规定应当优先适用《票据法》，票据质权的设立既要交付权利凭证，也要进行设质背书。^{〔28〕}我国《票据法》只承认记名汇票与记名本票，上述两种票据的转让均需背书交付权利凭证，相应地，设立质权时交付权利凭证就要进行设质背书。^{〔29〕}第四种观点认为，票据质权既可以通过交付权利凭证设立，也可以通过交付权利凭证且进行设质背书设立。上述两种不同的设立方式之区别在于，票据质权人可否行使票据权利和票据法上的权利。^{〔30〕}票据权利人行使票据权利依赖必要的技术手段，通过出票、背书等票据行为，才能让票据权利人快捷、便利地行使上述相关权利。因此，如果票据质权人想要行使票据权利，就要成立“票据法上的票据质权”，交付权利凭证且进行设质背书。若质权人非经背书设立质权，根据《民法典》第441条的规定，通过交付权利凭证，抑可承认“物权法上的票据质权”。由于没有采取必要的《票据法》规定的技术手段——设质背书，票据质权人无法享有快速、便捷的票据权利。^{〔31〕}此时，

• 157 •

〔24〕 参见前引〔13〕，王利明书，第1347页。

〔25〕 参见前引〔18〕，程啸书，第672页。

〔26〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编：《经济审判指导与参考》（第4卷），法律出版社2001年版，第83-86页。

〔27〕 参见国务院法制局财政金融法规司：《〈中华人民共和国票据法〉讲解》，法律出版社2000年版，第81页。

〔28〕 参见钟青：《权利质权研究》，法律出版社2004年版，第170-171页。

〔29〕 参见前引〔13〕，崔建远书，第897页。

〔30〕 参见熊丙万：《论票据质押背书的效力——〈票据法〉与〈物权法〉之间立法冲突的协调》，载《当代法学》2009年第4期。

〔31〕 参见崔建远：《票据质权之我见》，载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第3期。

质权人无法自己兑现票据，只能通过出质人的协助，要求出质人依据《票据法》兑现票据，将票款交付质权人，或者通过诉讼手段加以完成。“物权法上的票据质权”与债权质权并无二致，由于法律没有必要干涉当事人选择的自由，可以通过交付权利凭证的方式，设立“物权法上的票据质权”。

针对设立具有权利凭证的汇票质权的生效要件，《民法典担保制度解释》第58条采取的方式是：（1）记载“质押”字样；（2）出质人（持票人）签章；（3）交付权利凭证。在票据质权中，《民法典》调整的是票据质权的原因关系，而《票据法》调整票据关系，两者各司其职，互不影响。^{〔32〕}《民法典》第441条中明确规定：“法律另有规定的，依照其规定。”虽然在《民法典》中并未明确规定以票据设质的，需要设质背书且由出质人（持票人）签章，但为了使票据质权人在实现其质权时可以行使票据权利，应当符合《票据法》第35条第2款的规定，进行设质背书。按照上述第四种观点，如果采取所谓“物权法上的票据质权”，由于其本质属于债权质权，名义上称作票据质权并无任何意义。由于我国目前没有无记名本票，与汇票相同，我国法律规定的本票亦属于指定式证券。虽然《民法典担保制度解释》中没有本票质权设立要件的相关规定，但具有权利凭证的本票质权应当与设立汇票质权的生效要件相同，除了交付权利凭证外，还要求进行设质背书，并由出质人（持票人）进行签章。

在同一票据上可以竞存多个质权。例如，甲通过设质背书且交付权利凭证的方式，将票据质押给乙。嗣后，甲以指示交付的方式将该票据质押给丙。虽然此时不成立丙的票据质权，但丙享有债权质权，当丙在实现其质权时，仅是不享有票据权利。在该案例中，同一票据上竞存多个质权，此时，可以根据“公示在先、权利在先”的原则，按照交付的时间先后来认定质权的顺位。

关于债券、存款单、仓单、提单质权竞存，与票据质权原理相同，《民法典》第441条第2句规定的“法律另有规定的，依照其规定”意味着在特别法中对于相关权利质权的设立有特殊要求的，需要同时满足特别法中关于设立质权的规定。在此情况下，在债券质权中，设立记名公司债券质权时，除了交付相应的权利凭证之外，出质人应根据《中华人民共和国公司法》第160条的规定在债券上背书记载“质押”或者履行法律、行政法规规定的其他方式，还要将质权人的姓名或名称记载于公司债券存根簿；在存款单质押中，在“大额可转让定期存单”质押中，不进行“质押”背书影响质权之设立；在仓单质押中，存货人或者仓单持有人在仓单上没有背书且没有经保管人签字或者盖章的，影响质权之设立；在提单质押中，在以指示提单为客体设立质押时，没有进行质押背书的，亦影响质权之设立。对于仓单质权，《民法典担保制度解释》第59条进行了明确规定，要求背书记载“质押”字样，并经保管人签章。由于在同一标的物上可以设立多个权利质权，根据交付或登记的时间确立权利质权的优先顺位。

关于股权、基金份额、知识产权、应收账款质权竞存，由于以本部分所述之权利为客体的权利质权是以登记作为其生效要件，当出质人为同一人时，出质人就同一权利标的物设立多个质权的，根据《民法典》第414条第2款，按照登记时间确定优先顺位。

〔32〕 参见程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第368页。

四、因善意取得而产生的担保物权优先顺位

（一）多个动产抵押权的竞存

在善意取得抵押权时，会出现抵押人非为同一人时的动产抵押权竞存。例如，甲在动产 A 上为乙设定抵押权，并办理了登记。甲将动产 A 租赁给了丙，丙根据租赁合同占有动产 A。丙为了向丁借款，声称动产 A 为自己的财产向丁抵押。此时，丁可以善意取得动产抵押权。在动产 A 上存在乙和丁的抵押权。需要讨论的是，对于动产抵押权的善意取得是否要以登记作为构成要件，善意取得担保物权是否意味着在先权利的消灭，善意取得担保物权的效力为何。

根据《民法典》第 403 条，动产抵押权采登记对抗主义，登记与否会影响抵押权实现时的优先顺位，但不影响抵押权的设立。有观点认为，动产抵押权的善意取得无需满足登记要件，只要满足第三人在签订抵押合同时善意这一要件即可。^{〔33〕}在司法实践中，亦有法院认为，动产抵押权的善意取得要件仅为第三人的善意，而不考虑抵押登记。^{〔34〕}相反观点认为，在动产抵押权的善意取得中，若不以登记为要件，将导致善意取得条件过宽，对真实权利人造成的损害太大，应当承认抵押登记为善意取得动产抵押权的构成要件。^{〔35〕}在相关裁判中，法院认可动产抵押权善意取得的要件为第三人的善意、支付合理对价以及抵押权登记。^{〔36〕}

本文认为，动产抵押权的善意取得应当以抵押登记作为构成要件，主要原因如下。第一，根据我国《民法典》第 403 条，未经登记的动产抵押权，不得对抗善意第三人。即便承认未经登记而产生的动产抵押权善意取得，对于该善意取得人而言，动产所有权人为《民法典》第 403 条所规定的“第三人”。由于真正的所有权人至少在无权处分之人设立抵押时会相信自己的动产归自己所有，了解动产上的权利负担情况，且不知无权处分之人将自己的动产为第三人设定了担保物权，该当属于本条中的“善意第三人”。^{〔37〕}故此，该抵押权无法对抗所有权。^{〔38〕}如此一来，所谓善意取得人的信赖利益无从保护，无法体现善意取得担保物权的物权效力。具体原理后文详述。第二，善意取得制度本质上就是要平衡真正权利人与权利取得人之间的利益，对于权利取得人而言，应当具备其更受保护的理据。^{〔39〕}在善意取得动产抵押权的场合，善意第三人只有通过抵押登记向外界进行公示，才会产生相较真正权利人更受保护的理据，保护相对人信赖利益，维护交易安全。^{〔40〕}在没有进行抵押登记的场合，除抵押合同当事人外，没有任何第三人知晓抵押

〔33〕 参见曹士兵：《物权法关于物权善意取得的规定与检讨——以抵押权的善意取得为核心》，载《法律适用》2014 年第 8 期。

〔34〕 参见湖北省高级人民法院（2013）鄂民二终字第 00041 号民事判决书。

〔35〕 参见前引〔18〕，程啸书，第 305-306 页。

〔36〕 参见吉林省高级人民法院（2016）吉民终 291 号民事判决书；广东省珠海市中级人民法院（2015）珠中法民二终字第 284 号民事判决书。

〔37〕 在日本法上，如果让与人无权处分他人的不动产，则真实权利人属于未经登记不得对抗的第三人。参见〔日〕田山辉明：《物权法》，陆庆胜译，法律出版社 2001 年版，第 51 页。

〔38〕 参见冉克平：《抵押权善意取得争议问题研究》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2018 年第 11 期。

〔39〕 参见前引〔1〕，崔建远书，第 113 页。

〔40〕 参见王利明：《物权法研究》（第 4 版上卷），中国人民大学出版社 2016 年版，第 418 页。

权的设立,不具有优先保护之价值。正所谓善意取得必须依据一个外部标记,^[41]在动产抵押权中,这个标记就当为登记。

由于担保物权可以发生竞存,潜在的担保物权人决定是否设立担保物权,需要考虑以下两个因素:第一,该财产之上是否业已存在担保物权;第二,若有在先权利,潜在担保物权人的权利顺位如何。一般而言,若只存在一个担保物权,担保财产的价值会大于担保债权,以保障担保债权的完全受偿。当然,若潜在的担保物权人评估特定财产的价值大于担保债权,即便该财产之上存在在先的担保物权,由该当事人自主决定是否设立担保物权,并承受担保物权实现顺位上的后果。故此,潜在的担保物权人会通过担保物权的公示时间来判断自己与担保人设立的担保物权之受偿次序,以决定是否设立担保物权。以善意取得普通动产抵押权为例,当第三人与担保人之间设立担保时,第三人会通过查询动产融资统一登记公示系统确认特定动产之上是否存在在先的担保物权,以决定是否设立抵押。由于动产融资统一登记公示系统采取人的编成主义,在特定动产不归属于担保人且其没有向其他第三人设立担保的情况下,第三人无法在登记系统上查询到“归属于”担保人名下的该动产设有担保的记录,就会使得该第三人误以为该特定动产之上不存在在先的担保物权。当第三人尽到合理的注意义务,相信该担保人系有权处分时,就可以认定为善意第三人。此时,善意第三人的信赖利益可以体现为两个层面:第一,对担保人享有处分权的信赖;第二,对担保物权实现顺位的信赖。具体而言,动产抵押权的善意取得源自对担保人处分权的信赖,而这种信赖是基于动产公示所展现出来的权利推定状态。对于普通动产而言,动产抵押登记不具有任何公信力,第三人是基于动产的直接占有而非基于动产抵押登记,相信担保人对普通动产具有处分权。^[42]正是因为第三人相信担保人对普通动产享有处分权,才会进一步依据登记公示系统中的担保登记记录来决定是否设立抵押。即便动产抵押登记不具有公信力,但担保物权人所追求的核心利益就是担保物权的实现,担保物权的顺位对于决定是否设立抵押起到至关重要的作用,因此,应当保护第三人对登记公示系统中担保登记记录的信赖。

善意第三人的信赖利益可通过两种路径予以保护:第一种,消灭先前存在的担保物权,确保善意第三人的担保物权最优先实现;第二种,承认在先的担保物权,赋予因善意取得而设立的担保物权以最优先的实现顺位。《民法典》第313条是针对善意取得所有权的规定,那么善意取得担保物权是否应与善意取得所有权同理,采取原始取得说?本文认为不应采取该说,原因在于担保物权具有或然性特征,善意取得担保物权,并不意味着在未来一定会实现担保物权。如若通过善意取得制度一概否认先前的担保物权,则极大损害了在先设立的担保物权人之利益。在本案例中,乙的担保利益,因为丙的无权处分而自始消灭,实无道理,且极大破坏了担保交易的稳定性。故此,应当采取第二种路径,赋予因善意取得而设立的担保物权以第一实现顺位。担保物权人最关心的莫过于担保物权的顺位以及最终能否实现,^[43]正是因为善意第三人通过查询担保记录,相信自己是第一顺位权利人,才决定设立抵押权。故此,应当保护善意第三人对担保物权实现

[41] 参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第64页。

[42] 对于特殊动产,第三人是基于特殊动产的所有权登记而非基于特殊动产的占有状态,相信担保人具有处分权。

[43] 参见高圣平:《动产担保交易制度比较研究》,中国人民大学出版社2008年版,第363页。

顺位上的信赖利益。因善意取得而设立的抵押权应优先于由有处分权的担保人在先设立的抵押权。

前面所讨论的情形是无处分权的担保人首次为善意第三人设立抵押的情形。当无处分权的担保人次设立抵押时，应当如何处理呢？首先，应承认因善意取得而设立的多个抵押权，其次，针对这些竞存抵押权应按照“公示在先、权利在先”的规则确立担保物权的实现次序。因为对于后顺位抵押权人而言，他们知悉抵押财产的登记情况，故此应当按照抵押权顺位的一般规则加以规制，这也符合他们对抵押权实现顺位的预期。当然，多个因善意取得而设立的担保物权要优先于有权处分人在动产上设立的抵押权，这种规制路径符合善意取得制度之主要功能，保护善意第三人的信赖利益。

与善意取得抵押权的优先顺位规则同理，质权与留置权的善意取得仍应保护善意第三人的信赖利益和先前设立的担保交易。这种保护主要体现为：第一，承认因善意取得而设立的质权与留置权，且不消灭在先存在的其他担保物权；第二，保护因担保公示方式所展现出的对担保物权受偿次序的信赖。故此，因善意取得而设立的担保物权的顺位都要优先于有处分权的担保人设立的担保物权。

（二）多个动产质权的竞存

除了可以依据指示交付等方式设定动产质权使得在同一动产上竞存多个质权之外，在多数国家，转质也得到了承认。转质分为责任转质和承诺转质。《民法典》第434条可以解释为不否定承诺转质和责任转质。^{〔44〕}

在承诺转质中，转质权是基于出质人的所有权，并非基于原质权人的质权，因此转质权独立于原质权而存在。在承诺转质中，可以认为质权人将自己取得的质权顺位让位于转质权人，故此转质权要优先于在先设定的质权。在责任转质中，转质权并非源于出质人的所有权，而源自原质权人的质权，因此要受制于原质权。换言之，转质权是原质权人所得支配交换价值内的另一优先支配权。^{〔45〕}由于质权人将质物转质给转质权人，与承诺转质同理，转质权优先于在先设定的质权。当然，此时还涉及与动产质权善意取得之间的关系问题。

笔者认为，责任转质与动产质权的善意取得既有联系，又有所区别。两者的共同点在于质权人对质物均无相应处分权，且均没有经过出质人的同意。区别主要如下：第一，责任转质是质权人将质物所得直接支配的交换价值赋予转质权人于转质权实行的条件成就时优先用于清偿被担保债权，责任转质虽然对质物无处分权，但可以认为对质物所得直接支配的交换价值享有处分权，系基于质权的有权处分；而在善意取得中，质权人对质物的再次质押系基于质物所有权的无权处分。第二，责任转质中，转质权所担保的债权额度必须在质权所担保的债权额度之内；而在动产质权的善意取得中，由于因善意取得而取得质权的权利人无负担地获得担保物权，^{〔46〕}该质权所担保的债权额度不应局限于在先设定质权所担保的债权范围。第三，当质权人将质物转质给第三人时，若第三人知晓在先设定的质权，即属恶意，无适用善意取得质权之空间，而应适用责任转质相关的规则；若第三人不知晓质权人对质物并无处分权，且构成善意之时，应当适用善意取

〔44〕 参见前引〔1〕，崔建远书，第514页。

〔45〕 同上注。

〔46〕 此处是指无负担地获得质权的顺位及其质权实现范围，而非指在先权利的消灭。

得质权之相关规定。

因善意取得而设立的多个质权仍依照质权竞存的“公示在先、权利在先”的一般规则来确定优先顺位。例如,甲将动产A出质给乙,乙基于对动产A的占有,对丙谎称自己为该动产的所有权人,为善意的丙设立质权。随后,乙亦谎称自己为动产所有人,并告知善意的丁,在该动产上已经为他人设立在先的动产质权,通过指示交付的方式为丁设立质权。在这个例子中,丙、丁通过善意取得获得了质权,由于交付于丙的时间早于丁,丙的质权优先于丁的质权。由于丙、丁的质权是通过善意取得而成立的,丙丁的质权均优先于乙。故此,受偿次序应为丙、丁、乙。

(三) 权利质权的竞存

权利质权种类多样,且各自的生效和公示方式有所不同,如前文所述有善意取得之空间。下面按照三种不同类型的权利质权进行分析。

关于票据质权。通过采取“设质背书+签章+交付权利凭证”的方式设立汇票质权和本票质权的无善意取得之可能性,只有采取交付权利凭证的方式设立支票质权的才有构造善意取得之空间。例如,甲通过交付权利凭证的方式将票据质押给乙,乙通过出示相关证据,谎称其享有票据权利,从而将该票据质押给善意的丙。此时,丙可以善意取得债权质权。根据善意取得担保物权之法理,乙的质权并不消灭,只是由丙无负担地享有第一顺位的受偿次序。此时,丙的质权优先于乙。但是丙不能享有票据权利,因其没有经过“设质背书”,只能通过诉讼渠道或其他方式实现其质权。另外,在票据质权场合,应当承认质权人享有转质权。^[47]理由在于,票据从出质人移转至质权人,如果不允许质权人转质,则意味着票据失去了流通性,必然阻碍票据应有的效率;根据转质的法理,转质权优先于质权,对出质人的利益并无大碍,更何况法律在规制转质权的同时,规定了质权人对质物因转质发生损害的赔偿责任,不会损害出质人的利益。^[48]

关于债券、存款单、仓单、提单质权。对于要求进行“质押”背书设立权利质权的,与票据质权法理相同,无善意取得之可能。当然,与本文票据质权部分所述之原理相同,仍有构造债权质权之空间,在此情形下的善意取得问题,在此不予赘述。而以登记作为质权设立生效要件的,亦无善意取得之可能性。在以登记作为设立生效要件的,由于相关权利并无权利凭证,且登记需要提供质权标的物相关信息,可以具体识别到某一特定的债券、存款单、仓单或提单,加上电子化权利凭证可以在其相关文件上具体标明该权利所存在的权利负担,第三人只要尽到合理核实义务,就能判断质权人并非权利人,因此无善意取得之可能。若特别法没有规定在设立某一质权时需进行设质背书,仅通过交付权利凭证即可设立质权之情形下,具有善意取得制度之适用空间。

关于股权、基金份额、知识产权、应收账款质权,需要考虑的是,当出质人并非同一人时,即质权人或其他第三人能否通过出质该权利标的物,使得第三人善意取得权利质权的可能性。以股权质权为例,仍有善意取得权利质权之可能性。股东以将其股权转移至债权人名下的方式为债务履行提供担保,即属于通过让与担保的形式设立担保物权的情形。我国不承认让与担保,将这种交易模式构造为一般性的担保物权类型,出卖人为担保人,而买受人为担保物权人。由于股东

[47] 参见前引[1],崔建远书,第530页。

[48] 参见于莹:《论票据质押的设立与效力》,载《法学评论》2009年第1期。

名册及相关登记部门账簿上所表征的信息足以造成合理的权利外观，此时作为担保物权人的名义股东将该股权出质给第三人，善意第三人可以善意取得股权质权。此时，因善意取得而设立的股权质权优先于既有的担保物权。此处所谓既有的担保物权，根据《民法典担保制度解释》第69条，是指由股权让与担保转化而成的普通担保物权。本部分讨论的权利质权与其他权利质权相同，质权人有权根据《民法典》第434条将质物进行转质，优先顺位规则适用转质之相关法理。

（四）留置权的竞存

留置权以债务人所有的动产为客体，一旦留置财产属于第三人所有，就需要用善意取得的规范予以调整。^{〔49〕}留置权的生效和存续皆要求占有，其中应包括直接占有和间接占有。^{〔50〕}我国台湾地区史尚宽先生持相同观点。^{〔51〕}日本民法学者我妻荣先生认为：“在租赁和质押时，失去直接占有但并未失去间接占有（依代理人占有），不属于丧失占有。”^{〔52〕}笔者认为，在留置权制度中，间接占有也应适用其中。留置权的设立与当事人的约定无关，故此，留置权竞存的情形只存在于善意取得。留置权依托直接占有与间接占有两种占有之形态，可能发生两个以上的留置权并存于同一动产之上的情形。对此，有观点认为留置权竞存时应当与质权适用同样之原则以确定优先顺位，即应以留置权成立先后定之。^{〔53〕}另有观点认为，后成立的留置权应当优先于先成立的留置权，因为先留置权人为债务人，后留置权人为债权人，债务人负有履行债务以保证债权人的债权得到实现的义务。^{〔54〕}本文赞同后一观点，根据善意取得担保物权之一般法理，基于保护交易安全之善意取得制度的立法目的，应当使善意取得留置权人相较原留置权人优先受偿。

（五）不同类型担保物权的竞存

动产质权与权利质权可因善意取得而竞存。在权利凭证项下的动产与设立的动产质权之标的物发生重叠时，存在动产质权与权利质权竞存的情况。在出质人非为同一人时，会涉及善意取得担保物权的问题。例如，出质人甲将仓储物为标的物出质给乙，并约定由保管人A进行监管。之后不久，保管人A接到甲的指令开具一份仓单，甲以该仓单为标的出质给丙，并进行了现实交付。半年后，保管人谎称该仓储物为自己所拥有质物，向丁出质，设立动产质权。如果丁属善意，符合善意取得之要件，应当承认丁善意取得动产质权。此时，担保物权的优先顺位为丁、乙、丙。提单与仓单的功能类似，会存在在上一批标的物上竞存提单质权与提单项下货物的动产质权的情形。具体原理与仓单质权与动产质权竞存时的原理相同。

动产抵押权与动产质权、留置权与动产抵押权、留置权与动产质权均可能因善意取得而发生竞存。在先设定质权后设定抵押权的情形，存在质权人向第三人设立抵押权的情况，涉及抵押权的善意取得。在先设定抵押权而后设定质权时，由于抵押人占有抵押物，其向第三人设定质权属于有权处分，不涉及善意取得。在先留置后抵押的情形，存在留置权人为第三人设立抵押权的情

〔49〕 参见前引〔12〕，常鹏翱文。

〔50〕 参见前引〔18〕，程啸书，第748页。

〔51〕 参见前引〔8〕，史尚宽书，第519页。

〔52〕 〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义III：新订担保物权法》，申政武、封涛、郑芙蓉译，中国法制出版社2008年版，第43页。

〔53〕 参见前引〔8〕，史尚宽书，第512页。

〔54〕 参见前引〔5〕，徐海燕、柴伟伟、冯建生书，第280页。

况，涉及抵押权的善意取得。在先抵押后留置的情形，由于抵押人对抵押物的处分系有权处分，不发生善意取得问题。在先留置后质押情形中，存在留置权人为第三人设立质权的情况。当留置权人具有处分留置物的权利外观时，第三人可以善意取得动产质权。在先质押后留置的情形，当质权人具有处分权的权利外观时，存在善意取得留置权的情形。上述所有类型的竞存，根据善意取得担保物权的基本原理，善意取得的担保物权优先于其他在先设立的担保物权。

五、结 论

在动产和权利担保物权竞存的顺位规则中，一般规则为“公示在先，权利在先”，根据登记、交付的时间先后来判断担保物权的优先顺位。^{〔55〕}一般规则通常适用于担保人为同一人时的情形，此时所有的担保物权均为担保人有处分权而为，按照公示时间判断顺位并无不妥。然而，一般规则的例外是当担保人非为同一人时，如担保物权人或其他第三人通过构造合理的权利外观，无权处分担保物，使第三人善意取得担保物权的情形。由于善意取得担保物权并不消灭在该担保物上的其他担保物权，善意第三人只需要无负担地获得担保物权的优先顺位（第一顺位），即可符合善意取得担保物权的基本法理。因此，在善意取得担保物权的场合，因善意取得而设的担保物权的顺位优先于在先的其他担保物权。在动产和权利担保物权顺位规则中，应当采取“一般规则—特殊规则”双重结构，对于不同的权利竞存情形进行分析。

• 164 •

Abstract: The coexistence of security interests is formed under the joint influence of factors such as the types of security interests, methods of publicity, and secured property, and different types of rights coexist in its application. When multiple security interests in movables and rights co-exist, without special statutory requirements, according to Article 414 and Article 415 of the Civil Code, the rule of “first perfect, first right” shall be applied. For special types of security interests, special considerations should be made based on the manifestation and effective requirements of the security interests. In the case of bona fide acquisition of security interests, in order to maintain transaction safety and protect the interests of third parties, the security interests established as a result of bona fide acquisition has priority over other pre-existing security interests. In the priority rules of the security interests in movables and rights, a “general rule- special rule” dual structure should be adopted.

Key Words: security interests, coexistence of rights, bona fide acquisition, priority rule

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

〔55〕 参见庄加园：《动产抵押的登记对抗原理》，载《法学研究》2018 年第 5 期。

动态质押设立中实际控制要件的解释与适用

黄彦霈*

内容提要：浮动抵押的弊端决定了动态质押自其产生之时就附带着一种特有的价值判断：偏重对债权人利益的保护，保障其债权的实现。《民法典担保制度司法解释》第55条采用“实际控制”作为动态质押设立的要件，虽可能会与体系不相协调，但更多是源于功能主义的需要。第55条强调实际控制为占有的实质，提醒债权人注意排除出质人的干涉，避免债权人因误信占有的外观而遭受损害。实际控制要件更具有弹性与广泛的适用空间，其可以涵盖基于占有辅助而设立动态质押。尽管实际控制要件较为抽象，但监管人的身份、质物的存放场所以及监管合同的约定都可以为实际控制的认定提供客观的依据。实际控制要件通常伴随监管人取得质物而满足，可在特殊情形下，二者也存在分离的情形，从而形成一个过渡区间。于该区间内，动态质押虽未设立，但为保护债权人的利益与合理信赖，法官应当参照适用浮动抵押规则。实际控制的证明责任会因举证的主体不同而呈现一定差异性，质权人、出质人和监管人应分别承担不同的证明责任。

关键词：动态质押 实际控制 占有 功能主义

• 165 •

一、引言

动态质押作为一种新型融资担保模式，允许债权人借由第三方物流企业的监管来占有和支配质物，并且容许质物在最低价值控制线之上进行动态置换。为弥补动态质押制度在《民法典》中的缺失，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）（以下简称《民法典担保制度司法解释》）第55条专门对动态质押进行规定。依据该条的规定，监管人实际控制质物是动态质押的设立要件（以下简称“实际控制要件”）。可是，这明显区别于最高人民法院曾在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪

* 黄彦霈，中国社会科学院大学法学院博士研究生。

要》)第63条中所作出的规定,即监管人占有质物便可设立动态质押。^{〔1〕}至于为何如此修改,最高人民法院尚未在其编写的相关释义书中予以解释,甚至连实际控制的概念都未明确界定。^{〔2〕}部分学者敏锐地注意到该问题,并进行了有价值的理论探索,努力地证明实际控制要件的合理性。^{〔3〕}但是以下四个因设立要件的转变而产生的问题,学界尚未进行专门和细致的研究:(1)占有和实际控制的关系为何,二者仅是形式意义上用语的替换,还是存在实质意义上的差异;(2)如何理解和判定监管人构成对质物的实际控制;(3)监管人在不同阶段对实际控制要件的违反会造成何种法律后果;(4)如何分配不同当事人间的证明责任。鉴于此,本文拟围绕实际控制要件展开,以期阐明“实际控制”概念的内涵,并为实际控制要件的具体理解与适用提供相应的指引。

二、实际控制概念的辨析

欲理解动态质押的设立要件,何为实际控制这一问题就无法绕开。然而,实际控制的内涵在理论界却是含混不清的。相较于传统的动产占有的交付,部分学者虽肯定实际控制要件更贴合动态质押模式的本质,但在论述实际控制与占有的关系时却表现得模棱两可,无法明确实际控制在民法典中的体系地位。^{〔4〕}另有部分学者在探究动态质押相关问题时直接将实际控制等同于占有来处理,但未提供相应的理论依据。^{〔5〕}因此,笔者将从不同的视野出发,对实际控制概念予以分析和界定,致力于厘清其与占有的关系。

(一) 比较法视野下实际控制的考察

尽管动态质押是我国特有的制度,但如何区分实际控制和占有却是各国共同面临的问题。纵观各国立法,实际控制总是和占有形影不离。在美国《统一商法典》中,担保权益获得完善的方式可以分为三种,即登记、占有和控制。^{〔6〕}《统一商法典》明确将控制视为一种虚拟的占有,主要用于投资财产、电子动产契据和电子所有权凭证等无形担保财产。^{〔7〕}对于此类担保物,权利人虽无实际占有的可能,却能通过对财产控制权或支配权的取得,达到与占有相似的效果。例如,虽然担保权人无法占有设立在银行的账户,但是,倘若担保权人能获取支配该账户的权利,其就相当于占有该账户。就控制和占有的关系而言,美国《统一商法典》认为控制实际上是占有的替代方式,二者是不能兼容的。^{〔8〕}这就意味着对于上述无形的担保物,控制是其担保权益获

〔1〕 参见最高人民法院民事审判第二庭主编:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第374-378页。

〔2〕 参见最高人民法院民事审判第二庭主编:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第475-481页。

〔3〕 参见常鹏翱:《供应链金融背景下存货动态质押的疑点问题研究》,载《清华法学》2021年第4期;冉克平、侯曼曼:《企业动产动态质押的体系化释论》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2022年第2期。

〔4〕 参见前引〔3〕,冉克平、侯曼曼文。

〔5〕 参见刘平:《民法典视阈下动产质权的死亡与再生》,载《商业研究》2021年第6期。

〔6〕 参见潘琪:《美国〈统一商法典〉解读》,法律出版社2020年版,第663页。

〔7〕 See Uniform Commercial Code § 9-312 (b).

〔8〕 See Steven O. Weise, U. C. C. Article 9: Personal Property Secured Transactions, 62 *The Business Lawyer* 1633, 1633-1640 (2007).

得完善的唯一方式。

与美国法不同,英国法提供了一种不同的范式,即不区分占有和控制。在英国法中,占有往往被认为是难以捉摸和晦涩莫深的。^{〔9〕}这种不确定的缘由在于英国的法律很难对占有给出一个精确的定义,进而难以对占有的转移做出相应的描述。但在一般意义上,英国法普遍且长期地承认占有其实是包含着一种排斥他人的意图,即占有人能够不受他人干扰地控制特定财产。^{〔10〕}为实现该目的,质权人既可以选择直接控制质物的方式,亦可选择控制具有代表意义的象征物的方式,例如控制仓库的钥匙。^{〔11〕}质言之,英国普通法实际上将这种不受出质人干预的控制视为占有的标志。不过,这种观点的合理性却因无形财产的出现而遭受挑战。在2003年之前,英国法院达成的共识是,占有不存在于任何无形财产之上。^{〔12〕}为填补法律关于无形财产担保的漏洞,《金融担保安排规例(第2号)》应运而生。耐人寻味的是,该规例并未直接引入控制这一概念,而是对占有采取了新的理解。^{〔13〕}所谓新的理解就是对占有进行了扩大解释,将法律所允许占有的财产范围从有形财产扩展到无形财产。此种见解不仅推翻了无形财产在普通法中不能被占有的传统观点,并且将美国法上所谓的“控制”纳入占有的范畴之内。这其实反映了英国法律中根深蒂固的传统,即通过不断延伸财产的概念来适应市场需求,而非创设新的概念。可事实上,更深层次的原因在于占有和控制的区分在英国法上是极其困难的。^{〔14〕}

由上述比较法可知,尽管美国法和英国法就是否区分占有和控制作出了不同的立法选择,但这并非代表着二者对占有和控制的关系持有截然不同的态度。这是因为美国式占有和控制的区分只不过是基于担保物的种类所作出的形式意义上的划分,而并非在实质上否认占有具有对物的控制力。从这个意义上而言,控制和占有在美国法中并无较大差异,仅在适用对象方面存在不同。可见,英美两国是否对占有和控制进行区分,主要是基于不同的立法技术和立法传统的考量。然而,即便存在这些不同,两国实质上也都承认控制和占有具有内在的一致性。

(二) 功能视野下实际控制的阐释

法律的目的不是单纯地制定规范,而是欲通过这些规范对生活产生影响,^{〔15〕}实现公平正义。基于此,法律概念应当具备实现其所期待之目的功能。^{〔16〕}当新型的概念被建构出来时,判定该概念之设计的好坏亦应当从其规范目的出发。^{〔17〕}这是目的或功能决定法律概念之建构的道理。“实际控制”这一概念也不外乎如此。

实际控制的目的取向与浮动抵押的具体适用息息相关。设立浮动抵押制度的初衷是为了提高

〔9〕 See Philippe Rochat, *Origins of Possession: Owning and Sharing in Development*, Cambridge University Press, 2014, p. 52.

〔10〕 See Richard Calnan, *Taking Security* (4th edn), LexisNexis, 2018, p. 30.

〔11〕 See *Hilton v. Tucker* [1888] LR 39 Ch D 669.

〔12〕 See Michael Bridge, *Personal Property Law* (3rd edn), OUP, 2002, p. 15, 144; *Response Ltd v Datateam Business Media Ltd* [2014] EWCA Civ 281.

〔13〕 See Regulation 3 (2) of the 2003 Financial Collateral Arrangements (No. 2) Regulations.

〔14〕 See Elena Christine Zaccaria, *An Inquiry into the Meaning of Possession and Control Over Financial Assets and the Effects on Third Parties*, 18 *the Journal of Corporate Law Studies* 217, 217-219 (2018).

〔15〕 参见〔德〕菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第10页。

〔16〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第五版),法律出版社2007年版,第66页。

〔17〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第265、266页。

企业的融资能力，促进担保财产的融资效率。^{〔18〕}可是，由于缺乏有效的监管机制，浮动抵押的适用效果并不理想。^{〔19〕}其问题在于，浮动抵押人在日常经营活动中拥有较大的自由处分财产，而抵押权人只能在约定或法定情形出现时才能加以干预。是故，抵押权人可能会因抵押人随意处分质物，而面临债权难以被清偿的风险。^{〔20〕}为确保交易安全，当事人在商事交易中也会借助特别约款，将监管机制引入浮动抵押之中。不过，当事人所约定的监管条款往往千差万别，尚未形成较为统一的监管规则，^{〔21〕}由此导致浮动抵押的不确定难以消除。

鉴于此，为避免浮动抵押给抵押权人带来风险，但同时又欲保留其特有的社会机能，动态质押在我国金融实践中应运而生。其优势随即也获得最高人民法院的肯定，所以动态质押最终被我国担保制度司法解释予以承认与保留，成为一种特殊的动产质押制度。^{〔22〕}一方面，动态质押通过纳入监管人这一第三方主体，加强了对担保物的监管。^{〔23〕}与浮动抵押不同，动态质押要求出质人向质权人转移财产的占有。这就在一定程度上限制了出质人在其管理范围内随意处分质物。即便质权人在现实中通常并非直接占有质物，而是通过签订质物监管协议由监管人代而为之，可这同样也能实现对出质人日常交易活动的监督和管理。另一方面，动态质押凭借最低价值控制线的设置，确保了担保财产价值的可预期性。在动态质押设立时，质权人可以预先设定质物的最低价值。在该价值之上，出质人便可不受监管人或质权人的干预，自行对质物进行流动循环销售。然而，一旦质物的价值接近抑或达到最低价值控制线时，监管人就有权拒绝出质人提取货物的要求，从而使得质物不再进行流动。^{〔24〕}出质人欲恢复其处分质物的权利，须追加或补充保证金，或归还融资款项（打款赎货），或提供其他经质权人认可的、具有相当价值的质物（以货换货）。^{〔25〕}由此可知，最低价值控制线的运用减少了质押财产价值的不确定性，避免了质权人预期利益的落空。准此而言，动态质押实际上是对浮动抵押的完善。在保障质物流动性的前提下，动态质押制度通过引入监管人机制和最低价值控制线，克服了浮动抵押的弊端，降低了债权人债权不能实现的风险。这就表明动态质押自其产生之日起就附着着特有的价值判断，即偏重对债权人利益的保护，保障其债权的实现。

不过，动态质押自身能否真正地实现这一目的却值得怀疑。产生该疑问的根源是占有的观念化。占有的观念化主要是承认间接占有。^{〔26〕}在动态质押中，倘若质权人直接占有质物，动态质押所追求的目的会因质权人可以管控质物的流动而实现，自不待言。但在实践中，质权人出于经济上的考虑，通常不会采取直接占有质物的方式。取而代之的是，质权人选择与特定的监管人签

〔18〕 参见侯国跃：《浮动抵押逸出担保物权体系的理论证成》，载《现代法学》2020年第1期。

〔19〕 参见李敏：《论我国浮动担保制度的系统性完善——以适用实况为切入点》，载《法学》2020年第1期。

〔20〕 See Daniel Wei En Ang & Hans Tjio, The Inherent Weakness of Floating Charges, 33 *Singapore Academy of Law Journal* 625, 625 (2021).

〔21〕 参见前引〔3〕，常鹏翱文。

〔22〕 参见前引〔2〕，最高人民法院民事审判第二庭主编书，第477-479页。

〔23〕 参见陈本寒：《企业存货动态质押的裁判分歧与规范建构》，载《政治与法律》2019年第9期。

〔24〕 参见孙鹏、邓达江：《动产动态质押的生成逻辑与立法表达》，载《社会科学研究》2019年第5期。

〔25〕 参见刘保玉：《完善我国质权制度的建议》，载《现代法学》2017年第6期；孙鹏、邓达江：《动产动态质押的裁判分歧与应对路径》，载《河北法学》2020年第8期。

〔26〕 参见崔建远：《物权法》（第四版），中国人民大学出版社2017年版，第148页。

订质押监管协议,使质物被监管人直接占有。^{〔27〕}在该模式下,质权人由于仍保有返还质物的请求权,所以成为质物的间接占有人。但这进而产生的问题是,质权人的质权可能会因其间接占有质物,而面临监管人和出质人双方的“挑战”。一方面,相较于质权人,监管人因直接监督和管理质物更具有权利外观。若监管人凭借此外观对质物加以处分,质权人的权益就会遭到损害。另外,完全可能出现监管人怠于履行监管义务或监管人和出质人恶意串通的情形,而这些情形也会加剧质权人不能受偿的风险。另一方面,当监管人在出质人自有的仓库中监管质物时,监管人的职权可能会受制于出质人。^{〔28〕}于此种模式中,质物实际上仍受出质人支配。其原因是监管人虽然在表面上将质物置于其管理领域内,但根本无法对质物的提取和置换予以监督。这势必会危害质权人债权的实现。

是故,为了避免动态质押所欲追求的目的落空,如何理解监管人的占有就变得至为关键。尽管监管人的占有通常会在外观上体现为监管人管理和监督质物,可是,这并不意味着,仅根据监管人能够管理质物的事实就能认定监管人构成对质物的占有。判定监管人占有质物的核心在于监管人能否在事实上排除第三人的干涉,特别是出质人。该目标的实现是需要监管人对质物加以实际控制的。监管人能够实际控制质物,这既可以表明监管人已忠实地履行其监管义务,也可以表明监管人排除了出质人对质物的非法干预,保证了质权人的利益。可见,即便监管人占有质物可以被理解为,监管人具备占有质物的外观以及排斥第三人干涉的实际控制,但监管人只会因其实际控制质物而构成对质物的占有。这就解释了为何最高人民法院将“占有”修改为“实际控制”。通过采用“实际控制”这一概念,避免因采用“占有”这一概念而产生的误导性,防止出现因监管人无法控制质物而损害债权人利益的情形。这种以功能性为导向的做法其实是强调监管人管控的重要意义,凸显出动态质押所追求的价值目标。

• 169 •

(三) 体系视野下实际控制的定位

承上所述,实际控制是出于功能上的需要被建构出来的。不过,如何将该概念融入我国民法体系之中,则值得进一步思考。从外部体系观察,《民法典担保制度司法解释》第55条很容易让人理解为,实际控制是一种设立质押的新型方式,区别于传统质押的设立方式。依据第55条的文义,监管人必须实际控制质物,动态质押才能设立;而监管人单纯地取得质物的占有,动态质押可能不会设立。而且,结合《九民纪要》第63条中的“占有”被加以修改的事实,这种观点的可信度可能会进一步提高。这也解释了为何有学者认为实际控制要件是对传统动产质押设立要件的突破。^{〔29〕}然而,这种区分实际控制和转移占有的观点可能是一种误解。其原因在于该观点未意识到占有和实际控制的内在意旨的关联性。通过上述论证可得,占有和实际控制都在强调权利人对物的支配力,二者不存在太大差异。故此,仅仅基于形式逻辑而得出占有区别于实际控制的结论,背离了学界对占有所达成的共识,并且会对动产质押的体系造成严重的冲击。

但引出新的问题是,既然实际控制和占有具有内在一致性,那能否认为实际控制其实是对占

〔27〕 参见前引〔23〕,陈本寒文。

〔28〕 参见王富博、李明卉:《质物监管纠纷中的法律争点及解决路径》,载《人民司法·应用》2019年第19期。

〔29〕 参见前引〔3〕,冉克平、侯曼曼文。

有的限缩。该种观点多暗含于部分学者的论述之中，主要表现为建议法官在认定动态质押设立时甄别监管人是否取得质物的占有以及是否控制质物。^{〔30〕}这其实意味着监管人直接占有质物并不一定成立动态质押，仍需要达到实际控制的标准。换言之，满足实际控制标准的占有才构成动态质押。所以，实际控制应属于占有的下属概念，二者形成了特殊与普通的关系。可是，这种见解可能会在理论上造成冲突。这是因为如果将实际控制视为占有的特殊形态，就会出现监管人虽占有质物而无法实际控制质物的情形。然而，倘若监管人无法实际控制质物，又何谈监管人构成对质物的占有。可知，这种对占有和实际控制的关系的理解明显存在矛盾之处。

实际上，实际控制的定位问题归根结底还是如何理解实际控制的内涵，以及如何把握好实际控制和其他概念关系的问题。按照本文对实际控制的功能性分析，实际控制其实就是占有的实质。这种观点亦可以在最高人民法院编写的相关释义书中寻到踪迹。尽管最高人民法院的相关人士未明确占有和实际控制的关系，但实际上默认当监管人取得质物的占有时，动态质押就可以成立。^{〔31〕}这也从侧面印证了“实际控制”替代“占有”的原因仅在于强调“实际控制”的功能意义。质物处于监管人管理领域之内虽可以使监管人获得占有的外观，但监管人仅具有占有的外在形式无法被评价为法律意义上的占有人。监管人只有在事实上能实际控制质物、排除他人对质物的不正当干预时才能被认定为质物的占有人。^{〔32〕}准此而言，“实际控制”和“占有”似乎并无本质上的区别。

需要提醒的是，上述论证所暗含的前提假设是，监管人能够成为质物的直接占有人。然而，当监管人为质权人的员工或者雇员时，监管人虽可能在事实上控制了质物，但依据通说，监管人只是质权人的占有辅助人。^{〔33〕}据此可知，实际控制虽为占有的实质，但监管人实际控制质物并不必然构成对质物的占有。由此引出的疑问是，该种实际控制是否属于第55条所谓的实际控制的范畴之内。事实上，与作为占有媒介人的监管人相较，由占有辅助人担任的监管人，基于特定的从属关系，会更加服从质权人的指示。这不仅表现在监管人在质权人的指示范围内管领质物，还表现在监管人对超出指示范围的监管事项必须获得质权人的批准。从结果层面观察，质权人的利益可以获得更充分的保护。倘若此情形被第55条排除在适用范围之外，这明显不符合动态质押的价值取向，并且与当事人的预期相背离。因此，笔者认为第55条中的实际控制不仅是指监管人在占有媒介关系中直接占有质物，也包括其在占有辅助关系中对质物的事实上的控制。

综上，第55条术语的转变虽会造成体系的不协调，但更多是出于功能上的考虑，即克服浮动抵押的弊端、注重保护债权人利益。这种功能上的需要反映在第55条的表现：一方面，明确实际控制作为占有之实质的重要意义，并将实际控制作为动态质押的设立要件；另一方面，赋予实际控制更广泛的适用空间，从而灵活地运用于基于占有辅助而设立的动态质押情形之中。

〔30〕 参见邓达江：《动产动态质押的理念阐释与制度建构》，载《中国流通经济》2021年第8期。

〔31〕 参见前引〔2〕，最高人民法院民事审判第二庭主编书，第479、480页。

〔32〕 参见前引〔26〕，崔建远书，第148页；刘家安《物权法论》（第二版），中国政法大学出版社2015年版，第191页。

〔33〕 参见王泽鉴：《民法物权》（第二版），北京大学出版社2010年版，第437页。

三、实际控制要件的具体化

司法实践中争议最大的问题就是动态质押设立的认定。在《民法典担保制度司法解释》出台前,各级法院由于在判定动态质押设立时采取不同的认定标准,所以未形成统一的裁判思路。^{〔34〕} 尽管这一现象随着实际控制要件的确立得以改善,可问题是实际控制作为占有的实质,具有较强的抽象性,其认定亦不完全依据事实上的外观。这就为统一认定标准的形成制造了一定难度。不过,结合日常实践,相关可供考量因素是能够被提炼出来的,从而为实际控制的认定起到一定的指引作用。

(一) 类型化分析

在金融实践中,动态质押呈现出不同的交易模式,例如监管人直营库模式、第四方直营库模式和出质人直营库模式,以满足当事人的交易需求。因类型化兼具抽象化与具体化的作用,^{〔35〕} 故笔者将在不同类型下探讨实际控制的认定。

1. 监管人直营库模式

在该模式中,监管人接受出质人所交付的质物,并将其移转到自有的仓库中,从而实现对质物事实上的管领。虽然监管人在商事交易中也可以不提供质物存放的场所,而是直接前往质权人所拥有的场所加以监管,但该情形并不常见。这主要是因为质权人往往不具备单独保管质物的场所和条件,所以质物通常是被存放在监管人提供的仓库之中。就移交质物的方式而言,最典型的是现实交付。出质人直接将质物现实的支配力转移给监管人。不过,动态质押的设立不以现实地移转实际控制权为限,以简易交付或者指示交付的方式为之亦可。在简易交付中,鉴于监管人已因其他原因占有了质物,出质人无需转移质物。例如,出质人基于仓储合同将货物存放于监管人之处,后又与质权人就该货物签订动态质押合同,其中约定原仓储人为监管人。^{〔36〕} 当质权人和出质人达成合意时,监管人继续保有质物的控制权就代表着动态质押已经设立。相较而言,指示交付就稍显复杂。在出质人转移质物的实际控制之前,该质物是被第三人所占有的。为设立动态质押,出质人须将其对该第三人所拥有的返还请求权出让给质权人以代交付。是故,质权人需向第三人行使返还请求权,请求第三人将质物转移给监管人。在监管人能够实际控制质物时,动态质押方可设立。

2. 第四方直营库模式

于该情形中,监管人出于对监管成本的考量,采用租赁第四方的仓库的方法,以达到减少质

• 171 •

〔34〕 在实践中,多数法院采用的是传统的交付标准,即当监管人取得质物的占有时,动态质押设立[参见最高人民法院(2016)最高法民申3191号民事裁定书;重庆市高级人民法院(2017)渝民再113号民事判决书;辽宁省高级人民法院(2017)辽民初80号民事判决书];部分法院采取实际控制的标准,认为监管人需对所交付的质物进行实际控制[参见江苏省高级人民法院(2018)苏民再202号民事判决书];个别法院关注的重点在于书面凭证标准,即监管人在出具相应质物清单时就构成实际控制质物[参见湖南省长沙市中级人民法院(2014)长中民二终字第04693号民事判决书;安徽省高级人民法院(2018)皖民终862号民事判决书]。

〔35〕 参见前引〔16〕,黄茂荣书,第577页。

〔36〕 参见辽宁省鞍山市中级人民法院(2018)辽03民终3103号民事判决书。

物运输成本以及相关管理费用的目的。在接受质权人的委托后，监管机构租赁第三方企业的仓库来存储质物，并派专员驻扎来监管质物。此时，监管人即便不拥有仓库的所有权，但凭借租赁协议形成了对仓库的有权占有，进而在直接占有质物的基础上实现对质物有效的监管。此外，实践中更为常见的做法是监管人直接租赁出质人的仓库进行监管。典型的情形为，出质人在将自己的仓库租给监管人后，退出对质物的直接占有，使质物不需要发生物理上的转移。^{〔37〕}虽然质物被监管人单独直接地占有，可这种交付方式能否达到动态质押设立的标准，不无疑问。最高人民法院在某起合同纠纷中否认了该类型动态质押的设立。其认为监管人与出质人所签订的、租金为1元的《仓库租赁协议》不是真正的租赁，所以监管人未实际取得仓库的承租权。更为关键的是，法院发现出质人存在私自转移质物、不让监管人入库乃至驱逐监管人等非法行径，进而得出质物实际上仍处于出质人控制的结论。^{〔38〕}然而，有些法院认为，因为监管人可以取得质物的控制权，故监管人租赁出质人仓库监管是可以顺利地设立动态质押的。^{〔39〕}可见，在监管人租赁出质人仓库的情形下，倘若出质人将质物的控制权完全交于监管人，法院应当认定动态质押已设立。不过，在一些极端的情况下，出质人可能会采用不正当的行为或手段，使监管人无法对质物形成实际控制。此时，法院应当根据第55条的规定，直接否认动态质押的设立。

3. 出质人直营库模式

此种模式之常见的表现为，在质押合同订立后，出质人无需转移质物，而是照旧将质物存放于自有仓库内。监管机构在接受质权人的委托后，派专员驻场对质物进行日常监督和管理。在该种情形中，监管人虽直接占有质物，但同时亦有和出质人共同占有质物的可能。^{〔40〕}然而，该模式能否设立动态质押存在着较大争议。在司法裁判中，有部分法院认为，通过这种方式设定的动态质押是不成立的。其主要原因在于，质押的生效要件是对质物的交付，动态质押作为质押的特殊形式，自不例外；且该条款属于强制性规定，当事人不能通过约定予以排除。故出质人不进行交付，仍代质权人占有是不成立动态质押的。^{〔41〕}而学界多持相反的意见并主张，在该情形中，如果监管人能够对质物实现有效的控制，或者满足出质人不能单独控制质物的前提，动态质押应当被认定为已设立。^{〔42〕}

就共同占有的模式下动态质押能否设立的问题，笔者亦持肯定的态度。其一，以共同占有方式设定的质押是区别于以占有改定方式设定的。以占有改定设立的质押被否认的原因在于，占有改定会造成出质人对质物形成排他的占有，以致质权的留置效力难以发挥。可是，在共同占有模式之下，即使出质人和监管人共同对质物进行占有，监管人在一定程度上是能够对出质人的处分行为施加约束的。其二，《德国民法典》第1206条对共同占有进行了相应的规定，认为质押关系

〔37〕 参见最高人民法院（2018）最高法民终932号民事判决书；江苏省高级人民法院（2018）苏民再202号民事判决书。但需要提醒的是，监管人租赁出质人仓库的模式和后文的出质人自营库模式虽存在一定共同之处，但二者的关键差异在于出质人是否保有对质物的直接占有。

〔38〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终331号民事判决书。

〔39〕 参见吉林省高级人民法院（2017）吉民终151号民事判决书；江苏省高级人民法院（2014）苏商终字第0300号民事判决书。

〔40〕 参见山东省高级人民法院（2018）鲁民终584号民事判决书。

〔41〕 参见甘肃省高级人民法院（2013）甘民二终字第163号民事判决书。

〔42〕 参见前引〔23〕，陈本寒文；前引〔3〕，常鹏翱文。

中的当事人可以运用共同占有质物的方式以替代交付。^{〔43〕}较为形象的表述是,数人共管一粮库,而该粮库配有不同的锁,且钥匙分别被数人保管。其结果是任何一人均无法单独开库取粮。^{〔44〕}这样的做法不仅节省了交易的费用,而且具有防止出质人或质权人单方处分质押标的物的功效。^{〔45〕}尽管共同占有未被明确地纳入我国《民法典》物权编之中,但有学者认为该种方式并未被我国《民法典》所排除,仍可以通过扩大解释的方法,将共同占有作为交付的替代方式。^{〔46〕}其三,《民法典担保制度司法解释》第55条为以共同占有质物所设立的动态质押提供了正当性的来源。究其原因在于监管人与出质人共同占有质物只是动态质押的形式而已,共同占有质物并非绝对地意味着监管人无法控制质物。因此,即便是在共同占有模式之下,法院仍需就监管人是否控制质物作实质性判断。假设监管人不能对质物予以实际控制,则动态质押未设立;反之,则相反。准此而言,当共同占有模式的动态质押满足实际控制要件时,该类型的动态质押应当认定为已设立。这其实也能从侧面体现“实际控制”这一概念的弹性,可以将共同占有的模式包含在内。^{〔47〕}

(二) 衡量因素的归纳

1. 主体因素

第55条明确将动态质押的设立与监管人受何方委托相牵连,即在认定动态质押设立时,法院需要查明监管人是受何者委托的。其中,当监管人是由出质人所委托时,动态质押是被认定为未设立。按照该条的文义,动态质押的设立需要满足监管人受质权人委托,以及监管人实际控制质物的双重标准。^{〔48〕}可事实上,监管人受何方委托只是衡量监管人能否实际控制质物的重要因素之一。委托强调的是委托方和受托方之间的信任关系。通常,委托人只会相信其选任的受托人才能忠实地、勤勉地完成受托事项。考虑到监管人的履行关系到质权人利益的实现,这种心理作用可能会进一步加强。这也难怪,为实现动态质押的目标,监管人须取得质权人的信任。相反,若监管人是出质人所委托时,质权人可能对监管人充满不信任,唯恐监管人不遵守合同约定,或与出质人串通对质物造成损害。从该种意义上讲,受出质人委托的监管人的确可能不利于质权人利益的保护。例如,出质人可能滥用其选任权,挑选业务能力差或具有利益关系的第三方主体充当监管人,以致质物难以被监管人实际控制。准此而言,受出质人委托的监管人能够满足实际控制要件的可能性较小,而受质权人委托的监管人则更可能实际控制质物。但需要强调的是,这并不意味着,凡受质权人委托的监管人都能实现对质物的实际控制。这只是说明监管人的主体因素对其实际控制质物的影响。第55条也对该观点表示赞同。该条认为,监管人虽受质权人委托但无法实际控制质物的,动态质押亦不成立。这其实表露出最高人民法院的真实意图,监管人受谁委托并不重要,重要的是监管人能否实际控制质物。因此,动态质押的设立标准只有监管人实际控制质物,而监管人受何者委托仅是衡量因素而已。

• 173 •

〔43〕 参见台湾大学法律学院、台大法学基金编译:《德国民法典》(第二版),北京大学出版社2016年版,第957页。

〔44〕 参见谢在全:《民法物权论》(下),中国政法大学出版社2011年版,第1157页。

〔45〕 参见〔德〕鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》(下),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第542、543页。

〔46〕 参见梁远高:《动态质押的解释路径与法律效果》,载《河南财经政法大学学报》2020年第3期。

〔47〕 参见前引〔3〕,常鹏翱文。

〔48〕 参见前引〔30〕,邓达江文。

2. 场所因素

质物所存放的场所也是判断监管人能否达到实际控制质物的重要因素。在实践中，监管人需要为质物选择适宜的保管场所。^{〔49〕}当事人对场所有约定的，应从其约定。在无约定时，只要出于利于质物保管的目的，监管人可以自由选择场所。基于日常社会经验，监管人在自有仓库中更可能实现对质物的实际控制。其原因在于监管人通常对自有的场所拥有较强的支配权。这种支配权表现为，监管人能够挑选适合质物安放的位置，配备有专门人员对质物进行安检，以及就质物的日常流动实现管控。此时，出质人一般难以接触到质物，除非其按照合同约定对质物予以提取与置换。可是，如果监管人是在出质人的仓库中监管质物，监管人能实际控制质物的可能性较小。背后的原因在于，出质人虽受监管人的监督与制约，但在事实上没有丧失对质物的控制权，其仍旧具备自由处分质物的可能。尤其当出质人保有对仓库的管理权、相关工作人员听命于出质人、质物的进出由出质人决定时，这种确信会进一步增强。因此，当质物存放的场所为出质人仓库时，法官可能需要更为严格地审查监管人能否实际控制质物，是否排除了出质人的干预。当监管人和出质人产生纠纷时，法官应当要求监管机构与出质人分别说明具体人员安排、员工执勤时间、相关措施手段等基本情况，并围绕着重重复监管、相互未发现异常等不合常理之处加以解释与辩论。^{〔50〕}

3. 合同内容因素

虽然《民法典担保制度司法解释》第55条将监管人实际控制质物作为动态质押设立的法定要件，但问题是当事人能否在质押合同中对实际控制的标准予以具体的约定。就该问题而言，《民法典》第427条给出了相应的答案。依据第427条第2款第5项，当事人订立的质押合同可以包括质押财产交付的方式。这其实表明当事人的约定是能够对质权的设立施以影响的。其中，动态质押作为质押的特殊模式，自然应受该条的规制。^{〔51〕}因此，动态质押合同的约定是可以作为判定监管人是否构成实际控制的衡量因素之一。在实践中，质押合同可以具体约定监管人需在质押场地上设置保理设施及标识、监管人需就质押物的流动情况加以严格的管理，以及监管人及时出具监理报告等内容。^{〔52〕}这些具体的约定实际上是监管人能够实际控制质物的具体表现，所以，监管人的履行情况关涉着其能否被认定为质物的实际控制人。通常，若质押合同对监管人的权限约定愈加详细，义务分配愈加明确，则当监管人按约履行时，法官更倾向于认定监管人实现了对质物的实际控制。不过，为了尽可能保障质权人的利益，质押合同可能会对出质人提取或置换质物施加严格的条件。监管人严格履行该约定的后果是质物难以流动。此时，虽然当事人的意思自治应当得到尊重，但该约定从根本上与动态质押的动态性相背离，故应当认为动态质押未设立，而成立静态质押。相反，若质押合同约定不明确，法官则不能借助合同内容的因素，而是需依据客观事实做出判断。可见，尽管当事人的约定能够使实际控制要件具象化，便于法官考量与判断，但实际控制的认定并非完全取决于合同的约定，而仍需诉诸合同的

〔49〕 参见黄盛秦：《动态质押的法律属性界定与内部关系厘清》，载《西部法学评论》2018年第4期。

〔50〕 参见最高人民法院（2018）最高法民终504号民事裁定书。

〔51〕 值得注意的是，虽然该观点获得多数学者的赞同，但理论界尚存在不同的见解。有部分学者主张动态质押属于非典型担保。参见姚辉、李付雷：《非典型担保的裁判规则》，载《社会科学》2019年第8期。

〔52〕 参见山东省滨州市中级人民法院（2019）鲁16民终1529号民事判决书。

履行与客观事实。

综上,实际控制的认定需要结合具体的事实,不能一概而论。不过,从客观第三人视角出发,监管人的主体、存放质物的场所以及监管合同内容等因素的综合考量能够为法官的具体判断起到一定指引作用。

四、违反实际控制要件的法律后果

依据《民法典担保制度司法解释》第55条,监管人未能实际控制质物的法律后果是动态质押不设立。可是,这种法律后果的安排未考虑到社会生活的复杂性,在具体适用时可能会不利于保护债权人的利益,违背动态质押的规范目的。鉴于此,笔者将分别在动态质押的不同情形中对违反实际控制要件的法律后果予以深入分析。

(一) 质物的取得与实际控制相重合的情形

在探究违反后果之前,明确实际控制的认定时点实属必要。这是由于监管人的实际控制决定着动态质押何时成立。但需要明确的是,上述实际控制的具体化主要是探讨监管人是如何实现对质物的实际控制的,而这里关注的是监管人何时实际控制质物。二者虽具有一定关联性,但侧重点并不一致。在监管人自营库模式中,监管人通常在接受质物的移转后就构成对质物的实际控制。这是因为监管人能够凭借场所、人员等因素免于遭受出质人的干预,从而不会发生其仅取得质物但无法控制质物的情形。然而,在出质人自营库或者第四方直营库模式下,监管人就可能仅具有占有质物的外观,而在事实上因出质人的原因而无法支配质物。此时,实际控制要件不会伴随着监管人被派遣到出质人仓库而得到满足。动态质押也只会监管人采取相应措施排除出质人的干预后才开始生效。由此可知,监管人一般在取得质物的同时就能达到实际控制质物的要求。不过,在某些特殊情形下,实际控制的产生是与监管人何时取得质物无关的,而是需要结合具体案情加以认定。质言之,监管人占有的外观和监管人的实际控制原则上是不分离的,但二者有时也会出现相分离的情形。这就产生了一段特殊的过渡期间。

在澄清实际控制的认定时点后,《民法典担保制度司法解释》第55条的不完善之处就随之浮出水面了。第55条的合理性只限于监管人在取得质物转移时就能实际控制质物的情形(见图1)。于该情形之中,在监管人未取得质物前,动态质押不设立。这也表明在该期间内,倘若当事人之间产生了纠纷,债权人只能主张合同责任,而不享有质权。^[53]

(二) 质物的取得与实际控制相分离的情形

然而,当出现占有外观与实际控制相分离的情形时,上述法律后果的设计可能就有待商榷。在此种模式下,监管人往往可能先具有占有质物的外观,嗣后才通过相关措施取得质物的实际控制。二者之间存在一定的时间差,进而形成一个特有的时间区间。该时间区间可能会因具体情况的不同而长短不一。如果按照第55条的理解,在该时间段内,由于监管人未能实际控制质物,所以动态质押未设立,债权人自然也享有质权。这种做法尽管在逻辑层面上是正确的,但其产

• 175 •

[53] 参见程啸:《担保物权研究》,中国人民大学出版社2017年版,第496页。

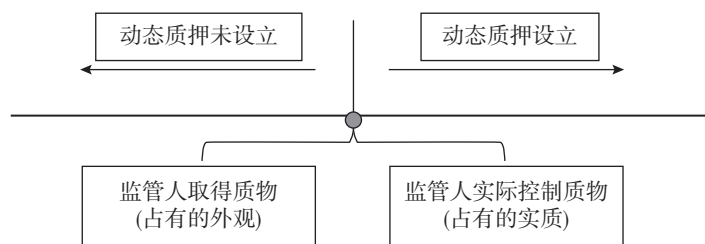


图1 监管人取得质物与实际控制质物重合的情形

生的结论明显具有不妥当之处。首先，该情形不同于出质人未转移质物或者监管人未被派遣到出质人仓库的情形。于后者而言，因为监管人根本无法取得质物的转移，故质权人能够明确地意识到，其在此时不拥有动态质权。相反，于占有外观与实际控制相分离的情形下，监管人占有质物的外观其实已经形成了。基于这种外观，债权人的内心可能已经生成了动态质押已设立的确信。试想，此时动态质押不成立，债权人只享有债权，这能符合质权人的预期吗？其所造成的危害就是，质权人遭受利益损失，进而丧失对动态质押制度的信赖。其次，鉴于实际控制通常难以判断，出质人完全可能采用不正当的手段使监管人误以为其构成对质物的实际控制。此时，无论债权人抑或监管人皆会因认为动态质押已经设立，而不采取相应补救措施。待该虚假质权即将到期之时，出质人反而主动向法院起诉，主张动态质押未设立，以此损害债权人的优先受偿权。可见，就违反后果而言，第55条容易诱发道德风险，为出质人逃避担保责任、损害债权人利益提供可能。最后，于该情形中，依据第55条得出的结论将与动态质押的目的相冲突。动态质押的目的是在允许质物流动的基础上注重对债权人利益的保护。在债权人有合理的理由相信动态质押已经设立时，倘若法律直接依据客观事实否认动态质押的设立，不承认债权人的优先受偿权，就会明显对债权人造成不利益。

事实上，上述问题的核心在于法律逻辑与价值判断的冲突。根据法律逻辑推理，动态质押的确因监管人无法实际控制质物而未设立；而基于价值因素的考量，动态质押未设立这一法律后果实属不利于保护债权人的利益，并有违背动态质押的规范目的之嫌。因此，解决问题的关键在于寻找到一个合适、恰当的法律后果，其既能最为符合第55条对实际控制的理解，又能起到保护债权人利益的作用。考虑到该情形与浮动抵押的类似性，参照适用浮动抵押规则就可以使该问题迎刃而解。其合理性在于三个方面。一是在事实层面上，于该情形中，由于担保物的流转与处分仍处于出质人的控制之中，所以出质人实际上就是在其管控领域内对担保物予以处分。这其实就和浮动抵押中的抵押人非常类似。此外，无论在动态质押还是在浮动抵押中，担保权人的真实意愿是允许担保人流转担保物。无非在动态质押中，出质人需要受到最低价值控制线的制约而已。二者意思表示的共同性为动态质押向浮动抵押的转化提供了合理的进路。二是在规范层面上，动态质押与浮动抵押存在补足关系。诚然，学界普遍认为浮动抵押和动态质押是不同的担保工具，隶属于不同的担保模式之中，在法律构造和法律效力等方面存在较大差异，不能混为一谈。^{〔54〕}

〔54〕 参见常鹏翱：《论存货质押设立的法理》，载《中外法学》2019年第6期；刘平：《〈民法典〉背景下动态质押权利竞合论》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期。

不可否认的是,动态质押是在允许担保物流转的基础上补足了浮动抵押对抵押权人保护不周的弊端。从这个意义上,浮动抵押可以被视为动态质押的上位概念。三是在法律后果层面,参照适用浮动抵押规则能够尽可能地保护债权人的利益。在上述过渡区间内,债权人虽不能获得动态质权,但可以就该动产取得浮动抵押权。即便该权利未经登记不能对抗之后登记的抵押权人以及正常经营活动中的买受人,但债权人至少可以保有对该动产的优先受偿权,而不沦为普通的债权人。准此而言,在动态质押设立过程中,监管人未取得质物的,则动态质押未设立,债权人不具有优先受偿权;监管人虽取得质物,但无法实际控制质物的,动态质押未设立,但可以转化为浮动抵押,进而债权人享有浮动抵押权;监管人实际控制质物的,动态质押设立(见图2)。

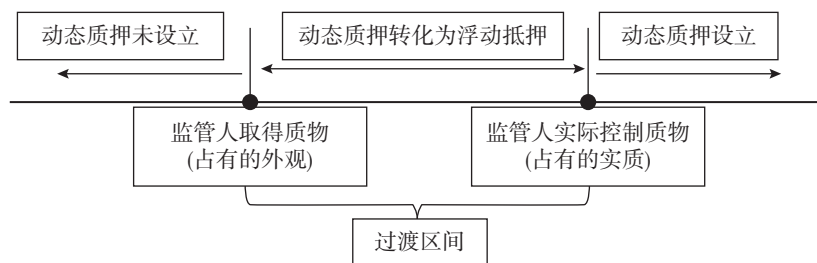


图2 监管人取得质物与实际控制质物分离的情形

五、实际控制要件的证明责任

• 177 •

尽管《民法典担保制度司法解释》第55条肯定了“当事人”须就实际控制要件加以证明,但其表述过于模糊,仍留有进一步解释的空间。在司法实践中,即便法院依据传统“谁主张,谁举证”的举证规则能够发挥对第55条的释明作用,可这种证明责任的分配实际上对当事人采用了同一的证明标准,忽视了不同当事人之间的差异,不利于当事人利益的实现。通常而言,动态质押中的当事人主要包括质权人、出质人以及监管人。三者分别作为不同的利益主体,在享有各自权利的同时担负着不同的义务。这种实体状态反映在程序法上就是三者对实际控制要件承担着不同的举证责任。

基于质权人的视角,质权人出于实现债权的目的,往往是主张动态质押成立的一方。因此,质权人一般肩负着证明监管人实际控制质物的举证责任。^[55]有学者进一步强调了质权人需证明质物被监管人实际控制,并达到一定控制标准。^[56]然而,在动态质押中,质权人只是质物的间接占有人,其无法深入了解监管人能否实际控制质物的状况。此时,质权人为达到证明目的需要监管人的配合,请求监管人提供相应的证明。但在实践中,监管人可能会因各种原因(例如,监管人和出质人串通等)不配合质权人的调查取证,以致质权人难以证明监管人获得质物的控制

[55] 参见内蒙古自治区包头市中级人民法院(2021)内02民终716号;广西壮族自治区桂林市象山区人民法院(2016)桂0304民初1688号民事判决书;黑龙江省高级人民法院(2016)黑民终32号民事判决书;江西省高级人民法院(2017)赣民终521号民事判决书;新疆维吾尔自治区高级人民法院(2016)新民终7号民事判决书。

[56] 参见前引[3],冉克平、侯曼曼文。

权。可见，倘若法律要求债权人直接证明监管人实际控制质物，这其实给债权人分配了较重的举证责任。其容易造成的后果是债权人难以达到证明标准，从而无法证明动态质押已经设立。这显然违背动态质押设立的初衷。是故，合适的做法是质权人仅须承担初步的举证责任，提供基本的证据，^{〔57〕}证明监管人取得了质物的转移即可。该做法通过实际控制要件的具体化，降低了质权人的证明责任，同时，亦不会对出质人的利益造成损害。

至于出质人，其诉求在民事纠纷中更多表现为主张动态质押未设立。于该情形中，出质人需要就监管人未实际控制质物承担举证责任。出质人可以直接诉请法院否认动态质押的设立，^{〔58〕}也完全可以在质权人举证后，提出反证来主张质物虽已交付，但监管人未实际控制质物。由于出质人作为质物的使用人，日常需要接触质物，所以其对质物能否受到监管人实际控制具备清晰的认识。特别是在出质人共同占有质物或出质人提供监管场所时，出质人甚至可能比监管人更加知悉质物的受控状态，从而处于一种信息优势的地位。可是，这就容易导致出质人凭借该信息优势决定着动态质押设立与否。在动态质押的设立有利于出质人时，出质人隐瞒监管人未控制质物的事实，使得质权人误以为动态质押已经设立；而在动态质押的设立不利于出质人时，出质人则主动披露相关事实，以致动态质押自始未设立。因此，为了避免出质人逃避义务、维护质权人的利益，法院应当要求出质人承担较高的证明标准，并予以严格审查。

与二者相较，监管人的举证责任较为特殊。一方面，监管人由于并非动态质权的利益主体，通常不需要主动证明动态质押的设立，只须为质权人提供辅助证明即可。另一方面，监管人因其为质物的直接占有人，也可能为主张相关权利而需要独立地证明动态质押已设立。例如，当质物的占有遭到侵害时，监管人为主张占有恢复请求权，需对动态质押的设立予以证明。^{〔59〕}此时，监管人的证明责任可能会因侵害人的不同而有所差异。如果侵害人是质押关系外的第三人，法院不应要求监管人承担较高的证明标准，只须证明其已取得质物的转移即可。其原因在于监管人此时的证明并非关涉着动态质押的内部关系，而只是出于处理外部事务的需要。另外，鉴于监管人的该类行为既能保护质权人的质权，又能维护出质人的所有权，所以降低监管人证明责任能够对监管人产生一定的激励作用，从而带来巨大的社会效益。不过，一旦侵害人是质押关系内部当事人，这就关系到动态质押是否设立的根本问题。此刻，考虑到监管人是质物的直接占有人，其对质物是否被实际控制最为清楚，所以法院应适当地提高监管人的证明标准，并加以审慎判断。这表明监管人不能仅证明其取得质物的转移，还须就完全排除出质人干涉进行举证，否则其不得主张相应的权利。

六、结 论

创造法律的不是概念，而是目的。实际控制要件的建构正是基于功能主义的考量。《民法典

〔57〕 参见陈甦主编：《民法总则评注》（上），法律出版社2017年版，第586页。

〔58〕 参见辽宁省大连市中级人民法院（2014）大民三初字第152号民事判决书；重庆市第一中级人民法院（2014）渝一中法民初字第01304号民事判决书。

〔59〕 参见湖南省高级人民法院（2020）湘13民终510号民事判决书。

担保制度司法解释》第 55 条明确实际控制是占有的实质，防止债权人误信占有的外观，从而克服浮动抵押的弊端，加强对债权人利益的保护。尽管实际控制要件较为抽象，但法官能够通过衡量监管人的主体、存放质物的场所以及监管合同内容等因素将其具体化。在通常情况下，监管人实际控制质物是伴随着监管人取得质物而产生的。不过，在特殊情形下，二者也存在分离的可能，从而形成过渡区间。第 55 条没有意识到该期间的特殊性，因而一概否认动态质押的设立，使债权人 not 享有优先受偿权。于该情形中，鉴于动态质押与浮动抵押的相似性，法官可参照适用浮动抵押的规则，进而保护债权人的利益与合理信赖。这也会为裁判者在今后处理动态质押与浮动抵押竞合的纠纷提供一种可行的进路。而在具体适用中，实际控制要件的证明责任会因举证的主体不同而有所差异。为平衡质权人和出质人的利益，质权人仅须证明监管人取得了质物的转移即可，而出质人则须对监管人未实际控制质物予以证明。

Abstract: The disadvantages of a floating charge have led to a particular value judgement being attached to dynamic pledges since their inception, which is the protection of the interests of the creditor and the fulfilment of his claim. Article 55 of the Judicial Interpretation of the Security Regime of the Civil Code adopts “actual control” as a requirement for the creation of a dynamic pledge, and although may be inconsistent with the system, it stems more from the need for functionalism. Article 55 emphasises actual control as the essence of possession, reminding creditors of the exclusion of interference by the pledgee, and avoiding creditors suffering damage from a misconception of the appearance of possession. The element of actual control is more flexible and broadly applicable, as it can cover dynamic pledges created on the basis of an auxiliary to possession. Although the element of physical control is abstract, the identity of the custodian, the place of deposit of the pledge and the agreement in the custody contract can provide an objective basis for the determination of physical control. The physical control element is usually satisfied when the custodian acquires the pledge, but in exceptional circumstances the two may be separated, thus creates a transitional zone. Within this zone, although a dynamic pledge has not been created, the judge should apply the floating charge rule in order to protect the interests of creditors and reasonable reliance. The burden of proving actual control will vary depending on the subject, with the pledgee, the pledgee and the custodian each bearing a different burden of proof.

Key Words: dynamic pledge, actual control, possession, functionalism

论债券预期违约救济的法理基础及分类构造

季奎明 陈 霖*

内容提要：公司债券具有继续性和关系性合同的性质，是以信用为基础的金融工具，在持续履行过程中的信用风险如何解决，是一个重要议题。我国债券司法实践中有在发行人预期违约下提前解除债券合同之做法，其目标是为受侵害之投资者提供加速到期之救济。然而债券上不仅承载持有人的期待利益，亦存有债务人之期限利益，司法上需要考虑两者之间的平衡，避免风险负担的转嫁和扭曲。对此，我国法上虽无债券加速到期制度，但观诸域外立法例以及《民法典》中体现的信用交易的规范理念，应当对之有所区分和调和。司法上宜以信用风险程度之大小为基础分别适用渐进式解除权和径直式解除权；以合同目的无法实现作为共同要件，准确把握解除权的构成要件；以商事准则为基础进行综合判断，避免债权人解除的任意化；促进债券商事信用的建设。

关键词：预期违约 期限利益 法定解除权 债券信用风险

一、债券预期违约救济的“法”与“理”

（一）预期违约救济的现实基础：债券到期之前的信用风险

公司债券是典型的信用载体，这种信用具体而言是持有人相信发行人将按照发行债券时的承诺保障债权人的权益和未来收益，^{〔1〕}在履行期限到来前发行人负有维持信用的义务，若发行人的商事信用因其自身行为或外部因素而贬损甚至丧失，则债券继续履行之信任基础也危在旦夕，信用风险转化为预期违约风险，这可以发生在债务履行期到来之前。金融领域双方交易的标的是未来净现金流入，各类金融工具都是预期未来净现金流入，这种预期会随着信息和激励约束条件的

* 季奎明，华东政法大学经济法学院教授；陈霖，华东政法大学经济法学院硕士研究生。

〔1〕 参见刘迎霜：《公司债：法理与制度》，法律出版社2008年版，第26页。

变化而变化。^{〔2〕}在履行期到来之前，发行人陷入违约风险时，持有人不可能无所作为而等待履行期限的到来，这就产生了持有人主动救济的需求。

但是，目前我国债券市场正处于剥离政府信用而转向商事信用的转型阵痛期，路径依赖下依然存在市场人为割裂、刚性兑付落空、多头监管套利等发行弊病，^{〔3〕}具体而言，债券信用评级制度失灵、债券利率的风险定价机制失效、债券发行人信息披露失实、债券持有人集体行动机制失能，在信用风险下持有人与发行人的自主协商机制无法有效起到定分止争、化解风险的作用，债券信用基础丧失情况下持有人最终不得不选择终结双方合同关系，通过司法诉讼求偿机制解决纠纷，然而我国以股为中心的偏正结构型证券立法又无相应的债券加速到期等制度供给，在此背景下，投资者需要提前实现救济，要求发行人还本付息从而使自己的债权风险得到化解，这是法定解除权在债券纠纷中被应用的一个现实前提。

（二）债券预期违约救济的民法逻辑

1. 债券合同论

法律不是完全的，所以在适用法律时需要借助法律解释和法律补充进行法条的组合，形成完全的法律规定。^{〔4〕}在特别法上无法寻得解决救济的法律规范后，投资者和司法机关从合同法的债法原理中寻求规范补充供给。一般认为，民法和商法存在交叉部分，民法中债法的基本理论是公司债的法理基础。^{〔5〕}正如钱玉林所言之商法与民法之“人”字交叉关系，民法基本法在我国商事纠纷解决中亦承担了一般性规则供给的作用。通说认为，债券交易的商事实质是基于契约自由的意定之债。^{〔6〕}这包含了将“债券”这一经济生活事实涵摄于“合同之债”这一法律概念的逻辑判断，认定债券上所表征的权利不过就是“证券化了的债权”。而债权，依照《民法典》第118条第2款的规定，是权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。债券债权表现为债券持有人在债券到期时请求发行人偿还本息的请求权。^{〔7〕}基于这样的判断，债券合同论成为我国司法实践的一种主流观点，并指导着合同法在债券纠纷中的援用。

2. 未到期债权、期限利益与履行迟延

韩世远认为，履行期到来前的债权是具有期待权色彩的、请求力不足的不完全债权。^{〔8〕}申言之，若债券规定的还本期限未届至，债券持有人对发行人无本金请求权。在此期间，若发行人发生信用风险，为避免风险扩大至债权最终无法实现，债券持有人欲求摆脱双方之间的债务期限束缚，要求提前归还本金。但是由于约定的本金债务履行期限尚未届至，持有人无法基于履行迟延而主张强制履行和违约责任，则未到期之债券持有人应当如何实现救济？为了化解债权风险，提前收回本金，持有人期待绕开契约自治对债务履行期限的限制，寻求法定解除权等合同法制度

〔2〕 参见汪其昌：《金融本质和金融工具与合同法和金融法律关系》，载赵万一主编：《合同法视野下公司法与金融法的适用》，法律出版社2017年版，第195-216页。

〔3〕 参见范鑫：《公司信用类债券发行注册制的时代构建——以商事信用流转为中心展开》，载《证券法律评论》2020年卷，中国法制出版社2020年版，第174-196页。

〔4〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，台北元照出版社2019年版，第361页。

〔5〕 参见前引〔1〕，刘迎霜书，第62页。

〔6〕 参见冯果等：《债券市场风险防范的法治逻辑》，法律出版社2016年版，第236页。

〔7〕 参见《公司法》第153条、第154条；《银行间债券市场非金融企业债务融资工具管理办法》第2条。

〔8〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第563页。

填补其救济,嗣前消灭或者嗣后终止合同的约束力,从而剥夺发行人享有的债务期限利益和资金用益利益,实现投资的返还。

3. 预期违约下的解除合同:间接实现债券加速到期

因违约而发生的合同解除,在功能上具有守约方“合同义务的解放”与“交易自由的回复”,以及违约方“合同利益的剥夺”之效果。^{〔9〕}债券持有人通过解除合同可以实现“加速到期”的效果,剥夺了发行人依据募集说明书条款享有的期限利益,得从消极地容忍发行人占用资金的义务中解脱出来。

在解除效果上,需要对一时性合同和继续性合同进行区分,继续性合同被解除通常不产生恢复原状义务。^{〔10〕}债券发行人基于自身对市场的投资承诺及投资者的投资预期决定了债券合同的继续性质,^{〔11〕}债券合同被解除后不产生恢复原状义务,但因债务人受领货币资金的法律上的原因被合同解除消灭,债务人因此而负担不当得利的返还义务。而且,在履行效果上,由于法定解除权属于当事人单方的形成权,无需经过债务人同意,则可以达到即时加速到期的效果,即使债务人对此表示异议,此后经过诉讼确认解除时点亦可追溯至债权人单方发出通知之时。同时,解除合同并不妨碍损害赔偿的主张,就合同解除之后的资金使用行为给债权人带来的损失,法院亦得判决债务人予以赔偿。对于合同解除之后损害赔偿的计算,实践中以《民法典》第584条的可得利益规则确定损失,参照债券票面利率而非同期银行同业存款利率进行确定。通过授予预期履行利益的损害赔偿,持有人按照债券合同享有的本息同时受到了法院的实质保护,实现了提前到期的效果。

(三) 提前解除的司法政策之确立

追根溯源,对于民商事合同提前解除的司法政策,司法机关在2008年就已经通过司法文件的形式确定下来。根据最高人民法院发布的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第17条的精神,当事人一方已经完全履行给付义务,即使约定的价款期限未届至,债务人有拒绝履行、预期履行不能等情形,当事人诉请付款方支付未到期价款的,除非付款方已经提供适当的担保,否则收款人可以依据不安抗辩权、预期违约等规则解除合同。^{〔12〕}提前解除合同成为解决债券纠纷的常用法律救济手段,使持有人可以绕开期限屏障请求偿付,主张还本付息。而2019年最高人民法院发布的《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》则将“债券募集文件关于预期违约、交叉违约等的具体约定以及发生事件的具体情形”作为发行人提前还本付息的考量因素。该《纪要》还规定,债券持有人依据发行人存在欺诈发行、虚假陈述等事由提前解除合同,法院应当综合考量行为是否足以导致合同目的不能实现等因素予以确认。上述两个司法文件规定了提前解除的做法,但是停留在确认司法政策的层面,并未对基层法院给予统一明确的审判指导。

〔9〕 参见前引〔8〕,韩世远书,第649页。

〔10〕 参见前引〔8〕,韩世远书,第674页。

〔11〕 参见前引〔6〕,冯果等书,第240页。

〔12〕 该文件规定了加速到期的一些参考因素:有确切证据证明付款方明确表示不履行给付价款义务,或者付款方被吊销营业执照、被注销、被有关部门撤销、处于歇业状态,或者付款方转移财产、抽逃资金以逃避债务,或者付款方丧失商业信誉,以及付款方以自己的行为表明不履行给付价款义务。

二、债券预期违约救济司法现状之梳理

（一）“合同目的不能实现”的司法判定

在本金到期前，债务人可能出现利息违约的情况，根据多则判例，法院普遍认定利息违约属于根本违约：因投资者购买债券的主要合同目的在于“获取利息”，发行人利息违约的行为使投资者的合同目的无法实现，构成根本性违约，投资者可以解除合同。^{〔13〕}这是实践中最为典型的做法，将按期受偿利息的投资目的认定为“合同目的”，迟延付息则造成“合同目的的落空”。

除了利息违约外，违反其他合同义务也可能被认定为“根本违约”。证券信息披露义务的履行确保发行人信息的透明，是市场定价、投资决策、风险警示等的重要基础。在债券投资中，发行人充分的信息披露揭示发行人的偿债能力和偿债意愿，保护债券持有人利益，属于债券发行人的一项重要附随义务。在发行人递延付息不构成违约的永续债券下，法院认为发行人的持续信息披露违规行为损害了债券的流通性，因而导致持有人欲通过出售票据收回本金的目的无法实现，构成根本违约。^{〔14〕}除此之外，为保障债权人权益，在债券发行时投资者可能与发行人约定了若干投资者特别保护条款，其中亦可能规定发行人的担保义务以保障债券本息的实现，构成发行人的一项从给付义务。司法实践中，存在以发行人出现利息违约，且未能履行双方约定的维持担保物价值条款的义务，导致投资者获得投资收益的主要合同目的无法实现，而认定构成根本违约的做法。^{〔15〕}此处我们可以看出，法院在论证过程中基本上把“合同目的的实现”推定为“合同义务的全部履行”，等同于合同履行的完满形态，债券发行人主给付义务、从给付义务和附随义务的违反都可能引致解除权的发生。

（二）法定解除权依据选择及违约认定

1. 法定解除权依据之选择

由于我国法定解除权制度具有混合继受的特征，规范之间可能存在适用上的重叠。在现行制度下，履行期到来前债券发行人陷入履行不能之虞时，债权人既有可能通过主张债务人构成预期违约而解除合同，也有可能通过行使所谓不安抗辩权继而解除合同。因此，在债券预期违约纠纷中对于解除权依据的选择，有原《合同法》第94条第2项和《合同法》第69条两种路径。在景顺长城诉中城建债券交易纠纷一案中，发行人出现多期债券违约，期间转让其名下多家公司股权，偿债能力严重下降，法院认为：其可能丧失履行债务的能力时，持有人行使不安抗辩权，中止履行并以函件、决议等形式要求增加担保，但是发行人拒绝履行，因此可以解除合同。^{〔16〕}同样的情形，实践中更为主流的做法则是认定发行人是“以行为表明不履行主要债务”，构成默示的预期违约。以上规范对于解除权的构造是不同的，因此会对权利的行使要求和法律效果产生不同的影响，亦会产生不同的疑问，这在债券合同纠纷中亦然，其具体情况将在下文展开。

〔13〕 参见北京市第二中级人民法院（2019）京02民初409号民事判决书；广东省深圳市南山区人民法院（2019）粤0305民初5614号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2017）沪01民初716号民事判决书。

〔14〕 参见上海市黄浦区人民法院（2017）沪0101民初13670号民事判决书。

〔15〕 参见广东省深圳市南山区人民法院（2018）粤0305民初17751号民事判决书。

〔16〕 参见上海市黄浦区人民法院（2017）沪0101民初13670号民事判决书。

2. 债券发行人预期违约的判定

(1) 明示不履行

若发行人在履行期限到来之前明确表示其无法履行兑付义务,则债权人可以依据《民法典》第578条主张债券发行人构成预期违约,要求其承担违约责任并解除合同。最高人民法院在一则判决中表示:债务人向债权人明确表示无法履行本案涉诉债券清偿义务,且在案件审理过程中债务人明确认可债权人要求提前到期的理由,因此即使债券募集说明书中没有约定加速到期条款,亦可以加速到期。^[17]在华溢之星诉无锡五洲国际装饰城一案中,债券发行人无锡五洲发行的“16锡洲02”债券连续两年利息违约,且发行人在上交所官方网站发布公告表示公司经营困难无力支付债券本金及利息,法院结合债券发行人对外偿付能力、无力履行的意思表示等事实,认定发行人构成预期违约,对债权人提前解除合同的请求予以支持。^[18]

(2) 在本债中拒绝追加担保或采取补救措施

法院普遍认为在发行人偿债能力面临危机的背景下,发行人负有积极作为以保障债权人的履行期待的义务,故可以通过发行人的消极状态推定其存在拒绝履行主要债务的意思,从而得出违约的结论。具体而言,这种消极状态的“不作为”既包括发行人“未履行增加担保义务”的“不作为”,也包括发行人资信状况恶化时“未支付任何款项及采取相应补救措施”的“不作为”。

在债券募集文件条款对于债务人追加担保义务有明确约定的情况下,违约的认定也比较简单:在大成基金与神雾集团债券交易纠纷案中,案涉债券的募集说明书明确约定债券担保物价值下降时发行人有追加担保的义务,发行人未履行追加担保的义务,未能维持担保比例不低于140%,构成违约,结合发行人利息违约、涉案可转债不能依约换股等事实,法院确认并支持了持有人提前解除的请求。^[19]在鹏华基金诉深圳一体投资一案中,案涉债券约定了发行人维持担保比例的义务,发行人未能依约使担保比例维持在110%以上,构成违约,法院认定该违约行为以及利息违约等情况共同导致投资者的主要合同目的无法实现,投资者有权解除合同。^[20]

若债券募集说明书未约定追加担保义务条款,在发行人出现其他债券违约、资产冻结等偿付能力危机事件时,持有人另以持有人会议决议、催告函等形式要求发行人追加担保、采取补救措施等,但是发行人予以拒绝的,也可能认定其构成预期违约。在平安银行诉中冶和中城建一案中,尽管案涉债券为可递延付息的永续中期票据,但是发行人财务状况恶化,案涉债券评级下降,持有人会议作出决议要求中城建公司提供信用增进措施、增加交叉违约条款后,中城建公司均未同意,以行为表明不履行债务构成预期违约。^[21]而在国联安诉中城建一案中,发行人资信状况恶化且不能支付案涉债券利息,持有人起诉要求解除合同,法院认为被告对未到期债务无法确保能如期支付,也不能提供进一步的保证措施,认定预期违约具有事实依据,^[22]尽管该案中未有证据表明

[17] 参见最高人民法院(2016)最高法民终397号民事判决书。

[18] 参见北京市高级人民法院(2018)京民初188号民事判决书。

[19] 参见北京市第一中级人民法院(2018)京01民初460号民事判决书。

[20] 参见广东省深圳市南山区人民法院(2018)粤0305民初17751号民事判决书。

[21] 参见北京市高级人民法院(2017)京民初54号民事判决书。

[22] 参见上海市第一中级人民法院(2017)沪01民初716号民事判决书。

持有人向发行人提出过追加担保要求，法院仍以司法裁判方式推定发行人不提供担保，构成以行为表明拒绝履行，从而属于预期违约，这是一种司法上的拟制，但似乎存在逻辑论证上的跳跃。

（3）其他债券中的违约

因为在债券到期前要认定债券发行人存在违约行为面临较大障碍，所以发行人其他债券的违约行为随之成为持有人起诉要求解除的重要依据，也是司法上判断预期违约的考量因素之一。对于发行人存在其他债券违约行为能否推导出涉案债券的预期违约，司法实践上有不同意见。一种观点认为，若没有规定交叉违约条款，则债券违约并不具有传染性。云南省高院认为，债券没有交叉违约的约定，其他案件中的违约情形及涉诉情形均不能成为永泰公司构成违约的依据。^{〔23〕}上海浦东新区法院认为：“每一项债券的发行和兑付均系被告的独立履约行为，对其中任何一项债券丧失兑付能力并不必然延及其他债券的兑付结果。”^{〔24〕}但是在徽商银行与安徽外经合同纠纷案中，债务人出现其他债券违约行为且至今未支付任何款项和采取补救措施，即使涉案债券未到期且无交叉违约规定，法院认为发行人仍构成预期违约。^{〔25〕}而在一起永续债解除纠纷中，由于发行人递延付息不构成违约，法院则以发行人其他债券违约以及拒绝采取相应补救措施的行为作为依据，认定其对案涉永续债构成了违约，也属于违约具有传染性的观点。^{〔26〕}

（三）对现状的检讨

1. 债券“合同目的无法实现”的认定

法院对于债券纠纷中“合同目的无法实现”的认定存在简化过度的缺陷，裁判说理不够充分，这模糊了“合同目的”的边界，导致“合同目的无法实现”异化为任意的兜底性规定，无法衡量违约行为后果的严重程度，失去了原有拘束解除权滥用的作用。司法应当精准定位特定金融产品投资的“合同目的”，不能将“合同目的”等同于“合同义务”；须仔细判断案涉行为后果的严重程度，并衡量其对于合同目的的最终实现造成的影响，而非以静态的合同实现状态概而论之，不能将“合同目的的实现”等同于“合同的完满履行”。

2. 解除权规范竞合情形需要厘清

在处理规范竞合的情形时，法院对于不安抗辩权和预期违约解除权的适用关系未能厘清，导致出现法院表面上是在适用预期违约规则，但实践上却采取了类似不安抗辩权规范构造的说理思路，对债务人施加提供担保的要求，追加担保义务的履行成为法院判断预期违约的最主要依据。但是由于法院最终援引的并非不安抗辩权规范，故在判断和说理时又舍弃了不安抗辩权基础上解除权的期限、催告等限制性要件，这种法律适用上的错配可能导致实践效果的南辕北辙，使解除权的门槛过于宽松，这让法院保护投资者权益的初衷异化为扭曲的风险规避渠道。

（四）争议核心的总结：信用风险与期限利益

信用风险的分配与预测是债券投资的基础。债券合同提前解除的争议本质在于债券发行人信用风险下的加速到期问题。债券发行人所享有的信用授予具有长期性，而信用风险由于金融市场的动态性和复杂性而具备多样形态。按照正常的债券市场逻辑，投资者基于债券信用评级和发行

〔23〕 参见云南省高级人民法院（2018）云民初122号民事判决书。

〔24〕 上海市浦东新区人民法院（2015）浦民六（商）初字第4310号民事判决书。

〔25〕 参见安徽省合肥市中级人民法院（2019）皖01民初1482号民事判决书。

〔26〕 参见北京市第二中级人民法院（2018）京02民初6号民事判决书。

人主体信用评级、债券本身的信用保障措施等判断债券的违约风险,作出投资决策后应当自行承担违约风险和违约的后果。^[27] 据此应当着重思考:在履行期间出现的信用风险在何种情况下超越了合同约定安排甚至违背了金融市场秩序,从而使得加速到期具有正当性。

由于目前我国立法上尚无债券加速到期的特别规定,在债券募集文件中亦无明确约定的情况下,需要通过解除合同迂回地实现加速到期的效果。所以,亦须进一步考量:债券持有人对于债务人未来会履行债务的期待是否被直接危及甚至剥夺,从而使得提前解除的救济成为必需。合同的基本目的在于保证当事人对已同意的风险分配的服从。^[28] 合同的解除是对原有风险分配的否定和推翻。从合同法的规范理念上考量,合同解除是“契约严守”原则的例外,法律规定的合同解除条件或原因必须严格,否则将危及交易安全与市场信心。^[29] 所以解除不得任意化。风险计算是缔结契约的轴心,其等式计算包括预期收益和损失风险两个因素,缔约前提是通过“信任”和“制裁”实现等式的正值化,“制裁”以惩罚背叛行为的威胁降低了损失的风险,但信任具有更决定性的作用。^[30] 即使是法定解除权,其在债券纠纷中的适用,也应当能发挥其预防和制裁债券发行人机会主义行为的作用,在维护信用的同时依照市场逻辑处置信用风险,并以最大努力促进契约义务的履行,这是一个非常重要的出发点。

三、债券发行人预期违约之分类模式

(一)“合同目的无法实现”作为共同限定要件

合同法规定根本违约规则的目的在于限制解除权的适用范围,^[31] 一般而言非根本违约不得解除,其判断标准为违约结果的客观严重性,即是否实际剥夺了债权人的履行利益。^[32] 在违约风险化解语境下债券违约是发行债券的根本性违约,即债券发行人实质上无法履行债券的本息兑付义务,债券持有人投资无法收回。^[33] 所以,在债券纠纷中应用违约解除权,也需要以合同目的无法实现为共同的要件,在具体判断时从违约行为给守约方造成的经济损失的角度界定不能实现合同目的的意义,^[34] 必须考虑债务人违约行为给持有人造成的损害后果的严重程度。

1. 债券合同目的的识别

崔建远回溯原《合同法》立法过程,认为“不能实现合同目的”与“(严重)影响订立合同所期望的经济利益”具有相同或相似的含义。^[35] 合同目的连接着最为核心的履行利益,是通过主要债务的履行实现的。债券投资者的收益权对公司而言是一种固定要求权,但由于投资资本的预付性,作为信用购买者的投资者承担着发行人商事信用风险。^[36] 从债券投资的市场特性上考

[27] 参见窦鹏娟:《新常态下我国公司债券违约问题及其解决的法治逻辑》,载《法学评论》2016年第2期。

[28] 参见管斌:《金融法风险逻辑》,法律出版社2015年版,第93页。

[29] 参见刘凯湘:《民法典合同解除制度评析与完善建议》,载《清华法学》2020年第3期。

[30] 参见〔英〕休·科林斯:《规制合同》,郭小莉译,中国人民大学出版社2014年版,第106-111页。

[31] 参见王利明:《论根本违约与合同解除的关系》,载《中国法学》1995年第3期。

[32] 参见赵文杰:《〈合同法〉第94条(法定解除)评注》,载《法学家》2019年第4期。

[33] 参见前引〔6〕,冯果等书,第244页。

[34] 参见崔建远:《论合同目的及其不能实现》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第3期。

[35] 参见崔建远:《合同一般法定解除条件探微》,载《法律科学》2011年第6期。

[36] 参见刘迎霜:《公司债券投资者保护理论与制度》,载《月旦财经杂志》2010年第12期。

察，债券投资者主要是通过授信获得固定投资收益，而收益与风险具有相称性，高收益债券（high-yield bonds）通常也是高风险债券。低风险的债券投资人的合同目的主要是隔离企业经营风险，投资企业的信用和偿付能力较好，而债券投资人的收益一般也不与该企业盈利情况挂钩，而是获得固定的投资收益；而高风险债券投资具有“冒险游戏”的特征，市场逻辑下的高收益债券的合同目的天然地包含着“无法实现”的潜在风险，发行企业的信用和偿付能力较差，其本息的偿还具有不确定性，融资需要付出更高的成本，投资者以较低的价格买入表征较高债权数额的高风险债券，享受较高的利息，若能实现本息偿付则可获得巨大的投资收益，故其投资本身具备射幸性质。法院在确定合同目的时应当考虑具体投资逻辑，依照投资产品的经济性质确定其“合同目的”，对此可以借助债券发行时的债务人主体信用评级、涉案债券信用评级、债务人公开披露的债券资金用途、债券利率和定价与市场平均水平的比较、债券的条款特殊约定等进行，这一点在股债区分日益模糊的现代金融产品下尤为重要，有助于贯彻“买者自负、卖者尽责”的原则。^{〔37〕}

2. 违约后果严重程度的判断

范斯沃斯在其所著的合同法经典教材中认为，判断合同目的无法实现可以综合考量：债务人的违约行为在多大程度上剥夺了债权人合理期待的利益，以及其遭受剥夺的可能性、治愈违约的可能性、行为与诚实信用与公平交易的标准相符合的程度。^{〔38〕}学理上认为，合同目的系通过给付义务的履行得以保障和实现。^{〔39〕}如最高人民法院在一例判决中所言：“不能简单地由所违反条款的性质推断根本违约，而必须讨论这一违约是否会产生合同目的落空的结果。”^{〔40〕}违反主给付义务以外的其他义务是否可以产生解除权，若合同中无约定，则需要个案中考察当事人的利益状态和合同目的。^{〔41〕}债券信息披露义务属于合同附随义务，其违反并不必然影响发行人债券本息的完全清偿；履行过程中出现的利息迟延支付，属于有瑕疵的迟延履行，但是迟延履行并不必然导致根本违约，更何况是持续履行过程中的偶然迟延，在后期仍有治愈的可能性，裁判实践中将利息违约直接等同于根本违约的做法忽视了迟延履行与根本违约之间的程度差异，存在论证逻辑上的跳跃。

（二）债券发行人预期违约的分类基础及理路：

1. 分类的必要性

（1）防止单方形成权的滥用

《民法典》合同编典型合同分编规定了部分信用交易的法定的加速到期规范以保护债权人利益，避免了债权人被动等待履行期届满方可行使相应权利的不利局面。例如，《民法典》第634条规定了分期付款买卖中的出卖人法定加速到期权利，以减小出卖人向买受人授予信用而面临的

〔37〕 最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要》中认为：在审理金融产品发行人、销售者以及金融服务提供者（以下简称卖方机构）与金融消费者之间因销售各类高风险等级金融产品和为金融消费者参与高风险等级投资活动提供服务而引发的民商事案件中，必须坚持“卖者尽责、买者自负”原则，将金融消费者是否充分了解相关金融产品、投资活动的性质及风险并在此基础上作出自主决定作为应当查明的案件基本事实，依法保护金融消费者的合法权益，规范卖方机构的经营行为，推动形成公开、公平、公正的市场环境和市场秩序。

〔38〕 参见〔美〕E·艾伦·范斯沃斯：《美国合同法》，葛云松、丁春燕译，中国政法大学出版社2006年版，第586页。

〔39〕 参见杜景林：《合同解除的体系建构》，载《法商研究》2020年第3期。

〔40〕 最高人民法院（2016）最高法再251号民事判决书。

〔41〕 参见谢鸿飞：《合同法学的新发展》，中国社会科学出版社2014年版，第389页。

风险,但是该加速到期权利亦对债权人设置了债务比例数额和合理期限催告的限制,防止出卖人任意提前到期。正因为其对法律效果产生的重大变更,所以加速到期应当以根本违约为前提。^{〔42〕}法定加速到期权的行使攻击合同履行期限,产生了现时履行请求权,而解除权的行使攻击合同本身,变更了双方债务的性质,使意定之债变为法定之债,这是两者法效果上的区别。但是从实践意义上,两者均是对债权人的一种主动救济措施,且在适用上必须平衡考量双方当事人的权益,以防止单方形成权的滥用。在此前提下,分情形赋予债权人救济符合利益平衡原理的要求。

(2) 衔接债券加速到期的原理

债券加速到期的原理与债券预期违约救济具有目标上的一致性,即同为在履行期限到来之前剥夺债务人基于契约享有的债务期限利益,实现授信的回转。所以,两者在法理上具有亲缘关系,从域外债券加速到期特别规定中提取债券加速到期原理,并以此作为衔接法定解除权规范适用与债券原理的一条重要线索,有助于优化债券合同提前解除的裁判效果,恰当平衡债券发行人与债券持有人之利益。

日本《公司法》中规定了债券的法定加速到期规范,其第739条规定了发行人出现利息违约的情况下,债权人会议作出决议后,执行人可以依据决议通知发行人在一定期间内清偿,若未按期清偿,则发行人丧失公司债总额的期限利益,但通知记载的期限不得少于两个月。^{〔43〕}该条规定对利息违约采取了渐进式的加速到期模式,对债券持有人设置了“集体会议决议+通知催告”的程序性要求,并赋予发行人一定的保护期限,在该期限内发行人可以“治愈”自己的利息违约行为,从而避免加速到期的后果。而美国法上虽然债券加速到期权利没有在立法层面予以确认,但是作为示范法典的《美国统一商法典》第1—208条亦对加速到期的一般性权利进行了限制,要求提前履行或者提供额外担保的选择权只有“当诚信地认为清偿或者履行的前景堪忧时才能行使”^{〔44〕}。同时,美国律师协会(ABA)起草的《信托契约示范文本(修订版)》对违约事件的认定和处置采取了详细而差异化的做法:对于利息的迟延支付需持续30天才构成违约事件;本金到期未兑付则构成违约事件;对于其他违反约定的行为,需要受托管理人或者债权达到一定比例的持有人向债务人送达违约通知,并经过60天的治愈期未能解决后才构成违约事件。对于上述违约事件情形,受托管理人或者持有代表超过25%的债权份额的持有人可以主张加速到期,但是该加速到期的主张也可以被持有相对多数债权份额的持有人所撤销。^{〔45〕}

无论是日本还是美国,其债券加速到期实践均给予债务人一定的期限“治愈”,而不是径直地宣布加速到期;而且将加速到期的风险治理与债券上组织治理和程序治理进行了衔接,从而保障每个债券持有人在面临发行人信用风险时平等的知情权、表决权以及随之而来的受偿权,避免造成不公平的个别受偿;在加速到期的触发上,都对债权人的权利进行了限制,日本法将其限制在债务本息的实质性违约之情事,而美国法则对权利进行了“预期不能履行”的前置要求,以防止加速到期的随意化,保护债务人正当的期限利益;同时,不同类型的信用风险对于债权人的期

〔42〕 参见李建星:《法定加速到期的教义学构造》,载《法商研究》2019年第1期。

〔43〕 参见吴建斌:《日本公司法:附经典判例》,法律出版社2017年版,第349页。

〔44〕 美国法学会、美国统一州法委员会:《美国〈统一商法典〉及其正式评述》,孙新强译,中国人民大学出版社2004年版,第34—35页。

〔45〕 See Section 6.01—6.02. Revised Model Simplified Indenture, 55 Bus. LAW. 1115 (2000).

待利益的损害和威胁程度是不同的，因此持有人享有的救济也进行了相应的区分。总体上，债券提前到期的门槛并不低，其标准细致而严格，尊重债务人依据契约享有的期限利益，依照风险事件的不同而设置了相应的程序对加速到期权进行缓和，促进双方通过再交涉妥善化解风险，这体现了商法上债务拯救之精神，避免了发行人债务的“硬着陆”。

2. 债券持有人救济的分类理路

(1) 预期不能履行：渐进式模式

① 从不安抗辩到预期不能履行

在我国法上，原大陆法系的不安抗辩权由于解除权的接入而超越了一般意义上的履行抗辩的范围。原《合同法》上基于不安抗辩权所设置的解除权经过《民法典》的修订后，成为预期不能履行下的解除权。《民法典》使预期不能履行被吸纳进入预期违约的规则体系。^[46]该规则在债券发行人丧失偿债能力使得债券债务预期履行不能的情形中有适用空间，它赋予了债权人要求担保的权利和法定解除权，同时其以渐进式救济模式对双方合同利益进行了适当调和，对债权人施加了催告以及等待合理期限的前置门槛，可以避免径直解除带来的偏颇和破坏性后果，兼顾信用风险与期限利益。《民法典》第528条将不安抗辩后的合同解除视为预期不能履行下的解除，是对目前不安抗辩权规则与法定解除权规则的调和。在因发行人陷入预期不能履行之虞而适用《民法典》第563条第1款第2项时，可以参照《民法典》第528条的制度安排进行解释，以渐进式的解除权对预期不能履行进行处理，这样解释的原因主要在于：第一，由于是在第563条的基础上进行解释，故不会受到第527—528条的不安抗辩权规则体系的履行顺序要求限制，可以适当扩大预期不能履行规则的适用范围，避免“中止履行”的解释疑难；第二，预期不能履行下的解除权已经被纳入预期违约的规则体系，没有理由对同类情形因履行顺序的不同而作出差别化处理。

② 适用情形

《民法典》第527条第1款列举了四种情形，但其在体系上既缺乏内部自治性，也与其他规范发生了重叠冲突，因此需要进行解释上的加工以明确区分其适用情形。其第2项“转移财产、抽逃资金以逃避债务”规定的是债务人主观上拒绝履行的情形，应当属于《民法典》第563条第1款第2项的拒绝履行调整范围，因为在发行公司已积极主动地攻击契约履行基础的情况下，抗辩已经无法为债券持有人提供有效及时的救济。除第2项外，提炼第527条第1款各项共性，可以发现该条款核心在于第4项的“债务人丧失偿债能力”，不论是商业信誉还是经营状况，都与偿债能力存在牵连关系，从第528条规定的“恢复履行能力”考察也印证了这一点。所以，在债券纠纷中适用该条款也应当牢牢把握偿债能力这一中心，判断其对发行人偿债能力的影响，将“丧失或可能丧失偿债能力”作为适用该条预期不能履行规则的共同前提。

关于第1项中规定的“经营状况严重恶化”，发行公司的自治权是受保护的，可以在不受债权人干预的情况下管理其财产，即此时债务关系的天平是向债务人倾斜的，这种平衡仅在债务人破产或者濒临破产时才会被改变。^[47]公司的经营状况一般与债权人无涉。如美国特拉华州衡平法院在一则判例中认为当公司“处于破产边缘”（in the vicinity of bankruptcy）时董事的信义义

[46] 参见叶金强：《不安抗辩中止履行后的制度安排》，载《法律科学》2020年第5期。

[47] See William W. Bratton, Corporate Debt Relationships: Legal Theory in a Time of Restructuring, 1989 DUKE L. J., 92 (1989).

务则不仅局限于股东,而可以延及包括债权人在内的公司整体。^[48]公司的经营状况会受到宏观经济环境、公司经营管理层的经营决策、监管政策等内外因素的影响,而体现出一种周期性波动,这属于发行公司的一种常见的商业风险,债券投资者已经以固定利息排斥公司的盈亏影响,并以公司责任财产为基础进行适度的商业风险隔离,仅当这种隔离被突破从而危及债务清偿时,债权人先取的请求才具备正当性。换言之,只有当发行公司的亏损已经严重弱化甚至毁坏了发行公司根本偿债能力时,债券持有人才有不安的合理根据,可以采取救济行动请求提前偿还,一般意义上的业绩波动和流动性困难不足以突破这种隔离。在此前提下,对于发行公司的偿债能力状况,则可以借助发行公司其他债券的履行情况、涉及诉讼的判决执行状况、财务会计报表所呈现的资产状况等因素作综合性的判断。

关于第3项中的“丧失商业信誉”,在司法实践中债券信用评级被作为与偿债能力相关的“丧失商业信誉”的重要考量因素之一。债券信用评级制度对于投资者的风险预判以及债券的市场定价有着重要的影响。但是,由于目前我国债券市场信用评级的总体质量不高,存在评价虚高、区分度不够、跟踪评级不及时、风险预警功能弱等现象,“评级悬崖”等异常现象频发,^[49]债券信用评级在评价发行人信用时的参考价值受到限制。同时,债券信用评级属于资信中介机构对于债券投资属性的判断,而资信中介机构与司法机构在证券市场基础设施中的不同定位决定了信用评级与司法判断之间的不同方向:作为“看门人”的资信中介机构,其侧重于对发行人发行时债券本息偿还的可靠程度和风险程度进行评估;^[50]而司法机构是对通常已经出现信用风险的发行人与债权人之间的纠纷进行事后的裁处,其侧重于对发行人主观意图、双方风险分担平衡等进行综合判断,所以法院在裁量时亦不能有迷信信用评级的倾向,需要综合发行人的诉讼执行信息、其他契约履行情况、在涉案纠纷及其他债务纠纷中的补救行动等因素,对发行人债券市场商业信誉进行独立判断。

③ 渐进模式构成要件的理解

关于适当担保,首先,适当担保应当依商业标准判断,若发行人的履约风险较大、可靠程度较低,则担保比例可以适当提高;反之则可以适当降低;适当担保的判断需要尊重商业规律,而非机械适用民法上的填平的标准。其次,“适当担保”的类型不限于民事上的动产担保,还包括商事上具备足够增信作用的一切措施,属于广义上的偿债保障措施。《美国统一商法典》第2—609条规定了与大陆法系不安抗辩权规则相似的“期待贬损规则”(diminished expectation),卖方有不安的合理根据时得要求买方提供及时履行的“充分保证”,但其“充分性”需要依据商业准则判断。尽管商业准则较为抽象,但是美国统一州法委员会在其编纂《评注》中认为其充分性不能纯粹依照卖方单方“善意”的衡量标准,而必须是基于“理性”的,且卖方必须遵守诚信义务和商业准则。^[51]法院对于“适当担保”应当独立判断,需要结合发行人所出现的风险类型和危险程度进行情景化的

[48] See Credit Lyonnais Bank Nederland, N. V. v. Pathe Communication Corp., 17 Del. J. Corp. L. 1099, 1155 (Del. Ch. 1991).

[49] 参见财新网:《财新周刊 | 信用评级如何去泡沫》,载 <https://weekly.caixin.com/2021-01-02/101645940.html>, 最后访问时间:2021年3月1日。

[50] 参见前引[1],刘迎霜书,第32页。

[51] 参见前引[44],美国法学会、美国统一州法委员会书,第189—190页。

考察，遵循诚信和公平交易的准则，将债市交易习惯作为重要的参考依据。

关于解除权，《民法典》第528条的解除权规定与第563条的法定解除权规定进行了衔接，即在债务人满足“未提供适当担保+未恢复履行能力”要件的情况下，则视为“以自己的行为表明不履行主要债务”，这属于一种法律上的拟制，该条解除权的规定与第563条其他法定解除权规定适用同样的判断标准，否则将破坏法定解除权内在的体系，所以此处的法定解除权也应当以“合同目的无法实现”作为行使的前提。给付迟延导致债的关系分层推进，其效力具有动态性。^{〔52〕}当存在预期违约情形时，债权人可先行依据《民法典》第578条请求对方承担违约责任，要求还本付息，进而实现加速到期的效果；在请求承担违约责任终不能实现救济效果，而合同目的完全落空时，债券持有人可以依法解除合同。

（2）期前拒绝履行：径直模式

预期不能履行处理的是债券义务履行过程中债券发行人丧失或者可能丧失履行能力的情形，是对债券发行人偿债能力的一种客观判断，暂时履行不能的状态不能直接等同于拒绝履行，而需要等待一定的期间。但是实践中除债券发行人缺乏偿债能力之外，亦存在其缺乏偿债意愿的情形，其可能采取各种措施暗自毁约，对债权人造成的危害更甚，是故有必要赋予债权人以强度更高之救济，债权人无需像在“预期不能履行”的情形下那样等待债券发行人增信或者恢复履行能力，而可以直接要求解除，提前收回债券本息。《民法典》第563条第1款第2项属于广义的预期违约规则，该规定除“预期不能履行”外，亦包括了“期前拒绝履行”的行为类型，指债务人通过行为以一种非常明确且肯定的方式，表明自己主观上不愿再履行合同，其中，债务人通过自发且积极的行为造成合同不能履行的情形为其典型。^{〔53〕}若债务人已经没有履行的意愿，则要求债权人继续受合同约束，坐等违约损害的发生会导致法秩序上的不正义。在发行人拒绝履行的情形下，契约的履行已经无期待可言，持有人解除无可厚非。但对于“拒绝履行”的判断仍需谨慎，必须考虑该拒绝履行的义务属性。附随义务的违反通常不发生相对人的解除权。^{〔54〕}持续信息披露属于发行人的附随义务，债券发行人信息披露违约的目的可能是为了掩盖发行人逃避债务的行为，如发行人对于重大资产转让事项等信息未对债券持有人及时披露等，但信息披露的违约本身并不能导出发行人拒绝履行本息偿还义务，实际危害债权人的是发行人秘密从事的逃废债行为。同时，一些轻微的、与偿债能力无重大关联的事项的信息披露义务瑕疵也并不导致合同目的落空的后果。除了发行人明确以其意思表示拒绝履行的外，期前拒绝履行以积极侵害债权行为为典型，该行为类型与第527条第1款第2项“逃避债务”发生竞合，但是从规范意旨和债权人保护的角度思考，在救济规范构造上宜采取“径直模式”。

合同的一个重要功能在于制止当事人的机会主义行为，保障合同义务的履行。金融债权因其在商事上的特殊性而具备了可侵害性，《证券法》对于发行人欺诈发行、虚假陈述等行为亦采取了侵权责任规制路径而非违约责任规制路径，这也是证券债权成为侵权对象的一个例证。在债券履行过程中，债券发行人欺诈性转移财产，导致公司资本流失而掏空债权人的未来偿付基础的，属于积

• 191 •

〔52〕 参见黄茂荣：《债法通则之二：债务不履行与损害赔偿》，厦门大学出版社2014年版，第101页。

〔53〕 参见陈韵希：《合同预期不履行的救济及其法理基础——再论〈合同法〉不安抗辩权和预期违约的界分》，载《比较法研究》2017年第6期。

〔54〕 参见前引〔8〕，韩世远书，第664页。

极侵害债权的行为，债权人除请求撤销该财产转移行为外，可同时以预期拒绝履行为由要求提前还本付息。因为此时发行人不仅没有履行意愿，更存在恶意欺诈和违约之情形，并不属于正常商业风险的范畴，严重损害了债权人权益，在此异常情形下，持有人要求加速到期具有正当性和紧迫性。在发行公司及其控制股东以及其他相关人员抽逃出资、以关联交易形式转让公司财产、放弃债权等恶意减损公司偿债基础，导致公司丧失偿债能力的情形下，持有人可以依据《民法典》第 563 条第 1 款第 2 项之规定，解除双方的债券合同关系，同时要求对方承担违约责任。

四、结 语

公司债券作为一种持续授信工具，其义务履行过程中出现信用风险并不特殊，其本身亦不违背债券市场规律，但是其在我国司法上的处置具有特殊性，这背后有我国债券市场信用转轨、合同立法的多元特性、合同基础法与金融合同义务履行的调适与衔接等多方面的原因，这对司法者无疑提出了更高的要求。在处置公司债券信用风险时，司法机关既需要对合同法基本规则有深度理解，亦需要对涉案金融产品的性质有充分认识，贯彻“买者自负、卖者尽责”的原则。债券合同提前解除的司法问题正是债券司法纠纷领域中观层次的一个重要议题，司法机关需要把握好“保护投资者”的度，区分信用风险的大小对解除合同的请求进行处置，从而更好地推动债券市场商事信用的形成。

• 192 •

Abstract: Corporate Bonds are continuing contracts and relational contracts, as well as financial instruments based on credit. The key issue is that, during the term of continuous performance, how to tackle with the credit risks. According to legal precedents of corporate bond disputes, the contract of bonds could be rescinded before maturity date by the bondholders. The goal of this judgment is to grant acceleration remedies to the aggrieved bond investors. However, the period benefit of the debtor is also agreed and protected under the bond contracts, and judges need to consider the balance of these rights, in order to avoid risk transference and distortion. Though there is not any domestic legislation on bond acceleration, foreign legislations and the provisions about credit transaction in the Civil Code could be our references. The courts could adopt direct rescission and gradual rescission respectively based on the level of credit risks, and take the frustration of purpose doctrine as common elements of the standard, also review the elements precisely with the business principles, to avoid arbitrary rescission by the creditors, and promote the business credit of bonds.

Key Words: anticipatory breach, period benefits, the right to rescission, credit risk

(责任编辑: 周 游 赵建蕊)

强制售卖与合同僵局化解

——评“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”

刘 凝*

内容提要：既有研究对“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”的分析主要着眼于履行费用过高场合的违约方解除权，但该案并不构成履行费用过高，裁判观点存在对“履行费用过高”概念的“不当限缩”和“不当扩张”，以履行费用过高推导出违约方解除权也存在法律解释上的错误。若要一般性地解决该案及类似案件中的争议，宜借鉴强制售卖制度。该制度成立的价值基础在于区分所有关系下所有权的固有限制以及禁止权利滥用的要求，核心目的在于维护区分所有关系下共同体的存续。强制售卖的实体性要件包括严重的义务违反和无法继续维持区分所有关系，程序性要件为须经业主的特别多数决通过。

• 193 •

关键词：履行费用过高 违约方解除权 强制售卖 区分所有关系

在《民法典》编纂过程中，合同僵局下的违约方解除权无疑是引发争议最大的问题之一。通常认为，解除权作为摆脱合同关系拘束的手段，其主要目的在于非违约方“合同义务的解放”，原则上仅得由非违约方行使。^{〔1〕}但支持违约方解除权的学者往往强调，例外情况下允许违约方解除合同是源自司法实践的合理经验，应当采纳。^{〔2〕}通过对司法实践进行考察不难发现，关于该话题的实务争议可追溯至“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”（以下简称“新宇公司案”），^{〔3〕}学者也常援引该案以论证违约方解除权的必要性。所以，想要准确地评价违约方解除权的是非功过，有必要重新检视“新宇公司案”所体现的法律争议。

* 刘凝，北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第649页。

〔2〕 参见孙良国：《违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计》，载《法学》2019年第7期；刘承晔：《论违约方解除合同规则写入民法典之必要与可行》，载《中国政法大学学报》2020年第3期。

〔3〕 “新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2006年第6期。后文关于案件基本情况的介绍亦主要出自该期公报。

一、“新宇公司案”及其类似案件中的主要争议

（一）“新宇公司案”的基本情况

1. 基本案情

南京市时代广场是新宇公司开发建设的商业用房。该建筑物总面积6万余平方米，地上第一至三层约6000平方米的区域被分割成商铺对外销售给150余家业主，其他建筑面积归新宇公司自有。1998年，新宇公司与冯玉梅签订商铺买卖合同，约定新宇公司向冯玉梅出售时代广场第二层编号为2B050的商铺，建筑面积22.5平方米，每平方米售价16363.73元，总价款368184元，交付后三个月内双方共同办理商铺权属过户手续。合同签订后，冯玉梅按约支付全部价款，新宇公司将商铺交付冯玉梅使用，但一直未办理产权过户手续。

而后，新宇公司将时代广场内的自有建筑面积租赁给嘉和公司经营，但因经营不善连续停业两次，导致购买商铺的小业主无法在时代广场内正常经营，部分小业主以及嘉和公司的债权人集体上访，要求退房及偿还债务。新宇公司的新股东为盘活资产、重新开业，拟对时代广场的全部经营面积进行调整，重新规划布局，为此陆续与大部分小业主解除了商铺买卖合同，并开始在时代广场内施工。2003年3月17日，新宇公司致函冯玉梅，通知其解除双方签订的商铺买卖合同。3月27日，新宇公司拆除了冯玉梅所购商铺的玻璃幕墙及部分管线设施。6月30日，新宇公司再次向冯玉梅致函，冯玉梅不同意解除合同。由于冯玉梅与另一户购买商铺的邵姓业主坚持不退商铺，新宇公司不能继续施工，6万余平方米建筑闲置，同时冯、邵两家业主也不能在他们约70平方米的商铺内经营。二审阶段法院还查明，新宇公司已取得案涉中山路18号的土地使用权证及房屋所有权证，正在对时代广场进行整体布局调整的施工。

2. 裁判观点

（1）一审阶段

一审法院认为，新宇公司与冯玉梅签订的商铺买卖合同是双方当事人的真实意思表示，合法有效，依法对双方当事人都有约束力。合同签订后，冯玉梅履行了给付价款的义务，新宇公司也将商铺交付给冯玉梅使用。后由于他人经营不善，致使时代广场两次停业，该广场内的整体经营秩序一直不能建立，双方当事人通过签订合同想达到的营利目的无法实现，这是在签订合同时双方当事人没有预料也不希望出现的结局。

考虑到冯玉梅所购商铺只是新宇公司在时代广场里分割出售的150余间商铺中的一间，在以分割商铺为标的物的买卖合同中，买方对商铺享有的权利，不能等同于独立商铺。为有利于物业整体功能的发挥，买方行使权利必须符合其他商铺业主的整体意志。现在时代广场的大部分业主已经退回商铺，支持新宇公司对时代广场重新规划布局的工作，今后的时代广场内不再具有商铺经营的氛围条件。冯玉梅以其在时代广场中只占很小比例的商铺，要求新宇公司继续履行本案合同，不仅违背大多数商铺业主的意愿，影响时代广场物业整体功能的发挥，而且由于时代广场内失去了精品商铺的经营条件，再难以通过经营商铺营利，继续履行实非其本意。考虑到时代广场位于闹市区，现在仅因双方当事人之间的互不信任而被闲置，这种状况不仅使双方当事人的利益

受损，且造成社会财富的极大浪费，不利于社会经济发展。从平衡双方当事人目前利益受损状况和今后长远利益出发，依照公平和诚实信用原则，尽管双方当事人之间存在的商铺买卖合同关系合法有效，尽管冯玉梅在履行合同过程中没有任何违约行为，本案的商铺买卖合同也应当解除。

鉴于冯玉梅在履行商铺买卖合同中没有任何过错，在商铺买卖合同解除后，其因商铺买卖合同而获得的利益必须得到合理充分的补偿，补偿标准是保证冯玉梅能在与时代广场同类的地区购得面积相同的类似商铺。新宇公司同意在商铺买卖合同解除后，除返还冯玉梅原付的购房价款、赔偿该商铺的增值款外，还给冯玉梅补款 48 万元，这一数额足以使冯玉梅的现实既得利益不因合同解除而减少，应予确认。

最终，一审法院判决如下：（1）新宇公司与冯玉梅签订的商铺买卖合同予以解除；（2）冯玉梅返还新宇公司时代广场内编号 2B050 的商铺；（3）新宇公司返还冯玉梅商铺价款 368184 元，赔偿商铺增值 163516 元，合计 531700 元；（4）新宇公司赔偿冯玉梅逾期办理房屋权属登记过户手续的违约金及其他经济损失 48 万元。

（2）二审阶段

一审宣判后，冯玉梅提起上诉。在二审阶段，南京市中级人民法院认为，冯玉梅与新宇公司签订的商铺买卖合同合法有效。新宇公司在合同约定的期限内未办理产权过户手续，已构成违约，又在合同未依法解除的情况下，将编号为 2B050 商铺的玻璃幕墙及部分管线设施拆除，亦属不当。《合同法》第 107 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”从这条规定看，当发生违约时，继续履行是令违约方承担责任的首选方式。法律之所以这样规定，是由于继续履行比采取补救措施、赔偿损失或者支付违约金更有利于实现合同目的。但是，当继续履行也不能实现合同目的时，就不应再将其作为判令违约方承担责任的方式。《合同法》第 110 条规定：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。”此条规定了不适用继续履行的几种情形，其中第（二）项规定的“履行费用过高”，可以根据履约成本是否超过各方所获利益来进行判断。当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益时，应该允许违约方解除合同，用赔偿损失来代替继续履行。本案中，如果让新宇公司继续履行合同，则新宇公司必须以其 6 万余平方米的建筑面积来为冯玉梅的 22.5 平方米商铺提供服务，支付的履行费用过高；而在 6 万余平方米已失去经商环境和氛围的建筑中经营 22.5 平方米的商铺，事实上也达不到冯玉梅要求继续履行合同的的目的。一审平衡双方当事人利益判决解除商铺买卖合同，符合法律规定，是正确的。冯玉梅关于继续履行合同的上诉理由，不能成立。

考虑到冯玉梅在商铺买卖合同的履行过程中没有任何违约行为，一审在判决解除商铺买卖合同后，一并判决新宇公司向冯玉梅返还商铺价款、赔偿商铺增值款，并向冯玉梅给付违约金及赔偿其他经济损失。这虽然不是应冯玉梅请求作出的判决，但此举有利于公平合理地解决纠纷，也使当事人避免了讼累，并无不当。在二审中，新宇公司表示其愿给冯玉梅增加 20 万元赔偿款，应当允许。

最终,二审判决维持了一审判决的主要判项,仅基于新宇公司愿意增加赔偿款的表示将一审第四项中的赔偿损失数额由48万元变更为68万元。

(二) 司法实践中的类似纠纷

更进一步观察司法实践不难发现,“新宇公司案”中区分所有关系下的意见分歧也存在于其他类型的纠纷中。其中较为典型的,即是商铺占有返还之诉中集中管理与个别业主请求返还的意见冲突以及附属设施加装中的意见冲突。

1. 商铺集中管理与个别返还的意见冲突

以利用方式为区分标准,可将商铺分为独立商铺和分割商铺。^{〔4〕}二者的核心区别在于,分割商铺虽然也能够成为区分所有权的客体(因而具有构成和利用上的独立性),但在实际利用上需要统一安排和经营才能真正实现其经济价值。交易实践中,开发商通常采取售后回租的模式,在同买受人就商铺订立买卖合同的同时,还会另行订立商铺委托管理合同,基于该委托合同,全体业主将商铺交与开发商或开发商选定的第三人进行统一管理和经营,以保证物业整体功能和效益的实现。

在委托关系正常存续时,此种安排显然有助于避免因权利分散导致的业主集体行动困境,代表集体行使权利的受托人同承租人进行议价的能力也在权利集中后得到提升。问题在于,只要个别业主不愿继续维持委托关系,便可能对前述整体安排造成严重影响。例如,个别业主可能在委托合同到期后请求受托人返还商铺占有。此时,如果物业内绝大多数业主选择继续委托给该受托人进行经营管理,个别业主另行安排的计划和其余业主的整体计划便可能存在冲突。就此问题,学理上通常认为,对商铺业主区分所有权的限制不得损害其所有权。即使存在业主大会或者业主委员会的决议亦是如此。甚至,在没有预先约定的情况下,业主大会根本无权就物业利用方式作出决议。^{〔5〕}所以,只要不是集体招租的情况,便不能因个别业主追求自身的商业经营利益而限制甚至剥夺其所有权。^{〔6〕}由此可推知,当委托关系期限届满或个别业主解除委托关系后,个别业主作为所有权人请求受托人返还商铺占有的权利不应受到物业其余部分利用计划的限制。

然而,此种观点并未被司法实践接受。例如,在“戴金龙、王晓红等与太仓龙好生活家居广场有限公司、钱永刚等房屋租赁合同纠纷”一案中,苏州市中级人民法院就认为,涉案商铺的特点决定了其必须与其他商铺经过统一规划、布局、经营、管理后才能产生收益,故单个商铺的利益应当服从广大业主的共同利益,个别业主的权利必须受到其他业主整体意志的限制。^{〔7〕}该意见也得到了上级法院的认可,在针对该案再审申请的裁定中,江苏省高级人民法院明确指出:“在以分割商铺为标的物的买卖合同中,买方对商铺享有的权利,不能等同于独立商铺。”^{〔8〕}并

〔4〕 分割商铺包括实际分割和虚拟分割两种类型。严格来说,虚拟分割式商铺并不具有构造上的独立性和利用上的独立性,实践中常常不予进行所有权登记,因而不符合建筑物区分所有关系的要求。理论上的分析,参见戴炜:《虚拟产权式商铺的法理分析》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2015年第4期。

〔5〕 参见周友军:《论建筑物区分所有中专有权的限制》,载《法学论坛》2009年第6期。

〔6〕 参见王利明:《论商铺业主的专有权及其行使》,载《法学论坛》2009年第6期。需特别说明的是,王利明教授认为集体招租构成例外,原因在于此种情况通常不涉及区分所有权问题。

〔7〕 参见江苏省苏州市中级人民法院(2017)苏05民终2135号民事判决书。

〔8〕 江苏省高级人民法院(2018)苏民申4147号民事裁定书。

且，此种观点绝非仅是上述法院的“一家之言”，实则是司法实践中的主流意见。^{〔9〕}值得注意的是，该主流意见所表达的核心理由其实出自《最高人民法院公报》在刊登“新宇公司案”时给出的裁判摘要。^{〔10〕}

2. 附属设施加装中的意见冲突

除就个别业主专有权的行使存在分歧外，区分所有关系下的意见冲突还可能体现为专有权之外的事项，比如附属设施加装。近年来因为各地旧房改造政策而引发热议的电梯加装纠纷即是著例。^{〔11〕}

一方面，根据《民法典》第278条第1款第（七）项，电梯等附属设施的改建和重建属于业主共同决定事项，只要满足第278条第2款关于业主表决条件的要求，有关附属设施加装的决议就应拘束全体业主。但另一方面，根据《民法典》第280条第2款，如果业主大会的决议侵害个别业主合法权益，受侵害的业主可以请求法院撤销决议。所以，在对加装电梯等附属设施持反对意见的个别业主存在可主张的合法权益时，^{〔12〕}即使其他业主作出同意的多数决，持反对意见的个别业主仅需请求撤销决议即可。由此可能引发的问题是，当多数业主对于加装附属设施确有其利益所在，^{〔13〕}且该利益明显超过个别业主所主张的“合法权益”时，是否应在双方当事人间进行利益平衡，以避免因为个别业主导致区分所有关系内部的整体福利水平受损。

实践中，法院在面对此类问题时采取了相当灵活且结果主义导向的处理方法。例如，在“刘厚文、韶关市博洋电梯有限公司等侵权责任纠纷”一案中，二审法院认为，仅是阳台位置采光的减弱并不足以影响到上诉人刘厚文的正常生活。此外，二审法院还提到，“若是有影响也不可能只影响到刘厚文一家，该电梯所对应位置的阳台自下到上均会受到影响，但其他住户均没有对此提出过异议”^{〔14〕}。问题在于，其他住户之所以不提异议是为了享受加装电梯带来的好处，这一点并不足以说明刘厚文的合法权益未受影响。可见，法院实际上有意通过严格认定“合法权益受影响”这一要件来维持附属设施加装的结果。与之类似，在“林赫、刘波梯业主撤销权纠纷”一案中，二审法院认为，在电梯加装方案尚未经过有关行政部门审批且未安装时，当事人不得主张加

• 197 •

〔9〕 类似观点参见广东省高级人民法院（2017）粤民申5563号民事裁定书；上海市第二中级人民法院（2018）沪02民终6684号民事判决书；上海市高级人民法院（2019）沪民申1662号民事裁定书；四川省成都市中级人民法院（2019）川01民终915号民事判决书；山东省济南市中级人民法院（2019）鲁01民终5704号民事判决书；浙江省杭州市中级人民法院（2020）浙01民终4212号民事判决书；河北省保定市中级人民法院（2020）冀06民终5924号民事判决书。

〔10〕 裁判摘要原文为：“在以分割商铺为标的物的买卖合同中，买方对商铺享有的权利，不同于独立商铺。为保证物业整体功能的发挥，买方行使的权利必须受到其他商铺业主整体意志的限制。”

〔11〕 如福建省高级人民法院（2017）闽民申2891号民事裁定书。法理上关于类似问题一般性方案的探讨，可参见〔日〕道垣内正人：《法学之门》，张挺译，北京大学出版社2021年版，第15-27页。

〔12〕 此类案件中常出现的一种情况是当事人原本同意加装附属设施但事后反悔，除非该当事人能够证明自己在作出同意时存在意思表示瑕疵，否则均应认为其已经表示同意，因而不得以“合法权益受侵害”请求撤销业主决议。参见河南省郑州市中级人民法院（2021）豫01民终11318号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2020）川01民终18015号民事判决书；江苏省镇江市中级人民法院（2019）苏11民终3061号民事判决书。

〔13〕 以加装电梯为例，涉及此类纠纷的多是老旧多层住宅楼，如果不安装电梯，将对腿脚不便甚至行动困难的老年人造成极大不便。相关介绍和分析，参见胡伟强：《政府在老龄化社会中如何作为——以老旧住宅楼加装电梯困局为例》，载《中国法律评论》2018年第1期。实践中亦不乏考虑类似因素的裁判，如广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民终15508号民事判决书。

〔14〕 广东省韶关市中级人民法院（2021）粤02民终68号民事判决书。

装电梯影响其采光权和造成噪声污染。^{〔15〕}问题在于,主张排除妨害请求权固然应以妨害现实存在为前提,但当事人主张的是撤销业主决议,这一请求不应以电梯安装完成后实际侵害业主权益为前提。换言之,对业主“合法权益受影响”的理解不应限于业主已经遭受实际损失。

(三) 核心争议分析

通过前述梳理不难看出,司法实践中存在许多因区分所有关系的内部意见冲突引发的纠纷。以“新宇公司案”为例,该案中纠纷背后的实质在于案涉商铺的归属与整体商场规划之间的利用冲突。对于新宇公司而言,其有意整体重置商铺规划并进行了相关准备,但作为案涉商铺的所有权人,其已经将该商铺占有交付给冯玉梅,因而无权安排商铺的使用,影响了整个商场其余部分的后续利用。冯玉梅作为买受人虽未取得所有权,但基于买卖合同可以向新宇公司主张有权占有,进而凭借自己享有商铺占有、使用权能的地位同新宇公司进行议价。想要解决当事人之间的纠纷,核心便在于分配案涉商铺的归属。由此便不难理解两审法院为何都选择将合同解除作为裁判论证的核心问题,因为合同解除的法律效果首先体现为已经履行给付的返还。如果案涉合同解除,新宇公司便可向冯玉梅请求返还商铺占有,进而消解案涉商铺与整体商场规划之间的利用冲突。至于履行费用过高的判断、违约方解除权的证立,则是法院在规范层面上寻得的依据。

以合同解除作为化解纠纷的手段,核心是通过否认原本的交易安排实现案涉商铺归属的逆转。但即使认为新宇公司应该享有系争商铺的占有,也未必需要通过合同解除实现。实际上,无论是“新宇公司案”中的两审裁判观点,还是后续关于违约方解除权的讨论,或许都未能准确把握该案的关键所在。^{〔16〕}从裁判的角度出发,考虑到该案判决作出时尚不存在《民法典》第580条第2款,两审法院以履行费用过高和违约方解除权为基础解除案涉买卖合同的做法,不仅存在对法律概念的误解,在法律解释上也难言合理。而从学理分析的角度出发,“新宇公司案”确实反映了现有规则在处理类似案件时的无力,但无论是立法论层面还是解释论层面,试图以履行费用过高下的违约方解除权为解决方案都无法从根本上解决问题,因为类似争议广泛存在于当事人之间不存在合同关系的情况。

二、对“新宇公司案”裁判意见的反思

(一) 有关履行费用过高的误解

在承认案涉买卖合同有效的基础上,二审法院认为,新宇公司必须以其6万余平方米的建筑面积来为冯玉梅22.5平方米的商铺提供服务,其继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益,构成履行费用过高,应允许新宇公司解除合同,以损害赔偿代替实际履行。但此种认定履行费用过高的思路值得商榷,可能同时存在“不当限缩”和“不当扩张”的问题。

〔15〕 参见福建省福州市中级人民法院(2019)闽01民终4301号民事判决书。

〔16〕 反对违约方解除的观点也常以该案属于履行费用过高为前提。参见蔡睿:《吸收还是摒弃:违约方合同解除权之反思——基于相关裁判案例的实证研究》,载《现代法学》2019年第3期。

所谓履行费用过高，是指履行在事实上虽然可能，但对标的物进行强制执行代价太大。^{〔17〕}其判断标准的核心是比较债务人为履行所需支出的费用与债权人就履行所得的利益是否显著失衡。^{〔18〕}具体而言，是指债务人为克服履行障碍而须额外支出的费用和债权人于实际履行上可得期待的经济性或物质性利益之间是否显著失衡。^{〔19〕}例如，甲乙二人订立戒指买卖合同，交付之前戒指坠入湖中。^{〔20〕}理论上讲，该戒指并未灭失，甲可以委托专业机构打捞该戒指后交付给乙，但从经济理性的角度出发，为打捞该戒指所花费的费用（债务人履行所需费用）和乙因该戒指所获得的利益（债权人因履行所得利益）显失比例，因而有必要赋予甲拒绝履行的权利，即履行费用过高下的拒绝履行抗辩权。所以，二审法院在“新宇公司案”中确立的债务人的履行费用与双方（而非仅是债权人）基于合同所享有的利益进行比较的标准，存在对于履行费用过高的误解，其增加履行利益一端考量因素的做法，不当地限缩了履行费用过高的适用范围。^{〔21〕}

不仅如此，就履行费用而言，新宇公司作为出卖人所负有的义务仅剩移转案涉房屋的所有权。此项义务的履行只需新宇公司协助冯玉梅办理所有权变更登记即可，并不会产生大量的履行费用，相较于冯玉梅获得房屋所有权的利益更是难言显著失衡。二审法院所考虑的“继续履约所需的财力、物力”并非债务人履行尚未履行的合同义务将产生的费用，而是维持已履行义务的费用，自然不应归入履行费用的范畴。可见，在履行费用的判断上，该案同时还存在“不当扩张”的问题。

或有质疑，履行费用关注的是债务人为履行所付出的经济成本，因为履行合同而闲置其他部分为何不能在实质意义上理解为履行费用？对此本文认为，作为对依约履行的违反，以障碍事由排除实际履行是法律基于诚信原则对债务人提供的特殊保护，如果债务人不愿或难以实际履行义务，这一特殊保护使得应依约履行合同义务的债务人获得豁免。此种定位决定了实际履行排除规则的适用对象仅为尚未履行的义务，如果不利局面是由已经履行的义务所造成，则超出了该规则的调整范围。并且，按照法院对于履行费用的理解，新宇公司只要不断地进行装修、改造，便可增加闲置部分相应的经济成本，进而人为地制造履行费用过高，这与履行费用过高的制度本意显然有所背离。

实际上，在“新宇公司案”中，所有权移转义务对合同僵局的产生与化解并无影响。试想，

〔17〕 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2015年版，第256页；前引〔1〕，韩世远书，第770页。

〔18〕 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第214页；朱广新：《合同法总则研究》（下册），中国人民大学出版社2018年版，第684页。不同意见认为，履行费用过高包括绝对大小审查和相对比例审查两种类型，除了履行所需费用和履行所得利益的比较（相对比例审查），如果履行费用本身的绝对大小达到难以容忍的程度，则同样构成履行费用过高（绝对大小审查）。参见张兰兰：《履行费用过高规则的动态适用——对〈合同法〉第110条第2项第2种情形的具体化》，载《华东政法大学学报》2020年第1期。但本文以为，绝对大小并不足以判断是否构成履行费用过高，因为履行费用极高时债权人利益也可能同时增长。此时，履行义务并非整体资源的浪费，当事人之间的利益关系即使失衡也可以通过情势变更制度调整。例如，在中东战争导致石油短缺时，卖方按照合同约定供给石油的费用可能显著提升，但买方获得履行的利益也相应提升。See Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd [1974] 1 WLR 576.

〔19〕 参见刘洋：《“履行费用过高”作为排除履行请求权的界限——“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”评析》，载《政治与法律》2018年第2期。

〔20〕 Vgl. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 38. Aufl., 2014, § 22, Rn. 20.

〔21〕 有观点还指出，法院衡量过高的参考标准是“履行费用超过利益”，未考虑“重大不成比例”这一要件。参见前引〔18〕，王洪亮书，第215页。

如果冯玉梅为了避免履行费用过高上的争议而免除了新宇公司移转所有权的义务,此时如何处理?两相对比不难看出,该案的关键根本就不在于未履行义务的履行费用过高。类似的,在可能的衍生案型中,如果新宇公司已经移转了案涉房屋的所有权,则无论如何都无法通过履行费用过高化解僵局,因为履行费用过高的适用前提是有合同义务尚未履行,在出卖人义务均已履行完毕的情况下,该规则无法适用。^[22]

综上,从教义学的角度而言,新宇公司移转案涉房屋所有权的义务并不涉及履行费用过高的问题,履行费用过高也无法一般性地解决类似案件下的合同僵局。

(二) 违约方解除权说的困境

在履行费用过高的基础上,二审法院认为“应该允许违约方解除合同,用赔偿损失来代替继续履行”,由此得出了违约方可以解除合同的结论,这也成为引发违约方解除权讨论的“导火索”。^[23]问题在于,即使承认“新宇公司案”中存在履行费用过高,也不能由此推导出违约方可以解除合同。^[24]

尽管中国法上自《合同法》以来并未在法律效果层面明确区分履行不能和履行费用过高,但学理上一般认为,履行费用过高的法律效果为抗辩权的产生(而非履行请求权的直接消灭),债务人可以借此对抗债权人的实际履行请求。^[25]换言之,如果债务人未援引其抗辩权,法院将判决实际履行。^[26]所以,在合同义务发生履行费用过高时,债务人仅享有抗辩权,可能享有解除权的恰恰是作为非违约方的债权人。至于抗辩权被动防御属性可能带来的问题,一般通过对抗辩权法律效果的解释处理。^[27]可见,履行费用过高和违约方可以解除合同之间并不存在法律上的联系,在这个意义上,二审法院的做法无疑是错误的。

但问题还不止于此,在“新宇公司案”之后,有研究在为违约方解除权“正名”时指出,《合同法》并未禁止违约方解除合同,既有关于合同解除的规则本就存在容纳违约方解除权的可能性,^[28]这一观点在司法实践中也得到了部分法院的认同^[29]。此种观点认为,《合同法》第94条对合同解除权行使主体的表述采用的是“当事人”而非“非违约方”,且在双方均违约而导致

[22] 既有讨论中已有学者意识到这一衍生案型。参见张家勇:《补洞与挖坑,仅一步之遥——关于〈民法典〉第580条第2款关联问题的回答》,载《法学教室》公众号2020年5月23日,载<https://mp.weixin.qq.com/s/9EGBei5btRQuCsUaYI1GOA>,最后访问时间:2022年1月12日。

[23] 司法实践中的类似判决,参见江苏省连云港市中级人民法院(2014)连民终字第0035号民事判决书;湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂01民终7144号民事判决书。

[24] 同旨参见柳经纬主编:《债法总论》,北京师范大学出版社2017年版,第168页;韩世远:《继续性合同的解除:违约方解除抑或重大事由解除》,载《中外法学》2019年第1期。

[25] 参见王洪亮:《强制履行请求权的性质及其行使》,载《法学》2012年第1期;缪宇:《论买卖合同中的修理、更换》,载《清华法学》2016年第4期;冀放:《给付不能之履行费用过高问题探析》,载《法学论坛》2016年第6期;Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl., 2015, § 34, Rn. 418.

[26] Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., 2017, § 43, Rn. 396.

[27] 例如,在德国法上,履行费用过高抗辩权是一种具有溯及力的抗辩权(rückwirkende rechtsgestaltende Einrede),可以溯及障碍事由对应的事实发生时,该时点后不产生迟延损害赔偿。Vgl. Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 2019, § 275 Rn. 103; Lorenz, in: BeckOK BGB, 56. Aufl., 2020, § 275 Rn. 57.

[28] 参见陈耀东、沈明焱:《论买卖合同中违约方的解除权及适用范围》,载《中国应用法学》2017年第5期。

[29] 如浙江省高级人民法院(2017)浙民申45号民事判决书;四川省广汉市人民法院(2015)广汉民初字第1702号民事判决书。

解除时其实无法区分究竟哪一方是非违约方，将“当事人”的范围限于“守约方”属于不合理的限缩解释，极可能会不当限制违约方应有的权利。^{〔30〕}

但通过对《合同法》第94条的规范结构进行分析不难发现，该条在表述上之所以采用“当事人”而非“非违约方”或“守约方”，主要是因为该条第（一）项。在不可抗力导致合同目的不能实现时，比较法上部分立法例采合同自动解除（terminate automatically）的规则。^{〔31〕}但中国法并未采取这一做法，在此种情况下仍然要求当事人通过意思表示解除合同，并允许当事人中的任意一方解除合同。至于该条第（二）至（四）项中的当事人，结合“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”“当事人一方迟延履行主要债务”“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为”的表述，显然指的是合同关系中违约一方。此时，如果认为“当事人可以解除合同”中的“当事人”同样包含违约方，则意味着违约一方可以基于自己的违约行为，通过单方面的意思表示解除合同，这不仅与合同法所确立的合同严守的基本立场（《合同法》第8条第1款）存在严重背离，即使是承认所谓“违约自由”的英美法也并不存在类似规则。^{〔32〕}至于双方违约下无法区分“非违约方”的观点更是存在对合同义务关系的误解。双方违约下双方之所以均可能享有解除权，是因为双方各自违反了其所负担的义务，进而分别使得对方取得解除权。从其中任意一方的视角出发，在该方作为债权人的狭义债之关系下，对方作为债务人违反义务，而自己作为债权人并未违约，因而债权人可以主张解除权。

综上，《合同法》第94条并未承认违约方解除权，在当时尚不存在《民法典》第580条第2款的情况下，两审法院以履行费用过高为基础证成合同解除的做法在法律解释上无疑有失妥当。^{〔33〕}

• 201 •

三、借鉴强制售卖制度化解合同僵局

前已述及，“新宇公司案”中的核心在于案涉商铺的归属与整体商场规划之间的利用冲突。想要化解此种冲突，除了通过解除合同使得冯玉梅有义务返还占有于新宇公司，还可以考虑通过合同义务使得新宇公司有权请求冯玉梅移转占有。假设新宇公司向冯玉梅就案涉商铺发出回购要约，而冯玉梅负有强制缔约义务，或者新宇公司作为该商业广场的多数份额拥有人，有权通过强制手段收回冯玉梅所享有的少数份额所有权，该案争议便可以化解。并且，针对衍生案型，如果新宇公司有权主张回购或收回所有权，则无论案涉商铺所有权是否移转、冯玉梅是否免除移转所有权义务均不会导致僵局出现。问题在于，新宇公司何以主张自己享有前述权利，就此，比较法

〔30〕 参见前引〔28〕，陈耀东、沈明焱文，第156页。

〔31〕 See The Principles of European Contract Law, Article 9:303 (4); Draft Common Frame of Reference, Article 3-3:104 (4).

〔32〕 “违约自由”的表述很容易被误认为违约方有单方面解除合同的权力，但英美法上“违约自由”的实质是实际履行排除范围的扩张（主要通过充分的损害赔偿规则实现），违约方并没有单方解除合同的权力。See J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, Anson's Law of Contract, Oxford University Press, 2010, pp. 507-508.

〔33〕 即使以《民法典》为裁判依据，第580条第2款也无法一般性地化解“新宇公司案”体现的争议，因为该款的适用以符合该条第1款中任意一种情形为前提。而结合前一部分的分析，该案并不存在履行费用过高。

上的强制售卖制度或可作为参考。^[34]

（一）强制售卖制度概述

所谓强制售卖（又称建筑物区分所有权剥夺），是指建筑物区分所有权下，多数份额拥有人（majority owner）可以通过请求公开拍卖的方式强制出售少数份额拥有人（minority owner）的份额。^[35]类似制度在德国、日本、我国香港和台湾地区均已存在多年并运转良好，^[36]深圳、珠海两地在最新通过的有关城市更新的地方性法规或者地方政府规章中也先后引入类似制度以解决城市更新中的“拆迁难”问题。^[37]

以香港为例，香港特别行政区1999年正式颁布了《土地（为重新发展而强制售卖）条例》（香港法例第545章，以下简称为《香港强制售卖条例》）。根据官方说明，该条例旨在使在地段的不可分割份数中拥有达到一个指明多数份数的人可向土地审裁处提出申请，要求作出一项为重新发展该地段而强制售卖该地段所有不可分割份数的命令。从争议实质看，强制售卖所欲处理的问题与“新宇公司案”颇为相似：“新宇公司案”中，冯玉梅持有商铺面积尽管有限，但足以影响分割式商铺的整体规划；而强制售卖制度的产生，也是因为收取旧物业业权成为妨碍私人重新发展旧物业的主要障碍，整体发展规划往往会因为小业主不愿意出售其持有单位而难以实施。^[38]

具体操作上，根据《香港强制售卖条例》第3条第1款的规定，想要启动强制售卖程序，申请人（可以是多个主体联合申请）要拥有某地段不少于90%的不可分割份数的所有权，^[39]方可向土地审裁处申请作出命令，强制售卖该地段所有不可分割份数。在申请强制售卖时，申请人须提交一份估值报告，列明申请地段上各物业的评估市值，并将有关申请的文本送达每名小业主。^[40]在收到申请后，土地审裁处首先需要确定小业主享有份额的价值，而后再考察该地段的

• 202 •

[34] 有观点认为，可以通过强制缔约制度解除“新宇公司案”中的房屋买卖合同。参见武腾：《民法典实施背景下合同僵局的化解》，载《法学》2021年第3期。此种观点值得参考，但正如前述，该案所反映的争议实质（区分所有关系内部分歧）广泛存在于当事人之间不存在合同关系的案型中。所以，仅以强制缔约的方式解除合同仍然不足以一般性化解类似争议。

[35] 早在制定《物权法》前后便有学者提出中国法应增加类似制度。参见张礼洪：《物权法草案中建筑物区分所有权规定之完善》，载《法学》2005年第10期；白江：《传统与发展：德国建筑物区分所有权的现代化》，载《法学》2008年第7期。

[36] 参见德国《住宅所有权法》第17条（该法在2020年进行了修改，国内学者所介绍的多系修改前的第18条，但在2020年版的新法中，该规则移至第17条）；日本《有关建筑物区分所有等之法律》第59、63条；我国香港地区《土地（为重新发展而强制售卖）条例》第3条；我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第14、22条。如无特别说明，下述涉及德国2020年修改前《住宅所有权法》条文翻译的，参考自《德国住宅所有权与长期居住权法（德国住宅所有权法）》，胡晓静译，杨代雄校，载张双根、田士永、王洪亮主编：《中德私法研究》第5卷，北京大学出版社2009年版，第163-181页。涉及日本《有关建筑物区分所有等之法律》条文翻译的，出自陈华彬：《建筑物区分所有权法》，中国政法大学出版社2018年版，第503-525页。

[37] 参见《深圳经济特区城市更新条例》第36条、《珠海经济特区城市更新管理办法》第50条。但与我国香港地区的强制售卖略有不同的是，深圳和珠海并未允许私人直接申请拍卖整体份额，开发商想要最终取得剩余部分仍需借助政府征收。以深圳为例，在“旧住宅区已签订搬迁补偿协议的专有部分面积和物业权利人数占比均不低于百分之九十五，且经区人民政府调解未能达成一致”时，基于“维护和增进社会公共利益，推进城市规划的实施”的目的，区人民政府可以对未签约部分房屋实施征收。

[38] 参见林峰：《土地征收与补偿：香港的经验》，载《法学》2007年第8期。

[39] 根据2010年4月1日起生效的《土地（为重新发展而强制售卖）（指明较低百分比）公告》（香港法例第545A章）第3、4条的规定，对于以下三类地段申请强制售卖的，申请人拥有该地段不分割份数所有权的比例降低至80%：（1）地段上每个单位各占该地段不分割份数的10%以上；（2）地段上所有楼宇的楼龄均达50年或以上；（3）地段并非坐落于工业地带，而地段上的所有大厦均为楼龄达30年或以上的工业大厦。

[40] 参见《香港强制售卖条例》第3条第3款第（a）项。

实际情况以及大业主是否采取合理步骤获取该地段所有不可分割份数，以决定是否作出强制售卖令。^{〔41〕}如果土地审裁处发出强制售卖令，则会委任售卖受托人负责出售，除非经所有相关人士书面同意，否则该出售只能采取公开拍卖的方式，且必须售予出价最高的竞投者。在强制售卖时，包括申请人（大业主）和小业主在内的任何人均可参与拍卖。最终所得的款项及相关费用，会根据估值报告所评估的大业主及小业主的物业价值，按比例分摊给各业主。

（二）强制售卖的正当性基础

通常认为，在建筑物区分所有的结构之下，所有权人对于专有部分享有的所有权与一般的所有权无异，可以进行完全的占有、使用、收益和处分，能够自由地加以支配并排除他人的不法干预。^{〔42〕}而《民法典》第243条第1款规定，在为公共利益需要时，才可以依照法律规定的权限和程序对私人享有所有权的财产进行征收。可见，即使是国家剥夺私人所有权也需要以符合公共利益为前提。进而引发的问题是，多数份额拥有人何以能够剥夺少数份额拥有人所享有的所有权。实际上，类似问题在香港也曾引发争议。有观点认为，考虑到旧物业的发展和私有财产权涉及的均是私人利益，政府不应该为了一种私人利益而限制另一种。但香港政府在制定《香港强制售卖条例》时指出，在促进城市发展与保护私人所有权之间应寻得平衡，城市重建本身便是一种公共利益，只是这种公共利益是通过开发商征收和重新发展旧物业而实现。^{〔43〕}不过本文以为，除了在实质意义上理解城市开发和更新所体现的公共利益因素外，强制售卖制度或许本就可以在私法的内在体系寻得正当性依据，这也在很大程度上决定了强制售卖制度在私法中的潜在适用范围。

• 203 •

1. 区分所有结构的固有限制

《最高人民法院公报》刊载“新宇公司案”时从一、二审裁判中各选择了一段作为裁判摘要，但较于二审确立的违约方解除权规则，一审关于分割式商铺限制的分析长期未受学界重视。该部分摘要指出，“在以分割商铺为标的物的买卖合同中，买方对商铺享有的权利，不能等同于独立商铺。为有利于物业整体功能的发挥，买方行使权利必须符合其他商铺业主的整体意志”。对司法实践进行考察不难发现，基于类似观点对分割式商铺权利人进行限制的做法其实不在少数，前述分割商铺委托关系中集中管理与个别请求返还的冲突即为著例。

考虑到专有部分所有权人所享有的排他性权利，上述裁判立场似乎有违所有权保护的基本原则（《民法典》第207条），但细思之下实则不然。在区分所有的结构之下，某一区分所有权人与其他区分所有权人构成了一种所有权人共同体。^{〔44〕}鉴于区分所有权人互相之间的“捆绑关系”，

〔41〕 考察实际情况（如龄期、维修情况）主要是为了判断申请地段是否有重新发展之必要，以避免大业主任意剥夺小业主所有权。此外，根据我国香港地区土地审裁处发布的实务指示《LTPD CS1 2011 根据〈土地（为重新发展而强制售卖）条例〉（第545章）进行的强制售卖土地案件的调解》的第13条，在判断大业主是否采取合理步骤时，土地审裁处会考虑大业主是否不合理地不参与或拒绝同小业主进行调解。

〔42〕 参见刘家安：《物权法论》，中国政法大学出版社2015年版，第129页；王泽鉴：《民法物权》，三民书局2018年版，第218页。

〔43〕 参见前引〔38〕，林峰文。

〔44〕 德国法上称之为住宅所有人共同体（Wohnungseigentümergeinschaft），此种共同体的内部关系，较之通常的按份共有关系更为紧密。参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第639页。

当个别权利主体对于共同体产生严重的不利影响时，有必要纳入纠正机制。^{〔45〕}《民法典》第272条也规定，区分所有权人在对其专有部分享有所有权的同时，其行使权利受到“不得损害其他业主的合法权益”的限制。在解释何为损害其他业主合法权益时，主流观点多以“住宅转经营性用房”为例进行说明（《民法典》第279条）。^{〔46〕}将住宅改为经营性用房受到较为严格限制的原因在于，区分所有权人购买住宅的主要目的在于获得安宁的居住环境，经营性用房的出现无疑会增加人员流动，不利于住宅区域的日常管理与安全维护，对其他区分所有权人的正常生活可能造成严重干扰。

与之类似，在分割式商铺形成的区分所有结构中，少数区分所有权人拒绝整体商业安排的行为也可能构成“损害其他业主的合法利益”。不同于住宅下的区分所有关系，分割式商铺中买受人的主要目的并非获得法律上的所有权人地位，而是希望通过利用商铺而获利。相较于独立商铺在构成和利用上的独立性，分割式商铺的价值实现往往以统一规划为必要条件（许多分割式商铺在建筑设计上就不存在独立经营的条件）。“新宇公司案”中一审法院也强调，在时代广场的大部分业主腾退商铺、新宇公司已经开始重新规划的基础上，冯玉梅在该广场内的商铺其实已经失去了经营条件。此种情况下，可以认为冯玉梅坚持继续占有该商铺并拒绝统一规划的行为属于损害其他业主（新宇公司）的合法利益。

2. 禁止权利滥用的具体化

除了前述区分所有权的固有限制外，还可以考虑的是基于禁止权利滥用原则的限制。作为诚信原则的反面，禁止权利滥用被认为是权利行使自由原则的例外（《民法典》第132条）。^{〔47〕}在构成上，禁止权利滥用包括主客观两方面的因素，即主观上要求权利人以损害他人或社会利益为主要目的，客观上要求权利行使损害他人或社会利益。^{〔48〕}就“新宇公司案”所涉及的争议问题，以冯玉梅为代表的“钉子户”拒绝解除原本的买卖合同或拒绝出卖自己享有所有权的不动产在客观上无疑损害了新宇公司等“拆迁者”的利益。问题在于，此种因权利行使造成的损害是否以“损害他人利益”为主要目的。就此不妨结合“新宇公司案”的案情进行分析，一审法院在事实认定部分专门提及，由于冯玉梅和另一户业主坚持不退商铺，新宇公司不能施工，6万余平方米建筑闲置。与此同时，冯玉梅和另一户业主也不能在他们的商铺内经营，双方已然形成双输的僵持局面。而在一审庭前调解阶段，冯玉梅提出每平方米30万元的赔偿价格作为接受调解的条件，由此更能看出，冯玉梅是在自己产生经营损失的基础上，以新宇公司将产生更大的损失为谈判对价，可谓“损人不利己”。考虑到新宇公司提出的补偿条件（同类地区购买同等面积的门面房或增加补偿款到68万元）较为合理，应当认为冯玉梅在主观上系以损害新宇利益为主要目的。相比之下，如果新宇公司作为“拆迁者”并未向冯玉梅提供合理的补偿条件，则冯玉梅拒绝返还商

〔45〕 Vgl. Dötsch, in: Bärmann/Pick Kommentar zum WEG, 20. Aufl., 2020, § 18 Rn. 1.

〔46〕 参见王利明：《物权法研究》（上卷），中国人民大学出版社2016年版，第562页；尹田：《物权法》，北京大学出版社2017年版，第347页。

〔47〕 参见李宇：《民法总则要义：规范释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第417页。

〔48〕 参见〔日〕山本敬三：《民法讲义I总则》，解亘译，北京大学出版社2012年版，第502页；梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第282页。

铺的行为在主观上应被认为是对于所享有合同权利的正当维护，不构成权利滥用。

权利滥用的法律效果通常体现为行使权利的行为本身无效，但在符合必要性的前提下，权利滥用同样可能成为剥夺权利或权利消灭的事由。^{〔49〕} 不过，考虑到剥夺权利的影响程度较高，因而有必要对强制售卖的适用进行教义学上的解释与限制，本文将在下一部分就此进行具体分析。

四、强制售卖制度的具体构造

（一）强制售卖的构成要件

1. 实体性要件

考虑到强制售卖的正当性基础源自区分所有关系下共同体的维护，在确定强制售卖的构成要件时自然也应该围绕如何有利于共同体内成员和谐共处展开。可兹参考的是，德国法上，住宅所有权的收回需要满足以下两项实体性要件：（1）住宅所有权人严重违反对其他住宅所有权人的义务；（2）其他所有权人无法与其继续维持区分所有关系。^{〔50〕} 换言之，单纯的义务违反行为并不足以证成住宅所有权的收回，在违反行为是否严重的判断之外，还需要考量义务违反对于区分所有关系的破坏是否是终局性的、不可挽回的。并且，学理上在解释这一制度时也强调，除收回所有权的其他惩罚手段应当优先纳入考虑，尤其是基于管理规约而产生的惩罚手段，只有在相对轻微的手段（如警告）不起作用或不足以解决问题时，才可以行使收回权。也就是说，强制售卖是最终救济手段。^{〔51〕}

以德国法确立的构成要件为基础，本文以为，在判断区分所有权人是否存在严重的义务违反时，首先应当结合行为的最终结果和共同体组建的目的具体分析。例如，堆放垃圾导致健康或火灾隐患便属于典型的严重违反义务，因为其严重威胁共同体内其他成员对于财产的利用。^{〔52〕} 改变房屋用途则需要区分具体情况，对于居住性的共同体其可能构成严重的义务违反，但对于商业性的共同体而言，如果改建行为没有影响其他区分所有权人的商业利用，则应认为属于区分所有权人的行为自由。其次，在尊重共同体整体意志的同时，也需要在基本权利的保护范围内尊重个人的选择，这既是公民基本权利受宪法保护的当然之义，也是每一位共同体成员在日常生活中不

• 205 •

〔49〕 参见陈华彬：《论民事权利的内容与行使的限制——兼议我国〈民法总则（草案）〉相关规定的完善》，载《法學雜誌》2016年第11期；彭诚信：《论禁止权利滥用原则的法律适用》，载《中国法学》2018年第3期。

〔50〕 Vgl. Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 2. Aufl., 2012, § 24, S. 387; Dötsch (Fn. 45), § 18 Rn. 9. 日本法上就强制售卖设有三项构成要件：（1）业主为对建筑物的保存有害的行为，或其他有关建筑物的管理或使用违反业主共同利益的行为，或者有为这些行为之虞；（2）业主的前述行为导致业主间共同生活关系的维系发生显著障碍；（3）难以依其他方法除去此种障碍。参见前引〔36〕，陈华彬书，第143-144页。从实质来看，第二、三项实体要件结合的结果其实就是德国法上的“无法继续维持区分所有关系”。

〔51〕 Vgl. Hogenschurz, in: BeckOK WEG, 43. Aufl., 2021, § 17 Rn. 8; 陈华彬：《论建筑物区分所有权的剥夺——基于对德国法和日本法的分析》，载《法商研究》2011年第6期。香港法上，为了协助争议各方解决有关强制售卖引起的争议，政府发展局推出了调解先导计划，并提供财政支持，协助涉及或即将涉及强制拍卖申请的业主进行自愿性质的调解。

〔52〕 Vgl. Horst, Das „Messie-Syndrom“ im Immobilienrecht, NJW 2010, 827, 828; LG Hamburg, ZWE 2017, 34 (35).

得不接受的“轻微烦扰”。^{〔53〕}

在判断区分所有关系是否可以继续维持时，需要考虑的核心问题是区分所有权人的义务违反是否可以纠正，以及将来是否存在持续影响共同体关系的风险。就此值得思考的是，如果区分所有权人长期违反对共同体的义务，区分所有关系是否必然难以维持。根据2020年修改前的德国《住宅所有权法》第18条第2款第2项，“超过三个月迟延履行其负担和费用承担义务”被认为是符合该条第1款的“典型情况”。即使区分所有权人在收回所有权判决生效后及时履行迟延债务，^{〔54〕}也被德国联邦最高法院认为不影响该条第1款的适用。^{〔55〕}但考虑到强制售卖的法律效果是剥夺区分所有权人享有的所有权，德国联邦最高法院的立场似乎过于严苛，在法律救济与所有权保护的平衡上有失妥当。区分所有关系能否维系的判断需从客观实际出发，如果义务违反者已经改正了之前的不当行为，且对其他区分所有权人的正常利用不存在潜在的影响可能，即使其他区分所有权人基于先前情况主观上不愿再信任该义务违反人，也不应证成所有权的收回。试想，在前述案例中，如果区分所有权人不仅及时清偿了延期债务，还为将来债务的履行提供了担保，此时如还坚持区分所有关系无法维系显然与客观实际不符，将使强制售卖制度沦为当事人主观恣意的利益实现工具，导致“多数人暴政”的出现。

2. 程序性要件

除了前述两项实体性要件，强制售卖还需要以共同体的多数决通过为程序性要件。就此，不同立法例设置的门槛有所不同。根据修改前的德国《住宅所有权法》第18条第3款的规定，收回所有权的决议需要有投票权的住宅所有权人的半数以上通过。相比之下，日本和我国台湾地区所要求的通过比例则相对较为严格，^{〔56〕}我国香港地区“原则90%，例外80%”的要求更是和德国形成了鲜明对比。

法律上的各种比例要求本身是立法者政治决断的产物，但其间并非全无理性可言。在判断强制售卖中共同体多数决的比例要求时，不妨以立法者在关联或类似制度下表达的结论为基础，通过利益对比确定较为合理的范围。首先，根据《民法典》第278条第2款的规定，凡业主共同决定事项均需由“专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决”，就其中的重要事项（《民法典》第278条第1款第6—8项），还需经“参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意”。由此形成的结果是，在保证参与表决者数量符合规定的情况下，重要事项的通过最终仅需业主人数和区分所有权份额同时过

〔53〕 例如，基于对政治立场自由的尊重，即使区分所有权人为某一政治组织工作，导致其他区分所有权人处于被其政敌攻击的危险下，也不属于严重违反对其他住宅所有权人的义务。Vgl. Hogenschurz (Fn. 51), 43. Aufl., 2021, § 17 Rn. 9. 2.

〔54〕 2020年修改前的《住宅所有权法》第19条第2款规定：“在第18条第2款第2项的情况下，住宅所有权人可以在拍卖成交前阻止第1款规定的判决效力发生，为此，他要履行因其未被履行而引起判决发生的义务，包括赔偿因诉讼和拍卖程序产生的费用，以及履行其他到期的负担和费用承担之义务。”如果严格适用该款规定，在区分所有权人履行迟延债务后，原本的收回所有权判决效力本应废止。

〔55〕 Vgl. BGH, ZWE 2007, 191 (191). 国内学者对该案的简要介绍，参见杨代雄：《〈德国住宅所有权与长期居住权法〉简要评注》，载前引〔36〕，张双根等主编书，第191页。

〔56〕 根据日本《有关建筑物区分所有等之法律》第58条第2款和第59条第2款的规定，区分所有权拍卖决议需要区分所有权人及表决权各四分之三以上同意。根据我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第31条的规定，区分所有权人会议决议应有区分所有权人及区分所有权比例合计三分之二以上出席，并且以出席人数及区分所有权比例四分之三以上为通过条件。

半 ($2/3 \times 3/4 = 1/2$) 即可。问题在于,第 278 条第 1 款第 6—8 项所针对的事项往往落入共有权的权利范围,并不涉及对于个别业主专有权的剥夺。考虑到二者在权利可受限制上的程度差异,应认为《民法典》第 278 条第 2 款为强制售卖的比例设定了一条底线,即强制售卖的通过比例应高于该条规定。由此,德国和我国台湾地区的比例规则因为不高于该底线而不应被采纳。

其次,根据《民法典》第 301 条的规定,在按份共有关系下,对于共有物的处分或其他重要决定应经占份额三分之二以上的按份共有人同意。以处分为例,当少数共有人反对处分时,该条所确立的多数决规则实际上也是多数共有人对于少数共有人所有权(份额)的“强制售卖”。考虑到建筑物区分所有下专有权人对于专有部分的使用往往有着值得保护的利益(典型如居住利益),应认为《民法典》第 301 条也设置了一条底线,即强制售卖的决议比例应高于整体份额的三分之二。

对前述两条底线进行综合可得,强制售卖的决议比例应该高于“参加强制售卖决议的业主数占总人数的三分之二,同意强制售卖的业主人数占总人数的二分之一、专有部分面积占总面积的三分之二”。所以,日本法上的“双四分之三”和香港法上的“原则 90%,例外 80%”都可以作为候选规则。考虑到强制售卖制度在拆迁领域潜在的适用空间以及中国拆迁过程中的现实情况,本文更偏向于采纳类似香港法上的比例要求。鉴于此,《深圳经济特区城市更新条例》第 36 条规定的“双 95%”的严格规则应予赞同。

(二) 强制售卖的实现机制

1. “强制缔约+公开拍卖”的双层结构

在承认强制售卖或类似制度的立法例下,所有权的剥夺大多通过公开拍卖实现,即其他业主或区分所有共同体向法院诉请拍卖存在严重义务违反行为的业主的区分所有权,香港法上的强制售卖更是将物业整体作为公开拍卖的标的物。采取公开拍卖的方式虽然可以通过市场化的竞拍机制最大程度保障被出售区分所有权的业主的利益,但仅依靠公开拍卖可能不利于区分所有共同体关系的长期稳定存续。^[57]原因在于,经过公开拍卖取得所有权的受让人可能来自外部。此时,其他业主或区分所有共同体无法对其直接进行约束,先前出让人引发的问题有可能再次出现。即使在公开拍卖程序中赋予其他业主在同等条件下的优先购买权,仍可能面临外部人士出价更高的情况。因此,采纳公开拍卖模式的立法例往往会针对特别情形通过法律规定直接限制受让人。例如,在涉及建筑物重建争议的强制售卖中,为了避免受让人对重建决议表示反对,取得所有权的受让人被视为同意重建(我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第 14 条第 2 款、日本《有关建筑物区分所有等之法律》第 64 条),但这些规则仍属于特殊规定,缺乏一般性。

并且,在以“新宇公司案”为典型的商业性区分所有关系纠纷中,申请强制售卖的业主对于待售卖的份额可能具有特殊的利益,如果使其获得被强制售卖的份额,在化解冲突的同时还可以减少区分所有的业主数量,这与法律上尽可能减少共有的倾向也一致。所以,本文以为,在比较法通行的公开拍卖模式的基础上,还可增设其他业主的强制缔约作为前置程序。在该模式下,有

[57] 此外,公开拍卖本身也可能导致被出售区分所有权的业主的利益无法得到充分保障,这主要是因为当前司法拍卖制度在评估定价机制上存在明显缺陷。相关分析参见刘东:《挑战及应对:网络司法拍卖新发展》,载《东岳论丛》2020 年第 6 期。

意购买待售卖区分所有权的其他业主可以向被强制出售的业主发出要约主张强制缔约,并最终通过有效的买卖合同请求其移转所有权。^[58] 如果购买该专有部分业主无意转售,则区分所有权关系下的业主总数量减少,产生纠纷的可能性也相应降低;如果有意转售,则可以通过买卖合同中的合同约定限制新进入共同体的业主,在该业主同样存在严重的义务违反行为时,该专有部分出卖人可以直接通过合同救济的方式解决问题,无需再次诉诸强制售卖制度。

当然,引入强制缔约作为前置程序并不排斥公开拍卖,如果区分所有关系下的业主均未表示购买待出售区分所有权,则进入公开拍卖程序。此种是否购买的表示应当在申请强制售卖时一并提出,否则视为不购买。并且,在强制缔约中也需要对区分所有权进行合理的估值,以保障被剥夺所有权的业主的正当利益。例如,申请人提出强制售卖申请时给出的缔约价格如果不符合合理价格的要求,且经法院释明后仍不改变,可视为放弃缔约,确定应强制售卖后直接进入公开拍卖程序。

2. 强制售卖价格的确定

不论是公开拍卖还是强制缔约,在进行强制售卖的过程中,一旦法院认可了强制售卖请求,争议各方当事人所关注的核心问题便基本聚焦于强制售卖的价格如何确定。公开拍卖主要通过司法拍卖的方式实现,就此,《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》已有具体规定。而在强制缔约下,法院并不直接参与交易定价,有意购买待出售份额的要约人在发出要约时便应明确价格,并附上其所提出的价格的估值依据,而受要约人如果对于该价格有异议,同样可以自行委托相关机构进行评估并出具证明。在双方无法就交易价格达成合意时,法院应结合双方提供的评估报告以及案件的实际情况裁定最终的售卖价格。但需注意的是,法院在裁定价格时仍应以尊重当事人意思自治为基础。具体而言,无论待出售份额的市场价格如何,法院最终确定的价格不应低于买卖双方提出的价格中较低者。^[59] 背后的道理在于,当法院在价格确定机制中扮演最终决定者的角色时,其确定价格的行为实质上是在划分整个交易的总剩余。^[60] 法院定价越低,被强制出售份额的业主的生产者剩余相应也就越少。考虑到强制出售的结果是所有权剥夺,在不损害购买份额一方利益的情况下,应当避免减少生产者剩余。而当购买份额一方提出的价格高于市场价格时,说明其主观效用高于市场定价,此时按照主观效用的水平分配资源也不会造成经济效率上的损失。所以,在“新宇公司案”中,考虑到该商铺的实际价值,法院以新宇公司在二审阶段表示愿意将赔偿增加至68万元为基础,对一审赔偿数额判项进行变更的做法应予赞同。

[58] 如果有多个业主表示希望购买且互相之间无法达成合意,首先应按照同等条件出价高者优先的规则进行排序,如果有多个业主提供了同等条件的要约且无法达成共有合意,则应由业主大会通过决议确定该部分区分所有权的利用与处分。

[59] 在香港土地审裁处的土地征收裁决实践中,曾经出现过裁定赔偿金同时低于政府提议数额和当事人请求数额的情况。参见前引[38],林峰文。

[60] 总剩余的概念以马歇尔提出的消费者剩余概念为基础,其等于交易中买方愿意支付的最高价格减去卖者的实际成本。根据福利经济学的观点,当资源配置使得总剩余最大化时便是最有效率的资源配置方式,在此基础上需要进一步考虑的是平等问题,即市场上的各个买者与卖者是否有相似的经济福利水平。相关介绍参见[美]格里高利·曼昆:《经济学原理:微观经济学分册》,梁小民、梁砾译,北京大学出版社2015年版,第156-157页。在正文所述情况下,总剩余已经确定,因而法院在确定价格时所关心的核心问题应该是如何尽可能实现平等。

五、结 语

综上所述，“新宇公司案”中真正引发当事人争议并值得深入研究的，并非所谓的履行费用过高下的违约方解除权，试图以合同履行规则解决该案可谓误入歧途。该案的关键实则在于如何处理区分所有关系下所有权人之间存在的意见冲突，以及在特殊情况下能否强制剥夺部分业主的专有部分所有权。就此问题我国现行法律明显关照不足，相关规定多集中于共有部分或共同管理事务。在现行法的框架下，以《民法典》第 132 条结合第 272 条论证出强制售卖制度当然可以作为权宜之计，但更为合适和彻底的做法，或许是直面这一问题，并在将来的法典修改或特别法中正面规定该制度。^{〔61〕}

Abstract: Former literature on the case of commercial shop sales contract disputes between Xinyu Company and Feng Yumei mainly focused on the defaulting party's right of termination under excessive performance costs, which was a misconception. The undue limitation and expansion of "excessive performance costs", as well as the reasoning from costly performance to termination in the decision, were both wrong. Compulsory sale, which based on the inherent limitations of ownership under condominium relationship and the requirement to prohibit abuse of rights, can serve as the general solution to this case and similar dispute. Its essential lied on the preservation of the community under condominium ownership. Compulsory sale requires both a serious breach of duty and the inability to continue the relationship substantially, and a special majority vote of the owners procedurally.

Key Words: costly performance, the defaulting party's right of termination, compulsory sale, condominium relationship

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

〔61〕 在《民法典》编纂过程中也有学者再次提出应当明文认可建筑物区分所有权剥夺制度。参见陈华彬：《我国民法典物权编所有权规则立法研究》，载《政治与法律》2018 年第 10 期。

民法典语境下交付移转风险规则的 体系联动效应辨识

刘 洋*

内容提要：我国《民法典》在买卖合同一章（第 604 条以下）确立了交付移转风险的规则，这会在《民法典》规范框架内产生体系联动效应，表现为两个方面：一是风险负担配置格局对于物上瑕疵责任可适用性有决定功能；二是风险转移会引发损害向债权人迁移，令其溯源性转嫁的规范通道之型塑成为必要。在前一方面，又须从“时间”和“空间”两重维度切入观察。在时间轴线上，物上瑕疵责任得贯通性地适用于从缔约至合同依约履行的整个期间，风险转移不足以成为物上瑕疵责任适用的时间界限，这植根于风险未转移状态下债务人须为标的物性能质量概括负责的规范机理。在空间方向上，风险转移排除了物上瑕疵责任在非可归责性标的物减损案型的适用；但对可归责于债务人的标的物减损，纵在风险转移后亦应承认规范性“瑕疵”和物上瑕疵责任的成立，而非借用一般履行障碍法予以调整。在后一方面，因风险转移的制度作用而迁移至债权人的损害，亦可能基于规范体系联动的范式引导而溯源归咎至他处。其中，就可控的第三人行为造成的损害作为被转移风险指涉的对象时，应藉“附保护第三人效力契约”机制或经由《民法典》第 1181 条第 1 款第 1 句之准用，赋予债权人以直接请求权，以此疏通该等损害进一步对外转嫁的规范通道，而非求诸比较法上渐遭扬弃的“第三人损害清算理论”。

关键词：风险转移 物上瑕疵责任 时间界限 空间界限 损害转嫁

一、问题的提出

风险负担规则是镶嵌于履行障碍规范体系中的一个亚群落，^{〔1〕} 其制度的构成和型塑无疑受到

* 刘洋，上海财经大学法学院讲师。

本文为 2020 年度上海市哲学社会科学规划课题青年项目“民法典中风险负担制度的基础理论和司法适用研究”（2020EFX003）和 2019 年度上海市浦江人才计划“船舶油污风险防控及损害赔偿”（2019PJC049）的阶段性成果。

〔1〕 参见韩世远、〔日〕下森定主编：《履行障碍法研究》，法律出版社 2006 版，第 25 页。在比较法层面，若以德国法为例，代表性的学理讨论，vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005, C. H. Beck, S. 154, 322.

履行障碍法的整体框架这一先在性条件的制约。但与此同时，风险负担规则自身的立法设计以及由此塑造的风险负担配置格局和转移时点，也能以反作用的方式对履行障碍法产生冲击，从而引发规范内部的彼此牵连和体系联动效应。

这种反作用的一个重要面向就表现为：立法者就风险分配状态所作的价值取舍和风险转移的时间界限形成的政策决断一旦落实于具体的法律规则之上，便直接影响物上瑕疵责任的成立和适用。在物上瑕疵责任因风险负担之转移而被排除的场合，有必要进一步追问，在合同当事人之间因风险现实化而发生的损失，得否经由法体系内其他合适的制度门径对外转嫁。在事实层面言，前述问题关涉当事人法律地位的优劣和面临风险的强弱；从规范角度论，前述问题牵连瑕疵给付的规范调整和法律体系的评价一贯，探究和释明的必要性应予肯定。然而，我国私法学理在此方面却着力不多。既有的关于风险负担制度的研究成果中，不论是聚焦于“交付”行为展开的讨论，^{〔2〕}抑或在整体把握的思维脉络下对风险负担制度内部规范体系所作的梳理，^{〔3〕}还是从法律移植角度对我国买卖合同风险负担规则和《联合国国际货物买卖合同公约》中的风险负担立法模式所作的比较观察，^{〔4〕}视野都尚有局限，即主要致力于风险负担制度自身教义学构造澄清或其规范要素的厘定，未能有效地关照到风险配置的法政策和法规范对于整个履行障碍法体系，尤其是物上瑕疵责任所可能带来的“连锁反应”。

直观地看，这可能与我国私法学理中习惯于把风险负担的适用场景标签化、简单化地固定和指向标的物灭失所导致给付不能的案型有关。可是，只要从《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第604条的文义解释出发即能发现，风险负担规则的风险分配功能，也把标的物毁损所产生的标的物瑕疵状况延纳在内，而这却常遭忽视。鉴于此，本文意图以买卖合同中风险随交付转移的规则为切入点，在体系化思维的引导下，揭示和呈现风险转移规则的现行法格局对于物上瑕疵责任之适用及履行障碍法整体框架所产生的“逆向”影响，期能裨益于风险负担、物上瑕疵责任和履行障碍法的教义学理解与司法适用。

• 211 •

二、风险负担配置格局对瑕疵责任可适用性的决定功能

风险负担配置格局对于物上瑕疵责任之成立及其适用范围均能产生影响，此乃风险负担及其转移规则体系联动效应的一个关键面向。对它的认识，又要从风险转移作为物上瑕疵责任成立的“时间界限”和“空间界限”两个角度切入。

〔2〕 参见赵家仪、陈华庭：《我国买卖合同中的“交付”与“风险转移”》，载《法商研究》2003年第2期；王雪琴：《风险负担规则中的“交付主义”模式之质疑》，载《法商研究》2009年第4期；江海、石冠彬：《论买卖合同风险负担规则——〈合同法〉第142条释评》，载《现代法学》2013年第5期。

〔3〕 参见宁红丽、耿艺：《合同法分则中的风险负担制度研究》，载《私法研究》第3卷，中国政法大学出版社2003年版，第462页以下；崔建远：《风险负担规则之完善》，载《中州学刊》2018年第3期；刘洋：《对待给付风险负担的基本原则及其突破》，载《法学研究》2018年第5期。

〔4〕 参见朱晓喆：《我国买卖合同风险负担规则的比较法困境——以〈买卖合同司法解释〉第11条、14条为例》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第4期；吴志忠：《试论国际货物买卖中的风险转移》，载《中南财经政法大学学报》2002年第6期；李巍：《国际货物销售风险移转问题探讨》，载《政法论坛》2003年第4期；王传丽：《划拨的概念与法律意义》，载《政法论坛》2000年第2期。

(一) 风险转移作为物上瑕疵责任成立的时间界限?

《民法典》第617条是买卖合同中物上瑕疵责任的基础性规范,其规定:“出卖人交付的标的物不符合质量要求的,买受人可以依据本法第五百八十二条至第五百八十四条的规定请求承担违约责任。”从这一规则的文义解释出发,因标的物质量不符合要求而产生的违约责任请求权,唯当出卖人已完成“交付”行为时方可主张。与此同时,《民法典》第604条又将“交付”设定为风险转移的基准时点。于是,在该两条款的关联与整合之下,就生成了一个学理中普遍接受且广为流传的命题,即:物上瑕疵责任的成立须以风险转移为前提,而风险转移的规范机制则直接划定了物上瑕疵责任的时间界限。^{〔5〕}立法层面的实证规范和学理讨论中的基本观念,自然会反映和投射到裁判实践之中。对于物上瑕疵责任的案型而言,一旦面临请求权规范前提的判断时,可说“标的物的瑕疵在标的物风险转移时存在”之语已是习以为常并且理所当然的金科玉律。^{〔6〕}

然而,对于物上瑕疵责任及其请求权为何在风险转移之前被排除的问题,我国履行障碍法的理论研究中,迄今少见认真的省思和讨论。在比较法层面,若以德国私法为参照,《德国民法典》第434条第1款亦存在直接将物上瑕疵的存在与风险移转相挂钩的现象,^{〔7〕}由此引发的结果是:在德国私法学术圈中,“风险负担移转的时点乃为买卖法中瑕疵担保责任的适用添加了必要的时间要素”这一观点也存在相当的市场和附和的声音。^{〔8〕}这就是说,德国民法实证规范的文义解释脉络之下,也极易导出与我国民法典制度框架下相同的结论,即以风险移转的时点为界碑,此前的时段应当排除于瑕疵担保责任法律效果的涵盖范围之外。^{〔9〕}甚至至今仍然有学者从“制度经济学”的角度切入,声援前述观点,强调风险移转对于瑕疵担保责任主张的压抑性功能。^{〔10〕}但另一方面,不可忽视一股潮流是,德国学界主张废除第434条中“风险移转”一词的见解也越发受到重视。^{〔11〕}在2002年德国债法现代化的进程中,履行障碍法作为应时更新的核心内容,买卖瑕疵担保责任制度更是被置于放大镜和聚光灯之下观察,在此背景下,呼吁将“物上瑕疵担保责任”与“风险转移”脱钩的方案浮出水面并受到关注。从债法改革的结局来看,虽“风险转移”之术语依然得以保留,但是,瑕疵担保责任并非唯有在风险移转之后方可适用的命题却正得

• 212 •

〔5〕 参见崔建远:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第446页;宁红丽:《试论出卖人物之瑕疵责任的构成》,载《社会科学》2013年第9期;杜景林:《现代买卖法瑕疵概念的考察》,载《法学论坛》2012年第3期;周友军:《论出卖人的物的瑕疵担保责任》,载《法学论坛》2014年第1期;许德风:《论瑕疵责任与缔约过失责任的竞合》,载《法学》2006年第1期。

〔6〕 参见江苏省常州市中级人民法院(2014)常商终字第479号民事判决书;河北省张家口市宣化区人民法院(2016)冀0705民初540号民事判决书;江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终9209号民事判决书;河南省民权县人民法院(2019)豫1421民初3516号民事判决书。

〔7〕 Vgl. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl., 2017, C. H. Beck, § 4, Rn. 21; auch MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 434, Rn. 50ff; und Staudinger/Annemarie Matusche-Beckmann, 15. Neubearb. Aufl., 2014, § 434, Rn. 160.

〔8〕 Vgl. MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 437, Rn. 6; und Staudinger/Annemarie Matusche-Beckmann, 15. Neubearb. Aufl. 2014, § 437, Rn. 20.

〔9〕 Vgl. BGH 10. 03. 1995 - V ZR 7/94; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil., 12. Aufl., 2017, Verlag Franz Vahlen, § 4, Rn. 82; andere Ansicht siehe aber Bamberger/Roth/Faust, 3. Aufl. 2012, BGB § 437, Rn. 4ff; und Erman/B. Grunewald, 14. Aufl. 2014, BGB § 434, Rn. 68.

〔10〕 Vgl. Jürgen Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 2017, Mohr Siebeck Tübingen, § 2, Rn. 83.

〔11〕 Vgl. Gregor Bachmann, Gefährübergang und Gewährleistung, zum zeitlichen Anwendung des besonderen Leistungsstörungenrechts, AcP 211. Bd., H. 3/4, (2011), 395, 396ff.

到迅速传播和日益广泛的接受。^[12]

深究此一动向形成的根基和正当性，免不了要追问和探寻到底是何种因由的刺激，导致了“风险转移”得以进入立法规则并扮演“物上瑕疵责任”启动机制和时间界限的角色。就此，仍须回归到瑕疵担保责任的属性界定和体系定位。自纵向的历史脉络以观，早期德国法继受并延续了罗马法的思维模式，于买卖交易关系中奉行“买者当心”（caveat emptor）的通行观念，^[13]其投射到私法制度的建设和规范的设计，便以瑕疵担保责任作为独立、并行于违约行为且基于特有法政策考量而生成的“法定责任”为印迹和呈现方式。由此，在买卖瑕疵给付行为的私法规制问题上，便衍生出一般履行障碍法与瑕疵担保责任制度双轨并立、竞争共存的现象。为勘定二者的适用关系，风险转移的时点遂应时成为区隔和界分他们各自辐射领域或覆盖范围的法技术工具。然而，一个世纪的实践早已表明，瑕疵担保的“法定责任说”及建基于此的履行障碍双轨制引发大量评价矛盾和体系悖反，进而招致重重质疑。^[14]2002年通过的《德国债法现代化法》正是围绕着整个履行障碍法的制度并轨与一体化统合而展开。该改革工程的实施和完成，令“风险转移”继续停留于物上瑕疵责任规范前提中的正当性危机更加凸显出来：平行式的双轨制履行障碍法体系既已消除，制度转轨和衔接的需求自亦无存，那么，原本担当着连接点和区界符使命的“风险转移”要素又有什么理由不消失呢？^[15]

况且，据德国私法史学者的溯源性考证，《德国民法典》第434条第1款将瑕疵救济规则与风险转移时点相联结，其实是源自立法者对罗马法的错误解读和翻译。事实上，罗马法中对应性的市政官救济措施的触发和启动，并非与风险转移相联结，而是直接与合同缔结的时点相联结。^[16]这意味着，罗马法语境下的市政官救济完全能够涵盖合同履行的全过程。只不过，在罗马法的规范框架中，随着合同的成立，将同时发生风险转移的法律效果。^[17]缔约告成和风险转移两个时点的完全融合，极易给人带来的误会是，似乎买受人之所以可以物上瑕疵为由寻求市政官救济的庇护，恰由于标的物风险已经转移。而实际上，这背后真正机理的揭示和发掘，恐怕只有在结合罗马社会时空场域中唯以特定物买卖为常态和典型并且合同的缔结能直接促成所有权转移两项要素时，才算走上了正道。也就是说，缔约时点所承载的多重意义和复数功能之中，不是风险转移的伴生效果，而是给付内容瑕疵状态的基本定型，决定了市政官救济通道的开启。

• 213 •

[12] Vgl. Wolfgang Ernst, Sachmängelhaftung und Gefahrtragung, Abgrenzung und Wechselwirkungen in der Dynamik des Vertragsvollzugs, in FS Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, Mohr Siebeck Tübingen, S. 165 und 169.

[13] See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligation, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd, 1990, p. 307; auch vgl. Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, 8. Aufl., 2015, Springer, S. 132.

[14] 双轨制前提下，作为法定责任的买卖瑕疵担保责任与一般履行障碍法规则在时效制度建设方面的冲突，是评价矛盾和体系悖反的典型表现方式之一。Vgl. Giesela Rühl, Die Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche, AcP 207. Bd., H. 4/5 (2007), 614, 614.

[15] 《日本民法典》起初亦继受瑕疵担保责任与债务不履行责任二元并行的“双轨制”，但在长期的裁判实践和学理研究中，越来越多反思和批判的声音开始涌现。日本学者能见善久即明确指出，考虑从什么时点开始可以适用瑕疵担保责任的思维方式本来就是将瑕疵担保责任视为不同于债务不履行责任并且前者作为特别规则的残留现象。参见能见善久：《履行障碍：日本法改正的课题与方向》，于敏、韩世远译，载前引〔1〕，韩世远、下森定主编书，第77页。

[16] Vgl. Jan Harke, Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht, AcP 205. Bd., H. 1 (2005), 67, 75.

[17] 参见〔德〕马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特：《罗马私法》，田士永译，法律出版社2018年版，第443页，边码21。

对上述判断结论,还可从风险转移时点在历史进程中的应时推移及其影响获得印证。在罗马早期,买卖合同主要呈现为现货即时交易形态,缔约、所有权变动、交付基本在同一时点发生,再把风险的转移附着于缔约之时,自然也不会有什么不妥之处。可是,随着历时交易模式的出现和逐渐膨胀,缔约和交付之间就形成了或长或短的时间缝隙,于尚未取得标的物直接占有之前,买受人却已须基于合同成立而承受无法自行掌控的风险,此无异于把买受人的命运置于对方支配之下。这种利益格局难以持久,在照顾买受人利益的价值取向下,风险转移机制所依托的规范基准终推迟至交付时点。该项制度变迁的意旨无非在于,买受人得因而免于为其尚未占有标的物情况下所无从防范的标的物减损、灭失负责,反而言之,交付之前标的物的减损、灭失均应由出卖人承担。可见,风险转移时点的向后推移,非但没有抑制债权人就物上瑕疵寻求救济的内涵,其本旨反倒在于扩大债务人的负责范围和提升债权人的法律地位。

由上可知,自比较法的角度观察,对于摄入“风险转移”用语的《德国民法典》第434条,妥当的解释论方案应当是:迟至风险转移发生之前,只要标的物遭受性能、质量方面的降低、减损,皆须由债务人负责,并可界定为规范意义上的“瑕疵”;而非认为所谓的“风险转移”设定了物上瑕疵责任及其对应请求权得以适用的时间界限。

以此为鉴,回归到我国《民法典》的语境中,自亦不宜将第617条规则的适用主张和瑕疵责任法律效果的发生,限定于风险转移及交付行为发生之后。为此,须排除对该条作反面解释的方案。因为,它虽然从正面以积极的方式确认了,已交付的标的物被发现瑕疵的场合,应当赋予债权人以瑕疵担保责任的相关救济权,但却并没有直接从反面否认,如果尚未交付便已经能够终局性地确认物上瑕疵存在的情况下,径行于风险负担转移之前发动瑕疵担保责任之主张的可能性。只不过,对于“瑕疵”的存在和认定,应由债权人承担举证责任而已。这实际上也是“请求权人须就其所主张的请求权之成立应当具备的构成要件承担举证责任”之一般法理在瑕疵给付救济领域的具体应用和落实。就该举证责任之履行而言,固然不排除某些案型中举证难度的升高或负担的加重,比如瑕疵在性质上属于尚可消除者即为适例,但从反面而言,亦可能出现债务人严肃认真且终局性(ernsthaft und endgültig)地表示拒绝消除瑕疵、瑕疵在性质上属于无法消除者、综合案件事实和相关情事显然可推断出债务人将不会消除瑕疵等^[18]举证难度降低或负担减轻的案型。总之,举证负担不应成为物上瑕疵责任之适用范围延伸及于风险转移之前的障碍。

实际上,类似于上述解释路径,允许债权人在履行期届至之前介入主张契约救济的规范性制度和条款,在我国《民法典》合同编中并非孤例。《民法典》第563条第1款第2项、第578条对预期违约的承认及其责任制度的配套建设,正是为债权人于履行期届至之前打开救济大门的极佳例证。故此,在体系解释的脉络之下,为避免评价矛盾发生和确保体系融贯的实现,^[19]也应当摒弃以风险转移作为物上瑕疵责任必要条件或时间要素的观念。

另外,前已述及,风险转移作为物上瑕疵责任适用之时间界限的观念,历史上原为应对一般

[18] 参见詹森林:《危险负担转移之前,出卖人物之瑕疵担保责任及买受人拒绝受领标的物之权利》,载《台大法学论丛》1992年第1期;颜佑紘:《买受人之拒绝受领权》,载《台大法学论丛》2019年第3期。

[19] 参见雷磊:《融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化》,载《法学家》2012年第2期;方新军:《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现》,载《中外法学》2017年第3期。

和特别履行障碍法的界分机制问题及其规范需求而生成，嗣后又因统合性债法改革方案的推行而消褪。与此恰成对照的是，我国民法的履行障碍制度建设从来就没有因循和袭用僵化的“特定物教条”，以此为基础衍生的“法定责任说”和“双轨制”无由存在；债务人的无瑕疵给付义务在立法（《民法典》第 615 条、第 616 条）、学理^{〔20〕}和裁判实践^{〔21〕}中一向得到认可。这种立足于统合思维而塑造形成的“单轨制”规范框架下，^{〔22〕}并没有调和、界分特殊性和一般性给付障碍法的规范需求，自然也不必假借风险转移的规范机制，追求或达成限缩物上瑕疵责任及其救济效果之适用范围的目标。单从这一点来看，可说我国民法在履行障碍制度的设计上，从一开始就站在了优于《德国民法典》的地基上。

由上可见，不论基于比较法的参照借鉴，还是从我国实证规范的体系、历史解释出发，均不应认为风险转移未发生具有阻碍物上瑕疵责任适用的效果。事实上，只要进一步挖掘风险负担配置的制度本旨和规范功能，恰会导出完全相反的结论。详细而言，风险转移规则及其法定范围的确定本质上是对合同当事人双方法律地位和负责范围的重新调整。精确地说，其主要是对债务人责任范围的限缩与负担的减轻；而债权人方面则会产生此消彼长的对应性变化，即直接导致其责任范围的扩张和负担的加重。反面言之，风险负担的不移转便意味着并且决定了，就标的物性能、质量降低进而偏离于应然状态的情形，不论债务人方面有无过错，其皆须一揽子地承担概括性的责任、自行吸收由此衍生的损失。而这正是物上瑕疵责任的内容。所以，风险尚未移转的状态与买受人对于瑕疵救济权利的主张绝非相互排斥、无法兼容的关系，而正是因为风险负担停留于出卖人方面的状态决定了其应当不分过错地为物上瑕疵承担责任。而从债权人的角度来说，其亦不必等到标的物交付完成、风险转移之后，方才行使瑕疵担保责任制度框架下的各项救济权，提前行权反而能在某种程度上发挥预防性的功能。

• 215 •

这清晰地显示了，买卖合同的法律关系中，于风险负担转移到买方之前，风险负担及相关损失均落于出卖方的肩头。但是，在该基本价值判断的具体执行过程中，又必须借助于物上瑕疵责任制度的规则加以实现。也就是说，物上瑕疵责任制度在风险移转之前的适用，本质上是承担了落实风险负担规则内容的功能。^{〔23〕}简而言之，在风险移转之前的时段区间，以出卖人负担风险损失作为隐藏线索，债权人主张瑕疵担保责任作为外显线索，前者决定了后者应予适用，而后者则是前者的变相表现形式。

（二）风险转移作为物上瑕疵责任成立的空间界限？

基于上文的分析论证可知，在时间坐标的维度，物上瑕疵责任的规范效力实际上得贯通于从缔约至给付义务完全如约履行的整个区间。但就风险转移与物上瑕疵责任互动关系的全面把握而

〔20〕 参见吴香香：《〈合同法〉第 142 条（交付转移风险）评注》，载《法学家》2019 年第 3 期；韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 555 页。也有学者以出卖人的“标的物适约义务”加以指称。参见武腾：《买卖标的物不适约研究》，中国政法大学出版 2017 年版，第 98 页。

〔21〕 参见上海市第一中级人民法院（2017）沪 01 民终 14135 号民事判决书；贵州省高级人民法院（2017）黔民初 137 号民事判决书；呼和浩特市赛罕区人民法院（2017）内 0105 民初 5461 号民事判决书。

〔22〕 详细的分析论证，参见韩世远：《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法》，载《中国法学》2007 年第 3 期；李永军：《论债法中本土化概念对统一的债法救济体系之影响》，载《中国法学》2014 年第 1 期。

〔23〕 参见前引〔12〕，Wolfgang Ernst 文，第 165 页以下。

言,仍有必要在度量的视野中添加“空间”的切口。这一面向的讨论意在勘定风险转移机制对于物上瑕疵责任“物的适用范围”所可能产生的影响。

前已论及,风险转移本身承载着对当事人负担进行调整和更新的功能。在固有内涵的意义上,相较于风险转移之前的区间,债务人于风险转移之后的法律地位得到优待和提升,肇因于非可归责于其的物上减损甚或灭失风险,均已跳转到债权人方面。因而致使标的物性能质量重新出现实然状态低于应然状态的场合,亦排除规范性“瑕疵”之存在。相应地,债权人也无权要求债务人承担瑕疵责任或者主张由此衍生的相应请求权。^[24]可见,风险负担的转移直接压缩了物上瑕疵责任的适用空间和调整范围,致使风险转移时点之后,物上瑕疵责任制度的辐射能力止步于非可归责性的标的物减损现象之门前。这正是风险转移波及物上瑕疵责任“物的适用范围”的表现之一。

不过,设若嗣后肇致物之减损的因素可归属于债务人负责,则由此引发的损失不为“风险移转”的范围所覆盖,^[25]必须转嫁到债务人一边。可有待厘清的是,应依托何种制度路径或借助怎样的规范管道以期有效地实现此种损失转嫁的目标。于此案型,单从外观考量,似乎能将可归责于债务人的标的物减损界定为规范意义上的“瑕疵”,并借以启动物上瑕疵责任的适用。然而,不应忽略的问题是,风险之转移是否会在体系效应上阻塞物上瑕疵责任制度适用的通道。

这种顾虑并非杞人忧天。从我国立法机关所主编的释义书针对《民法典》第617条所作的解释来看,在立法者的理念中,风险转移还构成了瑕疵判断的关键节点。^[26]其实,这种观念在我国学界目前具有相当的影响。有学者明确指出,在买卖物之瑕疵的认定上,应以“风险转移之时”作为基准时。^[27]换言之,只有在风险转移之前即已存在的标的物性能、质量方面与应然状态的偏离,^[28]才能构成规范意义上的“瑕疵”,从而导致瑕疵给付语境下救济手段的触发和相应规范的启用^[29]。反之,若风险转移完成之后出现的减损或性能、质量降低,就已经不再属于瑕疵给付救济手段能够辐射和覆盖的范围了。从效果来看,这种认识实质上通过“瑕疵”概念的外延框限,令风险转移取得了决定物上瑕疵责任及其相应救济制度得以适用的空间范围的功能。

如果把视野扩大至比较法,上述现象在德国同样存在。从《德国民法典》中履行障碍规范框架的设计及其演化历程观察,基于交付行为而引致的风险移转,直接在“物的范围”上严格框定了作为物上瑕疵责任必备要素的“瑕疵”出现的可能场合,^[30]从而也同时划定了物上瑕疵责任可得适用和发挥损失转嫁功能的“空间界限”。由此,只有当风险负担移转之前即已存在,且于

[24] Vgl. Daniela Dylakiewicz, Kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung und allgemeine Prinzipien des Vertragsrechts, eine rechtsvergleichende Untersuchung der deutschen Sachmängelhaftung unter besonderer Berücksichtigung internationaler Entwicklungen, Dissertation der Universität Halle-Wittenberg, 2003, S. 80.

[25] 参见前引[10], Jürgen Oechsler书,边码491。

[26] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第546页。

[27] 参见秦静云、宋汝庆:《论买卖物之瑕疵的认定》,载《河南财经政法大学学报》2017年第3期;卢湛:《现代买卖法瑕疵担保责任制度——以法律原因引用为中心》,载《东方法学》2011年第1期;前引[5],崔建远书,第446页。

[28] 参见金晶:《〈合同法〉第111条(质量不符合约定之违约责任)评注》,载《法学家》2018年第3期;前引[5],杜景林文。

[29] 参见刘怡:《试论我国未来民法典中物之瑕疵担保制度的完善》,载《法学论坛》2018年第3期;王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第291页。

[30] Vgl. Palandt/Weidenkaff, 72. Aufl. 2013, § 434, Rn. 8; auch siehe AnwK-BGB/Büdenbender 2005, § 437, Rn. 7.

风险移转当时未被消除的性能偏差，才能认定为“瑕疵”，并受物上瑕疵责任的规范调整。^{〔31〕}反之，若风险转移之时并无瑕疵，仅仅嗣后由可归责于债务人的因素引发的物上减损，虽亦应予以救济，但却并非通过债法分则专为买卖合同设计的瑕疵担保责任这一特殊制度，而是应当返回债法总则，以《德国民法典》第280条作为请求权基础，求助于积极契约违反的方式加以实现。^{〔32〕}也就是说，站在《德国民法典》实证规范的框架下，风险负担对于整个履行障碍法体系的反作用还表现为，它将自身融入成为瑕疵救济请求权之构成要件意义上的“瑕疵”判定的前提，先在性地规定了物上瑕疵责任制度的适用空间，并直接型塑了债法分则与总则之间的交互关系。举例来说，如果出卖人交付货物于第一承运人时，未能合理妥善地履行包装义务，但标的物本身并无质量、性能等方面的瑕疵。在此场合，风险负担的移转将不受影响。然若在途货物恰因包装纰漏而遭受减损，此时便须否认“瑕疵”的存在与物上瑕疵责任特殊规则的适用。^{〔33〕}如欲令瑕疵标的物的修理、更换等更适当的救济方式重新成为可能，除非迂回至债法总则损害赔偿法的规范群落，借“恢复原状”的手段（《德国民法典》第249条）落实“损害赔偿”的目的和效果，^{〔34〕}否则别无他法，瑕疵担保责任特有的修补履行或者替代交付的救济方式将被排除适用。在此意义上，德国债法改革后，就履行障碍法的体系而言，分则买卖合同的瑕疵担保责任存在相当的特殊之处，改革之初所预设的整合目标，仍旧未能完全实现。^{〔35〕}

回归到我国《民法典》合同编，须特别注意的是，从外在体系来看，作为瑕疵担保责任诸种救济方式的规范基础，《民法典》第582条直接位于合同编通则。这便已经与德国债法的规范体系设置有所不同。^{〔36〕}更何况，该条所要求的适用前提中，唯以“履行不符合约定”的状态为必要条件，至于引发该状态的因素究竟出现于风险移转之前抑或其后，却并不具有《德国民法典》债法框架中那般重要的规范意义，亦非我国《民法典》瑕疵履行救济制度进行规范评价的对象。因而，德国法背景下，风险负担之移转对于物上瑕疵责任嗣后适用如此强烈的排斥效果，不宜直接植入对我国履行障碍法相应规则的解释适用之中。^{〔37〕}所以，即便风险移转之后，只要合同义务的内容尚未得到完全履行，嗣后再因为可归责于债务人的事由导致标的物性能质量低于应然状态，没有理由不承认规范意义上“瑕疵”的存在以及物上瑕疵责任的适用和调整。^{〔38〕}

一般而言，前述所谓“可归责于债务人的因素”往往由债务人附随性义务或者保护性义务的不完全履行而引发，比如货物包装不善、承运人选择不当、运输指示错误、航线选择疏失等等。诸如此类的场合，标的物本身并无瑕疵，风险自应移转。只不过，如若嗣后标的物自身亦受殃

〔31〕 Vgl. AnwK-BGB/Büdenbender 2005, § 434, Rn. 84 und 85.

〔32〕 参见前引〔10〕，Jürgen Oechsler书，边码88。

〔33〕 Vgl. Malte Stieper, Gefahrtragung und Haftung des Verkäufers bei Versendung fehlerhaft verpackter Sachen, AcP 208. Bd., H. 6 (2008), 818, 845.

〔34〕 参见李承亮：《损害赔偿与民事责任》，载《法学研究》2009年第3期。

〔35〕 参见前引〔10〕，Jürgen Oechsler书，边码80、83；Vgl. Haas, NJW 1992, 2389.

〔36〕 有学者指出，《民法典》第582条已成为我国法语境下不完全履行的一般性条款，我国履行障碍法采取的是纯粹的救济进路作为规范建构理念，与德国履行障碍法差异明显，此观点和论证富有启发性。参见武腾：《救济路径下不完全履行的定位和效果》，载《法律科学》2021年第3期。

〔37〕 参见王利明：《中德买卖合同制度的比较》，载《比较法研究》2001年第1期。

〔38〕 参见余延满：《货物所有权的转移与风险负担的比较法研究》，武汉大学出版社2002年版，第286页。

及,则须受瑕疵担保责任的规制而已,^[39] 风险移转的事实亦不足以对此有所妨害。

综上所述,风险负担规则不单是履行障碍法的重要组成部分,与此同时,它也能对履行障碍法产生非常重要的反作用。不论是对双方当事人法律地位和利益格局以法定的方式重新调整,抑或于风险移转之前,转用物上瑕疵责任的途径实现风险分配的内在功能,还是物上瑕疵责任的适用空间在风险移转完成之后的限缩与适用性的维持,可说均直接或者间接地联系着风险负担规范的正面功能或者反射效应。这也恰恰体现了大陆法系规范框架中相当重要的体系关联的思维方式。

另外,前述分析也展示了,就我国履行障碍法的体系而言,瑕疵担保责任整合入债法总则的力度,已经远远超越于改革之后的德国债法。不仅在构成要件上,“瑕疵”不被限定于风险移转之前,而且在法律效果上,瑕疵担保责任成立之主张也不必等待风险移转之后。从这个角度来看,我国履行障碍法规范框架下的物上瑕疵担保责任,不仅在外在体系上立足于债法总则,^[40] 而且在内在体系上,也俨然呈现出一般性规范的明显特质。^[41] 在这个意义上可以说,我国《民法典》合同编在履行障碍法规范体系的建构上,采纳和贯彻的思路乃是统合制和一元化的路径。^[42] 至于检验期间与通知义务的规定,不过是根据买卖合同法自身所调整对象而做出的补充性规定,^[43] 无法改变制度整合的事实。这相较于德国债法框架下买卖合同法瑕疵担保责任与债法总则履行障碍法关系上依旧残留的割裂或者二元对立,^[44] 有明显的不同。围绕这一论题,我国民法学术界曾经一度展开热烈的讨论和激烈的争辩,且形成“二元竞合论”与“一元统合论”的观点对立,^[45] 迄今尚未能达成共识。对此,如果从买卖合同价金风险及其对于瑕疵担保责任与履行障碍法体系反作用的角度切入观察,或许能够为问题的消解和共识的达成提供一种别样的视野。基于前文的释论,在上述两种对立的观点中,一元制及统合论更加契合我国《民法典》合同编实证规范的内容与体系架构,且在某种意义更能迎合未来契约法发展的基本潮流和趋势。

三、基于风险转移的损害错置及其填补路径

风险转移规则在与履行障碍法互动的过程中,还可能引发损害的迁移或错置,进而令此种损害转嫁管道的疏通或其填补路径之探寻成为颇值关注的问题。此乃风险转移规则之体系联动效应

[39] 同旨参见李大何:《论附随义务及其救济方式》,载《浙江工商大学学报》2018年第2期。该文中,作者明确指出,附随义务的保护对象并非仅限于固有利益,同样存在着将履行利益或积极利益纳入辐射及覆盖范围内的空间,故违反附随性义务的场合,完全可能导致“修理、重作、更换”等瑕疵责任制度框架下所特有的救济手段适用的结果出现。

[40] 我国《民法典》虽未设置形式意义上的债法总则,但仍应承认,合同编通则大量条文其实担当了债法总则性规范的功能和角色。司法实践中,只要裁判者精准辨识,就能妥当地确定相应法条的体系定位。换言之,形式债法总则的欠缺,并不影响对我国《民法典》中实质意义上债法总则规范群的承认。参见翟远见:《论民法典中债总规范的识别与适用》,载《比较法研究》2020年第4期。也有学者鲜明地提出,我国《民法典》合同编存在着“四阶层”的构造,其第一层也是适用范围最广、位阶最高一层的规范,便是实质意义上的债总规范。参见张谷:《民法典合同编若干问题漫谈》,载《法治研究》2019年第1期。

[41] 就内在体系与外在体系之贯通互动,详参方新军:《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》,载《法制与社会发展》2019年第2期;朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,载《中国社会科学》2010年第6期。

[42] 同旨参见前引[22],韩世远文;严之:《物之瑕疵担保责任制度的发展及其在我国〈合同法〉中的定位》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第3期。

[43] 一个批判性的分析讨论,参见武腾:《合同法上难以承受之混乱:围绕检验期间》,载《法律科学》2013年第5期。

[44] 参见王洪亮:《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约过失责任》,载《法律科学》2005年第4期。

[45] 参见崔建远:《物的瑕疵担保责任的定性及定位》,载《中国法学》2006年第6期。

的另一个面向。

具体而言，这种损害迁移现象的发生，集中于风险转移之后非可归责性因素造成标的物减损的场合。从直接的结果来看，此等案型中的物之减损，正是风险转移指涉的对象和涵括的内容，因而首先由买受人承受。^{〔46〕} 但若有意地追究和发掘背后的原因，便可发现该“非可归责性因素”的概念之下，涵盖了形形色色的具体表现形式。不同惹起原因的脉络之下，损害的进一步归咎和转嫁或许是可能的，故有必要再作考察。为此，可运用类型化的思维工具，将“非可归责性因素”整合区分成不可控的自然、社会性因素和可控的第三人行为两种基本情况。

对于不可控的自然、社会性因素来说，其表现形式同样丰富而多元。它既可以呈现为伴随着运输过程而存在的典型危险，比如装卸及在途磨损、温度变化而引发自燃、海水冲刷产生水渍等不可控的自然事件，^{〔47〕} 还囊括了长途乃至远洋运输过程中屡见不鲜的没收（征收）、^{〔48〕} 战乱或者其他不可控第三人导致标的物毁损灭失等社会性因素（比如海盗）^{〔49〕}。当然，不论自然事件抑或社会性的因素，二者在法律效果方面的相同之处在于，它们都不是源于出卖人的作为或者不作为，其损失皆归属于债权人承受，并且债权人还无从借助于一定的规范管道将前述损害对外转嫁，除非存在保险机制的介入。不过，当存在保险合同之时，债权人多具有受利益第三人之法律地位，从而能够取得直接的保险金请求权，或者亦可经由代偿请求权的主张和适用，令保险金请求权归属于自己。这时的法律关系清晰明确，无待多论。

但若“非可归责性因素”导源于可控的第三人行为，这种案型中的利益格局与法律关系图景便呈现出另一种样态，故须详述。举例言之，出卖人将标的物交付给独立的第三方承运人，而运输途中，因承运人的过错导致标的物严重损毁。于此场合，买卖合同上的价金风险已经随着标的物交付运输而从出卖方转移到买受方。纵使毁损灭失因承运人的不当行为导致，鉴于交付完成之后的运输行为已非出卖人的义务内容，亦超出其负责的范围，该承运人并非“债务人为履行其自身的义务而自愿纳入行为领域”^{〔50〕}，故不得被界定为履行辅助人。从而，承运人的过错不得被归属为债务人负责的对象，亦即此时标的物上出现的毁损灭失乃因不可归责于债务人的因素导致。根据《民法典》第 607 条，该损失性质上属于风险的现实化，由买受人负担：一则其不得主张出卖人承担违约责任；二则，其自身根据买卖契约负担的价款义务不受任何影响。^{〔51〕} 然而，尚待

• 219 •

〔46〕 参见四川省成都市中级人民法院（2021）川 01 民终 14322 号民事判决书。本案涉及批量化的酒品买卖合同，出卖人办理托运并将标的物交付第一承运人后，货物在途灭失，买受人遂以未收到货物为由要求解除合同、返还已支付的货款和赔偿损失。法院以风险随交付行为的完成而转移为据，驳回买受人诉讼请求。实践中采用此种裁判思维并验证该种结论的案例十分常见，比如浙江省杭州市中级人民法院（2019）浙 01 民终 6639 号民事判决书、四川省自贡市中级人民法院（2020）川 03 民终 3 号民事判决书、辽宁省鞍山市中级人民法院（2020）辽 03 民终 2187 号民事判决书、湖南省永州市中级人民法院（2019）湘 11 民终 331 号民事判决书等。

〔47〕 参见江苏省无锡市新吴区人民法院（2017）苏 0214 民初 4244 号民事判决书。

〔48〕 参见江西省宜春市中级人民法院（2021）赣 09 民终 133 号民事判决书。

〔49〕 Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., 2014, C. H. Beck, § 75, Rn 56.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., 1986, C. H. Beck, § 42, S. 102; Staudinger/Roland Michael Beckmann, 15. neubearb. Aufl. 2014, § 447, Rn. 26; Soergel/Huber, 12. neubearb. Aufl. 1991, § 447, Rn. 63ff.

〔50〕 Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., 2017, De Gruyter, § 70, Rn. 826; 前引〔7〕, Brox、Walker 书, 第 3 节, 边码 29。

〔51〕 不同观点, 参见 Dietrich Schultz, Preisgefahr und Gehilfenhaftung beim Vesendungskauf, JZ 8/1975, 240, 240 ff.

澄清的问题是, 承运人的不当行为或者过错应当如何处理, 债权人如欲将损害向可归责的承运人归咎, 又应当借助于何种适当的制度路径。^{〔52〕}

就此, 通常情况下, 出卖人与承运人之间订立了运输合同, 而且, 在途货物于其灭失之时, 所有权亦保留在出卖人方面。^{〔53〕} 由此, 可供出卖人选择的路径, 除了可以是契约上的损害赔偿请求权, 侵权损害赔偿请求权也不无可能。不过根本性的障碍却在于, 出卖人并不存在需要填补的损失。究其原因, 其通过买卖合同订立而意欲获得的经济利益——价款——已经得到绝对的固定和保障。况且, 通过该买卖契约的履行, 其初衷本来就不欲继续保留该标的物的所有权。因此, 出卖人不得向承运人主张损害赔偿责任。

作为与出卖人相对的一方, 买受人虽然履行了全部的价金支付义务, 而物上利益的享有却未能如愿。且不言标的物所有权尚未转移, 即便标的物上的实际占有权能都无从获取。^{〔54〕} 更有甚者, 设若买受人已经提前与其他第三人达成转卖契约, 不仅其通过转卖行为所可能赚取的增值利润消灭, 后手交易对象完全有可能主张其承担违约金给付或者损害赔偿等违约责任。诸此种种表明, 因物之毁损灭失衍生的损害已经转移到买受人一边。而问题的症结却在于, 买受人与承运人之间既无契约关系, 又由于买受人所有权的缺乏而不得主张绝对权(所有权)侵害的损害赔偿请求权。^{〔55〕}

至此, 风险转移规则所肇致的体系悖论和规范冲突之窘境得以揭示: 出卖人固然享有请求权基础, 但“损害”这一规范要件的不备, 足以将其该请求权掏空和虚置; 与此相对, 买受人尽管遭受了实实在在的损害, 而主张损害填补所必要的请求权规范基础却无处找寻, 这使其主张损害赔偿的要求失所依托。^{〔56〕} 设若严格拘泥于这一形式逻辑, 将造成受损害人保护不足、加害人却脱逸法外的不当结果。显然, 这种利益格局因有悖于正义的法感而令人难以接受, 应予修正。为此进行纠偏的具体方法选择上, 无非存在两种可能的途径, 即令出卖人或者买受人其中一者取得针对作为加害方的第三人的损害赔偿请求权。以下, 将分别就这两种可能的损害赔偿实现路径展开分析。

首先, 若采进路一, 即允许出卖人直接向承运人主张损害赔偿, 又可能存在契约上的损害赔偿请求权与侵权损害赔偿请求权的竞合。虽然从举证责任之轻重与加害人免责可能性之大小出发, 学理上一般认为, 契约上的损害赔偿请求权对于请求权人更加有利,^{〔57〕} 但是此种情境下, 请求权的选择并非有待解决的首要问题, 损害要件缺失才是根本阻碍。在我国现行民法的规范框架内, 目前尚未有合适的工具突破此一困局, 为出卖人的直接损害赔偿请求权打通规范渠道。考察我国审判实践中涉及风险转移所致的损害错置案型, 会发现司法者往往存在如下裁判趋势或

〔52〕 此乃我国交易及裁判实践中的常见纠纷, 比如上海市高级人民法院(2007)沪高民四(商)终字第13号民事判决书、广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终21645号民事判决书均属典型代表。

〔53〕 司法实践中, 也有些法院认为随着货物交付第一承运人, 标的物所有权便直接转移到了买受人一边。参见广东省湛江市中级人民法院(2021)粤08民终1583号民事判决书。不过, 货交第一承运人并非完成向买受人的交付, 在我国法语境下能否导致动产物权的直接变动实际是有疑问的。这在本案判决中却被完全忽略, 故判决径直认定货交第一承运人导致物权转移显得武断、值得商榷。

〔54〕 参见河南省高级人民法院(2020)豫民申5574号民事裁定书。

〔55〕 Vgl. Jochen Bernhard, Holschuld, Schickschuld, Bringschuld-Auswirkung auf Gerichtsstand, Konkretisierung und Gefahrübergang, JuS 2011 (1), 9, 12 ff.

〔56〕 相同的问题意识和分析描述, 也可参见朱晓喆:《寄送买卖的风险转移与损害赔偿》, 载《比较法研究》2015年第2期。

〔57〕 Vgl. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl., 2017, C. H. Beck, § 20, Rn. 39.

倾向，即一方面基于风险的转移而否认债务人的责任承担，另一方面习惯性地将损害赔偿的实现或赔偿请求权的主张引向债权人和承运人之间的关系中。^{〔58〕}个中原因，应当说出卖人方面损害要素的欠缺扮演着不可忽视的角色。于此背景下，若将视线投向比较法，或许能借横向比较之助力为问题解决方案的形成提供启示。以德国为例，也是为了该种问题的有效解决，其法学界发展所谓的“第三人损害清算理论”。其要义是，在请求权与损害相割裂的案型中，为了防止加害人不当免责，从公平正义的基本观念出发，例外地突破“请求权人不得要求赔偿己身之外第三人所受的损害”这一损害赔偿法基本原则，^{〔59〕}使用“损害向请求权人处转移”的法技术，^{〔60〕}借以填补损失缺乏的空隙，从而扫清出卖人主张损害赔偿请求权的道路。只不过，此时所请求的赔偿，并非填补卖方自己遭受的损害，而是作为买受方损害清算的工具而已。该道路固然缓解了债法上风险转移引发的损害赔偿法困局，却滋生了另一重窘境，即损害赔偿的范围应当如何划定。究竟仅限于该标的物的实际价值，还是应以买卖合同的价款额度为准，抑或买受人逸失的转卖利益以及可能承担的损害赔偿责任亦可纳入赔偿范围？对此问题的解答与澄清，该理论显得捉襟见肘，甚至置之不理，^{〔61〕}以至于无法为损害赔偿义务人法律地位的安定性提供充分的防护。

当弊端随着时间的推移而愈发暴露出来，在此起彼伏的批评和反思浪潮中，要求完全废弃该理论的声音日益占据主导地位。为加速该“第三人损害清算理论”的死亡进程，新的解决方案应运而生。其中值得关注的一种观点是：探寻出路必须回归问题的缘起，而该语境下问题之产生，主要生发于风险转移与所有权的分离。所以，问题的解决也必须从此处入手。为此而不得不强调，债法上风险负担规则的根本目的在于，调整契约当事人之间的内部关系，并且主要局限于契约上的价款请求权何时应当被绝对性地固定下来。然而，与其他第三人的外部关系，却已经跃出了该规范预设的调整范围之外；^{〔62〕}相应地，免除第三人本来应负的损害赔偿责任，自然亦非其期待的效果^{〔63〕}。鉴于此，在进行损害赔偿法上的规范评价时，应当直接忽略债法上风险负担规则的存在。在此基础上，出卖人的损害赔偿请求权便可以顺畅地请求、主张和完全实现。其后，再重新回归到契约内部买卖双方关系的平衡上。在这个环节，再赋予买方以代偿请求权，通过债权让与，即可实现损害赔偿请求权从出卖人向买受人的转移。^{〔64〕}

可见，这一方案的核心思想在于对风险负担与所有权的关系进行调整，精确地说，主要是变

• 221 •

〔58〕 比如陕西省西安市中级人民法院（2019）陕01民终12006号民事判决书、山东省潍坊市中级人民法院（2014）潍商终字第317号民事判决书、山东省德州市中级人民法院（2016）鲁14民终1605号民事判决书等案中，皆清晰地呈现出此种判决逻辑和惯性。

〔59〕 Vgl. Ulrich Bubenbender, Wechselwirkungen zwischen Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation, JZ 19/1995, 920, 920; „daß der Anspruchsinhaber stets nur seinen eigenen Schaden, nicht aber den Schaden eines Dritten geltend zu machen befugt ist.“

〔60〕 Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl., 2015, C. H. Beck, § 64, Rn. 864. „schlagwortartig kann man also sagen, dass bei der Drittschadensliquidation der Schaden zum Anspruch gezogen wird.“

〔61〕 Vgl. Frank Peters, Zum Problem der Drittschadensliquidation, AcP 180. Bd., H. 4 (1980), 329, 372.

〔62〕 参见江苏省无锡市锡山区人民法院（2018）苏0205民初2055号民事判决书。本案涉及大批量的墙地砖买卖合同，标的物在途因承运人过错而浸水全损，买受人针对承运人提起损害赔偿之诉，裁判文书明确指出：货交第一承运人的风险转移规则“只是对买卖合同双方的风险负担规定，并非对运输合同双方的规定”，承运人不得以此为由拒绝承担自己过错导致的货物损失。

〔63〕 参见前引〔61〕，Frank Peters文，第345页。

〔64〕 参见前引〔59〕，Ulrich Bubenbender文，第921页。

更风险负担的状态,使之与所有权的归属保持一致。于此,便产生如下疑问,即:既然能够对风险负担规则加以扭曲,使之服从于所有权归属,^[65]那么,为何不能从反面入手,以风险负担规则为纲,而所有权归属随之作调整。况且,从利益归属的角度来看,交付主义风险负担规则之所以能够打破债务人主义的基本原则,其正当性基础恰在于,交付乃是买卖契约履行的核心要素,借此基本上实现了经济意义上所有权的实质性转移。本着“风险利益相一致”的基本原则,有必要赋予交付行为以转移风险负担的功能与法律效果。更为重要的是,后一路径经由“请求权向损害处转移”的法技术运用,能够使买受人本人获得针对承运人的损害赔偿请求权,不仅免除了经由代偿请求权之转介及债权让与而完成追索求偿的繁琐与曲折,并且有效地隔离了出卖人破产的风险,^[66]使其救济的获取和满足不会因出卖人破产而受殃及,显得更加合理和可行^[67]。于是,思维的脉络自然地引导到另一个方向,即买受人的赔偿请求权及其规范构造。

如欲切换并尝试通过转向第二条路径来建构恰当的规范通道,就要使买受人自行取得针对承运人的损害赔偿请求权,这与我国司法实践的通常判决模式和努力方向相吻合。不过,此目标的达成,尚须依托于具体、适切的制度管道。检索审视我国裁判实践,可以提取出一种频繁见诸判决书的理由说辞,其多以买受人与承运人之间存在所谓的“事实上的运输合同关系”为名,^[68]推导出买受人由此可针对承运人直接主张赔偿请求权的结论。不得不指出,“事实上的运输合同关系”的概念运用,极易引发“事实契约说”的联想。而在纵向时间轴的视野中,该说早已在理论变迁和演进的历程中遭到扬弃,^[69]故司法实践中的此种论证路径并不值得赞同。鉴于此,仍应另行探索妥当的规范路径。如从请求权基础搜寻的角度出发,可首先考虑经由“附保护第三人效力契约”的渠道实现买受人方面请求权获取的效果。为此,又要在案情事实(小前提)与规范要件(大前提)之间的匹配度进行目光往返和逻辑检验。尽管当事人可以根据个案的具体情形,针对合同内容作出个性化的特殊约定,但不应否认从教义学构造的视角切入并提炼出规范共性的可能性。基于学理通说中的共识,“附保护第三人效力契约”之适用所要求的前提条件包括:第三人须与债务人之给付义务及其履行具有“接近性”,以致其亦应被纳入基础合同关系的保护范围内;基础合同中的债权人须为第三人的“忧戚”或“福利”负责,从中导出债权人要求把第三人利益纳入基础合同保护领域存在充分且正当的理由;第三人对于债务人是可预见性的;第三人须值得保护。^[70]对应到寄送买卖中,虽然运输合同大多由出卖人与承运人直接缔结,而被运输的标的物却以买受人作为收货人,且由其承受全部意外毁损、灭失之风险。可见,买受人与运输

• 222 •

[65] Vgl. Stamm, Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation im Wege eines originären und rein deliktsrechtlichen Drittschadensersatzanspruchs analog § 844 Abs. 1 BGB, AcP 203. Bd., H. 3 (2003), 367, 385ff.

[66] Vgl. Thomas Henn, Zur Daseinsberechtigung der so genannten „Drittschadensliquidation“, 2011, Duncker & Humboldt Berlin, S. 294 ff.

[67] 参见山西省运城市中级人民法院(2021)晋08民终2079号民事判决书。此案出卖人收款后将标的物交付承运人(本案第三人),法院明确指出:“第三人应按照约定将货物运送到原告处,交付给原告,而第三人至今未能将货物交付给原告,应承担货物不能交付的损害赔偿责任。”

[68] 参见江苏省无锡市锡山区人民法院(2018)苏0205民初2055号民事判决书、山东省潍坊市中级人民法院(2014)潍商终字第317号民事判决书。

[69] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第186-188页。

[70] 参见前引[57], Brox、Walker书,第33节,边码8以下。

契约的接近性及罹于风险的可能性应予肯定。而出卖人在买受人保护上的利益主要体现为，出卖人须做好充分的运输准备、谨慎选任运输人、合理指示并确定最佳运输路线、妥善包装标的物等保护性义务。更何况，运输契约的订立与履行也正是为了买卖契约的履行和结清。^{〔71〕}至于承运人对于第三人存在的预见可能性，考虑到货物恰以买受人作为最终交付的对象，肯定此一要件的满足应无障碍。最后，由于买受人并不享有直接针对承运人的契约上履行请求权，故有必要对其给予特殊的保护。职是之故，于此场合，应当认可借“附保护第三人效力契约”的制度使损害赔偿请求权的主体范围扩张及于第三人（即买受人），允许其直接针对承运人主张损害赔偿，令“有损害但无请求权”的困局得以化解。我国《民法典》尽管并未直接将“附保护第三人效力契约”的制度固定下来，但这完全可以借助补充性的合同解释或依托诚信原则推导生成。^{〔72〕}

当然，若契约上某些特殊因素或者当事人特别约定，排除了契约请求权主体范围扩大的可能性，则通过侵权损害赔偿请求权实现买受人的保护，也是值得考虑的突破口。前文曾提及，从风险转移之后法定的利益归属状态出发，可以经济视角下的所有权实质转移为由，修正所有权状态以适应风险移转的法律利益格局，达成赋予买受人以直接请求权的目的。不过，所谓的“经济性所有权实质转移”毕竟无法在实证法的规范体系中寻得确实的法条依据。因而，此种将经济生活中具体的商业现象混同于规范概念的思维方式难获赞同。不过，在侵权法的规范框架中，类如寄送买卖的法律关系，同一侵权行为导致实际损害转移至绝对权享有者以外第三人的情形并非绝对地无从寻找。恰相反，在生命权侵害的案型中，该“损害转移至别处”的状况并不鲜见。举例来说，根据我国《民法典》第1181条第1款第1句的规定，因侵权而死亡者的近亲属有权要求侵权人承担侵权赔偿责任。这一规则调整的对象正涉及绝对权（生命权）被侵害之后，损失却于并非该权利实际享有者的第三人（近亲属/死者承担抚养、扶养、赡养义务的人）处发生的情形。为应对该特殊状况，该条直接赋予第三人以法定的损害赔偿请求权。从法律关系与利益格局的基本构造观察，寄送买卖与之并无根本性的分殊。因而，可以通过类推适用的方式，^{〔73〕}将《民法典》第1181条第1款第1句的规则直接准用于寄送买卖的案型，^{〔74〕}一则能实现第三人（买受人）利益的有效保障，防止本该承担赔偿责任的侵权行为人（承运人）不当免责，二则，也不会向原本并无契约上请求权的第三人提供过分的优待，殊为可取，值得赞同。

对比前述两个路径可知，寄送买卖中之所以出现此种损害赔偿的困局，主要根源于所有权与风险负担未能完全实现同步的变动。相应地，补救之途也便在于，弥合二者之间的鸿沟与缝隙，最终使请求权基础与损害之所在同归一处。审视比较法的范式可知，德国学理为解决该问题而发展出的“第三人损害清算理论”存在损害赔偿范围不确定、制度繁复等难以克服的缺陷，不值得采纳和推崇。相反，“附保护第三人效力契约”的理论既能承担起促使请求权与损害再次粘合的重任，又与我国审判实践在此类案型中的一贯趋向相合致，颇值践行。从比较法的动向来看，德国法律改革与学术观点的变迁历程也能清晰印证此种方案的合理性。具体而言，德国1997年运

〔71〕 参见前引〔65〕，Stamm文，第396页。

〔72〕 Vgl. Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl., 2019, Verlag Franz Vahlen, § 9, Rn. 5 und 6.

〔73〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第258-267页；屈茂辉：《类推适用私法价值和司法适用》，载《法学研究》2005年第1期。

〔74〕 类似观点，参见前引〔65〕，Stamm文，第366页以下。

输法 (Frachtrecht) 改革进程中, 其立法者考虑到因寄送买卖而订立运输契约的案型, 该运输服务不仅时间上紧随买卖合同之后, 而且契约履行所追求的终极目的也是以促成买卖合同的完全履行为导向, 这些使得运输合同中“保护第三人”的特质尤为明显。结果, 修订后的运输法明确肯定了收货人 (买受人或其代理人) 针对承运人直接享有损害赔偿的请求权。^[75] 另外, 即便个案的特殊情形或者契约当事人的特别约定排除了这一道路, 也能够借类推适用的方法, 将《民法典》第 1181 条第 1 款第 1 句的法理思想转用于此, 赋予买受人以直接的损害赔偿请求权。这就对出卖人—承运人—买受人三方各自的利益均给予了充分的关照, 是解决问题的最佳路径。

四、结 论

基于交付的风险转移规则, 在我国私法实证规范体系中已经确立有年。然而可惜的是, 我国民法学理中对于该规则的认识, 迄今似仍未成功地发掘其“潜藏于水下”的另一面, 即其与物上瑕疵责任的适用之间密切的互动关系以及由此衍生的损害迁移效果和转嫁通道之型塑。如今随着民法典时代的到来, 理论研究和司法适用对于体系性的思维和视角的呼唤与需求, 比以往任何时候都更强。在此背景下, 考察和厘定风险转移规则的体系联动效应于理论及实务层面皆有不可小觑的意义。

就此种体系联动效应的辨识, 首先可从风险转移机制及其配置格局对于物上瑕疵责任之适用范围的影响切入。这一宏观视野之下, 又可析取出横向的“时间”维度和纵向的“空间”维度两个切面加以揭示。在“时间”维度的坐标轴上, 从风险负担及其转移规则本身对于合同当事人法律地位和负担轻重的调节功能出发, 恰恰是风险未转移的状态决定了, 债务人须不分过错地对于标的物性能、质量的降低和减损一揽子地承担概括式的责任, 进而导出物上瑕疵责任即便在风险转移之前亦可适用的结论。于“空间”维度的延伸线上, 在风险转移完成之后, 基于风险转移的规范机理, 非可归责于债务人的标的物减损正是被转移风险的内涵所指, 物上瑕疵责任之适用于此被径直排除; 不过, 一旦债务人就风险转移后标的物的性能、质量之降低和减损仍存可归责性, 则依然要承认规范意义上“瑕疵”的发生和瑕疵救济请求权的成立。由是可知, 风险转移并未划定物上瑕疵责任的时间界限, 也不足以阻碍物上瑕疵责任得从缔约到合同完全依约履行整个期间的贯通性适用; 但从“物的范围”出发, 风险转移之后, 物上瑕疵责任的适用面临着“空间界限”的框定。由此看来, 风险配置格局其实决定了物上瑕疵责任的可适用性及其辐射领域的广狭。

风险之转移导致非可归责性的损失向债权人方面迁移, 在此利益格局下, 进一步追溯损失发生的缘由和源头, 债权人得否将自己蒙受的损失再次对外转嫁和归咎的问题便浮出水面。此属风险转移规则体系联动效应辨识的第二重任务。循此脉络探究, 损失源头植根于可控的第三人行为之案型, 须澄清的问题是: 应经由何种制度途径或规范管道, 令债权人之损失向第三人的转归成为可能和可行。

就此, 比较法的学理中曾提出所谓的“第三人损害清算理论”以为应对之策。但因其未能妥善界定赔偿范围, 以致沿循不同的规范依托可能导出殊异的结果, 又无法摆脱过分造作和繁复之

[75] Vgl. Oetker, Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation, JuS 2001, Heft 9, 833, 841.

讯，且这一构造模式下，债权人须承受债务人破产的风险，故目前而言，该范式已在此起彼伏的批评声浪中渐遭扬弃，不宜引入我国现行法的框架。立足于我国民事立法的现行状态，可以站在“附保护第三人效力契约”制度的基点，使债权人得在承运合同“第三人”身份的庇佑之下，被纳入承运合同的保护领域；或在“附保护第三人效力契约”之制度门径难以畅行的场合，借助于《民法典》第1181条第1款第1句所蕴含法理思想的提取和准用，赋予债权人以针对第三人的直接请求权，由此跨越因损害和请求权相割裂离散所形成的规范鸿沟，促使债法上风险转移的效力得到恰当界定，并在体系联动的视野下实现损害迁移和顺畅溯源、精准归结的效果。

Abstract: The risk shifting rules on account of delivery can lead to system effects within the framework of the Civil Code, and this kind of system effects is to be divided into two aspects. Firstly, the risk allocation determines the applicability of seller's liability for defects in things. Secondly, the shift of risk will result in the migration of damages to creditors, making it necessary to form a normative access for the further recursion of damages. The former respect of system effects can be observed from the perspectives of "time" and "space". On the time axis, the liability for defects in things can be applied throughout the whole period from the conclusion of the contract to its complete performance. The shift of risk is not to be qualified as the time limit for the application of liability for defects in things, which is rooted in the normative mechanism that the debtor undertakes an overall responsibility for the subject matter's quality when the risk is not shifted. In the spatial direction, the shift of risk excludes the application of liability for defects in things in cases where the impairments of object matters are non-imputable. However, if the impairments of object matters are imputable, we should recognize the existence of normative "defects" and the application of seller's liability for defects in things, even though the price risk is already shifted to the side of creditor. This types of cases should not be governed by the general rules in the law for obstacles in performance. In the latter aspect, the damages moved to creditor resulting from the shift of risk may also be further passed on to other subjects based on the system effects of risk shifting rules. Under this background, when it comes to the situation where shifted risks direct to the damages caused by the controllable third party's behavior, the creditor should be given the right of direct claim by the mechanism of "contract with the effect of protecting the third party" or through application mutatis mutandis of Art. 1181 I (1) of Civil Code, in order that the damages borne by creditor at first can be further shifted to other subjects. In this case, the theory of "third party damage liquidation" is not to be applied.

Key Words: shift of risks, liability for defects in things, time limit, space limit, migration of damages

根本违约场合风险负担规则的适用

杨 勇*

内容提要：《民法典》第 610 条已经成为根本违约场合风险回转的一般规则。该条继受自《美国统一商法典》，但继受并不完整。在比较法层面，合同撤销场合下限制标的物毁损或灭失风险由出卖人承担的模式，对于合同解除场合同样适用，出卖人的可归责性并不足以作为证成风险回转的正当性根据。风险与利益相一致原则，带来的是当事人所承担的相对人返还不能的风险失衡。风险回转优待买受人，有违双务合同中买受人所享有的信赖，也有违诚实信用原则。《民法典》第 611 条足以在买受人承担标的物毁损或灭失风险场合下为其提供充分救济。在因出卖人根本违约而导致合同解除时，风险负担规则应作如下解释：在买受人行使合同解除权之前，若标的物发生毁损或灭失，应由买受人承担标的物毁损或灭失风险；在买受人行使合同解除权之后，若标的物发生毁损或灭失，应由出卖人承担标的物毁损或灭失风险。

关键词：根本违约 风险负担 合同解除 信赖保护 双务合同

一、问题的提出

按照《民法典》第 610 条规定，在标的物因不符合质量要求，致使不能实现合同目的时，买受人可拒绝接受标的物或者解除合同，由此所引发的法律后果是：标的物因意外而毁损或灭失的风险由出卖人承担。《民法典》第 610 条在理论界、司法实践中存在诸多争议，在违约责任趋向于涵括瑕疵担保责任的背景下，^{〔1〕} 法院将《民法典》第 610 条（《合同法》第 148 条）类推适用

* 杨勇，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：合同编》（上册），法律出版社 2013 年版，第 295 页。

于因其他根本违约型态而解除合同的场合,〔2〕第610条本身的正当性仍然存疑,〔3〕理论界以比较法资源作为证成该条正当性的根据时,对比较法存在误读的倾向,而对第610条持批判态度的学者,一方面并未关注到赞成者对比较法的误读,另一方面也并未系统性地回应支持者的立场,因而对第610条的批判偏离了焦点。根本违约场合下的风险负担问题,一方面与合同解除后的返还清算问题存在体系上的联动效应,对于《民法典》的体系化解释论工作具有重要理论价值,另一方面,则关涉到作为给付人的违约方所应承担的违约损害赔偿范围及受领人在合同解除场合下所能够主张的返还范围问题,对当事人利益影响甚巨。若该条的正当性基础存在疑问,而理论与司法实务又倾向于扩张该条适用范围至所有因根本违约而解除的合同,则在因根本违约而导致合同解除时,第610条所体现的风险回转由出卖人承担的规则将会进一步侵蚀风险负担一般规则。在《民法典》并未针对该条规定进行修改的背景下,有必要进一步对该条的妥当适用进行研究。

《民法典》并未一般性地对根本违约与风险负担规则之间的关系进行明确规定,而主要是在第610条所规范的瑕疵给付场合下,明确了出卖人瑕疵给付致使根本违约时,在买受人拒绝接受标的物或解除合同时,标的物毁损或灭失风险应由出卖人承担的规则。但在我国瑕疵担保责任与违约责任之间的差异并不明显的背景下,第610条则成为所有的根本违约场合下风险负担规则的基点,因此,对第610条的继受来源的澄清,也就意味着对我国法中根本违约场合下风险负担规则的基点的厘清。有鉴于此,本文首先将回归到作为第610条的继受来源的《美国统一商法典》(以下简称UCC)中的制度,明晰UCC中对应制度的具体构造,在此基础上,针对理论界论证根本违约场合下风险回转由出卖人承担的正当性论据,进行全面的回应,与此同时,结合《民法典》第986条善意得利人的得利丧失抗辩规则,论证在合同解除场合下,将标的物毁损或灭失风险分配由不当得利债权人承担所产生的弊病,进而质疑根本违约场合下风险回转的正当性。最后,基于解释论的视角,针对根本违约场合下风险负担规则开展更为合理的解释论作业。

• 227 •

二、根本违约场合风险负担规则的继受

立法相关部门和理论界普遍认为,《民法典》第610条继受了UCC中的规则。〔4〕能够对应于《民法典》第610条的规则主要体现为UCC第2—510条及第2—608条。〔5〕如果能够在UCC中找到比较法资源的支撑,至少第610条也并非比较法上的孤例,对第610条的正当性证成至少可以依赖于比较法资源。然而,如果第610条在继受UCC时发生偏差,那么以UCC为

〔2〕 参见浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03民终756号民事判决书。

〔3〕 批判意见如陈自强:《契约解除原物返还嗣后不能》,载《政大法学评论》第165期(2021年);周江洪:《风险负担规则与合同解除》,载《法学研究》2010年第1期;靳羽:《合同解除效果:〈合同法〉第97条的解释论》,载《中南大学学报(社会科学版)》2014年第1期。肯定意见如刘洋:《根本违约对风险负担的影响——以〈合同法〉第148条的解释论为中心》,载《华东政法大学学报》2016年第6期。比较法层面的肯定与批判意见,野中贵弘「契約不適合物の危険移転法理—危険の移転と解除によるその帰帰」日本法学82卷4号(2017年)67頁以下参照。

〔4〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第525页;前引〔3〕,刘洋文;王洪亮主编:《合同法难点热点疑点理论研究》,中国人民公安大学出版社2000年版,第328页。

〔5〕 参见武腾:《买卖标的物不适约研究》,中国政法大学出版社2017年版,第168页;王利明主编:《中国民法典建议稿及立法理由:债法总则编 合同编》,法律出版社2005年版,第343—344页。

第 610 条寻求正当性支撑的做法也就丧失了根基。有学者已经逐渐察知《民法典》第 610 条与 UCC 中规则的差异，但并未作进一步分析。^{〔6〕} 基于此，本文将进一步对比《民法典》第 610 条与 UCC 第 2—510 条及第 2—608 条，分析两者之间的差异。

（一）第 610 条的解释

按照全国人大法工委对《民法典》第 610 条的解释，在标的物不符合质量要求致使无法实现合同目的时，若买受人拒绝接受标的物或解除合同，相当于并未交付标的物，既然标的物并未交付，则标的物毁损或灭失的风险仍应由出卖人承担。^{〔7〕} 这种解释在理论界、司法实践中也得到了支持。^{〔8〕} 王利明教授针对这一问题作了更进一步的解释：在出卖人交付的标的物存在瑕疵致使构成根本违约时，若买受人拒绝接受标的物，买受人构成临时为出卖人保管标的物，但代为保管也并未构成真正的交付，并不发生风险移转的法律效果，仍应由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。^{〔9〕} 相似的考量在 UCC 中同样存在，当标的物存在瑕疵时，直到出卖人治愈瑕疵或者买受人接受标的物时，出卖人对标的物仍处于控制、支配的地位，因而应由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。^{〔10〕} 如果这一解释成立，意味着《民法典》第 610 条并不构成对风险负担规则的突破，标的物毁损或灭失风险，仍与交付主义的风险负担规则保持一致性，第 610 条正当性自然不存在疑问。

如果从风险负担移转的交付主义规则出发，似乎可得到结论：《民法典》第 610 条规定的拒绝受领标的物发生于受领标的物之前，产生的效果是出卖人并未将标的物交付于买受人，自然贯彻和遵循了风险负担移转的交付主义规则。^{〔11〕} 就这点观察，《民法典》第 610 条所体现的并非标的物毁损或灭失风险复归于出卖人，而是标的物毁损或灭失的风险从来就未移转至买受人。但理论界并未都采取此种解释路径。

理论界除了从交付主义的风险负担规则，论证《民法典》第 610 条的正当性之外，还存在的一种观点是，从风险回转的角度解释《民法典》第 610 条。例如，在出卖人所交付的标的物存在瑕疵时，一方面，债权人可通过行使拒绝受领权来直接对抗风险向自己的转移，另一方面，即便是买受人在受领标的物后，交付也仅仅发生暂时性的风险移转的效果，买受人一旦行使合同解除权，则风险又会回转由出卖人承担。^{〔12〕} 既然存在风险回转的问题，则说明标的物毁损或灭失的

〔6〕 参见韩世远：《中国合同法与 CISG》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2011 年第 2 期。

〔7〕 参见前引〔4〕，黄薇主编书，第 527 页。

〔8〕 参见王利明：《合同法》（上册），中国人民大学出版社 2021 年版，第 361 页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社 2020 年版，第 921 页。司法实践可参见辽宁省抚顺市中级人民法院（2021）辽 04 民终 2830 号民事判决书；重庆市第五中级人民法院（2021）渝 05 民终 1100 号民事判决书；山东省日照市中级人民法院（2020）鲁 11 民终 2480 号民事判决书；宁夏回族自治区石嘴山市中级人民法院（2020）宁 02 民终 639 号民事判决书。

〔9〕 参见前引〔8〕，王利明书，第 361 页。

〔10〕 See Charles S. Weems Jr., Passage of Title and Risk of Loss under the UCC and Louisiana Law, 27 Louisiana Law Review 299, 309 (1967).

〔11〕 参见杜景林：《买卖法中瑕疵权利的规制问题》，载《法学》2009 年第 5 期。

〔12〕 参见刘洋：《对待给付风险负担的基本原则及其突破》，载《法学研究》2018 年第 5 期；谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注 合同编（典型合同与准合同）》，中国法制出版社 2020 年版，第 60 页；冯德淦：《效力瑕疵合同的返还清算问题》，载《法学》2022 年第 2 期。

风险曾移转至买受人, 风险回转的解释与交付主义的解释已经大相径庭。

由此观之, 尽管《民法典》第610条的正当性并未受到太多质疑, 但对第610条的解释论路径却尚未形成共识。

(二) UCC第2—510条及第2—608条与《民法典》第610条的对比^[13]

立法相关部门明确指出, 《民法典》第610条是在参考UCC的基础上所作的规定。^[14] 按照UCC第2—510条, 需要澄清以下内容: 首先, 在交付的标的物并不符合合同约定, 导致买方有权拒绝接受标的物时, 标的物毁损或灭失的风险仍停留于出卖人, 除非是买受人已接受标的物; 其次, 在买受人正确地撤回接受时, 在买受人保单所承保的范围之外, 视为损失风险自始由出卖人承担; 再次, 对于已经确定的符合买卖合同的标的物, 在标的物毁损或灭失的风险移转于买受人之前, 若买受人构成违约, 在出卖人的保单所承保的范围之外, 在商业上的合理时间内, 损失风险由买受人承担。^[15]

据此, 按照UCC第2—510条第1款, 当标的物存在瑕疵时, 在买受人接受标的物之前, 标的物毁损或灭失的风险仍旧由出卖人承担, 该款等同于《民法典》第610条中“因标的物不符合质量要求, 致使不能实现合同目的的, 买受人可以拒绝接受标的物……买受人拒绝接受标的物……的, 标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担”。因此, 买受人以出卖人所提供的标的物不符合质量要求为由, 而在出卖人交付标的物时拒绝接受标的物的情形, 在UCC第2—510条第1款中可寻找到支撑, 此时也并未突破交付主义的风险移转规则, 因而, 对于第610条中买受人拒绝接受标的物的情形, 本文不作过多讨论, 以下讨论重点集中于解除合同的情形。

• 229 •

UCC第2—510条第2款则指向UCC第2—608条, 第2—608条的内容主要体现在:

第一, 即使在买受人接受标的物时, 买受人也可撤回其接受, 但所需满足的条件是: 买受人本可期待不符合约定的标的物的瑕疵可被治愈, 但并未被治愈; 或者在买受人接受标的物时, 其并未发现标的物不符合约定, 而买受人之所以并未发现标的物不符合约定, 是因为在接受之前难以发现标的物不符合约定, 或者因出卖人的保证所诱发。第二, 撤回对标的物的接受必须发生在买受人发现标的物或应该发现标的物不符合约定后的一段合理时间内, 并且撤回接受还应当发生在标的物并未产生任何实质性变化之前, 不过, 如果标的物发生实质性变化是因为标的物自身缺陷所导致的除外, 此外, 撤回接受必须在买受人通知出卖人时才发生效力。第三, 如果买受人撤回自己对标的物的接受, 买受人享有与拒绝接受标的物的买受人相同的权利。

UCC第2—608条主要规范的是买受人撤回对标的物的接受, 该条用语为撤回而非合同的解除, 在UCC语境下, 撤回对标的物的接受并不等同于解除合同,^[16] 解除可被解释为既终结合同关系, 同时又撤回对标的物的接受, 在此意义上而言, 撤回与解除并不构成UCC第2—608条与《民法典》第610条的实质性差异, 两者的实质性差异在于:

[13] 以下关于UCC的内容可参见《美国统一商法典》, 潘琪译, 法律出版社2018年版, 第75页、第84—85页。

[14] 参见前引[4], 黄薇主编书, 第525页。

[15] See Sarah Howard Jenkins, Rejection, Revocation of Acceptance, and Avoidance: Comparative Assessment of UCC and CISG Goods Oriented Remedies, 22 *Minnesota Journal of International Law* 152 (2013).

[16] 参见潘琪:《〈美国统一商法典〉解读》, 法律出版社2020年版, 第137页。

首先，按照 UCC 第 2—608 条第 2 款，买受人撤回对标的物的接受必须发生在标的物产生任何实质性变化之前，^{〔17〕} 如果对该款作反对解释，这也就意味着：在标的物产生任何实质性变化后，买受人无法撤回对标的物的接受，^{〔18〕} 此时如果标的物发生毁损或灭失的，则应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。^{〔19〕} 而之所以作此规定，其原因在于：如果买受人受领的标的物发生实质性的改变，则可能使得出卖人缺乏“现成市场”，以出卖发生实质性变化的标的物，此时，买受人虽然无法享有撤回对标的物的接受的救济权利，但仍可以诉诸 UCC 第 2—714 条所规定的损害赔偿救济。^{〔20〕} 而这一解释与《民法典》第 610 条形成了巨大反差，如果说《民法典》第 610 条关于合同解除的规定，与 UCC 第 2—608 条中撤回对标的物的接受存在亲和性的话，那么，第 610 条却并未对买受人解除合同施加标的物尚未发生实质性变化的限定条件，这使得第 610 条中标的物毁损或灭失的风险回转于出卖人的情形大大拓宽。从这个角度讲，《民法典》第 610 条没有完整继受 UCC 第 2—608 条的规定，因为 UCC 在一定程度上仍奉行了标的物毁损或灭失的风险仍应由买受人承担的规则，在买受人尚未撤回对标的物的接受时，标的物意外毁损或灭失的，应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，而在买受人已经撤回对标的物的接受后，标的物意外毁损或灭失的，则由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。^{〔21〕}

其次，按照 UCC 第 2—510 条，标的物毁损或灭失风险回转于出卖人，仅限于买受人所投保的保险无法填补的损失范围，^{〔22〕} 如果买受人所投保的保险能够填补全部损失，则仍旧由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，并不发生标的物毁损或灭失的风险回转于出卖人的法律后果。而《民法典》第 610 条则并未作此区分，只要标的物存在瑕疵使得出卖人构成根本违约，在买受人解除合同后，标的物毁损或灭失的风险便均由出卖人承担。

综上所述，在标的物不符合质量要求导致买受人合同目的无法实现时，UCC 并未完全贯彻买受人撤回对标的物的接受时，标的物毁损或灭失的风险回转于出卖人的规则。而我国法却作出了不同于 UCC 的规定，并未区分买受人行使解除权时标的物是否发生毁损或灭失等不同情形，呈现出继受偏差的状况。

三、因根本违约解除合同时风险回转的正当性检验

尽管《民法典》第 610 条的继受并不完整，但这不足以根本否定在买受人因出卖人根本违约而解除合同时风险回转的正当性，下文将进一步对根本违约场合下合同解除发生风险回转效果的正当性进行检验。

〔17〕 See Note, Uniform Commercial Code-Sales-Sections 2 - 508 and 2 - 608-Limitations on the Perfect-Tender Rule, 69 *Michigan Law Review* 130, 145 (1970).

〔18〕 See *Royal Typewriter Co., a Div. of Litton Bus. Sys., Inc. v. Xerographic Supplies Corp.*, 719 F.2d 1092, 1106 - 07 (11th Cir. 1983); 前引〔15〕, Sarah Howard Jenkins 文, 第 183 - 184 页。

〔19〕 長坂純「売買契約における危険負担—アメリカ統一商事法典を素材として」明治大学大学院紀要法学篇 24 卷 (1987 年) 160 頁参照。

〔20〕 参见前引〔15〕, Sarah Howard Jenkins 文, 第 184 页。

〔21〕 日本理论界对 UCC 第 2—608 条第 2 款的解释, 小野秀誠『給付障害と危険の法理』(信山社, 1996 年) 96 頁参照。

〔22〕 参见前引〔16〕, 潘琪书, 第 100 页。

（一）合同撤销场合下标的物毁损或灭失风险分配的启示

我国通说认为，对于买卖合同等一时性合同，合同解除发生溯及既往的效果，合同关系自始归于消灭，这与合同撤销所发生的效果并无实质性差异，^{〔23〕}下文想要阐明的一项问题是：如果买受人撤销买卖合同后，买受人尚需要承担标的物毁损或灭失的风险，那么，在合同解除场合下，并不存在充分理由对解除作区别对待，由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。^{〔24〕}即便对合同解除不采直接效力说，也不会弱化本文的讨论，举重明轻，既然在具有溯及力的撤销场合下，都有必要要求买受人承担标的物毁损或灭失风险，在不自始消灭合同关系的解除场合下，^{〔25〕}则更是如此。

在现行法框架下，合同的撤销构成一类典型的给付目的嗣后不存在的不当得利，受领人应当返还不当得利，而按照《民法典》第986条的规定，善意受领人还可主张得利丧失抗辩，在未知晓出卖人实施欺诈行为时，得利已经因意外原因而毁损或灭失，因而无需再承担不当得利返还义务，不过，这一论断是否成立也仍需进一步的探讨，其原因在于：善意得利人的得利丧失抗辩规则并不能无条件地适用于双务合同或有偿合同。

在此兹举一例以说明《民法典》第986条适用于双务合同或有偿合同中所出现的问题。

示例：甲以12万元的价格向乙购买一辆汽车，乙在买卖合同中向甲保证汽车虽然是二手车，但并未发生过交通事故，且该车零部件均处于完好状态，甲信以为真并与乙订立买卖合同，乙向甲交付汽车，后甲在驾驶汽车过程中与醉驾的丙相撞，汽车毁损已无法修理。事故后对汽车的检测显示，由于该车为事故车，乙驾驶该车发生事故后导致该车汽缸存在瑕疵，其实际价值仅值4万元，如果该车并非事故车的话，汽车价值为8万元。甲得知此一事实后，及时提起撤销之诉，以撤销买卖合同。^{〔26〕}

在该例中，若甲通过提起撤销之诉撤销买卖合同后，乙提起诉讼，主张根据《民法典》第157条，要求甲对汽车进行折价补偿，由于在汽车毁损或灭失时，甲并不知道自己受到欺诈，构成善意，如果认定甲可以援引《民法典》第986条作为抗辩，则甲无需向乙承担折价补偿义务，而如果甲在诉讼中提起反诉，要求乙返还价款，所呈现的结果是甲无需承担折价补偿义务，乙需返还价款。

在比较法上，普遍认为上述结果并不合理，因为这使得已经移转至买受人的标的物毁损或灭失的风险又回转于出卖人，因而，各国通过不同的方式来修正上述结果。德国判例通过差额说等理论，限缩善意得利人的得利丧失抗辩规则在双务或有偿合同中的适用空间。^{〔27〕}所谓的差额说，适用到该案中，结果就呈现为：应当否认甲、乙分别享有的不当得利返还请求权，而认为甲、乙

〔23〕 参见前引〔8〕，王利明书，第247页。

〔24〕 比较法上类似的讨论方式，参见前引〔21〕，小野秀诚书，第104页。德国立法者也认为在解除法与不当得利法领域内的返还清算关系应倾向于作相似处理，vgl. Begr. z. RegE, BT-Drs. 14/6040, S. 194. 日本法上相似的立场，磯村保「法律行為の無効・取消しと原状回復義務」Law & Practice 12号（2018年）25頁參照；陈自强：《民法典不当得利返还责任体系之展开》，载《法学研究》2021年第4期。

〔25〕 关于合同解除效力的各种学说，参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第669页以下。

〔26〕 该案例根据《欧洲示范民法典草案》评论中所举示例加以改编。参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、〔英〕埃里克·克莱夫：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（第一卷、第二卷、第三卷），高圣平等译，法律出版社2014年版，第782页。

〔27〕 Vgl. RGZ 54, 137 ff.

之间仅有一个不当得利返还请求权，而这一不当得利返还请求权体现为对双方各自的返还范围进行清算后所得到的剩余的不当得利返还请求权，以上文为例，若认为甲应向乙返还 6 万元（合同约定价款 \times 汽车实际客观价值 \div 汽车承诺给付价值，也即：12 万元 \times 4 万元 \div 8 万元=6 万元），乙则应向甲返还 12 万元，对双方之间的返还义务进行清算后，乙应向甲返还 6 万元。^{〔28〕}

2017 年修改后的《日本民法典》第 121 条之 2 第 2 款，更是明文限制了不当得利法中善意得利人的得利丧失抗辩规则，在双务合同或有偿合同无效、被撤销时的适用可能性，^{〔29〕} 而我国理论界也在反思善意得利人的得利丧失抗辩规则在双务合同中适用的合理性。^{〔30〕}

限制善意得利人的得利丧失抗辩规则在合同无效、被撤销场合下的适用空间，相当于在合同无效、被撤销的场合下，仍然承认了合同法领域内风险移转规则的正当性，标的物一经交付，便由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。这带给我们的启示是：如果在合同无效、被撤销场合下，都应该尊重合同法领域内交付主义的风险移转规则，在合同解除场合下，也同样不应轻易突破交付主义的风险移转规则。^{〔31〕}

（二）可归责性能否作为风险分配的基准

从可归责性考察，若因为在瑕疵给付场合下出卖人存在可归责性，而将标的物毁损或灭失的风险回转由出卖人承担，那么，在合同无效、被撤销等场合下，同样可能存在因可归责于出卖人的原因导致合同无效或被撤销，为贯彻相同的价值评判标准，在出卖人将标的物交付于买受人后，也应当认定标的物毁损或灭失的风险回转由出卖人承担。例如，出卖人对买受人实施欺诈，导致买受人订立买卖合同，出卖人存在可归责性，此时应当肯定善意得利人的得利丧失抗辩规则的适用空间，将标的物毁损或灭失的风险分配给具有可归责性的出卖人承担。德国联邦最高法院也曾认为，在出卖人对买受人进行欺诈使得买受人订立二手车买卖合同时，即便标的物在买受人撤销合同之前因其过失而毁损或灭失，买受人仍可请求出卖人返还全部价款。^{〔32〕} 由此，似乎印证了将出卖人的可归责性作为由其承担标的物毁损或灭失风险的合理性。

但是，本文认为，仅仅因为出卖人对合同的解除存在可归责性，而突破交付主义的风险移转规则并不合理。

第一，德国联邦最高法院在出卖人欺诈的场合下，认可标的物毁损或灭失风险由出卖人承担的做法本就遭到理论界的批评，^{〔33〕} 认为欺诈并未提升标的物毁损或灭失的风险，此时应当通过侵权责任等救济途径对买受人提供救济，而非改变风险负担主体。^{〔34〕} 《日本民法典》第 121 条之

〔28〕 差额说的介绍，vgl. Werner Flume, Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP 194 (1994), 427 ff. 中文相关研究可参见王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社 2015 年版，第 263-266 页；〔德〕格哈德·瓦格纳：《20 世纪不当得利法理论的发展与不当得利法领域的法律文献》，马丁译，王倩校，载《中德私法研究》第 8 卷，北京大学出版社 2012 年版，第 106 页以下。

〔29〕 潮见佳男「売買契約の無効・取消しと不当利得（その1）」法学教室 455 号（2018 年）94 頁以下参照。

〔30〕 参见赵文杰：《论不当得利与法定解除中的价值偿还——以〈合同法〉第 58 条和第 97 条后段为中心》，载《中外法学》2015 年第 5 期。

〔31〕 陈自强教授观点的变化，可参见陈自强：《双务契约不当得利返还之请求》，载《政大法学评论》第 54 期（1995 年）；前引〔3〕，陈自强文。

〔32〕 Vgl. BGHZ 53, 144 ff.

〔33〕 事实上，产生出差额说的判例即为出卖人欺诈型案件，vgl. RGZ 54, 137 ff.

〔34〕 Vgl. Hans Josef Wieling, Bereicherungsrecht, Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1993, S. 68.

2 排除了在无效的有偿法律行为中适用善意得利人的得利丧失抗辩规则的可能性,第3款则增设例外,但例外仅限于无民事行为能力人作出民事法律行为的情形,而并未根据撤销权的相对人的可归责性作出不同处理。

第二,出卖人对合同的解除或具有可归责性,但这并不代表出卖人对标的物的毁损或灭失存在可归责性,典型的将合同解除后标的物毁损或灭失风险分配由出卖人承担的立法模式,多承认在买受人对标的物毁损或灭失存在可归责性的背景下,应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险,而非由对合同解除存在可归责性的出卖人承担。例如,《日本民法典》《联合国国际货物销售合同公约》是较为典型的将合同解除后标的物毁损或灭失风险分配由出卖人承担的立法模式,虽然两者在特定场合下通过将标的物毁损或灭失的风险规定由买受人承担,但这些情形较为有限,^[35]通常限于买受人存在特定作为或不作为的场合之下,此时多认为买受人对标的物毁损或灭失存在可归责性,而在完全是因第三人或者不可抗力等事由导致标的物毁损或灭失时,买受人仍可行使解除权,并使得出卖人承担标的物毁损或灭失的风险,而即便这些较为典型的将合同解除后标的物毁损或灭失的风险分配由出卖人承担的立法模式,^[36]尚且承认了由买受人承担标的物毁损或灭失风险的情形,《民法典》第610条并未考虑到类似问题,欠缺合理性。另需指出的是,这些将标的物毁损或灭失风险分配由买受人承担的前提条件是,买受人的行为导致标的物毁损或灭失,因而买受人对标的物毁损或灭失存在可归责性,但在此种场合下,若买受人信赖标的物为自己所有,并在此基础上使用标的物,难以认定买受人存在可归责性,其实质仍是由买受人承担标的物因意外原因而产生的毁损或灭失风险。若严格贯彻这一逻辑,所推导出来的结论是,在因不可抗力等事由导致标的物毁损或灭失时,也应当由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。

第三,从《民法典》第605条观察,在因买受人的原因导致出卖人无法按照约定期限交付标的物时,标的物毁损或灭失的风险应自买受人违反约定时发生移转,^[37]按照该条,可能得到的结论是:标的物毁损或灭失风险的移转可能按照合同当事人是否具有可归责性进行确定,但在第605条中,之所以将标的物毁损或灭失风险的移转同买受人的违约事实相联系,是因为买受人的违约行为直接导致标的物毁损或灭失风险移转时点推迟,为了对作为非违约方的出卖人提供救济,应视为标的物毁损或灭失的风险自买受人违约时起便发生移转。但在出卖人交付的标的物存在瑕疵致使不能实现合同目的时,在瑕疵与标的物毁损或灭失之间并不具有因果关系的背景下,以出卖人存在可归责性为由,而要求出卖人承担标的物毁损或灭失风险并不合理。

第四,我国之所以在风险移转问题上将交付主义作为确定风险移转的标准,除将交付作为判断风险移转时点具有明确性外,^[38]更重要的原因在于:其一,当出卖人将标的物交付至买受人后,标的物则处于买受人的控制之下,买受人能够更为有效地控制标的物毁损或灭失的风险,故

[35] 参见前引[3],陈自强文。

[36] 但此类处理模式也受到批评, see Hein Kötz, *European Contract Law*, Second Edition, translated from the German by Gill Mertens & Tony Weir, Oxford University Press, 2017, pp. 239-240. 为了回应批评,日本2017年债法修改过程中,新增“若买受人不知自己享有解除权的,即便因故意或过失导致标的物毁损或灭失,也可解除合同”的规定。

[37] 体现类似精神的还包括《民法典》第608条,在此仅以第605条为例进行分析。

[38] 参见前引[4],黄薇主编书,第515页。

而应当由买受人承担标的物毁损或灭失的风险；〔39〕其二，按照风险与利益相一致的原则，买受人获得对标的物的占有后，即便所有权尚未发生移转，买受人也获得了标的物的实际利益，〔40〕因而应当由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。〔41〕由此可见，标的物毁损或灭失风险的移转并不与可归责性挂钩。

综上所述，出卖人的可归责性并不足以证成标的物毁损或灭失风险回转于出卖人的正当性。

（三）风险和利益相一致原则与合同解除场合下的风险回转

不过，既然风险与利益相一致原则可以作为交付主义的风险移转规则的正当性根据，那么，从风险与利益相一致原则的角度出发，似乎也可得出由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险的结论。在买受人以根本违约为由而解除合同的场合下，由于买受人应将标的物及其孳息一并返还至出卖人，标的物的实际利益事实上是由出卖人获得，故标的物毁损或灭失的风险也应由出卖人承担。〔42〕我国《民法典》第566条虽然并未就合同解除后的孳息及用益返还问题作出明确规定，但理论界仍可能借助于比较法得出合同解除后当事人应返还孳息及用益的结论，〔43〕如果能够得出这一结论，那么基于风险与利益相一致的原则，标的物毁损或灭失的风险便应当由出卖人承担。

不过，本文要指出的是，若将这一逻辑贯彻到双方均负担返还义务的场合下，则会产生严重的问题，在双务合同被解除时，不仅仅买受人一方负担返还标的物及其孳息、用益的义务，出卖人同样承担价款及其孳息的返还义务，但由于金钱债务不存在履行不能的问题，出卖人恒承担价款及其孳息的返还义务，若按照风险与利益相一致的原则，则会导致出卖人永远承担标的物毁损或灭失的风险，但买受人恒无需承担价款及其孳息返还不能的风险，风险与利益相一致原则所带来的是风险承担的不均衡。

对此，可能给出的一项解释是：在不承认物权行为无因性的我国，〔44〕在合同解除之后，标的物的所有权的移转便欠缺法律原因的支撑，标的物所有权自动复归于出卖人，既然出卖人是标的物的所有权人，此时由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险并无任何不公平之处，而出卖人应向买受人返还的价款为金钱，金钱适用占有即所有的规则，在买卖合同被解除后，买受人尚未获得价款的所有权，从出卖人与买受人的法律地位观察，将标的物毁损或灭失的风险分配由出卖人承担，正是平衡出卖人与买受人法律地位的有效措施，不存在不公正的问题。〔45〕

〔39〕 参见前引〔12〕，谢鸿飞、朱广新主编书，第37页。制定《合同法》时的讨论，参见崔建远：《关于制定合同法的若干建议》，载《法学前沿》编辑委员会编辑：《法学前沿》（第2辑），法律出版社1998年版，第46页。

〔40〕 参见《民法典》第630条。立法机关在解释《民法典》第630条时，明确地提出该条建立在风险利益共担原则的基础上。参见前引〔4〕，黄薇主编书，第585页。

〔41〕 参见前引〔4〕，黄薇主编书，第585页；朱晓喆：《买卖之房屋因地震灭失的政府补偿金归属——刘国秀诉杨丽群房屋买卖合同纠纷案评释》，载《交大法学》2013年第2期；赵家仪、陈华庭：《我国买卖合同中的“交付”与“风险转移”》，载《法商研究》2003年第2期；王轶：《论买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》1999年第4期。

〔42〕 参见吴香香：《〈合同法〉第142条（交付转移风险）评注》，载《法学家》2019年第3期；前引〔3〕，刘洋文。

〔43〕 德国法上的解释，vgl. Staudinger/Beckmann, 15. neubearb. Auf., 2013, § 446 Rn. 9.

〔44〕 相关的论据可参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》（法释〔2020〕24号）第20条。

〔45〕 相似的逻辑可见于王轶：《论买卖合同中债务履行不能风险的分配——以基于法律行为的物权变动模式的立法选择为考察背景》，载《中外法学》1999年第5期。

本文对上述解释的质疑是：第一，仅仅因为一方给付的是金钱，而另一方给付的是货物，而使得当事人在合同关系解除后所应承担的对方履行不能的风险呈现实质性差异，不具有实质正当性。第二，从下文买受人的信赖保护观察，在买受人尚不知道标的物瑕疵进而未解除合同期间，为了保护买受人所享有的终局性地取得标的物所有权的信赖，买受人对因使用标的物导致的标的物折旧、价值减损，在合同解除后，也无需向出卖人承担价值补偿义务，换言之，在此期间内，买受人享有了标的物的实际利益，如果从风险与利益相一致原则角度出发，此时应当是买受人承担标的物毁损或灭失风险。

（四）买受人的信赖保护优待与合同解除场合下的风险回转

买卖合同的特殊性在于，对于买受人而言，其之所以信赖自己能够终局性地取得标的物的所有权，是建立在买受人提出对待给付的基础之上。在买卖合同中，如果认定买卖合同因解除而使得标的物毁损或灭失的风险回转至出卖人，而买受人又能够请求出卖人返还全部价款，则使得买受人获得了不当的优待，这一优待并不合理：

首先，这一优待完全是因为标的物存在瑕疵使得出卖人构成根本违约，而标的物的瑕疵很可能仅仅是一项偶然事件，以标的物存在瑕疵这一偶然事件来使得买受人获得优待并不具有充分正当性。^{〔46〕}

其次，如果说买受人在受领标的物时，买受人的信赖是在提出自己的对待给付的基础上获得标的物的所有权，而在标的物因不可归责于当事人的事由而毁损或灭失时，买受人却能够主张自己的信赖是无需提出对待给付的基础上便可获得标的物的所有权，明显有悖于诚实信用原则。在标的物毁损或灭失风险回转于出卖人时，所得到的结果实质上就等同于：买受人无需支付价款，便可获得标的物所有权。

再次，如果说将标的物毁损或灭失的风险分配由出卖人承担的话，可能产生的问题是：买受人获得了优待，那么，可能会存在观点指出，在出卖人向买受人移转的标的物存在瑕疵致使构成根本违约时，出卖人根本就无法期待标的物毁损或灭失的风险移转于买受人，因而，由买受人承担标的物毁损或灭失的风险具有充分正当性，换言之，出卖人并不享有标的物毁损或灭失的风险移转于买受人的正当信赖，但问题在于，在很多场合下出卖人并不知晓标的物存在瑕疵致使构成根本违约。^{〔47〕}在我国合同法的违约责任归责原则采取无过错责任原则的背景下，^{〔48〕}这一问题更为突出。在出卖人并不知道标的物存在瑕疵的场合下，出卖人反而会产生标的物毁损或灭失的风险移转于买受人的信赖，此时，如果因为《民法典》第610条的规定而使得标的物毁损或灭失的风险又回转于出卖人，恰恰会使得出卖人所享有的信赖利益无法获得保护。

最后，从比较法看，德国立法者指出，在出卖人根本违约的场合下，在买受人发现出卖人根本违约的事实之前，其相信自己终局性地取得了标的物的所有权，为了保护买受人的此种信

• 235 •

〔46〕 See Reinhard Zimmermann, Restitution After Termination for Breach of Contract: German Law After the Reform of 2002, in Andrew Burrows & Alan Rodger eds., *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006, p. 336.

〔47〕 参见前引〔46〕, Reinhard Zimmermann 文, 第336页。

〔48〕 参见前引〔25〕, 韩世远书, 第745页。

赖利益，只要买受人对标的物尽到了在自己事务中应当注意的义务，便不对出卖人负有价值补偿义务。^{〔49〕}然而，即便在买受人尽到对自己事务的注意义务时，若标的物仍因意外而毁损或灭失，正是基于买受人所享有的自己终局性地获得标的物所有权的信赖，由买受人承担标的物意外毁损或灭失的风险才更为妥适。事实上，标的物因买受人正常使用而产生折旧、损耗时，买受人并不负有向出卖人进行折价补偿的义务，此时便足以保障买受人所享有的此种信赖利益，而在标的物因不可归责于买卖合同当事人双方的事由而毁损或灭失时，买受人并不拥有可值得保护的信赖利益。

（五）第 611 条与第 610 条的体系解释

第 610 条的支持者认为，第 610 条的实质正当性在于：避免因风险负担的一般规则，导致买受人基于出卖人瑕疵履行的救济权利无法获得保障。^{〔50〕}如果这一论断成立，所能够得到的进一步的结论便是，只要出卖人的行为构成根本违约，买受人基于出卖人根本违约所享有的救济权利就不应当因风险负担规则而受到影响。

从《民法典》第 611 条观察，在买受人应承担标的物毁损或灭失的风险时，不影响出卖人因合同履行不符合约定而应承担的违约责任。该条意味着，风险负担问题与违约责任两个问题并不相互勾连，买受人可在承担标的物毁损或灭失风险的基础上，要求出卖人承担违约责任。^{〔51〕}根据第 610 条，标的物毁损或灭失的风险回溯至出卖人承担，此时已不存在买受人承担标的物毁损或灭失风险的问题，当然不存在第 611 条的适用空间，从这个角度观察，第 611 条与第 610 条之间并不存在冲突。

不过，从第 611 条可以推导出的另一项结论是：即使买受人需承担标的物毁损或灭失的风险，也并不影响买受人请求出卖人承担违约责任，从这一点出发，如果将第 610 条的规则改变为由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，对于买受人而言，并不存在因出卖人瑕疵履行而在合同解除后无法获得救济的问题。因而，认为如果买受人承担标的物毁损或灭失的风险，便会影响买受人请求出卖人承担瑕疵担保责任的权利的论证并不成立。

综上所述，以《民法典》第 610 条为基点的根本违约场合下，买受人解除合同时的风险回转规则欠缺正当性。

四、根本违约场合下合同解除时风险负担的解释论

建立在上述分析基础上，下文将具体讨论如何对根本违约场合下风险负担规则进行合理的解释。

（一）可否类推适用合同履行过程中的风险负担一般规则

《民法典》并未规定合同解除场合下返还清算关系中的风险负担规则，构成法律漏洞，而我

〔49〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》（第7版），沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第305页；Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 37. Auflage, C. H. Beck, 2013, S. 163. Rn. 27.

〔50〕 参见前引〔3〕，刘洋文。

〔51〕 参见最高人民法院经济审判庭编著：《合同法释解与适用》（上册），新华出版社1999年版，第694页；余延满：《货物所有权的移转与风险负担的比较法研究》，武汉大学出版社2002年版，第284页；郑旭文：《国际货物买卖中根本违约对风险转移的影响》，载《当代法学》2002年第7期。

国台湾地区“民法”第261条明确规定，因合同解除而产生的义务，准用第264条至第267条的规定，而第266条及第267条为双务合同中的风险负担规则，由此，即便是合同解除后的返还清算之债，也存在合同履行过程中风险负担一般规则的适用空间。^{〔52〕}日本法在这一问题上也并不存在明确的规定，理论界存在类推适用合同履行过程中风险负担规则的观点，除可归责于出卖人的事由而导致标的物毁损或灭失外，标的物因不可归责于买受人的事由而毁损或灭失时，应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险。^{〔53〕}《民法典》并未针对合同解除后返还清算之债中的风险负担规则作出明确规定，是否意味着合同履行场合下的风险负担规则可类推适用于合同解除场合下的返还清算之债？由此，在买受人行使解除权解除合同之后，买受人将标的物交付给出卖人前，标的物毁损或灭失的风险仍应由买受人承担。^{〔54〕}本文认为，类推适用合同履行过程中的风险负担一般规则并不可采。其原因在于：若类推适用合同履行过程中的风险负担一般规则，所导致的结果是，在买受人尚未将标的物交付至出卖人前，即便买受人已经解除合同，标的物毁损或灭失的风险仍停留于买受人，从风险与利益相一致原则的角度出发，买受人此时已无法获得标的物的实际利益，要求买受人承担标的物毁损或灭失的风险并不合理。

（二）可采的解释路径：UCC第2—510条及第2—608条的启发

按照前文论述，既然《民法典》第610条确实继受了UCC中的规定，只是在继受过程中发生了偏离，那么，在对根本违约场合下的风险负担规则开展解释论作业时，可能的一个方向便是：朝着作为继受法来源的UCC第2—510条及第2—608条进行解释，由此，第610条的适用范围就应当得到限缩，按照UCC第2—608条第2款，在买受人解除合同时，若标的物已经毁损或灭失，则应否认买受人的合同解除权，此时买受人将承担标的物毁损或灭失的风险，对应于这一限定，在出卖人根本违约场合下，买受人解除合同也仅能发生在所受领的标的物尚未毁损或灭失之前，若标的物已经发生毁损或灭失，则不应承认买受人的解除权，但这一未作修正的解释结果可能并不合理。

• 237 •

在此，我们所要反思的是，按照UCC第2—510条及第2—608条，因标的物毁损或灭失发生于撤回对标的物的接受之前，而通过使得买受人解除权消灭，以实现标的物毁损或灭失的风险由买受人承担的规定是否合理。对此，本文将从两个层面进行分析：

第一，根据标的物毁损或灭失的时间，来决定买受人可否享有撤回对标的物的接受的权利，并不可采。德国法的转变历程为我们提供了启示，在2002年德国债法现代化之前，旧《德国民法典》第351条采取了类似于UCC的做法，按照旧《德国民法典》第351条，在因可归责于解除权人的事由而导致标的物毁损、灭失后，买受人的解除权消灭，但在买受人行使解除权之后，标的物毁损或灭失的，则买受人的解除行为仍有效。这一“过时”的处理模式遭到了理论界的批评，^{〔55〕}单纯以标的物毁损或灭失发生于解除权行使之前还是之后，来决定买受人可否享有合同解除权，并不具

〔52〕 参见前引〔3〕，陈自强文。

〔53〕 参见民法（債權關係）部會資料5—2：民法（債權關係）の改正に関する検討事項（1）（詳細版），第87页。

〔54〕 参见海南省海口市中级人民法院（2020）琼01民终4620号民事判决书（一审部分）。该案一审法院认为，出卖人交付的标的物不符合合同约定，导致买受人不能实现合同目的，买受人有权拒收标的物，并要求承运人原路退回，自此时标的物的毁损或灭失的风险由出卖人承担，似乎认定在出卖人将标的物交付至承运人运输后，标的物毁损或灭失的风险便应由买受人承担。针对拒收的场合实际上是在类推适用合同履行过程中的风险负担规则。

〔55〕 See Reinhard Zimmermann, Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-Projet dun Code Européen des Contrats, 10 *Uniform Law Review* 719, 730 (2005).

有充分正当性。^{〔56〕}从《民法典》观察，无论是第610条还是合同编通则部分有关合同解除的规定，都并未将标的物是否已经毁损或灭失，作为是否承认买受人合同解除权的一项考量因素，因而，即便UCC第2—608条构成《民法典》第610条的继受来源，也不能完全以UCC第2—608条为模板来解释我国法中根本违约场合下的风险负担规则。

第二，本文认为，UCC第2—510条、第2—608条仍可以作为我国解释根本违约场合下的风险负担规则的方向，但在规则具体构造层面与UCC会表现出较大差异。解释方向具体体现在：在买受人行使合同解除权之前，若标的物已经发生毁损或灭失，则仍然遵照风险负担的一般规则，由于标的物已经交付至买受人，因而应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，而在买受人行使合同解除权之后，若标的物发生毁损或灭失，则应当由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。在买受人尚未撤回对标的物的接受时，若标的物已经发生毁损或灭失，UCC实际上是通过否认买受人撤回对标的物的接受的权利，来实现将标的物毁损或灭失的风险分配由买受人承担的法律效果，而在《民法典》第610条之下，并未通过否定买受人的合同解除权，来实现由买受人承担标的物毁损或灭失风险的法律效果，而是通过要求买受人承担价值补偿义务，使得买受人承担标的物毁损或灭失的风险。之所以从上述方向开展解释论作业，具体理由如下：

首先，由于在买受人行使合同解除权之前，标的物发生毁损或灭失的，应由买受人承担标的物的毁损或灭失的风险，这就激励着买受人有效地对标的物进行检验，并在发现标的物的瑕疵后通知出卖人。合同法有着强烈的效率取向，^{〔57〕}《民法典》第621条至第624条所规定的买受人的检验及通知义务即为体现，^{〔58〕}买受人承担标的物毁损或灭失的风险与合同法中的效率取向具有一致性。反之，如果在买受人行使合同解除权之前，便由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险，买受人便不存在充分的激励对标的物展开检验，尽管《民法典》第621条至第624条仍可在这一问题上发挥补强作用，但如果未辅之以风险负担规则，会使得出卖人对并不属于自己风险领域内的风险承担责任，也使得买受人在信赖保护层面获得了不当优待，并不合理，对此，前文已经阐明，在此不再详述。

其次，由于在买受人行使合同解除权之后，标的物发生毁损或灭失的，应由出卖人承担标的物的毁损或灭失的风险，这能够激励出卖人将买受人直接占有的标的物运送回至出卖人处，之后再由出卖人对标的物进行有效利用，如再以较低的价格与第三人签订买卖合同等等，实现资源的最大化利用。^{〔59〕}反之，如果在买受人行使合同解除权之后，标的物毁损或灭失的风险仍应由买受人承担的话，则产生的问题是：一方面，买受人需承担标的物毁损或灭失的风险，另一方面，出卖人也不存在充足的动力取回标的物以对标的物进行最大程度的利用，买受人虽然此时可能会为避免承担标的物毁损或灭失的风险，而投入资源避免标的物发生毁损或灭失，但在合同解除场合下，标的物最终将要返还至出卖人的背景下，此种模式显然存在资源错配的问题，使得对标的物

〔56〕 Vgl. Begr. z. RegE, BT-Drs. 14/6040, S. 194; Peter Schlechtriem, Ulrich G. Schroeter, Internationales UK-Kaufrecht, 6. Auflage, Mohr Siebeck, 2016, S. 340.

〔57〕 参见梁慧星：《从“三足鼎立”走向统一的合同法》，载《中国法学》1995年第3期。

〔58〕 参见金晶：《〈合同法〉第158条评注（买受人的通知义务）》，载《法学家》2020年第1期。

〔59〕 参见湖北省黄冈市中级人民法院（2020）鄂11民终2057号民事判决书。该案虽为拒绝受领情形，但和此处解除场合下的考量具有相似性。

没有使用需求的买受人对标的物进行维护、照管。^{〔60〕}从信赖利益保护的角度出发,在买受人对出卖人行使合同解除权之后,出卖人无法享有标的物毁损或灭失的风险已经移转于买受人的信赖,要求出卖人承担标的物毁损或灭失的风险,也不至于对出卖人的信赖利益造成侵害。

再次,上述解释路径也并不违反我国法中风险负担的一般规则,在出卖人将标的物交付至买受人后,买受人承担标的物毁损或灭失的风险,存在疑问的是,在买受人行使合同解除权之后,买受人尚未将标的物返还至出卖人时,此时仍由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险,是否悖于我国法中交付主义的风险负担规则。对此,本文认为,买受人在解除合同后,买受人仅仅基于诚实信用原则负有对标的物的保管义务,在否认物权行为无因性的背景下,出卖人便成为标的物的所有权人,这类似于保管合同中保管人与寄存人之间的关系,^{〔61〕}保管合同中标的物毁损或灭失风险应由寄存人承担,^{〔62〕}寄存人自主选择保管人,保管人领域内的风险也为寄存人领域内的风险,由寄存人承担标的物毁损或灭失的风险具有合理性。^{〔63〕}

最后,在我国司法实践中,除严格适用《民法典》第610条(《合同法》第148条)的观点之外,^{〔64〕}有观点主张,在出卖人将标的物交付至买受人后,即便标的物存在瑕疵,若买受人退货,在此之前,标的物毁损或灭失的风险不由出卖人承担。^{〔65〕}只有在买受人解除合同后,此后发生的标的物毁损或灭失的风险才由出卖人承担。^{〔66〕}

由此,针对《民法典》第610条应作限缩解释:除出卖人在交付标的物时,买受人便以标的物存在瑕疵为由而拒绝受领标的物外,该条仅仅适用于买受人解除合同后标的物因意外而毁损或灭失的情形,而在标的物已经发生毁损或灭失而买受人尚未行使解除权时,标的物毁损或灭失的风险仍应由买受人承担。

• 239 •

(三) 两种特殊情形的分析

第一,在合同解除之前标的物毁损或灭失的风险应由买受人承担,这符合买受人信赖自己终局地取得标的物所有权的事实,而从买受人的此种信赖出发,其因信赖自己取得标的物的所有权,进而对标的物进行使用,由此导致标的物因折旧而产生贬值损失,对于此部分损失,如果认为同样应由买受人承担的话,所产生的后果是买受人终局地取得标的物所有权并对标的物进行使用的信赖无法获得保护,为了保护买受人的此种信赖利益,应当否认买受人因使用标的物而导致标的物所产生的贬值损失同样应由买受人承担。^{〔67〕}最终的结果是买受人享有在合同解除之前

〔60〕 司法实践中有法院认为,出卖人给付的标的物存在瑕疵致使构成根本违约,出卖人应承担的违约责任形式体现为,由出卖人负担自行取回标的物的义务,并负担相关的费用。参见江苏省南京市中级人民法院(2020)苏01民终11790号民事判决书;辽宁省沈阳市中级人民法院(2021)辽01民终999号民事判决书;广东省深圳市宝安区人民法院(2021)粤0306民初17351号民事判决书。

〔61〕 部分民法典草案学者建议稿认为,此时在买受人与出卖人之间构成保管合同关系。参见前引〔1〕,梁慧星书,第293页。

〔62〕 参见山东省青岛市中级人民法院(2020)鲁02民终10031号民事判决书。

〔63〕 司法实践中也有法院采取此种处理模式,比如江苏省常州市中级人民法院(2015)常商终字第562号民事判决书。

〔64〕 参见山东省平阴县人民法院(2021)鲁0124民初104号民事判决书;云南省维西傈僳族自治县人民法院(2016)云3423民初74号民事判决书;浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03民终4086号民事判决书。

〔65〕 参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2019)黔27民终2581号民事判决书。

〔66〕 参见宁夏回族自治区石嘴山市大武口区人民法院(2020)宁0202民初920号民事判决书。

〔67〕 参见山东省威海市中级人民法院(2016)鲁10民终2366号民事判决书。但也存在相反观点,如吉林省吉林市中级人民法院(2021)吉02民终426号民事判决书。类似判决参见浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03民终2958号民事判决书。

对标的物进行正常使用的利益，这也与买受人基于风险与利益相一致的原则承担标的物毁损或灭失的风险的处理模式，具有内在关联性。

第二，在标的物的瑕疵直接导致标的物毁损或灭失时，标的物毁损或灭失的风险发生于出卖人领域内，而非买受人可控制的范围，应当由出卖人承担标的物毁损或灭失的风险。^{〔68〕}

五、结 语

根本违约场合下风险负担规则继受自《美国统一商法典》中的相关规定，但继受过程中出现继受偏差及比较法误读的现象，有必要研究如何完善其解释论方案。根本违约场合下风险负担规则的合理建构不仅仅是合同法自身特有的问题，还关系到民事法律行为解消后返还清算规则的体系融贯性，外在体系的融贯背后隐藏的是内在体系的融贯。从内在体系出发，以信赖等价值为支点，更合理的解释论方案是，在对《民法典》第 610 条进行解释时，应区分标的物毁损或灭失的时点，该条适用范围限于买受人解除合同后，标的物发生毁损或灭失的情形。

Abstract: Article 610 of Civil Code which inherits from Uniform Commercial Code is the general rule of risk return in the case of fundamental breach of contract. However, the inheritance is incomplete. Restriction of assumption of risk by the seller in comparative law can also be applied in the case of contract termination. Imputation of seller isn't a strong basis to justify the risk return rule. The principle of the consistency of risk and benefit brings about the imbalance of risk that the counterpart cannot return. Return of risk gives the buyer the preferential treatment which is opposed to the reliance of the buyer and violates the principle of good faith. Article of 611 is sufficient to provide adequate relief to the buyer who assumes the accidental destruction risk. In the case of termination of the contract due to a fundamental breach by the seller, the rules on the assumption of risk shall be interpreted as follows. The buyer should assume the risk of loss before the buyer terminates the contract in the case of accidental destruction, while under other circumstances the risk of loss remains on the seller.

Key Words: fundamental breach of contract, risk of loss, termination of contract, reliance protection, bilateral contract

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

〔68〕 比较法的参考如《德国民法典》346 条第 3 款第 1 项第 2 小项第一种情形。值得注意的是，《德国民法典》第 346 条第 3 款第 1 项第 2 小项还规定的一种情形是，损害在出卖人处同样会发生的，标的物毁损或灭失的风险也应由出卖人承担。本文认为，在此种情况下，同样应由买受人承担标的物毁损或灭失的风险，其原因在于导致标的物毁损或灭失的风险也同样处于买受人领域内。

安慰函的法律构造与规范进路

刘 斌 王洁宇*

内容提要：安慰函作为商事实践中发展出来的新型债权性担保工具，在促进融资、促成合同、增强信用等方面具有独立价值。在我国既有规则体系下，相关立法尚付阙如，加之安慰函自身的“模糊性”特征，其在实践运行中呈现出诸多解释困境。我国司法实践对安慰函的性质及效力认定通常高度依托于保证合同，以是否构成保证为基本判断标尺。事实上，安慰函区别于传统从属性保证，具有独立的交易需求与规范逻辑，基于保证合同视阈的审视逻辑实则是对安慰函制度之误读，有悖于商事自治，亦与商业交易需求相背离。为导正安慰函的构造逻辑，应将安慰函作为不同于保证合同的担保方式纳入人的担保体系范畴，并肯定、承认适格安慰函的担保效力。在未来的《商法典》或《商法总则》等商事立法中，应当予以典型化。

关键词：安慰函 保证合同 人的担保 法律构造

• 241 •

在国际商事实践中，保证的从属性特征导致保证责任的承担受制于保证人的多种抗辩权，无法满足商业实践的效率需求，借此突破了保证从属性与抗辩权制约的新型债权担保工具应运而生。安慰函作为商业实践的产物，因其独立性特征而在商事领域广泛运用，其勃兴乃是信用市场的创新与选择，是商人之自治安排。但囿于安慰函与生俱来的模糊性，其从产生伊始便争议不断，无论是地位抑或效力皆未受到立法肯定、承认。我国《民法典》第 682 条突破了保证从属性的桎梏，规定可以通过法律规定排除担保的从属性，为安慰函制度发展预留了法律解释的空间。在优化营商环境与推进“一带一路”倡议等背景下，系统审视安慰函作为商事工具之独特性，最大程度回应商事实践需求，系重要的制度完善面向。

* 刘斌，中国政法大学民商经济法学院副教授；王洁宇，澳门科技大学法学院博士研究生。

一、安慰函的交易模型与效力争议

安慰函 (letter of comfort) 又称承诺函 (letter of acceptance), 在法国也被称为意图信 (Lettre d'intention)、赞助信 (Lettre de patronage),〔1〕 德语中将安慰函称为 Patronatserklärung。所谓安慰函, 系指出函人以支持债务人向债权人履行义务为目的, 承担作为或不作为的担保义务的法律行为。〔2〕 安慰函的交易模式通常表现为: 母公司或政府 (出函人) 以促进企业融资、增强债务人信用为目的, 向债权人单方出具的, 载明表示愿意为债务人贷款提供某种支持的书面文件, 内容大抵涵括督促债务人及时清偿债务、协助债务人及时还款、确保债务人履行债务、维持对债务人的控制权等支持性承诺。

(一) 安慰函的交易模型

交易模型的创新是商业发展的动力之源。〔3〕 商事交易模型并非立法者、法官所创造, 而是商事主体在长期的商事交往中所形成的。商事交易模型充满着自发性与博弈性, 是商事主体各方基于自身的利益诉求谈判竞争的产物。这种复杂精巧的商事交易模型在产生之初往往饱受质疑, 个中缘由或许是其对传统稳固的交易模型造成冲击, 或许是既有规范难以解释并容纳, 但诸多商事法律规范正是基于交易模型自然演进的结果, 不妨以包容而开放的目光审视商人的这种创造。

安慰函作为商事实践的产物, 其产生是商事主体之间经过利益衡量所做之选择。在安慰函的交易模型中, 出函人与债权人有着各自的利益诉求, 就出函人而言, 其希望通过安慰函规避严格僵化的保证形式, 避免卷入复杂多变的基础交易中, 同时又能达到增信之目的。就债权人而言, 其希望接受一种既能够阻断保证人对基础交易项下的抗辩、免受保证期间的束缚, 又能快速达到担保目的的担保工具。银行债权人亦把接受传统担保方式以外的担保方式当作其竞争优势。〔4〕 安慰函在这种利益平衡与双向选择中应运而生, 并以独立的价值活跃于融资市场。某种意义上讲, 出函人并非真正想承担保证之下的法律责任, 否则便会使用明确具体的保证形式; 债权人亦能认识到安慰函并非保证, 否则便会要求出函人提供明确的保证文书。但安慰函正是因为其独特的交易结构能够满足当事人双方的利益需求, 又能达到特定的增信目的而受到商人青睐。

在这种博弈与妥协下诞生的安慰函, 具有天然的模糊性特征, 有学者称其为“变色龙文件” (chameleonic documents)。〔5〕 诚然, 模糊性贯穿于安慰函交易模型始终, 既是安慰函产生的动因, 亦是安慰函发展之归宿。谓之动因, 是因为商人创造安慰函交易模型的初衷多是为了规避从属性保证中对其不利规则之适用, 这种动机往往是隐晦且模糊的; 谓之归宿, 是因为模糊性是安慰函的“生命”, 脱离模糊性的安慰函则易被其他规范框架吸收, 从而被剔除出安慰函之列。安慰函因其模糊性特征, 从产生伊始便面临着各种质疑。在面临否定与质疑后, 商事交易实践也对

〔1〕 参见李世刚:《安慰函制度的法国经验及其启示》,载《法学杂志》2012年第9期。

〔2〕 参见前引〔1〕,李世刚文。

〔3〕 参见王延川:《现代商法的生成:交易模型与价值结构》,法律出版社2015年版,第125页。

〔4〕 See Glibert, Comfort Letter: a Banker's View, 1982 *The Journal of Commercial Bank Lending* 48, 49 (1982).

〔5〕 See Anton Trichardt, Comfort Letters - A Quartet of Decisions Interrupt the Judicial Quiescence, 9 *Tilburg Foreign Law Review* 162, 166 (2001).

安慰函的交易模型进行不断修正,以一种更为恳切的措辞企图获得认可,并在与否定立场的博弈中获得自我革新。

在此背景下,安慰函的交易模型逐渐生成,并形成相对稳固的状态。安慰函的交易模型主要涉及三方主体:出函人、债务人以及债权人。出函人(通常是母公司或政府)以增强债务人信用为目的,应债务人请求或主动向债权人单方出具书面函件。^{〔6〕}该函件措辞通常较为模糊,多表达愿意为债务人贷款提供某种支持,但并不承诺替代主债务人履行债务。函件承诺内容大抵包括:督促债务人及时清偿债务、协助债务人及时还款、确保债务人偿还债务、维持对债务人的控制权、确保不从公司抽走资金等,不一而足。根据函件目的及内容不同,安慰函存在不同的划分标准。英国学者将安慰函分为三类:知悉融资的声明;保持所有者权益的承诺;贷款人所要求的支持程度。^{〔7〕}德国则将安慰函划分为“强安慰函”及“弱安慰函”。^{〔8〕}法国学理上则将安慰函区分为“方法之债”与“结果之债”。^{〔9〕}我国有学者将安慰函分为知悉函、支持函、允诺函三类。^{〔10〕}由是观之,基于学者对措辞的不同侧面截取,安慰函表征形态各异。但无论采何种类型描述,仅为术语选择争议,不涉及对安慰函本质的价值判断。

(二) 安慰函的效力争议

安慰函的交易模型是交易者基于自身利益考量的产物,当纠纷发生时交易者往往会作出对自己有利的解释。基于不同的利益诉求,债权人希望安慰函具有近乎保证的法律效力,反之,出函人则仅希望表达对债务人支持的意愿,而不承担法律责任。^{〔11〕}安慰函作为双方意愿磋商妥协的法律产物,其措辞本身便具有模糊性特征。^{〔12〕}我国关于安慰函的法律规范更是尚付阙如,仅有最高人民法院的复函^{〔13〕}对安慰函的认定作出含糊回应,并不能为歧见纷生的实践乱象提供充分的规范指引。

在规范体系残缺的背景下,如何妥适地判断安慰函的效力系司法实践中的难点。为化解这一效力认定难题,法官面对安慰函这一新生事物,天然的滑向熟悉的领域寻找规范工具,并将目光落在与其相近的保证,反复比照安慰函是否构成保证,并将保证作为安慰函效力认定的基本标尺。通过检索案例^{〔14〕}可以看出,目前司法实践在判定安慰函效力时的主流观点便是将安慰函与

〔6〕 值得注意的是,安慰函的签发在部分情况下是基于债权人的主动提出,但债权人并不直接向出函人提出,而是向其债务人申请,由债务人向出函人提出申请,以便为其提供担保。See Vasile Nemes, Bank Guarantees, 19 *Lex ET Scientia International Journal* 128, 135 (2012).

〔7〕 See Philip Wood, *The Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, 1980, p. 307.

〔8〕 See Schütze, *Münchener Vertrags-Handbuch*, 2. Aufl., 1985, S. 423 - 433.

〔9〕 参见前引〔1〕,李世刚文。

〔10〕 参见杭子晴:《浅析安慰函的法律效力——兼评最高人民法院关于佛山市人民政府与交通银行香港分行之间的保证合同纠纷案终审判决》,载《金融管理与研究》2006年第7期。

〔11〕 参见前引〔5〕,Anton Trichardt文,第166页。

〔12〕 参见焦美华:《模糊的安慰函——安慰函的法律效力》,载《国际贸易》1997年第11期。

〔13〕 《最高人民法院关于交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民政府等借款担保合同纠纷上诉一案〈承诺函〉是否构成担保问题的请示的复函》指出:“对于云浮市人民政府出具的《承诺函》是否构成我国《担保法》意义上的保证,应由你院根据云浮市人民政府出具《承诺函》的背景情况、《承诺函》的内容以及查明的其他事实情况作出认定。”

〔14〕 笔者在“中国裁判文书网”“无讼案例”“法信网”“北大法宝”等司法案例数据库以“安慰函”“承诺函”为关键词进行全文检索,检索时间为2022年4月1日,选取13件典型案例。

保证合同相比较，若安慰函构成保证则肯定其效力，^{〔15〕} 若不构成保证则否定其效力，^{〔16〕} 基本遵循“构成保证—有效，不构成保证—无效”的裁判逻辑。至于何种情况下构成保证，法院则倾向于依据安慰函的措辞作出判断，然而，囿于语义表达的模糊性，何种措辞下构成保证法院并未言明，又基于保证不能推定之规则，大量的安慰函因不构成保证而被否定效力。譬如在“广东国际信托投资公司破产案”^{〔17〕} 中，法院认为安慰函中没有明确代为清偿或代为还债的意思，不构成我国法上的保证，进而否定了安慰函的效力。在后续的“佛山市人民政府案”、^{〔18〕} “中国银行（香港）有限公司案”^{〔19〕} 等典型案件中，法院亦持相同立场。这种效力判定立场影响至今，近年来仍有诸多判决以此为由否定安慰函的效力。反观少数安慰函被认定有效的案件，又存在罔顾当事人真意而强行嵌套进保证框架的蹩脚局面。例如，在“中国建设银行湖南省分行案”^{〔20〕} 中，出函人并无保证之意思，且当事人双方皆认为承诺函并非保证，法院却径直将安慰函解释为保证，进而适用保证规则。

应当认识到，安慰函本不是保证，以保证为标尺全盘否定安慰函之效力，或将其强行解释为保证，皆不符合实践需求及当事人真实意思所向。在既有效力判定立场下安慰函的效力多被否定，有悖于商事实践需求与商业发展规律，具体而言：其一，在商事交易场合，否认安慰函的效力易滋生商事欺诈进而有损交易诚信体系。倘若出函人抓住无效指向，出具安慰函以引诱或促使债权人向债务人贷款，嗣后出函人又能逃脱担保责任，^{〔21〕} 无异于诱人上房抽梯，有损债权人之信赖利益，不利于交易双方作出合理的商业判断，进而破坏融资市场的规范运行。其二，简单否定安慰函的效力不利于优化我国营商环境。安慰函多应用于国际融资担保领域，我国政府或母公司为增强外资企业投资信心以安慰函的形式吸引境外企业投资，否定安慰函的效力将打消境外企业的投资动力，从而不利于境内企业融资。其三，安慰函具有独立的需求与价值，不因效力否定而减损。自早年最高人民法院明确了安慰函无效立场以降，有关安慰函案件数量明显减少，在效力否定阴霾的笼罩下，亦有银行从业者提出避免银行接受安慰函的建议。但通过近年来逐渐增加的安慰函案件观之，安慰函并未因此而消弭，反而以更强的生命力活跃于融资市场，这也代表了安慰函具有独立的实践需求与存在价值。有基于此，对待安慰函的正确态度并不是消灭其生存空间，而是应该承认并规范它，明确安慰函在何种条件下具有法律效力。

〔15〕 譬如最高人民法院（2019）最高法民终 1006 号案件中，法院以“安慰函担保意思明确，具有保证担保性质”而认定有效。持有类似观点的判决有最高人民法院（2011）民申字第 1209 号民事判决书、最高人民法院（2015）民申字第 1276 号民事判决书、最高人民法院（2017）最高法民终 353 号民事判决书、最高人民法院（2019）最高法民终 1006 号民事判决书、最高人民法院（2020）最高法民终 244 号民事判决书。

〔16〕 譬如最高人民法院（2014）民四终字第 37 号案件中，法院以“安慰函不符合《担保法》第六条关于保证的规定，不能构成法律意义上的保证”为由认定无效。持有类似观点的判决有广东国际信托投资公司破产案（载《最高人民法院公报》2003 年第 3 期）、最高人民法院（2004）民四终字第 5 号民事判决书、广东省高级人民法院（2004）粤高法民四终字第 231 号民事判决书、最高人民法院（2011）民申字第 1206 号民事判决书、北京市高级人民法院（2016）京民申 3103 号民事判决书、最高人民法院（2017）最高法民终 182 号民事判决书、江苏省苏州市中级人民法院（2017）苏 05 民终 3022 号民事判决书。

〔17〕 参见《广东国际信托投资公司破产案》，载《最高人民法院公报》2003 年第 3 期。

〔18〕 参见最高人民法院（2004）民四终字第 5 号民事判决书。

〔19〕 参见最高人民法院（2014）民四终字第 37 号民事判决书。

〔20〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终 1006 号民事判决书。

〔21〕 参见吴一波、陈庭鹭：《公司担保行为的模糊边界——“安慰函”效力之探析》，载《金融法苑》2011 年第 2 期。

然而抱憾的是，无论司法实践抑或理论研究皆未充分认识到安慰函的独立性属性，亦未厘清安慰函与保证之关系，这也导致安慰函的效力认定始终裹挟着保证标尺。在实践中，法院多以安慰函没有明确设定保证的意思为由否定其效力，甚至有判决直接将安慰函等同于道义上的承诺，由此减损甚至湮灭了具有担保意思的安慰函之效力，有悖于商人自治。在学理上，既有理论大多在保证的视阈下探讨安慰函，着眼于何种条件下构成保证，但鲜有学者关注安慰函与保证的实质区别。日前，亟须对安慰函的法律构造进行通盘检视，以廓清其与保证合同之关系，导正裁判逻辑，从而对商事担保之良好运行有所裨益。

二、安慰函的历史演进与规范立场

我国对安慰函效力判定逻辑之所以存在误区，其根源在于对安慰函与保证关系的理解错位。安慰函并非我国商事实践所固有，某种意义上属于“舶来品”，对安慰函进行探源并考诸域外实践有助于厘清安慰函与保证之间的关系。

（一）安慰函的商事发展脉络

安慰函缘起于 20 世纪 60 年代英美金融界，并于 70 年代开始流行。^{〔22〕} 关于安慰函的起源说辞不一，在英美国家，子公司为顺利获得贷款融资，往往需要母公司提供保证以增强债权人贷款信心。^{〔23〕} 但是，根据法律规定，具有法律效力的保证应作为或有负债记载于公司的资产负债表中，^{〔24〕} 进而影响公司之信用，故而母公司更愿意采用无需承担法律责任的安慰函的方式为债务人提供一定支持。在德国，安慰函产生之初是为了规避法律对由母公司担保的子公司借款征收 2% 的资本投资税的规定。^{〔25〕} 准此以言，无论何种起源，安慰函被创设的起因在于出函人规避承担保证责任，而非旨在为债务人提供具有法律效力的担保。但随着安慰函在商事实践中的渗入，加之传统保证方式的弊端日益凸显，难以满足商业活动中的需求，安慰函的目的与功能发生转向。具体而言，我国港澳台地区 90 年代末经济陷入持续低迷，贷款人在穷尽保证与物权担保后仍难以保障债权的实现，转而寻求安慰函以填补损失。^{〔26〕} 除此之外，保证制度的严格僵化也促使交易当事人将安慰函作为新的补充机制，细言之：首先，传统保证奉从属性为圭臬，侧重于保障保证人的利益，并赋予保证人诸多抗辩权。保证合同受主合同成立、效力、抗辩、范围等方面的约束，^{〔27〕} 也在一定程度上减损了交易效率，难以适应诸多交易场合。其次，随着贸易范围的扩大，商事担保主体之间趋于陌生化，由此带来的信任机制缺失愈加呼唤安全稳定的交易环境，但从属性保证固有的不确定性，难以弥合担保主体之间信任缺失的天堑。最后，保证合同的形式要件繁琐。以公司对外提供保证为例，公司对外担保需经董事会或股东会、股东大会决议，在为

• 245 •

〔22〕 参见沈达明编著：《法国/德国担保法》，中国法制出版社 2000 年版，第 84 页。

〔23〕 参见王毓莹：《民法典背景下人的担保独立性之证成与适用——以独立担保为视角》，载《比较法研究》2021 年第 6 期。

〔24〕 See Michael Elland-Goldsmith, Comfort Letters in English Law and Practice, 1994 *International Business Law Journal* 527, 528 (1994).

〔25〕 参见前引〔7〕，Philip Wood 书，第 307 页。

〔26〕 参见刘子平、易新华、梁朔梅：《涉外债务安慰函的性质及其效力》，载《人民司法》2004 年第 9 期。

〔27〕 参见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 880 - 882 页。

境外机构提供担保时还应经外汇管理部门登记，形式过于繁杂，从而增加了交易成本。基于此，固守传统的保证方式难以满足担保实践发展之交易需求，安慰函基于对商事效率与安全的追求，能够补充保证无法涉足的领域，又因形式灵活、有效增信、交易成本低廉等优势而备受商人青睐，尤其在国际融资担保中得以广泛应用。

由是观之，安慰函具有独立的商事发展脉络，其产生与发展均独立于保证。安慰函与保证的关系历经了由规避向补充之转变，安慰函也逐渐演变为一项具有独立需求的有效增信措施，并作为一项旨在提供担保或担保替代品的商业工具活跃于国际金融市场。^{〔28〕}

（二）域外法上安慰函效力认定的基本立场

揆诸域外，反诸己身。综观域外对安慰函效力的判定立场，大抵可归为三种类型：英国和澳大利亚认为安慰函的效力取决于其措辞，但对是否拘泥于文字表达存在分歧；德国将安慰函类型化为强格式安慰函与弱格式安慰函，此间区别影响其效力判定；法国以立法形式将安慰函作为独立于保证的“人的担保”项下的种概念，并肯定其效力。兹分述之：

英国法院对安慰函的界定基本根据安慰函的措辞进行，认为安慰函是否能够产生具有法律约束力的义务，取决于当事人的意图和安慰函订立时的客观情况。^{〔29〕}英国法院关于安慰函的判定立场以 *Kleinwort Benson Limited v. Malaysian Mining Corporation Berhad* 案^{〔30〕}（以下简称“KB案”）为著例，法院重点关注安慰函的措辞本身，认为“这是我们的政策”的声明不等于MMC公司对未来政策的合同承诺，措辞必须表明这是而且将是我们的政策。^{〔31〕}英国KB案作出的同年，澳大利亚新南威尔士州最高法院在 *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited* 案^{〔32〕}（以下简称“BBL案”）中作出了截然相反的判决。罗杰斯（Rogers）法官认为，商人经过艰难磋商后所作出的声明（安慰函），在对效力没有明确约定的情况下，就断然认定所做声明仅具有道义上的责任，这对于正常的商业交易活动而言是不可取的。如今法律的主旨便是试图使商业交易具有适当的效力。^{〔33〕}如果法院将审查商业纠纷的重点放在咬文嚼字分析字面含义，这将不利于司法在处理商业纠纷过程中的有效实施。^{〔34〕}罗杰斯法官因此判定安慰函构成合同承诺，并承认了安慰函的法律效力，此判决也代表了澳大利亚法院认定安慰函的基本立场。

在德国，安慰函被划分为强安慰函（Harte Patronatserklärung）与弱安慰函（Weiche Patronatserklärung）。^{〔35〕}在强安慰函中，出函人通常会在确认其对所涉及交易了解的基础上，为债务人及时履约做出明确承诺，抑或是承诺保持一定的持股比例、承诺处置股份时向债权人发出通知等，通常具有明确受义务约束的意思表示。^{〔36〕}反观弱安慰函则更为模糊，出函人往往不

〔28〕 参见前引〔5〕，Anton Trichardt文，第166页。

〔29〕 See Poh Chu Chai, *Law of Pledges, Guarantees and Letters of Credit*, LexisNexis, 2003, p. 949.

〔30〕 See *Kleinwort Benson Limited v. Malaysian Mining Corporation Berhad*, [1989] 1 WLR 379.

〔31〕 See Simon Deane, *Letters of Comfort*, 1 *Asia Pacific Law Review* 88, 91 (1992).

〔32〕 See *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited*, [1989] 21 NSWLR 502.

〔33〕 See *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited*, [1989] 21 NSWLR 523.

〔34〕 See *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited*, [1989] 21 NSWLR 524.

〔35〕 参见前引〔8〕，Schütze文，第423-433页。

〔36〕 See Peter Ellinger, *Reflections on Letters of Comfort*, 1991 *Singapore Journal of Legal Studies* 1, 3 (1991).

会就债务人履约做出明确的承诺，而是做出旨在安抚债权人的善意声明，此类安慰函仅具有道德意义，通常不具有法律约束力。^{〔37〕} 相比之下，强安慰函则被视为具有法律约束力的承诺，以“OLG Celle”案^{〔38〕}为例，母公司做出的“确保子公司履行其在信贷协议项下的义务”承诺被认定为具有法律约束力。^{〔39〕} 虽然上述两种形式的安慰函存在不同的效力走向，但无论哪种安慰函，都不被作为德国法上的保证对待，而是对相关人的信赖利益加以法定保护，作为一项损害赔偿请求权的基础。^{〔40〕}

在法国实务中，当事人希望通过安慰函的方式替代保证，以避免保证中强制性规则的适用。^{〔41〕} 在此背景下，安慰函作为新型担保工具获得发展壮大的机遇，进而纳入2006年修改后的《法国民法典》第2322条，从而构成了与保证和独立担保相并列的担保方式。^{〔42〕} 该条将安慰函定义为“‘以支持债务人履行其对债权人的债务为目的’的作为或不作为的义务承诺”^{〔43〕}。作为区别于保证的概念，安慰函中出函人不会替代债务人履行主债务，其仅对债权人作出某种会帮助、支持其债务人的承诺，此种支持通过作为或不作为方式表现。^{〔44〕} 关于安慰函的效力问题，法国早期似乎以一种更为直接的方式来处理，其创设了一种假设：理性的商主体会订立一个毫无意义且不可执行的函件吗？答案当然是否定的。^{〔45〕} 2006年，法国以立法形式确立安慰函作为一种具有法律效力的担保方式，从而在规范层面结束了长期以来关于安慰函效力的争论。

据上观之，各国关于安慰函的效力认定莫衷一是，盖因安慰函自身的模糊性特征，加之其在国际贸易中界定的复杂性，故而各国对此问题并未形成共识。但究其共性，无论是认定安慰函构成合同性承诺、损害赔偿请求权基础抑或是人的担保类型，各国皆承认安慰函区别于保证，并独立考察其效力。反观我国，司法实践及理论学说对安慰函效力的判定立场皆以其是否构成我国担保法意义上的保证为标准，若不构成保证则否定其效力，大量安慰函因不构成保证而被否定效力。在此基础上，无论基于何种考量，全盘否定安慰函的效力似不足取，域外经验值得我国借镜自省，至于如何借鉴域外有益实践寻求本土化规范路径尚需下文进一步探讨。

• 247 •

三、安慰函的商事法律结构

安慰函这种特殊的交易模型，面临的首要问题便是如何界定其法律性质，这不仅是判断安慰函效力的起点，亦是明确安慰函规范适用的前提。在其法律性质得以明晰的基础上，可进一步明确其法律结构与外延关系。

〔37〕 参见前引〔8〕，Schütze文，第433页。

〔38〕 NJW67 1425.

〔39〕 See Wilna Faul, Letters of Comfort, 1990 *Journal of South African Law* 73, 80 (1990).

〔40〕 参见前引〔36〕，Peter Ellinger文，第3页。

〔41〕 参见刘斌：《论民法典分则中人的担保之体系重构》，载《当代法学》2018年第5期。

〔42〕 参见前引〔1〕，李世刚文。

〔43〕 罗结珍译：《法国民法典》，北京大学出版社2010年版，第506页。

〔44〕 参见张民安：《法国民法》，清华大学出版社2015年版，第515页。

〔45〕 See Larry A. DiMatteo & Rene Sacasas, Credit and Value Comfort Instruments: Crossing the Line from Assurance to Legally Significant Reliance and toward a Theory of Enforceability, 47 *Baylor Law Review* 357, 371 (1995).

（一）安慰函系单方商事允诺

综观既有界定立场，安慰函的性质主要存在道义说、合同说、单方允诺说之分野。道义说在安慰函发展初期颇为盛行，但随着安慰函的发展，多数国家或地区纷纷抛弃道义说立场，并重新审视安慰函的性质。反观我国，道义说可谓占据着“半壁江山”，早期司法实践皆以道义说为基本立场，^{〔46〕} 晚近以来，虽有所缓和，但仍不乏主张道义说者。^{〔47〕} 诚然，将安慰函仅视为道义义务，是对安慰函适用范围的不当限缩，安慰函中尚存在大量具有明确履行义务的措辞，这些措辞之外观足以使相对方产生信赖利益。道义说将安慰函中部分道义承诺扩张到安慰函全部，实则是对安慰函的误读。

合同说又可进一步分为允诺说、保证合同说。英国及澳大利亚倾向于将安慰函认定为合同允诺（contractual promise），从“KB案”到“BBL案”可揆诸其立场。英国理论与实务中认为安慰函构成合同义务，进而应承担合同责任，^{〔48〕} 在解释方法上适用合同法的相关规定。保证合同说则颇受我国理论与实务偏爱，学界谈及安慰函性质时多着眼于安慰函满足何种条件时构成保证合同，或者保证合同之要约。^{〔49〕} 合同说看似具有一定合理性，但细究之，其并不能反映安慰函的内在逻辑，亦存在诸多解释力不足。若认为安慰函是合同，则合同的成立、履行、解释等规则皆可适用，但根据安慰函的交易模型，安慰函是出函人单方出具的承诺，该承诺具有独立负担债务之意思表示，并不存在相对方的意思表示，难以套用合同“要约—承诺”的成立规则。此外，合同法上的诸多履行抗辩权与当事人选择安慰函的初衷相悖。当事人基于商事效率与安全的追求，企图摆脱合同履行中诸多抗辩权的束缚，以一种更为便捷、稳定的方式达致目的，若将安慰函界定为合同，则扼杀了安慰函的生命力。最后，合同的体系解释方法置重于条款之间的关联性、系统性，但在不断的关联比较中也将安慰函牵涉进基础交易之漩涡，未必符合当事人真实意思。

晚近以来，单方允诺说受到更多关注。“单方允诺是通过单方的意思表示而成立双方的债之关系”^{〔50〕}，具有意思表示单方性、债因独立性、相对人特定性的特征，不同于合同的法律结构。实际上，单方允诺因其特殊的法律结构而广泛存在于商事领域，譬如，商家作出的假一罚十、有奖销售、免费服务等各项承诺，均属此类。^{〔51〕} 安慰函作为应用于商事领域的产物，具有鲜明的单方属性，在一定程度上引起了学界及实务界的关注。有学者认为，安慰函本属为促成他人达成协议而出具的单方允诺。^{〔52〕} 在“招商银行深圳分行诉湖南省高速公路管理局等合同纠纷案”^{〔53〕}

〔46〕 譬如最高人民法院（2004）民四终字第5号民事判决书。

〔47〕 有学者认为安慰函没有法律约束力，但至少有道义上的约束力。参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2015年版，第135页。有学者将安慰函等同于仅承担道义上义务的函件。参见刘保玉、梁高远：《“增信措施”的担保定性及公司对外担保规则的适用》，载《法学论坛》2021年第2期。

〔48〕 参见前引〔24〕，Michael Elland-Goldsmith文，第531页。

〔49〕 参见李昊、邓辉：《论保证合同入典及其立法完善》，载《法治研究》2017年第6期。

〔50〕 陈华彬：《债法总论》，中国法制出版社2012年版，第94页。

〔51〕 参见杨海静：《单方允诺视角下的证券市场公开承诺》，载《南方金融》2018年第7期。

〔52〕 参见伯恩斯坦、泽克尔：《法律与美国现代实践双重视野下的君子协定》，载《美国比较法杂志》1998年增刊，第99-100页。转引自张平华：《君子协定的法律分析》，载《比较法研究》2006年第6期。

〔53〕 参见湖南省高级人民法院（2016）湘民初15号民事判决书。

中,法院认为“高管局所作承诺系其单方允诺的法律行为”。然而抱憾的是,提出单方允诺说者并未给予充分的理论阐释,以致单方允诺说解释力薄弱而未被重视。

通过检视安慰函的交易结构与制度需求,将安慰函的性质界定为单方允诺更符合其内在逻辑。其一,安慰函符合单方允诺之构成。首先,安慰函意思表示具有单方性。安慰函系出函人单方出具的函件,一经发出即生效力,其设立无需债权人的意思表示,仅凭出函人的意思表示即可发生法律效力。其次,安慰函的债因具有独立性。安慰函的出函人与债权人之间并无订立契约之合意,出函人作出承诺系独立的债因,仅限于为自己创设债务,与债权人之间并不存在对价(consideration)。最后,安慰函的相对人能够特定。早期有学者将悬赏广告作为典型的单方允诺类型,并提出单方允诺的构成要件应包括向社会不特定人发出。^[54]但随着单方允诺类型的扩张,将单方允诺发出对象局限于不特定人的观点日渐式微。单方允诺发出对象是否特定,并不会影响债权债务的成立。^[55]在安慰函中,基于安慰函交易结构及目的之限制,出函人的相对人具有特定性,符合单方允诺之构成。

其二,单方允诺说符合安慰函的内在价值。安慰函作为商事实践的产物,从产生伊始便表现出对商事效率与安全的极大追求。单方允诺恰是对交易关系的效率、稳定和诚实信用原则的最大维护,^[56]契合了安慰函的制度需求。首先,单方允诺一经发出即生效力,具有相对独立性。债权人无需承诺,仅凭生效函件即可主张权利,避免陷入“要约—承诺”的繁复程序,从而保障了交易效率。其次,单方允诺具有不可撤销性,从而维护了交易的安全与稳定。试想,若将安慰函作为合同,出函人出函即为要约,在债权人承诺前出函人均可撤销,则易导致商事欺诈泛滥,有损诚实信用原则。出函人作为成熟的商事主体,为自己创设义务的行为理应尊重,无需家父主义的保护。故而,单方允诺说极大地满足了安慰函对商事效率与安全的需求,将安慰函解释为单方允诺符合安慰函的内在理路。

在将安慰函界定为单方允诺后,尚需说明的是,安慰函与同属单方允诺的独立保函应如何区分,以避免安慰函被独立保函所吸收。首先,义务的差异是二者最典型的区别。在独立保函中,若债务人未履行债务,担保人所承担的义务是将一笔数额的金钱支付给债权人的“支付义务”。^[57]而在安慰函中,出函人并不具有替代给付的义务,其义务是一种“行为义务”,出函人所需完成的是在债务人履行债务过程中提供某种帮助或支持。^[58]其次,担保人(出函人)采用模糊措辞的意图不同。模糊性是安慰函的重要特征,安慰函中措辞的模糊性往往是出函人有意为之,但独立保函措辞上的模糊却未必是担保人刻意而为,可能是具有不同法律效果的措辞叠加,导致难以分辨当事人的真实意图。^[59]最后,二者可能产生的法律效果不同。安慰函中纯粹道义

• 249 •

[54] 参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由》,法律出版社2005年版,第675页;张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第58页。

[55] 参见高祥主编:《独立担保法律问题研究》,中国政法大学出版社2015年版,第53页。

[56] 参见王长发:《单方法律行为地位正常化研究》,载《法治研究》2010年第3期。

[57] 参见前引[44],张民安书,第515页。

[58] See Laurent Aynès Pierre Crocq, Les sûretés La publicité foncière, 4e édition DEFRENOIS, p.163. 转引自前引[44],张民安书,第516页。

[59] 参见前引[23],王毓莹文。

性的承诺，因欠缺履行内容而无法律约束力，其法律效力或不被承认。但独立担保的效力通常被肯认，区别在于被认定为从属性保证抑或独立性担保。

在明确安慰函单方允诺法律性质的基础上，将其置于何种分析框架，殊值探讨。循功能视角观之，担保的功能即在于填补债权人因债务人不履行债务所受损害，其核心作用在于增强信用。^{〔60〕}就实质担保观所强调的功能而言，安慰函具有增强信用的功能，其出发点是尽可能促成担保交易，最终成就基础交易。^{〔61〕}正如有学者所言，当债务人的财产状况不足以获得银行贷款时，银行会要求母公司（出函人）出具安慰函以增强信用。^{〔62〕}无论以何种措辞表述，出函人出具安慰函的目的都是为了增强债务人之信用，以取得贷款方信任，从而顺利获得贷款。由此可见，安慰函发挥着补足、增强债务人信用的功能，符合担保的核心特征。将安慰函置于担保的分析框架，符合安慰函之功能意涵，亦为当事人真实意思所向。由于安慰函指向的是人的信用而非物的信用，且安慰函的权利客体不确定，债权人仅具有债权性质的请求权，而不享有对标的物之变价权，故将其解释为债权担保为宜。

若进一步对安慰函的担保属性进行分析，则可将安慰函锚定在商事场域中，并将安慰函作为商事担保的类型。安慰函源于商事实践，从产生伊始便镌刻着鲜明的商事品格，具体表征为以下方面：其一，就担保主体而言，安慰函的出函人多为商事主体。商事主体因营利属性而被赋予了理性经济人的假设，其作为“强而智”的人无需过多的“父爱主义”保护。正是基于主体身份的特殊性，作为商事主体的出函人理应比普通民事主体具有更高的注意义务，乃至承担更为严格的责任。其二，就担保行为而言，出函人出具安慰函具有营利性。以母公司作出函人为例，母公司虽不以担保为直接营利目的，但该担保行为系其为子公司争取营业便利的间接营利行为，仍属于营利目的范畴。其三，安慰函集中体现了效率、安全的商事法理。效率与安全是内生于商事活动的两条主线，并在安慰函中得以彰显。基于对效率的追求，安慰函突破了从属性担保所设定的诸多限制，以独立承诺的灵活形式迅速达致增信目的，从而避免了传统保证因形式冗杂、抗辩频繁所带来的交易成本的增加。基于对安全的考虑，安慰函遵循外观主义，以函件内容为效力依据，从而保障了交易安全与稳定。基于此，安慰函具有典型的商事特征，较好地契合了商事担保的制度需求，将其归入商事担保体系范畴更符合安慰函的内在逻辑。

由是观之，安慰函或可基于性质归于单方允诺，或可基于功能归于担保，但无论如何归类皆为解释选择之差异，并不影响安慰函价值判断之意涵。在安慰函中，鲜明的商事属性内嵌其中并贯穿始终，成为界定安慰函法律结构的核心要素。基于此，综合安慰函性质与功能进行考量，安慰函的法律结构应为：具有担保功能的单方商事允诺。

（二）安慰函具有不同于保证的法律结构

谈及安慰函与保证的关系，便又回归到本文的核心命题。传统大陆法系将担保体系分为人的担保与物的担保，保证与安慰函同属人的担保范畴。相较于物的担保，安慰函与保证具有更为相近的血缘关系，这也导致安慰函与保证的关系多被混淆，二者之差异亟待厘清。本文认为，安慰

〔60〕 参见前引〔55〕，高祥主编书，第54页。

〔61〕 参见谢鸿飞：《〈民法典〉实质担保观的规则适用与冲突化解》，载《法学》2020年第9期。

〔62〕 参见前引〔39〕，Wilna Faul文，第74页。

函与保证的差异表现在本源、本性、本质三个方面。

首先，若要真正厘清二者关系，尚需从保证的从属性本源与安慰函的独立性本源谈起。保证制度发轫于古罗马时期，从产生伊始便受到罗马人青睐。保证集中体现了罗马社会“友谊”的价值观，在这种价值导向下保证人通常以无偿的方式承担保证责任。^{〔63〕}也正是基于无偿性担保的假设，保证人承担风险却未获对价，理应赋予保证责任以从属性来对抗风险。在这种公平观念的影响下，罗马法以从属性作为阻隔保证人风险的工具，其围绕从属性所设计的保证制度具有保护保证人的天然偏向。然而，随着担保实务的发展，作为营利手段的商事担保得以勃兴，在商事担保中传统从属性保证所假设的保证人无偿性、单务性的人像基础不再，并无特殊矫正之必要。此外，从属性担保所附着的基础债的不稳定性，以及保证自身的严格僵化、效率低下、成本高昂等特点，亦导致商事主体寻求新的替代方式，向更为灵活高效的独立性人的担保方式逃逸。在此背景下，商事主体对担保的独立性诉求不断扩张，新型担保模型频繁涌现，安慰函即为成例。安慰函作为商事担保发展中的产物，与以从属性为核心的民事保证存在不同的生长脉络。

其次，就本性而言，安慰函在与从属性保证的博弈中表现出对独立性的极大需求，独立性是安慰函的本质特性，亦是区别于保证的关键。在从属性保证中，保证债务与主债务有着共同的命运，随着主债务的成立而成立，随着主债务的生效而生效，随着主债务的消灭而消灭。^{〔64〕}与保证的从属性特征不同，安慰函突破了从属性界限，从而独立于基础交易关系，^{〔65〕}安慰函的独立性主要表现为与基础交易在成立、效力、履行、范围、抗辩等方面的独立性，兹分述之：

其一，安慰函的成立具有独立性。基于上文分析，安慰函系单方商事允诺，表意人作出意思表示即产生债之关系，不依赖于主债务的成立。通常而言，安慰函的出具早于基础交易成立。其二，安慰函的效力具有独立性。安慰函是一项能够自足的文件，是否有效建立于自身条款之上，不受基础交易效力影响。其三，安慰函的履行具有独立性。安慰函中出函人的义务履行取决于函件所载内容，与基础交易无涉，债权人请求出函人履行义务时无需证明基础交易的履行情况，出函人亦不能援用基础交易中的原因拒绝履行。其四，安慰函的责任范围具有独立性。安慰函的责任范围与基础交易相分离，安慰函项下的责任不以主债务范围为限，而是以函件允诺义务为准，出函人的负担往往轻于保证人。^{〔66〕}其五，安慰函的抗辩具有独立性。出函人不得援用主债务人对债权人的抗辩，这也是出函人对其担保的基础法律关系所承担义务的独立性和自主性的结果。^{〔67〕}基于上述独立性，安慰函获得了自身的独立性证成，并充分体现了独立性担保方式在节约交易成本、满足商事效率需求、体现当事人意思自治等方面之价值。

最后，就本质而言，安慰函与保证具有不同的法律性质。诚如前文所述，安慰函的性质为单

• 251 •

〔63〕 See Jones, Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Codes (1977), 52 *Tulane Law Review* 129, 129 (1977).

〔64〕 参见刘斌：《独立担保的独立性：法理内涵与制度张力——兼评最高人民法院独立保函司法解释》，载《比较法研究》2017年第5期。

〔65〕 See Reiner Stecher, „Harte“ Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme, 23. Aufl., 1978, S. 69.

〔66〕 参见李世刚：《法国担保法改革》，法律出版社2011年版，第57页。

〔67〕 参见前引〔6〕，Vasile Nemes文，第135页。

方法律行为中的单方允诺，而保证的本质则上则为合同。二者在意思表示的构成、形成、解释等方面存在明显差异，能够较易区分，但在义务方面，安慰函与保证皆具有单务属性，通常容易混淆，在此需予以辨别。安慰函中的出函人义务通常表现为支持、督促等协助性或支持性义务，这种义务是自身的义务，是不以代为偿付为必要的独立于主债务的义务；而保证中保证人所负担的是“履行与被担保债务同质”的义务，^{〔68〕}在一般保证中，这种义务具有补充性，需以主债务人不履行为前提，且具有代偿性，保证人履行的是债务人的债务并非自己的债务。除此以外，安慰函与保证在交易模型、交易需求等方面亦判然有别，由于前文已述，此不赘述。

基于不同面向之差异可以看出，安慰函具有不同于保证的法律结构，我国将安慰函解释为保证，或以保证为安慰函的评价标尺，存在诸多解释力龃龉，在此予以导正。

四、安慰函的规范体系构建

（一）安慰函典型化之理由

在厘清安慰函法律构造的基础上，规范模式的选取在问题属性上实则为立法技术问题，应进行立法技术优劣之判断。诚如前文所述，关于如何规范安慰函，域外国家或地区提供了两种进路：将安慰函作为人的担保方式予以典型化，抑或游离于立法之外作为债务之一种形式。^{〔69〕}安慰函在我国具有典型化的现实需求与必要性，应作为人的担保方式予以典型化。理由兹述如下：

其一，安慰函具有独立的担保需求。安慰函作为独立性的人的担保工具，具有不同于传统从属性担保的内在理路，其在促进融资、促成合同、增强信用等方面存在独立的担保需求。通过近年来不断攀升的安慰函纠纷数量，^{〔70〕}即可窥见安慰函在我国的应用愈加广泛。当事人试图通过安慰函挣脱严格僵化的保证制度之束缚，也代表了当事人不能够或不愿意通过保证担保方式设定担保责任的意思追求，设立不同于保证的担保方式亦是安慰函制度存在的重要价值基础。^{〔71〕}

其二，既有判定立场及规范路径难以妥适解释安慰函逻辑。由于我国关于安慰函的法律规范尚付阙如，解决相关纠纷时法官习惯于从与其相近的保证中寻求规范依据。在既有判定立场下，安慰函或因不构成保证而被否定效力，或被强行嵌套进保证框架，如此一来，安慰函便存在双重解释障碍。第一层是安慰函具有独立的规范逻辑，为何要依附于保证判断其效力。安慰函是商人之间经过利益平衡谈判博弈的产物，是商人根据商业判断所做的自治安排。对标保证判断安慰函效力之做法实际是以法官逻辑取代商人逻辑，是对当事人意思自治之忽视。第二层是即便认定安

〔68〕 参见前引〔66〕，李世刚书，第56页。

〔69〕 参见前引〔41〕，刘斌文。

〔70〕 笔者在“中国裁判文书网”“无讼案例”“法信网”“北大法宝”等司法案例数据库以“安慰函”为关键词进行全文检索，检索日期为2022年4月17日，共有民事案件134件，剔除重复及不相关案例，尚余48件。其中，2003年1件，2004年1件，2005年3件，2007年1件，2010年2件，2011年3件，2013年3件，2016年5件，2017年7件，2018年4件，2019年5件，2020年6件，2021年7件。

〔71〕 参见前引〔41〕，刘斌文。

慰函构成保证，安慰函能否适用保证规则。基于上文分析，安慰函与保证合同存在本质区别，安慰函的内容取决于其自身表述，保证合同中的大量规则无法适用，譬如，保证合同的内容、保证方式、保证期间、保证范围均无法适用，强行嵌套将导致规范体系上的削足适履。^{〔72〕}在安慰函规范阙如的背景下，这种裁判乱象并不能得到真正解决。

其三，典型化相较于其他规范路径更具适切性。上述理由从正面阐述安慰函典型化之现实需求，但尚面临典型化是否为最优方案之质疑，即为何不选择将安慰函作为游离于立法之外的债务之一种形式。首先，将安慰函作为债务之一种形式过于片面地强调出函人所负担之义务，而忽视了安慰函在整个交易体系中的担保功能。这不仅与当事人使用安慰函的初衷相悖，亦剥夺了出函人行使追偿权之权利基础。此外，若仍延续将安慰函游离于立法之外、交由法官作出判断的模式，则易导致不同法院对同一安慰函作出不同的价值判断。譬如，在“佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案”^{〔73〕}中，一审法院认为安慰函构成保证，二审法院则认定安慰函不构成保证而无效。又如，在“招商银行深圳分行与湖南省高速公路管理局合同纠纷案”^{〔74〕}中，一审法院认定安慰函系单方允诺，二审法院则将承诺函认定为保证。故此，应考虑到安慰函措辞的模糊性特征，准确判断其效力本就不易，若没有可资参照的客观尺度，仅凭法官个案判断，所做裁判不仅不利于当事人适用安慰函的可预期性，亦不利于交易的安全稳定。

其四，域外立法具有成熟经验。从比较法角度看，《法国民法典》以立法形式确立了安慰函制度，为我国安慰函典型化提供了可资借鉴之进路。《法国民法典》第2322条将安慰函作为区别于保证的独立的“人的担保”确定下来，并在学理上引入“方法之债”与“结果之债”，作为确定出函人最终责任的标准。^{〔75〕}在法国，安慰函的立法进程并非一蹴而就，其经历了由最初不被承认到逐渐缓和再到立法确立的过程。这一历程暗含着安慰函实践需求与传统保证方式从冲突到博弈再到共处的脉络。实际上，多数法律规范，尤其是商事规范的形成正是遵循着由实践凝结为习惯，进而上升为规范的演绎过程。

由是观之，安慰函在我国具有典型化的现实需求与可行性基础。安慰函本质上是债务人之外的第三人提供的信用担保，属于人的担保范畴，应作为人的担保方式典型化。选择典型化的方式并非不顾路径依赖惯性，而是基于安慰函发展需求所做出的应然选择。我国对安慰函的体系建构应立足于本土资源并结合域外成熟的立法例，以适应商人自治之规范逻辑需求。

（二）安慰函之类型辨析

将安慰函典型化为人的担保后面临的第一个问题，便是明确能够构成人的担保的安慰函范畴。诚如上文对安慰函法律结构的分析，安慰函系具有担保功能的单方商事允诺，其结构主要围绕“独立的”“行为义务”展开，“担保性”“独立性”“义务性”构成了安慰函的典型要素。但这并不意味着只要具备上述要素就能当然地得出人的担保的安慰函范畴，诚然，即便是在安慰函发展较为成熟的域外，也存在着对安慰函效力的类型区分。应当认识到，并非所有安慰函都具有法

〔72〕 参见前引〔41〕，刘斌文。

〔73〕 参见最高人民法院（2004）民四终字第5号民事判决书。

〔74〕 参见最高人民法院（2017）最高法民终353号民事判决书。

〔75〕 参见前引〔1〕，李世刚文。

律约束力，安慰函中仍有部分纯粹道义性的安慰函存在，这部分安慰函不具有法律约束力，进而难以归入人的担保的安慰函范畴。故而，安慰函若要构成人的担保还需具备法律效力。在厘清安慰函价值判断的基础上，选择何种立法语言界定，此即立法技术问题。循安慰函成文化的法国法观之，《法国民法典》第 2322 条将安慰函界定为“以支持债务人向债权人履行义务为目的，承担作为或不作为的担保义务”^{〔76〕}。此概念暗含了三层内涵，瓦西里·内梅斯（Vasile Nemes）教授作出解读：就目的而言，出函人需具有增强信用、担保债务履行之目的；就义务而言，出函人所负担的担保义务不是替代债务人履行的“支付义务”，而是给予债务人以支持的“行为义务”，此种义务包含作为与不作为义务，是不可撤销的、自主的承诺，^{〔77〕}是“独立的”义务；就责任而言，作为与不作为义务产生的责任为损害赔偿责任，出函人只能被要求向债权人支付损害赔偿金，由于担保义务本质，出函人有权向债务人追偿。^{〔78〕}法国法的界定揭示了安慰函的本质特征，较为准确地描绘出安慰函的核心要素，为我国定义安慰函提供了有益思路。有基于此，参酌域外成熟的立法经验，结合安慰函的性质以及法律行为本质，应将安慰函的概念界定为：“出函人以支持债务人向债权人履行义务为目的，承担作为或者不作为的担保义务的法律行为。”^{〔79〕}

明确能够构成人的担保的安慰函的内容后，需继而对安慰函予以类型化。^{〔80〕}基于前文所述，并非所有安慰函都具有法律约束力，具有法律约束力的安慰函和不具有法律约束力的安慰函将导向不同的法律效果，故而，以是否具有法律约束力为类型化标准不仅具有明确法律适用的归类意义，亦有利于交易主体选择安慰函工具的可预期性。正如林加德（Lingard）所言，安慰函中“重要的是区分具有法律约束力的安慰函和不具有法律约束力的安慰函”^{〔81〕}。不具有法律约束力的安慰函并无继续分类之必要，具有法律约束力的安慰函仍需细化。安慰函本质上是一种债，基于给付内容的不同安慰函或可分为作为债务与不作为债务，或可分为金钱债务与非金钱债务，这取决于解释者之选择。立法上选取作为债务与不作为债务作为划分标准，能够全面地反映债之类型，对于安慰函的界定颇有实益。但就法律适用而言，尚需考虑分类之可操作性。传统担保方式以金钱债务为核心，而大量的安慰函是为特定行为的非金钱债务，采取金钱债务与非金钱债务的分类方式，有助于理解安慰函的内涵，同时也更方便法官识别安慰函工具。故此，安慰函应类型化为具有法律约束力的安慰函和不具有法律约束力的安慰函，在具有法律约束的安慰函项下进一步分为以金钱债务为内容的安慰函和以非金钱债务为内容的安慰函。具体而言：

其一，不具有法律约束力的安慰函。此类安慰函措辞模糊且欠缺履行内容，出函人往往给予债务人道义上的支持，不具有债法上的义务。典型的仅具有道义义务的安慰函为：“同意债务人贷款”“密切关注债务人财产状况”“督促债务人还款”等。此类措辞由于欠缺履行内容，通常不存在可执行内容，所谓皮之不存毛将焉附，违反纯粹道德义务当然不产生法律约束力。

〔76〕 前引〔1〕，李世刚文。

〔77〕 前引〔6〕，Vasile Nemes 文，第 134 页。

〔78〕 参见前引〔6〕，Vasile Nemes 文，第 135 页。

〔79〕 参见前引〔1〕，李世刚文，第 165-166 页。

〔80〕 此处所探讨的安慰函是广义上的安慰函，不构成人的担保的安慰函亦囊括于内。

〔81〕 James R. Lingard, Comfort Letters under English Law, 5 *International Financial Law Review* 36, 36 (1986).

其二,具有法律约束力的安慰函。此类安慰函的措辞可表现为“保持对借款人的持股比例”“不参与同业竞争”“提供公司财务报表”“承诺回购债务人部分或全部金额”“确保债务人还款”“为使债务人还款尽全部努力”“负责解决拖欠债务”等,不一而足。在以金钱债务为内容的安慰函中,出函人给付标的系货币(金钱),承诺内容通常类似于保证,但又没有保证之明确措辞。在上述所列函件中,“确保债务人还款”“为使债务人还款尽全部努力”“负责解决拖欠债务”应属此类。此类安慰函在给付内容上与保证同为金钱债务,因此容易与保证混淆,但安慰函项下的义务不同于保证人的保证义务,出函人所承担的义务并非替代给付义务,而是自己独立的义务。若函件措辞为“承担借款人的有关责任和义务”,则具有明确的替代债务人履行债务之意思,进而归于保证,不属于安慰函范畴。在以非金钱债务为内容的安慰函中,出函人给付标的系特定行为,承诺内容通常较为明确具体。在司法实践中,这类安慰函的适用越来越广泛,出函人通常会以“保持一定持股比例”“保持对子公司的控制权”“提供公司财务报表”“承诺回购部分或全部金额”等履行特定行为的措辞作出允诺,此类安慰函与保证在内容上较易区分。

无论何种类型的安慰函,出函人之责任皆根据承诺内容产生。通常各种不同的给付义务不能履行时,均可转化为损害赔偿之债,^{〔82〕}出函人应就函件承诺内容根据债法上之损害承担相应损害赔偿责任。但当函件措辞模糊不清时,交易双方往往会对损害赔偿数额产生争议,此时法国法上对“方法之债”与“结果之债”的划分具有镜鉴意义。若函件措辞为“尽力而为”等主观意思则为方法之债,此时出函人承担因没有尽到勤勉义务而造成的损害赔偿责任;若出函人采“确保”“负责”等具有客观含义的结果之债的表述,则可能面临支付与主债务同等数额的损害赔偿风险。^{〔83〕}

• 255 •

至于如何识别安慰函系属何种类型,涉及对安慰函意思表示进行解释。基于安慰函单方允诺之性质,其核心即在于意思表示。意思表示的解释素有意思主义(主观说)与表示主义(客观说)之分,^{〔84〕}前者强调当事人的真实意思,后者则强调相对人的信赖利益。在商事关系中,出于维护交易安全的需要,意思表示之探寻需以外观表征为前提,刺破外观直接探求真意会造成法官思维取代商人思维的蹩脚局面,有悖商业逻辑。“意思表示必须借助语言表达,文义往往成为进入意思表示意义世界的第一道关口。”^{〔85〕}解释安慰函时应从函件所使用的词句出发,这不仅是文义的客观性所致,更是商事外观主义使然。但由于安慰函措辞的模糊性,文义解释往往难以作出妥当判断,此时,还应结合当事人的交易习惯、履行情况等客观因素综合判断,不过,这种因素必须是客观的,出函人未表征出的主观意图不能作为判断依据。值得注意的是,由于安慰函的单方允诺属性,合同的体系解释规则不宜简单地适用于安慰函中,在解释安慰函措辞时应尽量避免受到基础交易的侵扰。

(三) 安慰函之体系构建

在厘清安慰函的法律结构后,如何进行外在体系篇章安排,实现安慰函制度之体系化,此即

〔82〕 参见魏振瀛:《论债与责任的融合与分离——兼论民法典体系之革新》,载《中国法学》1998年第1期。

〔83〕 参见前引〔1〕,李世刚文。

〔84〕 参见朱庆育:《意思表示解释理论:精神科学视阈中的司法推理理论》,中国政法大学出版社2004年版,第252页。

〔85〕 朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第227页。

立法技术问题。《法国民法典》规定“人的担保”，将保证与安慰函、独立担保共同作为人的担保项下之子概念。然而我国立法层面并未抽象出“人的担保”的上位概念，亦未对安慰函提供制度供给。《民法典》仅将保证归入合同编调整，对安慰函尚未着墨，且未设立债法总则为安慰函留有容纳空间。在此背景下，在业已形成稳定体系的《民法典》上增设条款，于立法成本与法的安定性上似不足取。目前较为现实的做法是，利用《民法典》第388条和第682条预留的解释空间，通过出台司法解释确立安慰函的合法性地位。但问题在于，即便将司法解释扩张解释为法律范畴，司法解释体量亦有限，难以对安慰函作出妥适安排，就安慰函制度长期发展而言仍为权宜之计。考诸我国澳门地区，《澳门商法典》单独规定独立担保规则具有镜鉴意义。安慰函为商事领域中的担保工具，其单方性、独立性等特征亦迎合了商事担保的需求，在未来我国决定制定《商法通则》时，留待《商法通则》予以接纳与安排，亦可避免安慰函作为单方商事行为对既有担保体系的冲击。基于此，可在《商法通则》中设置法条规定：“安慰函是出函人以支持债务人向债权人履行义务为目的，承担作为或者不作为的担保义务的法律行为。”规范层面确立安慰函独立性地位后，具体司法适用不宜规定过细，以保有制度的弹性与张力，为安慰函措辞留有解释空间，亦为商人自治留有余地。

安慰函典型化当然是最佳选择形式，但安慰函被规范所确定，往往历经漫长的过程。就短期而言，仍应考虑到既有规范体系的惯性原理，在相关司法解释或《商法通则》出台前，寻求既有体系内之共识。司法机关审理安慰函案件时应形成一种基本共识：

• 256 •

首先，承认安慰函具有区别于保证的独立性。安慰函系具有担保功能的单方商事允诺，具有独立的交易需求与规范逻辑，不同于保证，不应以保证为标尺判断安慰函之效力。

其次，根据措辞的不同从义务角度将安慰函类型化为：具有法律约束力的安慰函与不具有法律约束力的安慰函。不具有法律约束力的安慰函仅具有道义义务，不产生债法上之义务，但攸关出函人的信用。具有法律约束力的安慰函，又可进一步区分为以金钱债务为内容的安慰函和以非金钱债务为内容的安慰函。出函人应就函件承诺内容根据债法上之损害承担相应损害赔偿赔偿责任，但函件措辞模糊不清时，可以引入“方法之债”与“结果之债”来甄别损害赔偿数额。

在识别安慰函系属何种类型时，应基于外观主义尊重措辞的客观表达，依据文义做出解释，当措辞模糊而难以判断时，尚需结合当事人的交易习惯、履行情况等客观因素探求出函人真实意思，但不宜外溢至基础交易等法律事实，而应限于安慰函自身的解释范畴。

五、结 语

安慰函具有区别于保证的独立的担保需求。既有理论及实践以保证为标尺判定安慰函之性质与效力，实则抹煞了安慰函的特殊性，亦有悖于商人自治。就价值判断而言，安慰函具有典型化的现实需求与可行性基础，典型化为安慰函体系构建之最优方案。但考虑到既有规范体系的惯性原理，安慰函被规范所吸收往往历经漫长岁月，次优方案则为在司法实践中达成一种理论共识。无论何种方案，都应明确安慰函作为一项担保工具之独立性，并在承认独立性的基础上进行类型化，通过解释明确构成人的担保的安慰函内涵，为进一步凝聚共识奠定基础。安慰函的研究虽已

沉寂已久，但其在优化营商环境与推进“一带一路”倡议的背景下攸关我国信用体系，理应引起足够关注。导正安慰函的构造逻辑并建构规范体系，也是安慰函理论的长久课题。

Abstract: Letter of comfort, as a new form of security tool developed in commercial practice, has unique value in promoting financing, facilitating contracts, and enhancing credit. In China, the current legislation is inadequate and coupled with the “ambiguity” of the letter of comfort itself, it has caused many difficulties of interpretation in practice. The nature and effect of comfort letters in China’s judicial practice is usually highly dependent on the guarantee contract, with whether it constitutes a guarantee as the basic yardstick for judgment. In fact, letters of comfort are different from traditional subordinate guarantee and have independent transaction needs and legal logics. The logic based on the guarantee contract is a misinterpretation of the letters of comfort system, which is contrary to the principle of commercial autonomy and deviates from the needs of commercial transactions. The letter of comfort should be incorporated into the personal guarantee system as a form of security different from the guarantee contract, and the effectiveness of the guarantee of a qualified comfort letter should be recognized. This should be typified in future commercial legislation such as the Commercial Code or the General Rules of Commercial Law.

Key Words: letter of comfort, guarantee contract, personal security, the legal structure

• 257 •

(责任编辑: 王叶刚 赵建蕊)

违反强制性标准的合同效力认定

周 宇*

内容提要：强制性标准是为保障生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要，由法律规定强制实施的标准。当前违反强制性标准合同效力的解释路径存在不足，尚待重构。强制性标准与法律属于不同的范畴，应区分标准与法律；强制性标准不是法律，不能直接影响合同效力。强制性标准的强制效力来自法律，影响合同效力的是引用该标准的法律规范。法律引用标准是为了实现法律对技术领域的管理，其规范目的并非在于否认合同效力，因此，不能依据《民法典》第153条第1款认定合同因违反强制性标准而无效。强制性标准是科技伦理以及技术秩序的集中体现，违反强制性标准的合同本质上构成违背公序良俗。因此，违背公序良俗是认定违反强制性标准合同无效的主要依据。

关键词：强制性标准 技术法规 公序良俗 科技伦理

一、问题的提出

标准，或可称为技术标准，是指“通过标准化活动，按照规定的程序经协商一致制定，为各种活动或其结果提供规则、指南或特性，供共同使用和重复使用的文件”^{〔1〕}。依据标准实施效力，可以将标准分为推荐性标准与强制性标准。强制性标准是保障生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要，由法律规定强制实施的标准。标准通过当事人约定或者法律的规定进入合同领域，并影响合同效力与合同履行（尤其是对合同漏洞填补发挥作用）。^{〔2〕}《中

* 周宇，福建江夏学院法学院讲师。

本文为2021年国家社科基金重大项目“基于法治、国家治理和全球治理的技术法规研究”（21&ZD192）的阶段性成果。

〔1〕《标准化工作指南 第1部分：标准化和相关活动的通用术语》（GB/T 20000.1—2014），定义5.3。

〔2〕参见柳经纬：《合同中的标准问题》，载《法商研究》2018年第1期。

华人民民法典》（下称《民法典》）第 511 条直接规定采用标准填补合同漏洞规则，但《民法典》尚未规定依据标准对合同效力进行认定的规则，因此，尚需通过解释论寻求依据标准对合同效力进行认定规则的解釋路径。目前已有司法判例与理论学说从不同角度探索违反强制性标准的合同效力认定问题。

从司法实务层面看，不乏合同约定违反强制性标准的案例，其中以“北京沃野千里科贸有限公司诉陕西嘉亨实业发展有限公司（以下简称沃野公司、嘉亨公司）合作合同纠纷案”为著例。^{〔3〕}双方约定某商场负一层场地租给沃野公司作为儿童乐园项目使用，但在消防验收工作中发现合同内容与《中华人民共和国消防法》《陕西省消防条例》及强制性国家标准《高层民用建筑设计防火规范》（GB50045—95）^{〔4〕}的相关规定不符，双方因合同效力问题诉至法院。虽然实践中合同约定违反强制性标准案例的基本案情较为相似，但法院对违反强制性国家标准合同的效力，既有认为有效的观点，也有认为无效的观点（无效观点内部又有两种不同的解释路径），且裁判对效力认定的解释路径未作充分论证。有效观点理由主要是基于强制性国家标准是管理性强制性规定，非为效力性强制性规定。这种解释路径是基于标准具有法律属性的认识，即“标准是法律规范”，故才有管理性强制性规定之说。^{〔5〕}而无效观点理由主要有两大类：违反公共利益以及违反法律。其一，“违反强制性标准的合同严重损害公共利益而无效”^{〔6〕}；其二，违反法律同样是基于“标准是法律规范的认识”，从而依据“合同违法”的路径否定合同效力，“直接认定违反强制性标准的合同就是违反法律规定而无效”^{〔7〕}与“违反强制性标准的合同就是违反效力性强制性规定而无效”^{〔8〕}。司法判例之所以在该问题上存在多种裁判结果，究其原因法律漏洞的存在，且尚未构建符合民法原理与标准化原理解释路径。因此，司法案例的多种解释路径不利于准确理解强制性标准对合同效力影响的问题，同时也不利于《民法典》的实施。该问题在学理研究中往往被忽略，但实际上，这是个交叉性、整合性和边界性问题，应当依据标准化法原理以及私法原理破解。^{〔9〕}因此，本文在《民法典》语境下，寻求一种符合民法原理与标准化原理解释路径，旨在统一实践裁判中的多种观点以及为实践裁判提供论证思路。

从学说层面看，尽管学说均认为违反强制性标准的合同无效，但在解释路径上存在较大的分歧。有学说认为，违反强制性标准的合同无效解释论路径是违反了公共利益，法律依据是《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第 52 条第 4 款。^{〔10〕}也有学说认为，违反强制性标准的合同无效解释论路径是违反了法律的强制性规定，即《中华人民共和国标准化法》（2017 年修

〔3〕 参见陕西省高级人民法院（2015）陕民二终字第 00021 号民事判决书。另见山东省烟台市中级人民法院（2022）鲁 06 民终 2747 号民事判决书，该案是烟台秦通电力工程有限公司与烟台盛泽源实业有限公司的建设工程纠纷，双方争议焦点在于双方签订的《房地产住宅小区配电工程承包合同》中约定的“供电方案”多项技术要求不符合强制性国家标准，遂诉至法院。

〔4〕 《高层民用建筑设计防火规范》（GB50045—95）第 4.1.6 条款规定：“托儿所、幼儿园、游乐厅等儿童活动场所不应设置在高层建筑内，当必须设在高层建筑内时，应设置在建筑物的首层或二、三层，并应设置单独出入口。”

〔5〕 参见安徽省黄山市中级人民法院（2021）皖 10 民终 22 号民事判决书。

〔6〕 山西省晋中市中级人民法院（2019）晋 07 民终 340 号民事判决书。

〔7〕 陕西省高级人民法院（2015）陕民二终字第 00021 号民事判决书。

〔8〕 广东省深圳市宝安区人民法院（2019）粤 0306 民初 22006 号民事判决书。

〔9〕 参见谭启平、应建均：《强制性标准对合同效力的影响及规范路径》，载《求是学刊》2017 年第 4 期。

〔10〕 参见前引〔9〕，谭启平、应建均文。

订) (下称《标准化法》) 第25条的规定, 从而违反了《合同法》第52条第5款。^[11] 我国现有学说虽然对违反强制性标准合同效力已进行了有益讨论, 但均是依据《合同法》的相关规定而展开解释的, 且相关法条已被《民法典》第153条法律行为效力判定规则所替代。因此, 在后民法典时代, 本文基于《民法典》框架展开解释论研究, 重构违反强制性标准合同效力的解释路径, 以期对理论研究及实务运用有所裨益。

二、强制性标准本身不是认定合同效力的法律依据

上述大多数裁判直接将强制性标准认定为法律规范中的强制性规定, 据此认定违反强制性标准合同无效。此种解释路径误解了标准与法律的关系, 其产生有两大原因: 立法惯性以及对标准与法律属性的误解。

(一) “强制性标准是法律”的误解源于立法惯性

“标准就是法律”的误解并非偶然, 而是源自计划经济时期至今数十年标准化领域立法传统累积而成的强大立法惯性。新中国成立后, 国家不仅要安排工业、农业产品生产, 也要安排供应和采购, 一切实行分配和调拨, 个人消费品凭票供应, 既没有商品的概念, 也没有质量意识, 更不存在市场竞争, 所有的经济活动都施行计划。在这种情况下, 我国的标准化活动同样受到计划经济的影响, 标准必然由各级政府制定、编写、宣贯、实施和检查, 标准化活动中的所有人员开支和费用支出由政府承担, 列入公共财政支出。^[12] 在计划经济体制下, 标准化活动由政府主导, 生产部门必须执行政府主导制定的标准, 标准成为政府管理市场活动、指挥生产的行政手段, 标准的实施由行政权背书。这与国际上市场主导的标准化活动截然不同。1979年国务院《中华人民共和国标准化管理条例》明确规定“标准一经批准发布, 就是技术法规”, 标准的“法律属性”得到了立法的确认, 且“标准就是法律”的认识深入人心, 强化了标准在经济管理中的地位。

当前我国标准化活动虽朝着市场化改革, 但仍然由政府主导, 难以完全摆脱“标准法律属性论”误解的惯性, 这与社会主义市场经济体制不相兼容。1988年《标准化法》把标准分为强制性标准与推荐性标准, 是我国标准化活动朝着市场化改革迈出的第一步。2017年《标准化法》进一步扩大标准化活动的市场因素, 缩小强制性标准的范围, 大部分政府标准仅具有推荐性, 不再具有强制性, 但这些改革都暂不足以撼动政府在标准化活动中的绝对优势地位, 甚至推荐性政府标准仍然依托政府行政权威得到普遍遵守而成为“事实上的法律”。为了顺应标准化管理体制市场化改革趋向, 2015年以来中共中央、国务院先后发布《深化标准化工作改革方案》(2015年)、《国家标准化发展纲要》(2021年), 奠定了我国标准化管理体制市场化改革的总体框架, 其中最重要的认识就是将标准与法律区分开来, 明确标准的强制性效力来自法律, 并非标准本身具有强制性效力。随着一系列立法、政策的发布, 标准才逐渐从法律的范畴中被剥离出来, 形成

[11] 参见柳经纬:《论标准的私法效力》,载《中国高校社会科学》2019年第6期;前引[2],柳经纬文。

[12] 参见王忠敏:《标准化改革要去除计划经济阴影》,载《中国标准化》2016年第12期(上)。

标准的范畴。近几年，立法才逐渐开始转向，学说才逐渐开始关注标准与法律的区分，^{〔13〕} 但尚未完全扭转实务界与学界过去对标准强制效力的误解。

近年来，在司法判例与学理研究中，关于“强制性标准就是法律且直接作为认定合同效力依据”的误解是受计划经济时期标准化管理体制的影响而产生的，仍然留有“标准就是技术法规”的影子，可见，过去的标准化管理体制对当前仍具有较大的制度惯性。本部分考察了标准法律属性论误解的来源，但尚未从原理层面回答两者的区分。之所以立法与学说逐渐开始接受标准与法律区分论，是因为二者存在本质区别，下一部分在于从原理上揭示两者的本质区别，得出标准不是法律的基本认识。

（二）标准与法律是具有不同规范属性的规范性文件

标准与法律均具有规范性，两者因规范性相互缠绕，且均以追求秩序为目的，但两者规范属性具有本质的差别，欲厘清标准与法律的区别，揭示两者规范属性的差别是关键。规范性由规范要素组成，法律规则之所以具有规范性，是因为法律规则内部具有严密的逻辑结构，学理上有“三要素说”与“二要素说”之区别，“三要素说”为主导学说，由假定、处理、制裁三部分构成。^{〔14〕} “二要素说”认为，法律规则之所以具有规范性，是因为法律规则在逻辑意义上由行为模式和法律后果等要素组成。^{〔15〕} 因此，只要通过解构标准并能获得规范性各要素，就可确认标准具有规范属性。欲完整地检视标准是否具有规范性，更加系统地讨论标准与法律的规范属性，宜采“三要素说”。

1. 假定条件。“假定是指出适用这一规则的前提、条件或情况的部分。”^{〔16〕} 适用指向的特定人、特定场合与特定时间等特定条件，形成适用规则的前提条件，好似“开启规则之门”的钥匙。例如，《民法典》第686条中“当事人在保证合同中约定”是该法条之假定条件，一般保证的成立前提须由当事人特别约定，在约定不明或没有约定的情形下则为连带保证责任。标准也有假定条件，即在某种特定条件、特定主体或特定时间的情况下适用某种标准，通常在标准文件中表述为“适用范围或范围（scope）”。例如，强制性国家标准《生活饮用水卫生标准》（GB5749—2022）第1条“范围”“本文件适用于各类生活饮用水”，该条明确指出了该标准的假定条件，即适用条件，排除了工业用水等非生活饮用水的卫生标准。两者的假定条件尤其是适用对象上存在区别，法律适用对象为法律主体，是法律权利义务的承担者，而标准仅关注标准的适用主体是否具有专业技术上的资格，即能否依据该标准从事标准化活动。^{〔17〕} 尽管两者在假定条件上具有本质区别，但这并不妨碍标准的规范构成要素中“假定条件”的成立。

2. 处理（行为模式）。“处理是具体要求人们做什么或禁止人们做什么的那一部分。”^{〔18〕} 法律规范的行为模式因规范类型的不同而不同，一般包括“可以”（“有权”）、“应当”（“必须”）

• 261 •

〔13〕 参见柳经纬：《评标准法律属性论——兼谈区分标准与法律的意义》，载《现代法学》2018年第5期。

〔14〕 参见张文显：《法理学》（第4版），高等教育出版社2011年版，第69页。

〔15〕 参见舒国滢：《法理学导论》（第3版），北京大学出版社2019年版，第101—102页。

〔16〕 前引〔14〕，张文显书，第69页。

〔17〕 参见柳经纬：《标准的规范性与规范效力——基于标准著作权保护问题的视角》，载《法学》2014年第8期。

〔18〕 前引〔14〕，张文显书，第69页。

与“不得”（“禁止”）三种类型。“可以”“有权”意指权利，“应当”（“必须”）意指作为义务，“不得”（“禁止”）则意指不作为义务。法律通过权利义务关系实现其行为模式。反观标准，标准中也会采用一些行为导向的用语，类似法律的行为模式用语，例如《生活饮用水卫生标准》中出现“应”或“不应”以及“宜”或“不宜”等具有行为导向的措辞，向标准实施者提供明确的行为模式指引，旨在实现标准所追求的科学技术秩序。标准是技术规范，其价值取向主要是科学性和合理性，通过对人们行为进行引导，回答“如何做才是科学的、合理的”问题，标准的定义也凸显了标准的规范属性，例如，“为了获得最佳秩序”“共同使用和重复使用的规范性文件”等表述。^{〔19〕}因此，标准的规范性是针对科学技术领域的事项提出具体的技术要求，其规范性仅具有技术要求的差别。如果生产经营者遵守标准，提供符合标准的产品和服务，那么采用标准的方案同样可以有助于解决安全、健康、消费者利益等涉及公共利益保护的问题。^{〔20〕}

3. 制裁（后果）。制裁是指出行为要承担的法律后果的部分，制裁是法律的否定性结果，而否定性结果只是法律结果的一种，法律结果还包含了肯定性与奖励性的结果，以“制裁”为名有以偏概全之嫌，这也是制裁作为法律规则要素受到集中批评之处。^{〔21〕}因此，本部分嫁接“二要素说”的“法效果”用以分析标准与法律的规范性。为方便检视标准的规范性，此处称为“后果”，它指受规范主体依据行为模式而产生的效果，即受到规则的正面评价或负面评价。法律后果即权利义务关系的变动。标准也具有效果（后果），指遵守标准的肯定性效果或违反标准的否定性效果。标准的效果指“按标准的规定行事，限制了行为的随意性，使行为进入有序的状态”^{〔22〕}。标准作为一种技术规范，“它们规定人们如何使用自然力、生产工具等，以有效地利用生产工具，开发自然资源。有些技术规范如不遵守可能引起伤亡事故，导致效率低下，危及生产秩序和交通秩序，或直接与其他人的生命财产攸关”^{〔23〕}。与法律规则中言明的法律效果不同的是，通常标准并不会直接规定标准的效果，标准的效果需要执行标准或者不执行标准、不完整执行标准才能够显现，违反标准只会产生技术上的不利后果。例如违反《生活饮用水卫生标准》中对饮用水卫生指标的规定，那么这影响的是水的质量以及对人体产生危害结果，并不会直接产生法律效果。因此，违反标准仅能直接导致科学技术上的负面评价，这也是标准规范性的后果。

综上，标准具有完整的规范要素，故其具有规范属性。既然强制性标准作为标准的一种，那么其本身规范属性不具有法律效力或法律规范性，^{〔24〕}仅具有标准化意义上的规范性。强制性标准与法律相区分，两者属于不同的范畴，形成“标准是标准，法律是法律”的二分局面。^{〔25〕}因此，不能将强制性标准认定为《民法典》第153条第1款中的法律、行政法规，故强制性标准本身不能直接适用《民法典》第153条第1款之规定判定合同效力。司法案例在认定违反强制性标

〔19〕 参见柳经纬：《标准与法律的融合》，载《政法论坛》2016年第6期。

〔20〕 参见柳经纬：《论标准替代法律的可能及限度》，载《比较法研究》2020年第6期。

〔21〕 参见前引〔14〕，张文显书，第69页。

〔22〕 麦绿波：《标准学——标准的科学理论》，科学出版社2022年版，第121页。

〔23〕 前引〔14〕，张文显书，第45页。

〔24〕 See Eike Albrecht, VSS and Legal Standards: Competition or an Added Value? in Carsten Schmitz-Hoffmann, Michael Schmidt, Berthold Hansmann & Dmitry Palekhov eds., Voluntary Standards Systems, Springer (Heidelberg), 2014, p. 68.

〔25〕 Vgl. Manfred Wolf & Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 10 Auflage, Verlag C. H. Beck (München), 2012, S. 25; Peter Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, Carl Heymanns Verlag KG, 1979, S. 283.

准合同效力时，直接将强制性标准认定为是法律规范中的强制性规定实属对标准与法律关系的误解，此解释路径不可取，故应寻求新的解释路径。

三、《民法典》第 153 条第 1 款不是认定违反强制性标准合同无效的依据

（一）强制性标准的法律效力来源——技术法规

既然上文区分了标准与法律的规范属性，那么本部分旨在通过厘清强制性标准与法律的联系，揭示强制性标准强制实施的效力来源，即法律引用标准的原因及其结果。

虽然强制性标准必须实施，具有强制实施的效力，但强制性标准的强制实施效力并非来源于标准本身，而是法律赋予标准强制实施的效力。这种赋予标准强制实施效力的法律规范就是技术法规，通常认为，技术法规指规定技术要求的法律规范。技术法规作为一种法律现象，普遍存在于我国各领域法律之中，集中体现在产品质量、食品安全、生态环境保护、工程建设、医药卫生、能源等领域的法律法规中，成为醒目的组成部分。《国家标准化发展纲要》明确指出应当建立“法规引用标准制度”，这意味着从政策层面上有意将我国的技术法规制度化。

法律之所以引用标准，是因为两者在其固有领域都存在规范障碍。静态且稳定的法律规范在技术治理中难以避免僵化，而动态且灵活的技术标准在调整技术问题更具有适应性，在分工和知识日益多样化的时期，技术专长通常汇聚于技术组织，而非在立法机构，因此，技术规范与法律规范之间应形成互补、借鉴的关系。^{〔26〕}在法律中引用技术标准规范技术要求的法律现象之所以产生，原因主要有二：标准与法律规范效力的互补（标准获得法律效力的支撑）以及标准与法律专业知识的互补（法律需充分利用标准化成果）。

原因之一是标准需获得法律效力的支撑。法律引用标准是标准参与社会治理的一种方式，法律能够支撑标准得到更好的贯彻与执行。^{〔27〕}法律的规范效力来源是国家的强制力保证，通过国家强制力产生制裁的压力促使人们遵守法律，保证法律得到执行。而标准的规范效力来源则是标准制定各方主体对“最佳秩序”“最佳技术方案”的客观性共识，即并非依据特定主体的主观意志能够完全决定。标准最显著的局限性就在于标准不具有法律强制约束力，仅具有推荐性效力（自愿实施），因此，标准具有需要法律支撑的动因。一方面，标准的效力不具有法律强制性，仅具有科学性与技术性，如果产品的提供者违标生产，会导致产品技术要求不够以及质量低下，从而使其市场承认度较低以及行业认可度较低；另一方面，尽管标准在一定范围内具有约束力，但标准的约束力不同于法律的普遍约束力，即法律一经颁布，对全体国民或在一国范围内的所有主体都具有约束力。标准的生命在于实施，囿于标准不具有强制效力与普遍适用效力，标准的采用（实施）与推广便受到限制，因此，标准的实效性就受到严重挑战以及具有较大的局限性，这就危及制定标准的目的及标准对秩序的追求。可见，标准体系对标准的实施保障具有较高的要求，也是标准所追求的秩序能否顺利实现的关键所在。标准需要借助外部力量，使其具有更强的约束

〔26〕 Vgl. Jürgen Ensthaler, Dagmar Gesmann-Nuissl & Stefan Müller, Technikrecht: Rechtliche Grundlagen des Technologiemanagements, Springer Vieweg, 2012, Seiten. 3–5.

〔27〕 See Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, 1982, pp. 112–114.

力以及更广的约束力范围,而法律的强制约束力与普遍约束效力可以弥补标准实施的不足。因此,标准就有需要进入法律领域的动因。

原因之二是法律需充分利用标准化成果。之所以要充分利用标准化成果,根本原因在于“法漏洞”(RechtsLücke)的存在。“有些学者还会区分‘制定法漏洞(GesetzesLücke)’与‘法漏洞(RechtsLücke)’。后者不是指根据调整计划衡量,个别制定法本身的不完整性,而是指法秩序在整体上不完整,这种情况表现为法律秩序对其应予调整的某领域整体上都没有设定规则。”^[28]“法律漏洞”与“法漏洞”之区别是由“法律(das Gesetz)或称实证法”与“法”(das Recht)之间的区别产生。法漏洞与法律漏洞不同的是:法漏洞不能由立法者有意而为之,而法律漏洞可以是立法者有意为之,也可以是立法者无意为之,因此,法漏洞只能是法本身的问题。虽然德国法学界质疑“法漏洞”理论本身是否存在的论者大有人在,但支持论者认为,“若法律(das Gesetz)外之价值或观点在法律进化上,及其腐化的防止上所可能扮演的角色,那么‘法漏洞’理论至少当它被用来指称这些不妥当的状态时,应是可以被欢迎的”^[29]。“因技术、经济或社会关系的发展,以前不重要、也没产生法律问题的领域,今天变得需要加以调整。”^[30]

法律的发展远早于技术的发展。在法律产生、成熟的时代,法律还具有调整能力,科学技术领域的秩序尚不足以向法律发出挑战。标准化生产起源于近代工业革命,成熟于当代,随着科学技术的发展,标准化活动日趋完善与精细,深入到科学技术领域的最前沿处,已经超越了法律调整的范围,技术治理就成为法治的盲区,标准就自然成为替代法律调整科学技术领域秩序的规范性文件。法律规范难以调整科学技术领域,是由于法律规范本身以权利义务关系为对象的调整手段不适合调整科学技术领域的秩序。其不受立法者的意志影响。这种疲态源于法的本质属性,应属于“法漏洞”的类型之一。如果说“法漏洞”是由于法律固有缺陷而存在的,那么“超越法律的”(Gesetzesübersteigenden)法的续造的原因可能将成为填补“法漏洞”的工具。从“法漏洞”的角度看法律与标准的关系是为了维护法制体系的统一性与完整性,一系列国家立法明确承认了标准可以作为填补这种“法漏洞”的法之续造,鉴于此,技术标准就能填补法律调整科学技术领域秩序的“法漏洞”。许多标准的制定是基于标准制定者所具有的专业的科学技术知识,是经过严谨的科学试验而获得的秩序要求,即在表述某种被认为是最佳秩序的技术要求。所谓最佳秩序指产品或服务在符合某种标准的技术要求下能够发挥最好的功能,使其有助于解决安全、健康、消费者利益等公共利益保护的问题。“法律规定了人们的权利和义务,但在涉及科学技术的问题时,难以规定权利义务的具体内容,以科学、技术和经验为基础制定的标准使得法律规定的权利义务的内容得以具体化。”^[31]因此,法律具有引用标准的动因,法律解决人们行为的“应为”或“不应为”,但标准解决法律规定中的“如何为”或“如何不为”。

由此可见,标准通过法律的引用进入法律领域,成为法律规范的一部分,形成二者相互融合

[28] [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第471-472页。

[29] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订7版),2020年自版,第753页。

[30] Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2., überarbeitete Auflage, Duncker & Humblot, 1983, S. 141, 160ff.

[31] 柳经纬、许林波:《法律中的标准——以法律文本为分析对象》,载《比较法研究》2018年第2期,第195页。

的法律现象，这种规定技术要求的法律是技术法规，也是法律引用标准产生的结果。通过分析法律引用标准的原因可知：强制性标准“必须执行”的效力并不是标准本身的效力，而是来自法律，进一步说，强制性标准的执行实际上不是执行标准本身，而是在实施技术法规，以满足法律对技术要求的规定。至此，违反法律、行政法规中的技术法规应是《民法典》第153条第1款检视的对象，而非强制性标准本身。

（二）技术法规之于合同效力的解释路径

第一，强制性标准的法律效力来自《标准化法》第2条与第25条的概括规定，现行《标准化法》由全国人大常委会于2017年制定通过，故属于《民法典》第153条第1款中的“法律”。“《标准化法》是我国强制性标准最直接的法律渊源。”^{〔32〕}强制性标准由《标准化法》第2条与第25条确认并与之结合而成为技术法规，具备法的规范性与法的其他效力，这两条对所有的强制性标准的法律效力做了概括性的规定，全盘性地赋予法律效力，所有的强制性标准的法律效力来源均是《标准化法》第2条与第25条。如上述，法律引用标准是为了实现法律对科学技术领域的治理，通过法律引用标准，把标准纳入法律的范畴，成为法律的一部分。因此，强制性标准中所规定的技术要求就成为技术法规中的“行为模式”，法的效果就指引到《标准化法》第2条与第25条，^{〔33〕}即强制性标准必须执行以及不符合强制性标准的产品不得流通，此属于法律的强制性规定。如此，研究违反强制性标准合同的效力，实际上不是研究强制性标准本身，而是研究赋予强制性标准法律效力的法律条文本。在现行法的体系下，《标准化法》第2条及第25条对合同能够产生强制性效果，因此，若该条存在效力否定因素，就具有影响合同效力的可能性。

• 265 •

第二，检视《标准化法》第2条及第25条是否为效力性强制性规定从而影响合同效力，其判定关键并非在“不得”“禁止”等词眼上，决定性因素应是其规范意旨，^{〔34〕}因此，应从《标准化法》第2条与第25条的目的分析其是否为效力性强制性规定。

一方面，《标准化法》第2条规定“强制性标准必须执行”，该条赋予强制性标准法律效力，以《标准化法》作为强制性标准必须执行的依据，旨在实现法律充分利用标准化的成果，起到“引致条款”的功能，即将法律以外的标准引入法治领域内，延伸法治的作用，发挥法对科学技术领域的调整功能，实现法律对技术领域的管理或者规定某种技术要求，尤其是与人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全相关的技术要求。之所以法律规定强制性标准必须执行，是因为强制性标准的目的与《标准化法》第2条与第25条相契合，即为了规范行为，治理无序，促进技术进步，改进产品质量，维护国家和人民的利益，而国家法律、行政法规规定强制执行也正是基于公共利益的考量。“强制性标准通过设定量化的数值、指标、操作规程和技术规范，来直接规定技术目标和工艺流程，通过规制机构对标准的反复适用，来保障该领域的社会秩序。”^{〔35〕}可以肯定的是，强制性标准制定的目的和初衷并非否定合同效力，强制性标准本身与法律行为效力不存在对应关系，而是实现科学、技术和实践经验成果符合安全价值的需要。《标准

〔32〕 于连超：《标准化法原论》，中国标准出版社2021年版，第312页。

〔33〕 参见甘藏春、田世宏主编：《中华人民共和国标准化法释义》，中国法制出版社2017年版，第67页。

〔34〕 参见〔德〕赫尔穆特·科勒：《德国民法总论》（第44版），刘洋译，北京大学出版社2022年版，第326页。

〔35〕 谭启平：《符合强制性标准与侵权责任承担的关系》，载《中国法学》2017年第4期，第183页。

化法》第2条的目的是实现法的技术管理功能，非否定合同本身的效力，故不能承载合同效力认定之重。因此，从强制性标准的制定及其价值追求层面可以看出，所有的强制性标准均在追求科学技术的安全价值，故可得结论，所有的强制性标准均无涉及合同效力，即无《民法典》第153条第1款之适用余地。

另一方面，《标准化法》第25条规定“不符合强制性标准的产品、服务，不得生产、销售、进口或者提供”，该条的功能有二：其一是明确第2条的法律效果，其二是规定违反强制性标准的产品、服务的效果，具体到合同领域，即合同标的或标的物，其法律效果是禁止生产、销售、进口或提供。本条是典型的强制性规定，但本条实际上是对标的资格或者市场准入条件的强制性规定，违反强制性标准的产品或服务不同于毒品、假币等法律绝对禁止之物，本条并不是对相关产品或服务的根本否定或绝对禁止，仅是因为产品的质量与技术尚未达到强制性标准的要求，从而使其流通受到了限制。可见，第25条是法律对不符合强制性标准产品或服务的具体管理方式，并非否定合同本身的效力。《标准化法》第2条与第25条的根本功能在于概括性地赋予强制性标准法律效力，强调了法律对技术秩序的调整，突出了法律的治理、管理面向，而非效力性的规定。因此，违反强制性标准的合同实际上违反的是旨在实现技术管理的技术法规，违反技术法规并非效力性强制性规定，故并不会影响合同效力。

论证至此，尽管技术法规尚不足以否定合同效力，但这并不意味着违反强制性标准合同为有效合同。有效说仍有疑义尚未厘清：违反强制性标准销售的产品应受到公法制裁，《民法典》第153条起到了引致条款的作用，即将公法秩序引入私法秩序中。为了公法与私法的接轨，私法也应当对违反公法行为作出相应的否定评价，但若私法不予评价，或仍维持其效力，那么将导致公法与私法衔接产生问题，不利于公法目的之实现。因此，应将违反强制性标准的合同认定为无效合同，产生私法制裁的效果。^{〔36〕}

四、违反强制性标准的合同因违背公序良俗而无效

无论是直接将强制性标准认定为法律规范，还是从赋予强制性标准法律效力的技术法规层面检视违反强制性标准的合同效力，均无法终局性地得到解释路径，甚至还将引出新的问题。不可否认的是，《民法典》第153条第1款中具有效力性规定的“法律、行政法规”同样蕴含着公共秩序，但在该款语境下，这种公共秩序是一类特殊类型的公共秩序，即能够承载直接否定合同效力之重的公共秩序。因此，《民法典》第153条第1款认定合同无效情形的口径较小，仅限“法律、行政法规”中蕴含效力性规定的公共秩序。实际上存在那些不直接涉及法律行为效力，却涉及社会管理秩序的法律、行政法规及其他规范性文件，违反这些规范虽不能直接影响合同效力，但可能导致的公法上的制裁不足以满足制裁的效果以及维护公共秩序的需要，即合同生效会有损于该领域的公共秩序，故尚需私法制裁配合。^{〔37〕} 囿于《民法典》第153条第1款之规定，这些

〔36〕 参见杨代雄：《法律行为论》，北京大学出版社2021年版，第406页。

〔37〕 参见前引〔36〕，杨代雄书，第419页。

涉及社会管理秩序的规范被排除在认定合同效力的阀门之外，因此，为了实现必要的私法制裁的需要，应将目光投向《民法典》第153条第2款，即通过违反公序良俗的路径认定合同无效。《民法典》第153条第2款公序良俗条款是第1款的兜底性条款，起到了填补第1款漏洞的作用，即对“违反效力性的法律、行政法规”以外且必要的情形进行私法制裁，第2款对法律行为无效认定情形的口径更大，其功能定位是捕获第1款的“漏网之鱼”。违反强制性标准的合同虽然不能依据《民法典》第153条第1款认定合同无效，但是若认定其为有效合同，又损害了法律对技术秩序的管理，因此，违反强制性标准的合同正是属于第1款的“漏网之鱼”。公序良俗对法律行为效力的判断存在于法律本身的价值体系（公共秩序），或法律外的伦理秩序（善良风俗），并非指向具体的法律规则。^{〔38〕}因此，应当深入强制性标准背后的价值体系与伦理秩序，检视违反强制性标准的合同是否违反公序良俗，旨在实现公法秩序与私法秩序的统一。

（一）违反强制性标准的合同违反善良风俗

善良风俗是社会之既存及其发展所必要之一般道德，非指现在风俗中之善良者而言，而是道德律，即道德的人民意识。^{〔39〕}善良风俗具体到强制性标准领域反映的是技术道德、科技伦理等问题。

虽然高速发展的科学技术极大地提高生产效率，改善人类的生存与发展条件，改变人类千年来的生活方式，激发巨大的经济潜能，但遗憾的是，技术并非永远尊崇于人类构建起来的一心向善的社会秩序体系，技术是一把双刃剑，其在拓展人类自由空间的同时，也不可避免地给人类社会带来困扰与不安。科技的发展给伦理道德带来更大的风险，加剧伦理与技术之间的鸿沟。因此，现代科技与伦理关联历来是一个被重点关注的时代性问题。^{〔40〕}

技术不是法外之地，科学活动要受法律调整与规制，法律引用标准就是要利用标准调整科学技术活动，这正是技术法治化的过程。标准所追求的是该领域的最佳秩序，这种秩序是科学界所共同追求的良好秩序，不仅包括技术的合理性与先进性，更蕴含着人们对“正确使用技术，技术为人所用、造福人们”的初衷。作为技术规范的标准本身就反映了技术的合理性与先进性，是凝固的科学技术，是人们通过经验、科研活动取得的最佳的技术秩序。标准的生命在于实施，只有先进且实施效率高的技术才能够被广泛采用与实施，标准制定者追求的技术秩序才能够实现。而技术秩序代表的是技术在伦理秩序中的作用，鼓励技术的积极作用，否定技术的消极作用，这就反映了科技伦理问题。而且，尽管技术代表的是自然科学领域的成果或者是人们的实践经验总结，均是人类利用自然力的集中体现，是人们通过科学技术实现造福人类的目标，但技术作为社会生活中重要的一环，其最终目的是为人所用，解决人们的实际问题，因此，技术也应当受到一般社会生活的共同价值秩序的约束，不能遁逃于社会生活的一般价值以外，应遵守于社会道德、伦理秩序。虽然公序良俗代表的社会生活的一般价值过于抽象，但若具体化到科技伦理原则，就可以将其表述为增进人类福祉、尊重生命权利、坚持公平公正、合理控制风险、保持公

〔38〕 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2022年版，第294页。

〔39〕 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第335页。

〔40〕 参见黎四奇：《数据科技伦理法律化问题探究》，载《中国法学》2022年第4期。

开透明。^{〔41〕} 这是所有科技活动都应当遵守的共同伦理目标。

随着生活水平和生活质量的提高,消费者对产品与服务的选择性、安全性、卫生性及性能质量的要求也越来越高,要求政府采取切实有效的技术性措施,来保障正常的生产、贸易与消费。^{〔42〕} 强制性标准正是在这种背景下发展起来的,强制性标准的制定目标是“保障人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要的技术要求”(《标准化法》第10条),且强制性标准是由各方参与共同协商一致而制定的,体现了公开透明性。强制性标准是将科技伦理通过标准具体化、成文化,且通过法律赋予强制性效力而最终实现科技伦理的法律化,形成蕴含着科技伦理与技术道德的法律规范。因此,强制性标准就是受法律确认的科技伦理,强制性标准就是实现科技伦理法律化的最佳路径。

可见,标准本身就是技术团体对科技的治理工具,强制性标准是科技治理的最有效工具,科技治理已经从初期的纯粹关注科技的物理风险发展到现代的防止科技的社会伦理风险。^{〔43〕} 强制性标准本身就蕴含着某种抽象的秩序利益,排除了民法上的私人自治,这种秩序利益就可以表述为强制性标准往往蕴含着科技伦理,也是当下提倡的科技伦理法律化的最佳途径,是科学理性与法治理性的融合。

赋予强制性标准法律效力的技术法规不涉及合同效力问题,仅涉及法律对技术领域的管理、治理,非效力性规定,故不能依据《民法典》第153条第1款判断违反强制性标准的合同的效力。但强制性标准中却蕴含着科技伦理,体现着科学技术共同体以及社会大众对科学技术造福人类的期待,因此,违反强制性标准就是违反科技伦理,科技伦理是《民法典》第153条第2款所述之善良风俗在技术领域的具体化,因此,违反强制性标准或技术法规的合同因违反善良风俗而无效。

(二) 违反强制性标准的合同违反公共秩序

强制性标准是国家为了实现对特定领域的技术管理,通过法律引用标准而形成的,而这些领域又反映了极强的公共秩序属性。“公共秩序是以维持一般道德,结果即为维持社会国家之一般秩序,尊重社会国家之一般秩序。”^{〔44〕} 公共秩序植根于法律的价值体系中,是一种强制性规范,是当事人意志自由的对立物,其本质在于反映和维护国家的根本利益,反映和保护国家与社会的根本利益,表现了国家对社会生活的积极干预。^{〔45〕} 如上述,强制性标准保障人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要,这反映了在特定领域的公共利益与公共秩序,因此,强制性标准或者说技术法规实际上就是通过规定技术要求以保护他人、保护国民经济以及生态环境安全的法律规范。强制性标准具有两个面向:一是维护科学技术领域的公序良俗,即科技伦理;二是维持国家社会的一般道德与秩序,代表了法律赖以存在的价值体

〔41〕 参见《省委办公厅省政府办公厅印发〈实施意见〉加强科技伦理治理》,载《云南日报》2022年10月13日,第4版。

〔42〕 参见何鹰:《对外贸易中的技术性贸易措施法律问题研究》,法律出版社2009年版,第8-9页。

〔43〕 参见赵鹏:《科技治理“伦理化”的法律意涵》,载《中外法学》2022年第5期。

〔44〕 前引〔39〕,史尚宽书,第335页。

〔45〕 参见李永军:《民法总则》,中国政法大学出版社2018年版,第676-677页。

系所共同追求的利益，即公共秩序。进而违反强制性标准有两层含义：第一，违反了标准的技术要求，可能导致产品相关技术参数不要求、产品性能不能满足市场的需求、产品质量低下且产生危害，但这些消极结果仅具有科学技术上的意义，即回答了产品或服务是否满足某种技术要求，并不会引起权利义务关系的变动。第二，通过法律引用标准，仅具有科学技术层面意义的标准后果就具有法律上的意义，即标准的后果能够产生权利义务关系，这意味着强制性标准所确定的技术秩序与法律所追求的技术秩序是一致的，具有对共同公共秩序的追求。

值得一提的是，除法律直接概括规定赋予强制性标准效力外，在我国法律体系中，还有许多法律规范引用推荐性标准，从而使之获得强制实施的效力。但这种引用并不会改变推荐性标准的性质，也就是说，推荐性标准本身还是推荐性标准，并不会因为法律引用而成为强制性标准。^{〔46〕} 这些规定也是法律或公权力机关对技术要求的规定，尽管推荐性标准的性质不会改变，但法律引用推荐性标准在规范功能上也与强制性标准一样，其目的同样在于保护人身健康、生命财产安全等公共利益，违反这些规范性文件的合同不可避免地会牵扯到私法制裁问题。行政法规以下的部门规章、地方性法规，甚至是某些公共政策、行政规范性文件不属于《民法典》第153条第1款中的“法律、行政法规”，虽然不能直接作为认定合同效力的依据，但这些规范都是为了维护某一领域的社会公共利益而制定，尤其是涉及金融安全、市场秩序、保护他人等公共利益，^{〔47〕} 若这些规范规定了产品或服务的技术要求，那么这些规范也蕴含着科技伦理、技术道德等善良风俗。违反这些规范的合同，都将因被视为与公共利益相冲突以及与科技伦理相违背而无效。除此，仍需注意公共利益与私法自治的平衡问题。有裁判观点认为，法律行为违反公共利益，行政处罚足以维护社会公共利益，就不需要通过民事制裁的手段否定合同效力。^{〔48〕} 虽然这种观点具有可采之处，能够限制《民法典》第153条的适用从而保护私法自治，但是若合同违反强制性标准或者技术法规等保护他人、环境等公共利益的法律，那么合同的执行就可能会危害人身安全、财产安全、生态环境安全等，因此，若合同违反强制性标准或者技术法规，除了公法上的制裁，还需要有私法上的制裁，即否定合同效力。

例如，2020年4月21日实施的《广东省市场监督管理局关于广东省非医用口罩产品质量监督检查实施细则的通告》（2020年第63号）规定了《一次性使用儿童口罩》（T/GDMDMA 0005—2020）、《日常防护口罩》（T/GDBX 025—2020）等多项团体标准为非医用口罩质量监督抽查的依据，成为行政规范性文件的一部分，填补了“无法可依”的空白，这些团体标准在效力上也具有了强制执行效力。之所以行政规范性文件将这些标准纳入，是因为这些标准维护了公共利益，代表了防疫领域的技术秩序，能够满足行政机关对标准化的需求。在新冠疫情发生之初，市场对口罩需求量增大，但市场上的口罩质量参差不齐，对于如何定义口罩的防护技术要求暂无明确规定，尤其是口罩的安全性、防护性等技术要求。若口罩防护性能低下，不仅违反了技术秩序，还可能会使防疫工作产生漏洞，妨碍疫情管理工作。即便该规定是行政规范性文件，且引用的是团体标准，但行政规范性文件蕴含着公共利益、公共秩序以及科技伦理，关乎“抗疫”事

〔46〕 强制性标准由法律直接概括规定赋予效力。

〔47〕 参见前引〔36〕，杨代雄书，第419—420页。

〔48〕 参见最高人民法院（2015）民二终字第117号民事判决书。

业，若合同违反该行政规范性文件，虽不能以《民法典》第 153 条第 1 款为依据认定无效，但是仍可以依据《民法典》第 153 条第 2 款公序良俗条款认定合同因违反公共（技术）秩序、损害公共利益而无效，《民法典》第 153 条第 2 款公序良俗条款为这些效力层级低于行政法规的规范提供了作为民事制裁依据的解释进路。

五、结 论

违反强制性标准的合同在司法实践中十分常见，本论题并非单纯合同效力的简单判定问题，尚需理解标准与法律、合同的关系。本文结合了标准化原理以及强制性标准形成的原理，揭示了依据强制性标准对合同效力进行认定的方法：违反强制性标准合同为无效合同的原因并非强制性标准本身，也并非规定或引用强制性标准的技术法规，而是违反强制性标准的合同本质上构成违反公序良俗。这种认定方法不仅具有解释论上的科学性以及实践适用的合理性，还符合了标准化原理以及法律引用标准的基本原理，以期与实践裁判提供参考。

Abstract: Mandatory standards are stipulated by law for the purpose of ensuring the safety of life and property, national security, ecological environment security and meeting the basic needs of economic and social management. The current interpretation path of validity of contract which violates mandatory standards is insufficient and needs to be reconstructed. Since mandatory standards and laws belong to different governance scopes, standards and laws should be distinguished. Therefore, mandatory standards are not laws and it cannot be directly used as the basis for determining the validity of the contract. The legal force of mandatory standards is originated from law which incorporate standard. The purpose of law incorporating standard is to realize the management of the law on the technical field, and its regulation purpose is not determining the validity of the contract. Therefore, Art. 153 (1) of the Civil Code cannot determine that the contract which violates mandatory standards is invalid. The mandatory standards are the concentrated embodiment of science and technology ethics and technology order. The contract violates mandatory standards essentially constitutes a violation of public order and good morals. Therefore, the violation of public order and good morals is the main reason for determining the invalidity of the contract which violates mandatory standards.

Key Words: mandatory standards, technical regulation, public order and good morals, science and technology ethics

（责任编辑：武 腾 赵建蕊）

非典型合同和典型合同中的参照适用

王 雷*

内容提要：根据《民法典》第467条第1款，非典型合同在直接适用合同编通则和参照适用最相类似典型合同的规定之间，没有先后顺序之分。要根据区分技术，区分面对的是非典型合同法律适用的总则式问题还是分则式问题，通过直接适用合同编通则实现总则的归总则，通过参照适用典型合同规定实现分则的归分则。无论是非典型合同对典型合同有关规定的参照适用，还是典型合同彼此之间的参照适用，相似性论证是关键，相似性论证是要对比非典型合同和典型合同、两个典型合同彼此之间的主给付义务，重点围绕合同的性质和目的，结合合同分类标准，多角度观察分析，求同存异，恰如其分。参照适用通过同其所同，填补法律漏洞；通过异其所异，对被参照适用的法律规定进行适当变通调适，避免不合宜的等量齐观。非典型合同和典型合同中的参照适用方法塑造了不同于补充适用方法语境下的别样总分关系，也释放了民法典的体系效应。

关键词：非典型合同 典型合同 参照适用 相似性论证

• 271 •

与物权法定不同，不存在针对合同种类或者内容的合同法定原则，合同类型自由，无名合同/非典型合同的出现也就事所必然。但无名合同参照适用有名合同规则在司法实践中却不被重视，相关规则经常被修辞式引用、一笔带过，缺乏参照适用时的相似性论证及充分说理。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第467条第1款规定：“本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”该款作为参照适用技术本身属于不完全法条，不能单独作为请求权规范基础，因此在参照适用过程中不能满足于简单依据该款即得出裁判结论，必须一并援引被参照条文，必须对参照适用中的相似性论证做具体展开。

在非典型合同的参照适用外，《民法典》中还有不少典型合同彼此之间的参照适用条款，使

* 王雷，中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员。

本文为2022年度法治建设与法学理论研究部级科研项目“民法典婚姻家庭编适用衔接问题研究”（22SFB4022）的研究成果。

得典型合同内部得以借此完成漏洞填补工作和实现再体系化。可以说,无论是对非典型合同,还是对典型合同,参照适用既是法律适用中的漏洞补充方法,又是实现合同再体系化和释放民法典体系效应的“密码”。

一、非典型合同“可以参照适用”典型合同的规定

(一) 非典型合同参照适用的立法论

典型合同并非只是一个个的法律概念,它们同时也是现实社会中的生活现象。“非典型契约的主要问题,在于其契约内容不完备时,应如何适用法律,以资规范。”〔1〕对无名合同的法律适用应该区分无名合同的不同类型分别讨论。对此,在解释论上,有学者总结道:“我国学术界有关无名合同的研究才刚刚开始,无名合同研究的重要性和必要性,实务界人士的体会最为真切。”〔2〕立法论上,针对无名合同法律适用方法,有学者认为:“实际上总则应当是在最后才能适用的规则。因为在合同法中如果能够适用分则的规定,首先应当适用分则的规定,只有在不能适用分则规定的情况下,才能适用总则的规定。”〔3〕对于无名合同,在适用合同法总则和参照适用最相类似的有名合同法律规定的这两种法律适用方法之间,主流观点认为应当先具体后一般,应当先参照适用最相类似的有名合同的规则,再补充适用合同法的总则,因为其指向更加具体。但《民法典》没有采取这种观点。

2018年9月5日《民法典各分编(草案)》第258条规定:“本编或者其他法律没有明文规定的合同适用本编第一章至第八章的规定,并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”笔者曾建议将该条改为:“本编或者其他法律没有明文规定的合同,参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定,并可以适用本编第一章至第八章的规定。”即本编或者其他法律没有明文规定的合同,应该先用最相类似的合同的规定,没有最相类似的规定时,再用本编总则的一般规定。2019年1月4日《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)第258条规定:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。”有学者建议将第258条修改为:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。”理由在于:本编第254条已规定本编调整合同法律关系,故无名合同适用本编没有任何问题,无需就本编通则是否适用作出特别规定。即使未作规定,本编通则部分适用于无名合同,也是当然之理。无名合同的法律适用问题,究竟是优先适用通则编的规定,还是首先应参照分则最相类似合同的规定?有学者认为应优先适用最相类似的分则。〔4〕

从2018年9月5日《民法典各分编(草案)》第258条,2019年1月4日《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)第258条,再到《民法典》第467条第1款,通过历史解释,可以总结

〔1〕王泽鉴:《债法原理》(第2版),北京大学出版社2013年版,第106页。

〔2〕宁红丽:《我国典型合同理论与立法完善研究》,对外经济贸易大学出版社2016年版,第382页。

〔3〕王利明:《合同法研究》(修订版)(第一卷),中国人民大学出版社2011年版,第22-23页。

〔4〕参见周江洪:《关于〈民法典合同编〉(草案)(二次审议稿)的若干修改建议》,载《法治研究》2019年第2期。

如下结论：

第一，《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）第258条和《民法典》第467条第1款对无名合同的界定更科学，无名合同是指《民法典》或者其他法律没有明文规定的合同。无名合同不再等同于《民法典》合同编或者其他单行民事特别法没有明文规定的合同。反而言之，本编典型合同或者其他法律最相类似合同共同构成有名合同，有名合同的范围既可以包括《民法典》合同编和其他单行民事特别法明文规定的合同，也包括《民法典》其他编如物权编明文规定的合同。有名合同不简单等同于《民法典》合同编的典型合同，典型合同只是有名合同的子类型。

第二，参照适用的关键是对无名合同和有名合同“最相类似性”的判断，《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）第258条“最相类似”修饰限定的不局限于其他法律明文规定的合同，还应该包括本编典型合同的规定。为了文义更清晰起见，适合将“并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定”修改为“并可以参照适用本编第二分编或者其他法律最相类似合同的规定”。《民法典》第467条第1款作了一定改进。

第三，《民法典》第467条第1款“适用本编通则的规定”中的“适用”是直接适用的意思，而非第3句所言参照适用。

第四，《民法典》第467条第1款文义并未指明无名合同补充适用合同编通则和参照适用有名合同规定何者优先的问题，从立法论上看，不宜固定僵化其适用顺序。

（二）非典型合同参照适用的解释论

非典型合同/无名合同参照适用的第一步是定性分析：认定涉案合同为无名合同。例如，使用他人肖像或者姓名的合同，过去属于纯粹非典型合同，〔5〕但《民法典》人格权编将肖像许可使用合同、姓名许可使用合同典型化，因此其不再属于非典型合同。司法实践中存在大量穿着无名合同外衣但实质上为有名合同的情形，形异实同。例如，商场的附赠，附赠的实质是打折出卖，本质上属于买卖合同，出卖人不能享受法律对赠与人的优待。将有名合同误作无名合同再配合参照适用方法，会增加法律适用的不确定性。如何区分无名合同与具体的有名合同，核心是主给付义务。主给付义务是合同固有的、必备的、用于决定合同类型的法律义务。无名合同本身须再类型化，包括纯粹的无名合同、合同联立和混合合同。合同联立不见得要简单还原适用对应的有名合同规则，因为合同联立中的多个有名合同之间可能存在主从关系，影响相应法律规则的适用。

合同性质和效力，往往是确定合同内容的前置环节。对合同定性时要本着实事求是和言行合一原则，考察当事人合同条款约定和实际履行情况。对无名合同定性的过程，也是寻找与之最相类似的有名合同的过程。在无名合同法律纠纷实践中，存在大量假托无名合同形式的有名合同。例如，合同当事人以《股权收益权转让及回购协议》之名、行融通资金之实，协议约定的回购价款中的基本价款实质上属于归还借款本金，回购价款中的溢价款实质上属于支付借款利息，此时究竟是将此种协议定性为无名合同并参照适用借款合同的相关规定，〔6〕还是直接定性为借款合同？又如，作为无名合同，以物抵债是诺成合同，当事人意思表示一致即可成立，不以抵债物的

〔5〕 参见崔建远主编：《合同法》（第7版），法律出版社2021年版，第17页。

〔6〕 参见“北京天悦投资发展有限公司与安信信托股份有限公司、北京天城新城房地产开发有限公司、王某瑛、黄某海合同纠纷案”，最高人民法院（2017）最高法民终907号民事判决书。

物权变动为成立要件。民事单行法时代的禁止流质规则不能作为否定以物抵债效力的依据,利益失衡的以物抵债可以通过显失公平规则来调整。民事执行领域的强制以物抵债裁定可以导致物权变动。

无名合同参照适用的第二步是遵照当事人约定:合同约定优先,只有当事人没有约定或者约定不合法时,方有参照适用技术展开的必要。当事人有约定,但约定不明确时,须做合同解释,以尽最大可能地尊重当事人的合同意思。

无名合同参照适用的第三步是区分/拆分技术:区分直接适用与参照适用。《民法典》第467条第1款中的“适用”是直接适用,^{〔7〕}而非“应当适用”,不宜将《民法典》合同编通则规定一概理解为强行性规范。第2句中的“适用”不能解释为补充适用和优先适用,否则和“并”字相矛盾,此处就指直接适用的意思。有学者认为《民法典》第467条第1款第3句“实即类推适用”。^{〔8〕}笔者认为,第467条第1款第3句中的“参照适用”是法定类推适用。虽然《民法典》第467条第1款第2句和第3句之间用“并”字连接,但不宜固定僵化无名合同直接适用合同编通则和参照适用有名合同规定的顺序。第3句中“并”字不是并驾齐驱、同时适用两种方法或者有顺序的先后,而是将这两种方法摆在一个层面以供选择。

在无名合同/非典型合同的实践纠纷中,要注意区分,面对的是总则式问题还是分则式问题。对无名合同的法律适用,要区分是无名合同权利义务的确立,还是权利义务的履行及违约责任:如果是前者,则有必要参照适用有名合同的规定;如果是后者,则主要是直接适用合同编通则的规定,除非最相类似有名合同对此类问题有特别规定。《民法典》合同编通则对所有合同均直接适用,不区分有名合同与无名合同。如果针对该无名合同纠纷,当事人没有纠结彼此的权利义务责任等内容,只关注合同中约定的违约金是否过高的问题,此时直接适用合同编通则的规定即可。《民法典》第467条第1款中的“并可以参照适用”,使得参照适用不是优先适用的意思,使得适用本编通则也不是补充适用的意思,这两种方法之间没有先后之别、优劣之分。第2句的“适用”就是直接适用,这不同于第3句的“参照适用”,我们从中提炼出来的方法就是总则的归总则,分则的归分则。

在动态法源观的思维下,在《民法典》第467条第1款各种法律适用方法之间,都要看具体语境,不能当然认定参照适用就一定要更优先。参照适用本身是一把双刃剑,一方面告诉法官漏洞补充方法,但另一方面又给了法官相当大的自由裁量权。是否参照适用的根本判断标准是事物的性质。应发挥参照适用正面的体系溢出效力,避免法官的自由裁量权过大。如果第467条第1款第2句的“适用”是补充适用,这就意味着后面第3句的“参照适用”被提高到了优先适用的地位,存在问题。因为并非每个个案中,都需要寻找与无名合同最相类似的有名合同。因此第467条第1款的法律适用规则是:或者直接适用合同编通则,或者参照适用最相类似的典型合同的法律规则。

无名合同参照适用的第四步是相似性论证:论证无名合同与被参照适用的有名合同之间“最

〔7〕 参见王利明:《合同法通则》,北京大学出版社2022年版,第19页。

〔8〕 参见韩世远:《合同法学》(第2版),高等教育出版社2022年版,第22页。

相类似”，这是参照适用方法的关键，也展现了《民法典》第467条第1款第3句作为兜底条款的补漏功能。相似性论证则是对比无名合同与有名合同的主给付义务，重点围绕合同的性质和目的，求同存异，大同小异。合同的性质和目的如何发挥作用并居于何种论证地位？不能将相似性论证完全寄托在主给付义务之上，还要结合合同分类的其他分类标准多角度观察分析，如合同是有偿还是无偿、是金钱还是非金钱合同，等等，这也是展示合同的性质和目的的过程。《民法典》第467条第1款第3句“并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定”，还属于概括性参照适用、裁判规范和衡平规定，本句中的“其他法律”当然包括合同编典型合同分编所对应有名合同的专项司法解释。因此，《民法典》第467条第1款第3句中的“其他法律”包括四项：合同编通则如预约合同规定，物权编规定的有名合同如抵押合同规定，保险法中的保险合同规定，有名合同的专项司法解释规定如商品房预售合同规定等。前三项是文义解释和体系解释的结论。第四项要结合民法法源理解，司法解释属于民法法源，“法律”一词在实定法上是有弹性的概念，作为实质法源的广义法律可以包括司法解释。

无名合同法律适用的第五步是适用交易习惯对应的习惯法，这符合《民法典》第10条的民法法源条款规定。

需要注意的是，不能将无名合同的范围扩展过宽，以形成合同法中心主义的思维。无名合同法律适用方法发挥作用的前提之一是案涉法律关系属于合同法律关系，能够进入合同法的调整范围。例如，民事诉讼实践中存在诉讼契约，诉讼契约是对合同概念的借用，二者都是平等当事人之间达成的合意。但合同的法律效力原则上仅及于当事人之间，而诉讼契约及于的主体还包括人民法院。因此，诉讼契约既不属于《民法典》第463条的调整范围，也不属于第464条第1款所指的“合同”，更不属于第467条第1款的适用对象。倘若按照字面意思解释第467条第1款，似乎可以得出这样的结论：由于民事诉讼法没有就诉讼契约作出明文规定，因而它属于“其他法律没有明文规定的合同”，所以就其成立要件和法律效果的解释和适用，可以“适用本编通则的规定”，“并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定”。但这种解释显然混淆了诉讼契约与民事合同在本质上的区别。

（三）补充适用、参照适用与保理合同的典型化

对于无名合同而言，有些可以直接由合同编通则予以规范，而不必对之有名化，如储蓄存款合同。有些则可以被有名化，如保理合同、合伙合同、预约合同等等。因此，“合同的历史是非典型合同不断地变成典型合同的历史”〔9〕。

以保理合同为例，保理合同即经历了从无名合同到有名合同的发展过程。保理业务是以应收账款债权的转让为核心的综合性金融服务，所有保理合同均可补充适用债权转让的一般规定。在《民法典》将保理合同有名化、典型化之前，保理合同实际上属于同时包含金融借款、债权转让、账务管理乃至付款担保等有名合同和无名合同的混合合同。对此，实务中有观点认为：保理合同中既包含债权转让法律关系，也包含金融借款、应收账款催收等法律关系，并非单一的债权转让，此类案件不应确定为债权转让合同纠纷。保理合同中的基础债权是否真实，属于是否能够履

〔9〕 前引〔5〕，崔建远主编书，第17页。

行合同问题,与保理合同效力无关。保理商不存在缔约过错问题,且没有违反合同约定,不能以是否尽到审慎义务而判令其承担责任。^[10]相应地,《民法典》第763条也特别规定债权人和债务人之间的应收账款债权基础合同因为虚假意思表示而无效的,原则上不影响保理合同的法律效力,债务人不得以债权瑕疵为由对抗已经尽到审查义务的善意保理人。这就对《民法典》第146条第1款做了调整变通,区分虚假民事法律行为的内部效力与外部效力。《民法典》第763条强调保理人须为善意,而且对善意做了极大扩展,只有“保理人明知虚构”时方属于非善意,保理人应当知道虚构而不知时仍构成善意。《民法典》第763条与(2018)吉民再111号案件不同的是,后者认为保理商是否尽到审慎义务与承担保理合同责任无关,保理合同中的基础债权是否真实,属于是否能够履行合同问题,与保理合同效力无关。因此,尽管保理合同实现了从无名合同到有名合同的转变,但鉴于其特殊性质,其在规则的参照适用问题上仍有进一步解释空间。

《民法典》第769条规定“本章没有规定的,适用本编第六章债权转让的有关规定”,这是关于保理合同补充适用债权转让规则的规定,但这一规定存在隐藏漏洞。一方面,结合《民法典》第761条可以确定,保理合同实际上是混合合同的有名化、典型化,其法律适用方法应该结合债权转让、资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等不同服务,分别确定补充适用的依据。第761条所列保理服务并不要求在所有保理合同中都同时存在。另一方面,保理合同并非单一的债权转让,结合第766条和第767条,保理包括当事人约定有追索权保理和当事人约定无追索权保理,二者在合同性质上存在根本差异,对无追索权保理(保理人风险收益自担)存在补充适用债权转让规定的可能,对有追索权保理(基于追索权,应收账款债权人兜底应收账款风险,追索权的功能相当于债权人为债务人的偿债能力向保理人做付款担保)则无此可能。如果当事人在保理合同中对追索权未作约定,则属于无追索权保理,其效果等同于第767条所规定的“当事人约定无追索权保理”。

司法上成熟的类推适用有可能转化为立法上的参照适用,立法上的参照适用也不是对司法实践中类推适用的终结,在参照适用不及之处,仍有类推适用发挥作用的舞台。同样,补充适用和参照适用也是各司其职,互不替代。根据《民法典》第769条,保理合同可以补充适用《民法典》第545—550条债权转让的所有规定。根据合同自由原则,如果当事人在保理合同中对双方的权利义务存在明确的约定,则应当尊重相关的约定内容。例如,保理合同中经常存在债务人向保理人做无异议承诺,即预先承诺放弃行使抗辩权和抵销权,这就使得保理中的债权让与具有了特殊性,不再简单补充适用《民法典》第548条债务人的抗辩规则和第549条债务人的抵销规则,当然,债务人所享有的实体权利并未因此而消灭,其仍然可以向原债权人主张相关的权利。债务人对保理人预先承诺放弃抗辩权和抵销权也不会导致当事人之间利益的失衡。^[11]

根据《民法典》第467条第1款,对于非因保理合同发生债权转让的法律适用方法,首先,适用《民法典》或者其他法律的明文规定;其次,适用《民法典》合同编第六章第545—550条

[10] 参见“中央储备粮长春直属库有限公司与前郭县阳光村镇银行股份有限公司等合同纠纷案”,吉林省高级人民法院(2018)吉民申248号民事裁定书。

[11] 参见“中国工商银行股份有限公司乌鲁木齐钢城支行与中铁物资集团新疆有限公司、广州诚通金属公司合同纠纷案”,最高人民法院(2014)民二终字第271号民事判决书。

关于债权转让的一般规定，同时参照适用最相类似的保理合同一章的规定，这就使得保理合同一章在一定程度上可以与合同编第六章第 545—550 条一起担纲债权转让“小总则”的功能。根据《民法典》第 646 条和《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2020 年修正）（以下简称《买卖合同司法解释》）第 32 条，对于非因保理合同发生的债权转让，还可以参照适用买卖合同的有关规定。《民法典》第 768 条突破债权平等原则，规定多重保理中保理人对应收账款的优先顺序规则，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》）第 66 条通过参照适用技术进一步释放了《民法典》第 768 条的体系效应，实现应收账款融资担保顺位规则的统一。由此，《民法典》第 768 条既可以作为所有债权转让的一般规则，又可以作为所有应收账款融资担保（如应收账款质押）的一般规则。

（四）其他常见非典型合同的参照适用

股权转让合同、采矿权转让合同均不属于《民法典》第 595 条所规定的“转移标的物的所有权”的买卖合同，但均存在参照适用买卖合同的可能。例如，股权转让合同中出让方须负担瑕疵担保义务，这就需要参照适用《民法典》买卖合同瑕疵担保义务的有关规定。^{〔12〕}

不特定的社会公众作为捐赠人与募捐人之间形成募捐合同关系，该募捐合同属于为第三人利益订立的合同，使第三人成为当事人双方所订立的合同的受益人，使其取得该合同所设定的权利。为第三人利益的公开募捐合同不同于赠与合同，募捐人不是受赠人，捐赠人和受益人之间不存在赠与合同，募捐人也非受益人的代理人，但募捐合同具有社会公益、道德义务的性质，募捐合同可以参照适用赠与合同法律规则。募捐款项在用于特定用途之后的余款所有权应归哪方所有？如在受益人死亡的情况下，余款是由募捐人所有，还是应该作为受赠人的遗产由其继承人继承？捐赠人与募捐人之间存在的是一种债之关系，捐赠人与募捐人设定的第三人利益若因第三人死亡而使得目的不达，应认为募捐合同中的为第三人捐款的权利义务亦随之消灭，捐赠人可根据合同目的已无法实现而撤销合同并要求返还捐赠款，受益人的继承人对捐赠款余额不享有继承权。^{〔13〕}

彩票合同，是指彩票购买人按照彩票票面金额支付价款，彩票发行人交付彩票并移转彩票的所有权于彩票购买人，彩票购买人按照彩票规则享有中奖机会的合同。彩票合同应采用书面形式订立，为要式合同。总体上，彩票合同应参照适用《民法典》中买卖合同的有关规定。彩票合同为无名合同，参照适用何种最相类似的规定，应兼顾彩票合同的特征和所欲解决的争议问题之性质两个方面。应当区分彩票合同在不同阶段和不同事项上，哪一个特征最为显著（买卖性、射幸性和权利凭证性），而分阶段和分事项地判断所应参照的法律规定。彩票合同是否成立，以及合同订立时买票人有无验票义务的问题存有争议，即涉及彩票合同的订立阶段。彩票合同在订立阶段，其主要特征与买卖合同最相类似，故应参照适用《民法典》中的买卖合同法律规则，而不是《中华人民共和国保险法》（2015 年修正）的有关规定。根据中国体育彩票购票须知，“兑奖号码以本张彩票记录的电脑打印数码为准”，在文义上似乎只是拘束彩票本身，但解释合同重在求得当事人的真实

〔12〕 参见王雷：《股权转让合同对民法典的参照适用》，载《广东社会科学》2022 年第 4 期。

〔13〕 参见张胜：《黄甲等与江苏省如皋师范学校附属小学返还捐赠余款纠纷上诉案——受赠人死亡，募捐余款归谁所有？》，载《人民司法·案例》2007 年第 2 期。

意思,而不是拘泥于文字。彩票合同是一种射幸合同,彩票发行人制定的购票须知所欲拘束的,不仅仅是兑奖行为,同时也包括缔约行为,即不仅兑奖以彩票的电脑打印数码为准,而且彩票合同的内容亦由此而确定。^[14]而在彩票合同射幸性方面,则可参照适用保险合同法律规则。

包销合同属于无名合同,可参照适用与其最相类似的委托合同和买卖合同对应的法律规则。房屋包销合同是指房地产开发商与房地产销售商之间就特定的房屋予以销售,约定包销商在一定的期限内以开发商的名义销售房屋,商定双方之间结算的基价,并保证在期限届满后,由包销商按基价买入剩余包销房屋的一种合同。房屋包销行为既有代理销售的属性,又有保底买卖的性质。^[15]

商品房委托代理销售合同和委托合同都是基于双方的信赖关系成立的合同,该两类合同之间具有很多共性。商品房委托代理销售合同并非《民法典》明确规定的典型合同,但关于合同解除可以参照适用委托合同任意解除权的规定。^[16]

快递服务合同并不属于法律明确规定的典型合同,而属于非典型合同/无名合同。从寄件人与快递公司约定的权利义务内容来看,快递服务合同与货物运输合同最相类似。^[17]

二、有偿合同和互易合同对买卖合同有关规定的“参照适用”

“民法总则中的法律行为规定也好,债编通则关于契约成立或债之效力的规定,立法者就是以买卖契约为典型案型。”^[18]有学者指出:“有偿契约与无偿契约区别之实益,在于法律适用上有不同。”^[19]我国民事立法对无偿合同无法律适用方面的一般规则,对无偿合同的开放法律漏洞,通常只能以整体类推的方式弥补。

如果有偿的无名合同,买卖合同无可资参照适用的规定,如何处理?笔者认为,此时可以回归《民法典》第467条,看其他最相类似的有名合同规则可否被参照适用,以及合同编通则是否有直接适用的可能。例如,对合伙人之间的补偿协议,参照适用买卖合同空间有限,此时可以基于补偿协议与借款合同的金钱之债共性,对合伙人之间的补偿协议参照适用借款合同规则。^[20]

(一) 其他有偿合同对买卖合同有关规定的参照适用

《民法典》第646条规定:“法律对其他有偿合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照适用买卖合同的有关规定。”从立法技术上看,“参照”即准用,是法定类推适用,对应明确授权法官补充的法内漏洞,属于辅助规范。参照适用(准用)是立法者为避免立法繁复,特将某种事

[14] 参见程建乐:《黄建军与徐东辉等彩票合同纠纷上诉案——错输彩票号码的法律分析》,载《人民司法·案例》2007年第14期。

[15] 参见“隼能有限公司诉联成亚洲有限公司等房屋包销合同纠纷案”,上海市高级人民法院(1997)沪高民终字第161号民事判决书。

[16] 参见“苏州华茂房地产投资顾问有限公司与向上(苏州)房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案”,江苏省高级人民法院(2015)苏民终字第00479号民事判决书。

[17] 参见“宋润健诉北京明源圆通快递服务有限公司赔偿纠纷案”,北京市西城区人民法院(2011)西民初字第15007号民事调解书。

[18] 陈自强:《契约法讲义I:契约之成立与生效》(第3版),元照出版有限公司2014年版,缘起X。

[19] 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第12页。

[20] 司法实践中的类似做法,参见“陈胜与潘松林合同纠纷案”,四川省渠县人民法院(2015)达渠民初字第911号民事判决书。

项，明确规定比照其类似事项已有的规定处理。《民法典》第 646 条还属于衡平规定、动态准用、概括准用。^{〔21〕}

《民法典》第 646 条具有明显的特质与重要的功能。在规范性质上，该条为不完全法条、指示参引性法条与准用性法条，其实质是类推适用；该条表明立法者明确承认法律漏洞的存在，并明确授予民事法官宽泛的司法造法的权力。从文义上看，得参照适用买卖合同规定的主体应为民事法官；该条中隐含的规范模态词为“应该”；该条所言参照包括全部参照（构成要件与法律效果参照）与部分参照（构成要件或法律后果参照）两种类型。就被参照的规范而言，该条所言“买卖合同”的外延应为实质意义上的买卖合同规定。就拟处理的合同纠纷而言，该条所言“其他有偿合同”是一个开放的范畴，一些兼有有偿与无偿属性的中间型态能否为该条所涵盖不无疑义。法官对漏洞填补的论证负担比法律解释要大。有偿合同参照适用买卖合同有关规定时最为核心与关键的工作是类似性的认定，而合同性质当属类似性判断中最重要的因素。某有偿合同是一时性合同还是继续性合同，是财产性合同还是劳务性合同，是移转财产所有权合同还是移转财产使用权合同，是诺成合同还是实践合同，是有名合同还是无名合同等，都会对该条的适用即该有偿合同得否参照买卖合同规定产生决定性影响。若为一时性合同、财产性合同、移转财产所有权合同，则在参照适用买卖合同的有关规定时，不变通调适买卖合同规定的可能性较大。在类似性判断中，尤应避免不合时宜的等量齐观。^{〔22〕}

《民法典》第 597 条替代了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 51 条，无权处分买卖合同不再是效力待定，买受人因为出卖人无权处分而最终无法取得标的物所有权的，可以主张出卖人承担违约责任。问题是，买卖合同之外的其他有偿合同甚至无偿合同如果存在无权处分情形，如何适用法律？对此，须结合《民法典》第 646 条其他有偿合同对买卖合同规定的参照适用制度，参照适用《民法典》第 597 条，予以解决。参照适用较之直接适用，的确存在法律适用者自由裁量权过大的问题，从立法论上看，更适合将第 597 条提升为处理所有无权处分合同的一般规则，置于“合同的效力”一章。

如果立法者明确排斥某项买卖合同法律规则的扩大适用，则不能将该规则参照适用或者类推适用到其他有偿合同领域。如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020 年修正）第 3 条关于要约与要约邀请的规定，调整的是商品房买卖合同关系，不适用商铺租赁和委托合同关系，不应作为认定商铺租赁合同案件和委托合同案件中广告性质的依据。^{〔23〕}结合《民法典》合同编草案中对该条文的取舍态度，更能佐证立法者不拟扩大该规定的适用范围。

买卖合同有关规定的体系溢出效应还可被进一步释放。遗产分割时，各继承人对于其他继承人因分割而得之遗产，负与出卖人同一的瑕疵担保责任，可以直接适用《民法典》第 304 条第 2 款共有人对物的瑕疵担保责任。共有人单独所有权之取得与通过买卖取得的单独所有权无异，《民法典》第 612 条还规定了权利瑕疵担保责任，共有物分割还可以类推适用出卖人权利瑕疵担

〔21〕 参见易军：《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，载《法学研究》2016 年第 1 期。

〔22〕 参见前引〔21〕，易军文。

〔23〕 参见“公延清与哈尔滨市戴维斯商业经营管理有限公司等合同纠纷案”，哈尔滨市中级人民法院（2015）哈民二民终字第 443 号民事判决书。

保责任的规定。^{〔24〕}

根据《民法典》第646条,买卖合同法律制度通过参照适用法律技术发挥有偿合同“小总则”的功能,能够被参照适用的也不仅限于合同编“买卖合同”一章的规定,还可以及于《买卖合同司法解释》的有关规定,对第646条“参照适用买卖合同的有关规定”中的“有关规定”宜作广义解释。例如,《买卖合同司法解释》第23条规定损益相抵规则,买卖合同损益相抵规则可以被参照适用到其他有偿合同。结合《民法典》第468条,买卖合同损益相抵规则还可以被类推适用到非合同之债。

(二) 互易合同对买卖合同有关规定的参照适用

互易合同也可以被解释为两个买卖合同,只是价款相互抵销而已。《民法典》第647条规定:“当事人约定易货交易,转移标的物的所有权的,参照适用买卖合同的有关规定。”例如,互易合同可以参照适用买卖合同相互交付标的物并移转标的物所有权于对方的义务,可以参照适用买卖合同权利瑕疵担保义务和物的瑕疵担保义务的规定等。当然,互易合同因标的物有瑕疵而减少价款时,在折算价额按比例计算方法上会有特殊性。^{〔25〕}

根据《民法典》第646条、第647条,买卖合同是有偿合同、转移标的物所有权合同的“小总则”,买卖合同的有关规定发挥参照适用作用而非补充适用作用。补充适用针对的是另一类存在总分关系的条文,如《民法典》第808条中的“适用”为补充适用之义,承揽合同也就成为建设工程合同的“小总则”。类似地,根据《民法典》第918条的补充适用方法,保管合同成为仓储合同的“小总则”。参照适用对应的总分关系是一种弱约束,补充适用对应的总分关系是一种强约束。

三、服务类合同对委托合同有关规定的“参照适用”

(一) 物业服务合同对委托合同有关规定的参照适用

物业服务合同得否参照适用委托合同中的任意解除权规则?2018年9月5日《民法典各分编(草案)》第734条规定:“本章没有规定的,参照适用委托合同的有关规定。”这显然是承认可以参照适用,但2019年1月4日《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)未保留物业服务合同对委托合同法律规则“参照适用”的规定。笔者认为,对2018年9月5日《民法典各分编(草案)》第734条应该作类型化分析,物业服务合同中的主给付义务具有综合性特点,有些主给付义务属于结果义务,有些属于行为义务,对前者可以参照适用承揽合同的有关规定,对后者可以参照适用委托合同的有关规定。鉴于《民法典》未保留物业服务合同法律适用方法条款,解释论上,物业服务合同中的结果义务可以类推适用承揽合同的有关规定,物业服务合同中的行为义务可以类推适用委托合同的有关规定。

〔24〕 参见张一凡:《民法典遗赠效力解释论——以〈民法典〉第230条为中心》,载《西南政法大学学报》2021年第3期。

〔25〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著:《中国民法典适用大全:合同卷》(二),人民法院出版社2022年版,第1549页。

因此，可以考虑在平衡并处理好业主与物业服务人的利益关系的基础上确定物业服务合同可以参照适用委托合同中的解除权规则，并将业主可以解除物业服务合同的条件限定在物业服务合同期限内，业主或者物业服务人依照《民法典》第 562 条和第 563 条的规定行使合同的解除权。同时，鉴于物业服务合同团体性特点，个体业主如果享有单方面任意解除物业服务合同的权利，不利于物业服务的稳定性，因此个体业主不应享有任意解除权。

物业公司和开发商应否对被盗业主负赔偿责任？鉴于物业服务中存在的委托性质，物业服务合同适用委托合同的规定较为妥当。委托合同作为合同法所规定的一种有名合同，其归责原则是过错责任原则。业主财产被窃，若物业公司未能尽到善良管理人的防范义务，其应负赔偿责任；若开发商未能履行其对小区安全装备的承诺，其亦应承担相应责任。当然，窃贼系直接侵害人，对业主财产被盗所致的损失承担赔偿责任，乃理所当然。且窃贼系终局责任人，物业公司承担责任后有权向其追偿。^{〔26〕}

（二）中介合同对委托合同有关规定的参照适用

根据《民法典》第 966 条，中介合同一章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定，而非直接适用或者简单补充适用委托合同的有关规定。立法者在《合同法》中对行纪合同（居间合同）和中介合同法律规定的漏洞补充方法是“适用”委托合同的有关规定，《民法典》在“适用”前面加上了“参照”二字，有意识地进行修改，意味着立法者已经矫正了中介合同、行纪合同和委托合同之间的性质界定。《民法典》之前，委托合同是一般类型，居间合同和行纪合同是特别类型，特别法没有规定时，补充适用一般法。这是用委托合同来兜住后两类合同的法律适用之底，但其实这三类合同存在很大差别。

• 281 •

《民法典》第 963 条规定中介人促成合同成立的，中介人享有报酬请求权。第 965 条规定委托人“跳单”时中介人的报酬请求权。没有规定委托人在中介合同中是否有任意解除权，可否根据第 966 条的指引，参照适用第 933 条委托合同任意解除权规则。这需要根据中介合同的性质作分析判断。

委托合同和中介合同都属于提供服务类合同，具有类似性。委托合同和中介合同也具有差异性，参照适用过程中要注意变通，避免不合宜的等量齐观。第 963 条中介人报酬请求权显示中介合同属于结果之债，而非行为之债，中介人的报酬请求权以特定结果的产生为前提，这更类似于承揽合同中的报酬请求权，但《民法典》没有规定中介合同可以参照适用承揽合同法律规则。委托合同则属于行为之债，第 928 条受托人报酬请求权取决于委托事务的完成，但不取决于达致特定的结果。

有学者认为：“中介合同可参照适用委托合同的规定主要有：……任意解除权的规定（第 933 条）……”^{〔27〕}有学者认为：“中介合同可以参照适用委托合同任意解除权的规定，但并不是完全适用。中介合同的委托人享有任意解除权，应无疑义。……不必赋予中介人任意解除权。”^{〔28〕}《民法典》第 933 条第 1 句规定委托合同任意解除权规则，如果允许中介合同参照适用第 933 条，委托人行使任意解除权时，中介人可以请求赔偿直接损失和可得利益，则会架空第 964 条。这是

〔26〕 参见王雷：《房地产法学》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 190 - 191 页。

〔27〕 徐涤宇、张家勇主编：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社 2022 年版，第 994 页。

〔28〕 前引〔8〕，韩世远书，第 585 页。

因为：第一，根据第964条，对于直接损失，中介人一般自己承担。中介人一般以自己的费用完成中介服务，除非合同另有约定，否则在未促成合同成立前不能要求委托人承担费用。如果允许中介人参照适用第933条获得直接损失的赔偿，则会与第964条中介人以自己的费用完成中介服务规则相冲突。第二，中介人的报酬请求权只有在第963条和第965条对应情形下会发生，如果允许中介合同参照适用第933条，委托人行使任意解除权时，中介人可以请求赔偿可得利益，也会出现参照适用结论与中介合同一章的明确规定相冲突的情况。因此，即便中介合同不排除适用委托合同的任意解除权，对解除后的赔偿问题也不能简单参照适用第933条第2句，除非委托人的任意解除权对应发生于第965条“跳单”违约情形下。^{〔29〕}

根据《民法典》第931条，委托合同中受托人经受托人同意，可以在委托人之外委托第三人处理委托事务。而中介合同具有特殊性，中介合同不能参照适用第931条。“一般认为，委托人在中介人之外又委托第三人处理中介事务的，无需经过中介人同意。比如，实践中，很多出售房屋的人都是委托多个房屋中介机构来寻找买家，哪个房屋中介机构能够实际促成交易，委托人就向其支付中介的报酬。”^{〔30〕}

（三）旅游合同对委托合同有关规定的参照适用

在旅游合同中，通常涉及组团社、地接社、履行辅助人和消费者，这几者之间的法律关系应适用何种规则调整，存在疑问。根据《民法典》第523条，第三人代为履行情形下，债务人并未发生主体变化。但是，根据《民法典》第923条，委托合同转委托情形下，受托人发生主体变化，转委托的第三人成为新的受托人，原受托人对自己的选任以及指示过失承担责任。同时，根据《中华人民共和国旅游法》（以下简称《旅游法》）第71条第2款第1句，组团社、地接社和履行辅助人对旅游者人身损害、财产损失承担不真正连带责任，地接社和履行辅助人的责任相对过重，但该条第1款责任形态和第2款第1句不一致，第1款与《民法典》第523条第三人代为履行规则保持一致。与此相比，《旅行社条例》（2020年修正）第37条第2款将作出委托的旅行社和接受委托的旅行社的关系等同于《民法典》第523条债务人和代为履行的第三人之间的关系，而非《民法典》第923条意义上的转委托关系。转委托关系下，委托人或者作出委托的旅行社法律责任相对更轻。另外，《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》（2020年修正）第10条和第13条区分旅游经营者擅自转让旅游业务与将部分旅游业务对外委托，前者配置连带责任，后者对应作出委托的旅游经营者责任。第13条第1款不同于《民法典》第923条意义上的转委托，而是与《民法典》第523条第三人代为履行规则保持一致。

总体上，作出委托的旅行社更接近《民法典》第523条第三人代为履行情形下的债务人地位，其责任更重；而不像《民法典》第923条作出转委托的受托人，其责任更轻。立法论上，宜区分履行辅助人（代为履行的第三人）、转让中的受让人（债务承担中的第三人或者合同权利义务概括移转中的第三人）、转委托中的受托人，分别其责任轻重，以保持《旅游法》特别法与

〔29〕 参见周江洪：《民法典中介合同的变革与理解——以委托合同与中介合同的参照适用关系为切入点》，载《比较法研究》2021年第2期。

〔30〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全：合同卷》（五），人民法院出版社2022年版，第3711页。

《民法典》一般法的体系融洽。此外,《旅游法》有法律漏洞时,根据《民法典》第467条第1款的指引,存在参照适用《民法典》第923条第4句后段的空间:未经旅游者同意或者追认、旅行社转委托的,旅行社应当对转委托的第三人的行为承担责任;但是,在紧急情况下旅行社为了维护旅游者的利益需要转委托第三人的除外。

(四) 定作人任意解除后赔偿范围的类推

《民法典》第933条规定的委托合同任意解除后的损害赔偿与《民法典》第584条相比有何特殊性?特别是有偿委托合同任意解除后损害赔偿中的可得利益损失和违约损害赔偿中的可得利益损失范围是否一致?笔者认为,不能将二者简单等同,毕竟委托合同中的任意解除权不同于违约行为,给对方带来的可得利益损失宜重点结合合同履行情况、合同各方当事人的可归责性等因素按比例确定。有偿委托合同中委托人行使任意解除权,其需就受托人已经处理的委托事务按比例支付报酬;如果要求委托人就受托人的全部可得利益予以赔偿,将之与第584条赔偿范围等同,也会与第928条出现评价矛盾。实际上,如果委托人行使任意解除权的事由不可归责于受托人,根据第928条第2款规定,“委托人应当向受托人支付相应的报酬”,当事人另有约定的按照其约定。

《民法典》第787条规定:“定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同,造成承揽人损失的,应当赔偿损失。”承揽合同中定作人在承揽人完成工作前享有任意解除权,但承揽人不享有此种任意解除权。承揽合同中定作人在承揽人完成工作后再主张解除合同,就构成违约,应当适用《民法典》第584条。承揽合同中定作人在承揽人完成工作前行使任意解除权,如果承揽人不具有可归责性,可类推适用第933条有偿委托合同任意解除后损害赔偿规则,要求定作人按照承揽人已经处理的委托事务比例支付报酬。尽管承揽合同属于提供工作成果的合同,而非提供服务的合同,但承揽合同和委托合同类似,都具有过程性和结果性的统一,都强调承揽人和受托人越努力越幸福,付出多大的努力收到多大的回报。类似地,《德国民法典》第675条第1款后段规定:“义务人享有不遵守终止期间而为终止之权利者,亦准用第六百七十一条第二款规定。”

• 283 •

四、典型合同中的其他“参照适用”

(一) 居住权合同对租赁合同等法律规定的类推适用

《民法典》第366条至第370条配置5个条文具体规定居住权合同引发的居住权变动,第371条规定以遗嘱方式设立居住权对前述5个条文的参照适用问题。《民法典》物权编对居住权合同的法律适用存在规范供给不足,对租赁合同的规范供给相对充足。根据《民法典》第467条第1款,居住权合同属于《民法典》中的典型合同,无法“参照适用”最相类似合同的规定。《民法典》物权编对居住权合同存在法律漏洞时,可以通过类推适用方法填补漏洞。居住权合同与租赁合同在有权居住他人住宅问题上最相类似。

第一, 居住权优先于在后设立的抵押权。

《民法典》第405条规定:“抵押权设立前,抵押财产已经出租并转移占有的,原租赁关系不受该抵押权的影响。”举轻以明重,就居住权与抵押权的关系,抵押权设立前,作为抵押财产的住宅已经设立居住权并做居住权登记的,居住权不受该抵押权的影响。

第二,居住权人无权将该他人住宅出租,否则住宅所有权人有权解除居住权合同。

就居住权与住宅所有权的关系,居住权是对住宅所有权人所有权的限制。一方面,《民法典》第369条规定:“居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租,但是当事人另有约定的除外。”居住权人无权将该他人住宅进行出租。住宅所有权人也不得将设立居住权的住宅出租,以免影响居住权人居住权的实现,住宅所有权人和居住权人另有约定的除外。另一方面,根据《民法典》第366条,居住权人对他人住宅无收益权能。居住权人未经住宅所有权人同意将住宅出租的,类推适用《民法典》第716条第2款规定,住宅所有权人可以解除居住权合同。《民法典》第716条第2款规定:“承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同。”

第三,居住权期限具有特殊性,居住权合同没有约定居住权期限或者约定不明确时,宜认定居住权人死亡时居住权消灭。

居住权合同一般包括“居住权期限”条款。当居住权合同没有约定居住权期限时,不能类推适用《民法典》第730条将其拟制为不定期居住权合同。《民法典》第370条根据居住权期限设置了两种类型居住权——有确定期限居住权和无确定期限居住权,第370条规定:“居住权期限届满或者居住权人死亡的,居住权消灭。居住权消灭的,应当及时办理注销登记。”据此,当居住权合同没有约定居住权期限或者约定不明确时,宜结合居住权的人役权特点认定居住权人死亡时居住权消灭。

第四,居住权期限届满后,居住权人继续在住宅中居住使用,住宅所有权人在合理期限内没有提出异议的,宜认定居住权人死亡时居住权消灭。

不定期居住权不符合物权法定原则。物权要么是有期限的,要么是无期限的,不存在不定期的物权。合同约定的居住权期限届满后,居住权人继续在住宅中居住使用,住宅所有权人没有提出异议的,能否类推适用《民法典》第734条第1款认定为不定期居住权?笔者认为,合同约定的居住权期限届满后,居住权人继续在住宅中居住使用,住宅所有权人没有提出异议的,应该根据《民法典》第370条认定居住权人死亡时居住权消灭。

第五,居住权人在居住权期限内死亡的,与其生前共同居住的人也可以按照原居住权合同居住该住宅,居住权合同另有约定的除外。

《民法典》第732条规定:“承租人在房屋租赁期限内死亡的,与其生前共同居住的人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋。”就居住权人与和其共同居住人之间的关系,居住权人在居住权期限内死亡的,与其生前共同居住的人也可以按照原居住权合同居住该住宅,但居住权合同另有约定的除外,这一定程度上突破了居住权的人役性特点。但不能认定共同居住人与住宅所有权人之间形成新的以共同居住人死亡为期限的居住权合同。

第六,居住权人与住宅所有权人对住宅维修义务的负担,应区分有偿居住权合同与无偿居住权合同而有别。

一方面,对有偿设立的居住权,类推适用《民法典》第708条和第712条,住宅所有权人应当按照约定将住宅交付居住权人,并在居住权期限内保持住宅符合约定的用途。住宅所有权人应当履行住宅的维修义务,但是住宅所有权人和居住权人另有约定的除外。另一方面,对无偿设立的居住权,宜由居住权人负有一般维修义务,这方符合民事权利、义务和责任协调统一的法治原

则。有学者认为：“居住权人有义务以自己的费用对房屋进行日常维护。居住权人仅占用部分房屋的，应当按照占用的比例分担该费用，但遗嘱另有表示、合同另有约定或者法律另有规定的除外。”“房屋的所有权人有义务以自己的费用对房屋进行重大修缮。由于居住权人未履行一般维护义务而导致所有权人必须实施重大修缮的，费用由居住权人承担。”〔31〕

第七，居住权人应当妥善保管住宅，应当按照居住合同约定的方法使用住宅。

类推适用《民法典》第 714 条、第 709 条和第 711 条，居住权人未按照居住合同约定的方法使用住宅致使住宅受到损失的，住宅所有权人有权解除居住权合同并请求赔偿损失。

更进一步，居住权合同可以类推适用《民法典》第 722 条、第 724 条、第 729 条、第 731 条等法定解除权规定。

第八，居住权期限内发生住宅所有权变动的，不影响居住权合同的效力，住宅所有权变动不破居住权。

《民法典》第 725 条规定“所有权变动不破租赁”规则：“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”类推适用第 725 条，就居住权人与住宅买受人之间的关系，居住权期限内发生住宅所有权变动的，不影响居住权合同的效力。

第九，居住权人对住宅有优先购买权。

《民法典》第 726 条规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利；但是，房屋按份共有人行使优先购买权或者出租人将房屋出卖给近亲属的除外。出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权。”类推适用第 726 条，住宅所有权人出卖住宅时，居住权人对该住宅有优先购买权。

第十，居住权人与物业服务人之间的关系。《民法典》第 945 条第 2 款规定：“业主转让、出租物业专有部分、设立居住权或者依法改变共有部分用途的，应当及时将相关情况告知物业服务人。”支付物业费等义务的负担，允许住宅所有权人（业主）和居住权人自主约定。若业主与居住权人约定由居住权人支付物业费，基于合同相对性原理，此约定不能对抗物业服务企业。物业服务企业仍可请求业主支付物业费。

（二）行政协议对民事合同法律规定的参照适用

行政协议是指行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。笔者认为，行政协议属于“其他法律明文规定的合同”。针对行政协议，且不论其性质为典型合同还是非典型合同，只讨论其法律漏洞补充问题。当《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（以下简称《行政协议司法解释》）有漏洞时，我们无法在整个行政法领域找到行政合同的基准点时，还是要回归借用民商事合同法律规则，展现跨部门法参照适用方法的魅力。

《行政协议司法解释》第 27 条规定：“人民法院审理行政协议案件，应当适用行政诉讼法的

〔31〕 李永军等：《中华人民共和国民法物权编（专家建议稿）》，载《比较法研究》2017 年第 4 期，第 192 页。相似观点另参见申卫星：《〈民法典〉居住权制度的体系展开》，载《吉林大学社会科学学报》2021 年第 3 期。

规定；行政诉讼法没有规定的，参照适用民事诉讼法的规定。人民法院审理行政协议案件，可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定。”该条第1款解决的是程序法问题，即《中华人民共和国行政诉讼法》（2017年修正）和《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）之间的适用关系，比如举证责任等。该条第2款将行政合同纳入《民法典》第467条第1款，体现了“大合同法”思想，此款是妥当合理的，此处没有“可以参照适用最相类似的民事合同有关规定”的类似表述，因此无论合同编通则还是典型合同分编，在解决行政协议纠纷案件的过程中，都通过参照适用方法来发挥漏洞补充作用。

行政协议不是《民法典》第464条第1款所规定的平等主体之间的合同。行政协议类似于合同联立，两个合同是并行不悖、并驾齐驱的。行政协议不同于普通民商事合同的根本特点在于行政优益权的存在，若无行政优益权，则为《民法典》第97条所规定的机关法人从事为履行职能所需要的民事活动。行政协议可被分为行政优益权对应的行政合同、与行政优益权没有任何关系的其他合同权利义务关系，具有行政性和协议性的双重属性。适用方法为民法的归民法，行政法的归行政法。相应地，对《行政协议司法解释》第27条第1款，更合理的解释方案是“行政性的部分适用行政诉讼法，协议性的部分参照民事诉讼法”^{〔32〕}。

《民法典》第467条第1款呈现出的法律适用方法为区分技术，总则的归总则，分则的归分则。这种法律适用方法延伸到行政合同领域，就是行政的归行政，民事的归民事。行政优益权的行使会导致民事合同对应的权利义务关系随之变动或消灭，但这并不影响我们分别判断其各自的法律适用。当行政和民事有连接时，对它一体看待；当没有连接时，进行分别判断。

• 286 •

《行政协议司法解释》第10条规定：“被告对于自己具有法定职权、履行法定程序、履行相应法定职责以及订立、履行、变更、解除行政协议等行为的合法性承担举证责任。原告主张撤销、解除行政协议的，对撤销、解除行政协议的事由承担举证责任。对行政协议是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。”行政协议中的行政优益权，其权力来源、权力行使程序、权力行使主体，都要遵循第10条的三个法定，即职权法定、程序法定和主体法定，行政法定原则是行政法的首要基本原则。行政优益权是否存在、行政优益权由谁来行使、依据何种程序行使，这都属于具体行政行为，应当由行政主体来承担合法性的论证负担。但对于合同的订立、履行、变更、解除等，当不涉及行政优益权时，如征收、征用补偿协议中行政机关欠付拆迁补偿款，此时仅涉及要不要履行合同款项的问题，参照适用合同编通则的有关规定即可。第10条要求所有有关合同订立、履行、变更、解除等行为都由行政主体承担合法性的举证责任，没有落实行政的归行政，民事的归民事，并不妥当。

《行政协议司法解释》第12条第2款规定：“人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效。”该款的“适用”应改为“参照适用”。^{〔33〕}民事法律规范不能直接适用于行政协议，只能参照适用，根据行政协议的性质作变通调适。《行政协议司法解释》第14条规定：“原告认为行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等情形而请求撤销，人民法院经审理认为符合法律规定可撤销情形的，可以依法判决撤销该协议。”如何判断一个行政协议是否存在欺诈、胁迫、

〔32〕 章程：《论行政协议变更解除权的性质与类型》，载《中外法学》2021年第2期，第480页。

〔33〕 参见王洪亮：《论民法典规范准用于行政协议》，载《行政管理改革》2020年第2期。

重大误解、显失公平等情形，行政法没有提供依据，结合《行政协议司法解释》第 27 条第 2 款，此时只能回归参照适用《民法典》总则编第六章第三节判断当事人之间的协议是否存在效力瑕疵情形，此为参照适用而非直接适用。

五、结 语

非典型合同的参照适用被集中规定在《民法典》第 467 条第 1 款。典型合同彼此之间的参照适用条款，则散落在《民法典》典型合同分编，使得典型合同内部得以完成漏洞填补工作和实现再体系化。

无论是对非典型合同，还是对典型合同，参照适用既是法律适用中立法者向法律适用者指引的漏洞补充方法，又是实现《民法典》再体系化的“密码”，还是破解和释放《民法典》体系效应的“密码”。

非典型合同和典型合同中的参照适用方法还塑造了不同于补充适用方法语境下的别样总分关系。

Abstract: According to Article 467 (1) of the Civil Code, there is no distinction in order between the direct application of the General Rules of Contract and the reference application of the provisions of the most similar typical contract for atypical contracts. Based on differentiation techniques, it is necessary to distinguish between general and specific issues related to the application of atypical contracts. The general principles should be directly applied to the general problems of the contract, and the specific problems should be implemented by referring to the provisions of typical contracts. Whether it is the reference application of atypical contracts to the relevant provisions of typical contracts or the reference application between typical contracts, similarity argument is the most important. Similarity argument is to compare atypical contracts and typical contracts, as well as the main payment obligations between two typical contracts. The focus of similarity argument is on the nature and purpose of the contract, combined with contract classification standards, observing and analyzing from multiple perspectives, seeking common ground while reserving differences, and being appropriate. Reference application fills in legal loopholes in order to realize equal treatment. By adjusting the legal provisions that are referenced and applied appropriately through differences, we can avoid inappropriate equal treatment. The reference application method in atypical contracts and typical contracts shapes a different general and specific relationship from that in the context of supplementary application method, and also releases the systemic effect of the Civil Code.

Key Words: atypical contrac, typical contrac, reference application, similarity argument

《民法典》视阈下违约金司法酌减规则的区分适用论

覃榆翔*

内容提要：衡诸学术、实务两界，素有违约金司法酌减规则是适用于惩罚性违约金，还是补偿性违约金的论争。在《民法典》时代，宜从功能主义出发，依据当事人的合意内容对违约金做出补偿功能与压力功能的区分。详言之，当事人若是以督促履约作为违约金的合意内容，构成压力功能的违约金；若是以损害赔偿的预定为合意内容，则构成补偿功能的违约金。至于对违约金功能的识别，可在附条件法律行为的技术理路下，通过观察违约金生效条件的内部构造得到实现。据此，在违约金发挥压力功能的场合，只需顾及违约金合意的形成是否符合合同效力控制规则的要求，而不存在违约金司法酌减规则的适用空间；但在违约金发挥补偿功能的场合，特别是对最高损害赔偿的预定而言，囿于违约金司法酌减规则适用过程的实质是损害赔偿规则思路的运用，因而适用违约金司法酌减规则有其法理基础和制度空间。

关键词：压力功能 补偿功能 功能的识别 合同效力控制规则 违约金司法酌减规则

最高人民法院在2022年11月发布了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》（下文简称《征求意见稿》），向全社会公开征求意见。《征求意见稿》第68至70条均是有关违约金司法酌减规则具体适用的规定，大体延续了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号）（以下简称《合同法解释（二）》），^{〔1〕}但亦作出了一定的补充和完善，特别是：第68条明确指出，显失公平的违约金必然适用于违约金司法酌减规则，且合同当事人无法通过意思自治排除适用；第69条强调违约方具有严重违背诚信原则行为的，其减少违约金的请求不予支持。相比于之前的司法解释，《征求意见稿》明确了违约金司法酌减规则的区分适用情形，有利于营造诚实信用的市场交易氛围。

* 覃榆翔，中国政法大学民商经济法学院博士研究生、经济师。

〔1〕 由于关于民法典合同编通则的司法解释尚未正式出台，为保持资料论证的有效性，对于内容大体相同且对本文论证不产生实质影响的条文将直接援引《合同法解释（二）》。

但是，《征求意见稿》的局限也是显而易见的，其延续着《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）时代根据违约金的补偿性或惩罚性区分适用违约金司法酌减规则的立场。质言之，违约金的“显失公平”表征着其为惩罚性违约金的定位，因而受到违约金司法酌减规则的调整，但若是在债务人发生严重违背诚信原则的情形下，惩罚性违约金将不受到调整。后者的排除适用固然可圈可点，但前者将显失公平作为构成要件的做法，不仅与合同效力控制规则在规范适用上发生重叠，同时也裁剪了当事人的意思自治，给违约金条款的履行增加了不确定性，如此安排是否合理值得商榷。申言之，《征求意见稿》做出区分适用违约金司法酌减规则的尝试是值得肯定的，但如何既兼顾违约金作为意思自治的产物，又能充分发挥违约金司法酌减规则的规范效用，形成体系融贯的区分适用路径，殊值深思。

一、困境溯源：违约金司法酌减规则的适用之争

（一）实践：以损失为酌减基点抑或兼顾当事人的合理利益？

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第585条第2款第二个分句承继了《合同法》第114条第2款第二个分句的规定，将“约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少”作为我国民法上的违约金司法酌减规则。依文义解释可知，倘若当事人在合同中约定的违约金“过分”高于违约行为造成的损失，即可向裁判者提出减少违约金的请求。故而，在司法实践中，“违约金的实质是违约方对守约方造成损失的赔偿”的观点曾一度被奉为圭臬。^{〔2〕}从违约金司法酌减规则的规范构造来看，“过分高于”“损失”等抽象化概念的表达往往因为价值判断的介入而在规范适用上带来或多或少的不确定性，以至于给法律的确定性带来严峻的挑战。为矫此弊，《合同法解释（二）》第29条第1款规定，法院应当根据公平原则和诚实信用原则，并结合合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等因素，判断违约金是否过高并作出调整。^{〔3〕}但该条第2款却又以“违约金超过造成损失的百分之三十”作为认定“过分高于造成的损失”的一般标准。^{〔4〕}由此可见，二者形成了迥然不同的判断方式。第1款提出了综合多种因素进行违约金调减作业的“综合衡量法”；而第2款却径直以超过损失的百分之三十作为衡量基准。就规范适用的便捷性而言，由于综合衡量法内生的模糊裁判尺度、严厉的举证责任要求与司法效率的追求相违背，且第2款所用的“一般可以”之表达又恰好令其具备得以普遍适用的解释论上的结果，自然就使得以损失为基准且易于量化的数字型酌减模式成为裁判实践的主流。^{〔5〕}遂使得第1款的“综合衡量法”不再“综合”而是“简单”，也即“超过百分之三十”即可达致酌减违约金的条件。

• 289 •

〔2〕 参见最高人民法院（2016）最高法民申2384号民事裁定书。

〔3〕 相对应的条文参见《征求意见稿》第69条第1款，该款规定：“当事人依据民法典第五百八十五条第二款规定请求对违约金予以适当减少的，人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础，兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素，遵循公平原则和诚信原则进行衡量，并作出裁判。”

〔4〕 相对应的条文参见《征求意见稿》第69条第2款，该款规定：“当事人约定的违约金超过依据民法典第五百八十四条规定确定的损失的百分之三十的，一般可以认定为民法典第五百八十五条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

〔5〕 参见覃榆翔：《再论违约金的规制模式：异化与回归》，载《南大法学》2023年第1期。

职是之故,酌减违约金的司法实践一直将违约金作为债权人受有损失的预先约定,并通过对高额违约金的事后调减,将违约金的支付停留在补偿债权人受有损失的水平,但依此思路而为之违约金酌减已与损害赔偿规则的运用无异。^{〔6〕}不妨说,我国的司法实践业已形成以数字型导向为酌减模型,将当事人的实际损失作为基准,强调从违约金的约定金额与实际损害的比较关系来适用酌减规则的裁判思路,^{〔7〕}且该裁判思路由于具有便捷裁判的优势,正潜移默化地影响着法官调整违约金的意愿和习惯。虽然,这一裁判思路或许能带来形式上的公平,但却会对当事人的意思自治造成不合理的干预,甚至会造成在违约行为发生后出现当事人利益状态失衡的结果。因而,为防止机械司法而可能造成的实质不公平,《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号)(以下简称《民商事合同指导意见》)、《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)(以下简称《会议纪要》)等文件均指出,应当“充分尊重当事人的意思自治”,且不应只以“实际损失”或者“损失”作为调整违约金的基准。至此,数额上或将超出损失的违约金逐渐为司法实践所认可,而该类型的违约金多被冠以“惩罚性违约金”的称谓。^{〔8〕}

溯源违约金的发展历程,惩罚性违约金与补偿性违约金并非一对“双胞胎”,而是在补偿性违约金发展到一定阶段之后,因补偿性违约金难以适应交易多样化之现实需求而产生了惩罚性违约金存在的实践空间。有判决就认为,违约金的数额兼具补偿损失和当事人对违约行为的惩罚意图;^{〔9〕}还有的法院认为,若当事人约定的违约金旨在惩罚违约方之违约行为,防止违背诚实信用行为的发生,应将其认定为惩罚性违约金。^{〔10〕}由此,违约金的意思自治属性也逐步为人们所肯认。

近年来,最高人民法院对违约金的酌减有了新的认识:违约金司法酌减规则的目的在于恢复契约实质自由,因而适用于惩罚性违约金而非补偿性违约金,因为补偿性违约金的实质是损害赔偿的预定,惩罚性违约金才是真正的违约金。^{〔11〕}是故,违约金司法酌减规则的适用将不再只是以实际损失衡量双方的损益,而是赋予法官自由裁量权去恢复契约的实质自由,以期在当事人的意思自治和契约的公平正义中寻求平衡。因此,引入惩罚性违约金的观念实则是为了矫正实践中一律将违约金作为损害赔偿的预定来处理的裁判思路,从而为充分顾及当事人在合同中的合理利益提供理论基础。

然而,一方面,承认意思自治下惩罚性违约金的存在,另一方面,又为了追求公平正义,将违约金司法酌减规则作为约束惩罚性违约金的制度工具,若此,能否实现违约金司法酌减规则的制度价值则不无疑问。具言之,交由裁判者去实现意思自治与公平正义的平衡,但作为第三方的裁判者,唯有围绕并量化债权人的受有损失,才能为其定夺提供合法性和合理性的依据。倘若如

〔6〕 参见邓辉、王浩然:《〈民法典〉违约金制度的功能优化》,载《财经法学》2021年第2期。

〔7〕 参见姚明斌:《违约金论》,中国法制出版社2018年版,第190页。

〔8〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(二)》,人民法院出版社2020年版,第777-780页。

〔9〕 参见最高人民法院(2016)最高法民终106号民事判决书;最高人民法院(2017)最高法民再333号民事判决书等。

〔10〕 参见北京市第二中级人民法院(2017)京02民终8676号民事判决书。

〔11〕 参见前引〔8〕,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第777-780页。

此，则是变相地将“违约造成的损失+当事人对其他损失的合理预计”作为惩罚性违约金的内核。故而，惩罚性违约金概念的出现，无非提请裁判者在适用违约金司法酌减规则时，注意更为全面地考察当事人在合同中的合理利益，但却仍未让裁判者脱离将违约金与损失直接挂钩的逻辑窠臼。

（二）学理：补偿性违约金的辅助工具抑或是惩罚性违约金的约束工具？

实际上，我国学界早已就违约金的补偿性和惩罚性展开如火如荼的讨论。但学界对于二者的区分并不唯当事人受有的损失而论，尚有违约金请求权能否与其他请求权并存之论调，进而产生了“损失比较说”和“责任关系说”的类型区分。^{〔12〕}所谓的“损失比较说”，是将违约金的惩罚性与补偿性之区别立基于违约金与违约行为所造成的实际损失之比较上。若违约金过分高于损失的，那么构成惩罚性违约金；若违约金没有过分高于实际损失的，则属于补偿性违约金。^{〔13〕}所谓的“责任关系说”系建立在违约金责任能否与其他违约责任同时存在的测度，即当违约方承担违约金责任后，非违约方能否要求违约方承担继续履行、损害赔偿的责任，倘若可以，便是惩罚性违约金，反之则是补偿性违约金。因此，补偿性违约金和惩罚性违约金所侧重实现的利益不同，导致违约金司法酌减规则究竟应以何者作为适用对象渐生分歧。

在体例设计和安排上，《民法典》第585条第1款是关于违约金的一般规定，第2款的第二个分句才是违约金司法酌减规则。因此，出于逻辑的融贯性和体例的关联性考量，违约金司法酌减规则的适用对象应当以第1款所规定的违约金类型为准。如此，第1款所规定的违约金性质究竟为何，便成为学界对违约金司法酌减规则适用对象论争之起点。有观点认为，我国实证法上的违约金从本质上看是补偿性违约金，因此需要通过违约金司法酌减规则将过高的违约金调整至与债权人的实际损失相当，^{〔14〕}也即惩罚性违约金并不适用于违约金司法酌减规则。^{〔15〕}与此相反的是，有学者认为，倘若认为我国实证法上的违约金属于损害赔偿的预定，那么对违约金应当适用损害赔偿法的一般规则，而惩罚性的违约金则可以通过违约金司法酌减规则达到与其所担保利益等价的效果。^{〔16〕}

综上，违约金司法酌减规则适用对象的纷争，乃至其存在意义的分歧，皆缘起于补偿性违约金与惩罚性违约金的概念区分。从补偿性违约金与惩罚性违约金分化的流变来看，法国法将违约金视为损害赔偿的预定，在法国之后，民法法系国家便以补偿性违约金的观念为基础构建起违约金制度，而惩罚性违约金则是因制度供给不足而生之与补偿性违约金相对立的概念。详言之，在违约发生后，为避免债权人要通过损害的证明、因果关系的证明等繁琐的损害赔偿程序才能实现损失的填补，便在立法上明示当事人可以在订立合同时事先约定损害赔偿的总额，由此创设出民法法系国家的违约金制度。^{〔17〕}基于该推论，违约金司法酌减规则便是为了达致当事人所约定

〔12〕 参见王家福主编：《民法债权》，中国社会科学出版社2015年版，第227页。

〔13〕 参见前引〔7〕，姚明斌书，第46页。

〔14〕 参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第825页。

〔15〕 参见王洪、李兆利：《我国惩罚性违约金条款规范路径的反思——由某“假一罚万”案所引发》，载《湘湖论坛》2020年第2期。

〔16〕 参见王洪亮：《违约金酌减规则论》，载《法学家》2015年第3期。

〔17〕 参见韩强：《违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心》，载《法学研究》2015年第3期。

的违约金符合实证法上补偿性违约金的定位,此即《法国民法典》设置违约金司法酌减规则的原因。^{〔18〕}准此,为彰显违约金在立法上的补偿性定位,《法国民法典》^{〔19〕}第1231—5条将违约金明确为债务之不履行的损害赔偿金。

但是,《民法典》第585条第1款却将违约金表述为“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金”,其并没有斩钉截铁地将违约金限定在损害赔偿的预定之范畴,同时,其以并列句式揭示出当事人既可以在合同中事先约定违约金,亦可以约定损失赔偿额的计算方法。于此,虽然在文义解释上可以将违约金解释为损失赔偿额的具体数额,由此在条文结构上形成同一范畴事物并列式列举的模式,但在逻辑上亦可能存在立法者有意采用违约金与损失赔偿额两个不同的概念以彰显违约金与损失赔偿额的不同。当然,两种解释各自有理,而这间接反映出我国法并没有明确将违约金归属于损害赔偿的预定。

我国法在违约金是否与损失必然联系的立场上较为暧昧,因此,可以通过另设惩罚性违约金的观念,将明显超出损失、多个请求权并存等诸如此类构造的违约金纳入其中,从而达到区别适用违约金司法酌减规则的目的。但受制于违约金司法酌减规则以损失作为构成要件,经由体系解释往往得出补偿性违约金为我国的法定模范类型,而惩罚性违约金为合意特例的结论。如此,依赖体系解释而生的违约金二分体系,不仅没有为违约金司法酌减规则的区分适用提供有效进路,还容易形成将损失与违约金的识别必然挂钩的思维定式,束缚了违约金效用的正常发挥。

二、纾困路径:违约金功能论的路径尝试

(一) 以功能论革除违约金司法酌减规则之现实积弊

诚如前文所述,实践和学理所创设出补偿性违约金与惩罚性违约金二分的概念体系,两者皆将违约金与当事人的受有损失相比较,从而导致实践和学理对违约金的关注焦点集中于违约金是否会给债务人造成过重债务负担之测度,进而忽略了违约金应当系当事人合意产物的根本性质,实有裁剪当事人意思自治之嫌,此举与《民法典》第585条第1款前半句的规范意旨相背离。

因与损失相勾连,且结合语义分析,惩罚性违约金中的“惩罚”二字表征着贬义色彩,遂被贴上非道德的标签,以至于其经常被理解为一种私罚的存在,^{〔20〕}使得裁判者一开始就对惩罚性违约金持有否定的态度。在该错误理念的引导下频繁启动违约金司法酌减规则,使得惩罚性违约金频频受限或屡遭禁止,导致我国的违约金实践偏离违约金规范的正常航向。可以说,主流学说和裁判实践对惩罚性违约金的界定均是着眼于结果意义上的评价,忽略了《民法典》第585条第1款前半句将违约金定位为合意产物的规范意旨,造成违约金司法酌减规则于违约金法体系上的不融贯,以及实践与法政策的错配。因此,对于违约金的评价不能只从结果意义出发,而是应该回归违约金系属合意产物之法技术的定位与本质,消解对惩罚性违约金的误解。据此,立足于违

〔18〕 参见前引〔5〕,覃榆翔文。

〔19〕 本文的《法国民法典》中文译本来自 https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/?isSuggest=true。

〔20〕 参见王利明:《合同法研究》(第3版)(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第701页。

约金合意所生之违约金效用的违约金功能论或将提供一种崭新的评价路径。

违约金的功能论是从功能主义的立场去构建违约金的体系。在现行民法典的技术框架下，对功能主义甚为关注的当为担保领域的研究。从功能测度观察担保，其更加关注当事人在民事法律事实中的意思自治，从而挣脱担保形式主义的束缚。现如今，将功能主义引入违约金的研究与实践的畛域，旨在通过当事人的意思自治去落实违约金制度的价值，以便于形成与当事人的意思自治相符的利益安排。正如帕森斯所说：“社会制度有着特定需要或需求，当此需要或需求满足时，特定的制度才能够存续或保持内在平衡。”^{〔21〕} 违约金制度的确立，系为规范当事人的合同履行行为，保障当事人能够通过合同关系顺利实现利益的分配，而非一概对债权人受有的损失进行填补。

从违约金合意内容来看，其未必仅是填补违约行为造成的损失，亦可以是对履约行为的督促。具言之，违约金合意的达致，实质上是当事人希冀通过违约金的约定实现相应合同利益的安排。因此，从功能主义的角度出发，合同中的违约金不应再拘囿于数额之多少，而是关注当事人希冀通过违约金而实现的合同利益，以实现违约金的制度价值和平衡合同双方利益的旨归，达致规范适用与规范目的的融贯。

在功能主义的立场下，须依据违约金作为客观存在时的意义和影响，^{〔22〕} 以及其作为法律概念在不同文本语境中所发挥作用的不同，^{〔23〕} 做功能的异质性区分，进而将违约金类型化为“具有压力功能的违约金”和“具有补偿功能的违约金”。^{〔24〕} 由此可见，以功能论对违约金进行类型化的区分，系从违约金产生的客观效用探究当事人约定违约金的合意内容。^{〔25〕} 该判断方法遵循由客观功能定位主观合意内容的路径，更注重对合同当事人约定违约金的目的和违约金所含合同利益分配的考量。相比于惩罚性违约金与补偿性违约金所提供的理论框架，违约金功能论不仅能够促使违约金回归合意产物的正常航向，还能够化解违约金的一般规定与违约金司法酌减规则的扞格，有效搁置因惩罚性违约金与补偿性违约金的对立而生之论争，促进违约金实践与违约金规范的相互适应与协调，满足日益多样化的合同利益分配需求和交易现实需要，具有方法论上的重要意义。

（二）以解释论形成违约金功能论的规范路径

从比较法上来看，《法国民法典》第1231—5条对违约金的损害赔偿性质作了明确定位，并在第1231—5条第2款确立了法官对违约金数额进行调整的调节权，即“约定的违约金明显过高或过低时，法官当然可以进行相应的调整”；^{〔26〕} 此外，第4款明确规定法官调节违约金的规定为强制性规范。^{〔27〕} 由于法国法深受自然法的影响，其将违约金的性质定位为损害赔偿的预定，旨

〔21〕 Tacott Parsons, *The Social System*, Routledge, 1991. pp. 1-14.

〔22〕 参见梁慧星：《民法解释学》（第4版），法律出版社2015年版，第94页。

〔23〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》（第5版），法律出版社2007年版，第66页。

〔24〕 对违约金做相同区分的观点可参见罗昆：《违约金的性质反思与类型重构——一种功能主义的视角》，载《法商研究》2015年第5期。

〔25〕 Vgl. Harm Peter Westermann/Peter Bydlinski/Ralph Weber, BGB—Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2010, Rn. 2, 56.

〔26〕 法律原文 C. civ., art. 1231—5, al. 2er. : Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

〔27〕 法律原文 C. civ., art. 1231—5, al. 4er. : Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

在通过违约金的支付使得债权人因债务人违约受有的损害得到赔偿。^{〔28〕}所以,法官自然有权利调整合同中的违约金数额,使得债务人只需要支付与债权人损失相当的违约金即可。在德国法中,《德国民法典》并未与法国法一样将违约金作为损害赔偿的预定,而是作出了将违约金的给付与合同的给付障碍形态密切关联的制度安排。同时,出于“有利于债务人”的考虑,立法者在第343条设定了违约金司法酌减规则,^{〔29〕}以避免当违约金“过巨”时,债权人对债务人的过分剥削致使债务人利益失衡的情形。

综合比较,我国关于违约金的立法例与法国法和德国法皆有所不同,既未直接将违约金作为损害赔偿的预定,也未能从现有的立法资料中得出立法者持“有利于债务人”之立场,但却将“过分高于造成的损失”作为违约金司法酌减规则启动的基准,由此引发了法体系上的不融贯。因此,亟需把我国法上的违约金一般规定与违约金司法酌减规则的相互关系梳理清楚。

观察《民法典》的体例结构,“支付违约金”作为民事责任置于《民法典》的“总则编”,且对于违约金的一般规定另置于“合同编”的“违约责任”一章中,所以,即便认为“支付违约金”在性质上属于责任承担方式的一种也未尝不可。^{〔30〕}但“在民法中的任何定义都是危险的”^{〔31〕},从我国法对违约金一般规定的构造设计来看,似乎更应该注重违约金作为债的性质,而不宜直接解释为违约责任。^{〔32〕}从风险与控制理论来看,合同是理性人风险分配的一种形式,基于合意而生的违约金是当事人对合同关系所带来的风险与收益的一种预期,将违约金作为违约责任的预定,其中便涵盖了发挥违约金的补偿功能、制裁功能、预防风险功能等多种约定意图。^{〔33〕}从解释学上来看,违约金的一般规定放置于“违约责任”一章之下,这只能说明当事人可以通过违约金的约定,预先协商好违约行为发生后一方应当承担的义务,并不代表违约金只能是损害赔偿的预定。由此,违约金的压力功能便具有规范上的解释空间,为补偿功能与压力功能违约金体系的建构奠定了规范基础。

因此,裁判者应当对《民法典》第585条第1款前半句的违约金一般规定作目的性扩张性解释,使之回归于当事人合意产物的本位,将目前非补偿损失的违约金也框定在该条款的调整中,^{〔34〕}以此构建起与交易实践相适应的违约金功能的类型系谱,并根据意思表示理论将现行法中的合同效力控制规则作为其规范进路。对于《民法典》第585条第2款第二个分句的违约金司法酌减规则而言,之前系因扩大解释使其得以在司法实践中无差别地适用于一切违约金,如今则应当根据“损失”要件的存在进行目的性限缩,将非损失填补功能的违约金排除在该规则的适用范围之外。^{〔35〕}如此一来,通过对这两个条款双向度的漏洞填补,将可以达致法体系上的内部融

〔28〕 Vgl. Detlev Fischer, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, 1981, S. 115.

〔29〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》(第7版),沈小军、张金海译,沈小军校,中国人民大学出版社2014年版,第295页。

〔30〕 参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第6版)(上册),法律出版社2020年版,第272页。

〔31〕 费安玲:《论我国民法典编纂活动中的四个关系》,载《法制与社会发展》2015年第5期,第102页。

〔32〕 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第517页。

〔33〕 参见前引〔5〕,覃榆翔文。

〔34〕 参见杨仁寿:《法学方法论》(第2版),中国政法大学出版社2013年版,第203页。

〔35〕 参见前引〔23〕,黄茂荣书,第408-409页。

贯和法律规范适用的外部协调。

以上法律解释方法的落实，需要裁判者着眼于违约金合意的本质，探究当事人约定违约金的意图和作用，并依据规范目的和违约金的效用限制违约金司法酌减规则的适用场合。由此构建起违约金一般条款和违约金司法酌减规则的解释和适用路径，本质上是对规范功能的需求为导向形成法律解释的标准。准此，或将为我国法上的违约金规范提供新的解释论进路。^{〔36〕}

三、理论重构：违约金功能图景的设计

（一）压力功能的违约金：基于督促履约合意的证立

违约金作为当事人意思自治的产物，在逻辑构成上，包括了当事人约定违约金的目的、违约金的约定内容等。结合我国法上违约金一般条款的构造观察，违约金可以是合同当事人为督促对方履约在合同中订立的金钱给付义务之条款。准此以言，客观上具备给债务人施以履约压力且与损害无关的违约金系“压力功能的违约金”。^{〔37〕}

罗马法上的违约金通常以罚金要式口约订立，其中，单纯罚金协议较为常见的表述为“在没有这样做的情况下，承担罚金责任”；而非单纯罚金协议会以如下句子结构进行表述，“如果你不给付土地，那么，你允诺给我 100 枚金币吗”^{〔38〕}。该二者都表示出，如果一方不履行约定的行为，那么就要承担金钱给付的责任，该责任生之于债务人为了保证债务之履行而与债权人订立的契约，具有督促债务人为或者不为一定行为的压力。在比较法上，《德国民法典》就明确将违约金作为债务人对债务履行之督促而进行规定，^{〔39〕}该法典第 339 条规定：“债务人就其不履行或不以适当方式履行债务的情形，向债权人约定支付某一金额作为违约金……”^{〔40〕}在规范结构上，我国法对于违约金的一般规定与德国法的构造相似，都将违约金作为因违反约定义务而发生给付效力的金钱之债。综合《民法典》第 585 条的第 1 款和第 2 款来看，实证法虽明确违约金具有损失填补的功能，但并不排斥通过当事人的约定形成压力功能的违约金。因此，依据权利推定的法理，我国法并没有禁止具有压力功能的违约金的存在。^{〔41〕}

依违约金系由意思自治而生的推论前提，有论者认为，当事人约定的违约金可以履行担保功能，即其可以在债之不履行、不完全履行的情形下，发挥替代履行或损害赔偿的效用，抑或是在法律关系的构造上为债务人多设定了一个金钱债务。^{〔42〕}但实际上，由于违约金既没有使债务人责任财产特定化，也没有扩张其责任财产的范围，且违约金的给付义务往往依赖于债务人本人责任财产之多寡，故其并不符合我国法上担保的品格，如若仍旧将违约金视为非典型担保的类型，

• 295 •

〔36〕 参见陈辉：《论功能主义法律解释论的构建》，载《现代法学》2020 年第 6 期。

〔37〕 参见王洪亮：《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》，载《法学》2013 年第 5 期。值得说明的是，有学者将“向对方施加履约压力，督促其依约行事”的违约金称为“担保功能的违约金”。参见前引〔17〕，韩强文。但笔者认为，不宜将其称作“担保功能的违约金”，其原因已在文中详述。

〔38〕 费安玲主编：《罗马私法学》（第 2 版），法律出版社 2020 年版，第 237 页。

〔39〕 Vgl. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 141.

〔40〕 陈卫佐译：《德国民法典》，法律出版社 2015 年版，第 126 页。

〔41〕 参见姚明斌：《违约金双重功能论》，载《清华法学》2016 年第 5 期。

〔42〕 参见前引〔17〕，韩强文。

则有担保泛化之嫌。^{〔43〕}然而,不可否认的是,囿于违约金的约定,债务人除了要承担损害赔偿、强制履行的违约责任,^{〔44〕}还要承担违约金的给付义务,甚至在债权人没有受到损害时,承担违约金的给付义务。换言之,虽然违约金并不具备担保的品格,但却可以创制相较于只有法定违约责任存在时更强的履约压力,故而不妨认为,违约金可以发挥加强债务履行的促进作用。^{〔45〕}

关于违约金如何发挥督促债务履行的压力功能,在学界聚讼纷纭。大体而言,“数额比较论”“违约责任并行论”和“阶段功能论”是目前接受度较高的三种观点。数额比较论者认为,违约金的数额超出典型损害的,将对债务人形成履约的压力。^{〔46〕}亦有论者认为,违约金的压力体现在违约金的数额超过债务人选择违约的成本上。^{〔47〕}违约责任并行论者认为,压力功能的违约金并不排斥损害赔偿或继续履行的同时主张。^{〔48〕}所谓的阶段功能论是指,违约金兼具双重功能,其压力功能主要体现在基于金钱给付义务的存在而使得债务人在履约阶段产生积极履约的心理压力。^{〔49〕}除此之外,亦有论者认为,违约金的压力效用与当事人履约的主观过错相关联。^{〔50〕}

观察上述对违约金压力功能的界定,可以发现,违约金的压力功能就在于通过违约金存在的事实给债务人形成一个额外金钱给付的负担。这一金钱给付的负担在数额上通常超过没有约定违约金场合下的损害赔偿额,使债务人慎重考虑违约引起的违约成本,积极践行“合同必须严守”的原则。譬如,在非民间借贷合同迟延履行场合,当事人对迟延给付金钱债务约定了压力功能的违约金,即便由此计算出的逾期违约金超过了债务人尚未完成给付的金钱债务,亦应当支持,同时可要求债务人支付逾期给付的利息并完成原给付义务。由此,通过多重金钱给付的要求,尤其是违约金能够随着迟延履行的持续时间而得到累加,增加了债务人及时履约的积极性,防止债务人对金钱债务的久拖不决。

至此,可以总结出违约金展现压力功能的机理,即通过约定一个有可能超过损害赔偿额的金钱给付,以及违约金与损害赔偿、继续履行等责任的并存,创设出违约行为发生后有利于债权人的利益格局,^{〔51〕}从而给债务人带来违约的后果预示并发挥警示作用,^{〔52〕}形成督促债务人积极履约的事实效用。由于压力功能的违约金系为了督促债务人的积极履约,故损失的发生与否及大小,皆非违约金请求权的构成要件,但债务人的过错却系压力功能违约金发生效力的构成要件之一。^{〔53〕}

基于压力功能作用的机理,在不同的违约形态中展现出的压力形式也是不同的。在迟延履行

〔43〕 参见前引〔7〕,姚明斌书,第102页。

〔44〕 需要说明的是,本文多次出现“强制履行”和“继续履行”二词,其涵义具有严格的界分。在概念的定义上,强制履行包括了继续履行和修理、更换、重作等补救措施的违约责任。

〔45〕 参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第424页。

〔46〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第342页。

〔47〕 参见前引〔6〕,邓辉、王浩然文。

〔48〕 参见郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,第317页。

〔49〕 参见王洪亮:《违约金功能定位的反思》,载《法律科学(西北政法学报)》2014年第2期。

〔50〕 参见吴泽勇:《违约金调减的证明责任问题》,载《法学评论》2022年第1期。

〔51〕 参见前引〔41〕,姚明斌文。

〔52〕 Vgl. Isabel Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, 2000, S. 25f.

〔53〕 参见前引〔49〕,王洪亮文。

的场合，违约金、逾期利息和继续履行并存，且违约金会随着迟延履行持续而累加，促使债务人及时停止违约行为。在不完全履行的场合，债务人须同时承担违约金给付义务和相应的补救措施，若是该行为同时导致了损失，则要承担给付违约金、履行补救措施和损害赔偿三项义务。在拒绝履行的场合，违约金、继续履行或替代履行的损害赔偿皆由债务人承担，但后二者择一承担的选择权归属于债权人。若此时的违约金超出债务人拒绝履行的成本与得益，^{〔54〕}其足以对债务人形成不敢违约的威慑。在不能履行的场合，因债务人过错导致不能履行的，债务人在承担违约金之余，仍需要承担损害赔偿责任。在比较法上，《德国民法典》的违约金支付要件就与给付障碍法在功能上具有密切联系。^{〔55〕}譬如，在给付迟延的情形下，当债权人请求债务人支付迟延履行违约金后，债务人仍需承担继续履行的法定责任。与债务人未发生违约行为的情形相比，债务人的财产总量额外减少，足以使债务人在违约之前考虑清楚是否选择违约，以及在非故意违约的情况下是否有必要积极、及时地避免违约行为的发生和持续。

总而言之，违约金压力功能在客观效用系因额外的金钱给付与法定违约责任的并存而给债务人带来的履约压力，债务人承受这一压力的正当性就在于，其与债权人达成了接受督促履约的合意。

（二）补偿功能的违约金：基于损害预定合意的证立

违约金对债权人最初的意义是，通过事先的违约金约定，使得债权人因违约受有的损失能得到直接补偿，而无须另行按照损害赔偿规则举证损失的大小，减轻自身的举证负担。故而，为避免深陷追诉损害赔偿但又无法证明损失之窘境，当事人立基于损害的填补而为之违约金约定，可称其为补偿功能的违约金。

在比较法上，法国虽然经过2016年和2018年的债法改革，但其对违约金的性质定位并无立场上根本的转变。《法国民法典》第1217条规定了在债之不履行或不完全履行的场合下可供债权人选择的五种救济方式，但与金钱给付有关的唯有损害赔偿金的支付，而违约金规则集中规定在第1231条中，位于与第1217条同节的“不履行债务的损害赔偿”次节项下。第1231—5条第1款是关于损害赔偿金约定的一般规定；^{〔56〕}而第2至4款是对违约金司法酌减规则的规定。从当事人角度看，因债之不履行或不完全履行造成的损害以债务人向债权人支付损害赔偿金的形式弥补，其形式既可以是在合同中约定损害赔偿金，亦可以是约定以损失为基准的违约金，而裁判者对该二者皆有调节权。从裁判者的角度看，实证法虽然允许在一定条件下违约金明显与损失不相符，但在债之不履行及不完全履行的场合，裁判者仍须以当事人受有的损失为基准调节违约金的数额；在迟延履行的场合，违约金亦需要与当事人受有损失相比，只是此时对损失的计算不如前二者直接。此外，新修订的《日本民法》在“债务不履行的责任”分节中的第420条第3款采取推定的立法技术对违约金的损害赔偿性质作了规定，如果违约金没有被当事人做特别的约定，则

• 297 •

〔54〕 此处的“得益”是指，债务人通过效率违约得到的利益。

〔55〕 参见前引〔29〕，迪尔克·罗歇尔德斯书，第290页。

〔56〕 修法后的法典部分译文可参见《〈法国民法典：合同法、债法总则和债之证据〉法律条文及评注》，秦立威译注，载《北航法律评论》第7辑，法律出版社2017年版，第184—257页。

应当做“赔偿额的预先确定”的推定，除非有相反证据证明。^{〔57〕}

从体系化的角度去解读法国法与日本法关于违约金的立法定位可知，由于法国法将违约金作为损害赔偿的约定而置于“不履行债务的损害赔偿”一节中，故而，裁判者有权将违约金控制在与损害赔偿相当的数额内，当事人违约金约定的意思自治空间因此受限；而在日本法上，违约金虽然置于“债务不履行的责任”一节中，同时被推定为损害赔偿的约定，但立法例肯认当事人可以通过意思自治赋予违约金以非损害赔偿的类型定位，相较于法国法，当事人有更大的意思自治的空间。但毋庸置疑的是，违约金在法国与日本的实证法上确实扮演着损害赔偿的角色，发挥着损害填补的功能。

相较于压力功能，违约金的损害填补功能可能更易于国人的理解和接受，或许，这与我们立法者的规范意图和司法实践的惯常做法有关。于立法中，立法者希冀将我国实证法上的违约金定位为仅具有损害填补功能的违约金，具体体现在《民法典》第585条第2款设置的违约金司法酌减规则将当事人受有的损失作为可否调减违约金的阈值；于司法实践中，法院一再重申违约金应以填补守约方的损失为主要功能。^{〔58〕}概言之，在我国法上，业已达成这一共识：违约金的损害填补功能是其初始功能，且为我国的违约金法定模范类型。^{〔59〕}

诚然，若当事人在合同中约定的是补偿功能的违约金，其在性质上是损害赔偿的预定，旨在通过违约金的给付达到弥补当事人受有损失的效果，^{〔60〕}故应当以损失作为违约金发生效力的要件。^{〔61〕}在法效果上，若一方当事人发生违约金所指向的违约行为，该违约行为导致损失的产生，且债权人没有其他违背诚实信用原则的情形，违约金产生给付效力，债权人无须再通过冗杂的法定损害赔偿制度证明自己受到的损失、损失与行为的因果关系等，而只需负担较轻的举证责任即可弥补损失，但这这就要求违约金在数额上符合一般理性人所能预见的典型损害。所谓的典型损害，应当包括《民法典》第584条的损失、“合同编”和“人格权编”认可的精神损失以及其他无形的损失，^{〔62〕}但不宜包括合同关系之外的利益。此时，通过主张补偿功能的违约金，债权人难以证明的损失往往可以得到填补，而这也为《征求意见稿》将“超过损失的百分之三十”作为违约金过高的标准提供了正当性基础。

依据当事人对补偿功能违约金的合意类型，可以将补偿功能的违约金区分为最低损害赔偿的预定和最高损害赔偿的预定，二者在利益的分配上具有或有利于债权人或有利于债务人的规范构造，但均受控于可预见规则。最低损害赔偿的预定是当事人在合同中约定以违约金作为损失的最低赔偿后，债权人无须通过举证即可请求支付，若不足以填补损害的，债权人仍可以继续请求损害赔偿，^{〔63〕}若是损失小于违约金的，亦要按照违约金的约定进行给付。最高损害赔偿的预定为当

〔57〕 参见刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译：《日本民法典》，中国法制出版社2018年版，第91页。

〔58〕 参见最高人民法院（2011）民再申字第84号民事裁定书。

〔59〕 参见姚明斌：《违约金的类型构造》，载《法学研究》2015年第4期。

〔60〕 参见前引〔17〕，韩强文。

〔61〕 参见前引〔14〕，韩世远书，第777页。

〔62〕 司法实务界业已有观点认为，违约金具有补偿不可赔损失的作用。参见邹双卫：《论不同损失状态下的违约金变更》，载《人民司法》2010年第17期。

〔63〕 参见《德国民法典》第340条第2款；前引〔40〕，陈卫佐译书，第126页。

事人在合同中就某一违约行为造成的损失预定损害赔偿的上限，债务人可以在诉讼中通过举证证明债权人受有的损失小于违约金，从而减少违约金的给付。进言之，该类型的违约金可作为债务人对违约行为的“对价”，当债务人给付违约金后，无须再对债权人承担损害赔偿的义务，而不问违约金是否能够填补债权人的损失；若是存在强制履行的可能且违约金所补偿的利益系与其同值的履行利益，亦排除强制履行的并存。当然，在正式启动诉讼之前，债权人有权选择是主张违约金抑或法定损害赔偿。于此，基于补偿功能违约金系损害赔偿的预定，为达致法律体系的融贯，需要在损害赔偿法的框架内寻得与其适配的规范。^{〔64〕}

（三）违约金功能的识别：从违约金所附的条件出发

学界就如何识别违约金的功能观点林立，虽各有所长，但亦各有不妥之处。前文已述及，对于压力功能的违约金，数额比较论是以违约金是否超过损失作为其是否具备压力功能的判断标准，但关键在于，以损失作为对照标准，这是在聚焦于合同履行的结果，而非合同的履行过程，而违约金的压力功能应当是在合同履行过程中对债务人产生的效用。所以，以违约造成的损失与违约金相比进而推定违约金的功能，这并非功能主义方法论下的正确思维。违约责任并行论系根据当事人的约定，将当事人允许与法定违约责任并行的违约金认定为压力功能的违约金，虽然恪守了违约金系合意产物的立场，但却对如何判断当事人是否约定了与法定违约责任并行的违约金未有深入探究，况且，简单地将违约金能否与法定违约责任并存作为识别进路，容易造成误判。

可以说，现有识别违约金功能的方法，大多数是立足于违约金与损失、法定违约责任之间的相互关系展开的，几乎忽略了违约金系合意产物的基本前提。为此，应当重返违约金意思自治的基本立场，以约定违约金时当事人的目的而为事前判断。^{〔65〕}在实践中，这需要从当事人所约定的违约金发生效力之情形而为观察；在理论上，可以附条件的法律行为理论作为违约金功能的识别路径。

端视我国法上违约金的规范构造，违约金是当事人在合同中约定的以“违约行为”作为给付效力要件的金钱给付协议。如果合同得到正常履行，违约金便处于成立但未生效的状态，反之，如果在合同履行的过程中发生了违约金所指向的违约行为，债务人随即负担违约金给付义务。因此，违约金效力取决于违约金所指向的某种违约行为是否发生。此种以某种条件的成就决定法律行为效力的，便是附条件的法律行为。因此，违约金请求权应当是一种附生效条件的债权。^{〔66〕}

由此，判断违约金的功能应当着眼于违约金生效条件的意定内容。也即，根据语义解释提炼出当事人在生效条件中透露出的约定违约金的目的，并将其与压力功能和补偿功能违约金的各自特征进行交叉检视，方可检验出违约金的功能类型。

结合压力功能违约金与补偿功能违约金的内涵来看，违约金生效条件的内容是否在于损害赔偿的预定，成为识别违约金功能的主要进路。但是，姑且不论不同违约形态下债权人受有利益损

〔64〕 参见朱广新：《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第608页。

〔65〕 参见前引〔24〕，罗昆文。

〔66〕 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编通则Ⅱ》，中国法制出版社2020年版，第407页。

失的不同,^[67]就文本的语义解释而言,其也会因不同类型合同的语境而有迥异的涵义和解释方法,这就为甄别违约金生效条件的意定内容是否不只包含损害赔偿的预定带来困难。下文将详述无法直接判断当事人约定违约金是否旨在预定损害赔偿之时,识别违约金功能的路径。

一般来说,违约形态分为迟延履行、不完全履行和拒绝履行。^[68]迟延履行所造成的损害是指债权人无法如期取得标的物带来的利息、转卖利差等损失。若违约金生效条件指向的是迟延履行,但违约金的计算根据并非为利息、转卖利差,或者是数额上明显高出依据现有计算方式所得出的利息或可预期的转卖利差,皆应当认定为压力功能的违约金。^[69]不完全履行的场合,债权人受有的损失为其受领的标的物与合格标的物之价值的差额。若违约金的生效条件系不完全履行,但其计算根据并非前述的差额或是数额上明显高于该差额,皆应当认定为压力功能的违约金。但若是在不完全履行导致的固有利益受损之场合,如果违约金系以此为计算根据,即便数额远超该损失,亦应当固守损害填补原则,认定其为补偿功能的违约金。在拒绝履行的场合中,债权人的履行利益必然受损,若违约金的计算根据为该履行利益,则应当认定为补偿功能的违约金,并排斥法定违约责任的并行;但如果明确约定违约金与法定违约责任并行,则为压力功能的违约金。

综上,压力功能的违约金总是出现在与债权人在相应违约形态下受有的损失不相关或不匹配的场合中,但如果是某一违约行为导致损害的盖然性很小,合同双方仍执意约定违约金,此时可直接认定为压力功能的违约金。除此之外,不同合同类型所形成的利益格局不同,需要进行利益衡量的基点也不同,因此可以在区分合同类型的基础上,结合不同违约形态下债权人受有损失的类型,识别违约金的功能。

划分合同类型并非易事,但根据合意主体的类型与合同目的进行划分,可将合同类型分为商事合同、民事合同、消费合同以及劳动合同等。^[70]在商事合同中,若双方约定“逾期退还保证金的,按其的每日千分之十支付违约金”,^[71]或者约定“逾期付款的,按所欠到期款项的每日X%计算违约金”,虽然前者是不完全履行,后者是迟延履行,但履行的均是金钱给付义务,对于商事主体而言,保证金和货款等流动资金皆为日常经营之必须,债务人的拖延,乃至故意拖延,都将对债权人带来不可小觑的损失。因此,商事主体对于违约金的约定,一般均是督促相对方履约,故应认定为压力功能的违约金。当然,商事主体在资金融通活动中约定违约金的,由于出借资金的行为就是为缓解债务人现金流的紧张,故而债权人不宜趁人之危甚或超额获利,即便其与债务人约定了压力功能的违约金,但数额的上限应受到民间借贷司法解释的约束。

在民事合同中,尤其是自然人之间的借贷中,自然人并不存在与商事主体同样的资金流需求,故而迟延履行的违约金应当认定为补偿功能的违约金,且为最高损害赔偿的预定,其不仅应

[67] 参见前引[29],迪尔克·罗歇尔德斯书,第290页。

[68] 参见前引[14],韩世远书,第522-567,820页。

[69] 迟延履行场合下补偿功能的违约金将与继续履行等违约责任并存,这看似与前文之结论相悖,但实则不然,因为违约金在客观上只是起到对迟延履行受有损失的补偿。相较于依据“责任关系说”所推出的迟延履行场合中的违约金属于惩罚性违约金的不妥结论,在功能视角下观察违约金,更有助于厘清违约金在合同中的价值。

[70] 参见前引[5],覃榆翔文。

[71] 参见北京市第一中级人民法院(2020)京01民终7074号民事判决书。

受到民间借贷司法解释的上限控制，若是利息已经弥补或者冲抵资金占用的损失，则应做相应的调减。^{〔72〕}再比如，在非金钱债务的拒绝履行中，若有“出现根本违约情形的，以相当于该房屋总价款的20%向乙方支付违约金”之约定，^{〔73〕}宜认为这是替代履行的损害赔偿之预定。^{〔74〕}循此思路，即便在其他民事合同中，亦应当认为违约金系补偿债权人受有的损失，除非明确约定违约金的给付与损害赔偿等其他法定违约责任并存。

在消费合同和劳动合同中，合同的一方主体处于预见能力不强、缔约地位较弱的位置。此时若有表面上不利于弱势一方的违约金条款，皆应当做有利于弱势一方的解释。譬如，竞业限制违约金虽然名曰“竞业限制”，但并非限制劳动者的人身自由，而是起到弥补用人单位受有损失的效果，因此竞业限制违约金应当认定为补偿功能的违约金。

据此，在附条件法律行为的技术框架下，压力功能和补偿功能违约金的识别便有了相应的技术进路，同时亦能为是否发生符合违约金生效条件的违约行为提供判断路径，为补偿功能违约金和压力功能违约金的规则适配奠定基础。

四、实践出路：区分违约金的功能而适用违约金司法酌减规则

（一）压力功能的违约金适用于合同效力控制规则

在意思自治的视角下，当事人之所以接受压力功能违约金的约定，一定是其能够从合同中获取的利益远超因违约金的支付而带来的损失，抑或是，债务人有完全的信息和资源完成合同项下约定的义务，因而便以高额违约金的约定换取合同订立的机会。据此，压力功能的违约金当属于当事人意思自治的范畴。恰逢意思自治与合同效力控制规则有着天然的联系，遂应当以合同效力控制规则作为压力功能违约金的规制模式。质言之，压力功能的违约金系违约金作为法律行为的典型体现，故而，其将接受合同效力控制规则的约束，而不应当再适用违约金司法酌减规则。^{〔75〕}

经过合同效力控制规则检验的违约金对当事人产生法律强制力，合同主体必须依据允诺完成约定的义务，除非发生不可抗力或者是合同基础条件丧失，否则任何一方不得擅自变更、解除违约金条款。^{〔76〕}此外，在适用合同效力控制规则的过程中，需更注重利用显失公平的标准对违约金的妥当性和合法性进行检验，如此才能更好地促使其发挥压力功能。^{〔77〕}

违约金的压力功能最突出的作用就是债务人会因忌惮债权人的违约金请求权而积极地履约，虽然这既有可能是基于在违约行为发生后，债权人多个请求权的并存带来的压力感，也有可能是高额的违约金带来的压迫感，但诸如此类的不利益，均是来源于债务人为了向债权人保证自己履约的能力和意愿而自愿缔结的违约金条款。可以说，其是希冀通过违约金条款的缔结促成合同关

〔72〕 实践中已有相类似的做法。参见最高人民法院（2017）最高法民终98号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民终884号民事判决书等。

〔73〕 参见北京市第二中级人民法院（2017）京02民终2814号民事判决书。

〔74〕 参见前引〔28〕，Detlev Fischer书，第57页。

〔75〕 实务界亦有相似观点，参见最高人民法院（2017）最高法民终455号民事判决书。

〔76〕 参见前引〔5〕，覃榆翔文。

〔77〕 参见陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第1032页。

系的达成,以实现利益的分配。但是,如果违约金条款的订立未满足合意度和均衡度的要求,致使债务人因违约金的支付而处于与违约金订立之前相比极为不利的状态,且该不利状态的结果是债权人利用了债务人的意思瑕疵,此时的债务人应当享有撤销权。另外,从利益平衡的角度来说,若违约金给付义务给债务人带来足以毁灭其经济生存基础的后果,且债务人并不会因允诺给付违约金而得以订立具有主观等价性的合同关系,那么,该违约金条款便有被认定为无效的可能。^{〔78〕}

除了对违约金进行妥当性检验之外,亦需对其进行合法性检验,即违约金条款不能违反《民法典》第153条的规定。尤其是出于稳定金融秩序的需要,民间借贷领域的违约金将受到更为严苛的限制。惟其如此,在实现违约金的个案价值之余,亦能对金融商事领域中的违约金实践产生一定的导向作用。此外,需出台相应的规范性文件用以明确并放宽商事实践中违约金的自治限度,而这在比较法上已有可供比照的对象。《德国商法典》第348条就旨在提醒裁判者,在审理商事合同时注重违约金在商事合同中的行为意义,提高对商事行为为基础的关注,以维护正常的商事交易秩序。此时,违约金无关于债权人的损失是否得到弥补,而只与违约金形成的合意机制和合意特性有关。

反观我国违约金司法酌减规则的适用现状,其工具价值显著,通常是作为对裁判者认为不当的违约金进行酌减的规范支撑。在这其中,裁判者通常只能看到违约金的结果价值,却不会从违约金的结果意义追溯违约金的行为意义,导致当事人对违约金约定的意定内容和其意欲通过违约金实现的效果意思均被忽略。倘若执意将违约金司法酌减规则普遍适用于作为法律行为的违约金上,不仅与现行法体系对法律行为的规制模式相抵牾,同时亦扭曲了违约金的压力功能。^{〔79〕}总之,压力功能的违约金应当适用《民法典》“总则编”第六章关于法律行为效力的条款和“合同编”关于合同效力认定的规范群,^{〔80〕}并着重围绕“主体合意度”和“合同均衡度”展开具体的规制。^{〔81〕}

(二) 适用违约金司法酌减规则的情形

补偿功能的违约金除了要经过合同效力控制规则的检验之外,为及时地定分止争,应允许违约金司法酌减规则作为其数额调整机制,这将对合同效力控制规则的有益补充。^{〔82〕}

观察违约金司法酌减规则的构成要件和规范目的,可以发现该规则是为了将违约金数额控制

〔78〕 参见戴孟勇:《惩罚性违约金、违约金责任与定金》,载崔建远主编,韩世远执行主编:《民法9人行》(第2卷),金桥文化出版(香港)有限公司2004年版,第179页。

〔79〕 一方面,在文义解释的指引下,高于损失的违约金将受到司法酌减,此时,被酌减的部分在效力上可径直认定为无效。其实,这是裁判者将合同无效的裁判思路和规范逻辑运用到违约金酌减的过程中,只是未将其呈现在裁判文书上罢了。另一方面,对违约金为司法酌减之目的是将违约金调减到由一定的量化标准所确定的数值,而可视化数值尚需可量化的因素所确定,但违约金的压力功能之“压力”并没有可参考的量化标准。因此,不宜将违约金司法酌减规则运用到违约金发挥压力功能的场合。

〔80〕 依此路径,将可以避免上文所述的以违约金司法酌减规则之名,行运用合同效力控制规则之实的名不副实的裁判的发生。如此,既能强化裁判文书中裁判理由的论证逻辑,又能更好地指导民事活动和商事实践,从而促进法律在个案中的精确适用,提升司法的公信力。

〔81〕 具体方法参见覃榆翔:《论〈民法典〉合同无效判定规范体系的新建构》,载《北京化工大学学报(社会科学版)》2021年第3期。

〔82〕 相同观点参见姚明斌:《〈合同法〉第114条(约定违约金)评注》,载《法学家》2017年第5期。

在与当事人受有损失大致相同的范围内，具有明显的工具价值，且《征求意见稿》规定的酌减违约金须考察之因素，亦是依法定损害赔偿规则计算损害赔偿数额时需要斟酌的因素。因而该规则的规范目的与适用条件实质上业已与法定损害赔偿规则无异。如果当事人约定的违约金属于补偿功能的违约金，由于补偿功能的违约金与法定损害赔偿的制度价值相契合，为使得违约金的支付效果与损害赔偿相当，裁判者可根据当事人的请求适用违约金司法酌减规则，无须另行启动损害赔偿规则，以免徒增当事人的诉累。值得一提的是，由于违约金司法酌减规则的工具价值显著，其也可以适用于根据违约金数额确定当事人受有具体损失的场合中。以上情况详述如下：

第一，在违约金发挥补偿功能的场合。如前文所述，补偿功能的违约金分为最高损害赔偿的预定和最低损害赔偿的预定，对于二者的认定，皆需探明当事人在违约金订立之时，债务人对债权人可能遭受的典型损害的预期范围，但在细节上又有所不同：前者是当典型损害较为明确的情形下，债务人与债权人所达成的意在补偿债权人所受损失的违约金，其数额通常会比发生的损失要高；而后者则是在典型损害较为模糊的情形下，为了减轻举证负担而以违约金替代损害赔偿，其约定数额往往会比发生的损失要低。与此同时，由于补偿功能系有利于债务人的规范构造，根据有利者举证原则，债务人对其之前所预计的典型损害应当负有证明责任。两相比较，违约金司法酌减规则主要是用于调减最高损害赔偿的预定。

根据实证法的表达，违约金司法酌减规则的适用效果是将违约金的数额控制在以当事人受有的损失为标尺的一定范围之内。如果超出该损失的部分达到“过分”的临界值，裁判者可依据当事人的请求启动酌减程序，并最终决定是否予以减少。基于最高损害赔偿的预定的固有意涵，在违约行为发生后，其往往会被证明高于债权人因违约受有的损失，而这就与补偿功能违约金的制度定位不相匹配。因此，为促使最高损害赔偿的预定能够履行其作为补偿功能违约金的制度功能，须适用违约金司法酌减规则。当然，最高损害赔偿的预定系当事人对典型损害的预计，而当事人的预计往往会受到主客观因素的掣肘，因而既不能要求当事人事先对损失进行精准的约定，也不能排除当事人对损失事先约定的条款效力，故应当允许最高损害赔偿的预定未必与已证明的损失相吻合，并允许经过调减后的违约金与当事人能够证明的损失有一定的出入，^{〔83〕}从而补偿债权人无法证明的损失。基于前述缘由，可以借违约金司法酌减规则之手，达违约金补偿功能之效果，尤其是在不完全履行的场合，裁判者可依据债权人因部分履行所获之利益减少违约金，以使得违约金能准确发挥补偿债权人受有损失的效用。^{〔84〕}

第二，在合同的权利义务终止后，抑或是，通过合同效力控制规则判定违约金无效后，由于当事人在合同关系中受有的损失应当予以填补，故可将违约金数额作为损害赔偿认定的基准，进而运用违约金司法酌减规则最终确定损失额。^{〔85〕}提请注意的是，严格意义上说，若非合同权利义

• 303 •

〔83〕《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第11条第3款规定：“当事人请求人民法院减少违约金的，人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素，根据公平原则和诚信原则予以衡量，并作出裁判……”

〔84〕参见邱聪智：《新订民法债编通则》（下册），中国人民大学出版社2004年版，第349页。

〔85〕比如，《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2020〕17号）第20条规定：“买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持；但约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院可以参照民法典第五百八十五条第二款的规定处理。”兹为实例。

务终止之情形,不宜一律称为对违约金司法酌减规则的适用,因为此时裁判者难以将该规则直接作为裁判的依据,而只是在裁判的过程中运用了该规则实为损害赔偿确定的内在思想。^{〔86〕}

关于是否可以将合同中的违约金作为补偿债权人之损失的参照,有学者认为:“损失赔偿的约定可参照适用违约金酌减规则。”^{〔87〕} 在合同的权利义务终止或者违约金条款无效的场合中,虽然债务人免除了相应的给付义务,但债权人因违约行为遭受的损失仍需要得到补偿,因而,在双方当事人之间便形成了法定损害赔偿之债。由于我国法上的法定损害赔偿以补偿损失为主要目的,遵循完全补偿原则,且受到可预见性规则的限制,在此过程中,既不容许违约方因违约而获利,也不容许守约方从违约方的给付中获得超过其损失的财产利益,而应始终保持双方利益上的平衡,^{〔88〕} 而这个平衡则有赖于裁判者根据当事人受有的损失行使自由裁量权来达致。如此,违约金司法酌减规则的适用便有了一定的主观条件。^{〔89〕} 除此之外,其客观的现实基础在于:一方面,已有裁判者参照违约金数额确定损害赔偿额度的案例;^{〔90〕} 另一方面,以合同中明确约定的有关数额作为确定损失的参照方法业已被广泛运用于非违约金的案件中。^{〔91〕} 因而,借助合同中违约金的约定,同时综合判例、行业惯例等多种因素,通过运用违约金司法酌减规则或者其内在思想,来确定损害赔偿的合理范围,该技术性处理的手段未免不是一种具有实益的司法技术,值得尝试。

五、结 论

• 304 •

在何种情形下适用违约金司法酌减规则,应当交由当事人所约定的违约金发挥何种功能所决定。若执拗于将违约金区分为补偿性违约金和惩罚性违约金的做法,则容易因对“私罚”之抵触而倾向于借助违约金司法酌减规则将违约金控制在一定数额范围之内。此举不仅有损当事人对违约金的意思自治,更无助于违约金实践价值的发展。因此,不妨从功能主义的视阈对违约金做系统整理,通过法律解释的续造,将其区分为补偿功能的违约金和压力功能的违约金,以期疏解对惩罚性违约金的误解。

由此,为更好地促进法律体系的融贯和法律适用的协调,应当在附条件的法律行为之技术框架下重构违约金的理念、制度体系和规范适用。进言之,通过对违约金发生给付效力所附条件的关注,识别违约金在个案中所呈现的具体功能。在此基础上,结合违约金的功能设计及其制度价值的分异,对压力功能的违约金需要重返合同效力控制规则的领域而为规制,在违约金发挥补偿

〔86〕 参见前引〔5〕,覃榆翔文。

〔87〕 参见前引〔20〕,王利明书,第662-664页。

〔88〕 参见江平主编:《民法学》(第4版),中国政法大学出版社2019年版,第653页。

〔89〕 在损失的证明并不是很容易以及具体数额并非很清晰的场合中,为使得债权人能够得到公平合理的救济,裁判者可以依据当事人在合同中约定的违约金数额,结合现有的法律事实,通过自由裁量权的行使确定具体的损害赔偿金。其法理基础在于,债权人既然应允了某一违约行为的违约金,那么就意味着该违约金所填补的损失范围是经过债权人的同意且在预期值内的;同理,对于债务人而言,该违约金的负担也是其能够承受的。尽管最后可能是违约金难以填补损失或者违约金的负担过重,但根据权利自决原理,这是对自己权利的自由处分,且基于责任自负的原理,双方的肯认也为违约金的存在提供了合理性基础。

〔90〕 参见最高人民法院(2009)民提字第45号民事判决书。

〔91〕 参见浙江省诸暨市人民法院(2009)绍诸民再字第2号民事判决书。

功能的场合，囿于适用违约金司法酌减规则的实质是损害赔偿规则思路的运用，因而应当适用违约金司法酌减规则，尤其是最高损害赔偿的预定。值此，方能在最低制度变革成本下，实现违约金制度之于交易实践的最优价值效用，形成制度与实践相互促进的互动格局。

Abstract: In the theoretical and practical field, there is still no consensus over the objective of the rule of judicial discretionary reduction. Some believe the rule serves as a buffer against punitive measures while others insist on its compensatory function. In the era of the Civil Code, the parties' consensual content plays an important role in differentiating compensation and pressure of the agreed payment for breach of contract. For instance, constitute the pressure function if both parties demand for performance with respect to the contract. On the other hand, constitute the compensation function if the objective is to compensate for damages. With the help of the theory of civil juristic act subject to a condition, the function can be realized by observing the condition precedent attached to the agreed payment for breach of contract. Accordingly, where the agreed payment for breach of contract plays the pressure function, the rules for controlling the effectiveness of contracts rather than the rule of judicial discretionary reduction can be applied. However, since the process of applying the rule of judicial discretionary reduction is equivalent to the application of the rules of compensation for damages, the rule of judicial discretionary reduction can be applied where the agreed payment for breach of contract plays the compensation function, such as being the predetermined maximum damages.

Key Words: pressure function, compensation function, identification of the function, the rules for controlling the effectiveness of contracts, the rule of judicial discretionary reduction

• 305 •

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

论违约金的履约担保功能 ——兼论违约金酌减规则

张厚东^{*}

• 306 •

内容提要：补偿性违约金由合意事实直接上升为法定规范类型，致使出现名实不符之下的司法困境。补偿性违约金因系属损害赔偿之预估，难谓独立的私法制度，且事后调整也无需借助于酌减规则。与之相比，立足于交易实践，违约金附属于合同给付义务而存在，乃是作为债务履行的威慑机制发挥着履约担保功能，这构成了违约金的制度基础。同时，为了规制违约金内在惩罚性的异化倾向，法官根据违约方的请求可予以事后调整以防止不公情形，也即违约金酌减规则。在酌减过程中，一是应遵循不酌减为原则、酌减为例外的基本立场，结合具体的交易形态，准确把握过分高于损失的含义，而不能以违约金高于实际损失这一事实判断直接推演出酌减这一内含价值抉择的法律后果；二是酌减规则的目的在于发现真实的履约担保功能，而非直接降至实际损失的程度。随着社会经济的发展，违约金的制度面貌和内在功能日益呈现出多元化形态，法律亦应对此持开放态度，实现法律和社会的共同成长。

关键词：补偿性违约金 惩罚性违约金 履约担保 酌减规则 实际损失

一、引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）有关违约金的规定，以实际损失为参照标准，以求与私法中的公平正义理念契合交融，但是，这一规定立足于事后视角而漠视违约金的实践功能，反而延伸出诸多问题。对此，《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的

^{*} 张厚东，北京大学法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“社会主义核心价值观融入司法裁判的理论基础与实施对策研究”（19VHJ019）的阶段性成果。

解释（征求意见稿）》（以下简称《合同编通则解释（征求意见稿）》）专列三条就违约金的事后调整，尤其是针对酌减事宜予以详细规定。

通常而言，凡对意思自治作出限制者，须基于特定目的并承担相应的论证负担。^{〔1〕}与之同理，违约金作为合意产物，事后酌减应为原则之例外。反观司法实践，酌减规则轻易突破当事人的初始合意，呈现出泛化趋势而未受到目的性及妥当性之检视。对此，当事人不得不另行安排以控制酌减泛化的负面效应，或以特约排除酌减规则的适用，^{〔2〕}或通过约定虚高的违约金以规避酌减规则。^{〔3〕}究其原因，乃是司法机关把具有高度抽象性的酌减规则奉为圭臬，无视具体的交易场景以及违约金的实践功能，以司法判断代替自治安排。具体而言，无视缔约场景或者交易过程中呈现的事实因素而直接诉诸高度抽象化的酌减规则，并在同案同判的形式压力下逐渐偏离酌减规则的规范目的，为民商事交易平添了许多伦理色彩。同时，以法律判断代替自治安排，并在规范意义上把补偿性作为违约金的功能定位，逐渐形成“以补偿性为主，惩罚性为辅”的双重模式。^{〔4〕}

通常而言，违约金的实践功能，一是作为违约损害赔偿之预估，二是发挥履约担保功能，前者对应补偿性违约金，后者系属惩罚性违约金。值得注意的是，《合同编通则解释（征求意见稿）》与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》明显不同的是，专列一款规定“违约方的行为严重违背诚信原则，其请求减少违约金的，人民法院不予支持”，这体现了与以实际损失为核心的补偿性违约金之不同，显然更为重视违约金的履约担保功能，以打击恶意违约等投机行为。不过，我国对于违约金的功能定位及其体系展开还存在着诸多认知偏差。因此，在行文思路，本文以功能为视角，一方面，讨论补偿性和惩罚性违约金作为类型化产物之下的指涉范围，把补偿性违约金归属于损害赔偿规则体系之中。同时，审视违约金的内在功能，突出违约金的履约担保功能，并澄清关于惩罚性违约金的模糊性认识。另一方面，在违约金功能定位的主导下就酌减规则予以体系化展开，把违约金纳入具体的交易情景之中并以市场主体间的互动作为考量酌减事宜的核心要素。

• 307 •

二、补偿性违约金的体系归属与制度反思

在司法实践中，违约金的功能定位逐步发展成为“以补偿性为主，惩罚性为辅”的双重模式，其中“以补偿性为主”的底层逻辑仍是把违约金的功能局限在损害赔偿体系之中，虽然添加了“惩罚性为辅”的双重视角，但也只是把其作为控制调整幅度的考量因素，并不能在酌减与否的判断过程中发挥实际作用。换言之，双重模式看似兼顾两端，但在实质意义上与通常而言的补偿性违约金并无差异。

〔1〕 参见王轶：《民法价值判断问题的实质性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，载《中国社会科学》2004年第6期。

〔2〕 参见最高人民法院（2020）最高法民终104号民事判决书。

〔3〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终1848号民事判决书。

〔4〕 参见最高人民法院（2020）最高法民终1246号民事判决书。

（一）补偿性违约金的合意内涵和功能价值

补偿性违约金，也称损害赔偿额之预定，是指当事人为了避免将来计算损害赔偿时的繁琐而预估的损害赔偿数额。^{〔5〕}这种违约金以合意为基础，以典型损害为主要参照依据，着眼于违约时可能产生的损害赔偿，目的在于使守约方的损失获得实质、完整、迅速的填补，使债权人利益获得圆满保护。虽然这一约定与实际损失并无必然的等值关系，但在根本上仍受制于补偿性的基本属性。

从功能出发，补偿性违约金作为事先安排，目的在于追求违约损害赔偿的简便高效，这包括程序上的举证简化以及内容上的实质填补。首先，在主张损害赔偿时，守约方无需举证，便可直接以违约金金额请求损害赔偿，极大减轻了举证负担。^{〔6〕}再者，弥补法定损害赔偿规则之不足。^{〔7〕}当事人通过约定数额较高的违约金，把无形损害及间接损失等纳入其中，在赔偿结果上给予守约方更为圆满、完整的救济。^{〔8〕}不难发现，补偿性违约金在本质上属于损害赔偿总额之预定，并弥补违约损害赔偿规则之不足。

（二）事实与规范之间：补偿性违约金的实践困境

虽然“以补偿性为主”的底层逻辑是把违约金的功能定位在违约损害赔偿体系之中，排斥蕴含的惩罚性要素，守住了填补损失的底线，但是，这种关于违约金的功能定位与当事人的真实合意多有不符，在违约金类型化提取的过程中加入了过多的价值判断，反而产生诸多问题。

1. 补偿性违约金由合意事实而成为规范性概念

从根本上说，作为法律概念或者类型区隔的补偿性违约金系由合意而来，是通过要素提取的方式对当事人合意的描述性、概括性呈现，是在类型化思维之下对实践理性、事物本质的特征描述。也即补偿性违约金属于描述性概念，^{〔9〕}是对当事人合意这一经验事实的凝练提取，目的在于认识和分辨客观存在的社会事实。

但在我国视野下，补偿性违约金主要是法律层面类型化的他治产物，承载着特定的价值判断和法律需求，逐步成为违约金领域的规范类型或者说“理想类型”。这里的规范性是指它构成当事人行为举止的方向与尺度，是一种具备决定性或者约束力的观念。^{〔10〕}换言之，补偿性违约金逐步脱离合意这一事实范畴而成为法律层面的规范类型，即当事人的违约金合意不是“是”补偿性违约金，而是“应当是”补偿性违约金，强行把惩罚性违约金排除在外。在此之时，由合意安排而上升为法定类型的补偿性违约金以实际损失为参照标准，直接导向违约金初始合意的事后调整。补偿性违约金不再是对经验事实和当事人合意的描述性概括，而是经过法律的包装成为合意之外的强制性力量。

2. 名实之间：补偿性违约金的实践困境

“以补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式或者说注入法律意志的补偿性违约金看似兼顾自

〔5〕 参见邓辉、王浩然：《〈民法典〉违约金制度的功能优化》，载《财经法学》2021年第2期。

〔6〕 参见朱广新：《合同法总则研究》（下册），中国人民大学出版社2018年版，第729页。

〔7〕 参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版，第85页。

〔8〕 See Larry A. DiMatteo, *Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality*, 2006 Michigan State Law Review 883, 910 (2006).

〔9〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第85-86页。

〔10〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第246页。

治安排与公平正义，但从司法实践来看，这种模式下的违约金调整在具体操作中面临着诸多困境。同时，补偿性违约金以事后调整为直接导向反而掏空了酌减规则的内容。

首先，司法判断取代自治安排而导致合意的缺位。在司法实践中，若根据词句表达，难以发现合意系属何种类型的违约金，法官应借助于合同解释规则，根据举证情况以及相关事实予以综合判断。^{〔11〕} 不过，法官大多直接赋予违约金“以补偿性为主，惩罚性为辅”的定性，或者直接排除惩罚性要素而归属为补偿性违约金。^{〔12〕} 可见，司法机关在处理纠纷时在本属于事实查明项下的合意解释问题中掺入了目的性导向的价值抉择，将本属于类型之下的涵摄过程蜕变为合法性问题，强行把当事人合意纳入法律预设的轨道。

其次，守约方承担过重的举证义务。在司法实务中，关于实际损失的举证责任分配难言统一，但在整体上则过分加重守约方的举证负担。具体而言，除了明确要求由守约方承担举证责任外，^{〔13〕} 更为常见的是违约方初步证明说，即违约方对损失事实进行初步举证，即使未能达到证明标准，只要法官对违约金的合理性产生怀疑，便将举证负担分配给守约方。^{〔14〕} 这一做法甚至逐步发展成为，只要法官凭借办案经验对违约金产生怀疑，违约方便无需承担举证义务，或者法官不再关注举证问题，而是直接根据法律规定予以事后调减，即由法官的自由心证代替了当事人的事实证明过程。

究其原因，把补偿性奉为违约金的固有功能，基于对高额违约金预设的否定态度，事后调整实为顺理成章，在此之下，若守约方主张违约金具有合理性，反而应承担举证义务。这时，举证领域的程序控制机制让位于补偿性的功能定位，实体上的价值判断突破了举证责任的程序限制。可见，补偿性违约金以事后调整为体系延伸，因过分偏重违约方而背离了维护守约方利益的初衷，并最终影响到举证负担的分配，法官甚至代替当事人直接作出调减的决定。

再次，补偿性违约金掏空酌减规则的制度价值。在司法实践中，补偿性违约金的生成逻辑脱离合意机制从而使其上升为法定的违约金类型，本身蕴含着特定的功能要求，即以补偿性否定现实中大量存在的高额违约金，并服务于违约金的事后调整。换句话说，违约金的调整机理就蕴含在补偿性这一规范要义之中，而酌减规则反而成为补偿性违约金运行机制的一部分。^{〔15〕} 也即，法官直接以“补偿性为主”便使事后调减正当化，根本无需援引酌减规则。

更为吊诡的是，在以补偿性导向事后调减的过程中，惩罚性反而成为控制调减的限制性因素。^{〔16〕} 对此，违约金中蕴含的惩罚性本因与法定填补规则存在着体系矛盾，成为酌减规则的规制对象，但是在双重模式之下惩罚性反而成为控制酌减规则的考量因素，即在调减证立后，在补偿性之外通过“惩罚性为辅”体现对于违约金初始合意的尊重。

综上所述，面对现实中大量存在的高额违约金，司法机关通过类型提取这一注入功能导向的筛选机制，赋予补偿性违约金以规范要义，以限制当事人的初始合意并服务于事后调整的需要，

〔11〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第288页。

〔12〕 参见最高人民法院（2020）最高法民申4252号民事裁定书。

〔13〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终619号民事判决书。

〔14〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终751号民事判决书。

〔15〕 参见最高人民法院（2021）最高法民申4929号民事裁定书。

〔16〕 参见最高人民法院（2018）最高法民申5179号民事裁定书。

致使其名实分离。但是,这里的补偿性违约金不仅背离了制度本意而成为违约方的守护神,还逐步架空了举证责任分配之下的程序控制机制。同时,经过法律精心打造的补偿性违约金在创设之初便是为了服务于违约金的事后调整,在调减过程中根本无需借助于酌减规则,而逐步导致酌减规则的空洞化或者丧失制度层面的自主性。

(三) 补偿性违约金调整机制的体系展开

补偿性违约金的预设功能在于填补因违约造成的实际损失,而非获取额外收益,或就合同履行施加额外压力。根据经验法则,若违约金为损害赔偿数额之预估,那么这一约定并非具有终局的确定性,应允许通过他证予以推翻或者修正。如若违约行为发生后,违约金与实际损失存在事实出入,那么就意味着违约金之预估出现了偏差并超出了当事人的合理预期。

本文认为,合同拘束力并非仅指遵循合同自由这一空泛的概念,而是应借助于合同解释规则,立足于合同条款的根本目的,依据诚实信用原则妥善处置当事人之间的权利义务关系。在此之下,合同作为当事人之间的法律,补偿性这一合意事实蕴含着规范效力。换句话说,通过合意解释,在当事人合意以及违约金的功能定位中蕴含着名实不符时事后调整的内在意思和体系要求。也即当事人应在初始合意、补偿性功能定位的基础上本着诚实信用原则通过磋商途径就违约金予以事后调整。不过,这一调整机制蕴含在合意目的以及功能定位之中,而非体现为法律作为外在力量的强行介入。这时,违约金调整仍属于合同框架的一部分,是当事人初始合意的具体化延伸,也即合意的事后变更。

即使就事后调整当事人难以达成合意而诉至法院,因违约金作为损害赔偿之预估,关键在于查明实际损失的大小。根据举证情况,若违约金确实高于实际损失,基于功能定位,法院应依据填补损失这一初始合意就违约金进行调整,使之降至合理水平。^[17]在此过程中,法院并不享有自由裁量权,只能依据事实,就违约金合意予以事后变更。^[18]这时,法院的职能在于查明事实,并提供一种类似于合意磋商的通道,而非作为外在力量对合意安排进行目的性干涉。正因如此,违约金调整非真正意义上的司法介入,而是基于当事人的原始合意以及合意中蕴含的补偿性这一功能定位,在发生争议时为当事人提供一种纯粹中立性的制度供给,司法机关根本无需进行实质意义上的价值判断。因此,违约金调整蕴含在补偿性这一功能定性的射程范围之内,通过合意解释和功能释放便可正当化,系属合同内容的事后变更,而非法律上的救济途径。

(四) 补偿性违约金并非制度层面上的违约金

若违约金为损害赔偿总额之预定,其乃通过合意安排代替法定损害赔偿规则,本身并无独特的制度价值。具体而言,虽然补偿性违约金的功能在于减轻举证负担,但在纠纷发生后,双方围绕着实际损失必然展开角逐。同时,虽然补偿性违约金的调整并非降至实际损失,但是如何把握调整幅度尚无确定标准,至于无形损失等能否纳入其中也往往不得而知。因此,补偿性违约金及其法律适用与法定损害赔偿规则并无二致。进而言之,若以补偿性违约金作为违约金的主体类型,只能是将其淹没在损害赔偿体系之中,而无法发展出真正意义上的违约金制度。^[19]此外,

[17] Vgl. Jan Dirk Harke, Allgemeines Schuldrecht, 2010, § 7, Rn. 154.

[18] 参见最高人民法院(2021)最高法民终340号民事判决书。

[19] 参见王洪亮:《违约金功能定位的反思》,载《法律科学(西北政法学报)》2014年第2期。

若赋予补偿性违约金以规范意义，极力压缩惩罚性违约金的范围，则又极易脱离自治安排，导致社会事实和法律规范之间的普遍张力，并掏空酌减规则的制度价值。同样的道理，若补偿性违约金根本无需借助于专门作为违约金调整途径的酌减规则而在合同解释项下便可实现事后调整，那么再以其作为违约金制度的主体，更无正当性基础。

三、主体间的制衡手段：违约金履约担保功能的回归

违约金作为交易实践的产物，虽然经法律程序由实践领域提升到规范层面，但是这种抽象化的提取不应是删繁就简并剔除核心要素的过程。违约金条款依附于债务履行，属于履约风险的事先安排。虽然违约金与损害赔偿共享违约行为这一事实形态，但在功能导向上却相差甚远。因此，立足于交易实践和功能视角，本文以市场实践为基础，通过描述性的方式，以实践理性矫正司法判断，并在规则体系中发现违约金的制度基因和功能。

（一）以市场理性矫正法律判断，违约金履约担保功能的回归

违约金通常高于实际损失而为超额担保形态，或形成信用表征，或对债务履行构成外在压力，服务于合同目的的实现。对此，无论着眼于违约金与债务履行之间的内在关联，还是从自治安排出发，违约金都发挥着履约担保功能。同时，这一履约担保功能还与合同严守规则等具有内在一致性。

1. 合意安排：违约金依附于违约行为而存在

违约金条款与合同给付义务紧密相关，以债务履行为导向，以督促履约为目的，原则上只要违约行为发生，便可直接触及违约金责任，与是否发生实际损失没有直接关联。也即，违约金着眼于履约行为实为事先施压而非事后救济。对此，违约金与债务履行紧密相连，并在法律后果上表现为一种纯粹的责任条款。

发挥担保功能的关键在于就债的履行提供相应保障，增强债权人的法律地位。^{〔20〕} 根据经验法则，违约金通常不以实际损失为限，而是高于因违约产生的典型损害。此时，债务人为了避免承担过重的经济负担而积极履行合同债务，违约金则以超额担保的形式为债之履行增添额外压力。因此，违约金难以目的自治，而是附属于合同义务，功能在于为合同债务的未来履行提供保障机制。虽然违约金与实际损害共享违约行为这一法律事实，但又超越实际损害而彰显威慑要素。^{〔21〕}

2. 实践理性：违约金履约担保功能的表现

以功能为视角，在于脱离意思自治这一近似虚妄的合意，在这层面纱之后寻找坚实的事实基础和经验依据，由合意转至社会事实，而不至于陷入“因合意而合意”这一形式上的循环论证之

〔20〕 参见陈自强：《无因债权契约论》，中国政法大学出版社2002年版，第84页。就通说而言，我国《民法典》遵循“实质担保观”，不但传统意义上的物权担保和保证具有担保功能，债务加入、所有权保留的买卖等非典型担保亦能发挥增强债权人法律地位之作用。参见李伟平：《〈民法典〉第552条（债务加入规则）评注》，载《民商法论丛》第74卷，社会科学文献出版社2023年版，第229页。

〔21〕 Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2009, Rn. 808.

中,也即从合同自由和矫正正义这种稍显先验的话语体系向实践理性转变,^[22]以发现违约金的多重维度以及内在的经济理性。

首先,违约金作为履约能力的外在表征,发挥增信作用。由于信息不对称等因素,市场主体之间在短期内难以建立信赖关系,而违约金作为信号传递机制,成为履约态度、能力的外在表征,发挥着信息披露和构建商誉的作用。^[23]通常而言,违约金金额与履约态度、能力呈现正相关关系,直接影响到相对方的预期判断以及当事人之间的信赖关系。此时,违约金作为特殊的信息披露机制,负载着通常社会观念下的合理预期,高额违约金也成为获取交易机会、扩大市场占有率的经济手段。这与担保物权等相同,都着眼于为市场主体提供信用保障,作为增信手段而其获取交易机会。

其次,违约金作为制衡手段,矫正主体间的力量失衡。因磋商能力等方面的显著差异,当事人形成强弱之分。^[24]基于经济理性,强势方或通过错综复杂的社会网络,或凭借丰富的市场经验,就履约风险等作出于己有利的单方安排,而由相对方承担合同未来履行的风险,甚或形成“单边锁定”的状态。^[25]弱势方不仅难以就强势方的合同履行施加实质性影响或者获取相应担保,在法律救济上也处于劣势,^[26]遍览合同,除违约金条款外,再无其他保障措施。违约金条款恰好为当事人之间失衡的交易格局提供内在的制衡机制,成为弱势方维持自主状态的有力手段。借助于违约金这一威慑机制,弱势方的债权人地位得到强化。

再次,违约金因内含惩罚要素而成为治理手段。在民商事交易中,一方主体有时因特定交易模式而面对多个交易主体,比如特许经营以及平台经济等,甚至集聚表现为合同群。因追求集群效应,而不得不采取相应的监督机制,比如在特许经营中就减损特许方信誉的行为附加高额违约金。再以平台经济为例,电商平台与入驻商家约定,若商家销售假冒伪劣产品,则应支付一定数额的违约金。对于平台而言,除了维持平台信誉、弥补实际损失之外,违约金还是平台自治和行业自律的有力手段,并弥补行政执法或者司法力量之不足。^[27]换言之,违约金构成社会自治领域中平台经济下不可或缺的环节,成为平台治理、行业自律的有效手段以及行政监管的延伸。

最后,违约金弥补法定违约救济措施之不足,以遏制投机主义。在中介合同等涉及人身信赖关系的交易中,为了防止委托人与第三方私下接触而发生跳单行为,多通过高额违约金加以防范。^[28]与之相似,违约金条款在劳务合同或者竞业禁止等情形中也属多见。^[29]申言之,因涉

[22] See Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 Columbia Law Review 809, 820-821 (1935).

[23] See Eric A. Posner, *Contract Law and Theory*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 207.

[24] See Daniel D. Barnhizer, *Inequality of Bargaining Power*, 76 University of Colorado Law Review 139, 144-153 (2005).

[25] 参见〔美〕奥利弗·E·威廉姆森:《资本主义经济制度》,段毅才、王伟译,商务印书馆2003年版,第86页。

[26] See Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 Wisconsin Law Review 465, 470 (1985).

[27] 参见上海市第一中级人民法院(2018)沪01民终13894号民事判决书;北京市第四中级人民法院(2021)京04民终602号民事判决书。

[28] 参见上海市第二中级人民法院(2011)沪二中民二(民)终字第1102号民事判决书;广西壮族自治区高级人民法院(2019)桂民申907号民事裁定书。

[29] 参见最高人民法院(2021)最高法民申6151号民事裁定书;上海市浦东新区人民法院(2021)沪0115民初35993号民事判决书。

及法律主体的行为自由或不作为义务，继续履行难言有效，而损害赔偿难以尽知。与之相比，违约金因不以实际损失为限反而为投机行为增添额外成本，为债务履行创设外在的控制机制，而达促进继续履行等法定救济措施所不能之事。^{〔30〕}推而广之，违约金作为当事人选择违约与否的重要因素，成为吓阻违约的有效手段。

违约金无论作为信用表征机制，还是主体间的制衡抑或威慑手段，都在于为债务行为提供外在保障，以控制合同履行过程中的不确定性因素，在实质上发挥着履约担保功能。这一功能定位以市场交易为出发点，虽然立足于合意事实，却从当事人内部勾勒出一幅不同于法律视角的图像，彰显着国家力量之外个体知识的重要性。与之相比，抽象性的法律规范或者“以补偿性为主”的司法认知则阻却了个体智慧或者具体知识而垄断着认知模式，并强行灌输给“分散的”“现场的”市场主体，或许这才是“致命的自负”。^{〔31〕}

3. 体系自洽：合同拘束力作为履约担保功能的内在支撑

合同自由和合同严守作为意思自治的一体两面，贯穿合同法的始终。《民法典》第465条规定，依法成立的合同在当事人之间具有法律约束力，也即债为法锁。同时，第577条规定继续履行与赔偿损失共同作为违约救济手段，由债权人自主选择。虽然第580条第1款规定了非金钱债务继续履行的除外条款，但是根据反对解释，在例外情形之外，对于继续履行请求原则上都应予以支持，且这一立场还为第581条所强化。也就是说，《民法典》的基本立场仍是在合同严守规则之下，赋予继续履行以基础性地位。另外，根据《民法典》第583条的规定，损害赔偿与继续履行两种救济措施并行不悖，只是规范情形不同、功能相异。换言之，在法律视野里二者并非截然对立，抑或强以损害赔偿代替继续履行，而是相辅相成共同服务于合同利益的圆满实现。但也正因如此，更加凸显继续履行这一救济措施的基础性地位。

就此而言，以履约担保为功能的违约金制度在价值追求上与合同拘束力具有内在一致性。换言之，《民法典》对合同拘束力的肯认以及关于继续履行的体系定位为违约金内置的履约担保功能提供了内部体系的正当性依据，二者在法律评价上具有一致性，即以催促当事人履行债务为手段而实现合同目的。如果说作为法定违约救济措施且居于基础性地位的继续履行是合同拘束力的具体体现，那么基于相同理由，作为当事人自主安排以履约担保为功能的违约金合意也应予以尊重和维持。^{〔32〕}

与之相比，英美法系普遍否认惩罚性违约金的正当性，视之为罚金条款而使之归于无效，^{〔33〕}其中缘由除了惩罚性这一私法禁忌，还在于英美法系的违约救济措施中，损害赔偿占据着优先地位，特定履行仅在例外情形下才能获得支持。^{〔34〕}因体现合同拘束力的特定履行未在违约救济体系中占据基础性地位，若承认内置履约担保功能的违约金类型反而会造成体系

〔30〕 See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, 1996, pp. 96–97.

〔31〕 See Frederick A. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, 35 *The American Economic Review* 519, 521–524 (1945).

〔32〕 参见前引〔19〕，王洪亮文。

〔33〕 See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law* (6th edn), Oxford University Press, 2018, p. 564.

〔34〕 See Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 *California Law Review* 975, 977 (2005).

内部的评价混乱。^{〔35〕}若以效率违约为视角,高额违约金极有可能成为效率最大化的阻碍因素更应摒弃。^{〔36〕}因此,在英美法系中,补偿性违约金作为损害赔偿的代替措施具有唯一正当性,且须是对实际损失的合理预估。

(二) 履约担保的内涵:违约金与损害赔偿的角力场

有种观点认为,惩罚性违约金是指在违约行为发生后,在违约金责任之外,债权人还可主张损害赔偿或者债务继续履行。也即,违约金责任与其他违约救济方式并行存在。^{〔37〕}但是,本文认为,这种关于惩罚性的内涵界定仅着眼于“并存”这一外在形式,并未触及根本,亦难以兼顾多样化的合意形态。

1. 违约金责任与继续履行并存:纯粹的注意规定

《民法典》第585条第3款规定,针对迟延履行,违约方支付违约金后还应履行债务,即违约金责任与继续履行并行存在。本文认为违约金责任与继续履行这一并行结构,看似是在期待利益之外由违约方承担额外的违约金责任,实乃基于迟延履行这一违约形态以及合同拘束力的内在要求,体现着法律对于继续履行这一救济措施的体系偏好,与违约金是否具有惩罚性并不关联。违约金责任与继续履行两线平行,并无交叉关系,而违约金究竟属于何种类型仍需结合合同解释规则加以确定。

如前所述,继续履行在我国违约救济体系中具有基础性地位。《民法典》第585条第3款中“还应当履行债务”的规定,乃是立足于合同拘束力以及迟延履行这一违约形态,在违约金责任之外,要求违约方仍按照债之本质继续履行合同义务。换言之,该款的规范重心在于履行债务,而非违约金责任。据此,《民法典》583条第3款并非为了突出违约金的惩罚性,而是再次强调继续履行这一救济措施的必要性,与第577、583条相呼应,系属注意性、重复性规定。^{〔38〕}退一步讲,无论这里的违约金是损害赔偿总额之预定,抑或履约担保项下的违约金,都不能减免违约方的债务履行义务,除非当事人之间存在特殊约定。

推而广之,若以违约金合意与违约行为之间的关系为基础,违约金责任与继续履行之间并无必然关联,关键处在于当事人的合意安排。具体而言,如果违约金以迟延履行或者瑕疵履行等为对象,在违约行为发生后,违约金责任则与债务履行并行不悖。若违约金专以不履行为对象,债权人便只能主张违约金责任,则不能要求债务继续履行。也就是说,违约金责任能否与继续履行并行不能一概而论,尚需结合违约金的合意目的。因此,若以违约金责任与债务履行并存作为违约金具有惩罚性的依据,则未能切中要害。

2. 惩罚性的体系定位:违约金责任与损害赔偿的交织映衬

根据《民法典》第583条的规定,损害赔偿与继续履行等违约救济措施并存。这一规定除了

〔35〕 See Alan Schwartz, *The Myth That Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures*, 100 *The Yale Law Journal* 369, 387 (1990).

〔36〕 See Kenneth W. Clarkson et al., *Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?* 1978 *Wisconsin Law Review* 351, 368-372 (1978).

〔37〕 参见王洪亮:《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》,载《法学》2013年第5期。

〔38〕 参见林忠义:《违约金分类标准之建立暨现行法违约金相关问题之省思——评“最高法院”1994年台上字第2879号判决》,载赵万一、郑佳宁主编:《〈月旦法学〉民事法判例研究汇编》,北京大学出版社2016年版,第130页。

强调继续履行这一基础性救济措施外，还明确了违约救济领域内的填补规则。与之相比，《民法典》第585条第3款规定，继续履行与违约金责任并行不悖。不难发现，继续履行并不因损失的发生或者违约金约定而受到影响，真正与违约金责任具有体系关联的乃是违约项下的损害赔偿责任。在违约金专以不履行为规范对象的情形中，违约金责任更是与代替履行的损害赔偿对应存在。进而言之，违约金是否具有惩罚性，体现在与损害赔偿责任的对比之中。

在私法体系中，虽然惩罚性违约金与法定惩罚性赔偿多有不同，前者作为违约罚系由当事人约定，后者是损害赔偿之外处罚加害人的法定手段，^{〔39〕}但是就惩罚性的内涵而言两者应无差异，都体现为在法定损害赔偿之外额外增加债务人的经济负担。进而言之，履约担保之下的违约金并不是通过与其他违约救济措施共存而体现惩罚性，其落脚点仍是合意安排，以及违约金与法定损害赔偿规则之间的关系。

（三）体系归属：二元并立，破除“补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式

惩罚性违约金与补偿性违约金虽同属于合意范畴，但分属不同的制度领域，发挥着不同的功能。无论是从合意出发，还是着眼于体系建构，都应在类型化之下就二者予以明确区分，以作为制度供给由当事人选择。

1. 破除“补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式

针对惩罚性违约金，赞同说认为惩罚性违约金系属自治安排，以履约担保为功能，具有正当性，理应予以维持。^{〔40〕}反对说认为惩罚性违约金与填补规则明显相悖，原则上不应予以承认。^{〔41〕}司法实践则是兼采两说，形成“以补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式，对于惩罚性违约金似有欲遮还羞之嫌。

本文认为，双重模式实乃把两种类型不同的违约金杂糅在一起，并配置相应的权重比例，多有不妥。首先，双重模式乃是依据违约事实以及违约金金额的变化而把违约金合意拆解为不同的阶段和功能，导致原本单一化的违约金合意一部分反映为损害赔偿总额之预估，一部分演变为具有惩罚性的额外负担，人为地把一个行为分割为两种性质不同的法律制度。对此，一方面，若以类型划分为准，补偿性与惩罚性违约金截然不同，难以共存于同一行为之中，双重模式显然超出了当事人的合意安排，违反了通常的合意解释规则；另一方面，惩罚性违约金作为类型划分的产物，乃是单独存在的种属类别，也非指向超出实际损失的剩余部分。

再者，“惩罚性为辅”作为酌减幅度的控制机制，显然存在体系悖论。在双重模式中，“以补偿性为主”意味着以惩罚性为规范对象，并体现为对于违约金惩罚性的体系性否认，而以补偿性证立事后酌减的合理性。但是，在酌减过程中惩罚性作为辅助性的考量因素，似又死而复生。亦即在酌减证立中否认惩罚性的合理性，但在酌减过程中又要体现惩罚性。更为吊诡的是，惩罚性这一酌减规则的规范对象反而成为控制酌减的外在因素。对此，唯一的合理解释便是对违约金合意给予形式上的尊重，而“惩罚性为辅”也多是矫饰的技术。^{〔42〕}

〔39〕 参见王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2017年版，第358页。

〔40〕 参见龚志军：《基于功能视角的违约金规则司法拓展研究》，载《湖南社会科学》2022年第3期。

〔41〕 参见崔建远：《合同法》，北京大学出版社2016年版，第392-402页。

〔42〕 参见李学尧、刘庄：《矫饰的技术：司法说理与判决中的偏见》，载《中国法律评论》2022年第2期。

2. 二元结构：《民法典》第585条第1款的体系化解释

本文认为，与其人为撕裂当事人的自治安排，不如承认违约金的惩罚性及其作为超额担保的合理性，至于这一约定潜在的不利后果，配置相应的事后调整机制便可。换言之，从这一合意整体出发，借助于合同解释规则，并结合具体的交易形态以决定是否予以事后调整，而不是在观念上先存了酌减的前见，然后硬生生地把违约金合意归属于补偿性违约金这一范畴。进而言之，破除双重模式，确立补偿性、惩罚性并存的二元结构。

《民法典》第585条第1款分别规定了“违约金”与“损失赔偿额的计算方法”。在解释上，不妨把“违约金”解释为惩罚性违约金，将“损失赔偿额的计算方法”解释为补偿性违约金。^[43]对于该款的解释，或言人人殊。但本文认为，这看似属于法律解释问题，在本质上乃是违约金类型在法律层面的抽象化提取过程。也即，法律对个体知识或者市场共识进行概括化提取，通过描述性的方式予以规范化的表达。对此，二元结构的解释模式不仅能够切实尊重当事人的自治安排，还可摆脱双重模式之下的逻辑困境，回归私法赖以生存的市场空间。

私法规范多属于任意性规范，功能在于弥补自治安排的不足。不过，任意性规范的生成首先应当考量的是社会典型行为，而不是从抽象的层面看待行为本质。换言之，了解多数大众“正在做什么”，远比研究某一法定契约“应该是什么”更重要。同时，在类型化提取过程中，需要避免的不是违反学者对行为本质的认知，而是错把少数交易方式当作典型。^[44]放眼实践，大多数违约金高于典型损害，很难归属于损害赔偿之预估。^[45]若把惩罚性违约金纳入法律体系，则是对意思自治的最大尊重。至于属于何种类型的违约金，可根据合同解释规则予以确定。若约定明显高于实际损失，则可推定为惩罚性违约金。

同时，惩罚性违约金与补偿性违约金二元并立，还可以避免“补偿性为主、惩罚性为辅”这一逻辑难以自治的行为定性，进而理顺各自的法律关系。在此之下，补偿性违约金回归合意这一事实层面，并与损害赔偿规则实现体系归属，无需在事实和规范之间左支右绌。同时，既然通过法定的形式肯认惩罚性违约金的合理性，那么当事人也无需通过特约排除等迂回方式规避法律规范，以致徒增成本。

（四）法律的肯认：惩罚性违约金作为主体间的担保方式

惩罚性违约金不仅表现为缔约时的形式威慑，还应体现为违约后的实际负担，二者缺一不可，否则难谓履约担保。同时，惩罚性违约金虽属自治安排，但是欲从实践理性上升为法律制度尚需经过法律层面的肯认，实现惩罚性在法秩序中的归属。对此，核心问题仍在于法律对于惩罚性违约金的肯认。^[46]

首先，违约金因内置惩罚性，尚需法律层面的肯认。正如弗卢梅所言：“基于私法自治形成的法律关系，从形式和可能具备的内容上看，由法律秩序所决定。”^[47]也就是说，虽然违约金系

[43] 参见韩强：《违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心》，载《法学研究》2015年第3期。

[44] 参见苏永钦：《私法自治中的国家强制》，中国法制出版社2005年版，第49、52页。

[45] 参见宋垚：《三中院调研约定违约金司法调整案件四个特点》，载 <https://bj3zy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2022/01/id/6505014.shtml>，最后访问时间：2023年2月20日。

[46] 参见刘洋：《合同条款在私法法源中的优先地位及其实现——以隐名合伙的商事实践为例》，载《法学》2021年第4期。

[47] [德] 维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第2页。

属自治安排，但是欲具有法源地位而由当事人的特殊行为准则上升为个案规范，由个体知识上升为私法制度，仍需经过法律这一根本性前提的肯认，以实现私法自治与法秩序的良好互动。这与法律承认担保物权具有优先效力而损及债权平等一样，都体现着法律基于实践合理性而对于当事人特殊安排的体系接纳。更为重要的是，违约金制度只有得到法秩序的肯认，才能作为个案的裁判依据，在真正意义上发挥履约担保功能，实现内部自治和制度闭环。否则，只能作为法律的批判对象而难以自足。

其次，违约金以履约担保为内在功能，具有合理性内核，乃是法律为当事人提供的制度供给。虽然违约金责任不具有担保物权的优先效力，也无保证制度内生的双重保障，而仅依赖于债务人的清偿能力，其担保效能或会有所折扣，^{〔48〕}但是，本文认为，惩罚性违约金乃是在法律肯认的前提下作为公共产品而为市场主体提供制度供给，由当事人在不同制度的利弊之间作出选择，而非着眼于创设十全十美的制度模型。从根本上讲，评判违约金是否具有担保作用的主体不是法律或者司法机关，亦非学者，而是制度运行的实际效果。

最后，以酌减规则作为违约金功能异化的救济措施。高额违约金因具备惩罚色彩且体现为潜在的巨额收益，难免会有失控或者异化的可能性。虽然这与填补规则多有抵触，但与其在根本上予以否认，不如就其潜在的不利后果设置救济措施以保障制度在预设的轨道上运行。换言之，关键在于能否为当事人提供法律上的事后救济，以矫正违约金在运行过程中出现的异化现象。也即，违约金酌减规则。因此，违约金制度在法律肯认之下，作为公共产品由当事人自主选择，若发生异化现象，酌减规则作为配套措施发挥作用，从而形成制度闭环。

• 317 •

四、私人惩罚与法律规训：违约金酌减规则的体系展开

违约金作为主体间的制衡手段因数额高于实际损失而体现惩罚性。正因如此，违约金或远高于实际损失，给违约方带来沉重的经济负担，从而导致主体间利益格局的失衡，体现着市场底层逻辑与上层法治思维之间的张力。此时，基于公平正义理念，应为违约方提供相应的救济途径。不过，出于对自治安排的尊重以及履约担保功能的维持，对于违约金合意之减损应为目的性之检视，而不能仅凭高于实际损失这一事实判断或者公平正义等内容稍显空洞的价值理念而轻易作出。

（一）酌减规则的制度目的：规制违约金的功能异化

本文认为，酌减规则作为对自治安排的外在干涉，应为目的性检视，而不能仅凭高于实际损失这一经验事实便给出酌减这一价值决断。同时，酌减规则在内容上表现为对于违约金责任这一给付内容的事后调整，宜与显失公平、利率规制等减损给付的法律规则实现体系协调。

1. 酌减规则的规范对象：违约金功能的异化

当事人在缔约时，囿于有限理性以及行为偏好等人性弱点，或因过于自信而高估履约能力，或

〔48〕 参见崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，载《政治与法律》2015年第12期。

因过于乐观而对违约金的严重后果存在认知偏差,凭借着简单朴实的经验逻辑而贸然作出决策。^{〔49〕} 违约金多显随意而超出合理预期,也与担保利益显著失衡。参照欺骗均衡原理,^{〔50〕} 基于信息不对称的市场环境,凡是有利可图之处,必有逐利之徒实施欺骗抑或操纵行为。违约金领域亦不例外。同时,因磋商能力等方面的差异,合同一方在交易中占据着优势地位,^{〔51〕} 把违约金条款强加给合同相对人;相对方即使明知内容苛刻,亦难以就违约金条款讨价还价。此时,违约金反而成为合同一方压榨对方的工具,抑或牟取暴利的手段,偏离了履约担保的制度本义。对此,违约金条款难言公平正当。

放眼私法体系,基于否认态度而针对合同给付内容予以事后调整的,以显失公平规则和利率规制最为明显。根据《民法典》第151条的规定,显失公平须以一方利用他方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,而非仅以对待给付失衡这一事实状态为依据。其中,“利用”足以表明合同一方以合同为形式而行欺压之实。我国对于民间借贷的利率做出了上限限制。这是因为在借贷关系中双方在话语权方面存在着天然的结构性的差异,出借方大多处于绝对优势地位。正因如此,若利率交由当事人任意处置,极易使债务人陷入困境并引发社会问题。^{〔52〕} 也即,利率规制的深层次原因之一乃是借贷关系中内置的不平等关系,以及出借人的逐利本性。基于法律体系内部评价的一致性,因同表现为对于给付内容的外在干涉,酌减规则与显失公平等具有功能共性,即矫正当事人之间的利益失衡、防止合同自由滥觞下的市场失灵。

因此,酌减规则并非在于违约金高于实际损失这一事实判断,而是防止苛责的违约金条款沦为主体间盘剥的工具和牟利手段,造成违约金的功能异化,甚至颠覆违约金制度的根基,即防止违约金滥用而造成显著不公。^{〔53〕}

2. 违约金责任与实际损失之间的体系交错

违约金因数额高于实际损失而发挥担保威慑功能,这构成违约金的制度基础。若以实际损失作为衡量违约金公平与否或者判断调整与否的标准,则是人为干涉缔约时的利益分配和风险负担,将抹杀违约金的特有功能。

首先,实际损失与违约金调整分属事实认定和价值判断的两端,并无必然关联。违约金高于实际损失乃是事实认定的范畴。相比之下,违约金调整是为了维持公平正义、防止违约金的功能异化,乃综合各种因素之后的价值判断。也即,违约金高于实际损失与违约金酌减分属事实认定和价值判断的两端,且存在着难以逾越的鸿沟,^{〔54〕} 以违约金高于实际损失这一事实因素无法推出违约金酌减的必然结论。

〔49〕 See Melvin A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract*, Oxford University Press, 2018, p. 291.

〔50〕 See George A. Akerlof & Robert J. Shiller, *Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton University Press, 2015.

〔51〕 参见〔美〕马克·格兰诺维特:《社会与经济:信任、权力与制度》,罗家德、王水雄译,中信出版集团2019年版,第145-154页。

〔52〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第364-365页。

〔53〕 See Melvin Aron Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 Stanford Law Review 211, 227 (1995).

〔54〕 参见〔英〕休谟:《人性论》,关文运译,商务印书馆2016年版,第505页。

通常而言，违约金调整需要考虑当事人之间的交易场景、违约程度以及恶意与否等多种因素，体现着合同自由与公平正义的多重面向。^{〔55〕}退一步讲，即使实际损失具有重要意义，也只是判断违约金是否过高以及应否调整的考虑因素之一，^{〔56〕}或者作为酌减过程中的参考因素。但是，在司法实践中通常是把综合考量的过程由判断违约金是否应当酌减这一前置问题中置换在酌减过程中，^{〔57〕}即直接以高于实际损失为由，便予以酌减，在酌减过程中再去考量违约程度、格式合同等诸多因素，这显然因果颠倒。

其次，违约金因合意纳入合同，实际损失以损失发生为基准，二者发生机制不同。违约金系由合意纳入合同，着眼于签约时的磋商事实，就违约风险提前作出安排，属于违约行为发生之前的事先判断。^{〔58〕}与之相比，实际损失着眼于事后救济，以实际产生的违约损害为根本，若将其置换至违约金领域则是罔顾具体的交易形态，以事后视角随意改变签约时的利益平衡状态。

再次，填补规则内在的规范性难以企及违约金这一合意安排。填补规则虽对损害赔偿具有规范意义，但是这一规范性的范围无法直达违约金合意，其作为救济措施并非在之上设置一条不可逾越的红线以约束自治安排，而是作为兜底措施以实现私法体系内部最起码的公平正义，这乃是一种底线思维。正如《德国民法典》第340条的规定，若债权人可为主张损害赔偿者，得请求支付违约罚作为损害之最低数额。^{〔59〕}同时，私法中的公平正义存在着多维面向，并非仅有填补规则这一矫正正义机制。注重等价交换以及相关的逐利羞耻观念，乃根植于传统农业社会下的静态经济生活，而不再适应于经济形态多样化、风险挑战与机遇并存的现代社会。^{〔60〕}

（二）酌减规则的双层结构：《民法典》第585条第2款的解释论

在司法实务中，违约金酌减已成泛化之势，表现为酌减规则适用范围的不当扩大，即无视交易场景的差异而使本应自担风险的违约方获得额外保护，导致法律父爱主义的泛滥。本文认为，基于履约担保的功能定位，违约金应当秉持不酌减为原则、酌减为例外的基本立场，并就酌减过程予以合理把控，以防止违约金制度的虚置。概而言之，酌减规则包含着双层结构。

1. 在酌减证立过程中，坚持不酌减为原则、酌减为例外的基本立场

酌减规则的适用前提是违约金异化现象，其适用是为了维持私法秉持的公平正义理念，而非因违约金金额超出实际损失这一事实判断。因此，若无功能异化，违约金便无酌减之必要，这构成了酌减与否的唯一标准。对于何为异化，法官尚应结合合约安排、交易背景等信息予以综合判定。

首先，应当坚持不酌减为原则，维持违约金合意之下的履约担保功能。在合约安排以及功能定位的双重加持下，即使违约金内含惩罚性也属当事人之间的自愿选择和交易风险的自主分配，并无不妥之处，原则上不得予以事后干预。换言之，若违约金为自治安排之产物，便不得事后调减。据此，在以下几种情形中，违约金原则上都不得酌减。

〔55〕 See Larry A. DiMatteo, *A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages*, 38 American Business Law Journal 633, 707 (2001).

〔56〕 参见罗昆：《违约金的性质反思与类型重构——一种功能主义的视角》，载《法商研究》2015年第5期。

〔57〕 参见王雷：《违约金酌减中的利益动态衡量》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2018年第11期。

〔58〕 参见罗昆：《我国违约金司法酌减的限制与排除》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016年第2期。

〔59〕 参见台湾大学法律学院、台大法学基金会编译：《德国民法典》，北京大学出版社2017年版，第319页。

〔60〕 See Robert L. Heilbroner & William Milberg, *The Making of Economic Society*, Pearson Hall, 2011, pp. 27-28.

第一，商事合同中的违约金不得减少。通常而言，商事合同的主体大多是具备市场理性的商事组织，具有较强的磋商能力以及风险甄别能力，违约金合意应属彼此协商、理性计算的结果，难言不公。^{〔61〕}即使违约金远高于实际损失，也极可能是当事人争取缔约机会的增信措施，或者与合同价款等在交易决策上发生实质关联，并未损及公平原则。^{〔62〕}

第二，格式条款提供方的违约金承诺不得事后调减。格式条款的提供方以单方意志主导着交易，其在合同中作出的违约金承诺并非与相对方讨价还价的结果，即使远高于实际损失，也属提供方单方自主意志的体现或者市场自由竞争的结果，亦无酌减空间。^{〔63〕}

第三，违约方故意违约时的违约金不得减少。违约金以履约担保为功能，在违约方故意或恶意违约的情况下，若仍允违约金事后酌减，便是从根本上掏空了违约金的内在功能而损及制度根本，还会放纵违约行为和滋长投机主义。^{〔64〕}正如《合同编通则解释（征求意见稿）》第 69 条第 3 款之规定，恶意违约系属严重违反诚实信用原则，违约金不得酌减。

第四，在交易中占据主导或者优势地位的一方的违约金承诺不得事后调减。^{〔65〕}在交易中，因经济实力等因素的影响，当事人之间的地位难免会呈现出强弱之分，此时，强势方通常具备足够的市场理性，其作出的违约金承诺系属权衡风险和收益之后的产物，难言不公。同时，在交易地位已然显著失衡的状态下，若允许强势方事后调减，势必加剧失衡状态，那么违约金内含的履约担保功能便会丧失殆尽，强势方反而在整个交易过程中翻手为云覆手为雨，这与私法秉持的诚实信用原则多有不符。

在上述场合中，或因特殊的交易形态，比如商事合同或者格式合同等特殊的缔约模式，违约金合意难言不公，因而不在于酌减规则规范目的的范围之内；或基于违约金内在的履约担保功能，若事后酌减，则制度本身荡然无存。推而广之，凡是表意自由场合，^{〔66〕}尤其是合同中强势方作出的违约金承诺，违约金便不得酌减。

其次，酌减规则作为法定的救济途径，乃是自治安排的例外情形，其目的在于防止合同不公这一特殊情形。因此，只有在交易中被压榨的弱势一方才有权提出酌减请求，这也构成了违约金酌减规则的适用范围。何为弱势方，比如格式条款的接受方。当然，这里的强弱之分仅为类型概括，尚需结合个案予以认定。也正因如此，以酌减作为例外情形，必须综合考虑合同类型、当事人的交易地位等多重因素，而非因违约金高于实际损失这一客观事实进行判断。

2. 在酌减过程中，合理确定参照因素以发现违约金的履约担保功能

违约金应在多少数额范围内发挥担保功能，属于无法计算甚至不可知的领域，即使在个案中也难以给出确切答案。因此，酌减过程实乃法官自由裁量权的领域，但其又非无迹可寻，基于功

〔61〕 参见最高人民法院（2018）最高法民再 82 号民事判决书。

〔62〕 参见江苏省高级人民法院（2012）苏商终字第 0182 号民事判决书。

〔63〕 参见郭锋、陈龙业、蒋家棣：《〈全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要〉理解与适用》，载《人民司法》2021 年第 19 期。

〔64〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终 949 号民事判决书；山东省济南市中级人民法院（2022）鲁 01 民终 725 号民事判决书。

〔65〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终 347 号民事判决书。

〔66〕 参见刘勇：《论违约金之减额——从“实益”到“原理”》，载《北方法学》2017 年第 4 期。

能定位，通过梳理相关要素以控制自由裁量幅度，便可避免酌减乱象。

首先，参照履约情况与违约程度确定酌减幅度。违约金以履约担保为内在功能，且酌减之目的亦在于实现真正意义上的担保功能。以此为基准，酌减参照的首要因素并非实际损失，而是违约方的履约情况及违约程度。也即，违约金金额与违约行为的比例关系。具体而言，若属于概括意义上的违约金，那么不仅要区分主义务、从义务以及附随义务，还要结合违约的实际情况，同时还涉及合同是否属于可分之债等。若违约金针对迟延履行等特定违约情形，则需考虑违约发生的时间以及违约的持续状况。若违约方部分履行，可按照履行部分所占比例予以酌减。

其次，以实际损失为底线。一方面，在酌减证立的情况下，基于履约担保功能，违约金酌减并非使违约金降至实际损失的程度。即使未造成实际损害，也不能直接否定违约金合意的约束力而酌减为零，否则难谓担保功能。另一方面，对于损失的理解不仅包括实际损失以及预期利益落空，^{〔67〕} 还应考虑无形损害或者精神损害等内容，必须斟酌守约方的一切正当权益。

3. 酌减规则的展开：《民法典》第 585 条第 2 款的解释论

针对《民法典》第 585 条第 2 款的规定，首先，人民法院“可以”便意味着不必当然酌减，而应守住“不酌减为原则”的底线。^{〔68〕} 再者，法官在判断违约金应否酌减时，不能以高于实际损失这一事实因素作为唯一标准，应基于酌减规则的规范目的予以综合考虑。从违约金功能异化这一基本点出发，通过审视缔约形态，发现违约金高于实际损失这一事实背后的法律评价要素。因此，对于“过分”的理解，不得以数额上的事实对比作为决断标准，正如《合同编通则解释（征求意见稿）》第 69 条第 1 款之规定，应与交易发生体系关联，比如兼顾合同主体、合同类型、交易结构以及合同履行情况等多种要素。也因如此，若立足于履约担保功能，对于《合同编通则解释（征求意见稿）》第 69 条第 2 款之规定，即以违约金超过实际损失的百分之三十作为“过分高于”之标准，多显单一而难以统摄类型多样的交易形态，似无存在之必要。

• 321 •

五、余论：违约金的多样化形态及法律的生长

立足于交易实践，违约金在合意形式之外发挥履约担保功能，并与合同严守等具有内在一致性。针对违约金潜在的功能异化现象，基于对惩罚性的体系规训，酌减规则作为法定救济途径使违约方摆脱严苛的违约金责任。同时，在违约金酌减过程中，一方面应结合具体的交易场景确定是否存在违约金严苛及合同不公情形，而不能因违约金高于实际损失这一事实便证立酌减结果；另一方面酌减规则意在发现真实的履约担保功能，而非降至损害赔偿总额之预估。

随着社会经济的发展，违约金的形态与功能属性必将更为多样化，平台经济中的违约金便是一例。因此，在功能主义的视角下，在法律判断之余理应为实践理性留出更多空间。正如同对违约金蕴含的惩罚性要素，更需要改变的是我们对于担保的认知，我们应以一种更为开放的态度看待市场交易中涌现出来的与担保相关的实践操作，从而激发制度本身蕴含的无限可能性。进

〔67〕 参见最高人民法院（2018）最高法民终 355 号民事判决书。

〔68〕 参见姚明斌：《〈民法典〉违约金规范的体系性发展》，载《比较法研究》2021 年第 1 期。

而言之,《民法典》应当秉持开放态度,不能以抽象化的法律规范去框定鲜活多彩的交易实践,应使违约金的制度发展保持相当的灵活性,守住制度供给的底线,以实现法律与社会的共同生长,争取做到老酒飘新香。

Abstract: The fact that compensatory liquidated damages are directly elevated from consensual facts to statutory norms leads to a judicial dilemma under the discrepancy between name and reality. Also, the compensatory liquidated damages are estimated damages, so it is difficult to say that rules relating to them forms an independent private law system, and there is no need to use the discretionary rules to adjust them afterwards. In contrast, based on transactional practice, punitive damages are attached to the contractual obligation and exist as a deterrent mechanism for the performance of contracts, which forms the basis of the system. At the same time, in order to regulate the tendency of punitive alienation, the judge can, by the request of the defaulting party, adjust the amount of punitive liquidated damages afterwards. Meanwhile, in the process of discretionary reduction, first is to keep the basic position of no discretionary reduction as the principle, discretionary reduction as the exception, and it needs to understand the real meaning of much higher than the amount of damages by combining with the specific transaction form rather than directly deducing the consequences of discretionary reduction because of the factual judgment that the liquidated damages are higher than the actual loss; second, the purpose of the discretionary rules is to discover the true guarantee function, rather than directly reduce to the extent of the actual loss. With the development of social economy, the system of liquidated damages and its inherent functions are increasingly diversified, so the law should uphold an open attitude to achieve the common growth of law and society.

Key Words: compensatory liquidated damages, punitive liquidated damages, performance guarantee, discretionary rule, actual loss

(责任编辑:徐建刚 赵建蕊)

第三人缔约过失的责任性质及规则适用

孙 娟*

内容提要：为调整第三人缔约过失行为，《民法典合同编解释（征求意见稿）》第6条新增“合同订立中的第三人责任”，但其性质、与侵权责任的关系存疑，影响归责方式的认定。与此相关，实践中法院的相关判决中也存在归责方式混乱、责任主体范围模糊、可归责行为认定标准模糊、责任形态存疑等问题。事实上，“合同订立中的第三人责任”不同于德国法第三人缔约过失责任，其主要发挥界定第三人缔约过失行为之内涵的作用。该项责任并不独立于侵权责任而存在，但在具体认定时应当注意，以所从事法律行为中获得的信赖为交易安全提供担保而获得相对人特别信赖者，方可成为此责任主体。另外，对第三人的责任认定而言，第三人客观上须介入缔约过程并实施违背诚实信用原则的行为，主观上须意识到其行为将对他人产生影响，因果关系的认定应以“信赖”联结。

关键词：第三人缔约过失 合同订立中的第三人责任 侵权责任

• 323 •

一、引言

调整第三人缔约过失行为，给当事人信赖利益增加一层保护屏障，对交易安全保护意义重大。^{〔1〕}但可惜的是，我国法未明定第三人缔约过失责任，对第三人缔约过失行为的调整，主要是通过《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1165条第1款的侵权责任以及其他特别法规范实现。与此相适应，我国学理上关于缔约过失责任的讨论主要集中于《民法典》第500

* 孙娟，浙江大学光华法学院博士研究生。

〔1〕 参见杨立新：《债法》（第2版），中国人民大学出版社2018年版，第284页。

条缔约过失规范的性质、〔2〕德国法第三人缔约过失责任、〔3〕第三人缔约过失责任的构建、专家责任〔4〕等领域。在此背景下,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》(以下简称《民法典合同编解释》)第6条明确规定“合同订立中的第三人责任”,引起学理与实务上的关注与争议。该条规定是否与德国法上的第三人缔约过失责任一致?其性质为何?具体应如何适用?该等问题在《民法典合同编解释》正式发布生效前,仍有进一步检讨空间。

二、现行立法与司法实践现状及主要问题

(一) 现行立法尚存解释空间

1. 《民法典》的一般规定

《民法典》侵权责任编第1165条第1款规定了过错侵权责任的一般条款,其未将纯粹经济利益排除在外,为调整第三人缔约过失行为提供了解释空间。《民法典合同编解释》第6条新增规定“合同订立中的第三人责任”,并明确了第三人承担责任的三种情形,从而形成了第1165条第1款与第6条的适用竞合。值得注意的是,第6条未使用“第三人缔约过失责任”法条题要,而是使用“合同订立中的第三人责任”。如此观之,其似乎暗含了将“合同订立中的第三人责任”区别于第三人缔约过失责任的倾向。然而,合同订立中的第三人责任与缔约过失责任皆以诚实信用原则为法理基础;在制度目的上,与第三人缔约过失责任亦无本质区别。而且,合同订立中的第三人责任的法律效果参照适用缔约过失责任,表明二者在法律效果上亦具有同质性。因此,“合同订立中第三人责任”与“第三人缔约过失责任”二者究竟是何关系、合同订立中第三人责任的性质究竟为何,实值思考。而且,在现行法体系既然可以适用侵权责任一般条款调整第三人缔约过失行为,那么是否有必要在《民法典合同编解释》明确规定第三人缔约过失责任?若应明文规定,新增制度是否与现行法律体系相协调?若不应明文规定,现行法下第三人缔约过失行为的归责机制为何?欲解决此问题,第三人缔约过失行为归责方式的认定为关键。

2. 特别法的特殊规定

除《民法典》侵权责任编第1165条第1款外,我国关于第三人缔约过失行为的调整主要通过特别法来实现,其中最为典型的是专家责任。例如,《中华人民共和国注册会计师法》(以下简称《注册会计师法》)第42条规定了会计师事务所违反规定而造成利害关系人损失的赔偿责任;

〔2〕 参见孙维飞:《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》,载《法学家》2018年第1期;于飞:《我国〈合同法〉上缔约过失责任性质的再认识》,载《中国政法大学学报》2014年第5期;冉克平:《缔约过失责任性质新论——以德国学说与判例的变迁为视角》,载《河北法学》2010年第2期;王利明:《债法总则研究》(第2版),中国人民大学出版社2018年版,第283页;柳经纬:《债权法》(第6版),厦门大学出版社2018年版,第102页。

〔3〕 参见丁勇:《论德国法中的第三人缔约过失责任》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2004年第3期;许德风:《对第三人具有保护效力的合同与信赖责任——以咨询责任为中心》,载《私法》第8卷,北京大学出版社2004年版,第253-291页;李昊:《德国缔约过失责任的成文化》,载《清华法学》2010年第2期。

〔4〕 参见李昊:《德国专家责任的建构——以保护纯经济上损失的交易安全义务为基础》,载《私法》2013年第21期;周友军:《专家对第三人责任的规范模式与具体规则》,载《当代法学》2013年第1期;刘燕:《“专家责任”若干基本概念质疑》,载《比较法研究》2005年第5期。

最高人民法院《关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》（以下简称《会计师事务所侵权赔偿规定》）第1条表明利害关系人可向会计师事务所主张因出具不实报告而致损的赔偿责任。《中华人民共和国公证法》（以下简称《公证法》）第44条规定了相关人员实施违反诚实信用原则行为的责任承担。《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）第85条规定了发行人、保荐人、证券承销公司及其直接责任人员的信息披露义务；《证券法》第163条规定了证券服务机构的勤勉责任；《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称《证券投资基金法》）第99条规定了基金销售机构向投资人揭示投资风险、销售与投资人风险承受能力相当的基金产品的义务，《证券法》第88条对金融机构适当性义务予以规定。

然而，现行法中无论是特别法中的专家责任还是《民法典》中的一般侵权责任，缺漏均较为明显，主要表现为：第一，《民法典》侵权责任编第1165条第1款未规定责任主体的外延，特别法规范仅针对某一特定行业，此时可否将特别法规定类推适用于其他专业性较强但未有特别规定的行业以填补规范漏洞，尚不清楚。第二，于归责原则而言，《注册会计师法》《中华人民共和国律师法》《公证法》未对归责原则作特别规定，此时应适用一般过错责任原则，与《民法典》第1165条第1款的归责原则一致；但《证券法》第85条及第163条采过错推定责任原则，区别于一般侵权责任的归责原则。因此，现行法在对第三人缔约过失行为的调整上采不同归责原则是否合理、立法未规定的其他主体适用何种归责原则需进一步探讨。第三，第三人缔约过失的责任范围远大于专家责任，特别法无法涵盖第三人缔约过失所有类型，无法适应瞬息万变的市场交易。

（二）司法裁判标准不一

1. 归责方式混乱

司法实践中第三人缔约过失行为的归责方式主要有三种，即缔约过失责任归责、依据特别法规定归责、侵权责任归责。其一，依据《民法典》第500条缔约过失责任归责，即将缔约过失责任扩张解释为包括第三人缔约过失责任。“新疆石河子交银村镇银行股份有限公司、杜伟等缔约过失责任纠纷案”，一审法院认为：“被告交银银行关于借贷安心意外险的陈述足以令贷款客户产生信任，并直接影响客户与新华人寿公司间保险合同的成立与否，故其属于保险合同缔结相关的第三人，应承担缔约过失责任。”〔5〕其二，依据特别法规定归责，未对特别法规范进行责任性质界定，主要体现为现行法中明确规定的专家责任。在“华宇国信投资基金（北京）有限公司与吴晓红合同纠纷案”中，法院判定第三人华宇国信公司是否承担责任的主要规范基础是其是否违反了《证券投资基金法》第99条、《私募投资基金监督管理暂行办法》第16条规定的适当性义务。〔6〕其三，依据侵权责任归责，将专家责任认定为侵权责任。在“北京市方正公证处等与张喜发公证损害责任纠纷案”中，二审法院认为：“公证损害责任纠纷作为特殊类型的侵权纠纷，其特殊性为公证机构承担的赔偿责任是专家责任；根据《中华人民共和国侵权责任法》规定，方正公证处应承担与其过错程度相应的侵权责任。”〔7〕其四，对特别法未规定的第三人缔约过失行

〔5〕 新疆生产建设兵团第八师中级人民法院（2022）兵08民终634号民事判决书。

〔6〕 参见北京金融法院（2022）京74民终809号民事判决书。

〔7〕 北京市第二中级人民法院（2020）京02民终468号民事判决书。

为,依据侵权责任归责。在“徐州市华辰科技小额贷款有限公司与江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司徐州分公司、江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司财产损害赔偿纠纷案”中,二审法院指出:“德道天诚徐州分公司进行涉案评估的目的,系为确定估价对象抵押贷款额度提供参考,应可以预见到利害关系人会信赖该评估结果;现华辰小贷公司向银丰公司出借款项后,房地产实际价值与评估价值存在巨大差距,致债权无法实现;德道天诚徐州分公司存在过错,故依据《侵权责任法》第6条,其应承担赔偿责任。”〔8〕

2. 责任主体范围模糊

在第三人缔约过失场合,可否扩展第三人的范围而将特别法未明确规定的第三人纳入责任主体范围,司法实践做法不一。在“顾叶红诉董善军等房屋买卖合同纠纷案”中,法院认为:“原告决策是基于对诚信法律服务所见证意见的合理信赖,诚信法律服务所的过失与原告受侵害之间存在因果关系,其应对此承担补充赔偿责任。”〔9〕在现行法未明确规定律师对第三人的责任下,法院将其纳入责任主体范围,是对特别法中“第三人”范围的扩展,属于对《注册会计师法》《公证法》等规定的类推适用,但这样扩展第三人范围的法理基础何在,法院并未作充分说明,需进一步探讨。类似的做法还有:在“魏君与义乌市预防医学会门诊部医疗服务合同纠纷案”中,法院径以医生为专家责任主体为前提展开论证;〔10〕在“徐州市华辰科技小额贷款有限公司与江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司徐州分公司、江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司财产损害赔偿纠纷案”中,法院认为房产评估公司可纳入责任主体范围。〔11〕

3. 可归责行为认定标准模糊

司法实践中缺乏统一的第三人缔约过失行为的认定标准,第三人实施何种行为可被归责,归责的认定路径欠缺统一指引。例如,在“谢忠伟与西山区、云南省昆明市明诚公证处公证损害责任纠纷案”中,虽然原告因证据不足而败诉,但法院判决并未解释违反公证程序不严谨、不细致是否属于违反专家义务,以及违反专家义务是否必然承担专家责任。〔12〕

4. 责任形态存疑

第三人缔约过失责任的具体形态为何,司法实务存在分歧。例如,《注册会计师法》第42条、《公证法》第44条均未规定相应专家责任的承担方式,导致司法实践中有法院采补充责任。在“上诉人河南省郑州市黄河公证处与被上诉人周学智、李贵岭、施永化借款合同纠纷案”中,法院认为:“黄河公证处进行本案债权公证事项时,未尽到严格核验义务,致使周学智权利受到侵害,一审判决其承担补充赔偿责任并无不当。”〔13〕也有法院并未采此立场,如在“北京市方正公证处等与张喜发公证损害责任纠纷”案中,法院则认为:“方正公证处应承担与其过错程度相应的侵权责任。”〔14〕再如,根据《最高人民法院关于金融机构为企业出具不实或者虚假验资报告

〔8〕 江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民终1097号民事判决书。

〔9〕 江苏省苏州市虎丘区人民法院(2007)虎民一初字第0403号民事判决书。

〔10〕 参见浙江省高级人民法院(2008)浙民一终字第159号民事判决书。

〔11〕 参见江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民终1097号民事判决书。

〔12〕 参见云南省高级人民法院(2016)云民终7号民事判决书。

〔13〕 河南省郑州市中级人民法院(2018)豫01民终20739号民事判决书。

〔14〕 北京市第二中级人民法院(2020)京02民终468号民事判决书。

资金证明如何承担民事责任问题的通知》，金融机构在验资不实部分或虚假资金证明金额范围内承担赔偿责任，但在“中国农业银行股份有限公司长春翔运支行与杨春花、吉林博大东方会计师事务所有限责任公司侵权责任纠纷案”中，法院判决“合法债权在依法强制执行后仍不能清偿的部分，会计师事务所在其出具的虚假证明范围内承担赔偿责任”^{〔15〕}，采补充责任立场。此外，《证券法》第85条及第163条规定相关主体违反信息披露义务、勤勉责任承担连带责任。于此的连带责任究竟是部分连带还是全部连带，实务与学理认定上存在巨大分歧。

三、第三人缔约过失行为的归责依据

（一）第三人缔约过失行为归责的法理基础

为探讨缔约过失责任的内在合理性，德国法学界主要有信赖说、^{〔16〕} 权利领域开放说、^{〔17〕} 私法自治行为伴生说^{〔18〕}等，信赖说为主流观点。本文亦赞同信赖说，但引入权利领域开放说提及的特别结合关系可增强信赖说的论证完整性。其中，巴勒施泰德为信赖说的实际奠基者，其指出当事人对他方所表示意图之信赖为磋商成为法律关系之关键。^{〔19〕} 在此基础上，拉伦茨进一步区分了一般诚信期待与增强的个人信赖。一般诚信期待为客观信赖，即磋商之人可期待相对人如一个诚实正直之人般行为，其为交易往来顺利开展之前提，为先合同义务之来源。^{〔20〕} 增强的个人信赖为主观信赖，为磋商之人对相对人产生人身信赖。^{〔21〕} 此二者划分为区别当事人缔约过失和第三人缔约过失的重要标准，亦为责任主体范围界定之内核。再者，弗罗斯特将权利开放领域与特别结合关系相联系，即当事人通过自愿开放权利领域而进入特别结合关系，未进入特别结合关系前，因人与人之间处于防卫隔离状态，权利保护适用侵权法。特别结合关系之产生需满足两个要件：第一，当事人彼此自愿开放权利领域允许权利领域相结合；^{〔22〕} 第二，当事人基于特别目的才承担权利领域结合引发的风险。^{〔23〕} 合同磋商关系属于特别结合关系无疑，但特别结合关系不能用侵权法调整的观点有待商榷。

弗罗斯特认为信任责任仅在双方进入特别结合关系时方可适用，因信任责任以诚实信用原则为依据，而仅在特别结合关系情形下诚实信用原则方为衡量个人行为之标准。^{〔24〕} 基于此观点可推导出缔约过失责任产生的完整逻辑链条，即：当事人间自愿开放权利领域而产生特别结合关系从而被纳入诚实信用原则的适用范畴，在此范畴内当事人对缔约存在客观信赖；在此客观信赖中一

• 327 •

〔15〕 吉林省高级人民法院（2014）吉民提字第42号民事判决书。

〔16〕 Vgl. Kurt Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, Archiv für die civilistische Praxis 151 (1951), 501, 506.

〔17〕 Vgl. Moritz Keller, Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung, 1. Aufl., 2007, S. 127.

〔18〕 Vgl. Frotz, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, Gedenkschrift für Gschnitzer, 1969, S. 173–174.

〔19〕 参见前引〔16〕，Kurt Ballerstedt文，第506页。

〔20〕 Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 106.

〔21〕 Vgl. Karl Larenz, Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“, Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 415.

〔22〕 Vgl. Marina Frost, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflicht, 1. Aufl., 1981, S. 57.

〔23〕 参见前引〔22〕，Marina Frost书，第59页。

〔24〕 参见前引〔22〕，Marina Frost书，第41–42页。

方具有向对方在自己领域施加更高程度影响的可能性,其应顾虑他人权利、法益和利益;〔25〕若当事人辜负此信赖致人损害则应承担责任。鉴于此,特别结合关系为进入保护义务的“通道”,为产生信任责任的“工具”,承担缔约过失责任的根本原因仍为被辜负的信赖。〔26〕若第三人获得对当事人权利领域的影响可能,并施加个人信赖从而对磋商进程产生与潜在合同当事人同等地位的影响,保护义务亦于第三人与合同当事人之间产生。〔27〕故此,第三人缔约过失行为亦引发相应责任。

此外,虽然缔约过失责任源于缔约一方对另一方合理信赖的诱致,〔28〕但当事人缔约过失责任与第三人缔约过失行为所生责任的信任责任特征有所不同,即第三人缔约过失行为的责任更强调当事人对第三人的特殊信赖,其信任责任特征更明显、信赖认定要求更严格。于缔约过失责任而言,一方当事人对另一方当事人之信任主要来源于当事人的缔约行为,该信赖为一般诚信期待。然而,于第三人缔约过失行为的责任而言,当事人的信赖尚体现为增强的个人信赖,除信任第三人在缔约过程中的行为外,尚信任第三人本身,存在双重信任风险。第三人不能直接介入当事人缔约过程,当事人信赖并允许其行为影响合同缔结,盖因其自身具备让当事人信赖的特质,此为第三人责任产生之关键,亦为第三人范围界定之核心。

(二) 第三人缔约过失行为的归责方式

第三人缔约过失行为采何者归责方式,因各国立法而异。《法国民法典》第1382条侵权责任为第三人缔约过失行为的归责方式。为弥补侵权法对财产保护的不足及雇主责任中雇主通过反证免责的不足,德国民法发展出较完备的缔约过失责任制度,《德国民法典》一体规定缔约过失责任(第311条第2款)和第三人缔约过失责任(第311条第3款)。〔29〕若《民法典合同编解释》顺利施行,则我国会形成侵权责任编中的侵权责任与合同编的“合同订立中的第三人责任”适用竞合。欲判定新增解释是否必要,应在厘定其内涵基础上,进一步分析其法律体系上的独立性。

1. “合同订立中的第三人责任”区别于德国法“第三人缔约过失责任”

根据《德国民法典》第311条第3款“第三人缔约过失责任”与《民法典合同编解释》第6条“合同订立中的第三人责任”之表述,二者概念内涵无本质区别,皆为调整缔约过程中第三人违背诚实信用原则的行为。但二者责任类型有所不同,德国法中第三人缔约过失责任主要包括代理人责任、磋商辅助人责任、事务管理人责任、专家责任。“合同订立中的第三人责任”则无法涵盖上述所有责任类型,从中二者差异性可见一斑。

(1) 代理人责任

德国法中,代理人、磋商辅助人以个人信任对交易的可靠性提供额外个人担保方有适用第三人缔约过失责任之可能性。〔30〕但是,二者无法契合我国现行法律体系,无适用“合同订立中第

〔25〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第69页。

〔26〕 Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1. Aufl., 1971, S. 532.

〔27〕 参见前引〔17〕, Moritz Keller 书,第212页。

〔28〕 参见朱广新:《合同法总则研究》(上册),中国人民大学出版社2018年版,第208页。

〔29〕 参见前引〔2〕,王利明书,第320页。

〔30〕 Vgl. Feldmann, in: Staudinger BGB, 17. Aufl., 2018, § 311, Rdn. 189ff.

三人责任”之空间。

其一，于有权代理而言，《民法典》采取被代理人先承担责任再追偿的责任承担逻辑。代理人实施的民事法律行为对被代理人有效（《民法典》第162条），即使代理人不当代理造成相对人损失，此损失亦由被代理人承担，但其可向有过错的代理人追偿（《民法典》第929条）。表见代理的责任承担逻辑与有权委托代理相同（《民法典》第172条）。其二，于无权代理而言，无权代理人与被代理人之间无代理法律关系，无追认行为代理人即非合同当事人（《民法典》第171条），无权代理人非“第三人”，亦无适用“合同订立中第三人责任”之余地。其三，于隐名代理而言，若相对人在缔约过程中不知道代理关系存在，隐名代理人应为缔约过失行为承担缔约过失责任；反之，缔约行为直接约束受托人，责任承担按照有权委托代理处理（《民法典》第925条）。其四，于本人以代理人名义实施“代理行为”而言，第三人假借代理人之名行自己交易之实，被代理人为其“傀儡”。（德国法上称之为代理人对合同缔结具有自身直接经济利益^{〔31〕}）因不存委托事项代理行为，其不构成委托代理，第三人为真正合同当事人。此时可刺破“代理人”面纱，使其直接作为当事人承担缔约过失责任，而无需转引至“合同订立中第三人责任”。

（2）磋商辅助人责任

磋商辅助人属于狭义履行辅助人^{〔32〕}范畴，狭义履行辅助人与“合同订立过程中的第三人责任”中“第三人”的本质区别在于是否具备独立性。狭义履行辅助人，人格被债务人人格吸收，不具有独立主体地位，其合同履行行为在法律及法理上不被视为自己行为。^{〔33〕}狭义辅助人仅为当事人意志的传声筒，此“工具人”因无施展个人意志之空间，对方当事人不会因信赖其而作决定，履行辅助人不会改变既有信赖关系。故此，即使在缔约阶段因磋商辅助人过错造成对方当事人损失，因不存在信赖空间，第三人缔约过失行为所生责任亦不适用。根据自己责任原则，债务人应为履行辅助人帮助自己履行债务的行为负责，如《中华人民共和国旅游法》第71条第1款规定了“组团社承担责任后向履行辅助人追偿”的违约责任承担路径，此路径可类推适用于缔约阶段。

（3）事务管理人责任

事务管理人责任为德国法对代理人责任的扩展。事务管理人责任指作为事务代理人参与合同谈判的第三人，因自身特殊信赖而应为对方当事人合法权益承担照顾义务，若违反此义务则应承担缔约过失责任。^{〔34〕}其与代理人责任的区别在于：其一，其非当事人就缔结合同所委托的代理人，而是当事人为管理其事务所委托之人，其不代表当事人参与合同缔结；其二，其自身的特殊信赖必须明显超过一般人就其谨慎程度和可靠性所表示的信赖程度，^{〔35〕}此特殊信赖通常与专业能力相关。德国联邦最高法院在1971年判决中首次认定事务管理人缔约过失责任，我国法中并

〔31〕 参见前引〔3〕，丁勇文。

〔32〕 履行辅助人，分为狭义说、广义说、最广义说。狭义履行辅助人，系作为债务人债务履行帮手之人；广义履行辅助人，尚包括债务人的代理人；最广义履行辅助人，扩展至代为履行之人。参见崔建远：《第三人的原因造成违约时的责任分配论》，载《政法论坛》2023年第1期。

〔33〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第259页。

〔34〕 Vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht Verlag, 1. Aufl., 2002, S. 190.

〔35〕 参见前引〔34〕，Lorenz/Riehm书，第190页。

无与事务管理人责任相类似之制度，且不存在法律适用冲突，事务管理人责任可纳入“合同订立过程中的第三人责任”范畴。

(4) 专家责任

专家责任，指从事特定职业的人员基于其专业能力引起公众特别信任，其应对不正确的咨询、鉴定、证明等行为向第三人承担责任。^{〔36〕}专家责任在司法实践中可分为专家遗嘱案群、专家意见案群、专家咨询案群，^{〔37〕}意见案群、咨询案群属于第三人缔约过失行为调整范畴。

德国法中专家意见案群以招股说明书责任为典型代表。德国法中招股说明书责任分为狭义和广义，狭义招股说明书责任指不完整或不准确的招股说明书致使投资者损失而产生的责任；广义招股说明书责任尚涉及责任主体违反信息披露义务造成投资者损失所产生的责任。^{〔38〕}于我国而言，《证券法》第85条、第163条中相关主体的信息披露义务、勤勉责任即为广义招股说明书责任的具象化。

德国法中投资预测责任即属专家咨询案群，投资预测责任指因给予不正确的或不完整的投资咨询意见而导致投资人受有损失所应承担的责任。^{〔39〕}我国法则体现为金融机构违反适当性义务^{〔40〕}所承担的责任：《私募投资基金监督管理暂行办法》第16条规定了私募基金销售机构对投资者的风险识别能力和风险承担能力的评估义务；《证券投资基金法》第99条规定了基金销售机构向投资人揭示投资风险、销售与投资人风险承受能力相当的基金产品的义务；《证券法》第88条对金融机构适当性义务予以明确规定。

概言之，“合同订立中的第三人责任”与“第三人缔约过失责任”因身处不同法律体系，二者所涵盖的第三人类型有所不同，二者非同一概念。二者皆以调整第三人缔约过失为立法目的，皆为弥补本国法律规定之阙如而生，但因各国法律体系、法律内容安排不同，所形成之制度具备明显本土化特征。《德国民法典》采“小侵权法”且相关制度存在缺陷，迫使其发展出完备的第三人缔约过失责任。而我国《民法典》侵权责任编第1165条第1款、特别法上的规定及《民法典》上的第三人欺诈、胁迫规则等，已经对第三人缔约过失行为的调整提供了较为完备的规范基础，因此《民法典合同编解释》第6条规定“合同订立中的第三人责任”的目的不应是系统性地构建德国法上的第三人缔约过失责任，其应着力于既有规范的漏洞填补或解释。故此，对“合同订立中第三人责任”必要性之探讨应立足我国法律体系，而非直接以“第三人缔约过失责任”的名义借他国制度施行之功效论证其存在意义。

2. “合同订立中的第三人责任”非独立于“侵权责任”

针对《民法典》第500条缔约过失规范的性质，我国学理上存在侵权责任和独立的缔约过失责任的争议。这两种观点分歧的核心在于“独立性”，即缔约过失责任是否独立于侵权责任。^{〔41〕}

〔36〕 参见前引〔3〕，丁勇文。

〔37〕 参见周友军：《论律师因见证行为对第三人承担的责任》，载《月旦民商法杂志》2017年第58期。

〔38〕 参见前引〔30〕，Feldmann书，边码201。

〔39〕 参见前引〔34〕，Lorenz/Riehm书，第190页。

〔40〕 适当性义务，系金融机构负有将适当的产品提供给适当的客户之义务。参见王锐：《金融机构适当性义务司法适用的实证分析》，载《法律适用（司法案例）》2017年第20期。

〔41〕 参见前引〔2〕，孙维飞文。

主张缔约过失责任具有独立性的学者主要从四个方面论证：（1）前提义务差异，即缔约过失责任中的先合同义务比侵权法要求的注意义务更重；（2）归责事由差异，即缔约过失责任以过错为归责原则，而侵权责任有大量无过错责任；（3）责任环境差异，即缔约过失责任以双方存在特别结合关系为前提，而侵权责任不需要此前提；（4）赔偿范围差异，即缔约过失责任的赔偿范围通常为信赖利益，侵权责任则为固有利益与完全性利益。^{〔42〕}持反对观点的学者则认为：（1）因缔约磋商产生的先合同义务与侵权法上的一般安全注意义务无本质区别，皆为交易安全保护义务；（2）缔约过失责任中存在无过错责任情形，以归责原则区分缔约过失责任与侵权责任不可行；（3）缔约过失行为实质为一种致人损害行为，其仅借缔约磋商形式而已，缔约过程之中或之外致人损害无本质区别，而且侵权法中亦有特别结合关系，特别结合关系非区分二者之关键；（4）信赖利益实际为纯粹经济损失，侵权法赔偿范围可涵盖之，赔偿范围无法区分二者。^{〔43〕}由此观之，缔约过失责任与侵权责任区分之关键不在于构成要件，因其调整目的相同，调整效果的区别方为“独立性”之所在，即“独立性”判定关键在于法律适用上的差别。^{〔44〕}同样，对第三人缔约过失行为的调整而言，“合同订立中的第三人责任”是否具有“独立性”是厘定其性质之关键，且其“独立性”之评价通过与侵权责任的适用对比得出。

首先，于保护客体而言，《德国民法典》明确第三人缔约过失责任的目的是填补侵权法与合同法的缝隙，而我国《民法典》不存在需要弥合之裂缝。《德国民法典》第 823 条第 1 款关于一般侵权行为的规定，保护客体仅限于生命、身体、健康、自由四大法益及绝对权，纯粹经济损失被排除在外；而第 311 条第 3 款缔约过失责任则保护当事人的一切法益，因第三人缔约过失行为侵害对象主要为信赖利益，第三人缔约过失责任适用范围明显区别于侵权责任。于我国而言，“合同订立中的第三人责任”所保护的客体为信赖利益损失，而《民法典》侵权责任编所保护的民事权益可将其涵括在内，“合同订立中的第三人责任”并未扩展侵权法客体保护范围。

其次，于适用范围而言，侵权责任可涵盖“合同订立中的第三人责任”适用情形。“合同订立中的第三人责任”将第三人承担责任的情形分为三种：其一，第三人欺诈；其二，第三人胁迫；其三，合同的订立基于对第三人的特别信赖或者依赖于第三人提供的知识、经验、信息等，第三人实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错。其中，《民法典》总则编第 149 条、第 150 条、第 157 条对第三人欺诈、胁迫行为进行调整，《民法典合同编解释》第 6 条仅扮演了“搬运工”角色。第三种情形作为兜底条款揭示了一般适用要件，即合同订立过程中，具备特别信赖地位的第三人实施违背诚实信用原则的行为造成当事人损失。关于“合同订立过程”是否为区分缔约过失责任和侵权责任的要件，学界多有争论。有学者认为：若当事人之间因直接接触而产生“特别结合关系”，则损害处理适用缔约过失责任规则；若当事人处于未发生直接社会接触的“一般普通关系”中，则损害由侵权法调整。^{〔45〕}正如上文所述，“特别结合关系”为第三人缔约行为的责任产生起点，在责任认定上占据重要位置。但是，

〔42〕 参见韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 171 页。

〔43〕 参见前引〔2〕，冉克平文；前引〔2〕，于飞文。

〔44〕 参见前引〔2〕，孙维飞文。

〔45〕 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第 4 册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 11 页。

此“特别结合关系”非仅发生于缔约领域，侵权法并未排除救济“特别结合关系”中所生损害，“一般普通关系”“特别结合关系”中的民事权益皆为侵权法保护范围。^{〔46〕}根据《民法典》第1165条，只要行为人因过错侵害他人民事权益造成损害，皆应承担侵权责任，行为是否发生于合同订立过程中在所不问。第三人缔约过失行为仍属于致人损害行为，^{〔47〕}宽泛的过错侵权责任条款完全可将其涵盖。

最后，于适用效果而言，“合同订立过程中的第三人责任”的目的为调整三人在订立合同中违背诚实信用原则的行为，其通过损害赔偿实现，且根据《民法典合同编解释》第5条损害赔偿的范围仅限于信赖利益，缔约过程中的所有权和身体损害赔偿则不包括在内，而侵权责任都能予以救济。

概言之，“合同订立中的第三人责任”性质之界定非论证其在我国民法体系中具有“独立性”之关键，即使“合同订立中的第三人责任”与“侵权责任”性质不同，其法律适用上仍无独特之处。性质界定更具学理意义，而观察制度能否与我国现行法律体系相协调方具现实意义。《民法典合同编解释》第6条将业已规定的第三人欺诈、胁迫予以归纳，并在此基础上总结出兜底条款，其目的更偏向于界定第三人缔约过失行为内涵，从而指引司法裁判，而不是单独建构第三人缔约过失责任。故此，我国现行法律体系下，第三人缔约过失行为之调整仍应诉诸侵权责任。但是，侵权责任仅为第三人缔约过失行为调整的“终点”，现有法律规定中搭乘第三人缔约过失行为的“列车”通向侵权责任的“路径”尚不清晰。故此，亟需厘清第三人缔约过失侵权的责任适用规则，此一般规则之探究以信赖原则为法理基础，以《民法典合同编解释》第6条和特别法规则为指引。即在以过错侵权责任条款调整第三人缔约过失基础上，从《民法典合同编解释》第6条和特别法中抽象出调整第三人缔约过失的一般规则，形成“一般规则+特别规定”的法律规制体系。

四、第三人缔约过失行为归责的关键要素认定

（一）第三人范围界定

1. 第三人具备“信赖特质”

第三人作为独立主体，因缔约过失行为承担责任的重要标准为合同当事人一方对其产生了人身性信赖，^{〔48〕}责任成立以当事人一方对第三人的信赖为基础。《德国民法典》第311条第3款指出第三人须享有特殊信赖，且因而重大影响契约磋商或缔结；《民法典合同编解释》第6条亦强调“合同的订立基于对第三人的特别信赖”。质言之，当事人对第三人之人身性信赖，源于第三人具备的“信赖特质”，其来源可分为三个方面。其一，基于第三人专业能力而信赖，即第三人在特定领域具备为公众所信赖的专业能力，第三人专业能力以专业知识或从业资格为表征，以行业认可程度为评价标准，行业认可程度与社会公众信赖程度成正比。此者通常为专家责任的主

〔46〕 参见李中原：《缔约过失责任之独立性质疑》，载《法学》2008年第7期。

〔47〕 参见前引〔2〕，冉克平文。

〔48〕 参见前引〔25〕，迪尔克·罗歇尔德斯书，第80页。

体，如证券服务机构勤勉责任；《民法典合同编解释》第6条提及的因提供知识、经验、信息等而被依赖者即属于此。其二，基于第三人高尚品性而信赖，第三人在特定范围内具备足以让人信赖的声誉。第三人品性以人处世方式为表征，以社会评价为认定标准。此者通常在当地甚至全国享有较高社会声誉，为当地人甚至全国公众所尊重。其三，基于亲密社会关系^{〔49〕}或其他原因而信赖：与受损人间有血缘关系、密切社交关系而被信赖，如亲属、朋友；与受损人间有利益关系而被信赖，如合作伙伴；向受损人提供了坚定的信赖要求表示而被信赖等。值得注意的是，第三人具备“信赖特质”为责任主体的必要非充分要件，即其为责任主体的必备特征，但并非具备“信赖特质”者皆可为责任承担者。

2. 第三人的信赖在从事法律行为时获得

具备“信赖特质”的第三人承担责任的前提为当事人对第三人的信赖是其从事法律行为时获得的，即当事人信任第三人在其所从事的法律行为上具备优势或具备施加更高程度影响的可能，纯粹私人生活领域内的信赖不会产生信赖责任。^{〔50〕}如丈夫订立合同时咨询妻子的意见，不会引发第三人缔约过失侵权，盖因要求纯粹私人领域信赖之人承担信赖责任将破坏私人正常生活秩序使然。鉴于此，《民法典合同编解释》第6条“合同订立基于对第三人的特别信赖”应理解为“合同订立基于对第三人在缔约过程中所获得的特别信赖”。

3. 第三人获得的信赖为“特别信赖”

《民法典合同编解释》第6条强调当事人对第三人的信赖为“特别信赖”，即在一般诚信期待之外，尚需达到增强的个人信赖标准。“特别信赖”标准肇源于德国法判例，即第三人所提供之信赖应超过通常磋商信赖，^{〔51〕}且仅单纯提及具备专业知识不足以引起特别信赖。^{〔52〕}而且，其判例进一步丰富了“特别信赖”内涵，即第三人对意思表示的真实性和完整性做了“担保”，并对相对人做出决定发生了重要的影响，则构成特别信赖。^{〔53〕}如“刘守义、锦州市太和区新民街道北壕村村民委员会等土地租赁合同纠纷案”中，法院认为：“被告北壕村委会与张守林签订的《协议书》实为遮阴损失补偿协议，并非土地承包经营权证，原告在租赁案涉土地时，应当向北壕村委会了解案涉土地是否能取得土地承包经营权证；而原告没有了解，单纯信赖北壕村委会与张守林签订的《协议书》，故此信赖只是一般信赖，缺乏法律保护依据，北壕村委会不应承担第三人缔约过失责任。”^{〔54〕}质言之，特别信赖的形成实质为第三人获得个人信赖并积极使用之结果，即以其所从事法律行为上具备的优势为交易安全提供“担保”，进而影响当事人决策。如专家责任中，“特别信赖”之获得体现为因专业能力获得信赖基础上出具专家意见书。

概言之，以所从事的法律行为中获得的信赖为交易安全提供担保从而获得特别信赖者，方可成为第三人缔约过失行为的责任主体。

〔49〕 Vgl. Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., 2017, S. 60.

〔50〕 参见前引〔4〕，李昊文。

〔51〕 通常磋商信赖，系在合同缔结过程中就谨慎程度和可靠性对每个人所表示之信赖。参见前引〔34〕，Lorenz/Riehm书，第374页。

〔52〕 Vgl. BGHZ 126, 181 (189).

〔53〕 Vgl. NJW-RR 1991, 1241 (1242).

〔54〕 辽宁省锦州市中级人民法院（2021）辽07民终2730号民事判决书。

（二）第三人行为可归责性的认定

1. 第三人介入缔约过程的认定

根据《民法典合同编解释》第6条规定，第三人缔约过失行为须发生于合同订立过程中，第三人须为合同缔结的“推动者”，其决定性地参与磋商，并对合同缔结有实质影响。第三人从“局外者”到合同缔结“推动者”的角色转变涉及责任起点之认定，其始于第三人与合同当事人产生“特别结合关系”（介入缔约过程）而负保护义务，^{〔55〕}故第三人是否介入缔约过程关乎第三人能否实施缔约过失行为。缔约过失责任中当事人可径行进入缔约过程，但第三人无法独立径行开启缔约过程，需经由合同当事人方可为之，当事人缔约过失责任的始点与第三人介入缔约过程的时点并非完全吻合。

第三人经由当事人介入缔约过程主要有两种方式，即借由非受损方、直接与受损方实质接触。^{〔56〕}首先，于第三人借由非受损方介入缔约过程而言，第三人通常与非受损方存在相关债权债务关系，且此债权债务关系可使第三人行为对缔约结果产生实质影响。此类债权债务关系主要包括二者：其一，其可产生第三人代替非受损方参与合同缔结之效果，如第三人为当事人的代理人；其二，第三人虽未亲自参与合同缔结，但其债务履行行为对合同缔结产生实质影响。如C为A委托的鉴定机构，B因相信C的鉴定结果而与A订立合同。此类第三人自履行其债务伊始介入当事人缔约过程而负保护义务。其次，于第三人直接与受损方实质接触而言，第三人与当事人间不存在可介入缔约过程的债权债务关系，第三人介入缔约过程主要有两种情形：其一，当事人尚未进入缔约阶段，第三人直接接触受损方而径行推动缔约开启。如“深圳市恒信财富资产管理股份有限公司、王俊香等金融委托理财合同纠纷案”中，恒信公司因向王俊香推荐金融产品而负适当性义务，并推动了王俊香的投资行为。^{〔57〕}其二，当事人已进入缔约阶段，第三人与受损方的接触行为实质影响合同订立。如在Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd案中，当事人开始缔约谈判后，H向银行P咨询E的信用状况，P隐瞒E的不良信用情况导致H与E缔结合同而遭受损失。^{〔58〕}

2. 第三人客观行为可归责性认定

《民法典》第500条规定的兜底条款，即“其他违背诚实信用原则的行为”，表明缔约过失行为本质为在缔约过程中违反诚实信用原则的行为，《民法典合同编解释》第6条第2款亦将第三人实施违背诚信原则的行为作为兜底条款。但其尚并列规定“对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错”的兜底条款，二者因不属同一评价范畴，并列规定存在逻辑悖论，且后者可为“违背诚实信用原则的行为”所涵盖，有重复规定之嫌。“合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力”涉及意思表示效力评价规范，其为第三人缔约过失行为之后果，以后果反推构成要件存在逻辑悖论。而《民法典》中因第三人过错导致合同被撤销的行为实为第三人欺诈、

〔55〕 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第70页；前引〔28〕，朱广新书，第210页。

〔56〕 有学者从受咨询人视角，将咨询责任中咨询人与受咨询人间的关系分为“一次性接触”型、“第三人转交”型，而本文此分类基于“第三人”视角。参见前引〔3〕，许德风文。

〔57〕 参见山东省高级人民法院（2022）鲁民终406号民事判决书。

〔58〕 See Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd [1963] UKHL4.

胁迫，其法律效果之外延似乎大于第三人缔约过失侵权的责任，即除损害赔偿责任外，尚涉及合同效力评价，但仍属“违背诚实信用原则”范畴而适用第三人缔约过失侵权的责任。具言之，第三人欺诈、胁迫立足于维护合同订立时当事人意思表示真实性，意欲解决意思表示效力认定问题，为意思表示效力评价手段；而第三人缔约过失侵权的责任则基于维护当事人合法权益视角，目的为损害救济，为责任承担方式。^{〔59〕}鉴于此，第三人欺诈、胁迫作为意思表示效力评价规范不能当然引发由债务违反所生之责任承担，其所生之法律效果为合同可撤销，但将其转引至第三人缔约过失范畴内，则可适用之。同样，第三人缔约过失作为法定之债，不能直接引发对合同效力评价之效果，可将其置于第三人欺诈、胁迫中认定合同效力。概言之，在我国缔约过失制度不具备废除合同功能的情况下，不应苛求其成为全能救济方式，应重点着眼于“单效果”的欺诈与“单效果”的缔约过失之间的关系，如此方能实现法律制度联动、法律体系协调。^{〔60〕}

此外，第三人违反诚实信用原则的行为，可具体化为因违反诚实信用原则所生的保护义务，^{〔61〕}义务对象包括权利、法益、财产保护，义务内容包括诚信缔约、告知、保密等义务。^{〔62〕}值得注意的是，第三人所负保护义务的具体内容应根据第三人的“身份”确定，但应以违反该义务将误导当事人决策为必要。如在“谢忠伟与西山区、云南省昆明市明诚公证处公证损害责任纠纷案”中，公证机关虽公证程序不严谨，但出具的公证结果真实，公证机关谨慎注意义务的违反不会误导当事人行为而造成损害，故此义务违反行为不具可归责性。^{〔63〕}

3. 第三人主观可归责性认定

第三人缔约过失行为的责任以过错为归责要件，盖因诚实信用原则、契约自由原则之价值实现使然。^{〔64〕}相较于缔约过失责任，第三人缔约过失行为中第三人主观上的可归责性尚体现为，第三人意识到或应当意识到其行为将展示给他人，且将成为他人作决定之基础。^{〔65〕}因第三人非合同当事人，不能当然认定其能意识到其行为会影响他人，若受影响之人非第三人所意识或应当意识到之人，第三人承担责任则显失公平，且会不当扩大责任范围。如在“徐州市华辰科技小额贷款有限公司与江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司徐州分公司、江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司财产损害赔偿纠纷案”中，二审法院认定房地产评估公司责任时提及“其进行涉案评估的目的，系为确定估价对象抵押贷款额度提供参考，应可以预见到利害关系人会信赖该评估结果”^{〔66〕}。事实上，第三人不需要意识到信赖其行为的具体为何人，只要了解其行为会影响他人即可，但第三人意识或应当意识到他人的范围因其行为的异质性而有所不同。如卡纳里斯教授针对咨询提供人承担责任对象的认定提出两个标准：其一，如果咨询意见是为了用于某个项目，则该项目中所涉及的人均属于受信赖责任保护之人；其二，咨询提供人的责任在时

〔59〕 参见前引〔42〕，韩世远书，第167页。

〔60〕 参见尚连杰：《缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线》，载《法学家》2017年第4期。

〔61〕 “广义而言，缔约阶段诚信原则引起的所有义务皆可称作保护义务，即防止对方遭受财产或精神上的损失。”前引〔2〕，孙维飞文，第189页。

〔62〕 参见前引〔42〕，韩世远书，第174页。

〔63〕 参见云南省高级人民法院（2016）云民终7号民事判决书。

〔64〕 参见丁海俊：《债权法教程》，对外经济贸易大学出版社2011年版，71页。

〔65〕 Vgl. BGHZ 159, 1.

〔66〕 江苏省徐州市中级人民法院（2018）苏03民终1097号民事判决书。

间上应以特定项目为限,若咨询意见被用于其他用途,则其不负责任。由此观之,他人范围与第三人行为的目的有关,只要在其行为目的范围内所涉及之人,皆为第三人应意识到之人。

4. 第三人缔约过失行为与当事人损害间因果关系的认定

第三人缔约过失行为与当事人损失须具有因果关系,第三人须实质干预契约关系,即当事人因信任第三人而订立合同从而遭受信赖利益损失。鉴于此,二者间因果关系之认定以当事人信任第三人为关键。首先,当事人是否对第三人产生信赖,应采自身信赖标准,即根据当事人自身状况判断其对第三人产生信赖的可能性、其因信赖第三人而订立合同的可能性。其一,当事人是否对同一第三人产生信任因人而异。如专家责任中,相较于具备专业知识之人,一般社会公众更容易信赖专家的意见。其二,当事人对第三人的信赖为订立合同的原因力。即使当事人信赖第三人,亦可能存在订立合同的决定性因素为其他因素的情形。在“韦林诉利安达、中瑞岳华会计师事务所案”中,法院认为原告没有依赖被告的审计报告错失回购股权的最佳时机,被告的审计报告与原告的损失无关,而否定了相关责任。^{〔67〕}其次,当事人对第三人的信赖应具有合理性,并非只要当事人对第三人产生了信赖,第三人即应承担赔偿责任。若当事人基于不合理信赖进行交易,属于自甘风险。当事人的信赖是否合理取决于当事人是否在判断第三人及其行为可信度时尽到了合理注意义务,具体体现为当事人对第三人及其行为的综合考察。如在专家责任中,有学者指出:“第三人的信赖是否合理,要综合考虑各种因素来认定,主要包括四个方面:其一,专家意见的出具时间;其二,专家意见的保护范围,或者项目的保护范围;其三,专家意见是否是最终版本;其四,专家的保留性声明。”^{〔68〕}

(三) 第三人缔约过失行为侵权的归责原则厘定

具体第三人缔约过失行为是否适用过错推定责任原则,需基于过错推定责任的适用要求和立法目的予以解释。首先,依据《民法典》第1165条第2款,过错推定责任之适用以法律特别规定为准。对此,仅《证券法》第85条、第163条规定了相关主体的过错推定责任,未有法律特别规定时,第三人缔约过失行为应适用一般过错责任原则。其次,过错推定原则本质仍为过错责任,只是在适用过错原则下受害人难以举证时,方适用过错推定责任。^{〔69〕}其立法功能在于,通过加重加害人责任,使受害人处于有力诉讼地位,保护受害人合法权益。^{〔70〕}从《证券法》未对专家责任全然采过错推定责任,可窥探我国法对第三人缔约过失行为侵权的归责原则态度。《证券法》中仅两种情形适用过错推定责任:第一,发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员,违反信息披露义务的责任(《证券法》第85条);第二,证券服务机构违反勤勉义务的责任(《证券法》第163条)。而信息披露义务人违反信息披露义务(《证券法》第85条)、金融机构违反适当性义务(《证券法》第88条)的责任均未采过错推定责任,特别是第85条区分了不同主体的归责原则。由此可知,即使皆为《证券法》调整下的第三人缔约过失行为,亦存在不同归责原则,第三人缔

〔67〕 参见安徽省宣城市中级人民法院(2018)皖18民终975号民事判决书。

〔68〕 前引〔4〕,周友军文,第103页。

〔69〕 参见王利明:《侵权责任法》(第2版),中国人民大学出版社2021年版,第50页。

〔70〕 参见王成:《侵权责任法》(第4版),北京大学出版社2022年版,第47页。

约过失行为的归责原则未有统一为过错推定责任的倾向。此外，通过观察采过错推定责任情形的特征可知，过错推定场合相关主体的义务履行行为具有“隐秘性”，即从现有客观事实难以推断其义务是否履行，从而造成受害人举证困难。如证券服务机构的勤勉责任，证券服务机构出具的虚假记载文件无法直接说明其未尽勤勉责任，因该虚假记载可能为尽勤勉责任仍不能避免的，证券服务机构勤勉义务的履行不为受害人所明视。但金融机构适当性义务的履行则直面受害人，且其推荐的不适当金融产品即为违反注意义务的有力证明，受害人举证较为容易。针对不同缔约过失情形采不同归责原则，符合过错推定责任的立法目的。故此，法律未规定归责原则的第三人缔约过失行为一般采过错责任原则。

（四）第三人缔约过失行为侵权的责任形态辨析

司法实践中第三人缔约过失行为侵权的责任形态，主要为单独责任、连带责任、补充责任三种。其一，单独责任，第三人为一人，自己为自己的侵权行为承担责任。^{〔71〕}如“北京市方正公证处等与张喜发公证损害责任纠纷案”。其二，连带责任，除适用于共同侵权行为外，法律规定或当事人约定亦可适用连带责任。^{〔72〕}共同侵权行为包括两种情形：多数第三人共同缔约过失行为，第三人缔约过失行为与当事人行为构成共同侵权。如“大信会计师事务所、上海市锦天城律师事务所与北京四达星辰劳务服务有限公司、大公国际资信评估有限公司等证券虚假陈述责任纠纷”案，证券服务机构勤勉责任与五洋建设虚假陈述的缔约过失责任构成共同侵权，证券服务机构在其过错范围内对五洋建设公司的虚假陈述责任承担连带责任。^{〔73〕}其三，补充责任适用于提供机会的竞合侵权行为。^{〔74〕}竞合侵权行为，包括直接和间接侵权行为，分别对应直接和间接因果关系；提供机会的竞合侵权行为，进一步区分主行为和从行为，从行为给主行为的顺利实施提供了机会。^{〔75〕}此责任之适用以两个以上侵权行为为必要，且第三人缔约过失行为作为从行为应与当事人损失间有间接因果关系。在“上诉人河南省郑州市黄河公证处与被上诉人周学智、李贵岭、施永化借款合同纠纷案”中，侵权行为实施者仅黄河公证处一人，李贵岭、施永化与周学智之间为借款合同纠纷；且黄河公证处造成周学智的损失非未偿还的借款，而是为维护权益所支出的费用，故法院判决黄河公证处对借款及利息承担补充赔偿责任存在不当。^{〔76〕}

• 337 •

五、结 语

“法者，天下之程式也，万世之仪表也”。^{〔77〕}本文基于立法和司法实践问题，重点探讨了第三人缔约过失的责任性质及规则适用，希冀以此为“天下之程式”予以解读，为司法裁判提供参考，真正实现“法之万世仪表”。本文未涉及第三人缔约过失侵权的法律效果，但其亦为化解现

〔71〕 参见杨立新：《侵权责任法》（第2版），高等教育出版社2021年版，第301页。

〔72〕 参见程啸：《侵权责任法教程》（第3版），中国人民大学出版社2017年版，第137页。

〔73〕 参见中华人民共和国最高人民法院（2022）最高法民申364号民事裁定书。

〔74〕 参见杨立新：《中国侵权责任法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2018年版，第249页。

〔75〕 参见前引〔71〕，杨立新书，第313页。

〔76〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01民终20739号民事判决书。

〔77〕 《管子·明法解》。

实纷争必须探究之问题。根据《民法典合同编解释》第 6 条规定,第三人缔约过失行为侵权的法律效果为赔偿责任,且赔偿范围参照适用第 5 条缔约过失赔偿范围之规定,即赔偿范围主要包括合理费用等直接损失和因丧失其他缔约机会而造成的损失二者。但此规定是否合理,除此二者外是否尚包含其他损失,学界多有论争。如有学者认为缔约过失责任的赔偿范围仅指信赖利益损失,^{〔78〕}而有学者则认为履行利益亦可包含在内。^{〔79〕}第三人缔约过失侵权的赔偿范围如何参照适用缔约过失责任,二者赔偿范围存在何者特殊性仍需进一步思考。

Abstract: In order to adjust the third party's culpa in contrahendo, Article 6 of the Interpretation of the Contract Compilation of the Civil Code (Draft for Soliciting Opinions) adds "third party liability in contract formation". However, there are doubts about its nature and relationship with tort liability, which affects the determination of liability attribution methods. In practice, there are also problems in the relevant judgments of the court, such as confusion in the way of attribution, ambiguity in the scope of the subject of responsibility, ambiguity in the criteria for determining attributable behavior, and doubts about the form of responsibility. In fact, the "third party liability in contract formation" is different from the third party's culpa in contrahendo. It mainly plays a role in defining the connotation of the third party's culpa in contrahendo. This liability does not exist independently of tort liability. However, in specific identification, it should be noted that only those who obtain special trust from the relative party through the trust obtained in the legal act they engage in as a guarantee for transaction security can become responsible subjects. In addition, for the determination of the responsibility of a third party, the third party objectively needs to intervene in the contracting process and engage in behaviors that violate the principle of good faith. Subjectively, the third party must be aware that their actions will have an impact on others and causality should be linked by trust.

Key Words: third party's culpa in contrahendo, the third party's liability in contract formation, tort liability

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

〔78〕 参见崔吉子:《债法原理》,北京大学出版社 2021 年版,第 187 页。

〔79〕 参见前引〔55〕,王洪亮书,第 82 页。

合伙合同的四个维度

周江洪*

内容提要：作为《民法典》新增的典型合同，合伙合同具有异质性。作为法律行为，共同行为的特性决定了意思表示瑕疵导致的法律行为撤销、无效，在合伙合同领域具有特殊性。作为合同，合伙合同并不具有典型双务合同交换性的特点，合伙人之给付乃是统合给付，排除同时履行抗辩权、不安抗辩权、风险负担规则以及债务不履行解除制度的适用。作为典型合同，合伙合同规范在共同事业目的型合同及当事人三人以上的合同类型中的典型合同功能有待挖掘。作为组织型契约，合伙合同明显有别于交易型契约，当事人之间的相互协作、相互信任引发的、关涉组织的持续性、独立以及自律性的合同权利义务体系有待进一步完善。合伙合同的上述特质，亦凸显《民法典》合伙合同规范在法律行为相关规则适用、双务合同相关规则适用的排除方面，在入伙、除名、退伙等组织性规则建构方面仍然存在不足。

关键词：合伙合同 法律行为 双务合同 典型合同 组织型契约

• 339 •

依《民法典》第 967 条规定，合伙合同是两个以上合伙人为了共同的事业目的，订立的共享利益、共担风险的协议。关于合伙，《民法通则》曾从民事主体的角度对个人合伙和合伙型联营作出了规定。1997 年《合伙企业法》对合伙企业作了专门规定。2017 年制定《民法总则》时，删去了《民法通则》关于个人合伙和联营的规定，仅将要求依法律规定登记的合伙企业作为非法人组织予以确认（《民法典》第 102 条、第 103 条）。由于其要求依法律规定登记，也就意味着《合伙企业法》以外的合伙类型，特别是从协议角度、而不是从组织角度予以调整的合伙规范阙如。这是《民法典》将合伙合同作为典型合同予以规定的重要原因之一。从合伙立法变迁来看，无论是《民法通则》还是《合伙企业法》，其立足点都在于合伙的“组织性”，而非其“协议性”；而《民法典》合伙合同章则更多地立足于合伙人内部之间的关系，意味着其更多地带有“协议

* 周江洪，浙江大学光华法学院教授。

本文系中宣部文化名家暨“四个一批”人才工程项目成果。

性”。但是,即使偏重于合伙的“协议性”,也无法忽视合伙合同所具有的“组织性”特点,这是合伙合同区别于其他合同类型的重要特质之一。当然,所谓“合伙”,既有组织意义上的“合伙”,也有合伙合同意义上的“合伙”,《民法典》合伙合同章的“合伙”,指的是合伙合同意义上的“合伙”。总之,《民法典》规定的19类典型合同中,合伙合同具有其鲜明的个性,存在着完全不同于其他典型合同的异质性,具有明显的组织性与契约性相融合的特点。但与此同时,既然作为合同之一,合伙合同仍然是需要意思表示的法律行为,仍然是合同类型之一,同时更是《民法典》规定的典型合同之一,需要从各自的侧面来进一步观察合伙合同的特点。虽然在《民法典》编纂过程中有不少意见建议就合伙合同是否适用《民法典》总则编法律行为相关规则、是否适用《民法典》合同编通则相关规则作出规定,^[1]但《民法典》合伙合同章并未很好地回应此等问题,而只能留待学说和实务的进一步发展。以下就从合伙合同的四个维度对合伙合同性质及其法律适用作进一步的剖析。

一、作为法律行为的合伙合同

合伙合同,首先是法律行为,需以意思表示为之。与通常的法律行为一样,合伙合同基于双方或者多方的意思表示一致而成立(《民法典》第134条)。合伙人仅为两人时,为双方意思表示一致;合伙人为两人以上时,则为多方的意思表示一致。对于法律行为,行为人非依法法律规定或者未经对方同意,不得擅自变更或者解除民事法律行为(《民法典》第136条第2款),当事人协商一致,可以变更合同(《民法典》第543条)。也就是说,若依当事人意思变更合同等法律行为,除非法律特别规定,通常需要全体当事人之间意思表示一致。在合伙合同中,合伙合同的成立虽然需各方意思表示一致,但合伙合同的变更,属于合伙事务之一,“合伙人就合伙事务作出决定的,除合伙合同另有约定外,应当经全体合伙人一致同意”(《民法典》第970条)。可见,就合伙合同具体条款的变更,合伙合同另有约定的,存在着采取多数决方式予以决定的可能,而并不一定需要全体合伙人意思表示一致。若是依照约定以多数决方式对合伙合同作出变更,则可归入《民法典》第134条第2款意义上的“决议”,适用决议相关的规则。^[2]此处仅就合伙合同订立时的法律行为构造做分析。

民事法律行为能力方面的欠缺与合伙人资格问题,是法律行为方面面临的首要问题。在合伙人资格上,同样受限于法律行为能力的要求。若是以无民事行为能力人为合伙人,依《民法典》第144条,此等合伙合同无效。若是以限制民事行为能力人为合伙人,则依《民法典》第145条处理。但是,对于法定代理人对限制民事行为能力人订立的合伙合同的同意或者追认,如果涉及类似于成立合伙企业这种概括性、持续性经营的合伙合同,由于涉及行为能力不足者的全部财

[1] 参见周江洪:《关于〈民法典合同编〉(草案)(二次审议稿)的若干修改建议》,载《法治研究》2019年第2期。

[2] 当然,决议与意思表示合致的法律行为尚有不同。例如,关于公司决议,有观点认为,行为法规则无法回应公司决议的团体性,也与组织法的原则和价值相矛盾。法律行为制度以契约为原型,其规范重心在意思与表示的一致及双方意思表示的一致。公司决议制度则调整公司意思的形成,亦即部分成员或机关成员的意思如何成为公司的意思从而约束全部。公司决议本质是“公意”,而非“合意”。参见周淳:《组织法视阈中的公司决议及其法律适用》,载《中国法学》2019年第6期。

产，后果要严重于《民法典》第35条第1款规定的“处分被监护人的财产”。此时，基于最有利于被监护人的原则，应认为法定代理人超越代理权限，或者认为不能予以有效的同意或追认。^{〔3〕}《合伙企业法》第14条规定合伙企业中的合伙人需要有完全民事行为能力，也是有此种考虑。当然，参加合伙企业与从事一般的民事活动毕竟有很大的不同。订立合伙协议、设立合伙企业不仅是一项重要的投资活动，需要各合伙人之间合伙经营、共担风险，还要求各合伙人必须为合伙企业的债务承担无限连带责任，所以这种投资决策以及随之而来的经营活动既关系到投资人个人全部财产的安危，也影响到其他合伙人的利益。既然如此，对于订立合伙协议、设立合伙企业以及参与合伙企业的经营等重大事务，就远非无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的智力与经验所及。可见，原《合伙企业法》第9条（现《合伙企业法》第14条）突破了《民法通则》和《合同法》关于限制民事行为能力人经其法定代理人同意或追认后可以从事民事活动的规定，要求合伙人应当是完全民事行为能力人，显然是有相应的立法政策基础的。^{〔4〕}尽管在《合伙企业法》上有完全民事行为能力之要求，但就《民法典》合伙合同而言，因合伙事业目的的多样性，限制行为能力人是否得以成为合伙人，仍然需要根据《民法典》第145条规定，依所从事的共同事业的情况、合伙人责任风险、合伙期限等予以具体判断，判断其是否得以从事与其年龄、智力状况相适应的法律行为。

法律行为的核心要素在于意思表示，故意思表示瑕疵相关的法律行为效力规则是否得以适用于合伙合同领域是不可回避的问题之一。对此，有观点认为应当区分合伙是否开始其事业并与第三人发生交易关系来判断订立合伙合同的意思表示瑕疵效力问题。若在合伙开始其事业并与第三人发生交易关系之前，关于无能力及意思表示的总则编规定适用于合伙。其中，如果是三人以上合伙人缔结合伙契约之情形，其中一人的意思表示因瑕疵而无效或被撤销时，此时并不是仅仅该人脱离合伙关系，除非可以认定由剩下的人成立合伙这一意思，原则上应理解为合伙契约全部失去其效力。如果是在合伙开始其事业并与第三人发生交易关系之后，则着眼于交易关系及从信赖合伙这一外形的第三人来说，应类推商法关于设立无效之诉或者设立撤销之诉使得公司的存续面向将来解散的精神，意思表示瑕疵之人可以以此为由退伙，此时虽然可以依民法一般原理请求返还，但在与第三人的关系上与通常的退伙合伙人负同样责任；当然，因无行为能力而退伙的，则不负此等责任。^{〔5〕}我国学理上亦有借鉴该观点主张区分交易前后予以判断者，认为当三人以上订立合伙合同时，其中一人的意思表示具有效力瑕疵而无效、被撤销或者确定不发生效力，基于合伙合同的特殊信任关系，可以考虑认为合伙合同全部丧失效力，而在其他合伙人之间也不能发生效力，除非可以认为其他合伙人有成立合伙的意思。即使合同效力仍然在其他合伙人之间发生，但其他合伙人可以因该重大事由而解除合伙合同。^{〔6〕}但是，笔者认为，就合伙人一人之意思表示瑕疵是否影响合伙的存续，原则上应当是合伙人意思表示及合伙合同的解释问题；而且，

• 341 •

〔3〕 参见王轶等：《中国民法典释评 合同编 典型合同》（下卷），中国人民大学出版社2020年版，第596页。

〔4〕 参见戴孟勇：《未成年人及限制民事行为能力人的合伙行为能力问题》，载《人民司法》2004年第8期。

〔5〕 参见〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义 V3：债权各论》（中卷二），周江洪译，中国法制出版社2008年版，第230-232页。

〔6〕 参见朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期。

社团法人等之所以需考虑存续与否的问题，主要原因在于与第三人进行交易的效果归属于社团法人本身，而对于合伙来说，与第三人交易的效果归属于全体合伙人，是合伙人之间的“合有”〔7〕性的归属，其实质上就是归属于各个合伙人，并不以团体之存在为必要。因此，合伙人一人之意思表示瑕疵是否影响合伙合同的存续，应当由剩余合伙人之意思的解释而定。〔8〕对于此等学理争议，2017年修改后新增的《日本民法典》第667之3条规定：“合伙人之一人存在意思表示无效或撤销之原因时，于其他合伙人间，亦不得合伙合同之效力。”据此，受有意思表示瑕疵之合伙人，无论是否与第三人开始交易前后，均得以主张无效、撤销等，只是此等无效、撤销并不妨碍其他合伙人之间的合伙合同效力。〔9〕我国《民法典》对此并未作出规定，但因合伙人之一存在意思表示瑕疵事由而撤销或无效之情形，其实质上是合伙人之一的退伙，可以参照退伙予以处理，原则上并不妨碍其他合伙人之间合伙合同的效力。对此，《合伙企业法》就行为能力欠缺问题作出规定，合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙（《合伙企业法》第48条第2款）。该规定实际上考虑了民事行为能力欠缺者的保护与合伙企业作为组织体存续之间的利益平衡。不仅如此，《民法典》合伙合同章也仅将合伙人丧失民事行为能力等作为合伙合同终止的事由，而并未对其他效力瑕疵作出考量，属于立法“留白”的领域，据此也可以认为《民法典》合伙合同章亦得以考量合伙合同的组织型契约特点，以合伙合同关系的存续作为其原则。当然，在因某一合伙人的意思表示瑕疵而撤销、无效，并进而参照退伙处理时，若因此导致出现合伙协议约定的合伙目的无法实现等事由，其他合伙人亦可解散合伙（参见《合伙企业法》第85条）。

• 342 •

二、作为合同的合伙合同

依《民法典》第463条“本编调整因合同产生的民事关系”的规定，《民法典》合同编通则作为合同法总则性规定，理论上应同样适用于合伙合同。但有观点认为，契约法总则的规定乃是关于当事人交换给付场合的规定，而如同合伙这样为了全体当事人共同目的而统合给付的情形，不适用契约法总则才是合理的。〔10〕其中最为重要的就是双务合同相关规则的不适用，尤其是同时履行抗辩权、风险负担、合同解除方面的规定应不予适用。事实上，因为合伙人不履行合伙契约上的债务时，并不应依解除来处理，将其作为除名、退伙、解散等团体组成变动的事由来处理才是合适的。〔11〕我国学理上亦有认为，原则上不适用一般规则，只有在基于合伙合同中不同给付义务之间的关系，产生了与典型双务合同类似的利益基础时，才可以适用一般规则；因此，就

〔7〕关于“合有”，有学说认为，日本学者所谓的“合有”其实就是德国学者所讲的“共同共有”，而德国学者所谓的“共同共有”与我国物权法及理论上的“共同共有”其实也是一样的。参见李永军：《民事合伙的组织性质疑——兼评〈民法总则〉及〈民法典各分编（草案）〉相关规定》，载《法商研究》2019年第2期。

〔8〕岡本裕樹「典型契約としての組合契約の意義」法政論集254号（2014年）723頁参照。

〔9〕河上正二「債権法講義〔各論〕第2部第10章組合（2）」法学セミナー786号（2020年）84頁参照。

〔10〕参见前引〔5〕，我妻荣书，第226页。

〔11〕参见前引〔5〕，我妻荣书，第230页。

出资义务的履行抗辩权，应区分是否为两人合伙或两人以上合伙、区分是否已有合伙人出资作区别对待。同时认为，合伙人之间的出资义务不存在交换关系，因此，即使只有两个合伙人，也应当认为这不属于《民法典》第568条第1款中“当事人互负债务”的抵销要件。^{〔12〕}另有观点则主张，有必要通过司法解释对合伙合同中的出资义务抗辩权进行明确规定，主要是规定在合伙人人数较少并且没有对外从事经营活动的情况下，其他合伙人有抗辩权，在其他情况下不得行使出资义务的抗辩权。^{〔13〕}亦有不少观点主张双务合同中的抗辩权在合伙中不能行使，认为民事合伙虽然是一种纯粹的契约关系，但这种契约关系具有不同于一般契约的特殊性，不能适用同时履行抗辩、不安抗辩等合同法上的抗辩权。^{〔14〕}还有观点认为合伙合同本质上是一种共同行为，而非双务合同，某一合伙人履行其出资义务不是为了换取另一方的对待给付，也不是为了使另一方履行出资义务，而是为了共同的目的从事合伙经营活动，因此，在一方不履行其出资义务时，其他合伙人不能主张双务合同的同时履行抗辩权。^{〔15〕}与此不同，我国学界长期以来主张合伙合同为双务合同。例如，有观点认为，合伙人有经过协商确定的对等义务，因而它又是双务合同。但同时特别指出，合伙人的义务不仅像一般双务合同那样，有对价的特点，而且内容也是相同的，如都负有出资的义务。这是其他双务合同不具有的特点。^{〔16〕}《民法典》颁布后新修订的相关教材也认为，合伙合同当事人享有权利，以履行相应的义务为代价，各合伙人的出资义务互为对价，合伙合同为诺成性合同、双务合同、有偿合同、不要式合同。^{〔17〕}

合伙合同是否为双务合同，关键在于双务合同的界定问题。对此，通常认为，双务合同指的是双方当事人互负具有对价意义的债务的合同，或者说双方互负具有给付与对待给付关系之义务的合同。双务合同的特色在于双方债务间的牵连关系或牵连性。^{〔18〕}对于合伙合同中合伙人义务之间的牵连性，各学说多不否认，但持非双务合同说的多认为合伙人义务相互之间并不具有互为交换交付的交换性，因此合伙合同并非双务合同。^{〔19〕}有观点认为，在典型的双务合同中，首先当然要求当事人的给付义务之间存在对价关系（牵连性），在合伙合同中也同样存在这种特征，例如合伙人出资的给付义务与其他合伙人出资的给付义务之间是相互依赖的。但是，在典型的双务合同中，当事人之间的给付义务还具有交换性，是为了各自的利益而交换给付，例如在买卖合同中，买方支付价款是为了获得卖方的交付并转移所有权。在合伙合同中，合伙人是“为了共同的事业目的”，是为了全体合伙人的利益而统合给付为目的，不限于一次性的或者具体化的交换，而是针对一个动态程序中的共同目的。^{〔20〕}或者认为，合伙人履行出资义务不是为换取其他合伙人的对价，而是由各

• 343 •

〔12〕 参见前引〔3〕，王轶等书，第601—603页；前引〔6〕，朱虎文。

〔13〕 参见张其鉴：《股东出资义务的请求权主体研究——兼评〈民法典〉合伙合同、利他合同条款》，载《法商研究》2022年第1期。

〔14〕 参见李永军：《合同法》（第6版），中国人民大学出版社2021年版，第417页；前引〔7〕，李永军文。

〔15〕 参见王利明：《合同法》（下册），中国人民大学出版社2021年版，第438页；谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注：合同编 典型合同与准合同4》，中国法制出版社2020年版，第480—481页。

〔16〕 参见王家福、谢怀栻等：《合同法》，中国社会科学出版社1986年版，第390页。

〔17〕 参见魏振瀛：《民法》（第八版），北京大学出版社、高等教育出版社2021年版，第574页。

〔18〕 参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第76页。

〔19〕 参见前引〔5〕，我妻荣书，第226页。

〔20〕 参见前引〔6〕，朱虎文。

合伙人履行出资义务后形成共同的合伙财产,为实现共同事业目的奠定物质基础。合伙人实际上是通过合作的方式指向共同的目的,而非站在对立的角度进行等价交换。^[21] 据此,合伙合同并非双务合同。^[22] 但是,亦有学说认为,决定是否为双务合同的,并非存在交换关系债务的相互负担,而是当事人之间“因对方负担债务则自己也负担债务”的债务之间的相互牵连性,并不能以给付的非交换性否定其双务合同性质。而且,各典型合同是否适用合同编通则的规定,应根据合同编通则的具体规定逐一判断。不仅仅是合伙合同,就其他典型合同而言,合同编通则的规定也并非都得以适用,仍然需要根据各典型合同的性质和合同编通则的具体规定具体判断。^[23] 另外,也有一些合同法教科书只强调双务合同中的“互为原因”性。即一方承诺作出主给付恰恰是为了、也仅仅是为了得到另一方作出对待给付的承诺,是“我给你是为了你给我”的意义上相互关联。^[24]

虽然对双务合同的理解与界定不同会导致合伙合同是否为双务合同的结论不同,但即使认为合伙合同是双务合同,也通常会认为其不同于一般的双务合同。合同编通则有关双务合同的规定对合伙合同并不予以适用。例如,在合伙合同不适用债务不履行合同解除和风险负担规则问题上,并无多大争议;而对于合伙人出资的同时履行抗辩权问题,则不管是持双务合同说还是非双务合同说,其争论也只是个别情形的同时履行请求权的肯定与否问题。^[25] 对此,2017年修订后新增的《日本民法典》第667条之2条明确规定:“(1)第533条及第536条之规定,不适用于合伙合同。(2)合伙人,不得以其他合伙人不履行基于合伙合同之债务为理由,解除合伙合同。”据此,在日本民法上,合伙合同不仅不适用债务不履行的解除,也不适用《日本民法典》第533条规定的同时履行抗辩权和第536条规定的风险负担规则。从这层意义上来说,至少在日本民法上,合伙合同越来越远离有偿双务合同的观念。当然,就出资瑕疵而言,若用于出资的标的物存在瑕疵,补救措施请求权及损害赔偿请求权等确保出资履行的合同编通则制度,在合伙合同中亦可适用。^[26]

《民法典》对合伙合同是否适用双务合同的相关规则并未作出规定,反倒是在《民法典》976条规定了不定期合伙合同的任意解除制度。但是,该“解除”并非《民法典》第563条意义上的“解除”,而是合同的终止。虽然关于任意解除权的行使、解除方式、时间等,适用《民法典》第565条关于解除权的一般规定,但该解除乃是面向将来发生效力,其具体效力依《民法典》第566条第1款予以确定。^[27]

关于合伙合同的解除,除了不定期合伙合同的任意解除,亦有观点主张得以适用债务不履行情形的法定解除。例如,有观点主张,合伙人迟延履行出资义务,经催告后在合理期限内仍未履

[21] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(四)》,人民法院出版社2020年版,第2736页。

[22] 当然,亦有观点认为,合伙合同为非交换性的双务有偿合同,认为其仍然是双务有偿合同,原因在于,合伙合同的债务合同属性使得合伙人互负促进义务,尤其是互负出资义务,从而在此之间形成对价关系。参见龙卫球:《中华人民共和国民法典合同编释义》(下册),中国法制出版社2020年版,第1100页;严城:《民法典合同编(草案)合伙合同的成功与不足》,载《法治研究》2019年第1期。

[23] 参见前引[8],岡本裕樹文,第732页。

[24] 参见〔德〕海因·克茨:《德国合同法》,叶玮昱、张焕然译,中国人民大学出版社2022年版,第149页。

[25] 参见前引[8],岡本裕樹文,第732-734页。

[26] 参见前引[9],河上正二文,第84页;前引[3],王轶等书,第608页。

[27] 参见前引[3],王轶等书,第648页。

行，或者迟延履行出资义务，致使不能实现合同目的，其他合伙人可依据《民法典》第563条第1款解除合同。^{〔28〕}或者认为，合伙人未出资或未适当出资，符合约定或法定解除条件的，其他合伙人可解除合伙合同；合伙合同解除的，合伙合同的权利义务终止，并依《民法典》第978条规定的合伙合同终止的清算程序处理。^{〔29〕}但笔者认为，从合伙合同的特点来看，关于债务不履行的合同法定解除规则并不应予以适用。例如，若数十个合伙人之间订立的合伙合同，因合伙人之一未履行出资义务，且符合《民法典》第563条第1款法定解除之要件，其他合伙人之一以此为由要求解除合同，而另外的其他合伙人则希望维持合伙合同关系。若得以适用法定解除，意味着合伙合同的终止和合伙的解散。此时用解除的原理并不妥当，也不符合合伙合同具有组织型契约的特点。此时，即使能够适用关于解除的规定，此等解除权的行使亦应服从于解除权不可分原理，由其他合伙人共同“解除”。若是如此，其实质就是“除名”。因此，从这层意义上来说，此时依不同的构成要件，通过除名、退伙、解散合伙等合伙特有的方式予以救济更为妥当，更符合合伙的构造。

另外，部分观点将《合伙企业法》中规定的退伙、除名等事由亦作为合伙合同法定解除权产生的事由或法定终止事由；同时认为合伙合同另有约定或者合伙人另有约定时，可以认为该解除效果仅针对行使解除权的部分合伙人发生，合伙合同继续在其他合伙人中存续。^{〔30〕}不少观点认为，合伙合同同样发生其他合同一样的法定解除问题。^{〔31〕}该观点的实质在于坚持《民法典》合伙合同规范的契约型合伙本质，认为发生退伙、除名等事由，或因解除权行使而导致合伙合同终止，或者直接发生合伙合同终止；但当事人另有约定时除外。笔者认为，将《合伙企业法》规定的退伙、除名等涉及团体成员变动的组织性规则，非要借助“解除”的通道适用于合伙合同之中，不仅会造成“解除”概念含义的混乱，而且在“解除”的法律效果方面，还需要与退伙、除名等规则进行权衡，徒增混乱。合伙合同，原则上不适用因债务不履行解除的规则。而除名等事由中，明显存在着不履行出资义务等债务不履行的情形（参见《合伙企业法》第49条），也为采取非“合同”类的救济提供了重要的途径。更为妥当的方法，应当是在立法上规定合伙合同中的退伙、除名等规则；退而求其次的方法，则是参照适用《合伙企业法》的退伙、除名等规则予以填补漏洞，但在填补漏洞时，需注意《民法典》合伙合同章规范的体系协调。

• 345 •

从合伙合同不同于双务合同的特性以及同时履行抗辩权、不安抗辩权、风险负担规则、债务不履行解除的制度目的来看，笔者认为合伙合同并不适用此等规则。^{〔32〕}而对于合同编通则中规定的其他规则，原则上仍应适用，但应根据各具体规则的制度目的及合伙合同的特性具体判断是

〔28〕 参见前引〔3〕，王轶等书，第609页。

〔29〕 参见徐涤宇、张家勇：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社2022年版，第997页。

〔30〕 参见前引〔3〕，王轶等书，第653页。

〔31〕 例如，不少观点将“解除合同”作为合伙合同终止的原因之一。参见前引〔17〕，魏振瀛书，第576页；黄薇：《中华人民共和国民法典合同编解读·下》，中国法制出版社2020年版，第1545页。

〔32〕 有观点认为，合伙合同的共同行为性决定了，不存在危险负担规则是否适用于合伙合同的问题，而只是使得因发生不可归责于自身事由无法出资的人无法成为合伙人而已。参见前引〔15〕，谢鸿飞、朱广新主编书，第484页。另外，亦有观点认为，无需就合伙人出资义务相关的风险负担规则作出规定，通过《民法典》第563条第1款第1项中的法定解除权统一解决即可。参见前引〔3〕，王轶等书，第609页。但就后一观点而言，会涉及合伙合同的“解除”能否适用《民法典》第563条规定的问题。笔者认为，无论是因不可抗力等不可归责于合伙人的事由引起的出资义务履行不能，抑或是因其他债务不履行引起的出资义务违反，并不适用法定解除的规定，而应当参照适用退伙规则予以处理。

否得以适用。例如,关于合同权利义务移转的规定,在合伙合同领域的适用也应当谨慎,合伙人以合同当事人的身份移转权利义务时,应当适用关于退伙与入伙的规则。《民法典》第974条为此规定了合伙人转让财产份额的规则。

三、作为典型合同的合伙合同

在《民法典》编纂过程中,是否新增典型合同以及如何新增典型合同,曾有各种观点。但立法机关经研究认为,在现实的社会经济生活中,合同类型多种多样,适应社会发展和纠纷处理的需要,适当增加新的合同类型是必要的,但并非所有合同类型都需要在合同编中加以规定,从立法技术的角度看,也不可能做到这点。原则上讲,应当作为典型合同加以规定的合同类型,须满足以下条件:一是合同的典型性,即该类合同要么适用比较普遍,要么问题较为突出;二是问题的特殊性,即该类合同涉及的问题较为特殊,适用合同编通则中的规则难以完全解决,需要作出特别规定;三是规则的可抽象性,即对该类合同的规则没有多大争议,且较为成熟,从立法技术上可以抽象提炼出来;四是规则的缺失性,即对该类合同,还没有法律作出专门的规定。基于此等考量,关于合伙合同,立法机关认为,实践中,民事主体通过签订合伙合同以实现共同事业目标的情形大量存在,且与其他合同相比,合伙合同中当事人的权利义务内容较为特殊,法律有必要对此加以规定。《民法通则》规定了个人合伙,个人合伙既包括民事合伙,也包括商事合伙。我国的《合伙企业法》主要规定了商事合伙。《民法典》实施后,《民法通则》被废止,商事合伙可由《合伙企业法》继续调整,但民事合伙将无处归依。为了解决这个问题,同时也为了更好地规范实践中存在的大量民事合伙合同关系,合同编专章规定了合伙合同,具体规定了合伙人之间的权利义务、合伙事务的执行等内容。^[33]

但在考虑典型合同的规则设计时,不仅仅是要确定某一类型合同是否得以成为《民法典》上的典型合同,同时也需要考虑典型合同的功能。典型合同具有设定依据框架、分析基准等诸多功能,^[34]更为重要的是,关于某典型合同的规范,不仅仅适用于该具体合同类型。在符合该类型合同相关规范旨趣的限度内,得以通过直接适用、准用或参照适用等方式补充当事人之间的具体合同内容,同时也是合同解释时的重要指南。事实上,《民法典》第467条第1款也规定:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”得以参照“最相类似合同的规定”这一规则,为各典型合同相关规范发挥更大作用奠定了规范依据。也就是说,即使某一合同并非严格意义上的合伙合同,特别是当事人从事共同事业目的的合同并不限于合伙合同形式,对于那些重视共同事业目的的合同类型等来说,合伙合同也就有可能具有典型合同的重要意义。不仅仅对于以共同事业为目的的合同具有“模型”或“典型”的意义,合伙合同还可以发挥三个当事人以上的合同类型的“模型”或“典型”的作用。^[35]就这方面而言,究竟合伙合同相关规范中哪些可以适用或可以参照适用于以共

[33] 参见石宏:《合同编的重大发展和创新》,载《中国法学》2020年第4期。

[34] 参见周江洪:《典型合同与合同法分则的完善》,载《交大法学》2017年第1期。

[35] 参见前引[8],岡本裕樹文,第753页。

同事业为目的的合同类型，哪些可以适用或可以参照适用于三个当事人以上的合同类型，仍有待学说和实务进一步发展。但至少可以考虑，从合伙的“共同事业目的”性质出发，合伙人之间的损益分配规则、狮子合伙（societas leonina）的禁止等等，在其他共同事业目的型合同中都有参照适用的余地。例如，有观点就认为，对于公司成立过程中的发起人协议，在公司不能成立时应适用关于合伙合同的法律规定而不能适用《合伙企业法》的规定。^{〔36〕}而对于三个当事人以上的合同类型，合伙合同中关于多方意思表示一致的合同成立及意思表示瑕疵规则、同时履行抗辩权等双务合同规则的讨论，同样具有典型合同功能上的意义，得以作为参照对象予以参照适用。也正是从这层意义上来说，合伙合同不仅仅是区别于其他合同类型的合伙合同自身的“典型合同”，同时也是相类似合同的“典型合同”。

四、作为组织型契约的合伙合同

在《民法典》编纂过程中，有不少文献从如何区分《合伙企业法》为代表的合伙组织体和《民法典》为代表的合伙合同角度，就合伙及合伙合同的组织性作出探讨。^{〔37〕}对此，有观点认为，民事合伙的合伙协议也具有一定的组织规则的属性。因为民事合伙并不纯粹是一种单纯的合同关系，也可能具有组织体的属性，所以，合伙协议的成立也可能成为形成组织体的基础，从而发挥组织规则的功能。所谓组织规则，是指确定组织体及其成员内部和外部关系所应当遵循的规则。某一组织体制定组织规则的本质在于为主体资格的确认提供制度框架，明确组织决策与管理的协商机制，并为与该组织体进行交往的第三人提供保障。合伙协议在合伙组织中实际上发挥了类似于公司章程的组织规则的作用。就对内责任而言，合伙的双重属性决定了合伙人违反合伙协议的双重责任。即，一方面，合伙人违反合伙协议需要对其他合伙人承担相应的责任。此种责任仍然属于典型的债务不履行的责任。另一方面，违反合伙协议的合伙人需要对合伙组织体承担责任。所谓违反合伙协议的责任，是指合伙人违反法定或约定的义务，而应对其他合伙人及合伙组织体承担的责任。^{〔38〕}

实际上，笔者此处所谓的合伙合同作为组织型契约，除了组织体意义上的“组织性”，还存在着替代市场功能的组织功能的“组织性”。在《民法典》规定的合同类型中，既存在着以买卖为代表的权利移转型合同、以租赁为代表的财产利用型合同、以委托合同为代表的服务型合同，也存在着以合伙为代表的“组织型”合同类型。组织型合同，以实现共同利益、且在特定情形形成组织体为目标。从合伙合同来看，一方面存在着将各合伙人聚在一起从事共同事业的特点，另一方面，也存在着将各合伙人的财产聚集为合伙财产的特点，存在着人与财产的集合，因此具有一定的共同体特征。虽然组织性存在着强弱之分，既存在着像合伙企业一样的具有较强组织性的非法人组织，也存在并不以形成组织体为目标的较弱组织性的合伙合同，但其具有一定的组织性本身无法否定，均是以共同事业为目标将人与财聚集起来。当然，“组织型”合同乃是与“交易

• 347 •

〔36〕 参见前引〔7〕，李永军文。

〔37〕 参见王利明：《论民法典对合伙协议与合伙组织体的规范》，载《甘肃社会科学》2019年第3期；前引〔7〕，李永军文。

〔38〕 参见前引〔37〕，王利明文。

型”合同相对应的概念，但实际上这亦是一个相对动态分类。按照“组织性”的强弱，既存在一般的买卖一样的较弱组织性的“交易型”契约，也存在着合伙合同一样的组织性较强的“组织型”契约，同时也存在着两者的中间状态，如保险合同、持续性买卖、连锁合同等“中间型”契约。^{〔39〕}就“组织型”契约来说，组织性越强，当事人相互协作的必要性也就会增强；当事人之间越是追求持续性合作关系，当事人之间的人身信任关系等就会越强，进而在协作义务、合同终止等方面都会表现出不同于“交易型”契约的诸多特点。但就“组织型”契约整体而言，我国学界和实务界关注的并不多。从这层意义上来说，若就合伙合同中各合伙人围绕共同事业目的而形成的诸多权利义务关系作出梳理，特别是对组织性相关的组织的持续性、独立性，以及组织的自律性相关的权利义务关系作出分析，对于组织型契约的认识也会得到进一步的深入，进而也更能发挥前述合伙合同作为典型合同的重要意义。

论及合伙合同的组织性，势必会涉及《民法典》合伙合同章与《合伙企业法》相关规范之间的关系。一般来说，《民法典》合伙合同章的规定着重于合伙人之间的内部关系，主要是从合同的角度对合伙作出规范，但也涉及合伙财产、合伙事务执行、合伙债务的承担等诸多涉及外部关系的规范，具有一定的组织性。《合伙企业法》着重合伙企业这一组织体的规范，更多的是从主体角度对合伙作出规范，但也部分涉及合伙协议等。对此，有观点指出，商事合伙契约性与组织性（团体性）这一双重属性决定了商事合伙应通过《民法典》和商事单行法共同调整：商事合伙的主体地位需由《民法总则》加以确立，《合伙企业法》作为特别法将专门调整商事合伙。《民法典》与单行法分别调整商事合伙的立法模式具有内在合理性且符合域外法经验，《民法典》编纂后仍应当予以坚持；就法律适用顺位而言，商事合伙的法律适用秉承特别法优先于普通法的规则，《合伙企业法》优先于《民法典》适用，《民法典》同时具有补充法的性质。^{〔40〕}类似的观点认为，《民法典》总则编确立了合伙企业的独立民事主体地位，为该类主体广泛从事市场交易活动奠定了基础。《民法典》合同编调整民事合伙法律关系，侧重合伙的内部关系，是处理合伙法律关系的一般规定。《合伙企业法》则全面规定了合伙企业内外部关系规则，属于对商事合伙的特别规定。^{〔41〕}有观点亦主张《民法典》合伙合同规范的一般法地位，认为《合伙企业法》作为特别法优先于一般法，如果《合伙企业法》没有规定或规定不明，则适用《民法典》关于合伙合同的规定。但同时也认为，《合伙企业法》与《民法典》合伙合同章是分别规范不同合伙类型的，《合伙企业法》的有关规定不宜简单套用在合伙合同关系之中，对于那些较为长期性的合伙合同，如其已形成较为正式的管理制度，则完全可以适用《合伙企业法》有关规定，但应灵活处理。^{〔42〕}另有观点则认为，与《合伙企业法》以形成组织的合伙（组织型合伙）为预设对象不同，《民法典》合伙合同一章的规范以未形成组织的合伙（合同型合伙）为预设对象，这决定了《民法典》中合伙合同有关合伙财产的归属、合伙债务的承担、合伙出资的价值确定以及入伙和退伙等方面的诸多具体规范与《合伙企业法》有明显差异。《民法典》中合伙合同的预设

〔39〕 大村敦志『新基本民法5契約編』（第2版）（有斐閣、2020年）（Maruzen eBook Library 電子書）175頁參照。

〔40〕 參見前引〔37〕，王利明文。

〔41〕 參見前引〔21〕，最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組書，第2733頁。

〔42〕 參見前引〔15〕，謝鴻飛、朱廣新主編書，第474—475頁。

对象与《合伙企业法》的预设对象分别构成了合伙类型光谱中的两个极点，大量中间类型的合伙根据其组织性的强弱个别考量适用或者类推适用何种规范，从而使得规范的适用更为灵活和更为符合当事人的利益安排，实现规范的最大体系效益。根据上述组织性的判断因素，具体类型合伙的组织性越强，越有理由类推适用《合伙企业法》的规范和《民法典》中非法人组织的规范；组织性越弱，越有理由类推适用《民法典》中合伙合同的规范。因此，也很难将《民法典》合伙合同的规范简单地认为是一般性规范，而将《合伙企业法》中关于合伙协议的规范认为是特别规范，否则就会出现一般性地适用《民法典》合伙合同规范的结果，丧失适用上的灵活性。^{〔43〕}从目前的学说探讨来看，如何协调《民法典》合伙合同章中有关规范与《合伙企业法》相关规定的适用关系，仍有待在个案中根据具体案情做分析。但不管如何，《民法典》第467条关于无名合同得以参照适用“其他法律最相类似合同的规定”这一原理，在合伙合同领域亦可以适当借鉴。合伙合同属于《民法典》规定的典型合同，并不构成《民法典》第467条意义上的“本法或者其他法律没有明文规定的合同”，但因《民法典》合伙合同章规则的阙如，在特定情形参照适用《合伙企业法》的规则也是当下不得不选择的变通路径之一。《合伙企业法》关于合伙协议及合伙人之间权利义务关系的相关规范，恰恰构成了“其他法律最相类似合同的规定”。当然，在参照适用时，仍然需要根据特定的案情以及拟参照适用规范的立法目的等作出是否得以参照适用的慎重探讨。

五、结 语

• 349 •

上述四个维度意义上的分析表明，合伙合同具有独特的异质性，具备不同于其他典型合同的典型合同功能，《民法典》将其作为典型合同予以规定具有重要意义。但与此同时，正如有学说所主张的那样，《民法典》合伙合同的规范以何种类型的合伙作为预设对象，不同法域都有不同的预设。《德国民法典》关于合伙的规定侧重于合同性，而《德国商法典》关于普通合伙的规定侧重于主体性；《意大利民法典》和我国台湾地区“民法”关于合伙的规定更多地体现主体性；《瑞士债务法》区分规定了单纯合伙和普通合伙，前者强调合同性，后者强调主体性。而我国《民法典》中的合伙合同规范，以未形成组织的合伙为预设对象，与《合伙企业法》相结合能够发挥最大的体系效益，并通过代理制度解决未形成组织的合伙的对外行为效果归属问题。^{〔44〕}但从总体上来说，《民法典》合伙合同规范虽然侧重其合同性，但制度供给明显不足，特别是关于合伙合同区别于其他合同的规范明显偏少，出现“契约化不足”的现象；与此同时，因刻意强调其合同性，忽略了入伙、退伙、散伙等方面的组织性规范，在法律适用上不得不求助《合伙企业法》等。^{〔45〕}《民法典》合伙合同章规则“契约化不足”和“组织性规范缺失”，就会导致在法律适用和学理上出现不少争议点。也正是存在着这样的立法背景，在理解和适用《民法典》合伙合

〔43〕 参见前引〔6〕，朱虎文。

〔44〕 参见前引〔6〕，朱虎文。

〔45〕 有观点指出，合伙人的退伙、解散和清算应当拥有独立的规定或者类推适用《合伙企业法》。参见谢立敏：《民事合伙的体系勘误和适用完善》，载《经贸法律评论》2021年第5期。

同规范时，要时刻注意把握合伙的组织性和契约性双重法律属性，^{〔46〕}要谨慎区分其与《合伙企业法》规定的不同点，以及与双务合同规则、通常的法律行为规则之间的不同。^{〔47〕}上述分析也表明，《民法典》合伙合同规范的供给并不足，有待学说和实践中进一步发展。特别是在法律行为部分规则的不适用、双务合同部分规则的不适用、作为典型合同功能的扩展、组织型契约规则的构建等方面，均存在诸多发展和完善的空间。而在法律规则得以完善发展之前，作为规则阙如时“没有办法的办法”，在特定情形中则可以参照适用《合伙企业法》的部分规则。

Abstract: As one type of the nominate contracts in PRC Civil Code, there are many dissimilarity between the contracts of partnership and other nominate contracts. As juridical acts, the validity of declaration of will in the contracts of partnership is different from the others. As contract, it is different from reciprocal contract. The rules about exceptionon adimpleti contrattus, the rules about unsicherheitseinrede, the rules about risk-assuming, and the rules about rescission of contract are not applicable. As nominate contract, the functions of nominate contract should be valued. The possibility which the contracts for a joint enterprise and the contracts involving three or more parties shall apply mutatis contracts of partnership should be admitted. As organizing contract, the rules about the contracts of partnership is lacking.

Key Words: contracts of partnership, juridical acts, reciprocal contract, nominate contracts, organizing contract

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

〔46〕 参见前引〔21〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组书，第2733页。

〔47〕 参见周江洪：《民法典合同编的制度变迁》，载《地方立法研究》2020年第5期。

信息主体同意的适用边界

李群涛 高富平*

内容提要：在欠缺其他合法性基础情形下，信息主体同意是否适用，关键在于处理的个人信息是否含直接标识符。直接标识符能单独表征信息主体身份，从而使信息处理风险与信息主体身份精准连结。因此，出于尊重陌生人社会信息主体隐匿身份的自由、尊重信息主体对处理风险的自主决策，信息主体可以通过同意控制含直接标识符的个人信息，即“单独识别个人信息”。但同意不适用于“结合识别个人信息”。首先，结合识别个人信息具有模糊性，个人信息处理者难以就此直接识别信息主体身份进而征求同意。其次，《个人信息保护法》确立了处理结合识别个人信息不需告知规则，逻辑上也要求有相应的不需同意规则。最后，结合识别个人信息不适用同意规则也是实现“促进个人信息合理利用”这一立法目的的可行路径。

关键词：单独识别个人信息 结合识别个人信息 同意 直接标识符 个人信息保护法

• 351 •

一、引言

《民法典》与《个人信息保护法》已经相继出台，作为个人信息保护制度重要内容的同意规则，其框架已经建构完成。无论《民法典》第 1035 条第 1 款第 1 项还是《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 1 项，都确认“信息主体同意”这一合法性基础的重要地位。然而在解释上尚未明确之问题为：当不具备《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 至 7 项所列举的合法性基础时，^{〔1〕}信息主体同意是否适用于对各类个人信息的处理行为。此即本文尝试回答的信息主体同意之适用边界问题。

针对信息主体同意之适用边界问题，学界已有讨论，并形成四种学说。按照各学说主张的适

* 李群涛，华东政法大学法律学院博士研究生；高富平，华东政法大学法律学院教授。

〔1〕 关于《个人信息保护法》第 13 条所列七项合法性基础的研究，参见程啸、王苑：《论个人信息处理中无需取得个人同意的情形》，载《人民司法》2021 年第 22 期。

用范围从小到大排列,分别为“无适用空间说”“敏感个人信息说”“全部个人信息说”和“全部个人信息+匿名信息说”。笔者逐一简要述评。

“无适用空间说”认为,同意规则不能适用于任何个人信息之上,甚至不宜作为个人信息处理的合法性基础。^{〔2〕}然而,《民法典》和《个人信息保护法》仍然坚守同意规则,故该说不为现行法所接纳。

“敏感个人信息说”认为,同意规则仅适用于敏感个人信息。^{〔3〕}然而目前同意规则位于《个人信息保护法》“个人信息处理规则”章的“一般规定”中,该制度的体系位置至少表明一般个人信息并非一概不适用同意规则。故该说亦不为现行法所接纳。

“全部个人信息说”认为,同意规则适用于全部个人信息。^{〔4〕}当然该说亦承认应当针对不同类型个人信息建构一套宽严有别的梯度保护体系。^{〔5〕}该说似符合条文义,但不利于实现《个人信息保护法》所确立的“促进个人信息合理利用”的立法目的。笔者将于本文第三、四部分详细论证,此处不赘。

“全部个人信息+匿名信息说”认为,同意规则适用于现行《个人信息保护法》中规定的个人信息与匿名信息。^{〔6〕}然而无论《网络安全法》第42条第1款但书,还是《民法典》第1038条第1款但书,抑或《个人信息保护法》第4条第1款皆明定匿名信息不适用同意规则。因此,该说亦不为现行法所采。

综上,关于信息主体同意的适用边界问题,上述四说均难谓妥当。

• 352 • 个人信息是与个人有关的各种信息,同意是个人信息处理的合法性基础,个人信息处理者为取得同意,在收集个人信息之前即需判断信息主体身份。然而个人信息范围无边无界,大量个人信息在信息主体身份判断方面具有模糊性,这对个人信息处理者于处理前履行“取得同意义务”造成障碍。

于是,本文提出,按照是否含直接标识符的标准将个人信息划分为“单独识别个人信息”与“结合识别个人信息”,同意规则仅适用于单独识别个人信息。事实上此种对个人信息的分类方法在学界的讨论中并不少见,^{〔7〕}甚至已经为现行法所接纳(《民法典》第1034条第2款),但是鲜有观点将此种分类与同意规则的适用边界相联系并进行证成。^{〔8〕}本文首先勾勒该边界的轮廓,

〔2〕 参见任龙龙:《论同意不是个人信息处理的正当性基础》,载《政治与法律》2016年第1期。

〔3〕 参见汤敏:《论同意在个人信息处理中的作用——基于个人敏感信息和个人一般信息二维视角》,载《天府新论》2018年第2期。

〔4〕 参见陆青:《个人信息保护中“同意”规则的规范构造》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期;徐丽枝:《个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路》,载《图书情报知识》2017年第1期。

〔5〕 参见丁晓强:《个人数据保护中同意规则的“扬”与“抑”——卡—梅框架视域下的规则配置研究》,载《法学评论》2020年第4期。

〔6〕 参见林涸民:《个人信息保护中知情同意原则的困境与出路》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第3期。有必要指出,该说否认存在匿名信息,因为技术界人士已经明确表示不存在绝对不可复原的匿名信息。在此基础上,按照该说,仅当法律规定了不准复原义务时,现行法所述的匿名信息才豁免适用同意规则。

〔7〕 参见陶盈:《我国网络信息化进程中新型个人信息的合理利用与法律规制》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2016年第2期。

〔8〕 有学者曾提及此方面,但并未展开。参见胡文华、黄道丽、孔华锋:《个人数据保护“同意规则”的检视及修正》,载《计算机应用与软件》2018年第9期。

进而分别论证同意适用于单独识别个人信息，而不适用于结合识别个人信息。

二、信息主体同意规则适用的判断标准：含直接标识符

信息主体同意是否适用，其判断标准就在于个人信息是否含有直接标识符。在重视和重新界定直接标识符概念的基础上，个人信息分为单独识别个人信息与结合识别个人信息。

（一）直接标识符概念的重视与重新界定

直接标识符是指能够单独识别特定自然人身份的信息。^{〔9〕} 直接标识符的典型特征在于具有唯一性^{〔10〕}和身份指向性，例如身份证号、社会保险号码、人脸信息等。需要注意的是，直接标识符与特定自然人是单向唯一对应关系。具言之，一直接标识符只对应唯一特定自然人，但一特定自然人将有许多直接标识符。所谓身份指向性意味着存在直接标识符即足以识别信息主体真实身份。正如学者所言，信息的人格属性集中体现在其可识别特定自然人身份的性质。^{〔11〕}

我国立法已经接纳了直接标识符概念。我国个人信息概念借鉴欧美，而这一来源于欧美的概念恰恰无法脱离直接标识符。例如，欧盟《一般数据保护条例》（GDPR）第4条a项后半句中的身份证号等系本文所述直接标识符。同样地，美国立法一直强调直接识别符（direct-identifier）概念作为个人可识别信息（PII）的重要判断标准。与这一国际趋势相一致，我国实质上已经接受直接标识符概念，《网络安全法》第76条第5项以及《民法典》第1034条第2款，都具体列举了不少直接标识符，如身份证号码、生物识别信息等。

• 353 •

直接标识符可谓信息主体风险的重要来源。现代社会是风险社会，技术应用确实会给人类带来一定风险。同样地，在个人信息领域，大数据技术应用可能导致风险产生。然而，如果风险产生无法对应特定身份、不会影响到特定自然人，那么对于该自然人而言这或许并非风险，即使是也不必过于关注和担忧。但如前所述，直接标识符的本质特征在于其唯一性和身份指向性，直接标识符恰恰使个人信息处理者可知晓特定自然人身份。直接标识符在个人信息中具有重要地位，个人信息与个人身份的勾连往往依赖直接标识符。个人信息处理风险主要在于风险能通过个人信息直接传导至具有特定身份的自然人，此中起桥梁作用者正是直接标识符。

随着时代发展，直接标识符的范围已日渐扩张。目前，直接标识符包括社会身份标识符和生物身份标识符，后者是对传统直接标识符概念的扩张。^{〔12〕} 以前，直接标识符主要指身份证号、驾照号码、护照号码、社会保险号码、军官证号、工作证号、出入证号、社保卡号、居住证号码等社会身份标识符。^{〔13〕} 生物身份标识符后来也成为直接标识符的重要来源。例如，随着人脸识别技术发展，人脸信息等与特定信息主体之间也形成了唯一对应和身份指向关系。总之，某符号

〔9〕 参见《中国互联网定向广告用户信息保护行业框架标准》。

〔10〕 参见范姜真嫩：《大数据时代下个人资料范围之再检讨——以日本为借镜》，载《东吴法律学报》2017年第2期。

〔11〕 参见刘士国：《信息控制权法理与我国个人信息保护立法》，载《政法论坛》2021年第6期。

〔12〕 参见《信息安全技术个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020），附录A，第23页；上海市地方标准《数据去标识化共享指南》（DB31/T 1311—2021）。

〔13〕 参见《信息安全技术个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020）之附录。

具有唯一性和身份指向性，即可被认定为直接标识符。

直接标识符与间接标识符、准标识符均非同一概念。一方面，直接标识符与间接标识符并非同一概念。如果仅就“唯一性”而言，手机等智能设备序列号（又称“国际移动设备识别码”，简称 IMEI）也具有唯一性。仅依此虽能触及个人但不能识别个人身份，因此不具有前述直接标识符的“身份指向性”特征。于是，本文称之为“间接标识符”。另一方面，直接标识符与准标识符亦非同一概念，两者差异为是否具有唯一性。美欧都有实质意义上的准标识符概念。美国的准标识符（quasi-identifier）^{〔14〕} 对应欧盟 GDPR 第 4 条 a 项中的“个人属性”（factors），包括民族、种族、婚姻状况、身体、心理、基因、精神状态、经济、文化、社会因素等。准标识符中的“准”（quasi）字表明其本质上并非标识符。一个准标识符可能会对多位自然人，不具有唯一性。例如，“研究生”是准标识符，能够对应千千万万研究生，无法指向特定自然人身份。

（二）基于直接标识符对个人信息区分

以是否含有直接标识符为标准可将个人信息周延地分为单独识别个人信息和结合识别个人信息。

1. 单独识别个人信息

以前对个人信息相当部分的讨论恰以单独识别个人信息为基本思考模型。事实上 20 世纪即已经产生个人信息保护问题，当时个人信息即以单独识别个人信息为主。例如：“姓名张三，性别男，年龄 65 岁，身份证号 123456789012345678，电话号码 12345678901，家庭住址青海省西宁市湟源县胜利镇未来街道幸福小区 1 栋 1 单元 1025 号，银行卡号……”此为含有直接标识符个人信息（即单独识别个人信息）的典型样态。个人信息处理者据此能直接了解此个人信息对应的信息主体身份。单独识别个人信息的典型特征即在于含直接标识符。就此而言，《民法典》第 1034 条第 2 款中的“能够单独识别特定自然人的信息”与《个人信息保护法》第 4 条第 1 款中的“与已识别的自然人有关的各种信息”可表达同一含义。正因如此，本文一律用“单独识别个人信息”指代含直接标识符的个人信息。

单独识别个人信息，强调信息“含”直接标识符，而非除直接标识符之外没有其他信息。换言之，一旦数据集中含有直接标识符，直接标识符与其后跟随的购物记录、行踪轨迹等结合组成单独识别个人信息。如上所述，随着时代发展，直接标识符的概念有所扩张，生物身份标识符即为直接标识符的最新内容。因此，单独识别个人信息之范围亦相应扩张，兹不赘述。另外，是否“含”直接标识符，应当以数据集为单位全面审视，而非割裂个别数据项而单独看待。就此而言，直接标识符有可能是由一个数据集中多个数据项共同组成的，例如，在一个含有姓名、性别、学校、班级、行踪轨迹等数据项的数据集中，姓名、性别、学校、班级将共同构成直接标识符。

〔14〕 也有译为“间接标识符”，但须指出，此间接标识符与本文所谓间接标识符并非同一含义。参见刘颖、谷佳琪：《个人信息去身份化及其制度构建》，载《学术研究》2020 年第 12 期；程海玲：《个人信息匿名化处理法律标准探究》，载《科技与法律》2021 年第 3 期。

2. 结合识别个人信息

与单独识别个人信息相对的是结合识别个人信息，即不含直接标识符的个人信息。《民法典》第1034条第2款中“能够与其他信息结合识别特定自然人的各种信息”以及《个人信息保护法》第4条第1款中“与可识别的自然人有关的各种信息”，描述的均为不含直接标识符的个人信息。为表统一，本文一律用“结合识别个人信息”的概念。

结合识别个人信息也属于个人信息的范畴，但在未与直接标识符相结合的情况下，仅凭结合识别个人信息难以识别身份。换言之，信息主体以外的人仅通过结合识别个人信息来识别个人身份是需要成本的。目前个人信息定义无限扩张，这几乎成为国际社会的共识。欧盟第29条工作组出台的关于个人信息概念的意见对个人信息概念明显采广义理解，强调与其他信息结合能识别自然人身份或者特征，以及综合考虑内容、目的和影响三因素的情况下与个人有关系。^[15]甚至按照欧洲学者分析，天气信息有时也能成为个人信息。^[16]经扩张后的个人信息概念，其判断标准已经从能识别身份变为相关处理行为对人（不一定为特定自然人）有风险的信息。^[17]按照《个人信息保护法》第4条第1款对个人信息的定义，我国接受了此种扩张标准。此标准非以信息当下状态为观察视角，而是要求立足当下预测充满无限可能之未来，即以未来看现在，这使得个人信息边界显著扩张且趋于模糊。从此角度而言，信息即使不含直接标识符，亦不妨碍被认定为个人信息从而适用个人信息保护相关规则。

结合识别个人信息大致有两类来源：一是各类传感器设备所收集的个人信息；二是从原始处理者或其他处理者处间接获取的经去标识化处理的信息。一方面，随着传感器的广泛布设，智能穿戴设备、网络设备的普及以及物联网技术的飞速发展与充分应用，海量的个人相关信息被快速采集供给、实时加工分析。但是相应地，部分传感器等设备能做到的只是实时记录个人有关情况而无法提供个人直接标识符等信息（信息主体主动提供的除外）。另一方面，随着信息实践不断开展，部分主体所控制的信息已经是经去标识化处理的信息。

需要注意结合识别个人信息与匿名信息的关系。所谓匿名信息是指经处理无法识别个人且不能复原的信息（《个人信息保护法》第73条第4项）。匿名信息制度通行于欧美而非我国独创。欧盟GDPR“鉴于条款”（recital）第26段明确指出，匿名信息（anonymous information）不适用于该法。该段同时指出，为了确定自然人是否可识别，应当考虑个人信息处理者或其他人（by another person）的识别能力，因此，匿名信息意味着任何人都无法通过匿名信息识别自然人身份。简言之，欧盟规定的匿名信息客观上不具有识别可能性。不过有专家已经声明，技术方面“匿名化是一种幻想”，只能达到识别可能性比较低的水平。^[18]美国法学会2020年公布《数据隐私法律原则重述》，并在第2条中指出，无法识别个人的（non-identifiable）信息不适用数据隐私

• 355 •

[15] See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data, 01248/07/EN WP 136.

[16] See Nadezhda Purtova, The Law of Everything: Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law, 10 *Law, Innovation and Technology*, 40 (2018).

[17] 参见范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016年第5期。

[18] See Ohm, Paul, Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization, 57 *UCLA Law Review*, 1701 (2010). 当然，由此观之欧盟规定的匿名信息认定标准并不合理，对此本文不再详述。

保护原则。^{〔19〕}不同的是,欧盟匿名信息指客观上无识别可能性,而美国“无法识别的个人信息”是指识别可能性极低。然而此种无法识别的个人信息仍具有一定的识别可能性,如果不使其受制于个人信息保护规范,那么将使该部分信息暴露于风险之中。为了弥补这一点,美国的匿名信息制度有其预设前提,即禁止再识别。^{〔20〕}或许是受欧美影响,我国《个人信息保护法》第4条第1款规定匿名信息不属于个人信息。然而借鉴比较法的重要前提是我国与借鉴对象有相同的制度环境。^{〔21〕}我国《个人信息保护法》第73条第4项没有明确规定禁止再识别要求,且在难存此解释空间的情况下,一旦将我国匿名信息等同于美国无法识别的个人信息,将导致对匿名信息的处理失去控制。而且从笔者梳理的50多个法域的法律文本来看,极少有对个人信息定义作如此限制的先例。但《个人信息保护法》既已作如此规定,只能认为应对匿名信息进行严格把握,当无法确定是否满足客观“不能复原”要件时,应当认定该信息为结合识别个人信息而非匿名信息。

三、同意规则适用于单独识别个人信息

信息主体能够以同意来控制个人信息的处理行为,其正当性基础在于由宪法上的个人尊严、自由以及主体地位推演而得的个人事务自决。^{〔22〕}笔者以下欲指出,在个人信息领域,个人事务自决主要体现为尊重陌生人社会个人隐匿身份的选择和自由,以及尊重信息主体对处理风险的决策。此二理由均仅指向单独识别个人信息。

(一) 尊重陌生人社会个人隐匿身份的自由

现代社会是陌生人社会,^{〔23〕}隐匿身份是陌生人社会中的个人选择和自由。^{〔24〕}人口增加、人口流动性增大和社会不安全因素混杂,导致公众轻易不愿意暴露身份。虽然社会交往要求社会中每个人必须允许其他人了解自己,但是此种要求也应仅限于与个人有交往关系之人。例如,一个人的亲朋好友、同事、老师、同学、交易对手,甚至欲与其缔结合同者。但不应无限扩展到千里之外与个人毫无瓜葛的陌生人。逐渐地,是否隐匿身份成为个人自主决定的事项,受到社会认可和法律保护。

〔19〕 See The American Law Institute, Principles of the law-Data Privacy (2020), available at <https://1.next.westlaw.com/Document/I0f02ee65145811eb8a02f30620293de0/View/FullText.html?ppcid=1c4fd268d6b54fc98b7f1ebff22c23f3&-originationContext=documenttoc&-transitionType=CategoryPageItem&-contextData=%28sc.Search%29>, last visited on Dec. 3, 2021.

〔20〕 按照美国《数据隐私法律原则重述》(2020)的总结,其所谓不适用数据隐私法律原则的匿名信息条件有三:第一,采用合理方法去掉个人信息上的标识符;第二,使去标识符后的个人数据处于较低风险水平;第三,个人信息处理者不再重新识别个人。

〔21〕 参见〔德〕茨威格特、克茨:《比较法总论》(上),潘汉典等译,中国法制出版社2014年版,第30页。

〔22〕 参见田野:《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》,载《法制与社会发展》2018年第6期;王雪乔:《论欧盟GDPR中个人数据保护与“同意”细分》,载《政法论丛》2019年第4期;高富平:《同意≠授权——个人信息处理的核心问题辨析》,载《探索与争鸣》2021年第4期。

〔23〕 近年来已经有相关文件关注到陌生人社会这一社会转型现象。参见《东莞市人民政府办公室关于印发〈东莞市深化“二标四实”工作总体方案〉的通知》(东府办〔2018〕44号);《江苏省民政厅对省十三届人大一次会议第5015号建议的答复》。学理上的讨论,参见张清、王露:《陌生人社会与法治构建论略》,载《法商研究》2008年第5期;龚长宇、郑杭生:《陌生人社会秩序的价值基础》,载《科学社会主义》2011年第1期;何绍辉:《论陌生人社会的治理:中国经验的表达》,载《求索》2012年第12期。

〔24〕 参见龚长宇:《陌生人社会:价值基础与社会治理》,中国人民大学出版社2021年版,第105页。

然而，处理单独识别个人信息，将侵犯个人自主决定是否隐匿身份的自由。单独识别个人信息处理强调获得个人同意，其背后价值观与陌生人社会伦理基础不可分割。有学者称，“个体对于个人隐私和个人信息的身份识别的保护就是基于传统熟人环境社会下的潜在人格尊严和人格自由意识，而人们对于识别性的风险和恐惧多来自于传统观念下的身份泄露”〔25〕。显然，这种保护身份意识蔓延到了陌生人社会，成为个人典型的自由。如果毫不相干的主体欲全面了解一陌生人的单独识别个人信息（事实上就是了解身份），那么实在无任何正当性可言。虽然许多学者提及将分散的个人信息汇聚成大数据对于发挥数据经济价值、促进公共福利具有重大意义，但是直接标识符并非达致该目标所利用的大数据之必需。难以想象无任何交往关系的陌生私主体为了促进公共利益，需要利用他人之个人信息而且非含直接标识符不可。笔者强调，本文讨论的前提是不存在《个人信息保护法》第13条第1款第2—7项合法性基础，故为紧急救助而处理个人信息的情形不在本文讨论范围。正因如此，有学者指出，二次利用个人信息的首要条件是脱敏，即除去直接标识符。〔26〕简言之，陌生人可以收集他人的个人信息甚至进行个性特征分析，但是不允许其擅自知晓该“他人”的真实身份。社会学学者将这种秩序称为对陌生人“冷漠的尊重”。〔27〕

只有获得特定信息主体同意，才能使个人信息处理者与特定信息主体之间的显名交往正当化。在陌生人社会中，应然社会秩序是尊重他人的不同观念和不同选择。每个人相对于他人皆为“道德异乡人”，抱有不同信念、恪守不同行为规范；仅当取得他人“允许”“同意”“包容”时才能达成双方间新的共同行为规范。〔28〕陌生人社会的价值观在于每个人仅允许与其有关系的人了解其个人身份（当然随着关系远近了解程度会有不同），没有社会关系的陌生人不能了解其个人身份。与此相对应，允许与特定个人没有社会关系的人收集、使用该特定个人的个人信息，但仅限于收集、使用结合识别个人信息且不得在分析特征的过程中分析出真实身份。这便是个人信息领域陌生人的行为规范。如果处理单独识别个人信息，则等同于突破陌生人之间行为规范，因此，只有获得信息主体的同意以形成双方间新共同行为规范时，处理单独识别个人信息才被允许。或许出于类似考虑，有学者也指出信息主体能够支配自己的姓名、身份证号码、相貌特征等等。〔29〕此观点值得赞同。

（二）尊重信息主体对处理风险的决策

直接标识符的存在使得信息处理风险得以精准传导至具有特定身份的自然人。“风险可以被界定为系统地处理现代化自身引致的危险和不安全感的方式。”〔30〕如直接标识符定义所阐释，其最大特征为与特定自然人身份具有唯一对应性。个人信息处理者通过其所控制的单独识别个人信

• 357 •

〔25〕 苏今：《〈民法总则〉中个人信息的“可识别性”特征及其规范路径》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2020年第1期，第86页。

〔26〕 参见姬蕾蕾：《论个人信息利用中同意要件的规范重塑》，载《图书馆》2018年第12期。

〔27〕 参见前引〔24〕，龚长宇书，第19页。

〔28〕 参见前引〔24〕，龚长宇书，第115—116页。

〔29〕 参见郭明龙：《论个人信息之商品化》，载《法学论坛》2012年第6期；韩强：《人格权确认与构造的法律依据》，载《中国法学》2015年第3期。

〔30〕 〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第19页。

息便能直接识别信息主体而不需要进行任何处理行为（识别行为）。对此类单独识别个人信息进行分析，其决策结果可以通过直接标识符的桥梁作用精准配置于特定自然人。此种结果对于特定自然人而言可能有好有坏。例如，银行处理特定自然人单独识别个人信息用以评估该特定自然人信用情况，当处理结果符合信用要求时对该自然人而言有正向反馈，但当处理结果不符合信贷政策所要求的信用等级时，对于该自然人而言具有不利影响，因为这将关系到信息主体是否能顺利申请贷款。但算法不同以及其他因素，导致处理分析行为结果是好是坏无确定性甚至不可预期，这本身对于信息主体而言即作为一种风险。除此之外，此类个人信息的滥用以及被篡改、毁损、丢失等都是对信息主体的风险。从《居民身份证法》《统计法》《刑法》等条文来看，我国个人信息立法的重要目的恰是为维护自然人人身、财产安全免受威胁。^{〔31〕}

既然直接标识符的存在客观上产生了个人信息处理的风险与信息主体身份连结的效果，那么出于个人事务自决，应当允许个人对其未来风险进行自主判断和决定。尤其是当个人信息处理者从信息主体处直接收集个人信息时，双方处于直接交互状态，同意机制落实也较为简单。^{〔32〕}如果立法者倾向于剥夺个人判断决策资格而一律允许个人信息处理者处理此类个人信息，那么即剥夺了个人自主决定、自主判断空间，此为典型的法律父爱主义，^{〔33〕}将使信息主体暴露于个人信息处理的风险之中。即使法律对个人信息处理者行为进行规范和要求，也不能保证个人信息处理者必然严格遵守规则，此即禁止性规定会配套法律责任条款的重要原因。不仅如此，即便个人信息处理者遵守各类规定，也不见得处理行为不产生任何风险。当然，允许信息主体自行决策，原理在于允许个人对于精准连结身份的未来风险进行判断和决策，而非出于个人对其个人信息的完全控制。^{〔34〕}关于该点，有学者通过细致考究已经指出，目前广为流传的个人信息自决权是对德国人口普查案的以讹传讹，^{〔35〕}所以此处信息主体同意是个人自治的具体体现，是个人事务自决的应有之义。

事实上，避免存在直接标识符而导致信息处理风险精准传导至个人，亦符合国际个人信息保护制度的基本逻辑。以下以具有代表性的美国和欧盟的制度分别说明。

美国的信息主体同意规则重点关注可识别个人信息（personally identifiable information，简称 PII），即本文所述单独识别个人信息。起初按照美国的隐私控制理论，信息主体有资格决定个人信息在何时、以何种程度和方式进行流动。^{〔36〕}但是隐私控制理论与美国人的信息自由信仰背道而驰。此种情况下，为了缓和信息控制和流动之间的张力，美国通过《儿童网络隐私法》等一系列法案将信息主体对个人信息的控制限制在 PII 范围内，即处理 PII 要经过信息主体同意，而 PII 恰恰相当于本文的单独识别个人信息。虽然美国分散式个人信息保护立法使 PII 的边界动态变化，但美国人的信息主体仅控制 PII 的立场却始终坚定。甚至根据美国最新出台的《统一个人

〔31〕 参见高富平：《个人信息保护立法研究》，光明日报出版社 2021 年版，第 195 页。

〔32〕 参见前引〔8〕，胡文华等文。

〔33〕 参见孙笑侠、郭春镇：《法律父爱主义在中国的适用》，载《中国社会科学》2006 年第 1 期。

〔34〕 关于该问题的讨论，参见前引〔22〕，王雪乔文；张勇：《APP 个人信息的刑法保护：以知情同意视角》，载《法学》2020 年第 8 期；前引〔11〕，刘士国文。

〔35〕 参见杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》，载《比较法研究》2015 年第 6 期。

〔36〕 See Alan F. Westin, Privacy and Freedom, 25 Washington and Lee Law Review, 166 (1968).

数据保护法》(The Uniform Personal Data Protection Act, 简称 UPDPA)^[37] 第 7 条第 b 款第 5 项结合同条第 a 款第 1 句, 可以得出结论: 针对去直接标识符的个人信息进行处理不需要获得信息主体的同意。^[38] 例如, 在针对群体的医学研究中, 为了研究某种疾病的地域分布关系, 在收集各地患者数据时, 至多同时收集患者所在省、市、县即可, 没有必要得知患者姓名、身份证号等数据项, 甚至患者的精确地址亦不具有必要性。此时个人信息处理者便不需要取得信息主体的同意。由是观之, 美国人基本认为若无 PII 则不存在权益威胁。

欧盟的制度也体现了类似的思路。欧盟 2016 年制定了 GDPR, 2018 年正式生效执行。部分关于 GDPR 的研究表明同意规则将赋予信息主体对其个人信息的超强控制力。^[39] 但在 GDPR 尚未生效执行的 2017 年, 欧盟第 108 号公约协商委员会就出台了《大数据社会个人数据处理中的个人保护指南》。^[40] 其中指出, “大数据应用的复杂性和模糊性应该促使规则制定者不再将控制概念局限于个人控制(个人信息)。他们应该(将控制个人信息概念)理解为更广义的控制个人信息使用”^[41]。显然欧盟欲澄清, 信息主体同意对其个人信息的控制范围远不及研究者所言之广泛。

因此, 为尊重陌生人社会个人隐匿身份的自由, 尊重信息主体对处理风险的决策, 信息主体同意适用于单独识别个人信息。

四、同意规则不适用于结合识别个人信息

• 359 •

基于尊重信息主体对处理风险的决策, 以及尊重陌生人社会个人隐匿身份的自由, 可以得出同意适用于单独识别个人信息的结论。基于此二者, 同样能够从反面佐证同意不适用于结合识别个人信息。不仅如此, 本部分另从避免《个人信息保护法》两套识别标准的“基因缺陷”、避免同意规则与不需告知规则衔接不畅, 以及避免“促进个人信息合理利用”的立法目的不达三个角度证明, 同意规则不适用于结合识别个人信息。

[37] 《统一个人数据保护法》系由美国统一法律委员会制定, 于 2021 年 7 月通过的示范法案, 拟于 2022 年 1 月前后实施, 该法案载于 <https://uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments/viewdocument?DocumentKey=afdb7812-a7c6-4468-92f6-fac09416c0ac>。

[38] 根据 UPDPA 第 7 条第 b 款第 5 项, 对于创建假名或匿名化数据具有合理必要性的处理行为, 是兼容的数据处理行为。根据 UPDPA 第 7 条第 a 款第 1 句, 控制者或处理者可以在未经数据主体同意的情况下从事兼容的数据处理行为。因此, 根据 UPDPA 第 7 条第 b 款第 5 项结合同条第 a 款第 1 句, 对于创建假名或匿名化数据具有合理必要性的处理行为, 不需要取得数据主体的同意。以举重以明轻的法学原理对该项规定深入研究可得出以下结论: 创建假名化数据的行为针对的是能单独、直接识别数据主体的个人数据, 该行为尚且不需要取得数据主体的同意, 则假名化完成后的数据不能单独、直接识别数据主体, 对该类数据的处理行为更不需要获得数据主体的同意。UPDPA 中的假名化数据为去除直接标识符的个人数据, 大致相当于本文所指“结合识别个人信息”。

[39] 参见王成:《个人信息民法保护的 mode 选择》, 载《中国社会科学》2019 年第 6 期。

[40] Guidelines on the Protection of Individuals With Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data, available at https://ccdcoc.org/uploads/2019/09/CoE-170123_Guidelines-on-protection-of-individuals-with-regard-to-processing-of-personal-data-in-a-world-f-big-data.pdf, last visited on Dec. 3, 2021.

[41] 《大数据社会个人数据处理中的个人保护指南》, 李群涛译, 高富平校, 载 <http://www.dataprotection.cn/news/126.html>, 最后访问时间: 2021 年 8 月 30 日。

（一）避免个保法两套识别标准的“基因缺陷”

认定个人信息时，采较为宽松的识别可能性标准，个人信息处理者本身是否具有直接识别能力，在所不问；然而取得同意却恰以个人信息处理者本身具有直接识别能力为前提。两者所持标准差异导致同意规则不能及于全部个人信息，特别是不适用于结合识别个人信息。^{〔42〕}

个人信息认定环节的判断标准是客观识别标准，其要求“个人信息处理者或者其他任何人”有能力根据信息识别信息主体身份，不仅限于个人信息处理者自身有此识别能力。单独识别个人信息是个人信息中最为典型的一类。然而，随着世界各国认识到个人信息处理活动涉及信息主体利益甚巨，出于加强信息主体权益保护目的，个人信息保护法适用范围相应扩张。^{〔43〕}作为个人信息保护法适用门槛，个人信息范围也需随之扩张。于是国际上普遍认可，若个人信息处理者不能通过信息单独识别信息主体，而是结合其他信息可以间接识别，那么该信息（结合识别个人信息）亦属于个人信息。不仅如此，在欧盟 GDPR 影响下，国际社会进一步认同：即使个人信息处理者不能通过信息识别个人，而其他任何人（by another person）具有此种识别能力，那么该信息也属于个人信息。至此，作为个人信息判断重要标准的识别，已经从特定个人信息处理者能够识别，扩张到世界上（至少是个人信息处理者活动范围内）任何其他他人能够识别。此观点被欧盟第 29 条工作组严格贯彻，^{〔44〕}欧洲法院也在相应判决中落实这一标准。^{〔45〕}以至于欧洲学者嗟叹，个人信息保护法某种程度上已成为“万物之法”。^{〔46〕}简言之，为了保护个人权益，已经以当前世界上先进识别技术和丰富信息量为标准（客观识别标准）判断特定信息是否为个人信息。

然而就同意规则而言，履行“取得同意”义务必然以主观识别标准——特定个人信息处理者的实际识别能力（甚至是直接识别能力）——为限。取得同意义务是个人信息处理者自身需要履行的义务，依照“法律不强人所难”的基本法理，个人信息处理者履行某义务必然要以有履行此义务的能力为限。个人信息处理者履行取得同意义务要以信息中含有直接标识符为限，此系同意的时间要求所致。按照《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 1 项规定，取得信息主体同意的，个人信息处理者方可处理个人信息。易言之，原则上取得同意应当先于处理行为进行方为合法。而结合其他信息进行间接身份识别也是处理行为，因此，同意也应当先于间接识别行为而进行，否则违法。同意这一时间要求，迫使个人信息处理者在取得同意之前不得以处

〔42〕 See Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford University Press, 2020, p. 395.

〔43〕 两份个人信息保护领域的重要文件引领了对信息主体的强保护，分别是世界经济合作与发展组织发布的《隐私保护与个人数据跨境流通指南》和欧洲理事会发布的《个人数据自动化处理中的个人保护公约》。此二文件成为之后各国立法的重要参照文件。

〔44〕 参见前引〔15〕，Article 29 Data Protection Working Party 文。

〔45〕 See Case T-670/16, *Digital Rights Ireland v. European Commission*, GC, order of 22 November 2017 (ECLI: EU: T: 2017: 838); Case C-434/16, *Peter Nowak v. Data Protection Commissioner*, judgment of 20 December 2017 (ECLI: EU: C: 2017: 994); Case C-345/17, *Proceedings brought by Sergejs Buivids*, judgment of 14 February 2019 (ECLI: EU: C: 2019: 122); Case C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG v. Verbraucherzentrale NRW eV.*, judgment of 29 July 2019 (ECLI: EU: C: 2019: 629).

〔46〕 参见前引〔16〕，Nadezhda Purtova 文，第 78 页。

理的方式进行识别。因此，同意方面的合规，要求个人信息处理者必须在取得同意之前能单独、直接识别信息主体的身份。个人信息认定环节的客观识别标准与同意规则中的主观识别标准间的差距，使得同意控制范围注定无法及于各类个人信息上的处理行为。有学者将客观标准概括为“识别可能性”（identifiability），而将主观识别标准概括为“识别本身”（identification），并指出同意规则仅关注后者，即识别本身。^{〔47〕}两种识别标准只有在面对单独识别个人信息时才重合。揣测普遍漠视这一差距的原因，或许是个人信息保护制度研究基本以 APP 从信息主体处直接采集个人信息的场景作为典型思考模型。于是，收集、存储、分析个人信息，当然不存在不知信息主体身份的情形。此亦从侧面说明，同意规则适用范围的限缩，往往起因于个人信息处理者非从信息主体处直接收集个人信息情形（即俗称的“个人信息二手利用”）的广泛存在。总之，个人信息的外延比同意规则所能适用的个人信息外延大得多，超出的部分包括特定个人信息处理者能够结合识别出身份的个人信息以及特定个人信息处理者本身不能结合识别出身份的个人信息。

两标准范围的不完全重合，恰恰是由于个人信息认定环节“识别”标准的极大扩张为个人信息保护制度创设的“基因缺陷”。由此观之，对个人信息范围采广义理解的国家，只要其采选进机制（opt-in），即取得同意应先于处理行为进行，则其个人信息保护体系中的同意规则亦需限缩于单独识别个人信息。欧盟发现了这一基因缺陷，并通过设置 GDPR 第 11 条试图进行解决。根据该条，个人信息处理者^{〔48〕}有时不必仅为了合规而获取信息主体同意。也正因如此，欧洲学者赞扬 GDPR 第 11 条称，该条“弥合了（至少是试图弥合）由个人信息概念引发的鸿沟”^{〔49〕}。

• 361 •

（二）避免同意规则与不需告知规则衔接不畅

同意不适用于结合识别个人信息，即要求针对结合识别个人信息建立“不需同意”制度。此系对《个人信息保护法》“不需告知”制度的必要呼应。

《个人信息保护法》设立了不需告知规则。《个人信息保护法》第 18 条第 1 款为“不需告知”制度提供了依据。“不需告知”制度主要适用于三种情形：第一，信息主体已经知情，不再需要告知；第二，已经公开的个人信息，不再需要告知；^{〔50〕}第三，当个人信息处理者客观不识别身份或基于合规要求不被允许识别身份时，基于法律不强人所难的基本法理，也应当作为前述不需要告知情形之一。GDPR 有类似制度，其第 13、14 条分别针对从信息主体处收集个人信息、非从信息主体处收集个人信息两种情形规定了告知义务的例外情形。尤其是第 14 条第 5 款 b 项提出，个人信息处理者提供相应信息被证明是不可能或者需要投入过多不必要精力时，个人信息处理者不需要告知。不过，GDPR 亦非完美：根据 GDPR 第 11 条第 2 款，当个人信息处理者的处

〔47〕 参见前引〔42〕，Christopher Kuner 等书，第 395 页。

〔48〕 GDPR 与我国《个人信息保护法》在术语使用上略有不同。GDPR 的数据控制者对应我国的个人信息处理者。GDPR 的数据主体，对应我国的个人，即本文所谓信息主体。术语上的不统一将导致文本阅读上的障碍，为避免这一问题，本文在介绍 GDPR 条文时一律使用我国的术语。

〔49〕 前引〔42〕，Christopher Kuner 等书，第 395 页。

〔50〕 参见程啸：《论个人信息处理者的告知义务》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2021 年第 5 期。

理目的不要求识别信息主体身份,且个人信息处理者能够证明自己无法识别信息主体时,如果个人信息处理者可以(if possible),则需要履行告知义务。然而当个人信息处理者不能识别信息主体时,个人信息处理者如何能够履行告知义务。于是,欧洲学者亦无奈表示,只能依赖“如果可能的话”(if possible)这一条件弥补第11条第2款的缺憾。^[51]换言之,一般宜认为此种情况下告知义务无履行可能。

因为告知是取得同意的前提和要求,所以不需告知规则应配以不需同意制度。按照《个人信息保护法》第14条第1款第1句,同意应当在信息主体充分知情的前提下作出。但当信息主体不知情时(此为常态),个人信息处理者必然需通过告知使其充分知情。是故,在逻辑上告知、知情、同意依次发生,通常情况下告知是同意的逻辑前提。“告知同意”或者“知情同意”这一学界和实务界通用且公认的提法事实上已经表明告知是同意的逻辑前提。^[52]既然如此,那么由于客观或者合规等原因不能告知信息主体时,当然也就无法取得信息主体的同意。这就要求《个人信息保护法》有对应不需告知规则的不需同意制度。

然而《个人信息保护法》没有同步设计不需同意制度。我国虽然设计了不需告知规则,但显然同意规则与此不相适应,因为按照第13条规定的文义,当无其他合法性基础时,各类个人信息的处理都需要以获得信息主体同意为前提,其他因素在所不问(此亦为本文引言中“全部个人信息说”的依据)。从全国人大相关机构在立法过程中形成的一系列有关欧盟个人信息保护制度和美国隐私保护制度的研究材料,以及《个人信息保护法》众多条文的表述观之,我国《个人信息保护法》立法明显有参考GDPR的现象。然而仅就告知同意规则来看,我国并未做到全面、完整、正确地进行制度参考。上文已经提及,我国不需告知规则学习了GDPR第13、14条,但对应此种情形,GDPR配套设置了第11条第1款不需同意规则,即如果个人信息处理者处理个人信息的目的不要求或不再要求识别信息主体身份,则不应强制个人信息处理者仅为合规而保留、获取或处理额外信息以识别信息主体身份。言下之意,当个人信息处理者不需识别身份时,其处理不需要取得同意。但是我国只吸收了不需告知规则,没有同步建立作为其逻辑后果的不需同意制度。

当然,GDPR第11条第1款并非我国不需同意制度的最佳选择。相反,GDPR第11条第1款本身存在严重的逻辑漏洞,此处简要分析。根据欧盟GDPR第11条第1款可推知,若处理之目的不要求识别信息主体身份,则以识别身份为前提的同意也不需要获得。简言之,根据该条,是否要求获得同意系以“是否需要识别身份”为根本判断标准。需要识别信息主体身份,则需要获得同意,反之则不需要。看似周延的结论掩盖了逻辑上的漏洞,此处逻辑上的漏洞主要是指遗漏考虑一种情形,即处理结合识别个人信息(即不含直接标识符的个人信息)且处理目的要求识别信息主体身份。根据GDPR第11条第1款,此种情形,由于“需要识别”所以需要获得同意。

[51] 参见前引[42], Christopher Kuner等书,第396页。

[52] 参见前引[17], 范为文;叶名怡:《论个人信息权的基本范畴》,载《清华法学》2018年第5期;前引[22], 田野文;王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》2019年第1期;张新宝:《个人信息收集:告知同意原则适用的限制》,载《比较法研究》2019年第6期;万方:《隐私政策中的告知同意原则及其异化》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第2期;吕炳斌:《个人信息保护的“同意”困境及其出路》,载《法商研究》2021年第2期。

然而只有通过“识别身份”这一处理行为识别出信息主体身份才能得到其同意，而同意只能为同意之后的处理行为提供合法性基础，不能为同意之前的识别身份行为及其之前行为提供合法性基础。因此笔者指出的这种情况，根据 GDPR 第 11 条第 1 款，识别出身份之前阶段的处理行为必然将因无合法性基础而违法。法律不强人所难，所以识别身份及其之前的行为也不应当要求获得个人同意。因此，GDPR 以“是否需要识别”作为划分同意适用边界的标准并不合理，应当以是否含有直接标识符（无需进行处理即可识别身份）作为划分标准。我国没有移植 GDPR 第 11 条第 1 款，一定意义上避免了陷入前述逻辑漏洞，但这不能表明我国不应该设立不需同意制度。

于是，我国应建立的不需同意制度，不能盲目追随 GDPR，而是应基于《个人信息保护法》条文，在解释上将单独识别个人信息作为同意规则的适用范围，而将结合识别个人信息排除于同意规则适用范围之外。如前所述，我国应当存在不需同意制度。但显然，我国法缺失这一制度，导致同意规则与告知规则衔接不畅。而《个人信息保护法》生效后，必须从解释论层面寻找新出路。此即需在现行法框架下基于解释论提出具有相同功能的替代方案。而本文所提出的同意适用边界限缩恰恰是解释论下的一种有效解决方案。同意适用边界限于单独识别个人信息，并非意味着结合识别个人信息将不受控制，只是说明结合识别个人信息将不受信息主体的事前控制。但基于法律规定产生的个人信息处理者义务仍然继续适用，《个人信息保护法》规定的事前个人信息保护影响评估等措施仍然应当落实，以保护信息主体权益。并且，此时应当对个人信息处理者课以更高要求。^[53]

• 363 •

（三）避免个人信息流通利用的立法目的不达

确认结合识别个人信息的处理不需要同意，恰恰能激励个人信息处理者将个人信息处理活动维持于低风险状态。个人信息保护的本意是平衡个人信息处理利用与个人信息处理利用过程中信息主体权益维护。当个人信息已经为结合识别个人信息时，已经使个人信息处理活动处于低风险水平。如果仍然认为结合识别个人信息之处理亦须取得信息主体的同意，那么必然以重新识别信息主体身份为前提，则反而因为合规要求使得个人信息重新被暴露于高风险环境。^[54]最终与个人信息保护法立法目的相悖。正是因为单独识别个人信息与结合识别个人信息的风险水平有异，所以对两者不应采相同保护水平。结合识别个人信息之处理不需要个人同意，是对此类信息处理的制度激励，有利于鼓励个人信息处理者积极主动地对个人信息进行去标识化处理。事实上，《个人信息保护法》本身也将去标识化作为安全技术措施（第 51 条第 3 项）。

《个人信息保护法》的重要目的之一在于“促进个人信息合理利用”。信息是自由的，个人信息亦未完全脱离自由的本质，只是因为个人信息以个人为主题，所以属于特殊信息类型，需要一定程度的特殊对待。而结合识别个人信息，多属于用以分析个性特征的信息，这些信息只

[53] 参见前引 [42]，Christopher Kuner 等书，第 447 页。

[54] See Paul M. Schwartz, Daniel J. Solove, The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information, 86 *New York University Law Review*, 1814 (2011).

有与特定个人身份关联起来,可以直接通过该信息识别信息主体身份时,才涉及隐私等人格利益问题,这意味着鼓励在不危及信息主体权益情形下对结合识别个人信息进行分析利用。当然,若导致不利后果,那么可以通过民事侵权救济而非事前控制机制,保证信息主体权益得到保护。现行法已经建立起这样的事后救济机制。当信息主体权益遭受侵害或有受侵害之虞但尚未造成损害时,《民法典》第1037条等已经提供了各类防御性人格权益请求权。^{〔55〕}当信息主体权益遭受侵害并造成损害时,《个人信息保护法》第69条第1款确立了专门的损害赔偿制度。

不过,需要强调,结合识别个人信息与单独识别个人信息可能互相转换,一旦结合识别个人信息转化为单独识别个人信息,则又需要适用同意规则。处理结合识别个人信息不必获得同意,甚至连分析行为也不必获得同意。但是一旦通过处理行为识别到信息主体身份,结合识别个人信息瞬间转换为单独识别个人信息,于是应当立即寻求信息主体的同意。此时一旦同意没有取得,那么根据《个人信息保护法》第47条第1款,个人信息处理者应当删除所涉个人信息。某种意义上,结合识别个人信息转换为单独识别个人信息的时刻,很可能是个人信息处理者删除个人信息的时刻。

五、结 语

• 364 •

“保护个人信息权益”与“促进个人信息合理利用”是《个人信息保护法》第1条确立的同等重要的立法目的。该法给法律解释适用者提出的艰巨任务是实现两个目的的和谐与平衡。然而,若认为缺失《个人信息保护法》第13条第1款第2至7项的合法性基础时,对各类个人信息的处理都要经过同意,那么天平上的砝码已经过于向保护个人信息权益一侧倾斜。划定同意规则的适用范围正是“瞻前顾后”地通盘考虑两种目标的平衡之后在同意规则上的体现。本文主张信息主体的同意只能适用于对单独识别个人信息的处理行为。此结论在法律解释上体现为应当对《民法典》第1035条第1款第1项主文中的“自然人”以及《个人信息保护法》第13条第1款第1项中“个人”概念进行限缩,限缩至“个人信息中以直接标识符直接体现其身份的个人”。当然,个人信息处理的合法性须从目的合法、具有合法性基础,以及处理行为规范三个方面综合甄别。本文讨论的同意边界问题仅是合法性基础方面判断的问题,不涉及目的是否合法和处理行为是否规范两方面。

使结合识别个人信息摆脱信息主体同意的控制,也正是在法律上为目前国家提倡的数据流通机制提供法律基础。2020年3月公布的《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》提出加快数据要素市场建设,其内含的要求便是为数据流通创造法律上的途径。个人信息是数据中的重要类别,当然应该考虑其流通利用的合法性问题。但目前个人信息流通机制于法律方面的困境在于逐一获取信息主体的同意,合规成本极大。本文试图为结合识别个

〔55〕 参见高富平、李群涛:《个人信息主体权利的性质和行使规范——〈民法典〉第1037条的解释论展开》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2020年第6期。

人信息未经信息主体同意而流通利用的可行性提供法理支撑，以便在一定程度上为个人信息的流通利用松绑。

Abstract: In the absence of other legal basis, the key to the applicability of personal information subject's consent lies in whether the personal information contains a direct identifier. The direct identifier can directly represent the identity of the personal information subject, so as to accurately link the information processing risk with the personal identity. In addition, in the stranger society, the choice and freedom of individual hiding identity should be respected. Therefore, the direct identifier representing identity information should be controlled by the personal information subject, that is, applicable boundary of personal information subject's consent is individually identifiable personal information. However, consent does not apply to personal information without direct identifier. Firstly, as the fuzziness of this kind of personal information, it is difficult for personal information processors to directly identify the subject of personal information and ask for consent. Secondly, logically, the non disclosure system established by the personal information protection law needs the non consent system. Finally, the non application of consent system is also the important way to achieve the legislative purpose of personal information circulation and utilization.

• 365 •

Key Words: individually identifiable personal information, personal information without direct identifier, agree, direct identifier, personal information protection law

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

个人信息保护“目的限制原则”的反思与重构 ——以《个人信息保护法》第6条为中心

朱荣荣*

• 366 •

内容提要：目的限制原则作为个人信息处理的基本原则，要求信息处理活动不得溢出信息收集时的初始目的，以保障信息主体对个人信息的自主控制与支配。然而，大数据时代个人信息的多维度利用日趋常态化与复杂化，导致信息处理目的难以在信息收集阶段完全确定下来，严格的的目的限制原则忽视了个人信息的利用价值。信息保护与信息利用均为法律追求的价值目标，不能顾此失彼，因此，有必要在个人信息类型化视角下重塑目的限制原则的规范内涵。申言之，处理个人敏感信息必须恪守目的限制原则，禁止超越初始目的范围处理之；处理个人一般信息原则上亦须遵从目的限制原则，但特殊情形下允许超越初始目的而处理信息，前提是不得引发高于信息主体所预期的风险。

关键词：目的限制原则 信息保护 信息利用 个人敏感信息 风险限定

大数据时代，对于个人信息的获取与利用愈益普遍，信息处理者在挖掘、分析个人信息时可能在一定程度上侵害信息主体的合法权益。为规制不当的信息处理行为，《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）第6条确立了目的限制原则，该条规定“处理个人信息应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式。收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息”。目的限制原则作为个人信息保护制度的基石，^{〔1〕}能够有效避免滥用个人信息现象的发生。

随着大数据分析技术的不断发展，社会对于个人信息的利用需求达到了前所未有的高度，目的限制原则要求处理个人信息应当具有明确、合理的目的，且后续的信息处理应当与初始目

* 朱荣荣，南京大学法学院博士研究生。

〔1〕 Vgl. Peter Schantz, DS-GVO Art. 5 Grundsätze für Die Verarbeitung Personenbezogener Daten, in Heinrich Amadeus Wolff, Stefan Brink (eds), BeckOK Datenschutzrecht (33rd edn, 2020), Rn. 12.

的直接相关，极大地压缩了信息利用的空间，不符合信息保护与信息利用动态平衡之立法理念。有鉴于此，有必要对目的限制原则进行深度考察，寻求其在新时代背景下合理的因应之道。

一、目的限制原则的内涵阐释与法理基础

（一）目的限制原则的基本内涵

根据《个人信息保护法》第6条可知目的限制原则包含两个方面，即目的明确与使用限制。前者指收集个人信息应当具有明确、合理的目的，不得过度收集个人信息；后者指个人信息的处理应当与初始目的直接相关，如果信息处理行为超出了初始目的则为法律所不许。可见，目的明确与使用限制是不可分割的有机整体，两者相辅相成、相互制约，目的明确原则是信息处理行为的逻辑起点，只有在收集阶段明确告知信息处理的具体目的并获取信息主体的有效同意方可处理他人信息。同时，为确保信息处理目的的效力性，后续的信息处理行为应当与处理目的直接相关，不得超越初始目的可能的范围恣意处理个人信息，否则目的明确原则将形同具文。

目的明确原则是维护个人基本尊严的重要工具，在收集和利用个人信息时，忽视或淡化“目的”意味着人格尊严将受到严重的侵蚀。^{〔2〕}信息主体与信息处理者之间信息不对称的客观事实要求信息处理者在收集信息之时应当善尽说明义务，避免信息主体因信息的不充分而做出错误的决策。目前，我国《民法典》第1035条、《网络安全法》第41条、《消费者权益保护法》第29条等诸多规范都要求信息处理者明示信息处理的目的，但对于“目的”的具体要求则未言明。《个人信息保护法》第6条规定，目的明确原则应当满足两个要件，即目的明确与目的合理。目的明确性要求收集个人信息应当具有明确的、特定的目的，过于宽泛与模糊的目的可能被认为是不合法的，目的明确性迫使信息处理者在收集信息之前审慎思考信息处理的目的，可以在一定程度上制约信息处理者恣意处理信息。信息处理者在形成明确的信息处理目的之后，还须将此目的以一种可被理解的方式清楚地表达出来，确保相关主体对信息处理目的的认知不存在歧义。关于目的明确性的形式要求，立法没有明文规定，从规范目的来看，目的明确性旨在保障信息主体充分知悉信息处理的目的，因此，信息处理者借助于何种形式表明其目的在所不问。目的合理性要求信息处理目的必须符合社会一般人的事理认知，不得违反基本的伦理道德与公序良俗。目的合理性包含两个要素，即制度层面的目的合法与价值层面的目的正当。目的合法是信息处理的最低要求，信息处理者处理他人个人信息应当具备合法性事由，包括约定事由与法定事由，约定事由指双方当事人可以自行约定信息处理的具体事项，法律不得无故加以干涉。法定事由则指法律所规定的无需获取信息主体同意即可处理信息的事由，包括订立或履行合同所必需、履行法定职责

• 367 •

〔2〕 See Joseph A. Cannataci, Jeanne Pia Mifsud Bonnici, The End of the Purpose-Specification Principle in Data Protection, 24 *International Review of Law, Computers & Technology*, 102 (2010).

或法定义务等。目的正当性指收集个人信息必须具有充足的价值基础,合理兼顾信息主体与信息处理者的利益,目的正当性的判定依附于个案具体情境,随着社会的发展以及立法理念的变迁而动态调整。

目前,我国对于使用限制的判定标准采取的是“关联性”,要求信息处理行为不得与初始目的不具有关联性。然而,立法对于“关联性”的具体内涵没有予以明确,《个人信息保护法》认为信息处理行为应当与信息收集时的初始目的具有“直接关联性”,张新宝教授起草的《个人信息保护法(专家建议稿)》主张信息处理行为应当与初始目的具有“合理关联性”。《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020年)则认为,“关联性”包括“直接关联性”与“合理关联性”,其规定“使用个人信息时,不应超出与收集个人信息时所声称的目的具有直接或合理关联的范围”。对于何谓“合理关联”,《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020)并没有给出明确的答案,而是具体描述了属于“合理关联”的信息利用情形,其认为“将所收集的个人信息用于学术研究或得出对自然、科学、社会、经济等现象总体状态的描述,属于与收集目的具有合理关联的范围之内”。不同于我国,域外立法采取的是“兼容性”标准,第29条数据保护工作组指出,不同于初始目的的进一步处理并不意味着与初始目的自动地不兼容,某些情况下,信息处理虽然与初始目的不同,但二者可能是相符的。^{〔3〕}关于“关联性”与“兼容性”的关系,有学者认为,在大数据产业下,数据机构对数据的二次利用往往跟初始目的没有关联性,但这并不意味着一定不相兼容。^{〔4〕}换句话说,较之“关联性”,“兼容性”的涵摄范围更广,“关联性”要求后续的信息处理对于初始目的的严格遵循,可能在一定程度上阻碍大数据产业的发展以及创新型社会的构建。

(二) 目的限制原则的法理基础

第二次世界大战结束后,国际社会开始深刻反思战争期间各种非人道的行为,普遍呼吁建立尊重基本人权的法律制度。黑格尔认为,人格的要义在于,我作为这个人,在内部任性、冲动和情欲以及在直接外部的定在等一切方面都完全是被规定的和有限的,并在有限性中知道自己是某种无限的、普遍的、自由的东西。^{〔5〕}当前,不论英美法系抑或大陆法系,相关制度安排均强调对于个人信息的利用不得以牺牲人格尊严为代价。受社会和他尊重是人的一种基本需要,是人作为法律关系主体所享有的最基本的人格价值,自然人维护个人信息的准确性、控制个人信息的利用范围是保证个人尊严得到社会认可的体现。^{〔6〕}在“小数据时代”,由于信息收集技术与收集能力普遍处于不发达状态,信息主体尚能有效控制信息是否被处理以及处理的方式,然而,随着大数据技术的突飞猛进,通过个人信息介入个人生活的广度和深度实现了从量变到质变,当个人成为纯粹的“个人信息客体”,被随意监控、分析和操纵,个人的内在决策和外在外在形象都被控

〔3〕 See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03 /2013 on purpose limitation 15 (Article 29 Data Protection Working Party 00569/13/EN 2013), p. 21.

〔4〕 参见谢琳:《大数据时代个人信息使用的合法利益豁免》,载《政法论坛》2019年第1期。

〔5〕 参见〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆2017年版,第51页。

〔6〕 参见张涛:《个人信息的法学证成:两种价值维度的统一》,载《求索》2011年第12期。

制时，个人作为人的完整性和主体地位便已分崩离析，个人的独立和尊严将直接受到挑战。^{〔7〕}为稳固个人的主体性地位，《个人信息保护法》构造了以“人”为中心的制度体系，确保个人对信息的自主性与控制性，目的限制原则即是个人控制体系中重要的组成部分。

目的限制原则要求信息处理者在收集信息时明确告知信息主体信息处理的具体目的，并严格限定后续信息处理的方式，同时给予信息主体同意或反对的权利，能够在一定程度上保障信息主体自主控制信息被以何种方式处理，防止信息处理者以信息主体未能预见到的方式处理信息。自主决定与自愿承担风险是私人自治的重要体现，尊重个人自主决定是否接受信息处理可能造成的风险形塑了个人自治空间，法律对于信息主体真实的意思表示应予尊重，不得任意干涉。作为个人信息的原始所有者，信息主体对于个人信息的收集与利用享有绝对的支配力与控制力，除法律明确规定信息处理的合法性基础外，信息处理者只有在获得信息主体的同意或授权时才能收集或利用信息。目的限制原则要求信息处理者在收集信息阶段应向信息主体详细披露信息处理的方式、可能产生的风险等事项，并承诺在约定的目的范围内处理信息。一般而言，借由信息处理者收集信息时的说明义务，信息主体能够预判让渡信息可能需要承受的风险，并在此基础上作出是否许可他人使用其信息的意思表示。信息主体对于自我信息的控制力与支配力是目的限制原则的理论基础，亦是制约信息处理者尊重目的限制原则的动力来源，只有承认信息主体有权自主决定信息被如何收集与利用，才能促使信息处理者主动寻求信息主体的授权许可。为了获得信息主体的有效同意，信息处理者须将信息处理的目的向信息主体明示，并承诺在约定的目的范围内处理信息，信息处理者超过约定的目的范畴处理信息可能承担违约或侵权责任。

• 369 •

二、大数据时代目的限制原则的现实困境

目的限制原则的效力范围从信息收集开始，及于整个信息处理过程，在包括个人信息的存储、变更、传递与使用等的各个阶段，始终可以发挥其作用。^{〔8〕}目的限制原则这种充足的法律效力力求全面保障信息主体的合法权益，然而在具体实践中，目的限制原则面临以下诸多龃龉。

（一）信息处理目的难以在收集阶段完全确定

目的限制原则要求信息处理的目的应在不迟于信息收集之时予以确定，且目的必须是明确的、合理的。目的限制原则可以有效保证信息主体事先知道信息利用的目的和范围，并能够控制信息收集在事先约定的范围内进行。^{〔9〕}然而，在信息的流转、共享等信息的二次利用成为信息产业普遍遵循的商业运作模式的背景下，传统的目的限制原则受到挑战。目的限制原则依赖于一个前提条件，即信息处理目的在收集信息之时予以确定是可能的，然而大数据分析技术的价值恰恰在于提取隐藏的信息或对信息进行变革性利用，这使得信息处理者无法在信息收集阶段详细阐

〔7〕 参见郭瑜：《个人数据保护法研究》，北京大学出版社2012年版，第84页。

〔8〕 参见谢永志：《个人数据保护法立法研究》，人民法院出版社2013年版，第57页。

〔9〕 参见王秀哲：《大数据时代个人信息法律保护制度之重构》，载《法学论坛》2018年第6期。

明信息的所有可能用途。^{〔10〕}于此情形,信息处理者为保障信息处理活动的顺畅进行,倾向于将信息处理目的以一种模糊或宽泛的方式表达出来,导致信息主体无法预期后续的信息处理行为,这种信息的不对称可能引发社会歧视、差别性对待等不公平现象。

目的限制原则要求对于信息的处理必须与信息收集时的初始目的具有直接相关性,反向推之,当信息处理目的与初始目的不一致时,信息处理者应当及时告知信息主体变更目的缘由并再次征得信息主体的同意。大数据技术的运用使得在信息收集、利用、存储等任何阶段都可能发生信息主体同意信息收集时所未预期的信息处理方式,过于频繁地向信息主体告知变更事项不仅增加了信息处理者的工作负担,也在一定程度上干扰了信息主体的正常生活。此外,目的限制原则植根于私人自治理论,该理论预设信息主体只有充分了解信息处理目的才能决定是否将信息移交给信息处理者。然而,大数据环境中信息处理的复杂性,尤其是自动化决策技术的运用,增加了信息主体理解与选择的难度。实践中,信息主体很少仔细阅读冗长而繁杂的隐私协议,或者囿于自身有限的理性及相关知识的匮乏难以理解具体条款的含义,减损了信息主体同意的有效性。更为重要者,由于信息主体与信息处理者在市场地位、议价能力等方面具有实质不对等性,信息主体即使认识到隐私协议的不合理性也无法要求信息处理者对相关事项予以更正。

(二) 忽视了个人信息的利用价值

个人信息所承载的利益形态具有多元性与复杂性,随着大数据处理技术逐渐渗入社会生活各个方面,在日常的人际交往与社会生活中,个人需要不断地与他人交换信息,公务机关与非公务机关亦频繁收集大量信息以改善行政管理或提供更好的服务,社会对于个人信息的客观需求愈益增多。实际上,个人信息不仅与人格尊严及人格自由密切相关,更是相关产业存在和发展的基石,因此不能只关注信息保护,而应将信息保护与信息利用放在同一维度。^{〔11〕}值得肯定的是,立法不再单方面强调信息主体利益的保护,欧盟《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)及我国《个人信息保护法》都开宗明义地指出,应注重信息保护与信息利用之间的平衡。近年来,我国信息产业发展迅速,对个人信息利用的需求也越来越大,大数据分析技术通过结合不同来源的数据可能发现新的趋势、模式和关系,目的限制原则制约了大数据的规模和使用,可能造成经济和社会效益的重大损失。^{〔12〕}根据目的限制原则的逻辑进路,当信息处理目的实现时信息处理者必须尽快删除个人信息,不得留存个人信息,更不得将信息用于其他目的,这严重降低了信息的利用效率,阻碍了信息价值的开发与再利用。从实际层面考量,多数情况下大数据分析所涉及的方法和使用模式是信息处理者以及信息主体在收集信息时没有预料到的,为了遵守目的限制原则,信息处理者必须密切监视处理过程以确保信息处理没有超出约定的范围,然而采取这些措施可能是代价高昂的、困难的甚至是不可能的。^{〔13〕}

〔10〕 See Alessandro Mantelero, The Future of Consumer Data Protection in the E. U. Rethinking the “notice and Consent” Paradigm in the New Era of Predictive Analytics, 30 *Computer Law & Security Review*, 643–660 (2014).

〔11〕 参见谢远扬:《〈民法典人格权编(草案)〉中“个人信息自决”的规范建构及其反思》,载《现代法学》2019年第6期。

〔12〕 See Bart Custers, Helena Ursic, Big Data and Data Reuse: A Taxonomy of Data Reuse for Balancing Big Data Benefits and Personal Data Protection, 6 *International Data Privacy Law*, 5 (2016).

〔13〕 See Tal Z. Zarsky, Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data, 47 *Seton Hall Law Review*, 1006 (2017).

大数据时代的一个显著特征是，个人信息价值不再单纯地来自其基本用途而更多源于信息的二次利用，很多信息在收集之时并无意用作其他用途，最终却产生了很多创新性的用途。^{〔14〕} 目的限制原则要求信息处理的方式应严格限定于初始目的范围内，不利于新产品、新服务的研发。此外，目的限制原则过于强调信息主体利益的保护，忽视了目的范围之外的信息利用可能造福于社会。2008年，Google公司利用用户的搜索关键词成功预测流感爆发趋势即为很好的例证，Google公司最初收集用户搜索关键词的目的在于改善搜索引擎功能，对于流感趋势的预测显然逾越了Google公司收集信息时的初始目的，但毋庸置疑的是，流感趋势预测对于公共卫生部门及时采取防治措施提供了较大帮助。可见，严格的目的是限制原则不符合大数据背景下信息多样性利用的现实需求，阻碍了信息经济与信息产业的进一步发展。

三、目的限制原则的改革方案及评价

（一）域外立法变革路径——以欧美为考察对象

目的限制原则最早由美国学者艾伦·威斯汀（Alan Westin）提出，威斯汀主张政府所收集的个人信息只能用于特定目的，不得用于其他目的或者进一步流转，除非提供信息的个人或群体的身份特征已经完全从该信息中移除，或者他们自由地对进一步流转表示同意。^{〔15〕} 立法上，目的限制原则可以追溯至1980年的《关于隐私保护与个人数据跨境流动的指南》，可以说，欧美国家对于目的限制原则关注的时间较早，积累了丰富的经验，通过考察欧美法的相关规定，可以为我国目的限制原则的优化调整寻求经验借鉴。

为缓和严格的目的是限制原则适用上的僵硬性，95指令规定了“兼容性使用”（compatible use），但并未正面规定“兼容性使用”的具体内涵以及判断标准，以致欧盟国家在评估兼容性时采取了不同的判定标准。具体来说，比利时主要根据信息主体的“合理期待”来判断兼容性，英国和希腊则通过“公平性”（fairness）与“合法性”（lawfulness）衡量兼容性，德国和荷兰则借助于“平衡测试”（balance tests）加以判定。^{〔16〕} 2013年，第29条数据保护工作组发布了有关目的限制原则的意见书，明确指出“不同于初始目的的进一步处理并不意味着与初始目的自动地不兼容，在某些情况下，虽然信息的处理与初始目的不同，但二者可能是相符的”^{〔17〕}。关于如何判定“兼容性”，第29条数据保护工作组认为应当考虑信息收集目的与信息处理目的之间的关系、信息收集的具体情境与信息主体的合理预期、信息的性质与信息处理对信息主体的影响以及

• 371 •

〔14〕 参见〔英〕维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，盛杨燕、周涛译，浙江人民出版社2013年版，第197页。

〔15〕 参见梁泽宇：《个人信息保护中目的限制原则的解释与适用》，载《比较法研究》2018年第5期。

〔16〕 See Judith Rauhofer, Look to Yourselves, That We Lose Not Those Things Which We Have Wrought: What Do Proposed Changes to the Purpose Limitation Principle Mean for Public Bodies' Rights to Access Third-Party Data, 28 *International Review of Law, Computers & Technology*, 146-147 (2014).

〔17〕 前引〔3〕，第21页。

信息处理者采取的保障措施等。^{〔18〕}《一般数据保护条例》承继了第29条数据保护工作组关于兼容性使用的判定方式,成为指导欧盟域内判断信息处理是否合乎初始目的的重要依据。有学者认为,虽然相关立法列举了“兼容性”的考量因素,但实践中判定信息处理是否与初始目的相兼容,仍需根据个案具体情境加以判断。^{〔19〕}有学者更是直言,“兼容性评估”在大数据背景下有些抽象和困难,兼容性评估要求考虑信息收集时的具体情境、信息的性质等各种因素,而大数据的运行需要分析不同环境中的数据,使得静态的要素评价几无可能。^{〔20〕}“兼容性使用”作为一个转接通道,为超越初始目的之外的信息利用提供了理论基础,缓和了信息保护与信息利用之间的紧张关系,拓展了信息利用的空间,具有一定的积极意义。然而,“兼容性使用”在判断后续的信息处理是否具有正当性时仍以信息收集时的初始目的为基点,忽视了时间、环境等外在因素的变迁可能导致信息处理目的的更迭。2017年,第108号公约协商委员会主张,不应以信息主体可能认为无法预料的、不适当的或令人反感的方式处理信息,将信息主体暴露于不同的风险或比初始目的所预设的更大的风险,可以视为以无法预料的方式处理信息。^{〔21〕}指南改变了欧盟一直以来所遵循的目的限制原则的调整思路,为目的限制原则在新时代背景下的灵活运用开辟了新的方向,遗憾的是,指南仅具有参考性意义,不具有强制的法律效力。

不同于欧盟立法,美国主要通过场景规则的构建来改革目的限制原则所面临的困境,场景规则的提出与美国隐私概念的不确定性有关,自1890年沃伦(Samuel D. Warren)与布兰迪斯(Louis D. Brandeis)提出隐私这一概念以来,理论界关于隐私的具体内涵一直存在争议。在此背景下,美国学者海伦·尼森鲍姆(Helen Nissenbaum)提出了场景完整性理论(contextual integrity theory),主张隐私的保护应与特定情境联系起来,信息的收集和传播应当符合具体情境并遵守特定情境下的相应规则,隐私是否受到侵害需要综合考量具体场景下的多种因素。^{〔22〕}场景完整性理论由于其强大的包容性与灵活性得到立法者的青睐,2012年,白宫在一份文件中明确提出“尊重场景原则”(respect for context principle),消费者有权期待企业收集、使用以及披露个人数据的方式与其提供数据时的场景相一致。^{〔23〕}与此同时,联邦贸易委员会强调在符合一定场景下企业可以直接收集或使用消费者信息而无需征得消费者的同意,除非企业以信息收集时所声称的实质性不同的方式使用信息或出于某些目的而收集敏感信息。^{〔24〕}2018

〔18〕 参见前引〔3〕,第23-26页。

〔19〕 See Bert-Jaap Koops, The (In) Flexibility of Techno-Regulation and the Case of Purpose-Binding, 5 *Legisprudence*, 179 (2011).

〔20〕 See Tal Z. Zarsky, Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data, 47 *Seton Hall Law Review*, 1008 (2017).

〔21〕 See Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data, available at <https://rm.coe.int/16806ebe7a>, last visited on May 27, 2021.

〔22〕 See Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 *Washington Law Review*, 136-157 (2004).

〔23〕 See White House, Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy, available at <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/privacy-final.pdf>, last visited on Aug. 20, 2021.

〔24〕 See Federal Trade Commission, Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid change, March 2012, available at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>, last visited on Jul. 19, 2021.

年,《加州消费者隐私法案》(California Consumer Privacy Act, CCPA)吸收了“尊重场景规则”,法案明确“若个人信息的处理符合信息收集时的具体情境,则认为信息处理行为是合理的、适当的”^[25]。“尊重场景规则”主张不应严格固守信息收集时的初始目的,若后续的信息处理符合信息收集时的具体场景则判定信息处理行为是合法的,但“场景”具有流动性与易变性,不利于当事人合理预期的形成。有鉴于此,2020年的《加州隐私权法案》(The California Privacy Rights Act, CPRA)对目的限制原则进行了调整,采取“初始目的”与“场景路径”双重认定模式,其规定“企业收集、使用、存储、共享消费者个人信息应当是合理的、必要的,并且与信息收集时的初始目的相符,或具有与信息收集时的情境相适应的其他披露目的”。易言之,若个人信息的后续处理与初始目的或信息收集时的场景相符,就应当认定为正当的信息处理行为。

(二) 理论界的改革方案

大数据环境下,目的限制原则暴露出来的弊端愈来愈多,学界对此进行了反思并提出不同的改革方案。“合法利益测试说”认为“目的限制原则”已经无法适应社会发展的需要,应当评估为实现某项合法利益可以在何种程度上正当化信息处理行为,以此决定信息处理行为是否妥当。^[26]“扩张解释目的说”主张综合考量信息收集时的情形、信息的性质以及信息处理对信息可能造成的后果等因素,来扩张解释信息收集时初始目的,禁止任何逾越初始目的的信息利用行为。^[27]“风险限定说”建议融入场景与风险的理念,以“风险限定”替代“目的限定”,亦即处理个人信息不能引发高于原有程度的、用户无法预期的风险。^[28]风险限定论认为,判定信息的利用是否具有正当性关键在于信息处理是否引发了不合理的风险,这种不合理的风险包括精神压力、差别待遇、人身财产损害的可能性以及是否符合信息主体的预期与信息披露时的情境。^[29]

关于前述改革方案,“合法利益测试说”的观点较为激进,其认为应当彻底放弃“目的限制原则”的基础性地位,主张以“合法利益”作为信息处理是否具有正当性的唯一判断标准,如果信息处理是为实现某项合法利益所必需,则该信息处理具有妥当性,反之则否。“合法利益测试说”在一定程度上缓和了后续信息处理受限于初始目的的局限性,能够为实践中信息处理的适时变动提供理论依据。然而,“合法利益”是模糊且抽象的法律概念,其具体内涵及外延有待于个案情境中予以判定,由此可能导致不同主体对于“合法利益”存在不同的解释,无法为司法实践提供明确的指导。从实际层面考量,信息主体由于信息不对称、专业能力的匮乏等现实因素很难举证证明信息处理者所声称的“合法利益”是否合理,可能致使“合法利益测试”异化为强势地

[25] The California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA), available at https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SB1121, last visited on Jul. 11, 2021.

[26] See Lokke Moerel, Corien Prins, Privacy for the Homo Digitalis: Proposal for a New Regulatory Framework for Data Protection in the Light of Big Data and the Internet of Things, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784123, last visited on Apr. 23, 2021.

[27] 参见前引[15], 梁泽宇文。

[28] 参见范为:《大数据时代个人信息保护的路径重构》,载《环球法律评论》2016年第5期。

[29] 参见李媛:《大数据时代个人信息保护研究》,华中科技大学出版社2019年版,第200页。

位的信息处理者肆意处理他人信息的辩护工具。“扩张解释目的说”避免了后续信息处理溢出初始目的范围可能面临的“目的落空”之诘问,保障了“初始目的”存在的价值,但其通过采取综合考量模式来扩张解释信息处理的初始目的不仅不合理地改变了原本意义上的“目的”,还在一定程度上淡化了目的明确性,导致当事人无法产生合理的预期。需明确的是,个人信息保护并非旨在保护信息本身不被收集、利用,而是保护信息主体免受信息处理可能造成的伤害,严格限制信息的收集而放松信息的利用不符合时代发展趋势。“风险限定说”不要求信息处理者对于初始目的的严格遵循,只要信息处理者将信息处理可能引发的“风险”控制在合理范围之内就可以自由处理信息,符合实践中多元化的信息利用需求。然而,罔顾信息收集时的初始目的,不利于信息主体合理预期的形成以及社会的有序发展。

四、个人信息的类型化分析

(一) 个人信息类型化的必要性

1. 个人信息固有的差异性

个人信息范围广泛、种类繁多,不同的个人信息与自然人的关联性是不同的,面对丰富庞杂的个人信息集群,统一个人信息的保护模式忽视了个人信息的差异性及其对个人的影响程度,因此,区分规制个人信息从而提供更为细致的保护实乃现实必需。

司法实践中,法院首先认为信息的内容决定信息处理风险的高低,如果所涉信息的内容是普通个人信息,则诉请通常不会得到法院的支持,但如果相关的个人信息涉及当事人的隐私,或者个人信息属于敏感事项,那么相关的诉请就有很大的可能获得法院的支持,因此,只有对受保护的个人信息进行类型化处理,才能“避免个人信息概念的模糊性缺陷,防止规范适用的空洞化”^[30]。个人信息固有的差异性要求我们对不同个人信息给予不同程度的保护,这是平等原则的内在要求,平等并非意味着忽视个人信息的差异性刻意追求均等化保护。平等原则包括两重含义:平等的必须平等对待,不平等的必须不平等对待。这意味着平等原则不仅仅允许差别的存在,而且允许差别对待。^[31]个人信息之间天然地存在差异,不加区分地对所有个人信息实行同等保护,违背了平等原则的实质内涵。

2. 促进信息市场有序发展

历史上,无数次思想启蒙与思想解放运动的经验告诫我们,人类从愚昧无知走向文明发展的关键就在于信息的获取与利用。目前,信息的共享与流通已成必然趋势,信息壁垒逐渐被打破,任何阻碍或隔绝信息流通的行为都是违背社会实际发展现状的。信息时代对于个人信息利用的内在需求要求我们必须摒弃传统的只关注于信息主体利益的滞后观念,适度地释放信息的经济价值才能有利于社会的有序发展。在信息处理过程中,信息主体的利益与信息处理者的利益处于持续

[30] 前引〔11〕,谢远扬文,第146页。

[31] 参见〔德〕伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第165页。

的博弈之中，过于强化信息主体利益的保护，必将侵蚀信息的合理利用空间；反之，偏重信息处理者的利益，则势必影响信息主体的利益。

大数据时代，信息经济已成为我国市场经济发展的重要组成部分，个人信息一体化的保护模式增加了信息处理者处理信息的顾虑，信息处理者可能因惧怕动辄承担法律责任而放弃信息产品的研发与升级，这对于我国信息产业的长足发展是不利的。从成本收益的角度分析，统一保护模式虽然使公民信息得到了绝对的保护，但国家为此投入了大量成本，包括司法成本、社会成本等，总体上无益于社会效益的增加，因而并非是最优的资源配置方式。^{〔32〕}

（二）个人信息类型化的路径选择

1. 个人信息类型化的理论尝试与规范应对

关于个人信息的类型化区分，我国理论层面与规范层面存在不同的观点，就理论层面来说，可谓众说纷纭，以下简要概述。有学者依据个人信息与人格关系的紧密程度将个人信息区分为人格紧密型个人信息和人格疏远型个人信息，凡符合直接识别性、敏感性、个体性强三个特征之一的个人信息即为人格紧密型个人信息，反之则为人格疏远型个人信息。^{〔33〕}还有学者立足于个人信息生命周期及其在不同周期阶段呈现的利益形态，将个人信息划分为个人私密信息、个人事实信息以及个人预测信息。^{〔34〕}还有学者将个人信息划分为自然性个人信息与社会性个人信息，自然性个人信息是信息主体与生俱来且无法轻易改变的信息，社会性个人信息是信息主体为了社会生活所必须而由个人主动或被动地获取的相应符号或信息。^{〔35〕}由上述不完全列举可知，我国学者在个人信息类型化问题上各执己见，但其区别规制个人信息的意旨均在细化个人信息的保护方式，并在此基础上平衡信息主体与信息处理者的利益。

就规范层面来说，截至目前，我国诸多规范均对个人信息的类型化予以了明确规定。2012年发布的《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》第3.2条明确表示“个人信息可以分为个人敏感信息和个人一般信息”。《民法典》第1034条第3款依据信息的私密性将个人信息区分为私密信息与非私密信息，第1036条则根据公开与否将个人信息区分为已经合法公开的个人信息与未公开的个人信息。新近颁布的《个人信息保护法》延续了区别规制个人信息的立法理念，将个人信息区分为个人一般信息与个人敏感信息以及已公开的个人信息与未公开的个人信息。可见，我国立法对于个人信息的类型化存在不同的规定，由此引发的问题是，不同类型化的个人信息之间可能存在交叉重叠之处，例如，性取向可能同时属于个人敏感信息、私密信息以及非公开个人信息，此时应当选取何种保护路径不仅关系当事人合法权益的保护，还关系法律体系的内在协调。

• 375 •

〔32〕 参见董悦：《公民个人信息分类保护的刑法模式构建》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2020年第2期。

〔33〕 参见项定宜、申建平：《个人信息商业利用同意要件研究——以个人信息类型化为视角》，载《北方法学》2017年第5期。

〔34〕 参见袁泉、王思庆：《个人信息分类保护制度及其体系研究》，载《江西社会科学》2020年第7期。

〔35〕 参见刘迎霜：《大数据时代个人信息保护再思考——以大数据产业发展之公共福利为视角》，载《社会科学》2019年第3期。

2. 个人信息类型化的理想选择

上述个人信息类型化的学说有一定的说服力,但都不足以成为重构目的限制原则的根本性的类型划分。笔者认为,以信息的敏感度将个人信息区分为个人一般信息与个人敏感信息进而对目的限制原则采取不同的解释路径,能统筹兼顾信息主体利益与信息处理者利益,实现信息保护与信息利用之间的动态平衡。根据《个人信息保护法》第28条之规定,“敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用,容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息,包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息,以及不满十四周岁未成年人的个人信息”。可见,个人敏感信息与个人一般信息的区分触及了个人信息保护实质意义上的差异性,较之于个人一般信息,侵害个人敏感信息对信息主体造成的损害更为严重,因而需要对其予以更严格的保护。

此外,以个人敏感信息与个人一般信息的区分来构建个人信息保护规范体系符合国际立法趋势,也契合了我国的立法规范。目前,比较法上大多国家和地区采取区别规制个人敏感信息与个人一般信息的立法体例。例如,1981年欧洲理事会颁布的《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》、2018年生效的《欧盟一般数据保护条例》、2018年日本修正的《个人信息保护法》等。我国规范层面,《民法典》《个人信息保护法》《征信业管理条例》以及《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》《信息安全技术 个人信息安全规范》等诸多规范性文件或直接或间接规定了敏感信息。司法实践中,法院亦认为应当对于敏感信息予以特殊对待。在“罗某与巢某土地登记纠纷”一案中,法院认为,合法权利人对于房屋相关权属信息为个人敏感信息,在非法定情形下,未经权利人同意不应公开。^[36]在“朱烨与百度网讯科技公司隐私权纠纷”一案中,法院认为,将个人信息区分为个人敏感信息和非个人敏感信息的一般个人信息而允许采用不同的知情同意模式,能够在保护个人人格尊严与促进技术创新之间寻求最大公约数。^[37]可以说,个人敏感信息与个人一般信息的区别规制能够成为我国个人信息分类保护的基础性框架,是适合于我国个人信息类型化保护的理想的路径选择。

五、类型化视角下目的限制原则的重构

(一) 个人敏感信息:禁止目的外利用

个人敏感信息与信息主体的人格尊严以及人格自由密切相关,非法收集或不当利用敏感信息可能对信息主体的人身权益造成严重损害,这种损害不局限于隐私侵害,而是包括财产损失、歧视性待遇、精神伤害等在内的各种形式的物质性以及非物质性损害。处理敏感信息具有高度的危险性,因而在处理敏感信息时应当恪守目的限制原则,禁止超越初始目的范围处理敏感信息。

[36] 参见江苏省南京市中级人民法院(2020)苏01行终480号行政判决书。

[37] 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第5028号民事判决书。

如前所述，收集个人敏感信息必须具有明确、合理的目的，其中“合理性”的判定涉及价值层面冲突关系的利益衡量，可以借助于公法上的比例原则进行判定。比例原则缘起于德国警察法，后发展为公法领域的“帝王条款”，比例原则内含三个子原则，即适当性原则（Geeignetheit）、必要性原则（Erforderlichkeit）及狭义比例原则（Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne）。〔38〕近年来，比例原则在我国呈现出不断扩张的趋势，不仅行政法、刑法等公法领域强调比例原则的指导价值，私法领域也逐渐认可比例原则的作用空间，更有学者主张比例原则应当作为民法的一项基本原则，强调比例原则在私法领域的普适性。〔39〕比例原则作为方法论意义上的工具性原则，〔40〕考察的是目的与手段之间是否均衡，处理敏感信息是否具有“合理性”亦在评价信息处理者的处理行为与其所意愿达成的目的之间是否合理，与比例原则内蕴的价值取向具有一致性。此外，比例原则内含的三个子原则呈现阶层式的构造，在具体适用上具有严格的顺序限制。比例原则的阶层式构造以及顺序判断模式提供了精致的分析工具，使得“合理性”的判定既不过于空洞也有章可循。具体来说，适当性原则要求信息处理者的行为应当有助于合法利益的实现，此处的“合法利益”应作广义的解释，不仅包括法律明确规定的正当性利益，还包括法律虽然没有明确规定但从规范目的可推导出的合法性利益。需注意的是，适当性原则要求信息处理者的行为具有实现合法权益之可能性即可，并不要求该合法利益必须真切地实现，由于事物的普遍联系性，客观上有利于实现合法利益的信息处理行为可能无限绵延，行为的作用力大小亦不相同，但不得将过于遥远的作用力纳入合理性范畴，否则可能堵塞信息主体获取救济的途径。必要性原则要求信息处理者在处理敏感信息时必须选择对信息主体侵害最小的处理措施，且所采取的措施必须具有经济性与便利性，若实现该信息处理目的成本过高，应否定信息处理行为的合理性。均衡性原则要求处理敏感信息可能对信息主体利益造成的损害应当与所要实现的目的具有相称性，不能显著失衡，相称性内蕴多元的价值评价，需要在具体个案中综合考量。

• 377 •

（二）个人一般信息：适度允许目的外利用

大数据时代，个人的生活交往以及社会的存续发展离不开个人信息的收集与利用，对于与信息主体联系不甚紧密的个人一般信息，应更多关注于其在社会生活中的流转与利用，原则上来说，信息处理者必须谨遵目的限制原则，但为满足社会对于信息利用的需求，应当允许信息处理者在一定条件下超越初始目的范围利用信息，前提是不得给信息主体造成不合理的风险。

现代社会是风险社会，各种各样的风险无处不在。贝克认为，风险的概念直接与反思性现代

〔38〕 Vgl. Landessozialgericht Hamburg. Begrenzung der Erbschaftswirkung bei Nichtanzeige einer Beschäftigung, 2006 Heft 1, S. 18.

〔39〕 参见郑晓剑：《比例原则在民法上的适用及展开》，载《中国法学》2016年第2期；纪海龙：《比例原则在私法中的普适性及其例证》，载《政法论坛》2016年第3期。

〔40〕 See Aharon Barak, Proportionality, Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 131.

化的概念相关,风险可以被界定为系统地处理现代化自身引致的危险和不安全感的方式。^[41] 还有学者认为,风险是某种不可预见情形出现的可能性,其可能是自然事件或人类活动的结果,也可能是两者共同作用的结果。^[42] 可见,“风险”一词具有多重面向,其在不同语境中具有不同的含义。个人一般信息更多体现为信息利用价值,因此不宜片面强调信息处理对于初始目的的严格遵循,而应要求信息处理者将信息处理可能引发的风险控制在合理范围之内,以符合大数据时代信息多元利用的趋势。一般来说,影响信息处理风险程度的因素主要有以下几项:第一,信息的敏感性程度。个人信息的核心特征在于识别性,识别包括直接识别与间接识别,直接识别指通过该信息可以直接确认某一自然人的身份,间接识别指通过该信息虽然不能直接确认某人的身份,但可以结合其他信息加以确定。^[43] 个人信息的此种特性决定了个人信息的范围具有广泛性与动态性,具体个案中,如果信息的敏感度越高,则信息处理行为受到的限制越多。第二,信息处理者的风险控制能力。特定的行为或活动与特定的风险相联系,当行为人以其行为开启一定的风险或者维持一定的风险状态时,该风险实现时则行为人为难辞其咎。^[44] 通常来说,信息处理活动产生的风险是由信息处理者制造的,信息处理者在享受信息处理带来利益的同时亦负有合理控制风险的义务。风险实现的可能性以及风险的严重性与信息处理者控制风险的能力密切相关,信息处理者控制风险的能力越强,则风险发生的可能性越低、风险的严重性亦越低。第三,信息主体的预见能力。合理的信赖受法律保护,信息处理者不得以信息主体基于信息收集时的初始目的所无法预期的方式处理信息。^[45] 信息处理者对于信息主体信赖其以约定方式利用信息的合理预期负有保护义务,不得无故使信息主体的合理预期落空,否则有碍于构建良性的信息处理环境,若信息处理产生的风险高于信息主体的合理预期则为法律所不允许,信息处理者需将相关风险告知信息主体并重新获得信息主体的授权同意。须注意的是,即使信息处理产生的风险在合理范围之内,但信息主体明确表示拒绝接受信息处理的,信息处理者亦不得继续处理信息,除非信息处理者有证据证明信息处理的利益大于信息主体的利益。

六、结 语

法律需要稳定,但不能一成不变,所有关于法律的思考都是在努力调和稳定与变化这两种相互冲突的需求。^[46] 目前,大数据技术渗透到社会生活的各个方面,信息科技的快速变革要求个人信息保护理念应从严格限制信息收集转向平衡兼顾信息保护与信息利用,传统的目的限制原则

[41] 参见〔德〕乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第19页。

[42] 参见〔英〕罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,宋华琳等译,上海三联书店出版社2017年版,第348页。

[43] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编解读》,中国法制出版社2020年版,第209页。

[44] 参见叶金强:《风险领域理论与侵权法二元归责体系》,载《法学研究》2009年第2期。

[45] See Dag Elgesem, The Structure of Rights in Directive 95/46/EC on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and the Free Movement of Such Data, 1 *Ethics & Information Technology*, 283-287 (1999).

[46] See Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History*, Cambridge University Press, 1967, p. 1.

无法有效应对社会的发展变化，有必要对其加以修正。

个人信息种类繁多，不同个人信息与信息主体的紧密程度差异甚大，统一的个人信息保护模式无法合理兼顾信息保护与信息利用之双重价值目标，类型化构建个人信息保护制度实有必要。具体而言，由于个人敏感信息关系信息主体基本的人格尊严，在处理敏感信息时必须恪守目的限制原则，禁止恣意扩大初始目的应有的范围，而对于个人一般信息，可以适度允许超越初始目的范围的信息利用行为，但不得超过信息收集时信息主体能够合理预期的风险。我国《个人信息保护法》虽然规定了目的限制原则，但基本沿用传统的保护路径，存在不足之处，应适度调整目的限制原则的内涵以期助力我国信息产业与信息社会的有序发展。

Abstract: As the basic principle of personal information processing, the purpose limitation principle requires that information processing activities shall not overflow the scope of the original purpose at the time of information collection, which guarantees the subject of the information independent control and dominate over personal information. However, in the era of big data, the diverse use of information is becoming more and more normal, and the purpose of information processing is difficult to be fully determined at the information collection stage. Besides, the strict purpose limitation principle ignores the use value of personal information. Information protection and information utilization are both value goals pursued by the law, and we can't ignore one and lose the other. Therefore, it is necessary to reshape the connotation of the purpose limitation principle from the perspective of personal information typology. In other words, when dealing with personal sensitive information, we must strictly abide by the purpose limitation principle, and processing beyond the scope of the original purpose is prohibited. In principle, the processing of personal general information must also comply with the purpose limitation principle, but under special circumstances, it is allowed to process information beyond the initial purpose, provided that it shall not cause risks higher than expected by the subject of personal information.

Key Words: the purpose limitation principle, information protection, information utilization, personal sensitive information, the risk limitation

“国家在场”视角下个人信息保护的 实践检视与路径探索

王 娅*

内容提要：个人信息保护与利用牵涉个人、企业和政府之间的利益与权力关系。国家需要作为独立的行为主体，调和参与者之间的冲突，整合个人信息保护实践。维护个人的知情同意规则、约束企业的隐私政策以及要求政府的行政规制这三种实践表明：在个人信息保护领域，国家在场是一个既成事实。然而，国家在场的实践存在两方面问题：一是内容上全面兼顾了个人权利、企业责任与政府义务，但各主体的履行实效欠佳，难以切实维护个人的合法权益；二是形式上以规范信息处理者的活动为主，但规制策略的取向不明，难以恰当界定企业自我规制与政府规制之间的关系。因此，信息时代国家的有效在场，需要重申人性尊严的基本理念，以维护个人的主体地位，也需要重述规制策略的主要共识，确立回应型规制，以妥善对待企业与政府之间的互动。

关键词：国家在场 个人信息保护 知情同意 企业自我规制 政府规制

一、问题的提出

全球个人信息保护立法的实践，如欧盟《通用数据保护条例》、美国《隐私权法》以及我国《个人信息保护法》，呈现出很强的国家引领和布局的色彩。个人信息保护立法的本质是国家对个人信息处理行使规制权。^{〔1〕} 个人信息保护是国家事务的组成部分，也是国家治理的重要场域，深受国家影响与支配。国家自始至终伴随着个人信息的书写、解释和演进，与个人信息保护紧密相

* 王娅，吉林大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重大专项项目“核心价值观融入法治建设研究：以公正司法为核心的考察”（17VHJ007）、教育部人文社会科学研究专项项目“新时代中国特色社会主义法治思想研究”（18JF210）的阶段性成果。

〔1〕 See Colin Bennett, Charles Rabb, *The Governance of Privacy: Policy Instruments in Global Perspective*, Ashgate, 2003, p. 95.

连并持续互动，国家的显现也是个人信息能被持续保护的重要动因。因此，在个人信息保护领域，国家以何种方式在场，产生了什么影响以及未来努力的方向何在，是必须予以清晰回答的重要问题。对这些问题的有效回答，一方面有助于提高国内整体的个人信息保护水平，另一方面也有助于增进国际社会对中国个人信息保护制度的认可，为后续推进跨境数据流通机制创造积极条件。

既有的学术探讨主要围绕个人信息保护的权益基础、〔2〕归属的法益领域、〔3〕实践中的价值取向、〔4〕理论导向、〔5〕以及未来的路径选择〔6〕等方面展开。这些研究虽贡献了诸多智识，但大都以个人信息为关注点，过滤了对个人信息保护进行宏观全面认识的可能。进而言之，既有研究多从“如何保护”这一内部路径探寻着手，忽略了“国家如何主导参与者的互动实践”这一外部视角的观察与省思，这导致既难以对参与者之间的互动与博弈进行细致观察，又难以精准把握未来个人信息保护的方向与行动。因此，有必要爬梳国家在个人信息保护中的表现形式及其影响，并探索如何更好地将《个人信息保护法》中的国家意志具体化，以实现宏观议题的微观切换。

本文拟采用“国家在场”视角审视个人、企业与政府〔7〕之间的具体互动与典型实践，阐明国家对个人信息保护实践的影响，并在此基础上探讨个人信息保护的未來方向与行动要旨。

二、个人信息保护领域“国家在场”视角的引入

• 381 •

“国家在场”视角被广泛用于解释我国的经济、社会、法律与文化等领域的诸多现象和问题，取得了丰硕成果。然而，学者们对此概念的內涵尚未形成完整明确的界定。因此，在考察“国家

〔2〕 例如，欧盟有人格权保护模式，美国有隐私权保护模式。也有人称之为“数据保护法模式”和“消费者保护模式”。两者之间的主要区别在于默认规则，前者仅在法定理由之下才允许收集和处理数据；后者则相反，一般允许收集和处理个人信息，除非特别禁止。See William McGeveran, *Friendship the Privacy Regulators*, 58 *Arizona Law Review*, 966 (2016).

〔3〕 主要有公法保护模式、私法保护模式和综合保护模式之争。参见赵宏：《〈民法典〉时代个人信息权的国家保护义务》，载《经贸法律评论》2021年第1期；宋亚辉：《个人信息的私法保护模式研究——〈民法总则〉第111条的解释论》，载《比较法研究》2019年第2期；程关松：《个人信息保护的中國权利话语》，载《法学家》2019年第5期。

〔4〕 有过程保护与结果保护的分野，也有分享优先与控制优先的选择。参见蔡培如：《个人信息保护原理之辨：过程保护和结果保护》，载《行政法学研究》2021年第5期；陆青：《数字时代的身份构建及其法律保障：以个人信息保护为中心的思考》，载《法学研究》2021年第5期；杨贝：《个人信息保护进路的伦理审视》，载《法商研究》2021年第6期。

〔5〕 主要有个人信息自决论、社会控制论和国家保护义务论的理念反思。参见高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，载《法学研究》2018年第3期；王锡铨：《个人信息国家保护义务及展开》，载《中国法学》2021年第1期。

〔6〕 主要有法律保护、技术设计与伦理审视等多种进路。参见郑志峰：《通过设计的个人信息保护》，载《华东政法大学学报》2018年第6期；肖成俊、许玉镇：《大数据时代个人信息泄露及其多中心治理》，载《内蒙古社会科学（汉文版）》2017年第2期；前引〔4〕，杨贝文。

〔7〕 政府是国家意志的合法代理者，“国家”与“政府”往往相互替用。但本文将国家定位为超然的、中立的角色，用以居中调和个人、企业和政府之间的权益冲突。一方面是因为国家本身可以如西达·斯考切波（Theda Skocpol）所期望的那样，作为独立的“行为体”参与并追求某些社会目标；另一方面，政府兼具利用者与管理者的双重身份，始终难以对这两类身份保持反思性隔离，甚至在实践中很可能不经意地以双重身份相互解释或者错位使用。因此，把政府置于国家视角之下去思考，某种程度上避免了这种尴尬境地。再者，《个人信息保护法》中也将“国家”“处理个人信息的国家机关”“履行个人信息保护职责的部门”三者之间进行了称谓和职能上的区分，比如“国家”出现了2次，用以表明国家在个人信息保护方面的态度和行为，即建立健全个人信息保护制度以及积极参与个人信息保护国际规则的制定。See Peter B. Evans, Dietrich Rueschemeyer, Theda Skocpol, *Bringing the State Back in*, Cambridge University Press, 1985, p. 9.

在场”视角下个人信息保护实践之前，有必要对“国家在场”的学术意涵做进一步限定。从结构上考察，“国家在场”具备实体论与方法论两个维度。就实体内容而言，“国家在场”是重要的理论模式，表达的是国家及其公权力对传统公共领域乃至私权领域的渗透。^{〔8〕}作为一种重要的方法论，“国家在场”有助于对复杂的社会关系网络和多样的社会生产结构做出二元化透视，便于揭示隐匿于人类生活中的社会规律。^{〔9〕}学者们使用“国家在场”，多是基于方法论层面，将其作为一种分析框架实现对社会现象的合理认知。

（一）“国家在场”的学术意涵与理论脉络

“国家在场”最早出自美国学者乔尔·米格代尔（Joel S. Migdal），意指一种“国家在社会中”的研究视角（a state in society perspective），^{〔10〕}被用来检视国家和社会之间分组整合及其合纵连横的互动过程。20世纪90年代初，我国学者高丙中较早使用这一方法并引起广泛关注。他把米格代尔的“国家在社会中”直译为“国家在场”，即“以国家的视角来研究社会问题，进而对既往社会研究中所普遍存在着的内生主义倾向进行纠偏”^{〔11〕}。此后，这一分析框架不断扩充，先后渗透到民族学、政治学、社会学等相关领域，为重新认识国家与社会的关系提供了一种新的解释模式。^{〔12〕}但是，已有的研究并没有明确界定这一概念，只是用来描述国家对社会的影响以及社会对国家的回应之现象。

除了上述整体性理解之外，“国家在场”的概念还存在“国家+在场”的组合式理解。作为概念组合的“国家在场”，其重点在于对“场（域）”的理解。“场域”概念的使用源于布尔迪厄（Pierre Bourdieu）。受黑格尔影响，他在“场域”的思考中加入“现实的关系”之因素。其后，他受马克思启发，给“场域”的思考注入“客观存在”的因素。因此，在布尔迪厄看来，场域是“在各种位置之间存在的客观关系的一个网络或一个构型（configuration）”^{〔13〕}。他认为，当场与权力结合起来时，国家就是一个不可规避的权力结构，且与其他社会力量相结合，表现为一种多维度、多向度的运行。^{〔14〕}因此，“国家在场”即是以国家的力量影响、作用或控制各种社会关系。

〔8〕 参见王建生：《西方国家与社会关系理论流变》，载《河南大学学报（社会科学版）》2010年第6期；邓正来：《国家与社会：中国市民社会研究》，中国法制出版社2018年版，第16-18页。

〔9〕 参见廉睿、高鹏怀：《“国家在场”与族群法治知识功能再造——基于西北T自治县生态保护的田野调查》，载《广西民族研究》2018年第4期。

〔10〕 20世纪80年代，以彼得·埃文斯（Peter Evans）为代表的学者仅关注国家自主权和国家能力等方面的研究，这被称为国家中心主义。但国家中心主义很快受到挑战，以米格代尔为代表的学者坚持社会中心主义的立场，以回应国家中心主义的研究。参见〔美〕乔尔·米格代尔等编：《国家权力与社会势力：第三世界的统治与变革》，郭为桂等译，江苏人民出版社2017年版，第1页。

〔11〕 高丙中：《民间的仪式与国家的在场》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2001年第1期。不过，仍有一些研究国家与社会关系的学者依然使用“国家处在社会中”或“社会中的国家”这样的表达。参见肖瑛：《从“国家与社会”到“制度与生活”：中国社会变迁研究的视角转换》，载《中国社会科学》2014年第9期；侯利文：《国家与社会：缘起、纷争与整合——兼论肖瑛〈从“国家与社会”到“制度与生活”〉》，载《社会学评论》2018年第2期。

〔12〕 其他研究参见何平：《“国家在场”下的妇女地位提升——以建国初期的妇女解放为例》，载《中共宁波市委党校学报》2008年第2期；秦永章：《藏传佛教活佛转世与“国家在场”》，载《西藏研究》2020年第5期；张锦鹏、刘丽凤：《国家在场：从清代滇南盐官营看国家边疆治理》，载《云南社会科学》2021年第4期。

〔13〕 〔法〕皮埃尔·布尔迪厄、〔美〕华康德：《实践与反思——反思社会学导引》，李猛、李康译，中央编译出版社1998年版，第133-134页。

〔14〕 参见前引〔13〕，皮埃尔·布尔迪厄、华康德书，第156页。

米格代尔的“国家”观念借用并改编了布尔迪厄关于“场域”的界定,^[15]而且,米氏认为:“国家不是固定不变的实体,社会也不是。他们共同在相互作用的过程中改变各自的结构、目标、规则以及社会控制。它们是持续相互影响的。”^[16]因此,无论是组合概念还是整体概念,“国家在场”就是被建构起来的一个研究方法,用来探讨国家权力在社会领域中的存在与体现,即国家通过政策、法律、行动、仪式等方式对社会产生影响,社会采取一定的方式和策略对国家进行回应。

(二)“国家在场”引入个人信息保护的可行性与必要性

作为舶来品,“国家在场”在具体运用方面需要进行理论探讨与实践检验。^[17]除了在民族学与社会学等领域的运用,一些学者对“国家在场”做了进一步的延伸理解与扩展运用。比如,卫跃宁用它来表达法益变迁时所坚持的一种国家本位主义,突出国家主导的优势及作用;^[18]陈洪等学者用它来描述国家以某种形态,通过干预、分化、渗透、整合及引领等各种方式和途径参与经济和社会事务的运作;^[19]廉睿和高鹏怀用它来透视族群法治知识以获得对民族法治现象的合理解读;^[20]任文启用它来检讨涉罪未成年人服务个案的实践;^[21]许超等学者用它来思考全球治理中国家的地位与作用^[22]等。因此,对“国家在场”这一分析框架的价值挖掘,已成为学者们不谋而合的共识。

本文亦借鉴这一研究范式,试图通过研究视角上的革新,分析并反思国家如何干预、渗透、整合及引领个人信息保护实践,并寻求理念与制度上的突破。从表征上看,这是一种视角革新,在强调学科交融与知识共享的语境中,具备形式层面的可接受性。从实质上看,由于国家作用于个人信息保护领域是一个既成事实,这一分析框架可用来透视国家参与个人信息保护的实践、影响及其不足。个人信息保护作为重要的社会问题,不仅是个人、企业与政府表达利益需求的场域,而且是国家表达权威的舞台。因此,“国家在场”视角的引入,就是立足外部观察的视角,检视国家如何渗透并规范个人信息处理活动,从而实现个人信息保护与利用的平衡。换言之,本文的目的在于审视国家在个人信息保护方面的微观运作、实践影响以及后续的调整方向。

• 383 •

[15] 米格代尔放弃了韦伯关于理想型国家的界定,反而在借鉴布尔迪厄“场域”概念的基础上,认为国家是一个权力场,集观念和实践于一体。在观念上,国家是一个被公众承认的整体性组织概念,但在实践中,国家与社会之间的互动呈现出四类结果类型:一是国家渗透致使社会力量消亡或顺从的完全转型;二是国家吸纳社会力量建立统治模式,社会也影响了国家;三是社会力量吸纳国家,虽然统治模式没有变化,但国家各组成部分的面貌发生变化;四是国家在努力渗透(社会)时完全失败。参见〔美〕乔尔·米格代尔:《社会中的国家:国家与社会如何相互改变与相互构成》,李杨、郭一聪译,张长东校,江苏人民出版社2013年版,第22页。

[16] 前引〔15〕,乔尔·米格代尔书,第58页。

[17] 参见崔榕:《“国家在场”理论在中国的运用及发展》,载《理论月刊》2010年第9期。

[18] 参见卫跃宁:《由“国家在场”到“社会在场”:合规不起诉实践中的法益结构研究》,载《法学杂志》2021年第1期。

[19] 参见陈洪等:《“国家在场”视角下英国竞技体育治理实践研究》,载《体育科学》2019年第6期。

[20] 参见前引〔9〕,廉睿、高鹏怀文;廉睿、高鹏怀、卫跃宁:《由“乡土中国”到“国家在场”——族群法治知识在民族地区社会治理中的运行机制研究》,载《社会科学战线》2017年第10期。

[21] 参见任文启:《国家如何在场?——国家亲权视野下涉罪未成年人服务个案的实践与反思》,载《青少年犯罪问题》2020年第5期。

[22] 参见许超:《全球治理中国如何在场——兼与刘建军教授商榷》,载《探索与争鸣》2021年第8期;任剑涛:《找回国家:全球治理中的国家凯旋》,载《探索与争鸣》2020年第3期;刘建军、莫丰玮:《国家从未离场,何须找回——兼与任剑涛教授商榷》,载《探索与争鸣》2021年第1期。

正是基于上述考虑,“国家在场”这一分析框架被引入个人信息保护领域,使得阐述并揭示国家与个人信息保护制度的互动成为可能。“国家在场”视角的引入主要有以下三点理由:(1)现有的个人信息保护以个人为中心来对抗企业与政府,但个人受限于认知能力和经济能力,难以应对动态化、复杂化和风险不确定的个人信息处理过程,也无法回应数据权力蕴含的技术性和资本性的基本特性。而且,个人信息保护的有效性有赖于国家规制,实践中处于维权第一线的往往是监管机构而非个人本身。^{〔23〕}(2)国家保护个人信息具有规范基础。虽然我国《宪法》并未对个人信息保护做出明确规定,但《宪法》第33条第3款对人权保障的规定以及第38条关于公民人格尊严的强调,无不切实地指引并评价国家权力的行使。^{〔24〕}《个人信息保护法》亦从国家层面建立个人信息保护制度,推动在政府、企业、相关社会组织和公众之间形成共同参与个人信息保护的良好环境。(3)国家介入具有强烈的现实需要。数字经济的蓬勃发展使得个人信息成为生产生活的关键环节和核心内容。各主体一方面共享某些价值追求和利益结构,另一方面却因立场、利益取向和社会角色不同而产生冲突。^{〔25〕}但基于个人信息生成的数据权力,却被企业和政府垄断,^{〔26〕}使得个人正处于并将长时间处于被观察、被记录与被操纵的境地。因此,需要国家以中立的姿态介入,运用多种方式或不同工具,去调整个人、企业与政府之间的互动。

三、“国家在场”视角下个人信息保护的实践与功能

• 384 •

个人信息保护是国家的权力实践,但国家意志的嵌入较为隐蔽,需要逐步解析国家的实践与功能,以便真切凸显“国家”的存在,进而促进对国家权威的认同。国家作为形塑力量在场,其姿态是主导者和施惠者,而政府、企业和个人则是参与者和受惠者。本部分就分别从“个人—企业—政府”的主体维度去观察并分析国家在个人信息保护实践中的在场。

(一) 维护个人利益的知情同意规则

原则、规则或标准等具有表达特定思想情感、传递主流价值取向、引导规范主体行为的作用。因此,个人信息保护才会成为日常生活的公共谈资,知情同意规则才会作为信息处理最重要的合法性基础。^{〔27〕}国家嵌入的一条路径就是通过“知情同意”规则进行多渠道、多形式的输出,使公众不自觉地成为这一规则的“传导者”和“发酵者”,完成规则主导权的“潜在让渡”和规则精神的内在化。具体而言,公众在以实用和自利为导向的生活逻辑支配下,通过直接援引部分与日常生活相近的法律文本,如《民法典》《个人信息保护法》,将“知情同意”规则结合日常经验进行再理解或转换成“近经验”,从而实现这一规则的具体化。此外,知情同意规则的力量还在于塑造主体和客体的思想和行为,即通过宣传、鼓动、强制、引导与塑造等方面的功能,帮助个人建构、维持或瓦解社会权力关系。一方面,知情同意规则有助于维护和发展个人信息自决的

〔23〕 参见张新宝:《我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨》,载《吉林大学社会科学学报》2018年第5期。

〔24〕 参见前引〔5〕,王锡锌文。

〔25〕 参见程啸:《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》,载《清华法学》2021年第3期。

〔26〕 参见前引〔5〕,王锡锌文。

〔27〕 参见王成:《个人信息民法保护的模式选择》,载《中国社会科学》2019年第6期。

理念；另一方面，知情同意规则的形成及散播方式又深刻地影响各种社会力量及其相互关系。经由知情同意规则的确立与引导，国家意志就在个人信息保护中得以彰显，扎根于“民众的集体无意识之中”〔28〕。

因为信息主体与信息处理者之间存在着信息不对称和谈判力量不均衡的情况，所以在具体规则的设计上需要对个人进行倾斜保护，以平衡信息市场中出现的非对称权力结构。知情同意规则在发展过程中，通常与国家权力相伴相生、互为增益，呈现出一种“隐秘性共谋关系”。例如在“黄某诉微信读书案”中，原告指出，微信读书没有征得原告的有效同意，而随意迁移微信好友关系，默认向未关注的微信好友公开读书信息。在“凌某某诉抖音案”中，原告预先清空了手机通讯录并拒绝软件读取，但在“可能认识的人”一栏中，抖音依然向他推荐多年未联系的同学、朋友等。在两案中，北京互联网法院均支持了原告的诉讼请求。〔29〕这就说明，当知情同意规则深入人心，会激励用户积极维权，司法体系也会及时回应。知情同意规则的承认意味着，虽然个人信息具有很强的社会性和公共性，〔30〕但个人信息自决依然是应坚持的基本理念。换言之，个人信息的处理活动需要个人参与，个人信息不能不受限制地被轻易交换和出售。

（二）约束企业行为的隐私政策

在知情同意规则指引之下，企业需要制定隐私政策以供用户选择产品和服务时参考，这是国家对企业所能提出的要求之一，也是世界多个国家和地区的通行做法。“仪式及其包含的符号是至关重要的，因为个人成为个人，社会成其为社会，国家成其为国家并不是自然天成的，而是通过文化、心理的认同而构成的，而这种认同又是通过符号和仪式的运作所造就的。”〔31〕隐私政策就是国家在保护个人信息时面向企业要求的文本实践。所谓隐私政策，是一种关于信息将如何被使用的通知形式，以及一种限制信息未来使用的默认合同承诺。〔32〕不过，它绝非透明的中性要素，而是表征了一种权力意志，即国家对于企业开展个人信息保护所持有的价值判断。因此，隐私政策被视为一种企业自我规制的工具。〔33〕当企业将个人信息保护实践公之于众时，也为行政机关提供了规制其行为的依据。〔34〕

隐私政策在个人信息保护领域中的绑定，不仅为保护个人信息注入“合法性”或部分“合法化”的国家力量，而且在借用国家力量的同时获得对企业行为的引导与塑造。比如美国联邦贸易委员会鼓励企业自我规制，自我规制在欧盟实践中也是不可或缺的组成部分。隐私政策是国家在场的文本具象，它负载着许多保护个人信息的说明与解释，而且文本的符号体系使这些描述呈现

〔28〕 申恒胜：《乡村社会中的“国家在场”》，载《理论与改革》，2007年第2期，第14页。

〔29〕 参见《微信读书被判侵犯用户隐私“流量变现”的边界在哪里》，载 <https://finance.eastmoney.com/a/202008031578777585.html>，最后访问时间：2021年11月9日。

〔30〕 参见前引〔5〕，高富平文。

〔31〕 前引〔11〕，高丙中文。

〔32〕 See Daniel J. Solove, Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy, 53 *Stanford Law Review*, 1448 (2001). 其后，丹尼尔·索洛夫（Daniel J. Solove）和伍德罗·哈佐格（Woodrow Hartzog）在2014年发表的一篇文章中这样定义隐私政策，它是指互联网企业以在线文件的方式自愿披露其对用户个人信息保护的原则和措施。See Daniel J. Solove, Woodrow Hartzog, The FTC and the New Common Law of Privacy, 594 *Columbia Law Review*, 594 (2014).

〔33〕 See Joel R. Reidenberg et al., Privacy Harms and the Effectiveness of the Notice and Choice Framework, 11 *I/S: A Journal of Law and Policy*, 490 (2015).

〔34〕 参见高秦伟：《个人信息保护中的企业隐私政策及政府规制》，载《法商研究》2019年第2期。

出某种规则和运行方向，比如企业如何收集、使用、存储和分享个人信息，如何保证信息安全，用户享有哪些权利，设置了哪些隐私功能等等。隐私政策虽然是被规定的，其功用也相对稳定，但这一切并非是固定不变的。在某些情况下，隐私政策也是变量。比如当企业变更或修订他们的隐私政策时，就应该在登录及版本更新时以推送通知、弹窗或其他符合法律要求的适当形式向个人展示变更后的指引。

（三）要求政府作为的行政规制

隐私政策合规的过程中可能出现各种各样的困境，如企业违反承诺或自身能力不足等。因此，政府作为国家意志的直接代理人有必要加以干预，通过相应的积极作为，以回应个人对个人信息保护的高度关切。这是国家对于政府所能提出的要求之一，也与域外经验相一致。比如美国联邦贸易委员会会审查相关的信息或直接联系企业，如果必要，还会向企业发出正式函件，要求提供文件和信息，进行约谈或要求作证，并可能访谈第三方。欧盟各成员国政府会审查各行业的行为规范，在确保规范内容与法律一致的情况下，还会征求信息主体和其他利害关系人的意见。^{〔35〕}政府规制强调的是外部监督和处罚，旨在使隐私政策真正产生拘束效果。同时，由于个人信息侵权案件举证困难，政府介入可以弥补个体举证能力的不足。政府规制表征的是一种权力意志的自上而下的传达，即国家对于政府履行个人信息保护职责的行为要求和立场预设。一方面，个人信息保护充分运用了政府资源，使自身价值得到政府的正式承认和维护；另一方面，政府也从个人信息保护中收获了“政治意义和经济价值”，并最终转化为政府规制的动力。

• 386 •

政府规制的提倡是因为国家充分意识到在个人信息保护中，仅靠知情同意规则和企业自我规制具有难以避免的消极作用。因此，国家充分运用积极的“功能替代”策略以实现相应的保护目标。从这个意义上来说，政府规制就是个人信息保护实践的强力后盾。不过，为了确保企业创新与经济发展，政府仅在个人和企业的行为难以维护个人利益时实施其规制。政府也可以主动组织开展个人信息保护的宣传教育，对应用程序的隐私保护情况进行测评，制定个人信息保护细则与标准等。政府运用科层治理的运作逻辑，自上而下地实现对个人信息保护的控制。一方面，由国家网信部门统筹协调个人信息保护工作和相关监督管理链条，让监管责任得以层层传达与落实。另一方面，在个人信息有序保护中，个人的信息保护需求与企业的信息利用需求也得到极大满足。政府通过治理链条的逐级向下延伸，也将企业与个人隐秘地吸纳到国家权力运作的规范框架内。

四、个人信息保护领域“国家在场”的影响与局限

“国家在场”的既成事实并不意味着国家恰当有效地在场。国家可能在某一方面过度在场，而在另一方面又在场不足，从而引发个人信息保护目的与效果之间的错位。^{〔36〕}“国家在场”的实践评价不以程度来划分，而以效果为基准，即实现对个人信息保护的“负责任关怀”（respon-

〔35〕 参见前引〔34〕，高秦伟文。

〔36〕 参见丁晓东：《个人信息私法保护的困境与出路》，载《法学研究》2018年第6期。

sible care)。〔37〕正如诺思所言：“国家的存在是经济增长的关键，然而国家又是人为经济衰退的根源。”〔38〕这在个人信息保护中也得到了印证。国家一方面推动个人信息保护在意义和内容方面的转型升级，另一方面，国家的介入也打破了个人信息利用的原有格局，产生了预期内或预期外的新问题。

（一）内容上全面兼顾但实效欠佳

虽然我们仅用了知情同意规则、企业自我规制和政府规制这三种情形表征国家在场，但这并不意味着国家仅在这些方面实现了在场。围绕个人、企业和政府这三个主体的维度，国家分别找到了具体在场的意义和价值。个人信息保护关涉的参与者主要分为个人、企业和政府这三类，〔39〕因此，国家在场是全面的，且对每一主体都有相应的要求，只不过要求的兑现可能因各种情形而呈现差异。那么各个主体兑现承诺的实际情形是怎样的呢？

其一，关于知情同意规则的实践情形。知情同意规则是个人信息处理中应该坚持的基本前提，但实质上却处于履行弱化或无能的境地。〔40〕已有社会学研究证明，如果给予个人足够的信息控制能力与条件，反而增加他们披露敏感信息的意愿。也就是说，如果他们泄密的意愿增加得足够多，这种控制的增加反而会使他们更加脆弱。〔41〕因此，不假思索地点击同意按钮是当下普通人的常态操作，知情同意规则只是信息处理者娴熟使用的一块遮羞布而已。

其二，关于企业隐私政策合规的实践情形。隐私政策是对法律规定的具体内化，但往往也是相对简短的承诺，是一种语法上而不是实质性的公共关系；往往是为外部消费设计的，而不是为了影响企业的内部功能。〔42〕隐私政策的实践本身也存在流于形式、〔43〕搭便车、规避责任以及受控于其他机会主义行为诱惑等情形。〔44〕特别是，个人信息更多集中于少部分互联网企业手中，难以保证它们在信息市场上不会滥用支配地位，在非价格竞争要素的个人信息保护方面不会不当削减服务水平。〔45〕因此，隐私政策更多是企业因应法律规定和现实情势而做出的面子工程，

• 387 •

〔37〕“负责任关怀”是一种很高的标准，是我们对个人信息保护实践中国家有效作用的最高期待。“负责任关怀”始于20世纪80年代中期的加拿大化学品生产商协会，用以应对像博帕尔毒气泄露事件这样的严重化学品事故。负责任的关怀包括一系列自愿的行为守则，这些守则使参与的公司能够达到对环境负责任的管理的高标准。

〔38〕〔美〕道格拉斯·C·诺思：《经济史上的结构与变革》，厉以宁译，商务印书馆2011年版，第25页。

〔39〕本文为写作需要只列出了个人、企业与政府这三类主要的参与者，但个人信息保护实践中还存在一些其他的、独立的利益相关者，比如研究机构、记者和国际组织等等。有学者甚至认为数据应该被公认为“全球公域”（global commons），并被提供给所有可能的参与者加以利用以发挥数据的巨大社会价值。See Jennifer Shkabetur, *The Global Commons of Data*, 22 *Stanford Technology Law Review*, 354 (2019).

〔40〕比如隐私条款冗长且隐秘，专业且晦涩，个人没有时间、没有能力去阅读并理解；隐私条款简而无用，多而无功，但个人为了使用产品和服务默认同意；企业利用的内容与个人同意的内容不一致，或者超出个人同意的范围；个人信息处理的即时性特征也使得同意难以实际展开；现实中也确实存在着无须用户同意即可收集的情形等等。

〔41〕See Laura Brandimarte et al., *Misplaced Confidences Privacy and the Control Paradox*, 4 *Social Psychological and Personality Science*, 340 (2013).

〔42〕参见前引〔1〕，Colin Bennett、Charles Rabb书，第121-138页。

〔43〕有学者分析了美国1999年至2005年间50家金融公司在《格雷姆—里奇—比利法》生效以来的情况，发现金融隐私通知更加完整和合规，但它们仍然能够收集大量关于客户的信息，并与关联公司广泛共享这些信息，但提供给消费者的选择并没有重大变化。See Xinguang Sheng, Lorrie Faith Cranor, *An Evaluation of the Effect of US Financial Privacy Legislation Through the Analysis of Privacy Policies*, 2 *I/S: A Journal of Law and Policy*, 943 (2006).

〔44〕See Dennis Hirsch, *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?* 34 *Seattle University Law Review*, 468 (2011).

〔45〕参见韩伟、李正：《反垄断法框架下的数据隐私保护》，载《中国物价》2017年第7期。

纸面上的承诺与现实中的行动存在脱节。

其三，关于政府规制的实践情形。政府规制是对个人信息被侵犯的情形以及公众对隐私安全高度关切的回应。现代规制理论主张，在充分发挥市场机制和企业自我规制作用的前提下，政府规制也不能缺位。^{〔46〕}但传统政府规制多以命令和控制为主，实施过于严格、僵化，存在阻碍创新与竞争的可能；^{〔47〕}信息时代的政府规制又面临着平台权力、信息过载以及系统性威胁等方面的问题^{〔48〕}。换言之，由于数据资源和处理能力的差异，政府呈现出无力通过传统治理机制作用于科技企业的算法型运作过程，由此产生治理失灵或监管真空的情况。^{〔49〕}因此，政府规制的目标设置以及方向调整还需要进一步的细化和一致，否则就会导致行政成本上升、行动效益大打折扣，进而影响个人信息保护的治理效果。

（二）形式上规制为主但取向不明

规范个人信息处理活动是国家的核心关注。赋权与规制是个人信息保护的常用手段。不过，赋权本身受制于个人的有限性与复杂的社会现实，难以有效实现，规制反而是可欲且可及的选择。^{〔50〕}虽然知情同意规则、企业自我规制以及政府规制都存在或多或少的问题，但国家在场的核心关切依然落脚在企业自我规制与政府规制的博弈上。个人信息保护并非保护个人对其个人信息的控制性权益，而是为了规制个人信息处理风险，防范与救济个人数据处理与利用活动可能产生的侵害后果。^{〔51〕}

综观各国规制实践，虽然美国一再强调以自我规制为主要形态，但其政府规制也发挥了巨大作用。同样地，企业自我规制与政府规制的结合，正成为欧盟及其成员国的主要做法。^{〔52〕}因此，企业自我规制与政府规制并非互相排斥的关系。换言之，个人信息保护实践需要企业自我规制和政府规制的合力。这两种规制之间应该是什么关系，国外学者对此莫衷一是。^{〔53〕}有学者认为自我规制是政府规制的同义词，可根据具体情况作为政府规制的有效补充。^{〔54〕}有学者则认为自我

〔46〕 参见前引〔34〕，高秦伟文。

〔47〕 See Jerry Louis Mashaw, David Harfst, From Command and Control to Collaboration and Deference: The Transformation of Auto Safety Regulation, 34 *Yale Journal on Regulation*, 277 (2017).

〔48〕 See Julie Cohen, The Regulatory State in the Information Age, 17 *Theoretical Inquiries in Law*, 369 (2016).

〔49〕 参见张兆曙、段君：《网络平台的治理困境与数据使用权创新：走向基于网络公民权的数据权益共享机制》，载《浙江学刊》2020年第6期。

〔50〕 当然，规制本身也不是有效保护个人信息的灵丹妙药。相反，规制通常需要在不同情况下结合不同的策略。而所有的执行都是不完美的，规则总是会被一些人违反。

〔51〕 参见王锡锌：《个人信息权益的三层构造及保护机制》，载《现代法学》2021年第5期。

〔52〕 参见前引〔34〕，高秦伟文。不过之前的研究认为，自我规制与政府规制是根本不同的实体，这意味着它们不能很好地融合。See Darren Sinclair, Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies, 19 *Law and Policy*, 530 (1997).

〔53〕 有学者根据政府干预程度的不同，将自我规制分为纯粹的自我规制、替代的自我规制和条件的自我规制；有学者则根据规制力度的渐变确立了自我规制、强制性的自我规制、自由裁量惩罚的命令规制、无自由裁量惩罚的命令规制这一规制的金字塔结构；还有的学者将自我规制分为强制的、促进的和默认支持三种类型。See Philip Eijlander, Possibilities and Constraints in the Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands-Lessons to Be Learned for the EU? 9 *European Journal of Comparative Law*, 4 (2005); Ian Bartle, Peter Vass, Self-regulation within the Regulatory State: Towards a New Regulatory Paradigm? 85 *Public Administration*, 901 (2007); Ian Ayres, John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, p. 39.

〔54〕 See Anil K. Gupta, J. Lad Lawrence, Industry Self-Regulation: An Economic, Organizational, and Political Analysis, 8 *The Academy of Management Review*, 416 (1983).

规制是政府规制进程的一部分，必要时还可能加强政府规制。^{〔55〕}

根据上述讨论，自我规制与政府规制处于理论坐标的两极，中间是连续的光谱，通过调整各自的占比，以形成适应一定国情、阶段和需要的规制进路。^{〔56〕} 实证调研指出：在规制更加模糊的国家，如德国、美国，尽管文化和法律环境非常不同，但都具有最强大的企业隐私管理实践；而更受规则约束的国家，如法国和西班牙，倾向于遵从程序，而不是嵌入隐私。^{〔57〕} 那么，在我国，企业自我规制与政府规制之间应该采取何种策略呢？

目前，我国《个人信息保护法》只是将企业自我规制与政府规制的内容分别纳入“个人信息处理者的义务”和“履行个人信息保护职责的部门”的法律条文之下，未曾就两者之间如何自处与互动做更进一步的规定，也未就现阶段采取什么样的规制策略给予明确的指引，政府在个人信息领域的规制边界也难以划定。^{〔58〕} 因此，基于上述域外经验的启发与反思，在个人信息保护领域，关于我国规制策略的取向依然是一个开放的、可以继续讨论并完善的课题。

五、“国家在场”视角下个人信息保护的再造与表达

我们在前文既描述了国家的具体实践，也评价了国家实践的主要影响，并指出：国家虽然对各方主体有针对性的要求，但也未能有效地保护个人利益，维护个体尊严；虽然手段上以规制为主但也未能恰当地规范个人信息处理活动，安置好企业与政府之间的关系。因此，国家权力的参与有服务于个体权益与公共福祉的一面，但也难以避免国家在具体的制度设计或策略选择方面的缺憾。不过，所谓的不足或缺失，亦是进一步夯实国家实践的基石。

（一）理念重申：内化人性尊严

虽然法律制度和文化背景存在差异，但各国个人信息保护的立法与执法实践都证明了尊重个体是不变的坚守。换言之，人性尊严作为宪法的基本原则能够从不同的制度和文化土壤中找到依据，虽然在具体内容上各有侧重，但都是国家意志的核心表征。^{〔59〕} 因此，提倡个人信息保护，其目的在于保护个人的合法权益，使其人性尊严免于减损或矮化。重申人性尊严是对康德“任何时候以人作为目的，而不是仅仅当做手段”^{〔60〕} 观念的具体确认，也是个人信息保护实践的保护依据与行动理由，用以调整、指引或辩护人们的行动选择。“只有本人能够控制自己的个人信息，才可能自由发展个人人格。如果个人无法知晓自己的个人信息在何种程度上、被何人获得并加以

• 389 •

〔55〕 参见前引〔53〕，Ian Bartle、Peter Vass文，第890页。

〔56〕 比格纳米（Francesca Bignami）认为，美国以透明的行政诉讼、惩罚性行政执行以及普遍的规制诉讼为主，而欧盟则以威慑导向的规制执行和企业自我规制为主。See Francesca Bignami, Cooperative Legalism and the Non-Americanization of European Regulatory Styles: The Case of Data Privacy, 59 *American Journal of Comparative Law*, 412 (2011).

〔57〕 See Kenneth A. Bamberger, Deirdre K. Mulligan, *Privacy on the Ground: Driving Corporate Behavior in the United States and Europe*, The MIT Press, 2015, pp. 12–14.

〔58〕 不过，在政府规制内部则体现出多主体监管的架构：一方面，国家网信部门对个人信息保护有统筹协调和监督管理的职能；另一方面，国务院有关部门、县级以上地方人民政府有关部门，在相应的职责范围内也负有监管职能。

〔59〕 参见〔德〕瓦尔特·施瓦德勒：《论人的尊严：人格的本源与生命的文化》，贺念译，人民出版社2017年版，第148–150页。

〔60〕 〔德〕康德：《道德形而上学的奠基》（注释本），李秋零译注，中国人民大学出版社2013年版，第55页。

利用，则个人将失去作为主体参与的可能性，而沦为他人刻意操纵的信息客体，被沦为客体正是人性尊严被侵害的同义语。”^{〔61〕}因此，个人信息保护最终针对的不是个人信息本身，也不是要限制个人信息处理，而是保护个人信息之上的自然人的人性尊严。^{〔62〕}当个人信息之于人的人格尊严、人格自由发展价值被渐次肯定时，法律规则从充分尊重市场交易自由逐渐向维护信息主体人性尊严倾斜。^{〔63〕}

但是，现实场景中个人的主体性地位面临的挑战日渐增加，以致人性尊严的理念指引愈发无力并衰颓。个人基本上难以从信息网络，尤其是电子化场景中抽身退出，公民习惯于命令—服从模式，因此，通过个人信息的收集和处理，个人就不再是独立的个体，而是一个个以名字、符号和标识为载体的档案，^{〔64〕}公民生活也越来越成为可见的、可计算的、可预期的资源库^{〔65〕}。而企业与政府不仅无法切实地践行彼此的承诺与职责，而且在某种程度上实现了共谋，共同控制个人生活以谋取私利。当个人信息遭受侵权时，由于信息处理者的技术和资本优势，私人维权面临取证难、成本高和赔偿低的困境。因此，当个人在面对强大的组织和信息处理者，在面临动态化、复杂化和不确定的过程时，更需要强化人性尊严以维护自身的独立与自主性，更需要公私机构对个人利益保持尊重和克制。正如《迈向新的数字伦理：数据、尊严和技术》报告中所指出的那样，个人信息保护相关于个人的个性发展，只有更好地尊重和保障人的尊严，才可以制衡个人面临的无所不在的监视和权力不对称。^{〔66〕}因此，我们需要在个人与企业、个人与政府的互动中，重申人性尊严的基本理念以规范具体的信息处理行为。

• 390 •

重申人性尊严的价值理念，其意义表现在两个方面：首先，人性尊严理念要求公私机构的行为必须受到限制，即企业与政府应依据法定权利和法定程序收集、处理、公开与共享个人信息，否则，公民就有沦为客体的风险，难以实现信息主体的自决与自主。在信息社会，每个公民客观上已成为数据权力项下的一个“信息符号”，并被视为可以被计算、预测和控制的客体来对待。^{〔67〕}因此，当外部侵害的风险加剧时，为防范公民成为“被处理的客体”，必须树立人性尊严理念。其次，人性尊严具体指向个人自治以及随之得到保障的不歧视（平等）、身份识别（信息的正确与完整性）、信息安全与财产利益以及社会信任等附加的实体价值与其他基本权利。^{〔68〕}因此，个人信息保护的标准应以人为尺度，体现人的目的性，并融入人类文化之中。比如企业可以听取用户的使用建议，不直接使用“不同意即退出”的模式，而是将网络产品与服务的功能区分

〔61〕 杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》，载《比较法研究》2015年第6期，第25-26页。

〔62〕 参见前引〔51〕，王锡锌文。

〔63〕 参见郑维炜：《个人信息权的权利属性、法理基础与保护路径》，载《法制与社会发展》2020年第6期。

〔64〕 See Ruth N. Cohen, *Whose File is it Anyway*, National Center for Civil Liberties, Civil Liberties Trust, 1982, p. 10.

〔65〕 参见胡水君：《全球化背景下的国家与公民》，载《法学研究》2003年第3期。

〔66〕 See European Data Protection Supervisor, *Towards a New Digital Ethics: Data, Dignity and Technology*, available at https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf, Last visited on May 25, 2021.

〔67〕 See John Cheney-Lippold, *We Are Data: Algorithms and the Making of Our Digital Selves*, New York University Press, 2017, p. 141.

〔68〕 参见前引〔5〕，王锡锌文。

为核心业务功能和附加业务功能。^{〔69〕}这一方面有助于吸纳新用户扩展注册信息的来源与数量,另一方面有助于老用户固着、细化关键信息的利用与共享。

正是通过这两方面的意义阐释,个人才能够真正参与到个人信息保护实践中,并从个人信息的利用中受益。因此,人性尊严的内化之于个人的重要性就在于,使个人得以找回被消解的主体性,重获参与群体生活与复杂理性活动的的能力与品质。

(二) 基本共识:重述规制理念

规范个人信息处理活动的首要难题并不是如何明确企业与政府之间的规制边界或设计某种规制方案,而是梳理规制背后应该坚持的主要共识,否则规制本身就是任意的或不切实际的,不仅治标不治本,而且遏制了数字红利和企业创新。那么,信息时代的规制策略应该坚守哪些共识呢?

其一,应该要求合作而不是对抗,^{〔70〕}即以建立有序共赢的公私伙伴关系为目的。长期以来,我国的立法和实践普遍将政府规制、企业自我规制截然分开,要么放任企业恣意活动,要么由政府直接干预,突出两者的对抗而忽略合作的内涵,强调规制结果而忽略了规制的过程,导致规制效果不尽人意。^{〔71〕}再者,企业自我规制与政府规制之间各有优劣,两者结合可能发挥更好的作用。比如巴特尔(Ian Bartle)和瓦斯(Peter Vass)根据英国近些年来的自律政策和实践指出,自我规制具有可实现的公共利益目标,虽然可能带来某些严重的系统性威胁,但可借助问责与透明的议程来实现政府规制对其的监督,以更好地实现个人数据的利用与管理。^{〔72〕}

其二,正视市场自由化的反应,承认规制过程中的压力。在相互依存以及权力和知识分散的现代性条件下,规制不是单向的,即从公共到私人,而是私人行动者可以充当政府的监管者。^{〔73〕}出于市场竞争或制度供给不完备的压力,因其规制者与规制对象的一体性,自我规制掌握了更多的知识与信息,从而可以找到最符合成本有效性要求的解决方案。因此,自我规制作为有效且高效的社会控制手段的正当性不能被低估。^{〔74〕}而且,政府规制应保持自我克制的品性。一方面是因为政府规制往往具有极强的管制色彩,有可能阻碍个人信息的有效利用和增值提升。另一方面是因为政府权力运作本身受制于人力、金钱和时间等客观因素,不能想当然地“拍脑袋”决定,而是需要细致的成本收益分析。比如有学者就指出,政府规制的出场受制于无序成本与权力成本的比较。^{〔75〕}

其三,规制应该是阶段性、动态的。“我们踩在一块完全陌生的薄冰上,很少有人了解约束

• 391 •

〔69〕 核心功能旨在满足用户注册产品或服务后的基本要求,附加功能则是为提升用户体验而设计。

〔70〕 参见前引〔47〕, Jerry Louis Mashaw、David Harfst 文,第167页。

〔71〕 参见前引〔34〕,高秦伟文。

〔72〕 参见前引〔53〕, Ian Bartle、Peter Vass 文,第885页。

〔73〕 See Colin Scott, Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance, 29 *Journal of Law and Society*, 56 (2002).

〔74〕 See Neil Gunningham, Joseph Rees, Industry Self-regulation: an Institutional Perspective, 19 *Law and Policy*, 363 (1997).

〔75〕 政府规制介入与否,依赖于对无序成本(disorder cost)与权力成本(dictatorship cost)的衡量。无序成本是指私人(此处指企业)损害他人利益的能力,权力成本则是指政府或政府官员损害他人利益的能力。只有当自我规制已经无法控制无序成本时,才需要政府规制的介入。See Andrei Shleifer, Understanding Regulation, 11 *European Financial Management*, 443 (2005).

企业信息流动所产生的商业道德、法律问题和政治问题。”〔76〕而且，“无论是关乎私人信息保护，抑或是关乎国家安全，私人服务、公共服务和规制利益之间的界限本质上是模糊的”〔77〕。因此，我们不能僵硬地坚持某一种或混合的规制策略，而是要因应社会现实的变化增减不同规制手段的分量。传统观点认为，欧盟的规制要求过于严格，而美国的规制则较为松懈。但比格纳米的研究却发现，美国的规制较为严格精确，而欧盟的规制则趋于宽松。〔78〕因此，一国规制风格的选择并不是固定不变的，而是因时而异的。

（三）具体路径：确立回应型规制

目前，国外规制实践的共识是企业自我规制与政府规制的结合，但具体如何安排却有不同的操作。有学者基于美国和爱尔兰对 Facebook 规制措施的调查与研究，提出了回应型规制（responsive regulation）的策略，即减少对抗，拒斥传统惩罚，政府规制更多的是最后的手段。〔79〕也有学者提出企业和政府之间进行合作规制（co-regulation）的混合模式，认为这是一种可执行的、严格的方法，既能保护个人隐私，又能跟上并满足日益增长的互联网经济的需求。〔80〕无论是回应型规制还是合作规制，都不是新的现象，也面临着不少质疑。比如合作规制被认为缺乏透明和问责，以致有做空社会公共利益，并致使企业俘获政府的可能；〔81〕回应型规制也被认为增加了政府被俘获的可能性，高估了企业的理性和道德行为，削弱了人们对执法严肃性的信心〔82〕等等。

每一种规制策略都包含风险。现阶段我们需要试验并评估哪种方式是适合我国的切实有效的策略。在充满变化和不确定性的技术革新时代，我国可以确立回应型规制的阶段性选择，这既能够较好地处理信息技术发展与个人信息保护的关系，又能够有效地促进企业自我规制机制的形成与发展。与任何良好的友谊一样，回应型规制对企业和政府都有利。之所以未选择合作规制，是因为合作规制之于具体实践更多的是一个想法，而不是现实。〔83〕而回应型规制在很大程度上本身就指向企业的善意与合作，强调较少的对抗技术以调动企业积极合规的能动性来实现。〔84〕回

〔76〕〔美〕阿尔文·托夫勒：《权力的转移》，黄锦桂译，中信出版社2018年版，第170页。

〔77〕Martin Lodge, Andrea Mennicken, Reflecting on Public Service Regulation by Algorithm, in Karen Yeung, Martin Lodge ed., *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, 2019, p. 195.

〔78〕See Francesca Bignami, Cooperative Legalism and the Non-Americanization of European Regulatory Styles: The Case of Data Privacy, 59 *American Journal of Comparative Law*, 416 (2011).

〔79〕参见前引〔2〕，William McGeeveran 文，第959页。

〔80〕合作规制又称协同规制，是指机构与行业团体或其他第三方合作，制定详细的实质性规则。这些规则随后可能成为可执行的法律，经常（虽然不总是）受到政府监管机构的批准或许可。See Dennis Hirsch, The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation? 34 *Seattle University Law Review*, 441 (2011). 艾拉·鲁宾斯坦（Ira S. Rubinstein）也主张，合作规制应该成为经济社会问题的重要思路和措施，他甚至提出了合作规制取得成功必备的五个标准：开放和透明、完整性、解决搭便车问题的策略、监督和执行，以及使用第二代设计特征。See Ira Rubinstein, Privacy and Regulatory Innovation: Moving Beyond Voluntary Codes, 6 *I/S, A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 380 (2011).

〔81〕参见前引〔44〕，Dennis Hirsch 文，第442页。

〔82〕See Steve Tombs, Understanding Regulation? 11 *Social and Legal Studies*, 126 (2002).

〔83〕合作规制是一个很有前途的机制，但存在重大局限性，比如受制于特定的历史文化影响，难以切实有效地达成共识。合作规制与回应型规制之间的区别主要有：（1）前者主要关注规则的内容，后者主要关注执行规则的方法，而不是规则的实质；（2）前者实践的前提是许多利益相关方达成广泛共识，后者只是影响监管机构对所有被监管实体的行为；（3）后者应用时也可着眼于合作；（4）后者切实地存在并运用着。参见前引〔2〕，William McGeeveran 文，第981页。

〔84〕参见前引〔52〕，Darren Sinclair 文，第534页。

应型规制本身也可以模糊不同地区间本应明显的区别,便于有效、灵活和合作地改进现实世界的
数据保护实践。^{〔85〕}

我国的立法实践虽然没有明确我国的规制策略,但也可以从一些具体规定解读出“先自我规制后政府规制”的意味。第一,《个人信息保护法》第58条规定,提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者,应当履行“按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系,成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督”的义务。这预示着,关于企业信息处理行为,优先适用内部合规并外部监督的行为规范策略,政府规制只在有必要的时候出场。第二,《个人信息保护法》第61条关于个人信息保护主管部门的职责范围,主要提及宣传教育、接受投诉与举报、组织测评并公布结果以及调查与处理违法个人信息处理活动等,这些内容不同于常规的惩罚措施,而是一种内含企业自身改进的主动引导与被动回应的治理要求。第三,《个人信息保护法》第62条确立了国家网信部门承担统筹协调职责。这是一种辅助性(subsidiarity)的规制形式要求,意味着政府可以不直接或间接地积极参与,但政府对大多数规制计划必须保证有某种形式的参与。即自我规制构成对政府规制的一种回应,如果企业不采取任何行动,政府就会采取行动。^{〔86〕}第四,《个人信息保护法》第63条与第64条是关于具体监管措施的规定,从询问、调查到约谈、审计,再到移送公安机关依法处理等,从中可以看出政府的力量根据情境的轻重缓急而相应地从“督促改进到直接惩罚”发生变化。这说明,“监管机构一开始假设美德(他们应该以合作作为回应),但当他们的期望落空时,他们会以逐步惩罚和以威慑为导向的策略做出回应,直到被监管机构顺从”^{〔87〕}。

因此,回应型规制虽然不是国家应对新现实的唯一方式,却是现阶段的一种可为的经济性选择。^{〔88〕}一方面,回应型规制体现了规制的灵活性、包容性和敏感性,实现了多主体参与动态性规制,大大降低政府规制的成本以及避免规制失灵的问题。^{〔89〕}比如政府主动改变直接提供保障的全能角色,转变为向企业购买服务,并鼓励和支持企业开展个人信息保护的研究、推广、宣传、培训和咨询等服务。另一方面,回应型规制实现了从外在强制到内在激励的转化。换言之,回应型规制的采用可以使政府规制的外在要求同企业保护个人信息的内在激励相容,促使企业认真对待个人信息保护实践,将个人信息保护的期望实质性地整合进工作流程中,而不是单纯停留于“如果你同意,请点击”的形式保证或避免制裁的消极应对上。

• 393 •

六、结 语

个人信息保护表面上围绕着个人、企业与政府之间的权利义务关系而展开,但其运作的背后离不开国家这一行为主体的渗透、干预、整合与引领。国家形塑个人信息保护实践主要是通

〔85〕 参见前引〔2〕,William McGeeveran文,第959页。

〔86〕 See Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 2012, p. 138.

〔87〕 Neil Gunningham, Darren Sinclair, *Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy*, 24 *Law and Society Inquiry*, 864 (1999).

〔88〕 参见前引〔53〕,Ian Bartle, Peter Vass文,第885页。

〔89〕 参见前引〔86〕,Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge书,第136-140页。

过其对个人、企业与政府这三类主体的要求与互动而展开。知情同意规则、企业隐私政策以及政府规制这三类实践某种程度上实现了国家对个人的赋权和对企业与政府的规制。不可否认的是，这些实践仍然存在着这样或那样的现实窘境与不利因素，以至于不仅个人利益的维护大打折扣，而且企业自我规制与政府规制之间的关系取向未定。因此，需要以国家之名，重申人性尊严的理念，避免个人被视为客体；重述规制策略的共识，酝酿信息时代规制国家的行动准则；确立回应型规制，指引个人信息保护的未来议程。

Abstract: The protection and utilization of personal information involves the interests and power relations among individual, enterprise and government. State need to act as independent actor to mediate conflicts among participants and integrate personal information protection practices. The three practices of maintaining informed consent rules of individual, restricting privacy policies of enterprise and requiring administrative regulation of the government show that state presence is a fait accompli in the field of personal information protection. However, there are two problems in the practice of state presence. One is that the content gives full consideration to individual rights, enterprise responsibilities and government obligations, but the performance of each subject is not effective enough to effectively protect the legitimate interests of individual. The other is that the form is mainly to regulate the activities of information processors, but the orientation of regulation strategies is unclear, and it is difficult to properly define the relationship between enterprise self-regulation and government regulation. Therefore, the effective presence of the state in the information age needs to reaffirm the basic idea of human dignity to maintain the subject status of the individual. At the same time, the main consensus of regulation strategy is restated and responsive regulation is established to properly treat the interaction between enterprise and government.

Key Words: a state in society, personal information protection, informed consent, enterprise self-regulation, government regulation

(责任编辑：赵 真 赵建蕊)

论信息主体的知情同意及其实现

常宇豪*

内容提要：知情同意是各国个人信息保护法普遍采用的基本规则，也是我国个人信息保护法律的核心规则。知情同意制度的法理基础来源于对信息主体意思自治的保障，通过充分告知后的有效同意实现信息主体对其个人信息的自主控制。大数据时代，随着个人信息来源的多元化和二次利用的广泛化，知情同意正面临隐私政策晦涩冗长、信息主体知识匮乏、信息处理者强制“二选一”、新型个人信息处理行为难以适用知情同意、频繁知情同意导致的告知疲劳等一系列困境。鉴于知情同意的重要价值和在个人信息保护制度中的基石性地位，轻言放弃并非明智之举。应采取多元共治模式，通过信息处理者依法告知、信息主体增强知情能力和行权意识、公共机构完善法律制度和严格执法司法、社会组织强化行业自律和第三方认证等举措，保证信息主体知情同意的实现。

关键词：个人信息 意思自治 知情同意困境 多元共治

• 395 •

一、问题的提出

知情同意是个人信息保护法的基石和核心制度，也是个人信息自主控制的实现途径和处理个人信息的合法性基础。该制度肇始于1973年美国健康、教育和福利部报告（HEW报告）中提出的“公平信息实践原则”（FIPPS）。美国、日本等国家和欧盟、经合组织（OECD）等国际组织均将知情同意作为个人信息收集、使用的重要合法性基础，并建立了“告知—同意”（Notice/Consent）框架保证制度实施。受国际立法尤其是同属于成文法域的欧盟法影响，我国也将“告

* 常宇豪，西南政法大学经济法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重点项目“创新社会治理背景下社会企业法律规制研究”（18AFX018）、国家社科基金项目“网络金融消费者个人信息保护研究”（17BFX096）的阶段性成果。

知—同意”确立为个人信息保护的基础性规则。2021年1月1日开始实施的《中华人民共和国民法典》和11月1日正式实施的《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）均将“告知—同意”确定为个人信息处理的核心规则。《个人信息保护法》更进一步将知情权和同意权确认为信息主体在个人信息处理过程中的权利，开启了个人信息法律保护的新篇章。^{〔1〕}

然而，与立法中不断强化的趋势相悖，现实中的知情同意却面临着功能式微甚至可能被架空的风险。一方面，由于告知文本不友好、信息主体缺乏知情主动性等原因，信息主体“告而不知”，同意的有效性遭到质疑；另一方面，不加区分的适用知情同意形成巨大的经济和社会成本，限制了大数据产业发展和社会整体福利提升。如何克服知情同意的现实困境，弥合制度建构与法律实践之间的鸿沟，使知情同意真正成为信息主体自主控制、自我保护之良方和个人信息处理的“总阀门”，成为《个人信息保护法》实施亟待解决的重大问题。基于此，本文以《个人信息保护法》解释论为视角，在分析知情同意的规范内涵和制度价值基础上，针对其存在的现实困境提出解决策略，为《个人信息保护法》的实施提供智识支持。

二、知情同意的规范内涵与制度价值

（一）同意的法理基础：意思自治

探究知情同意的规范内涵和制度价值，逻辑上应以其法理基础为依归。在历史上，“同意”一直发挥着认可他人行为的作用，“同意被认为是与他人‘有同样意向的状态’，被认为表达了一种‘心理上的赞成态度’或表明情感与意见方面的一致”^{〔2〕}。洛克在《政府论》中提出“一切自然人都是自由的，除了他自己同意以外，无论什么事情都不能使他受制于任何世俗的权力”^{〔3〕}。这是“同意”首次被赋予法哲学上的意义。可见，“同意”概念在被引入法学领域之初就与意思自治存在紧密联系。

由于个人信息和信息主体存在密切关联，信息处理者在收集使用个人信息时告知信息主体并获得其同意，是信息主体对个人信息控制和支配的体现。有学者即指出“同意证明了个人权利的存在”^{〔4〕}。意思自治赋予了自然人根据自己的自由意志设立、变更、终止民事法律关系的权利，信息主体可以自由决定是否许可他人收集、处理、利用自己的个人信息。“同意”则是意思自治在个人信息保护中的实现机制和外在体现。在信息处理者收集信息主体的个人信息并进行加工利用而形成的法律关系中，信息主体享受信息处理者通过收集、利用个人信息提供的高质量服务，同时其对个人信息的支配权受到一定限制。在这一过程中，个人利益在不同方面出现了增益和减损，如何平衡这种增减进而使个人利益最大化即体现了每个个体的意思自治。信息主体可以选择“同意”信息处理者收集、利用个人信息的请求以换取大数据时代的种种便利，也可以选择“不

〔1〕《个人信息保护法》第44条规定：“个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权，有权限制或者拒绝他人对其个人信息进行处理；法律、行政法规另有规定的除外。”

〔2〕John Kleinig, The Ethics of Consent, 8 (12) *Canadian Journal of Philosophy*, 91-118 (1982).

〔3〕〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第74页。

〔4〕George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, 1996, p. 109.

同意”放弃分享数据红利以保证个人信息的安全。民事主体在自由、理性选择行为方式的同时,对于所选择的行为方式引发的后果,无论好坏,皆应自己承担。^{〔5〕} 欧盟数据保护第二十九条工作组(Article 29 Data Protection Working Party)也在意见书中指出:“自由作出的同意意味着某个具有正常能力的人在不受任何胁迫(无论是社会的、经济的、心理上的或其他种类的)的情况下所作出的自愿的决定。”^{〔6〕} 同时,信息主体的“同意”也使信息处理者获得了收集、利用个人信息的正当性。

信息主体同意作为个人信息处理中的基本原则具有法理和制度设计上的双重基础。在法理维度,“同意”体现了法律对个人根据自己意思自由决定自身事务的承认,是对人格尊严和主体性的尊重。洛克认为:“人是自己的主人,是自身和自身行动或劳动的所有者。”^{〔7〕} 在美国法律语境下,借以保护个人信息的隐私权被认为是“对个人私生活领域的管控”^{〔8〕}。可见,个人有权决定自己的私人事务,其中显然包含了个人信息。一个人在其基本权利行使的正当范围内,若缺乏自治自决的机会,将丧失尊严,因此,自决权应受到国家及他人之尊重。^{〔9〕} 在法律规范维度,同意是在信息主体和信息处理者的事实不平等关系中,保护信息主体权利的一种制度设计。在信息主体与信息处理者的互动中,信息主体处于不可逆转的劣势地位。在此种情形下,基于理性人假设,将保护自己信息的权利赋予信息主体就成为最有效的选择。事实上,同意原则也的确是基于“假设几乎所有的人,在有时候,做出的选择都是基于自己的利益最大化,或者至少比其他人认为自己做出选择好很多的考虑”设计的。^{〔10〕} 由信息主体控制自己的个人信息并独立决定是否允许信息处理者收集、使用,使得信息主体拥有了对抗处于强势地位的信息处理者的筹码。一方面,信息处理者为使用个人信息必须承诺妥善保护信息主体的个人信息,并与信息主体分享利用个人信息带来的利益;另一方面,信息处理者的这种承诺事实上也成为信息主体维护自身信息权益的依据。因此有学者指出:“在个人和信息处理者的不对等关系中,权利人同意是一个最好的制约性权利。同意是个人对抗信息处理者的唯一对话途径,反映了信息处理者与个人的互动过程。”^{〔11〕}

(二) 有效同意的条件: 知情、自愿、明确作出

既然同意关乎个人的意思自治和利益维护,同意的有效性就至为重要。那么,何种同意方为有效,其条件为何? 只有厘清此问题,才能探知知情同意的规范内涵。根据《个人信息保护法》第14条第1款“基于个人同意处理个人信息的,该同意应当由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出”之规定,我国法上的有效同意应当具备充分知情、自愿做出、明确表示三个基本条件。其中,“知情”是有效同意的基础和前提。按照《现代汉语词典》的解释,知情是对某件事

〔5〕 参见谭启平:《中国民法学》,法律出版社2015年版,第55页。

〔6〕 Article 29 Data Protection Working Party, Working Document on the Processing of Personal Data relating to Health in Electronic Health Records (EHR), Feb. 15, 2005, available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp131_en.pdf, last visited on Jan. 24, 2022.

〔7〕 前引〔3〕,洛克书,第28页。

〔8〕 谢远扬:《信息论视角下个人信息的价值——兼对隐私权保护模式的检讨》,载《清华法学》2015年第3期,第100页。

〔9〕 参见李震山:《从生命权与自决权之关系论生前预嘱与安宁照护之法律问题》,载《中正大学法学集刊》1999年第2期。

〔10〕 See Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, p. 9.

〔11〕 徐丽枝:《个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路》,载《图书情报知识》2017年第1期,第110页。

情原委情状的了解，充分知情自然是对该事情的充分了解。只有在对个人信息处理相关情况充分了解的前提下，信息主体的同意才能体现自己的个人意志。“自愿”是信息主体做出决定时的状态，即信息主体必须是在无任何胁迫、欺诈或威胁状态下做出的同意决定。“明确”则是同意的外在表现形式，要求同意是明确、不含糊的肯定行为。我国法的这一规定与欧盟《关于涉及个人数据处理中的个人保护以及此类数据自由流动的第 95/46/EC 号指令》（以下简称《95 指令》）、《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称 GDPR）中的“同意”基本一致。按照 GDPR 第 4 条第 11 款之规定，“数据主体的‘同意’是指数据主体依照其意愿自愿作出的（freely given）、具体的/特定的（specific）、知情的（informed）及明确的（unambiguous）确认意思表示。通过声明或明确肯定的行为做出的这种意思表示，表明其同意对其相关的个人数据进行处理。”^{〔12〕} 但与欧盟法四要素不同的是，我国法并未将“具体的/特定的”（specific）作为限定条件。根据“欧盟数据保护第二十九条工作组关于同意的指南”（Guidelines on Consent under Regulation 2016/679）的解释，“具体的/特定的”要素包含两层含义：（1）个人信息处理的目的需要具体、特定，初始目的之外的个人信息处理行为，需要重新获得同意，此规定意在约束超预期目的处理行为；（2）同意请求事项需要与其他信息区隔，每个同意请求必须提供独立的信息，相应的同意必须是针对特定事项的，此要素意在防止捆绑请求、概括同意。^{〔13〕} 需要指出的是，尽管我国《个人信息保护法》未将“具体/特定”要素作为有效同意的必要条件，但“单独同意”制度的设置与此有异曲同工之效。

• 398 •

个人信息领域对于有效同意条件的规定有深厚的哲学基础和实践基础。约翰·克莱尼格（John Kleinig）在其《同意的伦理学》中将“同意”界定为“一个人倾向于便利他人的主动性行为，并且同意的主体要在这一便利中承担责任”^{〔14〕}。即同意可以被理解成是一种个人与他人“交互作用”的行为。这种主客体之间交互作用的“同意行为”必须满足三个条件，即同意必须是自愿地（voluntarily）、知情地（knowingly）以及故意地/专门地（intentionally）做出的。同意的这三个特征共同保证了同意的真实性（genuineness），只有完全满足以上三个条件的主动性同意行为才能被认为是具有证成效力的真实的（genuine）同意，而只有真实的同意才是人们真实意愿的表达。^{〔15〕} 因此，作为哲学意义上的“同意”，“知情”便成为其基础和前提。从行为逻辑学的视角看，同意是对他人意见、主张或者请求事项的赞同、准许，而赞同、准许等肯定性行为是对他人意见、主张或者请求事项全面了解、知情并做出理性判断的结果，因此，有效同意的基础必然是充分知情，不知情的同意则为无效同意。

医疗领域是知情同意研究最久、理念最成熟的领域，为个人信息保护中知情同意制度的设计奠定了实践基础。为了体现知情对患者做出同意决定的重要性，早在 1948 年《纽伦堡法典》就提出了“自愿同意”法则。^{〔16〕} 它指出：“自愿同意是指有关人员在法律上有资格提供同意；并应

〔12〕《欧盟〈一般数据保护条例〉GDPR（汉英对照）》，瑞栢律师事务所译，法律出版社 2018 年版，第 43 页。

〔13〕See Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, p. 16.

〔14〕前引〔2〕，John Kleinig 文，第 91 页。

〔15〕参见刘笑言：《同意的困境——基于以同意理论证成政府家长式干预的视角》，载《北京航空航天大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 3 期。

〔16〕参见马特：《民事视域下知情同意权的权利基础及规则建构》，载《江淮论坛》2014 年第 5 期。

处于能行使自由选择权利的境况下，而没有暴力、欺骗、欺诈、强迫、哄骗以及其他隐蔽形式的强制与强迫等因素干预；应该对所涉及的问题有充分的知识和领会，使他能够理解并作出明智的决定。”并且，法典还以“自愿”“法律上有行为能力”“理解”和“知情”四个要素来说明自愿同意。^{〔17〕}法典将研究参与者的“知情”作为自愿同意的重要基础，同时将行为能力、理解能力和知识储备等保证参与者能充分知情的前提条件置于重要位置，足以表明知情对同意决定的重要性。纽伦堡审判之后，知情同意逐渐成为医患关系中，特别是人体试验领域最受关注的原则之一。^{〔18〕}知情同意规则的建立标志着在医疗领域“知情”作为有效“同意”的基础性地位得以确立。鉴于“知情”对有效同意的重要性，英国法上甚至将知情同意称为“真正的同意”（true consent）。^{〔19〕}

（三）知情同意的基本内涵：充分告知、表意能力、完全理解和自愿同意

知情同意最初译自医疗领域的“informed consent”，字面意思是基于说明的同意或者被告知基础上的同意。日本学者植木哲将其译为“医生的说明”和“患者的同意”，^{〔20〕}我国台湾地区学者一般将其译为“充分说明与同意”，^{〔21〕}我国大陆地区通常译为“知情同意”。根据布莱克法律词典的解释，informed consent 的含义为：医生在对患者实施医疗行为时，应该就医疗处理方案、医疗风险以及其他可以考虑采取的措施向患者做出详细说明，并在此基础上得到患者的同意。^{〔22〕}形式上，中国法语境下的“知情同意”由 informed 和 consent 两个部分组成，早期的知情同意二要素说即源于此。^{〔23〕}然而，字面上对应着“告知”“说明”的 informed，在实践中能否做到使患者“知情”呢？换言之，医生履行了法定告知义务是否就代表患者充分“知情”了呢？答案是否定的，因为“情”的传达需要经过一个主观加工的过程，是否“知”以及“知”多少取决于主观加工是否契合所告知的“情”，“告”只是提供了基础和前提。^{〔24〕}为了准确理解知情同意的基本内涵，需要对《纽伦堡法典》提出的自愿同意四要素作进一步考察。在四要素中，“自愿”是对患者意志自由的保护，任何强迫、胁迫、欺骗等非自愿状态下的同意都是无效的。“法律上有行为能力”为患者行为资格的表征，是对患者决定能力的客观要求。这一概念借鉴了民法上民事行为能力说的分类，即具备完全行为能力人的同意有效，无民事行为能力或者限制行为能力人的同意无效。然而，晚近研究表明，法律上的行为能力并非知情同意能力判定的绝对标准。发达国家的通说认为，医疗上同意能力的确定不是以民事能力为标准，而是以有无理解、认知医疗内容、意义和后果的能力为标准。^{〔25〕}尽管现有研究成果对这一能力的表述并不一致，评价标准也不尽相同，但将其作为知情同意的构成要素并无分歧。^{〔26〕}“理解”要求患者对医生告知的病情、诊治方案、

• 399 •

〔17〕 参见朱伟：《知情同意：困难和出路》，载《哲学动态》2008年第2期。

〔18〕 参见邱仁宗、卓小勤、冯建妹：《病人的权利》，北京医科大学、中国协和医科大学联合出版社1996年版，第53页。

〔19〕 参见曾凡昌：《医疗过失责任中的知情同意原则研究》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第2期。

〔20〕 参见〔日〕植木哲：《医疗法律学》，冷罗生等译，法律出版社2006年版，第127页。

〔21〕 参见陈燕红：《困境与出路：我国患者知情同意权法律保护与使用的完善建议》，载《河北法学》2014年第2期。

〔22〕 See Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1989, p. 701.

〔23〕 二要素说以医生为视角，认为知情同意由提供信息和征得同意两个要素构成。参见〔美〕T. A. 波库连科：《知情同意原则对家长作风的挑战》，载《国外社会科学》1994年第11期。

〔24〕 参见胡国梁：《患者知情同意权制度构造之反思——从榆林待产孕妇跳楼案切入》，载《法学杂志》2018年第11期。

〔25〕 参见叶欣：《患者知情同意权的价值目标与法理思辨》，载《学习与实践》2019年第4期。

〔26〕 表征患者此种能力的概念有“识别能力”“同意能力”“表意能力”等。参见赵西巨：《知情同意：要素构成与过程优化》，载《中国医学伦理学》2005年第3期；前引〔25〕，叶欣文。

风险、诊疗所预期达成之后果、疗养中的注意事项等所有与病情有关的信息充分了解、领会。^{〔27〕}关于“知情”，《纽伦堡法典》第1条设定了如下标准和要求：“（使受试者）对于试验的项目有充分的知识和理解，足以作出合理、明智决定之前，必须让他知道试验的性质、期限和目的；试验方法和采取的手段；可以预料的不便和危险，对其健康或可能参与试验人的影响。”^{〔28〕}在自愿同意四要素基础上，后来研究者将告知（或称信息披露）纳入知情同意的构成要素，提出知情同意四要素说和五要素说。^{〔29〕}在行为逻辑上，知情同意可表述为：具有同意能力的患者在对医生告知的信息充分理解和知情的基础上，自愿就是否同意医生告知、请求事项做出选择决定。

在个人信息保护领域，欧盟《95指令》、GDPR和我国的《个人信息保护法》仅在“同意”的定义中规定“知情”作为其基础要素，但对知情同意的内涵并未明确。可资参考的是欧盟数据保护第二十九条工作组第15/2011号意见书。该意见书强调，“自由作出的同意意味着某个具有正常能力的人在不受任何胁迫（无论是社会的、经济的、心理的或其他种类的）情况下所做的自愿决定”。同时，“信息主体作出的同意必须基于一项行动及有关事实及其对含义的理解和认识。信息处理者必须向当事人提供全部事项的、清晰、易懂、准确且全面的信息，尤其是《95指令》第10条和第11条所规定的信息，例如数据处理的性质、目的、可能的数据接收者以及信息主体的权利，包括对有关数据处理作出拒绝可能导致后果的了解”。综上，意见书确定自愿同意的四个必要条件为：充分告知、表意能力、完全理解和自愿决定。这里的“充分告知”要求信息处理者以清晰、易懂、准确、全面的方式向信息主体提供《95指令》第10条、第11条规定的全部信息。同时提出了判断告知是否适当的两项标准：（1）资讯的质素——提供资讯的方式（文字通俗、不使用术语、易懂且清晰）对判断信息主体是否“知情”是至关重要的指标；（2）资讯的可见性和可用性——资讯必须向当事人直接提供，且必须清晰可见、明显且全面。^{〔30〕}“表意能力”强调做出有效同意的主体需具备表示同意的能力。尽管《95指令》并未对无完全法律行为能力人（包括儿童）的同意作出具体规定，但欧盟数据保护第二十九条工作组认为有必要在法律层面进行一般规定，以增强法律的确定性。“完全理解”要求信息主体对告知事项和告知内容充分理解并知情。欲满足此要求，告知形式应简洁、易理解，同时信息主体应具备一定的与告知事项相关的知识储备和理解能力。“自愿决定”指信息主体做出同意决定时必须处于一种完全自由的状态，不能受到任何不正当限制，包括强制、胁迫、欺骗、诱惑等，同意是信息主体完全自愿、发自内心的意思表示。从四个必要条件的特点看，充分告知、表意能力、完全理解属于知情范畴，充分告知是知情的基础和前置要件，知情是信息主体对告知内容理解、认识后的内化过程，要求信息主体必须具有相应的理解能力和表意能力。自愿同意属于同意范畴，自愿为有效同意的先决条件和状态条件，同意则是信息主体在知情前提下自愿作出的肯定性决定，是对信息处理者收

〔27〕 参见前引〔21〕，陈燕红文。

〔28〕 丁镜：《论患者知情同意权的限度》，载《广西社会科学》2012年第4期，第82页。

〔29〕 四要素说认为知情同意包括充分告知、完全理解、表意能力和自愿决定；五要素说认为，知情同意具备信息披露、表意能力、充分理解、自愿和同意决定五个要素。参见前引〔26〕，赵西巨文。

〔30〕 参见《欧盟第二十九条数据保护工作组第15/2011号意见书：“同意”的定义》，澳门特别行政区政府个人资料保护办公室译，载 <https://www.gdpd.gov.mo/index.php?a=show&c=index&catid=112&id=12&m=content>，最后访问时间：2021年11月28日。

集、利用个人信息的明确授权。因此,本文认为个人信息知情同意应由充分告知、表意能力、完全理解和自愿同意四个要素组成,此四要素共同构成个人信息知情同意的基本内涵。知情同意以信息处理者告知为基础,信息主体充分知情后,继而自由作出有效的同意决定,其基本逻辑为:信息处理者的事先告知—信息主体的知情—信息主体做出同意的意思表示。^[31]

需要指出的是,由于我们将 informed 译为“知情”,而英文中 inform、notice 均有告知、通知、信息披露等含义,故有观点认为“告知”即为“知情”,其实这是一种误解。从行为学视角看,告知的行为主体是信息处理者,而知情的行为主体是信息主体。告知是信息处理者为信息主体知情同意所提供的信息条件,属于一种信息提供机制;知情则是信息主体对告知内容进行阅读、理解、内化的结果。从告知到知情需要在两个不同主体之间进行角色转换和行为转换,要真正做到充分知情,信息主体必须发挥主观能动性,增强权利意识,提高知情能力。

(四) 知情同意的价值目标:保护信息主体权益

知情同意的价值目标是增强个人信息的自主控制,保护信息主体的人格利益和财产利益。其保护重点随社会发展阶段的不同而有所侧重。在小数据时代,个人信息的收集、利用仅局限于政府部门或者具有公共服务职能的社会机构,目的是为公共管理和公共服务等公共职能的履行提供依据。在此种情形下,知情同意的价值更多体现为对个人信息的个人性和人格性的保护,个人隐私保护成为此阶段知情同意的价值。由于政府部门对个人信息的收集、利用具有强制性,信息主体的决策空间并不大,其价值更多体现在对个人信息收集、利用行为的知情上,通过信息处理者告知义务的履行以及访问权、更正权等权利的行使,增强个人信息的自主控制能力。进入大数据时代,随着个人信息社会性和资源性的逐步凸显,个人信息的收集、使用行为不再局限于政府部门,数据企业等私营部门成为个人信息收集、利用的重要主体。私营部门对个人信息的收集、利用更多体现在对经济利益的追求上,因此大数据时代信息主体除关注个人信息安全外,也对个人信息经济价值和出让个人信息为自身带来的利益和风险更加重视。这一阶段知情同意的价值不仅体现为对信息主体隐私利益的保护,更重要的是成为信息主体与信息处理者谈判、争取个人信息经济利益的工具。因此,罗伯特·H. 斯隆(Robert H. Sloan)和理查德·瓦格纳(Richard Warner)认为,如果信息主体有足够的实践经验和知识能对信息披露带来的收益和风险进行恰当平衡,就可认为其同意是知情的。^[32]

• 401 •

三、知情同意的现实困境与学理反思

个人信息领域的知情同意肇生于小数据时代单一来源的个人信息收集场景,随着大数据时代个人信息来源的多元化、二次利用的广泛化,知情同意面临诸多困境。

其一,作为主要告知载体的个人信息保护政策位置隐蔽查找困难、术语过多晦涩难懂、信息超载文本冗长,告知效果难言乐观。首先,作为主要告知形式的个人信息保护政策或隐私政策

[31] 参见高志明、张亚明:《论个人信息法的基本原则》,载《华东理工大学学报(社会科学版)》2013年第5期。

[32] See Robert H. Sloan, Richard Warner, Beyond Notice and Choice: Privacy, Norms, and Consent, 14 (2) *J. High Tech. L.*, 379 (2014).

(以下简称“隐私政策”)多以二次链接或者多次跳转链接的形式呈现,文本隐蔽、获取性差成为网站、手机 APP 的突出问题。^[33]从点击次数看,用户平均需要点击 3 次才能找到相关的隐私政策。超过三分之一的 APP 需要点击 3 次或者 4 次才能到达隐私政策文本(占比分别为 35.7% 和 33.9%),3.6% 的 APP 需要点击 5 次。甚至有些 APP 必须在用户注册成为会员后,才可以查看隐私政策。^[34]其次,隐私政策篇幅冗长、描述复杂、专业术语过多,一般信息主体阅读存在实质困难。即使信息处理者清楚、详尽地告知个人信息处理的方式、范围和后果,信息主体也难以真正理解其中的内容,即使理解了字面含义,也难以准确理解深层内涵和可能给自身带来的影响。^[35]如美国隐私政策的阅读水平一般设定为 10 级(大学阅读水平),但社会平均阅读水平介于 8~9 级之间,^[36]二者之间的差距限制了许多人对政策的阅读和理解。^[37]我国隐私政策的可读性也不容乐观,一项对 63 款手机 APP 隐私政策的定量研究显示,多数隐私政策阅读水平要求为大学一年级水平,对现阶段国内大多数网民而言,隐私政策的可读性低、阅读理解难度大。^[38]我国目前未设定隐私政策阅读标准,但有研究指出,“对于信息主体而言,信息收集者的告知若不能使具有一般知识水平和生活经验的信息主体掌握或基本掌握其信息被收集、利用的情况,即可判定信息收集者未良好履行告知义务”^[39]。

其二,信息主体知识匮乏,对告知内容难以理解,主动知情意愿低。大数据时代,各种移动应用覆盖了人们生活的方方面面。为了自由、知情地决定是否同意各种应用对个人信息的收集,信息主体需要具备多种知识和能力,以对信息收集带来的收益和潜在危害进行准确评估。然而,多数信息主体缺乏相应的知识和能力,知识的缺乏导致许多人难以理解或应对信息披露。^[40]大数据时代是知识和信息的爆炸时代,各类特色平台和 APP 层出不穷,需要信息主体不断拓展知识空间,“就收集主体个人信息本身而言并无特别令人费解的专业知识,因此其侧重点应当是令公众知晓其行为,而非理解”的观点属于误解。^[41]尤其是多数隐私政策中都有履行法定义务需要收集的个人信息规定,比如《花椒直播用户隐私协议》载明,根据中华人民共和国相关的法律法规,在使用直播功能或服务时,需要收集真实身份信息(真实姓名、身份证号)、面部信息(用于芝麻信息识别)以完成实名认证。^[42]这需要信息主体了解隐私政策依据的法律名称和具体规定,

[33] 参见刘娇、白净:《中外移动 APP 用户隐私保护文本比较研究》,载《汕头大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 3 期。

[34] 参见朱颖:《我国移动 APP 隐私保护政策研究——基于 96 个移动应用 APP 的分析》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2017 年第 12 期。

[35] 参见武腾:《最小必要原则在平台处理个人信息实践中的适用》,载《法学研究》2021 年第 6 期。

[36] See M. Ryan Calo, Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere), 87 *Notre Dame Law Review*, 1053 (2012).

[37] 也有研究者认为美国常用网站的隐私政策声明(the privacy policy statement)需要 11~12 级教育水平才能准确阅读和理解。See Stephen A. Rains, Leslie A. Bosch, Privacy and Health in the Information Age: A Content Analysis of Health Web Site Privacy Policy Statements, 24 *Health Communication*, 436 (2009).

[38] 参见秦克飞:《手机 APP 隐私政策的可读性研究》,载《情报探索》2019 年第 1 期。

[39] 江帆、常宇豪:《个人信息保护中“知情同意”适用的困境与出路》,载岳彩申、盛学军主编:《经济法论坛》第 21 卷,法律出版社 2018 年版,第 60 页。

[40] 参见〔美〕欧姆瑞·本·沙哈尔、卡尔·E·施奈德:《过犹不及——强制披露的失败》,陈晓芳译,法律出版社 2015 年版,第 95 页。

[41] 参见万方:《隐私政策中的告知同意原则及其异化》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 2 期。

[42] 参见《花椒直播用户隐私协议》,载 <http://www.huajiao.com/agree/privacy>, 最后访问时间:2022 年 2 月 22 日。

以判断其要求是否合法,是否存在假借法律名义过度收集个人信息和信息滥用问题。

其三,平台和APP强制“二选一”削弱了知情同意功能,同意成为使用产品或者服务的符号,而非自己意思的真实表示。在许多平台和APP应用中,要求信息主体在“同意”和“不同意”之间进行选择,即“二选一”现象。同意代表对隐私政策的认可和收集相关个人信息的授权,是使用其产品或服务的前提;不同意则为相反意思之表示,相应地,无法使用其产品或享受其服务。目前平台隐私政策多为制式形式,信息主体对其内容无建议权和修改权,若同意,则表示全部接受其内容,无论是否合理;若不同意,则无法使用其产品或享受其服务。消费者若想使用其产品、享受其服务,只能点“同意”,别无选择。因此,在该种语境下隐私政策是否合理以及是否阅读、能否理解,对信息主体来讲已无关紧要,因为自己根本无法改变。按照知情同意机制设计的初衷,同意应是在无外力控制下自由地做出,但受互联网经济网络效应、消费者锁定效应影响,许多具有垄断地位企业的产品或服务,直接关系到消费者根本利益,加之转移成本高昂,拒绝这些服务变得越来越难。在这种情形下,这些根本利益本身的重要性以及其他消极压力和影响构成外力控制,胁迫信息主体在“同意”与“不同意”中做出选择。^[43]只能选择“同意”的前提下,隐私政策的阅读和知情变得毫无必要,同意成为使用产品或享受服务的代名词。

其四,信息来源多元化、处理流程复杂化以及广泛的个人信息二次利用架空了知情同意。在大数据时代,信息收集、使用方式趋向多元化,除传统的“一对一”收集外,数据共享、cookies抓取、刷脸支付(门禁等)、监控设备、无人机或无人驾驶汽车等新型收集方式成为个人信息收集的重要途径,且占据了信息收集的主导地位。美国亚利桑那大学的一项研究表明,健康类网站的消费者个人信息中有80%来自自动抓取(collect automatically)。上述新型数据收集方式很难告知并征得信息主体同意。大数据聚合、挖掘所进行的“数据二次处理”也是如此。^[44]

其五,不加区分的适用知情同意使信息主体陷入告知同意疲劳。根据法律规定,知情同意是个人信息收集、使用最主要的合法途径,多数信息收集、使用行为需要告知信息主体并获得同意,频繁告知、多次索取同意导致出现告知同意疲劳。据工业和信息化部统计,截止到2021年12月底,我国市场上监测到的移动应用252万款,其中本土第三方应用商店移动应用数量超过117万款,苹果商店(中国区)移动应用数量超过135万款,范围覆盖了人们日常生活涉及的诸多领域。^[45]消费者初次使用任何一款APP均需在阅读其隐私政策后提供必需的个人信息;还有一些隐私政策根据法律规定属于定向推送或者邮寄送达,比如根据美国《金融服务现代化法案》规定,金融机构在向第三方分享消费者非公开个人信息前,必须明确告知消费者且之后不论隐私政策内容是否发生变化,需要每年至少邮寄送达一次。^[46]频繁告知、多次同意给消费者带

• 403 •

[43] 参见王籍慧:《个人信息处理中同意原则的正当性——基于同意原则双重困境的视角》,载《江西社会科学》2018年第6期。

[44] 参见常宇豪:《论信息主体同意权的绝对化困境与相对性重构——兼论〈个人信息保护法(二审稿)〉同意制度的完善》,载《江西财经大学学报》2021年第5期。

[45] 参见工信部:《2021年我国APP总量持续下降 其中游戏类APP数量仍居首位》,载https://www.sohu.com/a/520633632_121291394,最后访问时间:2022年2月17日。

[46] See Gramm-Leach-Bliley Act of 1999 (Financial service Modernization Act of 1999), Pub. L. No. 106 - 102, 113 Stat. 1338 (codified as amended in scattered sections of 12, 15 U. S. C.).

来沉重负担。据美国 2008 年进行的一次调查，消费者全部阅读常用网站隐私政策需要花费 244 个小时，甚至每年超过 30 个工作日。美国联邦贸易委员会主席乔恩·莱博维茨（Jon Leibowitz）在 2009 年指出：我们都知道，消费者根本不去阅读隐私政策。^{〔47〕}

面对知情同意在实践中的诸多困境，国内外学界进行了集体性反思与争论。主张废除知情同意规则的学者认为该规则在大数据时代既无法有效保护个人信息，又阻碍了数据流通及创新应用，不应再成为个人信息处理的合法性基础。^{〔48〕}支持者出于知情同意在个人信息保护法律体系中的重要性、维护人格完整性和人的主体性，以及平衡信息主体与信息处理者权利势差之需要，认为知情同意不应轻言放弃，但需要进行改良和完善，并提出若干改良方案。^{〔49〕}较为典型的是基于场景风险理论的差别性适用探索，如有学者提出可根据不同场景中个人信息处理风险的高低适用不同的同意要求；^{〔50〕}也有学者建议采用“场景合理+拟制同意=合法利用”模式化解知情同意的僵硬适用问题^{〔51〕}。另一较为常见的探索是动态同意模式的适用，主张在信息主体和信息处理者之间搭建一个交流平台，信息主体可视个人信息处理情况随时选择加入或者退出。^{〔52〕}还有学者提出通过经济激励方式完善知情同意规则的建议。^{〔53〕}笔者认为，大数据时代知情同意的功能下降是不争的事实，但鉴于知情同意在个人信息保护法律体系中的基础性地位，放弃则意味着整个法律体系根基之动摇，况且“以用户的知情、同意、选择、控制为核心来建构整体个人信息保护制度，以对抗强大的商业组织和政治力量的模式，其必要性取得了大多数人的共识，且在可见的未来，其他情形都难以撼动同意原则的主流和基础地位”^{〔54〕}。尤其在我国的法已将知情同意确立为个人信息保护的核心规则背景下，理性的做法是立足于解释论原理研究提出消解或缓解知情同意困境的对策措施，赋予知情同意新的生命力。在方法论上，场景风险理论之运用、动态同意理论的探索以及经济激励方式均对解决知情同意困境有着积极意义，但并不符合我国严格个人信息保护的立法方向，在现有制度框架内通过规则解释和制度续造等方式探究知情同意的实现路径是较为妥帖之策。这也是本文以解释论视角探究知情同意实现路径的初衷。

四、知情同意实现的多元共治路径

知情同意的实现涉及主体较多，本文将按照信息处理者、信息主体、公共机构和社会组织四类主体探究实现路径。

〔47〕 See Fred H. Cate, The Limits of Notice and Choice, *IEEE Security & Privacy Magazine*, 59-62 (2010).

〔48〕 持此观点的如范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016 年第 5 期；田野：《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》，载《法制与社会发展》2018 年第 6 期；任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，载《政治与法律》2016 年第 1 期。

〔49〕 参见前引〔11〕，徐丽枝文；王成：《个人信息民法保护模式选择》，载《中国社会科学》2019 年第 6 期；吕炳斌：《个人信息保护的“同意”困境及其出路》，载《法商研究》2021 年第 2 期。

〔50〕 参见前引〔48〕，范为文。

〔51〕 参见蔡星月：《数据主体的“弱同意”及其规范结构》，载《比较法研究》2019 年第 4 期。

〔52〕 参见前引〔48〕，田野文。

〔53〕 参见蔡培如、王锡铨：《论个人信息保护中的人格保护与经济激励机制》，载《比较法研究》2020 年第 1 期。

〔54〕 申卫星：《大数据时代个人信息保护的中国路径》，载《探索与争鸣》2020 年第 11 期，第 6-7 页。

（一）信息处理者依法履行告知义务

在现行法律制度框架内，信息处理者告知义务的履行是知情同意实现的主要路径。在《个人信息保护法》中，信息处理者的告知义务主要包括第17条规定的个人信息处理前的一般告知义务，第22条规定的因合并、分立、解散、被宣告破产等原因需要转移个人信息前的告知义务，第23条规定的个人信息处理者向第三方提供其处理的个人信息前的告知义务，第30条规定的处理个人敏感信息前的告知义务等。这些告知义务中的内容和形式要求成为信息处理者履行告知义务的基本法律遵循。

一方面，信息处理者应严格遵守法律规定的告知事项，确保内容真实、准确、完整，不得遗漏、伪造相关信息，也不得采用陈旧过时的信息误导信息主体。一般告知内容应包括个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式，个人信息处理目的、处理方式，处理的个人信息种类、保存期限，个人行使法律规定权利的方式和程序等。对于特殊情形下的告知事项，法律作了特别规定，如：涉及转移个人信息的，除一般告知事项外还应当向个人告知接收方的名称或者姓名和联系方式；需要向其他处理者提供个人信息的，需增加告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并取得个人的单独同意；需要处理敏感个人信息的，还需告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响等事项。

另一方面要严格依照法律规定的形式进行告知。《个人信息保护法》第17条规定“应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知”，此规定为解决告知文本不友好痼疾提供了指引。首先，告知文本位置应显著，便于查找和阅读。信息处理者应严格按照《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T35273—2020）的要求，将隐私政策链接在网站主页、移动应用程序安装页、社交媒体首页等显著位置进行设置。^{〔55〕}其次，告知语言应清晰易懂，提高阅读体验感。做到条理清晰、语言简洁、通俗易懂、要求明确，而且告知请求事项要单独列出，不与其他事项混杂，使阅读者一目了然。近年来，针对隐私政策隐晦、难懂、可读性差等问题，学界和业界进行了多种创新，如通过法律术语通俗化、^{〔56〕}分层通知、^{〔57〕}表格化、图示化、标签化^{〔58〕}和其他标准化披露、缩短篇幅等形式，^{〔59〕}使隐私政策更易懂，内容更直观、突出。笔者进行的一项调查表明，有85.47%的被调查者认为将在隐私政策编写简洁、保证可读懂且不会占用过多时间的前提下认真阅读隐私政策。可见，改善告知语言和形式有利于消解隐私文本阅读体验差之顽疾。再次，告知形式应进行创新，满足不同群体诉求。隐私政策是针

• 405 •

〔55〕 参见《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T35273—2020）第5.5（d）条。

〔56〕 See Mike Yang, Trimming Our Privacy Policies, Official Google Blog, Sept. 3, 2010, available at <http://googleblog.blogspot.com/2010/09/trimming-privacy-policies.html>, last visited on Nov. 8, 2021.

〔57〕 See Center for Information Policy Leadership, Hunton & Williams LLP, Ten Steps to Develop a Multilayered Privacy Notice 1, 2007, available at <http://www.informationpolicycentre.com/files/Uploads/Documents/Centre/Ten Steps whitepaper.pdf>, last visited on Dec. 5, 2021.

〔58〕 See Patrick Gage Kelley et al., Carnegie Mellon Univ, Standardizing Privacy Notice (2010), available at <http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=cylab>, last visited on Nov. 20, 2021; Alan Levy, Manoj Hastak, Consumer Comprehension of Financial Privacy Notices (2008).

〔59〕 See Corey A. Ciocchetti, The Future of Privacy Policies: A Privacy Nutrition Label Filled with Fair Information Practices, 26 J. Marshall J. Computer & Info. L., 45 (2008).

对不特定主体进行告知的，由于不同人群需求不同、知识结构各异，对隐私政策的详略程度、专业化水平以及个人信息处理可能引发的风险要求并不完全一致。比如，执法人员、司法人员、研究人员、信息专业人士和第三方评估机构要求告知内容详尽、描述准确、用语专业；而一般信息主体则希望隐私政策内容简短、重点突出、语言平实、易于理解。多元化需求的存在，导致同一隐私政策难以协调明确性与具体性、简洁性与全面性、通俗性与专业性之间的冲突。为了回应不同群体之诉求，信息处理者需要进行告知形式创新。一个可行的方案是采用“长短版结合”的形式进行告知。长版隐私政策属专业型隐私政策，供执法者、司法者和专业人士阅读，突出内容的全面性、完整性、专业性，可以链接形式呈现；短板隐私政策属公众型隐私政策，主要服务于一般信息主体，需凸显内容的简洁性、明确性和通俗性，可在突出位置设置，便于公众阅读。对于特殊情形下对特定主体的告知，则采用因人而异的个性化告知形式，以精确匹配异质需求。^{〔60〕}同时，隐私政策应目的明确、请求事项具体，以确保信息主体同意的真实、有效。

（二）信息主体增强知情能力和行权意识

《个人信息保护法》第44条赋予了个人对其个人信息处理的知情权和决定权，个人有权限制或者拒绝他人对其个人信息的处理。因此，信息主体可在信息处理者依法告知的基础上依决定事项之需要，向信息处理者索取与自己有关的信息，以在充分知情的前提下做出是否同意信息处理者处理自己个人信息的理性选择。这要求信息主体具备足够的知识储备和知情能力，同时增强知情权和决定权的行权意识。

1. 增强知识储备和知情能力

知情是信息主体在信息处理者充分告知的基础上充分内化的结果。如何在告知基础上做到充分知情，信息主体有效增强知识储备、提高自身知情能力是关键。隐私政策内容一般包括拟收集信息的类型及数量、用途、收集者或与之共享的第三方信息等，要做到读懂、理解至少需要常识性和专业性两方面知识。其一，对于平台或者APP的通用功能，一般需要收集姓名、手机号码、出生日期等身份信息；当使用支付功能时，需收集姓名、银行卡类型及卡号、有效期及银行预留手机号码等信息；当需要发布音视频、图片文字和进行直播时，则需要授权使用相机、麦克风权限和设备所在位置信息权限。这些常识性知识是生活在大数据时代公民的必备知识。其二，根据功能差异，不同平台对独具特色的功能有特殊规定，如《微信隐私保护指引》第1.2条规定，当使用微信服务时，需要收集设备型号、操作系统、唯一设备标识符、登录IP地址、微信软件版本号、接入网络的方式和类型、设备加速器、操作日志等信息。^{〔61〕}《蚂蚁金服隐私权政策》规定，为了进行业务风险评估，需要记录使用设备型号、IP地址、设备软件版本信息、设备识别码、设备标识符、位置、网络使用习惯以及其他与服务相关的日志信息等。要理解上述规定，首先需要了解相关功能的基本内容，其次需要知晓使用这些功能需要的基

〔60〕 See Christoph Busch, Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Privacy Law, 86 (2) *The University of Chicago Law Review*, 551-580 (2019).

〔61〕 参见《微信隐私保护指引》，载 https://weixin.qq.com/agreement?lang=zh_CN&cc=CN&s=privacy&v=1&need，最后访问时间：2022年1月28日。

本信息类型。这样才能准确甄别政策文本中规定收集的个人信息种类是否必要、是否存在过度收集情形。

2. 提高知情权和同意权行权意识

目前对隐私政策的法律性质尚存在争议,从国外法律实践看,美国普遍将隐私政策视为合同,正如马克·莱姆利(Mark Lemley)指出的:“双方同意合同条款是合同法的基本原则,同意赋予了合同私法上的合法性。”^{〔62〕}这意味着只要信息主体有同意行为,即可认定其认同了隐私政策之约定,自然需要受该合同之约束。因此,信息主体应主动阅读、理解隐私政策的内容,了解其中规定的个人信息收集、使用、共享政策,收集的具体信息种类,以及个人信息处理可能带来的风险,在充分知情后慎重做出选择,避免因未认真阅读隐私政策而盲目同意带来不利后果。对于隐私政策中难以理解的专业术语,应积极行使知情权,要求信息处理者以通俗语言进行解释;对于法定告知内容无法满足同意权行使需要的情形,应及时向信息处理者要求所需信息,真正将个人同意建立在充分知情基础上,使同意充分体现自己的自由意志。

(三) 公权力机构完善法律制度,严格执法司法

“建立健全个人信息保护制度,预防和惩治侵害个人信息权益的行为”是《个人信息保护法》赋予公共机构的职责,公共机构应通过完善法律制度、加强行政执法、强化司法保护等方式,保证信息主体知情同意之实现。

1. 完善法律制度,弥合告知事项与民众关切之错位

我国《个人信息保护法》规定的个人信息处理前告知事项包括:信息处理者名称或者姓名和联系方式;个人信息的处理目的、处理方式,处理的个人信息种类、保存期限;信息主体权利的行使方式和程序等。但根据国内外对公众隐私关注的研究,信息主体在做出同意决定之前更多关注的是隐私保护和隐私损失(privacy loss)等问题。根据巴特·卡斯特斯(Bart Custers)、西蒙娜·范德霍夫(Simone Van der Hof)和巴特·舍默(Bart Schermer)等人的调查,向网站提供个人信息可能造成的隐私损失和个人隐私保护两个问题的关注值在里克特七分量表上分别达到5.78和5.28,表明信息主体对此两类问题高度关注。^{〔63〕}塔玛拉·迪内夫(Dinev)和保罗·哈特(Hart)的研究也表明消费者关注重点是非授权访问、黑客攻击、安全漏洞、非授权二次使用、信息错误等与隐私泄露、隐私危害等与隐私安全相关的问题。^{〔64〕}然而,现行《个人信息保护法》并未将个人信息安全保护措施、信息泄露可能给信息主体造成的危害等公众关心的问题纳入告知范围,法定告知内容与信息主体的隐私关注存在错位,现有告知信息无法满足信息主体同意决策之需要。应以《个人信息保护法》第17条第1款第(4)项“法律、行政法规规定应当告知的其他事项”为依托,在未来出台配套行政法规时,将个人信息处理可能给信息主体带来的风险以及与之相关的安全隐患列入依法必须告知范围,以回应信息主体之关切。

〔62〕 Mark A. Lemley, Terms of Use, 91 Minn. L. Rev., 459, 464-465 (2006).

〔63〕 See Bart Custers, Simone Van der Hof, Bart Schermer, Sandra Appleby-Arnold, Noëlie Brockdorff, Informed Consent in Social Media Use-The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law, 10 (4) SCRIPT-ed, 441 (2013).

〔64〕 See Dinev T., Hart P., Internet Privacy Concerns and their Antecedents-measurement Validity and a Regression Model, 23 (6) Behaviour & Information Technology, 413 (2004).

2. 加强行政执法，削减权利势差

进入大数据时代，信息主体与信息处理者之间在信息拥有、技术能力等方面差距拉大，已然形成巨大的权利势差。在强势的信息处理者面前，强制“二选一”、超范围收集个人信息、不告知收集处理个人信息等问题突出，知情同意被架空，市场失灵现象明显。政府作为市场秩序的维护者和规则的制定者，有必要对个人信息处理者的义务履行进行监管，以解决告知义务履行不充分、模糊告知、强制同意等削弱知情同意的问题，迅速恢复个人信息利用秩序。一方面，严格执行《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》《App违法违规收集使用个人信息自评估指南》等政策规范，继续对违规收集用户个人信息、违规使用用户个人信息、不合理索取用户权限等突出问题进行整治，公开曝光、约谈、下架、关闭一批问题严重且整改不彻底的App和网站，使无隐私政策、捆绑授权和强制索权、超范围收集使用个人信息等典型问题得到根本改善。另一方面，坚持问题导向，对人脸识别等生物特征信息收集使用不规范，深度伪造，App后台自启动、关联启动、私自调用权限上传个人信息，录音、拍照等敏感权限滥用等社会反映强烈的重点问题进行集中整治，通过行政权力制约数据权力的方式，防止信息处理者利用权利势差刻意规避知情同意现象的发生。

3. 转化保护模式，强化司法保护

目前，我国司法审判普遍采用义务模式保护信息主体的知情同意。在义务模式下，法院将信息处理者法定义务之履行作为判断信息主体是否知情的标准。只要信息处理者履行了法定告知义务，且信息主体有机会阅读并了解告知内容，不论个人是否真正阅读或是否读懂、理解，法院都将认定信息主体做出的同意为“知情同意”。在“朱某与北京百度网讯科技有限公司隐私权纠纷案”中，二审法院即认为：“百度网讯公司在《使用百度前必读》中已经明确告知网络用户可以使用包括禁用cookie、清除cookie或者提供禁用按钮等方式阻止个性化推荐内容的展现，尊重了用户选择权。朱某在百度网讯公司已经明确告知上述事项后，仍然使用百度搜索引擎服务，应视为对百度网讯公司采用默认‘选择同意’方式的认可。”^{〔65〕}此种裁判思路即为义务保护模式。但在一审法院采用的权利保护模式下，尽管百度网讯公司网页中的《使用百度前必读》有说明和提醒的内容，但文字放在了网页的最下方，不仅字体明显较小，而且还夹在“©2014baidu”与“京ICP证030173号”中间，难以识别并加以注意，无法起到规范的说明和提醒作用，不足以让消费者明了存在“选择同意”的权利，因此认定被告侵犯了消费者知情权和选择权。同一个案件，一审法院和二审法院得出了完全相反的结论，原因即在于两个法院采用了不同的裁判思路。当二审法院采用义务保护模式时，明知消费者的知情利益未受到应有的保护，但由于经营者未违反法定告知义务，仍然不能为消费者的知情利益提供充分的保护。^{〔66〕}因此，在司法维度上，只有以信息主体为中心，变义务保护模式为权利保护模式，方可实现对信息主体知情同意的充分保护。尤其在《个人信息保护法》已经正式赋予信息主体知情权和决定权的背景下，权利保护模式更具有必要性和现实性。

〔65〕 江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第5028号民事判决书。

〔66〕 参见李友根：《论经济法权利的生成——以知情权为例》，载《法制与社会发展》2008年第6期。

(四) 社会组织强化行业自律和第三方认证

1. 制定科学的行业告知文本

遵守知情同意规则、强化个人信息保护符合企业和行业的根本利益。良好的行业自律既可以为立法提供指引,避免盲目立法抑制信息产业发展,又可以以之提升经营者商誉,吸引消费者“用脚投票”。^{〔67〕}因此,应当鼓励企业适应大数据时代的特点,确立数据安全观念,把数据当作核心资产,秉持用户个人信息至上的基本价值观,培育保护个人信息就是维护核心竞争力的意识,积极主动承担个人信息保护责任。^{〔68〕}

一个可能的方向是由行业协会针对不同类型信息处理者开展不同业务时的不同需求,编写本行业自律公约和隐私政策示范文本。例如《国民经济行业分类》(GB/4754—2011)中邮政业的快递服务需要收集信息主体的姓名、地址、电话号码,而不需要收集网络邮箱号或指纹信息;又如淘宝、京东等互联网销售平台与优步、滴滴出行等互联网约车平台虽然同属于互联网生活服务平台,但业务模式、交易方式、实现功能都完全不同,即可在统一的保护细则或自律公约下分别编写不同的示范文本。信息处理者按照行业惯例收集本行业一般经营者所需的个人信息时可按照上述个人信息分类标准进行监管,而收集额外信息或将信息用于非常规用途时则必须向信息主体详细告知并征得同意,所受监管也将更加严格。这种保护模式一方面细化了个人信息保护场景,实现了法律稳定性、可预测性和针对性保护的有机统一,另一方面在隐私风险无法完全避免的前提下可将风险控制在最低限度。

2. 强化第三方认证

充分发挥第三方认证机构专业性强、技术力量雄厚的优势,构建知情同意第三方认证体系,以此作为个人信息事前保护的重要内容。信息处理者如果希望取得认证机构的认证则需要符合该机构的个人信息保护标准。一旦认证机构形成公信力并为信息主体所熟知,具有该认证机构的认证就会成为信息处理者的核心竞争力,从而激励信息处理者自觉履行告知义务,提高个人信息保护水平。在通过认证的背景下,信息主体虽然可能仍无法完全理解隐私政策的全部内容,但可以通过信息处理者的认证资格对其个人信息保护水平产生信任,并基于信任做出同意。对于认证的作用,索罗夫教授以食品和汽车为例指出,我们并不具备食品和汽车安全的专业知识,但是食品和汽车制造商需要根据安全标准进行生产,消费者只需要了解其是否符合标准即可。^{〔69〕}美国对于隐私认证已经发展出了一套较为完备的体系可供借鉴,我国也已经成立了互联网诚信联盟(iTrust)可提供个人信息安全认证,其核心成员包括了人民网、阿里巴巴、新浪、腾讯、百度、搜狐、网易、凤凰网等国内较有影响力的网络服务提供商,但其影响力(尤其是对信息主体而言)还有待提升。

• 409 •

五、结 语

信息主体的知情同意是我国个人信息保护法的法律基础,也是访问权、撤回权、修改权、携

〔67〕 参见张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,载《中国法学》2015年第3期。

〔68〕 参见周汉华:《探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向》,载《法学研究》2018年第2期。

〔69〕 See Daniel J. Solove, Privacy Self-Management and the Consent Dilemma, 126 *Harvard Law Review*, 1880 (2013).

带权、删除权等个人信息权具体权能存在的前提和条件。^{〔70〕} 尽管在大数据时代知情同意陷入困境，但轻言放弃并非明智之举。《个人信息保护法》创设信息主体知情权和决定权，昭示着我国个人信息保护立法坚持自主控制、弘扬“以人为本”理念的强化。当然，由于信息处理者和信息主体之间存在严重的权利势差，加之信息主体专业知识和信息技能的匮乏，仅仅依靠个人无法充分实现知情同意，必须借助公权力介入以监督信息处理者法定告知义务的履行，通过加强行政执法改善制约信息主体知情同意实现的社会环境、制度环境和技术环境，遏制信息处理者利用数据权力刻意规避、架空知情同意现象的发生。同时，积极发挥行业协会和第三方机构专业性强、技术力量雄厚之优势，共同营造有利于知情同意实现的氛围，打造具有中国本土特色的知情同意实现机制。《个人信息保护法》创设知情权和决定权仅是提高知情同意保护水平的开端，未来应通过配套法规、规章建设和法律解释，明确信息主体主动知情的程序和路径，同时将司法保护从义务模式转向权利模式，方能真正实现信息主体的知情同意，助力《个人信息保护法》的实施。需要指出的是，强调信息主体知情同意的实现并非将之绝对化，个人信息处理应以《个人信息保护法》第13条确立的多元合法性基础为依托，本文意图在于探讨以同意为合法性基础的处理情形中如何使同意建立在知情前提上，保证信息主体的同意决定真正体现自己的自由意志。

• 410 •

Abstract: Informed consent is a basic rule commonly adopted in personal information protection laws of various countries, and it is also the core rule of personal information protection laws in China. The legal basis of informed consent system comes from the guarantee of information subject's autonomy of will, and information subject's independent control of personal information can be realized through effective consent after full notification. In the era of big data, with the diversification of personal information sources and the extensive reuse, informed consent is facing a series of dilemmas, such as obscure privacy policy, lack of knowledge of information subjects, forced "two choices" by information processors, difficulty in applying informed consent to new personal information processing behaviors, and notification fatigue caused by frequent informed consent. Given the important value of informed consent and its cornerstone status in the personal information protection regime, giving up lightly is not a wise move. Multi-governance mode should be adopted to ensure the realization of information subject's informed consent, such as information processors informing according to law, information subjects enhancing their awareness of knowing and exercising, public institutions perfecting legal system and strictly enforcing the law, and social organizations strengthening industry self-discipline and third-party certification.

Key Words: personal information, autonomy of will, informed consent dilemma, multi-governance

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

〔70〕 参见前引〔49〕，王成文。

被遗忘权本土化的路径选择与规范重塑 ——以《个人信息保护法》第 47 条为中心

王义坤 刘金祥*

内容提要：被遗忘权是大数据时代实现被忘却价值的一种基本方式，但也与知情权、言论自由等相关权益存在冲突。我国《个人信息保护法》没有单独规定被遗忘权，而是采取在第 47 条规定删除权制度的囊括规范方式。但被遗忘权依旧有其制度的核心价值，即消除合法公开的负面信息对个体利益和发展的不必要影响。在具体路径实现上，宜采取事后救济为主的要件个案判定方式，以信息主体案涉利益保护的正当性，以及保护方式的必要性为主要考量因素，通过对前置信息处理合法合规、主体和适用场景限定等一系列规范框架的建立，来实现被遗忘权的有限价值存在。

关键词：被遗忘权 被忘却价值 利益平衡 个人信息保护法

• 411 •

一、问题的提出：被遗忘权引入所导致的利益平衡困境

自 2013 年大数据时代全面来临起，大数据技术突破了人脑“遗忘易于记忆”的极限，以空前未有的方式挑战着社会对个体权益的保障。依赖网络强大的搜寻和记忆能力，个人信息痕迹广泛留存于网络空间中，他人的信息撷取与网络播散方式隐蔽、便捷且普遍，凡此种种无不使得信息主体对其个人信息的控制越发困难，致其面临着不可预料的自身权益损害。为了应对个人无法与网络超级记忆相抗衡的窘境，权利人将眼光投向侧重事前预防的被遗忘权（right to be forgotten）机制，试图以删除、禁链等方式让有负面影响的信息消失。为了应对侵袭个人权益的信息科技浪潮，欧盟沿袭其注重保障个体权益的惯例，在 2012 年欧盟《一般数据保护条例（草案）》（以下简称 GDPR 草案）中首次明确倡导被遗忘权，并在 2016 年最终通过的《一般数据保护条

* 王义坤，华东理工大学法学院助理研究员；刘金祥，华东理工大学法学院教授。

例》(以下简称 GDPR)中专设被遗忘权条款。欧盟法院在 2014 年“冈萨雷斯案”、2019 年“谷歌诉法国国家信息与自由委员会案”、2020 年“比利时谷歌案”中承认信息主体向搜索引擎主张删除信息链接的被遗忘权,更是将对被遗忘权的研究和讨论扩大到了全世界范围。

我国在有关个人信息保护的专项立法实施之前,针对被遗忘权制度的价值、引入必要性以及制度适用的利弊存在丰富的研究和理论争议。我国“被遗忘权第一案”,即“任甲玉与北京百度网讯科技有限公司人格权纠纷案”(以下简称“任某玉案”)[1]更是将这种理论的实践争议推向了白热化,甚至一度出现了我国否认被遗忘权制度的观点。2021 年 11 月 1 日生效的《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个保法》)也将这个问题基本定调:第 47 条个人信息处理者的删除义务以及信息主体的删除权条款已经将被遗忘权制度囊括其中,从而表明了我国个人信息立法对该舶来权利的态度。[2]这也是避开学界争议、从立法领域切入解决实践问题的例子,[3]为今后信息主体在满足法律、行政法规规定的情形下,主动要求信息处理者删除其相关信息的情形设置了基本适用依据。

在立法层面解决被遗忘权制度引入与否的问题之后,是该制度具体适用困境的解决和规范细化问题。欧盟式的被遗忘权保障模式所遇到的一系列问题,如技术障碍和成本、信息主体利益与其他所涉权益(如新闻自由、公众知情权等)的平衡,也会在我国出现。因此,如何在既有法律框架下,针对我国具体的国情,完善被遗忘权制度的本土化路径以及规范的具体细化,是本文研究的主要内容。

• 412 •

二、被遗忘权引入的必要性以及与现有制度的兼容

(一) 被遗忘权引入的必要性:实现被忘却价值

被遗忘权制度的主要价值是解决网络环境下的忘却困境,并实现在传统社会中对个体发展有益的被忘却价值。被忘却价值与个人的人格自由发展密切相关,关系到犯错者能否重新开始生活。无法被遗忘可能会阻碍个人的健全人格发展,使其难以自主追求人生目标。例如罪犯、少年犯过去的负面记录,会致其一辈子受到社会排斥和他人歧视。为了保障行为人再社会化的人格利益,有必要涂销其前科资料,使其有改过自新的机会。[4]被遗忘的背后蕴含着社会宽恕行为人过错和容许其匿名生活、使其迎接全新开始、去除负面标签使其免遭伤害的意涵。“没有遗忘,就没有原谅。”[5]遗忘能够辅助原谅的形成,犯错者在得到社会或者被害人原谅后,较容易塑造新的社会形象。然而,大数据时代极大地扩张了被忘却价值受损害的深度和广度,需要通过被遗忘权来应对网络科技带来的新挑战。

[1] 参见北京市海淀区人民法院(2015)海民初字第17417号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第09558号民事判决书。

[2] 参见程啸:《个人信息保护法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第371页。

[3] 参见刘文杰:《被遗忘权:传统元素、新语境与利益衡量》,载《法学研究》2018年第2期。

[4] 参见刘静怡:《社群网络时代的隐私权困境:以Facebook为讨论对象》,载《台湾大学法学论丛》2012年第1期。

[5] Meg Lega Ambrose, Nicole Friess, Jill Van Matre, Seeking Digital redemption: The Future of Forgiveness in the Internet Age, 29 Santa Clara Computer & High Technology Law Review, 99, 110 (2012).

首先,网络环境的恒久存储导致“往事随着时间经过而被人们遗忘”的社会传统观念失灵。在现实社会,人们受制于有限的记忆力,逐渐形成“以忘却为原则,以记忆为例外”的模式。然而在虚拟环境中,任何人的行为踪迹都会在互联网上留下永久痕迹,出现“以记住为原则,以遗忘为例外”的情形。^{〔6〕}这种情形导致侵权后果的加重,如精神损害与名誉损害的效果长期化。个人过去的负面记录或者错误行为完整保留在网络空间,容易招致社会偏见或者他人的负面固定印象。个人无法得到他人原谅,难以获得改过机会,或者意外地被陈旧的网络信息所伤,不利于个人人格的自我发展。

其次,搜索引擎等大数据搜集、存储技术加剧了信息主体对其自身信息掌控的不确定性。信息勘测、智能汇聚、数据恢复等手段可以发掘出任何网络活动轨迹。随意公布自己信息和转载他人信息变得普遍,滥用信息的情况也日益严重。另外,数据挖掘、比对和分析的结果具有不可预测性,而且整个过程很不透明。这种资料的相互比对和交换,能够从蛛丝马迹中拼凑出某人的各种样貌,进而造成隐私泄露。^{〔7〕}这种对元数据的多元利用具有隐秘性,从而难以被发觉。

最后,大数据时代侵蚀被忘却价值、危及个人人格的情况下,现行的隐私权、名誉权等传统法律保障机制却显现出诸多窘境。第一,隐私权保障中“个人在公共场所自愿披露的信息不属于隐私”的传统规则过于僵化。网络空间的公共领域逐渐侵入私人领域,公私领域的界限日益模糊。^{〔8〕}公共领域的私人信息可能会转化为隐私利益,给隐私权保障带来困难。而且信息收集使用者的多元化导致管理与控制趋于困难,传播行为与损害后果之间的因果关系也不易查明。第二,名誉权保障难以规制“片段信息拼凑导致名誉受损”现象。搜索引擎、网络媒体仅能提供未必真实的片段信息,无法完整客观地呈现个人的人品与名誉。由这些片面且可能虚假的信息拼凑而成的个人形象,容易误导社会公众。当事人可能面临名誉受损、不公平对待、经济损失等损害,名誉权保障机制对此却难以规制。另外,在保障效果方面,真实信息的持久存续使得名誉侵权的后果产生变异。网络空间的可搜索性与永久存续性使得人们“随时间而遗忘”的期待落空,足以损毁个人名誉的网络信息会成为“没有时间限制”的证据,不会随着时间流逝而消灭。^{〔9〕}个人会与过去的过错永久联结,被侵权人无从请求损害赔偿或者恢复名誉。互联网不单是个人在社群中自由开展人格的媒介,也成为人格发展的危害来源。

(二) 与现有制度兼容:实现被遗忘权与相关权益的平衡

在现有法律框架下,占据主导地位的是对传统的隐私权、名誉权进行保障的规则。信息主体原则上仅能要求信息发布者、新闻媒体、搜索引擎等网络服务商限制使用而非删除信息链接。尽管在实践中部分法院有一定的弹性解释空间,但是迄今为止,并没有代表性的司法判例。鉴于传统的权利保障机制无法应对网络环境下被忘却价值和人格受损的困境,人们寻求通过被遗忘权来满足渴望在大数据时代“被遗忘”的需求。依据学者格律特的研究,被遗忘作为法律概念具有双

• 413 •

〔6〕 参见张勇:《个人信用信息法益及刑法保护》,载《东方法学》2019年第1期。

〔7〕 See Daniel J. Solove, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, Yale University Press, 2008, p. 95.

〔8〕 参见张新宝:《信息技术的发展与隐私权保护》,载《法制与社会发展》1996年第5期。

〔9〕 参见杨立新、韩煦:《被遗忘权的中国本土化及法律适用》,载《法律适用》2015年第2期。

重含义：在个人层面是对个人人格开展与表现的保护，“整个社会不再将个人与特定事实相链接，给予其重新开始的机会”；在社会层面则是指“再匿名的构建”，对维护包容开放的社会秩序意义重大。这种被忘却价值的保障需求希望通过所谓“数字橡皮擦”的信息技术，自始限制在线个人信息的存储和流通。例如欧盟法院在“冈萨雷斯案”判决中，就开创性地要求搜索引擎服务者移除特定搜索结果及其链接。

被遗忘权的引入虽然会对现有制度中的一些既有权利造成影响，但这些影响可以在相互协调中化解，在任何一种权益冲突的场景中，都可以根据利益的优先性进行取舍。

首先，被遗忘权的引入会对其他公民权利造成负面影响。从用户权利保障的角度来看，在保障被遗忘权的同时如何兼顾他人的言论自由、信息取得自由、新闻自由乃是困难的法律选择，会引发严重关切。之所以言其重大，是由于被遗忘权作为人人得以修改其自身评价的技术工具，如果删除标准不透明、不合理，就可能削弱其他人接受和记忆信息的自由，妨碍民主社会的健全发展。^{〔10〕}具体到被遗忘权的实施，资料控制者需要承担证明“存在不应删除之例外事由”的责任，还面临若不及时删除就要被高额处罚的压力，因此，其倾向于在模糊的案例中直接删除信息。这就导致被遗忘权可能恣意侵害表达自由，引发网络言论市场的寒蝉效应，阻碍社会进步与个人发展。同时，如果仅仅保护表达自由而不保护接收思想的自由，则难以实现言论自由旨在保障个人思想的目的。这就意味着在网络的众多言论中，公民可以自由选择要接触和保存何种个人记忆、集体记忆。被遗忘权删除、隐藏信息的方式必然会阻碍第三人接收、记忆某些信息的自由，因而对言论自由造成影响。从欧盟的司法实践来看，网络新闻媒体相继收到搜索引擎删除新闻链接的通知，删除的标准既不透明也不合理，不仅侵犯新闻媒体的自主性，而且直接损害社会公众的知情权。

被遗忘权作为预防他人侵犯隐私的技术措施，主要是协助预防网络监视、数位永久记忆、深入的资料比对等侵权行为。在万物联网的数字社会，所有人的日常生活随时都在生产着“后设资料”（metadata），即有关信息本身而非信息内容的资讯，如上网、通话时的发言位置、对象、通讯时间等。^{〔11〕}在大数据技术的监控下，这些线下生活所产生的资料都可能经由收集整理而成为线上资料库的内容。其他人、企业和政府监管能够通过深度比对，轻易地辨识每一个人的身份、喜好、人际脉络、政治倾向、私密生活等细节。通过内容资料、后设资料、商业资料库、公私部门相互往来的数据、监控所得资料的积累、比对和分析，每一个资料主体在大数据监控体系下都会成为完全透明的个体。大数据技术能够将以前无法进行数字化的资料全都进行数字化，每一个人都成为量化的个体。^{〔12〕}由于数字记忆永久留存且获取性高，每个人对被忘却的需求大幅超越以往。在这样的情况下，在言论自由和被遗忘权的价值取舍上理应偏向后者。就被遗忘权与新闻自由的冲突而言，新闻媒体基于第四权理论监督政府、传递消息、满足知情权的使命在商业化社

〔10〕 这方面的讨论，参见郑志峰：《网络社会的被遗忘权研究》，载《法商研究》2015年第6期；万方：《终将被遗忘权的权利——我国引入被遗忘权的思考》，载《法学评论》2016年第6期；刘艳红：《人工智能法学研究的反智化批判》，载《东方法学》2019年第5期。

〔11〕 See Neil M. Richard, The Danger of Surveillance, 126 (7) Harvard Law Review, 1939 (2013).

〔12〕 See Paul M. Schwartz, Daniel J. Solove, The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information, 4 New York Law Review, 1814 (2011).

会环境中遭到削弱,在竞逐商业利益中过度侵害个人权益。而被遗忘权通过删除过度侵犯隐私的自媒体内容和新闻报道,保障个人适度维系隐私和名声,并为个人对抗媒体滥用权利提供救济渠道。欧盟的立法者明确建立针对搜索引擎、网络新闻媒体的被遗忘权机制,为此对个人数据保护立法进行修改。对我国而言,在保障言论自由的前提下,有限接纳被遗忘权并加以严格管制,应当是一项明智选择。

其次,被遗忘权会产生造成社会公益减损的成本。有学者批评被遗忘权没有审慎考虑到信息具有存在周期、信息与社会价值的关联性,可能造成社会公共利益的减损。信息本身具有存在周期,会自然而然地促使侵害个人权益的信息慢慢消失。即便部分信息仍然存在,也无法集合成为有意义的资料。^{〔13〕} 另外还有学者指出,网络汇集的完整、真实社会资讯已经成为现代社会共享的集体记忆,确保这些集体记忆不经审查并以原始状态留存是当代人的社会责任。“人类的文化建构于记忆之上。”^{〔14〕} 其中,人类通过媒介增加自身记忆的方式属于“外部记忆”(external memory),如个人电邮。外部记忆仅具有个人特质而非公共性质,不产生被遗忘权问题。与此相对,“交互记忆”(transactive memory)则是个人与社会群体之间交互产生的记忆,反映出的是群体事件和群体认知,众多的交互记忆构筑成人类的历史。^{〔15〕} 被遗忘权若要控制交互记忆,就有可能毁坏社会全体的“交互记忆”,或者由于信息缺失而使历史记录不真实、不准确。

上述担忧可以理解,但是结论有待商榷。第一,判断信息是否具有公益性、究竟有多大的潜在价值其实是相当困难的。而另一方面,数位记忆永恒和时间轴拉长导致对个人隐私的威胁,资料传播和比对分析更扩张了个人隐私受侵害的空间。在资料对个人隐私构成现实侵害,而其未来价值无法判断的情况下一概禁止资料主体行使被遗忘权,其正当性值得质疑。第二,信息的社会价值也可能遭到扭曲。信息随着时间流逝可能与现在的情形越发不相关,对个人的描述也趋向不正确,可能会成为负面价值的信息。在此情况下,当事人关注的是信息被忘却而非正确性,需要通过删除的方式,而非更正、限制使用,才能实质解决隐私问题,将该信息重归于私人隐私。第三,对于被遗忘权危及历史保存的质疑,何种事件属于历史事件本身就很难判断,不宜因噎废食,为保护历史记忆而忽略对个人隐私的保护。因此,需要综合考虑信息干预个人隐私的严重程度、一般社会公众的普遍感受、事件的社会价值等因素,在历史保存与个人私事之间进行利益平衡。

• 415 •

三、被遗忘权制度的核心功能及其路径选择

(一) 核心功能:消除负面信息对个体利益和发展的不必要影响

被遗忘权并非一经确立就具有清晰的概念框架,其内涵一直处于变化之中,大致包括如下三重。^{〔16〕} 一是无法被搜索的权益,即原本经过合法手段而汇聚的正确信息在经过一段时间后,变

〔13〕 See M. J. Kelly, D. Satola, The Right to be Forgotten, 1 *University of Illinois Law Review*, 1-64 (2017).

〔14〕 I. Szekely, The Right to be Forgotten and the New Archival Paradigm, in A. Hoskins ed., *The Ethics of Memory in a Digital Age*, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 28-49.

〔15〕 参见徐凤:《人工智能算法黑箱的法律规制》,载《东方法学》2019年第6期。

〔16〕 See Jeffrey Rosen, The Right to be Forgotten, 6 *Stanford Law Review*, 88 (2015).

得“不相关、不适当或者不必要”，信息主体有权请求信息控制者删除该信息，突显出个人主动控制其过去经历的权利。以“冈萨雷斯案”判决为例，司法机关将难以被搜索的权利概念运用于搜索引擎服务者身上，通过移除特定搜索结果、排除强相关信息等积极方式，提高个人信息接入的难度。不过，因为原始信息来源并未从网络上消失，所以难以被搜索的权利概念似乎限缩了被遗忘权的范围。二是再度社会化，即个人得以摆脱过去社会负面信息的枷锁，再次以小白身份创造全新的社会角色与行为模式。这就意味着社会公众遗忘其过往经历。再度社会化的中心是管控个人负面信息的传播范围，如限制使用违法前科资料。三是不受限制的言论自由。言论自由的基本价值是保障个人、发展自我与实现自我。如果他人利用信息主体的过往言论对抗、束缚或者伤害本人，势必导致个人选择沉默来避免潜在损害，不愿公开发表意见。因此，被遗忘权的核心价值可以从既有理论对其本质的探讨中得以发现。

被遗忘权议题的第一个层面是其权利本质。无论是 GDPR 还是“冈萨雷斯案”判决，均未提及被遗忘权的权利本质究竟为何，学界对被遗忘权的本质和内涵也存在着争议，这就导致被遗忘权是由何种价值建构而出的问题存在模糊之处。目前关于被遗忘权本质的主流观点是“删除权”。删除权基于信息自决权而产生，是指“信息主体有要求信息控制者在一定期间内删除个人信息”的个人信息保护权。^{〔17〕}删除权可以通过信息发布者事前预设信息有效期限的手段，或是事后提出信息删除请求的方式来实现。删除权为了应对大数据时代个人逐渐丧失信息掌控权的状况，赋予信息主体在特定情形下要求删除个人信息的权利。个人可以掌控信息控制者如何使用涉己信息，进而构筑起个人在虚拟世界中的身份，使其得以主宰个人存在的社会价值，按照个人认知安排生活，实现“维系个人尊严、自由发展人格”的终极目标。欧盟执委会在其 2012 年 GDPR 草案的说明中指出，被遗忘权所蕴含的本质是“请求信息控制者删除的权利”。GDPR 明确将现有条款中的“删除权”标签为“被遗忘权”。学者博纳等认为被遗忘权是从 GDPR 的“信息最小化原则”、^{〔18〕}“合法处理信息原则”^{〔19〕}衍生而来，本质上属于删除权。

但是，也有学者质疑以删除权作为被遗忘权本质的局限性。归纳起来，大致包括如下几个方面的理由。第一，删除权的预防性带来局限。删除信息的权利带有预防风险的性质，在启动时往往并未出现实际损害，因此，对“一定期间删除”的把握很难做到精确及时，对删除何种期限内的信息也缺乏有效判断。^{〔20〕}第二，删除权的内涵和判断标准不明确。只有当信息主体掌握信息的利益大于他人处理信息的利益时，才有权删除。但是利益衡量的判断标准模糊不清，导致删除权的实施僵硬、绝对化，极易被滥用。第三，强制他人删除信息缺乏有力的科技手段和法律安排。由于信息技术日新月异，信息很容易被复制，难以界定谁是信息控制者，信息的彻底删除在

〔17〕 这方面的讨论，参见前引〔3〕，刘文杰文；吴飞、傅正科：《大数据与被遗忘权》，载《浙江大学学报（人文社科版）》2015年第2期；陈吉栋：《智能合约的法律构造》，载《东方法学》2019年第3期。

〔18〕 “数据最小化原则”（principle of data minimization）是指数据应当适当、相关、不超越收集目的，且在不必要时及时销毁。

〔19〕 “合法处理数据原则”（principle of data）是指处理数据应当经过数据主体的同意或者符合法律规定。

〔20〕 See Minhui Xue, Gabriel Magno, Evandro Cunha, Virgilio Almeida, Keith W. Ross, The Right to be Forgotten in the Media: A Data-Driven Study, 4 *Proceedings on Privacy Entrance Technology*, 394-402 (2016).

短期内很难实现。而且,目前无法逾越“删除涉嫌侵犯他人信息自由权”的法律障碍。^[21]

因此,有学者主张被遗忘权是由保护个人更生价值之“忘却权”(right to oblivion)演化而来。忘却权的起源可以追溯到法国人格权法上的“忘却权”概念(Droit à l'oubli),亦即“让不会再浮现的过往永远沉默”。简言之,是指过时、负面的个人信息不得在未来过度伤害个人尊严、人格和名声,个人拥有不受过往记录束缚的权利。忘却权适用的场合主要是刑满释放人员为了回归社会,反对他人公开其过往的犯罪记录或者个人身份,着重保障的是“罪犯再社会化”的利益。如法国《刑法》第133条允许以“更生、回归社会的潜在威胁”为理由消除个人的犯罪记录,规定“任何人不得储存或者披露他人的犯罪违法记录资料,法庭审判或者档案记载除外”。在2009年德国“沃尔夫案”判决中,德国最高法院主张“社会受众在通常情况下对信息的需求优于当事人的人格利益和忘却权,但是报导利益将随着时间流逝而失去其合理性”^[22]。法院强调忘却权需要弹性地考量时间和空间因素,空间转移会改变社会互动模式,而历时久远也可能使公开事件改变在空间脉络中的存在意义。当时间流逝、空间转移降低了已公开事件的公共性,当事人回归社会利益和个人隐私权已超过公共利益时,则信息就应当转回到私人空间,此时应承认忘却权。

从忘却权和删除权的概念发展来看,其有相似之处也有一定的区别。第一,权利内涵不同。前者是指“令他人作为”之权利,强制其遗忘信息,因此会同其他公民的言论自由、信息取得自由有所冲突,并导致重要的社会历史记录散失。而删除权近似于“自我行动”的权利,即允许个人掌控由信息控制者所收集、使用的个人信息,但不是允许个人任意删除所有涉己信息乃至篡改历史。第二,权利成立与否的判断不同。大数据环境下的信息获得难度由于搜索引擎技术的发展而降低,而个人信息不会由于时间流逝而灭失,个人会持续受到负面评价。因此,忘却权的判断核心是时空变迁对信息属性的影响。删除权的判断则不会受到时空因素的干扰。即便信息并未损害到信息主体,或者由于时空脉络的改变而不再产生负面影响,信息主体也仍然有权主张删除。

被遗忘权概念包括两个方面的内容:一是积极方面,即“令他人忘记自己的过往”,二是消极方面,即“避免个人被过往的负面信息所缠绕”,这两个方面的内容分别对应被遗忘权的两大权源——忘却权和删除权。这两种权源尽管具有不同的背景,但是在“维系社会价值和实现政治目标”“保障个人人格”方面的功能却存在重叠,因此,在被遗忘权议题上产生交错与结合。简言之,被遗忘权是将忘却权的实质内容和《个保法》中的删除程序融为一体。一方面,删除信息作为保护隐私的直接方式,属于忽略利益平衡的绝对权利行使,不是最合理、最符合比例原则的方式。另一方面,忘却权是权衡不同利益的手段,可以灵活地判断被遗忘权在个案中的适用合理性。由此可见,被遗忘权的本质应当是这两种权利的互相结合,共同解决信息流通和信息挖掘比对造成的威胁个体权益和发展的的问题。而随着立法例的演化,这两种权利的功能逐渐转化成一种以删除权为主要表现形式的基本个人信息权益分支,很多忘却权所要体现出的显性社会功效也逐

• 417 •

[21] See Karen Eltis, Breaking Through the Tower of Babel: A Right to be Forgotten and how Trans-systemic Thinking can Help Re-conceptualize Privacy Harm in the Age of Analytic, 2 *Ford Ham Intellectual Law Journal*, 69-95 (2011).

[22] 许炳华:《被遗忘的权利:比较法之观察》,载《东吴法律学报》2005年第1期,第150-175页。

渐在删除权中实现。

删除权和忘却权的统一在欧洲立法实践中也得到过验证。欧盟法院在“冈萨雷斯案”判决中，从2012年GDPR草案的删除资料权推导出在“信息不适当、信息不相关、超越收集目的”的情况下，信息主体有删除信息链接的被遗忘权。据此观之，欧盟法院显然倾向于将被遗忘权定位于删除权。然而另一方面，欧盟法院又增加了利益平衡的标准，主张被遗忘权要视“信息属性、信息主体受到影响的程度、信息涉及的公共性程度”等因素，进行利益平衡后作出判断，并且强调时空因素对信息的影响。由此可见，欧盟法并不是完全以删除信息作为被遗忘权的行使手段，同时也结合了忘却权的利益衡量内涵，将消除负面信息对个体利益和发展的不必要影响作为被遗忘权制度的第一要务，只是这种功效需要通过删除的显性行为方式予以体现。

（二）路径选择：在第47条下寻求事后救济的个案判定

正是被遗忘权制度的上述功能决定了其存在的价值。被遗忘权是对大数据时代被忘却价值危机的回应，开辟出一条人格权与个人信息保护的新路径。我国同样面临着数字永恒记忆带来的被忘却价值危机，理论界对被遗忘权也高度关注，司法实务中还出现了“任某玉案”等系列判决。欧盟的实践也表明被遗忘权的建构与一国法治状况，以及社会、经济等因素密切相关，贸然承认被遗忘权恐怕不但不能实现预期效果，而且会妨碍数据产业的良性发展，阻碍其他人的言论自由、网络信息取得自由等权益。因此，中国语境下的被遗忘权受到多大程度的保障，是否需要对接盟式的保护强度作必要调整，法律探索又如何成为制度改革的推动力，尚需进行深入探讨。

前文提到，自“任某玉案”之后，就有理论和实践观点认为中国从司法上拒绝了被遗忘权的引入和适用。其实这种观点是较为片面的，该案本身的案情特点使法院在特定情形下作出了一种较为合理的判定，但这种判定并非是在与被遗忘权制度完全契合的场景下作出的，简言之，该案中任某玉想要救济的利益，与被遗忘权核心价值所要救济的利益并不相同。我国学者也在研究中较为详细地将该案与“冈萨雷斯案”作了非常有说服力的比较。^{〔23〕}首先，信息处理者对案涉个人信息的使用目的存在差异。在“任某玉案”中，任某玉与某教育公司的相关信息是合作期间后者自我宣传的推广结果，是任某玉的真实履历。其发布的目的以及现存的价值没有变化，都是对任某玉的一段真实职业经历的具体体现。而“冈萨雷斯案”中，信息主体的个人信息出现在《先锋报》的一份清单中，目的是为了在拍卖活动中吸引更多竞价者，而之后其使用目的和必要性已经丧失。其次，信息主体的诉争权益不同。“任某玉案”的原告诉争权益是对其职业发展利益的影响，而法院经过调查后发现，这种影响以及相关信息所涉及的公众知情利益之间有着较为激烈的博弈，个体利益在本案中并非占有绝对主导性的保护优势。而在“冈萨雷斯案”中，其个人信息最初发布在一家地方上极具影响力的报媒上，只要搜索其全名就会显现当时的案涉信息，且该信息已经对原告本人在该区域的生活造成了一定侵扰，甚至对其个人尊严都构成了实质性侵害。所以法院判定案涉信息存在不当性以及遗忘的必要性。也正是因为前两个原因，才会产生如果行使被遗忘权则会对相关涉他权益产生影响的问题。概言之，被遗忘权的适用应当对特定案件中的争议权益作出具体分析和考量，如果不执行被遗忘权，对信息主体的侵害将影响其基本权益乃至

〔23〕 参见前引〔10〕，万方文。

个人正当发展,那么就应当赋予信息主体被遗忘权,同时,也需要对执行被遗忘权的社会成本予以考量,来实现本文所提出的性价比问题,即当执行被遗忘权给信息处理者或者从广义上讲这个社会的整体成本带来了不必要的负担,那么就需要慎重。例如“冈萨雷斯案”中删除与原告有关的链接不会对谷歌造成过重的负担,而“任某玉案”中则需要对搜索引擎中的关键字进行涤除,会产生额外的负担,且会对其他享有知情权并需要搜寻该资讯的人带来额外的行动成本。

综上,我国《个保法》第47条已经将被遗忘权制度囊括其中,且依前文所述,被遗忘权的适用范围十分狭窄,因此,只有当相关负面信息对信息主体的合法生存发展带来不必要的影响时,才应当适用被遗忘权,而这需要依据案情的特殊性具体分析该不必要的影响。欧盟法院也提出了对于被遗忘权类案件的个案化处理倾向。^[24]所以,个案分析以及要件认定的路径就在所难免。这也是在现有法律没有将被遗忘权独立成文的背景下,为了与一般删除权细化区分,实践必然要采用的路径。

四、被遗忘权制度本土化的规范重塑

(一) 适用前提和规范兼容:在第47条之下寻求适用空间

在任某玉案中,任某玉的律师和主审法官都在说理部分将被遗忘权归入一般人格权的范畴中进行分析,这是基于彼时被遗忘权在我国的法律适用困境。而《个保法》第47条的存在使得被遗忘权可以寻求到更加“手段化”的适用条款,无需再向一般条款逃逸。根据王利明教授的观点,《个保法》所包含的关于个人信息的私法规则与《民法典》构成特别法与一般法的关系,《民法典》确立的个人信息性质及其在民事权利体系中的位置,是解释和适用《个保法》相关规则的基础和依据。换言之,《个保法》中的条款适用需要在《民法典》的框架体系中展开,其适用应当贯彻《民法典》确认的人格尊严价值,并结合《民法典》确认的人格权保护一般规则。^[25]因此,在《个保法》第47条项下寻求被遗忘权的适用空间,依旧需要遵循《民法典》中针对一般人格权的相关立法宗旨和原则,只是无需再寻求一般人格权的直接保护。

尽管被遗忘权的适用范围逐渐被删除权所覆盖,但依旧有自己独特的适用空间。如前所述,被遗忘权的适用场景为:争议信息的处理以先手合法合规性为前提,之后由于争议信息公开后体现出的不必要性、不相关性(如时效已过),对信息主体造成不合理的、不利影响的情况。而删除权适用中的争议信息有可能在一开始处理时就是违法违规的(包括自始违规和事后违规),所以删除权适用范围会更宽泛。因此,《个保法》第47条虽然是以信息处理者删除义务和信息主体的删除权作为规范内容,但其中涵盖的被遗忘权适用条件包括第(一)项和第(五)项,即“处理目的已经实现、无法实现或者为实现处理目的不再必要”“法律、行政法规规定的其他情形”。此时,个人信息处理者应当主动删除个人信息;个人信息处理者未删除的,个人有权请求删除。而本条中的第(二)(三)(四)项更符合删除权实现的前提。第(一)项与欧盟基本定义中“不

• 419 •

[24] See Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Gostejá González, C-131/12 EU; C: 2014: 317.

[25] 参见王利明:《论〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的适用关系》,载《湖湘法学评论》2021年第1期。

恰当的、过时的、于自身不利的信息”范围基本契合。即当信息处理目的已经实现、无法实现，或者为实现处理目的已经不再必要，且该类信息可能随着时间的推移变得不恰当、过时、对信息主体不利。如果满足其他个案考量要件，信息主体即可以行使被遗忘权。

即使 GDPR 第 17 条第 2 款中的被遗忘权制度，也是将适用范围设定在一个合理的限度内。我国《个保法》虽然没有像 GDPR 一样明确规定该制度，但依旧存在一定的适用限制，即应当区分广义上的删除权利和被遗忘权，且我国《网络安全法》《民法典》中也都有相关个人信息删除的适用规范。如《民法典》第 1195 条规定，网络侵权中被侵权人有权要求网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，这就足以保证构成侵权的信息在网络上被删除。这就涉及信息主体的名誉权、隐私权等人格权或者人格尊严受到侵害时，相关信息处理者的删除义务。有人主张，当前的删除权规定是以存在违法侵权行为作为网络服务者采取删除、断开链接等措施的前提条件，并未承认信息主体在任意情形下的删除信息申请权利，因此与被遗忘权有本质差异。^{〔26〕}

因此，《个保法》第 47 条中被遗忘权适用的前提，是其他现存法律规范对信息主体的保护都无法实现案涉权益的救济，即这是可能手段穷尽之后的最终选择。例如当信息主体人格权益、人格尊严受到侵害时，如果根据《民法典》相关侵权规范或者《网络安全法》第 47 条就可以救济，那么就不需要援引其他规范。当这些规范无法实现案涉权益救济，且案涉信息的删除场景又符合被遗忘权适用的其他条件时，才可以适用该制度。

• 420 •

（二）被遗忘权适用的个案判定要素及限制要件

1. 目的限定与必要原则的遵循

如前所述，被遗忘权的实现是以前置信息处理行为合法合规为前提，否则直接适用删除权，而不牵涉被遗忘权。《个保法》第 47 条规定的适用删除权的前提首先是目的限定原则与必要原则。所谓目的限定原则，是指个人信息处理应当具有明确、合理的目的。例如，针对新闻报道中涉及对他人真实声誉的影响问题，如任某玉案，应当以适用被遗忘权所达到的最终结果是否符合正当性来考量，如果删除不良信息之后会对他人的知情利益以及后续的人身财产安全产生不必要的影响（如报名参加了任某玉的辅导班后受到损失），那么这种信息处理行为目的就不合理；反之，需要考量在被遗忘权适用过程中案涉冲突利益的取舍，根据目的合理和目的明确原则进行具体判定。

所谓必要原则，是指个人信息处理应当与处理目的直接相关，并采取对个人权益影响最小的方式处理信息，包括收集、使用、存储最小范围的信息。被遗忘权的适用也需要以这些原则的遵循为前提，并且在处理信息的过程中出现了信息处理目的已经实现、无法实现，或者为实现处理目的不再必要，以及其他法律规定的事由，使得争议信息对信息主体造成了一定的负面影响。而这种负面影响是通过其他途径无法消除的，即前文提到的被遗忘权的实现以其他必要手段穷尽为前提。

〔26〕 参见段卫利：《被遗忘权的概念分析——以分析法学的权利理论为工具》，载《河南大学学报（社会科学版）》2018 年第 5 期。

2. 权利主体和义务主体限定

在需要适用被遗忘权时,首先应当由个人信息处理者来执行被遗忘方式(如断开案涉信息链接或删除案涉信息内容)。个人信息处理者是被遗忘权的义务主体,即自主决策信息处理目的、方式的组织或个人。如果是共同处理者,即两个或者两个以上的个人信息处理者共同决定个人信息处理的目的与方式,那么其中任一个处理者都有义务执行遗忘措施。至于共同处理者内部约定如何,例如,仅约定其中一个处理者有执行遗忘措施的义务,在所不问。如果个人信息处理者存在合并、分立等情形导致案涉信息发生转移,则具体接收并控制该信息的处理者负有执行遗忘措施的义务。如果处理者向他方或者向境外提供案涉信息,提供方和接收方都负有删除的义务,个人也可以请求其删除。^{〔27〕}

被遗忘权的权利主体,即案涉信息的信息主体。根据《个保法》第47条,当负有主动删除个人信息义务的信息处理者没有删除争议信息时,信息主体有权请求其删除。信息主体可以亲自行使该权利,也可以委托他人代为行使。无论是亲自行使还是委托他人行使,都应当采取书面或者可以存证的口头形式,并应当列举出案涉信息侵害其被遗忘权益的事实及理由。案涉信息控制者在收到诉求之后,在条件允许的情形下应当对诉求证据和理由进行查证,并将处理意见反馈给信息主体。信息主体不满意可以诉诸法院。除了信息主体本身自主决定委托他人代理之外,有两种情形的法定代理:第一种是当信息主体是未成年人时,《未成年人保护法》第72条第2款规定“未成年人、父母或者其他监护人要求信息处理者更正、删除未成年人个人信息的,信息处理者应当及时采取措施予以更正、删除,但法律、行政法规另有规定的除外”;第二种是当信息主体为逝者时,《个保法》第49条规定自然人死亡后,近亲属对死者个人信息享有“查阅、复制、更正、删除等权利”。

• 421 •

3. 遗忘场景及条件的限定

如前所述,被遗忘权作为难以被搜索的权利,其内涵并不限于删除不相关、过时、不必要信息,还包括在特定领域限制信息主体过往负面信息的披露和使用。这种保护路径属于个人信息权益保护的事后救济路径,更加关注信息主体重新塑造身份和周身舆论的自由。我国针对被遗忘权的理论探讨日趋保守。当然,已有一些学者指出我国法律法规中广泛存在着与被遗忘权内涵相近的删除权规定,这些既有规范足以代替被遗忘权来保障人格权。^{〔28〕}司法实践则直接规避被遗忘权的理论争议,从人格权理论领域切入建立司法判断基准。可以看到,如果需要在司法个案中实现被遗忘权,必须具备两个限定要件:首先,对信息主体案涉争议的权益保护是必要的(即利益保护的正当性);其次,这种保护可以且仅能够通过被遗忘权实现(即保护方式的必要性)。如前文所述,需要争议信息给信息主体带来了不必要的负面影响,且这种负面影响的消除不会对其他权益的实现造成障碍。如“冈萨雷斯案”中的案涉利益,其负面影响已经严重影响了信息主体的自我发展,而反观“任某玉案”中的信息主体的发展利益与其他权益(知情权)的比较,这种发展利益的保护是不必要的。在保护方式的必要性上,除了权益保护的其他手段穷尽之外,采取被

〔27〕 参见前引〔2〕,程啸书,第361页。

〔28〕 参见江溯:《自动化决策、刑事司法与算法规制——由卢米斯案引发的思考》,载《东方法学》2020年第3期。

遗忘权能够切实实现这种保护。

除了以上适用场景的基本限制之外，欧盟被遗忘权的执行情况也可以提供一些经验。首先是对数据市场发展的影响。GDPR 对搜索引擎服务者、电商平台、社交平台等设置了严格的合规要求和高额罚款，使得企业的运营成本大幅攀升。现阶段我国大数据产业刚起步，从经济和效率的角度来讲，被遗忘权的执行要与信息处理者履行义务的成本相协调。^{〔29〕} 不能因为承担过于苛刻的合规成本，阻碍我国现阶段相关产业的良性发展。“冈萨雷斯案”后，要求实现被遗忘权的诉求非常多，^{〔30〕} 如果不符合以上讨论的筛选要件，就会无形中加重社会不必要成本。其次是技术障碍及其克服。在大数据环境下，第三方对数据的拷贝、传播成本低廉，方式便捷，数据一经公开就难以杜绝他人的传播，且难以发现和删除，发布者的掌控权完全丧失。若要以删除网页的方式主张被遗忘权保护，几乎是不可能的任务。例如有报道称，在欧盟删除搜索引擎链接而不删除元数据网页的情况下，只要更换检索词就能够轻易获得相关信息。^{〔31〕} 欧洲网络信息安全机构提出“不能完全阻止网络用户未经授权的复制和传播行为”乃是被遗忘权面临的重大难题。^{〔32〕} 最后是法定数据留存期间的制度缺失问题。目前关于信息留存的期限缺乏规范化依据。例如，《网络安全法》规定网络服务商对网络日志的留存期限是 6 个月以上。《征信业管理条例》要求征信机构对个人不良信息的保存期限为 5 年。《网络交易监督管理办法》中规定交易信息的保存时间自交易完成之日起不少于 3 年。当处理个人信息的目的已经达到，信息主体要求信息控制者删除个人信息时，在法定的信息留存期限内，信息控制者有合法的抗辩事由，这将对用户维权产生直接影响。所以，法律另有时间期限的，也属于遗忘措施执行的考量因素。

• 422 •

4. 遗忘措施的执行与保障

法律需要合理界定被遗忘权的保障方式，才能有效促进相关信息主体和信息控制者间的交往，同时避免被遗忘权造成“网络空间自由的终结”。关于被遗忘权的执行是否具有域外效力，在 2019 年“谷歌诉法国国家信息与自由委员会案”判决中，^{〔33〕} 法院认为，被遗忘权不具备域外效力。法院首先提出 GDPR 并未明确禁止搜索引擎服务者监督、阻止访问或删除违反欧盟法律的信息，因此，欧盟成员国的相关机关向其提出的删除命令在法理上不受领土范围的限制，可及于“全世界的相关用户”。但是，法院接下来采取结果取向的论证方式，主张如果贸然给予谷歌等企

〔29〕 See Breznitz D. Delete, The Virtue of Forgetting in the Digital Age, 28 (3) *Review of Policy Research*, 307 - 308 (2011).

〔30〕 从 2014 年 5 月西班牙谷歌案之后至该年年末，谷歌在全世界范围内收到了公民行使被遗忘权而发出的对 498737 条链接的投诉，并成功移除了其中 41.8%。See Global Data Hub Google Spain and the “Right to be Forgotten”, available at http://unitedkingdom.taylorwessing.com/globaldatahub/article_2014_google_spain.html, last visited on Sept. 10, 2020.

〔31〕 参见丁晓东：《被遗忘权的基本原理与场景化界定》，载《清华法学》2018 年第 6 期。

〔32〕 See George Christou, Problems with the EU’s proposed “Right to Be Forgotten”, 11 *Information Security*, 38 - 42 (2012).

〔33〕 法国国家信息与自由委员会在 2015 年的一起案件中，认为搜索引擎的姓名搜寻服务使信息扩散到全球而冲击信息主体的被遗忘权，因此要求谷歌删除当事人在全球网络上的系争信息链接。谷歌则以欧盟域外不适用《欧洲一般数据保护规则》为由拒绝履行，并且遭到 10 万欧元的罚款。双方围绕被遗忘权保护范围是否超出欧盟范围的争议，一直上诉到欧洲法院。See CNIL, CNIL Satisfied with Draft European Parliament Report on the Regulation Proposed by the European Commission (Jan. 16, 2020), available at <https://www.cnil.fr/en/cnil-satisfied-draft-european-parliament-report-regulation-proposed-european-commission>, last visited on Aug. 25, 2021.

业以全球性移除义务,则可能会出现该命令与其他国家的国内法相互冲突的局面。法院同时指出,不要求也不禁止搜索引擎服务者删除欧盟域外的链接结果,暗示在司法实务中仍有灵活空间。

至于遗忘措施的有效性,2020年“比利时谷歌案”判决可以为我们带来一些启发。在本案中,某公民在2019年申请比利时谷歌公司删除与其有关的新闻报道网页链接和过期网页,但是遭到谷歌拒绝。比利时个人信息保护局在接受公民申诉后,以违反GDPR为由对比利时谷歌公司处以60万欧元的罚款,并且要求其清晰说明被遗忘权监管的职责分配情况。双方围绕被遗忘权保护范围、删除决定是否通知原始网页管理者的争议,一直上诉到欧洲法院。法院作出如下裁决:第一,谷歌的删除表格信息不完整、不透明且不精确,而且对删除的网址作了狭隘的不当解释,未能完全履行搜索引擎的保障义务。第二,谷歌的删除程序要求将删除通知相关的原始网页管理者,这种做法可能误导公民认为被遗忘权保障需要征求原始网页管理者的同意,进而降低公民请求被遗忘权保障的积极性。上述做法均违反GDPR第5条有关“个人信息处理应当具有合法性、公正性、透明性”的原则要求。

欧盟信息委员会(EDPB)在2020年7月颁布《欧盟被遗忘权在搜索引擎案件中的保障指南》,总结归纳GDPR生效五年以来的实践经验,对被遗忘权的保障规则进行解释细化。主要内容包括:第一,公民向搜索引擎等个人信息处理者提出删除的理由。该文件对GDPR第17条的内涵作详尽描述,如由公司持有之有关他或她的数据已从公开信息中删除,公司网站的连结中包含离职员工的信息主体联络方式,或者个人信息的在线储存时间已超过法定期限,此类情形均可申请删除。此外,个人信息处理者需要将删除请求告知第三方,旨在赋予原始控制者更大责任。第二,明确拒绝删除的例外情形,包括为履行法定义务、公共利益或为行使公权力而执行的任务。^[34]

实践表明,欧盟式的被遗忘权保障方式具有两项特征。在落实手段方面,是以“隐藏信息摘要”而非“完全删除信息”为主。公民不必通过完全删除网络空间的相关信息,而是通过要求搜索引擎等网络服务商删除搜索链接、隐藏信息链接摘要、屏蔽信息主体的身份等“隐藏”方式,来实现保障被遗忘权的目的。这种方式既能保障公民被遗忘权的实现,也不会对社会公共利益、他人的信息流通自由造成过度侵害。此即所谓相对化的遗忘,并且是在必要时,有权机关(主要是公权力机关)可以通过技术手段进入后台查验的一种遗忘。信息主体所期待达到的目的并非网络世界的绝对遗忘,这种遗忘也并不现实,而是一种在正常网络社交领域和线下社会氛围内的相对遗忘,使得信息主体可以在这样的环境中消除该信息给其带来的不必要困扰。网络服务商、新闻网站等需要回应信息主体而删除链接的“去列表权”,而非要求其永久地对所有信息负责。在权衡结果方面,具有个人信息保护优先的衡量取向。信息主体的被遗忘权不仅优先于搜索引擎服务者的经济利益,也优先于社会公众通过搜索取得信息的利益。尤其是当原始网页发布的信息并不具有违法情形时,法院往往是根据个人信息的重要性径行判定搜索引擎服务者具有隐藏搜索结

• 423 •

[34] See EDPB, Guidelines 5/2019 on the Criteria of the Right to be Forgotten in the Search Engines Cases under the GDPR (part 1).

果的义务。对不同的案涉信息采取何种方式的遗忘，应当以具体适用场景为准，并以对案涉相关权益的损害最小化为必要考量标准。

五、结 语

大数据社会的个人不仅想要被记住，也想要被忘却。被遗忘权有望使大数据时代的人格权和个人信息保障模式发生颠覆性变革。信息主体通过删除和隐藏侵害个人隐私、名誉的信息来重新建构“忘却”的自然属性，让被忘却价值在大数据环境下得以存续，并且弥补传统个人权益保障机制的不足。被遗忘权的确有妨碍他人言论自由、信息获得自由和新闻自由，不利于历史保存价值，减损社会公共利益等缺陷，但是只要保持制度适用的范围限制，就不失为一种恰当的权利保障方式。在《个保法》实施的当下，基于我国国情，在删除权的基础上努力为被遗忘权探寻出一种不可替代的适用价值，并选择事后个案判定的路径，不失为一种对忘却价值的尊重与实践。

Abstract: The right to be forgotten is a basic way to realize the value of being forgotten in the era of big data, and there is a conflict between the right to be forgotten and the rights and interests related to the right to know and freedom of speech. The Personal Information Protection Law of China does not prescribe the right to be forgotten separately, but adopt the way of including it in the deletion right of the Article 47. But the right to be forgotten still has its core value, which is to eliminate the unnecessary impact of legal disclosure of negative information on individual interests and development. About the concrete approach of realization, it is appropriate to adopt the method of judging the main elements ex post, considering mainly the justification of interest protection, and the necessity of protection. The realization of the limited existence value of the right to be forgotten needs the establishment of a series of normative frameworks, such as the legal and regulatory framework for the pre-processing of information, subject and applicable scene qualification.

Key Words: right to be forgotten, forgotten value, balance of interests, personal information protection law

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

论个人信息侵权中的损害

朱晓峰 夏 爽*

内容提要：数字时代中个人信息侵害引发的特定风险具有不可逆性、不可测性和扩散性的特点，在侵害后果发生之前将这些风险认定为法律上的损害并通过侵权法予以救济，可以将侵权行为的成本内部化，既能发挥预防作用以实现帕累托最优，又能实现侵权法的震慑作用。对此，应当以规范损害说修正差额说，将满足特定条件的风险作为损害纳入侵权法上的可赔损害范畴，与财产损失、精神损害一样获得侵权法的救济。在风险性损害的具体认定上，应建立动态的评价体系，由法官在个案中综合考虑涉案的各考量因素进行利益权衡后确定。

关键词：个人信息侵权 差额说 规范损害说 风险社会 风险性损害

• 425 •

一、问题的提出

我们生活在个人信息可以广泛共享的时代，互联网平台将其掌握的海量兼具广度和深度的个人信息用于用户分析、精准广告投放；在虚拟货币加持下，不可控的暗网论坛等社交平台正成为信息贩卖的渠道；随处可见的身份绑定、过度索权加大了使用 APP 导致的个人信息泄露风险。根据《2021 年 App 个人信息使用态势分析报告》，在近 1 万款活跃的 APP 应用当中，有 56.3% 的应用涉嫌非法收集和使用个人信息，64.6% 的应用涉嫌“未经用户同意收集和使用个人信息”。^{〔1〕}然而，与频繁发生的个人信息侵权事件形成鲜明对比的是，在个人信息侵权案件中，受害人主张侵权损害赔偿却并不容易。司法实践中，因原告无法举证证明实际损失而被驳

* 朱晓峰，中央财经大学法学院教授；夏爽，中国人民大学法学院硕士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“大数据法制立法方案研究”（18ZDA136）的阶段性成果。

〔1〕 参见《2021 年 App 个人信息使用态势分析报告》，载 <https://www.donews.com/news/detail/4/3152878.html>，最后访问时间：2022 年 4 月 5 日。

回诉讼请求,并不鲜见。^{〔2〕}导致这一悖论出现的重要因素之一是证成侵权责任成立所需的损害要件存在困难。^{〔3〕}

在个人信息侵权案件中,受害人遭受不利益的情形既包括侵权行为人窃取个人信息后实行诈骗等行为而使受害人遭受财产损失,或者受害人隐私被非法泄露后而遭受精神损害,也包括各种难以纳入财产损失和精神损害范畴的新损害类型,例如,因个人信息泄露而引发的可能在未来转化为现实损害的风险,或担心因个人信息泄露导致不利后果而产生的焦虑等。对此,《个人信息保护法》第69条第2款只规定了确定损害赔偿额的三种方法,并没有关于个人信息泄露等情形所导致的风险是否可以纳入侵权法上损害范畴的直接规定。而《民法典》规定的侵权法上的可赔损害通常包括财产损失和精神损害,也没有将风险作为损害的明确规定。事实上,与《个人信息保护法》《民法典》规定的典型可赔损害类型相比,个人信息权益被侵害后所引发的一系列风险确实更具不确定性、难以计量性、无形性等特征,^{〔4〕}受害人因侵害行为而承受“风险”时,通常并没有遭受现实财产减少的不利益,而只是发生了未来财产减少的可能性。因此,如果是依据界定财产损失和精神损害的方法来认定个人信息侵害引发的风险是否属于侵权法上的可赔损害,可能无法为受害人提供充分的救济。为了解决个人信息权益侵害中损害界定难的问题,学理上有“以风险作为损害”的革新损害概念的观点,^{〔5〕}但是,反对观点却认为这些损害难以被传统的侵权法接受而拒绝将之纳入现行法律体系内。^{〔6〕}鉴于此,本文将讨论的问题聚焦于:现行法上的损害是什么;个人信息侵权案件中哪些损害可被认定为侵权法上的可赔损害;尤其是“风险性损害”能否在现行法框架下被认定为独立于财产损失和精神损害而被纳入侵权可赔损害范畴;如果能,又应以何种标准和方式确定这种风险导致的损害。笔者期望以此来回应当前理论与实践关于个人信息侵权中损害认定的分歧,助益于个人信息的保护。

二、现行侵权法中损害概念的界定及修正

侵权法的首要职能是填补损害。^{〔7〕}损害作为侵权损害赔偿责任成立的核心构成要件,一直占据基础性地位。何谓损害?如何认定损害?这些问题无论在现行法律规范的实践运用中还是在理论研究上都是一个基础性问题。如今,这一问题在层出不穷的个人信息侵权案件中又开始被重新提起,亟需重新界定。

〔2〕 参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终10179号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2019)沪02民终717号民事判决书;天津市第二中级人民法院(2020)津02民终4520号民事判决书;浙江省嘉兴市中级人民法院(2019)浙04民终3244号民事判决书。在比较法上,美国联邦最高法院在Clapper v. Amnesty(2013)案中明确指出,个人信息保护的诉讼请求必须证明存在客观实际的损害,“推测的”或“假设的”损害都不能得到法院支持。See Kristen Choi, Clapper v. Amnesty International USA: Balancing National Security and Individuals' Privacy, 34 (2) *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary* 444, 444 (2014).

〔3〕 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,载《法学研究》2018年第4期。

〔4〕 参见谢鸿飞:《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》,载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

〔5〕 参见田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期。

〔6〕 参见陈吉栋:《个人信息的侵权救济》,载《交大法学》2019年第4期。

〔7〕 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第175-176页。

（一）我国现行法中的损害概念

考虑到损害的复杂性，各国民法典对于损害的内涵及其认定给予了不同规定，如《奥地利民法典》即明确规定了损害的概念，将损害定义为受害人的财产、权利或人身遭受的不利益。与《侵权责任法》第6条第1款相比，《民法典》在损害与侵害概念之间作了区分，^{〔8〕}并且在损害与赔偿之间建立了规范联系，^{〔9〕}但其并未明确损害概念的内涵。从《民法典》及相关司法解释来看，我国现行法律体系中的损害类型包括财产损失和精神损害，后者必须达到“严重”程度才可以获得赔偿。^{〔10〕}据此，我国学理与实务上普遍认为，我国现行侵权责任法上已经构建起了固定的损害类型及项目，法官只需要对具体案件中的损害类型进行判断，再适用各自的损害赔偿项目即可。^{〔11〕}对此，学理上有观点指出，随着损害的计算方法日益先进，统一的损害概念及其相关的上位理论似乎已经失去了实用性。^{〔12〕}但本文认为，现行法对于损害类型及与之相对应的赔偿项目进行详细规定的核心目的在于简化司法实践中法官认定损害及确定赔偿金额的难度，而非以此取代损害概念本身。随着社会实践的不断发展，新损害类型会不断涌现，要判断这些新的损害类型是否可以被纳入侵权法上的可赔损害范畴，并不能当然以其是否能被现行法中的损害类型所囊括作为判断标准，毕竟现行法规定不同损害类型并确定相应的可赔项目，仅仅是出于对既往经验的总结而无法充分涵括未来可能发生的情形。以个人信息侵权为例，侵害个人信息可能导致各类下游犯罪的风险提高、加重社会分选和歧视、加剧消费操纵和关系操纵，并使受害者因此引发严重焦虑与不安等。若是以现行法规定的具体损害类型为标准进行判断，很难将权利人遭受的这些不利益纳入现行法上的可赔损害范畴。因此，对于个人信息侵害中的损害认定，仍有必要回归损害概念本身，继续讨论在具体损害项目之上的损害概念，以及损害认定背后的内在法律思想，从而解决将风险作为损害的理论难题。

• 427 •

（二）损害概念的内核：差额说及其修正

在对损害本质的认识问题上，传统损害赔偿理论主要经历了差额说、客观损害说、规范损害说的发展演变。其中，差额说一直居于通说地位，其他学说则作为差额说的修正而存在。在差额说中，损害是指财产的实际状态与损害事件未发生时财产状态之间的差额。^{〔13〕}差额说基于完全赔偿的理念，坚持认为应在金钱价值层面将受害人的状态恢复到损害并未发生时的假设状态，在具体适用时也具有简便明了的优点，因此其一经提出便为学界和司法实践所接受。

然而，差额并不等同于损害本身，作为损害是否存在的认定方法，差额说具有一定的局限性，在实践中经常会遭遇如下难题：其一，当介入因素使原有侵权行为导致的损害被填补，应有的利益差额被其他因素抵消，如亲属看护未收费用和雇主持续支付工资，若按照差额说来认定损

〔8〕 有学者据此进一步指出，侵害权益是侵害民事权益的客观事实，损害是侵害权益的进一步法律后果。参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第214页。

〔9〕 参见程啸：《中国民法典侵权责任编的创新与发展》，载《中国法律评论》2020年第3期。

〔10〕 参见《民法典》第1183条。

〔11〕 参见李昊：《损害概念的变迁及类型建构——以民法典侵权责任编的编纂为视角》，载《法学》2019年第2期。

〔12〕 参见陈聪富：《人身侵害之损害概念》，载《台大法学论丛》2006年第1期。

〔13〕 参见徐建刚：《〈民法典〉背景下损害概念溯流论》，载《财经法学》2021年第2期。

害,则难免得出并无损害的荒谬结论;^[14]其二,财产在计算上的差额虽未发生,但却实际发生了价值上的减损,如物的商业价值的贬损将影响其未来交易所获利益,但这种不利益却未在现在发生。^[15]亦即言,在前述两种情形当中,若按照差额说的观点,既然受害人在侵害行为发生前后并未出现财产计算上的差额,自然就没有损害,因此也无法得到金钱赔偿的救济。事实上,虽然受害人遭受的前述不利益无法转化为既有财产的减少,但受害人在侵害行为前后所处的实际状态和地位却发生了实质性的变化,这种状态上的变化是确定的、可以用金钱衡量的。而差额说则将受害人于此遭受的不利益完全排除出了侵权法上的损害范畴并拒绝予以赔偿,显然有失偏颇。差额说之所以会面临如此困境,是因为损害本身具有规范属性,而差额说却是去价值化的。损害赔偿在本质上是立法者对损失进行分配的问题,其背后是对各种价值利益的衡量和取舍。^[16]差额说以侵权行为发生后的现存财产状况和应然财产状况之间的差额作为损害,这固然不失为对现实中异常复杂的损害的一种简便认定方式,并在绝大多数情形下符合立法者的规范意图和价值取舍,却难以避免在个别情形下无法承载立法者所有的价值立场,因此对差额说应予适当修正。

在此背景下,客观损害说与规范损害说在承认差额说基本立场的基础上,对其存在的缺陷作了必要修正。客观损害说并不把损害概念等同于受害人在侵害行为发生前后所享之利益的整体抽象差额,而是认为损害直接表现为对事物的损害、剥夺、身体伤害等具体形式。^[17]在强调整体利益差额的差额说下,当其他介入因素的发生导致受害人的实际利益并未受到减损时,侵害行为人为人便可避开对受害人的赔偿,而客观损害说则可以避免差额说这一不足。规范损害赔偿理论强调损害赔偿在计算时不仅要考虑侵害行为发生前后受害人利益状态的差异,还要考虑规范目的,在损失的计算中要包括法律价值的评估。^[18]该观点强调损害的确定是一个价值评估的过程,而不是一个简单的自然事实,据此,被害人是否受到损害的实质就是法律规范所保护的利益是否受到损害,或受法律保护的状态是否不同。^[19]规范损害说的提出是为了在不发生差额的例外情况下承认损害的存在,从而实现对受害人的保护。^[20]进而言之,损害的本质是当事人遭受的不利益本身,^[21]这种不利益通常可以通过差额说的认定方法来判断;对于差额说在认定中存在的问题,可以通过客观损害说和规范损害说来解决。

在我国现行法框架下,受害人因侵害行为所遭受的不利益既可以是财产损失,也可以是精神损害。其中,财产损失主要通过差额说的方法来确定,主要赔偿实际损失;精神损害虽然是无形的、难以确定的,无法用财产上的差额进行评价,但这种难以用金钱评价的特性并不影响其可赔性,因为在差额说的修正观点即规范损害说中,损害在本质上也是规范的概念,损害的确定是

[14] 参见前引[7],王泽鉴书,第142页。

[15] 参见徐建刚:《论使用可能性丧失的损害赔偿》,载《法商研究》2018年第2期。

[16] 参见前引[15],徐建刚文。

[17] 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第119-120页。

[18] 参见姚辉、邱鹏:《侵权行为法上损害概念的梳理与抉择》,载陈小君主编:《私法研究》第7卷,法律出版社2009年版,第30-45页。

[19] 参见王志刚:《论民法上的损害概念的形成视角》,载《法学杂志》2008年第5期。

[20] 参见前引[13],徐建刚文。

[21] 参见前引[12],陈聪富文。

“质性评价”，所以《民法典》侵权责任编在承认精神损害存在的基础上，将精神损害赔偿数额难以确定的问题交由法官酌定。另外，即使在人身权益侵害导致的财产损失认定问题上，《民法典》第1182条等也规定了在实际损失、侵权人获利均无法确定时，由法院根据实际情况酌定赔偿额。这实质上表明，我国现行法框架下对损害的基本认识是围绕法律保护的地位或状态是否因侵害行为遭受不利益展开：当受害人遭受了可以用财产的一般等价物货币进行衡量的不利益时，若此种不利益具有确定性，应以侵害行为前后的财产利益差额即实际损失为标准确定可予赔偿的损害；若此种不利益具有不确定性，但属于法律明确应予赔偿的范围，则可依据实际损失的替代标准如侵权人获益或者法官酌定方法确定可予赔偿的损害；当受害人遭受了不可用货币衡量的不利益时，若此种不利益属于法律明确应予保护的范畴，则由法官在个案中综合考量涉案因素确定可予赔偿的损害。在第一种情形下，侵权法上可予赔偿的损害可以依差额说认定，在第二种与第三种情形下，侵权法上可予赔偿的损害应依客观损害说或规范损害说作为差额说的补充来认定。在此意义上，将个人信息侵害中受害人遭受的不利益，特别是实际财产损失和严重精神损害之外的其他不利益纳入现行法上的可赔损害类型范围，存在着可以解释的理论基础和规范空间。

三、个人信息侵权中的损害类型及风险性损害的引入

个人信息权益侵害案件中受害人可能遭受财产损失或精神损害，最常见的情况是通过购买互联网平台用户的个人信息进行诈骗导致受害人财产损失，或者通过发送垃圾信息破坏个人生活安宁，使其遭受精神损害。在这两种情形中，受害人所遭受的损害及对这些损害的侵权法上的救济，与一般侵权案件相同。除此之外，个人信息侵权案件中受害人还可能遭受新型损害。对这些新型损害，无论是在司法裁判中，^{〔22〕}还是在域内外学理讨论上，相应的分歧均集中在因个人信息侵害导致的风险是否属于侵权法上的损害及其认定问题上。对于这些风险，可以归纳为如下几种类型：

一是个人信息泄露导致未来下游犯罪的风险剧增。如今各大网络平台掌握海量个人信息，这些个人信息往往在平台知情或不知情的情形下被攻破、盗用、收买、交易。一旦这些数据脱离合法处理者的控制范围而被不法分子利用，个人信息权人即可能会遭受他人敲诈勒索、网络攻击等风险。^{〔23〕}

二是社会分选与歧视，即社会上的特定组织、个人可能根据个人信息中的年龄、经济实力等将自然人进行分类，并在此基础上对自然人进行区别对待或者歧视对待。^{〔24〕}例如，低收入者必须承受更高的贷款利率，特定性别、婚育状况的求职者本应将自身状况作为隐私而不予透露，而雇主却非法获取了这些个人信息从而造成了就业市场的不当歧视，等等。

〔22〕 参见“北京蓝娃娃教育科技有限公司与吴文雯因服务合同纠纷案”，北京市第一中级人民法院（2017）京01民终579号民事判决书。

〔23〕 参见前引〔4〕，谢鸿飞文。

〔24〕 See David Lyon, *Surveillance as Social Sorting: Computer Codes and Mobile Bodies*, in David Lyon ed., *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk and Digital Discrimination*, Routledge, 2002, p. 13.

三是消费操纵和关系控制,如商家精准投放广告给特定受众,从而操纵购买者的消费冲动。有些平台和组织甚至通过对个人信息的精确控制来操纵其自主作出的决定,对受害者造成潜在的、甚至通常情形下无法被其认识到的伤害。^{〔25〕}

四是受害人因个人信息泄露导致人身、财产权益遭受不确定的风险而产生焦虑与不安全感。受害人可能因为个人信息被泄露后无法掌控风险,从而处于无法摆脱的精神焦虑之中,这种精神焦虑并非基于财产或者人身权益被侵害而遭受的现实损害,而仅仅是对于未来风险的担忧,这能否被认定为现行法中的“严重的精神损害”,尚需进一步讨论。

前述风险在传统的侵权场景中并不常见,但随着个人信息被泄露和不法利用的情形逐渐加剧,这些不利益却很可能降临到社会中的任何一个人身上。受害人遭受的这些不利益通常并不表现为现实的财产减少,而仅仅表现为可能会发生的风险,但这些风险又会现实地影响每个受害人的生活,使受害人的利益状态发生显著的改变。在此背景下,这样的风险有无必要纳入侵权法的调整范畴?

(一) 将风险作为损害的必要性

我们生活在信息技术向纵深发展的数字时代,自然人个人信息泄露事件频发,侵害个人信息权益的风险已经呈现出逐渐加剧的态势,风险社会理论也随之复兴。该理论认为,后工业时代人类社会的风险来源已由自然风险转变为人为风险。^{〔26〕}其中,最重要的表现就是随着科学技术的迅猛发展,个人信息安全处于越来越多的风险与不确定性之中。与其他风险相比,个人信息受损中的风险具有如下特殊性:第一,某些极具识别性的信息如基因信息等一旦泄露即具有不可挽回性,无法通过销毁、重置等手段使此类个人信息恢复到隐秘的状态,因而是一种不可逆的风险;第二,扩散性,以暗网为例,暗网上交易、转卖的个人信息正以极高的频率、极广的范围传播,如据江苏南通和如东公安机关调查,暗网上超过5000万份公民个人信息被出售;^{〔27〕}第三,不可测性,一旦个人信息泄露,无法通过追踪、停止侵害等方式使个人信息重归于可控范围。

亦即言,数字时代的自然人,其个人信息泄露后可能以不可知的方式无限次地传播,从而使相应的自然人深受其害。若法律对此置之不理,而是坐等一切风险全部转化为不可逆的损害之后才予以救济,难免过于消极,并不利于法律充分保护民事主体合法权益之目的的实现。事实上,风险社会理论在数字时代复兴,其中蕴含的是一种在不可挽回的悲剧发生之前尝试避免的努力。为此,对于个人信息侵害导致前述风险的法律规制,最有效的途径之一便是将现实损害发生前已存在的特定风险纳入侵权法的调整范畴,通过侵权法上的责任认定与承担机制将最终的不利益转移到信息处理者一方,督促信息处理者提前规避个人信息侵害行为发生,从根源上加大保护个人信息的力度。事实上,通过承认特定风险在侵权法上的可赔性,从而将引发特定风险发生的不利益由受害人转移给信息处理者承受,在侵权法上亦具有充分的正当性基础:第一,个人信息泄露

〔25〕 参见前引〔3〕,叶名怡文。

〔26〕 参见〔德〕乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯:《自由与资本主义——与著名社会学家乌尔里希·贝克对话》,路国林译,浙江人民出版社2001年版,第119页。

〔27〕 参见苏锦安、戴红亮:《5000多万条个人信息在“暗网”倒卖》,载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1666342996935526862&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2022年4月5日。

后导致的种种风险均由信息处理者的行为产生，由开启危险源的人承担责任，符合侵权法的基本法理；第二，信息处理者通常比个人具有更强的风险规避能力；第三，信息处理者通过搜集海量个人信息从中获利，根据报偿理论，也应由信息处理者承担个人信息侵害导致的风险。^{〔28〕}

在侵权法上，让加害人对其造成的损害进行赔偿，实质上是将其侵权行为带来的成本内部化，从而迫使行为人的行为符合社会预期，同时也能实现对他人利益的保护。^{〔29〕}在风险社会背景下，对侵权损害赔偿的相关理论进行适时调整，适当地将个人信息侵害引发的特定风险纳入侵权法上的可赔范畴，在现实的损害发生之前即予以调整，既能发挥预防损害发生的作用，实现帕累托最优，又能实现侵权法的震慑作用，从而更好地发挥侵权法本身的保护作用，实现其规范目的。

（二）将风险作为损害的理论分歧及评析

对于前述个人信息侵害引发的特定风险应否纳入我国侵权法上的可赔损害范畴，我国学理上存在较大分歧。持否定说的学者以损害须具有“确定性”为理由，认为个人信息被泄露只会带来未来发生损害的风险，而这种风险本身不具有“确定性”，因此不能被认定为侵权法上的损害。在否定论者看来，赔偿责任只有在个人信息被非法利用导致现实的人身、财产侵害时才会发生。^{〔30〕}

持肯定说的学者则重申了损害概念需要革新这一命题，其立足于数字时代的风险社会这一背景，认为应将满足一定条件的风险认定为侵权法上的损害，这相当于将信息泄露而导致其他现实损害发生的风险由受害人转移给信息处理者承担。在肯定说看来，由信息处理者承担这种风险是风险社会分配风险的一种具体方式。至于风险性损害与损害的“确定性”之间的矛盾并非不可调和，其可以通过对“确定性”作进一步的开放性解释获得解决，而不是自始将“确定性”等同于“已发生”。^{〔31〕}以此为基础，肯定说认为，对于将个人信息侵害引发的特定风险纳入侵权法上可赔偿损害范畴所面临的难题，应从对差额说的修正出发，将侵权行为导致的状态差额作为认定损害存否的标准，^{〔32〕}然后建立起动态的评价体系，按照此标准对个案中发生的风险进行判断，予以灵活确定。^{〔33〕}

在否定说和肯定说之间还存在折中立场。持此立场的学者一方面并未承认将风险本身视为一种损害，另一方面又认为个人信息泄露造成的风险本身也会带来现实的财产减损，在某些情况下会造成严重的精神损害，而这些不利益可以纳入侵权法的损害范畴并得到相应的救济。如受害人为了预防个人信息泄露导致的风险现实化而支出的预防费用，可以被认定为与侵权行为具有因果关系的财产损失。^{〔34〕}此外，考虑到实践中精神损害的严重程度本身难以判断，折中说对个人信息侵害中承受风险的受害人是否存在严重精神损害进行推定。在其看来，只要是严重侵权，那么

〔28〕 参见刘水林：《风险社会大规模损害责任法的范式重构——从侵权赔偿到成本分担》，载《法学研究》2014年第3期。

〔29〕 参见前引〔12〕，陈聪富文。

〔30〕 参见程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，载《中国社会科学》2018年第3期。

〔31〕 参见前引〔5〕，田野文。

〔32〕 参见前引〔11〕，李昊文。

〔33〕 参见张建文、时诚：《个人信息新型侵权形态及其救济》，载《法学杂志》2021年第4期。

〔34〕 参见前引〔4〕，谢鸿飞文。

相应的精神损害即可以推定为具有严重性。亦即言,在承认个人信息侵权行为属于“严重侵权行为”的基础上,也应承认这样的侵权行为会导致具有“严重性”的精神损害。因此,个人信息侵权本身也可能会造成财产损失与严重的精神损害从而得到赔偿。^{〔35〕}

从前述学理讨论可知,否定说和折中说均对于个人信息泄露导致的风险本身被认定为损害这一问题持否定态度,只有肯定说承认了个人信息泄露本身产生的风险可能被认定为损害。否定说和折中说对风险作为损害的否认是基于风险不具有确定性这一理由,而肯定说对确定性作出了不同的解释,从而得出一定的风险也可以具有确定性的结论。对此,本文认为,将风险作为损害认定问题上的分歧,根源在于对损害概念理解上的不同。持否定说的学者之所以否认风险作为损害,是基于对差额说的坚持,认为无现实的财产差额则不可能存在财产损失。因而对于损害本质的理解就成为理解这一问题的关键,本文认为,损害概念本身不应狭义地理解为差额,差额说仅为财产损失的一种认定方式,尽管其一直以来占据主流的地位,然而在个人信息侵权领域仍有对其修正适用的必要性。

(三) 将风险作为损害的理论基础

如前所述,虽然差额说一直是侵权法上认定财产损失的基础理论,但不能将损害直接等同于差额,差额仅仅是损害的认定方式之一,去价值化的特性导致其在特殊情形下难以认定损害是否发生。以个人信息侵权中的损害为例,受害人除了遭受现实损害之外,还可能遭受个人信息泄露导致的一系列风险,如下游犯罪剧增、社会分选与歧视、消费操纵和关系控制,虽然信息泄露导致的这类风险并不直接体现为现实的财产差额,但是受害人所处的利益状态本身事实上已发生了实质变化,比如身份信息被盗窃后可能导致不良个人信用记录,或者隐私信息被雇主非法获取后变成“透明人”,在就业市场上的竞争力下降,获得雇主青睐的能力降低,等等。在差额说下,受害人这些状态的恶化均难以被认定为侵权法上的损害而获得赔偿,难免有失偏颇。

损害概念的本质是受法律保护的状态或地位遭受不利益,若这些状态的变化已具有相当的确定性,也足以用金钱衡量,那么自然应肯定相应损害的存在。若差额说无力解决这一问题,那么不应缘木求鱼,而是有必要引用学理上对差额说进行修正的其他学说来认定损害。如规范损害说主张,即使并无特定物或人身权益被侵害或者并不存在财产总额之价值变动,只要权利主体受法律保护的地位被侵害或者存在纳入法律规范评价领域的损害,那么这些侵害或者损害就属于侵权法上的可赔损害范畴。学理上存在对规范损害说的批判,认为其只是一种思维方式,难以避免缺乏客观标准导致的司法自由裁量权滥用等问题。^{〔36〕}对此,本文认为,规范损害说虽然不能取代差额说的位置,但在差额说并不能解决的特殊问题上,可以通过引入规范损害说而赋予法官以自由裁量权,从而克服差额说之弊端,更好地服务于法律保护个人信息之目的。事实上,我国司法实践中已有法院采取了这样的观点。例如,在“孙长宝与北京搜狐互联网信息服务有限公司等人格权纠纷案”中,北京市互联网法院认为“个人信息在互联网经济的商业利用下,已呈现出一定的财产价值属性”,并且信息处理者从获取个人信息中获益,因此也应当承担相应风险导致的不

〔35〕 参见前引〔4〕,谢鸿飞文。

〔36〕 参见朱晓峰:《侵权可赔损害类型论》,法律出版社2017年版,第70页。

利益，对被侵权人的损失和利益没有证据的，应当根据实际情况确定赔偿数额。^{〔37〕}

（四）将风险作为损害的比较法经验及启示

对于风险能否被认定为损害的争论并不仅存在于我国。在比较法上，如美国的司法实践中风险是否应作为侵权法上的损害而可以通过金钱赔偿的方式予以救济，也颇具争议。支持将特定风险作为损害的观点认为，在原告能初步证明未来发生损害的可能性非常高的情况下，应当承认原告有资格以这种风险作为损害起诉，并有资格获得赔偿。在 *Remijas v. Neiman Marcus Grp. LLC* 案中，法院便在原告并未受欺诈而仅仅存在风险的情形下认定原告遭遇了现实的损害。^{〔38〕} 在 *Lewert v. P. F. Chang's China Bistro, Inc.* 案中，法院更进一步指出，两名被黑客窃取信用卡信息的原告，虽然其中一名已经遭受欺诈而另一名没有，但两名原告都因为得知自己的信用卡信息被泄露而费时费力地监控其账户，因此原告所主张的损害已然发生，^{〔39〕} 亦即应将风险出现后受害人为了防范风险而付出的预防费用也认定为损害予以赔偿。与之相反，持否定立场的法院则认为风险本身并不具有实质性、确定性，因此不应纳入可以获得侵权赔偿的损害范畴。在 *Clapper v. Amnesty International USA* 案中，原告质疑美国《外国情报监视法》中允许监控境外非美国公民的通信的相关规定，原告认为这增大了自己的隐私或其他个人信息被泄露的风险，不但会使其一直处于不安全的焦虑状态，还会使其为了防止自己的隐私泄露而付出时间和金钱的成本，这已然构成损害。然而这一诉求被美国联邦最高法院拒绝。^{〔40〕} 这一案例被很多法院在支持否定说时加以引用。因此，在许多被黑客攻击后个人信息泄露的案件中，法院并不支持仅仅以风险作为损害而起诉的做法，拒绝承认“实质性风险”的说法，比如 *Key v. DSW Inc.* 案^{〔41〕} 与 *Beck v. McDonald* 案。^{〔42〕}

• 433 •

相比之下，欧盟对个人信息保护力度更大，因而对新型损害的认定也持有与美国法院的否定说不同的态度。欧盟的《通用数据保护条例》即反映了放宽损害要件认定标准的立场，从而加大了个人信息的保护力度，以回应个人信息侵权愈演愈烈背景下保护个人信息权益的现实需求。例如，《通用数据保护条例》第 82 条将可以主张损害赔偿请求的范围扩大到了“遭受重大或非重大损害的人”，放弃了损害具有重大性才可主张赔偿的要求。另外，该条例第 146 条有更为明确地表示：“损害应根据欧盟法院的判例法作广义解释，并充分反映本条例的目标。”此条直接地为个人信息侵权所可能带来的社会分选与歧视、精神损害等被纳入新型损害的范畴，提供了可能性。

为追随欧盟《通用数据保护条例》保护个人信息的规范目的，德国法也降低了损害认定门槛，缓和了对“实际金钱损害”“精神损害之严重性”等要件的强调，以加大对个人信息的保护力度。这具体表现在两个方面：一是就风险本身是否具有经济价值、受害人是否可以因此主张赔偿而言，德国开始将“歧视、身份盗窃或欺诈、财务损失、声誉损害、数据泄露”等不利益纳入

〔37〕 参见北京互联网法院（2019）京 0491 民初 10989 号民事判决书。

〔38〕 See *Remijas v. Neiman Marcus Grp. LLC*, 794 F.3d 688 (7th Cir. 2015).

〔39〕 See *Lewert v. P. F. Chang's China Bistro, Inc.*, 819 F.3d 963 (7th Cir. 2016).

〔40〕 参见前引〔2〕，Kristen Choi 文，第 444 页。

〔41〕 See *Key v. DSW Inc.*, 454 F. Supp. 2d 684 (S.D. Ohio 2006).

〔42〕 See *Beck v. McDonald*, 848 F.3d 262 (4th Cir. 2017).

损害的行列,并承认此类不利益可能带来财产损失;二是就风险是否会导致精神损害而可主张精神损害赔偿而言,2018年新修订的《德国数据保护法》已经将精神损害索赔门槛明显降低,删除了原本的“严重侵害人格权”这一要件。^{〔43〕}

当然,各国对个人信息的保护力度存在明显差异,因为对个人信息采取何种保护本身就属于价值判断的问题。个人信息除了承载着个人受法律保护的利益之外,同时也承载着公共利益。一些学者甚至提出,个人信息对当代经济的重要性就像石油对工业革命的重要性一样。^{〔44〕}将个人信息加以合理利用、整合,已经成为提高政府治理水平、提高生产力发展速度和质量必不可少的要素之一。因此,在个人信息权人的合法利益与社会公共利益保护的天平上,立法者如何进行价值取舍与权衡,将直接决定法律实践对个人信息的保护力度。典型的弱保护模式是美国模式,它几乎不保护一般的非隐私信息。^{〔45〕}与此相对应,美国法院对于风险作为损害的态度以否定说为主即不足为奇。相比之下,欧盟及其成员国对个人信息的保护明显更强。因此,在借鉴域外经验时也应将此背景纳入考虑,结合我国立法对个人信息保护的态度进行取舍、有选择性地借鉴相应的有益经验。本文认为:一方面,我们不能不考虑个人信息侵权愈演愈烈、受害人主张侵权法上的损害赔偿却极难得到支持的司法现状,以及比较法上放宽损害要件、降低证明难度等以达到加强个人信息保护力度的趋势;另一方面,又不能在风险作为损害这一问题上捕风捉影,一概支持将风险认定为损害,以此造成对个人信息的过度保护进而抑制利用个人信息所内含的公共利益的保护。因此,对于哪些风险能被认定为侵权法上的损害予以赔偿这一问题不能采取“全有全无”的判断策略,而应该建立动态评价体系,在个案中结合规范目的具体判断,被予以承认的风险性损害应是客观的、合理的,而非主观臆测的、捕风捉影的。

• 434 •

四、个人信息侵权中的损害认定方法

个人信息侵权案件中的损害认定相较其他侵权案件更为复杂。一是损害的类型更为复杂;二是损害可能发生在收集信息、处理信息、散布信息以及后续传播等各个环节,可能发生二次损害甚至多次损害。本文认为,发生个人信息泄露或其他个人信息侵权事件时,受害人可以主张的损害可以区分为现实损害与风险性损害。现实损害又可以进一步区分为财产损失和精神损害,至于风险性损害,法官需在个案中分别进行利益衡量,满足一定条件的风险性损害应纳入侵权法上的损害范畴而获得相应的赔偿。

(一) 财产损失

个人信息侵权导致的财产损失按照其产生原因不同,可大致分为三类:其一,个人信息权益作为可被商业化利用的人格权益,其本身具有财产利益的属性,在个人信息权益被侵害时,权利

〔43〕 参见前引〔3〕,叶名怡文。

〔44〕 See Sam Jossen, The World's Most Valuable Resource is No Longer Oil, But Data, *The Economist*, May 6, 2017.

〔45〕 See Shawn A. Johnson, A Law and Economics Approach to Privacy Policy Misstatements: Considering the Need for a Cost Benefits Analysis in the FTC's Deception Framework, 18 (1) *Columbia Science and Technology Law Review* 79, 79-138 (2016).

主体可主张对个人信息所具有的财产价值减损的赔偿；其二，侵权行为人在侵害个人信息权益的同时，很可能导致其他财产权益受损；其三，个人权益受到侵害时可能导致各类风险，受害人为防范这类风险的现实化可能付出风险防范费用，这在一定条件下也可能成为受害人可主张的财产损失。

1. 个人信息权益本身的财产价值损失

尽管我国民法学界对个人信息权益属于权利抑或利益存在分歧，但这并不影响主流观点在个人信息属于独立的人格权益这一问题上达成共识。^{〔46〕}即自然人享有的个人信息权益可归入《民法典》第990条第2款规定的人格权益范畴。

个人信息权益作为一种独立的人格权益不仅仅承载着权利主体的精神利益，还承载着经济利益。^{〔47〕}比如权利主体通过将个人信息授权于他人使用或转让给他人进行商业化利用，实现对其个人信息权益的经济利益。当个人信息权益受侵害时，其本身的财产价值可能发生减损因而产生财产损失，这种财产损失是因个人信息权益作为一种人身权益被侵害而导致的，有别于财产权益直接受损而导致的财产损失。我国的法律实践坚持人格权一元保护模式，当受害人基于其人格权受损害而受到财产损失或精神损害时，无需分别主张财产利益和人格权利益受到侵害而获得赔偿，而是通过人格权制度对财产、精神利益同时予以保护。^{〔48〕}《民法典》第1182条中规定，侵害人身权益造成财产损失的，赔偿数额的确定可以根据实际损害、侵权人获益确定，或者由法院酌定，这一规定也是为了适应人格权益受侵害导致财产损失的情形，即人格权益本身受损时也可直接主张财产损失。将财产性的考虑引入人格权的损害纠纷中，其目的是突破人格权损害以精神损害赔偿为主的藩篱，为权利人提供更为全面的权利救济。^{〔49〕}

• 435 •

2. 下游财产损失

个人信息被信息处理者收集后，可能被第三人窃取或利用，第三人利用个人信息进一步实施侵权行为，最常见的有窃取个人信息实施诈骗或盗窃，此类情形下，受害人直接遭受财产损失，因对侵权责任损害要件的认定并无太大争议。理论和司法实践中的争议主要集中在信息泄露造成的财产损失结果是否应当由信息收集平台承担、在多大程度上应当由其承担责任，以及不同责任人之间如何分担侵权损害赔偿责任。^{〔50〕}至于财产损失的数额认定，可直接采差额说的界定标准，计算侵权行为发生后的实际情况与假设侵权行为未发生的应然情况之间的财产差额，以此作为赔偿金额。

3. 风险的预防费用

个人信息被信息处理者泄露后却并未被第三人立即进一步利用实施侵权行为，在这种情形下，虽然受害人财产并未发生现实的减少，但是由于其个人信息已经处于随时可能为第三人非法利用的状态，可能引发下游犯罪、社会分选和歧视、消费操纵和关系控制等等。这些情形均不能

〔46〕 参见张新宝：《论个人信息权益的构造》，载《中外法学》2021年第5期；彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期；付新华：《个人信息权的权利证成》，载《法制与社会发展》2021年第5期。

〔47〕 参见向秦、高富平：《论个人信息权益的财产属性》，载《南京社会科学》2022年第2期。

〔48〕 参见程啸：《论我国民法典中个人信息权益的性质》，载《政治与法律》2020年第8期。

〔49〕 参见姚辉：《关于人格权商业化利用的若干问题》，载《法学论坛》2011年第6期。

〔50〕 参见谢鸿飞：《个人信息处理者对信息侵权下游损害的侵权责任》，载《法律适用》2022年第1期。

直接认定为受害人财产状况现实的削减,而仅仅是未来可能产生财产损失或其他不利益的风险。受害人可能为了防止前述风险的实现,不得不采取一定措施将自己的状况保持在风险不会发生的状况。比如被黑客攻击电脑系统后,为防范数据为第三人不法利用而安装防火墙或更换系统并自费安装防护软件;又比如信用卡信息被非法盗取后挂失信用卡等措施均会带来一定的金钱成本,这些费用虽然区别于一般意义上的财产损失,但其支出目的在于防范第三人非法利用已泄露的个人信息对其权益造成侵害、避免将来可能的损害风险,是为了排除对权益的妨害,^[51]与加害人侵害个人信息的行为之间具有因果关系,可以认定为损害而获得赔偿。

此外,个人信息侵权的司法解释也明确规定,为防止人身伤害的发生而采取的某些必要措施的合理费用也构成财产损失。^[52]虽然司法解释中仅仅列举了律师费、调查取证的成本作为排除人身权益妨害的预防费用,可以作为损害而获得赔偿,但不排除其他的预防费用也可以通过类推解释的方法获得赔偿的可能性。

至于赔偿数额的问题,并非任何预防费用均可获得全额的赔偿,比如在美国 *Polanco v. Omnicell, Inc.* 案中,预防费用的可赔性受到严格的限制,在不存在法律上的因果关系的情形下,或者预防费用并非合理必要而仅仅是受害人故意“制造”的情形下,预防费用不可认定为损害而获得赔偿。^[53]因此,在划定预防费用的可赔范围时,本文认为可以在比例原则下审视:此项预防费用的支出是否具有合理性、必要性和相称性,仅仅在合理范围内符合比例原则的预防费用可以获赔,以此防范受害人通过恶意“制造”预防费用引发的道德风险事件,以维护“禁止从损害中获益”这一法理。

(二) 精神损害

根据《民法典》1183条第1款,受害人因人身权益被侵害而遭受的精神损害只有满足“严重性”要件时才可获得赔偿。在司法实践中,因个人信息泄露导致的精神损害往往因为达不到“严重性”要件而难以获得法官支持,比如“黄某诉腾讯科技(深圳)有限公司等隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案”中,受害人因其个人信息被泄露而主张精神赔偿,但却由于泄露的范围限于其微信好友,故原告主张的精神损害因达不到“严重性”标准而不被支持。^[54]

事实上,精神损害是否满足“严重性”要件这一问题并不单单是在个人信息侵权中特有的问题,而是所有主张精神损害赔偿的案件中固有的问题,由于“严重”一词固有的模糊性和空洞性,学理上对其的认定标准缺乏共识甚至相互矛盾,导致无法对司法裁判起到有效的指导作用。因此,在司法实践中,法官往往滥用自由裁量权,难以对类似案件实现类似处理。^[55]实际上,“严重性”作为法律条文中的表述,对其解释应该成为评价社会事实的一种应然价值标准,“精神损害是否具有严重性”这一问题绝非仅仅是事实的判断,更是根据社会一般观念、立法者的规范目的而进行一系列价值衡量的结果。

[51] 参见前引[8],程啸书,第170页。

[52] 参见《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第18条;《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》第8条。

[53] See *Polanco v. Omnicell Inc.*, 988 F. Supp. 2d 451, 470-71 (D. N. J. 2013).

[54] 参见北京互联网法院(2019)京0491民初16142号民事判决书。

[55] 参见朱震:《论侵害人格权精神损害赔偿中的“严重”》,载《法制与社会发展》2022年第2期。

因此，在个人信息侵权中受害者主张的精神损害是否具有“严重性”，也有赖于法官在个案中综合考量各种涉案因素的基础上进行价值衡量来确定。针对受害人因个人信息泄露导致的风险而产生的“焦虑”这一情形，首先，法官应该考虑社会中风险分配的问题，即哪些风险应该由处理者承担，哪些精神负担和心理压力应该由受害人自己负责。其次，法官也应该视被侵害的个人信息属于私密信息抑或非私密信息区分不同的保护力度，比如在隐私权受到侵害时，相比一般的个人信息被泄露的情形，受害人正常的生活安宁、平静和不受侵扰的状态往往受到更大的冲击，此时其主张的精神痛苦严重程度也就更高。最后，受害人主张的精神损害可能是基于个人信息受损，也可能是基于其他人格权益受损，比如因个人信息泄露导致的名誉权受损而产生的精神损害。《民法典》对于不同人身权益类型进行区分保护，这也会影响精神损害“严重性”要件的判定。《民法典》第998条中将生命权、身体权、健康权区别于其他人格权，可见其作为自然人赖以生存的基本人格权地位，因此对其保护程度也应相应最高。^{〔56〕}对于第998条生命权、身体权、健康权之外的精神性人格权，立法者持有开放的态度而将相应的利益衡量授权给法官，在判断侵害精神性人格权的民事责任时，法官可以根据第998条中列举的因素自由裁量，这当然也适用于精神损害的“严重性”要件的判断。^{〔57〕}

（三）风险性损害

根据规范损害理论，损害的认定应以“受害人受法律保护的状态或地位是否发生变动”作为标准。就个人信息领域的损害认定而言，个人信息泄露带来的风险状态与零风险或低风险状态相比较，是否存在客观真实的利益差额？这种利益差额在立法者的价值立场上，究竟是由受害人自己承担还是由信息处理者承担？对此，法官在个案中应该围绕状态差额进行价值衡量，具体判断哪些风险可被认定为损害。为了约束法官的自由裁量权，法官在进行价值衡量时应在如下考虑因素框架下进行动态评价。

1. 被侵害的个人信息类型

法官在进行利益衡量时，应首先考虑我国现行法律框架下立法者所持的价值立场以及追求的规范目的，损害的认定也应与现行法的规范目的和秩序相匹配。根据《民法典》第1032条第2款和第1034条第3款，个人信息中的私密信息属于隐私范畴，侵害私密信息后应优先适用关于隐私权的保护规定，这表明立法者对于私密个人信息和一般个人信息事实上进行区别保护。在侵犯隐私的情况下，由于损害的范围已经扩展到无形损害，侵犯私密信息本身即可以认定为损害。^{〔58〕}《民法典》第1226条对此即作了明确规定。依据该条规定，医疗机构及其医务人员对披露患者病历承担侵权责任，该条隐去了损害要件，事实上表明立法者承认于此情形下私密信息披露本身就可以构成损害，而无需其他现实的损害结果。^{〔59〕}在司法判决中，法官也持对隐私权进行绝对保护的立场，隐私权本身的侵害即可被认定为损害。^{〔60〕}

〔56〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编解读》，中国法制出版社2020年版，第47页。

〔57〕 参见前引〔55〕，朱震文。

〔58〕 参见徐明：《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》，载《中国法学》2017年第1期。

〔59〕 参见前引〔5〕，田野文。

〔60〕 参见贵州省贵阳市中级人民法院（2021）黔01民终975号民事判决书；北京市房山区人民法院（2020）京0111民初12513号民事判决书。

因此,如果被泄露的信息是私密信息,则可以适用对隐私权进行绝对保护的规定,无论这种信息泄露是否导致现实的财产损失或精神损害,无论会导致何种风险,这种泄露本身都可以直接被认定为损害,而不再需要法官对风险展开进一步的考察。然而,个人信息应因其私密程度差异而受到不同程度的保护,否则难免会抑制个人信息被传播、利用创造的社会价值。因此除了私密信息以外的个人信息被泄露导致的风险,需要进一步讨论是否构成损害。

2. 风险发生的盖然性

在私密信息以外的个人信息被泄露的情形下,各类风险需要进一步予以考察以认定是否能构成损害。对此,风险的界定有两个精细化方向:一方面,它包含了特定危害后果发生的可能性,即概率;另一方面,它包含了危害的结果及其影响的范围。^[61]美国联邦最高法院在 *Spokeo, Inc. v. Robins* 案中指出,满足一定盖然性条件的无形风险也能被认定为确定、具体的损害。^[62]只有具有较高盖然性的风险才会给受害人带来现实而紧迫的威胁,如不及时制止和排除,则很可能带来不可逆转的后果,因而有必要认定为损害并予以救济。有学者将不同盖然性的风险分为三类,即“危险”“风险”和“剩余风险”。^[63]其中,“危险”的盖然性最高,社会一般人通过直观经验即可感受到权益受到侵害的威胁;“风险”的盖然性相较更低,但仍然在客观上对受害人带来威胁,与剩余风险的“几乎不可能发生”的状态相比,“风险”仍有救济的必要。对于什么样的风险值得保护,有不同的观点。有观点认为,应该证明伤害几乎肯定会发生,只有在因果关系不能充分证明的情况下才能预防;还有观点认为,只要有伤害发生的可能性,这种风险就应该提前预防。^[64]尽管存在分歧,但这两种观点均认为:“风险”要求的证据充分程度应低于采取危险排除行为的证据要求,也即除了“危险”可以通过消除危险请求权加以救济之外,给受害人带来损害的盖然性达到一定标准的“风险”也可以认定为损害,受害人有权主张恢复原状或赔偿予以救济。^[65]

判断个人信息泄露导致的风险发生的盖然性,可以结合以下几点具体判断:

第一,信息泄露的范围是否足够广泛。在通过网络侵害个人信息时,可以根据点击率、转载率、持续时间、传播范围等因素来评估影响范围。^[66]如果个人信息在披露后的传播仍在可预见和可控范围内,不属于向不明人群或不明地区的传播,则风险转化为实际损害的可能性一般较小。^[67]反之,如果影响范围足够大,则受害人受法律保护的财产、人身安全状况则会发生实质的变化,风险发生的盖然性则更大。

第二,结合信息出于何种目的被收集,又以何种方式被泄露、窃取等相关因素考察。从行为

[61] 参见赵鹏:《风险社会的行政法回应:以健康、环境风险规制为中心》,中国政法大学出版社2018年版,第10页。

[62] See Daniel J. Solove, Danielle Keats Citron, Risk and Anxiety: A Theory of Data Breach Harms (December 14, 2016), GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-2, GWU Legal Studies Research Paper No. 2017-2, p. 1244.

[63] 参见秦天宝、陆阳:《从损害预防到风险应对:预防性环境公益诉讼的适用基准和发展方向》,载《法律适用》2022年第3期。

[64] 1987年保护北海第二次会议部长级宣言指出:为保护北海免受危险物质损害的可能,采用预防措施十分有必要,要求在损害因果关系得到充分科学证据确认之前控制危险物质的注入。

[65] 参见前引[61],赵鹏文。

[66] 参见前引[33],张建文、时诚文。

[67] 参见“张某某等与俞某等隐私权纠纷上诉案”,浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民终3053号民事判决书。

目的来看，第三人出于黑客攻击的目的获取个人信息，和商家出于精准投放广告、营销的目的非法获取个人信息相比，显然前者的行为利用个人信息从事违法犯罪的可能性更大。从行为方式来看，如果第三人仅仅是盗窃有形财产比如电脑、手机等，行为人在将有形财产据为己有的同时，很可能通过解锁而获知手机里和电脑里的相关个人信息，但是这种非法获取个人信息的方式和黑客直接精准攻击大量的网络用户系统、定向获取特定数据相比，显然后者更具有直接的攻击性和危害性，其所引发的风险转化为现实损害的可能性更大。

第三，在诉讼程序中，受害人也可以在举证中通过类似的信息泄露事件中风险是否发生来证明风险的盖然性。例如，“庞理鹏与北京趣拿信息技术有限公司等隐私权纠纷案”中，原告收到虚假的航班信息取消短信，其通过列举出东航公司多次被媒体曝光存在泄露他人个人信息的风险先例，^{〔68〕}加之近年来航班信息的诈骗事件多发的社会背景，以此证明自己个人信息被盗窃后被诈骗之风险的盖然性，该主张最终被法院采纳。通过列举类案中风险发生之盖然性之高，可以对受害人所遭受的风险发生之盖然性起到佐证的作用，因此也可以作为法院在认定风险性损害时的考量因素。

3. 风险可能导致的危害及其影响范围

正如上文所言，风险的另一个精细化方向为风险可能导致的危害及其影响范围，只有对于可能引发不可逆转的重大损失的风险才有必要提前采取预防措施。风险之所以有被认定为损害的必要性，也是基于个人信息领域某些信息泄露导致的风险将产生不可逆转的损害，而不得不提前采取预防措施。在环境法领域，《里约环境与发展宣言》第15条明确指出，那些严重的或者不可逆转损害的威胁属于需预防的风险。^{〔69〕}这一规定对于哪些风险是值得预防的判断标准来说具有借鉴意义。因此，本文认为，要认定为损害的风险应首先满足损害后果不可补救或者事后补救将带来巨大的成本这一条件，否则将损害与赔偿的认定提前到实际损害发生之前便失去其必要性。就不能补救而言，如某些个人信息一旦泄露便难以通过更改个人信息的方式消除被泄露的风险，如生物识别信息或者基因信息，如果对于这些风险都采取一定的预防措施，即提前认定为损害而予以赔偿，那么便可消除信息处理者的侥幸心理，督促收集、保管生物基因信息的信息处理者更加谨慎行事，以免发生不可逆转的后果，从而发挥损害赔偿的预防作用。就补救所需成本巨大而言，被泄露的个人信息在“暗网”被倒卖后，无数下游处理者将随时都可以反复利用这些个人信息实施不法侵害活动，使可能的损害将在未来不定期地反复发生。受害人若是等到具体的损害结果发生后才能主张赔偿，将不得不在长期的不确定性状态中等待数月甚至数年才能得到救济，受害人为维权付出的时间成本和金钱成本也会随之增多。

• 439 •

五、结 论

整体而言，在数字时代，通过重新审视损害概念而在引入规范损害说修正差额说之不足的基

〔68〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终509号民事判决书。

〔69〕 《里约环境与发展宣言》第15条规定：“为了保护环境，各国应该根据它们的能力广泛采取预防性措施。凡有可能造成严重的或不可挽回的损害的地方，不能把缺乏充分的科学肯定性作为推迟采取防止环境退化的费用低廉的措施的理由。”

基础上,可以将特定条件下个人信息侵害引发的风险纳入侵权法上的可赔损害范畴,从而更好地落实法律充分保护自然人合法权益的目的。至于哪些风险可被认定为损害,应着重考虑的方向是:其一,我国现行法对私密信息和其他个人信息实行区别保护,因此在认定特定风险可否作为损害时,应区分个人信息私密程度不同而有所差异;其二,对于非私密信息的侵害,应从风险发生的盖然性和风险可能导致危害的影响范围两个维度考察风险是否具有被认定为损害的特质。法官在认定风险性损害和确定损害数额时,应在个案中综合以上考量因素进行利益衡量、动态评价。

Abstract: In view of the irreversibility, unpredictability and proliferation of certain risks in the context of modern society, identifying risks as legal damages before irreversible consequences occur and obtaining compensation through tort law can internalize the costs of tort, which can play a preventive role to achieve Pareto optimality and also achieve the deterrent effect of tort law. Therefore, in the case of personal information infringement, in addition to the actual damages such as property damages and moral damages, the risky damages that meet certain conditions should also be recognized as legally compensable damages. In the determination of risky damages, the normative damage theory should be used as the theoretical basis for the determination of damages, and a dynamic evaluation system should be established to determine the amount of damages based on specific considerations in individual cases.

Key Words: personal information infringement, differential theory, normative damage theory, risk society, risky damage

(责任编辑:徐建刚 赵建蕊)

个人信息私法救济中的 “损害赔偿”困境与应对路径

赵贝贝*

内容提要：作为救济个人信息权益损害的民事责任之一，损害赔偿责任在侵权责任承担方式体系中具有核心地位。然而，实证数据和案例分析表明，司法实践对侵害个人信息损害赔偿责任的适用多持严苛态度，其中损害的认定已成为其中的首要障碍。从风险规制理论的视角来看，将信息风险性损害纳入法律上的损害范畴是一种高效的风险分配路径，更是化解私法保护困境的有效出路。此外，为确保信息侵权损害赔偿责任的落实，应凭借“差额说”将信息风险性损害具体化为附带财产损失和焦虑引起的精神损害等样态；适当缓和精神损害的严重程度要求；明确财产损失、精神损害、惩罚性赔偿的赔偿数额之计算规则，以更好地发挥损害赔偿填补损失的功能。

关键词：个人信息权益 风险性损害 损害赔偿规则 惩罚性赔偿

• 441 •

一、问题的提出

我国公法对个人信息权益保护的立法回应虽早于私法，但因刑事责任或行政责任的着眼点在于向国家承担责任，对私权利的救济仍需仰赖具有财产性质的民事责任。正因如此，《个人信息保护法》第69条第1款规定：“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。”这使得损害赔偿成为信息侵权民事责任的“代名词”。但在个人信息侵权领域，单纯侵害个人信息极少伴随着信息主体财产、身体实际

* 赵贝贝，武汉大学法学院博士研究生。

本文为教育部人文社会科学研究规划基金项目“民法典制定背景下程序法与实体法融合机制研究”（17YJA820017）的阶段性成果。

受损等直接物质性损害，通常带来的是风险或焦虑不安等非物质性损害。对此，信息主体主张的损害类型较为多元：一是实际发生了诈骗等侵权行为并造成现实经济或精神损害；二是个人信息的孤立经济价值减损；三是个人信息泄露带来的未来损害风险及内心焦虑不安；四是因信息侵权行为而增加的预防风险费、诉讼费、交通费等附带财产支出。然而，由于外部风险或内心焦虑等损害难以被传统侵权法损害概念所接纳，法院常以信息主体无法证明其已遭受实质性损害或无法律依据为由否定第三、四种情形下的损害。在个人信息被过度收集、滥用等侵权行为不断见诸报端、而人的行为风险又无法根除的现代社会，为使处于风险中心的信息主体获得司法的有效救济，我们必须反思：信息主体可主张的损害是否应当包括外部风险或内心焦虑；若包括，需满足的条件要求是什么以及如何凭借“差额说”将风险性损害予以具体化；在信息损害确定后，又如何使事实上的损害真正转变为可获合理赔偿数额的法律上的损害。上述问题正是社会生活高度信息化带来的挑战，而及时应对这些挑战对积累裁判经验和消除实务分歧不无益处。

二、实务视角下的个人信息损害赔偿 responsibility

损害赔偿是侵权法的核心功能，《民法典》侵权责任编将原《侵权责任法》第二章“责任构成和责任方式”修改为“损害赔偿”，进一步明确了以损害赔偿为中心的侵权责任承担方式体系。^{〔1〕}为系统展现个人信息保护的损害赔偿现状，本部分以《民法典》施行后的个人信息保护纠纷案件作为分析样本，又虑及规范层面隐私权与个人信息权益在适用规则与案由上存在交叉之现实，笔者分别以“个人信息保护纠纷”“隐私权、个人信息保护纠纷”为案由在“聚法案例网”中做民事案件的检索，共获得裁判文书 359 份（截至 2022 年 2 月 8 日）。在排除撤诉、重复等无效样本的基础上，可将有效个人信息保护纠纷裁判文书进一步限缩为 176 份，围绕主要民事责任方式及审理程序而展开的实证统计结果如表 1、表 2：

表 1 主要民事责任方式

	停止侵害	赔礼道歉	财产损失赔偿	精神损害赔偿
诉讼请求（份）	103	115	86	106
裁判支持率	82.52%（85/103）	75.65%（87/115）	40.69%（35/86）	26.41%（28/106）

如表 1 所示，信息主体寻求法律救济时，其所主张的停止侵害、赔礼道歉等非赔偿性民事责任诉求一般可通过诉讼程序实现，但对于财产损失赔偿和精神损害赔偿而言，司法实践多持严苛态度。其中法院对精神损害赔偿的裁判支持率仅为 26.41%，呈现出信息主体对损害赔偿的急需与人民法院的微量供给之间的紧张关系。如表 2 所示，损害赔偿 responsibility 不仅成为一审和二审争论的问题，连再审率都达到了 4.79%。这在一定程度上说明实务对个人信息损害赔偿 responsibility 的认定争议较大，进一步说明以个案为切入点立体剖析赔偿性民事责任之价值。

〔1〕 参见王利明：《我国〈民法典〉侵权责任编损害赔偿制度的亮点——以损害赔偿为中心的侵权责任形式》，载《政法论丛》2021 年第 5 期。

表 2 审理程序

	一审	二审	再审
损害赔偿诉求（份）	102	37	7
占比	69.80%	25.41%	4.79%

微观视之，司法实务中的个人信息损害赔偿责任主要有以下几方面的问题需要解决：

（一）信息泄露等侵权行为本身是否造成财产损失认定不一

个人信息受侵害时可能会导致或促成下游侵害的发生，并产生相应的财产损失，如不法分子利用被泄露的个人信息实施金融诈骗、伪造证件等行为，〔2〕当引发明显财产性损失时，信息主体主张财产损失赔偿自不待言。问题在于，若下游侵害未现实发生，信息泄露或滥用等侵权行为本身是否造成财产损失呢？侵权法以填补损害为主要目的，若无损害则无填补之必要，〔3〕个人信息权益侵权领域也莫能外。实务中，针对信息被侵害而未造成现实的人身或财产损失时，信息主体主张的财产损失类型通常有两类，即个人信息自身经济价值减损和财产权益未来被侵害的风险。

就个人信息自身的经济价值而言，其以企业数据为表征后无疑蕴含经济利益，部分法院也对此予以了认可。〔4〕但孤立个人数据的经济价值并不高，据相关计算，单个普通人贡献的数据价值为 0.007 美元，而经常出差的富人价值为 1.78 美元。〔5〕在“俞某诉北京乐某达康科技有限公司等网络侵权责任纠纷案”〔6〕中，当事人也仅是根据个人信息经济价值象征意义的主张 1 元或 2 元赔偿。因个人信息侵权呈现出损害轻微的特点，实务中也并无多少人花费一审、二审甚至再审的高额诉讼成本去追求几元赔偿，法院也常忽视个人信息本身的经济价值。事实上，个人信息的非法交易有着庞大的买家需求，信息泄露的源头行为容易成为其他网络犯罪的“抓手”，因此，人们对于信息泄露等侵权行为的恐惧不在于个人信息自身的价值，而是担忧下游侵害发生的可能性，亦即侵害风险增加或某种机会丧失等。诚然，相对于财产损失或人身伤害易于评估、量化而言，风险多少显得不那么真实。也正是风险与损害确定性标准之间的鸿沟，使得风险能否被损害概念所容并具有赔偿性面临着实践中的挑战。在“孙国燕与被告移动滨州分公司、山东移动公司隐私权、个人信息保护纠纷案”〔7〕中，法院认为被告的电话推销行为直接侵犯了信息主体的知情权与拒绝处理权等信息权利，但对信息主体以未来损害风险为由所主张的财产损失赔偿请求未予支持。而在“孙某某诉沈阳某某家居有限公司隐私权纠纷案”〔8〕中，法院虽然认为被告将个人信息发送到微信群中的侵权行为未造成现实财产损失，但仍认可了信息泄露行为本身造成了财产损失而酌定赔偿 800 元。在个人信息侵权领域，不乏因信息受到侵害而积极维权的当事人，而司法实践对未来风险是否属于侵权损害问题并未形成统一的认识，这无疑将对个人信息的

• 443 •

〔2〕 参见商希雪：《侵害公民个人信息民事归责路径的类型化分析——以信息安全与信息权利的“二分法”规范体系为视角》，载《法论坛》2021 年第 4 期。

〔3〕 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年版，第 175—176 页。

〔4〕 参见广东省深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民终字第 20512 号民事判决书。

〔5〕 参见申卫星：《论数据用益权》，载《中国社会科学》2020 年第 11 期。

〔6〕 参见北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初字第 13661 号民事判决书。

〔7〕 参见山东省滨州市滨城区人民法院（2021）鲁 1602 民初字第 83 号民事判决书。

〔8〕 参见沈阳市大东区人民法院（2020）辽 0104 民初字第 6814 号民事判决书。

私法保护实践产生消极影响。

（二）附带财产损失是否属于“合理费用”存在理解分歧

发生个人信息侵权行为后，信息主体在个人信息本身损害之外，还存在因利用国家审判制度以实现救济而产生的一些无法避免的律师费、打印费、误工费、交通费等维权成本，以及为避免身份盗用或欺诈风险升高而采取的预防风险支出，上述费用可被统称为附带财产损失，那么信息主体能够以此费用支出诉请赔偿吗？针对侵权损害赔偿范围的划定，我国《民法典》采纳了合理性标准，^{〔9〕}在第1179条和第1181条第2款列举了交通费、误工费等法定赔偿项目，并以“合理费用”作为判断其他损害项目是否属于“等”范围之内的标准。《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《网络侵权司法解释》）第12条第1款也明确将被侵权人为制止侵权行为所支付的调查费用以及律师费用视为合理费用。由此可见，预防风险支出、部分维权成本等附带财产损失并不属于现行规范明确列举的法定赔偿项目，那么，是否可以归入具有经济赔偿性的“合理费用”范围呢？对此，司法实践中也存在不同的认识。在“戴森、李玉梅与敖馨月隐私权纠纷案”^{〔10〕}中法院认为，原告为维护合法权益委托其丈夫出庭参加诉讼，必然会产生误工损失，因此对其主张的误工费（法定赔偿项目）予以支持。而在“黄茂安与中国移动宜黄县分公司、中国移动抚州分公司等个人信息保护纠纷案”^{〔11〕}中，对原告主张的打印费、交通费、咨询律师费，法院均以没有法律依据为由不予支持。就该案而言，法官在未对交通费、律师费等法定明确赔偿项目予以支持的情况下，反而对并非法定明确赔偿项目的鉴定费予以支持，令人费解。在司法实践中，诸如此类的问题并不在少数，且因为孤立个人信息本身的经济价值微小，受害人主张财产损失赔偿的主要依据又通常是附带财产损失，所以，明确附带财产损失的性质以遏制脱离合理性的裁判分歧现象，是个人信息侵权裁判中无法绕开的话题。

（三）精神损害赔偿认定艰难

个人信息损害通常具有无形性，法院常以信息主体无法证明其已遭受实质损害为由，不支持其财产损失赔偿主张，这几乎挫败了所有基于未来侵害风险提出的财产损失赔偿请求，信息主体对信息侵权损害的救济也转而寄希望于被纳入精神损害赔偿。从个人信息的类型视之，私密信息具有隐私权与个人信息的双重特点。当个人私密信息因被泄露而直接或间接导致明显侵犯隐私权的侵害时，信息主体常通过隐私权保护逻辑主张精神损害赔偿。但在个人信息侵权案件中，精神损害赔偿的支持率仅为26.41%，而焦虑不安难以被认定为精神损害的子类型，是个人信息精神损害赔偿认定艰难的原因之一。由于个人信息具有数据属性，在个人信息被恶意电子化存储后，不法分子可能会永久获得个人信息数据，受害者因担忧未来被侵害也可能一直处于焦虑不安的精神状态中，^{〔12〕}此种焦虑不安能否被解释为精神损害的子类型呢？与众多裁判文书否定未来风险

〔9〕 参见王磊：《侵权损害赔偿范围的确定机制》，载《法学》2021年第4期。

〔10〕 参见四川省攀枝花市仁和区人民法院（2021）川0411民初字第717号民事判决书。

〔11〕 参见江西省宜黄县人民法院（2021）赣1026民初字第422号民事判决书。

〔12〕 See Justin Dion & Nicholas M. Smith, Consumer Protection—Exploring Private Causes of Action for Victims of Data Breaches, 41 Western New England Law Review 253, 260 (2019).

性焦虑具有损害赔偿性相反，在“刘云超与被告北京顺丰速运有限公司，第三人严颜个人信息保护纠纷案”^{〔13〕}中，法院不仅支持了原告的赔礼道歉请求，还将原告因个人信息失控产生的可能被用于违法事宜的焦虑不安情绪认定为损害，并部分支持了其主张的精神损害抚慰金。尽管在该案中法院认可了内心焦虑成立损害，但总体而言，法院在审判实践中对内心焦虑的认定持谨慎态度。

此外，即使此类内心焦虑能纳入精神损害的范畴，其也受《民法典》第1183条第1款规定的“严重”要件限制。实践中，法院在大量案件中以损害未达到严重程度为由，拒绝支持信息主体主张的精神损害诉求。例如，在“蔡小燕与赵延安隐私权、个人信息保护纠纷案”^{〔14〕}中，被告未经原告同意将原告及其两子的户籍信息张贴在公开场合，法院支持了原告公开赔礼道歉的请求，但以精神损害未构成严重为由驳回了原告主张仅1元的精神损害赔偿请求。甚至在部分信息主体因个人信息泄露而导致被原公司解雇或遭遇诈骗等行为时，法院仍然认为其精神痛苦不够严重。^{〔15〕}由此可见，法院在审判实践中是普遍默认赔礼道歉责任轻于精神损害赔偿的，即使该精神损害赔偿额为1元也倾向于作出赔礼道歉等非赔偿性民事责任，信息主体若想获得精神损害赔偿绝非易事。

三、对“损害”的界定应与风险规制理论相契合

从以上个人信息侵权案例反映的情况来看，审判实务中的问题主要围绕损害类型展开。按照损害赔偿的基本原理，受害人主张损害赔偿责任时需要证明自身遭受了法律上可补救的损害，^{〔16〕}而信息风险性损害能否被纳入法律上的损害范畴，已成为信息主体寻求私法救济的阻碍。《民法典》第1165条第1款作为侵权责任的一般条款，仅提及“损害”一词而未否定风险成立损害的可能性，因此，本部分将从风险规制视角出发，探讨信息风险构成损害的正当性。

（一）风险规制路径：风险控制和风险分配

自20世纪伊始，伴随科技的多次革命性飞跃，愈益频繁爆发的风险致害造成的大规模损害引发人们对工业社会法律思维模式的批判，在此背景下，德国思想家乌尔里希·贝克首倡“风险社会”理论。风险社会中的“风险”是与自然风险（如各种自然灾害）相对应的风险，其内在于科学技术，“可被定义为以系统的方式应对由现代化自身引发的危险和不安”^{〔17〕}。随着科学技术的广泛应用，人类面对和遭受的风险数量和级别大大提高。就风险分布而言，尽管有权势和财富的社会阶级也不能逃脱风险的危害，但若不通过法律、政策对风险进行控制或分配，那么将形成风险与财富呈反比分配的不公状态。^{〔18〕}基于此，国家的任务转向“以未来为目标的对科技发展

〔13〕 参见北京市顺义区人民法院（2020）京0113民初字第16062号民事判决书。

〔14〕 参见湖南省益阳市赫山区人民法院（2021）湘0903民初字第1506号民事判决书。

〔15〕 参见北京市第三中级人民法院（2020）京03民终字第2049号民事判决书；北京互联网法院（2018）京0491民初字第1905号民事判决书。

〔16〕 参见王叶刚：《论侵害人格权益财产损失赔偿中的法院酌定》，载《法学家》2021年第3期。

〔17〕 〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代化之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社2018年版，第7页。

〔18〕 参见何国强：《风险社会、风险分配与侵权责任法的变革》，载《广东社会科学》2018年第3期。

可能给社会造成的危险进行预防”〔19〕,即如何规制风险成为现代国家的一项重要任务。根据公共性程度可将风险分为公共风险和个体风险两类,〔20〕两类风险的特点决定了规制方式的差异。个体风险是指“那些分散制造的,地方化的,可受个人控制或者是来自本体的风险”〔21〕,由于该风险的主体关系单一且损失相对固定,法律能够做到通过个案判断对个体风险进行分配与化解。因此,规制个体风险的路径是风险分配,重心在于对被害人的风险损害予以赔偿。而公共风险其实是个体风险扩散的结果,具有广泛的扩散性、蔓延性,显然难以简单依靠传统的私人自治或市场机制来防控。相较于个体风险而言,在公共风险的规制上,应注重从整体上控制风险的蔓延和扩张,即通常采取以追求秩序为价值取向的风险控制路径。风险控制路径和风险分配路径之间存在互补性的特点,前者是一种事前的规制思维,后者是一种事后的规制思维。鉴于此,在将风险作为规制目标时,常规的风险规制做法是并行适用上述两种路径,进而发挥出两种路径融合规制风险的优势。

(二) 引入风险分配路径的方式: 认可信息风险性损害

在大数据背景下,人们对数据、信息的依赖导致风险不可避免地裹挟而至,信息流转共享本身即是一种典型的社会风险活动,这可从《个人信息保护法》多次使用“风险”概念中得到证实。因此,法律对个人信息的规范面临着如何有效平衡信息安全保障与信息流转共享之间的关系,即在最大程度地满足信息处理者对信息需求的情况下,通过设置合理的风险控制或者风险分配路径,避免信息主体在信息处理活动中承受不合理的风险。

• 446 • 个人信息具有典型的复合法益性质,信息之上不仅汇集了各方主体不同类型和性质的利益诉求,各类风险也相应伴生于各方主体的活动之中。就公共风险而言,我国现行规范规定的风险控制路径较为多元,不仅通过《刑法》《治安管理处罚法》等公法来达到风险控制的效果,更是在《个人信息保护法》中明确规定了国家网信部门承担的监督管理义务,个人信息处理者承担的风险评估、告知同意等义务,来应对个人信息领域的公共风险。但受社会认知的限制,在采取风险控制措施的情况下仍存在剩余风险的可能,这就涉及风险分配的问题。

鉴于“从危险中获取经济利益者也经常被视为具有制止危险义务的人”〔22〕,剩余风险理应由作为信息风险之源与主要获益者的信息处理者承担。按照法经济学理论,“纯粹的风险分配与损害分配是重合的”〔23〕,亦即在剩余风险转化为现实的诈骗、身份窃取等损害之前,信息处理者所承担的风险在资本逻辑中可通过赔偿的方式进行转移。然而,信息风险性损害与传统侵权损害概念的抵牾阻断了风险性损害的转移,这使得信息主体以私法手段特别是侵权责任手段寻求损害赔偿的整体效果不尽人意。归结而言,信息风险分配路径的缺位导致司法实务中频现信息损害认定难的问题,因此,在风险控制的基础上引入风险分配路径成为必要,而将满足特定条件的信息风

〔19〕〔德〕乌里希·巴斯特:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,第53页。

〔20〕参见侯东德、周莉欣:《风险理论视角下智能投顾投资者的保护路径》,载《华东政法大学学报》2021年第4期。

〔21〕Peter Huber, Safety and The Second Best: The Hazards of Risk Management in the Courts, 85 Columbia Law Review 277, 278 (1985).

〔22〕〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下册),张新宝译,法律出版社2001年版,第271页。

〔23〕前引〔18〕,何国强文,第233页。

险性损害视为法律上承认的损害，无疑是一种高效的风险分配路径。

（三）认可信息风险性损害的正当性：符合风险分配正义

风险分配实质上是“风险成本、风险责任、风险损失在主体间的承担”〔24〕，由于风险具有不利益，为确保数字经济的健康发展，风险分配必须把实现正义作为最重要的目标追求。在个人信息保护的问题上，认可信息风险性损害不仅阻断了不公平分配风险现象的扩展，又能包容性地促进新兴信息产业的发展。具体而言：其一，认可信息风险性损害意味着让真正制造风险且获取收益的主体承担风险。个人信息侵权损害极少伴随着信息主体财产、人身受损等直接物质性损害，通常带来的是外部风险或焦虑不安等非物质性损害，该类损害具有不确定性、无限性和难以计量等特点。由于风险性损害与侵权法框架下的多数损害特征以及人们对损害的一般认识存在差异，法院常以损害不存在为由驳回受害人的损害赔偿请求，这等于纵容了信息处理者肆无忌惮地使用信息，并将风险转嫁给无辜且缺乏预防能力的信息主体。认可信息风险成立损害，并将损害分配给风险预防能力较高的信息处理者，客观上遏制了风险分配的不公现象，有助于保障处于弱势地位的信息主体的权益。其二，认可信息风险性损害具有预防风险的功能，有利于保障社会整体利益。风险分配正义以实现多数人的合法利益为目的，即通过合理的制度安排使风险对公众的总体损害降至最低。〔25〕相较于个人信息主体，信息处理者掌握更多资源和技术，在风险预防方面处于能力更强的位置，可以通过采取提高产品质量或采购风险防控设备等方式分散风险。而认可信息风险性损害相当于一种事后的惩戒机制，能够倒逼个人信息处理者积极采取上述措施，从而达到预防信息风险的目的。

事实上，司法实践中，风险性损害在环境污染、医疗损害赔偿、毒物侵害等领域已经得到认可与适用。在比较法上，欧盟立法也采用了抽象的损害概念，信息主体因数据泄露而导致身份盗窃或欺诈、声誉受损等非物质性损害，都有权要求信息处理者承担损害赔偿责任，〔26〕《德国联邦数据保护法》第83条第2款与《印度个人数据保护法案》第3条第20项同样也认可了个人信息风险性损害。

• 447 •

四、以信息损害为中心续造损害赔偿规则

损害与赔偿如影随形，是开启损害赔偿的“钥匙”。鉴于个人信息风险性损害的特点及既有损害赔偿规范的不足，为使事实上的信息损害真正转变为可获合理赔偿的法律上的损害，仍需回应信息风险性损害的具体样态、精神损害赔偿的条件以及损害赔偿数额的计算规则等问题。

（一）明确信息风险性损害的样态和识别因素

1. 风险性损害的具体样态

损害是权利或利益被侵害的后果，我国现有法律规范并未就损害这一概念进行正面界定。在

〔24〕 徐钝：《社会风险分配失衡的社会资本矫正——以法理型社会资本培育为中心》，载《学术论坛》2013年第7期，第70页。

〔25〕 参见张晒：《风险分配何以公正？——基于新冠肺炎疫情的哲学审思》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2020年第3期。

〔26〕 参见解正山：《数据泄露损害问题研究》，载《清华法学》2020年第4期。

损害赔偿法的历史上,“差额说”一直占据着重要地位,^[27]认为对损害的界定起决定性作用的并非具体法益遭受的侵害,而是受害人在侵权行为发生后实际享有的利益状态(减数)与若侵权行为未发生时的假设利益状态(被减数)之差额。因此,在判断信息风险性损害的样态时,可凭借“差额说”将信息风险性损害具体化为信息主体遭受的各种损害。

(1) 外部风险性损害:附带财产损失

个人信息具有“可识别性”,且基因信息、生物识别信息等敏感信息又是不可更改和删除的,一旦暴露,将给信息主体带来身份被窃取或欺诈的风险。而个人信息在网络空间中又具有传播的即时性和复刻的便利性等特点,这使得信息主体面临未来遭受损害的风险升高。为避免未来损害的发生,信息主体通常会采取预防措施来应对风险,如购买风险监控服务、更换手机号等,以及因个人信息侵权行为而增加诉讼费、误工费等合理诉讼支出,这些实质上可被视为信息风险性损害。预防费用、诉讼成本支出等附带财产损失在性质上虽为“自愿的支出”,但这些费用在个人信息被侵权之前是无需支出的,在侵权行为发生之后则成为必要,且其中有些诉讼成本支出具有风险预防性质,实质上可被扩大解释为《网络侵权司法解释》第12条第1款规定中所称的“被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支”。^[28]事实上,依《民法典》第995条规定的消除危险等人格权请求权,信息主体本就可向信息处理者主张消除危险等责任,若受害人已经采取相应措施,支出的合理预防费用和具有风险预防性质的诉讼成本支出当然构成事实上的损害。外部风险性损害直观传达的是一种面向未来的可能性,而将上述附带财产损失视为外部风险性损害,除了能够按照合理财产损失的标准对外部风险进行量化外,亦能增强信息主体界定信息损害赔偿范围的可预期性,从而调动个人采取预防措施的积极性,有助于避免更大损害的发生。

(2) 风险引发的内心焦虑:精神损害

“精神损害是指受害人在人格权或其他权利受到侵害后,而遭受的生理痛苦、精神痛苦以及其他不良情绪。”^[29]循此定义及《民法典》第1183条的规定可知,精神损害赔偿救济的对象是人格权、身份权和人格利益、身份利益等人身权,基本形态包括身体疼痛和精神痛苦。尽管《民法典》《个人信息保护法》等规范将个人信息的保护层级界定为法益而非权利,但因个人信息权益属于人格利益而可通过精神损害赔偿获得救济,且其损害形态往往归于精神痛苦。实务中,通过隐私权保护逻辑获得精神损害赔偿自无争议,法律适用的最大瓶颈在于焦虑不安等精神状态能否构成精神损害。信息主体因信息泄露而使身份或财产处于风险之中的常态反应,通常是无法言明的担忧或焦虑等消极精神状态,与确定的身体疼痛和因侵犯隐私权或名誉权引起的精神痛苦相比,并不那么直观而不易被认可。其实,在个人信息特别是生物识别信息、行踪信息等敏感信息因泄露而发生现实损害之前实为一颗“不定时炸弹”,涉及此类信息的侵权行为无疑破坏了个人

[27] 参见徐建刚:《〈民法典〉背景下损害概念溯流论》,载《财经法学》2021年第2期。

[28] 参见杨立新:《侵害个人信息权益损害赔偿的规则与适用——〈个人信息保护法〉第69条的关键词释评》,载《上海政法学院学报》2022年第1期;田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期。

[29] 张新宝:《精神损害赔偿制度研究》,法律出版社2012年版,第17页。

生活安宁和安全稳定预期。由此产生的焦虑随着时间的流逝，足以造成精神损害。^{〔30〕}此外，在信息侵权领域，因大规模数据泄露而频繁发生的受害者遭受财物或其他严重财产损失的事件表明，^{〔31〕}还未遭受现实损害的信息主体对风险的担忧并非凭空产生的心理压力，损害后果不言而喻，因此，认可内心焦虑属于精神损害并具有可赔偿性无疑是大数据时代的大势所趋。

2. 确定风险性损害的参考因素

承认信息风险性损害具有正当性，但风险性损害是否确定发生应建立在合理可靠的未来风险预测基础之上。法官对个案中风险性损害的预判取决于未来的信息流通过程，应由法官参考相关因素裁量确定。具体而言，对风险性损害的认定有影响的因素主要包括如下几项：（1）个人信息种类。个人信息被侵害后成立风险损害的可能性与信息的性质相关，一般而言，私密或敏感信息相较于一般信息更具重要性，故其被侵权后造成的风险更容易成立损害。因此，在我国信息风险性损害的认定普遍艰难的现状下，基于现行立法在私密或敏感信息的处理上以禁止为原则，以有条件允许为例外的立场之考量，^{〔32〕}对个人信息保护采取分而治之的策略极有必要，即私密或敏感信息的暴露本身即视为“现实损害”，对一般个人信息风险需满足特定条件才予以认可成立损害。（2）信息处理者的主观目的。在无形的网络空间中，信息处理者实施侵害行为时的主观状态对损害的判断至关重要，该主观状态一般可通过间接的方式推知。例如，在黑客攻击导致的数据泄露事件以及因平台收集数据产生的消费操控或歧视等侵权案件中，侵权人恶意获取或违法使用个人数据的主观故意是非常明显的，即使未立即利用获取的信息开展欺诈或歧视等下游侵权行为，违法使用信息是迟早的事，认可该种情形下的风险成立损害具有合理性。（3）信息侵权损害的迹象。风险性损害具有伴随时间的推移逐渐显现的特点，若在同一信息泄露活动中已有部分信息主体遭受身份窃取或欺诈，这表明尚未遭受现实侵害的信息主体在未来也有受到类似损害的风险，这可成为法官裁量的重要参考因素。当然，现实中个人信息风险的情形千差万别，法院裁定参考因素的类型无法一一列举，司法实践中还需由法官根据个案的具体场景综合判断。

（二）适当缓和可获赔偿的精神损害程度要求

精神损害赔偿意味着受害人能够通过金钱来缓解精神痛苦，更为关键的是实现了身体与灵魂在法律上的平等对待。^{〔33〕}认可信息风险引发的内心焦虑成立精神损害，意味着信息主体可通过内心焦虑损害及隐私权损害两种途径主张精神损害赔偿，而以“严重”作为获取精神损害赔偿的条件，无疑将造成损害赔偿与精神损害之间的逻辑断裂。从理论视角观之，“严重”要件的基础主要是侵权法上的“忽略轻微损害”规则和现代侵权法中的“水闸理论”，两者都以协调权利保护与行动自由为目的。^{〔34〕}然而，随着人们对人格尊严的逐渐重视，该限制条件的正当性正在受到挑战。其一，有违精神性人格权高于财产权利的民事权益位阶理论。精神层面的权益保护映射

〔30〕 See DJ. Solove, DK Citron, Risk and Anxiety: A Theory of Data Breach Harms, 96 *Texas Law Review* 737, 765 (2018).

〔31〕 参见湖南省张家界市中级人民法院（2021）湘08刑终字第112号刑事裁定书；云南省楚雄彝族自治州中级人民法院（2021）云23刑终字第229号刑事裁定书。

〔32〕 参见《民法典》第1033条，《个人信息保护法》第28条。

〔33〕 参见谢鸿飞：《精神损害赔偿的三个关键词》，载《法商研究》2010年第6期。

〔34〕 参见李昊：《纯经济上损失赔偿制度研究》，北京大学出版社2004年版，第53页。

出人类文明的发展程度,从《民法典》人格权编的规定可推知,“与其他法益,尤其是物质性的利益相比,人的生命和人格尊严处于更高的位阶”^[35],亦即精神性人格权因属高于财产权利的民事权益理应获得优先保护。^[36]但现实是被侵权人主张财产损失赔偿并不以“严重”为限制条件,而是奉行全部赔偿原则(包括轻微损害),且在人身伤害案件中的精神损害赔偿请求通常都会被支持。与之相反,尽管当事人所受的精神痛苦在非物质性人身权益的损害中有可能处于唯一地位,立法仍以“严重”这一高门槛作为获得精神损害赔偿的前提条件,这不仅使得介于微小与严重之间的精神损害无法获得赔偿,更会变相助长侵权人侵权的动力。其二,非以“严重”作为限制条件并不会引发大量精神损害赔偿请求如洪水般涌向法院。从实证层面考察,对于真正受到精神痛苦的受害人而言,其坚持诉讼并不以赔偿金的数额为主要目的,而是“有”或者“没有”获得赔偿金。恶意诉讼主体虽以追求高额损害赔偿为目的,但赔偿金数额普遍并不高的现实会使其丧失诉讼的动力,所以无需过度担忧诉权被滥用。

此外,从比较法视角观之,《德国民法典》第253条未将“严重”作为适用精神损害赔偿的法定条件,欧盟《一般数据保护条例》第82条第1款与德国《联邦数据保护法》第83条第2款,也体现了取消精神损害严重性要求、降低精神损害赔偿门槛的趋势。^[37]就我国而言,可获赔偿的精神损害的适用范围呈逐步扩大的趋势,如《民法典》肯定了违约精神损害赔偿、侵害“具有人身意义的特定物”的精神损害赔偿等,凸显了立法对人格尊严的重视。因此,为确保个人信息处理不逾越人格尊严底线,降低精神损害赔偿的条件实属必要。当然,适当降低精神损害严重性的条件并不意味着对精神损害的一概承认,而使信息处理者动辄因显著轻微的权益损害行为对信息主体赔偿精神损害,被侵权人因个人信息侵权而主张精神损害赔偿请求时,仍应向法院提供其遭受精神压力或痛苦的初步证据。

(三)厘清信息损害赔偿数额的计算规则

1. 损害赔偿数额的计算依据

损害赔偿责任的落实依赖于损害赔偿数额的计算依据。《个人信息保护法》第69条第2款借鉴了《民法典》第1182条规定的计算方法,将信息主体“受到的损失”和信息处理者“获得的利益”在适用顺位上合并为同一层次,赋予受害人在损害赔偿与返还获利之间进行选择的权利以实现保护的最大化,当根据以上两种计算方法难以确定赔偿数额时,则由法院“根据实际情况确定”。当个人信息因权益被侵害而遭受财产损失时,依据该计算规则主张损害赔偿数额自不待言,问题在于,《民法典》第1182条规定的损害赔偿性质是侵害他人人身权益造成的财产损失而非精神损害,那么,《个人信息保护法》第69条规定的损害赔偿性质如何呢?这涉及精神损害赔偿数额的计算依据。

上已述及,在个人信息侵权领域,风险引发的内心焦虑能够成立精神损害,这表明《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害赔偿”应当包括精神损害,而第2款规定的计算方法又是针对第1款中的损害赔偿责任设计的,因此,无论是财产损失还是精神损害,都可以按照第2款的规定确定赔偿数额。但由于“受到的损失”和“获得的利益”这两种计算方法的侧重点不同,

[35] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第421页。

[36] 参见王利明:《论民事权益位阶:以〈民法典〉为中心》,载《中国法学》2022年第1期。

[37] 参见张建文、时诚:《个人信息新型侵权形态及其救济》,载《法学杂志》2021年第4期。

财产损失和精神损害在具体计算规则的适用上存在差异。通说认为，“受到的损失”应被解释为财产损失，不宜扩张至精神损害，^{〔38〕}这意味着“受到的损失”这一计算方法侧重救济的是个人信息权益人受到的财产损失，排除了精神损害赔偿通过该计算方法得以落实的可能。就“获得的利益”而言，利益是指个人信息处理者侵害个人信息权益获得的财产利益，而精神损害赔偿责任的最终体现方式是支付精神损害抚慰金，因此，将“获得的利益”作为落实精神损害赔偿责任的计算方法更为妥当，有助于解决精神损害难以量化之难题。所谓“根据实际情况确定赔偿数额”，其实是指由法院依职权酌定赔偿数额，财产损失和精神损害均是法官酌定的对象。需要注意的是，法官在酌定时的考量基础除了信息主体“受到的损失”和信息处理者“获得的利益”外，还需要“根据侵权人的过错程度、具体侵权行为和方式、造成的后果和影响等确定”^{〔39〕}。

2. 惩罚性赔偿数额的确定

就个人信息侵权损害赔偿而言，除部分案件中存在能够按照合理财产损失的标准进行量化的预防风险支出和维权成本等实际损害外，多数案件中的信息损害具有个体损失数额较小的特点。在个人信息侵权行为发生后，若仅以单个个人信息的实际价值来计算赔偿数额，每笔赔偿1元或2元，这样的结果不仅不能惩治信息处理者利用个人信息非法获利的行为，也难以调动权利人维权的积极性，因此，有必要在个人信息侵权损害赔偿中规定惩罚性赔偿责任。“惩罚性赔偿又称报复性赔偿，是指由法院判决作出的赔偿数额超出实际损害数额，对侵权人具有惩罚功能的损害赔偿。”^{〔40〕}相较于《侵权责任法》，《民法典》将惩罚性赔偿的适用范围扩展至知识产权和破坏生态领域，表明《民法典》注重对恶意侵权行为进行惩罚的态度。事实上，欧盟《一般数据保护条例》第83条已就高额罚款作出了规定，在英国的司法实践中，也存在因航空公司泄露乘客信息而被开出1.839亿英镑罚款的案例。^{〔41〕}一旦明确应当在个人信息侵权领域设置惩罚性赔偿责任，就涉及惩罚性赔偿数额的确定问题。对此，应当从计算基数和倍数两方面着手。计算基数的一般规则应当是依照侵权行为造成的实际损失计算，^{〔42〕}根据《个人信息保护法》第69条第2款的规定，在个人信息侵权领域，惩罚性赔偿的计算基数应当是信息主体“受到的损失”和信息处理者“获得的利益”。关于计算倍数，在已成熟适用惩罚性赔偿的知识产权、消费者权益保护等领域，并未形成统一的标准，但基本处于1~5倍之间，因此，信息侵权惩罚性赔偿中的计算倍数可由法官在1~5倍的范围内自由裁量。

综上可知，在个人信息侵权行为发生后，个人信息处理者需要对财产损失、精神损害、惩罚性赔偿承担责任。但由于多数信息侵权案件中被侵权人受到的损失较微小，按照计算依据得出的上述三种赔偿数额的总和通常也不能达到惩罚恶意侵权人的目的，因此，实行损害赔偿最低赔偿标准就十分必要。我国台湾地区“个人资料保护法”规定，每人每事件新台币500元以上2万元以下计算，美国《加州消费者隐私法案》所认定的赔偿范围是100美元至750美元之间。^{〔43〕}其实，我国《消

〔38〕 参见王利明：《民法》（下册），中国人民大学出版社2020年版，第532页。

〔39〕 黄薇：《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》，法律出版社2020年版，第57页。

〔40〕 杨立新：《〈民法典〉惩罚性赔偿规则的具体适用》，载《荆楚法学》2022年第1期，第65页。

〔41〕 参见孙莹：《大规模侵害个人信息高额罚款研究》，载《中国法学》2020年第5期。

〔42〕 参见前引〔40〕，杨立新文。

〔43〕 参见刘云：《论个人信息非物质性损害的认定规则》，载《经贸法律评论》2021年第1期。

消费者权益保护法》《食品安全法》也早已规定了损害最低赔偿标准,分别是500元和1000元。就侵害个人信息的微额损害而言,因个人信息可被进一步分为普通和敏感两类,结合现行法在产品、食品领域的微额损害赔偿标准的规定,侵害普通信息时可以按照每人每事件500元,侵害敏感信息时可以按照每人每事件1000元,如此方能确保被侵权人的维权成本和胜诉利益之间的平衡。

五、结 语

在大数据时代,被转化为数据的海量个人信息是云计算、区块链等尖端科技的“燃料”,如何实现个人对自身信息的“脱控”而不“失控”,所受损害得到充分救济是法律适用最为关注之点。对此,《个人信息保护法》在以往信息保护规范的基础上全面规定了个人信息保护规则,但因个人信息侵权损害与传统侵权法上的损害认定标准间的不匹配性,通过私法保护个人信息的司法实践力有不逮。在风险社会背景下,立法者不应仅将着眼点置于非赔偿性民事责任,还应当在潜在损害风险转化为诈骗等现实损害之前对风险进行分配,即通过损害赔偿责任对信息主体承担的风险损害进行补偿。诚然,对风险性损害的认可无疑将对法律适用的稳定性造成一定程度的冲击,因此,笔者又从信息风险性损害的具体样态、精神损害赔偿的条件以及损害赔偿数额的计算依据等方面进一步完善了信息损害赔偿规则,以期能够破解个人信息权益保护之司法难题。

• 452 •

Abstract: As one of the civil liabilities for the relief of personal information rights and interests damage, the liability for damages has a core position in the system of tort liability. However, empirical data and case analysis show that the judicial practice of information protection takes a strict attitude towards the application of liability for damages, and the differences and difficulties in the identification of damages have become the primary obstacles for information subjects to seek relief of private law. From the perspective of risk regulation theory, it is an efficient way of risk distribution to bring information risk damage into the category of legal damage, and it is also an effective way to solve the dilemma of private law protection. In addition, in order to ensure the implementation of the liability of information tort damages, we should rely on the “difference theory” to concretize the information risk damage into collateral property loss and mental damage caused by anxiety. We need to take appropriate mitigation of the severity of mental injury requirements, and clarify the calculation rules of the amount of compensation for property loss, spiritual damage and punitive damages, so as to make compensation for damages play a better function of filling the loss.

Key Words: personal information rights, risk damage, rules for damages, punitive damages

(责任编辑:徐建刚 赵建蕊)

论共同处理个人信息的侵权损害赔偿责任

刘琬乔*

内容提要：《个人信息保护法》第 20 条对两个以上个人信息处理者的共同处理行为进行规制，规定了共同处理个人信息的侵权损害赔偿责任。第 2 款虽然采纳了“依法承担”之表述，但在性质上仍属于独立的请求权基础，包含完整的构成要件与法律效果。如果将其参引《民法典》多数人侵权责任的规定，将面临规范目的无法融洽、构成要件适用困难等难题。“个人信息处理者共同处理个人信息”构建了共同处理的基本场景，对此，应坚持功能性路径，借鉴动态系统论原理，结合协作意愿、目的相似性、相互访问数据库的可能性以及信息主体的客观预期等要素，综合考察具体场景中信息处理者实际施加的影响力，进行共同处理的场景识别。认定共同处理者承担侵权损害赔偿责任，应满足如下要件：共同处理者应参与处理行为，但无须均实施直接侵权行为；造成的损害包括财产及精神损害；主观归责采过错推定原则；因果关系证明采对受害者有利的证明规则以矫正信息主体证明能力不足、证明成本过高的劣势地位。

关键词：个人信息 共同处理 侵权损害赔偿 连带责任 请求权基础

• 453 •

一、问题的提出

互联网技术发展使个人信息共同处理成为不可避免的常态现象，不同运营商、众多服务者对个人信息的整合以及对信息主体生成内容的共享是互联网时代的潮流。^{〔1〕}与数据共享伴生的复杂处理行为，使信息主体与信息处理者之间的信息不对称现象进一步恶化，加剧了个人信息权益被侵害的风险。我国《个人信息保护法》第 20 条在借鉴欧盟《通用数据保护条例》第 26 条

* 刘琬乔，中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

本文受 2021 年国家建设高水平大学公派研究生项目资助。

〔1〕 Vgl. Radtke, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, Diss. Zur Uni. Freiburg, 2021, S. 36.

规制共同控制个人数据〔2〕行为的立法经验基础上,对共同处理行为予以规制。一方面,这促进了共同处理行为的规范化,强化了个人信息权益保护,确保信息主体在面对共同处理者时自身权益的风险状况不比面对单个处理者时更差。另一方面,肯定了不同机构、平台的数据交换可以服务于相互协作的共享经营模式,降低数据收集成本,实现数据开发的社会效益最大化。〔3〕从而最终实现《个人信息保护法》协调个人信息权益保护与个人信息合理利用的立法目标。

《个人信息保护法》第20条第2款规定:“个人信息处理者共同处理个人信息,侵害个人信息权益造成损害的,应当依法承担连带责任。”该款规定了完整的请求权构成要件与法律效果,但立法者采用“依法承担连带责任”之表述,因“依法”通常具有参引性规范的方法论意义,使该条规范是否为独立的请求权基础成疑。

更重要的是,就共同处理个人信息的侵权责任而言,如何识别“共同处理者”,在实践及理论层面均面临难题。第20条第1款虽明确了“共同决定个人信息的处理目的和处理方式”这一标准,但处理目的与方式并非具有确定内涵的法律概念,仅通过这一标准解释无法准确、全面地认定共同处理行为,需提出更具实践指引性的识别要素。

对此,本文以确定共同处理侵权责任损害赔偿责任为核心,首先从规范识别角度,对第20条第2款的规范性质进行分析,探究共同处理侵权责任与多数人侵权责任规范的关系;其次,从共同处理场景的功能性识别角度,为共同处理行为的判断提供可行的认定标准;最后,结合请求权基础,进一步分析共同处理承担侵权损害赔偿的构成要件,从而实现共同处理个人信息侵权损害赔偿责任的证成。

二、共同处理者承担责任与多数人侵权责任规范的关系

《个人信息保护法》第20条第2款虽规定了连带责任,但“依法承担”的表述,使该条款能否成为独立请求权基础颇具疑问。对此,需要结合“依法”在方法论上的具体含义,分析该款与《民法典》多数人侵权责任的规范适用区别。下文首先对“依法”用语产生的方法论问题进行阐述,其次分析共同处理行为如参引《民法典》多数人侵权责任规范时需满足的要件,继而揭开该款规范性质之谜。

(一)“依法承担连带责任”的方法论意义

“依法”用语的方法论意义通常在于表明条文为参引性规范。根据参引内容不同,可分为法律效力的引用、适用前提(构成要件)的引用与法律原因的引用(即包括构成要件的引用)。〔4〕根据适用方法不同,可分为提示性参引与类推性参引。提示性参引规范常以“可以依法”“应当依法”等为指示语词,其功能在于提示法律适用者就该条文的规范事项应直接适用其他规范。〔5〕

〔2〕 本文在等同意义上使用个人信息与个人数据,二者均为非匿名化的、以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息。在介绍欧盟相关法律制度时使用数据用语以保持对引文的遵照。

〔3〕 参见王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》2019年第1期。

〔4〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第186页。

〔5〕 参见吴香香:《请求权基础视角下〈民法典〉的规范类型》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2021年第4期。

赞同该条文为参引性条款的学者认为，拟被引用的条款为《民法典》多数人侵权责任规范，即第1168—1172条。^{〔6〕}从立法过程来看，采纳“依法”二字，立法者并非无的放矢，而是经过权衡后的结果。该条在审议过程中，历经变动。“一审稿”第21条第2款规定：“个人信息处理者共同处理个人信息，侵害个人信息权益的，依法承担连带责任。”“二审稿”第21条第2款将之修改为“应当承担连带责任”。最终版本第20条第2款采取了“应当依法承担连带责任”之法条表述。

反对观点则认为，立法者使用“应当依法”等表述，并不必然意味着该条文功能即在于参引，应借助规范解释予以实质性识别。^{〔7〕}从参引的内容来看，参引性条款一般明确指向所要参引的条文。而通过“依法”二字并不能清晰判断所要引用的规范条文。如认为引用构成要件，第20条第2款中已经包含个人信息处理者共同处理、侵害个人信息权益与造成损害等构成要件。如认为引用法律效果，该条款亦明确规定了连带责任之法律效果。因此，虽然该条采用了参引性表述，但其是否应认定为参引性规范，值得商榷。^{〔8〕}

对此，问题的关键在于，《民法典》所规定的多数人侵权，能否直接适用于共同处理行为，从而使其与《民法典》第1168—1172条规范具有一致性。因此，有必要对《民法典》多数人侵权规范进行分析。

（二）《民法典》多数人侵权责任规范的要件分析

以数人之间是否有共同的意思联络或共同过错、是否为同时行为人为标准，《民法典》多数人侵权行为可分为两类：第一类为第1168条规范的“共同加害行为”与第1169条规范的“教唆、帮助行为”，这类行为的特点在于行为人之间的意思联络与共同过错，本文称其“主观共同行为”；第二类为第1170条规范的“共同危险行为”、第1171条规范的“分别实施足以造成全部损害行为”及第1172条规范的“分别实施不足以造成全部损害行为”，这类行为的特点在于数个侵权人客观上分别实施的同时行为，本文称其“客观同时行为”。^{〔9〕}

第1168条通过对共同实施侵权人的认定，将原本可能与个别侵权人没有直接因果关系的损害后果与其行为结合在一起，缓和了受害人对每个侵权人责任成立因果关系的举证责任。^{〔10〕}对于该条规定的“共同实施侵权行为”，存在“共同故意说”^{〔11〕}“共同过错说”^{〔12〕}及“折中说”^{〔13〕}的争论。“共同故意说”涵摄的案型范围狭窄，导致许多应承担连带责任的典型案型无法找到恰当的适用条文。从比较法上看，虽然《德国民法典》第830条第1款第1句中的共同实施指向的也是故意行为，^{〔14〕}但第840条第1款的规定弥补了其涵摄案型狭窄之不足。^{〔15〕}我国法

〔6〕 参见程啸：《论个人信息共同处理者的民事责任》，载《法学家》2021年第6期。

〔7〕 参见前引〔5〕，吴香文。

〔8〕 参见程啸：《个人信息保护法的理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第197页。

〔9〕 参见叶金强：《共同危险行为争议问题探析》，载《法学论坛》2012年第2期。

〔10〕 参见〔德〕马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第233页。

〔11〕 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第387页。

〔12〕 参见王利明：《侵权责任法归责原则研究》，中国政法大学2003年版，第297—300页。

〔13〕 参见张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2020年版，第44页。

〔14〕 Vgl. Staudinger/Eberl-Borges, 18. Aufl., 2018, § 830, Rn. 11.

〔15〕 Vgl. MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl., 2020, § 840, Rn. 1—4.

上并不存在类似规定。“共同过错说”的困境则在于如何构建共同过失案型。“折中说”包含了客观共同行为与第1171、1172条规范内容的冲突。这些争议的存在,给司法实践的适用带来相当困扰。如果在共同处理者的责任承担中参引该条文,这些争论也将同时存在,导致处理个人信息侵权纠纷时出现本不存在的难题。此外,参引第1168条认定共同处理者的责任时,受害人须证明每个处理者对受害人的损害均有故意或至少是过失,而这也与《个人信息保护法》所采纳的归责原则相悖。

第1169条规范的教唆行为,是指教唆人通过自身的教唆行为使被教唆人产生或加强侵权的决心并予以实施。教唆行为须故意为之,仅因教唆者的过失而促使行为人达成其决定是不够的。且被教唆行为亦须故意而为,教唆本质在于影响他人与具体目标有关的意愿。帮助行为亦是如此。故意协助、教唆过失行为,是为间接实施。^[16]若参引第1169条,受害人须证明共同处理者中存在故意的直接侵权人与故意的教唆、帮助者,这将明显限制《个人信息保护法》第20条的适用范围。

第1170条规范的共同危险行为,旨在扭转受害人原本不利的举证地位,实质上是证据规则。^[17]共同危险行为中,损害后果与具体行为之间的因果关系证明存在困难,有必要减轻受害人的举证责任。对于共同危险行为的参与者可否主张因果关系抗辩以求免责,学理上历来存在“肯定说”与“否定说”之争。“肯定说”认为共同危险行为参与者,可主张因果关系抗辩以求免责。^[18]“否定说”认为共同危险行为参与者仅证明自己的危险行为与损害之间没有因果关系尚不能免责,还须证明损害到底是由哪一个(哪几个)危险行为人的行为造成的,才能免责。^[19]《民法典》最终采纳了否定说观点。^[20]据此,如径直认为共同处理者的责任可以引用共同危险行为中的因果关系抗辩,法院在适用该免责事由时与《民法典》的立法思想相悖,需承担较高的论证负担,且加剧“同案不同判”的风险。

第1171条规范的是累积因果关系案型,化解“若无则不”的条件说理论在此类案型中的适用困境。就如何认定“足以造成全部损害”,学说上存在“可能原因说”^[21]与“现实原因说”^[22]之分。但二者均要求每个侵权人的行为均可能是造成损害的客观充分原因。而司法实践中对于充分原因的判断出现了推定倾向,一种是采受害人保护价值立场,直接推定造成全部损害;^[23]另一种认为直接结合、造成同一损害不可分即为足以造成全部损害。^[24]如遵循立法规范目的,应在“可能原因说”理论下坚持充分原因才能适用该规范。共同处理者的侵权损害赔偿

[16] 参见前引[14], Staudinger/Eberl-Borges 评注, 边码 27-38。

[17] 参见前引[14], Staudinger/Eberl-Borges 评注, 边码 19。

[18] 参见梁慧星:《中国侵权责任法解说》,载《北方法学》2011年第1期。

[19] 参见前引[13], 张新宝书, 第47页。

[20] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第30页。

[21] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第44页。“可能原因说”认为,并不是每个侵权行为都实际上造成了全部损害,而是指即便没有其他侵权行为的共同作用,独立的单个侵权行为也可能造成全部损害。

[22] 参见包俊:《共同侵权行为解释论》,法律出版社2015年版,第307页。“现实原因说”认为不能将“可能原因”作为竞合加害人承担责任的依据。

[23] 参见湖南省怀化市中级人民法院(2017)湘12民监2号民事裁定书。

[24] 参见山东省潍坊市中级人民法院(2017)鲁07民终字第5758号民事判决书。

責任如參引該規範，需由受害人證明每一個共同處理行為均有可能造成全部損害。

第 1172 條規範同時行為不足以造成全部損害時的按份責任，有觀點認為，參引該條文可避免過重的連帶責任負擔，當共同處理者分別實施侵權行為時承擔按份責任。^{〔25〕} 該觀點值得商榷。首先，雖然立法者在是否增加“依法”用語問題上態度有所反復，但連帶責任之法律效果始終未變。其次，“依法承擔連帶責任”並不等同於“依法承擔責任”，如將連帶責任擴展到多數人侵權責任形態，需證明該條規定的法律效果過於狹窄，與立法者原意不符、需通過目的論擴張填補漏洞。而大部分的法律漏洞，並非涉及個別法條的不圓滿性，而是整個規整的不圓滿性，應從立法者根本的規整意向，考察應予規整的問題是否欠缺適當的規則。^{〔26〕} 就《個人信息保護法》第 20 條而言，立法者規範目的應為實現個人信息權益保護與個人信息合理利用之間的平衡、確保連帶責任適用的正當性。實現這一立法目的不應單獨考慮連帶責任這一看似嚴格的法律效果，還需探究其構成要件。

總體而言，客觀同時行為是同時、分別實施的侵權行為，《個人信息保護法》第 20 條能否參引此類規範，需深入分析“共同處理行為”能否納入客觀同時行為之中。此外，客觀同時行為的侵權責任承擔，要求受害人證明每個行為人都實施了侵權行為，或每個行為人都實施了危及他人人身、財產安全的行为。即受害人需證明每個共同處理者均實施了侵權行為或危及個人信息權益的行為。在涉及共同處理個人信息的侵權責任情形，這對於受害人而言顯然過於苛刻。

參引性條款適用時應考慮被參引條款的構成要件。引用性法條具有將被引用之法條類推適用到引用性法條所規定的案型之性質，所以，二者之間必然存在大同中的小異。^{〔27〕} 故此，須首先明確如何識別共同處理場景、何為共同處理者，才能回答《個人信息保護法》第 20 條的適用應否參引《民法典》多數人侵權責任規範之疑問。

• 457 •

三、共同處理場景的功能性識別

共同處理場景包含個人信息處理者與共同處理行為兩項重要特徵。個人信息處理者是履行義務、承擔責任之規範主體，故其認定標準應作前提性說明。共同處理行為是將數個信息處理者結合為共同處理者之鏈條，如何識別共同處理行為決定了處理場景的本質特徵。

《關於通用數據保護條例中的控制者和處理者概念的 07/2020 號指南》強調，控制者、共同控制者都是功能性概念，這些概念旨在根據不同主體在數據處理中的實際影響而分配義務，並以實際場景中的情況為基礎進行識別，而非形式上的識別。^{〔28〕} 功能性概念在面對處理場景變化時具有良好的自我調整機制：其一，以數據處理中的實際影響為準繩識別控制者，通過靈活的識別機制確保自我調整的可行性；其二，通過立法、官方指引和司法實踐的聯動，將抽象的實際影響進一步具體化為識別因素並與個案相結合，確保自我調整的有效性。^{〔29〕} 對此，下文將立足於功

〔25〕 參見前引〔6〕，程嘯文。

〔26〕 參見〔德〕卡爾·拉倫茨：《法學方法論》，陳愛娥譯，商務印書館 2003 年版，第 251 頁。

〔27〕 參見前引〔4〕，黃茂榮書，第 192 頁。

〔28〕 See EDPB, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, Rn. 7.

〔29〕 參見王海峰、何澤昊：《實現個人信息“控制者——處理者”模式的與時俱進》，載《寧夏社會科學》2021 年第 6 期。

能性识别的立场,对共同处理场景的两项重要特征分别予以详述。

(一) 个人信息处理者的认定标准

《通用数据保护条例》区分了数据控制者与处理者,而我国《民法典》及《个人信息保护法》并未采纳此种区分模式。^[30]《个人信息保护法》第73条第1项规定个人信息处理者是“在个人信息处理活动中自主决定处理目的、处理方式的组织、个人”。显然,我国法上的信息处理者更类似于欧盟法上的数据控制者,^[31]强调其可以自主决定信息处理的目的与方式。^[32]对此,可借鉴欧盟经验中数据控制者的识别要素,进一步完善个人信息处理者的识别路径。

1. 决定处理目的和手段

数据控制者在处理活动中自主决定处理目的、方式,其可以被描述为一种“微型立法者”。^[33]数据控制者在了解数据保护法适用性基础上,以抽象或概括的方式确定处理目的和基本手段。这持续对具体处理过程及其目的和手段产生影响。^[34]即控制者通常只提前做出抽象的决定而不一定参与每一个具体的处理操作,但他行使的决策权最终必须反映在对具体处理操作的审查中。^[35]

根据《关于“控制者”和“处理者”概念的第1/2010号意见》(Art-29-Datenschutzgruppe,以下简称“第29条工作组说明”),“目的”是数据处理的预期或预定结果。^[36]也就是说,数据处理是“为什么”(Warum)和“为了什么”(Wofür)。^[37]但这个定义又与设定目的的主体期望或意图相关,进一步取决于他的预见性,所以并无太大作用。^[38]而处理手段,描述的是实现结果或目标的方式。^[39]与目的的概念相比,手段概念非常广阔,可以被看作是对其他处理情况的一种概括。^[40]因此,关于处理手段的决定,可能既包括决定具体程序、技术基础设施或服务提供商,又涵盖处理操作的其他细节,如删除期限、个人数据类型等。^[41]手段概念为全面考虑处理情况留下了空间,故在个别情况下不可能也没有必要精确确定,更重要的是根据数据保护之目的对数据处理场景进行全面权衡。^[42]

因此,虽然我国《个人信息保护法》与《通用数据保护条例》在文义上都将处理目的与手段表述为累积性要求,但事实上,这是立法者对实际处理情形的本质特征描述,二者难以明确做出

[30] 参见前引[6],程啸文。

[31] 本文在等同意义上使用欧盟语境中的数据控制者与我国法中的个人信息处理者,在介绍欧盟相关法律制度时使用数据控制者,以保持对引文的遵照。

[32] 参见石佳友:《个人信息保护的私法维度》,载《比较法研究》2021年第5期。

[33] 参见前引[1],Radtke书,第134页。

[34] See. Rothkegel/Strassemeyer, Joint Control in European Data Protection Law-How to make Sense of the CJEU's Holy Trinity, A case study on the recent CJEU rulings (Facebook Fanpages; Jehovah's Witnesses; Fashion ID), CRi 2019, S. 161ff.

[35] 参见前引[1],Radtke书,第135页。

[36] Vgl. Art-29-Datenschutzgruppe, 00264/10/DE, WP 169, S. 16.

[37] Vgl. Jandt/Roßnagel, Datenschutz in Social Networks—Kollektive Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung, ZD 2011, S. 160.

[38] Vgl. Golland, Gemeinsame Verantwortlichkeit in mehrstufigen Verarbeitungsszenarien Zugleich Kommentar zu EuGH, Urteil vom 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, S. 475 ff.

[39] 参见前引[36],第29条工作组说明,第16页。

[40] 参见前引[1],Radtke书,第125页。

[41] 参见前引[36],第29条工作组说明,第17页。

[42] 参见前引[1],Radtke书,第125–126页。

清晰的区分；相反，目的和手段可以相互依存、部分重叠。^{〔43〕} 因此应将二者视为整体，考察在具体场景中处理行为对信息主体的影响。

2. 了解处理行为及可能性

对处理目的与手段的决定同时意味着对正在进行的处理操作的了解或了解可能性。^{〔44〕} 了解这一因素，在欧洲法院的判决中有明确体现。例如，在“Facebook 粉丝页案”中，粉丝专页的运营者在开设粉丝专页时与 Facebook 运营商签订了一份特别合同，其中包含了该粉丝专页的使用条款以及相应的 cookie 政策。^{〔45〕} 欧洲法院据此认为，Facebook 运营商了解存在争议的处理操作，可能知道处理操作的手段和目的。在“耶和华见证人案”中，欧洲法院认为，耶和华见证人团体普遍了解数据处理是为了传播他们的信仰而进行的。^{〔46〕} 类似的，在“时尚 ID 案”中，欧洲法院认为，将“点赞”按钮整合到其网站上的网站经营者完全了解“点赞”功能是收集和传输该网页访问者个人数据的工具。^{〔47〕}

3. 访问数据库及可能性

数据控制者的责任以对数据库访问可能性为前提，这包括通过决策获取理论上的数据访问可能性。^{〔48〕} 如我国《个人信息保护法》与《通用数据保护条例》均规定，委托处理行为结束时，受托者须在处理后将个人信息归还给信息处理者。信息处理者对数据库的访问与可能性是相对客观的标准，故具体案件中可通过对个人信息处理者权限与决策权的考察认定。

（二）共同处理的识别要素

《个人信息保护法》第 20 条第 1 款第 1 句规定：“两个以上的个人信息处理者共同决定个人信息的处理目的和处理方式的，应当约定各自的权利和义务。”“共同决定处理目的与方式”的表述，为共同处理的认定提供了可行的识别要素。共同处理行为的认定，旨在确定共同的责任。但脱离具体的案情，很难评估何时以及在何种程度上存在共同责任。^{〔49〕} 对此，须从功能上而不是形式上审查共同处理的识别要素。^{〔50〕}

功能性识别路径，意味着共同处理者的认定是与实际的决策或事实上的决定贡献相关的，考察个人或机构对处理过程实际产生了多大的影响力。^{〔51〕} 对此，可借鉴动态系统论的原理，在具

〔43〕 参见前引〔34〕，Rothkegel/Strassemeyer 文，第 161-162 页。

〔44〕 参见前引〔1〕，Radtke 书，第 135 页。

〔45〕 Vgl. EuGH, NJW2018, 2537, Rn. 32. 在“Facebook 粉丝页案”中，欧洲法院需判断的是，当一个人或者商业实体在社交网站上运营一个粉丝页面，通过粉丝页收集用户个人信息，并且该个人信息会传输至社交网站时，粉丝页的运营者和社交网站是否构成共同控制者。

〔46〕 Vgl. EuGH, NJW2019, 285, Rn. 71. 在“耶和华见证人案”中，欧洲法院需判断的是，耶和华见证人组织中的成员记录拜访的详细情况以及记录不愿意接受访问的人之负面清单，其成员提供关于如何访问指导、并保留负面清单的情形是否为共同控制者。

〔47〕 Vgl. EuGH, NJW2019, 2755, Rn. 75. 在“时尚 ID 案”中，欧洲法院需判断的是，当网站的运营者在网站中植入一个允许收集个人信息的社交插件（如脸书的“点赞”按钮），收集到的个人信息会传输至社交插件的提供者，该网站的运营者和社交插件的提供者是否构成共同控制者。

〔48〕 参见前引〔36〕，第 29 条工作组说明，第 27 页。

〔49〕 参见前引〔38〕，Golland 文，第 475-476 页。

〔50〕 参见前引〔28〕，EDPB 指南，边码 12、49。

〔51〕 Vgl. Wagner, Disruption der Verantwortlichkeit-Private Nutzer als datenschutzrechtliche Verantwortliche im Internet of Things, ZD 2018, S. 309.

体案例中通过因素之间的强弱互补以适应多样、变动的信息处理场景,为法官识别共同处理者提供相对明确的指引,控制自由裁量权。^[52]

1. 协定及其他合作的意愿

“共同”从广义上可以理解为“一起”(zusammen mit)或“不单独”(nicht alleine)。“一起”与“不单独”之间的区别不容忽视,只要求“不单独”而不是“一起”,会导致对合作要素要求降低。追求相同目的、使用相同手段,但完全相互独立而单独进行处理行为不足以谈得上“共同”。^[53]“一起”需要考虑到合作要素,合作的典型特征是分工,即内部分配责任,例如关于个别处理手段或需要履行的个别法律义务。如果只有在对方的合作下才能进行处理、共同履行义务,也可以认为存在分工。在这些有关各方的活动紧密相连的情况下,可以认定相关方共同确定数据处理的目的和手段。^[54]

《个人信息保护法》第20条第1款要求共同处理者应当约定各自的权利与义务。这意味着,对于共同处理的认定,通常要求各方在有意愿、有意识的合作基础上达成协议(Joint Control Agreement)。^[55]对此,《通用数据保护条例》第26条亦有类似规定。该条的文义与体系解释表明,欧洲立法者意识到“协定”和“合同”之间的区别,有意识地支持基本不具约束力的“协定”这一用语。^[56]双方订立具有约束力的合同是协作意愿的典型表现,如欧洲法院在“Facebook 粉丝页案”中强调,粉丝页经营者与 Facebook 运营商签订了一份合同。^[57]通过协定,各方对其他共同处理者的操作、基本目标以及共同合作的愿景获得了解,并在其中约定各自的权利义务。因此,协定本身与对其他相关方的活动和贡献有一定程度的了解是相辅相成的。^[58]

从形式要求来看,协定不一定采取书面形式。但基于透明原则的要求,需要使数据主体了解协定的基本内容,故实践中一般排除口头约定,应至少通过文本形式表达。从实质要求来看,《通用数据保护条例》第26条要求共同控制者应在协定中确定其内部合作的核心内容、记录实际情况和职责分配,这对数据主体有效行使权利和实现数据处理的透明原则至关重要。^[59]

2. 处理目的的相似性

处理行为追求的目的越相似,进一步的协作就显得越紧密。目的相似性意味着在外界看来,尤其是从数据主体的角度,他们很有可能是共同组织的。^[60]在“耶和华见证人案”中,欧洲法院认为社区和传教成员在传播信仰方面追求的目的不仅相似,甚至是共同的。^[61]目的相似性标

[52] 参见王利明:《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》,载《法学家》2020年第4期。

[53] 参见前引[1],Radtke书,第158页。

[54] Vgl. Kremer, Gemeinsame Verantwortlichkeit: Die neue Auftragsverarbeitung? Analyse der tatsächlichen Lebenssachverhalte zur Abgrenzung zwischen gemeinsamer Verantwortlichkeit und Auftragsverarbeitung, CR 2019, S. 225ff.

[55] 参见前引[1],Radtke书,第186页。

[56] 参见前引[1],Radtke书,第232页。

[57] 参见前引[45],欧洲法院判决,边码32。

[58] Vgl. Sommer/Kugelmann/ Schulz, Ein, zwei, viele—Datenschutz zwischen Arbeitsteilung und Outsourcing, PinG im Gespräch, PinG2019, S. 243.

[59] 参见前引[1],Radtke书,第228-235页。

[60] 参见前引[1],Radtke书,第190页。

[61] 参见前引[46],欧洲法院判决,边码71。

准的决定性因素是所比较目的的抽象程度。^{〔62〕} 对处理目的的考虑越精确，共同责任就越难成立；反之，抽象程度越高，越能强化处理者各自目的的相似性。^{〔63〕}

对共同目的的提取和各自目的的抽象化程度，在《通用数据保护条例》适用过程中也引起了广泛讨论。在“Facebook 粉丝页案”中，欧洲法院在微观层面确定了两个不同的目的：改善广告系统和提供培训机会。但因为 Facebook 运营商与粉丝专页运营者都希望从数据处理中获得经济利益，法院在宏观层面仍认可了共同目的。^{〔64〕} 欧洲法院的裁决允许不同处理者有微观层次的目的，可认为其并未采取具体、精确的目的认定标准，而是在更高的抽象层面认定共同目的。这引起了学者的批评。德国有学者指出，在认定共同目的时，考虑到《通用数据保护条例》中处理个人信息的目的明确性要求，“Facebook 粉丝页案”中确立的较为抽象的识别标准并不妥当。^{〔65〕} 过度抽象的目的是没有意义的，当处理目的抽象为获取商业利益时，实践中信息产业通常的处理操作均可以涵盖其中，进而导致目的相似性甄别标准流于形式。因此，在遵循目的明确性要求前提下，应将目的相似性的认定标准确定为相对精确的层次。

相似性可以基于目的相互依赖的程度、商业或非商业性质以及对数据主体干扰强度等综合判断。^{〔66〕} 经济互利是可能的标准，其看似与追求各自的经济目的没有太大区别，但经济互利的本质体现于相互的依赖性，通过互相协作以促进各自的利益增长。^{〔67〕} 另外需要注意的是，目的具有经济性与非经济性之分，即使追求的是非经济目的，也并不意味着对数据主体的风险比经济目的更低，不能因此而区别对待。

3. 相互访问数据库的可能性

共同责任并不要求每个共同控制者都接触到个人数据。然而，访问权的平等分配和数据的贡献说明了分工意义上的共同性，同时也表明了另一个共同性的标准，即所有相关方各自贡献个人数据并相互交换。例如，一方将已经存在的客户信息（如散列的、编码的电子邮件地址）传送给其他方，而接受方将客户名单与其自身的数据库相匹配。在“Facebook 粉丝页案”中，Facebook 运营商和粉丝页运营者都贡献了关于用户生成内容与互动的个人数据，有关各方对数据及由此产生的汇总数据进行相互访问并从个性化或汇总的统计结果中获益，此时共同使用的统计数据使多方变得相互关联。在“耶和华见证人案”中，一方以负面清单（不愿意接受访问的受访者信息清单）的形式提供数据，其他各方在受到负面清单的影响下进而决定自己要收集的个人数据，这也显示出其合作的共同性。^{〔68〕}

4. 个人信息主体的合理预期

在解释“共同”时，还必须考虑到数据主体的可预期性以及在此背景下的合理预期。信息主

〔62〕 参见前引〔1〕，Radtke 书，第 191 页。

〔63〕 参见前引〔38〕，Golland 文，第 475 - 476 页。

〔64〕 参见前引〔45〕，欧洲法院判决，边码 34。

〔65〕 参见前引〔38〕，Golland 文，第 435 - 436 页。

〔66〕 参见前引〔1〕，Radtke 书，第 192 页。

〔67〕 Vgl. Golland, Reichweite des “Joint Controllershship”: Neue Fragen der gemeinsamen Verantwortlichkeit, Zugleich Kommentar zu EuGH, Urteil vom 29. 7. 2019 - C-40/17, K&R 2019, S. 562 ff.

〔68〕 参见前引〔1〕，Radtke 书，第 194 - 195 页。

体合理预期的正当性来源于对信息处理的透明性要求,《通用数据保护条例》与我国《个人信息保护法》均规定了处理个人信息的透明原则。

当共同控制者决定启动其他控制者的进一步处理,其实质上越过了数据主体的知情决定,基于对数据主体的保护,有必要使之承担共同责任,以平衡信息和决策的不对称性。^[69]在“时尚ID案”中,欧洲法院强调,网站访问者在调用网站之前或之时,并不知道个人数据将传输给嵌入式“点赞”按钮的运营商,这是由浏览器进行的,故网站运营商和“点赞”按钮运营商承担共同责任。^[70]如果“是否”合作以及“如何”合作与数据主体合理预期相矛盾,一般而言,鉴于透明度较低会对数据主体有较高的干扰强度,利益衡量时应优先考虑数据主体的合理预期。^[71]信息主体的预期可以通过信息主体的参与及信息处理者的澄清来改变,如通过 cookie 横幅和两次点击确定以获得用户的同意,使用户参与其中。

对信息主体合理预期的倾向性考虑亦可作为违反“共同处理者应作文本形式上协定”的不利后果。如果他们未履行约定义务,这种透明性与明确性的不足促使法官在具体情形中利益平衡时倾向保护信息主体。第29条工作组说明亦显示出这样的倾向,把共同性的认定作为对严格透明义务违反的后果。^[72]

(三) 共同处理与其他多数主体参与处理行为的区分

《个人信息保护法》第20—23条规范了多数处理者参与信息处理的四类典型场景。对此,有必要在明晰共同处理行为的基础上,与其他场景进行合理区分,进一步厘清共同处理的识别边界。

1. 共同处理与委托处理的区分

《个人信息保护法》第21条规制的是委托处理行为,要求委托合同应明确委托处理的目的、期限及处理方式等内容。如果缺少这些指示,而由受托人自己决定处理的目的,那么受托人自己就是处理者。^[73]如果受托人基于自己的目的和利益处理个人信息,超出了信息控制者的委托范围,其自身亦可被视为信息控制者。^[74]

当然,受托人在选择技术和组织措施开展其根据合同要求的工作手段时,也有自由裁量的余地。^[75]关键区别在于,委托人必须能够从整体上决定赞成或反对受托人所使用的处理手段,并防止受托人对处理目的施加任何影响。^[76]需注意的是,有必要区分有偿委托处理合同中受托人的报酬与共同处理认定中的经济互利性。经济互利性指向的是直接与个人数据本身或处理结果相关的既得利益,^[77]如将处理过的数据纳入自己的数据池,用于质量保证、汇总评估或进行其他

[69] 参见前引 [1], Radtke 书,第 199 页。

[70] 参见前引 [47], 欧洲法院判决,边码 75。

[71] 参见前引 [1], Radtke 书,第 201 页。

[72] 参见前引 [36], 第 29 条工作组说明,第 27 页。

[73] 参见前引 [54], Kremer 文,第 225—226 页。

[74] 参见前引 [32], 石佳友文。

[75] Vgl. Schreiber, Gemeinsame Verantwortlichkeit gegenüber Betroffenen und Aufsichtsbehörde—Anwendungsbereiche, Vertragsgestaltung und Folgen nicht gleichwertiger Verantwortung, ZD 2019, S. 55.

[76] Vgl. Monreal, „Der für die Verarbeitung Verantwortliche“—das unbekannte Wesen des deutschen Datenschutzrechts—Mögliche Konsequenzen aus einem deutschen Missverständnis, ZD 2014, S. 614.

[77] Vgl. Hanloser, Keine gemeinsame Verantwortlichkeit für Datenspeicherung durch Facebook—Fashion ID, ZD 2019, S. 459.

联合数据存储。^{〔78〕}而受托人的报酬是根据委托合同产生，而非基于处理行为获得。

2. 共同处理与集团内信息共享的区分

企业集团是指一个控制企业及其所控制的企业的集合。^{〔79〕}实践中常见的情形是集团内部共同使用的客户关系管理 IT 系统或统一的数据库。如当地公司只负责销售，营销活动和产品调度由其他公司或控股公司控制。此种情形能否构成共同控制者从而产生共同责任，值得讨论。^{〔80〕}

《个人信息保护法》第 22 条规范了个人信息处理者因合并、分立等原因转移个人信息时的特殊规则。这种情况下的个人信息转移并非基于处理者自己的意愿，且接收方并未改变处理目的和方式，故无需取得信息主体的再次同意。^{〔81〕}当法人的组织结构变动不影响原本处理目的和方式时，对信息主体权益的风险较小，保护强度也会相应降低，这种内在价值亦应适用于集团内部信息共享的行为。集团内所有获得客户信息的公司均由控股公司主导并统一协调，受到统一约束，相较于一般的信息共享，风险系数较小且可控。因此，虽然也发生在不同的主体之间，但这种集团内信息共享机制属于信息共享的特殊机制，应区别对待，无需遵循单独的“告知—同意”模式。^{〔82〕}故不应将其视为独立的个人信息处理者，并排除其作为共同处理者承担责任的可能性。

3. 共同处理与提供个人信息行为的区分

《个人信息保护法》第 23 条规定，个人信息处理者向其他信息处理者提供个人信息的，应向信息主体告知接收者的基本信息并取得信息主体的单独同意。无论是个人信息的接收方还是提供方均是独立自主的信息处理者，即使提供者与接收者依据相同的处理目的、实施相同的处理手段，亦仅仅为各自“不单独”的处理行为，而非“一起”实施的共同处理行为。当然，如果提供者并未履行告知义务，而传输行为通过网站中的插件在信息主体不知情的情况下传输，如“时尚 ID 案”中体现的那样，法院亦可以综合其他情况将提供者与接收者确定为共同控制者。^{〔83〕}

总体而言，共同处理行为认定的积极识别要素与消极识别要素均为裁判指引性要素，在具体案件中，信息主体只需提出数个信息处理者有参与处理涉案个人信息之初步证据，由法官根据场景分析确定是否为共同处理并识别其中独立承担责任的信息处理者。

（四）小结：共同处理行为与多数人侵权行为的区分

通过对认定共同处理的要素分析，数个处理者通过共同处理行为结合的根本特征在于“一起”，而非“不单独”。而客观同时行为规范规制的行为恰恰是“不单独”的行为，“一起”与“不单独”之间相差的共同性因素不容忽视。当多个处理者分别实施处理行为的过程中造成同一损害，如上文提及的信息处理者向其他处理者提供个人信息后，接收者与提供者各自独立处理个人信息造成同一损害，客观同时行为规范才有适用空间。

共同处理者是数个处理者通过中性的共同处理行为结合形成的集合体，而主观共同行为中数

〔78〕 参见前引〔54〕，Kremer 文，第 225-226 页。

〔79〕 参见《通用数据保护条例》第 4 条第 19 款。

〔80〕 Vgl. Ebner/Schmidt: Verhängung von Bußgeldern nach Art. 83 DSGVO gegen deutsche Muttergesellschaften—Eine Praxisbetrachtung, CCZ2020, S. 84.

〔81〕 参见前引〔8〕，程啸书，第 282-283 页。

〔82〕 参见邢会强、姜帅：《数字经济背景下我国金融控股公司信息共享机制的完善》，载《金融评论》2021 年第 6 期。

〔83〕 参见前引〔1〕，Radtke 书，第 201 页。

个主体的结合本身即有侵权目的性，主观有故意（至少是过失）。按照第1168条，须数个处理者一开始就是要追求侵害个人信息权益的目的，而绝大多数因共同处理而侵害个人信息的情形，并不满足这一要件。^{〔84〕}如果数个处理者满足第1168条的要件，自始即以侵害个人信息权益为目的结合，当然可以纳入共同处理行为；而即使不构成第1169条规范中的教唆、帮助行为，如共同处理者商讨处理目的、互相提供帮助的合作行为，也可包含在共同处理行为之中。所以，共同处理的认定条件相比共同加害行为更加宽泛。如果将共同处理行为参引适用多数人侵权中的主观共同行为，将出现规范供给的不足。

有学者基于规范目的角度指出，采取“依法”表述方式旨在避免《个人信息保护法》采取比《民法典》更严格的连带责任形式。^{〔85〕}但事实上，信息处理者与信息主体在实际地位上并不平等，在立法政策上应强化对处于弱势地位的信息主体的保护。《民法典》中的多数人侵权规则，本质上是难以构成一般侵权责任的特殊情形，通过对过错、因果关系等要件或举证责任的弱化，强化对受害人的保护。二者在规范意旨上恰恰存在相通之处，无需通过“依法”实现参引规范之目的而限制连带责任之适用。

正如学者所述，“依法”这样内涵意旨与方法论指向均不明确的用语，对于法律体系的破坏不容忽视，其根源主要在于学术供给不足、立法技术不精、立法者的过虑情绪等原因，反映了对该问题缺乏深入思考和体系论证。^{〔86〕}如此贸然引用其他规范条文，一则损伤《个人信息保护法》的独立价值，二则将其他法律体系中的固有问题不可避免的引致到新法规范中，其效果可谓得不偿失。因此，共同处理者侵犯个人信息权益时，应以《个人信息保护法》第20条第2款为独立请求权基础承担侵权损害赔偿责任。

四、共同处理者承担侵权损害赔偿责任的构成要件

数据时代个人信息侵权的责任方式不应仅“向后看”，补偿已经出现的侵害事故，还须“向前看”，关注将来可能遭受破坏的法秩序。^{〔87〕}在以《民法典》及《个人信息保护法》为基础构建起来的个人信息权益救济体系中，侵犯个人信息权益的责任形态分为三阶层：第一阶层为预防性责任，包含一般人格权侵权请求权以及针对个人信息侵权的特殊预防性责任方式，如删除、更正等；第二阶层为以侵权损害赔偿为主的补偿性责任；第三阶层为面向未来的惩罚性赔偿。^{〔88〕}就个人信息侵权案件的损害赔偿责任而言，共同处理个人信息侵权案件的复杂性决定了构成要件的特殊性，需深入分析。

（一）参与处理行为

一般侵权责任构成要件之侵害行为具有三个特征，即侵害行为是行为人自己实施的行为、侵

〔84〕 参见前引〔6〕，程啸文。

〔85〕 参见前引〔6〕，程啸文。

〔86〕 参见贺剑：《民法的法条病理学——以僵尸法条或注意规定为中心》，载《法学》2019年第8期。

〔87〕 参见张平华：《事实与法律：损害的二象性及其展开》，载《现代法学》2016年第2期。

〔88〕 参见张建文、时诚：《个人信息新型侵权形态及其救济》，载《法学杂志》2021年第4期。

害行为在本质上具有不法性以及侵害行为侵害受害人的民事权益。^{〔89〕}侵害个人信息权益行为的不法性主要以《民法典》《个人信息保护法》等法规中处理个人信息时的义务为判断依据。因共同处理行为之特殊性，不需要共同处理者均实施直接侵权行为，亦不需要其知道其他人的所有行为或预见甚至认可侵权行为的所有细节。^{〔90〕}

《通用数据保护条例》第82条规定，任何参与处理的控制者都要对违反本条例的处理所造成的损害负责。参与应被理解为共同控制者的一种协作形式，通过参与行为共同控制者对决策或决定做出贡献，这种贡献构成与具体数据处理业务之间的联系。^{〔91〕}分工行为亦是参与处理的典型表现，在“耶和华见证人案”中，由一个协会或社区协调和组织处理业务的上游活动，并由成员一定程度上自主支配积极发挥指定的作用，那么上游组织协调工作与下游具体实施行为均为实际参与处理的行为。

实践中造成侵权的可能是处理操作中的部分阶段，共同处理者中的个别处理者可能并未实施造成侵权的处理行为。但只要这种处理行为在共同处理者共同目的的指示下，即可认为共同处理者参与了造成侵权的处理行为。“参与”确实相比实际进行侵权的处理行为导致了责任的扩大，但这种广泛的参与概念根植于共同处理者的独特法律地位之中，且这种责任的广泛性可通过内部责任的分担进行协调与平衡。^{〔92〕}

（二）造成财产或精神损害

我国现行法多从具体形态的角度理解损害，认为损害是受害人人身或者财产、精神方面所遭受的不利后果。^{〔93〕}鉴于损害的“规范性”特质，一个正确、适用于所有损害情形、逻辑上圆满的损害概念是不存在的。传统损害概念从差额假说到客观损害概念乃至规范损害概念的提出，都是为损害范围的认定提供更为确切的标准，揭示损害赔偿的功能。^{〔94〕}

个人信息权益遭受侵害后可能会产生典型下游损害，如第三人通过欺诈等侵害财产权、人格权等。^{〔95〕}下游损害发生时，可对下游损害进行赔偿，此时侵害个人信息权益本身往往被司法实践忽视或者直接被下游损害所吸收。^{〔96〕}但如果下游损害并未发生，只有未来被侵害的风险以及由此带来的紧张焦虑，损害是否存在常常引发争议。^{〔97〕}有学者认为，此时信息主体并未直接遭受财产损失。^{〔98〕}由此可见，不管下游损害是否发生，都要面对个人信息权益本身遭受侵害时的损害认定问题。

〔89〕 参见前引〔13〕，张新宝书，第26页。

〔90〕 参见前引〔14〕，Staudinger/Eberl-Borges评注，边码12。

〔91〕 参见前引〔1〕，Radtke书，第296页。

〔92〕 Vgl. Lang, Gemeinsame Verantwortlichkeit in der Praxis—Zugleich Besprechung von EuGH C-40/17 („Fashion ID“), DSB2019, S. 208.

〔93〕 参见前引〔13〕，张新宝书，第27页。

〔94〕 参见徐建刚：《〈民法典〉背景下损害概念渊流论》，载《财经法学》2021年第2期。

〔95〕 参见叶名怡：《个人信息的侵权法保护》，载《法学研究》2018年第4期。

〔96〕 参见谢鸿飞：《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》，载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

〔97〕 参见解正山：《数据泄露损害问题研究》，载《清华法学》2020年第4期。

〔98〕 参见程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，载《中国社会科学》2018年第3期。

这一问题的根源在于,个人信息权益遭受侵害后损害的无形性、潜伏性、未知性以及评估和计算困难。^[99]从个人信息的财产利益来看,单一的个人信息被不当利用后,其本身的利益状态无明显变化。且大数据时代,信息产业的信息处理常以海量数据库为基础,单个信息之财产价值可忽略不计。从个人信息的人格利益来看,个人信息权益遭受侵害后,受害人可能因此遭受相应的风险与焦虑,即未来发生隐私被窥探、身份被盗用或遭遇诈骗等侵害风险的显著增加,以及因担忧风险而产生难以言明的恐惧与焦虑等不良的精神或心理反应。^[100]这种焦虑往往无法突破《民法典》第1183条精神损害赔偿的严重性要件,继而诉讼请求落空。^[101]故在立法和学理中均认可个人信息蕴含的双重价值,但司法实践中却常常无法对其提供救济,实属矛盾。

解决这一问题的根本途径是损害的规范化认定,结合具体条文的立法目的以及损害赔偿法的功能确定损害范围。^[102]在个人信息侵权案件中,以保护个人信息权益目标为指引,认可个人信息的风险性损害是可行之路。由此,个人信息暴露带来的风险升高、预防风险的成本支出和风险引发的焦虑皆可成立损害。^[103]

风险性损害路径下,应首先肯认个人信息的独立财产价值。信息主体是个人信息的提供者,其可通过授权他人使用个人信息而获取相应对价,其对自身信息的决定利用进一步体现了自由意志。^[104]个人信息权益损害的财产损失应由两部分构成:第一,个人信息本身的财产价值,可依《个人信息保护法》第69条第2款之侵权人利得规则进行确定。在市场经济条件下,侵害他人人格利益的主要冲动之一就是获利,所以预防侵害最好的方法就是剥夺获利。^[105]如得利仍难以确定,可由法院在具体案件中根据个人信息的类型、被不当利用的范围等因素酌定赔偿数额。^[106]第二,应肯定信息主体为预防风险而进行的成本支出。如信息主体为变更、删除个人信息产生的预防性成本,如银行卡信息泄露时更改银行卡信息而支出的交通费、误工费等。

此外,《个人信息保护法》第69条并未明确说明是否包括精神损害赔偿。有学者据此否定侵害个人信息时的精神损害赔偿。^[107]反对观点则认为,该款规定的损害包括财产损失和精神损害。^[108]本文认为,侵犯个人信息权益的损害赔偿应包含精神损害赔偿,一方面来源于个人信息权益中包含的人格属性,个人信息与主体人格评价、人格自由与人格尊严紧密相关。^[109]另一方面,域外数据法中侵犯个人信息权益的精神损害赔偿责任也呈现扩张趋势。新修订的《德国联邦数据保护法》已摒弃旧法中精神损害赔偿的严重性要件,以期放宽精神损害赔偿的条件限制。《通用数据保护条例》第82条明确规定,数据主体权益遭受侵害的受害人可请求赔偿财产损害和

[99] 参见田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期。

[100] 参见前引[97],解正山文。

[101] 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第5028号民事判决书。

[102] 参见前引[94],徐建刚文。

[103] 参见前引[99],田野文。

[104] 参见彭诚信:《论个人信息的双重法律属性》,载《清华法学》2021年第6期。

[105] 参见沈建峰:《一般人格权财产性内容的承认、论证及其限度——基于对德国理论和实践的考察》,载《比较法研究》2013年第2期。

[106] 参见北京互联网法院(2019)京0491民初字第6694号民事判决书。

[107] 参见杨立新:《个人信息处理者侵害个人信息权益的民事责任》,载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

[108] 参见程啸:《侵害个人信息权益的侵权责任》,载《中国法律评论》2021年第5期。

[109] 参见彭诚信、许素敏:《侵害个人信息权益精神损害赔偿的制度建构》,载《南京社会科学》2022年第3期。

非财产损害。

当然，即使肯定精神损害的可赔偿性，我国司法实践中也常常以无法证明“严重”而否定精神损害，或以极低数额（如1元）的精神损害赔偿额来进行象征性赔偿。^{〔110〕}“严重”作为内容不确定的评价性概念，需通过《民法典》现有规定与内在价值证立其规范内容。个人信息权益被侵害后，若被侵权人存在医学证明的精神症状，则精神损害应得到赔偿。若被侵权人产生焦虑、不安等不良情绪，是否可以主张精神损害赔偿，应结合社会生活中应被警示或得到否定性评价的典型情形综合考虑，以发挥侵权法的预防功能。^{〔111〕}在保护个人信息权益的背景下，不合理利用个人信息干扰信息主体生活安宁、算法歧视及泄露大量个人信息等情形均可被确定为应受到社会否定性评价的典型情形，此类案型可随着司法实践发展进行类型化构建。具体精神损害赔偿金额，可根据侵权的严重性和持续时间进行评估。需注意的是，此时既要避免通过高额损害赔偿额达致惩罚性赔偿的实际效果，也应避免象征性赔偿在保护上的不足。^{〔112〕}

（三）因果关系

个人信息侵权纠纷中，应由原告证明信息处理行为与个人信息权益被侵害之间存在因果关系。^{〔113〕}在共同处理者责任中，受害人也须证明共同处理行为和损害之间存在足够的直接联系。^{〔114〕}但这并不要求逐一证明每个处理者的行为与个人信息权益受侵害都存在因果关系。共同处理者的整体性认定，可以掩盖对个别处理者行为与损害后果之间因果关系的可能的怀疑。^{〔115〕}

因果关系的认定应区分两个阶段：第一阶段认定条件性上的因果关系，若无此行为，即不会产生损害；第二阶段认定该条件的相当性，即有此行为通常会产生此种损害后果。^{〔116〕}互联网时代信息处理行为具有高度复杂性与技术性，在一般证明规则下，信息主体面临证明能力不足、证明成本过高的难题；^{〔117〕}当存在多个处理者的共同处理行为时，这一问题更加明显。对此，有必要在因果关系认定上做出相应的变通。

在条件性的判断中，有法院提出了证明加害人的合理盖然性判断标准，即原告提供的证据能够表明被告存在泄露原告个人隐私信息的高度可能性，而被告又不能推翻这种可能性，就可以认为被告实施了泄露个人信息的加害行为，证成条件性要求。^{〔118〕}如在“庞某某与东航、趣拿公司人格权纠纷案”中法院认为，庞某某的举证能力无法与趣拿和东航公司匹敌，故降低了庞某某的

• 467 •

〔110〕 参见河北省石家庄市中级人民法院（2019）冀01民终字第10531号民事判决书。

〔111〕 参见朱震：《论侵害人格权精神损害赔偿中的“严重”》，载《法制与社会发展》2022年第2期。

〔112〕 Vgl. P. Paal/A. Pauly (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, 2021, Art. 82 Rn. 12a.

〔113〕 参见前引〔108〕，程啸文。

〔114〕 参见前引〔1〕，Radtke书，第297页。

〔115〕 参见〔德〕埃尔温·多伊奇、汉斯—于尔根·阿伦斯：《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》，叶名怡、温大军译，中国人民大学出版社2016年版，第73页。

〔116〕 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2016年版，第236页。

〔117〕 参见刘海安：《个人信息泄露因果关系的证明责任——评庞某某与东航、趣拿公司人格权纠纷案》，载《交大法学》2019年第1期。

〔118〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终字第509号民事判决书；北京市朝阳区人民法院（2018）京0105民初字第36658号民事判决书。

证明标准,认可其提出的因果关系事实。^[119]以合理盖然性标准取代条件性要求,实际上是为了减轻受害人的举证责任,符合个人信息保护的宗旨。^[120]

在相当性的判断中,应由信息处理者证明条件关系不具相当性。实践中,被告可通过多种方式证明不存在相当性,如不存在信息安全漏洞、处理信息流程合规、传递过程中未泄露信息等。因信息处理者掌握信息、技术等优势资源,在证明不具有相当性时应采高度盖然性标准。^[121]《通用数据保护条例》亦逐步提高数据控制者责任免除证明标准,体现权责一致的法律思想。^[122]采用此种缓和的证明规则一方面促进个人信息权益保护,另一方面为信息处理者留有责任免除的空间,在个人信息保护与促进个人信息合理利用之间达成平衡。

(四) 主观归责原则

《个人信息保护法》出台之前,学界对个人信息侵权损害赔偿责任的归责原则存在一元论、二元论及三元论的讨论。最终第69条吸收了一元论整齐划一的优点,同时考虑到受害人证明过错要件的困境,采纳了过错推定原则,与《民法典》中的过错原则有所不同。^[123]在法律适用上,个人信息处理活动具有很强的专业性和技术性,信息主体与信息处理者存在信息、技术、资金等能力上的严重不对等,无法了解信息处理者在处理活动中具有什么过错,更无法提出证据加以证明,故《个人信息保护法》规范应为特别法,优先适用。

过错推定责任是可以反驳的法律上事实推定,侵权人可推翻法律上对其存在过错的推定。^[124]这点与比较法上有所不同。《通用数据保护条例》第82条规定,如果责任方证明其处理行为不以任何方式(not in any way)负责,则责任免除。相比《数据保护指令》,《通用数据保护条例》增加了不以任何方式的限制,有意收紧免责事由的范围。当然,一般侵权责任的免责事由,如不可抗力等,在此仍有适用余地。

五、结 语

《个人信息保护法》第20条规定了共同处理个人信息的行为,为应对互联网时代大规模、大范围数据共享可能产生的侵权行为提供了规范依据。该条通过责任后果的强化,敦促多个信息处理者在各自处理行为造成的风险范围内履行个人信息保护义务,同时避免信息主体在面对多个处理者时处于比面对单个处理者更加不利的地位,以期实现保护个人信息权益与促进个人信息合理利用的双重立法目标。

第20条第2款规定了共同处理者的侵权损害赔偿 responsibility,其可以作为独立的请求权基础适用。“依法”一词包含的方法论意义引起规范适用疑问,实属立法技术不精、缺乏体系论证而产生的

[119] 参见北京市第一中级人民法院(2017)京01民终字第509号民事判决书。

[120] 参见崔聪聪:《个人信息损害赔偿问题研究》,载《北京邮电大学学报(社会科学版)》2014年第6期。

[121] 参见田野、张耀文:《个人信息侵权因果关系的证明困境及其破解——以相当因果关系理论为进路》,载《中南大学学报(社会科学版)》2022年第1期。

[122] 参见前引[1],Radtke书,第305页。

[123] 参见蒋丽华:《无过错归责原则:个人信息侵权损害赔偿的应然走向》,载《财经法学》2022年第1期。

[124] 参见前引[11],程啸书,第121页。

不良后果，应通过规范解释、体系协调破解，为司法实践提供明确的规范适用指引。

就具体适用而言，该条款的规范适用应以共同处理场景的识别为基础，对共同处理行为的认定，第20条第1款辅助性规定的指引作用有限。对此，应坚持功能性识别路径，从积极要素的角度看，应考虑数个处理者合作意愿、处理目的的相似性、相互访问数据库的可能性以及信息主体的合理预期四方面，并结合具体场景中的处理情形进行识别；从消极要素的角度看，应区分共同处理行为与委托处理行为、提供个人信息行为等存在数个主体参与的处理行为，进一步厘清共同处理的识别边界。共同处理者承担侵权损害赔偿责任的构成要件包含参与构成侵权的处理行为、造成财产或精神损害、特殊的因果关系证明规则、过错推定归责原则，在司法实践中应对逐个要件结合具体案情审视侵权损害赔偿责任的成立。

Abstract: Article 20 of the Personal Information Protection Law regulates the joint processing of personal information by two or more processors. Article 20 (2) stipulates the tort damages liability for the joint processing of personal information, and the expression of “in accordance with the law” leads to the myth of the application of the basis of the claim, which must be interpreted. The “joint processing of personal information by personal information processors” constructs a joint processing scenario, and the identification of the scenario should adhere to the functional path and draw on the principle of dynamic system theory, base on the willingness to collaborate, similarity of purpose, the possibility of mutual access to the database and the objective expectations of the information subject to comprehensively examine the actual influence exerted by information processors in the specific scenario. If we refer to Articles 1168 – 1172 of the Civil Code, the purpose of the norm cannot be harmonized and the application of the constituent elements is difficult, so the referential normative nature of Article 20 (2) should be rejected. The “infringement of the rights and interests of personal information causing damage” stipulates the constituent elements of the tort damages liability of the co-processor, and this provision can be applied as an independent basis of claim. The co-processors shall participate in the act of processing, but need not all commit direct infringement; the damage caused includes property and moral damage; the principle of presumption of fault is adopted for subjective imputation; the rules of proof of causation are adopted in favor of the victim to correct the disadvantageous position of the information subject’s insufficient ability to prove and high cost of proof.

Key Words: personal information, joint processing, tort damages, joint and several liability, entitlement basis

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

无过错归责原则： 个人信息侵权损害赔偿的应然走向

蒋丽华^{*}

• 470 •

内容提要：将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为，其损害赔偿主观要件采过错归责原则，是《民法典》中个人信息侵权损害赔偿的既有逻辑。然而证据偏在和过错要件事实识别的困境阻碍了受害人获得诉讼上的有效救济，降低证明标准的缓和方案难有作为。《个人信息保护法》采过错推定的主观归责原则，但证明责任倒置方式救济乏力，亦难以从根本上扭转受害人的弱势地位。重塑个人信息侵权损害赔偿请求权构成要件，确立无过错归责原则并未突破现有的立法框架，且有利于个人信息权的有效保护，能够更好地维持当事人之间的利益平衡，并符合成本收益原则和社会公益原则。在此基础上，应将个人信息侵权行为定位为特殊侵权行为。个人信息侵权案件的证明及庭审程序的推进围绕侵权行为、损害后果和因果关系三个法律构成要件展开。

关键词：个人信息侵权 归责原则 无过错责任 要件事实 证明

信息技术的发展推进了个人信息的流通和经济价值的实现，也频繁导致个人信息的泄露和恶意使用，司法实践中个人信息侵权案件不断增加。个人信息侵权损害赔偿主观归责原则是采《民法典》中的过错归责原则，还是采《个人信息保护法》中的过错推定原则？相关实体法规范并未就此提供明确的裁判指引。《民法典》未将个人信息侵权行为定性为特殊侵权行为，因而应将其归入一般侵权行为的范畴，由此产生的侵权损害赔偿请求权包含侵权行为、损害后果、因果关系和过错四个要件。《个人信息保护法》第69条第1款规定：“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。”此条款明

^{*} 蒋丽华，西北政法大学民商法学院讲师。

本文为2018年司法部国家法治与法学理论研究部级科研项目“民事庭审录音录像制度研究”（18SFB5010）、2020年中国博士后科学基金第68批面上资助“股东会决议瑕疵诉讼研究”（2020M683702XB）、2021年西安市社会科学规划基金重点项目“《民法典》视域下个人信息侵权损害赔偿请求权构成要件重塑”（FS119）的阶段性成果。

确了个人信息侵权损害赔偿采过错推定原则，依旧未将过错从个人信息侵权损害赔偿请求权的构成要件中剔除。

《民法典》视域下的四要件理论在实践中的运用导致对受害人的救济困难重重。基于证明责任分配原理，受害人（原告）须对权利发生要件承担证明责任，在证明责任的指引之下，原告负有具体的举证责任，需提供证据证明产生法律效果的具体要件，并承担要件事实真伪不明时的不利后果。然而，个人信息侵权行为具有高科技性，侵权人明显的技术优势和证据偏在增加了原告证明的难度。过错作为评价性要件，其要件事实的识别更加剧了问题的复杂性。《个人信息保护法》第69条意识到了对过错要件证明的困境，故采取了过错推定的方式，由被告证明其不存在过错。但在笔者看来，此举依旧不足以对受害人（原告）提供充分的救济。因此，本文主要从实体法和诉讼法的双重视角，对上述过错要件在个人信息侵权损害赔偿案件中的证明及其困境进行分析，尝试通过对实体法上个人信息侵权损害赔偿请求权构成要件的重塑，排除对过错要件的证明，并以此为基础设计个人信息侵权损害赔偿案件的审理和裁判路径。

一、《民法典》出台前的实务考察

（一）实务裁判的类型化梳理

1. 将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为，采用过错责任归责原则。此种裁判逻辑不考虑原被告因证据距离远近不同面临的实质不公，严格按照一般侵权行为四要件的构成，由原告证明被告存在过错。

• 471 •

案例一：谢某在苏宁易购网站购买了一小米电源插座，后接到能够准确说出其姓名、订单编号、购买商品名称等订单信息的“苏宁客服”的电话，在信以为真的情况下被骗取14800元。谢某认为是由于苏宁易购电子商务有限公司（下文简称“苏宁易购公司”）网站漏洞才导致其个人信息泄露进而被骗。在双方协商未果的情况下，谢某向法院提起诉讼要求苏宁易购公司停止侵害、赔礼道歉并赔偿损失。法院认为谢某主张其被侵犯的个人信息应属隐私权范畴，应当适用《侵权责任法》第6条第1款规定的侵权归责原则，即过错责任原则，过错推定原则在本案中不适用。谢某无法提供有效证据证明被告网站存在漏洞，即便存在漏洞，谢某也无法证明其个人信息是通过该网站泄露。在法院看来，谢某提供的一系列事实仅能证明损害事实，无法证明包括过错在内的其他一般侵权行为构成要件，故判决谢某败诉，驳回其全部诉讼请求。^{〔1〕}

2. 将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为，一方违约构成过错。比如一方未能履行合同规定的监管责任，则具备了主观上的过错。但若原告未能证明其他侵权要件，其诉讼请求依旧无法得到法院的支持。

案例二：庄某是中国电信股份有限公司泉州分公司（下文简称“泉州电信”）的手机用户，在原告未到场提供本人签名和身份证原件的情况下，其所持有的两套电话卡和数据卡先后被泉州电信营业厅过户给第三人。原告在协商未果的情况下，以中国电信股份有限公司和泉州电信作为

〔1〕 参见广东省阳江市江城区人民法院（2016）粤1702民初字第1098号民事判决书。

共同被告提起诉讼,请求法院判令两被告赔礼道歉和赔偿损失。一审法院认为原告无法提供确切证据证明其姓名权和隐私权等人格权受到侵犯,故驳回其全部诉讼请求。二审法院认为庄某的两个手机号在未经其本人同意的情况下,被泉州电信过户给第三人的事实表明泉州电信存在监管不利的过错,构成对双方电信合同的违约。二审法院虽认为对于一方的违约行为侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择侵权之诉来主张其权利,但由于庄某无法证明泉州电信的行为对其造成了损害,故判决驳回庄某上诉维持原判。〔2〕

3. 将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为,在由原告承担过错要件证明责任的同时,降低过错要件的证明标准。对于原告的主张,被告可以进行各种抗辩。法院通过事实推定的方式,将举证责任转换至被告,掌握大量信息的被告可通过有效的抗辩动摇法官对于被告存在过错的临时心证,原告依旧要承担过错要件证明不能的潜在风险。

案例三:庞某委托他人在“去哪网”订票遇到诈骗短信,故以其姓名、手机号码、行程安排等个人信息遭到泄露为由,以中国东方航空股份有限公司(下文简称“东方航空公司”)、北京趣拿信息技术有限公司(下文简称“趣拿公司”)为被告提起诉讼,要求被告赔礼道歉并赔偿损失。在本案一审中,法院采纳了一般侵权行为说,原告须证明传统的侵权损害赔偿责任的四个要件。根据证明责任分配原理,原告需要证明两被告存在过错。原告无法证明其个人信息由东方航空公司或趣拿公司泄露,因而在一审中败诉。在本案二审中,法院仍认为此案为一般侵权纠纷,主观归责原则为过错责任原则。与一审法院不同的是,二审法院基于《消费者权益保护法》第29条第2款的规定,认为东方航空公司和趣拿公司未对收集的消费者个人信息严格保密,两公司此前被媒体报道涉嫌泄露乘客隐私,但并未在诉讼过程中证明对此安全管理方面的漏洞采取有效的应对措施,也并未证明涉案信息由他人或原告自己泄露。因而二审法院认为本案中的信息泄露是由两公司疏于防范导致,判决两被告承担侵权责任。东方航空公司对二审裁判不服,向北京市高级人民法院提起再审。对此,北京市高级人民法院认为二审法院综合考虑了此案的实际情况和相关证据,认定事实并无不当,裁定驳回东方航空公司的再审申请。〔3〕

在案例三中,二审法院意识到了原告在过错要件证明上的困难,故采用了事实推定的方式对过错要件进行认定,降低了原告对于过错要件的证明标准。对东方航空公司和趣拿公司内部数据信息管理是否存在漏洞等情况,原告庞某作为普通人难以进行确切的举证,法院根据一般的生活经验推定两公司存在过错,从而将举证责任转换至被告。但被告在本案中无法举证进行有效的免责事由抗辩,无法动摇法官对于被告存在过错的临时心证,故而法官认定过错要件成立,结合其他证据最终认定两被告应承担侵权责任。

4. 将个人信息侵权行为定位为一般侵权行为,法院根据案情适用诚实信用原则和公平原则倒置证明责任。对于个人信息侵权损害赔偿请求权中的过错要件,由被告承担无法证明其不存在过错的潜在风险。若被告无法证明自身不存在过错,则认定过错要件成立。

案例四:林某通过电话在四川航空股份有限公司(下文简称“四川航空公司”)订购了一张

〔2〕 参见福建省泉州市中级人民法院(2014)泉民终字第660号民事判决书。

〔3〕 参见北京市第一中级人民法院(2017)京01民终字第509号民事判决书;北京市高级人民法院(2017)京民申字第3835号民事裁定书。

机票，后被短信告知航班因故停飞，在另行购买机票后发现先前航班并未停飞。林某因此以四川航空公司为被告提起诉讼，要求被告承担包括赔礼道歉与赔偿损失在内的多项侵权责任。本案一审法院根据“谁主张、谁举证”的原则，认为应当由林某举证证明其信息由四川航空公司泄露。林某在收到的两次短信号码不一致的情况下即轻信诈骗短信，缺乏基本的安全警惕意识。林某由于无法证明航空公司的信息泄露行为并存在过错，故在一审中败诉。二审法院认为在本案中，应当根据案情适用诚实信用原则和公平原则，综合当事人举证能力等因素由四川航空对其不存在过错承担证明责任。在二审法院看来，林某远离证据材料并缺乏必要的收集证据的条件和手段，对该信息是由谁泄露以及被泄露的具体环节不具备进一步举证的能力。四川航空公司占有证据材料并有能力收集证据，且未尽到保障个人信息安全等法定义务。虽然四川航空公司难以证明自身无过错，但可以通过举证采取了技术措施和其他必要措施等，来证明林某信息的泄露并非是其过错造成的。四川航空公司既没有举证证明信息系第三方泄露，也未对其采取了确保消费者信息安全的技术措施和其他必要措施的事实进行举证和说明。故二审法院撤销原判决，判决四川航空公司向林某赔礼道歉并承担一定的损害赔偿责任。^{〔4〕}

在案例四中，法院同样意识到了原告在过错要件证明上的困难，由法官分配证明责任，采用了过错推定的方式对过错要件存在与否进行认定。然而，2019年新修改的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》删除了原第7条关于法官可综合当事人举证能力、基于诚实信用和公平原则分配证明责任的规定，意味着在诉讼中法官不能再以案件需要为由，通过自由裁量的方式改变原有的证明责任，而应对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（下文简称《民诉法司法解释》）第91条规定的证明责任进行严格的适用。因此，前文案例四中法院采取的依据公平原则分配个人信息侵权损害赔偿过错要件证明责任的做法已经成为历史。

（二）小结

从上述四个案例可以看出，在《民法典》出台之前，司法实践中法官基于《侵权责任法》的规定，将个人信息侵权行为认定为一般侵权行为，采过错归责原则。但是，法院对于过错要件的证明采取了不同的态度。在案例一中法院以原告无法直接证明被告存在信息泄露的过错为由驳回其诉讼请求。在案例二中法院以被告监管不力推定其存在过错，但由于认为原告无法证明损害后果要件，仍判决其败诉。案例三中二审法院意识到了原告在过错要件证明上的困难，采用了事实推定的方式降低原告对过错要件的证明标准，但并未改变原告对过错要件的证明责任。在案例四中，法院充分考量了原被告双方的举证能力，由被告承担过错要件的证明责任，有效缓解了原告面临的证明困境。总体而言，虽然不少法院意识到了个人信息侵权损害赔偿采过错归责原则的不合理之处，并通过各种方式缓和过错要件证明的困境，但无法形成统一的方法和标准。若《民法典》能充分意识到个人信息侵权行为的特殊之处，并对其损害赔偿的主观归责原则进行明确，则可以有效消除实践中的多重乱象。

〔4〕 参见四川省成都市中级人民法院（2015）成民终字第1634号民事判决书。

二、《民法典》中个人信息侵权损害赔偿过错归责原则之解读

（一）《民法典》中过错归责原则的逻辑推演

1. 个人信息权属于人格权项下的权利

从学术梳理中可知，学术界对于个人信息权的讨论始于其与隐私权的区分及其是否具有独立地位。学者最初的研究为个人信息的独立寻求各种依据，如对于最具代表性的赋予个人一般性个人信息权的《德国联邦数据保护法》进行介绍，〔5〕《欧洲基本权利宪章》在第7条、第8条中对隐私权与个人信息权的区分也常被引用〔6〕。英国也采用了更具包容性和时代性的个人数据保护法模式。〔7〕美国个人信息以隐私权为权利基础，被认为是隐私权保护的对象，究其原因是因为美国的隐私权作为一个框架性体系内容具有扩展性，类似于德国的一般人格权。〔8〕因此，从域外规定来看，将个人信息权置于人格权的大体系之下是各国的普遍做法。

我国对于个人信息权的认识经历了从归属于隐私权范畴到独立的民事权利的演进路径，目前学界主流观点认为其独立于隐私权。《民法典》并未采用大隐私权的构造，而是采隐私权和个人信息权“二元制”保护模式，将个人信息权作为一项独立于隐私权的民事权利，归入人格权的范畴。个人信息与计算机技术相连接，和隐私权相比更具抽象性和开放性。前者可能已经公开或本属公共事务范畴，而后者更强调私人性，大隐私权未必能够跟上信息时代的步伐。〔9〕

我国《民法典》在第四编中正式将个人信息权纳入其体系之中，意味个人信息权在实体法层面具有了自己的准确定位。从2011年《民事案件案由规定》上看，个人信息侵权案件不能成为独立的案件类型，只能依附于隐私权或者其他人格权案由之下。随着《民法典》的颁布施行，最高人民法院在2020年对2011年《民事案件案由规定》进行了修订，2020年新案由规定明确了个人信息权案由和隐私权案由并列，属于人格权二级案由下的四级案由。进而，因个人信息权利受到侵害而产生的损害赔偿，自然适用人格权项下具体的请求权基础，其归责原则应当与人格权损害赔偿这一大框架的主观归责原则保持一致。我国对于人格权纠纷中的损害赔偿一直都是适用过错归责原则，〔10〕个人信息侵权损害赔偿的主观归责原则应与其保持一致。

2. 个人信息侵权行为属于《民法典》体系下的一般侵权行为

学术界通常将侵权行为分为一般侵权行为和特殊侵权行为。按照构成要件说的观点，一般侵权行为和特殊侵权行为的区别在于法律构成要件数量的不同，一般侵权行为具备通常的法律构成要件，特殊侵权行为欠缺其中的某些要件。按照主观归责原则说的观点，一般侵权行为和特殊侵

〔5〕 参见王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013年第4期。

〔6〕 参见郭瑜：《个人数据保护法研究》，北京大学出版社2012年版，第86页。

〔7〕 参见齐爱民、张哲：《识别与再识别：个人信息的概念界定与立法选择》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2018年第2期。

〔8〕 参见谢远扬：《信息论视角下个人信息的价值——兼对隐私权保护模式的检讨》，载《清华法学》2015年第3期。

〔9〕 参见冯源：《〈民法总则〉中新兴权利客体“个人信息”与“数据”的区分》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2018年第3期。

〔10〕 参见王利明：《人格权的积极确权模式探讨——兼论人格权法与侵权法之关系》，载《法学家》2016年第2期。

权行为的区别并不在于法律构成要件的数量，而在于采用的主观归责原则。一般侵权行为采过错责任原则，特殊侵权行为采无过错责任原则和过错推定原则。^{〔11〕}我国《民法典》对个人信息侵权行为并未进行特殊的规定，对于侵犯此权利产生的侵权损害赔偿应当适用侵权责任编的一般规定。因此，基于学理解释和立法规定，个人信息侵权行为属于一般侵权行为，其有四个完备的法律构成要件，其中主观归责原则采过错责任原则。

（二）个人信息侵权损害赔偿过错要件证明的困境

1. 证据偏在困境

所谓证据偏在是指大量能够证明要件事实的证据被集中控制于一方当事人，且往往是加害的当事人一方。^{〔12〕}证据偏在加剧了举证难，在大型个人信息侵权案件中，双方当事人证据掌握上处于严重不平衡状态，数据收集者和处理者掌握着先进的信息技术，个人难以知晓其中是否采用了加密技术以及是否存在技术上的过错。证据偏在导致个人信息权的救济困难重重，不仅是过错要件证明的层面，侵权行为与损害后果之间的因果关系层面也存在证明上的困难。

对于证据偏在的困境，诉讼法学者提出可通过对不负举证责任但掌握证据的一方课以事案阐明义务予以缓解。事案阐明义务目前已基本得到学术界的认可，学者也总结了其在实践中的具体形态，争议之处在于在何种程度和范围内承认此义务。^{〔13〕}也有学者主张从证据协力义务的角度对证据偏在困境进行缓和，强调当事人和当事人以外的第三人具有协助受诉法院进行证据调查的义务。^{〔14〕}但我国目前关于证据协力义务的规定多为行为规范，缺少效果性规范和适用范围的限制。此外，不少学者还希望通过摸索证明的方式，缓解证据偏在导致的困境，促使原告明确具体的主张。^{〔15〕}摸索证明是指以获取信息为目的的证据申请现象，^{〔16〕}其作为主张责任具体化的手段，在现代型诉讼案件中受到越来越多的关注，但至今未成为学界通说，也未建立起完整的理论体系。

在个人信息侵权损害赔偿案件中，证据偏在困境导致当事人举证能力的失衡，受害方对过错要件面临举证上的困难。一般来说，认为权利受到侵害的原告在提起诉讼时须向法院提交相关证据材料，特殊原因下可申请法院调查收集证据。对于审理案件需要的证据，法院也可基于职权主动进行证据的收集，但上述两种情形并非诉讼中的常态。除非侵权人身份特殊，证据偏在困境通常情况下不属于《民事诉讼法司法解释》第94条规定的情形，因此原告难以成功申请法院调查取证。证据偏在困境也不属于《民事诉讼法司法解释》第96条规定的涉及国家和社会公共利益、身份关系、公益诉讼、他人合法权利及程序性事项等情形，故难以由法院主动依职权调查取证。过错主观归责原则之下，现有的证据收集方法如律师调查令、文书提出命令等制度不足以抵消证据偏在产生

• 475 •

〔11〕 参见郭明瑞、房绍坤：《民法》，高等教育出版社2017年版，第479页。

〔12〕 参见张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2016年版，第248页。

〔13〕 参见胡学军：《前进抑或倒退：事案阐明义务论及其对我国的启示》，载《法学论坛》2014年第5期。

〔14〕 参见占善刚：《证据协力义务之比较法研究》，中国社会科学出版社2009年版，第8页。

〔15〕 参见周成泓：《论民事诉讼中的摸索证明》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2008年第4期；刘显鹏：《民事诉讼中的摸索证明探析》，载《法学论坛》2010年第4期；丁朋超：《民事诉讼中的摸索证明论》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2016年第2期。

〔16〕 参见〔日〕高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》，张卫平、许可译，法律出版社2007年版，第72页。

的困境。因此,个人信息侵权损害赔偿案件中面临的证据偏在困境及其救济渠道不畅,导致原告在过错要件的证明上面临困难,并因此承担了较重的证明负担。

2. 过错要件事实识别的困境

大陆法系国家从规范出发把握诉讼,围绕原告主张的权利是否存在及其保护进行诉讼。^{〔17〕}规范出发型诉讼的审判逻辑遵循三段论的形式。法律构成要件为大前提,具体的案件事实为小前提,法官以此进行逻辑推理。法条编纂者从大量的自然事实抽出共同点作为法律要件,同时赋予要件充沛时相应的法律效果。案件事实通过法律构成要件筛选的事实为要件事实,也称主要事实。^{〔18〕}我国属于规范出发型诉讼构造,根据相关法律的规定,对于个人信息侵权损害赔偿中的过错要件,原告需要提供相关的要件事实证据予以证明。

对于过错这一法律构成要件的识别面临诉讼法上的争议和困境。根据实体法规定要件中所含评价程度的高低,记载事实的法律要件成为事实性要件,记载评价的要件成为评价性要件,侵权行为中的过错要件被认为是评价性要件。^{〔19〕}对于评价性要件事实的识别有间接事实说、主要事实说等观点。间接事实说将过错本身看成主要事实,作为裁判对象的具体事实仅为间接事实。该说认为当事人在诉讼中只要主张对方有过错即可,对于具体的事实法院可不经当事人主张直接将其作为裁判的依据。主要事实说认为过错评价并不能作为主要事实,而应当将评价根据的具体事实作为主要事实,当事人以此展开攻击防御。

在个人信息侵权损害赔偿案件中,对于过错要件事实的识别无论是采纳间接事实说还是主要事实说,均存在理论和实践上的缺陷。学术界通说认为辩论主义仅限于主要事实,间接事实不受辩论主义的约束,若采间接事实说,作为裁判对象的是否具有过错的事实仅是间接事实,此时难以特定当事人攻击防御的对象,法院不受当事人辩论的约束,还有可能出现当事人主张A事实法院认定B事实的突袭裁判的出现。若采主要事实说,虽然能够明确当事人攻击防御的对象,但作为评价根据的具体事实必须全部都在辩论中出现,当事人没有主张的事实,不论其对于法官做出最终评价如何有益,都不能作为判断评价的根据。在个人信息侵权案件中,无论是原告还是被告承担过错要件的证明责任,将其未主张的事实排除在法官最终评价之外有违实体公正。

(三) 过错归责原则之下降低证明标准救济方式的乏力

证据偏在使受害人难以知晓具体的过错事由,由此产生的证明困难导致了学界对降低证明标准的讨论。证明标准是指法院在诉讼中认定案件事实所要达到的证明程度。^{〔20〕}证明标准的降低并不改变实体法的证明责任分配,而是对于特定的案件为了克服规范说有可能导致的实质不公而采取的补救措施。降低证明标准的手段多样,如表见证明、大致推定及事实说明本身原则等。

在个人信息侵权损害赔偿过错要件的证明中,降低证明标准的方法有助于维护现有证明责任框架和辩论主义体系,又兼顾到了特定情形中出现的证明困境。在前文案例三中,二审法院认为

〔17〕 参见〔日〕中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第234页。

〔18〕 参见段文波:《规范出发型民事判决构造论》,法律出版社2012年版,第64页。

〔19〕 参见许可:《民事审判方法——要件事实引论》,法律出版社2009年版,第25-26页。

〔20〕 参见前引〔12〕,张卫平书,第241页。

本案中的信息泄露是由两被告公司疏于防范导致，实际上采用了事实推定的方式对过错要件进行认定，降低了原告对于过错要件的证明标准。但是此种做法仅是将举证责任转换至被告，被告可通过举证进行有效的抗辩，动摇法官对于被告存在过错的临时心证。因此，即便在个人信息侵权损害赔偿过错要件的证明上降低原告的证明标准，在一定程度上弥补原告方证据不足的缺陷，缩短证明的推理过程，但仍不能解决证据短缺问题给原告带来的证明困境。原告依旧要承担过错要件证明不能的潜在风险，对于原告的主张，掌握大量信息的被告可以进行各种抗辩。故过错归责原则难以有效保障受害人的合法权益。

可见，《民法典》虽然承认了个人信息权的独立地位，但其侵权责任编沿用了《侵权责任法》的态度，并未对个人信息侵权行为作出特别的规定，诉讼中原告依旧面临个人信息侵权损害赔偿主观归责原则证明上的困境。或许因为此种原因，《个人信息保护法》对个人信息侵权损害赔偿的主观归责原则进行了特殊规定。

三、《个人信息保护法》中个人信息侵权损害赔偿过错推定原则之解读

（一）《个人信息保护法》中过错推定原则的逻辑

对个人信息侵权损害赔偿归责原则的讨论中，学术界存在一元论、二元论和三元论三种不同的观点。《个人信息保护法》中的过错推定原则应归入一元论的范畴，同时也借鉴了二元论和三元论的优点。在《个人信息保护法》出台之前，一元论包含过错归责原则一元论和无过错归责原则一元论。在个人信息侵权归责原则讨论的初期，过错归责原则一元论在理论上处于通说地位。过错归责原则一元论认为，只有当侵权行为人存在主观上的故意或过失时，才承担个人信息侵权责任。^{〔21〕}也有观点认为应将个人信息侵权责任分为赔偿损失责任和非赔偿损失责任两种类型，后者又进一步分为事后的行为补偿责任和事前事中的行为防控类责任。对于赔偿损失类责任适用过错责任原则，对于事后的行为补偿责任适用过错推定原则，对于事前事中的行为防控类责任适用无过错责任原则。^{〔22〕}此种观点应归入个人信息侵权损害赔偿一元论的范畴。虽然该观点对个人信息侵权责任分三种情况进行讨论，但对于损害赔偿问题坚持适用单一的过错责任原则。除此之外，有观点认为“未来立法上对侵害个人信息的民事责任应适用无过错责任”，即对个人信息侵权责任应统一适用无过错归责原则，不因数据处理者的不同作区别对待，但在适用范围和免责事由上可作宽松规定。^{〔23〕}

个人信息侵权损害赔偿责任归责原则二元论分为无过错责任原则和过错推定责任原则两个层面。有观点认为应当以侵权主体为基础来设定不同的归责原则：对于公务机关违反规定导致个人信息遭到不法收集、处理、利用或其他侵害当事人权利的，采无过错责任原则，其他主体造成上

• 477 •

〔21〕 参见杨立新：《侵害公民个人电子信息的侵权行为及其责任》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013年第3期。

〔22〕 参见刁胜先：《个人信息网络侵权责任形式的分类与构成要件》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2014年第2期。

〔23〕 参见程啸：《论侵害个人信息的民事责任》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

述损害的采过错推定原则。^{〔24〕}二元论的立论依据在于基于某种特定的分类标准,对个人信息侵权损害赔偿主观归责原则进行区别对待,此种逻辑思维在《德国联邦数据保护法》及我国台湾地区“个人资料保护法”中得到了充分的体现。

个人信息侵权损害赔偿归责原则三元论分为过错责任原则、过错推定责任原则和无过错责任原则三个层面。有观点认为应根据是否采用数据自动处理技术的不同,确立三元归责体系。政府部门在资金技术和诉讼能力上具有绝对优势,因此公务机关以数据自动处理技术实施的信息侵权,应适用无过错责任。非公务机关相对公务机关各方面能力有限,但考虑到大数据技术的复杂性,采用自动化处理系统的非公务机关,其信息侵权应适用过错推定责任。未采用自动数据处理系统的数据处理者,其信息侵权应适用过错责任。^{〔25〕}三元论基于数据处理者采用技术手段的不同,对其行为导致的侵权责任适用不同的归责原则。此时不作损害赔偿和非损害赔偿的区分,只作主体和处理手段的区分。

从以上对各种学术观点的梳理中得出,一元论、二元论和三元论除在主观归责原则的总体分类形态上不同,其学说内部在具体的分类标准上也存在差异。一元论的逻辑干脆利落,对于个人信息侵权损害赔偿归责问题采取整齐划一的处理。二元论和三元论考虑到了信息网络主体、权利人及归责事由等问题的复杂性,在充分进行利益衡量的基础上,设定其认为合理的标准对个人信息侵权损害赔偿归责原则进行类型化处理。《个人信息保护法》吸收了一元论整齐划一的优点,同时考虑到受害人证明过错要件的困境,吸收了二元论和三元论中的过错推定原则,对个人信息侵权行为损害赔偿主观归责原则作出了单一的规定。

• 478 •

(二)《个人信息保护法》与《民法典》的适用关系

和《民法典》对于个人信息侵权损害赔偿过错归责原则的层层逻辑推演不同,《个人信息保护法》在第69条中明确规定了个人信息处理者对其造成的损害赔偿采过错推定原则。此时《个人信息保护法》的具体规定与《民法典》的一般理念产生了冲突。《民法典》由全国人民代表大会审议通过,《个人信息保护法》由全国人民代表大会常务委员会审议通过,两部法律均根据《宪法》制定,虽然《民法典》是基本法,《个人信息保护法》是一般法,但因为两者均为法律,故笔者认为《民法典》和《个人信息保护法》的效力应在同一位阶,两者不是上下位法的关系。《民法典》于2021年1月1日施行,《个人信息保护法》于2021年11月1日施行,从生效时间上看《民法典》为旧法,《个人信息保护法》为新法。《民法典》调整所有的平等主体之间发生的民事财产和人身法律关系,《个人信息保护法》仅调整个人信息处理过程中产生的权利义务关系,按照法律适用范围的不同,《民法典》为普通法,《个人信息保护法》为特别法。

对于个人信息侵权损害赔偿请求权的主观归责原则,根据新法优于旧法的原则,以及特别法优于普通法的原则,应当适用《个人信息保护法》中的过错推定原则。此种过错推定源于立法上的直接规定,因此属于法律推定的范畴。

(三)过错推定原则之下倒置证明责任救济方式的乏力

和过错责任相比,过错推定原则改变了原有的证明责任分配,实现了证明责任的倒置。客观

〔24〕 参见齐爱民:《个人信息保护法研究》,载《河北法学》2008年第4期。

〔25〕 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,载《法学研究》2018年第4期。

证明责任的实质是在要件事实处于真伪不明状态时由哪方当事人承担由此引起的法律后果。在过错的认定过程中，若法官认定被告有过错或无过错均不适用证明责任规则，证明责任规则作为最后的救济手段，只有在自由心证用尽时才登场。^{〔26〕}因证明责任分配倒置，被告应承担不存在过错的具体举证责任，若未能使法官形成不存在过错或过错真伪不明的心证，则应承担由此产生的不利后果。但在过错推定原则之下，作为原告的受害人依旧承担过错的主张责任，并提供初步证据支持其主张。被告仍可通过提供证据证明其尽到了合理的注意和提示义务对原告的主张进行抗辩。

从前文案例四中可以看出，法院最终判决被告承担责任，是因为根据过错推定原则的要求，被告无法证明自己不存在过错，既没有举证证明信息系第三方泄露，也未对其采取了确保消费者信息安全的技术措施和其他必要措施的事实进行举证。反向推之，若被告能够举证其采取了信息安全的技术措施和其他必要措施，则有可能导致另一种案件裁判结果。在证据偏在的状态下，被告有多种方式证明采取了信息安全的技术措施和其他必要措施，且法官的相关判断也缺乏统一的标准。法官根据诚实信用和公平原则改变证明责任的方法因2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的修改失去了立法根基。《个人信息保护法》虽然对过错推定原则予以肯定，但也无法从根本上扭转对受害人利益保护不周的现况。

四、个人信息侵权损害赔偿无过错归责原则论

• 479 •

（一）采无过错归责原则的实益

第一，采无过错归责原则并未突破现有的法律框架。我国《民法典》侵权责任编继受《侵权责任法》的规定，对于产品责任、高度危险作业致人损害等特定的侵权行为采无过错归责原则。对个人信息侵权损害赔偿采无过错责任原则并未对现有法律框架构成冲击，只是增加了采无过错归责原则的侵权行为类型。此外，通过对《德国联邦数据保护法》第7条的解读，可看出德国对于国家机关违反个人资料保护规定，在未经许可或不正确的处理对个人造成损害时，采无过错责任原则。^{〔27〕}我国台湾地区“个人资料保护法”第28条规定，对于公务机关违反规定导致个人信息遭到不法收集、处理、利用或其他侵害当事人权利的，采无过错责任原则。^{〔28〕}对个人信息侵权损害赔偿采用无过错归责原则也有比较法上的例证和借鉴。

第二，采无过错归责原则更有利于个人信息权的有效保护，消除过错要件的证明困境。非法窃取和使用个人信息案件引起社会广泛关注并未导致违法行为的减少，情况反而愈演愈烈，这很大程度上源于司法救济不力。举证困难降低了受害者成功维权的可能性，将个人信息侵权案件定位于一般侵权行为采取过错责任原则难以形成有效的威慑。在立法中明确个人信息侵权损害赔偿采无过错归责原则，有利于消除受害方在过错要件证明上的困境，增加其通过诉讼维护合法权益的可能性，更好地保护公民个人信息权不受侵害。

〔26〕 参见占善刚：《民事证据法研究》，武汉大学出版社2009年版，第147页。

〔27〕 参见肖少启、韩登池：《论我国个人信息法律保护的制度构建》，载《中南大学学报（社会科学版）》2013年第4期。

〔28〕 参见个人信息保护课题组：《个人信息保护国际比较研究》，中国金融出版社2017年版，第403页。

第三,采无过错归责原则才能更好地维持当事人之间的利益平衡。在公害案件中,之所以由过错推定原则转变为无过错归责原则,原因在于立法更加关注的是对受害人的赔偿,而不是强调归责的主观性。^[29]无过错归责原则的基本思想不是对不法行为的制裁,而是对“不幸损害”的合理分配,更多的是立法上的价值衡量。^[30]笔者认为在个人信息侵权案件中,对于泄露个人信息的行为的道德性应不作评价,而应强调分配正义的实现,采无过错归责原则可以更好地保护弱者,平衡当事人之间的利益。

第四,采无过错归责原则符合成本收益原则。对信息技术的支持和由此产生的对侵权行为的纵容固然可以促进信息技术的发展,但个人信息的特殊之处在于能通过此信息识别个人身份。一旦个人信息泄露并被不当利用,可能会对记录中确定的个人造成财务、声誉、感情甚至是生命上的伤害。在个人信息与信用和金钱存储联系日益密切的发展态势下,个人信息的泄露会导致更大的安全隐患。^[31]进而会造成更大的社会冲突和经济损失,产生更大的治理成本。因此,对个人信息侵权损害赔偿采无过错归责原则符合成本收益原则的要求。

第五,采无过错归责原则符合社会公益的要求。个人信息侵权案件具有多发性,往往伴随着众多公民信息被集体泄露的情形,因而私益之外也具有很强的公益性。网络和数据产业的发展导致一旦出现个人信息侵权行为,受害主体一般众多,由此可能引发群体性的诉讼。与饲养动物致人损害和高度危险作业等特殊侵权行为相比,个人信息侵权案件处置不当会产生更大的社会不良效应,立法与司法对个人信息侵权行为的态度关系到社会的稳定。因此,对个人信息侵权损害赔偿采无过错归责原则,不仅有助于对受害人进行有效的救济,而且是维护社会公益的应有之意。

• 480 •

(二)“三要件”的逻辑体系

首先,本文认为个人信息侵权行为属特殊侵权行为。个人信息侵权损害赔偿请求权三要件主张的提出在于对过错要件证明上的批判,在更为抽象的层面认为个人信息侵权行为应属特殊侵权行为。^[32]其次,无论个人信息侵权者是国家机关还是非国家机关或个人,均应采无过错归责原则,对于被侵权人应给予同等的保护。笔者也不赞同根据是否采用数据自动处理技术作为多元归责体系分类的依据。政府机关虽然掌控着数据自动处理技术,但受到多重法律和内部规章的制约。相比行政机关,以追求利益最大化为目标的公司更有可能泄露他人的个人信息,造成更大的危害。^[33]笔者认为后续立法应对此做出修改,明确个人信息侵权损害赔偿应采用无过错归责原则,同时明确可免除被告责任的法定免责事由。

(三)“三要件”下庭审程序的推进

我国2012年《民事诉讼法》第133条第一次在审前程序中对争点整理程序进行了明确,随后《民诉法司法解释》第226条对如何明确争点和是否需要征求当事人同意进行了规定。争点整

[29] 参见魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第669页。

[30] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第15页。

[31] 参见齐爱民:《大数据时代个人信息保护法国际比较研究》,法律出版社2015年版,第11页。

[32] 无论是按照构成要件说还是主观归责原则说,将过错要件从个人信息侵权损害赔偿请求权构成要件中剔除后,均应将个人信息侵权行为视为特殊侵权行为。

[33] 《个人信息保护法》对于主观归责原则的规定也采取了单一的归责体系,并未因个人信息处理主体的不同区别规定不同的主观归责原则。

理过程中的基本元素是基础规范的构成要件，^{〔34〕}个人信息侵权案件的审前争点整理程序应围绕侵权行为、损害后果和因果关系三个要件展开，法官就通过诉讼请求、答辩意见和证据交换情况归纳的争点征求当事人的意见。在形成争点的过程中法官与当事人共同明确案情，争点也不断得到缩减。但原被告双方整理的争点不具有绝对的效力，当事人对此可以在庭审过程中进行修正。

在庭审过程中当事人的攻击与防御围绕要件事实展开。原告方基于辩论主义承担主张责任，只有经过其主张的主要事实才能作为法官裁判的依据。对于原告提出的主张，被告进行否认或者抗辩，通过“请求原因—抗辩—再抗辩”导致举证责任在原被告之间不断转换。根据《民事诉讼法解释》第91条第1款的规定，对于侵权行为和损害后果两个法律构成要件，由原告予以证明。这里需要证明的侵权行为既可以是作为，也可以是不作为。个人信息侵权导致的损害不仅包括精神损害，还可以是其他损害；不仅是无形损害，还可以是期待利益的损害。^{〔35〕}由于存在证据偏在，应适当减轻原告的证明责任，被告对于其不负证明责任的事项有事案阐明义务，原告对于因客观原因无法收集的证据，可申请法院进行调取。

对于因果关系要件，应采证明责任倒置。即由被告证明其行为与损害之间无因果关系。对个人信息侵权损害赔偿请求权中因果关系要件的证明，存在权利人（原告）证明和侵权人（被告）证明两种路径。正如前文所述，在个人信息侵权损害赔偿案件中存在证据偏在现象，对于因果关系的证明同样给原告带来了困境。若由原告承担该证明责任不仅与其证明能力不匹配，而且容易纵容信息泄露的违法行为。^{〔36〕}但因果关系要件无法像过错要件一样从法律构成要件中剔除，因为难以使某一主体对与其行为没有联系的损害承担赔偿责任。因此，从举证能力与对个人信息侵权行为的有效规制上考虑，由被告承担证明责任更为有益。当然，此时原告应该提供被告侵权行为与其损害后果之间具有因果关系的初步证据，并且在证明的顺序上，被告在原告证明了侵权行为和损害两个要件之后，才有必要证明其行为与原告损害之间不存在因果关系。结合《民事诉讼法解释》第108条和109条的规定，被告的证明应达到具有高度可能性的程度。

在个人信息侵权案件的审理过程中，法官指挥当事人进行举证和质证，对当事人自认的事实予以确认。法官基于自由心证对证据的证据能力和证明力进行综合评价，并基于证明责任的分配原理，认定由原告承担侵权行为和损害后果要件的证明责任，由被告承担因果关系要件证明不能的不利后果。法官释明权的行使应紧紧围绕个人信息侵权损害赔偿请求权的三个要件展开。对于涉及要件事实的证据，法院应在当事人举证不充分的情况下进行释明，督促当事人穷尽证明方法。由于个人信息侵权案件的特殊性，法院可在运用动态系统论对责任成立的要件及其各因素之间的互动进行综合考量的基础上，做出合理的裁判。^{〔37〕}

〔34〕 参见邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社2010年版，第124页。

〔35〕 参见万发文、胡贤君：《大数据时代个人信息的司法保护》，载《上海法治报》2018年6月13日，第B05版。

〔36〕 参见刘海安：《个人信息泄露因果关系的证明责任——评庞某某与东航、趣拿公司人格权纠纷案》，载《交大法学》2019年第1期。

〔37〕 参见王利明：《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020年第4期。

五、结 语

每一项成熟制度的背后均有其漫长的演进过程，正如过错推定和无过错责任原则伴随着工业侵权案件增多和对弱势群体的特殊保护而逐渐确立一样。信息化时代，个人信息侵权损害赔偿从过错责任原则到过错推定再到无过错责任原则的论证与探索有一个不断认识 and 发展的过程。不论将来的立法对个人信息侵权损害赔偿案件的具体裁判规则作出何种细化，不可忽视的是在信息技术向各行各业强势渗透的过程中，应在实体法层面确立无过错归责原则，对受害者进行特殊的保护以防止可能产生的信息危机。

Abstract: It is the existing logic of Civil Code to define the infringement of personal information as a general infringement, and adopt the principle of fault liability as the subjective element of compensation for damage. However, the predicament of evidence bias and the identification of fault elements prevents the victim from obtaining effective remedies in litigation. Lowering the standard of proof is weak in relief. Even though the Personal Information Protection Law adopts the subjective imputation principle of fault presumption, it is difficult to fundamentally reverse the predicament of the proof of fault elements, as the inversion of the burden of proof is difficult to fundamentally reverse the vulnerable position of victims. In this regard, reshaping the constitutive elements of the right to claim damages for personal information infringement and establishing the no-fault liability is a feasible countermeasure, which are conducive to the effective protection of personal information rights, maintain the balance of interests between the parties better, conform to the cost-benefit principle and the requirements of social welfare, consist with the existing legislative framework also. On this basis, the infringement of personal information should be defined as a special infringement. Proof of personal information infringement cases and the promotion of court trial procedures centered on the three legal elements of infringement, damage consequences, and causality.

Key Words: personal information tort, principle of liability, no-fault liability, essential fact, proof

(责任编辑: 徐建刚 赵建蕊)

《民法典》违约精神损害赔偿条款的司法适用 ——基于《民法典》生效后 202 个案例的实证考察

许素敏*

内容提要：《民法典》第 996 条系真正的违约精神损害赔偿条款，该条规定的精神损害赔偿属于违约责任，守约方可直接在违约之诉中主张精神损害赔偿，而无需再绕道侵权之诉。违约精神损害赔偿不以守约方的人格权遭受侵害为前提条件，也适用于其他可能导致合同当事人精神利益受损的情形。违约精神损害赔偿适用的合同类型应以可预见性规则作为判断标准，从“合同目的与当事人精神利益紧密相关”“合同标的物具有情感价值”“合同与人身安全密切相关”三个维度判断具体合同纠纷是否可以适用违约精神损害赔偿。

关键词：违约精神损害赔偿 违约责任 精神利益 人格权

• 483 •

一、引言

违约精神损害赔偿一直是学术界争议比较大的话题。传统民法理论认为精神损害赔偿不属于违约责任的范畴。^{〔1〕}《民法典》生效之前，多数法院认为违约责任不包括精神损害赔偿，^{〔2〕}只有少数法院支持守约方在违约之诉中提出的精神损害赔偿诉求。^{〔3〕}2010 年 11 月 1 日开始实施的原《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 21 条规定：“旅游者提起违约之诉，主张精神损害赔偿的，人民法院应告知其变更为侵权之诉；旅游者仍坚持提起违约之诉的，对于其精神损害赔偿的主张，人民法院不予支持。”该条款直接否定旅游纠纷中违约之诉的

* 许素敏，上海交通大学凯原法学院博士研究生、上海交通大学中国法与社会研究院研究助理。

本文为国家社科基金重大项目“大数据时代个人数据保护与数据权利体系研究”（18ZDA145）的阶段性研究成果。

〔1〕 参见王利明：《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》，载《中国法学》2011 年第 3 期。

〔2〕 参见辽宁省盘锦市中级人民法院（2020）辽 11 民终 1201 号民事判决书。

〔3〕 参见江苏省镇江市中级人民法院（2019）苏 11 民终 2969 号民事判决书。

精神损害赔偿责任，多数法院据此直接驳回旅游者的精神损害赔偿诉求。^{〔4〕} 违约之诉不支持精神损害赔偿几乎成为司法实践的惯常做法。对于此种现象，学界也不乏批评之声。例如，以崔建远教授为代表的多位学者主张精神损害赔偿责任并非侵权所独有，违约场合也可适用。^{〔5〕} 《民法典》第 996 条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。”该条款首次在民事基本法层面明确违约产生的精神损害赔偿应获得支持，但其是否属于真正的违约精神损害赔偿条款，存有诸多疑惑，引发学界的激烈讨论。本文将以《民法典》生效后审结的 202 个民事案例^{〔6〕}为主要研究对象，分析《民法典》第 996 条在司法适用中面临的困境，并提出解决建议。

二、违约精神损害赔偿的适用困境

《民法典》第 996 条虽然明确守约方主张违约责任不影响其主张精神损害赔偿，但该条款存在诸多尚不明朗之处，由此导致违约精神损害赔偿的司法适用存在诸多疑难问题，未能形成统一的司法裁判观念，有待进一步厘清与明确。

（一）违约精神损害赔偿的正当性存疑

按照《民法典》第 996 条的规定，守约方提起违约之诉，并不影响其请求精神损害赔偿。由于立法者采用“不影响”的表述，导致该条款所规定的精神损害赔偿责任存在性质不明的问题，《民法典》第 996 条是否确立违约精神损害赔偿在理论和司法层面均存在较大分歧。所谓的“不影响”，指的是守约方请求违约方承担精神损害赔偿的权利不因其主张违约责任而消灭，具体存在三种可能。其一，守约方可以在违约之诉中同时主张精神损害赔偿的侵权责任。例如，有学者认为《民法典》第 996 条实际是采用诉的合并的方式，将违约之诉和精神损害赔偿合并审理，属于请求权的聚合。^{〔7〕} 也有学者认为根据《民法典》第 996 条的规定，守约方既可以基于对方的违约行为主张财产损害赔偿，也可以基于对方的侵权行为主张精神损害赔偿。守约方可以同时行使两种请求权，这两种请求权不属于择一行使的相互排斥关系。^{〔8〕} 其二，守约方可以在违约之诉之外另行提起侵权之诉，向违约方主张精神损害赔偿的侵权责任。例如，有学者指出，根据《民法典》第 996 条，对于违约行为引起的精神损害赔偿，需要在违约责任和侵权责任竞合时提起侵权之诉才可能获得。^{〔9〕} 其三，守约方可以在违约之诉中主张精神损害赔偿的违约责任。例

〔4〕 参见山西省晋中市中级人民法院（2019）晋 07 民终 3013 号民事判决书。

〔5〕 参见崔建远：《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》，载《法学杂志》2012 年第 8 期；陆青：《违约精神损害赔偿问题研究》，载《清华法学》2011 年第 5 期。

〔6〕 在中国裁判文书网，笔者在“全文检索”部分输入“民法典”和“第九百九十六条”，检索日期为 2022 年 6 月 19 日，检索结果显示符合条件的裁判文书共有 247 份。经过进一步的阅读、筛选，以《民法典》第 996 条为裁判依据的民事案例共有 202 个。在这 202 个民事案例中，有 3 个案例虽未明确以《民法典》第 996 条为裁判依据，但法院在裁判说理部分明确论述适用《民法典》第 996 条的法律后果，能够反映该条款的司法适用情况，因此本文也将这 3 个案例列为样本案例。这 3 个案例分别参见天津市河东区人民法院（2021）津 0102 民初 527 号民事判决书；河北省唐山市古冶区人民法院（2021）冀 0204 民初 374 号民事判决书；广东省佛山市禅城区人民法院（2020）粤 0604 民初 29126 号民事判决书。

〔7〕 参见任明艳：《民法典中违约精神损害赔偿新规探析》，载《人民法院报》2021 年 1 月 7 日，第 7 版。

〔8〕 参见齐晓丹：《〈民法典〉人格权编理解与适用应注意的十个问题》，载《法律适用》2020 年第 17 期。

〔9〕 参见刘小璇：《论违约精神损害赔偿》，载《法学杂志》2021 年第 6 期。

如,薛军教授认为《民法典》第996条应作如此解释:处于合同关系中的当事人,如果一方的违约行为损害了对方的人格权并造成严重的精神损害,守约方可以选择通过违约损害赔偿之诉来追究对方的精神损害赔偿责任。而且这里不存在两个诉,只有一个违约之诉,而无需另行提起一个侵权之诉。通过这种解释模式,能够把精神损害赔偿问题真正纳入合同责任的框架中,直接将《民法典》第996条规定的精神损害赔偿视为真正的违约精神损害赔偿。^[10]

司法实践中,多数法院在援引《民法典》第996条做出判决时,并未对该条规定的精神损害赔偿的性质作过多的阐述。当然,也有部分法院进一步阐述该条文的精神损害赔偿的责任性质以及守约方实现精神损害赔偿诉求的路径,但存在较大分歧。

有的法院认为《民法典》第996条规定的精神损害赔偿属于侵权责任。例如,在“黄某某、李某某与陈某某房屋买卖合同纠纷案”^[11]中,法院认为黄某某、李某某主张的精神损害抚慰金,其请求权基础为侵权。违约赔偿与精神损害赔偿可同时主张,但能否支持要视案件情况是否符合侵权责任的有关规定而定。在“袁某某与淄博市公共汽车公司临淄分公司等公路旅客运输合同纠纷案”^[12]中,法院在解读《民法典》第996条时指出,违约责任和精神损害赔偿在一定条件下可以并行赔偿,实际上否认该条款的精神损害赔偿属于违约责任,而是将其视为一种侵权责任。在“杨某某与石河子市公共交通有限责任公司、王某某等机动车交通事故责任纠纷案”^[13]中,法院援引《民法典》第996条,并认为守约方在违约之诉中,可以同时主张侵权责任。上述三个案例实际上是采用“诉的合并”方式,在违约之诉中支持守约方关于侵权精神损害赔偿的诉求。

在“王某某等与台州朗高医养护理院有限公司服务合同纠纷案”^[14]中,法院认为违约责任的一般原则是不适用精神损害赔偿的,但涉及人身权利或以精神利益满足为主要目的的合同,违约行为侵害对方人格权的,可以采用精神损害赔偿方式对人格权遭受的侵害实行救济。显然,该案法院将特殊合同产生的精神损害赔偿视为违约责任。在“廖某某与桂林银行股份有限公司阳朔支行储蓄存款合同纠纷案”^[15]中,法院认为《民法典》第996条表明只有非违约方遭受严重精神损害的情形下,才能在违约责任中主张精神损害赔偿,也将此处的精神损害赔偿视为违约责任。在“张某某与桃江万基旅游置业有限公司等合同纠纷案”^[16]中,法院则直接指出,《民法典》第996条已正式确立违约精神损害赔偿制度。有的法院则只强调基于《民法典》第996条的规定,守约方可以在请求违约方承担违约责任时,一并要求其承担精神损害赔偿责任,但并未明确界定精神损害赔偿的责任性质。^[17]由此可见,司法实践中,关于《民法典》第996条规定的精神损害赔偿的性质,未能形成统一认识。

(二) 违约精神损害赔偿的适用要件不明

从文义解释的角度来看,适用《民法典》第996条中的精神损害赔偿应包含以下要件:(1)

[10] 参见薛军:《〈民法典〉对精神损害赔偿制度的发展》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2021年第3期。

[11] 参见上海市静安区人民法院(2020)沪0106民初14417号民事判决书。

[12] 参见山东省淄博市临淄区人民法院(2022)鲁0305民初459号民事判决书。

[13] 参见新疆维吾尔自治区石河子市人民法院(2021)兵9001民初389号民事判决书。

[14] 参见浙江省台州市路桥区人民法院(2021)浙1004民初50号民事判决书。

[15] 参见广西壮族自治区桂林市阳朔县人民法院(2021)桂0321民初1218号民事判决书。

[16] 参见湖南省益阳市中级人民法院(2022)湘09民终129号民事判决书。

[17] 参见湖北省宜昌市葛洲坝人民法院(2021)鄂0592民初117号民事判决书。

双方当事人存在合同关系；（2）当事人一方存在违约行为；（3）违约行为侵害守约方的人格权并导致严重精神损害；（4）守约方已经提起违约之诉。从样本案例来看，很多法院并未严格遵循《民法典》第996条规定的适用要件。

首先，有的案件属于纯粹的人格权侵权案件，双方当事人之间并不存在合同关系，但法院仍适用《民法典》第996条做出相应的裁判。例如，在“刘某某与方城县农村信用合作联社名誉权纠纷案”^{〔18〕}中，原告刘某某未在被告方城县农村信用合作联社处借款，其个人征信却有逾期贷款记录。法院基于《民法典》第996条，支持原告的精神损害赔偿诉求。该案双方当事人并不存在真实的借贷合同关系，故适用《民法典》第996条并不合理。此类案件属于纯粹的侵权案件，并不涉及违约精神损害赔偿。^{〔19〕}没有违约行为，即便存在精神损害，也不适用违约精神损害赔偿，^{〔20〕}不能适用《民法典》第996条，而只能考虑《民法典》第1183条第1款之规定。

其次，在部分案件中，双方当事人之间存在合同关系，守约方选择提起侵权之诉，法院仍适用《民法典》第996条进行裁判。例如，在“刘某某与川汇区玫瑰婚庆礼仪店一般人格权纠纷案”^{〔21〕}中，原告刘某某与被告川汇区玫瑰婚庆礼仪店签订了婚庆服务合同，约定被告需保存好婚庆服务项目所拍摄的影像资料。被告因录像丢失未能如约提供婚礼的影像资料。法院认为被告的过失行为致使婚礼影像资料灭失，使原告无法获得婚礼场景的影像再现，侵害了原告享有结婚美好回忆这一具有人格象征意义的特定纪念权利，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任，依据《民法典》第996条判定被告赔偿原告精神损害抚慰金15000元。《民法典》第996条的适用要件之一在于守约方请求违约方承担违约责任。如果守约方请求违约方承担侵权责任，则可以直接依据《民法典》第1183条第1款请求精神损害赔偿，无须适用《民法典》第996条。^{〔22〕}

最后，有的案件中，违约方的违约行为并未侵害守约方的人格权，法院仍依据《民法典》第996条支持守约方的精神损害赔偿诉求。样本案例中有多个“婚庆服务类”案件支持守约方的精神损害赔偿诉求。例如，在“龚某某、王某某与宁波市鄞州琪腾文化传媒有限公司服务合同纠纷案”^{〔23〕}中，被告宁波市鄞州琪腾文化传媒有限公司为原告龚某某、王某某提供婚礼会场布置服务时出现新娘名字写错等违约行为。法院认为婚礼对于新人来说是一种精神利益的体现，是对美好生活的向往与祝福，这种场景不可复制、不可再现，其承载的人格和精神利益要远大于其本身的成本价值，被告的违约行为给原告造成了一定的精神损害，支持原告的精神损害赔偿诉求。婚礼固然承载一定的人格利益和精神利益，婚礼未能圆满举办会对新人造成一定的精神损害，但难以说明其侵害了新人的人格权。《民法典》第996条规定违约精神损害赔偿的适用以守约方的人格权遭受侵害为前提，可能导致该条款在司法适用层面存在明显的解释漏洞。

〔18〕 参见河南省南阳市方城县人民法院（2020）豫1322民初6295号民事判决书。

〔19〕 类似案件可参见湖南省永州市双牌县人民法院（2021）湘1123民初316号民事判决书。

〔20〕 参见徐静：《我国违约精神损害赔偿责任制度的构建——以〈合同法〉第113条解释论为中心》，载《甘肃政法学院学报》2012年第1期。

〔21〕 参见河南省周口市川汇区人民法院（2021）豫1602民初765号民事判决书。

〔22〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编解读》，中国法制出版社2020年版，第39-40页。

〔23〕 参见浙江省宁波市鄞州区人民法院（2021）浙0212民初3120号民事判决书。

（三）违约精神损害赔偿的适用范围不清

《民法典》第996条并未明确精神损害赔偿的适用范围，是否意味着任何类型合同，只要满足该条款规定的要件，就能够适用精神损害赔偿？对此，司法实践也存在一定的分歧。以旅客运输合同为例，样本案例中，多数法院认为旅客运输合同纠纷中，守约方可以依据《民法典》第996条主张精神损害赔偿责任，^{〔24〕}也有部分法院明确指出旅客运输合同纠纷不能适用《民法典》第996条。例如，在“刘某某与张家口通泰运输集团有限公司公路旅客运输合同纠纷案”^{〔25〕}中，法院认为《民法典》第996条虽然规定非违约方可以请求精神损害赔偿，但当事人订立合同应主要以实现精神利益为目的，例如遗体、骨灰等人格物保管合同，医疗（美容）服务合同，婚礼服务合同，旅游服务合同等，本案属于旅客运输合同纠纷，刘某某要求精神损害抚慰金没有法律依据。该法院将“主要以实现精神利益为目的”作为界定违约所致精神损害赔偿适用范围的标准，具有一定的合理性，但并不周延。旅客运输合同虽不是以实现精神利益为主要目的，但如果发生交通事故，将损害旅客的人身权利，也会导致旅客的精神利益受损，故以合同目的为《民法典》第996条的唯一适用标准并不周延。关于适用范围的问题，也有法院提出不同的见解。在“王某某等与台州朗高医养护理院有限公司服务合同纠纷案”^{〔26〕}中，法院则认为《民法典》第996条规定的精神损害赔偿适用于涉及人身权利或以精神利益满足为主要目的的合同，从而将与人身权利相关的养老服务合同纳入精神损害赔偿的适用范围。

三、违约精神损害赔偿的正当性证成

• 487 •

因违约所致精神损害可以在违约责任的体系之下予以救济，《民法典》第996条系真正的违约精神损害赔偿条款，守约方在违约之诉中主张违约精神损害赔偿具有充分的正当性，而无需绕道侵权之诉。

（一）精神损害赔偿并非专属于侵权责任

在违约责任与侵权责任的二元救济体系下，一般认为非财产损害赔偿只适用于侵权领域，而违约损害赔偿应限定为财产损害责任，不包括非财产损害责任。^{〔27〕}究其根源，在于传统理论认为精神损害赔偿通常由法律特别规定。^{〔28〕}《民法典》生效以前，我国有关精神损害赔偿的内容分布于《侵权责任法》、2001年3月10日实施的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（以下简称“《精神损害赔偿解释》”）等规范性文件之中。有关精神损害赔偿的规定基本都要求人身权益遭受侵害。故而，精神损害赔偿只适用于侵权之诉成为一般性的规则。《合同法》并未明确规定精神损害赔偿属于违约责任，在此背景之下，违约精神损害赔偿缺乏正当性，多数法院以此为由不支持守约方的精神损害赔偿诉求。例如，在“罗某某等与重庆中

〔24〕 参见湖南省邵阳市北塔区人民法院（2021）湘0511民初43号民事判决书。

〔25〕 参见河北省张家口市中级人民法院（2021）冀07民终1354号民事判决书。

〔26〕 参见浙江省台州市路桥区人民法院（2021）浙1004民初50号民事判决书。

〔27〕 参见尹志强：《论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围》，载《中国政法大学学报》2014年第6期。

〔28〕 参见柳经纬：《违约精神损害赔偿立法问题探讨——以〈民法典各分编（草案）〉第七百七十九条为对象》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2019年第7期。

国青年旅行社有限公司旅游合同纠纷案”^{〔29〕}中，法院认为精神损害赔偿属侵权之诉的赔偿范围，原告提起的系违约之诉，故不支持原告的精神损害赔偿诉求。在“叶某某与诸暨市长途汽车运输有限公司合同纠纷案”^{〔30〕}中，法院认为精神损害赔偿责任不属于违约民事责任，请求赔偿精神损害的前提是存在侵权行为，由于被告并不存在故意侵害原告生命权的情节，故而不支持原告的精神损害赔偿诉求。

在比较法上，2002年债法改革以前，《德国民法典》亦将非财产损害赔偿限于侵权领域。《德国民法典》原第253条明确规定：“损害为非物质上的损害时，仅在法律有规定的情形下，始得要求以金钱赔偿损害。”^{〔31〕}《德国民法典》原第847条则规定精神损害赔偿金适用于以下两种情形：其一，侵害身体或者健康，以及剥夺人身自由的情况；其二，对妇女犯有违反道德的犯罪行为或者不法行为，或者以欺诈、威胁或者滥用从属关系，诱使妇女允诺婚姻以外的同居的。^{〔32〕}从体系上看，该条位于《德国民法典》债法编的“侵权行为”之中。据此，精神损害赔偿只能在侵权之诉中主张。^{〔33〕}2002年债法改革之后，《德国民法典》原第847条被重新整合，并作为《德国民法典》第253条第2款。^{〔34〕}从体系上看，该条款位于《德国民法典》债法编的总则部分中，不仅适用于侵权领域，也适用于合同领域。故在侵权责任与违约责任竞合的情形下，守约方可以在违约之诉中直接主张精神损害赔偿的违约责任。《德国民法典》关于非财产损害赔偿制度的调整是一次历史性变革并具有划时代的意义。^{〔35〕}类似的，《墨西哥民法典》也规定，精神损害可以在所有类型的责任中获得赔偿，侵权者以及违约者都可能被要求进行金钱赔偿。^{〔36〕}

按照《合同法》第107条、第112条、第113条第1款的规定，违约方应赔偿守约方的损失，但上述条款所规定的损失应作何理解，存在较大争议。有的法院认为上述条款规定的损失仅指财产损失，不包括精神损失。^{〔37〕}事实上，从文义解释的角度来看，上述条款所规定的损失并未排除“精神损失”。相关释义也指出，这里的损失包括一方当事人违反合同给另一方当事人造成的财产等损失，但同时也列举了一个摄影冲印单位因丢失客户具有历史纪念意义的照片底片进而需要赔偿客户的精神创伤的案例。^{〔38〕}司法实践中，也不乏法院持相同立场。^{〔39〕}如“谭某某

〔29〕 参见重庆市渝中区人民法院（2019）渝0103民初1207号民事判决书。

〔30〕 参见浙江省诸暨市人民法院（2008）诸民二初字第724号民事判决书。

〔31〕 参见郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，法律出版社1999年版，第51页。

〔32〕 参见前引〔31〕，郑冲、贾红梅译书，第201页。

〔33〕 2002年以前，《德国民法典》第651f条第2款规定：“旅游无法进行或者明显受损害时，游客也可以因无益地使用休闲时间而要求以金钱作为适当赔偿。”参见前引〔31〕，郑冲、贾红梅译书，第158-159页。因此，旅游合同属于法律特别规定能够适用精神损害赔偿的情形。除此之外的其他类型合同均不得适用精神损害赔偿。

〔34〕 《德国民法典》第253条第2款规定：“因侵害身体、健康、自由或性的自主决定而须赔偿损害的，也可以因非财产损害而请求公平的金钱补偿。”参见陈卫佐译注：《德国民法典》（第5版），法律出版社2020年版，第95页。

〔35〕 参见韩赤风：《精神损害赔偿制度的划时代变革——〈德国民法典〉抚慰金条款的调整及其意义与启示》，载《比较法研究》2007年第2期。

〔36〕 See Vernon Valentine Palmer ed., *The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2015, p. 8.

〔37〕 参见四川省成都市锦江区人民法院（2018）川0104民初7837号民事判决书；湖北省荆门市中级人民法院（2021）鄂08民终361号民事判决书。

〔38〕 参见全国人大常委会法制工作委员会编：《中华人民共和国合同法释义》（第2版），法律出版社2009年版，第182、184页。

〔39〕 相关案例亦可参见广东省茂名市中级人民法院（2020）粤09民终1702号民事判决书。

与湘运集团有限责任公司茶陵客运分公司等公路旅客运输合同纠纷案”^{〔40〕}中,法院认为《合同法》第107条(《民法典》第577条)规定的赔偿损失并没有排除精神损害。《合同法》第113条第1款(《民法典》第584条)并未将违反合同所应赔偿的损失限定为物质损失,并没有排除违约精神损害赔偿。故而,法院支持原告的精神损害赔偿诉求。我国现行立法并未明确排除精神损害赔偿在合同法领域的适用。侵权责任法详细规定精神损害赔偿规则并不能当然推定精神损害赔偿不属于违约责任的范畴。“侵权责任不是精神损害赔偿请求权的唯一乐园,精神损害赔偿同样游弋于违约责任。”^{〔41〕}违约和侵权只是造成损害后果的不同原因,“这些范畴本身不应该被赋予处置性的意义,因为它们只不过是一种便利的、能将那些在受保护利益、受制裁行为和制裁措施方面具有共同特征的诉因集中在一起的阐释性工具”^{〔42〕},不能直接决定精神损害赔偿的有无。《民法典》第186条肯定人身权益遭受损害时,违约责任所具有的补救功能,故伴随人身权益损害所发生的精神损害也理应在违约责任的救济范围之内,如果违约责任将精神损害赔偿排除在外,是人为地设置障碍,也与违约损害赔偿的完全赔偿原则相悖。^{〔43〕}在民法体系内,同样受到精神损害,却因责任基础不同而结果各异,依侵权可获赔而依违约却无法获赔,有违民法公平正义的法律价值。^{〔44〕}

(二) 精神损害赔偿符合违约责任的“可预见性规则”

英美判例法通过1854年的Hadley v. Baxendale案^{〔45〕}确立了违约责任的可预见性规则。而在Addis v. Gramophone Co. Ltd.案^{〔46〕}中,英国判例法确立了违约精神损害不予赔偿的一般规则。美国和加拿大的一些法官也基于Hadley v. Baxendale案所确立的可预见性规则,认为精神损害赔偿在合同纠纷中不能获得支持,因为精神损害赔偿不可预见。^{〔47〕}我国《民法典》第584条确立了违约责任的可预见性标准,即从一般理性人视角观察某种违约行为是否通常、很可能地造成某种损害。^{〔48〕}精神损害赔偿是否满足违约责任所要求的可预见性标准,也存在分歧。有观点认为,违约所造成的精神损失是违约方在缔约时不可预见到的损失,也不是其应当预见到的因违约所造成的损失,因而不应该由违约方对该损失负赔偿责任。^{〔49〕}无论是在英联邦的普通法体系

• 489 •

〔40〕 参见湖南省株洲市茶陵县人民法院(2018)湘0224民初275号民事判决书。

〔41〕 杨显滨:《违约精神损害赔偿制度的中国式建构》,载《当代法学》2017年第1期,第116页。

〔42〕 〔澳〕凯恩:《侵权法解剖》,汪志刚译,北京大学出版社2010年版,第225页。

〔43〕 参见熊金才:《违约侵权责任之证成——以社会养老服务合同为视角》,载《河北法学》2020年第2期。

〔44〕 参见前引〔27〕,尹志强文。

〔45〕 该案的基本案情为:哈德利(Hadley)经营一家磨坊,由于磨面机的曲轴断裂,于是委托巴克森德(Baxendale)运营的航运公司将断裂的曲轴运送至原厂,以便以此仿制新轴。由于航运公司的疏忽导致曲轴延迟几日交付。因此,哈德利向巴克森德提出索赔,要求其赔偿因曲轴延迟交付而导致磨坊停业的利润损失。法院认为如果双方订立了合同,其中一方违约,则另一方因违约而应获得的损害赔偿应公平、合理地被认为是自然的,即按照事物通常的进程产生于此种违约本身,或者可能被合理地认为双方在订立合同时所考虑到的作为违约的可能后果。法院认为巴克森德不对磨坊的利润损失负责,因为他没有合理预见延迟的后果,哈德利也没有告知。See Hadley v. Baxendale, (1854) 9 Exch. 341.

〔46〕 See Addis v. Gramophone Co. Ltd., (1909) A. C. 488 (H. L.).

〔47〕 See Ronnie Cohen & Shannon O'Byrne, Cry Me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action—A North American Perspective, 42 American Business Law Journal 97, 97-98 (2005).

〔48〕 参见张红:《〈民法典(人格权编)〉一般规定的体系构建》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期。

〔49〕 参见王利明:《违约责任和侵权责任的区分标准》,载《法学》2002年第5期。

中，还是在苏格兰或法国的民事体系中，因违约产生的精神损害赔偿都可能受到远隔性检验^{〔50〕}（remoteness test）的限制。^{〔51〕}可预见性规则是合同法应当遵守的重要规则，但并非所有的精神损害赔偿都是对可预见性规则的违反，原因在于合同类型具有多样性和复杂性，当合同履行关乎当事人的精神利益时，违约方可以在订立合同之时合理预见到违约行为可能造成的精神损害。^{〔52〕}可预见性规则根本不能成为反对违约精神损害赔偿的理由，反而是肯定的理由之一。^{〔53〕}

四、违约精神损害赔偿的适用要件

《民法典》第996条规定了违约精神损害赔偿的适用要件，但部分要件与违约精神损害赔偿制度设立的目的不符。鉴于该类型责任的目的在于救济因违约行为遭受精神损害的当事人，故现行法规定的违约精神损害赔偿适用要件应作适当调整，以契合制度设立的本质目的。

（一）《民法典》第996条规定的实然适用要件

按照前文归纳的《民法典》第996条关于违约精神损害赔偿的适用要件，守约方人格权遭受侵害是其请求违约精神损害赔偿的重要前提。结合《民法典》第990条之规定，《民法典》人格权编所保护的对象并不局限于生命权、隐私权等具备具体“名称”的人格权，也保护具体人格权之外的人格权益。虽然《民法典》第996条规定的条件是“损害守约方的人格权”，但可以扩大理解为“损害守约方的人格权益”。例如，《民法典》人格权编（草案征求意见稿）（2018年3月15日稿）第12条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权益造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，有权要求精神损害赔偿。”^{〔54〕}该版本草案最初采用的是“人格权益”的表述，或许是基于“人格权益”的表述与《民法典》人格权编的“编名”不符，之后的版本在第一章“一般规定”的多个条款中均采用“人格权”的表述。从《民法典》人格权编所保护的对象来看，可以将《民法典》第996条规定的“人格权”理解为范围更广的“人格权益”。^{〔55〕}因此，守约方在请求违约方承担精神损害赔偿之时，需要证明违约方的违约行为损害守约方的人格权益，除了生命权、隐私权等具体人格权，亦包括个人信息等具体人格权益以及一般人格权益。当然，该限制是否具有合理性，有待商榷。

（二）违约精神损害赔偿适用要件的应然调整：不以“损害守约方人格权”为前提

《民法典》第996条之所以将“人格权遭受侵害”作为违约精神损害赔偿适用的要件，在于

〔50〕“损害的远隔性”是英国法律使用的一项法律测试，以决定因违反合同或违反义务而造成的哪类损失应由被告赔偿。允诺人被默认为只对违反有关允诺的通常后果承担责任。如果允诺人知道（已被告知）如果他不履行合同，将会产生一种特殊的和不寻常的损害，并且没有获得另一方的免除或限制责任的同意，他将被视为默示地承担了这种损害的责任。参见前引〔36〕，Vernon Valentine Palmer主编书，第185页。

〔51〕 See Nelson Enonchong, Breach of Contract and Damages for Mental Distress, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 617, 638-639 (1996).

〔52〕 参见前引〔9〕，刘小璇文。

〔53〕 参见前引〔27〕，尹志强文。

〔54〕 参见何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览（增订本）续编》，北京大学出版社2020年版，第187页。

〔55〕《民法典》生效后审结的案件中，也有法院明确将《民法典》第996条规定的“人格权”解释为“人格权益”。参见辽宁省抚顺市望花区人民法院（2021）辽0404民初1400号民事判决书。

传统理论认为精神损害一般产生于人格权遭受侵害的场合。^{〔56〕}《德国民法典》第253条所规定的“非财产损害赔偿”也是以身体、健康、自由和性的自主决定受侵害为适用前提，亦强调人格权益遭受侵害。该条款所规定的严格标准实际上排除了基于纯粹的痛苦、悲伤或者心理伤害的赔偿，例如未能按时交付婚纱的情形很少会上升到健康损害的程度。^{〔57〕}从《民法典》生效后审结的案件来看，法院在适用《民法典》第996条做出裁判时，并未都要求违约方的人格权遭受侵害。

同为精神损害赔偿条款，为何《民法典》第996条与《民法典》第1183条之间在适用要件方面存在如此差别？《民法典》第996条只适用于侵害违约方人格权的情形，而《民法典》第1183条则较为全面地列举受损害方有权请求精神损害赔偿的情形。笔者认为主要原因在于《民法典》第996条位于《民法典》人格权编第一章“一般规定”，属于《民法典》人格权编的“总则性规定”，所以必须围绕“人格权”进行具体的条款设计。^{〔58〕}如果直接规定身份权益以及具有人身意义的特定物，显然与人格权编不符，也必然造成体系的混乱。鉴于《民法典》第996条的限制过于严格，应该予以目的性的扩张解释，使之包括《民法典》第1183条所提到的人身权益以及具有人身意义的特定物。^{〔59〕}也有学者指出，我国《民法典》强调民事责任概念，并以“侵权责任”为最后一编，故侵权责任规范在民法上应有更高价值，在其他编责任规范不足时可提供参照，故违约精神损害赔偿还可准用《民法典》侵权责任编第二章有关规定。^{〔60〕}因为我国《民法典》并未采取《德国民法典》的体例设计，即并未设立统一的“债编”，而是采取“合同编”和“侵权责任编”并列的立法设计，所以未能在立法层面明确规定适用于合同领域和侵权领域的损害赔偿一般规则。损害赔偿规则是合同领域的重要规则，既然《民法典》侵权责任编规定了损害赔偿的一般规则，理应允许适用于合同领域。

• 491 •

首先，《民法典》第996条并未直接规定身份权益遭受侵害也可以请求违约精神损害赔偿，但按照《民法典》第1001条的规定，在特定情形下，身份权利保护可以参照适用《民法典》人格权编的相关规定，故当违约方的违约行为侵害违约方的身份权益时，违约方也可以依据《民法典》第996条请求精神损害赔偿。例如，司法实践中存在不少涉及“夫妻忠诚协议”的案例，亦有当事人基于双方签订的夫妻忠诚协议提出精神损害赔偿的诉求。^{〔61〕}此类案件是否可以适用《民法典》第996条，取决于夫妻忠诚协议是否具有合同效力。按照《民法典》第464条第2款的规定，与婚姻有关的身份关系协议，如果没有相关法律规定，可以根据其性质参照适用合同编的规定。我国现行法律并未明确规定夫妻忠诚协议的效力。夫妻忠诚协议属于身份关系协议，可

〔56〕 参见王利明：《人格权法》，中国人民大学出版社2009年版，第334页。

〔57〕 参见前引〔36〕，Vernon Valentine Palmer主编书，第106页。

〔58〕 柳经纬教授认为：“在民法典合同编规定违约精神损害赔偿，较之在人格权编规定违约精神损害赔偿，更符合民法典内在体系的要求。”前引〔28〕，柳经纬文，第59页。笔者赞同此种观点。如在合同编规定违约精神损害赔偿，既可以构建涵盖财产损害赔偿与精神损害赔偿的违约损害赔偿框架，也可与侵权责任编所规定的精神损害赔偿（《民法典》第1183条）一同构建起完整的二元精神损害赔偿框架，较为合理。

〔59〕 参见前引〔10〕，薛军文。

〔60〕 参见张红：《中国七编制〈民法典〉中统一损害概念之证成》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2021年第1期。

〔61〕 参见上海市黄浦区人民法院（2011）黄民一（民）初字第2838号民事判决书。

以参照适用《民法典》合同编的相关规定，将其视为一种合同。只要夫妻忠诚协议满足合同生效的诸要件，就具有法律效力。当夫妻一方违反夫妻忠诚协议时，另一方可以基于该协议请求违约精神损害赔偿。

其次，一般来说，单纯侵害物权性质的财产权益或者纯粹经济利益、知识产权的财产权益部分，不会导致受害人的精神损害，即使受害人提出这样的主张，法院也不宜支持，^{〔62〕}但具有人格象征意义的特定纪念物品遭受侵害可能产生严重精神损害。《精神损害赔偿解释》第4条规定，具有人格象征意义的特定纪念物品永久性灭失或者毁损，物品所有人可以主张精神损害赔偿。《民法典》第1183条在承继《侵权责任法》第22条的基础之上，吸纳《精神损害赔偿解释》第4条的规定，扩大精神损害赔偿的适用范围。《民法典》第1183条第2款规定：“因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。”因此，精神损害赔偿的适用条件首次在民事基本法层面从“人身权益遭受侵害”扩张至“具有人身意义的特定物遭受侵害”。而且，规定“人身权益遭受侵害”的《民法典》第1183条第1款与规定“具有人身意义的特定物遭受侵害”的《民法典》第1183条第2款，二者之间属于并列关系，故不能将《民法典》第1183条第2款规定的情形扩张解释为“具有人身意义的特定物遭受侵害”并导致自然人的人身权益遭受侵害。例如，在“陈某、李某与刘某某合同纠纷案”^{〔63〕}中，被告刘某某为原告陈某、李某提供婚庆服务，后被告向二原告交付的婚礼录像不能正常播放，无法正常回放二原告婚礼的完整过程，原告主张精神损害赔偿。法院认为被告未向二原告交付完整清晰的婚礼录像视频，导致二原告无法回顾自己的婚礼过程，婚礼情景无法再现，侵害了二原告的一般人格权益，判决被告赔偿原告精神损害抚慰金5000元。本案属于“具有人身意义的特定物遭受侵害”所引发的精神损害赔偿，但法院最终却是基于“一般人格权益遭受侵害”支持原告的精神损害赔偿诉求。此种裁判思路显然是受《民法典》第996条“人格权遭受侵害”要件的影响。相比之下，在“何某某、陈某某与阆中市时尚婚纱婚礼摄影部服务合同纠纷案”^{〔64〕}中，被告阆中市时尚婚纱婚礼摄影部为原告何某某、陈某某提供婚庆摄影服务，约定被告应当就原告婚礼进行摄影并保存好影像资料，交付给原告。之后，因为被告未将视频资料邮寄给原告，且被告无留存的影像资料，原告要求被告承担精神损害赔偿责任。法院认为，婚礼摄影影像资料对于二原告来说属于特定的纪念物品，具有人格象征意义，影像资料的灭失或损毁一定程度上侵害了二原告对结婚典礼享有美好回忆的特定纪念权利，判决被告承担8000元的精神损害赔偿责任。该案法院只是认同“婚礼摄影影像资料”具有人格象征意义，并未上升到侵害原告的人身权益层次，实值赞同。

最后，虽然“人身权益、具有人身意义的特定物侵害”能够涵盖大部分的违约精神损害赔偿情形，但司法实践当中存在人身权益、具有人身意义的特定物侵害所无法囊括的产生严重精神损害的情形。例如，在上文所提及的“龚某某、王某某等与宁波市鄞州琪腾文化传媒有限公司服务合同纠纷案”中，被告将新娘的名字打错等违约行为确实给原告造成一定的精神损害，但原告的

〔62〕 参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第57-58页。

〔63〕 参见辽宁省葫芦岛市绥中县人民法院（2021）辽1421民初1405号民事判决书。

〔64〕 参见四川省阆中市人民法院（2021）川1381民初1111号民事判决书。

人身权益并未受损,亦不存在具有人身意义的特定物,故需要设置兜底条款,以涵盖应当救济的其他情形。违约精神损害赔偿属于一种违约责任,而非侵权责任,这也意味着违约精神损害赔偿的适用不应比照侵权责任的要求,无需以侵害守约方人格权为前提,如此方与违约精神损害赔偿的责任性质相契合,也有助于充分救济守约方的精神损害。

五、违约精神损害赔偿的适用范围

虽然《民法典》第 996 条并未明确规定违约精神损害赔偿的适用范围,但作为一种违约责任,违约精神损害赔偿的适用必须满足可预见性规则。同时,鉴于可预见性规则的理解存在较强的主观性,应不断积累司法实践经验,归纳常见的适用案件类型,以求法院判决的确定性和法官自由裁量的适当限制。^[65] 本文基于样本案例,归纳违约精神损害赔偿适用的常见案件类型,并以可预见性规则作为核心标准,合理地确定违约精神损害赔偿的适用范围。

(一) 合同目的与当事人精神利益紧密相关

如果一方当事人缔结合同的主要目的是获得精神利益的满足,那么另一方当事人在缔约之时可以预见到自己违约可能导致对方遭受精神损害。以旅游服务合同为例,旅游者与旅游服务经营者签订旅游服务合同的主要目的在于通过参与旅游活动获得精神上的享受。如果旅游服务经营者违约并导致旅游者的旅游计划受阻或者不能圆满施行,显然会对旅游者的精神利益造成一定的损害。旅游服务经营者长期从事旅游服务行业,在缔结旅游服务合同之时理应预见到此种精神损害后果。在样本案例中,有 16 个案例的案由为旅游服务合同纠纷,法院均依据《民法典》第 996 条支持旅游者的精神损害赔偿诉求。又比如,婚礼庆典对于当事人来说不可重复,所以婚庆服务公司在与婚礼当事人缔结婚庆服务合同之时应当预见到婚礼的不圆满会对婚礼当事人造成一定的精神损害。例如,在“叶某某、刘某某与四川墨晟文化传播有限公司服务合同纠纷案”^[66]中,原告叶某某、刘某某与被告墨晟公司签订《婚礼服务合同》,被告摄影师的工作疏忽导致无法制作婚礼全程录像光盘交付原告。法院认为被告作为专业婚庆服务公司,在订立合同时能预见到其违约行为会给原告造成精神损害,原告要求被告赔偿原告的精神损失符合违约责任的预见性原则。在样本案例中,有 10 个案例的案由为婚庆服务合同纠纷,法院亦依据《民法典》第 996 条支持原告的精神损害赔偿诉求。在英美法系国家,与婚礼相关的合同纠纷案件,也普遍支持精神损害赔偿。例如,在 Baillargeon v. Zampano 案^[67]中,被告违反约定,未能为原告提供婚礼拍摄服务。法院认为被告的行为导致原告遭受情感痛苦,支持原告的精神损害赔偿诉求。在 Diesen v. Samson 案^[68]中,一位同意在婚礼上拍照的摄影师未在婚礼上出现。法院认为婚礼照片有助于新郎和新娘回忆幸福时刻并带来愉悦。由于摄影师的违约,新郎和新娘已然无法享有这种感觉,故要求摄影师承担损害赔偿责任。

• 493 •

[65] 参见叶金强:《论违约导致的精神损害的赔偿》,载《安徽大学法律评论》2002 年第 2 期。

[66] 参见四川省绵阳市中级人民法院(2015)绵民终字第 1970 号民事判决书。

[67] See Baillargeon v. Zampano, NO. CV90-0308672 (S), 1995 Conn. Super. LEXIS 3275.

[68] See Diesen v. Samson, (1971) S. L. T. 49 (Sh. Ct.).

（二）合同标的物具有情感价值

如果合同标的物具有一定的情感价值，且违约方在缔约时对此能够合理预见，那么因违约行为导致该标的物毁损或者灭失时，应赔偿守约方的精神损害。例如，在“何某某等与马某某服务合同纠纷案”^{〔69〕}中，何某某、赵某在其亲属去世后租用马某某的水晶棺，马某某跟随何某某、赵某将遗体装进棺材并将遗体运送至何某某、赵某住处。之后，何某某、赵某亲属的遗体出现了异味。法院认为马某某的行为给何某某、赵某造成了精神上的痛苦，应当向何某某、赵某支付精神抚慰金。在 *Mason v. Westside Cemeteries Ltd.* 案^{〔70〕}中，被告丢失原告父母的骨灰。法院认为被告一定已经考虑到丢失原告父母的骨灰会导致他精神上的痛苦，故而支持原告的精神损害赔偿诉求。

有争议的是，以宠物为标的物的合同产生的纠纷可否适用精神损害赔偿。我国法院一般不支持此类案件的精神损害赔偿。例如，在“肖某某、田某某与郑州市郑东新区康诚宠物医院保管合同纠纷案”^{〔71〕}中，原告肖某某、田某某将其饲养的泰迪犬送至被告郑州市郑东新区康诚宠物医院处，交给工作人员看管。原告离开后，宠物犬丢失，原告就此主张精神损害赔偿。法院认为原告主张的精神损害抚慰金于法无据，不予支持。^{〔72〕}当然，也有少数法院支持此类案件的精神损害赔偿诉求。如“董某某与张店贝合宠物服务部服务合同纠纷案”^{〔73〕}中，被告张店贝合宠物服务部将原告董某某的比熊犬丢失，法院依据《民法典》第 996 条判定被告赔偿原告精神损失费 1500 元。宠物的一个“宠”字，显示出主人所耗费的心力和倾注的情感。宠物身上承载着主人的精神利益，当宠物受到侵害时，主人将蒙受巨大的精神痛苦。^{〔74〕}国外有不少判例在宠物遭受侵害的情形下支持主人提出的精神损害赔偿诉求。例如，在 *Newell v. Canadian Pacific Airlines Ltd.* 案^{〔75〕}中，被告违反安全运送宠物狗的合同，导致原告的一只宠物狗在被告飞机的货舱中死亡，另一只重伤。法院认为，从原告对宠物狗的安全与健康的明显关切来看，被告很清楚如果它们发生任何事情，可能会导致原告的烦恼、沮丧和痛苦，这是被告可合理预见的后果，故支持原告的精神损害赔偿诉求。宠物对于主人而言具有一定的情感价值，因而在以宠物为标的物的合同中，违约方在缔约之时应合理预见到宠物的健康受损、死亡或者丢失等情形会导致主人的精神损害，故应承担相应的精神损害赔偿责任。

（三）合同与人身安全密切相关

在与人身安全密切相关的合同关系中，提供服务的一方当事人也可以合理预见到另一方当事人人身权利受损时，将产生精神损害。例如，运输合同虽不以实现旅客精神利益为主要目的，但如果承运人在履行合同过程中造成旅客人身权利受损，将同时给旅客带来精神痛苦。作为长期从事旅客运输的承运人对此能够合理预见。在样本案例中，有 80 个案例的案由为运输合同纠纷，其中有 77 个案例依据《民法典》第 996 条支持原告的精神损害赔偿诉求。在“许某某与湖南省衡阳汽车运输

〔69〕 参见新疆维吾尔自治区巴音郭楞蒙古自治州中级人民法院（2016）新 28 民终 2262 号民事判决书。

〔70〕 See *Mason v. Westside Cemeteries Ltd.*, (1996) O. J. No. 1387 (Ont. Gen. Div.).

〔71〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2016）豫 01 民终 12738 号民事判决书。

〔72〕 类似案例参见重庆市第三中级人民法院（2021）渝 03 民终 362 号民事判决书。

〔73〕 参见山东省淄博市张店区人民法院（2022）鲁 0303 民初 1132 号民事判决书。

〔74〕 参见易继明、周琼：《论具有人格利益的财产》，载《法学研究》2008 年第 1 期。

〔75〕 See *Newell v. Canadian Pacific Airlines Ltd.*, (1976) 14 O. R. (2d) 752 (Co. Ct.).

集团有限公司、中国人民财产保险股份有限公司衡阳市分公司公路旅客运输合同纠纷案”〔76〕中，法院认为客运合同的履行关乎当事人的人身安全，违约方在订立合同时应当可以预见到，其违约行为将不但造成当事人的人身损害，同时也将造成精神损害，精神损害也是蒙受损失的一部分。医疗（美容）服务合同、养老服务合同也与人身安全紧密相关。如果医疗服务机构存在违反合同的行为，并导致患者人身权利受损，也应该承担精神损害赔偿赔偿责任。在样本案例中，有10个案例的案由为医疗（美容）服务合同纠纷，其中有9个案例依据《民法典》第996条支持原告的精神损害赔偿诉求。例如，在“姚某某与洛阳市瀍河区秀秀涵美美容院合同纠纷案”〔77〕中，原告姚某某到被告秀秀涵美美容院进行洗眉和祛斑，因被告在原告面部使用成分不明的药水，造成原告面部损害，故原告主张精神损害赔偿。法院依据《民法典》第996条判决被告承担900元的精神损害抚慰金。如果养老服务机构未尽到充分的注意义务和安全保障义务，导致老人人身权利遭受损害，应承担精神损害赔偿赔偿责任。在样本案例中，有9个案例的案由为养老服务合同纠纷，法院均依据《民法典》第996条支持原告的精神损害赔偿诉求。在“蔡某某与山东擎天医养集团有限公司龙垌医护养老中心服务合同纠纷案”〔78〕中，被告龙垌医护养老中心未尽护理义务，导致原告蔡某某健康权受损，法院依据《民法典》第996条判决被告承担3000元的精神损害赔偿赔偿责任。

（四）小结

在202个样本案例中，169个案例的案由为合同纠纷，其中以运输合同纠纷（80个）、旅游服务合同纠纷（16个）、婚庆服务合同纠纷（10个）、医疗（美容）服务合同纠纷（10个）、养老服务合同纠纷（9个）为主，共计125个案例，且只有4个案例未支持原告的精神损害赔偿诉求。〔79〕除此之外，还有44个案例涉及其他类型合同纠纷，涵盖网络服务合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、装饰装修合同纠纷等类型，仅有5个案例支持原告的精神损害赔偿诉求。这5个案例也可以纳入上述三类适用违约精神损害赔偿的常见情形。〔80〕虽然《民法典》第996条未明确限定违约精神损害赔偿适用的合同类型，但是司法实践中违约精神损害赔偿主要适用于运输合同、旅游服务合同等合同类型，同时，法院主要从“合同目的与当事人精神利益紧密相关”“合同标的物具有情感价值”“合同与人身安全密切相关”三个维度综合考量其他具体合同是否适用违约精神损害赔偿。上述三种情形只是基于司法实践经验的归纳，是能够适用违约精神损害赔偿最为常见的情形，也是法院在判断具体合同所引发的精神损害是否具有可预见性的重要考量标准，但并不意味着违约精神损害赔偿仅适用于上述三种情形。在具体个案中，仍应以可预见性为基本标准，以一般理性人的视角判断具体合同纠纷是否应适用违约精神损害赔偿。

• 495 •

〔76〕 参见湖南省衡阳市衡东县人民法院（2020）湘0424民初804号民事判决书。

〔77〕 参见河南省洛阳市瀍河区人民法院（2021）豫0304民初198号民事判决书。

〔78〕 参见山东省菏泽市中级人民法院（2021）鲁17民终2598号民事判决书。

〔79〕 运输合同纠纷、旅游服务合同纠纷、婚庆服务合同纠纷、医疗（美容）服务合同纠纷、养老服务合同纠纷案件中支持守约方精神损害赔偿诉求的比例分别为96.25%、100%、100%、90%、100%。

〔80〕 参见辽宁省抚顺市中级人民法院（2021）辽04民终3690号民事判决书；湖南省益阳市中级人民法院（2022）湘09民终129号民事判决书；山东省淄博市张店区人民法院（2022）鲁0303民初1132号民事判决书；辽宁省鞍山市中级人民法院（2021）辽03民终4634号民事判决书；天津市东丽区人民法院（2021）津0110民初3935号民事判决书。

六、结 语

违约精神损害赔偿系长期困扰理论与实务界的重要问题。《民法典》第 996 条的出台某种程度上有助于解决这个问题，但相关概念的语焉不详引发了更多的歧义与争论，并导致该条款的司法适用面临诸多难题。我国应直接承认违约精神损害赔偿的正当性，明确精神损害亦属于违约责任救济的范围，由此，违约责任与侵权责任所救济的损害类型便无二致，均包括精神损害和财产损失，以构建完整的“违约损害赔偿”与“侵权损害赔偿”的二元损害赔偿体系。在《民法典》实施背景下，应从解释学的角度阐释违约精神损害赔偿的具体适用要件，通过对相关司法案例的考察与总结，进一步明确裁判规则，构建更为完善的违约精神损害赔偿制度。

Abstract: Article 996 of the Civil Code is a genuine clause on compensation for mental damages for breach of contract, which is a liability for breach of contract, and the non-breaching party may claim compensation for mental damages directly in the action for breach of contract, instead of bypassing the action for tort. The compensation for mental damages for breach of contract should not be based on the violation of the personality rights of the non-breaching party, but should be extended to other situations that may lead to damage to the mental interests of the parties to the contract. The type of contract to which compensation for mental damages for breach of contract apply should be judged by testing for predictability, and the court should judge whether the specific contract disputes could be applied to compensation for mental damages for breach of contract in three dimensions, namely, the close relation between the purpose of the contract and the mental interests of the parties, the emotional value embodied in the subject matter of the contract, and the close relation between the contract and personal safety.

Key Words: compensation for mental damages for breach of contract, liability for breach of contract, mental interests, personality rights

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

敏感个人信息的界定及其完善

莫琳*

内容提要：敏感个人信息的界定是我国《个人信息保护法》的重要内容。因为比非敏感个人信息更能反映和影响个人信息主体的重大利益，《个人信息保护法》对敏感个人信息采用更为严格的保护制度。《个人信息保护法》第 28 条第 1 款对敏感个人信息的界定采取客观风险标准。在法学视角下，“敏感”与“高度损害风险”相关联，敏感个人信息处理的损害风险程度较高。损害风险可以单独或同时来源于个人信息内容的固有性、个人信息被非法使用时的工具性以及非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性。《个人信息保护法》对敏感个人信息的界定尚不能涵盖所有损害风险来源，应在第 28 条第 1 款的基础上辅以场景化路径界定敏感个人信息，具体以个人信息是否揭示或关联敏感内容、受损害主体是否包括其他关联利益人为客观考虑因素。

关键词：个人信息保护法 敏感个人信息 损害风险 场景一致性理论

• 497 •

一、引言

2021 年 8 月 20 日，我国在个人信息保护领域的专门立法《个人信息保护法》出台，明确将个人信息分为敏感个人信息和非敏感个人信息。由于敏感个人信息比非敏感个人信息更能反映和影响个人信息主体的重大利益，且与个人人身、财产权利的联系更为密切，敏感个人信息在一般个人信息处理规则的基础上，适用更为严格的保护制度。《个人信息保护法》在第二章中设专节规定敏感个人信息的处理规则，主要包括：个人信息处理者处理敏感个人信息的前提条件为“具有特定目的+充分必要性+采取严格保护措施”（第 28 条第 2 款）；应当取得个人的单独同意或是书面同意（第 29 条）；处理不满 14 周岁未成年人个人信息应当取得其父母或者监护人的同意，

* 莫琳，暨南大学法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“国际法与国内法视野下的跨境电子商务建设研究”（17ZDA141）的阶段性成果。

并为此制定专门规则（第31条）；应当遵守法律、行政法规规定的其他限制条件（第32条）。个人信息处理者处理敏感个人信息的义务还包括必须进行事前影响评估（第55条）。纵观不同法域的理论基础、立法情况以及行业规范，敏感个人信息保护规则存在的意义在于，防范其处理过程中极易产生的高度损害风险。敏感个人信息处理规则是我国《个人信息保护法》的重要内容之一，给予敏感个人信息特殊保护的做法与世界主流个人信息保护立法规则保持一致，标志着我国从制度上保证了个人信息保护体系的完善，为信息化社会中新型经济的有序发展提供了坚强有力的保障。

敏感个人信息特殊保护的首要问题应聚焦于如何界定敏感个人信息。《个人信息保护法》对此采取了“抽象概括+非穷尽式列举”的界定方式。“概括”涉及法律如何给出概念（即下定义），“列举”涉及行为如何罗列。^{〔1〕}其第28条第1款规定，敏感个人信息是指“一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息”。此为在法律规范中抽象界定敏感个人信息的内涵和外延，给予综合性定义，并明确列举敏感个人信息的非穷尽性示例。列举类型既依据信息内容，又以年龄为划分界限。该款规定凸显了我国当下急需保护的敏感个人信息类型，具备实践上的指引性，该表述也为未来技术与商业模式变化所可能出现的新型敏感个人信息预留了一定空间。

我国《个人信息保护法》中的“敏感”一词已完成由日常语境向法律语境的含义转化，但敏感个人信息的界定依然存在边界模糊的争议，尚不能涵盖所有损害风险来源。虽体现了敏感个人信息损害风险来源中的个人信息内容的固有性和个人信息被非法使用时的工具性，但却忽略了非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性，难以及时跟上未来个人信息保护进程。因此，有必要进一步完善敏感个人信息的界定，以场景化路径丰富敏感个人信息的界定视角。本文首先深度剖析敏感个人信息的内涵，解释“敏感”一词在法律语境中的含义转化，对敏感个人信息的高度损害风险进行类型化分析。其次，基于损害风险来源检视我国《个人信息保护法》第28条第1款，进而结合场景一致性理论框架论述其在敏感个人信息方面的应用考量。最后，为推动我国构建多层次敏感个人信息保护体系而提出彰显时代性的敏感个人信息界定的完善建议。

二、敏感个人信息的内涵界定

（一）“敏感”一词在法律语境中的含义转化

如何理解法律语境中的“敏感”一词，是明确界定敏感个人信息内涵的首要前提。“敏感”在日常语境下具有较强主观性，通常用来表示个人的强烈感官输入。在心理学领域，敏感通常与焦虑等情绪相生相伴。“焦虑敏感性”是指应激事件使个体产生的担心、恐惧等情绪，是个体身上的一种稳定人格特质。^{〔2〕}“感觉加工敏感程度”（sensory processing sensitivity，简称SPS）

〔1〕 参见谢晓尧：《法律文本组织技术的方法危机——反思“互联网专条”》，载《交大法学》2021年第3期。

〔2〕 参见杜艳玲、郎红娟、高丽、贺世喆、曹宝花：《军人焦虑敏感与心理应激关系及心理弹性中介作用的研究》，载《华南国防医学杂志》2021年第2期。

被描述为一种由遗传决定的气质或人格特征，能够反映个体中枢神经系统敏感程度的增加以及个体对身体、社会 and 情绪刺激的深层次认知加工。^{〔3〕}敏感情绪是一种“感官防御”（sensory defensiveness），与自身的经历、经验和行为有密切关系。^{〔4〕}由于心理学上的个体敏感程度高低极具差异，“敏感”一词在法律语境中的含义需进行转化理解，不能直接以日常语义理解敏感个人信息。显然，敏感个人信息并非单纯指代“令个人产生敏感情绪的个人信息”。否则，无异于将界定敏感个人信息的决定权完全交由个人信息主体，缺乏明确标准。因此，在法学视角下，“敏感”与“高度损害风险”相关联，意味着处理敏感个人信息而产生的损害风险程度较高。通过剖析我国《个人信息保护法》第28条第1款的内在逻辑可知，界定敏感个人信息采取客观风险标准。正是由于敏感个人信息处理往往伴随着高度损害风险，才值得法律对其严格保护。

世界主流国家的敏感个人信息保护理论和实践，都基本完成了对“敏感”一词在法律语境中的含义转化。美欧信息隐私法认为敏感个人信息往往与更大的风险相关联，因此，对敏感个人信息处理进行风险评估是必不可少的步骤。^{〔5〕}在个人信息保护中，风险评估具有重要意义。^{〔6〕}根据美国法律，处理敏感个人信息被认为是高风险行为。21世纪初，美国《关于执行电子政府法案的指南》（Guidance on Implementing the E-Government Act）就已指出，考虑到个人健康和财务信息的隐私风险增强，要求监管机构在处理个人健康和财务信息前对其进行隐私风险影响评估。欧盟《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称GDPR）以个人信息的性质为基石，在其条款中指出，敏感个人信息值得法律特别保护的基本理由在于，敏感个人信息在具体处理场景下可能会对个人基本权利和自由造成重大风险。^{〔7〕}即敏感个人信息是其处理可能给基础权利和自由带来高度损害风险的一类个人信息。

“敏感”一词的法律化过程虽弱化了其主观性，但并非完全摒弃个人信息主体的内在感受。界定敏感个人信息离不开社会公众基于一般经验和生活常识的整体性价值认可。^{〔8〕}法律依然需要考虑社会公众在具体场景下对个人信息敏感与否的认可程度，而非指个案中单一个体信息主体的纯粹心理情绪。保罗·欧姆（Paul Ohm）评估某一个人信息是否敏感时指出，需要考虑处理该个人信息的风险是否反映了多数主体的利益。^{〔9〕}有学者对比多个国家和地区的隐私保护法律后发现，法律规范已列举的敏感个人信息类型获得社会公众的较高认可。^{〔10〕}受区域历史文化、道德观念等多方面因素的影响，大多数国家和地区都认可医疗健康信息是敏感个人信息。其来源

〔3〕 See E. N. Aron, A. Aron & J. Jagiellowicz, Sensory Processing Sensitivity: A Review in The Light of The Evolution of Biological Responsivity, 16 (3) *Personality and Social Psychology Review* 262 (2012).

〔4〕 See Sofie Boterberg & Petra Warreyn, Making Sense of it All: The Impact of Sensory Processing Sensitivity on Daily Functioning of Children, 92 *Personality and Individual Differences* 80, 81 (2016).

〔5〕 See Muge Fazlioglu, Beyond the “Nature” of Data: Obstacles to Protecting Sensitive Information in the European Union and the United States, 46 (2) *Fordham Urban Law Journal* 271, 306 (2019).

〔6〕 参见刘颖：《我国〈个人信息保护法〉中的“守门人”条款》，载《北方法学》2021年第6期。

〔7〕 See General Data Protection Regulation, Recital 51.

〔8〕 See Karen McCullagh, Data Sensitivity: Proposals for Resolving the Conundrum, 2 (4) *Journal of International Commercial Law and Technology* 190 (2007).

〔9〕 See Paul Ohm, Sensitive Information, 88 (5) *Southern California Law Review* 1125, 1155 (2015).

〔10〕 参见王敏：《敏感数据的定义模型与现实悖论：基于92个国家隐私相关法规以及200个数据泄露案例的分析》，载《新闻界》2017年第6期。

于个人信息主体在医疗、健康、卫生领域的社会活动,不仅是反映个人人格权益的信息载体,还是具有公共属性的社会工具。^{〔11〕}这反映了社会公众对某类个人信息是否敏感存在着合理期待,具有不希望其被泄露和非法使用的诉求。^{〔12〕}因此,在具体场景中判断敏感个人信息是否符合社会公众的合理期待,应是法律所允许的合理考虑。

(二) 敏感个人信息的高度损害风险

1. 损害的类型

敏感个人信息的高度损害风险不只是带来主观上的人格损害,即个人信息一旦被泄露或者被非法使用给个人信息主体造成的消极感受,还包括在客观上造成的人身损害和财产损害。第一,人格损害关乎个人基本权利与自由,如侮辱、羞耻以及遭受歧视性待遇等强烈主观性不适带来的精神损害。敏感个人信息的损害风险类型已从传统的识别型向歧视型、控制型扩散。^{〔13〕}与非敏感个人信息相比,敏感个人信息更容易导致人格损害已在国际立法层面形成共识。1981年,欧洲理事会公布的《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》(Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data,简称108公约)特别指出,数据处理应采取保障措施防止敏感个人信息对个人信息主体的利益、权利和基本自由可能造成的风险,特别是造成歧视的风险。同时,反对任何形式的歧视行为也是联合国人权保护的重要内容。比如,未经本人同意透露一个人的遗传信息可能会使其在就业、保险、教育和社会生活的其他领域受到歧视。^{〔14〕}“保障人权”和“守护人类尊严”等全球性伦理准则共同为保护敏感个人信息以防范人格损害提供了理论支撑。因此,宗教信仰、医疗健康以及特定身份等敏感个人信息被多数国家的个人信息保护立法所认可,并为不同国家的社会公众所普遍珍视。

第二,人身损害是指敏感个人信息的不当处理可能危及个人人身安全。涉及保障人身安全的敏感个人信息包括身份证件号码、电话号码、电子邮件地址、家庭和工作地址以及实时位置等信息。这些敏感个人信息的损害风险来源于,其能够高度识别个人身份并与个人人身安全相关联。一旦泄露极易被不法使用,容易导致个人信息主体遭受人身损害。

第三,财产损害指的是经济价值损失,包括财产实际损失和期待利益损失。例如,作为敏感个人信息的金融财务信息往往容易导致可以衡量的经济损害。支付宝平台中的花呗、芝麻信用等信贷产品改变了许多人的消费习惯。我国法院在案件处理过程中意识到,金融服务行业涉及诸多敏感个人信息类型,与公民的资金安全直接相关,若处理不当可能引发金融风险。^{〔15〕}我国司法实践中已有不少案例表明,处理贷款情况、征信报告、银行流水账单等个人信息具有高度损害风

〔11〕 参见莫琳:《公共卫生安全视角下医疗健康个人信息的保护与限制》,载《电子知识产权》2022年第5期。

〔12〕 参见吴标兵、许和隆:《个人信息的边界、敏感度与中心度研究——基于专家和公众认知的数据分析》,载《南京邮电大学学报(社会科学版)》2018年第5期。

〔13〕 参见宁园:《敏感个人信息的法律基准与范畴界定——以〈个人信息保护法〉第28条第1款为中心》,载《比较法研究》2021年第5期。

〔14〕 参见联合国经济及社会理事会决议《基因隐私权与不歧视(E/2004/L.13/Rev.1)》(2004/9)。

〔15〕 参见“蚂蚁科技集团股份有限公司与海南庆德大信息科技有限公司侵害商标权纠纷案”,杭州铁路运输法院(2020)浙8601民初489号民事判决书;“芝麻信用管理有限公司、蚂蚁科技集团股份有限公司等与山西有码科技有限公司侵害商标权纠纷案”,浙江省杭州市西湖区人民法院(2020)浙0106民初4288号民事判决书;“蚂蚁科技集团股份有限公司与杭州融动科技有限公司侵害商标权纠纷案”,浙江省杭州市西湖区人民法院(2020)浙0106民初4289号民事判决书。

险，符合社会公众对此类信息的认知程度和整体性期待。此外，处理敏感个人信息还容易造成期待利益损失。在相关案例中，个人信息处理者不当处理医疗健康个人信息，容易造成个人信息主体的期待利益损失。例如，药店留存的个人用药记录存在错误录入的情况，将导致消费者无法购买商业保险保障自身权益，之后就医使用医保卡也难以得到相关保障，^{〔16〕}这对医疗健康个人信息的应用活动造成了财产损害。

2. 损害发生的可能性

损害发生的可能性是界定敏感个人信息时必须考虑的因素，这是敏感个人信息与非敏感个人信息的关键区别。我国《个人信息保护法》第28条第1款使用“容易导致”这一表述，实际上指向的是一种相对的概率，即损害发生的可能性。对于一般自然人而言，敏感个人信息本身并不必然具有明确的实质性价值，而是更多地体现为一种价值载体。个人信息处理者处理敏感个人信息过程中更容易侵害人格权利和人身、财产安全等实质性价值目标。由于敏感个人信息处理行为并非必然使个人遭受明确的、固定的损害，对敏感个人信息严格保护的目的在于要求损害后果的实际发生，而是要求存在造成个人信息主体的不特定法益被侵害的可能性。

受个人信息处理者掌握的信息识别技术的应用能力、个人信息主体与个人信息处理者的特殊关系等因素影响，不同场景中损害发生的可能性存在差异。例如，随着现代电子信息技术的逐渐成熟，电子交易类型的个人信息更容易被个人信息处理者非法使用。再如，在医疗、法律等专业服务场景中，个人信息主体和个人信息处理者存在较强的信赖关系，个人信息处理者作为特殊信赖主体对个人信息主体负有保密义务。此时，一旦个人信息处理者超出原始目的不当处理敏感个人信息，损害发生的可能性便迅速增高。在我国《个人信息保护法》的立法过程中，敏感个人信息损害发生的可能性要求发生了变化。《个人信息保护法（草案）》和《个人信息保护法（草案二次审议稿）》采取相对宽泛的标准，无论何种类型的损害，其发生存在可能性即可，仅仅要求“可能”导致个人受到歧视或者人身、财产安全受到严重危害。而最终出台的《个人信息保护法》则反映了立法者的严谨考量，规定敏感个人信息是“容易”导致自然人的尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，明确了敏感个人信息损害发生的可能性较高。从“可能导致”到“容易导致”的表述，《个人信息保护法》对敏感个人信息处理行为提出了更高的合规要求，清晰指出处理敏感个人信息比非敏感个人信息更容易导致损害的发生，进一步明确我国个人信息保护体系，有益于全面提升个人信息保护水平。

• 501 •

三、基于损害风险来源检视我国敏感个人信息的界定

（一）敏感个人信息的损害风险来源

进一步而言，敏感个人信息的损害风险究竟来源于何处，是个人信息保护规范必须清晰认识到的另一重要问题。唯有如此，方能使敏感个人信息的界定趋于完善。保罗·欧姆认为隐私损害

〔16〕 参见“程某等与开州区亿鑫药品超市侵权责任纠纷案”，重庆市开州区人民法院（2020）渝0154民初5576号民事判决书；“程某等与开县长沙镇桔香村卫生室侵权责任纠纷案”，重庆市开州区人民法院（2020）渝0154民初5749号民事判决书。

(privacy harm) 揭示了敏感个人信息的多样性形式, 主要涵盖固有敏感个人信息 (inherently sensitive information)、工具敏感个人信息 (instrumentally sensitive information) 和推断敏感个人信息 (inferentially sensitive information)。〔17〕 本文借鉴此种分类方法, 认为敏感个人信息的损害风险来源可以分为以下三种类型: 个人信息内容的固有性、个人信息被非法使用时的工具性以及非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性。敏感个人信息的损害风险可以单独或同时来源于以上三种不同类型。换句话说, 只要个人信息满足三种来源中的一种, 即应界定为敏感个人信息。

1. 个人信息内容的固有性

个人信息内容的固有性是指, 信息内容所传达的实质含义是个人信息敏感与否的内在决定因素, 同时也影响了潜在处理风险的高低。在处理个人信息过程中, 信息内容本身一经泄露便容易导致个人信息主体遭受损害, 使其具备敏感性。如医疗健康信息, 其信息内容本身的泄露即可侵害人格尊严。欧盟立法机构始终坚持以保障人格权利为出发点进行个人信息保护, 他们意识到个人信息内容的固有性便足以引起个人权益侵害风险, 触发敏感个人信息的特殊保护机制。欧盟第 29 条数据保护工作组 (Article 29 Data Protection Working Party, 简称第 29 条工作组) 强调, 基于风险方法 (risk-based approaches) 评估个人数据处理风险时必须考虑个人数据的内容和性质。〔18〕 由于历史背景和文化传统不同, 损害风险来源于个人信息内容固有性的个人信息具体类别, 最终因各法域的公众整体性期待和社会包容度不同而存在差异。例如, 美国和欧盟法律均将政治观点明确列举为敏感个人信息, 但对于财务信息是否作为敏感个人信息保护则有不同的选择。〔19〕 而我国《个人信息保护法》列举的敏感个人信息中并未包括政治观点, 仅在标准和指南等规范性文件中提及政治观点具有一定程度的敏感性。〔20〕

2. 个人信息被非法使用时的工具性

个人信息被非法使用时的工具性是指个人信息作为工具被非法使用时的损害风险。个人信息的工具性决定其具有社会性与公共性, 体现在能够使得个人在社会中标识自己并与社会建立更为广泛的联系。〔21〕 个人信息不仅是反映个人权益的信息载体, 还是人类发挥主观能动性改造世界的重要决策依据, 承载着在公共领域中发挥信息交换功能以促进社会进步的使命。在信息化时代, 个人信息的财产属性日益凸显, 作为社会交往工具的个人信息的非法利用的可能性陡然剧增。美国经济学家霍肯在 20 世纪曾断言, 信息商品市场将取代传统的物质商品市场从而占据经济主导地位。在信息技术尚不发达的年代, 个人信息通常被记录于纸质载体, 不具备强烈的财产属性。但在信息化社会中, 海量增长的信息数据被用于投入生产物品与劳务, 成为实体经济产业

〔17〕 参见前引〔9〕, Paul Ohm 文, 第 1170 页。

〔18〕 See Artical 29 Data Protection Working Party, Statement on the Role of a Risk-Based Approach in Data Protection Legal Frameworks, 2014, p. 4.

〔19〕 See Amitai Etzioni, A Cyber Age Privacy Doctrine: More Coherent, Less Subjective, and Operational, 80 (4) *Brooklyn Law Review* 1263, 1278 (2015).

〔20〕 参见《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273—2020) 第 9.4 条;《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》(GB/Z 28828—2012) 第 3.7 条。

〔21〕 参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018 年第 3 期。

数字化发展的基础性战略资源。为了生活便利或获取经济利益，个人信息主体逐渐接受对敏感个人信息进行商业化利用的行为。随着技术允许虹膜、指纹、人脸等生物识别信息作为密码完成身份认证程序，生物识别信息的应用场景在不断拓展，指纹解锁、刷脸支付设备得到广泛应用。例如，被称为我国“人脸识别第一案”中的原告为了获取微信支付年卡费的便捷和经济利益，对身份证号、银行卡号等敏感个人信息采取了积极主动的商品化利用。^{〔22〕}然而，在巨大的经济利益诱惑下，成熟的信息技术应用使得敏感个人信息容易被非法使用，从而导致高度损害风险。如今，个人信息处理者利用公民身份号码、电话号码、家庭地址等信息进行诈骗、跟踪等非法活动已经成为网络犯罪惩治的重中之重。

3. 非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性

敏感个人信息的损害风险还可以来源于非敏感个人信息与敏感个人信息之间的关联性。信息分析技术日新月异，个人信息范围快速扩张。个人信息大量聚合处理极易模糊非敏感个人信息和敏感个人信息之间的边界，使得原本不敏感的个人信息通过结合其他个人信息亦能够揭示或关联敏感内容，这些推断结果容易产生侵犯个人信息权益的高度损害风险。消费记录并非法律明文列举的敏感个人信息类型，但在具体处理场景中，消费记录可以推断得出敏感个人信息或与敏感个人信息相关联的其他信息。比如，保险公司根据饮食消费记录推断得出个人健康信息，并据此针对消费者调整健康保险费用，很可能导致投保成本增加，使个人遭受经济价值损失。再如，肤色、身高等信息可以揭示健康或种族信息等敏感内容。

进一步而言，非敏感个人信息和敏感个人信息并非泾渭分明，它们之间可以相互转换。2021年，荷兰数据保护局（DPA）对于其国内一政治党派泄露了支持者电子邮箱的行为进行处罚。^{〔23〕}在这一场景中，电子邮箱信息的性质发生了变化。电子邮箱由原本的一般个人信息可以转化成揭示政治观点的敏感个人信息。该党派支持者的电子邮箱信息被泄露，意味着电子邮箱持有者的个人政治观点信息同时被披露。因此，应当合理地认为，个人信息是否敏感还应在不同的场景中加以具体判断。在“庞理鹏与趣拿公司等隐私权纠纷案”中，我国法院即是运用了场景化认定方法对个人信息敏感与否进行具体分析。法官充分考虑了本案中预订机票的特殊场景，结合当事人行程安排信息推断原本属于一般个人信息的姓名、电话号码具有整体上的敏感属性。^{〔24〕}“黄某与腾讯公司隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案”的法官也认为，判断个人信息内容的性质时，有必要深入实际处理场景，以“场景化模式”探讨该场景中是否存在侵害隐私的行为。^{〔25〕}

（二）对我国《个人信息保护法》第28条第1款的检视

《个人信息保护法》第28条第1款以“抽象概括+非穷尽式列举”界定敏感个人信息具有可

〔22〕 参见“郭兵诉杭州市野生动物园服务合同纠纷案”，浙江省杭州市富阳区人民法院（2019）浙0111民初6971号民事判决书。

〔23〕 See European Data Protection Board News, Dutch DPA: PVV Overijssel fined for failing to report data breach, available at https://edpb.europa.eu/news/national-news/2021/dutch-dpa-pvv-overijssel-fined-failing-report-data-breach_en, last visited on Jan. 23, 2022.

〔24〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终509号民事判决书。

〔25〕 参见北京互联网法院（2019）京0491民初16142号民事判决书。

操作性,抽象概括为在法律实践中判断个人信息是否敏感提供了指引,非穷尽式列举又为新类型敏感个人信息的鉴别预留了一定空间。然而,明确列举的敏感个人信息类型具有强涵摄性,立法者的有限理性无法完全准确预测个人信息敏感程度之变化,现有的列举主义必将很快显得捉襟见肘,对判定普罗透斯之面似的敏感个人信息应接不暇。各列举项包含诸多具体的个人信息类型,应视作对敏感个人信息常见类别的提示。^{〔26〕}若将列举信息类型一概认定为敏感个人信息,既可能保护过度又可能保护不足。因此,敏感个人信息的界定仍需置于处理场景中作具体判断。

对敏感个人信息的部分列举,似乎表明敏感可以被客观地归因于特定的个人信息类型。这种理解并不全面,实际上掩盖了敏感与相关场景因素之间的相互依存关系。我国《个人信息保护法》第 28 条第 1 款明确敏感个人信息容易导致个人人格尊严和人身、财产安全受到损害,体现了损害风险来源中个人信息内容的固有性和个人信息被非法使用的工具性,但却忽略了非敏感个人信息与敏感个人信息之间的关联性。敏感个人信息的表现形式日益丰富,忽视非敏感个人信息与敏感个人信息之间的关联性容易导致该条款的实际适用障碍,无益于敏感个人信息主体的个人权益保护和信息化技术的更新迭代。

场景化界定路径是司法实践中具体判断敏感个人信息范畴的可行路径。敏感个人信息范畴之所以难以准确界定,与敏感个人信息保护和其他权利的冲突,以及实践中判断敏感与否高度依赖具体处理场景有关。个人信息保护立法需要特别关注非敏感个人信息和敏感个人信息之间的关联性和可转化性。在高度损害风险标准之下,敏感个人信息的界定须结合场景因素,融入场景化界定路径。如从血液中提取的蛋白酶信息和 DNA 信息是否敏感,需结合个人信息处理者应用能力、识别能力和识别目的等具体场景因素进行综合判断。为了避免敏感个人信息的界定无法回应科技进步带来的新问题、无法解决司法实践中出现的新情况,应在现有“抽象概括+非穷尽式列举”界定方式的基础上,辅以场景化界定路径构建多层次敏感个人信息保护体系,方能使我国《个人信息保护法》在基本理念上顺应历史发展规律,为敏感个人信息保护和信息化经济建设的长足发展预留充分的空间。

四、敏感个人信息场景化界定路径的理论框架及应用考量

(一) 场景一致性理论框架

大数据处理场景的广泛性已然宣告场景化时代的到来,站在科技的风口上,便真如斯考伯和伊斯雷尔所预测的那样,占据场景便能赢得未来。^{〔27〕}在复杂的网络传播环境下,能否掌握个人信息处理场景已经成为信息产业角力的重要考量。在信息传播场景化导向的背景下,个人信息处理场景日趋多元,个人信息保护立法及后续配套政策和标准文件必须尽快形成对策,以应对个人信息处理场景的复杂性。因此,个人信息场景化保护愈发受到学界的广泛关注。

〔26〕 参见前引〔13〕,宁园文。

〔27〕 参见〔美〕罗伯特·斯考伯、谢尔·伊斯雷尔:《即将到来的场景时代》,赵乾坤、周宝曜译,北京联合出版公司 2014 年版,第 1 页。

由于个人信息商品化活动持续活跃，^{〔28〕}美国学者较早重视个人信息保护，认为个人信息是一种新类别的“黄金”，大力倡导对个人信息的场景化保护。^{〔29〕}近年来，我国学者曾尝试论证场景化保护应用于我国个人信息保护领域的合理性，大多受到美国学者海伦·尼森鲍姆（Helen Nissenbaum）的场景一致性（contextual integrity）理论的启发。场景抽象地泛指日常生活中经历着的各种独立性社会空间，主要包括技术场景、商业场景、行业场景和社会场景四类理解，海伦·尼森鲍姆倾向于将场景理解为社会领域（social domain）。^{〔30〕}场景由决定和支配着行为者、行为和限制等关键方面的规范构成，来源包括历史、文化、法律、惯例等。^{〔31〕}场景既包括空间和环境，也包括具体行动的实时状态，其作为社会交往的基础条件和核心构成显示出强烈的流动性。^{〔32〕}尊重场景即是遵守各领域的内生规范。

在美国隐私政策碎片化的背景下，场景一致性理论深受迈克尔·沃尔泽（Michael Walzer）的多元正义理论（pluralist theory of justice）影响，倡导尊重隐私保护的场景以挑战传统隐私保护理论。场景一致性理论被称为“隐私的替代基准”，以“适当性规范（appropriateness）—流动性规范（distribution）”为保护框架探析公民对公共监控（public surveillance）的不安根源，以应对信息技术带来的隐私挑战。场景一致性理论立足于预期的个人信息流（personal information flow），依据不同场景中的具体因素来保护信息隐私，强调个人信息的衍生利用行为不得与初始场景相悖，以确保个人信息流通适当。以场景中的规范来评估个人信息处理行为是否侵犯隐私取决于三个关键变量，包括行为主体（actors）、信息类型（information types）和传输原则（transmission principles）。^{〔33〕}若有任何一个变量存在问题，就会出现“表面上的违反”（prima facie violation）。因此，个人信息的收集和传播必须在具体场景中是适当的，并遵守该场景的内部流通规范。

• 505 •

适当性规范是个人信息场景化保护的基础，要求在特定场景中，某一类信息的处理符合常理且具有必要性。如在医疗环境中，患者向就诊医生提供个人健康状况信息是恰当的，反之则为不恰当。流动性规范强调衍生数据的合理使用，要求个人信息从发送方向接收方或其他第三方的转移尊重个人信息流的场景规范。这与多元正义理论强调每个领域都有属于本领域的独特正义规范保持一致。“个人信息的使用和流通是否遵守信息流的场景规范”与“个人信息在某个特定场景中的使用具有适当性”同等重要，共同构建了有序利用个人信息的场景化监督体系。^{〔34〕}场景一致性理论揭示了社会领域对适当性个人信息流的高度依赖，强调信息隐私逐渐涵括个人信息被恰当流通的权利。在现代生活中，信息隐私极具相对独立的社会空间性，倘若脱离了场景而孤立地审视个人信息，便无法准确判断该个人信息处理行为是否侵犯个人隐私。因此，尊重场景，便是

〔28〕 See Paul M. Schwartz, Property, Privacy, and Personal Data, 117 (7) *Harvard Law Review* 2056, 2069 (2004).

〔29〕 See Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 (1) *Washington Law Review* 119, 121 (2004).

〔30〕 See Helen Nissenbaum, Respecting Context to Protect Privacy: Why Meaning Matters, 24 *Science and Engineering Ethics* 831 (2018).

〔31〕 参见前引〔29〕，Helen Nissenbaum文，第138页。

〔32〕 参见王敏芝：《媒介化时代“云交往”的场景重构与伦理新困》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2021年第9期。

〔33〕 参见前引〔30〕，Helen Nissenbaum文。具体而言，信息类型与信息性质相关；行为者系场景中涉及的角色，包括主体、发送方和接收方的参与者；传输原则包括个人信息共享和进一步传播的条件以及在场景中因素变化的潜在影响阈值等。

〔34〕 参见林凌、程思凡：《个人信息场景化传播困境及保护研究》，载《当代传播》2021年第5期。

尊重权利人在不同社会空间中的隐私诉求。

（二）场景一致性理论应用于敏感个人信息界定的考量

场景一致性理论认为，个人信息的敏感程度是决定隐私侵权发生与否的关键因素。该理论解决隐私侵权问题的思路在于，摒弃传统上的敏感与非敏感个人信息的固定二分法，充分考虑信息处理场景判断个人信息敏感与否，并运用场景规范使个人信息处理活动符合“适当性规范—流动性规范”保护框架。^{〔35〕} 由于个人信息的敏感程度极不稳定，容易在不同的个人信息处理场景下发生变化，^{〔36〕} 需要对个人信息进行差别化场景保护。场景一致性理论中的“敏感”概念极具隐私意义，在很大程度上保留了心理学上的主观色彩。其认为界定敏感个人信息除了符合社会公众心理预期的客观标准之外，还应该在具体场景中考虑个人信息主体的主观感受，以此评估个人信息处理是否可能给个人信息主体带来损害风险。个人信息敏感与否取决于个人信息主体对信息处理场景的预测与假设，如果个人信息的处理活动违反了个人信息主体的合理期待，便会产生自身利益受到侵害的主观感受。^{〔37〕} 但即使是同一种类型的个人信息，个人信息主体在具体场景中依然会产生不同的主观感受，代表着不同的合理期待。^{〔38〕} 例如，个人政见信息在政治会议场景中处理是合适的，但不适合被应用于零售、医疗等场景。因此，当个人信息主体认为某一类型信息为敏感个人信息时，便同时确定了其对该类型个人信息在特定处理场景中的合理期待。《金融服务现代化法案》（Gramm-Leach-Bliley Act，简称 GLBA）中对敏感个人信息的保护便体现了极强的主观考量，从遵循个人信息主体的意愿角度区分敏感个人信息，一旦个人信息主体认为某一个人信息具有敏感程度，即可拒绝金融机构对该个人信息进行处理。^{〔39〕}

场景一致性理论以多元正义理论为基石，力图避免某一场景内侵犯隐私的“暴政”，有助于应对信息科技时代下的公共监视问题，从而具有很强的政治哲学意义。在识别一种新的信息应用实践如何影响隐私权利方面，该理论是非常有效的。^{〔40〕} 然而，场景一致性理论有其自身的局限性，从而决定其无法具有独立的规范效力。场景是保护隐私的重要因素，但它不应该取代包括敏感个人信息保护规则在内的启发式规则。^{〔41〕} 许多学者试图进一步发展场景一致性理论思想并将其应用于实践，但均发现这一概念并不容易融入正式法律。^{〔42〕}

〔35〕 参见前引〔29〕，Helen Nissenbaum 文，第 136 页。

〔36〕 See Kirsten Martin & Helen Nissenbaum, Measuring Privacy: An Empirical Test Using Context to Expose Confounding Variables, 18 (1) *Columbia Science and Technology Law Review* 176, 215 (2016).

〔37〕 See Helen Nissenbaum, A Contextual Approach to Privacy Online, 104 *the Journal of the American Academy of Arts & Sciences* 32, 38 (2011).

〔38〕 See Paula Kift & Helen Nissenbaum, Metadata in Context: An Ontological and Normative Analysis of the NSA's Bulk Telephony Metadata Collection Program, 13 (2) *A Journal of Law and Policy for the Information Society* 333 (2017).

〔39〕 See Federal Trade Commission, How To Comply with the Privacy of Consumer Financial Information Rule of the Gramm-Leach-Bliley Act, available at <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/how-comply-privacy-consumer-financial-information-rule-gramm>, last visited on Jan. 4, 2023.

〔40〕 See Gabe Maldoff & Omer Tene, Putting Data Benefits in Context: A Response to Kift and Nissenbaum, 13 (2) *A Journal of Law and Policy for the Information Society* 383 (2017).

〔41〕 参见前引〔9〕，Paul Ohm 文，第 1146 页。

〔42〕 See Bernd Justin Jütte & Annelies Vandendriessche, Responsible Information Sharing: Converging Boundaries between Private and Public in Privacy and Copyright Law, 10 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 310 (2019).

其一，场景一致性理论中的场景因素复杂繁多，若独立运用其界定敏感个人信息缺乏可供实践的明确标准。场景是一个模棱两可的术语，它有可能使任一个个人信息在某一场景下成为敏感个人信息。^{〔43〕}并且，场景是影响个人信息处理风险的外因。^{〔44〕}倘若判断个人信息敏感与否仅仅依据场景，则使敏感个人信息保护制度陷入被动，法律规则的预防功能将无法实现，进一步加深司法实践中认定敏感个人信息的标准鸿沟，为个案判断带来不堪重负的压力。其二，场景一致性理论下，从隐私权利中衍生的“敏感”概念过于宽泛，强调个人信息主体对敏感个人信息处理场景的个体性期待，以超强的主观感受界定敏感个人信息，并以此评估个人信息处理风险，难以达成充分发挥敏感个人信息保护兼具个人属性和社会属性的平衡效果。司法实践中，法院判断微信好友列表和读书信息的性质时，认识到敏感个人信息保护和隐私保护均体现了自然人的人格尊严和人格自由价值，但个人信息权益同时涉及信息利用和流通价值。^{〔45〕}因此，敏感个人信息保护与隐私保护的不同之处在于，后者保护个人不愿为他人知晓的信息私密性，强调个人主观意愿，前者更强调个人信息不当利用导致信息主体遭受的客观风险。进一步而言，即使在相对一致的场景下，由于互联网产品和相应用户的广泛性和差异性，不同个人信息主体对同一信息具有不同程度的敏感期待。如在电子商务平台购物时，有的用户对针对性的广告推送十分反感，而有的用户则乐意接受该定向广告推送带来的便利。显而易见，若敏感个人信息是指信息被披露便使个人信息主体容易感到尴尬或不安的信息，那么在此定义下，所有的个人信息都有可能因其披露条件的变化而变得敏感。这会引发敏感个人信息过强保护的失控局面，“同案不同判”的司法诉累情况将不可避免。

• 507 •

鉴于场景一致性理论中个人信息“敏感”概念的自身局限性，场景化保护不能独立作为界定敏感个人信息的路径。因此，场景一致性理论可为我国《个人信息保护法》第28条第1款提供一种理论上的启发和制度上的有益补充，但实践难题的具体适用方案仍需进行适当调整。

五、我国敏感个人信息界定的完善

梅因深刻地指出，社会需求和社会主张总是或多或少地领先于法律，我们可能会无限地接近弥合它们之间的鸿沟，但永久的趋势是他们会重新拉开差距；因为法律是稳定的，社会是进步的，一个民族的幸福程度取决于鸿沟缩小的速度。^{〔46〕}个人信息保护作为信息化社会经济生活迅猛发展的制度保障，必须紧密结合特定时期的社会需求和社会主张，不断适应社会生活变化，及时回应和解决个人信息保护面对的现实问题。目前，实践中我国《个人信息保护法》在界定敏感个人信息的具体类型方面存在较大解释空间。在科技爆炸时代，法律规范界定敏感个人信息应与时俱进，才能有针对性地回应由科技进步带来的种种新问题，并充分满足信息化社会中敏感个人信息保护的需要。我国尚未形成完善的敏感个人信息保护体系，此时寻求敏感个人信息界定的更

〔43〕 参见前引〔30〕，Helen Nissenbaum 文。

〔44〕 参见前引〔13〕，宁园文。

〔45〕 参见北京互联网法院（2019）京0491民初16142号民事判决书。

〔46〕 See Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, Cosimo Classics, 2005, p. 15.

优解,以有效发挥我国个人信息保护立法的后发优势可谓正当其时。本文建议在《个人信息保护法》第28条第1款的基础上,辅以场景化路径以完善敏感个人信息的界定,具体考虑个人信息是否可以揭示或关联敏感内容、受损害主体是否包括其他关联利益人,最终构建多层次敏感个人信息保护体系。

(一) 辅以场景化界定路径构建多层次敏感个人信息保护体系

我国个人信息保护理论和法律实践中应具备不采取一刀切的方式来理解和保护敏感个人信息的智识。将敏感个人信息概括划入相对固定的概念中,并不是有效保护敏感个人信息的唯一选择。实证研究已经表明,个人信息敏感与否离不开信息处理场景的考量。^[47] 性别、出生日期、籍贯等人口统计学信息通常被认为不敏感。但在求职场景中,人口统计学信息与身份号码、照片、健康状况等个人信息相结合,其敏感程度陡然增高,应被认为属于敏感个人信息。此前,我国的行业标准指南在界定敏感个人信息时,已经体现场景化界定的思路。各行业敏感个人信息的具体内容根据接受服务的个人信息主体意愿和各自业务特点确定,^[48] 为敏感个人信息的场景化界定留下解释空间。在我国司法实践中,场景化界定也已欣然可见,司法机关立足于具体场景衡量个人信息敏感程度。在一般生活场景中,特别是熟人群体中,真实姓名并不敏感,但在电子商务交易中真实姓名则被认为属于敏感个人信息。在“安娜与淘宝公司网络服务合同纠纷案”中,法院认为电子商务平台的自然人商家在开设淘宝店铺时留存的真实姓名、手机号码等个人信息具有敏感性,不宜全部对外公示。^[49] 淘宝公司作为平台经营者,对自然人商家在开设店铺时留存的敏感个人信息有保障责任。

未来,针对不同的信息处理场景,单一的敏感程度衡量标准应当发展成一个差异化、动态调整的标准体系。我国《个人信息保护法》应在积极利用概括列举式界定保持敏感个人信息保护体系可操作性的同时,以场景化界定路径作为补充和辅助手段。一是规定其他规范性文件可以参考各行业特点,定期适当调整敏感个人信息范围;二是在具体个案中,由司法机关依据信息处理的特殊情况,判断法律规范明文列举范围之外的个人信息是否属于敏感个人信息;三是通过执法和司法实践的不断归纳总结,结合技术专家组的意见,形成更具场景操作性的敏感程度界定标准。把定期调整、更新敏感个人信息清单的权利适当下放给各行业领域,可以全面保障敏感个人信息保护的有效性。允许各行业领域进行场景化界定可使敏感个人信息保护更契合行业特征,有利于对法律规范并未明文列举的敏感个人信息作出差异化安排,加快构建多层次敏感个人信息保护体系。

(二) 敏感个人信息场景化界定路径的客观考虑因素

1. 个人信息是否揭示或关联敏感内容

敏感个人信息的损害风险不仅来源于个人信息内容本身和被非法使用时的工具性,还来源于

[47] See David L. Mothersbaugh et al., Disclosure Antecedents in an Online Service Context: The Role of Sensitivity of Information, 15 (1) *Journal of Service Research* 76 (2012).

[48] 参见《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》(GB/Z 28828—2012)第3.7条。

[49] 参见杭州互联网法院(2019)浙0192民初5468号民事判决书。

非敏感个人信息与敏感个人信息的关联性，后者往往容易被法律所忽视。在大数据和人工智能时代，我国《个人信息保护法》需要特别关注敏感个人信息和非敏感个人信息之间的转化可能。美欧个人信息保护法律中的敏感个人信息范围，包括能够揭示或关联所列信息种类的个人数据。欧盟1995年的《数据保护指令》（Data Protection Directive，简称DPD）和GDPR规定特殊类别的个人信息时，同时使用了“揭示”（revealing）和“关联”（concerning）的表述。根据GDPR第9条第1款规定，敏感个人信息包括可能揭示种族或民族起源、政治观点、宗教或哲学信仰、工会成员资格的个人数据，以及有关健康、自然人的性生活或性取向的数据。对此，应理解为敏感个人信息不仅涵盖了在信息性质上具有敏感程度的信息，还包括可以揭示和关联敏感内容的个人信息。^[50] 欧洲数据保护委员会（European Data Protection Board，简称EDPB）指出敏感个人信息除了明确列举的种类，还包括其他被认为敏感的个人信息。^[51] 举例而言，照片并非GDPR所列举的敏感个人信息种类，但GDPR仍然承认在具体场景中认定照片的敏感程度。如果处理照片时使用了能够识别自然人的特殊技术手段，照片可被敏感个人信息中的生物识别信息的定义所涵盖。第29条工作组也认为，如个人照片和图像可以显示种族或健康信息，可被视为敏感个人信息。^[52] 美国《弗吉尼亚州消费者数据保护法》（The Virginia Consumer Data Protection Act）、《加州隐私权利法案》（The California Privacy Rights Act）、《华盛顿州隐私法案》（The Washington Privacy Act）等法律界定敏感个人信息范围也使用了关键词“揭示”。美国的立法草案中，敏感个人信息范围囊括了处理或传输是为了识别敏感个人信息的其他任何类型的信息，以及与敏感个人信息定义中各信息种类相关的个人信息，^[53] 进一步强化了避免因为信息类型之间的相互转化而逃脱监管的情形。

• 509 •

敏感个人信息范围不局限于法律规范所列举的信息类型，非敏感个人信息结合其他额外信息可能与敏感个人信息相关联，或者可以揭示敏感内容。如电子商务平台收集的手机号码、收货地址等个人信息与购物列表、搜索记录等辅助个人信息结合起来，可以揭示或关联个人信息主体的宗教信仰等敏感内容。在此场景下，手机号码、收货地址、购物列表和搜索记录可一并属于敏感个人信息。假设个人信息处理者已知一个清真寺的地理位置，同时获取了个人信息主体前往该地理位置的频率信息，则个人宗教信仰信息已然被揭示。因此，此场景中的地理位置信息应当被认定为敏感个人信息进行特殊保护。此外，揭示犯罪历史和人物社会危险性的犯罪记录、能够从中推断学生品行的教育记录等个人信息，因与敏感内容密切相关也应属于敏感个人信息。然而，我国《个人信息保护法》并未强调能够揭示或关联敏感内容的个人信息为敏感个人信息。因此，《个人信息保护法》中敏感个人信息界定的完善思路应该着眼于能够覆盖损害风险来源的因素。揭示或关联敏感内容的个人信息也应列入敏感个人信息范围，此为场景化界定

[50] See Artical 29 Data Protection Working Party, Advice paper on special categories of data (sensitive data), 2011, p. 5.

[51] See European Data Protection Board, Recommendation 01/2019 on the draft list of the European Data Protection Supervisor regarding the processing operations subject to the requirement of a data protection impact assessment [Article 39.4 of Regulation (EU) 2018/1725], 2019, p. 5.

[52] 参见前引 [50]，第29条工作组文件，第8页。

[53] See United States Consumer Data Privacy Act of 2019; Consumer Online Privacy Rights Act.

路径的重要内容。

2. 受损害主体是否包括其他关联利益人

一般而言,非敏感个人信息仅仅影响个人信息主体。而敏感个人信息因具有高度损害风险,更容易导致个人信息主体本身以外的其他受到实质性影响的关联利益人同时遭受损害。因此,受损害主体包括其他关联利益人的个人信息也应被认为是敏感个人信息。敏感个人信息保护规则应同时保障个人信息主体以及其他受到实质性影响的关联利益人。唯有如此,才能真正保障敏感个人信息主体的切身利益免受损害。对于受损害主体问题,GDPR第82条规定“任何遭受物质或非物质损害的人”都有权获得控制者或处理者的赔偿。普遍的限制性解释是,GDPR最终旨在保护数据主体的权利,只有数据主体才能援引第82条获得民事救济。但有学者不同意这种限制性解释,认为有权获得损害救济的主体应扩大解释为任何可能遭受损害的人。^[54]这符合GDPR的宗旨,即毫无例外地保护自然人的所有基本权利和自由。诸如,遗传基因信息的不当使用所造成的损害深远、长久而不可逆,且受损害主体难以预计。联合国经济及社会理事会决议《基因隐私权与不歧视》也承认,与一个可识别的人相关的遗传信息有时可能与该人家庭成员或其他人有关,因此在处理这类个人信息时也应考虑到关联利益人的权益。我国《个人信息保护法》要求网信部门统筹协调、推进敏感个人信息保护具体规则的制定工作,构建完善的敏感个人信息保护体系的重要性不言而喻。敏感个人信息的界定是较为复杂的系统工程,我国需充分考虑敏感个人信息场景化界定的客观因素,确保敏感个人信息保护的多维视角。

• 510 •

六、结 语

信息技术对人类社会影响的深度和广度都是空前的,个人信息保护和利用的角力在敏感个人信息方面表现得更为焦灼。敏感个人信息保护的目标应是在充分保护个人信息主体重大利益的同时,尽可能地释放敏感个人信息的社会价值。如今,部分敏感个人信息已存在合法进入数据市场的现实需求。如医疗健康个人信息不仅关乎个人权益,还在很多场景中蕴含极大的公共利用价值。《福州市健康医疗大数据开放开发实施细则》中就有关于根据不同的处理场景对敏感个人信息进行脱敏脱密处理后开放的规定。

法律无法脱离社会经验而存在。敏感个人信息保护体系不应也无法抛弃个人信息主体集合下的实质性利益,对敏感个人信息的界定正需要基于生活经验尽可能地反映社会公众对于“敏感”的整体认可度。即使我们无法全面预估科技发展的最终走向,但我们至少可以看到,敏感个人信息的损害风险来源、敏感个人信息处理导致的损害类型以及损害发生的可能性都是有增无减。我国《个人信息保护法》未来应在制度安排上作出有力回应,在现有“抽象概括+非穷尽式列举”界定方式的基础上,辅以场景化界定路径回应信息社会的风险需要。具体而言,需以个人信息是否揭示或关联敏感内容、受损害主体是否包括其他关联利益人为场景化界定路径的客观考虑因

[54] See A. B. Menezes Cordeiro, Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR, 5 (4) *European Data Protection Law Review* 492, 495 (2019).

素，有效控制敏感个人信息处理过程中的损害风险。如此，方能为科技发展带来的敏感个人信息界定变化预留足够的空间，也才能更好实现敏感个人信息保护与利用的平衡。

Abstract: The definition of sensitive personal information is an important content of the Personal Information Protection Law. Because it can reflect and affect the major interests of the subject of personal information more than non-sensitive personal information, the Personal Information Protection Law adopts a more strict protection system for sensitive personal information. Article 28 (1) of the Personal Information Protection Law defines the objective risk standard for sensitive personal information. From the perspective of law, “sensitive” is associated with “high risk of damage”, and sensitive personal information processing has a higher degree of risk of damage. The risk of damage can be derived independently or simultaneously from the inherence of personal information content, the instrumentality of illegal use of personal information, and the relevance of non-sensitive personal information and sensitive personal information. The definition of the sensitive personal information in the Personal Information Protection Law is still can not cover all damage risk sources, and should define sensitive personal information with contextualized aspects path on the basis of Article 28 (1). In particular, objective factors are considered based on whether the personal information reveals or concern sensitive content and whether the damaged subject includes other related interests.

Key Words: personal information protection law, sensitive personal information, risk of damage, contextual integrity

• 511 •

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

论私密个人信息的合理使用困境与出路

刘 磊*

内容提要：《民法典》第 1034 条第 3 款确立的私密信息隐私权保护优先规则导致私密信息应有的合理使用空间被不当限缩，有必要引入《个人信息保护法》中的个人信息合理使用规则。在将私密信息划分为非敏感私密信息和敏感私密信息的基础上，前者可通过《民法典》第 1034 条第 3 款后半句“没有规定的，适用有关个人信息保护的规定”直接适用《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项中的个人信息合理使用情形，后者则可基于敏感个人信息保护规则应优先于隐私权保护规则适用的解释思路，在符合《个人信息保护法》第 28 条第 2 款“敏感个人信息处理规则”的前提下，再适用《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项中的个人信息合理使用情形。

关键词：隐私权 个人信息 私密信息 敏感信息 合理使用

一、引言

在著作权法中，合理使用是社会对他人著作财产权的一种限制，表现为在著作权人的专有领域内，法律通过直接规定在使用条件或方式上划分一定的“合理”范围，从而排除对该行为的侵权认定。^{〔1〕}我国民法学者多认为，人格权或个人信息权益的合理使用制度是从著作权法中借鉴而来。^{〔2〕}基于此，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）人格权编第一章“一般规定”部分第 999 条新增有关人格权合理使用制度的规定，即“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等

* 刘磊，中国政法大学比较法学研究院博士研究生。

〔1〕 参见吴汉东：《论合理使用》，载《法学研究》1995 年第 4 期。

〔2〕 参见陈甦、谢鸿飞主编：《民法典评注·人格权编》，中国法制出版社 2020 年版，第 68 页；江波、张亚男：《大数据语境下的个人信息合理使用原则》，载《交大法学》2018 年第 3 期；卢震豪：《我国〈民法典〉个人信息合理使用的情形清单与评估清单——以“抖音案”为例》，载《政治与法律》2020 年第 11 期；张健文、刘啸天：《保护和利用之间：个人信息合理使用的判断标准》，载《北京邮电大学学报（社会科学版）》2021 年第 6 期。

行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”。不过，由于该条文并没有明确“合理使用”的定义，民法学者们多是围绕某项具体人格权益的合理使用进行学理上的概念界定。例如，有学者认为，肖像权的合理使用是指在法律规定的条件下，既不必征得肖像权人的同意，又不必向其支付报酬，基于正当目的而使用他人肖像的合法行为。^{〔3〕}还有学者认为，个人信息的合理使用是指处理者可以不取得自然人或者其监护人的同意就对个人信息进行包括收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等在内的处理行为。^{〔4〕}虽然上述定义的语言表述不同，但其本质上都是在表明，法律虽然尊重和保护民事主体的人格权益，但该保护力度并不是无限大的，仍需要为公共利益等正当目的的合理使用留出必要的空间。

就私密信息而言，其既属于隐私，也属于个人信息，这便会不可避免地导致隐私权保护规则和个人信息保护规则在保护上出现交叉。《民法典》第1034条第3款出于隐私权受保护程度更高的考虑而采取了隐私权保护规则优先的立场，^{〔5〕}但这也同时导致私密信息的合理使用空间被不当限缩。例如：在新型冠状病毒感染疫情期间，政府部门为应对这种突发的公共卫生事件而收集自然人的私密信息，即使并未经自然人的知情同意，也不能说这是违法的个人信息处理行为；公安机关为侦破案件而收集犯罪嫌疑人的私密信息，也无需征得自然人的知情同意，这是履行法定职责所必须；用人单位基于规范用工管理的需要而处理劳动者必要的私密信息，也不能认为这种处理行为侵犯劳动者隐私，因为这应属于合理使用的范畴。^{〔6〕}但在隐私权保护规则下，我们却很难找到直接的法律依据主张合理使用抗辩。即使存在个人信息保护规则中的合理使用抗辩事由，但由于隐私权保护优先规则的确立，这些抗辩事由无法适用于隐私权保护规则。

• 513 •

因此，我们有必要反思目前的隐私权保护规则优先的立场是否导致私密信息应有的合理使用空间被不当限缩；如果是的话，我们需要研究应当采取何种解释论的方案进行解决。本文将围绕这些问题展开讨论，并尝试提出可能的解决方案。

二、隐私权保护优先规则下私密信息的合理使用困境

在信息社会，要维护自然人的私生活安宁和私生活秘密不受侵害，就必须保护自然人的私密信息不被随意收集、公开或者滥用。^{〔7〕}但是，由于私密信息在数字时代也具有重要的经济和社会价值，^{〔8〕}法律在注重个人对其个人信息的保护诉求的同时，也应关注到信息业者及政府对个

〔3〕 参见张红：《肖像权保护中的利益平衡》，载《中国法学》2014年第1期。

〔4〕 参见程啸：《论我国民法典中的个人信息合理使用制度》，载《中外法学》2020年第4期。

〔5〕 尽管无论从《民法典》第1034条第3款的规定，还是从其释义书来看，都确立了私密信息隐私权保护优先的规则，但是，从学界的讨论情况来看，学者们已经逐渐认识到该条款引发的弊端，并对该规则持否定态度。参见李昊：《个人信息侵权责任的规范构造》，载《广东社会科学》2022年第1期；刘承勰、刘磊：《论私密信息隐私权保护优先规则的困局与破解——以〈民法典〉第1034条第3款为中心》，载《广东社会科学》2022年第3期；程啸：《论个人信息权益与隐私权的关系》，载《当代法学》2022年第4期；王道发：《个人信息处理者过错推定责任研究》，载《中国法学》2022年第5期。

〔6〕 参见上海市第一中级人民法院（2020）沪01民终10935号民事判决书。

〔7〕 参见程啸：《人格权研究》，中国人民大学出版社2022年版，第431页。

〔8〕 参见冉克平：《论〈民法典〉视野下个人隐私信息的保护与利用》，载《社会科学辑刊》2021年第5期。

人信息的利用需求,^[9]这就需要妥当维系保护与利用之间的平衡关系。即使是在隐私权保护规则下,也应在信息利用和隐私权保护之间寻求动态平衡,^[10]但通过比较隐私权保护规则与个人信息保护规则下的合理使用抗辩事由可以发现,隐私权保护规则下基本不存在可直接援引的合理使用抗辩事由,而隐私权保护优先规则的确立又排斥个人信息保护规则下合理使用抗辩事由的援引,从而导致私密信息的合理使用空间被过度限制。

(一) 隐私权保护规则与个人信息保护规则下合理使用抗辩的差异

在《民法典》人格权编第六章“隐私权和个人信息保护”中并没有关于隐私权合理使用的规定,而仅在第一章“一般规定”第999条规定“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”。那么该条中的“等”字,能否将隐私包含在内?从该条的立法沿革来看,立法者对隐私的合理使用持否定态度。全国人大常委会于2018年9月发布的《民法典各分编(草案)》第779条第2款曾规定:“行为人为维护公序良俗实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以在必要范围内合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、隐私、个人信息等。”但全国人大常委会于2019年4月发布的《民法典人格权编(草案二次审议稿)》第781条之一却将上述规定修改为“实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”。很显然,在草案二次审议稿中,针对隐私的合理使用规则未予保留,此后的历次审议稿及最后正式通过的《民法典》均保持同样的立法态度。

• 514 •

有学者认为,《民法典》总则编中的平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、公序良俗原则等民法的基本原则,以及紧急避险、正当防卫、自助行为等制度,属于人格权合理使用的抽象性规范,均可以对人格权的行使进行适当限制。^[11]的确,上述基本原则或制度位于总则部分,对民法领域内的民事法律关系都能起到调整作用。不过,民法的基本原则只是民事法律法规的基本解释依据,仅在现行法上没有直接裁判依据而出现法律漏洞时,才可直接适用其裁判案件。^[12]而紧急避险、正当防卫、自助行为等制度,尽管可以作为人格权合理使用的依据,但实践中能以此作为依据的情况实在太少,而且这几种制度所规制的人格权合理使用情形也极其有限。就此而言,隐私权保护规则下私密信息的合理使用抗辩基本上是不存在的。

与隐私权保护规则下的合理使用抗辩事由相比,个人信息保护规则下的合理使用抗辩不仅可以援引《民法典》总则编中的抽象性规范,还可以援引《民法典》人格权编第一章“一般规定”中关于人格权合理使用的共通性规范,以及《民法典》人格权编第六章“隐私权和个人信息保护”和《个人信息保护法》中关于个人信息合理使用的专门性规范。人格权合理使用的共通性规范主

[9] 参见张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,载《中国法学》2015年第3期。

[10] 参见郭秉贵:《大数据时代信息自由利用与隐私权保护的困境与出路——以“中国Cookie隐私第一案”为分析对象》,载《深圳社会科学》2021年第4期。

[11] 参见冷传莉、曾清河:《人格权合理使用制度的立法检视与司法展开》,载《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2021年第6期;前引[4],程啸文。

[12] 参见梁慧星:《民法总论》(第5版),法律出版社2017年版,第46页;王轶:《论民法诸项基本原则及其关系》,载《杭州师范大学学报(社会科学版)》2013年第3期。

要体现为《民法典》人格权编第 999 条关于人格权合理使用的规定。从该条“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”的表述来看，由于私密信息也属于个人信息，当然也可以被合理使用。而个人信息合理使用的专门性规范主要是指《民法典》人格权编第 1036 条第 2 项“合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息”、第 3 项“为维护公共利益或者该自然人合法权益”而合理使用的情形，以及《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项中的“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需”“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”“为履行法定职责或者法定义务所必需”“为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需”“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为”“对个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息”而进行的合理使用情形。此外，《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）第 26 条规定的“为维护公共安全所必需而在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备”的合理使用情形，以及第 34 条、第 35 条、第 37 条规定的国家机关或法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织“为履行法定职责处理个人信息”的合理使用情形，都属于上述专门性规范的进一步细化规定。

（二）隐私权保护优先规则下私密信息合理使用的过度限制

《民法典》第 1034 条第 3 款规定：“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。”这显然是采取了隐私权保护规则优先的立场。之所以如此规定，立法机关释义书给出的理由是，隐私权对私密信息的保护程度更高。^{〔13〕}有观点对此持肯定态度，并进一步认为，个人信息可能承载公共利益，法律对个人信息权益的保护需要在利益平衡中进行，始终协调保护和利用的关系，不能像隐私权那样受到绝对保护而不允许对隐私进行所谓的合理使用。^{〔14〕}

• 515 •

问题在于，隐私权保护优先规则下的私密信息保护是否真的就不存在利益平衡或合理使用。至少从《民法典》第 998 条的规定来看，并非如此。《民法典》第 998 条引入动态系统论的观点，根据该条规定，除生命权、身体权和健康权这三种物质性人格权外，在判断其他非物质性人格权益是否遭受侵害时，应综合考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素。^{〔15〕}无论是隐私权，还是个人信息权益，显然都应属于非物质性人格权益。两者在具体案件中是否应受到保护，都要根据第 998 条的规定结合具体案件情况进行动态的利益衡量。因此，无论信息主体是以隐私权还是以个人信息权益主张对私密信息的保护，法院都要结合案件中的具体因素进行衡量，但这与隐私权保护规则或个人信息保护规则本身并没有太多关系，两者对私密信息的保护程度应是相同的。或许有观点会质疑称，即使隐私权保护规则下的私密信息保护应结合第 998 条的规定进行动态的利益衡量，但隐私权作为民事权利

〔13〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 212 页。

〔14〕 参见王利明：《和而不同：隐私权与个人信息的规则界分和适用》，载《法学评论》2021 年第 2 期；程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社 2021 年版，第 525 页。

〔15〕 参见王利明：《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020 年第 4 期。

所具有的应比民事利益受保护程度更高的法律性质,也决定了隐私权保护规则在动态的利益衡量下可以受到更高层次的保护。但实际上,私密信息本身的特性才是决定其应受何种程度保护的根本因素,如果针对私密信息的处理涉及隐私权或个人信息权益与合理使用之间的利益权衡,也不应因以隐私权主张保护还是以个人信息权益主张保护而得出不同的结论,下文将会对此作进一步分析。

此外,还有观点受人格权商品化理论的影响,认为隐私权作为消极性人格权,仅具有防御功能而对其权利客体并不享有支配利用的积极权能,故隐私不能作为合理使用的权利对象。^{〔16〕}该观点有待商榷。首先,人格权商品化更确切地说其实是指人格权主体对其人格要素享有的经济利益,^{〔17〕}即人格权主体通过对其人格特征的商业化利用从而获得一定的经济利益。^{〔18〕}尽管《民法典》第993条规定“民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用”,而未对“隐私”进行明确列举,但从实践中的典型情形来看,存在将“隐私”列入上述法条中“等”字的解释空间。例如,网络主播对其个人生活起居、工作等具体情况进行直播的,实际上便属于人格权主体对其隐私的商业化利用。^{〔19〕}再例如,人们公开发表含有自己隐私的日记、利用自己的身体作为绘画或拍摄电影作品的素材,也都属于人格权主体对其个人隐私的积极利用。^{〔20〕}其次,与人格权商品化强调人格权主体对其人格要素的商业化利用不同的是,合理使用是对人格权主体所享有的人格权利的限制,是人格权向国家利益、公共利益等更为优越的利益所做的必要让步。从侵权责任的构成上讲,合理使用是行为人可以主张的违法阻却事由,可免于侵权责任的承担。

• 516 •

总之,在目前的隐私权保护优先规则下,过于强调隐私权的保护强度,而忽略了私密信息应当具有的合理使用空间,导致个人信息保护规则中有关个人信息的合理使用规则无法适用于私密信息,从而形成了隐私权保护优先规则下合理使用抗辩被过度限制的局面。

三、隐私权保护优先规则下合理使用困境的反思

《民法典》第1034条第3款确立隐私权保护优先规则的出发点在于,隐私权作为民事权利的受保护力度更强。这便意味着在适用隐私权保护规则时,不能适用个人信息保护规则中的合理使用抗辩事由,否则便不能体现出这种保护强度的优越性。但问题在于,这种立场的坚持是否具有足够的正当性,对此有必要进行理论上的探讨。

(一) 隐私权的位阶并非绝对高于个人信息权益

有观点认为,现行立法分别对侵害隐私权和个人信息权益的行为进行了列举,但针对前者的列举属于权利化模式下的典型列举,在列举情形之外仍具有开放性,而针对后者的列举则属于行

〔16〕 参见前引〔11〕,冷传莉、曾清河文。

〔17〕 参见前引〔7〕,程啸书,第117页;前引〔2〕,陈甦、谢鸿飞主编书,第32-33页。

〔18〕 参见王泽鉴:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第281页。

〔19〕 参见王利明:《人格权法》(第3版),中国人民大学出版社2021年版,第92页。

〔20〕 参见张红:《人格权各论》,高等教育出版社2015年版,第524页。

为规制模式下的封闭式完全列举，故权利化模式为行为人留下的自由空间比行为规制模式更狭小，保护力度当然也就相对更强一些。^{〔21〕} 还有观点认为，隐私权系民事权利，而个人信息仅为民事权益，法律对前者的保护力度显然高于后者，德国法中的权利和利益区分保护模式即对此提供了有力例证。^{〔22〕} 虽然上述观点的表达形式有所不同，但实际上却存在共同的论证基点，即民事权利在价值位阶上优于民事利益，那么隐私权作为民事权利的受保护程度便应高于作为民事利益的个人信息权益。具体而言，隐私权作为民事权利，性质上属于绝对权，法律对其保护的绝对性程度较高，可以最大限度地排斥合理使用、公共利益的干扰。而个人信息权益作为民事利益，立法仅在划定的封闭性行为样态范畴内对其进行保护，留给了行为人更为广阔的自由空间，而个人信息权益的保护空间当然也就更容易受到合理使用、公共利益的挤压。

但问题在于，民事权利的受保护程度是否一定比民事利益更高。学界一直以来都对此存在较大争议，尤其以《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）第6条第1款引发的民事权利与民事利益是否应当区别保护的争论最为激烈。《民法典》第1165条第1款是由《侵权责任法》第6条第1款演变而来，学界因《侵权责任法》第6条第1款引发的民事权利与民事利益是否应当区别保护的争议，在《民法典》第1165条第1款下同样适用。有学者认为，该条的文义解释含义是民事权利和民事利益能够获得同等程度保护，为避免产生理论上的灾难，应参照德国法上的权利和利益区分保护模式对该条文进行目的性限缩。^{〔23〕} 还有学者也基本持同样观点，即民事权利和民事利益的受保护程度不同，应对前者设置较低的保护门槛，而对于后者的保护应进行严格限制，通常只有在行为人具有主观恶意等情况下，才能对民事主体遭受的利益侵害进行侵权法上的救济。^{〔24〕} 更有学者进一步研究了德国民法中侵权法上的“归属效能”“排除效能”和“社会典型公开性”这三个权益区分标准，以此界定民事权利与利益的保护区分。^{〔25〕} 上述观点受《德国民法典》中“三个小一般条款”的规定影响颇深，即第823条第1款对权利进行过错责任下的全面保护，而对利益，仅在违反第823条第2款的保护性法规以及第826条有关恶意违背善良风俗的规定时才提供保护。

值得注意的是，民法学界已开始对上述观点进行反思，民事权利的价值位阶并非绝对高于民事利益。首先，德国法的“三个小一般条款”本身存在着保护范围过于狭小的缺陷，为了弥补其不足，德国法因此发展出交往安全义务、营业权、一般人格权条款。^{〔26〕} 其次，即使权利与利益应受不同程度的保护，也应是基于二者的不同特性，并且应将因特性不同而导致的受保护程度不同具体落实在侵权责任既有责任成立要件上，而非使权利或利益的侵害适用不同的归责原理。^{〔27〕}

• 517 •

〔21〕 参见前引〔8〕，冉克平文；叶金强：《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》，载《中外法学》2017年第3期。

〔22〕 参见前引〔14〕，王利明文。

〔23〕 参见葛云松：《〈侵权责任法〉保护的民事权益》，载《中国法学》2010年第3期。

〔24〕 参见王利明：《侵权法一般条款的保护范围》，载《法学家》2009年第3期；王成：《侵权之“权”的认定与民事主体利益的规范途径——兼论〈侵权责任法〉的一般条款》，载《清华法学》2011年第2期。

〔25〕 参见于飞：《侵权法中权利与利益的区分方法》，载《法学研究》2011年第4期。

〔26〕 参见叶金强：《〈民法典〉第1165条第1款的展开路径》，载《法学》2020年第9期。

〔27〕 参见陈忠五：《论契约责任与侵权责任的保护客体：“权利”与“利益”区别正当性的再反思》，载《台大法学论丛》第36卷第3期。

最后,即使是仍赞同权益区分保护模式的学者,也开始认为这只是针对两者的保护在方法论上的区分,即侵害权利的违法性直接被认定,但侵害利益的违法性则需要民事主体的证明,故侵权责任法对两者的保护应有所区分。不过,这并不意味着民事权利在价值位阶上优于民事利益,因为如果法律明确规定了某种利益应受到保护,其与权利的保护在本质上并不存在差别,甚至还会出现遭受权利侵害的民事主体因无法证明其他构成要件导致侵权责任法对其保护程度还不如利益的情形。^{〔28〕}

(二) 隐私权保护规则下合理使用被过度限制的不合理性

也许有观点会质疑称,如果在同一个案件中私密信息遭受信息处理行为的侵害,即便需要按照《民法典》第998条的规定进行动态衡量,隐私权的绝对权性质决定了其在衡量过程中也会受到比个人信息权益更高程度的保护。这种质疑观点看似有力,实则经不起推敲。私密信息作为隐私内容之一,当然可以受到隐私权的保护,但这种保护并非没有限度,同样应为来自公共利益、社会正常交往、交易关系及人力资源管理等方面的合理使用留出足够的空间。

第一,根据我国《宪法》第51条规定,个人的自由和权利应在合理范围内向公共利益作出必要的让步。如果认为《民法典》第1036条第3项以及《个人信息保护法》第13条第1款第3项、第4项、第5项有关合理使用的规定仅适用于个人信息权益,便意味着针对私密信息最多可能适用《民法典》人格权编第999条规定的为公共利益实施新闻报道、舆论监督的合理使用。更有甚者,如果认为第999条的“个人信息”不包括私密信息,而该条又没有明确体现“隐私权”,那么针对私密信息的合理使用连第999条也不能适用。按照这种推论,针对私密信息的合理使用空间非常狭小,甚至可以说基本不存在。但问题在于,《民法典》第1036条第3项以及《个人信息保护法》第13条第1款第3项、第4项、第5项中有关为履行法定职责或者法定义务、为应对突发公共卫生事件等情形下的合理使用显然具备足够的正当性,也符合《宪法》第51条的规定。

第二,国务院的有关行政法规也认为,即使是自然人的个人隐私,在必要的情况下也应让位于公共利益。例如,根据国务院《政府信息公开条例》第15条的规定,涉及个人隐私的政府信息,考虑到一旦公开会对第三方合法权益造成损害,原则上行政机关不得公开,但如果不公开又会对公共利益造成重大影响的,予以公开。尽管有行政法学者认为,该条中的“个人隐私”存在不易识别、授权过于宽泛等方面的问题,但同时也认为应将“个人隐私”聚焦于“私密信息”以构建和完善私密信息的公开豁免制度。^{〔29〕}

第三,私密信息也并非绝对的封闭,而多数是在不同场景中特定多数主体之间分享,只要该信息仍是在该特定群体间传播,并符合该信息主体的预期,这种合理使用就应当被允许。^{〔30〕}就此而言,《民法典》第1036条第2项及《个人信息保护法》第13条第1款第6项中有关合理使用个人自行公开或法定公开的个人信息的规定可适用于私密信息,当然在合理使用的认定上,应

〔28〕 参见方新军:《侵权责任利益保护的解释论》,法律出版社2021年版,第354页。

〔29〕 参见李卫华:《民法典时代个人隐私信息公开豁免条款的困境及完善》,载《行政法学研究》2021年第6期。

〔30〕 参见胡凌:《个人私密信息如何转化为公共信息》,载《探索与争鸣》2020年第11期。

当尤其严格。

第四，基于交易关系对私密信息的处理一般表现为两种形式：一是私密信息本身的传输即涉及交易行为；二是其他交易行为的完成需要私密信息的提供。^{〔31〕}前一种形式应以信息主体的知情同意为前提，并无合理使用的空间。后一种形式则属于《个人信息保护法》第13条第1款第2项规定的为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需而合理使用个人信息的情形。例如，在“庞某某诉东航公司、趣拿公司隐私权纠纷案”中，^{〔32〕}庞某某通过趣拿公司下辖的网络平台购买机票，该网络平台只有在收集庞某某的姓名、身份号码、联系方式等私密信息后才可以提供购票服务，这便是为双方之间服务合同的履行而必须处理一方个人私密信息的情形。再例如，通过12306手机APP向中国国家铁路集团有限公司订购火车票时，在合同订立阶段就需要把姓名、身份号码、联系方式等私密信息输入，才能够进一步选定具体的座位，这也属于合理使用的情形。此外，《个人信息保护法》第13条第1款第2项规定的为实施人力资源管理所必须而合理使用也基本如此，招聘、社保办理、工资发放、绩效考核、业务培训等各个环节都涉及个人信息的处理，^{〔33〕}为使企业的人力资源管理工作得以正常进行，应当允许这种对个人信息的合理使用。

第五，欧盟《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称GDPR）在第6条已经规定个人数据处理合法性的情况下，考虑到特殊种类的个人数据与自然人的基本权利和自由紧密相关，对该种类数据进行处理将对自然人的基本权利和自由产生重大影响，^{〔34〕}第9条又特别规定了特殊种类的个人数据处理。该条第1款规定原则上应禁止对特殊种类的个人数据进行处理，但第2款除（a）项关于应取得数据主体的明示同意才能处理其个人数据的规定外，其余（b）～（j）共9项可以进行处理的事由其实都属于未经同意可以合理使用的范畴。GDPR第9条所称特殊种类的个人数据其实就是指敏感数据。^{〔35〕}尽管敏感信息（数据）与私密信息不能等同，但不可否认的是二者之间至少存在一定交叉，在GDPR中至少可以解释出对敏感私密信息合理使用的空间。

• 519 •

四、隐私权保护优先规则下私密信息合理使用的解释路径

通过上述分析可以发现，即使是私密信息也应当有足够的合理使用空间，当然在适用条件上应当严格把握。需要特别说明的是，这种从严把握是基于私密信息本身的特性，与采隐私权保护规则还是采个人信息保护规则并无关系。换言之，对私密信息进行保护无论是适用隐私权保护规则还是个人信息保护规则，针对私密信息的合理使用空间都应该是无差别的。因此，有必要对目

〔31〕 参见前引〔8〕，冉克平文。

〔32〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终509号民事判决书。

〔33〕 参见前引〔14〕，程啸书，第129页。

〔34〕 See Christopher Kuner, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford University Press, 2020, p. 366.

〔35〕 参见前引〔34〕，Christopher Kuner书，第373页。

前的隐私权保护优先规则采取缓和化的解释路径。

（一）私密信息合理使用规则的理论划分

有观点认为，为保持私密信息保护与利用之间的平衡，不妨将私密信息划分为敏感私密信息和非敏感私密信息，从而适用不同的合理使用标准。^{〔36〕}法律应为敏感私密信息提供强化保护，虽然该保护仍包含保护和利用两个维度，但对其利用的标准和要求应更高。^{〔37〕}该观点值得肯定，以敏感性程度对私密信息进行划分具有合理性。

首先，个人信息的敏感程度与人格尊严和自由呈现正相关的紧密关联，故敏感程度更高的个人信息应受到更高程度的保护，这种更高程度的保护便集中体现为法律对个人信息处理者的处理行为提出的更高要求。从另一个角度看，既然敏感程度更高的个人信息应受到更高程度的保护，便意味着个人信息处理者针对敏感程度更高的个人信息进行处理时可援引的合理使用抗辩空间相对较小。其次，在个人信息的类型划分方面，《民法典》与《个人信息保护法》具有不同的规范目的。前者将个人信息划分为私密信息与非私密信息，其规范目的在于协调个人信息权益与隐私权的关系，^{〔38〕}即个人信息原则上并不适用隐私权保护规则而应适用个人信息保护规则，只有个人信息中的私密信息应优先适用隐私权保护规则；后者将个人信息划分为敏感信息与非敏感信息则是出于规范不同的个人信息处理行为、协调个人信息的保护与利用的考量，^{〔39〕}对于敏感信息的保护程度更高，合理使用的标准也相对更为严格。由此来看，《民法典》划分私密信息与非私密信息的规范目的实则在于区分隐私权保护规则和个人信息保护规则，^{〔40〕}以扭转适用隐私权保护规则保护个人信息的传统做法。^{〔41〕}而由于私密信息既属于隐私，又属于个人信息，注定了对于私密信息的保护不仅无法从隐私权保护规则中剥离，还会不可避免地造成隐私权保护规则与个人信息保护规则的交叉。为解决由此产生的法律适用问题，《民法典》第1034条第3款确立了私密信息隐私权保护规则优先的立场，但却导致了私密信息的合理使用空间被不当限缩的局面。《民法典》所作的私密信息与非私密信息的类型划分，其直接的出发点本身并不涉及个人信息的保护与利用问题。而从《个人信息保护法》划分敏感信息和非敏感信息的规范目的来看，其直接的出发点原本就是为了平衡个人信息的保护与利用问题。就此而言，即使是个人信息范畴内的私密信息与非私密信息，在衡量其存在多大的合理使用空间方面，仍应以敏感程度作为划分标准。此外，更有观点对《民法典》划分私密信息与非私密信息的做法提出了质疑。因为根据《民法典》第1032条第2款的规定，所有未公开的个人信息都可纳入私密信息的范畴，但未公开信息的范围实在过于宽泛，相比之下，敏感信息在客体范围上更具确定性，应以“敏感信息”取代

〔36〕 参见前引〔8〕，冉克平文。

〔37〕 参见前引〔9〕，张新宝文。

〔38〕 参见郑晓剑：《论〈个人信息保护法〉与〈民法典〉之关系定位及规范协调》，载《苏州大学学报（法学版）》2021年第4期。

〔39〕 参见程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021年第3期。

〔40〕 参见程啸：《个人信息保护中的敏感信息与私密信息》，载《人民法院报》2020年11月19日，第5版；江必新、李占国主编：《中华人民共和国个人信息保护法条文解读与法律适用》，中国法制出版社2021年版，第102页。

〔41〕 参见前引〔38〕，郑晓剑文。

“私密信息”。^{〔42〕}但无论如何,《民法典》既已施行,为了缓解《民法典》第1034条第3款确立的私密信息隐私权保护优先规则导致的私密信息合理使用空间被不当限缩,只能在目前的立法框架下寻求可能的缓和化解释方案。

不过,在将私密信息划分为非敏感私密信息和敏感私密信息的基础上,对于二者的合理使用,当存在不同的解释路径。原因在于,非敏感私密信息的考量因素仅为“私密”,而敏感私密信息的考虑要素为“敏感”和“私密”,前者仍需在隐私权保护优先规则内寻求解释方案,而后者则存在由于具有“敏感”因素而绕过隐私权保护优先规则的可能,从而在敏感个人信息的保护规则内寻求解释方案。对此,有学者提出了非常有意义的问题,那便是当敏感私密信息遭受侵害时,应优先适用隐私权保护规则,还是应优先适用个人信息保护规则。^{〔43〕}具体而言,《民法典》第1034条第3款只是确立了私密信息的隐私权保护优先规则,即当私密信息遭受侵害时,应优先适用隐私权保护规则,而个人信息保护规则仅在隐私权保护规则没有规定时才可以适用。但当敏感私密信息遭受侵害时,是否仍应优先适用隐私权保护规则呢?

实际上,对于敏感私密信息应如何保护的重要考量因素已不再是“私密”,而是“敏感”,敏感私密信息本身已经是私密信息范围内的进一步划分。因此,对于敏感私密信息的保护,个人信息保护规则中有关敏感个人信息的相关规定应作为特别规则而优先适用。此外,从私密信息的侵权责任构成上看,适用隐私权保护优先规则确实没有任何优势,甚至可以说存在一定的弊端。首先,隐私权保护规则适用的是过错责任,而个人信息保护规则适用的却是过错推定责任,这意味着适用个人信息保护规则实际上更有利于对信息主体的保护,^{〔44〕}因为信息主体无需再就过错要件进行举证证明,而是由法律直接推定个人信息处理者存在过错。其次,虽然法律应强调对敏感私密信息的高强度保护,但这种保护仍然应为合理使用留出足够的空间。但正如上文所述,在隐私权保护规则下,私密信息的合理使用抗辩都基本不存在,遑论敏感私密信息的合理使用抗辩。

此外,《个人信息保护法》第28条第1款规定敏感个人信息是“一旦泄露或者非法使用,容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息”,并将生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息及不满十四周岁未成年人的个人信息作为典型进行列举。但有观点认为,该条款只是确立了敏感个人信息的权益侵害风险基准和风险内容、风险程度及风险发生方式三个方面的具体风险维度,但对于如何判定个人信息处理者的处理行为是否达到了这种敏感的风险维度则没有明确。^{〔45〕}还有观点认为,上述法条中列举的7种类型的个人信息显然并不足以覆盖全部的敏感个人信息,对于未予以列举的敏感个人信息则需

〔42〕 参见石佳友:《隐私权与个人信息关系的再思考》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第5期。

〔43〕 参见王利明:《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》,载《当代法学》2022年第1期。

〔44〕 参见前引〔5〕,李昊文;前引〔5〕,刘承勰、刘磊文。

〔45〕 参见宁园:《敏感个人信息的法律基准与范畴界定——以〈个人信息保护法〉第28条第1款为中心》,载《比较法研究》2021年第5期。

要结合理论标准予以明确。^[46] 实际上,上述问题本质上都是“敏感性”的确定问题。美国的尼森鲍姆(Nissenbaum)教授提出的场景理论,主张对于隐私是否应受到保护应结合所处的具体场景进行考量,^[47] 并将信息发送者、信息接收者、信息主体、信息类型及传输原则等作为具体的考量因素。^[48] 我国学者受此启发,多主张在敏感个人信息的“敏感性”判断上也应引入场景理论,^[49] 但对于“敏感性”判断的具体考量要素却并未达成一致。可以说,尼森鲍姆教授所提出的场景理论只是为“敏感性”的判断提供了一种思路,而具体的考量因素却因各国具体情况不同而有所不同,这有待于学者们的进一步努力。

有观点认为,场景理论中应考量的场景要素不仅可以作为判断“敏感性”的归入标准,还可以作为择出标准,即符合社会场景目的的个人信息处理行为,已经平衡了个人价值与公共价值及社会价值,原本的敏感个人信息在此情况下可被视为一般个人信息处理。^[50] 该观点有待商榷。按照该观点,有关敏感个人信息的保护与利用都将集中在“敏感性”的判断上,但该观点却忽视了合理使用本身作为判断标准的功能,而且也与我国民法理论中的侵权责任构成不相符。具体而言,在敏感个人信息的侵权责任构成中,合理使用是作为违法阻却事由予以考虑,有着自身独立的存在价值。而运用场景理论对“敏感性”的判断,其作用仅限于在具体的场景中判断某项个人信息是否为敏感信息,至于个人信息处理行为是否涉及社会利益和公共利益,则应由合理使用这一抗辩事由予以判断。

(二) 非敏感私密信息的合理使用规则

如上述所述,由于非敏感私密信息的重要考量因素仅为“私密”,故对于非敏感私密信息的合理使用,仍应以《民法典》第1034条第3款确定的隐私权保护优先规则为中心寻求可能的解释方案。《民法典》第1034条第3款前半句规定“个人信息中的私密信息,适用有关隐私权的规定”,确立了隐私权保护规则的优先性地位。《民法典》1034条第3款后半句则规定“没有规定的,适用有关个人信息保护的规定”,其立法目的在于明确个人信息保护规则是隐私权保护规则对私密信息在保护方式上的补充。^[51] 为避免目前的隐私权保护优先规则对非敏感私密信息保护过度而忽略了非敏感私密信息应有的合理使用空间,应对作为补充保护方式的个人信息保护规则的适用做广义上的理解。具体而言,《民法典》第1034条第3款后半句“没有规定的,适用有关个人信息保护的规定”应理解为不仅可以适用个人信息保护规则中的保护性规定,还可以适用个人信息保护规则中的合理使用抗辩事由。

[46] 参见前引[43],王利明文;王苑:《敏感个人信息的概念界定与要素判断——以〈个人信息保护法〉第28条为中心》,载《环球法律评论》2022年第2期。

[47] See Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 *Washington Law Review* 119 (2004).

[48] See Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010, pp. 141-145.

[49] 参见前引[43],王利明文;前引[46],王苑文;前引[45],宁园文;汤敏:《个人敏感信息保护的欧美经验及其启示》,载《图书馆建设》2018年第2期;陈红旭:《敏感个人数据的特殊保护》,载《重庆理工大学学报(自然科学版)》2019年第4期;张勇:《敏感个人信息的公私法一体化保护》,载《东方法学》2022年第1期;孙清白:《敏感个人信息保护的特别制度逻辑及其规制策略》,载《行政法学研究》2022年第1期。

[50] 参见前引[46],王苑文。

[51] 参见前引[13],黄薇主编书,第212页。

在隐私权保护优先规则下，可适用的个人信息保护规则中的合理使用抗辩事由分为两部分：第一部分是指《民法典》中有关个人信息保护规则的合理使用抗辩事由，《民法典》第999条和第1036条第2项、第3项都属于这部分；第二部分则是指《个人信息保护法》中有关个人信息保护规则的合理使用抗辩事由，主要是指《个人信息保护法》第13条第1款第2项至第7项无需取得个人同意也可处理其个人信息的情形。

值得注意的是，《民法典》第999条和第1036条第2项、第3项中的合理使用抗辩事由都可以在《个人信息保护法》第13条第1款第2项至第7项中找到对应条款。实际上，《民法典》与《个人信息保护法》中的私法规则部分本就是一般法与特别法的关系，前者确定的个人信息权益的性质及其在民事权利体系中的位置，是后者具体适用的基础和依据，^{〔52〕}而后者则是前者在个人信息保护领域的具体的专门性规定。因此，《个人信息保护法》第13条第1款第2项至第7项可以说是《民法典》第999条和第1036条第2项、第3项的具体化规定。《个人信息保护法》第13条第1款第5项基本对应《民法典》第999条中“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的个人信息”的规定；《个人信息保护法》第13条第1款第6项及第27条基本可对应《民法典》第1036条第2项“合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外”的规定；《个人信息保护法》第13条第1款第3项至第4项基本可对应《民法典》第1036条第3项“为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为”的规定，并将“公共利益”的情形细化为“履行法定职责”“履行法定义务”“应对突发公共卫生事件”这几种具体情形，将“该自然人合法权益”细化为“自然人的生命健康和财产安全”。此外，《个人信息保护法》第13条第1款第2项还新增了“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”的情形作为合理使用事由，第7项新增了“法律、行政法规规定的其他情形”的兜底性规定。

• 523 •

因此，对于非敏感私密信息的合理使用，个人信息处理者原则上可直接援引《个人信息保护法》第13条第1款第2项至第7项中的合理使用抗辩事由。另外，考虑到《个人信息保护法》第72条第1款“自然人因个人或者家庭事务处理个人信息的，不适用本法”的规定，个人信息处理者在无法援引《个人信息保护法》第13条第1款第2项至第7项中的合理使用抗辩事由的情况下，可援引《民法典》第999条和第1036条第2项、第3项中的合理使用抗辩事由。

（三）敏感私密信息的合理使用规则

虽然针对敏感私密信息的处理，应优先适用个人信息保护规则中有关敏感个人信息保护的规定，但对于我国《个人信息保护法》中有关敏感个人信息的合理使用规则应当如何具体适用，也是个值得讨论的问题。《个人信息保护法》第二章“个人信息处理规则”第一节“一般规定”的第13条第1款规定了7项个人信息处理者可合法处理个人信息的事由，除第1项应“取得个人

〔52〕 参见王利明：《论〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的适用关系》，载《湖湘法学评论》2021年第1期。

的同意”的事由外，第2项至第7项均为无需取得信息主体个人同意的合理使用事由。而第二章“个人信息处理规则”第二节“敏感个人信息的处理规则”中共有第28条至第32条这5个条文，但却没有单独规定敏感个人信息合理使用的抗辩事由。从体系解释来看，似乎可以认为在同一章“一般规定”中第13条的合理使用抗辩事由可以直接适用于敏感个人信息的合理使用抗辩。但问题在于，如果是直接适用，又如何能体现出对敏感个人信息的特别保护呢？

以GDPR为例，第9条（特殊类别的个人数据处理）第2款规定了（b）～（j）9项合理使用事由，尽管这9项中的某些事由与第6条（处理的合法性）第2款的（b）～（f）中的某些事由相类似，但第9条第2款在具体要求上明显更为严格。例如，第6条的（d）项规定数据处理是为了保护数据主体或另一自然人的重大利益所必需时，可构成合理使用而无需数据主体同意。虽然第9条也作了类似的规定，但在前提条件的设置上，除满足第6条（d）项中的要求外，还需满足“数据主体物理上或法律上无法给予相关同意”的要件。再例如，第6条的（e）项规定数据处理是为执行公共利益领域的任务所必须时，可以构成合理使用而无需数据主体的同意。尽管第9条也作了类似的规定，但却分别在（g）项、（i）项及（j）项将公共利益限定于“为实现重大公共利益所必需”“为实现在公共健康领域的公共利益所必需”及“为公共利益进行档案管理”等具体情形，同时在各项规定中附加了依据的法律与实现的目的成比例、为数据主体的根本权益提供相应保障措施等条件。此外，GDPR“序言”第（53）部分还提及，对于敏感个人数据的处理，除了适用该等处理的特殊要求外，有关合法处理的条件方面的规则也应同时适用。这意味着，针对个人数据的处理，如果连第6条的合法处理条件都无法满足，就更不能满足第9条中的条件要求，前者是后者合法性处理的底限性要求。

在立法思路上，我国《个人信息保护法》第13条基本对应GDPR第6条，而《个人信息保护法》第28条至第32条关于“敏感个人信息的处理规则”的规定则基本对应GDPR第9条。但通过比较可以发现，《个人信息保护法》第28条至第32条并未如GDPR第9条那样单独规定敏感个人信息的合理使用规则。对此，有学者认为，对于敏感个人信息的处理，GDPR采取的是“原则禁止+例外允许处理”的禁令模式，而我国《个人信息保护法》采取的则是对处理条件进行严格限制基础上的一般允许处理模式。^{〔53〕}的确，虽然我国《个人信息保护法》对于敏感个人信息的处理也采取了一般允许处理的立法模式，但并不意味着敏感个人信息的处理条件与一般个人信息相同。《个人信息保护法》第28条第2款规定的“敏感个人信息的处理要件”便起到了对敏感个人信息的处理进行严格限制的功能：（1）《个人信息保护法》第6条第1款规定“处理个人信息应当具有明确、合理的目的”，《个人信息保护法》第28条第2款在此基础上，又进一步要求针对敏感个人信息的处理还应具有“特定的目的”。例如，《汽车数据安全若干规定（试行）》规定收集指纹、声纹、人脸、心律等生物识别特征信息，应出于增强行车安全的目的，而不能是出于智能驾驶、导航等其他目的。再例如，立法机关仅授权科研机构收集患者的敏感私密信息用于研发新冠疫苗，那么该科研机构便不得将收集的敏感私密信息用于研发其他用途的疫苗

〔53〕 参见前引〔46〕，王苑文。

或其他超出授权范围的用途。此外，对于“特定目的”的认定，还应结合个人信息处理者的身份以及其所提供的商品或服务、履行的法定职责或法定义务的性质等综合认定。例如，只有诊疗、体检、保险机构为特定目的才可以处理个人的医疗健康信息。^{〔54〕}（2）《个人信息保护法》第28条第2款要求针对敏感个人信息的处理应具有“充分的必要性”，如果对于处理敏感个人信息的特定目的实现没有充分的必要性，仍不应处理自然人的敏感个人信息。例如，《汽车数据安全管理若干规定（试行）》规定收集指纹、声纹、人脸、心律等生物识别特征信息，应对于增强行车安全的目的有充分的必要性，如果对于增强汽车安全的目的实现是可有可无的，便不得收集上述敏感个人信息。（3）《个人信息保护法》第28条第2款要求针对敏感个人信息的处理应采取“严格保护措施”。例如，《个人信息保护法》第55条规定个人信息处理者处理敏感个人信息，应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录。再例如，针对个人生物识别信息的传输和储存，需要采取加密等安全措施，并将个人生物识别信息与个人身份信息分开储存，原则上不储存原始样本。^{〔55〕}

因此，对于敏感个人信息的合理使用，应首先符合《个人信息保护法》第28条第2款的规定，才可以进一步适用《个人信息保护法》第13条第1款第2项至第7项中的合理使用情形。不过，有观点认为，《个人信息保护法》第28条第2款的规定过于抽象，存在任意解释的可能，可仿照GDPR的规定对敏感个人信息处理的法定事由进行列举，并以“公共利益”作为兜底性规定。^{〔56〕}但实际上，《个人信息保护法》第28条第2款并非独自发挥功能，其实际上是对《个人信息保护法》第13条规定的个人信息处理者可处理个人信息的合法事由在敏感个人信息处理方面提供的强化保护标准，该强化标准当然也适用于敏感个人信息的合理使用。换言之，如果个人信息处理者主张其处理行为符合《个人信息保护法》第13条第1款第2项至第7项中的合理使用情形，但若不符合《个人信息保护法》第28条第2款规定，便不能构成对敏感个人信息的合理使用。这也是《个人信息保护法》与GDPR对于敏感个人信息处理的规定有所不同的地方。

• 525 •

五、结 语

在私密信息隐私权保护优先规则之下，出现了隐私权保护规则与个人信息保护规则在合理使用抗辩方面相冲突的局面。具体而言，隐私权保护规则下可直接援引的合理使用抗辩事由基本不存在，而《民法典》第1034条第3款确立的隐私权保护优先规则基于隐私权作为民事权利受保护程度更高的立场又排斥个人信息保护规则中合理使用抗辩事由的援引。尽管隐私权的位阶并非绝对高于个人信息权益，但《民法典》已然确立了私密信息隐私权保护模式优先的规则，也只能在解释论上为隐私权保护优先规则下私密信息合理使用被过度限制的困境寻求出路。基于此，本

〔54〕 参见杨合庆主编：《中华人民共和国个人信息保护法释义》，法律出版社2022年版，第86页。

〔55〕 参见前引〔54〕，江必新、李占国主编书，第103页。

〔56〕 参见孙清白：《敏感个人信息保护的特别制度逻辑及其规制策略》，载《行政法学研究》2022年第1期。

文在将私密信息划分为非敏感私密信息和敏感私密信息的基础上，分别适用不同的具体解释路径，从而在私密信息隐私权保护优先规则下引入个人信息保护规则中的合理使用情形，以解决私密信息的合理使用空间被不当限制的问题。

Abstract: The rule of priority protection of the right to privacy of private information established in paragraph 3 of Article 1034 of the Civil Code leads to the improper restriction of the fair use space of private information. It is necessary to introduce the rule of fair use of personal information in the Personal Information Protection Law. On the basis of dividing private information into non sensitive private information and sensitive private information, the former can directly apply the fair use of personal information in items 2 to 7 of paragraph 1 of Article 13 of the Personal Information Protection Law through the second half sentence of paragraph 3 of Article 1034 of the Civil Code. The latter can be based on the interpretation that the rules for the protection of sensitive personal information should take precedence over the rules for the protection of privacy. On the premise of complying with the “rules for the processing of sensitive personal information” in paragraph 2 of Article 28 of the Personal Information Protection Law, the fair use of personal information in items 2 to 7 of paragraph 1 of Article 13 of the Personal Information Protection Law can be applied.

Key Words: rights of privacy, personal information, private information, sensitive information, fair use

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

数字政府建设中个人信息保护的风险规制路径

刘绍宇*

内容提要：公共部门个人信息保护制度的完善是建构数字法治政府的必由之路。我国《个人信息保护法》采取了公私部门一体调整的宣示性立法模式，目前既无法为公共部门个人信息保护提供足够的规则指引，也未充分满足数字政府建设的需要。数字政府个人信息保护规则的建构，不仅需要考虑公共部门相对私人部门在个人信息处理活动中的特殊性，还要兼顾数字政府在技术和治理这两个层面的革新，进而制定专门规则。风险规制模式不仅是世界范围内个人信息保护制度的发展趋势，而且能够为一体调整模式提供理论基础。通过风险预防原则的适当运用，对个人信息权利的风险化解释与调适，风险管理、风险交流和风险评价等风险规制机制的灵活运用，以及合作治理、独立规制机构、技术治理、回应治理、试验规制和软法之治等风险规制策略的共同配合，建构以风险规制为导向的数字政府个人信息保护机制是我国未来的最优选择。

关键词：数字政府 个人信息保护 风险规制

• 527 •

一、问题的提出

近年来，我国一直致力于推动数字政府建设，并取得了令人瞩目的成绩。在数字政府建设中，政府汇集了整个社会的数据资源，并利用其实现大数据治理，这在提升行政服务水平、促进数字经济发展和推动国家治理现代化的同时，也带来了极大的数据安全和个人信息风险。数据安全和个人信息保护是数字政府建设中不可忽视的议题，一直受到我国政府的高度重视。中国共产党第十九届四中全会作出的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体

* 刘绍宇，中国社会科学院法学研究所助理研究员。

本文为国家社会科学基金重大项目“行政诉讼类型制度的构建研究”（19ZDA163）、中国博士后科学基金第14批特别资助“论私法主体的公法管控：以网络平台为考察对象”（2021T140727）阶段性研究成果。

系和治理能力现代化若干重大问题的决定》明确提出“推进数字政府建设，加强数据有序共享，依法保护个人信息”。而在2022年6月23日发布的《国务院关于加强数字政府建设的指导意见》中，国务院更是以专章规定“构建数字政府全方位安全保障体系”，其中包括“加大对涉及国家秘密、工作秘密、商业秘密、个人隐私和个人信息等数据的保护力度”。

与此同时，我国个人信息保护法律体系建设也正稳步推进。尤其是2021年《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）和《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）这两部法律的颁行，标志着我国个人信息保护法律制度基本成型。然而，尽管个人信息保护对数字政府建设来说至关重要，但个人信息保护制度的建构似乎与数字政府建设平行进行，并未为后者提供足够的制度供给。《个人信息保护法》采取公共部门与私人部门一体调整模式，被认为是一种“象征性立法”^{〔1〕}，远远无法满足数字法治政府建设的制度需求，“数字政府建设过程中的个人信息保护尚未得到应有的重视”^{〔2〕}。一体调整模式既无法为公共部门个人信息保护提供足够明晰的规则指引，也未回应数字政府建设的需要，“个人数据权利保护的制度供给不足是当前掣肘数字政府变革的重要因素之一”^{〔3〕}。

如何规范公共部门个人信息处理活动，尤其是如何建构与数字政府兼容的个人信息保护制度，是建设数字政府和完善个人信息保护制度的重大议题之一。尽管目前学界已对政府处理个人信息活动的规范展开了深入研究，^{〔4〕}但绝大多数研究并未充分考虑政府数字化转型的时代背景，而仍是在传统政府视角下的探讨。事实上，学界普遍认为数字政府给个人信息保护制度带来了极大的挑战，有学者直接指出数字政府与个人信息保护之间存在难以弥合的矛盾，^{〔5〕}还有学者考察了开放政府、数据治理、平台政府与个人信息保护之间的冲突，^{〔6〕}以及知情同意原则、目的限制原则与数字政府之间的张力^{〔7〕}。

对于如何建构数字政府个人信息保护制度这一问题，学界存在权利保护路径和风险管理路径之间的争议。权利保护路径侧重于探讨个人信息保护原则以及个人信息权利如何在数字政府中实现，风险管理路径则认为应通过政府内部风险管理实现个人信息保护。本文认为应整合上述两种

〔1〕 王锡梓：《行政机关处理个人信息活动的合法性分析框架》，载《比较法研究》2022年第3期，第94页。

〔2〕 马颜昕等：《数字政府：变革与法治》，中国人民大学出版社2021年版，第370页。

〔3〕 董筱文、胡雯：《以法治化赋能数字政府建设》，载《中国社会科学报》2022年8月10日，第8版。

〔4〕 参见赵宏：《告知同意在政府履职行为中的适用与限制》，载《环球法律评论》2022年第2期；喻文光、郑子璇：《数字时代政府机关处理个人信息告知义务制度的公法建构》，载《人权》2022年第3期；彭鐸：《论国家机关处理个人信息的合法性基础》，载《比较法研究》2022年第1期；孙清白：《国家机关处理个人信息的特殊风险及其法律规制》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2022年第3期；程子栋、王鹏彪、罗海宁：《对数字政府安全技术合规分析的建议》，载《中国信息安全》2022年第8期。

〔5〕 Vgl. Roßnagel/Laue, Zweckbindung im Elektronik Government, DÖV12 (2007), 543, 544; Hansen, Die ambivalente Beziehung zwischen eGovernment und Datenschutz, DuD 10 (2021), 664, 664; Stutz, Verantwortlichkeit und Datenschutz im E-government, in: Wind/Kröger (Hrsg.), Handbuch IT in der Verwaltung, 2006, S. 347.

〔6〕 参见宋烁：《论政府数据开放中个人信息保护的制度构建》，载《行政法学研究》2021年第6期；宋华琳、郑琛：《论政府数据开放中的数据安全保障制度》，载《中国司法》2022年第3期；彭箫剑：《平台型政府及行政法律关系初论》，载《兰州学刊》2020年第7期。

〔7〕 参见马颜昕、吴敏慧：《数字政府建设中〈个人信息保护法〉适用的挑战与展望》，载《网络信息法学研究》第11期，中国社会科学出版社2022年版，第122页。

路径的优劣，提出一种风险规制路径，为建构数字政府中的个人信息保护提供理论基础和制度指引。本文第一部分从权力、技术和组织这三个层面系统讨论数字政府建设如何对个人信息保护制度构成挑战，在此基础上，第二部分提出个人信息保护的风险规制路径，并对其在数字政府中的运用予以证成，最后探讨如何在风险规制路径下完善数字政府个人信息保护制度。

二、数字政府建设对个人信息保护制度带来的挑战

学界普遍认为我国个人信息保护制度与数字政府建设之间存在难以弥合的矛盾，数字政府建设给个人信息保护制度带来严峻挑战。这主要是因为，在目前的一体调整模式下，我国以私人部门为范式建构的个人信息保护规则并未考虑到公共部门的独特之处和数字政府的最新发展。本文结合数字政府的主要特征，从公共属性、技术进步和治理革新这三个层面分析数字政府建设何以成为个人信息保护制度带来挑战。

（一）公共属性给个人信息保护制度带来的挑战

我国《个人信息保护法》确立的一体调整模式，本质上是将以私人部门为范式建构的个人信息保护规则适用于公共部门，并未顾及数字政府的公共属性。公共属性是政府的固有属性，意味着政府主要是为了完成取向于公共福祉和公共利益的公共任务，进而被法律赋予职权。政府的公共属性并不因为其数字化转型而丧失，而应予以特别保护。公共部门之所以要有专门的个人信息保护规则，主要是基于其公共属性，这也是一体调整模式制度供给不足的首要原因。正基于此，在个人信息保护立法较为悠久的德国，公共部门个人信息保护立法一直独立于私人部门存在。

公共部门之所以给以私人部门为范式建构的个人信息保护制度带来挑战，主要是基于两个方面的原因。一方面，政府完成公共任务主要是为了维护公共利益，而个人信息保护制度主要是一种维护个人权益的机制。政府在履行公共职责时，个人信息保护原则和个人信息权利均会因为公共利益的优位性而受到限制。欧盟《保护警察和刑事司法当局使用的个人数据指令》（以下简称LED）和德国各州公共机构数据保护立法之中均对知情同意原则、目的限制原则和透明原则有不同程度的放宽，对个人信息权利也有一定限制。^{〔8〕}甚至有学者认为目的限制原则被完全突破，因为与欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）不同的是，只要符合合法性和必要性原则的要求，个人信息被再次处理的目的并不需要与初始目的兼容。^{〔9〕}另一方面，政府无论是从事秩序行政还是服务行政，个人信息主体均处于一种非对等关系的弱势地位，诸如“同意”这样的个人信息保护机制基本失灵。有德国学者以疫情防控软件为例，指出该情境下政府搜集个人信息获取的同意根本无法实现有效的权利保护。^{〔10〕}

〔8〕 See Mark Leiser & Bart Custers, The Law Enforcement Directive: Conceptual Challenges of EU Directive 2016/680, 5 (5) *European Data Protection Law Review* 367, 373 (2019).

〔9〕 See Catherine Jasserand, Law Enforcement Access to Personal Data Originally Collected by Private Parties: Missing Data Subjects' Safeguards in Directive 2016/680?, 34 (1) *Computer Law & Security Review* 154, 163 (2018).

〔10〕 Vgl. Samardzic/Becker, Die Grenzen des Datenschutzes: Der beschränkte Schutz durch Freiwilligkeit und Einwilligung bei Corona-Apps, *EuZW* 31 (2020), 646, 646.

根据政府活动公共属性的高权程度不同,个人信息保护规则也应有所不同,而我国目前的一体调整模式并未作出这种区分。以欧盟为例,政府警察、刑事司法活动和一般行政活动的个人信息保护规则并不相同。一般来说,政府活动高权程度越高,相应的公共属性越强,对公民基本权利的影响越大,对以私人部门为范式建构的个人信息保护制度形成的挑战越大,特别规则的建立也越有必要。根据高权程度的不同,政府活动可以区分为警察和刑事司法活动、秩序行政、服务行政和私行政。结合前述原理,私行政活动可参照《个人信息保护法》其他部分的规定,因此“同意”在政府处理个人信息中也有适用空间。^[11]警察和刑事司法活动高权属性最强,绝大多数国家建立了专门的个人信息保护规则。我国刑事诉讼法学界也对此展开了专门的深入研究,普遍认为应进行刑事诉讼个人信息保护专门立法。^[12]一般秩序行政和服务行政则基本可以参照私部门个人信息保护规则,适用一体调整模式。不过,由于各个国家对警察、犯罪和刑事司法等概念的理解存在差异,警察、刑事司法活动和秩序行政实际上存在一定区分难度,在欧盟实践中已经造成困扰。^[13]

(二) 技术手段给个人信息保护制度带来的挑战

数字政府给个人信息保护制度带来挑战的另一关键原因在于,数字政府广泛运用了大数据、人工智能、区块链、云计算、物联网乃至虚拟现实和深度合成等新型数字技术。个人信息保护制度的本质是技术监管工具,^[14]从监管理论上来说,其应随着技术进步而更新,否则会造成规制滞后。我国目前的个人信息保护制度整体上根植于20世纪80年代的公平信息实践,上述每一项技术革新均给其带来冲击,对此法律与技术界已展开了深入的探讨。^[15]而数字政府是上述技术的综合运用,^[16]更给个人信息保护带来系统性风险和根本性挑战。具体来说,数字技术的发展在以下几个方面给个人信息保护制度带来挑战,这些挑战目前已在数字政府建设中凸显。

1. 个人信息与非个人信息的区分

传统个人信息保护制度是建立在个人信息与非个人信息二分基础之上,个人信息被认为是个人信息保护立法的核心与前提。而在数字政府建设的大背景下,为了充分发挥大数据技术的治理潜力,数据融合越来越频繁,个人信息与非个人信息的区分开始模糊,非个人信息被重新识别的难度越来越低。早在《个人信息保护法》出台之前,关于个人信息的界定处于众说纷纭的状态,司法实践中也是莫衷一是。《个人信息保护法》出台后,尽管其对个人信息作出了较为明确的定义,但上述分歧并未完全消失。至今,个人信息的界定,仍然困扰着理论与实务界。在大数据时代,这一问题在未来根本无法得到解决,本质上是因为大数据技术使得重新识别越来越

[11] 参见前引[4],彭鐸文。

[12] 参见裴炜、张桂贤:《论刑事诉讼中个人信息保护的知情规则》,载《成都理工大学学报(社会科学版)》2022年第4期;郭烁、杨默涵:《受限、契合与独立:论刑事诉讼数据处理原则》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2022年第4期;郑曦:《刑事诉讼个人信息保护论纲》,载《当代法学》2021年第2期。

[13] Vgl. Kugelman, Anwendungsbereich und Spielräume der Landesdatenschutzgesetze, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung Vernetztes E-government, 2. Aufl., 2019, S. 432.

[14] Vgl. Vogel, Das Datenschutzrecht als Instrument der Technikregulierung, in: Susanne/Carsten/Brian (Hrsg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht. Festgabe zum 10-jährigen Bestehen der Forschungsstelle RobotRecht, 2020, S. 645.

[15] See Tal Zarsky, Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data, 47 (4) The Seton Hall Law Review 995 (2016).

[16] 国务院发布的《全国一体化政务大数据体系建设指南》中指出,积极运用云计算、区块链、人工智能等技术提升数据治理和服务能力。

越容易。

2. 目的限制原则

目的限制原则是我国个人信息保护制度的基础原则，规定在《个人信息保护法》第6条第1款中。所谓目的限制原则，是指个人信息的收集和利用均限于最初确立的目的，与该目的保持一致。从一定程度上说，目的限制原则和大数据技术的运作模式存在根本冲突。在数字政府的大背景下，大数据技术的要义便在于不断去发掘数据的价值，使数据发挥在搜集时难以预料到的作用。而目的限制原则要求个人信息的利用限于搜集时的目的，阻碍了新功能和新服务的研发，不利于数据利用价值的发挥。因此，在数字经济建设的大背景下，目的限制原则受到越来越多的批判，不少国家也通过引入兼容性使用标准、无法预料标准和尊重场景原则等来缓和目的限制原则的严格要求。^{〔17〕}而我国则仍坚持了严格的目的是限制原则，因而加剧了个人信息保护制度与数字政府建设，尤其是大数据治理之间的冲突。^{〔18〕}

3. 知情同意原则

知情同意原则是世界范围内个人信息保护法的核心机制，在我国个人信息保护制度中也发挥关键作用。《网络安全法》一度将同意作为个人信息处理唯一的合法性基础，《个人信息保护法》尽管规定了更加多元化的合法性基础，但知情同意原则仍具有基础地位。然而，知情同意原则作为落实个人信息自决的机制，其前提在于个人信息主体具有独立自主决定的能力，对此《个人信息保护法》也专门规定，要求知情同意必须“由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出”。而在数字政府背景下，数字技术的应用使得个人信息主体根本不可能满足这一前提条件，用户对其个人信息的控制是虚幻的。^{〔19〕}由于个人根本无法理解隐私协议，也无法理解数字政府建设中的数字技术，以及其对个人信息所带来的风险，这种同意并不是建立在充分知情基础之上。

4. 个人信息权利

个人信息权利在不少数字技术中也难以实现，具有代表性的例子是人工智能、区块链和云计算技术。就人工智能来说，在机器学习中如何确保删除权和被遗忘权在国内外数据合规实践中已经成为一个难题，“数据删除的要求实际上已经游离在一种不可能的边缘”^{〔20〕}，“完全删除数据是一项计算密集工作，既不经济实用也不环保”^{〔21〕}。就区块链技术来说，删除权和被遗忘权^{〔22〕}等个人信息权利的行使与区块链记录的完整性、防篡改性、可追溯性等原生特性存在悖论，在技术

• 531 •

〔17〕 参见朱荣荣：《个人信息保护“目的限制原则”的反思与重构——以〈个人信息保护法〉第6条为中心》，载《财经法学》2022年第1期。

〔18〕 参见刘权：《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》，载《法学家》2021年第5期。

〔19〕 See Neil Richards & Woodrow Hartzog, The Pathologies of Digital Consent, 96 (6) *Washington University Law Review* 1461, 1473 (2018).

〔20〕 翟凯：《论人工智能领域被遗忘权的保护：困局与破壁》，载《法学论坛》2021年第5期，第142页。

〔21〕 Michèle Finck, The Limits of the GDPR in the Personalisation Context, in U. Kohl & J. Eisler eds., *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 100.

〔22〕 Vgl. Martini/Weinzierl, Die Blockchain-Technologie und das Recht auf Vergessenwerden, *NVwZ* 17 (2017), 1251, 1251.

上难以实现。^{〔23〕}就云计算技术来说,删除权和可携带权等个人信息权利在云计算架构中难以实现。^{〔24〕}

5. 个人信息保护责任

数字技术的发展不仅给个人信息权利带来挑战,而且给个人信息保护责任分配也造成威胁,这在区块链和云计算技术中尤为明显。个人信息风险管理以确定个人信息处理者为前提,进而课以个人信息处理者一系列义务责任。在区块链技术中,由于其去中心化的架构特征,中心化的个人信息处理者并不存在,如何认定个人信息处理者,至今仍是困扰理论界和实务界的难题,导致个人信息保护责任难以明确。^{〔25〕}在云计算技术中,由于涉及各方均难以决定个人信息处理目的,个人信息处理者与个人信息受托人,以及欧盟法上的数据控制者与数据处理者之间的区分很难明晰,^{〔26〕}进而影响了个人信息保护责任的分配。

(三) 治理理念给个人信息保护制度带来的挑战

除了技术手段之外,数字政府所蕴含的治理理念也给传统个人信息保护制度带来极大的挑战。从传统政府到数字政府,本质上是为了“建设人民满意的服务型政府”,在治理理念上发生了整体政府、合作政府和平台政府的转变,传统个人信息保护制度无法满足变革所带来的制度需求。尽管数字技术在建构数字政府进程中发挥着举足轻重的作用,但治理理念的变革更为重要。理念是目的,技术只是工具,否则数字政府只会沦为一种形象工程。

首先,从政府内部关系来说,数字政府正在向整体政府转型。整体政府理念最早源自西方,核心在于整体性协作,其内容十分广泛,既包含不同层级政府之间的上下协作,也包含同一层级不同政府之间以及同一政府不同部门之间的左右协同,还包括政府与企业、非营利组织之间的内外合作。近年来,我国行政管理改革和法治政府建设也被认为发生了向整体政府的转变,^{〔27〕}尤其是数字政府建设更是贯穿了整体政府的理念。在数字时代,数字技术的兴起和运用使得整体政府的理念更容易得到贯彻,整体政府进而也成为数字政府的重要特征。尤其是政府组织内部的数据共享打破了以往各个机构之间的信息孤岛,在线协作、跨部门协同和线上线下的交互融合协同,实现了整体性协同运行的路径建设。

其次,从政府企业关系来说,数字政府正在向合作政府转型。数字政府建设需要大量的技术支撑和资源投入,政府根本没有足够的能力单独完成,此时只能引入民间资本和企业力量才能满足技术、资金、人力等方面的需求。因此,公私合作成为我国乃至全球数字政府建设的普遍模式,对私人企业的依赖是以往任何公私合作形式所无法比拟的,数字政府也基本成了一种合作政府。无论是数据治理、数据共享还是数据开放,公私合作均发挥着重要作用。以数据治理为例,

〔23〕 参见陈爱飞:《解释论视域下的区块链个人信息删除权》,载《南京社会科学》2022年第6期。

〔24〕 See Marina Škrinjar Vidović, EU Data Protection Reform: Challenges for Cloud Computing, 12 (1) *Croatian Yearbook of European Law & Policy* 171, 183 (2016).

〔25〕 参见前引〔22〕, Martini、Weinzierl文,第1257页。

〔26〕 参见前引〔24〕, Marina Škrinjar Vidović文,第176页。

〔27〕 参见王太高:《我国整体政府思想的形成及其展开——以〈法治政府建设实施纲要(2021—2025年)〉切入》,载《探索与争鸣》2022年第1期。

不少政府的大数据决策监测技术系统均是由私人企业提供；以数据共享为例，目前全国范围内各地政府均采取了公共数据授权运营的模式，将公共数据授权给企业运营。

最后，从政府公民关系来说，数字政府正在向平台政府转型。平台政府的理念与实践发源于英国，近年来受到我国学界的高度关注。平台政府是我国数字政府建构的重要面向，搭建政务服务平台是近年来的主要工作。尽管国内外理论与实务界对平台政府的界定尚未达成共识，但整体上来说其具有如下两个方面的特征：组织技术上借鉴平台企业运用了双边平台治理技术和组织架构；治理理念上突出社会开放性、权力多中心、双向互动和公众参与。从外部关系来说，平台政府体现了开放、参与、便民和透明的价值导向；从内部关系来说，平台政府体现了协作、整体、效能和集成的管理理念。

数字政府具有显著的整体性、系统性、开放性和协同性特征，不仅将公共部门各个实体有机融合，而且将公共部门和私人部门高度整合。正基于此，越来越多的学者提出数字生态理论，认为数字政府、数字社会和数字公民构成了一个生态系统，充分体现了数字政府的治理转型。^{〔28〕}随着数字经济的发展和数字政府建设的推进，这种特性会越来越强。而传统个人信息保护制度是建立在公私部门相互隔离和数据处理器分散独立的基础之上的以数据处理器为中心的调控模式，难以满足数字治理生态系统下的个人信息保护需求。基于此种范式，公共部门与私人部门之间的数据传输并未受到足够的规范，这在欧盟数据保护法中已经有所体现，^{〔29〕}数据使用中的公私合作被认为处于法律真空状态，^{〔30〕}在我国则更为明显；政府机构之间，政府机构与私人企业之间以及私人企业之间任何跨实体的数据流动被严格规范，个人信息一旦在不同的实体之间流动，便受到法律的管控；个人信息保护主要依赖于政府的行政监管和数据处理器自身的内部控制，个人信息主体参与性较低。

随着数字政府的不断发展，数字政府与传统政府在治理理念上的不同，已经演化为原则冲突甚至规则冲突。政府数字化转型所带来的治理理念变革被形塑为数字政府原则，甚至被进一步具体化为规则，例如，政府数据共享中的“以共享为原则、不共享为例外”正是整体政府的体现，一次搜集原则则同时体现了整体政府和平台政府的理念。但目前个人信息保护制度仍是基于传统政府而建构，严格的目限制原则即是集中体现，即一旦个人信息被用于搜集时所确立目的之外的目的，均要得到授权。因此，有人提出一次搜集原则和目的限制原则存在冲突，^{〔31〕}目的限制原则与整体政府之间存在冲突^{〔32〕}。

〔28〕 参见孟天广：《数字治理生态：数字政府的理论迭代与模型演化》，载《政治学研究》2022年第5期；丁晓东：《从公开到服务：政府数据开放的法理反思与制度完善》，载《法商研究》2022年第2期；Groß/Krellmann, Das Ökosystem der Digitalisierung, in: Stember/Eixelsberger/Spichiger/Neuroni/Habbel/· (Hrsg.), Handbuch E-Government: Technikinduzierte Verwaltungsentwicklung, 2019, S. 7.

〔29〕 参见前引〔9〕，Catherine Jasserand文，第155页。

〔30〕 See Thilo Gottschalk, The Data-Laundromat? Public-Private-Partnerships and Publicly Available Data in the Area of Law Enforcement, 6 (1) *European Data Protection Law Review* 21, 21 (2020).

〔31〕 Vgl. Martini/Wenzel, „Once only“ versus „only once“: Das Prinzip einmaliger Erfassung zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Bürgerfreundlichkeit, DVBL 132 (2017), 749, 749.

〔32〕 参见前引〔7〕，马颜昕、吴敏慧文，第122页。

三、风险规制路径下的个人信息保护及其在数字政府中的应用

基于上述分析可发现,数字政府建设与传统个人信息保护制度之间存在内在矛盾,数字政府个人信息保护制度须进行体系性重构。本文提出一种风险规制路径来回应数字政府给个人信息保护制度带来的挑战,认为应以风险控制为导向,坚持适度预防原则,完善风险管理机制,并以风险规制理念重构传统个人信息保护规则。

(一) 个人信息保护风险规制模式的提出及其与数字政府的契合

从全球范围来看,个人信息保护可以区分为“权利保护”和“风险管理”这两种模式,各国个人信息保护法均由这两种模式共同构成。权利保护模式起源于“公平信息实践”,随着个人信息保护在宪法层面的不断强化而被日益肯认,尤其是德国法上的信息自决理念和欧盟法上作为基本权利的个人信息保护观念的确立极大巩固了该模式。然而,该模式在如今互联网大数据时代受到越来越多的批判,其制度渊源(公平信息实践)和理论基础(信息自决)均受到各界的集体反思,不仅被认为无法满足时代发展的需求,^[33]甚至还被批判有损于个人信息保护^[34]。具体来说,一方面该模式依赖于个人信息主体对数据的控制,而这在互联网大数据时代由于数字技术的飞速发展、数据流动的日益频繁和平台权力的优势地位等因素根本无法真正实现;另一方面该模式使得人们陷入虚幻的安全,误以为对个人信息能够绝对控制,而忽视真正的风险。

在这一大背景下,各国数据保护法又开始了一场个人信息保护的风险革命,^[35]风险管理的因素被越来越多地融入个人信息保护制度之中,进而形成了个人信息的风险管理模式。GDPR正是这一观念转变的产物,其中大量规定了风险管理的内容,包括第24条规定的控制者基于风险的责任、第25条规定的通过设计的数据保护和默认的数据保护、第35条规定的对数据保护影响评估。以上三种机制环环相扣、相互协调,构成了所谓的“风险三角”。^[36]因此,GDPR被认为发生了从权利保护法到市场监管法的转型。^[37]

我国个人信息保护制度的建构过程尽管时间较短,但同样伴随着上述两种模式之间的争论。2016年出台的《网络安全法》首次以法律形式系统规定个人信息保护制度时,便将知情同意原则作为唯一的个人信息处理合法性基础,充分体现了权利保护模式的理念。而在《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)编纂过程之中,在民法学界的大力推动下,个人信息更是被写入《民法典》人格权编,个人信息权有成为一项独立的人格权的趋势,权利保护模式得到进一

[33] See Margot E. Kaminski, The Case for Data Privacy Rights (or, Please, a Little Optimism), 97 (5) *Notre Dame Law Review Reflection* 385 (2022).

[34] See Ari Ezra Waldman, Privacy's Rights Trap, 117 *Northwestern University Law Review Online* 88 (2022).

[35] See Claudia Quelle, The 'Risk Revolution' in EU Data Protection Law: We Can'T Have Our Cake and Eat It, Too, in R. Leenes et al. eds., *Data Protection and Privacy: The Age of intelligent Machines*, Hart Publishing, 2017, p. 33.

[36] See Claudia Quelle, Enhancing Compliance under the General Data Protection Regulation: The Risky Upshot of the Accountability-and Risk-based Approach, 9 (3) *European Journal of Risk Regulation* 502, 505 (2018).

[37] Vgl. Schröder, „Paradim Shift“ im Datenschutzrecht? -Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Instrumente in der Datenschutz-Grundverordnung, in: Kronke (Hrsg.), *Regulierung in Zeiten der Digitalwirtschaft: Ausgewählte Fragen des Öffentlichen Wirtschafts-, Informations-und Medienrechts*, 2019, S. 13f.

步强化。而在《个人信息保护法》立法过程中,《民法典》所秉持的权利保护模式开始受到质疑,越来越多的学者提出风险控制的理念,^[38]风险管理模式开始形成。至今,尽管《个人信息保护法》已经颁行,但这场争论尚未结束。^[39]而从《个人信息保护法》的文本来看,立法者采取了折中路线,同时保留了这两种模式。

事实上,无论是权利保护模式还是风险管理模式,均存在利弊之处。尽管与权利保护模式相比,风险管理模式被认为是互联网大数据时代的更优选择,但其仍存在难以克服的不足。风险管理模式依托于元规制的规制理念,主要依赖于企业自身的内部控制,而由于风险概念的不确定性,很可能会导致个人信息保护的不均衡。由于企业占据主导地位,其在自身利益驱动下一旦缺乏刚性监管机制便很容易走向形式主义。对此,不少学者表达了深深的担忧,认为依靠企业自我规制的个人信息保护可能只是“口头上说说而已”,^[40]甚至沦为一个走过场的纸质清单^[41]。实践也证明了这种担忧,美国是风险管理模式的代表,尽管各互联网巨头均建立了表面看起来十分完善的风险管理体系,但是个人信息风险事件仍层出不穷。

有鉴于此,近年来越来越多的学者提出个人信息保护的风险规制模式。^[42]该模式将权利保护和风险管理两种模式有机融合,将个人信息保护视为对数字技术的风险规制,认为个人信息保护制度的根本目的在于规制个人信息处理活动给公民权利、社会利益和国家安全等法益带来的风险。在风险规制模式中,个人信息权利并不被完全放弃,只不过不再被视为一种绝对权利,而是在风险理念下予以重构,被视为风险预防原则的体现和风险规制的工具。^[43]国内外实务界在落实个人信息原则和保障个人信息权利时同样运用了基于风险的方法,间接证明了这点。不仅如此,通过设计和默认的数据保护,个人信息原则和权利被整合到企业内部风险管理之中,成为数据处理的一部分。在风险规制模式下,无论是权利保护还是风险管理,均服务于个人信息风险的预防,只不过侧重点有所不同:前者是以一种定型化的刚性方式,为个人信息保护划定最低限度的标准,后者则是以量体裁衣的灵活模式,由个人信息处理者根据具体情境自行把控,两者形成了一种相互配合刚柔并济的协作关系。^[44]不仅如此,风险规制中的公共治理特征,与近年来个人信息保护理论中强调人与人之间关系的集体利益面向呼应。

• 535 •

[38] 参见丁晓东:《个人信息私法保护的困境与出路》,载《法学研究》2018年第6期;吴伟光:《大数据技术下个人信息数据私权保护论批判》,载《政治与法律》2016年第7期;周汉华:《个人信息保护的法律定位》,载《法商研究》2020年第3期。

[39] 参见刘权:《个人信息保护的权分化歧及其化解》,载《中国法律评论》2022年第6期。

[40] 参见前引[36], Claudia Quelle文,第524页。

[41] See Bert-Jaap Koops, The Trouble with European Data Protection Law, 4 (4) *International Data Privacy Law* 250, 255 (2014).

[42] See Alessandro Spina, A Regulatory Mariage de Figaro: Risk Regulation, Data Protection, and Data Ethics, 8 (1) *European Journal of Risk Regulation* 88 (2017); Maximilian von Grafenstein, Refining the Concept of the Right to Data Protection in Article 8 ECFR-Part II: Controlling Risk through (Not to) Article 8 ECFR against Other Fundamental Rights, 7 (2) *European Data Protection Law Review* 190 (2021).

[43] 参见王锡锌:《重思个人信息权利束的保障机制:行政监管还是民事诉讼》,载《法学研究》2022年第5期。

[44] See Raphaël Gellert, We Have always Managed Risks in Data Protection Law: Understanding the Similarities and Differences between the Rights-based and the Risk-based Approaches to Data Protection, 2 (4) *European Data Protection Law Review* 481, 481 (2016).

本文认为,为了解决上文所述数字政府给个人信息保护带来的挑战,应以风险规制模式指导数字政府个人信息保护制度的建构。风险规制模式不仅是目前世界范围内个人信息保护的最优路径,而且能够为一体调整模式提供法理基础。近年来,世界范围内一体调整模式正在成为主流。在德国,尽管存在专门的公共部门数据保护规则,但是其和私人部门保护规则存在同构性。而在日本,分别立法模式也被转化为一体调整模式。这在风险规制模式下很容易理解,因为无论是私人部门还是公共部门的个人信息保护制度,其功能均在于规制数字技术带来的风险。风险规制模式不过分强调公共部门与私人部门之间的差异,而是侧重于在数字生态系统下数字风险本身的防范。正如德国联邦内政部在其发布的《数据保护法的现代化》报告中指出的那样,“一般数据保护原则同样适用于公共部门和非公共部门”,因为“在这两个领域必须保证同等的数据保护水平,这取决于风险而非领域”〔45〕。

(二) 数字政府个人信息保护风险规制模式的建构

根据风险规制的理论与实践,风险规制是一种面向不确定性的规制,预防原则是其核心原则,风险管理、风险评价和风险交流是其主要内容,去中心化规制、试验规制、回应规制、技术规制、情境规制和独立规制机构是其规制特征,法律的不完整性与诸如标准等软法的突出地位是其表现形式。事实上,越来越多的研究和实践表明,目前个人信息保护法已经高度体现出了上述特征。考虑到数字政府本身的特点,本文就如何建构数字政府个人信息保护风险规制模式提出如下建议:

1. 数字政府个人信息保护风险防范原则的妥当运用

风险防范原则是要求决策者对不确定性引发的问题保持特殊注意的一项原则,〔46〕是风险规制的基本原则。近年来,越来越多的学者主张将风险防范原则引入个人信息保护制度之中。〔47〕其核心要义是于风险不确定之时即采取预防措施,这实际上早已在各国数据保护法之中充分体现。无论是传统个人信息保护原则,包括知情同意原则、目的限制原则、最小必要原则,还是新兴个人信息风险管理机制,例如个人信息保护影响评估,以及通过设计的个人信息保护,均是在风险尚未确定时即对数据处理活动进行限制,具有风险防范的功能。风险防范原则同样具有阻碍创新和限制产业的风险,因而也受到各界的诸多批评。在数字经济语境下,过于严苛的风险防范原则会阻碍数字技术的进步和数字经济的发展,如何平衡安全和创新之间的关系成为妥当运用风险防范原则的关键。德国学者将基于风险的路径与风险防范原则比较,在承认两者具有高度相似性的同时,指出前者由于风险评估等机制比后者更加精确。〔48〕风险防范原则被学界指责过于粗糙,因而也正在朝精细化的方向发展,例如苏宇提出在风险防范原则之中引入等级化或概率化的

〔45〕 Vgl. Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechtes-Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001, Bundesministerium des Innern, S. 14.

〔46〕 参见赵鹏:《风险、不确定性与风险防范原则——一个行政法视角的考察》,载《行政法论丛》第12卷,法律出版社2009年版,第105页。

〔47〕 See Raphaël Gellert, Data Protection: a Risk Regulation? Between the Risk Management of Everything and the Precautionary Alternative, 5 (1) *International Data Privacy Law* 3 (2015); Joanna Mazur, Automated Decision-making and the Precautionary Principle in EU Law, 9 (4) *TalTech Journal of European Studies* 3 (2019).

〔48〕 Vgl. Appel/Mielke, Strategien Der Risikoregulierung: Bedeutung und Funktion eines Risk-Based Approach bei der Regulierung im Umweltrecht, 2014, S. 17-32.

合比例性要求，普遍建立反向证明机制及风险预防措施动态调整机制。如此精细化的风险预防原则和基于风险的路径殊途同归。^{〔49〕}

具体来说，政府引入数字技术时应进行充分的风险评价和分析，在证明确实存在高度不确定风险时应适用严格的风险预防原则。近年来，人脸识别技术在国内外私人部门和公共部门都得到日益广泛的应用。作为一项新技术，人脸识别的风险具有高度的不确定性，其造成的损害一旦发生很可能难以挽回。对于这种存在巨大不确定性风险的新技术，政府有义务基于风险预防原则限制其使用。除此之外，对于大规模政务数据共享平台的建立，也应严格进行风险评价和分析，如果没有切实可行的数据安全与个人信息保护保障机制，集中化数据库会带来大量数据泄露风险，此时应考虑适用风险预防原则。^{〔50〕}

2. 数字政府个人信息主体权利的风险化解释与调适

权利保护路径不应被完全放弃，其在目前仍具有不可替代的功能，但在大数据互联网经济的时代背景下应发生风险化转型，即以风险管理的理念对其予以解释和调适。这一做法不仅在理论上被不少学者所主张，在实践中也已经广泛运用。具体来说，在落实个人信息保护原则和保障个人信息权利时，应将它们视为风险规制的工具进而采取基于风险的方法，结合具体场景进行风险与收益的权衡，并通过法律、管理和技术的手段将其融入个人信息处理者风险管理之中。

对于数字政府语境下个人信息的判定，也应结合场景根据风险管理的方法展开。将匿名化的信息视为非个人信息是全球数据保护的通行做法，匿名化成为区分个人信息与非个人信息的关键。而如何认定匿名化在实践中遭遇了难题，这是因为其是一个具有较大弹性的相对概念，最终的判断只能是一项风险收益的权衡。^{〔51〕} 尽管匿名化措施能够在一定程度上降低个人信息风险，但绝对的匿名化在技术上不可能实现，且会损耗数据的使用价值，带来不菲的技术成本。如果数据进入公共领域，即便经过匿名化处理，其所面临的风险也更高。因此，在数字政府语境下，公共数据开放中的匿名化要求应比行政机关数据共享中更为严格。

就知情同意原则来说，同意机制在私人部门语境下尽管遭遇困境，但通过风险化转型仍能发挥重要作用。但是在数字政府语境下，其不仅面临互联网大数据时代的技术挑战，还受到公权力强制性和非对等性的侵蚀，进而基本丧失功能，甚至可能成为滥用数据权力的工具。不过本文认为，即便在数字政府语境下，同意机制也不应完全放弃，在服务行政领域仍有适用余地。此时同意机制构成了风险规制中的公众参与机制，即让公民自行决定是否承担个人信息风险。^{〔52〕} 知情权则仍发挥着风险交流作用，我国《个人信息保护法》也采取了保留知情权废除同意机制的做法。在数字政府语境下，知情权保障尤为重要，只有为了保障重要的法益才能被限制，且应符合法律保留和比例原则等法律原则的要求。

就目的限制原则来说，其尽管同样在互联网大数据时代由于阻碍数据治理和数字技术革新受

〔49〕 参见苏宇：《风险预防原则的结构化阐释》，载《法学研究》2021年第1期。

〔50〕 参见邢会强：《政务数据共享与个人信息保护》，载《行政法学研究》2023年第2期。

〔51〕 See Michèle Finck & Frank Pallas, They Who Must Not be Identified-distinguishing Personal from Non-personal Data under the GDPR, 10 (1) *International Data Privacy Law* 11, 11 (2020).

〔52〕 参见前引〔47〕，Raphaël Gellert文，第10页。

到越来越多的批判,但是对于对抗数据权力、降低个人信息风险和保障公民基本权利来说发挥着关键作用,^[53]尤其在数字政府中没有同意机制的情况下其重要性更加凸显。不过,为了避免目的限制原则过于僵化,应对其予以风险化转型,即放弃传统权利保护理念下的严格立场,而转向风险管理路径下的场景分析。此时目的限制原则构成了一种风险预防机制,即在风险尚未成为现实危害之前提前采取预防措施。在数字政府语境下,目的限制原则的适用同样应结合具体场景展开风险收益权衡。例如在反恐等涉及大量公民生命权等重要法益的情况下,可以考虑适当突破目的限制原则的要求,但仍应严格遵循比例原则和法律保留原则的要求,并采取法律、管理和技术等方面措施尽可能将风险降低。除此之外,目的限制原则应融入政府个人信息合规管理流程之中,成为内部风险管理机制的组成部分。罗斯纳格尔(Roßnagel)教授专门指出,目的限制原则与数字政府之间的矛盾可以通过诸如内部权限管理这样的适法技术架构来克服。^[54]

把目光投向个人信息权利,也可以得出类似的结论。个人信息权利并非实现个人对其数据控制的工具,而是风险规制手段。与知情同意一样,查阅复制权、删除权和解释说明权仍是实现风险交流和公众参与的方式,而更正补充权则是为了避免数据错误所带来的风险。在这种风险规制路径下,个人信息权利只能在风险规制之中发挥次要作用。为了真正规制风险,政府应起到首要作用,主动承担风险交流责任,推动公众参与,而不是被动地等待公民主张自身权利。实践表明,个人信息权利在公共部门所发挥的作用有限,公民向政府主张个人信息权利的积极性不高。在欧盟,有学者指出,为了实现更好的个人信息保护,较少关注个人信息主体的权利似乎有违直觉,但是从实际角度来看可能更为现实。^[55]以解释权为例,政府应主动履行风险交流义务,向社会公众解释数据治理中算法的风险,解释权所能发挥的作用十分有限,^[56]这种义务应成为政府个人信息合规管理的组成部分。

3. 数字政府个人信息保护风险管理制度的稳步建构

《个人信息保护法》出台后,我国企业纷纷开始建立个人信息保护合规管理体系。尤其是对于大型个人信息处理者来说,建立个人信息保护合规管理体系是实现数据合规的必备之举。因此,《个人信息保护法》在第58条第1项对超大互联网平台课以“建立健全个人信息保护合规制度体系”的义务。正如前文所指出的那样,数字政府具有整体性和协同性特征,属于大型个人信息处理者,参考《个人信息保护法》第58条的规定同样具有建立个人信息保护合规管理体系的义务。然而从目前来看,我国尚没有政府尝试建立个人信息保护合规管理体系,更多的是建立政务数据安全治理体系。尽管这两者之间存在共同之处,例如均属于风险管理活动,但是仍存在不少差异,前者主要围绕权利展开具有法律面向,而后者则围绕安全展开以技术面向为主。今后应努力在政务数据安全治理体系之中融入个人信息保护合规内容,着重从如下几点入手:

[53] See Isabel Hahn, Purpose Limitation in the Time of Data Power: Is There a Way Forward?, 7 (1) *European Data Protection Law Review* 31, 31 (2021).

[54] 参见前引[5], Roßnagel、Laue文,第549页。

[55] 参见前引[8], Mark Leiser、Bart Custers文,第378页。

[56] See Lilian Edwards & Michael Veale, Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking for, 16 (1) *Duke Law & Technology Review* 18, 18 (2017).

(1) 完善数字政府个人信息保护合规管理。其一，设置专门个人信息保护负责人。《个人信息保护法》第52条规定，处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者应当指定个人信息保护负责人。如果严格根据一体调整原则，绝大多数政府处理个人信息均能达到国家网信部门规定数量，应指定个人信息保护负责人。从目前我国各地数字政府情况来看，不少地方开始探索设置政府首席数据官，而其主要职能在于数据治理，并不具有个人信息保护职责。在欧盟法中，GDPR也要求公共部门设立数据保护官。2022年5月31日，法国国家信息保护委员会(CNIL)向法国22个城市发出通知，要求22个城市的地方政府必须在4个月内任命一名数据保护官(DPO)，以符合GDPR的规定。在德国，设置数据保护官对于公共部门来说是一项强制性义务，而对于私人部门仅是一项自愿性义务。公共部门机构普遍设立了数据保护官，各州数据保护法均对数据保护官的任命、权限和职责问题进行了详细规定。这一模式未来也值得我国借鉴，未来可以考虑由政府首席数据官进一步承担个人信息保护职责，不过最优路径仍是设置专门的政府个人信息保护负责人。

其二，加强数字政府个人信息合规管理体系建设。私人部门丰富的个人信息合规管理实践经验为公共部门提供了参考，我国政务数据安全治理体系也基本包括了数据分级分类制度、内部管理制度和操作规范、安全技术使用规范、数据安全培训制度、安全审查和审计制度、第三方管理制度和突发事件应急管理制度。上述制度可以适用于个人信息保护，但并未充分考虑个人信息保护的的特殊性。就目前来说，一方面应在政务数据安全治理体系之中融入个人信息合规管理，例如将个人信息纳入数据分级分类制度，在数据安全审计中纳入个人信息保护指标等；另一方面，还应结合个人信息保护特殊性建立一些专门的个人信息保护合规管理机制，例如个人信息保护投诉举报机制、个人信息权利响应机制、个人信息风险交流机制和个人信息跨境管理机制等。

• 539 •

其三，加强政府工作人员个人信息保护培训工作，建设公共部门个人信息保护合规文化，尤其应强化领导干部个人信息保护意识。个人信息保护工作高度依赖于人的观念、意识和知识，因此各国均高度重视个人信息保护培训工作和合规文化建设。就目前来说，我国针对政府首席数据官的培训工作在个别地方已经展开，但是个人信息保护并未成为重点授课内容。通过个人信息保护培训，能够强化政府工作人员的个人信息保护知识和技能，提升个人信息保护意识，进而在整个系统形成隐私和个人信息保护的文化。

(2) 应建立政府个人信息风险评估机制。《个人信息保护法》第55条和第56条确立了个人信息保护影响评估制度，尽管该条文似乎是针对私人部门设计，但无论从法理还是域外实践来看，其应同样适用于公共部门。^[57] 随着数字政府建设的推进，大数据技术应用越来越广泛，政府个人信息处理活动的风险也与日俱增，不少风险存在不确定性，有必要予以评估。尽管我国政务数据安全治理体系之中已经包括数据安全风险评估，不少地方公共数据管理办法也规定了公共数据安全风险评估，但这并不意味着没有必要建立个人信息风险评估机制。前者仅能从技术角度对安全风险予以测评，而后者则是直接全面深入地对个人处理活动对公民权利、社会利益和国家

[57] 参见刘权：《论个人信息保护影响评估——以〈个人信息保护法〉第55、56条为中心》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2022年第5期。

安全可能带来的风险进行分析。

(3) 建立政府个人信息保护风险交流机制。风险交流是指风险信息的沟通,在风险规制中具有不可或缺的作用。^[58] 具体来说,是由政府机构主导,在专家和公众之间建立一定的交流平台,如互联网、媒体等,使专家和公众可以相互交换风险信息和观点,在帮助公众克服风险信息认知中的障碍和偏见的同时,也使公众对风险认知的一些价值判断成为风险规制机构作出风险决策的考量因素,从而弥补专家知识与公众认知之间的信息不对称。作为一种风险规制机制,个人信息保护也有必要引入风险交流机制。个人信息风险交流的不顺畅,也可能像环境领域那样引发激烈的、具有潜在破坏性的社会抗争活动。近年来,美国多个地区先后发生了大规模的反对人脸识别的游行示威,这是各地出台立法禁止人脸识别技术应用的重要原因之一,亚马逊、IBM、微软等公司都宣布终止了人脸识别产品的销售。

我国应从如下方面建构数字政府个人信息保护风险交流机制:首先,建立个人信息保护风险交流的责任机制。须明确的是,对于数字政府个人信息保护风险交流,政府应承担主体责任。而在政府内部,个人信息保护监管部门应成为风险交流的组织者,明确各方责任,为利益相关者的风险交流搭建平台。各地方政府和政府部门应由个人信息保护负责人作为风险交流执行者,向社会公众传递和提示个人信息保护风险,并向个人信息保护监管部门传递个人信息保护风险信息。其次,探索个人信息风险交流工具。要建立个人信息保护风险交流机制,还应努力探索合适的风险交流工具。从域外经验来看,风险信息交流主要是通过软法实现。在数字政府个人信息保护之中,也应充分发挥软法作用实现风险信息交流,例如制定《政府个人信息风险交流指南》。对于大规模搜集个人信息的公共服务应用,应向社会发布个人信息保护风险情况。最后,发挥专家在风险交流中的作用。作为“诚实的代理人”,专家既可为规制者服务,也可为被规制企业、利害关系方或一般公众服务。^[59]

(4) 加强个人信息保护风险规制中的公众参与。公众参与也是风险规制活动中的必备要素,其与风险交流存在密切关联,但也存在区别,两者容易混淆。风险交流侧重对风险信息的沟通,包括社会公众对风险信息的了解,而公众参与则在风险交流基础之上更进一步,强调社会公众参与风险规制决策。在数字政府建构中,有学者提出在政府中心主义路径之外借助数字技术的力量采取市民授权机制,^[60] 通过个人信息的公共信托和数据合作社等形式使利益相关者参与到数据治理体系之中,^[61] 这本质上是一种电子化的公众参与形式,在今后数字政府建设中可以探索采用。

4. 数字政府个人信息保护风险规制策略的灵活使用

从规制策略上来说,风险规制具有合作规制、独立规制机构、技术治理、回应治理、试验规制、软法之治和情境规制等诸多特征,这些规制策略对于数字政府个人信息保护建构来说也颇有

[58] 参见沈岍:《风险交流的软法构建》,载《清华法学》2015年第6期。

[59] 参见金自宁:《风险规制中的信息沟通及其制度建构》,载《北京行政学院学报》2012年第5期。

[60] 参见高翔:《超越政府中心主义:公共数据治理中的市民授权机制》,载《治理研究》2022年第2期。

[61] 参见王锡锌:《数治与法治:数字行政的法治约束》,载《中国人民大学学报》2022年第6期。

借鉴意义。

就合作规制来说，上述风险交流和公众参与，以及政务个人信息保护的政企合作均是合作规制的重要面向，即政府、企业和公民共同参与由政府个人信息保护的风险规制之中。除此之外，作为合作规制表现形式的公共部门的私人规制，^{〔62〕}即通过私人规制公共部门的活动，在数字政府个人信息保护之中也应有所体现。例如可以鼓励多方主体参与推动数字政府个人信息保护国家标准、地方标准和团体标准等标准制定工作，考虑在法治政府评估指标体系中引入个人信息保护合规指标。

因为风险规制往往针对科技创新而开展，而科技一直处于高速发展之中，加上风险具有高度不确定性，所以回应规制和试验规制也构成了风险规制的惯常规制策略。^{〔63〕}在数字政府建构中，诸多数字技术不断引入并更新迭代，这是个人信息风险的主要来源。为了应对数字技术所带来的不确定性风险，回应规制和试验规制的规制策略不可或缺。具体来说，应针对不断更新的数字技术及时通过试点和监管沙盒等形式探索与之匹配的规制机制。例如，近年来区块链和云计算技术在数字政府中的引入给个人信息保护带来挑战，应及时采取法律和技术的应对措施进行回应。欧盟在2022年计划系统解决公共部门云服务数据合规问题，尤其是云服务中的控制者和处理者关系与数据国际传输问题。

就软法之治来说，一直以来诸如标准这样的软法在风险规制领域扮演着尤为重要的角色。这在个人信息保护领域同样如此，有学者指出数据保护立法的非完全性，而这种非完全性在很多情况下正是通过标准的形式来补充。以我国《个人信息保护法》的实施为例，标准在个人信息保护合规实践中发挥着不亚于《个人信息保护法》本身的作用。目前，数字政府数据安全与个人信息保护的标准起草工作正在进行之中，尚没有专门政务领域的个人信息保护标准，现有标准中关于个人信息保护的内容也较少。从风险规制原理来说，个人信息保护法律制度供给的不足是一种合理状态，因为这更多需要软法来补足。公共部门个人信息保护制度的建构同样如此，未来应加强数字政府个人信息保护标准建设。不过值得注意的是，对于警察与刑事司法这样高权性较强的领域，应遵循严格的法律保留原则，禁止通过标准的形式规定个人信息保护规则。^{〔64〕}

就技术治理来说，技术治理是风险规制的重要特征，通过设计的保护（Protection by Design）的理念最早兴起于化学监管和药品监管等风险规制领域。^{〔65〕}在私人部门，通过设计的个人信息保护已经成为国内外数据保护的普遍实践，在实现数据合规中发挥着重要作用。对于公共部门个人信息保护来说，该理念也有重要的价值。除此之外，隐私计算通过数据的可用不可见对于目前公共部门和私人部门日益融合的数据治理生态具有巨大的潜力，^{〔66〕}已经在私人部门和

〔62〕 参见〔英〕科林·斯科特：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，清华大学出版社2018年版，第91页。

〔63〕 参见董正爱、王璐璐：《迈向回应型环境风险法律规制的变革路径——环境治理多元规范体系的法治重构》，载《社会科学研究》2015年第4期。

〔64〕 Vgl. Marsch /Rademacher, Generalklauseln im Datenschutzrecht: Zur Rehabilitierung eines zentralen Bausteins des allgemeinen Informationsverwaltungsrechts, VERW 54 (2021), 1, 35.

〔65〕 See Mirella Miettinen, “By Design” and Risk Regulation: Insights from Nanotechnologies, 12 (4) *European Journal of Risk Regulation* 775, 775 (2021).

〔66〕 参见郑谐维：《隐私计算在政务数据共享中的应用》，载《上海信息化》2022年第4期。

公共部门得到了一定的应用，国务院办公厅印发的《全国一体化政务大数据体系建设指南》多次提及隐私计算技术。技术治理还能够通过技术方案实现更加有效的个人信息保护、风险交流和公众参与。例如私人部门的个人信息管理系统和同意管理工具均可运用于公共部门，公民可在其系统之中管理授权、查看个人信息访问情况和及时更正个人信息，进而能够更好地实现其个人信息权利和获知个人信息风险。

就独立规制机构来说，史蒂芬·布雷耶在论述风险规制体系时，首先提出的建议是建立独立规制机构。^{〔67〕}建立独立规制机构可以说是风险规制的共同特征。作为一种风险规制活动，个人信息保护也有必要建立独立规制机构，这也是全球数据保护监管的一个趋势。^{〔68〕}在域外实践中，数据保护监管机构不仅要负责监督私人企业，而且还要监督公共部门，进而形成政府内规制。^{〔69〕}在欧盟，数据保护监管机构一直以来同样负责监督公共部门的个人信息保护，并在LED指令的意见中建议各个成员国成立专门数据保护监管机构，同时负责公共部门和私人部门的个人信息保护监督。欧盟数据保护机构（EDPS）在2022年初要求欧洲刑警组织删除与犯罪活动无关的所有个人信息。日本2021年《个人信息保护法》修改过程中，赋予个人信息保护委员会（PPC）监督公共机构的权限。在我国，由于不存在个人信息保护独立监管机构，可以由《个人信息保护法》规定的履行个人信息保护职责的部门对各级政府个人信息保护合规状况进行监督。

四、结 论

对于数字政府个人信息保护制度的建构，学界存在权利保护模式和风险管理模式之间的分歧。本文认为上述两种模式各有利弊，无论何种模式均无法单独担负起个人信息保护的任务，因此提出风险规制模式作为数字政府个人信息保护的理论基础与实践指引。该模式有机整合了权利保护模式和风险管理模式，是个人信息保护制度的最优选择。更为重要的是，风险规制模式着眼于数字政府、数字社会和数字公民构成的数字生态中数字风险的一体化防范，同样适用于数字政府，进而构成了公共部门与私人部门一体调整模式的法理基础。正基于此，私人部门在数字化转型中积累的丰富风险规制经验可以运用到公共部门。

数字政府个人信息保护的风险规制模式，在行政法上还具有更加深远的启发意义。一直以来，传统行政法主要关注外部法律关系，即便是近年来行政法中兴起的规制理论也主要侧重于政府对市场主体的监管。这是因为，在物理世界中，私人部门是主要的风险来源。公共部门对公民的威胁主要来自其高权性，控制权力和保护权利构成传统行政法的核心任务。而随着数字时代的到来，数字技术所带来的风险不仅来自私人部门，而且同样会由公共部门产生。面对公共部门中的数字技术风险，传统行政法中的权力控制和权利保护机制不足以应对，私人部门中的风险规制

〔67〕 参见〔美〕史蒂芬·布雷耶：《打破恶性循环——政府如何有效规制风险》，宋华琳译，法律出版社2009年版，第1页。

〔68〕 参见高秦伟：《论个人信息保护的专责机关》，载《法学评论》2021年第6期。

〔69〕 参见前引〔62〕，科林·斯科特书，第9页。

经验可以发挥重要作用。^{〔70〕}这在不少国家行政管理实践中已经得到印证，公共部门开展风险管理、内部控制和合规管理的现象越来越多，^{〔71〕}在个人信息保护领域尤为明显，这为内部行政法的进一步发展提供了新的素材。

Abstract: The improvement of the personal information protection system in the public sector is the only way to build a digital government ruled by law. China's personal information protection law adopts a declarative legislative model of integrated adjustment of the public and private sectors. At present, it can neither provide sufficient rules and guidance for the protection of personal information in the public sector, nor meet the needs of digital government construction. The construction of personal information protection rules of digital government should not only consider the particularity of the public sector compared with the private sector in personal information processing activities, but also take the innovation of digital government in terms of technology and governance into account, and then formulate special rules. The risk regulation model is not only the trend of personal information protection system worldwide, but also provides a theoretical basis for the integrated adjustment model. Through the proper application of the risk precautionary principle, the risk interpretation and adjustment of personal information rights, the flexible use of risk regulation mechanisms such as risk management, risk communication and risk evaluation, and the joint use of risk regulation strategies such as cooperative governance, independent regulatory institutions, technical governance, responsive governance, experimental regulation and soft law governance, it is the best choice for our country to construct a risk regulation-oriented digital government personal information protection mechanism.

Key Words: digital government, personal information protection, risk regulation

• 543 •

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

〔70〕 Vgl. Englisch/Schuh, Algorithmengestützte Verwaltungsverfahren-Einsatzfelder, Risiken und Notwendigkeit ergänzender Kontrollen, VERW 55 (2022), 155, 189.

〔71〕 Vgl. Stober/Ohrtmann, Compliance: Handbuch für die öffentliche Verwaltung, 2015.

安全作为个人信息保护的法益

贺 彤*

内容提要：法律创设的查阅、更正、删除等权利不是个人信息保护的直接目的。人格、财产权利损害非由违法处理个人信息直接、定然造成，而应归咎于后续独立的实害行为，故人格、财产权利非违法处理的侵害对象，亦非个人信息保护的直接目的。违法处理的直接后果是使权利被侵害的风险升高，其侵犯的利益是安全。安全减损引起注意义务的增加和法律资源的消耗等利益变动，但由于此等利益差额无法举证和计算，亦未产生可预见的危险，故无法适用侵权救济。与侵权保护相区别，《个人信息保护法》设置了处理规则、权利义务、职权和责任等规范，其目的并非弥补损失，而是保护和恢复安全法益。个人信息保护与侵权保护相对独立，《个人信息保护法》第 69 条是两种保护规范的衔接规定。

关键词：违法处理个人信息 实害行为 识别性 侵权保护 安全法益

一、问题的提出：个人信息保护到底保护什么？

自 20 世纪 70 年代始，国外便已探索个人信息保护模式，防范泄露、篡改或过度利用个人信息对个人利益的损害。2018 年欧盟出台了严格保护个人信息的《通用数据保护条例》（以下简称 GDPR），赋予信息主体知情、更正、数据移转和清除等 8 种权利，^{〔1〕}使信息主体在一定情形和条件下对个人信息处理全过程进行控制或干预。^{〔2〕}《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）也规定了查阅、复制、更正、删除等权利（束），信息主体得以请求的方式向信息处

* 贺彤，东南大学法学院博士研究生、东南大学人权研究基地研究人员。

本文为江苏高校项目“人格权重大疑难问题研究”（2020SJZDA091）、江苏省研究生科研创新计划项目“个人信息法律保护机制研究”（KYCX21_0072）的阶段性成果。

〔1〕 参见《通用数据保护条例》，载 <https://gdpr.eu/tag/gdpr/>，最后访问时间：2021 年 12 月 26 日。

〔2〕 参见高富平：《论个人信息处理中的个人权益保护——“个保法”立法定位》，载《学术月刊》2021 年第 2 期。

理者行使之。但个人信息保护所保护的是这些请求权利吗？显然，它们本身没有分离或单独转让的价值，〔3〕非人身、财产等实体权利，而只是制定法所创设的、用以制衡信息处理者的工具。〔4〕假设这些请求权利未被设立，个人信息保护的利益依然存在。况且，个人信息保护更多依靠公权力来规制处理活动，无论是欧盟的 GDPR、美国的信息隐私保护执法实践，还是我国个人信息保护制度，行政监管占据了主导地位。〔5〕可见，《个保法》中的请求权利，不是法律所保护的利益目的，而只是保护利益的一种工具。

根据《个保法》第 1 条“为了保护个人信息权益……制定本法”可知，保护个人信息的目的只是保护“个人信息权益”。但这一答案仍不清晰。目前，我国学者对个人信息权益的属性和内涵已作了大量讨论，主要思路是将之定性为财产、人格等权利：或认为个人信息是有价值的商品，需给予财产权（主要是知识产权）保护；〔6〕或认为个人信息是人格尊严的体现，主张权利人对个人信息享有支配与自主决定的权利，依人格权获得救济；〔7〕或持人格权兼财产权的观点，认为个人信息兼具人格要素和财产要素。〔8〕

与其陷入理论争执，不如观察生活实践。法律所保护的“利益本身并不是立法者创造的，立法者只是在法律中确认和保护某种利益”〔9〕。《个保法》的制定是为了规制个人信息被不当处理而引发利益侵害的失序状态，故违法处理侵害的对象就等于《个保法》所保护的利益。因此，可以通过考察实践中违法处理“侵害了什么”，来解答“个人信息权益是什么”。如果个人信息权益是人格、财产权利，那么违法处理个人信息将会造成信息主体权利受损的结果；而若违法处理不会造成信息主体上述权利受损，那么个人信息权益的财产权说、人格权说则值得怀疑。在著名的“人脸识别第一案”中，原告在事实理由中表达了对被告强制收集和利用个人信息所产生的安全隐患的担忧，法院在判决中未判定被告存在欺诈等权利侵害行为。因此，有关个人信息权益是权利的学说尚且存疑，个人信息权益是什么的问题，有待进一步发现。

• 545 •

二、违法处理未必损害权利但直接减损安全

违法处理个人信息一般包括对信息的非法收集、利用、买卖与泄露、篡改、丢失等。实

〔3〕 参见叶名怡：《论个人信息权的基本范畴》，载《清华法学》2018 年第 5 期。

〔4〕 参见王锡锌：《国家保护视野中的个人信息权利束》，载《中国社会科学》2021 年第 11 期。

〔5〕 参见王锡锌：《重思个人信息权利束的保障机制：行政监管还是民事诉讼》，载《法学研究》2022 年第 5 期。

〔6〕 参见谢立斌、李艺：《个人信息的宪法财产权保护》，载《江西财经大学学报》2021 年第 5 期；任丹丽：《民法典框架下个人数据财产法益的体系构建》，载《法学论坛》2021 年第 2 期。

〔7〕 参见程啸：《论个人信息权益》，载《华东政法大学学报》2023 年第 1 期；张新宝：《论个人信息权益的构造》，载《中外法学》2021 年第 5 期；程啸：《论我国民法典中个人信息权益的性质》，载《政治与法律》2020 年第 8 期；程啸：《民法典编纂视野下的个人信息保护》，载《中国法学》2019 年第 4 期；杨立新：《个人信息：法益抑或民事权利——对〈民法总则〉第 111 条规定的“个人信息”之解读》，载《法学论坛》2018 年第 1 期；王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013 年第 4 期。

〔8〕 参见彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021 年第 6 期；前引〔3〕，叶名怡文；任龙龙：《个人信息民法保护的理论基础》，载《河北法学》2017 年第 4 期；刘德良：《个人信息的财产权保护》，载《法学研究》2007 年第 3 期。

〔9〕 张明楷：《法益初论》（上），商务印书馆 2021 年版，第 180 页。

践中,违法处理并不直接、定然造成权利损害,二者之间隔着“风险的发生”这一条件。权利损害实际由违法处理之后的实害行为所致,而实害行为并不定然发生,违法处理只是为其提供了条件和可能性。故违法处理的直接后果是增加权利受损风险,易言之,减损安全。

(一) 违法处理未必直接、定然造成权利损害

考察案例中“行为—损害”的因果关系可知,违法处理与权利损害之间并无直接因果关系。首先考察违法处理个人信息引发财产权利受损的情况,以“周裕婵诉广东快客电子商务有限公司、东莞市易得网络科技有限公司网络侵权责任纠纷案”为例。^{〔10〕} 该案中,法院在认定第三人诈骗的基础上,以侵权规则来解决该民事纠纷,认为个人信息处理者违反了《中华人民共和国网络安全法》第40条的“用户信息严格保密”义务,使第三人利用获得的个人信息实施诈骗,遂应承担侵权赔偿责任。这一判决看似是将周某被诈骗的财产损失结果直接归因于个人信息的泄露,实则非也。根据法院的事实认定和判决结果可知,法院认为泄露信息与财产损失之间具有“间接”的因果关系:(1)法院将泄露用户信息的举证责任倒置于快客公司,而快客公司因无法排除自己的责任而被推定存在泄露用户信息的事实;(2)网名为“售后楚楚”者利用从快客公司获取的用户信息,以快客公司“售后”的名义欺诈周某,这种表见的代理行为使周某有理由产生合理信赖并向其转账,故造成周某财产损失的直接原因是“售后楚楚”的诈骗行为,这是独立于泄露行为的、另一主体实施的实害行为;(3)法院在判决书中认定,“快客公司作为网络运营者未能履行保护用户信息的义务,对于因此给周裕婵造成的损失负有一定的过错”,可见,法院并未将周某财产损失的结果直接、完全归因于个人信息泄露,而是认为泄露行为与财产损失之间具有间接、“一定”的因果关系。由此可见,利用个人信息实施诈骗,使被害人遭受财产损失,这一结果的直接原因是诈骗行为而非泄露行为。将诈骗行为造成的财产损失完全归责于泄露个人信息的行为,有悖法院判决的本意。

其次考察违法处理个人信息引发人格权利受损的情况,以“蔡小燕与赵延安个人信息保护纠纷案”为例。^{〔11〕} 该案中,法院认为,被告未经原告同意将原告及其两子的户籍与二孩出生证明泄露,侵害了原告及其两子的隐私权。显然,法院在明确被告泄露原告个人信息的事实后,却以隐私规则裁判案件,其间的因果关系需补充说明。本案中,被告除了泄露原告及其子女的信息外,还张贴了“寻找原告之子蔡子明生父”的寻人启事,据此宣扬蔡某二孩非婚内所生,有损原告及二孩的名誉,也构成对原告隐私的泄露、刺探。可见,户籍登记与出生证明中的信息都是能够为人共享的个人信息,而真正带给原告精神痛苦的则是“寻人启事”的发布,人们据此对蔡某的私生活品头论足或猜测打听,造成对蔡某名誉和隐私权的侵害。因此,人格权受损与违法处理是间接而非直接的因果关系,两者之间还存在独立实施的人格侵权行为。

通过分析上述案例可知,在违法处理个人信息引发的财产、人格侵权案件中,还存在独立的实害行为。违法处理行为只是为后续实害行为提供条件,本身并非造成权利损害的直接原因,故不能将权利损害直接归咎于违法处理。

〔10〕 参见广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民终3954号民事判决书。

〔11〕 参见湖南省益阳市中级人民法院(2021)湘09民终1585号民事判决书。

此外，在现实生活中，大多数违法处理个人信息行为并未引发财产、人格权利致损的结果，这充分证明违法处理与权利损害之间不是直接、定然的因果关系。如在“陈瑜婷与上海瑞慈瑞兆门诊部有限公司隐私权纠纷案”^{〔12〕}中，原告虽认为被告对其个人信息的泄露造成其在“信息安全及居住安全”方面的较大精神及心理压力，但没有表示有关隐私、名誉以及财产等权利受到损害。法院审理后认为，本案因所涉个人信息“难以归入隐私权的私密信息范畴”，故不构成隐私侵权；尽管“被告在处理原告个人信息的过程中确实存在不妥之处”，但并未造成权利损害结果，遂驳回其精神损害赔偿的诉讼请求；判决被告赔礼道歉，并非有充分事实、法律依据，只是因为“被告愿意”且“于法不悖”。可见，违法处理有时并不会造成人格、财产权利的损害，既然如此，个人信息权益并不等同于人格或财产权利。

有学者已注意到违法处理个人信息行为并不直接、定然造成权利损害，但仍将权利损害视为违法处理的危害后果，称作“下游损害”。^{〔13〕}谢鸿飞教授表示：“当下游损害发生时，信息泄露本身造成的权益损害往往被司法实践忽视，它往往被下游损害所吸收。”^{〔14〕}这一观点已认识到违法处理带来的权益侵害与权利损害有所区别，但仍将二者合一，将权利损害直接归责于违法处理行为。对违法处理侵害权益的忽视，导致个人信息保护与侵权保护难以界分。显然，这种认识不符合“行为—结果”一一对应的逻辑关系，也有悖于法治的基本精神，容易带来“连坐”之后果，即虽未实施欺诈等后续行为，却因具有一定关系而要连带承担欺诈等行为所对应的责任。

总之，在违法处理与权利损害之间，还有实害行为的介入，故须严格区分违法处理行为与后续实害行为。违法处理行为具有独立的侵害后果，不应将之与权利损害结果混为一谈，否则无法辨别个人信息上真正被侵害（或受保护）的对象。

（二）违法处理的直接后果是减损安全

既然违法处理个人信息实施了独立的侵害，那其直接后果是什么？违法处理在客观上为后续可能的实害行为提供了有利条件，使权利更容易、更可能受到损害，即“风险升高”。有学者认为，个人信息的暴露本身即为损害，无须再寻找其他的损害，^{〔15〕}这种观点较为极端。个人信息暴露必然会带来风险，但人们早已习惯或需要被陌生人了解，若将个人信息的暴露当作损害而排除个人信息上的任何风险，那么人类交往将局限在熟人社会而无法进入开放市场，故不能直接将之当作损害。此外，更多学者认为应当对个人信息的无形损害实行损害的推定，^{〔16〕}或将风险升高视为损害，^{〔17〕}由此适用侵权救济。尽管这些观点有待推敲，但违法处理所致风险升高的不利益性，显然已被较多人接受。风险升高只是描述了不利益状态，与之相对应的利益应当是

〔12〕 参见上海市普陀区人民法院（2020）沪0107民初5934号民事判决书。

〔13〕 参见商希雪：《侵害公民个人信息民事归责路径的类型化分析——以信息安全与信息权利的“二分法”规范体系为视角》，载《法学论坛》2021年第4期。

〔14〕 谢鸿飞：《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》，载《国家检察官学院学报》2021年第5期，第29页。

〔15〕 See Maxwell E. Loos, *Exposure as Distortion: Deciphering “Substantial Injury” for FTC Data Security Actions*, 87 George Washington Law Review Arguendo 42 (2019).

〔16〕 参见徐明：《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》，载《中国法学》2017年第1期。

〔17〕 See Jennifer Wilt, *Cancelled Credit Cards: Substantial Risk of Future Injury as a Basis for Standing in Data Breach Cases*, 71 Southern Methodist University Law Review 615 (2018).

安全。

在2021年4月由最高人民检察院发布的个人信息相关公益诉讼典型案例^{〔18〕}中，行为人违法收集、使用、出售或泄露个人信息，因牵涉的人数和个人信息数量较大，涉及公共利益，故引发检察机关提起公益诉讼。在数起典型案例中公民权利未遭受损害，但违法处理行为仍应受法律规制，这是因为该行为减损了公民所信赖的安全。典型案例中检察机关对侵害后果和履职活动的表述，可以验证这一观点。一方面，公民“合法权益”和社会“公共利益”是检察机关频繁用来描述侵害对象的用语，但未能清晰展现被侵害对象的具体内涵。根据检察机关表述的“易引发犯罪”“威胁财产乃至生命安全”“具有危害财产安全的可能性”等用语可知，个人信息被违法处理后，诈骗等尚未发生，但这为侵权行为提供了有利条件，使不法者更易“趁虚而入”，增加了损害发生的可能性。因此，违法处理对公民合法权益和社会公共利益的侵害，实际上是对个人或群众人身、财产的安全造成减损。另一方面，“个人信息安全”是检察机关频繁用来描述保护目的的用语，其实质就是人身、财产权利的安全。安全是人所享有的利益或状态，作为工具和抓手的个人信息本身并不存在安全问题。^{〔19〕}只有与信息主体利益相关时，信息安全才有保护的价值。检察机关打击个人信息违法犯罪的目的，是要消除违法处理给信息主体人身、财产权利带来的风险因素，使之恢复到合法安全状态。因此，“个人信息安全”就是信息主体的人身、财产安全。

综上，违法处理与公民人身、财产权利损害呈间接的因果关系，其间存在两个行为、两个结果、三层关系。如图1所示：违法处理直接造成安全减损结果；安全减损可能（而非定然）引发实害行为；违法处理后的实害行为是直接造成权利损失结果的原因。由于处理者造成了权利的高风险后果，且应当预见后续可能会发生权利侵害，故有义务采取妥当措施使信息主体脱离高风险状态，使之不会遭受后续实害行为的损害；若其放任风险发生，则应当对侵害结果承担一定的责任。^{〔20〕}

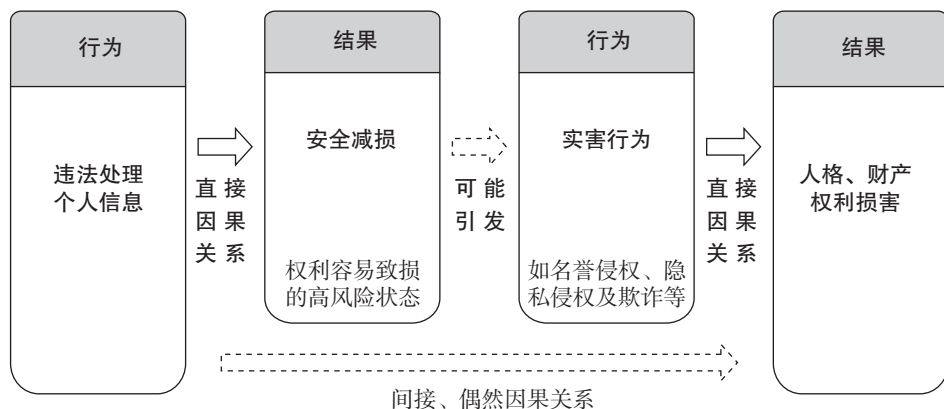


图1 违法处理个人信息行为与权利损害结果关系示意图

〔18〕 参见《最高检发布检察机关个人信息保护公益诉讼典型案例——斩断个人信息侵权与电信网络诈骗之间的利益链条》，载 https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202104/t20210422_516357.shtml#1，最后访问时间：2021年11月26日。

〔19〕 参见梅夏英：《在分享和控制之间——数据保护的私法局限和公共秩序构建》，载《中外法学》2019年第4期；丁晓东：《个人信息的双重属性与行为主义规制》，载《法学家》2020年第1期。

〔20〕 参见杨会：《浅论间接结合行为的界定》，载《法治研究》2013年第5期。

三、安全减损源于个人信息识别特性

如前文所述，违法处理个人信息的直接后果是安全减损，而造成此种后果的根源就在于个人信息的“识别性”。他人识别个人信息的用途具有不确定性，故信息主体会因个人信息的不当处理而面临权利受损风险。如果无法识别个人，处理行为将不会引发针对个人的权利侵害。可见，不当处理个人信息减损安全的根源在于个人信息的识别本质，故个人信息识别性决定了个人信息保护的目的是安全。

（一）个人信息用于限缩范围以识别个人

国际标准化组织（ISO）将信息定义为“关于在特定语境下具有特定含义之客体——例如事实、事件、东西、过程或思想包括理念——的知识”^{〔21〕}，这一定义凸显了信息对客体的“关联性”。作为信息的子项，“个人信息”增加了“个人”这一定语，故个人信息是与个人关联的信息。个人信息与个人的关联是“相关”还是“专属”，决定了个人信息的特性。

首先，个人信息不是专属于个人的信息，它向来为人们所共享。理由如下：其一，个人信息不是由个人生产出来的。记录个人信息的媒介往往由数据处理者提供，若没有记录媒介，个人信息难以存在，故个人和处理者均对个人信息的产生作出贡献，^{〔22〕} 个人信息不能单独为个人所有。其二，个人信息无法被自主控制，其价值在于交流。从古至今，无论是国家赋税还是社会活动，都需要每位成员提供个人信息以便管理，不提供个人信息的人通常是社会不安定因素。不同于有形、有限的物质，个人信息一旦为他人所知，便“一传十十传百”，不再受个人控制；个人信息可以被获得者同等、充分利用，再利用也不会使之贬值。故无论出于公共管理的目的还是社会生活的需要，信息主体必然会与他人分享个人信息而不将之独占。其三，个人信息由人共享。比如，每个人与亲朋共享自己的姓名以便相互称呼；熟人之间共享住址、联络方式等信息。显然，个人信息不专属于个人，且无论从伦理还是技术方面，我们都无法从与他人共享的信息中摘取专属个人的信息片段。而那些只有自己知道并不愿为他人所知的信息，是自己的隐私、秘密，而非用于交流的个人信息。

其次，个人信息不是泛指所有与个人有关的信息，而是在具体场景下对识别个人起到实质作用的信息。根据事物普遍联系的特性，一切信息都与个人具有千丝万缕的关联，若如此，个人信息将漫无边际。既然个人信息凸显的是与特定主体的关联性，故应当将其限定在有助于识别个人的信息范围内。一方面，个人信息是能够实质限缩识别范围的信息。前文案例中，行为人不当处理姓名、住址、电话号码、指纹和人脸信息等个人信息，减损信息主体的安全，这是因为以上个人信息能够反映个人特征、锁定个人并与之取得联系。其中，有的信息能够单独锁定个人，如指纹、虹膜和人脸信息（但需要相关技术支持）；而有的需结合其他信息，如姓名、住址、电话号

〔21〕 该定义原文为“Information: knowledge concerning objects, such as facts, events, things, processes, or ideas, including concepts, that within a certain context has a particular meaning”，载 <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:v1:en>。最后访问时间：2021年12月13日。

〔22〕 参见前引〔8〕，彭诚信文。

码等需结合识别,从重名者或同一地区的人中锁定个人。尽管存在识别效率高低之分,但毋庸置疑,个人信息能够实际限缩识别范围。另一方面,个人信息是场景主义下的动态概念。识别是“根据特点辨别,做出判断,以便找出或认定某一对象”^[23]的活动,是从不特定多数中辨认特定个体的过程,故那些不能反映个人特征、无法与他人区别的关联信息不属于个人信息。与集体成员共同的身份信息,相对于其他集体而言,能够反映一定的个人特征,属于个人信息;但在集体内部,则不具有缩小识别范围的作用,不属于个人信息。由此观之,个人信息的特性在于识别。

最后,个人信息处理活动正是利用了个人信息识别特性。在数字社会(尤其是数字经济)中,个人信息因作为商业分析的重要资源而具有商业价值,商家可运用个人信息形成的数据产品获得巨大商业利润。^[24]而个人信息之所以能被分析和运用,正是因为它与个人稳定联系,据此得以把从真实的人身上得来的信息预测结果,再运用回真实的人身上,比如个性化推送或诈骗电话。如果个人信息处理针对的是抽象的或匿名的人,那么这种信息分析结果的利用将不具有针对性,只能依照所揭示的一般大众需要来开展商业活动,无法发挥个人信息的真正价值,如个性化推送和服务。因此,处理个人信息活动本质上是利用个人信息的识别特性开展后续的利益攫取。

有学者否定个人信息的识别本质,认为“随着大数据分析技术深度嵌入社会生活以及信息共享技术的广泛运用,大量不具有可识别性的信息能够按照特定的算法被关联、融合,进而能够将相关信息与特定的个人相联系”^[25]。这种观点令人困惑,若不识别个人,将如何对抽象的分析结果进行具体运用呢?那些通过多重数据融合与交叉验证来确定信息主体的信息,^[26]看似去除了个性化特征,但既然能够通过算法联系到个人,则说明这种“数据+算法”具有有限缩识别范围、辨别个人特征的作用。实际上,只要是从不特定多数中指向特定个人,则必然需要某些具备个性化因素的条件。

个人信息的识别本质,还可以由与其功能相反的“匿名”信息得出。根据《个保法》第73条可知,匿名的功能在于消除个性,使信息在客观上无法用于识别、锁定个人,并且,由于该信息不具有能够辨认个性化的内容,信息主体不会认为该信息与自己相关,即便发生违法处理也不会产生权利可能受到侵害的不安心理。因此,个人信息和匿名信息的根本区别就在于可识别性。《个保法》第4条第1款规定“个人信息……不包括匿名化处理后的信息”,将匿名化的信息排除在个人信息之外,这也意味着匿名信息不具有个人信息保护的利益。毋庸置疑,“识别”是个人信息的本质特征。

(二) 可识别性决定个人信息保护的目的是安全

在利用个人信息识别特定主体的活动中,被识别者是具体、确定的,但识别者是谁、是否可被信任,以及识别后是否行为、行为对被识别者是否有害,这些问题在通信高度便利、违法成本极低的陌生人社会充满了不确定性。故识别活动本身具有风险,这决定了个人信息保护的目的是

[23] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第7版),商务印书馆2016年版,第83、1185页。

[24] 参见前引[8],彭诚信文。

[25] 郑晓剑:《个人信息的民法定位及保护模式》,载《法学》2021年第3期,第120页。

[26] 参见刘迎霜:《大数据时代个人信息保护再思考——以大数据产业发展之公共福利为视角》,载《社会科学》2019年第3期。

风险控制，即保障安全。

首先，非自主选择的识别者的可信任程度较低。在所有识别活动中，最明确且最值得信任的识别者就是自己，而社会交往的需要使得个人信息不为个人所私有，^{〔27〕} 必须被他人识别。在多数情况下，人们分享个人信息并被他人识别，不能完全依据自己意愿作出决定。出于顺利开展社会交往的需要，人们不得不与软件平台、服务机构、所在单位、政府部门等分享能够识别自己的信息。由于这些组织中的识别者难以确定且不为人知，而被识别者通常缺乏技术且精力不足，因而无法对其充分监督，故这些识别者的可信任程度较低，无法保证其在获取个人信息后不对被识别者实施侵害。实践中，违法处理个人信息的往往是那些有信息处理能力又隐藏在幕后的识别者。

其次，他人在识别后实施违法行为的成本较低。在信息时代，个人信息被电子或者其他方式记录，并通常被上传至网络空间。具备一定信息处理能力的识别者，能够通过搜索、购买等方式获取那些被电子化记录的个人信息。识别者掌握的信息技术越发达，则越隐蔽，其被发现、追究的可能性越低，故实施后续违法犯罪行为的成本也就越低。可见，识别者通过处理个人信息而具有实施后续实害行为的可能，并因行踪、身份隐蔽而具备实施侵害的有利条件。故被识别者在他人识别其个人信息后，便处于被动的不安全状态。

最后，他人在识别后可能造成不确定的损害。被识别者是确定的，识别者可以利用个人信息将之准确锁定，但识别者是不确定的，其在识别之后将在何时、何地以及如何行为，这对被识别者而言充满了不确定性，因此，他人尤其是缺乏信赖关系的人识别个人信息，就像是一颗“不定炸弹”，给个人权利带来诸多不确定因素。有学者将风险进行量化，试图将风险解释为损害而囊括到侵权法体系之中。^{〔28〕} 风险若可被量化、确定，则可以准确预防利益侵害，也可以适用侵权救济。但风险的可怕之处正在于无法估计和预测，其辐射范围亦不可确定。正因如此，才需要强调国家履行保护义务，防范违法处理带来不可挽回的后果。

综上可知，处理者能够利用个人信息创造效益，并在不当处理后造成个人安全的减损，根源在于个人信息具有“识别”特性。正因如此，规制个人信息的违法处理，防范处理者对主体的任意识别，就是为了保障主体的安全。

四、安全利益区别于侵权法益

在法经济学的视角下，各种权利义务充当法律行为的成本因素和收益因素，^{〔29〕} 而减损他人安全在客观上将增设防范风险的个人注意义务，并消耗国家预防违法犯罪的法律资源，这些在安全减损前后出现的利益变动表明，安全是一种包含人格、财产与公共利益的复合型利益。在违法处理个人信息引发权利损害的“事后环节”，权利损害能够“激活相关民事权益的救济机制”^{〔30〕}，适用侵权法救济；但违法处理直接造成的安全减损，是一种理念上的抽象不利益，

〔27〕 参见欧阳本祺：《侵犯公民个人信息罪的法益重构：从私法权利回归公法权利》，载《比较法研究》2021年第3期。

〔28〕 参见田野：《风险作为损害：大数据时代侵权“损害”概念的革新》，载《政治与法律》2021年第10期。

〔29〕 参见冯玉军：《法经济学范式》，清华大学出版社2009年版，第231页。

〔30〕 王锡锌：《个人信息权益的三层构造及保护机制》，载《现代法学》2021年第5期，第115页。

不具有“已发生或迫近”与“具体”等侵权特点，且实践中风险防范支出要么不存在，要么因具有假设性或推测性而难以证明，^{〔31〕}故亦不具有需要“填补”的利益损害。^{〔32〕}因此，安全减损无法被视作侵权损害，安全利益区别于侵权责任保护的利益。

（一）安全是抽象的复合型利益

在现代化进程中，生产力的指数式增长，使风险和潜在自我威胁的释放达到了前所未有的程度，现代风险以系统的方式引发普遍甚至全球性的危险和不安。^{〔33〕}贝克在提出风险社会的时候，人类还没有进入数字时代。时至今日，信息技术的威胁迫近。不当处理个人信息可能引发的权利损害，或许是大范围的甚至跨国性的。面对此等风险，国家积极采取保护措施，通过建构和运行一套关于个人信息处理的法律制度来履行保护义务，帮助个人对抗大规模、持续化信息处理中权利减损的风险，^{〔34〕}“使风险处于社会观念可容忍的水准之下”^{〔35〕}。是以在国家保护之下，违法处理个人信息将有损可信赖的安全秩序，引起个人和国家利益的变动。

一方面，违法处理个人信息为信息主体增设注意义务。数字背景下，个人信息与储蓄、不动产等私有财产以及人们重视的名誉、肖像等人格要素有着高度关联，而违法处理将突破国家对公民权利的基本安全保护，破坏被识别者对自身权利的安全预期，从而增加被识别者对自身权利的注意义务，即处理者将社会交往中应尽的控制或降低风险的危害防范义务转移给了被识别者。^{〔36〕}注意义务的增设，迫使被识别者要么选择积极防御，以恢复至（令其感觉）安全的状态，由此承担实际支出和机会成本，即信息主体将有限资源用于防范风险而丧失其他用途的可能收益；^{〔37〕}要么选择节省支出而忍受风险，由此承受可能出现的损害。可见，个人利益在违法处理前后产生变动，故安全是关乎信息主体权利的一项利益。

另一方面，违法处理个人信息将消耗国家机关的法律资源。由于违法处理个人信息为利用个人信息违法犯罪带来可能，而事后追究法律责任往往难以挽回受损利益，且难度大、耗时长，故国家机关出于正义和效率价值之考虑而倾向于采取事前预防，即通过规制违法处理个人信息活动，打击侵犯个人信息犯罪，以防范利用个人信息所实施的其他违法犯罪。正如检察机关所言：“打击利用互联网出售、提供、非法获取公民个人信息等侵犯公民个人信息犯罪，切断其与电信网络诈骗等犯罪的犯罪链条，从源头上预防和减少犯罪发生。”^{〔38〕}显然，对违法处理行为的治理会增加国家机关的法律负担，消耗国家有限的司法资源，故检察机关常用“公共利益”来概括违法处理行为所侵害的对象。因此，保持权利处于安全状态，能节省国家机关在预防违法犯罪、维

〔31〕 See Emily Schmidt, *Article III Standing in Data-Breach Litigation: Does a Heightened Risk of Identity Theft Constitute an Injury-in-Fact?*, 49 *Cumberland Law Review* 389 (2019).

〔32〕 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第175-176页；王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社2010年版，第302页。

〔33〕 参见〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代化之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社2018年版，第3-7页。

〔34〕 参见王锡锌：《个人信息保护的国家义务及展开》，载《中国法学》2021年第1期。

〔35〕 王贵松：《论法治国家的安全观》，载《清华法学》2021年第2期，第24页。

〔36〕 参见张新宝、唐青林：《经营者对服务场所的安全保障义务》，载《法学研究》2003年第3期。

〔37〕 机会成本是指把一定的资源在用于某种用途时放弃其他用途所丧失的潜在利益。参见汪金锋、祁雄编：《西方经济学（微观部分）》，北京理工大学出版社2018年版，第69页。

〔38〕 2017年5月16日《最高检发布六起侵犯公民个人信息犯罪典型案例》典型案例3：“章某某等诈骗、侵犯公民个人信息案”，载 https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201705/t20170516_190645.shtml#2。最后访问时间：2021年12月13日。

护法律秩序上的治理成本，故安全也包含公共利益。

综上可知，安全不仅是个人信息所蕴含的一种价值理念，^{〔39〕} 还有一种能够保障人们合理预期且客观存在的“人的生活利益”（*menschliche Lebensinteressen*）或“生活条件”（*Lebensbedingung*），^{〔40〕} 是一项包含人格、财产与公共利益的复合型利益。安全作为利益的成本收益分析，如图 2 所示。

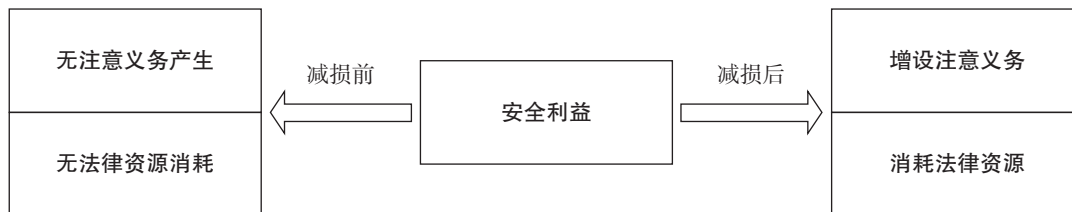


图 2 “安全”的利益分析

（二）风险不属于侵权损害

为化解个人信息保护中信息处理者责任无从追究的困境，有学者尝试把违法处理个人信息造成的“风险”解释为具有确定性的“损害”，由此将个人信息权益纳入侵权保护的范畴，对处理者追究侵权责任。为满足成立侵权责任之要求，田野教授依靠证明风险的“高发性”和“利益差额”的可计算性，来解决风险作为“损害”的认定问题。^{〔41〕} 尽管违法处理所造成的权利风险升高客观存在，但由于风险发生的几率极低，且无法对风险升高前后的利益进行客观比较以确定损害，故风险升高作为“损害”的观点难以成立。此外，违法处理个人信息造成的风险，与侵权责任法中防御性请求权所对抗的危险有显著区别。后者是已着手的侵权行为所带来的紧迫且可被证明的妨害，前者是指发生侵权行为可能性的提升，二者所保护的利益并不相同。因此，安全利益区别于侵权法益。

1. 对风险“高发”的质疑

风险不具有高度盖然性和损害紧迫性。正如前文所述，违法处理个人信息并不定然带来人身、财产权利致损之结果，风险的发生属于偶然事件。在生活中，泄露或不当处理个人信息的行为大量存在，很多人身上都发生过接到推销房产、培训、保险等的本地、外地甚至境外陌生电话的情况，不少推销者清楚地知道接听者的姓名等个人信息，但实际上，由此发生电信诈骗、隐私刺探、恐吓骚扰、冒名顶替等情况的概率极小。“腾讯守护者计划”发布的《2017 年第四季度反电信网络诈骗大数据报告》显示，全国“第四季度诈骗电话拨打 1.6 亿次，收到诈骗短信人数为 467 万……诈骗案件共 23.9 万件”，即月均泄露和违法利用个人信息 0.55 亿条以上，而每月发生诈骗案件为 8 万件，故违法处理个人信息后诈骗风险的发生几率为 $\leq 0.15\%$ 。^{〔42〕} 综合这些数据

〔39〕 参见凌霞：《安全价值优先：大数据时代个人信息保护的法律路径》，载《湖南社会科学》2021 年第 6 期。

〔40〕 参见前引〔9〕，张明楷书，第 42 页。

〔41〕 参见前引〔28〕，田野文。

〔42〕 月均泄露和违法利用个人信息数量：（1.6+0.0467）亿条/3 月 ≈ 0.55 亿条/月；违法处理个人信息后诈骗风险的发生几率：8 万件/0.55 亿条 = 0.15%。参见《反电信网络诈骗大数据报告》，载 https://tg110.qq.com/newspage/report_center_20180208page1.html，最后访问时间：2021 年 11 月 17 日。

来看,在通信高度发达的数字时代,泄露、非法利用个人信息的行为在广泛、频繁地发生着,但是,利用个人信息实施诈骗等违法犯罪并造成实际损害的情况,相较于信息泄露等不当处理而言,少得多。因此,违法处理个人信息的风险“高发”实际指的是发生数量较多,而非发生几率较高。可见,个人信息处理致损的风险不具有高度盖然性。正因风险大概率不会暴发,且无法被预见何时何地暴发,故亦不具有紧迫性。

2. 对风险“损害”可计算的质疑

除不具有高发性外,风险还不具有确定性。田野教授尝试用三种“利益差额”来甄别、计算风险的“损害”,包括“个人信息暴露导致的风险升高”“预防风险的支出”“风险引发的焦虑”,但因缺乏可操作性与客观标准而无法用作“损害”的确定方法。

首先,“个人信息暴露导致风险升高”的利益差额无法证明。田野教授认为,风险在成为现实损害之前看起来风平浪静,实则暗流涌动,一旦暴发,想要补救为时已晚,因此,有必要在悲剧发生之前认可风险本身即是一种可获赔偿的损害。^[43]但是,风险施加有害作用是“多么飘忽不定和不可捉摸”^[44]。一方面,由于尚未出现实害行为,人身、财产权利在个人信息暴露前后不具明显差异,信息主体虽表示担忧,却仍能够正常行使权利。另一方面,风险升高是抽象的侵害,因不具有客观表现形态而不可预见,无从估算,无法举证,通常由主观感觉来认知,猜测权利在个人信息暴露后更易发生危害,而猜测性不符合侵权损害的确定性特征,故无法采取侵权救济。^[45]

其次,预防风险的支出无法客观确定。基于理性经济人的理论假设,^[46]面对权利风险,人们通常会在防御的支出与可能的损害之间进行利益对比,由此在忍受和防范之间进行选择。由于风险是否发生、何时何地发生以及发生的范围、程度等均无法预测,无法对风险升高前后的利益差额进行估计,遂无法作出理性选择。故在生活中,尽管违法处理个人信息案件频发,但多数人因无从对比而忍受权利风险,只有在侵害发生、权利受损后才选择维权,此时法院支持的诉讼请求是赔偿权利损害而非预防成本。田野教授以“沈晴与上海容蓁汽车用品有限公司姓名权纠纷案”为例,认为法院判令被告赔偿原告 2500 元中,有部分属于预防风险的成本。但据判决书所述,“原告沈晴作为具有会计从业资格的财务工作人员,在正常的执业中受到了影响,产生了一定的财产损失”^[47],法院综合被告所得收益(即“减少必要用工成本”)和原告必要维权成本等因素,确定赔偿金额。可见,法院计算得出的赔偿金额是用于恢复原告财产损失的,而预防风险的支出在其中并未体现。在美国司法判决中,法院同样以无法确定损害(lack of a cognizable harm)为由,驳回信息主体的侵权赔偿请求。^[48]因此,在违法处理个人信息致损的案件中,适用侵权救济的是权利损害,而非安全减损。

[43] 参见前引[28],田野文。

[44] 前引[33],乌尔里希·贝克书,第15-16页。

[45] See Filippo Lancieri, *Narrowing Data Protection's Enforcement Gap*, 74 *Maine Law Review* 15 (2022); Steven Shavell, *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, 13 *Journal of Legal Studies* 357, 357-363 (1984).

[46] 参见周林彬、董淳铨:《法律经济学》,湖南人民出版社2008年版,第86页。

[47] 上海市闵行区人民法院(2019)沪0112民初26438号民事判决书。

[48] See Daniel J. Solove & Danielle Keats Citron, *Risk and Anxiety: A Theory of Data-Breach Harms*, 96 *Texas Law Review* 737, 737-739 (2018).

少数人具有较强的风险防范意识，在权利损害发生前积极防范风险，但无法通过侵权救济途径填补有关防范风险的支出。在“人脸识别第一案”中，原告为了防范权利风险而向法院提起诉讼，最终得到“合同利益损失及部分交通费”的赔偿与部分诉讼费的承担。其中，交通费的赔偿是基于违约责任而非侵权责任，诉讼费的支出亦未弥补。同样地，在“陈瑜婷与上海瑞慈瑞兆门诊部有限公司隐私权纠纷案”中，作为胜诉方的原告不仅没有获得维权支出的赔偿，还要承担主要的诉讼费用。可见，信息主体试图以侵权救济来恢复安全，但实际上并未由此填补防范风险的诉讼支出。此外，为防范风险而购买的风险监控和管理等商业服务（如保险、信用状况监督），其实际支出和机会成本具有较强的主观性。这是因为，风险无法被准确预见，信息主体遂无法采取针对性的防范措施，故其为恢复安全所做的实际支出均为猜测而非必需；此外，机会成本是一种假计成本，没有实际支出且不可计量。^{〔49〕}因此，把猜测的预防支出和抽象的机会成本归责于违法处理行为，这将突破“过错责任”“过错与责任相适应”等侵权法原则。由此观之，采用“预防风险的支出”来确定风险造成的“利益差额”不具有可行性。

最后，风险引发的焦虑不应属于侵权法中的精神损害。一方面，依据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1183条，侵权法的精神损害赔偿须以侵害“人身权益”或“具有人身意义的特定物”为基础，“只能对人格权受到侵害导致的精神痛苦、生理疼痛以及其他不良情绪提供补偿”^{〔50〕}，故安全减损因缺乏人格权利损害而不能主张精神损害赔偿。另一方面，将焦虑这一主观感觉认定为精神损害，将造成法律秩序的混乱。如在陈瑜婷案中，信息主体虽表达了对安全的焦虑和担忧，但只停留在模糊的感觉上，对后续实害是否发生、何时何地发生、多大范围内发生以及造成何种程度的损失均不清楚。与这种焦虑相比，生活中因恋爱、婚姻、工作、学业等产生的诸般焦虑可能严重百倍，如果承认风险引发的焦虑为精神损害，那么将有无数伴侣、家人、单位、学校会出现在精神损害赔偿案件的被告席，造成滥诉。因此，将“风险引发的焦虑”解释为“利益差额”不具有可行性且将有害于法律秩序。

• 555 •

3. 与“危及人身、财产安全”之区别

《民法典》第1167条规定：“侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。”显然，该条作为防御型侵权责任的一般规定，也提到了“安全”。但是，这里的“安全”对应的是侵权行为带来的现实妨害和可预期危险，与个人信息保护的安全利益有显著不同。

根据民法学界通说，停止侵害、排除妨碍、消除危险可归结为妨害排除和妨害防止两个方面。^{〔51〕}妨害排除适用于侵害行为已经发生或正在进行的情况，即以“因现存的妨害源而产生的妨害在持续”为要件。^{〔52〕}在该情况下，人身、财产权利已实际受到妨害，亟需去除妨害权利行

〔49〕 参见李欣隆：《机会成本与道德的关系探微》，载《道德与文明》2018年第1期；毛洪涛：《西方经济学成本基本范畴研究》，载《会计研究》2000年第10期。

〔50〕 许中缘、崔雪炜：《论合同中的人格利益损害赔偿》，载《法律科学（西北政法学报）》2018年第3期，第129页；张新宝主编：《精神损害赔偿制度研究》，法律出版社2012年版，第57页。

〔51〕 参见杨彪：《非损害赔偿侵权责任方式的法理与实践》，载《法制与社会发展》2011年第3期；茅少伟：《防御性请求权相关语词使用辨析》，载《法学》2016年第4期。

〔52〕 参见前引〔51〕，茅少伟文。

使用的“瑕疵”以恢复至完满状态。故妨害排除请求权所保障的，实为^{〔53〕}人身、财产权利本身。

妨害防止请求权以存在重复发生之危险为要件，行使于侵权行为发生之前，目的是使行为人不^{〔54〕}再从事威胁他人的特定行为。其中，“危险”的概念决定了防御性请求权的边界。根据人格权法和物权法，防御性请求权所针对的危险应当是现实且可被证明的。《民法典》第997条的人格权禁令制度，是为更好实现《民法典》第1167条中有关人身利益安全的程序保障。^{〔55〕}该条规定了权利人主张人格禁令的基本条件：行为人应当即将或正在实施侵害人格权的违法行为；且民事主体应就侵害行为以及可能造成的损害后果提交必要的证据等。^{〔56〕}简言之，行使人格权妨害防止请求权，须能够证明存在紧迫或至少是可预见的现实威胁，而不能基于无法确定的、推测性的风险。^{〔57〕}同样地，物权的妨害防止请求权并非请求权人主观上一感受到危险即可行使，^{〔58〕}亦须满足对物的支配存在明确威胁之条件，即“根据一般的基准（标准）或情形，妨害（侵害）发生的危险性或可能性系明确、清楚”^{〔59〕}。因此，妨害防止请求权所防范的是可预见、明确的现实威胁，且能够证明其权益受到的妨害存在着为社会所认可的确实可能性，而不能是无法预见、无法证明的风险。

总之，《民法典》第1167条规定的防御性请求权虽然涉及“安全”，但这与个人信息保护的安全并不相同。前者对应的是正在发生的妨害或可预见的现实危险，而后者对应的是无法预见和证明的风险，即相较于无违法处理时发生侵害行为的更大可能性。故个人信息保护的安全利益不是《民法典》第1167条中的“安全”，与侵权法益相互独立。

综上，个人信息保护的安全利益包含了人身、财产利益与公共利益，区别于侵权保护的法益。个人信息保护的安全利益是违法处理行为发生前，信息主体人身、财产保持原有低风险状态，以及公共法律资源未被增加使用的复合型利益。而侵权保护则主要是在侵权行为发生后对损害的填补，以及对正在发生的妨害和可预见的现实威胁的制止。有学者认为：“将个人信息权益理解为权益集合的观点会对整个侵权法的归责体系造成毁灭性破坏。”^{〔59〕}但实际上，个人信息保护的利益目的和适用领域与侵权保护有着显著区别，前者并不会对后者取而代之。

五、《个保法》中安全法益的规范证成

违法处理造成的安全减损，因无法计算并证明损害结果而无法适用侵权法救济。但这并不意味着法律对该不利益状态的放任。通过规范分析可知，《个保法》正是用于防范和化解这种不利益，保护和恢复安全。

（一）《个保法》对违法处理的防范是为了保护安全法益

《个保法》规定了个人信息处理规则、处理者义务以及对处理活动的监督机制等，用来预防

〔53〕 参见曹险峰：《防御性请求权论纲》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期。

〔54〕 参见程啸：《论我国民法典中的人格权禁令制度》，载《比较法研究》2021年第3期。

〔55〕 参见张红：《论〈民法典〉之人格权请求权体系》，载《广东社会科学》2021年第3期。

〔56〕 参见毕潇潇、房绍坤：《美国法上临时禁令的适用及借鉴》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2017年第2期。

〔57〕 参见范雪飞：《请求权的一种新的类型化方法：攻击性请求权与防御性请求权》，载《学海》2020年第1期。

〔58〕 陈华彬：《论所有权人的物上请求权》，载《比较法研究》2020年第1期，第88页。

〔59〕 前引〔7〕，程啸文，第9页。

违法处理行为的发生，规避信息主体的权利风险，保障信息主体的权利处于安全状态，即保护安全利益。

首先，《个保法》设置了规范个人信息处理的规则，约束处理活动以保护安全法益。一方面，“知情同意”是个人信息处理的合法基础与核心规则，^{〔60〕} 据此，信息主体依靠自身意愿与风险评估，来理性地选择是否进入信息处理活动之中。^{〔61〕} 另一方面，《个保法》要求处理活动符合必要（最小）原则，在有助于目的实现的必要范围内运用对个人权益影响最小的手段，包括收集最少够用的个人信息、个人信息不得用于其他目的、在授权目的与合理期限内合理使用或存储个人信息。可见，知情同意与必要原则的设置用于规制个人信息处理活动，使处理活动被限制在可容忍、可控的限度内，从而尽可能降低不当处理个人信息所引发的权利侵害可能，故其保障的是安全法益。

其次，《个保法》规定了处理者的义务，以保护安全法益。处理者采取必要措施最大程度保障个人信息安全，是个人信息处理必要原则的重要内涵。^{〔62〕} 为防止对个人信息进行未经授权的访问或违法处理，法律规定个人信息处理者应当依据“可能存在的安全风险”采取系列措施，包括：制定内部管理制度和操作规程，对个人信息实行分级分类管理，采取相应的加密、去标识化等安全技术措施，合理确定个人信息处理的操作权限，并定期对从业人员进行安全教育和培训，制定并组织实施个人信息安全事件应急预案（《个保法》第 51 条）。《个保法》为处理者设置的管理和组织等义务，防范的是“可能存在的安全风险”而非权利危险或损害，即保障信息主体的安全法益。

最后，《个保法》对个人信息处理活动设立了监督机制以保护安全法益，包括自我监督、国家监督和公民监督。在自我监督方面，法律要求“处理个人信息达到国家网信部门规定数量”的个人信息处理者，安排专人或设立专门机构，负责个人信息保护事务，并公布责任人姓名和联系方式，还要求个人信息处理者对其开展的处理活动与保护措施进行定期的合法、合规审计，对信息处理活动产生的风险进行动态监督、风险评估、报告发布等（《个保法》第 52—56、58 条）。在国家监督方面，法律规定了国家网信部门及有关部门对处理活动的监管职责，包括询问、查阅、复制、检查和调查等（《个保法》第 60—63 条）。在公民监督方面，法律赋予信息主体查询、复制等监督权利，赋予组织、个人投诉、举报的权利（《个保法》第 45、65 条）。这些机制的设置均用于对个人信息处理活动的常态化监督，对可能的侵权风险进行监控，以避免违法处理个人信息的发生，对安全法益予以保护。

由此可见，《个保法》通过设置处理规则、处理者义务以及监督机制，防范违法处理的发生，规避权利受损风险，使处理活动按照法定轨道开展，使潜藏于其中的权利风险保持在人们普遍接受和可控的限度内，使权利处于可信赖的安全状态，^{〔63〕} 即保护安全法益。

〔60〕 参见《关于〈中华人民共和国个人信息保护法（草案）〉的说明——2020 年 10 月 13 日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/fbc9ba044c2449c9bc6b6317b94694be.shtml>，最后访问时间：2021 年 12 月 26 日；张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》2019 年第 6 期；万方：《隐私政策中的告知同意原则及其异化》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2019 年第 2 期。

〔61〕 参见前引〔19〕，梅夏英文；丁晓东：《个人信息保护：原理与实践》，法律出版社 2021 年版，第 67 页。

〔62〕 参见刘权：《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》，载《法学家》2021 年第 5 期。

〔63〕 参见周学峰：《个人信息保护立法中的基础问题探讨》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2020 年第 3 期。

（二）《个保法》对违法处理的规制是为了恢复安全法益

《个保法》规定了违法处理发生之后的规制，主要从处理者的义务履行、网信等部门的职责履行和信息主体的权利行使三个维度展开。分析可知，这些规制措施用于化解违法处理所升高的风险，对安全法益予以恢复。

首先，《个保法》要求处理者在违法处理后及时履行补救和通知义务，以降低风险，并使信息主体自主评估和控制风险。根据《个保法》第57条第1款，个人信息处理者采取补救措施的条件是“发生或可能发生个人信息泄露、篡改、丢失”，这表明此时尚未出现对信息主体权利的损害或威胁，故补救义务的内容是个人信息的不当处理状态而非权利损失。结合《个保法》第57条第2款可知，通知义务履行的条件是“履行个人信息保护职责的部门认为可能造成危害的”，其目的是使个人在知晓风险的基础上做好风险应对。若风险不可避免，及时告知个人泄露、篡改、丢失的信息种类、原因和可能造成的危害，已采取的补救措施和个人可以采取的减轻危害的措施，以及处理者的联系方式，亦是规避风险的必要之举。故《个保法》设置处理者在违法处理后的补救和通知义务，是出于恢复安全法益之目的。

其次，《个保法》设置了网信等部门对违法处理行为的惩治规则，为安全法益的恢复提供强制力保障。依据《个保法》第64条之规定，在监督过程中发现个人信息处理活动存在较大风险或者发生个人信息安全事件后，有关部门通过履行约谈、合规审计等职权，要求处理者“采取措施，进行整改，消除隐患”。从中可知，消除隐患是采取措施和进行整改的目的。“隐患”意指潜藏的祸患，即产生危害的可能，故对违法处理者的约谈、合规审计等是为了消除违法处理所带来的危害可能，即恢复安全。若处理者拒不改正，则依据《个保法》第66—67条之规定，有关部门有权对其处以罚款、没收违法所得等行政处罚。这正是《个保法》为安全法益的恢复所提供的强制力保障。

最后，《个保法》赋予公民“个人信息权利束”，目的是能够更高效地规制个人信息处理活动，^[64]及时恢复安全法益。依据《个保法》第46—50条，信息主体通过行使更正、补充权利，使个人信息完整、正确；通过行使删除权利，使个人信息被最小化利用；在处理者拒绝个人行使权利请求之后，个人有权向法院提起诉讼。而保证个人信息的完整、正确和最小化利用，目的并非救济财产、人格损害，而是及时发现和纠正个人信息的违法处理行为，避免发生个人信息被违法利用并致其权利受损的情况。并且，这些“个人信息权利束”是在国家规制框架中对个人进行的赋权，是国家为保障安全法益而设置的监管机制的组成部分。^[65]故《个保法》赋予工具性权利，亦是為了恢复安全法益。

综上，“个人信息权益”就是安全法益。《个保法》着重对违法处理行为本身进行规制，设置多种机制来保护和恢复安全。“安全”在我国《宪法》中以概括性的形式出现。《个保法》中的“根据宪法”条款表明，国家在个人信息保护制度中为个人安全提供保障，^[66]故个人信息保护的

[64] 参见前引[5]，王锡铨文。

[65] 参见梅夏英：《社会风险控制抑或个人权益保护——理解个人信息保护法的两个维度》，载《环球法律评论》2022年第1期。

[66] 参见前引[35]，王贵松文。

安全法益具有宪法基础。

六、结 语

个人信息权益不是财产、人格权利，而是安全法益，故个人信息保护与侵权保护是相互独立的两种制度。《个保法》第 69 条涉及违法处理个人信息致损的侵权责任，容易发生个人信息保护与侵权保护的混淆，需要予以说明。如前所述，“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害”存在两个行为，即违法处理和实际侵害。违法处理不直接造成损害，故在损害发生前适用个人信息保护规则。在损害发生后的侵权救济中，由于处理者具有保障信息安全的严格的注意义务，并掌握证据资料和调查取证的技术优势，^{〔67〕}更具有实施侵害的便利条件，故《个保法》第 69 条的侵权规则要求其承担过错推定责任。易言之，处理者若不能证明自己没有过错，则应当推定其对危害行为发挥积极作用，应承担损害赔偿等侵权责任。可见，《个保法》第 69 条不是个人信息保护与侵权保护的混淆，而是权利损害发生后两种保护规则的衔接。

Abstract: The rights of access, correction and deletion created by law are not the purpose of personal information protection. The damage to personality and property rights is not directly and inevitably caused by the illegal handling of personal information, but should be attributed to the subsequent independent infringement. Therefore, personality and property rights are not the object of illegal handling, nor the direct purpose of personal information protection. The direct consequence of illegal handling is to increase the risk of infringement to rights. Thus the interest of the nuisance is security. Security derogation causes the increase of duty of care and the consumption of legal resources. However, since the difference of interests cannot be proved and calculated, nor did foreseeable danger occur, tort remedy cannot be applied. Different from tort protection, the Personal Information Protection Act sets up norms of handling rules, rights and obligations, powers and responsibilities, and the purpose of which is not to compensate for damage, but to protect and restore safety. Personal information protection and infringement protection are relatively independent. Article 69 of the Personal Information Protection Act is a convergence of the two protections.

Key Words: illegally handling personal information, harmfully infringing, identifiability, tort protection, security legal interest

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

〔67〕 参见孔祥稳：《论个人信息保护的行政规制路径》，载《行政法学研究》2022 年第 1 期。

论侵害个人信息权益的精神损害赔偿

李东宇*

• 560 •
内容提要：个人信息权益被侵害者主张精神损害赔偿具有正当性，《民法典》第 1183 条第 1 款和《个人信息保护法》第 69 条第 1 款均可作为请求权基础，二者的区别在于侵权人是否为个人信息处理者。“严重精神损害”系价值开放概念，其决定了《民法典》第 1183 条第 1 款系精神损害赔偿领域的一般条款，作为该条款具体化的《个人信息保护法》第 69 条第 1 款应对其予以延续；在认定时，应以社会公众的容忍限度为准，考量被侵害个人信息的类型与数量、损害后果的辐射范围与持续时间等因素。现有计算赔偿数额的实际损害赔偿规则与侵权人获利赔偿规则缺乏可适用性，而法院酌定数额规则存在缺乏上下限约束与部分考量因素不合理的问题，故应补充法定个案赔偿限额与总额上限标准，并以侵权人的身份与主观状态、侵权行为的情节、损害后果的辐射范围与持续时间等作为确定赔偿数额的考量因素。

关键词：个人信息权益 严重精神损害 赔偿限额

一、问题的提出

《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）实施后，在因侵害个人信息权益而产生的损害赔偿纠纷中，被侵权人可依据《个人信息保护法》第 69 条第 1 款要求侵权人承担财产损害赔偿，赔偿数额可依据第 2 款计算。但个人信息权益受损的后果往往并不直接导致被侵权人的身体伤害或财产利益损失，焦虑、不安、恐惧等主观感受才系常态。对于后者，能否借助精神损害赔偿加以救济，实践中不无疑问。在“朱烨与北京百度网讯科技公司隐私

* 李东宇，吉林大学司法数据应用研究中心研究人员。

本文为 2022 年度中国法学会民法学研究会青年学者研究项目“民法一般条款的规范体系与适用方法研究”（2022MFHX002）的阶段性成果。

权纠纷上诉案”中法官指出：“朱烨虽然在诉讼中强调自己因百度网讯公司的个性化推荐服务感到恐惧、精神高度紧张，但这仅是朱烨个人的主观感受，法院不能也不应仅凭朱烨的主观感受就认定百度网讯公司的个性化推荐服务对朱烨造成事实上的实质性损害。”〔1〕这主要涉及如下问题：第一，个人信息权益被侵害时能否主张精神损害赔偿？就现行法而言，可能的法律依据在于《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1183条第1款与《个人信息保护法》第69条。但《民法典》第1183条第1款往往被适用于具体人格权受侵害的场合，其能否将个人信息权益被侵害的情形囊括在内，尚需论证；而《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害”是否包括精神损害，亦存疑问。此外，如果上述两条均可作为请求权基础，二者的适用关系也须理清。第二，除归责原则的不同外，二者在具体表述上也存在差异：《民法典》第1183条第1款采“严重精神损害”一词，而《个人信息保护法》第69条第1款仅采“损害”一词。后者是否也需要满足前者中“严重”的要求？这涉及精神损害赔偿中损害后果要件的认定。第三，若侵权责任成立，相应的精神损害赔偿的数额应如何计算？实务中频现的1元精神损害抚慰金是否足以达成精神损害赔偿制度的意旨？

针对前述问题，下文将首先论证侵害个人信息权益时精神损害赔偿的正当性；其次，明确其精神损害后果的具体认定；最后，聚焦于侵害个人信息权益中精神损害数额的计算规则，为具体数额的认定提供方法依据。如此，以期解开精神损害赔偿这一个人信息权益保护的“戈尔迪之结”（Gordian Knot）。

二、个人信息权益被侵害者主张精神损害赔偿的正当性

• 561 •

“法律的空间是有界空间”〔2〕，并非所有的现实需求均可得到法律的回应。侵害个人信息权益造成他人精神损害者应承担精神损害赔偿责任的正当性在于：其一，以精神损害赔偿救济被侵权人的现实需求存在理论支撑；其二，这种现实需求能在现行法框架内得到回应。

（一）侵害个人信息权益时精神损害赔偿的理论依据

侵害个人信息权益而生的损害后果以焦虑、忧惧、不安、羞耻等非财产性的后果为主要表现形式，财产损害并不具备普遍性。因此，立法、学理与实践必须对此作出针对性的回应，为其配置恰当的救济途径。与姓名、肖像、名誉等传统人格要素相比，数字社会中的个人信息同样具有天然的人格属性尤其是精神性人格属性，其“反映了自然人于社会中的运动、变化、发展状况”〔3〕，当无数的信息片段组合在一起时，主体的“数字人格”便就此被形塑。〔4〕是故，侵害个人信息权益的行为所影响的是自然人的人格评价，是对个人信息主体的精神利益而非财产利益的直接侵害。对此，近期微信视频号所引发的两个社会热议话题可为例证。一是微信用户在使用视频号服务的过程中往往会出现如下场面：某用户的一微信好友事实上并未对某视频“点赞”，

〔1〕 江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第5028号民事判决书。

〔2〕 〔美〕保罗·卡恩：《法律的文化研究：重构法学》，康向宇译，中国政法大学出版社2018年版，第117页。

〔3〕 陈吉栋：《个人信息的侵权救济》，载《交大法学》2019年第4期，第47页。

〔4〕 参见马长山：《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》，载《中国法学》2019年第5期。

但该用户却在自己的视频号界面看到了该好友的“点赞”，而被“点赞”的内容常常粗鄙不堪。^{〔5〕}二是“视频号霸屏”，即某些软件被其运营者包装为“扫码领券”“线上抽奖”等，一旦微信用户扫码，便会无意间将自己的视频号授权给这些软件，而后者旋即在该微信用户的视频号中自动转发某些质量欠佳的视频，并“@好友”“打标签”等。无论是被动“点赞”还是“视频号霸屏”，由于被“点赞”或者转发的视频内容欠妥，且不乏“擦边”^{〔6〕}的情形，故这些盗用、滥用个人信息的行为将降低特定用户在其微信好友眼中的人格评价，直接致使该用户的精神利益受损，于此场合鲜见物质损害的发生。

“当代民法中对人格权的规定主要是透过对具体人格要素的保护完成的，保护的终极目标都归结于作为人整体伦理价值的人的平等、自由和尊严。”^{〔7〕}个人信息权益与其他人格权益一样也体现了自然人的人格伦理价值，在其他人格权益遭受侵害时可以主张精神损害赔偿的前提下，没有理由将个人信息权益从《民法典》第1183条第1款的“人身权益”中剔除。一方面，“个人信息的平等是民事主体法律地位平等的体现”^{〔8〕}，每个民事主体所拥有的个人信息均互相独立，犹如一个主体与其他主体一样并无隶属关系。尽管每个主体的身份信息、电话号码、宗教信仰、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等个人信息存在量的差别，但其进入法律程序的条件和引发的法律效果并无二致。那些未经同意便擅自处理他人个人信息者，实际上是将他人当作“物”而非“人”来对待，即凌驾于他人之上，并视他人为可供自己随意支配的对象。这类行为既忽视了民事主体之间的平等关系，也消磨了个人信息的“人”的本质归属，由此造成的财产损失固然值得赔偿，但其因贬损他人人格而引发的精神损害更应受到法律的妥善处理。另一方面，个人信息处理者往往透过多种技术手段来收集与分析不同主体的个人信息，嗣后又以自动化决策的方式将商业营销广告定向投送到个人信息主体面前，从而实现利用个人信息外化的财产价值来盈利的目的。^{〔9〕}但数据和算法都无法做到客观中立，它们反映着数据收集者或者算法设计者的某种主观性或偏见，故自动化决策的结论也可能带有偏见。^{〔10〕}这种“算法偏见”将会干扰个人信息主体的行动自由。在前述“朱烨与北京百度网讯科技公司隐私权纠纷上诉案”中，百度利用自动化决策手段对朱烨进行的精准化信息推送之所以造成了后者的主观恐惧，恰是因为这种方式充斥着个人信息处理者的“算法偏见”；而同意规则的内生性缺陷又导致其虽在表面上尊重意思自治，但个人信息主体的“同意”在现实社会中往往是不得已而为之，否则便无从使用其他服务。受此双

• 562 •

〔5〕 此现象虽未见诸司法实践，但在“百度知道”“小红书”“知乎”等上已引起广泛讨论。至于成因为何，参与讨论者莫衷一是。

〔6〕 “擦边”是指临近边界但尚未突破边界的行为，现已成为短视频平台中的常见用语。例如，某短视频的创作者发布了裸露身体的视频，且该创作者的其他视频一贯与医学、健身等知识的科普不存在关联，但其在该视频中添加了如“本视频仅为健身知识科普，并无不良导向”等“花字”，以求规避短视频平台的监管。这种本着赚取“流量”目的而打着“知识科普”旗号的视频，即可被认定为“擦边”。

〔7〕 张涛：《个人信息的法学证成：两种价值维度的统一》，载《求索》2011年第12期，第162页。

〔8〕 前引〔7〕，张涛文，第162页。

〔9〕 参见彭诚信、史晓宇：《个人信息财产价值外化路径新解——基于公开权路径的批判与超越》，载《华东政法大学学报》2022年第4期。

〔10〕 参见王莹：《算法侵害类型化研究与法律应对——以〈个人信息保护法〉为基点的算法规制扩展构想》，载《法制与社会发展》2021年第6期。

重因素的影响，个人信息主体的后续行为只能囿于个人信息处理者为其打造的“信息茧房”中，难以谈及所谓的自由意志。于此场合，仅凭财产损害赔偿并不能实现对个人信息主体的全面救济。此外，数字社会中几乎所有人都成为了一种“信息存在”，对自己个人信息的控制应受到其他人的尊重。“自然人维护自己个人信息的准确性、控制自己个人信息的利用范围等正是保证自身的个人尊严得到社会的认可的体现。”^{〔11〕} 前述的“算法偏见”在另一个角度即“算法歧视”，可能使得个人信息主体遭受歧视性伤害，进而贬损个人信息主体的人格尊严。由于人格尊严与主体的精神利益息息相关，如不从精神损害赔偿的途径对被侵权人加以救济，则被侵权人将永远无法得到精神慰藉。

（二）侵害个人信息权益时精神损害赔偿的法律依据

个人信息权益具有人格属性，当然可以纳入《民法典》第1183条第1款中人身权益的范畴，从而据此主张精神损害赔偿。而《个人信息保护法》第69条第1款中“损害”一词并不明确，其是否包含精神损害并进而作为侵害个人信息权益时精神损害赔偿的依据，尚需论证。

1. 《个人信息保护法》第69条第1款可作为相应的法律依据

以往不乏论者笼统地称《个人信息保护法》未规定或未明确规定精神损害赔偿，但大都未阐明其理据。^{〔12〕} 在为数不多的详细讨论中，就《个人信息保护法》第69条第1款能否作为精神损害赔偿的依据，存在不同观点。而争议的关键在于对该条款中“损害”一词存在不同理解。肯定观点以该条第2款中的“损失”来解读第1款中“损害”的内涵，认为该条第2款“使用的是‘损失’一词，而未如《民法典》第1182条那样使用‘财产损失’的表述。……损失……也包括精神损失或精神损害”^{〔13〕}。而反对者声称，“精神利益只有损害而没有损失……对于精神损害也不能用受到的损失和获得的利益作为计算依据”^{〔14〕}。对此，应回到法律解释的基本框架予以分析。

首先，《个人信息保护法》第69条第1款在文义上并未排除允许被侵权人主张精神损害赔偿的可能性。作为法律术语的“损害”，按照被侵害的权益之类型的不同可分为财产损害与精神损害。尽管在许多条款中，“损害”一词专指财产损害，如《民法典》第238条所规定的物权损害赔偿请求权，但也不乏兼指财产损害与精神损害者，如《民法典》第1091条所规定离婚损害赔偿。^{〔15〕} 判断“专指”或者“兼指”的关键在于被侵害的对象之类型。在《个人信息保护法》第69条第1款中，潜在受损对象是个人信息权益，其“固有的人格与天然的财产双重价值，决定了个人信息权在本质上是包含财产利益的人格权”^{〔16〕}。故侵害个人信息权益所造成的“损害”既可

〔11〕 前引〔7〕，张涛文，第162页。

〔12〕 主张《个人信息保护法》未规定或者未明确规定精神损害赔偿制度者颇多，具体参见刘云：《论个人信息非物质性损害的认定规则》，载《经贸法律评论》2021年第1期；杨立新：《个人信息处理者侵害个人信息权益的民事责任》，载《国家检察官学院学报》2021年第5期；周汉华主编：《〈个人信息保护法〉条文精解与适用指引》，法律出版社2022年版，第389页；李昊：《个人信息侵权责任的规范构造》，载《广东社会科学》2022年第1期。

〔13〕 程啸：《侵害个人信息权益的侵权责任》，载《中国法律评论》2021年第5期，第69页。

〔14〕 杨立新：《侵害个人信息权益损害赔偿的规则与适用——〈个人信息保护法〉第69条的关键词释评》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2022年第1期，第13页。

〔15〕 在离婚损害的情形中，因可能被侵害者不限于财产权益，故《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第86条第1句规定：“民法典第一千零九十一条规定的‘损害赔偿’，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。”

〔16〕 彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期，第78页。

能是财产损害,也可能是精神损害,还可能二者兼有。

其次,前述围绕以《个人信息保护法》第69条第2款的“损失”来解读第1款的“损害”之做法所生争议,实际上是体系解释的问题。所谓的“精神利益只有损害而没有损失”固然符合日常用语习惯,但法律语言毕竟不同于生活语言,不宜将二者作严格对应。《个人信息保护法》第69条第1款调整的是自然人与个人信息处理者这两类平等民事主体间的关系,故其系纯粹的民事法律规范,应受到《民法典》的统辖。《民法典》第179条第1款关于民事责任承担方式的规定采用了封闭列举,如若不将精神损害界定为该款第8项赔偿损失中的“损失”,那么精神损害赔偿这一独立的民事责任样态便只得游离在《民法典》总则编之外,进而削弱总则编统辖各分编及其他民事规范的体系功能。至于“精神损害也不能用受到的损失和获得的利益作为计算依据”的观点也站不住脚。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称《精神损害赔偿解释》)第5条列明了确定精神损害赔偿数额的六项因素,其中第3项“侵权行为所造成的后果”和第4项“侵权人的获利情况”,恰与《个人信息保护法》第69条第2款中的“个人因此受到的损失”和“个人信息处理者因此获得的利益”分别对应。^[17]故在体系解释的视角下,应认为《个人信息保护法》第69条第1款并未遗漏精神损害赔偿。

最后,就上述问题,还可以借由《个人信息保护法》的立法目的得到解答。《个人信息保护法》第1条的行文将“保护个人信息权益”置于“规范个人信息处理活动,促进个人信息合理利用”之前,意在彰显该法“贯彻以人民为中心的法治理念,将保护人民群众的个人信息权益作为首要目标”^[18]的规范意旨。若将被侵权人的精神损害赔偿请求权排除在其唯一可能栖身的第69条第1款之外,则会致使该法构筑的个人信息权益保护途径存在体系性缺陷,无法全面落实该法的立法目的,并损及该法具有“全方位的制度规范”^[19]的社会评价。更为重要的是,个人信息权益的本质属性决定了相关规范对于被侵权人的保护应当尤其重视被侵权人的人格权益。尽管在个人信息权益具有天然的财产价值、被侵权人往往难以举证证明其所遭受的精神损害等多重因素的影响下,司法裁判支持财产损害赔偿而驳回精神损害赔偿的情形屡见不鲜,但也不能因此忽视精神损害赔偿救济被侵权人人格权益的重要作用。将精神损害从《个人信息保护法》第69条第1款中剥离的观点,无疑是将财产损害赔偿与精神损害赔偿对个人信息权益的保护功能本末倒置。

2. 《个人信息保护法》第69条第1款与《民法典》第1183条第1款的区分适用

虽然都可以作为侵害个人信息权益时精神损害赔偿的法律依据,但对于《个人信息保护法》第69条第1款与《民法典》第1183条第1款在适用上的区分,存在不同观点。一种观点认为:“不能认为《个人信息保护法》没有规定,就不能适用精神损害赔偿救济个人信息权益损害,应当依照《民法典》第1183条第1款规定确定精神损害赔偿。”^[20]另一种观点指出,《个人信息保护法》第69条第2款是“对《民法典》第1182条的细化规定”^[21],以此为基础继续推论,

[17] 值得一提,遍查我国现行法律、行政法规与司法解释,“精神损失”一词出现在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第175条第2款中,这意味着“精神损失”这种措辞亦被官方肯认。

[18] 杨合庆主编:《中华人民共和国个人信息保护法释义》,法律出版社2022年版,第13页。

[19] 前引[18],杨合庆主编书,第13页。

[20] 前引[12],杨立新文,第53页。

[21] 王利明、丁晓东:《论〈个人信息保护法〉的亮点、特色与适用》,载《法学家》2021年第6期,第9页。

《个人信息保护法》第69条第2款仅为“财产损失赔偿数额的计算规则，进而排除过错推定责任原则对精神损害赔偿责任的适用，转而诉诸《民法典》第1183条第1款适用过错责任原则具有合理性”〔22〕。与之不同，第三种观点则认为“《民法典》侵权责任编第二章‘损害赔偿’的条款属于民事侵权的一般性条款”，而《个人信息保护法》第69条“属于专门适用于个人信息权益侵害的特别条款，应该优先适用”〔23〕。如前所述，前两种观点的论证起点均是精神损害并未被包含在《个人信息保护法》第69条第1款的“损害”中，但上文已对此作出解释论修正，故不再赘言。至于《民法典》侵权责任编第二章关于损害赔偿的规范群和《个人信息保护法》第69条第1款之间，也并非严格的“一般—特别”关系。

我国学者围绕《民法典》与《个人信息保护法》的适用关系问题形成的各类学说，〔24〕虽然在实证法上有《民法典》第11条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》（以下简称《总则编解释》）第1条第2款作为支撑，但其预设的前提往往是《民法典》中的A规范与《个人信息保护法》中的B规范具有相互对应的规范内容。例如，《民法典》第1034条第2款与《个人信息保护法》第4条第1款同样界定了何为个人信息，唯二者的角度不同，故有观点认为“《个人信息保护法》对个人信息的界定是对《民法典》规定的发展和完善，二者实质是相同的，不存在矛盾冲突”〔25〕。然而，《民法典》第1183条第1款与《个人信息保护法》第69条第1款所包含的规范内容却并非完全对应。后者规定的过错推定、财产损失赔偿责任已超出前者的规范范围，反倒与《民法典》第1165条第2款、第1182条第1分句分别对应。因此，不能认为《民法典》侵权责任编第二章“损害赔偿”的条款和《个人信息保护法》第69条第1款在整体上构成“一般—特别”关系，并赋后者以“优先适用”的效果。

• 565 •

从条文本身来看，《个人信息保护法》第69条第1款所规制的是个人信息处理者侵害个人信息权益的行为，而《民法典》第1183条第1款所规制的是民事主体侵害包括个人信息权益在内的自然人人身权益的行为。在精神损害赔偿的主体问题上，个人信息处理者无疑属于《民法典》所规定的民事主体的具体类型，因此依据《总则编解释》第1条第2款，《个人信息保护法》第69条第1款中关于精神损害赔偿主体部分的规范内容可被认定为是对《民法典》第1183条第1款的细化规定，故应被优先适用。换言之，当侵权人为个人信息处理者时，被侵权人应当依据《个人信息保护法》第69条第1款主张精神损害赔偿；当侵权人非为个人信息处理者时，被侵权人应当依据《民法典》第1183条第1款主张精神损害赔偿。因此，侵权人的身份系被侵权人选取请求权基础的关键所在。

〔22〕 杨显滨、王秉昌：《侵害个人信息权的民事责任——以〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的解释为中心》，载《江苏社会科学》2022年第2期，第79页。相似观点参见前引〔12〕，李昊文。

〔23〕 彭诚信、许素敏：《侵害个人信息权益精神损害赔偿的制度建构》，载《南京社会科学》2022年第3期，第90页。

〔24〕 这些学说大致包括“一般法与特别法关系”说（参见王利明：《论〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的适用关系》，载《湖湘法学评论》2021年第1期）、“二者均为基本法的并存关系”说（参见周汉华：《个人信息保护的法律定位》，载《法商研究》2020年第3期）、“民事基本法+领域法关系”说（参见何松威：《论领域法的私法研究范式——以〈个人信息保护法〉研究为例》，载《当代法学》2022年第4期）、“差别适用、优先适用、配合适用”关系说（参见常鹏翱：《〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的规范适用关系》，载《中国社会科学报》2022年7月6日，第4版）、“细化、转介、优先适用、分别适用”关系说〔参见程啸：《论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022年第3期〕。

〔25〕 前引〔24〕，程啸文，第22页。

三、侵害个人信息权益时精神损害后果的认定

在认可个人信息权益侵权精神损害赔偿的正当性及以侵权人身份区分请求权基础的适用后,裁判者需检视精神损害赔偿责任的成立要件。对此,关键在于“严重性”要件的认定。

(一) 单纯讨论损害后果要件问题的原因及其焦点框定

在个人信息权益侵权精神损害赔偿的问题上,既往研究对行为人过错、侵害行为和因果关系几无争议。学界热议的私密信息受侵害时优先适用隐私权规则问题,固然会造成个人信息处理者侵害私密信息时适用过错原则、侵害非私密信息时适用过错推定原则的矛盾,^[26]但因过错推定可大大减轻被侵权人的举证负担,故其在诉讼中当然不会刻意强调被侵害的个人信息为私密信息,进而无端增加证明义务。因此,归责原则冲突问题尽管在学理上具有研究价值,却未必会造成实务困境。余下便只剩损害后果要件认定问题。《民法典》第1183条第1款要求“严重精神损害”,而《个人信息保护法》第69条第1款却仅采“损害”一词,自此产生的问题是:在个人信息处理者侵权的情形,相应的损害后果是否需要满足《民法典》明定的“严重精神损害”的要求;倘若需要满足,应如何进行认定。

反对观点指出,“严重性”要件为精神损害赔偿责任的成立设置了较高的标准,不利于救济被侵权人。^[27]在个人信息被侵害时,受害人难以证明其所遭受的精神损害属于《民法典》第1183条第1款中的“严重精神损害”,故应借鉴域外法放宽认定标准,将精神损害“严重”的要求从《个人信息保护法》中剔除。^[28]即使不完全否定“严重性”要求,该要件也应隶属精神损害赔偿数额的酌定要素范畴,而非相应责任成立与否的条件。^[29]而肯定观点则认为,该要件兼具传统侵权法“忽略轻微损害”规则(a de minimis-rule)和现代侵权法“水闸理论”(floodgate theory)的双重基础。^[30]《个人信息保护法》第69条第1款中的损害后果要件仍需与《民法典》第1183条第1款中的“严重精神损害”保持一致,以此防止精神损害赔偿制度被滥用。^[31]分歧的焦点在于:精神损害赔偿制度究竟是让被侵权人更容易得到救济为好,还是更应防止该制度被滥用进而妨碍“侵权人”的行动自由为妙。换言之,有关“严重精神损害”的所有论争,都集中在如何平衡权益保护与行为自由这两种价值取向的问题上。准此而论,当《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害”指向精神损害时,其与《民法典》第1183条第1款中的“严重精神损害”究竟应作同一解释抑或差别理解,取决于何种解读方法更能满足平衡不同价值的要求。

(二) “严重精神损害”的价值评价功能及其体系效应

因《个人信息保护法》第69条第1款中的损害后果要件系“损害”,除此之外别无附加条

[26] 参见刘承睦、刘磊:《论私密信息隐私权保护优先规则的困局与破解——以〈民法典〉第1034条第3款为中心》,载《广东社会科学》2022年第3期。

[27] 参见石佳友:《人格权立法的进步与局限——评〈民法典人格权编草案(三审稿)〉》,载《清华法学》2019年第5期。

[28] 参见前引[23],彭诚信等文。

[29] 参见张新宝:《从司法解释到侵权责任法草案:精神损害赔偿制度的建立与完善》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2009年第2期。

[30] 参见谢鸿飞:《精神损害赔偿的三个关键词》,载《法商研究》2010年第6期。

[31] 参见朱晓峰、夏爽:《论个人信息侵权中的损害》,载《财经法学》2022年第4期。

件，所以当个人信息处理者侵权时，被侵权人只要证明其遭受了精神损害，即可主张精神损害赔偿，至于该种损害的程度如何，在所不问，此系差别理解该条中的“损害”和《民法典》第1183条第1款中的“严重精神损害”的应然结论。但无论赞成还是反对“严重”要件者，其共识系“轻微精神损害不赔”，也即“舍弃‘严重精神损害’标准并不意味着在任何个人信息权益侵权案件中个人信息主体均可以获得精神损害赔偿”^{〔32〕}。是故，差别理解的做法不足采。而证成“损害”与“严重精神损害”应作同一解释的关键，系后者的评价功能及体系效应。

首先，“严重精神损害”是我国民法不确定概念中的价值开放概念，是立法者授权裁判者在个案中具体权衡权益保护与行动自由这两种价值的“通道”。精神损害这一概念本身能与财产损害作较为明确的区分，但一旦同“严重”搭配使用，便会丧失原有的确定性，进而成为不确定概念。^{〔33〕}法官在运用《民法典》第1183条第1款进行裁判时，其中一项重要工作就是释明何为“严重精神损害”，即将此不确定概念在具体纠纷中确定下来。这种“确定”工作可借助客观的因素和主观的评价两类工具开展。如《民法典》第311条关于善意取得行为构成要件的规定中，“价格合理”系为不确定概念，法官可凭借“转让标的物的性质、数量”“付款方式”^{〔34〕}等诸多客观判断因素使“价格合理”的具体内涵在个案中确定化，无需额外的价值评判。但我国现行法并未树立判断“严重精神损害”的客观因素，学理中的权益位阶和容忍限度标准虽各有侧重，^{〔35〕}但二者的共识系将“严重精神损害”解读为“根据社会一般观念、立法者的规范目的而进行一系列价值衡量的结果”^{〔36〕}。因此，“严重精神损害”不仅是不确定概念，而且为价值开放概念，其设立意义在于：某行为是否使自然人遭受了“严重精神损害”，端赖裁判者在保护该自然人的权益和个人信息处理者的行为自由这两种价值中进行取舍。

• 567 •

其次，作为价值开放概念的“严重精神损害”是《民法典》第1183条第1款得以成为精神损害赔偿领域一般条款的关键。与同样作为立法技术的列举式规定相比，一般条款未规定具体的构成要件，而是意在透过价值开放概念整合同类事实，使其达成统一法效果。^{〔37〕}立法者之所以设置一般条款，目的在于使法官借助该类条款中的价值开放概念来“应对社会价值的快速变迁所引发的新型法律关系”^{〔38〕}，以此保证法的安定性与开放性的平衡，故一般条款具备兜底功能。《民法典》第1183条第1款恰是拥有此种品格的规范。如对因违约行为而产生的精神损害如何进行私法救济，理论与实务长期存在不同观点。为解决此问题，《民法典》第996条设置了“损害对方人格权并造成严重精神损害”这一已为第1183条第1款所明定的构成要件，至于相应精神损害赔偿责任是否成立，法官需要依据后者而非违约责任的相关规定作出判断。^{〔39〕}是故在解释

〔32〕 前引〔23〕，彭诚信等文，第91页。

〔33〕 参见朱震：《论侵害人格权精神损害赔偿中的“严重”》，载《法制与社会发展》2022年第2期。

〔34〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》第18条。

〔35〕 关于权益位阶标准，参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第233页；关于容忍限度标准，参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社2020年版，第79页。

〔36〕 前引〔31〕，朱晓峰等文，第62页。

〔37〕 参见马新彦、李东宇：《合同违反政策时效力判定的裁判路径》，载《清华法学》2023年第2期。

〔38〕 刘亚东：《〈民法典〉概括条款的识别标准与类型构造》，载《财经法学》2023年第1期，第79页。

〔39〕 详细论证，参见曹险峰、程奕翔：《因违约而生之精神损害的救济路径——以〈民法典〉第996条的功能分析为中心》，载《北方法学》2022年第3期。

论上,应当认为第996条的精神损害赔偿规定是第1183条第1款的下位规定,后者对前者具有法体系上的兜底作用。这种立法立场正表明了第1183条第1款是精神损害赔偿领域的一般条款。

最后,《个人信息保护法》第69条第1款应延续“严重精神损害”,此系该价值开放概念与一般条款的体系效应所致。该条款的精神损害赔偿规定对《民法典》第1183条第1款所作具体化,系将侵权人限定为个人信息处理者。唯有争议者,系当《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害”为精神损害时,其是否仍应满足《民法典》第1183条第1款的“严重”之要求。回答此问题的关键,在于正视一般条款的体系地位与价值开放概念的评价功能。一方面,《民法典》第1183条第1款作为一般条款的体系地位决定了任何对其作出具体化的规范均需贯彻该条款的原旨,在无强有力的正当理由将“严重精神损害”剔除在《个人信息保护法》第69条第1款之外时,不应设置例外规定。另一方面,之所以设置“严重”要求,恰是立法者出于调和不同价值取向的目的而授权裁判者在具体纠纷中进行个案裁量,进而使精神损害赔偿规则具备应对世事差异的灵活性。如若《个人信息保护法》第69条第1款不要求精神损害的“严重”,则意味着被侵权人对于如个人信息处理者拨打一通骚扰电话等极轻微的侵害行为仍能主张精神损害赔偿,此时无疑是过度放大了权益保护的价值取向,造成被侵权人对精神损害赔偿的滥用,也便不符合“轻微精神损害不赔”的共识。

(三)“严重精神损害”在个人信息权益侵权中的认定

将“损害”与“严重精神损害”作同一解释的做法能够满足“轻微精神损害不赔”的共识,但实践中被侵权人难以证明损害后果严重程度的问题,尚待解决。而这关键在于妥当构建“严重精神损害”在个人信息侵权中的具体认定方法,而非舍弃该要件。这种认定方法既需列举例示性的考量因素,以此应对目前常见的实务纠纷,也需明确总体的衡量标准,以免在将来出现新型案件时无所适从。

1.“严重精神损害”的衡量标准

反对《个人信息保护法》第69条第1款沿用“严重精神损害”者往往以被侵权人举证不能的现实情况作为理据,但这更多是因既往裁判对“严重精神损害”的理解不足所致。倘若固执地以物质性人格权遭受侵害时的被侵权人之伤、病、残、死等作为个人信息权益受侵害情形中“严重精神损害”的界定标准,被侵权人自然难以举证,其在实践中极难获得精神损害赔偿的成因也在于此。在侵害个人信息权益时精神损害赔偿的场合,既往研究所提出的容忍限度标准可资利用,也即以一般第三人(或社会公众)的视角去衡量个案中的行动自由和权益保护这两项价值何者应居于优位,这正与“严重精神损害”这一价值开放概念的存在意义和评价功能相契合。并且,容忍限度标准可以妥善应对“轻微精神损害不赔”的情形。在“王强诉中宸文普科技(北京)有限公司侵权责任纠纷案”中,原告因收到被告未经其同意而发送的营销短信,遂向法院诉讼请求要求被告赔偿其精神损害。法院判决运用了容忍限度标准来说明为何“轻微精神损害不赔”,其认为侵权人“发送诉争短信的次数仅一条,且在短信内容上亦无违反法律或公序良俗之嫌,此种行为虽对王强的生活安宁、个人信息受保护的权益造成一定影响,影响方式及频率亦属低微尚不足以使民事主体产生精神上的痛苦,亦不可能产生……精神损害赔偿责任的事实基础。再次,类似具有轻微瑕疵的行为广泛存在于社会生活之中,尤其商业活动中更为多见,如均要求相关行为人承担民事侵权法律责任,不仅缺乏现实意义,亦将使民事主体限于动辄违法的境地,属不当

加重民事主体的义务，实有不妥”〔40〕。而在个别案件当中，法官一方面认为精神损害后果十分轻微，另一方面却又支持精神损害赔偿，〔41〕如此自相矛盾的做法，恰恰是因为没有重视容忍限度标准的作用，进而误将所有程度的精神损害都置于精神损害赔偿制度的救济范围内。

2. “严重精神损害”的考量因素

伤、病、残、死等可由现代医学技术鉴别轻重程度的损害后果多出现在物质性人格权受侵害的场合，按照权益位阶标准理论，其可直接作为认定“严重精神损害”的依据。而受辱、焦虑、恐惧等与精神性人格权受侵害相关联的损害后果极富主观性，在判定其是否构成“严重精神损害”时，法官只得以社会一般公众的容忍限度为准进行考量。此间差别意味着“严重精神损害”的认定，须因被侵害的人身权益之类型而有所区分，故在认定个人信息权益受侵害时的“严重精神损害”时，法官虽可考虑权益位阶的高低，但却无需拘泥于既往运用在物质性人格权和精神性人格权受损情形中的具体考量因素。有学者建议以《精神损害赔偿解释》第5条的前三项要件作为认定“严重精神损害”的具体考量要素，〔42〕这种观点值得商榷。一方面，侵权人的过错程度隶属该类侵权责任构成要件中的主观要件，无论故意还是过失，只要侵权人具有主观过错即可满足该要件的要求，其与损害后果要件无关；另一方面，按照容忍限度标准，侵权行为所造成的后果无非是超过或未超过容忍限度，其本质上与前述提及的衡量标准并无二致。

侵权行为的具体情节可以作为考量要素，但需作进一步细化处理：第一，被侵害个人信息的类型、数量等。一方面，在被侵害个人信息为同一类型的前提下，较之仅侵害了某一自然人的一条个人信息的行为，同时侵害了多条个人信息的行为自然更容易突破社会一般公众的容忍限度。另一方面，因为敏感个人信息一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害，所以对于侵害敏感个人信息的行为而言，社会一般公众的容忍限度较低；反之，对于侵害非敏感个人信息的行为，社会一般公众的容忍限度较高。〔43〕第二，损害后果的“辐射范围”，即损害后果是让不特定公众、特定的多数人还是特定的少数人所知悉，这是当前司法实践较多考虑的因素。在“黄某诉腾讯科技（深圳）有限公司等隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷案”中，法院认为，案涉行为侵害个人信息权益的具体损害后果仅发生在原告与其微信好友间，仅造成原告的“精神负担”而未导致“严重精神损害”。〔44〕在“深圳市某科技有限公司与刘某侵权责任纠纷案”中，二审法院认为：“刘某本身并非公众人物，上述事件虽非上诉人第一时间报道，但由于上诉人对转载文章未进行合理审查，致使涉案网页及文章在互联网公开发布、公然传播，在该事件发酵过程中起到推波助澜的作用，是导致刘某成为社会焦点人物、社会评价降低的重要因素之一，于公民个体而言属于法律意义上的‘造成严重后果’。”〔45〕第三，损害后果的持续时间。持续时间长者更易受到社会公众的否定评价，进而将构成

• 569 •

〔40〕 北京市第二中级人民法院（2022）京02民终2009号民事判决书。

〔41〕 参见河南省鹤壁市淇滨区人民法院（2022）豫0611民初426号民事判决书。该案虽非侵害个人信息权益的案件，但从中可以窥见法院在认定精神损害时的“辗转反侧”。

〔42〕 参见前引〔12〕，李昊文。

〔43〕 侵害敏感信息的案例，参见贵州省贵阳市中级人民法院（2021）黔01民终5963号民事判决书。

〔44〕 参见北京互联网法院（2019）京0491民初16142号民事判决书。

〔45〕 辽宁省沈阳市中级人民法院（2018）辽01民终5411号民事判决书。

“严重精神损害”。

四、侵害个人信息权益时精神损害赔偿数额的计算

在个人信息侵权精神损害赔偿责任被认定为成立的情况下，倘若法官无法确定相应赔偿的具体数额，则该责任的落实终将是一纸空谈，因此，赔偿数额的计算规则系个人信息侵权精神损害赔偿问题领域的又一重点。但现有计算规则存在颇多问题，有待改进。

（一）现有的三种赔偿数额计算规则及其问题

因《个人信息保护法》第69条第2款在行文上与《民法典》第1182条关于财产损害赔偿数额计算规则的规定几近一致，故有学者称其“仅对侵害人身权益造成的财产损失进行了规定”^{〔46〕}。但如前所述，无论是《个人信息保护法》第69条第1款中的“损害”还是第2款中的“损失”均应覆盖精神损害，所以“无论是财产损失还是精神损失，都可以按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定，如果……难以确定的，根据实际情况确定……”^{〔47〕}因此，当侵权人系个人信息处理者时，相应赔偿数额的计算规则有三：一是按照被侵权人因侵权行为而受到的损失确定（以下简称“实际损害赔偿规则”）；二是按照个人信息处理者因侵权行为获得的利益确定（以下简称“侵权人获利赔偿规则”）；三是难以依据上述规则确定数额时，根据实际情况确定（以下简称“法院酌定数额规则”）。而在侵权人非为个人信息处理者的场合，因《民法典》第1183条第1款本身并未规定精神损害赔偿数额的计算规则，所以《精神损害赔偿解释》第5条设置了六项具体考量因素，故相应的数额计算规则亦为法院酌定数额规则。但这三种计算规则各有其问题。

1. 实际损害赔偿规则与侵权人获利赔偿规则缺乏可适用性

一方面，由于精神损害具有天然的无形性，故被侵权人基本上无法证明其精神利益在遭受损害前后的差异性或者变化，也就无从谈起依据实际损害赔偿规则去认定具体数额。另一方面，尽管个人信息处理者因自身侵权行为所获利益可在客观层面有所体现，但这“涉及个人信息处理者的商业秘密，而且个人信息给个人信息处理者带来的经济利益也缺乏合理的计算标准”^{〔48〕}，故被侵权人往往无法提供相应证据支持，^{〔49〕}更不必说依据侵权人获利赔偿规则认定具体数额。因这些现实因素所限，三种计算规则中唯余法院酌定数额规则可资考虑。

2. 法院酌定数额规则的缺陷

法院酌定数额规则系法官自由裁量权的具体体现，但自由裁量既有灵活应对复杂现实的好，也兼具法官恣意的风险。因此，如何合理地行使自由裁量权是司法的永恒议题。法院酌定数额规则自身的问题之一，在于没有明确精神损害赔偿数额的上限与下限，由此导致该种自由裁量

〔46〕 前引〔12〕，李昊文，第259页。

〔47〕 前引〔13〕，程啸文，第69页。

〔48〕 前引〔23〕，彭诚信等文，第92页。

〔49〕 参见北京互联网法院（2019）京0491民初10989号民事判决书；北京互联网法院（2019）京0491民初6694号民事判决书。

缺乏约束。而该规则的另一问题，在于最高人民法院设置的确定精神损害赔偿数额的具体考量因素不尽合理。^{〔50〕} 第一，“侵权行为所造成的后果”和“侵权人的获利情况”在实践中难以判断。一方面，何谓“侵权行为所造成的后果”，指代不明：若其指向的是被侵权人因侵权行为而遭受的损失，则其便是实际损害赔偿规则的代名词，被侵权人根本无从举证证明；若其指向的是《民法典》和《个人信息保护法》均应坚持的“严重精神损害”要件，则对其判断无疑要考量上文所提出的衡量标准与具体因素，此时便是在重复《精神损害赔偿解释》第5条第2项的规定。另一方面，“侵权人的获利情况”与侵权人获利赔偿规则的实质相同，而如上所述，被侵权人无法提供相应证据证明。第二，“受理诉讼法院所在地的平均生活水平”因素应被舍弃。财产损害赔偿的目的在于填补被侵权人的财产损失，故法官在依据《民法典》第1182条中的实际损害赔偿规则和侵权人获利赔偿规则无法确定具体的赔偿数额时，自然需要考虑受理诉讼法院所在地的平均生活水平，以此避免数额过低使得救济不足、数额过高使得被侵权人获利的局面出现。而精神损害无法被量化，只能让被侵权人通过社会的一般等价物来获得安慰，舒缓其精神痛苦。有学者称，设置此项考量因素“主要是因为精神损害赔偿的补偿和慰抚功能的实现依赖于被侵权人对金钱的态度，而这种态度又与当地平均生活水平有关”^{〔51〕}。以被侵权人的视角观之，其所获得的精神损害赔偿金自然越多越好，平均生活水平并不会决定其主张的数额，毕竟在精神利益无从“恢复原状”的现实下，除获得尽可能多的金钱补偿外又能如何，故被侵权人的态度与平均生活水平并无直接关联。

（二）改进法院酌定数额规则的具体方法之构想

依前所述，无论侵权人的身份是否为个人信息处理者，相应的计算规则都要落在法院酌定数额规则上，但这一计算规则存在“缺乏上下限约束”与“考量因素不合理”的问题。对此，不妨从以下两方面入手来对其作出改进。

1. 补充法定个案限额标准与赔偿总数限额标准

就赔偿数额上下限的问题，2019年12月内部征求意见的《中华人民共和国个人信息保护法（草案）》也曾经规定，个人的损失或者个人信息处理者获得的利益难以确定的，按照每人每事件500元至1000元确定，^{〔52〕}但此条未见于《个人信息保护法》的正式文本。有学者称：“考虑到侵害个人信息案件往往涉及人数众多，如果作此规定，可能给个人信息处理者带来极大的赔偿责任。例如，泄露100万人的个人信息，即便按照500元每人，也意味着要赔偿5亿元。故此，立法机关没有采取这一观点。”^{〔53〕}因此项规定而产生侵权人会赔到“倾家荡产”的担忧不无道理，但该观点对设置法定限额标准的意义及其具体做法欠缺足够重视。

一方面，在上述学者假设的案例中，5亿元的赔偿总额之所以骇人听闻，系因其足以使侵权人丧失继续从事市场活动的能力，但这一假设并不足以推翻设置法定限额标准的必要性。因为假设案例将情景限定为个人信息被泄露的场合，但这一行为本身就牵连极广，受害者群体规模自然

〔50〕《精神损害赔偿解释》第5条规定：“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：（一）侵权人的过错程度，但是法律另有规定的除外；（二）侵权行为的目的、方式、场合等具体情节；（三）侵权行为所造成的后果；（四）侵权人的获利情况；（五）侵权人承担责任的经济能力；（六）受理诉讼法院所在地的平均生活水平。”

〔51〕张新宝：《侵权责任法》（第4版），中国人民大学出版社2016年版，第121页。

〔52〕参见前引〔12〕，刘云文。

〔53〕前引〔13〕，程啸文，第69页。

庞大。如果将情景限定为个人信息处理者未经同意拨打骚扰电话的场合,受害者的人数便不若前述场合,由此便不会引发天价赔偿。精神损害赔偿固然有惩戒侵权人的作用,但民事裁判的本来功能是调和不同私主体的权益。保护被侵权人的精神利益当然重要,但这并不意味着要彻底将侵权人从市场中“抹杀”。在权益保护和行动自由的价值取舍中,设置每人每事件的个案赔偿限额标准系抑制法官自由裁量恣意的有益推手,否则域外立法又何需无端作出限额规定。^[54]

另一方面,法定个案限额标准并非限制法官自由裁量的唯一方法,因为这种限制并不仅限于划出每人每事件的赔偿数额范围,其也可以框定赔偿总额的上限。确立赔偿总额的上限能够有效防止前述学者的担忧,一旦赔偿总额的上限被确定,5亿元的天价赔偿自然不会出现。事实上,在人身权益遭受侵害而导致财产损失的情形中,最高人民法院即采取了设置赔偿总额上限的做法,《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条第2款规定:“被侵权人因人身权益受侵害造成的财产损失以及侵权人因此获得的利益难以确定的,人民法院可以根据具体案情在50万元以下的范围内确定赔偿数额。”而《精神损害赔偿解释》第5条第5项“侵权人承担责任的经济能力”的考量要素,恰恰证明对于精神损害赔偿数额的问题,法院需要避免侵权人“倾家荡产”的局面出现;从另一个角度来说,设立赔偿总额上限的观念已潜藏在裁判者心中。因此,未来最高人民法院在出台《个人信息保护法》的司法解释时,完全可以参照既有司法解释的做法,并在充分调研论证的基础上,为个人信息侵权精神损害赔偿数额的总量划定上限。

• 572 •

此外,每人每事件的个案限额和赔偿总额上限这两种法定限额标准并不冲突,二者更应协力发挥作用,以此排除受害者数量多寡对于确定个人信息权益侵权精神损害赔偿数额的影响。一旦此二项标准被确立,实务中便不会再出现1元精神损害抚慰金,“严重精神损害”之“严重”方能在赔偿数额上得以体现。^[55]

2. 重新划定法院酌定数额规则的具体考量因素

承接上文分析,在舍弃“侵权行为所造成的后果”“侵权人的获利情况”和“受理诉讼法院所在地的平均生活水平”这三项考量因素后,《精神损害赔偿解释》第5条便只剩下“侵权人的过错程度”“侵权行为的目的、方式、场合等具体情节”和“侵权人承担责任的经济能力”可以继续适用。有学者表示,法院酌定数额规则的具体考量因素应当包括“个人信息处理的目的、处理行为的类型、被侵害的个人信息种类、被侵害的个人信息权益的类型、程度等”^[56]。另有学者指出,具体的考量要素有四类,即个人信息的种类及其敏感度、个人信息处理违法行为的种类及其严重性、损害后果的可补救性及其风险等级、个人信息处理者的主观过错及其对损害的可预见性。^[57] 结合

[54] 如《加州消费者隐私法》(CCPA)第1798.150条设定了“为每个消费者每次事件赔偿不少于100美元且不超过750美元的损害赔偿金或实际损害赔偿金,以数额较大者为准”的标准;我国台湾地区“个人资料保护法”第28条第3项设定了“每人每一事件新台币五百元以上二万元以下”的标准。

[55] 有学者认为应将惩罚性赔偿引入侵害个人信息权益的情形,这类主张虽具有合理性,但却立于立法论。因惩罚性赔偿的适用须以法律明文规定为前提(《民法典》第179条第2款),在个人信息保护领域尚未确立惩罚性赔偿规则的现状下,本文暂不讨论。倘若未来立法或者修法时果真增添了这一规则,那么探讨其与精神损害赔偿规则在个人信息保护领域的衔接问题便殊具意义。引入惩罚性赔偿的观点,参见赵贝贝:《个人信息私法救济中的“损害赔偿”困境与应对路径》,载《财经法学》2022年第5期。

[56] 前引[13],程啸文,第69页。

[57] 参见前引[12],刘云文。

《精神损害赔偿解释》第5条和学者的观点，笔者认为，应从如下四方面来具体地确定赔偿数额。

第一，侵权人的身份。虽然法院酌定数额规则可同时适用于侵害个人信息时精神损害赔偿的两种情形，但对个人信息处理者侵权和非个人信息处理者侵权应作不同处理。与非个人信息处理者、个人信息主体等相比，个人信息处理者的“信息能力”在事实上更为强大，故其对于损害后果的发生应具有更高程度的可预见性与防范能力，因此个人信息处理者应较非个人信息处理者赔偿更多金额。

第二，侵权行为的具体情节，包括该行为的目的、方式、场合，以及被侵害的个人信息之类型、数量等。例如，敏感个人信息直接关系到自然人人格尊严和其人身、财产安全等重大权益，而非敏感个人信息与这些权益的关联程度则较低。故在侵害敏感信息时，侵权人应当赔偿更多金额，以此彰显法律对于敏感个人信息的特别保护。

第三，损害后果的“辐射范围”与持续时间。例如，因侵权行为使得个人信息被不特定的多数人所知悉的情形，应比只为特定的多数人知悉的情形赔偿更多金额。又如，侵权行为所造成的损害后果持续时间更长者，应对被侵权人赔偿更多金额。

第四，侵权人的主观状态。虽然侵害个人信息权益的精神损害赔偿责任之成立并不区分侵权人在主观上系属故意或者过失，但主观状态的不同可以影响侵权人赔偿数额的多少，故意侵权者应较过失侵权者赔偿更多金额。例如，以未取得个人同意而收集个人信息等作为方式侵权的情形，应比以未尽到安保义务而导致个人信息泄露、被他人窃取等不作为方式侵权的情形赔偿更多金额。

此外，当前实践在认定精神损害赔偿的数额时往往仅以简短的几句话笼统地概括计算过程。如在“贾友宝诉青岛远海教育服务有限公司等个人信息保护纠纷案”中，法院结合被告青岛远海教育服务有限公司拨打原告电话的次数、行为方式、后果、影响范围、过错程度等因素，酌定被告赔偿原告贾友宝精神损害抚慰金3000元。^{〔58〕}但这些具体的考量因素究竟如何影响了最终的赔偿数额计算犹未可知，这无疑会削弱裁判文书释法说理的功能。为此，笔者认为，在确立法定赔偿限额标准和法院酌定数额规则的具体考量因素的基础上，法官不妨在裁判文书中按照如下步骤来明晰个案中的赔偿数额。第一步是比较由个案限额最高标准计算得出的赔偿总额与法定的赔偿总额上限：若前者低于后者，则无须考虑法定赔偿总额的上限；若前者高于后者，则将后者除以被侵权人的人数来得出新的个案限额上限。第二步是按照上述的四项考量因素，从前一步骤所确立的上限数额开始酌减。第三步是考虑侵权人承担责任的**经济能力，如果侵权人确实无法承担经由前述两步骤确立的具体数额，则应结合其担责的经济能力再行酌减。之所以将其放置在最后一步来进行考虑，是为了避免“谁弱谁有理”“经济能力越高，赔偿越多”局面的出现。

• 573 •

五、结 语

“科学技术的进步、信息时代的到来、虚拟经济的发展不断冲击着现有的法律规范体系，推动产生了对新法律规范的需求，也造成了不断求新的科技与相对静止的法律规范体系之间的张力

〔58〕 参见山东省青岛市平度市人民法院（2022）鲁0283民初1447号民事判决书。

与冲突。”^{〔59〕}以精神损害赔偿为代表的个人信息领域中的任何争论，在根源上都是保护与利用个人信息两种价值取向的角力所致，对一方的强化必然意味着对另一方的减等。《个人信息保护法》第69条第1款对此所做的努力，是从举证责任倒置的角度，强化对处于实际弱势一方信息主体的保护，尽量使得实际地位不一致的双方当事人之间达成利益的平衡。但绝不能因此认为《个人信息保护法》的出台彻底结束了这种价值取舍的两难困境，恰恰相反，其实践适用正在不断地促使立法者未曾预料的新问题浮出水面。身处个人信息保护制度剧变与革新的时代，法律人不可能抓对所有新问题予以立法配置。我们能够并且应当做的工作，是以平衡保护个人信息与利用个人信息这两种价值的不变理念去解释与适用实证法，以此应对永远变动的社会现实，从而激荡出个人信息保护相关法律规范的恒久活力。

Abstract: The person whose personal information interests have been infringed has the right to claim moral damage compensation. Both Article 1183 (1) of the Civil Code and Article 69 (1) of the Personal Information Protection Law can be used as the basis of the claim, and the most significant difference between the two articles is whether the infringer is a personal information processor. The serious moral damage is an open-valued concept, which determines that Article 1183 (1) of the Civil Code is a general clause in the field of moral damage compensation. Since the Article 69 (1) of the Personal Information Protection Law is the concrete implementation of Article 1183 (1) of the Civil Code, serious moral damage should be also applied in Article 69 (1). When interpret serious moral damage, the tolerance limit of the public shall be considered as the standard, and the type and quantity of personal information, the radiation range and duration of the damage, etc. should also be taken into account. The existing criteria of actual moral damages and infringer's profits for calculating the compensation are not applicable. Although the court's discretionary criterion is applicable, there are drawbacks of lack of limitation and unreasonable considerations. Therefore, the statutory compensation limit standard and the total upper limit standard should be supplemented, and the status and subjective states of the infringer, the circumstances of the infringement, and the radiation range and duration of the damage should be taken into consideration in determining the amount of compensation.

Key Words: personal information interests, serious moral damage, limit of compensation

(责任编辑:徐建刚 赵建蕊)

〔59〕 李东宇：《数据时代的新型权利——论被遗忘权的中国化路径》，载冷传莉主编：《人工智能与大数据法律问题研究》，知识产权出版社2022年版，第147页。

人格权禁令独立性的保全路径 ——以起诉期间制度为核心

刘子赫^{*}

内容提要：人格权禁令适用保全程序的主要障碍，是禁令独立性和保全辅助性之间的性质冲突，这尤其体现在诉前保全的起诉期间制度。但是，既有对人格权禁令与保全间差异的分析同样存在缺陷，禁令的独立性并非必然指向终局性裁判，也可以是减轻申请人起诉义务的制度安排。自我国诉前行为保全的立法制度史和相关比较法经验来看，起诉期间的制度设计存在更具当事人主义色彩的其他可能模式，故人格权禁令并非必须通过新设禁令制度解决。

• 575 •

关键词：人格权禁令 诉前保全 起诉期间 海事请求保全 当事人主义

一、问题的提出

自《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）颁行以来，第 997 条人格权禁令的程序定位颇受争议。从规范文本上看，“不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害”的表述与《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 104 条诉前保全的要件高度近似。^{〔1〕}但学者多认为，适用保全程序将导致禁令申请存在诸多障碍，保全无法独立于诉讼程序进行就是突出问题。

相比诉中保全，诉前保全的申请、审理、裁判虽然可以相对独立于诉讼程序进行，但申请人仍然负担提起诉讼或申请仲裁的义务，未在法定起诉期间内提起的，法院将依职权解除保全。为

^{*} 刘子赫，中国政法大学民商经济法学院助理研究员。

本文为国家社会科学基金重大项目“民法典与民事诉讼法的协同实施研究”（22&ZD206）的阶段性成果。

〔1〕 不仅如此，《民法典》第 997 条与已经由司法解释转化为知识产权行为保全的“诉前停止侵权”制度在《中华人民共和国著作权法》（2020 年修正）、《中华人民共和国专利法》（2020 年修正）、《中华人民共和国商标法》（2019 年修正）中的表述也高度相近。参见严仁群：《人格权禁令之程序法路径》，载《法学评论》2021 年第 6 期。

行文方便, 本文将该制度称为“起诉期间”。保全程序的非独立性源于其辅助性,^{〔2〕} 起诉期间使相对独立的诉前保全仍然附从于审判程序。保全辅助性与学者普遍认同的人格权禁令独立性间存在显著冲突, 使既往在实践中本能用于及时保障人格权的临时救济措施反陷僵局。^{〔3〕}

为何实体法与诉讼法学者普遍看重人格权禁令的独立性特征? 沿袭自海事强制令以及人身安全保护令的独立式程序是否能够支持建立新的“禁令”制度?“阻碍”诉前保全独立性提升的起诉期间是否存在改善可能? 相比新设制度, 使用已有保全规则本应是人格权禁令较为理想的程序选择。面对禁令独立性目标与保全辅助性定位的冲突, 有必要审思独立化禁令的正当性, 同时反思作为保全辅助性关键制度的起诉期间的其他可能实现方式。

二、人格权禁令的独立性考辨

自人格权禁令制度建立以来, 围绕其是否属于行为保全的争论一直存在。立法者和最高人民法院的权威释义书中虽然均提及可参照保全程序, 但又都没有明确禁令的程序性质, 非独立的保全程序与可独立于诉讼申请的人身安全保护令被并列作为具体适用的规范。^{〔4〕} 循此逻辑, 禁令在不同诉讼阶段(诉前、诉中)与不同领域(如家庭暴力)都将适用不同规则, 甚至有反复开启不同条文授权程序之虞。^{〔5〕} 尽管如此, 人格权禁令的独立性在当前仍是学者广泛强调的制度优势, 对于该特征的分析, 可以从人格权禁令与保全之间性质冲突的化解和“前《民法典》时代”下独立禁令的反思两个方面展开。

(一) 人格权禁令与保全之间性质冲突的化解

最高人民法院释义书虽然将禁令视为临时性救济措施,^{〔6〕} 但在理论争论中不乏实体法和诉讼法学者认为, 禁令不宜适用保全程序。无论具体主张禁令应当适用非讼程序抑或准诉讼程序(如略式程序、简易程序等), 反对禁令适用保全程序的理由基本围绕禁令和保全程序的性质冲突展开。这些观点指明了当前保全制度的一些缺陷, 但部分理由也存在逻辑问题。

首先, 反对说认为二者归属于不同部门法体系, 但条文来源并不决定规范性质。保全是诉讼法规定的诉讼制度, 申请保全是诉讼行为, 而禁令则基于实体法上的人格权请求权, 是绝对权的

〔2〕 参见李仕春:《民事保全程序基本问题研究》, 载《中外法学》2005年第1期。

〔3〕 《民法典》颁行之, 业已存在依托保全制度实现人格权预防性保护的实践。除最为著名的“杨绛书信案”外, 行为保全还被用于删除网络不实负面文章[参见江苏省南京市玄武区人民法院(2020)苏0102民初3916号民事裁定书]、禁止提存亲属骨灰[参见上海市徐汇区人民法院(2018)沪0104民初29719号民事裁定书]、禁止直播发表不实言论[参见山东省济南市历下区人民法院(2019)鲁0102民初3505号民事判决书(提及保全裁定)]、停止在公共区域负面宣传[参见宁夏回族自治区中卫市沙坡头区人民法院(2020)宁0502民初272号民事判决书(提及保全裁定)]等。

〔4〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编解读》, 中国法制出版社2020年版, 第43-44页。

〔5〕 如有学者认为应通过解释明确在诉中不得申请禁令, 法院驳回保护令后, 也不得再申请禁令(参见徐伟:《〈民法典〉人格权侵害禁令的法律适用》, 载《法制与社会发展》2021年第6期); 有学者认为在保护令、人格权禁令、行为保全中只能择一申请(参见王超:《〈民法典〉中人格权禁令的程序法定位》, 载《内蒙古社会科学》2022年第6期)。

〔6〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》, 人民法院出版社2020年版, 第90页。

一种保护方式。^{〔7〕}立法者将人格权禁令设于《民法典》人格权编而非《民事诉讼法》即是二者性质差异的例证。然而，该观点看似界分清晰，但从本质上缺少对诉讼法诉权权源（亦包括申请保全等诉讼权利）同实体法请求权关系的正确理解。一方面，诉讼法上的诉权与实体法上请求权概念不能一一对应。除实体法上请求权外，绝对权、形成权、形成诉权都可以对应和成立相应的诉权，部分诉讼请求内容也不存在直接对应的实体权利（如消极确认之诉），故诉讼法上请求权并不完全对应实体法上请求权。^{〔8〕}另一方面，合法合理的诉要求原告的主张应当具有符合实体法规定的利益，即虽然诉讼请求并不完全与实体权利吻合，但主张的理由和可得救济不应违背实体法规定。这意味着，不仅原告提起的给付之诉通常需要基于实体法上的请求权，申请人申请的保全程序也对应需要保全的实体利益，在保全程序中同样存在实体权利的判断。^{〔9〕}因此，保全和诉讼是诉讼法规定的满足不同需求的不同程序，都需要实体法指引法官作出是否给予救济的具体判断。无论人格权禁令是否属于实体法上新创设的人格权请求权，^{〔10〕}都不影响当事人根据实际需求启动诉讼法规定的各种既有程序，没有无关实体的程序，也没有脱离程序的实体。

其次，反对说认为二者制度目的不同，但保全裁定也可实现保护效果。保全制度旨在保全裁判结果的实现，是一项程序性措施，而禁令可以直接提供以维持权利现状为目标的救济。^{〔11〕}不可否认，人格权禁令从规范上看没有保全的意向，^{〔12〕}但是，如果认定禁令不是保全，在保全制度之外可能难以合理地构建出一个独立、迅速、终局且程序保障充足的程序路径。通过极简程序获得终局性救济的期待本身违反了诉讼规律，背离了程序保障。^{〔13〕}反之，虽然保全制度定位为辅助程序，但这并不阻碍其具有与禁令之间相当的适用效果，即保全裁定作出后可以作为执行依据，迅速地实现预防或阻断侵害的救济效果。更为重要的是，作为临时救济的保全程序，正是为了有效避免诉讼程序的裁判时间过长的弊病而设定的，故其具有一系列有助于加快裁判的制度安排，包括证明标准、保全担保等诸多方面。当前诉前保全制度与禁令之间真正的差异，并非在于保全裁定作出后的保护效果，而是保全持续时效上起诉期间的限制。

最后，反对说认为二者与诉讼程序的关系不同，但比较法经验不支持独立且简易的设计。正是基于第二点保全目的的考虑，保全程序无法完全独立于诉讼程序存在，诉前保全的申请人存在提起诉讼或申请仲裁以获得终局性裁判的义务；而人格权禁令申请无须伴随诉讼程序，学者普遍

〔7〕 参见程啸：《论我国民法典中的人格权禁令制度》，载《比较法研究》2021年第3期。吴英姿教授认为，禁令兼具实体法和程序法效力，而保全主要是程序性的。参见吴英姿：《民事禁令程序构建原理》，载《中国法学》2022年第2期。

〔8〕 参见〔德〕康拉德·赫尔维格：《诉权与诉的可能性》，任重译，法律出版社2018年版，第38-40页。甚至从根本上说，提起诉讼不需要依赖任何实体权利的存在，因为恰恰需要在诉讼程序中确定是否存在特定的实体权利。

〔9〕 参见郭小冬：《诉讼保全的实体法视角及其展开》，载《北方法学》2021年第1期。

〔10〕 实体法学者认为人格权禁令并未在构成要件和法律效果（责任形式）上有别于既有的人格权请求权（《民法典》第995条），故并非新创设的实体法请求权基础。参见前引〔7〕，程啸文。

〔11〕 参见前引〔7〕，程啸文；前引〔7〕，吴英姿文；谢绍静、陶相辉：《人格权禁令的独立性证成及程序构建》，载《河南财经政法大学学报》2022年第6期。

〔12〕 参见张卫平：《民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接》，载《中外法学》2020年第4期。也有学者认为，人格权禁令更接近大陆法系假执行（参见傅向宇：《人格权紧急救济之诉的程序机制与阶梯式证明》，载《国家检察官学院学报》2022年第6期），但假执行是判决作出但因上诉而未生效时的执行方式，判决作出前的临时救济仍属保全。

〔13〕 参见前引〔1〕，严仁群文。反对观点则认为可以通过扩张非讼程序实现简易化。参见张海燕、苏捷：《论人格权禁令程序的路径选择》，载《甘肃社会科学》2022年第6期。

认为禁令不应给申请人附加后续提起诉讼的义务。^[14]然而,理论上围绕是否要以英美法上“禁令”(injunction)概念理解我国人格权禁令存在分歧,^[15]以衡平法禁令救济与普通法法定救济的界分来说明禁令程序的独立性也存在误解,^[16]因为英美司法体系中衡平法、普通法业已基本经改革由相同法院以相同程序作出裁判。^[17]在普通法传统中,违约或侵权行为的法定救济方式是损害赔偿,包括继续履行在内的其他具体作为、不作为命令仅得依据衡平法作出,故禁令并不是独立于诉讼程序的一种独特程序,而更像我国法语境下的特殊责任承担形式。^[18]

更重要的是,如果真正深入了解英美法上禁令的诉讼程序,不难发现中间禁令作出后同样需要双方当事人积极参与永久禁令的审理程序,而后者需要完备的程序保障以作出实体意义的终局裁判。^[19]就此而言,我国学者预设的人格权禁令制度在独立性上与中间禁令不符,在程序简易性上又与永久禁令有别。名称“舶来”的人格权禁令终究无法从“母国”法中得到有效证立,只能重新考虑在本土构建新制是否正当、是否合乎既有规律。

从上述三方面对禁令与保全之间冲突的阐述来看,二者的差异更多是基于表面的规范差异以及理论预设的效果区别而产生的,通过比较法和理论的深入分析,这些冲突部分可以得到有效化解。但是,如果比较法上的禁令救济不能为我国禁令制度的独立性提供经验支持,这种独立性理念又是如何在制度移植过程中形成的呢?

(二)“前《民法典》时代”下独立禁令的反思

独立于诉讼程序的救济措施并非由人格权禁令首创,早在《民法典》颁布之前,2000年《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》(以下简称《海事诉讼法》)中的海事强制令以及2016年《中华人民共和国反家庭暴力法》(以下简称《反家暴法》)中的人身安全保护令均有意设计为独立于诉讼程序而存在。相关制度在立法之时就已引发是否有别于保全的观点争论,从具体规则和设计目的来看,强调海事强制令和人身安全保护令的独立性亦有疑问。

[14] 参见前引[7],程啸文;前引[5],徐伟文;朱虎:《人格权侵害禁令的程序实现》,载《现代法学》2022年第1期;前引[7],吴英姿文;朱晓峰:《〈民法典〉人格权禁令规范适用论》,载《中国政法大学学报》2022年第3期;郭小冬:《禁令程序在民事诉讼法典中的体系定位》,载《河北法学》2022年第8期。

[15] 例如,有学者认为无论是大陆法系的保全性假处分或普通法系中的禁令制度都无法准确对应我国人格权禁令制度(参见前引[7],程啸文),也有学者认为人格权禁令可以对应英美法上的临时禁令[参见毋爱斌、范响:《〈民法典〉人格权侵害禁令溯源、性质及其制度构建》,载《重庆大学学报(社会科学版)》,网络首发时间:2022年1月10日;李蔚、吴英姿:《民事独立禁令程序建构论》,载《财经法学》2022年第4期]。

[16] 如郭小冬教授认为:“……英美法系的禁令是一个独立运行的程序系统,它并行于我们所理解的诉讼判决程序。”郭小冬:《人格权禁令的基本原理与程序法落实》,载《法律科学(西北政法学报)》2021年第2期,第147-148页。

[17] 参见王泽鉴主编:《英美法导论》,北京大学出版社2012年版,第55-57页。

[18] 参见傅郁林:《知识产权禁令中双方当事人权益保护》,载《现代法学》2023年第3期。以美国现代救济法为例,禁令只是救济体系中保护性救济的一种重要表现形式,同赔偿性、恢复性等其他救济类型共同组成救济法体系。See Douglas Laycock & Richard L. Hasen, *Modern American Remedies: Case and Materials*, 5th ed., Wolters Kluwer, 2019, p. 3.

[19] 美国《联邦民事诉讼规则》规定:法院可以将禁令听证程序与实体审判程序合并;当禁令在未经告知被申请人的情况下作出时,申请人应当尽快申请进行听证,否则法院可经被申请人申请或依职权解除之前的禁令。See Federal Rules of Civil Procedure, Rule 65(a)(2), Rule 65(b)(4). 英国《民事诉讼规则》规定:在诉前禁令作出后,法院可以要求申请人起诉;当诉讼非因双方当事人协议中止时(如原告撤诉),禁令也应当停止执行。See Civil Procedure Rules, Rule 25.2(1), (3), Rule 25.10(b); Adrian Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2013, pp. 465, 467-468.

1. 海事强制令

不同于《海事诉讼法》第18条第2款的“海事请求保全”，第61条规定海事强制令并不以限期不起诉作为保全解除的条件，而是仅表明当事人可以就强制令依据的实体请求在作出强制令的法院或其他有管辖权的法院提起诉讼。部分海商法学者认为，强制令的终局性、独立性使其有别于财产保全或行为保全，^{〔20〕} 这些观点中关于强制令和保全制度目的的比较与前文对禁令和保全目的的比较也大致相同。

如果认为强制令自身已经构成终局性裁判，那么其裁判内容亦应当具有确定力，否则立法预设的终局性仅仅是没有起诉义务意义上的“终局性”，并不是生效后对同一实体问题（诉讼标的）仅得通过上诉或审判监督方式救济的形式确定力。^{〔21〕} 尽管海事强制令并不要求申请人提起诉讼，但法律明确规定当事人可以基于相同的实体请求提起诉讼或申请仲裁，允许提起后诉就意味着以裁定作出的强制令不具有既判力。这也说明，强制令的“终局性”在本质上源于双方当事人选择放弃争议，而非其自身法律属性。

有海商法学者认为，海事强制令应当定位为一种“紧急审理程序”（或称“速裁程序”），即属于简化、加速的特殊诉讼程序。^{〔22〕} 诚然，速审、速裁无论对于及时提供预防性保护，还是助力以繁简分流化解当前“案多人少”问题都具有积极意义，但此种以程序化简为手段的“多赢”策略，实质是以当事人程序保障的恣意缺损为代价。

一方面，我国目前除简易程序、小额诉讼程序外，并无其他成文的“紧急审理程序”方案，何种事项可以化简、具体程序如何化简没有成文法上支持，且在现行法中也不存在以“情况紧急”作为化简理由的程序，复杂、涉外的案件更被明文排除适用简易程序、小额诉讼程序。^{〔23〕} 即使能够仿照前述两程序设计专用于“情况紧急”的简化程序，只要需要为双方提供质证、听证或辩论机会，恐怕也难以满足强制令要求在48小时内作出裁定的审限规定。^{〔24〕}

另一方面，从比较法观察，“紧急审理程序”也可能属于在功能上与保全程序对应的制度。以法国民事诉讼法上紧急审理程序为例，其虽然与我国现行法有关保全的适用范围、具体措施等细节性规定存在出入，^{〔25〕} 但其作为临时性质的、对诉讼程序没有既判力的可执行裁定，^{〔26〕} 实质上对应保全程序。^{〔27〕}

2. 人身安全保护令

人身安全保护令的独立性特征并不是一开始就确定的。其前身人身安全保护裁定是以保全为

〔20〕 参见关正义、王琳：《论海事强制令的独立属性和功能》，载《法学杂志》2015年第4期；彭阳：《论海事强制令的法律性质及其适用条件的司法续造》，载《中国海商法研究》2017年第1期。

〔21〕 判决的效力包括形式上的确定力和实质上的确定力，后者即为既判力，前者约束法院不得通过常规诉讼程序再次审理同一实体纠纷。参见张卫平：《民事诉讼法》（第6版），法律出版社2023年版，第511页。

〔22〕 参见前引〔20〕，彭阳文。

〔23〕 参见《民诉法》第160条、第166条第（二）项。

〔24〕 海事强制令的审限与保全相近（48小时），同简易、小额诉讼程序相差较大（3个月/2个月）。参见《海事诉讼法》第57条，《民诉法》第164条、第168条。

〔25〕 参见王艳：《法国商事紧急审理程序及司法适用》，载《河北法学》2015年第1期。

〔26〕 参见〔法〕让·文森、塞尔日·金沙尔：《法国民事诉讼法要义》，罗结珍译，中国法制出版社2001年版，第760-762页。

〔27〕 参见周翠：《论民事诉讼中的临时性救济制度》，载《诉讼法论丛》第6卷，法律出版社2001年版，第443-447页。

模板构建的,故《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》(以下简称《指南》)第31条第3款规定,人身安全保护裁定作出后一定时间内没有提起离婚诉讼的,保护裁定自动失效。但经历一段时间的实践后,人身安全保护裁定的非独立性受到实务和理论的诟病,原因在于此种规定使得保护裁定与离婚诉讼绑定,在申请人不欲提起离婚诉讼时,保护裁定的有效期限受到限定,申请意愿亦相应受到影响。^[28]由此,2016年《反家暴法》不再规定起诉期间的要求,其后《最高人民法院关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》(法释〔2016〕15号)还进一步就担保和诉讼费用作出特别优待性规定。

强调人身安全保护令的独立性具有特殊背景的考量,但《指南》中关于起诉期间的规定本身也不无问题。从措施内容来看,保护令的法律效果不同于可包含给付以直接实现权利的海事强制令,而与人格权禁令相似,均基于绝对权保护性请求权的功能,仅旨在阻遏、预防侵害行为。既然保护令用于防护的是家庭暴力问题,那么相应保护的绝对权利则是家庭成员等亲密关系中的人格权利(尤以物质性人格权为主)。如若将保护令视为保全程序,后续对应的诉讼也不应径直指向离婚诉讼,而应是基于人格权请求权或侵权请求权的停止侵害、损害赔偿等诉讼请求。

之所以《指南》直接将人身安全保护裁定与离婚诉讼关联,一方面是由于家庭关系存续状态下,家庭成员内部间的侵权诉讼不便进行个别裁判,特别是在共同财产制下难以就损害赔偿进行执行;另一方面,《民法典》及此前的《中华人民共和国婚姻法》均将“家庭暴力”作为法定离婚事由,^[29]从职权主义的视角来看,消除家庭暴力与离婚诉求高度关联。但是,人格权诉讼或侵权诉讼与离婚诉讼有着构成要件、法律效果完全不同的诉讼标的,恰恰是司法解释的错误关联使得申请人不得不提起其不愿主张的诉讼请求。同时,人身安全保护令认定的事实同样不具有既判力,既不能限制被申请人基于错误的保护令诉请损害赔偿,^[30]也不能直接在离婚诉讼中证成法定事由。^[31]将保护令作为程序保障充分的终局性裁判,甚至更不利于法官在签发保护令和裁判离婚诉讼时作出区分。^[32]

当然,从尽量减少亲密关系主体间的诉讼纠纷的角度来看,不对申请人设置后续诉讼义务仍然存在合理性。但即使接受在人身安全保护令上作出的特殊安排,也不能当然地将对保护令的优待一般性地扩张于人格权禁令。其一,保护令的保护对象是人格权中双方当事人具有亲密关系的、以物质性人格权为主的特殊人格权利,人格权禁令保护的范畴则更为广泛。相比于前者,后者的权利边界更具有不确定性,一律要求法官在简短程序中作出终局性裁判有违基层司法规律。

[28] 参见李瀚琰:《人身安全保护令独立性的制度价值及其实现》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期。

[29] 《民法典》第1079条第3款规定:“有下列情形之一的,调解无效的,应当准予离婚:……(二)实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员;……”

[30] 《反家暴法》未规定保护令申请错误的损害赔偿规则,但也有学者提及被申请人的权利救济问题。参见周安平:《〈反家庭暴力法〉亟须解决的几个问题——对〈反家庭暴力法(草案)〉的分析》,载《妇女研究论丛》2015年第2期。

[31] 离婚诉讼中的司法政策也决定了离婚裁判本身需要考虑法定事由之外的复杂因素。参见张剑源:《家庭暴力为何难以被认定?——以涉家暴离婚案件为中心的实证研究》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2018年第4期;贺欣、肖惠娜:《司法为何淡化家庭暴力》,载《中国法律评论》2019年第4期。

[32] 由于法官担心人身安全保护令对后续离婚诉讼产生决定性影响,故而在实务中更为谨慎,从既判力层面切断二者联系的规定参见《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2022〕17号)第9条。

其二，在人格权禁令中，双方当事人并不一定存在特殊人身关系，申请人不会被迫提起解除该关系的诉讼，也不存在避免因双方诉讼纠纷而损害关系的需求。

综上，无论是对禁令和保全之间性质冲突的分析，还是对《民法典》颁行之前独立化禁令的解读，都无法有力支撑将人格权禁令完全独立于诉讼程序的制度设计。但从实践来看，即使禁令不被赋予终局性裁判的效力，在程序上如何减轻申请人提起诉讼的压力仍具有现实意义，而目前诉前行为保全制度起诉期间的规定是实现该目标的直接阻碍。欲探索该规定的其他设计可能，需要追溯其制度源流和比较法经验。

三、起诉期间的海事法起源

1982 年《民诉法（试行）》尚未区分诉前和诉中保全两个制度，该法第 92 条统一规定了保全程序。但实际上从立法用语“当事人”一词即可看出，立法者在一开始就没有设想存在诉讼程序之外的保全申请。^{〔33〕}立法在保全制度中忽视诉前保全，与中华人民共和国成立后民事诉讼立法和实践的重要学习对象苏联法存在密切关系。从译著教科书来看，苏联民诉法理论认为保全的目的就是“保障原告人有可能执行判给所争财产的法院判决”^{〔34〕}。由于保障判决执行是保全制度的核心目的，保全程序的申请时限为“在宣判以前之任何诉讼程序阶段中”^{〔35〕}。我国早期司法实践中超出规范的诉前保全也容易出现错误申请、管辖混乱等问题，故亦为部分学者反对。^{〔36〕}

诉前保全正式出现于民事诉讼立法，是在 1991 年《民诉法》正式颁布之时，该法新增第 93 条关于诉前保全的单独规则。诉前保全规则在保全必要、担保要求、裁判审限、起诉期间上均与诉中保全形成差别（详见表 1）。比较法上少见如此“泾渭分明”的诉前、诉中保全规定，这在中华人民共和国成立之前立法史上也并未出现过。^{〔37〕}既然苏联并未给我们带来诉前保全的理念与制度，我国诉前保全的规则从何而来？又为何会形成对应规则呢？

• 581 •

表 1 诉中保全与诉前保全的内容比较

制度内容	诉中保全（现《民诉法》第 103 条）	诉前保全（现《民诉法》第 104 条）
保全必要	可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行	情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害

〔33〕 如果将视角回溯至中华人民共和国成立之后的此前其他民诉法规则，这一点将更为明显。1950 年《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》第 52 条规定了与保全相当的“暂行处置”，条文明确提到“民事案件原告的请求确有日后难于执行之虞者”；1956 年最高人民法院《关于各级人民法院民事案件审判程序总结》也指出，“案件经过初步调查后……人民法院可以根据原告人的申请……采取保全措施”；1979 年最高人民法院《人民法院审判民事案件程序制度的规定（试行）》也维持了保全措施在案件审理过程中作出的立场（参见杨荣新、叶志宏编：《民事诉讼法参考资料》，中央广播电视大学出版社 1986 年版，第 204、213、250 页）。相较而言，1991 年《民诉法》则使用“利害关系人”一语。

〔34〕 〔苏〕克列曼：《苏维埃民事诉讼》，王之相、王增润译，法律出版社 1957 年版，第 214 页。类似观点参见〔苏〕阿布拉莫夫：《苏维埃民事诉讼法》（上册），中国人民大学审判法教研室译，法律出版社 1957 年版，第 221 页。

〔35〕 《苏俄民事诉讼法典》（1947 年版）第 82 条。译文参见《苏俄民事诉讼法典》，徐福基、艾同藩译，大东书局 1950 年版，第 23 页。

〔36〕 参见王敬藩：《论诉讼保全》，载《政法论坛》1990 年第 3 期。

〔37〕 例如，德国法上即认为保全程序的申请与主诉程序系属与否不必然相关。参见〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚力山大·布伦斯：《德国强制执行法》（下册），王洪亮、郝丽燕、李云琦译，法律出版社 2020 年版，第 338 页。

续前表

申请主体	当事人或法院	利害关系人
担保要求	可以责令提供担保	应当提供担保
管辖法院	审理法院	被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院
裁判审限	情况紧急时 48 小时	48 小时
起诉期间	/	30 日（2012 年修法前为 15 日） 到期不起诉（或申请仲裁），人民法院应当解除保全
损害赔偿	申请有错误	申请有错误（知识产权诉前行为保全中明确包括到期不起诉〔38〕）

从历史文献来看，我国诉前保全制度的建立受海事程序中扣押船舶（以下简称“扣船”）制度相关司法解释的影响。^{〔39〕} 海事纠纷中的扣船，是一种民事司法临时救济措施，指通过法定程序扣留或限制船舶移动，进而为海事请求权的行使和实现提供财产保证。^{〔40〕} 从保全客体来看，扣船属于一种财产保全，但在普通法中，申请扣船还额外具有独特的诉讼意义。普通法系延续了罗马法上对人诉讼与对物诉讼的类型区分，海事诉讼属于对物诉讼，而扣船正是使法院获得管辖权进而允许原告提起此类诉讼的前提条件。^{〔41〕} 我国并无对人诉讼和对物诉讼的类型区分，但先于诉讼前进行扣船的诉讼传统在海商法领域被保留下来。

我国在海事领域的扣船实践在 1999 年颁布《海事诉讼法》之前就已存在。^{〔42〕} 在《民诉法》规定诉前保全之前，1986 年最高人民法院结合审判经验及海事国际公约规定，制定了《最高人民法院关于诉讼前扣押船舶的具体规定》（以下简称《86 规定》）。在 1991 年《民诉法》正式颁布后，1994 年最高人民法院又制定了《最高人民法院关于海事法院诉讼前扣押船舶的规定》（法发〔1994〕14 号，以下简称《94 规定》），最终上述规则进入 1999 年《海事诉讼法》第三章“海事请求保全”之中。

比较三份规范在扣船这一诉前财产保全规则上的制度细节（详见表 2），可以看出，一方面，《民诉法》在设计诉前保全制度时显然参考了《86 规定》。相比于诉中保全，诉前保全留出了重要的 30 日的准备诉讼期限，而这一点与扣船裁定时限相对应，到期未起诉或申请仲裁则裁定失效，应当解除保全。另一方面，《民诉法》作出的一些特别调整在颁布后也对扣船制度产生一定影响。与《民诉法》中诉前保全规则保持一致，裁判审限被统一规定为 48 小时，同时在担保问题上《94 规定》明确改为应当提供担保。

〔38〕 参见《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第 16 条第（一）项。

〔39〕 参见赵钢：《关于修订我国民事诉讼法（试行）的几点建议》，载《法学评论》1986 年第 6 期。实务人员观点参见李守芹：《建立我国的诉前保全制度之我见》，载《山东法学》1991 年第 1 期；倪春南：《诉前保全亟需作出司法解释》，载《法学》1992 年第 2 期。

〔40〕 参见吴焕宁主编：《海商法学》（第 2 版），法律出版社 1996 年版，第 430 页。

〔41〕 我国学者对对物诉讼的介绍也主要集中在海商法领域。参见张鸿午：《简论对物诉讼》，载司玉琢主编：《中国海商法年刊》，大连海事大学出版社 1995 年版，第 199 - 206 页；向明华：《对物诉讼与我国的船舶扣押法律制度》，载《河北法学》2006 年第 4 期。

〔42〕 我国最早的扣船司法实践至少可以追溯至 1982 年。参见张进先：《一起维护我国权益的扣船申请案》，载《人民司法》1982 年第 7 期。

表 2 海事保全制度演进比较

制度内容	86 规定	94 规定	海事诉讼法
担保要求	可以责令提供担保	应当提供担保	可以责令提供担保 (第 16 条)
扣押时间	30 日	涉外案件 30 日，国内案件 15 日	30 日 (第 28 条)
裁判审限	情况紧急的 48 小时	48 小时	48 小时 (第 17 条)
期间内未起诉	到期后应当释放被扣押船舶， 因船舶被扣押而使被申请人所 遭受的损失由申请人负担	到期后释放被扣押船舶	解除保全、返还被申请人 担保 (第 18 条第 2 款)

扣船属对物诉讼的必要前提，在扣船地法律授予法院管辖权的情况下，申请人提起后续诉讼亦属常态，因此，表现为扣船的海事请求保全之后衔接诉讼是通行做法。从国际公约来看，扣船期间的设置初衷，是在扣船地法院没有管辖权的情况下，为申请人留出寻找适宜管辖法院并提起诉讼的时间。^{〔43〕}应用于海事纠纷的对物诉讼制度具有特殊性，该设计不可当然一概适用于整个民事实体法。

设立诉前保全的实际需求，同诉前、诉中保全二者的申请时间切分节点有直接关联。由于我国民事司法实践长期实行立案审批制度，^{〔44〕}在原告向法院提起诉讼后，案件是否受理还存在一定的空档间隔时间。而《民诉法（试行）》限制为仅得由当事人申请保全，如果认为诉中保全的申请仅得在案件受理之后才可实施，这就意味着即使申请人在发现权利受侵害后迅速在起诉同时提交保全申请，仍可能无法适用保全程序，令及时保全的制度目的落空，由此存在设置诉前保全制度的需求。^{〔45〕}在 1991 年《民诉法》第 93 条中明确将诉前保全的条件设置为“起诉前”，由此将诉前、诉中保全的适用界限划定为原告掌握主动权的起诉行为，这一明文规定大大减弱了此前修法理由中的担忧。

而没有明文规定诉前保全的苏联法则允许原告在起诉时申请保全，且特别强调为避免被告在知晓诉讼后隐匿财产，法院可以在起诉当日无需传唤被告的情况下作出保全裁定。^{〔46〕}我国早期反对设立诉前保全制度的学者也认为，当事人在申请诉前保全时，“法院应告知当事人立即起诉，同时递交起诉状和诉前保全申请”^{〔47〕}。不考虑申请人因准备申请保全和准备提起诉讼的资料翔实差异而决定分别实施的情况，如果诉前保全的功能仅相当于起诉后受理前的特殊诉中保全，^{〔48〕}那么它的实际应用余地必然有限。加之立法者对错误保全的潜在可能性心存担忧，^{〔49〕}因此整体来看诉前保全规范趋于严格似乎也就自然合理了。

〔43〕 参见 1952 年《关于扣留海运船舶的国际公约》第 7 条第 2 款、第 3 款；1999 年《国际扣船公约》第 7 条第 3 款。
〔44〕 即使在当前立案登记制下，也存在 7 日的立案期限。参见《民诉法》第 126 条。
〔45〕 参见前引〔39〕，赵钢文。
〔46〕 参见前引〔34〕，克列曼书，第 215 页；前引〔34〕，阿布拉莫夫书，第 223 页。《苏俄民事诉讼法典》（1947 年版）第 86 条即规定：“保障请求之申请，应由人民审判员，或由审理本案之法院，不通知他造当事人而即日裁定之。”译文参见前引〔35〕，徐福基、艾同藩译书，第 24 页。
〔47〕 前引〔36〕，王敬藩文，第 31 页。
〔48〕 也有学者认为起诉时申请应属于诉前保全。参见前引〔2〕，李仕春文。
〔49〕 参见张友渔：《正确认识、执行〈民法通则〉与〈民事诉讼法〉——在“〈民法通则〉颁布五周年、〈民事诉讼法〉公布施行座谈会”上的讲话》，载《法学》1991 年第 6 期。

保全在我国从始至终都被定位为消除执行风险的辅助性程序，几乎没有独立存在的价值。诉前保全制度仍处于无需独立性保全程序的背景理念之下，仅由海事纠纷领域扣船具体问题催生，意图解决的也是起诉、受理空隙间的有限问题，故在制度安排上不可能跳出诉中保全依附诉讼程序的既有观念，而仅将其作为诉中保全的一种例外情形。但当此种依附性定位成为保全程序进一步扩展权利保护功能的限制时，就有必要反思已有定位和规则是否属于不得动摇的客观规律，进而探究是否可能提出改进意见。

四、起诉期间的比较法考察

在人格权禁令程序性质问题的讨论中，否定禁令属于保全的重要理由是保全程序不具有独立性。原因即是诉中保全当然必须在提起诉讼后申请，而诉前保全裁定作出后又存在依职权设置的30日起诉期间。这一规定极大削弱了申请人单独依靠诉前保全制度解决纠纷的效果。考虑独立性问题在诉前保全制度中突出表现为起诉期间的设置和申请人期间经过后不起诉时保全失效的后果，下文将围绕这一问题就比较法经验进行考察。

（一）起诉命令模式

我国民事诉讼法的立法过程主要受两种法律文化的影响，其一是舶来德日的欧洲大陆法系制度，其二为承袭苏联的社会主义法系制度，二者存在一定联系但又具有差异。如前文所述，苏联理念中的保全非常强调对诉讼程序的辅助性，这无疑对中华人民共和国成立后我国立法、司法、法学理论上对保全程序的理解具有重要影响。但大陆法系民事诉讼规则却呈现出另一番景象。

保全按大陆法系传统被区分为假扣押和假处分。^[50]德国法对诉讼系属前作出的假扣押作特殊规定，法院应当依被申请人申请，命令申请人在指定的期间内起诉，申请人不遵守的，可依申请撤销假扣押，我国台湾地区现行规则与之相近，^[51]且该规则在两地亦可准用于假处分。^[52]日本法则统一就保全裁定作出类似规定。^[53]可见，大陆法系同样设置了促使诉前保全的申请人保全裁定做出后提起诉讼的督促措施，且具体方法同样为设置期间及期间内不起诉可导致保全裁定失效。但是，与我国依职权设置期间和到期后依职权解除保全的规则不同，前述规则将设定期间和解除保全程序的启动权利均交给被申请人，法院仅得依申请实施。

我国台湾地区学者认为，由于法律并未规定申请人有提起诉讼的义务，故设置一定期间要求申请人起诉，是为避免申请人滥用或轻率申请，使被申请人不必长期陷于缺少终局判决的不确定

[50] 假扣押可大致等同于我国财产保全和限制被申请人处分财产的行为保全，假处分则对应其他行为保全。参见周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条的解释》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2015年第4期。

[51] 参见《德国民事诉讼法》第926条（译文参见《德国民事诉讼法典》，赵秀举译，法律出版社2021年版，第328页）和我国台湾地区“民事诉讼法”第529条。

[52] 我国台湾地区学者观点参见陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》（下）（第6版），三民书局股份有限公司2015年版，第244页；姜世明：《民事诉讼法》（下册）（第6版），新学林出版股份有限公司2018年版，第638—639页。Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO, Band 2, 6. Aufl., 2020, § 926 Rn. 2; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., 2014, Rn. 1649.

[53] 参见《日本民事保全法》第37条。译文参见《日本民事诉讼法典》，曹云吉译，厦门大学出版社2017年版，第296页。

状态。^[54] 具体而言，德国法上认为，诉讼系属前申请的假扣押裁定作出后，申请人可能会安于保全保护而怠于提起诉讼，如其可能为进一步准备诉讼搜集证据而拖延时间，虽然被申请人也可以通过提起消极确认之诉的方式主动开启诉讼程序，但会使其在诉讼费用上面临不利，故设置起诉期间仍然是被申请人的一项优势选择。^[55] 不过，正因为申请人、被申请人都享有开启诉讼程序的权利和机会，而起诉期间制度本质上仍属于被申请人的法律救济，故应当给予其自身选择适用的机会。

由于起诉期间的目的是督促申请人提起诉讼进而对纠纷作出终局判决，为了避免申请人在被申请人申请法院命令起诉时感到过于仓促，故在时间设置上需要留出一定的准备空间。德国法上认为这一期间与起诉状送达后指定言词辩论或书面答辩留出的时间保持一致，即至少两周，通常不超过1个月。^[56] 日本法亦类似，指定期间应长于两周。^[57] 循此逻辑，我国起诉期间的设计也不必固定为30日，而是应遵循《民事诉讼法》第128条对答辩时间的安排（15日）以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第51条第1款对举证期间的安排（一审普通程序15日），设定至少15日以上的起诉期间即可。在期间内未能起诉的，假扣押裁定亦非当然无效。虽然作出保全的裁判是临时性的，但解除保全意味着对临时保护的否定，而在考虑是否解除时又无紧迫作出判断的必要。故解除需要依被申请人申请，经由言词辩论作出。^[58]

就此来看，大陆法系制度固然亦认为保全依附于诉讼程序，但对于后续诉讼的衔接则配设了分层结构：首先，申请人和被申请人可以自行主动提起诉讼；其次，被申请人可以请求法院命令申请人在一定期间内提起诉讼；最后，申请人限期内不提起诉讼的，被申请人可以请求法院经言词辩论审理后裁判是否解除保全。

• 585 •

最后一种情形下的解除保全将直接导致申请人对被申请人承担赔偿责任。《德国民事诉讼法》第945条和我国台湾地区“民事诉讼法”第531条均有规定，假扣押裁定因申请人未遵守起诉命令而撤销的，申请人需要赔偿被申请人损失。需要注意的是，赔偿仍需被申请人以给付之诉的方式提起，只是无须单独考虑申请人是否存在过错，^[59] 仍需计算诉讼时效，^[60] 而非在申请解除后自动以担保清偿。从结果上看，该规则似与我国知识产权行为保全司法解释相通，但期间届满后不经审理直接解除并赔偿的措施相较而言仍突显出职权主义色彩。

需要承认的是，欧洲各国对保全申请人提起诉讼义务的规定存在差异，^[61] 在意大利、西班牙、罗马尼亚等国即存在该法定义务，而在法国、德国、荷兰等国则不存在该法定义务。考虑到

[54] 参见前引〔52〕，陈荣宗、林庆苗书，第233页。

[55] Vgl. Michael Huber, in: Musielak/Voit Zivilprozessordnung, 19. Aufl., 2022, ZPO § 926 Rn. 1-2.

[56] Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 52), § 926 Rn. 10.

[57] 《日本民事保全法》第37条第2款规定：“（诉前保全）前项期间应为两周以上。”译文参见前引〔53〕，曹云吉译书，第296页。

[58] Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 52), § 926 Rn. 23; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (Fn. 52), Rn. 1532.

[59] 参见前引〔52〕，姜世明书，第628页。

[60] 该项请求权诉讼时效在保全裁定解除，且被申请人在诉讼程序中已经获得有利判决时可以起算。Vgl. Ingo Drescher, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 52), § 945 Rn. 28.

[61] 就起诉期间规定而言，瑞士法规则与我国就较为相近。《瑞士民事诉讼法》第263条规定：“如果主诉尚未系属，法院应当要求申请人在规定期间内起诉，并命令到期后保全裁定将不可救济地失去效力。”

大部分保全均未经言词辩论而作出,欧洲法学会在2021年制定的《欧洲示范民事诉讼法》(Model European Rules of Civil Procedure)第188条关于起诉期间的规则,也确实采取了倾向于“职权”的方式。^[62]当然,示范法是旨在方便统一适用而制定的规则,并不一定标志着诉前保全制度必然和唯一的发展方向。

(二) 同时起诉模式

除前述大陆法系国家外,英美法系国家同样存在对应保全的临时救济制度。英国《民事诉讼规则》(Civil Procedure Rules,以下简称CPR)第25条规定的中间救济覆盖范围极广。英国学者尼尔·安德鲁斯(Neil Andrews)将其分为保护性措施和中间措施;^[63]英国学者艾德里安·朱克曼(Adrian Zuckerman)则将其分为保护实体权利的保护令和用于获取证据、管理诉讼的程序令。^[64]英国法上中间救济制度部分由衡平法禁令救济的判例积累而逐步生成,故更为强调实用导向,体系性相对较弱,但大略可以朱克曼所称“保护令”的概念对应我国保全制度。

美国法上的临时救济主要包括两种类型,其一是针对财产的措施,在联邦法院层面由《联邦民事诉讼规则》(Federal Rules of Civil Procedure,以下简称FRCP)第64条规定,一般具体内容由各州成文法安排;其二是FRCP第65条规定的要求被申请人作为或不作为的禁令措施。^[65]二者大致可对应我国财产保全和行为保全规则。

英国法上,CPR第25.2(1)条规定中间救济裁定可以在包括起诉之前和判决之后的任何时刻作出,由此留出了诉前申请的空间。诉前申请仅可在紧急情况下得到认可,此时法院通常会要求申请人起诉并将保全的令状和起诉状一并送达,未能及时起诉的申请人可能会被法院解除保全。^[66]

美国法上,FRCP并未直接提及是否可以在诉前作出保全及相应的制度安排。至于针对财产的措施,在部分州司法实践中允许于起诉前提出申请,亦有州成文法规定,例如,《阿拉巴马州法典》(Code of Alabama 1975)第6—6—140条规定申请人应当在扣押令签发后15天内提起诉讼。^[67]而对于禁令措施,虽然在建立知识产权诉前禁令制度的过程中大量参考了美国禁令制度的裁量标准,但这一过程中学者并未明确美国法上临时限制令(temporary restrain order,以下简称TRO)、预备禁令两类中间禁令和永久禁令间的衔接关系。事实上,为补足正当程序保障,在无需将申请送达被申请人也未经辩论的TRO作出后,法院应当尽快安排听证程序,听证时申

[62] 《欧洲示范民事诉讼法》第188条规定:“申请人在根据第21条第1款、第53条提起诉讼之前被授予临时性或保护性措施裁定的,应当在法院设定的期日前起诉。当法院没有设定期日,或者准据法没有特别规定的,申请人应当在裁定作出两周内提起诉讼,法院可以依申请延长期间。(第1款)如果诉讼没有按照前款提起,除非法院另有裁定,措施将失效。(第2款)”笔者曾邮件请教示范法临时救济小组成员艾伦·乌兹来克(Alan Uzelac)教授,乌兹来克教授谈到,小组认为该部分定位需要强调“临时性”,故不能以裁定替代终局裁判,因而需要设置起诉责任。

[63] See Neil Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford University Press, 2003, pp. 423-490.

[64] 参见前引[19], Adrian Zuckerman书,第394页。

[65] 参见[美]杰克·弗兰德泰尔、玛丽·凯恩、阿瑟·米勒:《民事诉讼法》(第3版),夏登峻、黄娟、唐前宏、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第697-706页。

[66] See Practice Direction 25A 4.4; 前引[19], Adrian Zuckerman书,第468页。

[67] 参见前引[65], 杰克·弗兰德泰尔等书,第698-699页。

请人应当一并提交预备禁令的申请，否则法院将解除TRO。^{〔68〕}而之所以不强调TRO是否要作为诉前禁令，是因为实践中可以要求在申请TRO时一并提交起诉状。^{〔69〕}就此来看，美国法与英国法在处理最为紧迫的临时救济措施时，都类似地要求同时或在事后尽快提起诉讼，并及时安排后续听证或审理，其模式与大陆法系中强调起诉义务的国家更为相近。

（三）家暴防治的特殊处理

是否在英美法系就不存在具有相对独立性的临时保护制度呢？或许可以将视角转移到人格权禁令的“前身”，针对家庭暴力伤害的人身安全保护令上。^{〔70〕}英国1976年即制定《家庭暴力与婚姻程序法案》（Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act），现行的家庭暴力保护令则规定于2010年制定的《犯罪与安全法案》（Crime and Security Act）第27节以下。英国法上规定，警察将会在发现家庭暴力嫌疑时先作出家庭暴力保护通知，通知送达被申请人48小时内，警察应该向治安法院申请保护令；不同于通知，保护令的申请需要送达被申请人，同时法院应进行听证，听证延期的，通知将维持效力；保护令的时限为14至28日。^{〔71〕}英国法通过警察和法院的相互配合，实现了紧急保护（通知）和中短期有程序保障之保护（保护令）的结合，但从时间长度来看，英国法上的保护令与我国诉前保全相差无几。

在美国，州法层面的保护令实践在70年代即已出现，在90年代初各州已普遍建立了通过民事保护令遏制家庭暴力的成文法规。^{〔72〕}1994年，美国国家青少年和家庭法院法官委员会制定了《家庭暴力示范法》（Model Code on Domestic and Family Violence），该法在第3章规定了保护令。示范法规定了紧急和通常两种保护令：紧急保护令仅可由执法人员向法院申请，可不经听审程序而作出，同时具有固定时限；通常保护令根据内容分为“必须通过听审程序作出”和“可以不经听审程序作出”两种类型，签发后将长期有效，直到法院依申请再次调整，对于任何未经听审程序作出的通常保护令（及其调整），当事人可以申请进行听证。^{〔73〕}相比英国法上的保护令，美国示范法中的通常保护令可以提供更长的保护期，其目的是将对保护令的程序保障机制设计得更为精细和倾向于由当事人主导。示范法认为，设计无期限的通常保护令是因为申请人利益受威胁而需要保护的时间很难给出确定答案，申请人延长临时保护的程序负担也转化为被申请人主动提出异议的机制。

在这一点上，德国法的规定与美国法近似。尽管德国在家事法领域适用单独的诉讼法，即《家事事件和非讼程序法》，但其在临时救济上的安排被视为民诉法上保全程序的对应制度，^{〔74〕}且在起诉期间规则上亦有相通之处，均更倚重当事人异议程序的作用。该法第52条规定，暂时

• 587 •

〔68〕 See FRCP Rule 65 (b) (3).

〔69〕 例如，马萨诸塞州即要求在申请TRO的同时提交宣誓起诉状（verified complaint）。该州在租赁合同纠纷中租客对房东申请TRO的实践指引可参见<https://www.masslegalhelp.org/housing/lt1-form-15-tro.pdf>，最后访问时间：2023年5月31日。

〔70〕 我国《反家暴法》中的保护令制度在设计时参考了我国台湾地区保护令制度，同时进行了本土化（参见薛宁兰、晋丽：《论家庭暴力防治法中的民事保护令制度》，载《中华女子学院学报》2012年第4期），我国台湾地区“家庭暴力防治法”属法律移植，其第一版草案以美国《家庭暴力示范法》为蓝本（参见王晓丹、林三元：《法律移植与法律适应——婚姻受暴妇女声请民事通常保护令裁定之分析》，载《思与言》2009年第4期）。

〔71〕 See Crime and Security Act, Sec. 27 - 28.

〔72〕 See *Civil Protection Order*, 43 *Juvenile & Family Court Journal* 5, 5 (1992).

〔73〕 See Model Code on Domestic and Family Violence, Sec. 305 - 307.

〔74〕 参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1312页；Michael Giers, in: *Sternal FamFG*, 21. Aufl., 2023, § 49 Rn. 3.

命令作出后利害关系人可以申请法院作出起诉命令，未遵守的暂时命令将被撤销。^{〔75〕}如果在暂时命令作出后没有人基于第49条第2款提出异议，则暂时命令将可长期存在，申请人超出依申请设定的起诉期间不起诉的，也需要依申请而非依职权取消暂时命令，这里的逻辑和前文《德国民事诉讼法》第926条的规定基本一致。^{〔76〕}

五、诉前保全的独立性重构

保全程序需要在短时间内平衡申请人权利被侵害的可能性和损害大小，以及保全措施对被申请人权利的制约力度。为协调被申请人程序保障和申请人权利救济间的紧张关系，基于上述比较法考察，我们大致能够看到两种诉前保全的设计模式：一种是更强调法院主动的模式，此时法院会主动要求申请人后续提起诉讼或设置听审程序，并以较短的保全时限来实现督促效果；另一种是更强调当事人主动的模式，在作出保全的程序和判断标准不变的情况下，将对保全的异议机会和促使开启诉讼程序的权利交由当事人（主要是被申请人）行使，此时保全的时限长度自然可以放宽。

上述比较法考察有助于打破固有认识，展现禁令独立性在保全程序中实现的“另一种可能”。一方面，早有学者指出，人格权禁令的制度设计本就不必完全脱离行为保全背景，^{〔77〕}从体系解释来看也应当避免轻易因为特殊需求构建冗余制度、忽视既有规则。^{〔78〕}保全程序在证明标准、保全要件等事项上已有的制度理念、规范文本和实践经验，可作为构建人格权禁令对应规则的基础，再结合禁令特殊需求进一步调整。如前所述，人格权禁令的独立性，或者说在诉讼程序外，当人格权受紧迫威胁时提供一个减轻受害人负担的特殊救济，正是攻讦人格权禁令保全定位的重要理由。在诉前行为保全语境下，围绕起诉期间提供保全的“独立化”方案，能够有效回应攻讦，帮助将禁令纳入既有体系，避免在制度设计上重复劳作，甚或因程序重叠引发冲突。^{〔79〕}

另一方面，自保全定位出发，对于禁令同我国当前保全制度存在差异的法院管辖、审查时限、效力期限等问题，亦可以进一步参考比较法经验，以开放且尊重司法规律的方式改进保全制度，配合完成禁令效果。^{〔80〕}

具体就起诉期间制度而言，以前述理念对诉前行为保全制度予以改造，则其中强调当事人主动的模式，就可打破当前诉前保全僵化的“起诉期间”限制，以保全“之身”实现学者预设禁令独立性“之魂”。基于两种不同模式，人格权禁令在法院作出支持申请人的裁判后，禁令持续期限及当事人后续诉讼状况可以存在两种不同设计：^{〔81〕}

〔75〕 参见《德国国家事件和非讼程序法》，王葆蔚、张桃荣、王婉婷译注，武汉大学出版社2017年版，第27页。

〔76〕 Vgl. Michael Giers, in: Sternal FamFG (Fn. 74), § 52 Rn. 11; Jürgen Soyka, in: Münchener Kommentar zum FamFG, Band 1, 3. Aufl., 2018, § 52 Rn. 1.

〔77〕 参见张素华：《论人格权禁令的性质及司法适用》，载《比较法研究》2021年第6期。

〔78〕 参见前引〔1〕，严仁群文。

〔79〕 禁令程序与诉讼、保全、保护令等救济程序之间的定位模糊，已然令实践对《民法典》第997条的适用存在规范功能、裁判标准的困惑。参见刘子赫：《人格权禁令的实践反思、程序定位和诉讼实施》，载吴虹静、芮心怡编：《湘江青年法学》第7卷第1辑，湘潭大学出版社2022年版，第15-18页。

〔80〕 参见前引〔79〕，刘子赫文。

〔81〕 参见前引〔79〕，刘子赫文。

其一，在法院主动模式下（如图 1 所示），禁令将保留既有规则中诉前保全对诉讼程序的强依附性，申请人仍然需要在获得支持裁定的一定期限内提起诉讼，否则禁令将自动失效。申请人在起诉时，可以一并申请诉中保全，使诉前禁令自然过渡至诉中。

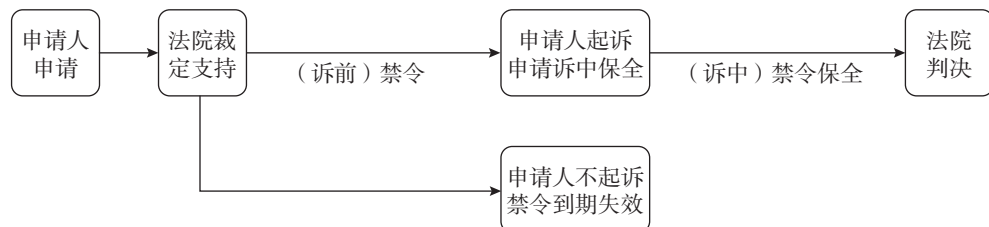


图 1 法院主动模式

其二，在当事人主动模式下（如图 2 所示），禁令虽不具备终局性裁判的效力，但可作为执行依据。被申请人不提出异议时，禁令将持续保持效力，减轻申请人获取救济的程序负担，实现相对于诉讼程序的独立性。申请人获得支持裁定后，法院并不依职权确定起诉期间，也即并不自动生成禁令效力期限，此时存在三种不同的发展后果：第一，申请人之后主动提起诉讼，同时申请保全；第二，被申请人请求法院作出起诉命令，要求申请人在一定期限内提起诉讼，若申请人在期限内起诉，也可申请保全，若申请人不及时起诉，逾期后被申请人可以请求法院撤销禁令；第三，被申请人自行评估后续诉讼成本，不对禁令提出任何异议，此时禁令即可在期限内保持有效。^{〔82〕}

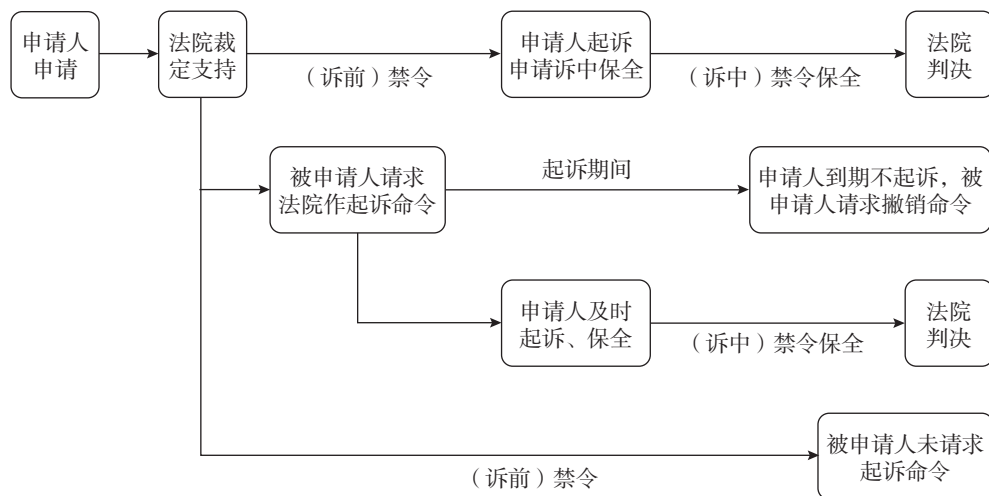


图 2 当事人主动模式

欲在保全程序基础上明确人格权禁令的独立性效果，主要需通过司法解释实现后一种模式的设想。该立法模式也可方便在担保数额、审理时限等人格权禁令希望与保全程序作出区分的事项上单独作出规定。参酌此前大陆法系立法用语，可在未来人格权编司法解释中增设条文如下：

〔82〕 由于人格权禁令保护的是绝对权人格权，故其内容可能表现为“停止侵害”一类持续性不作为义务，此类裁判的执行问题均具有时效共性。参见曹志勋：《停止侵害判决及其强制执行：以规制重复侵权的解释论为核心》，载《中外法学》2018年第4期；胡思博：《论对行为请求权的强制执行》，载《法学杂志》2020年第11期。

第 n 条 申请人在提起人格权诉讼前申请人格权禁令并得到法院支持的，被申请人可向作出禁令的法院或执行法院申请，命令申请人在一定期间内起诉。（第 1 款）申请人在第一款规定的期间内未起诉的，被申请人可向作出禁令的法院或执行法院申请撤销禁令。（第 2 款）

第 n+1 条 人格权禁令适用诉讼保全规则，法律另有规定的，参照其规定。

六、结 语

从学者和立法者对独立化禁令的需求分析和制度设计来看，人格权禁令的独立性并非指存在既判力的终局性速审裁判，而是申请人无须依职权负担起诉义务的临时救济。参照海事请求设计的诉前保全制度错误地固化了起诉期间制度，未考虑到保全民事权利的性质差异而直接确定了一律有利于被申请人的安排。从比较法经验来看，诉前临时救济的起诉期间规定可以有职权主义和当事人主义两种模式，我国法亦可在人格权禁令等特殊权利上设定特别规则，^{〔83〕}将对保全的异议机会和促使开启诉讼程序的权利交由当事人（主要是被申请人）行使，此时保全的时限长度自然可以放宽，进而发挥非终局性裁判“终局性”解决纠纷的作用。^{〔84〕}这并不违背保全制度的制度目的和性质定位，在减轻新设禁令制度负担的同时，也可以在当前实定法既有的保全制度的基础上完善临时救济制度。

• 590 •

Abstract: The main obstacle to the application of personality rights injunction through the preservation procedure is the conflict between the independence of the injunction and the subsidiarity of the preservation, and the duration to claim of the pre-litigation preservation procedure is the prominence of the problem. However, the analysis on the differences between the personality rights injunction and the preservation procedure has its drawbacks, which is the independence of the injunction does not only refer to a final decision, but also to reduction of the applicants' obligation to initiate the proceedings later. According to the legislative system history of China's pre-litigation behavior preservation and related comparative law, there is more party-oriented design for the rules of duration to claim, so the personality rights injunction is not necessarily applied through a newly established injunction procedure.

Key Words: personality rights injunction, pre-litigation preservation procedure, duration to claim, maritime preservation procedure, partyism

（责任编辑：曹建军 赵建蕊）

〔83〕 参见戴书成：《〈民法典〉第 997 条（人格权侵害禁令）诉讼评注》，载《云南社会科学》2023 年第 1 期。

〔84〕 例如，由于没有对起诉期间的强制性规定，法国法上的紧急审理程序虽然也仅仅是临时救济措施，但作出后当事人可能就不会提起后续诉讼，进而具有强化纠纷解决的效果。参见张卫平、陈刚编著：《法国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 275 - 276 页。

未成年人个人信息同意能力的理论证成及判定

张素华 尹晓坤*

内容提要：基于未成年人独立发展以及未成年人个人信息自决权行使之需要，未成年人在个人信息处理活动中应具备独立的同意能力。同意能力具有不同于行为能力的独立价值，其仅涉及对信息主体自身权益的防御性处分与让渡，不涉及交易安全价值的维护，对意思能力的要求更低。同意的性质并不影响同意能力的独立价值。实践中同意能力与行为能力的混同源于对个人信息处理行为与基础的服务合同关系的混淆。在同意能力的判定上，应突破年龄标准的局限性，结合个人信息类型、处理目的及处理方式等因素综合判定。8周岁至14周岁之间的未成年人接受符合其认知的在线学习、网络社交、在线影音等基本功能服务，个人信息处理者以非共享方式处理满足最小化原则的非敏感个人信息时，不满14周岁的未成年人可独立同意；在个性化服务场景以及未成年人敏感个人信息处理场景下，即使已满14周岁的未成年人仍不具备相应的同意能力。

关键词：个人信息处理 未成年人个人信息 同意能力 行为能力

• 591 •

一、问题的提出

《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）第31条针对不满14周岁的未成年人^{〔1〕}确立了监护人同意规则。依反对解释，该条文为已满14周岁的未成年人对其个人信息处理进行独立同意提供了法律依据。但14周岁的年龄标准在实践中的适用却颇为困惑，实践中绝大部分互联网平台在处理未成年人个人信息前，均要求要在监护人的指导下阅读隐私政策并征得监护人同意，并未区分未成年人是否已满14周岁。^{〔2〕}上述情形意味着，实践中未成年人事实上

* 张素华，武汉大学法学院教授；尹晓坤，武汉大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金项目“《民法典》的溯及力研究”（21BFX016）的阶段性成果。

〔1〕 本文所指“未成年人”与“儿童”同义，均指18岁以下的自然人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于18岁。

〔2〕 比如《抖音隐私政策》在“6.1 未成年人通用条款”章节中表明：“若你是未成年人，在使用抖音及相关服务前，应在你的父母或其他监护人监护、指导下共同阅读并同意本隐私政策。”参见《抖音隐私政策（2023年10月5日生效版）》，载 https://www.douyin.com/draft/douyin_agreement/douyin_agreement_privacy.html?id=6773901168964798477，最后访问时间：2023年10月18日。

难以独立对其个人信息作出同意,《个保法》中14周岁的年龄标准处于难以适用之窘境。

究其根本,立法与实践的脱节源于个人信息处理活动中未成年人个人信息“同意能力”这一概念的模糊。下列事项仍有待理论的澄清与检讨。其一,现有对个人信息同意理论的研究多是将同意主体假定为具有完全辨识能力的理性人,鲜有从未成年人这一特殊主体的角度出发对其独立同意能力加以阐释,使得同意能力的概念及内容在个人信息同意理论的研究中并未形成共识。其二,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)将8周岁与18周岁作为民事行为能力区分的年龄标准,与《个保法》中的14周岁年龄标准形成立法缝隙,那么,在民事行为能力体系下,此种立法缝隙是否意味着同意能力有脱离行为能力制度而独立存在之空间?其与行为能力是否又存在某种体系上的关联?同意能力与行为能力及意思能力三者之关系在理论上应如何界定?其三,即使将同意能力作为未成年人个人信息同意的有效要件,那么未成年人是否具备同意能力应如何判定?在14周岁年龄标准之外是否存在其他考量因素?因此,本文将从《个保法》第31条第1款出发,对未成年人同意能力在理论层面予以证成,着重阐释在行为能力体系下同意能力独立存在的必要性,进而提出同意能力的判定标准及方法,并结合未成年人个人信息处理实践,探讨其同意能力的合理边界。

二、未成年人个人信息同意能力之理论证成

大数据时代,未成年人个人信息保护面临着“赋权”与“保护”的平衡,^{〔3〕}这一平衡在以“监护人同意”规则为核心的未成年人个人信息同意制度中体现得尤为明显。而未成年人个人信息同意能力作为“赋权”与“保护”之桥梁,对于矫正未成年人个人信息保护的立法理念、强化未成年人个人信息赋权具有不可替代之作用。

(一) 未成年人独立发展之需要

作为一类特殊群体,未成年人往往被贴上认知肤浅、经验匮乏、辨别能力薄弱等标签。而这种“理性瑕疵”使得未成年人在相当一段时间内无法真正作为权利的享有者,其独立发展的权利一度受到法律及社会观念的制约。追溯至罗马法时期,罗马法将父权视为一种支配权,家子处于家父几乎不受限制的支配之下。^{〔4〕}受制于此种支配权的存在,在19世纪以前,未成年人被更多地作为一种纯粹的私人财产看待;随着欧洲儿童自由运动的不断兴起,儿童才开始从成年人的权利中解放出来。^{〔5〕}直到19世纪,法律才最终确认儿童达到法定成年年龄得以自动脱离父权的掌控。^{〔6〕}1924年国际联盟《儿童权利宣言》(Declaration of the Rights of the Child)首次在国际法律文件中提出“儿童权利”的概念,在儿童的物质、精神及社会福利层面提出一系列倡议。此后,联合国以此为蓝本在1959年通过更新版的《儿童权利宣言》。但在此期间,该宣言之核心仍

〔3〕 参见付新华:《大数据时代儿童数据法律保护的困境及其应对——兼评欧盟〈一般数据保护条例〉的相关规定》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2018年第12期。

〔4〕 参见〔德〕马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第639页。

〔5〕 See Clark Butler, *Children's Rights: An Historical and Conceptual Analysis*, in Clark Butler ed., *Child Rights: the Movement, International Law, and Opposition*, Purdue University Press, 2012, p. 14.

〔6〕 参见朱广新:《未成年人保护的民法问题研究》,中国人民大学出版社2021年版,第5页。

是强调儿童福利以及对儿童施加保护，儿童独立发展及自治的需要并未在宣言中予以认可。1989年，《联合国儿童权利公约》（以下简称《公约》）确立了儿童“不断发展的能力”的概念，即承认未成年人属于具有“渐进自治性”（progressive autonomy）的权利享有者，其独立行使权利需要经历监护人合理控制、引导的阶段，但在此过程中，监护人的介入与未成年人独立发展存在一种此消彼长的关系，其介入之范围伴随着未成年人理解力和成熟度的提升而不断限缩；《公约》第12条又原则性地规定了儿童的参与权，强调有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见，儿童的意见应当根据其年龄以及成熟程度被给予充分的尊重和保护。^{〔7〕}《公约》的批准使得儿童独立发展的权利开始得到承认及普遍遵循。随着《公约》在我国批准生效，国内相关立法也将儿童的参与权纳入立法原则中加以规定。如《未成年人保护法》第3条规定：“国家保障未成年人的生存权、发展权、受保护权、参与权等权利。”

由此观之，未成年人独立发展之权利经历了从无到有的历史演变，逐步成为世界各国的理论共识，而这种演变历程实质上实现了未成年人从消极被动的受保护者地位向积极主动的权利享有者地位的转变，这其中以参与权的确立最为典型。但我国未成年人个人信息保护领域之立法理念却与尊重未成年人独立发展这一理论共识背道而驰。在纷繁复杂的网络空间中，未成年人由于心智尚未成熟，对于部分复杂的个人信息处理行为缺乏足够的理解与辨识能力。因此，立法者在未成年人个人信息的监护人同意立法中往往预设了未成年人难以理性且成熟地作出处理自己个人信息的决定这一前提。^{〔8〕}而我国又长期处于父权家长制下儿童观的影响之下，这使得我国儿童个人信息保护之立法表现出重“保护”轻“赋权”的价值取向。其中，就有学者指出《个保法》第31条第1款是“建立在对未成年人保护而非赋权的理念基础上的”^{〔9〕}，即该条款所确立的监护人同意规则更加强调限制未成年人自主同意、保护其不受损害的消极功能，而忽略了具备一定成熟度的未成年人可独立进行个人信息处理的同意这一积极效能。^{〔10〕}此种立法理念不仅会使儿童作为权利主体之地位受到抑制，也不利于儿童健全人格的发展。

同意能力的确立，顺应了儿童独立发展的理论趋势，使得适用范围遍及“所有影响儿童的事项”的参与权得以延伸至儿童个人信息处理活动中，肯定了儿童在其个人信息处理活动中的主体资格与地位。儿童不再仅仅只是“崇高的目的”（noble causes），而且是“有价值的公民”（worthy citizens）。^{〔11〕}同意能力的确立也有助于未成年人在网络活动的决策参与中不断发展，在发展中不断健全其认知能力，进而形成良性循环。第十一次中国未成年人互联网运用状况调查结果显示，参与调查的未成年人互联网普及率达到99.9%，未成年人网络普及度基本趋于饱和。^{〔12〕}而

〔7〕 参见前引〔6〕，朱广新书，第11-14页；刘雄：《儿童参与权研究》，光明日报出版社2020年版，第80-81页。

〔8〕 参见王苑：《中国未成年人网络个人信息保护的立法进路——对“监护人或家长同意”机制的反思》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2019年第6期。

〔9〕 江必新、郭锋：《〈中华人民共和国个人信息保护法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第294页。

〔10〕 参见李永军、张兰兰：《未成年人信息同意能力的双重功能及其法律实现》，载《南京社会科学》2022年第4期。

〔11〕 See Katherine Covell, *The Case for the Convention on the Rights of the Child from the Perspective of Child Psychology*, in Clark Butler ed., *Child Rights: the Movement, International Law, and Opposition*, Purdue University Press, 2012, p. 38.

〔12〕 参见方勇、季为民、沈杰、杨斌艳、季琳、叶俊主编：《中国未成年人互联网运用报告（2022）》，社会科学文献出版社2022年版，第3-4页。

在线学习、休闲娱乐等互联网服务的兴起也使得互联网线上活动在儿童成长的道路上不可或缺。随着互联网服务与个人信息处理深度绑定,儿童在使用互联网服务的过程中也必然伴随着个人信息的处理活动,儿童对互联网个人信息处理活动独立同意,也将成为儿童自我决策、自我发展的驱动力。儿童通过不断参与网络及信息处理活动,积极决策,增进对其自身有影响事项的认知,进而在发展中不断成长为能够独立思考的成年人。

(二) 未成年人个人信息自决权之行使

同意能力在广泛意义上对未成年人主体地位的承认与尊重起到不可替代之作用,而聚焦至个人信息保护领域,确立未成年人信息同意能力,也是个人信息自决权行使之必然。首先,从儿童参与权的权利内容来看,“能够形成自己的看法”“能够自由表达这些看法”等表述表明,参与权实质上具有一种自我决定的属性,^[13]这与个人信息领域的个人信息自决权理论不谋而合,是儿童参与权在个人信息保护领域的延伸。“个人信息自决权”的概念被德国学者施泰姆勒(Steinmüller)率先提出,并在1984年德国联邦法院著名的“人口普查案”判决后逐渐被学界所熟知和推崇。^[14]个人信息自决权强调个人对其信息的自我控制,其核心要义在于信息主体得以独立决定是否向他人披露以及是否允许他人使用自己的个人信息。^[15]而这种自我决定权并不限定享有该权利的主体类型,即使信息主体为未成年人,仍应有其自决之空间。其次,从个人信息自决权的内容来看,尽管个人信息主体在信息处理活动中的各种权利,如查阅复制权、删除权以及信息可携权等,均属广义上信息自决权之范畴,但知情同意规则仍是个人信息自决权的核心。“知情”是个人信息控制权的基础,而“同意”则是信息主体在判断信息处理活动中各种可能性的基础上做出对应选择的自由意志表达,对应了“决定权”的根本属性。^[16]知情同意规则设置之目的在于从程序上保证个人信息处理活动的透明度,进而确保个人信息自决权的实现,顺应人的主体地位及人格自由发展之需要。由此,同意能力之于个人信息自决权,相当于行为能力之于权利能力,即对于未成年人这一法律主体而言,个人信息自决权何时能够行使、如何得以行使,有赖于同意能力之确立。当然,由于个人信息处理活动的复杂性,未成年人参与个人信息处理活动的认识、辨别能力存在一定的“理性瑕疵”。但这些“理性瑕疵”仅仅关涉在法秩序层面立法者应当在保护性规范中确立未成年人可独立自决的范围,而不是“一刀切”式否定未成年人独立有效之同意。而这也恰恰是同意能力理论提出之动因——确立未成年人可独立做出有效同意之临界节点,并结合未成年人个人信息保护实践明确其独立同意之边界。

此外,个人信息自决权的行使强调对个人信息的有效控制。未成年人的个人信息不同于一般主体的个人信息:一方面,未成年人的生活环境相较于成年人而言更为单一,这使得未成年人个人信息碎片化程度更低,更易进行身份识别,从而增加信息泄露的风险;另一方面,未成年人数据具有更高的成长性。未成年人触网低龄化使得个人信息处理者不仅会获取未成年人的实时网络

[13] 参见前引[6],朱广新书,第14页。

[14] 参见杨芳:《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》,载《比较法研究》2015年第6期。

[15] Vgl. BVerfG NJW 1984, 419 (422).

[16] 参见高志宏:《大数据时代“知情——同意”机制的实践困境与制度优化》,载《法学评论》2023年第2期。

数据，也包括其成长历程数据。^{〔17〕}在数字技术的辅助下，将会形成对未成年人的行为偏好、性格特质等的精准分析和预测，从而完成对未成年人数字人格的深度塑造。根据角色理论，数字人格极有可能反哺儿童自我人格之成长与实现。^{〔18〕}基于此，这种有效控制不仅强调具备一定成熟度的未成年人可自主控制其信息，也强调对不具备辨识能力的未成年人，通过监护人的介入辅助其有效控制，进而达到真正的符合其利益取向的“信息自决”。而这正是引入同意能力理论所意欲实现的双重功能——除了划定未成年人自我控制的边界外，基于儿童主体的特殊性，对需要监护人介入以达到信息的有效控制这一命题提供“解题思路”。

（三）同意能力、行为能力与意思能力之区分

综合现有研究及合规实践来看，同意作为民事行为的一种，在其能力判定上仍受到行为能力理论的影响。^{〔19〕}我国民法学界在阐述行为能力时也往往诉诸意思能力，并将其作为行为能力之基础。^{〔20〕}因而，即使同意能力在未成年人个人信息处理中有存在之必要，但其能否脱离现有行为能力理论而独立存在，仍有赖于辨明同意能力、意思能力以及行为能力概念之关系。

意思能力一词在日本民法学界和司法实务中被长期使用。《日本民法典》于2017年修订时增加了关于意思能力的规定。^{〔21〕}意思能力是一种一般人所具备的意思决定能力，指向将自身的意思对外传达给他人以形成一定的法律关系这一场景。^{〔22〕}从构成要素上来看，意思能力首先需具备理解能力，即正确认识自己的行为，同时需能够按照该认识控制自己的行为，即自主决定能力。^{〔23〕}由于意思能力往往取决于人的心智、经验等因素，多强调人的主观意思，在实务中需要就个案情况予以考察。这种个案审查的方法，一方面使当事人的举证极为困难，甚至需要花费大量的成本（如司法鉴定）才得以判定主体之意思能力；另一方面，意思能力的个案判断依赖法院裁判，这种后置的判定方式使当事人双方在前置的交易过程中均处于一种法律不确定性之中，难以兼顾交易安全。^{〔24〕}因此，行为能力制度实际上是意思能力外在表现的特定化与类型化，通过采用标准的行为能力概括具体的意思能力判定，进而达到稳定交易者预期、降低交易成本之目的。^{〔25〕}这一观点也被其他国家民法学说或判例采纳。如德国学者认为，行为能力本质上是一种“理智地形成意思的能力”^{〔26〕}，即行为能力的判定有赖于具体个案中意思形成能力的判定，但法律交往会因此面临不确定性的困扰，这不符合交易便捷性和安全性的考虑，因而德国民法的地位

• 595 •

〔17〕 参见前引〔3〕，付新华文。

〔18〕 角色理论主张人格的塑造与个人的自我行动以及社会对此的反应有关，每个人都会根据角色的不同需要采取不同的行为方式。

〔19〕 实践中大部分APP均提示不满十八周岁的未成年人仍需就隐私政策获取监护人同意。参见《作业帮用户隐私政策》（2023年3月7日生效版）、《王者荣耀隐私保护指引》（2023年1月3日生效版）等。理论层面的探讨参见冯恺：《个人信息处理中“儿童同意”的年龄标准》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2021年第8期。

〔20〕 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第190页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2021年版，第56页。

〔21〕 参见《日本民法典2017年大修改》，刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译，中国法制出版社2018年版，第3页。

〔22〕 参见〔日〕池田真朗：《民法的精义》，朱大明、陈宇、金安妮、王梓译，清华大学出版社2020年版，第12-13页。

〔23〕 新井誠「権力能力、意思能力、行為能力、不法行為能力」法学教室144号（1999年）16頁参照。

〔24〕 参见前引〔6〕，朱广新书，第31页。

〔25〕 参见常鹏翱：《意思能力、行为能力与意思自治》，载《法学》2019年第3期。

〔26〕 〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第409页。

原则 (Statusprinzip) 得到普遍贯彻, 通过无行为能力和限制行为能力的规定使行为能力有了类型化、标准化的法律判定依据。^[27]《瑞士民法典》则在第 13 条及以下规定: “成年且有判断能力者有行为能力。”这里的“判断能力”的概念意涵与意思能力别无二致, 均以智力因素与意志因素为构成要素。^[28]而我国《民法典》也将“辨认能力”作为除年龄以外判定行为能力的基准, 实质上也肯定了“行为人的意思能力决定其行为能力, 以固化的行为能力标准覆盖大概率具备意思能力的场景, 进而减少交易成本”这一观点。^[29]

综上, 行为能力实质上是意思能力的类型化表达, 其目的在于通过年龄等客观标准实现法律之安定性, 维护交易安全。但行为能力的核心仍是判断行为人的理解能力及自主决定能力, 而形式标准往往存在“一刀切”、忽略个体或情景差异的问题。^[30]因而, 当僵化的行为能力制度在个案中无法确保当事人实现意思自治时 (如心理发育障碍者的意思能力评价), “年龄主义+有条件的个案审查”成为一种较为理想的模式。^[31]

同意能力系指根据法律制度的评价, 自然人可独立且有效同意某种对其自身干预的能力。^[32]这种同意能力既要求信息主体能够意识到自己所同意的范围、自身的行为性质及后果, 也要求信息主体能够具备支配上述认识意思的能力,^[33]这与意思能力所要求的理解能力和自主决定能力相契合。因而, 无论是行为能力或是同意能力, 均以主观上具备一定的意思能力为前提, 这种意思能力包括基于理解行为性质、内容及目的的智力因素以及基于控制自我行为的意志因素, 这也是部分观点将同意能力与行为能力混同的原因之一。但同意能力对意思能力的要求往往比行为能力更低。首先, 行为能力制度的设立更多是基于交易成本和交易安全的考虑。而在交易行为中, 当事人除了需要对交易双方的行为和后果有相应的认知外, 还需要有交往关系中平衡和合理计算利益的智慧, 因而交易活动以更高的效果意思为要素, 此时主体需具备更高的意思能力才能取得其意欲发生的法律效果。^[34]而在个人信息处理场景中, 根据《民法典》及《个保法》之规定, 个人信息处理活动包括收集、存储、加工、使用、提供等事实行为, 对该些行为的同意仅意味着同意他人在授予的权限内从事某项事实行为, 仅涉及个人信息主体对其自身权益的防御性让渡, 并不涉及双方交易中的取舍与权衡; 且该同意行为的法律效果也并非完全是信息主体“意欲”发生, 因为其在实现对应的服务场景外一般并不具备更多对信息主体来说可真实获益的处理目的。^[35]因而, 即使是未成年人作为信息主体, 也仅需要具备认知到这一单方处分行为的性质和后果, 并能够根据自己的经验及利益作出是否接受的同意表示的意思能力即可。可以说, 信息同意能力对意思能力的要求仅及于建立在认知基础之上的判断能力层次; 而民事行为能力则将意思

[27] 参见〔德〕维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》, 迟颖译, 法律出版社 2013 年版, 第 214-215 页。

[28] 参见前引〔10〕, 李永军、张兰文。

[29] 参见前引〔25〕, 常鹏翱文。

[30] 参见朱庆育:《民法总论》, 北京大学出版社 2016 年版, 第 242-243 页。

[31] 参见张俊浩主编:《民法学原理》(上册), 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 109 页;

[32] Vgl. Ansgar Ohly, Volenti non fit iniuria-Die Einwilligung im Privatrecht, 1. Aufl., 2002, S. 293-295.

[33] 参见黄芬:《侵权责任法中的受害人同意能力》, 载《暨南学报(哲学社会科学版)》2010 年第 2 期。

[34] 参见龙卫球:《民法总论》, 中国法制出版社 2002 年版, 第 218-219 页。

[35] 参见万芳:《个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”》, 载《中国法学》2021 年第 1 期。

能力推及更高的在运用认知判断的基础上形成的推理能力层次。^[36]其次,《中国未成年人互联网运用状况报告(2022)》调查结果显示,参与调查的未成年人中,10岁前首次接触互联网的比例高达44.6%。^[37]首次触网的低龄化意味着未成年人在网络个人信息处理环境中的意思能力显然与限制行为能力制度所划定的年龄界限(8~18周岁)存在较大的出入,过高的行为能力要求反而会阻碍未成年人除个人信息保护外其他利益的实现(如社交利益、社会参与权等),不符合有利于未成年人利益推定的基本原则。从比较法视角观之,同意能力与行为能力的区分论也逐渐成为主流观点。比如德国联邦最高法院的判例认为,如果考察一名未成年人内在的成熟程度,发现其能够对侵害行为以及同意该种侵害的后果进行理解并衡量,那么该未成年人可独立进行同意。^[38]美国判例中亦承认未成年人在其发展的不同阶段获得了同意不同种类的入侵和行为的能力,如果一个未成年人能够理解同意的事项、程度及可能的后果,则其就可以作出有效同意。^[39]这也能够说明《个保法》第31条所规定的14周岁标准,与民事行为能力制度所规定的18周岁产生一定程度背离之原因。

再者,同意能力具备与否决定了未成年人是否能够独立进行同意,行为能力具备与否则决定了行为主体能否独立实施法律行为。因而,有学者试图由上述关系推论出,同意行为的性质认定决定了同意能力与行为能力之间的关系。^[40]如果同意是一种意思表示,则同意能力当然为行为能力所涵括,反之则存在一定的独立价值。但本文认为,同意行为的法律定性并不能成为同意能力独立性论证的决定性因素,此种论证陷入了一种“非黑即白”的逻辑误区。个人信息同意的性质认定在学理上存在争议,大体上分为意思表示肯定说与否定说两类。^[41]支持“意思表示否定说”的学者认为,同意行为的法律效果在于阻却个人信息处理活动的违法性,这种法律效果经由《个保法》第13条所确立,而非依据信息主体的意愿所确立,其是一种准法律行为。^[42]但从学理角度而言,准法律行为在实定法中甚少着墨,在法律适用时原则上需类推适用法律行为相关规定,而法效意思的缺失势必会使得同意所需之意思能力显著降低,径行适用行为能力相关规定极有可能导致具备意思能力的未成年人的发展权及自决权受损。而在“意思表示肯定说”的阵营之中,多数学者也难以解释意思表示相关规则(如意思表示撤销与撤回)在个人信息同意中的适用困境,认为同意即使是一种意思表示,也属于一种“非典型意思表示”,与传统的表示并不完全契合,只有在《个保法》无特殊规定之情形下,才适用意思表示相关法律规则。^[43]此时,

[36] 参见李庆海:《论民事行为能力与民事责任能力》,载《法商研究》1999年第1期。

[37] 参见前引[12],方勇、季为民、沈杰、杨斌艳、季琳、叶俊主编书,第4页。

[38] 参见前引[26],迪特尔·梅迪库斯书,第162页。

[39] See Cardwell v. Bechtol 724 S. W. 2d 739.

[40] 参见前引[19],冯恺文。

[41] 支持“意思表示肯定说”的观点参见前引[10],李永军、张兰兰文;陆青:《个人信息保护中同意规则的规范构造》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期;郑佳宁:《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》,载《东方法学》2020年第2期。支持“意思表示否定说”的观点参见程啸:《论个人信息处理中的个人同意》,载《环球法律评论》2021年第6期;王琳琳:《个人信息处理“同意”行为解析及规则完善》,载《南京社会科学》2022年第2期;张新宝:《个人信息保护法的基础理论与制度安排》,载<https://www.civillaw.com.cn/gg/t/?id=38270#>,最后访问时间:2023年7月9日。

[42] 参见前引[41],程啸文。

[43] 参见于海防:《个人信息处理同意的性质与有效条件》,载《法学》2022年第8期。

即使同意属于意思表示的一种,但同意能力仍具备独立价值。由此来看,无论如何定性同意行为,实际上均不影响同意能力区别于行为能力而独立存在。况且,基于个人信息所具备的人格权益属性,同意确有阻却不法之功能,但同意作为意思自决的一种外化表达,也难以脱离作为私法自治工具的法律行为之束缚,同意之效果完全法定的结论亦与常识相悖。而此种非典型性的同意行为亦需通过同意能力体系之建构,跳脱法教义学视角之桎梏,为未成年人参与个人信息处理活动决策提供最佳保护。

实践中之所以出现以行为能力的年龄标准判定未成年人是否可独立同意的情形,是因为混淆了个人信息处理行为与基础的服务合同关系,进而将民事行为能力下的效力判定规则错误地适用于个人信息处理活动中。尽管实践中的个人信息处理活动通常会基于一定的服务场景,但这并不意味着基础的服务合同与个人信息处理行为为同一法律关系。首先,我国《个保法》第16条规定个人不同意处理信息或撤回同意,个人信息处理者不应拒绝提供服务,这表明个人信息的提供与否并不必然影响基础服务的合同成立。^[44] 个人信息处理中的同意仅能作为对外提供个人信息的合法性依据,其因缺乏主给付义务而难以上升至债务合同意义上的合同同意。^[45] 欧洲数据保护监督员(European Data Protection Supervisor)在2017年3月发布的《关于数字内容供应合同某些方面的指令提案的第4/2017号意见》中,亦否定个人信息可被作为对价换取数字内容服务这一观点,认为其不符合《欧盟基本权利宪章》第8条将个人数据保护作为一项涉及人格利益的基本权利的规范目的。^[46] 其次,尽管《个保法》第13条将履行合同所必需作为个人信息处理活动的合法性基础之一,但这并不意味着立法者将个人信息处理活动本身作为合同之标的。欧洲数据保护委员会(European Data Protection Board)曾在其2019年发布的指南中明确指出,在线服务合同的签署并不等同于个人信息的同意,这是两种不同的合法性基础,而“履行合同所必需”这一合法性基础仅指向个人信息处理活动构成服务重要组成部分的情形,比如线上购买合同中获取信用卡支付信息及收货地址信息。^[47] 在此情境下,提供个人信息的行为仅仅是作为一种辅助履行合同的情形,而非直接构成合同之标的。

三、未成年人个人信息同意能力之判定

前文在应然层面论证了未成年人在个人信息处理中同意能力的独立价值,在实然层面则需关注如何为同意能力的判定提供细化之依据。尽管《个保法》第31条似乎是将14周岁作为确定未成年人同意能力的唯一标准,但就同意能力的内涵而言,同意能力以具备一定的意思能力为前提,本应进行个案实质判断。考虑到个案判断势必会影响法律安定性,立法者采取固化年龄标准这一立法技

[44] 参见林涇民:《个人数据交易的双重法律构造》,载《法学研究》2022年第5期。

[45] Vgl. Patricia Maria Rogosch, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2013, S. 45f.

[46] See European Data Protection Supervisor, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on Certain Aspects concerning Contracts for the Supply of Digital Content*, 14 March 2017.

[47] See European Data Protection Board, *Guidelines 2/2019 on the Processing of Personal Data under Article 6 (1) (b) GDPR in the Context of the Provision of Online Services to Data Subjects*, Version 2.0, 8 October 2019.

术，强制将符合同一年龄条件的自然人同等对待，降低法律运行的不确定性。^{〔48〕}由此，固化的年龄标准虽可以节约判断成本，但仍难以涵括同一年龄的儿童在其行为和思想层面的现实差异。^{〔49〕}随着未成年人不断成长发育，其易变性也将随着年龄增长而不断增大，尤其是进入义务教育阶段之时，儿童开始深度参与社会生活，其意思能力也会发生跃进式突变。^{〔50〕}此时，儿童意思能力与年龄标准之间的鸿沟将愈加明显。因此，为最大限度地平衡法律稳定性与个案的实质公平，同意能力之判定在以14周岁为原则的基础上，仍需适度扩张其裁量因素，以弥补年龄标准的局限性。

（一）未成年人个人信息同意能力判定的裁量因素

本文认为，应将个人信息类型、个人信息处理目的及个人信息处理方式纳入未成年人同意能力判定的考量范围。首先，同意能力是主体对其所作决定的性质、程度以及后果的理解能力，^{〔51〕}这种理解能力关涉未成年人主观上对事物认知的成熟程度。当然，因主观心理内在的不易显现，法律主体主观意思能力的判定在实务中面临一定的困难。同为主观状态之判定，侵权法领域的过错认定也一度面临此种难题。在侵权法领域的过错理论中，主观过失理论曾一度占据主导地位，该理论认为对于行为人过错的判断应采取主观标准，即考察行为人的心理状态。但心理状态难以证明，且在新型危险事故中难以有效保护受害人之利益，为矫此弊，现代侵权法开始转向过错客观化的认定方式，根据社会生活共同需要，提出以客观标准来判断行为人之过错，并在此基础上形成“善良管理人”等客观化的判定标准。^{〔52〕}这种客观化的判定路径可为同样以未成年人主观意思能力为基准的同意能力的判定所借鉴。未成年人的同意能力本质上是考察未成年人对个人信息处理行为的性质、内容及后果等事项同意之能力，因此，当此种主观意思转化为客观化认定时，必然需要将同意在客观上所指向的对象，即其所同意事项的客观标准纳入同意能力之考量范围。这在比较法上同样有迹可循，比如日本《个人信息保护指南》将需法定代理人代为同意的未成年人年龄限定在12周岁至15周岁的弹性区间内，并通过处理个人信息所涉事项的性质单独确定个案中未成年人可独立同意的具体年龄。^{〔53〕}

而个人信息处理行为的性质、内容及后果这一同意事项在客观上可拆解为个人信息类型、处理目的及处理方式这三大核心要素。其一，个人信息处理活动均可以简化为“个人信息处理者因何种目的而处理信息主体（未成年人）的何种个人信息，该主体会获取何种服务之便利”这一基本构成。比如，工业和信息化部曾在2021年开启“信息通信服务感知提升行动”的监管活动，要求互联网平台企业建立个人信息保护“双清单”，即已收集个人信息清单和与第三方共享个人信息清单，“双清单”简明扼要地将信息主体最为关注的信息处理规则内容予以展示，但“双清单”的告知内容仍未脱离信息种类、使用目的、使用场景及共享方式等核心要素。^{〔54〕}实践中绝大部分互联网服务的隐私政策中最核心的个人信息处理规则，也均表现为上述三大要素，比如《微博隐私政策》（2022年3月3日生效版）在“我们如何收集和使用您的个人信息”一章中，对

〔48〕 参见戴津伟：《年龄立法的原理与技术研究》，载《学术交流》2016年第12期。

〔49〕 参见前引〔19〕，冯恺文。

〔50〕 参见朱广新：《民事行为能力制度的体系性解读》，载《中外法学》2017年第3期。

〔51〕 参见前引〔41〕，程啸文。

〔52〕 参见程啸、张发靖：《现代侵权行为法中过错责任原则的发展》，载《当代法学》2006年第1期。

〔53〕 個人情報保護委員会「『個人情報の保護に関する法律』についてのガイドライン」に関するQ&A，平成29年2月16日（令和5年5月25日更新），Q1—62，16頁参照。

〔54〕 参见工业和信息化部《关于开展信息通信服务感知提升行动的通知》（工信部信管函〔2021〕292号）。

注册和登录账号这一功能所涉及的个人信息处理活动表述为“在您注册微博账号或使用账号管理功能添加其他账号时,我们会通过注册和登录流程收集您的账户昵称、密码、密码保护选项、电子邮箱、手机号码”。其二,《个保法》第14条第2款规定,在个人信息种类、处理目的及处理方式发生变更时应重新获取信息主体的同意。该条款表明,立法者将个人信息种类、处理目的及处理方式作为对个人信息权益影响最大的三个要素。^[55]《个保法》第6条要求针对个人信息的处理应与处理目的直接相关,这使处理目的成为个人信息处理活动中最基础之要素,即处理目的决定了个人信息的类型以及以何种方式来处理。当处理目的变更时,个人信息处理的范围也会随之变化。而处理方式的变更,也会对信息主体产生重大影响。在此基础上,未成年人个人信息的身份易识别性使得个人信息种类、处理目的及处理方式对未成年人个人权益的影响愈加突出。因此,个人信息类型、处理目的及处理方式应纳入同意能力判定的裁量范围。

其次,如文义解释无法揭示条文的真实含义,则应考虑以法律条文在体系上的关联性来探求其含义。^[56]“不满14周岁未成年人个人信息”的表述使《个保法》第31条与第28条建立起体系上的关联。《个保法》第28条将不满14周岁的未成年人个人信息纳入敏感个人信息予以保护,这是因为未成年人对其个人信息的控制力较弱,极易在难以辨认个人信息处理活动风险的基础上随意授权,且又深度参与网络活动,信息暴露程度高,更易面临信息泄露所带来的权益侵害风险。^[57]上述未成年人的特质也是监护人同意规则设立的根本原因。从敏感个人信息的界定来看,尽管《个保法》第28条通过列举的方式将部分个人信息类型纳入敏感个人信息予以规定,但已被列举的信息类型的敏感度并非一成不变。通说认为,个人信息敏感性应结合“场景要素”进行综合判定。^[58]如若个人信息的敏感度不足以达到“一旦泄露或者非法使用,容易导致自然人的的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害”的程度,已被明确列举的敏感个人信息类型也可在满足一定场景要素的前提下被择出。由此推论,不满14周岁未成年人的个人信息这一“敏感个人信息”也可因场景因素之影响而脱离权益侵害高风险的敏感度要求,从而不具备适用监护人同意规则之前提(随意授权带来的权益侵害高风险),进而具备同意能力。而对于场景要素的提取,尼森鲍姆教授将影响信息敏感度的场景变量归结为信息主体、信息性质、信息传输原则、信息发送者以及信息接收者五项。^[59]有学者考虑将处理目的、处理条件、信息控制者和潜在的信息接收者之利益、处理后果等作为场景因素。^[60]有国内学者进一步结合学说及立法,将场景要素区分为信息主体、信息处理者、第三方主体、信息性质及处理目的的五类。^[61]但无论采取何

[55] 参见周汉华:《个人信息保护法条文精解与适用指引》,法律出版社2022年版,第120页。

[56] 参见王利明:《法律解释学导论:以民法为视角》(第3版),法律出版社2021年版,第287页。

[57] 参见宁园:《敏感个人信息的法律基准与范畴界定——以〈个人信息保护法〉第28条第1款为中心》,载《比较法研究》2021年第5期。

[58] 参见王利明:《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》,载《当代法学》2022年第1期;张勇:《敏感个人信息的公私法一体化保护》,载《东方法学》2022年第1期;孙清白:《敏感个人信息保护的特殊制度逻辑及其规制策略》,载《行政法学研究》2022年第1期;前引[58],宁园文。

[59] See Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010, pp. 140–147.

[60] See Spiros Simitis, *Revisiting Sensitive Data (1999)*, *Review of the Answers to the Questionnaire of the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS 108)* (Strasbourg, 24–26 November 1999), available at <http://rm.coe.int/09000016806845af>, last visited on Jul. 9, 2023.

[61] 参见王苑:《敏感个人信息的概念界定与要素判断——以〈个人信息保护法〉第28条为中心》,载《环球法律评论》2022年第2期。

种要素提取之方式，个人信息类型、处理目的及处理方式这三大要素均包含在场景要素中，对此已形成一定程度的共识。^[62]这也在我国立法上有所体现，比如《个保法》第26条从信息类型（个人图像、身份识别信息）、处理目的（维护公共安全）、处理方式（维护公共安全的组织采集或识别）等条件限定出发，排除了属于生物识别信息类别的人脸信息在上述场景中的敏感性。由此，即使依照个人信息主体之特殊性，将不满14周岁的未成年人个人信息纳入敏感个人信息之范畴，但如若信息的类型、处理目的以及涉及信息处理者和第三方共享等处理方式上并未表现出相当的敏感度，则仍可以将此场景从敏感个人信息中择出，判断其具备独立同意之能力。

（二）未成年人个人信息同意能力裁量因素之具体适用

在将个人信息类型、处理目的及处理方式纳入同意能力判定的裁量因素后，未成年人个人信息同意能力将会以14周岁为分界，形成一定的例外性规范，即不满14周岁的未成年人在一定情形下仍具备辨识自己行为及后果的能力，进而得以判定其具有同意能力；相反，即使是已满14周岁的未成年人，仍可能存在不具备同意能力之例外情形。为防止个案判断的随意性，以下将通过同意能力判定裁量因素的具体适用，结合个人信息保护实践就例外性场景予以细化。

1. 不满14周岁未成年人同意能力判定中的具体适用

尽管不满14周岁的未成年人在一定情形下仍具备同意能力，但由于在未满14周岁的成长阶段，未成年人的心智发展程度仍存在较大的“理性瑕疵”，在结合个人信息类型、处理目的及处理方式等裁量因素对未成年人同意能力进行判定时，仍应依循未成年人最大利益原则对未成年人进行充分保护，以达到“赋权”与“保护”之平衡。因此，在对不满14周岁未成年人同意能力进行判定时，个人信息类型、处理目的及处理方式应为其必要条件，在具体适用时予以严格限制，只有同时满足下列条件方可认定未成年人具备独立同意能力。

（1）信息主体年龄：8周岁至14周岁。前述已论及，同意能力与行为能力因意思能力而相互关联又相互区分。同意作为广义上民事行为的一种，在其能力判定中仍需考虑与行为能力制度衔接的问题，以防止出现新的法律适用困境。尽管在《民法典》编纂期间，是否下调限制行为能力的年龄下限以及如何下调的问题引起了广泛的争议，但最终立法者按照“积极又稳妥的要求”，将限制民事行为能力人的年龄下限修改为8周岁。^[63]8周岁作为取舍权衡后的年龄划分基准，表明8周岁以下儿童的意思能力难以支持其在个人信息处理活动中理性地形成同意。同时，《中国未成年人互联网运用状况报告（2021）》调查结果显示，未成年人首次触网年龄集中在6~10岁。^[64]因而将不满14周岁但可独立同意的儿童限制在8周岁以上，既符合互联网相关实践，又能够与行为能力制度相衔接。

（2）处理目的：与未成年人认知相匹配的学习、生活、社交、娱乐等基本功能服务。实践中，基于最小必要原则的要求，个人信息处理活动往往伴随一定的处理目的，而多种处理目的构成了某一类产品或服务下的不同功能。2022年发布的数据显示，在未成年网民中使用占比较高（占比40%以上）的互联网活动主要集中于在线学习、听音乐、玩游戏、聊天、看短视频以及搜

[62] 部分学者所提及的信息性质实质上等同于信息类型，第三方主体、信息接收方等表述实际指向信息共享等处理方式。

[63] 参见《第十二届全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉审议结果的报告》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c12435/201703/23e1fcfe184d401597d3b03a796e5705.shtml>，最后访问时间：2023年7月9日。

[64] 参见季为民、沈杰、杨斌艳、季琳主编：《中国未成年人互联网运用报告（2021）》，社会科学文献出版社2021年版，第4页。

索信息,除此之外,社交网站、看视频、看动漫及直播等活动未成年人也可能涉猎。^[65]从其他数据源来看,未成年人所集中高频使用的互联网服务类型也大致相同,在线学习、网络游戏、聊天、视频音乐等活动占比仍名列前茅。^[66]这表明,学习教育类、在线影音类、即时通信类、网络社区类等以学习、生活、社交、娱乐为目的的服务,因与未成年人成长生活息息相关,被使用的频率较高。基本服务往往限定在大众所能理解的与互联网服务品类直接相关的服务,如学习教育类的基本服务为“在线辅导、网络课堂等”,^[67]课程购买、个性化广告等场景则不在基本服务之列,未成年人对于基本服务的理解也达到了相当程度的认知水平。国家互联网信息办公室等四部门联合发布的《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》也根据实践的需要,将常见的互联网应用的基本服务与其所需的个人信息必要范围予以界定,能够为“与未成年人认知相匹配的学习、生活、社交、娱乐等基本功能服务”的处理目的认定提供实践指引。因而在此类场景下,应存在不满14周岁的未成年人独立同意之空间。

值得注意的是,尽管网络游戏也是未成年人娱乐的主要方式,但网络游戏领域是未成年人网络防沉迷监管的重点领域,存在诸多监管限制,且网络游戏往往具有一定的诱导性,未成年人会因网络游戏界面的绚丽以及玩法的多样而忽略其中的信息泄露风险。因而,未成年人网络游戏类服务不应被纳入独立同意能力判定的考量范围内。

(3) 信息类型:实现基本服务所必需的非敏感个人信息。在前述处理目的限制的前提下,对于该些处理目的所需要获取的未成年人个人信息,理应符合《个保法》所确立的信息最小化原则,包括收集的个人信息类型应与实现产品或服务的业务功能直接相关,以及在自动化采集的条件下应满足最小化频率之要求。^[68]只有与处理目的直接相关的信息,才能够为未成年人所理解。如在线学习功能下,所必要的个人信息仅为注册用户手机号码及必要的学习记录,用于在服务内展示。至于为何将信息类型限定在非敏感个人信息,将在已满14周岁未成年人同意能力判定的适用中具体阐述。

(4) 处理方式:排除信息共享等可能加剧信息泄露风险之方式。数据共享是数据从数据控制者到数据使用者之间的流动。^[69]一方面,在个人信息领域,信息共享往往意味着在个人信息处理活动中存在多个信息处理主体,尤其是信息主体为不满14周岁的未成年人时,信息处理链条越长,参与主体越多,他们往往越难以从表象判断被共享主体的数据安全保障能力及承责能力;另一方面,这种流动会进一步削弱未成年人对其个人信息的控制,进而使得个人信息泄露的风险更高。因而,出于对不满14周岁的未成年人的保护,如存在信息共享的处理方式,则难以确认其具备独立同意之能力。

2. 已满14周岁未成年人同意能力判定中的具体适用

已满14周岁的未成年人即使已具备一定的识别能力,但基于互联网服务的黑箱问题、诱导问题等现状,仍有可能被判定为不具备相应的同意能力。需注意的是,否定已满14周岁未成年

[65] 参见共青团中央维护青少年权益部、中国互联网络信息中心:《2021年全国未成年人互联网使用情况研究报告》,载 http://news.cyol.com/gb/articles/2022-11/30/content_Q4V0qztjZm.html,最后访问时间:2023年7月9日。

[66] 参见前引[12],方勇、季为民、沈杰、杨斌艳、季琳、叶俊主编书,第41页。

[67] 参见《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》中关于移动互联网应用服务基本功能的分类标准。

[68] 参见龙卫球:《〈中华人民共和国个人信息保护法〉释义》,中国法制出版社2021年版,第25页。

[69] 参见高富平:《数据流通理论——数据资源权利配置的基础》,载《中外法学》2019年第6期。

人的同意能力，是基于对未成年人实施特殊保护这一理念，将“赋权”劣后于“保护”。因此，只要某一处理场景（无论是否涉及全部的裁量因素）所带来的风险难以为已满14周岁的未成年人所识别，其风险足以危及未成年人特殊保护这一根本目标，仍可直接否定其同意能力。也即，裁量因素将会是已满14周岁未成年人同意能力判定的充分条件，只要具备下列其一即可判定其不具备相应的同意能力。

（1）处理目的：个性化推送服务

个性化推送服务的基本运行逻辑在于通过算法分析从各种渠道获取的用户个人信息，预测用户的偏好、行为习惯等特征，并进行精准信息推送或广告触达。^{〔70〕} 个性化推送服务虽在一定程度上可以助力未成年人的成长，比如部分在线学习应用会根据未成年人不同年龄推荐课程内容，但个性化推送服务的终极目标在于吸引、诱导用户进而增加其用户黏性，扩大其线上营销收入，这表现为个性化推送服务的按钮在APP内往往极为隐秘且默认开启，如抖音（软件版本号为version24.5.0）将个性化内容推送开关的管理页面置于冗长的完整版隐私政策正文的超链接中，且完整版隐私政策的查看也需要通过点击简明版隐私政策正文中的超链接实现。这对缺乏自制力的未成年人来说会加剧其沉迷网络的风险。英国信息委员会在2019年的报告中也指出，儿童会受到擅长“轻推”技术的应用程序的诱导，在网络上花费越来越多的时间。^{〔71〕}

更为关键的是，个性化推送服务所涉及的个人信息处理活动，其内容与后果均远超未成年人的理解能力范围。首先，个性化推送服务本质上是基于用户画像的服务，其运行机制的核心在于通过大量的个人信息投喂，以算法模型训练的方式达到固化用户画像标签的目的。对于未成年人而言，获取的个人信息越多，其画像标签越具体，个性化推送的机制则会越依赖于画像标签投放未成年人偏好的内容，所形成的浏览记录等信息则会重新进入画像标签训练的模型之中进一步修正其画像偏好，形成“信息—画像”的循环。一方面，这种模式会根据未成年人的偏好变化修正其画像标签的精准度，使得未成年人对平台所推送的内容难以拒绝，增加沉迷网络的风险；另一方面，个性化推送服务作为一种信息自动过滤和分发工具，依据此种画像机制所推送的内容将会越来越集中于未成年人所偏好的内容，进而带来“信息茧房”以及“过滤泡泡”（Filter Bubble）^{〔72〕} 等弊端，限缩其认识世界的视野，这对正处于成长中需要广泛接收信息以形成正确人生观的未成年人是极为不利的。其次，未成年人的个人信息相较于成年人而言具有一定的成长性，这种成长性意味着，一旦未成年人个人信息进入用户画像机制中，将难以有效删除，长此以往，这种差异化的预测分析可能会加剧未成年人的身份歧视，而这种歧视往往难以评估后果，致使事后追责也极为困难。^{〔73〕} 此外，算法的不可解释性和“算法黑箱”的问题会加剧个性化推送所涉及的信息处理活动的复杂度，当数据的输入及画像标签的输出均需要通过算法模型进行时，未成年人往往难以理解相关处理活动的运算逻辑。即使算法服务提供方对外披露其个性化推荐算法运行机制，但在对

• 603 •

〔70〕 参见林涸民：《个性化推荐算法的多维治理》，载《法制与社会发展》2022年第4期。

〔71〕 See Information Commissioner's Office, *Age Appropriate Design: A Code of Practice for Online Services*, available at <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/childrens-information/childrens-code-guidance-and-resources/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services>, last visited on Sept. 30, 2023.

〔72〕 See Eli Pariser, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*, Penguin Books, 2011, p. 5.

〔73〕 参见孟晓丽：《数字时代父母对未成年子女信息权益的法律保护研究》，载 <https://doi.org/10.13624/j.cnki.jgupss.20221209.002>，最后访问时间：2023年7月9日。

外披露的表述上,平台往往会弱化甚至忽略可能造成的后果,^[74]使得未成年人难以对个性化推送的负面影响形成有效认知。综上,在个性化推送服务场景下,因未成年人无法准确判断信息处理的内容及可能对其带来的后果,应认定其不具备同意能力。

(2) 个人信息类型:未成年人敏感个人信息处理

《个保法》第28条将信息主体客观上所面临的权益侵害风险作为敏感个人信息界定的法律基准,^[75]这意味着被界定为敏感个人信息的信息类型,无论该信息是否为未成年人的个人信息,均面临相当程度的权益侵害风险。而未成年人相较于成年信息主体信息控制能力更弱,且由于其在网络世界的活跃度较高,个人信息暴露程度更高,因此,未成年人的敏感个人信息的处理所面临的权益侵害风险实则比一般敏感个人信息要更为严峻,换言之,未成年人敏感个人信息的处理是一种“风险叠加”式的个人信息处理活动。比如就行踪轨迹而言,目前市面上的儿童电话手表为让父母实时掌握孩子的行踪,均在出厂时自带精准定位功能,部分品牌型号的电话手表甚至宣传能够精准定位孩子所在的具体楼层,^[76]但此项行踪轨迹信息如被泄露或不当使用,将会使未成年人的人身安全面临巨大的风险,未成年人本人及其家庭均难以承受此种损害后果的发生。因而,此种个人信息处理活动的风险是未成年人自身难以独立做出权益让渡的。在一般敏感个人信息的处理中,针对成年且有判断能力的信息主体,《个保法》仍在知情同意环节设置了“单独同意”的要求,以补强信息主体对敏感个人信息权益侵害风险的认知及判断,举轻以明重,当面对未成年人敏感个人信息的处理活动时,应当在“单独同意”之外,纳入其他降低风险之措施。比如针对上述举例,国外对针对未成年人获取精确地理位置信息或轨迹追踪服务也设定了特殊保护义务,英国《适龄设计规范》(Age Appropriate Design Code)要求默认情况下在线服务应关闭地理位置选项,且当位置跟踪选项处于持续开启状态时,要以显著的标志提示儿童,并在每次服务后自动关闭跟踪。^[77]而在我国,可结合敏感个人信息的类型,认定在此场景下未成年人不具有单独同意的能力,在知情同意阶段纳入监护人介入同意的额外环节,以对信息处理风险予以告知与控制。

四、结 语

“赋权”与“保护”始终是未成年人个人信息保护所面临的重大课题。赋予未成年人在个人信息处理中独立的同意能力,不仅顺应了未成年人独立成长、独立发展之需要,也是个人信息自决权在未成年人这一特殊主体上的延伸。同意能力不等同于行为能力,其并不涉及交易安全保障之价值目标,所需具备的意思能力的要求更低,这也是同意能力独立价值之所在。而在同意能力的判定上,应突破年龄标准的局限性,考虑个人信息类型、处理目的以及处理方式等因素进行综合判定。本文也以此裁量因素为蓝本进行同意能力判定的具体适用,提出了同意能力判定中的例

[74] 比如小红书(软件版本号为v7.77)仅在算法说明界面说明可能会处理“设备信息、地理位置信息、浏览记录和点击操作记录”,在处理方式上仅强调“会使用计算机算法对上述信息进行自动计算和分析,以此来提取您的个性化特征,并向您推荐您可能感兴趣的内容”,并未说明算法的运行机制及可能对个人尤其是未成年人产生的影响。

[75] 参见前引[57],宁园文。

[76] 如小天才z8少年版电话手表在其宣传页说明该款手表可以定位至所在楼层,且能够通过定位系统获取未成年人实时轨迹,详见<https://www.okii.com/html/pc/products/z8.html>,最后访问时间:2023年7月9日。

[77] 参见前引[71]。

外性规范场景。当8周岁至14周岁之间的未成年人接受符合其认知的在线学习、网络社交、在线影音等基本功能服务，个人信息处理者以非共享方式处理非敏感个人信息时，不满14周岁的未成年人可独立同意；当在个性化服务场景以及未成年人敏感个人信息处理场景下，即使已满14周岁的未成年人仍不具备相应的同意能力。

Abstract: Based on the needs of the independent development of minors and the exercise of their right to self-determination in personal information, minors should have the independent capacity for consent in the processing of personal information. The capacity for consent has an independent value, which makes it different from the legal capacity. The capacity for consent only involves the defensive disposition and transfer of the information subject's own rights and interests, and it does not involve the maintenance of transaction security value, so the requirement of the capacity for consent is often lower. The nature of consent does not affect the independent value of the capacity for consent. In practice, the confusion between the capacity for consent and the legal capacity stems from the confusion between the processing behavior of personal information and the basic contractual relationship of service. In the judgment of capacity for consent, the limitations of age standard should be broken, and the comprehensive judgment should be made by combining the types of personal information, processing purposes and processing methods. When minors between the ages of 8 and 14 engage in basic functional services such as online learning, online social networking, online video and audio that meet their cognition, and their non-sensitive personal information is processed to a minimum range in a non-shared manner, minors under the age of 14 may consent independently. In the context of personalized service and processing minors' sensitive personal information, even minors over 14 years old still do not have the corresponding consent capacity.

Key Words: processing of personal information, personal information of minors, capacity for consent, legal capacity

消费性基因检测场景下的个人基因信息保护

田野*

内容提要：消费性基因检测的兴起催生了大量的个人基因信息处理活动，检测机构成为特殊的大数据公司。基因信息是一种高度敏感的个人信息，基因检测的商业化给个人基因信息的法律保护带来严峻挑战。消费性基因检测中的个人信息处理质量堪忧，检测报告的科学性和有用性不足，对此应通过完善基因信息处理的相关科学标准来解决。由于基因信息固有的极强的身份识别能力，匿名化作为基因信息处理合法基础的正当性存疑，应适度提高基因信息匿名化的认定标准，并对检测公司等信息处理者课以动态风险评估义务。针对消费者基因信息处理中的同意作用虚化问题，应实行严格的单独同意，不能将同意条款简单混杂在隐私政策或服务协议中。检测公司不能仅仅告知消费者可能与第三方共享基因信息，而应当向消费者如实告知可能通过与第三方共享基因信息而营利。

关键词：消费性基因检测 个人基因信息 标准化 匿名化 单独同意

随着基因技术的进步和应用普及，基因检测成为一种消费活动，走入寻常百姓之中。消费性基因检测，亦称直接面向消费者的基因检测（direct-to-consumer genetic testing，简称 DTC 基因检测），是指消费者可不经过医疗机构开具处方而直接从市场上购买的基因检测。^{〔1〕} 基因检测的获取方式便捷，在京东、淘宝等电商平台上以“基因检测”为关键词进行搜索可以得到成百上千条基因检测商品信息。^{〔2〕} 消费者在线下单之后，只需用商家邮寄的工具包提取口腔黏膜或者唾液样本并寄给商家，过一段时间即可下载检测报告。市场上的基因检测商品名目繁多，包括健康体检、祖源检测、备孕检测、药物反应检测、营养检测、儿童天赋基因检测等等。基因检测

* 田野，天津大学法学院教授。

本文为天津市哲学社会科学规划项目“个人生物识别信息的民法保护”（TJFX21-002）的阶段性成果。

〔1〕 See Juan Pablo Sarmiento Rojas, *Direct-to-Consumer Genetic Testing: Rethinking Privacy Laws in the United States*, 14 Health Law & Policy Brief 21 (2020).

〔2〕 笔者在京东上以“基因检测”为关键词进行搜索，得到了 4100 多条基因检测商品信息（截止到 2023 年 8 月 8 日），涉及数十家检测公司，价格从几百元到数万元不等。

在方便消费者获取个人健康资讯方面具有积极意义，但另一方面则给个人基因信息保护带来了严峻挑战。^{〔3〕}

一、基因检测的商业帝国与个人基因信息危机

向消费者提供基因测序服务成为一桩火爆的生意，并逐渐发展成为一个庞大的新兴产业。越来越多消费者购买这项时髦的高科技服务，由此产生了大量的个人基因信息处理行为。基因信息是一种极为特殊和高度敏感的个人信息，消费性基因检测的市场乱象给个人基因信息保护蒙上一层阴影。^{〔4〕}有的检测公司不满足于仅仅收取检测服务的对价，而是野心勃勃地希望成为大数据公司，通过向研究机构、生物科技公司、药品企业、司法部门有偿共享基因信息而获利丰厚。2018年，美国警方借助GEDmatch公司的基因数据库提供的DNA检测将一名臭名昭著的罪犯——“金州杀手”——绳之以法。^{〔5〕}案件的侦破令人拍手称快，然而基因检测公司擅自向公权力机关分享个人基因信息的合法性问题却引起巨大争议。^{〔6〕}在基因检测商业化的大背景下，保护消费者个人基因信息的迫切性愈发凸显。

（一）基因检测及基因数据的商品化

随着基因检测产业化程度的不断提高，越来越多的消费者购买基因检测服务，基因检测公司借此积累了海量的基因数据。在数据被视为石油的数字时代，这些包含生命密码的基因数据库无疑是一笔巨大的财富。检测公司对基因数据的价值进行积极的挖掘利用而从中牟利，使基因数据成为一种被交易的商品。

基因检测从科学实验室和医院走向市场，空间像天空一样广阔，获取基因检测服务的便捷和廉价使基因数据越来越多地被创造出来，拥有这些珍贵数据的检测机构则摇身一变成为大数据公司。经过十几年的发展，消费性基因检测已积累的基因大数据规模十分庞大，并且仍在不断增长。《麻省理工科技评论》上的一份研究报告显示，截止到2019年初，美国4家头部基因检测公司已累计获取了2600多万消费者的基因数据。^{〔7〕}其中两大行业巨头Ancestry和23andMe各自拥有1000多万用户的基因数据。我国消费性基因检测的起步比美国晚，不过有研究显示到2020年底，我国基因检测的用户数也已超过1200万，其中23魔方拥有60多万人的基因数据，微基因积累了50多万人的基因数据。^{〔8〕}当然，相对于我国十几亿人口的庞大基数，基因数据库的扩

• 607 •

〔3〕 See Jacqueline Moran, *Privacy Perspectives on Direct-to-Consumer Genetic Testing in the Era of Big Data: Role of Blockchain Technology in Genomics*, 22 Tulane Journal of Technology and Intellectual Property 185 (2020).

〔4〕 See Gaia Bernstein, *Direct-to-Consumer Genetic Testing: Gatekeeping the Production of Genetic Information*, 79 UMKC Law Review 283 (2010).

〔5〕 从20世纪70年代到80年代，“金州杀手”制造了至少12起谋杀案、50起强奸案、100多起盗窃案，但一直到2018年“金州杀手”的真面目才被揭开——72岁的迪安吉洛（DeAngelo）。这归功于一家叫做GEDmatch的基因检测公司，这家公司原本致力于提供寻找失散亲人的DNA样本，而在他们的开放数据库里，警方通过上传凶犯的DNA匹配到了“金州杀手”一位远亲的DNA样本，并顺藤摸瓜地找到了“金州杀手”。

〔6〕 See Teneille R. Brown, *Why We Fear Genetic Informants: Using Genetic Genealogy to Catch Serial Killers*, 21 Columbia Science & Technology Law Review 114 (2019).

〔7〕 参见前引〔3〕，Jacqueline Moran文。

〔8〕 参见李秀芝：《消费级基因检测：智商税还是生命密码？》，载《中国企业家》2021年第10期。

张空间巨大。

在当下的大数据时代,掌握数据者为王,消费性基因检测领域也不例外。值得玩味的是,在激烈市场竞争下基因检测价格被压低至几百元的时代,检测公司究竟通过什么实现盈利?2017年8月,23魔方公司将其基因检测产品的价格从999元降到499元,2018年6月又再次降价到299元。对此,23魔方自己给出的解释是,降价与烧钱补贴不同,目的是获取更多的用户,基因大数据成为基因检测企业竞相逐鹿的资本。全球基因检测行业霸主23andMe也毫不掩饰这一动机,一名公司高管在一次采访中宣称,长远来看公司不是要靠卖基因检测包赚钱,尽管其对于获取基础数据必不可少。一旦拥有了数据,公司就将成为个性化健康服务领域里的“谷歌”。〔9〕这段采访暴露了基因检测公司成为大数据寡头的野心,检测机构不甘心于单纯提供检测服务的小角色,而渴望成为大数据领域里的狠角色。从表面来看,基因检测服务是交易的直接标的,收取价款是公司营利的直接来源,而获得基因数据只是其副产品。但从更长远和深刻的实质角度看,检测服务恐怕只是幌子和手段,积累基因数据才是终极目的。在野心勃勃的基因检测公司的未来蓝图里,检测价款在利润中所占的比重可能甚微,基因大数据才是财源滚滚的真正宝藏。消费者成为提供基因数据“原材料”的工具人,成千上万消费者的个人基因信息成就了检测公司的基因数据库。基因检测工具包不是产品,消费者自己才是。从一定意义上讲,这是大数据时代的背景使然,不能指望基因检测公司守着基因数据这个金矿而不动凡心。

基因检测公司的大数据战略并非只有蓝图,而是正在实施之中。基因数据的价值不是空头支票,而是现金。基因大数据的商品化正在悄无声息中一步步展开,一些头部公司已经初步尝到了甜头,从基因数据中获利丰厚。数据具有价值,基因数据作为一种特殊数据价值尤为突出。对科学研究而言,基因数据是珍贵的生物样本。对于医药企业而言,基因数据更是进行新药研发的基础性资源。在诸多领域基因数据皆大有用武之地。基因检测公司积极探索以各种方式兑现基因数据的潜在利用价值。首先,基因检测公司可能自己利用基因数据开展有关个性化健康医疗方面的研究。例如,23andMe已经发表了数百篇科学研究论文。一些研究甚至可能获得专利,从而带来经济利益。23andMe在2008年发起一项活动,号召消费者与公司开展攻克疾病的合作研究。消费者在疾病列表上投票,公司相应设计了一系列调查,要求参加者分享个人信息。公司宣传称该项目旨在帮助人们将个性化医疗从梦想转化到现实方面迈出一些步伐。可是,2012年,针对该项目数据进行的研究诞生了一项关于帕金森综合症患病倾向判断的专利。许多消费者对此感到了背叛。〔10〕其次,基因检测公司也可能与其他机构合作开展研究。在合作中,基因数据是检测公司最重要的“出资”。最后,基因检测公司可能直接出售基因数据库的访问权,以最直截了当的方式使基因数据转化为金钱。23andMe就通过授予药业巨头葛兰素史克公司基因数据许可使用权而获利3亿美元。〔11〕这些事例表明,基因数据的商业利用不是假想的,而是正在发生的事实。

〔9〕 See Sara A. Mahmoud-Davis, *Direct-to-Consumer Genetic Testing: Empowering EU Consumers and Giving Meaning to the Informed Consent Process within the IVDR and GDPR Frameworks*, 19 Washington University Global Studies Law Review 1 (2020).

〔10〕 Ibid.

〔11〕 See Ayesha K. Rasheed, *Personal Genetic Testing and the Fourth Amendment*, 2020 University of Illinois Law Review 1249 (2020).

当然，目前基因数据的商品化只是小荷才露尖尖角，未来将愈演愈烈。

（二）消费者的个人基因信息危机

基因检测公司的基因大数据源自一个个消费者的基因信息累积，基因信息是一种极为敏感的个人信息，基因数据的商品化利用给消费者个人基因信息保护带来严峻挑战。

个人信息的种类繁多，与其他一般的个人信息相比，基因信息具有以下特性。第一，家族遗传性。基因信息不仅可以揭示个人的生物特征，还可以揭示该个人所属家庭成员乃至更大范围族群的生物特征。因此，基因信息的非法处理损害的不仅是消费者的个人权益，还可能包括其家族群体利益，带来族群污名化问题。第二，不可变性。人类基因组的排列顺序是不变的（排除基因编辑和基因突变的例外因素），这意味着基因信息泄露后，信息主体没有办法通过更改信息的方式避险。第三，增殖性。基因所蕴藏的信息十分丰富，特别体现在基因信息的可无限更新性。尽管个人DNA的碱基对排列顺序是固定不变的，但是对这些排列顺序进行科学分析所能揭示的意义却是可变的。随着生物技术的进步，对于相同的基因检测结果，通过新的科学分析手段，可以得出新的不同的数据结果。基因信息并不是一个固定的信息，而是一个源源不断地产生新信息的无尽宝藏。第四，难以真正匿名性。匿名化是个人信息保护的重要手段之一，然而对基因信息而言真正匿名化在客观上几乎是不可能完美实现的。每个人的DNA都是独一无二的，由于基因信息固有的强大识别功能，通过一定的科学手段进行分析足以使已经被匿名化处理的基因信息再次与特定自然人的身份建立联系。第五，高度的私密性和伦理性。^{〔12〕} 基因信息被视为生命密码，控制生物特征的遗传和生成，因此可能引发基于基因信息评价个体优劣的社会问题，导致“基因决定论”之弊病。一些并不“光彩”的基因信息泄露可能使信息主体蒙羞，在社会生活中遭受不公正的对待。基因信息的上述特征使其有别于一般的个人信息，甚至比其他类型的敏感个人信息更加敏感，故此应当被“另眼相看”。^{〔13〕} 在域外的个人信息保护立法上，基因信息常常被作为特殊类型的敏感个人信息，受到更高层级的保护。例如，欧盟《通用数据保护条例》就对基因信息保护作出了特别规定。^{〔14〕}

• 609 •

在消费性基因检测的商业化模式下，极端重要的个人基因信息面临多重损害风险。尽管所有基因检测公司无一例外地均对保护消费者个人基因信息作出信誓旦旦的承诺——体现为隐私政策或检测协议中的相关条款，但现实则是另外一番景象。若从个人信息处理原则和规则的角度审视，在逐利动机下基因检测公司的很多操作均值得质疑。第一，超出目的范围的信息处理。基因检测中个人信息处理的原初目的本来是为消费者提供检测服务，在检测报告出具后该目的即已实现，但检测公司却将从消费者个人基因信息提取的基因数据存储起来，用作后续商业上的开发利用，甚至反客为主地将攫取数据作为首要目的，远远超出提供检测服务的目的，违反了个人信息处理的目的限制原则。第二，检测公司永久保留消费者基因数据，违反了依据最小化原则的最长

〔12〕 参见田野：《雇员基因信息保护的私法进路》，载《法商研究》2021年第1期。

〔13〕 See Kristen L. Burge, *Personalized Medicine, Genetic Exceptionalism, and the Rule of Law: An Analysis of the Prevailing Justification for Invalidating BRCA 1/2 Patents in Association of Molecular Pathology v. USPTO*, 8 Washington Journal of Law, Technology & Arts 501 (2013).

〔14〕 参见欧盟《通用数据保护条例》第9条“特殊种类的个人数据保护”。

保存期限限制和销毁义务。第三,与更严肃的医疗性基因检测相比,消费性基因检测的科学性、准确性堪忧,检测结果报告可能对消费者造成误导,违反个人信息处理的质量原则。第四,消费性基因检测市场乱象丛生,存在大量夸大宣传、虚假广告的现象,违反个人信息处理的诚信原则。第五,检测公司的告知义务履行不充分,消费者对基因检测的风险不能充分知情,检测公司在协议中通过格式条款为自己保留大量数据处理的权利,消费者的麻木同意徒具躯壳。第六,检测公司将取自消费者的基因数据与医药公司、研究机构等第三方分享而从中牟利,可能违反个人信息处理的分享规则。

如何平衡消费者个人基因信息保护和公司对基因数据商业化利用的关系,是主要问题之所在。如果不能禁止消费性基因检测,那么通过良法善治使基因数据的商业化利用在合法合规的轨道上运行,是应然的不二选择。

二、消费性基因检测中的个人信息处理质量

消费者购买基因检测服务的目的在于了解自身的基因信息以助力个人的自由发展,因此消费者所获取的基因信息的质量至关重要。《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)第8条规定:“处理个人信息应当保证个人信息的质量,避免因个人信息不准确、不完整对个人权益造成不利影响。”该条确立了个人信息处理的质量原则。^[15]消费性基因检测作为个人信息处理的特殊场景,当然也必须贯彻质量原则。然而从现实的情况来看,消费性基因检测市场乱象丛生,个人信息处理质量堪忧。^[16]

(一) 基因检测的市场乱象与基因信息处理质量之忧

消费性基因检测下的个人信息处理质量之忧,首先是源于管制漏洞。相比于管制程度较高的医疗性基因检测,目前对于消费性基因检测的监管存在很大盲区。检测公司极力将自己提供的基因检测商品与医疗基因检测划清界限,刻意营造基因检测服务仅是为个人提供遗传资讯而非诊疗的印象,借此避开严厉的监管而觅得自由发展空间。^[17]也因为如此,消费性基因检测下的个人信息处理质量与医疗基因检测不可同日而语。在京东、淘宝等电商平台上购买基因检测服务与购买普通商品没有任何差别,鉴于基因信息的高度敏感性,目前的管制强度是远远不够的,这是消费场景下个人基因信息处理质量不高的制度根源。

其次是基因检测结果科学性、有效性方面的局限。基因检测报告往往并不准确,并且对消费者没有什么实际效用。即使是针对相同的检测项目,不同检测公司所出具的检测报告结果却大相径庭。美国政府问责办公室(Government Accountability Office,简称GAO)曾于2006年和2010年两次开展针对DTC基因检测质量的调查。在2006年的调查中,GAO的工作人员以消费者的身份向四家DTC基因检测公司购买检测服务,结果证明被调查的四家公司提供的检测报告

[15] 参见张新宝:《个人信息处理的基本原则》,载《中国法律评论》2021年第5期。

[16] 参见耿姗姗、张莉:《商业化基因检测应用的法律规制研究》,载《河南社会科学》2019年第12期。

[17] 参见焦艳玲、田野:《论直接面对消费者的基因检测之法律规制》,载《武汉理工大学学报(社会科学版)》2014年第6期。

十分模糊，几乎没什么价值。一些公司提供的建议只是单纯的生活方式指导，诸如少吸烟。^{〔18〕}

最后是过度营销。在逐利动机驱使下，检测公司对基因检测的包装夹杂着大量虚假广告、夸大宣传和推销行为，使消费者获取不实甚至欺诈性的信息，严重违背个人信息处理的质量原则。在检测公司的宣传攻势下，从患病风险预测到护肤检测、营养检测、天赋检测，基因检测无所不能，俨然成为“基因算命”的神器。而购买这些时髦的“高科技”服务的消费者，可能只是在缴纳“智商税”。有调查显示，在一份天赋基因检测报告中，用于检测孩子智力情况的一个叫作CPXCR1的基因，在国际权威基因数据库中根本查不到。^{〔19〕}据《中国青年报》报道，一名老人在购买某公司的基因检测后，300多页的检测报告预测老人有严重的患癌风险，而公司推荐的解决办法是大量购买该公司的保健品，最终该名老人花光30多万元的毕生积蓄，在得知被骗后投河自尽。^{〔20〕}

（二）消费者基因信息处理质量的提升：以标准化为进路

基因检测的市场乱象令人担忧，检测公司只是醉心于攫取消费者的基因数据，而无视提供给消费者的基因信息的质量。不科学的信息、无用处的垃圾信息和误导性的虚假信息，不仅不能真正实现消费者的个人信息自决和自由发展，还使其陷入有害信息的牢笼。

缺乏统一的科学标准，是造成目前消费性基因检测结果混乱和基因信息处理质量低下的技术根源。虽然原始基因数据是固定不变的，但是各大基因检测公司形成检测报告所采用的科学分析手段却是多种多样的。实践中各基因检测机构根据自建的数据库确定相应检测位点、进行分析判断的结果一致性较差，导致不同检测机构检测报告大相径庭成为常态，使其可信度、权威性大打折扣。基因检测作为一项高科技服务，其科学性不足的缺陷仍需从科学本身的角度予以补足，加强基因检测及基因信息处理的标准化是对症下药之良策。

从最新的发展来看，基因检测及基因信息处理的标准化已经在路上。在国际上，ISO/TC 276 生物技术委员会（Biotechnology）和 ISO/TC 215/SC1 基因组信息学分委员会（Genomics Informatics）作为该领域的国际标准化组织，在推动基因检测及基因信息标准化方面做出了大量努力，已经出台了一些重要标准，如《健康信息学——电子健康记录中描述结构化临床基因组序列信息的数据元素及其元数据》（ISO/TS 20428: 2017 Health Informatics—Data Elements and Their Metadata for Describing Structured Clinical Genomic Sequence Information in Electronic Health Records）、《基因组信息学——高通量基因表达数据的可靠性评估标准》（ISO/TS 22690: 2021 Genomics Informatics—Reliability Assessment Criteria for high-throughput Gene-expression Data）、《基因组信息学——组学标记语言》（ISO 21393: 2021 Genomics Informatics—Omics Markup Language）、《生物技术——生命科学中数据格式化和描述的要求》（ISO 20691: 2022 Biotechnology—Requirements for Data Formatting and Description in the Life Sciences）等等。

〔18〕 See Kayte Spector-Bagdady & Elizabeth R. Pike, *Consuming Genomics: Regulating Direct-to-Consumer Genetic and Genomic Information*, 92 Nebraska Law Review 677 (2014).

〔19〕 参见《能预知未来？“基因检测”真有这么神奇吗？》，载 http://www.china.com.cn/news/2017-06/26/content_41094805_2.htm，最后访问时间：2023年8月8日。

〔20〕 参高珮蓉：《藏在基因里的野心与欺骗》，载《中国青年报》2016年8月17日，第11版。

我国也已出台一些相关技术标准。如国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会颁布的《人体疾病易感DNA多态性检测基因芯片》(GB/T 29889—2013)、《高通量基因测序技术规程》(GB/T 30989—2014)、《染色体异常检测基因芯片通用技术要求》(GB/T 35533—2017)。除了国家标准之外,还有一些团体标准,如深圳基因产学研联盟于2018年发布的《人类全基因组遗传变异解读的高通量测序数据规范》(T/SZGIA 2—2018)。

从总体上看,对于基因检测及其基因信息处理的技术标准还是比较匮乏的,不能满足基因检测消费市场蓬勃发展和数字化时代的现实需要,因此标准化的步伐还应加快。围绕基因检测应当制定一系列行业标准,如基因测序、质谱关键技术、生物大数据分析核算、测序人员能力水平等方面的标准。对于基因检测中的个人基因信息处理,应逐步建立覆盖信息的收集、存储、传输、共享、分析评估、保密、销毁等全链条的权威科学标准。通过树立统一的标准体系,可在很大程度上避免基因检测市场的混乱,使消费者获得的基因信息的质量在科学层面得到确保。

三、消费者基因信息的匿名化困境与出路

匿名化是保护个人信息的重要技术手段之一。^{〔21〕}《个人信息保护法》第4条第1款规定:“个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息,不包括匿名化处理后的信息。”根据该条文,已识别或可识别是个人信息的基本特征,经过匿名化处理的信息因失去识别能力而不再是法律意义上受保护的个人信息。^{〔22〕}在消费性基因检测商业模式下,这一规则成为检测公司的“法宝”,只要将基因信息加以匿名化处理,就可名正言顺地将原本归属于消费者的个人基因信息转化为归自己控制的基因数据。当语境从“个人基因信息”转化为“基因数据”,也就完成了权利的交接,消费者失去了《个人信息保护法》的庇佑,而检测机构可以施展成为大数据公司的抱负了,匿名化则是完成这一神奇转化的催化剂。^{〔23〕}问题的关键在于,匿名化对于个人信息的保护是否令人放心,匿名化后的消费者基因信息是否仍存在被再识别以及其他剩余风险。鉴于基因信息作为生命密码固有的超强识别能力,基因信息匿名化的可靠性比一般个人信息更加令人怀疑。

(一) 基因信息的匿名化难题

通过匿名化实现基因信息的数据化已成为基因检测公司的“常规操作”。各大头部检测公司的隐私政策或者用户协议格式条款中,均明确宣示对匿名化基因信息的数据主权。例如,23魔方公司的《隐私政策》就规定:“个人信息经匿名化处理后所得的信息不属于个人信息,23魔方有权对匿名化处理后的用户数据库进行挖掘、分析和利用,有权对产品/服务使用情况进行统计并与公众/第三方共享脱敏的统计信息。”^{〔24〕}该政策阻断了匿名化信息与个人的联系,赋予公司

〔21〕《个人信息保护法》第73条第4项规定:“匿名化,是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程。”

〔22〕参见张新宝主编:《〈中华人民共和国个人信息保护法〉释义》,人民出版社2021年版,第40页。

〔23〕See Benjamin T. Van Meter, *Demanding Trust in the Private Genetic Data Market*, 105 Cornell Law Review 1527 (2020).

〔24〕23魔方公司《隐私政策》,载 <https://www.23mofang.com/protocol/privacy>, 最后访问时间:2023年9月12日。

自由利用和与第三方分享的权利。美因基因的《用户服务协议》也规定：“美因基因对可以指向特定个人的信息分离后的相关数据和信息享有所有权，有权与美因基因合作伙伴（包括但不限于科学研究机构，药品研发中心、医疗卫生组织、经销商、关联公司等）进行共享。”〔25〕该条款将公司对匿名化数据信息的权利径称为“所有权”，对数据的权利欲一览无余。北京泛生子基因科技有限公司的《隐私政策》规定：“匿名化处理后的信息不再属于个人信息，因此不受本政策的约束和保护。”〔26〕这一政策明明白白地将匿名化信息排除在保护范围之外。由此观之，匿名化确实是使基因检测公司获取基因数据“白化”的神器。

从法律实施效果的社会评价来看，匿名化规则的适用面临不小的困境，消费性基因检测则是管窥这一困境的绝佳场域。《个人信息保护法》匿名化规则的立法初衷，乃在于实现个人信息保护与利用的平衡。这样的立法目的无可厚非，在大数据时代信息处理的需求无时无处不在，为处理者保留一定的自由空间无疑是必要的。匿名化规则为信息处理者利用信息提供了极大的便利，其无需获得信息主体的同意，免除了个人信息保护法上的一切义务，并且是无期限限制的。〔27〕对于包括基因检测公司在内的众多信息处理者而言，这样的自由是弥足珍贵的。然而，立法确立的匿名化规则一直饱受诟病——无论在国际还是国内。批判的观点认为匿名化规则过于理想化了，真正的匿名化难以实现，试图通过匿名化技术手段保护个人信息被证明是失败的。〔28〕

匿名化规则获得正当性的预设前提是有关个人身份的识别性信息已经被有效剥离，不能再根据这些信息追溯到特定的个人，因此保护目标已经实现。然而在现实中这恐怕只是虚幻的理想，随着技术的进步对匿名信息的再识别变得越来越容易，真正的匿名化很难做到。在谈论匿名化时，还必须关注到不同类型个人信息识别能力的差异。相比于一般的个人信息，基因信息的识别能力更加强大，匿名化基因信息被再识别的风险更高，这是由基因信息作为生命密码的本质所决定的。基因信息的再识别不是一件难事，有研究已经证明，使用被认为是匿名化的公共基因数据库中的一小段基因就能识别出其所属的个人。不仅如此，由于基因信息的家族性特质，通过对个人匿名基因信息的再识别还能揭示出数据库中没有的其亲属的身份信息。一项研究表明，60%的欧裔美国人可以通过基因数据库的家族树匹配被识别出身份。〔29〕如果说个人信息的匿名化难题是一个带有普遍性的问题，那么基因信息的匿名化则是难上加难。

匿名化的另一个弊病是使信息的利用价值降低。当信息与个人的身份联系被彻底剥离，其有用性也就大打折扣了，基因信息尤其如此。由于基因信息最重要的价值就体现在被用于有关人类健康的研究或药品研发，而基因信息只有在与特定人建立对应关系时，才能更好地揭示健康意义。基因检测公司将消费者基因信息共享给生物医药公司，后者在进行新药研发时，真正完全匿名化的基因信息的价值可能是有限的。在精准医疗和个性化靶向用药的场景下，基因信息的匿名

〔25〕 美因基因公司《用户服务协议》，载 <https://www.megagenomics.cn/Index/index/id/5.html>，最后访问时间：2023年9月12日。

〔26〕 泛生子公司《隐私政策》，载 <https://www.genetronhealth.com/privacyPolicy.html>，最后访问时间：2023年9月12日。

〔27〕 参见王勇旗：《数字时代匿名化个人信息处理的正当性问题》，载《图书馆》2022年第1期。

〔28〕 参见齐英程：《我国个人信息匿名化规则的检视与替代选择》，载《环球法律评论》2021年第3期。

〔29〕 参见前引〔23〕，Benjamin T. Van Meter 文。

化构成阻碍。要突破这些障碍而提升信息可用性,生物科技公司、制药公司难免有对匿名基因信息进行再识别的冲动。

(二) 基因信息匿名化困境的破解之道

1. 路径抉择:不可匿名抑或严格规制下的有条件匿名

匿名化不能为消费者个人基因信息提供有效的保护,需要探索走出困境的道路。在笔者看来,匿名化的解困之路大概有二:一是将基因信息作为不可匿名的特殊信息对待,排除在匿名化规则适用范围之外;二是在肯定匿名化规则仍适用于基因信息的情况下,对其适用予以严格的限制。显然前者是更为彻底和简单直接的改革路径,对极为特殊的个人基因信息给予了更高层次的尊重和保护,其潜在的疑虑是处理者获得数据信息的便利程度降低,从而对基因信息利用产生阻抑效应。不过,匿名化不是检测公司积累和利用基因信息的唯一正当化途径。在排除匿名化规则的适用后,基因信息即回归到个人信息的范畴而须适用《个人信息保护法》的规定,检测公司可依据该法第13条规定,使基因信息处理行为获得正当性基础,包括征得消费者的同意或者存在无需同意的合理利用情形。后者是更为温和的道路,一方面为检测公司保留了仍得通过匿名化获得基因信息利用之便的可能,另一方面通过更严格的限制措施化解匿名基因信息的剩余风险,使消费者能够获得更好的保护。上述两条道路何者为优,不是一个非黑即白的是非问题而是政策取舍问题,其均具备一定的合理性和可行性,关键在于追求怎样的政策目标。相比较而言,第二条道路可能是阻力更小的易路,更有利于实现利用与保护的平衡。在严格规制模式下,重点是通过各种限制措施矫正匿名化规则的当然、绝对豁免效果,使之成为受约束的有条件豁免。具体而言,可大概从两个面向上限制基因信息的匿名化适用:一是适度提高匿名化认定标准的门槛,二是对匿名化基因信息的处理进行动态风险控制,对检测公司等处理者仍课以一定程度的持续保护义务。

2. 基因信息匿名化的认定标准

检测公司对消费者基因信息身份剥离的技术处理达到何种程度方可认为是匿名了,这是一个至关重要的前提性问题。是否真正匿名,不应仅凭检测公司的单方宣告认定,而应依据客观合理标准。因此,认定标准举足轻重。然而麻烦恰恰在于,匿名化的认定标准并不清晰。尽管《个人信息保护法》第73条第4项对匿名化下了定义,但对于什么是“无法识别”,没有更详细的认定标准和解释。

是否可识别究竟应以谁的识别能力为参照系?围绕这一中心问题,在理论上对匿名化的标准有众多学说,包括一般人标准、处理者标准、专家标准、有动机的入侵者标准和任何人标准等等。^[30] 这些标准从宽松到严格,跨度很大,在域外个人信息保护法中均能找到一些影子。例如,欧盟《通用数据保护条例》序言部分第26条规定,为确定自然人是否可识别,应考虑控制者或其他人为直接或间接识别自然人而可能使用的所有合理手段。确定什么是可能被使用的合理地识别自然人的手段,应当综合考虑识别的成本和时间等所有客观要素,同时考虑识别时的可用技术

[30] 参见李润生:《个人信息匿名化的制度困境与优化路径——构建“前端宽松+过程控制”规制模式之探讨》,载《江淮论坛》2022年第5期。

及技术的发展。另据欧盟第 29 条数据保护工作组发布的《关于匿名化的意见》，只有当信息处理者和任何第三方在使用所有合理可能的方法仍无法识别特定自然人且无法复原时，才能认为是达到了匿名化的标准。分选（single out）、联结（linkability）和推断（inference）三种形式皆可认定为“可识别”。可见，欧盟对匿名化采取了较为严格的“任何人标准”。英国信息专员办公室发布的《匿名化：数据保护的风险管理实务守则》（Anonymization: Managing Data Protection Risk, Code of Practice）采取了相对宽松的具备动机的入侵者标准，美国《健康保险可携性和责任法隐私规则》（Privacy Rule of Health Insurance Portability and Accountability Act）以特定领域专家的识别能力为判断标准。

匿名化标准的宽严程度差异反映了各国不同的法律政策导向。过于宽松的认定标准可能导致大量的信息被排除在法律保护之外而产生蚁穴效应，使个人信息保护的千里之堤被掏空，过于严格的认定标准则会阻碍信息的利用，应在利益平衡后作出取舍。再者，匿名化的认定标准不是绝对化的，应当放在特定的场景下进行讨论。具体到基因信息，考虑到其极高的敏感性和可识别性，宜采取从严的认定标准。原则上，对基因信息应采取类似欧盟的任何人标准。当然，在消费性基因检测的特定场景下，那些与检测公司合作而获取基因信息共享利益的生物科技公司、制药公司和研究机构应被作为“任何人”中的重点关注对象。事实上，由于天然的技术优势，科学家、生物科技公司对于基因信息的识别能力处于“任何人”中的顶层，如果连他们都不能还原匿名基因信息，缺乏科学背景的一般人更加难以做到。为了增强可操作性，逐步完善基因信息匿名化的技术标准十分重要，有利于消除匿名化的模糊性，匿名化标准是完整标准化体系中的重要一环。此外，在程序意义上，检测公司及其利益相关者应当对匿名化负担举证责任。

• 615 •

3. 匿名基因信息的动态风险评估

基因信息一旦符合前述认定标准而匿名化就可以一劳永逸了吗？处理者由此就可以免除一切义务了吗？答案是否定的，将匿名化豁免效果绝对化的倾向是有必要加以矫正的。

应当从动态的视角看待匿名化。当下暂时不能识别的基因信息，不代表将来不能识别。事实上，随着技术的发展，对信息的识别能力不断增强，之前的匿名基因信息可能随着时间的推移而变得可识别。为了应对不断增加的再识别风险，十分有必要对匿名基因信息进行动态化的风险评估。《个人信息保护法》规定了个人信息影响评估制度，遗憾的是匿名化信息被排除在该法适用范围之外。不过，《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）规定了数据安全风险评估制度，其既适用于个人数据，也适用于匿名化数据。《数据安全法》第 30 条规定：“重要数据的处理者应当按照规定对其数据处理活动定期开展风险评估，并向有关主管部门报送风险评估报告。风险评估报告应当包括处理的重要数据的种类、数量，开展数据处理活动的情况，面临的数据安全风险及其应对措施等。”该条确立的风险评估制度适用对象是“重要数据”。《数据安全法》第 21 条第 1 款规定：“国家建立数据分类分级保护制度，根据数据在经济社会发展中的重要程度，以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度，对数据实行分类分级保护。国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，加强对重要数据的保护。”根据该条规定，数据分类分级的标准是数据在经济社会发展中的重要程度，以及一旦遭受侵害可能造成的危害程度。按照这一标准，基因数据属于

“重要数据”当无疑问。此外，全国信息安全标准化技术委员会于2022年发布的《信息安全技术 重要数据识别指南》（征求意见稿）第5条h项规定：“反映群体健康生理状况、族群特征、遗传信息等的基础数据，如人口普查资料、人类遗传资源信息、基因测序原始数据属于重要数据。”因此，可以肯定基因数据（包括匿名基因数据）作为重要数据应适用数据安全风险评估制度。

基因检测公司以及生物科技公司、药品企业、研究机构等共享基因数据的第三方应当共同履行对匿名化基因数据开展风险评估的义务，特别是关注基因数据被再识别的风险。根据《数据安全法》第30条的规定，风险评估应当是定期展开的而不是一次性的，因此检测公司及共享数据的第三方应当周期性地对基因数据利用过程中的风险进行动态评估。此外，针对评估发现的匿名基因数据的剩余风险，检测公司及共享数据的第三方还应当采取与风险水平相当的保护措施。如果说提升基因信息匿名化的标准是事前规制，动态风险评估则是事中的过程规制，二者相互协同可有效消弭消费性基因检测中匿名化豁免制度适用中的风险。

四、消费者同意的虚化与实化

对于那些没有经过匿名化处理的消费者基因信息，检测公司要进行处理就落入《个人信息保护法》的规制范围之内。根据该法第13条第1款第1项的规定，获得信息主体的同意是个人信息处理的首要正当性基础。^[31] 基于这一规则，基因检测公司通过获得消费者的同意，实现基因信息的收集、存储、利用和共享等目标。从形式上看，检测公司遵循了法律的要求，但是从实际效果看，知情同意则有空洞化之嫌。在不充分的告知下，消费者往往并不透彻知晓自己的基因信息将被如何利用，特别是不知晓自己的基因信息可能会被出售或者用于其他营利目的，由此所作出的同意决定可能不是消费者内心真意的表达而形同虚设。^[32] 如何使同意规则在消费性基因检测中发挥实效，是亟待解决的问题。

（一）消费者基因信息处理中同意作用的虚化

同意规则在消费性基因检测中有着十分广泛的应用。所有的检测公司都会在隐私政策或者用户协议中加入有关同意的格式条款，承诺未经消费者同意不会擅自处理其个人基因信息。例如，微基因公司的《隐私保护政策》规定：“我们不会将您的个人信息转让给任何公司、组织和个人，但以下情况除外：1. 事先获得您明确的同意或授权……”^[33] 各色基因公司的《服务协议》规定：“各色科技未经您的同意或者由于特殊法律要求，不会将您的个人信息泄露给第三方；……”^[34] 23魔方的《隐私政策》也规定：“我们不会向第三方分享您的个人信息，但以下情况除外：a) 在获取明确同意的情况下共享：获得您的明确同意后，我们会与其他方共享您的个人信息。”^[35] 这些同意条款表面上看是为了保护消费者的个人信息自决权，但从实质上看则是

[31] 参见程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第118页。

[32] See Brennan Canuteson, *The Risks of Relying on Direct-to-Consumer Genetic Testing Service Agreements to Protect Genetic Information*, 5 The Business, Entrepreneurship & Tax Law Review 35 (2021).

[33] 微基因公司《隐私保护政策》，载 <https://www.wegene.com/page/privacy>，最后访问时间：2023年9月12日。

[34] 各色基因公司《用户协议》，载 <https://www.gesedna.com/service-agreement/>，最后访问时间：2023年9月12日。

[35] 前引[24]。

使基因检测公司的信息处理行为获得阻却违法的“洗白”效应。

在大数据背景下，被寄予厚望的知情同意规则陷入重重困境。海量场景下高频次的个人信息处理，冗长的隐私政策，使消费者疲于招架，不同意就不能获得服务和便利，同意常常空洞化为不假思索的麻木点击。^{〔36〕}这一困境在消费性基因检测场景下表现得尤为突出。检测公司基于自身获取信息便利的需要精心设计了同意条款，消费者很少特别关注到这些条款，不透彻了解个人基因信息处理背后可能涉及的利益和风险，同意徒具躯壳。^{〔37〕}多方面的因素促成了这一困境。第一，在形式上，同意条款被“埋藏”于检测公司的隐私政策或与用户签订的服务协议中，不够引人注目。我国普通消费者的个人信息保护权利意识本就比较薄弱，对于隐藏在冗长政策或协议条款中的同意条款，很少给予特别的关注。第二，检测公司营造一种利他主义的氛围，使消费者沉浸其中。检测公司常常向消费者宣称，获取和利用基因信息是为了推动科学研究，用于找到攻克人类疾病的先进方法或者研发新的药物，以更好地为消费者乃至提升全人类健康水平服务，而消费者通过个人基因信息处理的同意授权为此作出了积极贡献。第三，检测公司的告知义务履行不充分，特别是刻意回避可能将消费者的基因信息有偿销售给第三方或者用于其他营利目的这一关键因素。大多数检测公司的同意条款通常只是笼统地表述为公司可能为了科学研究等目的而与第三方分享消费者的基因信息，却不挑明公司可能从消费者基因信息处理中获得巨大的经济利益。这与消费者的利他情结是相悖的，如果消费者得知自己无偿贡献的基因信息却被检测公司拿去赚钱，可能不会作出同意，但不了解检测公司商业模式的消费者没有机会作出这样的理性决定。美国的一项调查报告显示，40%左右的消费者不了解检测公司基因信息销售商业模式的存在。^{〔38〕}充分知情是有效同意的前提，若知情不充分，则同意不自由。在检测公司的“攻略”下，大多数消费者都会顺从，签署协议也就意味着作出个人基因信息处理的同意授权。以行业巨头23andMe为例，约80%的消费者都会选择同意公司为研究等目的对个人基因信息的处理。现实的效果是，消费者一方面向检测公司付费，另一方面其向公司免费提供的个人基因信息被出售，公司获得两份利润。有观点尖锐地指出，这是伪装成同意的剥削。^{〔39〕}

• 617 •

（二）消费者基因信息处理中同意的“实化”

同意作用的虚化使保护消费者基因信息的一道重要关卡失守。如何摆脱这一困境，使同意得以真正发挥实效，值得更深入地思考。尽管对个人赋权的保护路径在学界受到不少质疑，批判的观点认为个人没有能力通过自我决定权保护自己，^{〔40〕}但不可否认的是同意仍位列《个人信息保护法》第13条规定的个人信息处理的正当性基础之首。^{〔41〕}面对基因检测中的同意虚化，出路不

〔36〕 参见田野：《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》，载《法制与社会发展》2018年第6期。

〔37〕 参见前引〔32〕，Brennan Canuteson文。

〔38〕 See Aviad E. Raz et al., *Transparency, Consent and Trust in the Use of Customers' Data by an Online Genetic Testing Company: An Exploratory Survey Among 23andme Users*, 39 *New Genetics and Society* 459 (2020).

〔39〕 See Reinaldo Franqui Machin, *Stop Looking at my Genes!: Direct-To-Consumer Genetic Testing and the Illusion of Privacy and Consent*, 61 *Revista de Derecho Puertorriqueno* 233 (2022).

〔40〕 参见任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，载《政治与法律》2016年第1期。

〔41〕 参见石佳友：《个人信息保护的私法维度——兼论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》，载《比较法研究》2021年第5期。

应当是放弃同意，而是通过有效的方法使同意由虚转实。在笔者看来，可大体从同意的形式和内容两个方面着手来实现同意的实化。

1. 消费者基因信息处理的“单独同意”

在个人信息保护法上同意具有层次性，对基因信息这样高度敏感的个人信息，应当实行更加严格的同意规则。^{〔42〕}《个人信息保护法》第 29 条规定：“处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意；法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的，从其规定。”基因信息作为典型的敏感个人信息，根据该条规定应当适用“单独同意”规则。

单独同意是比一般同意要求更高的特殊同意类型。立法设置单独同意的旨意在于，鉴于特殊的个人信息处理活动的重大性和高风险性，以格外明显的方式提醒信息主体给予特别关注，审慎地作出决定。^{〔43〕}“单独同意的要求本质上就是法律强制地要求个人信息处理者将个人针对某类处理活动作出的同意与对其他处理活动作出的同意区分、凸显出来。”^{〔44〕}将敏感个人信息与一般个人信息相混杂，或者对未来各种不确定的信息处理行为作笼统的一揽子同意，是单独同意重点应对的两个突出问题。

从消费性基因检测的实践来看，很多公司的做法实际上违反了单独同意的法律规定。一方面，绝大多数检测公司都没有置备专门针对消费者基因信息处理的知情同意书，而是将同意条款混杂在隐私政策或者服务协议中。消费者的隐私不限于基因信息，还包括姓名、地址、电话号码等其他隐私信息，服务协议则是关于检测机构与消费者之间权利义务完整约定，包含各种各样的条款，将基因信息处理的同意条款混杂在这些条款中，起到了掩护和淡化的效应，不利于引起消费者的注意和重视。另一方面，大多数检测公司对基因信息处理的同意条款都规定得十分含糊，常笼统地表述为基因信息可能被用于开展科学研究，或者是与第三方共享，至于用于何种研究、与谁共享等细节则言之不详。这样的一揽子同意条款为检测公司一方预留了极大的自由空间，却使消费者因一次不经意的同意就丧失了对个人基因信息的全面控制。这种状况应当得到改观。

要摆脱同意虚化的困境，就必须在消费性基因检测中真正贯彻单独同意的要求。首先，对消费者个人基因信息的处理必须采取独立的形式，不能与其他信息混杂在一起。在隐私政策或服务协议中加入同意条款的方式不符合这一要求，公司应当针对基因信息处理设计专门的知情同意书，具体形式可以是纸质书面的，也可以采取弹窗、界面、提示条、提示音等电子交互的方式。总之，要通过与其他一般信息的区分以足够明显的方式引起消费者的重视。其次，对消费者个人基因信息处理的目的必须予以特定，不能采取一揽子的概括同意。诸如“您同意对您的基因信息进行数据挖掘和相关科学研究”这样门户大开式的同意条款不符合单独同意的要求。数据挖掘活动到底指什么，相关研究是何种研究，如果在信息收集阶段尚无法确定，那么在该活动或研究实际展开时应当征得消费者单独同意。最后，需特别关注的是，对消费者基因信息的共享应当获得单独同意。《个人信息保护法》第 23 条规定：“个人信息处理者向其他个人信息处理者提供其处

〔42〕 参见王利明：《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》，载《当代法学》2022 年第 1 期。

〔43〕 参见前引〔22〕，张新宝主编书，第 245—246 页。

〔44〕 程啸：《论个人信息处理中的个人同意》，载《环球法律评论》2021 年第 6 期，第 54 页。

理的个人信息的，应当向个人告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并取得个人的单独同意。”该条特别强调了信息共享的单独同意。根据这一规定，基因检测公司必须针对基因信息共享这一处理环节设置专门的同意程序，不能含糊地表述为“您同意对您基因信息的共享”，应当向消费者提供生物科技公司、药品企业、研究机构等信息共享第三方的详细联络信息，以及基因信息处理的目的、方式等等。

2. 同意的透明度：对利用消费者基因信息牟利动机的披露

充分知情是有效同意的关键要素，这有赖于基因检测公司告知义务的适当履行。在既往的实践中，检测公司努力塑造利用消费者基因信息开展科学研究以增进人类健康福祉的高尚形象，使消费者作为样本捐献者而产生自豪感，却刻意回避和掩饰公司从中牟利的动机。^{〔45〕}问题的关键不在于公司是否牟利，从发展生物经济的战略高度看，牟利无可厚非，关键在于透明度，检测公司应当将其可能从基因信息处理中获取经济利益这一点开诚布公地披露给消费者，使其充分知情。因此，同意条款不应是迷惑性地表述为“公司可能将您的基因信息与其他合作者共享”，而应是“公司可能从您的基因信息共享中获得经济利益”。^{〔46〕}基因信息处理背后的利益，是影响同意决定的重要因素，因此是告知义务重点披露的对象。一部分消费者在得知公司的牟利动机之后，可能会拒绝授予同意，但有一部分消费者可能仍旧愿意作出同意决定。无论同意或者不同意，都是消费者在充分知情并权衡利弊之后的内心真意表达。消费者究竟是对什么作出同意，应该明明白白。透明度是同意正当性的保证。

五、结 论

• 619 •

消费性基因检测逐渐发展成为一个新兴产业，以高度自由的纯市场化方式使消费者获取自身的生命密码。检测公司一方面收取检测服务的对价，另一方面还从消费者基因信息的商业利用中牟利。基因信息是一种极为特殊和重要的敏感个人信息，基因检测的商业化将消费者个人基因信息置于险境。提升消费性基因检测中个人基因信息的处理质量是当务之急，完善基因检测及基因信息处理的科学标准是质量提升的重要手段。鉴于基因信息本身的强识别能力，对匿名化豁免规则的适用应加以限制，一是实行较严格的匿名化认定标准，二是使检测公司及其他共享消费者基因信息的第三方负担持续的动态风险评估义务。应严格贯彻《个人信息保护法》第29条“单独同意”的规定，对消费者基因信息处理的同意应区别于其他一般的个人信息处理，不能隐没在冗长的隐私政策或服务协议中。同意正当性所赖以建立的知情应当是充分的，检测公司应当坦诚地向消费者告知可能通过与第三方共享其基因信息获利，而不应是刻意隐藏营利动机和商业模式。

当下，对消费者的个人基因信息保护只能仰赖对《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）和《个人信息保护法》一般性条款的解释。展望未来，加强对个人基因信息保护的特别立法是长远之计。纵观全球，很多国家都有这方面的特别立法，大概有以下几种模式：（1）在民

〔45〕 See Gauri Prabhakar, *To Gene or Not to Gene: Genetic Privacy Implications in the Age of Big Data*, 8 Public Interest Law Journal of New Zealand 60 (2021).

〔46〕 参见前引〔39〕，Reinaldo Franqui Machin 文。

法典中加入个人基因信息保护特别条款。采取这种模式的典型国家是法国，在 1994 年和 2004 年的修订中，《法国民法典》加入了大量关于基因权保护的条文。^{〔47〕}（2）在个人信息保护一般法中将基因信息作为敏感个人信息加以特别保护。欧盟《通用数据保护条例》就采取了这种模式，许多欧洲国家都采此模式。（3）制定专门的基因信息保护法。例如，美国就出台了《基因信息反歧视法》。（4）针对特定场景的特别立法。例如，德国针对基因检测制定了专门的《人体基因检测法》。以上模式按照立法特别化的程度是逐步深入的。相比之下，我国个人基因信息特别保护立法则十分滞后，无论《民法典》还是《个人信息保护法》都没有任何条文提及基因信息的概念，更别提专门的基因信息保护法。鉴于个人基因信息的极端重要性和特殊性，特别立法具有充分的正当性，应被适时纳入立法规划。^{〔48〕} 基因信息特别立法应当以场景化为重要的规范进路，消费性基因检测作为一个有广泛实践基础的特殊场景应当得到重点关注。进而，在未来时机成熟时还可考虑制定专门的消费性基因检测特别法。

Abstract: The thriving business of direct-to-consumer genetic testing has given rise to a large amount of personal genetic information processing, and those genetic testing institutions have become special big data companies. Genetic information is highly sensitive personal information, and the commercialization of genetic testing poses serious challenges to the legal protection of personal genetic information. The quality of personal information processing in DTC genetic testing is worrying, and the testing reports are not so scientific and useful. This should be addressed by improving relevant scientific standards for genetic information processing. Due to the inherent potential of genetic information to identify a person, the legitimacy of anonymization as the basis for processing genetic information is questionable. The standard for anonymization of genetic information should be strict in some degree, and dynamic risk assessment obligations should be imposed on information processors such as testing companies. In response to the problem of invalid consent in genetic information processing, specific consent should be adopted, and consent terms should not be simply mixed in privacy policies or service agreements. Testing companies should not only inform consumers that they may share genetic information with third parties, but should truthfully inform consumers that they may profit by sharing genetic information with third parties.

Key Words: direct-to-consumer genetic testing, genetic information, standardization, anonymization, specific consent

（责任编辑：武 腾 赵建蕊）

〔47〕 参见王康：《基因权的私法规范》，中国法制出版社 2014 年版，第 180—181 页。

〔48〕 参见郭少飞：《论个人信息法律体系下的基因信息保护》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期。

相当因果关系的现代变迁与本土抉择

王 磊*

内容提要：划定损害赔偿范围的法技术工具通常被认为是相当因果关系，相当因果关系缘起于完全赔偿原则对因果关系的采用，解释论上为弥补事实因果关系的不足发展出相当因果关系。相当因果关系以“一般地提高了损害发生的客观可能性”作为理论构成，随着社会经济的飞速发展，本源意义的相当因果关系已无法有效规范损害赔偿的范围，为达致法结论的妥当性，基于盖然性立场的相当因果关系开始转向法评价立场的相当因果关系。同时，规范目的说抛弃了相当因果关系的思考方法转而直接对损害赔偿范围实施规范性的评价工作。从相当因果关系的“输出国”来看，法评价立场的相当因果关系得到了压倒性的支持，相当因果关系的性质已经发生潜在的变迁，并受到其他理论构成的强烈冲击。从我国本土资源来看，立法上形成了以合理性为中心法律构成，司法上亦倾向于有别于因果关系的主观路径。基于此，损害赔偿范围的认定应摒弃相当因果关系的法技术，在区分归因与归责的基础上寻求规范性的理论构成，从而更具优越性。

关键词：相当因果关系 损害赔偿 规范目的 合理性 有责性

• 621 •

一、问题的提起

侵权法的外在体系存在责任成立法与责任后果法两大支柱，我国既往立法多关注责任成立法而忽视责任后果法，导致责任后果的规范群并未趋于体系化，颇为重要的原因即损害赔偿法的残缺。^{〔1〕}《民法典·侵权责任编》将损害赔偿独立为一章，无疑显示出对责任后果法的重视。然而，损害赔偿的规范群仍非完善，侵权损害赔偿的规范技术尚未得到明确回答，此点在《民法典》编

* 王磊，贵州大学法学院副教授。

本文为国家社科基金项目“侵权损害的限制赔偿原理及规范技术研究”（21CFX036）的阶段性成果。

〔1〕 参见张新宝：《民法分则侵权责任编立法研究》，载《中国法学》2017年第3期；徐银波：《侵权损害赔偿论》，中国法制出版社2014年版，第3-5页。

纂过程中已被部分学者所论及。^{〔2〕}就损害赔偿范围的划定而言，目前大致存在两种不同的进路：一者着眼于损害的预见可能性，将有责性作为法技术；一者着眼于损害发生的通常进程，将损害发生的盖然性作为法技术。前者多见于英美法系，后者多由大陆法系所采纳，以德日侵权法为代表，即相当因果关系的法技术。从继受角度观之，中国近代侵权法从早期对日本法的借鉴过渡到对欧西侵权法的继受，带有强烈的德日色彩，以至在讨论相关论题时多以德日侵权理论作为分析工具，^{〔3〕}相当因果关系亦非例外。在我国，相当因果关系的法律技术为相当部分学者所赞成。^{〔4〕}以此，鉴于《民法典·侵权责任编》未对损害赔偿范围的确定给出明确的法技术，相当因果关系也被学者所支持，那么我国是否应该援用相当因果关系作为确定损害赔偿范围的法技术，也就成为尚需回答的问题。

二、相当因果关系的现代变迁

相当因果关系属于典型的继受产物，我国是否要援用该法技术，实质上也是应否维持此种法律继受的问题。对于该问题的回答，首先应予以明确的是相当因果关系在其“输出国”的进展，只有该法技术在其“输出国”得到良好的实施，方存在进一步讨论的基础，倘若该法技术在其“输出国”已然走向衰弱，则几无继受之必要。

（一）相当因果关系的缘起及构成

相当因果关系缘起于德国法对因果关系法技术的采纳，因果关系则主要来自损害赔偿法的讨论。就损害赔偿法的规范模式而言，19世纪早期存在完全赔偿原则与限制赔偿主义的不同路径，耶林（Jhering）等学者主张从行为人的角度出发，将行为人的有责性作为判定损害赔偿范围的基准，^{〔5〕}蒙森（Mommson）则主张从受害人遭受的损害出发，将因果关系与差额说作为法技术手段，从而将作为责任基础事实的有责性隔绝于损害赔偿范围的划定，防止损害赔偿责任的“刑罚化”。^{〔6〕}其后，温德沙伊德（Windscheid）也继承了蒙森的学说，选择以客观的进路构筑损害赔偿法。^{〔7〕}在《德国民法典》第249条中采纳了以因果关系为基础的完全赔偿原则，损害赔偿法确立起“完全赔偿原则=因果关系=差额说”的基本构造图式。^{〔8〕}

一般言之，从自然科学、哲学意义来看，因果关系是原因与结果之间独立于意识的“引起”

〔2〕 参见杨立新：《民法分则侵权责任编修订的主要问题及对策》，载《现代法学》2017年第1期；程啸：《论未来我国民法典中损害赔偿法的体系建构与完善》，载《法律科学》2015年第5期；王竹：《〈民法典·侵权责任编〉编纂背景与结构调整》，载《国家检察官学院学报》2017年第4期；张平华：《民法典侵权责任编应处理好的三对关系》，载《财经法学》2018年第6期。

〔3〕 参见蔡晓荣：《中国近代侵权行为法学的理论谱系：知识立场的回顾与梳理》，载《法制与社会发展》2013年第1期。

〔4〕 参见王利明：《侵权责任法研究》（上），中国人民大学出版2010年版，第378-386页；杨立新：《侵权损害赔偿》，法律出版社2010年版，第100-101页。

〔5〕 Vgl. Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, S. 55; Thibaut, System des Pandekten-Rechts. Bd I, 1905, S. 201f. 关于德国损害赔偿法的论述，主要参见梶见由美子「ドイツにおける損害概念の歴史的展開：ドイツ民法典成立前史」金沢法学38卷1号（1996年）。

〔6〕 Vgl. Mommsen, Zur lehre von dem Interesse, 1855, S. 165ff.

〔7〕 Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., Band II, 1882, S. 38f.

〔8〕 中井英雄「民事救济法理の展开」（有斐阁，1981年）197頁参照。

与“被引起”关系。然而,从责任法来看,问题的重点在于结果的发生应归属于谁,谁才是结果发生的法律原因。对此存在两个方面的诘问:首先,如果将这里的“因果关系”解读为一种完全客观的“引起”与“被引起”的关系,那么因果关系就将沦落为一种没有前者就没有后者的机械判断,无限连续的特点使结果的原因随意扩张,进而导出债务人“坚持一切皆须赔偿,这似乎太过分”〔9〕。其次,无论何种结果事实,考虑原因时都无法离开视角的选择,因为事件观察者的目的、立场各异,这仍关乎观察者的价值判断。以此,如何阐释损害赔偿法的因果关系就成为德国民法学的重要任务。

事实层面的因果关系导致责任无限扩张,对于债务人来说过于严苛,该法技术手段势必导向无法实现的损害赔偿法。为了解决该问题,德国学者指出,立法者采用该法技术手段并非做通常意义的理解,立法者对于原因的理解应该存在特殊的意蕴,损害赔偿法中的因果关系并非一般意义上的因果关系,这里特殊意义上的因果关系总与法的目的相伴,从而被理解为特殊的、法的因果关系。按照这样的脉络,一方面损害赔偿范围根据“因果关系”予以确定的完全赔偿法理得以维持,另一方面通过“法的因果关系”的限制性解读,损害赔偿范围也不会无限扩张。通说认为“法的因果关系”即相当因果关系,虽然同属因果关系理论,但其在因果关系之上增加了“相当性”的限制,通过“相当性”的限定一来不会对法律条文形成过度的背离,二来也为损害赔偿的确定增加了妥当的控制路径。按照德国法的理论框架,与加害行为存在相当因果关系的所有损害都应成为赔偿对象。

就具体构造而言,克里斯(von Kries)将数学理论与社会学理论上的盖然性引入法的视角,认为特定案件中的特定概率是以相对频率做出的表达,盖然性或概率虽然是客观的,但却是相对于那些为了比较而被选择的事件类型以及对于这种类型的描述而言的,相对频率的描述是事物类型之间更为基础性关系的表征。〔10〕在此基础上,某个行为作为损害的原因需要达到如下条件:该行为必须是损害发生的必要条件;该行为客观上极大地增加了损害发生的盖然性;在没有介入其他异常偶然因素的情况下损害的发生符合“事件的正常过程”。相当因果关系即以“一般地提高了损害发生的客观可能性”为核心构建判断程式,其不以直接为必要,间接的原因关系也可以达到充分的程度,同时也不以行为人对损害的预见或者应当预见为必要。〔11〕由此,相当因果关系秉承的是一种盖然性控制模式,判断的关键在于“统计学上”的现实可能性,盖然性的把控抑制了简单适用必要条件公式带来的严重错误。〔12〕某一损害是否应该归责于加害行为,其判断模式在于该类加害行为导致该类损害发生的概率大小,只要加害行为一般地、通常地提高了损害发生的可能性,相当因果关系即告成立,赔偿范围的判断也就转换为盖然性高低的判断。

(二) 相当因果关系的“变异”

《德国民法典》颁布初期,由于社会结构并不复杂,社会交往风险多集中在故意侵权领域,

〔9〕〔德〕多伊奇、阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第25页。

〔10〕参见〔美〕H. L. A 哈特、托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》,张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版,第423-425页。

〔11〕Vgl. Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II, 1954, S. 15.

〔12〕参见〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2001年版,第563、565页。

相当因果关系法技术的应用尚可承载损害赔偿的判定，其被司法实践所接受并发展成为通说。然而，到了战后时期，德国社会环境相比战前日益复杂多变，“一般地增加了损害发生的可能性”的构造由于缺少规范评价的性格使其与现实社会脱节，“最佳观察者”的判断基准也使大多数损害难以排除于归责之外，^{〔13〕}被认为招致了难以忍受的宽泛归责范围^{〔14〕}。在特殊体质、介入第三人行为、受害人自杀等场合，行为人是否应对损害负责并非客观盖然性所能解决，而需诉诸规范性评价，盖然性的构造无法有效规范责任范围的划定。换言之，侵权损害的赔偿绝非盖然性高低的问题，相当因果关系试图简单以结果发生的盖然性掩盖法律判断的规范评价特性，注定要面临判定模式的改造。

面对相当因果关系的不足，德国司法实践为了判决结论的妥当性开始不顾本来的理论构成，转而以判决的可接受性为目标灵活运用相当因果关系。例如，面对被害人特殊体质的损害赔偿，有判例认为即使发生损害的概率比1:100000更小，因果关系的相当性也被认可，这实际上已经背离相当因果关系“通常性”或“一般性”的盖然性命题，因为通常人不会考虑到这种程度的稀有结果。^{〔15〕}与此相对，部分案件中即使加害行为一般地增加了损害可能性，处理结论也与盖然性推论明显不同，典型的比如律师费用的赔偿问题，显然律师费用与加害行为是存在相当因果关系的，但有时却因律师费用不处于规范保护范围而被拒绝赔偿。^{〔16〕}可见，相当因果关系本来的理论构成在结论的妥当性面前并未得到有效的遵循，相当因果关系的判断实质上取向于衡平的需要，从而屈服于责任范围的妥当性评价。相当因果关系作为归责的法技术已不再是盖然性的证明问题，而系裁判官的法评价，损害赔偿更多的是通过评价来实现归责判定，^{〔17〕}在此种取向于实质妥当性的规范判断下，相当因果关系的先天性构造缺陷充分显露，其要么就做出自我调整以应对复杂的社会实践，要么就被其他法技术所取代。

实际上，战后期间联邦法院已倾向于以“公正性”或“对形势的控制”等理由来修正相当因果关系，鉴于相当因果关系内涵的实质变更，以前被称为“相当原因”的理论用语新近更多地被称为“相当性”理论。^{〔18〕}晚近的德国司法实务进一步认为相当因果关系是实现法律政策或获得公平结论的工具，其判断程式并非因果律问题，而系为了导出符合“社会正当性”的结论对行为人课以责任的法律政策工具而已。^{〔19〕}据此，相当因果关系业已背离其本源意义，现今相当性的判断更倾向于用“目的论”置换本来的、事实的相当因果关系，“相当性”的判断成为“掩饰实际的判决理由的技能”，或者“掩藏具有整体概念的法的政策”。现代因果关系理论虽在形式上还维持着“相当性”的判断，但实质的关注点已经有所变更，与传统因果关系理论旨趣大不相同。^{〔20〕}潮见佳男教授指出，德国法上相当因果关系的判断存在两种立场：其一是从该当行为引

〔13〕 Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 2008, Rn. 641.

〔14〕 Vgl. Medicus, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1993, S. 270f.

〔15〕 Vgl. Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., 2009, Rn. 59.

〔16〕 Vgl. BGH 1958, 4, 22; BGHZ 27, 137.

〔17〕 Vgl. Kötz, Deliktsrecht, 7. Aufl., 1996, S. 62.

〔18〕 参见前引〔10〕H. L. A 哈特、托尼·奥诺尔书，第429-430页。

〔19〕 参见陈聪富：《因果关系与损害赔偿》，北京大学出版社2006年版，第12-13页。

〔20〕 参见童德华：《规范刑法原理》，中国人民公安大学出版社2005年版，第152-153页。

起损害结果是否存在“异常性”出发，相当性是以经验知识为基础判断结果发生的通常性；其二是从损害赔偿规范目的出发进行“法的”相当性判断。^{〔21〕}在《德国民法典》颁布初期，相当因果关系尚可以说是基于前一立场，但当下的相当因果关系则是立足于“法的”相当性立场。^{〔22〕}

同样，相当因果关系的此种内在变迁在日本法中亦得以窥见。《日本民法典》缺乏规范损害赔偿范围的明确规定，侵权损害赔偿的划定有赖于解释论的努力。鉴于德国民法学对日本民法学的强烈影响，德国法的理论学说被广泛用以解释日本民法，相当因果关系也被日本民法学说所继承。但是，关于相当因果关系的判断，日本法上少有诉诸盖然性的概率判断，为了妥当导出损害赔偿的范围，相当因果关系的判断被融入了多元的规范因素。铃木禄弥教授指出：“损害赔偿的范围问题，对加害人来说是在有责行为产生的诸种损害中应该对哪一部分负担赔偿责任的问题，对于受害人来说是在遭受的损害中应转嫁哪一部分损害的问题。通说虽然通过预见可能性、相当因果关系来处理，但最终来看，各个事案所生损害的总额中哪一部分由受害人自己负担、哪一部分向加害人转嫁，都归结于一种实现衡平的政策问题。”^{〔23〕}也就是说，真正发挥作用的并非相当因果关系本身的理论构造，而系基于实质公平的归责需要，相当因果关系的判断是以衡平为导向的。与此观点类似，实务上大隅一朗法官亦指出相当因果关系的判断“从公平的角度来看对于被认定为加害者应该赔偿的损害，将特别情形导致的损害拟制为通常产生的损害或者将没有预见或没有预见可能性的拟制为预见可能，不如说在侵权行为场合根据各场合的具体情形探求实际的损害，对照损害赔偿制度的基本理念的公平观念令加害者承担相当的损害”^{〔24〕}。这里基于概率论的盖然性判断早已面目全非，相当因果关系更多的只是归责判断的载体而已，加藤雅信教授指出归责判断就是相当因果关系的一部分，但这里相当因果关系应该转换为“相当·因果关系”的规范构造，归责判断由事实因果关系与归责的相当性构成，归责的相当性判断具有多样化的机能，以实现损害赔偿的妥当判定。^{〔25〕}以此，日本法上相当因果关系的着眼点最终也指向于法政策的导向，从而被称为“相当”因果关系，一定程度上其仅是惯用的名称而已，至于相当因果关系原有的理论构成，已非关注的重点。^{〔26〕}平井宜雄教授在批判相当因果关系时就指出损害赔偿范围的确定作为责任限定的一个环节囊括了政策性的价值判断，其并非因果关系存在与否的问题，使用相当因果关系徒增理论混乱，建议用“保护范围”代替相当因果关系。^{〔27〕}可见，不但德国法上相当因果关系从盖然性立场逐渐过渡到法评价立场，日本法上相当因果关系的法评价立场也得到压倒性的支持，^{〔28〕}除了明确建议以其他理论来取代相当因果关系的观点之外，所谓的相当因果关系实则“以‘相当性’之实，行‘因果关系’之名而已，站在盖然性立场的相当因果关系几乎被全然摒弃。

• 625 •

〔21〕 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（信山社，2009年）352-353頁参照。

〔22〕 北川善太郎「損害賠償論序説——契約責任における（1）」法学論叢73卷1号（1963年）参照。

〔23〕 鈴木禄弥『債權法講義』（創文社，1995年）87頁。

〔24〕 〔日〕圆谷峻：《判例形成的日本新侵权行为法》，赵莉译，法律出版社2008年版，第182页。

〔25〕 加藤雅信『事務管理・不当得利・不法行為』（有斐閣，2005年）235-244頁参照。

〔26〕 参见前引〔23〕，鈴木禄弥书，第35页。

〔27〕 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会，1971年）139頁参照。

〔28〕 参见前引〔21〕，潮見佳男书，第353页。

（三）相当因果关系的“没落”

本源意义上的相当因果关系以概率论为依托，虽解决了因果关系无限连续的弊端，但面对社会现实的变迁也显现出自身的“贫困”。为了实现赔偿负担的正当化，相当因果关系在其内部进行了一定的“调整”，但此种仅从因果关系内部寻求解决之道的路径是否就是问题的终点，并非全无疑问。拉伦茨（Larenz）即指出在相当性的标准之外应该还并存着其他基准，从而更合理地限制赔偿义务人的归责范围。^{〔29〕}所以，理论上还倾向不再拘束于因果关系的视角，进一步从因果关系的外部寻求解决之道，呈现出一种与相当因果关系相异的思维方式。

拉贝尔（Rabel）指出，相当因果关系调整赔偿范围的困境实则源于与债务射程的割裂，只有结合责任基础才可能有效限定损害赔偿的范围，债务人只对契约所保护的债权人利益负赔偿责任，损害赔偿的范围应归结于责任基础的解释。^{〔30〕}同样，侵权领域这样的思考方法也可以适用于《德国民法典》第 823 条第 2 款的规定，且第 823 条第 2 款的思考方法也不限于违反保护法规的场合，可进一步扩展至第 823 条第 1 款的适用。克默雷尔（Caemmerer）认为相当因果关系对于责任的限制可能取得了一定的成功，但因技巧过于抽象，大体上并没有实现责任的限制机能，应当予以抛弃。德国判例学说中处于支配地位的相当因果关系说并非责任划定的全部，其不过是“限定责任”的多种途径之一，法学上并没有设立“特别的因果关系概念”的必要。作为解决路径，重要的是赔偿责任基础的规范目的与保护范围，责任的界限应通过具体规范的意义与保护目的来决定，而不是一般的因果公式，至于什么是保护目的，则归结于具体法规的解释。^{〔31〕}与克默雷尔的观点类似，耶塞克也指出因果关系只是提供了责任限定的外部框架，并非问题的终点，责任范围的划定必须结合“特殊的规范标准”，这里“特殊的规范标准”不是相当性判断，而是规范保护目的判断。责任的界限问题应该结合责任的规范意义来解决，而不是诉诸不准确的盖然性判断。^{〔32〕}可见，该等观点均抛弃了相关因果关系的思考模式，转而以规范目的作为考察的重点，在规范目的的视角下，损害赔偿范围关涉的是该当规范的目的或适用范围，责任限制的问题应深入至该当规范的含义内部加以观察与判定，而非一般的因果关系程式。

总的来说，相当因果关系到规范目的说的转向源于确定责任范围思维方式的变迁，基于盖然性立场的相当因果关系在性质上仍归结于因果关系问题，并没有赋予任何规范性的评价，无法用以判定损害是否属于加害行为的“作品”。规范目的说跳出因果关系的束缚，直接从法的规范性评价中寻求答案，强调“规范不能并且也不应提供对损害事件的一般性保护；相反，总是涉及的是对特定的法益侵害与损害的保护。哪些法益侵害与损害被保护目的所包括，必须通过解释具体规范来确定”，“所涉及的规范是否是保护人们免遭所发生的法益侵害或损害合适、必要与合理的手段的问题可以作为控制所考虑的内容”^{〔33〕}。

〔29〕 Vgl. Larenz, Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, FS für Richard M. Honig, 1970, S. 8.

〔30〕 Vgl. Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd I, 1957, S. 452f.

〔31〕 Vgl. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956, S. 11.

〔32〕 参见李波：《规范保护目的理论》，载《中国刑事法杂志》2015 年第 1 期。

〔33〕 〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 326 页。

三、相当因果关系的机理缺陷与应对

（一）相当因果关系的困境分析

如前文所述，相当因果关系之起源在于对因果关系这一法技术工具的解释，其在“引起”与“被引起”的因果联系之间提出盖然性限制，即依据“生活经验法则”以数学的概率原理来判断某一行为是否一般地提高了损害可能性，但是，相当因果关系的出发点仅在于解决因果关系的弊端，并未将问题点进一步延伸至规范判断的妥当性之上。从此种本源的意蕴来看，“相当性”之实质在于“引起”与“被引起”的盖然性判断，秉承了因果关系“存在论”的特质。然而，现代社会侵权形态的多发性与复杂性使得损害的归责并非盖然性判断所能承受，个案中并非总能通过经验上的可能性判断来解决结果的归属问题，基于盖然性立场的相当因果关系虽可从行为时出发进行相当性判断，但对行为后因果关系的具体流变过程则无能为力。基于此，相当因果关系不但在民法学领域显得捉襟见肘，纵使在刑法学领域亦引发了“相当因果关系说的危机”。〔34〕

面对此种困境，解决之道无非有二：其一是在相当因果关系内部实现自我调整；其二是抛弃相当因果关系，在因果关系外部寻找其他规范构成。就前者而言，倘若继续在相当因果关系的内部寻求解决之道，就需要相当因果关系做出自我调整，从盖然性的相当因果关系转向法评价的相当因果关系。详言之，本源意义上的相当因果关系以盖然性为基础进行理论构造，其“存在论”的性格特征与现代社会对于规范评价的强烈需求相脱节，无法应对个案的复杂性。如果仅仅为了满足理论上的逻辑性或完满性而舍弃结论的妥当性，显然不足为采，相当因果关系不得不在“相当性”的外壳下经历潜在的变迁。可见，相当因果关系的症结点在于，传统因果关系理论从自然科学出发，即使在条件说上增加了“相当性”的限定，也是以盖然性为基础未溢出“存在论”的范畴，但损害赔偿范围的划定欲解决的却是损害结果的归属问题，根本无法离开规范性的评价。针对此一矛盾，如果不寻求新的规范路径，就只能将这种规范性评价变相地以“相当性”判断予以实现，从而出现以客观盖然性为基础的相当因果关系去融合主观规范评价的现象，相当因果关系产生了“变异”。相当因果关系的判断也就不再按照其本来的理论构成予以实施，而是用“目的论”置换本来的、事实的相当因果关系，“相当性”的判断实质上演化为超出其理论构成的法政策判断，与本源意义的理论旨趣大为不同。

纵观相当因果关系的现代变迁，基本上是从盖然性立场转向法评价立场，相当因果关系只是导出结论的“说辞”而已，真正决定损害赔偿范围的是裁判官基于公正或衡平的法评价，相当性判断实质上是一种妥当性判断，理论上则异化为一种囊括了规范评价的综合体。当然，若继续以此种“变异了的”相当因果关系作为损害赔偿范围的评价基准，一定程度上也可以实现法结论的妥当性。但是，若从因果关系理论的使命出发，归责并不是其应然目的，即使在因果关系之上增加“盖然性”的限定，也无法有效实现归责机能，若强行通过相当因果关系去实现此任务，结果就导致裁判官事先得出“归责”的结论，再用相当因果关系去说明结论的正当性，将相当因果关系作为一种形

〔34〕 福永俊輔「因果関係の認定」法学論集 47 卷 1 号（2014 年）参照。

式上的“借口”，此时的相当因果关系仅仅得到形式上的维持，事实上却只是一个外在的空壳而已。

（二）归因与归责的分离

面对相当因果关系的困境，既有法实践呈现出不再从因果关系内部去解决问题的倾向，转而构筑更具规范评价功能的法技术，即从法的评价出发，严格地区分事实判断与规范判断，从因果关系的外在视角而非内在视角去确定赔偿范围的边界，强调划定损害赔偿范围与因果关系的独立。此种倾向在刑法学领域亦可明见，在相当因果关系转向客观归属论的进程中，如果严格审视因果关系与规范归责的构造，因果理论仅仅是归责的基础，“相当性”是在因果关系之上实施的进一步归责判断。为了避免相当因果关系以因果之名行归责之实的方法论误区，使掩藏在“相当性”中的规范性评价回归到“归责”的正确轨道上来，作为补足或者替代相当因果关系论的客观归属论应运而生，其严格区分事实判断与规范判断，推动归因判断与归责判断的独立化。^{〔35〕} 以此，因果联系与责任归结应处于两个位阶，相对于归责的规范性判断，因果关系仅仅旨在确定结果归属的外部边界，也就是解决原因是否存在的问题；相当因果关系通过概率限定在因果关系的基础上只是相对缩小结果归属的边界而已。即使通过相当因果关系确定了界限范围，对归责的论题而言也只不过是结果归属的起点，它为结果归责奠定了生活经验的基础，但并不是责任归属本身。与此相似，英美法上虽然没有相当因果关系的理论学说，但事实因果关系和法律因果关系的区分与相当性理论具有类似的理论构造。近代社会工业化进程中，英美法为了限定过分宽泛的责任，在事实因果关系之上增加“近因”的限制，顺理成章地导出了法律因果关系。法律因果关系与相当因果关系既存在类似性，也存在差异性。相当因果关系是大陆法系的概念，其在相当因果关系的内部通过对“相当性”内涵的变更融入归责的判断，总体来说是在相当因果关系的单一概念下实现归因到归责的潜在变迁。法律上因果关系是英美法系的概念，其是通过从事实因果关系向法律因果关系的分化实现归因到归责的区别，事实因果关系发挥归因的功能，法律因果关系发挥归责的功能，并未将归因与归责一体化掩藏于单一概念之下，此为法律因果关系与相当因果关系处理归因、归责问题的技术性差异。然而，纵使法律因果关系实现了从事实因果关系的分化，但也并非重在强调“因果关系”的问题，其重点是在描述因果关系之上的“近因”，也就是规范评价问题，正是因为事实因果关系之上增加了“近因”的规范评价，事实因果关系与法律因果关系的二分格局才得以形成。从这个角度来看，所谓法律上的因果关系，同样是借由因果关系的名头从事规范评价的任务，也会遭受类似于相当因果关系的批判。正是基于此，赔偿范围领域内“法律上因果关系”的概念也开始受到越来越多的批判，《欧洲侵权法原则》（Principles of European Tort Law，简称“PETL”）第3：201条开始用“责任范围”（scope of liability）这一术语来表述赔偿范围的概念，与此类似，美国《侵权法重述（三）》亦采纳了这一术语。我国有学者认为这一术语并非否认了“法律上因果关系”所指涉的内容，而只是说明责任范围领域所涉及的内容并非“法律上因果关系”所涵盖，“责任范围”这一表述越过了因果关系理论的迷雾，直指问题的核心。^{〔36〕}

〔35〕 关于相当因果关系在刑法学与民法学中的对比性审视，参见王磊：《侵权法中相当因果关系的再定位》，载《南京大学法律评论》2019年秋季卷。

〔36〕 参见刘海安：《法律上因果关系的反思与重构》，载《华东政法大学学报》2010年第4期。

实际上,责任范围的确定是由多元的规范要素所决定,而非诉诸某一个形式的概念,最近PETL就指出责任范围应受到被侵害法益之价值、明确性、风险程度、规范保护目的等因素影响,即通过不同法律原理的协调作用来正当化法律效果,从而实现损害赔偿法的再构筑(PETL第2:102条、第3:201条)。^{〔37〕} 责任范围的确定依赖于多重要素的综合评价,理论构成亦应该是多元化的,采取哪一个概念证成结论,究其本质而言并没有实质性的差异,一定程度上只是语言上的差异而已,其共同目标在于通过妥当的理论构成实现结论的正当化,最终达致权益保障与行为自由的平衡。因果关系理论作为判断“引起”与“被引起”的理论,仅仅可以在自然意义上限定责任的边界而已,希冀其去实现更多的评价功能,显然难以实现。如果强行将法的规范性评价纳入因果关系理论,使其承载本源意义之外的其他功能,那么其就不再是本源意义上的因果理论,只是在称呼上仍当作“因果理论”而已,掩盖了思考问题的实质。以此,相当因果关系的法评价仅是凭借相当因果关系的概念假象实现结论的推导,真正的考量因素并未得到外显,法律判断被屏蔽于相当因果关系的表象之下,不利于厘清隐藏于其下的规范性要素。

基于此,何不如还原因果关系理论的真实面目,将其归位于归因判断的事实考察,在判断责任范围时则直面问题的本质,抛弃相当因果关系的假象问题,从规范性评价的角度直接对可赔偿损害的范围进行考察。因为这种蕴含了多元法律评价的判断机制并非客观的概率判断所能囊括,“相当性”概念没有办法承载权益保障与行为自由的平衡功能,若强行通过相当因果关系予以说明,势必会忽视法律评价的实质过程,在法律论证上也就只能通过“相当性”概念的形式倒推来证成结论的妥当性。反之,若剔除相当因果关系的名义性理由,转而明确区分“归因”与“归责”,在“归责”过程中去关注责任范围领域内的实质规范评价,不仅能为新的理论构成提供广阔的空间,防止形式性束缚对其他理论构成的压缩,而且能向第三人明示此过程中的评价性因素,展示其中的规范评价过程,为结论的论证提供明确的架构,实现价值判断与法律论证的结合,方法论上更具优越性。

• 629 •

四、相当因果关系本土品格的缺失

相当因果关系显非划定损害赔偿范围的妥当技术,此种倾向不仅在其“输出国”中业已显现,从内在运行机理来看亦可成立。我国在《民法典·侵权责任编》的解释论上若对“输出国”的此等变迁视而不见,一味从法律继受的角度将相当因果关系视为划定损害赔偿范围的绝对教义,势必故步自封。当然,除了相当因果关系的现代演进与运行机理之外,更为重要的是,中国法视野下相当因果关系缺乏本土品格。

(一) 有责性因素的实践证成

损害赔偿范围的法技术手段一般存在有责性与因果关系两条进路,相当因果关系作为因果关系的一个“变种”,应属于因果关系的法技术衍生。然而,从我国既有司法实践观之,损害赔偿的认定并未完全遵循因果关系的技术进路,反而更重视有责性的规范机能。

〔37〕 关于PETL中责任范围的限定路径,参见欧洲侵权法小组编著:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第97页以下。

首先，我国司法实践中并未完全排斥相当因果关系的法技术，部分案例中相当因果关系亦被援引作为损害赔偿范围的判断机制。然而，就相当因果关系的认定而言，我国司法实践也非完全以损害可能性为基准，相当部分案例对于相当因果关系的认定同时还带有有责性的考察。两者的此种密切联系大致可以描述为两种形态：其一是合二为一的交融关系；其二是相互证成关系。就前者而言，两者的判定趋于一体化，比如有观点认为加害人怠于巡查和清障的不作为，与事故的发生有相当因果关系。^{〔38〕}其中，加害人怠于履行巡查清障的不作为无疑存在过失，但仅以加害人存在过失即导向相当因果关系的成立，似乎将过失与相当因果关系的判断合二为一，而且关注的重点在于过失，而非损害发生的盖然性。同时，法院亦以未尽适当性义务或者以损害无法被预见为由否认相当因果关系的存在。^{〔39〕}部分案例将相当因果关系作为过错成立与否的判断基准，比如有法院认为加害行为与受害人的死亡是否存在比较紧密的关联程度而具有相当因果关系，是判断加害人有无过错的关键。^{〔40〕}以此，我国司法实践中部分论点将相当因果关系与有责性进行一体化的对待，其中一者的存在往往是判断另一者满足与否的条件，形成一种紧密的交融关系。就后者而言，部分司法判例在判断损害赔偿时除了援引相当因果关系之外还会将有责性作为论证手段，认为“侵权行为应承担侵权责任范围根据相当因果关系说并结合合理预见理论来确定”，当损害处于相当因果关系与可预见性的规范范围时才予以赔偿。^{〔41〕}由此可见，我国司法实践中相当因果关系虽然得到了一定的应用，但其判断机制远未遵循本来的理论构成，而是与有责性相互交融，在形式上貌似采用了因果关系的判断路径，实质上却融合了有责性的考量。

• 630 •

其次，相当部分判例更是拒绝相当因果关系作为侵权损害赔偿的证成技术，径行选择有责性的规范手段，此点在我国司法实践中尤为明显。比如，最高人民法院在认定财产保全损害赔偿时指出保全申请人承担赔偿责任的范围应与其过错相适应，将主观过错程度作为认定损害赔偿的重要因素。^{〔42〕}此种观点于最高人民法院的公报案例中亦常被论及，法院认定责任范围时均明确指出行为人过错程度的规范作用，并据此实施责任的分配。^{〔43〕}此外，将行为人过错程度作为认定损害赔偿的要素也被相当部分司法判例所明认，^{〔44〕}有法官更是指出应将违约责任中的可预见性规则引入侵权损害赔偿，在损害赔偿法中实施统一的可预见性技术^{〔45〕}。所以，主观有责性在我国损害赔偿实践中已体现出重要的规范机能，当然，有责性的规范作用不仅在司法实践中得

〔38〕 参见“丁启章诉江苏京沪高速公路有限公司等人身损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2016年第10期。

〔39〕 参见最高人民法院（2013）民申字第1296号民事裁定书；南京市中级人民法院（2017）苏01民终字第10111号民事判决书。

〔40〕 参见南宁市中级人民法院（2012）南市民一终字第464号民事判决书。

〔41〕 参见青岛市中级人民法院（2019）鲁02民终字第10785号民事判决书。

〔42〕 参见最高人民法院（2017）最高法民申字第417号民事裁定书。

〔43〕 参见“谢某某诉上海动物园饲养动物致人损害纠纷案”，载《最高人民法院公报》2013年第8期；“宇斐诉沈丘县汽车运输有限公司、中国人民财产保险股份有限公司周口市分公司、中国人民财产保险股份有限公司沈丘支公司道路交通事故损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2010年第11期。

〔44〕 参见最高人民法院（2012）最高法民二终字第88号民事判决书；海南省高级人民法院（2019）琼民再字第62号民事判决书；南京市中级人民法院（2016）苏01民终字第1563号民事判决书；南京市中级人民法院（2017）苏01民终字第10111号民事判决书。

〔45〕 参见潘玮璘：《构建损害赔偿法中统一的可预见性规则》，载《法学家》2017年第4期。

以发现,我国部分规范文件亦已明认,如《道路交通安全法实施条例》第91条规定“公安机关交通管理部门应当根据交通事故当事人的行为对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度,确定当事人的责任”;《医疗事故处理条例》第49条也将“医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度”作为赔偿数额的影响因素。是故,虽然不能武断地得出主观有责性是认定损害赔偿的唯一要素,但可以明确的是,我国损害赔偿的规范路径并非纯然的因果关系进路。

(二)“合理性”标准的立法意旨

就侵权损害赔偿范围的划定而言,从我国立法史的演进来看,典型特质在于一般规范的缺失,直到《民法典·侵权责任编》仍未确立损害赔偿范围的一般规范。如此,在我国司法实践并未完全采取因果关系进路的前提下,立法上是否接纳了相当因果关系的法技术,只能从零散的具体规范中窥见其态度。

从《民法典·侵权责任编》第二章(“损害赔偿”)的规范体系来看,现行法是以侵犯人身权益与侵犯财产权益的类型划分为基础分别规定损害赔偿效果。其中,侵犯人身权益造成的财产损害范围存在明确规定(第1179条、第1181条),至于侵犯财产权益的损害赔偿,则仅存在损害的算定规范(第1184条),^[46]赔偿范围的划定并无明确条文规定,应属于法律漏洞。就侵犯人身权益造成的财产损害而言,第1179条列举了医疗费、护理费、交通费、营养费等法定赔偿项目,同时该条亦以“等”作为兜底性表述为其他损害项目的赔偿提供了可能性,而判断其他损害项目是否属于赔偿范围的标准,则指向于“合理费用”的表述,即采纳了合理性标准。第1181条亦同。事实上,自2003年《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(下文简称《人身损害赔偿司法解释》)开始我国即将合理性作为人身损害赔偿的标准,后经由《侵权责任法》再到《民法典·侵权责任编》,我国均采用合理性的表述作为人身损害赔偿的基准。比如2003年的《人身损害赔偿司法解释》第17条第3款、第19条第1款、第23条第2款,《侵权责任法》第16条、第18条等。财产损害赔偿领域亦存在同样的思维路径,虽然《侵权责任法》与《民法典·侵权责任编》中关于侵犯财产权益的损害赔偿规范存有法律漏洞,但在侵犯具体财产权益的领域,合理性标准亦得到遵循。比如《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第12条规定“因无法从事相应经营活动所产生的合理停运损失”“非经营性车辆因无法继续使用,所产生的通常替代性交通工具的合理费用”等。依此可见,按照文义表述立法者实际上已经提炼出“合理性”的法律构成,根据立法者旨意,只有“合理部分应予赔偿”。^[47]

我国侵权损害赔偿法一定程度上已经形成以“合理性”为中心的规范路径,一方面,合理性标准授予裁判官充分的自由裁量权以满足法律判断的实质性考量,就实现结论妥当性的功能而言与“相当性”理论无异,在已然具备类似本土理论的情况下似乎并无舍近求远之必要;另一方面,合理性标准抛弃了在因果关系内部寻求解决问题的考察路径,转而在因果关系的外部径直实施规范性的法律评价,旗帜鲜明地站在严格区分归因与归责的立场,方法论上亦更为优越。当

• 631 •

[46] 《民法典》第1184条在性质上属于损害算定规范,无关损害赔偿范围的评价。参见王磊:《财产损害算定的基本原理与规范内涵——〈民法典〉第1184条的解释论展开》,载《环球法律评论》2021年第5期。

[47] 从我国司法实践来看,部分司法判例也受立法旨意的影响,并未逾越规范射程,将合理性作为损害赔偿的判断标准。比如最高人民法院在判断律师费的赔偿问题时就认为律师费属于实现债权的合理支出项目,应予以赔偿。参见最高人民法院(2019)最高法民终字第109号民事判决书。

然，我国立法上虽然确立了合理性基准，但对如何判断合理与否仍未给出明确的标准，此点与相当性的抽象表述并无实质性区别。可见，无论是“相当性”标准，还是“合理性”标准，追求的都是一种抽象的理论定式，期待以抽象的定式实现侵权损害赔偿的规范，持有一种“简化论”的思维，使得规范侵权损害赔偿的法律原理被掩盖于抽象命题之下，裁判官据此进行着规范判断的“暗箱操作”，阻挡了对侵权损害赔偿形成实质性认识。不过，纵然如此，两者亦面临着同样的困境，彼此并无优劣，那么为何我国要采用存在同样弊端的相当性理论，而不维持产自我国本土的合理性标准呢？我国既有本土资源已存在与相当因果关系功能类似的理论构成，两者的现实机能并无实质性的差异，如若一味将视点聚焦于比较法的继受而忽视我国本土资源的挖掘与利用，似不可取。所以，既然相当因果关系在比较法上业已“没落”，我国也存在相当的本土资源，实无采用相当因果关系之必要。解释论上完全可将“合理性”类推为认定损害赔偿范围的一般标准，以此为基础加以系统地展开，构筑更为细化的法律构成。

（三）“合理性”标准的规范展开〔48〕

针对“合理性”标准的判断，由于立法指示并未给出任何明确的规范内涵，属于需要借由评价予以补充的规范概念，到底应如何实现合理性的判断，或许尚需结合损害赔偿法的内在体系加以评判。因为在外在体系规则尚未明确的前提下，只能从内在体系获取提示，外在体系与内在体系本来就不是截然分离的，妥当的做法应当是通过特定技术将内在价值理念表现于外，从而达成内在体系与外在体系的融贯。侵权损害赔偿法的基本问题在于行为自由与权益保障的权衡，确定损害赔偿范围既需要考虑受害权益的保障，也要顾及行为自由的维护。以此为基点，若从统合内在体系与外在体系的路径出发，“合理性”的判断也应尽可能反映权益保障与行为自由的均衡，也就是说，“合理性”的判断要为行为自由与权益保障的权衡提供可据以评价的外在体系，此种外在体系规则对内在体系的贯彻就是提取出对应于行为自由与权益保障的因子，根据该因子构筑具体的法技术。

详言之，从权益保障来看，现代社会不断扩大与变化着的权益总体上朝着“主观化”与“公共化”的方向发展，在各种复杂的权益交织之网中，不同权益满足人的需求程度是存在差异的，侵权法对不同权益的保护程度自然不尽相同。〔49〕理想的状态应当是对不同重要程度的权益实施不同的保护，若重要性程度较高的权益没有得到足够的保护，权益保障之目标就无法达致，若对重要性程度较低的权益提供不必要的保护，权益保障的界限会过度扩张，行为自由被不当压缩。〔50〕这样，作为权益保障的“指示牌”，被侵害权益的重大性一定程度上就反映出权益保障的限度，若将此种判定机制予以要件化，就为权益保障机能提供了“被侵害权益重大性”的评价因子。从行为自由来看，侵权法维护行为自由的机能主要通过有责性实现，也就是过错，过错程度高的情况下行为自由应该受到更多的限制，过错程度低的情况下行为自由应该受到更少的限制，有责性的高低一定程度上就指向行为自由的保护限度，这也是为何我国司法实践中采纳有责性因素的原因。从体系机能观之，由于有责性要素的融入，完全赔偿模式秉承的因果关系法技术不再

〔48〕 关于合理性标准的详细展开，具体可参见王磊：《侵权损害赔偿范围的确定机制》，载《法学》2021年第4期。

〔49〕 例如绝对权与相对权在侵权法上保护程度的区分，参见“上海普鑫投资管理咨询有限公司诉中银国际证券有限责任公司财产损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2014年第10期。

〔50〕 参见王磊：《侵权责任体系的机能转换与解释论应对》，载《私法》2022年第1期。

具有决定性意义,责任效果法也不再完全以权益保障为唯一目标,有责性的评价使被压缩的自由空间得到一定的释放,责任效果法也就具备了兼顾行为自由的机能。^[51]将有责任性因素具体到责任范围的判定也体现出更加精细化的评价机制,责任效果的评价相较于责任成立而言旨在做出“多”或“少”的“量”的回答,如果导入弹性化的有责性技术,就使责任效果的调整具备开放的性格特征,行为自由与权益保障之间也可以通过“量”的分配实现均衡。于此,与“被侵害权益重大性”旨在反映权益保障的限度相对,有责性为行为自由的评价提供了尺度,若将其转换为外在体系的规范技术,就是有责性与被侵害权益重大性的协调。

既然“合理性”的判断要契合损害赔偿法的内在体系,损害赔偿法中行为自由与权益保障的内在体系又可以借由有责性与被侵害权益重大性提供评价指标,那么合理性标准的评价机制自然可以归结为“被侵害权益重大性”与“行为人有责性”的权衡。^[52]站在行为人的角度,行为人的有责性程度越高,赔偿范围越广,反之赔偿范围则越小;站在受害人的角度,被侵犯权益越重大越应该得到赔偿,反之则越不存在赔偿的必要。更为重要的是,“利益的保护范围既取决于一个或多个既定因素,也取决于这些因素的权衡以及相互之间的联系。保护范围依赖诸等因素的整体权衡”^[53]。也就是说,有责性与被侵害权益重大性的规范作用不仅能对赔偿范围产生独立影响,更会以相互作用的方式对赔偿范围产生综合影响。所以,认定某个损害是否属于赔偿对象,其判断机制大致在于有责性与被侵害权益重大性的权衡。当行为人存在恶意、故意等样态时,有责性达到极高的程度,此时,倘若被侵害权益亦属重大,就具备可赔偿的性格。纵使被侵害权益并非重大,其“重大性”的缺失也可能因有责性要素的充足而得到弥补,仍然具备可赔偿性。典型的事例比如纯粹经济损失、景观利益等,纯粹经济损失的赔偿一般要求行为人具备故意的主观状态,景观利益的救济也需要侵害行为达到对行政法规重大程度的违反。^[54]反过来看,当被侵害的对象属于极为重大的权益时,基于权益保障的考量应更倾向于将此等权益归入赔偿范围,即使行为人的有责性程度较低,也可以因被侵害权益系属重大而得到补足。当然,倘若被侵害权益既非重大,行为人有责性程度亦属轻微,被侵害对象一般无法具备可赔偿的性格特征。按照该逻辑,就损害赔偿范围的判定而言,解释论上若抛弃相当因果关系的法技术,转而采纳更具有本土特色的“合理性”标准,那么,就“合理性”标准的规范填充而言,则可诉诸有责性与被侵害权益重大性的协调评价。

• 633 •

五、结 论

《民法典·侵权责任编》将“损害赔偿”独立为一章,但缺失损害赔偿范围的一般规范,如何

[51] 参见河南省高级人民法院(2019)豫民申字第6820号民事裁定书;甘肃省酒泉市中级人民法院(2019)甘09民终字第169号民事判决书;广东省高级人民法院(2017)粤民再字第51号民事判决书。

[52] 虽然有案例明确指出侵权损害赔偿范围的判定应结合行为自由与权益保障的权衡,但该等案例仅及于行为自由与权益保障的抽象论述,尚未提取具体的评价因子,可操作性有限。参见浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03民终字第1493号民事判决书;广西壮族自治区北海市中级人民法院(2019)桂05民终字第539号民事判决书;浙江省舟山市中级人民法院(2017)浙09民终字第370号民事判决书;江西省上高县人民法院(2018)赣0923民初字第1053号民事判决书。

[53] 前引[37],欧洲侵权法小组编著书,第64页。

[54] 因纯粹经济损失的公示性及权利界限不够明晰,界定其赔偿范围时应充分考虑是否存在专门的、特殊的法律法规,以及侵权人侵犯民事利益时的主观状态。参见最高人民法院(2019)最高法民终字第1534号民事判决书。

选择规范技术成为后民法典时代需要回答的问题。就相当因果关系能否弥补此一法律漏洞而言，我国不应一味从法律继受的角度去解决问题，在借鉴比较法成果时尚应关注既有的本土资源。从“输出国”的态势来看，相当因果关系的理论构成无法在现代社会实现损害的归责，原因在于其缺乏规范评价的特质。相当因果关系的现代运行已背离了本来的理论构成，其将实质的规范评价掩藏于相当性之下发展成为“异种”，结果导致不得不从因果关系的外部去构建理论构成，相当因果关系业已走向“没落”。从本土视域观之，我国立法表达实质已经确立起合理性标准，其虽未给出具体的判断机制，但作为固有法制的选择，在功能上与相当因果关系无异，同时我国损害赔偿实践业已形成重视行为人有责性的主观规范路径。针对于此，面对相当因果关系的抉择，可能仍需加以深入审视。事实上，既然我国已经形成合理性标准的判断进路，那么就应当立足本土实践采纳合理性标准替代相当因果关系，至于合理性标准的评价，则可根据损害赔偿法的内在体系提取出有责性与被侵害权益重大性的评价因子，赔偿范围合理与否实则取决于该两大因子的动态评价。

Abstract: The legal instrument used to delineate the extent of damages is generally considered to be adequate causation. The origin of adequate causation lies in the adoption of causality by the doctrine of full compensation and the remedy to causality's deficiency. In German law, adequate causation is constituted by the theory that "generally enhances the objective possibility of damage". In the post-war period, with the rapid development of social economy, the original adequate causation could not effectively regulate the scope of damages. In order to achieve the appropriateness of the legal conclusion, the adequate causation based on the probability position began to shift to the adequate causation based on the legal evaluation position. At the same time, normative goal theory abandons the thinking method of adequate causation and directly carries out normative evaluation on the scope of damages. The Japanese law influenced by the German civil law theory also inherited adequate causation. In terms of nature, adequate causation based on legal evaluation is overwhelmingly supported. In addition, in Japanese law, there is also a theoretical structure other than causality, which takes the mode of combining the cause of responsibility with the scope of responsibility, thus no longer following the thinking path of causality. From the perspective of "exporting country" of adequate causation, the nature of adequate causation has undergone potential changes and is strongly impacted by other theories. From the perspective of China's local resources, the legislation has formed the legal structure with rationality as the center, and the judicature tends to distinguish the subjective path from adequate causation. Therefore, the determination of the scope of damages should abandon the legal technique of adequate causation and seek normative theoretical composition on the basis of distinguishing attribution and imputation, so as to have more advantages.

Key Words: adequate causation, damages, normative purpose, rationality, accountability

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

体系考量下管理人致受益人损害的赔偿责任

冯德淦^{*}

内容提要：无因管理中管理人致使受益人遭受损害，受益人是否可以主张损害赔偿，以及对此是否需要进行减免，理论和实践颇有争论。从整体构造来看，管理人致害徘徊在合同规则和侵权规则之间，既可以按照债务不履行规则处理，也可以根据侵权规则规制。合同法中的无偿合同规则为一般无因管理提供了参照，侵权法中的正当防卫和紧急避险规则为紧急无因管理提供了参照，这两套规则遵循的是不同的损害赔偿理论，但是都呈现出减轻管理人责任的趋势。《民法典》对紧急无因管理下管理人致害予以了规定，但是却不恰当地排除了管理人一切过失责任，解释论上应对此进行限缩解释。就管理人责任减轻的路径选择，侵权法所采纳的责任承担构造模式更加具有弹性，解释论上应当予以遵循，但是也不能忽视合同法路径的作用。就管理人责任范围，应当综合考量遭受损害的利益性质、管理人的主观过错形态和实施管理时的紧迫程度等因素，在公平原则的指引下最终确定。

关键词：无因管理 无偿合同 重大过失 责任减免 公平原则

• 635 •

一、问题的提出

无因管理中管理人致受益人遭受损害之时，究竟该如何承担赔偿责任，相关归责标准到底该如何选择，理论和实践一直都未能合理界定，实证法上对此也未予以明确。学理上多认为应当按照债务不履行或者侵权来处理，管理人在过错的情况下，对受益人承担赔偿责任，也即管理人需要承担一般过失责任。而从我国《民法典》无偿合同的规定来看，未获得对价的保管人或者受托人，原则上仅就故意和重大过失承担责任。通常而言，无因管理中管理人除非实施的是职业行

^{*} 冯德淦，华东师范大学法学院讲师。

本文为中央高校基本科研业务费项目华东师范大学引进人才启动费项目“法定之债的外在体系研究”（2021ECNU-HLYT022）的阶段性成果。

为,否则也无法从受益人那里获得劳务费。那么由此带来的问题是,为何同为无偿性付出的行为,无因管理中的管理人相较于一般无偿合同中负担给付义务的债务人,承担更为严格的责任,这是否与现行法存在评价上的矛盾。这种差异的存在是否具有正当性,体系上有无重构的必要性,均有待进一步研究。

为了鼓励紧急状况下的救助行为,《民法典》第184条规定:“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的,救助人不承担民事责任。”从文义解释来看,在紧急无因管理之时,管理人无需承担任何责任。管理人主观故意致害与无因管理的价值相矛盾,因而该条一般被限缩解释为,管理人无需就一般过失和重大过失承担责任。该种做法出发点是为了进一步倡导救助他人,但是却有别于比较法上主流的规定。一般无因管理中管理人致害并不减轻责任、而紧急无因管理中管理人致害大幅减轻责任的做法是否合理,值得我们进一步反思。《民法典》中存在许多减轻“好人”责任的条款,这些条款分散规定在合同编和侵权责任编中,如何在体系解释下构造管理人致受益人损害的赔偿责任,则是解释论应当关注的重点。有鉴于此,下文将从现有解释和理论的梳理出发,对管理人致害的请求权基础进行反思,以期最终为《民法典》的理解适用有所助益。

二、解释的困境和理论的争鸣

(一) 既有规定的问题

按照管理情形的紧迫性,无因管理分为一般无因管理和紧急无因管理。前者指通常情形下的管理,并不存在现实危险性,诸如邻居有事离开,帮助邻居照顾花草;后者则指特殊情形下的管理,主要是危难状态或者紧迫情势下,管理人不能拖延的情形,诸如不会游泳的未成年人落水,路人见义勇为实施救助。国内学说通常对二者予以区分,分别确定管理人致使受益人遭受损害的归责标准。针对一般无因管理中管理人的归责标准,立法虽未具体明晰,但从形式上看,最直接的结论是采用债务不履行的一般过错原则。^{〔1〕}而针对紧急无因管理,新近立法释义书认为,管理人仅在故意下才承担责任,实际上完全排除了管理人承担责任的可能性。^{〔2〕}该种立法选择在解释论上至少在三个方面存在困境,分别是无偿行为之间体系的一致性、无因管理之间评价的连续性和紧急无因管理承担责任的可能性。

首先,无偿行为之间体系的一致性。民法中较为典型的三种无偿行为分别是无偿合同、情谊行为和无因管理。从《民法典》关于无偿合同的规定来看,原则上会降低债务人的赔偿责任标准,排除一般过失责任,仅要求债务人在故意和重大过失情形下承担责任,有的甚至排除了重大过失责任。这些规定散见于赠与合同、保管合同和委托合同中,如第662条第2款将赠与人的赔偿责任限定为“故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵”,第897条中的保管人责任和第929条中的受托人责任均限定为故意和重大过失。总体来看,《民法典》总的趋势是给予无偿承担

〔1〕 参见王利明:《债法总则研究》,中国人民大学出版社2015年版,第547页。

〔2〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第603页。

债务的一方以优待，降低债务人归责标准。^{〔3〕}类似地，在无偿的情谊行为中，虽然我国学者对其法律定性及法律效果的具体把握上存在分歧，但无论何种学说，都不会忽略无偿性特征，主张减轻情谊行为人的责任。^{〔4〕}然而，在同样为无偿性的一般无因管理中，针对管理人却采用了一般的归责原则，即需要对一切过错承担责任，该种体系安排是否有违相同案型同等评价的原则？

其次，无因管理之间评价的连续性。德国和我国台湾地区就一般无因管理均采用过错责任原则，而在紧急无因管理中则免除一般过失责任，仅就故意和重大过失承担责任。如《德国民法典》第 680 条规定，为了避免危险而管理事务的，仅需要就故意和重大过失承担责任。就一般无因管理，《德国民法典》第 677 条规定了管理人的义务，学说上认为管理人不履行该义务，应当根据第 276 条以下承担债务不履行责任，适用传统的过错责任原则。^{〔5〕}类似地，我国台湾地区“民法”第 175 条规定，因急迫危险而实施管理的，管理人仅就恶意或重大过失承担责任。而对于一般无因管理中管理人归责原则同样没有规定，解释论上通常也认为管理人承担债务不履行的一般过错责任。^{〔6〕}且不论德国和我国台湾地区关于无因管理中管理人致害的归责原则是否合理，至少从一般无因管理和紧急无因管理的内在关系上，保持了评价的连续性，没有出现断崖式免责的情况。然而，我国《民法典》针对一般无因管理采用了一般过错的归责原则，但是就紧急无因管理却免除了一般过失和重大过失下的责任，仅需要就故意承担赔偿责任。该种断崖式的免责规定，导致无因管理紧急性的判断对责任的确定产生重大影响，从而直接影响管理人和受益人的利益。

• 637 •

最后，紧急无因管理赔偿的可能性。《民法典》第 184 条规定：“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。”该条的立法背景是我国现阶段频繁发生“英雄流血又流泪”的现象，立法者为了进一步鼓励社会救助之风，尤其在紧急情况下消除救助者后顾之忧，免除了救助者的一般过失和重大过失下的责任。^{〔7〕}如果救助者主观上对损害的发生持有故意态度，本身是否可以被评价为无因管理就存在疑问，因此我国《民法典》实际上在紧急无因管理框架下，免除了管理人的一切责任。由此带来的问题是，紧急无因管理之下，管理人实施管理行为不受任何约束，无疑赋予了管理人过多的行为自由，对于受益人而言，可能会面临着双重困境，外部受到侵害的同时，自身利益也无法得到合理的保护。^{〔8〕}正如有些学者所提出的那样，在该种立法选择之下，实践中甚至会出现管理人造成的损害，远远大于受益人所面临的风险，该

〔3〕 参见朱广新：《论合同法分则的再法典化》，载《华东政法大学学报》2019年第1期。仅有的例外是客运合同，即便是无偿客运合同，承运人也需要对搭载的乘客承担严格责任。这主要是考虑到客运合同本身就是以保护乘客安全为目的，其所涉及的利益主要是人身利益，且该行业也需要特许经营，所以区别于一般无偿合同规定。

〔4〕 参见张家勇：《因情谊给付所致损害的赔偿责任》，载《东方法学》2013年第1期；王雷：《好意同乘中的车主责任问题》，载《云南大学学报法学版》2009年第5期。

〔5〕 Vgl. Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2019, S. 73.

〔6〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年，第323页。

〔7〕 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第574页。

〔8〕 比较法上无论是针对侵权责任还是合同责任，预先免除重大过失责任往往会被认为是违背善良风俗的行为。参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希：《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》，吴越等译，法律出版社2007年版，第146页。

种立法是否恰当,值得进一步反思。^{〔9〕}从立法史的角度来看,《民法总则(三审稿)》第187条规定,紧急救助行为造成受助人损害的,救助人需要就故意和重大过失承担赔偿责任。后来的《民法总则(四审稿)》试图进一步减轻救助人的责任,原则上认为救助人不需要承担任何责任,但是同时为了平衡受助人的利益,第187条规定救助人因重大过失造成受助人不应有的重大损害的,承担适当的民事责任。由此不难看出,立法者在价值上越来越偏向于对管理人的保护,并最终在《民法总则》和《民法典》中直接免除了管理人的责任,但是其中的合理性值得怀疑。^{〔10〕}

(二) 学术理论的分歧

与立法者的观点稍有出入,我国学术界在管理人致受益人遭受损害救济的问题上形成了相对独立的观点。就无因管理中管理人致受益人遭受损害的救济路径,理论上存在债务不履行,以及债务不履行和侵权竞合的观点。^{〔11〕}而就管理人致受益人损害的归责原则,基于无因管理的不同类型,不同的学者持有不同的观点。有学者持二分法的观点,将无因管理区分为一般无因管理和紧急无因管理:就一般无因管理,原则上管理人需要承担过错责任;而就紧急无因管理,尤其是见义勇为行为,则降低管理人的注意义务,管理人仅在故意和重大过失的情况下才需要承担责任。^{〔12〕}也有学者持修正的二分法观点,同样将无因管理按照紧急性予以区分,但是在一般无因管理的处理上,认为应当降低管理人的注意义务,管理人仅就具体过错承担责任,言外之意是以“处理自己事务之注意”作为归责标准。就紧急无因管理则与传统二分法并无二致,仍然是免除了一般过失责任。^{〔13〕}还有学者持三分法的观点,在二分法的基础上引入公益性概念,将无因管理分为一般无因管理、公益无因管理和紧急无因管理。一般无因管理仍然以债务不履行或者侵权的过错原则进行归责,紧急无因管理则免除了一般过失责任,而就公益无因管理中管理人的归责,考虑到管理人自身的特征,采纳了具体过错原则,以“处理自己事务之注意”作为归责标准。^{〔14〕}

上述三种学说,虽然在内部具体构造上存在一定的差异,但是所秉持的原则仍然是,一般无因管理按照债务不履行进行归责,尽管在采纳具体过错标准还是抽象过错标准,尚有一定的争议,但对于采用过错责任原则并无异议。^{〔15〕}而针对紧急无因管理的处理,我国主流观点依然认为,应免除管理人一般过失下的责任,仅就故意和重大过失承担责任。与之相对的是,我国也有学者在对比侵权归责的基础上,对上述归责架构进行了反思。一般侵权给他人造成损失的,加害人仅仅承担过错责任,无因管理中管理人具有管理的意思,并且管理事务之时并不违反受益人的需要和社会常识,仅仅因为管理行为的实施存在不当,就需要与侵权归责一样采用过错责任原

〔9〕 参见王道发:《论中国式“好人法”面临的困境及其解决路径——兼论〈民法总则〉第184条的理解与适用》,载《法律科学》2018年第1期。

〔10〕 参见景光强:《〈民法总则〉中“好人免责条款”的评析与适用》,载《法律适用》2018年第11期;李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第870页。

〔11〕 债务不履行责任的观点,参见崔建远、韩世远、于敏:《债法》,清华大学出版社2010年版,第221页;债务不履行和侵权竞合的观点,参见刘凯湘:《债法总论》,北京大学出版社2011年版,第40页。

〔12〕 参见张广兴主编:《债法》,社会科学文献出版社2009年版,第382页。

〔13〕 参见魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社2017年版,第582页;前引〔11〕,刘凯湘书,第40页。

〔14〕 参见邱聪智:《新订民法债编通则》(上),中国人民大学出版社2003年版,第60页。

〔15〕 参见前引〔1〕,王利明书,第545页。

则，该种做法对于管理要求较为苛刻，难以谓之恰当。^{〔16〕}有鉴于此，有观点认为我国民法应当采纳新的规则，即一般无因管理中管理人也就故意或重大过失承担责任，一般过失给受益人造成损失的，管理人无需承担赔偿责任。^{〔17〕}持该种观点的学者在紧急无因管理的处理上，与前述主流观点保持了一致，仍然认为除故意或重大过失之外，管理人无需承担赔偿责任。这种观点对一般无因管理和紧急无因管理不加区分，在形式上并未考虑两者的差异性，未给予紧急无因管理中管理人优待，也存在不合理性。但是重大过失的判断我们也会根据管理的紧迫性来综合认定，紧急无因管理下重大过失的认定较之于一般无因管理要更为严格。不过，将所有考量因素全部纳入重大过失的评价上是否妥当，主观标准的判断是否具有该种张力，则仍值得进一步检讨。

新近学术界在侵权损害赔偿讨论的背景下对完全赔偿原则展开了激烈的检讨，有学者认为完全赔偿原则过于僵硬，不能体现个案自身的特征，因而主张突破完全赔偿原则，借助于比例原则对损害赔偿原理予以重新构造。^{〔18〕}有观点主张，在无因管理中，管理人在实施紧急管理之时造成受益人损害的，完全赔偿和完全不赔偿都不具有正当性。对此，可引入弹性赔偿模式，借助于比例原则实现实质正义，而管理人存在重大过失也仅仅是承担责任的一个考量因素，并不必然需要承担责任，具体责任的承担还需要结合其他考量因素综合确定。这一观点实际上已经跳出了以传统过错划分来确定最终责任承担的路径，转而开始全盘考量个案的具体情况，以多个考量因素来确定最终需要承担的责任。这些学者进一步强调“比例原则中的手段与目的是否构成相当的必要性与均衡性，需要裁判者依据个案的具体情形，作出综合的判断。如果违反了比例原则，即使救助人在主观上没有重大过失，也应当承担民事责任”^{〔19〕}。从直接的效果上来看，弹性赔偿模式既有加重管理人责任的可能，又有减轻管理人责任的可能，该种可能性的实现完全交由法官在个案中予以具体衡量。从实践的具体展开来看，我国法官一直都秉持倡导社会救助的理念，减轻或者免除管理人责任的适用情形会较为常见。不过，突破完全赔偿原则的方法也存在过于弹性的缺点，现阶段许多学者对其弹性已经展开了批判，如何对其予以适当控制，这可能也是未来研究的主题之一。

• 639 •

（三）初步总结和反思

从上面关于条文的解释以及理论的梳理我们可以发现，我国关于无因管理中管理人致害时的归责标准仍然存在较大的争议。现有学术研究将关注重点主要集中在紧急无因管理之上，解释论上也就此不断降低管理人的注意义务，希望借此避免给实施紧急管理的人带来负担。除此之外，还有学者关注到一般无因管理行为的无偿性，认为应当区别于无关联接触的侵权行为，从整体上降低管理人的注意义务，限制管理人归责的标准。就此来看，虽然对降低管理人责任的范围和方式不同的学说存在不同的观点，但是就适当降低管理人责任的趋势，似乎并没有太大的争议。^{〔20〕}

〔16〕 参见前引〔11〕，崔建远、韩世远、于敏书，第222页。

〔17〕 参见前引〔11〕，崔建远、韩世远、于敏书，第222页。

〔18〕 参见王磊：《完全赔偿原则与侵权损害赔偿之反思及构筑》，载《法律科学》2019年第4期；郑晓剑：《侵权损害完全赔偿原则之检讨》，载《法学》2017年第12期。

〔19〕 前引〔9〕，王道发文，第127页。

〔20〕 比较法上许多国家的法律都为管理人责任的减免提供了依据。参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（第五卷至第七卷），王文胜等译，法律出版社2014年版，第119页。

从降低管理人责任的方法来看,现阶段主要有两种,一种是以主观标准来进行构造,另一种则是弹性化赔偿标准。就主观标准的构造而言,通常情况下采用三分法,分别是故意、重大过失和一般过失,如果要降低债务人的注意义务,要么免除某些主观状态下的责任,要么改变某些主观状态的认定方式。就弹性化赔偿标准而言,该种损害赔偿确定的方式突破了传统理论全有全无的完全赔偿原则,不仅仅将管理人的主观状态纳入考量,还要考虑管理时的其他因素,甚至连管理之外的双方当事人的经济状况也需要被加以考量。^[21]

如何合理地控制管理人的责任,既可以达到对社会互助行为的倡导,同时也可以在没有因管理内部起到区分作用,应当是未来立法和解释的重点。当然,一国立法和解释的选择不能脱离既有的法律传统,怎样在既有的规范性文件中寻找到适合自己的路径,才是理论研究者应有的担当。上述两种降低管理人责任的方法,即以主观标准来进行构造和弹性化赔偿标准,哪一种方法更加适合我国,或者我们是否需要寻找一条新的路径,这些还需要回归既有法律规定,基于体系的考量来综合确定。综合来看,没有得到合法的授权而对他人事务进行干涉,本来属于侵权行为,但是法律鼓励人们的互助精神,因而赋予适法无因管理以阻却违法的功能。^[22]一旦管理人实施管理行为不当,自然也就不能再被阻却违法所涵盖,其有可能构成侵权行为。^[23]除此之外,无因管理在德国法上一直被称为“无委任之事务管理”,其所涉及的权利和义务,诸如管理人支出的必要费用、遭受的损害,以及管理人和受益人的其他权利义务,都需要参照相关合同予以确定,一定程度上也揭示了无因管理和合同制度的关系。有鉴于此,为了不忽视制度之间的体系关联性,下文将在合同和侵权规则之间探寻管理人致害的请求权基础。

• 640 •

三、管理人致害的请求权基础

(一) 以合同规则作为参照

除非是职业行为,否则无因管理中的管理人通常情况下仅能主张必要费用,并不能向受益人主张相应的报酬,因而在对价的问题上,无因管理属于无偿行为,与合同法中的无偿合同具有一定的类似性。^[24]一如上文所述,我国《民法典》中较为典型的无偿合同(赠与、保管和委托)与无因管理在内涵上具有一定的联系,尤其是委托合同与无因管理具有很强的相似性。^[25]《德国民法典》第662条将委托合同限定为无偿合同,就受托人履行义务的标准,《德国民法典》并未区别于一般债务不履行单独规定,因而受托人需要对一般过错承担责任。德国学者在无因管理的处理上,一般类推适用委托合同的相关规定,以保持体系上的一致性。就管理人致害的赔偿问题,根据《德国民法典》第677条和第280条,管理人承担过错责任。^[26]以此来看,德国法至

[21] 参见前引[18],郑晓剑文。

[22] 参见朱岩:《侵权责任法通论》,法律出版社2011年版,第505页。

[23] 参见前引[12],张广兴主编书,第382页。

[24] 我国主流学者也强调无因管理中的管理人不应享有报酬请求权。参见前引[1],王利明书,第553页。

[25] 《民法典》第984条规定:“管理人管理事务经受益人事后追认的,从管理事务开始时起,适用委托合同的有关规定,但是管理人另有意思表示的除外。”这一规定一定程度上在立法层面揭示了无因管理和委托合同的关系。

[26] 参见前引[5],Wandt书,第71页。

少在形式上对一般无因管理和无偿合同采取了相同的处理，保持了体系上的一致性。日本法较之于德国法有所不同，其虽然以无偿委托合同作为原则，但是也例外地承认可以约定为有偿。就受托人的注意义务，《日本民法典》第644条统一规定为，受托人在处理委任事务之时，应当尽到善良管理人的注意。日本法就一般无因管理同样要求管理人根据事务的性质，以最适于受益人利益的方法进行管理。由此来看，日本法中无因管理同样与委托合同保持了一致。^{〔27〕}在此基础上，为了更进一步保护紧急无因管理下的管理人，德国法和日本法都降低了紧急情况下管理人的注意义务，管理人仅就故意和重大过失承担责任。^{〔28〕}

从上述德国法和日本法的规定来看，两国在委托合同和无因管理上保持了一致，这主要是委托合同在两国原则上都是无偿合同，其与一般无因管理较为相似，一般无因管理以无偿委托作为参照具有一定的正当性。我国《民法典》并没有将委托合同限定为无偿合同，在立法上肯定了有偿委托和无偿委托。《民法典》第929条第1款前段规定，在有偿委托合同中，受托人在处理事务之时如果存在过错，使得委托人遭受损害的，应当承担赔偿责任。第929条第1款后段规定，在无偿委托合同中，受托人在处理事务之时仅就故意和重大过失承担赔偿责任。以此来看，《民法典》实际上确立了有偿委托中受托人的一般过错责任原则，而无偿委托中，受托人仅就故意和重大过失承担损害赔偿责任。因而，如果对无因管理参照合同规则予以处理，那么一般无因管理中的管理人满足无偿性的要求，应当仅就故意和重大过失承担责任。以此为基准，如果要在紧急无因管理中，进一步偏向于对管理人的保护，此时较为直接的做法就是免除管理人一般过失和重大过失下的责任，仅在主观故意的情形下才承担责任。在不讨论价值实质合理性的前提下，从形式构造而言，无因管理类推适用委托合同的相关规定，似乎并没有立法论层面的障碍，某种意义上反而更加迎合了我国《民法典》的规定。^{〔29〕}

（二）以侵权规则作为参照

适法的无因管理不具有违法性，通常排斥侵权规则的适用，但是即便具有适法性，如果不恰当地实施了管理行为，侵权规则仍有介入的可能性。^{〔30〕}我国有学者也认为，管理人如果在管理中过错侵害了受益人的权利，会发生债务不履行责任和侵权责任的竞合，因而侵权法规则对于管理人致害具有很强的参考性。^{〔31〕}就侵权归责原则，我国《民法典》第1165条和第1166条分别确立了过错责任原则和无过错责任原则，后者以法律特别规定作为前提，前者则具有一般适用的特征。^{〔32〕}无因管理人实施的管理行为，一般情况下并不符合无过错责任的规定，所以应当适用过错责任原则。如此一来，管理人需要就所有过错致害承担赔偿责任，就等于将带有很强社会互助性质的无因管理行为和通常的侵权行为等同视之，这对于管理人要求可能过于苛刻，在管理人

〔27〕 参见〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义：债权各论》（下卷一），冷罗生等译，中国法制出版社2008年版，第27页。

〔28〕 参见前引〔27〕，我妻荣书，第27页。

〔29〕 我国学者在论证紧急救助之时，往往会强调“无法定及约定义务而救助他人的行为，系无偿行为，类似于无偿委托，区别仅在于前者无义务、后者有约定之义务而已，在责任承担上不应因义务有无发生根据而有区别”。前引〔10〕，李宇书，第872页。

〔30〕 参见房绍坤、张玉东：《论紧急救助情形下救助人不承担责任的条件——以〈民法总则〉第184条为分析对象》，载《比较法研究》2018年第6期。

〔31〕 参见前引〔11〕，刘凯湘书，第40页。

〔32〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社2020年版，第5页。

和受益人的利益衡量上难以谓之妥当。不过侵权法针对“好人办坏事”也有自己的特殊规则，最为典型的就是防卫过当和避险过当的规定，其中《民法典》第181条第2款规定：“正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任。”第182条第3款规定：“紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任。”

正当防卫是指为了避免不法侵害而采取的制止不法侵害的行为，主要是为了保护国家、公共利益、本人或他人的人身、财产和其他权利。正当防卫超过必要的限度，通常是指实施防卫行为不符合比例原则，对加害人造成了额外的损害。考虑到加害人毕竟实施了加害行为，正当防卫之时情形相对紧急，所以不能过于苛责防卫人，因而侵权法只规定防卫人承担适当的侵权责任。^{〔33〕}紧急避险与正当防卫存在一定的区别，主要是为了自己或他人生命、身体、自由以及财产上的紧迫危险，不得已实施的加害他人的行为。^{〔34〕}正当防卫主要是为了保护自己或他人的利益免受加害人的侵害，直接针对加害人或加害人之物实施的“攻击”行为，紧急避险则是针对第三人或第三人之物实施的“攻击”行为，从正当性程度上来看正当防卫要强于紧急避险。因而，如果构成正当防卫，那么就不需要对防卫相对人给予赔偿，只有防卫过当才需要给予适当赔偿，紧急避险则更为严格，即便是正当的紧急避险造成损害的，也需要给予受害人公平性质的适当补偿，如果避险过当则也需要承担适当赔偿责任，后一种是损害赔偿责任。^{〔35〕}上述行为都具有紧急性的特征，紧急无因管理同样具有紧急性的特征，而且紧急无因管理是为了救助受益人的利益免遭侵害，最终因为方法或者方式不恰当导致受益人的损害，其正当性一般要高于紧急避险，与正当防卫难分伯仲。既然侵权法在紧急情形下的避险过当和防卫过当，都采用了“承担适当的责任”规则，紧急无因管理似乎也有遵循的可能性。

（三）相关可能路径的分析

无因管理作为债的发生原因之一，其在构造之上与合同和侵权相并列，有自己独立的适用规则。然而，无因管理本身兼具了合同和侵权的某些特征，其虽然不存在意思表示，但确实也是为他人管理事务；虽然具备违法性阻却的特征，但确实也是在干预他人生活。因此，在具体无因管理规则设置，或者构造相应法效果之时，我们需要综合考量合同规则和侵权规则。通过上文对合同规则的分析，我们可以发现一般无因管理和无偿合同具有一定的相似性，尤其是在符合受益人可推知的意思之时，而且无因管理还是发扬社会互助之风，因而其与无偿合同没有加以区分规定的正当性。既然我国在无偿合同的处理上通常降低债务人的注意义务，尤其是在与无因管理较为相似的无偿委托之上，要求受托人仅就故意和重大过失承担责任，那么无因管理中管理人的归责标准似乎应当与之保持一致，否则有违我国民法鼓励社会互助的价值取向。同样，通过上文对侵权规则的分析，我们可以发现紧急无因管理和正当防卫、紧急避险具有一定的内在联系，当事人在实施相关行为之时都具有紧迫性，管理人没有合理的实施管理造成损害的，也与防卫过当和避险过当具有一定的相似性。既然我国在防卫过当和避险过当的处理上要求当事人承担适当的责

〔33〕 参见陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第1298页。

〔34〕 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第333页。

〔35〕 参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第120页。

任，那么管理人似乎也应当遵循上述规定，以保持体系上的一致性。

由此一来，如果从体系角度出发，分别考量合同规则和侵权规则，我们得出的结论如下：首先，如果参照无偿合同的规定，一般无因管理中，管理人造成受益人损害的，管理人应当免除一般过失的责任，仅在故意和重大过失的情况下承担赔偿责任；其次，如果参照侵权中紧急行为的规定，紧急无因管理中管理人造成受益人损害的，管理人虽然需要承担赔偿责任，但仅需在综合考量下承担适当的责任。上述结论是在外部规则体系考量下得出的，如果回归无因管理制度内部的体系考量，我们可以发现，紧急无因管理也属于无因管理，由于其管理情形的紧迫性，对于管理人注意义务的要求应当更低。因而，在双层借鉴合同规则和侵权规则的前提下，如果要保证合同规则和侵权规则内部体系的一致性，则需要对某一赔偿规则再进行限定。由于合同规则采用的是借助于主观标准分类来构造责任，技术上对此予以限定的可能性并不大，所以只能对侵权规则中的“承担适当的责任”予以再解释。该种适当的责任应当排除掉一般过失下的责任，为了体现对紧急无因管理人的特殊保护，即便在重大过失情形下，管理人也仅承担适当的赔偿责任。实际上我国《民法总则（四审稿）》第187条正是采用了上述规定，不过到底是“有心栽花”还是“无心插柳”则不得而知。

当然，上面综合借鉴合同规则和侵权规则的结论，也仅仅是一种可能路径，并不是唯一的可能性。^{〔36〕}在逻辑上至少还有两种相对独立的可能性，一种是将合同规则推广至紧急无因管理，另一种则是将侵权规则推广至一般无因管理。正如上文所述，如果将合同规则推广至整个无因管理中，借助于主观归责要件来划分责任是唯一的出路，既然无偿委托中受托人仅需就故意和重大过失承担责任，一般无因管理中的管理人应当遵循上述价值，仅就故意和重大过失承担责任。紧急无因管理中的管理人应当较之一般无因管理中的管理人获得更多优待，因而最直接的结论是进一步放宽主观要件。在主观三分法的前提之下，免除紧急无因管理人一般过失和重大过失下责任，应当是形式上最直接的结论。如上文所述，这正是我国《民法典》第184条所采用的版本。由此可以看出，我国现有《民法典》关于无因管理的规定，在很大程度上是参照合同规则进行设计的。另一方面，我们也应当看到侵权规则也有独立推广的可能性，侵权规则并没有严格按照主观标准的划分来构造责任承担，而是采用了相对弹性的规则，紧急无因管理采用上述规则，解释上并无太大的障碍。同时，“适当的责任”的表述本身具有极强的弹性，可以纳入诸多考量因素，因而推广至一般无因管理之中，也并没有任何解释上的难题，仅有的注意事项是如何适当控制其具有的弹性，以便贯彻好比例原则，合理平衡管理人和受益人利益。

• 643 •

四、未来民法典解释论的展开

（一）管理人责任减轻

我国民法上诸多理论继受自德国法，无因管理中管理人致害问题也不例外，学者们通常认

〔36〕 德国有学者注意到无因管理中的规定和侵权规定的差异，主张无因管理中对管理人主观上的优待，可以类推适用到侵权归责中，以此来保证无因管理和侵权的协调。Vgl. Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 14., neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2019, S. 366.

为,紧急无因管理中应当降低管理人的注意义务,管理人仅就故意和重大过失承担责任,而针对一般无因管理,管理人需要根据债务不履行承担责任,言外之意,需要就一切过错承担责任。我国有些学者认为上述规定过于严苛,为了实现对实施社会互助行为一般管理人的保护,学者们在解释上提出了“处理自己事务之注意标准”,该种归责标准典型的代表是《德国民法典》第277条。^{〔37〕}然而该条在德国法上的解释存在诸多困境,“自己事务之注意标准”究竟是什么,很难简单地断定,甚至有德国学者直接主张将之解释为免除一般轻过失。^{〔38〕}我国实证法并无该种注意标准,囿于比较法上针对该条存在的争论,解释论上是否需要遵循还有待进一步检讨。不过,虽然所选择的方法存在争论,但是也可以看出我国理论上存在减轻一般管理人责任的倾向。除此之外,我国还有学者主张直接将一般无因管理中管理人的归责标准限定为故意和重大过失,也即直接排除了一般过失承担责任的可能性。^{〔39〕}结合紧急无因管理和一般无因管理来看,在紧急无因管理中,降低管理人注意义务,除了在如何降低上存在分歧,学界并不存在其他争论,但是就一般无因管理降低管理人的注意义务,学界并没有形成统一的观点,我国既有支持者,同时也存在反对者。综合来看,适当减轻一般无因管理中管理人责任有其正当性,具体理由有如下三点:

其一,从法政策角度考量,应当提倡社会互助行为,避免阻碍具有积极社会价值的行为。人虽然是独立的个体,但是依然是社会中的人,我们生活在复杂的社会之中,互相依靠、互相帮助、见义勇为等等,对于维持和促进社会和平和稳定具有积极的意义。我国学者也强调法律对无偿行为持有宽容的态度,并且主张贯彻“法律宽恕无偿奉献者的精神”。^{〔40〕}无因管理行为有利于社会发展,符合共同利益的需要,也是社会道德的内在要求,民法规范对此应当予以鼓励和褒扬。如果法律仍然规定按照一般过错原则承担责任,虽然受益人未必一定会主张损害赔偿,但是该种责任会潜在影响实施无因管理的积极性。^{〔41〕}

其二,从利益平衡角度考量,无因管理行为的无偿性也要求对管理人减轻责任。除非是职业行为,诸如医生实施救助,通常情况下无因管理具有无偿性,管理人实施管理行为只能主张必要费用和对固有风险下的损害进行主张,并不能向受益人主张报酬。无因管理行为的无偿性表明管理人是在为了受益人利益实施管理行为,因而只有通过减轻管理人执行管理事务所致损害的赔偿责任,才能平衡双方当事人利益。《民法典》侵权责任编就好意同乘减轻施惠者责任的做法,一定程度上也能为此提供支撑。^{〔42〕}对于不为自己利益而造成损害承担责任的减轻也有例可寻,诸如《瑞士债法典》第99条第2款和我国台湾地区“民法”第220条第2款。

其三,基于无因管理与典型的无偿合同的相似性,需要对管理人的责任予以减轻。我国《民

〔37〕 我国学者在引入“处理自己事务之注意标准”之时,主要还是担心对管理人课以严重的责任,认为不应当要求过高。参见前引〔13〕,魏振瀛主编书,第582页。

〔38〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,沈小军校,中国人民大学出版社2014年版,第304页。

〔39〕 参见前引〔11〕,崔建远、韩世远、于敏书,第222页。

〔40〕 参见前引〔11〕,崔建远、韩世远、于敏书,第446页。

〔41〕 对无因管理中管理人的优待不仅仅体现在管理人致受益人损害的赔偿上,在无因管理人自己遭受损害的救济之上,我们同样应当给予其优待。参见冯德淦:《论无因管理中管理人遭受损害的救济》,载《财经法学》2021年第6期。

〔42〕 我国学者常常会将无因管理和情谊行为放置在一起讨论。参见王雷:《情谊行为基础理论研究》,载《法学评论》2014年第3期。

法典》关于典型的无偿合同的构造，采用了降低无偿债务人责任的方式，诸如赠与人、无偿保管人和无偿受托人，都获得了减轻责任的优待。学理上我们一直将无因管理看作准合同，并且认为应当类推适用委托合同的某些规定。^{〔43〕} 无因管理和无偿合同有诸多相似性，从价值体系一致性角度考量，管理人致害之时应当获得责任承担上的优待，这也有利于管理人在必要之时积极地实施管理行为，避免后顾之忧。

不过，我国亦有学者指出，无因管理中管理人毕竟没有经过受益人同意，就对受益人的事务予以干涉，与委托合同存在较大的区别，因而不应当降低管理人的责任。^{〔44〕} 持该观点的学者主要强调，无因管理本质上是无法律权源干预他人事务，这与委托合同存在本质区别，因而没有办法将委托合同的规定类推适用。但是该种观点值得商榷。无因管理分为适法无因管理和不适法无因管理，针对不适法无因管理，因为违背受益人的真实意思，通常没有类推适用委托合同规定的可能性。而针对适法无因管理，法律上以符合受益人可推知的意思作为前提，因而与典型的委托合同具有很强的相似性。我国《民法典》降低无偿受托人的责任，其基本考量亦是无偿性这一要素，并非来源于当事人之间的意思联络。^{〔45〕} 这一点亦可以从体系解释中得出，即有偿委托并未降低受托人的责任，依然按照债务不履行来处理，这恰恰说明了减轻责任无法从基于当事人意思的信赖中得出。从弘扬社会互助的角度更有降低管理人责任的必要性。此外，以比较法上一般无因管理的规定来否认降低管理注意标准的观点，忽视了比较法国家关于委托合同的规定，并没有注意到我国实证法与之存在的差异。综合来看，将委托合同中降低无偿受托人责任的规定，延续到无因管理中管理人致害的情形中，更加符合内在价值体系统一的要求。^{〔46〕}

• 645 •

（二）具体模式的选择

一如上文分析，减轻管理人责任的方式，主要有两种基本方法：一种是以合同规则作为参照，另一种则是以侵权规则作为出发点。与之相对应，比较法上同样存在两种做法：一种是从主观归责标准出发，通过提高归责标准，排除责任人在特定主观状态下的责任，较为典型的是排除一般过失或者轻微过失下的责任；另一种是考虑“当事人间法律关系”，并以之作为减轻侵权人责任的考量因素，从而建立起无偿行为导致侵权的责任减轻制度，如《荷兰民法典》第6：109条规定，法官得斟酌责任类型、当事人间的关系以及双方的给付能力而酌减赔偿额。^{〔47〕} 通常情况下只要操作得当，上述两种做法并不会导致显著的差异，往往会殊途同归地对管理人的责任予以限制。不过从本质上看，两种做法在方法论上仍然存在区别，该种差异主要表现为弹性的不同。具体而言，体现在如下两点上：首先，两种做法减轻责任的逻辑不一样。第一种做法是在责任构成上限制责任成立，第二种做法则是在责任承担上限制责任范围。其次，两种做法适用的限度存在差别。第一种做法是在“全有全无”的完全赔偿原则下展开，重大过失下要么完全承担责

〔43〕《民法典》亦将无因管理设置在准合同分编下，其中第984条更是认为经过追认的无因管理可以适用委托合同的规定，一定程度上认可了无因管理和委托合同之间的关系。

〔44〕参见易军：《论中国法上“无因管理制度”与“委托合同制度”的体系关联》，载《法学评论》2020年第6期。

〔45〕参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（下册），中国法制出版社2020年版，第1339页。

〔46〕无因管理、无偿合同和情谊行为一直被学者们放在一起讨论，其中的责任确定也存在许多关联。Vgl. Stefan Witschen, Haftung und Versicherung bei Gefälligkeiten, AcP 2019, S. 301ff.

〔47〕参见前引〔4〕，张家勇文。

任,要么完全不承担责任,只能采用极端的处理,第二种做法则更加具有弹性,即便在管理人重大过失的情况下,仍然可以减轻管理人的责任。我国《民法典》合同编采纳了第一种做法,侵权责任编则采纳了第二种做法。我国的理论研究和立法实践似乎偏向于采纳第一种做法,但新近在对完全赔偿原则反思的思潮下,也开始有学者主张采纳第二种做法。^{〔48〕}

当然,如果将目光回溯到《民法典》中的一些新规定,我们可以发现上述责任构成和责任承担限制的模式也存在杂糅的趋势。典型如《民法典》第1217条规定:“非营运机动车发生交通事故造成无偿搭乘人损害,属于该机动车一方责任的,应当减轻其赔偿责任,但是机动车使用人有故意或者重大过失的除外。”就该条的规定来看,主要有两层含义:其一,从责任构成角度来理解,不管是一般过失,还是故意和重大过失,加害人均需要承担赔偿责任;其二,从责任承担角度来理解,故意和重大过失的加害人需要对造成的全部损害承担责任,而如果是一般过失,则可以减轻加害人赔偿责任。就善意同乘致害责任的承担,我国学者一直以来都存在争论,具体是否要减轻责任以及如何减轻责任,不同的学者持有不同的观点。但是综合学者的观点来看,针对好意行为或者无偿行为,无论是理论研究还是具体的实践,通常均有适当减轻责任的倾向,而具体选择责任构成模式还是责任承担模式,依然存在不同的观点。^{〔49〕}立法层面的多元使用,无疑使具体规则的解构构造存在一定的难度。

上述第二种做法以弹性化著称,避免依靠主观标准来限定责任的单一弊端,为比较法上许多国家所采纳。就损害赔偿弹性模式,我国学者存在两种不同的观点,一种是直接在责任构成和责任承担一体把握之上来理解,另一种则是在责任构成之后的责任承担之上来理解。前者是直接在责任构成上考量,突破传统责任构成要件理论,并不严格遵循过错、损害、因果关系和违法性要件;后者则是在责任承担上考量,原则上先依据责任构成要件判断责任是否成立,再在此基础上对责任范围予以限定。^{〔50〕}前者颠覆性的重塑损害赔偿法,操作不当有可能落入自由法学,增加法官裁判的任意性,不利于当事人固有利益和行为自由的保护。^{〔51〕}后者在责任构成的基础上,通过责任承担来实现减轻的效果,一定程度上既遵循了责任构成的理论,同时也可以引入其他考量因素来确定损害范围。最为关键的是,管理人的主观状态,诸如轻过失、一般过失、重大过失均可以作为损害范围确定的因素,因而该种做法实际上可以涵盖合同规则所确立的方法,即以主观归责标准出发、通过提高归责标准减轻管理人的责任承担,而且较之于合同规则更加具有弹性和包容性。比较法上诸如《意大利民法典》第2030条、《法国民法典》第1374条都规定在确定具体损害的前提下,法官可以根据具体情况减轻管理人的责任。^{〔52〕}该种方案可以兼采合同规则和侵权规则的优势,笔者认为我国解释论上也应当遵循该种做法。^{〔53〕}

〔48〕 参见前引〔9〕,王道发文。

〔49〕 参见前引〔4〕,张家勇文。

〔50〕 前一种观点参见前引〔18〕,郑晓剑文;后一种观点参见冯德淦:《侵权损害完全赔偿原则之新阐释》,载《西南政法大学学报》2018年第3期。

〔51〕 参见周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,载《环球法律评论》2015年第2期。

〔52〕 参见前引〔33〕,陈甦主编书,第1317页。

〔53〕 比较法上许多国家都设置了责任减轻条款,认为在例外情况下法官可以适当减少特定民事主体的责任,参见前引〔8〕,克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希书,第136页。

具体而言，在确定具体损害赔偿之时，仍然应当以责任构成作为前提判断，只有管理人的行为和受益人所遭受的损害之间存在因果关系的情况下，才会进一步判断管理人所需承担责任的范围。就管理人责任范围的确定，不同的学者可能会提出不同的因素，但是笔者认为重点应当考虑如下三个因素：遭受损害的利益性质、管理人的主观过错形态和实施管理时的紧迫程度。首先，无因管理中管理人致受益人遭受损害，可以分为财产利益和人身利益。通常情况下，法律对人身权益的保护力度要强于财产利益。其次，管理人主观过错形态分为一般过失和重大过失，如果再精细一点划分，可以分为轻微过失、一般过失和重大过失三种形态。过失程度越高可归责性也就越高，原则上轻微过失和一般过失不承担赔偿责任，只有在例外情况下才承担一定的责任。最后，关于实施管理时的紧迫程度，德国、日本和我国台湾地区都在构造上区分了一般无因管理和紧急无因管理，我国立法者则确立一般无因管理和见义勇为二分法，虽然在表述上并不严谨，但是解释论上同样可以认为我们是按照紧迫程度进行区分。原则上，情形越紧迫，对管理人的要求也就越低，同等情况下承担的责任也应当越少；如果情形并不紧迫，甚至有足够的时间准备，此时即便是无偿性的行为，承担的责任也应当相当于或者至少接近有偿性的行为。

（三）民法典解释适用

在《民法通则》时代，我国实证法对无因管理的规定相对粗糙，并未对管理人致使受益人遭受损害问题予以明文规定。理论上主要借助于比较法上的规定和学说，构造起我国法上的适用规则，在一定程度上也忽略了我国实证法上既有的其他制度的规定。《民法典》为了提倡见义勇为，避免实践中频发的“英雄流血又流泪”，在第184条明确规定：“因自愿实施紧急救助行为造成助人损害的，救助人不承担民事责任。”^{〔54〕}该条以见义勇为为立法想象，但实质上确立起我国紧急无因管理下，管理人致受益人遭受损害的赔偿规则。不过该条较为极端，在文义上直接限定为“救助人不承担民事责任”，言外之意管理人除了具有主观故意，原则上无需就所有过失承担责任。^{〔55〕}上述规定在司法实践中并没有得到完全贯彻，如有裁判认为该条虽然是免责规定，但是针对违法行为和重大过失行为，仍然需要承担相应的民事责任。^{〔56〕}针对一般无因管理中管理人致害，《民法典》第979条以下并未具体规定相应的责任承担，解释论上有多种可能性，分别是适用一般的债务不履行规则、适用一般的侵权责任规则和类推适用无偿合同规则，如何恰当地选择是民法解释的难题。上文已经为我国解释论的具体选择提供了基本方向，但是如何结合我国既有的实证法的规定具体展开，则还需要借助价值平衡来合理解释确定。

从利益衡量的角度来看，我国现有立法针对紧急无因管理偏向对管理人的保护，而在一般无因管理上，则又偏向对受益人的保护。紧急无因管理中免除管理人一切过失责任，虽然有彰显社会救助之风，消除救助后顾之忧的功能，但若不加约束放任管理人随意救助，反而会适得其反，有时造成的损害比本来的损害还要大。同时，《民法典》第184条的解释不应忽视侵权法中类似制度的规定，诸如防卫过当和避险过当都给紧急无因管理致害提供了参照，尤其是防卫过当

〔54〕 参见王利明：《〈民法总则〉的本土性与时代性》，载《交大法学》2017年第3期。

〔55〕 参见前引〔10〕，李宇书，第871页。

〔56〕 参见辽宁省阜新市中级人民法院（2018）辽09民终237号民事判决书。

尚要承担适当的责任,管理人更无优待的必要性。以此来看,《民法典》第184条在规定上存在漏洞,我们需要对该条做限缩解释。该条规定实际上只是表明紧急情形下,管理人在重大过失之下仍有不承担责任的可能,并不当然的解释为管理人无需就一切过失承担责任。与紧急无因管理存在立法明确规定稍有不同,就一般无因管理中的致害问题,我国实证法则并未具体明晰。一如前文所述,主流学者认为,一般无因管理应当按照债务不履行或者侵权来处理,这要求管理人管理他人事务之时要管理得当,否则有承担责任的可能性,该种做法不利于鼓励社会互助,与我国法价值存在一定的冲突。未来解释上,我们应当重新审视体系解释因素,尽量与我国《民法典》中关于无偿合同的规定保持统一,但是在考量因素上不限于主观标准,还需要纳入利益类型等其他因素予以共同考量。

综合而言,无论是紧急无因管理,还是一般无因管理,《民法典》关于管理人致使受益人遭受损害的赔偿责任规定,仍然存在许多有待完善之处。司法实践亦有将裁量权交由法官的传统,按照特定的比例确定相应的赔偿额。但是在具体论证之时,司法实践则表现得较为单薄,有时甚至借助于因果关系来确定具体的赔偿额,这给司法实践的统一适用带来了巨大的困难。为了有效限制司法实践中的任意性,在具体解释适用之时,我们可以为赔偿额的确定限定一个基本框架。具体而言,我们应当结合遭受损害的利益性质、管理人的主观过错形态和实施管理时的紧迫程度等因素进行衡量,确定具体的赔偿额。首先,考虑到无因管理行为的无偿性,我国又有鼓励社会救助的传统,因而管理人轻微过失导致的损害,无论管理是否具有紧迫性,也不论侵害利益的类型,管理人并不需要承担责任。其次,如果管理人侵害的利益是财产利益,而且管理并不具有紧迫性,应当继续参照合同法中关于无偿合同的规定,免除轻微过失和一般过失下管理人的责任。如果管理具有紧迫性,那么原则上管理人仍然仅就故意或者重大过失承担责任,不过重大过失的认定应当更为严格。如果情形特别紧迫,也可以减轻重大过失下的责任承担,管理人仅需承担适当的责任。最后,如果管理人侵害的利益是人身利益,而且管理并不具有紧迫性,管理人原则上需要就轻微过失之外的所有过错承担责任。^{〔57〕}如果管理具有紧迫性,那么管理人原则上仅就故意和重大过失承担责任。当然,上述基本轮廓也有修正的可能性,基于公平原则的考量,管理人自己举证证明存在其他需要考量的减免事由的,法官得在综合考量其他因素的基础上,对上述结论予以适当修正。^{〔58〕}

上面主要分析的是受益人的事务确实需要管理,只不过管理人在实施管理行为之时,存在一定的过错造成损害的情形。除此之外,如管理人错误地以为他人事务需要管理,此时是否可以适用责任减轻的规定?在一般无因管理中,由于管理情形并不具有紧迫性,管理人可以充分了解情况再实施管理,如果错误地进行管理,通常情况下过错程度较高,可以依照侵权规则 and 不当得利规则进行处理,并不需要给予管理人优待。然而,在紧急无因管理中,如果管理人错误地认为存在紧急的危险,此时减轻规则是否需要予以适用,解释论上存在较大的争论。^{〔59〕}我国主流学者

〔57〕 比较法上,各个国家对于人身利益的保护,一般要强于对财产利益的保护,许多国家的学者都认为不能事先免除对人身造成伤害的责任。参见前引〔8〕,克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希书,第132页。

〔58〕 参见前引〔4〕,张家勇文。

〔59〕 参见前引〔36〕,Looschelders书,第370页。

认为，只有存在真正的紧迫危险之时，才可以适用减轻规则。^{〔60〕}比较法上大部分文献和法院判决同样遵循这一观点。^{〔61〕}从《民法典》第184条文义表达来看，并不能将之直接适用于误以为存在紧迫危险的情形，但是第184条的规范目的是对紧急容易出错的救助行为加以保护，这就意味着该条有扩张解释的可能性。^{〔62〕}误以为存在紧迫危险予以管理，管理人并不是为了自己的利益，而是为了他人的利益，管理人很难在紧迫的情形下，做出是否管理的合理决定，解释论上不应当严苛要求。根据案件的具体情况，适当减轻责任符合法价值的要求。^{〔63〕}

Abstract: Whether the beneficiary can claim compensation for the damage caused by the manager and whether it needs to be reduced or exempted in the no cause management is controversial in theory and practice. From the perspective of the overall structure, the damage caused by the manager lingers between the contract rules and the tort rules. It can be handled with the rules of non-performance of debts or regulated by the tort rules. The gratuitous contract rules in the contract law provide a reference for general management without cause, and the self-defense and emergency avoidance rules in the tort law provide a reference for emergency no cause management. These two sets of rules follow different damage compensation theories, but show the same trend of reducing the liability of the manager. The Civil Code stipulates the harm caused by the manager under the emergency no cause management, but it inappropriately excludes all the fault liability of the manager. The future interpretation theory needs to limit this. As for the choice of the path for the reduction of the manager's liability, the construction mode of liability bearing adopted by the tort law is more flexible, which should be followed in the interpretation theory, but the role of the path of contract law cannot be ignored. As for the scope of the manager's liability, it should be finally determined under the guidance of the principle of fairness by comprehensively considering the nature of the interests suffered, the subjective fault pattern of the manager and the urgency of the implementation of the management.

Key Words: no cause management, gratuitous contract, gross negligence, liability relief, principle of fairness

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

〔60〕 我国学者认为，若现实情形非属紧急情形，而救助入因其自身原因误认为紧急情形的，并无第184条的适用。参见前引〔30〕，房绍坤、张玉东文；前引〔12〕，张广兴主编书，第382页。

〔61〕 Vgl. MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 680, Rn. 7; OLG Koblenz NJW 1962, 1515; OLG Bamberg VersR 1976, 997.

〔62〕 参见前引〔5〕，Wandt书，第75页。

〔63〕 我国台湾地区学者也认为误信紧迫危险而管理，可以减轻管理人的注意义务。参见前引〔6〕，王泽鉴书，第329页。

侵权法生存机会丧失理论的重构

王浩然*

• 650 •

内容提要：依传统因果关系理论，生存几率低于50%的患者因既有疾病的存在而难以达到证明标准，患者遭受医疗过失却无法获得赔偿的结果显失公平。比较法上的传统因果关系说和宽松因果关系说并未解决生存机会丧失的论证难题，但理论和裁判的积累为生存机会丧失理论的创设提供了条件。生存机会丧失理论采取损害论的规制进路，将生存机会丧失本身作为损害客体予以规制，最终依比例式的计算方法确定损害赔偿范围。在生存机会丧失理论的本土化建构中，应识别真正的生存机会，明确该理论的适用前提和适用范围。在规范依据上，将《民法典》一般人格权保护规范作为实证法基础，通过比例赔偿和动态考量相结合的计算方式界定损害范围。

关键词：生存机会丧失 因果关系 一般人格权 损害赔偿

一、问题的提出

传统侵权法在侵权责任成立的判断上，以相当因果关系理论和优势证据规则作为事实因果关系存在与否的识别工具。在通常情况下，借助经验法则和理性人标准，这一方法并无障碍。但是，随着医疗技术和统计科学的持续发展，诸多仰赖科学概率统计进行因果关系判断的新型纠纷不断涌现，^{〔1〕}生存机会丧失纠纷即面临此种规制困境。

生存机会丧失纠纷是理论界对于相似案件的类案统称，其特征为患者因自身疾病生存几率低于50%，但医疗过失却实际加速既有疾病的恶化进程，医疗过失的原因力尚未达到超过50%的

* 王浩然，南京大学法学院博士研究生。

本文为2022年江苏省研究生科研创新计划项目“强制执行法典化背景下债权执行制度研究”（KYCX22_0016）的阶段性成果。

〔1〕 有学者将此种因果关系困境称为因果关系不确定，意指系争事由具有造成损害的可能性，但损害亦可能因其他事由发生，从而无法依法定证明标准证明系争事由与损害之间存在因果关系。参见周彬彬：《论英国侵权法中因果关系不确定的解决进路》，载《民商法论丛》第57卷，法律出版社2015年版，第563页。

程度,难以通过传统因果关系理论的规则检验。例如,患者原有生存几率为30%,而医疗过失介入后患者最终死亡,此时患者即使接受合理诊疗,其70%的死亡几率仍高于治愈几率。但是,医疗过失对于患者死亡结果的发生又显然超过可以忽略不计的程度,因传统因果关系理论与损害赔偿规则的桎梏而使患者失去救济途径的结果显非妥当。为解决这一难题,有学者提出生存机会丧失理论,主张将纠纷解决由因果关系论证问题转化为损害评价问题,创造性地将生存机会丧失本身作为损害客体,并提供比例式的损害计算方法。

近年来,我国学界对生存机会丧失理论的研究方兴未艾,整体上持支持态度,^{〔2〕}但对于理论的比较法梳理、理论释义和本土化构建则不够细致。有鉴于此,本文尝试通过比较法上的理论演进和我国实务规则的研究,对此理论进行更加深入的剖析和重构,希冀将该理论融入本国法体系以减少实务裁判的矛盾和混乱。

二、生存机会丧失理论的探源

(一) 生存机会丧失理论的历史演进

生存机会丧失理论属于英美法系成熟裁判经验的总结,欲全面理解该理论的优势,就应明晰理论发展的全部历程。生存机会丧失理论的兴起和发展,大致经历了“传统因果关系理论”“宽松因果关系理论”和“生存机会丧失理论”三个阶段,每个阶段均涌现大量典型案例。

1. 传统因果关系理论的坚守——全有或全无原则

传统因果关系理论是指依优势证据规则,通过“若无则不”法则(but for test)判断因果关系,若证据可信程度超过50%的更为真实程度(more likely to be true),则推定因果关系真实存在,进而依据全有或全无原则进行损害赔偿计算。此规则下,传统因果关系和损害赔偿判断仅存在有无之差,并不存在“可能”的因果关系和一定比例的损害计算。^{〔3〕}美国至今为止仍有十个州坚持以传统因果理论处理生存机会丧失纠纷,严禁依据较低的生存几率变动确立赔偿责任。^{〔4〕}例如1993年“法比奥诉贝罗莫案”中,明尼苏达州最高法院认为:“最初的癌症并非因医生误诊造成,也无法证明误诊是未来疾病发展的主要原因。”^{〔5〕}

不同于上述美国州法院的观点,英国法认可机会丧失的价值,但其仅将机会丧失作为责任成立后的损害量化因素,而非将其作为事实因果关系的确认工具。例如,在1911年“蔡平诉希克案”中,原告蔡平作为参赛选手参加被告举办的选美比赛,但后续比赛中被告却并未通知原告参赛。英国法院主张赢取奖金的机会是一种有价值的权利,该机会的丧失具有可赔偿性。^{〔6〕}然而

• 651 •

〔2〕 参见刘洋:《患者生存机会丧失的侵权法救济及其界限》,载《学习与探索》2015年第4期;季若望:《侵权法上生存机会丧失理论的本土化构建——以医疗损害案件为视角》,载《政治与法律》2018年第1期;满洪杰:《医疗损害机会丧失赔偿规则研究》,载《法学家》2019年第4期;陈煜鹏:《论生存机会丧失原理——以医疗损害责任中损害认定的例外为视角》,载《政治与法律》2019年第9期;冯德淦:《侵权法中机会丧失理论之构建》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期。

〔3〕 参见杨根红:《多因不明侵权中比例责任之适用》,载《政法论坛》2013年第4期。

〔4〕 See McAfee v. Baptist Medical Ctr., 642 So. 2d 265 (1994).

〔5〕 Fabio v. Bellomo, 504 NW. 2d 758, 762 (1993).

〔6〕 See David A. Fischer, Tort Recovery for Loss of a Chance, 36 Wake Forest Law Review 604, 605 (2001).

对于生存机会丧失案件，英国法院却严禁在医疗诉讼中依机会丧失去判断事实因果关系。例如，在1987年的“霍森诉东伯克斯卫生局案”，上议院最终否定医疗过失导致患者罹患骨疽病的概率增加，坚持依据传统因果关系理论进行判定。

2. 传统因果关系理论的松动——降低证明标准

在生存机会丧失纠纷中，严苛遵循传统因果关系理论不利于患者合法权益的保护，且与全有或全无原则紧密相连的完全赔偿原则早已饱受批判，有观点疾呼全有或全无原则提供“随时为医生和医院全面免除责任”的特权，主张应通过多种方式对其进行优化和重构。^{〔7〕}在此背景下，传统因果关系理论的证明标准逐渐降低，走向松动。

（1）实质可能性说

所谓实质可能性说（substantial possibility test），是指降低传统因果关系证明标准的证据法则，只要医疗过失对于患者死亡或伤残具有实质原因力的可能性，即使该可能性未超过50%，被告也要承担全部的损害赔偿赔偿责任。实质可能性说滥觞于1966年的“希克斯诉美国联邦政府案”，美国第四巡回上诉法院主张死者就医时尚具备生存的实质可能性，而被告却因医疗过失而摧毁这种可能性，此时必须负担全部责任。^{〔8〕}在1974年的“卡伦伯格诉贝丝以色列医院案”中，美国法院首次将实质可能性说应用于生存机会低于50%的案例中。^{〔9〕}

实质可能性说仅放宽因果关系的举证程度、降低证据法则的证明标准，但却未能扭转完全赔偿原则的适用困境。同时，实质可能性说对于可能性本身缺乏统一的认定标准，纯粹依靠法官的自由裁量权，极易造成同案不同判的现象。此外，此说更易导致赔偿结果失衡的道德风险：1%的实质可能性就要承担100%的赔偿责任，不利于保障医疗机构的正常诉求。因此，实质可能性说在美国法中并未引起广泛反响。

（2）比例因果关系说

美国学者约翰·马克迪西（John Makdisi）指出，因果关系的可能性与因果关系的事实性并非同一问题，应该将合理诊疗行为认定为法律上的作为义务，医疗过失则属于对应的不作为。因果关系的判断不应单纯局限于因果的有无，而应依医疗过失程度判断因果关系存在的可能性。^{〔10〕}此时，患者只需要证明标准疗法对于相同疾病患者的有效性，且医疗机构不能自证标准疗法对于此患者的疾病治疗毫无用处，即可证明因果关系的存在。英国法曾有判决适用此说作为生存机会丧失纠纷的解决工具，判决医疗过失剥夺了原告25%的生存机会，因此原告有权获得11500英镑（损害总额46000×25%）的损害赔偿，以及150英镑的精神损害赔偿。^{〔11〕}

比例因果关系说持续降低传统因果关系的证明标准，通过因果关系的可能性理论去替代优势证据规则，同时主张按照生存机会的概率变动进行比例赔偿。但是，该说最大的纰漏在于混淆事

〔7〕 See *McMackin v. Johnson County Healthcare Ctr.*, 73 P.3d 1094, 1099 (2003).

〔8〕 See *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626, 632 (1966).

〔9〕 See *Kallenberg v. Beth Israel Hosp.*, 45 AD2d 177, 179, 357 NYS2d 508 (1974).

〔10〕 See John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 *North Carolina Law Review* 1603, 1656 (1989).

〔11〕 See David P. T. Price, *Causation-The Lords'Lost Chance*, 38 *International and Comparative Law Quarterly* 735, 745 (1989).

实因果关系与当事人过错的界限。客观事实判断和主观状态判断分别对应事实判断和归责判断两个不同层面,前者判断的是“如果没有该行为,损害结果是否能够得到回避”,而后者是对当事人主观状态的判断,需要考量当事人的预见可能性及相关义务等因素。二者在责任构成方面虽有千丝万缕的联系,但却不能将二者等同或混为一谈。^[12]而且,比例因果关系说擅自降低证明标准的做法缺乏法理基础,易对因果关系理论的体系性造成巨大冲击。此外,比例因果关系说依旧沿用传统损害认定标准,将患者死亡或伤残作为侵权责任成立的前提要件,无法为患者遭遇未来风险但尚未导致死亡或伤残的状况提供救济。

3. 生存机会丧失理论的建立与完善

美国法在经历过实质可能性说和比例因果关系说的裁判探索后,越来越多的观点认为因果关系论证路径并非纠纷解决的关键。1981年,美国学者约瑟夫·金(Joseph H. King)正式提出生存机会丧失理论,其将生存机会损失本身作为新型损害加以规制,依医疗过失前后生存机会的数值变动进行比例式赔偿,^[13]该理论在美国实务裁判中被广泛采纳,并经历了理论初试、理论铺展和理论完善的不同阶段。在理论初试阶段,1983年的“科维兹诉集团健康合作社案”中机会丧失理论率先取得突破。此案中,华盛顿州最高法院认为患者生存几率降低的证据已达到“充分性”标准,不需要依据优势证据规则证明延误治疗与死亡间的因果关系。^[14]本案的裁判标准被后续案件承继,美国法院逐步将缓和因果关系理论向前推进。1994年的“德莱尼诉凯德案”中,堪萨斯州最高法院首次正式采纳生存机会丧失理论,承认医疗事故导致患者更好康复机会的丧失,采取比例式赔偿的计算方式,但该法院也进一步强调生存机会的丧失必须是实质性的而非臆想性或微不足道的。^[15]此案引领生存机会丧失理论的全面推广和铺展。在2000年的“麦克马伦诉俄亥俄州立大学医院案”中,俄亥俄州最高法院通过区分纯粹医疗过失致人死亡与过失导致生存机会丧失,为生存机会丧失理论的适用划定边界。^[16]此案标志着生存机会丧失理论的进一步完善,也及时勒住该理论泛滥的缰绳。

在2008年“松山诉伯恩鲍姆案”中,马萨诸塞州最高法院进一步明确生存机会丧失理论的具体适用标准:首先,生存机会丧失是对于传统全有或全无原则的修正;其次,该理论是损害理论的发展,依旧以优势证据规则来证明医疗过失与生存机会丧失间的因果关系;再次,生存机会丧失纠纷依赖医疗科学的鉴定数据,需要更加可靠的医疗专家证言;最后,需要通过五个步骤来对生存机会丧失后的损害赔偿进行比例式计算。^[17]

生存机会丧失理论既有同司法裁判逻辑思维内在的一致性,又与《美国侵权法第二次重述》第912条所承的价值理念相契合,^[18]美国法中的相关案例中法官几乎都会直接或间接的引用此理

[12] 四宫和夫『事務管理・不當利得・不法行為(中卷)』(青林書院新社、1983年)414頁參照。

[13] See Joseph H. King, Causation, Valuation, and Chance in personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 (6) *Yale Law Journal* 1352, 1358-1360 (1981).

[14] See *Herskovits v. Group Health Coop of Puget Sound*, 99 Wash. 2d 664 P. 2d 474 (1983).

[15] See *Delaney v. Cade*, 255 Kan. 199, 873 P. 2d 175 (1994).

[16] See *McMullen v. Ohio State University Hospital*, 88 Ohio St. 3d 332 (2000).

[17] See *Matsuyama v. Birnbaum*, 890 N. E. 2d 819. (2008)

[18] 《美国侵权法第二次重述》第912条规定:“被侵权行为所侵害的受害人在且仅在其有证据证明损害的程度和与侵权行为为本质及当时情形所允许的确定性相适应的充分赔偿的数额时,方可获得赔偿。”

论。截至 2008 年，美国至少有 20 个州和哥伦比亚特区的最高法院认可生存机会丧失理论。

（二）生存机会丧失理论的内涵

生存机会丧失理论未执着于传统因果关系视角，而是将生存机会丧失与患者死亡或伤残的损害结果相分离，以生存机会损失本身作为一种新型损害类型加以评价，最后依生存机会丧失的数值变动进行比例式赔偿。生存机会丧失理论致力于解决两个问题：损害赔偿的客体性质与损害赔偿的范围界定。对于第一个问题，生存机会丧失理论主张机会丧失本身为损害赔偿客体，包括实际机会丧失与未来机会丧失，患者最终伤残死亡与否并不影响损害的认定；第二个问题，赔偿范围应是医疗过失导致的、对于患者既有病情加速的部分，以生存机会的丧失比例作为计算依据，达到修正完全赔偿原则僵硬适用的效果。^{〔19〕}

1. 以生存机会本身作为损害客体

罗马法谚谓之“没有损害就没有赔偿”，损害甚至被学者冠以侵权责任第一要件的美誉。^{〔20〕}大陆法系侵权法上“损害”需要满足民事权益性、可赔偿性和确定性三个条件，^{〔21〕}英美法系亦规定原告事实上损害的起诉资格，要求损害是已发生或迫近的、具体的且具备赔偿可能性的，体现出与大陆法系损害认证标准的内在一致性。^{〔22〕}因此，应论证生存机会丧失属于侵权法上的损害，正当化生存机会对于患者的权益保护价值、可赔偿性与确定性。

首先，生存机会属于自然人的生命延续、健康维持以及对未来风险抵御的人格法益，对于患者的精神利益而言，追求生存机会是人的心理本能和对于自身人格尊严的保护，因此生存机会可以纳入一般人格权的规制范围。其次，传统损害理论之所以对生存机会丧失的损害本质不予认可，是因为生存机会外在表现为概率减损，而“概率”二字常伴随不确定性、未知性与难以量化性。^{〔23〕}但统计概率并非无稽之谈，而是通过科学严谨的医疗程序所得出的确定数据，完全符合法律要求的相对确定性。最后，生存机会的可赔偿价值反映在实际市场中，甘愿为低微生存机会付出高昂价金的实践比比皆是，因医疗过失造成患者疾病的恶化，患者不得不支付更多的医疗费用，此时生存机会丧失的可赔偿性几乎是不证自明的。

2. 以比例式赔偿作为计算方式

完全赔偿原则作为传统损害赔偿法的基本原则曾被奉为主臬，但其刚性品质导致损害赔偿只能在不予赔偿和全部赔偿的命题中二选其一，难以确保赔偿结果的妥当性。^{〔24〕}全有或全无原则的劣势在生存机会丧失纠纷中一览无余，对此，追求均衡适宜的弹性赔偿计算方式——比例赔偿原则应运而生。

比例式计算是比例原则在损害赔偿领域的具体化，主张在与加害人过失程度相匹配的范围内

〔19〕 See Joseph. H. King, Reduction of Likelihood Reformulation and Other Retrofitting of the Loss of a Chance Doctrine, 28 *The University of Memphis Law Review* 492, 548 (1998).

〔20〕 参见陈忠五：《法国侵权责任法上损害之概念》，载《台湾大学法学论丛》2001年第4期。

〔21〕 参见张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第93-94页。

〔22〕 See Emily Schmidt, Article III Standing in Data-Breach Litigation: Does a Heightened Risk of Identity Theft Constitute an Injury-in-Fact, 49 *Cumberland Law Review* 389, 389 (2019).

〔23〕 See Stapleton, Gist of Negligence, 104 *Law Quarterly Review* 213, 213 (1988).

〔24〕 参见郑晓剑：《损害赔偿的功能与完全赔偿原则的存废——利益平衡视角下之反思》，载《河南社会科学》2018年第2期。

确定赔偿责任。生存机会丧失理论下的比例式计算承继了比例原则的精神内涵,依据医疗科学检验后生存机会丧失的比例,与假设患者最终死亡或伤残结果发生后的损失总额相乘,所得数额作为患者的损害赔偿。此种计算方式通过妥当的利益衡量和巧妙的法技术手段,避免传统全有或全无原则下的赔偿不足或赔偿过度。

值得注意的是,比例式计算并非最终患者损失总额与生存机会丧失比例数值的简单数学运算,在实践中需要更多的因素考量和价值权衡。比如,假设患者疾病的生存几率为40%且经过恰当诊疗痊愈后剩余35年的预期寿命,若不就医则患者预期寿命为六个月,患者后因医疗过失不治身亡。此时,不能机械地将损害赔偿的计算年限界定为“(35-0.5)×40%=13.8年”,作为基础的损害赔偿年限因素应为“(35-0.5)×40%+0.5×100%=14.3年”,因为与40%生存机会丧失相关联的是患者34.5年预期寿命丧失,而不予治疗时患者依旧有六个月的预计寿命,此时医疗过失100%地剥夺患者六个月的预期寿命。

三、生存机会丧失理论的质疑及反驳

相较于传统因果关系路径,生存机会丧失理论在侵权论证与损害界定方面存在可取之处,但亦有观点对该理论的正当性与合理性提出质疑。概括起来,可以将所有质疑分为三类:对损害本质的质疑、对因果关系论证的质疑以及对所谓“公平方案”的质疑。

(一) 对损害本质的质疑及反驳

将生存机会丧失本身作为损害客体是生存机会丧失理论的逻辑起点,反对者主张此损害理论属于伪命题,生存机会缺乏客观的可确定性基础,概率变动完全可能是数据推测。此外,医疗鉴定中的数据仅具有宏观意义,忽略了个案中的实际情况。^[25]而否定生存机会丧失的损害性质后,反对者提出生命健康权说、自决权说以及期待权说三种观点。

前述质疑是对于生存机会概念的误解,生存机会数据是依据极其严格的医学程序 and 数据分析而得出,并非外行的凭空捏造,因此质疑医疗数据真实性的观点无疑陷入怀疑主义的泥潭之中。^[26]再者,医疗数据扮演的角色是裁判辅助工具,而非决定裁判结果的唯一标准,法官还需要综合其他因素进行动态考量,与其指责医疗数据的越俎代庖,倒不如提升实务法官的裁判素养。同时,反对者的三种观点虽言之凿凿,但却都经不起细致推敲。

第一,生命健康权说。生命健康权说主张生存机会丧失是对于患者生命权和健康权的侵害。^[27]其中,生命权指向维护自然人的生命利益及权利侵害后的损害救济,医疗过失对既有病情的激化直接导致了病人生命周期的不当缩短。而健康权是自然人享有的以其器官乃至整体的功能利益为内容的人格权,^[28]医疗过失导致患者生存机会丧失但并未死亡时,客观上导致患者部分生理机能降低、健康利益完整性的破坏和精神上的痛苦。

[25] See Fennel v. Southern Maryland Hospital Center, Inc., 462 N. W. 2d 206, 213-215 (1990).

[26] 参见季若望:《“鉴定双轨制”下的法官自由裁量权之界限》,载《云南社会科学》2018年第3期。

[27] 参见吴志正:《存活机会丧失——医疗损害之迷思》,载《月旦法学杂志》2007年第6期。

[28] 参见张俊浩:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第137页。

生命健康权说的观点有其合理之处，但将其作为生存机会丧失纠纷的解决依据存有逻辑漏洞。首先，生命权和健康权均为典型的具体人格权，具有规制对象确定、权能封闭且样态可列举的特征，^{〔29〕}而生存机会相对于其他具体人格权来说属于边界不清、内容不确定的权益类型，并无构成具体人格权的必要特征；其次，生命健康权说以患者生命权或健康权的侵害为必备要件，医疗过失导致的疾病风险尚未被发现时，此潜伏期内的财产支出和疾病暴发后的损害赔偿问题难以有效处理；最后，若医疗过失与患者死亡间的时间跨度被无限拉长，其所侵害的究竟是生命权还是健康权不无疑问。

第二，自决权说。自决权说由加拿大学者斯蒂芬·佩里（Stephen R. Perry）提出，其核心要旨为损害性信赖，在于加害方滥用受害人的信赖优势地位而做出的虚假承诺或刻意隐瞒，而非某种机会利益的丧失。^{〔30〕}在生存机会丧失纠纷中，医疗过失导致患者失去对于潜在有利治疗方案的选择机会，直接侵犯患者的自决权。^{〔31〕}国内亦有学者认可自决权说，主张患者基于信赖关系完全将自身置于医疗机构的行为之下，这种独立于生存机会和最终损害的利益就是自决权。^{〔32〕}

自决权说充分尊重患者的自主选择，但损害性信赖的观点却不足以为机会丧失提供理论支撑。首先，自决权说的观点有托词之嫌，诸多对于自决权的妨害并不一定带来实际利益的减损。例如，医疗机构在诊疗过程中自作主张地选择费用更低、效果更好的治疗方案，此时其对患者造成自决权妨害但却未造成实质损害。其次，自决权说将损害性信赖界定为采取更优治疗方案的机会损失，但我国法对于信赖利益保护和知情同意权已有相对成熟的救济方案，拒绝已有经验而采纳相对陌生的自决权说无异于舍近求远。最后，从医学角度出发，更优的医疗方案和医疗过失不是非此即彼的对立关系，更优秀的救济方案也同样可能发生医疗过失。

第三，期待权说。期待权侵害理论盛行于日本法，其指医疗过失与患者死亡结果间的因果关系难以论证时，应以患者期待适当医疗的利益受到侵害或者生存可能性利益受到侵害为由，认可患者的精神损害赔偿请求权。^{〔33〕}如今，期待权侵害理论的保护利益，主要包括三种情形：一是患者死亡结果回避可能性较小时的延命利益侵害，以及不存在死亡回避可能性时对于生活质量、生活方式和治疗机会的期待利益；二是适当治疗机会的利益；三是期待得到符合医疗水平诊疗的利益。^{〔34〕}

自然人对于医疗机构诊疗行为的合理期待值得保护，但将此种期待界定为期待权并将其作为纠纷解决的裁判依据不够合理。^{〔35〕}首先，期待权并非我国明文规定的典型权利，在我国法律体

〔29〕 参见沈建峰：《具体人格权立法模式及其选择——以德国、瑞士、奥地利、列支登士敦为考察重点》，载《比较法研究》2011年第5期。

〔30〕 See Dan B. Dobbs, *The Law of Torts: Hornbook Series*, 1259 (2001).

〔31〕 See Stephen R. Perry, *Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence*, 42 *University of Toronto Law Journal* 255 (1992).

〔32〕 参见前引〔2〕，满洪杰文。

〔33〕 新美育文「肝細胞がん早期発見のための検査不実施と肝硬変患者死亡との間の因果関係」ジュリスト臨時増刊1179號（2000年）88頁参照。

〔34〕 参见夏芸：《不作为型医疗过误的期待权侵害理论》，载《民商法论丛》第32卷，法律出版社2005年版，第205页。

〔35〕 参见王睿：《期待权概念之理论源流与界定》，载《北方法学》2017年第2期。

系中难以找到期待权侵害的请求权基础,学界关于期待权性质的认知和构成要件的划分也并未达成共识;其次,传统大陆法系观点认为期待权是指因先行为而业已具备取得利益的部分要件,其本质为对于财产利益的期待,且患者对接受科学诊疗行为和疾病好转、生命存续的期待,并未达到“该法律地位被侵害后会得到法律明确的保护”之程度;^[36]最后,日本期待权说仅认可患者的精神损害赔偿,这与我国普遍认可财产损害赔偿的司法实践状况并不一致。况且,实务中法官对精神损害赔偿的态度相对保守,这也与医疗纠纷中患者巨额财产支出的实际状况形成鲜明对比。^[37]

(二) 对因果关系论证的质疑及反驳

有观点认为,生存机会丧失理论本质上是一种缓和因果关系证明的工具,以避免因果关系认定困难而否定侵权责任,^[38]但其完全颠覆了传统因果关系的证明标准,且不符合只有法律授权才能变动证明标准的立法要求。^[39]优势证据规则在事实因果关系认定中历史悠久,且51%的证明标准本身已相对宽松,是司法公正所要求的最低确定性标准。生存机会丧失理论突破传统理论,任由同情心泛滥或情绪性表述而造成因果的正当性不足,为生存机会低于50%的患者提供不应有的额外救济,长此以往将破坏侵权诉讼的稳定性,容易带来滥诉的风险。^[40]

生存机会丧失理论可能会导致因果关系体系解构的观点值得商榷。虽然反对方认为生存机会丧失理论是传统因果关系的变形,但该理论本质上属于损害理论,与因果关系理论属于不同构成要件层面的问题。生存机会丧失理论下因果关系论证的流程亦不可或缺,只不过优势证据规则验证的对象转换为医疗过失与生存机会丧失间的因果关系,不再是医疗过失与患者死亡或伤残结果间的因果关系。同时,生存机会丧失理论的确会导致案件数量的增加,但相对于实务裁判压力的增加,案件公平正义的保护位阶明显更高。^[41]

(三) 对所谓“公平方案”的质疑

生存机会丧失理论虽然一直以更为公平的解决进路自居,但其实质上却并未提供更优的方案,甚至纯粹统计学视角下生存机会丧失理论的错误更多。假设现有99名生存机会为三分之一的绝症患者,理论上接受合理治疗后会有33名患者恢复健康,66名患者失去生命。依传统因果理论会产生33次判断错误,而依机会丧失理论99名患者的医疗判断都会出现错误(66次赔偿过度和33次赔偿不足)。^[42]如此一来,生存机会丧失要么赔偿过度,违反得利禁止原则,要么完全没有赔偿,患者的客观损害未得以填补。^[43]相较而言,全有或全无原则在绝大多数情况下均

• 657 •

[36] 参见王泽鉴:《附条件买卖中买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2017年版,第191页。

[37] 在笔者查询的11个省份的精神损害赔偿标准的指导文件中,精神损害赔偿金额相对较低,鲜有超过10万元的指导标准。资料来源: <https://china.findlaw.cn/shpc/jingshensunhaipeichang/pcbz/1254808.html>,最后访问时间:2022年10月25日。

[38] 参见前引[6],David A. Fischer文,第621页。

[39] 参见潘剑锋:《民事诉讼证明责任论纲——对民事证明责任基本问题的认识》,载《政治与法律》2016年第11期。

[40] See Alexander v. Scheid, 726 N. E. 2d 272, 280-282 (2000).

[41] See Nils Jansen, The Idea of a Lost Chance, 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 271, 279 (1999).

[42] See Fennell v. Maryland, 580 A. 2d 206 (1990).

[43] 参见徐建刚:《论损害赔偿中完全赔偿原则的实质及其必要性》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

为正确，宏观来看医方承担的赔偿总额与全部患者遭受的损害总和是大致相等的。^{〔44〕}此外，生存机会丧失理论会对医疗机构施加过重的赔偿负担，造成防御性治疗激增及就医成本的上升，可能会导致更大的社会问题。^{〔45〕}

生存机会丧失纠纷在个案中的确面临赔偿过多或过少的问题，但在最优解无法达致的情况下，由医疗机构在过失范围内承担比例赔偿责任能起到恰如其分的震慑作用。从解决医患纠纷的视角出发，统计显示医疗诉讼的数量仅为实际医疗事故数量的3%左右，^{〔46〕}宏观层面医疗机构所承担的责任远低于医疗过失造成的实际损害，从这个角度来说不存在赔偿过多的问题，亦符合侵权责任对于弱势群体“有所倾斜但不应过于失衡”的立法目的。^{〔47〕}同时，全有或全无原则裹挟的少量巨大错误不平等地落在原告或被告身上，对社会的破坏程度远超小错误的平均分摊。^{〔48〕}全部或部分赔偿的质疑属于对生存机会丧失理论的误解，该理论的损害依据生存几率减少的概率来决定，合理诊疗后生存几率超过90%时的全部赔偿也是不合理的。^{〔49〕}至于防御治疗的观点则过于片面，生存机会丧失理论在很大程度上会倒逼医疗机构增加科研投入，为将统计上的生存机会转化为现实的医学技术突破提供外在动力。

四、生存机会丧失理论的本土动态化建构

对比较法经验的介绍和分析远不足以正当化欲论证的结果，仍需通过价值考量、社会妥当性判断来实现经验借鉴的正当化。^{〔50〕}因此，对于生存机会丧失理论的借镜，重要的是发现理论演进过程中的法理精神，最终致力于相关问题解决方案的本土动态化建构。

（一）生存机会丧失理论的适用范围

1. 生存机会丧失理论的适用前提

机会的概念源于信息认知的缺乏，其发展方向是多维且不确定的，生存机会虽然是经过医疗统计科学得出的数据集合，但亦并非所有的生存机会丧失都应得到损害赔偿。此时，应辨析真正的生存机会丧失，保证其能够落入生存机会丧失理论的涵摄范围。

依据机会是否确定发生，可以将机会分为确定性机会和不确定性机会。确定性机会指机会本身是客观确定的，其发生具有结果上的不可避免性，而机会之所以披着偶然性和不确定性的外衣是因为认知水平的局限性；非确定性机会则指机会的本身包含着随机性和偶然性，多种因素的排

〔44〕 See David Kaye, The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation, 7 *American Bar Foundation Research Journal* 469, 487 (1982).

〔45〕 See *Gooding v. Univ. Hosp. Bldg., Inc.*, 445 So. 2d 1015, (1984).

〔46〕 参见刘鑫：《医疗损害鉴定之因果关系研究》，载《证据科学》2013年第3期。

〔47〕 参见张新宝：《侵权责任法立法的利益衡量》，载《中国法学》2009年第4期。

〔48〕 See Neil Orloff & Jerry Stedinger, A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard, 131 *University of Pennsylvania Law Review* 1158, 1163-1172 (1983).

〔49〕 参见前引〔13〕，Joseph H. King文，第1387页。

〔50〕 参见解亘：《正当化视角下的民法比较法研究》，载《法学研究》2013年第6期。

列组合使得未来的结果不确定。^{〔51〕} 患者死亡或伤残结果是否具有不可避免性成为生存机会丧失理论的适用关键,若事后查明即使患者接受合理诊疗也不能改变其死亡或伤残的最终结果,此时生存机会并非生存机会丧失规则下的真正机会。

身为法学专家的法官缺乏相关医学知识,因此相对于其他侵权类型,医疗纠纷尤其是生存机会丧失纠纷更加仰赖医疗专家证据的准确性。生存机会存在与否,需要医疗专家利用与患者疾病类型组别最为接近的统计证据,考量患者既有病情的严重程度、发展进程及最终结果的可回避性。鉴定机构的鉴定方法和统计基础须具有高度合理性,在必要时应得到其他同行评审的支持,包括但不限于病理学、免疫学、细胞学、放射学或其他类似研究领域。同时,鉴定机构亦需要关注医学发展对于医疗鉴定的影响,最大程度保证鉴定结果的科学性和有效性。

2. 生存机会丧失理论的适用界限

在患者原有的生存几率低于50%的典型案件中,生存机会丧失理论的适用并无疑义。那么,在患者仅生存机会丧失而未发生死亡或伤残结果时,以及患者原有生存几率超过50%的场景中,生存机会丧失理论有无适用空间?诸此争议,涉及生存机会丧失理论的适用界限问题。

(1) 患者未死亡或伤残时的生存机会丧失

医疗过失的不当介入往往会导致患者生存机会的客观丧失,但考虑到疾病的复杂性和漫长潜伏期,医疗过失的不利后果也可能不会立即显现,患者是否发生死亡或伤残的损害结果尚未可知。也就是说,医疗过失仅导致患者生存机会降低而患者并未因此死亡或伤残时,生存机会丧失理论的能否适用需要明确。

肯定说主张将生存机会的概念扩张解释为生存机会的保护与未来风险的预防,但要对其进行严格限制,原告需要举证证明机会丧失不是“过分的臆想”。^{〔52〕} 美国亦有相关案例支持此观点,如1986年的爱荷华州最高法院的“德布尔卡特诉卢维尔案”。^{〔53〕} 否定说主张应将患者死亡或伤残的结果作为生存机会丧失理论的适用前提,^{〔54〕} 医学统计上生存机会的消亡不代表个案中患者生存机会的灭失,否则易导致过多的投机性或臆想性损害赔偿请求。此时,更好的解决方式是允许原告分割其诉讼请求,赋予其损害实际发生后的二次赔偿请求权。

损害的确定性并不等同于损害已发生,实质性的未来风险亦可满足损害的基本特征。^{〔55〕} 赋予患者二次诉讼的权利是一种虚幻的补救措施,漫长的疾病潜伏期间可能会有其他因素影响疾病进程,而且随着时间的流逝,证据的类型、内容、证明力几乎不会增加,但取证的难度却与日俱增。此外,二次诉讼的成本费用很可能超过患者可以追回的损害赔偿金额,大大削弱患者的起诉动机。^{〔56〕} 因此,应认可患者生存机会丧失后的损害赔偿,不论死亡或伤残是否发生,如同马里

• 659 •

〔51〕 参见前引〔6〕,David A. Fischer文,第619页。

〔52〕 See S. M. Waddams, The Valuation of Chances, 70 *Canadian Business Law Journal* 86, 87 (1998).

〔53〕 See *DeBurkarte v. Louvar*, 393 N. W. 2d 131 (1986).

〔54〕 参见前引〔2〕,冯德淦文。

〔55〕 参见田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期。

〔56〕 See T. A. Weigand, Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need for Caution, 87 *Massachusetts Law Review* 1, 3 (2002).

兰州上诉法院在“内尔诉马里兰南方医院案”中的回应所言：“若法院欲依据生存机会丧失理论进行损害赔偿的认定，那么至少从逻辑上而言，患者最终是不治而亡还是经历医疗过失后奇迹生还都不应影响侵权的成立。”^{〔57〕}

（2）超过 50% 的生存机会丧失

生存机会丧失理论的初衷是解决患者生存几率低于 50% 时的风险分配问题，那么反之，患者生存几率大于 50% 时，医疗机构能否以生存机会丧失理论进行抗辩，承担与医疗过失程度相匹配的损害赔偿？

反对方认为生存机会丧失理论仅应适用于生存几率低于 50% 的情形，因为该理论系对于传统因果关系理论缺陷的补救，而不是对传统理论的彻底否定和完全替代。^{〔58〕} 该理论依据民法公平观念来保障弱势患者群体的合法权益，应避免理论适用阻碍患者获赔的情况发生。支持方则主张彻底贯彻生存机会丧失理论的精神，将生存机会作为独立的损害客体，任何大小比例的机会都具有独立的价值。^{〔59〕} 当医疗过失导致患者生存机会的变动数值已由医疗科学清晰呈现时，强令引起 90% 生存几率降低的医疗机构去承担 100% 患者死亡赔偿的做法不够公平。^{〔60〕}

本文认为，生存机会丧失理论的适用范围应限制在患者生存几率低于 50% 的情形。首先，合理限制生存机会丧失理论的适用范围，符合理论的发展脉络和实务的接受程度。传统因果关系理论是对于固有理论的坚守，仅考虑患者生存几率变动数值的生存机会丧失理论是对于传统理论的完全颠覆，而主张在 50% 以下生存几率适用生存机会丧失理论则居于二者的中间状态，此中间状态已是殊为不易的理论突破，因其暗合儒家执两用中、中庸权衡的思维而更容易被接受。其次，患者生存几率高于 50% 时并不存在因果关系的论证困境，依据传统因果关系理论可以有效解决，患者此时可以获得全部的损害赔偿。此种做法既是对于传统因果关系理论的遵循，又利于对相对弱势的患者合法权益的保护，倒逼医疗机构提升医疗服务水平。真正需要注意的是，应将生存机会丧失理论适用于既有病情与医疗过失共同促成患者死亡或伤残结果的情形，防止该理论不当适用于单纯医疗过失直接引发损害的侵权纠纷。

（二）规制路径：《民法典》的一般人格权保护体系

我国并无“生存机会”规制的实体法依据，法官多认可医疗过失造成患者生存机会的不当减损，基于公平正义的考量判决医疗机构承担部分责任。^{〔61〕} 然而，实务裁判依据的法条援引却多为概括性条款，如《侵权责任法》第 2 条、^{〔62〕} 第 16 条、^{〔63〕} 第 54 条^{〔64〕} 或《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 17 条。^{〔65〕} 如此一来，判决说服力相对

〔57〕 Fennell v. Southern Maryland Hosp. Center, 320 Md. 776580 A. 2d 206 (1990).

〔58〕 See Lori R. Ellis, Lost of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent, 72 *Carolina Law Review* 369, 400 (1993).

〔59〕 参见前引〔6〕，David A. Fischer 文，第 608-609 页。

〔60〕 参见李显冬、王稳：《机会损失赔偿理论的反思与突破》，载《河南社会科学》2019 年第 3 期。

〔61〕 参见王浩然：《医疗生存机会丧失的损害赔偿：司法困境与制度应对》，载《现代法治研究》2019 年第 3 期。

〔62〕 参见云南省鹤庆县人民法院（2016）云 2932 民初 802 号民事判决书。

〔63〕 参见辽宁省营口市中级人民法院（2017）辽 08 民终 1419 号民事判决书。

〔64〕 参见山东省济南市中级人民法院（2015）济民四终字第 858 号民事判决书。

〔65〕 参见福建省厦门市思明区人民法院（2011）思民初字第 5166 号民事判决书。

有限,法官也似乎更加倾向于根据赔偿结果去反推裁判条文,对于法律条文所要保护的权益本身并不关注,^[66]难以真正做到辨法析理、胜败皆服。

正如前文所述,生存机会丧失虽表现为医学上治愈可能性的不当减损,但其在法律上的本质是对于患者民事权益尤其是人格权益的侵犯,进而造成相应的财产损害和精神痛苦。人格权是关于人存在价值和尊严的权利,其以保护人身自由和人格尊严为价值基础,^[67]可区分为一般人格权与具体人格权,二者属于抽象与具体、一般与个别的关系,^[68]因此,裁判时应首先考量所涉人格权益是否为法律明文规定的具体人格权。具体人格权属于法律明文规定的绝对权,其具有成文化、确定性程度高和稳定可预期性的典型特征,^[69]生存机会的内涵虽与具体人格权中的生命权和健康权存在交叉之处,但却因不具备具体人格权的相应特征而难以归入具体人格权的保护体系中。司法实践对于生存机会丧失的法律涵摄,是小心翼翼通过个案价值判断和利益衡量的方式来实现的,而这恰是抽象概括且具有一定弹性的一般人格权所具有的典型特征。^[70]同时,一般人格权的设立目的在于填补具体人格权条款适用时对于新型人格利益的保护漏洞,生存机会作为尚未达到具体人格权的较高条件要求的新型人格权益,在我国民事权益开放性保护的态度下将其纳入一般人格权的保护框架并无解释论上的障碍。

从我国民事权益保护体系来看,《民法典》第109条、第990条、第995条和第1165条发挥规范体系的联动效应,共同构建起透过侵权法规保护一般人格利益的开放路径。^[71]具体而言,第109条位于总则编民事权利章节,通过“人身自由、人格尊严”彰显人格利益核心要素的表达,明确宣示一般人格权条款的价值基础。第990条第2款中的“其他人格权益”尚处于探索阶段,其并未直接采用“一般人格权”的概念表述,而立法将其置于具体人格权条款之后,意味着立法机关亦认可一般人格权类似于新型人格利益权利束的创设功能和补充功能。^[72]第990条是宣示一般人格权保护的权利法,难以将其作为独立的裁判规范,因而需通过第995条建立妥当的请求权基础外接规范,将其导向侵权法上的请求权基础。侵权责任编第1165条第1款作为侵权法规过错责任的一般条款,具有异乎寻常的强大规范功能,如此人格利益开放性保护的中国模式最终形成。具体到生存机会丧失的救济,生存机会并非成文法规定的具体人格权,但其因包含人格尊严的价值属性,可将其纳入一般人格权的范畴,主张一般人格权的救济路径。^[73]

(三) 责任成立的判断:相当因果关系的过滤作用

我国法经历从必然因果关系说到相当因果关系说的跨越,不仅理论上认可相当因果关系说的

• 661 •

[66] 参见前引[2],季若望文。

[67] 参见王利明:《人格权法中的人格尊严价值及其实现》,载《清华法学》2013年第5期。

[68] 参见姚辉、周云涛:《人格权:何以可能》,载《法学杂志》2007年第5期。

[69] 参见朱晓峰:《论一般人格权条款与具体人格权条款的规范适用关系》,载《比较法研究》2021年第3期。

[70] 参见朱晓峰:《作为一般人格权的人格尊严权——以德国侵权法中的一般人格权为参照》,载《清华法学》2014年第1期。

[71] 参见叶金强:《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》,载《中外法学》2017年第3期。

[72] 参见唐德华主编:《最高人民法院〈关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释〉的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第27页。

[73] 参见温世扬:《〈民法典〉视域下身份权的教义重述》,载《现代法学》2022年第4期。

正当性，^{〔74〕}包括最高人民法院在内的各级法院也将其作为裁判标准予以适用。^{〔75〕}相当因果关系理论下的因果判定包括两个层面，第一个层面属于责任成立方面的因果关系认定。责任成立因果解决的是侵权责任是否成立的刚性问题，要求通过高度盖然性规则予以判断。相当因果关系由条件关系和条件关系的相当性两部分构成，侵权人只对以其行为作为相当条件的损害负赔偿责任。^{〔76〕}在医疗过失与生存机会丧失间的因果判断中，法官首先应按照“若无则不”的方法进行条件验证，考量患者接受合理治疗后生存机会丧失与否。随后进行相当性的价值判断，若同等水准的医疗机构认定此医疗过失会导致生存机会丧失，而无此医疗过失不会导致生存机会丧失，那么此时满足因果关系的相当性条件。

生存机会在医疗鉴定中常被披上“原因力”的外衣，鉴定意见大多只给出一个原因力的比例数据，但因果关系有无是原因力适用的前提，实践中以原因力大小判断事实因果关系成立与否的方式显然倒果为因，^{〔77〕}有鉴于此，本文认为正确的判断方式是要求司法鉴定机构进行两个层面原因力的初步判断，即责任成立的原因力大小计算和损害范围的原因力大小计算，分别对应司法裁判中的责任成立因果关系判断和责任范围因果关系判断。不同层面原因力的判断所欲解决的问题不同，所以鉴定机构的判定标准也不同。此时，法官在责任成立因果关系判断时，首先要考量鉴定机构出具的责任成立原因力数值，其次再综合考量个案中的其他因素，包括医疗机构的地域分布、发生时间和医师的专业知识等，最后依据“条件说”综合考量。如此一来，便圆满地完成医疗过失与生存机会丧失之间责任成立因果关系的认证难题。

• 662 •

（四）责任范围的确定：比例计算下的动态考量

因果关系判断欲解决的第二个层面的问题，是责任范围方面的因果关系认定。《民法典》并未明确规定损害范围的界定方式，传统观点主张以相当因果关系作为侵权归因与损害归责的结合，让相当因果关系同时承担侵权构成和法律评价的功能，^{〔78〕}但损害赔偿并非盖然性高低的问题，相当因果关系试图以结果发生的盖然性掩盖法律判断规范评价的做法不够合理。^{〔79〕}实际上，界定损害范围需要多元的规范要素共同做工，《欧洲侵权法原则》即规定通过多种法律原理的协动效应来评价损害赔偿的法律效果，综合考量法益价值、明确程度、风险状况和规范目的等众多因素。^{〔80〕}对于生存机会丧失损害赔偿的范围评价，也应动态衡量个案的多种因素，依据科学合理的计算方法进行赔偿额计算。

〔74〕 参见梁慧星：《雇主承包厂房拆除工程违章施工致雇工受伤感染死亡案评释》，载《法学研究》1989年第4期；王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社2010年版，第385页。

〔75〕 参见“上海普鑫投资管理咨询有限公司诉中银国际证券有限公司财产损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2016年第10期。

〔76〕 参见朱岩：《当代德国侵权法上因果关系理论和实务中的主要问题》，载《法学家》2004年第6期。

〔77〕 参见满洪杰：《医疗损害责任因果关系虚无陷阱及其化解——兼评法释（2017）20号第12条》，载《法学》2018年第7期。

〔78〕 参见前引〔74〕，王利明书，第378页；杨立新：《侵权损害赔偿》，法律出版社2010年版，第101页。

〔79〕 参见王磊：《相当因果关系的现代变迁与本土抉择》，载《财经法学》2022年第1期。

〔80〕 参见欧洲侵权法小组编著：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第97页。

1. 范围量定的考量因素

生存机会丧失损害是医疗过失行为所致损害的总和,因医疗过失行为所受损害不仅包括精神损害,也包括由机会丧失衍生而来的财产损害。比例赔偿下的动态考量是生存机会丧失赔偿范围界定的重要工具,生存机会丧失的动态考量因素应该包括以下几种:

第一,既有疾病的严重程度。严重既有病情与医疗过失结合共同导致患者死亡或伤残结果的发生,是生存机会丧失纠纷不同于其他医疗侵权的特殊之处,因而着重考量既有疾病的严重程度是逻辑必然。既有病情虽是侵权结果严重的主要原因,但在实务裁判中却往往不受重视,法官对于既定病情的分析多是寥寥数语或含糊其辞,^[81]这或许也是生存机会丧失纠纷耗时长、审级多的重要原因之一。

实际上,既有疾病严重程度的认定存在于医疗鉴定环节,其需要高度专业化的医疗科学和统计科学,法律的作用更多是为其提供类型化的评判标准。对此,应以《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准(草案)》(下文简称《评判标准》)为基础,在个案中考量既有疾病的病症、体征、潜在疾病、患者特殊体质等因素,综合判断既有疾病与外来介入因素结合的参与度评判标准;实务鉴定确定致命损害参与程度时,应合理运用事故对策领域的事故归因原理,对各种可能加速疾病发展的原因进行判断,再通过理论探索、经验咨询的方法,参照事件树分析法或鱼骨图分析法确定既有疾病的参与度。^[82]

第二,生存机会的变动数值。在某种程度上,生存机会的变动程度与既有病情的严重程度是范围量定问题的一体两面,但前者更加注重疾病发展过程中的动态考量,突出表现为医疗过失介入后生存机会的数值变动情况。

生存机会是生存机会丧失理论赖以发展的核心概念,其数值变动也是厘定赔偿范围的最核心因素,直接决定损害赔偿额的大小。医疗领域的法规中仅《评判标准》存在“参与度”的描述,因此,实务中常将其作为裁判论证的支撑。但实际上,生存机会并非此标准第2条所规定的“疾病”,生存机会丧失纠纷中无此标准的适用空间。^[83]因此,对于生存机会变动数值的考量,首先应修正将参与度异化为因果关系认定的错误做法,理顺因果认定与损害计算的适用逻辑,分析既有疾病、医疗过错、特殊体质等原因力大小,综合分析生存机会的实际变动数值。^[84]其次,依据大数据技术,对海量医疗鉴定和司法案例研究做出数据量化层面的优化,形成参与度数值与因果关系比例程度相衔接的对应关系。最后,重视医疗过失后剩余的生存几率,同样是医疗过失导致的20%的生存几率丧失,由21%降低至1%所应获取的赔偿理应高于由45%降低至25%的赔偿数额。

第三,假设患者死亡或伤残的损害赔偿总额。生存机会丧失的损害赔偿并非患者死亡或伤残

• 663 •

[81] 参见湖南省衡阳市中级人民法院(2018)湘04民终222号民事判决书;吉林省长春市中级人民法院(2018)吉01民终36号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2018)沪02民终1097号民事判决书。

[82] 参见前引[46],刘鑫文。

[83] 《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准(草案)》第2条规定:“本标准中的‘疾病’,除包括临床医学中所指的疾病外,还包括既往的损伤、先天畸形、发育异常、老化现象等。”

[84] 参见鲁涤、唐田丰、常林:《医疗损害赔偿案件因果关系的判定》,载《中国医院》2009年第8期。

损害的组成部分，但这并不意味着生命健康权说下损害赔偿总额的计算毫无意义，在前述损害赔偿总额的基础上比例计算生存机会丧失的损害赔偿额，以使医疗机构承担与其过错程度相当的损害责任。而实务中损害赔偿的计算不会详细列明具体赔偿项目，多以总额的方式呈现，以生命健康权的损害赔偿总额作为生存机会丧失损害赔偿额的计算基础符合裁判现状。此时，生命健康权侵害损害赔偿额的计算，包括诊疗行为支付的合理费用、预计收入的减少及可能的残疾赔偿金和死亡赔偿金等项目。^{〔85〕}虽然损害赔偿项目与其他医疗侵权差异不大，但生存机会丧失案件的损害赔偿亦有其特殊之处，即医疗机构的诊疗行为既包括过失诊疗行为，也包括针对既有疾病科学合理的诊疗部分，既有疾病的合理费用支出不用纳入赔偿范围。

2. 范围确定的计算方法

生存机会丧失理论下的损害计算采取比例赔偿方式，其先依据全有或全无原则计算出患者的损失总额，然后计算医疗过失前后患者生存机会数值的差额值，在个案中考量损失总额、差额值和个案中的其他因素得出最终赔偿额。此种计算方法，亦能防止生存机会丧失理论沦为比例责任的附庸。

生存机会丧失属于人格权侵害，《民法典》第1182条赋权法院可以根据“实际情况”进行损害计算。比例式赔偿中“比例”的大小，以司法鉴定机构的第二个层面的原因力——责任后果的原因力大小——作为依据。但比例赔偿所得数额尚非最终赔偿数额，更为妥当的方式是将此数额作为损害计算的初步基准，根据个案情况进行进一步考量前文所述全部因素，最后由法官进行统筹全局的法律评价后得出数额。也就是说，在生存机会丧失的损害计算中应综合运用两种“合理计算方式”，首先对生存几率的变动部分进行比例赔偿，然后再以满足法律判断的实质性因素酌定最终赔偿额。据此，完整的生存机会丧失的损害赔偿计算需经过如下步骤：

步骤一：法官依一般医疗侵权规则去计算假设患者死亡或伤残后遭受的损失总额。

步骤二：法官调查患者既有疾病的程度以及医疗过失介入前患者的生存机会数值。

步骤三：法官调查并计算医疗过失后患者的生存机会数值。

步骤四：法官需要用步骤二中的数值减去步骤三中的数值。

步骤五：法官需要将步骤一的金额乘以步骤四中计算得到的数值，初步得出生存机会丧失的比例损害赔偿金额。

步骤六：法官需要动态计算并量化个案中的因素考量并对价值进行数值量化。

步骤七：法官需要以步骤五中的损害金额减去步骤六中的量化数值，最终得到恰当的生存机会丧失的损害赔偿金额。

需要说明的是，生存机会丧失的未来损害计算有其特殊之处，主要包括两种计算方法：单独计算法和加权计算法。前者是既有损害计算法的延续，而后者相对来说是数学理论在计算方

〔85〕 因生存机会丧失而导致的费用支出和收入减少与医疗过失具有完全的因果关系，此时全部赔偿更为恰当，但实务中囿于患者举证能力限制，原告方所列举的费用依据往往是患病前后的总费用，依生存几率的减损数值进行比例计算是目前最为适宜的方式。

法上的应用创新。法官需要综合考量案件全部因素,根据专家证词推断患者死亡或伤残最有可能发生的时间点。假设医疗过失造成患者30%生存机会的丧失,且现年40岁的患者最有可能因医疗过失于60岁死亡,患者死亡造成的损失将为100000元。依据单独计算法,患者可获得的未来损害赔偿为30000元($100000 \times 30\%$)。而依据加权计算法,需要鉴定机构提供更多阶段的医疗数据作为参考。如患者40岁时死亡概率为5%,50岁时的死亡概率为10%,60岁时的死亡概率为15%,患者不会死亡的概率为70%,四个阶段可能造成的损失分别为300000元、200000元、100000元以及0元,此时依据加权计算法,患者可获得的未来损害赔偿额为60000元($300000 \times 5\% + 200000 \times 15\% + 100000 \times 15\% + 0 \times 70\%$)。相对来说,加权计算法更加科学合理,但却要求原告负担更重的举证责任,因此实务中适用何种计算方法应由法官酌情而定。

虽然逻辑上损害赔偿额的量化步骤相对复杂,但实务中的操作难度并未随着程序的繁琐而攀升,许多步骤可以合并适用。我国实践中早有法院遵循此种计算思路,依据过失参与度进行数额的比例计算,同时结合个案的实际因素考量得出最后的赔偿额。^[86]例如,有法院判决以“医疗机构的过失参与度建议21%~30%”,酌情认定其承担21%的赔偿责任。^[87]略显不足的是实务中比例赔偿与因素考量的结合方式相对粗略,而本文的计算方法可以为其提供妥当的法技术与法理基础。

至于生存机会丧失纠纷的精神损害赔偿,生存机会往往寄托着患者生命延续的期望,生存几率的降低甚至完全丧失导致患者精神上遭受的痛苦(死亡提前来临所带来的恐惧等负面情绪)有时甚至远远超出其身体上所遭受的痛苦。因此,生存机会丧失精神损害的正当性几乎不证自明。生存机会丧失纠纷的精神损害赔偿与一般医疗侵权纠纷的考量因素差异不大,在此不做赘述,^[88]唯需要注意的是谨慎考量其精神损害赔偿的特殊之处。比如,生存机会丧失所引发的精神痛苦必须与既有病情造成的精神痛苦严格区分,^[89]患者不知生存机会丧失后的精神愉悦是否适用损益相抵等。

五、结 论

生存机会丧失理论的演进史已逾百年,其起源与发展虽面临诸多质疑,但不可否认的是它为平衡患者权益和医疗机构的诊疗自由提供行之有效的创新进路。因此,即使机会丧失理论不比传统因果理论和全有或全无原则更优越,但其至少不会比后者更恶劣,并且在当下最优解(即妥当厘清全部因果关系问题,针对性地适用全有或全无原则)无法达至的现状下,生存机会丧失理论作为次优解是此类纠纷最适宜的解决方式。实际上,生存机会丧失所解决困境的根源在于医疗科

• 665 •

[86] 有学者曾经对裁判文书网一万四千余件医疗侵权案件进行数据分析,结果显示医方承担比例责任的概率高达77.99%。参见前引[77],满洪杰文。

[87] 参见广东省广州市中级人民法院(2018)粤01民终595号民事判决书。

[88] 关于精神损害赔偿的范围量定,参见叶金强:《精神损害赔偿制度的解释论框架》,载《法学家》2011年第5期。

[89] See Evers v. Dollinger, 471 A.2d 405 (1984).

学的技术限制，法律并不会如我们预期般作用巨大，最优解的出现更加依赖于医学技术的不断进步和持续发展。但在那以前，诊疗行为的评判会愈加公正客观，生存机会丧失理论的优势也将长期存在。

Abstract: According to the traditional causality theory, patients with a survival rate of less than 50% are difficult to meet the standard of proof due to the existence of existing diseases, and the result of patients suffering from medical negligence but unable to obtain compensation is obviously unfair. The traditional causal relationship theory and the loose causal relationship theory in comparative law did not solve the argument problem of loss of survival opportunity, but the accumulation of theory and judgment provided conditions for the creation of the theory of loss of survival opportunity. The loss of survival opportunity theory adopts the regulation approach of the damage theory, regulates the loss of survival opportunity itself as the object of damage, and finally determines the scope of damage compensation according to the proportional calculation method. In the localization construction of the theory of loss of survival opportunity, we should identify the real survival opportunity and clarify the applicable premise and scope of the theory. On the basis of norms, take the protection norms of general personality rights in the Civil Code as the basis of empirical law, and define the scope of damage through the combination of proportional compensation and dynamic consideration.

Key Words: loss of survival opportunity, causality, general personality right, damages

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

消除影响请求权的体系整合与制度构造

温世扬 刘 昶*

内容提要：消除影响的规范目标是消除相关公众产生的错误认识。名誉权、标表型人格权、知识产权皆可纳入消除影响请求权的适用范围。立法表述中的“恢复名誉”因可完全被消除影响的规范内涵所吸收，且不具有类型化的解释论意义，故属于立法赘文。消除影响不具有预防与保全功能，应区别于绝对权请求权，系以过错为责任成立基础的债权请求权。作为一项事实陈述，消除影响的目标是通过恢复原状的方式弥补损害，应将之区别于赔礼道歉，后者作为意见表达，意在为受害者提供精神慰藉，且不可被强制执行。在制度构造上，消除影响的适用应以相关公众确实产生了错误认识为前提，但是在个别情形下，法院可直接依据经验法则作出事实推定，原告不需要证明不良影响已经现实发生。应将比例原则纳入评价机制，以此判断被告所应承担的消除影响义务的方式与限度。

关键词：《民法典》 消除影响 债权请求权 恢复原状 比例原则

• 667 •

一、引言

根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第179条第10项的规定，消除影响系承担民事责任的主要方式之一，确立了此类责任承担方式的独立性。因消除影响作为民事责任被规定在《民法典》总则编，自立法体例出发，似可作为一般规定，适用于所有权利类型被侵害的场合。然而，责任概念的使用无法脱离权利这一限定，只有在明晰权利的具体类型下，探讨“何人依据他人的何种权利承担何种责任”才有意义。权利产生意味着他人应履行某种义务，在未履行时要承担民事责任，所以“责任的承担”应以“权利的溯源”为首要任务。^{〔1〕}因此，为了

* 温世扬，武汉大学法学院教授；刘昶，武汉大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见冯珏：《我国民事责任体系定位与功能之理论反思》，载《政法论坛》2022年第4期。

准确把握消除影响请求权的规范内涵，首先需要完成从“责任承担”到“权利溯源”的思路转化，在具体权利层面探究消除影响的适用范围。

《民法典》第1000条规定，在人格权受到侵害时，行为人承担消除影响的民事责任应与其行为方式与造成的影响相当。该条虽并非请求权产生规范，并未描述何种情形下行为人应承担消除影响义务，仅是对法律后果的具体限制，但相比《中华人民共和国民法通则》（2009年修正）（以下简称《民法通则》）第120条的规定，在字面上将原先的“姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权”扩张到了所有的人格权益。对此，有观点认为应作出限缩解释，即物质型人格权的侵害不应适用消除影响请求权，因其并未带来声誉等层面的恶劣影响，至于名誉、姓名、肖像、隐私等无形人格权被侵害时，则有适用的空间。^{〔2〕}与之相对，有观点仅笼统提及不良后果消除之必要，未限缩消除影响的适用范围。^{〔3〕}除《民法典》外，消除影响请求权可散见于其他部门法。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》（2019年修正）第11条、第23条的规定，在编造、散布虚假及误导信息进而影响商誉时，侵权人负有消除影响义务。司法实务中，被告消除影响责任的承担超出了法律限定的范畴，若擅自使用他人名称或商标，进而满足第6条不正当竞争构成要件时，权利人也可要求被告消除影响。^{〔4〕}《中华人民共和国著作权法》（2020年修正）（以下简称《著作权法》）第52条也以“具体例举+兜底条款”的方式，规定消除影响请求权可在特定情况下得到适用。在司法实务中，消除影响请求权多被用于商标侵权。^{〔5〕}由此引发的问題为：消除影响请求权的适用范围为何，背后有无统一标准。

• 668 •

不清晰的适用范围无疑为消除影响请求权的规范内涵蒙上了一层面纱，既有的立法体例更是加剧了消除影响体系定位的模糊性。根据《民法典》第995条的规定，消除影响请求权不适用诉讼时效。有观点认为，消除影响请求权应属于绝对权请求权，规范目标是为了恢复人格权的圆满状态，与过错无涉。^{〔6〕}也有观点将其与停止侵害等绝对权请求权作初步区分，并根据人格保护的特殊目的考虑消除影响特别时效的适用。^{〔7〕}更有观点直接否认该类请求权的绝对权请求权属性。^{〔8〕}此外，消除影响与恢复名誉、赔礼道歉的关系亦含混不清。《民法典》第179条第10项将消除影响与恢复名誉并列，似认为二者系一体两面的关系。第11项虽将赔礼道歉作为独立民事责任，但认为其与消除影响应区分适用、同一适用的观点均有之。^{〔9〕}

〔2〕 参见陈甦、谢鸿飞主编：《民法典评注·人格权编》，中国法制出版社2020年版，第72-73页。

〔3〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第115-116页。

〔4〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院（2021）新民终98号民事判决书；天津市高级人民法院（2021）津民终941号民事判决书。

〔5〕 参见最高人民法院（2018）最高法民再390号民事判决书；浙江省高级人民法院（2015）浙知终字第219号民事判决书。

〔6〕 参见张红：《我国民法中恢复原状的再体系化》，载《荆楚法学》2022年第2期；崔建远：《债法总则与中国民法典的制定——兼论赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的定位》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2003年第4期。

〔7〕 参见杨巍：《〈民法典〉第196条（不适用诉讼时效的请求权）评注》，载《南大法学》2022年第2期。

〔8〕 参见程啸：《人格权研究》，中国人民大学出版社2022年版，第653-655页。

〔9〕 “区分适用论”可参见葛云松：《赔礼道歉民事责任的适用》，载《法学》2013年第5期；甘肃省高级人民法院（2016）甘民终316号民事判决书。“同一适用论”可参见王泽鉴：《人格权法：法释义学、比较法、案例研究》，北京大学出版社2013年版，第436页；广东省高级人民法院（2019）粤民申5928号民事裁定书。

正是因为消除影响的适用范围、体系定位均存在较大争议,故厘清消除影响请求权的构造基础,探析消除影响的适用情形,并为该类纠纷提供明晰的裁判规则,即成为《民法典》时代解释论的重要命题。

二、消除影响请求权的适用范围

消除影响的目标是消除他人行为对权利人所造成的不良影响,使其恢复到权利被侵害前的状态,具有恢复原状的功能。然对于债权、物权等纯粹的财产性权利而言,通过损害赔偿的方式即可恢复原状,无需设立独立的消除影响请求权。^{〔10〕}对物质型人格权而言,生命损害本身不可能恢复原状。至于身体权、健康权,在物质损害层面,侵权行为一旦发生,可通过金钱赔偿的方式填补损失。若被害人因侵权行为产生了巨大的精神痛苦,也可通过支付精神损害赔偿金的方式填补精神损害。^{〔11〕}此时,尚可辅之以赔礼道歉责任使被害人在精神层面得到慰藉,减轻侵权行为对被害人在精神层面的负面影响,故独立的消除影响责任并无必要。由此一来,财产权及物质型人格权应排除在消除影响的适用范围外,问题聚焦到他种人格权之上。其中,隐私权作为精神人格权的一种,权利侵犯以隐私被披露为样态。而隐私因披露而不再成为隐私,故难以真正恢复原状,只得通过精神损害赔偿或者赔礼道歉等方式抚慰被害人,消除影响请求权并无适用可能。行动自由权同理,因其以自决地位为核心,^{〔12〕}故只要侵权人停止对他人意志或身体行动自由的干涉,方可使人身自由恢复至圆满状态,也无消除不利影响的必要。因此,为了证立消除影响请求权的独立性,需要结合他种人格权展开讨论。

(一) 受损的名誉

1. 通过“消除影响”以“恢复名誉”

名誉权作为精神型人格权,以维护人格尊严为逻辑起点,其规范核心系名誉内涵的界定。依照通说观点,名誉系指社会公众对民事主体于品德、能力等方面的社会评价,应将其与自我评价为核心的“名誉感”区分开来。^{〔13〕}《民法通则》第120条将名誉被侵害纳入消除影响请求权的适用范围,对此作历史解释,《民法典》第1000条人格权的范畴当然也应当包括名誉权,司法实务中亦不乏其例。^{〔14〕}当权利人的名誉因不实陈述而被侵害时,也表明其社会评价会被不当降低,从而产生了负面影响。对自然人而言,因社会负面评价所产生的损害是在精神层面,侵权人负有义务消除负面影响,然单一的精神损害赔偿金无法达到消除不利影响的目的,赔礼道歉并非直接

• 669 •

〔10〕 依据传统理论,损害赔偿责任主要有两种责任承担方式,分别是恢复原状与金钱赔偿。前者致力于维护被害人的完整利益,后者致力于维护被害人的价值利益,二者发挥的都是损失填补功能。参见王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第113-114页。

〔11〕 精神损害赔偿的功能主要有两项:补偿与安抚。对此可参见〔德〕埃尔温·多伊奇、汉斯-于尔根·阿伦斯:《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》(第5版),叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第234-235页。

〔12〕 参见温世扬:《民法典视域下的“人身自由”》,载《法制与社会发展》2022年第3期。

〔13〕 参见前引〔8〕,程啸书,第322-325页;前引〔9〕,王泽鉴书,第151页。

〔14〕 参见江苏省高级人民法院(2019)苏民申7804号民事裁定书;四川省高级人民法院(2017)川民申5158号民事裁定书。

指向必要事实之澄清，故要求侵权人履行消除影响的义务有特殊意义。值得注意的是，侵害名誉权的方式除了事实陈述以外，亦有意见表达。后者往往仅对某事件发表好或坏、赞同与不赞同等意见，而不指向事实的真伪。即便意见表达因构成了人身攻击而成立侵权，但其无涉于具体事实，是纯粹的观点输出，已在相当程度上偏离了名誉权的范畴，只有与不实陈述相结合才会降低被害人的社会评价，纯粹的意见表达更接近“名誉感”的范畴，不会在社会层面产生对被害人的错误认知，仅会使被害人自尊受挫。对此，权利人仅需主张精神损害赔偿，并同时主张侵权人赔礼道歉，即可达到维护“名誉感”的目的。

区别于《民法典》第1018条、第1032条将肖像权、隐私权的权利主体限定为自然人，《民法典》第1024条以民事主体作为名誉权的权利主体，故法人等组织团体也享有名誉权。然而，法人所享有的人格权虽然具有人格权之名，但并不以人身自由与人格尊严为构造基础，实为财产权的外化。^{〔15〕}当第三人侵害了法人名誉权之后，组织团体不会感到精神痛苦，但会因社会评价降低而有损商誉，从而产生经济损失，故由侵权人负担消除影响义务有特别意义。^{〔16〕}

值得注意的是，《民法典》第1029条将信用纳入名誉权的规范体系内，并未规定为独立的人格权类型。然而，信用与名誉的内涵并不等同，前者无关乎社会公众对特定民事主体的评价，多关涉特定主体间的经济利益，信用评级也仅可由特定机关（银行、法院）作出。^{〔17〕}该类经济评价与民事主体的资力状况息息相关，若某人被污蔑即将破产、在银行系统内的信用评级产生误报，均可认为侵犯了信用，此时民事主体除了可要求侵权人赔偿物质以及精神损害外，也可向侵权人主张消除影响进而恢复信用评价。^{〔18〕}

2. 作为立法赘文的“恢复名誉”

既然消除影响的目的是消除不利影响并恢复原告的名誉或信用评价，那么《民法典》第179条第10项、第995条、第1000条将恢复名誉独立于消除影响的目的何在？有观点认为，消除影响当然包括了恢复名誉，只不过恢复名誉是专门针对名誉权侵害所规定的责任形式。^{〔19〕}学者亦鲜有讨论恢复名誉与消除影响的关系，而往往将二者一并列举，似认为二者具有相同的适用情形与规范目的。^{〔20〕}司法实务中也多在名誉侵权时判决要求被告承担消除影响责任，并未与恢复名誉请求明确区分。^{〔21〕}事实上，对于消除影响与恢复名誉的关系，可以有三种解释路径。第一种是认为后者是前者的特殊规定，当涉及名誉侵权时，应当优先适用恢复名誉请求权。第二种是认为恢复名誉仅仅是一项注意性规定，是在特别强调名誉权保护的重要性，属于消除影响请求权的例示规定。此时，消除影响属于兜底条款。第三种则是认为恢复名誉在本质上属于一项赘文，且

〔15〕 参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第452页。

〔16〕 参见山东省高级人民法院（2015）鲁民一终字第3号民事判决书；吉林省高级人民法院（2014）吉民三涉终字第12号民事判决书。

〔17〕 参见前引〔9〕，王泽鉴书，第165-168页。

〔18〕 参见山西省高级人民法院（2017）晋民申169号民事裁定书。

〔19〕 参见前引〔3〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第116页。

〔20〕 参见前引〔9〕，葛云松文；张红：《不表意自由与人格权保护——以赔礼道歉民事责任为中心》，载《中国社会科学》2013年第7期。

〔21〕 参见陕西省高级人民法院（2021）陕民申260号民事裁定书；吉林省高级人民法院（2014）吉民三涉终字第13号民事判决书；浙江省高级人民法院（2013）浙民提字第81号民事判决书。

是隶属于消除影响请求权的“整全隶属性赘文”，可被消除影响所囊括，但在立法中并未采用简洁的表述，而是人为设置了该类语义循环。^{〔22〕}

第一种解释无疑过于机械，因消除影响与恢复名誉都被内嵌于同一法条，仅允许裁判者适用恢复名誉请求权而排斥消除影响请求权，通常不符合实际情形。法官在引用请求权基础时往往仅会具体到某一条某一款（项），但无论是《民法典》第179条第10项，抑或是第995条、第1000条，消除影响与恢复名誉甚至都在同一段落（项）内，故难以在技术操作上完全区分二者。第三种解释将恢复名誉认定为是一项立法技术不足产生的赘文，彻底否定了恢复名誉规定本身的实益。赘文与例示规定的区别在于，前者仅仅是对语义逻辑的当然重复（如物权、债权之于财产就是纯粹的语义重复），后者作为类型列举则对避免司法裁量权过大具有重要意义，且可由此反推兜底条款的规范内涵，以划定规范解释的合理边界。^{〔23〕}因此，若恢复名誉对消除影响规范内涵的厘清具有解释学上的意义，应作为例示规定采纳第二种解释方案。然不可否认的是，在前述第一种方案被否定之后，消除影响也包括对名誉的不利影响，名誉恢复后，即表明不利影响已被消除。恢复名誉这一概念未在构成要件抑或法律后果上对消除影响作出足够明确的细化，仅是对消除影响具体亚类型的简单重复，其概念内涵可被内化于消除影响之中，故将其作为一项赘文而非例示规定，更符合赘文的特性。

（二）因不实关联产生的错误印象

侵犯民事主体的名誉权会导致其社会评价降低，故要求被告承担消除影响责任并恢复名誉有其正当性。然而，消除影响的范畴不应限于名誉侵权。如前所述，无论是标表型人格权，还是以智力成果为基础的知识产权，在法律规定以及司法实践中均承认了消除影响请求权的适用可能。事实上，上述权利可以起到将特定权利（财产）与民事主体相联结的功能，从而使第三方清楚权利客体与权利主体之间的内在联系，侵权人的使用行为无疑会导致第三人对权利与权利归属主体产生错误认识，下文就上述权利类型分别展开讨论。

1. 利用他人人格标识产生的错误印象

姓名权（名称权）、肖像权系典型的标表型人格权，其可使第三方根据外在标识符号识别特定人。当然，标表型人格权的权利类型并不局限于此。《民法典》第1023条第2款将声音纳入人格标识的保护体系内，实因其与姓名、肖像相同，具有识别个体的功能。^{〔24〕}个人信息也拥有指向功能，可将特定主体与他人相区别，所以也是一种人格标识。^{〔25〕}其中，就姓名权（名称权）与肖像权而言，早在《民法通则》时代，就于第120条明确规定了原告可主张消除影响请求权，法律并未对此设置任何限制。然而，消除影响的目的是消除负面影响，在擅自使用他人人格标识的情形下，究竟会产生何种不良影响？对此司法实务多语焉不详。譬如，有判决针对名称权被侵害，笼统地指出消除影响的目的并非弥补心理创伤，而是为了消除因名称权被侵害所带来的不良

〔22〕 整全隶属型赘文的内涵，系指他处已有此种法律表达，此处再展开相同或者亚类型的法律表达并无必要。具体内涵与例证可参见贺剑：《民法的法条病理学——以僵尸法条或注意规定为中心》，载《法学》2019年第8期。

〔23〕 参见前引〔22〕，贺剑文。

〔24〕 参见杨立新、袁雪石：《论声音权的独立及其民法保护》，载《法商研究》2005年第4期。

〔25〕 参见温世扬：《标表型人格权的制度价值与规范构造》，载《法律科学（西北政法学报）》2021年第6期。

影响，然其并未指明不良影响的含义。^{〔26〕}在“任达华与海南正大汇龙房地产开发有限公司肖像权纠纷案”中，针对被告擅自悬挂任达华肖像的行为，法院仅指出原告的肖像权受到了侵害，被告虽然擅自用他人肖像进行宣传，然其社会影响不大，故判决正大公司应在海口内有影响的报纸上赔礼道歉以消除影响。在本案中，裁判文书也未明确究竟何为影响不大，影响不大又要在报刊上刊登声明的理由。^{〔27〕}又如，在“姚明与武汉云鹤大鲨鱼体育用品有限公司侵犯人格权及不正当竞争纠纷案”中，针对被告擅自使用姚明姓名、肖像的行为，法院亦未指示说明不利影响为何，直接要求被告承担消除影响责任。^{〔28〕}

事实上，侵权人侵害了权利人的标表型人格权，完全有可能招致声誉下降的结果。譬如，擅自使用名人姓名，并将其用于自身广告宣传，将会形成姓名权人支持该商品的公众印象。^{〔29〕}若产品内容本身涉嫌虚假宣传，也会导致姓名权人的社会评价降低，从而构成名誉侵权。然此种不良影响可被名誉权范围所囊括，超出了标表型人格权的保护范畴。但是，用作推销的产品可能无质量问题，侵权人只是利用其人格标识为自己开拓产品的销售渠道，不会有损声誉，仅构成对姓名等标表型人格权的侵害。^{〔30〕}但此时并非不会产生任何不良影响，社会公众仍然会产生权利人支持某种商品的印象，进而错误认为其与指定商品具有主观上的特殊联系，并于潜意识中基于对该人的支持而选择该类商品，对于此类错误认识也有通过消除影响恢复原状的必要。

在“四川西婵整形美容有限公司、林心如一般人格权纠纷案”中，法院就指出，被告整容公司擅自使用林心如照片作宣传，并附之以医院服务热线与在线咨询方式的举措，侵害了原告的肖像权。然社会公众并不会因此对林心如本人产生任何负面评价，并降低其社会声誉，故对于其侵害名誉权的主张，法院不予支持，仅支持针对侵犯肖像权的公开赔礼道歉请求。^{〔31〕}在该案中，虽然法院并未指明擅自使用他人肖像会产生何种不利影响，但却将肖像与推销方式联结起来，实质上暗含了该种冒用行为会导致错误认识的结果。此外，法院也将侵害肖像权与名誉权所产生的不利影响作出了初步区分，仅侵犯前者并不会导致社会评价降低，故对其适用独立的消除影响请求有独特意义。

须明确的是，并非所有侵害人格标识的行为皆可适用消除影响请求权。比如，第三人侵害姓名权的行为可能是干涉姓名使用的行为，如不允许申请人在法律规定的范围内更改姓名等。此时的姓名权保护仅系人格尊严与人身自由保护的具象化，不会使公众产生错误认识，故无消除影响请求权的适用空间。

2. 利用他人知识产权所产生的错误印象

知识产权包括著作权、专利权及商标权等。其中，著作权及专利权都是权利人创造性劳动的

〔26〕 参见云南省高级人民法院（2017）云民终710号民事判决书。

〔27〕 参见海南省高级人民法院（2013）琼民三终字第59号民事判决书。当然，本案中存在赔礼道歉与消除影响混用的情形。

〔28〕 参见湖北省高级人民法院（2012）鄂民三终字第137号民事判决书。

〔29〕 参见中国台湾地区“高等法院”2005年上易字第616号民事判决书。

〔30〕 参见崔国斌：《姓名商品化权的侵权认定思路》，载《清华法学》2021年第1期。

〔31〕 参见四川省高级人民法院（2015）川民终字第501号民事判决书。当然，本案中存在赔礼道歉与消除影响混用的问题。

产物,凝结了权利人智慧的结晶。该类权利与传统财产权最大的区别在于,后者作为纯粹的财产权,仅权利本身具有使用价值与交换价值,他人非法侵害该类财产权仅是为了获得财产的使用价值与交换价值,并为自身谋取经济利益,与特定主体的人格利益一般并无联结,财产与权利人之间的归属关系多无价值。

然而,知识产权与特定主体归属关系的确定却尤为重要。因智力成果作为原创性劳动的产物,本就不同于物的简单制造,由社会公众正确知悉由谁创造了此类智力成果具有重要意义。毕竟,智力成果与知识产权权利人之间明确的归属关系对积极创造更多成果具有推动意义,可令其得到正面评价与物质褒奖,进而积极推动社会公众对原创成果的支持。对于商标权而言,虽然商标的设计不需要创造性,但商标权仍被学界习惯纳入知识产权的范畴。^[32]事实上,商标权与著作权、专利权的相通之处在于,使第三方明晰权利的正确归属主体具有重要价值。商标本身亦系商誉的体现,将某种商标运用于某项产品之上,可令原先没有归属价值的产品因商标而凝聚了特别的商业价值。毕竟,产品是否归属于某人会直接影响消费者的判断,商标可为此判断的作出起到识别作用。因此,若侵权行为使社会公众产生知识产权归属于某一主体的错误印象,行为人应承担消除影响责任。

具体而言,著作权可分为著作人身权与著作财产权。《著作权法》第52虽然规定了侵权人的消除影响责任,但仅规定应“根据情况”承担责任,并未明确消除影响责任成立的构成要件。有观点指出,对于侵害著作人身权的行为,侵权人应承担消除影响等民事责任,对于侵害著作财产权的行为,则不需要承担消除影响责任。^[33]在司法实务中,也有法院认为侵害著作权人复制、发行权的行为,并未侵害权利人的的人身权,故不支持其消除影响请求。^[34]侵害著作权的行为只有在令社会公众产生混淆的情形下才承担消除影响责任,而发行、复制、放映等纯粹侵害著作财产权的行为若标明了著作权的真实归属,则不适用消除影响请求权。当然,并非所有侵害著作人身权的行为都可适用消除影响请求权。譬如,对于侵害发表权的行为,因作品一经公开即无法撤回,不具备恢复原状的客观可能,也无消除影响请求权的适用空间。但是,若行为人实施了抄袭行为,实质上是将他人的智力成果为己所用,侵犯了著作权人的署名权与作品完整权,将会引起社会公众对智力成果归属状况的误解,故被告应承担消除影响义务。^[35]

侵害专利权的行为包括专利侵权与假冒专利。专利侵权系指所有未经许可擅自使用他人专利技术的行为。因消除影响的目标是消除社会公众对产品与其归属主体之间的错误印象,故独立的制造行为并不属于消除影响的范畴,但在侵权人制造完成之后的销售、许诺销售以及与销售相关联的使用行为,均会使社会公众误以为侵权人系专利的原创者,自然应当由其承担消除影响责任。特别需要注意的是,无论是专利产品,抑或专利方法,都应成为消除影响请求权的客体,因二者都关乎相关使用主体对专利侵权人的评价。法律之所以要保护专利,是因为对专利的功能性

[32] 参见王迁:《知识产权法教程》(第5版),中国人民大学出版社2016年版,第397-398页。

[33] 参见前引[32],王迁书,第257-258页。

[34] 参见江苏省高级人民法院(2018)苏民终926号民事判决书。

[35] 参见北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第1039号民事判决书;陕西省高级人民法院(2011)陕民三终字第00005号民事判决书。

使用可以裨益于使用者，而此类用户体验应当由使用者发出，并正确反馈于专利权人。擅自销售专利产品的行为令使用者客观评价的对象发生错误，擅自利用专利方法制造产品，则会令使用者产生对产品制造者的错误印象，如因所谓产品好用进而信赖该制造者，从而导致评价对象的错误。至于假冒专利行为，更是直接将他人合法的专利号用于自己销售的产品之上，并以此作为推销产品的手段，作为扰乱市场竞争秩序的行为，其无疑会使产品使用者误以为侵权人是专利权人，从而发生评价错误，^{〔36〕}故应令其承担消除影响责任。

三、消除影响请求权的体系定位

无论是恢复名誉，抑或是消除因不实关联产生的错误印象，消除影响的目的皆是使权利主体得到社会公众的正确认识，因为对于特定权利而言，令社会公众正确认识权利与权利主体的归属关系具有特殊意义。在此意义上，消除影响也是恢复原状的一种方式。然而，恢复原状具有广泛的内涵，在绝对权保护、合同解除以及损害赔偿各方面具有不同的意义，其规范功能与构成要件并不相同。^{〔37〕}由此引发的问題为，消除影响作为恢复原状的方式，到底与何种恢复原状规范相当，又应当如何理解其与精神损害赔偿以及赔礼道歉的关系。此皆关涉消除影响的体系定位问题，故需详加探讨。

（一）作为“债权请求权”的消除影响

1. 多元的恢复原状请求

虽然任何使受害人恢复到权利被侵害前的状态，都可以被纳入恢复原状的内涵，然因客观样态不同，恢复原状返还的责任基础亦不相同，此会直接导致恢复原状所需的要件不同。譬如，物的返还虽形式上可被认为是一种恢复原状，但其权利基础是支配权，具备不容第三方侵害的绝对性，规范目标仅在于消除权利归属与事实状态的不一致，并将绝对权恢复至不受干扰的状态，故无权占有人脱离对物的占有即为已足，无需过错作为责任调节机制。^{〔38〕}不同于原物返还，在权利人被第三方不法侵害并产生损害的情形下，侵权人应承担损害赔偿责任，此时损害赔偿的方式可分为恢复原状与金钱赔偿。^{〔39〕}例如，当汽车被他人损毁时，侵权人应根据被侵权人的要求承担恢复原状义务（修理），修理义务的履行即为恢复原状的一种。损害赔偿意义上的恢复原状实际上是一种责任的转嫁，侵权人应当积极承担责任以消灭给付义务。此实际上已干涉了他人的行为自由，故需要过错作为责任调节机制。

合同解除及无效后的恢复原状略显复杂。以双务合同为例，其返还规则实际上折射着双务合同的牵连性特征，等价性亦始终潜伏于返还制度之上。^{〔40〕}无论是原物返还抑或是原物返还不能时的价值补偿，皆应坚持等价性原理，原则上应当相互返还，原物受领方不得以物损毁灭失为由

〔36〕 参见国家知识产权局条法司：《关于假冒专利方面的修改》，载《电子知识产权》2010年第4期。

〔37〕 参见冉克平：《民法上恢复原状的规范意义》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2016年第2期。

〔38〕 参见朱虎：《物权请求权的独立与合并——以返还原物请求权为中心》，载《环球法律评论》2013年第6期。

〔39〕 参见前引〔10〕，王泽鉴书，第112-114页。

〔40〕 双务合同坚持等价性的重要性，可参见朱朝晖：《潜伏于双务合同中的等价性》，载《中外法学》2020年第1期。

主张自己系善意不当得利人而拒绝填补价值。^{〔41〕}在此意义上,双务合同无效时的给付型不当得利返还原则,实质上因无法适用不当得利的返还规则而不再构成不当得利,毋宁说是基于双务合同的特别清算规则。^{〔42〕}

由此可见,恢复原状总体上可分为三大类型,即基于绝对权的恢复原状、损害赔偿的恢复原状、(双务)合同无效并解除后的恢复原状,三者的具体制度设计及规范目的并不相同。消除影响请求权仅与侵权有关,显然不属于以上第三种类型。虽其并非赔偿性义务,但与损害赔偿责任同需损害后果发生,且以绝对权被侵害为责任基础,在构成要件与以上第一种及第二种恢复原状类型具有相似性,完全有可能因在类型学上相同而适用相同的规则,故需展开探讨。

2. 以“过错”为责任基础的消除影响

根据《民法典》第1167条的规定,停止侵害、排除妨碍、消除危险作为绝对权请求权被纳入侵权责任的范畴,故我国《民法典》侵权责任的内涵要广于大陆法系损害赔偿的范畴,同时包含绝对权请求权与损害赔偿请求权。^{〔43〕}二者虽以违法性为责任承担前提,且都承载着恢复原状的功能,但前者仅要求权利行使恢复至不受干扰的状态,即可起到权利保全的功能,不需以过错为要件。损害赔偿请求权则涉及损害在民事主体之间的转化,不能苛责于无过错的行为人,否则将会侵害无辜之人的自由。因此,消除影响的适用是否需要以过错为前提,即是体系定位的关键。结合两种请求权的不同特征,需要考量两个因素:消除影响能否起到权利保全功能,判令被告在无过错情形下承担消除影响义务是否会过度干涉表意自由。

一方面,对于物质型人格权,绝对权请求权的边界相对明确,即通过恢复权利至不受干扰状态的手段,使不法侵害人停止行为,进而排除其对权利行使的妨害,并不以损害发生为前提要件。^{〔44〕}譬如,对于侵害健康权的行为,权利人可以请求其停止侵害、排除妨碍、消除危险,如通过申请人格权禁令的方式,达到停止、预防他人对自身造成侵害的目的,但此时实际损害后果可能并未发生。^{〔45〕}与物质型人格权不同的是,他种人格权在损害发生后难以通过停止侵害等方式恢复权利至不受干扰的状态。如对于通过新闻报刊诽谤他人的行为,一旦造成了社会影响,就无法通过停止侵害的方法去除对名誉的妨害。毕竟,撤回涉嫌侵权的报刊、删除相关内容无法排除对名誉的妨害,因为主体的社会评价已经降低,相关公众亦无法清楚知悉撤刊、删除相关内容的背后原因,从而恢复权利人的名誉,故妨碍权利圆满实现的行为仍在持续。若权利人意图恢复名誉,只能通过刊登澄清声明的方式消除影响。在此意义上,消除影响因可使名誉恢复至事前状态,并消除已发生的侵害,具有权利保全的功能,似可被纳入绝对权请求权的范畴。^{〔46〕}然而,社会评价的降低是名誉权受损的结果,与健康权被侵害的损害结果(如被打伤)应作同一评价,在损害发生后,名誉侵权不可能存在独立于名誉下降这一损害的妨害行为。作为一项被动的精神

• 675 •

〔41〕 参见叶名怡:《折价补偿与不当得利》,载《清华法学》2022年第3期。

〔42〕 参见叶名怡:《不当得利法的希尔伯特问题》,载《中外法学》2022年第4期。

〔43〕 参见温世扬、刘昶:《肖像权的特质与规则表达》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第4期。

〔44〕 参见王利明:《论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离》,载《中国法学》2019年第1期。

〔45〕 参见朱虎:《人格权侵害禁令的程序实现》,载《现代法学》2022年第1期。

〔46〕 参见王利明、程啸、朱虎:《中华人民共和国民法典人格权编释义》,中国法制出版社2020年版,第90-95页。

型人格权，名誉权被妨害（处于被不实评价状态）与损害（社会评价下降）本就为同一事物的不同面相，二者指向同一，恢复至事前状态即表明损害结果被消除。况且，消除影响请求往往发生于侵权行为发生并完成后，其目标是消除不利影响进而彻底恢复原状，不再单纯具有停止侵权与预防侵权的功能，已然超脱于绝对权请求权的基本功能范畴。

持绝对权请求权与损害赔偿请求权相区分的论者多认为前者的目标是使权利恢复至圆满状态，适用于权利实现受到妨害的情形。^{〔47〕}但事实上，即便存在妨害，损害一旦发生，仅有绝对权请求权无法使权利恢复至圆满状态。在他人无权占有物的情形下，若无权占有人不慎将物损坏进而导致价值贬损，即便所有权人主张返还原物，也无法恢复至事前状态，此时只能诉诸损害赔偿。某项具体人格权被损害后，虽然侵权人的侵权行为可能仍在继续，停止侵害等绝对权请求权却无法使权利恢复至圆满状态，至多可维持不受继续侵权的状态，因被人打伤（健康权受损）、社会评价下降（名誉权受损）等产生的物质、精神损失，只能通过损害赔偿等债法途径解决，绝对权请求权难堪恢复圆满状态的重任。

另一方面，消除影响需要刊登澄清声明，义务人仅停止侵权尚不足够，需以积极履行义务的方式承担责任。因义务的履行需要侵权人积极配合，发布声明会干涉其表意自由，故与债权的履行属性相当，立足于人格权的绝对性无法推导出他人应当积极履行发表澄清言论的义务。毕竟，不表意自由也是人身自由权的一种，作为一项基本权利，彰显着人之所以为人的基本价值。^{〔48〕}在不存在归责事由的情形下，仍要求其承担消除影响义务，未免对行为人设置了不可预见的行为义务，因过度重视权益保护而偏颇。以名誉侵权为例，德国司法实践出于保护名誉的需要，在类推《德国民法典》第1004条规定的基础上，发展出了不以过错为要件、针对不实言论的撤回请求权（Widerrufsanspruch），实质上将其纳入了绝对权请求权的范畴。然而，撤回并不等于恢复，至多停留在停止侵害及排除妨碍的阶段，社会公众若不关注法庭裁判，也无法在观念上恢复对权利人的评价，不能达到消除影响的效果。德国之所以未设置消除影响、恢复名誉等责任，全然是因为其社会文化重视个人意志与自由表达，故不可接受发布恢复名誉启事等行为。^{〔49〕}与之相对，《日本民法典》第723条都将可起到消除影响功能的“恢复名誉之处分”纳入与损害赔偿相当的评价体系中，并适用相同的过错要件，实为衡平不表意自由与法益保护的结果。尽管同属于东亚文化圈的中国立足于国民性，在特定情形下承认消除影响、恢复名誉之处分请求，但亦不得以过度牺牲自由为代价，过错作为责任转移机制理应承担权利冲突的中和功能。

《民法典》第995条虽规定消除影响与人格权请求权均不适用诉讼时效，但并非可当然认为立法者将其纳入了绝对权请求权的范畴。在立法讨论中就存在较多反对适用同一时效规则的声音，^{〔50〕}时效规则也并非当然与权利属性相关，无论是相对权、绝对权都有可能适用或者不适用诉讼时效规则。因名誉权等权利被侵害后会造成广泛的社会影响，只要相关主体的错误认识一直存在，危害后果就一直存在，从而会造成持续的精神痛苦或财产损失，故适用特殊的时效规则有

〔47〕 参见前引〔44〕，王利明文。

〔48〕 参见前引〔20〕，张红文。

〔49〕 参见前引〔9〕，王泽鉴书，第449页。

〔50〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编释义》，法律出版社2020年版，第33页。

特别意义。^{〔51〕}

（二）与赔礼道歉的关系

《民法典》第179条第10、11项分别规定了消除影响、赔礼道歉为民事责任的承担方式，有意对二者作出区分，然其边界仍存在模糊性。譬如，恢复名誉作为消除影响的手段，有可能以道歉信的方式作出。在我国司法实务中亦有判决指出，赔礼道歉与消除影响是手段与目的的关系，责令被告赔礼道歉可起到消除不良影响的作用。^{〔52〕}

如果赔礼道歉的内涵完全可被消除影响所涵盖，有可能与恢复名誉相同，因构成法律赘文而无区分二者的实益。但问题在于，赔礼道歉的内涵本就与消除影响不同。二者虽皆关涉侵权人的不表意自由，但前者意在“道歉”，后者意在“澄清”。澄清可使社会公众正确理解权利与主体的内在归属，仍是一种对客观损害的弥补，并使权利恢复至事前状态；道歉则更进一步，使人的良心上升为一项法律义务，迫使行为人批评自己的不当行为，以追求对受害人内心的慰藉，不再具有损失填补的单一功能。因赔礼道歉更强调慰藉而非损失填补，而慰藉只能作用于精神层面，故出于衡平与不表意自由关系的目的，对其适用范围也应当加以限定，即适用于人格尊严受损的情形。^{〔53〕}与此相对，消除影响的目的是恢复对特定权利归属状态的错误认识，这种权利既可能是人格权，亦可能是财产权，故恢复的既有可能是人格尊严，也有可能是商业信誉，本不与慰藉挂钩，其适用的范围也不完全同于赔礼道歉，只是二者刚好在特定权利地带（名誉权、表型人格权等）存在交叉。

因赔礼道歉强调对个人精神的慰藉，意在恢复尊严感，消除影响则强调于社会公众层面对不利影响的消除，意在建立起正确的社会认识，故即便适用的权利类型存在交叉，亦可在规范目的上对二者作出初步区分。^{〔54〕}然而，在权利类型存在适用上的交叉时，道歉声明一旦公开，也可以起到消除影响的作用。毕竟，“承认自身做错了某事”即表明之前的行为已构成侵权并产生了不利影响，发布道歉公告可以实现澄清真相、消解误会的目的，既“给了面子”，又“说了事实”，实乃一举两得。但是，赔礼道歉作为“意见表达”，是内心态度的外化，本不可能被强制执行，因不具有强制执行力而更接近自然之债，^{〔55〕}消除影响作为一项“事实陈述”，却可通过替代履行的方式由他人替代作出。

• 677 •

四、消除影响请求权的制度构造

由前述可知，尽管消除影响请求散落于多个部门法，作为以匡正错误认识为目标的债权请求权，其在规范功能与责任产生层面具有同一性，问题最终落脚到消除影响责任的落实上。消除影

〔51〕 参见前引〔50〕，黄薇主编书，第33页。

〔52〕 参见广东省高级人民法院（2019）粤民申5928号民事裁定书；北京市高级人民法院（2019）京民申252号民事裁定书。

〔53〕 参见安徽省高级人民法院（2018）皖民终820号民事判决书；广东省高级人民法院（2012）粤高法民三终字第79号民事判决书。

〔54〕 参见浙江省高级人民法院（2015）浙知终字第219号民事判决书。

〔55〕 参见吴小兵：《赔礼道歉的合理性研究》，载《清华法学》2010年第6期；前引〔20〕，张红文。

响的目的是恢复原状，根据《民法典》第1000条的规定，消除影响应当与行为具体方式、造成影响范围相当，由此一来，恢复原状至少存在“方式”与“影响范围”两方面的限制。因消除影响最终关涉权益保护与行为自由两项对立命题，故消除影响请求权的实现应恰当处理对立关系的平衡。

（一）行使前提：相关主体产生了错误认识

名誉本就与社会评价相关联，名誉权被侵害表明社会评价下降这一错误认识已产生，消除影响的目的是消除错误认识。侵害他种权利则非当然如此。比如，在权利人属于明星人物时，如前述“任达华案”“林心如案”“姚明案”中，法院均未提及要求原告证明错误认识的存在，故是否对于公众人物，非法使用即代表着会产生错误认识，从而当然需要消除影响？再如，在一起著作权纠纷中，法院指出，对于硕士论文抄袭其他学者文章的行为，因其学术影响力不足以造成原告损失，且已经删除了抄袭文章，故不支持消除影响请求。^{〔56〕}在该判决中，法官实质上已将“不利影响现实存在”作为消除影响的前提，同时认为不能仅依据抄袭的事实判决被告承担消除影响义务。由此可见，侵权行为成立并不必然与消除影响请求划等号，而是否需要证明错误认识等不良影响现实存在则直接影响权利人的举证难度，故需要将其作为一项前置问题加以讨论。

事实上，只有当不利影响现实存在时，义务人才有消除的必要，否则其发布的澄清声明将因失去指向对象而丧失意义。况且，侵害标表型人格权、知识产权的行为至多属于侵害行为，错误认识的发生则属于损害后果，只有当损害现实发生时，才成立债法意义上的损害，进而有通过消除影响来弥补损害的必要。原则上，原告需要就侵权行为成立的所有要件进行逐一证明，才具备向被告追究责任的基础，因为损害后果的现实发生本就构成消除影响责任履行的前提。但是，若其能证明第三人出于混淆的目的非法使用上述权利时，且依据“经验法则”法官可直接做出相关公众会产生错误认识的“事实推定”时，权利人已无需再对错误认识这一“要件事实”承担举证责任。对此《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第10条第4项规定，根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实，当事人无需举证证明。因此，上述判决中法院之所以未要求原告证明错误认识这一损害后果，并非代表损害非必要，完全有可能是因法官运用了“事实推定”这一证明规则，进而将要件事实转化成了典型的关联事实，并以具备高度盖然性的经验法则作为大前提，从而得出错误认识已发生这一结论。^{〔57〕}

譬如，对明星的人格标识进行经营性使用的行为，侵权人的目的就是使相关消费者误以为特定人物与产品有特殊关联，况且，明星作为公众人物，社会公众对其标识符号相对比较敏感，其人格标识也具有巨大的商业价值，故商业使用会产生错误认识作为具备高度盖然性的经验法则，符合“事物发展的典型经过”。只要原告能够举证非法使用这一关联事实，法院结合原告的社会身份，做出错误混淆产生之推定，实乃契合经验法则的结果。但是，对于非公众人物，因其人格标识并不具有浓厚的区分功能而难以使公众产生错误认识。若径行做出该种事实

〔56〕 参见陕西省高级人民法院（2011）陕民三终字第00005号民事判决书。

〔57〕 事实推定的推理过程，可参见郑世保：《事实推定与证明责任——从“彭宇案”切入》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2010年第3期。

推定,则不具备高度盖然性而存在违反经验法则的可能。此时,原告尚需要提供证据证明标识使用确会令人产生错误认识,使法官产生损害后果已确实发生的内心确信,进而支持消除影响请求。^{〔58〕}

著作权侵权是否会使社会公众产生错误认识需结合权利人与侵权人的身份做综合考量。侵权人的社会知名度越高,其社会影响力就越广,抄袭行为越容易引发公众对著作权归属的误解。与此同时,权利人的社会知名度越低,则越不容易引起社会大众对其作品的关注,反倒容易使抄袭者利用社会影响力倒打一耙,将抄袭作品当作自己的作品宣传。在此情形下,侵害著作权的行为因具有引发公众误解的高度盖然性,法院可通过事实推定认证损害存在。在“余征与欢娱影视《宫锁珠帘》侵犯著作权纠纷案”中,正是因为余征(艺名于正)作为知名编剧、导演,其摄制的作品具有巨大影响力,故法院在认定涉案作品构成抄袭的情形下,径行要求被告承担消除影响等民事责任。^{〔59〕}与之相对,前述硕士论文所涉及的抄袭行为,确因被告社会影响力较小,而原告社会影响力大,故构成错误认识的可能性不高,在原告未充分举证时判决驳回消除影响请求有合理性。此外,专利、商标亦关涉到同行业人士的竞争问题,故权利人与侵权人的知名度、不同身份地位也表征着错误认识发生的不同概率,法院对经验法则的判断亦应参照著作权作同等处理。

(二) 行使方式:与侵权行为的具体方式相当

行为人承担消除影响义务时应与侵权行为的方式相当,此乃行为层面对消除影响义务履行的限制。因为消除影响的本质是为了填补损害,将权利恢复至事前状态,所以相当性原则要求义务履行也应以弥补损害为要义,将如实澄清错误认识作为界限。为实现该目标,最为直接的方式莫过于在相同平台空间通过相同方式消除误解。例如,对于口头造谣行为,以口头方式消除影响;在微信群里发布的造谣信息,在同一微信群发布澄清声明;在报刊上擅自使用他人姓名、肖像作广告,则在同一报刊上刊登澄清信息。^{〔60〕}然而,要求以完全相同的方式承担消除影响义务,可能会发生履行不能的结果。若发布虚假信息的微信群事前已被解散,或者侵权报刊已被杂志社停止发行,此时要求被告按照相同方式消除影响并无可能。此外,严格遵循形式要求,责令行为人只能以原有方式消除影响,也难以起到消除影响作用。比如,口头方式的澄清行为可能无法为第三人所知悉,更无法令第三人确信是由侵权人作出的,无法真正达到消除影响的目标。

应当明确的是,消除影响作为弥补损害的方式,与损害赔偿责任的承担相同,只要责任成立层面满足过错要件,在责任范围层面无论发生了多少损失,都应出于填补目的弥补全部损害。造成不利影响的范围应与损失数额作等同评价,不属于可预见性规则的限制范畴。^{〔61〕}正因如此,

〔58〕 此时往往需要运用间接证据。如原告需要证明人格标识侵权行为所涉及的时间、地域范围。如果时间越长或者侵权的范围越广,越表明人格标识的使用对客户信赖的形成具有积极作用。当然,相比事实推定所依赖的经验法则,间接证明只有在形成完整的证据链条并使法官形成内心确信的情形下,才得以成为法官认定事实的基础。间接证据与事实推定的关系可参见周翠:《从事实推定走向表见证明》,载《现代法学》2014年第6期。

〔59〕 参见北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第1039号民事判决书。

〔60〕 参见前引〔46〕,王利明、程啸、朱虎书,第90-95页。

〔61〕 参见前引〔10〕,王泽鉴书,第83页。当然,责任范围因果关系可能受到相当因果关系、法规范目的之限制。

消除影响并不需要完全与侵权行为的具体方式相同，拘泥于行为的形式反倒无法实现恢复原状的目的。不表意自由与权益保护的权利位阶本不存在高低之分，在过错这一利益调节机制的作用下，牺牲前者保护后者本就是恢复原状的要义所在，只要是能够实现行为目的的方式，都因具备相当性而为法律所支持。对于适当方式的判断，则需要将比例原则作为评价基础。毕竟，与公法规范相同，私法规范中也存在大量责任承担方式适当性的判断问题，此皆关涉行为目的与行为手段的合比例性问题，作为公法基本原则的比例原则，因具有中立的工具属性可被适用于私法规范中。^{〔62〕} 比例原则的审查需要经过四个步骤：确定正当目的、手段与目的一致（合目的性）、手段是实现目的的最温和方式（必要性）、手段与目的之间应适度且符合比例（均衡性）。任何手段都具备作为形式要件的“行为方式”与作为后果要件的“结果”，所以消除影响的手段也可再具体分为“澄清行为的具体方式”与“澄清行为会带来的影响”，而具体方式的实施是影响范围判断的前提，故应先对前者的合比例性进行审查。

原则上，具体澄清方式的选择应符合比例原则。譬如，即便侵权人以口头方式散播了虚假信息，通过撰写书面道歉信的方式来消除影响也完全满足行为适当性的要求。毕竟，行为人的目的是消除不良影响，而书面表达可以起到消除不良影响的结果（合目的性）；相比口头表达，书面形式具有一定的证明与公示效力，也是令第三人产生确信并消除不良影响的温和手段（必要性）；澄清声明的发布虽然干涉了行为人的不表意自由，但过错已将法律苛责的义务加以正当化，手段与目的满足合比例性的要求，并未带来因小失大的不良后果（均衡性）。正是因为忠实于损害填补，行为方式的相当性仅是一项底线要求，只有当澄清声明公告超出正当范畴而有损义务人其他人格法益时（如自我侮辱），比例原则才有发挥作用的空间。因此，问题最终落脚到对澄清行为所能影响范围的判断上。

（三）行使限度：以受影响的相关主体可知晓为限

澄清声明的影响范围应等于不利影响的范围，以使受影响主体可知晓，进而消解错误认识。若前者小于后者，会因手段无法实现目的而不满足比例原则“合目的性”的要求。比如，删除帖子、断开侵权链接的措施因不能令相关主体完全恢复正确认识，故应排除出消除影响的外延。^{〔63〕} 对被告施加行政、刑事处罚的目的在于惩罚，而非恢复原告名誉，不能达到消除影响的效果。^{〔64〕} 公开判决书虽然可在一定程度上起到消除影响的效果，但其仅在专业网站上公开，受众群体与产生错误认识的公众范围不能完全重叠，也不符合“合目的性”的要求。^{〔65〕} 若前者大于后者，则表明消除影响的某种方式已非消除错误认识的最佳手段，因欠缺“必要性”而违反了比例原则。譬如，若仅在区域有广泛知名度的商标被他人不当冒用，权利人仅可请求在区域内有影响力的报

〔62〕 参见郑晓剑：《比例原则在民法上的适用及展开》，载《中国法学》2016年第2期；纪海龙：《比例原则在私法中的普适性及其例证》，载《政法论坛》2016年第3期。

〔63〕 参见北京市高级人民法院（2020）京民申355号民事裁定书；浙江省高级人民法院（2017）浙民终793号民事判决书；四川省高级人民法院（2017）川民申2045号民事裁定书。

〔64〕 有法院将二者混同处理，认为对被告施以行政及刑事措施可在一定程度上恢复原告的名誉。参见福建省高级人民法院（2016）闽民申2414号民事裁定书。

〔65〕 参见河北省高级人民法院（2021）冀知民终310号民事判决书。

刊上发表澄清声明,而不得将该声明发表在全国性杂志上。〔66〕

特别需要强调的是,不利影响可能会因二次转载报道而超出侵权人所控制的范围。此时,行为人也应当对所造成的全部不利后果承担恢复原状义务。毕竟,二次转载报道实有利于错误认识的传播,在客观层面难以遮蔽违法性,况且用户群体的差异可能会在更广范围内引起不利影响,故对于造成的全部损害,对错误认识的产生有过错的侵权人应承担消除影响义务,需要在转载媒体上刊登澄清声明。与此种客观范围层面的扩大不同的是,前已反复强调,行为人的主观过错程度不应作为消除影响责任承担范围的权衡因素,因无论行为人的主观状态是故意抑或过失,过错要素的存在足以表明其未尽到理性人的注意义务,并对损害后果的类型具有可预见性,自然应弥补产生的全部损害,此乃过错归责要义所在。〔67〕况且,消除影响仅存在全有全无的问题,既无法根据过错程度选择具体责任方式的承担,也不能因为权利人对损害发生与有过失而要求过失相抵,进而仅承担消除部分影响的责任。〔68〕

值得注意的是,权利人、侵权人各自的社会知名度也会直接影响消除影响责任的限度,进而间接影响到具体行为方式的选择。毕竟,对不同权利人不利影响范围并不相同,对全部义务人施以完全相同的消除影响方式,会因为违反“合目的性”或“必要性”而违背比例原则的基本要求。比如,非公众人物因没有广泛的社会影响力,对其造成的负面评价通常也只是局限于熟人圈子或者社区范围内,此时就不具备刊报澄清的必要,只需要在微信群、朋友圈或者社区门口发布澄清声明。〔69〕强制要求其刊报道歉的行为,侵犯了行为人的不表意自由,并使其不良行为被过度曝光于公众视野,违反了“必要性”原则。相反,如果权利人是具有一定社会影响力的知名人物,行为人实施侵权行为的目的是利用他人的影响力,进而在该范围内令相关公众产生错误认识,那么就已经突破了简单的熟人圈子,自然有在公众媒体上发布澄清声明的必要。〔70〕

• 681 •

五、结 语

相比于直接的财产损失,社会公众对特定主体的认知偏差对权利主体的打击可能更为致命。在数字社会与信息时代,较低的造谣及侵权成本更使得被害人苦不堪言,进而陷入百口莫辩的窘境。应当明确的是,对于名誉权、标表型人格权、知识产权等特定权利而言,使社会公众厘清其内在归属主体,并作出正确社会评价具有重要社会意义。使社会个体能够接受对自身

〔66〕 参见天津市高级人民法院(2021)津民终941号民事判决书。侵犯企业名称权事由的案件中,亦存在类似的判决。参见河南省高级人民法院(2020)豫知民终637号民事判决书。

〔67〕 有法院判决认为,被告的主观过错程度不高,故仅需要删除,但此无法起到消除影响的效果。参见海南省高级人民法院(2019)琼民申85号民事裁定书。

〔68〕 有法院直接认为权利人过错大于被告过错而排除了其消除影响请求,这也是错误的做法。参见江苏省高级人民法院(2015)苏审二民申字第02196号民事裁定书。

〔69〕 参见福建省高级人民法院(2020)闽民申4199号民事裁定书;陕西省高级人民法院(2021)陕民申260号民事裁定书。

〔70〕 参见浙江省高级人民法院(2017)浙民终793号民事判决书;河南省高级人民法院(2020)豫知民终637号民事判决书。

的正确反馈，既能使其感受到自身的社会价值，进而对自我产生正确的评价，又可为接下来意图采取的行为提供激励。正因如此，正确适用消除影响请求权，可为特定权利的保护提供重要制度工具。

Abstract: The normative goal of impact elimination is to eliminate the public's wrong understanding. The right of reputation, the right of personality and intellectual property can all be included in the scope of application of the claim of impact elimination. "Restoring reputation" in legislative expression belongs to legislative excretion because it can be completely absorbed by the normative connotation of eliminating the influence, and does not have the typed interpretive significance. The elimination of influence does not have the function of prevention and preservation, and should be different from the absolute right of claim, which is the right of claim based on fault. As a statement of fact, the goal of eliminating influence is to repair the damage by means of restitution, which should be distinguished from an apology, which is an expression of opinion intended to provide moral comfort to the victim and is not enforceable. In terms of specific structure, the application of the elimination of impact should be based on the premise that the relevant public does have a wrong understanding, but in individual cases, the court can directly make a presumption of fact based on the rule of thumb, and the plaintiff does not need to prove that the adverse impact has actually happened. The principle of proportionality should be incorporated into the evaluation mechanism to judge the way and limit of the defendant's obligation to eliminate the impact.

Key Words: Civil Code, eliminate the impact, the right to claim creditor's rights, restore to the original state, proportionality principle

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)

操纵市场民事索赔中因果关系推定的法理与适用

刘东辉*

内容提要：操纵市场具有不同于虚假陈述的股价影响机理。以理性投资者及完全套利为前提的有效市场假说否定操纵行为与股价影响之间的关联，故欺诈市场理论无法证成操纵案件的因果关系推定，而且会产生“保护过度”和“保护不足”的适用困境。行为金融学表明，证券市场存在非理性投资者的系统性认知偏差和套利机制的失灵，操纵行为更可能干扰普通投资者的决策，从而影响股价。在受规制的证券市场，操纵案件的因果关系推定同样可以适用间接信赖的法理：投资者因合理信赖证券价格的真实性而交易，而操纵行为影响了证券价格。前者应由法律推定，而后者在操纵案件中具有不确定性，需由投资者举证证明。因操纵行为一般不影响公司内在价值，专业投资者的理性决策独立于操纵行为，原则上不适用因果关系推定。

关键词：操纵市场 欺诈市场理论 有效市场假说 间接信赖 行为金融学

• 683 •

一、问题的提出

操纵市场侵权责任构成要件中因果关系的认定问题长期困扰证券法理论与实践，成为投资者索赔的主要障碍。在匿名的证券市场，投资者通常难以证明因信赖操纵行为而交易的因果关系（简称“交易因果关系”）以及因操纵行为而遭受损失的因果关系（简称“损失因果关系”）。部分学者基于遏制操纵及保护投资者的立场，主张操纵市场案件应采用因果关系推定。这种观点虽符合证券法的原则，但在法理构成和具体适用上失之宽泛，可能导致民事责任成为投资者投机的“保险”工具。有学者从更具体的法理出发，认为我国虚假陈述民事诉讼借鉴有效市场假说基础

* 刘东辉，中国政法大学民商经济法学院讲师。

本文受中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划（20CXTD08）资助。

上的欺诈市场理论,采纳了交易因果关系与损失因果关系的双重推定,操纵市场与虚假陈述具有相似性,同样应该适用欺诈市场理论,推定操纵行为与投资者损失存在因果关系。^{〔1〕} 欺诈市场理论也在司法实践中得到了部分法院的支持,如四川省成都市中级人民法院在“恒康医疗案”中认为,信息型操纵与虚假陈述具有类似性,应该参照适用虚假陈述案件中的欺诈市场理论。^{〔2〕} 而上海金融法院在“鲜言操纵市场案”中则进一步认为,在公开交易的证券市场中,亦应适用欺诈市场理论和推定信赖原则,来判断投资者的投资决策与操纵行为是否存在交易因果关系。^{〔3〕} 该案的说理将欺诈市场理论的适用范围扩张到交易型操纵案件。因缺乏具体的司法解释,操纵市场侵权责任案件中因果关系的认定问题仍然处于司法探索阶段,也有学者主张操纵市场不同于虚假陈述,对操纵市场民事责任的功能和适用提出了质疑。^{〔4〕} 因此,有必要进一步探究投资者保护与投资者自我负责在操纵案件中的边界,通过对操纵市场行为特殊性的剖析,探究欺诈市场理论能否适用于操纵案件的因果关系认定,操纵市场案件因果关系的推定是否存在其他法理基础,是否需要在因果关系认定中区分交易型操纵和信息型操纵,是否需要区分保护普通投资者与专业投资者。本文尝试从法与金融学的方法出发,构建操纵市场案件因果关系推定的法理基础和适用规则,为后续操纵市场案件的司法适用及代表人诉讼的展开提供理论支持。

本文集中探讨操纵市场侵权责任中的因果关系推定问题,而交易因果关系是损失因果关系的前提,而且在操纵案件中交易因果关系与损失因果关系的判断密切相关,因此本文主要聚焦交易因果关系的推定问题。首先,本文通过对欺诈市场理论相关前提与假设的分析,论证为何适用于虚假陈述案件的欺诈市场理论并不支持操纵案件的因果关系推定。其次,本文借鉴行为金融学的理论,论证在特定条件下,操纵案件同样适用间接信赖的法理。第三,本文重点分析了为何原告投资者适用信赖推定应以举证证明存在价格影响为前提。最后,本文论证了为何专业投资者原则上不应在操纵市场案件中适用因果关系推定。

二、操纵市场案件适用欺诈市场理论的困境

(一) 欺诈市场理论的适用前提及内在逻辑

欺诈市场理论认为,在一个有效率的证券市场,所有公开信息能够迅速反映在股价变化中,重大虚假陈述会导致股价失真,而投资者通常因信赖市场价格真实性(rely on the integrity of market price)而交易,因此,即使未曾阅读公告文件的投资者,信赖市价的投资决策同样受到了虚假陈述的影响,并且会因买入“虚高”的股票而遭受损失。欺诈市场理论由此为虚假陈述案件中交易因果关系和损失因果关系的推定提供了坚实的理论基础。但是,该理论成立的两个条件依赖于有效市场假说。首先,有效市场假说认为,虚假陈述产生价格影响(price impact)是一

〔1〕 参见贾纬:《操纵市场行为的认定及其民事责任》,载《人民司法》2007年第17期。

〔2〕 参见四川省成都市中级人民法院(2018)川01民初2728号民事判决书。

〔3〕 参见上海金融法院(2021)沪74民初2599号民事判决书。

〔4〕 参见缪因知:《操纵证券市场民事责任的适用疑难与制度缓进》,载《当代法学》2020年第4期。

种高概率事件。价格影响在因果关系推定中居于核心地位，若虚假陈述无法快速影响股价，则虚假陈述借由欺诈“市场”影响投资者决策的交易因果关系就无法成立，投资者因购买“失真”股票而遭受损失的损失因果关系也无法成立。^{〔5〕}其次，有效市场假说表明，投资者对市场价格真实性的信赖是合理的。在半强式有效的市场，无论投资者是否阅读公告文件，这些信息都已经反映在股价中。有效市场假说基础上的欺诈市场理论借助“被欺诈”的市场价格这一“中介”构建了间接因果关系的逻辑。^{〔6〕}

但是，有效市场发挥上述作用是有前提的。若所有投资者都不阅读和分析公司公告，虚假陈述不可能影响股价。有效市场假说莫基于三个相互关联的假定之上。假定一：投资者是理性的，可以理性、正确地估算出证券的基本价值。一旦市场出现与基本价值相关的信息，理性的投资者能够迅速做出正确的调整，使价格总是与基本价值保持一致。假定二：即使存在非理性投资者，他们的交易也是随机的，不同交易方向的非理性投资者对价格的影响可以相互抵消，故不会对价格产生影响。假定三：理性投资者的套利机制是完美有效的，即使非理性投资者会犯同样的错误，套利交易可以消除非理性交易对价格的影响，套利者的充分竞争使得证券价格不可能大幅度偏离其基本价值。“在有效市场中，金融资产的价格是由理性投资者决定的，非理性投资者的行为是微不足道的。”^{〔7〕}如图1所示，对于上市公司披露的重大虚假信息，正是理性投资者的竞争性交易及套利机制使得市场能够迅速、“准确”反映虚假陈述中所包含的与基本价值相关的信息，从而使得虚假陈述通常影响价格这一欺诈市场理论的前提得以成立。虚假陈述损害了理性投资者对公开信息的信赖，欺骗了知情交易者（informed trader）。

• 685 •

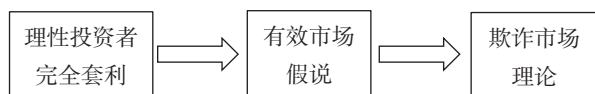


图1 欺诈市场理论的金融学前提

总之，在有效市场假说的图式下，理性投资者对于虚假陈述影响股价发挥了重要作用，理性投资者的力量越强，虚假陈述案件采用信赖推定越具合理性。^{〔8〕}

（二）欺诈市场理论与操纵案件中因果关系推定的矛盾

欺诈市场理论以虚假陈述误导理性投资者并导致价格失真为前提。那么，在有效市场假说下，操纵行为是否能够误导理性投资者呢？操纵市场通过制造交易活跃的景象或散布虚假、不确定消息，诱使他人产生认识错误而交易，从而人为抬高或压低证券价格，扰乱证券市场通过自然

〔5〕 美国最高法院在 Halliburton 案中也认为，价格影响是规则 10b-5 集团诉讼的核心前提，若被告能够证明虚假陈述事实上没有影响股票价格，可以反驳信赖推定。See Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc. 573 U. S. 258 (2014).

〔6〕 See Charles R. Korsmo, *Mismatch: The Misuse of Market Efficiency in Market Manipulation Class Actions*, 52 William & Mary Law Review 1111, 1128 (2011).

〔7〕 崔巍主编：《行为金融学学科地图》，北京大学出版社 2019 年版，第 25 页。

〔8〕 美国法院在判断某一市场或股票是否有效时，其中两个重要的考虑因素就是：（1）是否有相当数量的分析师对特定证券提出分析报告；（2）是否有套利者和做市商积极参与交易。由此也表明，理性投资者力量越强大，市场的效率程度就越高。参见樊健：《欺诈市场理论在公司债券虚假陈述纠纷中的适用》，载《财经法学》2020 年第 2 期。

的供求关系决定价格的机制。操纵市场大致可区分为“交易型操纵”与“信息型操纵”两大类，本文以此类型区分为前提，分析操纵行为是否足以误导理性投资者。

1. 对交易型操纵的分析

交易型操纵是指操纵者通过交易制造交易热络或价格走势等错误信号，诱导其他投资者跟风交易。无论是虚假还是真实的交易型操纵所制造的信号，本身并不包含任何与公司基本价值相关的信息，因而无法误导理性投资者。有效市场假说认为，证券价格反映证券的基本价值，如果没有影响证券基本价值的消息变化，就不会有价格变化。即使在弱式有效市场中，股价也已经反映了所有历史信息，投资者无法根据历史的交易量或价格走势等过时信息获取超额收益。因为这些信息并不会影响公司的风险和未来现金流，理性投资者不会依据交易量或价格趋势等历史数据做出投资决策。即使有部分非理性投资者被操纵者所制造的噪声所误导，引发股价上涨或下跌，根据有效市场假说的第三个假定，这种价格背离价值的现象也很快会因套利交易而消失。在有效市场中，证券价格通常不会受到供需关系的影响，不适用普通商品需求曲线向下倾斜的一般规律。操纵者很难通过影响供求关系扭曲价格，市场效率越高，操纵行为对市价的影响就越难。费希尔（Fischel）和罗斯（Ross）教授更是据此提出，交易型操纵具有自我阻滞（self-detering）效应，无须法律监管。^{〔9〕}

2. 对信息型操纵的分析

信息型操纵中操纵者通过公开发布与上市公司及其证券价值相关的错误信息或建议，诱使投资者对股票价值产生认识错误。实践中，信息型操纵主要包括“蛊惑交易”“抢帽子交易”和上市公司内部人利用信息优势操纵等案型。与交易型操纵类似，前两类操纵所提供的错误信息或意见难以误导理性投资者，因为这些信息或建议不是来源于发行人等信息披露义务人，具有高度不确定性，^{〔10〕}大多属于真伪不明的“小道消息”。^{〔11〕}以机构投资者为代表的理性投资者通常有独立的来源和专业的判断验证这些信息的真伪。他们甚至会揭穿这样的谎言，或者通过套利交易挫败这些操纵行为。因此，有效市场假说同样不能为这两类操纵市场的因果关系推定提供任何支持。

上市公司实际控制人等内部人利用上市公司发布信息的操纵则可能有所不同。这类操纵利用了上市公司的强制性信息披露制度，进行“不当披露”，披露的信息不一定是典型意义上的虚假信息，有些属于重复性的信息，有些属于上市公司制造的“热点”故事，一般也不足以误导理性投资者。但是，不排除有些信息属于很可能改变公司基本价值的新信息，如发布利好的资产重组等信息，这种信息型操纵与重大的虚假陈述行为在信息发布主体、信息内容、市场影响等方面具

〔9〕 See Daniel R. Fischel & David J. Ross, *Should the Law Prohibit "Manipulation" in Financial Markets?*, 105 Harvard Law Review 503 (1991).

〔10〕 汤欣、高海涛：《操纵市场行政处罚案例全景观察》，载《证券法苑》第18卷，法律出版社2016年版，第57页。

〔11〕 例如，在“廖英强操纵市场案”中，证监会认定廖英强利用其知名证券节目主持人的影响力，在其微博、博客上公开评价、推荐股票，在推荐前使用其控制的账户组买入相关股票，并在荐股后的下午或次日集中卖出。参见中国证监会〔2018〕22号行政处罚决定书。

有相似性，可以称为准虚假陈述型的操纵市场，在特定情况下，这类操纵可能对理性投资者的价值评估和套利产生干扰，从而影响价格。在“恒康医疗案”^{〔12〕}这一单纯利用上市公司信息优势的操纵案件中，某些披露行为事实上已经构成典型的虚假陈述，如未披露收购三家医院需支付的3000万元中介费。在此意义上，“恒康医疗案”属于操纵市场与虚假陈述竞合的特殊案件，可以准用欺诈市场的法理。但是，也并非所有的信息型操纵都能影响股价，根据有效市场假说，这种操纵也仅发生在有效程度不高的市场，分析师与套利者越多，很多“忽悠式”的信息披露产生误导的难度就越大。而且，虚假陈述的民事赔偿需符合“重大性”要件，即相关信息很可能影响理性投资者的决策或者很可能影响股价。若信息型操纵要类推适用虚假陈述的因果关系推定规则，仍然需要由投资者证明信息型操纵中的信息符合重大性要件。

总之，除个别信息型操纵外，在有效市场假说的图式中，操纵行为通常无法欺诈理性投资者，不会产生价格影响，无法满足欺诈市场理论的适用条件。而且，与虚假陈述不同，市场效率程度越高，操纵市场的行为越不可能“欺诈”整个市场，可见有效市场假说不仅不支持操纵案件适用信赖推定，反而会成为推翻操纵市场案件因果关系的论据。司法裁判对欺诈市场理论的援引应严格限定在个别信息型操纵案件上。

三、操纵市场案件适用因果关系推定的法理重构

欺诈市场理论虽不适用于操纵案件，但对操纵案件中因果关系推定的证成仍具有方法论上的启示意义。在非面对面交易的证券市场，欺诈市场理论在一般欺诈的直接因果关系之外，运用了间接因果关系（indirect reliance）推定的方法。^{〔13〕}原告投资者除了证明直接受到欺诈影响而交易外，还可以在一定条件下推定间接受到欺诈的影响而交易并遭受损失。而且，与一般交易领域通过第三人实施间接欺诈不同，市场价格在间接因果关系的构成上发挥核心作用。在虚假陈述中，投资者即使不知虚假陈述的内容，仍然可以通过受扭曲之“市场价格”这个中介因素（agent）表明其间接受到了虚假陈述的影响。如图2所示，作为证券交易领域的欺诈行为，操纵案件同样可以适用间接因果关系的法理推定因果关系，核心是操纵案件是否能够像虚假陈述一样符合如下条件：（1）操纵行为影响了市场价格；（2）在操纵案件中，投资者通常信赖市场价格的真实性而交易。在满足上述前提时，即使投资者未直接信赖操纵行为制造的信号或信息而交易，仍然会因信赖失真的市价而间接受到操纵行为的影响。

若按照有效市场假说的逻辑，操纵案件显然无法符合上述前提。但是，就我国现实的证券市场而言，有效市场假说得以成立的假定显然过于理想化，不符合证券市场投资者决策的实际，也难以解释证券市场中的诸多价格异象。相较而言，行为金融学理论与实证分析对投资者的描述更加符合我国证券市场现状。行为金融学研究表明，在操纵市场案件中，除了有效市场假说强调

〔12〕 参见中国证监会〔2017〕80号行政处罚决定书。

〔13〕 在一般民事欺诈中，也存在间接信赖的情形。如欺诈方明知交易对手方的妻子会将相关信息传递给丈夫，而对妻子实施虚假陈述，最终导致交易对手方因间接知道相关虚假陈述而交易。

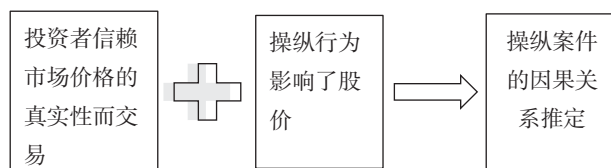


图2 操纵案件因果关系推定的逻辑

的知情交易者外，至少还有操纵者（manipulator）、非理性噪声交易者（noisy trader）及流动性交易者（liquidity trader）在价格形成中发挥作用。行为金融学理论能够解释操纵行为为何以及如何能够较容易地使股价长期偏离基本价值。下文将结合行为金融学的理论及我国证券市场的实际，论证我国操纵案件适用间接信赖推定的正当性及前提。

（一）投资者因信赖市场价格的诚实性而交易

间接信赖的第一个假定是多数投资者信赖市场价格的真实性而交易，因而间接受到欺诈行为的影响。^{〔14〕}在虚假陈述案件中，有学者认为这是司法优待（juristic grace）下赋予投资者的一种“特权”（entitlement），旨在维护证券市场的效率与公平。^{〔15〕}那么，在操纵案件中，投资者是否应该被推定为信赖市场价格的真实性而交易呢？借鉴行为金融学的理论，可以对流动性投资者和非理性投资者进行分别讨论。

1. 流动性投资者对市场价格真实性的信赖

除了理性的信息投资者和非理性投资者外，证券市场还存在大量流动性投资者。这类投资者既不像理性的信息投资者那样实时追踪证券市场信息而交易，也不像非理性噪声交易者那样凭借交易量或价格趋势而追涨杀跌，他们通常不会轻信操纵者人为制造的错误信号而跟风交易。换言之，流动性投资者通常对操纵信号或信息没有产生事实上的直接信赖。典型的流动性投资者有被动式指数基金、因风险偏好改变或消费需求等而调整证券组合的个人投资者。流动性投资者是价格的被动接受者，通常基于对市场价格真实性的信赖而依据市价买卖某一股票，他们并不期待战胜市场，获得超额回报，而只是想获得与某一股票风险相称的市场收益。他们相信，在一个公开的、组织良好且受到严格监管的证券市场，股票价格通常没有受到操纵行为的扭曲（price free of manipulation），自己购买之股票的价格是市场自然供求关系作用的结果，因而愿意快速依据市价购买相关股票，并根据自己的风险承受能力的变化随时调整投资组合。若流动性投资者以操纵之高价买入后股价下跌，将无辜遭受长期被套牢之风险。而且，在一个采用集中竞价或做市交易的公开证券市场，流动性投资者信赖市场价格的真实性而交易是合理的，应该得到证券法的保护。换言之，流动性投资者有权信赖市场价格的真实性，在操纵案件中，至少应该假定流动性投资者是因信赖“市价没有受到操纵”而交易的，除非被告能够举证

〔14〕 根据 Basic 案及美国各巡回法院的判例，这一假定也是可以推翻的，如被告证明即使投资者知道欺诈，仍然会选择交易。See Douglas A. Smith, *Fraud on the Market: Short Sellers' Reliance on Market Price Integrity*, 47 William & Mary Law Review 1003, 1014 (2005).

〔15〕 See Donald C. Langevoort, *Basic at Twenty: Rethinking Fraud on the Market*, 2009 Wisconsin Law Review 151, 195 (2009).

推翻这一假定。

首先，不同于一般商品买卖，公开证券市场的价格对于普通投资者的决定具有重要意义。普通商品的交易市场随处可见，即使个别价格虚高，也不会对市场整体构成影响，而证券并非必需品，证券市场的发展有赖于投资者的信任。有学者认为，在普通商品欺诈中，若一个行人向过往的司机欺诈性地推荐当地轮胎，导致当地出售轮胎的商店能以一个过高的价格出售商品（例如 100 元，若没有这种欺诈的话，该轮胎平时的售价是 50 元），那些没有直接或间接依赖行人的陈述而以 100 元价格交易的轮胎购买者无权主张 50 元的损失赔偿，因为普通民法欺诈规则预设，那些不喜欢这一价格的购买者可以去别处购买或进行价格协商，而且普通商品的购买理由是相当主观的，甚至可能和价格高低无关。但是，在公开证券市场，普通投资者面临的是单一证券市场，股票价格是市场给定的，无法协商，投资者购买证券的唯一目的就是获得投资回报。^{〔16〕} 因此，不同于普通商品，普通投资者更加依赖证券价格没有受到人为操纵。

其次，流动性投资者对市场价格真实性的信赖是合理的，流动性投资者一般不知道市场价格已经被扭曲，也无法探查市场价格涨跌的原因，这种对市场的怀疑只会减弱市场流动性。而且，即使认为流动性投资者信赖市场无操纵存在不合理之处，相比于操纵者的恶意，流动性投资者的善意更值得保护。

最后，虽然不以有效市场为前提，在操纵案件中，证券法仍然有必要保护流动性投资者对市场价格真实性的信赖，以维护市场信心。美国联邦第二巡回法院在 Fezzani 案^{〔17〕}等判决中多次表明，操纵案件中投资者的信赖是指投资者相信一个有效的市场中不存在操纵的假定，而且这里的“有效市场”不要求存在一个实时公告价格的有效市场，而仅意味着投资者相信自己投资的是一个善意交易的无操纵市场。由此可见，在操纵市场案件中，即使不符合半强式有效市场，仍然应该保护公开交易市场中投资者对价格未被操纵的信赖。

流动性投资者是操纵活动破坏市场价格机制的主要受害者，因操纵行为遭受了额外风险。在操纵案件中，若流动性投资者知道该股票价格是因操纵而虚高的，很可能就不会选择购买此股票。对于操纵市场这一恶意欺诈，更应该在法律上推定流动性投资者信赖市场价格的真实性而购买了被操纵的股票。

2. 非理性投资者的信赖保护

非理性普通投资者通常对操纵所制造的信号存在直接信赖这是否意味着应该由非理性投资者通过举证证明直接信赖，否定信赖推定的适用呢？本文认为，虽然从理性投资者的标准而言，投资者对操纵信号或信息的信赖不一定具有合理性，但仍然应推定非理性投资者也是基于信赖市场价格的诚实性而交易。

首先，非理性投资者虽然错误地相信存在利好消息而交易，但另一方面，这种交易仍然是以其相信市场不存在操纵为前提的，准此而言，非理性投资者仍然可以被推定信赖市场价格的

〔16〕 See Nicholas Georgakopoulos, *The Logic of Securities Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 101–102.

〔17〕 See *Fezzani v. Bear, Stearns & Co.*, 716 F.3d 18 (2d Cir. 2013).

真实性,从而与流动性投资者适用一样的信赖推定规则。实践中非理性投资者与流动性投资者的界分并不像理论上那么清晰,而是需要考察投资者较长时间的投资策略,为了简化法律适用,司法上应该推定所有起诉的投资者都是流动性投资者,将识别非理性投资者的责任分配给被告。

其次,与虚假陈述不同,操纵市场民事赔偿必须以操纵者具有主观故意为前提,相比于交易相对人的非理性,故意欺诈者更具有可归责性。利用非理性投资者的认知偏差是行为人完全可以预见和积极追求的,法律对受害人的保护不会产生过度遏制的问题。因此,受欺诈者的信赖是否合理应采取主观标准,需结合交易者自身的认知、偏好和知识进行判断,而不是客观的理性人标准。民法理论也支持“某些时候,欺诈人的谎言可能相当拙劣,一般理性人并不会相信,但这一合理理性人的标准并不能适用于对欺诈的判断”^[18]。从主观标准看,缺乏专业能力的个人投资者信赖操纵制造的信号仍然是合理的。若担心信赖推定会造成对非理性投资者的过度保护,完全可以从损失因果关系、损害赔偿范围等其他要件予以限制,如承认被告基于个案事实反驳非理性投资者对市场价格真实性的信赖,也可以对非理性交易者主张与有过失,减少操纵者的损害赔偿额。

最后,非理性投资者虽然从事噪声交易,但对于维持市场流动性仍然具有重要意义,完全没有噪声交易的市场将是一个流动性极差的市场,也无法吸引理性投资者的参与,假设投资者对股票定价不存在分歧,就不会发生任何交易。^[19]故我国证券法仍有必要保护非理性普通投资者对市场的信心。

(二) 操纵行为容易产生价格影响的行为金融学基础

1. 操纵者对非理性交易者系统性认知偏差的利用

在现实金融世界,普通投资者的决策难以达到完全理性、完全信息等标准金融学的严格假设。行为金融学将行为和认知心理学的成果运用到金融领域,对现实中投资者的交易行为进行了更加准确的刻画。心理学的实验表明,除了理性思维系统外,还有直觉思维系统,^[20]在复杂和不确定环境中做决策时,大脑通常不能满足贝叶斯概率方法所要求的准确评估和动态优化,而是大量采用启发法(heuristic)处理信息和做出决策。人类采用启发法做出决策时容易产生各种认知偏差,包括过度自信、代表性偏差、框架偏差、损失厌恶、锚定效应等认知缺陷。^[21]而且,这些认知偏差源于人类特有的思维方式,属于系统性偏差,表现出严重的趋同性,不能通过交易相互抵消。操纵者正是通过各种操纵手段利用和强化了非理性投资者的认知偏差,成功误导数量众多的非理性交易者,达到扭曲市场价格获利的目的。

交易型操纵就是操纵者通过利用非理性交易者的有限注意、过度自信、代表性偏差等认知缺陷,实现对非理性投资者的误导。首先,操纵者利用了个人投资者的有限注意,个人投资者的信

[18] 许德风:《欺诈的民法规制》,载《政法论坛》2020年第2期,第10页。

[19] 噪声交易使得理性投资者能够在纠正错误市价的过程中获得回报,可以说,非理性投资者的噪声交易为理性投资者的参与市场提供了补偿,而理性投资者的参与是市场效率的保障。

[20] 参见〔美〕理查德·塞勒、卡斯·桑斯坦:《助推:如何做出有关健康、财富与幸福的最佳决策》,刘宁译,中信出版社2018年版,第23-24页。

[21] 参见饶育蕾、彭叠峰等编著:《行为金融学》(第2版),机械工业出版社2018年版,第16-17页。

息获取和处理能力是有限的，无法在成千上万只股票之间进行理性选择，因而只关注那些能够吸引其注意的股票，有着极端高交易量的股票或极端高收益的股票在接下来的交易日里更可能被买入，^{〔22〕}有学者对 A 股市场 21476 个“股票交易龙虎榜”事件的实证研究也发现，上“龙虎榜”这一与公司价值无关的事件能够成功引起投资者的注意，影响股价，在个股上“龙虎榜”后 10 个交易日内，其累积超额收益率呈上升趋势。^{〔23〕}而在证监会查处的大多数交易型操纵中，操纵都造成了交易量或价格的异常，偏离行业和大盘可比指数，这些信号即使不如“龙虎榜”显眼，也足以在操纵期间引起个人投资者的广泛关注，尤其是那些以涨停价持续拉抬股价的操纵手法。其次，操纵行为利用了个人投资者的代表性偏差及过度自信的心理。代表性偏差是指在不确定情况下，人们的判断会依照“倾向于观测小样本”而形成的“小数定律”行事，忽视符合科学的大数定律。由于代表性偏差，投资者通常急于用有限的小样本去预测价格规律或趋势，将股价在一段时间内的上涨看作将来上涨的一种证据，对那些因操纵而成功引起个人投资者注意的股票，他们很容易相信股价会继续上涨，这种代表性偏差会因过度自信的存在而强化，个人投资者通常夸大或高估自己的判断能力及信息含金量，容易将操纵者制造的噪声误认为是有价值的信息，过度自信主要源于投资者的自我归因（self-contribution）偏差，即将自己的“成功预测”归因于自己的能力而非运气，认为这是自己早已预料之中的。此外，投资者的信念保持偏差能够固化这种偏见，即一旦形成对某事物的观点，就不愿意去寻找与自己观念相反的证据。正是这些系统性的认知偏差使得个人投资者很容易看到并相信操纵者所制造的错误信号是真实的、有价值的信息，并据此买入股票。行为金融学的实证研究也表明，非理性投资者的行为受到同样的认知偏差影响，表现出明显的正反馈交易（positive feedback trading），即通常所谓的“追涨杀跌”。

• 691 •

在以谣言为核心的信息型操纵中，操纵者同样利用了非理性交易者的代表性偏差和羊群效应。当投资者看到某个“股评人士”接连几次都言中了个股行情的走势，就倾向于认为这个分析师具有很高的水平，对其产生信赖，但实际上只是这个分析师的运气较好。非理性投资者在交易时容易受到市场情绪的影响，表现出明显的从众心理。有学者通过事件研究发现，我国股市的谣言主要是通过报纸和网络传播的，以利好谣言为主，谣言对股价能够产生显著的异常冲击。相比于英美市场平均不超过 2% 的 5 日累计异常收益率，我国股市谣言的 5 日累计异常收益率高达 3.5% 以上。而且，不管是传谣前还是上市公司辟谣后，换手率都比一个月前出现了显著的增加，传谣极大地提升了公司的短期关注度，显著地增加了交易的活跃程度。由此表明，谣言的确可以诱使投资者交易。

总之，行为金融学的理论与实证表明，操纵行为虽难以误导理性投资者，但能够利用非理性投资者的系统性认知偏差，通过制造错误信号或信息使非理性投资者跟风交易。证券市场短时期内的价格完全可能是由操纵行为及其影响下的非理性投资者的交易方向所主导的。在操纵期间，随着操纵者及非理性投资者需求的显著增加，操纵行为能够扭曲股价。而且，操纵者的操纵手法

〔22〕 参见前引〔7〕，崔巍主编书，第 136 页。

〔23〕 参见冯旭男：《注意力影响投资者的股票交易行为吗？——来自“股票交易龙虎榜”的证据》，载《经济学（季刊）》2017 年第 1 期。

越精巧,股价偏离越明显。

2. 理性交易者套利机制的局限性

有效市场假说认为,理性投资者的竞争性套利交易能使操纵行为对 market 价格的扭曲被快速消除。但是,“在现实中,套利行为是有限的。用来修正错误定价的套利行为存在一定风险和成本,使得套利行为不再那么具有吸引力,导致错误定价得以长期存在”〔24〕。

行为金融学的研究表明,理性投资者套利交易发挥作用的前提是存在完全套利机制。但实践中,套利机制的作用是有限的,无法在短时间内纠正价格对价值的偏离。首先,完全套利以某一股票存在完全的替代品为前提,但是实践中找到具有相似风险与收益的股票的交易成本很高;其次,由于非理性交易的普遍及难以预测性,套利者面临“噪声交易者风险”〔25〕,套利者无法准确预测非理性交易的程度和持续时间,未来再次出让价格具有不可预知性,价格错误可能持续很长时间。例如,一个被高估的股票价格因投资者乐观情绪而持续走高,做空的套利者不得不面临暂时的账面损失,直至股价最终回归正常,若套利者的资金成本较高(如来自融资融券),在某些情况下甚至不得不强制平仓止损。很多机构套利者的资金存在业绩及期限压力,长期亏损会引发基金购买人的赎回清算,这些成本和风险大大削弱了理性投资者套利的意愿和作用。而且,在一些短期的操纵中,价格偏离价值的程度并不明显,套利交易就更不可能发生。

由于我国非理性交易的普遍性以及做空机制的不健全,经常出现单边行情,套利面临更高的风险和成本,很多机构投资者不仅不会选择套利机制使市场回归理性,而且会充分利用市场缺陷,把握追涨杀跌的趋势,在股价上涨时买入,下跌前卖出获利,机构投资者不仅不能成为反操纵的理性力量,而且会利用操纵者所制造的非理性价格谋利。有了机构投资者的推波助澜,操纵行为更容易影响价格。〔26〕

当然,在不同的投资者结构及市场环境下,操纵行为影响价格的可能性存在差异,就我国证券市场的现状而言,操纵行为影响股价的概率更高。第一,我国股市散户数量众多,个人投资者的认知偏差明显强于机构投资者。第二,股票市场实证研究也表明,我国证券市场尚未达到半强式有效的程度,机构投资者和分析师的理性投资力量有限,理性套利机制发挥作用的空间受到抑制,在这样的市场中,操纵行为长时间扭曲股价的可能性远大于有效程度高的英美证券市场。有学者通过对1998年至2016年证监会查处的80个操纵市场案件涉及的181只股票的研究发现,市场操纵案件主要发生在流通市值较小的股票。案例中的公司样本日均流通市值显著小于全部公司样本日均流通市值。〔27〕由此表明,被行政处罚的操纵市场案件多发生在效率较低的板块。操纵者的交易与股价短期内高度偏离之间的关联性强,证监会的行政处罚也是据此认定操纵行为影响了交易量或股价。在新三板市场这样有效程度更弱、成交量小的市场板块,单日或周的成交量

〔24〕 前引〔7〕,崔巍主编书,第109页。

〔25〕 前引〔21〕,饶育蕾、彭叠峰等编著书,第33页。

〔26〕 我国很多操纵市场行政处罚案例中,私募基金等机构投资者本身就是操纵的发起者或积极配合者。

〔27〕 参见李志辉、邹谧:《中国股票市场操纵行为测度与影响因素研究——基于上市公司特征角度》,载《中央财经大学学报》2018年第12期。

有限，即使操纵行为没能成功误导其他投资者，操纵者自身的大单交易就足以在短期内造成明显的流动性压力，从而显著拉抬股价。因此，在行为金融学框架下，市场有效程度越低，操纵行为影响股价的概率反而越高，此时适用信赖推定更具有合理性。概言之，在行为金融学的基础上，操纵市场案件同样可以满足间接信赖推定的两个前提，应该适用信赖推定。在此意义上，操纵案件的信赖推定与虚假陈述信赖推定在结构与功能上具有相似性，都借助欺诈“市场”证立了投资者因价格失真而受到影响。不同之处在于，虚假陈述对市价的影响是通过上市公司的重大信息对理性投资者的误导而实现的，在有效市场中属于高概率事件，可以推定价格影响甚至损失因果关系，而操纵行为对市价的影响是通过操纵策略对非理性投资者的诱导而实现的，还会受到市场结构及多空博弈的左右，直接推定价格影响的统计学依据不足，因而需要投资者在个案中对价格影响提供一定证据，以强化操纵市场案件信赖推定的正当性。因此，两个版本的“欺诈”市场在理论假设和适用条件上存在差异，不能等而视之。

四、操纵市场案件中因果关系推定的适用前提

不同于虚假陈述，操纵市场案件的因果关系推定有其特殊的法理构成，在具体规则上既需要考虑投资者的信赖保护及举证能力，也要避免操纵市场民事责任沦为非理性投机的工具。

（一）投资者主张因果关系推定的前提：证明价格影响

虚假陈述案件的双重因果关系推定以重大虚假陈述通常影响股价为前提，在有效市场中，虚假陈述影响股价具有类似民事证据法上“经验法则”的地位，因而无须原告举证。但是，对于操纵行为，虽然行为金融学理论支持操纵市场较容易影响股价的观点，但无法先验地确保达到一个很高的概率。实践中，市场价格是操纵者、非理性投资者与理性投资者共同博弈的结果，操纵者能否利用投资者的认知偏差影响股价存在个案差异，不同个案中，操纵者所采取的策略及强度不同，市场规模和流动性也存在差异，并非所有的操纵行为都能产生价格影响。无条件地推定投资者对操纵行为存在信赖，既不符合间接信赖推定的法理，也会造成操纵案件与虚假陈述案件法律评价上的不一致。事实上，虚假陈述的信赖推定也需以重大性要件及有效市场为前提。因此，应该要求原告投资者在个案中提供初步的证据证明操纵行为事实上产生了价格影响，从而补强操纵行为在价格影响方面的不确定性。首先，要求投资者举证证明价格影响可以减少非理性交易，操纵行为若只是增加了交易量而没有影响价格，即使非理性投资者跟风买入而遭受损失，此时也不能援引信赖推定，需要举证证明直接信赖，从而为操纵市场民事索赔设置必要的门槛，避免操纵市场民事索赔沦为投机者的保险工具；其次，从证据远近和举证能力的角度而言，操纵行为是否影响股价所需证据都是证券市场中公开可获得的数据信息，并非被告操纵者所专有，有些直接被证监会的行政处罚所认定，有些可以申请法院依职权向证券交易所调取，由原告投资者或投资者保护机构举证，不会产生过度负担；再次，新修订的《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）采取了“行为主义”的立法模式，操纵市场行政处罚不再以“影响交易量或价格”为前提。若完全由被告承担举证责任，可能造成一些因企业自身、行业变化或市场系统性风险所造成的股价变动也由操纵者承担损失的不合理情形；最后，在操纵案件中，操

纵行为是否产生价格影响是所有投资者的共同法律问题,要求原告承担举证责任不会影响特别代表人诉讼的成立。

那么原告如何完成对价格影响的举证责任呢?虚假陈述案件同样存在虚假陈述是否影响股价的问题,价格影响不是指简单的价格变动,而是指价格扭曲。这是一个相对概念,即投资者买入时的股价相比于若没有欺诈时的股价是否存在差异。在虚假陈述案件中,既可以观测虚假陈述做出时股价的涨跌状况(front-end impact)判断,也可以观测虚假陈述揭露或更正时股价的变动(back-end impact)判断。^[28]类似地,操纵市场行为是否影响股价同样应该采用相同的原則,即相比于无操纵时的股价,操纵行为是否拉抬或压低了股价。这是一个可以用证据证明的事实问题。为了符合信赖推定的价格影响要件,原告投资者无须证明操纵市场是引起价格上涨的唯一原因,只要提交初步的证据证明操纵行为是引起操纵期间股价异常的因素之一。换言之,只要达到优势证据标准即可,无须排除所有的怀疑。这也是我国证监会在过往操纵市场行政处罚案件中举证证明价格影响所采用的标准。在此标准下,操纵行为影响价格具有了高度盖然性,符合间接信赖推定所要求的价格影响。

在交易型操纵中,可以参照《证券法》修订前关于操纵市场“影响价格”的判断标准,要求原告在起诉时提供初步证据,证明在操纵期间,操纵行为与股价的变动具有同步性,而且交易价格出现了明显的异常。证监会在《证券市场操纵行为认定指引(试行)》^[29]及相关行政处罚案例已经概括了一些认定股价影响的标准,可资借鉴。例如:(1)相关证券当日价格达涨幅限制价位或跌幅限制价位;(2)相关证券的价格走势明显偏离可比指数;(3)相关证券的价格走势明显偏离发行人基本面情况等。借鉴上海证券交易所披露每日公开交易信息的标准,有价格涨跌幅限制的日收盘价格涨幅偏离值达到7%,非ST、*ST和S证券连续三个交易日内收盘价格涨幅偏离值累计达到20%就有资格上所谓的“龙虎榜”,就操纵案件中的价格影响而言,可以适当低于这一要求。原告投资者还可以提出,在操纵期间公司并未披露重大利好消息或存在其他基本面变化。此外,还可以通过观察操纵者暂停或结束操纵性交易后一段时间的股价变动情况进一步说明操纵对股价的拉抬和维持效应。通常而言,由操纵所引起的股价上涨缺乏基本面的支持,一旦结束操纵,股价就会有较明显的下降趋势。在“孟庆山、杨慧兴操纵梅花生物案”中,证监会提出的证据就足以证明操纵行为显著影响了股价:首先,在操纵期间,被操纵的梅花生物股价上涨71.48%,股价增幅偏离上证指数60.67%,同期,“梅花生物”股价增幅偏离中信、申万等一级食品饮料行业指数超过50%;其次,在操纵期间,操纵者曾几次暂停操纵性交易,股价就随之发生明显下跌,而当再次启动操纵性交易,股价又恢复到较高水平。^[30]这些数据足以说明操纵行为是引起股价上涨的重要原因。总之,原告可以提供综合的证据证明操纵市场影响了股价。

对于信息型操纵而言,原告除了提供直接证据证明价格影响外,相关信息的重要性或影响力也是考量价格影响的间接证据。具体而言,可以通过分析个案中信息发布主体的权威性,信息在

[28] See Wendy Gerwick Couture, *Price Impact Possibilities*, 44 Securities Regulation Law Journal 255, 258 (2016).

[29] 因《证券法》的修订,该指引已被废止。

[30] 参见《中国证监会行政处罚决定书》(〔2020〕93号)。

媒体、网络的传播、转载情况等综合判断这些信息是否引起了非理性投资者的广泛关注。此外，与虚假陈述类似，相关虚假或不确定信息被揭露或被权威主体辟谣时的股价反映也是判断操纵行为是否影响股价的重要因素。

总之，在我国证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所（协议转让除外）这样公开的证券交易场所，善意的普通投资者在操纵期间买入或卖出股票等相关证券，并且能够通过直接或间接证据证明被告的操纵行为影响证券价格的，即可适用信赖推定，无须证明操纵行为与投资决定之间的交易因果关系。

鉴于我国操纵市场民事诉讼处于探索阶段，原告对于价格影响的证明标准可以适当降低，一般的原则是：所在市场的有效性程度越高，要求的股价偏离程度就越高。而且，操纵市场案件的行政处罚前置程序仍然有一定的意义。首先，证监会做出处罚的案件大多具有典型性，操纵者的主观故意较为明显；其次，证监会查处的案例大多属于价格变动异常明显的案件，而且处罚数量有限，法院在这些典型的操纵案件中适用信赖推定，不会产生过度保护投资者的问题，这与美国律师推动下的私人操纵市场诉讼存在较大差异。在我国，普通投资者缺乏识别和调查操纵案件的能力，集团诉讼也主要由投资者保护机构发起，操纵市场民事责任的追究很难发生滥诉的不利后果。中小投资者服务中心也可以从已经处罚的一些案件中选择股价明显被抬升的案件，提起证券支持诉讼或特别代表人诉讼，聘请金融领域专家证人就操纵市场是否影响股价发表专家意见，逐步通过司法裁判明确原告需要达到的价格影响标准。

（二）操纵者对信赖推定的反驳

鉴于操纵案件中原告对价格影响的证明标准不宜过高，即使原告完成了价格影响的初步举证责任，仍不排除操纵期间的股价变动源于其他因素的可能。正如美国最高法院在 Halliburton II 案中所言，虚假陈述可能对于公司的股价没有影响，也有可能真实信息已经通过各种渠道为理性投资者所知悉，应该允许被告通过证明虚假陈述没有产生价格影响反驳信赖推定。^[31] 对于操纵市场案件，同样应该允许被告以更精确的方法证明股价没有受到操纵行为的影响，反驳信赖推定。

根据美国 10b-5 规则提起的证券欺诈集团诉讼，被告反驳信赖推定的关键是提供基于“事件研究法”的专家意见。即使虚假陈述在信息更正当日发生了股价下跌，也可能是其他因素所致，单纯凭借这一事实不足以证明价格影响。而事件研究法能够通过统计学的方法，剔除其他因素，判断信息更正这一事件对股价下跌的影响程度，若事件研究结果具有统计学上的显著性，有 95% 以上的概率表明虚假陈述影响了股价。

在操纵案件中，被告同样可以提供基于事件研究法的专家意见，但具体运用上有所不同。在虚假陈述实施日至更正日，即使公司经营情况发生变化，虚假信息在更正之前仍然包含在股价之中，可以用信息更正时市场的反应来判断虚假陈述是否对股价产生影响。但是，操纵市场缺乏明确的更正日，对股价影响的周期较短，在交易型操纵中，短期坐庄操纵可能只有几天，而虚假申报可能只有几分钟。操纵结束后，操纵者通常会套现，产生价格压力，理性交易者也能在事后通

[31] See Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc., 134 S. Ct. 2398 (2014).

过交易纠正错误定价。因此,一般不能通过观察行政处罚作出之后股价变化判断操纵市场是否影响股价,而应该选取操纵期间及操纵前后一段时间作为事件研究法的窗口期,判断操纵期间的股价是否存在异常回报率,从而更精确地判断市场价格异常是否受到操纵的影响。

五、操纵案件因果关系推定的适用主体限制

操纵市场案件中信赖推定的目的是保护投资者对市场价格真实性的信赖,是否应将这种保护限于普通投资者,排除机构投资者的适用呢?这一问题同样存在于虚假陈述民事索赔中,下文将通过对比分析,说明机构投资者在操纵案件中适用交易因果关系的特殊性。

(一) 虚假陈述案件中机构投资者适用信赖推定的法理

有观点认为,机构投资者具有特别的经验和专业技能,在虚假陈述案件中适用信赖推定需以“合理信赖”为前提,要求机构投资者履行高于普通投资者的注意义务。^{〔32〕}“上海雨浩投资咨询有限公司、浙江祥源文化股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷”二审判决认为:“该注意义务对外一般表现为对上市公司公开文件的分析、对上市公司进行实地考察和提出可行性研究报告等,对内则表现为按照公司章程规定履行了相应的审批、讨论、决策程序等。”^{〔33〕}因雨浩投资咨询有限公司未能提供其决策相关的内外部证据,法院认定虚假陈述与投资损失不具有因果关系。有学者也认为机构投资者主张信赖推定,需提交投资可行性调研或分析报告、投资决策报告,以证明其投资行为是理性和善意的。^{〔34〕}

上述观点混淆了两种法律关系,即机构投资者与其委托人之间的受信关系以及虚假陈述侵权关系。在机构与委托人之间,其可能因为未履行内部决策程序等而构成重大过失,违反受信义务,但这不构成虚假陈述侵权关系中受欺诈方的过失。

对于信息披露义务人披露的重大信息,除了个别情形,机构投资者就算善尽注意义务,作为外部人,通常也无法识破骗局,要求机构投资者承担更高的注意义务并无意义,反而增加机构投资者的验证成本。因此,即使机构投资者未提交分析报告,其仍然可以根据欺诈市场理论适用信赖推定,除非个案的证据表明,该机构明知或应知存在虚假陈述。

美国虚假陈述的判例同样认为机构投资者应适用信赖推定。实践中,很多机构投资者是根据股价是否被低估或高估而进行交易的价值投资者(value investor),美国最高法院在 Halliburton II 案中认为,价值投资者虽然在进行交易时不认为市场价格准确反映了公开信息,但还是间接信赖了虚假陈述,因为他们仍然因信赖市场价格会在合理期间内准确反映公开信息而交易。^{〔35〕}而且,价值投资者通常要评估某一特定股票被低估或高估的程度,而这种评估会受到虚假陈述内容的影响。例如,A上市公司公布的年报虚增净利润5个亿,股价价格从10元涨到15元,而某价值投

〔32〕 参见宁夏回族自治区高级人民法院(2007)宁民商终字第74号民事判决书;浙江省高级人民法院(2019)浙民终1414号民事判决书。

〔33〕 浙江省高级人民法院(2019)浙民终1414号民事判决书。

〔34〕 参见贾伟:《证券市场侵权责任之完善》,载《法律适用》2014年第7期。类似观点参见樊健:《我国证券市场虚假陈述交易上因果关系的新问题》,载《中外法学》2016年第6期。

〔35〕 See Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc., 134 S. Ct. 2398 (2014).

投资者基于公司净利润的增长率，认为市场对新信息反应不足，股价被低估了，准确的估值应该是20元每股，因而增持该股票。美国第二巡回法院在“GAMCO 投资者公司案”中认为，价值投资者同样适用信赖推定，但该案中发行人虚假陈述的内容主要涉及公司流动性问题，证据表明这不会影响原告对发行人的价值评估，而且原告预定的投资期限较长，虚假陈述也不会改变原告对股价最终走向的判断，即使原告知悉被告的虚假陈述内容，仍然会认为公司股价被严重低估而继续购买股票，因此被告反驳信赖推定的主张成立。^{〔36〕}

究其本质，上市公司发布的重大虚假陈述信息通常会影响理性投资者对公司价值的评估，影响其决策。就上市公司欺诈而言，机构投资者虽具有更高的专业能力，但和个人投资者没有本质区别，亦很难识破虚假陈述。故机构投资者对市价未受到上市公司虚假陈述的信赖度很高。

（二）操纵案件中专业投资者不适用信赖推定的法理

不同于虚假陈述，操纵市场案件中的机构投资者一般不应该适用信赖推定。

首先，有无操纵行为通常不影响机构投资者对公司价值的评估。操纵行为通常是通过对非理性投资者的误导而影响股价的，本身不包含影响公司未来现金流或风险的有价值信息，无论机构投资者采用何种方法对公司进行估值，都不会受到操纵行为有无的影响。操纵所制造的信号或信息与上市公司发布的重大虚假信息对于理性投资者的影响存在本质差异。

其次，若机构投资者基于自己的估值模型，认为某公司的股价被低估，一段时间后股价能够回归到正常水平，从而决定以市价买入该股票，则意味着他们没有基于信赖市场价格的真实性而交易，而是根据个人信息作出独立的判断。换言之，即使知道存在操纵，他们仍然会选择交易。例如，操纵者通过交易或谣言，将股价从10元每股抬高到15元每股，机构投资者通过自己的估值，认为股价应维持在25元每股是合理的，而且未来两年，公司股价很有可能回归到25元，因而决定在15元的价位买入该股票，由此表明，股价上涨本身没有影响他们的判断，他们是根据独立的信息，认为股价在15元的市价仍然是低估的，因而决定买入。而且，机构投资者的投资周期较长，即使操纵结束后股价可能在一段时间内下跌，但由于操纵未从根本上改变机构投资者估值的基础假设，如果机构投资者的预期正确，股价仍然会在未来两年内跃升到机构投资者预估的25元。市场谣言或价量变化一般不影响机构投资者的决定。因此，机构投资者对“市价无操纵”的信赖度很低。

再次，我国非理性投资普遍、市场效率程度低，一些机构投资者在察觉股价显著偏离价值或基本面（高估）时，仍然选择买入，旨在利用操纵所制造的价格趋势，牟取超额收益，他们并不相信这些信号中包含利好消息，而是故意利用这样的信号，是一种自甘冒险的过度投机行为。不同于虚假陈述，鉴于机构投资者的专业能力和经验，可以要求机构投资者在识破操纵方面承担更高的注意义务，尤其对于谣言性质的信息型操纵，要求机构投资者善尽注意，并不会给其带来明显的负担，大多数机构投资者也能避免这种错误。因此，即使有机构投资者主张其对操纵所制造的信号或信息存在事实上的信赖，这种信赖通常也不符合理性投资者标准或者机构投资者的主观标准，不值得证券法的特别保护。

〔36〕 See GAMCO Investors, Inc. v. Vivendi Universal, S. A., 838 F.3d 214 (2d Cir. 2016).

最后,从证券法规范功能的角度而言,也不应该允许机构投资者推定信赖。机构投资者是准确评估公司价值、维护市场效率的“反操纵”力量。如果允许机构投资者较容易地在操纵案件中获得赔偿,他们将减少使股价恢复理性的套利交易,更青睐搭操纵者的便车,推波助澜,更加助长股市波动,有损市场效率。

操纵行为通常不会影响股票的内在价值和长远的价格走向,理性的机构投资者一般也不会对操纵制造的信号产生直接信赖,基于事实和法政策两方面的考虑,证券法应该假定机构投资者通常是独立进行交易,并未直接或间接受到操纵的影响。因此,操纵案件中机构投资者一般不应该适用信赖推定。

当然,这并非意味着操纵市场对所有机构投资者都没有影响。操纵市场对机构投资者的明显危害就是增加套利成本,这主要指与操纵者从事相反方向交易的机构投资者。例如,理性的套利者经过评估,认为50元每股的股价已经明显高估,股价在未来一段时间能恢复到30元,进而融券卖出该股票,但是紧接着遭遇操纵者通过连续交易或散布虚假利好消息误导非理性投资者,持续拉升股价,导致价格由50元上涨到75元,而套利者因融券杠杆交易无法提供足额保证金被证券公司要求平仓,不得不以损失25元每股的价格结束交易,虽然套利者对估值和最终股价走向的判断是正确的,操纵结束后股价确实回归到30元左右的正常水平,但由于操纵行为的介入,理性投资者不仅无法获得套利收益,而且不得不遭受每股25元的损失并承担融券利息成本。^{〔37〕}这是套利者因操纵行为额外承担的风险,具有不可预测性。在此情况下,从事相反方向交易的融资融券机构投资者的损失是由操纵行为造成的,且有利于市场恢复理性,应该允许这类融资融券的机构投资者适用信赖推定。此外,对一些明显采用被动性投资策略的机构投资者也应该区别对待,例如,被动型指数基金的机构投资者属于典型的流动性投资者,信赖市场价格的真实性而买入某一投资组合,若市场价格因操纵而失真,应该准其适用因果关系推定。

六、结 语

非面对面证券市场中证券欺诈的因果关系认定一直是证券法上的智识难题,我国操纵市场民事赔偿裹足不前的主要原因不是立法表达的抽象,而是操纵市场因果关系推定缺乏坚实的理论基础。操纵市场案件中因果关系推定的法理基础、适用前提及范围等重要问题既要正确借鉴金融学对证券市场价格机制的分析,也要考虑操纵市场侵权法律关系中操纵者故意及投资者的信赖合理性等要素,从而实现法律评价的科学化与精细化,避免对投资者的“保护不足”和“保护过度”。适用于虚假陈述案件的欺诈市场理论不能为操纵案件的因果关系推定提供理论支持,但可以采纳其关于间接信赖推定的方法内核。行为金融学理论表明,我国证券市场操纵案件采用因果关系推定是合理且必要的,这种因果关系推定以保护普通投资者(尤其是流动性投资者)对公开证券市场之价格真实性的信赖为目的,操纵市场涉及操纵者、非理性交易者、理性交易者及流动性交易

〔37〕 这种对套利者的损失类似于操纵期货市场中做多的操纵者对做空交易者的损害,其他的做多交易者不仅没有损失,还能意外获得收益。

者的复杂博弈，建立在间接信赖基础上的操纵市场因果关系推定应以投资者初步举证证明价格影响为适用前提。同时，操纵行为的特殊模式及机构投资者的专业性也意味着，操纵案件中的专业投资者一般不应该享有因果关系推定的“福利”。

操纵市场与虚假陈述行为同属证券欺诈，但存在明显差异，操纵市场因果关系推定的法理虽同样可以称为欺诈“市场”理论，但两者的理论基础和适用条件迥异。因此，在研究与完善操纵市场民事责任的损害赔偿计算以及是否设置赔偿上限等其他重要问题时，同样需要考察两者的差异性。

Abstract: Market manipulation has a different mechanism of stock price impact from misrepresentation. The efficient market hypothesis premised on rational investors and complete arbitrage denies the link between manipulation and stock price impact, so the fraud on the market theory cannot prove the presumption of causality in manipulation cases, and it will produce dilemma of “overprotection” and “under-protection”. Behavioral finance suggests that there are systematic cognitive biases of irrational investors and the failure of arbitrage mechanism in the securities market, and manipulation is more likely to interfere with the decision-making of ordinary investors, thus affecting the stock price. In regulated securities markets, the presumption of causation in manipulation cases can also apply the jurisprudence of indirect reliance: investors trade in reasonable reliance on the truth of the price of a security; manipulation affects the price of the security. The former should be presumed by law, while the latter is uncertain in manipulation cases and needs to be proved by investors. Because manipulation generally does not affect the intrinsic value of a company, rational decision-making by professional investors is independent of manipulation, and the presumption of causation does not apply in principle.

Key Words: market manipulation, fraud on the market theory, efficient market hypothesis, indirect reliance, behavioral finance

比例连带责任在无意思联络数人侵权中的适用

陈霖*

内容提要：无意思联络数人侵权不足以导致全部损害的，在满足“综合关联共同性”时存在连带责任的适用可能。为缓和全部连带的严苛性，我国在立法与司法上实质性地引入了比例连带责任，但仅限于特定原因力组合的案型。美国法上的混合责任与日本法上的部分连带责任在原因力类型多样化上的包容经验，为我国比例连带责任有条件地开放适用提供了有益借鉴。比例连带责任的本土内涵为“原因力相当”范围内的赔偿责任，构筑其启动条件时无需强调“原因力显著微小”这一要素。比例连带责任的运用主要从两个层面展开：对外向受害人进行比例连带时汲取传统连带责任的部分理论构造双重抗辩，对内向其他侵权人追偿时就实际清偿部分依照原因力比例划分最终份额。

关键词：原因力 无意思联络数人侵权 比例连带责任

一、引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1172条虽规定无意思联络数人侵权不足以导致全部损害时承担按份责任，但由于受《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕20号）（以下简称“2003年《人身损害赔偿解释》”）第3条第1款“无意思联络数人侵权但直接结合的案件适用连带责任”的影响，迄今为止，司法实践中仍有不少法院坚持“有条件地承认无意思联络数人侵权不足以导致全部损害者承担连带责任”

* 陈霖，南京师范大学法学院讲师。

本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“《民法典》体系下夫妻身份关系协议效力研究”（22YJC820005）的阶段性研究成果。

〔1〕 参见湖北省高级人民法院（2020）鄂民终701号民事判决书；湖北省高级人民法院（2019）鄂民终547号民事判决书；福建省高级人民法院（2020）闽民终1604号民事判决书等。

的裁判立场。^{〔1〕}以此为现实基础,《民法典》时代亦有学者认为,第1172条规定的按份责任在具体适用时存在连带的例外。^{〔2〕}然而,不区分数个侵权人之间的各自原因力,使其无一例外地承担全部连带责任确实过于严苛。因此,在我国既有的法律规范和裁判实践中进一步发展出了“比例连带责任”。《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2015〕12号)(以下简称《环境侵权司法解释》)明确了单向因果关系下^{〔3〕}数个侵权人的特别连带责任。^{〔4〕}实践中,除了环境侵权案件类型外,在证券市场虚假陈述的侵权民事赔偿案件中,也有部分法院确立了中介机构在虚假陈述时承担比例连带责任。^{〔5〕}至于比例连带责任的具体内涵与承担方式,国内既有研究尚无定论。在侵权法领域主要存在的“半叠加分别侵权行为之部分连带责任”^{〔6〕}与“片面连带责任”说,^{〔7〕}在证券法领域亦有学者提出了“连带责任+按份责任+不真正连带责任”的“集合体”说,^{〔8〕}还有观点认为,基于“责任与处罚相当原则”,应在“最终责任和责任上限之间确定合适比例”^{〔9〕}。

笔者赞成无意思联络侵权数人在一定条件下可承担连带责任,并认可“比例连带”在缓和“全部连带”上具备的积极功能。本文尝试推进比例连带责任在侵权案件更多类型上适用的同时,进一步精细其在对外连带和对内追偿上的具体构造。另外,由于本文秉持比例连带责任类型开放的立场,文中所提及的“无意思联络数人侵权”(有时亦表述为“数人单独侵权”或者“数人分别侵权”)不限于《民法典》第1172条规制的共同因果关系侵权类型,还包括单向因果关系等侵权类型,^{〔10〕}其主要特征为“无意思联络数人侵权且非所有人都足以导致全部损害”。如果没有特别说明,本文“无意思联络数人侵权”不包括第1171条的累积性因果关系侵权类型。

• 701 •

〔2〕 参见董春华:《论单独侵权致同一损害适用按份责任的例外》,载《法商研究》2022年第1期。

〔3〕 所谓单向因果关系,指无意思联络数人侵权中,部分加害人可能造成全部损害,其他加害人仅造成部分损害。参见冯德途:《〈侵权责任法〉第12条适用范围之厘定》,载《法治研究》2018年第5期。我国亦有学者将此种因果关系类型的侵权行为称为“半叠加分别侵权行为”。参见杨立新:《环境侵权司法解释对分别侵权行为规则的创造性发挥——〈最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释〉第3条解读》,载《法律适用》2015年第10期。

〔4〕 此种特别的侵权责任实质为比例连带责任。立法上,体现为2015年《环境侵权司法解释》第3条第3款规定,即:“两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害,部分污染者的污染行为足以造成全部损害,部分污染者的污染行为只造成部分损害,被侵权人根据侵权责任法第十一条规定请求足以造成全部损害的污染者与其他污染者就共同造成的损害部分承担连带责任,并对全部损害承担责任的,人民法院应予支持。”2020年《环境侵权司法解释》第3条保留此规定,只对个别用语稍作修改。

〔5〕 参见浙江省杭州市中级人民法院(2019)浙01民初1120号民事判决书;上海金融法院(2020)沪74民初213号民事判决书等。

〔6〕 假设一个行为的原因力是50%,另一个行为的原因力是100%,在确定的原因力重合部分为连带责任,非重合部分为按份责任。参见前引〔3〕,杨立新文。

〔7〕 即对外责任上,一人承担自己的比例责任份额,另一人承担连带责任,当后者无法清偿时,前者承担补充责任。参见李中原:《多数人侵权责任分担机制研究》,北京大学出版社2014年版,第212页。

〔8〕 参见秦悦民、郑润镐、于焕超:《比例连带责任之反思:目标、困境及替代方案》,载彭冰主编:《金融法苑》总第107辑,中国金融出版社2022年版,第127-148页。

〔9〕 史欣媛:《比例连带责任在中介机构虚假陈述责任认定中的适用》,载《河南财经政法大学学报》2022年第4期,第41页。

〔10〕 有学者认为《民法典》第1172条仅规范“部分因果关系”,亦称为“共同因果关系”。参见王利明、周友军、高圣平:《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第400页以下。而本文所持观点为,其不仅规制共同因果关系,还包括单向因果关系等不属于《民法典》第1171条因果关系类型的其他无意思联络数人侵权的全部类型。参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第423页。

二、无意思联络数人侵权适用连带责任的法律解释路径

无意思联络数人侵权的责任类型,经历了泛连带主义与去连带主义的对立讨论。^[11]为寻求连带主义的恰当适用,各国在学说和司法上衍生出丰富的诠释路径。围绕连带责任适用而设置的限制条件,从某种层面而言,可谓是对前述两种对立立法主义的折中。综合各国经验,更新出“综合关联共同性”的理论,以此为基石,无意思联络数人侵权不足以导致全部损害时在我国亦存有连带责任的适用可能。

(一) 国内既有法律解释路径评析

伴随无意思联络数人侵权不足以导致全部损害之侵权责任类型的立法演变,国内学说在证成其可能承担连带责任时的主要观点有:其一,对其进行规制的《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第12条是对内责任,不影响对外连带;^[12]其二,《民法典》第1172条中存在按份责任的适用例外;^[13]其三,对《民法典》第1168条共同加害行为加以谨慎扩张从而适用连带责任等。^[14]由于通说已基本明确《侵权责任法》第12条为外部责任条款,^[15]故此处不再赘述这一观点,而是重点关注后两种学说。

1. 《民法典》第1172条按份责任的例外情形

按份责任和连带责任在保护侵权人还是受害人上具有明显不同的价值倾向,二者以何为一般规则、何为例外规定?各国针对无意思联络数人侵权的差异处理即源于此。对此,有观点认为,我国《民法典》选择了“按份责任为一般规则,连带责任为例外”的立场,^[16]第1172条明确规定无意思联络数人侵权不足以导致全部损害时承担按份责任,这在保险产业高速发展的现代社会,并不会像部分学者所担心的那般严重到会令侵权法丧失重要的救济功能。^[17]但若以按份责任为一般规则,部分侵权人赔偿能力不足的风险只能由受害人承担,实则将严苛的后果由侵权人转向受害人,因此该学说为第1172条之按份责任预留了例外的适用空间,主要包括法律明文规定的政策性连带类型与司法实践中的裁量性连带类型。^[18]

2. 《民法典》第1168条连带责任的谨慎扩张

从《中华人民共和国民法通则》第130条明文规制共同侵权,到2003年《人身损害赔偿解释》第3条认可无共同故意或共同过失数人侵权行为“直接结合”时的连带责任,再到《侵权责任法》第8至12条及《民法典》第1168至1172条确立以“有无意思联络”“是否足以”为区分

[11] 参见冯德淦:《比例责任在侵权法上的适用之检讨》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第2期。

[12] 参见李昊:《按份责任的数人侵权的反思——评孙维飞“〈侵权责任法〉第12条之解释论及其体系辐射力研究”一文》,载王洪亮等主编:《中德私法研究(12):数人侵权责任》,北京大学出版社2015年版,第36-49页。

[13] 参见前引[2],董春华文。

[14] 参见张平华:《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》,载《东南学术》2020年第5期。

[15] 参见王利明:《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第580页。

[16] 参见前引[2],董春华文。

[17] 参见魏森:《客观关联的多数人侵权责任研究——以比较法考察为中心》,载《法商研究》2014年第1期。

[18] 政策性连带类型明确规定于《民法典》特殊侵权行为中,如“网络服务提供者的连带责任”等。裁量性连带类型主要为“分别的环境侵权致同一损害的”“分别的医疗侵权致同一损害”等。参见前引[2],董春华文。

标准的按份责任与连带责任，“共同侵权”法律规范的前世今生演绎了立法政策对连带责任从追逐到谨慎的态度转变。相应地，学说上围绕狭义共同侵权，即共同加害行为中“共同”之内涵，大致形成“主观共同说”^{〔19〕}“共同行为说”^{〔20〕}“主客观共同说”。^{〔21〕}除去主观共同说，后两种观点皆能将“无意思联络数人侵权不足以导致全部损害”的情形吸纳为共同加害行为，从而令侵权数人承担连带责任。

3. 路径分歧辨析

两种法律解释路径在对待“有无意思联络”的侵权行为上存在根本的定性差异，第一种观点严格秉持共同加害行为仅发生在有意思联络的数人之间，从而不足以导致全部损害的数人分别侵权只能在《民法典》第 1172 条按份责任范围内寻求连带的适用例外。第二种观点则否定了意思联络在共同加害行为中的必要性，承认“无意思联络数人侵权行为”也有可能被认定为共同加害行为，将《民法典》第 1168 条作为请求数个侵权人承担连带责任的规范基础。但从二者皆对无意思联络不足以导致全部损害的侵权数人适用“连带责任”设置了门槛这点而言，两种解释路径在避免连带责任的盲目扩张上具备共通性。

（二）出路：“综合关联共同性”下连带责任的正当性

就比较法而言，《德国民法典》第 830 条第 1 款明确共同加害行为下数个侵权人承担连带责任，学说上一般将“共同加害”建立在主观共同的基础之上，^{〔22〕}但亦有观点认为其实质已经转向客观共同。^{〔23〕}而对于无意思联络数人侵权的情形，第 840 条第 1 款规定了承担连带责任的可能性，通说亦认为若各个侵权人的加害部分不可明确分割，无意思联络的数个侵权人作为“竞合行为人”承担连带责任。^{〔24〕}而继受德国法传统的《日本民法典》与我国台湾地区“民法”只引进了《德国民法典》第 830 条中共同加害行为的规定，而未引进第 840 条之竞合侵权规则。为了让无意思联络侵权数人承担连带责任，解释学上扩充了共同加害行为的范围，具体支撑理论有日本的“强关联共同性”与“弱关联共同性”，^{〔25〕}我国台湾地区的“客观关联共同”说^{〔26〕}等。

• 703 •

〔19〕 各个行为人之间必须有意思联络，体现为仅有共同故意或者共同故意、共同过失。参见程啸：《论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义》，载《法学家》2003 年第 4 期；周友军：《我国共同侵权制度的再探讨》，载《社会科学》2010 年第 1 期。

〔20〕 不以行为人意思联络为必要要件，只需数人客观上关联、不可分。参见前引〔10〕，程啸书，第 38 页。

〔21〕 需同时具备主观的共同与客观之关联、不可分，但主观上不限于有意思联络，过错的内容相同或相似亦可。参见张新宝：《中国侵权行为法》（第 2 版），中国社会科学出版社 1998 年版，第 167-168 页。

〔22〕 参见前引〔7〕，李中原书，第 16 页。

〔23〕 参见王竹：《论客观关联共同侵权行为理论在中国侵权法上的确立》，载张仁善主编：《南京大学法律评论》2010 年春季卷（总第 33 期），法律出版社 2010 年版，第 81 页。

〔24〕 参见〔德〕克雷斯特安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社 2001 年版，第 72-74 页。

〔25〕 当无意思联络的数个侵权行为具备强关联共同性时，其会被认定为《日本民法典》第 719 条第 1 款前段规制的狭义共同侵权行为，因此负担连带责任；当具备弱关联共同性时，则会被认定为同款后段规制的推定因果关系类型，侵权责任承担方式为“全部连带责任+寄与度减责抗辩”。潮見佳男『不法行為法』（信山社出版株式会社，2011 年）144-146 頁参照。

〔26〕 客观关联共同说，即数人所为的不法侵害他人权利之行为，在客观上为被害人所生损害的共同原因。参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 154-155 页；孙森焱：《民法债编总论》（上册），法律出版社 2006 年版，第 231-232 页。

英美法系中,英国法根据“侵权人之间是否存在意思联络”区分了共同侵权人与竞合侵权人,但二者一般皆承担连带责任。^{〔27〕}美国法淡化了此种区分,在裁判中引入了“集合行为”的思路,将造成不可分损害的无意思联络数人侵权行为合并为一个集合行为后再适用“but-for”规则。^{〔28〕}

虽然各国对无意思联络数人侵权行为适用连带责任的诠释思路不一,有的借助共同加害行为的辐射范围进行判断,^{〔29〕}有的避开“是否具备意思联络”的束缚从数人侵权行为的因果关系、^{〔30〕}损害后果是否可分^{〔31〕}等方面切入。但实质上却已全面地构成了无意思联络数人侵权可能适用连带责任的判断标准,本文谓之“综合关联共同性”。其要点在于:其一,数个侵权人的行为不限于物理上,还包括社会观念上的一体性,此一体性并非以各行为的同时性为必要,满足多个行为在场所、时间上的紧密结合亦可。^{〔32〕}其二,当场所、时间上的接近性比较弱时,还须具备能够使无意思联络侵权人共同负有防止侵害他人注意义务的客观状况,一般在危险共同体以及利益共同体中,各侵权人负有此“被扩大的注意义务”。^{〔33〕}其三,损害结果是不可分的,且其与分别侵权行为因“关联”后被抽象为行为集合体之间具备必要且唯一的因果关系,^{〔34〕}即只要缺乏了其中任何一个行为,都不足以导致损害的发生。另外,各行为人都能预见到此种不可分的损害后果,对于特殊的损害部分,仅由可能预见到的一方承担损害赔偿赔偿责任。^{〔35〕}

“综合关联共同性”相较于2003年《人身损害赔偿解释》中曾提出的“直接结合”而言,似乎并不具备明显的表述优势。但前者根植于两大法系“关联共同性”与“不可分损害”理论,在域外长期司法实践与学说积淀中已经形成了较为完备的判断要素。由于2003年《人身损害赔偿解释》舍弃了数人分别侵权“直接结合”下的连带责任,在缺乏法律明文规定的情况下,无意思联络数人侵权不足以导致全部损害之类型只能禁锢于按份责任中,因此在法律解释上通过“综合关联共同性”使数人分别侵权与连带责任挂钩未尝不可。

三、无意思联络数人侵权适用连带责任之缓和:比例连带责任

无意思联络数人侵权不足以导致全部损害时适用连带责任,首先需满足“综合共同关联性”,但其在责任连带时全有或全无的模式对于原因力不足100%者有失公平。为缓和此种全额连带,司法实践中引入了比例连带责任。伴随其适用空间的逐步扩大,比例连带责任是否有可能突破既有的类型限定,成为共同侵权责任中的一般化责任类型?

〔27〕 参见前引〔2〕,董春华文。

〔28〕 参见前引〔23〕,王竹文,第86页。

〔29〕 譬如德国,参见前引〔10〕,程啸书,第414-415页。

〔30〕 譬如法国,参见张铁薇:《共同侵权制度研究》(修订版),人民法院出版社2013年版,第118页。

〔31〕 譬如意大利,参见前引〔24〕,克雷蒂安·冯·巴尔书,第79页。

〔32〕 平井宜雄『債權各論II不法行為』(弘文堂,1992年)197頁;前田達明『不法行為歸責論』(創文社,1978年)250-292頁參照。

〔33〕 参见前引〔25〕,潮見佳男书,165-170页。

〔34〕 参见前引〔23〕,王竹文,第86页。

〔35〕 参见于敏:《日本侵权行为法》(第2版),法律出版社2006年版,第290页。

（一）比例连带责任一般化的法理基础：基于原因力的重叠

侵权责任法中的损害赔偿范围主要依靠因果关系得以划定，因果关系在比较法上主要被划分为两个层次，即责任成立的因果关系与责任范围的因果关系。无论第二层次因果关系采取德国式的“相当性”，抑或普通法系的“可预见性”，皆建立在第一层次因果关系成立的基础上，必须满足条件说下的“全有或全无”。〔36〕此种论证进路本身就存在不妥，因此出现了比例因果关系，原告仅就因果关系的可能比例加以证明，无需证明因果关系确属全部存在。〔37〕但这并不意味着此行为人只与部分损害具备因果关系，此处的“比例”，主要功能在于使得分别侵权却不足以导致全部损害的数个侵权人与损害结果间形成各自独立且完整的事实因果关系链。因果关系两个层次的判断，最终处理的主要为某项损害后果“是不是”在侵权损害赔偿范围内的责任问题，而非解决多数人侵权时责任人赔偿“多少”的问题。就此而言，比例连带责任与其说是基于因果关系的重叠，毋宁认为根源于数个侵权人原因力的重叠。

对于原因力的概念界定，我国学说上百家争鸣，简言之，即为对因果关系大小的区分。〔38〕在单一违法行为所引起的侵权案件中，原因力隐蔽起来易被忽略，但在数个原因引起同一损害时，数个侵权人一般基于自己违法行为对损害结果所具备的作用力大小（原因力）承担相应的责任份额。原因力的适用又常与过错相交织，我国经历了由过错作为损害分担的唯一标准到原因力和过错相互补充的发展阶段。〔39〕不过，有学者坚持认为应该将原因力作为责任分配的主要依据，过错并非直接而是通过对原因力的权衡来影响责任承担。〔40〕本文亦赞成此立场，尤其在不足以导致全部损害的无意思联络侵权数人过错程度相当时，适用按份责任就是基于侵权人各自原因力比例令其承担损害赔偿的责任。

但在数个侵权行为高度紧密关联时，从“缺少其中任何一人，都不足以导致全部损害发生”的角度观之，若完全依据原因力比例进行赔偿责任的分割，可能带来对受害人救济不够充分的后果。而作为例外弥补方案的全部连带责任令原因力未达到100%的侵权人进行全部赔偿，在利益衡量上亦有所失衡。比例连带责任作为一种折中方案，应运而生。

（二）对比例连带责任适用前提的构筑

从功能上看，比例连带责任具有对受害人与加害人权益折中的效果；但若从负向效果看，任由侵权人滥用，将使其得以逃避全部连带责任；若受害人滥用之，则可能完全架空按份责任。因此，亟需厘清比例连带责任的适用前提，这主要涉及数人单独侵权时的过错、行为与因果关系等。

其一，比例连带责任的多数侵权主体间必须不存在意思联络，且无意思联络的数个侵权行为应满足“综合关联共同性”。此处“综合关联共同性”，已于前文部分详细剖析，故此处不再赘述。就“有无意思联络”而言，当侵权人事先共谋而故意侵权时，乃典型的意思联络下的共同加害行为，《民法典》第1168条正是因为“故意的严重性”而令此类型的侵权人承担连带责任。而

〔36〕 参见前引〔11〕，冯德淦文。

〔37〕 参见陈聪富：《侵权行为法原理》，元照出版有限公司2019年版，第346页。

〔38〕 参见杨立新：《债法总论研究》，中国人民大学出版社2006年版，第328页；前引〔15〕，王利明书，第449页。

〔39〕 参见杨立新：《论医疗过失赔偿责任的原因力规则》，载《法商研究》2008年第6期。

〔40〕 参见郑永宽：《医疗损害赔偿中原因力减责的法理及适用》，载《中国法学》2020年第6期。

在“共同过失”之情形，有学者认为其必然不存在“意思联络”，^{〔41〕}这涉及意思联络的终点为何。例如A、B二人在马路上相约飙车，过失撞伤路人，如果认为意思联络的终点止于飙车这一行为，则对于过失撞伤路人这一损害结果，A、B间属于有意思联络的共同过失。如果认为意思联络的终点止于损害结果，A、B则在撞伤路人上不存在意思联络，构成无意思联络的共同过失。因此，若采取“意思联络终于侵权行为”的立场，共同过失的侵权人之间可能存在意思联络，其将因承担全部连带责任而排除适用比例连带责任。

其二，比例连带责任的因果关系类型不限于共同因果关系、单向因果关系，还包括分别侵权行为人原因力明确且相加之和大于100%的所有因果关系类型，但《民法典》第1171条的累积性因果关系除外。在造成同一损害的分别侵权人原因力不明导致加害份额不明的场合，首先依照《民法典》第1172条承担按份责任；在符合“综合共同关联性”时，则可能作为按份责任之例外，对外适用全部连带而非比例连带责任。之所以不将分别侵权中多数人原因力之和小于100%的类型纳入在内，是由于此时在受害人损害额度100%的范围内，根据侵权人原因力比例进行按份责任的换算实质已经提高了分别侵权人最终承担的责任份额，因为超过了侵权人各自原因力相等范围内的损害额度，足以满足受害人救济的需要。当然，让原因力不足100%的侵权人通过比例换算进行全部赔偿的连带责任，在技术上也不无可能，但存在明显不当之处。^{〔42〕}

四、比例连带责任的评估模型与本土困境

• 706 •

比例连带责任虽在我国初见雏形，但具体如何应用，并未详细展开。既有法律规范与司法实践，也仅在单向因果关系的侵权案型中予以适用。比较法上，无意思联络数人侵权行为原因力大于100%的组合形态较为丰富，这对我国原因力类型限定下的比例连带责任提供了重要的参考经验。

（一）域外法视野中比例连带责任的评估模型

1. 日本模式：部分连带责任

日本学说中与我国比例连带责任相似者为部分连带责任，其连带部分的评估方式主要有底端连带型、剩余部分连带型、最大公约数连带型。这些类型皆未要求造成同一损害的数个侵权人中必须有一人原因力为100%，只需多数侵权主体的原因力之和大于100%即可。所谓最大公约数连带型，即在数个侵权人各自提供的原因力范围内取最大公约数肯认连带责任。^{〔43〕}以下主要介绍其他两种连带方式，具体为：

其一，底端连带型。底端连带型主张在最小原因力对应的赔偿责任范围内进行连带。例如受害人D全部损害额度是1000万元，对此损害，数个侵权人A、B、C的原因力为70%、60%、50%，相应地A、B、C各自本该承担的赔偿额度分别为700万、600万、500万。发生部分连带

〔41〕 参见前引〔10〕，程啸书，第385页。

〔42〕 具体计算方法留待后述，详细操作可参考后注〔53〕处相关论述。

〔43〕 参见前引〔25〕，潮见佳男书，138-142页。

时，类似于同心圆模型（如下图1所示），A、B、C在最小原因力50%的责任额度，即500万内产生第一次连带。剩余的差额部分A为200万（700万-500万），B为100万（600万-500万），则A和B又在100万的责任额度内产生第二次连带责任。综上，A的连带责任额度为600万（500万+100万）^{〔44〕}且单独赔偿责任为100万（700万-600万），B的连带责任额度为600万（500万+100万），C的连带责任额度为500万。^{〔45〕}

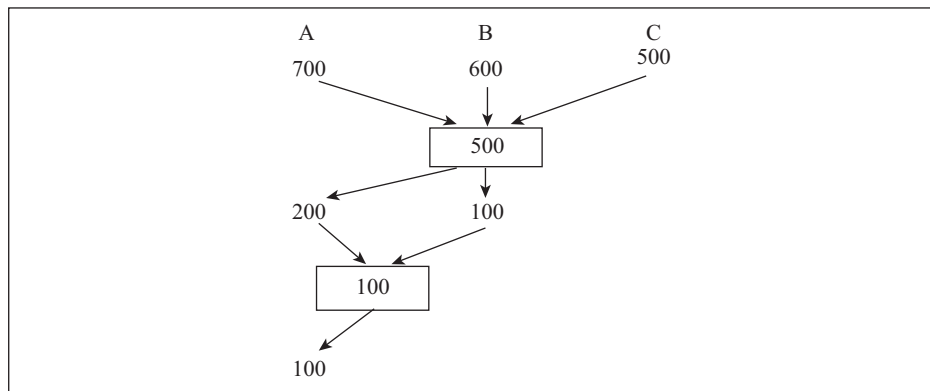


图1

其二，剩余部分连带型。此种部分连带责任的计算方式要求分别侵权的多数行为人原因力之和必须大于100%，否则将无法完成连带计算。假设受害人D全部损害额度为1000万元，A、B原因力分别为70%与80%，相对应的损害赔偿额度A为700万元，B为800万元。在此评估模式下，A、B二人的连带责任额度为两者相加之和超过1000万元的部分，即为500万元，此时A的单独债务是200万（700万-500万），B的单独债务是300万（800万-500万）。^{〔46〕}

2. 美国模式：混合责任

除了纯粹的连带责任与单独责任，美国侵权法认可数个侵权人在一定条件下承担混合责任，因其在处理责任的“连带”份额上具备灵活性，从而与比例连带责任在缓和严苛的全部连带责任这一价值功能上具有共通之处。所谓混合责任，是美国侵权法责任承担的类型之一，^{〔47〕}即事先设置一个“法定的责任份额界限”^{〔48〕}，此份额一般在10%至60%之间，侵权人中责任份额轻微、低于该界限者承担单独责任，等于或高于该界限者承担连带责任。^{〔49〕}此种模式突破了数个侵权人责任承担时连带责任与单独责任的二分格局，通过“法定的责任份额界限”形成了连带责任、单独责任并存适用的责任集合体。考虑到高于该法定责任份额门槛者无论自身实际责任份额大小一律承担100%的连带责任亦有失公平，美国部分州进行了有益尝试，例如南达科他州通过立法

〔44〕 由第一次连带的500万+第二次连带的100万，得出A的连带部分，B同。

〔45〕 难波让治『共同不法行為の効果としての一部連帯』，大塚直、大村敦志、野澤正充編『社会の発展と権利の創造——民法・環境法学の最前線』（有斐閣，2012年）378頁参照。

〔46〕 参见前引〔45〕，难波让治文，第377-379页。

〔47〕 美国侵权法损害赔偿责任的承担模式有五条轨道，具体内容参见〔美〕爱伦·M. 芭波里克选编：《侵权法重述纲要》（第3版），许传玺等译，法律出版社2016年版，第438-439页。

〔48〕 李中原：《多数人侵权责任制度的历史与现状》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2014年第2期，第57页。

〔49〕 参见前引〔23〕，王竹文，第88页。

规定承担连带责任侵权人的责任绝对范围不超过本身份额的两倍,明尼苏达州对责任“界限”和连带“份额”进行了反向关联的制度设计。^[50]

(二) 我国比例连带责任“原因力”类型限定下的适用难题

国外比例连带责任的不同评估方式,表明了原因力组合形态的开放性,假设分别侵权中数个行为人A、B、C在同一损害结果P上具备客观不可分性,其原因力为a、b、c,则可能适用比例连带责任的原因力组合大致有:其一,至少其中一人原因力为100%,但不可能全部侵权人的原因力都为100%,^[51]不仅其他侵权人的各自原因力小于100%,连相加之和亦小于或等于100%,表述为“ $a=100\%$, $b<100\%$, $c<100\%$, $b+c\leq 100\%$ ”;其二,数个侵权人的原因力分布情况与前述一相仿,但相加之和大于100%,表述为“ $a=100\%$, $b<100\%$, $c<100\%$, $b+c>100\%$ ”;其三,不存在原因力为100%的侵权人,但所有侵权主体的原因力之和大于100%,可表述为“ $a<100\%$, $b<100\%$, $c<100\%$, $a+b+c>100\%$ ”。

而在我国的司法实践中,虽然适用比例连带责任的案件范围不再局限于环境侵权,但从既有法院裁量结果观之,承担比例连带责任的主体在原因力条件上并未逃逸出《环境侵权司法解释》第3条的规范框架,即学者所谓“半叠加分别侵权行为”^[52],其属于上述条件组合中的第一种情形: $a=100\%$, $b<100\%$, $c<100\%$, $b+c\leq 100\%$ 。甚至在大多数案件中,B、C为了满足原因力“显著微小”,其比例往往明显小于50%,从而遵循了比例连带创设时不让原因力微小的行为人承担过于沉重的100%全部连带责任之初衷。

• 708 •

然则,对于其他的条件组合,我国是否有纳入比例连带责任之可能?实证法上缺乏直接的规定,但学理上借助前述域外学说中的模式经验予以完善,并无不可。对于条件情形二的“ $a=100\%$, $b<100\%$, $c<100\%$, $b+c>100\%$ ”,又可细分为两种类型:其一为b、c原因力显著微小,但当此类主体在人数上足够多时,比如存在6个原因力为20%的侵权人,此时 $b+c+\dots>100\%$,由于此情形尚满足其中一人原因力为100%,其他人原因力显著小于100%,所以在实质上仍可归入我国比例连带责任的限定适用范畴,故不作为此处所谓的例外条件类型进行讨论。其二为原因力非为100%的行为人数量虽然不多,但其中不是每个人都满足原因力显著微小,例如a为100%,b为30%,c为80%, $b+c>100\%$,并且此情形在国外条件组合情形三“ $a<100\%$, $b<100\%$, $c<100\%$, $a+b+c>100\%$ ”中亦具备一定发生概率,即多数侵权行为人的原因力之和大于100%时,只有部分行为人满足原因力“显著微小”。

对这些我国立法上尚未明确规制的条件组合形态,如何选择比例连带责任的计算方法?似可采取日本部分连带责任中的多样评估模式,但具体采取何种类型更为合适,尚需进一步论证。若采取美国混合责任模式,可设定“法定责任份额界限”,令原因力虽非100%的部分侵权人承担全部连带责任,如对受害人赔偿额度为100万,B原因力为20%,C原因力为80%时,若此责任份额界限介于10%和70%之间,则B承担20万的单独责任,C承担100万的连带责任,但单纯为

[50] 如果连带责任人的责任份额不超过15%,则其承担连带责任的范围不超过其责任份额的4倍;如果其责任份额在15%与35%之间,则其承担连带责任的范围不超过其责任份额的2倍。参见前引[23],王竹文,第89页。

[51] 如果无意思联络数人侵权,所有行为主体的原因力都为百分之百的,属于分别侵权行为中的累积因果关系类型。

[52] 前引[3],杨立新文,第31页。

了保护原因力显著较小一方，而令原因力较大者承担对受害人的完全赔偿，是否有违公平原则？关注到此点的美国少数州已经进行了倍数连带，而非全部连带。还有学者提出同比例增长的计算方法，^{〔53〕}在上述例子中，基于 B、C 的原因力，在保持其损害赔偿责任额度比例为 1:4 的基础上，令较大原因力的 C 负担全部赔偿额度的 100 万，则 B 的损害赔偿额度相应地变化为 25 万，此种操作不仅令其在外观上符合我国“半叠加分别侵权行为”的适用条件，而且还尽量保证侵权人赔偿份额的同比例变化。但是，使原因力尚未达致 100% 的行为人，如同原因力 100% 的人一般去承担全部连带赔偿责任，这本身即存在削足适履之嫌疑，在法理正当性上尚存疑惑。

五、比例连带责任的真实意蕴与适用检视

日本部分连带责任或美国混合责任两种模式，都能为我国比例连带责任形态的开放适用提供参照。但二者亦存在不容忽略的弊端，我国比例连带责任具体运用时的方案优化需以其本体内涵的厘清为前提。

（一）我国比例连带责任的内涵探究

关于比例连带责任内涵的国内既有学说皆未突破形态之封闭，即其中必有一人原因力为 100%，且另一人原因力显著微小，这导致缺乏对其他原因力组合的包容。判断何种学说更为优越，有必要厘清比例连带责任的功能。

首先，比例连带责任避免了全部连带的绝对严苛。连带责任要求义务人承担的连带责任份额为 100%。为对此进行缓和，才出现了比例连带。但既有裁判中，此种责任类型通常适用于“原因力显著微小”之时，能否广泛且一般化肯认不同程度原因力下比例连带责任适用之可能？若能，则“半叠加分别侵权行为”“片面连带责任”学说的妥适性有待质疑。

其次，比例连带责任相较于按份责任，能为赔偿义务人的清偿不能提供担保。例如受害人 D 的损害额度为 100 万，A、B、C 的原因力分别为 100%、40%、20%。依照按份责任，A、B、C 的赔偿额度分别为 $100 \text{ 万} \times 5/8$ 、 $100 \text{ 万} \times 2/8$ 、 $100 \text{ 万} \times 1/8$ ，每个人的责任份额能够对抗外部受害人超出此负担份额部分的赔偿请求，当其中某一侵权人没有赔偿能力时，受害人将承担相应范围内求偿不能的风险。而比例连带责任旨在一定比例上降低此风险，为寻求折中路径，前述所提“集合体”说兼顾运用全部连带与按份责任，如前例，其令原因力较小的侵权人 B、C 各自承担按份责任为 $100 \text{ 万} \times 4/6$ 、 $100 \times 2/6$ ，然后再分别与原因力为 100% 的 A 于按份责任限度内承担不真正连带责任。但是，不真正连带责任为单向连带，^{〔54〕}究竟由谁承担终局责任，则为另一尚无定论之争议。

总之，比例连带责任在功能上综合了“全部连带责任在最大范围内填补受害人所受全部损害”，和“按份责任尽量让各个侵权人承担与自己原因力比例相应赔偿责任”二者的优点。基于此，建议将其内核明确为：比例连带责任中，数个侵权人承担与各自独立的原因力相当范围内的

〔53〕 橋本佳幸『損害賠償額の割合的調整—原因競合事例を中心に』，現代不法行為法研究会『不法行為法の立法的課題』（商事法務株式会社，2015 年）203 頁参照。

〔54〕 参见杨立新：《教唆人、帮助人责任与监护人责任》，载《法学论坛》2012 年第 3 期。

赔偿责任。此处“原因力相当”的赔偿责任，是对数个侵权人在“无意思联络”下各自实施的侵权行为进行的平行且独立之作用力计算。由于其具备“综合关联共同性”，毋庸事先将各自原因力总和限制在100%的框架内比例换算出相应的责任份额后，再去探讨如何进行赔偿责任的对外连带。

譬如，对于受害人的损害X，当无意思联络侵权人A、B、C的各自原因力为100%、80%、40%时，由于我国比例连带责任立法上封闭于“半叠加分别侵权行为”，容易导致在现实裁判中，法院即使适用比例连带责任，也会尽量避免原因力不足100%的数个侵权人之间出现原因力之和大于100%的情形，而令B、C的原因力比例为2:1，使B、C承担相应的责任份额为 $\frac{2}{3} \times X$ 、 $\frac{1}{3} \times X$ ，再与原因力为100%的A进行比例连带。此种操作与比例连带责任“集合体”说不谋而合，实质已经先进行了部分侵权人之间按份责任的分摊，就担保受害人侵权损害赔偿之债实现的层面而言，未必优于本文界定的比例连带责任之“原因力相当”方案。因为若A当然不具备赔偿能力，而B或C至少其中一方也不具备赔偿能力时，在“集合体”方案下，受害人能够实现的损害赔偿额度最多为损害总额的 $\frac{2}{3}$ 或者 $\frac{1}{3}$ ，而“原因力相当方案”则有可能为80%或40%。

比例连带责任中“原因力相当”这一要素在降低侵权人赔偿能力不足风险的同时，也赋予比例连带责任下侵权人不用承担自己原因力相当范围以外赔偿责任的抗辩权。如此一来，数个侵权人之间既不需要构成“半叠加分别侵权行为”，也不以“原因力显著微小”为前提。

（二）比例连带责任的对外连带

将比例连带责任界定为与侵权人各自原因力相当的连带责任时，在对外关系上，其“连带”具体如何实现？在日本法的模式下，存在的问题在于：如果某一侵权人对受害人进行部分赔偿，其消灭的是数个侵权人的连带之债，还是该侵权人单独损害赔偿之债。

假设受害人甲的全部损害额度是1000万，数个侵权人A、B各自原因力相当的责任额度若为800万、500万，根据底端连带型，二人部分连带的赔偿额度为500万，则A的单独债务为300万（800万-500万）。若A先清偿了200万元，对此200万的清偿效果存有两种评价：其一，如果认为A清偿的200万消灭的是A自己单独债务的300万部分，则A、B的部分连带之债依旧为500万；其二，如果认为A清偿的200万消灭的是部分连带债务的500万部分，则A、B的部分连带债务减少为300万（500万-200万）。〔55〕

上述分歧中，基于第一种观点，部分连带债务的500万不因部分连带债务人A的一部分清偿而有所减少，以强化对受害人的保护。因为在A随后丧失清偿能力，而B依旧具备清偿能力的情形下，受害人甲侵权损害赔偿之债最终能够回收的额度为A先行清偿的200万+部分连带之债的500万=700万。而在第二种观点中，部分连带之债的500万因为A的清偿有所减少，即担保受害人甲损害赔偿之债回收的财产额度减少。在A随后丧失清偿能力的情形下，受害人甲损害赔偿之债能够回收的最大范围仅为A先行清偿的200万+部分连带之债的300万=500万。在剩余部分连带型的计算模式中，也存在同样的问题。其核心都在于法律解释的价值立场：在因侵权而生的部分连带债务中，一方债务人没有赔偿能力的风险应由受害人承担，还是由另一方债务人承担。

〔55〕 参见前引〔45〕，难波让治文，第378页。

至于美国的混合责任模式，在对外连带时亦存在明显不足。其虽然通过设置法定责任份额界限，减轻低于界限者的全部连带赔偿责任，但确定该界限本身亦非易事。由于以何为标准并不明晰，可能反而过于灵活而增加裁判的不确定性。事实上，美国的混合责任制度除了因该界限往往被定得过高（超过50%）而导致未能真实发挥功能以外，还面临着如果高于具体界限者本身并不具有赔偿能力、低于界限者更有赔偿能力时，求偿不能的风险将被强加于完全无辜的原告之弊端。^{〔56〕}

因此，我国的比例连带责任在对外连带时应回归连带债务的基本框架。在传统的连带债务中，各个连带债务人与债权人的法律关系为平行的，^{〔57〕} 无需担心每个债务人负担100%的连带债务会造成债权人的多余受偿，由于连带债务具备相对涉他性，^{〔58〕} 根据《民法典》第520条第1款，当某些债务人已经清偿时，其他连带债务人对债权人的债务可在相应的范围内消灭。同理，在比例连带责任中也可依此避免受害人损害填补时的多余受偿。具体而言，比例连带责任实现对外连带时的基本思路如下：第一，数个侵权人承担各自侵权行为“原因力相当范围”内的损害赔偿赔偿责任，无需事先基于“原因力比例”进行责任份额换算。第二，当受害人向比例连带责任人请求损害赔偿时，比例连带责任人不可拒绝履行，但其享有双重抗辩权：其一为基于“原因力相当”份额而享有的抗辩；其二为参考传统全部连带债务之涉他性进行的抗辩。为了防止受害人受偿额度大于实际损害，在比例连带责任中，某一债务人的清偿行为在同等额度范围内消灭其他责任人的损害赔偿赔偿责任。

（三）比例连带责任的内部追偿

基于《民法典》第519条的规定，我国连带债务人之间进行内部追偿时需以其实际承担债务超出自己份额为前提，又依《民法典》第518条的规定，债权人一般会要求部分或全部债务人履行100%的给付。从最终结果而言，第519条规定的连带债务人对实际清偿差额部分向其他连带债务人按比例追偿的额度，与其他连带债务人本应承担的内部份额是相等的。^{〔59〕} 从《民法典》的基本立场上看，其明确地否定了连带债务人的实际清偿低于其本应负担份额时向其他连带债务人追偿的可能。^{〔60〕} 那么，若连带债务人的实际清偿虽超出了自己份额，却未100%向债权人全部给付时，其可否向其他连带债务人进行内部追偿？这正是比例连带责任人之间内部追偿的典型情形。关于连带债务人行使内部追偿权的正当性基础，学说上有不当得利请求权、代位权、无因管理、公平原则等，^{〔61〕} 各学说之间仅有路径差异，而无价值分歧。从具体的适用层面而言，比例连带责任人内部追偿权的行使是否必须和传统连带债务人一般，仅能以实际清偿超出自己份

• 711 •

〔56〕 参见前引〔47〕，爱伦·M. 芭比里克书，第439页。

〔57〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第610-611页。

〔58〕 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第496页。

〔59〕 例如在对受害人D100万的损害赔偿责任上，A、B、C的原因力比例为1:2:2，则其具体的责任份额比例亦为1:2:2，具体分别为20万、40万、40万。如果A对受害人D先行清偿100万（由于我国《民法典》第518条要求必须为全部连带份额内的清偿），其对于超出自己应当承担的20万份额的80万，向B基于责任份额比例进行追偿时为 $80 \times 2/4 = 40$ 万，向C可以追偿部分亦为 $80 \times 2/4 = 40$ 万。所以得出此定论：A承担全部连带责任人后，对于超出份额再按比例向B、C追偿的部分和B、C一开始基于责任份额比例计算出的内部最终责任份额是一致的。

〔60〕 参见李中原：《连带债务人之间追偿权的法教义学构建》，载《法学家》2022年第2期。

〔61〕 参见前引〔60〕，李中原文。

额的差额部分为基础？

对此，首先需明确比例连带责任中的“自己份额”具体为何，由于无意思联络的数个侵权人因为“高度关联”而在对内关系上视为一个整体，作为对内追偿基础的“自己份额”一般认为仍是在 100% 的赔偿责任范围内基于各自侵权人原因力比例换算的按份责任额度，设为 Y。在计算其实际清偿额度超出自己份额的差值 Z 时，因为比例连带责任认可侵权人对外承担与自己“原因力相当”的赔偿，作为被减数的实际清偿额度 X 自然有可能不足 100%。如此，相较于全部连带责任而言，在被减数 X 减小，而减数 Y 不变的情况下，得出的差值 Z 必定小于全部连带责任下计算出的结果。如此一来，先行清偿的比例连带责任人基于 Z 向其他侵权人内部追偿的份额并不像全部连带责任那般，恰好等于其他侵权人按照原因力比例计算出的自己份额。此时再拘泥于实际清偿超出自己份额才能向其他侵权人进行内部追偿，最终将导致先行清偿了自己原因力最大范围内的比例连带责任人相对于其他侵权人而言，仅有其最终负担了 100% 连带给付下的内部自己份额，这对他而言并不公平。

因此，在比例连带责任中，侵权人能够就实际清偿部分向其他责任人进行内部追偿，即使此清偿额度低于该者本应负担的内部自己份额；若出现反复追偿的，可利用抵销予以解决。至于向其他侵权人追偿的比例，日本有学者认为之所以产生部分连带，是由于无意思联络的侵权数人由于共同关联而造成了同一损害，即使各自原因力有所不同，原则上内部负担的份额也应该是平等的。^{〔62〕} 此观点过于追求无意思联络数人侵权时行为人的过失客观化，忽略了各自原因力在损害结果上具备的不同作用力，并非完全妥适。比例连带责任中数个侵权人的原因力不仅在对外救济受害人时具有决定连带责任份额的意义，对内亦可作为比例连带责任人间行使追偿权的参考标准。概言之，在比例连带责任中，侵权人就已经实际清偿的部分，可以基于原因力比例向其他侵权人进行追偿。

六、结 语

为缓和全部连带责任长期以来遭受“使原因力不足 100% 者负担全部赔偿过于严苛”之诟病，我国在特定且封闭的侵权行为类型中引入了比例连带责任，但遗憾的是，在此责任形式下，如何具体对外实现连带，对内进行追偿却语焉不详。在价值基础上，“综合关联共同性”可作为我国无意思联络不足以导致全部损害的数个侵权人承担连带责任的理论基石。在具体路径的选择上，美国法上的混合责任与日本法上的部分连带责任，均可适用于侵权行为原因力的多种组合形态，实现对全部连带责任的优化，值得我们借鉴。当然，无论是美国法还是日本法模式，都存在相应的弊端。对此，在肯定原因力组合多种形态引入的必要性时，亦需明确比例连带责任所具备的本土内涵，即数个侵权人应承担的各自“原因力相当”范围内的赔偿责任，其正当性源于无意思联络下数人侵权行为的平行且独立性。一方面，为避免对受害人保护过剩造成多余受偿，比例连带责任在对外关系上可参考全部连带责任中“相对涉他性”等理论。另一方面，平行的分别侵权行

〔62〕 参见前引〔45〕，难波让治文，第 396 页。

为具备的“综合关联共同性”又使得无意思联络侵权数人存在内部追偿可能，部分操作可依托按份责任中的“原因力比例”。比例连带责任的显著特点在于其不仅考量了受害人完全赔偿与侵权人不负担过重责任间的平衡，还关注高度关联的数个侵权人在内部责任承担上的实质平等。

Abstract: When the “comprehensive relevance commonality” is satisfied, it is possible to apply joint and several liability for the indivisible injury caused by independent torts. In order to alleviate the strictness of all joint and several liability, China has substantially introduced proportional joint and several liability in legislation and justice, but it is only limited to the specific combination of causal forces. The diversity of causation types of the mixed liability of the United States and the partial joint and several liability of Japan will promote the conditional and open application of proportional joint and several liability in China. The local connotation of proportional joint and several liability is compensation liability within the scope of “equivalent cause force”. It is not necessary to emphasize the element of “significantly small cause force” when constructing its starting conditions. The application of proportional joint and several liability is mainly carried out from two aspects: when carrying out proportional joint and several liability to the victim externally, refer to some theories of joint and several liability, and when recovering from other infringers, determine the final share according to the actual repayment share according to the share liability theory.

Key Words: causal force, the innocent contact number of people infringing, proportional joint and several liability

• 713 •

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)

论数字时代的美术作品原件 ——基于展览权的视角

李 强*

内容提要：美术作品原件是我国著作权法上展览权的核心概念，然而却未得到应有的关注。面对新技术、新业态提出的新挑战，无论是传统美术作品还是数字化美术作品，都存在着如何理解和认定美术作品原件的困惑。对此，有必要突破著作权法上关于美术作品必有原件、美术作品原件唯一和美术作品原件必为实体等传统认识，顺应技术发展的要求，紧紧抓住可展览性和不可替代性两个关键特征来构建美术作品原件的概念，并创建认定美术作品原件的一般规则。对于数字化美术作品，在满足“间接”可展览性的前提下，可以借助 NFT 技术将数字化美术作品完成时所形成的电子文档认定为作品原件。

关键词：美术作品 作品原件 展览权 NFT

一、问题的提出

在众多著作财产权当中，展览权只是一个不起眼的小权利，但在现实生活中却有着大应用。近几年来，我国文博事业取得了大发展、大繁荣，从法律的角度而言，其兴旺发达最重要的权利基础就是展览权。我国著作权法上的展览权正是基于美术、摄影作品的原件或复制件（以下简称“作品原件或复制件”）而定义的，即“公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利”（《著作权法》第 10 条第 1 款第 8 项）；与展览权相关的第 20 条则几乎是作品原件的定制条款，^{〔1〕}可见作品原件在展览权中的重要性。

* 李强，武汉大学图书馆/万林艺术博物馆馆员。

本文为国家社科基金项目“当前国际版权制度发展趋势与我国路径选择研究”（17BFX117）、国家市场监督管理总局发展研究中心项目“数字经济时代知识产权保护与反垄断规制创新研究”的阶段成果。

〔1〕《著作权法》第 20 条第 1 款规定作品原件所有权转移后原件展览权的归属，第 2 款解决原件受让人展览未发表的作品原件与作者发表权之间的冲突。

文化生活中,展示原件是举办文博类展览的基本要求和行业惯例,特别对美术作品而言更是艺术家展现创作才能、提高艺术声誉的主要途径,亦是美术作品实现艺术价值的主要方式。司法实践中,早年的“蔡迪安等与湖北晴川饭店有限公司等著作权侵权纠纷上诉案”(即《赤壁之战》壁画案)^{〔2〕}曾引发大量的学术讨论,案件起因即为绘制于饭店墙壁上的唯一壁画原件遭到毁损灭失。近年来,再次引发诸多学术兴趣的“钱钟书书信拍卖案”^{〔3〕}和“茅盾手稿拍卖案”^{〔4〕}也聚焦于两位先生的手稿原件及其展览权,引来法院判决和学者观点的分歧甚至对立。^{〔5〕}还有判例将“音乐喷泉喷射效果的呈现”认定为美术作品,^{〔6〕}那么音乐喷泉的喷射就是在公开展示美术作品,学者对此也表示了明确的反对意见。^{〔7〕}作为展览权的主要客体,如果充分认识到美术作品原件的展示并不限于美术馆、博物馆、会展中心等专门场馆,还包括商场(含任何借助展示美术作品而进行营销的现场)、酒店、宾馆甚至街道等数量庞大的公众场所,^{〔8〕}那么,讨论美术作品原件既有重要理论价值又有重大实践意义,也充分展现了本文研究的问题导向。

然而,从法学角度对美术、摄影作品原件展开的研究非常少见。目前有限的国内研究主要集中在对现行《著作权法》第10条第1款第8项(展览权的定义)和第20条第1款^{〔9〕}的理解与适用上。比如,作品原件转移后原件展览权的归属,^{〔10〕}作品原件转移后由原件所有人享有原件展览权则引出了作品原件所有权和作品著作权之间的冲突与协调^{〔11〕}。英文领域的研究则主要关注在公共场所展示宗教物品的政教分离条款(the establishment clause)或展示艺术品的言论自由等美国宪法第一修正案,^{〔12〕}以及数字图书馆、Twitter等社交平台的网上展示,^{〔13〕}极少提及作品原件或复制件。

• 715 •

〔2〕 参见湖北省高级人民法院(2003)鄂民三终字第18号民事判决书。

〔3〕 参见北京市第二中级人民法院(2013)二中保字第9727号民事裁定书。

〔4〕 参见江苏省南京市中级人民法院(2017)苏01民终8048号民事判决书。

〔5〕 参见金海军:《论书信上的物权、著作权与隐私权及其相互关系——从“钱钟书书信拍卖案”谈起》,载《法学》2013年第10期;李翔、曹雅晶:《失落的展览权——从“钱钟书书信拍卖案”谈起,兼论〈著作权法〉第十八条之理解》,载《中国版权》2014年第4期;石超:《手稿著作权客体类型探究——基于“茅盾手稿案”的分析与思考》,载《中国出版》2019年第1期;陈瑞雪:《论文字作品的亲笔手稿著作权保护问题——以茅盾先生手稿著作权纠纷案为例》,载《福建法学》2019年第1期。

〔6〕 参见北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

〔7〕 参见王迁:《论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”》,载《法学评论》2019年第3期;李扬:《著作权法基本原理》,知识产权出版社2019年版,第72页。

〔8〕 相关案例可参见北京市第二中级人民法院(2003)二中民终字第5951号民事判决书;北京市东城区人民法院(2007)东民初字第03991号民事判决书;湖北省武汉市中级人民法院(2010)武知初字第66号民事判决书;天津市第一中级人民法院(2016)津01民终6756号民事判决书。

〔9〕 该款规定:“作品原件所有权的转移,不改变作品著作权的归属,但美术、摄影作品原件的展览权由原件所有人享有。”

〔10〕 参见李明德、管育鹰、唐广良:《〈著作权法〉专家建议稿说明》,法律出版社2012年版,第97-98页;郑成思:《版权法》(上),社会科学文献出版社2016年版,第321页。

〔11〕 参见王福珍:《作品原件所有权与作品著作权的冲突及解决方案》,载《法学》1993年第9期;郭玉军、向在胜:《论美术作品著作权与原件所有权》,载《湖北美术学院学报》2001年第3期;唐昭红:《论美术作品著作权对美术作品原件所有权的限制》,载《法商研究》2003年第4期。

〔12〕 See Christina A. Mathes, Bery v. New York: Do Artists Have a First Amendment Right to Sell and Display Art in Public Place? 5 Villanova Sports & Ent. Law Journal, 103 (1998); Susan L. Trevarthen, Johanna Lundgren, Merry Litigation and Happy Attorney's Fees: Holiday Display on Downtown Public Property, 85 Florida Bar Journal, 19 (2011).

〔13〕 See David R. Hansen, The Public Display of Digital Library Collections, 14 N. C. Journal of Law & Technology, 145 (2012); Jie Lian, Twitters Beware: The Display and Attribution Rights, 21 Yale Journal of Law & Technology, 227 (2019).

笔者在梳理这些研究时发现一个令人困惑的现象，即围绕展览权或美术作品原件展开的探讨似乎将美术作品原件本身当成一个不用言说、不言而喻的概念。但是，越来越多的艺术创新对这种“想当然”提出了有力的挑战。比如，用无人机编队或烟花燃放形成的艺术造型，用蘸水的笔在地面上写出的书法，还有将发型认定为立体美术作品的判例。^{〔14〕}在这些美术创作中，什么是美术作品的原件，美术作品是不是必有原件？人类已经进入数字社会，元宇宙也开始占据大众的视野，数字财产的价值和重要性渐次攀升。传统时代，美术作品的原件是有体物；数字时代，作为一种数字财产形式，数字美术作品的原件又是什么？近两三年来，越炒越热的 NFT（non-fungible token，不可互替通证或非同质化代币）艺术作品逐渐成为数字时代收藏界的新宠和吸引流量的焦点，时不时报道出来的巨额拍卖令人咋舌。NFT 艺术作品即为经由 NFT 技术加持的数字美术作品，那么，使用画图软件在电子屏幕上绘制一幅美术作品，呈现在屏幕上的画面，由该作品形成的电子文档，存储电子文档的内存模块或硬盘、光盘，还有制作出来的第一份纸版作品，哪一个是原件？

为此，本文在辨析作品原件和作品载体之间关系的基础上，从实践出发，基于展览权的角度纳入适当的考量因素，构建了可以兼顾传统美术作品和数字美术作品的美术作品原件概念，并创建了认定美术作品原件特别是数字美术作品原件的若干规则。

二、作品原件和作品载体的关系辨析

• 716 •

根据我国著作权法，展览权的客体是美术作品和摄影作品，客体的载体是作品原件或复制件（以下或简称为“作品制件”），其本身也是物权的客体。

（一）作品载体学理分类的局限性

通说认为，作品必须通过一定的形式表达，才能被他人感知；采取一定的形式固定，才能得到法律的保护。这不仅是作品创作的本质属性和实际需要，也是国际条约（《伯尔尼公约》第 2 条第 2 款）和相关立法例为作品提供法律保护的基本要求。这种固定的形式就是作品载体。

根据物理特性不同作品载体可以分为固定载体和瞬间载体，前者指有形的物质实体，后者指无形的物质，如口头作品之声波、表演作品之动作，数字作品的无形载体是电子脉冲。根据是否为首次依附分为原始载体和复制载体，前者又称原件，“是作品最初所附的载体”，后者又称复制件，“是承载原始载体上之作品的载体”^{〔15〕}。

然而，与实践对比不难发现，除了通过最传统的纸笔或刻刀等方法创作的如著作手稿、绘画、雕塑等作品外，上述原始载体和复制载体的分类不能直接用于确认作品的原件或复制件。比如，用计算机撰写的著作，其原始载体是电子脉冲，复制载体是硬盘、优盘等存储器，但什么是该作品的原件却颇费思量。再如，口述作品的原始载体是无形的声波，复制载体是固定声波的磁带；而在大众认知中，录音棚或现场录制的母带是原件，从母带翻录的都是复制件。

〔14〕 参见“何吉与杭州天蚕文化传播有限公司著作权纠纷上诉案”，浙江省杭州市中级人民法院（2011）浙杭知终字第 54 号民事判决书。

〔15〕 杨述兴：《论作品与载体的关系》，载《知识产权》2012 年第 6 期，第 42 页。

所以,作品载体的上述分类主要是一种学理认识,不能满足实践的需要。真正具有法律意义的作品载体是固定载体或称为实体载体,如《著作权法》及实施条例多次提到的作品原件或复制件。具体到美术作品原件亦是如此,比如,“美术作品的‘原件’,也就是通常所说的‘原稿’,或者是‘原本’、‘底本’”^[16];“美术作品必须被固定在物质载体上,不能像口述作品那样脱离物质载体而存在,否则也不可能有‘原件’和‘复制件’的区分了”^[17]。

(二) 其他作品原件和美术作品原件在司法实践中存在重要差异

从司法实践来看,对于美术、摄影作品以外的其他作品,作品原件的法律意义主要体现在由于没有备份而毁损丢失时会导致整个作品的灭失。比如,在被称为国内首例教案纠纷的“高丽娅诉重庆市南岸区四公里小学著作权纠纷案”中,^[18]被告弄丢了原告12年间历次上交的大部分教案本(无备份)。其实,即便原告诉称被告遗失其作品原件系侵犯了其著作权,法院仍倾向于将之认定为侵犯了原告对作品原件的所有权,如“沈金钊诉上海远东出版社图书出版合同案”^[19]和“邱传海与湖北电视剧制作中心等返还作品赔偿纠纷案”^[20](以下简称“邱传海案”)。在这两个案例中,原告的诉求都包括追究被告遗失其作品原件的著作权侵权责任,但是终审法院都没有支持原告的诉求,而是认定为涉及作品原件的财产权纠纷进行判决。

就美术、摄影作品以外的其他作品原件而言,从上述及类似案例可以得出三个重要推论。一是如果存有复制件,作品原件是否丢失无关紧要。二是如果缺乏复制件,作品原件的作用主要体现为是作品的唯一载体,一旦灭失即意味着整件作品的灭失,至于是什么形式的载体并不重要。三是作品原件彰显的主要是使用作品的财产价值,而不是其本身的价值。比如,在邱传海案中,原告就诉称由于被告遗失其唯一的相关手稿原件,导致有关合作方取消了原告书籍的出版和电视剧的拍摄,造成了财产损失。

但是,如果涉案作品原件有可能构成美术作品原件,则不仅会关联展览权,而且侵权认定的性质也完全不同。比如,在“钱钟书书信手稿拍卖案”和“茅盾手稿拍卖案”中,法院判决和学理研究均认为,在著作权法上,钱钟书先生和茅盾先生的手稿既是文字作品又是书法类美术作

[16] 李建国主编:《〈中华人民共和国著作权法〉条文释义》,人民法院出版社2001年版,第136页。

[17] 前引[7],王迁文,第24页。

[18] 原告原为被告所属教师,每学期按照被告的安排编写和上交教案,自1990年至2002年先后交给被告教案本48册。在原告要求返还教案本后,被告只返还了4册,其余44册被被告以销毁或者变卖等方式处理,下落不明。原告起诉被告要求其返还教案本并赔偿经济损失。原告在以物权纠纷起诉、上诉和申诉均败诉后,转以著作权纠纷为由起诉,最终胜诉。参见重庆市第一中级人民法院(2005)渝一中民初字第603号民事判决书;重庆市第一中级人民法院(2005)渝一中民再终字第357号民事判决书。

[19] 原告按照出版合同约定将其唯一的手稿原件交由被告出版社出版,后被告将手稿的前两千页遗失。原告诉求之一即为被告侵犯了其对手稿原件的著作权。一审法院支持了原告请求,但二审法院认为被告侵犯了原告对书稿原件享有的所有权而非作品著作权。参见上海市第一中级人民法院(1997)沪一中民终(知)字第1469号民事判决书。

[20] 20世纪80年代后期至90年代,原告在先后三次参加被告组织的职称评审过程中,提交了包括文学剧本、电视剧分镜头剧本和著作手稿在内的大量作品手稿,绝大多数没有备份。评审结束后,原告多次向被告索要手稿材料未果,遂诉至法院。虽然湖北省检察机关在办案过程中找到了部分手稿(约150万字)并发还作者,但仍有70余万字的手稿材料没有找回。该案历经区、市、省三级人民法院和最高人民法院多次审理,原告虽然胜诉,但是湖北省高级人民法院的再审判决没有认可原告提出的著作权侵权主张,最高人民法院的再审判决也没有认可最高人民检察院提出的著作权侵权的抗诉意见,而是认定该案为“主张返还作品手稿原物及赔偿损失的物权纠纷”,维持了湖北省高级人民法院的再审判决。参见湖北省高级人民法院(2009)鄂民监二字第10号民事判决书;最高人民法院(2012)民抗字第50号民事判决书。

品，后者即为展览权的客体。^{〔21〕}在这一类案例中，被告的涉案行为在侵犯原告物权的同时也可能侵犯了著作权，法院还需要判定被告公开展示美术作品原件的行为是否侵犯了原告的展览权。换言之，在涉及美术作品原件的案例中，即使存有海量复制件，作品原件本体的毁损或丢失即属于重大损失；作品原件本体不存，与其不可分离的原件展览权也归于消灭。

所以，上述针对其他作品原件的三点重要推论不能类推适用于美术作品的原件。主要原因在于美术作品与美术作品原件不可分离，以及美术作品原件所具有的可展览性。应该说，这两点都是美术作品原件的本质属性，且可展览性既是现行立法赋予美术作品原件的法律属性，又是其区别于其他作品原件的关键特征。《美国版权法》第 101 条定义的“公开展示权”不仅包括直接展示，还包括通过胶片、幻灯片、电视图像或任何其他设备或程序展示作品的载体；换言之，既包括直接展示和间接展示，也包括现场展示和网上展示。与之相比，一方面，我国的展览权定义没有使用诸如“借助其他任何设备或方法”的用语，应当是“直接展示”作品的载体即原件或复制件，不包括“间接展示”。另一方面，在我国著作权法的架构中，现场播放视频的展示行为适用放映权，现场网上展示作品适用信息网络传播权，只有现场直接展示作品原件或复制件本身才适用展览权。所以，在我国著作权法的语境下，美术作品原件的可展览性就是指不需要借助任何设备或方法在现场直接展示原件本身亦即作品载体。

对于传统美术作品如绘画、书法、雕塑等，不论原件还是复制件都具有可展览性，展示作品载体就是展示作品本身，作品原件就是作品的原始载体，复制件就是复制载体。对于数字化美术作品，展示储存作品电子文档的内存模块或硬盘、光盘等载体不能得到展示作品的效果，即这些载体不具有可展览性，不能认定为展览权意义上的原件或复制件，尽管可以作为作品的原始载体或复制载体。所以，有学者指出，“‘原件’这一概念仅于传统创作形式的美术作品之上才有意义，才能体现出原件与复制件之差异”^{〔22〕}。摄影作品存在同样的问题，传统的胶卷可以作为原始载体，但不能作为原件；数码相机里的存储卡可以作为原始载体，也不能作为原件。正是因为数字化美术作品的原件和载体之间的关系迥异于传统美术作品，才导致不易判定数字化美术作品的原件，这也是技术的发展对著作权立法提出的具体挑战。所以，在构建美术作品原件的概念和创建美术作品原件的认定规则时，必须将数字化美术作品的特殊性纳入考量。

三、构建美术作品原件的概念

（一）两个重要区别

1. 美术作品原件与复制件的区别

无论对创作者、观赏者还是所有者而言，美术作品的原件和复制件在价值上相差悬殊，本身存在着质的不同。尤其是作品原件与作者之间存在着强烈的人身联系，在精神和经济上均具有特殊重要的价值，蕴藏着作者最原初的艺术才情、创作技巧和身心投入，不能为复制件或任何同主题的再

〔21〕 参见前引〔5〕，金海军文；前引〔5〕，陈瑞雪文。

〔22〕 杨明：《文字作品 v. 美术作品：对几个基本理论问题的反思》，载《中外法学》2009 年第 2 期，第 261 页。

创作所替代,与美术作品不可分离。在文博行业,不论是文物还是艺术品,以展览真品和原件为基本原则和最低要求,观众也以欣赏到原物和真迹为最大期盼;如果展出的是复制件或所谓的高仿件,则必须特别标明,尽管这必然会贬损展览的档次。在最能体现美术作品经济价值的拍卖行业,也是以“原件为王”,拍品一般都要附上权威鉴定机构的“验真”证明,否则根本上不了拍卖目录或拍不出高价。所以,无论从哪个方面讲,作品原件都是展览权架构中的核心概念和主要保护对象,因此也突显出准确建构美术作品原件的概念和创建美术作品原件认定规则的极端重要性。

2. 作品原件的唯一性和作为原件载体的物的唯一性的区别

在严格意义上,不存在完全相同的两个物,每个物都是独一无二的,承载作品的原件亦是如此。在数字化技术出现之前,对于美术作品而言可以将作品原件的唯一性和作品载体物的唯一性等同起来,对于摄影作品原件则需要另外讨论。数字化技术出现之后,只能笼统地说,作品原件的唯一性不是其载体物的唯一性,载体物的唯一性也不能决定作品原件的唯一性。对于数字化美术作品,如果使用同样的方法和材质,得到在普通人视觉上一般无二的两份及以上作品,如果均认定为作品原件,那么即可认为其唯一性被打破了;而作为承载作品的物,其相互之间仍然保持了各自的唯一性。

(二) 几点重要考虑

从展览权的角度构建美术作品原件的概念,应当将以下几个方面纳入考量。

1. 美术作品的范围

《著作权法实施条例》第4条第8项规定:“美术作品,是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。”包括纯美术作品和实用美术作品。其中纯美术作品,是指仅能够供人们观赏的独立的艺术作品,比如油画、国画、版画、水彩画等。实用美术作品,是指将美术作品的内容与具有使用价值的物体相结合,物体借助于美术作品的艺术品位而兼具观赏价值和实用价值,比如陶瓷艺术等。^[23] 无需(美术)专业审视就可知道,我们通常认知的美术作品显然比上述规定要宽泛得多,各国立法例中美术作品的范围多数也比较宽泛。对于美术作品的法律界定和范围,既有国际公约的规定(《伯尔尼公约》第2条第1款),又有学者的细致分析,^[24] 均可借鉴。

实践中,符合大众认知和法律明确规定的美术作品较好判断,困难的是那些非典型的美术作品,比如名家的书信和手稿,还有音乐喷泉喷射效果的呈现和那些具有审美意义的建筑设计图、视觉效果图、手绘地图和模型等,也可以视为美术作品。随着《著作权法》的最新修订确立了“作品类型开放”的立法模式,还会出现更多不常见的美术作品类型,在事实上也增加了认定美术作品原件的难度。

2. 兼顾通过传统方法和通过数字化技术得到的美术作品原件

考察法律释义和学理研究,我国著作权法上美术作品原件的概念是建立在有体物基础之上

[23] 参见国务院法制办公室:《中华人民共和国著作权法注解与配套》,中国法制出版社2017年版,第6页。

[24] 参见郭玉军、陈云:《美术作品概念、成立要件及其范围的法律探讨》,载《湖北美术学院学报》2000年第2期;王迁:《论平面美术作品著作权的保护范围——从“形象”与“图形”的区分视角》,载《法学》2020年第4期;赵书波:《美术作品著作权财产权益保护研究》,中国艺术研究院2010年博士学位论文,第13-20页。

的。比如，“美术作品原件，是指美术作品首次固定之有形载体”^{〔25〕}；“作品原件，即作品的原始载体，是指作品在创作完成之时被固定其上的有形物质载体”^{〔26〕}。《伯尔尼公约》第2条第2款也规定，未以某种物质形式固定下来的作品不受保护。对于用传统方法创作的美术作品，如此理解并无疑义。有疑义的是，如何确定通过数字化技术得到的美术作品的原件。比如，通过画图软件得到一幅美术作品，当作品完成时呈现在显示器上的画面是不是原件，这种呈现是否属于“固定”在载体上。^{〔27〕}《美国版权法》第101条规定，用于固定作品的载体，应当具有“足够的长期性与稳定性”，以使作品在不短的一段时间内可以被感知、复制或以其他方式传播。考虑到显示画面的暂时性和该美术作品形成的电子文档在计算机内存上存储的暂时性，显示画面和内存模块似乎不能成为作品原件。由美术作品所形成的电子文档和存储该文档的计算机硬盘或光盘由于不具有我国著作权法所要求的“直接”可展览性，也不能当然地认定为原件。

版画作品和3D打印作品的原件也存在类似问题。版画的制作具有特殊性，先制版再印刷。先行制成的模版不是完整的版画作品，^{〔28〕}不能视为版画作品的原件。如果套色印刷一张或若干张版画后，作者为了保证作品的稀缺性而毁掉模版，则印出来的版画作品（不论几张）即为原件似无疑义。如果保留模版，随时都可以印制出同样的版画作品，那么什么才是原件？或者说，在留存模版的情况下，版画作品是不是没有原件、只有复制件，或者印制出来的都是原件？

3. 突破美术作品原件必为物质实体的传统认识

目前理论和实务上均以物质实体为基础来认识美术作品原件，如“美术作品原件，是指美术作品首次固定之有形载体”^{〔29〕}。然而，随着2020年11月《著作权法》的最新修订，这种传统认识正在发生变化。作为修订的一项重要内容，《著作权法实施条例》第2条的作品定义被修改、提升为《著作权法》第3条，^{〔30〕}定义中的关键要素“能以某种有形形式复制”改成“能以一定形式表现”。对前者的重要理解之一就是作品可以以某种有形形式固定，而改为“能以一定形式表现”即放弃强调形式的有形，在一定程度上降低了对作品的固定性要求。

换言之，作品是不是必须固定下来，是不是必须以实体的方式存在，已经不是作品的构成要件了。那么，这种改变必然会影响到对美术作品原件的认识。早在二十多年前，日本著名学者就曾预言：“数字技术正在逐步的切断以往传统的著作物商业交易中所见到的无体物对有体物的寄生关系……著作物不再借用有体物的外衣而独立存在，我们面对的是一个全新的局面。”^{〔31〕}《巴西著作权法》第7条也规定：“受保护的智力作品是指智力创作成果，而无论其表达形式如何，也无论其以任何有形的或无形的、现在已知的或将来可能开发的载体固定。”^{〔32〕}所以，为了适应

〔25〕 前引〔7〕，李扬书，第136页。

〔26〕 曹新明：《作品原件所有人的告知义务研究——兼论〈著作权法〉第三次修订》，载《法治研究》2013年第11期，第42页。

〔27〕 有学者认为，数字作品的物质载体是无形的电子脉冲。参见前引〔15〕，杨述兴文，第41页。

〔28〕 当然，具有审美意义的模版本身也是一种模型类的美术作品。

〔29〕 前引〔7〕，李扬书，第136页。

〔30〕 该条规定：“本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，……”

〔31〕 〔日〕北川善太郎：《网上信息、著作权与契约》，渠涛译，载《外国法译评》1998年第3期，第42页。

〔32〕 《十二国著作权法》，《十二国著作权法》翻译组译，清华大学出版社2011年版，第9页。

数字经济,有必要前瞻性地改造美术作品原件的传统认识。

4. 突破美术作品原件唯一的传统认识

在学理研究和审判实践中,普遍认为作品原件具有唯一性。前者如,“对于具体的作品而言,每个作品对应的原件具有唯一性”^[33];美术作品原件“有着复制件无可取代的价值和唯一性”^[34]。后者如“成都市黑蚁设计与东宏实业(重庆)有限公司等著作权纠纷上诉案”,法院认为:“作品原件一旦形成,就具有唯一性,创作者永远也不可能再创作出一件与原件完全一样的美术作品。”^[35]在用传统手法创作的年代,这种认识无疑是正确的,但是数字技术的发展已经颠覆了这种认识。比如,将电脑绘制的美术作品使用同样的打印机和纸张制作若干纸版,有可能都会被认为是原件。版画作品和3D打印作品的原件也是如此。版画的制作一般是先制版再印刷,制好的模版不是完整的版画作品,不能视为版画作品的原件。如果套色印刷一张或若干张版画后,作者为了保证作品的稀缺性而毁掉模版,则印出来的版画作品不论几张都是原件。对此,《法国知识产权法典》第L.122—8条第2款也规定,作品原件是指由艺术家亲自创作的作品,以及由艺术家亲自或在其指导下完成的限量版作品。所以,对于某些特定的美术作品和摄影作品,作品原件有可能不唯一。

必须指出,突破美术作品原件唯一的传统认识并非认为所有美术作品原件已经不再具备唯一性特征,而是表明唯一性已经不能作为一个能够涵盖所有美术作品原件的绝对特征,但不妨碍其仍可作为绝大多数传统美术作品甚至数字化美术作品的特征。比如近年来火爆全球的NFT数字艺术作品,在NFT技术的加持下也具备了唯一性。NFT是在区块链的基础上发展起来的一种加密技术,通过区块链来记载上一个区块数字美术作品计算机文档的哈希值,其中就包括该作品每次流转的所有数据,并形成链接关系。任意一个区块发生人为的删改,后面相连的所有区块哈希值都会发生变化,于是链接上的每个环节都能发现数据被篡改,这样可以有效防止NFT数据被随意或恶意篡改。^[36]同时,根据哈希算法,对数字艺术作品的任何修改都会产生不同的哈希值。因此,他人无法改变数字艺术作品以及链上哈希值而不被发现,也就保证了附有NFT数据的美术作品原件的唯一性。当然,这种唯一性并非通常意义上物理实体的唯一,也不是指在数字世界里只有一件数字美术作品,而是在无法篡改的技术保障下通过权属证明表现出来的“唯一”。

5. 坚守美术作品原件的不可替代性

美术作品原件的唯一性与其不可替代性紧密联系,著作权法强调保护美术作品原件的一个主要原因就是其具有不可替代性。如果作品原件可以被替代,变成对创作者、收藏者和观赏者可以旧去新来的物件,法律也就没有必要加强保护了。对于多数传统美术作品,作品原件唯一就意味着不可替代;而对于某些特定的美术作品和摄影作品,突破作品原件唯一的传统认识并非否认其不可替代性。实际上,不可替代性是确认美术、摄影作品原件的关键要素之一。有的学者认为,

• 721 •

[33] 袁博:《著作权法解读与应用》,知识产权出版社2018年版,第123页。

[34] 前引[22],杨明文,第261页。

[35] 重庆市高级人民法院(2005)渝高法民终字第76号民事判决书。

[36] 参见王功明:《NFT艺术品的价值分析和问题探讨》,载《中国美术》2021年第4期。

可以将根据底片（胶卷拍照）或数码照片文档（数码拍照）洗印出来的照片均认定为摄影作品原件，^{〔37〕}实际上是否定了原件的不可替代性。必须认识到，正是不可替代才使得美术作品原件稀缺而珍贵。

对于数字化美术作品，NFT 作品的每一个 TokenID（token identity document，代币唯一编码）都是独一无二、无法替代的。^{〔38〕}即通过 NFT 技术，防止篡改和无法消除的权属凭证伴随并记录着该“唯一”美术作品的每一次流转，与其不可分离，在观念上、事实上和法律上都得到公认，保证了 NFT 美术作品的不可替代、不可互换。也许存在跟某件特定 NFT 美术作品数字化质量完全一样的其他 NFT 美术作品或非 NFT 美术作品，但是在 NFT 技术的规则之下，不存在相互替代的可能性。

6. 充实展览权的定义

现行著作权法赋予美术作品原件以“直接”可展览性，即现场直接展示作品原件本身。这对于展示作品载体即是展示作品的传统美术作品没有问题，但是却不能适用于以优盘、光盘为载体的数字化美术作品。当然，也可以将其打印出来展示，然而数字化美术作品的美感和价值更多的时候难以通过打印版展现出来。比如，三维美术作品的最佳展示方式是数字化的多角度展示，像素高度压缩的美术作品需要通过逐渐放大像素的方式来展现细微之美，还有动态的数字化美术作品也无法通过静置的方式展示。而且，同技术发展与时俱进的展览模式经常求新求变，那些比实物静置方式更活泼、效果更好的展览行为其实不受展览权的调整，比如常见的播放视频适用放映权，网上展示作品适用信息网络传播权。所以，有必要充实展览权的定义，参照《美国版权法》的“公开展示权”，明确规定既可以直接展示作品，也可以借助其他设备或方法间接展示作品。换言之，即赋予数字化美术作品以“间接”可展览性。

（三）构建美术作品原件的概念

虽然“作品原件”在我国著作权法中频频出现，却无相应定义。笔者认为，我国著作权法应当明确“美术作品原件”的法律含义。美术作品原件与复制件相对应，其概念必然要反映出二者的区别性，关键在于如何阐释“原”或“原件”的含义。笔者认为至少应当包括以下三个方面。

第一个方面是阐释为在时间上作品“首次”附着于载体或数字化作品的“首次”完成。前者是对传统上作品原件必为实体的理解，作者在载体物上完成作品之时，该载体物即成为原件；我国台湾地区“著作权法”第 3 条第 1 款第 14 项规定“原件指著作首次附着之物”，也是强调时间上的“首次”。后者是突破作品原件必为实体的认识，一幅数字化美术作品完成之时，即首次达到“能以一定形式表现”的法定要求，具备了成为作品原件的可能性。

第二个方面是阐释为作为复制件来源的原始件。原件先于复制件，复制件源于原件。复制可能是“二手”或“三手”，复制的维度也可能经历了二维和三维之间的转换，但是只有最原初的那件作品才是原件。

〔37〕 参见前引〔7〕，李扬书，第 137 页。

〔38〕 参见江哲丰、彭祝斌：《加密数字艺术产业发展过程中的监管逻辑——基于 NFT 艺术的快速传播与行业影响研究》，载《法学论坛》2021 年第 4 期；王铎、曹莹：《NFT 的境外法律监管》，载：<http://glo.com.cn/Content/2021/05-24/1410013404.html>，最后访问时间：2022 年 1 月 2 日。

如果原件已经遗失,作为原件的“一手”复制件,虽然是所有后续复制的来源,但显然不能认定为原件。此时就需要引入第三个方面,即“作者亲自创作完成”,这也正是作品创作的“原初”状态。其实,第一个方面和第三个方面只不过是同一事实的不同表述而已,作者亲自创作作品过程的结束之时也就是作品“首次”固定或完成之时。参考《法国知识产权法典》第L.122—8条第2款,对于某些特定的作品,在作者指导下完成的限量版作品亦可认定为原件。比如,作者完成了模版的制作,然后亲自或指导他人印制出限量版画。

综上所述,可以将美术作品原件定义为:作者亲自创作且具有可展览性和不可替代性,并能以一定形式表现的美术作品。这是一个比较典型的“属+种差”的逻辑定义,^[39]可以从以下几个方面加以理解。

一是淡化了传统上强调美术作品在时间上的“首次”,将之隐含于“作者亲自创作”之中。凡是作者亲自创作的必然都是“首次”完成的作品,即便是作者反复创作主题、内容、布局、色彩等完全相同的作品,每一次创作都是单独创作,得到的每一件作品都是原件,而不是第一件作品或前一件作品的复制件。作者也许还会亲自复制,但既然不是创作,就只能是复制件。“作者亲自创作”实际上是所有作品原件的根本来源和本质属性。所以,如此定义表明了作品原件的本源,既强调了其在创作主体上的特定性,也涵摄了其在时间上的“首次”。

二是突出了美术作品原件相对于其他作品原件和美术作品复制件的差异性即“种差”。我国《著作权法》上的美术作品原件应当具有可展览性,这既是与其审美属性相辅相成的另一种本质属性,也是区别于其他作品原件的“种差”。在前文所述案例中,其他作品原件和美术作品原件的判决要旨截然不同,后者总是考虑是否侵犯了展览权。美术作品原件的不可替代性则是其区别于复制件的“种差”。作品复制件的可替代性决定了其不能像原件那样彰显作品与作者之间的人身联系,也无法达到作品原件的财产价值、收藏价值和观赏价值。如果说可展览性还可能会因为法律规定的不同而产生不同理解(即“直接”和“间接”之分),那么不可替代性则是美术作品原件坚定不移的本质属性之一。

三是淡化了传统上认为作品原件必为实体的认识,既符合《著作权法》对作品定义的最新修订,也极大地扩展了作品原件的表现形式。《著作权法》的最新修订以“能以一定形式表现”替换作品定义中的“能以某种有形形式复制”,顺应了技术发展的时代趋势。可以预见,越来越多的数字化美术作品(包括将传统美术作品数字化)将放弃实体化的展示,而采用形式更加多样的数字展示方式。在美术作品原件的概念中使用“一定形式”的表述,既包括物质载体的形式,也囊括了现在及将来数字技术、智能技术所能带来的一切展示形式,大大提升了立法的前瞻性和应变性。

四、创建美术作品原件的认定规则

(一) 美术作品原件的一般认定

以前述对美术作品原件概念的理解为基础,笔者认为,现实中美术作品原件已经具备了以下

[39] 这是一种常用的逻辑定义方法,被定义项由其属概念和其区别于其他种概念的种差组成。

几种可能性。

第一种可能是作品原件唯一，绝大多数通过纸笔或刻刀等传统手法创作的美术作品如是。作品原件就是美术作品首次固定于其上的物质载体，其与复制件在载体性质、大小比例甚至平面还是立体上可能相同，也可能不同。比如将画作、书法编印成集，将雕塑作品按比例缩小或印成图册。

第二种可能是存在若干份作品原件。比如，已经毁掉模版且印制质量、尺寸完全一样的若干张版画作品，均为原件。如果作者反复创作相同的作品，每一次都是独立的创作，得到的作品是相互独立的作品原件，而不是同一作品的若干份原件，更不是第一件作品的复制件。在这种情形下，原件的认定需要辅之以作者在原件上的签名、编号、盖章、水印等客观性证明。

第三种可能是一些特殊类型的作品原件附有存续期限。比如，为了举办大型活动用灯具或花盆摆设的艺术造型。在“自贡市公共交通总公司诉自贡市五星广告灯饰公司侵犯著作权案”中，法院就认定原告设计、制作的“希望之光”大型灯组属于《著作权法》所称的美术作品。^{〔40〕}活动结束后拆除艺术装置，则美术作品原件灭失，其存续期限即为活动期间。再如雪雕作品、沙画作品也有一定的存续期限。还有判例将发型认定为立体美术作品，亦为附有存续期间的作品原件。

第四种可能是并非所有美术作品都有原件。比如，曾有判例将音乐喷泉喷射效果的呈现认定为美术作品。音乐喷泉喷射出来的艺术造型转瞬即逝，无法固定，但是满足了作品“能以一定形式表现”的法定要求。再如，烟花燃放和无人机编队形成的艺术造型也是类似的“瞬间载体”。《著作权法》的最新修订确立了“作品类型开放”的立法模式，未来也许会出现更多没有原件的美术作品类型。

（二）数字化美术作品原件的认定

首先，前文已述，存有电子文档的硬盘、光盘或优盘等存储器不具有“直接”可展览性和不可替代性，且该电子文档可以随时被删除，也不符合大众对作品原件的通常认知，不能作为作品原件。

其次，如同在画板上作画一样，数字化美术作品完成时呈现在显示器上的图片代表作品“首次”附着在物质载体上。但是，美术作品看似“固定”在屏幕上，其实只是暂存于计算机的内存中。而且，根据《美国版权法》第 101 条，用于固定作品的载体应当具有“足够的长期性与稳定性”，以使作品在不短的一段时间内可以被感知、复制或以其他方式传播。所以，这种短暂呈现的画面没有被真正固定下来，不具有稳定性，不能作为作品原件。

再次，如果坚持作品原件必为实体的传统认识，那么只能将打印出来的实体作品认定为原件。对照前述美术作品原件的概念，虽然其具备可展览性，但却不具备不可替代性，同样品质的作品制件可以反复制作。当然，作者可以通过签名、题词、盖章或印制时加入水印等技术手段将一张或若干张打印版特定化为不可替代的作品原件。但是，那些多维的、动态的或像素高度压缩的数字化美术作品只有通过数字化方式才能全方位展示出创作精髓。比如，2021 年 3 月，佳士得

〔40〕 参见四川省自贡市中级人民法院（1994）自民初字第 2 号民事判决书。

公司以 6934 万美元拍卖了一幅 NFT 数字化美术作品《Everydays-The First 5000 Days》，由作者从 2007 年 5 月以来 5000 个日夜所创作的数字化作品压缩而成，^{〔41〕} 其艺术价值不只是体现在由这些作品拼凑而成的整幅图片上，还包括可以被放大的每幅被压缩的作品。换言之，不能真正展现数字化美术作品美感的打印版“作品原件”颠覆了其原本应当具有的观赏性，有可能还贬低了作品的艺术价值。艺术家们肯定不愿看到自己精心制作的多维或动态数字化美术作品，只能展示其中静止不动甚至索然无味的一面。

最后，笔者认为，如果突破作品原件必为实体的认识，可以将数字化美术作品完成时的原始图片或其形成的电子文档（通常带有“.gif”或“.jpeg”等专用扩展名）认定为作品原件。此处的图片或电子文档指的是作者亲自创作完成的同一件作品的不同表现形式，均为同一事物，借助于看图软件即可将电子文档打开为图片。图片需要借助电子屏幕展示，电子文档需要借助看图软件和电子屏幕展示，均能间接地满足可展览性的要求，即具备“间接”可展览性。电子文档本身附有权利管理信息，^{〔42〕} 可以被特定化为不可替代物，作者还可以通过技术措施防止他人未经许可浏览、欣赏和复制作品。《著作权法》的最新修订不仅将原来规定于《信息网络传播权保护条例》的权利管理信息和技术措施提档升级，还正式纳入作品登记制度，亦可为数字化美术作品原件的认定提供公信力极强的证明。

现实中的主要问题在于权利管理信息或技术措施极易被他人攻破，安全性比较低，特别是价值越高的作品越容易遭到攻击；一旦权利管理信息被篡改或删除，数字化美术作品原件就失去不可替代性，和其他拷贝文档混同为彼此没有差别的复制件。

• 725 •

然而，NFT 技术的出现提出了一个有希望的解决途径，在数字化美术作品的真伪鉴定、确认所有权、打击盗版和保护、管理版权等方面都产生了积极的影响。^{〔43〕} 2021 年 3 月有两则消息引人注目：一是推特（Twitter）联合创始人、首席执行官杰克·多西（Jack Dorsey），以 291 万美元拍卖了其 2006 年 3 月在 Twitter 上发表的第一条推文；^{〔44〕} 二是佳士得公司以 6934 万美元拍卖 NFT 作品《Everydays-The First 5000 Days》^{〔45〕}。两件数字化作品都采用 NFT 技术予以特定化，保证了买家与拍品之间唯一的对应关系。在 NFT 作品拍卖中，买卖的其实是一种所有权凭证。NFT 通过一种技术方法来证明对数字艺术作品享有相应权利，并由区块链技术确保无法篡改，成为牢不可破的权利管理信息。当作者将其数字化美术作品的哈希值上传区块链并经由 NFT 技术特定化后就成为作品原件，其后该原件的每一次流转都被记录下来并不可篡改，满足了唯一性和不可替代性的要求，亦可借助电子屏幕进行展示，具备了可以作为作品原件的基本特征。因此，通过 NFT 技术认定数字化美术作品原件在技术上可行，并已投入应用，国内外也已

〔41〕 参见司林威：《NFT 玩家，谁都不曾拥有，我们只是过客》，载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1695901624768440859&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间：2021 年 3 月 31 日。

〔42〕 根据《信息网络传播权保护条例》第 26 条，“权利管理信息”是指说明作品及其作者、表演及其表演者、录音录像制品及其制作者的信息，作品、表演、录音录像制品权利人的信息和使用条件的信息，以及表示上述信息的数字或者代码。

〔43〕 参见刘双舟、郭志伟：《论非同质化代币对数字艺术版权管理与保护的影响》，载《中国美术》2021 年第 4 期。

〔44〕 参见揭书宜：《卖出 290 万美元！推特 CEO 首条推文以 NFT 资产卖了》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_11836514，最后访问时间：2021 年 3 月 23 日。

〔45〕 参见前引〔41〕。

经形成了一个创作和买卖、收藏 NFT 作品的新业态。

（三）美术作品的复制件

与作品原件相比，美术作品复制件的特殊问题在于，与原件不同维度的复制件是否仍是展览权意义上的作品复制件。复制行为本身有广狭之分，狭义的复制仅指同一维度的平面到平面、立体到立体，广义的复制还包括从平面到立体、立体到平面的维度改变。

对此，有肯定和否定两种见解。否定见解采狭义复制论，认为改变了作品原件维度的复制件不是展览权意义上的作品复制件。在“范英海、李先飞诉北京市京沪不锈钢制品厂著作权纠纷案”中，法院认为：“对于包括雕塑作品在内的美术作品，其复制件应指由对该作品的复制行为所产生的与该作品完全相同或者相近似的作品。由于被告展览的涉案不锈钢雕塑作品构成了对原告雕塑作品《韵》的剽窃，该剽窃作品应属原告雕塑作品《韵》的复制件。”^{〔46〕}肯定见解采广义复制论，认为与作品原件维度不同的复制件仍是展览权意义上的作品复制件。比如，在“广东原创动力文化传播有限公司（以下简称‘原创公司’）诉群光实业（武汉）有限公司（以下简称‘群光公司’）著作权纠纷案”中，群光公司购买了与原创公司美术作品美羊羊、喜羊羊、灰太狼在视觉上无明显差异的服装道具，派员工穿戴该卡通服装道具装扮成卡通角色在其周年庆活动上宣传造势，并与现场人群交流互动。其中，涉案侵权物品即为源于平面美术作品的立体卡通服装道具。法院认为：“被告的行为使原告美术作品美羊羊、喜羊羊、灰太狼的立体复制件向不特定公众展示，虽属于非典型的公开陈列美术作品的行为，但仍侵犯了原告对以上美术作品享有的展览权。”^{〔47〕}

我国《著作权法》采用狭义复制的概念即否定见解，然而从著作权法鼓励和保护作品及其创作的目的出发，采肯定见解即广义复制的概念更为合理。盖因著作权法保护的是作品而非作品载体，如果将改变作品原件维度的复制件放任于法律调整之外，显然不利于维护著作权人的利益，也是一种纵容侵权的做法。

根据上述认定规则，经由 NFT 证明或其他类似证明的数字化美术作品的图片或电子文档是原件，没有相应证明和已经实体化的作品都是复制件；进而言之，对于数字化美术作品，其复制件具有数字化和实体化两种可能的属性。将实体化的美术作品原件进行数字化复制，得到的数字化作品也可称为复制件。这样无论通过什么方式创作作品，均突破了作品复制件必为实体的传统认识，和确定作品原件的规则保持了一致。《著作权法》的最新修订修改了第 10 条关于复制权的定义，专门将“数字化”的复制加入其中。有学者认为：“这一修改只是对理论和实务中的共识以立法形式加以体现，是对已有做法的确认，而不是创设新的规则。”^{〔48〕}所以，改变美术作品原件和复制件必为实体的认识，在理论、实务和法律依据上都已具备了一定的基础。

五、结 语

展览权虽然在著作财产权中并不起眼，但却是文博事业存在和发展的重要基石。作为展览权

〔46〕 北京市第二中级人民法院（2002）二中民初字第 8042 号民事判决书。

〔47〕 湖北省武汉市中级人民法院（2010）武知初字第 66 号民事判决书。

〔48〕 王迁：《〈著作权法〉修改：关键条款的解读与分析》（上），载《知识产权》2021 年第 1 期，第 24 页。

的核心概念和拍卖场的竞逐对象，美术作品原件的重要性毋庸置疑。我们应当从实践出发，回应新技术、新业态提出的新挑战，正确理解和认识美术作品原件的概念，突破作品必有原件、作品原件唯一和作品原件必为实体的传统认识，顺应数字经济时代的发展趋势，构建出认定美术作品原件特别是数字化美术作品原件的新规则。

Abstract: The original copy of art works is the core concept of the display right in China's Copyright Law, but it has not received due attention. Facing the new challenges posed by new technologies and new business forms, regardless of traditional art works or digital art works, there is a confusion about how to understand the original copy of art works and how to identify the original copy of art works. In this regard, it is necessary to break through the traditional understanding in Copyright Law that art works must have the original copies, that the original copies of art works must be unique and that the original copies must be entities. Complying with the requirements of technological development, we should firmly grasp the two key characteristics of exhibitability and irreplaceable to construct the concept of the original copy of art works and create the general rules for identifying the original copy of art works. For digital art works, on the premise of meeting the "indirect" exhibitability, the electronic documents formed when the digital art works are completed can be recognized as the original copies with the help of NFT technology.

Key Words: art works, original copy, the display right, non-fungible token

• 727 •

(责任编辑: 张金平 赵建蕊)

元宇宙对著作权法的挑战与回应

张金平*

内容提要：元宇宙是跨多个司法管辖区的去中心化虚拟现实世界，供来自全球的用户利用元宇宙平台提供的工具自由创建和交易虚拟现实物品，因而可为人们提供与现实世界无异的创作环境。然而，元宇宙跨境去中心化运营会对著作权法的地域性带来一系列的挑战，导致元宇宙中作品著作权的归属、著作权具体权利内容和保护程度、著作权的利用以及侵权救济都会出现不确定性，但通过科学解释著作权基本原理和国际私法规则，并结合技术解决方案仍可以妥善应对。

关键词：元宇宙 著作权 NFT

一、元宇宙提出的著作权问题

元宇宙（metaverse）并非 2021 年才凭空提出。早在 1992 年，尼尔·斯蒂芬森在小说《雪崩》中就首次提出这个概念。在该小说中，尼尔将元宇宙描绘成一个由计算机协会全球多媒体协议组织管理的虚拟空间，当用户进入元宇宙时看到的是一条大街，楼宇和电子标志牌延伸到黑暗之中，消失在星球弯曲的地平线之外，用户实际看到的是一幕幕电脑图形表象，即一个个出自各大公司设计的软件用户界面。若想把这些东西放置在元宇宙大街上，各家大公司必须征得全球多媒体协议组织的批准，还要购买临街的门面土地，得到分区规划许可、获得相关执照；有关土地购买的资金全部流入由该组织拥有和运营的一项信托基金，用于开发和扩充机器设备，维持大街继续存在。在元宇宙中，每个用户都是编程高手，所以这片乐园显得品味不凡。^{〔1〕}

* 张金平，中央财经大学法学院副教授。

本文为中央财经大学青年教师发展基金资助项目“人工智能时代著作权制度的挑战与应对”（QJJ2003）、国家社科基金重大研究专项“社会主义核心价值观视角下个人信息保护立法研究”（20VHJ008）的阶段性成果。

〔1〕 参见〔美〕尼尔·斯蒂芬森：《雪崩》，郭泽译，四川科学技术出版社 2009 年版，第 29-32 页。

虽然元宇宙目前尚未完全构建出来，但已经有三次重大尝试。第一次突破性的尝试是林登实验室 2003 年创建的虚拟现实空间《第二人生》。^{〔2〕} 林登实验室突破了传统游戏开发商对游戏内容和故事完全掌控的做法，仅为用户提供可购买的虚拟土地、可自由创建三维内容的工具，以及可自由交易创建内容的平台和可兑换现实货币的林登币，从而让用户充分根据自己的意愿去创建内容并与其他人交互。根据林登实验室 2022 年的数据，《第二人生》全球拥有 5000 万用户，用户自创 20 亿个虚拟物品，这些虚拟物品年交易额达到 6.5 亿美元。^{〔3〕} 不过，这个元宇宙雏形仍然是中心化的大型在线虚拟现实空间，用户仍然要遵守林登实验室制定的平台规则，而且用户创建的内容无法在其他平台共享使用。第二次尝试是 2017 年开发的 Decentraland。不同于基于中心化管理的《第二人生》，Decentraland 基于区块链以太坊而创建，采用“去中心化自主组织”（decentralized autonomous organization, DAO）来管理，用户可以利用 NFT 技术交易自主创建的虚拟物品，^{〔4〕} 还可以成为 Decentraland 的成员来参与管理。^{〔5〕} Decentraland 使用以太坊钱包作为用户在元宇宙中的账号，为与其他同样使用以太坊创建元宇宙的平台进行跨平台交互提供了可能。第三次尝试则是扎克伯格 2021 年 10 月对元宇宙虚拟现实的设想。他通过长达 77 分钟的视频阐述了更为贴近尼尔·斯蒂芬森在《雪崩》中所要构建的元宇宙，即元宇宙有且只有一个，是由多平台共建、可互联互通的虚拟现实世界，而且用户在任一个元宇宙平台创建的内容都可以直接在另一个元宇宙平台使用。^{〔6〕}

基于上述有关元宇宙的设定，我们可以结合作品创作、管理、利用和保护四大制度归纳元宇宙的特点。^{〔7〕} 一是提供用户自我创作的充分自由度，即用户利用元宇宙平台提供的物品编辑器可以编辑三维虚拟物品。只要满足独创性，这些物品可以构成作品。二是具备社交属性，用户通过作品在多个元宇宙平台之间无缝传播自己的思想表达，并在好友或者粉丝中建立声誉。^{〔8〕} 三是提供用户对其创设内容变现的环境和机会，即用户利用元宇宙平台提供的数字货币可以自主对虚拟物品标价并与其他用户交易，这些数字货币可以与现实货币兑换。^{〔9〕} 从作品交易的角度而言，用户可以通过作品著作权许可或转让的形式获得版税收入。四是可以实现去中心化管理。通过成为去中心化组织成员的形式，用户可以享有对元宇宙尤其是用户自建内容的运营和管理的决定权。从作品保护的角度而言，用户作为去中心化管理的成员更有可能形成有利于作品在元宇宙中的创作、管理、利用和保护的平台规则共识，例如将作品交易中介费降低到让这个交易系统可

• 729 •

〔2〕 See Cory Ondrejka, Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse, 49 *New York Law School Law Review* 81, 87 (2004).

〔3〕 See Linden Lab, Tilia Partners With Unity to Power Virtual Economies for Game and Metaverse Developers, available at <https://www.lindenlab.com/releases/tilia-unity-partnership>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔4〕 See Decentraland, White Paper, 2017, pp. 5–14.

〔5〕 See Decentraland, DAO, available at <http://dao.decentraland.org/en/>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔6〕 不过扎克伯格希望用户在元宇宙的化身也采用真实世界的身份和外形，而且也更倾向于通过新成立的 Meta 公司来主导元宇宙内容的构建。See Meta, The Metaverse and How We'll Build It Together, Connect 2021, available at <http://www.facebook.com/facebookrealitylabs/videos/561535698440683/>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔7〕 这里借鉴了韩国李林福先生提出的元宇宙三大要素，即自由度、社交、收益化，但他并未从著作权法的角度加以解读。参见〔韩〕李林福：《极简元宇宙》，黄艳涛、孔军译，中译出版社 2022 年版，第 36–39 页。

〔8〕 创作者声誉需要在社交的环境下才能形成，如果作品仅对自己可见那么难以形成规模化创作的驱动力。

〔9〕 在国内目前尚不允许数字货币与现实货币兑换，但国家已经开发和采用数字货币，未来数字货币可作为交易货币。

以持续运转的程度即可。

不过,元宇宙的去中心化跨境运营与著作权法的地域性会产生一定冲突。这些冲突至少可以归纳为三大方面:^[10] 一是每个国家对作品的归属安排不尽相同,为了元宇宙全球同步运营,可能需要作品著作权统一归属的安排;二是作品的全球跨平台展示和传播涉及的具体著作权有所不同,例如各国采用不同的著作财产权来控制作品交互式传播,这对作品全球统一许可或转让带来一定的难度;三是元宇宙中散布全球的用户发生著作权侵权如何确定管辖和准据法,一旦确定侵权,元宇宙采用的交易记录不可篡改的区块链技术可能会对停止侵权等侵权责任的承担造成障碍。考虑到多平台互联互通并去中心化管理的元宇宙尚未完全建成,本文在对上述问题进行讨论时,将围绕中心化的《第二人生》和去中心化的 Decentraland 两个代表性元宇宙模型展开交叉分析,希望能够发掘元宇宙开发不同阶段上述著作权问题的不同解决方案,求教于各位方家。

二、作品著作权归属的挑战

基于著作权的绝对权属性,元宇宙中的作品创作完成即产生著作权,不因平台规则而消灭,但对这些作品在全球的统一著作权归属仍要基于《伯尔尼公约》相关规则来解决。^[11]

(一) 用户创作行为的决定性

《伯尔尼公约》规定只要作品创作完成,作者就对其作品享有著作权,不需要通过任何登记或审批等行政程序。^[12] 因此,在现实世界中,著作权始于作品创作这一事实行为。对于元宇宙,我们假定包括我国政府在内的各国政府都承认元宇宙的物品可以获得现实世界的价值,^[13] 那么用户创作的虚拟物品就不仅仅停留在虚拟空间,进而可通过赋予著作权的形式激励更多作品在元宇宙空间内的创作,打破过去由游戏开发商集中开发和控制的单一局面。

在元宇宙中,用户的哪些行为构成著作权法意义上的创作行为? 在传统大型网络游戏构建的虚拟现实空间中,用户只能根据游戏开发商设计的内容和故事,进行竞技或者升级打怪,但这些行为都不是对游戏内容的创作。相比之下,元宇宙开发平台突破传统游戏开发商单方集中式创设内容的局限性,提供用户创制虚拟物品的工具或者编辑器,让用户创作更为丰富和复杂的虚拟现实世界。例如,林登实验室开发的《第二人生》直接提供游戏内的 3D 实时编辑器和脚本编辑工具,用户注册后就可以实时创制虚拟物品,并可以通过脚本程序设置指令让这些虚拟物品动起来。而且,林登实验室也不对用户创制内容设置单独的提交和审批程序。^[14] 相比之下,Decentraland 在提供创制物品的编辑器和脚本程序的同时,^[15] 还提供了建造虚拟物品的 3D 模型和材

[10] 元宇宙中可能涉及人工智能生成物的著作权问题,但这个问题脱离元宇宙也同样成立,所以不再单独分析。

[11] 《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs) 要求成员国遵守《伯尔尼公约》规定的义务,所以在作品归属、权利保护程度、准据法等方面的规则都取决于《伯尔尼公约》。

[12] 参见《伯尔尼公约》第 5 条。

[13] 该问题超出本文有关著作权的探讨范围。

[14] 参见前引 [2], Cory Ondrejka 文,第 87-93 页。

[15] 参见前引 [4], Decentraland 书,第 10 页。

料的在线内容库，并兼容外部 3D 模型和材料内容库，^{〔16〕} 让用户创建内容的门槛进一步降低，同时还可以借助 NFT 技术让创建内容变得可特定化。^{〔17〕} 因此，在元宇宙平台中，用户的创作行为可以是完全自我创作原始作品的事实行为，也可以是在他人创制的 3D 模块基础之上创作演绎作品的演绎行为。世界各国著作权法都普遍承认这两类产生作品著作权的创作行为，只是演绎作者在行使演绎作品著作权时必须尊重被演绎作品的著作权。

创作者对具备独创性的虚拟物品享有著作权。一般而言，用户在元宇宙中创作的虚拟物品主要包括化身的造型及其装饰品、虚拟土地上的建筑物和建筑物内部和周边可以展示的任何跟真实世界物品外观类似的物品，包括墙上的广告和其他 2D 画面、地面上静态或动态的 3D 物品。^{〔18〕} 其中，化身造型及装饰品是以线条、色彩或其他方式构成的有审美意义的立体造型艺术，可以作为美术作品得到保护。^{〔19〕} 虚拟建筑物因表现出审美意义而可构成建筑作品得到保护。^{〔20〕} 静态物品如以一定比例仿照现实物品的形状和结构则可以构成模型作品。^{〔21〕} 动态物品涉及脚本程序，可作为计算机软件得到保护。^{〔22〕} 在这些虚拟物品是否具备作品独创性的判断中，各国著作权法虽有差异，但随着《伯尔尼公约》和《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs) 对各国著作权法的融合，这种差异基本可以忽略，只要能够体现出作者在创作素材的选择和安排中的个性化即可。^{〔23〕} 当然，仅仅复制他人 3D 模块不构成演绎，简单组合他人 3D 模块也因不具有独创性而无法产生著作权。

(二) 平台规则不影响用户著作权的产生

著作权作为财产权具有绝对性，其权利的产生、权利的类型和保护期等不因私人的意志而变化，所以平台一旦提供用户创作作品的工具并允许这些作品可与现实世界交互，那么用户因创作而产生和享有的著作权就不因平台规则而消灭或者剥夺。在传统游戏中，游戏运营商为了绝对控制游戏，往往在平台规则中禁止玩家交易游戏装备，一旦玩家被发现通过第三方交易平台或者线下交易游戏装备就可以封号，剥夺用户参与游戏的权利，法院也普遍承认传统游戏运营商通过格式合同作出的这种限制。^{〔24〕} 相比之下，元宇宙开发平台如果赋予用户创制内容的工具，同时又在其平台规则中不承认用户对其创制内容享有著作权，那么该服务协议的相关条款可以根据格式条款的相关规则判定为无效，即因构成排除和限制用户主要权利而无效。^{〔25〕}

有鉴于此，目前致力于打造元宇宙的《第二人生》和 Decentraland 的平台规则都承认用户对

〔16〕 例如 Sketchfab 的 3D 材料库。

〔17〕 NFT 技术在第三部分再展开介绍。

〔18〕 元宇宙中的音乐往往是从现实世界中创作的音乐嵌入，因而这些音乐脱离元宇宙可以单独保护。元宇宙中用户在其虚拟土地上创作的连续动态画面也可以构成视听作品获得保护。

〔19〕 参见《著作权法实施条例》第 4 条对美术作品的定义。

〔20〕 参见《著作权法实施条例》第 4 条对建筑作品的定义。

〔21〕 参见《著作权法实施条例》第 4 条对模型作品的定义。

〔22〕 参见《计算机软件保护条例》第 3 条。

〔23〕 不过，李明德教授认为著作权体系国家在提供著作权和相关权二分保护的框架下，作品的独创性要求显然要高于版权体系下作品的独创性。参见李明德：《体育赛事直播画面的作品属性认定》，载管育鹰主编：《知识产权审判逻辑与案例：著作权卷》，法律出版社 2022 年版，第 18-20 页。

〔24〕 参见“李宏晨与北京北极冰科技发展有限公司娱乐合同纠纷案”，北京市第二中级人民法院（2004）二中民终字第 02877 号民事判决书。

〔25〕 参见《民法典》第 497 条。

其创作内容的著作权。其中,《第二人生》最新的平台规则并未直接强调用户对其内容享有著作权或其他知识产权,而是仅仅规定“您通过您的账号或使用 Tilia (《第二人生》开发商林登实验室的下属子公司) 服务而提交的细节、信息或者其他数据享有所有权”^[26]。相比较而言, Decentraland 作为新兴元宇宙代表则在其平台规则中比较详细而明确地承认用户对其创制内容享有著作权等知识产权,即“用户对其创造的内容享有其上的所有权利、所有权和知识产权”^[27]。

(三) 元宇宙用户作品著作权归属的确定

《伯尔尼公约》的国民待遇原则足以确保元宇宙用户对其作品享有著作权。^[28] 世界上已经有 179 个国家加入《伯尔尼公约》,根据国民待遇原则,如果元宇宙用户属于成员国国民,其作品著作权自动在另一成员国获得同等保护;即使元宇宙用户不属于公约成员的国民或者属于无国籍人,只要在元宇宙上创作并发布作品,基于元宇宙的全球跨国同步运行的原理,该行为同样符合作品首次在成员国出版或者在一个非成员国和一个成员国同时出版的条件,其著作权也可以在该公约成员国获得同等保护。

在著作权归属上,世界各国的著作权法普遍提供两种规则:一般规则和特定作品的特殊规则。其中,《伯尔尼公约》明确了作品归属的一般规则,即作品著作权归属于作者,在作品之上署名的自然人推定为作者,但有相反证明的除外;即使作者采用假名,只要根据该假名可以准确识别作者身份,该推定同样成立。^[29] 在元宇宙中,用户通过元宇宙平台的账号创造的作品都会直接附属在这个账号之上,而且 Decentraland 等元宇宙平台本身是建立在区块链之上的,用户创制作品的著作权归属也可以借助区块链记载这一证据推定该用户所有人是作者,并借助区块链技术不可篡改的优点强化这一推定。不过,由于区块链只是将作品的哈希值而非作品本身记录在区块链之上,而且区块链平台并不审查作品上链前是否属于该特定区块链账户原始创作的作品,所以区块链记载也仅仅起到作品登记的证据效力,任何人有相反证据时,仍可以推翻前述权属推定。

相比之下,《伯尔尼公约》对于法人作品、职务作品、合作作品、委托作品、视听作品和演绎作品等特殊作品的著作权归属并未设定统一规则,留给成员国自行规定,^[30] 元宇宙的同一作品可能因不同国家对其归属的不同规定导致出现不同的著作权人,给该作品在元宇宙的跨国统一许可或转让等带来障碍。以其中最为复杂的视听作品为例,视听作品指的是一系列有伴音或无伴音的连续画面,包括电影、电视剧、短视频等形式,各国在规定其著作权归属时可能授予参与创作的自然人所有、制片人所有,或者自然人和制片人共同所有,也可以是自然人所有(即原始所有人)但默示转让给制片人(继受所有人),还可以是自然人所有但推定(可被推翻)转让给制片人。而且,各国的规定可能在不同时期出现变动,例如我国《著作权法》2020 年修订前采用电影作品和类电影作品概念,其著作权归属于制片人,编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权,但 2020 年修法时采用了视听作品的概念,其中电影作品、电视剧作品的著作权由制

[26] Tilia Inc. User Terms of Service, available at <https://www.tilia.io/legal/tos>, last visited on Jul. 11, 2022.

[27] Decentraland Terms of Use, available at <https://decentraland.org/terms/>, last visited on Jul. 11, 2022.

[28] 参见《伯尔尼公约》第 3 条、第 4 条。

[29] 参见《伯尔尼公约》第 15 条第 1 款。

[30] 参见《伯尔尼公约》第 14 条。

作者享有，可以单独决定电影作品的利用，编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，但短视频等其他类型视听作品则由参与创作的主体约定其著作权归属。^{〔31〕}

有鉴于此，《伯尔尼公约》第14条之二专门协调电影作品的著作权归属及著作权人的权利边界。首先，电影作品著作权归属原则上由被要求保护国的著作权法来决定归属，并且在该国内的电影作品利用则按照该国的规则确定；其次，如果被要求保护国著作权法承认参加电影作品制作的剧本作者、配乐作者、台词作者、电影主要导演之外的自然人（如摄影、副导演）属于著作权人，该国法律除非另有特别规定，应当默示承认这些作者不能反对对电影作品的复制、发行、公开表演、演奏、向公众有线传播、广播、公开传播、配制字幕和配音。尽管做了这样的协调，成员国的这些规定仅适用于成员国内部，仍然会出现同一电影作品在不同成员国有不同权利人的局面，仍然无法解决全球统一许可和转让的问题。一种可能的解决方案是，以最密切联系国的著作权法来确定这些特殊作品的著作权归属并由该权利人统一决定后续利用，其中的最密切联系点可以体现为主要决定这些特殊作品的内容创作行为或者投资行为的实施地。

三、作品跨境同步利用的挑战

基于元宇宙在全球去中心化的同步运营，元宇宙中作品的利用因为涉及不同国家的不同著作权法，除了前述不同著作权归属带来的难题外，同一利用行为也可能涉及不同国家的不同具体著作权，这些权利的许可和转让都会给元宇宙作品全球跨境跨平台利用制造障碍。

• 733 •

（一）元宇宙利用涉及的具体著作权

元宇宙的全球去中心化运营表明它是一个公众中不特定成员可以自由访问并受现实法律规制的空间，那么，元宇宙用户创作完作品之后的利用行为都可以落入著作权法框架下具体权利控制范围，作品的许可和转让合同要协调不同国家的不同规定。

著作权主要分为人身权利和财产权利，人身权主要包括署名权、发表权、保护作品完整权，财产权利主要包括广义上的复制权、传播权和演绎权。在元宇宙中利用作品都要受到这些权利的控制。例如，用户利用元宇宙平台提供的工具创作完成作品之后，选择对外发布即公众可见，相当于行使了著作人身权中的发表权，而且发表权一经行使就用尽。又如，虚拟物品发布后向公众展示，让公众中的成员可以访问该作品，那么该行为就受传播权的控制。如果将虚拟物品铸造造成NFT进行出售，其中铸造和发行可能涉及复制权、传播权。如果允许他人在自己作品之上继续创作可能涉及演绎权。值得注意的是，如果将不在元宇宙中创作的作品以NFT画框的形式展示在元宇宙空间内，^{〔32〕}同样涉及作品的传播权。

然而，每个国家著作权法对人身权、复制权、传播权和演绎权的具体规定并不相同。例如，对公众可以在选定时间和地点获得作品的控制，在我国法规定为信息网络传播权，但在美国法则

〔31〕 参见《著作权法》（2010）第15条；《著作权法》（2020）第17条。

〔32〕 Decentraland就允许注册用户这样做。用户只需要在虚拟土地上设置一道墙，在墙上就可以装一个展示NFT数字藏品的画框。然后就可以将Decentraland之外的NFT的ID和NFT合同地址复制到这个NFT画框中，这个NFT就可以在这个虚拟空间中展示出来。

可能受制于公开展示权（针对作品单个复制品或者视听作品中图片的单独展示）或者公开表演权（针对视听作品图片的连续性表演）。这就造成对全球同一行为的控制到底应当通过许可或者转让哪一个权利来实现的技术性问题。

（二）对元宇宙平台作品利用的全球授权模式

在元宇宙中作品的统一许可或转让更有利于著作权人进行作品管理和收益。一方面，虽然元宇宙未改变著作权法的地域性以及著作权的私权属性，著作权人对作品的利用可以选择各国的单独许可和转让，但著作权人这样做同时也要背负根据单一国家著作权法确定交易的合同条款和价格所带来交易成本。这种单独授权模式很大程度上贬损了元宇宙去中心化全球运行的价值。另一方面，元宇宙全球统一实时运行意味着作者的版权市场是全球市场，所有潜在买家都可以同时参与交易甚至是竞价，从而让作者以最低成本实现利益最大化。在这里，有两大技术帮助著作权人实现作品全球统一管理，并以最低的成本实现利益最大化。一是智能合约，它是合约（交易规则）的代码（即计算机程序），可在区块链上运行，一旦触发合同生效的条件即可自动执行。因此，著作权人可以通过智能合约自动执行作品的交易和营收分配，省去了各国层层中间商或者著作权集体管理组织的代理环节和利益分流。二是谷歌浏览器等语言自动翻译技术，传统环境下的作品传播和交易可能存在不同国别有不同的语言和传播范围的局限，但是目前很多采用 NFT 形式开展的作品交易可以通过谷歌等浏览器实时进行作品内容和交易条件的翻译，^{〔33〕} 从而破除了过去的语言障碍。

实践中，元宇宙作品利用的主体主要有两大类，元宇宙平台和元宇宙用户。对于元宇宙平台的利用，著作权人往往不得不同意元宇宙平台制定的格式合同条款。其中，元宇宙平台根据其是否利用区块链技术可以分为中心化运营元宇宙和去中心化元宇宙，而中心化运营元宇宙是元宇宙的过渡形式。因此，《第二人生》这类中心化平台的平台规则往往要求用户对其创造作品的著作权提供宽泛的全球免费许可，“您同意授予一个全球、免费、可再许可、可再转让的，有关您上传、存储、发送、接收或者通过本服务而提供的任何内容的使用、复制、发行、演绎、展示等许可”^{〔34〕}。在这里我们可以发现，该平台选择的许可规则已经超出了一国对作品利用应当明确具体许可的权利类型和一国地域范围之内的通常规则。^{〔35〕} 同时，考虑到元宇宙的全球运营以及各国著作权法对著作权具体权利的不同规定，该许可条款直接规定许可针对的是任何使用（并列举主要的利用形式，如复制、展示），而不指向具体权利的许可。此外，可再许可的要求也对未来多平台互联互通的利用预留了空间。

相比之下，利用区块链技术的去中心化元宇宙平台则遵守区块链尤其是公链的去中心化运行的特性，不对用户创制作品进行集中存储、审核和事前管理，也不直接调用用户的作品。^{〔36〕} 例如，基于以太坊区块链运作的 Decentraland 在其平台规则中规定，用户在该平台购买虚拟土地后可以在该土地之上自主创设任何内容（包括符合作品条件的内容），并且对其拥有绝对的控制权，

〔33〕 Decentraland 默认要求通过谷歌浏览器来进行翻译。

〔34〕 Art. 6.3 of Tilia Inc. User Terms of Service.

〔35〕 例如我国《著作权法》第26条规定著作权许可使用合同应当包括许可使用的权利种类、许可使用的地域范围的形式要求等内容。

〔36〕 例如，Decentraland 对用户内容采用去中心化存储方式，用户计算机自行存储其创设的虚拟物品，平台服务器上仅仅存储可以调用该作品的区块链地址。参见前引〔4〕，Decentraland 书，第9页。

而未规定平台对用户作品的利用。^{〔37〕}

（三）NFT 形式的作品利用授权

元宇宙中作品利用的主要市场来自其他用户的交易和后续使用，具体交易对象主要有两种，用于装扮化身的可穿戴虚拟装备和其他虚拟现实物品（包括外形上与现实世界物品类似或一致的虚拟物品和数字化的传统艺术品）。这两种交易主要通过 NFT 技术来实现交易对象的确认、跟踪和流转。^{〔38〕} NFT 即不可替代代币或者非同质化代币（Non-Fungible-Tokens），指的是一种基于智能合约管理的具有不可分割、不可替代、可验证、可流通等特性的数据单元（合同地址，unit256 代币标识），每一个代币标识都对应一个合同地址而可以代表对数字或者实物资产的所有权。^{〔39〕} 目前，NFT 主要指的是通过以太坊《ERC-721：NFT 智能合约标准》发行的 NFT，该标准定义了以太坊智能合约上跟踪、流转 NFT 的应用接口规范。^{〔40〕} 每个 NFT 在 ERC-721 智能合约中都通过 unit256 数据（即元数据）而获得唯一标识（简称 Token ID），该标识在合同有效期内不得更改，并以“合同地址，unit256 代币标识”的形式成为特定资产在以太坊链上的全球唯一的标识符，用于指示该合同地址所有者对代表数字资产的标识拥有所有权，可以决定对该资产是否进行交易以及交易的条件。^{〔41〕}

在 ERC-721 标准下铸造 NFT 时通常会涉及著作权控制的有关作品利用行为。第一步：将数字内容上传至网络服务器（可以是集中或者分散的服务器）可能涉及作品的复制。拥有以太坊钱包（钱包地址就是合同地址）的用户，通过某个以太坊应用平台（如 Opensea）将特定数字内容（如图片、视频、3D 模型等）上传至该平台的服务器，从而在该服务器上形成了有关该数字内容的复制品，并生成有关该内容的网络地址。如果数字内容构成作品，那么该上传行为构成作品复制行为，^{〔42〕} 至于是否会演变为传播行为则取决于 NFT 铸造者的下一步行为。

第二步：用户在设定该 NFT 交易规则时可能涉及提出有关作品许可或转让的要约或者创设事实上的追续权规则。在创制 NFT 时，铸造者可以选择在智能合约用户界面上描述该数字内容，如著作权人是谁，购买者获得该 NFT 的意义（如可以获赠一张带有创作者签名的作品复制品），以及转售该 NFT 时创作者可以获得的利益分成（不高于交易费的 10%），用户也可以选择不对这些内容进行描述，而只描述该数字内容是什么。这一步骤可能发生两个关键著作权行为。一是提出有关 NFT 交易的著作权许可或转让条件，只要该条件非常明确则可以构成要约（如包括了交易标的、交易价格和附带的著作权许可或转让约定），一旦买方同意该交易条件并点击确认交易则构成承诺，交易双方根据智能合约的自动执行即可达成有法律约束力的著作权许可或转让合

〔37〕 参见前引〔27〕。

〔38〕 See Decentraland Content Policy, available at <https://decentraland.org/content/>, last visited on Jul. 11, 2022. 当然，在不依赖区块链技术的早期元宇宙平台如《第二人生》，则不必依赖 NFT 进行交易，而如同传统中心化组织管理下的交易。在该技术下的交易，玩家购买可穿戴等虚拟物品，如这些虚拟物品具有著作权，玩家仅仅获得了一份作品复制品的使用权，也未获得该复制品的所有权。

〔39〕 See EIP-721: Non-Fungible Token Standard, available at <https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721>, last visited on Jul. 11, 2022.

〔40〕 参见前引〔39〕。

〔41〕 参见前引〔39〕。通常合同地址也就是创制该 NFT 的用户，即 NFT 原始所有人。

〔42〕 参见陶乾：《论数字作品非同质代币化交易的法律意涵》，载《东方法学》2022 年第 2 期。

同。不过,ERC-721标准并不要求NFT铸造者作出有关作品著作权许可或转让方面的描述或约定,因为一旦描述就构成智能合约的一部分并在条件成就时自动执行合同条款。一方面,ERC-721标准制定者并不想干预铸造者在这方面的自由,另一方面智能合约只保障计算机环境下合约的自动执行,而不保证现实世界作品的许可和转让的自动执行。

第二步的第二个关键行为是NFT铸造者一旦设定了NFT二次交易时交易费用返回给NFT铸造者的比例,则构成通过智能合约设定事实上的作品追续权规则。为了吸引艺术家采用以太坊上NFT这种新型应用,形成良好生态,部分NFT平台允许艺术家选择在智能合约中设定NFT二次交易利益分享比例(例如Opensea平台要求不超过10%),在NFT二次交易时基于智能合约的自动执行产生类似法定追续权的效果。然而,这种做法并不满足法定追续权的三大要件。追续权指的是作家和作曲家对其艺术原作和原稿在二次交易时对二次交易价格享有一定比例的利益分配权。对此权利《伯尔尼公约》并未硬性规定,目前法国等80多个国家已有规定,我国不在此列。^[43]追续权的第一要件是作品类型及载体限制,仅限于艺术作品的原作和原稿。NFT涉及的往往是上传至NFT平台的作品复制件。第二个要件是对作品原件和原稿首次交易后二次公开商业化交易,私下交易不受该权的限制。NFT二次交易会记录在区块链上,满足公开交易要求,因而可以满足该要件。三是二次交易利益分配的对象和比例由成员国法律确定,不能由当事人自行确定。^[44]NFT二次交易的利益分成则在平台最高限框架下由作者自行决定,不能代表国家意志。

第三步:发布NFT可能涉及作品的传播行为。完成前面两步,该NFT尚未对外发布也未被写入区块链。区块链上记录内容的算力成本和燃费(gas)都非常高,因此所记录的仅仅是交易摘要的哈希值和时间戳。铸造NFT本身只是对上传到网络服务器上的数字内容复制品的所在网址根据特定算法生成了唯一标识码,只有其他用户购买该NFT时才能完成交易,这时形成的交易摘要的哈希值才会上链记录。同时,考虑到防止恶意交易和激励矿工耗费算力对交易进行上链,NFT铸造者在发布前往往被要求预付NFT交易上链的燃费。^[45]只有支付足额燃费后,该NFT才会正式在NFT交易平台上发布,并在未来交易完成时上链。在NFT平台发布后,公众即可在选定时间和地点,通过NFT附带的网络地址或者哈希值全网搜索的形式,访问存储在网络服务器的作品。因此,发布NFT受传播权的控制,具体到我国则是信息网络传播权。^[46]

第四步:交易NFT可能涉及作品利用的正式授权,但通常购买者仅通过交易获得了代表数字内容的唯一标识码,并未获得著作权法意义上的著作所有权。NFT在NFT平台发布后,任何公众只要用其数字签名确认接受该NFT的出售价格和附带的智能合约并完成支付,双方就通过要约和承诺形成了交易合同,区块链则根据智能合约自动记载此次交易摘要的哈希值,相应地该NFT的数据单元(合同地址,unit256代币标识)中的卖家合同地址就会替换为买家合同地址,买家据此持有了该NFT。然而,购买者实际上仍然没有获得作品本身,而仅仅持有该作品在

[43] 参见李雨峰:《论追续权制度在我国的构建》,载《法律科学》2014年第1期。

[44] 参见世界知识产权组织:《世界知识产权组织管理的版权及相关权条约指南以及版权及相关权术语汇编》,世界知识产权组织2004年版,第67页。

[45] 参见邹军等:《区块链技术指南》,机械工业出版社2018年版,第44页。

[46] 参见杭州互联网法院(2022)浙0192民初1008号民事判决书。

NFT 平台上对应的唯一标识码，也没有获得独家访问上链前存储在网络服务器上对应作品复制品的权利，因为该复制品为了后续 NFT 二次交易而仍存储在网络服务器上并供公众公开访问。^{〔47〕}值得注意的是，鉴于发行权必须涉及作品有形载体所有权的转移，^{〔48〕}卖家或者作者通过 NFT 交易也并非在行使发行权：一是因为 NFT 交易仅涉及作品数字化复制品的元数据（unit256 代币标识）的持有者改变（合同地址发生变化），而并非作品原件或复制件所有权的改变；二是《ERC-721：NFT 智能合约标准》并不要求 NFT 平台或者 NFT 铸造者必须在智能合约中约定交易完成即将存储在 NFT 平台上的作品复制品发送一份给买方，买方因而不必然获得作品原件或者复制件，而通常获得访问 NFT 平台上作品复制件的权利。^{〔49〕}

因此，元宇宙用户利用以太坊《ERC-721：NFT 智能合约标准》铸造 NFT 与其他用户交易时，假设这些 NFT 所指向的数字内容构成受著作权法保护的作品，用户通过 NFT 平台发布 NFT 相当于默示授予该平台在全球范围内的作品使用许可，^{〔50〕}以供其存储一份复制品并在全球范围内公开展示该复制品；^{〔51〕}同时默示授予购买 NFT 的用户个人在全球范围内的非商业性使用许可，以供购买者在全球根据自己选定的时间和地点访问该复制品，甚至使用该复制品（如将可穿戴物品穿搭在化身上），但购买者持有该作品复制品的全球唯一标识码本身跟著作权没有任何关系。不过，作者如果在铸造 NFT 时在标准智能合约之外作出其他著作权许可或者转让要约，^{〔52〕}在购买者作出承诺并支付更大对价时，则与购买者达成相应的著作权许可或者转让合同。只要这类超出智能合约自动执行的合约部分符合法律的要求，完全可以通过法院加以强制执行。^{〔53〕}

四、作品侵权救济的挑战

• 737 •

元宇宙用户在自行创制作品的过程中可能有三个场景会发生著作权侵权：一是将他人现实世界的作品复制到元宇宙中，如将他人的名画数字化后制作成元宇宙内的虚拟物品进行售卖；二是在元宇宙中对他人元宇宙创作的作品进行复制，例如将他人元宇宙创造的 3D 作品超出其著作权许可范围进行演绎或者商业性使用；三是将他人元宇宙中的作品复制到现实世界，例如将他人的 3D 虚拟物品打印成平面图片印制在 T 恤上出售。在无授权的情况下使用他人作品即构成

〔47〕 当然，这里并不排除卖家通过智能合约对作品复制品作出其他专门安排，也不排除该 NFT 平台因为服务器故障或其他原因导致公众无法再次访问该作品复制品。

〔48〕 参见前引〔44〕，世界知识产权组织书，第 165 页；李明德、管育鹰、唐广良：《〈著作权法〉专家建议稿说明》，法律出版社 2012 年版，第 226 页。

〔49〕 在这个交易中，不排除卖家为买家提供其他承诺，如线下提供作品有形载体并附上签名，只有买家线下获得该作品有形载体时才会涉及发行权问题。对发行权的讨论，可参见前引〔42〕，陶乾文；杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

〔50〕 国内一些公司为了满足国内的监管需求采用联盟链或者私链供用户铸造 NFT，此时的许可通常限于国内。参见杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

〔51〕 参见前引〔42〕，陶乾文。

〔52〕 See Megan E. Noh, Sarah C. Odenkirk & Yayoi Shionoiri, GM! Time to Wake Up and Address Copyright and Other Legal Issues Impacting Visual Art NFTs, 45 (4) Columbia Journal of Law & the Arts, 7 (2022), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4028116>, last visited on Aug. 8, 2022.

〔53〕 有关实践可以参见耐克公司旗下的 RTFKT 公司的 NFT 许可协议。See RTFKT, Digital Collectible Limited Commercial Use License Terms, available at <https://rtfkt.com/legal-2A>, last visited on Jul. 11, 2022.

侵权,因而这些场景下的著作权侵权在侵权判断标准上跟现实世界没有差异,即首先确认原告是否享有著作权,然后判断被告行为是否落入著作权人专有权控制的范围。然而,元宇宙的去中心化运营却可能给著作权人维权带来挑战:一是司法管辖权的确定;二是准据法的确定;三是著作权停止侵权在区块链技术下的实现。

(一) 司法管辖权的确定

基于元宇宙的全球去中心化运行,用户的账户采用区块链钱包(即私钥管理软件),用户的身份是匿名并且对平台而言通常也是匿名的,况且利用区块链的元宇宙平台管理者往往是去中心化组织(例如DAO)。那么,一旦发生著作权侵权,著作权人应当向哪里的法院起诉这些侵权人,法院又是否有权审理发生在他国的侵权行为?例如,拥有A国国籍的张三复制了拥有B国国籍的李四的作品,并利用王五在C国运营的NFT平台铸造了NFT,并利用在D国设立运营的元宇宙平台Decentraland中的NFT画框将该NFT植入Decentraland,那么全球公众可以通过上述NFT平台或者Decentraland访问到上述作品。这时,李四作为著作权人面对这种涉外侵权纠纷是选择在ABCD四个国家同时起诉,还是选择在某个国家起诉张三要求对在全球范围内造成的损害结果承担责任,上述主张又能否得到法院的支持,就成为问题。

《伯尔尼公约》第5条规定,作者享有的具体著作权、保护的程度以及为保护作者权利而向其提供的救济方法完全由被要求给予保护的国家的法律规定。WIPO在解释该条款时只强调被要求给予保护国著作权法的决定事项并不延及著作权的许可和转让等合同问题,并未明确涉外著作权案件的管辖权。^[54]对此,国际著名版权法学家山姆·里基森、简·金斯伯格指出,涉外著作权侵权案件的司法管辖权由各国自行规定。^[55]然而,各国对涉外案件的司法管辖权规定并不统一,可能采取属人管辖权或者对事管辖权,或者二者兼有。其中,前者的联结点是被被告所在地,包括了国籍地和经常居住地。后者的联结点多是侵权行为地、侵权结果地、被告可供扣押财产所在地。例如,我国《民事诉讼法》第272条规定,因财产权益造成的涉外纠纷,对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼,可以由诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。^[56]

各国不同的司法管辖权规定可能带来的重要影响除了诉讼的成本之外,还有法院有权对原告提出的哪些诉求进行审理,最终影响原告能否通过单一诉讼获得充分救济。通常而言,限于著作权法的地域性,如果法院实施管辖的联结点是在侵权结果发生地,那么法院的审理权限也限于该国境内的损害,无权审理发生在他国的损害;当实施管辖的联结点是在侵权行为地或者被告所在地时,法院仍不能通盘考虑发生在其他国家的侵权,原告需对在其他国家产生的损害结果发起单独诉讼。^[57]对

[54] 参见前引[44],世界知识产权组织书,第31页。

[55] 参见〔澳〕山姆·里基森、〔美〕简·金斯伯格:《国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展》,郭寿康等译,中国人民大学出版社2016年版,第1145页。

[56] 对于其中涉及信息网络传播权的侵权行为地,《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第15条规定,侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地,但侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的,原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。

[57] 例如,在普通法系国家,这一规则被称为属地诉讼而不是追身诉讼。See Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, International Copyright: Principles, Law, and Practice, Oxford University Press, 2013, pp. 118-120.

此问题，欧盟《布鲁塞尔条例》允许侵权实施地或者被告住所地法院审理跨越多国的著作权侵权案件。^{〔58〕}然而，我国对此问题尚未明确规定，未来我国法院在审理元宇宙著作权侵权案件时就要对此作出选择。目前而言，我国采用类似欧盟的做法更为可取，一方面国际上有这样的先例，另一方面能最大化保护著作权人的合法利益。

此外，如果多国法院依据本国法都有管辖权时，而且原被告就同一侵权行为在各国起诉时，那么各国诉讼之间应当如何处理，是最先受理法院先行审理、其他国家法院应等待先行审理判决后才能审理，还是不受先行审理法院的影响？对此，各国做法也不统一，目前中国法院^{〔59〕}和美国法院认为不受影响，欧盟国家遵守《布鲁塞尔条约》则要等待先行审理法院的结果。^{〔60〕}因此，元宇宙案件中原告在A国提起侵权之诉，而被告在B国提起确认不侵权之诉时，两诉之间的关系受制于这两个国家之间是否存在管辖权的条约，如果缺少则完全取决于这两个国家的各自规定。^{〔61〕}对此，可能的理想解决方案是鼓励当事人在双方协商确定的法院进行诉讼，从而避免陷入多国竞争诉讼的泥潭。

（二）准据法的确定

按照《伯尔尼公约》第5条规定，一旦著作权人选择在某国提起著作权侵权之诉，那么其作品著作权的具体权利内容、保护的期限以及救济方法都归该国法律来确定。同时，《伯尔尼公约》仅规定了著作权保护的最低要求，各国在作者享有的著作权、保护的期限、行政救济或司法救济的单轨保护还是双轨保护、损害赔偿是否包括惩罚性赔偿及其计算方法等方面都各不相同。例如，德国法规定公开提供权控制作品的网络交互式传播，作品保护期持续到自然人作者死后七十年，但并未规定著作权侵权的惩罚性赔偿。相比之下，中国法规定信息网络传播权控制作品的交互式传播，作品保护期仅持续到自然人作者死后五十年，但提供了一至五倍的惩罚性赔偿。

• 739 •

由此，各国的规定可能导致著作权人获得的保护在结果上有违国民待遇原则，于是《伯尔尼公约》对第5条又做出了例外规定。^{〔62〕}首先，各国可以自主决定对实用艺术品以及工业品平面和立体设计提供专门法保护或者著作权法保护（但保护期不得少于25年），如果起源国和被要求保护国都仅提供专门法保护，则按照被要求保护国的专门法保护，如果被要求保护国仅提供著作权法保护，则按照作品提供保护。^{〔63〕}因此，如果元宇宙用户将现实世界的实用艺术品及工业品平面和立体设计复制到元宇宙中，要遵守这一例外规定。

其次，被要求保护国对作品的保护期限如果超过作品起源国，仍以起源国的保护期限为准。^{〔64〕}其中，关于何为作品起源国：对于首次在《伯尔尼公约》成员国出版的作品，以该国家

〔58〕 参见前引〔55〕，山姆·里基森、简·金斯伯格书，第1146-1148页。

〔59〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第533条；张鹏：《跨境知识产权侵权纠纷的民事诉讼管辖规则研究》，载《知识产权》2022年第1期。

〔60〕 参见前引〔57〕，Paul Goldstein、Bernt Hugenholtz书，第125页。

〔61〕 类似问题在标准必要专利全球诉讼中尤为明显，各国对标准必要专利的FRAND许可原则的解释不一，而且还可能通过禁诉令的形式要求当事人不得在全球其他法院就同一问题进行起诉。参见前引〔59〕，张鹏文。

〔62〕 参见前引〔55〕，山姆·里基森、简·金斯伯格书，第1150页。

〔63〕 参见《伯尔尼公约》第2条第7款。

〔64〕 参见《伯尔尼公约》第7条第8款。

为起源国；对于在分别给予不同保护期的几个本同盟成员国同时出版的作品，以立法给予最短保护期的国家为起源国。^{〔65〕}在元宇宙全球同步运行的情况下，元宇宙内创作的作品的保护期往往以《伯尔尼公约》成员国中给予最短保护期的国家为起源国。不过，在涉外诉讼中其保护期仍然可以按被要求保护国提供的更长保护期计算。

最后，对于追续权的保护，被要求保护国不提供追续权保护的，或者被要求保护国提供追续权保护但作者国籍国不提供追续权保护的，那么该追续权主张无法得到被要求保护国法院的支持；作者国籍国和被要求保护国同时提供追续权保护的，以被要求保护国为准提供保护。^{〔66〕}因此，元宇宙用户如果选用 NFT 来出售作品，并且在智能合约中设定了二次销售的利益分享比例，那么借助智能合约的自动执行，铸造 NFT 的用户可以获得这些分成，不论被要求保护国和作者国籍国是否提供追续权保护。然而，如果该用户并非著作权人，著作权人起诉时，在被要求保护国提供追续权保护但作者国籍国不提供追续权保护的情况下，法院不保护著作权人的追续权诉求，但这里不排除法院将其作为侵权人获利计入其他侵权的损害赔偿额。此外，在被要求保护国提供的追续权二次交易利益分享比例高于作者国籍国保护程度且高于侵权人在智能合约中设定的比例时，著作权人应当获得的追续权利益要比智能合约自动执行的还要高。

因此，元宇宙本身对著作权侵权的准据法确定本身并未提出挑战，但对当事人维权设置了难题：当事人不仅要考虑哪国是否有管辖权、是否最适合管辖等程序问题，更要结合具体侵权情况考虑该国实体法是否更有利于保护自己的利益。

（三）共同侵权的被告问题

在元宇宙环境下的著作权侵权涉及元宇宙平台和侵权用户的责任问题，然而元宇宙依靠区块链去中心化运行会带来两个问题：一是缺乏内容集中存储和统一控制的中心化平台，平台的管理组织通常是去中心化运行的 DAO 组织；二是在区块链上开发元宇宙并不要求用户在平台中提供身份信息注册才能登录元宇宙，相反该元宇宙平台往往允许拥有相应区块链账户的用户直接登录，此时元宇宙平台也不直接掌握用户的身份信息。那么，著作权人维权时应当如何确定和选择所要起诉的被告？

对此，我们仍然需要结合被要求保护国有关共同侵权或者间接侵权规则来确定起诉的主体。各国这些实体法通常直接适用于著作权领域，各国在具体规则上仍然存在差异。例如，美国的间接侵权规则主要是法院形成的判例法，包括了帮助侵权、替代侵权和引诱侵权，并在一系列涉及作品 P2P 共享的案件中引入著作权侵权领域，这些判例的特点是原告著作权人可以仅仅起诉提供共享技术的平台并要求其承担间接侵权责任，而无须起诉直接侵权人。那么，著作权人选择在美国起诉著作权侵权时，就可以不再单独考虑起诉直接侵权的用户，而可以选择起诉 DAO 组织承担间接侵权责任。虽然 DAO 组织不实际存储所有用户上传的内容，但它仍然是这个平台运行规则的实际制定者（可以通过成员投票改变平台运行规则，如加入作品上传的审查要求）并拥有财产（通常是信托财产）。^{〔67〕}

〔65〕 参见《伯尔尼公约》第 5 条第 4 款。

〔66〕 参见《伯尔尼公约》第 14 条之三。

〔67〕 参见前引〔4〕，Decentraland 书，第 5-14 页。

相比之下,我国法下共同侵权规则有三个特点:一是起初《民法通则》虽然规定了帮助侵权条款,但法院在适用时往往要求原告同时起诉直接侵权人和帮助侵权的平台,否则以不能查明案件事实为由不予受理或者驳回起诉,^[68]后来《侵权责任法》和《民法典》的网络侵权条款都直接规定了帮助侵权的平台因为自己的行为要独立承担侵权扩大责任,所以元宇宙平台也可以作为帮助侵权人被单独起诉;^[69]二是我国没有对应的替代侵权,最高人民法院在相关著作权侵权司法解释中指出平台直接从直接侵权中获利的要承担更高的注意义务;^[70]三是我国最高人民法院在相关著作权司法实践中也明确了引诱侵权,元宇宙平台以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励用户实施侵害信息网络传播权行为的,也可以被单独起诉要求承担责任。^[71]由此可见,各国的共同侵权规则不仅存在差异,而且各自可能还在不断发展变化,著作权人在维权时要进一步考虑准据法中的共同侵权或者间接侵权规则,最终确定所要起诉的被告及其承担的具体侵权责任。

（四）停止侵权责任的承担方式

元宇宙的去中心化运行往往依赖区块链技术，该技术的分布式记账导致当事人无法篡改有关作品的交易记录，因而可以通过交易价格与区块链交易记账的燃费和中介费的差价来计算出交易的获利，以此确定损害赔偿的数额，从而让著作权人更容易获得准确的损害赔偿。

然而，区块链技术导致交易记录不可篡改和智能合约的自动执行也给著作权的停止侵权带来了一定的挑战，如可能导致侵权状态自动持续下去。对此，为了防止 NFT 交易的持续，国内法院在第一批 NFT 案件中认为，“（NFT）平台可将该侵权 NFT 数字作品在区块链上予以断开并打入地址黑洞以达到停止侵权的法律效果”^[72]。其中，黑洞地址指的是丢了私钥或者无法确定其私钥的地址，^[73]而地址就是用户账户，即用户在区块链所用加密技术中分配的公钥，缺少了对应的唯一私钥用户就无法再操控该账户，由此 NFT 交易到这些地址后就像进入黑洞一样无法逃逸，尽管该 NFT 仍然存在但无法进行后续交易。^[74]同时，由于用户在铸造 NFT 时将作品复制品上传于 NFT 平台并形成了该复制品的网络地址，任何人全网搜索该地址即可访问到该复制品。因此，法院认为在区块链上对数字作品的网络地址予以断开并将该 NFT 打入黑洞地址可以实现停止侵权的效果。^[75]

对于法院的上述做法，我们应当回归到停止侵权的责任形式来评价。我国《著作权法》第52条规定停止侵权的责任形式是停止侵害，针对的是侵权人实施的侵害行为已经发生并且仍在继续的，^{〔76〕}内容上不包括《民法典》第1167条规定的排除妨碍和消除危险这两种预防性责任形式。其中，排除妨碍适用的前提是侵权人实施的行为使他人无法行使或者不能正常行使人身、财产权

〔68〕 参见郑成思：《侵权责任、损害赔偿责任与知识产权保护》，载《环球法律评论》2003年冬季号。

〔69〕 在国内第一起 NFT 案中，原告就仅起诉了 NFT 平台，而未起诉铸造涉案 NFT 的用户。参见杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

[70] 参见《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第11条。

[71] 参见《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第7条。

[72] 杭州互联网法院 (2022) 浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

[73] 以太坊官方黑洞地址为: 0x00000000000000000000000000000000dEaD. See Christian Heidorn, How to Burn NFT on OpenSea in 4 Easy Steps, available at <https://tokenizedhq.com/how-to-burn-nft-on-opensea/>, last visited on Jul. 11, 2022.

[74] 参见前引 [52], Megan E. Noh 文, 第 14 页。

〔75〕 参见杭州互联网法院（2022）浙0192民初1008号民事判决书。

[76] 参见王利明主编：《中国民法典评注：侵权责任编》，人民法院出版社2021年版，第39-41页。

益,^[77]然而著作权的客体作品是非物质性或者非竞争性的,侵权人占有或以其他方式利用作品复制品并不妨碍著作权人行使著作权(如将作品许可他人使用),故著作权侵权不适用排除妨碍。消除危险是指负有责任的人支配下的物对他人人身和财产安全构成威胁,或者存在侵害他人人身或财产现实可能性的情况下,受到威胁的人有权请求消除这种危险,^[78]然而如果他人仅仅持有一份作品复制品但未公开传播往往受隐私权或者著作权合理使用制度(如个人使用)的保护,并不必然威胁到著作权人的利益。在 NFT 侵权场景下,侵权行为首先表现为 NFT 平台用户未经许可将他人作品上传至 NFT 平台并生成一份复制品,这构成侵害复制权;其次,借助 NFT 平台的服务自动生成有关该作品复制品可公开访问的网络地址,该地址转化为 NFT 智能合约下的 unit256 代币标识并在后续交易完成时被写入区块链,而且任何人知悉或者持有作品复制品的网络地址或者其对应代币标识都可以访问该作品,这构成侵害我国法下的信息网络传播权。在这个过程中,用户是复制权和信息网络传播权直接侵权人,NFT 平台是帮助侵权人,但在该案中权利人仅向平台主张停止侵害,因此法院只要判令平台删除用户上传的侵权内容或者断开侵权链接即可。侵权用户持有 NFT 仅仅持有了侵权作品的网络访问地址并不等同于向公众提供侵权内容,一旦 NFT 平台断开了侵权链接,任何人持有的网络地址将不再能够访问涉案作品,著作权人停止侵害的诉求就可以满足,至于侵权用户继续交易 NFT,本质上并不会侵害著作权,^[79]似乎造成了未来可能侵害著作权人的危险而需要请求消除危险,但著作权侵权不适用消除危险。况且,在以太坊等公链技术之下,NFT 平台通常无权操纵用户账户使涉案 NFT 与黑洞地址发生交易。当然,在该案中,NFT 平台刚好利用的是联盟链,平台在技术上仍能够操纵用户,但这对联盟链的声誉实质上是一种伤害。

• 742 •

回归到元宇宙中 NFT 的停止侵权问题,元宇宙平台理论上采用公链技术,平台无法直接操纵用户账户使之与黑洞地址发生交易。而且,元宇宙平台中的用户内容往往存储在用户自己的电脑终端或者其他分散的节点,只有用户删除该终端上的侵权内容或者将侵权内容移出共享文件才可以实现停止侵害,即侵权内容不再被访问。因此,著作权人主张停止侵害的应当起诉侵权的元宇宙用户。值得注意的是,采用公链技术的元宇宙平台往往不要求用户使用真名,也不要求注册时提供真实身份信息,甚至可能不要求用户注册而直接使用其公链钱包账户登录元宇宙平台,因此用户真实身份往往难以确定。^[80]如果该侵权用户不主动表明身份就很可能逍遥法外,^[81]这时的停止侵害可能得通过改变区块链共识机制来实现。然而,共识机制是区块链运行的重大机制,需要大多数节点同意才能修改共识机制,因此修改共识机制的成本与某个作品著作权侵权损失相比完全不合比例,采用这种方法来实现停止侵权不具有操作性。^[82]例如,在以太坊 the DAO 事件中,黑客攻击 the DAO 项目将价值 6000 万美元的 360 多万以太币转走,为了解决这次危

[77] 参见前引 [76],王利明主编书,第 41-42 页。

[78] 参见前引 [76],王利明主编书,第 42-44 页。

[79] 这时可能构成欺诈。

[80] 扎克伯格希望建立的元宇宙就主张用户采用与真实身份相一致的化身,包括化身的名字和外形。这就容易将用户的行为纳入法律的监管。此外,我国《区块链信息服务管理规定》第 8 条也要求区块链服务提供商对用户进行身份认证。

[81] 参见前引 [52],Megan E. Noh 文,第 14 页。

[82] 这种技术上的无解或者高成本解决方案,法律上也很难处理,除非从一开始就禁止使用公链或者强制要求公链进行实名化,但这相当于因噎废食。

机，以太坊创始人维塔利（Vitalik）通过改变共识机制的形式来追回部分被盗资金。^{〔83〕}通常情况下著作权侵权损失达不到这个数额，而且修改共识机制也会对区块链的声誉造成重大损失。

五、结 论

打造元宇宙的目的不是平台集权式开发内容让用户娱乐，而是解放人们的创造力，让用户可以自由在虚拟现实空间中自由创作，并通过作品的分享与交易获得其他用户认可的声誉乃至经济回报，从而进一步激发用户在元宇宙中创作更多作品，^{〔84〕}推进人类“向内”发展。^{〔85〕}要实现这样的目的，元宇宙开发平台通过区块链提供用户创作的工具、社交的媒介和作品交易变现的经济体。鉴于这种虚拟与现实的交互，现实世界的法律应当适用于元宇宙，且不因元宇宙开发者意志而转移，包括元宇宙中的作品创作完成自动产生著作权，作品的利用应当获得著作权人的授权，未获得授权的使用构成著作权侵权等。而且，元宇宙借助区块链这种去中心化的分布式记账技术得到了前所未有的发展。借助区块链上运行的智能合约和 NFT 技术，用户可以对创作的作品在不依靠中间商的前提下完成交易并获得经济回报，实现了著作权制度设计者们梦寐以求的愿景——作品目标受众与作者的直接市场化连接。^{〔86〕}不过，元宇宙的去中心化全球运行，也为作品的著作权归属、全球跨国许可或转让、著作权侵权救济带来一定的挑战，但通过对著作权的基本原理、《伯尔尼公约》等规则的适当解释以及技术解决方案，仍然可以妥当解决这些新型问题，尚不至于说元宇宙会颠覆传统著作权法。

• 743 •

Abstract: Metaverse is a decentralized virtual reality world that spans multiple jurisdictions. It provides users around the world tools to create copyrightable virtual objects and to trade them, thus build an environment for them to live a life by creating. However, the decentralized and cross-border operation of metaverse will bring a series of challenges to the territoriality of copyright legal system, creating legal uncertainty to the works' copyright ownership, specific copyright and degree of protection, utilization and tort relief. Anyway, by combining the scientific explanation of the basic principle of copyright rules, private international law, and technical solutions, those challenges could still be properly solved.

Key Words: metaverse, copyright, NFT

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)

〔83〕 参见伍旭川、刘学：《The DAO 被攻击事件分析与思考》，载《金融纵横》2016 年第 7 期。

〔84〕 参见邓建鹏：《元宇宙及其未来的规则治理》，载《人民论坛》2022 年第 7 期。

〔85〕 即向虚拟现实世界发展，相对于人类向外太空的发展而言。

〔86〕 参见〔美〕保罗·戈斯汀：《著作权之道》，金海军译，北京大学出版社 2008 年版，第 28 页。

NFT 交易模式下的著作权保护及平台责任

王江桥*

内容提要：近年来，NFT 交易作为一种新兴的商业模式在快速发展的同时，亦对当前法律秩序带来挑战，产生了一系列新型法律问题。如何规制 NFT 市场，明确相关主体责任边界，依法保护各方主体的合法权益，从而引导 NFT 市场健康有序发展亦具有紧迫性。有必要从司法案例中反映的著作权问题出发，针对 NFT 模式下行为法律属性、NFT 交易平台的责任边界、数字作品是否适用权利穷尽原则、侵权责任承担方式等新型法律问题进行分析研究。NFT 数字作品交易并非著作权法上的发行，应纳入信息网络传播权控制范畴；NFT 交易平台属于一种新型网络服务提供者，综合 NFT 数字作品的法律属性、NFT 交易模式、技术特点、平台控制能力、营利模式等多种因素，其应当承担较高的注意义务；NFT 侵权责任承担方式应当结合区块链技术特点予以合理确定。

关键词：NFT 信息网络传播 平台责任 侵权不停止

一、问题提出

近年来，NFT 交易作为一种新兴的商业模式得以快速发展，特别是 2021 年以来，我国相关行业对 NFT 的关注度急速升温。据不完全统计，腾讯、蚂蚁金服等一百多家企业纷纷推出各自的 NFT 发行平台。头豹研究院以阿里蚂蚁链销售额为基础，结合腾讯科技、Nonfungible 数据分析认为我国 NFT 市场在未来 5 年增长率约为 150%，市值有望达到近三十亿元。国外仅 Opensea 平台 2021 年的交易额就达到了 140 亿美元。^{〔1〕} NFT 交易快速发展的同时亦带来了一系列新的法律问题，比如 NFT 模式下行为法律属性、NFT 交易平台的责任边界、数字作品是否适用权利穷

* 王江桥，杭州互联网法院副院长、三级高级法官。

〔1〕 参见头豹研究院：《2021 年中国 NFT 平台研究院报告》，第 19 页，载 https://pdf.dfcfw.com/pdf/H3_AP202202081545653782_1.pdf?1644314982000.pdf，最后访问时间：2022 年 8 月 5 日。

竭原则以及侵权责任承担方式等等，这无疑对当前法律秩序带来了新的挑战。目前相关法律规定尚属空白，相关理论界也鲜有深入研究。面对 NFT 交易引发的纠纷案件，司法并不能拒绝裁判，即使法律没有规定也不例外。法官或者运用法律解释方法，或者运用类推适用、目的性扩张等法律漏洞填补方法以及不确定性概念的价值补充方法、利益衡量方法来“发展”规则，为新的社会行为提供规则引导。^{〔2〕}正如丹宁勋爵所言“法官不可以改变法律织物的编制材料，但是他可以也应该把皱褶熨平”^{〔3〕}。2022 年 4 月 20 日，杭州互联网法院宣判了“NFT 侵权第一案”（以下简称 NFT 案），首次对 NFT 交易模式下的相关法律问题进行了分析和探索。^{〔4〕}作为此案审理的参与者，现结合该案涉及的法律问题，从著作权保护角度就如何确定 NFT 交易模式下的行为属性、NFT 交易平台的责任边界以及侵权责任承担三个方面做一梳理和分析。

二、NFT 交易模式下的行为性质

（一）NFT 与 NFT 数字作品

NFT，是英文 non-fungible token 的简称，中文翻译包括“非同质化代币”“非同质化通证”“非同质化权益凭证”，是一种基于区块链技术而产生的不可复制、篡改、分割的加密数字权益证明。NFT 具体表现为通过区块链、智能合约等技术手段将数字内容确定为特定的交易对象，形成唯一对应关系，从而使其具有一定的交易价值，并作为特定客体实现在 NFT 交易平台进行交易流转。从外在表现形式来看，NFT 表现为区块链上一组加盖时间戳的元数据，^{〔5〕}其与存储在 NFT 交易平台上的某个数字文件具有唯一的指向性，对应为一串独一无二的元数据库。该组元数据显示为存储特定数字内容的具体网址链接或者一组哈希值，点击链接或使用哈希值进行检索，就能够访问被存储的特定数字内容。^{〔6〕}NFT 作为区块链下的一个新兴应用场景，一旦 NFT 被铸造，它就已经在区块链上以加密方式发布，使得 NFT 无法更改。同时，智能合约代码定义了 NFT 购买条件等规则，将促使并记录发生的所有 NFT 交易，并在满足其条件时自行执行 NFT 所有权转让。NFT 利用区块链技术记录并验证真实性，能够记录 NFT 数字内容的初始发行者、发行日期以及未来的每一次流转信息，做到全流程记录，区块链上所有节点同步予以见证，可确保数字内容公开透明、安全可信。NFT 本质是权利凭证而非权利，是一种特殊的具有稀缺性的链上数字资产，通过智能合约来实现其权利的转移，并通过区块链来记录权利转让的整个过程。^{〔7〕}

NFT 数字作品属于典型的 NFT 数字资产，系将数字作品上传 NFT 交易平台并铸造 NFT 后再进行流通的数字内容。笔者认为，当一件数字作品以 NFT 形式存在于交易平台上时，由于数字作品数量的限量性和区块链节点之间的信任和共识机制，从而产生“特定性”“稀缺性”“价值

〔2〕 参见李占国：《网络社会法治治理的实践探索与前景展望》，载《中国法学》2020 年第 6 期。

〔3〕 丹宁勋爵：《法官绝不可以改变法律织物的纺织材料，但是他可以也应该把皱折熨平》，载 <http://oppo.yidianzixun.com/article/0KUm3sQh?appid=oppobrowser&s=oppobrowser>，最后访问时间：2022 年 8 月 5 日。

〔4〕 参见杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

〔5〕 参见陶乾：《论数字作品非同质化代币化交易的法律内涵》，载《东方法学》2022 年第 2 期。

〔6〕 参见前引〔5〕，陶乾文。

〔7〕 参见陈吉栋：《超越元宇宙的法律想象：数字身份、NFT 与多元规制》，载《法治研究》2022 年第 3 期。

性”等效果。NFT 数字作品以数据代码形式存在于虚拟空间且具备价值属性时,已具有数字商品属性;同时其亦具备一定的独立性、特定性和支配性,符合虚拟财产的基本特征,应属于虚拟财产范畴。当然,虽然 NFT 数字作品交易双方形式上呈现的是所有权人的变更,但我国《民法典》中物权编在定义所有权时,将其规定为“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利”。可见,虚拟财产并不属于上述法律规定的动产或不动产范畴,自然不存在所有权一说。

因此,NFT 数字作品交易并非实质意义上的所有权转让,而是一种数字资产(虚拟财产)转让。我国《民法典》第 127 条首次对虚拟财产的保护作出了规定,但对其法律性质并未予以明确,只是进行了宣示性或指引性规定。对于虚拟财产的法律属性,当前理论界与司法界存在物权说、债权说、知识产权说、新型财产权利等不同观点,但主流观点认为虚拟财产具有财产性利益,可以作为一种财产性权益予以保护。故此,NFT 数字作品交易中转让的对象本质上是一种受法律保护的财产性权益而非财产权利。换言之,NFT 数字作品被特定化为一个具体的“数字商品(资产)”后,呈现出一定的投资和收藏价值属性,并具有受法律保护的财产权益。NFT 交易本质上属于以数字化内容为交易对象的转让关系,购买者所获得的并非对一项数字财产的使用许可,亦非知识产权的转让或许可,而是一项财产性权益。因 NFT 数字作品购买者无法直接获得该数字作品,其享有的权利实际上主要表现为“所有权身份”和二次交易时的支配权。诚如“澎湃新闻社”专栏作家李奥尼德·波尔席斯基所言,NFT 购买方在多数情况下不过“是实施一个令人厌烦的摆显权”〔8〕。

(二) NFT 数字作品交易的行为属性

NFT 数字作品交易流程通常涉及铸造、上链、出售等环节。首先,从 NFT 数字作品的铸造流程来看,须将作品上传到 NFT 交易平台,故此时上传者终端设备中存储的数字作品被同步复制到网络服务器。其次,从 NFT 数字作品的上链环节来看,系在 NFT 交易平台上以出售为目的呈现该 NFT 数字作品,在作品被呈现的情况下,该展示行为使公众可以在选定的时间和地点获得作品。再次,从 NFT 数字作品的出售环节来看,由于 NFT 数字作品的交易条件及交易过程采用了智能合约技术,整个交易过程由智能合约中嵌入的“自动执行”代码触发完成。故当 NFT 交易平台注册用户通过数字钱包支付对价和服务费后,即刻成为平台上公开显示的该 NFT 数字作品的所有者。下面就 NFT 交易模式下的上述行为是否属于著作权法上的“复制”“信息网络传播”“发行”,以及是否适用“权利穷竭原则”等问题进行分析。

1. 是否属于著作权法上的“复制”

复制行为包括广义上的“复制”和狭义上的“复制”,前者可以理解为“再现作品”的行为,包括表演、广播、放映、改编等行为都可以被称为对作品的“复制”;后者仅指以特定方式对作品“再现”才是复制行为。〔9〕当前大多数国家的著作权法采用的是狭义上的复制行为定义。《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)第 10 条第 1 款第 5 项规定:“复制权,即以

〔8〕 Leonid Bershidsky, NFT Art Is All About the Hype, March 4, 2021, available at <https://www.Bloomberg.com/opinion/articles/2021-03-04/the-nft-phenomenon-is-for-real>, last visited on Aug. 5, 2022.

〔9〕 参见王迁:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社 2021 年版,第 163 页。

印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作成一份或者多份的权利。”可见，我国著作权法上的复制权所控制的复制行为应当满足以下两个要件：一是该行为应当在有形物质载体（有体物）之上再现作品；二是该行为应当使作品被相对稳定和持久地“固定”在有形物质载体上之上，形成作品的有形复制件。^{〔10〕}这里所指的复制件应当是产生新的复制件，即增加复制件的数量。当一件作品开始铸造 NFT 时，铸造者首先须按照平台要求上传作品，此时该作品的复制件已同步保存于平台网络服务器中。这种以数字化等方式将作品制作成一份的形式，一方面可以形成稳定的存储作品信息，另一方面亦形成了一个可以相对稳定、持久固定作品信息的有形物质载体，同时也具备作为信息源向其他载体进行信息传播的能力。因此，一件作品的铸造行为包含了著作权法所规制的复制行为。虽然上述复制行为的目的并非向他人提供作品复制件，但该复制件中的作品并未被后来的作品所替代，而是一种永久性的固定，因此，该行为亦并非临时复制。笔者认为，数字作品的铸造行为应属于复制权所控制范畴，其行为亦侵害了复制权。但因该复制是网络传播的一个必备步骤，其目的在于以互联网方式向社会公众提供作品，故复制本身给权利人造成的损害已经被信息网络传播给权利人造成的损害后果所吸收，^{〔11〕}理应无需单独对此予以评价。当前司法实务中亦普遍采取此种做法，在认定构成信息网络传播权侵权的同时不再就复制行为进行评判。

2. 是否属于著作权法中的“信息网络传播”

信息网络传播权是随着互联网的迅速发展而产生，其目的是为了加强作品在互联网交互式传播中的著作权保护。《著作权法》第 10 条第 1 款第 12 项规定：“信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在选定的时间和地点获得作品的权利。”据此，我国著作权法上的信息网络传播权所控制的信息网络传播行为应当具备以下条件：一是从作品使用的方式来看，该行为应当通过信息网络向公众提供作品；二是从效果来看，能够使公众在其选定的时间和地点获得作品。由于 NFT 数字作品通过铸造上链后，该数字作品系直接置于开放的网络服务器上进行交易，交易对象为不特定公众，且公众可以在选定的时间和地点获得 NFT 数字作品，故 NFT 数字作品上链交易行为符合信息网络传播行为的特征。铸造者未经许可通过 NFT 交易平台上链交易 NFT 数字作品的行为，应认定为侵害作品的信息网络传播权。需要强调的是，当前大多数 NFT 交易平台采用的是全网可见或者平台用户可见，个别平台采用“盲盒”销售模式，仅在购买者支付对价后方能看到其所购买的数字作品。因任何愿意购买的公众依然可以在个人选定的时间和地点进行购买从而获得该作品，故仍然属于信息网络传播权控制范畴。

3. 是否属于著作权法上的“发行”

著作权法上的发行是指权利人通过销售或赠送等转移作品所有权的方式提供作品原件或复制件。随着数字技术的进一步发展，传统权利也扩展到数字领域，以至于对数字作品是否适用于发行权存在不同的认识。尤其针对发行权中的作品原件或复制件是否包含有形和无形产生了诸多分歧。有观点认为，我国著作权法中的发行权定义中的“以出售或者赠与方式向公众提供作品的原

〔10〕 参见前引〔9〕，王迁书，第 164 页。

〔11〕 参见王迁：《复制权与信息网络传播权的关系》，载《湖南师范大学社会科学学报》2022 年第 2 期。

件或复制件”就是指将固定了的作品有形物质载体面向公众进行出售或赠与,即转移物质载体的所有权。^[12]另一种观点认为,发行权应扩展至网络环境,以出售的方式向公众提供数字作品的复制件,应当落入发行权控制范围。发行权的核心特征在于作品原件或复制件的所有权转让,无关作品载体是有形还是无形。^[13]我国加入的《世界知识产权组织版权条约》(WIPO Copyright Treat,简称WCT)明确规定“发行权”是指作者、表演者和录音制作者享有的授权通过销售或其他所有权转让形式向公众提供其作品、录音制品和录制的表演原件或复制件的权利。同时在《通过条约的外交会议的议定声明》中指出,发行权条款中的“复制件”和“原件和复制件”是专指可作为有形物品投放流通的规定的复制件,“原件”是指首次被固定在有形物质载体之上形成的。WCT《基础提案》中亦指出,向公众提供权是指“除了发行复制件之外,使公众能够通过任何的方法和过程获取的权利”。欧盟立法亦采取与WCT一样的标准,其在《信息社会版权指令提案》明确发行权的复制件必须固定在有形载体之上,向公众传播权为“除了发行物质复制件之外”的权利。

《著作权法》第10条第1款第6项规定:“发行权,即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利。”虽然我国《著作权法》对发行权的载体并未做出明确的规定,但当前理论和实务界主流观点认为应理解为“有形物质载体”,也就是说构成著作权法上的发行行为应当符合以下要件:一是该行为应当面向“公众”提供作品的原件或复制件;二是该行为应当以转移作品有形物质载体所有权的方式提供作品的原件或复制件。笔者同意当前主流观点,理由如下:一是我国作为《世界知识产权组织版权条约》成员国,理应与其保持一致,遵守相应的规定。我国《著作权法》相关内容基本上移植于《世界知识产权组织版权条约》。《著作权法》对“发行权”“信息网络传播权”分别作出了规定,且两者之间的区别是非常清晰的。二是数字作品并没有原件或复制件一说,且数字作品的“发行”表现为“向公众提供作品”而非“向公众提供作品的原件或复制件”,此种情形下的存储作品的物质载体并没有发生转移。三是无论有形载体还是无形载体,发行权一定涉及作品原件或复制件所有权转让,而当前数字作品的“发行”并不产生一种作品原件或复制件所有权的转移。

基于上述分析,笔者认为,在NFT交易模式下,虽然NFT数字作品交易对象是作为“数字商品”的数字作品本身,交易产生的法律效果亦表现为所谓的“所有权”转移,但因发行权的核心特征在于作品原件或复制件的所有权转让,即当前著作权法中的发行仅限定为有形载体上的作品原件或复制件的所有权转让或赠与,且我国当前法律尚未将“数字商品(虚拟财产)”纳入财产权利范畴予以保护,NFT数字作品出售并非实质意义上的所有权转让,故NFT数字作品出售并不属于发行行为,未经权利人许可将NFT数字作品在第三方交易平台的出售行为尚无法落入发行权控制范畴。也即,NFT数字作品的首次销售以及二次销售等均未侵害著作权人的发行权。需要指出的是,本文将NFT数字作品交易排除在发行权控制之外,是基于当前我国《民法典》《著作权法》的相关规定得出的结论。随着数字经济的快速发展,“数字商品”“数字资产”作为交易对象将成为一种常态。中央全面深化改革委员会第二十六次会议强调,要积极推进数据要素

[12] 参见前引[9],王迁书,第175页。

[13] 参见何怀文:《网络环境下的发行权》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2013年第5期。

市场化，加快构建以数据为关键要素的数字经济，建立数据产权制度，健全数据要素权益保护制度。为此，立法理应及时修改相关法律，对“数字商品”这种虚拟财产的性质给出一个明确的法律身份。一旦“数字商品”纳入财产权利范畴，赋予其所有权法律地位，笔者亦赞同将《著作权法》中的发行权范围进行适当的扩大，将 NFT 数字作品出售纳入发行权控制范畴。

4. 权利穷竭原则在 NFT 数字作品交易中是否适用

权利穷竭原则又称“首次销售原则”或“发行权用尽原则”，^{〔14〕}是指合法获得该作品原件或复印件所有权人可以不经著作权人许可将其再次出售或赠与。权利穷竭原则是著作权法为平衡著作权人与所有权人利益而对发行权进行的限制，目的在于防止著作权人对他人所有权和有形财产的合法流通加以干涉，从而损害合法商品自由流通这一市场经济出现后存在的基本规则。我国《著作权法》虽然并没有明确规定这一原则，且在有形载体发行领域适用权利穷竭原则并无争议。然而，网络环境下数字作品是否适用该原则则产生了三种观点。其中，王迁教授认为，“权利穷竭原则”的价值在于澄清“发行权”与“信息网络权”之间的界限，数字作品的转售或网络传播属于信息流动，并不发生有形物的转移，发行权用尽当然是失去了存在的基础。也有学者认为，数字作品发行与传统有形作品发行均是以转移作品所有权的方式向公众提供作品，只要以转移所有权的方式向公众提供作品，就应该认定其为发行行为，从而适用“权利穷竭原则”。^{〔15〕}还有观点认为应采用折中路径：权利穷竭原则有条件适用于数字作品发行中，即数字发行权有限用尽。具体而言，根据数字作品的不同类别、不同特性以及不同创作成本等，允许著作权人在一定次数或范围内继续控制数字作品的二次传播，发行权在一定次数或范围内暂时不用尽，超过次数或范围的限制，从而实现著作权人私益与社会公共利益之间的平衡。^{〔16〕}

• 749 •

笔者同意第一种观点。我国著作权法采用了发行权和信息网络传播权分开规定的二元结构。发行权适用于作品的有形载体发生所有权转移的情形，而数字传播行为则全部由信息网络传播权控制，这也是当前司法实践中的通用做法。我国法院表明“复制权和发行权控制的行为需以作品存在于有形载体之上为必要要件，而将作品置于互联网之中系信息网络传播权的保护范围”^{〔17〕}。基于此，笔者认为，NFT 数字作品交易同样亦不能适用权利穷竭原则。其一，如前所述，WCT 第 8 条将数字传输归入向公众传播权，并明确向公众提供权是指“除了发行复制件之外，使公众能够通过任何的方法和过程获取的权利”；WCT《基础提案》中亦指出，初始提供或二次提供均被纳入向公众提供权之中。由此可见，向公众二次提供行为必须经过权利人授权，即上述条约明确将数字作品排除在“权利穷竭原则”之外。而我国作为 WCT 成员国，自然应当与条约规定保持一致。其二，在著作权领域，权利穷竭原则主要适用于发行权权利限制，该原则主要目的是为了防止他人出售作品的非法复制件，而非限制合法售出的作品原件或复制件的使用、处置权利。但著作权领域的“权利穷竭原则”的适用基础是作品与其有形载体的不可分性，是对作品有形载体的使用权利作出规制，具有物理空间和现实操作的可控性。但网络改变了作品的传播方式，公

〔14〕 “首次销售原则”是英美法系国家的提法，“权利穷竭原则”“发行权用尽原则”是大陆法系国家的提法。

〔15〕 参见前引〔5〕，陶乾文。

〔16〕 参见陈全真：《数字作品发行权用尽的解释立场即制度协调》，载《出版发行研究》2021 年第 9 期。

〔17〕 丁靖文：《论数字作品转售不适用首次销售原则》，载《学术研究》2021 年第 4 期，第 74 页。

众无需转移有形载体就可以获得作品的复制件。这一过程与传统传播途径的根本区别是不会导致作品有形载体在物理意义上的转移。其三,在当前法律框架下,NFT数字作品虽然可以作为特定化的“数字商品”进行交易,但法律并未赋予其一项财产性权利地位,这意味着NFT数字作品交易并非以作品载体所有权的方式提供作品原件或复制件,亦就缺乏了适用“权利穷竭”的前提和基础。同时,在NFT交易模式下,不特定公众可以在选定的时间和地点获得NFT数字作品,属于典型的信息网络传播行为。这种以信息网络途径传播作品属于信息流动,亦并不导致作品有形载体所有权或占有权的转移,自然不受发行权的控制。当然,本文之所以认为数字作品(含NFT数字作品)不适用“权利穷竭原则”,同样是基于当前的立法规定。

三、NFT交易平台性质及责任边界

根据《信息网络传播权保护条例》及相关司法解释规定,网络服务提供者一般提供自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、文件分享技术等网络服务。由于网络服务提供者不直接向网络用户提供信息或对信息进行组织、筛选和审查,只提供传输通道或者展示平台,相关内容由网络用户提供,故其责任认定时应遵循“避风港规则”和“应知标准(红旗标准)”,适用过错归责原则。然而,随着互联网技术的不断发展,商业模式的不断更新,网络服务提供者逐渐更深度地参与到信息的发布、传播当中,出现了明显不属于上述法律规定情形的“云服务平台”“小程序”“视频分享平台”等一系列新型网络服务提供者。同时,当前大量互联网技术发展,特别是人工智能、算法等技术的普遍使用,二十多年前从美国引进的“避风港规则”所设计的利益平衡和适用环境、技术内容等已经完全不同,亟需构建一套与目前技术状况相匹配的关于网络服务提供者注意义务的机制,以实现动态变化中的利益再平衡。当前,虽然存在不同的意见,但主流观点认为应当给网络服务提供者设置更高的注意义务。对此,笔者认为,对于互联网新技术带来的新类型互联网行为,司法理应秉持谦抑的司法理念,通常情况下不宜轻易做出肯定或否定评价。但是,在当前法律存在空白且亟需明确这些新型网络服务提供者责任边界时,司法应当及时通过个案裁判明确各方主体权利义务,合理界定平台责任,厘清责任边界,规范该新型商业模式市场秩序,发挥司法指引作用,从而引导其依法有序健康发展。对于新型网络服务提供者的责任确定,不能简单地适用现有法律规定予以裁判,而是应当根据网络服务提供者的具体服务方式、经营模式、控制能力、技术特点等因素,综合运用比例原则、利益平衡原则和权利义务一致原则等予以综合认定。

根据经营方式不同,NFT平台主要分为自营和他营两种模式;根据入驻方式不同,NFT平台主要分为邀请制和注册制;而根据是否允许二次交易可分为NFT交易平台和NFT非交易平台。本文仅针对采取他营模式和注册制的NFT交易平台进行探讨。从NFT交易平台提供的交易模式和服务内容来看,其系专门提供NFT交易服务平台,交易的NFT数字作品由平台注册用户提供,且不存在与用户以分工合作等方式参与NFT数字作品交易,故此,根据当前法律的相关规定,NFT交易平台应属于网络服务提供者而非内容提供平台。NFT交易平台作为一种为注册用户提供NFT数字商品交易服务的平台,明显不属于“提供自动接入、自动传输、信息存储空

间、搜索、链接、文件分享技术等网络服务”中的任何一种网络服务平台。NFT 数字作品交易系统伴随着互联网技术发展，并结合区块链、智能合约技术衍生出现的网络空间“数字商品”交易模式创新，属于新型商业模式。有学者称其“在国内外的数字版权交易活动中，在有效解决确权难、实现去中心化交易方面发挥了显著作用”〔18〕。对于像本 NFT 案所涉 Bigverse 平台这种提供 NFT 数字作品交易服务的网络平台的责任边界，应结合 NFT 数字作品的特殊性、NFT 数字作品交易模式、技术特点、平台控制能力、经营模式等方面综合认定。〔19〕

首先，从 NFT 数字作品交易模式来看，NFT 数字作品作为交易客体时表现为特定的“数字商品”，既涉及作为数字作品的著作权，也涉及作为“数字商品”的“所有权”。如前所述，NFT 交易模式下产生的法律后果将包括“所有权”的转移。因此，NFT 数字作品的铸造者（出售者）应当是作品原件或复制件的所有者。同时，根据《著作权法》的相关规定，所有权发生转移，但作品著作权并未发生改变。在 NFT 交易模式下，NFT 数字作品的铸造者（出售者）将 NFT 数字作品复制、上传至平台进行交易的行为，分别为《著作权法》中的复制权、信息网络传播权所控制，因此，NFT 数字作品的铸造者（出售者）不仅应当是作品复制件的所有者，而且应当系该数字作品的著作权人或授权人，否则该 NFT 数字作品属于明显侵害他人著作权的侵权商品。对此，Bigverse 平台作为专门从事 NFT 数字作品交易服务平台知道也应当知道，且理应采取合理措施防止侵权发生，审查 NFT 数字作品来源的合法性和真实性，以及确认 NFT 铸造者获得适当权利或许可来从事这一行为。换言之，Bigverse 平台对用户上传用于铸造 NFT 的数字作品相关权利应当进行合理的事先审查，以防止该 NFT 数字作品存在权利瑕疵，侵害他人著作权。

其次，从 NFT 数字作品交易采用的技术来看，整个交易模式采用的是区块链和智能合约技术。作为区块链技术下的一个新兴应用场景，NFT 不仅解决了数字作品作为商品时的可流通性和稀缺性（非同质化），而且能够解决交易主体之间的信任缺乏和安全顾虑，构建了一种全新的互联网新业态之诚信体系。其中，NFT 数字作品之所以具有投资价值和收藏价值，最核心原因之一是基于区块链中的信任机制，智能合约是承载交易双方合意的载体，Bigverse 平台上的每一次交易因智能合约中已嵌入了“自动执行”代码将自动触发完成。因此，如果 NFT 数字作品存在权利瑕疵，不仅将破坏交易主体以及 NFT 交易平台业已建立的信任机制，而且将严重损害整个交易秩序的确定性，进而损害交易相对人的合法权益以及著作权人的权益。同时，因整个交易系通过智能合约由代码自动执行，交易次数将无法人为控制，且 NFT 数字作品交易属于信息网络传播行为，并不适用权利利用尽原则。因此，一旦 NFT 数字作品构成侵权，往往会损害数个甚至几十个善意交易相对方的合法利益，导致交易双方纠纷频发，动摇 NFT 商业模式下的信任生态，将严重妨碍整个 NFT 行业的有序发展。

再次，从 Bigverse 平台控制能力来看，一是，所有 NFT 交易形成的数据均保存于 Bigverse 平台网络服务器中，特别是用户上传作品后至完成 NFT “铸造”前，均是由 Bigverse 平台控制整个流程以及所有内容，因此，Bigverse 平台具有较强的控制能力。二是，从 Bigverse 平台 NFT 数字作品铸造流程来看，用户按照平台要求，完成上传作品并提交后即进入平台审核环节，

〔18〕 薛晗：《基于区块链技术的数字版权交易机制完善路径》，载《出版发行研究》2020 年第 6 期，第 51 页。

〔19〕 参见杭州互联网法院（2022）浙 0192 民初 1008 号民事判决书。

只有审核通过的才能上架,最终作为 NFT 数字作品在 Bigverse 平台上进行交易。可见,对 NFT 数字作品进行一定形式上的审查原本就是 Bigverse 平台所设置的必备流程之一。因此,赋予 Bigverse 平台一定的审查义务,并没有直接增加平台义务。三是,从 Bigverse 平台审查的对象来看,每个用户每次提交审查的均为单个作品,并不存在海量的数据内容,不会出现平台无法一一审查的情形。故此,Bigverse 平台对其平台上交易的 NFT 数字作品不仅具有较强的控制能力,而且也具备相应的审核能力和条件,同时亦并没有额外增加其审查内容和控制成本。

最后,从 Bigverse 平台的经营模式来看,其不同于电子商务平台和提供存储、链接服务等网络服务平台,并非免费或者采取会员费等方式获取经济利益,而是系直接通过佣金等方式从 NFT 数字作品交易中获得利益。从 NFT 数字作品交易流程来看,Bigverse 平台不但在铸造时收取作品燃费,而且在每次作品交易成功后收取一定比例的佣金及燃费。笔者认为,平台获得的经济利益应与其注意义务相适用,在平台用户的权利与著作权保护之间保持一种平衡。既要从兼顾行业利益格局、主体利益分配和成本效率权衡三个维度进行考量,以实现各方主体的利益平衡,又应充分发挥司法引导作用,避免各方利益失衡的情况发生。《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 11 条第 1 款规定:“网络服务提供者从网络用户提供的作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益的,人民法院应当认定其对该网络用户侵害信息网络传播权的行为负有较高的注意义务。”Bigverse 平台这种营利模式明显属于上述法律规定范畴,即在 NFT 数字作品中直接获得经济利益,其自然应承担较高的注意义务。

• 752 •

综上,笔者认为,NFT 交易平台不仅需要履行一般网络服务提供者的责任,还应当承担较高的注意义务,包括但不限于对 NFT 数字作品权利的事先审查、明知或应知侵权时的主动下架删除等义务,否则应承担相应的法律责任。NFT 案中,Bigverse 平台正因为其未履行相应的审查义务,最终被法院认定构成帮助侵权。NFT 交易平台在履行上述注意义务时,理应建立一套有效的知识产权审查机制,对平台上交易的 NFT 作品的著作权做初步审查,如审查申请 NFT 铸造的用户是否提供了涉及著作权底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明等初步证据证明其为著作权、与著作权有关权益的权利人。当然,这种审查应当是基于网络服务提供者具有的善良管理者义务角度进行评价,并且应赋予网络服务提供者一定的自主决策权和审查空间,可以在法律规定的框架内,根据自身审查需要、知识产权权利类型、产业发展等实际情况等因素,对具体要求进行明确和细化。从判断标准来看,应当采用“一般可能性”标准。也就是说,该初步证据应当排除明显不能证明是著作权、与著作权有关权益权利人的证据,并具有使得一般理性人相信存在权利的可能性即可。同时,NFT 交易平台还应构建相应的侵权预防机制,形成有效的筛查、甄别体系,从源头上防止侵权发生,必要时可要求铸造用户提供担保机制,最大限度防止 NFT 数字作品存在瑕疵,以防止侵权发生。

四、侵权责任承担方式的探索

按照侵权责任法的相关原理,“停止侵害”是侵权责任中最主要也是最重要的责任承担形式。我国《著作权法》亦秉持侵权责任法一般规定精神,明确著作权侵权人应当承担停止侵权责任。

也就是说，在 NFT 案中，Bigverse 理应立即删除侵权 NFT 数字作品等侵权内容，停止侵权。然而，根据 Bigverse 平台服务协议，Bigverse 平台对侵权的“NFT 数字作品”可以采取的措施仅为删除、屏蔽、断开侵权链接，无法将该“数字作品”对应的非同质化通证（NFT）及其他上链侵权内容予以删除。因 NFT 系采用区块链技术进行同步保存数据的，NFT 数字作品及其交易的相关数据均保存于区块链服务器和各节点服务器中。区块链中各节点均为匿名，且“共识机制”是区块链中各节点之间必须遵守的处理机制。故此，通常而言，各区块链节点之间无法形成共识，进而无法删除以哈希值形式存在的侵权数字作品所对应的“NFT”以及交易的相关数据。因该“NFT”及其交易的相关数据仍然保留在 NFT 交易平台服务器中，侵权内容并没有删除，理论上仍存在侵权的可能性，显然并没有达到“停止侵害”之法律效果。因此，NFT 案中最终采用 Bigverse 平台将该侵权 NFT 数字作品在区块链上予以断开并打入地址黑洞之方式以达到停止侵权的法律效果。笔者认为，NFT 案中对停止侵权的责任承担方式的处理无疑是一种契合区块链等互联网技术而创新的探索，一方面可以实现停止侵权的效果，另一方面又兼顾了 NFT 交易模式的技术特点，妥善平衡了 NFT 数字作品侵权中各方主体的利益，较好地解决了 NFT 交易模式下“停止侵权”这一棘手的问题，亦为今后类似案件的处理提供了新的思路和参考。

同时，笔者认为，除了 NFT 案所探索的责任承担方式之外，也可以探索“著作权侵权不停止制度”在 NFT 侵权责任承担中的适用。在知识产权领域，“侵权不停止”最早出现在美国司法判例中，其实质属于对权利人行使权利的一种限制，系关于知识产权保护的例外规定和利益平衡的有效手段。这种平衡机制不仅对知识产权人专有权给予保护，而且应当保护其他私权利、公共利益以及公平竞争等。^{〔20〕}也就是说，通过适当限定知识产权人的专有权利，调整知识产权人与公众、利益关系人的关系，合理兼顾各方利益，使之处于利益平衡状态，以彰显立法的灵活性和司法的能动性和智慧性。^{〔21〕}侵权不停止制度主要适用于对私人与公共利益、私人与私人利益平衡之情形。“侵权不停止”制度在我国最早出现在司法政策中。2009 年《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第 15 条指出，如果停止有关行为会造成当事人之间的重大利益失衡，或者有悖社会公共利益，或者实际上无法执行，可以根据案件具体情况进行利益衡量，不判决停止行为，而采取更充分的赔偿或经济补偿等替代性措施了断纠纷。之后，2016 年颁布的《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》第 26 条规定：“被告构成对专利权的侵犯，权利人请求判令其停止侵权行为的，人民法院应予支持，但基于国家利益、公共利益的考量，人民法院可以不判令被告停止被诉行为，而判令其支付相应的合理费用。”这是我国知识产权立法首次对这一制度作出规定。虽然我国《著作权法》及相关司法解释并没有明确规定侵权不停止制度，但其现已成为立法和司法的新趋势，尤其是被不断适用在著作权侵权案件中。比如“大头儿子”著作权纠纷案、^{〔22〕}中国音乐著作权协会与长安影视公司等著作权侵权纠纷案、^{〔23〕}正东公司与东上海分公司等著作权侵权纠纷案^{〔24〕}等。可见，“著

〔20〕 参见田小军、刘洋：《“侵权不停止”在知识产权案件中的适用问题》，载《中国版权》2016 年第 6 期。

〔21〕 参见徐清云、张波：《著作权侵权不停止的利益平衡理论》，载《四川职业技术学院学报》2018 年第 4 期。

〔22〕 参见杭州市中级人民法院（2015）浙杭知终字第 356 号民事判决书。

〔23〕 参见北京市第一中级人民法院（2003）一中民初字第 2336 号民事判决书。

〔24〕 参见北京市朝阳区人民法院（2012）朝民初字第 12869 号民事判决书。

“著作权侵权不停止”可以适用于著作权侵权纠纷中已经成为一种共识。正如有学者所言,《著作权法》第53条中的“应当根据情况”可理解为法律不要求停止侵害责任一律适用,即法院可以根据个案的具体情况自由裁量做出判决,通过以赔偿方式替代侵权责任的司法指导意见同样适用。^{〔25〕}

笔者认为,作品的价值在于传播,著作权本身具有一定的社会公共属性。从这一角度上讲,“著作权侵权不停止制度”既符合我国著作权法所提倡的促进科学和文化事业发展与繁荣的根本目的,亦符合著作权法的基本原理。在 NFT 数字作品著作权侵权纠纷中,一方面因 NFT 采用了区块链技术来保障交易,实际上无法真正完全执行“停止侵权”之责任承担;另一方面,NFT 交易是通过智能合约执行的,整个交易次数无法人为控制,因此一旦停止侵权往往会涉及多个善意交易主体的合法利益,既不利于整个 NFT 商业模式的发展,也会动摇 NFT 交易中的整个信任机制。同时,NFT 交易模式下的著作权侵权大多数针对侵害著作财产权,这也为用经济补偿(类似于支付许可使用费)替代停止侵权提供了可能。因此,在 NFT 数字作品著作权侵权纠纷处理中,为了调整著作权人、NFT 数字作品交易相对人与社会公众的利益关系,使之处于利益相对平衡状态,可用更充分的赔偿或经济补偿来替代“停止侵权”之责任承担,在充分保障著作权人合法权益的基础上,实现 NFT 交易主体之间的利益平衡,从而推动 NFT 交易这种新型商业模式有序健康发展。

Abstract: In recent years, NFT transaction, as a new business model, has developed rapidly, and it also brings challenges to the current legal order and produces a series of new problems. It is also urgent to regulate the NFT market, clarify the boundary of responsibility of relevant subjects, protect the legitimate rights and interests of all parties according to law, so as to guide the healthy and orderly development of the NFT market. It is necessary to analyze and study new legal issues such as the nature of behavior under the NFT mode, the boundary of liability of NFT trading platform, whether the exhaustion of rights principle applies to digital works, and the way of bearing tort liability, based from the copyright issues reflected in judicial cases. NFT digital works trading is not the distribution of copyright law, and should be included in the control of information network transmission rights. NFT trading platform is a new type of network service provider. Considering the legal attributes of NFT trading mode, technical characteristics, platform control ability, profit mode and other factors, it should assume a high duty of care. The mode of NFT tort liability shall be reasonably determined based on the characteristics of blockchain technology.

Key Words: NFT, information network dissemination, platform responsibility, infringement does not stop

(责任编辑:张金平 赵建蕊)

〔25〕 参见前引〔21〕,徐清云、张波文。

著作权合理使用算法化：必要、可能与限度

邵红红^{*}

内容提要：算法通知和算法过滤不当侵蚀了社会公众的合理使用空间，导致著作权人、平台和社会公众之间出现严重的利益失衡。合理使用算法化能够促进三者之间达成新的利益平衡，填补合理使用制度适用的效率缺口，推动算法过滤义务在我国的确立，因而具有引入的必要性。合理使用算法化主要面临技术和法律两个层面的质疑，但这些质疑都不足以成为拒绝合理使用算法化的理由。合理使用算法化的实现需要从技术和法律两个层面进行部署，在技术层面需采取有监督学习的路径，在法律层面涉及与我国现行著作权法律制度的协调。合理使用算法化作为现有合理使用制度适用方式的补充，在适用范围上具有一定的限度，需从功能定位和外部监管两个维度予以限定。

关键词：著作权合理使用 法律算法化 机器学习 算法审查

• 755 •

一、引言

算法和法律在技术表征上具有产生机制、功能效用和表达方式上的类似性。^{〔1〕}当法律运行和社会实践存在效率冲突时，可基于法律算法化的探索提高法律运行效率。以 ChatGPT 为代表的生成式人工智能横空出世代表了大数据、大算力和强算法所能达到的新高度，^{〔2〕}不仅凸显了算法技术颠覆产业格局、塑造社会秩序的强大力量，也为法律算法化的深度推进提供了新前景。^{〔3〕}

^{*} 邵红红，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见蒋超：《法律算法化的可能与限度》，载《现代法学》2022年第2期；齐延平：《数智化社会的法律调控》，载《中国法学》2022年第1期。

〔2〕 参见朱涵、彭茜、黄堃：《三问 ChatGPT 如何影响人工智能的未来》，载 <http://www.xinhuanet.com/info/20230221/871ab32ed07f41a3821481d1b09b1f2/c.html>，最后访问时间：2023年5月29日。

〔3〕 例如有学者开始利用 ChatGPT 回答合理使用的判断问题。See Treasa Bane, *How Does ChatGPT Answer Fair Use Questions*, available at <https://library.wustl.edu/news/how-does-chatgpt-answer-fair-use-questions/>, last visited on May 29, 2023.

目前,著作权合理使用制度的适用遵循“事后判断”和“个案分析”的基本逻辑,与算法通知和算法过滤的实践之间存在“效率的鸿沟”:算法通知和算法过滤是权利人和平台针对网络空间内海量侵权内容作出的应变之举,彰显出数字时代提高著作权侵权处置效率的更高要求;而合理使用的认定严重依赖专业人员在事后作出个案决断,代表了产生于工业社会的著作权侵权处置的低效率模式。^{〔4〕}二者间的“效率鸿沟”导致了著作权人和社会公众之间的“双输”局面:一方面,算法通知和算法过滤的滥用使社会公众的合理使用空间面临被不当限缩的威胁;^{〔5〕}另一方面,“不当侵害公众表达自由”的质疑也让过滤义务在立法层面的推进困难重重,^{〔6〕}著作权人利益保护不足。同时,夹在著作权人和社会公众之间的互联网平台也因此进退两难:在“流量为王”的时代,流量的本质即用户,算法通知、算法过滤不考虑合理使用,不利于提升用户体验、保持用户黏性,使得平台难以信任此类措施;但若平台不采取算法过滤,则可能陷入与著作权人的频繁诉讼纠纷,著作权人将不断通过司法诉讼推动平台实施算法过滤。^{〔7〕}

破解著作权人和社会公众的“双输”局面、弥合著作权算法实施与合理使用个案判断之间的“效率鸿沟”需要在效率层面对合理使用制度的适用模式作出改革。这就意味着合理使用制度不应继续满足于低效的、事后的个案分析机制,而要转向高效的、事前的批量判断机制,合理使用制度的算法化实施为这一改革方案的落实提供了思路。“合理使用算法化”是指通过算法机制执行合理使用制度,在著作权算法实施的背景下高效地实现合理使用判断,保障社会公众的合理使用空间。目前国内学界对这一问题的研究尚且处于起步期,^{〔8〕}且也有观点对合理使用算法化持怀疑态度。^{〔9〕}鉴于此,本文在合理使用算法化必要性论证的基础上,从技术和法律两个层面分别探讨实现合理使用算法化的方案,并分析其限度所在。

二、著作权合理使用算法化的必要性论证

算法通知和算法过滤使网络空间下社会公众的合理使用空间面临被侵蚀的风险,合理使用算法化是合理使用制度适用方式改革的未来方向。具体而言,合理使用算法化的必要性可从三个方面论证:一是从利益平衡角度,合理使用算法化是在著作权法规则算法实施背景下保障公众表达自由的有效措施;二是从效率角度,相较于现有的“事后个案分析”模式,合理使用算法化的“事前批量判断”特征更能满足著作权算法实施的效率要求;三是从实践应用角度,合理使用算法化有助于回应“过滤机制可能侵害社会公众表达自由”的质疑,为过滤义务在我国著作权立法层面的确立提供支撑。

〔4〕 参见吴伟光:《互联网时代催生知识产权制度变革》,载《中国新闻出版广电报》2020年7月2日,第5版。

〔5〕 参见万勇:《人工智能时代的版权法通知—移除制度》,载《中外法学》2019年第5期。

〔6〕 参见《国家版权局:不能要求网站承担著作权审查义务》,载 http://www.chinadaily.com.cn/dfpd/shizheng/2012-04/26/content_15145770.htm,最后访问时间:2023年5月29日。

〔7〕 著作权人推动互联网平台采取版权过滤措施的案例参见“《斗罗大陆》诉前禁令案”,重庆市第一中级人民法院(2021)渝01行保1号民事裁定书;“《扫黑风暴》诉中禁令案”,北京知识产权法院(2021)京73民初1016号民事裁定书。

〔8〕 参见华勃:《自动版权执法下算法合理使用的必要性及推进》,载《知识产权》2021年第4期。

〔9〕 例如有观点认为在现有技术和法律背景下,几乎不可能利用技术过滤系统识别出合理使用行为。参见崔国斌:《网络版权内容过滤措施的言论保护审查》,载《中外法学》2021年第2期。

（一）利益平衡：著作权算法实施下的公众表达自由保护

合理使用制度是协调著作权保护与公众表达自由之间冲突的重要手段，即通过特定制度的安排为社会公众利用他人相同的知识信息进行自由表达留下一定的空间。^{〔10〕}然而，算法通知和算法过滤的实践实际上使网络空间下的合理使用制度遭遇困境。首先，权利人通过算法批量发送的通知往往并不包括对合理使用情形的考量，存在大量被标记为侵权而实际上构成合理使用的错误通知。^{〔11〕}其次，对于平台而言，海量的算法通知让逐一的内容审查变得不切实际，为免于承担不及时删除的法律责任，最为稳妥的方法是对权利人的所有通知照单全收，以算法方式对内容进行批量删除，这同样缺乏对用户合理使用的考量。最后，相比于接到通知后利用算法统一删除，部分平台在侵权治理方面走得更远，利用算法过滤机制在事前阶段对侵权内容进行过滤，构成合理使用的用户上传内容也可能被识别为侵权内容，平台实际上成为言论自由的全球仲裁者。^{〔12〕}

以算法通知和算法过滤为代表的著作权算法实施塑造了“著作权人—平台”的二元格局，著作权人和平台都借助算法提高了著作权保护的效率、强化了对侵权内容的检测和处理能力，社会公众在这一格局中的事实缺位使得合理使用制度的适用空间大幅萎缩。算法通知和算法过滤给社会公众表达自由带来的影响具有广泛性和普遍性，这也就决定了针对该二元格局的外部纠偏措施将收效甚微，仅寄希望于单个用户通过反通知程序纠正错误过滤是不切实际的，^{〔13〕}因为算法自动处理和人工主动反馈并非处于同一效率维度，社会公众实际上并没有获得足以与平台和权利人相抗衡的地位。^{〔14〕}技术问题还需从技术层面寻找答案，在算法时代著作权人、平台和社会公众之间利益平衡的实现需要利用算法为社会公众赋能。合理使用算法化能够在著作权算法实施的背景下为合理使用提供一个出口，重新找到著作权人、平台和社会公众之间的利益平衡。

（二）效率需求：从“事后个案分析”到“事前批量判断”

与“先授权后使用”的著作权许可机制相比，社会公众对作品的合理使用并不要求事先获得权利人的许可，也无需支付相应的许可费。合理使用制度作为被告的侵权抗辩事由往往在事后的诉讼阶段才发挥作用，这种“事后个案分析”的模式反映出对个案决断的高度依赖，与著作权算法实施的高效性相比，具有效率低下的局限性。首先，“事后个案分析”的救济范围极其有限。相较于算法通知与算法过滤的普遍实践而言，社会公众通过诉讼方式对不当处理结果提出挑战的概率显然更低。在短视频平台内上传视频的用户并非只有营利动机，而是包含了分享、记录、娱乐等多种原始动机，这也就意味着用户在其内容被屏蔽时并没有进一步挑战过滤结果的主观积极性。^{〔15〕}而司法程序的启动又有赖于当事人主动提起诉讼，因此，只有相当少的错误算法决策会进入司法诉讼阶段得到纠正。其次，即使所有的合理使用判断问题都可以在诉讼阶段处理，“事后个案分析”与著作权算法实施之间仍存在效率鸿沟，救济效果不佳。司法诉讼尤其是涉及非典

〔10〕 参见吴汉东：《知识产权领域的表达自由：保护与规制》，载《现代法学》2016年第3期。

〔11〕 参见何炼红：《论算法时代网络著作权侵权中的通知规则》，载《法商研究》2021年第4期。

〔12〕 See Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, 19 Stanford Technology Law Review 473, 488 (2016).

〔13〕 参见李安：《智能时代版权“避风港”规则的危机与变革》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2021年第3期。

〔14〕 参见黄炜杰：《“屏蔽或变现”：一种著作权的再配置机制》，载《知识产权》2019年第1期。

〔15〕 参见刘文杰：《“通知—移除”抑或“通知—拦截”：算法时代的选择》，载《新闻与传播研究》2020年第12期。

型作品利用行为的诉讼往往审判周期较长,且裁判结果只具有个案效应,难以辐射所有的用户行为,通过司法诉讼纠偏的效果有限。可能有观点认为,可以通过司法裁判发挥规则引领和价值导向作用,让平台自觉采取更有效的合理使用保障措施,但无论平台如何整改,在合理使用嵌入算法机制实现“事前批量判断”前,对合理使用错误结果的救济与著作权算法实施都不在同一个效率维度,合理使用制度难逃式微命运。^[16]

为了弥补合理使用制度“事后个案分析”的低效性与著作权算法实施的高效性之间的鸿沟,通过合理使用算法化实现“事前批量判断”成为一个可以选择的方向。合理使用算法化能够在司法诉讼的事后救济之外为社会公众提供一种更为基础、广泛、便捷的保障机制,克服现有救济手段的局限性:首先,从救济方式来看,与司法诉讼的被动性相比,合理使用算法化是一种对用户合理使用的积极保障;其次,从救济范围来看,与司法诉讼只能使部分用户受益相比,合理使用算法化能够涵盖所有相关用户;最后,从救济效率来看,与司法诉讼的低效性相比,合理使用算法化能够为所有社会公众提供自动的、实时的合理使用保障,将社会公众和平台、著作权人置于同一效率维度之下,切实提高了对社会公众的救济效率。

(三) 实践应用:为引入算法过滤义务提供支撑依据

自2007年Youtube引入Content ID系统以来,算法过滤机制受到来自国内外的高度关注,欧盟和美国的域外立法已采取了相应改革措施或呈现出改革趋势。^[17]我国理论界对算法过滤义务已经有了诸多讨论,实践中各大平台也开始建立类似Content ID的系统。^[18]但从司法实践来看,平台的算法过滤机制并未达到保护著作权的预期效果,平台对于引入算法过滤机制并无主观激励。^[19]这是因为,从平台的角度而言,一方面要回应著作权人的利益保护诉求,以免陷入频繁、长久的诉讼纠缠;另一方面,要顾及用户体验,维持平台的用户黏性。算法过滤机制在保护著作权人利益的同时也会“误伤”正当使用,损害用户体验,在利益权衡之下,平台不愿主动采取算法过滤机制。这也说明过滤义务的确立难以通过市场调节实现自发供给,需要从法律制度角度进行义务的分配。^[20]但过滤义务目前还尚未在真正意义上进入我国立法者的视野,除却成本分担、配套机制建设等问题外,最主要的反对理由是过滤机制无法识别合理使用,容易引发对社会公众表达自由的不当侵害。^[21]

合理使用算法化是针对此问题的直接解决方案,不仅有助于提升平台采取算法过滤机制的积极性,同时也为过滤义务在立法层面的确立提供了支撑。或许有观点会认为,对这个问题的解决

[16] See Niva Elkin-Koren, *Fair Use by Design*, 64 UCLA Law Review 1082, 1085 (2017).

[17] 参见2019年《欧盟数字化单一市场著作权指令》第17条第4款(b)(c)项和第17条第5款、第6款;U.S. Copyright Office, Library of Congress, *Section 512 Study: Request for Additional Comments*, available at <https://www.federalregister.gov/documents/2016/11/08/2016-26904/section-512-study-request-for-additional-comments>, last visited on May 29, 2023.

[18] 参见《短视频版权保护研讨会在京召开 各平台用科技手段打击侵权行为》,载 <http://media.people.com.cn/n1/2018/1128/c14677-30430557.html>, 最后访问时间:2023年5月29日。

[19] 参见重庆市第一中级人民法院(2021)渝01行保1号民事裁定书;北京知识产权法院(2021)京73民初1016号民事裁定书。

[20] 参见崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,载《中国法学》2017年第2期。

[21] 参见北京互联网法院课题组:《短视频著作权司法保护研究》,载《知识产权》2023年第3期。

无需“舍近求远”，只要降低过滤机制的标准就可以很好地解决对社会公众表达自由的威胁，以较高的“漏报率”换取较低的“错报率”，或者强化已有的用户申诉机制和人工复查机制也足以应对。但这种方案难免“顾此失彼”，因为算法过滤机制的引入是为了实现权利人和社会公众之间的利益平衡，而非在顾全权利人利益和保障社会公众表达自由之间“二选一”。所以，对算法过滤机制的改革也需要围绕这一目标来进行，致力于提升整个制度适用的精准度。若将算法过滤机制理解为给用户生成内容竖起了一堵高墙，合理使用算法化的机制相当于为社会公众提供了一个出口。即使用户上传内容在与权利人作品数据库对比后被标记为侵权内容，也可能因为通过合理使用的算法检测而免于被采取“屏蔽”或“变现”等措施。此外，相比于羸弱的用户申诉机制和专业水平难以保障的人工审查机制而言，从大量已有案例中建立起来的合理使用算法判断机制在大多数时候可能表现得更为专业。

三、对著作权合理使用算法化质疑观点的回应

尽管在算法通知和算法过滤背景下合理使用算法化是保障社会公众合理使用空间的重要途径，但学界对这一方式仍有诸多质疑，主要包括两个方面：一是技术层面的质疑，认为合理使用制度无法算法化；二是法律层面的质疑，认为合理使用不具有可预测性。此部分将对质疑观点逐一回应，从技术、法律两个维度为合理使用算法化的可行性提供支撑。

（一）技术层面的质疑：著作权合理使用制度无法算法化

在合理使用算法化的过程中，最为核心的问题是如何用代码呈现法律文本之意旨，持否定观点的学者认为，无论技术如何发展，算法都不可能识别哪些作品构成合理使用。^{〔22〕}对此质疑观点可以从技术发展实践、合理使用算法化的基本理念阐释两个方面进行回应。

1. 技术实践：从“清单式合理使用”到“开放式合理使用”

顺着互联网技术发展的脉络往前追溯，就可以发现合理使用算法化的探索早已埋下伏笔。在20世纪90年代技术保护措施和权利管理信息兴起时，能否在数字权利管理系统的设计过程中为合理使用留下空间，也成为学界所关心的问题，当时主要的反对理由是在技术层面难以实现合理使用算法化。^{〔23〕}这种质疑在当时的技术背景下确有基础。学者提出的解决方案大致分为三种：第一种方案是将合理使用直接嵌入产品，简单的机制例如设计配套硬件设施，购买此配套硬件设施的用户可以获取内容并自由使用，^{〔24〕}复杂的机制例如由著作权人提供一个合理使用的行为清单，用户可以在此清单范围内自由使用。^{〔25〕}第二种方案建议引入人工决策，判断主体为权利人

〔22〕 See Mark A. Lemley, *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 Journal on Telecommunications & High Technology Law 101, 110-111 (2007).

〔23〕 See John S. Erickson, *Fair Use, DRM, and Trusted Computing*, 46 Communications of the ACM 34, 34-39 (2003); Edward W. Felten, *A Skeptical View of DRM and Fair Use*, 46 Communications of the ACM 57, 57-59 (2003).

〔24〕 例如CSS授权机制，用户需要同时购买DVD和配套的DVD播放器，用户通过该播放器则可以获得受著作权保护的内容。See *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

〔25〕 例如XrML (Extensible Right Markup Language) 机制，由权利人确定内容使用的权限和条件，用户可以在限定范围内访问和使用作品。See Timothy K. Armstrong, *Digital Rights Management and the Process of Fair Use*, 20 Harvard Journal of Law & Technology 49, 71 (2006).

或者第三方机构,用户需要就特定使用行为提出申请,在获得许可后方可使用。^[26]这两种方案各有利弊:第一种方案可以让用户在无需获得许可的情形下使用,缺陷是所提供的合理使用行为类型较少、不够灵活;第二种方案的灵活性相对较高,但在效率方面表现不佳,并且存在判断主体中立性、权威性问题,例如权利人可能不愿意许可讽刺类等对自身不利的合理使用情形。因此,结合前两种方案优势的“算法+人工”的第三种混合路径被提出。^[27]混合路径虽然是一种较好的思路,但囿于当时的技术发展情况,能够为公众所提供的合理使用空间极其有限并且严重依赖人工判断,与合理使用算法化的初衷相去甚远,故而也未能在实践中得到进一步落实。不难发现,数字权利管理系统阶段的合理使用算法化技术方案可以被归纳为“清单式合理使用”,仅包含有限的合理使用行为类型,具有僵化性和封闭性且效率低下,未能为网络空间下的合理使用保障提供充分的技术支撑。

相比于二十多年前的技术条件,当下技术已经在理论和实践方面取得了相当大的进展,使得“清单式合理使用”具有转向“开放式合理使用”的可能。在理论研究方面,随着云计算、大数据时代的来临,训练数据的大幅增加降低了过拟合风险,计算能力的大幅提高缓解了训练低效性,促进机器学习向纵深发展,以“深度学习”为代表的复杂模型开始进入研究者的视野。^[28]具体到合理使用算法化的语境下,机器学习技术的发展能够很好地克服过去“清单式合理使用”的封闭性、僵化性弊端,具有更强的开放性、灵活性:与过去需要编程人员事先将法律规则翻译为算法规则相比,机器学习可以从已有的案例中提取规则,算法模型可以在训练数据的反馈中不断调整优化,不仅可以对每一类型合理使用的判断规则进行细化,还可以对现有合理使用判断的类型予以扩充,能够在更为广泛的程度上保障合理使用的实现。此外,通过不断优化合理使用算法化的适用范围,“算法判断”与“人工决策”的各自分工亦能够得到相应的优化,降低对人工决策机制的严重依赖,有助于在“算法+人工”的基本框架下找到算法与人工的最佳分工机制。

2. 基本理念:“更好的算法”而非“完美的算法”

质疑观点认为,即使技术已经取得了进展,但仍不成熟,需要等到技术完全成熟时才能推进合理使用算法化的实践。对于该观点的回应,需要厘清的是我们对合理使用算法化的期望是什么,即是追求一种“完美的算法”还是一种“更好的算法”。对这个问题的不同回答决定了对合理使用算法化的态度。如果我们追求的是一种“完美的算法”,希望它像“法律之神”一样思考,^[29]那么我们很可能会拒绝合理使用算法化的尝试,因为法律文本和算法代码之间总是存在一定的距离,无论技术如何更迭,总是存在未达理想状态的过渡阶段。^[30]

在著作权算法实施的背景下,合理使用算法化的必要性已然凸显,若此时仍坚持追求合理使用算法化的完美无缺、拒绝合理使用算法化的尝试,只能在著作权保护和社会公众表达自由保障

[26] 参见前引[25], Timothy K. Armstrong 文,第74-78页。

[27] See Dan L. Burk & Julie E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, 15 Harvard Journal of Law & Technology 41, 65-70 (2001).

[28] 参见周志华:《机器学习》,清华大学出版社2016年版,第113页。

[29] 参见杨延超:《机器人法:构建人类未来新秩序》,法律出版社2019年版,第2-3页。

[30] See Peter K. Yu, *Artificial Intelligence, the Law-Machine Interface, and Fair Use Automation*, 72 Alabama Law Review 187 (2020).

之间进退失据，纠结于算法过滤机制的“误伤性”危害而止步不前。因此，更为合理的选择是根据技术状况适时推进合理使用算法化的实践，^{〔31〕} 向着“更好的算法”前进。理由在于：技术总是处于动态更迭之中，“既不可能到达完美无缺的效果，也不会一直停留在一个阶段，数据基础、计算能力、法律知识的引入及算法框架的改进，决定了它的进化速度及什么时候能够达到可用的阈值”^{〔32〕}。合理使用算法化的实现同时关涉技术发展和法律适用，我们需要将目光往返于技术与法律之间，一方面审视技术的发展能否实现合理使用算法化，另一方面要不断提升法律知识表达的精准化程度和体系化程度，^{〔33〕} 以逐渐缩小代码实施和法律实施之间的差距，增强算法模型和法律文本之间的适配性。

（二）法律层面的质疑：著作权合理使用具有不可预测性

除了在技术层面面临质疑，合理使用算法化还受到了来自法律制度层面的质疑，认为合理使用制度不具备可预测性。

1. 合理使用的“标准”与“规则”之争

寻求法律文本与代码之间精准翻译的前提是待翻译的法律文本足够清晰明了，批评者主张合理使用制度并非外延清晰明确的法律规则，而是一种灵活的法律标准，^{〔34〕} 即使选择了某种固定的代码翻译模式，也可能会带来合理使用制度的僵化适用问题。^{〔35〕}

诚然，合理使用内涵具有一定的不确定性，这种不确定性在未来也很可能并不会消失，但不确定法律概念的存在并不妨碍对标准的“规则化”探索，^{〔36〕} 开放性并不能成为拒绝将合理使用判断机制嵌入算法的理由。本质而言，算法和法律都追求“有限、确定和有效”^{〔37〕}。标准与规则之间并非泾渭分明的二元关系，而是存在一个连续过渡的谱系。^{〔38〕} 一方面，规则具有灵活性特征，即使看似清晰明了的规则，在实践中也可能出现模棱两可的情形，需要进行经验性判断。例如对于超速开罚单的情形，执法人员在作出决策时需要在法律文本之外考虑诸多因素，例如地形、天气、司机实际状态等，以确定是否要开出罚单。^{〔39〕} 另一方面，法律标准同样存在规则化的一面，决策的作出并非完全无迹可寻。司法实践对法律标准进行规则化的做法并不罕见，例如对于“独创性”这一抽象标准，国内外司法实践长久以来都致力于探索一个相对明确、更具指引性的规则，“抖音诉伙拍案”^{〔40〕} 中的“一点火花标准”、^{〔41〕} 美国 Feist 案中对“额头流汗标准”的拒绝^{〔42〕}

• 761 •

〔31〕 参见前引〔8〕，华劼文。

〔32〕 刘知远、崔安顺等编著：《大数据智能：数据驱动的自然语言处理技术》，电子工业出版社2020年版，第294页。

〔33〕 参见郑戈：《算法的法律与法律的算法》，载《中国法律评论》2018年第2期。

〔34〕 See Dan L. Burk, *Algorithmic Fair Use*, 86 The University of Chicago Law Review 283, 287 (2019).

〔35〕 参见前引〔16〕，Niva Elkin-Koren文，第1096页。

〔36〕 See Niva Elkin-Koren & Orit Fischman-Afori, *Rulifying Fair Use*, 59 Arizona Law Review 161 (2017).

〔37〕 蒋舸：《作为算法的法律》，载《清华法学》2019年第1期，第65页。

〔38〕 参见前引〔36〕，Niva Elkin-Koren、Orit Fischman-Afori文，第161-200页。

〔39〕 See Lisa Shay, Woodrow Hartzog, John Nelson & Gregory Conti, *Do Robots Dream of Electric Laws? An Experiment in the Law as Algorithm*, available at http://www.rumint.org/gregconti/publications/201303_AlgoLaw.pdf, last visited on May 29, 2023.

〔40〕 北京互联网法院（2018）京0491民初1号民事判决书。

〔41〕 参见张雯、朱阁：《侵害短视频著作权案件的审理思路 and 主要问题——以“抖音短视频”诉“伙拍小视频”侵害作品信息网络传播权纠纷一案为例》，载《法律适用》2019年第6期。

〔42〕 See Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. 499 U.S. 340 (1991).

都在某种程度上以规则化的方式明确了“独创性”的认定标准。^{〔43〕}因此,在规则与标准的连续谱系之间,任何制度都兼具确定性和灵活性特征,问题的本质不在于合理使用制度能否算法化,而是要在多大程度上算法化以及如何算法化。

2. 合理使用判断结果的可预测性分析

批评观点还认为,合理使用制度的灵活性决定了其高度依赖事后的个案决断、不具备可预测性。对于合理使用的可预测性问题,学界的探索经历了三个阶段。第一个阶段是“合理使用结果分析”。美国学者巴顿·毕比(Barton Beebe)对1978~2005年之间的合理使用案例展开了实证研究,分析了影响裁判结果的决定性因素、法院对于四要素的理解与应用等内容,揭开了合理使用抗辩在诉讼中获得支持的概率。^{〔44〕}之后,学者帕梅拉·塞缪尔森(Pamela Samuelson)进一步从合理使用案例中提取普遍模式,并提出合理使用制度具有连贯性和个案结果的可预测性。^{〔45〕}第二个阶段是“合理使用结果预测”。学者马修·塞格(Matthew Sag)通过将合理使用制度的四要素拆解为一系列可测量的指标,通过回归模型得出合理使用的总体预测概率。^{〔46〕}学者尼尔·温斯托克·内塔尼亚尔(Neil Weinstock Netanel)从历史考察的角度,分析了合理使用判断从“以市场为核心的范式”转变为“转换性使用范式”,并提出在“转换性使用范式”下合理使用的判断具有更强的可预测性。^{〔47〕}第三个阶段是“合理使用算法预测”。云计算、大数据、大规模预测训练模型等技术的发展使得基于所有现有案例样本的分析变为可能,学者开始讨论建立合理使用算法判断机制的可能性,对此将在第四部分详述。

• 762 •

在我国的法律实践中,也存在提高法律适用结果可预测性的司法探索。例如,案例指导制度、类案检索机制建设就是实现同案同判、提升法律适用可预测性的重要举措,亦可用于提高合理使用制度适用的可预测性,虽然类案检索机制的建设仍然存在一定的困境,需要解决“简案供过于求与繁案供不应求”^{〔48〕}的尴尬境地,但这些问题在合理使用算法化的情景下可以被弱化。理由在于:合理使用的算法判断机制是用于预测构成合理使用的可能性高低,而非代替司法决策,^{〔49〕}它是一种繁简分流的举措,将简单的、有足够样本数据的合理使用类型交给算法进行判断,对于新类型的或者案例数据样本较少的合理使用类型则交给司法实践来进行评判。通过以上梳理可知,合理使用制度虽然具有一定的灵活性,但并非毫无规律可言,在看似千变万化的个案决策背后仍然存在着一定的共性规律,使得合理使用判断具备一定的可预测性。

四、著作权合理使用算法化的实现

著作权合理使用算法化的可能性讨论不仅要回应质疑观点,还需结合技术发展实践和法律制

〔43〕 参见前引〔36〕, Niva Elkin-Koren、Orit Fischman-Afori 文, 第169-170页。

〔44〕 See Barton Beebe, *An Empirical Study of U. S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 *University of Pennsylvania Law Review* 549 (2008).

〔45〕 See Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordham Law Review* 2537 (2009).

〔46〕 See Matthew Sag, *Predicting Fair Use*, 73 *Ohio State Law Journal* 47 (2012).

〔47〕 See Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 *Lewis & Clark Law Review* 715 (2011).

〔48〕 孙海波:《类案检索在何种意义上有助于同案同判?》,载《清华法学》2021年第1期,第84页。

〔49〕 参见前引〔16〕, Niva Elkin-Koren 文, 第1099页。

度环境探讨具体的落实方案。在技术维度，需要根据实施效果和监管需求选择恰当的技术路径；在法律维度，涉及与我国现有著作权法律制度的协调。

（一）著作权合理使用算法化的技术路径

1. 可选择的技术路径

对于合理使用算法化的具体路径，学界已经做出了有益的探索。归纳起来，大致包括机器翻译和机器学习两种路径，而在机器学习中又可细分为有监督学习、无监督学习和半监督学习三种类型。其中，机器翻译路径是指法律标准翻译为代码语言；^{〔50〕}机器学习路径是用算法分析现有案例，提取决策模型用于未来个案预测；^{〔51〕}机器学习路径中有监督学习和无监督学习的区别则在于前者使用标记数据进行训练，后者则使用未标记数据训练，半监督学习路径结合了有监督学习和无监督学习的特点，使用大量未标记和少量标记的数据进行训练。^{〔52〕}

这几种路径各有利弊。机器翻译路径具有可解释性较强的优点，但从法律文本到代码语言的翻译效果不佳。将法律文本翻译为代码语言涉及两个阶段：一是解译源语言文本的文意；二是使用目标语言的文法将源语言文本进行重新编译，并转换为目标语言表述。^{〔53〕}无论是解译法律文本，还是用代码语言对法律文本进行重新编译，都严重依赖编程人员对代码技术的理解，合理使用制度面临“失真”的问题。机器学习路径具有更强的开放性和灵活性，但存在可解释性问题。机器学习模型的复杂度与模型的准确度相关联，但是与模型的可解释性相对立，结构越复杂的模型往往在未知样本上的准确度越高，但同时由于复杂模型的参数量大、工作机制复杂、透明性低，在可解释性方面就表现得越差。^{〔54〕}

合理使用算法化的路径选择是一个权衡的过程。若开发者重视决策过程的可解释性，那么就会青睐机器翻译路径；若开发者追求得出与人类决策更近似的算法决策结果，则可能选择有监督学习路径；若要追求更强的、面向未来的开放性和灵活性，则更可能将无监督学习路径作为努力的方向；若要寻求成本和效率的两全，则会尝试在半监督学习路径之下整合有监督学习和无监督学习的优点。

综合而言，有监督学习路径在当下是更可取的选择，理由在于，从合理使用算法化的实施效果来看，有监督学习路径从现有案例中找寻规律，不必受到机器翻译规则的约束，同时可以动态调整，相比翻译路径具有更强的灵活性，能够更好地实现合理使用算法化的目的。从合理使用算法机制的监管而言，无监督学习路径则更强调算法自主实现聚类（clustering），很可能挖掘出很多不应被考虑进去的“无关特征”，^{〔55〕}有监督学习路径以人类合理使用判断决策为参照，在算法的调整与监管上具有更强的方向性和目的性。利用有监督学习促进司法体制改革在我国已有相关实践，例如，在智慧法院的建设背景下，代号“206”的上海刑事案件智能辅助办案系统的建设，

• 763 •

〔50〕 参见前引〔30〕，Peter K. Yu文，第206-214页。

〔51〕 参见吴汉东：《著作权合理使用制度研究》（第4版），中国人民大学出版社2020年版，第256-257页。

〔52〕 参见武红鑫、韩萌、陈志强等：《监督和半监督学习下的多标签分类综述》，载《计算机科学》2022年第8期。

〔53〕 参见前引〔32〕，刘知远、崔安顺等编著书，第111页。

〔54〕 参见纪守领、李进锋、杜天宇、李博：《机器学习模型可解释性方法、应用与安全研究综述》，载《计算机研究与发展》2019年第10期。

〔55〕 参见前引〔28〕，周志华书，第247页。

即利用了有监督学习的方式。^{〔56〕}

2. 基于有监督学习的合理使用算法判断机制

通过有监督学习路径实现合理使用算法化需在以下两个方面予以细化：

一是合理使用算法模型的选择。最优算法模型需要根据待解决的任务进行合理选择。有监督学习的两个主要任务是分类和回归，其中分类用于离散值预测，回归用于连续值预测。^{〔57〕}在合理使用情景中，若最终目的是得出某种待判断情形是否构成合理使用，则会用到分类任务，若最终目的是得出某种待判断情形构成合理使用的可能性是多大，则会用到回归任务。在实际应用中，合理使用算法化所追求之目的为预测某种行为有多大可能构成合理使用，进而决定是否采取侵权处置措施，而非如司法判决般做出是否构成合理使用的二元判断，因此适用回归任务更为合适。在确定适用回归任务后，需要进一步找出影响合理使用判断的多个因素。前文关于合理使用可预测性实证研究的分析中，学者即找出了影响合理使用判断的多个因素，可以借助这些影响因素构建起一个包含这些因素的简单模型，然后通过训练数据来挖掘出影响合理使用判断的不同因素之间的权重关系。

二是合理使用数据的收集。优质、充足的数据样本是训练算法模型的基础，因此数据的质量和数量至关重要。从质量角度而言，训练数据决定着算法训练的优劣，在计算机科学行业素有“垃圾进，垃圾出”（garbage in, garbage out）的说法。若训练数据中包含偏见或是对法律的错误适用，那么这种偏见将会被嵌入算法模型，作出带有偏见的算法决策。从数量角度而言，机器学习需要“喂养”大量数据，用于训练、验证、测试等不同阶段，若缺乏足够的训练数据，则难以训练出泛化能力较强的算法模型。

在合理使用的情形下，可将已有的合理使用司法案例作为基础，结合权利人的作品信息搭建合理使用判断数据库，裁判文书上网公开的实践也有助于推动此项工作的开展。可能有质疑观点认为，现有司法实践的案例并非都是对合理使用制度正确适用的结果，同案不同判的现象仍然存在，部分司法裁判甚至引发学界激烈争论，难以提供优质的数据样本。这种情形在本文所讨论的语境下可以得到解决。首先，复杂的、争议较大的合理使用判断类型并非算法判断的对象，可以交由算法判断的一般为较为简单、明确的类型，训练数据应为明确统一的数据，而非争议性数据。其次，为了实现训练数据的统一，可依托我国目前正在建设的类案检索系统，遵循“类案同判”的基本思想，用系列类案作为训练数据。

尽管合理使用司法案例能够在某些合理使用类型上提供充足的案例数据，但是在部分类型上可能面临案例样本数量不足的问题。例如，目前涉及二创短视频合理使用认定的司法案例较少，大多数的二创短视频合理使用纠纷都未进入司法层面。对此问题，有两种解决思路。

第一种思路是，相较于司法案例，平台内涉及合理使用的视频资料较为丰富，所以可考虑由平台建立短视频相关的合理使用数据资料库，用以训练算法模型。由于合理使用制度的适用涉及

〔56〕 参见毛丽君：《代号“206”上海刑事案件智能辅助办案系统正式“解密”》，载 https://sh.chinadaily.com.cn/2017-07/10/content_30058964.htm，最后访问时间：2023年5月29日。

〔57〕 参见前引〔28〕，周志华书，第3页。

多方主体的利益衡量，短视频平台作为多方主体中的一方，可能在合理使用数据库的构建、算法模型的训练中嵌入自身的利益偏好，短视频平台利用除司法案例之外的数据训练算法模型的可行性需作进一步思考。诚然，私主体自治的效果难免受到其利益偏好的影响，需要通过外部监管保障其合理分配利益的可行性。同理，若短视频平台自建的合理使用数据库偏袒某一方主体利益，那么将对合理使用算法判断机制的准确性产生影响，由此可在算法审查中的准确性审查环节中被纳入考虑，这将在后文第五部分予以详述。

第二种思路是，通过合成数据（synthetic data）这一新技术弥补真实案例样本数据匮乏的缺陷。合成数据指利用算法生成的在统计学上具有真实意义的人工数据（artificial data）。^{〔58〕}目前合成数据已经在自动驾驶、金融服务领域的欺诈检测、保险诈骗预测等领域进行了一定的探索应用，有助于解决数据标注成本高、敏感数据收集难和真实数据样本少等问题，提高机器学习算法训练的效果。^{〔59〕}因此，对于真实案例样本偏少的类型，在技术发展成熟后也可以考虑基于真实案例数据生成合成数据来训练算法模型。

（二）与我国著作权法律制度的体系协调

我国 2020 年修正的《中华人民共和国著作权法》第 24 条将合理使用制度由封闭列举模式转为半封闭列举模式，增加兜底条款“法律、行政法规规定的其他情形”。从实践应用的角度来看，无论是法院还是平台都无权创设新的类型，发挥作用的仍然是明确规定的行为类型。此外，本次修法还引入了“三步检验法”，要求待判断行为除了落入列举的 12 种行为范围之外，还要“不得影响作品的正常使用”和“不得不合理地损害著作权人的合法权益”。合理使用算法化的实现，在法律制度方面涉及的问题至少包括以下三个：

一是如何判断属于哪种类型的合理使用行为。合理使用类型的判断可以根据前文的技术路径，以现有的各类型合理使用案例为基础，通过有监督机器学习算法训练出合理使用算法判断机制，然后用于预测某个未来的行为是否落入合理使用的 12 种行为范畴。

二是如何体现“不得影响作品的正常使用”。这通常涉及考察该行为是否与权利人行使其专有权利的行为相竞争，^{〔60〕}造成对著作权人作品的实质性替代。^{〔61〕}鉴于我国司法政策文件已明确合理使用“四要素分析法”可作为“三步检验法”的细化因素，^{〔62〕}在合理使用算法化的场景下，“不得影响作品的正常使用”可以通过如下方法予以确定：一是使用行为的目的和性质，可以通过算法识别域名（例如 .edu, .gov）来确定主体的非营利性质，或者利用算法审查内容中是

• 765 •

〔58〕 See Financial Conduct Authority, *Synthetic data to support financial services innovation*, available at <https://www.fca.org.uk/publication/call-for-input/synthetic-data-to-support-financial-services-innovation.pdf>, last visited on May 29, 2023.

〔59〕 相关梳理参见腾讯研究院：《AIGC 发展趋势报告：迎接人工智能的下一个时代》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/9AjTpyL4HmQ6BDhWIDbD0A>，最后访问时间：2023 年 5 月 29 日。

〔60〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全·知识产权与竞争卷》（二），人民法院出版社 2022 年版，第 1002-1003 页。

〔61〕 参见上海市高级人民法院（2020）沪民申 2416 号民事裁定书（本案系 2020 年上海法院知识产权司法保护十大案件）；杜灵燕：《适当引用的判定》，载《人民司法》2022 年第 2 期。

〔62〕 参见《最高人民法院印发〈关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见〉的通知》（法发〔2011〕18 号）第 8 条。

否有商业广告等信息考察使用行为是否营利。^{〔63〕} 二是被使用作品的性质，即作品是否具有高度原创性、是否已发表，可以调用由作者提供的、平台搭建的作品数据库中的相关信息进行确定。三是使用行为的数量及质量，数量多少可以通过算法计算，使用作品内容的重要程度可以通过与网站对内容的监测、统计数据对比得出。例如，目前大多数网站的建设都注重加强与用户的互动性，可以通过对用户反馈行为的大数据分析来确定哪些部分构成作品的实质性部分，例如用户在作品的哪些部分进行了长时间停顿或者反复观看，在哪些部分发送了较多评论和视频弹幕等。^{〔64〕} 虽然这些数据可能难以作为判断作品实质性部分的终局性证据，亦无法比肩法官或律师的专业分析，但或许能为作品的实质性内容判断提供一些启发，因为受到观众喜爱或关注的部分与作品的精华部分、核心内容之间通常存在一定的内在关联。

三是如何体现“不得不合理地损害著作权人的合法权益”。这需要判断某一使用行为是否会影响作品现实或潜在的市场价值，并且达到了不合理的程度。^{〔65〕} 换言之，如果某种使用行为不影响作品的正常使用但对著作权人的合法权益造成影响（例如私人复制行为），但只要对合法权益之损害未达到不合理的程度，即可通过第三步的检测。在合理使用算法化的场景下，“不得不合理地损害著作权人的合法权益”判断可以借助大数据分析界定某种使用行为对权利人作品的现实或潜在市场的影响是否达到了不合理的程度，至于何谓“不合理程度”则需要基于过往司法裁判的大数据分析确定判断基准。例如，有学者提出可以通过大数据搜集处于著作权人、用户和平台掌控范围之外的信息，以确定该使用行为对著作权人现实或潜在市场范围的影响程度。^{〔66〕} 还有学者提出，可以将商业使用作为替代参数考虑，利用经济学分析中需求的交叉价格弹性创建模型分析对原作品现实或潜在市场的影响。^{〔67〕}

• 766 •

五、著作权合理使用算法化的限度

著作权合理使用算法化并非对现有制度适用方式的颠覆，而是作为现有制度适用方式的补充发挥作用，因而其适用应有一定的限制。著作权合理使用算法化的限度体现为：一是功能限定，需处理好合理使用算法判断与司法裁决、人工决策之间的关系；二是监管需求，需加强对合理使用算法化的外部监管。

（一）功能限定：预测推定与繁简分流

作为除法院和平台专业审查团队之外的合理使用判断机制，厘清合理使用算法判断与司法裁判、人工决策之间的关系（如表1），明确其功能定位，是合理使用算法化在实践中予以落实的基础。

〔63〕 参见前引〔16〕，Niva Elkin-Koren文，第1096页。

〔64〕 See Peter K. Yu, *Can Algorithms Promote Fair Use?*, 14 FIU Law Review 329, 345 (2020).

〔65〕 参见前引〔60〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著书，第1002-1003页；World Trade Organization, *United States Section 110 (5) of The US Copyright Act*, p. 59, available at <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/160R-00.pdf&Open=True>, last visited on Jun. 1, 2023.

〔66〕 参见前引〔64〕，Peter K. Yu文，第345-346页。

〔67〕 参见前引〔8〕，华劼文。

表 1 合理使用算法判断与司法裁判、人工决策的对比

角度	合理使用算法判断与司法裁判、人工决策之间的关系	合理使用算法判断机制的功能定位
效力角度	司法裁判>人工决策>合理使用算法判断	预测推定
效率角度	司法裁判<人工决策<合理使用算法判断	繁简分流

从效力角度来看，司法裁判>人工决策>合理使用算法判断，即司法裁判具有终局性，合理使用算法判断结果可被人工决策、司法裁判所推翻，合理使用算法化仅具有初步的预测推定作用。首先，合理使用算法判断机制是一种预测工具，司法裁决仍具有终局性。以算法过滤机制为例，平台的过滤结果只是侵权与否的初步推断，而非不可推翻的终局裁决，用户和著作权人可以通过向平台申诉、向法院起诉等方式对过滤结果提出挑战。同理，合理使用算法判断机制是用于预测构成合理使用的可能性高低，亦是发挥初步推定作用，而非代替司法裁决。^{〔68〕}其次，平台人工决策可以推翻合理使用算法判断结果，此时人工审核团队相当于发挥了复核纠偏的功能。需要进一步思考的是，若合理使用算法判断机制的预测结果并不具有足够的可靠性、随时面临被人工决策和司法裁判推翻的可能，社会公众是否还会信任合理使用算法判断机制。对此问题的回答是肯定的。合理使用算法化相当于为用户提供了一个免费、快捷的判断机制，在后续司法判决认定侵权之前用户上传内容都可以在平台内获得正常传播，而非在上传之初即被屏蔽。^{〔69〕}合理使用算法判断机制虽然不足以为用户提供一个“不侵权”的保证，但相比于让不具有专业知识的用户来判断某种作品利用行为是否构成合理使用而言，是一个更为合理的选择。

从效率角度来看，司法裁判<人工决策<合理使用算法判断结果，即简单的合理使用行为应交由算法批量判断，留待人工决策和司法裁判的应为复杂的合理使用行为。如前文所述，目前合理使用算法化的实现路径主要是通过机器学习提取现有合理使用案例中的模式，用以对将来的情形作出预测，而机器学习需以大量的训练数据为基础，对于训练数据较少的合理使用类型或新类型合理使用，机器学习的效果则有限。^{〔70〕}因此，合理使用算法化的范围仅限于某些特定类型的合理使用判断，对于算法不能判断的情形应当由平台的人工审核团队接管，以保证合理使用制度的适用效果。

可以将合理使用算法判断机制理解为一种繁简分流的过滤机制：首先，适合于用算法解决的任务需要具备“确定性”“信息完全”“静态”“有限任务”“特定领域”等特点，^{〔71〕}在合理使用制度语境下则表现为构成合理使用的典型行为。相比于人工决策和司法裁判需要进行个案决断而言，合理使用的算法判断机制能够作出实时反应、批量操作，因此大部分的合理使用情形应通过算法予以判断。其次，对于涉及作品的非典型利用方式是否构成合理使用，即使是在法院之间也可能存在分歧，要求算法对此作出决断并不适合，需要平台人工审核团队的介入。合理使用算法判断机制审核待判定内容，可能产生三种预测结果，第一种结果是构成合理使用，第二种结果是

〔68〕 参见前引〔16〕，Niva Elkin-Koren 文，第 1099 页。
〔69〕 参见前引〔30〕，Peter K. Yu 文，第 224 页。
〔70〕 See Ajay Agrawal, Joshua Gans & Avi Goldfarb, *Prediction Machines: The Simple Economics of Artificial Intelligence*, Harvard Business Review Press, 2018, p. 59.
〔71〕 参见前引〔32〕，刘知远、崔安颀等编著书，第 294 页。

不构成合理使用，第三种结果是不确定是否构成合理使用。作为一种预测机制，合理使用算法判断机制往往只能提供一个概率性结果，概率的设定需要根据实际情况进行。例如，对于某个用户上传内容有80%的概率构成合理使用即可予以放行，有80%的概率构成侵权即可被推定为侵权内容，对于处于二者之间的内容该如何认定应由人工审核团队接管作出进一步的判断。最后，如果用户对平台人工审核的结果仍然不服，则可以选择提起司法诉讼。

由此，通过合理使用算法判断、平台人工审核和司法诉讼三层过滤机制，不仅可以实现繁简分流、提升合理使用判断的效率、降低人工审核压力，还将有效解决社会公众主动提起合理使用抗辩的积极性不足问题。此外，随着技术的不断发展以及合理使用案例数量的不断增加，交由算法判断的合理使用案例数量将越来越多，留待人工决策的合理使用案例数量将越来越少，^[72]即使是在“算法+人工”的双层审核机制下，也能够逐渐降低对人工的依赖。

（二）监管需求：私人自治+司法审查

合理使用算法判断的结果并非绝对正确，需要加强对合理使用算法化的外部监管，限制适用范围、提高适用精度。合理使用算法判断机制的监管应充分发挥算法实施主体的自治功能和司法审查的监管作用，引入“私人自治+司法审查”的双层机制。

1. 私人自治：二次判定与个案纠偏

当平台通过算法过滤切实影响社会公众的合理使用空间时，其也同时处于对合理使用算法预测结果进行完善和纠偏的最佳位置，因此，要充分发挥平台的自治功能，对合理使用算法判断机制进行实时监管、动态调整。对单个特定的算法决策进行结果审查主要包括以下两种情形：

第一种情形是利用人工审核进行二次判定，审查被算法机制标记的不确定内容是否构成合理使用。这种情形属于“算法+人工”混合路径的基本应用，有助于提升合理使用制度在著作权算法实施背景下应用的准确性和周延性。如前文分析，合理使用算法判断机制只能用于有限情形的合理使用判断，对于训练数据较少的合理使用行为或新类型的合理使用情形，需要通过算法予以标记然后由人工接管进行二次判定。例如对于短视频平台的混剪视频，在算法机制难以判断是否构成合理使用时，交由人工进行二次判定而非以“一刀切”的方式当做侵权内容处理，更有助于保障合理使用制度的准确适用。此时平台人工审核的结果可以作为新的训练数据反馈给算法，以不断提升算法机制的准确性。

第二种情形是利用人工审核进行个案纠偏，由用户通过申诉启动人工复核程序纠正错误预测结果。例如，Lenz案^[73]中无意中被录入视频的受著作权保护的背景音乐，难以被算法预测机制准确识别为合理使用，而更可能识别为侵权内容。对于此种情形，提供人工审核纠错的方式是目前实践中各大平台所采取的普遍做法。但平台内人工审核机制发挥良好作用的前提是用户提起申诉，因此需要建立运行通畅的反通知程序。而目前反通知程序在实践中并未很好地发挥其制度功能，主要原因在于：对于用户而言，即使内容被当作侵权内容而不能上传，因为专业知识缺乏、营利动机不强等原因其缺乏提起反通知的主观激励；对于平台而言，实践中也存在区别对待“通

[72] See Peter K. Yu, *Anticircumvention and Anti-Anticircumvention*, 84 Denver University Law Review 13, 65 (2006).

[73] See *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801F.3d 1126 (9th Cir. 2015).

知”和“反通知”的情形，对反通知的受理要求远高于对通知的受理要求。^{〔74〕}对反通知程序进行制度改造的主要方向是降低用户提起反通知的难度，向用户充分告知提起反通知的权利和具体方式，提高用户提起反通知的积极性。

2. 司法审查：从“个案判断”到“算法审查”

虽然平台自治能够实现对算法判断机制的实时监管，但在利益驱使下私人自治的效果往往难以保障，需要引入外部监管和引导。这就意味着，在现有的合理使用“个案判断”模式之外，还应新增对合理使用的“算法审查”，即允许用户和著作权人通过提起诉讼的方式让法院审查合理使用算法机制的合理性。^{〔75〕}对合理使用算法判断机制进行司法审查包括两方面：一是准确性审查，二是可解释性审查。

一方面，在准确性审查方面，法院对算法机制进行审查的目的并非判断算法机制是否完美，而是确定该算法的错误率是否在可接受的范围之内。^{〔76〕}如前所述，无论是算法预测机制还是人工审查机制，都难以达到司法裁判者的专业程度，允许算法合理使用判断机制“出错”是在尊重技术发展现实背景下的恰当选择。在判断合理使用算法机制合理性时，参照对象应为人工审查机制，对比前者的正确率与后者的正确率，判断算法预测机制的错误率是否在可允许的范围内。若相较于人工审查机制而言，算法机制并没有带来更高的错误率，那么就应当认为该算法机制是一种合理的算法机制。除了对算法模型的准确率进行审查之外，还需要审查是否有配套的人工审核机制来进行二次判定与个案纠偏，以尽力提升合理使用算法判断机制的准确率。

另一方面，在可解释性审查方面。机器学习往往涉及黑箱模型，难以获悉输入与输出之间的决策依据及具体过程，存在可解释性缺陷。加强对合理使用判断机制的可解释性审查，有助于提高算法透明性、纠正算法偏见。在诉讼阶段对机器学习算法模型进行审查属于事后审查，对应的解释方法为事后解释，具体又可分为全局解释和局部解释。其中全局解释关注算法模型本身，着力于披露机器学习过程、结果以及在新样本上的决策逻辑，以增强人类对机器学习算法模型的理解；局部解释则关注特定输入样本和输出结果之间的决策逻辑，意在披露某个预测结果的决策依据和决策过程。^{〔77〕}从理论角度而言，关注算法模型本身的全局解释更符合对合理使用算法判断机制进行审查的期待，有助于发现数据的收集和处理过程是否存在瑕疵，明确训练过程中的人工决策是否存在偏见，以及算法模型是否符合合理使用算法化的设计预期。但在实践中，囿于算法模型本身的复杂性、不透明性等原因，全局解释较难实现，局部解释的应用更为广泛。^{〔78〕}但无论是全局解释还是局部解释，都可以在不同程度上打开机器学习模型的黑箱，在对合理使用算法判断机制进行司法审查时，可根据实际情况交替使用两种解释方法。

• 769 •

〔74〕 参见蔡唱：《网络服务提供者侵权责任规则实施研究》，光明日报出版社2020年版，第43页。

〔75〕 由法院审查算法机制的合理性在我国司法实践中已有探索，例如浙江省高级人民法院在2019年12月出台的《涉电商平台知识产权案件审理指南》第24条规定“电商平台经营者应对其采用自动化技术手段的事实及其合理性承担举证证明责任”。相关分析参见邵红红：《算法推荐服务提供者的著作权注意义务探究》，载《苏州大学学报（法学版）》2023年第1期。

〔76〕 参见前引〔16〕，Niva Elkin-Koren文，第1099页。

〔77〕 参见前引〔54〕，纪守领、李进锋、杜天宇、李博文。

〔78〕 参见前引〔54〕，纪守领、李进锋、杜天宇、李博文。

六、结 语

算法通知和算法过滤分别赋予著作权人和平台以算法权力，只有同样地通过算法为社会公众赋能，才能在强化著作权保护的同时有效保障社会公众的合理使用空间，重新找到著作权人、平台和社会公众之间的利益平衡。虽然距离合理使用算法化的实现还有一定的路要走，但在算法通知和算法过滤的背景下思考处于法律规则和算法技术交汇点的合理使用算法化问题却正当其时。我们对合理使用算法化的接受程度，取决于我们对合理使用算法化所寄予厚望的程度：当我们越寄希望于一个完美的、如法官般全能的合理使用算法判断机制时，我们距离合理使用算法化也就越远；若我们能正确认识合理使用算法化所要达到的目标和所能作出的贡献，便能更好地部署合理使用算法化的未来。合理使用算法化并非对合理使用法律制度的替代，亦非对司法裁判和人工决策的取代，而是一种基于效率的辅助预测工具，是对现有合理使用制度适用方式的补充。合理使用算法化的实现需要进行技术发展与实践的深度联动，一方面依赖于快速发展完善的大数据、人工智能技术，另一方面也要求法律实践对合理使用制度进行更加精准的适用。从长远来看，合理使用算法化不仅是“法律算法化”的生动实践，更引出了人工智能时代合理使用制度该如何构建这一宏大的话题，需要进行更加系统的研究，让合理使用制度能够在新技术、新业态和新模式中继续焕发生机。

• 770 •

Abstract: Robo notices and copyright filtration have eroded the space of fair use, leading to the imbalance of interests among copyright owners, platforms and the public. It is necessary to introduce algorithmic fair use because it can promote a new balance of interests among platforms, copyright owners and the public, fill the efficiency gap of the fair use system, and provide a supporting basis for the establishment of copyright filtration obligations in China. At present, algorithmic fair use mainly faces challenges at both technical and legal levels, but none of these arguments is sufficient to justify the rejection of algorithmic fair use. Algorithmic fair use needs to be employed from technical and legal levels. At the technical level, we should adopt the approach of supervised learning. At the legal level, we should consider the coordination with the current law of China. As the supplement to the application of existing fair use doctrine, the application scope of algorithmic fair use should be limited from the two dimensions of functional positioning and external supervision.

Key Words: copyright fair use, legal algorithmization, machine learning, algorithm audit

(责任编辑: 张金平 赵建蕊)

民事独立禁令程序建构论

李蔚 吴英姿*

内容提要：我国学界研究人格权禁令程序问题时，在“应否建构适用于所有行为的独立禁令程序”上观点对立。既有具体禁令的程序适配是在法律或司法解释中逐一设定。在中央强调完善预防性法律制度的当下，应否及如何建构独立禁令程序，应予专门研究。提供禁令程序不仅是司法保障应有之义，防御性请求权的预防性功能也使其有诉诸禁令程序予以实现的必要。我国无行为禁令的一般司法程序的现状，客观上也要求建构独立的禁令程序。禁令程序的属性界定是建构该程序的基石。依据程序相称原理，禁令案件快速获取执行名义预防、制止紧迫性侵害的特征，使其适用程序逸出诉讼程序与非讼程序。从历史视角厘清略式程序是一种成熟的特别诉讼程序，这将为禁令程序属性提供归口，进而以略式程序理论指导独立禁令程序的建构。

关键词：人格权禁令 临时禁令 民事程序 略式程序 禁令程序

• 771 •

一、问题的提出

民事权益受法律保护一直是我国民法的基本精神。^{〔1〕}为回应社会主体对损害预防的需求，《民法典》完善了防御性请求权体系。为与社会需求、实体法变化相适应，一贯强调纠纷解决的民事诉讼程序体系，在落实权利预防性保护上面临着程序发展问题。例如，在对《民法典》规定的人格权侵害禁令（以下简称为“人格权禁令”）的司法程序衔接研究中，学者们提出建构独立民事禁令程序的命题：张卫平教授指出，人格权禁令与行为保全性质不同，民诉法面临的任务是

* 李蔚，南京大学法学院博士研究生；吴英姿，南京大学法学院教授。

本文为2021年国家社科基金青年项目“民法典人格权禁令民事程序构造研究”（21CFX025）的阶段性成果；南京市法学会2021年法学研究课题“民事禁令程序研究”[NJFX（2021）C06]的结项成果。

〔1〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编解读》，中国法制出版社2020年版，第6页。

如何建立一个适用于所有行为禁令的一般司法程序。^{〔2〕}郭小冬教授认为，人身安全保护令与人格权禁令的审理程序衔接上，并非将二者纳入民事诉讼法既有某一程序，而是专门增设一种独立于普通诉讼程序的裁决程序。这个程序广泛适用于需要快速停止侵权但无需后续诉讼的领域。^{〔3〕}吴英姿教授指出，人格权禁令规定将禁令制度扩大到了除人身安全保护令之外所有人格权保护领域，建立了一种独立于普通诉讼程序与非讼程序的独立禁令程序。^{〔4〕}

前述研究仅是在论述人格权禁令适配程序时蜻蜓点水般地提出构建独立禁令程序任务，但对此程序性质的判断各持己见：“张文”认为，独立禁令程序实质上是既不同于非讼也不同于诉讼程序的速裁程序；“郭文”主张独立禁令程序应为准诉讼程序或准司法程序；“吴文”运用诉讼与非讼交错法理揭示该程序兼具诉讼与非讼程序性质。程序属性决定着程序地位及构造，具有基础理论作用。“张文”“郭文”将独立禁令程序界定为速裁程序、准司法程序，但都没有阐明如何安排该程序，以及基于何种程序理论来协调速裁程序或准司法程序与民事诉讼程序、非讼程序的关系。吴英姿教授在后续研究中提出行为禁令程序是略式程序属性，^{〔5〕}对其在之前研究中的性质认识进行校正。

与建构独立禁令程序主张不同，一方面，有学者认为，《民事诉讼法》中的行为保全规范即为申请人格权禁令适用程序，无另行构建程序的必要，并且行为保全规范适用于所有有行为保全之需的案件。^{〔6〕}另一方面，长期以来，我国采取了“出现一个禁令制度就制定或指示一套为其所用的程序规范”^{〔7〕}的策略。目前，最高人民法院正在制定人格权禁令程序司法解释。各地法院处理人格权禁令案件由于缺乏统一的程序规范指引，既有参照行为保全程序的实践，也有参照人身安全保护令程序的实践。^{〔8〕}适用程序不同影响着人格权禁令制度的效用。学界的不同见解、我国提供程序供给的方案、司法实务在方案缺失时的不同程序选择，都表明在我国应否构建独立禁令程序、其性质归属等问题亟待厘清。在中央强化预防性法律保护的背景下，^{〔9〕}对应否以及如何建构及时预防、制止侵害的独立禁令程序进行专门研究，具有重要的现实意义及理论价值。

鉴于民事禁令在各主要法治国家的普遍性及其在形式、内容分类上的多样性，^{〔10〕}为避免歧

〔2〕 参见张卫平：《民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接》，载《中外法学》2020年第4期。（文中以下简称“张文”）

〔3〕 参见郭小冬：《人格权禁令的基本原理与程序法落实》，载《法律科学》2021年第2期。（文中以下简称“郭文”）

〔4〕 参见吴英姿：《人格权禁令程序研究》，载《法律科学》2021年第2期。（文中以下简称“吴文”）

〔5〕 参见吴英姿：《民事禁令程序构建原理》，载《中国法学》2022年第2期。

〔6〕 参见严仁群：《人格权禁令之程序法路径》，载《法学评论》2021年第6期。

〔7〕 如海事强制令、知识产权禁令、人身保护令。见《海事诉讼特别程序法》及其司法解释、《反家庭暴力法》及《最高人民法院关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》（文中简称为《人身安全保护令案件批复》）。尽管我国知识产权禁令的司法解释《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》采“行为保全”称谓，但其具体规则与《民事诉讼法》及其司法解释中行为保全的规则本质不同。因此，本文采用“知识产权禁令”的称谓。

〔8〕 《民法典》施行后，广州互联网法院参照行为保全程序处理首份人格权侵害禁令案件，重庆市江津区人民法院参照人身安全保护令程序发出该院首份人格权侵害禁令。

〔9〕 在2020年11月16日至17日召开的中央全面依法治国工作会议上，习近平总书记提出完善预防性法律制度，促进社会和谐稳定。

〔10〕 在英美法系，法院作出的民事禁令依照不同的内容、分类标准，禁令名称各异，如禁诉令（anti-suit）、玛瑞瓦禁令（Mareva injunction）、临时禁令（temporary injunction）、临时限制令（temporary restraining orders）、初步禁令（preliminary injunction）、中间禁令（interim/interlocutory injunction）、永久禁令（permanent injunction）、因他害怕禁令（Quia timet injunction）等。

义,有必要于此界定本文所研究的禁令。就是否具有终局性和有期限性,禁令被分为永久禁令和临时禁令。永久禁令是在案件经过实质审理,对争议问题进行充分调查后,法庭认定被告侵权,作出终局判决时给予胜诉方的特定救济。^{〔11〕}永久禁令裁决产生于终局性解决争议的完整诉讼程序(full procedure),具有既判力效力。^{〔12〕}临时禁令是一种预防性法律保护救济形式,是申请人请求法院“在有限的时间和有限的信息基础上”核发强制被申请人做出或者阻止其做出特定行为的命令,通过迅速取得执行名义,预防尚未发生或制止正在发生的侵害行为。“在有限的时间和有限的信息基础上”,决定了临时禁令不以实体权利义务争议的终局性解决为请求对象,而仅指向暂时性的权利保护。我国法上多元行为禁令制度的共同功能是及时预防、制止侵害行为的发生或扩大,使权利免受侵害。权益面临或正在遭受紧迫性侵害,使禁令救济具有应急性、临时性特征,因此不同于强制或禁止被告从事特定行为的永久禁令。很明显,我国学者主张建构适用于紧急情形下快速取得权利保护的独立禁令程序,与充分、完整的永久禁令程序不符,与简速的临时禁令程序契合。因此,研究主题被聚焦在“应否及如何构建独立临时禁令程序”。为简便用语,若无特别表明,本文所指“禁令”限于临时禁令。对研究主题的认识及解决型塑着行文结构:通过对我国实体法发展后的程序适配需求及临时救济程序现状进行分析,阐明在我国建构独立禁令程序的必要性;紧随其后,对其在民事程序体系中的程序属性归属展开研究,进而为构建独立禁令程序提供法理指导。

二、构建独立禁令程序命题证成

• 773 •

构建独立禁令程序实则是在司法程序上供应一种简便、迅速的临时性裁决程序,满足一方当事人要求另一方当事人做出或不做出特定行为的预防性权利保护需求。在既有的司法保护现状下,“应否构建独立禁令程序”是先决问题。

(一) 司法保障义务之独立禁令程序

通常的两造争讼程序因强制性的期间规定、严格的证据规则以及充分保障法定听审权等要求而耗时较长,终局性判决救济的滞后性日益成为影响司法救济公正与效益的重要因素。当面临紧迫的或正在进行的侵害行为时,任由侵害行为发生,而由权利人事后提起损害赔偿诉讼救济,此种司法救济并非总是权利人实现公正与效益的优选。临时救济司法供给需求被彰显,应有适用于紧急保护的民事程序供当事人选择使用,这也是国家本应承担的司法保障义务。^{〔13〕}

域外法上为消解权利人诉诸通常诉讼进程将承受侵害行为这一弊端,准允权利人的预防、制止侵害需求经快速司法程序实现。在美国,当诉讼一方希望从法院获得临时或紧急援助时,主要采取临时禁令形式。临时禁令是在做出最终判决前采取的一种提供暂时保护的救济形式,并不解

〔11〕 参见张玲、金松:《美国专利侵权永久禁令制度及其启示》,载《知识产权》2012年第11期。

〔12〕 See Doug Rendleman, The Triumph of Equity Revisited: The Stages of Equitable Discretion, 15 Nevada Law Journal 1397, 1412 (2015).

〔13〕 Vgl. Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 301.

决争议的实质问题。^{〔14〕}《联邦民事诉讼规则》第65条具体规定了前后相接的两种临时禁令程序：临时限制令（temporary restraining orders）程序与初步禁令（preliminary injunction）程序。^{〔15〕}前者是“单方申请—裁定”结构，后者是“对审—裁定”结构。在法国，为应对紧急情形下预防、制止迫近的损害的司法需求，同样有两种相互独立的临时禁令程序：一是依申请的紧急审理命令（ordonnances sur requête）程序；二是紧急审理命令（ordonnances de référé）程序。这两种程序下的裁决在性质上是临时性的，不对案件的实体而是对紧急性诉讼请求进行处理，^{〔16〕}快速出具请求特定行为的执行名义。在德国，《民事诉讼法》第935—945条是广泛适用于预防、制止侵害行为的临时禁令（einstweilige Verfügung^{〔17〕}）程序的规定，是一种审理程序而非立法体例上的纯执行程序。^{〔18〕}一方当事人诉诸法院要求对方当事人为或不为一定行为的临时禁令，以暂时维护权益。案件并未经过实体审理，法律关系并没有最终确定。^{〔19〕}不难发现，两大法系的法制典型国家中，均设置有统一的临时禁令程序规范。临时禁令程序不以解决实体权利义务争议为目的，只是为民事主体提供一种快速获得暂时保护的执行名义的民事程序。临时禁令程序是预防性权利保护的司法机制而非维持现状，这种观点成为当前域外研究及实务的主张。^{〔20〕}

受国外成熟的临时禁令制度影响，并因应权益保护需要，我国逐步建立了多种临时禁令制度：为避免或减少损失，及时保护当事人合法权益，我国在借鉴域外经验基础上设立了海事强制令，责令被申请人为或不为一定行为；为与TRIPS协议第50条规定的临时措施的要求相一致，对于正在实施或者即将实施的知识产权侵权行为，为保障权利人的合法权益在诉讼裁决前不受无法弥补的损害，在知识产权实体法——《专利法》《商标法》《著作权法》——中相继增设了知识产权行为禁令；借鉴国外及时性和预防性的民事保护令制度，总结我国人身安全保护试点经验，我国在《反家庭暴力法》中建立了人身安全保护令，遭受或者面临家庭暴力现实危险的当事人有权向法院申请人身安全保护令；在借鉴国外经验、总结我国司法实践经验的基础上，《民法典》第997条规定了人格权禁令，及时制止具有紧迫性的侵害人格权的行为，是一种临时禁令。^{〔21〕}

〔14〕 See Linda J. Silberman, et al., *Civil Procedure: Theory and Practice*, 5th ed., Wolters Kluwer Law & Business Publisher, 2017, p. 730.

〔15〕 临时限制令是一项紧急命令，在诉前可经单方申请作出，直到就初步禁令举行听证会为止；初步禁令是要求被强制的一方在诉讼期间现在做（或不做）某事，避免原告在诉讼未决期间受到潜在的伤害。

〔16〕 参见〔法〕洛伊克·卡迪耶：《法国民事司法法》，杨艺宁译，中国政法大学出版社2010年版，第506页。

〔17〕 美国学者将德国民诉法典中的词组“einstweilige Verfügung”英译为 temporary order，包括 temporary restraining order 和 preliminary injunction. See Peterson, Courtland H., *Some Observations on Provisional Relief in American Law*, 14 *American Journal of Comparative Law* 266, 268–269 (1965). 在我国，少数学者将之译为临时禁令、临时命令，主流观点译为“假处分”，但对假处分的“假”应理解为临时/暂时。词组 einstweilige Verfügung 的含义由 Verfügung 决定，既能组成临时处分，也能结合为临时命令、临时禁令。相较于翻译为“假处分”，从原生词的所指看，翻译为“临时禁令”更为直观、达意。故本文采“临时禁令”称谓。

〔18〕 参见周翠：《中外民事临时救济制度比较研究》，清华大学出版社2014年版，第7页；Musielak/Voit, *Zivilprozessordnung*, 18. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2021, S. 8.

〔19〕 参见郭小冬：《民事诉讼侵害阻断制度研究》，知识产权出版社2010年版，第45页。

〔20〕 参见周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条的解释》，载《法律科学》2015年第4期。

〔21〕 分别参见最高人民法院：《关于〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法（草案）〉的说明》；国家知识产权局条法司：《〈中华人民共和国专利法〉修改条文的逐条说明》；全国人大社会建设委员会：《关于〈中华人民共和国反家庭暴力法（草案）〉的说明》；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第88–90页。

然而,由于缺少统一禁令程序规范指引,既有禁令程序规范存在令出多门、新增禁令制度亟需程序衔接等问题。

(二) 权利实现之独立禁令程序对接

防御性请求权(Abwehransprüche)是权利遭受侵害及有受侵害之虞时权利自身的固有防御表达,具有禁止或要求被申请人做出特定行为的权能,而禁令是及时防范侵害的防御性请求权的外在表现。防御性请求权是德国私法学上重要的实体权利,目的在于制止正在发生的对请求权人权益的侵害,以及预防对请求权人的权益即将发生的侵害,分别被称为排除妨碍请求权与停止妨害请求权。^[22]起初出现在所有权保护领域,经过判例的发展,防御性物上请求权上升为一般性请求权。^[23]实体权利遭受妨害或有被妨害之虞时,都成为防御性请求权的基础,通过提起排除/停止妨害请求权加以保护。^[24]在实践中,民事权利主体常常在诉诸民事诉讼救济前,就通过临时禁令程序来实现防御性请求权。^[25]通行观点认为,德国《民事诉讼法》第935条、第940条的临时禁令裁决可作为保障防御性请求权的公权救济途径。^[26]在已为防御性请求权提供给付之诉或确认之诉的情形下,之所以需要再开辟临时禁令程序途径,是因为防御性请求权对法律保护需求强度要求高,为及时制止侵害行为,需要司法机关迅速、简便作出裁决。临时禁令程序正是一种与法律保护需求强度相关的特殊程序,法律给予临时禁令特权,主要是为了满足案件申请人在紧急情况下的法律救济需求。^[27]

我国《民法典》完善了防御性请求权体系,即以总则编第179条的停止侵害、排除妨碍、消除危险请求权作为防御性请求权的一般规定,^[28]物权编第236条、人格权编第997条、侵权责任编第1167条则作为具体规定。这是权利人对威胁、阻碍其权利圆满状态的行为及时主张排除妨碍、消除危险、停止侵害的请求权基础。在我国,同样存在着诉诸繁琐、漫长的通常诉讼程序不利于该请求权实现的问题。与德国防御性请求权可经临时禁令程序实现相比,我国防御性请求权对司法快速实现程序的整体需求未被广泛认知。人格权禁令请求权的立法及形成的研究热点有望成为引入独立禁令程序的“支点”。

(三) 程序法上无独立禁令程序规范

有观点指出,2012年修订的《民事诉讼法》形成了行为保全程序为一般性临时救济程序、知识产权禁令和海事强制令等为行为保全特殊种类的架构。^[29]尽管行为保全是在海事强制令、知识产权禁令的宝贵经验上建构的,^[30]并且在暂时制止损害及要求被申请人为或不为特定行为

[22] 参见〔德〕迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第275页。

[23] Vgl. Henckel/Wolfram, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, Archiv Für Die Civilistische Praxis, 174. Bd., H. 2/3, 1974, S. 114.

[24] 参见前引〔23〕, Henckel/Wolfram书,第114页。

[25] 参见王洪亮:《物上请求权的功能与理论基础》,北京大学出版社2011年版,第192页。

[26] Vgl. Zöller/Vollkommer, Zivilprozessordnung, Aufl. 2010, § 938 Rn. 3; Leipold/Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Verfahren, Aufl. 1971, S. 77ff.

[27] Vgl. Braun/Heiß, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2020, § 592 Rn. 2.

[28] 参见王涌:《私权的分析与建构:民法的分析法学基础》,北京大学出版社2020年版,第392页。

[29] 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》(第2版),高等教育出版社2021年版,第251页。

[30] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第158页。

上与临时禁令制度有相似之处，但是，以下主要的差别使得行为保全的一般性临时救济程序并非统筹了适用于海事强制令、知识产权禁令、人身安全保护令、人格权禁令等制度的独立禁令程序。

其一，基于防御性请求权而生的临时禁令请求，不同于作为保障本案诉讼请求实现的行为保全。临时禁令是及时防范侵害实体权利的临时性救济手段，旨在保障合法权益不受侵害，与此相对应，其程序是快速获取执行名义的程序，是暂时性程序。而行为保全是与本案请求权联系起来的，即申请人所保全的行为应当与其提起的诉讼请求的内容相符或相等。尽管行为保全在客观上拥有诸多功能，但本质上与财产保全同属于民事诉讼程序保全范畴，保障申请人可能获得的胜诉判决得以执行。这是立法者将后入法的行为保全与财产保全一体化规范，从而使行为保全参照财产保全程序规则的原因。与本案请求权相连、忽视人身与财产权益差别下的行为保全程序，不能妥当对接我国民事实体法不断发展的以保护人身权、人格权为客体的行为禁令需求。例如，《反家庭暴力法》有关人身安全保护令的规定表明，人身安全保护令是一种救济措施，而非民事保全措施。人身安全保护令不是为离婚诉讼程序顺利进行而服务的，而是旨在预防、制止家庭暴力侵害行为的发生，维护权利人的的人身安全权，以及保障身体权、健康权等权利的实现。

其二，禁令程序的运行不依附于实体判决程序（或称为本案诉讼程序）。如法国的紧急审理命令程序、依申请的紧急审理命令程序，皆独立于实体判决程序，即使当事人已经提起权利义务关系争议的诉讼，紧急审理命令程序、依申请的紧急审理命令程序仍能进行。^{〔31〕}德国《家事事件和非讼事件程序法》中临时命令（*einstweilige Anordnung*）程序作为独立的程序，不以本案程序的进行为前提要件。我国海事强制令程序以紧急性为要件，不要求当事人在获得海事强制令批准裁定后起诉或者提起仲裁。显然，海事强制令程序是与实体判决程序相独立的程序。^{〔32〕}这种程序独立性并没有被行为保全程序所承继，相反，行为保全程序的非独立性特征明显：《民事诉讼法》第103条、第104条是行为保全条款，其并没有区隔出一个独立于本案诉讼程序的诉中行为保全程序以受理、审裁保全申请；为保障本案执行，行为保全程序不排除法院依职权启动诉前行为保全强制申请人提起本案诉讼程序的法定义务。在行为保全写入法律后颁行的《反家庭暴力法》，否定了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》将人身安全裁定作为离婚诉讼的保全程序的经验，明确了人身安全保护令程序是与离婚诉讼程序“解绑”的独立程序。

其三，尽管禁令裁定与行为保全裁定皆具有临时性，但其正当性依据不同。防御性权利的紧急性保护需求强度要求应为其提供与诉讼程序有本质不同的简速裁决程序，即禁令案件的裁决结果不是建立在充分的攻防对抗、全面的事实审理、严格的证明活动之上。此种程序运行机制决定了禁令裁定仅具有临时性，表现为裁定书指定的有效期间。与其不同，行为保全裁定的临时性是其附属于本案诉讼程序的结果，是否提起本案诉讼程序决定着保全裁定效力的长短。

随着我国禁令制度日渐壮大，由于欠缺独立禁令程序规范，新发展的禁令制度（如人格权禁

〔31〕 参见沈达明：《比较民事诉讼法初论》，中国法制出版社2002年版，第567页。

〔32〕 参见关正义、王琳：《论海事强制令的独立属性和功能》，载《法学杂志》2015年第4期。

令)存在程序适用规范滞后、程序适用不一等问题,而既有的禁令制度(如人身安全保护令)也因程序援引不明而不能有效适用。^{〔33〕}这使提供独立禁令程序以衔接预防性法律制度的司法适用具有正当性和必要性。

三、独立禁令程序属性界定

清晰的程序属性是建构独立禁令程序的基点。见诸前文,学者对独立禁令程序属性有速裁程序、准司法程序、略式程序等不同见解。实际上,速裁程序只是停留于最高人民法院的构建阶段,其定性并不清晰,将禁令程序界定为速裁程序恐有草率。准司法程序的模糊性定位可能会放弃对独立禁令程序特质的理论证成。我国仅有少数学者提及略式程序、略式诉讼、略式诉讼程序等术语,并无略式程序理论研究,且使用相关术语者均未进行溯源考证,以致认识不一。^{〔34〕}有鉴于此,略式程序是否独立、能否作为独立禁令程序的属性依据,应予专门论证。

(一) 略式程序厘清

为快速处理某些案件而需要简化法律程序,是所有时代法律制度共同的选择。适用于民事诉讼的简化程序源于罗马法,其表现形式是 *summaria cognitio*。^{〔35〕}简化程序作为罗马法非常审判程序时期的一种特别审判程序,偏离了为罗马公民建立的普通程序,并与之并行,只适用于特定的或者明显需要加快审理速度的案件。它可以变通非常审判程序的某些程序规则,或压缩法定的诉讼期限,或简化证明、排除上诉,允许法官依据某些显而易见的事实及时地作出裁决。^{〔36〕}在该程序中,允许在快速和不完整地审查后,对表面上看似合理、可信的证明材料进行采信并作出

• 777 •

不产生既判力效力的裁定。而允许适用这一程序的前提是,已设法排除了任何人因以简易方式作出的裁定而感到负担过重的可能性,即允许当事人在该程序后的另一个可以提出充分证据证明的审理程序中主张自己的权利。^{〔37〕}

中世纪晚期,缩短司法程序的迫切需求再次出现, *summaria cognitio* 便由教皇克莱门特五世(Clementines V)的两个法令从罗马法律复兴过来,用作简化的程序形式,是与严格的、繁琐的 *ordo solennis* (普通诉讼程序)相对的一种简化的审判程序。14、15世纪, *summaria cognitio* 制度演变为取代 *ordo solennis* 的另一普通诉讼程序,成为大多数大陆法系现代普通民事程序制度的基础。^{〔38〕}15、16世纪,在德国,由于普通诉讼程序的迂回和冗长,对缩短和简化的需要促使在

〔33〕 参见前引〔3〕,郭小冬文。

〔34〕 学者提及略式程序相关术语可概述为:第一,略式程序是特别的诉讼程序(本质属性是诉讼程序)(参见周翠:《再论督促程序电子化改革的重点》,载《当代法学》2016年第6期);第二,略式程序是诉讼程序非讼化的一种表现(参见胡学军:《对我国督促程序及若干相关完善建议的评述——以一般系统论为视角》,载张卫平主编:《民事程序法研究》第5辑,厦门大学出版社2010年版,第41页);第三,略式程序是非讼程序(参见赵蕾:《非讼程序论》,中国政法大学出版社2013年版,第39页)。

〔35〕 See McMahon, Henry G, Summary Procedure: A Comparative Study, 31 *Tulane Law Review* 573, 574 (1956 - 1957).

〔36〕 See Coretti, Michela, Del summatim cognoscere al proceso de plano: la sumariedad en el Derecho Romano y en la Edad Media, 8 *Vergentis: Revista de Investigacion de la Catedra Internacional conjunta Inocencio III* 45, 47 (2019).

〔37〕 Vgl. Biondo Biondi, Summatim Cognoscere, in BIDR, 1920, S. 258.

〔38〕 See Robert Wyness Millar, Three American Ventures in Summary Civil Procedure, 38 *Yale Law Journal* 193, 193 (1928).

summaria cognitio 的基础上发展出更有特性的简化程序。每一个偏离普通诉讼程序的程序都被冠以 summarische Prozess (略式程序^[39])。由于偏离的程序包括各种诉讼模式，以至于有必要采用“常规—不确定的略式程序”(regulär-unbestimmt summarische Prozess)和“非常规—确定的略式程序”(irregulär-bestimmt summarische Prozess)的分类法。^[40]第一种程序与普通诉讼程序的差异在于司法自由裁量权，法官有权减少期日和诉状的数量，缩短期限等，具有不确定性。但是，在简化的同时，法官必须遵守普通诉讼程序基本规则，例如，对整个争议进行充分审理，特别是不限制抗辩权。因此，该程序被称为“常规—不确定的略式程序”。在任何适合的法律争议中，原告在诉请中可事先提出利用此程序的主张。第二种程序完全背离了普通诉讼程序规则，同时存在着背离程序的规范准则。由此，该程序被命名为“非常规—确定的略式程序”。其只适用于两类特定案件：(1)对某些能够立即证明且对方当事人不大可能提出异议的要求进行快速裁决；(2)给予债权人因债务人的侵害行为而面临遭受损失的危险时的快速保护。“非常规—确定的略式程序”之目的是对有理的权利给予快速支持，裁决是在仅听取一方当事人意见后作出，而另一方的意见根本没有或只在特定的条件下被听取。该略式程序裁决建立在未全面考虑被申请人程序利益、未进行充分司法审理的基础上，因而法律要求债权人提供担保，只能导出临时性裁决。^[41]若裁决不利于被申请人，其可通过普通诉讼程序回复权利。^[42]

德国学者布里格尔布(Briegleb)认为二分法不妥当：普通诉讼程序“缩减化”的第一种略式程序不是真正的略式程序，因其还保有完全审理争议、对争议法律关系的最终裁决等实质特征，只是普通诉讼程序的一种加快形式，使争端极快地通过普通诉讼程序简化形式解决。真正的略式程序是通过实质性地缩小抗辩的范围来限制争议审理的程序，目的是在最终解决争议法律关系的普通诉讼程序性补救措施之外，带来更快但不完美的法律救济，或者直接防止每一项争议因在作出最终裁决前这段期间所引起的延迟救济而产生的不利影响。其对普通诉讼程序的偏离主要体现在：基于疏明认定事实，是一种不完全审理，被申请人只能提出即时可审查的抗辩，司法裁决具有临时性效力。总体而言，普通诉讼程序在形式上有别于自身的加快程序，却在争议审理上区别于略式程序。近年来的程序主义者也对将普通诉讼程序的加速程序与略式程序相结合的观点持反对意见。^[43]因此，布里格尔布将略式程序由异质组合纯化为自洽封闭的程序体系，仅以“非常规—确定的略式程序”为外延(见图1)。

当代德国学者认为，虽然德国《民事诉讼法》没有“略式程序”一词，但是，纯化后的略式程序确实存在于民事程序制度中，包含证书诉讼和票据诉讼程序、督促程序、扣押和临时禁令的特别程序规定。这些程序的目的都是快速获得可执行的名义。^[44]日本《民事诉讼法》也没有

[39] summarische (r/n) Prozess/Process/Prozeß, 日本学者将此术语翻译为“略式诉讼”。松浦馨「略式訴訟の概念と本質」法協77卷5号(1961年)489頁以下参照，转引自小池和彦「ドイツ普通法における条件付命令訴訟——督促手続の前身として視点から」近畿大学法学第66卷第3・4号(2019年)280-281頁。鉴于Prozess/Processe/Prozeß也有“程序”之义，结合下文的分析，本文译为“略式程序”。

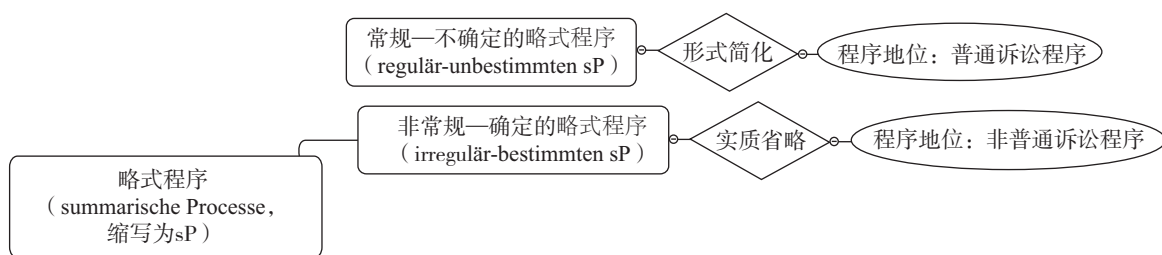
[40] Vgl. Hans Carl Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Bernhard Tauchnitz Leipzig, 1859, S. 1-4.

[41] See Engelmann, Arthur, *A History of Continental Civil Procedure*, Little Brown & Co., 1927, p. 582.

[42] 参见前引[40], Hans Carl Briegleb书, 第351页。

[43] 参见前引[40], Hans Carl Briegleb书, 第1-14, 351页。

[44] Vgl. Meyers Großes Konversations-Lexikon, Band 19, Leipzig 1909, S. 204.



“略式程序”术语，但根据目前的法律，与普通诉讼程序不同的略式诉讼程序包括督促程序、票证诉讼以及假处分命令程序。^{〔45〕}

在民事程序二分的传统理论下，略式程序只有与非讼程序有实质区别，才有存在意义。与非讼程序以法律事实或权利状态的确认为对象不同，略式程序审理的是民事主体寻求快速保护或实现权利的请求。这两种应用于不同程序标的的民事程序在程序运行机理上形成各自的程序结构、程序运行动力、程序效力内容：典型的非讼程序呈现出“申请人申请+法院职权裁量”的单方结构；略式程序是“申请人申请+(被申请人有限抗辩)+法院审理”的不充分性对审结构。非讼事务的非民事权益争议性使非讼程序依非讼法理展开运作，表现为在职权性干预、证明下对法律事实或权利状态作出认定；略式程序的权益对立性要求其运作于依申请、有疏明的诉讼程序，并且与充分的异议审理程序衔接。非讼程序裁决通常缺乏执行内容，也没有执行力，略式程序裁定以强制执行为后盾。

综上所述，略式程序是一种历史悠久的独立程序。作为一种明显的特别程序类型，^{〔46〕} 略式程序独立于诉讼程序、非讼程序，^{〔47〕} 形成独立、自足的程序体系：以提供临时性的迅速救济为基础理念，以有限的事实审理、不提供完整的抗辩保障、不对争议法律关系做终局性判断、裁决具有临时性为特征，以申请、疏明、担保等为制度构成，以配置声明不服救济程序为程序保障的重要内容，为追求简便、及时保护或实现权益的需求适配相应程序。

(二) 独立禁令程序的略式程序属性

在域外法上，为了适应迅速审理的要求，临时禁令程序降低证明标准的要求，可采取单方审理结构进行。依据德国《民事诉讼法》第 928 条、第 920 条第 2 款的规定，申请临时禁令的证明标准为疏明 (Glaubhaft)；根据第 294 条，对临时禁令请求权及请求理由承担疏明义务的申请人，只有提出可即时进行调查的证据时才能被法官采用；依据第 937 条规定，在急迫情形下可以不经言词辩论程序即可作出裁定。即便是在言词辩论程序下，排除被申请人以反诉的方式抗辩，仅能提出即时可调查的证据进行抗辩。^{〔48〕} 基于此，临时禁令裁定仅具有临时性特征。该裁定不

〔45〕 参见《世界大百科事典》(第2版)「略式訴訟」の解説，载 <https://kotobank.jp/word/略式訴訟-1215774>，最后访问时间：2022年6月3日。

〔46〕 参见前引〔40〕，Hans Carl Briegleb 书，第244页。

〔47〕 关于略式程序是特别程序的子类型之一，独立于特别程序体系外的通常诉讼程序，也独立于特别程序体系内的非讼程序，我国学者王强义早已论证。本文认同其观点。参见王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社1993年版，第1-31页。

〔48〕 Vgl. Jestaedt. u. a., Designgesetz, Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung, 6. Aufl. 2019, VO (EG) 6/2002 Art. 85 Rn. 33.

针对争议关系的最终解决，由法院在自由裁量权范围内发布。^{〔49〕}为平衡对当事人双方的程序、实体保障，赋予被申请人多种声明不服救济程序选择权。

日本1989年《民事保全法》规定的假处分命令即临时禁令。为实现假处分命令程序的迅捷性，民事保全命令程序的裁判可以在不通知被申请人、不经口头辩论下进行，申请人在举证目标上达到疏明即可。日本学者新堂幸司指出，假处分命令程序“是对申请人对被申请人的主张妥当与否作出裁判的程序”，这一特征使其成为普通诉讼程序的替代，同时，其具有诉讼程序所载的“使申请人简单地获得债务名义”的程序目的，可以说是“诉讼”程序；另一方面，假处分命令程序“将举证限定于疏明、以决定或命令的形式作出裁判”，这与普通诉讼相异，可视略式程序为普通诉讼程序的简易化。^{〔50〕}与布里格勒布明确将普通诉讼程序加快形式剥离出略式程序的主张相较，新堂幸司对假处分命令程序的略式程序表述似仍混合两种略式程序。林屋礼二对假处分命令程序与普通诉讼程序的差异认识则提供有力的理由，其指出，通常诉讼程序采取“原告的主张→被告的防御→审判→执行”的程序进行，而假处分命令程序在被告的防御之前进行审判、执行，此后，被告的防御以提出异议的形式进行。^{〔51〕}这一差异将假处分命令程序并非普通诉讼程序的加速形式的本相凸显出来，揭示了假处分命令程序是纯化后的略式程序的属性。

可见，德国法、日本法上的临时禁令程序主要特征比较鲜明：不做实体权利义务争议处理、省略充分的攻击防御审理、采疏明的举证目标、法院有自由裁量权、裁决效力有暂时性外观。这些程序特征充分表明临时禁令程序在性质上与略式程序的契合性。

相比德国法、日本法，我国法上缺乏统一的禁令程序规范。不过，我国的禁令制度规则在实践中呈现出了略式程序的特征。在略式程序适用的第二类案件中，启动该程序不要求提供有关实体权利义务争议的终局性判定，是在急迫情形下迅速获得保护的司法救济。与此相同，我国海事强制令、知识产权禁令、人身安全保护令、人格权禁令等制度均是为避免紧急性的损害发生或正在遭受的损害扩大，由申请人向法院申请禁令救济的制度。虽然各具体程序设置因所保护权益的性质及实践特点不同有所差异，但都体现了与临时禁令快速救济相适配的一般性内容，如不处理实体权利义务争议、允许单方申请下的裁定、简短期限内作出裁定。“我国的禁令制度也不通过正常的诉讼程序进行，而是依据当事人申请，法院进行一定的审查即可作出决定，没有赋予申请人和被申请人足够的论证和辩驳的权利。”^{〔52〕}不仅禁令请求诉诸非通常诉讼程序，而且禁令程序所采用的审查方式及审理原则也是特殊的。禁令程序不直接处理民事权利义务争议，而是对禁令请求是否符合防御性请求权的实体要件进行快速形式审查，主要通过询问谈话、听证会的方式^{〔53〕}对

〔49〕 See Fritz Baur, Present German Practices in the Application for Temporary Relief: Attachment and Temporary Restraining Orders, 14 *American Journal of Comparative Law* 247, 247 (1965).

〔50〕 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第677页。

〔51〕 林屋礼二「民事保全の史的考察」『民事保全講座（第一巻）』（1996年）23頁以下参照，转引自前引〔39〕，小池和彦文，第281页。

〔52〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第95页。

〔53〕 采用询问方式的案件，如“上海假面信息科技有限公司与杭州网易公司等案”，陕西省西安市中级人民法院（2019）陕01行保1号民事裁定书。采用听证会方式的案件，如“北京快手科技有限公司与四川金蟾微网络科技有限公司案”，四川省成都市中级人民法院（2021）川01行保3号民事裁定书。

证据资料进行审查和判断,紧急情况下可以仅审查申请人提供的证据资料。申请人在申请书中应载明申请所依据的事实和理由并附上有关证据,需要证明他人正在实施或即将实施侵害申请人合法权益的行为。此要件中的“有关证据……证明”,在司法实践中被普遍表述为申请人提供的证据“初步证明/表明”。〔54〕在初步证明标准下,当事人提供有限的事实主张及表面证据供法院进行审查、作出判断即可。这种审查方式与略式程序的审查方式相同。禁令裁定是在表面审查原则下对特殊实体权利保护请求的非终局性判断,故其所具有的形式确定力和执行力是暂时的。这与略式程序裁定的临时性效力具有一致性。我国《反家庭暴力法》第30条规定人身安全保护令有效期间不超过6个月。比较有争议的是人格权禁令的有效期,有临时性与非临时性的观点分歧。〔55〕笔者认为,《民法典》第995条、第997条都是停止侵害的请求权基础,不同的是,第997条明确强调了申请人提出禁令申请时应证明侵害行为的“紧迫性”、损害的“难以弥补”要件,这要求法院对这种禁令申请及时、简便地作出裁决,否则,该实体请求权将因无实践力而成为“具文”。前后条文规定差异明显,如果将第997条也解释为非临时性效力的人格权禁令,则将面临与第995条人格权禁令(终局禁令)〔56〕关系厘定的难题。

综上所述,中外民事禁令制度皆具有略式程序的特征。识别略式程序的程序地位,探求禁令程序的略式程序定性,有利于指导建构我国的独立禁令程序。

四、独立禁令程序设置

• 781 •

程序属性是程序建构的原点。明晰了禁令程序的略式程序属性,为其程序建构提供了理论指导。同时,从程序设置的基本原理上看,独立禁令程序也由民事程序运行的基础环节构成,申请程序、审理程序、裁决程序、救济程序等以实现程序功能为要求的环节揭示了设置独立禁令程序的任务。

(一) 申请程序

独立禁令申请程序应设定启动要件,以防止申请人滥用临时救济程序给被申请人及法院造成负担,其中包括:(1)向有管辖权的法院提出申请。临时禁令案件对效率具有极大需求,无须终局解决争议法律关系,其管辖应符合及时保护或实现权利的基本目的,兼顾法院仲裁、执行的便利,结合2021年出台的《最高人民法院关于调整中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》两份司法文件,在级别管辖上,原则上由基层法院受理。在地域管辖上,当侵害行为尚未发生时,原则上应向被申请人所在地的基层法院提出申请;特殊案件中为平衡当事人利益保护,也可向申请人所在地的基层法院提出申请,如

〔54〕如“深圳市腾讯计算机系统有限公司与重庆天极畅娱网络科技有限公司等案”,重庆自由贸易试验区人民法院(2019)渝0192行保1号民事裁定书;“百鲜食品(福建)有限公司与马士基有限公司案”,厦门海事法院(2020)闽72行保2号民事裁定书;“李雪琼与王华强案”,广东省惠州市惠城区人民法院(2021)粤1302民保令4号民事裁定书;《演员刘涛“被代言”?广互作出首份人格权侵害禁令!》,广州互联网法院官方微信“法脉准绳”,2021年8月25日。

〔55〕持临时性观点的如张素华:《论人格权禁令的性质及司法适用》,载《比较法研究》2022年第6期。持非临时性观点的如朱虎:《人格权侵害禁令的程序实现》,载《现代法学》2022年第1期。

〔56〕参见前引〔6〕,严仁群文。

人身安全保护令案件。当侵害行为正在进行，侵权行为实施地、结果发生地的基层法院也应有管辖权，但法定的专门法院除外。提出禁令请求时，如果实体判决程序已经启动，则出于诉讼经济、诉讼效率考虑，应由该实体判决法院管辖。(2) 申请的法定程式要求。一是申请必须符合法定的程式。为达到迅速审查的目的，原则以书面申请为主。申请书应当载明被申请人、请求权、具体的请求内容、所依据的事实与理由，并附上相关证据。首先，申请人应当依据实体法中防御性请求权基础申请禁令。其次，申请书中的请求内容及所依据的事实与理由应当具体化，以便于法院裁决。如果有排除侵害行为的紧迫性需求，不能合理地期望申请人忍受漫长的诉讼程序，就存在申请禁令的理由。可在总结海事强制令等申请理由之上作出原则性规定，并设定除外规则。^{〔57〕}最后，与简便、快速获取具有暂时性的执行名义的程序目标相适应，在请求权、申请理由的存在及程序先决要件上采疏明的举证，即要求证据方法限于可被法官立即进行调查并作出判断。^{〔58〕}二是交纳案件受理费。我国法规及司法解释根据权益性质不同要求有别，^{〔59〕}此种做法具有合理性。(3) 申请还需符合其他要件，如属于法院主管范围、申请人适格、具有诉的利益，可适用民事诉讼一般规则，不再赘述。

(二) 审理与裁决程序

首先，厘清独立禁令审理程序二元结构，重点把握不充分性审理本质。略式程序既有单方申请裁决，也有特定条件下的对审裁决。就禁令审理程序而言，考虑到权益对法律保护需求强度有差异，若采对审程序，就会拖延裁决，无法对权益紧急处置，这时可依法采单方结构。两大法系国家为保障被申请人法定听审权，都以对审裁决程序为一般情形、以单方审裁程序为例外。但在二者结构关系上：美国的单方临时限制令程序依附于对审的初步禁令程序；德国、日本、法国的单方审裁程序与对审裁决程序是互斥关系。尽管单方审裁程序会严重影响被申请人利益，但其本身仅在例外下适用，程序运作需由申请人疏明、担保，被申请人异议程序为后置程序保障，这些条件的聚合可将对被申请人的不利降至最低。再者，为及时救济被申请人利益，单方审裁对其不利的，就转为通常诉讼程序解决争议更为妥当。因而，禁令程序在结构设置上可采用互斥的二元结构。为实现迅速做出裁决的目的，按照略式程序原理，禁令程序的审理是不充分性的审理，在审查方式上是有限的形式审查：单方审裁程序是最不充分性的审理一端；对审程序在审查方式上也是不充分性的审理，主要表现在对当事人的攻击防御方法进行限制，仅允许提供即时可调查的证据方法，不允许提出反诉等。而即时可调查的证据要求也表达了法官心证的程度已达致疏明，即法官产生大致如“若不签发禁令则申请人陈述的侵害行为即将发生或正在发生的侵害行为将要扩大，致使其遭受重大的损害”的心证后，即应认可申请，否则驳回申请。

其次，在审查内容上，法院除依职权审查程序性要件外，还应审查签发禁令所需的实质要件。法官既要对禁令请求权基础、请求依据的理由进行实质判断，还应衡量签发禁令对申请人与

〔57〕 如自我驳斥 (Selbstwiderlegung) 情形否定紧急性。自我驳斥，即如果申请人在知悉相关紧急性情况后很长一段时间后才提交禁令申请，则此容忍或拖延将驳斥紧急性的法律推定。

〔58〕 参见前引〔50〕，新堂幸司书，第373页。

〔59〕 我国《诉讼费用交纳办法》第10条要求申请海事强制令应交纳受理费，而《人身安全保护令案件批复》明示人身安全保护令案件不需要预交受理费。

被申请人、私人利益与公共利益的影响,根据案件情况进行“综合考量”的实质判断。

最后,禁令程序裁决方式及裁定效力。略式程序的子程序在裁决方式上有判决、决定、裁定、命令等形式。我国禁令制度采裁定方式。从程序特征角度看,裁定与我国法律体系也更为契合。在我国,与有关实体权利义务的判决相比,裁定主要为法院针对程序问题作出的判断或安排,但不排斥将裁定用于临时性的司法救济程序。例如,《反家庭暴力法》第26条规定,人身安全保护令由法院以裁定方式作出。尽管禁令裁定并非权利义务争议的终局性判断,但是,禁令裁定的内容也可能直接或间接指向当事人的实体权利义务。就设置临时禁令裁定有效期间来看,临时禁令虽以临时性为特征,但一旦生效,就会限制被申请人的行动自由,为将限制控制在合理限度,有必要明确裁定的有效期限。我国人身安全保护令的有效期不超过6个月,允许法官在具体案件中酌定期间的做法可暂予适用。“不超过”赋予了法官在具体案件中酌定期间的正当性,为个案中的具体情形具体适用预留了空间,使法官可在听取当事人意见的基础上,灵活地决定禁令有效期间。这种立法技术可用于禁令效力期间的设置。就禁令裁定效力而言,因裁定程序未充分给予当事人程序保障,使得禁令裁定缺乏既判力正当化根据,因而不具有既判力。

(三) 送达与执行程序

在禁令程序中,高效送达裁定尤为重要,尤其是单方审裁程序下,被申请人只有在知悉裁定载明的被限制行为时才有可能履行特定行为。同时,送达裁定也是计算被申请人异议权存续的法定起点。然而,我国禁令制度送达程序规则不尽如人意,海事强制令程序无送达规则,人身安全保护令仅规定受送达主体,未(充分)重视送达时限在平衡当事人利益上具有的重要作用。德国《民事诉讼法》第929条第3款规定,对于送达被申请人之前先行执行的,若在执行后已满一周或在该条第2款规定的执行时效期间(一个月)届满时还未送达被申请人,将不能再有强制执行力。这种将送达与执行关联的立法,使送达制度具有了对被申请人提供程序保障之意。从禁令程序的紧急救济功能、裁定的临时性特征,以及我国将禁令裁定送达定性为法院权力来看,为使被申请人的知悉权得到及时保障,可采取较短的送达时限规定,期限届满未送达的,裁定将不再具有强制执行力。禁令裁定作出即产生执行力,对其申请执行的,应准用强制执行规则,法律另有规定的除外。

(四) 救济程序

略式程序案件因无必要或因情况紧急无法提供充分性对抗,在略式程序中压缩了被申请人的程序保障空间,因此,在略式程序之后,应赋予被申请人通过实质性异议提起普通诉讼程序以充分行使各项程序权利的选择权,这是略式程序的后发性程序保障机制。^[60]我国临时禁令制度的当事人声明不服程序是向作出裁定的法院申请复议,该程序的具体运行规则并不清晰。在当事人不服裁定时,仍要向本法院请求再度审查,难以消除当事人对裁决结果客观公正的疑虑。为了尊重并保障被申请人享有的程序权益,应当给予其在终局性判定权益的司法程序中充分表达意见的

[60] 在裁定的作出程序中采书面审查原则,对该裁定不服的救济程序,可给予适用言辞辩论程序进行保障。这种程序制度安排,在民事诉讼法学理上被称为后发的程序保障。参见肖建国:《执行当事人变更与追加的救济制度研究——基于德、日、韩执行文制度的比较研究》,载《法律适用》2013年第7期。

机会。依据后发性程序保障理论，当被申请人提起实质性异议后，^{〔61〕}应通过诉讼程序展开充分性审理，终局性地解决案件争议。德国法、日本法上为申请人在申请被驳回后提供了即时抗告的权利，^{〔62〕}同时为被申请人创设了多种救济程序。其一，异议程序。异议审理程序实为异议之诉程序，由做出禁令裁定的法院对异议进行审理，但是，在同一审级内要转换为言词辩论程序进行审理，保障当事人充分行使攻击防御方法，作出认可、变更或撤销临时禁令裁决的终局判决（日本法上用“决定”）。对该终局判决可进行再救济。其二，申请命令起诉程序。为被申请人提供另一条通向诉讼程序的程序选择权。当申请人获取临时禁令裁定后未提起实体判决程序时，被申请人可向法院申请命令申请人于一定期间内提起实体判决程序，若申请人未提起该程序，则法院可依被申请人的撤销申请撤销临时禁令裁定。其三，临时禁令裁定所保护的權利或保护的必要性消灭或发生其他情况变更的，被申请人可向作出裁定的法院申请撤销临时禁令裁定。上述三种后发性程序保障机制交由被申请人选择，提供转轨为诉讼程序的民事程序转换机制，从而保障了被申请人在诉讼程序中进行充分抗辩的可能性，不会因临时禁令程序省略实质审理、限制抗辩手段致使其所遭遇的不公无法及时纠正。

德国法、日本法侧重于实质异议的诉讼性、诉权的对等性、程序保障的弥补性的救济程序设置，使当事人双方在充分对抗的判定程序中实现了权益维护的一种动态制衡，为构建我国禁令裁定救济程序提供了经验。概括地说，对于申请人的声明不服救济，即申请人不服驳回禁令申请裁定的，可允许其立即上诉，原因在于：一方面，申请与起诉是有相同效果的诉讼行为，裁定驳回起诉的救济方式也应适用于裁定驳回申请；另一方面，禁令裁定是审判组织运用审判权的结果，应由上一级法院对其行使审判权进行监督、审查，后者所适用的程序应为上诉审程序。出于效率考量，在这类案件的上诉审程序中，可以采用书面审查的方式。对于被申请人的声明不服救济：第一，当被申请人提出临时禁令裁定实有错误应予撤销或变更的实质性异议时，应为其提供转轨为诉讼程序的救济——异议之诉程序。在该程序中，法院应保障当事人行使充分的程序权利。第二，在临时禁令的有效期内，因出现新的立法或事实使临时禁令请求权、请求理由不复存在，或者出现被申请人提供充足的担保等法定情形，赋予被申请人提起撤销禁令裁定的诉讼程序。由于这些事具有显而易见的特征，可经表面证据疏明，由被申请人借助简便的复议程序申请撤销。异议之诉程序及复议程序期间不停止禁令裁定的执行，但被申请人提供充足担保等法定情形除外。法院宣告撤销之时禁令裁定效力终止。

五、余 论

禁令案件对法律保护需求的紧急程度，使其难以经诉讼程序和非讼程序妥当实现。依据程序相称性原理，需要一种与此种需求适配的快速程序。因社会主体对快速获取执行名义的需求而衍

〔61〕 实质性异议，指被申请人提出的异议导致案件事实、权利义务关系需要经过充分的攻击防御的实质审理才能做出判断的情形。实质性异议不能以复议方式书面形式审查解决。

〔62〕 有关条文参见德国《民事诉讼法》第567条第（1）款第2项、第572条、第936条、第924—927条；日本《民事保全法》第19条、第26—42条。

生的不处理争议法律关系、仅允许当事人有限地行使攻击防御手段、法官基于表面审理即可作出裁决的略式程序，契合了禁令案件的需求。略式程序为独立禁令程序的规则建构提供了理论依据。独立禁令程序是申请人面临紧急侵害行为时快速获取执行名义，以维护权益的一般性程序。将目光投向具体的禁令制度可知，不同种类的权益有各自特定构造的禁令规则，如人身权与财产权；即便相同性质的权益，由于条件的不同，往往可以采取多种不同的禁令规则，如人格权与身份权。从程序设置原理看，对一般程序可以分层设置子程序，以延展一般程序的实践力。故而，在独立禁令程序之上，结合具体权利特征，如何对具体禁令程序规则进行设置或完善，将是进一步研究的对象。

Abstract: The scholarly community has incidentally put forward the proposition that “an independent injunction procedure applicable to all acts should be constructed” when studying the issue of procedural adaptation of personality rights injunction, but there are different understandings of the attributes of the procedure. Different from the opinions of academic circles, the practice of procedural adaptation of injunctive system in China is to be determined one by one in the law or by judicial interpretation. At a time when the central government emphasizes the improvement of the preventive legal system, whether and how to construct an independent injunction procedure should be specifically studied. The provision of injunction procedures is the right of judicial protection, and the preventive function of defensive claims makes it necessary to resort to injunction procedures to achieve. There is no independent injunction procedures in China, and it should be constructed. The definition of the properties of the independent injunction procedure is the cornerstone of the construction of the procedure. According to the principle of procedural proportionality, the characteristics of injunction cases to quickly obtain the enforcement name to stop and prevent urgent infringement make its procedures escape from the traditional dualism of civil procedures. To clarify the status of the abbreviated procedure as a mature third procedure from a historical perspective will provide an attribution for the properties of the injunction procedure, and then the independent injunction procedure will be constructed under the guidance of the abbreviated procedure theory.

Key Words: injunction against infringement of personality rights, temporary injunction, civil procedure, summary procedure, injunction procedure

• 785 •

(责任编辑:王叶刚 赵建蕊)

民事执行根据问题探究

张卫平^{*}

内容提要：执行根据是法院实施强制执行的根据，是执行正当性的基础。虽然执行根据在执行法上具有重要的地位，但学术界和实务界关于执行根据的讨论和研究依然还有较大的空间，也存在诸多模糊不清的认识。在执行根据的一般基础性认识方面，执行根据的形成方式与审执分离原则的贯彻程度密切相关，执行根据有效是执行程序有效性的必要非充分条件，也构成执行机关行使解释权的基础。判决成为执行根据的主要条件包括判决确定且终局、判决具有执行力，判决的执行力与既判力在主客观范围上基本一致但在某些特殊情形下存在差异。仲裁裁决在法理上不能独立成为执行根据，我国应当设置司法审查确认程序完善仲裁裁决的执行制度。公证债权文书作为执行根据的法理依据在于强制执行的契约或承诺，由于没有既判力所以需要执行证书对执行力的证明和保障。

关键词：民事执行法 执行根据 判决的执行力 仲裁裁决 公证债权文书

一、问题的提出

依照法治原则和原理，每一个民事主体的财产都受法律的保护，不得随意剥夺和侵占。强制执行意味着对债务人财产所有权的变更以满足债权人的权利请求，使其债务得以履行。因此，强制执行必须要有确认其实体权利的根据——执行根据。执行机构只能依据其执行根据，依照相应的执行程序，按照法律规定的执行措施展开执行活动。因此说，执行根据是所有强制执行活动正当化的基础。

“执行根据”是我国学界常用的法律概念。在学术刊物和著作中，除了使用“执行根据”“执

^{*} 张卫平，烟台大学黄海学者特聘教授、清华大学法学院教授。

本文为2018年国家社会科学基金重大项目“民事司法智能化设计的理论方案研究”（18ZDA142）的阶段性研究成果。

行依据”之外，还有使用“执行名义”“债务名义”“执行权源”等词语表达相同的含义。^{〔1〕} 这些不同表述并无本质或实质上的差异，从遵循习惯及减少变更成本的角度来看，法律上〔包括正在审议的《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》，以下简称《民事强制执行法（草案）》〕继续沿用“执行根据”更为妥当，虽然在相关的司法解释中已经使用“执行依据”的概念，但相对而言司法解释的变动成本要低得多。

执行根据的文本表现形式必须是由法律所明确规定的，即所谓执行根据法定化要求。根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）、《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）、《中华人民共和国公证法》（以下简称《公证法》）等法律的规定，执行根据的法定文本形式有：（1）人民法院制作的、已经发生法律效力民事判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书。这类法律文书既包括由本院制作的判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书，也包括由上级法院或者其他法院制作的判决书、裁定书和调解书。（2）人民法院制作的、已经发生法律效力并有财产执行内容的刑事判决书、裁定书和调解书。^{〔2〕}（3）仲裁机关制作的、已经发生法律效力并有执行内容的仲裁裁决和调解书。（4）公证机构制作的、已经发生法律效力并依法赋予强制执行力的债权文书。（5）人民法院制作的承认和执行外国法院判决、裁定或者外国仲裁机构裁决的裁定书和执行令等。应当将哪些组织以及程序所确认的实体请求结果作为执行根据，赋予其强制执行的效力需要国家从纠纷解决的资源配置、社会法制环境、法制传统、法治观念等多种因素予以考量。执行根据的法定化可以有多种模式。^{〔3〕} 所有执行根据在性质上都是对文本中存在实体请求权的高度盖然性证明。虽然法律上对执行根据有明确的规定，但这些规定仅仅是执行根据文本形式的规定，执行根据还需要具有相应的实质性内容，包括执行根据的构成、执行根据的有效性、执行力、执行力的主体范围、执行实现的可能性、对执行根据可执行性的判断、执行根据的解释主体及效力等。上述内容在欠缺时有的属于无效情形，有的属于瑕疵情形。这些具体内容需要根据各执行根据的类型进行分析和判断。关于执行根据，不仅是实务中存在许多技术性问题需要解决，也存在着诸多需要厘清的理论问题。例如，如何理解只有给付判决有执行力，而确认判决和形成判决没有执行力的问题。这一问题的认识基础又涉及应当怎样理解执行力问题。有许多问题如果在理论上没有厘清，必将影响有关制度设置的合理性和制度之间的自治性。以往的研究较多是从执行根据内容的某一个方面切入并予以展开，例如执行根据的执行

〔1〕《日本民事执行法》中表达执行依据含义时使用“债务名义”这一概念。我国台湾地区“强制执行法”使用“执行名义”的概念。《韩国民事执行法》则使用“执行根据”的表述。有的学者在翻译韩国民事执行法著作时对“执行根据”进行了意译，译为“执行权源”（参见〔韩〕姜大成：《韩国民事执行法》，朴宗根译，法律出版社2010年版，第31页），虽然意思没错，但执行根据为《韩国民事执行法》中的汉字表达，国人都能理解，因此没有必要译作“执行权源”，如果意译，“执行权原”可能更为贴切。《韩国民事执行法》原来也使用日本法上的概念，即“债务名义”，后来在修法时改用“执行根据”。“债务名义”更强调执行依据的形式性，相对而言“执行根据”有强调其实质性的意味。无论哪一种执行文本实际上都是对执行根据的高度盖然性证明，在学理意义上使用“债务名义”或“执行名义”的说法似乎更为贴切。

〔2〕这类法律文书主要是因为被害人在刑事诉讼中提出刑事附带民事诉讼而作出的。在刑事诉讼中，如果被害人因为被告人的犯罪行为而受到物质损害，可以提出赔偿请求。法院对损害赔偿作出的判决就是刑事附带民事判决。法院对查封或者扣押被告人财产问题作出的裁定，就是刑事附带民事裁定。法院对附带民事诉讼案件进行调解达成协议所制作的文书，就是调解书。

〔3〕在北欧的一些国家，例如挪威、瑞典，法律上认为诉讼外调解机关达成的调解具有强制执行效力。参见《关于挪威瑞典诉讼外调解制度的考察报告》，载 <http://www.procedurallaw.cn/info/1013/5331.htm>，最后访问时间：2023年2月13日。

力、执行力的主观范围等，缺失从与具体执行根据的联系层面展开，因此容易忽视执行根据之间的比较观察和分析。执行根据并非独立的概念，其作为一项制度关系到整个民事执行制度的基本框架，例如“审执分离”、执行救济的方式与体系等。我国现行民事执行制度中存在的问题之所以没有理顺，其实都与对执行根据的认识不够存在牵连。有鉴于此，笔者认为有必要较为系统地对执行根据在理论上进行更为细致和深入的研究，以期推动我国民事执行法的理论研究，为民事执行制度的完善和发展提供更多的参考指引。

二、关于执行根据的几点基础性认识

（一）执行根据与“审执分离”

审判权与执行权分离（“审执分离”）是现代民事执行制度建构的一项基本原则和要求。这种分离导致了两者权力在诸多方面的不同或差异，包括权力行使的目的、结果、对象、主体、程序以及不服权力行使的救济方式等。就审判权而言，审判权行使的目的是确认权利义务，权力行使的结果在形式上就是法院的裁决（判决和裁定），其中主要包括对权利人权利主张予以确认的判决。该判决如果具有执行力，即成为执行根据。就执行权而言，执行权并不产生执行根据，执行权的目的和责任就是实现执行根据。执行机构应当对审判机构作出的执行根据绝对信赖，只有如此才能使执行机构专注于执行，高效率地通过强制执行方式实现其权利。可以说，执行根据的产生以及如何对待执行根据反映了是否贯彻“审执分离”原则的基本面。

执行权自身不能产生执行根据是“审执分离”原则的基本要求，也是现代民事执行体制的一个基本特点。^{〔4〕}然而在这一点上，我国现行的民事执行制度并未完全满足“审执分离”原则的要求。现行《民事诉讼法》（2021年修正）第240条规定：“执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。”这就是“执行回转”制度。虽然该条没有明确指出责令通过原执行程序取得财产的人返还财产的法院是审判法院（审判机构）还是执行法院（执行机构），但从裁决的形式为裁定这一点可以看出该裁决作出的程序不是裁决实体权利争议的审判程序。从执行实践的操作来看，执行回转裁定的主体是执行机构，而非审判机构。审理裁决的程序是非讼程序，而非诉讼程序。也就是说，需要通过启动强制执行程序使得原执行财产回到权利人手中的执行根据是执行权行使的结果，而非审判权行使的结果。我们可以认为现行法律中关于执行回转的裁定也是执行根据，但该执行根据却不是审判机构通过审判程序取得的结果，因此有违“审执分离”原则的要求。^{〔5〕}正在审议的《民事强制执行法（草案）》虽然对原有的执行回转制度有所修正，但没有消解其存在的问题。^{〔6〕}

〔4〕 关于现代民事执行体制，详见张卫平：《论民事执行体制现代化转型》，载《中国政法大学学报》2023年第2期。

〔5〕 参见张卫平：《执行救济制度的体系化》，载《中外法学》2019年第4期。

〔6〕 《民事强制执行法（草案）》第91条第1款规定：“执行依据被依法撤销、变更的，原被执行人可以向原执行法院提出执行回转申请，请求原申请执行人返还因强制执行所受的清偿，也可以向原执行法院提起诉讼。”实际上，只有通过诉讼程序，通过审判才能获得新的执行根据，实现原执行财产的返还。草案这一规定的问题在于，并没有意识到原执行财产返还的强制执行与执行根据的实质关系。

（二）执行根据的无效与执行的有效性

依照依法执行的原则，执行机关实施的强制执行必须要有执行根据，且执行根据是有效的。如果执行根据是无效的，那么将对执行机关的执行产生何种影响、应当如何予以处置就是一个值得讨论的问题。首先，应当明确执行根据无效的含义。所谓执行根据无效，是作为执行根据的文本，例如判决书、裁定书、调解书、仲裁裁决书、公证债权文书等不具备生效要件或基于程序上的原因已经被撤销或被否定，其执行根据不再具有法律上的执行效力。在理论上，前者属于“当然无效”，后者属于“形成性无效”。〔7〕例如，已生效（确定）判决经过再审之后被撤销、仲裁裁决通过司法程序被撤销、公证债权文书被公证机关撤销〔8〕等。法律对每一种特定的执行根据都有相应的要件要求。例如对判决，就要求判决已经生效、属于给付判决、给付请求权的范围是明确的等；对于仲裁裁决同样要求具有给付请求以及明确的请求范围（在国外，仲裁裁决还需要有法院的执行决定）等；对于公证债权文书则要求有债务人对执行的承诺、明确的债权债务、公证书的形成符合公证程序规定、有执行证书等。为防止对财产权的不法侵害，依照通常的法理，基于无效的执行根据所展开的执行也是无效的。〔9〕

如果在满足相应要件的情形下，执行根据被判断为有效，则根据执行程序实施的各种相应的执行措施也都是合法有效的，至于最终能否实现实体请求权则与执行根据有效无效本身没有关系。从强制执行请求权与实体请求权的关系而言，强制执行请求权是债权人基于执行根据请求执行机关通过行使强制执行权以实现其实体请求权的一种权利。通常认为该权利是一种债权人对执行机关的公法上权利。强制执行权依附于执行根据，只要执行根据是有效的，强制执行就是合法的。执行根据的实体权利发生转移时，该执行请求权也随之发生转移（十几年前这一问题还曾在国内学术界引发激烈的争论〔10〕）。根据抽象执行请求权的观点〔11〕以及审执分离的原则，〔12〕强制执行请求权的存在与否不以债权人是否实际拥有实体请求权为前提。〔13〕当然这一结论的前提是作为执行根据的法律文本在形式上是合法成立的。如果执行根据在形式上是不合法的，这一结论就不成立了。执行根据在形式上合法成立的情况下，依据执行根据展开的强制执行虽然在程序上是合法的，但却有可能不会产生实体法上的效果，例如欠缺实体请求权成立要件。这种情形属于实体上的无效。对于执行根据欠缺实体请求权生效要件的情形，最好的救济途径就是债务人提

〔7〕 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』（青林書院、2016年）159頁参照。

〔8〕 《公证法》第39条规定：“当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的，可以向出具该公证书的公证机构提出复查。公证书的内容违法或者与事实不符的，公证机构应当撤销该公证书并予以公告，该公证书自始无效；公证书有其他错误的，公证机构应当予以更正。”

〔9〕 在国外的执行法通说中也是此种观点。伊藤眞ほか編『条解民事執行法』（弘文堂、2022年）136-138頁参照。

〔10〕 引发争论的问题出自当时实践中存在的所谓判决书买卖是否合法的讨论。判决书买卖实质涉及的问题是判决书中的实体权利是否可以转让及转让之后受让人是否具有申请执行权的问题。关于该问题的讨论，详见张卫平：《判决执行力主体范围的扩张——以实体权利转让与执行权利的获得为中心》，载《现代法学》2007年第5期。

〔11〕 关于强制执行请求权与实体请求权的关系，还有一种观点是“具体执行请求权说”，该说认为强制执行请求权的成立须以实体请求权的成立为要件，没有实体上的请求权，强制执行请求权也不能成立。在大陆法系国家抽象执行请求权的观点为通说。参见杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社2002年版，第5页。

〔12〕 根据审执分离原则，实体权利的确定与实体权利的实现为两种不同的程序，债权人只要取得了执行根据，即证明该债权人拥有了相应的实体权利。执行机关不能再对该债权人是否具有实体权利进行审查和判断。参见前引〔11〕，杨与龄书，第5页。

〔13〕 参见前引〔9〕，伊藤眞等人编书，第136、137页。

起请求异议之诉。由此也说明作为一种救济手段，设置请求异议之诉具有必要性。

（三）执行根据的解释

从应然的角度看，执行根据需对可执行债务的标的、数量、种类、范围等是明确的，^{〔14〕}但实践中却往往存在含糊不清的情形，这就需要执行机构对执行根据的合理解释能够明了该执行根据是否具有可执行性，并在可执行的场合下确定债务标的、数量、种类、范围等。与司法机关适用法律须对其所适用的法律具有解释权同理，执行机关依照执行根据予以执行也须拥有对执行根据的解释权，执行机关不能否定或改变执行根据本身。在权能的属性上，对执行根据的解释权属于执行机关享有的执行权范畴。对执行根据的解释通常是在对申请执行的审查过程中完成的。实践中也有在执行立案之后在具体实施执行的过程中对执行根据进行解释的情形。不同的阶段下，执行根据解释的后果会有所不同。

执行机构对执行根据具有解释权，这一点没有问题，但需要特别注意的是作为解释权行使对象的执行根据还需要进一步加以限定，即只有在实质上具备了执行根据的要件，执行机关才可能对其进行解释，如果该文本实质上还不能构成执行根据，还需要法院审查予以确认（这种审查判断行为在本质上属于审判行为），那么该文本就不能构成执行根据也就不存在执行机关对其进行解释的问题。因为在我国，仲裁裁决已经直接通过法律确认为执行根据，省略了司法机关审查的重要环节，所以，仲裁裁决直接成为执行机关的解释对象。在需要通过司法审查承认仲裁裁决执行力的国度，执行根据为仲裁裁决和司法审查判断两者的结合，法律上称之为附执行决定的仲裁裁决。因此，执行机关的解释对象也就是附执行决定的仲裁裁决，而非单纯的仲裁裁决。^{〔15〕}

执行根据的性质不同，其解释的方法也有所不同。执行根据总体上可以分为两大类：一类是由裁决机构对债权债务作出具有执行力的裁决书，包括司法机关作出的判决、裁定、决定、命令以及由仲裁机构作出的仲裁裁决；另一类是当事人之间认可其债权债务的契约。原则上，执行机关的解释根据仅限于执行根据文本本身，执行根据以外的信息资料不能作为解释的根据，否则就可能对执行根据文本予以否定，这就僭越了执行解释权的权限范围，有替代审判权的嫌疑。对裁决类执行根据的解释与判决主旨的解释同样，在裁决中的债务表述不清晰时需要结合裁决文书的整体内容判断其可执行债务的内容。对契约类的执行根据，即调解书（包括诉讼调解书、仲裁调解书和经调解组织调解达成且经法院确认的调解书）、公证债权文书中债务人承诺的意思表示以及可执行债务的具体内容，也需要结合调解书和公证债权文书做出合理的解释。应当注意的是，无论是调解机构，还是公证机关制作的法律文书都以当事人的合意为前提，因此，执行机关不能对其合意的真实性予以质疑，需要通过解释加以明确的仅仅是债务的具体内容。

根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（以下简称《最高人民法院关于执行规定》）第16条的规定，人民法院对符合执行受理条件的申请，应当在7日内予以立案；不符合受理条件之一的，应当在7日内裁定不予受理。这就包括了“申请执行的法律文书有给付

〔14〕《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（2020年修正）关于执行受理的条件中规定，申请执行的法律文书有给付内容，且执行标的和被执行人明确（第16条第3项）。

〔15〕参见前引〔7〕，中野貞一郎、下村正明书，第179页。

内容,且执行标的和被执行人明确”这一条件,如果通过解释无法明确该条件,执行法院将裁定不予受理,实际上就是驳回当事人的执行申请。这里就涉及执行机构的错误解释如何救济的问题。对执行根据的解释权属于执行权,其解释行为也应当属于执行行为。《民事诉讼法》(2021年修正)第232条规定:“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的,可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定撤销或者改正;理由不成立的,裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的,可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。”问题在于,执行法院认为申请人所依据的执行根据没有执行力因而驳回执行申请,申请人不服提出了执行异议,法院驳回其异议时,申请人应当如何救济。合理的做法是申请人重新提起给付之诉,通过诉讼获得具有执行力的判决,以此作为执行根据。执行根据没有执行力并不意味着执行根据本身就是错的,仅仅是因为执行内容不明确而无法执行,因为执行内容不明确属于执行根据无效的情形。因此,要想获得有执行力的执行根据就只能向法院提起给付之诉,获得执行根据。这里需要注意的是,对于此类情形,人们容易将其误认为属于重复诉讼,其实不然,虽然两诉的诉讼标的是相同的,但是前诉与后诉的类型是不相同的,前诉客观上只是确认之诉,后诉是给付之诉,目的是获得具有执行力的判决。这一点也是过去人们在议论重复诉讼问题时所疏忽的问题。^{〔16〕}

三、判决与执行根据

• 791 •

在执行根据中,数量最多的是人民法院制作的已经发生法律效力民事判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书等,其中尤以法院通过审判形成的民事判决为主。抽象地讲,发生法律效力民事判决书可以是执行根据,但对具体的民事判决则需要区别对待,并非只要是民事判决就当然可以作为执行根据。本节主要阐述判决作为执行根据所需要具备的两个基本条件,判决为已确定的终局判决和判决具有执行力。

(一) 判决作为执行根据的条件之一——已确定的终局判决

作为执行根据的判决在法律状态上应当为已确定的终局判决。这一条件又包含两个最基本的条件:其一,判决已确定;其二,判决属于终局判决。判决已确定以及判决为终局判决虽然都与时态有关,但两者表述的重点有所不同。前者表示判决内容在常态下已没有变动或撤销的可能;后者表示法院对争议进行纠纷解决的状态。终局判决具有终结其审级程序的效力,是法院在审理完结时对争议问题的裁决。与此相对,中间判决是法院在诉讼程序中对某些事项所作的裁决,仅仅是为终局判决做准备,不具有终结诉讼程序的效力。应当注意的是,这里所说的中间判决并不具有我国民事诉讼理论中判决的基本性质,准确地讲,所谓中间判决不过是诉讼程序中的一种中间裁决。大陆法系民事诉讼中判决的含义比我国判决的含义更广,它包括了我国判决概念以外的裁决。关于中间判决的裁决对象、中间判决的效力等有关规定构成了中间判决制度。我国民事诉

〔16〕 关于重复诉讼,参见张卫平:《重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”》,载《中国法学》2015年第2期。

讼法没有规定中间判决制度。^{〔17〕}

在我国，对于判决状态的表述，法律上通常使用“发生法律效力”或“生效”的说法，如“发生法律效力的判决”，^{〔18〕}人们通常也略称为“生效判决”。实际上，民事诉讼法中所谓“发生法律效力”在含义上存在模糊之处。“生效判决”更准确的含义应当是指判决已经确定，通常情形下，法院不能改变其判决的内容。“生效”的说法之所以不准确，是因为判决一旦送达就会发生一定的效力，例如自我羁缚力，即使是一审判决，作出判决的法院亦不能改变该判决，但该判决未必是确定的，在上诉中的判决就是没有确定的判决。一审判决无法通过上诉加以改变时，该一审判决是已确定的判决。笔者认为，为了避免理解上的歧义，法律上还是使用“确定判决”取代“发生法律效力的判决”更为妥当。

所谓判决的确定，是指法院作出的判决不会因为法律规定的程序原因而改变或撤销。这包括下列情形：当事人在上诉期限内没有上诉；当事人提起上诉后撤回上诉；上诉法院对上诉不予受理或驳回上诉；当事人明示放弃上诉权。我国没有明确承认不上诉契约的合法性，因此，即使当事人双方之间有不上诉契约，判决也不会因该契约的存在而确定。在承认诉讼契约的国家，一旦双方之间存在不上诉契约，则该终局判决即处于确定状态。虽然按照再审制度的规定，确定的判决也有可能通过再审予以推翻，但再审在性质上属于特殊情形，因此，不影响判决的确定。在我国，根据执行文制度关于判决是否确定的审查是由执行机关负责，且仅发生在权利人申请执行时。在国外，权利人可以向专门的机构，如书记官或法院事务官要求出具判决确定的证明。^{〔19〕}该制度的设置可以解决在某些情形下判决是否确定的疑议问题，在这个意义上，这一制度有借鉴的必要。

（二）判决作为执行根据的条件之二——执行力

判断人民法院制作的法律文书是否能够作为执行根据的主要依据是看该法律文书是否具有执行力，没有执行力，即使是人民法院作出的判决、裁定、决定，也不能作为执行根据。

民事判决根据诉的种类与判决的关系，可以分为三种类型：给付判决、确认判决和形成判决。一般认为给付判决具有执行力（准确地讲是指人民法院承认其给付请求的判决具有执行力，执行力的根据是法院对其给付请求权的承认^{〔20〕}），确认判决、形成判决因为确认之诉和形成之诉本身并没有相应的给付请求，法院就不可能作出义务人负有相应给付义务的判决，自然该判决也就没有执行力，因而也就不能作为执行根据。从强制执行的实践来看，承认给付请求的判决作为

〔17〕 中间判决具有以下几个特点：（1）中间判决是一种确认性裁决。中间判决是对某些有争议事项的确认为，不具有给付内容。（2）中间判决的裁决事项具有特定性。裁决的事项一般限于三类：一是有争议的独立的攻击和防御方法。所谓独立的攻击和防御方法，是指作为诉讼中的攻击和防御方法能够与当事人提出的其他主张和抗辩分开。如当事人双方在诉讼中提出的证据的合法性问题。二是中间争点。如诉的合法性问题、诉的变更合法性问题等。三是有关请求原因及数额的争议。（3）中间判决对法院作出终局判决具有拘束力，终局判决不能与中间判决的确认相冲突。（4）中间判决既没有终结性，也没有既判力，不能对中间判决提起上诉。但终局判决作出后在对终局判决上诉时可一并对中间判决主张不服。关于中间判决，兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）494-504頁参照。

〔18〕 如《民事诉讼法》（2021年修正）第205条、第206条、第231条等规定。

〔19〕 参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》（下），李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1150页；〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第469页。

〔20〕 参见前引〔7〕，中野貞一郎、下村正明书，第157页。

执行根据没有异议,但关于确认判决、形成判决不能作为执行根据则存在较大的争议。实践中,主要存在以下几种情形,人们会认为确认判决和形成判决同样具有执行力,而非只有给付判决才具有执行力。一种情形是,法院作出确认其权利义务的判决,在判决确定后,当事人根据该确认判决要求相应的机关对原来权利义务的登记进行变更,例如工商管理部门对股权份额、比例或权利人的变更登记。这种情形下,该机关必须根据该判决的确认作出相应的变更。关于形成判决,可以有两种情形:一种情形是,在关于解除婚姻关系的形成判决中,因为涉及夫妻财产的分割,所以该判决也存在执行力;还有一种情形是基于单纯形成判决所发生的权利义务关系的变动。前者的情形其实并非确认判决的执行力,财产分割与离婚的形成判决本身没有直接关系,虽然离婚是财产分割的前提,但财产分割是独立的法律关系,当事人之间的财产分割是一种独立的给付请求。只不过是法院在离婚诉讼案件中附带对财产分割进行裁判处置。如果单纯从判决所裁判的事项得以实现的作用这一视角来看,可以认为这种实际作用属于广义上的执行力,即包括以强制执行以外的方法实现判决事项的效用。^{〔21〕}但从执行力是通过国家强制执行的方式实现判决的作用这一角度而言,确认判决和形成判决的确不存在执行力,因为只有实体给付请求权才存在借助国家强制力予以实现的问题,没有实体请求权当然也就无所谓强制执行。确认判决和形成判决确定之后,所发生的变动并非基于当事人的实体请求,相关机关依据判决作出变动是该机关的法定义务,与当事人的实体权利没有关系。行政机关与当事人之间的关系是一种行政关系或其他关系。因为在形成判决的情形下,新的权利义务关系因法院的判决而发生变动,不存在强制执行的必要。^{〔22〕}在法律上人们所言及的执行力通常是指狭义上的执行力。

• 793 •

(三) 执行力与既判力

执行力与既判力的关系问题,是在我国民事诉讼法学界已经普遍接受执行力与既判力概念的前提下发生的,尽管学术界对两个概念内涵的理解未必统一。执行力和既判力都是源自大陆法系国家民事诉讼法上的概念,因此,国内学术界关于两者关系的认识也受到大陆法系国家民事诉讼法理论的影响。执行力和既判力两者关系主要是从两种效力的主观范围和客观范围这两个层面来认识的。在日本,关于两者关系的通说认为,确定判决执行力与既判力的主观范围和客观范围完全一致。^{〔23〕}反对“一致说”观点的学者也有不少是日本知名学者,如三月章教授、新堂幸司教授,以及专注于民事执行法的著名学者如中野贞一郎、下村正明教授等。反对观点的一种认识是,执行力与既判力两者没有必然联系,各自确定的考量因素有所不同。^{〔24〕}在设定的目的上,判决的既判力是以确定权利为目的,而强制执行的目的则在于尽可能通过强制履行满足给付利益,只要能够达到或等同于债务名义(执行根据)的要求即可。在客观范围上,既判力所确定的不作为义务与通过强制执行实现的义务有着明显的不同。^{〔25〕}在主观范围方面,执行力的主观范围并不受限于既判力的主观范围。因为存在着诉讼标的之外请求权的例外情形,所以,受执行力扩张

〔21〕 关于广义上执行力的含义,参见前引〔19〕,新堂幸司书,第508页。

〔22〕 参见前引〔11〕,杨与龄书,第55页。

〔23〕 主张一致说的著名学者有兼子一博士、小山升教授、高藤秀夫教授、菊井维大教授等。参见前引〔7〕,中野贞一郎、下村正明书,第198页。

〔24〕 参见前引〔7〕,中野贞一郎、下村正明书,第158页。

〔25〕 参见前引〔19〕,新堂幸司书,第509页。

的主体有可能直接成为给付请求权或给付义务的执行关系当事人，而既判力的主观范围就不会存在此种情形，其主观范围也仅限于诉讼标的的范围。^{〔26〕}

在我国学术界，从教材的情形来看，基本认同执行力与既判力一致说。也有的学者从民事诉讼法的基本原理，如纠纷解决的相对性角度，更深入地探究了执行力与既判力一致的合理性以及实践意义。^{〔27〕}笔者认为，单就执行力与既判力在主观范围、客观范围的比较来看，两者基本上是相同的，只在某些特殊情形下存在差异。

四、仲裁裁决与执行根据

在我国，仲裁裁决是《民事诉讼法》和《仲裁法》所明确规定的执行根据。这一点没有疑问。在我国的强制执行实践中，对于有执行力的仲裁裁决，权利人在义务人不主动履行仲裁裁决所确定的义务时，权利人可以向执行法院申请强制执行。但就法理而言，仲裁裁决并不能独立成为执行根据，需要有一个国家司法审查确认的环节。只不过在法理规定和程序上，我国忽视或忽略了这一重要环节。

这一程序制度的基本法理在于，强制执行权专属于国家司法机关，任何非司法机关关于实体给付请求权的实现都必须经过国家司法机关的确认。这种司法确认本身不是执行行为而是司法裁判行为，是司法裁判权或审判权的运用。仲裁虽然作为一种广泛运用的、能够有效替代司法解决的方法对于大量民商事纠纷解决具有非常重要的作用，但毕竟与司法裁判不同，仲裁在性质上毕竟只是一种民间的纠纷解决方式，仲裁机构也只是当事人双方通过协议认可的作出裁决的第三人。也就是说，虽然仲裁被国家认可，但毕竟是一种民间裁决方式，尽管在观念上基于历史和组织行政化的原因，我国的仲裁机构具有浓厚的“官方”色彩，^{〔28〕}但仲裁裁决并非自然具有执行力。这一点，国内极少数学者在较早时期已经注意到，虽然尚未展开分析。^{〔29〕}在执行原理上，仲裁裁决必须得到司法机关的认可并赋予执行力，才能被强制执行，即只有与国家司法机关的司法确认相结合，仲裁裁决才能够成为执行根据。人们正是由于认为仲裁裁决本身即具有执行力，才当然地将仲裁裁决作为执行根据。既然仲裁裁决被认为是当然的执行根据，也就不可能在仲裁执行开始前设置司法审查确认这一环节和程序对其合法性及执行力进行审查判断。

正是认识到这一法理，大陆法系国家和地区仲裁法及执行法的规定及法理均不认为仲裁裁决当然具有执行力，均明确规定仲裁裁决需要向法院申请确认之后才能获得执行力，成为执行根据。^{〔30〕}《韩国仲裁法》第35、37条明确规定，经过法院审查作出可执行决定后，仲裁裁决成为执行根据。^{〔31〕}当然，在认识仲裁裁决是否直接作为执行根据的问题时，必然涉及应当如何理解

〔26〕 参见前引〔7〕，中野贞一郎、下村正明书，第158页。

〔27〕 参见任重：《民事判决既判力与执行力的关系——反思穿透式审判思维》，载《国家检察官学院学报》2022年第5期。

〔28〕 在历史上，在我国仲裁制度发展的初期，仲裁机构是工商管理部门的附设机构，在性质上属于行政部门。

〔29〕 参见宋连斌：《仲裁法》，武汉大学出版社2010年版，第256页。

〔30〕 Vgl. MüKoZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, ZPO § 1055, Rn. 1; 鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法11』（第一法規出版、1985年）330、334頁参照。

〔31〕 参见前引〔1〕，姜大成书，第73页。

域外仲裁法中关于仲裁裁决与确定判决具有同一效力或同样效力之规定。人们也许认为，仲裁裁决与判决具有同样的效力，就自然意味着判决有什么效力，仲裁裁决也就应该具有什么效力，例如既判力、执行力。一方面，法律规定所说的具有与判决同样的效力，是指仲裁裁决的既判力。因为执行力专属于司法机关，属于国家司法机关垄断的权力。另一方面，同样具有既判力、执行力这样的结论要看是在什么样的语境之下作出的。因为无论是既判力，还是执行力的取得都存在具体的条件设定。相对于执行力，仲裁裁决的既判力无须通过法院审查确认后由国家赋予，自然会在当事人之间产生相应的约束力。基于仲裁裁决的既判力，只要存在确定的仲裁裁决，当事人便不得就该已裁决的纠纷再行申请仲裁或提起诉讼。法院本身就是国家司法机关，因此，法院自己作出的判决其执行力无需再经过法院的审查就可以获得。德国民事强制执行法理论非常确定地指出，仲裁机构作出的裁决并不能自然获得执行力，因为仲裁裁决不能直接作为执行名义（执行根据），强制执行权专属于国家司法机关，所以只有经过相应的国家司法机关的司法审查确认后，仲裁裁决才能成为执行根据。我国在仲裁裁决作为执行根据方面恰恰缺失了这一重要环节。国家行使司法审查权对仲裁裁决的确认是“积极地”创设了执行根据，而非简单“消极地”批准了仲裁裁决的执行力。^{〔32〕}对照一下我国民事诉讼法关于域外仲裁裁决的承认与执行制度，就可以比较容易理解为何仲裁裁决需要有司法机关的司法确认才能成为执行根据。我国法院如果要强制实现域外仲裁裁决中的实体请求权，首先必须对域外仲裁裁决进行审查和确认，只有在得以确认的情形下，才可能展开执行，其执行根据并非仲裁裁决本身，而是我国法院关于承认该仲裁裁决并认可予以执行的司法裁决。国内的仲裁裁决与域外的仲裁裁决两者之间并没有什么本质上的不同，都是作为民间裁判机构的第三人作出的裁决。这与国外法院作出的判决也需要我国的司法确认不同，后者涉及司法主权的问题，因此国外法院的判决不能直接作为我国执行法院的执行根据。

• 795 •

五、公证债权文书与执行根据

公证债权文书的执行是我国强制执行的一种。虽然总体数量相较于法院判决和仲裁裁决不算多，但增长速度很快。有数据表明，近 10 年来，公证债权文书的执行明显呈持续增长的态势。2008 年随着公证机关对附强公证监管力度的加大，附强公证数量有所减少，但依然处于较高位的运行状态。^{〔33〕}公证债权文书的执行对于提高无争议债权的强制执行无疑具有重要意义，避免了权利人必须通过司法或其他程序才能获得执行根据实现强制执行的程序障碍。但从公证债权文书的执行实践来看，公证债权文书的执行也存在诸多问题，强制执行的难度同样很大。造成公证债权文书执行难的原因是多方面的，既有公证体制方面的原因，也有执行体制和制度方面的原因。除了附强制执行中涉及的体制和制度原因外，公证债权文书制度在理论或认识层面也同样存在诸多争议问题。可以认为，公证债权文书执行中的某些体制和制度问题与理论或认识层面的问题

〔32〕 Vgl. MüKoZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, ZPO § 1060, Rn. 2.

〔33〕 关于附强制执行的实证数据，参见邵长茂：《公证债权文书执行制度之完善》，载《人民司法（应用）》2021 年第 31 期。

没有厘清有着直接关联。^{〔34〕}在执行根据、执行根据审查和解释、附强执行的要件、对错误附强执行的救济路径和方式等方面都存在这样的问题。本文系关于执行根据问题的探讨，因此涉及公证债权文书执行的其他理论或认识问题不在此展开。

公证债权文书强制执行的执行根据是什么，一直是公证债权文书强制执行制度中一个重要问题，也是一个极富争议的问题。这一争议是随着公证债权文书强制执行制度的发展而延伸出来的。在《公证法》明确公证债权文书强制执行效力后至执行证书制度出台之前，对于赋予执行力的公证债权文书即为执行根据似乎没有疑问，但在《最高人民法院、司法部关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》（以下简称《联合通知》）出台之后，因为要求公证债权文书的债权人申请执行提供执行证书，所以也就引发了关于执行根据的争论，即公证债权文书是执行根据，还是执行证书是执行根据，抑或公证债权文书与执行证书共同构成执行根据。虽然在2018年《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》（以下简称《公证债权文书执行规定》）出台之后，这一争论在制度层面已经有明确的规定，但在理论上其争论并未终结。《公证债权文书执行规定》第3条规定：“债权人申请执行公证债权文书，除应当提交作为执行依据的公证债权文书等申请执行所需的材料外，还应当提交证明履行情况等内容的执行证书。”该条明确公证债权文书为执行依据。第5条规定：“债权人申请执行公证债权文书，有下列情形之一的，人民法院应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回执行申请……”这一表述也明确指明公证债权文书是执行根据。执行证书只是债权人申请执行的条件之一。

• 796 • 问题在于，在理论上为何公证债权文书是执行根据，而执行证书不是执行根据，执行证书的法律地位和意义是什么。这些问题在人们的认识中实际上并没有完全厘清。

首先需要明确的是，公证债权文书的性质和内容究竟是什么，为什么法律要赋予其强制执行的效力。《公证法》第37条第1款规定：“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书，债务人不履行或者履行不适当的，债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”在法理上，赋予公证债权文书强制执行效力的基础是债权人与债务人之间关于接受债务不履行时可通过强制执行予以实现的承诺。这一承诺就是当事人之间关于强制执行的契约。这是公证债权文书可执行的核心。这一契约意味着当事人不通过诉讼途径即可获得强制执行的正当性根据。执行契约属于广义上的诉讼契约，与广义民事诉讼同义（但应当注意的是尽管在性质上属于诉讼契约但具体内容并非关于诉讼的契约，而是关于执行的契约，即所谓“执行契约”。诉讼契约可以包括不起诉契约、不上诉契约、不提起再审之诉契约等）。^{〔35〕}虽然我国并没有承认狭义上的诉讼契约，但公证债权文书作为执行契约却已经得到法律的肯定。法律对执行公证债权文书的这种肯定实际上有一定的历史原因，是特殊历史背景下的产物。中华人民共和国成立后不久，在1951年发布的《最高人民法院、司法部关于保护国家银行债权的通报》中就规定了载明强制执行条款的公证契约可申请法院执行。20世纪80年代公证工作恢复后，1982年国务院颁布

〔34〕 参见张卫平：《民事诉讼法》（第5版），法律出版社2019年版，第533-536页。

〔35〕 关于诉讼契约，参见张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉法的基本作业》，载《中国法学》2004年第3期。

的《中华人民共和国公证暂行条例》规定公证机构可对追偿借款、物品的文书赋予强制执行的效力。第五届全国人大常委会第22次会议同年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》则是我国法律第一次明确规定公证债权文书与人民法院判决、仲裁机构作出的仲裁裁决等同属于人民法院的执行依据。^{〔36〕}应当承认在那个年代，我们还没有诉讼契约的意识，甚至连实体契约的意识也还十分薄弱。在我们传统的诉讼理念上诉讼契约是难以成立的。承认公证债权文书的可执行性一是为权利实现的便捷，二是受公证债权文书执行制度移植的影响。制度移植占有很重要的成分。

在我国承认公证债权文书的可执行性之初，国际上已经普遍认可公证债权文书的可执行性，尤其是公证体制比较完善、公证事业比较发达的国家。在这一点上我国公证法对公证债权文书可执行性的承认是为了顺应国际公证与强制执行发展的趋势。其时，人们并未充分考虑私法上私人契约和法律等效性与我国本土法意识的差异性。对公证债权文书可执行性予以认可的国度，都有相应比较完善的公证体制和较为普适的契约法治观念作为基础。可以说，在我国公证事业尚处于初级阶段时，《公证法》即赋予公证债权文书可执行性的确具有相当的超前性。在国外，例如德国、日本、韩国等国家，虽然公证法治已经较为发达，公证人的素质相对较高，但学者们依然指出，赋予公证债权文书执行力存在较大风险。当事人很难对契约约束性有充分的认识，而且，对公证人员制约不够也很容易引发违法公证和执行难的现象。关于这一点已经有实证资料予以证实。^{〔37〕}因此，我国在公证债权文书执行方面应当更为谨慎，并构建更为细致的制度作为正当性的保障措施。

• 797 •

公证债权文书是否为执行根据的争论也涉及我国法上的执行证书的性质和作用问题。厘清公证债权文书与执行证书首先必须清楚两者的差异何在。无论是《联合通知》《公证债权文书执行规定》，还是《公证程序规则》都明确规定公证债权文书的公证必须具备以下条件：（1）债权文书以给付为内容；（2）债权债务关系明确，债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义；（3）债务履行方式、内容、时限明确；（4）债权文书中载明当债务人不履行或者不适当履行义务时，债务人愿意接受强制执行的承诺；（5）债权人和债务人愿意接受公证机构对债务履行情况进行核实。这些条件实际上也是公证债权文书的基本内容。如果从上述内容来看，权利人完全可以以公证债权文书为据向执行法院申请强制执行，那么为何还要求当事人必须从公证机关获得执行证书，才能申请强制执行？这涉及执行证书的实际作用问题。《联合通知》第4条规定：“债务人不履行或不完全履行公证机关赋予强制执行效力的债权文书的，债权人可以向原公证机关申请执行证书。”第5条规定：“公证机关签发执行证书应当注意审查以下内容：（1）不履行或不完全履行的事实确实发生；（2）债权人履行合同义务的事实和证据，债务人依照债权文书已经部分履行的事实；（3）债务人对债权文书规定的履行义务有无疑义。”从这两条规定中可以看出，执行证书的作用是证明公证债权文书中的义务现在并未实际履行。也就是说执行证书的作用相当于一些国家强制执行法中的“执行文”，即由审判机构的书记官（或法院事务官）或公证机关对执行根

〔36〕 参见谢浪：《公证债权文书执行依据的法理逻辑与制度演进》，载《中国公证》2019年第5期。

〔37〕 参见前引〔7〕，中野貞一郎、下村正明书，第198页。

据具有执行力进行审查判断。执行文的主要作用就是对公证债权文书具有执行力进行证明。在公证债权文书形成之后，其执行力因为多种原因有可能已经丧失，所以还需要专门机构就执行根据是否还具有执行力予以审查判断。因此，原执行文本（判决、裁定、决定、命令、仲裁裁决、公证债权文书）是执行根据，执行文不是执行根据或执行根据的一部分。从这一点来看，我国公证机关制作的执行证书也实际上具有这样的作用，因此，执行证书并非执行根据或执行根据的组成部分，只是作为执行根据有效的要件之一。

应当说明的是，虽然《联合通知》中明确规定公证债权文书的权利人向法院申请强制执行需要执行证书以证明该债务并没有实际履行或未全部履行，权利人需要再向公证机关申请就此作出公证文书，但是，对于债务人现时没有自动履行其债务的事实并不是必须通过公证来审查证明，也可以交给执行机构进行审查。债务人是否已经履行其债务的事实属于是否满足强制执行要件的事实。当然，如果从减少执行法院执行立案审查的工作负担以及审查的实效性来看，这也是一种资源配置的考量。在实行执行文制度的国家，依据裁判机关与证明机关分离的原则，关于执行根据执行力及执行力范围的调查和审查就是由专门的机关（法院书记官或公证人）来完成。无论是法院的判决、假执行或假处分决定，还是赋予执行力的公证债权文书，在申请执行之前都需要向专门机关——法院书记官^{〔38〕}或公证机关申请赋予执行文。^{〔39〕}该制度的原理在于，执行机关不能独立地对强制执行的要件进行审查判断。其目的是让执行机关更加专注于强制执行活动本身。^{〔40〕}公证债权文书的执行文就是由公证人出具的、关于证明其执行根据存在执行力以及执行力范围的文书。公证债权文书的执行文由保管该公证文书文本的公证人，而非原进行公证的公证人作出。通常做法是在执行文文本完成后即粘贴在公证债权文书（执行证书）正本末尾处，并加盖公证人印章。从比较法的视角看，我国执行证书的作用类似于国外的作为公证债权文书执行要件之一的执行文。两者都是将执行根据是否具有执行力以及执行力范围的调查或审查职能赋予了公证机关。在此，还需要说明的是，在国外，公证债权文书也被称为“执行证书”。但此“执行证书”与我国执行制度中的“执行证书”在含义上有很大的差异。在国外民事执行法中，所谓“执行证书”是指与法院裁判无关的债务名义，该债务名义（执行名义）的执行力根据在于债务人在公证人面前明确表示其债务在不履行时可强制执行的承诺，^{〔41〕}也就是公证债权文书自身。

• 798 •

〔38〕 在国外，法院的书记官与我国法院的书记员的法律地位有所不同，国外法院的书记官既是审判的事务人员也是独立地位的公证证明机关，对法官的审判活动具有独立的监督作用。在我国，书记员仅仅是辅助法院审判的事务人员，不具有证明诉讼活动，并以此实现对审判活动监督的职能。在公证法理上，只要是对法定事项或事实提供具有法定证明效力文书的主体即称为公证机关。在国外，除了对特定事实提供一般公证证明文书的公证人之外，诉讼中的书记官也是具有这种公证职能的主体。关于国外法院书记官的公证职能，参见石井浩「新民事訴訟法における裁判所書記官」竹下守夫＝今井功編『講座新民事訴訟法 11』（弘文堂、1998年）69頁；张卫平：《论庭审笔录的法定化》，载《中外法学》2015年第4期。

〔39〕 关于国外民事执行中的执行文制度，参见《日本民事执行法》第26条。学理解释参见前引〔9〕，伊藤真等人编书，第232-263页；山本和彦ほか編『民事執行法』（日本評論社、1998年）63-67頁；国内文章，可参见刘颖：《执行文的历史源流、制度模式与中国图景》，载《中外法学》2020年第1期。德国与日本同样实行执行文（执行条款）制度，即对需要执行的生效判决、仲裁裁决等，需要权利人向执行文赋予机构——法院书记官或公证人申请赋予执行文（执行条款），经书记官审查（形式审查）之后，在该判决书中赋予执行文（执行条款），即许可予以实际执行的判决。书记处的书记官对于执行名义是否实际存在、是否可以执行、执行是否为附条件的执行、执行当事人是否适格等事项进行审查。参见〔德〕汉斯—约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，周翠译，中国政法大学出版社2005年版，第361-362页。

〔40〕 参见前引〔39〕，山本和彦等人编书，第65页。

〔41〕 参见前引〔39〕，山本和彦等人编书，第53页。

因此,如果我国法律要继续推行具有证明执行力功能的执行证书制度,^{〔42〕}最好能够使用其他概念加以替代,比如使用“执行证明”(因为这种审查结论本质就是一种证明)的说法,以示区别。这里需要提及的是,在我国,如果公证债权文书作为执行根据还需要执行证书制度保障和明确其执行力,则其他执行根据(判决书、仲裁裁决书、法院调解书等)也就同样有这样的需要,这也从一个侧面说明国外的执行文制度在我国也同样有其必要。

公证债权文书是否具有既判力以及如何进行理解,是关于公证债权文书作为执行根据若干问题中的一个激烈争论的问题。问题的实质是在作出赋予强制执行效力的公证债权文书之后,该公证债权文书对其所涉及的法律关系是否具有既判力。有人认为该公证文书有既判力,有的人认为没有既判力。从公开发表的文章来看,多数从事公证工作的专家认为公证债权文书应当具有既判力。从现行的制度规定来看,由于人们的理解不同,公证债权文书没有既判力的含义同样存有争议。

对于这一争议问题,需要明确的是究竟什么是既判力,有既判力意味着什么,没有既判力又意味着什么。既判力是大陆法系国家民事判决制度与理论中的一个重要概念。既判力通常是针对法院的判决,是指判决所具有的某种约束力。其基本含义是,终局判决一旦获得确定,该判决针对请求所作出的判断就成为规制双方当事人今后法律关系的规范,当双方当事人对同一事项(请求或被请求的事项)再度发生争执时,将不允许当事人提出与该判断相矛盾的主张,而且当事人也不能对该判断进行争议,法院也不能作出与此相矛盾或抵触的判断。^{〔43〕}国外民事执行制度和理论一般认为执行证书(公证债权文书)没有既判力。国内民事诉讼学者也持这一观点,尽管其论证的根据和路径略有不同。^{〔44〕}国外这一认识是借用了既判力概念来表达执行证书(公证债权文书)对当事人双方的约束效用。因为毕竟执行证书(公证债权文书)并非司法机关所作出的终局裁决。从既判力的约束作用来看,如果认为公证债权文书有既判力就意味着公证债权文书关于债权债务及执行力的确认,当事人双方均不能在对其争议时向法院提起诉讼,即使法院受理该诉讼,法院也不能作出与公证债权文书确认的事项(债权债务和执行力)相反的判断。反之,如果认为公证债权文书没有既判力,则意味着在公证债权文书确认存在特定的债权债务之后,当事人双方依然可以就该债权债务的争议向法院提起诉讼,法院审理后也可以作出与公证债权文书相反的判断。

在法理上,之所以公证债权文书没有既判力主要是基于以下理由:公证债权文书的形成过程中公证员并未对债权债务的存在以及内容进行实体审查,仅仅是基于当事人之间的承认(有了当事人的承认,也就无需进行实质审查)。这与法院判决中对实体内容的判断有所不同,法院的判断是以依照程序对实体法律关系进行审理为前提,实体的正当性能够得以保障。即使是诉讼调

• 799 •

〔42〕 关于执行文制度的中国化问题,参见前引〔39〕,刘颖文。

〔43〕 参见〔日〕高桥宏志:《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第477页;高桥宏志「重点講義民事訴訟法(上)」(有斐閣,2011年)585頁;张卫平:《既判力相对性原则:根据、例外与制度化》,载《法学研究》2015年第1期。

〔44〕 参见肖建国、张苏平:《执行力来源与实体关系变动:公证债权文书执行的解释框架》,载《国家检察官学院学报》2022年第5期。

解，也因为法院的参与及若干程序原则和制度的存在，其实体正当性也能够得以保障。因此为了让当事人尤其是债务人有相应的救济途径，对于缺乏实体正当性保障的公证债权文书不能赋予既判力，一旦赋予其既判力就等于关闭了当事人的救济途径。^{〔45〕}这种司法上的救济途径包括当事人就公证债权文书中确认的债权债务争议向法院提起诉讼通过司法程序予以解决，以及在权利人向执行法院申请强制执行之后，债务人针对债权人提起的异议之诉。债务人可以通过请求异议之诉（债务人异议之诉）否定该公证债权文书的执行力，以达到阻止对债务人强制执行的目的。债权异议之诉是执行救济体系中最重要诉讼种类，目的是维护债务人的合法权益，因而是不可或缺的。国内有人质疑的是，如果允许公证债权文书的债权人可以就其债权债务关系另行提起诉讼（也有的文章将其表述为公证债权文书的可诉性^{〔46〕}），岂不是让公证债权文书成为废纸，浪费司法资源，且有违诚信原则？^{〔47〕}在此，需要明确的是，公证债权文书没有既判力并不等于债权人就可以滥用诉权。在诉的制度和实践中还有一个规制诉讼的概念——诉的利益。有诉权并不等于可以无条件地推动诉讼。诉权的行使总是有条件的限制，其条件的合理设置对于保障诉权行使有着重要意义。作为诉讼要件或起诉要件，诉的利益是指对于具体的诉讼请求，是否具有进行本案判决的必要性和实效性（判决所能够实现的实际效果）。^{〔48〕}在公证债权文书获得强制执行许可之后，债权人向法院再行提起诉讼时便可以认定该诉缺乏诉的利益，法院可以不予受理或受理后裁定驳回起诉。^{〔49〕}有无既判力涉及当事人能否对已确定的权利义务再行争议的诉讼权利问题，诉的利益涉及的是如何正当行使诉讼权利的问题，是否可诉与有无既判力是两个不同层面的问题。债权人另行提起诉讼时缺乏诉的利益，而债务人提起的债权异议之诉则具有诉的利益，可以通过提起该诉维护自己的正当权利。

• 800 •

六、结 语

以上阐述只是笔者对执行根据中部分问题的拙见，有的方面还有待进一步阐释和展开。“执行根据”这一主题，涉及制度设置、实务操作技术以及理论构造等诸多方面，制度设置与实务操作又与理论构造有直接关联，如果在理论上没有厘清其原理和机制，制度设置和实务操作必然出现偏差，尽管制度设置具有一定的政策性，受到操作便利、实务习惯等诸多因素的影响，但制度

〔45〕 参见前引〔7〕，中野贞一郎、下村正明书，第198、199页。

〔46〕 “公证债权文书的可诉性”这种表述显然是不准确的，因为在公证债权文书的情形下，另行诉讼针对的是有争议的民事实体法律关系，而非公证债权文书本身。另外，可诉性包含着两层意思：在抽象场面，涉及争议法律关系能否被诉的一般问题；在具体层面，是指在个案场合是否具备起诉的要件或诉讼要件的个别问题。因此，使用可诉性这一说法就容易模糊讨论的焦点。

〔47〕 关于公证债权文书是否可诉的观点，参见叶科展：《关于公证债权文书的债权人诉权的思考——以〈最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定〉第24条为视角》，载《中国公证》2020年第6期。

〔48〕 诉的利益概念的出处，参见〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法重点讲义（导读版）》，张卫平、许可译，法律出版社2021年版，第6-10页；张卫平：《诉的利益：内涵、功用与制度设计》，载《法学评论》2017年第4期。关于公证债权文书债权人另行起诉的诉的利益，早在2016年已有学者发文对此有过阐述。参见黄忠顺：《论执行力对诉的利益的阻却——以公证债权文书为中心的分析》，载《法学论坛》2016年第4期。

〔49〕 我国民事诉讼缺失诉讼要件制度，因此只能将诉的利益设置为起诉要件，当不具有诉的利益时也就只能以不符合起诉要件为由予以驳回。

设置的基础和基本构架必须要有充分的理论作为支撑，因此，深入地探究和厘清执行根据中的理论问题，特别是基础性的理论问题就显得尤为重要。当下，我国正在制定《民事强制执行法》，执行根据又是民事强制执行法中最为重要的制度之一。执行根据制度并非只是简单地在《民事强制执行法》对执行根据的形式作出明确规定，还需要对各种执行根据的执行力、确保执行根据的执行力、各执行根据执行力的范围（主体与客体）、执行根据与执行要件的关系、执行根据的审查和判断程序以及相应的救济程序等作出规定。这些制度细节都需要有扎实的理论作为基础。我国《民事强制执行法》不仅应当与我国国情适配，而且还应当充分借鉴和吸取国外发达民事执行法的制度。制度的有效借鉴也必须以充分的理论研究为前提，只有真正了解了外国民事执行的制度构造和运行机理、原理以及理论基础，才能更好地为我所用，做到“洋为中用”。

Abstract: The enforcement basis is both the ground for court to implement enforcement, and the foundation of enforcement legitimacy. Although the enforcement basis has an important status in the enforcement law, there is still much room for discussion and research on the enforcement basis in the academic and practical circles. There exist also many ambiguous understandings. In terms of the general basic understanding about enforcement basis, the forming-manner of enforcement basis is closely related to the implementation degree of the principle “separation of trial and execution”, and the validity of enforcement basis is a necessary but not sufficient condition for the validity of enforcement procedure, which also constitutes the basis for the enforcement agency to exercise its power of interpretation. The main conditions for a judgment to become enforcement basis include that the judgment is definitive and final, and the judgment is enforceable. The enforceability of judgment is essentially the same as *res judicata* in its subjective and objective scope but differs in certain special circumstances. Arbitration award is not independent enforcement basis in jurisprudence, and China should set up judicial review and confirmation procedure to improve the enforcement system of arbitration awards. The jurisprudential basis for the enforcement of a notarized debt instrument lies in the contract or promise to accept enforcement, and since it has no *res judicata* effect, it requires the execution certificate to prove and guarantee its enforceability.

Key Words: civil enforcement law, basis of enforcement, enforcement effect of judgment, arbitration award, notarized debt instrument

• 801 •

（责任编辑：曹建军 赵建蕊）

债权共相与效力殊相：执行债权的概念厘定

肖建国 张苏平*

内容提要：在通过强制执行实现实体债权的过程中，理论和实践往往在查封执行标的、责任财产价值维持、实体债权已由生效法律文书确定等意义上使用“执行债权”的概念，为超出实体债权的特殊效力寻求理论依托，有时也会误将实体债权的归属确定性转用于执行债权。基于物上请求权本就具有的债权属性、物上请求权总是在特定当事人之间发生效力，以及强制执行总是在特定当事人之间施加强制等理由，执行债权以债权为共相，而不必以给付请求权的概念替换。执行债权与个别责任财产存在具体关联，在权利实现路径上具有特殊性，也可以为存在实体瑕疵的执行提供形式依据，并且以债权人撤销权诉讼为其保障方式，因此有必要借助其效力殊相作为分析工具。

关键词：执行债权 实体债权 物上请求权 责任财产

2022年6月审议的《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》于第83条、第109条、第171条和第179条等条文中明确使用了“执行债权”的概念，为其超出实体债权的特殊效力寻求理论依托。进入诉讼程序的权利请求往往需要在“实体请求权”的概念之外使用“诉讼请求权”或“诉讼标的”概念加以区分，^{〔1〕}而实体债权经由诉讼程序判定后记载在执行依据，通过强制执行程序实现的过程也有区分概念表达和明晰理论基础的必要。不过，由于执行法理论常使用“执行债权人”与“执行债务人”指代执行依据上载明的执行当事人，^{〔2〕}虽然也强调“执行依据上所载明的权利并不仅仅限于民法上的债权，还包括物权法中的物上请求权、身份法上的请求权和公法上的请求权”^{〔3〕}，但

* 肖建国，中国人民大学法学院教授；张苏平，中国人民大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金项目“民事强制执行法基础理论研究”（20BFX082）的阶段性成果。

〔1〕 参见王洪亮：《实体请求权与诉讼请求权之辨——从物权确认请求权谈起》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2009年第2期；刘哲玮：《确认之诉的限缩及其路径》，载《法学研究》2018年第1期；曹志勋：《德国诉讼标的的诉讼法说的传承与发展》，载《交大法学》2022年第3期。

〔2〕 参见谭秋桂：《民事执行法学》（第3版），北京大学出版社2015年版，第138-139页。

〔3〕 肖建国主编：《民事执行法》，中国人民大学出版社2014年版，第66页。

仍不免引发疑问：既然能够据以产生请求权的基础权利并不仅限于实体法上的债权，也包含物权等绝对权，那么为何要以债权作为强制执行程序中权利的基本形态。换言之，所谓“执行债权”的概念是否应以（给付）请求权等更为一般性的概念予以修正？〔4〕当然，若借用请求权的概念将其改称为“执行请求权”，则可能与作为公法性权利且具有诉权性质的执行请求权产生混淆。〔5〕但除此之外，执行债权人和债务人与实体法上的债权人和债务人未必一致、执行当事人间的对立程序构造、以实体债权为基础的执行所占比例较高等理由显然均不能从根本上回答这一问题。〔6〕问题的根本在于：在强制执行中作为实体正当性基础的各种权利能否以“债权”为共相，并且作为殊相的“执行债权”概念在解释其与责任财产的关联以及实体债权的实现路径等执行法上的问题时能否成为有力的分析工具。

一、作为分析工具的执行债权概念

“执行债权”（查封债权/扣押债权）概念通常指代已经进入强制执行程序旨在实现的权利，它并非指代一种与实体债权同时存在或替代实体债权而存在的权利，而是用于提示执行程序对实体债权的影响，因此，它更多是作为一种分析工具被使用。但理论和实践在使用这一概念时往往有不同的侧重点，有时也暗含着价值陈述，包括但不限于如下情形。

（一）执行程序中查封执行标的意义上的“执行债权”

第一种情形是在实体债权已经进入强制执行程序，且执行标的已被采取查封等措施的意义上使用“执行债权”。例如，担保人以具有担保用途的保证金账户中的存款为银行设定质权，最高人民法院认为该账户内的存款上存在权利负担，担保人的执行债权人对该账户内的存款所能主张的权利不得大于担保人对该存款所能主张的权利，因此在权利负担去除前，执行债权人不得对该存款强制执行。〔7〕这种理解更侧重于查封的束缚效力，即基于对执行标的的查封而产生让与禁止效力。〔8〕只是在该案中让与禁止效力未能阻止依存款质权而对执行标的的变价和分配，换言之，存款质权被认为具有阻止执行标的的让与的效力。〔9〕此外，在这种情形下强调基于执行债权的查封，还暗含着对因执行机关对保证金账户中的存款采取冻结措施而导致质权人因失去占有而丧失质权的担忧。〔10〕但问题在于，即使强调执行债权与查封等执行措施的密切关联，质权等具有优先受偿效力的权利原则上并不当然构成担保权人据以排除强制执行、否定基于执行债权而对担保物采取查封等执行措施的理由，担保权人可以通过参与分配优先受偿。〔11〕此外尚需考虑，就银

• 803 •

〔4〕 参见前引〔3〕，肖建国主编书，第93页。

〔5〕 参见宋汉林：《民事执行请求权研究》，法律出版社2018年版，第27-29页；马登科：《论已决债权转让申请执行的审查——兼论〈民事强制执行法（草案）〉（征求意见稿）第18条第2款》，载《中国应用法学》2022年第5期。

〔6〕 参见张登科：《强制执行法》（修订版），三民书局有限公司2019年版，第85页；前引〔3〕，肖建国主编书，第67页。

〔7〕 参见最高人民法院（2020）最高法民再33号民事判决书。

〔8〕 参见〔德〕奥拉夫·穆托斯特：《德国强制执行法》，马强伟译，中国法制出版社2019年版，第128-129页。

〔9〕 参见江必新主编：《强制执行法理论与实务》，中国法制出版社2014年版，第448页。

〔10〕 参见乔宇：《执行异议之诉中对质押保证金的认定》，载《人民司法（案例）》2017年第14期。

〔11〕 参见刘颖：《民事执行中案外担保权人的救济路径》，载《环球法律评论》2022年第5期。

行存款的性质而言，通说认为存款归银行所有，即银行取得了存款货币的所有权，^{〔12〕}因此基于执行债权而查封并产生禁止让与效力的标的是存款人对银行的债权，该债权在归属的意义上属于债权人的财产范畴，可以作为强制执行的财产对象。^{〔13〕}而以具有担保用途的保证金账户为银行设定质权，银行有权直接从该账户中划扣存款，该质权实际上并非真正以特定账户担保债权实现，而是以该账户中的存款作为质物的质权，即以一定数量的资金为标的物的金钱质权。^{〔14〕}因此经由执行债权而查封的标的与基于以存款为质物的金钱质权的标的并不属于同一层次，执行债权人虽可在执行程序中收取担保人对银行的债权，仅产生银行应向执行债权人履行并清偿该债权的效果，这与应将该账户内的存款优先分配给作为质权人的银行并不冲突，不能当然得出该质权具有阻碍转让（归属意义上的）存款债权的结论。

在查封会使执行债权人取得优先保护地位的情形下，实体法理论也常在权利对抗效力的意义上将执行债权与担保权等物权进行比较。例如在日本法上，执行债权人属于未经登记的不动产物权人不得对抗的第三人。^{〔15〕}在中国法上对于担保物权与执行债权所指向的标的物的价值分配，未经登记的担保物权人不得对抗执行债权人，前者处于相对劣后的地位。^{〔16〕}基于物权对抗效力的有无，在执行债权人与所有权人之间就标的物主张权利发生冲突时，需要确定该物权对于执行债权人而言应否被视为“不存在”，^{〔17〕}从而决定能否对该标的物强制执行。

（二）责任财产价值维持意义上的“执行债权”

第二种情形是在执行标的已被采取查封等措施，且基于执行债权而被“锁定”的责任财产的价值维持意义上使用“执行债权”。例如，执行债权人查封了债务人与案外人共有的土地和房屋，此后债务人与案外人的共有物分割之诉的调解书确定了债务人对共有物的份额，以及案外人向债务人支付土地分割差价补偿款的计算方式。最高人民法院认为由于调解书中存在差价补偿条款，故被查封的土地使用权和房屋所有权中属于债务人应有份额所对应的价值并未因分割行为而减少，该调解书并未损害执行债权人的权益。^{〔18〕}这意味着，基于实体上的金钱给付请求权而形成的执行债权，不仅成为查封不动产的实体依据，而且容许将执行标的转化为就不动产变价后所得金钱甚至是债务人对原其他共有人基于差价补偿条款而产生的金钱债权。此时执行债权主要被用于作为债务人责任财产价值维持的依据。但这存在未经其他共有人同意即对共有财产在享有份额内的物权强制折算为金钱，从而使其丧失物权的权能的问题。^{〔19〕}

〔12〕 参见刘丹冰：《银行存款所有权的归属与行使——兼论存款合同的性质》，载《法学评论》2003年第1期；其木提：《错误转账付款返还请求权的救济路径——兼评最高人民法院（2017）最高法民申322号民事裁定书》，载《法学》2020年第2期。

〔13〕 参见朱晓喆：《存款货币的权利归属与返还请求权——反思民法上货币“占有即所有”法则的司法运用》，载《法学研究》2018年第2期。

〔14〕 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（第2版）（下册），清华大学出版社2021年版，第566-567页。

〔15〕 参见〔日〕鎌田薫：《民法笔记：物权法Ⅰ》（第3版），于宪会译，法律出版社2022年版，第27页。

〔16〕 参见庄加园：《动产抵押的登记对抗原理》，载《法学研究》2018年第5期。

〔17〕 参见尹田：《论物权对抗效力规则的立法完善与法律适用》，载《清华法学》2017年第2期。

〔18〕 参见最高人民法院（2017）最高法民终645号民事判决书。

〔19〕 参见金殿军：《被执行人共有财产的执行路径——以申请执行人代位分割之诉为中心》，载《法律适用》2023年第1期。

（三）实体债权已由生效法律文书确定意义上的“执行债权”

第三种情形是在实体债权已经由生效法律文书确定的意义上使用“执行债权”。例如，第三人在强制执行中基于受让执行债权而申请变更为申请执行人，最高人民法院认为若要直接认可债权受让人取代原申请执行人的地位，使执行债权在新的当事人之间仍然维持强制执行效力，执行机关需要审查生效法律文书确定的原债权人与债权受让人之间的债权让与是否没有争议。^{〔20〕}在此情形下，执行债权可经由执行程序予以实现的效力能否随着实体债权的让与仍及于新的当事人之间，关系到受让人能否通过强制执行实现其受让的实体债权，以及在债权及其让与存在效力瑕疵时的返还问题。应予区分的是，用以支持执行当事人与实体上当事人范围不一致的情形，例如载明向第三人为给付的执行依据所确定的执行债权人并非标的物的受领人，执行机关应当将标的物交付给执行依据载明的有受领权的第三人。^{〔21〕}两种情形的区别正在于主张受领执行标的的当事人是否意欲成为生效法律文书的执行力主观范围所及的执行债权人。相应地，为使执行债权的当事人发生变更而对债权让与的审查也就存在更多超越实体法中债权让与规则的因素，让与人的“书面认可”以及对让与人的债权人的保护即为适例。^{〔22〕}

（四）误将实体债权的归属确定性转用于“执行债权”

第四种情形是误将实体债权在实体法上归属的确定性转用于“执行债权”，使记载执行债权的法律文书具有形成效力。例如，当事人通过调解书约定某执行债权应归属于债权人甲，并约定了债务人乙对债权人甲的清偿义务，但债权人丙认为该债权应归其所有，债务人乙应对债权人丙负清偿该债权的义务，且在调解书作出前该债权已被债权人丙的一般债权人丁另案查封。债权人丁主张甲乙间的调解书对该执行债权的处分直接影响其对丙的债权的清偿。最高人民法院认为，因调解书作出时间为丁查封丙对乙的债权之后，调解书对该执行债权的处分直接影响了丁对丙债权的清偿，因此与丁具有法律上的利害关系，丁是旨在撤销该调解书的第三人撤销之诉的适格原告。最高人民法院为使已被查封的执行债权不受另案调解书对该债权归属约定的影响，认为应将普通债权人纳入《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）（以下简称《民事诉讼法》）第59条第3款的第三人范围，从而使普通债权人可以撤销就债务人与第三债务人的债权另行约定归属的调解书。^{〔23〕}最高人民法院在此实际上遵循了实体法上权利归属唯一性的思路，因为在实体法上，同一个债权不可能同时既归属于丁又归属于甲。换言之，当债权作为财产权客体的面向出现时，由于它已被物化（“债权物化”）而具有支配性和绝对性，^{〔24〕}在处分意义上的债权让与和债权出质抑或以归属意义上的债权排除强制执行时均应遵循客体特定原则。^{〔25〕}但是实体上债权归属的确定性要求并不一定与经生效法律文书判定而形成的执行债权存在争议相矛盾。由于调解

• 805 •

〔20〕 参见最高人民法院（2022）最高法执监203号执行裁定书。

〔21〕 参见前引〔6〕，张登科书，第85页。

〔22〕 参见前引〔5〕，马登科文。

〔23〕 参见最高人民法院（2016）最高法民终782号民事判决书。

〔24〕 参见袁野：《“债权物化”之范畴厘定》，载《法学研究》2022年第4期。

〔25〕 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（第2版）（上册），清华大学出版社2021年版，第59-63页。

书中约定的债权归属并不会发生形成效力，^{〔26〕}不会因该调解书而形成执行债权并经由强制执行而直接且终局性地改变原实体债权的归属。此外，使约定债权归属的调解书对未参加诉讼且主张该债权的案外人发生效力是允许其嗣后提起第三人撤销之诉的前提，但又存在不当扩张调解书既判力的问题。^{〔27〕}并且程序性的既判力理论也不会认为经由调解书确认的债权归属与真实的债权归属构成无法并存的矛盾。^{〔28〕}即使执行债权人依据该调解书申请强制执行，主张享有该债权的案外人仍有机会在执行异议之诉中就同一客体主张实体权利，^{〔29〕}并通过合并确权请求与排除执行请求使关于该债权归属的判决拘束执行债权人。^{〔30〕}

二、执行债权的债权共相

关于在执行程序中是否也要使用“给付请求权”概念替换“执行债权”概念的争议，主要争点在于请求权不仅可以基于实体法上的债权而产生，而且也会基于物权、人格权等绝对权而产生，因此，径行使用“执行债权”的概念指代进入执行程序中的请求权并不周延。但这并不足虑。一种最浅显的理由是，由于债法上的请求权构成了请求权的基本模型，它可被准用于其他请求权，^{〔31〕}因此在与请求权的特点进行对照时，本就可大致在同义上使用实体债权与请求权的概念。^{〔32〕}不过这一理由并不充分，应以如下理由补强。

（一）物上请求权本就具有债权属性

除金钱执行外，基于执行债权而采取交付物的执行或完成行为（作为和不作为）的执行，其实体基础可能源于实体法上的物上请求权或基于债权而生的移转请求权，其中因后者属于债权所以不会产生疑义。存在疑问的是返还原物请求权、排除妨碍请求权和消除危险请求权三类物上请求权能否作为交付物的执行债权或完成行为的执行债权的基础。支持的第一个理由在于，这三类物上请求权本就具有债权属性。在权利位阶上，物上请求权与债权上的履行请求权是一个层次的。^{〔33〕}就返还原物请求权而言，德国通说认为占有人应当承担履行义务，但由此造成了其与债法上返还请求权的混淆，占有人承担了如合同责任或损害赔偿责任的的责任。^{〔34〕}在排除妨碍等请求权的情况下其责任内容也更为模糊，未能澄清其与债权请求权之间的界限及其独立于债权的基础。^{〔35〕}这也可以作为其债权性质的佐证。

〔26〕 参见任重：《〈民法典〉第229条（法律文书导致物权变动）诉讼评注》，载《云南社会科学》2023年第1期。

〔27〕 参见张卫平：《既判力相对性原则：根据、例外与制度化》，载《法学研究》2015年第1期。

〔28〕 参见金印：《既判力相对性法源地位之证成》，载《法学》2022年第10期。

〔29〕 参见金印：《案外人对执行标的的主张实体权利的程序救济》，载《法学研究》2021年第5期。

〔30〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第310条第2款规定：“案外人同时提出确认其权利的诉讼请求的，人民法院可以在判决中一并作出裁判。”

〔31〕 参见〔德〕赫尔穆特·科勒：《德国民法总论》（第44版），刘洋译，北京大学出版社2022年版，第420-423页。

〔32〕 本文涉及与“执行债权”相对照时，也是在“给付请求权”的意义上使用“实体债权”的概念。

〔33〕 参见王洪亮：《物上请求权的功能与理论基础》，北京大学出版社2011年版，第3页。

〔34〕 Vgl. Picker, Der „dingliche“ Anspruch, in: Im Dienste der Gerechtigkeit, FS für Bzdilinski, 2002, S. 278, 302 ff., 转引自前引〔33〕，王洪亮书，第3页。

〔35〕 参见前引〔33〕，王洪亮书，第4页。

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第196条第1项和第2项规定了“请求停止侵害、排除妨碍、消除危险”以及“不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产”的请求权不适用诉讼时效,若将其与《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(2020年修正)第1条关联起来,就会认为既然“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩”,那么不适用诉讼时效的上述物上请求权就不具有债权性质。但这忽略了这两条规范之间的位阶,如果将其作为同一位阶的两条规范看待并致力于在同一位阶上作出无矛盾的解释,则当然会得出上述结论。但问题是,上述规定仅在结论上使物上请求权不适用诉讼时效,它并不能构成否定物上请求权具有债权性质的法源,即无法从过程上否定其债权属性。因而它构成了时效规则的特别规范,与“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩”的一般规范在两个位阶上不存在矛盾。最高人民法院认为排除妨碍和消除危险请求权关系到支配权的完整性和圆满性,因此不适用诉讼时效。^[36]理论上也有主张这类请求权与诉讼时效制度之间不具有兼容性,^[37]包括其针对的是继续性的侵害行为因而本质上不可能适用诉讼时效,^[38]以及没有通过时效保护不特定第三人的必要性。^[39]在程序法上,也有学说主张对于相同或实质相同的重复侵权都应当直接通过执行程序加以救济的方式,使排除妨碍和消除危险请求权在申请执行时没有时效经过的可能性。^[40]对于返还原物请求权不适用诉讼时效,解释上主要的理由在于与登记制度的衔接以及保护第三人信赖的问题。^[41]由此可见,立法在结果上排除了物上请求权适用时效的理由并不是直接否定其债权属性。一项权利是否适用诉讼时效是法律判断的最终结果,而不是证成其权利性质的原因,比较法上对返还原物请求权也规定为适用30年诉讼时效期间即为适例。^[42]

• 807 •

(二) 物上请求权总是在特定当事人之间发生效力

支持的第二个理由是,物上请求权总是在特定当事人之间发生效力。上述用以主张各类物上请求权不适用诉讼时效的各项理由中,可能与其债权属性发生冲突的就是物上请求权具有保护作为支配权的物权的功能。但是,这种保护如果不借助债权性质的请求权,也只能限定在抽象层面。^[43]请求权并非处于支配权的对立面。^[44]物权所具有的法律之力只是一项间接的、潜在的攫取可能性,物权人对物的攫取须以请求权为媒介。^[45]抽象的物上请求权无论在有无妨碍物权

[36] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第46页。

[37] 参见陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1417页。

[38] 参见杨巍:《民法时效制度的理论反思与案例研究》,北京大学出版社2015年版,第171页。

[39] 参见王轶:《民法总则之期间立法研究》,载《法学家》2016年第5期。

[40] 参见曹志勋:《停止侵害判决及其强制执行:以规制重复侵权的解释论为核心》,载《中外法学》2018年第4期。

[41] 对相应争议及其理由的梳理,参见杨巍:《〈民法典〉第196条(不适用诉讼时效的请求权)评注》,载《南大法学》2022年第2期。

[42] 《德国民法典》第197条第1款第2项规定了因所有权、其他物权等而发生的返还请求权以及用来主张这些返还请求权的请求权经过30年而完成消灭时效。其中就包括第985条规定的所有人对占有人享有的物的返还请求权。参见《德国民法典》(第5版),陈卫佐译注,法律出版社2020年版,第71页。

[43] 参见〔葡〕曼努埃尔·德·安德拉德:《法律关系总论》(第1卷),吴奇琦译,法律出版社2015年版,第4-5页。

[44] 参见〔德〕本德·吕特斯、阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论》,于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第52页。

[45] Vgl. Hans H. Seiler, Staudinger Kommentar zum BGB, Einleitung zum Schenrecht, 2012, S. 14, 转引自袁野:《物权支配性之教义重述》,载《法制与社会发展》2021年第4期。

的具体行为发生或危险是否现实存在时，都会基于物权的消极权能而存在，但其无法实际行使。只有当具体的妨碍行为发生或危险现实存在时，具体的物上请求权才会成立并对特定的相对人发生效力。^{〔46〕}物上请求权虽然基于物权而产生，目的在于辅助物权实现，但其作为请求权只有指向特定的无权占有或妨碍物权的相对人，才有的放矢。也正是因此，有学说主张在物上请求权产生之后可以类推适用《民法典》第577条以下的规定，无权占有人、不法妨碍人等对物权人行使物上请求权置之不理，拒不返还原物、拒绝排除妨碍或任凭巨大危险存在，物权人可以类推合同违约责任的规定在造成损害时主张损害赔偿。^{〔47〕}

如下的例子也可佐证。所有权人甲的物被乙偷走并保持无权占有，则甲对乙产生返还原物请求权，并且乙不会因取得时效而取得该物所有权。此后该物又被丙占有，此时甲对丙也会产生一个新的返还原物请求权。即使甲对乙的请求权消灭或因时效经过而无法实现，也不影响甲对丙的请求权，丙不得以甲对乙的请求权存在时效抗辩来对抗甲。^{〔48〕}在排除妨碍和消除危险的情况下也是如此。在中国法上依据《民法典》第196条第2项的规定，此时甲对乙的返还原物请求权不适用诉讼时效，因此也不需要如德国法那样特别强调该物所有权本身不因时效而消灭，也能在甲乙之间维持该物所有权归属于甲的法律状态，并认可甲可以基于丙的占有而对丙产生返还原物请求权。

（三）强制执行总是在特定当事人之间施加强制

执行债权是为通过强制执行实现实体债权而生，因此其特别关注对个别责任财产的支配，支持的第三个理由就立足于此。以返还原物请求权为例，无论将其作何种定性，在据此产生执行债权之后，强制执行总是在特定当事人之间施加强制从而达到目标。

若将其义务性质界定为返还的给付义务，则强制执行时应将该物从债务人处强制取走并交付给执行债权人，使其重回债权人支配。若将其义务性质界定为容忍义务，则意味着债务人必须容忍债权人取走该物，^{〔49〕}那么强制执行时应不存在由执行机关强制取走该物并交付给执行债权人的依据，债务人的容忍义务应属不作为义务，需要在债务人违反容忍义务实施相反行为时适用执行中的制裁措施。^{〔50〕}若兼采给付义务与容忍义务，则在实体上意味着义务人除要对权利人取走原物予以容忍外，还需要有积极的协助行为。^{〔51〕}其中债务人应为的积极协助行为可在强制执行中由执行机关以取走交付等方式强制实现，而容忍义务也并不与此相悖，因此仍以交付物的执行为主要实现方式，并可因债务人对不作为义务的违反而施加执行制裁措施。总之，即使对返还原物请求权的性质有不同理解，在据此产生的执行债权之下都表现为在特定当事人之间以强制方式

〔46〕 参见前引〔25〕，崔建远书，第416页。

〔47〕 参见前引〔25〕，崔建远书，第6页。

〔48〕 该例子改写自〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，法律出版社2003年版，第326-327页。德国民法规定所有人对占有人享有的物的返还请求权适用30年时效，因此存在甲对乙的请求权已过时效的问题。在实体法上，所有人对新的无权占有人的返还原物请求权是基于新的无权占有事实而原始发生的；并且原无权占有人的返还义务也不会转让给新无权占有人。参见〔日〕山本克己：《返还原物请求权与口头辩论终结后的受让人——对积极说的反驳》，王佳敏译，载《南大法学》2023年第1期。

〔49〕 对返还原物请求权性质的学说梳理，参见丁宇翔：《返还原物请求权研究：一种失当物权关系矫正技术的阐释》，法律出版社2019年版，第173-178页。

〔50〕 在德国法上，依据《德国民法典》第1004条的不作为请求权也受诉讼时效调整。若诉讼时效期间届满后，则债权人无法取得执行依据使其在债务人继续实施相反行为时对其处以违警罚款。参见前引〔31〕，科勒书，第431-432页。

〔51〕 Vgl. Staudinger/Gursky, § 985, Rn 59, 转引自前引〔33〕，王洪亮书，第80页。

予以实现。这是由执行债权与个别责任财产的具体关联决定的,要实现作为执行债权实体依据的权利,就必须对特定的个别责任财产施加强制,而这些个别的责任财产又具有归属上的确定性,由此就建立了债权人与特定债务人之间的关联。也正是因为强制执行措施的选择更为看重相应实体债权所欲实现的目的,所以只要确定应当在权利人与义务人之间强制将该物取走并转移占有,就无须考察其法律基础的性质如何。“这既与义务是物权还是债权性质无关,也与涉及的是赴偿债务、往取债务还是寄送债务没有关系。”〔52〕

即使执行依据并非根据实体债权或物上请求权而成立,例如被称为“对物之执行名义”〔53〕的实现担保物权裁定,只要据此进入强制执行程序,也都将转化为在特定“当事人”〔《民事诉讼法》(2021年修正)第204条]之间的关系。无论认为实现担保物权程序及其裁定中是否应当包含对主债权的审查与判断,〔54〕也无论将该程序定位于指向权利实现的略式程序抑或否定权利义务争议的非讼程序,〔55〕实现担保物权程序的核心都是在执行依据中载明担保物权的具体实现方式,并据此通过强制执行使担保物权人获得其价值。为此,拍卖、变卖担保财产只是担保物权实现的手段,将变价款交付有受领权的权利人并由其保有才是目的,而这种目的就反映在担保物权人与提供担保物的债务人或第三人之间的关系上。债务人或第三人为主债权人设定担保物权,是为了使债权人获得“就担保财产优先受偿的权利”(《民法典》第386条),其中的“受偿”最终是指主债权的清偿,但在强制执行担保物并将变价款分配给债权人的过程中则是直接指向该执行债权的清偿。担保物权使主债权在受清偿时具有了优先性,但仍须借助强制执行中债权人与提供担保物的债务人或第三人间的执行债权,才得以说明分配变价款并“清偿”的路径。因此,依据实现担保物权程序中作出的许可拍卖、变卖担保财产裁定而开启的强制执行程序并不构成例外。

• 809 •

综上所述,使用执行债权的概念指代执行程序中基于实体法上的各种绝对权或相对权所产生的请求权,并不会造成对权利性质或强制执行效果的混淆。执行债权应以债权为共相,它总是基于实体法上的各类请求权,并在执行程序中在特定相对人之间发生效力,因而符合债权的效力特征,只是在其实现路径方面是由请求债务人履行变为由执行机关强制实现。在此基础上,应当着重关注执行债权在效力方面的特殊性,考虑执行债权在效力的维度是否可被看作是债权的殊相。

三、执行债权的效力殊相

执行债权虽然源于实体债权,但它更关注实体债权实现过程中所采用的强制性措施及其指向对象,包括但不限于查封等执行措施、束缚效力以及对被“锁定”的责任财产的价值维持要求等

〔52〕 美因河畔法兰克福法院裁判,载《州高等法院民事裁判集》,1983年,第123页,转引自〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯:《德国强制执行法》(下册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,法律出版社2020年版,第106页。

〔53〕 毋爱斌:《“解释论”语境下担保物权实现的非讼程序——兼评〈民事诉讼法〉第196条、第197条》,载《比较法研究》2015年第2期,第90页。

〔54〕 《民诉法解释》第369条第1款明文要求法院还须对“主合同的效力、期限、履行情况”等进行审查,但这显然并非《民事诉讼法》(2021年修正)第203条和第204条的必然解释结论。

〔55〕 参见吴英姿:《民事略式诉讼程序初论》,载《中外法学》2022年第6期;任重:《担保物权实现的程序标的:实践、识别与制度化》,载《法学研究》2016年第2期。

因素。并且，由于执行债权的存在范围即为执行力所及的主观范围，在债权让与等情形下它还决定了受让人进入强制执行程序的可能性。执行债权在这些方面的特性提供了使用该概念的最低限度的必要性。除此之外，能够证成执行债权概念必要性的因素还包括如下四类。

（一）执行债权与个别责任财产的具体关联

在权利与责任财产的关系上，实体债权只能与责任财产的整体产生抽象的关联，而执行债权则是与个别的责任财产产生具体关联。债权的标的为给付，^{〔56〕}因此不会产生直接支配债务人具体责任财产的效力。并且由于债务人始终在不断实施法律行为处分部分财产，从实体法的角度甚至无法在实体债权设立之时或债权存续期间准确划定责任财产的范围。即使将确定责任财产范围的时间推迟至债务清偿时（或清偿期届满时），^{〔57〕}若未经由强制执行而由债务人任意履行，^{〔58〕}则界定责任财产的范围并无实际意义；若经由强制执行而使债权受偿，则恰是借用执行债权的概念在责任财产的最大范围内依据债权金额查封价值相当的执行标的，此际责任财产作为债权实现的总担保的抽象地位已被转化为就具体执行标的变价受偿的具体措施，而后者正是执行债权所关注的执行标的的确定问题。由于无法预测债权设立时已被查封的财产在上述确定责任财产范围的时间是否仍处于束缚状态，既无必要也无理由在通过强制执行现实实现债权之前就先行确定具体的执行标的，因此作为实体债权总担保的责任财产甚至可以包含债务设立时已经处于查封、扣押状态的财产以及已经设定了担保物权的财产。^{〔59〕}显然，若不借助执行债权的概念，则上述界定并无必要。实体债权的效力并不能及于债务人的各项具体财产，其权能不能作为确定执行标的范围的根据。因此一般债权人与未登记物权人之间的权利对抗关系，总是要通过执行债权（而非实体债权）表现出来：学说史上争论的请求金钱或者种类物给付的一般债权人是否属于不登记就不能对抗的第三人范围问题并无实际意义，因为债权人仅基于其实体债权人的资格无法直接参与到物权争议中，其间的权利优劣关系实际上都会转化为执行债权人（以及破产债权人）与未登记物权人的权利优劣关系。^{〔60〕}这是执行债权与实体债权在与责任财产产生关联的不同方式方面的又一例证。

（二）执行债权在权利实现路径上的特殊性

在实体债权转化为执行债权后，二者在权利实现的路径上存在差异。基于强制执行的目的，执行债权在实现路径上与实体债权有所不同，无法做与实体债权实现路径相同的解释。除上述决定债务人自由清偿的平等性外，实体债权（请求权）还具有请求性、合作性与非排他性。它们分别意味着实体债权的作用表现为对特定人的给付请求（而非对特定标的物的直接支配）、权利实现需要义务人的配合，以及在同一标的物上可以成立数项内容相同的实体债权。^{〔61〕}在请求移转标的物所有权的实体债权的场合，所有权移转的效果取决于债务人是否实施被请求的行为（与债

〔56〕 参见前引〔31〕，科勒书，第415页。

〔57〕 参见崔建远、韩世远：《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社2004年版，第29-30页。

〔58〕 参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第516页。

〔59〕 参见前引〔57〕，崔建远、韩世远书，第30页。

〔60〕 参见〔日〕松尾弘、古积健三郎：《物权担保物权法》，弘文堂2008年版，第105-106页；〔日〕近江幸治：《物权法》，成文堂1998年版，第81页。转引自龙俊：《公示对抗下“一般债权”在比较法中的重大误读》，载《甘肃政法学院学报》2014年第4期。

〔61〕 参见前引〔58〕，朱庆育书，第515页。

权人达成所有权移转合意),重在义务履行中包含的移转所有权的意思。但若在执行依据中据此载明要求债务人将标的物所有权移转给债权人,则强制执行时会通过交付物的执行实现这一目的。此时,在执行程序中强制实现执行债权的路径重在交付行为在事实上的强制性,而无视所有权移转的意思,与实体债权的实现路径各有侧重。而在请求移转标的物占有的实体债权的场合,例如向无权占有人主张原物返还请求权,无论是实体债权的实现路径,还是基于载明由债务人将标的物的占有返还给债权人的执行依据而强制实现执行债权的路径,都重在交付标的物作为事实行为的强制性,无需移转所有权的意思。

两相对比,执行债权的强制实现并不能完全通过请求权的请求性和合作性予以解释,而是通过执行机关的执行行为实现对标的物支配的移转,替代了对债务人行为的请求。给付概念在基于强制执行而实现权利的过程中并不突出,甚至即使在启动强制执行之前,若债务人迫于压力而为给付,也不构成有目的的债务履行行为,不适用“明知无给付义务而进行的债务清偿”则排除不当得利返还的抗辩。^[62]在请求权的非排他性问题上,执行债权也有其特殊性,因为执行债权人之间基于查封时间的先后依次就查封标的物受偿,在先的执行债权会优先于在后的执行债权受偿,^[63]至少也会取得程序上的优先处置地位。^[64]例如,在保证人仅担保部分主债权,且已经向债权人承担保证责任后,保证人可向债务人主张法定取得的主债权,而主债权人仍将继续请求债务人清偿剩余债权,只要债务人尚未破产,主债权人的剩余债权并不会具有绝对的优先受偿顺位,若保证人先就查封标的物实现其执行债权,则主债权人只能转而就债务人的其他财产满足其执行债权。^[65]因此,执行债权之间会因争夺查封标的物的价值而事实上表现出一定的排他性。

造成这种差异的原因:一是强制执行的本旨就意味着无视债务人意思的权利实现;二是执行法理论在按照债权人意欲实现的实体债权为主线索进行分类,并分别配置不同类型的执行措施时,^[66]将移转标的物所有权与返还占有的不同权利在救济性请求权的意义上化约为了物之交付请求权,“与金钱债权执行的概念一样,交付物的执行同样是根据执行名义的内容来确定的执行种类,通过它所要实现的是物之交付请求权,即债权人请求债务人交付法律文书指定的物的权利。该交付请求权可以基于物权产生,例如物之返还,也可以基于债权而产生,例如交付作为合同标的物之物”^[67];三是若在执行依据分别要求移转所有权与返还占有时均适用交付物的执行,则暴露出以执行措施的目的和效果为导向进行的权利类型划分并非完全周延。对债务人作出移转所有权的意思表示之所以没有被归入不可替代行为请求权的执行中,并非是因为它不可被视为行为请求权,^[68]而是

• 811 •

[62] 参见叶名怡:《不当得利法的希尔伯特问题》,载《中外法学》2022年第4期。

[63] 参见马强伟:《论查封债权人的优先受偿地位及其效力限制》,载《法学》2023年第1期。

[64] 《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(2020年修正)第55条第1款规定:“多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行人申请执行,各债权人对执行标的物均无担保物权的,按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。”

[65] 参见王蒙:《论保证人对债务人追偿的双重结构》,载《华东政法大学学报》2023年第1期。

[66] 参见江伟、肖建国:《论我国强制执行法的基本构造》,载《法学家》2001年第4期。

[67] 前引[3],肖建国主编书,第322-323页。

[68] 既然在采取执行措施的外观上都表现为将标的物移交给执行债权人的两种实体债权都可以化约为交付物的执行,就没有理由认为行为请求权的执行一定指的是外观上有形行为的执行,债务人作出意思表示的精神性行为也可被作为请求权的执行所评价,并且由于是否作出特定意思表示纯属债务人的意思自由范畴,在此意义上也可以认为这是一种不可由他人替代完成的行为。

因为在能够通过拟制债务人作出意思表示就达到执行目的时，没有必要选择只能通过间接执行措施间接达到执行目的的不可替代行为的执行方式。并且，在不可替代行为的执行中，间接执行措施是唯一可行的执行方法，^{〔69〕}因此其并非更适用于该类请求权的执行措施，而只是无奈之举，这与通过拟制的方式间接达到等同于债务人已经作出意思表示的方式存在相似性，二者都并非达到特定目的的最优先手段。可见，最终决定将某种实体债权归入何种类型的执行债权的因素很大程度上是由所欲采取的执行措施所决定的，而所有执行措施的共同出发点就是强制执行旨在无视债务人意思的权利实现这一目的。

实际上，执行债权与实体债权在实现路径上的差异具有必然性，因为通过强制方式实现权利被认为构成了强制执行法的出发点。由于实体法描绘出了权利及其实现路径的图景，而执行法试图在因债务人不履行而无法以任意清偿方式实现权利的路径上提供一套“最终方案”，即通过无视债务人的意思这一方式强制实现。但显然这是一种循环论证：通过债务人欠缺履行意思的事实无法推论出在不改变实体债权实现路径的前提下可以径行强制执行。但执行法也不应陷入虚无主义，还是需要寻求某种实现权利的路径。一种思路是认为执行法的主要规范都是实体债权及其实现路径的一种特殊表现形式，仅在必要之处才必须引入非源于实体法的独立规范。如此，就需要承认强制执行行为本身并不能构成法定的实体权利变动原因。因此，为了（至少在形式上）避免前述循环论证并在维持实体性的权利实现路径的基础上解释强制执行如何实现权利，执行法应当将债务人意思的拟制规定为非外源于实体法的独立规范，^{〔70〕}并广泛适用于金钱执行、交付物的执行以及行为请求权的执行，^{〔71〕}而非仅仅作作为作出意思表示的执行方式。^{〔72〕}另一种可能的思路是在执行程序中以执行债权的观念替代实体债权，实体债权的权能和效力仅被用于描述诉讼和执行依据形成阶段，此后则使用执行债权的概念解释权利实现路径的特殊性。通过执行债权的效力及其实现，替代性地使债权人获得本应由实体债权所指向的利益：求钱得钱、求物得物、求行为得行为效果。这虽然有助于解释债权人对责任财产的支配等无法为实体债权效力所及的问题，但在回答强制执行在债务人缺乏履行意思或权利变动意思时如何实现权利变动的问题时，仍不免流于执行债权的概念形式。

（三）执行债权为实体瑕疵的执行提供形式依据

当所欲实现的实体债权存在瑕疵，甚至在实体上并不存在时，基于抽象的强制执行请求权观念，^{〔73〕}执行债权仍然能够与责任财产建立具体关联，在执行依据被撤销前，仍可以实现以执行债权为目的实施强制执行。执行债权能够为存在实体瑕疵的执行提供形式依据，在据以实现的实体债权嗣后被确认为不存在并因此引发返还的问题上具有重要意义，兹以下例予以说明。

一审判决确定债权人对债务人的实体债权，在二审过程中，债权人将该债权转让给受让人。

〔69〕 参见马登科：《民事间接强制执行比较研究》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2012年第4期。

〔70〕 2022年6月《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》第198条第1款规定：“法律文书确定被执行人作出意思表示的，该法律文书生效时，视为意思表示已经作出。”

〔71〕 例如，执行依据上载明动产所有权转让，意味着债务人有义务作出转让所有权的意思表示并交付动产。此时应同时适用作出意思表示的执行和交付物的执行。参见前引〔52〕，鲍尔等书，第118页。

〔72〕 例如拟制强制缔约义务人作出承诺。参见杨代雄：《法律行为论》，北京大学出版社2021年版，第15-16页。

〔73〕 参见前引〔6〕，张登科书，第5页。

二审驳回债务人的上诉后,执行机关依债权人的申请强制执行一审判决。在执行过程中,债权人申请变更债权受让人为申请执行人,但未获执行机关准许。在执行机关将执行款发放给债权人后,债权受让人依据确定债权转让效力的另案判决请求债权人向债权受让人交付执行款。此后,确定债权人对债务人享有实体债权的原一审和二审判决被再审判决撤销,同时判决驳回债权人对债务人的给付请求。据此,债务人申请执行法院进入执行回转程序。^{〔74〕}当事人在该案的执行回转程序中争议的是负有回转义务的被执行人问题,即应当由债权人还是债权受让人向债务人回转该案执行款。因为该案在强制执行之外引入了实体债权让与,并由此导致涉案款项在三方主体之间移转,所以其返还问题比较复杂,存在多种可能的情形。

从实体法角度观察,债权转让协议约定债权人将其对债务人的债权及其“项下所有的附带权益及权利”转让给受让人,受让人同意折价受让该债权,并且约定了支付转让款的履行期。该债权转让协议存在诸多解释上的分歧:首先,转让标的究竟仅为债权本身,抑或是也包含了债权人在未来通过强制执行所获得的执行款?在前者的情形,所谓将“项下所有的附带权益及权利”转让给受让人,仅仅意味着应由受让人自行向债务人主张债权,即使嗣后的债权转让判决(给付判决)载明要求债权人向受让人支付这笔款项也不会直接改变实体法律关系。^{〔75〕}后者意味着债权人对受让人负有金钱给付义务,但该义务指向的是经由债权人对债务人的强制执行而特定化的执行款,还是支付相当于执行款数额的金钱即可,仍有疑问。债权转让判决采取前一种解释,要求债权人向受让人支付其对债务人享有的债权项下的执行款,如此相当于债权人成为受让人的执行担当人。但问题是,这种解释使债权本身的转让失去意义,并且由于债权人与债务人之间存在基于生效裁判和强制执行的基础关系,无论债务人在收到债权转让通知之前还是之后向债权人清偿(通过强制执行),都有再次向受让人清偿的风险。受让人同时取得直接向债务人主张债权以及直接向债权人请求交付执行款的权利,其法律地位显著优越于债权人。此外,由于被转让的债权嗣后被再审判决确认为自始不存在,因此对该债权转让协议的效力也会存在争议。如果债权转让协议被解释为上述第二种情形,且债权人向受让人支付特定数额执行款的义务不受影响,那意味着只要该义务未因解除等事由消灭,受让人就可以确定保有债权人支付的款项,即使债权人与债务人之间的执行依据嗣后被撤销,债权人与受让人之间的给付义务也不受影响。

在执行依据被撤销后,争议的问题就在于债务人应向债权人还是受让人请求返还,以及债权人与受让人之间是否存在返还关系。由于作为强制执行依据的判决被撤销,债权人基于强制执行而从债务人处获得的执行款构成非债清偿型不当得利,且可能在差价范围内主张得利丧失抗辩。此外在该案中债务人并未收到通知,因此是否存在债务人向受让人的“清偿”本身也存在问题。若按照“有意识且有目的地增加他人的整体财产”的“给付”概念,^{〔76〕}则债务人基于强制执行而向债权人履行,即使该笔款项又被债权人出于清偿目的交付给受让人,也不存在债务人对受让人的给付目的。若按照客观的“清偿”概念,由于债务人与受让人之间并无直接法律关系,也难

• 813 •

〔74〕 该案的系列裁判,参见最高人民法院(2018)最高法民再6号民事判决书、湖北省宜昌市中级人民法院(2016)鄂05民初202号民事判决书。

〔75〕 参见任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期。

〔76〕 参见〔德〕汉斯·约瑟夫·威灵:《德国不当得利法》(第4版),薛启明译,中国法制出版社2021年版,第13页。

谓债务人是在对受让人清偿。此外，在转让的债权本身并不存在的前提下，债权人与受让人之间是否还会产生返还关系取决于债权转让协议的内容与效力，这也决定了在债权人向债务人返还不当得利后，是否还可以向受让人请求返还，这关系到在债权人与受让人之间由谁承担风险。

由此可见，在执行依据载明的债权存在实体效力瑕疵并且涉及多方主体时，实体上的返还问题非常复杂，很难在作为执行程序的执行回转中处理。最高人民法院在上述执行回转案件的裁判中选择了较为谨慎的处理方式，认为债权人与受让人之间基于债权转让协议的争议与本案执行回转无关，由于该案执行债权存在于债权人与债务人之间，执行款也发放给了债权人，因此在执行依据被撤销后，在执行回转程序中由债权人向债务人返还所得执行款并无问题。^{〔77〕}因此，执行债权在限制执行回转范围、避免加剧复杂的实体法律关系方面具有优势。执行回转被认为实体法基础不明，^{〔78〕}更应当将其所要解决的问题限制在一定范围内。莫不如以执行债权所及的范围限定通过执行回转程序“二次变动”的范围，使此后的不当得利争议可以建立在经由执行程序初步复归的财产关系之上。

（四）债权人撤销权诉讼是执行债权的保障方式

实体法理论通常认为，支持债权人撤销权的判决具有恢复责任财产的效力，从而发挥撤销权所具有的保全实体债权的效力。只是实现路径可能因对撤销权性质的不同认识而有所不同。若认为债权人撤销权具有形成权的性质，则撤销权判决会使债务人与相对人间的法律行为无效，^{〔79〕}由此足以实现制度目的。^{〔80〕}另有观点承认撤销权兼具请求权性质，或者需要借助债权人代位权请求相对人返还财产（占有）。^{〔81〕}与此不同，“责任说”将撤销权作为一种伴有“责任上的无效”效果的形成权，撤销权诉讼便是一种形成之诉，撤销判决的效果是使相对人处于以其取得的财产对债务人的债务负责的状态，因此不必进行财产返还就可以实现责任财产的恢复。^{〔82〕}但由此即产生疑问：债权人撤销权及其判决所具有的恢复责任财产的效力是如何实现的。换言之，如何能够在观念上判断被撤销权所保障的实体债权已经重新恢复到了能够“以责任财产为实体债权的一般担保”的状态？

通常的实体法思路会将其归结于撤销权判决的形成效力，使被撤销的诈害债权行为无效，因此债务人与相对人之间经由该法律行为所变动的财产，或者被直接复归至债务人处，或者转化为债务人对相对人的债权性请求权。也就是说，判断实体债权是否通过撤销权及其判决得到了保障，是否恢复了作为其一般担保的责任财产，是通过比较债务人的某些具体的财产是否“失而复得”（也包括作价返还）实现的。但是，如果能够通过这种途径实现保障实体债权的功能，则必须建立在一个重要的前提判断之下：作为被保障对象的实体债权的效力本身就具有能够保持债务

〔77〕 参见最高人民法院（2020）最高法执监210号执行裁定书。

〔78〕 参见陈刚：《我国民事执行回转理论基础与制度构造的革新》，载《法学研究》2022年第1期。

〔79〕 参见王洪亮：《〈民法典〉第538条（撤销债务人无偿行为）评注》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2021年第6期。

〔80〕 参见龙俊：《民法典中的债之保全体系》，载《比较法研究》2020年第4期。

〔81〕 参见茅少伟：《恶意串通、债权人撤销权及合同无效的法律后果——最高人民法院指导案例33号的实体法评释》，载《当代法学》2018年第2期；韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第455-456页。

〔82〕 下森定『債權法論点ノ一ト』（日本評論社，1990年）120頁参照，转引自前引〔81〕，韩世远书，第457页。

人特定具体财产的权属状态稳定的效力和权能。这是因为：第一，如果实体债权仅仅与抽象意义上债务人整体的财产状态相关，那么就无法通过被撤销的个别具体的财产权属变动去实现实体债权的保障目的；第二，在逻辑上，只有实体债权与个别的具体财产产生密切的相关性，才有可能认为这些个别的具体财产的权属转移会影响到债权的实现；第三，退而言之，如果实体债权不与个别的具体财产具有密切相关性，那么由于债务人的具体财产时刻处于变动之中，就无从判断实体债权效力所及的应有财产范围。

但是这一重要的前提判断恰恰无法成立。已如前述，实体债权仅包含请求债务人给付的效力，而不会直接指向具体意义上的个别财产。“除债权人代位权与债权人撤销权的情形外，一般债权人在通常情况下不具有对债务人财产实施处分的权能，而仅仅具有‘从债务人的总财产中获得偿付’的地位，因此，当判决对于‘某一财产不属于债务人’之事实作出确定时，即便让该判决的判决效及于一般债权人，也并不会产生不当。”^{〔83〕} 债务人在正常交易活动中实施法律行为并使个别财产发生权属变动，并不会因其对债权人负有债务而被撤销，债权人基于债务人与相对人的诈害债权行为得以突破相对性效力已属例外。另一方面，“责任财产是（实体）债权的一般担保”这一命题只能在抽象意义上理解，或许不应在此意义上使用“责任财产”的概念，因为作为实体债权一般担保的财产尚未被具体化和特定化。基于债权（请求权）的非排他性，同一债务人的多个债权人之间对债务人所负债权的比例并不会因债务人处分部分具体特定财产而受到影响。债务人的责任财产减少以致影响各债权人在参与分配中的具体受偿的情形，恰恰是将债务人的各项具体意义上的特定财产的总和作为可分配的最大范围，这构成了真正意义上责任财产的应有内涵和功能。承载这一功能的恰恰是强制执行程序，而基于与各项具体财产（执行标的）的密切关联，执行债权就成为解释这一现象的有力工具。在日本法上，提起债权人撤销之诉的债权人严格来说只是为了将来的执行而保全责任财产，尚不能说对责任财产取得了某种支配地位。但学说认为其也能对抗未登记的物权人，理由在于债权人撤销权是强制执行的准备行为，其目的是将从债务人一般财产中脱逸的财产复归原位，与扣押债权的目的相似，故撤销权人可以同扣押债权人做相同处理。^{〔84〕} 由此观之，“责任财产是债权的一般担保”的命题只有在执行程序才可被具体化，责任财产实为执行债权的一般担保。

需要澄清的是，这并非否定撤销权判决对于恢复经由被撤销的法律行为所变动的财产的作用，而是主张将执行债权作为分析工具引入其中更为妥当。实体债权的论证路径未能保持撤销权行使效果（即具体财产的权属变动恢复效果）与实体债权效力的一致性。而借助执行债权为概念工具的路径认为，既然撤销权判决已经直指具体意义上的个别责任财产，就意味着在该诉讼中已经对执行债权的部分效力范围作出了判定，这就必须以该诉讼已经对实体债权进行判断为前提。由此引申，撤销诈害债权行为的请求默示地蕴含着将实体债权引入诉讼审理从而为执行债权的产生提供实体正当性的因素。只有执行债权才能在具体责任财产的意义上与撤销权判决的效果相对接，这也可被看作是撤销权行使效果的另一种视角下的理解。最高人民法院指导案例118号裁判

〔83〕〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法：制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第614页。

〔84〕参见〔日〕舟桥淳一、德本正编辑：《新版注释民法6》，有斐阁1997年版，第574-575页，转引自前引〔60〕，龙俊文。

要点中“判令受让人向债务人返还财产，受让人未履行返还义务的，债权人可以债务人、受让人为被执行人申请强制执行”正是旨在解决该问题。^{〔85〕}撤销权诉讼及其判决所保障的实际上是由对实体债权的审理而得以具体化和特定化的执行债权，为嗣后可能进入执行程序并真正转变为执行债权做准备。

Abstract: In the process of realization of substantive creditor's rights by compulsory enforcement, the concept of rights of execution creditor is widely used in the sense of seizing executive objects, maintaining the value of liability properties and determining substantive creditor's rights by effective legal judgments, aiming to search for theoretical basis of special effects of rights of execution creditor. Legal theory and practice sometimes misuse the determined attribution of substantive creditor's rights when using the concept of rights of execution creditor. Rights of execution creditor regard the creditor's rights as universals because of the attribute of creditor's rights of claims on property rights, the relative scope of validity of claims on property rights and the relative scope of enforcement measures between specific parties. So there's no need to replace the concept by rights of performance. There are specific connections between rights of execution creditor and particular liability properties. The path of realization of rights of execution creditor is different from that of substantive creditor's rights. The rights of execution creditor can be served as formal basis for execution with substantive flaws. The litigations of creditor's rights of revocation are ways of conserving rights of execution creditor. Therefore, rights of execution creditor are individuals in terms of validity. It's necessary to regard the concept of rights of execution creditor as an analysis tool.

Key Words: rights of execution creditor, substantive creditor's rights, claims on property rights, liability properties

(责任编辑：曹建军 赵建蕊)

〔85〕 参见最高人民法院指导案例118号：东北电气发展股份有限公司与国家开发银行股份有限公司、沈阳高压开关有限责任公司等执行复议案（2019年12月24日发布）。

论我国民事执行立法内容确定技术的四对关系

谭秋桂*

内容提要：处理好民事执行立法与民事执行改革政策、民事执行实践经验、理论研究成果、域外民事执行体制经验的关系，是我国民事执行单独立法内容确定技术面临的重大问题，也是提高我国民事执行法的立法质量、实现民事执行的制度功能的关键所在。其中，关于处理民事执行立法与民事执行改革政策的关系，立法的基本立场应当是既要坚持有法必依，维护法律的权威性，又要容许并鼓励改革，不断推进民事执行现代化；关于处理与民事执行实践经验的关系，应当尊重民事执行的基本规律，防止将习惯做法误作实践经验，尤其要防止将不符合规律的习惯做法当作实践经验写入民事执行法；关于处理与理论研究成果的关系，民事执行立法要做到客观分析其作用、妥善处理其争议、辩证分析其与实践经验的冲突；关于借鉴域外执行实践经验，应当在坚守我国法律传统的基础上，适当吸收域外的典型、可靠和可借鉴的经验。

关键词：民事执行 单独立法 立法技术 关系

• 817 •

2022年6月21日，第十三届全国人大常委会第三十五次会议首次审议了《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》（以下简称《草案》）。理论界和实务界呼吁了多年的民事执行单独立法工作终于进入了立法程序。在立法进行时探讨民事执行立法技术问题，表面看来有些晚，但还是有必要，这是提高立法质量和增强民事执行法效用的重要工作。

一般认为，“立法技术是在立法实践中产生并发展起来的，关于法的内容的确定、表述及完善的方法和技能的总称”^{〔1〕}，其实质是制定法律应当遵循的规范、方法和技巧。立法技术不仅决定着立法的质量，而且还会影响法律的实施，在法治社会十分重要。“如果没有精湛的立法技术，无论多么深刻的思想，多么良好的意图，多么合理的设计，多么善意的追求，都可能成为止于

* 谭秋桂，中国政法大学诉讼法学研究院教授。

本文为教育部高校人文社会科学重点研究基地重大项目“国家治理现代化与中国特色民事执行制度完善研究”（22JJD820025）的阶段性成果。

〔1〕 吴秋菊：《立法技术探讨》，载《时代法学》2004年第4期，第91页。

良好愿望而不能得到实现的单纯追求或者说是奢望。”〔2〕

立法技术是一门十分复杂的技术。就内容而言，它贯穿于立法活动过程的每个阶段，包含法的体系构造、形式设定、结构营造和语言表述等各个方面；〔3〕就涉及的学科而言，它“是一门法学与语言学、逻辑学、未来学、系统科学等之间边缘性、交叉性学科；同时，它在法学体系内部又吸取了宪法学、法学理论、部门法学、比较法学、法史学的研究成果，具有兼收并蓄的色彩”〔4〕。近年来，我国开始重视立法技术工作，除了立法机关颁行了《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》），全国人大常委会法制工作委员会还制定了《立法技术规范（试行）（一）》《立法技术规范（试行）（二）》，以统一法律结构规范、法律条文表述规范、法律常用词语规范、法律修改形式规范、法律废止形式规范等内容。但是，全国人大常委会法制工作委员会制定的《立法技术规范（试行）》仅仅涉及作为横向立法技术的立法结构营造和语言表述技术，基本上与法的体系构造技术、形式设定技术无关，更没有涉及纵向立法技术的问题。

民事执行单独立法，必然面临法的内容的确定、表述及完善的规范、方法和技巧等立法技术问题。我国学者曾对民事执行立法的结构营造技术进行过研究，并在某些问题上达成了共识。〔5〕但是，这些共识仅为法的表述技术，关于民事执行法的其他立法技术，尤其是民事执行法的内容确定技术问题，目前尚不见系统的研究。正如学者所言，立法，首先是确定立法政策和立法意图，即确定法的内容，进而选择立法内容的最佳文字载体，实现立法意志和政策的物化，与这种过程相适应的立法技术，就不仅仅停留在遣词造句、结构编排这个平面层次上，而是多平面、多层次的。〔6〕因此，研究民事执行立法的内容确定技术，是十分必要的。

法的内容确定技术，涉及立法者的价值取向、法律思想的选择、立法意图的表达和立法政策的贯彻等多方面的问题，需要解决的问题、处理的关系很多。笔者认为，从目前理论和实践的争议程度、解决问题的迫切程度、对实践的重要程度以及对未来制度发展方向的影响程度等因素来看，民事执行法内容确定的立法技术最为紧要的是要处理好以下四个方面的关系：民事执行立法与民事执行政策的关系，民事执行立法与民事执行实践经验的关系，民事执行立法与民事执行理论成果的关系，民事执行立法与域外执行体制经验的关系。

〔2〕 郭泽强：《从立法技术层面看刑法修正案》，载《法学》2011年第4期，第19页。

〔3〕 如有学者将立法技术分为纵向和横向两个方面：“纵向立法技术，即把立法看作一个活动过程，在这个过程的各个阶段上、在各个阶段的具体步骤上，立法所遵循的方法和技巧。内容主要包括：（1）立法准备阶段的立法技术，如立法预测技术、立法规划技术、立法创意技术、立法决策技术、组织法案起草技术等。（2）由法案到法的阶段的立法技术，如提案技术、审议技术、表决技术、公布技术等。（3）立法完善阶段的立法技术，如立法解释技术、法的修改补充和废止技术、法的整理技术、法的汇编技术、法典编纂技术、立法信息反馈技术等。”“横向立法技术，即从平面的角度观察立法，这种立法活动所遵循的方法和技术。内容主要包括：（1）立法的一般方法。（2）法的体系构造技术。（3）法的形式设定技术。（4）法的结构营造技术和法的语言表述技术。”周旺生：《立法论》，北京大学出版社1994年版，第183页。

〔4〕 吴大英、曹叠云：《立法技术论纲》，载《中国法学》1990年第4期，第42页。

〔5〕 相关的论文主要有：江伟、肖建国：《论我国强制执行法的基本构造》，载《法学家》2001年第4期；谭秋桂：《民事执行立法：程序构建与规则设定》，载《湖南社会科学》2003年第3期；杨荣馨、谭秋桂：《标本兼治，解决“执行难”——民事强制执行法专家建议稿起草问题研究》，载《政法论坛》2004年第4期；沈长月、孔令章：《论我国民事执行程序规则立法体例》，载《湖南师范大学社会科学学报》2010年第2期。

〔6〕 参见申华：《立法技术研究的新台阶——〈立法技术学〉一书评析》，载《政治与法律》1995年第5期。

一、民事执行立法与民事执行政策的关系

任何立法都将面临立法与政策的关系问题。其核心与实质是,是否以及如何将政策上升为法律规范。

自20世纪90年代后期以来,面对执行实践日益复杂和困难的局面,为了满足人民群众日益增加的司法公正和司法效益的需要,党和国家多次强调进行民事执行体制和机制改革以切实解决执行难问题。1999年7月中共中央《关于转发〈中共最高人民法院党组关于解决人民法院“执行难”问题的报告〉的通知》(中发〔1999〕11号)就将改革作为解决执行难问题的基本方针。2014年10月党的十八届四中全会决定提出“优化司法职权配置。健全公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关各司其职,侦查权、检察权、审判权、执行权相互配合、相互制约的体制机制”“完善司法体制,推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点”“切实解决执行难,制定强制执行法,规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序。加快建立失信被执行人信用监督、威慑和惩戒法律制度。依法保障胜诉当事人及时实现权益”等一系列新的执行改革任务。2019年7月中央全面依法治国委员会印发的《关于加强综合治理从源头切实解决执行难问题的意见》(中法委发〔2019〕1号,以下简称“中法委发〔2019〕1号”文件)要求“加强执行难综合治理,深化执行联动机制建设,加强人民法院执行工作”。2021年3月十三届全国人大四次会议通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》将深化执行体制改革作为全面推进依法治国的重要内容,提出“深化司法体制综合配套改革,完善审判制度、检察制度、刑罚执行制度、律师制度,全面落实司法责任制,加强对司法活动监督,深化执行体制改革,促进司法公正”。与此同时,作为国家民事执行机关的人民法院同样把改革作为解决执行实践问题的重要手段。2019年6月最高人民法院发布的《关于深化执行改革健全解决执行难长效机制的意见——人民法院执行工作纲要(2019—2023)》(以下简称《2019—2023执行工作纲要》),将“进一步深化执行体制机制改革,完善执行法律体系及配套制度,逐步形成成熟、稳定的中国特色执行制度、执行机制和执行模式”作为未来五年执行工作的总体目标之一。

由此可见,近年来我国民事执行工作的核心和基调是改革,实践也证明只有改革才是解决民事执行实践问题的根本方法。在实现国家治理体系和治理能力现代化的背景下,我国的民事执行改革只有进行时没有完成时。可以说,改革已经而且将长期成为我国民事执行领域的基本政策。

民事执行立法的时间性决定了,民事执行立法与民事执行改革政策必然形成冲突:若不体现执行改革的方向与内容,民事执行立法就会缺乏锐气甚至很快就不能适应实践的需要;若要体现执行改革的方向与内容,政策的易变性和改革的试探性又可能导致民事执行立法内容难以确定。不同的选择对民事执行实践的影响大不相同。因此,妥善处理民事执行立法与作为民事执行基本政策的民事执行改革的关系,是民事执行立法内容确定技术必须首先解决的问题。

民事执行改革的内容十分复杂。为了完善司法体制,切实解决执行难问题,我国当前正在进行的最为重要的执行改革是审执分离体制改革和执行难综合治理改革。该两项改革关系到我国未

来民事执行体制的发展方向和民事执行制度的效用。在民事执行法中如何体现和处理这两项改革的任务和内容，将成为考验我国民事执行立法内容确定技术的关键。

审执分离体制改革主要涉及执行权与审判权的边界、执行机构与人民法院的关系、执行机构的职权配置、执行人员的身份地位等问题。其中，在执行机构与人民法院的关系问题上，一直以来就有“法院内分”和“法院外分”两种基本不同的观点，“法院外分”又有分给司法行政机关和公安机关两种不同的意见。当然，绝大多数人的意见是主张“法院内分”。〔7〕在“法院内分”的基础上，关于执行机构的职权配置问题，目前争议最大的是应将执行裁判权配置给执行机构，即处理执行异议、执行异议之诉的职权是交给执行机构还是审判机构的问题。自2015年以来最高人民法院先后批准的七个审执分离体制改革试点方案，几乎都是将执行裁判权与执行实施权相分离，将执行机构打造成纯粹的执行实施机构，“审执分离”实质上变成了“裁执分离”。关于执行人员的身份地位，有人建议将执行人员区分为执行法官和执行官，执行法官行使执行命令权能和执行裁判权能，执行官行使执行实施权能，执行法官按照法官管理，执行官归入司法警察序列，实现执行实施工作警务化。〔8〕

笔者认为，我国1991年颁行的《中华人民共和国民事诉讼法》已经基本实现机构和人员的审执分离。该法第209条第3款规定：“执行工作由执行员进行……基层人民法院、中级人民法院根据需要，可以设立执行机构。执行机构的职责由最高人民法院规定。”2007年修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》将上述内容调整到第205条，内容也修改为“执行工作由执行员进行……人民法院根据需要可以设立执行机构”。理论研究和教材多将上述内容概括为“审执分立”，〔9〕其实质是机构和人员的审执分离，而且是“法院内分”式的审执分离。从总体上看，这一模式在我国运转基本正常。当然，随着理论和实践的发展，审执分离的内涵和外延必然会发生一些变化。但是，将执行权“简化”或者“纯化”为执行实施权能、审执分离演变成为执行裁判权能与执行实施权能的“裁执分离”是否就是审执分离的应然发展方向，至少目前仍不能得出这个结论。

现代意义上的审执分离的要义是解决理论上执行权与审判权的界限不清、实践中“以执代审”造成当事人程序利益损害的问题，它是程序独立价值发展的必然结果。然而，程序正义不可能完全离开实质正义。事实上，“以执代审”只是执行程序个别环节的“嫌疑”而非现行执行程序的普遍现象，除了“裁执分离”以外还可通过设计科学的权力制约与监督机制解决这一问题。如果按照“裁执分离”的思路，完全剥离执行机构的执行裁判权能，尽管在一定程度上可以简化执行人员的工作从而缓解执行机构的压力，但是必然后果是加大当事人实现权利的成本、降低民事执行的效益。两者相权衡，结果显然是得不偿失。因此，在“审执分离”改革的问题上，在

〔7〕 2017年8月28日，全国人大内务司法委员会副主任委员王胜明在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上作《关于〈中华人民共和国民事诉讼法组织法（修订草案）〉的说明》时，明确指出：“还有一个问题需要汇报：有关人民法院的执行权，经商有关部门，草案对此未作规定。党的十八届四中全会提出，推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点。目前，审判权和执行权如何分离，尚未达成共识，还在调研论证。人民法院的执行权主要规定在民事诉讼法中，现行人民法院组织法对法院的执行权也未作规定，草案维持现行人民法院组织法的规定，不影响法院的执行工作。”

〔8〕 参见谭秋桂：《民事执行权配置制约与监督的法律制度研究》，中国人民公安大学出版社2012年版，第183页。

〔9〕 参见杨荣新主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社1997年版，第466页。

“法院内分”实践运行情况良好、“法院外分”缺乏足够理由的情况下，我国民事执行立法应当坚持“法院内分”模式。至于“法院内分”的具体方案，由于“裁执分离”隐患十分明显，我国的民事执行立法不宜急于作出具体规定，而应当在确立“审执分离”原则的基础上，倡导继续进行实践探索。遗憾的是，《草案》在明确实行“法院内分”——“民事强制执行工作由人民法院负责”的同时，规定在民事执行程序产生的实体权利义务争议“由人民法院审判机构按照民事审判程序审理”。^{〔10〕}由人民法院审判机构审理民事执行程序中形成的实体权利义务争议，显然是“裁执分离”的体现，这样过早地封住在执行机构内部设立执行裁判机构裁判执行争议的“口子”，未来可能对民事执行效益带来不良后果。

执行难综合治理改革是以国家治理体系和治理能力现代化为基础，综合运用法律、政策、经济、行政、道德、舆论、教育、心理等手段，多部门、多机构协同配合，以网络查控体系和执行长效机制建设为中心，将解决执行难纳入法治建设和社会治安综合治理体系的改革。此项改革任务的重要特点是多部门参与、多手段运用、全方位动员、从根本上解决。

执行难是一个成因复杂的社会问题，解决起来当然不简单，更不能指望仅靠执行机构的努力就能解决所有的执行难问题。正是认识到了这一现实情况，我国提出了综合治理执行难的思路和目标，并取得了实质性的进展，^{〔11〕}尤其是财产网络查控体系和失信联合惩戒体系的建立，效果十分明显，^{〔12〕}将解决执行难纳入社会治安综合治理体系也取得了一定的进展。《2019—2023 执行工作纲要》又明确了“完善综合治理执行难工作大格局”的四项具体任务。^{〔13〕}“中法委发

〔10〕《草案》第9条规定：“民事强制执行工作由人民法院负责。人民法院根据需要可以设立执行机构。执行中，当事人、利害关系人就实体权利义务产生争议的，可以向人民法院提起诉讼，由人民法院审判机构按照民事审判程序审理，但是法律明确规定通过其他方式解决的除外。”

〔11〕2016年6月，中央深改组审议通过《关于加快推进对失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设的意见》。同年9月25日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发上述《意见》并发出通知，要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实。此外，中央政法委多次对人民法院执行工作提出明确要求，作出部署。全国所有的省、自治区、直辖市党委、政府、政法委均出台支持人民法院解决执行难、加强失信被执行人信用惩戒的文件，有的省（区、市）人大常委会专门出台支持人民法院解决执行难的决定，多数省（区、市）党委成立“基本解决执行难”领导小组、建立联席会议制度，将解决执行难纳入社会治安综合治理目标责任考核。党委领导、政法委协调、人大监督、政府支持、法院主办、部门配合、社会参与的综合治理执行难工作格局已初步形成并不断完善。参见刘婧：《解决人民群众最不满意的问题，彻底摘掉“执行难”的帽子——访最高人民法院审委会专委刘贵祥》，载《人民法院报》2018年10月25日，第1版。

〔12〕据国家发改委2019年6月17日公布的数据，截至2019年5月，全国法院累计发布失信被执行人名单1409万人次，累计限制购买飞机票2504万人次，限制购买动车高铁票587万人次，422万失信被执行人慑于信用惩戒主动履行法律义务。参见《国家发改委：失信惩戒力度加大，587万人次限买动车高铁票》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_3698296，最后访问时间：2023年3月2日。国家发改委公布法院发布的失信被执行人名单信息情况，正是执行难综合治理改革的体现。

〔13〕该四项具体任务分别是：（1）不断深化“党委领导、政法委协调、人大监督、政府支持、法院主办、部门联动、社会参与”的执行难综合治理工作大格局。推动出台地方性法规、规范性文件，使综合治理执行难格局制度化、机制化，具有长远性和可持续性。（2）加强执行工作综治考核。推动将执行工作作为全面依法治国的重要内容统筹部署，把解决执行难纳入各地依法治省（区、市）指标体系。有效利用综治工作（平安建设）考核评价体系及营商环境评价体系，充分发挥执行工作在平安建设和营商环境建设中的职能作用。（3）推进执行工作部门协作联动机制化。落实中央政法委提出的“共建、共治、共享”要求，由政法委牵头各协作、协助部门健全联席会议制度，把执行联动各项工作纳入各联动部门职责范围，明确任务，夯实责任，加强考核。促进执行联动工作机制常态化运转，切实解决“联而不动、动而乏力”的问题。（4）加强基层执行工作网格化管理。充分发挥基层党组织作用，依托基层综治中心，将协助执行工作纳入基层社会治安综合治理网格化管理的内容，整合各方面资源，建立基层综治网格员协助送达、查找当事人、协查财产线索、督促履行、化解涉执信访、开展执行宣传等工作机制。推动综治平台与人民法院执行指挥、办案平台互联互通，实时向基层综治网格员推送失信被执行人名单、限制消费人员名单、悬赏公告等执行信息。建立基层综治网格员协助执行的教育培训、监督考核、激励保障等机制，促进基层治理与人民法院执行工作的良性互动。

〔2019〕1号”文件也将“推进执行联动机制建设”作为加强综合治理从源头切实解决执行难问题的重要内容。

但是，这些改革的具体措施只是规定在司法解释或者政策性文件中，不但效力层级低，而且缺乏稳定性。与此同时，综合治理还有进一步完善的空间，尤其是在协助执行规范及其法律责任、纳入社会治安综合治理体系的程序与方式等方面，急需通过立法加以明确。笔者认为，综合治理是切实解决执行难、提高执行效益的必由之路和希望所在。制定民事执行法时，必须明确和坚持综合治理的基本方向，将现行有效的网络查控体系、失信联合惩戒体系的具体措施以法律的形式固定下来，并完善协助执行体系，明确纳入社会治安综合治理体系的程序与方式。《草案》只是确立“民事强制执行应当充分运用现代信息科技”的原则（第6条），并未明确如何建立有效的网络查控体系和失信联合惩戒体系，更没有明确相关机关、机构、部门的协同责任，现行有效的政策措施并未上升为法律规定。此外，《草案》第7条仅规定“有关组织和个人”的协助执行义务，没有明确“国家机关”的协助执行义务，难以满足构建执行难综合治理体系的要求。

总之，在处理民事执行立法与民事执行政策的关系时，尤其在是否将执行改革政策内容上升为法律规范的问题上，既要慎重，又要果断，确保制定出来的民事执行法既符合民事执行的基本规律，又具有明显的时代特征。

二、民事执行立法与民事执行实践经验的关系

• 822 •

实践经验是法律规范形成的重要基础。我国的民事执行工作历来由人民法院主管。在长期的民事执行实践中，尤其是在解决执行难问题的过程中，人民法院积累了丰富的实践经验。这些实践经验，有的体现为司法解释或者其他规范性文件（以下简称执行规范），^{〔14〕}有的则体现为惯常做法。然而，经验仍处于认识的初级阶段，需要深化和升华为理性认识即理论，才能具有普遍的实践指导意义，加之现有的执行规范和惯常做法，并不一定都具备升华为理性认识的条件，因此，如何甄别具备升华为理性认识的执行实践经验并将其抽象成为法律规范，是我国民事执行立法内容确定技术面临的又一重要问题。这一问题的实质是如何处理民事执行立法与民事执行实践经验的关系。

处理民事执行立法与民事执行实践经验的关系，首先要发现我国民事执行工作的经验，也就是从现有的执行规范和惯常做法中总结出体现民事执行规律、可以成为民事执行普遍规则的内容。具体来说，主要有三个方面的工作：一是从人民法院的执行规范中甄别出体现民事执行规律的执行实践经验；二是从尚未形成执行规范的惯常做法中提炼出体现民事执行规律的实践经验；三要在人民法院的执行规范和惯常做法之外发现执行实践经验。

首先，人民法院制定的执行规范，历经立项、起草、论证和发布等程序，^{〔15〕}内容经过筛选

〔14〕 目前最高人民法院颁行的有关民事执行的司法解释和司法解释性质的规范性文件的条文总数已经超过1000条。人民法院制定的执行规范在一定程度上缓解了民事执行工作的复杂性与法律规范供给严重不足、可操作性差的矛盾，是民事执行工作顺利进行的重要保障。

〔15〕 根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（2021年修正），司法解释的制定一般要经过立项、起草与报送、讨论、发布施行与备案等程序，还有严格的编纂、修改和废止程序。其他非司法解释的规范性文件的制定往往也是参照上述程序进行的。

而比较严谨,相对而言是最接近理性认识的。但是,第一,受本位主义因素的影响,这些规范中可能包含一些并不符合规律的习惯做法;第二,即使排除其中不符合规律的习惯做法,这些执行规范仍只是人民法院的独家经验,与其他主体的执行经验不一定完全一致;第三,这些执行规范即使属于普遍的实践经验,还有可能并不符合执行规律;第四,这些规范即使是符合民事执行规律的实践经验,也不一定能够抽象成为执行法律规范。因此,人民法院制定的执行规范并不能直接入法,还需要经过从感性到理性的升华过程。

其次,尚未形成执行规范的惯常做法,尽管不乏符合民事执行规律的内容,但是它们离理性认识更远一些。第一,惯常做法中包含不符合民事执行规律的习惯做法的可能性更大;第二,惯常做法尚未形成规范,稳定性更差,效果评价更为困难;第三,惯常做法尚未经过提炼和筛选,形成理性认识的过程可能更复杂、难度更大。因此,必须设计特殊的程序、确立更高的标准,对惯常做法进行提炼才有可能上升为理性认识。

再次,除了人民法院之外,民事执行法律关系的主体还包括当事人、协助执行人、人民检察院等。作为民事执行实践的参与者,这些主体也积累了大量经验,而且这些经验也是民事执行立法不可或缺的基础。在人民法院制定的执行规范及惯常做法之外,发掘执行实践经验并升华为理性认识,使之成为民事执行法的内容,是完善民事执行法的内容、提高民事执行法的质量、确保民事执行法的实效性的重要工作。我国目前尤其要重视执行当事人参与执行程序的经验、有关机关和部门协助执行的经验、人民检察院开展执行检察监督的经验。对这些经验进行总结并升华为理性认识,是我国民事执行立法不可或缺的内容。

• 823 •

处理民事执行实践经验与民事执行立法的关系,笔者认为,必须要做到以下几点:第一,坚持中立。实践经验是客观的,但是获取和总结实践经验的过程是主观的,将实践经验上升为理性认识并确立为法律规范的过程更是主观的。在这个过程中,秉持中立的立场,不偏不倚地对待不同主体、各种形态的执行实践经验,是确保全面地获取、准确地总结、理性地分析实践经验进而确保未来的执行法律规范符合执行实践经验的重要前提和基础。第二,注重平衡。由于多种原因,不同主体、不同类型的执行实践经验是不平衡的。其中,从主体来看,人民法院的执行实践经验最丰富,总结和提炼的程度也最高,其他主体的执行实践经验要么范围较窄(如协助执行人和人民检察院的经验),要么没有进行系统的提炼(如执行当事人的经验);从类型来看,已经形成规范性文件的执行实践经验易于引起重视,而尚未形成规范性文件,尤其是尚未进行系统总结和提炼的执行实践经验容易被忽视。这样,在民事执行立法过程中,人民法院的执行实践经验,尤其是已经形成执行规范的部分,可能更容易引起立法者的注意,而其他主体的执行实践经验、尚未形成执行规范的执行实践经验就容易被忽视,最终造成总结和提炼的执行实践经验不全面、不平衡,危害执行立法的科学性。因此,平衡不同主体、不同类型的执行实践经验,尤其是重视尚未形成执行规范的执行实践经验,是确保执行立法科学性的重要内容。第三,强调可靠性。作为由实践得来的知识或者技能,经验需要长时间的累积:经历的时间越长,积累的经验越可靠。短时间内有一定效果的做法,并不一定就是经验。在我国执行实践中,不乏短期似乎效果好、长

期效果差甚至具有破坏性的措施与制度，当年推行的债权凭证制度就是典型。^{〔16〕}因此，在总结和提炼执行实践经验时，必须强调可靠性，对一项措施或者一种做法的判断不能看短期而必须看长期，防止误入歧途。

仔细研读不难发现，《草案》绝大多数条文可以在现行司法解释中找到“原型”，甚至一些理论上和实践中存在较大争议的做法，比如终结本次执行程序、变相强制的执行转破产、过于绝对的案款分配优先主义、泛滥的执行异议之诉等也被引入《草案》，足见起草者对于人民法院执行工作经验的重视。鉴于司法解释与实践经验之间可能存在的“差距”，尤其是某些司法解释规范本身就存在较大争议，现在引入《草案》的“法院经验”，还需要做更多、更细致的甄别论证。与此同时，当事人、人民检察院等在民事执行实践中积累的经验，并没有在《草案》中得到充分体现，也是值得重视的问题。

总之，实践经验是我国民事执行立法的宝贵资源，不符合民事执行规律的习惯做法则是民事执行实践发展的累赘，所以对执行实践经验的总结和提炼十分重要。民事执行立法既要重视和充分利用执行实践经验，也要防止将习惯做法误作实践经验，尤其是要防止将不符合规律的习惯做法当作实践经验写入民事执行法作为民事执行的基本规范。

三、民事执行立法与执行理论研究成果的关系

理论的优势在于它能够揭示事物的原理，具有很强的概括性，特别符合成文法以数量有限的条文最大范围地涵盖实践中的具体情形的需要。优秀的法典离不开理论完善、逻辑严密、概念科学、结构合理等特征，这些特征都与理论研究成果有关。可以说，理论是成文法在立法技术上不可或缺的要害。近年来，我国民事执行理论研究取得了积极的进展，形成了许多成果。如何处理理论成果与民事执行法的关系，是我国民事执行立法面临的又一立法技术问题。

处理理论成果在立法中的作用，应当防止两种极端倾向。一种是完全不顾相关理论成果，认为理论是抽象的、法律是具体的，二者完全不相容，脱离理论成果进行立法。缺乏体系化理论的指导，立法必然缺乏灵魂，甚至出现内容相互冲突的现象，严重影响法律的实施。另一种是完全依赖理论成果，甚至以理论研究不成熟为由阻挡立法进程。理论研究没有止境，理论与立法可以相互促进，完全依赖理论成果进行立法是不现实的。

在理论研究过程中争议是不可避免的。理论上的争议在立法时尚未达成一致的，立法者的决策至为重要。笔者认为，不能以理论尚存争议为由拒绝立法或者将争议的问题完全排除在立法范围之外，而应当将尽管存在争议但符合民事执行基本原理的制度果断纳入立法，以终结相关理论争议。但是，在是否符合民事执行基本原理方面还存在争议的问题，则不宜急于形成法律规范，

〔16〕 债权凭证制度是2002年前后我国法院为了清理执行积案而推行的一项执行制度，基本做法是人民法院采取一定的执行措施仍没有找到被执行人的可供执行的财产的，向债权人发放债权证明而对该案作结案处理。结案后，债权人发现被执行人有可供执行的财产的，可凭债权凭证申请执行且不受申请执行时效期间的限制。在试行的初期，债权凭证颇受债权人的欢迎，但是随着时间的推移，多数债权人拒绝接受债权凭证，实践中也就不再执行这项制度。尽管债权凭证制度只是“昙花一现”，但是其“变种”在现行的司法实践中还有“市场”，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》规定的终结本次执行程序制度，与债权凭证制度颇有“渊源”，在总结执行实践经验时必须慎重。

从而为进一步研究留下空间。比如,在执行当事人变化的问题上,目前理论争议仍然很大。反对者的理由主要是,民事执行当事人变化事项涉及第三人的实体利益,需要经过实体判断才能确定,在民事执行程序中裁定变更追加当事人,程序保障不充分,不符合程序公正的要求。^[17] 这种理由看起来似乎很有道理,但是细究起来可以发现其既不符合诉讼原理也不符合民事执行原理。一方面,从诉讼原理的角度看,依据民事执行当事人变化的事由,第三人直接进入执行程序行使权利或者履行义务,并不一定形成纠纷。若只有经过诉讼才能变更或追加第三人为执行当事人,相关的诉讼程序可能因缺乏诉的利益而无法启动,即使启动也不符合诉讼法理。另一方面,从执行原理的角度看,在民事执行程序中直接裁定变更或追加执行当事人,有利于提高执行效率、节省司法资源等社会公共成本和当事人费用等私人成本,从而提高执行效益,这正好与民事执行效益优先的价值取向一致。同时,执行当事人变化还有完善的配套救济制度,足以充分维护当事人、第三人的程序权利和实体权利,从而实现程序保障。可以说,执行当事人变化制度既符合民事执行的基本原理,又符合民事诉讼的基本原理。因此,即使执行当事人变化制度存在争议,由于其符合民事执行的基本原理,也应当被写入法律,不能再犹豫不决而将其拒之于法律制度之外。令人欣慰的是,《草案》第18条第2款、第19条第2款分别规定了债权人和债务人的变更追加制度,明确肯定在执行程序中可以变更、追加当事人。当然,关于执行当事人变化的具体范围的确定,同时涉及立法与理论研究、立法与实践经验关系的处理,必须慎重,因此该两款的具体内容还值得研究。

又如,在司法拍卖网络服务提供者资格问题上,理论上有人认为应当由人民法院统一提供网络服务,^[18] 随着人民法院诉讼资产网入选网络服务提供者名单库,进一步证明在人民法院自有平台上开展网络司法拍卖是可期的。^[19] 但是也有人认为人民法院提供网络服务成本过高而不现实。^[20] 现行实践的做法是社会网络服务提供者也可以为司法拍卖提供网络服务,而且淘宝网的拍卖量占比最高。^[21] 鉴于目前理论研究尚不充分,个别理论主张和实践做法的差异较大,在是否由人民法院统一提供司法拍卖网络平台的问题上,民事执行立法暂时不宜作出封闭性规定,即既不规定由人民法院统一提供司法拍卖网络平台,也不规定由社会网络服务提供者提供司法拍卖网络服务,而为理论研究和实践探索留下足够的空间。因此,《草案》第111条原则性地规定:“变价不动产,应当通过网络司法拍卖、变卖平台进行,但是不宜采用此种方式的除外。”

通常情况下,理论成果与实践经验是一致的:理论成果能够在实践中得到印证时,实践结果与理论预期完全一致。但是,当理论研究设定的条件不符合实际情况以致理论成果无法得以验证,或者实践经验的形成条件与理论研究设定的条件不一致时,就会形成理论成果与实践经验相冲突的现象。如何对待与实践经验相冲突的理论成果,也是民事执行立法可能遇到的难题之一。笔者认为,在这种情况下,要分析理论成果和实践经验形成冲突的原因,以确定是实践有偏差还

[17] 参见谭秋桂:《论民事执行当事人变化的程序构建》,载《法学家》2011年第2期。

[18] 参见魏哲哲:《司法拍卖不是商事拍卖——访中国政法大学教授谭秋桂》,载《民主与法制时报》2016年4月17日,第7版。

[19] 参见肖建国、黄忠顺:《中国网络司法拍卖发展报告》,法律出版社2018年版,第46页。

[20] 参见前引[19],肖建国、黄忠顺书,第46页。

[21] 参见前引[19],肖建国、黄忠顺书,第47页。

是理论有误区；要分析实践经验的可靠性，防止将习惯做法当作实践经验而形成偏差；要分析理论研究的假设条件是否得到满足，不能满足的原因是什么，等等。总之，要辩证对待理论成果与实践经验的冲突，不能轻率地否定某一方面。否则，民事执行立法就有可能误入歧途。例如，在执行通知制度的存废问题上，理论成果与实践经验已经形成明显的冲突：理论界比较普遍的观点认为，执行通知有利于提高民事执行的效率、降低成本、确保程序公正，应当保留并进一步规范执行通知制度；^{〔22〕} 实践部门比较普遍的观点则认为，执行通知的效果往往是“提醒”债务人转移财产，对执行效果有害无益，加上送达困难，应当废除这一制度。^{〔23〕} 我国自1982年《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》确立执行通知制度以来，已经对该制度进行了两次重大修改：一是2007年修法时，增设了“附条件的立即执行制度”，即“被执行人不履行法律文书确定的义务，并有可能隐匿、转移财产的，执行员可以立即采取强制执行措施”；二是2012年修法时删除了立即执行的附条件，确立了不附条件的“立即执行制度”。实践证明，“立即执行制度”足以抵御执行通知的“提醒债务人转移财产”的负功能，而执行通知制度具有的提高效率、降低成本、规范执行等正功能并没有由于立即执行制度的确立而被削弱。因此，废除执行通知制度的理由已不复成立。相反，随着相关制度的进一步完善，执行通知制度完全可以成为我国规范执行的重要标志甚至衡量标准之一。笔者认为，在民事执行立法时，对于执行通知制度的取舍必须进行全面分析，切不可由于实践部门“反对声强烈”而轻易废除该制度。《草案》第43条规定：“人民法院立案执行的，可以立即采取执行行为，并应当在立案之日起七日内向被执行人发送执行通知。”这一规定显然是符合原理的。

• 826 •

可以说，有关执行理论成果的取舍是我国民事执行立法面临的重大立法技术问题，在该问题上的成败得失将是影响我国民事执行立法质量的重要因素。《草案》在这一问题上采取的态度既有值得肯定的地方，也有商榷的余地。

四、民事执行立法与域外民事执行体制经验的关系

一方面，民事执行是当前人类社会的普遍现象，世界各国、各地区的民事执行的基本原理是相同的，其规则和立法必然有共通之处。另一方面，由于法律传统和社会制度不同，尤其是权力配置模式不同，各国、各地区的民事执行规则和立法又各具特色。笔者认为，我国实行民事执行单独立法，首先要坚持理论自信和制度自信，也就是要强调立足于本土，充分总结我国民事执行实践的成功经验，以构建具有中国特色的、完善的民事执行制度为目标。与此同时，也应当充分吸收域外民事执行体制的成功经验，为完善具有中国特色的民事执行制度服务。因此，我国在进行民事执行单独立法时，必然面临如何从域外民事执行规则和立法中发现并借鉴符合民事执行基本原理的执行体制经验的问题，而且对这一问题的处理是考验我国民事执行立法的内容确定技术的重要方面。

处理域外民事执行体制经验和我国民事执行立法的关系，一要分析其典型性，也就是要分析

〔22〕 参见谭秋桂：《民事执行法学》（第3版），北京大学出版社2015年版，第68-69页。

〔23〕 参见邵长茂、周青松：《论执行通知制度之完善》，载《法律适用》2021年第1期。

涉及的域外执行体制经验是个别国家或者地区的经验,还是各国和各地区的共同经验,防止将个别国家或者地区的经验作为各国和各地区的普遍经验对待。二要分析其可靠性,即要分析涉及的域外执行体制经验是否确切,是否符合国际司法改革和发展的大趋势,防止以讹传讹,防止将已经或者即将过时的经验作为域外执行体制经验进行借鉴。三要分析其可借鉴性,即要分析涉及的域外执行体制经验与我国的法律、文化传统是否契合,防止引进的域外执行体制经验因“水土不服”而产生不良反应。

从目前理论和实践的争议来看,在借鉴域外执行体制经验方面,我国民事执行立法面临抉择的问题主要有三个。一是执行机构与法院的关系问题。这个问题与审执分离体制改革有密切的联系,核心是执行机构是否应当脱离人民法院的问题。有人认为,域外的民事执行工作与法院无关,所以主张我国的民事执行机构也要从法院分离出去,不再由法院工作人员从事民事执行工作,即所谓实行“彻底外分”模式。^[24]但是,根据笔者掌握的资料,几乎所有的国家和地区的民事执行工作都离不开法院。比如,在英美法系国家,只有收到法院发出的执行令状,执行官才有可能启动民事执行程序,执行官也并非纯粹的行政官员;^[25]在大陆法系国家,除了必须由法院签署执行文才能启动执行程序外,执行官大多都隶属于法院或者在法院有办公场所。^[26]德国、日本的法律更是明确规定,实现金钱债权时对不动产、债权和实现非金钱债权时对行为的执行均由法院主管。^[27]即使是在最具特色的、执行机构设在国家税务委员会之下、与税务局并列的瑞典,“实践中执行机构所作的每一个决定,都可能因为上诉而进入法院程序”^[28]。总之,那些认为域外执行机构与法院完全无关的观点与事实并不相符。因此,在参考域外民事执行体制经验处理我国执行机构与法院的关系时,既不能只看表面现象而不顾其实际运作程序,也不能以极端个别的经验作为典型经验加以借鉴,更不能割断历史贸然将我国执行机构从法院分离出去。当然,《草案》在这个问题上的态度还是十分明确的:民事强制执行工作由人民法院负责,将民事执行权完整地配置给了人民法院。

二是执行案件计量与管理模式问题,即是否需要将现行的以一份生效法律文书确定的全部内容的执行作为民事执行案件的计量单位,变成以具体的标的物或者行为的执行作为民事执行案件的计量单位。我国目前执行难的重要原因是债务人无财产或者财产不足以全部履行生效法律文书确定的义务,加上债务人故意隐匿财产,以致案件执行周期长、积案数量大、执结率低。为了改变这种状况,部分人主张借鉴德国、日本等域外经验,要求债权人申请执行时必须指定并提供具体的标的物或者明确具体的行为,执行机关仅对该标的物或者行为实施执行并标定为“一件执行案

• 827 •

[24] 参见徐卉:《论审判权和执行权相分离的体制改革路径选择》,载田禾、吕艳滨主编:《实证法学研究》(第一期),社会科学文献出版社2017年版,第62页。

[25] 在英国负责执行实施的 bailiff、sheriff,在美国负责执行实施的 sheriff、marshal 均不是纯粹的行政官员。

[26] 如德国的执行官是法院的工作人员,法国的执行官尽管不是法院的工作人员但在法院设有办公室,日本的执行官尽管不是法院工作人员但是在法院设立的执行机构工作并直接受执行法官指挥。

[27] 详见《德国民事诉讼法》第828条、第887条、第888条(参见丁启明译:《德国民事诉讼法》,厦门大学出版社2016年版,第170-259页),《日本民事执行法》第44条、第144条、第171条、第172条(参见白绿铨编译:《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第218、205、259-260页)。

[28] Mads Andenas, Burkhard Hess & Paul Oberhammer eds., *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, 2005, pp. 230-234.

件，该标的物或者行为一旦执行完毕，执行机关就作结案处理。如果债务人尚未全部履行生效法律文书确定的义务，债权人必须指定并提供其他标的物或者行为，否则执行机关不予启动执行程序。这一主张的实质就是要改变一份生效法律文书确定的全部内容的执行就是一件执行案件的传统，以具体的标的物或者行为的“事项执行”作为民事执行案件的计量单位。他们认为，应当实行“事项执行”的执行案件计量和管理模式，一方面，由于执行标的物或者行为都是债权人指定并提供的，执行机关就再也不必耗费大量的精力去查找债务人的财产或者确定执行的行为，从而可以大大减少执行人员的工作量；另一方面，由于债权人指定并提供了具体的标的物或者行为，执行机关就不再可能因执行不能而形成执行积案，从而可以大大提高执结率。^{〔29〕}按照这个逻辑，执行难的问题就可彻底解决而不复存在，法院也就可以彻底摘掉执行难的帽子。但是，笔者认为，在对待德国和日本的执行案件计量和管理经验方面，必须考虑我国的国情以及相关配套制度的契合程度。首先，“事项执行”机制要求债权人具有足够的财产调查能力。但是在我国，债权人的调查手段严重不足、调查效果无法保障，加上财产登记体系和社会信用体系不完善，完全由债权人为执行机关提供并指定标的物几乎是不可能的，近年来一些地方推行的律师调查令的十分可怜的效果就是最好的例证。因此，我国并不具备实行“事项执行”机制的制度环境。其次，“事项执行”机制确实可以使法院的执结率、积案数的数据十分好看，法院也可以因此完全置身于执行难的漩涡之外，但是债权实现率肯定会比现在更低，债权人和全社会的执行难的体验将更为严重。可以说，“事项执行”机制对于解决执行难问题并没有实质意义，可能会加重债权人和全社会的执行难体验。再次，“事项执行”机制将严重打击债权人对通过公权力实现债权的信心，不但将导致暴力性的私力救济抬头甚至盛行，而且将严重损害法律 and 司法权威，进而成为依法治国、建设社会主义法治国家的累赘，后果十分严重。因此，对于“看起来很美”的“事项执行”的域外经验，我国民事执行立法必须保持高度的戒备。

三是执行工作社会化的问题，即是否可能改变民事执行的国家职能性质，通过社会法律服务实现判决等生效法律文书确定的债权。根据我国现行法律规定，民事执行从财产查找到控制、变价、交付以及强制完成行为等各项执行工作，均为国家职能，无一不由法院完成。有人认为，法院包揽执行工作是我国执行难问题的成因之一，解决执行难问题必须减轻法院的执行工作负担，出路之一就是借鉴法国、英国等的经验，实行执行工作社会化，由社会法律服务工作者完成执行工作并直接向执行当事人收取费用。^{〔30〕}《人民司法》2019年第10期刊登的一篇文章的“编者按”明确提出了“执行社会化”的概念，^{〔31〕}其实自2017年1月1日起施行的《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》（以下简称《网络司法拍卖规定》），明确规定通过社会网络服务提供者进行司法拍卖并规定将部分拍卖辅助工作委托社会机构或者组织承担，就已经有了执行工作社会化的迹象。但是，笔者认为，对于这种以借鉴域外经验为名的越来越强烈的执行工作社会化的冲动，我们还是要保持足够的冷静。首先，据笔者掌握的资料，社会化并非域外

〔29〕 以上观点多次出现在制定《草案》的相关讨论会上。

〔30〕 参见何依洲、杜崇：《社会治理视角下民事执行的社会化路径》，载《克拉玛依学刊》2020年第3期。

〔31〕 参见〔日〕山本和彦：《执行官制度的比较法研究——以日本、法国、德国的比较为中心》，史明洲译，载《人民司法》2019年第10期。

民事执行的发展趋势。众所周知,由自由职业者实施执行的典型是法国,但是法国执达员是专门性的自由职业者而非普通社会法律服务者,而且自20世纪90年代以后,法国强化了执行法官在民事执行程序中的作用。德国从法国引进执达员制度时将其改为执达官,限制了执达官的主管范围并赋予其公务员资格、实行工资制;日本在借鉴德国的执达官制度时尽管放弃了工资制,但还是保留了执行官收入的国家保障制度。^{〔32〕}可以说,通过完全的自由职业者采取强制性的执行措施迫使债务人履行义务、实现生效法律文书确定的内容,在全世界范围内没有先例,也不是国际上民事执行发展的趋势。其次,根据域外研究者的比较和总结,竞争性的和私法性的执行权配置方式在民事执行效率方面并没有优势,^{〔33〕}所以不要以为实行民事执行社会化会有利于我国解决执行效率不高的执行难问题。再次,以民事执行社会化为背景的执行人员自由选择制,在普鲁士时代的德国就产生了苛酷执行的严重弊害,日本的执行官制度后来也废止了自由选择制。^{〔34〕}可以说,执行人员自由选择制可能产生的后果与世界人权发展的趋势、我国建设社会主义法治国家的理念完全不符。最后,实行向执行当事人收取费用的制度,并不一定能够稳定执行人员队伍。例如,综合各种来源的数据可以看出,日本的执行官人数正在逐年下降。^{〔35〕}尽管这与日本执行案件的减少有关,但是因执行收费减少导致执行人员流失也是不争的事实。总之,民事执行社会化并不是域外的普遍经验,而且该做法可能存在严重弊害。若在我国实行民事执行社会化,肯定可以减轻法院的执行重负,但是执行难、执行乱的问题必然依旧存在,而且程度可能更为严重、后果更难治理,最终严重损害法治。

《草案》没有直接吸纳《网络司法拍卖规定》有关执行辅助事务社会化的规定,但是试图通过建立律师调查令制度,将一部分执行调查事项社会化,^{〔36〕}引起了理论和实践的激烈争议。笔者认为,律师调查令看起来有利于民事执行,但是在理论上和实践中还存在一些障碍。一是我国将民事执行作为一项国家职能,律师调查令似乎有将国家职能转让给律师的嫌疑,在理论上说不通。二是律师调查令制度可能被滥用,加大执行成本,造成复杂的执行难问题。三是当被调查对象拒绝调查时,律师持令调查也很难取得预期效果,执行法院又可能以已经发出律师调查令为由不再调查,不利于实现民事执行的基本功能。四是随着我国社会信用体系和财产查控体系的完善,尤其是执行联动机制的完善,律师调查令的作用空间将日益缩小。与其构建理论基础并不完善的律师调查令制度,不如完善理论基础扎实、实践证明可行的执行联动机制。

综上所述,妥善处理域外执行体制经验与我国民事执行立法的关系,是我国民事执行单独立法的内容确定技术必须解决的重要问题。在这个过程中,既要强调借鉴域外经验,又要仔细甄别域外经验,尤其要防止域外伪经验、过时的经验、不适合我国国情的经验可能损害我国民事执行

• 829 •

〔32〕 参见谭秋桂:《民事执行原理研究》,中国法制出版社2001年版,第115-119页。

〔33〕 参见前引〔28〕,Mads Andenas、Burkhard Hess、Paul Oberhammer主编书,第99-100页;前引〔8〕,谭秋桂书,第132-133页。

〔34〕 参见前引〔31〕,山本和彦文。

〔35〕 2002年笔者等在东京地方法院民事执行中心与该中心的执行法官交流时得知,2001年日本执行官人数为600人左右。2012年日本执行官人数减为504人(参见前引〔31〕,山本和彦文)。日本最高法院法官2016年在清华大学的一次演讲中介绍,2015年日本执行官人数减至370人左右。

〔36〕 参见《草案》第52条。

法的科学性，最终危害我国的民事执行工作。

五、结 语

民事执行法是规范民事执行工作的基础性法律，涉及面十分广泛又具有很强的专业性。立法机关在初次审议后公开向社会征求意见，《草案》的修改完善还有大量工作要做。从立法技术的角度进行审视，确定并解决《草案》中存在的基础性、方向性、关键性问题，是完善《草案》、提高立法质量的重要工作。本文选择从内容确定技术的角度进行分析并提出粗浅看法，以抛砖引玉，期待共同努力，推动我国制定出一部既符合原理又具有中国特色、既可操作又有灵魂、既能解决当前问题又能保持长期稳定的经典的民事执行法典。

Abstract: An appropriate disposal in the relationship between our legislation of civil enforcement and reformation of civil enforcement, the practical experiences, the theoretical research results as well as the foreign experiences is a momentous factor in the content confirmation technique of our separate legislation of civil enforcement. It is also a vital guarantee both in improving the legislative quality and in realizing the institutional function of our civil enforcement law. Importantly, when dealing with the reformation of civil enforcement, it requires not only the respect for the basic rule but also the reflection of the time characteristics of civil enforcement. About the practical executive experiences, it is crucial not to regard usual practices as practical experiences, especially not to take regular practices that not conforming to the rules as the practical experiences and putting them into the law. As for the theoretical research results, we should objectively analyze their effect, properly managing their controversy, dialectically analyzing their conflict with practical experiences. Confronting with the foreign experiences, it shall have warranty about their typicality, reliability and adoptability.

Key Words: civil enforcement, legislate separately, technique of legislation, relation

(责任编辑：曹建军 赵建蕊)

禁诉令成文立法模式探讨 ——以国际民事诉讼管辖冲突为背景

季澄珏*

内容提要：禁诉令与行为保全的互动纠葛引发国际私法与民事诉讼法学界的双向关注，两项制度虽同有“禁止一定行为”的内涵，却不能据此得出行为保全容纳禁诉令的结论，国内司法将禁令制度划入行为保全的做法并不可取。面对禁诉令的引入与建构，应充分研究禁诉令的成文立法模式，尤其是该制度在民事程序法中的体系定位。以行为保全为禁诉令之法律依据实为忽略了两者之间的深层差异：从功能特性入手，我国的行为保全与德国法中定暂时状态之假处分相似，是维持诉讼状态的预防性程序措施；孕育自英美法系司法实践的禁诉令，天然呈现出衡平特征，除限制个案当事人以保障内国诉讼程序之外，已成为公认的调节国际平行诉讼的支柱性工具，具有独立创制的必要性与可行性。

关键词：国际民事诉讼 禁诉令 行为保全 权利保护 平行诉讼

• 831 •

一、引言

近年来，人民法院在涉外标准必要专利纠纷案件中接连受理有关禁诉令（anti-suit injunction）的申请。^{〔1〕}由此，有关禁诉令的法律问题引起广泛关注，一时间如何在我国探索发展禁诉令制度成为实务界和理论界的热议话题。一般而言，如有违反限制当事人在他国法院提起诉讼的禁诉令，该方当事人即面临高额的罚金以及财产被强制执行的风险，尤其当禁诉令针对的

* 季澄珏，南京大学法学院博士研究生。

本文为司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目专项任务课题“我国法律域外适用的司法路径研究”（20SFB4063）的阶段性成果。

〔1〕 参见“华为技术有限公司诉康文森无线许可有限公司案”，最高人民法院（2019）最高法知民终732、733、734号民事裁定书；“小米通讯技术有限公司诉交互数字公司案”，湖北省武汉市中级人民法院（2020）鄂01知民初169号之一民事裁定书。

是在全世界各地都设立有分支机构的跨国公司，这一禁令远比想象中更有威慑力。在我国，外国通信技术公司作为专利的拥有者，一旦在专利的许可费率方面与中国企业产生争执，亦会选择禁诉令以争取在其偏好的法院进行诉讼。起初，面对外国禁诉令的威胁，有的人民法院和当事人对其“视而不见”，继续在内国法院推动诉讼进行，最终结果可能是中国当事人无端蒙受损失。^{〔2〕}

背后原因不难推知：纵观国内民事诉讼立法及司法解释，并无直接规定禁诉令的任何条文，对当事人及法官而言，超越成文法源而应对或发布禁诉令必定慎之又慎。然而近年法院裁定中“大胆尝试”司法先行，提出多项衡量标准判断禁诉令的适用，其中尤以华为诉康文森案为开山之举，以行为保全展开作为禁诉令裁决的法律依据。^{〔3〕}虽各级法院的表述不一，但已充分反映出我国司法界正视禁诉令引入的必要性，并开始转变参与国际民商事争议解决的态度，颇有从保守自制走向主动竞争之意味。当前中国海外斗争加剧，以“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”为指引，立足于涉外法治工作战略布局，以禁诉令这一司法手段应对斗争，充分反映出国际民事诉讼管辖冲突之背景下，我国坚决维护国家主权、尊严、核心利益包括海外利益的努力和决心。但疑问在于，司法实务界提出“以行为保全作为禁诉令裁定的发布依据”这一结论得来全不费工夫，可能欠缺深入的思考和法理上的妥当性。

众所周知，禁诉令源于英国国内法院对案件管辖权的争夺，起初英格兰王室法院以限制当事人起诉权利的方式阻碍教会法院管辖权的扩张。^{〔4〕}之后衡平法院频繁运用禁诉令限制当事人向普通法院兴诉，以保证衡平法院所追求的公平理论。^{〔5〕}进入19世纪，国际贸易交往增加，国际诉讼管辖权扩张带来的矛盾日益凸显，现代意义上的国际禁诉令开始流行。^{〔6〕}但在大陆法系，除了近年零星可见的案例以外，都未曾以立法方式构建或者承认禁诉令的运行机制。^{〔7〕}一贯承袭大陆法系立法传统的我国亦不可回避以下问题：作为普通法系产物的禁诉令置于中国法体系中是否会水土不服，此种禁令的立法引入应当如何进行。

面对上述问题法官和学者已经表态，将行为保全作为禁诉令的法源适用仅是在无法可依的情况下暂时为之。^{〔8〕}其暗示出司法实践照搬适用英美制度并非心安理得。国内法院频频陷入禁诉令申请与法律适用的困境，此时应当为禁诉令正本清源。换言之，在以成文法为基础的我国法律体系中，禁诉令的立法创制才是真正的前置性难题。目前国内研究大致分为两种路径：一是类型化分析禁诉令如何适用，如标准必要专利领域，在此基础上推进探究禁诉令是否可扩张适用；^{〔9〕}

〔2〕 参见“深圳粮食集团有限公司诉希腊美景伊恩伊航运有限公司海上货物运输合同纠纷案”，青岛海事法院（2004）青海法海商初字第245号民事裁定书。

〔3〕 行为保全是2013年1月1日施行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）中新增的制度，具体内容见《民事诉讼法》（2021年修订）第103—108条的规定。

〔4〕 See Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell, 2012, p. 583.

〔5〕 See Fredric William Maitland, A. H. Chaytor & W. J. Whittaker eds., *Equity: Also the Forms of Action at Common Law: Two Courses of Lectures*, Cambridge University Press, 1929, p. 257.

〔6〕 See *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, Privy Council [1987] AC 871; *Airbus Industrie GIE v. Patel* [1999] 1 A. C. 119.

〔7〕 参见谢怀栻：《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社2001年版，第259页。法国案例如 *IPCom v. Lenovo*, Tribunal de Grande Instance de Paris, Case No RG 19/59311, 8 November 2019.

〔8〕 参见欧福永、袁江平：《国际专利诉讼中的禁诉令制度》，载《湖南大学学报（社会科学版）》2022年第2期。

〔9〕 参见宋晓：《涉外标准必要专利纠纷禁诉令的司法方法》，载《法学》2021年第11期。

二是提炼禁诉令裁定应考量的共性因素，不区分案件范围而强调禁诉令的裁定标准、保障措施等内容。^{〔10〕} 相较之下，第一种路径立足于禁诉令的衡平救济性质，重视法官自由裁量与成文化规则的结合建构，但此类研究多聚焦于禁诉令适用之细节而难以触及禁诉令的立法模式问题；采第二种路径的学者则大多支持将禁诉令纳入行为保全附属规定的观点。然而，仅仅关注英美法官的判例法实践、单纯致力于概括总结禁诉令适用的不同情形和要件，难以厘清禁诉令的体系定位。根本问题在于：禁诉令应采取何种立法模式与现有民事诉讼法相融。是某一单独条文的独立模式，或是容纳于行为保全规定之中的附属模式，还是以行为保全为基本规定而辅以具体规则，即所谓中间模式？分析解决何种立法模式是成文法国家的更优选择正是本文写作的初衷所在。

二、禁诉令的现有司法适用模式

回顾国内禁诉令论文，大都着重强调禁诉令的适用标准，即基于禁诉令之判例法应用而思考如何指引法官做出裁定。^{〔11〕} 其中对禁诉令成文法模式做出回应的论文大多又直接选择以行为保全为解，强调行为保全与禁诉令含义的共通之处，进而主张可以此作为中国法下禁诉令的正当性来源。^{〔12〕} 但如深究，将禁诉令作为行为保全的附属产物，则意味着行为保全可以完全涵盖禁诉令，然从具体条文的规定与法律效果的实现出发，行为保全真的能够达到这种结果吗，其是否可以充分实现禁诉令的制度功能？对此问题诸多论文中鲜见详细阐述，因此应补强学界未能完全阐明的部分，探明我国法中的行为保全究竟与禁诉令存在多大程度的“相似之处”，这些“相似之处”是否足以证成禁诉令引入与适用的正当性。在此基础上才可回答，立法附属论是否足以解决禁诉令的所有适用难题。

（一）构成要件的相似性

立法者若决定将禁诉令引入，其是否能与现有法律规定兼容势必成为亟待解决的问题。扩大解释行为保全的立法附属论并未能详尽展开，因此不妨回到起点，从行为保全与禁诉令的再次比较中找寻答案。首先回顾我国法中行为保全的相关规则：2012年修订的《民事诉讼法》于第九章“保全和先予执行”中新增行为保全规定，与财产保全相对应。行为保全是指人民法院可依申请或者在必要情况下，为保证判决的执行和避免损害，责令当事人作出或者禁止其作出某一行为。^{〔13〕} 行为保全在国内法中的成功登场源于学者长久以来的主张，其内容参考海事强制令和诉前禁令，结合大陆法系的保全规定，并在之后的司法解释中逐步完善。^{〔14〕} 不同于早已确立的海事和知识产权禁令，行为保全的适用将针对行为的强制措施扩展到了更为一般的民事领域。从其

• 833 •

〔10〕 参见彭奕：《我国内地适用禁诉令制度探析》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2012年第5期。

〔11〕 参见沈红雨：《我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革——兼论不方便法院原则和禁诉令机制的构建》，载《中国应用法学》2020年第5期；黄旭：《国际商事争议解决中的禁止仲裁令制度研究》，载《北京仲裁》2020年第2期。

〔12〕 参见李晓枫：《论以我国行为保全制度实现禁诉令功能》，载《法学杂志》2015年第7期。

〔13〕 参见江伟：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社2005年版，第277页。

〔14〕 参见江伟、肖建国：《民事诉讼中的行为保全初探》，载《政法论坛》1994年第3期；肖建国：《论诉前停止侵权行为法律性质——以诉前停止侵犯知识产权行为为中心的研究》，载《法商研究》2002年第4期。

条文中可看出，行为保全的功能在于给予债权人的合法权利以预防性的紧急保护。^{〔15〕}但由于法条本身规定过于简单，立法者只言明禁止某一行为，而对所禁止行为的内容、范围未有解释说明，这就为司法实践中法官的自由发挥留下了空间。

从定义看，行为保全与禁诉令的相似性正是源于两者都包含“禁止一定行为”的司法强制性，而立法附属论的主要观点是：虽然禁诉令针对诉讼行为，但由于我国行为保全定义呈现原则化特点，两者都赋予法官裁定当事人不作为的权力，故而从法效上而言，以行为保全为据和直接发布禁诉令都足以实现同一效果。《民事诉讼法》修改增加行为保全规定之时，众多国内学者都进行解释界定，但无一不强调此类保全是针对另一方当事人侵害对方合法权利的行为。^{〔16〕}正是这种宽泛的相似之处给予立法兼容论的支持者们以信心，使其认为既然禁诉令和行为保全的重合之处在于对行为的限制，那将前者纳入行为保全的范围从而证成我国法院发布禁诉令并无不妥，在此基础上只需对规定过于泛化的行为保全进行司法解释即可。^{〔17〕}当然，也有学者试图从制度比较的层面增添这一观点的可信度，即认为行为保全与英美法系的禁令不过是具体称谓上的差异。^{〔18〕}但扩大解释总令人不安：既已从立法中发现行为保全规定内容的模糊性，那么对边界模糊的法律制度进行具体解释时应当更为慎重，尤其特定领域中禁诉令适用标准的研究已进展至如火如荼之时，只谈及定义相似性的立法附属论却仍停留在过于简单粗糙的推理中。仅依赖行为保全的宽泛性定义，我国法院运用的裁定标准是否已然充分，进而可相应佐证禁诉令在我国法体系中的定位与功能，这一问题至此仍未有明确的答案。

• 834 •

（二）立法附属的局限性

持立法附属论的研究却对行为保全何以容纳禁诉令论证寥寥，扩大解释行为保全制度看似简单易行，然并不增益于立法的清晰度以便指导司法者与守法者。实际上，对两大制度进行比较重要的不是其重叠部分，而是这两者之间的关系，究竟是行为保全包含禁诉令，还是两个不同制度碰巧存在部分重合。真正值得研究的是行为保全和禁诉令之间的差异，这才是区分彼此并能使这两种法律制度获得其存在价值的关键所在。故在评判立法附属观点之优劣前，不得不追问运用行为保全规定是否仍会遗漏禁诉令适用的现实难题。

举例来说，两大制度适用期限明显不同，一般而言行为保全裁定附期限，至多持续到诉讼终结。禁诉令则作为永久性禁令并不必然附一定期限。^{〔19〕}这在众多国内外裁判中也得以印证，或者，一旦禁诉令裁定做出即希望当事人人心知肚明，除非法院有后续裁决推翻，否则将永久性地对其诉讼权利施加限制。可见禁诉令的适用期间明显超越行为保全可实现的范围，以行为保全证成禁诉令并未能解释此种差异出现的缘由，此时大谈两者的立法兼容无疑为时过早。

除此以外，立法附属模式还有着论证上的不足。基于两大制度广义上的概念相似性，辅之以

〔15〕 参见周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条的解释》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2015年第4期。

〔16〕 参见前引〔14〕，江伟、肖建国文。

〔17〕 参见前引〔12〕，李晓枫文。

〔18〕 参见前引〔8〕，欧福永、袁江平文。

〔19〕 参见杨良宜、杨大明：《禁令》，中国政法大学出版社2000年版，第492页。

行为保全规则自身的不确定性,学界亦存在似是而非的观点:既然行为保全与禁诉令在个案适用时都需进行自由裁量,即立法事先设定法院在此类裁定中需进行损害比较,那么利益裁量的出现又构成行为保全包容禁诉令的理由之一。^[20]这一论证最先出现于中国法院处理的标准必要专利禁诉令案件中,有法院提出“如果不允许行为保全申请是否会对申请人的合法权益造成难以弥补的损害,或者造成本案的裁决面临不能执行的风险”,这一考量因素可类推作为禁诉令发布的衡量标准。^[21]但深入分析可知:如果法院首先将行为保全的考量因素适用于禁诉令,之后学者又以此理由证成禁诉令与行为保全共同的裁量特征,试图说明禁诉令在我国法中与行为保全的相似性,这似乎陷入逻辑上自我循环之旋涡。我国法下的行为保全制度的确需要发挥法官的自由裁量权,但其与禁诉令适用的裁量标准必然相同吗?

不妨分别考虑行为保全和禁诉令发布时的自由裁量情形。正如定义所述,行为保全是为避免一方当事人的利益遭受不可弥补的损害。为了保留行为保全的自由裁量空间,我国法也已列明行为保全适用时的部分考量因素,主要包括请求权基础是否适当、采取行为保全与否对当事人权益损害的比较、行为保全对社会公共利益的损害程度等。^[22]个案中法官需结合具体案情,对双方当事人所提出的损害程度进行比较。^[23]概括而言,行为保全发布时应遵循最低干预和比例原则。

但是,禁诉令限制一方当事人在外国诉讼的合法权利、终局性地否定当事人的诉权,其显然不可能是最低干预,甚至就其适用结果而言还间接干预外国法院之管辖权。^[24]因而个案中禁诉令与行为保全的自由裁量程度难以同等考虑。并且由于国际平行诉讼原则上是可以容忍的,各国法院可能并不会对其采取任何应对措施。例如基于属地和基于国籍的管辖权很可能导致两国法院都可以受理案件,在一国法院作出具有既判力的判决之前,两国法院中相同的对人诉讼案件的程序可以自发并行,此时并无发挥自由裁量之机会。^[25]

• 835 •

相较于大陆法系行为保全规则内容和适用情形的相对稳定性,纵观英美法院的实践,以及前文提及的国内学者的著述可知,法官最终发布禁诉令以剥夺当事人诉讼权利的自由裁量标准都未曾有单一的司法指南,而是常以大量的判例法形式出现。

我国法中行为保全的规则内容难以容纳禁诉令的诸多适用标准,禁诉令裁定原则超越现有立法预期,行为保全因波及当事人的实体权利义务而遵循克制原则,针对当事人诉权的禁诉令却并不受此限制。另外,实体与程序权利的区分亦影响行为保全与禁诉令裁定的法律效力,两者不可一概而论。以既判力与强制执行行为为界判断两大制度的不同法律效力:虽可承认两种裁定都具有一定的执行力,法院可对违反裁定者采取强制措施,但在既判力问题上却并不能简单地得出结论。

以民诉法之规定,行为保全显然属于不可上诉只可复议的裁定之一,而允许复议至少意味着

[20] 参见梁雯雯、李韶华:《中英禁诉令的适用比较研究》,载《长江论坛》2020年第6期。

[21] 具体裁决理由参见“华为技术有限公司诉康文森无线许可有限公司案”,最高人民法院(2019)最高法知民终732、733、734号民事裁定书等。

[22] 参见《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第7条。

[23] 参见“小米通讯技术有限公司诉交互数字公司案”,湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂01知民初169号之一民事裁定书。

[24] 参见前引[4],Dicey、Morris、Collins书,第585页。

[25] See Gary B. Born & Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States*, Wolters Kluwer, 2018, p. 532.

肯定其形式既判力。但禁诉令并无复议的适用背景，无论是英国还是美国法院都仅以上诉途径处理当事人不服禁诉令的情况。背后更为重要的学理在于，虽然英美国家一概以上诉作为裁决的救济方式，但在其中仍有区分：关涉实体问题做出的裁决才具有既判力，而程序上的裁定却不具备此种既判力。暂且不论禁诉令与行为保全的对应或兼容关系，仅以裁决既判力为切入点，我国法中是否可以直接认定影响程序权利的禁诉令制度与行为保全共享复议这一救济渠道，这依然存在疑问。学者们围绕禁诉令如何裁决适用广采判例法理据之余，却在此时倒转立场，忽略英美法系对实体性和程序性裁定既判力的区分，实属难解。^{〔26〕}在民事裁定的救济途径本就二分的中国法体系中，认为源自普通法系的禁诉令无需再次保留其上诉传统显然过于武断，可见将禁诉令全然作为行为保全附属规范实则并未解决裁定发布后的法律效力问题。

（三）小结

立法附属论的支持者不在少数，但却未能关注到行为保全与原产于英美法系的禁诉令究竟应如何兼容。从前文可知，行为保全虽可以承担禁诉令合中国法化的部分法源支撑之责，但其未能适当解决的禁诉令适用难题也随之呈现：适用期间、实现法效、自由裁量适用原则的差异都表明行为保全基本理论无力回应禁诉令成文引入的现实需求。立足于法教义学，成文法国家的立法都在尽力追求体系的结构化与完整性，如果仅仅关注行为保全的定义宽泛性而下结论，恐怕欠缺说服力。如若能对下列问题予以解答，才可为禁诉令的立法创制提供灵感：现有行为保全制度因何功效有限，为何翻遍《民事诉讼法》得出的回答最终不尽人意，禁诉令是否应在国内民法体系中另有安排。

• 836 •

三、禁诉令与行为保全的深层差异

选择以行为保全证成禁诉令的学者倾向于理解两者在概念上的“禁止”之意，然而检讨其适用的法律效果与现实效果，已能发现两者间难以同质。作为诉讼强制措施之一的行为保全已于大陆法系各国立法中获得较为确定的体系定位，如我国现行《民事诉讼法》将其置于第一编总则的第九章。而禁诉令作为普通法系衡平救济的产物几乎全部有赖于自由裁量的运用与遵循先例原则的约束。^{〔27〕}将两大法系的本质差异投射到涉外民事诉讼领域，亦不难理解：大陆法系的民事诉讼裁判注重从法律规范出发来把握案件中的事实与法律条文的适用程度，相应的法律制度必须于立法中予以明确设置；普通法系则倾向于从事实出发进行裁判，个案裁决一定程度上依托于判例制度。^{〔28〕}然而外在呈现的巨大差异必定有其内因，最为深层且重要的是禁诉令与行为保全之间的本质分歧，以两者体现的立法政策和性质目的为切入点，可进一步探知。

（一）禁诉令与行为保全的形式差异

针对行为的保全措施，其中保全二字并非我国大陆学者的原创。1890年的日本《民事诉讼法》包括全面修法之后制定的1989年单行《民事保全法》都可见相关用语。^{〔29〕}日本相关立法继受

〔26〕 参见前引〔12〕，李晓枫文。

〔27〕 See Airbus Industrie GIE v. Patel, [1998] 1 Lloyd's Rep 631.

〔28〕 参见〔日〕中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，北京法律出版社2001年版，第5-6页。

〔29〕 参见陈计男：《民事诉讼法论》（修订4版）（下），三民书局2006年版，第454页。

1877年德国《民事诉讼法》且并未突破德国法之全面影响，因此对行为保全制度的探究必然应回溯到欧洲大陆。^{〔30〕}临时权利保护措施最早是为了避免当事人暴力自助，在罗马法的禁令以及中世纪的查封扣押（sequestration）制度中均有所体现。^{〔31〕}为避免民事判决失去意义而采用保全暂时规制当事人的行为以为诉讼中的权利提供临时性的保护，这一制度直到近代才真正产生。^{〔32〕}而禁诉令源于英国国内法，又在1821年的布什比诉蒙代案后产生现代意义上的国际禁诉令。^{〔33〕}

虽然都起源自欧洲大陆，但法律渊源的差异导致行为保全与禁诉令在诞生之初即处于不同地位，进而在各自的发展过程中，最终的体系归属也不尽相同。行为保全是保证判决的执行并防止损害扩大，其上位概念应为临时救济。在一民事诉讼争议中，如果债务人恶意损耗财产或者故意隐藏其执行能力，都可能导致债权人预期可得判决失去价值，为避免诉讼程序迟延与滞后造成的不利结果、保证当事人权利实现，临时救济制度应运而生。^{〔34〕}纵观大陆法系国家立法，1806年法国《民事诉讼法》规定紧急审理程序，在此基础上追求理论化的潘德克顿法学体系又设置了更为详细的临时救济制度。^{〔35〕}德国《民事诉讼法》第916至945条为法院提供了假扣押与假处分这两种手段，并将其纳入第八章强制执行之中。^{〔36〕}假处分是针对非金钱债权，在德国《民事诉讼法》中区分为三类别，即保全假处分、定暂时状态假处分和给付假处分，其中定暂时状态假处分是为了保护诉讼中持续的法律关系如租赁关系，或者暂时维持某一特定诉讼状态而要求债务人作为、不作为或容忍。^{〔37〕}在此意义上可知定暂时状态的假处分与我国法中使用的行为保全术语有异曲同工之妙，两者都包含避免损害进一步扩大的意旨。^{〔38〕}

普通法系国家则诉诸禁令制度建构临时权利保护体系，通过禁止或命令对方做出一定行为的中间禁令实现临时权利保护。漫长的诉讼程序中为保护胜诉方权益的可实现性，用于保持诉讼现状的中间禁令一解“远水难救近火”之忧。^{〔39〕}中间禁令是诉讼终结前为维持现状（status quo），法庭可发布的有效期只维持到最后审理为止的禁令。^{〔40〕}以英国为典例，其《民事诉讼规则》第25章中设定了14项临时救济。美国在《联邦民事诉讼规则》第65节中也规定了与英国法中临时救济相对应的临时禁制令与初步禁令。临时禁制令和初步禁令虽然都是最终实体判决作出之前的临时救济措施，但两者在审理程序和时间效力上略有不同。^{〔41〕}据此可知，在临时救济上位概念

• 837 •

〔30〕 参见许士宦：《新民事诉讼法》，北京大学出版社2013年版，第2页。

〔31〕 See Lawrence Collins, *Provisional and Protective Measures in International Litigation*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1992.

〔32〕 参见周翠：《中外民事临时救济制度比较研究》，清华大学出版社2014年版，第3页。

〔33〕 See *Bushby v. Munday*, 1821 WL 2134.

〔34〕 参见张文亮：《涉外临时救济的三重困境及应对分析——兼评我国现行涉外临时救济体系》，载《现代法学》2017年第6期。

〔35〕 参见前引〔32〕，周翠书，第2页。

〔36〕 虽然德国法将假扣押与假处分置于强制执行之下的体系归类也受到学术界的质疑，但此问题并非本文之重点内容，故在此并不赘述。

〔37〕 参见前引〔32〕，周翠书，第430-431页。

〔38〕 参见前引〔32〕，周翠书，第174-179页。

〔39〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第202页。

〔40〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第223页。

〔41〕 临时禁制令无需书面或口头通知对方当事人即可做出，除非存在特别事由，原则上发布的临时禁制令效力持续不超过14天；初步禁令则需通知当事人、举行听证且时效更长。一般两者在程序上存在衔接关系，临时禁制令被认为是初步禁令的“前”阶段。

的统辖下，我国承袭大陆法系立法传统而设立的保全制度与普通法系常用的中间禁令形成体系上的对应关系。

然而禁诉令却未能获得上述制度对应关系。曾有学者称，禁诉令是中世纪英国法院造就的意外。^{〔42〕}关于禁诉令的定性可回溯至其本源即英国法中，1996年英国《仲裁法》44节规定仲裁庭拥有签发临时禁令的权力，但如有当事人依据此条款向法院单方（ex parte）申请禁诉令时则不能得到英国法院的支持，即法官在此重申禁诉令属于最后禁令而非临时禁令，自然也无法容纳于仲裁庭所适用的中间禁令范畴之内。^{〔43〕}因此，禁诉令与呈现中间禁令属性的行为保全至少在体系对应上就难以划等。

（二）禁诉令与行为保全的实质差异

围绕禁诉令与行为保全之周延概念与适用术语所产生的混乱是难以否认的，以体系定位相当之分析只是初步确定禁诉令与行为保全的外在差异，但因何造成体系界分之差距的问题则需以更微观的视角回归制度本身搜寻答案。

两大法系已对临时救济的目的达成共识，即“保全权利的可实现性”，只是禁诉令对大陆法系国家而言仍显陌生，其功能目标有待进一步的澄清。^{〔44〕}主张以行为保全作为禁诉令法律依据的我国学者也并未忽视两者在功能上的差异，但是其选择的逻辑论证远超于行为保全建立之初所构想的内涵边界。在国内学者看来，行为保全所实现的目标确是担保民事判决的最终执行、避免债权人因债务人的不当行为而遭受难以弥补的损害，甚至在赡养费、抚养费等特别情况下还允许法院以此为当事人提供预先的权利救济。^{〔45〕}因而有学者认为禁诉令既然也是为减少债权人损害而设，这显然可包含于行为保全的第二大目标之中。^{〔46〕}如此推理仍囿于行为保全制度能容纳禁诉令的预设结论而不利于法律概念的精准化：禁诉令的制度追求难道只在于为当事人减损而无其他？如有其他目的存在，那与保护一方当事人的诉讼利益相比，又是何者更为重要呢？

还原禁诉令的性质功能可知，从诞生之初衡平法院就将其作为显示衡平法优于普通法的工具，其本身为依赖法院和大法官自由裁量的一种衡平救济。^{〔47〕}法官认为可适用禁诉令避免个案中的不公正情形，或者阻止有违公平和良知的外国诉讼程序。^{〔48〕}衡平法救济是在普通法的令状制度逐渐僵化的背景下逐步发展的，英国王室在各地派遣大法官并给予他们以一定的司法权力来依据其“良心”办案，从而为大法官认为正义的一方当事人提供救济。^{〔49〕}禁诉令正是衡平法院和普通法院管辖权冲突时，大法官为了确立其管辖权而创造的产物。

尽管依据1875年生效的《司法法》规定，禁诉令不再被运用于限制或禁止英国高等法院处理的国内案件，其作为衡平救济的性质却并未改变而且逐渐出现在英美法系其他国家的法律实践中。^{〔50〕}如

〔42〕 See Thomas Raphael QC, *The Anti-Suit Injunction*, Oxford University Press, 2019, p. 55.

〔43〕 See *Welex A. G. v Rosa Maritime Ltd.* [2003] EWCA Civ 938.

〔44〕 参见前引〔32〕，周翠书，第1-2页。

〔45〕 参见冀宗儒、徐辉：《论民事诉讼保全制度功能的最大化》，载《当代法学》2013年第1期。

〔46〕 参见张卫平：《我国禁诉令的建构与实施》，载《中国法律评论》2022年第2期。

〔47〕 See *Airbus Industrie GIE v. Patel*, [1998] 1 Lloyd's Rep 631.

〔48〕 See *Carron Iron Co v. Maclaren*, 1855, 5 H. L. C. 416, 439.

〔49〕 参见敖海静：《英国衡平法上救济先于权利原则的衍生》，载《河南财经政法大学学报》2018年第3期。

〔50〕 参见前引〔5〕，Fredric William Maitland等书，第254页。

果一国法院对于禁诉令的被申请人拥有对人管辖权则有权发布裁定,最初在英国法中要件之一即司法文书被合法送达当事人。^[51]通常情况下,如果能满足当事人的国籍、住所、分支机构、合同履行地等连结点,法院的对人管辖权之确立也并不会遇到阻碍。所以,英国高夫勋爵等人为禁诉令所找到的辩护理由之一即强调禁诉令只针对当事人而非外国法院。^[52]这种重视管辖权基础思路表明英国在司法过程中采取迂回的方式,法官们试图为发布禁诉令找到“看似合理”的依据,使其并不直接针对他国法院,更不否定他国法院的管辖权。

美国《对外关系法重述》第425节亦有类似内容,不仅要求法院拥有对人管辖权,也写明禁诉令是一种例外的、特别的救济,这也构成法官考虑禁诉令裁定的出发点,即由于禁诉令背后隐含的衡平权利与其特殊性,例外性质的救济只有在满足特定条件时才能适用。^[53]国际民商事诉讼实践中,禁诉令是作为终局性的救济而对内国被告的合法诉权进行限制,当然无法避免间接妨碍外国法院行使管辖权。如此看来英国司法实践中对于禁诉令的解释多半带有些掩耳盗铃的意味,所以也有学者称这种做法为“英国人的诡计”。^[54]

立足于受诉法院视角,基于对人管辖权而发布禁诉令以对内国被告在外国诉讼的合法诉权施加限制,显然可保护内国原告正当权利从而保护内国诉讼状态。故首先应当承认,其与行为保全所体现的临时权利救济功能存在相似之处。然而禁诉令的制度价值不止于此,除了对当事人合法诉权造成强制性约束之外,当前国际司法实践重视禁诉令的原因更在于其调解国际平行诉讼的功能。如前所述,禁诉令的产生与民商事管辖权冲突、国际平行诉讼等关键词密不可分。随着跨境经济活动的相互依赖性增强,内国法规范不可避免地会与他国法律规定相冲突,从而引发法律政策背后的利益冲突,对于多个国家都可以行使管辖权的对象,尤其是经济主体而言,其赖以行动的法律之间冲突的可能性大大提升。^[55]各国在国际民商事领域的管辖权体系冲突或者说国际法的复杂性也就随之展现。而基于各国不同的管辖权规则,当事人对于诉诸哪个国家的法院来进行争议解决有许多选择。^[56]

在两大法系的管辖权体系呈现出不同范式的背景下,各国管辖权行使难免产生更为深层的摩擦:英美法系尤以美国为代表,采取的是一种垂直化、单边化、国内法化和政治化的思维,重视受诉法院与被告的关系,因而强调以灵活化的方式追求个案公正;欧陆国家采取的则是一种水平化、多边化、国际化和去政治化的管辖权思维,突出法院与案件本身的联系,进而关注管辖权规

[51] 参见前引[4], Dicey、Morris、Collins书,第585页。

[52] See Societe Aerospatiale v. Lee Kui Jak, 1987, AC 871.

[53] 《美国对外关系法重述》第425节规定:“禁诉令是一种特殊的补救措施,只有在外国程序威胁到法院的管辖权,有违法院地重要公共政策,烦扰、不公平,或将导致裁判延误、诉讼不便、费用高昂、判决不一致或竞赛时才适用。”原文见 Restatement (Fourth) of Foreign Relations law (2018) § 425: “An antisuit injunction is an exceptional remedy and is appropriate only if the foreign proceeding threatens the court’s jurisdiction, frustrates an important public policy of the forum, is vexatious or inequitable or would result in delay, inconvenience, expense, inconsistency, or a race to judgment.”

[54] See Clare Ambrose, *Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?*, 52 The International and Comparative Law Quarterly 401, 403 (2003).

[55] See K. Mac Bracewell Jr., *International Law-Goss International Corp. v. Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd.: Determining What Factors a Court Must Consider before Issuing an Antisuit Injunction*, 30 American Journal of Trial Advocacy 465 (2006).

[56] See Louise Ellen Teitz, *Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation*, 10 Roger Williams University Law Review 1, 2-9 (2004).

则的确定性与可预见性。^{〔57〕} 由于各国司法管辖权的规定不同且都有扩张之势，此时国际平行诉讼，即相同当事人以相同诉因分别在两个不同法域的法院提起的诉讼，其发生是能够被容许的也是可以预料到的。^{〔58〕} 而此时当事人为争取诉讼优势而挑选法院（forum shopping）的现象层出不穷，为维护己方利益，选择可能获得最有利判决结果的法院无可厚非。^{〔59〕}

不过，诉讼负担、判决竞赛等不利后果都促使各国正视并着力处理国际平行诉讼。在国际平行诉讼语境中，禁诉令与非方便法院原则应运而生，共同成为两大支柱性调节制度，可以直言，禁诉令在国际民事诉讼中的存在价值至此才焕然一新。回看行为保全的功能价值，虽然我国对于“什么是难以弥补的损害”的认定还较为模糊，但我国现行法中行为保全的条文已强调其是为避免判决难以执行或者造成权利人的其他难以弥补损害，即为预防可能对案件结果造成不必要风险的行为。^{〔60〕} 相较之下，禁诉令除保护原告在本国的诉讼权利之外，其更为宏大的制度功能在于国际平行诉讼的协调，这是行为保全这一关注于诉讼当事人临时权利保护的制度所难以承载的价值追求。当行为保全的功能价值仍停留在个案中保护当事人私权时，禁诉令已跳脱于此，进入更为广阔的平行诉讼视野，以限制一方当事人的合法诉权的方式，最终试图解决的是两国法院的管辖权冲突。

因此，进入行为保全与禁诉令制度内部比较可发现，依循罗马法传统的行为保全和因袭英国普通法实践的禁诉令所强调的目标不一：前者仍立足于个案，暂时限制被申请人侵害诉讼标的的非法行为，保护诉讼状态以保障判决顺利执行；后者则更为广阔地着眼于管辖权冲突解决，以调节国际平行诉讼。这也是为何美国对待禁诉令的态度转而如此积极，在学者看来美国法院不仅已经准备好并且愿意在国际案件中发布更具进攻性的禁诉令来将案件握在自己手中。^{〔61〕} 通过功能特性的深层挖掘，越发可知两大制度间的实质目标差异难以逾越，这也再次回应了文章第二部分所提出的行为保全因何未能实现禁诉令全部功能的疑问。

四、禁诉令的成文立法体系安排

前文剖析了行为保全与禁诉令无法兼容的根本原因，尤其是两者在价值目标方面的本质不同导致以行为保全实现禁诉令制度功能的结论难以成立。直接将行为保全考量因素类推或扩大适用于禁诉令裁定之举则掩盖了禁诉令自身的衡平价值，过度强调定义相似性而忽视了其深层差异的存在。立法者在建构民事诉讼法的行为保全之时也从未思虑到，其还能作为禁诉令裁定的法律依据。综上可知，现有研究对禁诉令的立法证成尚不充分，其置于国内法中的体系地位仍有待更为深入的探究。

〔57〕 See Ralf Michaels, *Two paradigms of jurisdiction*, 27 Michigan Journal of International Law 1003, 1027 - 1043 (2006).

〔58〕 参见杜涛：《先受理法院规则与国际平行诉讼问题的解决》，载《武大国际法评论》2015年第2期。

〔59〕 参见李晶：《国际民事诉讼中的挑选法院》，北京大学出版社2008年版，第10页。

〔60〕 参见张卫平、李浩：《新民事诉讼法原理与适用》，北京人民法院出版社2012年版，第207页。

〔61〕 See S. I. Strong, *Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States*, 66 The American Journal of Comparative Law 153 (2018).

（一）禁诉令的独立体系定位

众所周知，在成文法国家引入一项崭新制度，除规范自身的完善以外势必依赖体系的合理安排。如前所述，制度的实质性分歧的确存在，当立法者面对如何引进禁诉令的挑战时，首当其冲的困惑无疑是如何确定禁诉令的立法模式，首先即应厘清成文法国家的立法者面临哪些选项，这并不难罗列，本文将其概括为独立模式、附属模式和中间模式。独立模式是将禁诉令以单独条文安排于《民事诉讼法》之中，并不与其他制度相关联。附属模式是将禁诉令容纳于现有法律制度之中，又可称完全附属。而中间状态的模式借用现有立法中的概念，因制度属性之不同为其补充设定其他具体规范，在禁诉令的立法设想中即部分借用行为保全的相关规定，再辅之以禁诉令的特殊适用规则，亦可以立法部分附属、局部借鉴的概念理解该模式。

自“华为诉康文森公司案”起，法官即有意支持完全附属的立法模式。但分析已知，简单重复两种制度的表面相似性并不足以回答禁诉令的独特问题，从裁定时效的长短、自由裁量原则的运用到法律效果的实现，行为保全都未能达到禁诉令所追求的理想效果。更为关键的是禁诉令与行为保全的本质分歧否定了立法兼容的可能性，完全附属模式已无法成立。因而可能的选择无非是中间状态的局部附属模式和完全独立模式，究竟是考虑在现行立法中增设“补丁”来容纳禁诉令制度，又或是应当另起炉灶，如非方便法院的引入一样，对禁诉令制度予以单独处理？〔62〕

局部借用模式仍然延续行为保全与禁诉令共有的“禁止”意味，以民诉法为背景，禁诉令会紧随行为保全规则，处于第九章诉讼强制措施之中，为尽量保留禁诉令的衡平特色则可附加具体适用规则。但此种模式仅以行为保全与禁诉令的定义相似性为据，不免令人担忧：上文已进入制度内部进行比较，从中发现两者关系为处于不同区域的两个圆圈碰巧存在部分重合的阴影，如果强行将其前后排列，最终呈现的法条内容依然是人为模糊处理两者不可消弭的根本差异。在局部借用的指导下，更难确保的是两种制度的结合运行能够实际啮合，虽然中间状态的立法方案看似减轻立法者的负担，但其一方面不能正面回应制度差异背后的深层原因从而有利于法律体系的澄清与辨析，另一方面更令人遗憾的是，受制于行为保全的价值追求而无法真正实现禁诉令协调国际平行诉讼的制度功能。

如前所述，随着禁诉令不再被拘泥于普通法系国家的衡平救济这一概念，它逐渐成为国际商事平行诉讼中常见且管用的方法之一。从国际和国内两个视角展开，其一方面与非方便法院相对照，共同构成处理国际平行诉讼的两大支柱性法律工具，两者像是磁铁之两极，一端是自带防御性质的非方便法院原则，另一端则是具攻击性质的禁诉令制度，前者是法院自限、对受诉案件拒绝管辖，后者是法院限他、对受诉案件争取管辖。另一方面，在知识产权竞争的国际司法环境中，禁诉令也可成为对抗外国知识产权垄断的有利策略，合理地运用禁诉令制度能为我国企业包括向中国法院寻求救济的外国申请人提供更加高效和可预测的保护。〔63〕

就政策考量而言，从立法、司法上对外国专利所有权人的权利滥用行为进行法律层面的反制，也可更高效地为我国诸多企业的发展保驾护航，而禁诉令正是能发挥反制效果的这把“利

〔62〕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第 530 条中列出了适用非方便法院原则的六种情形。

〔63〕参见李双元、谢石松：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社 1990 年版，第 194—230 页。

刃”。处理国际平行诉讼的需求在早期并未成为我国国内立法的重要关注焦点，如非方便法院制度，其依然是在英美国家更受器重，因普通法系过于宽泛的管辖权规则导致法院诉累等问题，利用非方便法院原则即可形成个案调节机制，将与法院地国联系过于微弱的部分案件拒之门外。以美国为例，其宽泛的管辖权规定使得很多当事人都可以利用美国的诉讼和仲裁机制而获得美国法下高昂的收益，为了避免美国在众多国际民商事案件中都超负荷地承担争议解决的任务，其法院主动运用非方便法院原则来摆脱某些实质上与其并无联系的案件。^{〔64〕} 反观国内，随着中国法院与中国当事人愈发多元地参与到国际司法竞争中，2015年的《民诉法解释》将非方便法院制度成文化，此举表明我国作为承袭大陆法系传统的国家，在司法与立法时对衡平救济措施保持着开放心态。我国顺应国际法律发展，不再过度拘泥于禁诉令的衡平法出身，而是强调其对于我国司法环境的实用价值，因此立法中独立引入禁诉令已经水到渠成。^{〔65〕}

不过，独立立法的模式只是创设禁诉令制度的初步结论，在此基础上需加以解决的是，立足于宏观的民事诉讼法体系视角，禁诉令应置于何处。是仍仿照行为保全成为独立的强制措施之一，还是另有他解？现行《民事诉讼法》依然贯彻四编制体例，涉外民事诉讼程序的特别规定主要包括涉外民商事案件如何处理的一般原则、管辖权规则等。反思中国法院处理的禁诉令裁定案件，总体集中在涉外知识产权领域，尤其是通信企业就标准必要专利产生纠纷事关国家战略利益，国际禁诉令的发布热潮成为目前涉外民商事诉讼的独特现象。^{〔66〕} 而禁诉令却并不局限于知识产权的国际保护领域，从更为普遍的层面而言禁诉令与管辖权问题密不可分，国内法院的管辖权冲突可依先受诉法院原则等途径解决，而禁诉令是在涉外案件中作为平行诉讼的调节机制出现，其致力于以主动态势把握案件管辖权。按照禁诉令的众多判例法实践，只有当内国法院对禁诉令被申请人拥有对人管辖权时才可发布禁诉令，但就其功效而言，禁诉令在更为广阔的国际管辖权冲突背景中才愈发体现出其本质价值。因此，面对如何完善《民事诉讼法》涉外编的重要课题，为保障法律的高度体系化以及禁诉令独特目标的实现，更优路径是，独立创制禁诉令并将其安排于涉外管辖问题的特别规定中。如此更为一般性的规定可使法院不再拘泥于行为保全而预先设定禁诉令在涉外司法中的可获得性，亦可不受限于强制措施的既有规定而突出其国际管辖权冲突解决的本质属性，以便之后在立法与司法解释中就其适用的具体规则予以特殊说明。

（二）禁诉令的成文规则内容

探究禁诉令的成文立法模式除法律体系的定位安排以外，仍需思考其条文如何具体展开。如已提及的非方便法院规则，其成文化导致个案中法官们对适用非方便法院的论述大多受限而僵化，最终中国法院实难真正适用该原则，而提出非方便法院抗辩的当事人也难以得偿所愿。既有前车之鉴，禁诉令实际上也面临这一难题，即如何指引法官裁定禁诉令才可充分展现其作用与价值。

如前所述，国际层面并无统一的管辖权规则，因而平行诉讼的出现是无法根本消除的，但为

〔64〕 See Robert Force, *The Position in the United States on Foreign Forum Selection and Arbitration Clauses*, *Forum Non Conveniens*, and *Antisuit Injunctions*, 35 *Tulane Maritime Law Journal* 401 (2011).

〔65〕 参见王娟：《关于我国引入禁诉令制度的思考》，载《法学评论》2009年第6期。

〔66〕 参见前引〔9〕，宋晓文。

提高司法效率、维护判决一致性，各国都积极探寻平行诉讼的处理方法。^{〔67〕}从当事人的角度来看，为了应对另一方当事人已经或者即将在外国法院发起的诉讼，他们越来越多地寻求一种“先发制人”的救济方法，即求助于内国法院发布禁诉令从而限制对手无所顾忌地择地行诉。^{〔68〕}在我国确立禁诉令制度，不得不思考的是如何在受大陆法系传统影响下崇尚规则化的中国法体系中发挥法官的自由裁量权，从而保留禁诉令的衡平特色，换言之，在成文规则中应当为禁诉令这类衡平救济留有多大空间的自由裁量权，即个案中法官可以考虑哪些法定情形，又有哪些情况可以自由裁量。

上述问题的繁杂程度使其回答也难于一言以蔽之，但总体上对禁诉令适用标准的研究可从两大角度切入：一是中国禁诉令制度的类型化分析；二是个案中禁诉令适用的自由裁量空间保留。正因为禁诉令来源于衡平救济，法官在考虑禁诉令时应更关注案件本身的性质而不是僵硬的条文规定。^{〔69〕}划分禁诉令的适用范围有益于为法官办案提供更为明确和具象化的指导方针，不致引发该制度的滥用，同时从申请人的立场来看，将案件类型化也更能增加申请禁诉令的可预测性。如果事先就能考虑到不同的政策影响因素而给纷杂的案件作出分类，这显然比单纯强调禁诉令背后的国际礼让因素更有价值和实践意义。^{〔70〕}另一方面，禁诉令本身就蕴含着不同的分类，不同类型的禁诉令所适用的案件情形、衡量因素皆有差异，自然不能对于所有民商事案件都一概而论。

源自普通法系的禁诉令在英美等国的适用全然交由法官自由裁量，但受制于遵循先例原则，尽管没有成文的法律，禁诉令的适用已经具备一定共识。^{〔71〕}大致上可将禁诉令的追求目标总结为：避免相当不便利和烦扰的外国诉讼；维护独立的不起诉义务以及保护本国法院的管辖权和当地的公共政策。因此，禁诉令又可以分为三类：基于便利（convenience-based）、基于义务（obligation-based）和基于政策（policy-based）的禁诉令。^{〔72〕}这三类禁诉令背后折射的立法政策考量也影响不同案件领域禁诉令的发布条件。而在当前国际民商事实践中不难推知，中国法院可考虑适用禁诉令的仍然是涉外因素交织繁复的传统常见领域，比如海商海事、国际保险、跨境破产案件，以及新近热点即知识产权领域尤其是标准必要专利的相关纠纷。

进入某一特定领域，法官们面临的挑战在于如何在规则化的中国立法环境中展现其自由裁量之能力。虽然禁诉令裁定需要结合具体案情来判断，但是总体上可以分为两个阶段进行：首先考

〔67〕 美国学者认为未决诉讼原则（lis alibi pendens）和禁诉令构成处理平行诉讼的武器，它们与非方便法院原则共同发挥了重要的作用；欧盟在《布鲁塞尔条例 I（重订）》中则仍然坚持“先受诉法院原则”（first-seized court）。参见前引〔25〕，Gary B. Born、Peter B. Rutledge 书，第 532 页；Article 29, Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast). (Brussels I Recast)

〔68〕 See Daniel Tan, *Anti-Suit Injunctions and the Vexing Problem of Comity*, 45 Virginia Journal of International Law 283 (2005).

〔69〕 See Walter W. Heiser, *Using Anti-Suit Injunctions to Prevent Interdictory Actions and to Enforce Choice of Court Agreements*, 2011 Utah Law Review 855 (2011).

〔70〕 参见前引〔68〕，Daniel Tan 文。

〔71〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第 492 页。

〔72〕 See George A. Bermann, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, 28 Columbia Journal of Transnational Law 589 (1990).

虑案件情形是否构成国际平行诉讼，这不仅是从当事人身份出发，还需要结合案件诉讼请求来判断，此为第一阶段中禁诉令的规则化建构与自由裁量保留。^{〔73〕}在确认案件构成国际平行诉讼的前提下，法院才能进一步考虑外国诉讼是否应当被禁止的问题，此时法院适用的禁诉令衡量标准亦需要规则化与衡平性质之并存。其中可规则化的情形主要是涉及不起诉义务，即存在法院选择协议或者仲裁协议，此时可基于当事人意思自治的法定权利、保护仲裁的政策导向而证成禁诉令的申请。除此之外，立法保留裁量空间是指赋予法官一定的裁量自由，比如可以自行衡量双方当事人的利益损失，还包括外国法院诉讼程序造成的可能后果对内国诉讼而言是否令人不快、烦扰，对国内原告而言是否具有压迫性。一方当事人选择外国法院起诉或许是出于诉讼策略考虑，或许是为了获取他国法律上可以提供的便利与好处，立足于尊重诉讼权利的角度这都无可厚非。但当事人依此获取的好处是否合法，或者说是否可以得到内国法院的认可，则全以内国法院的看法为准。^{〔74〕}此时法院的工作重心在于回答：为了保护当事人的权利，存在哪些因素可使法院违反国际礼让原则而发布禁诉令。换言之，除已规则化的要件以外，法院基于国际礼让而面临反对禁诉令适用的推定，法官们必须自由裁量具体案情是否足以推翻前述推定。

本文之建议虽仍停留在禁诉令立法构建的初步设想上，但已足见其对法官自由裁量能力之严格要求。在成文法体系中引入禁诉令，其规则化与自由裁量之间并没有无法逾越的鸿沟，或者说两种方式并不是泾渭分明的对立状态。围绕禁诉令的详细条文内容，其需涵盖的四大要素如下：禁诉令的适用案件领域、自由裁量的判断要件、禁诉令的保障措施和救济途径。其中所谓自由裁量的判断要件只需注明“存在选择中华人民共和国法院的有效仲裁协议或法院选择协议，以及其他支持禁诉令的合理情形”，法官自可在此基础上充分发挥裁量权，例如可就保护受诉法院管辖权、内国公共政策、外国法内容的冲突、将来可能的金钱赔偿、判决承认与执行的难易程度等多项因素进行权衡，从而在适用禁诉令的案件中真正实现规则化与自由裁量的结合。

五、结 语

现今国内对禁诉令的热切关注都展现出我国在国际民商事司法中从谦抑自制转向主动参与的态度，禁诉令作为应对国际管辖权争夺战的工具，其制度价值不言而喻。然而禁诉令的衡平属性使其在我国的成文化问题不可一笔带过，在概括总结禁诉令的判例法适用规则前，其立法模式的检讨无疑构成至关重要的基础性课题。立法模式的选择包括完全独立、完全附属和中间状态的局部附属模式。从涉外标准必要专利的案例可知，我国司法大有将禁诉令完全置于行为保全框架之下的发展趋势，但正如本文所述，禁诉令归属于最后禁令，对当事人的诉权产生终局性的影响，其无法与行为保全产生体系上的对应关系，将行为保全作为禁诉令上位概念的认知仍停留在表面之“同”而未能关注适用行为保全法条难以解决的制度差异。保留行为保全定义并辅以特别规定的局部附属模式体现出措施强制性，却忽视了禁诉令与国际民商事诉讼管辖权的深层联系，尤其

〔73〕 参见前引〔9〕，宋晓文。

〔74〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第623页。

是当行为保全停留于维护个案公正、暂时维护诉讼状态的预防性权利保护之时，禁诉令却已经在此基础之上投身于国际平行诉讼的调节之中。因此禁诉令独立置于《民事诉讼法》涉外编的管辖章节之中应是立法者考虑的首选方案，进而才能围绕禁诉令的规则化与自由裁量加以研究。

当然，中国法院从无至有适用一项崭新的普通法制度，过程中无疑会产生诸多挑战。禁诉令立法证成的难题也并不止步于此，比如：禁诉令的周延性该如何解决；是否还存在其他补救性质的措施可以补充或者加强禁诉令的效果；我国语境中将禁诉令纳入管辖权范畴，那对此措施的救济是否相应地采取上诉方式实现。这些问题都值得进一步探究。当前正值中国政府重视涉外法治工作、运用法律武器保护中国海外利益的重要时机，有必要再次强调建立与发展禁诉令中国范式的必要性，禁诉令的独立立法创制模式仅是为立法者提供初步设想。随着国际司法实践的深入，禁诉令之判断因素又会出现何种变化，仍需持续保持关注。

Abstract: The interactive entanglement of anti-suit injunction and behavior preservation has aroused the concern of scholars from private international law and civil litigation law. Although the two systems have the connotation of “prohibition of certain acts”, it cannot prove the simple conclusion that behavior preservation accommodates anti-suit injunction. It is not desirable for the domestic judiciary to classify the anti-suit injunction system entirely into the practice of behavior preservation. In China, critically facing the introduction and construction of anti-suit injunction, its codified legislative model should be fully studied, especially the system’s position in the existing civil procedure law. The conclusion that behavior preservation counts as judicial basis for the anti-suit injunction actually ignores the deep differences between them. From the functional characteristics, the behavior preservation in our country is modelled on German law, and it is a procedural measure concerned with the preventive protection of rights to maintain the state of litigation. Anti-suit injunction was born from the judicial practice of British courts, and naturally presented the equitable characteristics of the common law system. In addition to restricting case parties to protect domestic litigation, it has become a recognized pillar tool for regulating international parallel litigation, and its pursuit can be further evidence of the necessity and feasibility of independent creation of legislation.

Key Words: international civil litigation, anti-suit injunction, behavior preservation, protection of rights, parallel litigation

• 845 •

(责任编辑: 武 腾 赵建蕊)

权利正当性视野下代孕合法化的三重条件

李亭慧*

内容提要：人类生殖辅助技术的更迭挑战了现有的法律，引发了关于代孕合法性问题的争论。支持代孕合法化最有力的理由是生育权，但事实上只有无法克服客观生育障碍的少数人的代孕需求才值得回应，并且，帮助一个人克服生育障碍不应以牺牲他人的人格利益为代价。因为，代孕行为直接关涉代孕人核心的物质性人格利益，这类人格利益直接影响人的生命健康，支配这类利益应当以尊重人格价值为基本前提，因此不宜以有偿的商业化方式进行交易。而在非交易关系中，无偿行为或可为代孕的合法性辩护。但即便是无偿的代孕行为，仍须符合一些禁止性条件。

关键词：代孕 生育权 物质性人格权 无偿行为

一、引 论

近年来，代孕愈加频繁地出现在人们的视野内，伴随着学界对新兴权利的关注，有关代孕能否合法化的问题也争议不断。虽然，一些国家对代孕已有较成熟的法律规定，但各国法律对代孕的接受程度各不相同，而其经验也不能直接借鉴参考。我国现行法律对代孕态度模糊，一方面仅在行政法规、部门规章等行政规范性文件中明确禁止代孕，例如，在2021年4月28日颁布的《中国反对拐卖人口行动计划（2021—2030年）》规定：“严禁以他人名义入院就医和分娩。严厉打击代孕等违法行为。”但宪法、法律对代孕却无明文规定。另一方面，虽然法规及规章明文禁止代孕，但是对代孕的行政处罚力度过轻，例如，尽管卫生部2001年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第22条规定开展人类辅助生殖技术的医疗机构实施代孕技术的，“由省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门给予警告、3万元以下罚款，并给予有关责任人行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任”，但在我国刑法中却未规定对应的罪名，甚至，法律法规并未对

* 李亭慧，中国政法大学法学院博士研究生。

非医疗机构实施代孕的行为规定任何处罚措施。在这种情况下,现实中的代孕行为从未消失,有关代孕合法化的呼声也始终没有停止。那么,代孕能否被合法化呢?

目前学界已有诸多有关代孕问题的研究,具有代表性的研究角度有:在比较法视野下研究国外立法,^{〔1〕}立足于国内代孕司法判决和立法制度的研究,^{〔2〕}从权利视角探讨代孕正当性问题,如讨论生育权与代孕的关系,^{〔3〕}代孕涉及的代孕妇女权利、代孕婴儿权利^{〔4〕}等特殊群体的现实权益的保护问题等。本文仅从权利的正当性角度出发,讨论代孕的合法性条件。因为,代孕合法化争议的背后是生育权和代孕人人格权之间的冲突与权衡,每一种权利都有其正当性基础,承认代孕就是对代孕人人格权的正当性的漠视,把其人格权推向危险的边缘。出于对权利正当性的同等尊重,我们必须小心翼翼地寻找它们共存的空间,以一种“悬崖上玩跷跷板”的方式,在承认代孕的同时又把代孕限定在极其有限的领域,以寻求代孕的正当性为起点,将人格权的不容侵犯做为终点,最后得出代孕合法化的三重条件。

本文论证思路如下:首先,本文从最主流的代孕正当性理由——生育权的视角出发,讨论生育权的实现不应以牺牲代孕人的人格利益为代价;其次,通过区分物质性人格权和精神性人格权来探讨支配物质性人格利益的可能性及限度,进而探究代孕行为的可行性,由于代孕行为直接影响代孕人的核心人格利益,关涉物质性人格权利的让予问题,因此,此种对自身核心利益支配权的行使只能是无偿行为;最后,即便是无偿的代孕行为,既要谨防私下交易的风险,也要符合法律法规道德伦理的限制性条件,还不得损害代孕人的健康、不得违背代孕人的真实意愿等等。

• 847 •

二、代孕的正当理由:生育权的视角

目前,各国法律中代孕是否合法及其对代孕的接受程度各不相同。欧陆大部分国家的法律禁止代孕,例如,德国《胚胎保护法》(1990年)规定:“对意愿在分娩后将子女转让给第三方的妇女(代孕母亲)进行人工授精或将人类胚胎转移的任何人,最高可判处三年以下有期徒刑

〔1〕 比较典型的是肖永平和张弛根据代孕性质对其进行分类,梳理了世界各国法律对代孕的不同规定,并针对我国有关代孕的司法裁判,提出了根据当事人的诉求确定案件的性质等建议。参见肖永平、张弛:《比较法视野下代孕案件的处理》,载《法学杂志》2016年第4期。何悦和俞风雷通过研究英国的代孕模式,研究非商业代孕在我国的可行性。参见何悦、俞风雷:《我国代孕生殖立法研究——以英国代孕生殖立法为视角》,载《法学杂志》2017年第5期。又如,从亲子关系认定的视角,比对欧洲立法和中国的本土经验。参见黄志慧:《代孕亲子关系的跨国承认:欧洲经验与中国法上的选择》,载《环球法律评论》2021年第2期。

〔2〕 朱晓峰对全国首例非法代孕监护权纠纷案做出评释,认为部分代孕协议可以纳入我国现有法律体系,符合《收养法》的依据该法处理代孕子女的监护纠纷,并应依照未成年人最大利益原则为代孕子女寻找收养人。参见朱晓峰:《非法代孕与未成年人最大利益原则的实现——全国首例非法代孕监护权纠纷案评释》,载《清华法学》2017年第1期。徐明在现有法律禁止代孕的立场上,探讨对代孕行为的刑事治理问题,并认为对非法代孕行为应实行法定犯模式。参见徐明、高晨:《论代孕行为的刑事治理策略》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2021年第4期。

〔3〕 刘长秋反驳了支持代孕的权利学说,认为禁止代孕不构成对委托代孕者生育权以及代母身体权的侵害,反而法律为以上两种权利设置了合理边界。参见刘长秋:《权利视野下的代孕及其立法规制研究》,载《河南大学学报(社会科学版)》2015年第4期。

〔4〕 部分学者认为代孕不只是生理活动更涉及人格尊严,尤其是涉及代孕女性和代孕婴儿人格的内在价值。参见张新庆、梁立智、杨国利、王玉琼、廖新宇:《“生命尊严”系列讨论之四:代孕是否冒犯了人的尊严?》,载《中国医学伦理学》2018年第2期。

刑及罚款。”〔5〕《法国民法典》同样否认代孕合同的效力。与欧陆国家不同的是，英国法律虽然禁止了商业代孕，但为利他性代孕留有空间，英国《代孕协议法》（1985年）第3条第1至6款规定不得从事代孕的代理、中介活动，以及任何报纸、电视、出版物不得刊载或播出有关代孕的广告。〔6〕《人类授精与胚胎法》（1990年）又补充规定：“已婚夫妇可以（在一定条件下）简易要求法院作出命令，规定应将代孕母亲分娩的孩子在法律上视为他们自己的子女。”〔7〕而美国联邦法律没有关于代孕的统一规定，各州有着不同的规定，例如在加利福尼亚州代孕合法，路易斯安那州、新泽西州则对代孕有很多限制，而大部分州并未在法律中对代孕予以明确规定。虽然代孕问题在各国法律中各有规定，但大抵可以分为支持、禁止、部分开放三种态度。在支持代孕合法化的诸理由中，一种观点认为实现生育权是代孕合法化的正当理由。

（一）代孕是实现生育权的一种方式

这种观点将代孕的正当性与保障生育权联系在一起，并提出了相应的文本支持，即世界卫生组织对生育权的内容做出了规定：生育权基于对所有配偶和个人基本权利的承认，包括自由和负责地决定其子女的数量、间隔和时间，并有权利获得这样做的信息和手段，以及有权利获得最高标准的性健康和生育健康，还包括有权利在不受歧视、强迫和暴力的情形下作出有关生育的决定。〔8〕需要注意的是，承认生育权的正当性不能等同于承认代孕的正当性。与其他权利不同，生育权具有某种特殊性，但其并非霍菲尔德意义上的特权（privileges）即“A对做 φ 享有一项特权，当且仅当A没有义务不去做 φ ”〔9〕。如果生育权是一项特权，就会出现这种情况，你有一项权利生育子女，也就意味着你没有义务不去生育子女。如果你决定放弃生育行为，你并没有违反任何义务。生育权的特殊性在于一个人单方无法实施生育行为，无法实现自身的生育权，生育权的实现需要异性的配合。

在我国法律中，男性和女性都享有生育权。首先，女性的生育权明确规定在《妇女权益保障法》第51条，该条第1款规定：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”其次，男性也同样享有生育权，有关男性生育权的内容则在司法审判中得到承认，例如河南省洛阳市中级人民法院2015年的一份判决书认为：由于不遵守交通规则，造成他人及其怀孕的妻子受伤，致使胎儿流产的，属于侵害了胎儿准父亲人格权中的生育权，侵害了其所享有的保护胎儿正常发育和出生的权利，应当赔偿精神损害抚慰金。〔10〕也就是说，我国法律同样保护男性的生育权。最后，还存在男性与女性生育权发生冲突的可能性。虽然每个人都享有生育自由，但当你行使生育权，放弃生育时，有可能会侵犯另一方的生育权。例如，我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第23条规定：“夫以妻擅自中止妊

〔5〕 Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz-ESchG), Dec. 13, 1990, § 1.

〔6〕 See Surrogacy Agreement Act 1985, Sec. 3.

〔7〕 Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Sec. 30.

〔8〕 See Reproductive Right, available at https://en.wikipedia.org/wiki/Reproductive_rights#cite_note-autogenerated1-2, last visited on Aug. 10, 2021.

〔9〕 [英] 莱夫·韦纳：《权利》，瞿郑龙、张梦婉译，载朱振、刘小平、瞿郑龙编译：《权利理论》，上海三联书店2020年版，第24页。

〔10〕 参见河南省洛阳市中级人民法院（2015）洛民终字第357号民事判决书。

娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的,人民法院不予支持……”生育权的特殊性就在于一个人无法实现生育行为,但是一个人生育权的实现不能以牺牲其他人的生育权为代价。

在婚姻关系中,男女双方的生育权存在相互冲突的可能性,但是由于怀孕、生产的过程主要由女性担负,女性在生育关系中理应得到更大的保护,因为剥夺女性生育权造成的伤害远远大于剥夺男性生育权造成的伤害,所以,女性应当享有选择生育还是不生育的自由。如果允许索赔,就会变相使女性沦为生育的工具。也就是说,无论是否存在婚姻关系,一方若想实现生育行为,必须有另一方的配合。生育权为男女双方共同享有,当女性不愿生育时,男性有义务不去强迫女性从事生育行为,这就说明男性享有的生育权不是一种特权,如此,生育权就突破了霍费尔特的特权模式,由此可见,生育权的实现是附有条件的,即不能牺牲另一方的生育权。

(二) 生育障碍及其代孕理由

那么,当有人因客观原因遇到生育障碍时,是否可以以实现生育权为理由要求代孕,比较典型的就是因不孕不育或其他健康原因不能或不适宜生育的夫妻,以及想要养育下一代的同性恋伴侣。这类人群虽然在主观意愿上想要实现生育行为,但在客观上他们又无法通过正常途径孕育下一代。在这种情况下,领养也是解决生育难题的一种办法,但是人们普遍有一种延续自身基因的愿望,有些人始终抱有想要一个“自己的孩子”的想法,这是一种生育的意愿,这就导致了代孕的刚性需求。代孕行为是指借助现代生殖辅助技术,将胚胎植入代孕妈妈的子宫,由其替代他人进行孕育和分娩的行为。^[11]这就意味着代孕需求方要想实现自己的生育权,就需要代孕妈妈部分地让渡自己的身体,而妊娠行为直接牵涉到代孕人的核心人格利益,尤其是在代孕涉及的生殖辅助技术存在一定风险时,这种人格利益的保护尤其重要。^[12]因此,这就需要在一方的生育权和代孕方的人格利益之间慎重衡量,即这类群体的生育权能否对抗代孕人的身体权和健康权,^[13]或者,一方生育权的实现能否以牺牲他人的人格利益为代价。

这时,首先要区分不同性质的代孕需求,一种是上文提及的由于身体上的客观原因导致的生育障碍需要请人代孕。还有一种情况是,需求方客观上不存在生育障碍,单纯在主观意愿上想要请人代孕。例如,一些职场女性因不想被生育影响工作寻求代孕;又如一些女性不希望经受孕给身体带来的痛苦而选择代孕。当然,这种需求不局限于女性,现实中也有很多男性通过代孕生

• 849 •

[11] 本文所述的代孕仅指人工代孕,而非自然代孕。自然代孕,是指代孕人通过有性生殖行为怀孕、生育的代孕行为。这种代孕方式突破了婚姻制度和伦理关系,有违社会的公序良俗,因此不被现行法律接纳。例如,北京市朝阳区人民法院的判决就不认可同居代孕协议的效力。参见北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初712号民事判决书。

[12] 临床表明辅助生殖技术已成为导致异位妊娠的主要因素之一,概率高达6.97%。参见李旋、刘风华、龙晓林、张伟良、杜红姿、石宇:《辅助生殖技术后异位妊娠82例临床分析》,载《实用妇产科杂志》2010年第5期。

[13] 这里之所以分别提及身体权和健康权,是因为与健康权相比,身体权除了表达了身体的完整,更加强调积极主动支配自己身体的器官或组织的自由。而对于身体权的范围学界始终存在争议,一种观点认为身体权与健康权、生命权共同构成了人格权的基础,三者同等重要,身体权是一项独立的人格权利,不能包括在健康权之中。参见杨立新:《论公民身体权及其民法保护》,载《法律科学》1994年第6期;李显东:《人身权法案例重述》,中国政法大学出版社2007年版,第50页。另一种观点认为,身体是生命健康的载体,有关身体的权益可以涵盖在健康权和生命权之中,若身体受到侵害,健康必然也会受到损害,如此相关的权益可通过健康权,甚至生命权的规定予以保护。因此,“身体权”无需单独作为一项独立的权利。参见唐德华:《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释的理解与适用》,人民法院出版社2001年版,第28页。最终,我国《民法典》人格权编第1003条明确认可了身体权的独立意义,规定:“自然人享有身体权。自然人的身体完整和行动自由受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的身体权。”以此强调人身自由和身体完整的重要意义。

育子女的例子。后一种代孕需求，仅仅是出于需求方的主观意愿，并非客观上不具备生育能力。由于代孕价格不菲，选择代孕的人群，一般都拥有优越的经济条件，具有较高的支付能力。那么，一个人能够仅仅出于主观意愿就购买使用他人的身体吗？如果可以，就会导致一种不公正的后果，即强者对弱者的剥削。并且，很多仅基于主观需求而产生的代孕案例在代孕过程中催生的生育行为已经超出了婚姻关系。一些女性误以为，代孕可以把女性从生育的桎梏中解放出来，但这种解放的代价是给弱势的代孕女性套上更加沉重的生育枷锁，代孕反而成为致使女性物化的原罪。因此，后一种代孕需求早已超出了生育权所要保障的权益范围。

（三）客观生育障碍作为代孕的正当理由

更为棘手的考量在于第一种情况，当少数人因客观上的身体障碍而无法生育时，法律是否应该为他们留有代孕的空间？首先要明确的是，这种生育障碍是源自个人原因，不能归为生育权利被剥夺或者被侵犯的情形。也就是说，一个人可能因为各种原因丧失生育能力，但导致不能生育的原因不属于我们要考虑的范围，也就是说，一个人没有生育能力是一个既定事实，即便一个人无法生育，但其仍然享有生育权。例如，某女患有先天性心脏病，如若生育会大概率导致其死亡，但她仍然有决定自己是否生育的权利。又如，某男没有生育能力，但其仍享有不因无法生育而受到歧视的权利。如上情况我们只能说这类人群具有生育障碍，而非丧失或被侵犯了生育权利。

但是，随着科技的进步，出现了各种辅助生殖技术帮助人类克服生育障碍，例如，人工授精、胚胎移植技术等。在这种情况下，一部分具有生育障碍的人群，就在技术的帮助下能够凭借自身的孕育实现生育行为，我们熟知的试管婴儿就是辅助生殖技术的产物。因此，比较理想的情况是，将胚胎植入母体之内，无论精子和卵子是来自父母亲本人还是来自其他人的捐献，该女性凭借自身怀孕、生产的孩子将成为其自然血亲子女。但是，技术不是万能的，仍旧有一部分人群无法凭借自身实施生育行为，例如，对女性来说，年龄过大就是很难克服的困难。而这部分人就产生了代孕诉求。也就是说，根据胚胎植入对象的不同会导致不同的结果：第一种情况是，当某人能够通过辅助生殖技术克服生育障碍，并通过自己的身体实施孕产行为时，我们认为她在行使自己的生育权，并且她在实施生育行为时没有违反任何义务；第二种情况是，具有生育诉求的某人，在生殖技术的帮助下也无法通过自身孕育子女，有可能会选择将胚胎植入代孕人体内，以获得延续后代的机会。那么，这种寻求代孕生育的行为可以被称为一种权利吗？

可以肯定的是这种行为并非是一种特权，否则就会出现如下情形：如果你有一项权利请求他人代孕，也就意味着你没有义务不去寻求代孕。如果你决定放弃寻求代孕，你并没有违反任何义务。这显然有违上文的讨论，因为，没有生育障碍的人以及通过技术可以克服生育障碍的人通过代孕实现生育行为是不正当的。另外，这种寻求代孕生育的行为是一项要求权吗？霍菲尔德认为要求（claims）就是“A享有B做 φ 的一项要求权，当且仅当B对A负有做 φ 的一项义务”^{〔14〕}。如果代孕是一项要求权，就会变成代孕需求人享有代孕人为其代孕生育的一项要求权，当且仅当代孕人对代孕需求人负有为其代孕生产的义务，这项要求权才能产生。如果代孕人与代孕需求人

〔14〕 前引〔9〕，莱夫·韦纳文，第25页。

之间达成协议, 这项要求权是否有可能基于契约而产生呢?

三、有偿代孕契约侵犯人格权吗?

(一) 两类人格权

无法解决生育障碍的代孕需求方与代孕人达成代孕的合意, 签订代孕契约。这时存在两种情况: 若此契约属于有偿契约, 双方存在交易关系; 若该代孕行为是无偿行为, 则双方属于非交易关系。有偿行为是指依法承担给付义务是以另一方承担对待给付义务为条件, 并且对待给付和给付具有对等价值的情形。如果根据当事人已成为行为内容的意愿, 另一方不需提供对待给付, 那么负担行为就是无偿的。^[15] 有偿契约是最普遍的契约形式, 有偿代孕契约中需求方对代孕方负有给付义务, 也存在有中介参与的三方行为的可能。也就是说, 代孕方通过自己的子宫孕育胚胎, 代替需求方实施生育行为, 并通过这种“租赁”换取一定收益。在这种代孕关系中, 代孕行为与一定数额的金钱存在等价关系, 这就出现了用经济利益换取人格利益的情形。当然, 并非所有的人格利益都不能换取经济利益, 例如, 肖像权、姓名权。我国《民法典》第1018条至1022条^[16]规定了肖像的制作、使用、许可使用及保护等内容, 肖像权人可以许可他人制作、使用、公开肖像权人的肖像。为什么同属于人格利益, 肖像可以合法地许可使用, 但子宫却不能用来换取经济利益呢?

民法学者认为, 人格权可以分为精神性人格权和物质性人格权, 精神性人格权是自然人对其精神性人格要素的不可转让的支配权的总称, 例如肖像权、名誉权、隐私权等。物质性人格权是指自然人对于生命、身体、健康等物质性人格要素的不可转让的支配权。^[17] 这种划分主要是为了区分人格权保护的利益的不同性质, 其中物质性人格权属于固有性权利, 具有强烈的专属性, 与主体不可分离, 无需通过人的行为而取得, 并且物质性人格权的客体是生命、身体、健康等人身固有的人格利益, 因此这种人格权不得克减。^[18] 从后果主义的角度讲, 物质性人格权关涉核心的人格利益, 一旦出现侵害, 很难用金钱或其他方式进行等价补偿。例如, 对比肖像权的使用和代孕行为, 如果肖像权受到侵害, 一般来说分为两种: 一是未经许可的使用有损肖像权人的经济利益, 另一种则是不合理的使用有损肖像权人的名誉、形象等人格利益。前者可以通过补偿经济损失的方式作为弥补, 后者可以通过恢复名誉、消除损害、道歉、赔偿精神损失等进行救济。相比较而言, 代孕则是通过子宫实施生育行为, 一旦代孕人在实施代孕的过程出现问题, 人格利益遭受损害的程度更加严重, 对代孕人的生命健康会产生重大影响。因此, 对代孕争议来说, 其中涉及的人格利益保护与物质性人格权的保护相关。

总体而言, 在我国法律中物质性人格权属于非商品化人格权, 而部分精神性人格权则可以在

• 851 •

[15] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册), 王晓晔等译, 法律出版社2013年版, 第446页。

[16] 《民法典》第1022条规定:“当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的, 任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同, 但是应当在合理期限之前通知对方。当事人对肖像许可使用期限有明确约定, 肖像权人有正当理由的, 可以解除肖像许可使用合同, 但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的, 除不可归责于肖像权人的事由外, 应当赔偿损失。”

[17] 参见张俊浩:《民法学原理》, 中国政法大学出版社1997年版, 第135、138页。

[18] 参见王利明:《人格权法研究》, 中国人民大学出版社2005年版, 第45页。

具备相关权利能力的主体的意志决断下作为商品进行交易。之所以对物质性人格权的保护程度更高，对其利用的限制更为严格，是因为物质性人格权直接关涉人自身的物质存在，影响人的行动能力和生存质量，物质性人格权的特殊性也在于此。

（二）契约自由与保护物质性人格权的冲突

对于部分精神性人格权，权利主体可以自我决断，那么，这种意志自决为什么不能突破对物质性人格权的保护呢？代孕人的同意能否对抗这种核心人格利益受损的巨大风险？这就涉及物质性人格利益的利用问题，而现实中对资源最普遍的利用方式就是以契约的方式进行交易。但由于物质性人格权的特殊性，各国法律对物质性人格利益的契约交易呈现出截然不同的态度。对比来讲，国外已有物质性人格利益商品化的先例，例如，美国是世界上人体资源利用最为开放的国家，在加利福尼亚等州代孕都属合法行为，并且，血液、卵子等人体组织都可以在相关组织的监管下进行交易。^{〔19〕}但是人体器官买卖在世界上大部分国家都属违法，当然也有例外，在伊朗允许肾脏的合法买卖。^{〔20〕}在我国，由于这些行为都会对供体的生命健康有不同程度的风险和影响，^{〔21〕}因此为我国法律所禁止，例如对血液这种可再生的人体组织，根据《献血法》，^{〔22〕}卖血和接受卖血均属于违法行为，而针对不可再生的人体器官，我国《刑法》规定了组织出卖人体器官罪。^{〔23〕}即便如此，黑市中仍旧存在肾脏交易。也就是说，人体资源的利用和稀缺是始终存在的，这也从侧面反应了物质性人格利益的宝贵。

那么，人体资源的稀缺性和意志自治能否为物质性人格利益的契约交易提供正当理由呢？具体到代孕问题，代孕人能否为了换取经济利益选择自甘风险？代孕人是否有权对自己的子宫和身体自由处置呢？必须在物质性人格权特殊性的基础上考虑这一问题，“身体是自我普遍的、不可分割的、外部的定在”^{〔24〕}，也就是说我只有拥有身体，我的生命及其外在活动才具有可能性，身体是我的前提，如果自由意志的外部定在消失了，人格本身也就失去了现实的依托。由此可见，物质性人格权的特殊性首先决定了物质性人格利益的利用不能导致人作为生物体的死亡，即自由意志外部定在的消失。

那么，自由意志能否对损害自身健康的契约做决定呢？理论上针对这一问题出现了明显的分歧，代孕契约是否合法的争议就源于此。一般法理论中认为，“人格一般包含着法权能力

〔19〕 美国的国家器官移植法对禁止买卖的人体器官作了列举式的规定，但并未将血液、卵子、精子列入禁止交易范围之内。除路易斯安那州外，美国各州没有禁止卵子的交易，弗吉尼亚州甚至通过法律明确规定了卵子的可交易属性。See Kara W. Swanson, Rethinking Body Property, 44 (1) *Florida State University Law Review*, 205-206 (2016).

〔20〕 See Dylan Fukai, Organ Donations: Why the Gift of Life Ideology is Losing Lives, 42 (2) *Hastings International and Comparative Review*, 509-539 (2019).

〔21〕 例如，一些供卵者在供卵之后感染了卵巢过度刺激综合征（ovarian hyperstimulation syndrome, OHSS）等卵巢疾病，导致不孕不育，甚至死亡。参见王雅琴、杨菁等：《取卵后黄体期应用来曲唑降低血中雌激素水平不降低卵巢过度刺激综合征发生率》，载《北京大学学报（医学版）》2013年第6期。

〔22〕 《献血法》第18条规定：“有下列行为之一的，由县级以上地方人民政府卫生行政部门予以取缔，没收违法所得，可以并处十万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）非法采集血液的；（二）血站、医疗机构出售无偿献血的血液的；（三）非法组织他人出卖血液的。”

〔23〕 《刑法》第234条之一第1款规定：“组织他人出卖人体器官的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

〔24〕 〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，邓安庆译，人民出版社2016年版，第100页。

(Rechtsfähigkeit), 并且构成抽象的、因而也是形式的法的概念和其本身权利的抽象基础。所以法的命令是: 成为一个人, 并尊敬他人为人”〔25〕。权利能力就是指我作为一个人, 法所规定的我具有的那些权利也就是使我成为人的那些权利, 如果我丧失了那些权利也就丧失了我的人格。所以, 法律要维护使人成为一个人的基本权益和人格尊严, 任何诉求想要成为合法的权利也必然要尊重人格尊严, 具有维护人格利益基本价值。契约是维护人格自由的典范, 但契约也存在否定人格的情形, 例如卖身契, 但这也是一个悖论, 因为否定人格价值的契约本身就属于不法 (Unrecht, iniustitia)。

并且, 黑格尔认为“从契约中产生的权利并不是人格的权利, 而只是对他外部的某种东西或者可以由他转让的某种东西的一种权利, 即始终是对物的权利”〔26〕。但现实中, 主客体、人与物的区分愈发困难。人们很难区分主体的客体化和把主体的部分客体化, 身体、时间等主体自身的许多方面都处在模糊地带, 它们能够被外化进入所有权领域。〔27〕将身体自身对象化就导致了人的物化, 进而导致人主体尊严的丧失。与此不同, 功利主义伦理学则鼓励交易和效率, 而市场经济导致的贫富差距也会促使穷人变卖自己的身体利益, 这也是人体资源黑市交易的重要原因。因此, 现实中支持物质性人格利益完全自由流通的国家并非主流, 即便是允许物质性人格利益交易的国家, 大都附有较为严格的监管。因为, 一旦以市场价值衡量人格价值, 人就失去了主体地位, 进而在客体中丧失自我, 现实中就出现了卖肾买苹果手机的例子。同样, 允许代孕契约合法化也会造成女性无法真正自主选择。因为, 一旦子宫成为工具, 人格就在金钱利益中沦丧, 这时权利主体消失, 权利也就形同虚设。

但是, 有一种观点认为, 掌握了一定的财富才能拥有更好的人生, 才能更好地实现人格价值, 没有掌握财产的人格权是空洞的。因此, 如果代孕可以帮助一些人获得更多的财富, 继而享有好的人生, 那就不应该禁止。〔28〕这种经验的考量使得当事人在很多情形下极易达成出卖人格利益的契约。这种处置将身体视为外在于人格的物, 最终陷入了一种悖论: 通过支配和利用部分人格利益, 换取更大的人格利益, 出卖人格尊严换取更高的人格尊严。映射到现实之中, 想要获得财富的人沦为金钱的奴隶, 为拥有大量社会财富的人役使; 想要在生活中获得更广阔自由的人, 最终丧失了人身自由和选择的自主性; 想要过一种更好生活的人, 反而丧失了生活本身的伦理意义。人是目的, 不是手段。一旦人沦为了工具, 就丧失了主体资格和尊严。也就是说, “权利的必要性限于否定的方面, 即不得伤害人格或从人格中产生的东西”〔29〕。因此, 契约自由是有一定限度的, 不得以牺牲物质性人格利益为代价。而有偿的代孕契约中代孕人为了金钱利益出让自身最为核心的人格利益, 违背了契约自由的初衷, 属于不法。

• 853 •

〔25〕 前引〔24〕, 黑格尔书, 第85页。

〔26〕 前引〔24〕, 黑格尔书, 第89页。

〔27〕 参见冯嘉芸:《物权的人格化还是人格权的物化——黑格尔论人格、人格权和物权》, 载《北京社会科学》2020年第5期。

〔28〕 See Daisy Deomampo, Transnational Surrogacy in India: Interrogating Power and Women's Agency, 34 (3) A Journal of Women Studies, 174-175 (2013).

〔29〕 前引〔24〕, 黑格尔书, 第86页。

四、物质性人格利益的支配属性与代孕的可能性

（一）物质性人格利益的支配属性

如上所述，部分学者将物质性人格利益认定为支配权，凡权利人可以直接支配其标的并具有排他性之权利，均属于支配权。^{〔30〕}但人格权尤其是物质性人格权属支配权这一观点在学界仍存在争议。部分学者否认生命权、身体权等物质性人格权具有支配权能，他们认为支配是人对物的支配，是主体对客体的一种关系，承认人对生命、身体等物质性人格要素的支配权，就是对人自身的物化，有损人格尊严。而《德国民法典》也持此态度，卡尔·拉伦茨认为，人身权根据他的实质是一种受尊重的权利，一种人身不可侵犯的权利，因此，人身权不是一种支配权。^{〔31〕}甚至，更有学者认为人格具有主客观一体性，物质性人格与精神性人格不可分割，其作为人格自由的体现，不存在支配的可能。^{〔32〕}而另一部分学者则认为物质性人格权本身具有支配属性，例如生命权体现的是自然人对自我生命的掌握与支配，而献身和安乐死则是生命支配权的具体实现方式，这类放弃生命的行为是正当的行为。^{〔33〕}这种对物质性人格利益的自主支配，恰恰彰显了人的尊严和自由。现行《民法典》回避了人格权支配属性的争议，但实际上对部分人格权的支配做出了认可，例如《民法典》第1006条肯定了无偿捐献人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的行为，《民法典》第1008条规定了人体临床试验的内容。但物质性人格利益利用的现实问题却无法回避。绝对否定和绝对肯定都无法解释实践中的法律现象，法律一方面对部分物质性人格利益的支配予以肯定，例如，《民法典》第1006条肯定了捐献人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的行为；但另一方面，法律又否认人对物质性人格利益的支配，例如，《民法典》第1007条第1款规定：“禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。”如此，肯定前者就不能解释后者，肯定后者就无法解释前者，可见，否定说和肯定说的理论都会导致自相矛盾。

因此，法律对物质性人格利益的支配不应一味地肯定或否定，而是需要对支配物质性人格利益的目的做详细的考察，要区分支配的目的是出于公益还是私利。黑格尔认为，目的确定内容的满足就是福（Wohl）。主观目的的“特殊性”使得行为人选择主观目的的内容是自由的，他既可以出于“个体自身的主观满足”而行动，也可以是为了实现“自在自为的有价值的目的”而行动。如上文所述，人可能为了获取金钱去卖血，也可能为了救人而去献血；代孕人可能为了获取报酬为人代孕，也可能为了帮助他人孕育孩子而代孕。如果是前者，主观目的的满足就是“私福”（das Privatwohl）^{〔34〕}，私福又叫“个人的特殊的福”（besonderes Wohl des Einzelnen）^{〔35〕}。如果是后者，就是全福（das Wohl aller）。^{〔36〕}“全福”就是“自在自为地存在的普遍东西”（an

〔30〕 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第92页。

〔31〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2004年版，第379页。

〔32〕 参见曹相顺：《人格权支配权说质疑》，载《当代法学》2021年第5期。

〔33〕 参见杨立新：《人身权法论》，人民法院出版社2002年版，第473页。

〔34〕 前引〔24〕，黑格尔书，第229页。

〔35〕 前引〔24〕，黑格尔书，第229页。

〔36〕 Hegel, Hegel Werke in zwanzig Bänden 7: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1970, S. 236.

und für sich seiende Allgemeine)。对涉及物质性人格利益的行为,要区分来看,如果行为目的是为了全人类的福祉或追求保障更为整全的人格价值和尊严,就属于黑格尔所说的“全福”,例如,医学试验、人体器官捐献等,看似是对物质性人格利益的支配,将人身作为客体,实则为了成就更大的人格利益。如果行为的目的仅是为了个人私利,即黑格尔所说的“私福”,例如卖血行为,为了获取金钱将人体组织作为客体,彻底将人物化。所以,不是要完全禁止对人体的支配,而是对人体的支配不得违背人格尊严。^[37] 如果支配物质性人格利益的目的是实现“全福”,则不违背尊重人格尊严的原则,如果支配物质性人格利益的目的仅是实现“私福”,则是对人格尊严的践踏,因此,不应该承认以私福为目的对物质性人格利益的支配。

在我国,临床试验就属合法,因为是出于救人治病的公益目的。但是,只要是试验就会有风险,因此,合法的医疗试验也需要有一些限制条件:为着公共利益,即“为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法”;接受相关部门监管,“依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意”;医疗试验机构具有告知义务;不得向受试者收费。^[38] 可以看到,为了科学的发展和医疗技术的提升,法律允许在一定范围内利用物质性人格权,甚至予以鼓励,允许向受试者付费。即便在相关机构的监管之下,试验依旧存在伤害受试者身体的可能,但是,为着人类能够克服更多的疾病和痛苦,法律允许这种风险的存在。这样的例子还有很多,如,卖血是违法行为,但捐献血液挽救其他人的生命为法律所允许。买卖器官是违法行为,而器官捐献为法律所允许。并且,这些为着公共利益、帮助他人的行为为道德所肯定。人格内在于人,是与人不可分离的本质性的东西。人格成为最具价值的东西,无法用金钱衡量或置换。可以发现,被法律所允许、道德所认可的支配部分人格利益的情形,是为了成就更大、更整全的人格价值。例如,医疗试验是在最低风险下维护全人类生命健康,献血是通过捐献部分可再生的人体组织挽救其他人的生命利益。可见,生命存在本身具有独立的价值,是实现其他人格价值的前提,但在某些情况下人们为了维护更高的人格价值,可以支配某些物质性人格权益。

(二) 无偿性能为代孕的合法性辩护吗?

如上可见,代孕似乎存在一定的合法空间,即,在为着“全福”或公共利益的情况下,或在无偿的非交易关系中,法律认可物质性人格利益的支配。那么,代孕作为无偿的行为能否被合法化呢?类比器官捐献行为,器官捐献一般默认为自然人死亡后捐献,但也存在活体捐赠的情况,但活体捐赠器官是有条件的,而捐赠的范围仅限于捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲,或者有证据证明与活体器官捐献人存在因帮扶等形成亲情关系的人员,并且不得摘取未满18周岁公民的活体器官。^[39] 无论是捐赠器官给陌生人还是一定范围内的亲属,都属于牺牲自己的部分身体利益,帮助他人延续生命或者获得更完整的生命价值。而活体捐献直接影响捐献人的身

• 855 •

[37] 参见周平、严永和:《现代科技背景下生命支配权之理论审视与制度构建——兼论“民法典·人格权”编之生命权立法之完善》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2019年第1期。

[38] 《民法典》第1008条规定:“为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法,需要进行临床试验的,应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意,向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况,并经其书面同意。进行临床试验的,不得向受试者收取试验费用。”

[39] 《人体器官移植条例》第9条规定:“任何组织或者个人不得摘取未满18周岁公民的活体器官用于移植。”第10条规定:“活体器官的接受人限于活体器官捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲,或者有证据证明与活体器官捐献人存在因帮扶等形成亲情关系的人员。”

体完整、生命健康和生活质量，我国法律仅将活体捐赠局限于肝脏、肾脏等非单一数量的器官，摘取其一，在不会导致捐献人失去生命的同时挽救另一个生命，或者允许捐赠例如骨髓、血液等可再生的组织，不影响捐献人身体的完整性，仅将牺牲重大身体利益的活体捐献限制在捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲、因帮扶而形成亲情关系内。法律不允许陌生人活体捐献器官，避免名为捐献实为利益交换的情形发生。

同理，如果根据帮助的对象不同，无偿的代孕行为也可以分为两种情况：一种是针对不特定的对象，即无偿帮助陌生人代孕；另一种是针对特定对象，无偿帮助具有一定特殊（亲属）关系的人代孕。第一种情况在现实中极少存在，实践中很多政府和学者都担心代孕引发商业化风险，^{〔40〕}容易造成暗中利益交换，所以予以排除。需要重点讨论的是第二种针对特定对象的无偿代孕，通常是把这种特定关系设为亲属关系。虽然现实中也可能存在好友之间代孕的诉求，但友情无法实实在在地被法律鉴定，仍旧存在私下交易的风险。因此，只能把无偿代孕的主体限定在有特定亲属血缘关系的人之间。

这样，代孕合法化的路径就变得极其狭窄了，一方面，基于权利正当性，只能是基于保障有客观生育障碍人的生育权才能启动代孕；另一方面，为了避免代孕对人格权的侵犯，代孕只能是无偿的，并且仅限于有特定亲属血缘关系的人之间。但是，有特定亲属血缘关系的人之间的无偿代孕有可能违背伦理，例如母亲帮女儿代孕。所以，即便特定亲属血缘关系的人之间为了克服客观生育障碍的无偿代孕，也不一定被合法化，还需要参照《民法典》第1009条的规定^{〔41〕}附加四个禁止性条件：不得违反人伦道德、不得有损健康、不得违背真实意愿和不得违反法律法规。首先，代孕要符合伦理性要求。即便是出于自愿的无偿行为，此种代孕也不得违背伦理道德，即亲属之间的代孕行为不能有违人伦，例如，女儿为父母代孕，为养父母代孕。其次，代孕不得损害他人健康。代孕人不应具有某些基础性疾病，导致代孕人因妊娠行为而加重疾病或引起更严重的后果，甚至威胁生命。并且，代孕人也不能具有某些对婴儿健康有不良影响的疾病。再次，代孕不得违背代孕人的真实意愿，所以，代孕人必须是完全行为能力人，并符合我国法律的相关年龄要求，虽然《民法典》并未直接规定法定生育年龄，但可以参考法定的单身收养年龄，即“不得早于三十周岁”。^{〔42〕}尤其要知晓妊娠行为对其自身的生理性和社会性影响，甚至，可以要求代孕人须具有生育史，以此确保代孕是在代孕人知情前提下的自愿行为。总之，要履行详细告知的义务。最后，应当遵守法律、行政法规和国家对代孕的有关强制性规定。而这些具体的限制条件都需要专门机构的监督和管理，例如，独立于代孕双方当事人和实施代孕医疗技术的医疗机构的伦理委员会。

五、结 论

我国不孕不育人口逐年攀升，虽然代孕不是解决这一问题的唯一方式，但现实中代孕的数量

〔40〕 See Eva Steiner, Surrogacy Agreements in French Law, 41 (4) *The International and Comparative Law Quarterly*, 867 (1992).

〔41〕 《民法典》第1009条规定：“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。”

〔42〕 依据《民法典》第1098条，收养人应当同时具备一些条件，其中一个条件就是年满30周岁。

只增不减。至今,在我国代孕仍处于灰色地带,每年有大量的代孕婴儿被“生产”出来,而有关代孕的纠纷也层出不穷,但由于代孕的法律性质不明,处罚依据不足,现有法律法规不能约束代孕链条中的全部参与者,这导致大量司法判决对代孕性质、代孕协议的效力问题保持沉默,弱势群体的权利无法得到有力的保障。因此,无论是禁是放,都亟需对代孕概念进行严格界定,并明确代孕行为的法律后果。基于此,本文从权利的正当性视野分析了代孕合法性问题,既要保障具有客观生育障碍的人群的生育权,又要谨防代孕人的人格权遭受侵害,由此得出结论,代孕须同时满足如下三个限制条件才有可能为法律所认可:第一,代孕的起因限制条件:代孕只限于上文讨论的极少数特殊群体,即具有不可克服的客观生育障碍的群体,在此范围之内的代孕诉求才具有正当性;第二,代孕的公益限制条件,该代孕行为必须属于无偿行为;第三,代孕的主体限制条件,为了谨防代孕中潜在的商业化可能,应将代孕行为限制于近亲属之间,杜绝虚假串通以无偿之名行有偿之实,避免暗中交易。

总之,只有特定亲属血缘关系的人之间为了克服客观生育障碍的无偿代孕,才可能被合法化。可见,代孕合法化的路径极其狭窄。即便是这类代孕还须同时满足四个禁止性条件:不得违反人伦道德、不得有损健康、不得违背真实意愿和不得违反法律法规。需要注意的是,即便符合这些条件,也不一定意味着代孕行为能够被纳入现有的法律体系。因为除了抽象的理论推演,实践中还有很多现实因素需要考量,例如社会经济水平、配套法律的健全程度、对相关医疗行业的管理控制等因素,但这些经验层面的讨论超出了本文的范围。

• 857 •

Abstract: The development of assisted reproductive technology (ART) has challenged existing laws and has triggered controversy over the legality of surrogacy. The realization of reproductive rights is the most powerful reason to support the legalization of surrogacy. But in fact, only a few people can't overcome the objective barriers to fertility, and their surrogacy needs is truly reasonable. But helping a person overcome birth barriers should not be at the expense of others' personal interests. Surrogacy is directly related to the core material personality interests of the surrogate. Such personality interests directly affect the people's life and health. The transfer of such interests should be based on respect for the value of personality. Therefore, it is not suitable for commercial transactions. Then, in a non-transactional relationship, gratuitous act may justify the legality of surrogacy. However, even unpaid surrogacy should still be subject to multiple restrictions.

Key Words: surrogacy, reproductive rights, material personality rights, gratuitous act

(责任编辑:赵 真 赵建蕊)

重大突发风险应对之保险法审思 ——系统性检视我国保险业应对新冠疫情举措

张力毅*

• 858 •

内容提要：为应对新冠疫情带来的重大突发风险以及履行必要的社会责任，我国保险业紧急出台了诸如扩展已有险种的保障范围与保障期限、设计新的针对性险种、赠送保险等措施，但也因部分措施具有浓厚的“救急”色彩，而很大程度上偏离了保险法的基本原则和部分实定法规则，引发诸多争议。未来保险业在应对重大突发风险时，一方面，应在坚守对价平衡原则和既有保险法规则的基础上，充分发挥保险风险转移与分散功能；另一方面，也应认识到商业保险并非万能，需要妥善利用政策性保险的工具来应对可能存在的经验数据不足及巨灾风险等难题，从而提供更加符合市场需要的产品。此外，司法介入保险合同亦要保持必要克制，不但要尊重保险业运行的规律，也需遵守法定的调整路径。

关键词：新冠肺炎疫情 风险管理 对价平衡 政策性保险

一、问题提出

自2020年1月下旬起，一场前所未有的新型冠状病毒肺炎（COVID-19，以下简称“新冠肺炎”）疫情席卷全球，给人们的生产生活带来了巨大影响。不但民众的生命与健康受疫情威胁，而且政府为控制疫情而被迫采取的停产停工、封城等措施，使得部分行业及从业人员的经营与收入受到重挫。尤其对于部分企业而言，“营业中断，劳动力减少，生产费用增加，运送迟延，对于货物和服务的需要减少之现象确实不可避免”^{〔1〕}。一般认为，保险业作为风险天然

* 张力毅，南京大学法学院副教授。

本文受到南京大学2020年“完善重大疫情防控体制机制研究专项”项目资助。

〔1〕 Paul K. Stafford, Coping With Covid-19: Business & Insurance Considerations for The Virus That Made America Virtual, 18 *Journal of Texas Insurance Law*, 3, 4 (2020).

的转移者与分散者，〔2〕对于应对新冠肺炎疫情这样的重大突发风险可以发挥必要的风险防控与转移功能，毕竟“保险制度乃系伴随人类文明演进的一项重要制度，倘运用得当，几乎足以因应人类生存所面临之一切危险”〔3〕。而且，保险业特有的风险预防功能可以将其作为企业所具有的逐利本性和为促进社会大众的健康与安全保护而发挥的社会作用有机地结合起来。〔4〕

在此次疫情中，我国的保险业为体现自己的社会责任承担，确实采取了系列非常规的应急措施，引发了广泛关注与部分争议。那么这些措施究竟起到了何种作用，有无真正发挥保险理论上预设的功能，以及这些紧急措施是否符合保险法的既有规则等问题，就成为本文研究的焦点。本文首先探讨为应对此次疫情，我国的保险业采取了何种应对措施，其次对这些措施所可能引发的保险法问题进一步加以阐释，再次对照理论上所预设的保险为应对重大突发风险所应发挥的作用和既有的实定法规则，探讨现有法律体系下保险业应如何妥善发挥这些作用，最后是本文的结语。

二、保险行业应对新冠肺炎风险的传统措施梳理

疫情发生之后，中国保险业迅速出台了一系列包括捐款捐物在内的紧急应对措施，因为传统的捐款捐物无法体现保险业的特殊性，所以本文所聚焦保险行业应对新冠肺炎之传统举措主要着眼于其针对疫情而进行风险管理、控制和转移的措施。这是保险传统功能的集中体现，亦在一定程度上反映出重大突发风险来临之际大众对于保险的潜在期待。

（一）扩展已有险种的保障范围与保障期限

考虑到“全世界大多数财产保险产品都明确了除外疾病，特别是传染病风险，国际再保市场也不接受该风险（除特定业务外）”〔5〕，因此传统的财产保险合同之保障范围可能会把感染新冠肺炎而带来的损害事先予以排除，而部分医疗保险合同也可能存在将法定传染病作为免责规定的条款。此外，新冠肺炎也不能完全归入当时《重大疾病保险的疾病定义使用规范》所界定的25类重疾。正是由于商业保险在个人染疫及企业经营风险转移上的不完备，2020年1月26日银保监会发布的《关于加强银行业保险业金融服务配合做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》特别提出了“对感染新型冠状病毒的出险理赔客户要优先处理，适当扩展责任范围，应赔尽赔”。〔6〕基于此，保险公司纷纷出台措施，扩展既有合同的保险责任范围，主要是将医疗保险、疾病保险和意外保险等保障范围努力扩展至新冠肺炎所可能导致的损害，从而突破合同既有的保障范围限定和可能约定的“特定传染病”等免责事由。〔7〕另对于保险合同中的部分约定，诸如等待期、定点医院条款、免赔额，保险人对其适用也做出了必要限制。相对于借疫情为噱头商业化地推广短期保险产品，对现有保险产品保障范围进行扩展以及保险人主动放弃一些约定抗

• 859 •

〔2〕 See Tom Baker, Kyle D. Logue, *Insurance Law and Policy: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2017, p. 17.

〔3〕 江朝国：《保险法逐条释义》（第一卷 总则），元照出版有限公司2012年版，第51页。

〔4〕 See Ralph Nader, Loss Prevention and the Insurance Function, 21 *Suffolk University Law Review*, 679, 689 (1987).

〔5〕 皮立波：《从保险产品创新视角看我国公共卫生安全治理体系和能力建设》，载《中国保险》2020年第3期，第24页。

〔6〕 银保监会相关部门之后又发布了《关于做好财产保险业新型冠状病毒感染肺炎疫情保险理赔服务和保险产品开发有关工作的通知》《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控人身保险服务工作的通知》。

〔7〕 参见郭金龙、朱晶晶：《商业保险在重大疫情防控体系中的重要作用》，载《中国保险》2020年第2期。

辩权，确实有利于提高消费者的长期保险保障意识，鼓励消费者事先对于风险进行预防和分散，也塑造了保险人可以对长期风险进行有效管理的形象。^{〔8〕}

此外，对于财产保险的重要组成部分——汽车保险（在我国主要为交强险和机动车综合商业保险），保费的计算并未采取基于使用量（usage-based insurance, UBI）的计算方式，因此在同一保险期间内，每天收取的保费是大致相同的。但在疫情期间，部分地区针对机动车做了限行甚至禁止通行的疫情防控措施，意味着该时间段内机动车的事故风险实际上大大降低，那么，保险公司是否要对此种风险明显降低的情形予以回应？为解决此问题，湖北省保险行业协会在2020年3月出台了《疫情防控期间湖北地区车辆保险期限自动延长的实施细则》，其基本原则是“对在车辆禁行当日仍有效的机动车辆保单保险期限作延长处理，延长天数等于疫情防控期天数，疫情期间保险责任仍有效”，即采取了主动延长保险期限的方法来应对机动车风险明显减少的情形。

（二）设计新的有针对性保险险种

鉴于此次新冠肺炎传染性特别强以及群聚性传染现象高发的事实，在复产复工期间仍有可能发生因为突发疫情导致员工被隔离、生产被迫停工继而给企业带来极大财产损失的情况，亦即“一人染疫、全企隔离”，而传统的营业中断险主要承保因财产损害所带来的营业中断之损失，^{〔9〕}所以并不能涵盖此类危险，^{〔10〕}但在政府的号召下，保险业在疫情期间也致力于转移上述风险而设计新的保险险种。“保险公司在业务拓展方面要响应政府的号召与倡导，积极创造条件去开办暂时风险偏高的保险品种”^{〔11〕}，这体现了保险业特有的对抗风险之社会功能。比如，海南在2020年2月中旬就集中推出了“海南省复工复产企业疫情防控综合保险”，主要应对因员工染疫而遵守政府为疫情防控所采取的封闭或隔离措施给企业带来的相关损失，保险金给付范围囊括员工工资、隔离费用和产品损失等。鉴于此类新型保险由于缺乏既有的大数据作为保费精算基础，故而初始保费设计时一般采较高费率，为此政府还提供了相应的保费补贴；此外，为系统应对此种风险，当地保险业还成立了共保体。^{〔12〕}鉴于此种保险确实为企业复工提供了强有力的保障，故而这类专门针对新冠肺炎防控的新型企业财产保险形态很快在全国范围内被推广，且政府为鼓励企业投保，减轻企业可能的保费负担，也大多愿意提供保险费补贴。^{〔13〕}

（三）赠送保险

新冠疫情暴发后，大量的医护人员和志愿者投身到抗击疫情的第一线，他们也有感染疫情和

〔8〕 参见许闲等：《保险在应对公共卫生事件中的功能发挥与演进——基于2003年非典与2020年新冠肺炎疫情的比较视角》，载《财经理论与实践》2020年第2期。

〔9〕 例如中国平安财产保险股份有限公司营业中断保险条款就约定：“被保险人因物质损失保险合同主险条款所承保的风险造成营业所使用的物质财产遭受损失（以下简称‘物质保险损失’），导致被保险人营业受到干扰或中断，由此产生的赔偿期间的毛利润损失，保险人按照本保险合同的约定负责赔偿。”条款来源：中国保险行业协会财产险产品信息库，载 www.iachina.cn/col/col2317/index.html，最后访问时间：2021年1月6日。

〔10〕 See Alisa Baird, *Litigating an Invisible Enemy: Will the United States Insurance Industry Survive the COVID-19 Pandemic?* 56 *Tulsa Law Review*, 169, 171-176 (2021).

〔11〕 徐卫东、崔楠：《保险公司社会责任论——公益性本质与社会性经营的法律契合》，载《法学杂志》2014年第3期，第62页。

〔12〕 参见李银：《海南推出综合保险助力复工复产》，载《海口日报》2020年2月17日，第003版；戴梦希：《海南省创新疫情防控保险产品 给复工复产企业吃下“定心丸”》，载《金融时报》2020年2月19日，第010版。

〔13〕 参见朱彬彬：《江苏初探为企业复工复产上保险》，载《中国财经报》2020年3月21日，第003版；侯冲：《保险产品“护航”企业复工复产》，载《四川日报》2020年3月25日，第012版。

遭遇其他意外事故的风险。为有效转移和分散这些抗疫战士的风险,保险业大量向他们赠送保险(主要包括医疗和意外伤害保险等),〔14〕保额一度累计达到11.58万亿元。〔15〕保险人赠送保险可谓保险行业履行社会责任、积极应对新冠肺炎风险的重要措施。

(四) 应用保险科技

疫情期间为避免群聚,保险行业传统的面对面宣传(推销)、投保、核保、订立合同、定损和理赔程序亟需变革。通过运用大数据、物联网、人工智能和既有的互联网平台,无接触式的保险合同订立和履行全流程本已存在,而疫情的来临无疑使得保险科技的运用更加频繁,使得各类业务流程的电子化程度更高。加之银保监会在《关于加强银行业保险业金融服务配合做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》中强调在全国范围特别是疫情较为严重的地区,相关金融机构要充分运用技术手段加强线上业务服务。因此在疫情期间,远程双录、云投保、保险运营的“线上化”等技术服务得到了更多的普及和推广。〔16〕

(五) 相对被动的应对措施

2020年5月最高人民法院出台了《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(二)》,其中第15条除了对赠送保险合同的效力予以确认外,还提出在审理与疫情或疫情防控措施相关的医疗保险合同纠纷案件时,一方面,保险人所提出的该疾病不属于商业医疗保险合同约定的重大疾病范围或者保险事故范围的抗辩不会得到承认;另一方面,被保险人因疫情或者疫情防控措施等客观原因未在保险合同约定的医疗服务机构接受治疗发生的约定费用保险人仍应进行赔付。这在事实上对商业医疗保险合同的保障范围及约定医疗机构条款做了抽象性的司法变更。鉴于司法机关是相关争议的最终裁决者,因此该指导意见也迫使保险公司被动接受此种风险安排,但其妥适性仍有可探讨空间。

• 861 •

三、保险业疫情风险应对措施引发的保险法思考

保险人为发挥保险的特有功能和展现自身社会责任,为应对疫情出台了系列措施,但这些紧急措施是否符合现行保险法存在争议。

(一) 保险人单方面扩展保险责任存在的问题

对于保险人单方面扩展保险责任,如以保险法原则和实定法规则加以审视,笔者认为至少存在以下三个问题:

首先,根据保险法的重要原则——对价平衡原则,投保人所缴纳的保险费与保险人的风险转移义务相对应。转移的风险越大,保险人自然应收取更高额的保费。是故对保险人而言,“保费的支出与收取必须合理,在保险人所承担的保险危险与投保人所支付的保费之间,有维持两者平

〔14〕 例如民政部联合中国人寿就为全国100万名疫情防控志愿者每人均提供一份专项保险(采取团体保险的形式),具体保障范围主要包括因确诊新冠肺炎住院定额给付和交通工具意外伤害保险责任。参见《民政部 中国人寿为疫情防控志愿者赠送专项保险》,载《中国民政》2020年第6期。

〔15〕 参见熊建:《保险业踊跃向抗疫一线人员捐赠保险》,载《人民日报》(海外版)2020年2月25日,第002版。

〔16〕 参见单鹏:《疫情加速保险科技进化》,载《中国银行保险报》2020年3月18日,第005版;聂国春:《疫情加速保险科技进化》,载《中国消费者报》2020年4月21日,第003版。

衡的必要性”〔17〕。对价平衡原则不仅关涉微观层面保险合同的公平，也涉及整个危险共同体成员之间的公平和整个危险共同体所欲实现的收支平衡目标的实现。〔18〕 保险人固然可以出于履行社会责任的目的，慷慨地将一些保险险种的保障范围拓展至新冠肺炎所导致的损害，但也理应说明此部分保险金支出所对应的纯保险费收入是如何提取的。正如有学者指出，如果保险责任可以随意扩展，是否代表着之前的保险产品定价本身存在问题，而且会使人怀疑作为保险业经营基础的精算究竟是如何实现的。〔19〕 所以，如不对前述问题加以阐释说明，似乎只能增加消费者对保险人的不信任感。

其次，新冠肺炎属于法定传染病的范畴，〔20〕 其主要危害在于通过传染直接影响人体肺部等器官的健康。在现有的法律体系下，将医疗和疾病保险的保障范围扩展至新冠肺炎似有可行性，因为感染新冠肺炎，被保险人确有可能健康受到损害并产生相应的医疗支出。但部分保险公司将意外伤害保险的保障范围也扩展至新冠肺炎所产生的损害就略显激进。根据保险法理论，意外伤害保险必须是由于外在原因造成的事故，如果是由于被保险人自身身体原因所造成的损害并不属于意外伤害保险的责任范围，〔21〕 “‘外来性’判断标准本身即意味着排除了由于疾病导致的残废或者死亡”〔22〕。显然新冠肺炎本身应属疾病之范畴，〔23〕 如强行将意外伤害保险之保障范围扩展至新冠肺炎会使得长久以来所坚持的疾病保险与意外伤害保险之间的区分变得模糊，影响可能的法律适用。且如果新冠肺炎可以纳入意外伤害保险的保障范围，那么所有的类似传染病都有纳入意外伤害保险保障范围的可能，这极大地突破了现有的保险法理论，妥当性有待考量。

最后，最高人民法院直接通过审判指导意见变相将新冠疫情纳入所有商业医疗保险合同的保障范围，可谓在某种程度上无视保险运行的规律和保险合同的既有约定，单方面地对保险人课以沉重的保险金给付责任。虽然保险业在追求自身利益的同时有必要承担一定的社会责任，〔24〕 但此种司法强制介入保险合同的法律依据和合理性何在显然值得商榷。

（二）赠送保险的潜在法律障碍

作为保险营销的重要手段，人身保险公司赠送保险的行为并不稀奇。原保监会在 2015 年就出台了《中国保监会关于规范人身保险公司赠送保险有关行为的通知》，对赠送保险的主体、金额和险种做出了可能的限定，也对以公益事业为目的赠送保险做出了特别规定。在此次抗击疫情过程中，许多保险公司纷纷为站在抗击疫情第一线的医护人员等赠送保险，促使赠送保险再陷争议，甚至有法律界人士向中国银保监会申请公开赠送保险的相关信息。赠送保险本质上属民法的赠与行为，由保险人代替投保人缴纳相关保险费，但也受限于既有的保险法规则，存在三个法律问题尚待厘清。

〔17〕 李志强：《对价平衡原则的证成——从保险合同到保险业监管的考察》，载《法学》2017 年第 9 期，第 89 页。

〔18〕 参见武亦文、杨勇：《保险法对价平衡原则论》，载《华东政法大学学报》2018 年第 2 期。

〔19〕 参见王和：《保险业抗击新冠肺炎疫情的回顾、反思与启迪》，载《保险研究》2020 年第 3 期。

〔20〕 2020 年 1 月国家卫健委发布 1 号公告，已经将新冠肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病。

〔21〕 参见李玉泉：《保险法》，法律出版社 2019 年版，第 207 页；张静竹：《意外伤害保险之“意外”认定研究》，载《保险研究》2017 年第 12 期。

〔22〕 韩长印、韩永强：《保险法新论》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 191 页。

〔23〕 参见朱铭来等：《特殊疫情应急医疗及人身伤害保障机制建设和制度完善》，载《保险理论与实践》2020 年第 2 辑。

〔24〕 参见卓志、王寒：《保险企业社会责任探析》，载《保险研究》2009 年第 2 期。

其一，关于赠送保险的保费来源。考虑到对价平衡为保险法的根本性原则，因此虽然名为赠送保险，但对于保险人所分担的风险而言，也必须有相应的保费收入，否则不但有损危险共同体的整体利益，也会损及其他投保人的合法权益。因此，“保险公司必须对赠送保险的成本问题进行适当的财务安排，解决好保险费列支、责任准备金计提等问题”^{〔25〕}，而绝不能挪用其他保费来源，这也是监管者应关注的。

其二，投保人的确定问题。我国的保险法体例主要沿袭大陆法系投保人、被保险人与保险人的三分法。其中，投保人为缴纳保险费的义务人，也是保险合同的当事人，保险人为收取保费继而负有风险转移义务之人，为保险合同的另一方当事人，被保险人则为保险事故发生时遭受损失继而享有保险金给付请求权之人。在赠送保险中，保险人为事实上缴纳保险费之人，但究竟谁是投保人不无疑问。理论上，保险受赠人，在此次疫情中主要为医护人员、志愿者，他们作为投保人最为合适，因为投保人除了需要缴纳保险费，还承担了一系列的不真正义务，诸如告知义务、危险增加通知义务、防灾减损义务、保险事故发生通知义务等，^{〔26〕}对于这些情况他们本身最为了解（毕竟投保人和被保险人合一可以解决许多不必要的麻烦）。但考虑到医护人员、志愿者大多都已奔赴抗疫前线，能否自己订立合同仍未可知。至于保险人虽代缴保费，但其并不适合担任投保人，因为保险人不可能既承保又投保。也有部分观点主张，将抗疫人员的工作单位（如志愿者的话可以考虑组织单位如社区）统一作为投保人。该操作虽然较为简便，但也存在保险利益和被保险人同意该如何认定的问题。

其三，现行保险法为了尊重被保险人的人格自由，^{〔27〕}防止投保人故意制造保险事故骗取保险金，在投保人与被保险人并非同一人的情况下，要求对于以死亡为给付条件的保险必须征得被保险人同意，且投保人与被保险人必须具有法律规定的保险利益关系，否则会产生保险合同无效的法律后果。此种无任何例外的规定无疑过于严格。有学者主张对于不太可能存在道德危险之情形，完全可以放弃对于保险利益之要求。^{〔28〕}以公益目的赠送保险纯粹是为了被保险人利益，几乎不存在潜在的道德危险，那么严格的保险利益和被保险人同意权规定是否有放宽的必要性值得探讨。

（三）缺乏精算数据支撑的保费计算与巨灾风险应对难题

新冠肺炎属于突发性传染病，存在变异的可能，我们至今无法对其可能来源做出精准判断，有效治疗方法和疫苗也正在持续探索中，在保单开发的初期保险人确实无法依靠有效的经验数据，因为财产损失率、疾病发病率、人身死亡率等数据不足，^{〔29〕}这使得大数法则无法得到彻底的应用，而“如果缺乏整个危险的经验数据，出售保险就更像赌博而非保险本身”^{〔30〕}。此外，一旦发生大规模的群聚感染，新冠肺炎极有可能造成如地震、台风、海啸般的巨灾风险，也会给保险人的经营带来严重影响，使其承担极重的保险金给付责任。典型如1918年的大流感就曾给保

〔25〕 刘学生：《对赠送保险行为的简要评析》，载《保险理论与实践》2020年第3辑，第34页。

〔26〕 关于部分义务（诸如危险增加通知义务与减损义务），其义务主体是否包括投保人尚有争议。

〔27〕 参见张力毅：《死亡给付保险中被保险人同意撤销权的规则构建》，载《政治与法律》2015年第11期。

〔28〕 参见马宁：《保险利益原则：从绝对走向缓和，抑或最终消解？》，载《华东政法大学学报》2015年第5期。

〔29〕 参见刘轶、董敏：《重大疫情风险治理中的保险路径及其法律供给》，载《现代经济探讨》2020年第6期。

〔30〕 Kenneth S. Abraham, Risk Aversion, Insurance Insurance, and the Limits of Regulation, 5 UC Irvine Law Review, 513, 519 (2015).

险业带来巨大冲击，导致不少保险公司倒闭或被兼并。^{〔31〕}因此保险人对于相应保单的开发确实较为谨慎，即使有针对性的险种推出（诸如“疫情防控综合保险”），费率也相对较高。是故为了推广此类保险，许多地方政府采取了保费补贴的手段，并且鼓励诸多保险人一起成立了风险共同体，以期可以有效转移保险人的风险，但在国家层面似乎仍缺乏有效的统筹。此外，公权力为何可以介入此种保险法律关系，在介入过程中有何注意点，也值得讨论。

（四）危险明显减少的处理难题

如前所述，针对在疫情防控期间因车辆限行乃至禁行而导致的车辆行驶危险显著减少的情形，湖北省保险行业协会主要采取了延长保险期间之做法，且各地也多有效仿。依据《保险法》第53条的规定，当据以确定保险费率的有关情况发生变化使得保险标的的危险程度明显减少时，保险人应当降低并退还相应的保险费。在美国确实有保险公司因为疫情退费（主要是车险）的报道。^{〔32〕}那么，保险业现有的采取延长保险期限的做法就与实定法存在一定冲突，实际上是用可能的退费变相强迫投保人继续购买保险。毋庸置疑，相对于通知每一个投保人让其领取保险费退款，单方面延长保险期间的做法确实较为经济，避免较为复杂的通知和领取退还保险费程序（尤其在疫情防控期间可以避免群聚），但也在某种程度上剥夺了投保人决定是否继续投保以及向哪一家保险公司投保的自由。因此，保险业前述做法的合法性与合理性均存疑。

四、既有保险法体系下保险应对疫情风险之展望

• 864 •

经过数百年的发展，保险法本身发展出了一整套较为成熟的理论与规则体系，具有较强的张力。以此为依托，保险业本可以在疫情等重大风险来临之际兼顾自身经营与社会责任履行，无需以特事特办为借口，随意打破既有的理论与规则体系，否则极易损伤社会公众对保险业的信任。保险合同本身具特殊性，投保人先期缴纳的保费是为了换得保险人未来特定事故发生后给付保险金的承诺，因此保险人其实处于较为优势的地位，投保人本身就容易产生不信任感。^{〔33〕}这就更需要保险人在实定法规则之下诚信地履行自己的赔付义务，遵守合同的既有约定。因此我们有必要结合基于我国实定法体系对保险人既有疫情应对措施の审视，来思考和展望应然层面保险业应该如何应对重大突发风险。讨论范畴在一定程度上会延伸至重大突发风险来临之际，监管部门和司法机构对于保险业和既有的保险合同究竟应持何种态度，本文主要以司法机构为例。

（一）善于利用政策性保险工具

在传统的保险法理论中，通常对社会保险与商业保险予以二分。一般认为商业保险以保险合同为基础，贯彻意思自治原则，而社会保险则作为一种法定保险，学界更多地从社会法而非保险合同法的角度对其加以解读。随着风险社会的来临，国家基于特殊政策目的の考量，对部分商业保险关系进行强力介入，不再满足只充当守夜人的角色，而在缔约自由限制、合同内容控制、风险

〔31〕 参见薛敏、郭金龙：《流行病疫情对保险业的影响和启示》，载《中国保险》2020年第4期。

〔32〕 参见涂颖浩：《驾销量下降了约35%至50%受疫情影响，美国保险公司开始返还保费》，载《每日经济新闻》2020年4月9日，转引自 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1663468936627762089&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间：2020年8月25日。

〔33〕 参见前引〔2〕，Tom Baker书，第12页。

再分散模式确定等方面予以特别规制,使得这类保险与传统之商业保险有较大的差异,但仍将这类保险交由商业保险公司经营,且把保险合同作为纠纷解决的基础。这促使社会保险与商业保险的边界趋于模糊,一种处于商业保险与社会保险中间地带的特殊类型保险——政策性保险——应运而生,现有的强制汽车责任保险、农业保险与地震巨灾保险等都可以相当程度地纳入政策性保险的范畴。^{〔34〕}另有学者特别强调,“政策性保险制度兴办上,多以法令规定承保范围及保险费率,以利政策目的达成,并减少不必要之价格竞争,期经营者更能专注于服务品质的提升”^{〔35〕}。而政策性保险也为公权力介入传统的商业保险关系、利用保险转移特定受害者之风险提供了新工具,此次新冠疫情也确实为政策性保险的应用提供了新阵地。

新开发的专门针对新冠肺炎财产保险的最大难题为缺乏经验数据,进而使大数法则无法发挥作用,故在短期内无法预料损失发生的可能与大小,而且新冠肺炎这类传染病特别容易酿成巨灾损害。然而,新冠肺炎引发的相关风险也确实需要以保险的方式转移,若全部由国家财政承担,则成本巨大。但保险人开发相应险种时,在具体定价及风险分散模式确定上都存有困境。若保费定价过低,那么保险人所可能承担的巨灾风险无法得到有效转移,若收取的保费过高,会使投保人的负担过重进而影响此类保险的推广。此外,保险人也需要通过再保险等方式进行二次风险转移。正是为解决上述难题,多个地方政府为支持企业复工以保费补贴和组织保险业成立共保体以增强整体抗风险能力的方式来鼓励保险业推出相应保险,从而支持企业复工。由此可见,政策性保险工具在抗击疫情中得到了一定程度的应用,公权力在针对疫情而开发的商业保险的保费补贴及风险共同体(即风险再分配)构建方面进行了介入。这符合政策性保险的设立初衷,因为在这一特殊领域商业保险无法独立发挥作用,且国家基于公共政策需要也有加以规制的必要。但现有措施纯属个别地方政府的行为,缺乏国家层面必要的统筹。此外,考虑到为复工企业提供特殊风险分散渠道的政策目的,政府在强制缔约(保险公司不得拒绝符合要求的企业投保)以及保险合同所提供的最低保障方面仍应予以规制,但公权力现有的介入程度仍显不足。另鉴于新冠疫苗已大规模投入市场,根据2019年出台的《中华人民共和国疫苗管理法》,国家实行疫苗责任强制保险制度,而疫苗责任强制保险与交强险一样应属最为典型的政策性保险范畴,因此也需要提前筹划可能的方案,出台《疫苗责任强制保险条例》,对保险合同的最低保障范围、受害人的直接请求权等提供妥当的方案,以利于此类政策性保险的进一步推广和应用。

“临时性应急政策需要制度化”^{〔36〕},但无论是相关立法还是学界研究都对政策性保险这一极为重要的论题缺乏必要的关注。诸如何种保险可以成为政策性保险、不同的政策性保险如何实现其政策目的、公权力如何合理介入等问题都有待探索。

(二) 既有保险法理论与规则的持守与调适

1. 对价平衡原则仍需坚守

大数法则下的对价平衡原则是保险业存在和发展的基础,需要坚守。鉴于保险人总的赔付主

〔34〕 参见张力毅:《政策性保险的理论定位与法制化关键问题分析》,载史际春主编:《经济法学评论》第19卷第2期,中国法制出版社2020年版,第165-174页。

〔35〕 前引〔3〕,江朝国书,第54页。

〔36〕 曹信邦:《重大疫情医疗费用公共化的理论逻辑与实现路径——基于新冠肺炎重大疫情的反思》,载《理论探讨》2020年第5期,第12页。

要来源于个别保险合同所缴纳的保险费相加，因此为维持收支平衡，保险人在个别保险合同中所收取的保险费（对价）自然应当与可能的危险相当。^{〔37〕}如果保险人可以事前任意收取保险费或事后任意扩大、缩小保险责任，保险就沦为了欺诈游戏而非有效的风险管理与转移工具。因此，“保险费率必须建立在精算的基础上，保险契约条款必须符合对价平衡原则，以避免不合理的利润”^{〔38〕}。对价平衡原则也在相当程度上构成了投保人对保险人信任的基础，只有坚持对价平衡原则，投保人才会信赖保险人管理的风险共同体并乐于成为其中一员。基于较为复杂的原因，我国民众对于部分保险产品本就持怀疑和不信任态度，因此保险业的公信力有进一步提高的必要。^{〔39〕}如果在疫情来临之际，保险业又大肆践踏对价平衡原则，会加剧民众的怀疑和不信任。

需要特别指出的是，虽然晚近以来非常强调将保险合同视为一种社会工具或组织，突出保险在风险管理、促进商业发展和有益社会活动以及保护公众领域的特殊作用，而这一理念也为保险合同解释和争议解决提供了新的视角，^{〔40〕}但这并不代表放弃对价平衡原则的坚守。在疫情来临之际，固然保险人可以基于履行社会责任之需要而在一定程度上将新冠疫情导致的损害纳入既有的保险合同范围，但也应采取合理的方式，否则极易引发社会公众的质疑和反感，让他们对之前的保险产品定价以及保障范围的确定产生不信任感。社会公众可能认为要么保险精算存在问题，保险人获得了不合理的利润，要么保险人单方面扩展保险责任实属决策盲目、经营管理不善。^{〔41〕}赠送保险的问题与此相似，公众也会产生赠送保险部分的保险费从何而来的疑虑。为解决上述难题，较为妥适的方法在于：一方面，鉴于对价平衡原则只及于纯保险费而不包含附加保费，因为附加保费的范围包含保险人的经营成本及可能的预留利润，并不与风险转移完全对应。因此，保险人在扩展保险范围时必须明确，其扩充保险责任所对应的纯保费来源主要是其为承担社会责任而从自身利润中额外拨出的部分。另一方面，对于捐赠保险也须明确说明其保费来源（公司或员工捐款等）。

至于危险减少引发的保费退还问题（主要针对车险），本质上也涉及对价平衡原则。因为保险人预估的危险因为疫情而在保险合同实际履行过程中大大减少了，就使得此前多收取的纯保险费有必要退还。保险公司单方面延长保险期限的做法，与《保险法》第53条的规定不符，完全剥夺了投保人的选择权。此外，新的保险周期中投保人的保险费可能会随着费率因子的变化而增减，因此新延长的期限可否完全补偿投保人既有保费损失存疑。这些因素保险人都未加考虑，且在未征得投保人同意的情形下，完全采取延长保险期限一刀切的方案，实不足取。退费问题上更深层次地反映了在车险方面，我国现有的费率因子设置仍过粗，尤其对于驾驶行为费率因子的关注度不够，从而产生了相当多的问题，并未完全贯彻对价平衡原则。^{〔42〕}

此外，对于保险人应对疫情新开设的保险，由于缺乏经验数据，保险人刚开始可能收取了较高保费，而考虑到保险业的特性，一般认为其有动机也有能力去尽可能获得相关危险信息。^{〔43〕}

〔37〕 参见汪信君、廖世昌：《保险法理论与实务》，元照出版有限公司2015年版，第5页。

〔38〕 刘宗荣：《保险法——保险契约法暨保险业法》，作者台北2016年自版，第10页。

〔39〕 参见李鸿敏、张璐：《新冠肺炎疫情下保险业公信力的思考》，载《中国保险》2020年第9期。

〔40〕 See Jeffrey W. Stempel, The Insurance Policy as Social Instrument and Social Institution, 51 *William and Mary Law Review*, 1489, 1510 (2010).

〔41〕 参见钟美玲：《大灾面前保险基本职能的发挥——以新冠肺炎为例》，载《黑龙江金融》2020年第8期。

〔42〕 参见韩长印、郑洁文：《驾驶行为保险与车险规范重构》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2020年第5期。

〔43〕 See Omri Ben-Shahar, Kyle D. Logue, How Insurance Substitutes for Regulation, 36 *Regulation*, 36, 38 (2013).

随着时间的流逝,相关危险信息之变动也会逐渐趋于平稳,是故保险人应当及时对经验数据进行总结。如果经验数据证明之前收取的保险费确实过高,为贯彻对价平衡原则,也有退费的必要(这也是《保险法》第53条适用的应有之义),否则保险人有不当得利之可能,而在此时,“重新核定保险费,便是使该契约复归对价平衡的方法”〔44〕。

2. 保险利益与被保险人同意权规则的制定法内法律续造

在我国现行法下,为了预防道德风险和尊重被保险人的人格决定自由,立法明确规定人身保险合同订立时投保人对被保险人必须具有一定的保险利益;如果以死亡为给付条件,则必须征得被保险人同意。在保险人赠送保险的情况下,如何确定投保人,以及在此基础上证明投保人对被保险人具有保险利益并获得了被保险人同意,似乎都存在解释论上的难题,进而对合同效力产生影响。笔者认为,在保险公司基于公益目的赠送保险的情况下,毕竟是保险人承担保险费缴纳义务,且确实是由该保险人主动发起并希望给予第三人保险保障,依据现行《保险法》第10条关于投保人的规定,〔45〕可例外承认此种投保人和保险人为同一人的情况。若此种做法对实定法冲击过大,也可在保单实务操作中将抗疫人员的主管机关列为投保人(必须征得其事先同意)。至于投保人与被保险人之间的保险利益关系和被保险人同意的认定,因为保险公司基于抗击疫情需要赠送保险并无任何道德风险,特别是考虑到此类赠送保险具有保险事故发生的不可控性、浓厚的团体保险特征、保险期间也不长等特点,〔46〕而且是纯粹有利于被保险人,在此情形下,投保人与被保险人非同一人,若再按照现行法去强求保险利益和被保险人同意,并无任何实质意义。故可以按照目的性限缩的制定法内法律续造方案,将此种情况排除出《保险法》第12条第1款和第34条第1款的适用范畴。根据法学方法论,目的性限缩与类推适用(目的性扩张)相对,主要解决立法隐藏漏洞的填补问题。〔47〕“目的性限缩,系指对法律文义所涵盖的某一类型,由于立法者之疏忽,未将之排除在外,为贯彻规范意旨,乃将该一类型排除在该法律适用范围外之漏洞补充方法而言。”〔48〕由于保险人因公益目的赠送保险是极为特殊的保险合同成立方式,保险人(或其他投保人)根本无故意或重大过失造成保险事故的可能,加之赠送保险中被保险人纯粹获益,几乎不承担额外的负担,因此,基于规范目的限缩保险利益和被保险人同意的适用范畴符合目的性限缩适用前提。

3. 意外伤害保险与疾病保险之区分仍需贯彻

学界传统理论认为,意外伤害保险一般指被保险人在遭受意外伤害而导致伤残、死亡等事故发生时,由保险人给付相应的保险金之险种,因疾病导致的损害并不属于意外伤害保险的保障范围。〔49〕在最高人民法院的公报案例中,也特别强调“意外伤害是指由于外来的、突发的、非本意的、非疾病的原因导致身体受到伤害的客观事件”〔50〕。此种区分也在相当大的程度上构成

• 867 •

〔44〕 叶启洲:《保险法上对价平衡原则之规范拘束力》,载《台大法学论丛》第49卷第1期,第247页。

〔45〕 投保人是指与保险人订立保险合同,并按照合同约定负有支付保险费义务的人。

〔46〕 参见刘玉林、孙雪:《重大疫情下保险公司赠送保险法律问题研究》,载《金融理论探索》2021年第1期。

〔47〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第267-272页。

〔48〕 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社2013年版,第200页。

〔49〕 参见高宇:《中国保险法》,高等教育出版社2015年版,第208-209页。

〔50〕 《赵青、朱玉芳诉中美联泰大都会人寿保险有限公司意外伤害保险合同纠纷案》,载《最高人民法院公报》2017年第9期,第47页。

了两大中间型保险，即意外伤害保险与疾病保险的区隔。^{〔51〕}对于如新冠肺炎之类的传染病，虽然其传播途径具有一定的意外性，但当患者感染之后，仍是通过疾病作用于机体，进而带来可能的伤害，因此，新冠肺炎造成的人身损害和可能的医疗支出主要属于健康保险中医疗保险与疾病保险的保障范围，并不符合意外伤害保险的传统定义。司法实践中确实对遭遇特殊意外事故（诸如生物叮咬）所导致的特定疾病（狂犬病、疟疾等）是否可以获得意外伤害保险的给付存在争议。^{〔52〕}因此，意外伤害保险与疾病保险间存在一定的中间地带，其最大特点在于意外事故与最后的损害发生具有直接、连续且决定性的因果关系；此外，这类意外事故发生概率也不高，对保险精算影响有限。但感染新冠肺炎之情形与前述情形存在较大差别。

综上所述，保险人单方面扩展意外伤害保险至新冠肺炎造成的损害存在一定问题。如果作为法定传染病的新冠肺炎可以纳入意外伤害保险的保障范围，基于同等问题同等处理的原则，未来几乎所有的类似传染病都可以纳入，这无疑会对既有的险种区分和可能的精算产生极大影响。为避免前述问题，宜将保险人扩展保险责任的做法解释为保险人为履行社会责任而为既有意外伤害保险的保单提供了额外的附加保险，即保险人为新冠肺炎的可能患者（被保险人）在意外伤害保险的基础上提供了另外的附加医疗保险或疾病保险，如此才符合既有的意外伤害保险与疾病保险之区分理念，不至于对现有的保险法体系造成过大冲击。

（三）保险人应根据市场需要适时调整保险产品的供给

疫情暴发后，保险公司普遍通过扩展既有保险的保障范围以最大程度地转移新冠疫情风险，暴露出现有保险产品所提供的保障实际上无法涵盖诸多重大突发风险。纯粹从合同自由的角度来看，保险人固然可以基于自身利益最大化通过免责条款或除外条款将部分风险排除出保险合同的保障范围，但也应考虑当被保险人确实面临这一现实风险时，而这一风险本身可以通过适当保费缴纳借助保险合同予以转移，那么轻易排除是否有损被保险人的合理期待，是否背离了保险风险转移功能的初衷。在保险实践中，保险人曾经试图在责任保险中通过约定的方式将保险人的责任承担仅限于被保险人在共同侵权中所承担的最后按份责任而非连带责任。但终被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（四）》第16条明文否定，这很大程度上反映了社会大众对保险保障功能是有特别期待的，保险人不能借合同自由原则随意逃避自身本应承担的责任，否则“可能会导致被保险人获得的保险保障处于极大的不确定性之中，甚至投保目的完全落空”^{〔53〕}。现代风险社会所产生的风险本身就处于不断的变化中，从2003年的非典到2020年的新冠疫情，重大传染病风险已深刻地影响了人们的生活，因此保险人也应当意识到这一问题，根据市场需要适时调整自己各类保险产品的供给。在贯彻对价平衡原则的前提下，保险人应考虑如何尽可能将传染病风险纳入特定产品的保险保障范围之中（典型如将营业中断险仍然局限于企业财产损失所造成的损失显然范围过窄^{〔54〕}），从而努力最大程度地实现自身风险转移功

〔51〕 根据《健康保险管理办法》第2条之规定，疾病保险为健康保险的重要类型。

〔52〕 参见潘红艳、高雅：《新冠肺炎能否获得意外伤害保险理赔——以特定情形患病意外伤害保险赔付争议案件为分析对象》，载王宝敏主编：《保险法评论2020》，南京大学出版社2020年版，第56-57页。

〔53〕 沈小军：《论责任保险中被保险人的责任免除请求权——兼评〈保险法司法解释四〉责任保险相关条文》，载《法学家》2019年第1期，第140页。

〔54〕 参见何伟：《营业中断保险特点及法律问题探究——兼论疫情营业中断指数保险可保性》，载《上海保险》2021年第6期。

能,也增加民众对保险的信赖。此外,现行车险在保费计算方面亦背离对价平衡原则的要求,尤其是在疫情期间产生的因疫情防控措施引发的退费难题,使得未来更符合民众需要与精算要求的UBI车险产品的设计与推广势在必行。

(四) 谨守司法介入保险合同的必要限度

一直以来,基于保险深口袋的原理,总有观点认为在强势的保险人与弱势的投保人(被保险人)之间,应给予投保人(被保险人)特殊保护,在责任保险中则特别关注受害人的利益,以实现特殊的公共政策目的。长期在司法裁判中被滥用的《保险法》第17条保险人对于免责条款的提示与说明义务^[55]以及为实现受害人保护的政策目的,对交强险现行法下的分项限额大量予以突破的做法就是这一观点的体现。^[56]但此种做法忽略了风险共同体实际上是由千千万万个投保人组成的,保险人事实上承担了风险管理者的角色,如果不顾保险合同的既有约定以及对价平衡原则,一味地给予部分被保险人和受害人以优待,会损及风险共同体的整体利益。同时鉴于保险人最终会通过之后的保费分散风险,那么这部分额外成本实际上是由广大投保者来承担。是故,司法介入保险合同必须有一定限度。一般认为,只有在发生可能的纠纷时,法院才有管控的必要。^[57]此外,司法介入保险合同特别要注重秉持实定法的要求和必要的前提要件。比如,保险法所规定的因保险人未履行对于免责条款的提示与说明义务而认定该免责条款直接无效规则(《保险法》第17条),格式条款中的对保险人不利解释规则(《保险法》第30条),以及对于格式条款的内容控制规则(《保险法》第19条)。司法万不可基于宽泛的政策目的,完全无视保险合同的约定,任意扩大或缩小保险合同的保障范围。

如前所述,最高人民法院出台的《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(二)》第15条,事实上将新冠疫情所造成的损害都纳入了商业医疗保险的保障范围,属于通过司法的手段强行拓展了保险合同的保障范围。然而,不同的商业医疗保险内容千差万别,费率基础也有很大差异,无视保险合同的既有约定(尤其是免责条款的存在)而进行统一的司法强制扩展存在问题。这并未遵守司法介入保险合同的必要限度,毕竟连保险业的监管机构都只是鼓励而非绝对强制保险业扩展保险责任以履行社会义务。因此,在解释论上对上述指导意见实有做矫正的必要。可以认为此条规定主要是对保险人在疫情发生后主动扩展部分保险责任的肯定,如果因为保险合同的保障范围发生争议而诉至法院的话,裁判者仍需依据既有的条款判断保险人的责任承担。

• 869 •

五、结 语

“保险作为人类社会进步的产物,天然有着保护人身财产安全和管理风险的能力和任务”^[58],此次新冠肺炎疫情来临之后,保险确应发挥可能的风险分散作用。当然,我们也不能忽略保险业

[55] 关于说明义务规则的滥用可参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,载《法学研究》2015年第3期。

[56] 参见张力毅:《政策性保险之政策目的如何融入司法裁判——以〈交强险条例〉第1条的司法适用为中心》,载《华东政法大学学报》2016年第4期。

[57] See Kenneth S. Abraham, Four Conceptions of Insurance, 161 *University of Pennsylvania Law Review*, 653, 667 (2013).

[58] 许闲:《新冠肺炎疫情中保险发挥了什么作用?》,载《上海保险》2020年第3期,第15页。

经营与发展的基础，通过大数法则进行风险计算，并在每一个具体的保险合同中贯彻对价平衡原则。但需认识到，在没有足够的经验数据之前，保险公司的风险估算能力确实受到极大的限制。^{〔59〕}此外，保险也非万能，对于可能的巨灾风险力有不逮，对于需贯彻特别政策目的之险种，传统的商业保险也难以独立发挥作用。这些都需要公权力予以合理的介入。

疫情来临之后，保险业迅速采取了诸如扩展已有险种的保障范围与保障期限、设计新的针对性保险险种、赠送保险等措施，以彰显社会责任承担，但问题并存。总体而言，相对于国家的财政支出，我国保险业在此次疫情应对中所发挥的作用仍较为有限，与发达经济体的保险业相比也有不少的差距。^{〔60〕}未来在应对重大突发风险时，监管者需在尊重对价平衡原则和既有实定法规则的前提下，妥善利用好政策性保险工具；司法者应坚守司法介入保险合同之边界；保险人也应根据市场需要和风险变化适时调整保险产品的供给，从而更好地发挥保险在风险社会治理中的特殊作用。但不能以重大灾难和履行社会责任为借口，随意突破既有的保险法原则与规则，这样会加大民众对于保险业的不信任感，无益于保险长期稳定地发挥风险分散之功能。

Abstract: In order to combat COVID-19 epidemic and bear the burden of social responsibility, insurers have adopted a lot of measures such as expanding the coverage of insurance contracts, prolonging insurance periods, designing new insurance products and offering free insurance protections. Some emergency measures have caused heated controversies because they depart further from the principles and rules of insurance law. In the future, first of all, the insurance industry should play an important role in the transferring of risks by complying with the principle of equilibrium between premium and coverage as well as existing insurance law. Secondly, they need to resolve the lack of commercial insurance and make use of the policy insurance to deal with the problems that the empirical data are not enough and catastrophe risks may come into being. In addition, insurers ought to offer suitable insurance products to adapt to market demands and changing risks. Finally, there are some limitations on judicial interventions about insurance contracts, especially, the rules related to the operation of insurance and legal procedure ought to be respected.

Key Words: COVID-19 epidemic, risk management, principle of equilibrium between premium and coverage, policy insurance

(责任编辑：李 敏 赵建蕊)

〔59〕 参见范娟娟：《疫情保险产品的开发逻辑》，载《中国银行保险报》2020年3月27日，第006版。

〔60〕 参见杨娟：《新冠肺炎疫情对我国保险业的影响——基于国家治理视角》，载《时代金融》2020年第32期。

算法解释在民法中的体系定位与类型区分

胡巧莉 刘征峰*

内容提要：从民法视角观察，个人信息应作为法益保护。针对自动化决策的算法解释实际上是人格权衍生的非独立请求权，无需单独创设一项算法解释权。算法解释在合同领域中可被纳入保护义务的范畴，在侵权领域中则具有过错评价的功能，当个人信息处理者无法解释或拒绝解释时，可推定其存在过错。为保护个人信息处理者的商业秘密，减轻其解释负担，《个人信息保护法》第24条第3款所规定的算法解释应区分为事前解释与事后解释两种类型，两者在要件构造与解释程度上存在区别。事前解释应限于“可能产生重大影响”的敏感个人信息处理场合，事后解释则发生在“对个人权益已经产生重大影响”的自动化决策场合。事前解释义务的程度应低于事后解释义务，二者分别对应系统功能的抽象解释和对具体决策的详细解释。因重大影响产生实际损害后，个人信息主体可通过主张违约或侵权损害赔偿实现救济。对事前解释义务的意定免除若违反《民法典》第497条或第506条应为无效，但事后解释义务及其衍生的损害赔偿请求权可被免除。

关键词：算法解释 个人信息权益 自动化决策 重大影响

• 871 •

在利用个人信息的自动化决策场合，难免在信息剖析时因“歧视性”因素而作出对个人存在重大影响或产生法律效力的决策。^{〔1〕} 规制算法的方式是将存在实质性歧视、隐私风险以及其他重大影响的决策结果纳入法律调整的范围，如个人信息主体可要求作出“算法解释”。^{〔2〕} 域外法上对“算法解释”的讨论聚焦于“算法解释（权）”的规范依据与权利性质。^{〔3〕} 欧盟以《一般数据

* 胡巧莉，中南财经政法大学法学院硕士研究生；刘征峰，中南财经政法大学法学院副教授。

〔1〕 See Bart Custers et al. ed., *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*, Springer, 2012, p. 138.

〔2〕 参见郑智航、徐昭曦：《大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例》，载《比较法研究》2019年第4期。

〔3〕 See Sandra Wachter et al., Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, 7 *International Data Privacy Law* 76, 77-81 (2017); Paul Vogel, A “Right to Explanation” for Algorithmic Decisions?, in Amedeo Santosuosso, Giulia Pinotti ed., *Data-Driven Decision Making. Law, Ethics, Robotics, Health*, Pavia University Press, 2020, pp. 49-52.

保护条例》(下文简称 GDPR)第22条和序言第71条为依据,保障个人有权不受对其产生法律效力或者类似重大影响的自动化决策之约束。为维护市场交易语境下的数据公平(或称免于受欺诈或不公平对待),美国以《信贷机会均等法》(The Equal Credit Opportunity Act)和《公平信用报告法》(Fair Credit Reporting Act)作为“算法解释(权)”的主要规范依据,专门规定了贷方需就不利的算法评分向消费者解释的义务。

我国立法文本中未出现“算法解释(权)”这样的表达,但根据《个人信息保护法》第24条第3款的规定,个人信息主体有权要求个人信息处理者说明对其权益有重大影响的自动化决策,并享有相应的拒绝权。值得探讨的是,该款规定隐含的“算法解释”在民法上究竟属于何种性质,又可产生何种法律效果。我国学界对“算法解释”是否为一项独立的民事权利存在争论,肯定者认为个体赋权式的治理模式可为个人信息提供更强保护,^[4]并由此形成完整的个人信息权利体系。否定者则认为个人信息仅需作为利益保护,算法解释的功能可被现有的法律制度涵盖,创设算法解释权易形成保护功能的堆叠。^[5]两种相反的观点虽各有理由,但未能就民法体系中如何理解算法解释作出圆满的回答。无论采何种规范模式,核心是如何在主观权利体系中厘清“算法解释”的保护目的与体系价值。

本文以利用个人信息的自动化决策为研究对象,首先从“算法解释”保护的个人信息权益的法律评价出发,判断算法解释能否被人格权中的个人信息保护(《民法典》第1032条至第1039条)、消费者知情权(《消费者权益保护法》第8条、第14条以及《个人信息保护法》第44条)、合同保护义务、侵权责任等民法保护模式的规范功能所涵括,明晰其性质与定位。在此基础上,尝试在民法体系中对算法解释进行类型区分,重点分析类型区分的实益以及不同类型算法解释的规范构造。

• 872 •

一、人格权体系中的算法解释

《个人信息保护法》第24条规定了利用个人信息的自动化决策和相应的“算法解释”义务。算法解释作为保护个人信息权益的方式,其体系定位与规范性质的尚未明确,关键在于目前的民法体系中是否已经存在可以承载“算法解释”的规范制度。因此,首先,需要先明确个人信息权益的性质,再判断算法解释的体系位置是处于“个人信息保护体系”还是人格权保护体系,其性质为独立权利还是请求权。其次,基于算法解释的规范目的,自动化决策对个人权益的重大影响产生的时间不同,需区分不同的算法解释类型。

(一) 作为非独立请求权的算法解释

《民法典》规定自然人的个人信息受法律保护,列明了个人信息处理中需遵循的原则和违反相应义务时需承担的责任。《个人信息保护法》对个人信息保护作出了更为详尽的规定,但均未

[4] 参见张凌寒:《商业自动化决策的算法解释权研究》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2018年第3期;张恩典:《大数据时代的算法解释权:背景、逻辑与构造》,载《法学论坛》2019年第4期;解正山:《算法决策规制——以算法“解释权”为中心》,载《现代法学》2020年第1期。

[5] 参见贾章范:《论算法解释权不是一项法律权利——兼评〈个人信息保护法(草案)〉第二十五条》,载《电子知识产权》2020年第12期;辛巧巧:《算法解释权质疑》,载《求是学刊》2021年第3期。

言明“个人信息权”的存在，仅出现“个人信息权益”的表达。个人信息属于人格要素，与人格权的保护内容存在交叉，若重复性地创设独立的“个人信息权”，则会与人格权的保护体系产生叠合。^{〔6〕}立法政策对个人信息保护采行为规制模式，正是由于个人信息权益尚未达致“权利的分配密度”（Zuweisungs-dichte）。^{〔7〕}行为规制模式将个人信息视为一项法益，规制信息处理行为，既可避免权利泛化，亦可缓解与个人信息利用与保护之间的紧张关系。^{〔8〕}因此，个人信息法益可置于人格权规范体系下予以保护，尽管《个人信息保护法》第四章“个人在个人信息处理活动中的权利”中使用了“权利”，但其仅为技术意义上的表达，与《民法典》第五章“民事权利”中具体列举的生命权、身体权等权利的性质并不相同，将其理解为保护个人信息法益的请求权更为适宜。

在明确了个人信息权益属于人格权保护体系的法益后，作为其保护方式的“算法解释”，亦应当被置于人格权保护体系的范畴进行性质界定。对于“算法解释”的关键争议在于《个人信息保护法》第24条第3款是否创设了“算法解释权”。支持的观点认为目前的法律资源不敷适用，应配置独立的算法解释权，用以平衡自动化决策使用者与相对人不对称的权力关系。^{〔9〕}只有通过赋权才能增强算法透明性，以破解“算法黑箱”的方式达到提高算法可责性的目的。^{〔10〕}否定的观点认为算法解释的功能可通过其他规制手段实现，^{〔11〕}创设权利的救济效果有限，会对商业秘密、国家利益和市场竞争秩序造成不良影响，徒增裁判成本。^{〔12〕}深思之，支持算法解释“权利化”的观点未从民法体系的视角去观察算法解释的定位。算法解释所保护的法益可以被人格权规范体系所涵盖，在合同与侵权领域表现为不同的保护手段与规范功能。至于商业秘密，其仅构成对算法解释说明义务的限制，不能绝对地拒绝算法解释请求权的适用。^{〔13〕}

域外法上，学者们以GDPR第22条及序言第71条为核心对算法解释的规范模式展开了讨论。有观点认为即便序言在欧盟法律下并不具有拘束力，但为了引导数据主体依据GDPR行使权利，至少应保障其从功能角度获得解释的利益。^{〔14〕}相反观点则认为GDPR第22条并未明文规定“算法解释权”，序言第71条虽提及“算法解释权”（the right to obtain an explanation of the decision），但其未处于正式文本中，不可创设权利类型。^{〔15〕}亦有观点主张“算法解释权”可能引发新的“透明性谬误”，通过被遗忘权、数据可携带权、隐私保护等即可使算法更加注重

〔6〕 参见郑晓剑：《个人信息的民法定位及保护模式》，载《法学》2021年第3期；程啸：《论我国民法典中个人信息权益的性质》，载《政治与法律》2020年第8期。

〔7〕 Vgl. Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 20. Aufl., 2016, Rdn. 263.

〔8〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编释义》，法律出版社2020年版，第196页。

〔9〕 参见前引〔4〕，张凌寒文；前引〔4〕，解正山文。

〔10〕 参见姜野、李拥军：《破解算法黑箱：算法解释权的功能证成与适用路径——以社会信用体系建设为场景》，载《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2019年第4期；许可、朱悦：《算法解释权：科技与法律的双重视角》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

〔11〕 参见前引〔5〕，辛巧巧文。

〔12〕 参见前引〔5〕，贾章范文；李天助：《算法解释权检视——对属性、构造及本土化的再思》，载《贵州师范大学学报（社会科学版）》2021年第5期。

〔13〕 参见吕炳斌：《论个人信息处理者的算法说明义务》，载《现代法学》2021年第4期。

〔14〕 See Bryan Casey et al., Rethinking Explainable Machines: The GDPR's "Right to Explanation" Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise, 34 Berkeley Technology Law 143, 159-161 (2019).

〔15〕 参见前引〔3〕，Sandra Wachter等文，第79-80页。

个体利益保护。^{〔16〕}不同成员国对算法解释的规范模式并未与GDPR完全保持一致。德国、比利时并未肯认GDPR序言第71条所提及的“算法解释权”。^{〔17〕}可能的原因在于,基于算法自动化决策所作出的歧视性结果可由其他法律规范进行规制。如德国《一般平等待遇法》不仅将损害赔偿作为救济方式,而且将救济方式扩展至可能对契约自由作根本性否定的强制缔约。^{〔18〕}“如果歧视行为表现为拒绝订立合同,在只有通过订立合同才能排除妨碍的情况下,排除妨碍的外延中实际上包含了强制缔约这一方式。”^{〔19〕}在英国与爱尔兰的《数据保护法》中,虽不能直接看出“算法解释权”,但其均要求数据控制者阐明算法分析的过程。^{〔20〕}法国和匈牙利的相关法令将“算法解释权”纳入了规范范畴,只是在行使的具体要求上略有不同。^{〔21〕}甚者,意大利最高上诉法院在判决中直接将“算法是否透明”作为个人信息处理中的“个人同意”是否有效的关键因素。若算法不透明则个人信息主体作出的“同意”归于无效,对利用算法进行自动化决策的手段进行严格规制。^{〔22〕}

还有学者倾向于将概念限缩,不称其为“解释权”(right to explanation)而称其为“知情权”(right to be informed),认为知情内容包括算法系统功能与具体的自动化决策。^{〔23〕}但知情权对应的是个人信息处理者的事前告知义务,披露的时间为收集信息时、处理个人信息前,不包括处理个人信息并作出决策后的情形。^{〔24〕}在内容上,知情权旨在披露个人信息处理的主体、目的、内容、方式以及享有的访问权等权利,^{〔25〕}不包括对具体自动化决策结果的解释。我国《个人信息保护法》第44条规定个人对其个人信息的处理享有知情权,并未言明知情的具体内容。第17条对告知义务内容的规定亦不包含针对个人的具体自动化决策。

因此,算法解释并不等同于算法透明原则项下的知情权。知情权的内容较算法解释更为狭窄,不要求“重大影响”作为要件,亦不包含复杂的事后解释类型。若不对事前与事后进行区分,统一以知情权保护,将会忽略对个人信息处理者商业秘密的保护和解释负担的关注。在规范效果上,算法解释不仅具备与告知义务类似的事前防御性效果,还有事后救济的功能,具体表现为合同领域中义务不履行责任的判断和侵权责任领域中过错的评价。无论是《消费者权益保护法》中的消费者知情权,还是《个人信息保护法》中的个人信息主体的知情权,均无法完全囊括

〔16〕 See Lilian Edwards, Michael Veale, Slave to the Algorithm: Why a Right to An Explanation Is Probably Not the Remedy You Are Looking for, 16 *Duke Law & Technology Review* 18, 19-20 (2017-2018).

〔17〕 See Gianclaudio Malgieri, Automated Decision-making in the EU Member States: The Right to Explanation and other “Suitable Safeguards” in the National Legislations, 35 *Computer Law & Security Review* 1, 8-13 (2019).

〔18〕 参见刘征峰:《从“反歧视原则”进入民事交易关系观察当代民法理念的革新》,载《法制与社会发展》2017年第1期。

〔19〕 Haberl, Antidiskriminierungsrecht und Sanktionensystem: Die Konkretisierung gemeinschaftsrechtlicher Mindestvorgaben, GPR 6 (2009), 202, 202-209.

〔20〕 See UK Data Protection Act 2018, Chapter 2, Section 14; Irish Data Protection Act 2018, Part 3, Chapter 3, Article 57.

〔21〕 参见前引〔17〕, Gianclaudio Malgieri文,第21-22页。

〔22〕 See Giorgia Bincoletto, Italy Supreme Court of Cassation on Automated Decision Making: Invalid Consent if an Algorithm is Not Transparent, 7 *European Data Protection Law Review* 248, 248-249 (2021).

〔23〕 参见前引〔14〕, Bryan Casey等文,第161页。

〔24〕 See Isak Mendoza, Lee A. Bygrave, The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, in Synodinou et al. ed., *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, Springer, 2017, p. 93.

〔25〕 See GDPR Article 13, Article 14; 我国《个人信息保护法》第17条。

算法解释的规范功能。

综上所述,判断“算法解释(权)”是否存在,不应拘泥于立法文本的形式表达,应当充分结合背后的规范目的和价值考量。从《民法典》所采的立场来看,作为一般人格权条款的第990条第2款以“其他人格权益”保护一般人格权,与该条第1款所规定的具体人格权相区分。^[26]个人信息保护的诸多内涵可被纳入具体人格权与一般人格权益的保护范畴。因此,在不存在独立的个人信息权的前提下,算法解释作为保护个人信息权益的方式,既不是作为个人信息权的权能,也不是作为独立的算法解释权,其民法性质为保护个人信息法益的非独立请求权。^[27]

进一步而言,算法解释是依附于人格权保护体系、为实现人格利益保护而服务的非独立请求权。《个人信息保护法》第24条第3款和第48条规定的解释义务以及第44条所规定的“知情权”存在保护内容上的重合之处,均构成个人信息主体在个人信息处理中要求事前知情或者事后解释的权益保护手段。对于《个人信息保护法》与《民法典》之间的适用关系,合理的模式应为《民法典》人格权编仅对个人信息保护作出原则性和转介性的规定,《个人信息保护法》对具体问题作出更为细致的规范。在《个人信息保护法》中没有明文规定时,才可适用《民法典》中的一般条款。^[28]

(二) 非独立请求权性质下的类型区分实益

正如前文所言,若不对算法解释进行事前事后的区分,可能导致其与知情权的混淆和对事后救济功能的忽视。个人信息属于人格要素,而保护人格权的方式在事前和事后有所区别,损害产生的事前表现为防御型请求权,损害产生的事后表现为救济型请求权。因此,值得探讨的是:算法解释作为人格权保护项下的非独立请求权,是否应参照人格权保护方式因事前事后的差异而区分不同的类型。

GDPR未对算法解释的性质属于事前解释还是事后解释作出明确规定。^[29]事前解释发生于算法提供者基于用户同意开始收集个人信息后、自动化决策作出前,决策系统的规则设计可能对个人信息主体权益产生重大影响。事前解释提供的信息为系统功能,例如可能被考虑的数据类型及特征或决策树的分级标准等,未具体到个人信息主体。^[30]事后解释则发生在自动化决策已经作出,且对个人信息主体的个人权益产生了重大影响的情形。事后解释的内容既包括系统功能也包括针对个人的具体决策,如某一特定主体被采纳的信息类型、个案中纳入自动化决策的因素和权重、对权益产生的重大影响等。^[31]

与合同法上的保护义务以及侵权责任领域的交往安全义务相类似,只有当个人信息主体与个人信息处理者进入到一定程度的特别结合关系中,才可对其施加解释义务的负担,不可在尚未开

[26] 参见朱晓峰:《论一般人格权条款与具体人格权条款的规范适用关系》,载《比较法研究》2021年第3期。

[27] “请求权有独立请求权与非独立请求权之分,独立的请求权不依赖于其他权利而独自存在,本身即属于一种权利,而非独立请求权则是为实现其他的权利服务的。”参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第325页。

[28] 参见王苑:《个人信息保护在民法中的表达——兼论民法与个人信息保护法之关系》,载《华东政法大学学报》2021年第2期;石佳友:《个人信息保护的私法维度——兼论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》,载《比较法研究》2021年第5期。

[29] 参见前引〔3〕,Sandra Wachter等文,第82页。

[30] 参见前引〔3〕,Sandra Wachter等文,第78页。

[31] 参见前引〔17〕,Gianclaudio Malgieri文,第22-23页。

始收集个人信息时即要求作出事前解释。但我国《个人信息保护法》第24条第3款忽略了事前解释与事后解释在保护目的和解释内容上的区别。本文认为,应作事前解释和事后解释的类型区分,区分的实益如下:

首先,事前解释的功能无法被《个人信息保护法》第17条的事前告知义务所涵盖,该条第1款第2项规定,个人信息处理者在处理个人信息前,应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人信息主体告知个人信息的处理目的、处理方式、处理的个人信息种类、保存期限。其中的处理方式仅意味着选择人为还是自动化决策,^[32]并不要求具体解释算法系统功能以及算法运行规则。《个人信息保护法》第48条规定个人信息主体可要求个人信息处理者解释说明的“个人信息处理规则”,与第17条的“处理的方式”亦不相同。

有学者提出“算法说明义务”这一概念,认为从告知义务中可推导出“算法说明义务”,其适用于算法决策的全过程,以避免陷入算法解释是否为独立权利类型的争议。算法解释仅包括自动化决策已经对个人权益产生重大影响的事后解释,而“算法说明义务”则不拘泥于“重大影响”这一条件。^[33]该观点存在以下可供商榷之处:第一,“算法说明义务”是一个较为模糊的概念,其简单地将“告知义务”与“算法说明义务”等同,但无论是《个人信息保护法》第7条、第14条还是第17条均无法解释“算法说明义务”的具体内涵。第二,通过模糊概念规避算法解释的性质分析存在不妥。如前文所述,算法解释的性质应为人格权保护体系中的非独立请求权。《个人信息保护法》第24条第3款不仅包括事后解释,亦包括自动化决策作出前的事前解释。事前解释与事后解释在适用要件上有所区别,前者仅要求“可能的重大影响”,后者要求“已经产生重大影响”。第三,前文已述,《个人信息保护法》第17条规定的告知义务仅为事前告知义务,若将“告知义务”与“算法说明义务”等同,则“算法说明义务”无法包含事后说明的类型。第四,若“算法说明义务”无要求“重大影响”这一要件,会过度增加个人信息处理者的解释负担,不利于个人信息的流通。因此,通过“算法说明义务”无法否定算法解释存在事前解释和事后解释两种类型。

其次,事前解释注重防御性的保护,目的在于避免抽象的重大影响转化为针对个人的重大影响;事后解释则注重对已经发生的重大影响作出解释,并在重大影响转化为损害后对义务违反及过错要件进行评价。事前解释作为防御性请求权,可以为损害实际产生前的个人信息主体提供预防性的保护,尤其是以敏感个人信息为对象的处理行为。这与《民法典》第997条规定的防御性请求权的规范功能相似。该条的根本目的在于为人格权保护提供高效、便捷的预防性保护措施。^[34]对于自动化决策中个人权益的保护亦应如此。虽然此时损害尚未发生,但损害赔偿带来的负担不仅仅发生在具体加害人与受害人之间,还会造成额外的社会支出,预防损害能够以最低成本产生最大收益。^[35]不过,事前解释的适用场景需作限缩,否则会对个人信息处理者造成过

[32] 参见程啸:《个人信息保护法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第179页。

[33] 参见前引[13],吕炳斌文。

[34] 参见程啸:《论我国民法典中的人格权禁令制度》,载《比较法研究》2021年第3期。

[35] 参见朱岩:《侵权责任法通论·总论》,法律出版社2011年版,第107页;〔奥〕海尔姆特·库齐奥:《侵权责任法的基本问题(第一卷):德语国家的视角》,朱岩译,北京大学出版社2017年版,第78-80页。

重的解释负担。

再者，区分事前解释与事后解释更有利于实现对商业秘密的保护。在自动化决策作出前，个人权益尚未受到重大影响，应基于比例原则承认商业秘密对解释请求权的一般性抗辩。“合法、正当、必要原则”已成为个人信息处理的基本原则（《个人信息保护法》第5条），是比例原则在民法中的体现，有益于弥补数字时代意思自治与契约自由的缺陷。^{〔36〕}比例原则的适用不应局限于个人信息处理者的处理行为，还应包括对个人信息主体算法解释请求权的限制。例如，作为框架权的一般人格权的效力弱于具体人格权，只有通过利益权衡，才能认定是否存在侵害这些权益的行为。在进行利益权衡时，必须考虑到其他人与此相冲突的权益。^{〔37〕}基于人格权所衍生的非独立请求权更应如此，当事前解释与他人的商业秘密产生冲突时，由于此时对个人信息主体权益的重大影响尚未实际产生，故个人信息处理者的商业秘密应优先受到保护。

正如GDPR序言第63条所指明的，个人信息权利的行使不应对其他主体的合法权益产生不利影响，尤其是商业秘密、知识产权以及软件版权。^{〔38〕}实践中，多数个人信息处理者在拒绝作出解释时给出的理由为“保护商业秘密”。如在“卢米斯案”中，上诉法院因“商业秘密保护”而拒绝了被告所提出的“打开再犯风险评估算法”的请求。^{〔39〕}在“SCHUFA案”中，当事人因较低的自动化信贷评分而失去了借贷机会，但其在申请评估公司公开计算评分的算法规则时，同样被法院以保护商业秘密的理由而驳回。^{〔40〕}算法本身具有客观性，且往往蕴含着商业秘密，这已成为增强算法问责制和透明度的主要障碍之一。^{〔41〕}有观点认为，只有在算法解释涉及公共利益的情形下才可考虑进行公开。^{〔42〕}

我国《个人信息保护法》第48条未对解释说明的限度、个人信息处理者的抗辩事由作出规范。在实践中，如果缺乏法律的明确规定，平衡算法解释与商业秘密将会面临较大的困境。^{〔43〕}商业秘密保护有效地在算法中创造了一种不需要公开的财产权益，但这并非意味着只要进行算法解释就会不利于商业秘密的保护。首先，算法解释的内容并非均属于商业秘密的范畴。复杂的代码与运算模型对于非专业人员而言并无解释的实质效果，只有将算法解释与具体的决策结果相联系，才能够达到个人信息主体主张解释的目的。其次，算法解释所寻求的是“有法律意义的信息”，通过对解释对象和解释内容的限制可以规避侵害商业秘密的风险。在解释对象上，可针对某些特定群体进行小范围的公开解释。在解释内容上，无需对核心算法进行公开解释，但至少应当公开影响算法决策过程的决定性因素及一般操作模式。^{〔44〕}在解释条件上，限于法律明确规定

• 877 •

〔36〕 参见刘权：《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》，载《法学家》2021年第5期。

〔37〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第107页。

〔38〕 See GDPR Recital 63 sentence 5.

〔39〕 See *State v. Loomis*, 881 N. W. 2d 749 (Wis. 2016).

〔40〕 Vgl. BGHZ 200, 38.

〔41〕 See Sonia K. Katyal, *Private Accountability in the Age of Artificial Intelligence*, 66 *U. C. L. A. Law Review* 54, 54–59 (2019).

〔42〕 See *Campbell v Frisbee* [2002] EMLR 31; Guido Noto La Diega, *Against the Dehumanisation of Decision-Making: Algorithmic Decisions at The Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, 9 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 3, 13 (2018).

〔43〕 See Gianclaudio Malgieri, *Trade Secrets v Personal Data: A Possible Solution for Balancing Rights*, 6 *International Data Privacy Law* 102, 102–106 (2016); 前引〔42〕, Guido Noto La Diega文, 第14–18页。

〔44〕 参见前引〔3〕, Paul Vogel文, 第54–55页。

的情形或者仅在个案中向单个数据主体披露。^{〔45〕}因此,将可能涉及商业秘密的解释内容限制在事后解释的范畴则可避免对个人信息处理者商业秘密的过度妨害。

综上所述,应以对个人权益的重大影响或损害实际发生的时间为节点,对算法解释的类型作出区分,分为收集信息后决策作出前可能产生重大影响的事前解释与决策作出后并产生重大影响的事后解释两种类型。类似于合同缔结前后双方当事人所承担的保护义务内容与程度的差异,事前解释的义务低于事后解释,以平衡个人信息主体的合法权益与个人信息处理者的商业秘密保护等利益。

二、事前的算法解释与基于同意的义务免除

根据《个人信息保护法》第24条第3款的规定,算法解释需遵循的规范要件有二:第一,自动化决策。《个人信息保护法》第24条第3款中“拒绝”所指向的是“仅通过自动化决策的方式作出决定”,不包括掺杂人工干预的自动化决策结果。第二,该决策对个人权益有重大影响。个人权益并不限于个人信息权益,亦包括《民法典》总则编第5章所规定的其他民事权利,如生命权、身体权、健康权、财产权等。因此,在事前解释与事后解释中,自动化决策方式与个人权益是两者的共同要件,但两者对“重大影响”的判断并不相同。

(一) 敏感个人信息处理中对重大影响的推定

事前解释中的“重大影响”为“可能的重大影响”。对于“重大影响”这一要件,《个人信息保护法》第24条第3款与GDPR第22条的规范表述并不相同。GDPR第22条将数据主体不受自动化决策限制的要件列为“对数据主体产生法律效力或对其造成类似的重大影响”,从文义结构上看,产生法律效力应属于“重大影响”的一种具体表现。我国《个人信息保护法》第24条第3款仅要求“重大影响”,但从规范目的而言,“重大影响”应包含产生法律效力这一种表现形式。

遍阅《民法典》,并无“重大影响”这样的表达,与此类似的仅有《民法典》第496条中的“重大利害关系”。“重大利害关系”的认定可参考《消费者权益保护法》第26条第1款,如商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险提示、民事责任等内容属于与消费者有重大利害关系的范畴。通常认为,《民法典》第470条规定的合同一般条款均属于与当事人有重大利害关系的条款。^{〔46〕}具体到个人信息保护领域,若个人信息处理者基于同意而实施个人信息处理行为,“重大利害关系”不仅表现为同意范围内的事项,而且包括可能对个人信息主体的民事权利产生重大影响的内容。若个人信息处理者基于订立合同必需而实施信息处理行为,“重大利害关系”则主要表现为合同这一基础关系所构建的权利义务关系。抽象而言,“重大利害关系”涵括任何对个人信息主体民事权益产生影响的内容。这样的理解也进一步回应了“重大影响”应该包含“产生法律效力”的解释。

《个人信息保护法》第55条及第56条对于个人信息保护影响评估作出了规范,要求个人信

〔45〕 参见前引〔4〕,解正山文。

〔46〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》〔一〕,人民法院出版社2020年版,第246页。

息处理者在事前应当进行个人信息保护影响评估，评估的内容包含“对个人权益的影响及安全风险”。具体而言，《信息安全技术个人信息安全影响评估指南》（GB/T 39335—2020）第 5.5.1 对个人权益维度进行了细化。对个人权益的影响可分为以下四类：第一，限制个人自主决定权，例如无法选择拒绝个性化广告的推送，被蓄意推送影响个人价值观判断的资讯等。第二，引发差别性待遇，例如因疾病、婚史、学籍等信息泄露造成的针对个人权利的歧视。第三，使个人名誉受损或遭受精神压力，例如被他人冒用身份、监视追踪等。第四，人身财产受损，例如引发人身伤害、遭受诈骗、勒索等。这些可能对个人权益产生重大影响的内容与《个人信息保护法》第 28 条中的“人格尊严受到侵害、人身财产安全受到危害”高度吻合。因此，在事前解释中，通过个人信息的敏感度即可推定对个人权益的重大影响。

从《个人信息保护法》第 28 条至第 30 条的规定可以明显看出法律对敏感个人信息的特殊保护。敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用则容易导致自然人的尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息（《个人信息保护法》第 28 条），在个人信息处理过程中容易对个人权益产生重大影响。基于此，个人信息处理者处理敏感个人信息的，应当向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响，但在一般个人信息的处理中，并未要求个人信息处理者事前告知自动化决策对个人权益的影响。损害尚未实际发生时，对个人信息主体的保护力度应低于损害实际发生的时候。因此，需通过区分个人信息的类型对事前解释作出限制，事前解释的对象应限于对敏感个人信息的处理行为。非敏感个人信息一般不会引起对个人权益的重大影响，且在事前难以证明。若将非敏感的个人信息的处理纳入事前解释的范畴，会对个人信息处理者课加过重的解释负担。

• 879 •

在符合上述要件后，事前解释的具体内容不仅包括《个人信息保护法》第 17 条的内容，亦应包括向个人信息主体披露自动化决策适用的逻辑和可能的一般性后果。^[47] 但个人信息处理者仅需作抽象解释，并不具体到与相对人有关的自动化决策结果。^[48] 欧洲法院对算法解释的内容采取了较为谨慎的态度，其指出责任主体仅需对一般性的信息以可理解的方式作出解释。^[49] 事前解释的目的在于帮助个人信息主体了解预期或未来的自动化决策，以便在知情的基础上决定是否允许自己的个人信息被处理、评估自动化处理的合理性或者行使更正权、反对权等请求权。^[50] 通过对系统功能等抽象内容的解释，已经足够达到相应的防御效果。^[51]

（二）个人同意与解释义务的免除

若个人信息主体事前同意免除个人信息处理者的算法解释义务，会对该义务产生何种影响？免除算法解释义务的事前同意与《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 1 项中规定的“取得个人

[47] See GDPR Article 13 (2) (f)、Article 14 (2) (g).

[48] 参见前引 [10]，姜野、李拥军文。

[49] See *YS v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* (C-141/12) and *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v M, S* (C-372/12), ECJ judgment of 17/07/2014 para. 50 et seq.

[50] See Sandra Wachter et al., *Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, 31 *Harvard Journal of Law & Technology* 841, 865-867 (2018).

[51] See Antoni Roig, *Safeguards for the Right not to be Subject to a Decision Based Solely on Automated Processing* (Article 22 GDPR), 8 *European Journal of Law and Technology* 1, 3 (2017).

的同意”并非等同的概念。前者同意的内容为免除将来的算法解释义务，是对责任的免除；而后者仅同意个人信息处理者对个人信息的处理行为，并非对责任的免除。对于何种情形下能够免除个人信息处理者的解释义务，目前并无细致的研究，仅有学者就免除告知义务主张应当以个人信息是否直接向信息主体收集作为区分标准。^{〔52〕}但这与解释义务的免除并不相同，事前告知义务的内容仅可被事前算法解释所涵括，忽视了事后解释的类型。无论是告知义务的免除还是解释义务的免除，均属于对个人信息主体权益的处分，在适用情形上可参考类似的规范。

《个人信息保护法》第24条第3款未对算法解释请求权的行使设置例外。GDPR第22条第2款设置了3项例外情形，第一项是“该决定为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需”，合同作为双方当事人分配风险的工具，若该自动化决策系双方经过自由磋商而订入合同且合同不存在无效情形，则可视为对抗解释义务的事由。第二项是“该决定是由欧盟或其成员国的法律授权作出的，且该欧盟或其成员国的法律不仅约束控制者，并且明确了保护数据主体权利、自由和合法利益的适当措施由联盟或成员国的法律规定”，此种例外情形是指存在明确的法律授权保障该自动化决策的实施，置于我国法律规范的语境下类似于“法律、行政法规规定的其他情形”。如果该自动化决策的决定系为履行法定职责或者法定义务所必需，除非该法定职责或者义务包含无需针对自动化决策作出解释的内容，一般不允许其直接对抗解释义务。但我国《个人信息保护法》第13条第1款第4、5项的内容系基于保护公共利益的目的而设置，公共利益的保护可通过限制个人信息处理者的信息处理行为而实现，限制个人信息处理者的算法解释义务并不能达到此种规范目的，因此无需将其作为免除解释义务的场合处理。第三项是“该决定基于个人信息主体的明确同意”，此处的“明确同意”与个人信息保护中的“告知—同意”规则并不相同。“告知—同意”规则仅针对《个人信息保护法》第17条的告知事项，并不包含解释义务中所指向的算法规则与具体决策结果之间的关联。“明确同意”的实质为个人信息主体明知自动化所作出的决定可能会或者已经对个人权益产生重大影响仍愿意接受该种结果的发生。

关键在于，个人信息主体通过事前同意免除解释义务是否有效。个人同意系属于私主体对自己个人信息权益的处分，^{〔53〕}对于个人信息保护中个人信息主体的“同意”的性质，学界存在诸多争议，大致为“法律行为许可说”^{〔54〕}“信托授权行为说”^{〔55〕}“持续性代理行为说”^{〔56〕}等。从民法的角度而言，“同意”的性质应当区分合同与侵权不同的场合而定。在合同领域，同意可能成为合同中给付内容的一部分。在侵权领域，同意或可作为免责事由（受害人同意）免除个人信息处理主体的责任（发生在事后解释的情形下）。^{〔57〕}

通过事前同意免除解释义务的方式分为三种，其一为个人信息处理者提供格式条款排除其解

〔52〕 参见程啸：《论个人信息处理者的告知义务》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2021年第5期。

〔53〕 参见万方：《个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”》，载《中国法学》2021年第1期。

〔54〕 参见刘召成：《人格商业化利用权的教义学构造》，载《清华法学》2014年第3期。

〔55〕 参见丁晓东：《个人信息权利的反思与重塑——论个人信息保护的适用、前提与法益基础》，载《中外法学》2020年第2期。

〔56〕 See Jennifer Barrigar et al., Let's Not Get Psyched Out of Privacy: Reflections on Withdrawing Consent to the Collection, Use and Disclosure of Personal Information, 44 Canadian Business Law Journal 54, 60 (2006).

〔57〕 参见前引〔53〕，万方文。

释义务，其二为个人信息主体与个人信息处理者磋商达成免除解释义务的约定，其三为个人信息主体单方免除个人信息处理者的解释义务。第一种方式较为常见，典型情形为网络平台设置格式条款，如“用户若同意上述内容，则本平台无需对自动化决策所作出的决定承担解释责任”。个人信息主体仅有是否接受免除解释义务的选择空间，并无磋商余地。但格式化条款可能因排除个人信息主体的主要权利而无效。根据网络平台对自身解释义务减轻或免除的不同程度，分别可能符合《民法典》第497条第2项或第3项，即个人信息处理者通过格式条款不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利和信息处理者直接排除对方主要权利的情形。个人信息主体对个人信息处理者所享有的算法解释请求权是否属于“主要权利”？前文虽否定独立的算法解释权，但算法解释在合同领域中可辅助主权利的实现，对该义务的违反会造成利用个人信息提供服务这一主给付义务的不适当履行。因此，对算法解释的保护应纳入该条所规定的“主要权利”的范畴。第二种方式是个人信息处理者与个人信息主体通过磋商达成免除解释义务的约定。解释义务产生的前提是对个人权益的重大影响，若此种影响已经足以造成对方人身损害或者属于因故意或重大过失造成对方财产损失的，则因违反《民法典》第506条而归于无效。第三种方式是个人信息主体直接单方免除其解释义务，其无效的情形与第二种方式相同。

事前同意免除解释义务，是否需要严格限定于“明确同意”的情形？若个人信息主体默示同意，是否发挥相应的免除效果？在意思表示的概念中，应区分两个方面：作为行动的意思表示以及作为客观逻辑的意义构造的意思表示。只有某一举动本身是被意愿的，才存在一项民法意义上的具有法律重要性的“行动”。^{〔58〕} 设置为明确同意的意义在于，自动化决策可能对个人权益产生重大影响，若被免于解释，个人信息主体的同意实际上是对相关合同责任或侵权责任的豁免，意思表示必须清楚且确定，以避免引起权利义务关系的争议。对于默示的意思表示，由于在个人信息处理中存在个人信息主体知情权与个人信息处理者告知义务的断层，同意的意思表示本就存在不自由的空间，^{〔59〕} 若允许默示同意，则难以避免个人信息主体作出含有效力瑕疵的意思表示。

因此，个人信息处理者的解释义务不可轻易被事前免除，若自动化决策可能对个人信息主体的权益产生重大影响，个人信息处理者需对自动化决策的相关内容作出清晰、通俗的解释。《个人信息保护法》第24条第3款并未规定违反该事前解释义务的民事责任，需具体分析：若双方将解释义务订入合同约定，则依照是否违反合同义务界定民事责任；在无合同约定的场合，个人信息主体可拒绝个人信息处理者仅依据自动化决策作出决定。而事后所产生的解释义务以及损害赔偿义务可被免除，原因在于当事人可对自己已经产生的算法解释请求权及损害赔偿请求权予以处分，与事前免除的效果存在本质区别。

三、事后解释在救济体系中的功能与损害赔偿

事后解释中的关键要件是“已经对个人权益产生实际的重大影响”，且无论是一般个人信息

〔58〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法律行为解释之方法——兼论意思表示理论》，范雪飞、吴训祥译，法律出版社2018年版，第36-37页。

〔59〕 参见前引〔53〕，万方文；武腾：《最小必要原则在平台处理个人信息实践中的适用》，载《法学研究》2021年第6期。

还是敏感个人信息，只要符合该要件即可要求事后解释。原因在于，重大影响或者损害已经实际产生，既不会对个人信息处理者造成过重的解释负担，亦有正当理由反驳以商业秘密为抗辩。至于何种结果构成“重大影响”，需在合同或侵权等不同场域分别判断。在重大影响已经实际产生的情况下，事后解释并不能发挥完全的救济效果，需辅之损害赔偿责任。

（一）事后解释中的重大影响

事后解释中重大影响的典型一般为不当处理个人信息，导致个人在工作机会、金融安排等方面遭受负面影响。^{〔60〕}一方面包括自动化决策对个人信息主体的法律地位或合同权利等产生影响，如合同撤销、社会福利丧失、被拒绝给予公民身份等；另一方面也包括个人的法律权利或义务未因自动化决策而改变，但是该决策对个人的境遇、行为或选择产生显著影响，或导致其因歧视被排除在某种机会之外（如金融服务、就业或者教育机会丧失）。^{〔61〕}但根据《个人信息保护法》第24条第3款的文义，“重大影响”并未限定于不利影响的层面，即便是产生有利的重大影响，个人信息主体仍有选择是否接受的自由。

鉴于上述讨论，何种行为可被评价为“对个人权益已经产生重大影响”乃问题的核心。个人权益的认定与影响是否重大存在直接的关联，该问题可转化为如何认定构成重大影响的个人权益。在合同关系中，个人信息处理对个人权益产生重大影响的典型表现为个人信息处理的格式条款，网络平台多基于此声明有权对个人信息进行收集、存储、使用等。因此，对《民法典》第497条中“主要权利”的判断可资借鉴，但何为“主要权利”，需要根据合同性质本身确定，不仅仅关注双方当事人签订合同的内容，而应就合同本身的性质来考察。^{〔62〕}“主要权利”不可简单地解释为法律规定的权利，或由法院基于公平原则进行自由裁量所认定的权利。^{〔63〕}因此，“对个人权益已经产生重大影响”在合同领域表现为违反主给付义务以及违反其他给付义务导致个人权益遭受损害，在侵权领域表现为对个人信息主体主要权利造成损害。

由于此时影响已经实际产生，对于影响程度的判断相较于事前解释中对重大影响的推定更为容易且准确。依据《信息安全技术个人信息安全影响评估指南》（GB/T 39335—2020）中所提供的个人权益影响程度判定准则，可以个人信息主体所遭受的困扰程度、付出的成本、生理疾病、财产权益损害、信用名誉损害等作为标准判断影响的严重程度。若该自动化决策行为使得个人信息主体遭受诈骗、信用评分和名誉受损、失去工作机会、产生生理疾病等，则可被评价为对个人权益产生了重大影响。当然，这些情况在限制个人自主决定权、引发差别性待遇、人身财产受损等不同场景中存在不同的表现，需具体判断。若只是对个人信息主体造成了精神上的厌烦与恼怒情绪，则仅被评价为低程度的影响，不符合要求事后解释的要件。

在事后解释中，算法控制者应当向个人信息主体披露的信息不限于算法系统功能的一般性事前解释，而应对具体的算法决策结果予以说明，如基础性数据、算法规则、决策结果三者之间的

〔60〕 See Christopher Kuner et al., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford University Press, 2020, p. 523, 666.

〔61〕 See A29WP: A29 WP, Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 17/EN. WP 251rev. 01 (Feb. 6, 2018).

〔62〕 参见前引〔46〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第253页。

〔63〕 参见杨显滨：《网络平台个人信息处理格式条款的效力认定》，载《政治与法律》2021年第4期。

关联性。^{〔64〕}可能面临的困境在于，打开“算法黑箱”不可避免地涉及对定义代码和算法规则的专业解释，高维机器学习人类解释风格在技术素养方面的差异造成了算法透明度的一大障碍。^{〔65〕}此时需要由该自动化决策所涉及的具体领域的专业人士作出阐释，如医疗服务者可以解释手术与辐射治疗的差异，对每个技术细节进行解释，^{〔66〕}以辅助判断决策作出的正当性。

（二）损害赔偿认定中的算法解释

事后履行解释义务所发挥的效果弱于事前解释的防御效果，需要辅之以拒绝、删除，以及合同和侵权领域的损害赔偿责任。《个人信息保护法》第24条第3款赋予了个人信息主体对仅通过自动化决策作出决定予以拒绝的请求权，主张拒绝的要件应为该决定对个人权益产生了重大影响。因此，个人信息主体有权要求个人信息处理者予以解释说明，在个人信息处理者违反解释义务时，个人信息主体可主张拒绝仅受该自动化决策结果约束，亦可根据《个人信息保护法》第47条第1款第4项的规定主张删除。但“拒绝+删除”的处理模式仅能面向将来产生保护效力，并不能有效救济已经遭受重大影响的个人权益。

存在重大影响但未造成实际损害的情形下，个人信息主体仅可主张算法解释，存在重大影响且损害已经实际发生的情形则需在主张算法解释后，在个人信息处理者未对该行为作出合理解释的情况下才能主张损害赔偿。是否能够辅之以合同或者侵权责任意义上的损害赔偿请求权，关键在于判断重大影响的结果是否能够被评价为法律意义上的损害。^{〔67〕}依《个人信息保护法》第24条第1款的规定，个人信息处理者不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。此种差别待遇构成价格歧视，在合同关系领域可能构成欺诈或者显失公平，其损害的是个人信息主体的财产权益。但该条第2款所提及的信息推送、商业营销等针对个人特征的选项若未采取滥用市场支配地位、故意悖俗地使用算法造成排除、限制竞争或者损害消费者福利等行为时，不可被直接认定为对个人信息主体构成了损害。因此，是否能够主张合同或者侵权责任上的损害赔偿请求权，需根据《民法典》第584条或第1182条至1185条的规定具体判断。

“未合理履行算法解释义务”这一行为在合同法上与侵权法上的评价存在区别。在传统民法中，侵权行为与违约行为均为债的发生原因，前者产生法定之债，后者产生意定之债。^{〔68〕}从用户角度出发，数据活动关系人可通过用户协议（个人信息授权合同）的方式建立数据收集、利用的债之关系。^{〔69〕}如在定制信息推送、智能投顾、搜索引擎等典型场合，算法提供者的主给付义务在于为个人提供上述核心服务功能，而算法解释旨在避免算法决策对当事人的个人权益产生重大影响，可被合同关系中的保护义务所涵盖。^{〔70〕}算法解释义务在合同领域表现为对合同履行行

〔64〕 See GDPR Article 15 (1) (h).

〔65〕 See Bryce Goodman, Seth Flaxman, European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a Right to Explanation, 38 *AI Magazine* 50, 55 (2017).

〔66〕 See Tae Wan Kim, Bryan R. Routledge, Informational Privacy, A Right to Explanation, and Interpretable AI, in 2018 *IEEE Symposium on Privacy-Aware Computing (PAC)*, IEEE, 2018, pp. 64–74.

〔67〕 参见王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2017年版，第62页。

〔68〕 参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第79页。

〔69〕 参见龙卫球：《数据新型财产权构建及其体系研究》，载《政法论坛》2017年第4期。

〔70〕 对于“给付义务—保护义务”这一分类，参见张家勇：《合同法与侵权法中间领域调整模式研究——以制度互动的实证分析为中心》，北京大学出版社2016年版，第199–200页。

为符合双方缔约目的的解释义务。若个人信息处理者未能解释对个人权益产生重大影响的自动化决策条款或者自动化决策结果,则分别导致该条款未被订入合同或个人信息处理者承担相应违约责任的后果。有观点认为算法服务提供者的算法解释属于合同法上的从给付义务与附随义务,^[71]实际上也是承认算法解释作为合同义务保护当事人合法权益的本质。

因此,当个人信息处理者与个人信息主体处于合同关系中时,“未合理履行算法解释义务”应被评价为债务不履行。当事人将“自动化决策决定对个人权益产生重大影响则可要求个人信息处理者作出解释”订入合同条款并不能将解释义务的性质划定为合同的主给付义务。原因在于,合同的主给付义务内容为个人信息主体按要求提供相关个人信息并获得服务,个人信息处理者依据个人信息主体提供的个人信息作出自动化决策并提供服务。但算法解释义务与主给付义务内容密切相关,其性质为合同保护义务,对该义务的违反亦构成主给付义务的不适当履行,个人信息主体可据此主张违约损害赔偿。

在个人信息处理者与个人信息主体并未进入合同这一特别结合关系时,“未合理履行算法解释义务”不可被评价为侵权法上的“侵权行为”,而应被评价为“过错”。对于侵权请求权中“过错”要件的举证需通过算法解释辅助说明,如个人信息处理者无法解释或者拒绝解释则应推定个人信息处理者存在过错。侵权行为所违反的是法定义务、绝对义务,^[72]侵害的对象一般为绝对权。算法解释义务作为人格权所衍生的非独立性请求权,并不具有绝对义务的性质。违反算法解释义务本身并非侵权行为,对个人权益造成重大不利影响的个人信息处理才属于个人信息保护中的侵权行为。需要注意的是,《个人信息保护法》第24条第3款所规定的“个人权益”并不仅限于个人信息权益,亦包括其他权益。典型如算法处理个人信息过程中对个体的信用评级造成重大不利影响,侵害了信用权(《民法典》第1029条)。因此,应将“未合理履行算法解释义务”评价为过错,但需要厘清的是归责原则为一般的过错责任原则还是过错推定责任,这与举证责任的分配以及不利后果的承担密切相关。

本文从民法体系出发,将个人信息处理关系限定在采用自动化决策的非公务机关与个人信息主体之间。在此种关系类型中,双方当事人在举证责任和诉讼能力上的差异主要是由“自动化决策技术”造成的,若采用一般过错归责原则,鉴于自动化决策技术中蕴藏的算法复杂性,可能会对个人信息主体课加过重的举证负担,^[73]因此应采过错推定原则。^[74]《个人信息保护法》第69条第1款规定了个人信息权益致害以过错推定原则归责,^[75]处理个人信息侵害个人信息权益造成损害,个人信息处理者不能证明自己没有过错的,应当承担损害赔偿等侵权责任,目的在于维持权益保护与产业发展的平衡。^[76]虽然个人信息侵权中的损害具有无形性、潜伏性、未知性等

[71] 参见鲁春雅:《自动化决策的算法解释权——以合同义务为视角》,载《中国社会科学报》2020年12月23日,第4版。

[72] 绝对义务是指个人具有与不定数目的其他人或其他所有人有关的义务。参见〔奥〕凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第140页。

[73] 有法院认为:“从收集证据的资金、技术等成本上看,作为普通人的庞理鹏根本不具备对东航、趣拿公司内部数据信息管理是否存在漏洞等情况进行举证证明的能力。”北京市第一中级人民法院(2017)京01民终509号民事判决书。

[74] 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,载《法学研究》2018年第4期。

[75] 参见前引〔32〕,程啸书,第506页。

[76] 参见谢鸿飞:《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》,载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

诸多与传统侵权场域不同的特殊性，^{〔77〕}但在自动化决策处理个人信息的场合，关键在于证明算法规则具有合理性且未对个人权益产生重大不利影响，以算法解释作为评价个人信息处理者过错的衡量标准。“不能证明自己没有过错的”不仅包括个人信息处理者履行解释义务后无法证明决策结果合理性的情形，亦包括个人信息处理者拒绝履行算法解释义务的情形，拒绝解释视为放弃举证而直接负担不利后果。

值得讨论的是，是否需对敏感个人信息与非敏感个人信息的归责原则作区分处理。有观点认为处理敏感个人信息应适用无过错责任，处理非敏感个人信息适用过错推定责任，原因在于敏感个人信息的处理行为开启了危险源，处理者对处理行为具有控制力，应承担更严格的责任。^{〔78〕}在本文的语境下，个人信息处理为私主体之间的关系，并不包括公务机关，双方对于危险控制的差异在于算法技术的控制权，采用过错推定责任已经对个人信息处理者设定了自律机制，以增强其处理过程中的责任心。^{〔79〕}对敏感个人信息与非敏感个人信息的区别保护可通过调整算法解释义务即举证责任的方式实现。在敏感个人信息处理的场合，个人信息处理者的举证责任更重，原因在于敏感个人信息相较于一般个人信息更容易在处理过程中受到侵害，对算法规则设计的合理性要求更高。若在敏感个人信息处理中适用无过错原则，相当于将处理敏感个人信息的行为直接视为危险责任，既是对算法解释义务作为过错评价功能的忽视，亦不利于解决个人信息流通与个人信息保护之间的利益冲突。综上，若个人信息处理者拒绝履行解释义务或者履行解释义务后并不能证明其无过错，则损害赔偿的不利后果由其承担。至于损害赔偿的范围，依《个人信息保护法》第69条第2款具体确定，赔偿范围包括财产损失与精神损害。

• 885 •

四、结 论

现代性正以前所未有的方式，把我们抛离了所有类型的社会秩序的轨道，从而形成了其生活形态。这一点在技术方面表现得尤为显著，并逐渐渗透至其他领域，引发信任与风险的紧张关系。^{〔80〕}个人信息应作为人格中纯粹的一部分，不可简单地沦为促进他人增益或者实现社会目的的手段。从民法体系的视角观察，算法解释背后所保护的个人信息权益应为人格权益，算法解释请求权的本质是为人格权服务的非独立请求权。在合同关系领域，算法解释可纳入合同保护义务的范畴以助于主给付义务的履行，个人信息处理者可能因违反解释义务承担相应的违约责任。在侵权领域，算法解释则作为过错评价的要素发挥作用，即自动化决策对个人权益产生重大影响可否被评价为侵权行为，需以个人信息处理者履行算法解释义务的结果作为辅助判断的标准。

为缓解个人信息权益保护与个人信息利用之间的紧张关系，算法解释应区分为事前解释与事后解释两种类型。事前解释仅适用于敏感个人信息的自动化决策场合，因为在事前无法对一般个人信息是否产生重大影响作出准确的判断，而敏感个人信息的处理基于其个人信息类型的敏感度

〔77〕 参见田野：《风险作为损害：大数据时代侵权“损害”概念的革新》，载《政治与法律》2021年第10期。

〔78〕 参见程啸：《侵害个人信息权益的侵权责任》，载《中国法律评论》2021年第5期。

〔79〕 参见申卫星：《论个人信息保护与利用的平衡》，载《中国法律评论》2021年第5期。

〔80〕 参见〔英〕安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社2011年版，第4-8页。

即可推定出可能会对个人权益产生重大影响。重大影响实际产生后的事后解释则无需区分个人信息的敏感程度。此时若产生了损害,单纯的事后解释与“拒绝+删除”模式并不能发挥全面的救济功能,需辅助以合同法或者侵权责任上的损害赔偿赔偿责任。是否承担合同损害赔偿赔偿责任取决于是否违反合同义务。在侵权损害赔偿中,若个人信息处理者无法解释或者拒绝解释则推定其存在过错并承担不利后果。

Abstract: From a civil law perspective, personal information should be protected as a legal interest. The algorithmic interpretation of automated decision-making is in fact a non-independent claim derived from personality rights and does not require the creation of a separate right of algorithmic interpretation. In the field of contract, algorithmic interpretation can be included in the scope of the duty of protection, while in the field of tort, it has the function of fault evaluation, and when the personal information processor is unable to explain or refuses to explain, it can be presumed to be at fault. In order to protect the commercial secrets of personal information processors and reduce their burden of interpretation, the algorithmic interpretation stipulated in Article 24 (3) of the Personal Information Protection Law shall be distinguished into two types: ex ante interpretation and ex post interpretation, which differ in terms of the construction of the elements and the degree of interpretation. The ex ante interpretation shall be limited to the handling of sensitive personal information that “may have a significant impact”, while the ex post interpretation shall occur in the case of automated decisions that “already have a significant impact on the rights and interests of individuals”. The duty of ex ante interpretation should be lower than that of the ex post interpretation, which corresponds to an abstract interpretation of the system’s function and a detailed interpretation of a specific decision respectively. In the event of actual damage arising from the material impact, the subject of personal data may claim liability for damages in breach of contract or tort. Intentional exemptions from the obligation to interpret ex ante shall be void if they violate Article 497 or Article 506 of the Civil Code, but the obligation to interpret ex post and the right to claim damages arising therefrom may be exempted.

Key Words: algorithmic interpretation, interest in personal information, automated decision-making, significant impact

(责任编辑:殷秋实 赵建蕊)

电子商务平台经营者管理权的法理基础与规范进路 ——基于线上平台与线下市场的对比分析

王巧璐*

内容提要：《电子商务法》规定了平台经营者对平台内经营者违法违规行为的管理权，但该权力的法理基础存疑、规范进路不明。平台经营者作为网络交易公共场所的出租人、“所有权人”兼技术管控者，在承担国家要求的空间管理权责的同时，凭借市场力量聚合了承租商户的自治授权，基于“空间所有”和“组织授权”双重法理生成管理权。平台经营者管理权属于网络商铺出租人管理权，该管理权在线下商品交易市场租赁关系中既已存在且运行良好。尽管平台经营者与线下市场开办者管理权行使方式类似，但平台行权限度、处置顺序、威慑效力都空前强化，可借鉴国家对商品交易市场的监管经验，加强平台规则审查及执行情况年报，合理限制合同解除权的行使，实施常态化监管，保障平台经营者管理权规范运行。

关键词：电子商务平台经营者 管理权 商品交易市场 租赁 平台规则

• 887 •

一、问题的提出

数字经济的快速发展推动着社会生产、生活和治理方式的深刻变革，平台经营者已经成为平台治理的关键一环。2021年12月，国务院印发的《“十四五”数字经济发展规划》和《“十四五”市场监管现代化规划》明确将科学界定平台责任与义务、引导平台经营者加强内部管理和安全保障作为形成数字经济治理新格局的举措之一，要求落实平台企业对平台内经营者资质、商品质量等的审核把关和监督责任。《电子商务法》第29条、第42条，《个人信息保护法》第58条以及《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第11条都要求平台经营者对平台内经营者进行

* 王巧璐，南京大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重点项目“适应商业创新的市场规制体制研究”（21AFX020）的阶段性成果。

管理,即对其违法犯罪行为进行报告和处置。除立法规定之外,平台经营者对商户行为的管理处置在司法实践中也被广泛认可。在句容利威尔公司诉阿里巴巴案中,最高人民法院将阿里巴巴平台接到知识产权权利人通知后,删除被诉侵权产品链接的处置行为,认定为平台经营者履行其“管理义务”的体现。^[1]类似地,在德克菲斯诉京东案中,北京市第二中级人民法院认为京东平台要求存在售假行为的德克菲斯公司依据平台规则赔付百万惩罚性违约金,是平台履行“自律管理权利”的彰显。^[2]

根据复合型规范的基本法理,平台经营者对国家和社会履行自律管理的法定义务,也意味着其享有对平台内经营者进行管理的法定职责,具有权力色彩,本文称之为“平台经营者管理权”。^[3]但是,根据传统理论共识,平台经营者与平台内经营者同属合同关系当事人,私权利主体之间应为抽象平等的法律关系,^[4]平台经营者为何可以作为强势一方对平台内经营者的行为进行管理处置?平台经营者管理权的研究是平台规制领域一个基础性法理问题,若不对其法理基础进行充分解释和论证,将影响国家要求私主体承担公法义务的内在正当性,动摇落实平台主体责任、分级分类管理和要求超大型平台承担更多社会义务责任的合法性根基。同时,平台经营者管理权作为一种私人权力,若经过立法和司法认可成为法定权力,将对平台竞争秩序、商户经营自由、消费者权益保护及社会经济发展带来深远影响。

从现有文献来看,学界已从守门人理论、^[5]公共承运人理论、^[6]行政法的“第三方义务”理论^[7]和“私权力”规制理论^[8]等角度对平台管理的法理进行了分析,均有一定的解释力,但多数着墨于平台法定义务责任的研究,对于平台经营者对平台内经营者施加的权力关注较少,有的直接运用现有部门法理论可能遭遇功能主义解释进路的法理正当性不足的质疑,^[9]私人规制理论面临现行法律空白和阻滞^[10]。随着平台企业的全方位扩张,从权力视角认识与规范平台经营者管理权愈加紧迫且重要,^[11]只有正视这种权力的内生逻辑,才能将其纳入“制度的笼子”更好地规范。同其他权力的生成现象一样,平台经营者管理权的形成并非“一蹴而就”,而是从我国社会商业实践中发展演变而来的,平台经营者管理权可视作线上商铺出租人对承租人行为的管理权,依商业发展脉络往前追溯就是线下商品交易市场中的开办者管理权,^[12]从线上平台与线下市场管理权的历史对比和异同梳理中,或许能探究出新的平台经营者管理权规范进路。

[1] 参见最高人民法院(2020)最高法知民终986号民事判决书。

[2] 参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终4582号民事判决书。

[3] 为突出平台经营者对平台内经营者的合法强制力,本文主要从“权力”角度对管理权进行论证。

[4] 参见朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,载《中国社会科学》2010年第6期。

[5] 参见张新宝:《互联网生态“守门人”个人信息保护特别义务设置研究》,载《比较法研究》2021年第3期。

[6] 参见高薇:《互联网时代的公共承运人规制》,载《政法论坛》2016年第4期。

[7] 参见高秦伟:《论行政法上的第三方义务》,载《华东政法大学学报》2014年第1期。

[8] 参见周辉:《变革与选择:私权力视野下的网络治理》,北京大学出版社2016年版,第53-74页;刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,载《法学研究》2020年第2期。

[9] 参见赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,载《华东政法大学学报》2017年第1期。

[10] 参见胡斌:《私人规制的行政法治逻辑:理念与路径》,载《法制与社会发展》2017年第1期。

[11] 参见张乾友、许蓝志:《平台经济下消费者评价定价的权力逻辑及监管进路》,载《消费经济》2022年第1期。

[12] 根据《工商总局关于加强商品交易市场规范管理的指导意见》(工商市字〔2013〕210号)中的定义,商品交易市场是由开办者提供固定商位和相应设施,提供物业服务,实施经营管理,并收取一定租金等收益,有多个经营者入场独立从事商品交易活动的经营场所。

二、平台经营者管理权的法理基础：商铺出租人管理权

研究平台经营者的管理权，首先需要厘清平台经营者与平台内经营者之间的电子商务合同的性质。从世界各国的法学研究成果来看，根据具体数字给付内容，电子商务合同可被纳入买卖、服务、租赁等典型合同类型下，或者混同合同规则加以研究。^{〔13〕}通过梳理我国立法和学说观点共性发现，从租赁角度对电子商务合同进行研究具有一定合理性。其一，《电子商务法》第9条关于平台的定义表明，电子商务平台以为他人从事电子商务活动搭建网络空间为基本特点，^{〔14〕}是商务活动的虚拟交易空间和重要场所，^{〔15〕}网络经营场所提供关系是电子商务合同的基础。其二，《消费者权益保护法》及其释义参照线下商铺租赁对平台法律关系进行规范，将网络交易平台分为B2C网上商厦平台和C2C网上集市平台。^{〔16〕}其三，2009年商务部出台的《电子商务模式规范》中，明确了平台经营者与商户是租赁关系。^{〔17〕}此外，法学界关于电子商务合同性质的讨论中，“柜台租赁合同说”认为，电子商务平台类似于“网络商场”，是出租由数据构成的虚拟交易空间的特殊租赁平台。^{〔18〕}后期支持“服务合同说”观点的杨立新教授在早期研究中认可“租赁合同说”，也可作为平台服务关系具有租赁合同色彩的佐证之一。^{〔19〕}经济学上也有学者认为互联网经济平台是平台所有者将“虚拟空间”出租给商户，通过营销手段吸引消费者线上交易的经营模式，并运用马克思地租理论对互联网时代的“平台地租”进行研究。^{〔20〕}在商业实践中，基本已达成共识认为，线上平台与线下市场“租金”的本质都是商家付出的流量成本，电商平台相当于“网络商业地产”，其与线下市场的商业本质没有区别。^{〔21〕}

• 889 •

综上，电子商务合同是以线上商铺租赁为基础的合同关系。尽管网络商铺的无形化与平台服务的多样化使其服务合同属性凸显，但若不建基于租赁关系这一立足点，平台服务缺乏“附着”空间，平台研究难免成为“无本之木”。由此，平台经营者管理权的法理基础，可以类比线下商铺租赁集合体——商品交易市场开办者的管理权进行研究。线下商铺租赁合同中，市场开办者（出租人）对商户（承租人）违法违规行为的权利义务，并通过租赁合同的约定授权，转化为对市场空间内承租人行为的管理，这与平台经营者管理权的生成法理异曲同工。

（一）租赁物空间兼具开放性与封闭性：国家有权要求出租人实施管理

电子商务平台与商品交易市场作为线上线下商事租赁的标的物，该租赁物空间具有开放性与

〔13〕 参见金晶：《数字时代经典合同法的力量——以欧盟数字单一市场政策为背景》，载《欧洲研究》2017年第6期。

〔14〕 参见电子商务法起草组编著：《中华人民共和国电子商务法条文释义》，法律出版社2018年版，第50-51页。

〔15〕 参见郭峰等编著：《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》，人民法院出版社2018年版，第132页。

〔16〕 参见李适时主编：《中华人民共和国消费者权益保护法释义》，法律出版社2013年版，第191-195页。

〔17〕 《电子商务模式规范》（2009）第2.8条对“商户”的定义是“租用电子商务平台进行经营活动的法人、法人委派的行为主体、其他组织机构或自然人”。

〔18〕 参见赵自轩：《网店转让的法律解读与规制》，载《河北法学》2019年第1期。

〔19〕 参见杨立新主编：《电子商务侵权法》，知识产权出版社2005年版，第234-235页；杨立新：《网络交易法律关系构造》，载《中国社会科学》2016年第2期。

〔20〕 参见林光彬、徐振江：《互联网平台“虚拟空间”地租理论研究》，载《中国高校社会科学》2022年第1期。

〔21〕 参见刘润：《新零售：低价高效的数据赋能之路》，中信出版社2018年版，第14-16页。

封闭性的双重特点,开放性导致空间影响不特定公众利益,封闭性凝聚了集体品牌声誉,需强化对消费者信赖利益的保护,因此国家有权要求出租人加强对租赁空间的管理。

一方面,开放性成就了网络空间的公共性。线下商品交易市场的公共场所属性已成为社会共识,但是线上的电子商务平台是否属于“公共场所”,学界曾有过争议。有的学者认为公共场所仅指能让公众的身体自由进出的空间,^[22]但也有学者从网络空间的开放性、深度社会化等角度论证了其公共场所属性。^[23]从文义解释角度分析,“公共”是指公有的、公用的,即面向不特定公众;“场所”是指活动空间处所,其本质是一种行为载体。在网络空间出现之前,所有实体空间都具有身体可进入的特征,传统的线下商品交易市场可以用“围墙内的空间”来表示。但随着人们的交往活动与亲身到场的联系越松,受众通过传媒中介实现虚拟性在场,^[24]对于场所“允许身体进入”的理解,需回归其本质内核——容纳行为参与的空间属性,线上电子商务平台容纳不特定公众开展商事交易的开放性和互动性,决定了其具备公共空间属性。正如有的法院曾在判决中指出:“网络空间的运行和信息交互活动,与现实场景下的社会性场所、群众性活动有行为模式的相似之处。物理世界中,先存在着一个公共空间,而后产生聚合的公共行为;而网络空间的虚拟性打破了传统的模式,先有人与人之间的互动,而后形成了一个虚拟的公共空间,虚拟性成就了网络空间所特有的公共性。”^[25]美国首席大法官韦特在 Munn v. People of State of Illinois 案中曾论及:“当私有财产的使用方式产生公共后果时,其就不再只是私人的了,而与公共利益密切相关。”^[26]平台经营者通过技术和商业模式创新,创建运营着具有公共产品属性的网络交易空间,对公共利益产生较大影响,国家有权要求空间出租人加强管理。

另一方面,封闭性集聚的消费者平台的信赖利益需被保护。商品交易市场与电子商务平台都是商业集群合作行动的产物,封闭性产生了明确区隔的内外部空间,使内部的行为实践凝聚为集合整体,面向外部消费者产生统一的品牌效应。在商品交易市场中,因内部的承租商户多为个体户或中小微企业,消费者通常基于对市场整体品牌的信赖与其开展交易,导致市场品牌的维护和提升成为影响商品交易市场兴衰的关键。^[27]电商平台上的商户同样具有低声誉、流动性强的特征,并且由于网络虚拟化导致的隐蔽性、不确定性增强,平台内经营者数量较之于线下大规模增长,消费者交易决策的判断将更大程度依赖于对平台整体的信赖。电商平台声誉形成平台经营者个体声誉与平台内经营者群体声誉结合的双元结构,平台企业向商户收取的服务费用甚至可以看出作“声誉租金”。^[28]信赖利益保护是现代私法的重要原则之一,^[29]商事法律关系中的信赖利

[22] 参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期。

[23] 参见卢勤忠、钟菁:《网络公共场所的教义学分析》,载《法学》2018年第12期。

[24] 参见〔德〕哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第445-446页。

[25] 北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初36658号民事判决书。

[26] Munn v. People of State of Illinois, 94 U.S. 113, 126 (1876).

[27] 参见周京:《我国专业市场兴衰规律和启示》,载《中国流通经济》2015年第11期。

[28] 参见汪旭晖、张其林:《平台型电商声誉的构建:平台企业和平台卖家价值共创视角》,载《中国工业经济》2017年第11期。

[29] 参见杨代雄:《法律行为制度中的积极信赖保护——兼谈我国民法典总则制定中的几个问题》,载《中外法学》2015年第5期。

益更是具有明显的财产属性。^[30] 平台经营者作为封闭交易空间的创设人、统一对外声誉的享有者、消费者信赖利益的归属方，且其从集体声誉中获得巨大经济利益。因此，无论从消费者信赖利益的保护角度，还是基于“收益—风险”相一致原则，平台经营者都应承担该封闭空间的管理义务。

（二）出租人与租赁物：以技术为后盾的“所有权人”有管物权责

尽管目前平台经营者对平台享有的权利属性尚无定论，有的学者认为平台经营者享有“平台所有权”，^[31] 依据所有权取得理论中最典型的先占取得或劳动取得的法理，^[32] 平台经营者对自己创建的平台空间享有类似所有权人“对物”管控的权利和义务，并基于标准化规则设置及技术控制实现对平台生态的管理。^[33] 网络平台作为现代信息技术的革命性成果，其技术性导致创设者对平台绝对控制和排他支配，代码、算法等技术已经成为构筑网络空间的“砖瓦和钢筋混凝土”，平台经营者构建了具有自主性和自治性的组织区域，具有以技术表现出来的公示性和排他性，^[34] 这从“代码即法律”“算法统治世界”等观点中亦可体现。^[35]

平台上的所有行为，都需要转化为技术性语言才能得以实现。与在技术架构中作为物理层、逻辑层的电信、宽带运营商不同，平台经营者承担应用层和内容层的结构功能，是信息传输和交互活动的枢纽。^[36] 线下商品交易市场中的交易规则，很难内化于市场交易活动中；但电子商务平台协议表面上是交易规范，实施上却由代码技术规则加以体现，代码规则可以内化在交易活动中，具有直接实施效力。^[37] 平台经营者行使管理权、采取任何处置措施，均由其单方独立完成，不需要相对人配合，其管理行为的自主性和强制力远超商品交易市场开办者，甚至比行政机关实施罚款、扣押、限制生产经营等行政处罚行为更加自主高效。

网络空间技术性使其控制者享有了空前的自我空间和自我赋权。^[38] 《国家市场监督管理总局关于阿里巴巴“二选一”案的处罚决定书》中提及，阿里平台通过设定算法等方式，决定平台店铺和商品的搜索排名、展示位置，从而控制平台内经营者流量和交易机会。^[39] 平台经营者已在网络空间这个新的“大洲”上建立起了自己的领地，后发的法律可以对其领地边界进行权衡和再分配，却难以动摇平台经营者用技术搭建的坚实“堡垒”。由此，平台经营者不仅具备与传统所有权人相当的“对物”管控的权利义务，还凭借技术性后盾对平台空间拥有超强管控力。

[30] 参见赵磊：《商事信用：商法的内在逻辑与体系化根本》，载《中国法学》2018年第5期。

[31] 参见杨立新：《网络交易平台提供者民法地位之展开》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2016年第1期。

[32] 参见〔德〕G·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第138页。

[33] 参见孙国强、石海瑞、邱玉霞：《网络交易平台治理结构的靶盘模型——一个跨案例研究》，载《管理科学》2021年第2期。

[34] 参见吴伟光：《构建网络经济中的民事新权利：代码空间权》，载《政治与法律》2018年第4期。

[35] 参见〔美〕劳伦斯·莱斯格：《代码2.0：网络空间中的法律》（修订版），李旭、沈伟伟译，清华大学出版社2009年版，第6页；徐格等：《算法统治世界——智能经济的隐形秩序》，清华大学出版社2017年版，第323页。

[36] 参见赵鹏：《平台公正：互联网平台法律规制的基本原则》，载《人民论坛·学术前沿》2021年第21期。

[37] 参见周辉：《变革与选择：私权力视野下的网络治理》，北京大学出版社2016年版，第35—37页。

[38] 参见马长山：《智能互联网时代的法律变革》，载《法学研究》2018年第4期。

[39] 参见《国家市场监督管理总局关于阿里巴巴“二选一”案的处罚决定书》，载 <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.samr.gov.cn%2Fwx%2Fzj%2F202104%2F20210410285606356273.docx&wdOrigin=BROWSELINK>，最后访问时间：2022年3月22日。

(三) 出租人与承租人：商业组织成员自治授予“管人”权力

从商业发展实践上看，市场组织的创新一直是我国商品流通体制改革变迁的重要推动力。商品交易市场是19世纪80年代的新兴商业组织，其基本运营模式是：市场开办者+承租商户+供应商+公共服务部门，不仅是广大分散小商户的组织者，也是物流、金融、经纪等其他商品服务供应商的生长土壤和磁场。^{〔40〕} 电子商务平台是1998年开始萌芽发展的新型流通组织，其将线下交易空间拓展至线上，使供需对接能在近乎无限空间的虚拟场所双向搜寻，带来了商品流通领域的数字化革命。^{〔41〕}

立法和司法实践中，亦将电子商务平台定位为商业组织。《电子商务法》认为平台经营者不是纯粹的私人主体或者普通经营者，而是平台型的组织体制，^{〔42〕} 是具有独立组织架构和独特权力机制的新型市场主体。^{〔43〕} 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》将平台界定为：“通过网络信息技术，使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互，以此共同创造价值的商业组织形态。”^{〔44〕} 在福州九农贸易公司与拼多多平台公司服务合同纠纷案中，法院明确将电商平台认定为“自律组织”，认为平台规则具有全体成员共同约定的管理规范性质。^{〔45〕} 在上海美询实业公司与淘宝平台等网络侵权责任纠纷案中，法院认为平台自治规则属于民法上的“团体协议”，团体组织享有自治性质的惩罚机制，有权对违反自治规则的用户或成员采取相应惩罚措施。^{〔46〕}

电子商务平台、商品交易市场这类商事交易组织者，尽管不属于公司、合伙等传统的组织形式，但已有学者从团体组织法的角度进行了研究：有的学者认为互联网技术使平台组织替代传统企业成为网络社会的基本组织，由于网络企业的强势地位以及平台组织的封闭性和变化性，平台组织内可依据信义义务理论实现自律管理；^{〔47〕} 有的学者将平台作为聚合资本和社会关系的新型组织，研究其带来的技术、商业模式和治理结构三方面的变革。^{〔48〕}

团体组织是同质性成员的结合，^{〔49〕} 从商业实践、立法司法以及学界研究可以看出，电子商务平台经营者与平台内经营者在追求商业利益集聚效应的目的上具有同质性，并在相对稳定的时空关系中形成了多方利益联结，具备商业组织属性。平台内经营者在选择加入平台时，就是为了利用平台集聚的流量、数据、信息等商业资源和交易服务，通过服务协议（含平台规则）的约定，完成了选择管理者、授予管理权、约定管理服务事项等经营权的自主分配。对于平台内经营

〔40〕 参见裴长洪、谢谦：《集聚、组织创新与外包模式——我国现代服务业发展的理论视角》，载《财贸经济》2009年第7期。

〔41〕 参见柳思维、陈薇：《改革开放以来中国消费品市场的历史性变化》，载《消费经济》2021年第3期。

〔42〕 参见电子商务法起草组编著：《中华人民共和国电子商务法条文研析与适用指引》，中国法制出版社2018年版，第116页。

〔43〕 参见薛军：《电子商务法平台责任的初步解读》，载《中国市场监管研究》2019年第1期。

〔44〕 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》，载 http://www.gov.cn/xinwen/2021-02/07/content_5585758.htm，最后访问时间：2022年3月15日。

〔45〕 参见上海市长宁区人民法院（2017）沪0105民初20204号民事判决书。

〔46〕 参见上海市第一中级人民法院（2020）沪01民终4923号民事判决书。

〔47〕 参见吴伟光：《平台组织内网络企业对个人信息保护的信义义务》，载《中国法学》2021年第6期。

〔48〕 参见王震宇、张晓磊：《平台治理的制度之维：基于中美英三国模式的比较》，载《国际关系研究》2021年第6期。

〔49〕 参见叶林：《私法权利的转型——一个团体法视角的观察》，载《法学家》2010年第4期。

者的违约违法行为，平台经营者可以依据服务协议采取删除商品链接、对店铺限权、扣分、降级、限制发布商品、扣除保证金、规定违约金等管理措施。“团体虽系由结社自由所形成，但团体本质上乃对个人自由之限制”^{〔50〕}，商户将自主经营权的部分管理权能自愿授予平台经营者，“空间集聚—利益聚合—组织授权”的自治权力生成路径，使平台经营者开展对商业组织成员行为的自律管理具备了正当性根基。

综上，平台经营者管理权的法理基础主要源于线上商铺出租人“空间所有”和“组织授权”两方面。一方面，由于平台的网络公共交易场所属性，基于对公共利益及消费者信赖利益的保护，国家有权要求创设并凭借技术控制该空间的出租人兼“所有权人”——平台经营者——加强管理，并通过在法律法规中明确其法定义务的“复合型”规范细化充实其管理权责。另一方面，平台经营者与平台内经营者由于利益聚合组成商业组织，双方通过合同约定选择了平台经营者作为管理人、授予其管理权并明确了相应罚则，平台经营者依靠市场力量集成了商户自治授权，进一步强化其管理权力。

三、平台经营者管理权的历史基础与现状反思：与线下市场对比

平台经营者管理权与线下市场开办者管理权具有类似的法理基础，均属于商铺出租人管理权，该权力不是在数字经济时代横空出世的，其在线下市场中已经生成且运行良好。通过对线上平台与线下市场商铺出租人管理权的对比分析可以发现，两种管理权的行使方式基本相同，但是平台经营者管理权限空前强化，由此产生了一些新的问题和隐患需加以反思。

• 893 •

（一）历史基础：线上线下管理方式趋同

从商业管理实践来看，线上平台经营者与线下市场开办者作为商铺出租人，对于承租人的违法违规行为的管理处置方式大致相同，包括“金钱罚”和“行为罚”两类，前者主要是罚扣违约金，后者则体现为出租人合同解除权的行使，这两种管理手段对线下市场治理发挥了积极作用。

首先，“金钱罚”方面。以商户销售假冒伪劣产品为例，在线下商品交易市场中，若市场开办者发现商户销售假冒伪劣产品，可要求商户按次承担1000~3000元、5000~10000元或5000~20000元的违约金；^{〔51〕}若因商户过错给市场造成重大经济损失或严重商誉损害，开办者有权要求商户承担相当于三个月管理服务费（约3000元/月）的违约金。^{〔52〕}在电子商务平台，对于商户售假行为，各个平台规则中规定了数额不同的违约金：淘宝网每次罚扣2000~6000元；^{〔53〕}天猫平台根据不同扣分节点处以5000~80000元的违约金，商家违规情形特别严重时天猫有权扣划

〔50〕 蒋大兴：《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》，载《法学》2017年第4期。

〔51〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民终1715、1718号民事判决书；上海市杨浦区人民法院（2010）杨民三（知）初字第78号民事判决书。

〔52〕 参见江苏省高级人民法院（2013）苏知民终字第0059号民事判决书。

〔53〕 参见《淘宝网关于出售假冒商品实施细则》，载 <https://rulechannel.taobao.com/?type=detail&ruleId=506&cId=89&spm=a2177.7231205.0.0.3bd117eahy7xGO#/rule/detail?ruleId=506&cId=89&spm=a2177.7231205.0.0.3bd117eahy7xGO>，最后访问时间：2022年3月20日。

店铺全部保证金作为违约金（保证金为1~50万元不等）；^{〔54〕} 京东平台要求售假商家承担100万元或该店铺累计销售金额10倍的违约金（以高者为准）；^{〔55〕} 拼多多平台在发现疑似假货当天可将商家的保证金额增加至该商品历史总销售额的10倍，在判定假货后扣除商家保证金或账户余额作为消费者赔付金。^{〔56〕}

其次，“行为罚”方面。商品交易市场开办者在发现售假行为后，可以采取三类处置措施：一是信用承诺，即要求商户签署保证书或承诺函；二是自律处罚，如书面警告、发出整改通知书；三是解除合同，如终止水电供应、停业整顿、终止合同、强制清退等。^{〔57〕} 在电子商务领域，平台经营者凭借信用机制和技术工具，可对平台内经营者采取更多样的处置措施，归纳起来包括三类：一是信用处罚，如扣分、店铺降级；二是违规商品处置，包括删除商品链接、搜索降权、处理交互信息、删除店铺相关信息等；三是店铺经营权限管控，包括监管店铺、限制店铺资金提现、关闭店铺、限制发布商品、关闭订单、限制参加营销活动、清退店铺等。

综上，线上线下市场出租人管理方式具有共性，请参见表1。

表1 线上线下市场出租人管理方式共性

	商品交易市场	电子商务平台
金钱罚	1000~20000元	0.2~100万元/10倍违约金
行为罚	1. 信用承诺	1. 信用处罚（扣分、店铺降级）
	2. 自律处罚（如书面警告、发出整改通知书）	2. 违规商品处置（包括删除商品链接、搜索降权、处理交互信息、删除店铺相关信息等）
	3. 解除合同（终止水电供应、停业整顿、终止合同、强制清退等）	3. 店铺经营权限管控（包括监管店铺、限制店铺资金提现、关闭店铺、限制发布商品、关闭订单、限制参加营销活动、清退店铺等）

（二）现状反思：线上管理权限空前强化

纵观商品交易市场和电子商务平台中的商铺出租人管理权，尽管管理处置方式基本相同，但平台经营者管理权呈现趋近平台治理“舞台中心”之势，其在“金钱罚”和“行为罚”上的行使权限、裁决节点、威慑强度等方面都发生了较大变化。

1. 金钱罚：违约金数额畸高、类型各异且性质存疑

在线下商品交易市场，开办者对商户售假行为收取违约金的案件数量不多且金额较小，笔者在威科先行法律数据库中查找的377个商品交易市场商户售假纠纷案件中，仅有3个案件中开办

〔54〕 参见《天猫市场管理规范》第19、41条，载 <https://rule.tmall.com/tdetail-11000228.htm?spm=0.7731966.0.0.3fb83544V4Igis&tag=self>，最后访问时间：2022年3月20日。

〔55〕 参见《京东开放平台出售假冒商品细则》，载 <https://rule.jd.com/rule/ruleDetail.action?ruleId=3393>，最后访问时间：2022年3月20日。

〔56〕 参见《拼多多假货处理规则》，载 <https://mms.pinduoduo.com/other/rule?listId=3&id=3>，最后访问时间：2022年3月20日。

〔57〕 参见福建省高级人民法院（2016）闽民终1369号民事判决书；天津市高级人民法院（2020）津民终1299号民事判决书；江苏省高级人民法院（2019）苏民终1716号民事判决书；陕西省高级人民法院（2020）陕民终535号民事判决书；湖南省长沙市中级人民法院（2015）长中民五初字第01187号民事判决书。

者收取了售假商户 1000 元或 2000 元的违约金，难谓具有惩罚性。^{〔58〕} 相较之，电子商务平台经营者对售假商户处以“金钱罚”的处罚力度空前强化，在威科先行法律数据库中搜索的 506 个电子商务平台商户售假纠纷案件中，有 29 个案件平台经营者扣划了售假商户 0.3~100 万元不等的违约金，^{〔59〕} 违约金的数额、类型及性质存在一定程度的“乱象”。

其一，各大平台违约金数额参差且有的畸高。以淘宝、天猫、京东和拼多多四大平台为例，其对商户处罚的违约金数额相差较大，从几千元到百万元不等，大致可以分为倍数违约金、累进违约金、定额违约金、“不定额”违约金、承诺函违约金五种类型（参见表 2）。倍数违约金如京东和拼多多平台规定的 10 倍违约金，但二者的计算基数不同，拼多多是以假货商品的历史销售额为计算基数，而京东是以售假店铺累计销售金额为基数；累进违约金如淘宝对商户前三次售假行为分别罚扣 2000、2000、6000 元的违约金，天猫根据商户不同扣分节点的售假行为罚扣 5000~80000 万元的累进金额；定额违约金如京东平台要求售假商户承担 100 万元违约金，天猫平台根据不同网店的类型要求商户按年缴存一定数额的保证金，在商户出现售假等违规行为时将保证金全额扣除；^{〔60〕} “不定额”违约金是拼多多平台在商家拒绝支付“十倍违约金”时，平台经营者有权以商家账户内的销售额抵扣违约金，此时违约金数额取决于账户余额；^{〔61〕} 承诺函违约金是淘宝平台在个案中要求售假商户依据先前签订的“承诺函”中的约定数额支付违约金。^{〔62〕}

表 2 平台违约金五种类型及数额

类型	电商平台	数额
倍数违约金	京东	售假店铺累计销售额的 10 倍
	拼多多	假货商品历史销售额的 10 倍
累进违约金	淘宝	前三次售假行为分别罚扣 2000、2000、6000 元
	天猫	根据不同扣分节点的售假行为罚扣 5000~80000 元的累进金额
定额违约金	天猫	店铺年度保证金（1~50 万元）
	京东	100 万元
“不定额”违约金	拼多多	商家拒绝支付违约金时扣划账户余额
承诺函违约金	淘宝	个案中承诺函约定金额（20 万元）

此外，从具体案例来看，在淘宝平台与李明网络服务纠纷合同中，李明经营的淘宝网店售假金额超 500 万元、非法获利 100 万元，其被判处有期徒刑的同时并处罚金 150 万元，追缴违法所得 100 万元，赔偿淘宝平台违约金 20 万元；^{〔63〕} 而在京东平台与德克菲斯公司服务合同纠纷案

〔58〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民终 1715、1716、1718 号民事判决书。

〔59〕 参见杭州互联网法院（2020）浙 0192 民初 1895 号民事判决书；上海市长宁区人民法院（2017）沪 0105 民初 16473 号民事判决书；浙江省杭州市中级人民法院（2014）浙杭知终字第 207 号民事判决书；浙江省杭州市西湖区人民法院（2014）杭西知民初字第 321 号民事判决书；杭州互联网法院（2019）浙 0192 民初 11249 号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2018）沪 01 民终 13894 号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2020）京 02 民终 4582 号民事判决书。

〔60〕 参见浙江省杭州市中级人民法院（2014）浙杭知终字第 208 号民事判决书。

〔61〕 参见上海市第一中级人民法院（2018）沪 01 民终 13894 号民事判决书。

〔62〕 参见杭州互联网法院（2019）浙 0192 民初 11249 号民事判决书。

〔63〕 参见杭州互联网法院（2019）浙 0192 民初 11249 号民事判决书。

中,德克菲斯网店售假金额约50万元,却承担了100万元的违约金。^[64]前一个案件中刑事罚金、追缴违法所得加平台违约金的总和尚且不及售假金额;后者单是平台违约金即为售假金额的2倍。两者的对比请参见表3。淘宝与京东平台同为国内电商巨头,违约金却差距如此之大,平台经营者“金钱罚”的乱局可见一斑。并且,在诸多售假情节严重已构成销售假冒注册商标罪的刑事案件中,罚金均未超过售假金额,^[65]而平台经营者依据平台规则却可径直划扣售假商品销售额或全店销售额10倍的违约金,平台行权限度是否妥当值得深思。

表3 典型案例违约金数额对比

案件	售假金额	罚金	追缴违法所得	平台违约金	违约金/售假金额占比
淘宝与李明	500万元	150万元	100万元	20万元	4%
京东与德克菲斯	50万元	无	无	100万元	200%

其二,违约金性质不明。司法实务中,对于平台违约金的性质是否具有惩罚性、用于赔偿平台损失还是消费者、平台损失如何计算、消费者赔付方式等问题存在分歧。例如,有的法院明确认为平台规则中确定的百万违约金具有“惩罚性”,是平台经营者履行自律管理权利的体现;^[66]有的法院认为违约金具有补偿性,应以平台损失为限,售假商户需对平台的直接经济损失、商誉损失及对外支付的赔偿金、和解款、律师费、诉讼费等间接经济损失进行赔偿,但平台损失计算方式仍然不明;^[67]有的法院则认为平台规则中“假一赔十”的条款虽名为“违约金”,但实际并非用于弥补平台损失,而是以“消费者赔付金”的形式赔付给消费者。^[68]关于消费者赔付金的赔付方式,有的平台经营者以“现金券”而不是“现金”的方式赔偿消费者损失,^[69]其实质是补偿消费者还是平台引流促销方式?并且,无论《消费者权益保护法》第55条规定的“假一赔三”,还是《食品安全法》第148条的“假一赔十”,均是出于保护消费合同中消费者弱势地位的惩罚性赔偿条款,但在平台法律关系中,平台经营者、平台内经营者与消费者处于“强者一次强者一弱者”地位,由作为最强势一方的平台经营者,在缺乏任何监督的情况下,直接代替“弱者”(消费者)向“次强者”(商户)主张惩罚性赔偿,其正当性存疑,恐有平台经营者披着“保护消费者权益”的外衣行使“霸权”的风险。

2. 行为罚:僭越公权机关职责之嫌与精准打击商户之危

由于电子商务交易的虚拟性、快频性和技术性特征,法律通常要求平台经营者发现平台内经营者违法违规行为后及时管理处置,导致平台私力处置的行权顺序优先于公权机关对商户行为的违法性判定,加之当前平台具备强大的市场力量,平台经营者采取的管理措施对网络商户经营具有精准打击力和强制威慑力,“行为罚”的潜在隐患需加以重视。

[64] 参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终4582号民事判决书。

[65] 参见浙江省平湖市人民法院(2018)浙0482民初1344号民事判决书;浙江省义乌市人民法院(2018)浙0782民初12920号民事判决书;浙江省杭州市余杭区人民法院(2018)浙0110民初12276号民事判决书。

[66] 参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终4582号民事判决书。

[67] 参见上海市奉贤区人民法院(2017)沪0120民初6274号民事判决书。

[68] 参见上海市长宁区人民法院(2017)沪0105民初20204号民事判决书。

[69] 参见上海市第一中级人民法院(2019)沪01民终2936号民事判决书。

其一，平台经营者管理处置顺序优先于公权机关，存在僭越其职责之嫌。出租人“行为罚”的主要管理方式是行使合同解除权，即采取私力处置措施中断租赁空间及相关服务的提供，使承租人的违法行为难以为继。线下市场出租人管理权发展到线上平台，从《工商总局关于加强商品交易市场规范管理的指导意见》中要求市场开办者“先报告—后处置”，到《电子商务法》第29条以及《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第11、12条中要求平台经营者“先处置—后报告”的行权顺序变化可以看出，平台经营者对平台内经营者违法违规行为的处理次序已经优先于公权机关。

尽管在瞬息万变的电子商务领域，由具备技术管控力的空间“所有权人”平台经营者在发现违法犯罪行为后及时处置是市场治理刚需，但也需要警惕的是，对承租人违法犯罪行为的认定本属公权机关职责，而平台经营者的私力处置优先于公法裁量，存在较大管理风险，若私力处置出现错判，平台交易快频性将乘数倍放大损失后果。以在电商平台涉知识产权恶意投诉案件为例，平台经营者依据知识产权权利人通知及时采取必要措施本是开展知识产权治理的有力举措，但有的不法分子却利用平台经营者私力处置的快捷性，以“维护知识产权”为名进行恶意投诉，行不正当竞争之实。根据阿里巴巴平台统计，截至2018年12月31日，各类恶意投诉占IPP平台（阿里巴巴知识产权保护平台）知识产权投诉总量的近24%，给平台内经营者造成上亿元经济损失。^{〔70〕}

具体来看，恶意投诉导致平台错判对商户造成的损失具有三大特点：一是损失大且难计算。由于商品链接及排名具有很高的商业价值，在高频交易的平台竞争中，尤其是在“双11”等大型促销活动期间，如果商户被平台限制经营，将对其交易机会造成难以估量的损失。二是部分损失不可恢复且影响久远。线下市场商户若被错判清退，原店铺、商品尚可复原；但在线上平台，附着于商品链接上的好评、排名等引流资源删除后无法恢复，而爆款引流商品对网店的生存至关重要，平台处置错误会给商户带来不可逆转的影响，甚至使其多年经营付出和商誉积累毁于一旦。三是损失索赔困难。若市场监管部门对知识产权侵权案件误判造成商家损失，受损失方尚可申请行政赔偿，但面对依法履行知识产权管理义务却无行政执法授权的平台经营者，私主体“履责”错误时的救济途径阙如，被恶意投诉商家的索赔方式存疑、难度较大。

其二，平台经营者管理权与商户营业权、组织选择自由的冲突。商事活动的自主经营大致相当于所有权的自我行使，^{〔71〕}是蕴含于宪法所确立的市场经济体制中的一项基本权利，^{〔72〕}《优化营商环境条例》第11条也已对市场主体的“经营自主权”加以明确。然而，平台经营者管理权以市场运行机制和集聚规模效应为后盾，其采取的“行为罚”措施对商户有着较强的威慑力和打击力，^{〔73〕}尤其是超大型平台具备较高市场份额、市场认可度和消费者黏性，以阿里平台为例，其2015—2019年服务收入及商品交易额的国内市场份额占比分别超过70%和60%，^{〔74〕}平台经

• 897 •

〔70〕 参见《2018 阿里巴巴知识产权保护年度报告》，载 <https://files.alicdn.com/tpsservice/8d50874f56b43919e4cfa2256c93dd96.pdf>，最后访问时间：2022 年 3 月 25 日。

〔71〕 参见叶林：《商行为的性质》，载《清华法学》2008 年第 4 期。

〔72〕 参见《〈中华人民共和国商事主体登记管理条例（草案）〉的起草说明》，载 https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202006/t20200615_317040.html，最后访问时间：2022 年 1 月 30 日。

〔73〕 参见胡斌：《私人规制的行政法治逻辑：理念与路径》，载《法制与社会发展》2017 年第 1 期。

〔74〕 参见前引〔39〕。

营者凭借信息、数据和技术资源优势占据了注意力经济的“制高点”，其采取的扣分、降级等信用处罚措施都可对网店的流量和人气造成较大打击，下架商品、关店等单方“解除”合同的管理方式，更会给网店带来“生死攸关”的影响力。

此外，团体组织是自愿聚合的利益整体，其内部“权力”生成的最大正当性基础是成员有加入或退出的选择自由。线下商户尚且具备是否加入商品交易市场的选择权，因为商品交易市场主要影响特定区域或行业市场且转换成本较低。但在平台经济对社会生活及商业运营已全面渗透的今天，电子商务平台发挥了类似于“商业基础设施”的功能，^{〔75〕}平台内经营者很难放弃平台这一大型商业利益聚合体，“触网”已经成为不可阻挡的历史趋势。加入平台后积累的流量、人气等商业资源也难以转化到其他平台或者线下市场，平台内经营者的退出成本、切换成本都十分高昂，几乎没有选择退出的自由。

四、平台经营者管理权的规范：规则审查和限制解除

尽管平台经营者管理权的强化是由数字经济时代市场力量变化引起的社会专业化、精细化分工所决定的，符合历史发展规律及社会治理大势，但由于私人主体的逐利性与“权力”行使的公平裁量要求的天然抵牾，公共利益与私人利益交织博弈，在平台“公权力—私权力—私权利”的三方结构中，公权机关若不对平台经营者的私人权力加以适当规范和制衡，将对平台内主体权益保护和电子商务的健康发展造成阻碍。民法中的“格式合同”“违约金调整”规则，行政法中的“双随机、一公开”监管模式，反垄断传统监管手段与平台竞争性义务的构建，^{〔76〕}电子商务法中对平台规则制定程序的要求，这些现行法从不同角度发挥着约束平台经营者管理权的作用。但同时，基于平台经营者与商品交易市场开办者管理权在功能定位、法理依据、管理方式上的相似性，从线下市场提炼商铺出租人管理权的规范经验，或许能为线上平台治理贡献更具针对性和创新性的“历史智慧”。

（一）加强对平台规则的全过程审查

当前，国家公权机关依然对商品交易市场开办者施加较强的监管约束。根据《商品交易市场年度检验办法》的要求，市场开办者每年须向工商部门提交年检报告，工商部门依法对市场登记事项的变化情况、市场开办单位履行职责情况及市场运行情况等进行审查，有瞒报、不履职等情况的开办单位将被处以行政处罚。对此，或许会有异议观点认为，对商品交易市场实行强监管与其“公立属性”的历史根源有关，由于我国商品交易市场是政府在总结农副产品批发市场经验的基础上提供的“公共产品”，直至1993年国家提出“管办分离”要求才逐渐褪去行政管理色彩，后来吸引了更多民间资本投入建设，^{〔77〕}线下市场“由公转私”的历史导致其与市场经济自生的电子商务平台的监管不宜相提并论。但是，笔者认为，组建线上线下公共交易场所和承担商品流通职能本就属于公共职责，无论是线下市场开办者“由公转私”，还是线上平台经营者市场力量

〔75〕 参见全国人大财政经济委员会电子商务法起草组编：《中国电子商务立法研究报告》，中国财政经济出版社2016年版，第10页。

〔76〕 参见张晨颖：《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》，载《法学研究》2021年第4期。

〔77〕 参见裴长洪、谢谦：《集聚、组织创新与外包模式——我国现代服务业发展的理论视角》，载《财贸经济》2009年第7期。

壮大后的“由私转公”，在这类由私人主体分担部分公共职能的领域，强化公权力的规范约束是平衡公益与私益的关键所在。由于平台规则是平台“权力”的外壳，^{〔78〕}借鉴公权机关对商品交易市场开办者制定的规章制度审查和执行情况年检的监管经验可知，对平台经营者管理权的约束，也要抓住平台规则这个“牛鼻子”。

1. 事前审查：规则制定阶段完善磋商审查机制

面对强势的平台经营者，平台内商户谈判能力欠缺，双方难以实现平等讨论，但未经充分磋商的平台规则变动，可能造成“淘宝十月围城事件”等恶劣影响。^{〔79〕}尽管《电子商务法》第32—36条、《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定（试行）》都对平台规则的制定程序进行了规定，但对于影响上亿商户和消费者利益的“私权力”规则，仅由平台经营者独立制定并在自身网站公示征求意见，缺乏公权机关监督和利益相关方参与，难以保证其“私权力”不会对平台内经营者和消费者的“私权利”造成侵害。因此，公权机关需加强对平台规则的事前指导，代表公共利益在制定程序中充分参与磋商，由政府部门、平台企业、学者专家、行业协会、平台商户及消费者代表等进行多方论证，实现各方充分参与、自由表达、利益平衡。对于平台经营者管理措施和违约处罚等重要内容，尤其是涉及“违约金”等实践中争议较大的关键条款，行政部门可出台指南细则，引导平台经营者管理权规范生成。

2. 事中审查：规则执行阶段依申请附带司法审查

即使平台规则经过多方民主磋商产生，但因合法性判断或者各方利益分配是否合理需在规则实施一段时间后才能显露出来，有时甚至需要通过极端的个案冲突加以体现，司法机关在进行合法性识别时具有较强的专业性、针对性和社会回应性的优势。^{〔80〕}因此，既然平台规则发挥着具有权力色彩的团体组织管理规约功能，其影响主体范围甚至超过一般的地方性法规，那么可以参照行政规范性文件的附带司法审查制度，允许符合一定条件的平台内经营者，在不服平台经营者的管理措施提起侵权之诉时，附带启动对平台规则的司法审查，以此作为对规则进行动态监督的辅助审查机制。

3. 事后审查：建立电子商务平台年报制度

事前审查和个案附带司法审查难以实现对平台规则执行情况的全面监督，可在借鉴和改进商品交易市场年检制度的基础上，建立电子商务平台规则执行情况年报制度，加强事后监管。目前，我国尚未建立对平台经营者管理措施执行情况的报告或公示监督制度。《电子商务法》第36条、第44条虽要求平台经营者对其采取的警示、终止服务等管理措施进行公示，但并未明确公示的法定义务属性及“不公示”的罚则；第59条规定了平台经营者应建立投诉举报机制，但立法者却因顾虑可能涉及的商业秘密等因素，未要求平台公示或报告投诉举报的处理情况，^{〔81〕}使

〔78〕 参见前引〔43〕，薛军文。

〔79〕 “淘宝十月围城事件”是指淘宝平台于2011年10月宣布修改收费规则、升级商家系统，单方调增商城费用造成部分中小卖家难以负担，导致商户集结近5万名网友组成“反淘宝联盟”，对部分淘宝平台大卖家实施“拍商品、给差评、拒付款”的恶意操作行为，抵制平台新规。参见《新规引发的“淘宝十月围城”事件始末》，载 https://news.qq.com/a/20111102/000768_1.htm，最后访问时间：2022年3月26日。

〔80〕 参见封丽霞：《制度与能力：备案审查制度的困境与出路》，载《政治与法律》2018年12期。

〔81〕 参见前引〔14〕，电子商务法起草组编著书，第193页。

其坠入信息披露“黑箱”和行政监管“盲区”；《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第6条、第8条虽对设定超大型平台经营者的年度风险评估和委托审计义务进行了探索，但并未将风险评估及审计结果与行政监管措施相衔接，使之沦为“接受社会监督”的倡导性规则。

尽管我国商事制度改革已将普适于所有企业的年检改为年报制度，从政府包揽式监管向市场化柔性治理态势转变，^{〔82〕}但对商品交易市场的年检制度依旧存续至今，暂且搁置“年检”与“年报”的定性之分，将我国线下市场年检报告内容与近年欧美规范平台行为的法案内容进行对比，可以发现均已明确平台经营者定期向行政机关报告自律管理执行情况的义务及罚则。《商品交易市场年度检验办法》第9条、第11条规定了开办者应将日常管理制度、交易规章制度、协助审查义务的执行情况作为其提交工商部门审查的年检报告重要内容之一，否则将被处以罚款或扣缴《登记证》。与此类似，欧盟《数字服务法案》第13条规定了平台经营者每年对用户非法活动、举报投诉的审查处理情况的透明性报告义务，第33条规定了超大型平台应当至少每半年公布一次透明性报告，每年公布并向数字服务协调员和欧盟委员会提交风险评估及处置情况报告、审计及其实施报告，若存在涉及商业秘密不宜公开的内容，可在公开报告中部分删除，但仍应向主管机关提交完整报告并说明删除理由，第42条规定了不遵守报告义务将被处以罚款，第50至66条还对超大型平台附加审计、现场检查、监测运行等加强监管措施进行了规定。^{〔83〕}美国参议院《平台透明度、问责制和在线消费者保护议案》要求平台经营者每季度公布透明度报告，对用户违法或违反政策活动情况、平台管制措施、用户申诉情况的报告义务及公开方式等都进行了明确规定。^{〔84〕}

• 900 •

从商品交易市场监管历史经验与欧美平台治理最新立法探索在年报（年检）制度内容的“不谋而合”可以看出，完善平台规则执行情况的定期报告制度是优化平台治理的必由之路。首先，应当明确平台经营者向行政机关进行年报的法定义务属性及具体罚则，改变目前由“社会监督”的倡导性规则定位。同时需要厘清的是，行政机关对平台年报的审查只是代表公共利益加强对平台自治的事后监督与定期“体检”，及时纠治“私权力侵害私权利”等系统性风险问题，指导平台经济健康发展，并非重回为企业年检“背书”的沉疴。其次，在报告内容上，可将平台规则实施状况、管理措施执行情况、投诉举报处理情况等内容纳入年报审查范围；对于涉及商业秘密等不宜公开的内容，可以选择部分不公开，同时向行政机关提交完整版并说明不公开理由。最后，关于报告主体，宜根据平台经营者的规模分级分类设置报告义务，或者参照欧美做法，免除中小平台经营者的相应义务；关于报告周期，可根据我国平台经济的发展情况与治理实践适时调整，在年度报告制度运行成熟时，向半年、季度和月度报告进一步探索。

（二）合理限制平台经营者解除权的行使

无论线下市场还是线上平台的出租人管理权，最核心有力的管理方式是行使“合同解除权”，由于平台服务与技术的多样性，解除方式包括但不限于断开链接、下架商品、暂停服务、关闭店铺

〔82〕 参见施天涛：《公司资本制度改革：解读与辨析》，载《清华法学》2014年第5期。

〔83〕 See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and Amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final.

〔84〕 See Introduction by Brain Schatz, A Bill to Require Transparency Accountability, and Protections for Consumers Online, Hearing before the Commerce, Science, and Transportation Committee, 116th Congress, 2d Session on S. 4066, June 24, 2020.

等。因此，从内容层面上，对平台经营者管理权的规范，应以“解除权”的约束和限制为关键。

1. 行权顺序：公权机关尽早介入

出租人的合同解除权属于形成权，仅发挥使出租人脱离不利法律关系和免受承租人不法行为牵连的功能。若承租人无异议，租赁合同自解除通知送达时生效；但在承租人对解除事由存在异议时，出租人合同解除权的行使需受限于公权机关对承租人行为的违法性判定。因此，平台经营者行使解除权需回归“初心”，其可在自治权限内协助公权机关进行管理处置，但不能“喧宾夺主”。一方面，平台经营者采取的删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等措施，均产生合同解除之效，在收到通知或被采取措施后，平台内经营者可就该解除行为向法院提出异议。另一方面，由于平台服务的技术性，平台经营者的解除行为直接对合同产生单方处置效果，公权机关收到商户异议时，在对违法犯罪行为作出明确判定前应尽早介入，避免平台私力处置的影响过分扩大。有的学者在规制平台知识产权恶意投诉领域提出了“反向行为保全”，即被投诉商户对于平台经营者采取的处置措施有异议时，可向法院申请责令平台恢复链接的保全方式。^{〔85〕}公权机关可探索诸如此类的规范途径，适当减小平台经营者的行权影响，尽量将合同解除效果限制在公权机关对违法犯罪行为的判定之后，并完善平台经营者不当解除合同的损害赔偿救济途径，防止私人裁量权僭越公法管控的“制度之笼”。

2. 行权限度：处置措施须遵比例原则

在商品交易市场中，由于市场开办者“私人”裁量后作出的管理举措将对商户的经营权益带来较大影响，并且开办者依约可采取不同程度的管理措施，司法裁判中法院关于出租人解除权的行使限度出现了分歧：有的法院认为不能单纯以是否解除租赁合同或者禁止商户侵权现象，作为市场管理者履行管理义务的依据；^{〔86〕}但有的法院却认为需要解除合同或禁止市场内侵犯知识产权行为，才能免除开办者管理责任。^{〔87〕}由此表明，因开办者管理权与商户经营权的冲突，出租人解除权在商品交易市场中尚需进行利益权衡并审慎行使。

在电子商务领域，作为网络公共交易基础设施的平台具有普遍服务义务，^{〔88〕}不能随意拒绝提供服务，其解除合同的影响较线下市场加倍扩大，因此平台经营者在行使合同解除权时更应慎之又慎，依据比例原则采取合理的处置措施，给予包括平台商户在内的社会成员一个稳定预期。从网络知识产权侵权管理立法和司法演变也可看出，审慎行使平台解除权、不以“删除”为纲符合平台治理共识。《信息网络传播权保护条例》第15条首次确立了知识产权侵权的“通知删除”规则，但《民法典》第1195条、《电子商务法》第42条则转变为“通知加采取必要措施”，最高人民法院也在第83号指导案例“威海嘉易烤生活家电公司诉永康市金仕德工贸公司、浙江天猫公司侵害发明专利权纠纷案”中明确表示：“网络服务提供者接到通知后所应采取的必要措施包括但不限于删除、屏蔽、断开链接。‘必要措施’应遵循审慎、合理的原则，根据所侵害权利的性质、侵权的具体情形和技术条件等来加以综合确定。”

〔85〕 参见房保国、李潇桐：《电商纠纷中的反向行为保全初探》，载《人民法院报》2021年12月9日，第01版。

〔86〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民终1715号民事判决书。

〔87〕 参见陕西省高级人民法院（2020）陕民终535号民事判决书。

〔88〕 参见赵鹏：《平台公正：互联网平台法律规制的基本原则》，载《人民论坛·学术前沿》2021年第21期。

五、结 论

通过类比线下市场可以发现,平台经营者对平台内经营者违法违规行为的管理权属于商铺出租人管理权,与商品交易市场开办者管理权有着类似的法理基础:一方面,平台经营者作为网络公共交易场所的出租人、“所有权人”兼技术管控者,国家有权通过设置法定义务强化出租人的空间管理权责;另一方面,平台经营者依靠市场力量集结了商业组织成员的管理授权,获得了自治权力。纵观平台经营者管理权的行使方式,尽管其采取的“金钱罚”与“行为罚”管理措施与线下市场基本相同,但管理权限却空前强化,具体表现在违约金的罚扣数额、行为罚行使顺序优先于公权机关及打击商户的威慑力方面。平台经营者管理权逐渐强化是顺应商业创新、科技发展和法治变革的大势所趋,但是在尊重其权力正当性的同时,还应正视电子商务合同双方当事人地位已实质失衡的现状。为避免出现“在经济地位有明显势差的交易者之间,契约自由变成弱肉强食的工具”的情形,^[89]需要借鉴国家对商品交易市场开办者管理权的监管经验,以规则审查和限制解除为重点约束权力,优化常态化监管措施,确保平台经营者管理权在制度的笼子里生成、运转,形成高效规范的平台治理新格局。

• 902 •

Abstract: The e-commerce law stipulates the power of platform operators to manage the illegal acts of merchants, but the legal basis and regulation rules of this power is unclear. As the lessor, “owner” and technical controller of online trading public places, the platform operator not only undertakes the space management rights and responsibilities required by the state, but also aggregates the autonomous authorization of the tenants by virtue of market power, acquiring management power based on dual legal principles of “space ownership” and “organizational authorization”. The management power of the platform operator is part of the online shop lessor’s management power, which already existed and operates well in the leasehold relation of the offline commodity trading market. Although platform operators and offline market operators exercise their management power in a similar way, the authority limits, disposal order and deterrent effects of the platform have been unprecedentedly strengthened. We can learn from the experience of state supervision on commodity trading market, enhance the review of platform rules and the annual report of implementation, reasonably limit the exercise of contract cancellation right, implement regular supervision, and ensure the standardized operation of platform operators’ management power.

Key Words: e-commerce platform operator, management power, commodity trading market, leasehold relation, platform rules

(责任编辑:周 游 赵建蕊)

[89] 参见姚新华:《契约自由论》,载《比较法研究》1997年第1期。

我国营业信托中忠实义务的认定、 违反及归责路径研究

田桂瑶 杨 婷*

内容提要：忠实义务作为一项法定概括性义务，很难也不宜完全具体化。在营业信托纠纷案件中，法院判断受托人是否违反忠实义务，既要明确《信托法》第 25 条规定的任意法性质及其涵摄范围，亦要区分忠实义务与注意义务在受托人主观要件与行为要件等方面的不同。法院不应拘泥于传统的忠实义务类型化理念以及线性客观归责思维，宜在结合信托目的、最佳利益标准等综合因素的基础上，借助举证责任倒置规则、受益人提起第三人诉讼、对信托合同进行补充解释等方式，明确受托方责任。由于国内立法层面尚未引入信义义务，且司法实务对信义义务的制度需求并不迫切，故无必要在裁判文书中直接引入信义义务。

关键词：营业信托 忠实义务 类型化 最佳利益 信义义务

• 903 •

一、问题的提出

营业信托亦称商事信托或信托营业，本意是受托人以信托为业的信托，^{〔1〕}具体指委托人基于对受托人的信赖，由受托人为受益人利益管理信托财产。在营业信托法律关系中，忠实义务系受托人义务的一项重要内容。忠实义务的核心旨在规范利益冲突并禁止受托人从信托关系中获利。^{〔2〕}现阶段，《中华人民共和国信托法》（以下简称《信托法》）虽未针对忠实义务作出明确规定，但根据第 25 条至第 28 条的规定，能够总结出关于忠实义务的履行规则：首先，《信托法》

* 田桂瑶，北京航空航天大学法学院博士研究生；杨婷，最高人民法院民二庭二级高级法官助理，澳门大学法学院博士研究生。

本文为国家法官学院项目“营业信托中忠实义务研究”（FY2021014）的阶段性成果。

〔1〕 参见谢哲胜：《信托法》（2022 年增修 6 版），元照出版有限公司 2022 年版，第 19 页。

〔2〕 参见李宇：《商业信托法》，法律出版社 2021 年版，第 914 页。

第25条作为忠实义务的总体概括,重点强调受托人应遵守信托文件的规定为受益人最大利益行事,且需恪尽职守,诚实、信用、谨慎、有效地管理信托财产;其次,《信托法》第26条、第27条、第28条分别规定了禁止受托人谋取私利、禁止破坏信托财产独立性以及禁止利益冲突的内容。据此,我国《信托法》整体确立了忠实义务的抽象履行规则,原则性较强。

国内理论界针对受托人义务(或忠实义务)的讨论,主要聚焦于对信义义务的移植以及与诚信原则的规范配置方面,同时还提出借个案裁判类型化、〔3〕发挥诚信原则功能、〔4〕适用比例原则以及动态系统理论等解决纠纷的建议,〔5〕为司法实务如何把握忠实义务裁判标准提供新思路。然而,前述讨论亦存在一定不足:其一,在内容方面,偏重域外经验的介绍及引入,对国内本土制度需求及实证研究关注不够;其二,在因应对策方面,虽然重视忠实义务的类型化,但对实施类型化的可行性、可操作性探讨不足;其三,在结论方面,主要是基于国内信托制度之不足而提出立法完善建议,忽略了平衡规范法官自由裁量权与实现实质公平裁判的重要性。

在营业信托纠纷中,法院认定忠实义务通常遵循“有约定从约定,无约定从法定”的基本规则。然而,若该项义务既非《信托法》规定,亦非信托当事人意定,法院如何判断其是否属于忠实义务,忠实义务的认定尚无统一规则,法院需根据何种构成要件或采取何种方式,判断受托人有无违反忠实义务,经法院审理并判定受托人违反忠实义务,受托人的具体责任如何明确、受益人又应如何救济,这些均系实务未决之难题。本文拟采取法解释与实证研究方法,通过厘清立法应然规范与司法实然经验的偏差,进一步反思营业信托中适用忠实义务内容的司法制度需求;在总结归纳金融类案裁判精要的基础上,构建兼顾法律稳定性与法官自由裁量权限制的合理裁判逻辑,以此优化忠实义务的司法适用进路,营造良好的法治化营商环境。

二、实务样态:我国营业信托中适用忠实义务内容的裁判规则

以中国裁判文书网作为检索工具,在全文检索部分将“营业信托”与《信托法》第25条规定的“最大利益”作为关键词,共筛选出275份裁判文书,其中涵盖“忠实”及“最大利益”内容的有效案件样本共205份。〔6〕通过对其分析可进一步探索营业信托中忠实义务的司法适用基本样态。

(一) 我国营业信托中适用忠实义务内容的审判概况

1. 案由类型集中且法院审级下沉

样本案例显示,目前营业信托中适用忠实义务内容的案件,包括营业信托纠纷、信托纠纷、侵权纠纷、合同纠纷、财产损害赔偿纠纷等多项案由,其中以营业信托纠纷居多,基本为民事案由。就审理法院级别而言:基层法院和中级法院的受理案件数量较多,占比83.41%;最高法院、高级法院以及金融法院的受理数量相对较少,占比16.59%。国内虽设有上海、北京以及成渝金

〔3〕 参见赵廉慧:《论信义义务的法律性质》,载《北大法律评论》2021年第1期。

〔4〕 参见楼建波、姜雪莲:《信义义务的法理研究——兼论大陆法系国家信托法与其他法律中信义义务规则的互动》,载《社会科学》2017年第1期。

〔5〕 参见徐化耿:《信义义务的一般理论及其在中国法上的展开》,载《中外法学》2020年第6期。

〔6〕 最后一次检索更新日期截至2023年1月31日。在这275份裁判文书中,存在管辖争议、执行实施、执行审查、民事信托、公益信托等与适用忠实义务内容无关的文书共计70份,这70份未纳入本文所分析的有效样本范畴,笔者予以剔除。

融法院，^{〔7〕}但鉴于金融法院具有专门的案件管辖类型，管辖范围以外的多数营业信托纠纷仍由地方基层法院和中级法院审理，故整体法院审级逐步下沉。

2. 争议要素多元且争议类型复杂

国内营业信托中适用忠实义务内容的案件，其争议焦点主要集中于受托人是否违反忠实义务的认定方面。根据不同争议要素可将争议焦点划分为信托合同问题、设立信托争议、受托人责任承担、因果关系论证及其他争议等方面；以实质审查和形式审查为界，可进一步将争议焦点划分为实体争议与程序争议。实体争议主要系针对忠实义务违反与否的审查，具体包括对受托人是否勤勉尽责、是否存在过错，因果关系是否成立等的认定；程序争议主要系针对诉讼程序性要件进行审查，具体包括对诉讼时效、诉讼中止、信托执行等的认定。部分有效样本兼含实体争议与程序争议，两种不同类型的争议相互交织、互相影响，这类案件争议要素多元且争议类型复杂。

3. 受理案件增多且地域分布集中

分析有效样本发展趋势可知，2001年至2018年间，国内营业信托纠纷案件持续增多，其中涉及适用忠实义务内容的案件共85件，2019年至2022年间，受理案件数量虽有所递增，但整体增长速度缓慢。^{〔8〕}从地域分布看，陕西省法院受理案件数量较多，其次为北京市、山西省和吉林省。近5年来，营业信托中适用忠实义务内容的受理案件，相对集中于资源导向型和经济发达地区。鉴于营业信托纠纷较为复杂，近53%的案件是在365天以上审结，审理期限较长。^{〔9〕}

总体上，我国营业信托中适用忠实义务内容的争议案件类型复杂多变，在司法资源有限的现实环境下，如何厘清法院适用忠实义务内容的审判难点，有待进一步解析。

（二）我国营业信托中适用忠实义务内容的审判难点剖析

1. 忠实义务的认定：涉及多项内容，范围界定未臻明确

（1）性质认定存在不同立场。司法实务中关于忠实义务法律性质的认定，分歧明显。其一，采取法定义务立场。信托当事人在信托合同中，一般会重复《信托法》关于受托人义务的规定，因此，法院通常认为，受托人违反忠实义务的行为，构成违反法定义务。^{〔10〕}其二，采取合同义务立场。虽然部分法院认为，忠实义务系法定义务，但受托人实际违反的是信托合同约定，故受托人应承担的是违约损害赔偿责任。^{〔11〕}其三，采取先合同义务立场。一般从受托人是否合理保障委托人的知情权方面出发加以判断。^{〔12〕}相关司法分歧请见表1。

〔7〕 2018年3月28日，中央全面深化改革委员会第一次会议审议通过《关于设立上海金融法院的方案》，同年8月20日，上海金融法院正式揭牌成立；2020年12月30日，中央全面深化改革委员会第十七次会议审议通过《关于设立北京金融法院的方案》，次年3月18日，北京金融法院正式成立；2022年2月28日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十三次会议通过关于设立成渝金融法院的决定，同年9月28日成渝金融法院正式揭牌。

〔8〕 有效样本中，2019年、2020年、2021年、2022年关于营业信托中适用忠实义务内容的案件数量分别为54件、35件、21件及17件。最近五年共计186件相关案件，因疫情原因近三年的受理案件数量有所降低。

〔9〕 有效样本中，2~15日审结的案件占比10.53%，16~30日审结的案件占比5.26%，31~90日审结的案件占比15.79%，91~180日审结的案件占比10.53%，181~365日审结的案件占比5.26%，365日以上审结的案件占比52.63%。

〔10〕 参见上海金融法院（2021）沪74民终422号民事判决书；北京市东城区人民法院（2021）京0101民初23386号民事判决书。

〔11〕 参见北京市朝阳区人民法院（2019）京0105民初60082号民事判决书。

〔12〕 参见北京市高级人民法院（2019）京民终1600号民事判决书；北京市东城区人民法院（2020）京0101民初5569号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2020）京02民终3041号民事判决书。

表 1 营业信托中认定忠实义务法律性质的司法分歧〔13〕

义务性质	法定义务			合同义务	先合同义务
责任性质	侵权责任	连带责任	补充赔偿责任	违约责任	缔约过失责任
样本数量（205）及占比	（67） 32.68%	（44） 21.46%	1（0.49%）	（88） 42.93%	（5） 2.44%

（2）范围界定亟待明确指引。首先，从忠实义务的总体概括来看，《信托法》第 25 条规定涉及的“最大利益”“恪尽职责”“诚实、信用、谨慎、有效”等内容，均属于较为抽象的法律概念，其实质含义未臻明确；其次，从忠实义务的具体内容分析，《信托法》第 26 条至第 28 条虽然规定了禁止受托人谋取私利、禁止破坏信托财产独立性以及禁止利益冲突的内容，但对营业信托通道业务中的利益冲突行为如何界定〔14〕未作明确规定；最后，就忠实义务的理解适用而言，“最大利益”是以“唯一利益”“信托目的利益”“经济利益”还是“最佳利益”解释，“诚实、信用、谨慎、有效”等法律概念有无确定的法律适用位阶或裁判标准等，理论实务莫衷一是。

2. 忠实义务的违反：构成要件不明，审判依据重合同轻信托

（1）以争议要素判断为主。司法实务中关于受托人是否违反忠实义务的认定，存在不同做法。其一，根据义务类型判断。主要以信托合同约定的内容审查受托人是否违反忠实义务。其中包括对受托人是否违反信息披露义务、是否勤勉尽责以及是否尽到风险提示与通知义务等的认定。〔15〕其二，根据过错责任判断。主要以受托人对实际造成的信托财产损失是否存在过错来判断受托人责任。其三，根据因果关系判断。此做法旨在证明受托人违反忠实义务与信托财产损失是否存在因果关系，从而认定受托人应否承担损害赔偿赔偿责任。〔16〕总体而言，司法实务中关于受托人是否违反忠实义务尚未形成统一的裁判构成要件。

（2）出现忠实义务弱化情形。分析有效样本内容可知，法院判断受托人是否违反忠实义务所引实体法依据主要以《中华人民共和国合同法》第 8 条、第 44 条、第 125 条居多，直接引用《信托法》第 25 条规定的案件数量较少，审判依据重合同而轻信托。此外，营业信托实务中还出现忠实义务的弱化倾向，其突出表现为强调忠实义务的合同性以及任意性规则的特点，当事人可以自由修改甚至免除部分忠实义务。〔17〕由此，忠实义务正面临着一种被降格为约定义务的法律风险。

〔13〕 在有效样本中，将营业信托中忠实义务视为一项法定义务的占比 54.63%，认定受托人违反合同义务的占比 42.93%，认定受托人涉及违反先合同义务的占比 2.44%。其中还有法院认为违反法定义务所承担的责任类型包括侵权责任、连带责任抑或补充赔偿责任。

〔14〕 “通道业务”并非严谨的法律概念，一般是对资产管理业务中对受托人不承担主动管理责任的工具性交易安排的统称，其在不同的资管产品中有不同的表现形式；“通道业务”最初于 2008 年以“银信合作”的形式出现，此后银证合作、银基合作等新类型的通道业务亦开始不断发展。

〔15〕 参见北京市高级人民法院（2019）京民申 5163 号民事裁定书；北京市西城区人民法院（2019）京 0102 民初 38183 号民事判决书。

〔16〕 在营业信托纠纷中，法院判断受托人是否违反忠实义务，主要是在基本事实部分对受托人有无过错以及受托人在尽职调查、信托财产处置等信托事务处理环节是否勤勉尽责进行审查，受托人过错以及信托事务处理行为与信托财产损失之间有无因果关系，关系着受托人所应承担的损害赔偿范围。

〔17〕 从信托法理以及我国的实际情况来看，《信托法》规定受托人义务可通过信托合同做出具体约定和细化，受托人法定义务的合同化，使得抽象的受托人义务具化为信托文件以及交易文件的执行，其中包括具体投资项目的选择和判断、尽职调查、投资决策和执行等事项。信托公司办理的信托业务主要根据信托合同设立，信托当事人甚至可以约定加重或减轻受托人的义务，此做法是否合理引起广泛争议。

3. 忠实义务的归责：责任性质固化，损害赔偿范围难以界定

(1) 受托人责任以侵权责任和违约责任为主。在司法实务中，违反忠实义务的法律性质属于侵权责任或违约责任两大范畴，法院判断信托受托人是否违反忠实义务，基本以过错责任为原则。典型案例如：在“彭某与中某信托公司营业信托纠纷案”中，二审法院认定受托人未履行信托合同约定的风险提示、通知以及信息披露义务存在过错，受托人应承担损害赔偿责任。^{〔18〕}诚然，信托合同约定属于判断受托人有无过错的重要因素，但违反忠实义务的行为包括但不限于违反信托合同明确约定的义务。《信托法》第25条规定的法定义务即使未约定于信托合同当中，信托受托人并不当然免责。在《信托法》规定不明、信托当事人约定不清的情况下，法院如何判断受托人是否违反忠实义务，其归责原则如何确立，困扰着司法实务。

(2) 损害赔偿以直接损失为准。承认忠实义务的存在，不论其为法定抑或意定，如有违反，致信托财产有所损害，须负损害赔偿责任。根据《信托法》第26条至第28条规定的内容，受托人依违反忠实义务的样态不同，所应承担的赔偿责任通常以信托财产实际损失为限，本质上属于一种填补性赔偿责任。该实际损失是否包含信托财产在正常情况下可获得的预期利益？受托人违反忠实义务行为时，应否承担相应的惩罚性赔偿责任？对此《信托法》未明确规定，司法实务难以有效界定损害赔偿范围。^{〔19〕}

4. 违反忠实义务的救济：撤销权、解任权、归入权的行权冲突

受托人违反忠实义务，委托人、受益人均有权行使相应救济权。首先，根据《信托法》第22条、第23条、第49条的规定，受托人违反信托目的处分信托财产或因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，委托人、受益人有权撤销该处分行为；其次，受托人违反信托目的处分信托财产或管理运用信托财产有重大过失的，委托人、受益人有权按照信托文件约定或向人民法院申请要求解任受托人；最后，根据《信托法》第26条的规定，受托人利用信托财产谋取私利的，所得利益均归入信托财产。

在自益信托中，委托人与受益人为同一主体并无行权冲突，无需赘述。然而，在他益信托中，以上撤销权、解任权以及归入权的行使主体并不相同，委托人与受益人在行使救济权时并不具有同等法律地位，二者存在不具有共同利益的情形。此时，若是委托人、受益人关于受托人违反忠实义务或受托人应否被解任的判断不一致，法院对此行权冲突如何处理，《信托法》规定语焉不详。^{〔20〕}

〔18〕 参见北京市朝阳区人民法院（2016）京0105民初11766号民事判决书；北京市第三中级人民法院（2018）京03民终13862号民事判决书。

〔19〕 此外，理论实务对信托财产在尚未完成清算和分配的情况下，能否由委托人向受托人主张损害赔偿，分歧明显。主流裁判观点认为：在信托计划尚未终止，或者信托计划已经终止，但信托财产尚未清算与分配的情况下，委托人是否存在投资损失、投资损失的具体数额等都处于不确定状态，委托人不能要求受托人承担赔偿责任。参见最高人民法院（2020）最高法民申4151号民事裁定书。学理上提出《信托法》规定的损害赔偿并未以信托清算为条件，以“预期收益+投资金额+逾期利息-回收的信托财产”作为计算标准，即使信托财产尚未清算和分配，委托人仍有权主张损害赔偿。

〔20〕 《信托法》第49条第1款规定：“受益人可以行使本法第二十条至第二十三条规定的委托人享有的权利。受益人行使上述权利，与委托人意见不一致时，可以申请人民法院作出裁定。”《信托法》规定的是委托人与受益人可以诉诸法院解决纠纷，不涉及法院如何处理的问题。

三、路径优化：我国营业信托中适用忠实义务内容的进路分析

从词源方面分析，忠实（loyalty）一词，源自公元前14世纪古法语“loialte, leaute”，意为“忠诚、合法、诚实、质量好”，体现较强道德属性，当与“duty”结合时，有“应当作为之事”以及“道德上正确力量”的含义。^{〔21〕}在英美法上，忠实义务与注意义务共同构成信义义务的重要内容；在中国法上，除《中华人民共和国公司法》（2018年修正）第147条明确规定董事、监事、高级管理人员应对公司负有忠实义务以外，^{〔22〕}《信托法》第25条、《中华人民共和国证券法》（2019年修正）第10条、《中华人民共和国证券投资基金法》（2015年修正）第9条规定等，主要是借“恪尽职守、诚实信用、谨慎勤勉、守信、尽责”等概念表述^{〔23〕}抽象出忠实义务的基本要义。据此，《信托法》第25条规定的忠实义务抽象履行规则，如何有序适用于我国营业信托司法实务当中，可从如下方面讨论。

（一）明确我国营业信托中适用忠实义务内容的制度需求及解释路径

1. 我国营业信托中适用忠实义务旨在规范金融交易，推动信托回归本业

2020年中央财经委员会第七次会议提出，我国目前面临“双循环”的新发展格局，其核心要义为“以国内经济大循环为主，国内国际双循环相互促进”。^{〔24〕}在新发展格局下，金融作为经济竞争的重要因素，在不断实现创新的同时，亟须通过高效的规则治理，营造良好的金融司法环境。国内现代金融市场规模巨大，交易类型复杂，典型如营业信托中的通道业务、结构化信托、伞形信托等不仅内容混杂且形式多变。^{〔25〕}新类型的营业信托纠纷层出不穷，致使司法实务面临严峻挑战。对复杂的营业信托纠纷进行精准的法律解读，既是化解金融诉讼风险的必要途径，也是提升金融司法专业性的必然要求。

在金融领域，由点及面是金融活动的特征之一，个案风险处置不当极易引发系统性的金融风险。因此，为防范化解系统性金融风险，不论是金融司法还是金融监管，均需在参与金融市场的全周期治理过程中，着重强调信托公司不仅仅是一个融资通道，其本业应为主动管理型信托。在银信、信证、信保等通道业务中，不应免除信托公司的基本管理义务，以此实现信托业务的去通道化。在回归营业信托本源、聚焦信托主业的监管趋势下，我国营业信托中适用忠实义务内容，一方面旨在规范金融交易行为，激发金融市场活力，另一方面通过打破信托公司的通道业务桎梏，推动信托本业的回归。

〔21〕 See Search Online Etymology Dictionary, available at <https://www.etymonline.com/search?q=duty%20of%20loyalty>, last visited on Feb. 6, 2023.

〔22〕 《公司法》第147条与2022年《中华人民共和国公司法（修订草案二次审议稿）》第180条，均涉及关于董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务的内容。

〔23〕 参见徐化耿：《信义义务研究》，清华大学出版社2021年版，第111-119页。

〔24〕 习近平总书记在2022年党的二十大报告中明确提出，要加快构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局。这一重大战略部署，已被写入党的十九届五中全会决议。

〔25〕 通道业务最初以银信合作的形式出现，即是为了规避监管，商业银行通过银信合作，借助信托计划将资产从表内放到表外，从而规避银行监管指标的约束。后续发展壮大的银信理财合作业务、银证合作、银基合作等新型通道业务，同样带有规避监管进行套利的目的。

2. 我国营业信托中不宜简单引入信义义务解释忠实义务是否被违反

近年来，国内理论界就是否引入信义义务展开诸多讨论。有观点认为，在肯定信义义务对维护受益人利益具有重要影响的基础上，可考虑采用拓宽和变革现行合同法规则和理念的方法来实现对信义法规则和原理的包容；^{〔26〕}也有观点提出，可在我国传统信义义务逻辑结构基础上，对现代信义义务进行逻辑重构；^{〔27〕}还有观点谈到，中国作为传统的大陆法系国家并不具备英美法系的衡平法基础，贸然引入信义义务理论难免冲击现有民商事立法的基本法律逻辑和理论架构，可能引发更多问题。^{〔28〕}笔者认为，就司法实务层面而言，宜对信义义务的引入持谨慎态度。

首先，信义义务尚未被我国纳入信托立法。信托（trust）作为源自英国法的一种为他人利益管理财产的制度，其最初产生的重要原因是为规避当时严格限制土地转移的法律和沉重的封建赋税。^{〔29〕}直到衡平法中，为了使信托受益人的权利获得切实保护，信托受托人的法定义务（即信义义务）才得以确立。^{〔30〕}在英美法上，商业信托的不断发展，逐步形成了一种以信义义务为核心的信托传统。^{〔31〕}

虽有观点认为，缺乏衡平法土壤的信义义务仍可在大陆法体系下生存，^{〔32〕}但其是否有必要在我国审判实践中证成，宜具体问题具体分析。我国立法、司法制度与英美法系截然不同系不争事实。我国人民法院是依照法律规定对民事案件独立进行审判。^{〔33〕}国内《信托法》及相关信托规范性文件，虽然体现忠实义务的基本要义，但整体上并未将忠实义务纳入立法范畴。目前，忠实义务尚未被我国纳入信托立法，更遑论直接将信义义务引入司法裁判之中。信义义务背后所确立的裁判规则，并非仅是在不同法系背景下区别于诚信原则的特殊利益保护规则，更是在适用位阶居于传统规则之后，但在法律效果上强于传统规则的全新规则。引入信义义务不仅会对中国现行立法逻辑和理论框架造成冲击，更是对司法裁判方式的重大突破，并非仅是简单的法律概念引入。

其次，我国司法实务对信义义务的制度需求并不迫切。从立法目的来看，实现实质公平裁判是现代法律所追求的终极目标。处于追求实质公平的价值取向，法院在裁判过程中可以超越实然的信托合同约定，按照应然的实质公平标准作出裁判。如果信托当事人对信托合同条款的理解产生争议，既可适用《信托法》规定亦能够根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）合同编的相关规定，得出合乎公平原则的结论。诚然，在特殊案件中，法院理解适用《信托法》第25条规定时，可能会因裁判标准不一或裁判方向不一致出现同案不同判决的情形，但这些问题可以通过公布指导性案例、司法解释、审判会议纪要，以及探索建立金融市场案例测试机制^{〔34〕}等方式加

• 909 •

〔26〕 参见朱圆：《论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入》，载《环球法律评论》2016年第2期。

〔27〕 参见王莹莹：《信义义务的传统逻辑与现代建构》，载《法学论坛》2019年第6期。

〔28〕 参见任自力：《金融机构适当性义务的规范逻辑》，载《法律适用》2022年第2期。

〔29〕 参见高凌云：《被误读的信托——信托法原论》（第2版），复旦大学出版社2021年版，第13页。

〔30〕 参见许多奇：《论全周期视野下私募基金管理人的信义义务》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2022年第5期。

〔31〕 参见赵廉慧：《作为民法特别法的信托法》，载《环球法律评论》2021年第1期。

〔32〕 参见李颖芝：《衡平法外的受信义务——析董事于新〈公司法〉下之“忠实义务”》，载《北大法律评论》2008年第2期。

〔33〕 参见李世成：《论社会主义法律体系形成背景下的民事审判》，载《社会科学研究》2012年第5期。

〔34〕 探索建立金融市场案例测试机制，主要系通过对市场中前瞻性、重要性法律问题可能引发的纠纷进行案例测试，明确权利义务，为支持鼓励金融市场创新开放提供明确规则指引，上海金融法院已逐步落地实施该项机制。参见赵红主编：《金融审判前沿》（第3辑），法律出版社2022年版，第14页。

以解决。目前,国内司法实务并无必要引入信义义务,另设一条与传统规则完全不同的规制方法,否则不免叠屋架瓴,致使司法实务呈无所适从之状。

最后,引入信义义务与我国规范法官自由裁量权之间多有扞格。在英美法上,涉及信义义务内容之裁判与法官自由裁量权的行使密不可分。自由裁量不仅是英美法系背景下的法官造法,更是法官根据法律(包括司法解释),依据法庭查明事实,在个人意识支配下做出裁判的过程。^[35]在法律规定不明、当事人意思表示不清时,以信义义务规制的法律效果是建立在扩张或类推解释信托合同条款的基础之上。相较之下,我国法官在司法审判过程中并不承担造法职能,其裁判权的行使必须在法律规定的范围之内,并不满足信义义务对法官自由裁量权扩张的需求。如贸然在司法审判中直接适用信义义务,势必引起自由裁量权行使上的混乱,给司法权威和公信力带来损害。因此,法院在审判过程中,如果通过合理解释《信托法》第25条规定,并以诚信原则及公平原则做整体权衡,能够为倾斜性保护受益人利益开辟有效路径,便无必要在裁判文书中另行引入信义义务。

(二) 梳理我国营业信托中适用忠实义务内容的法律认定逻辑

在营业信托法律关系中,委托人需授权受托人处理信托事务。受托人在信托授权项下所享有的自由裁量权,天然地存在可能被滥用的风险。^[36]据此,如果仅从一般、抽象的角度论证我国营业信托中忠实义务的司法适用进路,难免凌空蹈虚,流于表面和粗疏,故宜在结合《信托法》具体规定的基础上,构建合理的司法审判逻辑。

1. 明确《信托法》第25条规定的任意法性质及其涵摄范围

通说认为,任意性规范赋予了当事人一定的意思自治,允许当事人在法律规定的范围内自由做出约定,当事人通过约定可以排除任意性规范。^[37]而强行性规范是指那些不可通过约定予以排除或变更的规范。这种规范是立法者给予私法自治设定的高压线,体现了私法自治中的国家强制。^[38]我国《信托法》为当事人提供各种定型化的契约条款以供参考,信托当事人通常将《信托法》第25条规定的基本内容,约定于信托合同条款当中。当信托条款标准化后,当事人无需就每一信托条款进行磋商。^[39]信托法就信托关系之特定内容等,在相关条文中明定可由信托行为另行约定,使信托法具备了相当程度的任意法规性。^[40]

从《信托法》第25条规定的基本内容来看,“为受益人最大利益处理信托事务”源自英美法系,本意为最大勤勉(utmost diligence)或者格外谨慎(exact diligence)。^[41]其他如“诚实、信用、谨慎、有效”等抽象法律概念,并无严格的法律适用位阶,更多是以一种灵活的裁判标准适用于营业信托纠纷案中。从我国营业信托司法实践出发,“诚实、信用”更多意在要求受托人

[35] 参见张军:《法官的自由裁量权与司法正义》,载《法律科学(西北政法大學学报)》2015年第4期。

[36] See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2011, p. 69.

[37] 参见王利明:《合同法研究》(第3版第一卷),中国人民大学出版社2015年版,第627页。

[38] 参见苏永钦:《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,载李富成主编:《北大法治之路论坛》,法律出版社2002年版,第587-632页。

[39] See Margaret M. Blair & Lynn A. Scott, *Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law*, 149 University of Pennsylvania Law Review 1735, 1745-1756 (2001).

[40] 参见王志诚:《信托之基本法理》,元照出版有限公司2005年版,第71页。

[41] 参见全国人大《信托法》起草工作组:《〈中华人民共和国信托法〉释义》,中国金融出版社2001年版,第84页。

应讲诚实、守信用，以善意的方式履行职责，不得违反法律和信托文件的规定。若信托当事人已就义务履行做出明确约定，而受托方却以履行合同未生效来抗辩，可能会被视为违反了诚实、信用的基本要求。^{〔42〕}而“谨慎”强调受托人管理信托财产、处理信托事务时，应达到比管理自己财产都要小心的高度注意水平。信托受托人作为专业机构，其理应对严重关系到委托人合法权益保障的事项，尽到基于专业身份应有的谨慎和注意，否则需对所造成的损失承担责任。^{〔43〕}此外，“有效”则指受托人管理信托财产要有成效，受托人应选择最快捷有效的途径或方式，为受益人最大利益服务。基于受益人视角考虑，若受托人依其专业判断做出不同于信托合同约定的更优获益选择，其既不宜被简单视为违反忠实义务，^{〔44〕}亦需避免造成“违信激励”的不良后果。

2. 妥善处理《信托法》与《民法典》的法律适用关系

对营业信托中忠实义务的法律适用如何选择，肯定观点认为，信托法是民法的特别法，其虽然挑战了传统民法的边界，但本质上是一个不折不扣的民法制度。^{〔45〕}商事法律在性质上属于民事特别法，在商事法律没有就相关问题作出特别规定时，所涉纠纷适用民事基本法的一般规则。^{〔46〕}否定观点认为，信托法作为典型的商事法律，如果对商法未作特别规定的情形不加区分地适用民法的一般规定，无疑抹杀了商法漏洞的特别法属性，导致特定事项缺失规范的目的性和正当性。^{〔47〕}

传统上，在处理民法与商法的适用关系时，依照特别法优先的法律适用原则，商法有特别规定的优先适用，商法未作特别规定的，适用民法的一般规定。然而，该种做法实际上忽略了商法未作特别规定的，尚应区分为“无需作出特别规定”和“应当作出特别规定而未作特别规定”的情形。^{〔48〕}在我国营业信托司法实务中，《信托法》与《民法典》的法律适用既要遵循基本的法律适用规则，亦需体现商事信托纠纷的特殊性。我国《信托法》虽未针对某项信托纠纷问题做出不同于《民法典》的特殊规定，但这并不意味着司法实践一旦涉及此类案件便一律按《民法典》规定处理。举例言之，根据《信托法》第25条规定，受托人履行忠实义务需以为受益人“最大利益”服务为宗旨，此规定系立法层面为保留司法裁判灵活性而有意保持的长久沉默，并非立法层面应当作出而未作出特别规定的情形。综上所述，处于一个既有的法律体系中，在民法规则处理某些纠纷可能导致不当的情况下，商事规则可否通过扩张解释、类推等方式取代民法规范，^{〔49〕}宜酌情而定。

3. 忠实义务不宜完全类型化且核心义务不可削减

首先，忠实义务不宜完全类型化。2000年4月召开的中国信托法草案国际研讨会中，与会立法专家已经认识到受托人义务的复杂多变，立法层面并不宜将受托人义务限定为一种完全定型化

• 911 •

〔42〕 参见北京市通州区人民法院（2019）京0112民初1454号民事判决书。

〔43〕 参见西安市中级人民法院（2019）陕01民终6845号民事判决书。

〔44〕 参见北京市高级人民法院（2019）京民申4130号民事判决书；北京市朝阳区人民法院（2019）京0105民初8767号民事判决书。

〔45〕 参见前引〔31〕，赵廉慧文。

〔46〕 参见王利明：《民商合一体例下我国民法典总则的制定》，载《法商研究》2015年第4期。

〔47〕 参见钱玉林：《商事漏洞的特别法属性及其填补规则》，载《中国社会科学》2018年第12期。

〔48〕 参见蒋大兴：《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》，载《国家检察官学院学报》2021年第2期。

〔49〕 参见张谷：《商法，这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》第6辑，清华大学出版社2005年版，第11-24页。

的义务类型。^{〔50〕}理想的合同关系被认为能准确、详尽无遗地规定合同当事人权利义务，当事人只需严格按约行事即可。^{〔51〕}然而，无论信托立法主体还是信托当事人均为有限“理性人”，其无法预判或穷尽潜在的所有受托义务类型。受托人自接受信托伊始，享有的是概括的信托财产管理权，也应承担概括的信托财产管理义务。^{〔52〕}因此，立法者的主观有限理性以及忠实义务的客观不确定性，共同决定了忠实义务既难以也不宜完全具体化。忠实义务本身不具有确定性，其作为一种原则性的抽象义务，无法实现理论上期待的可行性与可操作性。^{〔53〕}

其次，忠实义务核心内容不可削减。“忠实”一词，本意为忠诚笃实的意思。忠实义务作为一项法定抽象义务，在《信托法》上主要表现为禁止性法律规范，其并不因借信托合同的形式表现出来而被视作一项约定义务。^{〔54〕}忠实义务之核心在于禁止利益冲突，立法层面无法提供绝对清晰的禁止行为清单，故给信托当事人保留了必要的约定空间。若受托人利用专业、经验或其他方面的优势地位，以信托合同条款免除其法定义务，该豁免条款并不当然有效。^{〔55〕}就受托人义务的底线而言，信托管理过程中的行为合法是最低限度的衡量标准，一旦出现合法性问题，无疑落入受托人主观故意或重大过失的窠臼，受托人不存在任何免责事由。总体而言，信托当事人在符合法律规定的前提下，可以通过协商约定向外转委托部分管理职责，但受托人至少需要保留剩余的、最低限度的信托财产管理义务，如亲自管理义务。^{〔56〕}法定的忠实义务履行可通过约定的方式加以调整，但不能排除，最低限度的忠实义务对受托人而言不可削减。

（三）厘清我国营业信托中判断忠实义务违反与否的构成要件

为厘清我国营业信托中忠实义务违反与否的构成要件，下文以“刘某、粤某信托公司营业信托纠纷案”为例展开分析。2015年4月24日刘某与粤某信托公司签订《认购风险申明书》，其中涉及多项信托投资风险。同日，双方签订案涉《信托合同》。2015年7月至2016年9月期间，《信托合同》涉及的目标投资公司出现暂停上市风险。而后，粤某信托公司于2017年8月发布公告，提前终止案涉信托计划并开始清算分配收益。本案中，双方当事人对信托损失是否因粤某信托公司未按合同约定履行义务存在争议。一审法院判定刘某与粤某信托公司对信托损失承担按份责任，二审改判粤某信托公司对信托损失承担全部责任。^{〔57〕}

1. 区分忠实义务与注意义务在审判过程中的不同考量因素

营业信托法律关系产生于委托人对受托人的信任，这一信任包含两层意思：第一层是对受托人诚信人格的信任所产生的忠实义务，第二层是对受托人具有管理信托财产能力的信任所产生的注意义务。据此，案涉法院判断受托人是否违反忠实义务，可从基本内容、受托人主观要件、行为要件等方面出发，先对受托人粤某信托公司违反的系忠实义务还是注意义务进行区分。

〔50〕 参见朱少平、葛毅：《中国信托法起草资料汇编》，中国检察出版社2002年版，第146-147页。

〔51〕 参见前引〔3〕，赵廉慧文。

〔52〕 参见赵廉慧：《信托法解释论》，中国法制出版社2015年版，第339页。

〔53〕 参见清华大学法学院金融与法律研究中心：《中国信托业发展报告2022》，中国经济出版社2022年版，第217页。

〔54〕 参见陈雪萍、张建伟：《信托受托人享有诉权之正当性》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2019年第3期。

〔55〕 参见上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终10069号民事判决书。

〔56〕 参见广州市中级人民法院（2019）粤01民终1224号民事判决书。

〔57〕 参见广州市中级人民法院（2021）粤01民终416号民事判决书。

其一，在基本内容方面，忠实义务指受托人应绝对忠实于受托目的与受益人利益。^{〔58〕} 忠实义务包括两项规则，即利益冲突规则与义务冲突规则，受托人违反上述规则所获个人利益均需归入信托财产。而注意义务则指受托人应对信托财产的管理和运用尽到善良管理人的职责，^{〔59〕} 其强调受托人为实现受托目的和提升受益人利益的能力与努力，应达到必要的勤勉、合理的注意、专业的技能以及过程的审慎的要求。^{〔60〕} 当受托人被要求为受益人利益尽心竭力时，忠实义务与注意义务产生某种程度的重合。

其二，在受托人主观过错方面，判断受托人对违反忠实义务有无过错，主要遵循受托人是否违反《信托法》的禁止性规定或信托合同约定，如受托人出现利益冲突交易等法定禁止性行为，必然存在明显过错。^{〔61〕} 相较而言，判断受托人对违反注意义务有无过错，一般根据受托人的不同类型加以区分：如果受托人系有偿服务的专业信托机构，受托人不仅应积极预见信托风险予以规范，并应在损失发生后，努力采取措施防止信托损失扩大，^{〔62〕} 否则认定受托人存在过错。

其三，在受托人客观行为方面，忠实义务强调的是受托人应当对信托事务尽心竭力，始终把受益人利益放在首位，不得与受益人利益相冲突。就注意义务而言，其强调的是受托人之努力行为与注意程度。注意义务要求受托人在处理信托事务时最大限度地施展个人所具有才能，受托人应利用自身专业、知识、经验等积极主动地处理信托事务，防范信托风险。

最后，在因果关系论证方面，结合本案基本事实可得出，受托人粤某信托公司作为专业信托机构，其根据自身的专业知识、经验等，完全可以判断购买目标投资公司的股票风险极大且不具有合理性。粤某信托公司应当发现而未发现此投资风险，漠视目标投资公司暂停上市和强制退市的现实性与紧迫性，具有明显过错，严重违反受托人应有的谨慎及注意义务，导致本案信托财产损失的发生。因此，二审法院改判粤某信托公司对信托损失承担赔偿责任并无不当。

2. 宜将《信托法》第 25 条规定的“最大利益”解释为“最佳利益”

《信托法》第 25 条第 1 款规定：“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。”所谓最大利益，是指受托人尽心竭力地管理信托财产所能带来的收益。鉴于受托人的专业水平与职业素养参差不齐，故最大利益的履行标准亦有所不同。

结合“刘某、粤某信托公司营业信托纠纷”一案，首先，唯一利益指受托人排除一切具有利益冲突的交易行为后所获得的信托利益。^{〔63〕} 唯一利益只论利益冲突交易之有无，而不论利益冲突交易之是非。^{〔64〕} 该案若以“唯一利益”作解释，仅强调了粤某信托公司是受益人利益行事。

〔58〕 参见姜雪莲：《信托受托人的忠实义务》，载《中外法学》2016 年第 1 期。

〔59〕 参见周林彬、方斯远：《忠实义务：趋同抑或路径依赖——一个比较法律经济学的视角》，载《中山大学学报（社会科学版）》2012 年第 4 期。

〔60〕 参见彭插三：《信托受托人法律地位比较研究——商业信托的发展及其在大陆法系的应用》，北京大学出版社 2008 年版，第 233—234 页。

〔61〕 参见湖南省高级人民法院（2020）湘民终 1852 号民事判决书。

〔62〕 参见四川省高级人民法院（2019）川民申 3847 号民事裁定书。

〔63〕 “唯一利益”规则被广泛视为信托法最根本的规则，这一规则发展并确定于 18 世纪以及 19 世纪早期的英国大法官法院，然而其能够盛行两个世纪的原因之一即在于该严格规则亦存在例外情形。在 20 世纪，法院以及立法机构通过创建越来越多的例外规则来排除“唯一利益”规则的适用，包括委托人授权、受益人同意以及法院的事前批准等内容。

〔64〕 See Restatement (Second) of Trusts § 170 cmt. B (1959); Uniform Trust Code § 802 cmt.

其绝对性的排除所有利益冲突行为,一定程度忽略了有益于受益人利益的情形。^[65]其次,“信托目的利益”指信托当事人设立信托时,在信托合同中约定所欲实现的信托利益,该种意思表示体现的是信托目的确定性。^[66]如果本案客观情形发生变化,“信托目的利益”亦会随之变化,无法准确代表“最大利益”。最后,“经济利益”主要指受托人在管理信托事务过程中,所能实现的具有最大经济效应的信托利益。^[67]如果仅从经济效益方面定义“最大”含义,容易导致粤某信托公司为获取高额经济效益进行高风险投资,产生失信激励。

因此,《信托法》第25条规定的“最大利益”宜被解释为“最佳利益”,具体即指受托人在具体情况下以符合法定、行业惯例或最佳方式的样态等,所能获得的信托利益。^[68]具言之,“最佳利益”是根据受托人所处的社会阶层和职业普遍应当达到的利益水平,客观认定受托人所应达到的义务履行基准,明确受益人在当时情况下所能获得的信托利益,有助于法院合理判断受托人有无违反忠实义务。

3. 宜采取综合性裁判标准而非线性客观归责思维

事实上,在厘清判断忠实义务违反与否的构成要素后,法院通常还会通过认定信托财产损失与受托人未履行忠实义务间的因果关系,进一步判定受托人应否承担损害赔偿赔偿责任。然而,法院判断前述因果关系是否成立,主要审查的是信托损失系营业信托本身存在的客观商业风险,还是受托人主观决策失误所致。如“刘某、粤某信托公司营业信托纠纷案”中的受托人,虽然能对整体信托投资走向进行预判,但再专业的受托人都无法做出绝对精准的理性决策。此时,如果是由委托人承担的商业风险则不得转嫁于受托人;反之,如果系受托人决策失误所致,则需追究受托人未尽心履职的责任。值得注意的是,法院若仅以最终发生的信托财产损失结果为依据,倒推得出受托人违反忠实义务的结论,其体现的是一种过于线性的客观归责思维。^[69]法官更应尊重商事信托主体的自主决策权利,在结合不同案件事实的基础上,细致考察受托人之决策行为在当时有无合理性。

美国普通信托法上的谨慎投资人规则,主要从信托财产的增值、信托目的、收益与成本平衡、投资多元化、投资组合等方面,综合考虑信托投资的安全性。^[70]在我国营业信托实务中,受托人义务被视为一种立足于灵活性之上的以追求受益人最大化利益为目的的积极约束。^[71]据此,法官可以通过结合信托目的、信托类型、受托人身份、专业经验、行业惯例等不同因素,在不违背当事人真实意思表示的基础上,具体审查受托人是否以合理的注意、专业的投资能力、正当的程序谨慎管理运用信托财产,并作出符合一般商业判断的商业决策。

[65] See Restatement (Second) of Trusts § 170 (1) (1959); Uniform Trust Code § 802 (a) (2000), 7CU. L. A. 229 (Supp. 2004).

[66] See Robert Cooter, Bradley J. Freedman, *An Economic Model of the Fiduciary's Duty of Loyalty*, 10 Tel Aviv University Studies in Law 297, 299-305 (1990).

[67] See Deborah A. DeMott, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, 37 Duke Law Journal 879, 879-882 (1988).

[68] See John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 The Yale Law Journal 929, 935 (2005).

[69] 参见广州市中级人民法院(2021)粤01民终416号民事判决书。

[70] 参见陈杰:《商业信托法律制度研究》,厦门大学出版社2016年版,第218页。

[71] 参见徐卫:《信托受益人利益保障机制研究》,上海交通大学出版社2011年版,第82-83页。

（四）完善我国营业信托中适用忠实义务内容的归责原则及救济途径

1. 灵活适用过错归责原则以及举证责任倒置规则

在民事责任举证环节，对受托人是否违反忠实义务的认定，一般遵循“谁主张、谁举证”的基本原则。然而，从实际履责内容来看，委托人自设立信托时已将信托财产委托给受托人，不再对信托财产享有实际控制权；受益人亦未直接参与信托财产管理，对受托人处理信托事务缺乏全面了解。^{〔72〕}在我国营业信托实务中，受托人是直接管理处分信托财产的主体。因此，如果委托人、受益人主张受托人违反忠实义务，其作为原告只需提出损害事实，并对损害事实存在与否予以证明。对于受托人是否存在过错、受托人是否合理履行法定义务等，受托人均应承担举证责任。^{〔73〕}受托人作为资质较高、财产管理经验较丰富的专业性机构，其在营业信托法律关系中较之委托人、受益人处于强势一方，应当承担证明自身不存在过错，或损害事实与信托行为没有因果关系的责任。

2. 宜从受益人系有独立请求权的第三人角度纾解救济权行使冲突

根据我国《信托法》第22条与第49条规定，委托人与受益人均有权行使撤销权等救济权利。有观点提出，信托成立后，受托人行为一般不会给委托人财产造成损害，且自益信托委托人也以受益人身份主张权利，因此受托人义务对应的是受益人的权利，应由受益人成为受托人违反信托义务的救济主体。^{〔74〕}日本、我国台湾地区以及韩国等均承认受益人享有撤销权，该救济权一般由受益人行使。^{〔75〕}

笔者以为，不论救济权行权主体系委托人或受益人，在进入民事诉讼程序后，救济权的行使均会化作一系列的具体诉讼请求。法院判定的损失赔偿、违信私利等，均会以信托收益的形式分配给受益人。因此，受益人作为信托财产的实际受益主体，其对信托财产享有独立的信托受益请求权。当委托人与受益人因行使救济权存在不同意见而诉诸法院时，应按民事诉讼程序的相关规定处理。根据《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）第59条的规定，第三人如果对当事人诉争的诉讼标的享有独立请求权，可以提起第三人诉讼。据此，在委托人撤销信托处分行为可能损害受益人实际利益的情况下，受益人有权根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（2022年修正）第81条的规定，以独立第三人身份起诉，成为诉讼当事人。彼时，法院经审理若是认定委托人行使撤销权并未损害受益人利益，应驳回受益人第三人诉讼；反之，则应支持受益人诉请。

• 915 •

〔72〕 参见张淳：《试论受托人违反信托的赔偿责任——来自信托法适用角度的审视》，载《华东政法大学学报》2005年第5期。

〔73〕 《全国法院民商事审判工作会议纪要》第94条规定：“资产管理产品的委托人以受托人未履行勤勉尽责、公平对待客户等义务损害其合法权益为由，请求受托人承担损害赔偿责任的，应当由受托人举证证明其已经履行了义务。受托人不能举证证明，委托人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”因此，营业信托纠纷可借鉴适用举证责任倒置规则，由受托人首先对其履行了法定义务、信托合同约定义务进行举证。

〔74〕 参见赵磊：《信托受托人的角色定位及其制度实现》，载《中国法学》2013年第4期。

〔75〕 《日本信托法》第31条规定：“受托者违反信托本旨处理信托财产时，受益者得以向对方或转得者宣布取消该项处理。”我国台湾地区“信托法”第18条规定：“受托人违反信托本旨处分信托财产时，受益人得声请法院撤销其处分。受益人有数人者，得由其中一人为之。”《韩国信托法》第75条规定：“受托人违反信托目的，从事与信托财产有关的法律行为的，受益人可以撤销该法律行为，但条件是对方或者后来的购买人在从事该法律行为时知道该受托人违反信托目的，或者因重大过失而不知道该违反行为。”

3. 救济权行权条件阙如时有必要引入惩罚性损害赔偿

从受托人违反忠实义务所承担的法律后果分析,具体责任形式包括恢复原状、赔偿损失,或归还本不属于受托人所应获得的利润,其体现出的是一种填补性损失赔偿责任。^{〔76〕}当救济权行权条件阙如时,如信托财产未产生损失,委托人或受益人将无法请求损害赔偿;如受托人利用授权之便谋取私利但尚未得利,委托人或受益人无法行使归入权。受托人违反忠实义务的成本较低,不具有较强威慑力。

为提高受托人违反忠实义务的成本,阻遏惩罚受托人不忠实的行为,具体可从如下方面展开:其一,如果受托人违反忠实义务的核心概念——为受益人最佳利益行事,应根据受托人的过错程度,削减受托人的信托报酬请求权。受托人赔偿损失、恢复原状,仅是对其违反忠实义务所造成的信托财产损失进行弥补,受托人违反忠实义务行为本身并未受到惩处。是故,在受托人未尽尽职履责的情况下,至少不应仍享有足额的信托报酬请求权,否则容易导致信托当事人权利义务保护的失衡。其二,受托人违反忠实义务的损害赔偿范围包括直接损失与间接损失两方面。在信托财产损失赔偿的范围上,直接损失通常得到了各国信托法的一致承认,间接损失则往往仅在英美信托法上得到认可。^{〔77〕}直接损失在任一责任承担模式下均需赔偿。而间接损失则包括由于受托人违反忠实义务所取得的任何利润,以及如果无受托人违反忠实义务的行为,信托财产将要获得的预期利润。对于受托人故意违反忠实义务的行为,如果不存在受益人同意、受益人放弃请求权、受益人事后追认、受益人怠于提起诉讼等例外情形,法院宜根据受托人的过错程度,考虑由受托人对合理间接损失承担一定责任。

• 916 •

4. 可借补充性合同解释方法推定信托当事人的共同意思表示

如前所述,信托受托人一般根据信托合同约定履行忠实义务,然而信托当事人的有限理性使其无法穷尽所有的忠实义务类型。是故,信托当事人对受托人履行忠实义务存在歧义,一定程度可能体现为当事人对确立忠实义务的表意不清或表意欠缺。一般而言,某一合同中关于某事项应有约定而未约定的不圆满状态是为“合同漏洞”^{〔78〕}。依据一定规则,甄别、确定并填补合同漏洞,构成合同漏洞补充或合同漏洞填补。^{〔79〕}从明确法律依据的角度来看,合同漏洞填补是法官“假设当事人意思”以获得法律适用的小前提的过程。^{〔80〕}在法律规定未明确、当事人未约定或约定不明的情况下,法官可遵循一定的规范要素、目的要素以及习惯要素等,探寻双方当事人在通常交易上所合理意欲或接受的合同条款。^{〔81〕}

以补充性合同解释方法推定信托当事人的意思表示,实际是在《信托法》规定不明、信托当

〔76〕 参见李晓云:《已出让受益权的信托受益人还能否向信托公司索赔——兼论〈信托法〉第22条的信托财产损失赔偿请求权》,载《法律适用》2015年第12期。

〔77〕 比如美国的《统一信托法典》确认了以信托所受实际损害为依据来确定受托人的赔偿范围。该法第1002条(a)款规定:“违反信托的受托人对利益受影响的受益人所承担的责任为下列金额中的较大者:(1)恢复信托财产以及未发生违反信托的行为时受益人应得的分配收益;或者(2)受托人因违反信托所得的利润。”此外,美国《信托法重述》(第2版)第205条规定的损失赔偿范围涵盖直接损失和间接损失。

〔78〕 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第170页。

〔79〕 参见崔建远:《论合同漏洞及其补充》,载《中外法学》2018年第6期。

〔80〕 参见〔美〕迈克尔·D.贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第20页。

〔81〕 参见〔美〕E·艾伦·范斯沃斯:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第427-515页。

事人意思表示空白或缺的情况下，以法官心目中的理性人处于此情景中应作何种意思表示来确定待补合同条款。法官对假设意思的查明有必要从当事人在合同中的评价出发并提出如下问题：信托当事人在知道受托人忠实义务未明确的情况下，会如何合理地进行约定。如果结合案件事实，法院能够相信，信托当事人对未明确约定的忠实义务具有共同预期，此时法官可考虑对该合理预期赋予法律效力；反之，若信托当事人的预期具有重大差异，或一方当事人并无任何预期，此时法官不宜简单对该预期赋予法律效力，而应采用客观判断法推定当事人的共同意思。在客观判断标准下，该补充性合同解释方法是以信托当事人在信托合同上所作的价值判断与利益衡量为出发点，依诚信原则、公平原则并斟酌交易惯例作出合理认定。

四、结 语

金融司法的定位随着社会发展而发生变化。就我国目前的信托立法以及营业信托实务现状而言，似无必要在现有规则之外创设一套在其发源国家都不具备完全可操作性的信义义务规制方法。如立法层面认为确有必要借鉴信义义务，则引入该义务时至少应建立在穷尽现有规制方法都不足以调整营业信托权利义务关系的前提之下。对受托人自由裁量权的规制以及对受益人利益的倾斜性保护，不仅需要依靠信托立法以及司法实务的协同协作，还需充分发挥金融监管的重要监督功能。因此，在金融司法与金融监管共同参与金融市场的全周期治理过程中，宜通过准确探究营业信托交易的真实目的及关系结构，提高法律逻辑解读金融逻辑的专业性，保障司法审判之公正与权威。

• 917 •

Abstract: The duty of fidelity, as a statutory general obligation, is difficult and inappropriate to be fully specified. In business trust dispute cases, when the court judge whether the trustee violated the duty of loyalty, not only need to clarify the arbitrary nature of the provisions of Article 25 of the Trust Law and its scope of coverage, but also need to distinguish between the duty of loyalty and the duty of care in the trustee subjective elements, behavioral elements and other aspects of the difference. The courts should not be bound by the traditional typology of the duty of fidelity and the linear and objective approach to liability, but should clarify the liability of the trustee by means of the rule of reversal of the burden of proof, third-party litigation by the beneficiary and supplementary interpretation of the trust contract, taking into account the purpose of the trust, the best interests standard and other comprehensive factors. The domestic legislation has not yet introduced the duty of fiduciary duty, and there is no urgent need for the system of fiduciary duty in judicial practice, so there is no need to introduce the duty of fiduciary duty directly in the adjudication documents.

Key Words: business trust, fiduciary duty, typology, best interests, fiduciary duty

(责任编辑：李 敏 赵建蕊)